

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزي إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم الحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الأول

يحتوي على:

الطهارة - الصلاة



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد خليل بيزوت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة التحقيق

الحمد لله منزل القرآن ذي الحجة الدامغة ومحكم التبيان، خلق الإنسان وعلمه البيان، وامتن عليه بالدين القويم لينجيه من النيران، وأزكى الصلاة وأتم التسليم على خير الأنام وخيرة الرسل الكرام من أضاءت أنواره جنبات الزمان، وعلى آله الأطهار وصحبه الأبرار ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين على محجة الإيمان والإحسان، فكانوا على كمال الدين أنصع البرهان.

أما بعد:

فليس أشرف لطالب علم من الاشتغال بما يكون شغله به قربة إلى الله تعالى، وعملاً يخدم به دينه وأهل الإيمان الباحثين عن بيان لصحيح الدين وفهم مراد رب العباد من شرعه القويم، ألا وإن ذلك لا يكون- أوضح ما يكون- إلا في صورة الاشتغال بعلوم الشريعة، وأخصها الفقه، بما يبحث فيه ويصل إليه من استنباط الأحكام من الكتاب العزيز، توفيقاً من الله تعالى لمن امتن عليهم منهم بفقهِه دقائق وخبايا المعاني الماثورة في أنوار الكتاب الحكيم، فَيُبَيِّن لهم عما فيه من أحكام وهدى وبشرى. . . مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَقْوَمُ﴾^(١)، وقال سبحانه: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ﴾^(٢)، وقال جل وعلا: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٣).

فلاشتغال بالفقه من أفضل القربات وأجل الطاعات، وأكد العبادات، فهو حياة القلوب من الجهل، ونور الأبصار من الظلمة، يبلغ العبد به منازل الأخيار والدرجات العلا في الآخرة. قال الله - عزَّ وجلَّ -: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾^(٤)، وقال ﷺ: «من سلك طريقاً يلتمس

(١) سورة الإسراء، الآية: ٩ .

(٢) سورة النحل، الآية: ٨٩ .

(٣) سورة النحل، الآية: ٤٤ .

(٤) سورة المجادلة آية: ١١ .

فيه علمًا سهل الله له به طريقًا إلى الجنة»^(١).

وإن علم الفقه من أجل العلوم وأعظمها، وهو العلم الذي استنهض الله - عزَّ وجلَّ - الهمم إلى تحصيله، واستنفر إليه العزائم، وذلك في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَسْأَلُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾^(٢).

وهكذا تفصح آيات كتاب ربنا عن أن من مقاصد إنزاله - سبحانه - كتابه العزيز هداية الخلق إلى طريق الحق والنور المبين، وتبيان أحكام الشريعة، وعلى هذا المقصد يدور علم الفقه باستنباط المعاني والفوائد والأحكام التي يستبين بها طريق الحق من غيره، فيهتدي الناس بعدما استبان لهم الأحكام إلى ما فيه خيرهم وسلامهم وسعادتهم في العقيدة والعبادات، والمعاملات، والعادات، والآداب، والأخلاق.

وعند استعراض قوافل النور في سائر أجيال الأمة الإسلامية، يبرز بمكانة لا تخفى ولا تجحد أحد الأئمة الأعلام من بين عظماء الفقهاء ذوي العقول الفذة الواعية، والاطلاع الواسع الغزير، والأذهان الوثابة المتقدمة، ألا وهو الإمام الجليل برهان الدين محمود، صاحب الكتاب جليل القدر: الذخيرة.

وإن المكانة البارزة له، وغزارة علمه الذي أفاض به في كتابه (الذخيرة)، كانت هي الحافزة على الدخول في غمار تحقيق هذا الكتاب؛ لهذا كان لا بد من صون

(١) أخرجه أحمد (١٩٦/٥)، والدارمي (٩٨/١) وأبو داود (٣١٧/٣) كتاب العلم، باب: الحث على طلب العلم، (٣٦٤١)، وابن ماجه (٨١/١) المقدمة، باب: فضل العلماء، (٢٢٣)، وابن حبان (٨٨)، والطحاوي في مشكل الآثار (٩٨٢)، وابن عبد البر، ص (٣٩) (٤١).

وذكر البخاري في كتاب العلم، باب: العلم قبل القول والعمل، عبارة: «وأن العلماء هم ورثة الأنبياء، ورثوا العلم، من أخذه أخذ بحظ وافر، ومن سلك طريقًا يطلب به علمًا سهل الله له طريقًا إلى الجنة». قال الحافظ في الفتح (٢١٦/١) طرف من حديث أخرجه أبو داود، والترمذي، وابن حبان والحاكم مصححًا من حديث أبي الدرداء؛ وحسنه حمزة الكنعاني، وضعفه عندهم سنده، لكن له شواهد يتقوى بها، ولم يفصح المصنف بكونه حديثًا؛ فلهذا لا يعد في تعاليقه، لكن إيراد له في الترجمة يشعر بأن له أصلًا، وشاهده في القرآن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْكِتَابَ الَّذِينَ اصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا﴾.

(٢) سورة التوبة آية: ١٢٢.

الشريعة والحفاظ عليها، ومن وسائل ذلك إحياء التراث الضخم، هذه الكنوز الدفينة التي خلفها الأجداد، فهي ثروة قدرها غيرنا حق قدرها أكثر مما قدرناها. وكلمة «التراث» لفظ عميق ذو دلالات متشعبة يندرج تحته التراث الفكري والعادات والتقاليد، والآلات والمبتكرات، وهو الكيان الثاوي في الأعماق، بل صورتنا التي تحمل كل شيء عن الفكر والحياة، لكن الذي ينصرف إليه الذهن عند إطلاق هذا اللفظ هو ما خلفه السلف من المؤلفات.

ومما يدعو إلى الأسى أن النظرة إلى هذا التراث أصبحت سلبية، خاصة بعد الهزائم التي مُنيت بها هذه الأمة في هذا القرن، فأخذ فريق يرى فيه عبئاً، بل عقبة في سبيل نهضة هذه الأمة وتقدمها وإقالتها من عثرتها. وحمّلوا التراث البريء أسباب ضعف الحاضر، فاهتزت النظرة إليه، وسرت موجة من التشكيك فيه. وكما أن التراث لم يسلم من التشكيك، فإنه لم يسلم كذلك من التزوير من أولئك الذين كتبوا ويكتبون عنه بروح المعادة، وذلك بإثارة الجوانب السلبية فيه، بل باختراع هذه الجوانب وإضفاء كثير من السيئات عليها.

وهذا التراث بملايين المصنفات المبعثرة في أنحاء العالم يمثل البواكير العلمية، ومرحلة الاندفاع العلمي، والترجمة وتفاعل الثقافات، ويحمل أبرز المبتكرات الفكرية في مختلف الميادين، فهو يربط الماضي بالحاضر، فعلى الحاضر الاستفادة من تجارب الماضي؛ لأن الجانب الحضاريّ الفكريّ يرسم صورة صادقة للأمة، ويكشف عن مستوى ومدى إسهامها بين الأمم، وفي الوقت ذاته لا يشكل -في طياته- عبئاً على تطور الأمة ونهضتها في حاضرها.

ومن هنا تتكشف أهمية التحقيق العلمي، الأمر الذي نرجو معه أن يأتي ذلك اليوم الذي يكون فيه أقسام خاصة بالتحقيق - في مختلف جامعاتنا- تدرس طرائقه وفنونه على أسس سليمة مقننة، أو معاهد متخصصة في هذا الفن.

ولا شك أن عناية القارئ لأي كتاب في أي موضوع يثير اهتمامه - تتوجه أولاً إلى مؤلف هذا الكتاب، فتزداد قناعة القارئ بما يحويه الكتاب بين دفتيه بمقدار قناعته بمؤلف هذا الكتاب ومكانته العلمية، أو منزلته في الفن الذي يتتمي إليه موضوع الكتاب؛ بحيث يمكن القول بأن هناك علاقة طردية بين منزلة أي كتاب وتأثيره في قارئه، وبين منزلة مؤلفه ومدى قناعة القارئ بمكانته ومنزلته العلمية.

ولهذا درج المحققون على التعريف بمصنفي الكتب التي يحققونها؛ فلا يكاد يخلو كتاب مُحقق -تحقيقًا علميًا- من مقدمة يضعها المُحقق بين يدي التحقيق، يعرّف فيها بالمؤلف، وقد يتوسع بعضهم في ذلك، ويوجز آخرون؛ كل منهم بحسب رؤيته.

وفي رأيي أن مثل هذه المقدمات تُعدُّ رُكنًا رئيسًا من أركان التحقيق؛ لما لها من أثر كبير للقارئ للدخول على عالم الكتاب المحقق؛ بما يخلق علاقة من الألفة والحميمية بين القارئ والكتاب، تتولّد من معرفة القارئ بمصنف الكتاب وحياته، وعصره... إلخ.

ولهذا كان من الضروري - في رأيي - أن أضع بين يدي القارئ لهذا العمل مقدمةً أعرّف فيها بمؤلف الكتاب، وبمذهبه.



التعريف بالمؤلف

* اسمه:

هو: محمود بن الصّدر السعيد تاج الدّين أحمد بن برهان الدّين عبد العزيز بن عمر بن مازة، المرغيناني، البخاري الحنفي^(١).

* كنيته:

يكنى بأبي المعالي^(٢).

* لقبه:

لقب المصنف بعدة ألقاب منها: برهان الدين، وابن مازة^(٣).

* مولده:

ولد بمرغينان (من بلاد ما وراء النهر) سنة إحدى وخمسين وخمسمائة^(٤).

* أسرته:

ذكر المؤرخون أن أسرة العلامة محمود بن الصّدر السعيد تنتسب إلى أسرة آل مازة المعروفة بين الأسر بالعلم، والزهد، والفضل والصلاح، والجهاد في سبيل الله، وقد اشتهرت بكثرة العلماء فكلما ذهب واحد خلفه آخر، فيمتد نسب هذه

(١) ينظر: تاج التراجم في طبقات الحنفية، لزين الدين أبي العدل قاسم بن قطلوبغا، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ص (٢١٢)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لمحمد عبد الحي اللكنوي، مطبعة السعادة، مصر، (د.ط)، ١٣٢٤هـ، ص (٢٠٥)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي القسطنطيني المشهور باسم حاجي خليفة أو الحاج خليفة، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٤١م (١٦١٩/٢)، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، طبع بعناية وكالة المعارف الجلييلة في مطبعتها البهية استانبول ١٩٥١م، أعادت طبعه بالأوفست: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان (٤٠٤/٢)، الأعلام، للزركلي، دار العلم للملايين، ط (٧)، ١٩٨٦م (٧/١٦١).

قال حاجي خليفة في الكشف (١٦١٩/٢): قال ابن الحنائي: تتبعت ترجمته في كتب الطبقات.

وهو كما قال فقد فتشت كتاب طبقات الحنفية لابن الحنائي فلم أجد له ترجمه فيه.

(٢) ينظر: تاج التراجم (٢١٢)، الفوائد البهية، ص (٢٠٥).

(٣) ينظر: السابق.

(٤) ينظر: كشف الظنون (١٦١٩/٢).

الأسرة المباركة إلى عمر بن عبد العزيز بن مروان خامس الخلفاء الراشدين . قال القزويني في آثار البلاد: «ولم تزل بخارى مجمع الفقهاء ومعدن الفضلاء ومنشأ علوم النظر، وكانت الرئاسة في بيت مبارك يقال لرئيسها: خواجه إمام أجل، وإلى الآن نسلهم باق ونسبهم ينتهي إلى عمر بن عبد العزيز بن مروان، وتوارثوا تربية العلم والعلماء كابراً عن كابر، يرتبون وظيفة أربعة آلاف فقيه، ولم تر مدينة كان أهلها أشد احتراماً لأهل العلم من بخارى»^(١).

وقد نبغ فيها أعلام يعدون من دعائم الإسلام في العلوم والمعارف الإسلامية، وقد عرف عنهم الذكاء، وسرعة الحفظ مع كمال الإخلاص والورع والتقوى ومن أبرز هؤلاء من يلي:

١- جد المصنف: عبد العزيز بن عمر بن مازة الملقب بالألقاب العديدة كالصدر، وبرهان الدين الكبير، وبالصدر الأكبر، نفعه على شمس الأئمة محمد بن أبي سهل السرخسي وشرف الرؤساء^(٢).

٢- عمه: عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة وستأتي ترجمته في شيوخ المصنف.

٣- والده: أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة وستأتي ترجمته في شيوخ المصنف.

٤- شقيقه: محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري، قال ابن الأثير: رأس الحنفية ببخارى، وهو كان صاحبها على الحقيقة، يؤدي الخراج إلى الخطأ، وينوب عنهم في البلد، فلما حج لم تحمد سيرته في الطريق، ولم يصنع معروفًا، وكان قد أكرم ببغداد عند قدومه من بخارى، فلما عاد لم يلتفت إليه لسوء سيرته مع الحجاج، وسماه الحجاج صدر جهنم^(٣).

(١) آثار البلاد وأخبار العباد، لذكريا بن محمد بن محمود القزويني، دار صادر، بيروت، ص (٥١٠).

(٢) الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد، مير محمد كتب خانه، كراتشي (د.ط) (د.ت) (١/٣٢٠)، طبقات الحنفية للحنائي (٢/٩٢-٩٣).

(٣) الكامل في التاريخ، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن

- ٥- عمه: مسعود بن أحمد بن عبد العزيز الملقب بتاج الإسلام^(١).
- ٦- ابن عمه: عمر بن مسعود بن أحمد البرهاني برهان الإسلام مات ليلة السبت سابع عشر ذي الحجة سنة خمس عشرة وستمائة ودفن بمقبرة الصدور، وكان من الأئمة العلماء أوجد زمانه في الفضل وهو من الصدور رحمه الله تعالى^(٢).
- ٧- ابن ابن عمه: مُحَمَّد بن عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة شمس الدين أبو جعفر الإمام ابن الإمام تقدم وإليه وجده قال ابن النجار: من أهل بخاري وكان رئيسها وابن رئيسها، ومن أكابر أعيانها وفحول فقهاها المشهورين بالفضل والنبيل وله التقدّم عند الملوك والسلاطين^(٣).
- ٨- ابنه: عبد العزيز بن مُحَمَّد بن عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة^(٤).

* شيوخه:

إن الدرس الأول لأي دارس للعلم هو أن العلم لا يؤخذ إلا بالتلقي عن الشيوخ، وهو الدرس الذي وعاه الصحابة الكرام - رضي الله عنهم - فيما يخبرنا به عنهم حبر الأمة وترجمان القرآن ابن عباس قال: «وجدت عامة علم رسول الله ﷺ عند هذا الحي من الأنصار، فإن كنت لآتي باب أحدهم، فأقبل ببابه، ولو شئت أن يؤذن لي عليه لأذن لي؛ لقرايتي من رسول الله ﷺ، ولكن كنت أبتغي بذلك طيب نفسه»^(٥). ولهذا قالوا: «لا تحملوا العلم عن صحفي ولا تأخذوا القرآن من مصحفي»^(٦)؛ لأنه يتعذر على المتعلم أن يأخذ العلم وأن يفهمه فهماً جلياً من بطون الكتب وحدها، فلا بد من شيخ يرشده إلى طريق العلم والتعلم.

= عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (١٠/٢٥٠)، الجواهر المضية (٢/٨٤).

(١) الجواهر المضية (١/٣٢٠).

(٢) السابق (٢/١٦٧).

(٣) ينظر: السابق (٢/١٠٢).

(٤) ينظر: السابق (١/٣٢١).

(٥) ينظر: تدريب الراوي، للسيوطي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، منشورات المكتبة العلمية، بالمدينة المنورة، ط (٢)، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م (٢/١٢٣).

(٦) تصحيقات المحدثين، الحسن بن عبد الله بن سعيد العسكري، تحقيق: محمود أحمد ميرة، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ط (١)، ١٤٠٢هـ (١/٧).

وهو الدرس نفسه الذي لا شك أن العلامة محمود بن الصّدر السعيد قد وعاه وألزم نفسه به؛ إذ تلقى العلم عن جل المشايخ العلماء في عصره، وقد أشارت كتب السير إلى بعض مشايخه، ويمكن ذكر بعضهم وذلك فيما يلي:

١- والده: أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة الملقب بالصدر السعيد، وهو أخو عمر بن عبد العزيز، الملقب بالصدر الشهيد حسام الدين أخذ العلم عن والده الصدر الكبير، وهو أحد مشايخ صاحب «الهداية»، وأجازه برواية مسموعاته ومُستجازاته مُشافهة، بمدينة بخارى، وكتب ذلك بخطه، وكان من جملة ما حصل لصاحب «الهداية» منه، رواية كتاب السير لمحمد بن الحسن، من طريق شمس الأئمة السرخسي^(١).

٢- عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، أبو محمد المعروف بالصدر الشهيد، إمام الفروع والأصول، كان من كبار الأئمة وأعيان الفقهاء، من تصانيفه: الفتاوى الصغرى والكبرى، وشرح أدب القضاء للخصاف، وشرح الجامع الصغير، ولد سنة أربعمائة وثلاث وثمانين هجريًا، ورزقه الله الشهادة سنة خمسماية وست وثلاثين هجريًا في وقعة قطوان بسمرقند، ونقل جسده إلى بخارى وقد نص الحنائي في طبقاته على أنه من شيوخ البرهان الحنفي لكن يعكّر على هذا أن تاريخ وفاة عمه كان قبل ميلاد المصنف^(٢).

* تلاميذه:

ونظرًا إلى قدر علمه وبراعته وإتقانه وجهوده وحفظه ودراسته وتدريسه، واستفادته وإفادته، وخدماته للعلم الشريف نهل منه أبناء عصره لكن ضنت علينا كتب السير والأعلام بذكر عدد لا تُحصى لشيخنا من التلاميذ وأبرز ما جاء فيها:

(١) ينظر: الجواهر المضية (١/١٨٩-١٩١)، طبقات الحنفية لابن الحنائي (٢/١٣٠-١٣١)، كُتّاب أعلام الأخيار في فقهاء مذهب النعمان المختار، محمود بن سليمان الرومي الكفوي، بيروت، لبنان، ص (٣٤٣)، الطبقات السنّية في تراجم الحنفية، لتقي الدين عبد القادر التميمي، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلّو، هجر للطباعة والنشر، مصر (١/١١٣)، الفوائد البهية، ص (٢٤)، طبقات الحنفية، لطاش كبرى زادة، ص (٩٣).

(٢) ينظر: طبقات الحنفية (٢/١٢٧-١٢٩)، الفوائد البهية، ص (١٤٩)، الوافي بالوفيات، للصفدي، تحقيق: أحمد الأرنؤوط، وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، (د.ط)، ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م (٢٢/٣١٤).

- ولده: طاهر بن محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الملقب بصدر الإسلام كان من أعيان فقهاء الحنفية له اليد الطولى في الفروع والأصول، ومشاركة تامة في المعقول والمنقول، وله مصنفات كالفوائد والفتاوى^(١).

* مصنفاته:

رغم قلة المصادر التي حوت ذكر تصانيف الشيخ -رحمه الله- إلا أننا قد استطعنا أن نقف على بعض هذه التصانيف التي قد تلقفتها العلماء بالقبول، وأثنت عليه ثناء حسناً، ولعل ذلك القبول والثناء يرجع إلى مكانة الشيخ العظيمة في قلوب الفقهاء والعلماء، كما يرجع -أيضاً- إلى إخلاصه وورعه -رحمه الله تعالى-.

● ومن ذلك:

١- المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات، وقد طبع بدار الكتب العلمية بتحقيق عبد الكريم سامي الجندي.

٢- التجريد البرهاني وهو في فروع الحنفية^(٢).

٣- الفتاوى والواقعات^(٣).

٤- شرح كتاب الزيادات لمحمد بن الحسن الشيباني^(٤).

٥- شرح الجامع الصغير لمحمد بن الحسن^(٥).

٦- تتممة الفتاوى:

قال في الكشف: هذا كتاب جمع فيه الصدر الشهيد: حسام الدين ما وقع إليه من الحوادث، والواقعات، وضم إليها ما في الكتب من المشكلات، واختار في كل

(١) تاج التراجم، ص (٨٣)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للإمام علاء الدين أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، وأولاده، ط (٢) (٣٢١/١)، الفوائد البهية، ص (٨٥).
 (٢) كشف الظنون (١/٣٤٣)، الفوائد البهية، ص (٢٠٥).
 (٣) كشف الظنون (٢/١٢٨١)، الفوائد البهية، ص (٢٠٥).
 (٤) كشف الظنون (٢/٨٢٣)، الفوائد البهية، ص (٢٠٥).
 (٥) الفوائد البهية، ص (٢٠٥).

مسألة فيها روايات مختلفة، وأقويل متباينة، ما هو أشبه بالأصول، غير أنه لم يرتب المسائل ترتيباً. وبعد ما أكرم بالشهادة قام واحد من الأحداث بترتيبها، وتبويبها، وبني لها أساساً، وجعلها أنواعاً، وأجناساً، ثم إن العبد الراجي محمود بن أحمد بن عبد العزيز زاد على كل جنس ما يجانسه، وذيل على كل نوع ما يضاويه. انتهى^(١).

٧- شرح أدب القاضي للخصاف على مذهب أبي حنيفة^(٢).

٨- الفوائد: ذكره في كشف الظنون^(٣).

٩- الوجيز في الفتاوى: ذكره في الكشف وقال: وقيل هو لصاحب المحيط الرضوي^(٤).

١٠- الذخيرة البرهانية:

وهو كتاب ذخيرة الفتاوى المشهور: بـ «الذخيرة البرهانية»، وهو كتاب نفيس معتبر، اختصره من كتابه المشهور بـ «المحيط البرهاني» وكلاهما مقبول عند علماء المذهب، وسيأتي الكلام عليه مفصلاً.

* رتبته وثناء العلماء عليه:

كان الشيخ - رحمه الله - من بحور العلم الزاخرة، وبدور الهداية الزاهرة، والآية الباهرة في الورع والتقوى والعبادة الوافرة، فهو من حملة الشريعة، النافين عنها تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين.

فقد نشأ نشأة دينية كانت ذات أثر كبير في تكوينه، وكان أبوه وجده من العلماء، وأهل الورع والتقوى، فورث عنهما ذلك، واستحق به ثناء العلماء عليه.

قال حاجي خليفة: الشيخ، الإمام، العلامة^(٥).

وقال اللكنوي: كان من كبار الأئمة وأعيان فقهاء الأمة، إماماً ورعاً مجتهداً متواضعاً عالمًا كاملاً بحرًا زاخرًا حبرًا فاخرًا^(٦).

(١) كشف الظنون (١/٣٤٣)، الفوائد البهية، ص (٢٠٥).

(٢) كشف الظنون (١/٤٦)، الفوائد البهية، ص (٢٠٥).

(٣) كشف الظنون (٢/١٢٩٦).

(٤) السابق (٢/٢٠٠٣).

(٥) كشف الظنون (٢/١٦١٩).

(٦) الفوائد البهية ص (٢٠٥).

وقال الدهلوي: كانت له اليد الباسطة في الخلاف والباع الممتد في حسن الكلام ومعرفة الأدب^(١).

* سند المصنف في الفقه الحنفي:

يعد الإسناد في العلم من أهم أسباب المعرفة التي يعرف بها الباحث درجة الشيخ في العلم، فإسناد العلم لأهله، والقول لقائله ركن من أركان الدين، وعامل من عوامل الثقة في الأخذ عنه والافتداء به، ولهذا اشترط العلماء فيمن يقوم بالاجتهاد - وفي معناه التأليف - أن يعرف أسانيد السنة ومراسيلها، وأقويل السلف ومدى نسبتها^(٢)، وهذا يؤكد أهمية الإسناد وحرص الفقهاء عليه في مجال التأليف وقبول الفتوى، وفي هذا يقول ابن الصلاح^(٣): «لا يجوز لمن كانت فتواه نقلاً لمذهب إمامه إذا اعتمد على كتب أن يعتمد إلا على كتاب موثوق بصحته»^(٤).

وقد تقدم أن المصنف أخذ الفقه عن والده أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، وهو قد أخذه عن شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي^(٥) وأخذ

(١) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير، مؤلف الجامع الصغير: أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، ومؤلف النافع الكبير: محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٦هـ، ص (٢٠).

(٢) هو: عثمان بن عبد الرحمن بن موسى تقي الدين، أبو عمرو المعروف بابن الصلاح، ولد سنة سبع وسبعين وخمسائة. من أهل شهرزور، من علماء الشافعية، إمام عصره في الفقه والحديث وعلومه، وإذا أطلق الشيخ في علم الحديث فالمراد هو، كان عارفاً بالتفسير والأصول والنحو. من تصانيفه: مشكل الوسيط، والفتاوى، وعلم الحديث المعروف بمقدمة ابن الصلاح، توفي سنة ثلاث وأربعين وستمائة.

ينظر: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر خلكان، تحقيق: يوسف الطويل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م (٣/٢٤٣)، والوافي بالوفيات (٢٠/٢٦)، طبقات الشافعية، لابن هداية الله، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص (٨٤)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن العماد الحنبلي، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير (٧٧٤هـ)، دمشق، ط (١)، ١٤٠٦هـ (٥/٢٢١).

(٣) المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت (١/٨٠)، فتاوى ابن الصلاح، لعثمان بن عبد الرحمن، أبي عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ (١/٥٢)، معين الحكام، ص (٢٨).

(٤) الجواهر المضية (٢/٢٨).

السرخسي الفقه عن عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني الملقب شمس الأئمة^(١)، وأخذ الحلواني عن أبي علي الحسين بن الخضر النسفي^(٢) عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري^(٣) عن الأستاذ أبي محمد عبد الله بن محمد بن يعقوب السبذموني^(٤) عن محمد بن أحمد بن حفص فقيه بخارى^(٥) عن والده أبي حفص أحمد بن أبي حفص الكبير^(٦) عن محمد بن الحسن^(٧) عن أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى - .

* وفاته:

ذكر حاجي خليفة في الكشف في أكثر من موضع أن وفاته كانت سنة ٦١٦هـ^(٨). وقد تكون وفاة ابن مازة البخاري عند اجتياح التتار لمدينة بخارى في سنة (٦١٦هـ) فقد أعملوا فيها القتل والسلب والنهب والحريق، وكان يومًا عظيمًا فقد أصبحت بخارى خاوية على عروشها ما بقي بها أحد سوى بعض النساء والأطفال والشيوخ وهذا مما يرجح أن ابن مازة ممن قتل شهيدًا في هذا الاجتياح، والله تعالى أعلم.

* * *

-
- (١) الجواهر المضية (٣١٨/١).
 (٢) السابق (٢١١/١).
 (٣) الجواهر المضية (١٠٧/٢).
 (٤) السابق (٢٨٩/١).
 (٥) السابق (١٠/٢).
 (٦) السابق (٦٧/١).
 (٧) السابق (٤٣، ٤٢/٢).
 (٨) كشف الظنون (٨٢٣/١)، (١٦١٩/٢).

عنوان الكتاب ونسبته إلى مؤلفه

يعدُّ توثيق عنوان الكتاب ونسبته إلى مؤلفه من الأمور التي ينبغي على الباحث أن يهتم بها؛ إذ بها يتحقق من نسبة الكتاب إلى مؤلفه.
أولاً: نص المصنف على تسمية الكتاب:

يعد نص المصنف على تسمية الكتاب من أهم الطرق التي يتحقق بها تسمية الكتاب، وفي هذا الكتاب قد نص المصنف - رحمه الله - على تسميته؛ فقد ذكره في مقدمة كتابه «الذخيرة» فقال: وسميت المجموع بـ«الذخيرة» وشحنته بالفوائد الكثيرة، رجاء أن يصير لي ذخيرة في الآخرة يوم تحيا العظام النخرة. إذن فهذا هو اسم الكتاب، ومن المعلوم أن ما سمي به المؤلف كتابه هو الراجح في أسماء الكتب.

وقد قطعت فهارس الدور التي حوت هذه المخطوطات بصحة عنوان الكتاب. ومن الطرق المعتمدة أيضاً لتوثيق عنوان الكتاب ذكر أهل العلم له؛ فقد ذكره بالاسم ذاته العلامة القاسم بن قطلوبغا الحنفي في تاج التراجم ص (٣٥٢) فقال: برهان الإسلام: صاحب المحيط، والذخيرة.

وقال حاجي خليفة في كشف الظنون: «ذخيرة الفتاوى المشهورة: ب (الذخيرة البرهانية) للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، المتوفى: سنة ٦١٦ هـ اختصرها من كتابه المشهور ب (المحيط البرهاني) كلاهما مقبولان عند العلماء»^(١).

وقال اللكنوي في الفوائد البهية: «وقد طالعت الذخيرة وهو مجموع نفيس معتبر»^(٢).

وقال كحالة في معجم المؤلفين: «له الذخيرة»^(٣).
كما ذكر اسمه تصريحاً في مخطوط الذخيرة النسخة المحفوظة بمكتبة أحمد الثالث برقم (٨٤٨).

(١) (١/٨٢٣).

(٢) ص (٢٠٥).

(٣) (١٤٦/١٢).

ومما يقطع بصحة نسبة الكتاب إلى مؤلفه تواتر النقل عنه بين علماء الحنفية فقال نقل عنه:

- عثمان بن علي بن محجن الزيلعي في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق^(١).
- شهاب الدين أحمد بن محمد الشُّلبي في حاشيته على تبين الحقائق^(٢).
- محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين البابرقي في العناية شرح الهداية^(٣).
- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني في الجوهرة النيرة^(٤).
- محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني في البناية شرح الهداية^(٥).

- (١) (١٦/١)، ٦٦، ١٠٩، ١٢٧، ١٤٣، ١٤٤، ١٧٠، ٣٠٣، ٣٣٦، ٣٥١، (٣٨/٢)، ١٣٠، ١٣٥، ١٤٣، ١٥٩، ١٥٩، (١٩٢)، (٥٢/٣)، ٥٦، ٦٥، ١٣٦، ١٩٨، (٢٤٢)، (١٤٩/٤)، ١٨٦، ٢٢١، ٢٢٣، ٢٥٦، ٢٦٧، ٢٨٢، (٢٩٢)، (٦/٥)، ٥٠، ١٠٩، ١١٢، ١١٥، ١٢٥، ١٥٤، ٢٠٠، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٧، (٢٦٨)، (١١/٦)، ٤٩، ٧٢، ١١٢، ١٤٧، ٢١٦، (٢٢٨)، وغير ذلك كثير.
- (٢) (٢٧/١)، ٤٨، ١١٠، ١١٢، ١١٣، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١٢١، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٤٦، ١٥٠، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٣، ١٧٦، ١٧٧، ١٨٠، ١٨٨، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٤، ٢١٨، ٢٢٣، ٢٤١، ٢٥٣، ٢٥٧، ٢٦٢، ٢٧٩، ٢٨١، ٢٩٨، ٣٠٩، ٣١١، ٣١٦، ٣٢٤، (٣٣٩)، (٣/٢)، ٢٤، ٨٢، ٩٥، ٩٦، ١٠٧، ١٠٩، ١١١، ١١٥، ١٤١، ١٥٥، ٢١٩، (٢٤٥)، (١٨/٣)، ٥٤، ٩٠، ١١٠، ١١٦، ١٣٤، ١٥٤، ٢٩٨، ٣٠٤، ٣١٤، (٣٢٩)، (٩/٤)، ٢٤، ٤٣، ٧٠، ٩٦، ١٤٢، ١٦١، ١٩٠، ٢١٣، ٢٢٢، ٢٢٥، ٢٤٧، ٢٦١، ٢٧٠، ٢٨١، ٢٨٧، (٢٩٢)، (٩/٥)، ١١، ٥٦، ٧٧، ٨٢، ٨٨، ٩٦، ١١٣، ١١٤، ١٢٩، ١٤٤، ١٤٨، ٢٤٢، ٢٤٩، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩٥)، (٢٢٣)، ٢١٨، ١٨٧، ١٠١، ٦٩، ٦٨، ٣٣/٦)، وغير ذلك كثير.
- (٣) (١٤٥/١)، (٣٦٢)، ٣٥٥/٢)، (٢٢٣/٣)، (٢٢٩/٤)، ٣٣١، ٣٨٥، ٣٩٢، ٤١٤، (٤٢٦)، (٧٢/٥)، ١١٨، ٢٢٧، ٢٧٢، (٤٥٢)، (١٤٩/٦)، ١٧٤، ٢٢٥، ٣٩٨، ٤١٨، ٤٦٦، (٤٩١)، (٨٠/٧)، ١٩٩، ٣٠٠، ٣١٣، ٣١٨، ٣٨٤، ٣٩٢، (٤١٣)، (٤٦/٨)، ٦٠، ٧٤، ٧٥، ١٠٠، (٢٥٨)، وغير ذلك كثير.
- (٤) (٣/١)، ٢١، ٢٧، ٢٨، ٣٦، ٤٩، ٥٠، ٦٣، ٧٥، ٧٨، ٩٩، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٩، ١٥٢، ١٩٧، ٢١٥، ٢٢٠، ٢٢٦، ٢٤٦، ٢٧١، ٢٨٢، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٦، (٣٦٨)، (٢٧/٢)، ٣١، ٤١، ٥٠، ٧٨، ١٤٩، ١٧٠، ٢١٢، ٢١٧، ٢٢٦، ٢٢٨، ٢٣٦، ٢٤٦، ٢٧٩، (٢٨١).
- (٥) (١٤٨/١)، ١٨٥، ٢٢٦، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٨٠، ٢٨٦، ٢٨٧، ٣٦٢، ٣٨٢، ٣٩٠، ٣٩١، (٤١٥)، (٩٧/٢)، ٩٨، ١٣٠، ١٣١، ١٤٢، ١٤٤، ١٦١، ١٧٣، ١٧٥، ١٨٤، ٢٢٤، ٢٢٧، ٢٧١، ٢٩٤، ٣٠١، ٣١١، ٣١٩، ٣٤٩، ٣٥٤، ٤٠٤، ٤١٢ =

- أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشُّحْنَة في لسان
الحكام في معرفة الأحكام^(١).
- محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو في درر
الحكام شرح غرر الأحكام^(٢).
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ابن نجيم، في البحر الرائق شرح كنز
الدقائق^(٣).
- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم، في النهر الفائق شرح كنز الدقائق^(٤).

- = ٤١٣ ، ٤١٩ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، (٨/٣) ، ١٤ ، ٢٤ ، ٣٨ ، ٥٧ ، ٧١ ، ٩٤ ،
١٠٤ ، ١١٧ ، ١٥٦ ، ١٥٩ ، ١٧١ ، ١٧٦ ، ١٨٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ،
٢١٨ ، ٢٢١ ، ٢٢٨ ، ٢٣٨ ، ٢٤٢ ، (٥٢/٤) ، ٦٣ ، ٦٧ ، ٧٦ ، ٨٢ ، ٩٠ ، ١٤٣ ، ١٨٠ ،
٢١٥ ، ٢٦٧ ، ٢٧٠ ، ٢٨٧ ، ٣٠٢ ، ٣٢٥ ، ٤٠١ ، ٤٣٩ ، ٤٤٥ ، ٤٦١ ، ٤٧١ ، (٨/٥) ،
١٧ ، ٢٦ ، ٣٣ ، ٤٦ ، ١٠٦ ، ١١٦ ، ١٤٨ ، ١٧١ ، ١٧٤ ، ١٨٠ ، ٢٠٠ ، ٢٦٣ ، ٣٤٩ ،
٣٥١ ، ٤٣٠ ، ٤٣٦ ، ٥٠٤ ، ٦١٠ ، ٦٦١ ، ٦٦٧ ، ٦٧٤ ، (٦) ، ١٢٨ ، ١٤٦ ، ١٧٣ ،
١٧٧ ، ٢٠٠ ، ٢٩٨ ، ٣١٨ ، ٣٦٦ ، (٤٥/٧) ، ١١٢ ، ٣١٦ ، ٣٣٩ ، ٣٤٦ ، ٣٥٦ ، ٣٩٥ ،
٤٣٦ ، (١٩/٨) ، ٣١ ، ٣٦ ، ٤١ ، ٨٩ ، ٩١ ، ١٠٢ ، ١٦٠ ، ٢٠٥ ، ٢٨٠ ، ٢٩٠ ، ٣٠٤ ،
٣٤٤ ، ٤٢٤ ، (٤٥٠) ، ٢٨/٩) ، ٢٩ ، ٣٦ ، ٤١ ، ٥٠ ، ٥٣ ، ٦٠ ، ٨٦ ، ١٢٣ ، ١٤٤ ،
١٤٦ ، ١٤٨ ، ١٥٥ ، ١٥٨ ، ٢١٧ ، (٢٤٥) ، (٩/١٠) ، ٤١ ، ٤٦ ، ٧٢ ، ١٠٤ ، ١١٩ ،
١٦٩ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٩١ ، ١٩٣ ، ٢١٢ ، ٢٢٩ ، ٢٣٨ ، ٢٤٥ ، ٢٥٣ ، ٢٧٣ ، ٢٩٥ ،
٣٧٤ ، (٤١٥) ، (٢٤/١١) ، ٤٤ ، ٥٠ ، ١٢٦ ، ١٤٦ ، ١٥٢ ، ١٥٤ ، ١٩٠ ، ٢١٨ ، ٢٦٣ ،
٢٨٧ ، ٣٢٤ ، ٣٦٣ ، ٣٩١ ، ٤٥١ ، ٤٥٣ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، (٤٦١٠) ، وغير ذلك كثير.
- (١) ٢٢٧/١) ، ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٢٥١ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٤١ ، ٢٧٣ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ،
٢٨٧ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، (٢٩٤) ، وغير ذلك كثير.
- (٢) ١٩/١) ، ٣٧ ، ٤٤ ، ٧٨ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، (٣١٠) ، (١٣٩/٢) ، ١٧٥ ، ٢٠٩ ،
٢١٠ ، ٢٢٦ ، ٣٢٥ ، ٣٣٠ ، ٣٣١ ، ٣٤٧ ، ٣٥٥ ، (٤٢٣) ، وغير ذلك كثير.
- (٣) ٣/١) ، ١٨ ، ٣٤ ، ٣٩ ، ٤٥ ، ٥٥ ، ٥٧ ، ٦٥ ، ٨٨ ، ١٠١ ، ١٠٩ ، ١١٣ ، ١٣٢ ، ١٩٧ ،
١٩٨ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥١ ، ٢٩٠ ، ٢٩٨ ، (٣٠٢) ، (٥/٢) ، ٢٧ ، ٣٣ ، ٤٤ ، ٦٧ ، ٨٣ ،
٨٨ ، ١٠٤ ، ١٢١ ، ١٧٧ ، ٢٤٦ ، ٢٩٣ ، ٣٢٣ ، ٣٢٧ ، (٣٤١) ، (٨٦/٣) ، ٨٩ ، ٩٠ ،
٩١ ، ٩٣ ، ٩٨ ، ١٠٦ ، ١١٤ ، ١٢٠ ، ١٣١ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٩ ، ١٤٣ ، ١٤٦ ، ١٥٣ ،
١٥٨ ، ١٧٥ ، ١٨٧ ، ٢٠٠ ، ٢٤ ، ٢٧٩ ، ٢٨٦ ، (٣٠٢) ، (٤/٤) ، ١٠ ، ٥٠ ، ٨٠ ، ١٣٠ ،
١٤٢ ، ١٥٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٢ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، (٢٠٢) ، وغير ذلك كثير.
- (٤) ٢٦/١) ، ٨٦ ، ٩١ ، ١٠٣ ، ١٢٢ ، ١٤٥ ، ١٨٦ ، ١٩٠ ، ١٩٢ ، ٢١٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٥ ،
٢٤٤ ، ٢٥٦ ، ٢٧٦ ، ٣٠٨ ، ٣٢٧ ، (٤٦٥) ، (٩/٢) ، ٤٧ ، ٨٣ ، ١١٥ ، ١٨٩ ،
١٩٢ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢١١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٥ ، ٢٢٩ ، ٢٣٧ ، ٢٥١ ، ٢٧١ ، ٣٣٣ ، ٣٦٤ ،

- غانم بن محمد البغدادي الحنفي، أبو محمد، في مجمع الضمانات^(١).
- حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري، في مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح^(٢).
- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، في مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر^(٣).
- محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحصكفي، في الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار^(٤).
- أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح^(٥).
- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، في رد المحتار على الدر المختار^(٦).

- = ٣٧٢، ٤٠٩، ٤٣٦، ٥٠٥، ٥٠٨، ٥١١، ٥١٤، (٣٠/٣)، ٥٣، ٦١، ٦٦، ٨٠، ٩٧، ١٠٧، ١٦٨)، وغير ذلك كثير.
- (١) ٢٠/١، ٣٠، ٣٥، ٥٣، ٧٧، ٨٢، ٩٠، ١٢٦، ١٤٢، ١٥٨، ٢١٣، ٢٨٥، ٣١٨، ٣١٩، ٣٨٤).
- (٢) ٩٥/١، ٩٧، ١٢٨، ٢١٩)، وغير ذلك كثير.
- (٣) ٤٠/١، ٦٠، ٦١، ٨٢، ٨٨، ٩٣، ٩٤، ١٠٣، ١٦٧، ١٧٨، ٢٥٧، ٢٧١، ٣١٨، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٧، ٣٣٩، ٣٤١، ٣٥٨، ٤٢٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩٨)، وغير ذلك كثير.
- (٤) ٤١/١، ١٠١، ١٤٥، ١٥٠، ١٨٠، ١٨٣، ٢٦١، ٢٦٦، ٢٧٥، ٢٨٢، ٢٩٩، ٣١٥، ٣٢٢، ٣٤٣، ٣٧٢، ٣٧٩، ٤٠٨، ٤٣٠، ٤٣١، ٥٨١، ٥٨٧)، وغير ذلك كثير.
- (٥) ١٢٠/١، ١٢٤، ١٣٦، ١٤٣، ١٧٣، ٢١٩، ٢٢١، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٤٠، ٢٦٦، ٢٧٠، ٢٧٧، ٢٨٩، ٣٠٥، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٥٣، ٣٧٩، ٣٨٢، ٣٨٦، ٤٠٥، ٤٧٧)، وغير ذلك كثير.
- (٦) ٨١/١، ٩٦، ١١٢، ١٢٩، ١٤٢، ١٦٠، ١٧٣، ١٨٧، ٢٠١، ٢١٠، ٢١٨، ٢٥٠، ٣٣٢، ٣٤٨، ٣٥٤، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦٧، ٤٧٩، ٤٨٦، ٤٨٩، ٤٩١، ٤٩٤، ٥١٢، ٥١٣، ٣٧/٢، ٣٩، ٤٧، ٦١، ٦٩، ٧٩، ٩٢، ٩٥، ١١٨، ١٢٧، ١٥٣، ٢٣٤، ٣٣١، ٣٣٧، ٤٦٦، ٤٧٢، ٥٤٨)، (١٥/٣)، ٢٢، ٣٢، ٥٦، ٦٠، ٦٧، ٧٣، ٨٩، ٩٢، ١١٥، ١٢٢، ١٤٥، ١٧٧، ٢٤٩، ٢٥٦، ٢٦٧، ٢٨٢، ٢٩٠، ٣١٠، ٣١٦، ٣٢٧، ٣٥٨، ٣٨٧، ٤٥٣، ٤٥٧، ٤٦٤، ٥٧٢، ٥٨٠، ٥٨٨، ٥٩٤)، (٨٤/٤)، ٨٧، ٩٣، ١٢٧، ١٣٦، ١٥٢، ١٩٣، ٢١٤، ٢٧٤، ٣٣٣، ٣٥٦، ٣٧٩، ٣٩٩، ٤٤٧، ٤٩٢، ٥١٥، ٥٣٣)، وغير ذلك كثير.

- عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني، في اللباب في شرح الكتاب^(١).
- محمد عبد الحي بن محمد عبد الحلیم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات، في النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير^(٢).
- علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين، في قرة عين الأختيار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بآخر رد المحتار)^(٣).
- وبهذا نطمئن لنسبة الكتاب إلى مؤلفه، وأنه معروف مشهور به.



(١) (٢/١٥، ٢٢، ٥١، ٩٠، ٩٣، ١٠٠، ١٠٥، ١٠٩، ١٤٤، ١٤٨، ١٥٠، ٢١٦، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٣٠)، (٣/٨٢، ١٧٠، ١٧٤، ٢٠٨، ٢٣٥)، (٤/٦٢، ١٠٥)، وغير ذلك كثير.

(٢) ص (٩٩).

(٣) (٧/٥، ٢١، ٢٨، ٢٩، ٣٨، ٤٢، ٤٧، ٧٥، ٨٨، ٩٠، ٩٧، ١١٨، ١٦١، ١٦٨، ١٧٧، ١٨٣، ٢٠٤، ٢٨٤، ٢٩١، ٣٠٥، ٣١٣، ٣١٧، ٣٤٣، ٣٤٦، ٣٥٠)، (٨/٢٢، ٣١، ٦٢، ١٠٥، ١٠٩، ١١٢، ١١٤، ١٢٦، ١٣٤، ١٥٣، ١٦٦، ١٧٢، ١٧٨، ٢٢٢، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٧١، ٢٧٦، ٢٨٤، ٣٣٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٤٠٠، ٤٤١، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٢، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٧٦، ٤٨١، ٤٨٤، ٤٩٠، ٤٩٢، ٤٩٣، ٥٠١) وغير ذلك كثير.

أهمية الكتاب العلمية

تميزت الذخيرة للشيخ بقيمتها العلمية الكبيرة وأثرها البالغ في التصنيف الفقهي؛ ولم يقتصر تأثيرها على بقعة بعينها من العالم الإسلامي دون سواها، بل امتد تأثيرها ليشمل كافة أرجاء العالم الإسلامي، بل تعدى ذلك فامتد إلى خارج أرجاء العالم الإسلامي، فله وجوه كثيرة من الأهمية وثقل الاعتبار والقيمة الفقهية في المذهب، لعل أقربها إلى النظر ما تشهد به الوفرة الوفرة من نقل علماء المذهب المتأخرين عنه، وانكبابهم على درسه فيما أبدى من تصحيحات للفروع الفقهية واجتهاداته في النوازل والفتاوى.

ومن ثمّ يتضح أهميته فيما يلي:

أولاً: أن مؤلفه علّم لأمم، وفارس متمكن من فرسان هذا العلم، كما سبق ذكره في الترجمة الخاصة بمكانته العلمية.

ثانياً: أن المؤلف قد استخلصه من مصادر عدة أصبح كثير منها مفقوداً حتى الآن.

ثالثاً: التحري الشديد في النقل من الكتب الأخرى، فإنه كان ينص على ذلك في أول النقل.

رابعاً: كثرة النقول عنه، فقد نقل جل فقهاء الحنفية في كتبهم وقد تقدم بيان ذلك عند ذكر نسبة الكتاب إليه.

ومما يؤكد أهمية الكتاب اشتماله على كافة الأحكام والفروع الفقهية، فنراه قد قسم الكتاب إلى كتب وفصول اشتملت على فصل للمتفرقات.

أما الكتب فقد تضمن الكتاب الكتب التالية:

* كتاب الطهارة: وقد اشتمل على سبعة عشر فصلاً وهي كالتالي:

الفصل الأول: في المياه التي يجوز التوضؤ بها، والتي لا يجوز.

الفصل الثاني: في مسائل الوضوء.

الفصل الثالث: في مسائل الاغتسال.

الفصل الرابع: في بيان ما يتم الوضوء والغسل به وما لا يتم.

الفصل الخامس: في المريض إذا عجز عن الوضوء.

- الفصل السادس: في التيمم.
- الفصل السابع: في المسح على الخفين.
- الفصل الثامن: في المسح على الجبائر، وعصابة المفتصد.
- الفصل التاسع: في الحيض والاستحاضة وأصحاب الأعذار.
- الفصل العاشر: في الرجل يخبر غيره بالوضوء أو بالحدث وفي وقوع الشك في الوضوء وفي الحدث.
- الفصل الحادي عشر: في معرفة الأعيان النجسة وغسلها.
- الفصل الثاني عشر: في تطهير النجاسات.
- الفصل الثالث عشر: في الخف والنعل إذا أصابته النجاسة.
- الفصل الرابع عشر: في عرق الحمار والبغل وسؤرهما، وسؤر الفرس والهرة.
- الفصل الخامس عشر: في المتفرقات.
- الفصل السادس عشر: في قراءة القرآن والمصاحف.
- الفصل السابع عشر: في المساجد.
- * كتاب الصلاة: هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان الأحكام التي تتعلق بشروط الصلاة قبل الشروع فيها.
- الفصل الثاني: في بيان الأحكام المتعلقة بشروط الصلاة عند الشروع فيها وبعد الشروع فيها.
- الفصل الثالث: في مسائل الأذان.
- الفصل الرابع: فيما يفعله المصلي في صلاته بعد الافتتاح.
- الفصل الخامس: في الجمع بين المسبوق واللاحق.
- الفصل السادس: في بيان ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته وما لا يكره.
- الفصل السابع: في بيان ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها.
- الفصل الثامن: في بيان من يصح الاقتداء به ومن لا يصح وفي بيان تغير حال المصلي إماماً كان أو مقتدياً أو منفرداً وفي بيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع.
- الفصل التاسع: في المرور بين يدي المصلي.
- الفصل العاشر: في النوافل وفواتها عن وقتها وفي التراويح والوتر والقنوت.

الفصل الحادي عشر: في بيان المكان الذي يأتي فيه الرجل بالسنن .
 الفصل الثاني عشر: فيمن سلم وعليه شيء من أفعال الصلاة وفي ارتفاع بعض
 أفعال الصلاة .

الفصل الثالث عشر: في السهو في الصلاة .
 الفصل الرابع عشر: في مسائل الشك وفي الاختلاف الواقع بين الإمام والمأموم .
 الفصل الخامس عشر: في الفوائت .
 الفصل السادس عشر: في سجدة التلاوة .
 الفصل السابع عشر: في صلاة المسافرين .
 الفصل الثامن عشر: في الحدث والاستخلاف .
 الفصل التاسع عشر: في الجمعة، والعيدين، والصلاة بعرفات، وتكبيرات
 التشريق .

الفصل العشرون: في صلاة المريض والمجنون والمغمى عليه .
 الفصل الحادي والعشرون: في الصلاة على الدابة .
 الفصل الثاني والعشرون: في العراة إذا صلوا .
 الفصل الثالث والعشرون: في صلاة الخوف، والكسوف والخسوف،
 والاستسقاء .

الفصل الرابع والعشرون: في الرجل يصلي ومعه شيء من النجاسات .
 الفصل الخامس والعشرون: في الجنائز .
 الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات .
 * كتاب الزكاة، هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:
 الفصل الأول: في بيان مال الزكاة .
 الفصل الثاني: إذا كان المؤدى أنقص من الواجب .
 الفصل الثالث: في الرجل الذي له سائمة للتجارة .
 الفصل الرابع: في صدقة الفصلان والحملان والعجاجيل .
 الفصل الخامس: في جواز صرف الزكاة على وجه دون وجه .
 الفصل السادس: في تصرف الرجل في مال الزكاة بعد الحول .

- الفصل السابع: في انقطاع حكم الحول وعدم انقطاعه.
- الفصل الثامن: في هبة رب الدين الدين من مديونه وتصدقه عليه.
- الفصل التاسع: في المسائل التي تتعلق بمن يوضع فيه الزكاة.
- الفصل العاشر: في المتفرقات.
- * كتاب العشر والخراج.
- * كتاب الصوم: هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:
- الفصل الأول: في النية.
- الفصل الثاني: في الشهادة على رؤية الهلال.
- الفصل الثالث: في بيان ما يفسد الصوم، وما لا يفسد الصوم، وما يوجب القضاء والكفارة، وما يوجب القضاء دون الكفارة.
- الفصل الرابع: في بيان ما يكره من الصيامات، وما لا يكره.
- الفصل الخامس: في المجنون والمغمى عليه.
- الفصل السادس: فيما يكره للصائم أن يفعله.
- الفصل السابع: في العذر الذي يجوز معه الفطر.
- الفصل الثامن: في صدقة الفطر.
- الفصل التاسع: في الاعتكاف.
- * كتاب الحج: هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان من يجب عليه الحج ومن لا يجب عليه.
- الفصل الثاني: في المأمور بالحج عن الغير.
- الفصل الثالث: في وقت الحج والعمرة.
- الفصل الرابع: في الطواف والسعي.
- الفصل الخامس: في الجمع بين الظهر والعصر، وفي الجمع بين المغرب والعشاء بمزدلفة.
- الفصل السادس: في بيان الأفضل في الحج.
- الفصل السابع: في معرفة فئات الحج.
- الفصل الثامن: في ارتكاب محظورات الإحرام.
- الفصل التاسع: في الوقوف بعرفة والشهادة عليه.

- الفصل العاشر: في الوصية بالحج .
- الفصل الحادي عشر: في المتفرقات .
- * كتاب النكاح: هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا:
- الفصل الأول منها في: الألفاظ التي ينعقد بها النكاح وما لا ينعقد .
- الفصل الثاني: في المخالفة بين الإيجاب والقبول .
- الفصل الثالث: في شروط الخيار في النكاح وإضافته إلى المستقبل .
- الفصل الرابع: في بيان ما يكون إجازة للنكاح وما لا يكون .
- الفصل الخامس: في معرفة الأولياء .
- الفصل السادس: في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية والإشارة .
- الفصل السابع: في الشهادة على النكاح .
- الفصل الثامن: في الوكالة في النكاح .
- الفصل التاسع: في الكفاءة .
- الفصل العاشر: في نكاح الصغار والصغائر وتسليم المرأة وتصرف الولي في المهر .
- الفصل الحادي عشر: في نكاح الأبكار وسكوتهن وما يتصل بذلك .
- الفصل الثاني عشر: في النكاح الموقوف .
- الفصل الثالث عشر: في انتقال الإجازة وعدم انتقالها .
- الفصل الرابع عشر: في المهور .
- الفصل الخامس عشر: في دعوى النكاح والخصومة الواقعة فيه وإقامة البينة عليه .
- الفصل السادس عشر: في اختلاف الزوجين في صحة العقد وفساده وما يتصل بذلك .
- الفصل السابع عشر: في اختلاف الأمة إذا أعتقت بعد ما زوجت .
- الفصل الثامن عشر: في بيان ما يجوز من الأنكحة وما لا يجوز .
- الفصل التاسع عشر: في بيان أسباب التحريم .
- الفصل المكمل عشرين: في النكاح الفاسد .

الفصل الحادي والعشرون: في بيان ما للزوج أن يفعل وما لا يفعل وفي بيان ما للمرأة أن تفعل وما لا تفعل .

الفصل الثاني والعشرون: في العنين والمحبوب والخصي والصبي والمعتوه .

الفصل الثالث والعشرون: في الحضانة والانتقال بالولد .

الفصل الرابع والعشرون: في المطلقة بثلاث تطليقات .

الفصل الخامس والعشرون: في النكاح بالكتابة والرسالة مع الغائب .

الفصل السادس والعشرون: في مسائل الغزل والجهاز وهدية العدة .

* كتاب الطلاق: هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا:

الفصل الأول: في بيان الطلاق السني وغير السني .

الفصل الثاني: في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع .

الفصل الثالث: في إيقاع الطلاق .

الفصل الرابع: في الكنايات .

الفصل الخامس: فيما يكون جوابا في الطلاق والخلع وما لا يكون وما يكون

إقرارًا بالحرمة وما لا يكون .

الفصل السادس: في إضافة الطلاق إلى الأوقات .

الفصل السابع: في بيان من يدخل تحت قوله أملكه وفي بيان صفة هذه الصيغة

أنها للحال أو للاستقبال .

الفصل الثامن: في كلمة (في) .

الفصل التاسع: في كلمة (بعد) و(قبل) و(مع) .

الفصل العاشر: في التعليقات .

الفصل الحادي عشر: في إيقاع الشك في الطلاق أو عدده وفي ضم غير امرأته

إلى امرأته في الإيجاب المبهم .

الفصل الثاني عشر: في بيان ما يلحق العدد بالإيقاع .

الفصل الثالث عشر: في العطف على الإيقاع بعد السكوت .

الفصل الرابع عشر: في إيقاع الطلاق على المبانة والمطلقة بصريح الطلاق .

الفصل الخامس عشر: في تفويض الطلاق إليها أو إلى أجنبي .

الفصل السادس عشر: في الاستثناء في الطلاق .

- الفصل السابع عشر: في دعوى المرأة الفرقة على الزوج بالردة أو بالطلاق .
- الفصل الثامن عشر: في إيقاع الطلاق على مال .
- الفصل التاسع عشر: في الخلع .
- الفصل المكمل عشرين: في مسائل العدة .
- الفصل الحادي والعشرون: في معرفة حد البلوغ .
- الفصل الثاني والعشرون: في طلاق المريض .
- الفصل الثالث والعشرون: في مسائل الرجعة .
- الفصل الرابع والعشرون: في الإيلاء .
- الفصل الخامس والعشرون: في اللعان .
- الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات .
- * كتاب النفقات: هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:
- الفصل الأول: في نفقة الزوجات .
- الفصل الثاني: في نفقة المطلقات .
- الفصل الثالث: في نفقة ذوى الأرحام .
- الفصل الرابع: في نفقات أهل الكفر .
- الفصل الخامس: في نفقة المماليك .
- * كتاب العتاق: هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:
- الفصل الأول: في الألفاظ التي يقع بها العتق، والتي لا يقع .
- الفصل الثاني: في تعليق العتق .
- الفصل الثالث: في شراء بعض العبد وفي بيع نفسه .
- الفصل الرابع: في تفويض العتق إلى الغير .
- الفصل الخامس: في أمر الرجل غيره بإعتاق عبده ينزل على الأمر .
- الفصل السادس: في المدبر والمكاتب وأم الولد .
- الفصل السابع: في الشهادة على العتق .
- الفصل الثامن: في إعتاق العبد المشترك .
- الفصل التاسع: في المتفرقات .

* كتاب المكاتب: هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:
 الفصل الأول: في بيان شرط جواز الكتابة وحكمها والألفاظ التي تقع بها
 الكتابة.

الفصل الثاني: في بيان ما تصح الكتابة به وما لا تصح.
 الفصل الثالث: في الشرط والخيار في الكتابة.
 الفصل الرابع: في عجز المكاتب وفسخ الكتابة بسبب عجزه.
 الفصل الخامس: في بيان ما يملك المكاتب وما لا يملك.
 الفصل السادس: في ملك المكاتب ولده أو بعض ذي رحم محرم أو امرأته،
 وفي المكاتب يموت عن وفاء وفي أولاد المكاتب.

الفصل السابع: في العبد الذي يكون بين رجلين فكاتبه أحدهما.
 الفصل الثامن: في الرجل يكاتب شقص مملوكه.
 الفصل التاسع: في الاختلاف الواقع بين المولى وبين المكاتب.
 * كتاب الولاء: هذا الكتاب يشتمل على أربع فصول:

الفصل الأول: في ولاء العتاقة.
 الفصل الثاني: في ولاء الموالاتة.
 الفصل الثالث: في الإقرار بالولاء.
 الفصل الرابع: في الاستحلاف في هذا الباب.

* كتاب الأيمان: هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:
 الفصل الأول: في ألفاظ اليمين.
 الفصل الثاني: في أنواع اليمين.
 الفصل الثالث: في اليمين إذا جعل لها غاية.

الفصل الرابع: في الشرط الذي يحمل على معناه دون لفظه، وما يعتبر فيه
 اللفظ.

الفصل الخامس: في الرجل يحلف فينوي التخصيص.
 الفصل السادس: تقييد اليمين المطلقة بالدلالة.
 الفصل السابع: في العطف على اليمين بعد السكوت.
 الفصل الثامن: في الرجل يحلف على شيء فيتغير عن حاله.

- الفصل التاسع: في الجمع بين الحقيقة والمجاز.
- الفصل العاشر: في الجمع المضاف إلى الجمع أو إلى الواحد.
- الفصل الحادي عشر: في عموم النكرة وخصوصها.
- الفصل الثاني عشر: في تعليق الحكم بالجمع المنكر والمعرف.
- الفصل الثالث عشر: في الحلف على الأقوال.
- الفصل الرابع عشر: في الحلف على العقود.
- الفصل الخامس عشر: في الحلف على الأفعال.
- الفصل السادس عشر: في الأيمان على الأفعال في المكان والزمان.
- الفصل السابع عشر: في اليمين التي تكون على الحياة دون الموت والتي تكون عليهما.
- الفصل الثامن عشر: في الحلف على ما يفعله الرجل لغيره.
- الفصل التاسع عشر: في الحلف على ما يقع على الملك القائم، وما يقع على الملك الحادث، وما يقع عليهما.
- الفصل المكمّل عشرين: في اليمين التي تكون على ما في ملك الحالف إلى وقت لم يبطل وإن لم يسم الوقت.
- الفصل الحادي والعشرون: في الرجل يحلف ألا يفعل الشيء فبأمر غيره.
- الفصل الثاني والعشرون: في اليمين على الأوقات.
- الفصل الثالث والعشرون: في الحلف بعق أول عبد يملكه.
- الفصل الرابع والعشرون: في النذور والكفارات.
- الفصل الخامس والعشرون: في المتفرقات.
- الفصل السادس والعشرون: في معرفة صفات الإنسان.
- * كتاب الحدود: هذا الكتاب يشتمل على ثمان فصول:
- الفصل الأول: في معرفة الإحصان الذي هو شرط وجوب الرجم.
- الفصل الثاني: في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي.
- الفصل الثالث: فيما يوجب الحد من الوطء وما لا يوجبه.
- الفصل الرابع: في كيفية إقامة الحد.
- الفصل الخامس: في مسائل القذف.

الفصل السادس: في التعزير.

الفصل السابع: في مسائل شرب الخمر.

الفصل الثامن: في المتفرقات.

* كتاب السرقة: هذا الكتاب يشتمل على ثمانية فصول:

الأول: في بيان الشروط التي لا بد منها لوجوب القطع، وإنها كثيرة.

الفصل الثاني: في رد السرقة على المالك.

الفصل الثالث: في ظهور السرقة.

الفصل الرابع: في قطع الطريق.

الفصل الخامس: في بيان أنه متى يسع قتل الهاجم واللص ومن بمعناهما؟

الفصل السادس: فيما إذا قطعت يد السارق والسرقة قائمة في يده أو هلكت.

الفصل السابع: في السرقة من غير المالك.

الفصل الثامن: في المتفرقات.

* كتاب السير: هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في صفة الجهاد.

الفصل الثاني: في بيان شرط جواز القتال مع الكفرة.

الفصل الثالث: في الفرار من الزحف.

الفصل الرابع: في بيان من يجوز له الخروج إلى الجهاد ومن لا يجوز.

الفصل الخامس: في بيان من يجوز قتله من المشركين ومن لا يجوز.

الفصل السادس: في بيان ما ينتهي به الأمر بالقتال.

الفصل السابع: في إدخال الغزاة النساء مع أنفسهم في دار الحرب وفي إدخالهم

المصحف مع أنفسهم في دار الحرب وفي اتخاذ أهل الثغور الذراري والنساء

وإمساكهن إياهن في الثغور.

الفصل الثامن: في الجعائل.

الفصل التاسع: في بعث السرايا.

الفصل العاشر: فيما يجب من طاعة الإمام وما لا يجب.

الفصل الحادي عشر: في مسائل الأمان.

الفصل الثاني عشر: في نبذ الأمان.

الفصل الثالث عشر: في المسلمين تدخل الأشياء في دار الحرب.

الفصل الرابع عشر: في مفاداة الأسراء بالأسراء.

الفصل الخامس عشر: في الأنفال.

الفصل السادس عشر: في الوالي إذا احتاج إلى إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام ومعه دواب من الغنيمة أو من بيت المال، أو كان مع كل واحد من الغانمين فضل دابة أو كان مع بعضهم أو لم يكن فضل دابة أصلاً، وما يحل فعله في دار الحرب لضرورة.

الفصل السابع عشر: في الحربي يملك حربياً آخر بالقهر والغلبة وفي بيع الحربي ولده الصغير.

الفصل الثامن عشر: في بيان أحكام أهل الذمة وأهل الشرك.

الفصل التاسع عشر: في المعاملة تجري بين المسلم والحربي في دار الحرب، وبين المسلمين في دار الحرب.

الفصل العشرون: في أحكام أهل البغي والخوارج.

الفصل الحادي والعشرون: في بيع الغنائم وما يتصل به.

الفصل الثاني والعشرون: في المحصورين إذا طلبوا من الأمير الذي حاصرهم أن يسلموا أو يصيروا ذمة، ورأى الإمام أن يقاتلهم.

الفصل الثالث والعشرون: في المسلم يقتل أسيراً، وفي المسلم يقتل أصحابه فيما يقاتل.

الفصل الرابع والعشرون: في السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه على دعوى النكاح وما لا يصدق.

الفصل الخامس والعشرون: في مسائل المرتدين وأحكامهم.

الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات.

* كتاب الاستحسان: هذا الكتاب يشتمل على أربعة وثلاثين فصلاً:

الفصل الأول: في العمل بخبر الواحد.

الفصل الثاني: في العمل بغالب الرأي.

الفصل الثالث: في الصلوات، وقراءة القرآن، والذكر، والدعاء، ورفع الصوت

عند ذلك، والصلاة على النبي ﷺ.

الفصل الرابع: في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه يعني من القرآن الكريم، أو اسم الله تعالى.

الفصل الخامس: في سجدة الشكر.

الفصل السادس: في المسابقة.

الفصل السابع: في السلام وتشميت العاطس.

الفصل الثامن: في مسائل النظر والمس.

الفصل التاسع: في مسائل اللبس.

الفصل العاشر: في استعمال الذهب والفضة.

الفصل الحادي عشر: في مسائل الأكل وما يتصل به.

الفصل الثاني عشر: في النهبة ونثر الدراهم والسكر.

الفصل الثالث عشر: في الكسب.

الفصل الرابع عشر: في زيارة النساء القبور، وفي نقل الميت من مكان إلى مكان.

الفصل الخامس عشر: في أهل الذمة، والأحكام العائدة إليهم.

الفصل السادس عشر: في الهدايا والضيافات.

الفصل السابع عشر: في الغناء واللهو والأمر بالمعروف.

الفصل الثامن عشر: في المعالجة والتداوي.

الفصل التاسع عشر: في العزل وقت المجامعة، أو في الماء بعد ما وصل إلى الرحم.

الفصل المكمل عشرين: في الختان، والخصاء، وقلم الأظفار، وتطويلها، وقص الشوارب، ووصل المرأة شعر غيرها بشعرها.

الفصل الحادي والعشرون: في الزينة واتخاذ الخادم للخدمة.

الفصل الثاني والعشرون: في قتل الرجل المسلم والده المشرك، ومن بمعناه، وقتله محارمه.

الفصل الثالث والعشرون: في دخول النساء الحمام، وفي ركوبهن على السروج.

الفصل الرابع والعشرون: في تعليق الأجراس بالدواب، وما يتصل بذلك.

الفصل الخامس والعشرون: في الحسد والغبطة.

- الفصل السادس والعشرون: في ما يشق من جراحات بني آدم والحيوانات.
- الفصل السابع والعشرون: في البياعات وبيع المزايدة.
- الفصل الثامن والعشرون: في الرجل يسافر بغير إذن الوالدين، ويدخل فيه الركوب في البحر للتجارة، والدخول في دار الحرب بأمان للتجارة.
- الفصل التاسع والعشرون: في المرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وفي المرأة تتزوج ولها زوج، وما يتصل به.
- الفصل المكمل ثلاثين: في ملاقة الملوك، والتواضع لهم، وتقبيل أيديهم أو أيدي غيرهم، وما يتصل بذلك، والخروج على السلطان الجائر لدفع جوره.
- الفصل الحادي والثلاثون: في الدخول دار الغير، والمرور، والصلوات فيها، وفي المرور في الطريق المحدث، وفي المرور في الطريق الذي يجده في المقبرة.
- الفصل الثاني والثلاثون: في تصرف الرجل في الأعيان المشتركة شركة خاصة، وشركة عامة.
- الفصل الثالث والثلاثون: في الديون والظلمات وأحكامها في الدنيا والآخرة.
- الفصل الرابع والثلاثون: في المتفرقات.
- * كتاب التحري: هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:
- الفصل الأول: في مسائل الصلاة.
- الفصل الثاني: في مسائل الزكاة.
- الفصل الثالث: في التحري في الثياب والمساليخ، والأواني، والموتى.
- الفصل الرابع: في المتفرقات.
- * كتاب اللقيط: هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول:
- الفصل الأول: في بيان ما يستحب فيه، أو يفرض، وفي مرافعة الملتقط اللقيط إلى القاضي، وفي إنفاق الملتقط على اللقيط.
- الفصل الثاني: في دعوى نسب اللقيط.
- الفصل الثالث: في المتفرقات.
- * كتاب اللقطة: هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:
- الفصل الأول: في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها.
- الفصل الثاني: في تعريف اللقطة وما يصنع بها بعد التعريف.

- الفصل الثالث: في الملتقط يرفع القطة إلى القاضي .
- الفصل الرابع: في إيجاب الضمان على الملتقط .
- * كتاب الآبق: هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:
- الفصل الأول: في أخذ الآبق، وما يصنع به بعد الأخذ.
- الفصل الثاني: في بيان مقدار الجعل .
- الفصل الثالث: في بيان من يستحق الجعل .
- الفصل الرابع: في بيان وجوب الضمان على الراد .
- * كتاب المفقود: هذا الكتاب يشتمل على فصلين:
- الفصل الأول: في تفسير المفقود وحكمه .
- الفصل الثاني: في التصرف في مال المفقود .
- * كتاب الغصب: هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في تضمين الغصب .
- الفصل الثاني: في حكم الغصب .
- الفصل الثالث: في بيان ما يجب الضمان باستهلاكه وما لا يجب .
- الفصل الرابع: في كيفية الضمان .
- الفصل الخامس: في مسائل الخلط، وما يجانسه .
- الفصل السادس: في التلف الحاصل من جهة اثنين .
- الفصل السابع: في رد المغصوب، واسترداده، وفيما يبرأ به الغاصب عن الضمان .
- الفصل الثامن: في السبب إلى الإلتاف .
- الفصل التاسع: في غاصب الغاصب، ومودع الغاصب .
- الفصل العاشر: في الأمر بالإلتاف، وما يتصل به .
- الفصل الحادي عشر: في ملك الغاصب المغصوب، وفي الانتفاع به، وفي التصرف في المغصوب، وفي اكتساب المغصوب .
- الفصل الثاني عشر: في الدعوى الواقعة في الغصب، واختلاف الغاصب، والمغصوب منه، والشهادة في ذلك .
- الفصل الثالث عشر: في زراعة الغاصب .

- * كتاب الوديعة: هذا الكتاب يشتمل على أربعة عشر فصلا:
- الفصل الأول: في بيان ما يملكه المودع وما لا يملكه.
- الفصل الثاني: إذا لم يبين المصير والمكان بل أطلق.
- الفصل الثالث: فيما يكون إيداعًا وما لا يكون.
- الفصل الرابع: في الوديعة.
- الفصل الخامس: في جحود الوديعة.
- الفصل السادس: المودع إذا خالف شرط رب الوديعة.
- الفصل السابع: فيما يكون تضييعا للوديعة وما لا يكون، وما يضمن به المودع وما لا يضمن.
- الفصل الثامن: في تجهيل الوديعة.
- الفصل التاسع: فيما يرجع إلى فعل المستودع.
- الفصل العاشر: في رد الوديعة إلى المودع.
- الفصل الحادي عشر: في الإنفاق على الوديعة، وفي إنفاق المودع بعض دراهم الوديعة على نفسه.
- الفصل الثاني عشر: فيما إذا كان صاحب الوديعة غير واحد.
- الفصل الثالث عشر: في الاختلاف في الوديعة والشهادة فيها.
- الفصل الرابع عشر: في المتفرقات.
- * كتاب العارية: هذا الكتاب يشتمل على ستة فصول:
- الفصل الأول: في بيان ما يملكه المستعير وما لا يملكه.
- الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع عند العارية، وفي بيان جواز شرط العارية.
- الفصل الثالث: في إعارة الأرض للبناء والغراس والزرع.
- الفصل الرابع: فيما يكون تضييعا للعارية وما لا يكون.
- الفصل الخامس: في خلاف المستعير.
- الفصل السادس: في المتفرقات.
- * كتاب الشركة: هذا الكتاب يشتمل على سبعة فصول:
- الفصل الأول: في بيان أنواع الشركات، وشرائطها، وأحكامها.
- الفصل الثاني: في الألفاظ التي تصح الشركة بها، والتي لا تصح.

- الفصل الثالث: في الشروط في الشركة الفاسدة.
- الفصل الرابع: في المفاسخة.
- الفصل الخامس: هلاك المال في شركة العنان.
- الفصل السادس: في تصرف أحد الشريكين في الدين المشترك.
- الفصل السابع: في المتفرقات.
- * كتاب الصيد: هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان ما يؤكل من الصيد وما لا يؤكل.
- الفصل الثاني: في بيان ما يملك به الصيد وما لا يملكه.
- الفصل الثالث: في صيد الكلب والبازي.
- الفصل الرابع: في الرجل يسمع حساً فيرميه ثم تبين خلافه.
- الفصل الخامس: في الإنسي إذا توحش.
- الفصل السادس: فيما أبين من الصيد.
- الفصل السابع: في بيان ما يقبل الذكاة من الحيوان وما لا يقبل.
- الفصل الثامن: في مسائل الرمي، وفي اجتماع الرمي على صيد واحد، وفي اجتماع الكلبيين والبازين على صيد واحد.
- الفصل التاسع: في مسائل السمك.
- الفصل العاشر: إذا وقع الشك أن الصيد مات بالجراحة أو بسبب آخر.
- الفصل الحادي عشر: في المتفرقات.
- * كتاب الذبائح: هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:
- الفصل الأول: في بيان ما يحل ذكاته.
- الفصل الثاني: في بيان أنواع الذكاة.
- الفصل الثالث: في بيان آلة الذكاة.
- الفصل الرابع: في مسائل التسمية.
- * كتاب الأضحية: هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان صفتها وشرائطها.
- الفصل الثاني: في بيان وقت الأضحية.
- الفصل الثالث: في وجوب الأضحية بالنذر وما هو في معناه.

الفصل الرابع: إذا صلى الإمام بغير وضوء سهواً وفاتت الصلاة بسبب من الأسباب، أو صلى يوم عرفة سهواً، أو وقع الشك في يوم الأضحى.
 الفصل الخامس: في أضحية الرجل عن أولاده الصغار بماله أو بمالهم، ويدخل فيه أضحية الوصي.

الفصل السادس: في التضحية عن الغير، وفي تضحية شاة الغير، وفي ذبح أضحية الغير.

الفصل السابع: في الأضحية إذا سرقت أو ضلت.

الفصل الثامن: في الشركة في الضحايا.

الفصل التاسع: في بيان ما يجوز من الضحايا، وما لا يجوز، وفي بيان الأفضل والمستحب منها.

الفصل العاشر: في الانتفاع بالأضحية.

الفصل الحادي عشر: في المتفرقات.

* كتاب الوقف: هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في الألفاظ الجارية في الوقف ما يتم، وما لا يتم.

الفصل الثاني: فيما يتعلق بجواز الوقف، وشرائط صحته.

الفصل الثالث: في بيان ما يجوز من الأوقاف، وما لا يجوز.

الفصل الرابع: في الوقف المضاف.

الفصل الخامس: في الوقف على أولاده، وأولاد أولاده.

الفصل السادس: في الرجل يوقف على قرابته فيجيء مدع يدعي أنه من قرابته.

الفصل السابع: في الوقف على فقراء قرابته.

الفصل الثامن: فيما يرجع إلى الشروط في الوقف.

الفصل التاسع: في الإقرار بالوقف.

الفصل العاشر: في اعتبار الصفة التي شرط الواقف في الموقوف عليه.

الفصل الحادي عشر: في استحقاق الوقف بحكم فساد البيع، وغيره، وفي

المشترى يحدث بالمشترى عيباً بعدما وقفه.

الفصل الثاني عشر: فيمن وقف على الفقراء والمساكين فيحتاج هو أو بعض

قرابته، وأراد أن يعطى من تلك الغلة.

- الفصل الثالث عشر: في بيان ما يدخل في الوقف من غير ذكر .
- الفصل الرابع عشر: في الولاية في الوقف .
- الفصل الخامس عشر: في تصرف القيم في الوقف .
- الفصل السادس عشر: في الوقف في حال المرض .
- الفصل السابع عشر: في الرجل الذي يقف على قوم فلا يقبلون، أو يقبل بعضهم دون بعض، أو يكون بعضهم حيًّا، وبعضهم ميتًا .
- الفصل الثامن عشر: في المسائل التي تتعلق بالصَّكِّ، وبما فيه .
- الفصل التاسع عشر: في المسائل التي تتعلق بالدعاوى، والخصومات والشهادات في الوقف .
- الفصل العشرون: في المساجد وما يتصل بها .
- الفصل المكمل عشرين: في المسائل التي تعود إلى الرباطات، والمقابر، والخانات، والحياض، والطرق، والسقايات .
- الفصل الحادي والعشرون: في المسائل التي تعود إلى وقف الأشجار، وفي الأشجار التي تكون في المقبرة والمسجد وفي طريق العامة .
- الفصل الثاني والعشرون: في الأوقاف التي يستغنى عنها وما يتصل بها من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه آخر .
- الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات .
- * كتاب الهبة: هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في ألفاظ الهبة .
- الفصل الثاني: في بيان شرائط جواز الهبة .
- الفصل الثالث: في هبة المجهول .
- الفصل الرابع: في حكم الشرط في الهبة، ويدخل فيه شرط الخيار في الإبراء عن الدين .
- الفصل الخامس: في هبة الوالدين للولد .
- الفصل السادس: في حكم العوض .
- الفصل السابع: في حكم الرجوع في الهبة .

الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع بين الواهب والموهوب له والشهادة في ذلك .
 الفصل التاسع: في هبة الدين ممن عليه الدين جائزة قياساً، واستحساناً، وهبة
 الدين من غير من عليه الدين جائزة إذا أمره بقبضه استحساناً.
 الفصل العاشر: في هبة الرجل لعبد غيره والرجوع فيها والاختلاف الواقع في
 ذلك .

الفصل الحادي عشر: في الهدية الواقعة بين الزوجين ويتناول الأبوين من المهدي
 إلى الصغير، وفي تناول الأب مال ولده .

الفصل الثاني عشر: في هبة المريض .

الفصل الثالث عشر: في الصدقة .

الفصل الرابع عشر: في المتفرقات .

الفصل الخامس عشر: فيما يتعلق بالتحليل وما يتصل به .

* كتاب البيوع: هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: فيما يرجع إلى انعقاد البيع .

الفصل الثاني: في الاختلاف الواقع في الإيجاب والقبول، وفي الحوادث التي
 تمنع صحة قبول المشتري .

الفصل الثالث: في حبس المبيع بالثمن، وفي قبض المبيع بإذن البائع وبغير إذنه،
 وفي نيابة أحد القبضين عن صاحبه، وفيما يلزم من المؤنة في تسليم المبيع، وتسليم
 الثمن .

الفصل الرابع: في المسائل التي تتعلق بالثمن .

الفصل الخامس: فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحاً، وما لا يدخل
 تحت البيع من غير ذكره صريحاً .

الفصل السادس: في بيان ما يجوز بيعه، وما لا يجوز .

الفصل السابع: في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده .

الفصل الثامن: في بيان أحكام البيوع الفاسدة والتصرف في المملوك بالعقد .

الفصل التاسع: في حكم شراء الفضولي وبيع أحد الشريكين في شيء كله أو
 بعضه، وما يكون إجازة في ذلك، وما لا يكون، ويدخل فيه بعض مسائل بيع
 الغصب .

- الفصل العاشر: في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري .
- الفصل الحادي عشر: في الزيادة في الثمن والمثمن والحط والإبراء عن الثمن، وفي هبة الثمن للمشتري .
- الفصل الثاني عشر: في البيع بشرط الخيار .
- الفصل الثالث عشر: في خيار الرؤية .
- الفصل الرابع عشر: في العيوب من هذا الكتاب .
- الفصل الخامس عشر: في بيع التلجئة .
- الفصل السادس عشر: في تصرف المريض مع الوارث، وفي تصرف الأب على الصغير، وفي تصرف الصغير لنفسه .
- الفصل السابع عشر: في جحود أحد المتبايعين أو جحودهما .
- الفصل الثامن عشر: في الإقالة .
- الفصل التاسع عشر: في مسائل الاستبراء .
- الفصل العشرون: في الاستصناع .
- الفصل الحادي والعشرون: في الاستحقاق وحكمه .
- الفصل الثاني والعشرون: في السلم .
- الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات .
- * كتاب الصرف: هذا الكتاب يشتمل على اثني عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان شرط جوازه وحكمه .
- الفصل الثاني: في بيع الدرهم بالدرهم، والدينار بالدينار، والدرهم بالدينار .
- الفصل الثالث: في الرد بالعيب وخيار الرؤية بالاستحقاق في باب الصرف .
- الفصل الرابع: في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه .
- الفصل الخامس: في الصلح في الصرف .
- الفصل السادس: في بيع الإناء وزناً فيزيد أو ينقص .
- الفصل السابع: في الوكالة بالصرف .
- الفصل الثامن: في الاستبدال ببديل الصرف .
- الفصل التاسع: فيما يكون قصاصاً ببديل الصرف وما لا يكون .
- الفصل العاشر: في بيع الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه .

- الفصل الحادي عشر: في الصرف والغصب والوديعة .
- الفصل الثاني عشر: في المتفرقات .
- * كتاب المدائيات عن نفسه ، أو عن غيره ، والأمر به والقرض والاستقراض :
هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول :
- الفصل الأول: فيما يجري بين الدائن والمديون .
- الفصل الثاني: في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المديون .
- الفصل الثالث: في المديون يدفع المال إلى رجل وأمره أن يقضي به دينه .
- الفصل الرابع: إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه .
- الفصل الخامس: في المديون إذا أمر غيره أن يقضي دينه ، ثم إن المديون قضى الدين لنفسه .
- الفصل السادس: في المأمور بقضاء الدين إذا قال: وقبضت ، وصدقه الأمر في ذلك ، وكذبه رب الدين .
- الفصل السابع: في الرجل يأمر غيره بدفع المال إلى غيره فيرجع المأمور بذلك على الأمر ، أو لا يرجع .
- الفصل الثامن: فيما يجري بين رب الدين وورثة المديون .
- الفصل التاسع: في القرض والاستقراض .
- الفصل العاشر: في المتفرقات .
- * كتاب الحوالة: هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:
- الفصل الأول: في بيان شرائط الحوالة وحكمها .
- الفصل الثاني: في بيان أنواع الحوالة .
- الفصل الثالث: في عود الدين إلى ذمة المحيل .
- الفصل الرابع: في بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة .
- الفصل الخامس: في المتفرقات .
- * كتاب الصلح: هذا الكتاب يشتمل على ستة عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان أنواع الصلح .

الفصل الثاني: في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا تحتاج.

الفصل الثالث: في بيان ما يصلح بدلاً ومبدلاً في الصلح وما لا يصلح.

الفصل الرابع: في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز وإنه يشتمل على أنواع.

الفصل الخامس: في صلح الأب والجد والوصي.

الفصل السادس: في الصلح في السلم.

الفصل السابع: في الصلح عن الغير.

الفصل الثامن: في الصلح عن العيب.

الفصل التاسع: في الصلح على أن يحلف المدعى عليه وهو بريء من المال أو يحلف المدعي وأن على المدعى عليه ضمان المال.

الفصل العاشر: في الاستحقاق في الصلح.

الفصل الحادي عشر: فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وما لا يشترط.

الفصل الثاني عشر: في الصلح عن الظلة الشارعة.

الفصل الثالث عشر: في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال.

الفصل الرابع عشر: في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء.

الفصل الخامس عشر: في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح.

الفصل السادس عشر: في المتفرقات.

* كتاب الرهن: هذا الكتاب يشتمل على أربعة عشر فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرائطه.

الفصل الثاني: في وضع الرهن على يدي العدل.

الفصل الثالث: في بيان الدين الذي يجوز الرهن به.

الفصل الرابع: في هلاك الرهن بضمنان وبغير ضمان.

الفصل الخامس: في نفقة الرهن وأشباهاها.

الفصل السادس: في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن.

الفصل السابع: في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى فيه والشهادة عليه.

الفصل الثامن: في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا يكلف.

الفصل التاسع: في استحقاق الرهن بعد الهلاك.

الفصل العاشر: في الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض.

الفصل الحادي عشر: في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد

بعدما قبض الرهن والراهن يموت وعليه ديون كثيرة.

الفصل الثاني عشر: في رهن الأب والوصي.

الفصل الثالث عشر: في الرجل يستعير من آخر شيئاً على أن يرهنه بدينه.

الفصل الرابع عشر: في المتفرقات.

* كتاب المضاربة: هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرائطها وحكمها.

الفصل الثاني: في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها.

الفصل الثالث: في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها.

الفصل الرابع: في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها.

الفصل الخامس: في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا

يجوز.

الفصل السادس: في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر.

الفصل السابع: في شرط الربح لثالث.

الفصل الثامن: في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا.

الفصل التاسع: في بيان ما يملكه المضارب وما لا يملكه.

الفصل العاشر: في موت المضارب.

الفصل الحادي عشر: في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالاً مضاربة، أو يدفع مال

ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة.

الفصل الثاني عشر: في القسمة في المضاربة.

الفصل الثالث عشر: في العيب.

الفصل الرابع عشر: في الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب، وإقامة البينة

على ما وقع فيه الاختلاف.

- الفصل الخامس عشر: في هلاك مال المضاربة .
- الفصل السادس عشر: في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة .
- الفصل السابع عشر: في نفقة المضارب .
- الفصل الثامن عشر: فيما يشترط على المضارب من الشرط .
- الفصل التاسع عشر: يجد رأس المال أنقص وصفاً أو قدراً .
- الفصل العشرون: في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه، ويدخل فيه ما إذا امتنع عن البيع حتى يجد ربحاً .
- الفصل الحادي والعشرون: في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة .
- الفصل الثاني والعشرون: في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعاً وينفق الكرى من عند نفسه .
- الفصل الثالث والعشرون: في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه .
- الفصل الرابع والعشرون: في نهي رب المال المضارب عن التصرف .
- الفصل الخامس والعشرون: في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة، ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال وعكسه .
- الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات .
- * كتاب الإجازات: هذا الكتاب يشتمل على خمسة وعشرين فصلاً:
- الفصل الأول: في الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها .
- الفصل الثاني: في بيان أنه متى يستحق الأجر .
- الفصل الثالث: في الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة .
- الفصل الرابع: في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط ويدخل فيه بعض مسائل الشروط في الإجارة .
- الفصل الخامس: في تصرف المؤاجر في الأجرة .
- الفصل السادس: في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على الأجر .
- الفصل السابع: في إجارة المستأجر وإعارته .
- الفصل الثامن: في انعقاد الإجارة بغير لفظة الإجارة وفي الحكم ببقاء الإجارة وانعقادها مع وجودها بما ينافيها .
- الفصل التاسع: في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز .

- الفصل العاشر: في بيان ما يجب على المستأجر، وما يجب على الآجر.
- الفصل الحادي عشر: فيما يكون الأجير مسلماً مع الفراغ منه.
- الفصل الثاني عشر: فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر.
- الفصل الثالث عشر: في بيان الأعمال التي يمنع المستأجر عنها والتي لا يمنع.
- الفصل الرابع عشر: في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحي.
- الفصل الخامس عشر: في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذراً وما لا يصلح.
- الفصل السادس عشر: فيما يكون فسخاً للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ.
- الفصل السابع عشر: في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهها.
- الفصل الثامن عشر: في الإجارة للخدمة.
- الفصل التاسع عشر: في إجارة الظئر.
- الفصل العشرون: في الإجارة على أحد الشيين.
- الفصل الحادي والعشرون: في الجمع بين الوقت والعمل في عقد الإجارة.
- الفصل الثاني والعشرون: في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر وفي الدعاوى والخصومات وإقامة البيئات.
- الفصل الثالث والعشرون: في إجارة الدواب.
- الفصل الرابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك.
- الفصل الخامس والعشرون: في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك.
- * كتاب الشفعة: هذا الكتاب يشتمل على سبعة عشر فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان سبب وجوب الشفعة.
- الفصل الثاني: في بيان مراتب الشفعة.
- الفصل الثالث: في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب.
- الفصل الرابع: في طلب الشفعة وما يتصل به دعوى الشفيع الشفعة وقضاء القاضي له فيها وبيان شرائطه وكتب المحضر في ذلك.
- الفصل الخامس: في استحقاق الشفيع كل المشتري أو بعضه.

- الفصل السادس: فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشتري وترك الباقي .
- الفصل السابع: في الدار إذا بيعت ولها شفعاء .
- الفصل الثامن: في إنكار المشتري جوار الشفيع .
- الفصل التاسع: في تصرف المشتري في الدار المشفوعة .
- الفصل العاشر: في مسائل تسليم الشفعة .
- الفصل الحادي عشر: في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف ما أخبر به .
- الفصل الثاني عشر: فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفيعته .
- الفصل الثالث عشر: في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة .
- الفصل الرابع عشر: في شفعة الصغير وما يتصل به .
- الفصل الخامس عشر: في وجوه الحيل في هذا الباب .
- الفصل السادس عشر: في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن .
- الفصل السابع عشر: في المتفرقات .
- * كتاب القسمة: هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:
- الفصل الأول: في بيان كيفية القسمة .
- الفصل الثاني: في بيان ما يقسم، وما لا يقسم، وما يجوز قسمته، وما لا يجوز .
- الفصل الثالث: في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر وما لا يدخل .
- الفصل الرابع: في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها وفيما يتصل به آخر القسام .
- الفصل الخامس: في القسمة يستحق منها شيء .
- الفصل السادس: في قسمة التركة .
- الفصل السابع: في بيان من يلي القسمة عن الغير، ومن لا يلي، وعلى الميت أو له دين أو موصى له، وفي ظهور الدين أو الوارث أو الموصى له بعد القسمة، وفي دعوى الوارث دينًا على الميت أو عيّنًا من أعيان التركة بعد القسمة .
- الفصل الثامن: في دعوى الغلط في القسمة في الغرور في القسمة .
- الفصل التاسع: في المهياة .

الفصل العاشر: في المتفرقات .

* كتاب الحيطان: هذا الكتاب يشتمل على سبعة فصول:

الفصل الأول: في الدعوى في الحائط والجص .

الفصل الثاني: في الحائط إذا كان بين رجلين لأحدهما عليه خشب أراد الآخر أن

يضع عليه خشباً، وفي الحائط بين رجلين لا خشب لهما عليه أراد أحدهما أن يضع عليه خشباً .

الفصل الثالث: في الحائط إذا كان بين رجلين فانهدم أو يخاف عليه الهدم وما

يتصل به .

الفصل الرابع: في تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك .

الفصل الخامس: في العمارة في ملك الغير .

الفصل السادس: في مسائل العلو والسفل .

الفصل السابع: في المتفرقات .

* كتاب المزارعة: هذا الكتاب يشتمل على عشرين فصلاً:

الفصل الأول: في بيان ركن المزارعة وشرائطها وأحكامها وصفتها وأنه أنواع .

الفصل الثاني: في بيان أنواع المزارعة .

الفصل الثالث: في الشروط في المزارعة .

الفصل الرابع: فيما يجب من الأعمال على رب الأرض وعلى المزارع من غير

شرط .

الفصل الخامس: في المعاملة في الأشجار والنخيل .

الفصل السادس: في المزارعة يشترط فيها المعاملة .

الفصل السابع: في دفع المزارع الأرض إلى غيره مزارعة .

الفصل الثامن: في المعامل يدفع النخيل إلى غيره معاملة .

الفصل التاسع: فيما إذا مات رب الأرض وانقضت المدة والزرع بقل وما يتصل

بها من موت المزارع وموته في المدة وفيه مسائل النفقة على الزرع .

الفصل العاشر: في رب الأرض أو النخيل إذا تولى العمل بنفسه .

الفصل الحادي عشر: في العذر في فسخ المزارعة والمعاملة .

الفصل الثاني عشر: في بيع الأرض المدفوعة مزارعة .

الفصل الثالث عشر: في زراعة أحد الشريكين الأرض المشتركة وفي زراعة الغاصب .

الفصل الرابع عشر: فيما إذا أراد المزارع أن يزرع غير ما سمى في عقد المزارعة .

الفصل الخامس عشر: في الاختلاف الواقع بين رب الأرض والمزارع .

الفصل السادس عشر: في الزيادة في المزارعة .

الفصل السابع عشر: فيما إذا مات المزارع ولم يدر ماذا صنع بالزرع .

الفصل الثامن عشر: فيما يجب من الضمان من المعامل والمزارع .

الفصل التاسع عشر: في التوكيل في المزارعة .

الفصل العشرون: في المتفرقات .

* كتاب الشرب: هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

الفصل الأول: في الأشياء التي أثبت رسول الله ﷺ فيها الشركة لجميع الناس .

الفصل الثاني: في إحياء الموات وتفسيرها وتملكها .

الفصل الثالث: في كراء الأنهار وإصلاحها .

الفصل الرابع: في بيع الشرب وما يتصل به .

الفصل الخامس: في غصب الشرب واستهلاكها .

الفصل السادس: في الدعوى والخصومة في الشرب والشهادة على ذلك .

الفصل السابع: فيما يمنع منه وما لا يمنع .

الفصل الثامن: في قسمة الشرب .

الفصل التاسع: في ضمان ما يتلف بسبب السقي وما يتصل به .

الفصل العاشر: في إصلاح المسيل والمجاري .

الفصل الحادي عشر: في المتفرقات .

* كتاب الأشربة: هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: في بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها .

الفصل الثاني: فيما يتخذ من الزبيب والتمر .

الفصل الثالث: فيما يتخذ من الحبوب نحو الحنطة والذرة والشعير والإجاص

والشهد والفانيد وغيره .

الفصل الرابع: في وجوب حد الشرب .
 * كتاب الإكراه: ويشتمل على سبعة فصول:
 الفصل الأول: في نفس الإكراه وشرائط صحته وحكمه .
 الفصل الثاني: فيما يخطر على بال المكروه غير ما أكره عليه .
 الفصل الثالث: في التخيير في الإكراه .
 الفصل الرابع: في إكراه الرجل على الفعل بنفسه وما يتصل به .
 الفصل الخامس: في الإكراه على التوكيل .
 الفصل السادس: فيما يزيد المكروه على ما أكره عليه أو ينقص أو يأتي بشيء آخر .

الفصل السابع: في المتفرقات .
 * كتاب الحجر: وهذا الكتاب يشتمل على فصلين:
 الفصل الأول: في مقدمة يحتاج إليها .
 الفصل الثاني: في بيان أنواع الحجر على مذهبهما .
 * كتاب المأذون: خمسة وعشرون فصلاً:
 الفصل الأول: في بيان شرعية إذن العبد في التجارة، وبيان شرط جوازه وحكمه .

الفصل الثاني: في بيان ما يكون إذناً في التجارة وما لا يكون .
 الفصل الثالث: بيان أن اشتراط الإذن من المولى ليس لجواز الشراء .
 الفصل الرابع: في بيان ما يملكه سيد المأذون وما لا يملكه .
 الفصل الخامس: في العبد المأذون يلحقه دين فيطلب الغرماء من القاضي بيعه .
 الفصل السادس: في تصرف المولى في العبد المديون من البيع وأشباهه والتدبير والإعتاق وأشباههما .

الفصل السابع: في العبد بين رجلين يأذن له أحدهما في التجارة .
 الفصل الثامن: في إقرار العبد المأذون والمحجور وفي إقرار مولاها .
 الفصل التاسع: في بيع العبد المأذون بشيء من أكسابه من المولى أو من الأجنبي بمثل القيمة وبالمحاباة .

الفصل العاشر: في شراء العبد المحجور وبيعه وإجارة المعيرات أو إذن المولى إياه في التجارة بعد ذلك .

الفصل الحادي عشر: في الاختلاف الواقع بين العبد المأذون وبين مولاه فيما في يد العبد وغيره .

الفصل الثاني عشر: في الرجل يدفع مالاً إلى عبده ليشتري به ويبيع ويأذن له في التجارة .

الفصل الثالث عشر: في الخصومة التي تقع بعدما حجر المولى على المأذون .

الفصل الرابع عشر: في هبة العبد المأذون بالثمن في البيع قبل القبض وبعده، وحطه وتأخير الثمن أو ديناً آخر .

الفصل الخامس عشر: في المأذون يشتري ويجد بالمشتري عيباً وقد وهب البائع الثمن من المأذون أو من مولاه .

الفصل السادس عشر: في التوكيل يكون بين المأذون والأجنبي والمولى ويدخل فيه وكالة العبد المحجور .

الفصل السابع عشر: في الرد بالعيب على المأذون والخصومة معه في ذلك .

الفصل الثامن عشر: في الشهادة على العبد المأذون والمحجور والصبي والمعتوه .

الفصل التاسع عشر: في البيع الفاسد من العبد المأذون .

الفصل العشرون: في الغرم في العبد المأذون .

الفصل الحادي والعشرون: في جنابة العبد وجنابة عبده والجنابة عليه .

الفصل الثاني والعشرون: في بيان ما يبطل به الإذن .

الفصل الثالث والعشرون: في العبد يبيع ويشترى ولم يقل وقت المبايعه إنه مأذون أو محجور ثم يقول: أنا محجور .

الفصل الرابع والعشرون: في الصبي أو المعتوه يأذن له أبوه أو وصيه في التجارة ولعبدهما وفي تصرفهما قبل الإذن .

الفصل الخامس والعشرون: في المتفرقات .

* كتاب الإقرار: فصوله ثلاثون فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرط جوازه وحكمه .

الفصل الثاني: في بيان ما يكون إقرارًا وما لا يكون.
 الفصل الثالث: في بيان ما يصح الإقرار به وما لا يصح.
 الفصل الرابع: في بيان من يصح له الإقرار ومن لا يصح.
 الفصل الخامس: في بيان من يصح الإقرار منه ومن لا يصح.
 الفصل السادس: في الإقرار على نفسه بالحيوان وغير ذلك لا.
 الفصل السابع: في الإقرار بأخذ شيء من مكان.
 الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع بين المقر والمقر له.
 الفصل التاسع: في الإقرار بشيء مبهم.
 الفصل العاشر: في الخيار والاستثناء والرجوع.
 الفصل الحادي عشر: في الرجل يقر بمال دفعه إليه رجل لرجل آخر.
 الفصل الثاني عشر: في إقرار الرجل بدين له على غيره أو بوديعة له في يد غيره
 لآخر.

الفصل الثالث عشر: في تكرار الإقرار.
 الفصل الرابع عشر: في الإقرار بمقدار مضاف إلى صنفين من المال أو إلى
 أصناف من المال.
 الفصل الخامس عشر: فيما يكون إقرارًا بالشركة وما لا يكون.
 الفصل السادس عشر: في نفي المقر له ملك المقر به وإقراره به لغيره، أو دعواه
 المقر به من وجه آخر
 الفصل السابع عشر: في إسناد الإقرار إلى حال ينافي صحة حكمه.
 الفصل الثامن عشر: في الجمع بين الشئيين المتنافيين في الإقرار.
 الفصل التاسع عشر: في إقرار الرجل على نفسه وعلى غيره وفي الإقرار بشيء
 لنفسه والإقرار بشيء بينه وبين غيره وفي الإقرار على نفسه بشيء مشترك.
 الفصل العشرون: في أقارير المريض وأفعاله.
 الفصل الحادي والعشرون: في إقرار الوارث بعد موت المورث.
 الفصل الثاني والعشرون: فيما يكون إقرارًا بالإبراء، وما لا يكون، وفي الإبراء
 صريحا.

- الفصل الثالث والعشرون: في الإقرار بالنكاح والطلاق والرق.
- الفصل الرابع والعشرون: في الإقرار بالنسب والعتق وأم الولد والتدبير.
- الفصل الخامس والعشرون: فيمن في يده مال الميت.
- الفصل السادس والعشرون: في الإقرار بالعيب والبيع.
- الفصل السابع والعشرون: في الإقرار بالجراحة والقتل.
- الفصل الثامن والعشرون: في إقرار الوكيل والوصي بالقبض.
- الفصل التاسع والعشرون: في إقرار المضارب والشريك.
- الفصل الثلاثون: في المتفرقات.
- * كتاب المحاضر والسجلات.
- * كتاب الشهادات: فصول هذا الكتاب أربعة وعشرون فصلاً:
- الفصل الأول: في تحمل الشهادة وحل أدائها والامتناع عن ذلك.
- الفصل الثاني: في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء.
- الفصل الثالث: في بيان من تقبل شهادته، ومن لا تقبل.
- الفصل الرابع: في الاستماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة.
- الفصل الخامس: في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته.
- الفصل السادس: في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه.
- الفصل السابع: فيما يجوز من الشهادات، وما لا يجوز.
- الفصل الثامن: في الشهادات في المواريث.
- الفصل التاسع: في الشهادة على الشهادة.
- الفصل العاشر: في شهادة الشهود بعضهم لبعض.
- الفصل الحادي عشر: في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم.
- الفصل الثاني عشر: في المسائل التي تتعلق بحدود المدعي والمشهود به.
- الفصل الثالث عشر: في شهادة الوارث بالوصية والرجوع عنها وفي شهادة الوصي للميت وفي شهادة الوكيل للموكل.
- الفصل الرابع عشر: في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها، ووجود الشاهد بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته، وشهادة الشهود بعد قضاء

القاضي بخلاف ما قضى .

الفصل الخامس عشر: في الشهادة على الوكالة والوصاية .

الفصل السادس عشر: في شهادة ولد الملائنة .

الفصل السابع عشر: في التهاثر بين الشهادات .

الفصل الثامن عشر: في ترجيح إحدى البيتين على الأخرى في العمل بالبيتين

المتضادين .

الفصل التاسع عشر: في شهادة الزور .

الفصل العشرون: في الدعوى إذا خالف الشهادة .

الفصل الحادي والعشرون: في الاختلاف الواقع بين الشاهدين .

الفصل الثاني والعشرون: في التناقض في الدعوى والشهادة .

الفصل الثالث والعشرون: في الشهادة على النسب .

الفصل الرابع والعشرون: في المتفرقات .

* كتاب الوكالة: هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في الألفاظ التي يقع بها التوكيل وفي شرائط صحة التوكيل .

الفصل الثاني: في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل .

الفصل الثالث: في تعليق الوكالة بالشرط وتأقيتها وإيقاعها بصفة العموم

والخصوص .

الفصل الرابع: في بيان من لا يصلح وكيلاً ومن يصلح .

الفصل الخامس: في بيان ما يجوز من الوكالات وما لا يجوز .

الفصل السادس: في التوكيل بالخصومة .

الفصل السابع: في إثبات الوكالة .

الفصل الثامن: في التوكيل بقبض الدين وفي التوكيل بإثبات الدين وقضاء الدين

والرسول في ذلك .

الفصل التاسع: في التوكيل بالشراء وأنه أنواع .

الفصل العاشر: في التوكيل بالبيع وأنه يشتمل على أنواع .

الفصل الحادي عشر: في استحقاق الجارية المشتراة بعدما هلكت في يد الوكيل

بالشراء أو في يد الوكيل بالقبض وفي استحقاق الثمن بعدما هلك في يد الوكيل بالبيع .

الفصل الثاني عشر: فيما يجري بين الموكل بالبيع وبين المشتري وفيما يجري بين البائع وبين الوكيل بالشراء.

الفصل الثالث عشر: في التصرفات التي يملكها الوكيل والتي لا يملكها.

الفصل الرابع عشر: في الوكيل إذا أخبر عن مباشرة ما وكل بمباشرة فيما مضى.

الفصل الخامس عشر: في التوكيل باليمين بالطلاق وفي التوكيل بالخلع والطلاق والنكاح والعتاق.

الفصل السادس عشر: في التوكيل بالإجارة والاستئجار.

الفصل السابع عشر: في حكم وكيل الوكيل.

الفصل الثامن عشر: في الاختلاف الواقع بين الوكيل وبين الموكل.

الفصل التاسع عشر: في الصناعة.

الفصل العشرون: في الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل بشرائه وغيره بالثمن المسمى.

الفصل الحادي والعشرون: في توكيل الرجلين.

الفصل الثاني والعشرون: في توكيل بعد توكيل.

الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات.

* كتاب الكفالة: هذا الكتاب يشتمل على واحد وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها.

الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع بها الكفالة.

الفصل الثالث: في بيان من تجوز منه الكفالة ومن لا تجوز ومن يجوز عنه الضمان.

الفصل الرابع: في الكفالة ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته.

الفصل الخامس: في الكفالة بالمال.

الفصل السادس: في الأجل بالكفالة وشرط الخيار فيها.

الفصل السابع: في تعليق الكفالة بالشرط.

الفصل الثامن: في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا.

الفصل التاسع: في الكفالة بما دأب له على فلان وبما أقر له من فلان وبما

شاكله.

- الفصل العاشر: في الكفالة التي لا رجوع فيها للكفيل على المكفول عنه .
- الفصل الحادي عشر في براءة الكفيل بإبراء وبغير إبراء .
- الفصل الثاني عشر: في الكفالة بالحيوان وما أشبهه .
- الفصل الثالث عشر: في الكفيل بالمال إذا ادعى فساد الكفالة .
- الفصل الرابع عشر: في الخصومة الواقعة في الكفالة وإقامة البينة عليها .
- الفصل الخامس عشر: في إخراج الكفيل نفسه عن الكفالة .
- الفصل السادس عشر في الكفالة مع الجهالة .
- الفصل السابع عشر: في أخذ الكفيل الدين المؤجل وفي المكفول عنه إذا أراد الخروج من المصر وفي الرجل الذي يأمره غيره أن يكفل عن فلان .
- الفصل الثامن عشر: في الأمر بقضاء الدين وفي الأمر بنقد المال وإعطائه شرط الضمان .
- الفصل التاسع عشر: في السفتجة .
- الفصل العشرون: في المتفرقات .
- الفصل الحادي والعشرون: في بيان ما يوجب الرجوع للكفيل وما لا يوجب .



مذهبه: التأسيس والنشأة

من المقطوع به والمتواتر أن الشيخ - رحمه الله - حنفي المذهب؛ ومن ثم نذكر الكلام على مذهبه في النقاط التالية:

أولاً: صاحب المذهب الإمام أبو حنيفة النعمان.

ثانياً: تكوين المذهب، وموطنه، وانتشاره.

ثالثاً: أصول المذهب ومنهجه.

رابعاً: أعلام المذهب الحنفي.

خامساً: تدوين المذهب الحنفي.

* * *

أولاً: صاحب المذهب الإمام أبو حنيفة النعمان

* نسبه ومولده:

هو الإمام فقيه الملة، عالم العراق، أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي، الكوفي، مولى بني تيم الله بن ثعلبة، يقال: إنه من أبناء الفرس^(١).

(١) ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري، دار الكتب العلمية، بيروت (٨/٨١)، التاريخ الصغير، للبخاري، تحقيق: محمد زايد، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٢/٤٣، ١٠٠، ٢٣٠)، الجرح والتعديل، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التيمي، الحظلي، الرازي ابن أبي حاتم، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، بحيدر آباد الدكن، الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٢٧١هـ - ١٩٥٢م (٨/٢٠٦٢)، تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي، طبعة مصورة، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت) (١٣/٤٢٣، ٤٢٤)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لأبي الحجاج يوسف المزى، تحقيق: د. بشار عواد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (٤)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م (٢٩/٤١٧)، والكاشف، للذهبي، مطبعة دار التأليف، مصر (٣/٢٠٥)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لمحمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م (٤/٢٦٥)، تاريخ أسماء الثقات، لابن شاهين، تحقيق: صبحي السامرائي، الدار السلفية، الكويت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (١٤٧٧)، الضعفاء الكبير، لأبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلججي، دار المكتبة العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (٤/٢٦٨)، تاريخ ابن معين (رواية الدوري)، لأبي زكريا يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام بن عبد الرحمن المري بالولاء، البغدادي، تحقيق: د. أحمد محمد نور سيف، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، ط (١)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م (٣/٦٧)، تاريخ الثقات، لأبي الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي، دار الباز، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م (٤٥٠)، تهذيب التهذيب، للمحافظ أحمد بن علي بن حجر، شهاب الدين العسقلاني الشافعي، باعتناء: إبراهيم الزبيق وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م (١٠/٤٤٩)، تقريب التهذيب، لابن حجر، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م (٢/٣٠٣)، سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٩)، ١٤١٣هـ (٦/٣٩٠)، معرفة الثقات، لأبي الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البستوي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (١٨٥٣).

ولد سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة^(١).

قال أحمد العجلي: أبو حنيفة تيمي من رهط حمزة الزيات، كان خزازا يبيع الخبز. وقال عمر بن حماد بن أبي حنيفة: أما زوطى فإنه من أهل كابل، وولد ثابِتًا على الإسلام وكان زوطى مملوكا لبني تيم الله بن ثعلبة، فأعتقه، فولّاه لهم، ثم لبني قفل.

قال: وكان أبو حنيفة خزازًا، ودكانه معروف في دار عمر بن حريث، وقال النضر ابن محمد المروزي، عن يحيى بن النضر، قال: كان والد أبي حنيفة من «نسا». وروى سليمان بن الربيع، عن الحارث بن إدريس قال: أبو حنيفة أصله من «ترمذ»، وقال أبو عبد الرحمن المقرئ: أبو حنيفة من أهل «بابل»، وروى أبو جعفر أحمد بن إسحاق بن بهلول، عن أبيه، عن جده، قال: ثابت - والد أبي حنيفة - من أهل «الأنبار».

* وصفه:

يقول تلميذه أبو يوسف: كان أبو حنيفة ربعة، من أحسن الناس صورة، وأبلغهم نطقًا، وأعذبهم نعمة، وأبينهم عمًا في نفسه.

وعن حماد بن أبي حنيفة، قال: كان أبي جميلا، تعلوه سمرة، حسن الهيئة كثير التعطر، هيوبا لا يتكلم إلا جوابا، ولا يخوض - رحمه الله - فيما لا يعنيه. وعن ابن المبارك قال: ما رأيت رجلا أوقر في مجلسه، ولا أحسن سمًا وحلما من أبي حنيفة.

* شيوخه ومن روى عنهم:

أدرك الإمام الأعظم أنس بن مالك لما قدم عليهم بـ«الكوفة»، ولم يثبت له حرف عن أحد منهم.

(١) ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري (٨١/٨)، التاريخ الصغير، للبخاري (٤٣/٢)، ١٠٠، (٢٣٠)، الجرح والتعديل، لابن المنذر (٢٠٦٢/٨)، تاريخ بغداد (٤٢٣/١٣)، (٤٢٤)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٤١٧/٢٩)، والكاشف، للذهبي (٢٠٥/٣)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال (٢٦٥/٤)، تاريخ أسماء الثقات (١٤٧٧)، الضعفاء الكبير (٤/٢٦٨)، تاريخ ابن معين (٦٧/٣)، تاريخ الثقات (٤٥٠)، تهذيب التهذيب (٤٤٩/١٠)، تقريب التهذيب (٣٠٣/٢)، سير أعلام النبلاء (٣٩٠/٦)، معرفة الثقات (١٨٥٣).

- عطاء بن أبي رباح - وهو أكبر شيخ له وأفضلهم على ما قال - .
- عامر بن شراحيل الحميري الشعبي، أبو عمرو الكوفي، الإمام العلم .
- طاوس بن كيسان اليماني الجندي، الإمام العلم، قيل: اسمه ذكوان، قاله ابن الجوزي، قيل: روى عنه؛ لكن لم يصح .
- جبلة بن سُحَيْم، التيمي الكوفي .
- عدي بن ثابت الأنصاري الكوفي .
- عكرمة البربري مولى ابن عباس، أبو عبد الله أحد الأئمة الأعلام، قيل التقى به؛ وفي لقيه نظر .
- عبد الرحمن بن هرمز الهاشمي مولاهم، أبو داود المدني الأعرج القاري .
- عمرو بن دينار الجمحي مولاهم، أبو محمد المكي الأثرم، أحد الأعلام .
- طلحة بن نافع القرشي مولاهم الإسكاف أبو سفیان المكي نزيل واسط .
- نافع العدوي مولاهم، أبو عبد الله المدني، أحد الأعلام .
- قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري الأكمه، أحد الأئمة الأعلام .
- قيس بن مُسلم الجدلي أبو عمرو الكوفي .
- عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي، أبو عبد الله الكوفي الزاهد .
- القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبد الرحمن، قاضي الكوفة .
- محارب بن دثار بن كردوس بن قرواش بن جعونة بن سلمة بن صخر بن ثعلبة ابن سدوس السدوسي، أبو دثار، ويقال: أبو مطرف، ويقال: أبو النضر، ويقال: أبو كردوس، الكوفي قاضيها .
- عبد الله بن دينار العدوي، مولاهم، أبو عبد الرحمن المدني .
- الحكم بن عتيبة - بمثناة - مصغراً الكندي مولاهم أبو محمد، أو أبو عبد الكوفي أحد الأعلام .
- علقمة بن مرثد الحضرمي، أبو الحارث الكوفي .
- علي بن الأقرم بن عمرو بن الحارث بن معاوية بن عمرو بن الحارث بن ربيعة ابن عبد الله بن وداعة الهمداني الوادعي، أبو الوازع الكوفي، قيل: إنه كلثوم ابن الأقرم .

- عبد العزيز بن رُفيع الأسدي، أبو عبد الله المكي.
- عطية بن سعد بن جنادة العوفي الجدلي، أبو الحسن الكوفي.
- حماد بن أبي سليمان الأشعري، مولى آل أبي موسى، أبو إسماعيل الكوفي الفقيه، وبه تفقه.
- زياد بن علاقة الثعلبي أبو مالك الكوفي.
- سلمة بن كهيل الحضرمي، أبو يحيى الكوفي.
- عاصم بن كليب بن شهاب الجرمي الكوفي.
- سماك بن حرب بن أوس البكري الذهلي أبو المغيرة الكوفي، أحد الأعلام التابعين.
- عاصم بن بَهْدَلَة - وهي أمه، وقيل: أبوه، وهو ابن أبي التَّجُود الأسدي، مولاهم، أبو بكر الكوفي، أحد القراء السبعة.
- سعيد بن مسروق الثوري الكوفي.
- عبد الملك بن عمير بن سويد بن جارية الفَرَسِي اللخمي أبو عمر الكوفي القبطي.
- محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو جعفر المدني الإمام، المعروف بالباقر.
- محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب، القرشي، الزهري، أبو بكر المدني، من صغار التابعين.
- محمد بن المنكدر بن عبد الله بن الهدير بن عبد العزى بن عامر بن الحارث بن حارثة بن سعد بن تيم، القرشي التيمي، أبو عبد الله المدني، أحد الأئمة الأعلام.
- عمرو بن عبد الله الهمداني السبيعي، أبو إسحاق الكوفي، أحد الأعلام التابعين.
- منصور بن المعتمر السلمى، أبو عتاب الكوفي، أحد الأعلام المشاهير.
- مسلم بن عمران - أو ابن أبي عمران - البطين، أبو عبد الله الكوفي.
- يزيد بن صهيب الكوفي، أبو عثمان الفقير.
- عثمان بن عاصم بن حصين الأسدي، أبو حصين الكوفي الفقيه، أحد الأئمة

الأثبات .

- عطاء بن السائب الثقفي أبو محمد الكوفي، أحد الأئمة .
- ناصح بن عبد الله، ويقال: ابن عبد الرحمن، التميمي المعروف بالمحلمي، أبو عبد الله الكوفي الحائك .
- هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدي، أبو المنذر أحد الأعلام .
- وخلق سواهم، حتى إنه روى عن شيبان بن آدم بن زباع النحوي، وهو أصغر منه، وعن مالك بن أنس - وهو كذلك- .

* تلاميذه ومن روى عنه :

حدث عنه خلق كثير، ذكر منهم الشيخ أبو الحجاج - في تهذيبه - هؤلاء على المعجم :

- إبراهيم بن طهمان بن شعبة الخراساني، أبو سعيد الهروي عالم «خراسان» .
- أبيض بن الأغر بن الصباح المنقري .
- أسباط بن محمد بن عبد الرحمن، وقيل ابن أبي عبد الرحمن القرشي الكوفي .
- إسحاق بن يوسف بن يعقوب بن مرداس المخزومي أبو محمد الأزرق الواسطي، أحد الأعلام .
- أسد بن عمرو البجلي القاضي .
- إسماعيل بن يحيى الصيرفي .
- أيوب بن هانئ الكوفي .
- الجارود بن يزيد النيسابوري .
- جعفر بن عون بن جعفر بن عمرو بن حريث القرشي المخزومي، أبو عون، الكوفي .
- الحارث بن نبهان الجرمي أبو محمد البصري .
- حيان بن علي العنزي .
- الحارث بن زياد اللؤلؤي .
- الحسن بن الفرات بن عبد الرحمن التميمي القزاز الكوفي .
- الحسين بن الحسن بن عطية العوفي القاضي .
- حفص بن عبد الرحمن بن عمرو بن فروخ بن فضالة البلخي، أبو عمر الفقيه

- المعروف بالنيسابوري، قاضي نيسابور.
- حكام بن سلم الكتاني، أبو عبد الرحمن الرازي.
- أبو مطيع الحكم بن عبد الله.
- حماد بن أبي حنيفة.
- حمزة بن حبيب بن عمارة التيمي، مولى تيم الله، أبو عمارة الزيات الكوفي، أحد القراء السبعة، وهو من أقرانه.
- خارجة بن مصعب بن خارجة الضبعي، أبو الحجاج الخراساني السرخسي.
- داود بن نصير الطائي، أبو سليمان الكوفي، الفقيه الزاهد.
- زفر بن الهذيل بن قيس العنبري.
- زيد بن الحباب بن الريان، ويقال: ابن رومان التيمي، أبو الحسين العكلي الكوفي.
- سابق بن عبد الله الجزري أبو سعيد الرقي.
- سعد بن الصلت البجلي قاضي شيراز.
- سعيد بن أبي الجهم القابوسي.
- سعيد بن سلام بن أبي الهيفاء العطار.
- سلم بن سالم البلخي.
- سليمان بن عمرو النخعي.
- سهل بن مزاحم.
- شعيب بن إسحاق بن عبد الرحمن بن عبد الله بن راشد القرشي مولا هم أبو شعيب القرشي الدمشقي الحنفي.
- الصباح بن محارب التيمي الكوفي.
- الصلت بن الحجاج، أبو محمد الكوفي.
- الضحاك بن مخلد بن الضحاك الشيباني أبو عاصم النبيل البصري الحافظ.
- عامر بن الفرات أبو عمرو الذُّهلي، من أهل الشام.
- عائذ بن حبيب بن الملاح العبسي، ويقال: القرشي، مولا هم، أبو أحمد، ويقال: أبو هشام، الكوفي.
- عباد بن العوام بن عمر بن عبد الله بن المنذر الكلابي، أبو سهل الواسطي.

- عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي، أبو عبد الرحمن المروزي، أحد الأئمة الأعلام وشيوخ الإسلام.
- عبد الله بن يزيد، مولى الأسود بن سفيان المخزومي، الأعور المدني، أبو عبد الرحمن المقرئ.
- عبد الحميد بن عبد الرحمن بشمين أبو يحيى الحماني الكوفي.
- عبد العزيز بن خالد بن زياد الترمذي.
- عبد الكريم بن مُحَمَّد الجُرْجَانِيّ أَبُو سهل، قاضي جُرْجَان.
- عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد الأزدي، أبو عبد الحميد المكي، مولى المهلب بن أبي صفرة، مروزي الأصل.
- عبد الوارث بن سعيد بن ذكوان التميمي العنبري مولاهم أبو عبدة التنوري البصري أحد الأعلام.
- عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي الأسدي، الإمام أبو بكر الحميدي المكي، صاحب الشافعي ورفيقه في الرحلة إلى الديار المصرية.
- عبيد الله بن عمرو بن أبي الوليد الأسدي، مولاهم أبو وهب الجزري الرقي أحد الأئمة.
- عبيد الله بن موسى العبسي، أبو محمد الكوفي الحافظ صاحب المسند.
- عتاب بن محمد بن شوذب البلخي.
- علي بن ظبيان العبسي، وقيل: الجنبي، أبو الحسن الكوفي، قاضي بغداد.
- علي بن عاصم بن صهيب الواسطي أبو الحسن القرشي التيمي، مولى قرية بنت محمد بن أبي بكر الصديق.
- علي بن مسهر القرشي، أبو الحسن الكوفي قاضي الموصل، أخو عبد الرحمن ابن مسهر قاضي جبل، من خزيمة بن لؤي بن غالب. وهم عائلة قريش.
- عمرو بن محمد العنقزي القرشي، مولاهم، أبو سعيد الكوفي.
- والعنقز هو: المرزنجوش: وهو نوع من الطيب يشبه الغسلة بكسر الغين.
- عمرو بن الهيثم بن قطن بن كعب الزبيدي القطعي، أبو قطن البصري.
- عيسى بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي - بفتح المهملة وكسر الموحدة - أخو إسرائيل، كوفي، نزل الشام مرابطاً.

- الفضل بن موسى الرازي السِّيناني، أبو عبد الله: أحد العلماء.
- القاسم بن الحكم بن كثير بن جندب بن ربيع بن عمرو بن عبد الله بن إبراهيم بن كعب بن مالك العرنبي، أبو أحمد الكوفي قاضي همدان.
- القاسم بن معن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبد الله الكوفي، أحد الأعلام.
- قيس بن الربيع الأسدي الكوفي.
- محمد بن أبان العنبري الكوفي.
- محمّد بن بشر بن الفرافصة بن المختار، الحافظ العبدي، أبو عبد الله الكوفي.
- محمد بن الحسن بن أتش اليماني، أبو عبد الله الصنعاني الأبنائي، أخو علي ابن الحسن بن أتش، وقد ينسب إلى جده.
- محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيان، أبو عبد الله، إمام بالفقهِ والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة.
- محمد بن خالد بن محمد، ويقال: ابن موسى، الكندي الوهبي، أبو يحيى بن أبي مخلد الحمصي، أخو أحمد بن خالد، وكان الأكبر.
- محمد بن عبد الله بن المثنى بن عبد الله بن أنس بن مالك الأنصاري، أبو عبد الله البصري القاضي، قضى بالبصرة في أيام الرشيد بعد معاذ بن معاذ العنبري، وبيغداد بعد العوفي.
- محمد بن الفضل بن عطية بن عمر بن خالد العبسي، مولاهم، أبو عبد الله الكوفي، ويقال: المروزي، سكن بخارى.
- محمد بن القاسم الأسدي.
- محمد بن مسروق الكندي الكوفي.
- محمد بن يزيد الواسطي.
- مروان بن سالم الجزري أبو عبد الله مولى بني أمية.
- مصعب بن المقدام الخثعمي، أبو عبد الله الكوفي، مولى الخثعميين.
- المعافى بن عمران الظهري الحميري، أبو عمران الحمصي.
- مكّي بن إبراهيم بن بشير بن فرقد، أبو السكن التميمي الحنظلي البلخي، أحد الثقات الأعلام.

- نصر بن عبد الكريم أبو سهل البلخي المعروف بالصيقل .
- نصر بن عبد الملك العتكي .
- النضر بن عبد الله الأزدي أبو غالب الكوفي ثم الأصبهاني .
- النضر بن محمد أبو عبد الله المروزي .
- النعمان بن عبد السلام التيمي أبو المنذر الأصبهاني .
- نوح بن دراج أبو مُحَمَّد الكوفي مولى النخع القاضي .
- نوح بن أبي مريم أبو عصمة قاضي مرو .
- هشيم بن بشير بن القاسم بن دينار السلمي ، أبو معاوية بن أبي خازم الواسطي ، قيل : إنه بخاري الأصل .
- هوزة بن خليفة بن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكره أبو الأشهب الثقفي البصري .
- هياج بن بسطام التيمي البرجمي الحنظلي ، أبو خالد الخراساني الهروي ، والد خالد بن هياج .
- وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي أبو سفيان الكوفي الحافظ أحد الأئمة الأعلام .
- يحيى بن أيوب العلاف ، أبو زكريا المصري .
- يحيى بن نصر بن حاجب بن عمرو بن سلمة أبو عبد الله القرشي .
- يحيى بن يمان العجلي الكوفي .
- يزيد بن زريع التيمي العيشي ، أبو معاوية البصري ، الحافظ أحد الأعلام .
- يزيد بن هارون السلمي ، أبو خالد الواسطي ، أحد الأعلام الحفاظ المشاهير .
- يونس بن بكير بن واصل الشيباني أبو بكر الكوفي الحافظ .
- إبراهيم بن محمد بن الحارث بن أسماء بن خارجة بن حصن بن حذيفة الفزاري أبو إسحاق الكوفي ، ثم المصيبي الحافظ أحد الأعلام .
- محمد بن ميمون أبو حمزة السكري المروزي .
- محمد بن ميسر أبو سعد الصغاني الضرير .
- عبد ربه بن نافع أبو شهاب الحنات .
- حفص بن سلم ، أبو مقاتل السمرقندي .

- يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري أبو يوسف القاضي^(١).

* ثناء العلماء عليه:

ولقد عنى أبو حنيفة بطلب الآثار والحديث، وارتحل في ذلك الأيام والليالي.
وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه فإليه المنتهى، والناس عليه عيال في ذلك.
قال محمد بن سعد العوفي: «سمعت يحيى بن معين يقول: كان أبو حنيفة ثقة لا يحدث بالحديث إلا بما يحفظه، ولا يحدث بما لا يحفظ»^(٢).

وقال صالح بن محمد: «سمعت يحيى بن معين يقول: كان أبو حنيفة ثقة في الحديث»^(٣).

قال محمد بن أيوب بن الضريس: «حدثنا أحمد بن الصباح، سمعت الشافعي قال: قيل لمالك: هل رأيت أبا حنيفة؟ قال: نعم، رأيت رجلا لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهباً لقام بحجته»^(٤).

وعن أبي معاوية الضرير قال: «حب أبي حنيفة من السنة»^(٥).

وقال الفقيه أبو عبد الله الصيمري: «لم يقبل العهد بالقضاء، فضرب وحبس ومات في السجن».

وروى حيان بن موسى المروزي، قال: سئل ابن المبارك: مالك أفتقه أو أبو

(١) ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري (٨١/٨)، التاريخ الصغير، للبخاري (٤٣/٢)، ١٠٠، (٢٣٠)، الجرح والتعديل (٨/٢٠٦٢)، تاريخ بغداد (١٣/٤٢٣، ٤٢٤)، تهذيب الكمال (٢٩/٤١٧)، والكاشف (٣/٢٠٥)، ميزان الاعتدال (٤/٢٦٥)، تاريخ أسماء الثقات (١٤٧٧)، الضعفاء الكبير (٤/٢٦٨)، التاريخ لابن معين (٣/٦٧)، تاريخ الثقات (٤٥٠)، تهذيب التهذيب (١٠/٤٤٩)، وتقريب التهذيب (٢/٣٠٣)، سير الأعلام (٦/٣٩٠)، معرفة الثقات (١٨٥٣).

(٢) تاريخ بغداد (١٥/٥٨٠).

(٣) تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢٩/٤٢٤)، مغاني الأختار في شرح أسامي رجال معاني الآثار، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م (٣/١٣٥).

(٤) تاريخ بغداد (١٥/٤٦٣).

(٥) تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م (٣/٩٩٤)، سير أعلام النبلاء (٦/٤٠١).

حنيفة؟ قال: أبو حنيفة.

وقال الخريبي: «ما يقع في أبي حنيفة إلا حاسد أو جاهل»^(١).

وقال يحيى بن سعيد القطان: «لا نكذب الله ما سمعنا أحسن من رأي أبي حنيفة وقد أخذنا بأكثر أقواله»^(٢).

وقال علي بن عاصم: «لو وزن علم الإمام أبي حنيفة بعلم أهل زمانه لرجح عليهم»^(٣).

وقال حفص بن غياث: «كلام أبي حنيفة في الفقه أدق من الشعر، لا يعيبه إلا جاهل».

وروي عن الأعمش أنه سئل عن مسألة فقال: إنما يحسن هذا النعمان بن ثابت الخزاز، وأظنه بورك له في علمه»^(٤).

وقال الشافعي: «الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة»^(٥).

قلت: الإمامة في الفقه ودقائقه مسلمة إلى هذا الإمام، وهذا أمر لا شك فيه.

ولله در المتنبي: [من الوافر]:

وَلَيْسَ يَصِحُّ فِي الْأَفْهَامِ شَيْءٌ إِذَا احتَاجَ النَّهَارُ إِلَى دَلِيلٍ^(٦)

* وفاته:

توفي شهيداً في سنة خمسين ومائة، وله سبعون سنة.

(١) تاريخ الإسلام (٣/٩٩٥)، سير أعلام النبلاء (٦/٤٠٢).

(٢) تاريخ بغداد (١٥/٤٧٤).

(٣) أخبار أبي حنيفة وأصحابه، الحسين بن علي بن محمد بن جعفر، أبو عبد الله الصِّيمَرِي الحنفي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص (٢٣)، تاريخ الإسلام (٣/٩٩٥)، سير أعلام النبلاء (٦/٤٠٣).

(٤) الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص (١٢٦)، تاريخ الإسلام (٣/٩٩٦).

(٥) تاريخ الإسلام (٣/٩٩١)، تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) (١/١٢٧).

(٦) ينظر: ديوان المتنبي بشرح أبي البقاء العكبري المسمى (التيبان في شرح الديوان)، لأبي الطيب المتنبي، دار الكتب العلمية بيروت (٣/٩٢).

ثانياً: تكوين المذهب، وموطنه وانتشاره

لما رحل عبد الله بن مسعود، والإمام علي إلى الكوفة واستقرا بها - أخذاً - على عاتقهما تعليم الناس أحكام الدين ومبادئه، وقد اتبع عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - سنن عمر بن الخطاب في شدة الميل إلى الرأي، والاحتياط الزائد في الأخذ بالحديث، كما أن علياً كان واسع الأفق قوي الحجّة ذا عقلية فذة قادرة على استنباط الأحكام.

وقد أدى ذلك إلى بروز نخبة من الفقهاء الأجلاء، اعتدوا بالرأي، من هؤلاء: شريح الكندي الذي مارس القضاء حقبة من الزمن، وعرف بميله الشديد إلى الأخذ بالرأي، ومن بعده جاء إبراهيم النخعي فقيه الرأي.

ورفع اللواء من بعدهما حمّاد بن سليمان، لكنه مزج بين الرأي والآثر؛ حيث تأثر بعامر بن شرحبيل الشعبي الذي كان يكره الرأي ويعتمد على الآثار؛ ولذا يعد الشعبي هو المغذي لمدرسة الرأي في العراق بالأحاديث والآثار التي حفظها ورواها، وكان من تلاميذ حماد بن سليمان - الإمام أبو حنيفة الذي برز من بين أقرانه، وأخذ عن أستاذه المزج بين الرأي والآثر، وتعلم على يد غيره في أثناء رحلاته إلى الحج.

وبعد موت أستاذه حماد آلت إليه زعامة مدرسة الرأي في «العراق»، فالتف حوله الراغبون في العلم، وبرز من يومها مذهب خاص في الفقه، عرف بالمذهب الحنفي نسبة إلى أبي حنيفة - رضي الله عنه^(١).

وقد نما المذهب الحنفي وترعرع، واستوى على سوقه، ويرجع هذا النمو إلى أمور ثلاثة:

أولها: كثرة تلاميذ أبي حنيفة، وعنايتهم بنشر آرائه، وبيان الأسس التي قام عليها فقهه، فوافقوه وخالفوه، وبينوا الدليل في الوفاق والخلاف، وفرعوا كذلك على مذهبه.

ثانيها: أنه جاء بعد تلاميذه طائفة عنيت باستنباط علل الأحكام، وتطبيقها على ما

(١) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، د/ محمد سلام مذكور، دار النهضة، ١٩٧٦م، ص (١١٦)، وتاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، دار الفكر العربي، ص (٣٥٣)، وما بعدها.

يجد من الوقائع في العصور، وأنهم بعد أن استنبطوا علل الأحكام التي قامت عليها فروع المذاهب جمعوا المسائل المتجانسة في قواعد عامة شاملة، فاجتمع في المذهب التفريع، ووضعت القواعد والنظريات العامة التي تجمع أشتاته وتوجه كلياته.

ثالثها: انتشاره في مواطن كثيرة؛ وذلك لأنه كان مذهب الدولة العباسية، حتى إن الرشيد ولى أبا يوسف القضاء في «بغداد»، وكان لا يعين القاضي في الأقاليم إلا إذا اعتنق المذهب العراقي (مذهب أبي حنيفة)^(١).

وقد نشأ المذهب الحنفي أولاً في «العراق» وذاع وانتشر خارجها في كل بلد كان للدولة العباسية فيه سلطان، فكان - في «العراق» وبلاد «ما وراء النهر» والبلاد التي فتحت في المشرق - المذهب الرسمي وكان مذهباً شعبياً، وإن نازعه - في بلاد «التركستان» و«ما وراء النهر» - المذهب الشافعي في وسط الشعب^(٢).

قال العلامة ابن خلدون: إن مذهب أبي حنيفة تقلده أهل «العراق» ومسلمو «الهند» و«الصين» و«ما وراء النهر»، و«بلاد العجم»؛ لأن تلاميذه كانوا بطانة خلفاء بني العباس، فكثرت مخالطتهم لهم، ومناظرتهم مع فقهاء الشافعية، وحدثت مباحث في الخلافات جاؤوا فيها بعلم مستطرف وأنظار غريبة، خصوصاً عندما أسندت الخلافة إلى هارون الرشيد. فقد ولى أبا يوسف صاحب أبي حنيفة القضاء، فلم يقلد قاضياً ببلاد «العراق» و«خراسان» و«الشام» و«مصر» إلا من أشار به القاضي أبو يوسف، وهو لم يختار للقضاء إلا حنفيًا؛ فلهذا اشتهر مذهب أبي حنيفة في هذه الأقطار، وقال الحافظ ابن حزم: «مذهبان انتشرا بالرياسة والسلطان: مذهب أبي حنيفة، فإنه لما ولى أبو يوسف القضاء، كان القضاة من قبله من أقصى المشرق إلى عمل إفريقيا، فكان لا يولي إلا أصحابه والمنتسبين إلى مذهبه، والثاني مذهب مالك ثم ساق الكلام في شأنه».

وقد ساد المذهب الحنفي في «الشام» على المستوى الرسمي والشعبي، حتى إذا جاء إلى «مصر» وجد في وجهه مذهبين يتنازعان السلطان في الشعب المصري:

(١) ينظر: تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٦).

(٢) السابق ص (٣٨٧).

المذهب المالكي الذي يكثر تلاميذه بها، والمذهب الشافعي الذي أقام مؤسسه الإمام الشافعي بها، ومع ذلك استطاع أن يحتل المكانة العليا على المستوى الرسمي، لكنه لم يتغلغل على المستوى الشعبي.

فلما جاءت الدولة الفاطمية أزلت كل المذاهب، وأحلت المذهب الشيعي الإمامي، حتى إذا حل الأيوبيون بـ «مصر»، قووا المذهب الشافعي، ولما آل الأمر إلى الماليك، جعلوا مسائل القضاء قائمة على المذاهب الأربعة حتى جاء محمد علي فأعاد للمذهب الحنفي صفته الرسمية^(١).

وكذلك فقد كان المذهب الحنفي هو المذهب الرسمي للدولة في البلاد التي كانت خاضعة لحكم الدولة العثمانية، وعليه اعتمدت مجلة الأحكام العدلية. ولم يتجاوز المذهب الحنفي «مصر» إلى بلاد «المغرب» إلا في عهد أسد بن الفرات وكان ذلك زمنًا قصيرًا ثم عاد أدراجه؛ لأن المذهب المالكي انفرد بالنفوذ في «المغرب» و«الأندلس»^(٢).



(١) ينظر: تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٧).

(٢) ينظر: السابق، ص (٣٨٧).

ثالثاً: أصول المذهب ومنهجه

نقل عن أبي حنيفة أنه قال: أخذ بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم أجد في كتاب الله تعالى، ولا سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه ﷺ؛ أخذ بقول من شئت منهم، وأدع من شئت منهم، لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم، فأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم أي: النخعي، والشعبي، وابن سيرين، والحسن، وعطاء، وسعيد بن المسيب - فقوم اجتهدوا فأجتهد كما اجتهدوا، وهذا النص يدل على أنه يأخذ بكلام الله، ثم سنة رسوله، ثم أقوال الصحابة، ولا يأخذ بأقوال التابعين؛ بل يجتهد وهذا الاجتهاد مبني على عدة أمور، يكشف عنها ما جاء في المناقب للمكي: أن أحد معاصري أبي حنيفة قال: كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة، وفرار من القبح، والنظر في معاملات الناس، وما استقاموا عليه، وصلح عليه أمورهم. . يُمضي الأمور على القياس، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان مادام يمضي له، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل المسلمون به، وكان يوصل الحديث المعروف الذي أجمع عليه، ثم يقيس عليه مادام القياس سائغاً، ثم يرجع إلى الاستحسان فأيهما كان أوفق رجع إليه، قال سهل: هذا علم أبي حنيفة، وهو علم العامة.

ويتضح لنا من خلال النصين: أن منهج أبي حنيفة - الذي رسمه لنفسه وسار عليه أصحابه من بعده يقوم على أصول سبعة:

- ١- كتاب الله عز وجل: وهو عمود الشريعة، وأساسها، وإليه ترجع أحكامها، وهو مصدر المصادر. فما من مصدر إلا ويرجع إليه في أصل ثبوته.
- ٢- السنة النبوية: وهي الأصل الثاني للتشريع، فهي المفصلة لمجمل القرآن، المبينة له، المقيدة لمطلقه، وهي تبليغ النبي ﷺ رسالة ربه، ومن لم يأخذ بها فإنه لا يقر بتبليغ النبي ﷺ لرسالة ربه.

وقد تشدد الفقه الحنفي في قبول السنة، والتحري عنها وعن رواياتها. فلم يقبلوا إلا الحديث المتواتر، الذي ترويه جماعة عن جماعة، يستحيل تواطؤها على الكذب، أو الحديث المشهور الذي اتفق فقهاء الأمصار على العمل به، أو رواه

صحابي واحد أمام جمع منهم، ولم يخالف فيه أحدهم؛ إذ يعتبر سكوتهم إقراراً له^(١).

يذكر الخطيب أن أبا حنيفة كان إذا وردت عليه مسألة فيها حديث صحيح اتبعه، وإن كان عن الصحابة والتابعين^(٢).

٣- أقوال الصحابة: لأنهم هم الذين بلغوا الرسالة، وهم الذين عاينوا التنزيل، وهم الذين يعرفون المناسبات المختلفة للآيات والأحاديث، وهم الذين حملوا علم الرسول ﷺ إلى الأخلاف من بعده.

وقد رجع فقهاء الحنفية إلى أقوال الصحابة وأفعالهم فإذا عرضت لهم مسألة ليس فيها حكم ظاهر من كتاب الله، أو سنة رسول الله الصحيحة، عرضوها على أقوال الصحابة وأفعالهم؛ فإن كانوا أجمعوا فيها على رأي أخذ الفقهاء الحنفية به، وإلا فلا.

ويكشف النص الوارد عن أبي حنيفة سابقاً، أنه يأخذ بقول من شاء من الصحابة ويدع من شاء، ولكنه لا يخرج في نفس الوقت - من قول الصحابي إلى غيره، وليست أقوال التابعين لها هذه المنزلة؛ لأنه فرض في أقوال الصحابة أنها كانت بالتلقي عن رسول الله ﷺ ولم تكن بالاجتهاد المجرد، وأن بعض أقوالهم أو أكثرها مبنية على أقوال رسول الله ﷺ^(٣).

٤- القياس: وقد أخذ أبو حنيفة وأعلام مذهبه بالقياس عند عدم وجود نص من كتاب الله، أو سنة رسول الله، أو قول صحابي أو فعله في المسألة المعروضة. والقياس معناه: إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر آخر منصوص على حكمه؛ لعلة جامعة بينهما، فهو في حقيقته حمل على النص بأن تتعرف الأسباب والأوصاف المناسبة للحكم الذي نص عليه، حتى إذا عرفت علة طبق الحكم في كل موضوع تنطبق فيه العلة، ولقد سماه بعض العلماء تفسيراً للنصوص^(٤).

(١) ينظر: الفقه الإسلامي، د/ محمد سلام مذكور، ص (١١٧).

(٢) تاريخ بغداد (١٣/٣٢٨).

(٣) تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٧٦).

(٤) السابق، ص (٣٧٦، ٣٧٧).

وقد توسع أبو حنيفة وأصحابه في القياس أيما توسع، وافترضوا مسائل خيالية لاختباره، عرف ذلك بالفقه الافتراضي.

٥- الاستحسان: هو الدليل الذي اشتهر به الأحناف واعتبره الفقهاء ماعدا الشافعية؛ فقد رفضوه، وقال فيه الشافعي قولته المشهورة: «من استحسَن في الدين فقد شرع» في حين أن المشرع هو الله وحده، ثم رسوله.

وقد عرف الكرخي - من علماء الأحناف - الاستحسان بقوله: «الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه أقوى»^(١)، ويعرفه السرخسي بأنه «قياس خفي قوي أثره»^(٢). وقريب من هذا أن يقال: «إنه خروج عن القياس الظاهر الجلي إلى القياس الخفي»، أي: إلى الذي خفيت علته؛ لأن القياس الظاهر تبين عدم صلاحيته في بعض الجزئيات، فيبحث عن علة أخرى؛ أو لأن القياس الظاهر خالف نصا، والقياس أصلا يكون حينما لا يوجد نص؛ أو لأن القياس خالف الإجماع أو العرف؛ فيترك ويؤخذ بهما.

وقد برع أبو حنيفة وأصحابه في الاستحسان، كما برعوا في القياس، وتوسعوا فيه؛ فامتدت المسائل الفقهية، وكثرت المسائل المفترضة؛ فأثروا بذلك الفقه بالكثير من الأحكام التي مهدت الطريق لمن جاء بعدهم، ويسرت عليهم الفتوى، وقد كان تشدد الحنفية في الحديث، وعدم قبولهم لخبر الواحد - وراء توسعهم في الأخذ بالقياس والاستحسان.

٦- الإجماع: يعرفه بعضهم بأنه اتفاق مجتهدي الأمة في عصر ما على حكم شرعي، وقد اتفق جمهور العلماء على حججه واعتباره دليلا من أدلة الأحكام. وقد استند جمهور العلماء إلى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا مَصِيرًا﴾^(٣) وقول الرسول ﷺ «لا تجتمع أمتي على ضلالة»^(٤)، ودليل المنكرين للإجماع: قول الله

(١) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، أبي الحسن علي بن محمد، تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ (٢١٢/٤).

(٢) المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م (١٠/١٤٥).

(٣) سورة النساء: ١١٥.

(٤) ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط (١)، ١٤١٦هـ - =

تعالى: ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(١) فالله جعل المرجع الكتاب والسنة، فلا يصح أن يكون الإجماع مرجعاً شرعياً. والإجماع عند القائلين بإمكانه وتحققه ووقوعه فعلاً لا يكون إلا عن دليل يستند إليه، وقد يكون هذا الدليل هو القياس؛ لأن القول في الدين من غير دليل أو أمانة خطأ.

وكان موقف الأحناف من الإجماع كرأي الجمهور تماماً؛ حيث عملوا به. ٧- العرف: وهو أن يكون عمل المسلمين على أمر لم يرد فيه نص من القرآن أو السنة أو عمل الصحابة؛ فإنه يكون حجة. والعرف قسمان: قسم صحيح وهو الذي لا يخالف نصاً، وقسم فاسد وهو الذي يخالف نصاً، والعرف الفاسد لا يلتفت إليه، والعرف الصحيح حجة. وقد توسع أبو حنيفة في الأخذ بهذا الأصل؛ وذلك لأنه كان ذا خبرة بالتجارة ومعاملات الناس فعلم عادات الناس، وخبر أعرافهم؛ ولذلك حكم العرف في كثير من المسائل الفقهية.



= ١٩٩٥م (٢٩٥/٣) وقال: هذا حديث مشهور له طرق كثيرة لا يخلو واحد منها من مقال ثم ذكر حديثاً عن أبي مالك الأشعري. رواه عنه أبو داود (٤٢٥٣) بلفظ: «إن الله أجاركم من ثلاث خلال: ألا يدعوا عليكم نبيكم فتهلكوا جميعاً، وألا يظهر أهل الباطل على أهل الحق، وألا تجتمعوا على ضلالة» وقال: فيه انقطاع، وذكر له شاهدًا من حديث ابن عمر رواه الترمذی (٢١٦٧) والحاكم (١/١١٥) بلفظ: «لا تجتمع هذه الأمة على ضلالة أبداً» وقال: فيه سليمان بن سفيان المدني وهو ضعيف. (١) سورة النساء آية: ٥٩.

رابعًا: أعلام الفقه الحنفي

تلمذ لأبي حنيفة كثير من راغبي العلم وطلابه، وبرز منهم البعض فاصطفاهم، وآخاهم، وشاركهم في مناقشة بعض المسائل، ووضع الإجابة عليها، وكان لا يرى بأسا في مناقشتهم ومعارضتهم له؛ ولذا يعتبر تلاميذه قد شاركوه في تأسيس المذهب ونشره، ومن ناحية أخرى، فقد تعلم على أيدي هؤلاء التلاميذ الكثير ممن كان له دور مؤثر في نشر المذهب في كل الأرجاء. وإذا علمنا أن أبا حنيفة لم يؤلف كتابا، إلا رسائل صغيرة نسبت إليه، كرسالته «الفقه الأكبر»، و«رسالته إلى عثمان البتي» و«رسالته في الرد على القدرية»، وكلها رسائل في علم الكلام والمواعظ - عرفنا الدور العظيم الذي قام به مريدو الإمام أبي حنيفة في نشر المذهب الحنفي وتدوينه؛ ولذا يجدر بنا أن نذكر أبرز هؤلاء الأعلام، وهم كالتالي:

١- أبو يوسف^(١) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، صاحب الإمام أبي حنيفة ومقدم تلاميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيها علامة من كبار حفاظ الحديث، ولد بـ«الكوفة» سنة ثلاث عشرة ومائة، وتفقه بالحديث والرواية ثم لزم أبا حنيفة فغلب عليه فقه أهل الرأي، وولي القضاء بـ«بغداد» أيام المهدي والهادي والرشيد، ومات في خلافته بـ«بغداد» سنة اثنتين وثمانين ومائة، وهو على القضاء، وهو أول من دعي: قاضي القضاة، ويقال له: قاضي قضاة الدنيا، فكان له تولية القضاء في الشرق والغرب، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة، وهو أول من غير زي العلماء بهذا الزي، وكان واسع العلم بال تفسير والحديث، والمغازي وأيام العرب، ولكن اشتهر بالفقه أكثر من سائر العلوم؛ لاشتغاله به مدة طويلة، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، ومن كتبه المشهورة: «الخراج» و«الآثار» وهو مسند أبي حنيفة، و«النوادر» و«اختلاف

(١) ينظر: طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، الموصل، ١٣٨٠هـ، ص (١٥)، والأعلام، للزركلي (٢٥٢/٩)، ومفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، لطاش كبرى زاده، دار الكتب العلمية ط (١)، ١٤٠٥هـ (٢٣٤/٢)، والجواهر المضوية (رقم ١٨٢٥)، والفوائد البهية، ص (٢٢٥)، وتاج التراجم، ص (٣)، وشذرات الذهب (١/٢٩٨)، وتاريخ بغداد (١٤/٢٤٢-٢٦٢)، والبداية والنهاية، لابن كثير، مكتبة المعارف، بيروت، ط (٦)، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٥م (١٨٠/٢).

الأمصار» و«أدب القاضي» و«الفرائض» و«الغصب» و«الاستبراء» و«الجوامع» و«الذبائح» و«الوصايا» و«اليوع» و«الأمالي».

٢- محمد بن الحسن بن فرقد^(١) أبو عبد الله، من موالى بني شيبان، إمام الفقه والأصول، صاحب أبي حنيفة وتلميذه، وناشر مذهبه وعلمه، وهو أول من دون مذهب أبي حنيفة، وأصل والده من «دمشق» قدم «العراق» فولد محمد بـ«واسط» سنة واحد وثلاثين ومائة ونشأ بـ«الكوفة» وطلب الحديث، فسمع عن الثوري والأوزاعي ومسعر ومالك وصحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه ثم عن أبي يوسف وغلب عليه مذهبه، وعرف به وانتقل إلى «بغداد» فولاه الرشيد القضاء بـ«الرقعة» وأخذ عنه جمع غفير من أئمة الفقه والحديث، ومن أبرزهم الإمام أبو حفص الكبير البخاري والإمام أبو سليمان الجوزجاني، وله كتب كثيرة في الفقه والأصول حتى قيل: إنه صنف تسعمائة وتسعين كتابا كلها في العلوم الإسلامية، ومن أهم كتبه المسماة بظاهر الرواية والأصول، وهى: «المبسوط» أو «الأصل» و«الجامع الصغير» و«الجامع الكبير» و«السير الكبير» و«السير الصغير» و«الزيادات» وإنما أظهر علم الإمام أبي حنيفة بتصانيفه، وإن جلالته وثاقته مستفيضة مشهورة، وقد أثنى عليه كثير من العلماء والمؤرخين، فقال الإمام الشافعي - رحمه الله -: لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن لقلت؛ لفصاحته، وقال أيضًا: أخذت عنه وقر بعير من علم وما رأيت رجلا سميًا أخف روحًا منه، ونعته الخطيب البغدادي بإمام أهل الرأي ولما خرج الرشيد إلى «خراسان» صحبه معه، فمات بالري سنة تسع وثمانين ومائة هجرية، ولمحمد زاهد الكوثري كتاب (بلوغ الأماني) في سيرته.

(١) ينظر: الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط (٢)، ١٤٠٨ هـ (٣٣٦/٧)، وهدية العارفين (٨/٦)، ومروج الذهب، لأبي الحسن علي بن الحسين المسعودي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط (٥) ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م (٣٥٤/٣)، وشذرات الذهب (٣٢١/١)، ومفتاح السعادة (٢/٢٤١)، وتاريخ بغداد (١٧٢/٢)، والنجوم الزاهرة في تاريخ مصر والقاهرة، لابن تغري بردي، المؤسسة المصرية العامة، (د.ط)، (د.ت) (١٣٠/٢)، والفوائد البهية ص (١٦٣)، والبداية والنهاية (٢/٢٠٢)، وكشف الظنون (١/١٥، ١٠٧، ٥٦١، ٥٦٧)، و (٢/٩٦٢، ١٠١٤، ١٣٨٤).

٣- زفر بن الهذيل بن قيس^(١) الكوفي أبو هذيل البصري العنبري من كبار أصحاب الإمام أبي حنيفة، وكان الإمام يفضلته ويجله وكان يقول: هو أقيس أصحابي. ولد سنة عشر ومائة، وكانت وفاته بـ«البصرة» سنة ثمان وخمسين ومائة، وعمره ثمان وأربعون سنة فقط، وكان ورعا زاهدا اشتغل أولا بالحديث، ثم غلب عليه الفقه والقياس، وعرض عليه القضاء فلم يقبل واحتفى، وكان ثقة، وهو أحد الأئمة الأربعة في المذهب الحنفي، ومن تأليفاته «المجرد في الفروع» مقالات.

٤- الحسن بن زياد اللؤلؤي^(٢): صاحب الإمام أبي حنيفة، قال يحيى بن آدم: ما رأيت أفتقه من الحسن بن زياد، وولي القضاء ثم استعفى عنه.

وكان محبًا للسنة واتباعها حتى لقد كان يكسو مماليكه كما يكسو نفسه؛ اتباعا لقول رسول الله ﷺ: «ألبسوهم مما تلبسون» وكان يختلف إلى زفر، وأبي يوسف في الفقه.

قال الحسن: وكان أبو يوسف أوسع صدرا إلى التعليم من زفر، قال علي بن صالح: كنا عند أبي يوسف فأقبل الحسن بن زياد؛ فقال أبو يوسف: بادروه فاسألوه، وإلا لم تقووا عليه، فأقبل الحسن بن زياد، فقال: السلام عليكم، يا أبا

(١) ينظر: شذرات الذهب (١/٢٤٣)، وهديّة العارفين (١/٣٧٣)، والجواهر المضية برقم (٥٩٦)، والفوائد البهية، ص (٧٥، ٧٦)، ووفيات الأعيان (٦/١٥)، والبداية والنهاية (٢/١٢٩)، ومفتاح السعادة (٢/٢٤٩).

(٢) ينظر: الفهرست، لأبي الفرج محمد بن إسحاق بن محمد الوراق البغدادي المعتزلي الشيعي المعروف بابن النديم، تحقيق: إبراهيم رمضان، دار المعرفة بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (٢٨٨)، تاريخ بغداد (٧/٣١٤ - ٣١٧)، طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، هذبة: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٩٧٠م (١٤٦)، اللباب في تهذيب الأنساب، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، دار صادر، بيروت (٣/٧٢، ٧٣)، الكامل في التاريخ، لابن الأثير (٦/٣٥٩)، ميزان الاعتدال (١/٤٩١)، العبر في خبر من غير، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَائِمَاز الذهبية، تحقيق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسونوي زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت (١/٣٤٥)، دول الإسلام، للذهبي، حيدر آباد، ١٣٣٧هـ (١/١٢٧)، طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زادة، ص (١٨٢٠)، مفتاح السعادة (٢/٢٥٦، ٢٥٧)، الطبقات السنة، برقم (٦٧٦)، كشف الظنون (٢/١٤١٥، ١٤٧٠، ١٥٧٤)، شذرات الذهب (٢/١٢)، الفوائد البهية (٦٠، ٦١).

يوسف، ما تقول متصلاً بالسلام؟ قال: فلقد رأيت أبا يوسف يلوي وجهه إلى هذا الجانب مرة، وإلى هذا الجانب مرة، من كثرة إدخالات الحسن عليه، ورجوعه من جواب إلى جواب. قال محمد بن سماعة: سمعت الحسن بن زياد، يقول: كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث، كلها يحتاج إليها الفقهاء، قال السمعاني: كان عالماً بروايات أبي حنيفة، وكان حسن الخلق، وقال شمس الأئمة السرخسي: الحسن بن زياد، هو المقدم في السؤال والتفريع، توفي سنة أربع ومائتين. وهؤلاء الأربعة هم أشهر أصحاب الإمام أبي حنيفة الذين أخذوا عنه العلم مباشرة، وقد كان له تلاميذ آخرون لم يبلغوا شهرة هؤلاء الأربعة، كما كان لتلاميذه أتباع وتلاميذ أيضاً، وكان لكل منهم فضله في القيام على بيان المذهب ونشره، وهكذا توالى الأجيال والأتباع، حتى وصل المذهب إلينا على ما نعرفه الآن. * ومن أشهر علماء الحنفية المتأخرين:

١- أبو البركات، النسفي:

عبد الله بن أحمد بن محمود^(١)، حافظ الدين، أحد الزهاد المتأخرين، صاحب التصانيف المفيدة في الفقه والأصول. له «المستصفي في شرح المنظومة» وله شرح «النافع» سماه بـ«المنافع» وله «الكافي في شرح الوافي»، و«الوافي» تصنيفه أيضاً، وله «كنز الدقائق» وله «المنار» في أصول الفقه، وله «العمدة» في أصول الدين. تفقه على شمس الأئمة الكردي، وروى الزيادات عن أحمد بن محمد العتايي، سمع منه الصُّغْنَقِي.

(١) ينظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط (٢)، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م (٣٥٢/٢)، تاج التراجم، ص (٣٠)، السلوك لمعرفة دول الملوك، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن علي بن عبد القادر العبيدي المقرئ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٣٤٨/٢)، طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، صفحة (١١٣)، مفتاح السعادة (١٨٨/٢، ١٨٩)، كئائب أعلام الأخيار برقم (٤٧٨)، الطبقات السنوية برقم (١٠٣٧)، كشف الظنون (١١٩/١، ١١٦٨/٢، ١٢٧٤، ١٥١٥، ١٦٤٠، ١٦٧٥، ١٨٢٣، ١٨٤٩، ١٨٦٧، ١٩٢٢، ١٩٩٧، ٢٠٣٤)، الفوائد البهية (١٠١، ١٠٢)، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ (٩٨/١)، هدية العارفين (٤٦٤/١).

٢- الكمال ابن الهمام^(١):

هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود بن حميد الدين بن سعد الدين الفقيه الحنفي الأصولي المتكلم النحوي المشهور بابن الهمام، كان والده قاضيا بـ«سيواس» في «آسيا الصغرى»، كما كان جده كذلك ثم رأى الوالد أن ينتقل إلى بلد آخر؛ ليستفيد ويفيد على عادة العلماء في ذلك العصر فساقه حظه السعيد إلى «القاهرة»، فنزل بها ولم يلبث أن اختير قاضيا بها ثم تولى قضاء «الإسكندرية»، وهناك صاهر القاضي المالكي، فتزوج بنته ورزق منها بمولود سماه محمداً - واشتهر بعد ذلك بابن الهمام، وكان مولده سنة تسعين وسبعمائة هـ.

نشأ ابن الهمام، في بيت علم وفضل من أصلين كريمين، ولكنه لم يكد يبلغ العاشرة من عمرة حتى توفي والده ولم يترك له ثروة من المال، فكفلته جدته لأمه، وكانت فقيهة خيرة فرأت أن تنشئه تنشئة تليق ببيته الكريم؛ فأرسلته إلى عبد الرحمن العكبري (فقيه الإسكندرية)؛ ليعلمه القرآن ثم قدمت به «القاهرة» واهتمت بمواصلة تعليمه، فأرسلته إلى الشهاب الهيثمي، فأكمل حفظ القرآن على يديه وجوده على شمس الدين الزراتيني.

نشأ ابن الهمام يتيما في عهد دولة المماليك التي كسدت في أيامها سوق العلم، ولكن ابن الهمام كان عالي الهمة، قوي الإرادة، مشحوذ الفكر، فلم تضعف من عزيمته تلك المؤثرات بل زادته حزما وعزما وإقبالا على الدرس والتحصيل والأخذ بأسباب التفوق والكمال.

برع ابن الهمام في المعقول والمنقول فكان حجة في الفقه وأصوله وفي أصول الدين والتفسير والحديث والمنطق والبيان والمعاني والنحو والصرف والتصوف والحساب والأدب؛ ولا غرو في ذلك فقد أخذ هذه العلوم عن كبار العلماء، فمن شيوخه: قاضي القضاة جمال الدين الحميدي، وزين الدين الإسكندري، ومحمد البساطي المالكي، والعز بن عبد السلام البغدادي، والجلال الهندي، والقطب الأبرقوهي، وشهاب الدين أحمد بن رجب بن طبيقا الشافعي، وقاضي القضاة بدر الدين العيني الحنفي، وولي الدين أبو زرعة العراقي، وعز الدين ابن جماعة

(١) ينظر: الفوائد البهية، ص(١٨٠)، الأعلام (٣/٩٣٩).

الشافعي، والسراج عمرو بن محمد، والزين التفهني، وابن الشحنة الحنفي، والأذكاوي، والخوافي، وجمال الدين الحنبلي، وسمع على الشمسين: الشامي والبوصيري، وأجاز له جمال الدين ابن ظهيرة، كما أخذ عن غير هؤلاء ممن لا يحصون كثرة، وقد تنقل ابن الهمام بين «الإسكندرية» و«القاهرة» ورحل إلى «حلب» و«القدس» في سبيل العلم تحصيلًا ونشراً.

أخلاقه: كان متواضعاً لا يرى لنفسه فضلاً في تأليف أو اجتهاد؛ بل كان يرجع الفضل في ذلك لله وحده، وكان يستعمل عقله في المسائل العلمية إلى أقصى حد، ومع ذلك لم يخرج عن نصوص الكتاب والسنة، وكان يثق بنفسه تمام الوثوق، فكان يقول: أنا لا أقلد في المعقول أحداً، وكان قوي الإرادة لا يثنيه عن عزمه شخص مهما علا مقامه، ولم يكن يسعى إلى نيل منصب أو مغنم بل كانت المناصب تسعى إليه.

ولاه الأشرف برسباني مشيخة الأشرفية دون سابقة علم ولا استشارة إلا لمكانته العلمية، وكان ابن الهمام باراً بتلاميذه لا يرى فرصة لإيصال الخير إليهم إلا انتهزها؛ فقد عين، وهو شيخ الأشرفية، أحد تلاميذه مدرسا بها؛ لكفاءته؛ فعارضه جوهر الخازندار فغضب ابن الهمام، واعتزل العمل ولزم داره؛ احتجاجاً على التدخل في أمر من اختصاصات وظيفته ولما علم السلطان استرضاه فرضي بعد أن اعتذر له الخازندار.

اتجاهه العلمي: أما اتجاهه العلمي، فكان يستهدف فيه الحق لا يقول إلا ما يطمئن قلبه إلى دليله، سواء وافق مذهب إمامه، أو خالفه أو وافق مذهب إمام آخر أو خالف المذاهب الأربعة؛ فقد اختار مذهب مالك مخالفاً مذهب الحنفية في القول بوجوب الدلك في الغسل، واختار مذهب ابن حنبل مخالفاً مذهب إمامه في عدم اشتراط الحرية في الشاهد على النكاح، وخالف المذاهب الأربعة في القول بوجوب التسمية في الوضوء، مع أنها سنة أو مندوبة عند الحنفية ومندوبة عند المالكية، وسنة عند الشافعية، وشرط عند الحنابلة ولذلك اختلف الفقهاء في تقدير ابن الهمام هل هو مجتهد اجتهاداً مطلقاً كالأئمة الأربعة، أو مجتهد مذهب كأبي يوسف، أو مجتهد في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب كالخصاف والكرخي، أو مجتهد في التخريج عند النظر في قول الإمام المحتمل وجهين كالرازي، أو مجتهد ترجيح كأبي الحسن القدوري، أو مجتهد في التمييز بين القوي والأقوى، أو هو مقلد يلتزم

التقليد فحسب؟ قال ابن نجيم في البحر الرائق: إنه من أهل الترجيح .
وقال شيخ الإسلام المقدسي: إن ابن الهمام بلغ رتبة الاجتهاد، وقال السخاوي:
إن ابن الهمام ذو حجج باهرة واختيارات كثيرة وترجيحات قوية، وعندني أن ابن
الهمام مجتهد في الجزئيات يخالف إمامه في بعضها ويتبعه في بعضها، شأن المجتهد
الجزئي؛ فإن الاجتهاد يتجزأ كما قال الغزالي وابن السبكي والأسنوي وغيرهم .
هذا ابن الهمام في مسلكه العلمي، وقد تولى الإفتاء أولاً فاشتهرت أقواله وظهر
نبوغه، ثم تولى التدريس بالمدرسة الصالحية، التي أنشأها الملك الصالح نجم الدين
أيوب، ثم بالمدرسة المنصورية - التي أنشأها الملك قلاوون المنصوري -
ب«النحاسين»، ثم عينه الأشرف برسباي شيخاً للمدرسة الأشرفية بجهة المحجر، ثم
عين شيخاً لخانقاه شيخو ب«الصلبية» .

تلامذته ومصنفاته، ووفاته: تخرج على يديه كثير من العلماء منهم: أفضى القضاة
بدر الدين العراقي المالكي، وشرف الدين المناوي الشافعي، وجمال الدين بن هشام
المصري الحنبلي، وزين الدين بن قطلوبغا الحنفي، وسيف الدين بن قطلوبغا
الحنفي، أيضاً .

أما مؤلفاته: فكثيرة انتفع بها الناس في جميع الأقطار والعصور، منها: «التحريم»
في أصول الفقه، و«فتح القدير» و«زاد الفقير» في الفقه، و«كتاب المسامرة» في
التوحيد، و«رسالة في النحو»، وهي كتب يعرف جلالها من اطلع عليها، ويقدر
منزلتها من قرأها .

توفي - رحمه الله - في رمضان سنة إحدى وستين وثمانمائة، وصلى عليه سعد
الدين الديري، ودفن بجوار ابن عطاء الله السكندري، رحمهما الله رحمة واسعة .
٣- العيني^(١):

هو بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى، ويعرف بالعيني، كان أبوه الشهاب

(١) ينظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن بن
محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت
(١٠/١٣١١٣٥)، والأعلام (٧/١٦٣)، وشذرات الذهب (٧/٢٨٦)، والجواهر المضية
(٢/١٦٥)، وسير أعلام النبلاء (٥/٢٥٥)، والتبر المسبوك في نصيحة الملوك، لأبي حامد
محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ضبطه وصححه: أحمد شمس الدين، دار الكتب
العلمية، بيروت - لبنان، ط (١)، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م، ص (٣٧٥) .

أحمد بن موسى الحلبي أحد علماء حلب الأعلام المقدمين فيها، والذين شهروا بعلو الهمة والعفة ودماثة الخلق، قرأ فنونا من العلم، ودرس وحصل وأفاد. ثم انتقل إلى «عنتاب» من أعمال «حلب» فولي قضاءها وقد ولد له -إذ ذاك- صاحب الترجمة، وذلك كما يخبرنا به العيني نفسه في سابع عشر رمضان سنة اثنتين وستين وسبعمائة هـ فنشأ في حجر أبيه التقي الفاضل نشأةً سالحة، ووجهه أحسن توجيه وأعظمه، فحفظ القرآن الكريم صبيًا ولازم وقتئذ شيوخ «عنتاب» ومشاهير علمائها، فجلس إليهم وأخذ عنهم وقرأ عليهم طائفة من الكتب في مختلف العلوم وشتى الفنون، ولم يلبث أن اشتهر نبوغه وحسن ذكره وتحدث به الناس، وذكر في مجالس العلم والعلماء؛ لكثرة ما حصل من العلوم، وبرع فيها إلى حد أن أباه كان ينيبه عنه في القضاء، ولم تقعد به همته عند هذا الحد من الدرس؛ بل كان شغوفًا بالتعرف إلى العلماء، فما يكاد يعلم بخبر عالم، ويتصل بعلمه نبأً فقيه أو محدث، إلا طار إليه وأخذ عنه.

فارتحل إلى «حلب» وقرأ على الكمال يوسف الملطي البزدوي وسمع عليه «الهداية»، وإلى «بهتا» فأخذ عن الشيخ البهتي، وإلى «كختا» فأخذ عن الشيخ علاء الدين عالمها، وإلى «ملطية» فقرأ على البدر الكشاف.

وهكذا كان العيني حركة دائبة في شبابه، ونشاطًا مستمرًا لا يعرف الملل ولا الفتور في سبيل الثقافة والعلم، ثم عاد إلى بلده، وما كاد يستقر به المقام، حتى مات أبوه فحزن عليه حزنًا شديدًا وبكاه بكاءً مُرًّا وكاد يذهب هذا الحادث ببصره ويهد القوى من عزمه، لولا ما فطر عليه من إيمان وما ركز في قلبه ووقر في نفسه من حب وإخلاص لله ورضا بقضائه، فما لبث إذ ذاك طويلا حتى فكر في الحج فحج، ثم زار بيت المقدس وهناك التقى بالعلاء أحمد بن محمد السيرامي الحنفي فلازمه وقدم معه «القاهرة» وكان ذلك سنة سبع وثمانين وسبعمائة من الهجرة، ومن هنا ابتداء العيني دورًا ثانيًا من حياته الحافلة، وفصلا آخر من تاريخه المجيد هذا الدور مزيج من النشاط العملي والعلمي؛ إذ لم يلبث أن تقرر صوفيا بـ«البروقية» سنة تسع وثمانين وسبعمائة من الهجرة ثم خادما بها، وذلك بواسطة شيخه العلاء السيرامي الذي استقدمه معه من «بيت المقدس»، وفي هذه الأثناء تهيأت ظروف حسنة

للعيني، وأسعده الحظ برؤية علماء «القاهرة» الأعلام فجلس إلى البلقيني والزين العراقي والهيتمي والعسقلاني والتقي الدجوي وغيرهم؛ فقرأ عليهم كثيرا من الكتب في شتيت العلوم، ولكن تخصص نوعا في الحديث، فقرأ على الزين العراقي صحيح مسلم والإمام لدقيق العيد، وعلى التقي الدجوي الكتب الستة، ومسند الدارمي وبعض مسند أحمد، وغيرها من كتب الحديث؛ اطمأن العيني - إذن إلى حياته الجديدة بـ«القاهرة» بعض الاطمئنان وسعد بتلك الحياة نوعا من السعادة، فهي التي كانت عوناً له على الحياة وصروفها بعد موت أبيه، وبها تمكن من ملازمة بعض الشيوخ والتزود من العلم، وكان الفضل في ذلك من غير شك يرجع لشيخه العلاء. غير أن تلك الحياة لم تدم طويلا، ولم تدع محن الزمان وصروف الأيام صاحبنا ينعم بحياته تلك؛ ففي هذه الأثناء مات شيخه العلاء، ولم يمض على موته كثير من الوقت، حتى انقض عليه طاعية من طغاة ذلك العصر، هو جركس الخليلي، فأخرجه من البروقية، وأراد إبعاده عن «القاهرة» حسداً وحنقا، ولكن الأستاذ البلقيني، بقوة شخصيته، وواسع نفوذه حال بينه وبين ذلك.

واستمر العيني طريد ظلم الحكام، وعت الحاسدين، وكان طبيعيا ألا تدوم تلك الحال، وألا يطول صبره على ذلك؛ فسافر إلى بلده.

ولكن هل يستطيع العيني الإقامة في بلده بعد أن أفقرت من كل قلب يحنو عليه، وأجدبت من الأخلاء والأوفياء، حتى لم يجد من يطمئن إليه؟! لذلك ما كاد يحط رحله في بلد حتى قفل راجعا إلى «القاهرة»، وفي ذلك الوقت مات الظاهر برقوق سنة إحدى وثمانمائة من الهجرة، واتفق أن اعتزل تقي الدين المقرئ من منصب الحسبة، فوقع اختيار أولي الأمر على العيني، فوليه في سابع ذي الحجة من تلك السنة، لكنه انفصل عنه بعد قليل، ثم أعيد إليه، واستمر هكذا يتولاه ويعزل عنه حتى وليه مرارا عديدة، وكان في مباشرته له مثال النشاط والكفاءة وعرف عنه في تلك الولاية أنه كان لا يلين في تأديبه ولا يرحم في عقوبته، لمن ثبت غشه وتدليسه وكان يعاقب بالمال، فيأخذ بضاعة الغاشين والمدلسين، ويرسل بها إلى السجن للمحاييس.

وقد ولي في أثناء هذا عدة وظائف علمية، فتقرر مدرسًا للحديث بالمؤيدية، والفقهاء بـ«المحمودية»، وتولى نظر الأحباس في عهد الدولة المؤيدية.

ومما يذكر أنه امتحن في بدء هذه الدولة، لكنه ما لبث أن عرف فضله ووثق به أولو الأمر، حتى كان من خصيصي المؤيد وبلغت ثقته به أن أوفده في مهمة خاصة به إلى بلاد «الروم».

وفي عهد الأشرف سطع نجم العيني؛ إذ قربه منه ووثق به إلى حد بعيد جداً، وكان - لذكاء الشيخ ونبوغه - قد أجاد اللغة التركية وحذقها كالعربية، فكان يقرأ له كثيراً من العلوم والفنون ويترجمها له بالتركية، وكان يعلمه أمور الدين، ويبصره بما يجب عليه نحو رَبِّهِ ورعيته.

ولقد قال الأشرف عنه: «لولاه ما كان في إسلامنا شيء». وفي عهده ولي قضاء الحنفية فوق ولاياته الأخرى، يقول السخاوي: «ولم يجتمع القضاء والحسبة ونظر الأعباس في آن واحد لأحد قبله...».

ولم يزل العيني يتقلب في مهام المناصب، وكبير الوظائف حتى ولي معظمها، وأخيراً رغب عنها، واستقر في نفسه الانصراف عنها إلى الجمع والتصنيف، فاعتزل المناصب، ولزم بيته مقبلاً على الكتابة والتأليف.

وكان نتيجة ذلك أن خلف هذه الآثار العظيمة، وتلك المؤلفات القيمة، التي تعد من أنفس المؤلفات في الفقه، والحديث، واللغة، وغيرها من سائر العلوم، نذكر منها:

- «عمدة القاري في شرح صحيح البخاري».
- «شرح معاني الآثار» للطحاوي.
- شرح «الكلم الطيب» لابن تيمية.
- «رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق».

وغير ذلك كثير جداً، مما تضيق بحصره تلك الترجمة، وقد عرف - رحمه الله - برصانة الأسلوب، وحسن التأليف، وجودة الكتابة مع السرعة فيها، حتى نقل السخاوي أنه كتب «القدوري» في ليلة.

وقال المقرئزي: إنه كتب «الحاوي» في ليلة. ولم يشأ - رحمه الله - إلا أن يضيف إلى آثاره العلمية أثرًا محمودًا، يعم سائر الناس نفعه، فأنشأ مدرسته المعروفة باسمه، وهي بالقرب من الجامع الأزهر، وعمَّرها، ووقف عليها كتبه.

واستمر العيني معتزلاً في بيته، قانتاً لله، يعبد في خشوع، ويكثر من قراءة

القرآن والحديث، وهكذا حتى مات في ليلة الثلاثاء رابع ذي الحجة سنة خمس وخمسين وثمانمائة هـ، ودفن من الغد بمدرسته، بعد أن صلى عليه الشيخ المناوي بالأزهر، رحمه الله تعالى، وأعلى في المقربين منزلته.

٤- ابن نجيم^(١):

هو العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم المصري، و«نجيم»: اسم لبعض أجداده. ولد بـ «القاهرة» سنة ست وثلاثين وتسعمائة هـ، ونشأ بها، وقد أخذ عن علمائها، وتفقه على يد: الشيخ أمين الدين بن عبد العال الحنفي، والشيخ قاسم بن قطلوبغا، والبرهان الكركي، والشيخ أبي الفيض السلمي، والشيخ شرف الدين البلقيني، وشيخ الإسلام أحمد بن يونس. أخذ العلوم العربية، والعلوم العقلية عن جماعة، منهم: الشيخ نور الدين الديلمي المالكي، والشيخ شقير المغربي.

وانتفع به خلق كثير، منهم: أخوه عمر صاحب النهر، والعلامة محمد الغزي صاحب «المنح»، والشيخ محمد العلمي، والشيخ عبد الغفار مفتي «القدس». وتوفي الشيخ ابن نجيم سنة سبعين وتسعمائة هـ، الموافقة سنة ١٥٦٢م، صبيحة يوم الأربعاء من شهر رجب، وعمره أربعة وأربعون عامًا، ودفن بجوار مقام السيدة سكينه بـ «القاهرة».



(١) ينظر: الأعلام (٣/٦٤)، شذرات الذهب (٨/٣٥٨)، والفوائد البهية (١٣٤).

خامساً: تدوين المذهب الحنفي

قدمنا - من قبل - أنه لم يؤثر عن أبي حنيفة - صاحب المذهب - أنه ألف كتاباً في الفقه، ولكن بالرغم من ذلك حُلِدَ مذهبه مع الزمن، ولم يندثر كما اندثر كثير من المذاهب الأخرى، ويرجع الفضل في ذلك إلى تلاميذه وأتباعه، فبفضل الله ثم هؤلاء دُوِّنت الكتب التي حَفِظَتْ آراء الإمام وأقواله، وأصول المذهب، وكثرت عليها التطبيقات والتفريعات لحوادث وقعت فعلاً أو لأمر افتراضية فيما يأتي من الزمان. وقد اضطلع الصّاحبان أبو يوسف ومحمد بهذا الأمر الجليل، بيّد أنّ محمد بن الحسن كان له قَصَبُ السَّبْقِ فيه؛ فقد كان تدوينه أول تدوين فقهيّ جامع لأشتات نوع معين في الفقه^(١)، وهو صاحب الفضل في تدوين المذهب في مؤلفات وصلت إلينا، وتعتبر معينه وعموده الفقري، وليس بأيدي الأحناف من كُتِبَ الأوّلين إلا هذه الكتب، على أن صاحبه - أبا يوسف - هو أول من دون في المذهب^(٢).

ومن آثار أبي يوسف التي دُوِّنَ فيها آراء أبي حنيفة، وآراءه الخاصة - والتي اندثر غالبها - ما يلي:

١ - «كتاب الآثار»: وقد رواه يوسف، عن أبيه، عن أبي حنيفة، وبعد ذلك يتصل السند إلى رسول الله ﷺ، أو الصحابي، أو التابعي الذي يرتضي أبو حنيفة روايته، وهو يجمع مع ذلك طائفة كبيرة اختارها من فتاوى التابعين من فقهاء «العراق»^(٣).

٢ - «اختلاف ابن أبي ليلى»: وهو كتاب جمع فيه مواضع الخلاف بين أبي حنيفة، والقاضي ابن أبي ليلى المتوفى سنة ثمان وأربعين ومائة هـ، وفيه انتصار لآراء أبي حنيفة، والذي روى الكتاب عن أبي يوسف هو صاحبه محمد بن الحسن^(٤).

٣ - «الرد على سائر الأوزاعي»: وهو كتاب بيّن فيه اختلاف الأوزاعي في

(١) تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٥).

(٢) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د/محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، ط (٢)، ١٣٨هـ-١٩٦٩م، ص (١٤٦، ١٤٧).

(٣) تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٤).

(٤) السابق، ص (٣٨٤، ٣٨٥).

العلاقات بين المسلمين وغيرهم في حال الحرب ... وقد انتصر لآراء العراقيين^(١).

٤ - «كتاب الخراج»: وهو أعظم كتب أبي يوسف؛ وضع فيه أبو يوسف نظامًا مقررًا ثابتًا لمالية الدولة الإسلامية، ذكر فيه ما خالف فيه أستاذه، وأوضح عن رأيه في دِقَّةٍ وأمانة، ودافع فيه عن آراء أستاذه أحيانًا^(٢)، وهي رسالة كتبها للرشيد، وقد طبعت في «مصر» مرتين^(٣).

بقي أن نذكر كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني، وهي المراجع الأصلية الأولى للفقهاء الحنفي، التي وصلت إلينا - بحمد الله - كاملة. وأعظم هذه الكتب ستة، وهي: «المبسوط»، و«الجامع الكبير»، و«الجامع الصغير»، و«كتاب السير الكبير»، و«كتاب السير الصغير»، و«كتاب الزيادات».

وهذه الكتب الستة تسمى: «ظاهر الرواية»، وهي تؤخذ بما فيها، ولا يرجح عليها غيرها إلا بترجيح خاص^(٤).

وسميت بذلك؛ لأنها رويت عن محمد بروايات ثقافت، فهي ثابتة عنه، إما متواترة أو مشهورة عنه^(٥).

ولمحمد بن الحسن غير هذه الكتب الستة كتب كثيرة، مثل: «الحجة على أهل المدينة»، و«الرقيات والنوادر»، و«الهارونيات والجرجانيات»، وهي كتب لم تُروَ بالدرجة التي رُوِيَ بها الكتب الستة السابقة، فلم تصل إلينا برواية الثقات؛ فليس لها ما للأولى من الشهرة والقبول واطمئنان النفس؛ ولذلك سميت كتب غير ظاهر الرواية^(٦).

(١) تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٥).

(٢) السابق ص (٣٨٥).

(٣) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د/محمد يوسف، ص (١٤٧).

(٤) تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٥)، وينظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د/محمد يوسف موسى، ص (١٤٨).

(٥) البحث الفقهي، إسماعيل سالم عبد العال، مكتبة الزهراء، ص (١١٩) نقلًا عن حاشية ابن عابدين، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين الدمشقي، المسماة رد المحتار على الدر المختار، شرح متن تنوير الأبصار، طبعة دار الكتب العلمية، ط (٢)، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م (٦٩/١).

(٦) ينظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د/محمد يوسف موسى، ص (١٤٨)، والبحث =

وقد اعتمد المذهب الحنفي على كتب محمد بن الحسن؛ مما دفع أحد الباحثين الحدائثي إلى أن يقول: «إن المذهب الحنفي هو كتب محمد بن الحسن»^(١).

ثم تلا هؤلاء التلاميذ الأفاضل علماء آخرون، اعتنقوا المذهب وألّفوا فيه، ما بين اختصارات لكتب محمد بن الحسن وشروح لها، وجمع بينها، وزيادات عليها، وتآليف خاصة لهم.

نذكر من هذه الكتب: «الكافي» للحاكم الشهيد محمد بن محمد، وكتاب «المنتقى» للمؤلف نفسه، و«المبسوط» للسرخسي وهو شرح على «الكافي»، و«النوازل» في الفروع للسمرقندي، و«مختصر القُدوري» لأبي الحسين أحمد، و«تحفة الفقهاء» للسمرقندي، و«بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» للكاساني، و«الهداية» شرح «بداية المبتدى» للمرغيناني، وغيرها^(٢).

وفي ختام الحديث عن المذهب الحنفي، نقول: إن هذا المذهب أثر تأثيرًا واسعًا في الفقه؛ إذ شاع في فقه الحنفية التماس العلل والأوصاف المناسبة للأحكام؛ وبهذا أمكن الربط بين مسائل الشريعة بعضها ببعض، وردّ كل طائفة منها إلى أصلٍ تقوم عليه؛ وبذلك صار الفقه علمًا مبنيًا على قواعد وأصول، بعد أن كان مجرد مسائل مبعثرة، لا ارتباط فيما بينها، بل إن بعض أهل الحديث أخذوا بالرأي باسم القياس والمصالح المرسلّة؛ متأثرين في ذلك بالفقه الحنفي.



= الفقهي، د/ إسماعيل سالم عبد العال، ص (١٢٠)، وتاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، ص (٣٨٦).

(١) البحث الفقهي، د/ إسماعيل سالم، ص (١٢٠)، المذهب عند الحنفية دراسات في الفقه الإسلامي، د/ محمد إبراهيم علي، ص (٦٩).

(٢) هناك بحث مفصل عن هذا الكتاب في كتاب البحث الفقهي، د/ إسماعيل سالم، ص (١٢١)، وما بعدها، ذكر فيه العديد من مؤلفات الفقه الحنفي.

مصطلحات خاصة بالحنفية

نذكر جملة من المصطلحات لها مدلول خاص عند الحنفية حتى تتضح المفاهيم والاصطلاحات الخاصة بهم وذلك على النحو التالي:

● الفرض والواجب:

- الفرض:

أصل الفرض - في اللغة -: القطع، ويطلق ويُراد به التوقيت والتقدير، والإلزام والإيجاب، يقال: فرضت الشيء أفرضه فرضاً، أي: أوجبه، ومنه قوله تعالى: ﴿سُورَةٌ أَنْزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا﴾^(١)، أي: ألزمتكم العمل بما فرض فيها، ويقال: فرض رسول الله ﷺ كذا، أي: أوجبه وجوباً لازماً، وفرض الله علينا كذا، وافترض، أي: أوجب^(٢).

أما في اصطلاح الحنفية: فالفرض هو: «ما ثبت بدليل قطعي، واستحق الذم على تركه مطلقاً من غير عذر»^(٣).

(١) سورة النور آية: ١ .

(٢) ينظر: لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط (٣)، ١٤١٤هـ، مادة (فرض) (٣٣٨٦/٥، ٣٣٨٧)، والقاموس المحيط، للفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط (٨)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، مادة (فرض)، ص (٥٨٤)، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن المقرئ الفيومي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، مصر، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، مادة (فرض) (٤٦٩/٢).

(٣) ينظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين البخاري، ضبط وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (٥٥٢/٢)، أصول الشاشي، لنظام الدين أبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، ضبطه وصححه: عبد الله محمد الخليلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص (٢٣٩)، عمدة الحواشي، مع شرح أصول الشاشي للكنكوهي، بيروت، لبنان، ص (٢٣٩)، مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، لمنلا خسرو مع حاشية الأزميري، المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٥م (٣٩٠/٢)، تيسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، دار الفكر، بيروت (١٠/١)، ميزان الأصول في نتائج العقول، لعلاء الدين السمرقندي، تحقيق: د/عبد الملك عبد الرحمن السعدي، نشر وزارة الأوقاف والشئون الدينية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م (١٢٨/١)، التلويح على التوضيح، مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح، مصر (١٢٣/٢)، فتح الغفار

- الواجب :

الواجب مأخوذ من الوجوب، وهو لغة: اللزوم، والثبوت؛ يقال: وجب البيع إذا لزم، وفي الدعاء: «اللهم إنا نسألك موجبات رحمتك»، أي: مثبتات رحمتك^(١)، ويقال: وجب الشيء يجب وجوباً، إذا ثبت ولزم، وأوجبه الله، واستوجبه، أي: استحقه^(٢)، والوجوب -أيضاً- السقوط، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾^(٣).
أما في الاصطلاح: فالواجب عند الحنفية هو: «ما ثبت بدليل ظني، واستحق الذم على تركه مطلقاً من غير عذر»^(٤).

الفرض والواجب عند الحنفية: يدلان على اللزوم، لكن فرقوا بينهما من جهة أن طريق الإلزام في الفرض طريق يفيد العلم؛ كالتواتر، أما الواجب، فإنه يثبت بطريق يفيد الظن كأخبار الآحاد، وعلى هذا؛ يكون الإلزام في الواجب أقل درجة منه في الفرض^(٥).

= شرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار لزين الدين بن إبراهيم، الشهير بابن نجيم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م (٦٣/٢، ٦٣)، وتفسير المنار (تفسير القرآن الحكيم)، محمد رشيد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (د.ط)، ١٩٩٠م، ص (١٥)، التقرير والتحبير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له: ابن الموقت الحنفي، دار الكتب العلمية، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (٨٠/٢).

(١) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، دار الكتبي، ط (١)، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م (١٧٦/١).

(٢) ينظر: لسان العرب مادة (وجب) (٤٧٦٦/٦، ٤٧٦٧)، والصحاح، للجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط (٣)، ١٤٠٤ - ١٩٨٤م مادة (وجب) (١/٣٤٧)، وأساس البلاغة، للزمخشري، تقديم، محمود فهمي حجازي، الهيئة العامة لقصور الثقافة، (د.ط)، ٢٠٠٣م مادة (وجب) (٤٩٢/٢).

(٣) سورة الحج آية: ٣٦.

(٤) ينظر: مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٣٩٠/٢)، وكشف الأسرار، للبخاري (٢/٣٥٣)، والتلويح على التوضيح (١٢٣/٢)، والتقرير والتحبير (٨٠/٢)، وأصول الشاشي، ص (٢٤٠، ٢٣٩)، وعمدة الحواشي، ص (٢٤٠، ٢٣٩)، ميزان الأصول (١/١٢٨)، وتيسير التحرير (١/١٠، ١١)، والبحر المحيط (١/١٨٢)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٦٣)، والمنار، ص (١٥).

(٥) ينظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي والتنقيح مع شرحه لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود الحنفي المحبوبي، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: خيرى سعيد، ط. المكتبة التوفيقية (١٢٣/٢)، =

والواجب والفرض عند الجمهور: هو الفعل الذي طلبه الشارع طلبًا جازمًا بدليل قطعي أو ظني^(١).

وعملوا هذه التفرقة بأن الفرض معناه في اللغة: القطع؛ لأنه مأخوذ من فرض الشيء بمعنى حزه، أي: قطع بعضه، فالفرض بمعنى المفروض أي: المقطوع به. والذي فرضه الله علينا لا يمكن علمه يقينًا إلا إذا كان ثابتًا بالدليل القطعي.

= وتيسير التحرير (١٠/١)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٣٩٠/٢)، وكشف الأسرار، للبخاري (٥٥٢/٢)، وميزان الأصول (١٢٨/١)، وأصول الشاشي، ص (٢٣٩)، والبحر المحيط (١٨١/١، ١٨٢).

(١) ينظر: البرهان في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبي المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٣٠٨/١)، والبحر المحيط، للزرکشي (١٧٦/١)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٩١/١)، وسلاسل الذهب، لبدر الدين الزرکشي، تحقيق: د/محمد المختار الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص (١١٤)، والتمهيد في تخریج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبي محمد، جمال الدين، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٠هـ، ص (٥٨)، ونهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، لجمال الدين الإسنوي، طبعة المطبعة السلفية، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٢م (٧٣/١)، وزوائد الأصول على منهاج الوصول إلى علم الأصول، لجمال الدين الإسنوي، تحقيق: د/محمد سنان الجلالی، نشر مؤسسة الكتب الثقافية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص (٢٣٢)، ومنهاج العقول في شرح منهاج الوصول، لمحمد بن الحسن البدخشي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٠٥هـ (٥٤/١)، وغاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ص (١٠)، والتحصیل من المحصول، لسراج الدين الأرموي، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبي زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (١٧٢/١)، والمستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (٢٧/١)، وحاشية البناني على شرح المحلي، لجلال الدين محمد أحمد، على جمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر (٨٨/١)، والإبهاج في شرح المنهاج، لتقي الدين أبي الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى السبكي وولده تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م (٥١/١)، والآيات البيّنات، لابن القاسم أحمد بن قاسم العبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (١٣٥/١)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ (١١١/١).

والواجب هو الساقط لأنه مأخوذ من وجب بمعنى سقط يدل له قوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهُمْ﴾^(١) أي: سقطت، والذي أوجبه الله علينا بدليل ظني لما لم يعلم يقيناً فرضه وتقديره علينا كان ساقطاً أي غير معدود من القسم الذي يتعلق به العلم؛ لأنه خاص بالمقطوع به، ومن هنا سموا ما ثبت بقطعي بالواجب عملاً وعملاً، وما ثبت بظني بالواجب عملاً فقط.

ولكن يرد عليهم بأن تخصيص الفرض بالمقطوع به فقط تحكم؛ لأن الفرض في اللغة هو التقدير مطلقاً سواء كان مقطوعاً به أو مظنوناً فالتخصيص بأحد القسمين دون الآخر تخصيص بلا دليل فلا يكون مقبولاً. وبأنه وردت في اللغة كلمة «وجب» بمعنيين.

الأول: بمعنى سقط ومصدرها حيثئذ الوجبة، وليس هذا محل النزاع. الثاني: بمعنى ثبت، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا وجب المريض فلا تبكين باكية»^(٢) أي: إذا ثبت واستقر وزال عنه الاضطراب فلا تبكين باكية؛ لأن ذلك علامة اشتغاله بمشاهدة أمر من أمور الآخرة، فمصدرها حيثئذ الوجوب بمعنى الثبوت فيقال: وجب الشيء وجوباً، أي: ثبت ثبوتاً، سواء كان مقطوعاً به أو مظنوناً، فتخصيص الواجب بما ثبت بدليل ظني؛ لأنه ساقط، أي: نازل عن اعتباره من قسم المعلوم لا أساس له.

على أن كثرة استعمال أهل اللغة العربية لهذين اللفظين في معنيهما مطلقاً سواء كان مقطوعاً بهما أو مظنوناً يرجح ما نقول. ومن هنا نجد أن الحنفية قد نقضوا أصلهم هذا واستعملوا الفرض فيما ثبت بظني، والواجب فيما ثبت بقطعي كقولهم: الوتر فرض، وتعديل الأركان فرض، وكقولهم: الصلاة واجبة، والزكاة واجبة. والواقع أن الخلاف بين الحنفية وغيرهم خلاف لفظي وليس حقيقياً؛ لأنهم جميعاً متفقون على أن ما ثبت بدليل ظني لا يكون في قوة ما ثبت بدليل قطعي، وأن جاحد الأول لا يكفر بخلاف جاحد الثاني، كما أنهم متفقون على تفاوت مفهومي الفرض والواجب في اللغة.

(١) سورة الحج آية: ٣٦.

(٢) أخرجه مالك (٢٣٣/١) كتاب الجنائز، وأحمد (٤٤٦/٥)، وأبو داود (٢٠٥/٢) كتاب الجنائز، باب: في فضل من مات في الطاعون برقم (٣١١١).

وإنما الخلاف بينهم في التسمية فقط، فالفرض والواجب لفظان مترادفان اصطلاحًا نقلًا عن معناهما اللغوي إلى معنى واحد هو الفعل المطلوب طلبًا جازمًا، سواء ثبت ذلك بدليل قطعي أو ظني، والحنفية يخصصون كلا منهما باسم خاص ويجعلونه اسمًا له، وهذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح.

ومقتضى كون الخلاف لفظيًا ألا يكون له أثر في الفروع وما يظن من أن هذا الخلاف حقيقي؛ لأن له أثرًا ظهر في ترك قراءة الفاتحة في الصلاة حيث قيل بتأثير التارك وعدم فساد صلاته إن أتى بقراءة غيرها، بخلاف تارك القراءة فيها أصلًا حيث قيل بتأثيره وفساد صلاته غير سديد؛ لأن عدم الفساد عندهم ليس ناشئًا من التفرقة بين الفرض والواجب وإنما هو ناشئ عن الدليل الذي دل المجتهد على الحكم وهو ظنية الدليل الذي تسبب عنه أمران التسمية بالواجب، وعدم الفساد ولا يلزم من سببية شيء لأمرين أن يكون أحدهما سببًا للآخر، والذي كان في مقابلته الدليل القطعي الدال على فرضية مطلق القراءة الذي عدل عن الفاتحة إليها فليل بعدم الفساد عملاً بظنية دليل الفاتحة وقطعية دليل مطلق القراءة^(١).

(١) ينظر: البرهان، لإمام الحرمين (٣٠٨/١)، والبحر المحيط، للزركشي (١٧٦/١)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٩١/١)، وسلاسل الذهب، للزركشي (١١٤)، والتمهيد، للإسنوي (٥٨)، ونهاية السؤل، للإسنوي (٧٣/١)، وزوائد الأصول، للإسنوي (٢٣٢)، ومنهاج العقول، للبدخشي (٥٤/١)، وغاية الوصول، للشيخ زكريا الأنصاري، ص (١٠)، والتحصيل من المحصول، للأرموي (١٧٢/١)، والمستصفي، للغزالي (١/٢٧)، وحاشية البناني (٨٨/١)، والإبهاج، لابن السبكي (٥١/١)، والآيات البيئات، لابن قاسم العبادي (١٣٥/١)، وحاشية العطار على جمع الجوامع (١١١/١)، والمعتمد في أصول الفقه، لمحمد بن علي الطيب أبي الحسين البصري المعتزلي، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣هـ (٤/١)، والتحرير في أصول الفقه الجامع، بين اصطلاح الحنفية والشافعية، «لابن الهمام»، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥١هـ (٢١٧)، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه (١٨٥/٢)، وحاشية التفتازاني على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، للقاضي عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار الإيجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (٢٢٥/١)، وشرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني (١٢٣/٢)، والموافقات في أصول الفقه، لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (١/١٠٩، ١٣٣)، وميزان الأصول، للسمرقندي (١٢٨/١)، وشرح الكوكب المنير، لابن النجار، محمد بن أحمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (١٠٥).

● المكروه:

المكروه - في اللغة - : اسم مفعول من : كره؛ يقال: كره الشيء كَرْهًا وكَرْهًا وكَرْهًا وكَرْهًا؛ فهو مكروه، وكرهه، وكَرَّه إليه الأمر تكريهًا، أي: صيره كرهًا إليه، نقيض (حبه إليه)، والكَرْه، والكَرْه لغتان بمعنى: المشقة، والكرهية: النازلة والشدة في الحرب^(١).

وأما في الاصطلاح: فقد ذهب الحنفية إلى تقسيم المكروه إلى قسمين^(٢):
 الأول - المكروه تنزيهًا: وهو ما طلب الشارع الكف عنه طلبًا غير جازم^(٣).
 الثاني - المكروه تحريمًا: وهو ما طلب الشارع الكف عنه جزمًا بدليل ظني، ولا يجوز فعله^(٤).

وعند جمهور علماء الأصول وفي الاصطلاح الشرعي: المكروه لفظ مشترك يطلق في عرف الفقهاء على معان كثيرة:

أولاً: يطلق ويراد به المحظور وهو الحرام كما في قوله تعالى: ﴿كُلُّ ذَلِكْ كَانَ

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (كره) (٥/٣٨٦٥، ٣٨٦٦)، والمصباح المنير، مادة (كره) (٢/٥٣٢).

(٢) ينظر: مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٢/٣٩٤)، والتقريب والتجريب (٢/٨٠)، والتلويح على التوضيح (٢/١٢٥، ١٢٦).

(٣) وعلى هذا تكون دلالة المكروه كراهة تنزيه تتفق مع دلالة المكروه مطلقًا عند جمهور العلماء.

ينظر: أصول الفقه، لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، بيروت، ص (٤٠)، وأصول الفقه الإسلامي، د. زكي الدين شعبان، مطبعة دار التأليف، ١٩٦٤م، ١٩٦٥م، ص (٢٣٢).

(٤) وعلى هذا يكون المكروه كراهة تحريم عند الحنفية مقابلًا للواجب عندهم؛ على ما عرف من تفرقتهم بين الفرض والواجب، التي تميزوا بها على ما سبق بيانه.

ينظر: أصول الفقه، لمحمد أبي زهرة، ص (٣٧، ٣٨).
 وبناء على هذه التفرقة بين الفرض والواجب، والمكروه تنزيهًا والمكروه تحريمًا، صارت الأحكام التكليفية عند الحنفية سبعة هي: الفرض، والواجب، والمندوب، والحرام، والمكروه تحريمًا، والمكروه تنزيهًا، والمباح.

أما عند غيرهم فالأحكام التكليفية خمسة، هي: الواجب، والمندوب، والحرام، والمكروه، والمباح. ينظر: أصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٢٣٢).

سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا ﴿١﴾ أي: محرماً.

ثانياً: يطلق ويراد به ترك ما كانت مصلحته راجحة كترك المندوب، وهذا المعنى صادق على خلاف الأولى، فيكون تعريفه تعريفاً له.

ثالثاً: يطلق ويراد به ما نهى عنه نهى تنزيه، كالصلاة في الأمكنة المكروهة كالحمام للتعرض لوسوسة الشياطين والرشاش، وفي مبارك الإبل، فإنه يتعرض لنفارها، وفي قارعة الطريق لمرور الناس، وغير ذلك، وكل من هذه الأمور يشغل القلب عن الصلاة، ويشوش الخشوع.

رابعاً: قد يطلق ويراد به ما في النفس منه شيء، أي فيه ريبة وشبهة في تحريمه وإن كان في أصله حلالاً، كأكل لحم الضب.

أما في اصطلاح الأصوليين:

نظراً لورود المكروه في الشرع بمعان كثيرة اختلف في حده، فمن نظر إلى الاعتبار الأول: حده بحد الحرام. ومن نظر إلى الاعتبار الثاني: حده بترك الأولى. ومن نظر إلى الاعتبار الثالث: حده بالمنهي الذي لا ذمَّ على فعله، ومن نظر إلى الاعتبار الرابع: حده بأنه الذي فيه شبهة وتردُّد فعرفه إمام الحرمين بأنه: ما يثاب على تركه ولا يعاقب على فعله.

وعرفه في البرهان بأنه: ما زجر عنه، ولم يلم على الإقدام عليه، وعرفه ابن قدامة بأنه: ما تركه خير من فعله. وهذا يطلق على الحرام أيضاً.

وقال أيضاً: وقد يطلق على ما نهى عنه نهى تنزيه فلا يتعلق بفعله عقاب، وعرفه السمرقندي في ميزان الأصول بأنه: ما يكون تركه أولى من تحصيله.

وقال: وقيل: ما الأولى ألا يفعل.

وعرفه البيضاوي وغيره بأنه: ما يمدح تاركه، ولا يذم فاعله.

وقيل: ما ثبت بدليل ظني، واستحق الذم على فعله، وهذا جار على اصطلاح

(١) سورة الإسراء آية: ٣٨ .

الحنفية^(١).

● الحرام:

الحرام - في اللغة -: المنع، ومنه قوله - تعالى -: ﴿وَحَرَمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ﴾^(٢)، أي: حرمانه رضاعهن، ومنعناه منهن، وقد يطلق الحرام بمعنى: الوجوب؛ وعليه خرج قوله - تعالى -: ﴿وَحَرَّمْ عَلَى قَرَبَةٍ أَهْلَكُنَّهَا أَنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ﴾^(٣)، أي: وواجب على قرية أردنا إهلاكها أنهم لا يرجعون عن الكفر إلى الإيمان^(٤).

وأما في اصطلاح الحنفية: فالحرام هو: ما ثبت النهي عنه بطريق قطعي لا شبهة فيه؛ كنص الكتاب، والسنة المتواترة، والإجماع^(٥).
وعلى هذا يكون الحرام مقابلاً للفرض عندهم؛ كما كان المكروه تحريماً مقابلاً للواجب^(٦).

وأما الحرام عند الجمهور: هو ما يذم فاعله ويمدح تاركه، هذا تعريف الشوكاني، وحده الآمدي بأنه: ما ينتهض فعله سبباً للذم شرعاً بوجه ما من حيث هو

(١) ينظر: البحر المحيط للزركشي (٢٩٦/١)، البرهان، لإمام الحرمين (٣١٠/١)، سلاسل الذهب، للزركشي، ص (١٠٨)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١١٤/١)، نهاية السؤل، للأسنوي (٧٩/١)، زوائد الأصول، ص (١٧٠)، منهاج العقول، للبدخشي (٦٥/١)، غاية الوصول، للشيخ زكريا الأنصاري، ص (١٠)، التحصيل من المحصول، للأرموي (١٧٥/١)، المستصفى، للغزالي (٢٨/١)، حاشية البناني (٨٠/١)، الإبهاج، لابن السبكي (٥٩/١)، الآيات البيّنات، لابن قاسم العبادي (١٣٥/١)، حاشية العطار على جمع الجوامع (١١٣/١)، المعتمد، لأبي الحسين (٥/١)، حاشية التفتازاني والشريف على مختصر المنتهى (٢٢٥/١)، شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (١٢٣/٢)، الموافقات، للشاطبي (١٠٩/١، ٣١٣)، ميزان الأصول، للسمرقندي (١٤٧/١)، الكوكب المنير، للفتوح، ص (١٢٨).

(٢) سورة القصص آية: ١٢ .

(٣) سورة الأنبياء آية: ٩٥ .

(٤) ينظر: لسان العرب مادة (حرم) (٨٤٩/٢)، والقاموس المحيط، مادة (حرم)، ص (٩٨٥)، والبحر المحيط (٢٥٥/١).

(٥) ينظر: التقرير والتحرير (٨٠/٢)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٣٩٠/٢)، والتلويح على التوضيح (١٢٤/٢).

(٦) ينظر: أصول الفقه، لمحمد أبي زهرة، ص (٣٧، ٣٨)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٢٣٢).

فعل له، وهذا التعريف قريب إلى تعريف الزركشي، والحرام عند القرافي: ما ذم فاعله شرعا، يعني: أن فاعله علم أن في فعله ضرراً، وعلم أن في تركه جلب مصلحة.

والحرام يرادف المحرم والمعصية والذنب والمزجور عنه والمتوعد عليه والقيح والمنهي عنه والمحظور.

ومثاله: الزنا فإنه حرام، فإنه يذم فاعله ويمدح تاركه، يعني: أن فاعله يأثم، ويعاقب على فعله، ويثاب على تركه^(١).

● السُّنَّة:

السنة - لغة - : الطريقة، مرضية كانت أو غير مرضية، وسَنُّ الطريق: معظمه ووسطه؛ ويقال: سن الماء، إذا صبه^(٢)؛ ويقول ابن منظور: «وقد تكرر في الحديث ذكر السنة، وما تصرف منها، والأصل فيه: الطريقة والسيارة»^(٣).

وأما في اصطلاح الحنفية: فإن السنة تأتي عندهم مطلقة ومقيدة، فإذا أطلق لفظ السنة، كان المراد به عندهم «اسم للطريق المسلك في الدين من غير افتراض، ولا وجوب»^(٤)؛ فتشمل أقوال النبي ﷺ، وأفعاله، وطريقته، كما تشمل أقوال

(١) ينظر: المحصول، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط (٣)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٢٧/١)، وتنقيح الفصول، للقرافي، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط (١)، ص (٦٢)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لشمس الدين أبي الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الأصفهاني، تحقيق: محمد مظهر بقا، جدة، دار المدني، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (١/٢٠٧)، والإحكام (١/٨٢)، وإرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق: محمد سعيد البدري أبي مصعب، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص (٢٤)، وحصول المأمول، للقنوجي، دار الفضيلة، ص (٩٢)، وغاية المأمول في شرح ورقات الأصول، لأحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، تحقيق: عثمان يوسف حاجي أحمد الأصولي (ماجستير)، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، بيروت، ط (١)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص (٥٤)، والبحر المحيط (١/٢٠٤).

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة (سنن) (٣/٢١٢٤، ٢١٢٥)، المصباح المنير، مادة (سنن)، ص (٢٩٢).

(٣) ينظر: لسان العرب، مادة (سنن)، (٣/٢١٢٤).

(٤) ينظر: المنار، ص (١٥)، وكشف الأسرار، للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بـ«حافظ الدين النسفي» مع شرح نور الأنوار على المنار، لملا جيون بن أبي سعيد الحنفي =

الصحابة، وأفعالهم وطريقتهم^(١).

وقد يقيد الحنفية السنة بأنها: سنة هدي، أو سنة زائدة.

أما سنة الهدى، فهي: السنة المؤكدة القريبة من الواجب، وهي ما تكون إقامتها تكميلاً للدين، ويتعلق بتركها كراهة وإساءة، أو إساءة دون كراهة؛ كالأذان، والإقامة، والسنن الرواتب^(٢).

وأما السنة الزائدة، فهي: ما واظب النبي ﷺ عليه حتى صار عادة له، ولم يتركه إلا أحياناً. وسميت: زوائد؛ لأنها ليست من مكملات الدين وشعائره، وهي في نفسها عبادة؛ لأنه لا بد فيها من النية المتضمنة للإخلاص، كما في أكله وقعوده ولبسه ﷺ، قالوا: أخذها حسن، وتركها لا بأس به^(٣).

عرف جمهور الأصوليين السنة بقولهم: «ما نقل عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير»^(٤).

= الصديقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (٤٥٥/١)، وكشف الأسرار، للبخاري (٢/٥٥٢).

(١) ينظر: التلويح على التوضيح (١٢٣/٢)، وأصول البزدوي - كنز الوصول إلى معرفة الأصول، لعلي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي (٢/٥٥٢)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٦٥)، وشرح نور الأنوار على المنار، لملا جيون بن أبي سعيد الحنفي الصديقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (٤٥٥/١)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٢/٣٩٣)، والمنار، ص (١٥)، وكشف الأسرار، للبخاري (٢/٥٥٢)، وكشف الأسرار، للنسفي (٤٥٥/١)، وفيه يقول النسفي: (السنة قد تقع على سنة النبي ﷺ وغيره)، وقال الشافعي: (مطلقها طريقة النبي ﷺ)، وهو ما يوضح وجه تميز الحنفية عن غيرهم بهذا المصطلح.

(٢) ينظر: حاشية ابن ملك على المنار، ص (١٩٦)، وزبدة الوصول، ص (٢٨٠)، وزبدة الأسرار في شرح مختصر المنار، لأحمد بن محمد الزيلي السيواسي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، الرياض، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ص (١٣٩)، وكشف الأسرار، للبخاري (٢/٥٦٧، ٥٦٨)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٢/٣٩٣)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٦٥)، وكشف الأسرار للنسفي (٤٥٦/١)، وشرح نور الأنوار على المنار (٤٥٦/١)، والتلويح على التوضيح (٢/١٢٤).

(٣) ينظر: كشف الأسرار، للنسفي (٤٥٧/١)، وشرح نور الأنوار على المنار (٤٥٦/١)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٢/٣٩٣)، والتلويح على التوضيح (٢/١٢٤)، وكشف الأسرار، للبخاري (٢/٥٦٨)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٦٦)، والمنار، ص (١٥).

(٤) ينظر: نهاية السؤل (٢/١٩٤)، وتشيف المسامع شرح جمع الجوامع، لبدر الدين محمد بن

وتطلق السنة في اصطلاح الفقهاء: على ما يرادف المندوب، والمستحب، والتطوع، والنافلة، والمرغب فيه^(١).

ويمكن إرجاع هذا الخلاف في اصطلاحاتهم إلى اختلافهم في الأغراض التي تعنى بها كل فئة من أهل العلم، فعلماء الحديث بحثوا عن رسول الله ﷺ باعتباره هاديًا، وأسوة لنا وقدوة، فنقلوا كل ما يتصل به من أقوال وأفعال وأخبار وخلق وشمائل، سواء أثبت ذلك حكمًا شرعيًا أم لا؛ بينما علماء الأصول بحثوا عن النبي ﷺ باعتباره مشرعًا واضحًا لقواعد الاجتهاد، فعنوا بأقواله وأفعاله وتقريراته التي تثبت الأحكام وتقررها؛ بينما الفقهاء بحثوا عن النبي ﷺ من حيث أفعاله الدالة على حكم شرعي من الوجوب أو الحرمة أو الكراهة أو الإباحة، والله أعلم.

● المشهور والمستفيض:

- المشهور - في اللغة -: اسم مفعول مأخوذ من الشهرة، وهي وضوح الأمر، يقال: شَهَرَهُ، يَشْهَرُهُ، شَهْرًا، وشُهْرَةً، فاشتهر، وشَهْرَهُ تشهيرًا، واشتهره، فاشتهر، أي: أظهر أمره^(٢).

- والمستفيض - في اللغة -: مأخوذ من قولهم: فاض الحديث والخبر، واستفاض، أي: ذاع، وانتشر، وحديث مستفيض، أي: ذائع، وحديث مستفاض قد استفاضوه، أي: أخذوا فيه^(٣).

أما في اصطلاح الحنفية: فالمشهور والمستفيض مصطلحان مترادفان^(٤) ويراد

= بهادر الزركشي، تحقيق: أبي عمر الحسين بن عمر بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ (١٩٩٩/٢)، وشرح المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية، بيروت ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (٩٥/٢)، وشرح الكوكب المنير (١٥٩/٢).

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/١٥٥)، والتمهيد، للإسنوي، ص (٤٣٧)، ونهاية السؤل، للإسنوي (٣/٣)، وزوائد الأصول له، ص (٣١٩).

(٢) ينظر: القاموس المحيط، مادة (شهر)، ص (٣٨٠)، لسان العرب، مادة (شهر) (٤/٢٣٥١).

(٣) ينظر: لسان العرب، مادة (فيض) (٥/٣٥٠١)، تاج العروس من جواهر القاموس «شرح القاموس»، للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدي، الكويت، تحقيق: مصطفى حجازي، (د.ط)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، مادة (فيض) (١٨/٥٠٤).

(٤) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (٢/٦٧٤)، وهذا يميز استخدامهم لهذين المصطلحين، عن استخدامات غيرهم من الأصوليين، والمحدثين، والفقهاء، الذين فرقوا بين هذين المصطلحين.

بهما: الخبر الذي كان من الآحاد في الابتداء، ثم انتشر بعد ذلك حتى روته جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب^(١)، وقد جعلوه قسماً وسطاً بين المتواتر، والآحاد^(٢).

● الاستحسان:

الاستحسان - في اللغة - مأخوذ من الحسن، وهو ما يهواه الإنسان، ويميل إليه من الصور والمعاني وإن كان مستقبلاً عند غيره، والحسن - أيضاً - ضد القبح ونقيضه، واستحسن الشيء استحساناً، أي: عده حسناً^(٣).

وأما في الاصطلاح: فيعد الاستحسان من أكثر المصطلحات المميزة لمذهب

= ينظر: تدريب الراوي شرح تقريب النواوي (١٧٣/٢ - ١٨٠)، وشرح نخبة الفكر،

للإمام العلامة أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص (٥)، ومنهج ذوي النظر شرح منظومة علم الأثر للحافظ جلال الدين السيوطي، محفوظ بن عبد الله الترمسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م، ص (٦٧)، والبحر المحيط (٤/٤٢٩، ٤٣٠)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٥٧، ٥٨)، وأصول الحديث، لمحمد عجاج الخطيب، ص (٣٦٤).

(١) ينظر: التقرير والتحرير (٢/٢٣٥)، وتيسير التحرير (٣/٣٧)، وأصول السرخسي، لمحمد ابن أحمد بن أبي سهل السرخسي أبي بكر، دار المعرفة، بيروت (١/٢٩١، ٢٩٢)، والتلويع على التوضيح (٢/٣)، وكشف الأسرار، للبخاري (٢/٦٧٣، ٦٧٤)، وكشف الأسرار للنسفي (٢/١١، ١٣)، وشرح نور الأنوار على المنار (٢/١٠، ١١)، وفواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع مع المستنصر، المطبعة الأميرية ببولاق، ط (١)، ١٣٢٢هـ (٢/١١١)، وزبدة الأصول، ص (٤٤٦).

(٢) وهم بهذا يختلفون عن غيرهم من الأصوليين، الذين جعلوا المشهور، أو المستفيض، مندرجاً تحت الآحاد، أو عن أولئك الذين جعلوه أعلى منزلة من المتواتر.

ينظر: البحر المحيط (٤/٢٤٩، ٢٥٠)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٢/٤٨)، والعدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي، حققه، وعلق عليه، وخرج نصه: أحمد بن علي سير المباركي، بالرياض، ط (٢)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م (٣/٨٤١، ٨٥٧)، والمستنصر (١/١٤٨)، ومختصر المنتهى مع شرح العضد، لأبي عمر عثمان بن عمر بن أبي بكر ابن الحاجب، ومطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ص (٧١)، وحاشية البناني على شرح المحلي لجمع الجوامع (٢/١٢٩)، وأصول الدين للبغدادي، ص (١٢، ١٣)، وإرشاد الفحول ص (٤٣، ٤٤)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٥٩).

(٣) ينظر: لسان العرب (٢/٨٧٧، ٨٧٩)، مادة (حسن)، المصباح المنير، مادة (حسن) (١/١٣٦).

الحنفية عن غيرهم؛ حيث عدوه دليلاً من الأدلة، ومن أجله شنع كثير من العلماء على الحنفية؛ ظناً منهم أنه من قبيل الرجوع إلى الرأي والهوى^(١).

وقد اختلف علماء الحنفية في تعريفهم للاستحسان في اصطلاحهم اختلافًا كبيرًا^(٢)، سيأتي تفصيله فيما بعد، ولكن يمكن هنا للبحث أن يقرر أن مرادهم بالمصطلح لا يخرج عن دالتين^(٣):

الدلالة الأولى: أن يكون الاستحسان دالاً على قياس قد خفيت علته؛ لدقتها وبعدها عن الذهن في مقابلة قياس ظاهر قد ظهرت علته؛ لتبادرها إلى الذهن أولاً. **الدلالة الثانية:** أن يدل على استثناء مسألة جزئية من أصل عام؛ للدليل خاص، يقتضي هذا الاستثناء، وقد يكون هذا الدليل نصاً، أو إجماعاً، أو ضرورة... إلخ.

وعند غير الحنفية عرفة الباجي بأنه: القول بأقوى الدليلين.
يقول القرافي: وعلى هذا يكون حجة إجماعاً وليس كذلك.

(١) ينظر: البحر المحيط (٦/٨٧، ٨٨)، والإحكام للآمدي (٤/١٦٢ - ١٦٧)، والإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت (٢/٣٢٠)، والمعتمد (٢/٢٩٥)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (١٥٤، ١٥٥).

(٢) ينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه، للإمام أبي زيد الدبوسي الحنفي، تحقيق: الشيخ خليل محيي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص (٤٠٤)، وبذل النظر في الأصول، لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي، تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص (٦٤٥ - ٦٧٠)، وميزان الأصول (٢/٨٩٨)، وأصول السرخسي (٢/١٩٩)، وكشف الأسرار، للبخاري (٤/٧، ٨)، والفصول في الأصول، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: د/ عجيل جاسم النشمي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط (١)، ١٤٠٥هـ (٤/٢٣٤)، وكشف الأسرار، للنسفي (٢/٢٩٠)، والتلويح على التوضيح (٢/٨١)، وتيسير التحرير (٤/٧٨)، والتقرير والتجيب (٣/٢٢٢)، وفواتح الرحموت (٢/٣٢٠)، وشرح نور الأنوار على المنار (٢/٢٨٩ - ٢٩١).

(٣) ينظر: المراجع السابقة، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (١٥٦، ١٥٧)، وأصول الفقه الإسلامي، لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص (٢٦٩)، وأصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٢/٧٣٥).

ذكر محمد بن حُوَيز منداد: معنى الاستِحْسَانِ الذي ذَهَبَ إليه أصحاب مالك هو: القول بأقوى الدليلين، كتخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القيء بالبناء، للحديث فيه؛ وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء في الرعاف، لكان في حكم القيء في أنه لا يصح البناء؛ لأن القياس يقتضي تتابع الصلاة، فإذا وردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل.

قال: وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل، فإن سمّاه استحساناً، فلا مشاحة في التسمية.

وقال القرافي: قال به مالك في عدة مسائل في تضمين الصناعات الموثرين في الأعيان بصنعتهم، وتضمين الحَمَّالين للطعام والأدم دون غيرهم من الحَمَّالين. وقال الشاطبي: الاستحسان عندنا وعند الحنفية: هو العمل بأقوى الدليلين، فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرَد، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان: تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى.

ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معاً: تخصيص القياس، ونقض العلة.

وقيل: الاستحسان: هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها للدليل شرعي خاص.

قال ابن قدامة: الاستحسان له ثلاثة معان:

أحدها: العدول بحكم المسألة عن نظائرها للدليل خاص من كتاب أو سنة.

ثانيها: ما يستحسنه المجتهد بعقله.

ثالثها: معنى ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه.

قال ابن بدران: كلام أحمد يقتضي أن الاستحسان: عدول عن موجب قياس

للدليل أقوى.

واعلم: أنه إذا حرّر المراد بالاستحسان زال التَّشْنِيع، وأبو حنيفة بريء إلى الله

من إثبات حكم بلا حجة^(١).

(١) ينظر الكلام على الاستحسان في: البحر المحیط، للزرکشي (٦/٨٧)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدی (٤/١٣٦)، ونهاية السؤل، للإسنوي (٤/٣٩٨)، ومنهاج العقول، =

● السبب:

السبب في اللغة:

هو ما يتوصل به إلى غيره، ولو بوسائط، ومنه سمي الحبل: سببًا؛ ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَمْدُدْ سَبَبًا إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ﴾^(١).
وقال الفيومي^(٢) في المصباح: «السبب: الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور، فقيل: هذا سبب

= للبدخشي (١٨٧/٣)، وغاية الوصول، للشيخ زكريا الأنصاري، ص (١٣٩)، والتحصيل من المحصول، للأرموي (٣١٨/٢)، والمنخول في تعليقات الأصول: محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: د/محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط (٢)، ١٤٠٠هـ، ص (٣٧٤)، وحاشية البناني (٣٥٣/٢)، والإبهاج، لابن السبكي (١٨٨/٣)، والآيات البيئات، لابن قاسم العبادي (١٩٣/٤)، وحاشية العطار على جمع الجوامع (٣٩٤/٢)، والمعتمد، لأبي الحسين (٢٩٥/٢)، وإحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: د. عبد الله محمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص (٦٨٧)، والإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم (١٩٢/٦)، وكشف الأسرار، للنسفي (٢٩٠/٢)، وحاشية التفتازاني والشريف على مختصر المنتهى (٢٨٨/٢)، وشرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٨٣/٢)، وحاشية نسيمات الأسحار لابن عابدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٢٨هـ (٢٢٤)، تقريب الوصول إلى علم الأصول لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد ابن جزي، دراسة وتحقيق: عبد الله محمد، طبع ببغداد، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص (١٤٦)، وإرشاد الفحول، للشوكاني، ص (٢٤٠)، ومنتهى السؤل والأمل، ص (٢٠٧)، والوصول إلى الأصول، لأبي الفتح أحمد بن علي برهان، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبي زنيد، المعارف، الرياض، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (٣٢٠/٢)، وإحكام الفصول في أحكام الأصول، للباجي (٦٨)، والحدود في الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: د/نزيه حماد، مؤسسة الزغبى للطباعة والنشر، بيروت، ط (١)، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٣م، ص (٦٥)، وشرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة، مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر، ط (١)، ١٣٩٣هـ (٤٥١).

(١) سورة الحج آية: ١٥ .

(٢) هو: أحمد بن محمد الفيومي ثم الحموي، نشأ بالفيوم، من تصانيفه: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ونثر الجمان في تراجم الأعيان، وديوان الخطب. توفي سنة سبعين وسبعمئة.

ينظر: الدرر الكامنة (٣٧٢/١)، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م (٣٨٩/١).

هذا، وهذا مسبب عن هذا»^(١).
وقال الزمخشري^(٢): «السبب ما يتوصل به إلى المقصود من علم أو قدرة أو آلة»^(٣).

وقال القرطبي^(٤): «أصل السبب الحبل فاستعير لكل ما يتوصل به إلى شيء»^(٥).
ويأتي السبب أيضًا بمعنى المودة والوصال، ومنه قوله تعالى: ﴿وَنَقَطَعْتَ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾^(٦)، أي: الوصال والمودة؛ ومنه ما جاء في لسان العرب، جعلت فلانًا سببًا إلى فلان: أي شفيحًا ووسيطًا.

ويذكر السبب - أيضًا - ويراد به: الطريق، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَءَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾^(٧)، أي: طريقًا، ويذكر ويُراد به: الباب، ومنه قوله

(١) المصباح المنير، مادة (سبب)، ص (١٣٨)، ومختار الصحاح، للعلامة محمد بن أبي بكر ابن عبد القادر الرازي، المطبعة الأميرية ببولاق، ط (٤)، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م، ص (٢٨١)، ولسان العرب (٣/١٩٠٩)، والقاموس المحيط (١/٨٠).

(٢) هو: أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري، جار الله، ولد سنة سبع وستين وأربعمائة هـ. من كتبه: الكشف، أساس البلاغة، المفصل، الفائق، المستقصى، المقامات، وغير ذلك. توفي سنة ثمان وثلاثين وخمسمائة هـ.
ينظر: وفيات الأعيان (٢/٨١)، والأعلام، للزركلي (٧/١٧٨).

(٣) الكشف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، لمحمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة العبيكان، الرياض، ط (١)، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م (٢/٤٩٧).

(٤) هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري، أبو عبد الله، القرطبي. رحل إلى الشرق واستقر بمثنية بني الخصيب في شمالي أسبوط بمصر. من تصانيفه: الجامع لأحكام القرآن الذي يعرف بتفسير القرطبي، والتذكرة بأحوال الموتى وأمور الآخرة، توفي سنة إحدى وسبعين وستمائة.

ينظر: نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لأحمد بن محمد المقرئ التلمساني، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ١٩٨٨م (١/٤٢٨)، الديباج المذهب، لابن فرحون المالكي، مكتبة دار التراث، القاهرة (٣١٧).

(٥) الجامع لأحكام القرآن، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (١٦/٣٣) وتفسير الجلالين للإمامين: جلال الدين المحلي، وجلال الدين السيوطي، دار القلم، ط (١)، ١٩٩٥م (٣/٤٣).

(٦) سورة البقرة آية: ١٦٦.

(٧) سورة الكهف الآية ٨٤.

تعالى: ﴿لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَدَ﴾ (٣٦) ﴿أَسْبَدَ السَّمَوَاتِ﴾^(١)، أي: أبوابها^(٢).
والحاصل أن المنظور إليه في كون الشيء سبباً هو كونه موصلاً إلى غيره سواء كان هذا الشيء مادياً كآلة من الآلات المادية، أو معنوياً كالعلم والقدرة.
وأما في اصطلاح الحنفية، فهو: «عبارة عما يكون طريقاً إلى الشيء من سلكه وصل إليه، فناله في طريقه ذلك، لا بالطريق؛ كمن سلك طريقاً إلى مكة، كان وصوله إليها بمشيئه في ذلك الطريق، لا بالطريق»^(٣).
وقد قسموا السبب إلى ما يلي:
- سبب له شبهة العلة:

وهو ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير أن يضاف إليه وجود ولا وجوب.
مثاله: حفر البئر في الطريق؛ فإنه سبب للقتل من حيث إيجاد شرط الوقوع وهو زوال المشكة، وليس بعلة في الحقيقة؛ فالعلة ثقل الماشي في نفسه، والسبب المطلق مشيه في ذلك الموضع، فأما الحفر فهو إيجاد شرط الوقوع، ولكن له شبهة العلة من حيث إن الحكم يضاف إليه وجوداً عنده، لا ثبوتاً به؛ ولهذا لم يكن موجباً الكفارة، ولا حرمان الميراث؛ فإن ذلك جزاء الفعل، وفعله تم من غير اتصال بالمقتول، وإنما اتصل بالمقتول عند الوقوع بسبب آخر، وهو مشيه، إلا أنه يجب

(١) سورة غافر الآيتان: ٣٦، ٣٧.

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة (سبب) (٣/١٩١٠، ١٩١١)، والقاموس المحيط، مادة (سبب)، ص (٨٩)، والبحر المحيط (٥/١١٥)، وأصول البزدوي على هامش كشف الأسرار، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (٣)، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م (٤/٢٨٣، ٢٨٤)، وكشف الأسرار، للنسفي (٤/٢٨٣، ٢٨٤).

(٣) ينظر: كشف الأسرار، للنسفي (٢/٤١١)، وأصول البزدوي (٤/٢٨٤)، وكشف الأسرار، للبخاري (٤/٢٨٤، ٢٨٥)، وأصول السرخسي (٢/٣٠١)، وجامع الأسرار في شرح المنار للنسفي للإمام محمد بن محمد بن أحمد الكاكي، تحقيق: فيصل عبد الرحمن، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (٢)، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م (٢/٦٠٩).

وإنما عد البحث هذا المصطلح من المصطلحات المميزة للحنفية؛ لما دار حول المراد به وعلاقته بالعلة من خلاف بين الأصوليين؛ بحيث يعد ما ذهب إليه كل فريق منهم من دلالة هذا المصطلح مميزاً لهم عن غيرهم.

ينظر في ذلك: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/١٧٢)، والبحر المحيط (٥/١١٥، ١١٦)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٨١)، والمستصفي (١/٩٣)، وحاشية البناي (١/٩٤)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٢٣٩، ٢٤٠).

ضمان الدية عليه؛ لأن ذلك بدل المتلف لا جزاء الفعل، وقد حصل التلف مضافاً إلى حفره وجوداً عنده؛ فإذا كان ذلك تعدياً منه وجب الضمان عليه بمقابلة المتلف، حتى لو اعترض على فعله ما يمكن إضافة الحكم إليه، نحو: دَفَعِ دافعٍ إياه في البئر، فإنه يكون الضمان على الدافع دون الحافر^(١).

- السبب في حكم العلة: هو ما تضاف إليه العلة المتخللة بينه وبين الحكم، من غير أن يكون ذلك السبب موضوعاً لحكم تلك العلة^(٢).

مثاله: سوق الدابة وقودها؛ فإنه طريق الوصول إلى الإتلاف - إن كان ثمة إتلاف - لكنه غير موضوع له؛ ليكون علة، وإنما هو في معنى العلة، من حيث إن الإتلاف مضاف إليه^(٣).

- السبب المجازي: هو ما يفضي إلى الحكم عند زوال المانع.

مثاله: اليمين بالله تعالى سميت سبباً للكفارة مجازاً؛ لأن اليمين إنما عقدت للبر، لكنها تفضي إلى الحكم عند زوال المانع؛ فكانت سبباً باعتبار ما تثول إليه^(٤).

- السبب الحقيقي: هو ما يتوسط بينه وبين الحكم علة مستقلة، لكنه ليس بمتمحص سبباً له.

مثاله: فعل السارق بين الدلالة على المال وبين سرقة، ولا يكفي في ذلك مجرد كون العلة فعلاً اختيارياً كما في مسألة الشهادة بالقصاص^(٥).

وعند غير الحنفية عرفه القرافي^(٦) بأنه: «ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه

(١) ينظر: أصول السرخسي (٣١٢/٢).

(٢) ينظر: المنار، وشرحه لابن ملك (٩٠١/٢)، وأصول السرخسي (٣١١/٢).

(٣) ينظر: أصول السرخسي (٣١١/٢).

(٤) ينظر: زبدة الأسرار، ص (٢٢٧)، وضوء الأنوار في شرح مختصر المنار، لحسين بن إبراهيم بن حمزة الأولوي، تحقيق ودراسة: د. عبد الله ربيع عبد الله محمد، دار السعادة، القاهرة، ط (١)، ٢٠٠٥م، ص (٣٢٢)، وأصول البزدوي (٣٠٦/٤)، وأصول السرخسي (٣٠٤/٢)، وكشف الأسرار، للبخاري (٣٠٦/٤، ٣٠٧).

(٥) ينظر: التقرير والتحبير (١٦٢/٣)، كشف الأسرار، للبخاري (٢٩٤/٤).

(٦) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، أخذ عن جمال الدين ابن الحاجب، له تصانيف منها: الذخيرة، الفروق والقواعد، وغيرها، توفي سنة أربع وثمانين وستمائة هـ.

ينظر: الديباج المذهب (٢٣٦/١)، وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد

ابن محمد مخلوف، دار الفكر، بيروت، ص (١٨٨)، ومعجم المؤلفين، لعمر بن رضا بن =

العدم لذاته»^(١). اه. ثم بين محترزاته فقال: «الأول احتراز من الشرط، والثاني احتراز من المانع، والثالث احتراز من مقارنته فقدان الشرط أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود، أو إخلافه بسبب آخر، فلا يلزم من عدمه العدم»^(٢).

وفي اصطلاح الشافعية عرفه ابن السبكي الشافعي فقال وهو: «ما يضاف للحكم إليه للتعلق به من حيث إنه معرف للحكم أو غيره»^(٣).

وهناك تعريفات أخرى للسبب، منها: هو الوصف الظاهر المنضبط الذي دل السمع على كونه معرفاً للحكم الشرعي^(٤).

وعرفه الآمدني بأنه: «كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً للحكم شرعي»^(٥).

وهذا التعريف يشمل ما إذا كان الوصف بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة، أو لم تكن المناسبة ظاهرة؛ ومثال المناسبة الظاهرة: الإسكار بالنسبة للتحريم في الخمر فإن الإسكار يتضمن ضياع العقول وضياعها أمر محظور خطير يناسبه أن يكون ما يؤدي إليه محرماً؛ ومعنى المناسبة أي يشتمل السبب على معنى مناسب ينشأ عنه الحكم، وهو المعروف بالحكمة الباعثة على تشريع الحكم، وأما المناسبة التي ليست بينها وبين الحكم مناسبة ظاهرة شهود شهر رمضان فإن السبب الوجوب؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾^(٦) فالمناسبة التي بين السبب وشهود

= محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشق، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت (١٥٨/١).

(١) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، للقرافي، ص (٨١).
 (٢) ينظر: نفائس الأصول في شرح المحصول، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وزميله، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (٢)، ١٩٩٧م (٢٨٨/١)، وشرح نزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر وجنة المناظر، لعبد القادر الدومي الدمشقي، عالم الكتب بيروت (١٦٠/١)، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، لابن جزي الكلبي، ص (٢٤٥)، وشرح الكوكب المنير (٤٤٥/١).
 (٣) (٩٥/١).

(٤) البحر المحيط، للزركشي (٦/٢).
 (٥) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدني (١٧٢/١)، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٩م (٣٣١/٤).
 (٦) سورة البقرة آية: ١٨٥.

الشهر والحكم الذي هو وجوب الصوم حقيقة لا يدركها العقل . وهذا التعريف شامل للعلة؛ لأن العلة هي الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم؛ وهو أحد معاني العلة كما يراها بعض علماء الأصول؛ وبناء على هذا كل علة سبب، وليس كل سبب علة، ففيهما عموم وخصوص، فإنهما يجتمعان في حالة ويفترقان في أخرى كما سيأتي في الفرق بين السبب والعلة.

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح حقيقتان:

الأولى: أن السبب لا ينعقد سبباً إلا بجعل الشارع له سبباً^(١).

الثانية: أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية، بل هي أمانة لظهورها ووجودها^(٢).

أما عن فائدة السبب، فيذكرها الإمام الغزالي - رحمه الله - بقوله: «اعلم أنه لما عسر على الخلق معرفة خطاب الله تعالى في كل حال لا سيما بعد انقطاع الوحي أظهر الله سبحانه خطابه لخلقهم بأمور محسوسة نصبها أسباباً لأحكامه وجعلها موجبة ومقتضية للأحكام على مثال اقتضاء العلة الحسية معلولها، ونعني بالأسباب ما هنا أنها هي التي أضاف الأحكام إليها كقوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ السَّمْسِ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾^(٤).

وقوله ﷺ: «صُومُوا لِرُؤُوسِهِ، وَأَفْطِرُوا لِرُؤُوسِهِ»^(٥) ^(٦)؛ والمقصود من ذلك أن نصب الأسباب للأحكام حكمة من الشرع لا دخل للعبد فيها، فتكون فائدة السبب سهولة وقوف المكلفين على خطاب الشارع في كل واقعة من الوقائع بعد انقطاع الوحي حزرًا من تعطيل أكثر الوقائع عن الأحكام الشرعية؛ وذلك لعسر وقوف

(١) البحر المحيط (٦/٢).

(٢) قواعد الفقه الإسلامي، أ.د/ عبد العزيز عزام، محاضرات أقيمت على طلاب الدراسات العليا، دبلوم الفقه والأصول، الفرقة الأولى، بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، مطبعة الرسالة الدولية للطباعة والنشر، سنة ١٩٩٨م/١٩٩٩م، ص (٤٩٦).

(٣) سورة الإسراء، آية: ٧٨ .

(٤) سورة البقرة، آية: ١٨٥ .

(٥) أخرجه البخاري (٦١٤/٤) كتاب الصوم، باب: قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا» (١٩٠٩).

(٦) المستصفى (٧٤/١)، الإحكام في أصول الأحكام، للأمدى (٩٨/١)، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، لابن قدامة، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٨٥هـ (٥٥/١).

المكلفين على خطاب الشارع في كل واقعة من الوقائع .

● التخصيص :

التخصيص - في اللغة - : هو تمييز بعض الجملة بحكم؛ يقال : خصه بالشيء يخصه خصًّا وخصوًّا، وخصُوصية، وخصُوصية، أي : أفرده بالشيء دون غيره، ويقال : اختص فلان بالأمر، وتخصص له؛ إذا انفرد^(١).

وأما في اصطلاح الحنفية : فالتخصيص هو «قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقترن»^(٢)، واحترزوا بقولهم : «مستقل» عن الصفة، والاستثناء، ونحوهما؛ لأنه لا بد للتخصيص عند الحنفية من معنى المعارضة، وليس في الصفة ولا في الاستثناء^(٣) معنى المعارضة.

كما احترزوا بقولهم : «مقترن» عن الناسخ^(٤)؛ فإن دليل التخصيص إذا تراخى يكون نسخًا، لا تخصيصًا^(٥).

فالتخصيص عند الحنفية يختلف تعريفه عن التخصيص عند الجمهور لأنهم لا يعتبرون مطلق اجتماع دليل خاص مع دليل عام موجباً لتخصيص العام بالخاص كما يرى الجمهور، بل يعتبرون الخاص مخصصاً للعام إذا اقترن أحدهما بالآخر، وكان

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (خصص) (١١٧٣/٢)، القاموس المحيط، مادة (خصص)، ص (٥٥٥)، وميزان الأصول (٤٣٧/١)، كشف الأسرار، للبخاري (٦٢١/١)، عمدة الحواشي، ص (٢٠).

(٢) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (٦٢١/١)، شرح نور الأنوار على المنار (١٦٩/١)، عمدة الحواشي، ص (٢٠)، بذل النظر في الأصول، ص (٢٠١، ٢٠٢)، ميزان الأصول (١/٤٣٨، ٤٣٧).

(٣) ينظر في الفرق بين التخصيص والاستثناء: ميزان الأصول (٤٣٧/١، ٤٣٨).

(٤) ينظر في الفرق بين التخصيص والنسخ: بذل النظر في الأصول، ص (٢٠١، ٢٠٢)، ميزان الأصول (٤٣٨/١)، البحر المحيط (٢٤٣/٣، ٦٩/٤).

(٥) ينظر: عمدة الحواشي، ص (٢٠)، كشف الأسرار، للبخاري (٦٢١/١)، شرح نور الأنوار على المنار (١٦٩/١).

واعلم أنه باشتراط الحنفية كون دليل التخصيص مستقلاً، امتازوا عن غيرهم من جمهور الأصوليين: الشافعية ومن تابعهم، الذين ذهبوا إلى أن التخصيص هو صرف العام عن عمومه، وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد لدليل يدل على ذلك، سواء أكان هذا الدليل مستقلاً، أم غير مستقل.

ينظر: البحر المحيط (٢٤١/٣)، أصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٢٥، ٣٢٩).

الخاص مستقلاً، فإذا تراخى الخاص عن العام أو العكس، كان المتأخر ناسخاً للمتقدم، وليس مخصصاً لعمومه.

وعرفه ابن السبكي تقي الدين بأنه: «قصر العام على بعض أفراده بالأ يراد منه البعض الآخر»^(١).

وعرفه ابن الحاجب بأنه: «قصر العام على بعض مسمياته»^(٢).

وعرفه الإمام البيضاوي بقوله: «هو إخراج بعض ما يتناوله اللفظ»^(٣).

فهذه التعاريف متقاربة في المعنى، ولذلك أكتفي بذكر المشهور منها وهو تعريف الإمام البيضاوي - رحمه الله -، وأعتبره جامعاً مانعاً لضعف الاعتراضات عليه.

● المشترك:

المشترك - في اللغة -: مأخوذ من الشَّرْكَ والشَّرْكَة، وهي مخالطة الشريكين؛ يقال: اشتركتنا، بمعنى: تشاركنا، وقد اشترك الرجلان، وتشاركوا، وشارك أحدهما الآخر، وطريق مشترك، أي: يستوي فيه الناس، واسم مشترك، أي: تشترك فيه معان كثيرة^(٤).

أما في اصطلاح الحنفية: فقد اختلفت عباراتهم في تعريفه، فقال السرخسي: هو «كل لفظ يشترك فيه معان، أو أسام، لا على سبيل الانتظام، بل على احتمال أن يكون كل واحد هو المراد به على الانفراد، وإذا تعين الواحد مراداً به، انتفى الآخر»^(٥).

وقال النسفي: المشترك هو «ما يتناول أفراداً مختلفة الحدود على سبيل البديل»^(٦).

وقال الشاشي: «المشترك: ما وضع لمعنيين مختلفين أو لمعان مختلفة

(١) جمع الجوامع مع حاشية البناي (٢/٢).

(٢) بيان المختصر (٢/٢٣٥).

(٣) المنهاج مع نهاية السؤل (٢/١٠٤).

(٤) ينظر: لسان العرب، مادة (شرك) (٤/٢٢٤٨، ٢٢٤٩)، وتاج العروس، مادة (شرك) (٢٧/٢٢٣).

(٥) ينظر: أصول السرخسي (١/١٢٦).

(٦) المنار، ص (٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١٠٩، ١١٠)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/١٩٩)، وكشف الأسرار للنسفي (١/١٩٩).

الحقائق»^(١).

وهذه التعاريف على اختلاف ألفاظها تتفق معانيها؛ حيث تدل على أن المشترك عند الحنفية يراد به اللفظ الذي وضع للدلالة على معنيين، أو معانٍ مختلفة؛ كلفظ «العين»؛ فإنه يطلق على الجاسوس، وعين الماء، والعين الباصرة، والذهب^(٢)، ولكن لا يراد بهذا اللفظ إذا استعمل عندهم سوى إحدى تلك المعاني التي يدل عليها، ولا يجوز أن يكون مرادًا به كل واحد من معانيه، سواء ورد في الإثبات، أم في النفي^(٣)؛ ولهذا قيد السرخسي المشترك في التعريف بأنه «إذا تعين الواحد مرادًا به، انتفى الآخر»، وقال البزدوي: «وأما المشترك فكل لفظ احتمل معنى من المعاني المختلفة، أو اسمًا من الأسماء على اختلاف المعاني؛ على وجه لا يثبت إلا واحد من الجملة مرادًا به»^(٤)، فقيد - أيضًا - بقوله: «على وجه لا يثبت إلا واحد من الجملة مرادًا به»؛ ليدل على أن المشترك لا يجوز أن يراد به جميع معانيه. وعرفه القرافي بأنه: اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر، فهو لفظ قد وضع لمعان متعددة بوضع واحد، كالعين والقرء، ويتعين المراد بالقرينة، بخلاف الخاص؛ فإن معناه واحد، وإن تعددت أفراده المحصورة^(٥).

(١) أصول الشاشي، ص (٢٨)، وعمدة الحواشي ص (٢٨).
 (٢) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١٠٣/١ - ١٠٥)، وأصول البزدوي (١٠٣/١، ١٠٤)، وكشف الأسرار للنسفي (١٩٩/١، ٢٠٠)، والتلويح على التوضيح (٣٢/١)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٢٩)، والتعريفات، ص (٢٧٤)، وفتح الغفار بشرح المنار (١٠٩/١)، (١١٠)، وشرح نور الأنوار على المنار (١٩٩/١)، وأصول السرخسي (١٢٦/١)، وأصول الشاشي، ص (٢٨)، وعمدة الحواشي، ص (٢٨)، وهذا القدر المذكور من الدلالة قدر مشترك بين الحنفية وغيرهم، أما وجه تميز الحنفية واختلافهم عن غيرهم، فهو ما سيرد بعده.

(٣) وبهذا يختلف الحنفية عن الشافعية ومن وافقهم على أن المشترك إذا لم ترجح أحد معانيه، فإنه يصح أن يراد به كل واحد منها، بحيث يكون الحكم المتعلق ثابتًا لكل معنى من معانيه. ينظر: البحر المحيط (١٢٧/٢، ١٣٤)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٣٩، ٣٤٠).

(٤) أصول البزدوي (١٠٣/١، ١٠٤).

(٥) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٢٠/١) وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب (ت٧٥٦هـ)، للقاضي عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، وبهامشه حاشية التفتازاني، وحاشية الشريف الجرجاني، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م (١٢٧/١) وشرح الكوكب المنير (١٣٧/١)، والبحر المحيط (٣٧٨/٢).

+ أقسام اللفظ باعتبار ظهور المعنى :

قسم الحنفية اللفظ من حيث ظهور معناه إلى ما يلي^(١) :

● الظاهر :

الظاهر - لغة - : فاعل من الظهور، ومن معانيه: الوضوح والانكشاف؛ يقال:

ظهر الشيء ظهوراً، أي: برز بعد الخفاء، والظاهر - أيضاً -: خلاف الباطن؛ يقال: ظهر يظهر ظهوراً، فهو ظاهر، وظهير^(٢).

وأما في الاصطلاح: فالظاهر عند الحنفية هو: لفظ ظهر منه المراد بنفس الصيغة، من غير تأمل، سواء سيق له الكلام أم لا.

وقيل: الظاهر: ما دل على معنى بالوضع الأصلي أو العرفي، ويحتمل غيره احتمالاً مرجوياً.

وقيل: هو ما لا يفتقر في إفادة معناه إلى غيره^(٣).

● النص :

النص - لغة - : مأخوذ من قولهم: نصّ الشيء: رفعه، ونصّ الحديث إلى فلان:

رفعه إليه، ونصّ كل شيء: منتهاه. والنص: صيغة الكلام الأصلية التي وردت عن المؤلف، وقيل: النص: ما لا يحتمل إلا معنى واحداً، أو لا يحتمل التأويل، ومنه قولهم: لا اجتهاد مع النص، وجمعه: نصوص، والمنصوص عليه: المبيّن المعين^(٤).

والنص - اصطلاحاً -: هو ما يزداد بياناً بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة^(٥).

(١) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٤١ - ٣٤٨)، وفي التفسير الفقهي، ص (١٠٩ - ١١٧).

(٢) لسان العرب، مادة (ظهر) (٤/٢٧٦٧).

(٣) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١/١٢٣)، وأصول السرخسي (١/١٦٣)، والمنار، ص (٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٢)، وأصول الشاشي، ص (٤٧)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٢٠٥، ٢٠٦)، والتقريب والتجبير (١/١٤٦)، واليسير والتحرير (١/١٣٧، ١٣٦).

(٤) ينظر: لسان العرب، مادة (نصص) (٦/٤٤٤١، ٤٤٤٢).

(٥) ينظر: كشف الأسرار (١/١٢٤)، وأصول السرخسي (١/١٦٤)، وكشف الأسرار، للنسفي (١/٢٠٦)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٢٠٦)، والمنار، ص (٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٢)، وأصول الشاشي، ص (٤٨).

● المفسر:

المفسر - لغة -: اسم للظاهر المكشوف، مأخوذ من الفسر، وهو البيان؛ يقال: فَسَّرَ الشَّيْءَ يَفْسِرُهُ، وَيَفْسُرُهُ، أَي: أَبَانَهُ، وَالْفَسْرُ - أَيضًا - كَشْفُ الْمَغْطَى، وَتَفْسِيرُ اللَّفْظِ هُوَ كَشْفُ الْمَرَادِ مِنْهُ^(١).

وأما في الاصطلاح: فقد عرف الحنفية المفسر بأنه: «ما ازداد وضوحًا على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل»^(٢).

مثاله: قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾^(٣)؛ فَإِنَّ «الملائكة» اسم عام يحتمل التخصيص، كما في قوله: ﴿وَإِذْ قَالَتِ الْمَلَائِكَةُ يَا مَرْيَمُ﴾^(٤)، والمراد: جبريل - عليه السلام - فبقوله: ﴿كُلُّهُمْ﴾ انقطع ذلك الاحتمال، لكنه يحتمل التأويل والحمل على التفرق؛ فبقوله: ﴿كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾ انقطع ذلك الاحتمال؛ فصار مفسرًا^(٥).

● المحكم:

المحكم - لغة -: مأخوذ من قولهم: بناء محكم، أي: متقن مأمون عن الانتقاض، ويقال: أحكمت الشيء، أي: أتقنته، وقيل: هو مأخوذ من «أحكمت فلانًا»، أي: منعته؛ لأن المحكم هو ما امتنع معناه عن النسخ^(٦).

وأما في الاصطلاح: فقد عرف الحنفية المحكم بأنه: «ما أحكم المراد به عن احتمال النسخ والتبديل»^(٧).

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (فسر)، (٣٤١٢/٥، ٣٤١٣).

(٢) ينظر: المنار، ص (٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (١١٣/١)، وشرح نور الأنوار على المنار (٢٠٨/١)، وأصول البزدوي (١٣١/١)، وأصول السرخسي (١٦٥/١)، وأصول الشاشي، ص (٥٢)، وعمدة الحواشي، ص (٥٢)، وتيسير التحرير (١٣٩/١، ١٤٠)، والتلويح على التوضيح (١٢٥/١)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٣١/١، ١٣٢)، وكشف الأسرار للنسفي (٢٠٨/١، ٢٠٩).

(٣) سورة الحجر آية: ٣٠.

(٤) سورة آل عمران آية: ٤٢.

(٥) ينظر: أصول الشاشي، ص (٥٢، ٥٣)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٣٣/١)، وكشف الأسرار للنسفي (٢٠٨/١، ٢٠٩).

(٦) ينظر: لسان العرب، مادة (حكم)، (٩٥٣/٢)، والصحاح مادة (حكم) (٢٢٦/٥)، وفتح الغفار بشرح المنار (١١٣/١).

(٧) ينظر: أصول السرخسي (١٦٥/١، ١٦٦)، والتلويح على التوضيح (١٢٥/١)، وأصول =

مثاله: قوله - تعالى -: ﴿أَنَّ اللَّهَ يَكُلُّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(١)؛ فإنه عَلِيمٌ عقلاً أن علم الله - تعالى - صفة أزلية؛ فلا يمكن زوالها ولا تغييرها؛ لأن القِدَمَ ينافي العَدَمَ. ثم انقطاع احتمال النسخ قد يكون لمعنى في ذاته؛ بالألا يحتمل التغيير عقلاً: كالأيات الدالة على الصانع وصفاته، ويسمى هذا القسم: محكماً لعينه، وقد يكون ذلك بانقطاع الوحي بوفاة النبي ﷺ ويسمى هذا: محكماً لغيره؛ فعلى هذا: جميع الأقسام محكمة لغيرها بعد انقطاع الوحي؛ إذ لا نسخ بعده^(٢).

+ أقسام اللفظ باعتبار خفاء المعنى:

● الخفي:

الخفي - لغة -: من خفيت الشيء أخفيه إذا كتمته أو أظهرته، فهو من الأضداد، وشيء خفي: خاف، ويجمع على خفايا، ويقال: خفي الشيء خفاءً، فهو خاف، وخفيٌّ، إذا لم يظهر، وخفاه هو وأخفاه، أي: ستره وكتمه^(٣).

وأما في الاصطلاح: فقد عرف الحنفية الخفي بأنه: «اسم لكل ما اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غير الصيغة، لا ينال إلا بالطلب»^(٤).

مثاله: قوله - تعالى -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾^(٥)، إذا قصد من كلمة «السارق»: النَبَّاش والطَّرَّار؛ إذ معنى «السارق» لغة: هو آخذ مال الغير على سبيل الخفية والاستتار. وهذا المعنى خافٍ في الطَّرَّار والنَبَّاش بما عرض لهما من معان زائدة عن

⁼ البزدوي (١٣٥/١)، وأصول الشاشي، ص (٥٤)، والمنار، ص (٧)، وشرح نور الأنوار على المنار (٢٠٩/١)، وفتح الغفار بشرح المنار (١١٣/١)، وعمدة الحواشي ص (٥٤)، والتقريب والتحبير (١٤٨/١)، وتيسير التحرير (١٤٣/١، ١٤٤)، وكشف الأسرار للنسفي (٢٠٩/١)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٣٥/١، ١٣٦).

(١) سورة الأنفال آية: ٧٥.

(٢) ينظر: أصول الشاشي، ص (٥٤)، وأصول السرخسي (١٦٥/١، ١٦٦)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٣٥/١، ١٣٧).

(٣) ينظر: لسان العرب، مادة (خفا) (١٢١٦/٢).

(٤) ينظر: مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٤٠٦/١، ٤٠٧)، وأصول السرخسي (١/١).

(٥) (١٦٧)، وأصول البزدوي (١٣٨/١، ١٣٩)، وأصول الشاشي، ص (٥٥)، والمنار، ص (٧)، وشرح نور الأنوار على المنار (٢١٤/١)، وفتح الغفار بشرح المنار (١١٥/١)، والتقريب والتحبير (١٥٨/١)، وتيسير التحرير (١٥٦/١، ١٥٧)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٣٨/١، ١٣٩)، وكشف الأسرار للنسفي (٢١٤/١).

(٥) سورة المائدة آية: ٣٨.

معنى السرقة^(١).

• المشكل :

المشكل - في اللغة - : من أشكل الأمر، إذا التبس واشتبه، يقول ابن منظور: قال شمر: الشُّكْلَة: الحمرة تختلط بالبياض، وهذا شيء أشكل، ومنه قيل للأمر المشته: مشكل، وأشكل علي الأمر، إذا اختلط^(٢).

وأما في الاصطلاح: فقد عرف الحنفية المشكل بأنه: «ما لا ينال المراد منه إلا بالتأمل بعد الطلب»^(٣).

مثاله: قوله - تعالى - : ﴿فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(٤)، اشتبه معناه على السامع أنه بمعنى «كيف» أو بمعنى «أين»، فعرف بعد الطلب والتأمل أنه بمعنى «كيف»؛ بقريئة «الحرث»، وبدلالة حرمة القربان في الأذى العارض، وهو الحيض؛ ففي الأذى اللازم أولى^(٥).

• المجمال :

المجمال - في اللغة - : يطلق ويُراد به المبهم، ومنه يقال: أجمل الأمر، أي: أبهمه، ويُراد به - أيضًا - : إجمال الحساب، ورده إلى الجملة، ومنه يقال: أجمل

(١) ينظر: حاشية الأزميري على مرآة الأصول لسليمان بن عبد الله الأزميري الحنفي، دار الطباعة العامرة، إستانبول، ١٣٠٩هـ (١/٤٠٦، ٤٠٧)، وكشف الأسرار، للبخاري (١/١٣٨، ١٣٩)، وفي التفسير الفقهي، ص (١٢١ - ١٢٣)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٥٤، ٣٥٥).

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة (شكل) (٤/٢٣١١).

(٣) ينظر: مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (١/٤٠٨)، والتقريب والتحبير (١/١٥٩)، وتيسير التحرير (١/١٥٨)، وأصول الشاشي، ص (٥٦)، وأصول السرخسي (١/١٦٨)، وكشف الأسرار، للبخاري (١/١٤٠، ١٤١)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٢١٦)، والمنار، ص (٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٥)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٢١٦)، وأصول الفقه الإسلامي، لمصطفى شلبي، ص (٤٧٧)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٥٦)، وفي التفسير الفقهي، ص (١٣١).

(٤) سورة البقرة آية: ٢٢٣.

(٥) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١/١٤٢، ١٤٣)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٥)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٢١٦، ٢١٧)، وفصول البدائع في أصول الشرائع، لمحمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو الفُتري) الرومي، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ٢٠٠٦م - ١٤٢٧هـ، ص (٨٥).

الحساب، إذا جمعه، وجعله جملة واحدة، ويُراد بالإجمال - أيضاً -: التحصيل، ومنه يقال: أجمل الشيء، إذا حصله^(١).

وأما في اصطلاح الحنفية: فقد اختلفت عباراتهم في تعريفه^(٢):

فقال الشاشي: المجمل هو «ما احتمل وجوهاً؛ فصار بحال لا يوقف على المراد به إلا بيان من قبل المتكلم»^(٣).

وقال البزدوي: «المجمل هو ما ازدحمت فيه المعاني، واشتبه المراد اشتبهاً لا يدرك بنفس العبارة، بل بالرجوع إلى الاستفسار، ثم الطلب، ثم التأمل»^(٤).

وقال السرخسي: «المجمل لفظ لا يفهم المراد منه إلا باستفسار من المُجْمَل، وبيان من جهته يعرف به المراد»^(٥).

ومآل هذه العبارات واحد، وهو أن المجمل عند الحنفية يُراد به اللفظ الذي لا يُعرف المراد منه بذاته، فالخفاء في ذات اللفظ، وإزالة هذا الخفاء تحتاج إلى الرجوع إلى من صدر عنه هذا اللفظ ليبين مراده منه^(٦)، ويدخل في هذا عندهم المشترك الذي يتعذر أحد معانيه؛ كما لو أوصى رجل لمواليه بثلث ماله، وكان له عبيد ومعتقين، ثم مات ولم يبين هل أراد عبيده أو معتقيه بهذه الوصية؛ فإن لفظ «الموالي» حينئذ يكون مجملاً عند الحنفية، ولا يكون مشتركاً؛ لأن المشترك عندهم

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (جمل) (٦٨٥/١، ٦٨٦)، والصحاح مادة (جمل) (٤/٤٦٢)، والبحر المحيط (٣/٤٥٤)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٦)، والتقريب والتجيب (١/١٥٩).

(٢) ينظر: التلويح على التوضيح (١/١٢٧)، وأصول السرخسي (١/١٦٨)، وأصول الشاشي، ص (٥٦)، وأصول البزدوي (١/١٤٤، ١٤٥)، والمنار، ص (٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٦)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٢١٨، ٢١٩)، وكشف الأسرار، للبخاري (١/١٤٤، ١٤٦)، والتقريب والتجيب (١/١٥٩)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٢١٨).

(٣) ينظر: أصول الشاشي، ص (٥٦)، وعمدة الحواشي، ص (٥٦).

(٤) أصول البزدوي (١/١٤٤، ١٤٥).

(٥) أصول السرخسي (١/١٦٨).

(٦) ينظر: في التفسير الفقهي، ص (١٢٤)، وأصول الفقه الإسلامي، لمصطفى شلبي، ص (٤٧٩)، وأصول الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي (١/٣٤٠، ٣٤١)، وعلم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت، ط (١٢)، ١٣٨٩هـ، ص (١٧٣).

المراد به واحد من معانيه بعينه، ولا يعرف هذا المعنى هنا؛ فصار مجملاً^(١). وعند غيرهم من الأصوليين المجمع: ما لم تتضح دلالاته كما في لب الأصول. وفي إحكام الفصول: ما لا يفهم المراد به من لفظه، ويفتقر في بيانه إلى غيره. وفي منتهى الأصول: هو اللفظ الذي لا يفهم منه عند الإطلاق شيء. والفرق بين المجمع وبين المشترك: أن توارد المعاني في المشترك بحسب الوضع فقط، وفي المجمع بحسبه وباعتبار غرابة اللفظ وتوحشه من غير اشتراك فيه، وباعتبار إبهام المتكلم الكلام، فإن المجمع على ثلاثة أنواع: نوع لا يفهم معناه لغة كالهلوع قبل التفسير، ونوع معناه معلوم لغة ولكن ليس بمراد كالربا والصلاة والزكاة، ونوع معناه معلوم لغة إلا أنه متعدد، والمراد واحد منها ولم يمكن تعيينه لانسداد باب الترجيح فيه^(٢).

● المتشابه:

المتشابه - لغة - : اسم فاعل من الفعل «تشابه»؛ يقال: تشابها، واشتبها، أي: أشبه كل منهما الآخر حتى التباسا، ويقال: أمور مشتبهة ومشبهة، أي: مشكلة، والشبهة: الالتباس، ويقال: شبّه عليه الأمر تشبيهاً، أي: لبّس عليه^(٣). وأما في الاصطلاح: فالمتشابه عند الحنفية هو: «اسم لما انقطع رجاء معرفة المراد منه لمن اشتبه فيه عليه»^(٤).

(١) وبهذا يختلف المجمع عند الحنفية عن المجمع عند الشافعية ومن وافقهم. ينظر: أصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٥٨)؛ كما يلاحظ - أيضًا - من تعريفات غير الشافعية للمجمع أن معناه عندهم أعم منه عند الحنفية. ينظر: المستصفى (١/٣٤٥)، وروضة الناظر، ص (١٥٩)، والإبهاج (١/٢١٧)، ٢/٢٠٦، والإحكام للآمدي (٣/١٣)، ونهاية السؤل (٢/٦١)، والمعتمد (١/٢٩٣)، ومنتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، ص (١٣٩)، والإحكام لابن حزم (١/٤٣)، وإرشاد الفحول، ص (١٤٧)، وشرح المحلي على جمع الجوامع (٢/٥٨).

(٢) ينظر: غاية الوصول في شرح لب الأصول، ص (٨٤)، إحكام الفصول، ص (٤٨)، منتهى السؤل، ص (١٣٦).

(٣) ينظر: لسان العرب، مادة (شبه) (٤/٢١٨٩، ٢١٩٠).

(٤) ينظر: أصول السرخسي (١/١٦٩)، وعمدة الحواشي، ص (٥٧)، وتيسير التحرير (١/١٦٠)، والتقريب والتجريب (١/١٥٩)، والمنار، ص (٧)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٢٢١)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٦)، وأصول البزدوي (١/١٤٨، ١٤٩).

مثاله: المقطعات في أوائل السور؛ مثل «الم»، سميت بذلك؛ لأنها أسماء لحروف يجب أن يُقطع في التكلم كلٌّ منها عن الآخر على هيئته، وتسميتها بالحروف المقطعات مجازٌ؛ لأن مدلولاتها حروف، أو لأن الحرف يطلق على الكلمة^(١).

وهذا هو المراد من المتشابه على ما استقر عليه متأخرو الحنفية^(٢)، أما المتقدمون منهم، فقد عرفوا المتشابه بخلاف ذلك^(٣)، حيث عرفوه بأنه «ما يحتمل وجهين، أو أكثر، ويتعرف مراد الله منه برده إلى المحكم»^(٤).

+ أقسام اللفظ باعتبار كيفية دلالاته على المعنى:

قسم الحنفية طرق دلالة اللفظ على المعنى إلى ما يلي^(٥):

● عبارة النص:

العبارة - في اللغة - مصدر عبر، يقال: عَبَّرَ الرَّؤْيَا يَعْبُرُهَا عَبْرًا وعبارة، وعبَّرَهَا، أي: فسرها، وهي - أيضًا - اسم بمعنى: الإعراب والبيان، يقول ابن منظور: «عَبَّرَ عما في نفسه: أعرب، وبين... والاسم: العِبْرَةُ والعِبْرَةُ، والعبارة»^(٦).

= وكشف الأسرار للنسفي (٢٢١/١)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٤٨/١، ١٤٩)، والتلويح على التوضيح (١٢٧/١).

(١) ينظر: التلويح على التوضيح (١٢٧/١).

(٢) وعلى هذا لا يظهر خلاف بين الحنفية وغيرهم في المراد من المتشابه؛ حيث عرفه غير الحنفية بما يدل على ذلك أيضًا.

ينظر: جمع الجوامع (٢٦٨/١)، والمستصفي (١٠٦/١)، والإحكام للآمدي (١/٢١٨)، وإرشاد الفحول، ص (٢٨)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٦٠)، وأصول الفقه الإسلامي، لمصطفى شلبي، ص (٤٨١).

(٣) وعلى هذا يظهر الاختلاف بين الحنفية وغيرهم في المراد من المتشابه. ينظر - في هذا الخلاف بين متقدمي الحنفية ومتأخريهم في المراد من المتشابه - في التفسير الفقهي، ص (١٣٨ - ١٤٠)، وتفسير النصوص في الفقه الإسلامي، لصالح محمد أديب، المكتب الإسلامي، ط (٤)، ١٩٩٣م، ص (٢١٧).

(٤) ينظر: أحكام القرآن، لأحمد بن علي أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م (٢/٦٥)، وأحكام القرآن، للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن علي الطبري، المعروف بإلكيا الهزاسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) (٢/٣ - ٥).

(٥) ينظر: أصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٦١)، وفي التفسير الفقهي، ص (٨٧ - ١٠٦).

(٦) ينظر: لسان العرب، مادة (عبر)، (٤/٢٧٨٢).

والنص - لغة - : قد سبق بيانه .

وأما في الاصطلاح: فالمراد بعبارة النص عند الحنفية، هو دلالة اللفظ على المعنى الموضوع له، أو جزئه، أو لازمه المتأخر، إن لم يكن الكلام مسوقاً له^(١). ومعنى هذا: أن المشرع إذا قصد «إلى معنى، أو حكم، فأورد نصاً يعبر عن هذا الحكم المقصود، كان ذلك النص عبارة فيه؛ لوجود القصد إليه وسوق الكلام أو تشريع النص من أجله، وقد يشتمل النص على حكمين، أو أكثر، ويقوم الدليل على أن كلاً منهما مقصود، ولكن بعضها مقصود أولاً وبالذات، والآخر مقصود تبعاً؛ جيء به كتمهيد للمعنى الأول، وتوطئة له، فالنص يعتبر عبارة فيهما، ما دام قد اتجه قصد المشرع إليهما في تشريعه للنص، ويعرف قصد المشرع، أو المتكلم بالقرائن الخارجية، أو من سياق النص نفسه»^(٢).

ومثال ذلك: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِطُوا فِي الْيَمِينِ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا وَتِلْكَ وَرِيعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(٣).

حيث دلت هذه الآية الكريمة على ثلاثة أحكام:

أحدها: إباحة الزواج.

ثانيها: إباحة التزوج بأكثر من واحدة بشرط تحقيق العدل بينهما وعدم الزيادة على

الأربع.

ثالثها: وجوب الاقتصار على زوجة واحدة عند خوف عدم العدل في حال

(١) ينظر: أصول الشاشي، ص (٦٥)، وأصول السرخسي (٢٣٦/١)، وفواتح الرحموت (١/٤٠٦)، والتلويح على التوضيح (١/١٣٠)، والمنار، ص (١٢)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٣٧٤)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٤٤)، وكشف الأسرار، للبخاري (١/١٧١، ١٧٢)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٣٧٤)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٢/٦٩ - ٧٤)، وأصول الفقه الإسلامي، لهبة الزحيلي (١/٣٤٩)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٦٢، ٣٦٣)، وأصول الفقه الإسلامي، لمصطفى شلبي، ص (٤٨٩)، وفي التفسير الفقهي، ص (٨٧)، وعلم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ص (١٤٤).

(٢) المناهج الأصولية، لفتحي الدريني (١/٢٧٥، ٢٧٦)، وينظر: في التفسير الفقهي، ص (٨٧).

(٣) سورة النساء آية ٣ .

التزوج بأخرى.

وهذه المعاني الثلاثة تدل عليها ألفاظ النص دلالة ظاهرة؛ لأنها المقصودة من السياق؛ لكن المعنى الأول منها لا يلحظ إلا بالتأمل؛ لأنه تابع للمعنيين الآخرين^(١).

● إشارة النص:

الإشارة - في اللغة - : بمعنى: الإيماء، والتلويح، والتوجيه؛ يقال: أشار الرجل يشير إشارة، إذا أومأ بيديه، وأشرت إليه، أي: لوّحت إليه، وأشار عليه بالرأي، وأشار يشير، إذا ما وجه الرأي^(٢).

وأما في الاصطلاح: فالمراد بإشارة النص عند الحنفية هو: دلالة اللفظ على المعنى الموضوع له أو جزئه أو لازمه المتأخر إن لم يكن الكلام مسوقاً له^(٣).

مثاله: قوله - تعالى -: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ﴾^(٤) فقد سيق الكلام لإيجاب سهم من الغنيمة للفقراء المهاجرين، وفيه إشارة إلى زوال ملكهم عما خلفوا في دار الحرب، والمعنى الأول - وهو إيجاب سهم من الغنيمة لهم - هو المعنى الموضوع له، ومن ثم فهو عبارة فيه؛ فيكون المعنى الموضوع له ثابتاً بالنظم. والمعنى الثاني - وهو زوال ملكهم عما خلفوا في دار الحرب - جزء الموضوع له؛ لأن الفقراء هم الذين لا يملكون شيئاً؛ فكونهم بحيث لا يملكون شيئاً مما خلفوا في دار الحرب جزء لكونهم بحيث لا يملكون شيئاً؛ فيكون جزء الموضوع له، فلما سمعوا دلالته على زوال ملكهم عما خلفوا إشارةً، والإشارة ثابتة بالنظم - فيكون جزء الموضوع له ثابتاً

(١) ينظر: في التفسير الفقهي، ص (٨٨).

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة (شور)، (٢٣٥٨/٤)، والقاموس المحيط، مادة (شور)، ص (٣٧٩).

(٣) ينظر: شرح التلويح على التوضيح (١/١٣٠)، وضوء الأنوار، ص (١٧١)، وأصول البزدوي (١/١٧٤، ١/١٧٥)، وأصول الشاشي، ص (٦٥)، وأصول السرخسي (١/٢٣٦)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٣٧٥)، وكشف الأسرار، للبخاري (١/١٧٤، ١/١٧٥)، وفوائح الرحموت (١/٤٠٧)، والمنار، ص (١٢)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٤٤، ٤٥)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٣٧٥).

(٤) سورة الحشر آية: ٨ .

بالنظم^(١).

● دلالة النص^(٢):

الدلالة - في اللغة -: تنطق الدلالة بثلاث الدال - أي: بفتح الدال، وكسرها، وضمها - والفتح أفصح، ويليه الكسر، ثم الضم، وهو أردأ شيء في نطقها، وهي مصدر دل يدل، يقال: دله على الطريق يدلّه دلالة ودلالة ودلولة، من باب قتل، وهو مصدر سماعي، وليس قياسياً، إذ قياس مصدر الفعل الثلاثي المتعدي فعل - بفتح الفاء وسكون العين - كما قال ابن مالك - رحمه الله -:

فَعْلٌ قِيَاسٌ مَصْدَرُ الْمُعْدَى مِنْ ذِي ثَلَاثَةِ كَرَدٍّ رَدًّا^(٣)

والدلالة - بالفتح - على ما اصطاح أهل الميزان والأصول والعربية والمناظرة هي أن يكون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر. وتنقسم إلى الطبيعية والعقلية والوضعية، ثم يقسم كل منها إلى اللفظية وغير اللفظية^(٤).

(١) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١/١٧٥ - ١٧٧)، وفتح الغفار بشرح المنار (٢/٤٤، ٤٥)، وفي التفسير الفقهي، ص (٨٩، ٩٠).

(٢) وهي التي يسميها جمهور الأصوليين غير الحنفية «فحوى الخطاب»، ويسميها الشافعية «مفهوم الموافقة».

ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١/١٨٤)، في التفسير الفقهي، ص (٩١)، علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ص (١٥٠).

(٣) ينظر: شرح الإمام العلامة قاضي القضاة بهاء الدين ابن عقيل على ألفية ابن مالك، ط المعاهد الأزهرية، ص (١٨٢)، وينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر بن إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط (٤)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م (٤/١٦٩٨)، ولسان العرب (٢/١٤١٣)، والمصباح المنير، ص (١٠٥)، والقاموس المحيط، ص (١٢٩٢)، والمعجم الوجيز، إخراج/مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، دار التحرير للطبع والنشر (ت٨٣٣)، ط (١)، ص (٢٣٣).

(٤) ينظر: تحرير القواعد المنطقية لمحمود بن محمد، قطب الدين الرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط (٢)، ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م، ص (٢٨)، وشرح الخيصي على متن التهذيب، ص (١٠)، وإيضاح المبهم من معاني السلم للعلامة الدمهوري، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ص (٦)، وحاشية العلامة الصبان على شرح السلم للملوي، ص (٤٩)، وحاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي، لإبراهيم بن محمد الباجوري، مكتبة ومطبعة: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص (٤٠)، وحاشية العلامة العطار على شرح الخيصي، ص (٥١)، وآداب البحث والمناظرة، للعلامة الشنيطي، شركة المدينة للطباعة والنشر، جدة، القسم الأول، ص (١١)، والمرشد السليم =

أما دلالة النص في اصطلاح الحنفية يُراد بها: «فَهُمْ غير المنطوق من المنطوق، بسياق الكلام ومقصوده»^(١).

ومثاله: قوله - تعالى -: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهْرَهُمَا﴾^(٢)؛ فإن هذه الآية الكريمة تدل على تحريم التأفف من الوالدين، بأن يقول الابن لهما، أو لأحدهما: «أف»، وهي تعني: الضيق والضجر، وتحريم هذه الكلمة بنص هذه الآية يدل على تحريم الضرب والشتيم، وسائر ضروب الإهانة والأذى للوالدين، وهي دلالة تفهم من سياق الكلام بغير اجتهاد^(٣).

● اقتضاء النص:

الاقضاء - في اللغة - بمعنى: الطلب، ومنه: اقتضى الدين، وتقاضاه، أي: طلبه، ويقال: اقتضيت مالي عليه، أي: قبضته، وأخذته^(٤).

وأما في اصطلاح الحنفية: فالمراد بـ «اقتضاء النص» هو ما لا يدل عليه اللفظ، ولا يكون منطوقاً، لكن يكون من ضرورة اللفظ^(٥).

= في المنطق الحديث والقديم، ص (٣٨)، ونفائس الأصول في شرح المحصول (٥٤٣/٢)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٢٣)، والكاشف عن المحصول (٣/٢)، ومعراج المنهاج، للإمام شمس الدين محمد بن يوسف الجزري، تحقيق: د: شعبان محمد إسماعيل، مطبعة الحسين الإسلامية، ط (١)، سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (١٦٧/١)، والسراج الوهاج، محمد الزهري العمراوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت (٢٦٠/١)، وشرح الأصفهاني على المنهاج (١٧٨/١)، ونهاية السؤل (١٧٩/١)، والبحر المحيط (٢٦٨/٢).

(١) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١٨٤/١)، وكشف الأسرار للنسفي (٣٨٣/١)، وأصول الشاشي، ص (٦٨، ٦٩)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٧٨/٢)، وأصول السرخسي (٢٤١/١)، وفواتح الرحموت (٤٠٨/١)، والمنار، ص (١٣)، وفتح الغفار بشرح المنار (٤٥/٢)، وشرح نور الأنوار على المنار (٣٨٣/١)، والتلويح على التوضيح (١٣٦/١).

(٢) سورة الإسراء آية: ٢٣.

(٣) ينظر: أصول الشاشي، ص (٦٩)، وكشف الأسرار للنسفي (٣٨٤/١)، وأصول البزدوي (١٨٥/١)، وفتح الغفار بشرح المنار (٤٥/٢، ٤٦)، وأصول السرخسي (٢٤١/١)، (٢٤٢)، وفي التفسير الفقهي، ص (٩١)، وأصول الفقه الإسلامي، لزكي الدين شعبان، ص (٣٦٧، ٣٦٨).

(٤) ينظر: لسان العرب، مادة (قضى)، (٣٦٦٦/٥)، والقاموس المحيط، مادة (قضى)، ص (١١٩٢)، وفتح الغفار بشرح المنار (٤٧/٢)، وكشف الأسرار، للبخاري (١٨٨/١).

(٥) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١٨٨/١)، وكشف الأسرار للنسفي (٣٩٣/١)، والمنار، =

وهذا يقتضي أن الكلام لا يكون دالاً على المعنى الصحيح شرعاً إلا إذا قُدِّرَ معنى خارجي لازم؛ لتصحيح الكلام واستقامته^(١).
 مثال ذلك: قوله - تعالى -: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^(٢)؛ فإن مقتضى اللفظ أن يكون المحرر عبداً؛ إذ إن تحرير الحر غير متصور^(٣).
 ● الأهلية:

الأهلية - لغة - : عبارة عن الصَّلاحية؛ فأهلية الإنسان هي صلاحيته لصدور شيء أو عمل ما عنه، وطلبه منه، ومنه يقال: فلان أهل لعمل كذا؛ أي أنه صالح للقيام بهذا العمل، ويجوز أن يطلب منه القيام به^(٤).

تعريف الأهلية في الاصطلاح:

الأهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وعليه^(٥).
 وقد قسم الحنفية الأهلية قسمين^(٦):

+ الأول - أهلية وجوب: وهي صلاحية المكلف للحكم؛ أي: لحكم الوجوب بوجه، وهو المطالبة بالواجب أداء وقضاء.
 أي: فمن كان أهلاً لحكم الوجوب بوجه؛ كان أهلاً للوجوب، ومن لا؛ فلا.
 + الثاني - أهلية أداء: وهي صلاحية المكلف لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. وهي نوعان: قاصرة، وكاملة:

= ص (١٣)، وفتح الغفار بشرح المنار (٤٧/٢)، وشرح نور الأنوار على المنار (٣٩٣/١)، ومراة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٨٣/٢)، وفواتح الرحموت (٤١١/١)، والتلويح على التوضيح (١٣٧/١)، وأصول الشاشي، ص (٧١)، وأصول السرخسي (١/٢٤٨).

(١) ينظر: في التفسير الفقهي، ص (٩٢).

(٢) سورة النساء آية: ٩٢.

(٣) ينظر: في التفسير الفقهي، ص (٩٢).

(٤) ينظر: تاج العروس، مادة (أهل) (٤٥/٢٨).

(٥) ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (٣٩٣/٤)، والتلويح على شرح التوضيح، للتفتازاني (٢/١٦٢، ١٦١).

(٦) ينظر: شرح المنار، لابن ملك، ص (٢٨، ٢٩)، وفتح الغفار شرح المنار (٨٠/٣، ٨١)، وكشف الأسرار، للبخاري (٣٩٣/٤، ٣٩٤)، وكشف الأسرار، للنسفي (٤٥٩/٢)، وأصول السرخسي (٣٣٢/٢)، والتلويح على التوضيح (١٦٢، ١٦١/٢).

- فالأهلية القاصرة: لا تصلح للزوم العهدة، وتثبت بقدرة قاصرة، أي: تثبت بقدرة العقل القاصر، وهو عقل الصبي والمعتوه.

- والأهلية الكاملة: تصلح للزوم العهدة، وتثبت بقدرة كاملة، أي: بالعقل الكامل، وهو عقل البالغ غير المعتوه.

● عوارض الأهلية:

«العوارض» لغة^(١): جمع «عارض» أو «عارض»، وهو كل ما استقبلك، قال الله تعالى: ﴿عَارِضٌ مُّطْرًا﴾^(٢) وهو السحاب الذي استقبل قوم عاد.

ويقال: عَرَضَ له كذا، إذا ظهر له أمر يصده عن المضيِّ إلى ما كان فيه؛ ولهذا سميت الأمور التي لها تأثير في تغيير الأحكام: عوارض؛ لمنعها الأحكام عن الثبوت.

وأما العوارض في اصطلاح الحنفية؛ فهي: خصال أو آفات تطرأ على المكلف بعد كمال أهلية الأداء، فتؤثر في الأحكام بإزالتها أو نقصانها، أو تُعَيِّرُ بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير في أهليته^(٣). وقد قسمها الفقهاء قسمين^(٤):

أحدها: عوارض سماوية، وهي العوارض التي تكون من قبل صاحب الشرع، بلا اختيار للعبد؛ كالصغر، والجنون، والعتة، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والمرض، والحيض، والنفاس، والموت.

الثاني: عوارض مكتسبة، وهي العوارض «التي يكون لكسب العباد مدخل فيها

(١) ينظر: لسان العرب، مادة (عرض) (٢٨٨٩/٤)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط (٢)، بدون تاريخ (٣٠٢/٢).

(٢) سورة الأحقاف آية: ٢٤.

(٣) ينظر: التقرير والتحبير في شرح التحرير (١٧٢/٢)، وشرح التلويح على التوضيح (٢/١٦٧)، وكشف الأسرار (٤/٤٣٥، ٤٣٦)، وكشف الأسرار (٢/٤٧٧)، والمنار، ص (٢٩)، وفتح الغفار بشرح المنار (٣/٨٤، ٨٥).

(٤) ينظر: المنار ص (٢٩-٣٤)، فتح الغفار بشرح المنار (٣/٨٤ - ١٢٢)، وكشف الأسرار للسنفي (٢/٤٧٧ - ٥٨٦)، والتلويح على التوضيح (٢/١٦٧ - ٢٠٠)، وأصول السرخسي (٢/٣٣٢ - ٣٣٨)، وتيسير التحرير (٢/٢٥٣ - ٣١٥)، والتقرير والتحبير (٢/١٧٢ - ٢١٢)، وفواتح الرحموت (٢/١٥٦، ١٧٧).

بمباشرة الأسباب؛ كالسكر، أو بالتقاعد عن المزيل؛ كالجهل^(١).
وهذه العوارض إذا وجد واحد منها فإنه يؤثر في الأهلية، بمعنى أنه يؤثر في
صلاحية الإنسان بأن يصدر منه فعل أو تصرف يعتد به شرعاً، وهذا التأثير قد يكون
بحيث لا يعتد بالفعل أو التصرف أصلاً، وقد يكون بحيث تتوقف صحة التصرف
ونفاذه على إرادة من له حق الولاية على هذا التصرف، وذلك كما في الصبي
المميز.

(١) ينظر: التقرير والتحجير (١٧٢/٢)، شرح التلويح على التوضيح ص (١٦٧)، كشف
الأسرار، للبخاري، ص (٤٣٥، ٤٣٦)، كشف الأسرار، للنسفي (٤٧٧/٢)، والمنار،
ص (٢٩)، وفتح الغفار بشرح المنار (٨٤/٣، ٨٥).

اختلاف الروايات عن الإمام وأصحابه

الناظر في كتب الحنفية يجدها تزخر في كثير من الأحيان بأقوال كثيرة في المسألة الواحدة لمؤسس هذا المذهب وصاحبيه أبي يوسف ومحمد، أو لغيرهم من مشايخ علماء الحنفية من أصحاب التخريج، فالمسائل الواقعة في المذهب على ثلاث طبقات:

* الأولى: مسائل الأصول:

وتسمى ظاهر الرواية أيضاً، وهي مسائل مروية عن أئمة المذهب، وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، ويلحق بهم زفر بن الهذيل والحسن بن زياد^(١)، وغيرهما ممن أخذ عن الإمام، لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية قول الثلاثة الأوائل. وكتب ظاهر الرواية هي كتب محمد بن الحسن الستة: المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والسير الصغير، والسير الكبير. وسميت هذه الكتب بظاهر الرواية؛ لأنها رويت عن محمد بروايات الثقات، وما كان فيه اسم «الكبير» فهو من تصنيف محمد، وما لم يكن كذلك، فهو بروايته عن أبي يوسف.

* الثانية: مسائل النوادر:

وهي المسائل المروية عن الأئمة المذكورين، ولكن روايتها عنهم: إما في كتب أخرى لمحمد غير كتب ظاهر الرواية، كالكيسانيات، والهارونيات، والجرجانيات، والرقيات.

وإما في كتب غير كتب محمد، كالمحرر للحسن بن زياد، وكتب الأمالي المروية عن أبي يوسف.

(١) هو: الحسن بن زياد اللؤلؤي، نسبة إلى بيع اللؤلؤ، من أصحاب أبي حنيفة، كان حافظاً للروايات عن أبي حنيفة، وولي القضاء ثم استعفى، أخذ عنه محمد بن سماعة ومحمد بن شجاع الثلجي. وله كتاب المجرد والأمالي، كان يقول: كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث، قال في (العبر): ولم يخزجوا له في الكتب الستة؛ لضعفه، وكان رأساً في الفقه، قيل: إنه توفي سنة أربع ومائتين هـ.

ينظر: الفوائد البهية، ص (٦٠، ٦١)، وفيات الأعيان (٤٣/١)، شذرات الذهب (١٢/٢).

وإما أن هذه المسائل تروى برواية مفردة، كرواية محمد بن سماعة^(١) وغيره. وكتب محمد المذكورة إنما لم يطلق عليها اسم ظاهر الرواية؛ لأنها رويت عنه بروايات غير ظاهرة ولا ثابتة كالكتب الأولى.

* الثالثة: مسائل الوقعات أو النوازل:

وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا فيها ولم يجدوا فيها رواية، وهؤلاء المتأخرون هم: أصحاب أبي يوسف ومحمد، وأصحاب أصحابهما، كعصام بن يوسف البلخي^(٢)، ومحمد بن سماعة التميمي، وأبي سليمان الجوزجاني البلخي^(٣)، ومن بعدهم: محمد بن سلمة البلخي^(٤)، ونصير بن يحيى البلخي^(٥)، وأبو نصر بن سلام^(٦).

(١) هو: محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع، أبو عبد الله التميمي، ولد سنة ثلاثين ومائة هـ، حدث عن الليث بن سعد وأبي يوسف ومحمد، وكتب النوادر عن الشيخين أبي يوسف ومحمد، له كتاب أدب القاضي والمحاضر والمساجلات والنوادر وغيرها، تفقه عليه الكثير، ومات سنة ثلاث وثلاثين ومائتين هـ.

ينظر: الجواهر المضية، للقرشي (١٦٨/٣)، طبقات الفقهاء، لكبرى زاده، ص (٣٠)، (٣١)، الفوائد البهية، ص (١٧٠).

(٢) هو: عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة البلخي، أبو عصمة البلخي، أخو إبراهيم بن يوسف، كانا شيوخ بلخ في زمانهما. روى عن ابن المبارك والثوري، وروى عنه أهل بلده، وكان صاحب حديث، ثقة، ثبتاً في الرواية، توفي سنة عشر ومائتين.

ينظر: الجواهر المضية (٥٢٧/٢)، الفوائد البهية، ص (١١٦).

(٣) هو: موسى بن سليمان، أبو سليمان الجوزجاني، تفقه واشتهر ببغداد، أخذ الفقه عن أبي يوسف ومحمد، وكتب مسائل الأصول والأمالي، وشارك المعلى بن منصور في أخذ الفقه ورواية الكتب، وهو أسن وأشهر من المعلى، له تصانيف منها: (السير الصغير) و(النوادر)، توفي بعد المائتين.

ينظر: الجواهر المضية (٥١٨/٣)، الفوائد البهية، ص (٢١٦)، هدية العارفين (٢/٤٧٧).

(٤) هو: أبو عبد الله محمد بن سلمة البلخي، الفقيه، ولد سنة اثنتين وتسعين ومائة، وتفقه على شداد الحكيم ثم على أبي سليمان الجوزجاني، ومات سنة ثمان وسبعين ومائتين من الهجرة.

ينظر: الجواهر المضية (١٦٢/٣)، الفوائد البهية، ص (١٦٨)، الطبقات السنوية برقم (٢٠١٣).

(٥) هو: نصير بن يحيى البلخي، اجتمع بأحمد بن حنبل، وبحث معه، روى عنه محمد بن محمد بن سلام. ينظر: الجواهر المضية (٥٤٦/٣)، والطبقات السنوية برقم (٢٦٠٣).

(٦) هو: محمد بن سلام الإمام، من أهل بلخ، توفي سنة خمس وثلاثمائة.

ويفهم من عبارة «رد المحتار» أن هذه المسائل التي أفتوا بها، لم تقتصر على ما ليس فيه رواية، بل تعدته إلى ما فيه رواية عنهم فقال: «... وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب؛ لدلائل وأسباب ظهرت لهم...».

وأول كتاب جمع فتاواهم هو كتاب النوازل لأبي الليث السمرقندي البلخي^(١)، وعليه كان جل اعتمادنا في تحقيق المسائل التي خالف فيها البلخيون أئمة المذهب، فإن ما قام به متأخرو المتأخرين من ذكر آراء المتأخرين أصحاب مسائل الواقعات، مختلطة بما روي عن أئمة المذهب: كقاضي خان^(٢) في فتاواه - جعل تمييز أقوالهم بالاستناد إلى كتب المتأخرين وحدها أمرًا صعبًا جدًّا.

ولقد كان اختلاف الروايات بين الإمام وأصحابه سببًا في الاختلافات الأصولية، ومن الأمثلة على ذلك مسألة القرآن هل هو اسم للفظ والمعنى جميعًا أو للمعنى؛ حكي الخلاف عن أبي حنيفة - رحمه الله - وعنه رواية أخرى توافق قول الصحابين أنه اسم للفظ والمعنى جميعًا.



= ينظر: الجواهر المضية (٣/١٧١، ١٧٢، ٩٢/٤)، والطبقات السنوية برقم (٢٠١٤).

(١) هو: نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم، أبو الليث السمرقندي، إمام الهدى، من تصانيفه: تفسير القرآن، وكتاب النوازل وخزانة الأكمل، وتنبية الغافلين، وكتاب بستان العارفين. توفي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة خلت من جمادى الآخرة، سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة. ينظر: تاج التراجم، ص (٣١٠).

(٢) هو: الحسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز الأوزجندی الفرغاني، المعروف بقاضي خان، فخر الدين، تفقه على ظهير الدين المرغيناني وغيره، وله الفتاوى، وشرح الجامع الصغير، وشرح الزيادات، توفي ليلة النصف من رمضان، سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة.

ينظر: تاج التراجم، ص (١٥١، ١٥٢)، شذرات الذهب (٤/٣٠٨)، مفتاح السعادة (٢/٢٧٨).

الاختلاف في ترجيح آراء أئمة المذهب المجتهدين

اتفق فقهاء الحنفية على أن ما ورد في كتب ظاهر الرواية من الأقوال يقدم على الوارد في غيرها، فإن لم يوجد قول لهم -لا في الأصول ولا في النوادر- يرجع إلى مسائل النوازل أو الوقعات.

فإذا اتفق أئمة المذهب في الروايات الظاهرة المروية عنهم، فإنه يفتى بما اتفقوا عليه قطعاً.

أما إذا اختلفوا في المسألة الواحدة، فهناك أقوال:

١- قالوا: يفتى بقول أبي حنيفة، ثم بقول أبي يوسف، ثم بقول محمد بن الحسن، ثم بقول زفر، ثم بقول الحسن بن زياد.

وظاهر هذا الرأي أنه يفتى بقول أبي حنيفة مطلقاً، ما دام له رأي في المسألة. وقد صرح البعض بهذا، إلا في حالات الاختلاف بسبب العصر والزمان.

٢- وقال آخرون: إذا كان أبو حنيفة في جانب، وصاحبه في جانب، فالمفتي بالخيار. وذلك إذا كان المفتي مجتهداً، وإلا يطبق الرأي الأول. أما إذا كان مع الإمام أحدهما فيفتى بقوله ألبتة^(١).

ولكن إذا أفتى بقول صاحب المنفرد المشايخ أصحاب المكنة، وأهل التخريج، فيجوز اتباع ما اصطالحوا عليه^(٢).

٣- وقال فريق ثالث: يفتى بما ظهر قوة دليله، وهذا الرأي يعمل به الذي يعرف قوة الدليل، وإلا فيطبق الرأي الأول.

٤- وقال فريق آخر: يفتى بقول أبي حنيفة في العبادات مطلقاً، وبقول أبي يوسف في القضاء والبيئات؛ لأنه عانى ذلك وعرفه^(٣)، ولزيادة تجربته.

والفتوى على قول محمد في مسائل ذوي الأرحام، والفتوى على قول زفر في سبع عشرة مسألة حصرها بعض العلماء.

(١) ينظر: طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، ص (١٠).

(٢) ينظر: السابق، والغنية في أصول الدين، لأبي سعيد عبد الرحمن النيسابوري المتولي، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٧م (٦٨/١).

(٣) ينظر: الجواهر المضية (٢/٢٦٩)، الدر المختار ورد المحتار (٥/٣٦٠).

أما في حالة عدم وجود رواية عن الإمام، فقالوا: يؤخذ برأي أبي يوسف، ثم برأي محمد، ثم برأي زفر، ثم البقية، وذلك إذا لم يكن المفتي مجتهدًا، وإلا تبع قوة الدليل؛ ولذلك رجحوا قول زفر في سبع عشرة مسألة.

أما إذا لم توجد عن الإمام ولا عن أصحابه رواية في المسألة، وكان من المشايخ المتأخرين من تكلم فيها، فإذا اتفقوا أخذ المفتي بما اتفقوا عليه، أما إذا اختلفوا فقالوا: يؤخذ بقول الأكثر، وذلك من الأقوال التي اعتمد عليها الكبار الذين أفتوا بالنوازل.

أما إذا لم توجد رواية ألبتة، لا عن أولئك ولا عن هؤلاء، فإن المفتي يفتي بما يظهر له بعد تدبر وتأمل واجتهاد، ولا يتكلم جُزأً.

فإذا اختلفت الروايات عن الإمام، أو تعارض رأيه مع آرائهم، فيؤخذ بأقواها، وهو ما يسمى بالترجيح أو التصحيح، وهذه الآراء المرجحة أو المصححة قد ذكرت في المتون والشروح مع الإشارة إلى ترجيحها أو تصحيحها.

والحق أن الترجيح له أسس، فهو إما أن يكون رواية، وإما أن يكون دراية^(١).

فالتصحيح رواية: هو تقديم مسائل الأصول على النوادر، وهذه على الوقعات.

أما التصحيح دراية: فيكون إذا استوت الآراء المروية في درجتها رواية، فيكون

الترجيح دراية.

فإذا كانت الدراية موافقة للرواية، فلا ينبغي العدول عنها^(٢) إذا كان في المسألة

روایتان، حتى وإن كانت الرواية قد وافقت الرواية غير المشهورة.

وإذا ما وردت تصحيحات متعارضة، بأن صحح هذا رأيًا أو رواية، والآخر

صحح غيرها، فقد قالوا: لا بد من ترجيح أحد التصحيحات^(٣). من ذلك قولهم:

العمل بما وافق المتون أولى؛ لأنها أقوال جرى تصحيحها والعمل بها^(٤)، فإن الرأي

إذا كان معتمدًا في الشروح أو كتب الفتاوى، فإن العمل بما في المتون أولى، ثم بما

في الشروح، ثم بما في الفتاوى. وذلك إذا لم يذكر التصريح بالتصحيح، بل اعتمد

(١) ينظر: الغنية، ص (٨١).

(٢) ينظر: رد المحتار (٤٦٤/١).

(٣) ينظر: الغنية (٧١/١).

(٤) ينظر: رد المحتار (٣٢٠/١)، (٣٨٢/٥).

كل منهم رأيًا.

وإذا ذكرت المسألة في المتن، وذكر تصحيح ما يقابلها، فقول: إن الأولى الأخذ بما صرحوا بتصحيحه؛ لأن تصحيح المتن التزامي، والآخر تصريحي، والتصريحي أولى من الالتزامي.

وقيل: إذا تعارض التصحيح، فيؤخذ بما ورد في ظاهر الرواية؛ لأنه الأصل؛ فوجب تقديمه، وإذا قدم غيره لموافقة الدراية له، فإن ذلك يعد تصحيحًا، فإذا صحح ظاهر الرواية أيضًا، فقد استويا في القوة، فترجح الرواية ثانية^(١). بعد هذا لا بد أن نقف على أسباب التصحيح دراية، ونعرف الأسس التي يكون التصحيح دراية بموجبها، وهي كثيرة:

فمنها: الضرورة: كإفتائهم بقولهما في المزارعة والمساقاة «المعاملة» دون قول الإمام، وقالوا: لو أفتى مُفتٍ بقول ضعيف في مواضع الضرورة تيسيرًا على الناس جاز، والضرورة تكون: لعموم البلوى، وللحاجة، ولتفرق بالناس ولضمان الحقوق^(٢).

ومنها: دليل القولين: فإذا كان أحد القولين قياسًا، والآخر استحسانًا، فالأصل تقديم الاستحسان، إلا ما استثنى^(٣).

ومنها: الدليل الذي يظهر للمرجح: فالمروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - قوله: إذا صح الحديث فهو مذهبي، فإذا ظهر دليل يؤيد القول الآخر، فلا ضير في ترك قول الإمام أو غيره، والأخذ بالرواية التي جاءت الدراية موافقة لها. ومنها: أحوال المبتلى: حيث ينظر إلى ما هو فيه من أحوال، فتراعى أحواله

(١) ينظر: الغنية (١/٧١).

(٢) راجع في أمثلة التفرق وعموم البلوى: الغنية (١/١٥، ٤٠، ٤١، ٤٦).

(٣) في ضمان الحقوق، ينظر: الفتاوى البزازية مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، لمحمد بن محمد ابن شهاب الدين المعروف بابن البزاز الكردي، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ (١/٥١٠، ٥١١)، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان (العالمكيرية)، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، ١٤١١هـ - ١٩٩١م (٤/٥٠٠). ومن أمثلة كل ما تقدم، ينظر: رد المحتار (١/٢٠٦، ٢٠٧، ٢٨٩، ٢٩٠، ٣٢٠). وفي جواز الإفتاء ببعض الأقوال للضرورة، ينظر: رد المحتار (١/١٨٩)، الدر المختار ورد المختار (٥/٣٦٠).

استثناء من الحكم العام، فيؤخذ حينئذ بالقول الموافق لحال المبتلى^(١).
ومنها: اختلاف العصر: فيؤخذ برأي غير الإمام في المسائل المبنية على أحوال
الناس وعاداتهم وأعرافهم؛ فإنها تتغير، وما يبني عليها لا بد أن يتغير تبعاً لذلك؛
ولهذا أفتوا برأي الصاحبين في كثير من المسائل التي مدار الاختلاف فيها هو الزمان:
كالقول بتزكية الشهود، وكان قول الإمام عدم التزكية، وكذلك أفتوا بجواز الاستئجار
على الطاعات، وهو قول المتأخرين، مقابل عدم جواز ذلك؛ وذلك لظهور التواني
في إقامتها^(٢).

ومنها: الإفتاء في مسائل الوقف: فإنه يفتى فيها حالة الاختلاف بما هو أنفع
للوقف.

ومنها: الحيطة: فإن الأحوط يفتى به، إذا كان فيه استبراء لذمة المكلف، وقيل:
إن الحيطة هي العمل بأقوى الدليلين.

ويحسن بنا أخيراً أن نذكر رأي أبي الليث السمرقندي في هذا المجال، حيث
يقول: «ولا يجوز أن يختار المفتي قولاً فيجيب بقول بعضهم ما لم يعرف حجته،
وهذا إذا كانت فتواه مباشرة بما ورد عن أحدهم، وإلا فإنه يحكي أقوالهم جميعاً،
فإن اتفقوا جاز له أن يقول: هذا جائز وهذا لا يجوز».

ويؤيد مذهب أبي الليث ما يروى عن عصام بن يوسف البلخي أنه قال: «اجتمع
أربعة من أصحاب أبي حنيفة، منهم أبو يوسف وزفر، فكلهم أجمعوا أنه لا يحل
لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا»، وكذا روي مثل هذا القول عن طريق
إبراهيم بن يوسف البلخي^(٣) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة^(٤).

(١) ينظر: الغنية (٢٠٧/١)، رد المحتار (١٦٦/١).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، ص (٣٩).

(٣) هو: إبراهيم بن يوسف بن ميمون بن قدامة، وقيل: ابن رزين، أبو إسحاق، الباهلي،
الفيقيه، عرف بالماكياني؛ نسبة إلى جده، فيما ذكر السمعاني. لزم أبا يوسف حتى برع.
وروى عن سفيان بن عيينة، وإسماعيل بن علية، وحماد بن زيد. مات سنة إحدى وأربعين
وماثنتين، وقيل: سنة تسع وثلاثين ومائتين.

ينظر: تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية،
بيروت، ط (١) (٤٥٣/٢، ٤٥٤)، تهذيب التهذيب (١/١٨٤، ١٨٥)، شذرات الذهب
(٩١/٢).

(٤) ينظر: النوازل، ص (٤٨٥، ٤٨٦).

ومن الأمثلة على الاختلاف في التخريج من الروايات حمالة الأوجه مسألة القضاء هل يجب بأمر جديد أم يجب بالسبب الذي وجب به الأداء؟ اختلفوا فيه على قولين بناء على الاختلاف في التخريج من الفروع فحكى عن الكرخي أنه يجب بأمر جديد؛ وقال العالمي منهم: إنه اللائق بفروع أصحابنا، وقال البخاري: إنه مذهب أصحابنا، وذهب أكثرهم إلى أنه يجب بالسبب الذي يجب به الأداء.

* * *

الاختلاف المكاني هل له أثر في اختلاف علماء الحنفية

من المعلوم أن الإمام أبا حنيفة النعمان بن ثابت - رضي الله عنه - ولد بمدينة الكوفة، وهو فارسي الأصل عربي المولد والنشأة، ومن الواضح أن البيئة التي نشأ فيها كان لها دور أساسي في بناء تكوينه الفقهي؛ فالفقيه يقدم لأبناء محلته حلاً لمشاكلها ووقائعها عن طريق التشريع، كما كان للكوفة النصيب الأوفر في تشكيل الطابع العام لفقهِ الإمام، فالنقاش يدور حول علمي الكلام والتشريع، وبهذا اكتسب الإمام قوة في المناظرة وقدرة في المنطق، كما كان لمدرسة الكوفة الأثر الجميل في تكوين شخصية الإمام؛ فقد أخذ أبو حنيفة الفقه عن أستاذه حماد بن أبي سليمان^(١) الذي لازمه زهاء ثماني عشرة سنة في مدرسة الكوفة، ولهذه المدرسة رجالها ولونها الخاص، وكان فيها من الصحابة ابن مسعود أستاذ العراق الأول، وكان يحمل علم الخليفة الثاني عمر بن الخطاب في دقة نظره وحرية رأيه، وكان من أنجب تلاميذه علقمة فحفظ عنه علمه، وكان لمسروق فتاوى تركها ثروة بعده.

أما شريح^(٢) فقد مارس القضاء اثنتين وستين سنة، ولبس الحياة العلمية، ودعم مذهب أهل الرأي، وكان الشعبي بجانب هؤلاء يغذي هذه المدرسة بالحديث والآثار؛ فتطعمت المدرسة بالحديث والرأي.

ثم جاء حماد بن أبي سليمان فجمع هذه الثقافات وأودعها في صدر أبي حنيفة فصاغها مذهباً برز في العالم الإسلامي.

(١) هو: حماد بن مسلم أبو إسماعيل بن أبي سليمان الكوفي، أحد أئمة الفقهاء، سمع أنس بن مالك وتفقه بإبراهيم النخعي، وروى عنه سفيان وشعبة وأبو حنيفة، قال أبو عمر ابن عبد البر: أبو حنيفة أفعد الناس بحماد.
ينظر: الجواهر المضية (٢/١٥٠)، طبقات الفقهاء، للشيرازي، ص (٨٣)، شذرات الذهب (١/١٥٧).

(٢) هو: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكندي، أبو أمية الكوفي القاضي، استقضاه عمر على الكوفة، وأقره عليّ، وأقام على القضاء بها ستين سنة، وقضى بالبصرة سنة، مات سنة ثمان وسبعين زمن مصعب بن الزبير.
ينظر: تهذيب الكمال (١٢/٤٣٥)، تقريب التهذيب (١/٣٤٩)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لصفى الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري اليميني، تحقيق: عبد الفتاح أبي غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، دار البشائر، حلب، بيروت، ط (٥)، ١٤١٦هـ (١/٤٤٧).

فلاختلاف المكاني دور مهم في سبب اختلاف الأنظار في الأدلة الإجمالية والتفصيلية، فالاختلاف المكاني له الاعتبار الأهم عند الإمام وأصحابه في بناء قواعدهم فمن يراجع مذهب فقهاء الرأي يجدهم قد راعوا فيما أنتجوه من آراء وفتاوى أعراف تلك الناحية التي نشئوا بها.

وعلى هذا فللحنفية طبقتان رئيستان: طبقة مشايخ العراق وهي الأصح رواية، وطبقة مشايخ ما وراء النهر (الخراسانيون) وهي أصح دراية، وكلتا الطبقتين تسير على منهج واحد، ومن بين الأمثلة الكثيرة على اختلافهما اختلافهما في تخصيص العلة هل يجوز؟ ذهب مشايخ ما وراء النهر إلى المنع خلافاً للعراقيين.



الاختلاف الزماني هل له أثر في اختلاف علماء الحنفية؟

تأثر الإمام أبو حنيفة وأصحابه بالزمان الذي عاشوا فيه؛ فقد عاش الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - في العهدين الأموي والعباسي، وكانت الدولة الإسلامية تحكم الشرق كله من ضفاف المحيط الأطلنطي غربًا إلى الصين شرقًا، وكانت هذه الرقعة المترامية الأطراف تضم مزيجًا من الشعوب المختلفة الأصول والأعراف والعادات، ولا بد أن يؤثر كل هذا في اتجاه الإمام وأصحابه، فكلما اتسع الفتح الإسلامي زاد تبعًا له عددُ الأمم الداخلة في الدين، وازدادت مع ذلك فنون الحضارة والثقافة والأعراف، وقد امتزجت هذه الأحوال مع أصحابها بما كان يجري عليه العمل في التشريع، وكانت النتيجة تَشَعُّب مهمة الفقهاء؛ إذ كثرت الحوادث المعروضة على رجال الفقه من جميع النواحي، ومن ذلك المعاملات التي جرى عرف الناس بها وتعاملوا بها جيلًا بعد جيل، فتمكنت منهم حتى أصبح من العسير عليهم الإقلاع عنها.

فنظر الفقهاء في هذا كله وردوا ما يعارض النصوص الصريحة، وأقروا غيره بعد بذل الجهد لإدخاله تحت قاعدة دينية، وحكموا عليه بالحكم المناسب، وقد قرر الفقهاء بالنسبة للمعاملات التي جرى عرف الناس بها اعتبارَ هذا العرف في التشريع؛ حتى خصصوا به بعض النصوص إذا كان في ذلك جلب مصلحة أو دفع مفسدة، ومثلوا لذلك بالاستصناع.

تشرب إذن أبو حنيفة ألوان الثقافة الإسلامية التي كانت في عصره على تنوعها واختلافها، فحفظ القرآن على قراءة عاصم، وعرف قدرًا من الحديث، وقدرًا من النحو والأدب والشعر، وجادل الفرق المختلفة في مسائل الاعتقاد وما يتصل بها، وكان يرحل لهذه المناقشة إلى البصرة، وكان يمكث بها أحيانًا سنة للمشاركة في ذلك الجدل العقدي، ثم انصرف بعد ذلك إلى الفقه.

وكان الجدل في أصول العقائد قد استهواه في صدر حياته، حتى بلغ فيه شأواً عظيماً، وصارت له طريقة في فهم أصول الدين، بل إنه قد ثبت أنه بعد انصرافه إلى الفقه كان يجادل أحياناً في تلك الأصول إذا عرض له ما يقتضي ذلك، فجادل الخوارج، وبعض غلاة الشيعة فأقنعهم، كل ذلك وهو منصرف كل الانصراف إلى

الفقه .

ولكنه مع وقوعه في الجدل في علم أصول العقائد أحياناً كان ينهى أصحابه والمقربين إليه عن الجدل فيه، ويروى في ذلك أنه رأى ابنه حماداً يناظر في الكلام فنهاه، فقالوا: رأيناك تناظر فيه، وتنهانا عنه؟! فقال: «كنا نناظر، وكأن علي رؤوسنا الطير مخافة أن يزل صاحبنا، وأنتم تناظرون وتريدون زلة صاحبكم، ومن أراد أن يزل صاحبه، فقد أراد أن يكفر صاحبه، ومن أراد أن يكفر صاحبه، فقد كفر قبل أن يكفر صاحبه»^(١).

وصفوة القول: أن أبا حنيفة - كما تشير الروايات المختلفة - كان قد استهل حياته العلمية بالجدل في مسائل الاعتقاد، وهو ما يسمى علم الكلام أو الفقه الأكبر، فكان يجادل الفرق المختلفة ويساجلها، ثم عدل عن ذلك إلى الفقه، فاستغرق كل مجهوده الفكري، وإن كان يجادل في بعض الأحيان في العقائد عندما تضطره حاجة فكرية أو تمس الحاجة إلى إظهار الحق في مسألة من مسائل الاعتقاد.

اتجه أبو حنيفة إذن إلى الفقه بعد أن خاض فيما كانت تخوض فيه الفرق المختلفة .

ومن هذه الفرق التي كانت تعج في ذلك الزمان: الشيعة^(٢)، والإمامية^(٣)، والاثنا

(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط (١)، ١٣١٣ هـ (١٣٥/١)، فتح القدير، لكامل الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ (٣٥١/١).

(٢) الشيعة الإمامية هم القائلون بإمامة علي بن أبي طالب، وانتقال الوصاية إلى أبنائه من بعده، والإمامية ليست فرقة واحدة، بل هي فرق كثيرة متعددة كالباقرية والجعفرية والواقفية، والاثني عشرية وهي المعاصرة لنا والتي تقصد عند الإطلاق من باب تسمية العام بالخاص، وقد يسمون بالجعفرية نسبة إلى الإمام جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زيد العابدين ابن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم أجمعين وقد سمو بالاثني عشرية لأنهم يؤمنون باثني عشر إماماً متتابعين، وهم من أبعد فرق الشيعة عن الاتصاف بالعلو، وهم يستمدون فقههم من فقه الإمام جعفر الصادق وكان رحمه الله إماماً عادلاً غزير العلم في الدين وافر الحكمة كامل الأدب زاهداً ورعاً متسامحاً بعيداً عن الغلو والاعتزال ولد رحمه الله سنة ٨٠ هجرية ورأى بعض الصحابة مثل أنس بن مالك وسهل بن سعد، وتوفي سنة ١٤٨ هـ والشيعة الإمامية أو الجعفرية هم الذين يعيشون الآن في أكثر البلدان الإسلامية خصوصاً العراق وإيران وغيرهما.

عشرية، والخوارج^(١)، والأزارقة^(٢)، والنجادات^(٣)، والصفيرية^(٤)، والعجاردة^(٥)،

= ينظر: سير أعلام النبلاء (٦/٢٦٥-٢٦٩)، كشف الظنون (١/٦٩)، الفصل في الملل والأهواء والنحل، لابن حزم، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م (١/١٦٥-١٦٧)، الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية، لعبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي أبو منصور، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط (٢)، ١٩٧٧م (١/١٧-١٩)، إسلام بلا مذاهب، د. مصطفى الشكعة، الدار المصرية اللبنانية، ص (١٨٩-١٩٣).

(٣) هم: فرقة من الشيعة قالوا بإمامة عليّ بعد النبي ﷺ نضا ظاهرا وتعيينا صادقا من غير تصريف بالوصف بل بإشارة بالعين، ثم إنهم تخطوا هذه الدرجة إلى الواقعة في كبار الصحابة طعنا وتكفيرا، وقد سموا بذلك لأنهم جعلوا من الإمامة القضية الأساسية التي تشغلهم.

ينظر: الملل والنحل، للشهرستاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٤هـ (١/١٦٢ - ١٦٥)، والفرق بين الفرق، ص (٥٣)، والموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، الندوة العالمية للشباب الإسلامي، إشراف وتخطيط ومراجعة: د. مانع بن حماد الجهني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط (٤)، ١٤٢٠هـ (١/٥١ - ٥٧)، وفرق الشيعة، للحسن بن موسى النوبختي، دار الأضواء، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص (١٠٥).

(١) الخوارج: فرقة من المبتدعة خرجوا على عليّ حيث اعتقدوا أنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لرضاه بقتله ومواطنه إياهم ويعتقدون أنّ من أتى كبيرة، فقد كفر واستحق الخلود في النار ويطعنون لذلك في الأئمة ولا يجتمعون معهم في الجمعة والجماعات أعاذنا الله من شرهم. ينظر: تلخيص الحبير (٤/٤٥).

وذكر ابن حجر أن الخوارج سموا بذلك لخروجهم عن الدين وخروجهم على خيار المسلمين. ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، المطبعة السلفية، مصر، (د.ط)، ١٣٨٠هـ (١٢/٢٨٣).

ويقول د/ مصطفى الشكعة في كتابه إسلام بلا مذاهب: انقسم الخوارج إلى أحزاب كثيرة؛ لأنّ مذهب الخوارج فكرة سياسية، فهم يرون أنّ الخلافة لمن تتوافر فيه شروطها وبوسع بها وليست حكراً على أحد، وما أفسد على الخوارج دعوتهم إلا سفكهم دماء المسلمين مخالفهم في الرأي.

ينظر: إسلام بلا مذاهب، ص (١٣١).

(٢) هذه الفرقة هي أتباع نافع بن الأزرق الحنفي المكني بأبي راشد ويذكر البغدادي أنهم أكثر فرق الخوارج عدداً وأشدّهم شوكة، وقد خالفوا الأحكام الفقهية فقد أسقطوا الرجم عن الزاني المحصن وعرفوا بالتشدّد حتى مع أنفسهم فقد منعوا التقية في القول والفعل. ينظر: الفرق بين الفرق، ص (٨٤)، الفرق الكلامية، ص (١٨٦).

(٣) النجدات: هم أتباع نجدة بن عامر الحنفي، وهي إحدى فرق الخوارج ويلقبون بالعاذرية؛ لأنهم يعدّون بالجهالات في أحكام الفروع، ومن أصولهم: أ- القول بإمامة نجدة بن عامر.

ب- جواز التقية خلافاً للأزارقة.

والإباضية^(١)،

- ج- من أصر على صغيرة فهو مشرك.
د- من فعل كبيرة، ولم يصر عليها فهو مؤمن.
هـ- استباحة دماء أهل العهد والذمة.

- ينظر: مقالات الإسلاميين، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل بن عبد الله بن موسى بن أبي بردة بن أبي موسى الأشعري، تحقيق: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط (١)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص (٨٩)، والفرق بين الفرق، ص (١٠٥)، والتبصير في الدين وتمييز الفرقة الناجية عن الفرق الهالكين، لطاهر بن محمد أبو المظفر الإسفراييني، تحقيق: كمال يوسف الحوت، عالم الكتب، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص (٤٣)، والملل والنحل (١/١٢٢، ١٢٣).
- (٤) الصفرية: - بضم الصاد وسكون الفاء وفي آخرها التاء - طائفة من الخوارج وهم أتباع زياد ابن الأصفر، نسبوا إلى رئيسهم زياد بن الأصفر، أو إلى صفرة ألوانهم من كثرة العبادة، أو سموا بذلك لخلوهم من الدين وحينئذ يتعين الكسر. قال الحافظ ابن حجر: كانوا يقولون بقولهم ولا يرون الخروج بل يزيئون. ومن معتقداتهم: أن مخالفهم مشركون جميعاً، والسيرة فيهم هي السيرة في أهل حرب رسول الله ﷺ الذين حاربوه من المشركين. ينظر: الباب (٢/٢٤٤)، ومقالات الإسلاميين، ص (١٠١)، والملل والنحل، للشهرستاني (١/١٣٤)، وهدي الساري مقدمة فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ص (٥١٣).
- (٥) العجاردة: وهم أتباع عبد الكريم بن عجرد وكان من أتباع عطية بن أسود الحنفي ومما اتفق عليه العجاردة قولهم: إن كل طفل بلغ فإنه يدعى إلى أن يقر بدين الإسلام وقبل أن يبلغ يتبرؤون عنه ولا يحكمون له بحكم الإسلام في حالة طفولته. وافترقت العجاردة فيما بينها فرقا كثيرة منها الخازمية والشعبية والمعلومية والمجهولية والمعبدية والرشيديّة والمكرمية والحمزية والإبراهيمية والواقفة وافترقت الإباضية منها فرقا حفصية وحرثية ويزيدية وأصحاب طاعة لا يراد الله بها واليزيدية منهم أتباع يزيد بن أنيسة ليست من فرق الإسلام لقولها بأن شريعة الإسلام تنسخ في آخر الزمان بنبي يبعث من العجم وكذلك في جملة العجاردة فرقة يقال لها الميمونية ليست من فرق الإسلام لأنها أباحت نكاح بنات البنات وبنات البنين كما أباحت المجوس. ينظر: التبصير في الدين وتمييز الفرقة الناجية عن الفرق الهالكين، ص (٥٥)، الفرق بين الفرق، ص (١٨).
- (١) هم أصحاب إباض بن عمرو، وقيل: عبد الله بن إباض، وقد انقسموا إلى فرق، منها ما يعترف به سائر الإباضية، ومنها ما ينكرونها ويشنعون على من ينسبها إليهم، ومن تلك الفرق:

- الحفصية: أتباع حفص بن أبي المقدم.
- اليزيدية: أتباع يزيد بن أنيسة.
- الحرثية: أتباع حارث بن يزيد الإباضي.

والمرجئة^(١)، والجبرية^(٢)، والمعتزلة^(٣).

= - أصحاب طاعة لا يراد بها الله .

ولهذه الفرق من الأقوال والاعتقادات ما لا يشك مسلم معه في كفرهم وخروجهم عن الشريعة الإسلامية.

ولا يزال فكر الإباضية موجودًا حتى الآن، وقد أصابه الكثير من التطور مما دعا بعض المعاصرين إلى القول بأنه «ما أحوج دارسي الكلام المعاصرين إلى الإلمام بالتطورات الحقيقية التي حدثت في المذهب الإباضي في جنوب الجزيرة وفي شمالي إفريقيا». وقد هاجم صاحب «الدرر السنية في الكتب النجدية» الإباضية المتأخرين، وقطع بكفرهم في أكثر من موضع من كتابه، منها قوله: «وأما الإباضية في هذه الأزمان، فليسوا كفرقة من أسلافهم، والذي بلغنا أنهم على دين عباد القبور، وانتحلوا أمورًا كُفرية لا يتسع ذكرها هنا، ومن كان بهذه المثابة، فلا شك في كفره؛ فلا يقول بإسلامهم إلا مصاب في عقله ودينه، ولا تصح الصلاة خلف من لا يرى كفر هؤلاء الملاحدة، أو يشك في كفرهم».

ويقول في موضع آخر: «وأما إباضية أهل هذا الزمان، فحقيقة مذهبهم وطريقتهم: جهمية، قبوريون، وإنما ينتسبون إلى الإباضية انتسابًا، فلا يشك في كفرهم وضلالهم، إلا من غلب عليه الهوى، وأعمى الله عين بصيرته؛ فمن تولاهم فهو عاص ظالم، يجب هجره ومباعدته، والتحذير منه، حتى يعلن بالتوبة، كما أعلن بالظلم والمعصية». ومن فرق الإباضية التي اشتهر تكفير السلف لها فرقة اليزيدية.

ينظر: التنبيه والرد على أهل الأهواء والبدع، لأبي الحسين محمد بن أحمد الملطي الشافعي، مكتبة المعارف بيروت، تحقيق: محمد زاهد الكوثري، ١٣٨٨هـ (١/٥٢)، (١٧٨)، الملل والنحل (١/١٣٣)، والمدخل إلى دراسة علم الكلام، د. حسن محمود الشافعي، مكتبة الثقافة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ص (١١٠). (١) المرجئة: مصطلح مأخوذ من التأخير أو الرجاء، وهي اثنتا عشرة فرقة، ومن مقالاتهم أنه لا تضر مع الإيمان معصية، كما لا تنفع مع الكفر طاعة ومعظمهم لا يدخل العمل في الإيمان، فمنهم من يقول: إن الإيمان هو عبارة عن معرفة الله تعالى، والكفر هو الجهل به، والإنسان لا يكفر بعد إقراره باللسان، والبعض يقول: إن الإيمان يتبعض، وبعضهم يقول: إنه لا يتبعض

ينظر: مقالات الإسلاميين (١/٢١٣)، الفرق بين الفرق، ص (٢٠٢).

(٢) الجبرية: نسبة إلى الجبر ومعناه: نفي الفعل حقيقة عن العبد وإضافته إلى الله تعالى، والجبرية الخالصة هي التي لا تثبت للعبد فعلا ولا قدرة أصلا. ينظر: الملل والنحل (١/٨٥).

(٣) المعتزلة: هم أصحاب واصل بن عطاء وهم الذين يجمعون على القول بالأصول الخمسة: التوحيد، والعدل، والوعد والوعيد، والمنزلة بين المنزلتين، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ينظر: الملل والنحل (١/٤٣، ٤٤).

كل هذه الفرق كان لها الأثر الخطير في حياة المسلمين السياسية والتشريعية، والمُلاحِظ لفقهِ الإمام يجد أن للزمان دورًا في اختلاف الأنظار الفقهية والأصولية. ومن الأمثلة على الاختلاف بين المتأخرين والمتقدمين مسألة الراوي هل يشترط لقبول روايته المخالفة للقياس أن يكون فقيهاً؟ قال صاحب التحقيق: ولم ينقل عن أحد من السلف اشتراط الفقه في الراوي فثبت أنه قول محدث لا يوجد على التحقيق عن أئمة المذهب.



مصطلحات خاصة بالكتاب

- ١ - قوله: (قالوا): فإنما يستعمل فيما فيه اختلاف للمشايخ^(١).
- ٢ - قوله (ديارنا): يريد به المدن التي فيما وراء النهر.
- ٣ - قوله: (السلف): هو ما تقدم من أهل العلم في عصر الأئمة الأربعة^(٢).
- ٤ - قوله: (المتأخرين): يريد من شمس الأئمة الحلواني (ت ٤٤٨هـ) إلى حافظ الدين البخاري (ت ٦٩٣هـ)^(٣).
- ٥ - قوله: (العامة): يريد به معنى الأكثر، وفيه خلاف، وهو المراد بقولهم: قال به عامة المشايخ^(٤).
- ٦ - إذا أطلق (الحسن) في الكتاب فالمراد به الحسن بن زياد اللؤلؤي^(٥).
- ٧ - إذا أطلق (شمس الأئمة) يريد به الإمام السرخسي وفيما عداه يقيد بالاسم^(٦).
- ٨ - قوله: (أئمتنا): فالمراد بهم الثلاثة: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد^(٧).
- ٩ - قوله: (الشيخين) المراد بهما: أبو حنيفة، وأبو يوسف^(٨).



(١) الفوائد البهية، ص (٢٤٢).
(٢) السابق، ص (٢٤١).
(٣) السابق، ص (٢٤١).
(٤) السابق، ص (٢٤١).
(٥) السابق، ص (٢٤٨).
(٦) السابق، ص (٢٤٣).
(٧) السابق، ص (٢٤٨).
(٨) السابق، ص (٢٤٨).

الحالة السياسية والعلمية في عصر المصنف

كان التشرذم السياسي والتطاحن العسكري أبرز سمات من سمات العالم الإسلامي خلال القرنين الخامس والسادس الهجريين، وبسبب منهما انتصرت الحملة الصليبية الأولى، وتم محو الإمارات العربية والإسلامية الصغيرة في بلاد الشام واحدة تلو الأخرى في طيات الموجة الصليبية^(١).

وفيما يلي عرض موجز للملامح السياسية العامة في تلك الفترة:

* أولاً: الخلافة العباسية:

من المعلوم أن عهد الخليفة المتوكل العباسي يعد بداية عصر ضعف وانحلال الدولة العباسية، والذي انتهى بسقوط خلافتهم تحت أقدام التتار سنة ٦٥٦هـ^(٢). ومن اليسير أن نهتدي إلى علة هذا الضعف المطبق الذي اتسم به تاريخ الخلافة العباسية مذ وليها المتوكل، الذي كانت ولايته حدًا فاصلاً بين عهدين من عهودها، كان العهد الأول عهد ازدهار واستقرار وقوة، في حين كان العهد الثاني على النقيض من ذلك.

وهذه العلة إنما هي «اعتماد العباسيين على الفرس ثم على الأتراك، وإيثارهم إياهم بالمناصب المدنية والعسكرية على العرب الذين كانوا مادة الإسلام وقوام الدولة العربية؛ فضعفت عصبتهم وانحطت منزلتهم وانصرفت قلوبهم عن تأييد الدولة»^(٣).

وكان اعتماد العباسيين على العنصر التركي منذ عهد المعتصم (٢١٨ - ٢٢٧هـ) إرهاصاً ببدء عصر في تاريخ الدولة العباسية عرف بعصر نفوذ الأتراك، يبدأ بولاية المتوكل وينتهي بدخول البويهيين بغداد (٢٣٢ - ٣٣٤هـ).

وقد استبد الأتراك بمقاليد الأمور، وتغلغل نفوذهم في الدولة بحيث أصبح الخليفة العباسي «مسلوب السلطة مهيض الجانب ضعيف الإرادة»^(٤).

(١) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، د. قاسم عبده قاسم، ص (٩٨).

(٢) ينظر: تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي، د. حسن إبراهيم حسن، مكتبة النهضة، ط (٨)، ١٩٧٤م (١/٣).

(٣) ينظر: السابق.

(٤) ينظر: السابق (٦/٣).

ولم يتورع الأتراك عن قتل الخلفاء العباسيين الذين وقفوا ضد أطماعهم واستبدادهم فدبروا مؤامرة؛ لاغتيال الخليفة المتوكل «٢٤٧هـ»، اشترك فيها ابنه المنتصر الذي طوعت له نفسه قتل أبيه، فذاق وبال أمره، فلم يمكث في الخلافة ستة أشهر إلا وقد أغرى الأتراك طبيبه ابن طيفور بقتله، وأعطوه ثلاثين ألف دينار، ففصده بريشة مسمومة سنة ٢٤٨هـ^(١).

ومنذ ذلك التاريخ؛ غدت تولية الخلفاء وعزلهم منوطة بإرادة الأتراك، فقد كانوا يعملون على تولية الخلافة من يطمئنون إليه من أمراء البيت العباسي، وما أدق عبارة الفخري صاحب الآداب السلطانية في بيان هذه الحالة التي آل إليها أمر خلفاء بني العباس حين قال: «كان الأتراك منذ قتل المتوكل قد استولوا على المملكة واستضعفوا الخلفاء، فكان الخليفة في يدهم كالأسير، إن شأوا أبقوه، وإن شأوا خلعوه، وإن شأوا قتلوه».

ونتج عن ضعف الخلافة العباسية استقلال أكثر الولايات الإسلامية في مشرق الدولة ومغربها، فانفرد الطولونيون بحكم مصر «٢٥٤ - ٢٩٢هـ» ثم الإخشيديون «٢٢٣ - ٣٥٨هـ» وأخيرًا الفاطميون «٣٥٨ - ٥٦٧هـ».

أما في المشرق: فقد قامت الدولة الطاهرية «٢٠٥ - ٢٥٩هـ» في خراسان، ومنهم انتقلت السلطة إلى أسرة جديدة هي الدولة الصفارية «٢٥٤ - ٢٩٠هـ» التي قامت على يد يعقوب بن الليث الصفار، والدولة السامانية «٢٦٦ - ٣٨٩هـ» التي تفرعت عنها الدولة الغزنوية «٣٥١ - ٥٨٢هـ»^(٢).

وإزاء استبداد الأتراك بشؤون الدولة، تطلع الخلفاء العباسيون إلى قوة جديدة تقيل الخلافة من عثرتها، وتستأصل شأفة الأتراك، فوجدوا في دولة بني بويه الفتية ضالتهم، فكانوا كالمستجير من الرمضاء بالنار.

برز البويهيون إلى رحاب التاريخ الإسلامي في مطلع القرن الرابع الهجري، وسرعان ما ترقوا في معارج القوة والنفوذ، فدانت لعلي بن بويه بلاد فارس بالطاعة «٣٢٣هـ»، وانتزع من الخليفة الراضي العباسي اعترافا بسلطانه.

(١) ينظر: العبر في خبر من غير (١/٤٥٣).

(٢) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (٣/٦٤).

وتوجوا انتصاراتهم بدخول بغداد حاضرة الخلافة العباسية عام «٣٣٤هـ» في عهد أحمد بن بويه «٣٣٤-٣٥٦هـ»، فقابله الخليفة المستكفي، واحتفى به، وخلع عليه، ولقبه معز الدولة، ولقب أخاه عليا عماد الدولة، ولقب أخاه الحسن ركن الدولة، وضرب ألقابهم على السكة، ولقب المستكفي إمام الحق، وضرب ذلك على السكة^(١).

على أن البويهيين استأثروا بالسلطة دون الخلفاء، كما صنع أسلافهم من الترك، فعمل معز الدولة على توطيد مركزه وتقوية نفوذه في بلاد العراق التي أذعن لحكمه إذعانا كاملا، ولم يلبث أن استبد بالسلطان دون الخليفة، وعمل على إضعاف الخلافة العباسية، وفكر في القضاء عليها، وإقامة خلافة شيعية على أنقاضها، ولكنه عدل عن هذه السياسة؛ لما قد يتعرض له سلطانه من خطر؛ بسبب وجود خلافة علوية يطيعها الجند، ويعترف بها الديلم، ويكونون أداة في يد الخليفة يستغلها لمصلحته متى شاء^(٢).

وبلغ من إهانة معز الدولة البويهي للخلافة العباسية وانتقاصه من قدر خلفائها، أنه قبض على الخليفة المستكفي وسمل عينيه وحبسه إلى أن مات، وأجلس المطيع «٣٣٤-٣٦٣هـ» على كرسي الخلافة، وحدد له راتبا مائة دينار في اليوم، ثم قطع ذلك الراتب وحدد له إقطاعات يسيرة يعيش منها، كما عين له كاتباً يتصرف في شؤونها^(٣).

* ثورة البساسيري: ذروة الضعف العباسي، ودخول السلاجقة بغداد:

بلغ ضعف الخلافة العباسية غايته وعجزها منتهاه في عهد الخليفة القائم بأمر الله العباسي الذي تحقق من خيانة البساسيري ذي الميول الشيعية، وتأكد من مكاتبته الخلافة الفاطمية في مصر، فطلب إلى الملك الرحيم البويهي إبعاده عن العراق، فسار البساسيري إلى الرحبة: بلد نور الدولة دُبَيْس؛ لمصاهرة بينهما^(٤).

(١) ينظر: تاريخ الخلفاء، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، تحقيق: حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (١)، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ص (٤٦٠).

(٢) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (٣/٤٤٤).

(٣) ينظر: تاريخ الخلفاء، للسيوطي، ص (٤٦١).

(٤) ينظر: الكامل، لابن الأثير (٩/٦٠٨، ٦٠٩).

وعندئذ أدرك القائم بأمر الله أن نجم البويهيين قد أفل، وأنهم أمسوا عاجزين عن حماية الخلافة العباسية، ودرء خطر البساسيري عنها، وأنه لا مناص من الاستعانة بالسلاجقة الذين طوى ملكهم بلاد الفرس والجزيرة وأصبحوا قاب قوسين أو أدنى من بغداد.

وكان أن أرسل طغرلبيك إلى الخليفة العباسي القائم رسولا يببالغ في إظهار الطاعة والعبودية، فانتهز الخليفة ذلك وأمر بقطع الخطبة للملك الرحيم، والخطبة لطغرلبيك بجوامع بغداد في رمضان سنة ٤٤٧هـ، «ثم أرسل طغرلبيك يستأذن الخليفة العباسي في دخول بغداد، فأذن له فوصل إلى النهروان، وخرج الوزير رئيس الرؤساء إلى لقائه في موكب عظيم من القضاة والنقباء، والأشراف والشهود والخدم وأعيان الدولة؛ وصحبه أعيان الأمراء من عسكر الرحيم»^(١).

واستغل البساسيري خروج طغرلبيك عن العراق وانشغاله بحصار الموصل ونصيبين، فكتب إبراهيم ينال أخا طغرلبيك، وأخذ يعده ويمنيه ويطمعه في ملك أخيه^(٢)، حتى أصغى إليه وخالف أخاه، فترك الموصل إلى الري، فتقدم البساسيري إلى الموصل وحاصرها، وتمكن من إخضاعها سنة ٤٥٠هـ وتهيأ لدخول بغداد^(٣). أما طغرلبيك فقد انصرف إلى القضاء على عصيان أخيه إبراهيم ينال، وتمكن من الظفر به وقتله بالقرب من الري سنة ٤٥٠هـ «وكان إبراهيم قد خرج على طغرلبيك مرارًا. فعفا عنه، وإنما قتله في هذه المرة؛ لأنه علم أن جميع ما جرى على الخليفة كان بسببه؛ فلهذا لم يعف عنه»^(٤).

قدم البساسيري بغداد سنة ٤٥٠هـ بالرايات المصرية، وعليها ألقاب المستنصر صاحب مصر، وجرى القتال بينه وبين الخليفة القائم الذي انضم إليه نفر من أهل السنة وقاتلوا معه، بيد أن الخليفة لم يقو على صد البساسيري عن دار الخلافة، فاستولى عليها بعد قتال دام شهرا، وأقيمت الخطبة للمستنصر الفاطمي، وزيد في

(١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (٦١٠/٩).

(٢) ينظر: تاريخ الخلفاء للسيوطي، ص (٤٨١).

(٣) ينظر: الكامل، لابن الأثير (٦٣٩/٩).

(٤) ينظر: السابق (٦٤٥/٩).

الأذان حي على خير العمل^(١)، ثم قبض البساسيري على الخليفة العباسي وحمله إلى حديقة عانة حيث حبسه بها^(٢).

ولما فرغ السلطان طغرلبيك من أمر أخيه ينال، عمل على إعادة الخليفة إلى بغداد، فكتب إلى قريش بن بدران يأمره أن يعيد الخليفة إلى داره، ويتوعد إن لم يفعل ذلك، فكتب قريش إلى مهارش بن مجلي يخبره بذلك، فتولى مهارش أمر إعادة الخليفة إلى بغداد^(٣).

ثم جهز طغرلبيك جيشاً؛ لقتال البساسيري الذي لحق بواسط؛ يتهباً لقتال السلاجقة ليمنعه من الدخول إلى بلاد الشام، فظفر به جيش طغرلبيك، فقتل وحملت رأسه إلى بغداد^(٤).

وهكذا كانت فتنة البساسيري - كما ذكر ابن الأثير - أهم الأسباب التي حملت الخلافة العباسية على الاستعانة بالسلاجقة؛ لتخليصهم من استبداد البويهيين ذوي الميول الشيعية والتي مثَّلَ البساسيري شكلاً من شكولها.

والحق أن ظهور السلاجقة يعد مغلماً بارزاً من معالم التاريخ السياسي للإسلام في القرن الخامس الهجري؛ حيث يرجع إليهم الفضل في تجديد قوة الإسلام وإعادة تكوين وحدته السياسية.

وينتسب السلاجقة إلى سلجوق بن تقاق أحد رؤساء الأتراك، وكانوا مستقرين في بلاد ما وراء النهر في مكان يبعد عن بخارى بعشرين فرسخاً^(٥).

وكان بدء ظهور السلاجقة كقوة فتية يخشى خطرها عام ٤٢٩هـ، وذلك حين استولى طغرلبيك محمد بن ميكائيل بن سلجوق على نيسابور^(٦)، وفي سنة ٤٣٠هـ بسطوا نفوذهم على بلاد خراسان^(٧)، فبدأت الدولة الغزنوية توجس منهم خيفة، وتقلق من تعاضم قوتهم، فناجزهم السلطان مسعود بن محمود بن سبكتكين

(١) ينظر: النجوم الزاهرة (٦/٥).

(٢) ينظر: السابق (٧/٥).

(٣) ينظر: الكامل، لابن الأثير (٩/٦٤٦ - ٦٤٨).

(٤) ينظر: السابق (٩/٦٤٩).

(٥) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (١/٤).

(٦) ينظر: البداية والنهاية، لابن كثير (١٢/٤٨).

(٧) ينظر: السابق (١٢/٤٩).

الغزنوي، وقاتلهم مرات عديدة، وكانت الحرب سجالا بينهما إلى أن تمكن السلاجقة من إلحاق الهزيمة بالجيش الغزنوي سنة ٤٣٢هـ، وكان نتيجة ذلك أن دانت لهم بالطاعة بلاد خراسان بتمامها.

وفي سنة «٤٣٣هـ» ملك طغرلبك جرجان وطبرستان، ثم «بعث السلطان طغرلبك السلجوقي أخاه إبراهيم ينال إلى بلاد الجبل فملكها، وأخرج عنها صاحبها كرشاسف بن علاء الدولة، فالتحق بالأكراد، ثم سار إبراهيم إلى الدينور فملكها - أيضا - وأخرج صاحبها وهو أبو الشوك، فسار إلى حلوان فتبعه إبراهيم فملكها قسرا»^(١).

وهكذا انتقل السلاجقة من نصر إلى نصر إلى أن تمكن السلطان طغرلبك من فتح أصبهان سنة ٤٤٢هـ بعد حصار دام سنة كاملة وجعلها عاصمة ملكه^(٢).

ثم توج السلاجقة انتصاراتهم بدخول بغداد والسيطرة على بلاد العراق سنة ٤٤٧هـ، فحلوا محل البويهيين في السيطرة على الخلافة العباسية الضعيفة.

وهكذا «صارت المنطقة بين خراسان وبلاد الشام وحدة سياسية واحدة تتبع الخليفة العباسي اسمياً، ولكنها تدين بالخضوع الفعلي لسلطة سلاطين السلاجقة العظام «طغرلبك، وأب أرسلان، وملكشاه»^(٣).

وكان لارتباط السلاجقة - منذ ظهورهم على المسرح السياسي - بالخلفاء العباسيين برباط المصاهرة أثره في تعميق أواصر الألفة والمودة بينهما، وزاد ذلك مبالغة طغرلبك السلجوقي في احترام الخلافة العباسية، حتى إن الخليفة القائم العباسي لقبه بملك المشرق والمغرب.

وكانت معاملة السلاجقة للخلفاء العباسيين أفضل كثيرا من معاملة بني بويه لهم، ولا شك أن ذلك يرجع إلى انتماء السلاجقة إلى المذهب السني وهو مذهب العباسيين.

وبفضل قوة السلاجقة تمكن المسلمون من إحراز انتصارات باهرة على الدولة

(١) ينظر: البداية والنهاية، لابن كثير (٥٩/١٢).

(٢) ينظر: السابق (٦٠/١٢).

(٣) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، قاسم عبده قاسم، ص (٩٩).

البيزنطية، وتمكنوا من فتح كثير من قلاعهم في آسيا الصغرى^(١). ولم يلبث السلاجقة أن اتجهوا ناحية الغرب؛ للاستيلاء على بلاد الشام، فاستولوا على بيت المقدس سنة ٤٧٠هـ/١٠٧٧م، ثم عين ملكشاه أخاه تاج الدين تتش واليا على الأجزاء التي استولى عليها السلاجقة في بلاد الشام، وفوض إليه مهمة الغزو في تلك المناطق مستقبلا، وأفضى توسع السلاجقة إلى أن صارت بلاد الشام ضمن ممتلكاتهم، واستلبوا من الدولة الفاطمية أكثر ممتلكاتها^(٢).

يقول د. جمال الدين الشيال: «فالقوة الإسلامية الحقيقية التي كانت تسيطر على شؤون الشرق الأدنى في أواخر القرن الخامس الهجري وأوائل القرن السادس - هي دولة السلاجقة التي كان ملكها يمتد في ذلك الوقت من حدود الأفغان شرقا إلى حدود الدولتين: البيزنطية والفاطمية غربا، وقد برز من ملوك السلاجقة الأوائل ثلاثة ملوك عظام، هم: طغرلبيك وألب أرسلان وملكشاه، وقد قنع هؤلاء في سياستهم الداخلية بالسلطان الديني الفعلي، وتركوا للخليفة العباسي كل مظاهر السيادة الاسمية الروحية، أما في سياستهم الخارجية وخاصة مع دول الروم الشرقية فقد لجؤوا إلى السيف، وجعلوه الحكم بين الدولتين، وأحرزوا ضد هذه الدولة انتصارات كثيرة متتالية، كان أهمها النصر الذي أحرزه ألب أرسلان على الإمبراطور «رومانوس» في موقعة «ملاذ كرد» سنة ٤٦٤هـ/١٠٧٢م، والذي انتهى بأسر الإمبراطور وهو جريح، وهكذا تقدم المسلمون لأول مرة في أملاك الدولة البيزنطية، واستولوا على أجزاء واسعة من آسيا الصغرى وضموها لأملكتهم.

وبانقضاء عهد هؤلاء السلاطين العظام الثلاثة؛ تفككت أوصال الدولة السلجوقية الموحدة، وتفرقت إلى دويلات صغيرة، كان أهمها: دولة السلاجقة العظام في خراسان، ودولة سلاجقة كرمان، ودولة سلاجقة العراق، ودولة سلاجقة الشام، وأخيرا دولة سلاجقة الروم في آسيا الصغرى.

هذه هي الظاهرة الأولى الواضحة في تاريخ الشرق الأدنى في أواخر القرن الخامس، وهي ظهور الأتراك السلاجقة، وسيادتهم على بلدان هذا الشرق الأدنى،

(١) ينظر: تاريخ مصر الإسلامية، د. جمال الدين الشيال (٧/٢، ٨).

(٢) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، د. قاسم عبده قاسم، ص (١٠١ - ١٠٣).

وتقدمهم في قلب آسيا الصغرى»^(١).

* دول الأتابكة:

من الظواهر السياسية الواضحة في تاريخ الشرق الأدنى في القرن السادس الهجري ظهور ما يعرف بدول الأتابكة، وأتابك: كلمة تركية تتكون من لفظين: أتا، وبك، وأتا: معناها أب أو مربّي، وبك: معناها أمير. وأصله أن السلاطين السلاجقة منذ أيام ملكشاه بن ألب أرسلان (٤٦٥ - ٤٨٥هـ) كانوا يطلقون لفظ أتابك على كبير أمرائهم يولونه الوصاية والرعاية - من بعدهم - على سلطان أو أمير قاصر صغير^(٢). وذلك أن الدولة السلجوقية لما تفككت وحدتها وانفصلت إلى دويلات؛ كان يليها بعض الأمراء صغار السن، فكان سلاطين السلاجقة يعهدون إلى كبار أمراء جيوشهم وقوادهم بالإشراف على شؤون هؤلاء الصغار، وتربيتهم على شؤون الحكم والحرب.

ثم استبد بعض هؤلاء الأتابكة بالحكم، واستقلوا ببعض أجزاء الدولة، وكونوا دويلات كثيرة في القرن السادس الهجري ورثت بعض ملك السلاجقة، وكان أبرز الأتابكة عماد الدين زنكي صاحب الموصل وحلب، وابنه نور الدين محمود بن زنكي، وقد كان لهذين البطلين جهود محمودة في مقاومة الصليبيين في الشام^(٣).
* الدولة الفاطمية:

مع ظهور الدولة الفاطمية في مصر في النصف الثاني من القرن الرابع الهجري؛ غدا الشرق الإسلامي تنازعه خلافتان كبيرتان:
إحدهما: عباسية سنّية ومركزها بغداد.
والثانية: فاطمية شيعية وحاضرتها القاهرة.
وقد عرضنا في الصفحات السابقة لأحوال الخلافة العباسية منذ عهد المتوكل ٢٣٢هـ حتى دخول السلاجقة بغداد سنة ٤٤٧هـ.

أما الخلافة الفاطمية في مصر، فقد ظلت عزيزة الجانب مهيبة السلطان حتى الشطر الأول من خلافة المستنصر بالله (٤٢٧ - ٤٨٧هـ)، ففي عهده «امتد سلطان

(١) ينظر: تاريخ مصر الإسلامية، د. جمال الدين الشيال (٨/٢).

(٢) ينظر: مصطلحات صبح الأعشى، محمد قنديل البقلي، ص (١٤).

(٣) ينظر: تاريخ مصر الإسلامية، د. جمال الدين الشيال (٨/٢، ٩).

الفاطميين على بلاد الشام وفلسطين والحجاز وصقلية وشمال إفريقيا، وكان اسمه يذاع على كافة منابر البلاد الممتدة من المحيط الأطلسي غربا حتى البحر الأحمر شرقا، بل في بغداد نفسها حاضرة العباسيين نحوًا من سنة^(١).

أما السلاجقة فلم يكذب نفوذهم يستقر في العراق حتى تطلعوإ إلى ضم بلاد الشام إلى أملاكهم، فاستلبوا من الفاطميين أكثر مدن الشام، فلم يبق للخلافة الفاطمية إلا بعض المدن الساحلية.

ثم تواترت الانقسامات والاضطرابات التي اعتورت الخلافة الفاطمية منذ النصف الثاني من عهد المستنصر «٤٦٧ - ٤٨٧هـ»؛ حيث كان المستنصر قبل وفاته قد جعل ولاية العهد من بعده لأكبر أبنائه: أبي منصور نزار، فلما مرض أراد أخذ البيعة له، فظل الأفضل وزيره ومدبر دولته يماطله ويدافعه عن إتمام هذا الأمر حتى توفي المستنصر فعقد البيعة لابنه المستعلي بالله.

فبادر نزار إلى الخروج إلى الإسكندرية، فأحسن واليها التركي: ناصر الدولة أفتكين وفادته، وبايعه بالخلافة، كما بايعه - أيضا - جميع أهل الإسكندرية. فعده الأفضل خارجا عن الخلافة، فجهز جيشا، وخرج على رأسه؛ لقتال نزار والي الإسكندرية، واعتقلهما فقتلها المستعلي^(٢).

فترتب على ذلك أن انقسم الفاطميون منذ ذلك التاريخ قسمين: قسم يؤمن بحق المستعلي في الخلافة وهؤلاء سموا: «المستعلية»، وقسم يرى أن المستعلي غاصب للخلافة، وأن نزارا أحق بها وهؤلاء سموا: «النزارية»^(٣).

واستغل الأفضل الخلاف الشاخر بين الفاطميين، وانقسامهم إلى مستعلية ونزارية، فقبض على زمام السلطة، واستبد بالأمور دون الخليفة: «فلم يكن للمستعلي مع الأفضل ابن أمير الجيوش حكم»^(٤)؛ إذ كان الأفضل يدبر أمر الدولة تدبير سلطنة وملك لا تدبير وزارة^(٥).

(١) ينظر: تاريخ الدولة الفاطمية، د. حسن إبراهيم حسن، ص (١٧٠).

(٢) ينظر: النجوم الزاهرة (٥/١٤٢ - ١٤٥).

(٣) ينظر: تاريخ الدولة الفاطمية، د. حسن إبراهيم حسن، ص (١٧٢).

(٤) ينظر: النجوم الزاهرة (٥/١٤٥).

(٥) ينظر: اتعاظ الحنفا بأخبار الأئمة الفاطميين الخلفاء، لتقي الدين أحمد بن علي المقرئ،

وبدأت السلطة تنتقل فعلا ورسميًا من أيدي الخلفاء إلى أيدي الوزراء، وأصبح هؤلاء ألعوبة في أيدي أولئك، يحجرون عليهم، ويتحكمون في مصائرهم كما يريدون^(١).

وتضخم نفوذ الوزراء، واتسعت سلطاتهم، واستحالت الوزارة من وزارة تنفيذ إلى وزارة تفويض، حتى ليصبح نعت العهد الأخير من أيام الفاطميين (٤٦٦-٥٦٧هـ) بأنه عصر نفوذ الوزراء^(٢).

ثم عجلت الحروب الصليبية بنهاية دولة الفاطميين، وكانت سببا من أسباب سقوطها ينضاف إلى ما أَلَمَّ بها من ضعف وتفكك منذ عهد المستنصر.

*** الحروب الصليبية:**

ومن الظواهر السياسية الواضحة في تاريخ الشرق الأدنى في ذلك الحين الحروب الصليبية (٤٩٠-٦٩١هـ) (١٠٩٦م-١٢٩١م) حيث أغار الصليبيون على سواحل الشام بحملتهم الأولى، واستطاعوا أن يقيموا ببلاد الشام أربع إمارات صليبية هي: إمارة الرها، وإمارة أنطاكية، وإمارة طرابلس، وإمارة بيت المقدس.

*** اليقظة الإسلامية وحركات المقاومة ضد الصليبيين:**

أشرفت شمس القرن السادس الهجري - الثاني عشر الميلادي على الشرق الأدنى، وقد رسخت أقدام الصليبيين في بلاد الشام وأرض الجزيرة، واستقامت لهم أمور الإمارات الأربع التي نجحوا في تأسيسها، ولم يكن في قدرة القوى الإسلامية آنذاك مواجهة الغزاة من الفرنجة أو العمل على طردهم من الأماكن العربية التي بسطوا نفوذهم السياسي وسيطرتهم العسكرية عليها، وعلة ذلك؛ ما آل إليه حال هذه القوى من ضعف وانشقاق وإيثار للمصلحة الشخصية والمنافع الفردية وتغليبها على المصالح القومية والأهداف الدينية، «ولو تأتى للأقطار الإسلامية أن تتحد يومذاك فيما بينها وتنسى ما بين بعضها والبعض الآخر من الحزازات؛ لاستطاعت أن تحفظ فلسطين من عبث الطارق

= تحقيق: د. جمال الدين الشيال، وزارة الأوقاف - مصر، ط (٢)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م (٢٧/٣).

(١) ينظر: تاريخ الدولة الفاطمية، د. حسن إبراهيم حسن، ص (١٧٠).

(٢) ينظر: السابق، ص (٢٧٨)، الحروب الصليبية، د. علية الجزوري، القاهرة، د. ت، ص (٢٨٦).

الأجنبي، وأن تحفظ نفسها من تطلع هذا الغريب؛ ذلك أن فلسطين هي خط الدفاع الأول عن بقية العالم الإسلامي في الشرق الأدنى»^(١).

وإذا كان القائمون على أمر الدول الإسلامية قد اتخذوا هذا الموقف المتخاذل الذي كان السبب وراء ضياع بلاد الشام، فإن جمهور المسلمين قد ساءهم هذا الموقف، ونادوا بضرورة الجهاد لا سيما حين أدركوا أن الصليبيين إنما جاؤوا إلى بلادهم بقصد البقاء، وكانت تلك صدمة نفسية مؤلمة^(٢).

وتشكل من سخط العامة وغضبهم ما يمكن أن نسميه «رأيًا عامًا» نادى بجهاد الصليبيين، وألح على ضرورة مقاومتهم خاصة بعد سقوط بيت المقدس في أيديهم، «وورد المستنفرون من الشام في رمضان إلى بغداد في صحبة القاضي أبي سعد الهروي، فأوردوا في الديوان كلاما أبكى العيون وأوجع القلوب، وقاموا بالجامع يوم الجمعة، فاستغاثوا وبكوا وأبكوا وذكروا ما دهم المسلمين بذلك البلد الشريف المعظم من قتل الرجال وسبي الحرير والأولاد ونهب الأموال...»^(٣).

ونستطيع أن نقطع بأنه من رَجَمِ هذا الرأي العام خرجت حركات المقاومة الإسلامية الأولى ضد الصليبيين.

وقد نبتت فكرة مقاومة الصليبيين في شمال العراق، والسبب في ذلك «هو: متاخمة الرها - التي استولى عليها الصليبيون - لذلك الإقليم الذي أدرك أهله أنه لا بد من تطلع الصليبيين - إن آجلا أو عاجلا - للتوغل في بلادهم، وانقضاضهم على أطراف تلك المناطق العليا من العراق عند أول فرصة ملائمة»^(٤).

وقد حمل لواء الجهاد الإسلامي في ذلك الإقليم الأمير مودود أتابك الموصل الذي اغتاله الباطنية بدمشق سنة ٥٠٧هـ / ١١١٢م، ثم الأمير إيلغازي صاحب ماردين، ثم الأمير بلك بن أرتق صاحب قلعة خرتبرت الذي وجه ضربة قوية إلى الصليبيين في إمارة الرها سنة ٥١٦هـ / ١١٢١م، حيث هاجم الصليبيين بها، وانتصر عليهم، وكسر جموعهم، وأسر جوسلين أميرها وعددا من الأمراء عند سروج.

(١) ينظر: نور الدين محمود والصليبيون، حسن حبشي، ص (١٠).

(٢) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، قاسم عبده قاسم، ص (١٣٦).

(٣) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٢٨٤).

(٤) ينظر: نور الدين محمود والصليبيون، د. حسن حبشي، ص (١١، ١٢).

ومرة ثانية لم تمهل يد الاغتيال بلك بن أرتق حتى يواصل جهاده ضد الصليبيين، حيث قُتل غيلة سنة ٥١٨هـ/ ١١٢٤م على يد أحد الباطنية، أثناء حصاره منبج^(١). لم تنطفئ جذوة الجهاد الإسلامي بعد قتل بلك بن أرتق بل لعلها زادت اضطراباً على يد آق سنقر البرسقي أتاك الموصل.

ففي عام ٥١٨هـ/ ١١٢٤م ألقى الصليبيون الحصار على حلب، وشرعوا في قتالها والاستيلاء عليها، فلما عزت الأتوات وأشرف أهل البلد على الهلاك، أرسلوا إلى الأمير سيف الدين آق سنقر البرسقي صاحب الموصل، يطلبون نجده، فتدارك الأمير حلب، ومضى إليها في حشود ضخمة، ما إن سمع الفرنجة بها حتى ولوا مدبرين لا يلوي أحد منهم على صاحبه، فتبعهم سرعان الخيول يتلقطون من يظفرون به في أعناقهم، فدخل آق سنقر حلب، وأحسن السيرة في أهلها، وعمر أعمالها، واجتهد في الذود عن حياضها، فلا جرم أن مال إليه أهل حلب وأحبوه^(٢).

وأغرى هذا الانتصار الأمير آق سنقر البرسقي بمتابعة جهاده ضد الصليبيين، كما أن تسلمه حلب أطمعه في تكوين محور إسلامي يمتد بين الموصل وحلب^(٣)، ففي سنة ٥١٩هـ/ ١١٢٥م استرد «كفر طاب» من الصليبيين بعد حصار قصير، وحاول أن يملك قلعة «عزاز» وهي من أعمال حلب، بيد أنه أخفق في ذلك، واضطر إلى الانسحاب إلى الموصل^(٤).

وكما اغتالت الباطنية كثيراً من الشخصيات الإسلامية التي وقفت حياتها على قضية الجهاد ضد الصليبيين، عمدت إلى اغتيال آق سنقر البرسقي في ذي القعدة سنة ٥٢٠هـ إبان أدائه صلاة الجمعة^(٥) بإمارة الموصل، «وهكذا زالت الشخصية الرابعة من بين الشخصيات الإسلامية التي فكرت في الجهاد ضد الصليبيين، وتجلى خطر الجماعات الإسماعيلية التي أخذت تثب فتقتل كل عامل للوحدة»^(٦).

* عماد الدين زنكي:

- (١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٦١٩).
- (٢) ينظر: السابق (١٠/٦٢٣، ٦٢٤).
- (٣) ينظر: نور الدين محمود والصليبيون، حسن حبشي، ص (٢٢).
- (٤) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٦٢٨، ٦٢٩).
- (٥) ينظر: السابق (١٠/٦٣٣).
- (٦) ينظر: نور الدين محمود والصليبيون، حسن حبشي، ص (٢٢).

قيض الله للأمة الإسلامية بعد اغتيال الأمير البرسقي شخصية كانت أعمالها ومجهوداتها جديرة بأن تلحق صاحبها بالطبقة الممتازة من رجال الإسلام على مر التاريخ، ذلكم هو: عماد الدين زنكي.

ألمّ زنكي بأوضاع العالم الإسلامي المضطربة إماماً أعانه على أن يحدد «العلة» وراء سقوط بلاد الشام في أيدي الصليبيين، وتكمن في الشقاق والفرقة بين القوى الإسلامية آنذاك، فعمد إلى تكوين جبهة إسلامية قوية، رأى أنه لا مناص من أن يسبق بناؤها مناضلة الصليبيين وطردهم من بلاد الشام.

كانت اللبنة الأولى في «مشروع زنكي» ولايته أتابكية الموصل، حيث أصدر السلطان محمود عقيب وفاة البرسقي مرسوماً بتقليده إمارة الموصل سنة ٥٢١هـ. وكان بعض أتباع زنكي قد زينوا لسلطان السلاجقة تولية زنكي للموصل، ونبهوه إلى أن ولد البرسقي طفل صغير لا يقدر على حفظ الإمارة والذب عنها، خاصة وقد تمكن الصليبيون من ديار الجزيرة وبلاد الشام وقويت شوكتهم بها، فاستولوا على أكثرها وأصبح ملكهم ممتدداً من حدود «ماردين» إلى «عريش» مصر، ما خلا بعض البلاد الباقية بيد المسلمين وهي: حلب وحماة وحمص ودمشق^(١).

لم يكد عماد الدين زنكي يفرغ من ضبط أمور الموصل وإصلاح شؤونها الداخلية حتى طفق يفتح الحصون والقلاع شمال الموصل بغية تأمين حدودها من هذه الناحية، فاستولى على جزيرة ابن عمر ثم مدينة «إربل» في رمضان سنة ٥٢٢هـ، ثم عاد إلى الموصل، وسار في جمادى الأولى سنة ٥٢٣هـ إلى سنجار فتسلمها، وسير منها الشحن إلى «الخابور» فملكه، ثم قصد «الرحبة» فملكها قسراً، ثم افتتح نصيبين وسار إلى حران^(٢).

وكان من خطة زنكي في هذا الطور من أطوار جهاده أن يهادن الصليبيين، ولا يقصد إلى مواجهتهم والاصطدام بهم، ريثما يتمكن من الاستيلاء على ما بقي من بلاد الجزيرة والشام^(٣).

(١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٦٤٣، ٦٤٤).

(٢) ينظر: ذيل الروضتين في أخبار الدولتين، لعبد الرحمن بن إسماعيل أبي شامة المقدسي، مصر، ١٣٦٦هـ (١/١١٨).

رسخت قدم عماد الدين زنكي في الموصل والجزيرة، واستقام له الملك في تلك الجهات، ولما كان زنكي يرمي إلى توحيد الجبهة الإسلامية في الجزيرة والشام فقد ولى وجهه شطر حلب، وتطلع إلى فتحها، ولا سيما بعد أن انتهى إلى مسامحة ما ألم بها من فتنة داخلية، الباعث عليها الطمع في كرسي الحكم، وما حاق بها من أخطار خارجية تمثلت في تطلع «جوسلين الأول» أمير الرها، و«بوهيمند الثاني» أمير طرابلس إلى الاستيلاء عليها.

وحسبك هذا سببا مقنعا لأن يتدخل زنكي في شؤون حلب، فاستصدر من السلطان السلجوقي عام ٥٢٢هـ / ١١٢٨م منشورا بأن تكون حلب من بين البلاد الداخلة في حكمه، وسار على رأس جيوشه إلى الشام، وفتح في طريقه مدينة «منبج» و«بزاعة».

استبشر أهل حلب بقدوم عماد الدين زنكي إليهم، فخرجوا إلى أبواب المدينة؛ لاستقباله، فدخلها زنكي وضبط أحوالها ورتب أمورها، وجعل على رئاستها أبا الحسن: علي بن عبد الرازق^(١)، ويعلق ابن الأثير - رحمه الله - على هذه الحادثة بقوله: «ولولا أن الله - تعالى - منَّ على المسلمين بملك أتابك ببلاد الشام لملكها الفرنج؛ لأنهم كانوا يحصرون بعض البلاد الشامية، وإذا علم ظهير الدين طغتكين بذلك جمع عساكره وقصد بلادهم وحصرها وأغار عليها، فيضطر الفرنج إلى الرحيل؛ لدفعه عن بلادهم، فقدر الله - تعالى - أنه توفي هذه السنة؛ فخلا لهم الشام من جميع جهاته من رجل يقوم بنصرة أهله، فلطف الله بالمسلمين بولاية عماد الدين، ففعل بالفرنج ما نذكره - إن شاء الله تعالى»^(٢).

وفي سنة ٥٢٣هـ / ١١٢٩م استولى عماد الدين زنكي على حماة، بعد أن قضى على صاحبها «سونج» ابن تاج الملوك «بوري بن طغتكين» أمير دمشق، ثم نزل حمص، وفرض عليها الحصار، وقاتل حاميتها مدة، لكنه لم يقدر على فتحها^(٣). ثم شرع زنكي يسترد الحصون والقلاع الشامية التي كانت في حوزة الصليبيين،

(١) ينظر: ذيل الروضتين في أخبار الدولتين (١١٨/١).

(٢) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٦٤٩، ٦٥٠).

(٣) ينظر: السابق (١٠/٦٥١).

(٤) ينظر: السابق (١٠/٦٥٨، ٦٥٩).

فقصده حصن «الأثارب» سنة ٥٢٤هـ وحاصره «وهو حصن بينه وبين حلب نحو ثلاثة فراسخ، وكان من به من الفرنج يقاسمون حلب على جميع أعمالها الغربية، وكان أهل البلد معهم في ضر شديد وضيق عظيم.

والتقت قوات زنكي بجموع الصليبيين في معركة عنيفة، تجرع فيها الصليبيون كأس الهزيمة، وأذاقهم المسلمون من بأسهم ما قذف في قلوبهم الرعب، ثم عاد زنكي إلى الحصن فتسلمه عنوة، وأسر وقتل كل من فيه من الفرنجة، ثم انتقل إلى قلعة حارم الصليبية - وتقع قريبا من أنطاكية - فهادنه أهلها وصالحوه على نصف دخل البلد»^(١).

اطمأن عماد الدين زنكي إلى قوة الجبهة الإسلامية التي مضى بينها طوال ثمانية عشر عامًا، وتبين قدرتها على مناجزة الصليبيين وقتالهم، فأزمع فتح الرها أولى الإمارات الصليبية التي أسسها الفرنجة في الشرق الإسلامي.

إن تطلع زنكي إلى الاستيلاء على الرها واش بحصافته الحربية ونفاذ بصيرته السياسية؛ حيث انفصمت عرى التعاون والتنسيق بين «ريموند دي بواتيه» صاحب أنطاكية، وبين «جوسلين الثاني» صاحب الرها، «واشتدت الجفوة بينهما، حتى صار أحدهما يفرح إذا ألمت بالآخر نكبة»^(٢).

خشي عماد الدين زنكي من اجتماع الفرنجة عليه إن هم علموا بقصده فتح إمارة الرها، فتوجه إلى ديار بكر واشتغل بفتحها؛ «ليوهمهم أنه غير متفرغ لقصده بلادهم»، فاطمأن الصليبيون إلى انصراف زنكي عن الرها، حتى لقد فارق جوسلين الثاني إمارته وعبر الفرات إلى البلاد الغربية، فنادى زنكي في جيشه بالتوجه صوب الرها وضرب عليها الحصار، ودام القتال ثمانية وعشرين يومًا، ولم يستطع الصليبيون الصمود أمام القوات الإسلامية؛ فسقطت الرها عنوة سادس جمادى الآخرة سنة ٥٣٩هـ / ١١٤٤م^(٣).

ولا يخفى ما ينطوي عليه سقوط إمارة الرها في يد زنكي من دلالات سياسية

(١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٦٦١).

(٢) ينظر: نور الدين محمود والصليبيون، حسن حبشي، ص (٣٤).

(٣) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١/٩٨، ٩٩).

ومعنوية للمسلمين والصلبيين جميعاً، إذ يعني أولاً أنه لا سبيل إلى إزالة الكيان الصليبي من بلاد الشام إلا بتناصر القوى الإسلامية، وتوحيد الجبهة العربية في مواجهة نزعات التشرذم والانعزال، «كما كان سقوط الرها في يد المسلمين كسباً كبيراً؛ لأنه جعل وادي الفرات كله منطقة إسلامية، كما ضمن للمسلمين السيطرة على طرق المواصلات التي تربط بين شمال الشام والجزيرة والعراق»^(١).

لما أدرك الصليبيون أن سقوط الرها نذير بتداعي أركان البناء الصليبي في الشرق، وربما كان ذلك الباعث على خروج الحملة الصليبية الثانية إلى بلاد الشام. وفي ربيع الآخر سنة ٥٤١هـ / ١١٤٦م قُتل عماد الدين زنكي غيلة أثناء حصاره قلعة جعبر على يد أحد مماليكه؛ فطويت بذلك حقبته.

وقد أحدث اغتيال عماد الدين زنكي فراغاً ملموساً في الجبهة الإسلامية، ملأه ابنه نور الدين محمود الذي استقل بملك حلب، في حين انفرد أخوه سيف الدين غازي بالموصل^(٢).

ونجح نور الدين محمود في الاحتفاظ بإمارة الرها وانتصر على الأمير الصليبي جوسلين الذي حاول استردادها، فحفزه ذلك الانتصار على مواصلة الجهاد ضد الصليبيين، فاستولى سنة ٥٤٢هـ / ١١٤٧م على عدة مدن وحصون صليبية؛ مثل: مدينة أرتاح وحصن مابولة وكفر لاثا^(٣).

* الحملة الصليبية الثانية:

إن سقوط إمارة الرها الصليبية في أيدي المسلمين، وفشل جوسلين الثاني في استردادها أفزع الغرب الأوروبي، وأشفق الفرنجة من أن يكون استيلاء المسلمين على الرها إيذاناً بانتهاء البناء الصليبي كله في الشرق. وأمنت أوروبا بضرورة إرسال حملة ثانية تتدارك ما أُلْمَّ بالإمارات الصليبية في الشرق من أخطار.

واستجاب الإمبراطور لويس السابع ملك فرنسا في مارس سنة ١١٤٥م، والإمبراطور الألماني كونراد الثالث في ديسمبر من العام نفسه لفكرة الخروج على

(١) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، قاسم عبده قاسم، ص (١٣٩).

(٢) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١٢/١١، ١١٣).

(٣) ينظر: السابق (١١٢/١١).

رأس الحملة الصليبية الثانية^(١).

وصل جيش كل من لويس السابع وكونراد الثالث إلى القسطنطينية سنة ١١٤٧م، ثم عبر جيش كونراد البوسفور إلى آسيا الصغرى، ثم اتجه نحو نيقية. آثر كونراد السير في جوف البلاد مخترقاً أراضي السلاجقة مما عرضه لمتاعب جمّة، ففي طريقهم إلى «قونية» لم يكد الجيش الألماني يبلغ «إسكي شهر» حتى دهمهم السلاجقة وأفنوا جانباً كبيراً من الجيش الألماني وغنموا غنائم كثيرة، فاضطر كونراد إلى الانسحاب إلى قونية، وأخيراً وصل كونراد إلى فلسطين في شهر مارس ١١٤٨م، أما الجيش الفرنسي فوصل أنطاكية ١١٤٨م، ومنها إلى بيت المقدس في منتصف إبريل.

على أن هذه الحملة انحرفت عن هدفها الأساسي الذي جاءت من أجله إلى الشرق، وهو استرداد الرها والقضاء على الزنكيين الذين ما فتئوا يهددون الصليبيين انحرفت هذه الحملة إلى بيت المقدس وعملت على تحقيق رغبة أمرائها في مهاجمة «معين الدين أنر» صاحب دمشق والحليف الوحيد للصليبيين بين أمراء المسلمين بالشام^(٢).

وهكذا باءت الحملة الصليبية الثانية بالفشل، ولم يترتب عليها سوى ازدياد نفوذ نور الدين في بلاد الشام منذ ذلك التاريخ إلى توحيد الجبهة الإسلامية، فنجح في الاستيلاء على حمص سنة ١١٤٩هـ، كما نجح في الاستيلاء على دمشق سنة ١١٥٤م وأمن صاحبها (مجير الدين أبق). وهكذا صفت الممالك بالشام لنور الدين كما يذكر ابن واصل.

«ولا يخفى أن استيلاء نور الدين على دمشق جاء خطوة كبرى نحو تحقيق الجبهة الإسلامية المتحدة في الشرق الأدنى، وهي الجبهة التي امتدت من الفرات إلى النيل، والتي كان قيامها بمثابة ضربة مميتة للصليبيين، فحتى ذلك الوقت كان المسلمون في الشرق الأدنى منقسمين إلى وحدتين منفصلتين: وحدة في الجنوب، أي: في مصر، ووحدة في الشمال، أي: في شمال الشام والعراق»^(٣).

(١) ينظر: الحركة الصليبية، سعيد عاشور (٢/٦٣١).

(٢) ينظر: السابق (٢/٦٦٦).

ولم يكتف نور الدين محمود بما حققه من انتصارات على الصليبيين في بلاد الشام، بل مضى خطوة أبعد في سبيل تكوين جبهة إسلامية قوية وموحدة؛ تمهيداً لطرده الصليبيين نهائياً من الأرض الإسلامية، ولم تكن هذه الخطوة سوى الاستيلاء على مصر.

حيث كان نور الدين محمود يتابع أخبار مصر، فبلغته الفوضى التي دبت بين الوزيرين: شاور، وضرغام؛ مما زاد في طمع الفرنج فيها، وكان شاور قد استنجد بنور الدين، وضرغام بالفرنج، فأرسل نور الدين القائد أسد الدين شيركوه وصلاح الدين، وانتهى الصراع بقتل ضرغام. إلا أن شاور لم يف بوعوده التي قطعها على نفسه لأسد الدين وصلاح الدين، فأخذ يثير الرأي العام ضدهما، وتنكر لهما مما أدى إلى قتله، وتولى أسد الدين الوزارة المصرية بمرسوم من العاضد الفاطمي خليفة العصر، ولم يستمر أسد الدين في الوزارة طويلاً؛ فقد توفي بعد شهرين من توليها، فتولى بعده صلاح الدين، وجاءه كتاب نور الدين بإسقاط اسم العاضد من الخطبة وإقامتها للخليفة المستضيء في بغداد.

وقد تمكن صلاح الدين من توطيد نفوذه، وتثبيت مركزه في مصر، واستطاع القضاء على المؤامرات التي نسجها الشيعة؛ لإبعاده من مصر؛ مثل مؤامرة مؤتمن الخلافة^(١).

وقد ابتعث صلاح الدين حركة الجهاد والمقاومة ضد الصليبيين من جديد، وكان مركز المقاومة في مصر.

واتخذت المقاومة المصرية للصليبيين في هذا الدور صورة المناوشات العسكرية والغارات السريعة الخاطفة، وكان الهدف منها إزعاج الصليبيين في بلاد الشام، وبث الرعب في نفوسهم.

ففي سنة (٥٦٦هـ) سار صلاح الدين من مصر إلى الشام، فأغار على عسقلان والرملة، وهزم عموري الأول ملك بيت المقدس وكاد يأخذه أسيراً، ثم عاد إلى مصر.

(١) ينظر: الحركة الصليبية، سعيد عاشور (٢/٦٦٦).

(٢) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١/٣٤٥-٣٤٧)، الروضتين، لأبي شامة (٢/١٣٠، ١٣١).

وفي العام نفسه أغار على أيلة، وحاصرها بربًا وبحرًا، وفتحها في ربيع الآخر، ثم عاد إلى مصر^(١).

وفي سنة «٥٦٩هـ» توفي الملك العادل نور الدين محمود بدمشق، فخلف ملكًا عريضًا ودولة مترامية، فاجتمع كبار أمراء الدولة النورية على مبايعة ولده وولي عهده: الملك الصالح إسماعيل، وكان صبيًا صغيرًا لم يتم عامه الحادي عشر، وأقيمت له الخطبة على منابر مصر والشام، وضربت السكة باسمه، وعهد بأمر تربيته والوصاية عليه إلى الأمير شمس الدين محمد بن عبد الملك بن المقدم.

وقد طمع قواد نور الدين في وراثته دولته الكبيرة، وسعى كل منهم إلى الظفر بالوصاية على الملك الصالح؛ كي تكون له بالتالي السيطرة على مقاليد الدولة النورية، فأضت الوحدة الإسلامية التي لم يأل نور الدين جهدًا في تحقيقها على شفا جرف هار.

أما صلاح الدين فلم يهجم ضميره بمطعم شخصي أو عرض زائل، بل وقف حياته على قضية الجهاد الإسلامي ضد الصليبيين، ورأى في أطماع الأمراء النوريين في بلاد الشام نذيرًا بانهيار الوحدة الإسلامية، وأشفق على مصير المسلمين إن ظل حكامهم على تلك الحالة من الصراع والتشرذم السياسي.

أراد صلاح الدين أن يسلك السبيل نفسها التي سلكها قبله عماد الدين زنكي وابنه نور الدين محمود، فتوخى تحقيق الوحدة الإسلامية الشاملة والركون إليها في مقاومة الصليبيين، فبدأ يعمل على توحيد مصر والشام والموصل والجزيرة والقضاء على أطماع الأمراء النوريين.

وكان صلاح الدين يرى أن من حقه الإشراف على تدبير دولة الملك الصالح والوصاية عليه والإسهام في تربيته، وقد عبر عن ذلك بأصح عبارة في تلك الرسالة التي كتبها إلى القاضي كمال الدين الشهرزوري والأمراء، فكتب يقول: «لو أن نور الدين علم أن فيكم من يقوم مقامي، أو يثق إليه مثل ثقته بي، لسلم إليه مصر التي هي أعظم ممالكه وولاياته، ولو لم يعجل عليه الموت؛ لم يعهد إلى أحد بتربية ولده والقيام بخدمته غيري، وأراكم قد تفردتم بمولاي وابن مولاي دوني وسوف أصل

(١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١/٣٦٥).

إلى خدمته، وأجازي إنعام والده بخدمة يظهر أثرها، وأقابل كلاً منكم على سوء صنيعه في ترك الذب عن بلاده»^(١).

وكان من رأي القاضي الشهرزوري نفسه عدم الانفراد بتدبير الأمور في دولة الملك الصالح ابن نور الدين دون صلاح الدين، ونصح الأمراء بطلب رأيه والرجوع إلى ما يشير به، فكان مما قاله لهم: «قد علمتم أن صلاح الدين صاحب مصر، وهو من أصحاب نور الدين ونوابه، والمصلحة أن يشاور في الذي نفعه ولا نخرجه من بيننا، فيخرج عن طاعتنا ويجعل ذلك حجة علينا، وهو أقوى منا؛ لانفراده بملك مصر»^(٢)، فأبى الأمراء الاستجابة إلى نصيحته.

وإنما منع صلاح الدين من الخروج إلى بلاد الشام انشغاله بالقضاء على ثورة الكنز في بلاد النوبة، وقاتل الفرنجة الذين حاصروا الإسكندرية سنة (٥٧٠هـ)^(٣).

فلم يكد صلاح الدين يفرغ من القضاء عمّا دهم ملكه في مصر من أخطار، حتى خرج إلى دمشق في قوة صغيرة تبلغ سبعمائة فارس، وكان شمس الدين محمد ابن المقدم قد أرسل إليه يستحثه على سرعة التوجه إلى دمشق وفتحها^(٤)، وأعلن صلاح الدين أنه إنما خرج؛ لإنقاذ الملك الصالح من أطماع الأمراء المحيطين به، وللإشراف بنفسه على تربيته وتدبير ملكه، كما أعلن صلاح الدين أنه مجرد نائب عن الملك الصالح، وأبقى الخطبة والسكة باسمه.

دخل صلاح الدين دمشق دون مقاومة تذكر، فلم يوصد دونه باب من أبوابها، أو يسئل في وجهه سيف من سيوف أبنائها، بل رحب به الأمراء وفرح به أهل البلد، وتحبب إليهم صلاح الدين، فأسقط عنهم المكوس، وفرق فيهم الأموال؛ فأحبوه ومالوا إليه^(٥).

(١) ينظر: مفرج الكروب في أخبار بني أيوب، لمحمد بن سالم بن نصرالله بن سالم بن واصل، أبو عبد الله المازني التميمي الحموي، جمال الدين، تحقيق: الجزء (١، ٢، ٣)، د. جمال الدين الشيبان، وتحقيق: الجزء (٤، ٥)، د/ حسنين محمد ربيع، ود. سعيد عبد الفتاح عاشور، دار الكتب والوثائق القومية، المطبعة الأميرية، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م (٧/٢).

(٢) ينظر: السابق (٣/٢).

(٣) ينظر: الكامل (١١/٤١٢ - ٤١٥).

(٤) ينظر: مفرج الكروب (١٩/٢)، الكامل (١١/٤٠٧).

وفي شعبان سنة (٥٧٠هـ) استولى صلاح الدين على حمص.

وفي رمضان سنة (٥٧٠هـ) استولى صلاح الدين على بعلبك.

* استيلاء صلاح الدين على الموصل وحلب واكتمال توحيد الجبهة الإسلامية:

أدرك صلاح الدين أنه لن يستطيع مواصلة جهاده ضد الصليبيين، ولن يتمكن من طردهم من بلاد الشام إلا إذا أتم توحيد الجبهة الإسلامية بضم الموصل وحلب إلى دولته، لا سيما بعد أن دب الخلاف بين أفراد البيت الزنكي غبَّ وفاة سيف الدين غازي صاحب الموصل والجزيرة سنة «٥٧٦هـ» ثم وفاة الملك الصالح صاحب حلب سنة «٥٧٧هـ».

توفي سيف الدين غازي سنة «٥٧٦هـ»، وخلفه على الموصل أخوه عز الدين مسعود، وكان سيف الدين يريد أن يعهد بملكه لولده معز الدين، غير أن مجاهد الدين قايماز وزيره ومدبر دولته أشار عليه بأن معز الدين طفل صغير لا يستطيع القيام بأعباء الملك، ولا يقدر على مناجزة صلاح الدين ومواجهة أطماعه، فاستجاب سيف الدين لنصيحة قايماز، وأوصى لأخيه عز الدين مسعود؛ «لما هو عليه من كبر السن والشجاعة والعقل»^(١).

وفي سنة «٥٧٧هـ» توفي الملك الصالح إسماعيل بن نور الدين محمود، بعد أن أوصى بحلب لابن عمه عز الدين مسعود^(٢) بيد أن عماد الدين زنكي صاحب سنجار نازع أخاه عز الدين مسعود ملك حلب، وطمع في أخذها، وهدده بتسليم سنجار إلى صلاح الدين إن لم يسلمه حلب، فتعالى على أن يسلم عز الدين مسعود حلب لأخيه: عماد الدين زنكي الثاني ويأخذ سنجار عوضاً عنها^(٣).

ولعل هذا النزاع بين أفراد البيت الزنكي هو الذي أغرى صلاح الدين بالخروج إلى بلاد الشام والجزيرة والاستيلاء على الموصل وحلب؛ إذ رأى في هذا النزاع خطرًا يهدد الجبهة الإسلامية الموحدة في صراعها ضد الصليبيين.

(١) ينظر: النوادر السلطانية والمحاسن اليوسفية، أو سيرة صلاح الدين، ابن شداد، القاهرة، ١٩٦٤م، ص (٩٣).

(٢) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١/٤٦٢، ٤٦٣).

(٣) ينظر: مفرج الكروب (١/١٠٧).

(٤) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١/٤٧٤).

ففي عام «٥٧٨هـ» خرج صلاح الدين من مصر قاصداً الموصل، وألقى عليها الحصار، «وكان عز الدين مسعود ونائبه: مجاهد الدين قايماز قد جمعا بالموصل العساكر الكثيرة ما بين فارس وراجل، وأظهرا من السلاح وآلات الحصار ما حارت له الأبصار»^(١).

وهكذا استعصت الموصل على صلاح الدين؛ فلجأ إلى الاستيلاء على المدن الحصينة والقلاع القريبة من الموصل؛ حتى يعزلها عما حولها، ويوهن مقاومتها، فاستولى على سنجار وآمد وتل خالد وعين تاب سنة «٥٧٨هـ»^(٢) ثم تَوَجَّح صلاح الدين انتصاراته بالاستيلاء على حلب سنة «٥٧٩هـ» حيث سلمها عماد الدين زنكي الثاني لصلاح الدين، واشترط أن يرد عليه سنجار، فوافق صلاح الدين وأعطاه - أيضاً - الخابور ونصيبين والرقعة وسروج من بلاد الجزيرة^(٣).

أما عز الدين مسعود صاحب الموصل فقد أيس من أن يتراجع صلاح الدين عن الموصل؛ «فأرسل إلى صلاح الدين يطلب الصلح، وقد رفض صلاح الدين أول الأمر إجابته إلى طلبه، ولكنه عاد فأجابته، وعقد الصلح بينهما على أن يعترف عز الدين بتبعيته لصلاح الدين، وأن يخطب له على منابر بلاده، وأن يضرب اسمه على السكة»^(٤).

على أن اهتمام صلاح الدين باستكمال توحيد الجبهة الإسلامية لم يشغله في هذه الفترة عن جهاد الصليبيين، بل كان يغير من وقت لآخر على حصونهم وقلاعهم في بلاد الشام إغارات سريعة خاطفة.

ففي سنة «٥٧٨هـ» انتصر صلاح الدين على الصليبيين، وامتلك «شقيفا» من أعمال طبرية، وفي العام نفسه أغار على بيان والغور.

ومن أحداث الصراع الإسلامي الصليبي في تلك الفترة ما قام به أرناط صاحب الكرك، الذي كان كما يقول ابن الأثير: «من أعظم الفرنج وأخبثهم وأشدهم عداوة للمسلمين وأعظمهم ضرراً عليهم»^(٥).

(١) ينظر: مفرج الكروب (١١٩/٢).

(٢) ينظر: السابق.

(٣) ينظر: السابق (١٤٢/٢).

(٤) ينظر: تاريخ مصر الإسلامية، جمال الدين الشيال (٤٦/٢).

ففي عام «٥٧٨هـ» جهز أرناط أسطولاً اتجه قسم منه إلى أيلة فحاصرها واستولى عليها، وأما القسم الآخر فقد سار في البحر الأحمر بمحاذاة الشاطئ المصري حتى أدرك ميناء عيذاب - المقابل لميناء جدة- وأغار الصليبيون على الثغور الإسلامية في هذه المنطقة، ونهبوا السفن التجارية، وكان في خطة أرناط أن يصل أسطوله إلى الأراضي المقدسة في مكة والمدينة، ويستولي على قبر النبي ﷺ.

قال ابن الأثير: «وكانوا عازمين على الدخول إلى الحجاز، وأخذ الحجاج، ومنعهم عن البيت الحرام، والدخول بعد ذلك إلى اليمن».

فأرسل الملك العادل - أخو صلاح الدين ونائبه على مصر - الأسطول المصري بقيادة الأمير حسام الدين لؤلؤ؛ للقضاء على خطر الصليبيين في البحر الأحمر، فاتجه لؤلؤ أولاً إلى أيلة فقاتل الصليبيين هناك، ونجح في استعادتها مرة أخرى، ثم تعقب الأسطول الصليبي في البحر الأحمر فظفر به عند ساحل الجوزاء، فقام بتدميره وقتل معظم الصليبيين، ثم أرسل بعض الأسرى إلى منى؛ لينحروا بها؛ عقوبة لهم، وحمل بعضهم إلى القاهرة حيث قتلوا جميعاً^(١).

ومن أهم الأحداث السياسية العسكرية في القرن السادس الهجري - موقعة «حطين» الشهيرة، ونظراً لأهميتها ومنزلتها في التاريخ الإسلامي عموماً فسوف نفضل الكلام فيها على النحو التالي:

ولم يبال أرناط بالهدنة المعقودة بين المسلمين والصليبيين، وحمله نزقه وتهوره إلى نقضها حين اعتدى على قافلة تجارية إسلامية كانت متجهة من مصر إلى الشام، فنهبها وأسر حاميتها وحملهم إلى الكرك، وكان في هذه القافلة - كما يقول ابن واصل - : «نعم جليلة»^(٢).

وبلغ من وقاحة أرناط أن قال لرسول صلاح الدين الذين أرسلهم إليه يأمره بإطلاق سراح الأسرى، ورد ما نهبه من القافلة: «قولوا لمحمدٍ يخلصكم»؛ فأقسم صلاح الدين لإن أظفره الله به؛ ليقتلنه بيده^(٣).

(١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (٥٢٧/١١).

(٢) ينظر: السابق (٤٩٠/١١، ٤٩١).

(٣) ينظر: مفرج الكروب (١٨٥/٢).

وبالغ صلاح الدين في حلمه، فأرسل إلى لوز جنان ملك بيت المقدس، وريموند الثالث أمير طرابلس؛ يسألهما أن يعيد أرناط ما سرقه من القافلة، ويطلق سراح الأسرى، فأبى أرناط «فلم يبق أمام صلاح الدين إلا القصاص والحرب، وهي الحرب التي جاءت قاضية على الصليبيين وآمالهم في البقاء بالشام، بعد أن اختار أرناط أسوأ الأوقات والظروف بالنسبة للصليبيين لاستشارة صلاح الدين»^(١).

وتجهز صلاح الدين للحرب، وأرسل إلى أمرائه ونوابه في سائر أنحاء دولته يأمرهم بإنفاذ الجيوش، وأن تجتمع لديه في دمشق.

ثم أمر صلاح الدين ولده الملك الأفضل نور الدين بالإقامة عند «رأس الماء»؛ لتجتمع عنده الأمداد والنجادات، وسار صلاح الدين إلى بصرى يرقب في لهف وصول الحجاج سالمين؛ خوفاً عليهم من أرناط، فلما اطمأن قلبه إلى سلامتهم؛ سار إلى الكرك، وقتلها، وقطع ما حولها من الشجر، وأفسد زرعها وكرومها، ثم سار إلى الشوبك وفعل به مثل ذلك، وأمر صلاح الدين بمواصلة الإغارة على الكرك والشوبك^(٢).

تقدم صلاح الدين على رأس جيوشه «وقد غص بها الفضاء»^(٣) إلى طبرية، فاستولى عليها غير أن قلعتها استعصت عليه، فلم يشغل نفسه بها، ومضى يعبئ قواته ويستعد للقتال وجعل طبرية خلفه.

وبادر صلاح الدين بالاستيلاء على طبرية؛ حتى يمنع الصليبيين موارد الماء، ثم تقدم صلاح الدين ناحية الغرب، وأفسد آبار المياه في الطريق من صفورية إلى طبرية^(٤).

وعسكرت الجيوش الصليبية - بقيادة أرناط، ولوزجنان، وريموند - عند صفورية بين طبرية وحيفا.

كانت خطة صلاح الدين تقوم على دفع الصليبيين إلى السير إليه من صفورية إلى

(١) ينظر: مفرج الكروب (١٩٥/٢).

(٢) ينظر: الحركة الصليبية، سعيد عاشور (٧٩٨/٢، ٧٩٩).

(٣) ينظر: مفرج الكروب (١٨٦/٢).

(٤) ينظر: السابق (١٨٨/٢).

(٥) ينظر: الكامل، لابن الأثير (٥٣٢/١١ - ٥٣٤).

طبرية؛ فتصل جيوشهم منهكة مكدودة قد نال العطش منها كل منال، «وكان المسلمون قد نزلوا على الماء، والزمان قيظ شديد الحر، فوجد الفرنج العطش، ولم يتمكنوا من الوصول إلى ذلك الماء من المسلمين»^(١).

أدرك ريموند - ذلك القائد المحنك ذو الخبرة الطويلة في قتال المسلمين - مزمى صلاح الدين، فعارض الزحف إليه، وأشار بالبقاء في صفورية؛ حتى يضطر صلاح الدين إلى الزحف إليهم؛ فيذوق هو وجنده ما أراد أن يذيقه لهم من العطش والتعب، أما أرناط فقد رأى المبادرة بالهجوم على طبرية؛ لمباغطة صلاح الدين، وهكذا نشأ الخلاف في المعسكر الصليبي، وقد سجله لنا ابن الأثير وحفظ خطبة ريموند لأمرأء الصليب، نسوق كلام ابن الأثير هنا كاملاً؛ لأهميته في بيان حال الجيش الصليبي؛ يقول ابن الأثير: «فلما سمع الفرنج نزول صلاح الدين إلى طبرية وملكه المدينة وأخذ ما فيها وإحراقها وإحراق ما تخلف مما لا يحمل، اجتمعوا للمشورة، فأشار بعضهم بالتقدم إلى المسلمين وقتالهم ومنعهم عن طبرية، فقال القمص: إن طبرية لي ولزوجتي، وقد فعل صلاح الدين بالمدينة ما فعل وبقي القلعة وفيها زوجتي، وقد رضيت أن يأخذ القلعة وزوجتي وما لنا بها ويعود، فوالله لقد رأيت عساكر الإسلام قديماً وحديثاً ما رأيت مثل هذا العسكر الذي مع صلاح الدين كثرة وقوة، وإذا أخذ طبرية لا يمكنه المقام بها، فمتى فارقتها وعاد^(٢) عنها أخذناها، وإن أقام بها لا يقدر على المقام بها إلا بجميع عساكره، ولا يقدر على الصبر طول الزمان».

ومهما يكن من أمر فقد انتصر رأي أرناط، «وكان في انتصار هذا الرأي نصف الهزيمة التي حاقت بجيوش الصليبيين فيما بعد».

وصلت القوات الصليبية - وعدتها خمسون ألفاً - إلى طبرية يوم السبت ٢٥ ربيع الآخر، وقد اشتد بهم العطش حتى كاد يفتك بهم، ونالت شمس الصحراء المحرقة من جلودهم وأجسامهم ما تمنوا معه الموت، فعمدوا إلى ورود بحيرة طبرية، فصدتهم جيوش صلاح الدين في إصرار، فكانوا «كلما حملوا ليتيسر لهم ورود الماء

(١) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١١/٥٣٢).

(٢) ينظر: السابق (١١/٥٣٣ - ٥٣٤).

صُدوا ورُدوا واستولى عليهم الأسر والقتل»^(١).

ودارت رحى المعركة في حطين، فأحاطت القوات الإسلامية بالصليبيين إحاطة السوار بالمعصم، فلما حمى وطيس المعركة، طارت نفس ريموند شعاعاً، وأثر الانسحاب بجنوده، فأمر تقي الدين عمر ابن أخي صلاح الدين بأن يفتح طريقاً ينفذ منه ريموند ورجاله، فصدع الجنود بأمره ثم التأمّت دائرة المسلمين مرة أخرى. ثم عمد المسلمون إلى إحراق الحشائش المنتشرة حول حطين، «وكانت الريح على الفرنج فحملت حر النار والدخان إليهم»^(٢)، فاجتمع على الصليبيين حر الجو ونار المكيدة.

فأوى الصليبيون إلى تل بناحية حطين يعصمهم من بأس المسلمين، فلم يستقم لهم ما أرادوا؛ حيث اشتد عليهم القتال من كل ناحية، «وأخذ المسلمون صليبيهم الأعظم: صليب الصليبوت ويذكرون أن فيه قطعة من الخشبة التي صلب عليها المسيح - عليه السلام - بزعمهم، فكان أخذه عندهم من أعظم المصائب عليهم، وأيقنوا بالقتل والهلاك»^(٣).

وند عدد القتلى والأسرى من الصليبيين عن الحصر، حتى قال ابن الأثير: «كان من يرى القتلى لا يظن أنهم أسروا أحدًا، ومن يرى الأسرى لا يظن أنهم قتلوا أحدًا»^(٤).

ووقع في الأسر عدد كبير من أمراء الصليبيين وذوي المكانة فيهم، ومنهم: أرناط صاحب الكرك، والملك جي لوزجان صاحب بيت المقدس وأخوه، وصاحب الشوبك، وصاحب جبيل، ومقدم الداوية، ومقدم الإسطارية^(٥).

أما ريموند الثالث، فقد فر إلى طرابلس، ولم يلبث أن توفي بعد قليل^(٦). عاقب صلاح الدين أرناط على مقالته الوقحة لأسرى القافلة التجارية التي اعتدى

(١) ينظر: مفرج الكروب (٢/١٩٠).

(٢) ينظر: الكامل (١١/٥٣٥).

(٣) ينظر: السابق (١١/٥٣٦).

(٤) ينظر: السابق (١١/٥٣٧).

(٥) ينظر: سيرة صلاح الدين، ص (١٢٩).

(٦) ينظر: السابق.

عليها: «قولوا لمحمد يخلصكم»، وقال له: هأنذا أنتصر لمحمد، «وضربه بالسيف فحل كتفه وتمم عليه من حضر، وعجل الله بروحه إلى النار، فأخذ ورمي على باب الخيمة»^(١).

فجزع الملك جي لوزجانان جزعاً شديداً، وظن أن يفعل به ما فعل بأرناط، فطمأنه صلاح الدين، وهدأ روعه قائلاً: لم تجر عادة الملوك أن يقتلوا الملوك، أما هذا فقد تجاوز حده فجري ما جرى^(٢).

وكان صلاح الدين قد نذر لآن أظفره الله بأرناط ليقتلنه بيده؛ لإغارته على سواحل البحر الأحمر^(٣)، وعزمه على المسير إلى مكة والمدينة، ولغدره بالقافلة التجارية المصرية.

ولم يركن صلاح الدين بعد النصر الكبير في حطين إلى الراحة والدعة، بل اتجه مباشرة إلى فتح المدن الساحلية الصليبية؛ لحرمان الصليبيين من قواعدهم البحرية التي تربطهم بالعالم الخارجي، ولربط الشام بمصر، وتأمين المواصلات البحرية بينهما.

بدأ صلاح الدين بعكا، فاستولى عليها في جمادى الأولى سنة «٥٨٣هـ»^(٤)، كما استولى قواده على المدن، والحصون القريبة منها؛ مثل: الناصرة وقيسارية وحيفا وصفورية ومعلبا والشقيف وغيرها^(٥).

وتسلم صلاح الدين قلعة نابلس من أهلها بالأمان^(٦)، ثم فتح تبنين وصيدا وبيروت وجبيل^(٧).

ثم سار صلاح الدين إلى عسقلان واستولى عليها، وكانت تمثل أهمية كبيرة بالنسبة للمسلمين؛ لأنها على طريق الديار المصرية.

وتوج صلاح الدين انتصاراته بتحرير بيت المقدس، ففي الخامس عشر من رجب

(١) ينظر: سيرة صلاح الدين، ص (١٣٠، ١٣١).

(٢) ينظر: السابق، ص (١٣١).

(٣) ينظر: الكامل، ص (٥٣٧/١١).

(٤) ينظر: مفرج الكروب، ص (٢٠١/٢).

(٥) ينظر: الكامل، ص (٥٤٠/١١).

(٦) ينظر: مفرج الكروب، ص (٢٠٢/٢).

(٧) ينظر: السابق، ص (٢٠٥/٢، ٢٠٦).

سنة «٥٨٣هـ»، وصل صلاح الدين إلى أسوار بيت المقدس، وجعل يطوف حول البلد يبحث عن الموضوع المناسب؛ كي يقتحمها، فقرر أن يهاجمها من ناحية الشمال عند باب العمود أو كنيسة صهيون، فنصب عليها المنجنقات ودار القتال عنيفاً شرساً بين المسلمين والصليبيين، الذين رأوا أن الموت أهون من تسليم القدس، ونجح المسلمون في نقب السور، وأزالوا الفرنج من مواقعهم على الأسوار، واشتد رمي المنجنقات، وتواتر زحف الرماة.

فلما أشفى الصليبيون على الهلاك، وأيسوا من إدراك النصر؛ أرسلوا إلى صلاح الدين يطلبون الصلح، ويبدلون تسليم القدس، فأبى صلاح الدين أول الأمر وقال لهم: «لا أفعل إلا كما فعلتم بأهله حين ملكتموه من المسلمين سنة إحدى وتسعين وأربعمائة من القتل والسبي، وجزاء سيئة مثلها»^(١).

وأخيراً وافق صلاح الدين على تسليم القدس، وكانت أهم شروط الصلح^(٢):
- أن يدفع الفرنجة الفدية عن أنفسهم: فيدفع الرجال عشرة دنانير، والمرأة خمسة دنانير، والطفل دينارين.

- من يدفع خلال ٤٠ يوماً خرج من المدينة سالمًا، ومن لم يدفع خلال هذه المدة أخذه المسلمون أسيرًا.

وسلمت المدينة يوم الجمعة في السابع والعشرين من رجب سنة ٥٨٣هـ، فوافق تسليمها ذكرى ليلة الإسراء بالنبي ﷺ إلى المسجد الأقصى، قال تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَا﴾^(٣).

وكما ضرب صلاح الدين بسهم وافر في ميدان القتال وساحات الوغى، ضرب أمثلة رائعة من التسامح النبيل، والصفح الجميل، فلم يستبح المدينة، كما استباحها الصليبيون قبل ثمانية وثمانين عامًا، بل راعى للمدينة حرمتها الدينية، وحفظ للإنسانية حقها من الرحمة والعفو عند المقدرة.

* الحملة الصليبية الثالثة:

(١) ينظر: مفرج الكروب، ص (٢/٢١٣).

(٢) ينظر: السابق، ص (٢/٢١٤).

(٣) سورة الإسراء آية: ١.

أحدث سقوط بيت المقدس صدمة عنيفة للغرب الأوربي، وأشفق البابا في روما من أن تكون انتصارات صلاح الدين إيذاناً بتدمير الكيان الصليبي في الشرق. وماجت أوروبا برغبة عارمة في الثأر من صلاح الدين وتثبيت البناء الصليبي في بلاد الشام مرة أخرى، فكانت الحملة الصليبية المعروفة بالحملة الثالثة، التي تولى زعامتها ثلاثة من كبار ملوك أوروبا، هم: ريتشارد قلب الأسد ملك إنجلترا، وفليب أوجست ملك فرنسا، وفردريك بربروسا إمبراطور ألمانيا.

بيد أن فردريك بربروسا لقي حتفه في الطريق إلى بلاد الشام، حيث غرق في أحد أنهار آسيا الصغرى، فكانت مشاركة الألمان في تلك الحملة مشاركة رمزية^(١).

ولا نود أن نخوض في تفصيلات المعارك والمنازلات العسكرية بين المسلمين والصليبيين، إذ لم تسفر عن تغيير الموقف القتالي لأحد الجانبين.

وكان قد تنهى إلى سمع ريتشارد أبناء المؤامرة التي تحاك خيوطها ضده في إنجلترا؛ لإبعاده عن العرش، وفي الوقت نفسه بدأت كفة القتال تميل إلى جانب المسلمين، فقد انتصر المسلمون على القوات الصليبية عند يافا، ونجح صلاح الدين في استردادها^(٢)؛ ولذلك ألح ريتشارد في طلب الصلح على صلاح الدين، فأجابه صلاح الدين وعقد الصلح بينهما في الثاني والعشرين من شعبان سنة «٥٨٨هـ»، وهو المعروف بصلح الرملة وأهم شروطه^(٣):

- يحتفظ الفرنج بمنطقة الساحل من عكا إلى يافا.
 - يسمح للحجاج المسيحيين بزيارة بيت المقدس.
 - تكون عسقلان - بعد تخریبها - وما يليها جنوباً بيد صلاح الدين.
- وبعد هذه الهدنة فُجِع المسلمون بوفاة صلاح الدين سنة «٥٨٩هـ»، فقسمت دولته بين أبنائه.

يقول د. جمال الدين الشيال:

أهم ما يميز تاريخ الأيوبيين بعد صلاح الدين هو النزاع الطويل المستمر بين أفراد هذا البيت، فقد آلت أجزاء الدولة الهامة بعد وفاة صلاح الدين إلى أبنائه، فولي

(١) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، قاسم عبده قاسم، ص (١٤٩).

(٢) ينظر: سيرة صلاح الدين، ص (٣٣٢) وما بعدها.

(٣) ينظر: مفرج الكروب (٢/٤٠٢-٤٠٦).

الملك العزيز عثمان مصر، وولي الملك الأفضل على جنوب الشام وكان مقر حكمه دمشق، وولي الملك الظاهر غازي شمال الشام وكان مقر حكمه حلب، أما أجزاء الدولة الأخرى فكانت ولايات صغيرة، أو ممالك - كما كانت تسمى - ولي الحكم فيها فروع مختلفة من الأسرة، وأهمها مملكة حمص ووليتها أفراد من سلالة أسد الدين شيركوه، ومملكة حماة ووليتها أفراد من أسرة تقي الدين عمر بن شاهنشاه^(١).
ويقول د. قاسم عبده قاسم:

وبوفاة صلاح الدين الأيوبي توارت عن مسرح التاريخ شخصية ظلت ملء العين والقلب موضع الإعجاب والهيبة من جميع معاصريه؛ أعداء كانوا أم حلفاء، ولكن الظروف التي أنجبتة لقيادة الأمة كانت لا تزال قائمة، فالصليبيون ما زالوا موجودين فوق أرض الشام، كما أن خطر قدوم حملات صليبية جديدة كان لا يزال قائماً. والإحياء الأيديولوجي والأخلاقي، الذي كان بمثابة التعبئة المعنوية للعمليات العسكرية، كان لا يزال في طور النمو، ولا تزال قطوفه بعيدة المنال.

وفي ظل هذه الظروف جاء خلفاء صلاح الدين الأيوبي على غير شاكلته، إذ أدت وفاته إلى تفسخ دولته في الحال إلى قطع يتنازع عليها الورثة من أبناء البيت الأيوبي، وكان التوتر الذي ساد العلاقات بين الورثة الأيوبيين نعمة على بقايا الوجود الصليبي الذي كان يشغل حيزاً ضيقاً من أرض فلسطين ولبنان الحالية، ويمتد بحذاء الساحل من بيروت حتى يافا. وتمتعت مملكة بيت المقدس الوهمية، التي أصبحت عاصمتها عكا، بفترة سلام قاربت السنوات العشر، وهي فترة كانت كافية لأن يلتقط الصليبيون أنفاسهم بعد الأحداث المرعبة التي مرت بهم، وكان واضحاً أن قوات الصليبيين في بلاد الشام لم تكن نداءً للمسلمين، ومن ثم انعقدت آمالهم على قدوم حملة صليبية جديدة من أوروبا لنجدتهم^(٢).

وكانت الدولة العباسية في هذه الفترة ضعيفة، وقد ذكر الجلال السيوطي حادثة تدل على ضعف الخلافة وتراجع نفوذ الخلفاء في ظل السلاجقة حيث أصر السلطان السلجوقي ملكشاه على طرد الخليفة المقتدي بأمر الله سنة ٤٨٥هـ؛ لتدخله في

(١) ينظر: تاريخ مصر الإسلامية، د/ جمال الدين الشيال، ص (٧٧/٢).

(٢) ينظر: ماهية الحروب الصليبية، د/ قاسم عبده قاسم، ص (١٥٠، ١٥١).

شؤون الحكم؛ حيث أرسل إليه يقول: لا بد أن تترك لي بغداد، وتذهب إلى أي بلد شئت، فانزعج الخليفة وقال: أمهلني ولو شهراً، قال: ولا ساعة واحدة، فأرسل الخليفة إلى وزير السلطان يطلب المهلة إلى عشرة أيام، فاتفق مرض السلطان ملكشاه وموته، فعد ذلك كرامة للخليفة^(١).

وقد برز المغول إلى رحاب التاريخ منذ نهاية القرن الثاني عشر الميلادي، حيث يبدأ تاريخهم بزعيمهم جنكيز خان الذي تضاربت أقوال المؤرخين حول نسبه وتاريخ أسلافه شأن غيره من الملوك والأمراء الذين برزوا بشكل مفاجئ.

والحق أن التاريخ الأول للمغول يحوطه الشك ويكتفه الغموض وتشيع فيه الأساطير والروايات المنحولة، ومع ذلك يمكن أن نقول - وهو ما نظمنا إليه من تاريخهم المبكر -: إن قبائل المغول كانت تقطن في الجهات الشمالية من بلاد الصين في الأراضي التي نبتت فيها أصول قبائل الهون والترك ممن كانت تربطهم بالمغول صلة قوية من النسب^(٢).

وكانت القبائل المغولية إبان القرن الثاني عشر الميلادي مدعنة لإمبراطورية كين الصينية في الشمال وعاصمتها بكين^(٣)، أما عن حياتهم فكانت بدوية خشنة، حيث يعيشون في الخيام وغذاؤهم الرئيسي لحوم الخيل ومنتجات ألبانها، كما كانوا يحترفون رعي الأغنام والصيد في وقت السلم، وحمل السلاح زمن الحرب شأن غيرهم من البدو الرحل^(٤).

وكان المغول يدينون بعبادة الكواكب، فيسجدون للشمس عند طلوعها، ولا

(١) ينظر: البداية والنهاية، لابن كثير (١٣٩/١٢)، وشذرات الذهب (٤٧٧/٣)، وتاريخ الخلفاء، للسيوطي، ص (٤٨٩).

(٢) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (١٣٢/٤)، موجز تاريخ العالم، ه. ج. ويلز، ترجمة: عبد العزيز توفيق جاويد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٩م، ص (٢٣٦)، موسوعة تاريخ العراق بين احتلالين، عباس العزاوي، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (٤٧/١).

(٣) كانت الصين آنذاك في حالة انقسام، حتى استقرت بها في النهاية ثلاث إمبراطوريات رئيسية: هي إمبراطورية كين في الشمال وعاصمتها بكين، وإمبراطورية صنج في الجنوب، وعاصمتها نانكين، وإمبراطورية هسيا في الوسط. ينظر: تاريخ العالم، ويلز، موجز، ص (٢٣٦).

(٤) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (١٣٢/٤، ١٣٣)، وتاريخ المغول، عباس =

يحرمون شيئاً فكانوا يأكلون جميع الدواب حتى الكلاب والخنازير، فضلاً عما عرفوا به من إباحية صار معها الولد منهم لا يعرف أباه^(١).

وقد تمكن جنكيز خان^(٢) من توحيد القبائل المغولية والقبائل المتصلة بها في جبهة واحدة قوية تحت سلطانه، وخاض في سبيل ذلك حروباً مريرة شغلت سنوات طويلة من حياته، بيد أنها أكسبته خبرة واسعة بفنون القتال وخطط الحرب وأساليبها المتنوعة، كما دفعته إلى ترقية آلاته الحربية والعناية الفائقة بتنظيم جيشه وحسن تدريبه وتسليحه^(٣).

وبذلك أصبح للمغول مملكة واسعة الأرجاء تضم خليطاً مركباً من أجناس مختلفة أهمها المغول والترك، وعاصمتها قرا قورم^(٤).

وكان الطريق معبداً والظروف مواتية لكي يحقق جنكيز خان مطامعه في توسيع حدود إمبراطوريته ومد رقعتها على حساب البلاد والدول الإسلامية المجاورة لدولته.

وقد تفاوتت أنظار المؤرخين وتباينت آراؤهم في تحديد البواعث والأسباب التي دعت جنكيز خان وقومه للخروج إلى غزو البلاد الإسلامية، فذهب بعضهم إلى أن السلطان علاء الدين خوارزم شاه محمد لمّا أظهر الخلاف للخليفة الناصر لدين الله العباسي وقطع خطبته من بلاده، وأجمع الخروج إلى بغداد للاستيلاء عليها، أرسل الناصر لدين الله إلى جنكيز خان يغريه بقتال الدولة الخوارزمية ويحرضه على القضاء عليها، حتى يشغل السلطان الخوارزمي بنفسه ولا يفكر في الخروج إلى غزو العراق، وقد درج على هذه الطريقة أسلافه من خلفاء بني العباس، فاستعانوا

= إقبال، بيروت، لبنان، ص (٥٧).

(١) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (١٣٣/٤).

(٢) اسمه الحقيقي تيموجين، أما جنكيز خان فلقب أطلق عليه في الثالثة والأربعين من عمره، حين تمكن من حكم بلاد المغول بغير منازع، ويعني هذا اللقب: الملك صاحب القدرة والبطش. ينظر: موسوعة تاريخ العراق بين احتلالين، لعباس العزاوي (١/٨١، ٨٩، ٩٠).

(٣) ينظر: موسوعة تاريخ العراق، لعباس العزاوي (١/٨٣-٨٩)، تاريخ المغول، لعباس إقبال، ص (٥٧) وما بعدها.

(٤) ينظر: الدولة العباسية، لمحمد الخضري، ص (٥٤٢).

بالبويهيين للقضاء على نفوذ الترك، ثم كتبوا إلى السلاجقة ليخلصوهم من استبداد بني بويه، ثم اتصلوا بالدولة الخوارزمية لتقيهم شر السلاجقة.

وليس للعامل الديني - باعتبار المغول طائفة من الوثنيين - أثرٌ في إضعاف هذا الرأي؛ نظراً لأن الخليفة العباسي لم يبال بشيء في سبيل المحافظة على ملكه، وأنه لم يكن يتوقع أن يتمكن المغول من الوصول إلى بلاده، لبعده المسافة بينهم وبينه، ولوقوف جند خوارزم شاه حصناً منيعاً في سبيلهم^(١).

وثمة رأي آخر يقول: إن السبب الحقيقي الذي أثار جنكيز خان وحركه إلى غزو بلاد الإسلام قتل الخوارزميين طائفة من تجار المغول - وكانوا زهاء أربعمئة - سنة ٦١٥هـ؛ لظنهم أنهم جواسيس يتكرون في زِيِّ التجار، والاستيلاء على ما كان معهم من ذخائر وأموال.

فلما أرسل جنكيز خان إلى خوارزم شاه يعاتبه، ويسأله القصاص من قتلة التجار، أبقى خوارزم شاه وقتل الرسول؛ فاستشاط جنكيز خان غضباً، وصمّم على الخروج لقتاله^(٢).

ومع تقديرنا لهذين الرأيين، فمن الممكن أن نضيف إليهما رأياً ثالثاً، وهو أن تطلع المغول إلى الاستيلاء على البلاد الإسلامية كان جزءاً من مشروع سياسي عسكري يهدف إلى مد حدود إمبراطورية المغول وتوسيع رقعتها بعد أن تم لهم فتح إمبراطورية الصين الشمالية وروسيا ومناطق واسعة من آسيا.

ومهما يكن من أمر فقد عبأ جنكيز خان قواته وجيوشه وخاض سلسلة من الحروب ضد خوارزم شاه انتهت بسقوط دولة الأخير سقوطاً مروّعاً، ففي سنة ٦١٦هـ استولى جنكيز خان على مدينة بخارى^(٣)، ثم استولى على سمرقند^(٤)، قسبة بلاد ما وراء النهر، وكعبة العلماء والأدباء سنة ٦١٧هـ^(٥)، ثم جعلت جيوش

(١) ينظر: الدولة العباسية، لمحمد الخضري، ص (٥٤٤، ٥٤٥)، تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم حسن (٤/١٤١، ١٤٢).

(٢) ينظر: الكامل، لابن الأثير (١٠/٤٠٣).

(٣) بخارى: من أعظم مدن ما وراء النهر وأجلّها، يُعبر إليها من أَمَل السُّطّ، وبينها وبين جيحون يومان من هذا الوجه وكانت قاعدة ملك السامانية. ينظر: معجم البلدان، للشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، تحقيق: فريد

المغول تتعقب السلطان محمد خوارزم شاه لاستئصال شأفته والذي وافته المنية وحيداً شريداً بجزيرة آبسكون ببحر الخزر^(١)، فأل ملك الخوارزميين إلى ولده جلال الدين خوارزم شاه الذي نجح في تكوين جيش قوي، وحقق سلسلة من الانتصارات في الهند، واسترد عددًا من البلاد كان المغول قد استولوا عليها.

وفي سنة ٦٢٤هـ توفي جنكيز خان بعد أن قسم إمبراطوريته الشاسعة إلى أربعة أقسام بين أبنائه الأربعة، وهم جوجي وجغتاي وتولي وأوكداي، وكان من نصيب ولده الثالث «تولي خان» خراسان وما ينتظر الاستيلاء عليه من ديار بكر والعراقين. وقد نهض تولي بمهمة إسقاط الخلافة العباسية ببغداد ومد سلطان المغول على الجزيرة والشام وبلاد الروم^(٢).

وكان أجتاي قد خلف والده جنكيز خان في زعامة المغول، وكان في حياة أبيه مفوضًا من قبله في إدارة شؤون الإمبراطورية المترامية الأطراف^(٣).

وقد قرر أمراء المغول وزعمائهم تجريد جيشين لإتمام عمليات الغزو التي بدأها جنكيز خان بغزو البلاد التي لم يكن قد تم غزوها: أحدهما صوب الصين الشمالية، والآخر نحو إيران للقضاء على جلال الدين وإتمام غزو أذربيجان وكردستان^(٤)، خاصة بعد رجوع السلطان جلال الدين خوارزم شاه من الهند واسترداده البلاد التي

= عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م (١/٣٥٣).

(٤) سمرقند: بلد معروف مشهور، قيل: إنه من أبنية ذي القرنين بما وراء النهر، وهو قصبه الصغد، مبنية على جنوبي وادي الصغد مرتفعة عليه. ينظر: معجم البلدان (٣/٢٤٦)، (٢٤٧).

(١) ينظر: سير أعلام النبلاء (٢٢/٢٣٣).

(٢) ينظر: تاريخ المغول، لعباس إقبال، ص (٨٠). وبحر الخزر هو: البحر الطبرستاني. ينظر: نزهة المشتاق في اختراق الآفاق، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن إدريس، الحمودي، الحسنی، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م (٢/٨٣١).

(٣) ينظر: الدولة العباسية، لمحمد الخضري، ص (٥٥٠)، تاريخ المغول، لعباس إقبال، ص (١٣٦).

(٤) ينظر: تاريخ المغول، لعباس إقبال، ص (١٣٦، ١٦١).

(٥) ينظر: السابق، ص (١٦١، ١٦٢).

ورثها عن أبيه وتقدمه غربًا حتى وصل إلى تفليس وكيلاط^(١).
 فأرسل أجتاي إلى جلال الدين جيشًا كبيرًا بلغت عدته ثلاثمائة ألف مقاتل، فلم
 يستطع جلال الدين الصمود أمامه، فهرب إلى أطراف ميفارقين؛ حيث قتل بأحد
 جبالها على يد أحد الأكراد في شوال سنة ٦٢٨هـ / ١٢٣٥م^(٢).
 وبعد أن تمكن المغول من القضاء على خصمهم العنيد جلال الدين، شرعوا في
 إخضاع البلاد الإيرانية التي لم يغزوها من قبل، فاستولوا على غزنين وكابل
 وطبرستان وجيلان وأذربيجان وغيرها، وساعدهم على ذلك عدم وجود من يستطيع
 أن يقف أمام طوفان هجومهم الكاسح.

وقد اتجه قسم من الجيش المغولي إلى غزو ديار بكر وأرزن الروم وميفارقين
 وماردين ونصيبين والموصل، وتقدم المغول حتى ضفاف الفرات^(٣).

ومع اقتراب الخطر المغولي من الجزيرة والعراق، بدأ الخليفة العباسي المستنصر
 بالله يستشعر حرج الموقف ومدى الخطر الذي يهدد ملكه الضعيف، فجعل يستنجد
 بالسلطين التابعين له، فخرج الملك الكامل الأيوبي من مصر إلى الشام على رأس
 جيش كبير سنة ٦٢٩هـ يرافقه عدد من سلاطين الشام الأيوبيين، ولكن بعد وصول
 الملك الكامل إلى حران^(٤) بلغه أن المغول قد رحلوا عن خلاط^(٥)، وبدلاً من أن
 يتعقبهم اتجه إلى ديار بكر واستولى عليها، ثم عاد إلى مصر دون أن يخوض حربًا

-
- (١) ينظر: تاريخ الإسلام، د. حسن إبراهيم (٤/١٥٠).
 (٢) ينظر: تاريخ ابن خلدون، لابن خلدون، دار مكتبة الحياة، بيروت (٥/٥٩٢) وتاريخ
 المغول، لعباس إقبال، ص (١٦٢ - ١٦٤).
 (٣) ينظر: تاريخ المغول، لعباس إقبال، ص (١٦٦، ١٦٧).
 (٤) حران هي مدينة عظيمة مشهورة من جزيرة أقور، وهي قصبة ديار مضر، بينها وبين الرها يوم
 وبين الرقة يومان، وهي على طريق الموصل والشام والروم، قيل: سميت بهاران أخي
 إبراهيم - عليه السلام - لأنه أول من بناها فعربت فقبل حران. ينظر: معجم البلدان (٢/
 ٢٧١).
 (٥) خلاط، بكسر أوله، وآخره طاء مهملة: بلدة عامرة مشهورة كثيرة الخيرات، وهي قصبة
 أرمينية الوسطى، يضرب ببردها في الشتاء المثل. ينظر: مراصد الاطلاع (١/٤٧٦)،
 ومعجم البلدان (٢/٤٣٥).

مع المغول^(١).

وعلى الرغم من كارثة المغول الرهيبة لم يكف سلاطين الجزيرة والشام ومصر عن التناحر والحروب الأهلية فيما بينهم^(٢).

* * *

(١) ينظر: السلوك لمعرفة دول الملوك (١/٢٤٢، ٢٤٣).

(٢) ينظر: تاريخ المغول، لعباس إقبال، ص (١٦٨).

الحياة العلمية في القرن السادس الهجري

- لا شك أن الحالة السياسية لها الأثر الهام في الحياة العلمية، وأظهر هذه الآثار يمكن إبرازها في النقاط التالية:
- ١- كثرة المؤسسات التعليمية.
 - ٢- التنوع المعرفي والعلمي.
 - ٣- ظهور العلماء البارزين في عدّة من الفنون المختلفة.
- ١- كثرة المؤسسات التعليمية:

لا شك أن المؤسسات التعليمية في هذا العصر كانت من العوامل المساعدة لوجود نهضة علمية كبيرة؛ لا سيما وقد وجدت من قبل عصر المصنف ففي عصر الدولة السلجوقية، وخاصة في عهد وزيرها الحكيم الرشيد نظام الملك الذي وزر للسلطان ألب أرسلان، ثم لابنه السلطان ملكشاه أنشأت كثيرًا من المدارس العلمية وقد ارتبطت الحركة العلمية ارتباطًا وثيقًا بالوزير نظام الملك، إذ لم يكن قائدا سياسيا فحسب بل كان محبا للعلم، وعاشقا لحديث رسول الله ﷺ، وكان يقول في تواضع: «إني لست من أهل هذا الشأن، ولكنني أحب أن أجعل نفسي على قطار نقلة حديث رسول الله»^(١).

ونظام الملك الطوسي هو أول من بنى المدارس في الإسلام في أواسط القرن الخامس للهجرة، وقيل: بأن هناك مدارس أنشئت في نيسابور - عاصمة خراسان- قبل زمن نظام الملك، منها مدرسة ابن فورك المتوفى سنة ٤٠٦ هـ، والمدرسة البيهقية نسبة إلى البيهقي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ، والمدرسة السعيدية بناها نصر بن سبكتكين، أخو السلطان محمود الغزنوي الشهير، ومدرسة بناها إسماعيل الاسترابادي الصوفي الواعظ، وأخرى بنيت للأستاذ أبي إسحاق، وكل هذه المدارس بنيت قبل بناء المدرسة النظامية في بغداد حتى نظام الملك نفسه بنى مدرسة بهذا الاسم في نيسابور أيضا قبل مدرسة بغداد بناها لإمام الحرمين في سلطنة ألب أرسلان، فلعل السبب في اشتها أسبقية نظام الملك في إنشاء المدارس أنه أول من

(١) تاريخ الأمم الإسلامية - الدولة الإسلامية، للشيخ الخضري بك، القاهرة، المكتبة التجارية، دون تاريخ، ص (٤٢٨).

بنى مدرسة كبرى في بغداد، وجعل التعليم فيها مجانا وفرض لتلامذتها الأرزاق والجواري والمعالم^(١).

وكان لهذه العناية الفائقة بالعلم أعظم الأثر في النهضة الثقافية، وانتشار المعارف وازدهار العلوم وتنوعها، وانتشر الثراء الفكري لتنوع العلوم.

٢- التنوع العلمي والمعرفي:

في عصر الإمام برهان الدين رحمه الله ظهرت معارف شتى منها:

● علم القراءات:

برز في عصر الإمام برهان الدين رحمه الله كثير من علماء القراءات يمكن بيان بعضهم على النحو التالي:

- عتيق بن علي بن سعيد أبو بكر العبدري الطرسوسي ثم البلسني المعروف بابن العقار مقرئ حاذق موجود مصدر، قرأ القراءات على أبي الحسن بن هذيل، وأبي بكر بن نمارة وابن النعمة، قال الآبار: كان من أهل التجويد والتحقيق والتقدم في الإقراء مع الفقه والنظر في الشروط، ولي قضاء بلنسية وخطابتها وقتا وكان في أحكامه شدة وفي أخلاقه حدة أخذ الناس عنه القراءات والحديث ومات سنة ستمائة وله سبع وستون سنة^(٢).

- محمد بن يوسف بن أبي بكر الأملي الطبري، ينعت بضياء الدين، المقرئ، الفقيه، قرأ القراءات على الحافظ أبي العلاء الهمداني وسمع من مسعود الثقفي، وقدم الشام فأمر بالسلطان صلاح الدين يوسف بن أيوب وأقرأ بدمشق وروى كثيرا، توفي سنة ستمائة^(٣).

- محمد بن يوسف بن مفرج بن سعادة، أبو بكر وأبو عبد الله الإشبيلي نزيل تلمسان، مقرئ محقق، قرأ على شريح وأحمد بن محمد بن حرب المسيلي، وروى

(١) تاريخ التمدن الإسلامي، لجرحي زيادان، مصر، ١٩٣١م (٣/٢٢٣).

(٢) ينظر: التكملة لكتاب الصلة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله القضاعي، تحقيق: عبد السلام الهراس، دار الفكر للطباعة، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (٤/٢٣)، وتاريخ الإسلام (٤٢/٤٦٤)، وغاية النهاية في طبقات القراء، لابن الجزري، مكتبة المتنبّي، القاهرة (١/٥٠٠).

(٣) ينظر: تاريخ الإسلام (٤٢/٤٨١)، وغاية النهاية في طبقات القراء (٢/٢٨٤).

الحروف عن أبي محمد بن عتاب، وقرأ عليه: أحمد بن علي بن عون الله الحصار، وعبد الله بن لب، وروى عنه: الشاطبي شرح الهداية للمهدوي في حياته، ومات قبله بعشر سنين، قال ابن الأبار: وكان مقرئاً فاضلاً ومحدثاً ضابطاً أخذ الناس عنه وعمر وأسنّ، وتوفي سنة ستمائة^(١).

● علم التفسير:

انتشر علم التفسير في هذا العصر وظهر كثير من المصنفات فيه، ومن أبرز العلماء في ذلك:

- علي بن محمد بن علي بن أحمد بن هارون العمراني الخوارزمي الحنفي أبو الحسن يلقب حجة الأفاضل، وفخر المشايخ، قرأ الأدب على الزمخشري وصار من أكبر أصحابه، وأوفرهم حظاً من غرائب آدابه، لا يشقّ غباره في حسن الخطّ واللفظ، ولا يمسح عذاره في كثرة السماع والحفظ، سمع الحديث من الزمخشري، والإمام عمر الترجماني، والحسن بن سليمان الخجندي، وعبد الواحد الباقرجي وغيرهم، صنّف «التفسير» و«اشتقاق الأسماء» و«المواضع والبلدان»، مات سنة ستين وخمسمائة^(٢).

- بشير بن حامد بن سليمان بن يوسف بن سليمان بن عبد الله، الإمام نجم الدين أبو النعمان الهاشمي الطالبي الجعفري الزينبي التبريزي الصوفي الفقيه. ولد بأردبيل سنة سبعين وخمسمائة، وكان إماماً مشهوراً بالعلم والفضل، وله تفسير مليح في عدة مجلدات، مات بمكة في صفر سنة ست وأربعين وستمائة^(٣).

- أحمد بن إسماعيل بن يوسف أبو الخير الطالقاني القزويني رضي الدين، ولد سنة اثنتي عشرة وخمسمائة قال ابن النجار: كان رئيس أصحاب الشافعي، وكان

(١) ينظر: التكملة لكتاب الصلاة، لابن الأبار (٧٣/٢)، وغاية النهاية في طبقات القراء (٢/٢٨٨).

(٢) معجم الأدباء، للشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط.)، ١٩٧٩م (٥/٤١٢)، طبقات المفسرين، محمد بن علي الداوودي المالكي، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ص (٣٧٢).

(٣) طبقات المفسرين، للسيوطي، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، ط(١)، ١٣٩٦هـ، ص (٣٩-٤٠).

إماما في المذهب والخلاف والأصول والتفسير وولي تدريس النظامية، وكان مؤلفا في التفسير ومات في المحرم سنة تسعين وخمسمائة^(١).

- الحسن بن الخطير أبو النعماني الفارسي، كان فقيها حنفيا عالما بالتفسير والحساب والهيئة والطب، مبرزا في النحو واللغة والعروض والأدب والتاريخ، ألف تفسيرا، وشرح الجمع بين الصحيحين للحميدي، وكتبا في اختلاف الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار، أقام بالقاهرة مدة يدرس إلى أن مات بها سنة ثمان وتسعين وخمسمائة، وكان يقول: قد انتحلْتُ مذهب أبي حنيفة، وأنتصرُ له فيما وافق اجتهادي^(٢).

● علم الحديث:

ظهر في عصر المصنف الكثير من علماء الحديث والحفاظ ممن تحمل رواية كتب الحديث المسندة مما دفع الحافظ أبا بكر محمد بن عبد الغني بن أبي بكر بن شجاع، معين الدين، ابن نقطة الحنبلي البغدادي المتوفى ٦٢٩هـ أن يصنف كتابه المسمى بالتقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد ذكر فيه الكثير من الحفاظ رواة كتب الحديث وحامله، ممن كان له وجود في عصر ابن مازة البخاري من هؤلاء:

- محمد بن ناصر بن محمد بن علي بن عمر الحافظ الإمام محدث العراق أبو الفضل السلامي، ولد سنة سبع وستين وأربعمائة عني بفن الحديث وبالغ في الطلب بعد أن برع في اللغة وحصل الفقه والنحو وكان ثقة حافظا ضابطا ثبنا متقنا من أهل السنة رأسا في اللغة أخذ عنه ابن الجوزي علم الحديث توفي في ثاني عشر شعبان سنة خمسين وخمسمائة^(٣).

(١) طبقات المفسرين، لأحمد بن محمد الأدنه وي من علماء القرن الحادي عشر، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص (٢٥٠).

(٢) الجواهر المضية (١/١٩١).

(٣) الأنساب، لعبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني وغيره، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط (١)، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م (٧/٢٠٩)، والمنتظم في تاريخ الأمم والملوك، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م (١٠/١٠).

- علي بن أحمد بن علي بن إبراهيم بن بحر أبو علي التُّستري، ثم البصري السَّقَطي. كانت الرحلة إليه في سماع سنن أبي داود وبقي إلى سنة ستين وخمسائة^(١).

- محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر أبو عبد الرحمن بن أبي الفتح الكشميهني، قدم بغداد سنة ستين وخمسائة، وحدث «بصحيح مسلم» عن الفراوي في مجلس الوزير ابن هبيرة توفي سنة ثمان وسبعين وخمسائة^(٢).

- خلف بن عبد الملك بن مسعود بن موسى بن بشكوال بن يوسف بن داحة أبو القاسم الأنصاري، القرطبي، المحدث، حافظ الأندلس في عصره ومؤرخها ومسندها ولد سنة أربع وتسعين وأربعمائة. توفي سنة ثمان وسبعين وخمسائة^(٣).

- أحمد بن محمد بن أحمد بن إبراهيم الأصبهاني الحافظ السلفي العلامة شيخ الإسلام كان حافظا ناقدا متقنا ثبتا دينا خيرا، انتهى إليه علو الإسناد. وروى عنه الحفاظ في حياته، وله معجم شيوخ أصبهان ومعجم شيوخ بغداد،

= (١٦٣، ١٦٢)، وتذكرة الحفاظ (٤/١٢٨٩، ١٢٩٢-١٢٩٣)، وسير أعلام النبلاء (٢٠/٢٦٥-٢٧١)، والعبر (٤/١٤٠).

(١) المنتظم (٩/٢٣)، والكامل في التاريخ (١٠/١٥٩)، والتقييد لمعرفة رواة السنن والمسائيد، لمحمد بن عبد الغني بن أبي بكر بن شجاع، أبي بكر، معين الدين، ابن نقطة الحنبلي البغدادي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (٤٠٣، ٤٠٤)، وسير أعلام النبلاء (١٨/٤٨١، ٤٨٢)، والمعين في طبقات المحدثين، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله تحقيق: د. همام عبد الرحيم سعيد، دار النشر: دار الفرقان، عمان، الأردن، ط (١)، ١٤٠٤هـ (١٣٨) رقم (١٥١٨).

(٢) سير أعلام النبلاء (٢١/٨١، ٨٢)، والوافي بالوفيات (١/١٦٥، ١٦٦).

(٣) تذكرة الحفاظ (٤/١٢٣٩)، والمعين في طبقات المحدثين (١٧٧ و ١٨٨٦)، والإعلام بوفيات الأعلام، للذهبي، تحقيق: مصطفى بن علي عوض، وربيح أبو بكر الباقي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص (٢٣٨)، وسير أعلام النبلاء (٢١/١٣٩-١٤٣)، ودول الإسلام (٢/٩٠)، وتاريخ ابن الوردي، لزين الدين عمر بن مظفر الشهير بابن الوردي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (٢/٩٢)، ومراة الجنان، لأبي محمد عفيف الدين عبد الله بن أسعد بن علي بن سليمان اليافعي، وضع حواشيه: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (٣/٤١٢، ٤١٣).

ومعجم شيوخ السفر وله تصانيف، وكان أوحد زمانه في علم الحديث وأعلمهم بقوانين الرواية، توفي يوم الجمعة خامس ربيع الآخر سنة ست وسبعين وخمسائة وله مائة سنة^(١).

- عبد الكريم ابن الحافظ معين الدين أبي بكر محمد بن العلامة المجتهد أبي المظفر منصور المروزي أبو سعد السمعاني الحافظ البارع العلامة تاج الإسلام، ولد سنة ست وخمسائة في شعبان وعني بهذا الشأن ورحل إلى الأقاليم، وسمع من أبي عبد الله الفراوي وزاهر الشحامي والطبقة، وبلغت شيوخه سبعة آلاف شيخ مات في جمادى الأولى سنة اثنتين وستين وخمسائة عن ست وخمسين سنة^(٢).

- عبد الرحيم بن عبد الكريم بن محمد أبو المظفر بن الحافظ الكبير أبي سعد السمعاني المروزي، الشافعي ولد سنة سبع وثلاثين وخمسائة، واعتنى به أبوه اعتناء كلياً، ورحل به، وأسمعه ما لا يوصف كثرة، وخرج أبوه له عوالي في سفرين، وأشغله بالفقه والحديث والأدب، وحصل من كل فن، سمع منه: الحافظ أبو بكر محمد بن موسى الحازمي ومات قبله بدهر، والبرزالي، وابن الصلاح، والضياء، وابن النجار وغيرهم، قال الذهبي: عدم في دخول التتار في آخر سنة سبع عشرة، أو في أول سنة ثمانى عشرة وستمائة^(٣).

- القاسم بن عبد الله بن عمر النيسابوري المعروف بابن الصفار مولده: في ربيع الآخر، سنة ثلاث وثلاثين وخمسائة، سمع من جده، ومن: وجيه الشحامي،

(١) اللباب، لابن الأثير (٢/١٢٦)، الكامل، لابن الأثير (١١/١٩١)، سير أعلام النبلاء (٢١/٥-٤٠)، والمختصر المحتاج إليه من تاريخ الحافظ الديلمي، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (١/٢٠٦)، والعبر (٤/٢٢٧)، وتذكرة الحفاظ (٤/١٢٩٨).

(٢) المنتظم (١٠/٢٢٤)، الكامل في التاريخ (١١/٣٣٣)، العبر (٤/١٧٨)، تذكرة الحفاظ (٤/١٣١٦ - ١٣١٨)، دول الإسلام (٢/٧٦)، المستفاد من ذيل تاريخ بغداد، لأحمد بن أيك بن عبد الله الحسيني عرف بابن الدمياطي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ص (١٧٢، ١٧٣)، طبقات الشافعية الكبرى، لعبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، القاهرة، ط (٢)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م (٧/١٨٠ - ١٨٥).

(٣) المختصر المحتاج إليه (٣/٢٨ - ٢٩)، والعبر (٥/٦٨ - ٦٩)، سير أعلام النبلاء (٢٢/١٠٧-١٠٩).

وعبد الله بن الفراوي، ومحمد بن منصور الحرصي، وهبة الرحمن ابن القشيري، وإسماعيل بن عبد الرحمن العصائدي، وعبد الوهاب بن إسماعيل الصيرفي، وعدة.

حدث عنه: البرزالي، والضياء، والصريفيني، وابن الصلاح، ومحمد بن محمد الإسفراييني، والمرسي، والبكري، وعمر الكرمانني، وجماعة. استشهد في اجتياح التتار في سنة ثمانني عشرة وستمائة^(١).

- عبد القادر بن عبد الله بن عبد الله أبو محمد الرهاوي، الحنبلي، السفار ولد سنة ست وثلاثين وخمسائة، وحبب إليه سماع الحديث، ولقي بقايا المسنين، وأكثر عنهم، وتميز، وصنف، سمع بأصبهان وبمرو وبنيسابور، وبسجستان، وببغداد، وبواسط، وبالموصل وبدمشق وبالإسكندرية وبمصر وغيرها، وعمل (أربعي البلدان) المتباينة الأسانيد ولواحقها ومتعلقاتها، فجاءت في مجلدين دلت على حفظه ونبله، وجمع كتابا كبيرا سماه: (المادح والممدوح) فيه تراجم جماعة من الحفاظ والأئمة، أصله ترجمة شيخ الإسلام أبي إسماعيل الهروي. توفي: بحران، في ثاني شهر جمادى الأولى، سنة اثنتي عشرة وستمائة، وله ست وسبعون سنة^(٢).

- محمد بن محمود بن إبراهيم بن الفرج الهمذاني، الإمام، المحدث المتقن، الواعظ الصالح ابن الحمامي ولد: في أول سنة ثمان وأربعين.

كان محدث وقته بهمذان، وكبيرها. قال ابن النجار: حضرت مجلس إملائه، وكان له القبول التام، والصيت الشائع، ويتبركون به.

وكان من أئمة الحديث وحفاظه، وله المعرفة بفقهِ الحديث، ولغته ورجاله، وكان فصيحاً، حلو العبارة، منقح الألفاظ، مع تعبد وزهد، وكان أماراً بالمعروف، ناصراً للسنّة، متواضعاً، متودداً، سمحاً، جواداً، استولت التتار في جمادى الآخرة،

(١) سير أعلام النبلاء (٢٢/١٠٩-١١١)، العبر ٧٤/٥ - ٧٥، وطبقات الشافعية الكبرى، السبكي (١٤٨/٥)، والنجوم الزاهرة (٦/٢٥٣).

(٢) سير أعلام النبلاء (٢٢/٧١-٧٤)، تذكرة الحفاظ (٤/١٣٨٧ - ١٣٨٩)، ودول الإسلام (٢/٨٧)، والبداية والنهاية (١٣/٦٩)، وذيل طبقات الحنابلة، لعبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، مصر، (د.ط)، ١٣٧٢هـ (٢/٨٢، ٨٦).

سنة ثمانني عشرة على همذان، فبرز لقتالهم بابنه عبيد الله، فاستشهدا^(١).
وغير هؤلاء الكثير جدًا مما يطول سردهم، وعليه فقد ظهر العديد من المصنفات
الخاصة بعلم الحديث وبالعلوم المتعلقة به مثل:

- الأربعين البلدانية للرهاوي.
 - والمادح والممدوح له.
 - الذيل على تاريخ بغداد.
 - تاريخ مرو.
 - أدب الإملاء والاستملاء.
 - المساواة والمصافحة.
 - الأنساب.
 - وفيات المتأخرين.
 - الأمالي، كلها لأبي سعد السمعاني.
 - الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار.
 - الفيصل في مشتبه النسبة.
 - عجالة المتبدي وفضالة المنتهي.
 - شروط الأئمة الخمسة كلها للحازمي.
 - التقييد في رواة السنن والمسانيد.
 - إكمال الإكمال كلاهما لابن نقطة الحنبلي، وغير ذلك.
- علم اللغة:

ومن علماء اللغة في عصر الإمام برهان الدين رحمه الله:
- الحسن بن صافي بن عبد الله أبو نزار الملقب بملك النخاعة ولد ببغداد سنة تسع
وثمانين وأربعمائة وصنف في النحو كتبًا كثيرة وصنف في الفقه كتابًا سمّاه
(الحاكم)، ومختصرين في الأصولين، وله ديوان شعر وكان متفنيًا في العلوم غزير
الفضل، توفي بدمشق في سؤال سنة ثمان وستين وخمسمائة^(٢).

(١) سير أعلام النبلاء (١٦١/٢٢)، والمختصر المحتاج إليه (١٣٥/١ - ١٣٦)، والوافي
بالوفيات (٣٩١/٤ - ٣٩٢)، والنجوم الزاهرة (٢٥٢/٦ - ٢٥٣).

(٢) تاريخ دمشق، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، تحقيق: =

- عبد الرَّحْمَن بن مُحَمَّد بن عبيد الله بن أبي سعيد كَمَال الدين أَبُو البركات ابن الأَنْبَارِي التَّحَوِّي صاحب كتاب أسرار العَرَبِيَّة وَغَيْرِهِ من التصانيف المفيدة الَّتِي تَزِيد على مائة مُصَنَّف منها: أَحْبَار النُّحَاة، الْجَمَل فِي علم الجدل، ديوان اللُّغَة، شرح الحماسة، شرح ديوان المتنبي، نزهة الألباء فِي طبقات الأدياء، توفي فِي شعبان سنة سبع وَسبعين وَخَمْسِمِائَة^(١).

• علم الكلام:

برز فِي هذا العصر كثير من علماء علم الكلام ممن لهم الأثر الثقافي والحضاري فِي هذا العلم ومن هؤلاء:

- مُحَمَّد بن عمر بن الْحُسَيْن بن الْحسن بن عَلِيّ الْعَلَامَة سُلْطَان الْمُتَكَلِّمِينَ فِي زَمَانِهِ فَخَر الدين أَبُو عبد الله الْقُرَشِي الْبَكْرِي التَّيْمِي الطبرستاني الْأَصْل ثُمَّ الرَّازِي الْمُفَسِّر الْمُتَكَلِّم إِمَام وقته فِي الْعُلُوم الْعَقْلِيَّة، وَأحد الْأَيْمَة فِي عُلُوم الشَّرِيعَة، صاحب المصنفات الْمَشْهُورَة والفضائل الغزيرة الْمَذْكُورَة، ولد فِي رَمَضَان سنة أَرْبَع وَأَرْبَعِينَ وَخَمْسِمِائَة وَكَانَتْ وفاته بهراة يَوْم عيد الفطر سنة سِتِّ وَسِتْمِائَة^(٢).

= عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (١٣/٧٦-٧١)، خريدة القصر وجريدة القصر، للعماد الأصفهاني الكاتب (قسم الشعراء المغرب والأندلس)، تحقيق: محمد العروسي المطوي وآخرين الدار التونسية للنشر، الطبعة الثانية ١٩٨٦م (٣/٨٩)، إنباه الرواة على أنباه النحاة، لجمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي، المكتبة العنصرية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ (١/٣٠٥-٣١٠)، معجم الأدياء (٢/٨٦٦)، وفيات الأعيان (٢/٩٢-٩٣)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٧/٦٣-٦٤)، طبقات الشافعية، للإسنوي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط (١) (٢/٢٧٨-٢٧٩)، طبقات النحويين واللغويين للزبيدي، طبع في مصر، (د.ط)، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م (١/٣٠٢-٣٠٤) البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، لمجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص (٩٨).

(١) إنباه الرواة (٢/١٧١)، وفيات الأعيان (٣/١٣٩)، سير أعلام النبلاء (٢١/١١٣-١١٥)، تاريخ الإسلام (٤٠/٢٣٨-٢٤٠)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٧/١٥٥)، طبقات الشافعية، للإسنوي (١/٦٧)، طبقات الشافعيين، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، تحقيق: د/أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (١/٦٩١)، البلغة في تاريخ أئمة اللغة (١٩٩)، بغية الوعاة (٢/٨٦).

(٢) التدوين في أخبار قزوين، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، تحقيق: عزيز الله

- عمر بن الحسين بن الحسن الإمام الجليل ضياء الدين أبو القاسم الرازي والد الإمام فخر الدين كان أحد أئمة الإسلام مقدماً في علم الكلام له فيه غاية المرام في مجلدين، وهو من أنفس كتب أهل السنة وأشدّها تحقيقاً وكان فصيح اللسان قوي الجنان فقيهاً أصولياً متكلماً صوفياً خطيباً مُحدثاً أديباً له نثر في غاية الحسن يكاد يخكي ألفاظ مقامات الحريري من حسنه وحلاوته ورشاقته سجعه، توفي بين الخمسمائة وخمسين والستمائة^(١).

● علم أصول الفقه والفقه:

انتشر علم الفقه وأصوله في عصر الإمام برهان الدين رحمه الله على المذاهب الأربعة^(٢)، وممن ساهم في إحياء هذا العلم نخبة من فقهاء الأمة وعلمائها وأبرزهم ما يلي:

+ أولاً: علماء الحنفية:

- عبد الغفور بن لقمان بن مُحَمَّد أبو المفاخر الكردي الملقب تاج الدين وكردر قزوة بخوارزم، إمام الحنفية له التصانيف المفيدة في الفقه والأصول له تصانيف في أصول الفقه وكتاب في شرح التجريد وشرح الجامع الصغير، نحا فيه نحو شرح الجامع الكبير، يذكر لكل باب أصلاً ثم يخرج عليه المسائل، توفي سنة اثنتين وستين وخمسمائة^(٣).

- أحمد بن محمد بن عمر أبو نصر، وقيل: أبو القاسم زين الدين العتابي، له

= العطارى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م (١/٤٧٧-٤٧٨)، التكملة لوفيات النقلة، عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، تحقيق: د. بشار عواد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢) (١٨٦-١٨٧)، سير أعلام النبلاء (٢١/٥٠٠-٥٠١)، تاريخ الإسلام (٤٣/٢١١-٢٢٢)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٨/٨١-٩٦)، وطبقات الشافعيين (١/٧٧٨)، ذيلها للمطري (٢٨-٣٢)، طبقات الشافعية، للإسنوي (٢/١٢٣-١٢٤)، العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي، تحقيق: أيمن نصر الأزهرى، وسيد مهني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ص (٣٧٩).

(١) طبقات الشافعية الكبرى، لابن سعد (٧/٢٤٢).

(٢) مقدمة ابن خلدون، لعبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي، دار القلم، بيروت، ط (٥)، ١٩٨٤م، ص (٤٤).

(٣) الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٣٢٢-٣٢٣)، تاج التراجم (١٤٨).

كتاب الزيادات، وكتاب جوامع الفقه أربع مجلدات، وشرح الجامع الكبير، وشرح الجامع الصغير، مات يوم الأحد من سنة ست وثمانين وخمسمائة ببخارى^(١).

- أحمد بن محمد بن محمود بن سعيد الغزنوي الكاشاني، تفقه على أحمد بن يوسف الحسيني العلوي، وتفقه به جماعة، وصنف كتاب روضة اختلاف العلماء، ومقدمة في الفقه، عرفت بالغزنوية، وكتاب في أصول الفقه، وكتاب روضة المتكلمين في أصول الدين، وكتاب المنتقى من روضة المتكلمين، وكتاب البدايع في الفقه، مات بحلب بعد سنة ثلاث وتسعين وخمسمائة^(٢).

- محمود بن أحمد بن الحسن، عماد الدين، الفاريابي. توفي ليلة الخميس، العشرين من جمادى الأولى سنة سبع وستمائة^(٣).

- الحسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز الأوزجندي، الفرغاني، المعروف بـ«قاضي خان»، فخر الدين. له «الفتاوى» في أربعة أسفار وشرح «الجامع الصغير» وشرح «الزيادات» وشرح «أدب القاضي» للخفاف، توفي ليلة النصف من رمضان سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة^(٤).

- محمد بن عبد الستار بن محمد، العمادي، أبو الوحدة، المعروف بشمس الأئمة الكردي، ولد سنة تسع وخمسين وخمسمائة تفقه على برهان الدين، أبي الحسن، علي بن أبي بكر، صاحب الهداية، والورشكي، والعتّابي^(٥).

- أحمد بن الحسين بن علي بن بندار بن المطهر بن سعيد بن إبراهيم بن يوسف ابن يعقوب كان فقيهاً، عالماً فاضلاً، زاهداً، ورعاً، كثير المحفوظ، متواضعاً، وذكر أنه من ذرية القاضي أبي يوسف، مات بمرو، سنة ست وخمسين

(١) تاريخ الإسلام (٢٣٦/٤١)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/١١٤)، تاج التراجم (٢٣).

(٢) تاج التراجم (٢٥)، الطبقات السنية في تراجم الحنفية (١/١٤٨).

(٣) تاج التراجم (٢٦٩).

(٤) الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٢٠٥)، تاج التراجم (٨٧)، الطبقات السنية (١/٢٤٣).

(٥) تاريخ الإسلام (١٣٨/٤٧، ١٣٩)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٨٢)، تاج التراجم (٢٤٤).

وخمسمائة^(١).

- أحمد بن مسعود بن علي، أبو الفضل التُّركستاني، انتهت إليه الرياسة في مذهب أبي حنيفة، وكان عفيفاً، نزيهاً، ولم يكن الحديث من فنه توفي سنة عشر وستمائة^(٢).

- زيد بن الحسن بن زيد بن الحسن بن زيد تاج الدين، أبو اليمن، الكندي تقدم في مذهب أبي حنيفة، وأفتى ودرس، توفي سنة عشر وستمائة^(٣).

- بركة بن علي بن بركة بن الحسين بن أحمد بن بركة بن علي، أبو الخطاب. له كتاب «الآلة في صناعة الوكالة» يشتمل على الشروط، وهو حسن في فنه. مات في ربيع الأول سنة خمس وستمائة^(٤).

+ ثانياً: علماء الشافعية:

- الخضر بن نصر بن عقيل أبو العباس الإربلي الفقيه أحد الأئمة، ولد سنة ثمان وسبعين وأربعمائة، واشتغل ببغداد على أبي بكر الشاشي والكي الهراسي ورجع إلى إربل وبنيت له بها مدرسة وانتفع به خلق كثير منهم صاحب الاستقصاء قال ابن خلكان: وله تصانيف كثيرة في التفسير والفقه توفي بإربل في جمادى الآخرة سنة سبع وستين وخمسمائة^(٥).

- عبد القاهر بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن سعد الشيخ أبو النجيب التيمي

(١) المنتخب من معجم شيوخ السمعاني، لعبد الكريم بن محمد بن منصور التيمي السمعاني المروزي، أبو سعد، دراسة وتحقيق: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، دار عالم الكتب، الرياض، ط (١)، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م، ص (١٦١-١٦٢)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٦٥)، الطبقات السنية (١/١٠٢).

(٢) تاريخ الإسلام (٤٣/٣٥٧-٣٥٨)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/١٢٥)، الطبقات السنية (١/١٥٣).

(٣) تاريخ الإسلام (٤٤/١٤١-١٤٣)، الجواهر المضية (١/١٤٦)، الطبقات السنية (١/٢٨٨).

(٤) الجواهر المضية (١/١٦٤)، تاج التراجم، ص (٧٦)، الطبقات السنية (١/١٨٨).

(٥) تاريخ دمشق (١٦/٤٤٩)، تاريخ ابن الديلمي (٣/٢٣١، ٢٣٢)، وفيات الأعيان (٢/١٠)، تاريخ الإسلام (٣٩/٢٦٤، ٢٦٥)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٧/٨٣)، طبقات الشافعية، للإسنوي (١/٦٦)، البداية والنهاية (١٦/٤٩٨)، الذيل على طبقات الشافعيين، للمطري، ص (٤٨-٥٠).

البكري السهروردي أحد أئمة الشافعية مولده في صفر سنة تسعين وأربعمائة تقريباً وتوفي في جمادى الآخرة سنة ثلاث وستين وخمسمائة ودفن بمدرسته^(١).

- عبد الكريم بن محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد ابن جعفر الحافظ الكبير الإمام الشهير أحد الأعلام ولد في شعبان سنة ست وخمسمائة، وسمع الكثير، ورحل إلى البلدان وعمل معجماً في عشر مجلدات كبار توفي في غرة ربيع الأول سنة اثنتين وستين وخمسمائة^(٢).

- محمد بن عبد الكريم بن الفضل القزويني والد الإمام الرافعي تفقه ببلده على ملكداد بن علي وغيره صنف في الحديث والتفسير والفقه توفي في شهر رمضان سنة ثمانين وخمسمائة، وهو في عشر السبعين^(٣).

- محمد بن محمد بن محمد بن أحمد أبو حامد، وقيل: أبو منصور الطوسي البروي صاحب التعليقة المشهورة في الخلاف والمقترح في الجدل مات في رمضان سنة سبع وستين وخمسمائة^(٤).

- يونس بن محمد بن منعة بن مالك بن محمد الإمام رضي الدين أبو الفضل الموصلي الإربلي الأصل درس وأفتى وناظر وانتفع به جماعة من الفقهاء، وتوفي في

(١) تاريخ دمشق (٤١٢/٣٦)، الأنساب (٣٠٧/٧)، المنتظم (١٨٠/١٨)، سير أعلام النبلاء (٤٧٨-٤٧٥/٢٠)، تاريخ الإسلام (١٦٦٣-١٦٦٦/٣٩)، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (١٧٣/٧)، طبقات الشافعية للإسنوي (٣٤٣/١)، طبقات الشافعيين (٦٦٢/١)، العقد المذهب، ص (٣٤٧).

(٢) تاريخ ابن الديلمي (٢٠٢/٤)، وفيات الأعيان (٢٠٩/٣)، تاريخ الإسلام (١١٨/٣٩)- (١٢٤)، سير أعلام النبلاء (٤٥٦-٤٦٥)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٧/١٨٥-١٨٠)، طبقات الشافعية، للإسنوي (٣٣٧/١)، البداية والنهاية (٤٢٦/١٦)، طبقات الشافعيين (٦٦٣-٦٦٤/١)، الوافي بالوفيات (٦٠-٦١/١٩)، العقد المذهب (٣٤٨).

(٣) التدوين في أخبار قزوين (٣٢٨-٤٠١)، سير أعلام النبلاء (٩٧/٢١)، تاريخ الإسلام (٣١٥/٤٠)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (١٣٣-١٣٢/٦)، طبقات الشافعية، للإسنوي (٢٨٠/١)، الوافي بالوفيات (٢٣٠/٣)، طبقات الشافعيين (٧٠٣/١) العقد المذهب (٣٥٨).

(٤) تاريخ دمشق (٢٠٥-٢٠٤/٥٥)، سير أعلام النبلاء (٥٧٧/٢٠)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي (٣٨٩-٣٩٠/٦)، طبقات الشافعية، للإسنوي (١٢٦/١)، البداية والنهاية (١٦/٤٦١)، طبقات الشافعيين (٦٧٠/١)، العقد المذهب (١٢٠٦).

المحرم سنة تسع وسبعين وخمسمائة^(١).

- أسعد بن محمود بن خلف بن أحمد بن محمد منتجب الدين أبو الفتوح العجلي الأصبهاني مصنف التعليق على الوسيط والوجيز وتمة التتمة، ولد بأصبهان في أحد الربيعين سنة خمس عشرة وخمسمائة نقل عنه الرافعي في المسألة السريجية ولم ينقل عن أحد أقرب زمانا إليه منه، فإن الرافعي أكمل كتابه بعد وفاة العجلي بثنتي عشرة سنة^(٢).

- محمد بن عبد الكريم بن أحمد بن عبد الكريم بن أحمد بن طاهر الصدر الفقيه العلامة عماد الدين أبو عبد الله بن العلامة أبي سعد التيمي - بميم واحدة - الرازي المعروف بابن الوزن مصنف شرح الوجيز توفي بالري في ربيع الآخر سنة ثمان وتسعين وخمسمائة^(٣).

- محمد بن محمود بن محمد شهاب الدين أبو الفتح الطوسي نزيل مصر أحد مشاهير الشافعية وقال النووي فيما زاده على ابن الصلاح: كان شيخ الفقهاء وصدر العلماء في عصره، تفقه على جماعة من أصحاب الغزالي وقدم مصر فنشر العلم بها وتفقه عليه جماعة كثيرة^(٤).

(١) وفيات الأعيان (٦/٢٥٢)، تاريخ الإسلام (٤٠/٣٠٠-٣٠١)، الإعلام بوفيات الأعلام (٢/٣٩٢)، العبر (٣/٧٩)، مرآة الجنان (٣/٣٠٧)، الوافي بالوفيات (٢٩/١٨٦)، طبقات الإسنوي (٢/٣٢٢)، طبقات الشافعيين (١/٤٠٨)، العقد المذهب (٣٦١).

(٢) تاريخ ابن الديبشي (٢/٥٢٨-٥٣٠)، التكملة لوفيات النقلة (٢/١٠-١١)، سير أعلام النبلاء (٢١/٤٠٢)، طبقات الشافعية الكبرى (٨/١٢٦)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٨٣)، العقد المذهب (٣٩٠).

(٣) التدوين في أخبار قزوين (١/٣٢٤-٣٢٦)، التكملة لوفيات النقلة (١/٤٢٣)، تاريخ ابن الديبشي (١/٤٣٢)، تاريخ الإسلام (٤٢/٣٦٦)، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٦/١٢٧)، طبقات الشافعيين (١/٥٧٨)، طبقات الإسنوي (١/٣٠٧-٣٠٨).

(٤) ذيل تاريخ بغداد، لأحمد بن أيك بن عبد الله الحسيني عرف بابن الدمياطي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت (٢/٨٤)، طبقات الفقهاء الشافعية، لتقي الدين أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح، تحقيق: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٩٩٢م (١/٢٦٧)، سير أعلام النبلاء (٢١/٣٨٧)، طبقات الشافعية للإسنوي (٢/٧٠)، طبقات الشافعية الكبرى (٦/٣٩٦-٤٠٠)، طبقات الشافعيين (١/٧٦٠)، العقد المذهب (٣٧٣).

- محمد بن إبراهيم بن أبي الفضل الإمام معين الدين أبو حامد السهلكتي الجاجرمي قال ابن خلكان: كان إماماً فاضلاً متفتناً مبرزاً وله طريقة مشهورة في الخلاف، وإيضاح الوجيز، والقواعد. ومن تصانيفه الكفاية، مختصر في الفقه نحو التنبيه، وشرح أحاديث المذهب، توفي كهلاً في شهر رجب سنة ثلاث عشرة وستمائة^(١).

+ ثالثاً: علماء الحنابلة:

- علي بن محمد بن المبارك بن أحمد بن بكروس ولد يوم الإثنين ثالث رجب سنة أربع وخمسمائة، وتفقه في المذهب، وبرع، وأفتى وناظر. توفي يوم الإثنين ثالث ذي الحجة، سنة ست وسبعين وخمسمائة^(٢).

- دلف بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن عمر بن التبان الأزجي دخل خوارزم، ومضى إلى سمرقند، وسمع بها وروى عنه أبو سعد بن السمعاني في ذيله حكايات، وروى عنه أبو المظفر بن السمعاني في مشيخته، وأبو بكر الفرغاني خطيب سمرقند، وذكر أنه سمع منه في صفر سنة سبع وسبعين وخمسمائة^(٣).

- إسماعيل بن نباة الفقيه، الملقب وجيه الدين مات قبل الثمانين وخمسمائة^(٤).

- عبد الله بن علي بن محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، سمع من جماعة من المتأخرين، وكتب بخطه، وحصل الكتب، والأصول الحسان الكبيرة، وتفقه، وكتب في الفتاوى مع أئمة عصره وتوفي رحمه الله يوم

(١) وفيات الأعيان (٢٥٦/٤)، سير أعلام النبلاء (٦٢/٢٢-٦٣)، تاريخ الإسلام (١٦٤/٤٤-٤٦٥)، طبقات الشافعية للإسنوي (١٨٢/١)، طبقات الشافعية الكبرى (٤٤/٨-٤٥)، طبقات الشافعيين (٨٠٠/١)، العقد المذهب (٣٨٦).

(٢) تاريخ الإسلام (٢١٩/٤٠)، ذيل طبقات الحنابلة (٢٣٨-٢٣٩).

(٣) التدوين في أخبار قزوين (٩/٣-١٠)، ذيل طبقات الحنابلة (٣٣١-٣٣٢)، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، للإمام برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص (٤١٨).

(٤) ذيل طبقات الحنابلة (٣٣٤-٣٣٥)، المقصد الأرشد، ص (٢٧٩).

الجمعة يوم عيد الأضحى سنة ثمانين وخمسمائة^(١).
 - عبد الله بن عمر بن أبي بكر المقدسي الفقيه الإمام أبو القاسم سيف الدين،
 ولد سنة سبع وخمسين وخمسمائة بقاسيون، تفقه وبرع في معرفة المذهب والخلاف
 والمناظرة، توفي بخران في شوال سنة ست وثمانين وخمسمائة^(٢).



(١) ذيل طبقات الحنابلة (٢/٢٣٦-٢٣٨)، المقصد الأرشد، ص (٥٢٧).
 (٢) تاريخ الإسلام (٤١/٢٣٩-٢٤٠)، ذيل طبقات الحنابلة (٢/٢٨٠-٢٨٢).

وصف نسخ مخطوط الكتاب

وقد كثرت النسخ المخطوطة لهذا الكتاب، وتفرقت على كثير من المكتبات العامة والخاصة التي يتهافت أصحابها والقائمون عليها على كنوز تراثنا العلمي والفقهي، وقد تحصلت على سبع نسخ مخطوطة وهي كالتالي:

* النسخة الأولى:

نسخة دار الكتب المصرية تحت رقم (١٩١) فقه حنفي كتبت سنة ١١٤٣هـ، ومسطراتها (٢٩) سطراً، وقد رمزت لها بالرمز (أ)، وتقع في خمسة أجزاء:

● الجزء الأول: برقم ميكروفيلم (٣٧٦٩٠)، وعدد أوراقه (٢٨٨) ورقة، وتبدأ من أول الكتاب، وهي مقدمة المؤلف، وكتاب الطهارة، وكتاب الصلاة، وكتاب الزكاة، وكتاب الصوم، وكتاب الحج، وكتاب النكاح، وكتاب الطلاق، وكتاب النفقات.

● الجزء الثاني: برقم ميكروفيلم (٣٦٨٤٢)، وعدد أوراقه (٢٩٢) ورقة، وتبدأ بكتاب العتاق، وكتاب المكاتب، وكتاب الولاء، وكتاب الأيمان، وكتاب الحدود، وكتاب السرقة، وكتاب السير، وكتاب الاستحسان، وكتاب التحري، وكتاب اللقيط، وكتاب اللقطة، وكتاب الإباق، وكتاب المفقود، وكتاب الغصب، وكتاب الوديعة، وكتاب العارية، وكتاب الشركة.

● الجزء الثالث: برقم ميكروفيلم (٣٦٦٧٤)، وعدد أوراقه (٢٨٣) ورقة، وتبدأ بكتاب الصيود، وكتاب الذبائح، وكتاب الأضحية، وكتاب الوقف، وكتاب الهبة، وكتاب البيوع، وكتاب الصرف، وكتاب المداينات، وكتاب الحوالة.

● الجزء الرابع: برقم ميكروفيلم (٤١٠٣٥)، وعدد أوراقه (١٩٩) ورقة، وتبدأ بكتاب الصلح، وكتاب الرهن، وكتاب المضاربة، وكتاب الإجازات، وكتاب الشفعة.

● الجزء الخامس: برقم ميكروفيلم (٣٨٠٨٣)، وعدد أوراقه (٢٤٢) ورقة، وتبدأ بكتاب المأذون، وكتاب الإقرار، وكتاب المحاضر والسجلات، وكتاب الشهادات، وكتاب الوكالة، وكتاب الكفالة.

* النسخة الثانية:

نسخة معهد المخطوطات التابع لجامعة الدول العربية تحت أرقام (٥٧-٥٨-٥٩-٦٠) فقه حنفي، وقد رمزت لها بالرمز (ب)، كتبت سنة ٦٥٤هـ، ٧٢٦هـ، ومسطراتها (١٧-٢٦) سطرا، وتقع في أربعة أجزاء:

● الجزء الأول: عدد أوراقه (١٧٠) ورقة، وتبدأ بكتاب الطهارة، وكتاب الصلاة، وكتاب الزكاة، وكتاب الصوم، وكتاب الحج.

● الجزء الثاني: عدد أوراقه (٣١٧) ورقة، وتبدأ بكتاب النكاح، وكتاب الطلاق، وكتاب النفقات.

● الجزء الثالث: عدد أوراقه (٣٠٦) أوراق، وتبدأ بكتاب العتاق، وكتاب المكاتب، وكتاب الولاء، وكتاب الأيمان، وكتاب الحدود، وكتاب السرقة.

● الجزء الرابع: عدد أوراقه (٣١٣) ورقة، وتبدأ بكتاب الصيد، وكتاب الذبائح، وكتاب الأضحية، وكتاب الوقف، وكتاب الهبة، وكتاب البيوع.

* النسخة الثالثة:

النسخة المحفوظة بمكتبة الأزهر برقم (١٥٨٤ خاص - ٢٠٨٥٦ عام) فقه حنفي، كتبت سنة ٧٠٩هـ، ١٣٣٨هـ، وتقع في ثمانية أجزاء، وعدد أوراقها (٢١٢، ٢٤٥، ٢٤٦، ٣٣٨، ٢٩١، ٢٦٥، ٢٠٤، ٢١٢) ورقة، ومسطراتها مختلفة حوالي (٢٥) سطرا، وقد رمزت لها بالرمز (ز).

* النسخة الرابعة:

نسخة مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث - قسم المخطوطات، المصورات الورقية، تحت رقم (٢١١١)، كتبت سنة ٩٩٧هـ، وعدد أوراقها (٣٧٥) ورقة، ومسطراتها (٣٧) سطرا، وقد رمزت لها بالرمز (م)، وتبدأ من أول الكتاب إلى نهاية الفصل التاسع عشر في مسائل الاستبراء من كتاب البيوع.

* النسخة الخامسة:

نسخة وقف الشيخ أحمد أفندي مدرسة الأحمدية بمدينة حلب برقم (٤٢٨)، كتبت سنة ٩٩٦هـ، وعدد أوراقها (٢١٩) ورقة، ومسطراتها (٣٥) سطرا، وقد رمزت لها بالرمز (ح)، وتبدأ من أول الفصل الرابع والعشرين من كتاب الإجارة، وكتاب الشفعة، وكتاب القسمة، وكتاب الحيطان، وكتاب المزارعة، وكتاب

الشرب، وكتاب الأشربة، وكتاب الإكراه، وكتاب الحجر، وكتاب الوكالة، وكتاب الكفالة.

وقد تفردت هذه النسخة بكتاب القسمة، والحيطان، والمزارعة، والشرب، والأشربة، والإكراه، والحجر، وأول عشرة فصول من الوكالة، وخطها رديء في غاية الصعوبة.

* النسخة السادسة:

نسخة دار الكتب المصرية تحت رقم (١٨٦) فقه حنفي عربي برقم ميكروفيلم (٣٦٧٩٥)، وعدد أوراقها (١٤٨) ورقة، ومسطراتها (٢٥) سطرًا، وقد رمزت لها بالرمز (د)، وتقع في جزء واحد، وتبدأ بكتاب الطهارة، وكتاب الصلاة، وكتاب الزكاة، وكتاب الصوم، وكتاب الحج.

* النسخة السابعة:

نسخة دار الكتب المصرية تحت رقم (١٨١٠) فقه حنفي عربي برقم ميكروفيلم (٤١٩٤٢)، وعدد أوراقها (٢٤٨) ورقة، ومسطراتها (٣١) سطرًا، وقد رمزت لها بالرمز (ج)، وتقع في جزء واحد، وتبدأ بكتاب الصيد، وكتاب الذبائح، وكتاب الأضحية، وكتاب الوقف، وكتاب الهبة، وكتاب البيوع، وكتاب الصرف، وكتاب المدائينات، وكتاب الحوالة.

* النسخة الثامنة:

نسخة دار الكتب المصرية تحت رقم (١٠٧٣) فقه حنفي طلعت برقم ميكروفيلم (٩٥١٩)، وعدد أوراقها (٢٢٣) ورقة، ومسطراتها (٣١) سطرًا، وتقع في جزء واحد، وتبدأ بكتاب العتاق، وكتاب المكاتب، وكتاب الولاء، وكتاب الأيمان، وكتاب الحدود، وكتاب السرقة، وكتاب السير، وكتاب الاستحسان، وكتاب التحري، وكتاب اللقيط، وكتاب اللقطة، وكتاب الإباق، وكتاب المفقود، وكتاب الغصب، وكتاب الوديعة، وكتاب العارية، وكتاب الشركة.

* النسخة التاسعة:

نسخة دار الكتب المصرية تحت رقم (١٠٩٢) فقه حنفي عربي برقم ميكروفيلم (٩٥٢٩)، وعدد أوراقها (١٤٨) ورقة، ومسطراتها (٢٥) سطرًا، وتقع في جزء واحد، وتبدأ بالفصل الحادي عشر من كتاب الطهارة إلى نهاية كتاب الحج.

* النسخة العاشرة:

النسخة المحفوظة بمكتبة الأزهر برقم (١٥٨٥ خاص - ٢٠٨٥٧ عام) فقه حنفي، كتبت سنة ٧٦٣هـ، ويوجد منها الجزء الثاني والرابع والسابع، وعدد أوراقها (١٩٨، ١٦٩، ٢١٩) ورقة، ومسطراتها مختلفة حوالي (٢٣) سطرًا، وبها خروم وسقط كثير.

وإن أمانة البحث العلمي تقتضي مني الإشارة إلى أن الاعتماد على النسخ الثامنة والتاسعة والعاشرة كان في أضييق نطاق، وذلك لما وجدت بها من تلف غير قليل، تمثل في كثير من الطمس ووجود الثقوب والسقط؛ لذا لزم التنويه بذلك الأمر.

* * *

نماذج من صور المخطوط



بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على محمد وعلمنا
 الخديفة مستحق الميراث والنفقة والنفقة والنفقة
 واقع الحق والحق وواقع اليانعة والنفقة
 الفتن التي بيده ووجد على ما يعرف علمنا من التوضيح والنفقة
 المشايخ المعروف والدراسة والنفقة والنفقة والنفقة
 اجتمع من ههنا قال الصدر الزمام الاجل الكبير برهان الملة والدين صدر الاسلام
 والنفقة سلطان العلماء مفتي الشريعة والفقيه بخدمه اسم برهنة ان سدا بالصدر
 الامام الاجل الشهير حسام الدين برهان الامام رحمة الله عليه جميع مسائل فاسق
 عنها واحزاب كل مسئلة الى كتاب مؤلف به اواب امام يعينه عليه وهي وان
 جميعه مفهوما الى كثيره الاحكام جميعه وقد جعلت انا بصدائه معنى وشي
 عمده وصدرا من يديه الاقفا ما رفع الي من مسائل الواقعات ايضا وصيبت اليها
 اجناسها من الفوائد وحجت ايضا من اخر استفتت في عدة مسائل فيم
 وذكرت فيها جوابات بظاهر الرواية واضقت اليها من واقعات الفوائد وما فيها من
 اقوال المشايخ وكان يقع في قلبه ان اجمع بين هذه الاصول الثلاثة واجمع لها
 اسانينا واجمعها اسانينا واجناسنا وقد انضم الي ما يتكلم في النماذج بعض الاحباب
 فغفلت اليها منهم بالاجابة وشرحنا به لهذا المعنى مستغنيا بانه زوا المستعان وعليه
 الشكليات واقصحت اكثر المسائل بالدراسة وحملت فيه عمل من طلبه لمن حب واستيب
 المجموع بالخير وبجسده بالحق الكبري ورجا ان يصير خيرة في الاخرة يوم يحسب
 العظماء اننا حرة فالتوضيح من محكمين بطلانهم انه ان استغوبه فليدع لنا معه بالخير
 وان لم يستغوبه فليغدره قات محمدا بغا في يقول فترق كل دمه علم عليه اسالك
 الله تعالى ان يجعله لوجهه انه خير ممول واكثر مستغوبه من لطفه
كتاب في هذه الكتاب يتشبه في سبعة عشر فصلا الاول
 في المياه التي يجوز التوضيح بها والتم لا يجوز ذكر ثوابه الوضوء من الحائي ان الماء
 اذا استتر وهو كسبر ان علم ان نسمنه لوضوح الجبانة فيه لا يجوز التوضيح به وان
 لم يعلم يجوز التوضيح به لانه يتغير بغيره لثقل العقله اجود امرا ليدم
 عن الماء الذي يتغير بغيره الاثرات الوافقة فيه حتى يظهر لون الاثر في الكفاذ ارفع
 انما منه هل يجوز التوضيح به قال لا ولكن يجوز شربه وغسل الاشياء بها جواز شربه
 وغسل الاشياء فلاه ظاهر اما عدم جواز التوضيح به لانه لما طلب عليه لون الاثر
 صار مرفعا كما البان في غيره وبما الانسان ذكره في قوله الاثر لانه بالوضوء على السبيل
 اذا كان في الماء عليه فالبدان لان العين غايها لا يجوز التوضيح به وشي ان يرضى
 رصه اسم به لانه في ما الما بونه اذا كان جينا فغسله عليه الغايون لا يجوز التوضيح
 به كما الجسد واليد فلا وعنه ايضا اذا طبخ الالاس او الباجوج في الماء فان غسله على
 الماء حتى ينشأ الماء الباجوج او الالاس لا يجوز التوضيح به والماء من هذه من هذه من
 ان كلما خلط به شيء من سبب الماء فيما تصدق من استنما للماء وهو النظير فان توضيحه
 جائز بشرط ان لا يغسله ذلك الشيء على الماء حتى لا يتردد له الصفة الاصلية وهي لونه وذلك

صورة الصفحة الأولى من النسخة (أ)

يتلها المتزيم لان رجوع العليل بك الكفالة في رجع بما دخل تحت الكفالة فان استحق العبد بحجبه الامور بين اتباع
 البايع وبين اتباع المسترعي على ما عرفنا الكفيل فان رجع على البايع رجع بمنزلة المقبوض لان الاستحقاق يبين ان
 البايع قد قبض بما قبض بحكم كفالته فاستد وان رجع على المسترعي يرجع بالودي ان كان للودي ارضي وان كان لغيره
 بما امر به ثم المسترعي يرجع على البايع بمنزلة ما اخذ من الامور لان الامور انما يرجع بالودي على المسترعي لا على
 البايع وقام المسترعي مقام الماور في ذلك ولو لم يستحق العبد ولكنه مات قبل القبض لاسبيل الماور
 على البايع ولذا يرجع المسترعي بما ارضي ان كان للودي ارضي بما امر به وان كان لغيره يرجع
 بما امر به وسببه محرمه اللهم هذا في الكتاب بيننا وبينك ارضي من رجل مائة درهم
 وودعها اليه فلم يرد المسترعي ارضي رب الدار وان يبطل رجل من ارضي الدار عشرة
 دراهم على ان ردها اليه الذري القاض في رده اليه المسترعي عشرة
 دراهم ثم ان في الاجارة موت احد هما لاسبيل المسترعي المسترعي
 لان رب الاربعه كما ينسب اليه هذا العقد من الاجرة فعند ان
 العاقبة يارجع على رب الدار ليعطي المسترعي فعند ذلك
 ينظر ان كان المسترعي اعطى القاض ارضي من ارضي الدار
 رجع على رب الدار بمنزلة امر به ويرجع
 الاجراذي وان اعطاه ارضي من ارضي
 الدار رجع على رب الدار بمنزلة
 ما امر به ويرجع الاجر على
 المسترعي بمنزلة ما قبض
 من المسترعي فكذا انما
 والله اعلم
 بالصواب

تجلجروا على الماورون حسن فقه حقا ان الكفالة وليه كماله السيد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل العلم والفضل والفضل كسب الضراب اوسع وافرح انتم ترجمته
 رافع الخرج وفتح ابه وواضع الباطل وارنا به الذي نور صابرا نعلما يتسلسل به وسبح خباير
 الله بها سايدك فوج على ما انعم علينا من لدن ربه والهدى له ونسكنه على ما اهدى اليها من المجرى
 والذبايه ويطع على... ام... الميسيرين على... احمد بن محمد بن...
 الامام الاجل الكبير برهان الله والذو صدر الاسلام والمسلمين سلطان العالمين وسور العزيب
 بعين الله ترجمته ان سيدنا الصدر الامام الاجل السيد احمد بن محمد بن...
 جمع مسائل هذا... احوال جواب كل سئله الى كتاب موقوف به او الى امام معتدل عليه وهو في ان
 صغر حجمها هذا هدى الى كسر من الامم الحكماء او من جمعها انما في هذا...
 وصدر الامر في... ما رفع الي من مسائل النوازل... ايضا...
 وجعل...
 المصنف...
 الثالث...
 والكتاب...
 الكرم...
 زمان...
 وليد...
 الرب...
 والطفه

الطهارة

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب... في المياه التي يجوز التوضي بها والتي لا يجوز ذكرها في باب
 الوضوء...
 يجوز التوضي بها...

وقد بلغه ولذلك انما ان كان له ذنبا فهو طائر فهو طائر
 لك ولو طال ان كان ياعك عماه اءه اءه اءه اءه اءه اءه اءه اءه
 عبدا وابعده من عمره ثم ابق العبد من هذا المسمى مما كان للمالك اربع
 جاز عند اني يوسف رحمه الله خلافا لغيره الصولي اذ ابا عبد العبد
 من رجل فقال لصاحب العبد سلمت لك مع هذا الشي ولو قال له سلمت
 سلمت من امر هذا العبد كان ذلك سببا او اجازة كسبب العبد انما هو
 اجرت مع هذا العبد اجرت من هذا العبد والله اعلم
 ثم واخبر به ربه العالمين وصلى الله على محمد والى محمد وسلم

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين
 كتاب في بيان ما يوكلم من الصيود وما لا يوكلم بحسب ما يعلم من الحيوانات على نوعين منها
 ما لا دم له نحو الدباب والذئب والسنن والجراد وغير ذلك ولا يحل تناولها ولا شئ منها الا السكك
 والجراد وغيره من الجراد بجملة او غير جملة والسنن انما ماتت بغيره على محل وسبب ذلك بعد
 ان شانه تعالى في وقتها وكما هو سرفته ولا بأس باكله وذا الذئب فبما ان يفتق فيه الروح وما لدم
 نوعان مستأنس ومستوحش فاذا شئ يحل تناولها ولدم المستأنس لا يفتق هو الا بالدم والفتق والخراج
 واما الجراد الاخر فله حرام واذ ايشه وشبهه وانخلت المشايخ في لا يفتق في حقه من غير وجه الاكل
 وحرمه بعضهم قياسا على الاكل وابعاه بعضهم هو الصيود واما الفرس فله مكره عند جنيفه
 رحمه الله كما صحت يثنيه عند بعض المشايخ كراهية تحريمه عند بعضهم وعند غيرها الكراهية في جملة
 وانه البغل فعن ابي حنيفة رحمه الله مكره على كساحه وعندها كذلك الا ان الفرس نواعلها كان
 وان كان الحانرا على الرمة فقد قيل كره وقد قيل لا يكره واما السنور والكل حرام اهلا كان
 او وحشيا واذ المتوحش فموان صيد البر وصيد البحر اصعبا بغيره فلا يتناولها ولا شئ منها الا السمك
 واما صيد البر فالذي لا يوكلم منه كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير والمراد
 من الناب والمخلب الناب الذي هو سلاحها كالانف والاسد والذئب والتمر والضب والضب
 وما اشبه ذلك وهو ايضا لحم الفيل والذئب والفتور والضب وهو ايضا سباع الهوام نحو البرقع
 والبن عرس والسنجاب والسمور والفنك والدلق وكبوه ايضا جميعا الهوام التي سكناها الارض نحو الفأرة
 والوزغ والقنفذ وسام البرص والحيات وجميع هوام الارض الا انب فالكل ككله وبيان اللذان
 الصغرى والبارى والشاهين والسنسور العقاب وما اشبه ذلك واذ السعوط والسودانية
 وما اشبه ذلك مما لا يحل لمس الطير لا بأس باكله ومحمد رحمه الله في الرقيات ان العقق
 ان كان ياكل الحيف يكره اكله واذا كان يفتق الحيف لا يكره اكله وفي المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله
 عن ابي حنيفة رحمه الله انه يتناولها لا بأس باكل العقق لا يفتق الحيف واما كره من الطير الاكل
 الا الحيف وانه لا يكره ونوع منها لا ياكل الا الحيف واما ماله مخلد في اس الفرب الاسود والابيض فهو انواع
 ثلاثة نوع يفتق الحيف ولا ياكل الحيف وانه لا يكره ونوع منها لا ياكل الا الحيف وانه مكره ونوع منها
 يفتق الحيف باكل الحيف من الطير كالحرك وانه مكره ومحمد ابي حنيفة عن ابي يوسف
 رحمه الله انه يكره والمناخنة فوكلمه انما لا يفتق وكذلك الخفاش واما الخفاش فقد ذكره بعض
 المواضع انه لا يوكلم لانها يابى يكره حرم الاكل لبلالته والعمل عليها وتلك حالها ان تحبس اياما وتعذب
 بعنف طير ولبلالته التي تمنعها كل الحيف ولا تخطو ويكون مشددا وان كره الاستعمال كبلان في
 الناس برؤسها واما ما يفتق فبئس والحيف وغير الحيف على وجه لا يظهر ذلك في طيه فلا بأس باكله
 والاعلم الا ترى الى ما ذكره رحمه الله في المواضع ان حدها غير كره بل من خنوسه ولا بأس باكله لان
 يورثه طيه ولا يفتق وهو على هذا لا بأس بالخراج وان كان يقع على الحيف لانها مخلقة لاجتماع
 رذ

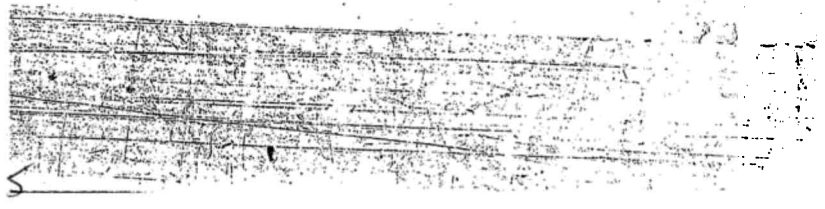
شتم الحمار
الفرس من البغل

بالتفتق

نواب

الجلالة

بين يديه



الكفيل متاخرة ولا يتأخر المطالبة عن الكفيل متأخر المطالبة عن الكفيل فلما ينظر في قوله
 بهذا فإذا ادعى الكفيل سبباً لا يكون له ان يطالب المكفول عنه بما ادعى ان سببته ان يقول
 لو لم يولد الكفيل لكانت انتم يا قسوى الحوالة وانما بقيت في هذه الورطة بسبب الحوالة
 وكنت مختاراً فيه فلا يكون لك حق الرجوع علي ولكن يرجع على الكفيل لانه قبل الحوالة
 بامر هو الذي وقع في هذه الورطة فكيف عليه تخصيصه بموالات الكفيل لو لم يولد
 ولكن ادعى المكفول عنه سبباً المكفول عنه بالاداء وترك الخصم عن دين الكفالة صلى البراءة
 المكفول عنه وصارت الحوالة على الكفيل مطلقاً عند علمنا بالثلاثة وجههم لله واذا
 ادعى الكفيل الحوالة لا يكون له ان يطالب المكفول عنه ولكن يطالب الكفيل وان بدأ
 بالحوالة على الاصيل لغير الحوالة على الكفيل فالحوالة على الاصيل صحيحة ولو لم يكن على الكفيل
 باطلة لان الكفيل يرضى عن مطالبته بمقتضى قوله لا يصح ان يحوالة عليه فالحوالة على
 الكفيل وجدت حادثة من غير ان المطالبة على الكفيل فلو تطلبت الحوالة على الاصيل بموته
 مفلساً او بوجه من الوجوه عادت المطالبة الى الكفيل وان الكفيل بالحوالة المأمنة على
 الكفيل لا تعود لهما وقت وقوعها وتعت باطل ولا تعود الى العينة الا بالاستئذان في يوم
 ولو وقعت الحوالة معاً حازها اما الحوالة على الاصيل لا تستسأل واما الحوالة على الكفيل
 فلا ان الحوالة على الكفيل حصلت حال قيام الدين ووجه المطالبة عليه
 ان المطالبة اما تسقط عن الكفيل حسب سقوطها عن الاصيل وسقوط المطالبة عن الاصيل
 حكم صحة الحوالة وتنتج الحوالة فكما نتجت المطالبة من جهة عمل الكفيل حال الحوالة على الاصيل
 والحوالة على الكفيل حصلت مقارنته لحوالة على الاصيل فكما نتجت الحوالة على الكفيل حاله
 المطالبة عليه فصح وان لم يعلم بانصواب هذه الحوالات والثالث ثلثه في الاموال
 كتاب في المطالبة على التمام والكمال والحمد لله وحده وصلى الله
 من لابي بعدة وكنت اتمنى العباد احمد بن احمد الاطفيحي ان يترجم
 وكان النزاع من تعليقه في تاريخه ان يوافق بعد صلاة الظهر كما
 شهر ربيع الثاني سنة ١٠٤٠ هـ

باسم الرجل الحميم الفصل الرابع والعشرون في بيان حكم الاجير الخاص والمشترك
 الفصل يشتمل على انواع الاول في بيان الحد الفاصل بين الاجير المشترك وبين احكامها معمول وبالله
 التوفيق اختلف عبارته المشايخ في الحد الفاصل بينهما بعضهم قالوا الاجير المشترك من يستحق الاجر
 بالعمل لا يتسلم نفسه للعمل والخاص من يستحق الاجر بالعمل لا يتسلم نفسه للعمل والاجير الخاص من
 يستحق الاجر يتسلم النفس ولمضى المد لا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الاجر وبعضهم قالوا الاجير
 المشترك من سئل العمل من غير واحد والاجير الخاص من سئل العمل من واحد وانما يعرف استحقاق
 الاجر بالعمل في العبارة الاولى باسراع العقد على العمل كما لو استأجر خبازا لخبط هذا الثوب بدرهم
 واستأجر قصارا ليفصله هكذا بدرهم وانما يعرف استحقاق الاجر بتسليم النفس وبمضى المد
 بايقاع العقد على المد كما لو استأجر نساكاً شهراً للخدمة فالاجر على العمل واذا جمع بين العمل وبين
 المد وذكر العمل ولا يجوز ان يستأجر راعياً مثلاً ليرعى له عملاً منسباً له بدرهم شهراً بغيره هو اجير مشترك
 لانه حصل اجراً مشتركاً باول الكلام لانه وقع العقد على عمله باول كلامه وقوله شهراً في آخر كلامه
 يستلزم ان يكون بايقاع العقد على المد فبصير اجير وحده ويحتمل ان يكون تعبير العمل الذي وقع العقد
 عليه نانه لا بد من قدره ولا يمكن بعده الا بيان المد في هذه الصورة فلا يصح اول الكلام
 بالاحتمار الا اذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم اجير الوحد بان قال علي ان لا يرعى عن عمر غيري مع غنمي
 لانه يماصر حمله اجيراً وحده وبالله ذكر المد لان نفع العقد على المد لا لتغير العمل المدور
 في اوله واذا كان صريحاً في جعله اجيراً وحده على المد وبالله ذكر المد لان نفع العقد على المد
 يصح اول الكلام به وصار اجير وحده واذا ذكر المد ولا يجوز ان يستأجر راعياً شهراً ليرعى له عملاً
 سماه بدرهم بعينه هو اجير وحده لانه جعله اجيراً وحده اذ ان الكلام لانه وقع العقد على المد
 في اول الكلام وقوله ليرعى هذا الاضمار يحتمل ان يكون لا نفع العقد على العمل بتصير اجير مشترك
 بين ان يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الاجير في المد فان الاحارة على المد لا يقع ما لم
 يبين نوع العمل الذي يستحق على الاجير في المد منقول استأجر اجيراً في المد لانه لا يقع ما لم
 للمصداق لان انواع العمل متفاوتة واذا كان كذلك لا يتغير حكم اول الكلام بالاحتمال فيجب اجيراً اذا
 نفع في آخر كلامه مما هو حكم الاجير المشترك منقول وسعي عن عمر غيري مع غنمي فيكون نصراً شامداً لانه
 جعله اجيراً مشتركاً فتعريفه اول الكلام وبصير راعي مشترك من هذا الوجه اذا عرفت الحد الفاصل
 بين الاجير الخاص وبين الاجير المشترك منقول من قوله من عمل ما هلك من عمله المادون فيه فلا ضمان عليه في قول ابن حنيفة
 فلا ضمان عليه بالاجماع وكذلك ما هلك من عمله المادون فيه فلا ضمان عليه في قول ابن حنيفة
 وهو قول زفر والحسن رضيهم الله وانه فنياس سكوته هلك بامر يمكن التخزين عنه كالسرقته والغصب
 او باسرا لا يمكن التخزين عنه كالجزية الغالب والعادة الغالبة والكابرة وقال ابو يوسف ويحمد
 رجمها اسان هلك بامر يمكن التخزين عنه فهو ضامن وان هلك بامر لا يمكن التخزين عنه فلا ضمان
 وما هلك في يده بعمله كالنصار اذ ادق الثوب فمصرفه او القاه في النور فاحترق او الملاح
 اذا عرفت التسفيه من مده والنحال اذا عثر وهو ضامن عند علماء النحل لانه الهلاك
 حصل من عمل غيره مادون فيه لان الهلاك حصل من دون حرقه والدق المحرق غير مادون فيه
 لانه لم يدخل تحت العقد ببانه ان المعفو عليه في حق الاجير على المد وانه لو كان سلبه
 ومعيب والمستحق بحكم المعارضة السليم دون المعيب وفي وسعه تسليم السليم لا العيب
 محصل حقوقه يغيب يكون من العامل والتخزين عنه ممكن فلا يدخل المحرق تحت العقد والاذن

في بيان حكم الاجير المشترك
 بين الاجير المشترك وبين الاجير الخاص
 في بيان الحد الفاصل بينهما

علائق

٢١٩

البائع لان الجوده مع الاصل لانها صفة الاصل والكنيل منبرج بالاصل على المشتري
لاعلى البائع فكذا ما لصفه فالت محمد رحمه الله وهو نظير ما لو امر رجل ان يعطى دار
والا عشرة دراهم عليه ان يكون فرضاً على الغايض الامر ويكون فرضاً
للعطى على الامر ان ذلك شرطاً فان اعطاه المأمور عشرة دراهم جاز
بعدت المالك كان للمأمور على الامر عشرة دراهم عليه ويرجع الامر على القبا
بالجواز ويجعل المأمور منبرجاً بالجوهر على الامر على الغايض فكذا فيما تقدم ولو
كان المشتري امر رجلاً ان يتقدم عنده الف من غير كفايه فنقد المأمور الف
ما امر به لم يرجع على الامر الا بما امر به وان تقدم اردي مما امر به يرجع عليه
عقل ما ادي كان الرجوع هاهنا حكم الامر بالاداء حتى الزيادة لم يوجد ويخ
المفضل الثاني ان وجد الامر فالاداء لم يوجد وبخلاف الكفيل اذا ادي مما التزم
وغيره البائع فانه يرجع على المشتري بمنزلة التزم لان رجوع الكفيل حكم
الكفاله فيرجع بما دخل تحت الكفاله فان استغرق العمد بحكم المأمورين اتباع
البائع وبين اتباع المشتري على ما امر به الكفيل فان رجوع البائع يرجع بمثل
المفوض لان بالاستحقاق بين البائع فقبض ما قبض حكم كفايه فاستوفى وان
رجع على المشتري يرجع بالمودي ان كان المودي اردي وان كان احوذ يرجع
بما امر به على المشتري يرجع على البائع بمثل ما اخذ من المأمور انما يتبرع بالجوهر
على المشتري لاعلى البائع وقام المشتري مقام المأمور في ذلك ولو لم يستوف
العمد ولكنه مات قبل القبض لاستيف المأمور على البائع ولكن يرجع على
المشتري بما ادي ان كان المودي اردي مما امر به وان كان احوذ يرجع
بما امر به وسبه محمد رحمه الله ههنا في الكتاب من قول احمد اذا من ركب
ثانته درهم ودفعتها اليه فتم يسكنها المستاجر حتى امره رب الدار ان يعطي
دعلا عشرة دراهم من اجره الدار على ان يكون فرضاً لرب الدار على الناقص
تدفع اليه المستاجر عشرة دراهم مما يصعب الاجارة يموت احد ههنا لا يستوف
المستاجر على المستقرض لان رب الدار يصير كالمستفعل لهذا الفقد
من الاجرة فعند استيف الاجاره يكون رجوعه على رب الدار لاعلى المستقرض
فيعد ذلك بنظر ان كان المستاجر اعطى الغايض اردي من اجره الدار يرجع
على رب الدار بمثل ما ادي اعطاه احوذ من اجرة الدار يرجع على رب
الدار بمثل ما امر به ويرجع الاجر على المستقرض بمثل ما قبض من المستاجر
وكذا فيما سبق والله تعالى اعلم بالصواب

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله المبارك الاعز من الرزق في يوم الاثنين ايامنا
الاربع عشر من شهر شعبان المبارك سنة ست وستمائة

بعض

بعض

رأيت غلظة نسخ الآلام جوى زاده ان كتب - الزهرة البرمانية تتم بكتاب الكفاله في عامه النسخ وتبدو فيها
اربعه كتب كتب - النقص المعنون في بعضها كتب - المحافه والسجلات - وكذا البراهيات وكذا كلاله الار
وكذا - المأذون - والبقية كتب - الادعوى - وكذا - الخبايا - وكذا - الديات - وكذا - المعامل - وكذا -
اجاب الموات - وكذا - الوصايا - وكذا - الخلق - وكذا - الزايع ثمانية كتب ناقص لم ينظر الموات ربه الموات
رحمهم الله

الوخيزه في النغمه

ووصول منه عشره

الطهارات

الفصل الاول في المياه التي يورث الوضوء بها والتي يجوز ومس على غيرها

١ في الماء الجاري ٢ في الجياض والعيان والآبار والآبار في الوضوء

ويؤس على الوضوء في قاع الوضوء في ما ينسقط الوضوء في

البحر من غير السيلين ٣ في الخايخ من السيلين ٤ يرضاه البدن ٥ في ما ينسقط الوضوء

والناس والاعاقب والنسب والسكر ٦ سائل الهمزة ٧ اسماط الهمزة ٨ غير طهر الخايخ ٩

بما لا يكون محاسبا لكونه من الماء في سائل الاغسال ١٠ في ما ينسقط الوضوء

والغسل من الماء في يديك في ما ينسقط الوضوء ١١ في ما ينسقط الوضوء

في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل الثاني في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل الثالث في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل الرابع في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل الخامس في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل السادس في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل السابع في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل الثامن في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل التاسع في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد الفصل العاشر في ما ينسقط الوضوء

منه اتم في الموضع الذي يورث الوضوء من جهة العباد

عنه اذا صار علقا



ملكه العقير الى سبحانه شديدا
فقد في الخبر انما يخفض يستمسك
فقد وجهه سمعت قوله بن محمد
بشا يرد وجهه بن محمد



٤٥

في الحديث وجمع من الميتا شيئا جائزا في الأمر استحيانا وان خالف امره لأنه ملك لله ولا يحل
 حمله فإني ان ملك كراهه ولا يحل عدل المتعة ثم يرد البعير على ورثته الميت المأمور
 بالحج إذا ما شيئا فاح عنه وهو صائر بنفسه لأن الحج المأمور به والحج المأمور به لا يرد
 والواجب ما ظفرت الوصية إليه الفصل الحادي عشر في الحديث والذبح والحي
 أو اسم الله يري ما وقت يابذره على الحج ثم مات ذكر في اختلاف فقير يستوجب أنه لا يجب
 الحج على قول الأبيصف رحمه الله تعالى قال الشيخ زعفراني عن أبي يوسف أيضا أنه
 يري صارح به أبو يوسف رحمه الله تعالى في حديثه في هذا حديثان أيضا
 كذلك على هذا إذا صار بالاولاد والاولاد لم يملكوا ولا يردون ولا يردون على إظهار الحج
 والظاهر أنه يجب وعليه الفتوى وفي النوادر البالية أن هذا الحديث لا يردون شيئا من
 محظورات الأولاد فعليه الكفاية فرق بينه وبين النبي والخبر أن أحله الجوز قبل أن يحرم
 كان هو الأبا الذي أحله النبي والله أعلم بالصواب وقد ذكرنا في كتابنا المسمى بـ
 شرح من عظم لسهو وعشرين عاما
 على يد أبي أحمد الصغير الرائي عطا بن الحسين
 ص ١٠٧ على الأري الحيني دينا الخنفي دهره
 في العصر رسام وادخله إلى الصلي في وقت
 باجر والسلامة

ورقة
 ١٤٨

ح
١١

كتاب
فتاوى النخيرة تأليف
الإمام سيدنا ومولانا برهان
الدين محمود بن محمد بن عبد العزيز
ابن عمير بن مائة البخاري
وهي المشهورة بالبرهانية
رحم الله مؤلفها
امين
امين
م



١٧٩

اذا غيرت المرأة النعم - بقولها اري تحببم حرادى كما است فقالت ذن
 على وجه الاستهزاء ارعلى وجه التقليل والوعيد انه لا يكون اقرب اليه
 وان قربت المرأة بكلامها زيادة كلام يعنى بها الورد ولا يستبدلها
 قاله الزبيج فى القرم يجعل ذلك ردا للورد ان من قال لغيره نصير
 فى ماله كذا وكذا فقال ذلك الرجل افضل فى ماى ما شئت كان لودا وعلاوة
 وان لم يرد بقوله الاذن والاطلاق ونورق افضل فى ماى ما شئت ان
 كنت رجلا لا يكون اذا ما ملاقاتا بل يكون رده وتهديد كذا صدق

فى كتاب الهبة واسه

اعلم بالصواب

تم الجزء الاخير من كتاب الذخيرة بعد تبيين

بالحمد لله تعالى حسن احمد نصر لانه هرب

على نفقة دار الكتب الاهلية وكان

الفرانج منه موافقا يوم الاثنين

الثالث عشر من شهر رمضان سنة

والحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيدنا

محمد وعلى آله

وسلم

وآله

وسلم



ليدرس في الخلد والشمس وسرور الطير والنهار وكأضواء النيران والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 المشددين وسحرها والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 والمطر والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 ان يذبحها والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 على روي وان يذبحها والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 ايضا والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 السواد والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 التي هي من الاحباب في السواد والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 على طرس حرس سحر الجحيم بالشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 انزل سحره وبه طردت حواس الجحيم وان لم يستفد من ذلك فلهذا في قوله من جاعله ساعدا على الجحيم ساعدا
 برام سحره وبه طردت حواس الجحيم والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 الالوه من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 في انزل من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 وعمل الالوه في انزل من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 الالوه في انزل من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 التي هي من الاحباب في السواد والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 على طرس حرس سحر الجحيم بالشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 انزل سحره وبه طردت حواس الجحيم وان لم يستفد من ذلك فلهذا في قوله من جاعله ساعدا
 برام سحره وبه طردت حواس الجحيم والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 الالوه من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 في انزل من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 وعمل الالوه في انزل من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 الالوه في انزل من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 التي هي من الاحباب في السواد والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 على طرس حرس سحر الجحيم بالشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 انزل سحره وبه طردت حواس الجحيم وان لم يستفد من ذلك فلهذا في قوله من جاعله ساعدا
 برام سحره وبه طردت حواس الجحيم والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس
 الالوه من الخلق والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس والشمس

بسم الله

صاحبه ما عقيدته

بسم الله

انما حرم لانها دوا تار حرم و هذا المعنى وجود في الجمع بين المزة و غيرها و قالها و بنت اختها لانها دوا فحرم حرم
 للمع بهما نكاحا و طبا كما صح بين الاثنين و اذا اشترى الرجل الجارية و قيمها و عليها عدل من زوج او من طلاق
 او وفاة لولا او اكثر او اقل فليس عليه استبراء بعد الفضا و العدة و ذلك لان الاستبراء لم يحل حاله العقبين لكن ما شغول
 بالعدو حاله العقبين كما يجب اذا كانت شغولها بالمكاح لانها لا تستدين كل الوصي و اذا وجب الاستبراء حاله العقبين
 لو وجب حب بالطلاق البطلان بالطلاق كما يحرف ملك الوصي تبعا بمثلها بين و ان الفراغ ثبت بمضى العدة

في حق طلاق الزواج في حق شوقي اذ وقع
 سجادة و تعاقب اعلم بالصواب
 والسلام واللام الى
 سلم

من هذا الخبر و ما يملأ كتاب الزجر حله لله حرة الخياط العاقبة المودة المولى صدر الشريعة مؤيد الحقير
 و اخي الفضاة شيخ شيخ الاسلام قدوة الائمة العظام عمر الفضايا و الاحكام ميرزا اخلاص الخرام مريد
 سرور سيد الانام عله من الله افضل الصلاة و اتم السلام فاكم العادل افاض بين الزجر
 و لباظ مصفى اندكى و مشقات مرسته بام ظاهري ايام و ان التاثير
 على يده من بعد و يوم سعد اهله و باقرب تا بعد بعد و الله و ف تا بعد و الله
 و قد و اذ الفراغ في بحر من بشرية دائريا الكري عسيرة نارا الابر بعد الين
 من الخس بر اربع شهر جمادى الثاني من الفرس سنة سبع و دعاه و دعواه
 و كان ابتداء شهر جمادى حادى في سنة ست و ثمان و ثمان و وافق
 فراغ منها في التاريخ المذكور اعلاه على بر اصفا العباد و حرم
 في بر حزمه الكريمة يدارى على صدر الشهر ران قاسم الكري
 موطنه و الدقيق سكا هذا مع كتابة و فادع الناحية
 المذكورة من كتب الله و المحلان و الوارث و ما ذكره
 مسئلة الله العظمى من المائة تحريم و كونه و لي
 الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه
 و سلم و رحمته على كل
 العالمين

٥٩٩٧

الشيخ الخ

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى

في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١١ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم الحيوي صابر يوسف طعيمة

المجلد الأول

يحتوي على:

الطهارة - الصلاة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[كتاب الطهارات وفصوله: ستة^(١) عشر^(٢)]:

* الفصل الأول: في المياه التي يجوز التوضؤ بها، والتي لا يجوز.

وهو مشتمل على:

١- [التوضؤ بماء]^(٣) الثلج.

٢- في الماء الجاري.

٣- الحياض، والغدران، والآبار، والأواني.

* الفصل الثاني: في مسائل الوضوء.

وهو مشتمل على نوعين:

نوع في تعليم الوضوء.

ونوع في بيان ما ينقض الوضوء [وما لا ينقض]^(٤):

١- في الخارج من غير السيلين.

٢- في الخارج من السيلين.

٣- يدخل في البدن.

٤- في مسائل النوم، والنعاس، والإغماء، والعشي، والسكر.

٥- مسائل القهقهة.

٦- في انتقاض الطهارة من غير طهور الخارج، ويتصل بها ما لا يكون نجسًا هل

يكون حدثًا.

* الفصل الثالث: في مسائل الاغتسال.

* الفصل الرابع: في بيان ما يتم الوضوء والغسل به وما لا يتم.

ويدخل فيه: نجاسة مسائل الاستنجاء.

* الفصل الخامس: في المريض إذا عجز عن الوضوء.

(١) كذا في د: وهي سبعة عشر.

(٢) في د: عشرة.

(٣) بياض في د.

(٤) بياض في د.

- ويتصل به: الممنوع من الوضوء في جهة العباد.
- * الفصل السادس: في التيمم.
- ويدخل فيه: الماء الموضوع للشرب وهل يتوضأ منه أم لا، والموضوع للوضوء هل يشرب منه، ويدخل فيه: تفسير. . . .
- * الفصل السابع: في المسح على الخفين.
- * الفصل الثامن: في المسح على الجبائر، وعصابة المفتصد.
- ويدخل فيه: مسألة الشقوق.
- * الفصل التاسع: في الحيض والاستحاضة^(١) وأصحاب الأعدار.
- ويدخل فيه: المستحاضة هل تمسح على الخف.
- * الفصل العاشر: في الرجل يخبر غيره بالوضوء أو بالحدث وفي وقوع الشك في الوضوء وفي الحدث.
- * الفصل الحادي عشر: في معرفة الأعيان النجسة وغسلها.
- ويدخل فيه: . . . هل يكون نجسًا.
- * الفصل الثاني عشر: في تطهير^(٢) النجاسات.
- * الفصل الثالث عشر: في الخف و^(٣) النعل إذا أصابته النجاسة.
- * الفصل الرابع عشر: في عرق الحمار والبغل وسؤرهما، وسؤر الفرس والهرة.
- * الفصل الخامس عشر: في المتفرقات.
- وفيه: حائض أصابت واغتسلت.
- وفيه: رجل رعف ثم بال.
- وفيه:
- * الفصل السادس عشر: في قراءة القرآن والمصاحف.
- ويدخل فيه: مسائل المساجد، وعند القبور، وفيه هل يجوز للجنب أن يقول: بسم الله الرحمن الرحيم، وفيه: [٤].

(١) زاد في د: والجنابة.

(٢) زاد في د: هذه.

(٣) في د: أو.

(٤) من أول قوله: «كتاب الطهارات. . .» إلى هنا سقط في أ، ب، م.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[رب يسر ولا تعسر]^(١)

الحمد لله مستحق الحمد والثناء، ومنزل اللطف والنعماء، كاشف الضر برأفته، وفارج الهم برحمته، رافع الحق وأصحابه، وواضع الباطل وأربابه، الذي نور بصائر^(٢) العلماء بتسديده، وشرح ضمائر الفقهاء بتأييده.

نحمده على ما أنعم علينا من التوفيق والهداية، ونشكره على ما أسدى^(٣) إلينا [حسن النعمة]^(٤) والدراية، ونصلي على خاتم النبيين والمرسلين [وعلى أصحابه]^(٥) [المهتدين أجمعين، ونسلم عليهم تسليماً كثيراً.

[أما بعد: فإن]^(٦) سيدنا [ومولانا الصدر]^(٧) الشهيد [الأكبر إمام أهل الأرض أستاذ البشر، حسام الملة و]^(٨) الدّين، بُرهان الأئمة المهتدين تغمده الله بالرحمة والرضوان]^(٩)، جمع مسائل قد استفتي عنها، وأحال جواب كل مسألة إلى كتاب

(١) في أ: وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وفي ب: رب أعن.
(٢) البصيرة: عقيدة القلب، قال الليث: البصيرة اسم لما اعتقد في القلب من الدين وتحقيق الأمر.

وفي المفردات للراغب: وجمع البصر أبصار، وجمع البصيرة بصائر، ولا يكاد يقال للجراحة: بصيرة، ويقال من الأول: أبصرت. ومن الثاني: أبصرته وبصرت به، وقلما يقال: بصرت، في الحاسة إذا لم تضاهه رؤية القلب.

ينظر: لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، دار صادر، بيروت / (٤) / (٦٥)، مادة (بصر)، المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد أحمد خلف الله، مكتبة الأنجلو المصرية، ط (١)، ١٩٨١م، ص (٥٩).

(٣) في أ، ب، م: أهدي.

(٤) في أ، ب: من المعرفة.

(٥) في أ: وعلى آله وأصحابه.

(٦) في م: قال الصدر الإمام الأجل الكبير برهان الدين صدر الإسلام والمسلمين سلطان العلماء مفتي الشرق والغرب تغمده الله برحمته إن.

(٧) في م: الصدر الإمام الأجل.

(٨) في م: حسام الدين.

(٩) في أ، ب: أجمعين مهتدين قال الصدر الإمام الأجل الكبير برهان الملة والدين صدر الإسلام والمسلمين سلطان العلماء مفتي الشرق والغرب تغمده الله برحمته إن سيدنا الصدر الإمام الأجل الشهيد حسام الدين برهان الأئمة رحمة الله عليه.

موثوق^(١) به، أو إلى إمام معتمد^(٢) عليه، وهي وإن صغر حجمها فقد هدى إلى كثير من الأحكام^(٣) نجمها.

(١) في د: معروف، وفي م: موقوف.

(٢) في ز، م: يعتمد.

(٣) الأحكام جمع (حكم)، وهو يرد في اللغة بمعنى المنع من الشيء، والصرف عنه، وفي هذا يقول ابن فارس: الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع.

ينظر: معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط (١)، ١٩٩١م، ص (٢٧٧).

وردت تعريفات متعددة للحكم الشرعي عند الفقهاء، وهو الذي عليه مدار البحث، وأبرز ما قيل فيه ما يلي:

١ - أن الحكم الشرعي هو: «ما ثبت بالخطاب اللفظي».

٢ - أنه: «ما ثبت بالخطاب: كالوجوب، والحرمة، وغيرهما مما هو من صفات فعل المكلف».

٣ - أنه: «أثر خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على جهة الاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع»، وهو المختار عند علماء الحنفية.

ويجمع بين هذه التعريفات أن الحكم عند الفقهاء إنما يراد به ما ثبت بالخطاب: كالوجوب والحرمة وغيرهما، مما هو من صفات فعل المكلف، لا نفس الخطاب، الذي هو من صفات الله تعالى - كما هي الحال عند الأصوليين - إذ إن الحكم عند الأصوليين هو: كلام الله المبين لصفات أفعال المكلفين: كالإيجاب والتحرير وغيرهما، أما عند الفقهاء: فالحكم هو: أثر كلام الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على أنه صفة لها: كالوجوب، والندب، والحرمة، والكرهية، والإباحة، والسببية، والشرطية، والمانعية.

فعلی سبیل المثال: إيجاب الله تعالى الوفاء بالعقود في الأزل الذي دل عليه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو الحكم عند الأصوليين، أما وجوب الوفاء الذي يفيد النص، والذي هو أثر لذلك الإيجاب الأزلي، ويتصف به الفعل الصادر من المكلف، فهو الحكم عند الفقهاء.

ينظر: سلم الوصول لشرح نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، للشيخ محمد بخيت المطيعي، عالم الكتب، بيروت (١/٦٩)، وحاشية العطار على جمع الجوامع، للعطار، دار الكتب العلمية، بيروت (١/٦٥)، وغاية الوصول شرح لب الأصول، للشيخ زكريا الأنصاري، ط أخيرة، شركة مصطفى البابي الحلبي، ص (٦)، والآيات البيئات، لابن القاسم أحمد بن قاسم العبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (١/٧١)، ومرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، لمنلا خسرو، طبع بولاق، القاهرة (١/٣١)، تيسير التحرير، لأمير باد شاه، وهو شرح التحرير للكمال بن الهمام، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط أخيرة (٢/١٨١)، وميزان الأصول في نتائج العقول، لعلاء الدين السمرقندي، تحقيق: د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، نشر

وقد جمعت أنا في حادثة سني وعنفوان^(١) عمري وصدر أمري في الإفتاء ما رفع إليّ من مسائل الوقعات أيضاً، وضممت إليها أجناسها من الحوادث^(٢)، وجمعت أيضاً جمعا آخر استفتني^(٣) مني مدة مقامي بسمرقند^{(٤)(٥)}، وذكرت فيها جواب ظاهر الرواية^(٦)، وأضفت إليها [من واقعات]^(٧) النوادر^(٨) وما فيها من أقاويل المشايخ،

= وزارة الأوقاف، والشئون الدينية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م (١/١١٢)، والتقريب والتحرير، لابن أمير الحاج، المطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة، ط (١)، ٣٠١٦هـ (٢/٧٦)، أصول الفقه الإسلامي، د. زكي الدين شعبان، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦٤ - ١٩٦٥م، ص (٢١٢).

(١) عنفوان الشيء: أوله، يقال: هو في عنفوان شبابه، أي: في نشاطه وحدته. ينظر: المعجم الوسيط، إخراج: مجمع اللغة العربية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢م (٢/٦٣١).

(٢) في د: الحوادث.

(٣) في أ: استفت.

(٤) سمرقند: بلد معروف مشهور، قيل: إنه من أبنية ذي القرنين بما وراء النهر، وهو قسبة الصغد، مبنية على جنوبي وادي الصغد مرتفعة عليه.

ينظر: معجم البلدان للشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، تحقيق: فريد عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م (٣/٢٤٦، ٢٤٧).

(٥) في د: ببلدة سمرقند.

(٦) ظاهر الرواية: المراد بظاهر الرواية (أو مسائل الأصول) في المذهب الحنفي تلك المسائل التي وجدت في كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني التي هي: المبسوط (الأصل) والزيادات، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والسير الصغير، والسير الكبير، وإنما سميت بظاهر الرواية؛ لأنها رويت عن الإمام محمد برواية الثقات فهي ثابتة عنه إما متواترة أو مشهورة، ومسائل ظاهر الرواية أو مسائل الأصول هي الطبقة الأولى من المسائل من حيث القوة، ويليهما مسائل النوادر ثم الفتاوى والواقعات...، فإذا تعارض الجواب في المسائل رجح ما في الأصول.

ينظر: مفتاح السعادة، لطاش كبرى زاده، دار الكتب الحديثة، القاهرة (٢/٢٦٣).

(٧) في د: روايات.

(٨) النوادر: هي: المسائل المروية عن أصحاب المذهب في غير الكتب الستة لمحمد بن الحسن الشيباني كالكيسانيات، والهارونيات، والجرجانيات، والرقيات وهي المسائل المسماة بغير ظاهر الرواية، وإنما قيل لها غير ظاهرة الرواية لأنها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الأولى.

ينظر: حاشية ابن عابدين، المسماة رد المحتار على الدر المختار، شرح متن تنوير الأبصار، لابن عابدين، محمد بن أمين بن عمر، طبعة دار الكتب العلمية، ط (٢)،

وكان يقع في قلبي أن أجمع بين هذه الأصول الثلاث، وأمهدها لها أنصافاً^(١)(٢)، وأجعلها أصنافاً وأجناساً، وقد انضم إلى ما وقع في قلبي التماس بعض الأحباب فقابلت التماسهم بالإجابة؛ وشرعت في هذا الجمع مستعينا بالله فهو المستعان وعليه التكلان، وأوضحت أكثر المسائل بالدلائل^(٣)(٤)، وعملت فيه عملاً «مَنْ طَبَّ لِمَنْ حَبَّ»^(٥).

= ١٤١٢هـ-١٩٩٢م (١/٤٩-٦٩).

(١) في أ، ب، ز: أساساً.

(٢) انطاق: مطاوع ساقه وتبع غيره وانقاد، والجبل ونحوه انقاد طولا.

ينظر: المعجم الوسيط (١/٤٦٤).

(٣) دليل جمع دلائل على خلاف القياس؛ لأن قياس جمعه في الكثرة على فُعَل نحو: هزِيل وهزُل، وعلى فُعَلان نحو: كَثِيب وكَثبان. . . أما في القلة فقياس جمعه على أفعلة نحو: رَغِيف وأرغفة. . . ، ولأن وزن (فعائل) يطرد في كل اسم رباعي قبل آخره مدّة مؤنثاً بالتاء أو مجرداً منها.

قال ابن مالك:

وبفعائل اجمعنَّ فَعَالِه وشبهه ذاءٍ أو مُزَالِه

ينظر: شرح شافية ابن الحاجب، للرضي الإسترابادي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ومحمد نور الحسن، ومحمد الزفزاف، دار الكتب العلمية، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م (٢/١٣١، ١٣٢)، شرح المفصل، لابن يعيش، القاهرة، مكتبة المتنبني (٥/٤١، ٤٢)، الصرف الميسر، تأليف مجموعة من العلماء، قطاع المعاهد، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص (٩٤).

(٤) في م: في الدلائل.

(٥) مثل ويراد به: اصنَع هذا الأمر لي صنعة من طَبَّ لمن أحب، صنعة حاذقٍ لإنسان يحبه، يضرب في التَّنَوُّقِ في الحاجة واحتمال التعب فيها.

وإنما قال: حَبَّ، لمزاوجة طَبَّ، وإلا فالكلام أَحَبَّ، وقال بعضهم: حَبَّبْتُهُ وأَحَبَّبْتُهُ لغتان، وقال:

وَوَالِه لَوْلَا تَمَرُّهُ مَا حَبَّبْتُهُ وَلَا كَانَ أذْنِي مِنْ عُبَيْدٍ وَمُشْرِقِ

نسبه في اللسان (ح ب ب) إلى غيلان بن شجا النهشلي.

وهذا وإن صح شاذ نادر؛ لأنه لا يجيء من باب فَعَلْ يَفْعَلُ - بكسر العين - في المستقبل من المضاعف فَعَلْ يَتَعَدَّى إلا أن يشركه يَفْعَلُ - بضم العين - نحو نَمَّ الحديث يَنْمُهُ وَيَنْمُهُ، وشَدَّ الشيء يَشُدُّهُ، وَعَلَّ الرجل يَعْلُهُ وَيَعْلُهُ، وكذلك أخواتها، وحبه يحبه جاءت وحدها شاذة لا يشركها يَفْعَلُ بالضم.

مجمع الأمثال، للميداني، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الجيل، بيروت، ١٩٩٦م (١/٣٩٧).

وسميت المجموع بـ«الذخيرة» وشحنته^(١) بالفوائد الكثيرة، رجاء أن يصير
 [لي]^(٢) ذخيرة^(٣) في الآخرة يوم تحيا العظام الناخرة^{(٤)(٥)}، فالمتوقع من كل من
 يطالعه^(٦) [أنه]^(٧) إن استصوبه فليدع لجامعه بالخير، وإن لم يستصوبه فليعذره، فإن
 الله تعالى يقول: ﴿ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾^(٨) أسأل الله تعالى أن يجعله لوجهه
 إنه خير [مأمول وأكرم]^(٩) مسؤل [بمنه ولطفه]^(١٠).



-
- (١) في ز: وسجيته.
 (٢) سقط في أ، م.
 (٣) في ز: ذخيرة.
 (٤) النَّخْرَةُ، من الْعِظَامِ: البالية.
 المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج وآخرين،
 مصطفى البابي الحلبي، مصر (١٦٩/٥).
 (٥) في د: النخرة.
 (٦) في م: طالعه.
 (٧) سقط في د.
 (٨) سورة يوسف آية: ٧٦.
 (٩) سقط في د.
 (١٠) سقط في د.

كتاب (١) الطهارة (٢)

هذا الكتاب يشتمل على سبعة عشر فصلاً:

الأول (٣): في المياه التي يجوز التوضؤ بها، والتي لا يجوز ذكر في باب الوضوء من الكافي (٤): أن الماء (٥) إذا أُنْتِنَ (٦)، وهو كثير، إن علم

(١) الكتاب لغة: الكتاب معروف، والجمع: كُتِبَ وكُتِبَ، وكتب كُتِبَ من باب قتل، وكتبه بالكسر - وكتباً، والاسم الكتابة. وتطلق الكُتْبَةُ والكتاب على المكتوب، ويطلق الكتاب على المُنزَّل وعلى ما يُكْتَبُه الشخص ويرسله، ويقال: اكتب فلان فلاناً: أي سأله أن يكتب له كتاباً.

ينظر: لسان العرب (٥٨٧/٧)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للعلامة أحمد ابن محمد بن علي المقري الفيومي، ط (٢)، دار المعارف، القاهرة (٥٢٤/٢)، مادة (ك، ت، ب).

والكتاب اصطلاحاً: طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعاً، أو لم تشمل.

ينظر: العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابر، دار الفكر، د. ط، د. ت (١٢/١).

(٢) في د: الطهارات. وهي جمع طهارة والطهارة لغة: نقيض النجاسة أو النظافة والنقاء من الدنس حسية كانت أو معنوية فيقال: طهرت المرأة، أي: إذا انقطع دمها واغتسلت من الحيض وغيره، كما تكون الطهارة بمعنى التطهر فيقال: تطهرت، أي: اغتسلت من الجنابة وغيرها. يقال: قوم يتطهرون، أي: قوم يتزهون عن العيوب. فهذه هي طهارة معنوية. ينظر: القاموس المحيط: لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص (٣٩٠)، مادة (ط ه ر)، والمصباح المنير، ص (٢٠٢)، مادة (طهر).

والطهارة في اصطلاح الفقهاء عبارة عن: صفة تحصل لمزيل الحدث أو الخبث. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (٢)، ١٩٨٢م (٥/١)، حاشية سعدي جلبي، لسعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وسعد أفندي، مطبوع مع شرح فتح القدير، مصطفى البابي الحلبي، ط (١)، ١٩٧٠م (٩/١).

(٣) في د: الفصل الأول.

(٤) الكافي في فروع الحنفية: للحاكم الشهيد: وهو الإمام محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله ابن عبد المجيد بن إسماعيل المروزي أبو الفضل البخاري الشهير بالحاكم الشهيد من أكابر الحنفية. من تصانيفه: الغرر في الفقه، الكافي في الفروع، توفي سنة ٣٣٤ هـ. ينظر: هدية العارفين، لإسماعيل باشا البغدادي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢م (٤٦٥/١).

(٥) الماء لغة: سائل عليه عماد الحياة.

ينظر: المعجم الوجيز، إخراج/مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطابع شركة الإعلانات =

أن تنته لوقوع النجاسة فيه؛ لا يجوز^(١) التوضؤ به، وإن لم يعلم، يجوز التوضؤ به؛

= الشرقية، دار التحرير للطبع والنشر، ط (١)، ص (٥٩٥)، المعجم الوسيط (١/٨٩٢)، مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة جديدة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ص (٦٤٠).

واصطلاحاً: جوهر لطيف سيال، لا لون له يتلون بلون إنائه.

ينظر: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة (١٢/١).

(٦) المصباح المنير (٢/٥٩٢). تن الشيء - بالضم - تونة وتناة فهو نتين مثل قريب، وnten نتنا من باب ضرب، وnten يتنن فهو تنن من باب تعب، وأنتن إتنانا فهو متتن، وقد تكسر الميم للإتباع فيقال: متتن، وضم التاء إتباعاً للميم قليل.

(١) الجواز في اللغة: مصدر جاز الموضوع بمعنى سلكه وسار فيه. وهو أيضاً: النفوذ، يقال: جاز العقد؛ أي: نفذ ومضى على الصحة.

ينظر: مختار الصحاح، ص (٧٣)، مادة (ج وز)، والمصباح المنير، ص (٧٢)، مادة (ج وز).

والجواز في اصطلاح المتكلمين هو: قبول الثبوت والانتفاء على سبيل التناوب. والجواز بهذا المعنى هو الجواز العقلي، وهو المسمى عند المنطقيين بالإمكان الخاص كما يؤخذ من كلام الكفوي في الكليات. ويطلق الجواز عند أهل المنطق أيضاً على: الإمكان العام، وقد عرفه الدسوقي بأنه: سلب الضرورة عن الطرف المخالف. والمراد بالضرورة: الوجوب العقلي، وبالطرف المخالف: خلاف النسبة. وعلى هذا، فالإمكان العام يشمل: الوجوب والجواز العقليين، شمولاً بدلاً. وللجواز معان أخرى يمكن أن تستفاد مما ذكره العضد وغيره في بيان إطلاقات الجائز. ومن تلك المعاني: إمكان الوقوع شرعاً. ومنها أيضاً: الإباحة الشرعية، وقد عرفها الأصفهاني بأنها: خطاب الشارع بالتخيير بين الفعل والترك.

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، ص (٢٥٥ و ٢٧٤)، وبيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء محمود بن عبد الرحمن أحمد الأصفهاني، تحقيق: د/ محمد مظهر بقا، دار المدني للطباعة، جدة، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (١/٣٩٧، ٣٩٨)، وشرح العضد على مختصر المنتهى، لعبد الرحمن بن أحمد الإيجي الملقب بعضد الدين، طبع عام ١٣٩٣هـ (٦/٢)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار، محمد بن أحمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (١/٤٢٩)، والكليات، لأبي البقاء الكفوي، دار الفكر، دمشق ص (٣٤٠)، وكشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي الفاروقي التهانوي، تحقيق: د. لطفي عبد البديع، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م (١/٢٠٧).

قال الشوكاني: ويقال للمباح: الحلال والجائز والمطلق.

وعلى هذا يمكن تعريف الجائز بأنه: ما خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك. =

لأنه يتغير بطول المكث .

سئل الفقيه أحمد بن إبراهيم^(١): عن الماء الذي يتغير^(٢) لكثرة الأوراق^(٣) الواقعة فيه حتى يظهر لون الأوراق^(٤) في الكف إذا رفع الماء منه، هل يجوز التوضؤ به؟ قال: لا، ولكن يجوز شربه، وغسل الأشياء به؛ أما جواز شربه وغسل الأشياء به، فلا أنه طاهر^(٥).

= ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص (١١)، الموافقات في أصول الشريعة: لأبي إسحاق الشاطبي، اعنتى بها: إبراهيم رمضان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط (٦)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (١/١٢٢)، أصول الفقه، لأبي زهرة، دار الفكر العربي، بيروت، ص (٤٦).

(١) هو: أحمد بن إبراهيم الفقيه قال عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي: «هكذا هو مذكور في الذخيرة وحكى عنه فرعا وهو: أن من غسل وجهه وغمض عينيه تغميضا شديدا لا يجوز وضوءه»، والذي قبله هو: «أحمد بن إبراهيم الميداني هكذا هو مذكور في الكتب كتب الحنفية وهذه النسبة إلى موضعين، أحدهم: ميدان زياد بنيسابور والثاني: إلى محلة بأصبهان».

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد، مير محمد كتب خانة، كراتشي (د.ط) (د.ت) (١/٥٥).

(٢) في د: تغير.

(٣) في أ، ز: الأرواث.

(٤) في ز: الأرواث.

(٥) الماء الطاهر هو الذي لا يرفع الحدث، ولا يزيل الخبث، وهو المتغير بممازج طاهر؛ كالزعفران واللبن والعسل ونحوه من الطهارات، ومنه يسير مستعمل في رفع حدث، وينقسم الماء الطاهر غير المطهر إلى قسمين:

الأول: الماء المتغير.

والثاني: الماء المستعمل.

الأول: الماء المتغير:

وهو الذي تغير عن أصل خلقته حقيقة أو حكما.

واتفق الفقهاء أيضا على أنه إذا كان التغير بحيث يخرج الماء عن طبيعته ولا يحصل معه إطلاق اسم الماء عليه إلا مقيدا فإن هذا يسلب الماء طهوريته فلا يرفع الحدث.

أما إذا كان التغير لا يخرج الماء عن طبيعته، ويمكن معه إطلاق الماء عليه بلا قيد لازم، فإما أن يكون التغير بشيء مجاور أو بشيء مخالط أي: لا يمكن فصله عن الماء فهذا يلحق بالماء المطلق.

الماء المتغير بشيء مخالط:

إذا اختلط بالماء شيء طاهر فإما أن يتغير الماء بسبب ذلك أو لا، فإذا لم يتغير فقد اتفق

= الفقهاء على أن الماء والحال هذه يظل على طهوريته، وإن تغير الماء فهو على ثلاثة أضرب: أحدها: ما لا تحصل به الطهارة رواية واحدة، وهو على ثلاثة أنواع: أحدها: ما اعتصر من الطاهرات؛ كماء الورد، وماء القرنفل، وما ينزل من عروق الشجر إذا قطعت رطبة. الثاني: ما خالطه طاهر فغير اسمه، وغلب على أجزائه، حتى صار صبغاً، أو حبراً، أو خللاً، أو مرقا، ونحو ذلك. الثالث: ما طبخ فيه طاهر فتغير به، كماء الباقلاء المغلي. وقد اختلف الفقهاء في هذا القسم من الماء على مذهبين: المذهب الأول: أن الماء يفقد الطهورية ويصير غير مطهر، وإلى هذا ذهب: المالكية وأحمد في أصح الروايتين عنه وهو المعتمد عند الشافعية، والحنفية. المذهب الثاني: أن الماء يبقى على طهوريته أي مع التغيير طاهراً مطهراً، وإلى هذا ذهب أحمد في رواية والشافعية في وجه والظاهرية وبعض الحنفية. ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١٢٧/١)، الهداية شرح بداية المبتدئ، للمرغيناني، ط أخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة (١٨/١)، بدائع الصنائع (١١٤/١)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبي الوليد، دار الفكر، بيروت (٢٣/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٥/١) المجموع شرح المذهب، للنووي، مطبعة المنيرية، القاهرة (١٥٣/١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط (٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م (١١/١)، المغني لابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (٢٤/١)، المحلى، للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الفكر، بيروت، ومطبعة عبد الفتاح مراد، القاهرة (١٩٣/١).

القسم الثاني: الماء المستعمل. اختلف تعريف الفقهاء للماء المستعمل على النحو التالي: اختلف علماء الحنفية في تعريفه على ما يأتي: فعند أبي حنيفة، وأبي يوسف: هو الماء الذي أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة، كالوضوء على الوضوء بنية التقرب أو لإسقاط فرض. وعند محمد بن الحسن: هو ما استعمل لإقامة قربة. وعند زفر: هو الماء المستعمل لإزالة الحدث. وعند المالكية: هو الذي أدت به طهارة وانفصل من الأعضاء. وعند الشافعية: هو الماء القليل الذي يؤدي به ما لا بد منه حقيقة أو صورة من رفع حدث في نظر مستعمله أو إزالة خبث. وعند الحنابلة: هو ما كان طاهراً غير مطهر. وسبب اختلاف الفقهاء في تحديد ماهية الماء المستعمل يرجع إلى أنه: هل يتناوله اسم =

وأما عدم جواز التوضؤ به؛ [لأنه لما] ^(١) غلب عليه لون الأوراق ^(٢)؛ [صار ^(٣) مقيداً] ^(٤)؛ كماء الباقلاء ^(٥) وغيره.

وفي الأجناس ^(٦)، ذكر في صلاة الأثر ^(٧): لا بأس بالتوضؤ بماء السيل ^(٨)؛ إذا

= الماء المطلق أو لا؟ ومن ثم اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن الماء المستعمل في الطهارة من الحدث طاهر غير مطهر فلا يجوز استعماله في رفع الحدث مع بقاءه على الطهارة؛ وهو مذهب الشافعي في الجديد، وابن القاسم من أصحاب مالك، وأصحاب أبي حنيفة، وأحمد في رواية.

وقال ابن القاسم من المالكية: يتمم أحب إليّ من الوضوء به.

المذهب الثاني: أن الماء المستعمل ماء متنجس، وهو مذهب أبي يوسف، ورواية عن أبي حنيفة أنه نجس نجاسة غليظة، حتى لو أصاب الثوب منه أكثر من قدر الدرهم منع الصلاة.

المذهب الثالث: يرى أن الماء المستعمل طاهر مطهر، وإليه ذهب من الصحابة علي، وابن عمر، وأبو أمامة، ومن التابعين: الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وعطاء بن أبي رباح، وسفيان الثوري، وهو المشهور من مذهب الإمام مالك، ورواية عن أحمد، وأبي ثور، وداود، وابن حزم.

ينظر: المسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م (٤٦/١)، بدائع الصنائع (٦٦/١)، المغني، لابن قدامة (٢٨/١-٣٤)، أنوار البروق في أنواع الفروق، لأحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب، بيروت (١١٧/٢)، شرح المذهب (٢٠٣/١)، الفروع، لابن مفلح، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط (٤)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (٨٠/١)، المنتقى شرح الموطأ، للباجي، دار الكتب العربية، القاهرة (٥٥/١).

(١) في د: فلائنه.

(٢) في ز: الأرواث.

(٣) في د: وصار ماء.

(٤) سقط في م.

(٥) الباقلاء والباقلَى: الفول اسم سوادي والباقلاء واحده باقلاء.

ينظر: لسان العرب (٦٢/١١).

(٦) الأجناس: للشيخ الإمام أبي العباس أحمد بن محمد الناطفي الحنفي المتوفى سنة ست وأربعين وأربعمائة، جمعها لا على الترتيب والناطفي نوع من الحلوى. ثم إن الشيخ أبا الحسن علي بن محمد الجرجاني الحنفي رتبها على ترتيب الكافي.

ينظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله الحنفي حاجي خليفة، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م (١١/١).

(٧) صلاة الأثر: لهشام بن عبيد الله الرازي، تفقه على أبي يوسف ومحمد، قال الصيمري: غير أنه كان ليناً في الرواية، له «النوادر» و«صلاة الأثر»، قال أبو حاتم: صدوق ما رأيت أعظم قدراً منه، وعن ابن حبان قال: كان هشام ثقة، قال هشام: لقيت ألفاً وسبعمائة شيخ، =

كان رقة الماء عليه غالبية، وإن كان الطين غالباً، لا يجوز التوضؤ به .
وعن أبي يوسف^(١) - رحمه الله - في الأمالي: ماء الصابون^(٢) إذا كان ثخيناً قد

= وأنفقت في العلم سبعمائة ألف درهم. توفي سنة إحدى ومائتين .
ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط (٣)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (١٠/٤٤٦)، الجواهر المضية (٣/٥٦٩)، تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ص (٢٣٨)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لمحمد عبد الحي اللكنوي، مصر، ١٣٢٤هـ، ص (٢٢٣).
(٨) السيل: بفتح السين المهملة المشددة بعدها ياء تحتية ساكنة، وهو المطر الغزير الذي يسيل على الأرض ويجري.

(١) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبيش بن سعد بن بجير بن معاوية الأنصاري، الكوفي أبو يوسف القاضي؛ ولد في سنة ثلاث عشرة ومائة، قاضي القضاة صاحب أبي حنيفة قال الذهبي: لزمه، يعني: أبا حنيفة وتفقه به، وهو أنبل تلامذته، وأعلمهم وقال أبو حنيفة: إن يمت هذا الفتى، فهو أعلم من عليها. وقد تكلم فيه قوم كالبخاري، والغالب أن هذا لكونه من أصحاب الرأي. ولكن قال أحمد بن حنبل: أول ما كتبت الحديث، اختلفت إلى أبي يوسف، وكان أميل إلى المحدثين، وقال أحمد أيضاً: كان منصفاً في الحديث، وقال ابن معين: ما رأيت في أصحاب الرأي أثبت في الحديث، ولا أحفظ، ولا أصح رواية من أبي يوسف، وعن ابن معين أيضاً: أبو يوسف صاحب حديث، صاحب سنة، وقال يحيى البرمكي: قدم أبو يوسف، وأقل ما فيه الفقه، وقد ملأ بفقهه الخافقين، وقال هلال الرأي: كان أبو يوسف يحفظ التفسير، ويحفظ المغازي، وأيام العرب، كان أحد علومه الفقه، وقال الذهبي: الإمام، المجتهد، العلامة، المحدث، وقال أبو حاتم: يكتب حديثه، وقال ابن عدي: لا بأس به، وقال ابن المديني: ما أخذ على أبي يوسف إلا حديثه في الحجر، وكان صدوقاً، وقال النسائي في (طبقات الحنفية): ثقة، توفي سنة اثنتين وثمانين ومائة. ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري، ت (بدون)، دار الكتب العلمية، بيروت (٨/٣٩٧)، الجرح والتعديل، لابن أبي حاتم، دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط (١)، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م (٩/٢٠١)، الكامل في ضعفاء الرجال، لعبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد أبي أحمد الجرجاني، تحقيق: يحيى مختار غزاوي، دار الفكر، بيروت، ط (٣)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م (٧/١٤٤، ١٤٥)، تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي، ط: مصورة، ت (بدون)، دار الكتاب العربي، بيروت (١٤/٢٤٢ - ٢٦١)، تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) (١/٢٩٢ - ٢٩٤)، سير أعلام النبلاء (٨/٥٣٥ - ٥٣٩).

(٢) الصابون: هو الذي يغسل به الثياب معروف .
ونقل عن ابن دريد وغيره: أنه ليس من كلام العرب وهو مركب من أحماض دهنية وبعض القلويات، وتستعمل رغوته في التنظيف والغسل .
ويرى الحنفية في القول المختار عندهم: أن الصابون المصنوع من الزيت النجس أو

المتنجس طاهر، فيجوز استعماله والمعاملة به، قال في الدر: ويظهر زيت تنجس بجعله صابونا، به يفتى للبلوى، كتثور رش بماء نجس لا بأس بالخيز فيه، وكطين تنجس فجعل منه كوز بعد جعله على النار، وقال ابن عابدين: هذه المسألة قد فرعوها على قول محمد، وعليه الفتوى للبلوى، واختاره أكثر المشايخ خلافا لأبي يوسف.

والعلة عند محمد هي التغير وانقلاب الحقيقة، ومقتضاه عدم اختصاص ذلك الحكم بالصابون، فيدخل فيه كل ما كان فيه تغير وانقلاب حقيقة ومثله ما في الفتح لابن الهمام. وأجاز الشافعية كذلك الانتفاع بالصابون المعمول من زيت نجس، لكنهم لم يصرحوا بطهارته، فقد جاء في أسنى المطالب نقلا عن المجموع: يجوز اتخاذ الصابون من الزيت النجس. قال الرملي: ويجوز استعماله في بدنه وثوبه، كما صرحوا بذلك. ثم قال: ثم يطهرهما، ويفهم منه: أنه ما زال نجسا؛ وذلك لأن الأصل عندهم أنه لا يطهر من نجس العين إلا شيئا: خمر تخللت، وجلد نجس بالموت إذا دبغ.

أما المالكية: فقد فرقوا بين النجس والمنتجس فقالوا: بجواز الانتفاع بمنتجس، لا بنجس في غير مسجد وأكل آدمي، فيستصبح عندهم بالزيت المنتجس في غير المسجد، ويعمل منه الصابون، وينتفع به في سائر وجوه الانتفاع.

والظاهر من كلامهم: عدم جواز الانتفاع بالصابون المعمول من النجس كشحم الميتة، وإن صرح بعضهم بجواز الاستصباح بشحم الميتة إذا تحفظ منه.

وقال الحنابلة: لا تطهر نجاسة باستحالة ولا بنار، فالصابون المعمول من زيت نجس نجس، ودخان النجاسة وغبارها نجس. وهذا ظاهر المذهب عندهم.

قال ابن قدامة: ويستخرج أن تطهر النجاسات بالاستحالة قياسا على الخمر إذا انقلبت، وجلود الميتة إذا دبغت.

وزهد الحنفية: إلى أن ماء الصابون إذا ذهب رفته وصار ثخيناً لا يجوز التوضؤ به، وإذا بقيت رفته ولطافته جاز.

قال ابن الهمام في تعليل الجواز: المخالط المغلوب لا يسلب الإطلاق، فوجب ترتيب حكم المطلق على الماء الذي هو كذلك، أي: جواز الوضوء به. وقد اغتسل النبي ﷺ يوم الفتح من قصعة فيها أثر العجين، والماء بذلك يتغير، ولم يعتبر المغلوبة.

والأصل عند الشافعية: أنه إذا اختلط بالماء شيء يمكن حفظه منه - غير التراب والملح - كالزعفران، والتمر، والدقيق، فتغير أحد أوصافه، فإنه لا يجوز الوضوء به؛ لأنه زال عنه إطلاق اسم الماء. لكنهم ذكروا في صفة التغير: أنه إن كان يسيرا، بأن وقع فيه قليل من زعفران، فاصفر قليلا أو صابون أو دقيق فابيض قليلا، بحيث لا يضاف إليه فوجهان: الصحيح منهما: أنه ظهور لبقاء اسم الماء، قال النووي: وهو المختار.

ومثله ما عند الحنابلة حيث قالوا: وما سقط في الماء من الباقلا، والحمص، والورد، والزعفران وغيره من الطاهرات، وكان يسيرا، فلم يوجد له طعم ولا لون ولا رائحة كثيرة حتى ينسب الماء إليه توضأ به.

وهذا إذا كان الصابون معمولا من زيت طاهر. أما إذا كان مصنوعا من غير طاهر، فكذلك الحكم عند من يقول بطهارته كالحنفية ومن معهم، أما من يقول: إن النجس لا

غلب عليه الصابون؛ لا يجوز التوضؤ به؛ [كماء الحمص^(١) والباقلاء^(٢)]^(٣).
[وإذا كان رقيقاً، ولكن علاه بياض الصابون، جاز التوضؤ به.
وعنه: لا يجوز التوضؤ به]^(٤).

= يطهر باستحالته فلا يجوز التوضؤ به.

والظاهر عند المالكية: أنهم لا يجوزون التوضؤ بماء الصابون مطلقاً، سواء كان طاهراً أو نجساً. حيث قالوا: ما غير لونه أو طعمه أو ريحه شيء طاهر، فذلك الماء طاهر في نفسه غير مطهر لغيره، فلا يتوضأ به، ويستعمل في العادات.
ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢١٠/١)، فتح القدير، كمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام، دار الفكر، بيروت (١٧٦/١)، مواهب الجليل شرح المختصر، لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب، دار الفكر، ط (٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م (١/٥٨، ٥٩)، الفواكه الدواني شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (١/١٤٥)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، وبدون تاريخ (١/٢٧٨)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للشهاب الرملي، دار الفكر، ط أخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (٢/٢٣٠-٢٣٢، ٢٧٨)، كشاف القناع عن متن الإقناع، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م (١/٢٦)، المغني، لابن قدامة (١/١٤).
(١) اتفق الفقهاء على أن الماء الذي غيرت النجاسة طعمه أو لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الصفات أنه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور.

كما لا خلاف بين الفقهاء في جواز الوضوء بما خالطه طاهر لم يغيره، إلا ما حكى عن أم هانئ في ماء بل فيه خبز لا يتوضأ به.
ثم اختلفوا في الوضوء بماء خالطه طاهر يمكن التحرز منه فغير إحدى صفاته: طعمه أو لونه أو ريحه.

فذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة على المذهب: إلى أن الماء المتغير طعماً أو لونا أو ريحاً بمخالط طاهر يستغني عنه الماء تغيراً يمنع الإطلاق لا تحصل به الطهارة.
ويرى الحنفية وأحمد في رواية جواز التوضؤ بالماء الذي ألقى فيه الحمص أو الباقلاء فتغير لونه وطعمه ولكن لم تذهب رفته، ولو طبخ فيه الحمص أو الباقلاء وريح الباقلاء يوجد فيه لا يجوز به التوضؤ.

ينظر: الفتاوى الهندية، للشيخ نظام الدين، وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م (١/٢١)، والمغني، لابن قدامة (١/١٢)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (١/٣٢، ٣٣).

(٢) في ب: الباقي.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ، ب.

وعنه أيضًا: إذا طبخ الآس^(١)، أو البابونج^(٢)، في الماء، فإن غلب على الماء حتى يقال: ماء البابونج، أو ماء الآس لا يجوز التوضؤ به^(٣).

والحاصل من مذهب أبي يوسف: أن كل ما خلط به شيء يناسب الماء فيما يقصد من استعمال الماء، وهو التطهر^(٤)؛ فالتوضؤ به جائز بشرط^(٥)

ألا^(٦) يغلب ذلك الشيء على الماء^(٧) حتى لا يزول به الصفة الأصلية وهي

(١) شجر دائم الخضرة بيضي الورق أبيض الزهر أو ورديه عطري وثماره لبية سود تؤكل غضة وتجفف فتكون من التوابل وهو من فصيلة الآسيات وورقه من ورق اللب ذات نقطة واحدة. ينظر: المعجم الوسيط (٢/١).

(٢) البابونج: جنس نباتات عشبية من فصيلة المركبات يستعمل في الصباغة أو التداوي. ينظر: المعجم الوسيط (٧٥/١).

(٣) البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م (٣٦٢/١).

(٤) في ب، م: التطهير.

(٥) الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة، ويجمع على شروط. والشرط أيضا لغة في الشرط - بفتح الراء - بمعنى العلامة.

ينظر: القاموس المحيط، ص (٦٧٣)، تاج العروس من جواهر القاموس «شرح القاموس»، للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق: مصطفى حجازي، حكومة الكويت، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م (٣٠٩/١).

وأما في اصطلاح الأصوليين، فاختار القرافي والتاج السبكي وغيرهما، تعريفه بأنه: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

ينظر: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، لأحمد بن إدريس القرافي، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م، ص (٢١٩)، وجمع الجوامع، للسبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص (٥٠)، ونهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، لجمال الدين الإسنوي، المطبعة السلفية، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٢م (١٠٢/١)، ومختصر التحرير في أصول الفقه، للإمام محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، مكتبة عبد الله فدا، بمكة المكرمة، ط (١)، ١٣٦٧هـ، ص (٣٧، ٣٨)، تقريب الوصول إلى علم الأصول، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد ابن جزي، دراسة وتحقيق عبد الله محمد الجبوري، طبع ببغداد، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص (١٠٣)، ١٠٤)، وشرح الكوكب المنير (٤٥٥/١)، وحاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية، بيروت ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (٥٦/٢).

(٦) في د: أن.

(٧) زاد في م: من حيث الإجزاء.

الرقعة، وذلك مثل: الصابون، والأشنان^(١).
 وإن كان ذلك المخلوط لا يناسب الماء فيما يقصد [من استعمال الماء]^(٢)، ففي بعض الروايات، شرط لمنع جواز التوضؤ به؛ غلبة ذلك الشيء للماء^(٣).
 وفي بعض الروايات: لم يشترط.
 ومحمد^(٤) - رحمه الله - اعتبر في جنس هذه المسائل لمنع جواز التوضؤ^(٥) غلبة المخلوط الماء؛ لكن في بعضها أشار إلى الغلبة من حيث اللون، وفي بعضها أشار إلى الغلبة من حيث الأجزاء^(٦).

(١) الأشنان: شجر ينبت في الأرض الرملية، يستعمل هو أو رماده في غسل الثياب والأيدي (معزّب). ينظر: المعجم الوسيط، مادة (شئن).

(٢) سقط في د.

(٣) ثبت في حاشية د: حد جريان الماء في حق جواز الوضوء.

(٤) هو: محمد بن الحسن بن فرقد، أبو عبد الله الشيباني صاحب أبي حنيفة العلامة، فقيه العراق، ولد سنة اثنتين وثلاثين ومائة ونشأ بالكوفة ولي القضاء للرشد بعد القاضي أبي يوسف، قيل للإمام أحمد: من أين لك هذه المسائل الدقاق؟ قال: من كتب محمد بن الحسن، وقال الحافظ ابن حجر: تكلم فيه يحيى بن معين فيما حكاه معاوية بن صالح وعظمه أحمد والشافعي قبله وكان من أفراد الدهر في الذكاء وعظمت منزلته عند الرشيد جدا، وقال الذهبي لينه النسائي وغيره، من قبل حفظه، وكان من بحور العلم والفقه قويا في مالك، وكان الشافعي يقول: كتبت عنه وقر بختي، وما ناظرت سمينا أذكى منه، لو أشاء أن أقول: نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن، لقلت؛ لفصاحته، وقال: كان إذا أخذ في المسألة كأنه قرآن ينزل عليه لا يقدم حرفا ولا يؤخر، وقال أبو علي الحسن بن داود: ونحن نفتخر بسبعة وعشرين ألف مسألة في الحلال والحرام عملها رجل من أهل الكوفة يقال له محمد بن الحسن، قياسية عقلية لا يسع الناس جهلها، وقال محمد بن الحسن عن نفسه: أقمّت عند مالك ثلاث سنين وكسرا، وسمعت من لفظه سبعمائة حديث، قال الحافظ ابن حجر: وكان مالك لا يحدث لفظة إلا نادرا، مات سنة تسع وثمانين ومائة، بالري.

ينظر: الجرح والتعديل (٢٢٧/٧)، تاريخ بغداد (١٧٢/٢ - ١٨٢)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لمحمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م (١٠٧/٦)، سير أعلام النبلاء (١٣٤/٩ - ١٣٧)، لسان الميزان، لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: دائرة المعارف النظامية، الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط (٣)، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م (١٢١/٥، ١٢٢).

(٥) زاد في د: به.

(٦) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ط (٢) (١٩/١)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، بيروت (٣٥٧/٤).

التوضؤ [بماء الثلج] (١)

التوضؤ بالثلج (٢) إن كان ذائبا بحيث يتقاطر يجوز، وإلا فلا؛ [وعلى هذا التيمم

(١) في د: بالثلج.

(٢) ماء الثلج وهو ما نزل من السماء مائعا ثم جمد، أو ما يتم تجميده بالوسائل الصناعية الحديثة.

ينظر: المغني (١٨/١).

والأصل في ماء الثلج والبرد: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يسكت بين التكبير وبين القراءة إسكاته - قال: أحسبه قال: هنية -، فقلت: بأبي وأمي يا رسول الله، إسكاتك بين التكبير والقراءة ما تقول؟ قال: أقول: اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب، اللهم نقني من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد.

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز التطهر بماء الثلج إذا ذاب.

وإنما الخلاف بينهم في استعماله قبل الإذابة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية والحنابلة وهو المعتمد عند الحنفية إلى عدم جواز التطهر بالثلج قبل الإذابة ما لم يتقاطر ويسل على العضو.

يقول صاحب الدر المختار: «يرفع الحدث مطلقا بماء مطلق، وهو ما يتبادر عند الإطلاق كماء سماء وأودية وعيون وآبار وبحار وثلج مذاب بحيث يتقاطر».

ويقول صاحب الشرح الكبير: وهو - أي الماء المطلق - ما صدق عليه اسم ماء بلا قيد وإن جمع من ندى أو ذاب أي تميع بعد جموده كالثلج، وهو ما ينزل مائعا ثم يجمد على الأرض.

ويقول صاحب المغني: الذائب من الثلج والبرد طهور؛ لأنه ماء نزل من السماء،

وفي دعاء النبي ﷺ: «اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد».

فإن أخذ الثلج فمرره على أعضائه لم تحصل الطهارة به، ولو ابتل به العضو؛ لأن الواجب الغسل، وأقل ذلك أن يجري الماء على العضو، إلا أن يكون خفيفا فيذوب، ويجري ماؤه على الأعضاء فيحصل به الغسل، فيجزئه.

القول الثاني: ذهب أبو يوسف من الحنفية والأوزاعي إلى جواز التطهر به وإن لم يتقاطر.

يقول الطحاوي: قوله: (بحيث يتقاطر) هو المعتمد وعن أبي يوسف: يجوز وإن لم يتقاطر.

ويقول النووي: وحكى أصحابنا عن الأوزاعي جواز الوضوء به وإن لم يسل ويجزيه في المغسول والممسوح، وهذا ضعيف أو باطل إن صح عنه؛ لأنه لا يسمى غسلا ولا في معناه.

القول الثالث: فرق الشافعية بين سيل الثلج على العضو لشدة حر وحرارة الجسم ورخاوة الثلج، وبين عدم سيله. فإن سال على العضو صح الوضوء على الصحيح لحصول جريان الماء على العضو، وقيل: لا يصح لأنه لا يسمى غسلا، حكاها جماعة =

حال وجود الثلج إن كان ذائباً؛ لا يجوز^(١).
وعلى هذا إذا أصاب [بعض]^(٢) جسده بول قبل يده [ثلاثاً]^(٣)، ومسحها على ذلك الموضوع، إن كانت [البلة من]^(٤) يده متقاطرة جاز، وإلا فلا.
وفي شرح الطحاوي^(٥):
أن تسييل^(٦) الماء في الوضوء شرط في ظاهر الرواية، لا يجوز [الوضوء]^(٧) ما لم يتقاطر الماء.

وعن أبي يوسف: أن التقاطر ليس بشرط.
ففي مسألة الثلج: إذا توضع به [إن]^(٨) قطر قطرتين فصاعداً يجوز إجماعاً، وإن كان بخلافه، فعلى قول أبي حنيفة^(٩) ومحمد - رحمهما الله -: لا يجوز، وعلى قول

= منهم الماوردي والدارمي، وإن لم يسئل لم يصح بلا خلاف في المغسول، ويصح مسح الممسوح منه وهو الرأس والخف والجبيرة، وهو المذهب عندهم.
ينظر: الدر المختار بهامش حاشية الطحطاوي (١٠٢/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٤/١)، المجموع (٨١/١، ٨٢)، المغني (١٨/١).

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في م.

(٥) هو: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي ولد سنة تسع وثلاثين ومائتين، تفقه على مذهب الشافعي ثم صار حنفيًا، رحل إلى الشام واتصل بأحمد بن طولون فكان من أخصائه، من تصانيفه: شرح معاني الآثار في الحديث وبيان السنة، وكتاب الشفعة، ومشكل الآثار، توفي سنة إحدى وعشرين ومائتين.

ينظر: وفيات الأعيان، لابن خلكان، دار صادر، بيروت (٥٣/١)، البداية والنهاية، لابن كثير، مكتبة المعارف، بيروت، ط (٦)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م (١١/١٧٤)، الجواهر المضية (١٠٢/١)، لسان الميزان (٢٧٤/١).

(٦) في ب: سيل.

(٧) في د: التوضؤ به، سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) هو إمام الأئمة: أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زُوَطي التيمي الكوفي. أحد أئمة الإسلام، والسادة الأعلام، ومن الأئمة الأربعة المتبوعين، وهو أولهم ولادة ووفاة، ولد سنة ٨٠ هـ، وقد أدرك عصر الصحابة، ورأى أنس بن مالك - رضي الله عنه - ساد أهل زمانه في الفقه وتفريع المسائل؛ حتى قال الإمام الشافعي - رضي الله عنه -: «الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة». وكان ورعًا عالمًا عاملاً متعبداً، يصلي بالليل ويقرأ القرآن في كل ليلة، ويكي حتى يرحمه جيرانه. ومناقبه كثيرة جدًا قد أفردت لها مصنفات. أخذ عن كثير من التابعين: =

أبي يوسف - رحمه الله - يجوز^(١).

ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المنتقى^(٢): عن أبي يوسف - رحمه الله -:
في رجل أخذ [بفمه^(٣) ماء]^(٤) من إناء فغسل به جسده، أو توضأ به، لم يجز، ولو
غسل به نجاسة من بدنه^(٥) أجزأه^(٦).

وذكر بعد هذه المسألة: مسائل عن أبي يوسف أيضًا: في البزاق^(٧)،
والنخامة^(٨)، والمخاط^(٩)، يقع في إناء الوضوء يجوز التوضؤ به، ويكره^(١٠) له

= كالشعبي وعطاء وعكرمة والزهري ونافع، وأخذ عنه: أبو يوسف ومحمد بن الحسن وزفر
ووكيع، وغيرهم. توفي ببغداد سنة (١٥٠ هـ).

ينظر: الجواهر المضية (٢٦/١)، وطبقات الفقهاء، للشيرازي، تحقيق: إحسان
عباس، دار الرائد العربي، بيروت، ط (٢)، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م، ص (٨٧)، وتذكرة
الحفاظ (١٦٨/١)، وتاريخ الإسلام، للذهبي، تحقيق: عمر تدمري، دار الكتاب
العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م (٤/٢٨٣)، والبداية والنهاية (١٠/٥)
(١١٠)، وتهذيب التهذيب، لابن حجر، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط (١)،
١٣٢٥ هـ (٥/٦٢٩)، وشذرات الذهب، لابن العماد الحنبلي، دار الكتب العلمية،
بيروت، تصوير، ت (بدون) (١/٢٢٧).

(١) البناية شرح الهداية (١/١٦١).

(٢) المنتقى في فروع الحنفية، للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن أحمد بن أحمد، صاحب
الكافي، المقتول شهيدًا سنة ٣٣٤ هـ فيه نوادر من المذهب، وقال الحاكم مؤلف المنتقى:
نظرت في ثلاثمائة جزء مؤلف مثل الأمالي والنوادر، حتى انتقيت كتاب المنتقى.
ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢/٢٩٥)، كشف الظنون (٢/١٨٥١)، معجم
المؤلفين، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، بيروت (١١/١٨٥).

(٣) في د: بفيه.

(٤) في أ، ز: ماء بفمه.

(٥) في د: ثوبه.

(٦) البحر الرائق (١/١٩).

(٧) البزاق: ماء الفم إذا خرج منه، وما دام فيه ف «ريق».

ينظر: القاموس المحيط، ص (٧٨١).

(٨) النُّخامة: البُرْقَة التي تخرج من أقصى الخلق، ومن مخرج الخاء المعجمة. وهي البلغم الذي
يلفظه الإنسان. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد
الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت،
١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م (٥/٣٤).

(٩) المخاط في اللغة: ما يسيل من الأنف كاللعاب من الفم، والمخطة: ما يقذف الرجل من
أنفه، يقال: امتخط أي أخرج مخاطه من أنفه. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى
اللغوي.

ذلك^(١).

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر^(٢) - رحمه الله -: محدث معه ماء قليل، [وعلى يديه]^(٣) نجاسة فأخذ الماء بفيه من غير أن ينوي غسل فيه، ثم غسل به يديه^(٤)، قال: على قول محمد: لا تطهر يده^(٥)، وهو إحدى الروايتين [عن أبي يوسف - رحمه الله - .

وفي إحدى الروايتين عن^(٦) أبي يوسف: تطهر يده^(٧)؛ وهذا لأن الماء الذي أخذ بفيه خالطه البزاق^(٨)، وخرج من أن يكون ماء مطلقاً، فالتحق بسائر المائعات غير الماء، نحو الخل، والمرق، والدهن، وماء الورد. وفي غسل اليدين^(٩) بسائر المائعات سوى الماء المطلق روايتان عن أبي يوسف - رحمه الله -: في رواية [تطهر؛ كالثوب]^(١٠).

= ينظر: الشرح الكبير، لسيد أحمد الدردير أبي البركات، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت (١/٥٠).

(١٠) ثبت في حاشية ج: يكره التوضؤ من إناء تقع فيه النخامة والمخاط ويجوز.

(١) البحر الرائق (١/١٩).

(٢) هو: محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر، أبو جعفر الفقيه البلخي الهندواني، شيخ كبير وإمام جليل القدر من أهل بلخ، كان على جانب عظيم من الفقه والذكاء والزهد والورع، قال السمعاني: يقال له أبو حنيفة الصغير لفقهه، تفقه على أبي بكر الأعمش عن أبي بكر الإسكاف عن محمد بن سلمة، وغيرهم، وتفقه عليه نصر بن محمد أبو الليث السمرقندي الفقيه وجماعة كثيرة، حدث ببلخ وما وراء النهر، وأفتى بالمشكلات، وشرح المعضلات، وكشف الغوامض، توفي ببخارى سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة.

ينظر: الجواهر المضوية (٣/١٩٢)، تاج التراجم، ص (٢٦٤، ٢٦٥)، الفوائد البهية، ص (١٧٩).

(٣) في د: وفي بدنه.

(٤) في د: بدنه.

(٥) في د: بدنه.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في م: وعن.

(٧) في د: بدنه.

(٨) البزاق: البصاق، من «بزق»، يبزق، بزاقاً، بصق، والبزق: والبصاق: لغتان من البزاق وبزق الأرض: بذرها وهي لغة اليمن، وبزقت الشمس كبزغت.

ينظر: لسان العرب، مادة (بزق) (١٠/١٩)، مختار الصحاح (١/٧٣).

(٩) في د: البدن.

(١٠) في ب: يطهر الثوب.

وفي رواية: لا تطهر^(١)؛ بخلاف الثوب.
وعن محمد رواية واحدة: أن البدن لا يطهر^(٢)، بخلاف الثوب فإنه [يظهر
بالإجماع]^(٣).

- (١) في ب: يطهر.
(٢) البناية شرح الهداية (٣٦٦/١)، البحر الرائق (١٩/١).
(٣) في د: لا يطهر على إحدى الروايتين عن محمد.
والإجماع هنا يراد به إجماع المذهب وأما الإجماع عند علماء اللغة والأصول فالإجماع في اللغة: الاتفاق والعزم، يقال: أجمعت المسير والأمر، وأجمعت عليه - يتعدى بنفسه وبالحرف - أي: عزمت عليه. وأجمعوا على الأمر: اتفقوا عليه، وجمع الشيء المتفرق من باب قطع.
ينظر: مختار الصحاح، مادة (جمع)، ص (١١٠)، والمصباح المنير، ص (٦٠)،
ولسان العرب (٦٧٨/١)، والقاموس المحيط (١٣/٣)، والمفردات في غريب القرآن،
ص (١٣٥).

واصطلاحًا: عرفه ابن السبكي في جمع الجوامع بأنه: «اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة محمد ﷺ في عصر على أي أمر كان».

ينظر: حاشية البناني على شرح المحلي، لجلال الدين محمد أحمد على جمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر (١٧٧/٢)، واللمع في أصول الفقه، للشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص (٤٨)، وشرح الورقات في أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد بن محمد ابن إبراهيم المحلي الشافعي، قدم له وحققه وعلق عليه: الدكتور حسام الدين بن موسى عفانة، مكتبة العبيكان، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص (١٨)، وقواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٤٦١/١)، والمستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (١٧٣/١)، ونفائس الأصول في شرح المحصول، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (٢)، ١٩٩٧م (٢٦٥٧/٦)، والإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين علي بن أبي علي الأمدي، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م (١٧٩/١)، ونهاية الوصول في دراية علم الأصول، لصفى الدين محمد بن عبد الرحيم الهندي، تحقيق: د/ صالح ابن سليمان اليوسف، المكتبة التجارية (٢٤٢٢/٦)، ونزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر وجنة المناظر، لعبد القادر الدومي الدمشقي، عالم الكتب، بيروت (٣٣١/١)، وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ط أخيرة، ت (بدون)، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وشركاه (٢٩/٢)، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول، للإسنوي (٢٧٣/٢)،

قال الفقيه - رحمه الله - : الماء الذي أخذ فيه [اختلط بالبزاق] ^(١).
ولو غسل الثوب بالبزاق الذي اجتمع [في] ^(٢) فيه ^(٣) يجوز، وهذا ^(٤) أولى.



= الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لعلي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ (٣٨٩/٢)، وتشنيف المسامع بجمع الجوامع، لمحمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين الزركشي، دراسة وتحقيق: عبد الله ربيع، وسيد عبد العزيز، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط (٢)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (٧٥/٣)، والبحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م (٦/٣٧٩)، والغيث الهامع شرح جمع الجوامع، لأبي زرة أحمد بن عبد الرحمن العراقي، مؤسسة قرطبة، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م (٥٧٥/٢)، وشرح الكوكب المنير، لابن النجار (٢/٢١١)، وتيسير التحرير (٣/٢٢٤)، وأصول السرخسي (١/٣٠٥)، وحاشية نسמת الأسحار، لابن عابدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٢٨هـ، ص (٢٠٩)، وغاية الوصول، ص (١٨٩)، وإرشاد الفحول، ص (٧١).

(١) في ب: اختلطه البزاق.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في ز: به.

(٤) في د: فهذا.

نوع آخر من هذا الفصل^(١):

[في]^(٢) التوضؤ بالماء الجاري:

[الماء الجاري يجوز]^(٣) التوضؤ [به]^(٤)، ولا يحكم بنجاسته ما لم يتغير طعمه، أو لونه، أو ريحه.

[و]^(٥) بعد ما تغير واحد^(٦) من هذه الأشياء لا يحكم بطهارته ما لم يزل ذلك التغير؛ بأن يرد عليه ماء طاهر حتى يزيل^(٧) ذلك التغير.

الدليل^(٨) على أن العبرة في الماء الجاري ما^(٩) قلنا: ما ذكر محمد - رحمه الله -

(١) الفصل لغة: يقال: فصّلت الشيء تفصيلاً جعلته فصولاً متميزة.

ينظر: المصباح المنير (٤٧٤/٢)، مادة (ف، ص، ل).

والفصل اصطلاحاً: طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب. ينظر: العناية بهامش شرح فتح القدير (٣٦/١).

(٢) سقط في م.

(٣) ما بين المعقوفين سقط في أ، ز، م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في د: واحدة.

(٧) في د: يزول.

(٨) الدليل في اللغة: المرشد والكاشف.

قال الجرجاني: «والمرشد له معنيان: الناصب لما يرشد به، والذاكر له».

ويطلق الدليل أيضاً على ما به الدلالة، وعلى نفس الدلالة.

ينظر: عمدة الحفاظ، للسمين الحلبي، عالم الكتب، بيروت (٩٠٠/٢)، مادة (د ل

ل)، والمصباح المنير، ص (١٢١)، مادة (د ل ل)، وحاشية الجرجاني على شرح

العضد للسيد علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، دار الكتب

العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م (٣٩/١، ٤٠).

وأما في اصطلاح الأصوليين، فهو: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب

خبري.

ينظر: جمع الجوامع، للتاج السبكي، ص (١٥).

وعلى هذا، فالدليل يشمل ما أفاد العلم وما أفاد الظن؛ وهو ما اختاره الشيرازي وغيره،

ونسبه ابن النجار إلى الحنابلة وأكثر الفقهاء والأصوليين.

وفرق جمع من أهل العلم بين ما يوصل إلى القطع وما يوصل إلى الظن، فسموا الأول

دليلاً، والثاني أمانة؛ وإلى هذا ذهب أبو الحسين البصري، وابن المرتضى، ونسبه ابن

السمعاني إلى أكثر المتكلمين وبعض الفقهاء، وحكاه الباجي عن بعض المالكية، كما

حكاه الأمدي عن الأصوليين بإطلاق.

في كتاب الشرب: إذا صب حب^(١) خمر في الفرات ورجل أسفل منه يتوضأ [به]^(٢) أجزاءه، إذا لم يتغير أحد أوصاف الماء^(٣).

واختلف المشايخ في تحديد أدنى ما يكون من الجريان في حق جواز الوضوء. قال بعضهم: إن كان بحيث لو اغترف في أعرق موضع من الجدول^(٤) انقطع^(٥) جريانه حتى امتلأ ثم جرى، فهو ليس بجار، وإن لم ينقطع فهو جار. وقال بعضهم: إن كان بحال لو وقع فيه تبن، أو ورق، ذهب [به]^(٦) فهو [ماء]^(٧) جار، وإن كان بخلافه فليس بجار.

وقال بعضهم: إن كان بحال لو وضع إنسان يده عليه عرضاً ينقطع جريانه، فليس بجار.

وقال بعضهم: إن كان بحال لو رُفِع باليدين^(٨) ينحسر ما تحته، وينقطع الجريان، فهو ليس بجار.

[و]^(٩) في النوادر: إذا كان الماء يجري ضعيفاً فأراد إنسان أن يتوضأ منه؛ فإن

= ينظر: المعتمد في أصول الفقه: أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣هـ (٥/١)، والحدود في الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق د/نزيه حماد، مؤسسة الزغبى للطباعة والنشر، بيروت، ط (١)، ١٣٩٢هـ-١٩٧٣م، ص (٣٨)، واللمع، للشيرازي، ص (٣٠)، وقواطع الأدلة، للسمرقاني (٣٣/١)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدني (٩/١، ١٠)، وتشنيف المسامع (٢٠٦/١، ٢٠٧)، ومنهاج الوصول إلى معيار العقول في علم الأصول، للإمام المهدي أحمد بن يحيى بن المرتضى، دار الحكمة اليمانية، ط (١)، ١٩٩٢م، ص (٨٢٤، ٨٢٥)، وشرح الكوكب المنير (٥٣/١).

(٩) في ب، ز: لما.

(١) في ب: جب، وفي د: جرة من.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) بدائع الصنائع (٧١/١).

(٤) في ب: نهر صغير.

(٥) في ب: أيقطع.

(٦) سقط في أ، د، ز، م.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: باليد.

(٩) سقط في د.

كان وجهه إلى مورد^(١) الماء جاز^(٢)، وإن كان وجهه إلى مسيل^(٣) الماء لا يجوز؛ إلا أن يمكث بين كل غرفتين مقدار ما يذهب الماء بغسالته. قالوا: ودلت المسألة على فضيلة أهل الدرب حيث يجوز طهارة^(٤) عالمهم وجاهلهم.

وفي واقعات الناطفي^(٥): الماء الجاري إذا سد من فوق فتوضأ إنسان بما يجري في النهر وقد بقي جري الماء كان جائزاً؛ لأن هذا ماء جار^(٦). [و]^(٧) في واقعات الناطفي: ساقية^(٨) صغيرة فيها كلب ميت قد سد^(٩) عرضها فجرى الماء عليه، فلا بأس بالتوضؤ أسفل منه^(١٠).

وفي صلاة الأثر لهشام عن أبي يوسف - رحمه الله -: في نهر صغير [و]^(١١) فيه كلب ميت قد سد عرضه فيجري الماء فوقه، فلا^(١٢) بأس بالتوضؤ^(١٣) أسفل من

(١) في د: مسيل.

(٢) في د: يجوز.

(٣) في د: مورد.

(٤) في ب: ظاهر.

(٥) هو: أحمد بن محمد بن عمر أبو العباس الناطفي، فقيه حنفي، من أهل الري، نسبتة إلى عمل الناطف وبيعه - والناطف: نوع من الحلوى. حدث عن أبي حفص بن شاهين، وغيره، ومن آثاره: الواقعات والنوازل، والأجناس، والفروق، توفي بالري سنة ست وأربعين وأربعمائة.

ينظر: الطبقات السننية في تراجم الحنفية، لتقي الدين عبد القادر التميمي، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلوي، هجر للطباعة والنشر، مصر (١/١٤٣)، المصباح المنير (٢/٦١١)، الأعلام، للزركلي، دار العلم للملايين، ط (٧)، ١٩٨٦م (١/٢١٣)، معجم المؤلفين (٢/١٤٠).

(٦) البحر الرائق (١/٩١).

(٧) سقط في د.

(٨) ثبت في حاشية د: ساقية صغيرة أو نهر فيه كلب ميت.

(٩) في أ، ب: فسد.

(١٠) البحر الرائق (١/٨٩).

(١١) سقط في د.

(١٢) في أ، ز: ولا.

(١٣) في د: بالوضوء.

الكلب إذا لم يتغير لون الماء ولا طعمه ولا ريحه^(١).
وفي فتاوى أبي الليث^(٢) - رحمه الله -: أن الماء الذي يلاقي الجيفة إن^(٣) كان
أكثر من الماء الذي لا يلاقي الجيفة، أو كانا على السواء؛ لا يجوز التوضؤ به، وإن
كان الذي يلاقي الجيفة دون الذي لا [يلاقيها]^(٤) يجوز التوضؤ به^(٥).
قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: وعلى هذا أدركت مشايخي، قال ثمة: وإذا
كانت الجيفة^(٦) ترى من تحت الماء؛ لقلّة الماء الذي علاها لا لصفائه؛ كان الذي
يلاقيها أكثر إذا كان سد عرض الساقية^(٧)، وإن كانت لا ترى مع صفاء الماء أو لم
تأخذ إلا أقل من نصف الساقية فالذي لا يلاقيها أكثر.
وعن بعض المشايخ: في كلب ميت يحبس في نهر والماء يجري في جانبي
الكلب؛ أنه ينظر إن كان للماء الذي في جانبي الكلب قوة الجريان، أو كان الماء
يجري على أعلى الكلب، فالماء طاهر، وإن كان جميع الماء يجري في جميع
الكلب وليس في جانبه قوة الجريان فالماء نجس^(٨).
وكان الشيخ الإمام الجليل^(٩) أبو بكر محمد بن الفضل^(١٠) - رحمه الله - لا يفرق

- (١) البناية شرح الهداية (٣٨٢/١)، البحر الرائق (٨٩/١).
(٢) هو: نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم، أبو الليث السمرقندي، سكن بغداد، وصنف
التصانيف المفيدة النافعة، وتفقه به جماعة كبيرة، أخذ العلم عن أبي جعفر الهنداوي، ومن
مصنفاته: النوازل، والعيون، والفتاوى، وخزانة الفقه، وبستان العارفين، وتنبية الغافلين،
وشرح الجامع الصغير، وتفسير القرآن، وغير ذلك، توفي سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة
هجريًا.
ينظر: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية (٥٤٤/٣)، طبقات المفسرين، للدواودي،
مكتبة وهبة، القاهرة، ط (١) (٩١/١)، النجوم الزاهرة، لابن تغري بردى، المؤسسة
المصرية العامة (٣٢٦/٥).
(٣) في ز: إذا.
(٤) في أ، ب، ز: يلاقي الجيفة.
(٥) المسبوط للسرخسي (٢٨/٢٤)، البناية شرح الهداية (٣٨٢/١)، البحر الرائق (٨٩/١).
(٦) الجيفةُ معروفة، جئتهُ الميت، وقيل: جئتهُ الميت إذا أُنْتِنَتْ، الجيفةُ جئتهُ الميت إذا أراح،
تقول منه: جئف تجييفًا والجمع: جئف، ثم أججيف.
ينظر: لسان العرب، مادة (جئف) (٣٧/٩)، مختار الصحاح (١١٩/١).
(٧) الساقية هي النهر الصغير.
(٨) زاد في ز: الوجهين.
(٩) في د: الكبير.

بينهما، وكان يقول: الماء نجس في الوجهين جميعاً.

حوض^(١) صغير: يدخل فيه الماء من جانب ويخرج من جانب فتوضأ فيه إنسان، حكى عن الشيخ الإمام^(٢) أبي الحسن الرُّسْتُعَنِي^(٣): أنه كان يقول: إن كان الحوض أربعاً في أربع فما دونه يجوز؛ لأن الظاهر أن الماء لا يستقر في مثله بل يدور حوله، فكان^(٤) كالماء الجاري.

وإن كان الحوض أكثر من أربع في أربع لا يجوز؛ لأن الماء يستقر فيه فلا يكون كالجاري فلا يجوز التوضؤ فيه؛ إلا أن يتوضأ في موضع دخول الماء أو^(٥) خروجه. وفي متفرقات شمس الأئمة^(٦) الحلواني^(٧) - رحمه الله -: عين الماء إذا كان

(١٠) هو: محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكماري - بفتح أولها والميم - البخاري، كان إماماً كبيراً، وشيخاً جليلاً معتمداً في الرواية مقلداً في الدراية، ولد سنة ثلاثمائة وواحد هجرياً، وأخذ الفقه عن الأستاذ عبد الله السبذموني، وتفقه عليه القاضي أبو علي الحسين النسفي، والإمام الحاكم عبد الرحمن الكاتب، وغيرهم، وله من الكتب: الفتاوى وهي مشحونة بفتاويه ورواياته، توفي سنة ثلاثمائة وإحدى وثمانين هجرياً.

ينظر: الجواهر المضية، ص (٣/٣٠٠، ٣٠١)، اللباب في تهذيب الأنساب، لابن الأثير الجزري، دار صادر، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م (٣/١٠٩)، الأنساب، للسمعاني، دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط (١) (٩٣/٥).

(١) ثبت في حاشية د: حوض صغير يدخل فيه الماء من الجانب، ويخرج من جانب.

(٢) زاد في د: الزاهد.

(٣) في د: الرستغني. وهو: علي بن سعيد الرستغني، أبو الحسن، فقيه حنفي، من أهل سمرقند، نسبته إلى إحدى قراها، كان من أصحاب أبي منصور الماتريدي ومن كبار مشايخ سمرقند، له كتاب إرشاد المهتدي، وكتاب الزوائد والفوائد في أنواع العلوم، توفي نحو سنة خمس وأربعين وثلاثمائة.

ينظر: الجواهر المضية (٢/٥٧٠)، تاج التراجم، لابن قطلوبغا، ص (٢٠٥)، الفوائد البهية، ص (٦٥).

(٤) في أ: وكان.

(٥) في أ: و.

(٦) شمس الأئمة: هذا الاصطلاح لقب به جماعة من العلماء وعند إطلاقه فإنهم يعنون به السرخسي أما غيره فيذكر مقيداً مع الاسم أو النسبة كشمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة الكردي، وشمس الأئمة الزرنجيري وشمس الأئمة محمود الأوزجندي.

ينظر: الفوائد البهية، ص (٢٤٢)، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، لمريم محمد صالح الظفيري، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط (١)، ٢٠٠٢م، ص (٩٦).

(٧) هو: عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح البخاري، شمس الأئمة الأكبر أبو محمد =

خمسًا في خمس، وكان يخرج الماء منه، قال: إن كان يتحرك في جوانبه، يجوز ويستفيض بالحركة، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي بن الحسين السغددي^(١) - رحمه الله - يقول بالجواز في هذه الصورة مطلقًا من غير تفصيل^(٢)، ففي الحوض الصغير الذي يدخل الماء فيه من جانب ويخرج من جانب [لا يكره]^(٣) هكذا، وعليه الفتوى^(٤)؛ لأن هذا ماء جار فيجوز التوضؤ به.

وعن الشيخ الإمام الزاهد أبي الحسن هذا: أن من حفر نهرًا من حوض صغير،

= الحلواني، وقيل: الحلواني، إمام أهل الرأي في وقته ببخارى. قال الذهبي: أخذ عنه فخر الإسلام البردوي وأخوه صدر الإسلام أبو اليسر، من مصنفاته: شرح المبسوط في الفقه، والنوادر في الفروع، والفتاوى، وشرح أدب القاضي، وشرح الجامع الكبير للشيباني، وشرح زيادة الزيادات، توفي رحمه الله سنة ٤٤٨هـ، وقيل سنة ٤٥٦هـ. ينظر: الفوائد البهية، ص (٩٥، ٩٦)، سير أعلام النبلاء (١٧٧/١٨).

(١) هو: علي بن الحسين بن محمد، أبو الحسن السغددي، كان إمامًا فاضلاً فقيهاً مناظرًا، سكن بخارى وتصدر للإفتاء وولي القضاء، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، تكرر ذكره في الفتاوى، أخذ الفقه عن شمس الأئمة السرخسي، وروى عنه شمس الأئمة السرخسي «السير الكبير»، ومن تصانيفه: التنف في الفتاوى، وشرح السير الكبير، توفي ببخارى سنة إحدى وستين وأربعمائة.

ينظر: الجواهر المضبية (٥٦٧/٢)، تاج التراجم، ص (٤٣)، الفوائد البهية، ص (١٢١).

(٢) في د: فصل.

(٣) في أ: يكون.

(٤) الفتوى: اسم مصدر بمعنى الإفتاء، والإفتاء مصدر من أفتى العالم يفتي إفتاء؛ إذا أظهر الحكم في مسألة وأبانه، أو أجاب على سؤال سائل، فهو يطلق ويراد به الإظهار والإبانة، كما يراد به الجواب عن سؤال السائل، فيقال: أفتاه في الأمر، إذا أبانه له، وأفتى العالم، إذا بين الحكم، وأفتى الرجل في مسألته؛ إذا أجابه عنها، والتفتاتي: التخاصم والتحاكم، يقال: تفتاتوا إلى فلان، أي: تحاكموا إليه، والإفتاء في الرؤيا: تأويلها وتعبيرها، ومما ورد في القرآن بهذا المعنى قوله تعالى على لسان عزيز مصر في زمن يوسف - عليه السلام -: ﴿يَأْتِيهَا الْمَلَأُ أَفْتُونًا فِي رُءُوبِي إِنْ كُنْتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ﴾ [يوسف: ٤٣]. والاستفتاء: طلب الإفتاء أو الفتوى، أي طلب الجواب عن أمر مشكل وبيان الحكم فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا سْتَسْتَفْتِ فِيهِمْ مِّنْهُمْ أَحَدًا﴾ [الكهف: ٢٢]. وقد يكون بمعنى مجرد السؤال: كقوله تعالى: ﴿فَأَسْتَفْتِيهِمْ أَهْمَ أَسَدٌ خَلَقْنَا أَمْ مِّنْ خَلْقِنَا﴾ [الصفات: ١١].

ينظر: المعجم الوسيط (٦٧٣/٢، ٦٧٤)، والمصباح المنير (٤٦٢/٢)، ومختار الصحاح، للرازي، ص (٤٩١)، ولسان العرب، مادة (فتى) (١٤٥/١٥)، والمعجم الوجيز، ص (٦٩٨، ٦٩٩).

وأجرى الماء في النهر وتوضأ [به]^(١) في حال جريانه فاجتمع ذلك الماء في مكان واستقر فيه، فحفر رجل آخر نهراً من^(٢) ذلك المكان وأجرى الماء فيه وتوضأ به في حال جريانه فاجتمع^(٣) ذلك الماء في مكان آخر أيضاً، ففعل رجل ثالث كذلك، جاز وضوء الكل؛ لأن كل واحد منهم إنما توضأ بالماء حال جريانه، والماء الجاري

=
والفُتْيَا والفُتْوَى والفُتْوَى: ما أفتى به الفقيه، وهي كذلك اسم للإفتاء، فتطلق على الإفتاء عند كثير من العلماء، وهو إطلاق صحيح مشهور، ومعناها: الجواب عما أشكل من الأحكام، والإفتاء في اللغة لا يقتصر على بيان الأحكام الشرعية، بل يتعداه إلى بيان الحقائق الكونية، فكما جاء الإفتاء بمعنى بيان الحكم الشرعي في القرآن الكريم فقد جاء فيه أيضاً بمعنى بيان الأحكام الكونية، فمن الأول قوله تعالى: ﴿وَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتْلَىٰ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ١٢٧]، وقوله عز وجل: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلْبَةِ﴾ [النساء: ١٧٦]. ومن الثاني قوله تعالى: ﴿فَأَسْتَفْتِيهِمْ أَهْمَ أَشَدِّ خَلْقًا أَمْ مَنْ خَلَقْنَا﴾ [الصفات آية: ١١]، وقوله سبحانه: ﴿أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ وَسَبْعِ سُبُلَاتٍ حُضْرٍ وَأُخَرَ يَابِسَاتٍ﴾ [يوسف: ٤٦]. والصحيح عند أهل اللغة أن لفظ «الفتيا» لا يكون إلا بضم الفاء، وأن لفظ «الفتوى» لا يكون إلا بفتحها.

ينظر: لسان العرب (٣٣٨/٨)، و(١٤٥/١٥)، ومختار الصحاح، ص (٤٩١)، والمفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، ص (٥٦١)، المصباح المنير (٧٠٨/٢).
ولفظ «الفتيا» أكثر استعمالاً من لفظ «الفتوى» في كلام العرب، كما أن الأول ورد في كتب السنة المشهورة. وتجمع «الفتوى» و«الفتيا» على «فتاوي» - بكسر الواو - على الأصل، وقيل: يجوز فتحها للتخفيف. سنن الدارمي، باب كراهية الفتيا، وباب: الفتيا وما جاء فيه من الشدة.

ينظر: المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، لبروجمان، طبعة بريل بلندن (٥/٦٨).

وفي الاصطلاح: الإفتاء هو الإخبار عن حكم الشرع في أمر من الأمور، فالمفتي إذا سئل عن حكم حادثة يستقرئ الأدلة، ويتتبع مقتضياتها ويخبر بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص، فالفتوى هي الإخبار عن حكم الله تعالى بمقتضى الأدلة الشرعية على جهة العموم والشمول.

ينظر: الإنصاف، ص (١١٠، ١٨٦)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام شهاب الدين القرافي، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، طبعة المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط (١)، ١٩٨٩م، ص (٧).

(١) في ب، د: بذلك الماء.

(٢) في د: في.

(٣) في د: واجتمع.

لا يحتمل النجاسة ما لم يتغير .

وعن الحسن بن زياد^(١): ما يدل على عدم جواز وضوء الثاني والثالث، فإنه قال في حفتين^(٢): يخرج الماء من إحداهما ويدخل في الأخرى فتوضأ فيما بينهما جاز، والحفيرة التي يدخل فيها الماء يفسد.

المسافر^(٣): إذا كان معه ميزاب^(٤) واسع^(٥) ومعه إدواة^(٦) من ماء يحتاج إليه، وهو على طمع من وجود الماء ولكن^(٧) لا يتيقن بذلك، ماذا يصنع؟

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أبي الحسن هذا - رحمه الله - أنه كان يقول: يأمر أحدًا من رفقائه^(٨) حتى يصب الماء في طرف [من] الميزاب، وهو يتوضأ في الميزاب، وعند الطرف الآخر من الميزاب إناء طاهر يجتمع فيه الماء، فإن الماء المجتمع يكون طاهرًا وطهورًا؛ لأن استعماله حصل في حال جريانه والماء الجاري لا يصير مستعملًا باستعماله.

(١) هو: الحسن بن زياد اللؤلؤي، صاحب الإمام أبي حنيفة. نسبته إلى بيع اللؤلؤ، من أهل الكوفة، نزل ببغداد، أخذ عن أبي يوسف ونفر أيضًا، كان ميالًا للأخذ بالسنة، مقدمًا في السؤال والتفريع، ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى منه. من تصانيفه: أدب القاضي، ومعاني الإيمان، والخراج، توفي سنة أربع ومائتين هـ.
ينظر: الجواهر المضية (١/١٩٣)، والفوائد البهية، ص (٦٠).

(٢) في ب: حفتين.

(٣) ثبت في حاشية د: حيلة للمسافر.

(٤) ميزاب أو مزاب، ومعناه: المثعب وهو المسيل أو مجمع الماء. قال الجوهري: «المزاب: المثعب، فارسي معرب، وقد عرب بالهمز، وربما لم يهمز، والجمع مآزيب إذا همزت، وميازيب إذا لم تهمز». قال الزبيدي: «وفي الترشيح: هو (أي الميزاب) ما يسيل منه الماء من موضع عالٍ، ومنه مِزاب الكعبة، وهو مصب ماء المطر».

ينظر: الصحاح، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: إميل بديع يعقوب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (١/٢٥٣)، تاج العروس (٢/٢٤).

(٥) في ب: واقع.

(٦) إدواة: الإداوة - بالكسر - إناء صغير من الجلد ويتخذ للماء وجمعها أداوى.

ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٣٣).

(٧) في د: وكان.

(٨) رفقائه: الرفيق: اللين الجانب، تقول: هو رفيق به، والمرافق أو الصاحب وهو المراد هنا.

ينظر: المعجم الوسيط (١/٧٥٣).

(٩) سقط في د.

[والمسألة التي روينا عن الحسن بن زياد تدل على أن الماء المجتمع في مسألة الميزاب يكون نجسًا] (١).

ومن المشايخ من أنكروا هذا القول، وقال: الماء الجاري (٢) إنما لا يصير مستعملًا إذا كان له مدد؛ كالعين، والنهر وما أشبههما (٣)، أما إذا لم يكن له مدد يصير مستعملًا، والصحيح (٤) القول الأول بدليل مسألة واقعات الناطفي: أن النهر إذا سد من فوق فتوضأ إنسان بماء يجري في النهر فإن هناك لم يبق للماء مدد، ومع هذا جوز (٥) التوضؤ به (٦).

عن أبي يوسف - رحمه الله - في تأويل قول النبي ﷺ: «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلَّتَيْنِ» (٧)

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: بالجري.

(٣) في أ: أشبهه.

(٤) لفظ «الصحيح والأصح» من الألفاظ الدالة على الترجيح بين الأقوال في المذهب الحنفي، وقد اتفق علماء المذهب على أنه إذا ورد لفظ الصحيح والأصح في كتاب واحد عن إمام واحد فلا خلاف في تقديم الأصح على الصحيح، وكذا عند ذكر تصحيحين عن إمامين، ثم وصف أحدهما بأنه أصح من الآخر، ولكن الخلاف في أي اللفظين إذا تعارضا يقدم على الآخر، فقد يذكر للمسألة الواحدة عدة أقوال، ويذيل أحدها بقولهم: «وهو الصحيح» أو «وهو الأصح» فذهب بعضهم إلى تقديم الأصح على الصحيح، لاشتماله على زيادة في معنى الصحة؛ لأنه على وزن أفعال، وهو للدلالة على التفضيل، وهذا هو المشهور عند جمهور علماء المذهب.

وقال بعضهم: إن الصحيح أكد من الأصح، وأولى بالتقديم على الأصح؛ لأن مقابل الصحيح الفاسد أو الضعيف، بينما مقابل الأصح في الغالب هو الصحيح، فكأن قائله: الصحيح والأصح متفقان على صحة الصحيح، بينما الأصح عند أحدهما غير صحيح، ومن وسمه، بأنه صحيح أشعر بأن غيره فاسد أو ضعيف، ومعلوم أن المتفق على صحته أولى بالأخذ مما ليس كذلك.

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٧٣/١)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للشيخ محمد بن سليمان المعروف بدامادا أفندي، وبهامشه: الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت (٨/١).

(٥) في أ: جواز.

(٦) البحر الرائق (٩١/١).

(٧) أخرجه أبو داود (٥١/١) كتاب الطهارة، باب: ما ينجس الماء، الحديث (٦٣)، والترمذي (٩٧/١) كتاب الطهارة، باب (٥٠)، الحديث (٦٧)، والشافعي في الأم (١٨/١) كتاب الطهارة، باب: الماء الراكد، وأحمد (٢٧/٢)، والنسائي (١٧٥/١) كتاب المياه، باب: التوقيت في الماء، وابن ماجه (١٧٢/١) كتاب الطهارة، باب: مقدار الماء الذي لا ينجس، =

أن يكون^(١) عيّنًا تنبع وهو مقدار القلتين^(٢)، وهو جار^(٣) ولها نبعان، فتوضأ رجل في نبعانه فلا بأس به^(٤).



= الحديث (٥١٧)، وابن خزيمة (٤٩/١) كتاب الطهارة، باب: ذكر الخبر المفسر، الحديث (٩٢)، وابن حبان في موارد الظمان، كتاب الطهارة، باب: ما جاء في الماء، الحديث (١١٧)، والحاكم (١٣٢/١) كتاب الطهارة، باب: إذا كان الماء قلتين لم ينجسه شيء، والدارقطني (١٣/١ - ٢٣) كتاب الطهارة، باب: حكم الماء إذا لاقته النجاسة، الأحاديث (٢٥-١)، والبيهقي (١/٢٦٠ - ٢٦٢) كتاب الطهارة، باب: الفرق بين القليل الذي ينجس، والكثير الذي لا ينجس ما لم يتغير، وابن أبي شيبة (١/١٤٤)، وعبد بن حميد في المنتخب من المسند (٨١٧)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣/٢٦٦)، وشرح معاني الآثار (١/١٥)، وابن الجارود، ص (٤٦)، والبغوي في شرح السنة (١/٣٦٩، ٣٧٠) من طرق كثيرة عن عبد الله بن عمر.

- (١) في د: كان.
 (٢) القلتان: منى القلّة وهي الحجرة التي يطبق حملها واحد وتقديرها المعاصر يساوي ١٩١،٢٥ كجم أو ٢٧٠ لترًا.
 ينظر: لسان العرب (٨٣/١٤)، مادة (قلل).
 (٣) زاد في د: كان.
 (٤) العناية شرح الهداية (٧٣/١)، البحر الرائق (٧٨/١).

نوع آخر: في الحياض^(١)، والغدران^(٢)، والآبار، والأواني^(٣).

[و]^(٤) في الفتاوى قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: سمعت الفقيه أبا جعفر - رحمه الله - يحكي عن علي بن أحمد^(٥)، عن نصير^(٦)، عن أبي سليمان الجوزجاني^(٧)، عن عبد الله بن المبارك^(٨) - رحمهم الله - أنه قال: لا بأس بأن

(١) الحياض: جمع حوض، وهو مجتمع الماء. ومن الأذن: محارتها وصدقتها. والقطعة المحددة من الأرض أو الزرع. وحوض البحر: البلاد التي تكون على شطآنه. وحوض التهر: الأراضي التي يجري فيها ويرويهها، والحوض الجاف: حوض ثابت يفرغ ماؤه وتصلح فيه السفن (وج): أحواض، وحياض، وحيضان.
ينظر: المعجم الوسيط (١/٢٠٧)، مادة (حاض)، مختار الصحاح، ص (١٥٥)، مادة (حوض).

(٢) الغدير في اللغة: قطعة من الماء يغادرها السيل، وعند اصطلاح الجغرافيين النهر الصغير. ينظر: المصباح المنير (٢/٤٤٣)، المعجم الوجيز، ص (٤٤٦)، مختار الصحاح، ص (٤٦٦).

(٣) الأواني: جمع أنية التي هي جمع إناء. والإناء: الوعاء للطعام والشرب.
ينظر: المعجم الوسيط (١/٣١)، مادة (أني).

(٤) سقط في د.

(٥) هو: علي بن أحمد بن مكّي الرازي أبو الحسن حسام الدين. كان من فقهاء الحنفية، وأقام مدة في حلب، ثم سكن دمشق وتوفي بها. ومن مصنفاته: خلاصة الدلائل في شرح مختصر القدوري في الفقه، وسلوة الهموم، وشرح الجامع الصغير للشيباني. توفي سنة (٥٩٨ هـ).

ينظر: الجواهر المضية (١/٣٥٣)، والأعلام (٤/٢٥٦)، ومعجم المؤلفين (٧/٣٠).

(٦) هو: نصير بن يحيى البلخي، وقيل: نصر بن يحيى البلخي، تفرقه على: أبي سليمان الجوزجاني، واجتمع بأحمد بن حنبل وبحث معه، روى عن الحسن بن زياد اللؤلؤي، وروى عنه محمد بن محمد بن سلام. وأبو غياث، وتوفي سنة مائتين وثمان وستين هـ.
ينظر: الجواهر المضية (٣/٥٤٦)، الفوائد البهية (٣/٢٢١)، تاريخ بغداد (١٣/٣٥١).

(٧) هو: الإمام أبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني الحنفي صاحب أبي يوسف ومحمد، حدث عنهما، وعن ابن المبارك. حدث عنه القاضي أحمد بن محمد البابرّي، وأبو حاتم الرازي وآخرون. كان صدوقاً محبوباً إلى أهل الحديث. قيل: إن المأموم عرض عليه القضاء فامتنع واعتل بأنه ليس أهل لذلك فأعفاه. له تصانيف منها: السير الصغير، والنوادر، توفي بعد المائتين.

ينظر: سير أعلام النبلاء (١٠/١٩٤، ١٩٥)، الجواهر المضية (٣/٥١٨)، الفوائد البهية، ص (٢١٦)، هدية العارفين (٢/٤٧٧).

(٨) هو: عبد الله بن المبارك بن الواضح، أبو عبد الرحمن المروزي، ولد سنة ثمانين عشرة ومائة، صاحب أبا حنيفة وأخذ عنه علمه، كان فقيهاً عالمًا عابداً زاهداً، أفنى عمره في =

يتوضأ في حوض كان عشرًا في عشر وهو كثير^{(١)(٢)}.
 قال أبو سليمان: فأتيت العراق، وسألت محمدا - رحمه الله - عن ذلك فقال: هو
 كثير، أكثر الأفاويل على هذا، قال الفقيه: وبه نأخذ^(٣).
 بعد هذا حكى عن أبي الحسن الرُّسْتُعْفِينِي^(٤): أنه يعتبر في ذلك ذراع^(٥)
 الكرباس^(٦).

= الأسفار، حاجًا ومجاهدًا وتاجرًا، طلب العلم وروى الكثير وصنف الكتب في أبواب العلم
 وكان ثقة مأمونًا، قال الحاكم: هو إمام عصره في الآفاق، من سكان خراسان ومات ب«هيت»
 على الفرات سنة إحدى وثمانين ومائة منصرفًا من غزو الروم.
 ينظر: تاريخ بغداد للخطيب (١٥٢/١٠-١٦٨)، سير أعلام النبلاء (٣٣٦/٨-٣٧٠)،
 الفوائد البهية، ص (١٠٣)، تذكرة الحفاظ (٢٥٣/١)، شذرات الذهب (٢٩٥/١).
 (١) في ب، م: كبير.

(٢) بدائع الصنائع (٧٢/١)، الهداية شرح بداية المبتدي (٢٢/١)، تبيين الحقائق (٢٣/١).
 (٣) المراجع السابقة، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، لأحمد بن
 محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب
 العلمية بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص (٢٧).
 (٤) في ز: الرستغيني.

(٥) الذراع الشرعي: أربعة وعشرون أصبعًا، الأصبع: ست شعيرات، والشعيرة: ست شعرات
 من البرذون.

وقال ابن الرفعة: «الأصبع ست شعيرات معتدلات معترضات». وزاد بعضهم: عرض
 كل شعيرة سبع شعرات أو ست شعرات من شعر ذيل البغل.

ويقول المقرئ: وذراع اليد العادلة ست قبضات، كل قبضة أربع أصابع وهي:
 المسبحة والوسطى والبنصر والخنصر، فتكون أربعة وعشرين أصبعًا، كل أصبع ست
 شعيرات مضمومات، متلاقية البطون والظهور، كل شعيرة ست شعرات من شعر البرذون.
 والذراع يساوي بالمر (٦١٦، م).

ينظر: المقادير الشرعية، د/ محمد نجم الدين الكردي، مطبعة السعادة، القاهرة،
 ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص (٢٦١).

(٦) الكرباس: فارسي معرب، بكسر الكاف، والنسبة: كرابيسي، كأنه شبه بالأنصاري، وإلا
 فالقياس: كرباسي، والجمع: كرابيس، وهي: ثياب خشنة من القطن الأبيض.
 ينظر: تاج العروس (٤٣٢/١٦)، مادة (ك ر ب س)، لسان العرب (١٩٥/٦)، مادة (ك
 ر ب س).

وذكر الشيخ محمد رضي الدين أن ذراع الكرباس طوله سبع قبضات فقط ليس فوقها
 أصبع قائمة كما ذكره قاضي القضاة عبد البر بن الشحنة الحنفي في بعض كتبه الفقهية
 عن الولوليجي وغيره.

ويرى هنتس أن ذراع الكرباس كانت تستعمل لذرع الخيش الأبيض وكانت تساوي =

وكان الشيخ الإمام عبد الكريم، يعتبر في ذلك ذراع المساحة^(١).

= الذراع السوداء. والمعتبر عندنا التقدير الأول وهو اعتبار ذراع الكرباس يساوي سبع قبضات أي ٢٨ أصبغا، أي أنه أكبر من الذراع السوداء بأصبع. وذراع المساحة. ذكر الشيخ محمد رضي الدين بن الحنبلي أن ذراع المساحة طوله سبع قبضات قال بذلك الشريف الغزى، وقال: جاء في كتب الحنفية أن ذراع المساحة سبع قبضات. فذراع المساحة ٧ ط ٤ = ٢٨ أصبغا باعتبار أن القبضة تساوي أربعة أصابع. ويرى هنتس أن ذراع المساحة كانت تساوي ذراع الملك التي يقدر طولها ٦٦٥ سم. (١) المعتبر عند بعض من اعتبر التقدير بالذراع في الحوض ذراع الكرباس، لا ذراع المساحة توسعة للأمر على المسلمين وعند بعضهم: المعتبر ذراع المساحة لأن هذا من الممسوحات، وذراع المساحة في الممسوحات، والأصح أن يقال: يعتبر في حق أهل كل زمان ومكان ذراعهم.

المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م (٩٩/١).

واختلف فيه، ففي كثير من الكتب أنه ست قبضات ليس فوق كل قبضة إصبع قائمة فهو أربعة وعشرون إصبعا بعدد حروف لا إله إلا الله محمد رسول الله والمراد بالإصبع القائمة ارتفاع الإبهام كما في غاية البيان، وفي فتاوى الولوالجي: أن ذراع الكرباس سبع قبضات ليس فوق كل قبضة إصبع قائمة، وفي فتاوى قاضي خان وغيرها: الأصح ذراع المساحة، وهو سبع قبضات فوق كل قبضة إصبع قائمة، وفي المحيط والكافي: الأصح أنه يعتبر في كل زمان ومكان ذراعهم من غير تعرض للمساحة والكرباس، والأقوال الكل في المربع، فإن كان الحوض مدورا ففي الظهيرية: يعتبر ستة وثلاثين، وهو الصحيح، وهو مبرهن عند الحساب، وفي غيرها: المختار المفتى به ستة وأربعون كيلا لعسر رعاية الكسر، وفي المحيط: الأحوط اعتبار ثمانية وأربعين، وفي فتح القدير: والكل تحكيمات غير لازمة إنما الصحيح ما قدمناه من عدم التحكم بتقدير معين، وفي الخلاصة: وصورة الحوض الكبير المقدر بعشرة في عشرة أن يكون من كل جانب من جوانب الحوض عشرة وحول الماء أربعون ذراعا ووجه الماء مائة ذراع هذا مقدار الطول والعرض.

وأما العمق، ففي الهداية: والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وهو الصحيح أي لا ينكشف حتى لو انكشف ثم اتصل بعد ذلك لا يتوضأ منه، وعليه الفتوى كذا في معراج الدرابة، وفي البدائع: إذا أخذ الماء وجه الأرض يكفي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية، وهو الصحيح.

وهو الأوجه لما عرف من أصل أبي حنيفة، وفي الفتاوى: غدير كبير لا يكون فيه الماء في الصيف وتروث فيه الدواب والناس ثم يملأ في الشتاء ويرفع منه الجمد إن كان الماء الذي يدخله يدخل على مكان نجس فالماء والجمد نجس، وإن كان كثيرا بعد ذلك، وإن كان دخل في مكان طاهر واستقر فيه حتى صار عشرا في عشر ثم انتهى إلى النجاسة، فالماء والجمد طاهران.

الحوض: إذا كان أعلاه أقل من عشر في عشر، وأسفله عشر في عشر أو أكثر، فوَقعت فيه نجاسة لا شك أنه يحكم بنجاسة الأعلى، فإن سفل^(١) الماء وصار وجه الماء عشرًا في عشر فصاعدًا، هل يجوز التوضؤ فيه؟ فقد قيل: لا يجوز.

وقيل: يجوز وهو الأشبه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: غدِير كبير لا يكون فيه ماء في الصيف ويروث^(٢) فيه

= وهذا بناء على ما ذكرنا من أن الماء النجس إذا دخل على ماء الحوض الكبير لا ينجسه، وإن كان الماء النجس غالبًا على الحوض؛ لأن كل ما يتصل بالحوض الكبير يصير منه فيحكم بطهارته، وعلى هذا فماء بركة الفيل بالقاهرة طاهر إذا كان ممره طاهرًا أو أكثر ممره على ما عرف في ماء السطح؛ لأنها لا تجف كلها بل لا يزال بها غدِير عظيم، فلو أن الداخل اجتمع قبل أن يصل إلى ذلك الماء الكثير بها في مكان نجس حتى صار عشرًا في عشر ثم اتصل بذلك الماء الكثير كان الكل طاهرًا، هذا إذا كان الغدير الباقي محكومًا بطهارته كذا في فتح القدير. وفي التجنيس: وإذا كان الماء له طول وعمق وليس له عرض ولو قدر يصير عشرًا في عشر فلا بأس بالوضوء فيه تيسيرًا على المسلمين ثم العبرة لحالة الوقوع، فإن نقص بعده لا ينجس وعلى العكس لا يظهر؛ ولذا صحح في الاختيار وغيره ما في التجنيس. قال في فتح القدير: وهذا تفريع على التقدير بعشر، ولو فرعنا على الأصح ينبغي أن يعتبر أكبر الرأي لو ضم ومثله لو كان له عمق بلا سعة، ولو بسط بلغ عشرًا في عشر اختلف فيه ومنهم من صحح جعله كثيرًا والأوجه خلافه؛ لأن مدار الكثرة عند أبي حنيفة على تحكيم الرأي في عدم خلوص النجاسة إلى الجانب الآخر، وعند تقارب الجوانب لا شك في غلبة الخلوص إليه والاستعمال إنما هو من السطح لا من العمق وبهذا يظهر ضعف ما اختاره في الاختيار؛ لأنه إذا لم يكن له عرض فأقرب الأمور الحكم بوصول النجاسة إلى الجانب الآخر من عرضه وبه خالف حكم الكثير؛ إذ ليس حكم الكثير تنجس الجانب الآخر بسقوطها فيه مقابله بدون تغير، وأنت إذا حققت الأصل الذي بيناه قبلت ما وافقه وتركت ما خالفه.

وقد يقال إن هذا، وإن كان الأوجه إلا أن المشايخ وسعوا الأمر على الناس وقالوا بالضم كما أشار إليه في التجنيس بقوله: تيسيرًا على المسلمين، وفي التجنيس: الحوض إذا كان أعلاه عشرًا في عشر وأسفله أقل من ذلك، وهو ممثلي يجوز التوضؤ فيه والاعتسال فيه، وإن نقص الماء حتى صار أقل من عشرة في عشرة لا يتوضأ فيه ولكن يغترف منه ويتوضأ.

ينظر: البحر الرائق (١/ ٨٠، ٨١).

(١) في د: تسفل.

(٢) الروث لغة: رجيع (فضلة) ذي الحافر، واحده روثة والجمع أرواث.

ويستعمل الفقهاء هذا اللفظ بأوسع من ذلك فيطلق عندهم على رجيع ذي الحافر وغيره كالإبل والغنم.

وقريب منه الخثي، والخثي للبقرة، والبعر للإبل والغنم، والذرق للطيور. والعذرة للأدمي، والخرة للطير والكلب والجرذ والإنسان.

الناس والدواب ثم يملاً^(١) في الشتاء ماء، ويرفع عنه الناس الجمد، فإن كان الماء الذي يدخل الغدير أولاً [يدخل على مكان نجس؛ فالماء والجمد نجس، وإن كثر الماء بعد ذلك؛ لأنه كلما دخل صار نجسًا.

وإن كان الماء الذي يدخل الغدير أولاً^(٢): يستقر في مكان ظاهر حتى يصير عشرًا في عشر ثم ينتهي إلى النجاسة؛ فالماء والجمد طاهران^(٣)؛ لأن الماء صار كثيرًا قبل أن يتنجس فلا يتنجس بعد ذلك باتصال النجاسة به.

ومثل هذه المسألة صارت واقعة ببخارى، فإن ماء المطر مر على النجاسات واجتمع بعد ما صار نجسًا ودخل [حوض]^(٤) حبان، وكان الحوض ملاًً وكان [ماء]^(٥) المطر أكثر من ماء الحوض فاتفقت^(٦) فتاوى الأئمة: أن الحوض لا يتنجس؛ لأن جميع ماء المطر لا يتصل بماء الحوض بدفعة واحدة وإنما يتصل بدفعات، فالقدر^(٧) الذي اتصل بماء الحوض أول مرة ماء^(٨) الحوض عليه غالب فلا يتنجس ماء الحوض، وكذلك في كل دفعة.

[و]^(٩) في نظم الزُّندُوسِتي^(١٠): إذا كان الحوض كبيرًا وفيه نجاسات فدخل الماء

= والسرجين أو السرقين هو رجيع ما سوى الإنسان.

ينظر: لسان العرب، مادة (روث)، (سرج).

(١) في أ: تملأ.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: ظاهر.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في د.

(٦) في د، ز، م: فاتفق.

(٧) في د: والقدر.

(٨) في د: فماء.

(٩) سقط في أ، ز.

(١٠) هو: يحيى بن علي بن عبد الله الزاهد البخاري الزُّندُوسِتي - وقد تزايد الياء قبل السين، فيقال: الزندوستي، هكذا أسماه الكفوي في كتائب أعلام الأخيار، وسماه صاحب كشف الظنون: أبا علي حسين بن يحيى البخاري الزندوستي - كان إمامًا فقيهاً ورعاً، أخذ عن أبي حفص السفكردري، ومحمد بن إبراهيم الميداني، وعبد الله بن الفضل الخيزاخزي، له كتاب روضة العلماء، وله نظم في الفقه.

ينظر: كتائب أعلام الأخيار في فقهاء مذهب النعمان المختار، محمود بن سليمان

= الرومي الكفوي،، بيروت، لبنان، رقم (٢٢٦)، الطبقات السننية، رقم (١٥٨٧)، تاج

وامتلاءً، قال أهل بلخ^(١)، وأبو سهيل الكبير البخاري^(٢): هو نجس .
وقال الفقيه أبو جعفر البلخي، والفقيه إسماعيل بن الحسن الزاهد البخاري^(٣):
الكل طاهر، وبه أخذ كثير من فقهاء بخارى، وهكذا أفتى الفقيه عبد الواحد^(٤)
مرازا، وهكذا كان يفتي الفقيه أبو بكر العياضي^(٥) ^(٦)، وكان يقول: الماء الكثير في
حكم الماء الجاري^(٧).

وإذا انجمد الماء وعلى وجه الجمد ماء، فهذا وما [لو]^(٨) كان الماء على وجه
الأرض سواء.

وإن كان الماء تحت الجمد؛ فإن كان [الماء]^(٩) مزايلاً عن الجمد؛ كان الجمد

= التراجم، ص (٢٦)، الجواهر المضية (٢٢٢/٤) الفوائد البهية، ص (٢٢٥)، كشف الظنون
(٩٢٨/٢).

(١) بلخ: بلدة من بلاد خراسان يقال لها: بلخ، فتحها الأحنف بن قيس التميمي من جهة
عبد الله بن عامر بن كريز زمن عثمان بن عفان - رضي الله عنهم - .

ينظر: الأنساب، للسمعاني (٣٨٨/١)، معجم البلدان (٤٧٩/١).

(٢) في المحيط البرهاني (٩٨/١)، وفي البناية شرح الهداية (١٤٢/٢): أبو سهل .

(٣) هو: إسماعيل بن الحسن بن علي أبو محمد الفقيه الزاهد، كان إمام وقته في الفروع
والأصول، أخذ عن أبي بكر محمد بن الفضل عن عبد الله السبدموني عن أبي حفص
الصغير عن أبي حفص الكبير، توفي سنة اثنتين وأربعمائة .
ينظر: الفوائد البهية، ص (٤٦).

(٤) هو: عبد الواحد بن علي بن برهان العكبري، من أصحاب أبي الحسين القدوري، كان فقيهاً
ومن العلماء القائمين بعلوم كثيرة منها: النحو، واللغة، ومعرفة الأنساب، وعلم الحديث،
قال ابن ماكولا: ذهب بموته علم العربية من بغداد. مال إلى إرجاء المعتزلة، عاش نيفاً
وثمانين سنة، توفي سنة ست وخمسين وأربعمائة .

ينظر: الجواهر المضية (٤٨١/٢)، الفوائد البهية، ص (١١٣)، كشف الظنون (١)
(١١٤).

(٥) في د: القاضي .

(٦) هو: محمد بن أحمد بن العباس بن الحسن بن جبلة بن غالب بن جابر بن نوفل بن عياض بن
يحيى بن قيس بن سعد بن عبادة الأنصاري العياضي أبو بكر أخو أحمد بن نصر العياضي من
أهل سمرقند والدهما أبو نصر أحمد بن العباس الإمام، قال السمعي: فقيه فاضل مناظر
روى عن أبي علي محمد بن محمد بن الحارث، روى عنه محمد بن صالح الحبال .

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١٣/٢).

(٧) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٩/٣)، البناية شرح الهداية (١٤٢/٢).

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في د .

كالسقف له، ويكون وجوده والعدم بمنزلة.

وإن^(١) كان الماء متصلاً بالجمد؛ فعند بعض المشايخ: العبرة للثقب، فإن كان ماء الثقب يخلص بعضه إلى بعض؛ لا يجوز التوضؤ به، وإن كان لا يخلص يجوز [التوضؤ به]^(٢).

وبعضهم: اعتبروا جملة الماء؛ لأن الكل متصل بعضه ببعض. وعلى هذا [الأمر]^(٣):

التواييت [في المشارع^(٤)]^(٥)، بعض المشايخ اعتبر الخلوص في ذلك المكان إذا كان الماء متصلاً بالألواح.

وبعضهم اعتبروا جملة الماء.

وكان الفقيه أبو أحمد العياضي^(٦) يقول: يجوز التوضؤ في الثقب إذا حرك المتوضئ الماء في الثقب تحريكاً شديداً؛ قال: لأن الماء يجري تحت الجمد بالتحريك.

الحوض إذا كان كبيراً لا يخلص بعضه إلى بعض، فوَقعت فيه نجاسة لا تخلو إما إن كانت [النجاسة]^(٧) مرئية، أو غير مرئية؛ فإن كانت مرئية لا يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه نجاسة، وإنما يتوضأ من ناحية أخرى؛ كما في الماء الجاري. بعد هذا اختلف المشايخ [فيه]^(٨).

(١) في د: فإن.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) جمع مشرعة وهو: مورد الشارية. ينظر: البحر الرائق (١/٨٢).

(٥) سقط في د.

(٦) هو: نصر بن أحمد بن العباس بن جبلة بن غالب العياضي أبو أحمد بن أبي نصر ولد الإمام الشهيد وأخو الإمام أبي بكر محمد بن أحمد العياضي تفقه على والده أبي نصر حتى برع في المذهب وصار فريد عصره حتى قال الشيخ أبو حفص البخاري البجلي وكان صدر ما وراء النهر وهو حافد الشيخ الكبير أبي حفص: الدليل على صحة مذهب أبي حنيفة أن أبا أحمد العياضي على مذهبه ولو لم يكن ذلك مذهبا مختارا لم يعتقده أبو أحمد العياضي رحمه الله تعالى.

ينظر: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية (٢/١٩٣).

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) سقط في أ، ب، م.

قال بعضهم: يحرك الماء بيده مقدار ما يحتاج إليه عند الوضوء والاستقاء، فإن تحركت النجاسة لم يستعمل [الماء]^(١) من ذلك الموضع، وإن لم تتحرك يستعمل الماء من ذلك الموضع.

وقال بعضهم: يتنجس حول النجاسة مقدار حوض صغير وما وراءه ظاهر. وقال بعضهم: يتحرى في ذلك، إن وقع تحريره أن النجاسة لم تخلص إلى هذا الموضع توضاً [وشرب منه].

وينبني على هذا ما إذا توضأ^(٢) في منبعه^(٣) ووجد فيها نجاسة بعد الفراغ من الوضوء، إن كانت النجاسة غير مرئية بأن بال فيها إنسان، أو اغتسل [فيها]^(٤) جنب. حكى عن مشايخ عراق أنهم قالوا: لا فرق بين النجاسة المرئية وغير^(٥) المرئية [ومشايخ بخارى وبلخ فرقوا بين المرئية وغيرها]^(٦)، فقالوا: في غير المرئية يتوضأ من الجانب الذي وقع فيه النجاسة، كما يتوضأ من الجانب الآخر؛ لأن الحوض الكبير بمنزلة الماء الجاري.

والجواب في الماء الجاري على هذا الوجه، إن كانت النجاسة مرئية لا يتوضأ [من الجانب]^(٧) الذي وقعت فيه النجاسة، وإن كانت غير مرئية يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة؛ كما يتوضأ من الجانب الآخر، كذا في الحوض الكبير. الدليل على صحة^(٨) هذا: مسألة كتاب الشرب التي تقدم ذكرها: أن حباً^(٩) من

(١) سقط في د.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: مضيقه.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: وغيرها.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) الصحة لغة: ضد السقم، واصطلاحاً هي نوعان: الأول في العبادات وهي: عبارة عن كون الفعل مسقطاً للقضاء. والثاني في المعاملات وهي: كون العقد سبباً لثرتب ثمراته المطلوبة عليه شرعاً.

ينظر: الصحاح (١/٣٨١)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين البخاري، ضبط وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (١/٢٥٨)، كشف اصطلاحات الفنون (٢/١٠٦٤).

(٩) في أ: صباً.

خمر إذا أريق في الفرات ورجل أسفل منه يتوضأ، جاز إذا لم يتغير أحد أوصاف الماء، كذا^(١) هاهنا.

وكذلك قالوا: في الماء الجاري إذا كان الرجال صفوفًا وتوضؤوا جاز، كذلك في الحوض الكبير.

وينبغي على هذا، إذا غسل وجهه في حوض كبير فسقط غسله وجهه في الماء فرفع الماء من موضع الوضوء قبل التحريك^(٢)، قالوا: على قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يجوز ما لم يحرك الماء؛ لأن الذي [وقع]^(٣) فيه ماء مستعمل، والماء المستعمل نجس عنده^(٤).

وإلى هذا القول كان يميل القاضي الإمام أبو جعفر الأستروشنى^(٥)، وغيره من مشايخ «بخارى» قال^(٦): بالجواز، وجعله كالماء الجاري لكثرة الماء، وتوسع^(٧) فيه لعموم البلوى^(٨).

(١) في أ: هكذا.

(٢) في أ: التحرك.

(٣) سقط في د.

(٤) المسوط للسرخسي (٥٣/١).

(٥) هو: محمد بن الحسن بن المحسن الأستروشنى أبو جعفر ورد بغداد سنة نيف وثلاثين وأربعمائة فتفقه على الصيمري وعلى قاضي القضاة أبي عبد الله الدامغاني ثم استوطن بيت المقدس وورد إلى بغداد سنة سبعين وأربعمائة فأدرجه أجله بها في مستهل جمادى الأولى سنة سبعين وله ثلاث وستون سنة.

ينظر: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية (٤٦/٢).

(٦) في أ: قالوا، وفي د: أخذ.

(٧) في أ: يوسع.

(٨) من معاني العموم في اللغة: الشمول والتناول، يقال: عم المطر البلاد، شملها، فهو عام. والبلوى في اللغة: اسم بمعنى الاختبار والامتحان، يقال: بلوت الرجل بلوًا وبلاء، وابتليته: اختبرته، ويقال: بُلي فلان وابتلي إذا امُتحن.

أما في الاصطلاح: فيفهم من عبارات الفقهاء أن المراد بعموم البلوى: الحالة أو الحادثة التي تشمل كثيرًا من الناس، ويتعذر الاحتراز عنها، وعبر عنه بعض الفقهاء بالضرورة العامة، وبعضهم بالضرورة الماسة، أو حاجة الناس.

وفسر الأصوليون بما تمس الحاجة إليه في عموم الأحوال.

ومن الأحكام المبنية على عموم البلوى: طهارة الخف والنعل بالدلك على الأرض ونحوها من الأشياء الطاهرة، كما ذكره بعض الفقهاء، قال التمرتاشي: ويطهر خف ونحوه، كنعل تنجس بذئ جرم بدلك، قال ابن عابدين: وإن كان رطبًا على قول أبي =

وإن^(١) كان به قرحة فغسل القيح والدماء عنها، أو غسل النجاسة عن عضو من أعضائه أو ثوبه، أو استنجد^(٢) في الماء الجاري، أو الحوض الكبير، فإذا^(٣) تغير الماء لا شك أنه يتنجس موضع التغير، وإن لم يتغير يدخل فيه شبهة قول أبي يوسف - رحمه الله -^(٤).

وإذا كان على شط^(٥) النهر أو دق^(٦)، أو على شط^(٧) الحوض أو دق^(٨)، قد سد ذلك واستقر فيه الماء، وهو متصل بماء الحوض والنهر؛ إلا أن جريان الحوض والنهر لا يظهر^(٩) [فيه]^(١٠)، فتوضأ رجل في ذلك الموضع، إن كان مقدار ما فيه من الماء من حيث [الطول]^(١١) يبلغ ذراعين ونصفاً؛ لا يجوز التوضؤ^(١٢) فيه، وإن^(١٣) كان دون ذلك يجوز؛ لأن ذراعين ونصفاً ربع الماء الكثير^(١٤) وهو عشر في عشر، وللربع حكم الكل، فلا يكون تبعاً للحوض والنهر غير أنه ليس بكثير^(١٥) حقيقة حتى

= يوسف، وهو الأصح المختار، وعليه الفتوى لعموم البلوى.
ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢٠٦/١)، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله ابن محمود بن مودود الموصلي، الشركة المصرية للطباعة والنشر (٣٤/١)، وحاشية قليوبي، على شرح المحلي على متن المنهاج، طبعة دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، ت (بدون) (١٨٣/١، ١٨٤)، والفتاوى الهندية (٢٠٩/٣)، كشف الأسرار (١٦/٣)، وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للعلامة صالح عبد السميع الأزهري، عيسى الحلبي (١٢/١).

- (١) في د: فإذا.
- (٢) في د: يستنجد.
- (٣) في ب، د: فإن.
- (٤) المبسوط للسرخسي (٧١/١)، بدائع الصنائع (٧٢/١).
- (٥) في م: وسط.
- (٦) في د: اندق.
- (٧) في أ: وسط.
- (٨) في د: اندق.
- (٩) في ب: طهر.
- (١٠) سقط في أ، م.
- (١١) سقط في د.
- (١٢) في د: الوضوء.
- (١٣) في أ، ز: فإن.
- (١٤) في ب: الكبير.
- (١٥) في ب: بكثير.

يجوز التوضؤ فيه بطريق الاستقلال؛ [إذ]^(١) [لو]^(٢) جاز [التوضؤ به]^(٣) فيه لجاز بطريق التبعية، وإذا كان بهذا المقدار لا يكون تبعًا^(٤).

وفي نوادر المعلى^(٥) عن أبي يوسف - رحمهما الله -: أن ماء الحمام^(٦) بمنزلة الماء^(٧) الجاري، إذا أدخل يده فيه وفي [يده]^(٨) قدر لم يتنجس^(٩)^(١٠).
واختلف المتأخرون^(١١) في بيان هذا القول:

(١) سقط في د.

(٢) سقط في ب، م.

(٣) سقط في د.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٩٩).

(٥) هو: المعلى بن منصور الرازي، أبو يعلى، ولد في حدود سنة مائة وخمسين هجريًا، وسكن بغداد، وكان فقيهاً ورعاً ثقة، عرض عليه القضاء أكثر من مرة فرفض، وأخذ العلم عن أبي يوسف ومحمد، وسئل عنه يحيى بن معين، فقال: ثقة. وقيل لأحمد بن حنبل: كيف لم تكتب عن المعلى بن منصور الرازي؟ فقال: كان يكتب الشروط ومن كتبها لم يخل من أن يكذب. وله من الكتب: الأمالي عن أبي يوسف، والنوادر عن محمد بن الحسن، وتوفي سنة مائتين وإحدى عشر هجريًا.

ينظر: تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لأبي الحجاج يوسف المزني، تحقيق: د/ بشار عواد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (٤)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م (٢٨/٢٩٦)، تاريخ بغداد (١٣/١٨٨)، المنتظم لابن الجوزي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م (١٠/٢٤٧)، صفوة الصفوة، لأبي الفرج ابن الجوزي، حيدر آباد، ١٣٥٥هـ (٤/٨٧).

(٦) الحمام - بفتح الحاء المهملة وشد الميم - أي: البيت المعد للحموم فيه.

ينظر: المغرب في ترتيب المعرب، ناصر الدين المطرزي، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا، ط (١)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص (١٣٠)، المصباح المنير، ص (١٥٢)، (١٥٣).

(٧) في ب: ماء.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: ينجس.

(١٠) تبين الحقائق (١/٢٧).

(١١) المتأخرون في المذهب الحنفي يقصد بهم من أتى بعد شمس الأئمة الحلواني، المتوفى سنة (٤٥٦هـ)، إلى حافظ الدين البخاري المتوفى سنة (٦٩٣هـ)، وقد قسم بعض الباحثين طبقات الحنفية إلى ثلاث طبقات: متقدمون، متوسطون، متأخرون.

«ويرتبط هذا التقسيم ارتباطاً وثيقاً بتقويم آراء المذهب، فطبقة السلف (أو المتقدمون) آراؤها أساس المذهب بدون جدال، وعلى ضوء آراء هذه الطبقة انبعثت اجتهادات وتخريجات طبقة الخلف، أما طبقة المتأخرين، فإن التحديد المذكور لها يُدخل تحتها =

منهم من قال: مراده حالة مخصوصة؛ وهو ما إذا كان الماء يجري إلى حوض الحمام والاعتراف منه متدارك، فهذا الماء في هذه الحالة في حكم [الماء]^(١) الجاري.

ومنهم من قال: ماء الحمام عنده بمنزلة الماء^(٢) الجاري على كل حال؛ لأجل الضرورة^(٣)؛ [ألا ترى^(٤) أن الماء الراكد وهو الحوض العظيم ألحق بالماء الجاري

= بعض علماء المذهب المشهورين من أمثال شمس الأئمة السرخسي صاحب المبسوط المتوفى سنة (٥٠٠هـ)، والمرغيناني صاحب الهداية المتوفى سنة (٥٩٣هـ)، وعبد الله ابن محمود صاحب المختار المتوفى سنة (٦٨٣هـ)، وغيرهم ممن أوضحت مؤلفاتهم عمدة من جاء بعدهم، وأضحى بعضها الناطق باسم المذهب، والممثل لرأيه الراجح». ينظر: المذهب عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، د: محمد إبراهيم علي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط (١)، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص (٣).

(١) سقط في د، م.

(٢) في ب: ماء.

(٣) الضرورة لغة هي: الحاجة، والشدة التي لا مدفع لها، والمشقة، والضرورة اسم من الاضطرار، والضراء نقيض السراء.

ينظر: مختار الصحاح، ص (١٥٩)، المصباح المنير، ص (١٣٦)، المعجم الوسيط (٥٣٨/١).

والضرورة في الاصطلاح الشرعي هي: بلوغ الإنسان حدًا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب؛ كالمضطر إلى الأكل أو اللبس بحيث لو بقي جائعًا أو عريانًا لمات أو تلف منه عضو. والضروريات عند الأصوليين هي: الأمور التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث لو فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهرج وفوت حياة وفي الآخرة فوت النجاة، والنعيم والرجوع بالخسران المبين، وهذه الضروريات هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسب، والمال. جاء في (شرح مجلة الأحكام) الضرورة هي: العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع. والضرورة بالمعنى الضيق هي: الحالة المحدقة بالإنسان في ظرفٍ سيئٍ تحمله على ارتكاب المحرم الممنوع شرعًا، للمحافظة على نفسه من الهلاك أو ماله من الضياع أو دفع أذى لا يحتمل إما يقينًا أو ظنًا.

ينظر: المتثور في القواعد، لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط (٢)، ١٤٠٥هـ / (١) / (٣١٩)، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م (٣٨/١).

(٤) في أ: يرى.

على كل حال لأجل الضرورة^{(١)(٢)}.

وفي نوادر^(٣) ابن رستم^(٤) عن محمد - رحمه الله تعالى - : قال: اجتمعت أنا وأبو يوسف - رحمهما الله - على أن نحكم على^(٥) ماء البئر^(٦) أنه لا ينجس^(٧)؛ لأنه ماء جار، ثم قلنا: وما علينا أن نأمر بنزح دلاء على ما جاءت به الآثار حتى نتبع السلف^(٨) فنكون قد حكمنا [فيه]^(٩) بالأمرين^(١٠).

(١) سقط في د.

(٢) تبين الحقائق (١/٢٧).

(٣) النوادر هي لإبراهيم بن رستم أبي بكر المروزي، وهو في فقه فروع الحنفية. ينظر: الفوائد البهية، ص (٩)، الجواهر المضية (١/٨٠-٨٢).

(٤) هو: إبراهيم بن رستم، أبو بكر المروزي نسبة إلى مرو الشاهجان وهي إحدى مدن خراسان، تفقه على الإمام محمد بن الحسن الشيباني، وروى عن أبي عصمة وغيره من أصحاب الإمام أبي حنيفة، وسمع من مالك، وروى عنه أئمة الحديث: أحمد بن حنبل وغيره، وله: «النوادر» كتبها عن محمد بن الحسن، توفي بنيسابور في يوم الأربعاء لعشرين بقين من جمادى الآخرة سنة مائتين وإحدى عشرة من الهجرة. ينظر: الجواهر المضية (١/٨٠)، الطبقات السنوية (١/١٩٤)، الفوائد البهية، ص (٩)، وفيات الأعيان (١/٢٧).

(٥) زاد في م: أن.

(٦) الآبار جمع بئر، مأخوذ من (بأر) أي: حفر. ويجمع أيضا جمع قلة على أبور وأبر. وجمع الكثرة منه بئار.

وينقل ابن عابدين في حاشيته عن التنف: البئر هي التي لها مواد من أسفلها، أي لها مياه تمدها وتتبع من أسفلها. وقال: ولا يخفى أنه على هذا التعريف يخرج الصهريج والجب والآبار التي تملأ من المطر، أو من الأنهار، والتي يطلق عليها اسم الركبة (على وزن عطية) كما هو العرف، إذ الركبة هي البئر، كما في القاموس. لكن في العرف هي بئر يجتمع ماؤها من المطر، فهي بمعنى الصهريج. وفي حاشية البجيرمي على شرح الخطيب: أن (البئر) قد تطلق على المكان الذي ينزل فيه البول والغائط، وهي الحاصل الذي تحت بيت الراحة. ويسمى الآن بالخزان. ويقال عن هذه البئر: بئر الحش، والحش هو بيت الخلاء. والأصل في ماء الآبار الطهورية (أي كونه طاهرا في نفسه مطهرا لغيره)، فيصح التطهير به اتفاقا، إلا إذا تنجس الماء أو تغير أحد أوصافه.

ينظر: تاج العروس، مادة (ب أ ر)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٤٤)، حاشية البجيرمي على الخطيب، المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب، لسليمان ابن محمد البجيرمي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م (٣/٨٥).

(٧) في م: يتنجس.

(٨) السلف لغة: كلمة سلف تجمع على سواف، وأحدهم سالف، ونسبها سلفي، وهي من الأسماء المشتركة التي تطلق على أشياء مختلفة حسب المراد بها، فقد تطلق ويراد بها: =

وإنما قلنا^(١): إنه [ماء]^(٢) جار^(٣)؛ لأنه ينبع من جانب ويستخرج من جانب. وقيل: أراد بقوله: ماء جار^(٤)، ماء ألحق بالماء الجاري حكماً؛ لأجل الضرورة؛ لأن التحرز عن وقوع النجاسة في البئر غير ممكن. وقول محمد - رحمه الله - في الآخرة: وما علينا أن نأمر بنزح دلاء، يتخايل في

القرض فيقال: اقترضت من فلان أي: استلفت منه. وقد تطلق ويراد بها: التقدم «فجعلناهم سلفاً» أي: جماعة متقدمين. وقد تطلق ويراد بها: كل شيء قدمه العبد من عمل صالح، أو ولد فرط فيقال: هذا سلفك، أي: ولدك وعملك. وقد تطلق ويراد بها: من تقدمك من الآباء، وذو القرابة المتقدمين في السن والفضل؛ ولهذا التقدم سمي الصدر الأول من الصحابة والتابعين بالسلف الصالح. وبحسب هذا الإطلاق الأخير يكون المقصود بالسلف لغة: أناس تقدموا في الزمن، والفضل، كان لهم منهج في فهم العقيدة، والعمل بها، فجاء من بعدهم فرضي بتلك الطريقة، واعتنقها، ودافع عنها؛ لاعتقادهم بصحتها؛ لأنها تعتمد على الكتاب والسنة، فكانوا هم خلف، وهم لهم سلف؛ ولعل هذا يفسر العبارة المشهورة: خير خلف لخير سلف.

ينظر: لسان العرب (٦/ ٣٣٠ - ٣٣٣)، المصباح المنير، ص (٢٨٥)، مختار الصحاح، ص (٣٠٩)، القاموس القويم للقرآن الكريم، أ. إبراهيم أحمد عبد الفتاح، مجمع البحوث الإسلامية، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م (٢/ ٢٨٥)، المعجم الوجيز، ص (٣١٨). السلف اصطلاحاً: من يقتصر في أخذ الأحكام العقائدية، والشرعية على الكتاب والسنة ويترك ما سواهما؛ معتقداً أنه على المنهج الصحيح؛ بذا يكون مقتنياً أثر من سبقه من الرسول ﷺ، وأصحابه، والتابعين، وتابعيهم رضي الله عن الجميع مهتدياً بهدايم في الفهم والعمل، وانطلاقاً من هذا قال بعض الباحثين: المعنى الاصطلاحي المستقر للسلف هو: القرون الثلاثة الأولى من عمر هذه الأمة. وقال بعضهم: السلف اصطلاحاً: كل من يقلد ويقتفى أثره في الدين، كأبي حنيفة، وأصحابه فإنهم سلفنا، والصحابة فإنهم سلفهم. ينظر: الكليات، لأبي البقاء (٣/ ٣٤).

(٩) سقط في د.

(١٠) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تنجس ماء البئر فإن تطهيره يكون بالتكثير إلى أن يزول التغير ويكون التكثير بالترك حتى يزيد الماء ويصل إلى حد الكثرة أو بصب ماء طاهر فيه حتى يصل هذا الحد. كما ذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبار النزح طريقاً للتطهير أيضاً. وذهب الحنفية إلى أنه إذا تنجس ماء البئر فإن تطهيره يكون بالنزح فقط. ينظر: البحر الرائق (٩١/١).

(١) في د: قالوا.

(٢) سقط في د.

(٣) في ب: جاري.

(٤) في ب: جاري.

الظاهر أنه يناقض أول الكلام؛ [لأنه^(١) في^(٢)] أول الكلام قال: لا ينجس^(٣).
ولكنه في الحقيقة^(٤) لا يناقض؛ لأن معنى قوله في أول الكلام، «لا ينجس»
نجاسة لا يمكن رفعها.
هذا كفتوى^(٥) أبي حنيفة - رضي الله عنه - في المؤمن إذا مات لا ينجس، معناه:
لا ينجس نجاسة لا يمكن رفعها.
وعن أبي يوسف - رحمه الله - في النوادر: إذا وقع الحمار في بئر [رجل]^(٦)
وأخرج يجب نزع [ماء]^(٧) البئر كله^(٨).

(١) في ب: لأن.

(٢) في م: لأن.

(٣) البحر الرائق (١/٩١).

(٤) الحقيقة في اللغة: فعيلة بمعنى فاعل من حق الشيء يحق حقا، أي: ثبت واستقر، ومنه لفظ الحاقة المعبر به عن القيامة لثبوتها واستقرارها بالأدلة الواضحة، أو فعيلة بمعنى مفعول من حققت الشيء أي أثبتته. والتاء على الوجه الأول للتأنيث؛ لأن فعيلة بمعنى فاعل يذكر ويؤنث مطلقا. أما على الوجه الثاني، فيحتمل أن تكون التاء للتأنيث، وأن تكون للنقل من الوصفية إلى الاسمية. وبيان ذلك أن فعيلة بمعنى مفعول إن كان جاريا على موصوفة أي تابعا له بحيث يعرب صفة، استوى فيه المذكر والمؤنث، فيقال: رجل قتيل، وامرأة قتيل، فإن لحقته التاء كانت للنقل من الوصفية إلى الاسمية، ولم تكن للتأنيث لعدم الحاجة إلى علامة التأنيث كما في نطيحة وأكيلة، ولذلك لا يوصف بهما فلا يقال: شاة نطيحة أو أكيلة. وأما إن كان فعيل بمعنى مفعول غير جار على موصوفه، فإنه يجب لحوق تاء التأنيث به دفعا للالتباس، فيقال: مرت بقتيل بني فلان، وبقتيلة بني فلان. هذا، ويطلق لفظ الحقيقة في اللغة أيضا، على ضد المجاز، وعلى ما يجب على المرء حمايته، وعلى الراية.

ينظر: الإيضاح في علوم البلاغة، لمحمد بن عبد الرحمن، جلال الدين القزويني، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م، ص (١٥٣)، وعمدة الحفاظ، للسمين الحلبي (١/٧٠٤، ٧٠٥)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٣٨)، والمطول في شرح تلخيص المفتاح لمسعود بن عمر، سعد الدين التفتازاني، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، عن النسخة المطبوعة بتركيا، ١٣٣٠هـ، ص (٣٤٨)، والقاموس المحيط، ص (٨٧٥)، وشذا العرف في فن الصرف، الحملوي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٣٨٤هـ، ص (١٠٧).

(٥) في أ: لفتوى.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) بدائع الصنائع (١/٧٤)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢١٤).

وعنه [أيضًا] ^(١) في النوادر ^(٢): شاة وقعت في بئر ولم تمت فيها؛ لا ينزح منها شيء ^(٣).

وفي «السُّنُور» ^(٤): إذا لم تمت تنزح ^(٥) عشر دلاء أو ^(٦) نحو ذلك ^(٧).
وعنه رواية أخرى في الشاة ^(٨):

أنه ينزح ماء البئر كله ^(٩)، علل فقال: «لأن ^(١٠) البول الذي يجري على فخذيها ورجليها فيها»، وتأويل القول الأول إذا لم يكن على فخذيها ورجليها بول.

إبراهيم عن محمد: لو ماتت فأرة في ماء في طست، ثم صب ذلك الماء في بئر نزح [منها] ^(١١) عشرون دلوًا ^(١٢)، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - ^(١٣).

وقال في موضع آخر: لو ماتت فأرة في حُبِّ ماء فأريق في البئر ماء الجب.
قال محمد - رحمه الله -: ينزح من البئر الأكثر من عشرين دلوًا [ومن ماء الجب] ^(١٤)(١٥).

- (١) سقط في ب، م.
- (٢) زاد في ب، م: أيضًا.
- (٣) بدائع الصنائع (٧٤/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢١٤/١).
- (٤) السنور: من (سنر) أي: ضاق خلقه وساء فهو سنر، والسنور: حيوان أليف من الفصيلة السنورية ورتبة اللواحم، من خير مأكله الفأر، ومنه أهلي وبري، وهي سنورة، والجمع: سنائير.
- ينظر: المعجم الوسيط، مادة (سنر) (٤٥٤/١)، مختار الصحاح (٣٢٦/١).
- (٥) في ب: ينزح.
- (٦) في د: و.
- (٧) بدائع الصنائع (٧٤/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢١٤/١).
- (٨) الشاة: هي الواحدة من الضأن أو المعز، ويطلق على الشياه الغنم، ويقع اللفظ على الذكر والأنثى من الضأن والماعز، وجمعها شياه.
- ينظر: المعجم الوجيز، مادة (شاة)، ص (٣٥٥)، تحرير ألفاظ التنبيه، للإمام محيي الدين النووي، دار القلم، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م (١٠٣/١).
- (٩) بدائع الصنائع (٧٤/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢١٤/١).
- (١٠) في أ: أن.
- (١١) سقط في د.
- (١٢) (الدلو) إناء يستقى به من البئر (مؤنث وقد تذكر).
- (١٣) الأصل، لمحمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: أبي الوفاء الأفعاني، حيدر آباد الدكن، دائرة المعارفة العثمانية (٣٣/١)، المبسوط للسرخسي (٥٩/١، ٥٨).
- (١٤) سقط في د.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: ينزح^(١) مثل ماء الجب وثلاثون [دلوًا]^(٢).
وعنه: ينزح ماء الجب وعشرون دلوًا^(٣).
وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: في فأرة، أو هرة، أو دجاجة
[مخلّاة]^(٤)، [وقعت في بئر]^(٥) فأخرجت منها حية، قال: إن توضأ منه أجزاءه،
وأحب إلي أن ينزح منها عشرون [دلوًا]، ولا يكون النزح في شيء من الأشياء أقل
من عشرين دلوًا^(٦)، وإن كانت الدجاجة غير مخلّاة لم ينزح منها شيء^(٧).
أشار^(٨) محمد - رحمه الله - في هذه الرواية أن النزح المستحب لا يكون أقل من
عشرين، [ففي الخُفّاش ينزح منه دلاء]^(٩) فإنه قدرّ النزح في هذه المسألة بعشرين
[دلوًا]^(١٠)، والنزح في هذه المسألة بطريق الاستحباب^(١١).
وقال عقبه^(١٢): ولا يكون النزح في شيء أقل من عشرين.
وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: النزح الواجب لا يكون أقل من عشرين، فأما
المستحب، يكون أقل من عشرين ولا يكون أقل من عشرة؛ ألا ترى أن في السنور،
[قال]^(١٣): ينزح عشر دلاء ونحو^(١٤) ذلك بطريق الاستحباب^(١٥).

(١٥) المبسوط للسرخسي (١/٩٥).

(١) في أ: نزح.

(٢) سقط في ز، م.

(٣) الأصل المعروف بالمبسوط، للشيباني (١/٨٤).

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في م.

(٧) الأصل، للشيباني (١/٣٣)، ومراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح، لحسن بن عمار بن
علي الشرنبلالي المصري الحنفي، تحقيق: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط (١)،
١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م، ص (٢١)، والتنف في الفتاوى، لأبي الحسن علي بن الحسين بن
محمد الشُّعدي، حنفي، تحقيق: د/ صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة،
عمان الأردن، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (١/١٠).

(٨) في م: وأشار.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في أ.

(١١) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٣٨).

(١٢) غير واضحة في ب، وفي د: عشر.

(١٣) سقط في د.

قال محمد - رحمه الله - في^(١) الثعلب^(٢) ونحوه^(٣): ينزح ماء البئر كله^(٤).
وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في كلب، أو سنور وقع في ماء ثم خرج حيًّا
فاعتجنوا^(٥) منه: لا بأس بذلك.
قال أبو عصمة^(٦): إذا أصاب فم الكلب الماء فلا خير فيه.
وعن محمد - رحمه الله -: أن الكلب يفسد البئر، والسنور لا يفسد؛ لأن دبر
الكلب منقلب فلذلك أفسده^(٧).
وفي نوادر ابن سماعه^(٨) عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل جنب نزح^(٩) دلواً

-
- (١٤) في د: ونزح.
(١٥) المبسوط للسرخسي (٥٨/١)، بدائع الصنائع (٧٤/١)، الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد
ابن علي الحدادي العبادي، المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ (١٨/١).
(١) في د: وفي.
(٢) الثعلب: جنس لحيوانات مشهورة من الفصيلة الكلبية ويضرب به المثل في الاحتيال،
والثعلبية: الثعلب، وعلة يتناثر بها الشعر. والثعلبان: الثعلب الذكر، والرجل الداهية.
ينظر: المعجم الوسيط، مادة (ثعلب) (٩٦/١)، مختار الصحاح (٩٠/١).
(٣) زاد في ب: من السابع.
(٤) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١٩/١).
(٥) في أ: اعتجبوا.
(٦) هو: عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة البلخي، أبو عصمة البلخي، أخو إبراهيم بن
يوسف، كانا شيخي بلخ في زمانهما. روى عن ابن المبارك والثوري، وروى عنه أهل بلده،
وكان صاحب حديث؛ ثقة، ثبتاً في الرواية، توفي سنة عشر ومائتين.
ينظر: الجواهر المضوية (٥٢٧/٢)، الفوائد البهية، ص (١١٦).
(٧) بدائع الصنائع (٧٤/١)، تبين الحقائق (٣٠/١)، البحر الرائق (١٣٦/١)، مجمع الأنهر
(٣٤/١).
(٨) هو: أبو عبد الله محمد بن سماعه بن عبد الله بن هلال التيمي الكوفي صاحب أبي يوسف،
ومحمد. حدث عن الليث، والمسيب بن شريك، وروى عنه محمد العنبي، والحسن بن
محمد، صنف التصانيف. قال ابن معين: لو أن المحدثين يصدقون في الحديث كما يصدق
ابن سماعه في الفقه لكانوا فيه على نهاية. ولي القضاء للرشيد، ودام إلى أن ضعف بصره.
عمر مائة سنة وثلاثين سنة، وتوفي سنة ثلاث وثلاثين ومائتين. من مؤلفاته: (النوادر) عن
أبي يوسف ومحمد وآداب القاضي والمحاضر والسجلات.
ينظر: تهذيب الكمال (٣١٧/٢٥)، الفوائد البهية، ص (١٧) وما بعدها، تاريخ بغداد
(٣٤١/٥)، سير أعلام النبلاء (٦٤٦/١).
(٩) في ب، م: ينزح.

من [ماء من] ^(١) بثر فصبه على رأسه، ثم استقى دلواً آخر فتقاطر من جسده في البئر، قال: هذا ليس بشيء، وإن ^(٢) كان [الماء] ^(٣) المستعمل نجساً عنده؛ فكأنه ^(٤) أسقط اعتبار نجاسته ضرورة أن التحرز عنه غير ممكن ^(٥).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا وجب نزح الماء كله من البئر فعجن من ذلك الماء لا [تطعم من] ^(٦) ذلك بني آدم، ولا بأس بإطعمته وإلقائه [إلى الكلاب] ^(٧) والسنائير، ولا بأس برش تلك المياه في الطريق ^(٨).

وروي عنه في غير هذه الصورة: يطعم ذلك العجين البهائم ولا يسقي ذلك الماء البهائم، [وأشار إلى العلة في الطريق، فقال: لأن ما يدخل عليه من إلقاء الطعام أشد من إطعام، البهائم والماء] ^(٩) ^(١٠) لا بأس بصبه ^(١١).

وفي هذا التعليل: إشارة إلى أن هذا العجين ما لا يلقي ^(١٢) في الطريق ^(١٣)، والمفسدة في إلقائه ^(١٤) في الطريق [أعظم] ^(١٥) من المفسدة في إطعام الكلاب والسنائير.

والماء يصب في الطريق، والمفسدة في الصب في الطريق دون المفسدة في سقي البهائم.

-
- (١) سقط في د.
 - (٢) في م: فإن.
 - (٣) سقط في د.
 - (٤) في م: وكأنه.
 - (٥) بدائع الصنائع (١/٧٤)، البناية شرح الهداية (١/٣٢٢)، مجمع الأنهر (١/٢٢).
 - (٦) في م: ليطعم.
 - (٧) في د: للكلاب.
 - (٨) المبسوط للسرخسي (١٢/٢٠).
 - (٩) في د: فالماء.
 - (١٠) سقط في م.
 - (١١) المبسوط للسرخسي (١٢/٢٠).
 - (١٢) في د: يبقى.
 - (١٣) زاد في أ: أعظم، وفي م: الأعظم.
 - (١٤) زاد في م: أما دون.
 - (١٥) سقط في أ، م.

وسئل الإمام الزاهد أبو الحسن الرستغني^(١) - رحمه الله -: عن قدر على الماء الجاري وماء الحوض، [فالتوضؤ بأيهما]^(٢) أفضل؟ قال: بماء الحوض؛ لأن مذهب الاعتزال^(٣) قد ظهر في هذا الزمان وهم^(٤) لا يرون التوضؤ في الحياض، فنحن^(٥) نتوضأ بماء الحياض رغماً لأنفسهم^(٦).

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله تعالى -: رجل على جراحته جبائر^(٧) فمسها في إناء يريد^(٨) بذلك المسح عليها؛ لم يجزه وأفسد [الماء]^(٩)، وكذلك إن كانت على أصابع رجله^(١٠).

وكذلك لو غمس رأسه في الإناء يريد المسح. وهذا بناء على أن عند محمد - رحمه الله - [يصير الماء]^(١١) مستعملاً بإقامة

(١) في ب: الرستغني، وفي د: الرستغني، وفي ز: الرستغني.

(٢) في م: فأيهما.

(٣) هم أتباع: عمرو بن عبيد، وواصل بن عطاء؛ سموا بذلك لما اعتزلوا الجماعة بعد موت الحسن البصري - رحمه الله - في أوائل المائة الثانية، وكانوا يجلسون معتزلين فيقول قتادة وغيره: أولئك المعتزلة. وقيل: إن واصل بن عطاء هو الذي وضع أصول مذهب المعتزلة، وتابعه عمرو بن عبيد تلميذ الحسن البصري، فلما كان زمن هارون الرشيد صنف لهم أبو الهذيل كتابين وبين مذهبهم وبنى مذهبهم على الأصول الخمسة التي سموها: العدل، والتوحيد، وإنفاذ الوعد والوعيد، والمنزلة بين المنزلتين، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ولبسوا فيها الحق بالباطل، كما هو شأن أهل الأهواء والبدع. كذا في شرح العقيدة الطحاوية، لابن أبي العز الحنفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٤)، ١٣٩١هـ، ص (٤٤٩)، وينظر: الملل والنحل، للشهرستاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٤هـ (١١٩/١).

(٤) في د: ومما.

(٥) في م: ونحن.

(٦) في د: لأنفسهم.

(٧) جمع جبيرة: وهي العيدان أو العظام التي توضع على الموضع العليل في الجسد لينجبر بها. وقيل: الجبائر ما يعد لوضعه على الكسر. فهذا التعريف أشمل لأنه يشمل العيدان وغيره مما يوضع في زماننا من عصابة الجبس.

ينظر: البحر الرائق (١/١٩٣)، المجموع (٢/٣٦٩)، المغني (١/١٧٧).

(٨) في ب: ويريد.

(٩) سقط في م.

(١٠) البنية شرح الهداية (١/٤٠٢).

(١١) في د: الماء يصير.

القُرْبَةُ^(١) مسحاً كان أو غسلًا، فيفسد الماء بأول الملاقاة فلا يصلح لإقامة المسح^(٢).

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: [لا يصير الماء]^(٣) مستعملًا بإقامة^(٤) قربة [المسح، وإنما يصير مستعملًا^(٥) بإقامة قربة]^(٦) الغسل، فيصير في المسألة روايتان^(٧).

وفيه عن إبراهيم عن محمد - رحمهما الله -: جنب غمس يده في تور^(٨) فتوضأ؛ لم يفسد الماء، ولو غمسها فيه يريد غسلها وذلكها أفسد الماء، ولو كان على أصابع يده أو كفه جبائر فغمسها في الماء يريد بذلك المسح عليها أجزاءه ولا يفسد الماء^(٩). قال: واليد لا تشبه غيرها، فقد أشار إلى اعتبار الضرورة [في]^(١٠) إدخال اليد. وعن أبي يوسف: في الجنب^(١١) إذا أدخل يده في الإناء لا يفسد الماء،

(١) القربة: أي الفريضة أو النافلة.

(٢) المبسوط للسرخسي (٥٣/١)، تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (٧٩/١)، بدائع الصنائع (٦٩/١)، الهداية شرح بداية المبتدي (٢٣/١).

(٣) في د: أن الماء لا يصير.

(٤) زاد في د: القربة يعني.

(٥) ثبت في حاشية د: أدخل يده أو رجله في الإناء.

(٦) سقط في م.

(٧) المبسوط للسرخسي (٥٣/١)، تحفة الفقهاء (٧٩/١)، بدائع الصنائع (٦٩/١)، الهداية شرح بداية المبتدي (٢٣/١).

(٨) في أ: تور. والتور: إناء من صُفْر أو حجارة كالإجانة، وقد يُتوضأ منه. ينظر: النهاية في غريب الحديث (١٩٩/١).

(٩) البناية شرح الهداية (٤٠٢/١).

(١٠) سقط في م.

(١١) المراد بالجنب هنا: من قامت به الجنابة الموجبة للغسل شرعا.

قال السمين الحلبي: «سمي بذلك لبعده عن مكان الصلاة...»، والجنب: البعد في الأصل، فأطلق على الأناسي إطلاق المصادر عليها، نحو: رجل عدل». هذا، ولفظ (الجنب)، يستوي فيه الذكر والأنثى، والمفرد والمثنى والجمع، والمطابقة قليلة.

ينظر: عمدة الحفاظ (٥٥٩/١، ٥٦٠)، مادة (ج ن ب)، والمصباح المنير، ص (٧٠)، مادة (ج ن ب).

[قال: (١)] وكذلك إذا أدخل رجله [في الإناء] (٢) لا يفسد الماء (٣) والرجل أفحش من اليد (٤).

والقياس (٥): أن تفسده الأصابع، ولكن ترك القياس في اليد والرجل؛ للضرورة، أما الضرورة في اليد فظاهر، وأما الضرورة في الرجل فلأنه قد يقع شيء في البئر فيحتاج (٦) إلى التفتيش [في البئر] (٧).



-
- (١) سقط في م.
 (٢) سقط في د.
 (٣) زاد في م: قال.
 (٤) المبسوط للسرخسي (١/٥٣)، بدائع الصنائع (١/٦٩)، البناية شرح الهداية (١/٤٠٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٩).
 (٥) القياس في اللغة: التقدير، والمساواة، والتشبيه. يقال: قاسه بغيره وعليه أي: قدره به، وخير نسائكُم التي تدخل قيسًا، أي: تمشي مشيًا وسطًا معتدلًا، فكأن خطأها متساوية. وتقيس بهم: أي تشبه بهم. وقوله (قس جدواك بالغمام) الجدوى: هي العطية، وعليه فهو حث على الجود وكثرة العطاء، والله تعالى أعلم.
 ينظر: مختار الصحاح، مادة (قيس)، ص (٥٥٩)، ولسان العرب (٥/٣٧٩٣)، والقاموس المحيط (٢/٢٤٢)، والمصباح المنير، ص (٢٦٩)، والنهاية في غريب الحديث (٤/١٣١).
 وأما تعريفه في الاصطلاح: فقد عرفه ابن الحاجب بأنه: «مساواة فرع لأصل في علة حكمه».
 وعرفه البيضاوي بأنه: «إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت».
 ينظر: مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد، لعبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الإيجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٣)، ١٩٨٣م (٢/٢٠٤)، تفسير البيضاوي، للبيضاوي، دار الفكر، بيروت (٣/٣).
 (٦) في د: يحتاج.
 (٧) سقط في م.

الفصل الثاني

في مسائل الوضوء^(١)

قال محمد - رحمه الله - [في]^(٢) الأصل^(٣): إذا أراد الرجل أن يتوضأ يبدأ

(١) الوضوء: لغة: اسم مصدر توضأً يتوضأً توضؤاً، وهو الحسن، والوضوء بالفتح اسم لما يتوضأً به. وقد يراد به غسل بعض الأعضاء.

ينظر: لسان العرب (٢٢٧/١٥)، مادة (وضأ)، والمصباح المنير، ص (٣٤٧)، مادة (وضوء).

واصطلاحاً: عند الحنفية: الغسل والمسح في أعضاء مخصوصة مع النية.

وعند المالكية غسل أعضاء مخصوصة على وجه مخصوص.

وعرفه الشافعية بأنه: استعمال الماء في أعضاء مخصوصة مُفْتَتِحًا بِنِيَّةٍ.

وعرفه الحنابلة بأنه: استعمال الماء الطَّهُّورِ في الأعضاء المخصوصة، على صفة مُفْتَتِحَةٍ بِنِيَّةٍ.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/١)، الاختيار لتعليل المختار (٧/١)، مواهب الجليل (١/١٨٠)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت، ص (٢٢)، سراج السالك شرح أسهل المدارك، عثمان بن حسنين بري جعلي، المكتبة الثقافية، لبنان، بيروت، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (١/٦٧)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد ابن الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م (٤٧/١)، المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ (١١٣/١)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للشيخ قاسم القونوي، تحقيق: د. أحمد الكبيسي، دار الوفاء، جدة، المملكة العربية السعودية، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص (٤٩).

(٢) سقط في م.

(٣) الأصل: وهو المسمى بالمبسوط، للإمام محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله - وهو أطول كتبه، جمع فيه طوائف من المسائل التي أفتى فيها أبو حنيفة - رحمه الله - وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد - إن كان ثمة خلاف، وما لم يذكر فيه خلافاً فهو متفق عليه بينهم، والكتاب - كما يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة -: «صورة صادقة للفقهاء العراقيين وأثاره، ولكنه خال من التعليل الفقهي في جملته».

وهو المراد حيث ما وقع في الكتب، قال محمد في كتاب فلان المبسوط كذا، ونسخ المبسوط المروية عن محمد متعددة وأظهرها مبسوط أبي سليمان الجوزجاني، وشرح المبسوط جماعة من المتأخرين مثل شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زادة ويسمى مبسوط البكري، وشمس الأئمة الحلواني.

روي أن الشافعي استحسنه وحفظه، وأسلم حكيم من كفار أهل الكتاب بسبب مطالعته. ينظر: كشف الظنون (١٥٨١/٢)، الفوائد البهية، ص (٢١٦)، رسم المفتي من

ويغسل يديه ثلاثاً، ويستنجي، ويغسل وجهه، ثم يغسل ذراعيه^(١).
حكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني^(٢) - رحمه الله -: في كيفية غسل اليدين عند
الوضوء: أنه ينظر إلى الإناء إن كان صغيراً يمكن رفعه، لا يدخل يده فيه بل يرفعه
بشماله ويصبه على كفه اليمنى ويغسلها ثلاثاً، ثم يأخذ الإناء بيمينه ويصب^(٣) على
كفه اليسرى، ويغسلها ثلاثاً.

وإن كان الإناء كبيراً بحيث لا يمكن رفعه، إن كان معه إناء صغير يرفع الماء
بذلك الإناء ولا يدخل يده [فيه]^(٤)، ثم يغسل يده^(٥) بالكوز على نحو ما بينا.
وإن لم يكن معه إناء صغير يدخل أصابع يده اليسرى مضمومة في الإناء، ولا
يدخل الكف ويرفع الماء من الإناء ويصب على يده اليمنى، ويدلك الأصابع بعضها
ببعض^(٦)، يفعل كذلك ثلاثاً، ثم يدخل اليد اليمنى في الإناء بالغاً ما بلغ.
وقوله عليه [الصلاة و]^(٧) السلام: «لا يَغْمَسُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ»^(٨).

- = مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص (١٧).
(١) الأصل، للشيباني (٢/١)، المبسوط للسرخسي (٦/١)، البناية شرح الهداية (١/١٧٩)،
البحر الرائق (١/١٨).
(٢) في أ: الهداداني، وصوابه: الهندواني: وهو محمد بن عبد الله بن محمد البلخي الحنفي،
يقال له لكمالته في الفقه: أبو حنيفة الصغير، روى عن محمد بن عقيل وغيره وتفقه على أبي
بكر بن محمد بن أبي سعيد المعروف بالأعمش، وأخذ عنه جماعة منهم: نصر بن محمد
أبو الليث الفقيه المعروف بإمام الهدى، عاش اثنتين وستين سنة وكان من الأعلام، توفي
بيخارى في ذي الحجة سنة اثنتين وستين وثلاثمائة ٣٦٢هـ.
ينظر: تاج التراجم، ص (٦٣) رقم (١٩٠٢)، الجواهر المضية (٣/١٩٢).
(٣) في د: ويصبه.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: يديه.
(٦) زاد في م: حتى تطهر.
(٧) سقط في ب.
(٨) هذا الحديث مشهور من حديث أبي هريرة، وقد رواه عن أبي هريرة جماعة كثيرة من
أصحابه.

الطريق الأول: أخرجه مالك (٢١/١) كتاب الطهارة، باب: وضوء النائم إذا قام من
نومه، حديث (٩)، والبخاري (٢٦٣/١) كتاب الوضوء، باب: الاستجمار وتراً،
حديث (١٦٢)، ومسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره
يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، والشافعي (١/٣٩ - الأم) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين

= قبل الوضوء، وفي المسند (٢٩/١، ٣٠) كتاب الطهارة، باب: في صفة الوضوء، حديث (٦٨ - ٧٠)، وأحمد (٤٦٥/٢)، والحميدي (٤٢٣/٢) رقم (٩٥٢)، وابن حبان (١٠٦٠ - الإحسان)، وابن المنذر في الأوسط (١٤٣/١)، حديث (٣٥)، وأبو عوانة (٢٦٣/١) كتاب الطهارة، باب: إيجاب غسل اليدين، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، والبغوي في شرح السنة (٣٠٢/١) كلهم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه، فليغسل يديه قبل أن يدخلهما في وضوئه؛ فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده».

الطريق الثاني: أخرجه مسلم (٢٣٤/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأبو عوانة (٢٦٣/١) كتاب الطهارة، باب: إيجاب غسل اليدين ثلاثاً على المستيقظ، والنسائي (٦/١) كتاب الطهارة، باب: تأويل قوله - عز وجل -: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾، والدارمي (١٩٦/١) كتاب الطهارة، باب: إذا استيقظ أحدكم من نومه، وابن أبي شيبة (٩٨/١)، والشافعي (٢٩/١) كتاب الطهارة، باب: في صفة الوضوء، حديث (٦٧)، وأحمد (٢٤١/٢)، والحميدي (٤٢٢/٢)، (٤٢٣)، رقم (٩٥١)، وابن خزيمة (٥٢/١) رقم (٩٩)، وأبو يعلى (٣٧٢/١٠) رقم (٥٩٦١)، وابن حبان (١٠٥٩ - الإحسان)، وابن الجارود في المنتقى رقم (٩)، وابن عدي في الكامل (١٩٤/١)، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، والبغوي في شرح السنة (٣٠٢/١) كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في وضوئه حتى يغسلها ثلاثاً؛ فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده» وقد توبع الزهري، تابعه محمد بن عمرو.

أخرجه أحمد (٣٨٢/٢)، وابن أبي شيبة (٩٨/١)، وأبو يعلى (٣٧٧/١٠)، رقم (٣٧٨) (٥٩٧٣)، وأبو عبيد في «كتاب الطهور»، ص (٣٢٦) رقم (٢٧٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١) كتاب الطهارة، باب: سؤر الكلب، من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قام أحدكم من النوم - فليفرغ على يده من وضوئه؛ فإنه لا يدري أين باتت يده».

وقد رواه الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة معاً، عن أبي هريرة. أخرجه الترمذي (٣٦/١) كتاب الطهارة، باب: إذا استيقظ أحدكم من منامه، حديث (٢٤)، وابن ماجه (١٣٨/١) كتاب الطهارة، باب: الرجل يستيقظ من منامه حديث (٣٩٣)، وابن جميع في معجم شيوخه، ص (٣٤١، ٣٤٢) رقم (٣٢٣)، والخطيب في تاريخ بغداد (٣٠٠/١١) كلهم من طريق الأوزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يدخل يده في الإناء حتى يفرغ عليها مرتين أو ثلاثاً؛ فإنه لا يدري أين باتت يده».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

الطريق الثالث: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ

= وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٧)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، والنسائي (٢١٥/١) كتاب الغسل، باب: الأمر بالوضوء من النوم، وأحمد (٢٦٥/٢)، وأبو عبيد في «كتاب الطهور»، رقم (٢٨١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١) كتاب الطهارة، باب: سؤر الكلب، من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به. الطريق الرابع: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأحمد (٣٩٥/٢، ٥٠٧) من طريق هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة به.

الطريق الخامس: أخرجه أبو داود (٧٦/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يدخل يده في الإناء، حديث (١٠٤)، وأحمد (٢٥٣/٢)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، وأبو داود الطيالسي (٥١/١، ٥٢ - منحة) رقم (١٧٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١) كتاب الطهارة، باب: سؤر الكلب، وابن عدي في الكامل (٢٩٤/٢)، والسهمي في تاريخ جرجان، ص (١٣٨)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (٢٣٢/٢، ٢٣٣)، والبيهقي (١/٤٧) كتاب الطهارة، باب: صفة غسل اليدين، من طريق عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات؛ فإنه لا يدرى أين باتت يده».

وأخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٨٧/٨٧)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، وأحمد (٤٧١/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١)، والبيهقي (١/٤٥) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، وأبو داود (٧٦/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يدخل يده في الإناء، حديث (١٠٣) من طريق الأعمش عن أبي صالح وأبي رزين، عن أبي هريرة بمثل حديث أبي صالح وحده.

الطريق السادس: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، وأبو عوانة (٢٦٣/١)، وأحمد (٤٥٥/٢)، وابن خزيمة (٧٥/١) رقم (١٤٥)، وابن حبان (١٠٦١، ١٠٦٢ - الإحسان)، والدارقطني (٤٩/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، حديث (١)، والبيهقي (٤٦/١) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، كلهم من طريق خالد الحذاء، عن عبد الله بن شقيق، عن أبي هريرة به. الطريق السابع: أخرجه أبو داود (٧٨/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يدخل يده في الإناء، حديث (١٠٥)، والدارقطني (٥٠/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، حديث (٤)، وابن حبان (١٠٥٨ - الإحسان)، والبيهقي (٤٦/١) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، كلهم من طريق معاوية بن صالح عن أبي مريم عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا استيقظ أحدكم من نومه - فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً؛ فإن أحدكم لا يدرى أين باتت يده، أو أين باتت تطوف يده». لفظ الدارقطني وقال: وهذا إسناد حسن.

قال الحافظ في التلخيص (٣٤/١): قال ابن منده: وهذه الزيادة رواها ثقات ولا أراها

محفوظة.

الطريق الثامن: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٧٨)، وأحمد (٣١٦/٢)، وأبو عوانة (٢٦٤/١) من طريق عبد الرزاق، عن معمر عن همام بن منبه عن أبي هريرة به.

الطريق التاسع: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٧٨)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، وأحمد (٤٠٣/٢)، وأبو يعلى (٢٥٦/١٠)، (٢٥٧) رقم (٥٨٦٣)، والبيهقي (٤٧/١) كتاب الطهارة، باب: صفة غسل اليدين، من طريق أبي الزبير عن جابر، أن أبا هريرة أخبره أن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من منامه - فليفرغ على يديه ثلاث مرات قبل أن يدخلهما؛ فإنه لا يدري فيم باتت يده».

الطريق العاشر: أخرجه مسلم (٢٣٣/١)، (٢٣٤) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأحمد (٢٧١/٢)، وأبو عوانة (٢٦٤/١) كلهم من طريق ابن جريج عن زياد عن ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد عن أبي هريرة به. الطريق الحادي عشر: أخرجه أحمد (٥٠٠/٢) من طريق محمد بن إسحاق، عن موسى ابن يسار، عن أبي هريرة به.

الطريق الثاني عشر: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، من طريق عبد الرحمن بن يعقوب عن أبي هريرة به.

وللحديث طرق أخرى: عند مسلم (٢٣٣/١) من طريق ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد، عن أبي هريرة. وعند ابن عدي في الكامل (٣٧٤/٦) من طريق معلى بن الفضل ثنا الربيع بن صبيح عن الحسن، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من منامه - فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً، ثم ليتوضأ فإن غمس يده في الإناء قبل أن يغسلها - فليرق ذلك الماء».

قال ابن عدي: قوله في هذا المتن: فليرق ذلك الماء، منكر لا يحفظ، وقال في ترجمة معلى: «وفي بعض رواياته نكارة».

وللحديث شواهد من حديث ابن عمر وجابر وعائشة.

١ - حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (١٣٩/١) كتاب الطهارة، باب: الأمر بغسل اليدين ثلاثاً، حديث (٣٩٤)، وابن خزيمة (٧٥/١) رقم (١٤٦)، والدارقطني (٥٠/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، حديث (١)، والبيهقي (١/٤٦) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، كلهم من طريق ابن لهيعة وجابر ابن إسماعيل، عن عقيل عن الزهري، عن سالم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه - فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات؛ فإنه لا يدري أين باتت يده». قال الدارقطني: هذا إسناد حسن.

وقال البوصيري في الزوائد (١/١٦٤): هذا إسناد صحيح على شرط مسلم، رواه

الدارقطني في سننه وقال: إسناد حسن.

هذا النهي^(١) [عندنا]^(٢) محمول على ما إذا كان الإناء صغيراً، أو كان كبيراً ومعه

٢ - حديث جابر: أخرجه ابن ماجه (١٣٩/١) كتاب الطهارة، باب: الرجل يستيقظ من منامه، حديث (٣٩٥)، والدارقطني (١٤٩/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، والخطيب في تاريخ بغداد (٤٥٠/١٠) من طريق زياد بن عبد الله البكائي عن عبد الملك بن أبي سليمان، عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قام أحدكم من الليل فأراد أن يتوضأ - فلا يدخل يده في وضوئه حتى يغسلها؛ فإنه لا يدرى أين باتت يده، ولا على من وضعها».

قال البوصيري في الزوائد (١٦٤/١): هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات.

٣ - حديث عائشة: أخرجه أبو داود الطيالسي (٥١/١ - منحة) رقم (١٦٩)، حدثنا ابن أبي ذئب، حدثني من سمع أبا سلمة يحدث عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «من استيقظ من منامه - فلا يغمس يده في طهور حتى يفرغ على يده ثلاث غرفات» ولم يكن رسول الله ﷺ يفعل ذلك حتى يفرغ على يده ثلاثاً. قال ابن أبي حاتم في العليل (١/٦٢) رقم (١٦٢): سئل أبو زرعة عن حديث رواه ابن أبي ذئب عن من سمع أبا سلمة ابن عبد الرحمن يحدث عن عائشة عن النبي ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من النوم - فليغرف على يده ثلاث غرفات قبل أن يدخلها في وضوئه؛ فإنه لا يدرى حيث باتت يده». ورواه الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ هذا الحديث، فقال أبو زرعة: هذا عندي وهم، يعني: حديث ابن أبي ذئب.

(١) النهي في اللغة: خلاف الأمر. ويطلق أيضاً على الموضوع الذي له حاجز ينهي الماء أن يفيض منه، وقيل: هو الغدير في لغة أهل نجد.

ينظر: لسان العرب (٤٥٦٤/٦)، مادة (نهي)، والقاموس المحيط، ص (١٣٤١).
وأما حد النهي عند الأصوليين، فقد اختلف فيه أيضاً: فعرفه ابن الحاجب بأنه: «اقتضاء كف عن فعل على جهة الاستعلاء». وهذا تعريف للنهي النفسي على القول بإثبات الكلام النفسي، وقد اختار التاج السبكي تعريفه بقوله: «اقتضاء كف عن فعل، لا بقول كف». والتنصيص على لفظ (كف) في قوله: «لا بقول كف»، لا يراد به خصوص كف، بل المراد نحوه كدع وذر، ولهذا كان الأوضح أن يقال في التعريف: لا بقول نحو كف. وأما النهي اللفظي، فيمكن تعريفه بأنه: القول الدال بالوضع على اقتضاء كف عن فعل لا بقول نحو كف.

ينظر: مختصر المنتهى مع بيان المختصر، لمحمود بن عبد الرحمن بن أحمد، شمس الدين الأصفهاني، تحقيق محمد مظهر بقا، من منشورات جامعة أم القرى، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٨٦/٢)، وجمع الجوامع للتاج السبكي، ص (٤٣)، وشرح المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية، بيروت ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (٤٩٦/١)، وحاشية العطار على شرح المحلي (١/٤٩٦)، المعتمد في أصول الفقه (١/١٦٨)، وكشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري (١/٢٥٦)، وفواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع مع المستصفي، المطبعة الأميرية ببولاق، ط (١)، ١٣٢٢هـ (١/٣٩٥).

(٢) سقط في م.

آنية^(١) صغيرة، أما إذا كان الإناء كبيرًا وليس معه آنية [صغيرة]^(٢) فالنهي محمول على الإدخال على سبيل المبالغة.

واختلف المشايخ: في موضع غسل اليدين، بعضهم قالوا: يغسلهما [قبل الاستنجاء، وبعضهم قالوا: بعد الاستنجاء، وبعضهم قالوا: يغسلهما]^(٣) مرتين، مرة قبل الاستنجاء^(٤) ومرة بعد الاستنجاء.

ثم إذا غسل يديه واستنجدى وغسل وجهه يغسل [اليدين]^(٥) جملة، أو يغسل الذراعين لا غير؟ ذكر في الأصل غسل الذراعين. واختلف المشايخ: [في موضع غسل اليدين]^(٦). بعضهم قالوا: يغسلهما مرتين فيه.

بعضهم قالوا^(٧): يغسل الذراعين لا غير^(٨)؛ لأنه غسل اليدين مرة فلا يلزمه الإعادة^(٩).

(١) الآنية: جمع مفرده: إناء، وهو الوعاء. ينظر: المصباح المنير، ص (٢٨).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في المصباح المنير (٢/٥٩٥)، مادة (نجا)، والنجو: الخراء، ونجا الغائط نجوا من باب قتل، ويسند الفعل للإنسان أيضا فيقال: نجا الرجل: إذا غوط.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الاستنجاء اصطلاحا، وكلها تلتقي على أن الاستنجاء إزالة ما يخرج من السبيلين، سواء بالغسل أو المسح بالحجارة ونحوها عن موضع الخروج وما قرب منه.

وليس غسل النجاسة عن البدن أو عن الثوب استنجاء.

حاشية قليوبي (١/٤٢).

(٥) سقط في د.

(٦) في ب: فيه.

(٧) سقط في ب.

(٨) من أول ذكر في الأصل إلى هنا سقط في د، م.

(٩) الإعادة: مصدرٌ فَعْلُهُ: أعاد، المزيدٌ بالهمزة في أوله، فأصل مادته: عاد.

قال الجوهري، يقال: عاد فلان إلى مكانه يعود عودة وعودا: إذا رجع إليه، وقد عاد له بعدما كان أعرض عنه، وعاد إليه عودًا وعبادًا وأعاداه هو.

ومن ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ﴾ [الروم: ٢٧].

ويقال: استعاداه إياه: سأله إعادته.

وقال الأزهري: قال بعضهم: العود: تثنية الأمر عودًا بعد بدء، يقال: بدأ ثم عاد،

ويقال: أعاد الشيء واستعاداه، واعتاده وتعوده، وعاده وعاوده معاودة وعودًا، أي: =

قال شمس الأئمة السرخسي^(١) - رحمه الله -: الأصح عندي أن يعيد غسل اليدين ظاهرهما وباطنهما؛ لأن الأول كان سنة افتتاح الوضوء فلا ينوب عن فرض الوضوء، وإنه مشكل؛ لأن المقصود هو التطهير فإذا حصل التطهير بأي طريق حصل، فقد حصل المقصود [وهو التطهير]^(٢)، ولا^(٣) معنى لإعادة الغسل^(٤).
والبياض الذي بين العذار^(٥) وبين شحمتي^(٦) الأذن يجب غسله عند الوضوء هكذا ذكر الطحاوي في كتابه، قال: وهو الصحيح وعليه أكثر مشايخنا^(٧).
وذكر القدوري^(٨): أنه يجب غسله عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله

= صار عادة له.

ويقال: استعدتُ فلأنا الشيء؛ فأعاده: إذا سألته أن يفعله ثانيًا، والمعادة: الرجوع إلى الأمر الأول، يقال للشجاع: بطل معاود؛ لأنه لا يمل المراس.

ينظر: لسان العرب (٤/٣١٥٧).

(١) في د: الحلواني.

وهو: محمد بن أحمد بن أبي سهل؛ أبو بكر؛ السرخسي من أهل سرخس بلدة في خراسان، ويلقب بشمس الأئمة. كان إماما في فقه الحنفية، وعلامة حجة متكلمًا ناظرًا أصوليًا مجتهدًا في المسائل. أخذ عن الحلواني وغيره، سجن في جب؛ بسبب نصحه لبعض الأمراء، وأملى كثيرا من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه. من تصانيفه: المبسوط في شرح كتب ظاهر الرواية، في الفقه، والأصول في أصول الفقه، شرح السير الكبير، للإمام محمد بن الحسن.

ينظر: الفوائد البهية، ص (١٥٨)، الجواهر المضية (٢/٢٨)، تاج التراجم (١/١٨)،

معجم المؤلفين (٨/٢٦٧)، الأعلام، للزركلي (٥/٣١٥).

(٢) سقط في د.

(٣) في ب: فلا.

(٤) البناية شرح الهداية (١/١٨٥).

(٥) العذار: جانب اللحية، أو الشعر الثابت فيه، وما سال من اللجام على خد الفرس. وطعام الختان، وشفرتا التصل. وعذار الحائط والطريق والوادي: جانباه، وعذار من النخل والشجر والرمل: خط منه مستطيل، وفلان شديد العذار: شديد العزيمة.

ينظر: المعجم الوسيط (٢/٩٠)، مادة (عذر)، مختار الصحاح، ص (٣٧٩، ٣٨٠)،

مادة (عذر).

(٦) في أ، ب: شحمة.

(٧) المبسوط للسرخسي (١/٦)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٣)، درر الحكام

شرح غرر الأحكام (١/٨)، البحر الرائق (١/١٢).

(٨) هو: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر أبو الحسين القدوري نسبة إلى قرية من قرى بغداد

يقال لها «قدورة»، وقيل: نسبة إلى بيع القدور، ولد سنة اثنتين وثلاثين وثلاثمائة هجرًا،

عنهما^(١).

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن عليه أن يبيل ذلك الموضع ليس عليه غيره^(٢).

قال - رحمه الله -: وفي غسله ضرب كلفة ومشقة، فالأولى أن يقال: يكفيه أن يبيله بالماء بناء على ما روي عن أبي يوسف: أن المصلي إذا بلّ وجهه وأعضاء وضوئه بالماء ولم يسيل الماء عن عضوه أنه يجوز^(٣).

ولكن قيل: تأويل ما روي عن أبي يوسف: أنه سال من العضو [قطرة أو قطرتان]^(٤) ولم يتدارك وإيصال الماء إلى داخل العين^(٥) ساقط^(٦).

قد روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: [أنه]^(٧) لا بأس^(٨) بغسل الرجل وجهه وهو مغمض^(٩) عينيه.

وروي الحسن: [أن أبا]^(١٠) حنيفة سئل أيغسل العين^(١١) بالماء؟ قال: لا. وعن الفقيه أحمد بن إبراهيم: أن من غسل وجهه وغمّض عينيه تغميضاً شديداً أنه لا يجوز.

وقيل: فيمن رمدت^(١٢) عينه^(١٣) فرمست^(١٤) واجتمع رمصها^(١٥) في جانب أنه

= وانتهت إليه رئاسة الحنفية في زمنه، وله من الكتب: مختصر القدوري، وشرح مختصر الكرخي، وكتاب التجريد. وتوفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة.
ينظر: النجوم الزاهرة (٢٤/٥)، هدية العارفين (٣٩/١).
(١) مجمع الأنهر (١٢/١)، بدائع الصنائع (٣/١، ٤)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٠١).

(٢) في م: عليه.

(٣) البناء شرح الهداية (١٤٨/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩٦/١).

(٤) في د: قطرتين.

(٥) في د، م: العينين.

(٦) البناء شرح الهداية (١٤٨/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩٦/١).

(٧) سقط في د.

(٨) زاد في د: بأن.

(٩) في أ، ب: يغمض.

(١٠) في د: عن أبي.

(١١) في م: العينين.

(١٢) الرمد: وجع العين وانتفاخها. ينظر: لسان العرب، مادة (رمد) (٣/١٨٥).

(١٣) في م: عينيه.

يكلف بإيصال^(١) الماء تحت مجمع^(٢) الرمص^(٣) ويجب إيصال^(٤) الماء [إلى الماق^(٥)] (٦).

تخليل^(٧) الأصابع:

إذا كانت الأصابع مضمومة وهو يتوضأ من الإناء فرض، وإن كان يتوضأ من الماء الجاري أو في الحياض فأدخل رجله الماء وترك التخليل أجزاءه وإن كانت الأصابع مضمومة^(٨).

(١٤) في ب: رمست، وفي م: فرمست.

والرمص: غمص العين، والغمص: هو قذى تلفظ به العين، وقيل: الرمص ما سال، والغمص ما جمد، وقيل: الرمص هو صغرها ولزوقها. ينظر: لسان العرب (٤٣/٧)، مادة (رمص).

(١٥) في ب، م: رمسها.

(١) في أ، ب: إيصال.

(٢) في م: مجتمع.

(٣) في ب، م: الغمس.

(٤) زاد في د: إلى.

(٥) الماق والماق: حرف العين مما يلي الأنف وهو مجرى الدمع.

ينظر: النهاية في غريب الحديث (٢٨٩/٤)، المعجم الوسيط، مادة (ماق).

(٦) سقط في د.

(٧) التخليل لغة يأتي بمعان، منها: تفريق شعر اللحية وأصابع اليدين والرجلين، يقال: خلل الرجل لحيته: إذا أوصل الماء إلى خلالها، وهو البشرة التي بين الشعر. وأصله من إدخال الشيء في خلال الشيء، وهو وسطه. ويقال: خلل الشخص أسنانه تخليلاً: إذا أخرج ما يبقى من المأكول بينها. وخللت النبيذ تخليلاً: جعلته خلا. ويستعمل الفقهاء كلمة التخليل بهذه المعاني اللغوية.

(٨) إيصال الماء بين أصابع اليدين والرجلين بالتخليل أو غيره من متممات الغسل، فهو فرض في الوضوء والغسل عند جميع الفقهاء؛ لقوله تعالى: ﴿فَاعْسِلْوْاْ وُجُوْهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُواْ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾.

أما التخليل بعد دخول الماء خلال الأصابع، فعند جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) أن تخليل الأصابع في الوضوء سنة؛ لقوله ﷺ «للقيط بن صبرة: «أسخ الوضوء، واخلل بين الأصابع»، وقد صرح الحنفية بأنه سنة مؤكدة، والحنابلة يرون أن التخليل في أصابع الرجلين أكد، وعللوا استحباب التخليل بأنه أبلغ في إزالة الدرن والوسخ من بين الأصابع.

وذهب المالكية في المشهور عندهم إلى وجوب التخليل في أصابع اليدين واستحبابه في أصابع الرجلين، وقالوا: إنما وجب تخليل أصابع اليدين دون أصابع الرجلين لعدم شدة

هكذا ذكر الزُّنْدُوسِي (١) في نظمه .
وفي شرح شيخ الإسلام (٢): أن تحليل الأصابع قبل وصول الماء إلى ما بين
الأصابع فرض، وبعده سنة [مطلقاً] (٣).

= التصاقها، فأشبهت الأعضاء المستقلة، بخلاف أصابع الرجلين لشدة التصاقها، فأشبهه ما
بينها الباطن .

وفي القول الآخر عندهم: يجب التحليل في الرجلين كاليدين .
ومراد المالكية بوجوب التحليل: إيصال الماء للبشرة بذلك .
وكذلك يسن تحليل أصابع اليدين والرجلين في الغسل عند الحنفية، وهو المفهوم من
كلام الشافعية والحنابلة، حيث ذكروا في بيان الغسل الكامل المشتمل على الواجبات
والسنن أن يتوضأ كاملاً قبل أن يحثو على رأسه ثلاثاً؛ لقوله ﷺ: «ثم يتوضأ كما يتوضأ
للصلاة» وقد سبق أن تحليل الأصابع سنة عندهم في الوضوء، فكذلك في الغسل .
وذهب المالكية في المعتمد عندهم إلى وجوب تحليل أصابع الرجلين كأصابع اليدين في
الغسل؛ لأنه يتأكد فيه المبالغة على خلاف ما قالوا في الوضوء من استحباب تحليل أصابع
الرجلين .

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٨٠/١)، ومغني المحتاج (٦٠/١)، وحاشية
الدسوقي على الشرح الكبير (٨٩/١)، والفواكه الدواني (١٦٣/١، ١٦٦)، والشرح
الصغير على أقرب المسالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير،
وبالهامش: حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي
وشركاه، القاهرة (١٠٦/١، ١٠٧)، والمغني لابن قدامة (١٠٨/١)، وكشاف القناع
(١٠٢/١).

- (١) في أ: الزندويسي .
(٢) شيخ الإسلام أي: شيخ أهل الإسلام، وهذا الوصف غلب على من كان في منصب الإفتاء،
أو القضاء .

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١٩/١) .
ولقب (شيخ الإسلام) يطلق على جماعة من العلماء الأئمة منهم أحمد بن محمد بن
صاعد الاستوائي، ومنهم محمود بن عبد العزيز القاضي الحنفي الأوزجدي جد قاضي
خان، لكن اشتهر به عند الإطلاق - كما هنا - علي بن محمد بن إسماعيل بن علي بن
أحمد بن محمد بن إسحاق الإسيجاني - بكسر الهمزة وسكون السين المهملة - نسبة
إلى إسيجاب - بلدة كبيرة من ثغور الترك - السمرقندي، ولد سنة أربع وخمسين
وأربعمائة ٤٥٤ هـ . سكن سمرقند وصار المفتي والمقدم بها، ولم يكن أحد بما وراء
النهر في زمانه، يحفظ مذهب أبي حنيفة مثله، وعمر العمر الطويل في نشر العلم - تفقه
عليه صاحب الهداية، وتوفي سنة خمس وثلاثين وخمسمائة هـ، له شرح مختصر الطحاوي .
ينظر: الجواهر المضية (٥٩١/٢، ٥٩٢)، تاج التراجم، ص (٤٤، ٤٥)، (٤٤٦/٣)،
الفوائد البهية، ص (٢١)، هدية العارفين (٦٩٧/١) .

(٣) سقط في د .

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أن تخليل الأصابع سنة مطلقًا .
قال - رحمه الله - : ومن الناس من قال : تخليل أصابع القدم فرض ، [و] ^(١) إذا
كان في كفه بلل يمسح ^(٢) به رأسه .
قال محمد - رحمه الله - في الكتاب : يجزئه [البلل] ^(٣) ^(٤) .
بعض مشايخنا قالوا : إنما يجزئه إذا أخذ ذلك من الإناء ولم يستعمله في عضو
من أعضاء الوضوء ، [فأما إذا كان استعمله في عضو من أعضاء الوضوء] ^(٥) فالمسح
لا يتأدى ^(٦) بهذا البلل ، ولكن هذا خلاف [ظاهر] ^(٧) ما ذكر ^(٨)
محمد - رحمه الله - فقد ذكر ^(٩) عقيب قوله : «إذا مسح ببلل على كفه أجزاءه»
وهذا بمنزلة أخذه من الإناء فيمسح به ، ولو كان المراد من البلل الذي على كفه بلل
أخذه من الإناء لم يستقم [منه قوله : «وهذا بمنزلة»] ^(١٠) أخذه من الإناء ^(١١) .
والحاصل : أن البلل إذا بقي [في كفه] ^(١٢) بعد غسل عضو من المغسولات جاز
[المسح] ^(١٣) به [وإذا بقي البلل في يده بعد مسح عضو من الممسوحات لا يجوز
المسح بذلك] ^(١٤) .

-
- (١) سقط في م .
(٢) في ب : يمسحه ، وفي د : فمسح .
(٣) سقط في د .
(٤) الأصل ، للشيباني (٤٣/١) ، المسبوط للسرخسي (٦٣/١) ، تحفة الفقهاء (٧٩/١) ، بدائع
الصنائع (٦٨/١) ، البناء شرح الهداية (٤٠٤/١) ، البحر الرائق (١٤/١) .
(٥) سقط في أ ، م .
(٦) في ب : يتأدى .
(٧) سقط في د ، م .
(٨) في د : ذكره .
(٩) زاد في ب ، م : محمد .
(١٠) سقط في أ ، وفي م : قوله : بمنزلة .
(١١) الأصل ، للشيباني (٤٣/١) ، المسبوط للسرخسي (٦٣/١) ، تحفة الفقهاء (٧٩/١) ،
بدائع الصنائع (٦٨/١) ، البناء شرح الهداية (٤٠٤/١) ، البحر الرائق (١٤/١) .
(١٢) سقط في م .
(١٣) سقط في أ .
(١٤) سقط في م .

وإذا أخذ البلل من عضو من أعضائه لا يجوز المسح به، مغسولاً كان ذلك العضو أو ممسوحاً.

[وإذا مسح رأسه بالثلج يجوز، هكذا حكى عن بعض مشايخنا، ولم يفصلوا بين ما [إذا]^(١) كان متقاطراً أو لم يكن]^(٢).

* * *

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في د.

نوع آخر من هذا الفصل: [في بيان ما ينقض^(١) الوضوء وما لا ينقض^(٢)] مسائل هذا النوع^(٣) تنقسم أقسامًا:
قسم في الخارج من غير السبيلين^(٤):
إذا بزق وخرج^(٥) في بزاقه دم^(٦)، إن كان الغالب هو الدم ينتقض وضوؤه وإن

(١) اعترض التعبير بالنواقض بأن النقض إزالة الشيء من أصله، تقول: نقضت الجدار إذا أزلته من أصله. فيقتضي التعبير بالنواقض أنها تزيل الوضوء من أصله فيلزم بطلان الصلاة الواقعة به؛ لأنه كأنه لم يكن. والتعبير بالمبطلات يقتضي اشتراط تقدم الطهارة، وليس شرطًا، فالحدث السابق على الطهارة لم يتقدم له وضوء يبطله، والتعبير بأسباب الحدث يقتضي أن الأسباب غير الحدث إلا أن تجعل الإضافة بيانية أي أسباب هي الحدث، فالتعبير بالأحداث أولى من ذلك كله. والمراد بها الأسباب التي شأنها أن ينتهي بها الطهر، وإنما عبر الشارح بالنواقض مجازًا.

ينظر: حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي، لإبراهيم بن محمد الباجوري، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون تاريخ (٧١/١).

(٢) سقط في أ.

(٣) النوع لغة: أخص من الجنس، وهو أيضا الضرب والصف من الشيء، فهو: ضرب من الشيء، وكل صنف من الثياب والثمار، وغير ذلك.
والنوع في الاصطلاح: عرفه الجرجاني بأنه: اسم دال على أشياء كثيرة مختلفة بالأشخاص.

ينظر: لسان العرب (٣٣٠/١٤)، التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الإياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ، ص (٢٤٧)، المعجم الوسيط، ص (٩٦٤)، تبين الحقائق (٤/٢٦١)، حاشية الطحطاوي (٣/٢٦٩).

(٤) الخارج من غير السبيلين، هل هو نجس أم لا؟ فيه خلاف بين الفقهاء إلي مذهبين: المذهب الأول: أنه نجس بشرط أن يصل إلى موضع يلحقه حكم التطهير. وهذا مذهب الأحناف، وبه قال ابن مسعود - رضي الله عنه - واحتجوا لذلك بأن النجس قد انتقل من الباطن إلى الظاهر. فإن لم ينتقل فليس بنجس، وضابطه الانتقال كالبول والفرث.
المذهب الثاني: أنه ليس بنجس حتى ولو كان الخارج نجسًا. هذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعية، وبه قال ابن عباس، وأبو هريرة - رضي الله عنهما - واحتجوا لذلك بأن النجس إنما هو الخارج من السبيلين فما لم يكن كذلك فليس بنجس إبقاء على ما كان.

ينظر: بدائع الصنائع (٥٧/١)، والبحر الرائق (٢٩/١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٨٦/١)، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب، للشيخ زكريا الأنصاري، ط أخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٤/١)، والمجموع (٥٣٨/١)، وروضة الطالبين (١/٦٢)، والمعني، لابن قدامة (١/٢٣٤).

(٥) في د: ورأى.

كان أقل من ملء الفم، وإن كان الغالب هو البزاق لا ينتقض وضوؤه، وإن كانا سواء: ذكر في بعض المواضع، القياس أن ينتقض وضوؤه، وفي الاستحسان^(١) لا ينتقض.

وذكر شمس الأئمة: أن الدم والبزاق إذا كانا على السواء، وعامة المشايخ على أن وضوؤه بهذا ينتقض، وكان الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني^(٢) - رحمه الله - يقول: أمره بالوضوء احتياطاً وهو باق على الوضوء الأول، وفي القدوري^(٣) يقول: «وإن^(٤) استويا أعاد الوضوء استحساناً واحتياطاً»^(٥). وفي النوادر عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إذا بزق أو امتخط ورأى في ذلك علقه من الدم؛ لم يكن عليه الوضوء؛ فإن كان الذي يرى من الدم [في]^(٦) جميع البزاق أو المخاط أو النخامة فكانت حمرة^(٧)، أو صفرة^(٨) غالبية على البياض،

(٦) في د: دما.

(١) الاستحسان: لغة: مشتق من الحسّن: ما حسن من كل شيء؛ فهو استفعال من الحسن، يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه، حسياً كان هذا الشيء أو معنوياً، وإن كان مستقبلاً عند غيره.

ينظر: القاموس المحيط (٤/٢١٤)، الصحاح في اللغة (٢/٣٦٥)، المعجم الوسيط، ص (١٧٤).

واصطلاحاً: عرفه الغزالي: بأنه هو ما يستحسنه المجتهد بعقله.

وعرفه المالكية: بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي.

وعرفه السرخسي: بأنه هو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس.

ينظر: المستصفى، للغزالي (٢/٤٨)، الموافقات، للشاطبي (٤/٢٠٥)، المبسوط، للسرخسي (١٠/١٤٥).

(٢) هو: محمد بن إبراهيم، أبو بكر، الضرير الميداني، نسبته إلى ميدان، موضع بنيسابور، قال الذهبي: من أئمة الفقه الحنفي، كان شيخاً كبيراً عارفاً بالمذهب قلماً يوجد مثله. حدث عن أبي محمد المزني، وحدث عنه ميمون بن علي الميموني، وله مناظرات على أحمد بن نصر العياضي.

ينظر: الجواهر المضوية (٢/٦)، الفوائد البهية، ص (١٥٥).

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: وإذا.

(٥) العناية شرح الهداية (١/٤٤).

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: حمرة.

(٨) في أ: صفرة.

فعلية الوضوء، وإن كان الذي يرى شبيهه^(١) غسالة اللحم فلا وضوء عليه^(٢).
وذكر هشام عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا اصفر البزاق من الدم فلا وضوء
[عليه]^(٣)، وإذا احمر ففيه الوضوء^(٤).

هشام عن محمد - رحمهما الله -: رجل داخل حلقه علقه فخرج^(٥) منه دم، قال:
إذا كان ملء الفم نقض الوضوء، وإن كان أقل منه لا ينقض [الوضوء]^(٦)؛ لأنها في
معنى القيء، والحكم في القيء ما ذكرنا^(٧).

وإن كان في الفم نقض الوضوء إذا كان الدم غالبًا على البزاق.
العرق^(٨) المدني^(٩): إذا خرج من عضو إنسان، ويسمى بالفارسية (رشته) لا
ينقض وضوءه.

استخرج المشايخ هذه المسألة من مسألة الجامع^(١٠) الصغير^(١١)، صورتها:

-
- (١) في م: سببه.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٦٦).
(٣) سقط في د.
(٤) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٣٩).
(٥) في د: يخرج.
(٦) سقط في د.
(٧) الهداية شرح بداية المبتدي (١/١٧)، البحر الرائق (٢/٢٩٦)، مجمع الأنهر (١/٢٤٢).
(٨) في أ: العراق.
(٩) في م: الذي، والعرق المدني نسب إلى المدينة لكثرة بها، وهي بثرة تظهر على سطح الجلد
تفجر عن عرق يخرج كالودودة شيئًا فشيئًا، وسببه فضول غليظة.
ينظر: حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٩٣).
(١٠) في م: جامع.
(١١) الجامع الصغير: اسمه: الجامع الصغير في الفروع للإمام المجتهد: محمد بن الحسن
الشييباني الحنفي، المتوفى سنة مائة وسبع وثمانين هجريًا، وهو كتاب قديم مبارك مشتمل
على ألف وخمسمائة واثنين وثلاثين مسألة كما قال البزدوي، وذكر الاختلاف: في مائة
وسبعين مسألة، ولم يذكر: القياس والاستحسان إلا في مسألتين، والمشايخ يعظمونه، حتى
قالوا: لا يصلح المرء للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسأله، وسبب تأليف الإمام محمد له
أنه لما فرغ من تصنيف الكتب طلب منه أبو يوسف أن يؤلف كتابًا يجمع فيه ما حفظ عنه مما
رواه له عن أبي حنيفة، فجمعه ثم عرضه عليه، فقال: نعمًا حفظ عني أبو عبد الله،
والكتاب مطبوع ومعروف، وله شروح كثيرة منها: شرح الإمام الطحاوي، المتوفى سنة
ثلاثمائة وإحدى وعشرين هجريًا، وشرح الإمام أبي بكر الجصاص، المتوفى سنة ثلاثمائة
وسبعين هجريًا، وشرح الإمام أبي بكر المعروف بالظهير البلخي، المتوفى سنة خمسمائة

دابة^(١) سقطت من^(٢) رأس الجرح [لا ينتقض وضوؤه]^(٣).

والمعنى^(٤) في تلك المسألة: أن الساقط عن رأس الجرح يولد^(٥) عن محل الطهارة وهو اللحم فيكون ظاهرًا، هذا المعنى موجود في العرق المدني^(٦)، وكون الخارج من [غير]^(٧) السبيلين نجسًا أمر لا بد منه لانتقاض^(٨) الطهارة.

[و]^(٩) ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا خرج من الجرح^(١٠) دم قليل فمسحه، ثم خرج أيضًا فمسحه^(١١) وكان ذلك [كله]^(١٢) قبل أن يسيل، فإذا^(١٣) كان الدم بحال لو ترك ما قد مسح منه سال، انتقض وضوؤه، وإن كان لا يسيل لا ينتقض^(١٤)(١٥).

وكذلك إن ألقى عليه رمادًا أو ترابًا ثم ظهر ثانيًا وتربه^(١٦) ثم وثمّ، فهو كذلك

= ثلاث وخمسين هجريًا، وشرح الإمام فخر الإسلام البزدوي، المتوفى سنة أربعمائة واثنين وثمانين هجريًا، وشرح الإمام أبي نصر العتّابي، المتوفى سنة خمسماية وست وثمانين هجريًا، وشرح الإمام أبي الليث السمرقندي، المتوفى سنة ثلاثمائة وثلاث وسبعين هجريًا. ينظر: كشف الظنون (١/٥٦١)، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ (٣/٣٥٤)، هدية العارفين (٦/٨)، اكتفاء القنوع بما هو مطبوع، لإدوارد فنديك، طبع بمصر، ١٣١٣هـ-١٨٩٦م (١/١٤٢).

(١) الدابة لغة: كل ما يدب على الأرض، وقد غلب على ما يركب من الحيوان، وهي للمذكر والمؤنث. ينظر: المعجم الوسيط، ص (٢٦٨)، مادة (دب).

(٢) في ب، د، م: عن.

(٣) سقط في م.

(٤) في د: فالمعنى.

(٥) في ب: تولد.

(٦) زاد في د: موجود.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: لا يناقض.

(٩) سقط في ز، م.

(١٠) ثبت في حاشية د: خروج الدم من الجرح.

(١١) في م: ومسحه.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في ب، د، م: فإن.

(١٤) في ب: ينقض، وزاد في م: وضوؤه.

(١٥) الأصل، للشيباني (١/٥٨)، المبسوط، للسرخسي (١/٧٧).

(١٦) في أ: ويريه.

يجمع كله .

قالوا: وإنما يجمع إذا كان في مجلس واحد مرة بعد أخرى، أما إذا كان في مجالس^(١) مختلفة لا يجمع، وكذلك لو وضع عليه [خرقة]^(٢) حتى نشف جميع ما خرج فلم يسيل عن رأس الجرح؛ فإن كان ما نشف بحيث يسيل بنفسه يجعل حدثاً وما لا [فلا]^(٣).

وذكر المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله - إذا زال الدم عن رأس الجرح؛ لا ينتقض وضوؤه حتى يسيل^(٤).

ولو غرز رجل إبرة في يده وخرج^(٥) منه الدم وظهر أكثر من رأس الإبرة؛ لم ينتقض وضوؤه^(٦).

قال الفقيه أبو جعفر: كان محمد بن عبد الله يميل في هذا إلى أن ينتقض وضوؤه ورآه سائلاً.

وفي فتاوى النسفي^(٧) هكذا.

(١) في م: مجلس.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) الأصل، للشيباني (٥٧/١)، المبسوط للسرخسي (٨٣/١)، بدائع الصنائع (٢٥/١).

(٥) في م: فخرج.

(٦) البناية شرح الهداية (٢٧١/١).

(٧) الفتاوى النسفية: لنجم الدين: عمر بن محمد النسفي الشهير: بعلامة سمرقند صاحب المنظومة المتوفى: سنة ٥٣٧ هـ، وهي: فتاواه التي أجاب بها عن جميع ما سئل عنه في أيامه دون ما جمعه لغيره.

ينظر: كشف الظنون (١٢٣٠/٢)، الأعلام (٦٠/٥).

وهو: عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي، ولد بنسف سنة إحدى وستين وأربعمائة هـ، وإليها نسبته، عالم بالتفسير والأدب والتاريخ، من فقهاء الحنفية. وكان يلقب بمفتي الثقلين. قيل: له نحو مائة مصنف، منها: الأكل الأطول، والتيسير في التفسير، ويواقيت المواقيت، وتاريخ بخارى، وطلبة الطلبة، وغير ذلك. توفي بسمرقند سنة سبع وثلاثين وخمسمائة هـ.

ينظر: الفوائد البهية، ص (١٤٩)، والجواهر المضوية (٦٥٧/٢)، وإرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، المعروف بمعجم الأدباء، لياقوت الحموي، طبعة دار المأمون (٦/٥٣).

وفي فتاوى خوارزم^(١): الدم إذا لم ينحدر عن رأس الجرح ولكن علا فصار أكثر من رأس الجرح لا ينتقض وضوؤه.
والفتوى^(٢) في جنس هذه المسائل على أنه لا ينتقض وضوؤه.
وإن عصرت^(٣): القرحة فخرج منها شيء كثير وكان بحال لو لم يعصرها لا يخرج منه شيء ينتقض الوضوء، في مجموع النوازل^(٤)، وفيه نظر.
وفيه أيضًا: جرح ليس فيه شيء من الدم والصيد، دخل صاحبه الحمام، أو الحوض فدخل الماء الجرح [فعصر الرجل الجرح]^(٥) [فسال منه]^(٦) الماء؛ لا

(١) في أ: خوارزمي. وفتاوى خوارزم نقل عنها المصنف في المحيط البرهاني (١/٥٠).
وخوارزم: أوله بين الضمه والفتحة والألف ليست بألف صحيحة هكذا يتلفظون به وخوارزم ليس اسمًا للمدينة. وقد ذكروا في سبب تسميتها بهذا الاسم أن أحد الملوك القدماء غضب على أربعائة من أهل مملكته وخاصته وحاشيته، فأمر بنفيهم إلى موضع منقطع عن العمارات بحيث يكون بينهم وبين العمائر مائه فرسخ فلم يجدوا على هذه الصفة إلا موضع مدينة كاث: وهي إحدى مدن خوارزم فجاؤوا بهم إلى هذا الموضع وتركوهم وذهبوا، فلما كان بعد مدة جرى ذكرهم على باب الملك، فأمر قومًا بكشف خبرهم فجاؤوا فوجدوهم قد بنوا أكواخًا ووجدوهم يصيدون السمك وبه يتقوتون، وإذا حولهم حطب كثير، فقالوا لهم: كيف حالكم، فقالوا: عندنا هذا اللحم وأشاروا إلى السمك، وعندنا هذا الحطب فنحن نشوي هذا بهذا، ونتقوت به فرجعوا إلى الملك وأخبروه بذلك فسمى ذلك الموضع خوارزم؛ لأن اللحم بلغة الخوارزمية -خوار- والحطب - رزم - فصار خوارزم فخفف وقيل خوارزم استثناءً لتكرير الراء. ينظر: معجم البلدان (٢/٣٩٥).

ولعلها ليوסף بن أحمد بن أبي بكر الخوارزمي الخاصي عرف بذلك الإمام الكبير نجم الدين جمال الأئمة جمع الفتاوى المشهورة تفقه على أبي بكر بن عبد الله من أقران نجم الدين عمر النسفي وسمع منه.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٢٣).

(٢) ثبت في حاشية د: والفتوى على عدم الانتقاض، وفي ز، م: وفي الفتوى.

(٣) في م: اعتصرت.

(٤) مجموع النوازل في فروع الحنفية، للإمام أحمد بن موسى بن عيسى الكشني المتوفى في حدود سنة خمسين وخمسمائة هجرية، وقد جمع من فتاوى، منها: فتاوى أبي الليث السمرقندي، وفتاوى أبي بكر ابن الفضل، وفتاوى أبي حفص الكبير.

ينظر: البحر الرائق (١/٦٣٧)، تبيين الحقائق (١/١٤٣)، معجم الأنهر (١/١١٢)، كشف الظنون (٢/١٦٠٦).

(٥) سقط في م.

(٦) في د: وسال منها.

ينتقض الوضوء^(١).

والحاصل: [أن]^(٢) الخارج من غير السبيلين إنما يكون موجباً انتقاض الوضوء^(٣) إذا كان سائلاً، أما إذا لم يكن [سائلاً]^(٤)؛ لا يوجب [انتقاض الوضوء]^(٥).
وإذا خرج من أذنه قيح، أو صديد ينظر: إن خرج بدون الوجع لا ينتقض، وإن خرج مع الوجع ينتقض [وضوؤه]^(٦)؛ لأنه إذا خرج مع الوجع؛ فالظاهر أنه خرج من الجرح، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .
[وذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله -: أن الشيخ إذا كان في عينيه رمد، أو عمش^(٧) ويسيل الدموع منها أمره بالوضوء لوقت^(٨) كل صلاة؛ لأنني أخاف أن يكون يتغير ما يسيل منه صديد^(٩) أو قيح^(١٠)؛ فإنه قد يكون في الجفون^(١١)

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٦٠).

(٢) سقط في م.

(٣) في د: الطهارة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) الأعمش: الفاسد العين الذي تغسق عيناه، ومثله الأرمص، والعمش: ألا تزال العين تسيل الدمع ولا يكاد الأعمش يبصر بها، وقيل: العمش ضعف رؤية العين مع سيلان دمعها في أكثر أوقاتها.

ينظر: لسان العرب (٦/٣٥)، مادة (عمش).

(٨) الوقت في اللغة: مقدار من الزمان مفروض لأمر ما، والجمع أوقات.

قال الكفوي: «وأكثر ما يستعمل في الماضي كالميقات، ونهاية الزمان المفروض لعمل، ولهذا لا يكاد يقال إلا مقيداً».

ينظر: المصباح المنير، ص (٣٩٧)، مادة (وق ت)، الكلبيات، ص (٩٤٥).
وأما في الشرع، فعرفه أبو البركات الدردير بأنه: الزمان المقدر للعبادة شرعاً. قال الدسوقي: «جعل الزمان جنساً في تعريف الوقت، يقتضي أن الزمان أعم من الوقت، والوقت أخص منه، وهو كذلك؛ لأن الزمان مدة حركة الفلك سواء كانت مقدرة شرعاً أم لا». وقول الدردير: «شرعاً»، هو بمنزلة قول بعضهم: «من الشارع»، فهو قيد لإخراج الزمان المقدر للعبادة من غير الشارع، ولذا قال عليش في تعريف وقت الصلاة: «الزمن المقدر للصلاة من الشارع».

ينظر: الشرح الكبير (١/١٧٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١٧٥)، منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ عليش، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م (١/١٠٥).

(٩) الصديد: هو ماء الجرح الرقيق المختلط بدم قبل أن تغلظ المدة، ولا يخرج استعمال الفقهاء =

جرح^(١) [٢] (٣).

وإذا غَضَّ^(٤) شيئاً فرأى [عليه]^(٥) أثر الدم من أصول الأسنان فلا وضوء عليه، وكذلك الخلال^(٦)؛ لأنه ليس بسائل، هكذا ذكر في بعض الفتاوى. وذكر الشيخ الإمام علاء الدين^(٧) في كتاب الشرحين^(٨): [أن]^(٩) من أكل خبزاً^(١٠)، أو شيئاً من الفواكه، ورأى فيه أثر الدم من أصول أسنانه ينبغي أن يضع إصبعه، أو طرف كفه على ذلك الموضع إن وجد^(١١) فيه أثر الدم، ينتقض وضوؤه [وإلا فلا]^(١٢).

[وعن محمد - رحمه الله -: فيمن استنثر فخرج من أنفه دم علقاً علقاً مثل العدس وما أشبهه، فلا وضوء عليه؛ لأن الجروح^(١٣) لم تتحقق^(١٤)، ولو تقطر من أنفه قطرة دم؛ فعليه الوضوء^(١٥).

= له عن المعنى اللغوي.

- والعلاقة بينهما أن الصديد يكون في الجرح قبل القيح.
- (١٠) القيح في اللغة: المدة الخالصة التي لا يخالطها دم. ولا يخرج استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي.
- (١١) (الجفن) غطاء العين من أعلاها وأسفلها وفي المثل (إنه لشديد جفن العين) يضرب لمن يصبر على السهر وغمد السيف ونحوه.
- (١) في ب: جروح.
- (٢) سقط في د.
- (٣) تبين الحقائق (٨/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦/١)، البحر الرائق (٣٤/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١٤٨/١).
- (٤) في ز: عصر.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في ب: الحلال.
- (٧) لم أقف عليه وله ذكر في المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦١/١)، تبين الحقائق (١/٨)، البناء شرح الهداية (٢٧١/١).
- (٨) بيض له في كتاب المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦١/١).
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في م: جبن.
- (١١) في أ، ب: كان.
- (١٢) في م: وما لا.
- (١٣) في ب: الخروج.
- (١٤) في ب: يتحقق.
- (١٥) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٨/١)، البحر الرائق (٣٥/١).

وعن أبي هريرة^(١) - رضي الله عنه - : «أنه أدخل إصبعه في أنفه وأوعبه^(٢)، فلما أخرجته، رأى على أنملته دمًا فمسح، ثم قام وصلى^(٣)». وتأويله عندنا: إذا بالغ في إيعابه^(٤) حتى جاوز ما لآن من أنفه إلى ما صلب وكان الدم فيما صلب من أنفه وكان قليلاً بحيث لو تركه لا ينزل إلى موضع اللين، ومثل هذا ليس بناقض^(٥).



(١) هو: أبو هريرة الدوسي اليماني، صاحب رسول الله ﷺ، وحافظ الصحابة، واختُلف في اسمه واسم أبيه اختلافاً كثيراً، فقيل: اسمه عبد الرحمن بن صخر، وقيل: ابن غنم، روى عن: النبي ﷺ الكثير الطيب، وعن أبي بكر، وعمر، وروى عنه: ابنه المحرر، وابن عباس، وابن عمر، وأنس، قال البخاري: روى عنه نحو من ثمانمائة رجل أو أكثر من أهل العلم من الصحابة والتابعين وغيرهم، توفي سنة سبع وخمسين. ينظر: تهذيب الكمال (٣٦٦/٣٤)، تقريب التهذيب، لابن حجر، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م (٥٨٧/٢).

(٢) في أ: أوعيه، وفي ب: أو عنه. (٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٤٥/١) رقم (٥٥٦) بلفظ: «أَدْخَلَ إِصْبَعَهُ فِي أَنْفِهِ فَخَرَجَتْ مُخَصَّصَةً دَمًا فَفَتَّهَ، ثُمَّ صَلَّى فَلَمْ يَتَوَضَّأْ»، ومن طريقه ابن المنذر في الأوسط (١٧٣/١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٨/١)، رقم (١٤٧٢)، ومسدد في المسند كما في المطالب العالية (٩٣/١) من طريق شعبة عن غَيَّلَانَ بن جامع عن ميمون بن مهران قال: أنبأنا من رأى أبا هريرة يدخل أصابعه في أنفه فيخرج عليهما الدم فيحته ثم يقوم فيصلي. فجعل غَيَّلَانَ بين ميمون وأبي هريرة واسطة، وجعفر بن بُزْقَانَ ثقة ضابط لحديث ميمون قاله أحمد وابن معين والدارقطني.

والراوي إذا كان عارفاً بحديث شيخ من شيوخه لطول ملازمة له، أو لسماع قديم صحيح أو لعناية خاصة به وإن كان ليس من الثقات المعروفين بالثقة والضبط إلا أنه يقدم على غيره ممن هو أوثق منه - في الأغلب - وذلك لمعرفته بحديث شيخه أكثر من غيره، وإن كان غيره أوثق منه بالجملة.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٨/١) رقم (١٤٧٤) من طريق أبي الزبير، عن جابر، أنه أَدْخَلَ إِصْبَعَهُ فِي أَنْفِهِ فَخَرَجَ عَلَيْهَا دَمٌ فَمَسَحَهُ بِالْأَرْضِ أَوْ بِالْتُّرَابِ ثُمَّ صَلَّى. وأخرج معناه ابن أبي شيبة في المصنف (١٣٨/١)، وابن عبد البر في التمهيد (٢٢/٢٣١)، وابن المنذر في الأوسط (١٧٣/١) من طريق شريك عن عمران بن مسلم عن مجاهد عن أبي هريرة: أنه لم يكن يرى بالقطرتين من الدم في الصلاة بأشأ. وشريك سيئ الحفظ.

(٤) في أ: إيعامه.

(٥) سقط في د.

ومما يتصل بهذا الفصل^(١):

الخارج من غير^(٢) السبيلين إذا لم يكن سائلاً حتى لو لم يكن حدثاً موجباً انتقاض الطهارة، هل يكون نجساً؟

فعن^(٣) محمد - رحمه الله -: [أنه]^(٤) نجس، وبه كان يُفتي الفقيه أبو بكر الإسكاف^(٥)، والفقيه أبو جعفر - رحمهما الله-^(٦).

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه طاهر^(٧)، وبه كان يُفتي [الفقيه]^(٨) أبو عبد الله القلانسي^(٩)، ومحمد بن سلمة^(١٠)، وأبو نصر^(١١)، وأبو القاسم^(١٢)،

(١) في د: النوع أن.

(٢) في م: بين.

(٣) في ز، م: وعن.

(٤) سقط في م.

(٥) هو: محمد بن أحمد، أبو بكر الإسكاف البلخي، إمام كبير جليل القدر، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة وتفقه عليه أبو بكر الأعمش وأبو جعفر الهندي، توفي سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة هـ.

ينظر: الفوائد البهية، ص (١٦٠)، الجواهر المضية (٧٦/٣) (١٥/٤)، الطبقات السنية برقم (١٨٧٣).

(٦) المبسوط للسرخسي (٧٥/١)، العناية شرح الهداية (٣٩/١).

(٧) في أ: ظاهر.

(٨) سقط في د.

(٩) له ذكر في المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٤٠/٧)، والبنية شرح الهداية (٢٧٠/١).

(١٠) هو: محمد بن سلمة الفقيه أبو عبد الله تفقه على أبي سليمان الجوزجاني تفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإسكاف مات سنة ثمان وسبعين ومائتين، ذكره الخاصي ونسبه في القنية إلى بلخ، وتفقه أيضاً على شداد بن حكيم، روى عن زفر، وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي، وقال في الملتقط: قيل لمحمد بن سلمة: كيف لم تأخذ العلم عن علي الرازي؟ فقال: لكثرة ما وجدت في منزله من الملاهي. قال: أدركت أبا حنيفة وكان يجالسه فلان وفلان وسالت دموعه على خديه، وهؤلاء لا يكتبون عنه، قال: فتشفعنا إليه حتى أخرج إلينا أحاديثه فكتبناها.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٥٥/٢)، (٥٦).

(١١) هو: محمد بن سلام، أبو نصر البلخي، تارة يذكر في الفتاوى باسمه وتارة بكنيته وتارة بهما، وهو صاحب الطبقة العالية؛ حتى إنهم عدوه من أقران أبي حفص الكبير، توفي سنة خمس وثلاثمائة من الهجرة.

ينظر: الجواهر المضية (١٧١/٣)، الطبقات السنية رقم (٢٠٢٢)، الفوائد البهية،

للكنوي، ص (١٦٨).

(١٢) هو: أبو القاسم، محمد بن يوسف بن محمد بن علي بن محمد العلوي الحسيني =

والفقيه أبو الليث - رحمهم الله - حتى إن هذا الخارج لو وقع في الماء فعلى قول من يقول: [هو نجس يتنجس الماء، وعلى قول من يقول] ^(١): هو طاهر لا يتنجس ^(٢). وكذلك إن ^(٣) كان على جسده نجاسة [أقل من] ^(٤) قدر درهم ^(٥) يضم هذا الخارج إلى ذلك على قول من يقول: بأنه نجس فيمنع جواز الصلاة، وعلى قول من يقول: هو طاهر لا يضم حتى [لا] ^(٦) يمنع جواز الصلاة.

[وذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - : أن الشيخ إذا كان في عينيه رمد أو عمش وتسيل الدموع منها أمره بالوضوء لوقت كل صلاة؛ لأنني أخاف أن يكون ما يسيل منه صديدا أو قيحا فإنه قد يكون في الجفون جرح] ^(٧) ^(٨).

= السمرقندي، ناصر الدين، أحد كبار فقهاء الحنفية بما وراء النهر، كان إماما عظيم القدر، قوي العلم، مجتهد زمانه، عالما بالتفسير والحديث والفقه والوعظ. من تصانيفه: خلاصة المفتي، والفقه النافع، والملتقط في الفتاوى الحنفية ويسمى مآل الفتوى، مات - وقيل: قتل صبرا - بسمرقند سنة ست وخمسين وخمسمائة هـ.
ينظر: الجواهر المضية (٣/٤٠٩)، إيضاح المكنون (٢/١٦٨)، الفوائد البهية، ص (٢١٩).

- (١) سقط في أ، ز.
- (٢) البحر الرائق (١/١٢١).
- (٣) في م: إذا.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في ب، م: الدرهم.

والدرهم لفظ فارسي معرب، وقيل: إنه مشتق من كلمة «دراخمة» اليونانية. وجمع درهم: دراهم، وقد يقال: الدرهم درهام. وفي الاصطلاح: هو وحدة وزن. ووزن درهم الجواز ستة دوانق أو خمسون وُحْمًا حبة، وذلك عند جمهور الفقهاء، إلا أنه عند الحنفية يزن سبعين حبة.

والدرهم: جزء من اثني عشر جزءا من الأوقية، والأوقية: جزء من اثني عشر جزءا من الرطل المصري. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي، دار الكتب العلمية، بيروت، (٣/١٠٥)، المصباح المنير (١/١٩٣)، مادة (د ر ه)، (١/٢٠٠)، مادة (د ي ن ر)، المقادير الشرعية، لنجم الدين الكردي (٤٣ - ٤٥)، المعجم الوسيط (١/٢٨٢).

- (٦) سقط في أ، ز، م.
- (٧) سقط في ز، م.
- (٨) تبين الحقائق (١/٨)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/١٦)، البحر الرائق (١/٣٤)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٤٨).

قسم آخر: في الخارج من السيلين:

حكى عن علي الرازي^(١): في المَجْبُوب^(٢) إذا ظهر أثر البول [منه]^(٣) من الموضوع الذي يخرج منه البول، قال: ينظر إن كان قادرًا على استمسك البول متى شاء أرسله، ومتى [شاء]^(٤) أمسكه، انتقض وضوؤه.

وإن كان لا يقدر على إمساكه فلا وضوء عليه بالظهور حتى يسيل؛ لأنه بمنزلة الخارج من الجرح.

ولو نزل البول إلى قصبة الذكر؛ لم ينقض الوضوء، ولو خرج إلى القلفة نقض الوضوء، هكذا ذكر القاضي الإمام الإسيجاني^(٥)، وهكذا ذكر القدوري وستأتي رواية أبي حنيفة - رضي الله عنه - بخلاف هذا في مسائل الاغتسال إن شاء الله تعالى^(٦).

وإذا تبين الخنثى أنه رجل أو امرأة؛ فالفرج الآخر منه بمنزلة الجرح لا ينتقض

(١) هو: علي الرازي الإمام، قال الصيمري: إنه من أقران محمد بن شجاع، قال: وكان عارفاً بمذهب أصحابنا وطعن على مسائل من الجامع ومن الأصول مع ورع وزهد وسخاء وأفضال. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٣٨٢).

(٢) المَجْبُوب: مشتق من العجب، وهو المقطوع ذكره. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، للنووي، تحقيق: فايز ورضوان الداية، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، ص (٢٨٤).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) هو: أحمد بن منصور القاضي أبو نصير الإسيجاني، نسبة إلى إسيجاب (بلدة كبيرة من ثغور الترك) السمرقندي الإمام الحنفي الفقيه المعروف بشيخ الإسلام، صاحب التصانيف، تولى القضاء، دخل سمرقند وأجلس للفتوى فيها، فانتظمت له الأمور الدينية، وظهرت له الآثار الجميلة، ووجد بعد وفاته صندوق له فيه فتاوى كثيرة، ومن تصانيفه: شرح مختصر الطحاوي، وسماه: الحاوي في شرح مختصر الطحاوي، وشرح الكافي، وفتاوى، وكلها في فروع الفقه الحنفي، ولد سنة أربع مائة وأربع وخمسين هجرًا بإسيجاب، وتوفي بسمرقند سنة خمس مائة وخمس وثلاثين هجرًا.

ينظر: التحرير في المعجم الكبير، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد السمعاني التميمي، تحقيق: منيرة ناجي سالم، رئاسة ديوان الأوقاف، بغداد، ط (١)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م (١/٥٧٨)، إيضاح المكنون على كشف الظنون (٣/٣٩١)، هدية العارفين (٦/١٠٥).

(٦) الأصل، للشيباني (١/٦٥)، المبسوط للسرخسي (١/٨٣)، تبين الحقائق (١/٧)، العناية شرح الهداية (١/٣٩).

الوضوء بما^(١) يخرج منه ما لم يسئل .
 وإذا خرج دبره، إن عالجه بيده أو بخرقه حتى أدخله تنتقض طهارته؛ لأنه يلتزق
 بيده [شيء]^(٢) من النجاسات^(٣) .
 وذكر [الشيخ الإمام]^(٤) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أن بنفس
 خروج^(٥)، [يعني خروج]^(٦) الدبر تنتقض [طهارته]^(٧)، بخروج النجاسة من الباطن
 إلى الظاهر .
 والريح الخارج من قبل المرأة وذكر الرجل يوجب الوضوء، هكذا ذكر^(٨)
 القدوري عن محمد - رحمه الله - وبه أخذ بعض المشايخ^(٩) .
 وقال أبو الحسن : لا وضوء فيهما^(١٠) إلا أن تكون المرأة مفضاة فيستحب^(١١) لها
 الوضوء^(١٢) .
 [و]^(١٣) كان الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص الكبير^(١٤) - رحمه الله - يقول : إذا

- (١) في ب : ما .
- (٢) سقط في أ .
- (٣) في د : النجاسة .
- (٤) سقط في د .
- (٥) في ب : لخروج .
- (٦) سقط في أ ، ب ، م .
- (٧) سقط في د .
- (٨) في د : روى .
- (٩) بدائع الصنائع (٢٥/١) ، تبين الحقائق (٨/١) .
- (١٠) في أ : فيها .
- (١١) في م : ويستحب .
- (١٢) اختلفوا في الريح الخارجة من الذكر أو قبل المرأة :
 فقال الحنفية في الأصح والمالكية وهو رواية عند الحنابلة : لا تعتبر حدثا ، ولا ينتقض
 بها الوضوء ؛ لأنها اختلاج وليس في الحقيقة ريحا منبعثة عن محل النجاسة ، وهذا في غير
 المفضاة ، فإن كانت من المفضاة فصرح الحنفية أنه يندب لها الوضوء ، وقيل : يجب ،
 وقيل : لو منتنة ؛ لأن ننتها دليل خروجها من الدبر .
 وقال الشافعية وهو رواية أخرى عند الحنابلة : إن الخارجة من الذكر أو قبل المرأة حدث
 يوجب الوضوء ؛ لقوله ﷺ : « لا وضوء إلا من صوت أو ريح » .
 ينظر : الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩٢/١) ، وبدائع الصنائع (٢٥/١) ، وجواهر
 الإكليل (١٩/١ ، ٢٠) ، ومغني المحتاج (٣٢/١) ، والمغني (١٦٩/١) .
- (١٣) سقط في م .

كانت المرأة مفضاة يجب عليها الوضوء، وإن لم تكن مفضاة لا يجب، وهكذا روى^(١) هشام في نواته عن محمد - رحمه الله^(٢) - .

ومن المشايخ من قال في المفضاة: إذا كان الريح مُتَتًا يجب الوضوء، وما لا فلا^(٣) .

[وعن محمد - رحمه الله - فيمن استنثر فخرج من أنفه دم علقا علقا مثل الروث وما أشبهه، فلا وضوء؛ لأن الخروج لم يتحقق، ولو تقطر من أنفه قطرة دم فعليه الوضوء .

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - : «أنه أدخل في أنفه أنمله فأوعبه فلما أخرجه رأى على أنملته دما فمسحه ثم قام فصلى»^(٤) . تأويله عندنا: إذا بالغ في إيعابه حتى جاوز ما لان من أنفه إلى ما صلب وكان الدم فيما صلب من أنفه وكان قليلا بحيث لو ترك لا ينزل إلى موضع اللين ومثل هذا ليس بناقض^(٥) .

والدودة الخارجة من قبل المرأة على الأقاويل التي^(٦) ذكرنا هنا^(٧) .

ذكر في نظم الزُّندُوسِي^(٨) وفي القدوري: أنها توجب الوضوء^(٩) .

وإن خرجت من الدبر أوجبت^(١٠) الوضوء^(١١) .

(١٤) هو: أحمد بن حفص، المكنى بأبي حفص الكبير، أخذ عن محمد بن الحسن، كان في زمن محمد بن إسماعيل البخاري صاحب الصحيح، مات ببخارى في المحرم سنة سبع عشرة ومائتين .

ينظر: تاج التراجم، ص (٩٤)، سير أعلام النبلاء (١٠/١٥٧) .

(١) في د: ذكر .

(٢) بدائع الصنائع (١/٢٥)، الهداية شرح بداية المبتدي (١/١٨)، تبين الحقائق (١/٨)، البناءة شرح الهداية (١/٣٠٨) .

(٣) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٨)، البحر الرائق (١/٣٥) .

(٤) تقدم .

(٥) تقديم وتأخير وما بين المعقوفين تقدم بعضه وثبت هنا كما سبق .

(٦) في م: الذي .

(٧) في ب، م: هكذا .

(٨) في أ: المرندوسي، وفي د: الزندوشي .

(٩) بدائع الصنائع (١/٢٧)، تبين الحقائق (١/٨)، الجوهرة النيرة (١/٨)، البناءة شرح الهداية (١/٢٧١) .

(١٠) في أ، ب: أوجب .

(١١) ما يخرج من السبيلين نادرا كالدود والحصى والشعر وقطعة اللحم ونحوها تعتبر أحداثا =

وفرق بين الخارج من الدبر وبين الخارج من الجراحات، فإن الدودة الخارجة عن رأس الجرح لا تنقض الوضوء^(١).

و[كذا]^(٢) إن خرجت الدودة من الإحليل^(٣) [لا ينتقض الوضوء]^(٤).

ذكر في فتاوى خوارج: وإن^(٥) خرجت الدودة من الفم، فقد^(٦) قيل: لا ينتقض وضوؤه، [وكذلك الخارجة]^(٧) من الأنف والأذن لا ينتقض وضوؤه^(٨).

ومن توضع ورأى البلبل سائلاً من ذكره، ينتقض وضوؤه؛ فإن كان الشيطان يريه ذلك كثيراً [ولا]^(٩) يستيقن أنه بلبل ماء، أو [بلبل]^(١٠) بول؛ مضى في صلاته [و]^(١١) لا يلتفت إليه.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: وتأويل هذا في الذي يرى البلبل على طرف ذكره وقد استنجى فيحتمل^(١٢) أن يكون من بلل الغسل^(١٣).

= تنقض الوضوء عند جمهور الفقهاء: (الحنفية والشافعية والحنابلة)، وهو قول ابن عبد الحكم من المالكية.

وبه قال الثوري وإسحاق وعطاء والحسن؛ لأنها خارجة من السبيلين فأشبهت المذي، ولأنها لا تخلو عن بلة تتعلق بها، وقد أمر النبي ﷺ المستحاضة بالوضوء لكل صلاة، ودورها خارج غير معتاد. وذهب المالكية في المشهور عندهم إلى أن الخارج غير المعتاد من السبيلين كحصى تولد بالبطن ودود لا يعتبر حدثاً ولو بيلة من بول أو غائط غير متفاحش بحيث ينسب الخروج للحصى والدود لا للبول والغائط. والقول الثاني عندهم: أنه لا وضوء عليه إلا أن تخرج الدودة والحصى غير نقية.

ينظر: بدائع الصنائع (٢٤/١)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩٠/١، ٩١)، وجواهر الإكليل (١٩/١، ٢٠)، ومغني المحتاج (٣٢/١، ٣٣)، والمغني (١٦٨/١، ١٦٩)، وكشاف القناع (٢٢/١ - ١٢٤).

- (١) في د، م: الجراحة.
- (٢) سقط في م.
- (٣) الإحليل: مخرج البول، ومخرج اللبن من الثدي والضرع.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في د: ولو.
- (٦) في م: وقد.
- (٧) في د: وإن خرجت.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في ز: لا.
- (١٠) سقط في د.
- (١١) سقط في م.
- (١٢) في أ: فيحمل.

وإن علم أنه خرج من داخل الإحليل فهو حدث .
ومن أصحابنا من قال: وإن علم أنه خرج من ذكره لا ينتقض الوضوء ما لم يستيقن أنه بول، أو مذي إذا كان قد استنجى .
فقد [ذكر]^(١) في بعض النوادر: أن المُستنجي إذا دخل الماء في ذكره ثم خرج؛ لم ينتقض وضوؤه، فيحتمل أن يكون هذا الخارج من ماء الاستنجاء .
قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: والحيلة^(٢) في قطع هذه الوسوسة: أن ينضح فرجه بالماء، [فإذا أراه^(٣) الشيطان ذلك أحال^(٤) على^(٥) الماء .
فقد صح أن رسول الله ﷺ: شكأ إلى جبريل - عليه السلام- عن هذا فأمر «أن

(١٣) في ز: الغسيل .

(١) سقط في أ .

(٢) الحيلة لغة: اسم من الاحتيال وهي الحذق في تدبير الأمور وهو قلب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود وأصلها الواو، و(اِخْتَالَ) طلب الحيلة ويقال: لا حيل ولا قوة لغة في حول، وهو أحيل منه: أي أكثر منه حيلة، وهي ما يتوصل به إلى حالة ما في خفية، وأكثر استعماله فيما في تعاطيه خبت، وقد يستعمل فيما فيه حكمة، والحيلة من الحول لكن قلب واوه ياء . ذكره الراغب . وقال أبو البقاء: الحيلة من التحول لأن بها يتحول من حال إلى حال بنوع تدبير ولطف ويحيل بها الشيء عن ظاهره . ولم يعرف كثير من الفقهاء الحيلة وإن كانوا قد بينوا معناها وأقسامها وضربوا أمثلة لها، وأقوالهم لا تخرج عما ذكره ابن القيم من أن: الحيلة إنما هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في «سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة» فهذا أخص من موضوعها في أصل اللغة، وسواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرماً، وأخص من هذا استعمالها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً أو عقلاً أو عادة .

ينظر: المصباح المنير، ص (١٥٧)، مختار الصحاح، للرازي، ص (١٠٠)، التوقيف على مهمات التعاريف - معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، دمشق، ودار الفكر المعاصر، بيروت، ط (١)، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م، ص (٣٠٣) .

ويلاحظ أن العامة في مصر يطلقون على الرجل الذي يجيد استعمال الحيل وصف الحذق وقد يبدلون الذاًل دالاً ويطلقون على من لا يجيد استعمال الحيل وصف قليل الحيلة .

ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، دار الحديث، القاهرة (٣/١٨٨) .

(٣) في أ: أتاه .

(٤) في ب: أحاله .

(٥) في د: أحاله إلى .

ينضح فرجه بالماء»^(١)^(٢).

لكن هذه الحيلة إنما تنفعه إذا كان العهد قريباً^(٣) [بحيث]^(٤) لم يجف البلبل أما إذا كان بعيداً^(٥) و^(٦) جف البلبل ثم رأى بللاً؛ يُعيد الوضوء.

* * *

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٥٧/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في النضح بعد الوضوء، الحديث (٤٦٢)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٨/١)، وفي مسنده (٦٦١)، وأحمد في المسند (١٦١/٤)، ومن طريقه الطبراني في الكبير (٤٦٥٧)، والحاثر في مسنده (بغية الباحث ٧٢)، وابن أبي عاصم في الأحاد (٢٥٩)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١/٢٤٢): «رواه أحمد وفيه رشدين بن سعد وثقه هيثم بن خارجة وأحمد بن حنبل في رواية، وضعفه آخرون».

وأخرجه الحاكم (٢١٧/٣)، والبيهقي (١٦١/١) كتاب الطهارة، باب: الانتضاح بعد الوضوء؛ لرد الوسواس، وأحمد (١٦١/٤)، وعبد بن حميد (٢٨٣ - منتخب) من طريق ابن لهيعة عن عقيل بن خالد عن ابن شهاب عن عروة عن أسامة بن زيد عن أبيه عن النبي ﷺ، به.

وقد رواه أحمد وابنه عبد الله (٢٠٣/٥) من طريق رشدين بن سعد عن عقيل، به. وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة. أخرجه الترمذي (٧١/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في النضح بعد الوضوء، الحديث (٥٠): حدثنا نصر بن علي الجهضمي وأحمد بن أبي عبيد الله السلمي البصري، قالوا: ثنا أبو قتيبة سلم بن قتيبة عن الحسن بن علي الهاشمي عن عبد الرحمن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «جاءني جبريل، فقال: يا محمد، إذا توضأت فانتضح»، ورواه ابن ماجه (١٥٧/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في النضح بعد الوضوء، الحديث (٤٦٣)، من طريق سلم بن قتيبة به بلفظ: «قال رسول الله ﷺ: إذا توضأت فانتضح».

قال الترمذي: هذا حديث غريب، وسمعت محمداً يقول: الحسن بن علي الهاشمي منكر الحديث».

(٣) في أ: قريب.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ: بعيد.

(٦) في د، م: أو.

قسم [آخر]^(١): في بيان ما^(٢) يدخل في البدن ثم يخرج:

فإنه^(٣) على وجهين:

أحدهما: في السيلين.

والآخر: في غير السيلين.

أما الأول: فقال^(٤) في الأجناس: إذا احتقن الرجل بدهن ثم عاد؛ فعليه

الوضوء.

وإن قطر^(٥) في إحليله دهنًا ثم عاد فلا وضوء عليه عند أبي حنيفة - رضي الله

عنه - خلافًا لهما.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - في رجل أدخل عودًا في دبره،

أو قطنه في إحليله وغيبها كلها ثم أخرجها، [أو خرجت]^(٦) بنفسها؛ فعليه الوضوء،

ولو كان طرف العود بيده ثم أخرجها؛ لم يجب [عليه]^(٧) شيء^(٨).

قال: ألا ترى أن الرجل لو أدخل المحقنة، ثم أخرجها لم يكن عليه الوضوء،

هكذا ذكر، وهذا إذا لم يكن على العود والمحقنة بلة، فأما^(٩) إذا كان^(١٠) عليهما بلة

انتقض وضوؤه وإن كان طرفها بيده^(١١).

وكذلك في مسألة القطنه إنما ينتقض الوضوء إذا كان عليها بلة.

قال ثمة: ألا ترى أن الرجل يتوضأ فيدخل إصبعه في الاستنجاء ولا ينتقض

وضوؤه.

(١) سقط في ب، م.

(٢) سقط في د.

(٣) في م: وإنه.

(٤) في د: قال.

(٥) في ب، د: أقطر.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في م.

(٨) المسبوط للسرخسي (٣/١٥١)، بدائع الصنائع (١/٢٦)، تبين الحقائق (١/٧)، البناء

شرح الهداية (١/٢٧١)، البحر الرائق (١/٣٢).

(٩) في ز: وأما.

(١٠) في د: كانت.

(١١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٦١).

وقال: من^(١) استنجى فلم يدخل إصبعه فليس بتنظيف.
قال أبو العباس: [يراد به]^(٢) في الشرح^(٣) الظاهر، فإنه متى جاوز الشرح^(٤)
الظاهر كان ذلك تفتيشاً^(٥) للنجاسة لا تنظيفاً.
وأما الثاني: فما^(٦) ذكر في الأجناس: [وهو ما]^(٧) إذا صب دهنًا في أذنه ومكث
في دماغه يومًا ثم سال وخرج فلا وضوء عليه.
وإن خرج من الفم نقض وضوءه.
وذكر هذه المسألة في القُدوري، وذكر رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لو
خرج من فمه فعليه الوضوء^(٨).
وأشار إلى أن على قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - وإن خرج من الفم
فلا وضوء^(٩) عليه^(١٠).
[وفي نوادر هشام: إذا دخل الماء أذن رجل في الاغتسال ثم خرج من أنفه فلا
وضوء عليه]^{(١١)(١٢)}.



-
- (١) في ب: ومن.
(٢) في د: مراده.
(٣) في أ: الشرح. والشرح: مجمع حلقة الدبر.
(٤) في أ، ب: الشرح.
(٥) في أ: تفتيت.
(٦) في د: فقد.
(٧) سقط في د.
(٨) البناية شرح الهداية (١/٢٧٠)، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٢٤٦)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٦٦١).
(٩) في أ: شيء.
(١٠) البناية شرح الهداية (١/٢٧٠)، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٢٤٦)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٦٦١).
(١١) سقط في د.
(١٢) البناية شرح الهداية (١/٢٧٠)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٦٦١).

قسم آخر: في مسائل النوم، والنعاس، والإغماء، والغشي، والسكر: النوم^(١) مُضْجَعًا إنما يكون حدثًا، إذا كان الاضطجاع على غيره، أما إذا كان [الاضطجاع]^(٢) على نفسه لا يكون حدثًا، حتى إن من نام واضحًا أليته^(٣) على عقبه وصار شبيهه^(٤) المنكب^(٥) على وجهه واضحًا بطنه على فخذه، لا ينتقض وضوؤه، هكذا ذكر في صلاة الأثر عن محمد - رحمه الله -^(٦).

(١) النوم في اللغة: النعاس أو الرقاد، ويقال: نامت النار إذا همدت، ونامت الريح إذا سكنت، ونام البحر إذا هدأ.

ينظر: لسان العرب، مادة (نوم) (٤٥٨٣/٦)، مختار الصحاح، ص (٧١١)، المعجم الوجيز، ص (٦٤٠).

وفي الاصطلاح: عرفه البزدوي بأنه: فترة طبيعية تحدث للإنسان بلا اختيار منه، وتمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها، واستعمال العقل مع قيامه. ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٢٧٨/٤).

(٢) سقط في د.

(٣) في م: أليته، والألية: العجيزة، أو ما ركبها من شحم ولحم، والجمع: أليات وألايا، وألية الخنصر: اللحم التي تحتها، وألية الحافر: مؤخرته.

ينظر: لسان العرب (٤٠/١٤)، مادة (أ ل ا)، النهاية في غريب الحديث، لابن الجزري (٦٤/١).

(٤) في ب: سببه.

(٥) في م: النكت.

ينظر: المصباح المنير (٤٦٤/٢)، مادة (نكب)، المطلع على أبواب المقنع، لمحمد بن أبي الفتح الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م (٧٠/١).

(٦) قال الحنفية: النوم الذي يبطل الصلاة عند الحنفية هو النوم مضطجعاً أو في الصلاة أو في غيرها وكذا النوم متوركا بأن نام على أحد وركبه لأن مقعده يكون متجافيا فكان في معنى النوم مضطجعاً، فإنه إذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله، وأما إذا كان في غيرها بأن نام راکعاً أو قائماً أو ساجداً فإن كان في الصلاة لا يكون حدثاً سواء غلبه النوم أو تعمد في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن النوم في الصلاة فقال: لا ينقض الوضوء، ولا أدري أسألت من العمدة أو الغلبة. وعندني: أنه إذا نام متعمداً ينقض وضوءه. ودليل ذلك ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ نام في صلاته حتى غط ونفخ ثم قال: لا وضوء على من نام قائماً أو قاعداً أو راکعاً أو ساجداً إنما الوضوء على من نام مضطجعاً فإنه إذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله.

نفي هنا ﷺ الوضوء في النوم في غير حالة الاضطجاع وأثبتته فيها لما يفعله من استرخاء المفاصل وزوال مسكة اليقظة، ولم يوجد في هذه الأحوال لأن الإمساك فيها باق.

وأما المالكية: فقال مالك في المدونة: «من نام في سجوده فاستثقل نوماً وطال ذلك أن وضوءه منتقض، وعلامة النوم الثقيل سقوط شيء من يده أو انحلال حبوته أو سيلان ريقه، =

.....

= ومن نام نوماً خفيفاً لم أر وضوءه منتقضا.

دليل ذلك: إنما يجب الوضوء لما يخفى عنه وقوعه كغيره من الحدث الذي يكون الغالب خروجه وأما يسير النوم فإنه يخلو من ذلك ولا يخفى عليه ما يجري من ذلك ومن غيره ولا تنفاه مظنة الحدث ولو طال في الخفيف لكن يندب الوضوء من الطول.

وأما الشافعية: للشافعية في النوم خمسة أقوال الصحيح منها:

الأول: إن نام ممكناً مقعده من الأرض أو نحوها لم ينتقض وإن لم يكن ممكناً انتقض على أي هيئة كانت في الصلاة وغيرها. وفي المذهب القديم فصلاته ووضوؤه صحيحان وهو ضعيف.

الثاني: أنه ينتقض بكل حال.

الثالث: إن نام في الصلاة لم ينتقض على أي هيئة كان وإن نام في غيرها غير ممكن مقعده انتقض وإلا فلا.

الرابع: إن نام ممكناً أو غير ممكن وهو على هيئة من هيئات الصلاة سواء كان في الصلاة أو غيرها لم ينتقض وإلا انتقض.

الخامس: إن نام ممكناً أو قائماً لم ينتقض وإلا انتقض.

دليل الشافعية على الصحيح من المذهب:

١ - ما روي عن علي أنه قال: «العينان وكاء السه فمن نام فليتوضأ». أخرجه أحمد في المسند (١١١/١)، وأبو داود (١٠٢/١) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من النوم، حديث (٢٠٣)، وابن ماجه (١٦١/١) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من النوم، حديث (٤٧٧)، والدارقطني (١٦٠/١) كتاب الطهارة، باب: في ما روي فيمن نام قاعداً حديث (٥)، والبيهقي (١١٨/١) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من النوم من طريق بقية عن الوضين ابن عطاء عن محفوظ بن علقمة عن عبد الرحمن بن عائذ عن علي بن أبي طالب مرفوعاً. قال النووي في المجموع (١٤/٢) حديث حسن.

قلت: أنى له الحسن وبقية بن الوليد مدلس وقد عنعنه وعبد الرحمن بن عائذ لم يدرك علياً كما قال أبو زرعة كما في المراسيل، ص (١٢٤).

وأخرجه أحمد في المسند (٩٦/٤)، والدارمي (١٨٤/١) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من النوم، وأبو يعلى (٣٦٢/١٣)، رقم (٧٣٧٢)، والدارقطني (١٦٠/١)، والبيهقي (١١٨/١) من طريق بقية عن أبي بكر بن أبي مريم عن عطية بن قيس عن معاوية به.

وقال الهيثمي في المجمع (٢٥٠/١): رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني في الكبير وفيه أبو بكر بن أبي مريم وهو ضعيف لاختلاطه.

٢ - ما روي عن صفوان بن عسال قال: «كان النبي ﷺ يأمرنا ألا ننزع خفافنا ثلاثة أيام وليالها إذا كان سفراً إلا من جنابة لكن من نوم أو بول أو غائط». فقد جعل النوم حدثاً على الإطلاق. الحديث

أخرجه الترمذي (١٥٩/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين للمسافر والمقيم، الحديث (٩٦)، والنسائي (٨٣/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، وابن ماجه =

وعن علي بن يزيد الطبري^(١)، قال: سمعت محمدا - رحمه الله - يقول: من نام مُنكباً^(٢) على وجهه لا ينتقض وضوؤه^(٣).

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: اضطجاعه على نفسه واضطجاعه على غيره في زوال الاستمسك على السواء، فيساويه في انتقاض الطهارة^(٤).

وفي القدوري: إذا نام خارج الصلاة على هيئة الساجد لا ينتقض وضوؤه^(٥).

وعن ابن شجاع^(٦): أنه ينتقض، قال القدوري: هذا قوله، [و]^(٧) لم يقل به أحد

= (١/١٦١) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من النوم، الحديث (٤٧٨)، وابن خزيمة (١/٩٧) كتاب الطهارة، الحديث (١٩٣)، وابن حبان (٣/٣٨١)، برقم (١١٠٠).
وقال الحنابلة: النوم ينقض الوضوء إذا كان كثيراً أما إذا كان يسيراً عرفاً من جالس أو قائم فلا ينقض ولا تبطل به الصلاة.
الدليل على أن النوم الكثير ينقض الوضوء حديث علي: «العينان وكاء السه فمن نام فليتوضأ».

والدليل على أن النوم اليسير لا ينقض: ما روي عن أنس أنه قال: «كان أصحاب الرسول ينتظرون العشاء الآخرة حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضأون».
ولأنه يكثر وقوعه من منتظر الصلاة فعفي عنه للمشقة.

ينظر: بدائع الصنائع (١/٣١)، المدونة الكبرى، لمالك بن أنس، دار صادر، بيروت (١/١١٩)، شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشبي، دار الفكر، بيروت (١/١٥٤)، المجموع (٢/١٨-٢١).

(١) ذكر في المحيط البرهاني أن له نوادر (٨/٢٤١).

(٢) في أ: متكبياً.

(٣) البناية شرح الهداية (١/٢٨٠).

(٤) المبسوط للسرخسي (١/٧٩)، بدائع الصنائع (١/٣١)، تبين الحقائق (١/١٠)، العناية شرح الهداية (٢/٨).

(٥) البناية شرح الهداية (١/٢٨٠).

(٦) هو: محمد بن شجاع البغدادي أبو عبد الله الثلجي القاضي البلخي الفقيه الحنفي البغدادي، اتهمه ابن عدي بالوضع وكان ينال من الشافعي وأحمد، وهو متروك ورمي بالبدعة، وقال أبو علي الخاقاني: سألت أحمد بن حنبل عنه فقال: مبتدع صاحب هوى، وكان أحد الجهمية القائلين بالوقف في القرآن والمصنفين في ذلك. ومات وهو في صلاة العصر ساجداً لأربع خلون من ذي الحجة سنة مائتين وست وستين هجرية.

ينظر: تقريب التهذيب (١/٤٨٣)، تهذيب التهذيب (٩/١٩٥)، تهذيب الكمال (٢٥/٣٦٢).

(٧) سقط في د.

من أصحابنا^(١).

وذكر الحاكم الشهيد: أن فيه اختلاف المشايخ:

عند^(٢) بعضهم: لا تنتقض طهارته وهو المشهور.

وعند بعضهم: تنتقض^(٣).

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - [في شرحه]^(٤): إذا نام في سجود

الشكر تنتقض طهارته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وعند^(٥) محمد - رحمه الله -: [لا]^(٦)؛ لأن عنده سجدة الشكر قريبة؛ فصارت

كسجدة الصلاة^(٧).

وإذا نام قاعدًا مستويًا إلتاه على الأرض ولكن مُستندًا إلى جدار [أو]^(٨)

أسطوانة^(٩): ذكر شمس الأئمة الحلواني: أن ظاهر المذهب ألا^(١٠) تنتقض^(١١)

طهارته، وبه كان يفتي أبو الليث الحافظ، وعبد الله بن المبارك^(١٢).

وعن الطحاوي: أنه قال: إن كان بحيث [لو]^(١٣) أزيل الاستناد سقط، فهو

كالمُضطجع، وعلى هذا بعض المشايخ.

[وهذا]^(١٤) لأنه إذا كان بهذه الصفة فقد وجد زوال التماسك؛ لأنه^(١٥) لم يقعد

(١) البناية شرح الهداية (٢/٢٦٣).

(٢) في ز: فعند.

(٣) في أ: ينتقض.

(٤) سقط في ز.

(٥) في أ، ز: عن.

(٦) سقط في ز.

(٧) مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٩١)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح

نور الإيضاح، ص (٥٠٠).

(٨) سقط في أ.

(٩) الأسطوانة: العمود، والسارية، وفي الهندسة: جسم صلب، ذو طرفين متساويين على هيئة

دائرتين متماثلتين تحصران سطحًا ملفوفًا. ينظر: المعجم الوجيز، ص (١٧)، لسان العرب

(٢٠٠٩/٣).

(١٠) في د: لا.

(١١) في أ: ينتقض.

(١٢) البحر الرائق (١/٣٩)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٤٢).

(١٣) سقط في أ، ب، م.

(١٤) سقط في د.

بقوة نفسه إنما قعد بقوة الأسطوانة والحائط^(١).

ولو نام قاعدًا مستوي الجلوس فسقط على الأرض، ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن ظاهر الجواب عند أبي حنيفة - رضي الله عنها: أنه [إن]^(٢) انتبه قبل أن يزايل مقعده الأرض في حال سقوطه لم تنتقض طهارته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما -: أنه إذا استيقظ حين يضع^(٣) جنبه على الأرض [فلا وضوء عليه، وإن وضع جنبه على الأرض]^(٤) وهو نائم؛ بطل وضوؤه؛ لأنه وجد شيئًا من النوم مضطجعًا فينتقض وضوؤه^(٥).

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا ينتقض وضوؤه حتى يسقط [على]^(٦) الأرض قبل أن يتنبه، فإذا^(٧) سقط ثم انتبه؛ فعلى قول أبي يوسف: لا ينتقض وضوؤه حتى يستقر نائمًا على الأرض^(٨).

وهكذا روى ابن رستم عن محمد [- رحمه الله.

وعن محمد]^(٩) في رواية أخرى: أنه لما اضطجع إذا انتبه، فعليه أن يتوضأ؛ لأنه وجد شيئًا من النوم مضطجعًا^(١٠).

وإذا كان المريض لا يستطيع الصلاة إلا مضطجعًا فنام في الصلاة مضطجعًا ينتقض وضوؤه.

قال الفقيه أبو الليث [- رحمه الله -:]^(١١) لا ينتقض، والأول أصح^(١٢).

(١٥) زاد في أ: من إذا كان بهذه الصفة فقد أبي.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٦٨).

(٢) سقط في م.

(٣) في د: يقع.

(٤) سقط في د.

(٥) البناء شرح الهداية (١/٢٨٣).

(٦) سقط في أ، ب، م.

(٧) في ب، م: فإن.

(٨) العناية شرح الهداية (١/٤٧)، البناء شرح الهداية (١/٢٨٣)، البحر الرائق (٨/٢٣٥)،

مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم بن

محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي، ط (١)، ١٣٠٨هـ، ص (٩١).

(٩) سقط في د.

(١٠) تبين الحقائق (١/١٠)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٤٢).

(١١) في د: وقد قيل.

وإذا نام راکبًا على الدابة^(١)، والدابة عريانة، فإن كان في حالة الاستواء أو^(٢) الصعود لا تنتقض طهارته؛ لأن مقعده يكون مُتمكّنًا^(٣) على ظهر الدابة، فلا يخاف خروج شيء منه، وهو كما [لو كان]^(٤) جالسًا على الأرض ومقعده مُتمكّن^(٥) من الأرض.

فأما في حال الهبوط تنتقض^(٦) طهارته؛ لأن مقعده لا يكون مُتمكّنًا على ظهر الدابة في هذه الصورة، فهو بمنزلة ما لو نام على الأرض متمكّنًا^(٧). وفي نوادر إبراهيم عن محمد: إذا قعد في صلاته وإحدى أليتيه^(٨) على قدمه فنام، فلا وضوء^(٩) عليه^(١٠).

قال الحاكم أبو الفضل: هذا بخلاف ما روي عنه في كتاب الصلاة. والنعاس نوعان: ثقيل: وإنه حدث، وخفيف: وإنه [ليس]^(١١) بحدث. والفصل بينهما: أنه إذا كان يسمع ما قيل عنده فهو^(١٢) خفيف، وإن كان يخفى عليه، عامة ما قيل عنده فهو^(١٣) ثقيل، هكذا فتوى شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

(١٢) تبين الحقائق (١٠/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٢٩/١)، البحر الرائق (٣٩/١)، (٣٩٥)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١٤٢/١).

- (١) في د: دابة.
- (٢) في ب، د: و.
- (٣) في أ، م: متكئا.
- (٤) في د: أن.
- (٥) في م: متمكنا.
- (٦) في د: فتنقض.
- (٧) في م: متمسكا.
- (٨) هي العجيزة أو ما ركبها من شحم ولحم، وألية الساق، والخنصر، والإبهام: هي اللحم المرتفعة تحت كل منها. ينظر: المعجم الوسيط (٢٥/١).
- (٩) في م: فالوضوء.
- (١٠) المبسوط للسرخسي (٢٤/١).
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) في أ، م: وهو.
- (١٣) في أ، م: وهو.

والإغماء^(١) ينقض الوضوء قليله وكثيره^(٢)، وكذا الجنون^(٣) وكذا العشي، وكذا

(١) الإغماء في اللغة: الخفاء.

وفى الاصطلاح: آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والحركة عن أفعالها مع بناء العقل مغلوبا. قال مثلا خسرو في مرآة الأصول: الإغماء هو فتور غير طبيعي يزيل القوى ويعجز به ذو النهى عن استعماله مع قيامه حقيقة. قال في الكشف للنسفي: الإغماء هو ضرب مرض وفوت قوة يضعف القوى ولا يزيل الحجى أي العقل. قال البخاري في الكشف: الإغماء هو فتور يزيل القوى ويعجز به ذو العقل عن استعماله مع قيامه حقيقة. وقال أيضا: الإغماء هو آفة توجب انحلال القوة الحيوانية بغته. وهو ضرب من المرض، ولذا لم يعصم منه النبي ﷺ وتأثير الإغماء على المغمى عليه أشد من تأثير النوم على النائم، ولذا اعتبر فوق النوم، لأن النوم حالة طبيعية كثيرة الوقوع، وسببه شيء لطيف سريع الزوال، والإغماء على خلافه في ذلك كله؛ ألا ترى أن التنبيه والانتباه من النوم في غاية السرعة، وأما التنبيه من الإغماء فغير ممكن. وأما وقوع الإغماء للنبي ﷺ فقد روت السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: أغمي على رسول الله ﷺ ورأسه في حجري فجعلت أمسحه وأدعو له بالشفاء، فلما أفاق قال ﷺ: «لا، بل أسأل الله الرفيق الأعلى مع جبريل وميكائيل وإسرافيل». صحيح ابن حبان (١٤/٥٥٥) باب: ذكر ما كان يقول المصطفى ﷺ في علته عند الدعاء بالشفاء له، ومجمع الزوائد (٣٧/٩). وينظر: مرآة الأصول (٤٤١/٢)، التوضيح على التنقيح، لصدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط(١)، ١٣٢٢هـ (٤٧١/٢)، التقرير والتحبير، ص (١٧٩)، كشف الأسرار (٣٩٢/٤)، كشف الأسرار، للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بـ«حافظ الدين النسفي» مع شرح نور الأنوار على المنار، لملا جيون بن أبي سعيد الحنفي الصديقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (٤٨٩/٢).

(٢) اتفق الفقهاء على أن الإغماء ينقض الوضوء، ومنه الغشي. ينظر: الفتاوى الهندية (١٢/١)، القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزي الكلبي، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٦هـ، ص (٢٩)، ومغني المحتاج (٣٣/١)، وكشاف القناع (١٢٥/١).

(٣) الجنون لغة: مصدر جن الشيء يجنه جنًّا، إذا ستره، يقال: جن الليل جنًّا وحنونًا، إذا أظلم وستر، وقال تعالى: ﴿لَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا﴾ [الأنعام: ٧٦] أي: تغشاه وستر. ينظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، لسعدي أبي حبيب، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط (٢)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص (٦٨).

وأما في الاصطلاح فقد قيل في تعريفه بأنه: (مرض يزيل الشعور من القلب مع بقاء القوة والحركة في الأعضاء). وقيل إنه: «اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً». وورد في الموسوعة الطبية الحديثة تعريفه بأنه: «اضطراب عقلي شديد ينفي المسؤولية ويذهب القدرة علي سلامة التفكير، وعلى كفاية العمل، وبذلك تسير أفكار الشخص وأعماله في غير الاتجاه المعتاد المعترف به من الجميع».

ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، ص (٤١)، التعريفات، ص (٢٦١)، تفسير القرآن العظيم،

السكر^(١).

= لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبي الفداء، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ (١٥١/٢)، كشف الأسرار، للبزدوي (٢٦٣/٤)، تيسير التحرير، لأمير بادشاه (٢٥٩/٢)، والتوضيح على التنقيح، صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (١٦١/٣)، والتعريفات للجرجاني، ص (١٠٧).

(١) السكر: زوال العقل، وهو مأخوذ من أسكر الشراب؛ أي أزال عقله، وفي لغة بني أسد: سكرانة، يقال: سكر يسكر سكرًا، كبطر يبطر بطرا، فهو: سكران، والجمع: سكرى وسكارى وسكارى، والمرأة سكرى، والسكر: هو النبيء من ماء الرطب إذا اشتد وقذف بالزبد.

قال الزيلعي: هو مشتق من سكرت الريح إذا سكنت. وهناك أنواع أخرى من الأشربة المأخوذة من العنب والتمر وغيرها لها أسماء أخرى مختلفة.

والسكر: في اللغة مصدر: سكر فلان من الشراب ونحوه، فهو ضد الصحو. والسكر - بفتحين - لغة: كل ما يسكر من خمر وشراب. واصطلاحًا: ورد في التلويح على التوضيح: السكر هو حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقيحة. وفي الكشف للبخاري: السكر هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله. وقيل: هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور في الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض وعلة.

وعند أبي حنيفة والمزني من الشافعية: السكر: نشوة تزيل العقل فلا يعرف السماء من الأرض، ولا الرجل من المرأة، وهو عند أئمة الحنفية كلهم: اختلاط الكلام والهديان. وقال الشافعي: السكران: هو الذي اختلط كلامه المنظوم، وانكشف سره المكتوم، وقيل: السكر حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة من الخمر ونحوه فيتعطل معه العقل المميز بين الأمور الحسنة والقيحة. والسكر: ما كان طريقه مباحًا، كسكر المضطر إلى شرب الخمر لدفع الهلاك عن نفسه، وكالسكر الحاصل من تناول بعض الأدوية، ويعتبر السكران في هذه الحالة كالمغمى عليه؛ فتبطل جميع تصرفاته حتى الطلاق.

ينظر: التلويح على التوضيح، مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح، مصر (٢/٥١٨، ٥١٩)، كشف الأسرار للنسفي (٥٣٦/٢) وما بعدها، كشف الأسرار للبخاري (٤/٤٨٨)، مرآة الأصول (٢/٤٥٣)، المفردات ص (٢٣٦)، المصباح المنير، مادة (سكر)، ص (٢٨١، ٢٨٢)، التعريفات، ص (١٠٦)، المطلع على أبواب المقنع، ص (٤٦)، فتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار لزين الدين ابن إبراهيم، الشهير بابن نجيم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٥هـ-١٩٣٦م (٣/١٠٦).

وحد السكر في هذا الباب^(١): [والإغماء ينقض]^(٢) ما هو حده في باب الحد، وهو ألا يعرف الرجل من المرأة عند بعض المشايخ، وهو اختيار الصدر الشهيد^(٣) - رحمه الله - .

والصحيح ما نقل^(٤) عن شمس الأئمة الحلواني: أنه إذا دخل في بعض مشيته تحرك فهذا سكر، ينتقض به الوضوء.

وكذلك الجواب في حكم الحنث إذا حلف أنه ليس بسكران وكان على كفيته^(٥) التي قلنا يحنث في يمينه، وإن لم يكن بحال لا يعرف الرجل من المرأة.



(١) الباب لغة في كلمة الباب قلبت الواو ألفاً ويجمع على أبواب. ويقال: بؤبت الأشياء تبويباً جعلتها أبواباً متميزة.

والباب اصطلاحاً: اسم لنوع يشتمل على أشخاص تسمى فصولاً.

ينظر: العناية بهامش شرح فتح القدير (١٢/١)، المصباح المنير (٦٥/١)، مادة (ب)، و (ب).

(٢) سقط في م.

(٣) هو: عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، برهان الأئمة، أبو محمد المعروف بالحسام الشهيد، من أكابر الحنفية، من أهل خراسان، تفقه على أبيه، وصنف: الفتاوى الصغرى، والفتاوى الكبرى، والجامع الصغير المطول، وهو أستاذ صاحب المحيط، وعنه أخذ صاحب الهداية، ولد في صفر سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة، واستشهد بسمرقند في ست وثلاثين وخمسائة هجرياً، ودفن ببخارى.

ينظر: الفوائد البهية، ص (١٤١)، الأعلام للزركلي (٥١/٥)، تاج التراجم في طبقات الحنفية، لابن قطلوبغا (١٦/١).

(٤) في أ، ب: قيل.

(٥) في م: كيفية.

قسم آخر: في مسائل القهقهة

القهقهة^(١) في صلاة فيها ركوع وسجود ينقض الوضوء والصلاة، عامداً كان أو ناسياً أو ساهياً^(٢).

(١) القهقهة في اللغة: مصدر قهقهه إذا مد ورجع في ضحك، وقيل القهقهة ضرب من الضحك وهو اشتداد الضحك.

ينظر: لسان العرب (٣٧٦٥/٥)، مختار الصحاح، ص (٥٨٠).

وفي الاصطلاح: الضحك المسموع له ولجيرانه.

وقد فرق الحنفية بين الضحك والقهقهة:

فالضحك: ما يكون مسموعاً للمصلي فقط دون جيرانه، وحكمه أن يفسد الصلاة ولا

يبطل الوضوء، والقهقهة: هي ما تكون مسموعاً للمصلي ولجيرانه.

ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص (١٥٩)، بدائع الصنائع (١/٢٣٢).

(٢) جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة - لا يعتبرون القهقهة من الأحداث مطلقاً،

فلا ينتقض الوضوء بها أصلاً، ولا يجعلون فيها وضوءاً؛ لأنها لا تنقض الوضوء خارج

الصلاة فلا تنقضه داخلها، ولأنها ليست خارجاً نجساً، بل هي صوت كالكلام والبكاء.

وذكر الحنفية في الأحداث التي تنقض الوضوء القهقهة في الصلاة إذا حدثت من مصلى

بالغ يقظان في صلاة كاملة ذات ركوع وسجود، سواء أكان متوضئاً أم متيمماً أم مغتسلاً في

الصحيح، وسواء أكانت القهقهة عمداً أم سهواً؛ لقوله ﷺ: «من ضحك في الصلاة قهقهة

فليعد الوضوء والصلاة معا».

والقهقهة ما يكون مسموعاً لجيرانه، والضحك ما يسمعه هو دون جيرانه، والتبسم ما لا

صوت فيه ولو بدت أسنانه. قالوا: القهقهة تنقض الوضوء وتبطل الصلاة معا، والضحك

يبطل الصلاة خاصة، والتبسم لا يبطل شيئاً.

وعلى ذلك فلا يبطل وضوء صبي ونائم بالقهقهة في الصلاة على الأصح عند الحنفية،

كما لا ينقض وضوء من قهقهه خارج الصلاة، أو من كان في صلاة غير كاملة، كصلاة

الجنابة وسجدة التلاوة.

ثم قيل: إن القهقهة من الأحداث عندهم، وقيل: لا بل وجب الوضوء بها عقوبة

وزجراً؛ لأن المقصود بالصلاة إظهار الخشوع والخضوع والتعظيم لله تعالى، والقهقهة

تنافي ذلك فناسب انتقاص وضوئه زجراً له.

والراجح أنها ليست حدثاً وإلا لاستوى فيها جميع الأحوال مع أنها مخصوصة بأن تكون

في الصلاة الكاملة من مصلى بالغ.

قال ابن عابدين: ورجح في البحر القول الثاني لموافقته القياس؛ لأنها ليست خارجاً

نجساً بل هي صوت كالكلام والبكاء، ولموافقته للأحاديث المروية فيها، إذ ليس فيها

إلا الأمر بإعادة الوضوء والصلاة ولا يلزم منه كونها حدثاً.

وفائدة الخلاف في القولين تظهر في جواز مس المصحف وكتابة القرآن، فمن جعلها

حدثاً منع كسائر الأحداث، ومن أوجب الوضوء عقوبة وزجراً جوز.

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٩٧، ٩٨)، ومراقي الفلاح، ص (٥٠)،

والقهقهة في صلاة الجنابة لا تنقض الوضوء^(١)، وكذلك القهقهة في سجدة التلاوة لا تنقض الوضوء، وكما أن [القهقهة في الصلاة تنقض طهارة الوضوء تنقض طهارة التيمم^(٢)، ولا تنقض طهارة الاغتسال]^(٣).

والقهقهة من النائم في الصلاة لا تنقض الوضوء؛ لأن القهقهة إنما جعلت حدثاً حكماً بشرط أن يكون جنابة وفعل النائم لا يوصف بكونه^(٤) جنابة ولكن مع أنه لا ينقض وضوءه يفسد^(٥) صلاته، هكذا حكى عن ظهير الدين المرغيناني^(٦) - رحمه الله - .

والضحك لا ينقض [الوضوء]^(٧) وكذلك التبسم.

وحد القهقهة: أن يكون^(٨) مسموعاً له ولجيرانه، [والتبسم ألا^(٩) يكون مسموعاً

= (٥١)، والبنابة على الهداية (١/٢٢٦، ٢٢٧، ٢٣٣).

(١) تفسد صلاة الجنابة عند الحنفية بما تفسد به سائر الصلوات من الحدث العمد والكلام، والعمل الكثير وغيرها من مبطلات الصلاة، إلا المحاذاة فإنها غير مفسدة في هذه الصلاة؛ لأن فساد الصلاة بالمحاذاة عرف بالنص، والنص ورد في الصلاة المطلقة فلا يلحق بها غيرها، ولهذا لم يلحق بها سجدة التلاوة حتى لم تكن المحاذاة فيها مفسدة، وكذا القهقهة في هذه الصلاة لا تنقض الطهارة؛ لأن القهقهة مبطله بالنص الوارد في صلاة مطلقة، فلا يجعل وارداً في غيرها.

ينظر: مراقي الفلاح وحواشيه، ص (١٠٧، ١٠٨)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٦١ - ٢٦٣).

(٢) زاد في م: أيضاً.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في م: أن يكون.

(٥) في ب: تفسد.

(٦) هو: أبو الحسن علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق ظهير الدين المرغيناني، جد صاحب خلاصة الفتاوى (طاهر بن أحمد البخاري) من جهة الأم، أحد الفقهاء المحققين، ومن مشايخ ما وراء النهر، تفقه على أبيه عبد العزيز وعلى السيد أبي شجاع وعلى برهان الدين الكبير، وتفقه عليه أبو المحاسن ظهير الدين علي بن الحسن وغيرهم، توفي سنة ست وخمسمائة هـ.

ينظر: الجواهر المضية (٢/٧٤)، الطبقات السننية (٣/٩٥)، الفوائد البهية،

ص (١٢١).

(٧) سقط في أ.

(٨) في ب: تكون.

(٩) في م: لا.

له ولا لجيرانه^(١).

والضحك: أن يكون مسموعًا [ولا يكون مسموعًا]^(٢) لجيرانه، والضحك إن كان لا ينقض الوضوء يفسد الصلاة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه. [وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه]^(٣): أنها^(٤) فوق التبسم ودون القهقهة، لا ذكر له في المبسوط^{(٥)(٦)}. وكان القاضي يحكي عن الشيخ الإمام، أنه كان يقول: إذا ضحك حتى بدت نواجذه، ومنعه عن القراءة والتسيب فقد انتقض وضوؤه.

* * *

(١) في أ: ولا، وسقط في ز.

(٢) سقط في أ، ز، م.

(٣) سقط في د.

(٤) في ز: أنه.

(٥) المبسوط لمحمد بن الحسن: اسمه: الأصل في الفروع للإمام محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة مائة وتسع وثمانين هجريًا، وهو المعروف بـ(المبسوط)، سماه الأصل؛ لأنه صنّفه أولاً وأملاه على أصحابه، ثم صنّف: الجامع الصغير، ثم الجامع الكبير، ثم الزيادات، ثم السير الكبير، ثم السير الصغير، وهذه هي المراد بالأصول، وظاهر الروايات في كتب الحنفية.

ينظر: كشف الظنون (١٠٧/١)، هدية العارفين (٤٤٨/١).

(٦) بدائع الصنائع (٣٢/١).

قسم آخر: في انتقاض الطهارة من غير ظهور الخارج:
قال القدوري في كتابه^(١): لو نزل الدم من الرأس [إلى]^(٢) موضع يلحقه حكم التطهير من الأنف والأذنين نقض الوضوء. ولو نزل البول إلى قصبه الذكر؛ لم ينقض الوضوء^(٣).

ولو خرج إلى القلفة نقض الوضوء^(٤).
وكذلك إذا^(٥) خرج من فرج المرأة إلى الإسكتين.
ومسألة^(٦) القلفة^(٧) تنتقض بالجنب الأقفل إذا اغتسل، وسيأتي مسائل الجنب^(٨)
بعد هذا إن شاء الله تعالى.



(١) عندما يطلق لفظ «الكتاب» عند الحنفية، يراد به مختصر القدوري، في فروع الحنفية للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي (المتوفى: ٤٢٨هـ)، وهو متن متين معتبر متداول بين الأئمة الأعيان، وشهرته تغني عن البيان. يتميز بوضوح اللفظ وسلاسة العبارة، وسهولة الأسلوب، رتبته القدوري رحمه الله على ثلاثة وستين باباً بدأها بأبواب العبادات من طهارة وصلاة وختمها بالفرائض.

ينظر: المذهب الحنفي مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، لأحمد النقيب، ماجستير من كلية الشريعة بالرياض، مكتبة الرشد بالرياض، ٢٠٠١م (٤٦٤/٢).

(٢) سقط في أ.

(٣) العناية شرح الهداية (٣٩/١)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٨/١)، البناية شرح الهداية (٢٥٩/١).

(٤) تبين الحقائق (٧/١)، البناية شرح الهداية (٢٧٠/١)، البحر الرائق (٣٢/١)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٨٧).

(٥) في ز: لو.

(٦) في ب: مثله.

(٧) القلفة - بضم القاف وسكون اللام -: هي الجلدة التي تقطع في الختان وجمعها قُلف، مثل غرفة وغرف، والقلفة - بفتح القاف واللام - مثلها والجمع قُلف.

ينظر: المصباح المنير، مادة (قلف)، ومختار الصحاح، مادة (قلف).

(٨) في ز: الخبث.

الفصل الثالث

في مسائل الاغتسال

غلام ابن عشر سنين، له امرأة فجامعها، فعليها الغسل^(١) ولا غسل عليه؛ لأن جماع الغلام ليس بسبب لنزول مائه، حتى يقام مقام النزول، ولكن يؤمر، بالغسل

(١) عَسَلْتُ الشيءَ عَسَالًا - بالفتح - والاسْمُ: العُسْلُ - بالضم - ويقال: غَسَلْتُ: كَعَسَرْتُ وَعَسَرْتُ، قال الإمام أبو عبد الله بن مالك في «مثلته»: والعُسْلُ، يعني - بالضم - الاغْتِسَالُ، والماء الذي يُغْتَسَلُ به.

وقال القاضي عياضُ: العُسْلُ - بالفتح - الماء، والعُسْلُ: الإِسَالَةُ، والعُسَالَةُ: ما عَسَلَتْ به الشيء، والغُسُولُ: الماء الذي يُغْتَسَلُ به، وكذلك المُعْتَسَلُ، والمُعْتَسَلُ أيضًا: الذي يُغْتَسَلُ فيه. والغِسْلُ - بالكسر - ما يُغْسَلُ به الرَّأْسُ من خَطْمِيٍّ وغيره، ومنه الغَسْلِينُ، وهو ما انْعَسَلَ من لُحُومِ أَهْلِ النَّارِ وَدِمَائِهِمْ.

وفي «المغرب»: غَسَلُ الشيء: إزالة الوَسَخِ ونحوه عنه، بإجراء الماء عليه. والغُسْلُ - بالضم - اسم من الاغْتِسَالِ، وهو غَسْلُ تمام الجَسَدِ، واسم للماء الذي يُغْتَسَلُ به أيضًا. ينظر: الصحاح (١٧٨١/٥)، تهذيب اللغة، للأزهري، تحقيق: عبد السلام هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط (١)، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م (٣٦، ٣٥/٨)، لسان العرب (٣٢٥٦/٥، ٣٢٥٧).

واصطلاحًا:

عرفه الحنفية بأنه: غَسْلُ البَدَنِ.

وعند المالكية: إيصال الماء لجميع الجَسَدِ بِنِيَّةِ استباحة الصَّلَاةِ مع الدَّلْكِ.

وعند الشافعية: سيلان الماء على جميع البَدَنِ.

وعند الحنابلة: استعمال ماء طهور في جميع بَدَنِهِ، على وجه مخصوص.

ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي (١٦١/١)، كشاف القناع (١٣٩/١).

حِكْمَتُهُ: أن الشخص بعد الجَمَاعِ، والمرأة الحائض، والنُّفَسَاءِ يحصل لهم هُبُوطٌ في الجسم، وفُتُورٌ في الأعضاء، فإذا اغتسل كل منهما بالماء، عاد إليه نَشَاطُهُ، واستردَّ ما لحقه وأصابه، كما أن الشخص حالة الجَمَاعِ كثيرًا ما يَغْفَلُ عن ذِكْرِ الله، ومن بها خِيَضٌ أو نَفَاسٌ لا تصح صلاتها، من أجل ذلك أوجب الله العُسْلَ على كل منهما عَقِبَ انتهاء سَبَبِهِ ليستردَّ نَشَاطَهُ وَقُوَّتَهُ، ويكفر عما اقترف، وهو واجب على التَّرَاخِي، وَيَتَضَيَّقُ عند القيام إلى الصلاة. وقد وجب غسل جميع البَدَنِ من خروج المَنِيِّ، ولم يَجِبْ إلا غسل بعض أجزائه من خروج البَوْلِ، مع أن كِلَا منهما قد نزل من مَخْرَجٍ واحد؛ لأن المَنِيَّ يَتَجَمَّعُ من كل البدن، فوجب تطهُّرُ جميعه، ولا كذلك البَوْلُ، فإنه لم يتجمَّع من الجسم كله؛ ولذا لم يوجب الشارع الحكيم الغسل من البَوْلِ، على أن البول كثير النُّزُولِ يوميًا، بخلاف المَنِيِّ الذي لا يخرج إلا في كل مُدَّةٍ تزيد وتنقص حسب اشتداد الطَّبَائِعِ واختلافها، وعلى أي حال، فإن نزول البول متعدد يوميًا، فلو وجب الغسل منه لأدَّى إلى الحَزَجِ والمَشَقَّةِ، والدين الإسلامي بعيدٌ كل البعد عن مثل

اعتیادًا كما يؤمر بالصلاة.

ولو كان الرجل بالغًا والمرأة مراهقة، فعليه الغسل ولا غسل عليها. خروج المنى^(١) يوجب الغسل إذا كان الخروج على وجه الدفق والشهوة، غير أن عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - يعتبر الدفق والشهوة حال انفصال المنى عن مكانه الأصلي لا حال ظهوره^(٢).

وعند أبي يوسف - رحمه الله - يعتبر حال ظهوره حتى لو احتلم أو مس بشهوة، فانفصل المنى على وجه الدفق والشهوة، لكن أمسكه في قصة ذكره حتى سكنت شهوته، ثم خرج المنى من غير شهوة يجب الغسل عندهما، خلافًا لأبي يوسف^(٣). ولو خرج المنى من غير شهوة بأن حمل شيئًا أو ضُرب على ظهره فخرج منه المنى بسبب ذلك، قالوا: لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الكتب^(٤). وعن أبي يوسف - رحمه الله -^(٥): لا غسل عليه، وهكذا ذكر القدوري في كتابه^(٦).

وبعض المتأخرين من مشايخنا نحو شاذان^(٧) بن إبراهيم^(٨)، وأبي عبد^(٩) الله الفلاس^(١٠)، قالوا^(١٢): يجب عليه الغسل.

ذلك.

(١) المنيّ: - بتشديد الباء - سمي بذلك؛ لأنه يمني أي: يصب، ويسمى لما يراق من دم الهدي. واصطلاحًا: ماء غليظ أبيض يخرج عند اشتداد الشهوة، ويتلذذ عند خروجه، ويعقب خروجه فتور، ورائحته تقرب من رائحة العجين، ومن المرأة ماء أصفر رقيق.

ينظر: معجم المصطلحات الفقهية، د. محمود عبد الرحمن، دار الفضيلة (٣/٣٦٩).
(٢) المسبوط للسرخسي (١/٦٧)، الهداية شرح بداية المبتدي (١/١٩)، العناية شرح الهداية (١/٦٠)، الجوهر النيرة على مختصر القدوري (١/١١)، البحر الرائق (١/٥٦).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) تحفة الفقهاء (١/٢٦)، البحر الرائق (١/٥٨).

(٥) زاد في أ: أنه.

(٦) تحفة الفقهاء (١/٢٦)، البحر الرائق (١/٥٨).

(٧) في أ: سادان، وفي ب: ساذان.

(٨) قال في الجواهر المضية (١/٢٥٥): «شاذان بن إبراهيم من اختياره أن الغسل يجب بخروج المنى كيف ما كان ولم يعتبر الدفق والشهوة».

(٩) في أ: عبيد.

(١٠) في د: الفلنسي.

(١١) الفلاس نسبة عبد الله وهو لقب لمن يبيع الفلوس وكان صيرفيًا لقب يشبه النسبة.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٣٨٢).

ولو اغتسل من الجنابة^(١) قبل أن يبول^(٢) أو ينام، وصلى ثم خرج [بقية]^(٣) المنى؛ فعليه أن يغتسل عندهما؛ خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - ولكن لا يعيد تلك الصلاة في قولهم جميعاً، ويقول أبي يوسف أخذ الفقيه أبو الليث، وخلف بن أيوب^(٤) - رحمهما الله -^(٥).

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: وينبغي للرجل إذا أسلم أن يغتسل غسل الجنابة، وعلل فقال: «لأن المشركين [إذا أسلموا]^(٦) لا يغتسلون من^(٧) الجنابة ولا يدرون كيف الغسل من ذلك»^(٨).

وإنما أراد بما^(٩) قال - والله [تعالى]^(١٠) أعلم - أن [من]^(١١) المشركين [من]^(١٢) لا يدين الاغتسال من الجنابة، ومنهم من يدين كقريش^(١٣) وبني هاشم، فإنهم

(١٢) في م: قال.

(١) الجنابة: هي إنزال المنى أو إلتقاء الختانين. ينظر: مواهب الجليل (١/٣٠٥).

(٢) في أ: يتوضأ.

(٣) سقط في م.

(٤) وهو: خلف بن أيوب العامري البلخي، من أصحاب محمد وزفر، كان مولعاً بالحسن بن زياد وله مسائل، تفقه على أبي يوسف، وذكره ابن حبان في الثقات، وتفقه خلف بن أيوب على أبي يوسف، وقال الحاكم: قدم نيسابور في سنة ثلاث ومائتين، فكتب عنه مشايخنا، مات سنة خمس ومائتين، وقيل: سنة خمس عشرة ومائتين، وهو الأصح.

ينظر: الجواهر المضية (٢/١٧١)، ميزان الاعتدال (١/٦٥٩)، تهذيب التهذيب (٣/

١٤٧)، الفوائد البهية، ص (٧١).

(٥) المبسوط للسرخسي (١/٦٧)، بدائع الصنائع (١/٣٧)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/١١)، البحر الرائق (١/٥٨)، مجمع الأنهر (١/٢٣)، اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، حققه، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان (١/١٦).

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب: غسل.

(٨) المبسوط للسرخسي (١/٩٠)، بدائع الصنائع (١/٣٥)، البنابة شرح الهداية (١/٣٤٦).

(٩) في م: ما.

(١٠) سقط في ب، م.

(١١) سقط في د.

(١٢) سقط في ب.

(١٣) في أ، م: قریش.

توارثوا ذلك من إسماعيل - عليه السلام - إلا أنهم لا يدرون كيفيته، [وكانوا لا] (١) يتمضمضون ولا يستنشقون (٢)، وهما فرضان؛ ألا ترى (٣) أن فرضية المضمضة والاستنشاق [في الاغتسال من الجنابة] (٤) قد خفي على كثير من العلماء، فكيف على الكفار؟

فحال الكفار على ما أشار إليه في الكتاب لا يخلو عن [أحد] (٥) وجهين: إما ألا يغتسلوا عن الجنابة؛ أو يغتسلوا عنها، ولكن لا يدرون كيفيتها، وأي ذلك ما كان، يؤمرون بالاغتسال بعد الإسلام؛ لبقاء حكم الجنابة. [ثم] (٦) فيما (٧) ذكر محمد - رحمه الله - بيان أن (٨) صفة (٩) الجنابة تتحقق في حق الكفار عند وجود (١٠) سبب وجوبها (١١)، وبه تبين أن ما ذكر بعض مشايخنا: أن

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: يرى.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ب: فما.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) زاد في ب: أن.

(١٠) في م: وجوب.

(١١) الوجوب في اللغة: مصدر وجب بمعنى لزم وثبت، ومنه قولهم: وجب الحق، وبمعنى

سقط، ومنه قولهم: وجب الحائط، وبمعنى غاب، ومنه قوله: وجبت الشمس.

ينظر: مختار الصحاح، ص (٣١٩)، مادة (وج ب)، والمصباح المنير، ص (٣٨٥)،

مادة (وج ب)، والقاموس المحيط، ص (١٤١).

وأما في اصطلاح الأصوليين فقد اختلف فيه، ويمكن تعريفه بأنه: ما كان طلبا لفعل غير كف، ينتهض تركه في جميع وقته سببا للعقاب. ويمكن تعريفه أيضا بأنه: خطاب الله تعالى، المقتضي لوجود الفعل مع المنع من نقيضه.

ينظر: شرح العضد على مختصر المنتهى (١/٢٢٥)، نهاية السؤل للإسنوي (١/٤٣).

ويؤخذ مما سبق أن المراد بالوجوب هو الإيجاب، وفي توجيه هذا الإطلاق أقوال:

الأول: أنه محمول على المسامحة. والثاني: أنه محمول على التجوز، فهو من باب إطلاق المسبب الذي هو الوجوب، وإرادة السبب الذي هو: الإيجاب. وعلى هذا القول والذي قبله، فالوجوب والإيجاب متغايران بالذات، ولذا حصلت المسامحة، أو التجوز في الإطلاق. والثالث: أن إطلاق الوجوب على الإيجاب محمول على أنهما

الغسل بعد الإسلام مستحب فذلك في حق من لم يكن قبل ذلك أجنب^(١)، وبه تبين

= متحداً بالذات مختلفان بالاعتبار؛ فالخطاب المقتضي للفعل صفة للحاكم، فباعتبار قيامها به ونسبتها إليه تسمى إيجاباً، وباعتبار تعلقها بالفعل تسمى وجوباً، ولهذا نرى بعض أهل العلم يعرفون الإيجاب تارة، والوجوب تارة أخرى، وإلى هذا القول ذهب الرازي ومن تبعه كالعضد، وابن النجار، وغيرهما. فالواجب يرادف الفرض عند جمهور الأصوليين. وأما عند الأحناف فالفرض ما ثبت بدليل قطعي، وأما الواجب فما كان ثابتاً بدليل ظني، وإلى هذا المعنى أشار الإمام الأمدي فقال ما نصه: «فلا فرق بين الفرض والواجب عند أصحابنا، إذ الواجب في الشرع: عبارة عن خطاب الشارع بما ينتهض تركه سبباً للذم... وهذا المعنى بعينه متحقق في الفرض، وخص أصحاب أبي حنيفة اسم الفرض بما كان مقطوعاً به واسم الواجب بما كان مظنوناً به». ومثاله: الصلوات الخمس الواجبة من الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح، فإنها إذا أداها المكلف فإنه أثيب على ذلك، وإذا تركها قصداً فقد استحق الإثم والعقاب. ثم الواجب قسمان: واجب عين، وواجب كفاية، وبيانهما كالتالي: أما واجب العين فهو: ما وجب على كل مكلف، ولا يسقط بفعل غيره، بل يتعين على كل أحد فعله كوجوب الصلاة والصيام وغيرهما. وأما واجب الكفاية فهو الذي إذا قام به من يكفي سقط عن سائر المكلفين، بل ولا يتخرج الباقون في عمد تركه لفعل البعض كوجوب صلاة الجنائز وغيرها.

ينظر: فواتح الرحموت (١/٥٨، ٥٩)، المحصول في علم الأصول، لمحمد بن عمر ابن الحسين الرازي، تحقيق: طه جابر فياض، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، الرياض، ط (١)، ١٤٠٠هـ (١/٢٤، ٩١)، وشرح العضد على مختصر المنتهى (١/٢٢٥)، وحاشية سعد الدين التفتازاني على شرح العضد، طبع دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، وحاشية الجرجاني على شرح العضد (١/٢٢٥، ٢٢٦)، وشرح الكوكب المنير (١/٣٣٣، ٣٣٤)، وحاشية البناني على شرح المحلي (١/٨٠)، وحاشية العطار على شرح المحلي (١/١١٢)، شرح تنقيح الفصول، ص (٦٢)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب (١/٢٠٧)، والإحكام في أصول الأحكام، للأمدي (١/٧٢)، وإرشاد الفحول، ص (٢٣)، وحصول المأمول، للحنوجي، دار الفضيلة، ص (٩١)، ولباب المحصول في علم الأصول، لحسين بن رشيق المالكي، تحقيق: محمد غزالي عمر جابي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدولة الإمارات المتحدة، ط (١)، ٢٠٠١م (١/٢١٢)، وغاية المأمول في شرح ورقات الأصول، لشهاب الدين أحمد الرملي، تحقيق: مكتبة قرطبة، مؤسسة قرطبة، ط (١)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، ص (٤٦)، والغيث الهامع (١/٢٩)، والمستصفي (١/٦٦)، والفائق في أصول الفقه لمحمد بن عبد الرحيم بن محمد، صفى الدين الأرموي الهندي الشافعي، دراسة وتحقيق: علي بن عبد العزيز العميريني، دار الاتحاد الأخوي - القاهرة، طبع الجزء الأول والثاني، سنة ١٤١١هـ، والجزء الثالث والرابع سنة ١٤١٣هـ (١/١٣١)، والبحر المحيط، للزرکشي (١/١٤٠)، وميزان الأصول للسمرقندي، ص (٢٥).

(١) في أ، ز: أوجب.

أن من قال بأن الجنابة في حق الكفار لا توجب^(١) الاغتسال بعد الإسلام؛ لأن الكفار غير مخاطبين بالشرائع غير شديد^(٢).
فهذا^(٣) فصل اختلف فيه المشايخ: أن الكفار هل يخاطبون بالشرائع أو^(٤) لا [يخاطبون بها؟]^(٥).

(١) في أ: لا يجب.

(٢) تحفة الفقهاء (١/٣٥٠)، بدائع الصنائع (١/٣٥)، الاختيار لتعليل المختار (١/١٢٥)، تبين الحقائق (٤/٦٩)، العناية شرح الهداية (٥/٢٧٠).

(٣) في ب، م: وهذا.

(٤) في م: و.

(٥) سقط في د.

اختلف الأصوليون في هذه المسألة على مذاهب أهمها ما يلي:

المذهب الأول: أن الكفار مخاطبون بالفروع مطلقاً نقله القاضي أبو بكر في (التقريب) عن الجمهور وصححه، وذكر إمام الحرمين في (البرهان) أنه الظاهر من مذهب الشافعي واختاره، ونقله الإمام الزركشي في (البحر) عن نص الإمام الشافعي وأكثر الشافعية ونقله الإمام أبو المظفر السمعاني في (القواطع) عن أكثر الشافعية، وكثير من الحنفية. ونقله الإمام الرازي في (المحصول) عن أكثر الشافعية، وأكثر المعتزلة واختاره، وكذا الإمام الأمدي.

وعزه الإمام النووي في (شرح صحيح مسلم) للمحققين والأكثرين، واختاره، وذكر الإمام أبو الوليد الباجي في (الإشارة) أنه الظاهر من مذهب الإمام مالك، واختاره. ونقله الإمام أبو الخطاب الكلوذاني في (التمهيد) عن نص الإمام أحمد، وأكثر الأشعرية والمعتزلة، واختاره.

وذكر في (المسودة) أنه أصح الروايتين عن الإمام أحمد، وأنه قول الشافعي وأكثر الشافعية، وبعض المالكية والرازي والكرخي وجماعة من الحنفية والمتكلمين من المعتزلة والأشعرية.

وذكر ابن اللحام في (المختصر) أنه الصحيح عن أحمد وأكثر أصحابه.

ونقله السمرقندي في (الميزان) عن عامة أهل الحديث والمعتزلة، ومشايخ العراق من الحنفية. ونقله الإمام السرخسي أيضاً عن العراقيين من الحنفية وكذا نقله الكمال في (التحرير) عن العراقيين منهم، ونقل عن البخاريين من الحنفية أيضاً القول بأن الكفار مخاطبون باعتقاد الفروع دون أدائها، ويعاقبون على ترك الاعتقاد في الآخرة.

وممن اختار هذا القول أيضاً: الإمام ابن الحاجب، والقاضي البيضاوي، والقاضي ابن العربي المالكي، والصفي الهندي، وابن السبكي، وابن نجيم، وعلاء الدين الحصكفي وابن عابدين من الحنفية، والشوكاني، والمطيعي.

ينظر: التقريب والإرشاد، للقاضي أبي بكر محمد بن الطيب الباقلائي، تحقيق:

د. عبد الحميد أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط(١)، ١٩٩٨م (٢/١٨٤، ١٨٦)، وشرح

اللمع، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق: د/ علي بن عبد العزيز =

العميريني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ-١٩٨٩م (١/٢٧٧)، والبرهان في أصول الفقه، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، الوفاء، المنصورة، مصر، ط (٤)، ١٤١٨هـ (١/١٧، ١٨)، وقواطع الأدلة (١/١٠٦)، ونفائس الأصول (٤/١٦٣٨)، وشرح تنقيح الفصول، ص (١٦٢)، ونهاية السؤل (١/١٥٢)، والتمهيد في أصول الفقه، لمحمود بن أحمد بن الحسن الكلوذاني أبو الخطاب الحنبلي، تحقيق: د. مفيد محمد أبو عمشة، دار المدني، جدة، ط (١)، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م (١/٢٩٨)، وروضة الناظر ومعه نزهة الخاطر العاطر (١/١٤٥)، وميزان الأصول، ص (١٩٠-٤٩٤)، والبحر المحيط (٢/١٢٦)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/١٣٣)، وشرح النووي على صحيح مسلم، للإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري الحزامي النووي، دار الريان للتراث (١/١٩٨)، والمسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة المدني، القاهرة، ص (٤٦)، والمختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي الحسن علاء الدين علي بن محمد بن علي بن العباس البعلبي المعروف بابن اللحام، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م، ص (٦٧)، وأصول السرخسي (١/٩٠)، وتيسير التحرير (٢/١٤٩)، وشرح العضد على المختصر (٢/١٢)، ونهاية السؤل (١/١٥٢)، ونهاية الوصول (١/١٠٨٧)، وشرح المحلي على جمع الجوامع (١/٢١١)، والمحصل في أصول الفقه، للقاضي أبي بكر بن العربي المعافري المالكي، تحقيق: حسين علي البدري، سعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط (١)، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ص (٧)، ونسمات الأسحار على إفاضة الأنوار، ص (٦١)، وإرشاد الفحول، ص (١٠)، وسلم الوصول (١/٣٧١)، وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٠).

المذهب الثاني: أن الكفار غير مخاطبين بالفروع مطلقاً.

نقله الشيخ أبو إسحاق عن بعض الشافعية، منهم الشيخ أبو حامد الإسفراييني.

ونقله الشيخ تقي الدين في (المسودة)، والفتوح رواية عن الإمام أحمد.

ونقله الكمال عن مشايخ سمرقند من الحنفية وقال شارحه: «منهم أبو زيد وشمس الأئمة وفخر الإسلام».

ونقله الزركشي في (البحر) عن جمهور الحنفية، وعبد الجبار المعتزلي، والشيخ ابن حامد من الشافعية، ثم نقل عن الأبياري أنه الظاهر من مذهب مالك، لكن هذا يخالف ما سبق عن الباجي من أن ظاهر مذهب مالك أنهم مخاطبون بالفروع، وأقره القرافي في (شرح التنقيح) حيث نقله واقتصر عليه، وهم أعلم بمذهبهم.

المذهب الثالث: أن الكفار مخاطبون بالنواهي دون الأوامر.

نقله الشيخ أبو إسحاق عن بعض الشافعية، ونقل الزركشي في «البحر» عن الإمام النووي أنه وجه للشافعية.

ونقله أبو الخطاب الكلوذاني، والمجد في «المسودة»، والفتوح رواية عن الإمام

أحمد.

= ونقله الشيخ ابن قدامة رواية عن الإمام أحمد، وعن أكثر أصحاب الرأي ونقله السمرقندي في (الميزان) عن بعض أهل التحقيق من مشايخ سمرقند، واختاره. ينظر: شرح اللمع (١/٢٧٧)، والمسودة، ص (٤٧)، وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٣)، وتيسير التحرير (٢/١٤٩)، والبحر المحيط (٢/١٢٧)، وشرح تنقيح الفصول، ص (١٦٢).

هذا وقد نقل الإمام الزركشي في (البحر) عن صاحب (اللباب) من الحنفية أن هذا القول هو قول الإمام أبي حنيفة وعامة أصحابه. لكن هذا يخالف ما صرح به كثير من أئمة الحنفية كالإمام السرخسي والإمام السمرقندي والكمال وابن عبد الشكور من أن هذه المسألة ليست محفوظة عن الإمام أبي حنيفة وأصحابه.

ولذلك قال الشيخ بخيت المطيعي - بعد نقل كلام صاحب اللباب -: «لكن قد علمت أن المسألة لم يحفظ فيها نص عن أبي حنيفة، ولا عن أحد من أصحابه، وأن الخلاف فيها معروف بين مشايخ سمرقند، ومشايخ العراق، ومشايخ بخارى، وأن مشايخ بخارى استنبطوا القول بأن الكفار مخاطبون باعتقاد العبادات فقط دون أدائها من بعض فروع نقلت عن بعض أصحاب أبي حنيفة وعلى ذلك أطبق علماء الحنفية في كتب الأصول، فكان ما نقله صاحب اللباب عن أبي حنيفة وعامة أصحابه قولاً شاذاً لا يعرف في المذهب، فلا يعول عليه».

المذهب الرابع: أن المرتد مخاطب دون الكافر الأصلي.

قال الإمام الزركشي: «حكاه القاضي عبد الوهاب في الملخص، والطرطوشي في العمدة».

وقال الإمام الأسنوي: «ذكر الإمام في المحصول في أثناء الاستدلال ما يقتضي أن الخلاف في غير المرتد، ونقل القرافي وغيره عن الملخص للقاضي عبد الوهاب حكاية إجراء الخلاف فيه أيضاً».

المذهب الخامس: أن الكفار مخاطبون بما عدا الجهاد من الفروع.

ينظر: شرح اللمع (١/٢٧٧)، والبحر المحيط (٢/١٣٠، ١٣١)، والتمهيد، للكلوذاني (١/٢٩٩)، وشرح الكوكب المنير (١/٥٠٤)، والمسودة، ص (٤٦)، وروضة الناظر (١/١٤٦)، وميزان الأصول، ص (١٩٤)، وأصول السرخسي (١/٩٠)، وبذل النظر، ص (٩٢)، وتيسير التحرير (٢/١٤٩)، وفواتح الرحموت (١/٣٤٧)، سلم الوصول (١/٣٧٤-٣٧٦)، نهاية السؤل (١/١٥٥).

قال الإمام القرافي: «ومر بي في بعض الكتب - لست أذكره الآن - أن الكفار وإن كانوا مخاطبين بفروع الشريعة فالجهاد خاص بالمؤمنين».

وقال الإمام الزركشي: «حكاه القرافي وقال: لا أعرف أين وجدته؟. قلت: صرح به إمام الحرمين في (النهاية) فقال: والذمي ليس مخاطباً بقتال الكفار، وكذا قال الراعي في كتاب السير».

وقد اعترض الشيخ المطيعي على ما نسبته الإمام الزركشي لإمام الحرمين بأنه يجوز أن يكون مراده أنه ليس من أهل أداء فرض الجهاد كما هو الواقع؛ لأن الجهاد هو قتال الكفار =

فمن قال: يخاطبون بها يقول الغسل [يجب]^(١) عليه في حال كفره، ولهذا لو أتى به يصح، وهذا ظاهر.

ومنهم من قال بأنهم لا يخاطبون [بها]^(٢) ينبغي أن يقول بوجوب الغسل [بعد الإسلام]^(٣)، ولذلك وجهان:

أحدهما: أن الاغتسال لا يجب بالجنابة، ليقال: إنه وقت وجوب الاغتسال غير مخاطب بالشرائع، وإنما وجوبه بإرادة الصلاة وهو^(٤) جنب؛ كما أن الوضوء لا يجب بالحدث^(٥)، وإنما يجب بإرادة الصلاة وهو محدث.

قلنا: وهو عند إرادة الصلاة جنب مُسلم فلذلك يلزمه الاغتسال.
والثاني: أن صفة الجنابة [تستدام]^(٦) فاستدامتها^(٧) بعد الإسلام كإنشائها^(٨)،

= بقصد إعلاء كلمة الله تعالى، فلا بد فيه من النية التي تتوقف على الإيمان، فلا يصح من الكافر.

قلت: الجهاد - فيه اشتراط النية لصحته - كسائر العبادات فلا يظهر وجه للتفريق بينه وبينها من هذه الجهة؛ إذ القائلون بتكليف الكافر يلزمون بالإتيان بالإيمان أولاً ليصح منه الأداء، والله تعالى أعلم.
المذهب السادس: التوقف.

قال الإمام الزركشي: «حكاه سليم الرازي في تقريره عن بعض الأشعرية، وحكاه الشيخ أبو حامد الإسفراييني عن الأشعري نفسه، وقال إمام الحرمين في المدارك: عزي إلى الشافعي ترديد القول في خطاب الكفار بالفروع، ونصه في الرسالة: الأظهر أنهم مخاطبون بها».

ينظر: شرح تنقيح الفصول، ص (١٦٦)، البحر المحيط (١٣١/٢، ١٣٢)، سلم الوصول (٣٧٧/١)، تيسير التحرير (١٤٩/٢).

- (١) سقط في د.
- (٢) سقط في أ، ب، م.
- (٣) سقط في د.
- (٤) زاد في م: محدث.
- (٥) الحدث لغة: الشيء الحادث.

واصطلاحاً: مانعية شرعية قائمة بالأعضاء إلى غاية استعمال المزيل، وهو طبعي كالماء، وشرعي كالتراب.

ينظر: لسان العرب (٧٩٦/٢)، البحر الرائق (٨/١).

- (٦) في ب: تدام.
- (٧) في د: مستدامة واستدامتها.
- (٨) في م: كاستئنافها.

ولهذا قلنا: لو انقطع دم الحيض قبل أن تسلم ثم أسلمت لا يلزمها الاغتسال؛ لأنه لا استدامة للانقطاع حتى يجعل^(١) دوامه كابتدائه، فلم يوجد سبب وجوب الاغتسال في حقها^(٢) بعد الإسلام، [لا]^(٣) حقيقة ولا حكماً، فلا يلزمها الاغتسال^(٤).

إذا جامع امرأته فيما دون الفرج فدخل الماء فرجها فلا غسل عليها؛ لأن الغسل إنما يجب بالتقاء الختانين أو^(٥) بنزول^(٦) مائها، ولم يوجد شيء من ذلك هاهنا، حتى [لو]^(٧) حبلت كان عليها الغسل؛ لأنه نزل ماؤها، وإذا حبلت يجب^(٨) عليها [الغسل من وقت المجامعة حتى يجب عليها]^(٩) إعادة الصلاة من ذلك الوقت، ذكره شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح [صلاة]^(١٠) المستغني.

وإذا أتى امرأته العذراء^(١١) لا غسل عليه ما لم ينزل؛ لأن العذرة تمنع التقاء الختانين.

وإذا استيقظ الرجل فوجد على فراشه، أو فحذه بللاً وهو يتذكر احتلاماً، إن^(١٢) تيقن أنه [مني، أو تيقن أنه مذي، أو شك أنه مني أو مذي]^(١٣)، فعليه الغسل، وإن تيقن أنه^(١٤) ودي فلا غسل عليه.

(١) في د: جعل.

(٢) في أ: حقهما.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الإسلام.

(٥) في أ، د: و.

(٦) في م: نزول.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: وجب.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) سقط في د.

(١١) العذراء: البكر، جمع عذارى وعذار، ويقال: درة عذراء لم تثقب، ورملة عذراء لم توطأ.

(١٢) في م: إنه.

(١٣) سقط في د. والمذي: ماء أبيض رقيق، يخرج عند ملاعبة الرجل أهله.

ينظر: المصباح المنير، ص (٥٦٧)، القاموس المحيط، مادة (م ذى)، ص (١٢٠٠)،

درر الحكام (١٩/١).

(١٤) سقط في أ.

وإن لم يتذكر الاحتلام^(١)، إن^(٢) تيقن أنه وُدِّي^(٣) لا غسل عليه، وإن تيقن أنه مني كان عليه الغسل^(٤)، وإن شك أنه [مني أو مَدِّي]^(٥)، قال أبو يوسف: لا يجب الغسل حتى يتيقن بالاحتلام^(٦).

وقال^(٧): يجب الغسل، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - .

[فقيل له: ذكره في حَيْرَةِ الْفُقَهَاءِ: رجل احتلم ولم ير بللاً ثم استيقظ وصلى صلاة الفجر ثم نزل المني، قال: يجب عليه الغسل، على قياس هذه المسألة يتنفي أن يقال بخروج المذي بعدما استيقظ يجب الغسل. قال - رحمه الله -: ما روينا من الحديث يقتضي ألا يجب الغسل في المسألة جميعاً ثم أشار إلى الفرق فقال: إذا نزل المني بعد ما استيقظ، فالغسل لا يجب بالاحتمال؛ ولهذا لا يقيد بالشهوة.

وإذا خرج المذي وهو يراه لا يلزمه الغسل؛ لأنه مذي وليس فيه احتمال أنه كان منياً، وتغير؛ لأن التغير في الباطن لا يكون أما في الظاهر قد يكون لاحتمال أنه كان منياً ورق بمرور الزمان]^(٨).

وفي القدوري: إذا استيقظ ورأى على فراشه بللاً ولم يتذكر الاحتلام؛ وجب الغسل عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - استحساناً؛ [لاحتمال أنه كان منياً ورق بمرور الزمان]^{(٩)(١٠)}.

(١) الاحتلام: خروج المني من ذكر الرجل أو قبل الأثنى في يقظة أو منام.
ينظر: الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م (٤/١٦٢)، والمغني (٨/٤٧٥).

(٢) في د: فإن.

(٣) الوُدِّي: بسكون الدال وضم الياء، وبتحريك الدال وتشديد الياء، ماء يخرج بعد البول.
ينظر: أنيس الفقهاء، ص (٥١).

(٤) زاد في د: وإن لم يتذكر أنه مني كان عليه الغسل.

(٥) في د: مذي أو مني.

(٦) تبين الحقائق (١/١٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/١٩)، البحر الرائق (١/٥٩).

(٧) في أ: قال: لا، وفي ز: وقال لا.

(٨) ما بين المعقوفين سقط في ز، م.

(٩) سقط في د.

(١٠) تحفة الفقهاء (١/٢٦)، بدائع الصنائع (١/٣٧)، تبين الحقائق (١/١٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/١٩).

وقال أبو يوسف: لا يجب حتى يستيقن أنه مني^(١).
قال القاضي الإمام أبو علي النسفي^(٢) - رحمه الله - ذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله -: إذا استيقظ فوجد البلل في إحليله ولم يتذكر حلمًا، إذا كان قبل النوم منتشرًا لا غسل عليه، وإن كان قبل النوم ساكنًا كان عليه الغسل، قال: وينبغي أن يحفظ هذا، فإن البلوى كثير فيها والناس عنها غافلون^(٣).
والمرأة في الاحتلام^(٤) بمنزلة الرجل، والمذكور في الأصل: إذا احتلمت المرأة لا يجب عليها الغسل حتى ترى مثل ما يرى الرجل.

- (١) المراجع السابقة.
- (٢) هو: الحسين بن الخضر القاضي، أبو علي النسفي، قال السمعاني: كان إمام عصره، تفقه ببغداد، وناظر المرتضي في توريث الأنبياء، من أصحاب الإمام أبي بكر محمد بن الفضل، اجتمع به ببخارى، وله أصحاب وتلامذة، وأخذ عنه شمس الأئمة الحلواني، له: الفتاوى، الفوائد، ومات في بخارى سنة أربع وعشرين وأربعمائة، وقد قارب الثمانين.
- ينظر: الجواهر المضية (١٠٩/٢)، الطبقات السنوية برقم (٧٤٥)، الفوائد البهية، ص (٦٦).
- (٣) تبين الحقائق (١٦/١)، البناية شرح الهداية (٣٣١/١).
- (٤) الاحتلام كما يكون من الرجل يكون من المرأة، فقد روى مسلم والبخاري أن أم سليم حدثت أنها سألت النبي ﷺ فقالت: هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت؟ قال: «نعم، إذا رأت الماء».
- وللفقهاء في حصول الاحتلام من المرأة ثلاثة أقوال:
- أ - حصول الاحتلام بوصول المنى إلى ظاهر الفرج. وهو قول الحنابلة، وظاهر الرواية عند الحنفية، وهو قول الشافعية بالنسبة للثيب. والمراد بظاهر الفرج: ما يظهر عند قضاء الحاجة، أو عند الجلوس على القدمين.
- ب - حصول الاحتلام بوصول المنى خارج الفرج، وهو قول المالكية مطلقًا، وقول الشافعية بالنسبة للبكر؛ لأن داخل فرجها كباطن الجسم.
- ج - حصول الاحتلام بمجرد إنزال المرأة في رحمها وإن لم يخرج المنى إلى ظاهر الفرج؛ لأن منى المرأة عادة ينعكس داخل الرحم ليتخلق منه الولد، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية.
- ينظر: فتح القدير (٤٢/١، ٤٣)، والفتاوى الهندية (١٤/١)، والتاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالموافق، دار الفكر، بيروت، ط (٢) (٥/٣٥١)، ومواهب الجليل (٣٠٧/١)، والمجموع (٣٨/١٢ - ١٤٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٢٦/١)، وحاشية الجمل على المنهج، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ (١/١٥٣)، (١٦١)، والمغني، لابن قدامة (١٩٩/١)، وكشاف القناع (١/١٣٨).

وروي عن محمد - رحمه الله - في غير رواية الأصول: إذا تذكرت الاحتلام والإنزال والتلذذ ولم تر بللاً كان عليها الاغتسال^(١).
وقال شمس الأئمة الحلواني: ولا^(٢) يؤخذ بهذه الرواية، فإن النساء يقلن: إن مني المرأة يخرج من الداخل كمني الرجل وهو جواب ظاهر الرواية.
وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إن خرج إلى الفرج الخارج يجب عليها [الغسل]^(٣)، وإن زال عن مكانه ولم يخرج عن الفرج الداخل؛ لا غسل عليها.
وهكذا دم الحيض ما لم يخرج إلى^(٤) الفرج الظاهر لا يعطي لها حكم الحيض، كذا فسر في كتابه: «عليها^(٥) أن تتأمل وتنظر^(٦) في ذلك إن ابتليت».
وفي مجموع النوازل: سئل نجم الدين - رحمه الله - عن رجل استيقظ وهو يتذكر احتلاماً ولم ير بللاً ومكث ساعة فخرج مذي، قال: لا يلزمه الغسل، لظاهر الحديث، وهو قوله ﷺ: «مَنِ اخْتَلَمَ وَلَمْ يَرَ بَلَلًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ»^(٧).

(١) الاختيار لتعليل المختار (١٣/١).

(٢) في أ، ب: فلا.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب: من.

(٥) في ب: فعلها.

(٦) في د: وتفكر.

(٧) أخرجه أبو داود (٦١/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يجد البلة في منامه، الحديث (٢٣٦)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى (١٦٨/١) كتاب الطهارة، باب: المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، والترمذي (٢٨٩/١ ٢٩٠) كتاب الطهارة، باب: ما جاء فيمن يستيقظ فيرى بللاً، الحديث (١١٣)، وابن ماجه (٢٠٠/١) كتاب الطهارة، باب: من احتلم ولم ير بللاً، الحديث (٦١٢) مختصراً، والدارمي (١٩٥/١، ١٩٦)، وأحمد (٦/٢٥٦). كلهم من طريق عبد الله بن عمر العمري عن عبيد الله بن عمر عن القاسم عن عائشة، قالت: سئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ يَجِدُ بَلَلًا وَلَا يَذْكُرُ اخْتِلَامًا؟ قَالَ: «يَغْتَسِلُ». وَعَنِ الرَّجُلِ يَرَى أَنْ قَدِ اخْتَلَمَ وَلَا يَجِدُ بَلَلًا؟ قَالَ: «لَا غُسْلَ عَلَيْهِ». فَقَالَتْ أُمُّ سَلِيمٍ: عَلَى الْمَرْأَةِ تَرَى ذَلِكَ غُسْلًا؟ قَالَ: «نَعَمْ؛ إِنَّ الرِّجَالَ شَقَائِقُ النِّسَاءِ».

وله شاهد من حديث خولة بنت حكيم أخرجه أحمد (٤٠٩/٦)، وفيه أنها سألت النبي ﷺ عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، فقال: «ليس عليها غسل حتى ينزل الماء، كما أن الرجل ليس عليه غسل حتى ينزل». وفي إسناده علي بن زيد بن جدعان، وهو ضعيف.

وأخر من حديث أم سليم، أخرجه أحمد في المسند (٣٧٧/٦)، وفيه أنها سألت النبي ﷺ: رأيت إذا رأت المرأة أن زوجها يجامعها في المنام، أنغتسل؟ فقالت أم =

[فقيل له: [ذكر في] (١) «حيرة الفقهاء»: رجل احتلم ليلاً ثم استيقظ ولم ير بللاً فتوضأ وصى صلاة الفجر ثم نزل المني، قال: يجب عليه الغسل.
فعلى قياس هذه المسألة، ينبغي أن يقول (٢): بخروج المذي بعدما استيقظ أن يجب [عليه] (٣) الغسل.

قال - رحمه الله -: بما روينا من الحديث يقتضي ألا يجب الغسل في المسألتين جميعاً.

ثم أشار إلى الفرق فقال: إذا نزل المني بعدما استيقظ، فالغسل لا يجب بالاحتلام، ولهذا لا يعيد الفجر، ولكن بخروج المني وقد زال عن موضعه بالشهوة.

وإذا خرج المذي وهو يراه؛ لم يلزمه الغسل؛ لأنه مذي، وفيه احتمال أنه كان متياً وتغير؛ لأن التغيير (٤) في الباطن لا يكون، أما في الظاهر قد يكون (٥).

= سلمة: تربت يداك يا أم سليم، فضحت النساء عند رسول الله ﷺ، فقالت أم سليم: إن الله لا يستحي من الحق، وإنما أن نَسَأَلَ النبي ﷺ عما أشكل علينا خير لنا من أن نكون منه على عمياء. فقال النبي ﷺ لأم سلمة: «بل أنت تربت يداك، نعم يا أم سليم، عليها الغسل إذا وجدت الماء» فقالت أم سلمة: يا رسول الله، وهل للمرأة ماء؟ فقال النبي ﷺ: «فأنتى يشبهها ولدها؟ هن شقائق الرجال».

وإسناده منقطع، إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة لم يسمع من جدته أم سليم، وذكره الهيثمي في المجمع (١/٢٦٧، ٢٦٨)، وقال: هو في الصحيح باختصار، وإسحاق لم يسمع من أم سليم. قلنا: أصل الحديث عند مسلم دون قول: «هن شقائق الرجال»، وقد رواه بهذه الزيادة موصولاً الدارمي (٧٦٤) من رواية إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة، عن عمه أنس بن مالك قال: دَخَلْتُ على رسول الله ﷺ أم سليم وعنده أم سلمة . . . فذكر الحديث، وهذا إسناد متصل غير أن في طريقه محمد بن كثير - وهو الصنعاني الدمشقي - شيخ الدارمي، وهو وإن وثقه الحسن بن الربيع وابن سعد وابن معين، قد ضعفه أحمد والبخاري وأبو داود والنسائي وعلي ابن المديني والعقيلي والحاكم، وقال أبو حاتم: في حديثه بعض الإنكار، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال: يخطئ ويغرب، وقال ابن عدي: له روايات عن معمر والأوزاعي خاصة لا يتابعه عليها أحد.

وأخرجه موقوفاً عن ابن عباس ابن أبي شيبه في المصنف (١/٧٧) رقم (٨٤٩) بلفظ: «إِذَا اِخْتَلَمَ وَلَمْ يَرَ بَلَلًا فَلَا غُسْلَ عَلَيْهِ، وَإِذَا رَأَى بَلَلًا وَلَمْ يَرَ أَنَّهُ اِخْتَلَمَ فَعَلَيْهِ الْغُسْلُ».

- (١) في أ، ب، ز: في ذكر.
- (٢) في ب: يقال.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) في أ: التغيير.
- (٥) من أول قوله: «فقيل له: ذكر... إلى هنا، سقط في د.

وفي النوازل: إذا احتلم النائم في المسجد، فإن أمكنه أن يخرج من ساعته [خرج] ^(١) واغتسل حتى لا يبقى الجنب في المسجد، وإذا ^(٢) لم يمكنه بأن كان وسط الليل ولم يقدر على الخروج فيستحب له التيمم، حتى لا يبقى جنبًا في المسجد ^(٣).

الأقلف إذا اغتسل من الجنابة ولم يدخل الماء داخل القلفة أجزأه، وهذه المسألة التي ترد إشكالًا فيما إذا نزل البول وخرج إلى القلفة، ذكر الإمام القاضي الأسبجاني في مسألة الأقلف في الوضوء والغسل: على نحو ما ذكرنا وكل واحد منهما يرد إشكالًا على الأخرى.

وفي آخر النوازل: في باب التأويلات عن الفقيه أبي بكر: ^(٤) أنه سئل عن الأقلف إذا لم يدخل الماء في الجلد في الوضوء والغسل؟ قال: في الوضوء يجزئه، وفي الغسل لا يجزئه ^(٥).

وعن ^(٦) مقاتل [بن حيان ^(٧)] ^(٨) عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أنه إذا نزل البول إلى قلفته انتقض وضوؤه، وإن لم يخرج من القلفة، وإذا أجنب وجب ^(٩) عليه غسل ما وازت الجلد.

[ومن المشايخ: من فرق بين المسألتين، منهم القاضي الأسبجاني ^(١٠)، فقال:

- (١) سقط في ب.
- (٢) في د: وإن.
- (٣) البناية شرح الهداية (١/٣٣٢).
- (٤) في أ: ابن.
- (٥) بدائع الصنائع (١/٣٤)، تبين الحقائق (١/١٣)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/١٠)، البحر الرائق (١/٣٢)، مجمع الأنهر (١/٢١).
- (٦) زاد في ب: محمد بن.
- (٧) هو: مقاتل بن حيان، أبو بسطام النبطي البلخي الخراساني الخراز، أحد الأعلام. وثقه يحيى بن معين وأبو داود وغيرهما. روى عن الضحاك ومجاهد وعكرمة والشعبي وغيرهم. وروى عنه أخوه مصعب بن حيان وعلقمة بن مرثد وعبد الله بن المبارك وآخرون. هرب أيام أبي مسلم إلى كابل. دعا خلعًا إلى الإسلام فأسلموا. مات بكابل قبل ١٥٠ هـ.
- ينظر: تهذيب التهذيب (١٠/٢٧٧)، وتقريب التهذيب (٢/٢٧٢)، وميزان الاعتدال (٤/١٧١)، والجرح والتعديل (٤/٣٥٣).

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في د: لا يجب.

(١٠) في أ، ز: الأسبجاني.

إذا خرج البول من القلفة ينتقض الوضوء، وإذا أجنب لا يجب عليه ما وازت الجلدة، وأشار^(١) إلى الفرق فقال: القلفة ظاهرة من وجه، فإنك إذا نزعت الجلدة كانت ظاهرة، وإذا تركت كانت باطنة فصار كالفم، فإن الفم إذا فتحت كانت ظاهرة وإذا سدت صارت باطنة، ثم في الفم لم يجعل ظاهرًا من كل وجه، ولا باطنًا من كل وجه، بل عمل بالدليلين، كذا هنا.

وكان الشيخ الإمام نجم الدين [النسفي]^(٢) يقول: القلفة لها حكم الظاهر من كل وجه، ومن قاسها على الفم فقد أفسده؛ لأنه إذا أعطى لها حكم الباطن ينبغي أن يقال: لا ينتقض الوضوء بخروج البول إلى القلفة ما لم يملأ القلفة، كما في الفم، إذا قاء لا ينتقض وضوؤه ما لم يكن يملأ^(٣) الفم. والله أعلم.



(١) بدل ما بين المعقوفين في د: فأشار.

(٢) سقط في د.

(٣) في ب، د: ملأ.

الفصل الرابع

في بيان ما يتم الوضوء والغسل به وما لا يتم

وفي الفتاوى: سئل نصير^(١) عن اغتسل من الجنابة وبين أسنانه طعام فلم يصل الماء تحته؟ قال: أرجو ألا بأس به، ووافقه في ذلك أبو بكر الإسكاف، وهكذا^(٢) ذكر في فتاوى الفضل.

وفي واقعات الناطفي: أنه لا يجوز الغسل ما لم يبلغ^(٣) ذلك الطعام ويجري الماء عليه^(٤).

سئل الفقيه أحمد بن إبراهيم: عن رجل أجنب فاغتسل ولم يتمضمض إلا أنه شرب الماء، هل يقوم شرب الماء مقام المضمضة؟ قال: نعم. وهكذا أجاب الشيخ [الإمام]^(٥) أبو بكر محمد بن الفضل. وكان الفقيه أبو جعفر يقول: إن بلغ البلل نواحي الفم على حسب ما يبلغ لو تمضمض يجوز، وما لا فلا.

[وعن بعضهم]^(٦) إذا كان الرجل جاهلاً جاز، وإن كان عالمًا لا يجوز؛ لأنه إذا كان عالمًا يشرب [الماء]^(٧) على وجه السنة^(٨) يمص مصًّا، وليس فيه مبالغة،

(١) في ب، د: نصر.

(٢) في أ: هذا.

(٣) في ب: تبلغ.

(٤) البحر الرائق (١/٤٩).

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب، م.

(٨) السنة - لغة - : الطريقة، مرضية كانت أو غير مرضية، وسَنُّ الطريق: معظمه ووسطه؛ ويقال: سن الماء، إذا صبه، ويقول ابن منظور: «وقد تكرر في الحديث ذكر السنة، وما تصرف منها، والأصل فيه: الطريقة والسيرة».

ينظر: لسان العرب، مادة (سنن) (٣/٢١٢٤، ٢١٢٥)، المصباح المنير، مادة (سنن)، ص (٢٩٢).

وأما في اصطلاح الحنفية: فإن السنة تأتي عندهم مطلقة ومقيدة، فإذا أطلق لفظ السنة، كان المراد به عندهم «اسم للطريق المسلوک في الدين من غير افتراض، ولا وجوب»؛ فتشمل أقوال النبي ﷺ، وأفعاله، وطريقته، كما تشمل أقوال الصحابة، وأفعالهم وطريقتهم. وقد يقيد الحنفية السنة بأنها: سنة هدي، أو سنة زائدة. أما سنة الهدى،

فيصل^(١) الماء إلى جميع فمه.

[وإن كان جاهلاً يعب عبثاً، وفيه مبالغة، فيصل الماء إلى جميع فمه]^(٢).
وعن بعضهم: أن الرجل إذا كان مصرئياً لا يجوز، وإن كان بدويئاً يجوز؛ لأنه إن كان مصرئياً يمص مصّاً، وإن كان بدويئاً يعب عبثاً.

وعن محمد - رحمه الله - في المنتقى: إن كان الشرب يأتي على جميع فمه [يجوز، وإن مص الماء مصّاً لم يأت على جميع فمه]^(٣)، لم يجز^(٤).
وإن^(٥) كان على ظاهر يديه جلد سميك^(٦)، أو خبز ممضوغ، وقد جف

= فهي: السنة المؤكدة القريبة من الواجب، وهي ما تكون إقامتها تكميلاً للدين، ويتعلق بتركها كراهة وإساءة، أو إساءة دون كراهة؛ كالأذان، والإقامة، والسنن الرواتب.
ينظر: المنار في أصول الفقه، للنسفي، مكتبة صبيح، ط (١)، ص (١٥)، وكشف الأسرار، للنسفي (٤٥٥/١، ٤٥٦)، وكشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري (٥٦٧/٢، ٥٦٨)، التلويح على التوضيح، للتفتازاني (١٢٣/٢، ١٢٤)، وأصول البيهقي على هامش كشف الأسرار، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (٣)، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م (٢/٥٥٢)، وفتح الغفار شرح المنار، لابن نجيم (٦٥/٢)، وشرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون بن أبي سعيد الحنفي الصديقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (١/٤٥٥، ٤٥٦)، ومرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، لمنلا خسرو (٣٩٣/٢)، شرح المنار، لابن ملك، مطبعة دار سعادات، القاهرة، ١٣١٩هـ، ص (١٩٦)، وزبدة الوصول إلى علم الأصول، ليوسف بن حسين الكرماسي، دار صادر، ص (٢٨٠)، وزبدة الأسرار في شرح مختصر المنار، تأليف: أحمد بن محمد الزيلي السيواسي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، الرياض، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ص (١٣٩).

وأما السنة الزائدة، فهي: ما واطب النبي ﷺ عليه حتى صار عادة له، ولم يتركه إلا أحياناً. وسميت: زوائد؛ لأنها ليست من مكملات الدين وشعائره، وهي في نفسها عبادة؛ لأنه لا بد فيها من النية المتضمنة للإخلاص، كما في أكله وقعوده ولبسه ﷺ، قالوا: أخذها حسن، وتركها لا بأس به.

ينظر: كشف الأسرار، للنسفي (٤٥٧/١)، وشرح نور الأنوار على المنار (٤٥٦/١)، ومرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول (٣٩٣/٢)، والتلويح على التوضيح (١٢٤/٢)، وكشف الأسرار للبخاري (٥٦٨/٢)، وفتح الغفار بشرح المنار (٦٦/٢)، والمنار، ص (١٥).

(١) في د: فلا يصل.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) البناية شرح الهداية (٣١٨/١).

(٥) في ب: وإذا.

[على] ^(١) يديه فاغتسل من الجنابة ولم يصل الماء إلى ما تحته لا يجوز .
 وإن ^(٢) كان على يديه ^(٣) أو أعضاء وضوئه خراء ^(٤) الذباب أو البرغوث، فاغتسل
 أو توضأ ولم يصل الماء إلى ما تحته يجوز، ذكره الإمام القاضي علي السغدري في
 فوائده ^(٥) .

والفرق: أن في المسألة الثانية الاحتراز عنه غير ممكن، وفي الأولى ^(٦) الاحتراز
 عنه ممكن .

وإذا بقي العجين في ظفر المرأة، ثم اغتسلت من الجنابة، قال أبو بكر: لا
 يجزئها، وفي الدرر يجزئها؛ لأن الدرر متولد من هنالك .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وقد قيل في القروي: إذا كان في ظفره شيء
 أنه يجوز وضوؤه وغسله، وفي المدني لا يجوز؛ لأن القروي يكون في أظفاره
 الطين وذلك لا يمنع [وصول الماء] ^(٧)، وأما المدني يكون في أظفاره دسومة، وأنه
 مانع وصول الماء ^(٨) .

وفي الجامع الأصغر ^(٩): سئل أبو القاسم عن وافر الظفر الذي يبقى في أظفاره
 الدرر، أو الذي يعمل عمل الطين، أو المرأة التي صبغت أصبعها بالحناء، أو
 الصرام، أو الصبّاغ، قال: كل ذلك سواء، ويجزئهم وضوؤهم؛ إذ ^(١٠) لا يستطاع
 الامتناع عنه إلا بحرج ^(١١)، وهكذا روي عن محمد بن سلمة وعن أبي نصر

(٦) في أ، د: سمك .

(١) سقط في د .

(٢) في د: ولو .

(٣) في ب: بدنه .

(٤) في د: حدث .

(٥) في أ: فوائده .

(٦) في أ: الفصل الأول .

(٧) سقط في د .

(٨) البناية شرح الهداية (١/١٥١)، البحر الرائق (١/١٤) .

(٩) في د: الصغير .

(١٠) في أ: إن .

(١١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/١٠)، البحر الرائق (١/١٤) .

الدبوسي^(١) - رحمهما الله - والفتوى على^(٢) الجواز من غير فصل بين المدني والقروي.

سئل نجم الدين [النسفي]^(٣): عن المرأة تغتسل من الجنابة أو الحيض؛ هل تتكلف لإيصال الماء إلى ثقب القرط؟ قال: إن كان^(٤) القرط فيه وتعلم^(٥) أن الماء لا يصل إليه من غير تحريك، فلا بد من التحريك، وإن لم يكن القرط فيه إن وصل الماء إليه من غير تكلف لا يتكلف وإن لم يصل [الماء]^(٦) إليه من غير تكلف يتكلف لإيصال الماء إليه.

[وإن كان الماء يصل إليه من غير تكلف لا يتكلف]^(٧).

[وإن انضم الثقب بعد نزع القرط وصار بحيث لا يدخل القرط فيه إلا بتكلف لا يتكلف]^(٨).

وإن كان بحيث إذا أمرت الماء عليه^(٩) دخله، وإن غفلت عنه لا يدخله، أمرت الماء عليه حتى يدخله.

ولا يتكلف إدخال شيء فيه سوى الماء من خشب أو نحوه لإيصال الماء إليه^(١٠).

وفي عيون المسائل: إذا كان في إصبعه خاتم ضيق؛ فلاحتيال [فيه]^(١١) إذا لم ينزعه في الوضوء والغسل أن يحركه، ليصل الماء إلى ما تحته.

ذكر بلفظ الاحتياط، وإنه واجب، ذكره في كثير من المواضع، وإن لم يكن ضيقاً

(١) هو: أبو نصر الدبوسي إمام كبير من أئمة الشروط. الجواهر المضبية في طبقات الحنفية (٢)/ (٢٦٨).

(٢) في أ: عن.

(٣) في د: رحمه الله.

(٤) زاد في د: ذلك.

(٥) في ب: يعلم.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) في أ: إليه.

(١٠) في أ: عليه.

(١١) سقط في د.

لا يجب تحريكه .

وفي النوازل: رجل به قرحة فبرئت وارتفع قشرها، وأطراف القرحة موصولة بالجلد إلا الطرف [الذي كان يخرج منه القيح فإنه مرتفع ولا يصل الماء إلى ما تحت القشر، فإنه يجزئه وضوؤه]^(١) وإن لم يصل [الماء]^(٢) إلى ما تحته؛ لأنه ليس بطاهر^(٣).

وإذا اغتسلت [المرأة]^(٤) ولم تنقض شعرها إلا أن الماء بلغ أصول شعرها، يجزئها^(٥)، هكذا ذكر في الأصل.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) البحر الرائق (٤٩/١)، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٣٠)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٦٣).

(٤) سقط في د.

(٥) يرى جمهور الفقهاء أنه ليس على المرأة أن تنقض صفائرها وتبل ذوائبها عند الغسل إذا بلغ الماء أصول شعرها؛ لحديث أم سلمة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله: إني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه لغسل الجنابة؟ قال: «لا، إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين»، وفي رواية: أفأنقضه للحيض والجنابة؟ فقال: «لا» ولأن في النقص عليها حرجا، وفي الحلق مثلة فسقط.

ويشترط المالكية لسقوط وجوب نقض الشعر المضاف بجانب كون الشعر رخوا بحيث يدخل الماء وسطه أن يكون مضافا بنفسه أو بخيط أو خيطين.

أما ما ضفر من الشعر بخيوط كثيرة فيجب نقضها في الوضوء، وكذا في الغسل اشتدت أم لا، كما أنه يجب نقض الضفر إذا اشتد بنفسه في الغسل خاصة، وأما الخيط والخيطان فلا يضران في وضوء ولا غسل إلا أن يشتدا.

قال الحنابلة: تنقض المرأة شعرها لغسلها من الحيض وليس عليها نقضه من الجنابة إذا أروت أصوله، وهذا ما حكاه ابن المنذر عن الحسن وطاووس.

قال مهنا: سألت أحمد عن المرأة تنقض شعرها إذا اغتسلت من الجنابة؟ فقال: لا، فقلت له: في هذا شيء؟ قال: نعم - حديث أم سلمة. قلت: فتنقض شعرها من الحيض؟ قال: نعم، قلت له: وكيف تنقضه من الحيض ولا تنقضه من الجنابة؟ فقال: حديث أسماء عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تنقضه».

قال ابن قدامة: لا يختلف المذهب في أنه لا يجب نقض الشعر من الجنابة، وأما نقضه للغسل من الحيض فاختلف أصحابنا في وجوبه، فمنهم من أوجبه وهو قول الحسن وطاووس لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها، إذا كانت حائضا: انقضي رأسك وامتشطي ولا يكون المشط إلا في شعر غير مضاف، وفي رواية: انقضي شعرك واغتسلي؛ ولأن الأصل وجوب نقض الشعر ليتحقق وصول الماء إلى ما يجب

ويستوي فيه إن بلغ الماء أثناء شعرها أو لم يبلغ، ومن الناس من قال: إذا لم يبلغ الماء أثناء شعرها لا^(١) يجزئها، وإن بلغ أصول شعرها.

وهذا القائل يقيس شعر رأسها على اللحية، فإنه يجب إيصال الماء إلى [أثناء]^(٢) اللحية في الاغتسال، ولا يكفي الوصول إلى أصل^(٣) الشعر فكذا^(٤) شعر الرأس. وإنما يحتج بحديث جابر^(٥): أن رسول الله ﷺ قال: «لا يضر الجنب [ولا]^(٦)

= غسله فعفي عنه في غسل الجنابة؛ لأنه يكثر فيشق ذلك فيه والحيض بخلافه فبقي على مقتضى الأصل في الوجوب، وقال بعض الحنابلة: هذا مستحب غير واجب، وهو قول أكثر الفقهاء. قال ابن قدامة: وهو الصحيح إن شاء الله.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - فيما هو مقابل للصحيح - أنه قال: إن المرأة تسبل ذوائبها ثلاثاً مع كل بلة عصرة ليلغ الماء شعب قرونها.

وقال ابن الهمام والعيني: والأصح أنه غير واجب للحصر المذكور في الحديث. قال النخعي: يجب نقض الضفائر بكل حال.

هذا، وقال جمهور الفقهاء: ولو كان لرجل شعر مضفور فهو كالمرأة في ذلك فلا يجب عليه نقض شعره إذا كان رخوا بحيث يدخل الماء وسطه. وقال الصدر الشهيد من الحنفية: إذا أضفر الرجل شعره يجب إيصال الماء إلى انتهاء الشعر قال العيني: والاحتياط إيصال الماء.

ينظر: البناية شرح الهداية (١/٢٦٢، ٢٦٣)، تبين الحقائق (١/١٤)، فتح القدير (١/٤٠)، الفتاوى الخانية بهامش الهندية (١/٣٣، ٣٤)، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد، للعلامة علي الصعيدي العدوي، دار المعرفة، بيروت (١/١٨٨، ١٨٩)، حاشية الزرقاني على البيقونية، المطبعة الميمنية (١/٥٩)، المجموع (٢/١٨٦، ١٨٧)، المغني (١/٢٢٥ - ٢٢٧)، كشف القناع (١/١٥٤).

(١) في أ: هلا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: أصول.

(٤) زاد في د: في.

(٥) هو: جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمى أبو عبد الرحمن - أو: أبو عبد الله، أو: أبو محمد - المدني: صحابي مشهور، قال جابر: استغفر لي رسول الله ﷺ ليلة البعير خمسا وعشرين مرة. قال الفلاس: مات سنة ثمان وسبعين بالمدينة، عن أربع وسبعين سنة.

ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري (٢/٢٠٧)، تهذيب التهذيب (٢/٤٢)، تقريب التهذيب (١/١٢٢)، خلاصة تهذيب الكمال، للخزرجي، تحقيق: محمود فايد، مكتبة القاهرة، مصر (١/١٥٦).

(٦) سقط في د.

الحائض ألا ينقض الشعر إذا اغتسل بعد أن يصل الماء شئون^(١) الشعر^(٢) - أي: أصول الشعر.

ولأنها إذا نقضت شعرها احتاجت إلى الضفر ثانياً فيلحقها^(٣) بذلك حرج، وربما يتناثر شعرها بسبب ذلك وفيه فساد بخلاف اللحية؛ لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثناء اللحية فيجب إيصال الماء إلى أثناء اللحية.

قال الفقيه أبو جعفر: لو كانت المرأة منقوضة الشعر يجب إيصال الماء إلى أثناء الشعر، وصار الجواب في شعر الرأس في هذه الصورة نظيرة^(٤) الجواب في اللحية. وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر: سئل الفقيه أحمد بن إبراهيم عن امرأة شدت ضمفها^(٥)، وكانت تستحکم^(٦) الفتل^(٧)، فأجبت واغتسلت وأفاضت الماء على رأسها إلا أن الماء لم يبلغ شعر عقاصها هل يجزئها؟ قال: لا ذكر لهذه المسألة في الكتب، [ولكن]^(٨) ورد فيها الخبر بأن رسول الله ﷺ حين علم أم سليم^(٩) الاغتسال قال: «صبي على رأسك ثلاث صببات [أو]^(١٠) حثيات^(١١) من

(١) في أ: سور.

(٢) رواه أبو بكر الحنفي، عن سفيان، عن أبي الزبير، عن جابر - مرفوعاً بلفظ -: «لا يضر المرأة الحائض والجنب ألا تنقض شعرها إذا أصاب الماء شئون رأسها».

قال ابن رجب في فتح الباري (٢/١١٠): تفرد به الحنفي، ورفع منكر.

وقد روي عن أبي الزبير، عن جابر موقوفاً، وهو أصح.

(٣) في أ: فليلحقها.

(٤) في ب: نظيره.

(٥) في أ: ظفريتها، وفي ب: ظفرتها.

(٦) في د: مستحكمة.

(٧) في أ: الغسل.

(٨) سقط في د.

(٩) هي: أم سليم بنت ملحان، أخت أم حزام: صحابية جلييلة، لها أربعة عشر حديثاً، اتفق البخاري ومسلم على حديث، وانفرد البخاري بحديث، ومسلم بحديثين، وروى عنها أنس. عن جابر مرفوعاً: «دخلت الجنة، فإذا أنا بالرميصاء امرأة أبي طلحة».

ينظر: الإصابة لابن حجر، تحقيق: الشيخ علي محمد وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م (٧/٦٥٦)، الثقات، لمحمد بن حبان التميمي البستي، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد، الهند، ط (١)، ١٤٠١ هـ -

١٩٨١ م (٣/١٣٢)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣/٤٠٠).

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في د.

ماء مع كل صبة عصرة»^(١).

وفائدة اشتراط العصرة: أن يبلغ الماء شعر قرونها.

قالوا: ومنّ الفقيه على أهل المجلس بذكر هذه المسألة.

(١) أخرجه أحمد (٣١٥/٦)، ومسلم (٢٥٩/١) كتاب الحيض، باب: حكم صفائر المغتسلة، الحديث (٣٣٠/٥٨)، وأبو داود (١٧٣/١، ١٧٤) كتاب الطهارة، باب: في المرأة هل تنقض شعرها عند الغسل، الحديث (٢٥١)، والترمذي (١٧٥/١، ١٧٦) كتاب الطهارة، باب: هل تنقض المرأة شعرها عند الغسل، الحديث (١٠٥)، والنسائي (١٣١/١) كتاب الطهارة، باب: ترك المرأة نقض ضفر رأسها عند اغتسالها من الجنابة، وابن ماجه (١/١٩٨) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في غسل النساء من الجنابة، الحديث (٦٠٣)، عنها به. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا قَالَتْ: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي امْرَأَةٌ أَشَدُّ شَعْرَ رَأْسِي، أَفَأَنْقُضُهُ لِعُغْلِ الْجَنَابَةِ؟ وَفِي رِوَايَةٍ: «وَالْحَيْضَةَ» قَالَ: «لَا، إِنَّمَا يَكْفِيكَ أَنْ تَحْثِي عَلَى رَأْسِكَ ثَلَاثَ حَثِيَّاتٍ».

وذكر ابن عبد البر في الاستذكار (٢٦٩/١) حديث أم سلمة: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْقُضْ رَأْسِي عِنْدَ الْعُغْلِ؟ فَقَالَ: «يَكْفِيكَ أَنْ تَصْبِي عَلَى رَأْسِكَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ»، وَقَالَ سَعِيدٌ: لِكُلِّ صَبَّةٍ عَصْرَةٌ.

قلت: قوله: «ثلاث حثيات» أي ثلاث مرات أي تصبّي على رأسك ثلاث مرات إما بالكف أو بظرف وليس المراد من ثلاث حثيات الحصر بثلاث بحيث لا يجوز أقل منه أو أكثر بل المراد منه إيصال الماء إلى الشعر (فإن وصل الماء) إلى باطن الشعر وظاهره بمرة واحدة يكون الثلاث سنّة وإن لم يصل بثلاث تكون الزيادة عليها واجبة حتى يصل الماء إلى ظاهره وباطنه.

أما حديث أم سليم فروي عَنْ زَيْنَبِ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، قَالَتْ: سَأَلْتُ أُمَّ سَلِيمَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَتْ: إِذَا اخْتَلَمَتِ الْمَرْأَةُ أَعْتَسِلَ؟ فَقَالَ: إِذَا رَأَتْ الْمَاءَ فَلْتَعْتَسِلْ، فَقَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَهَلْ تَحْتَلِمُ الْمَرْأَةُ؟ قَالَ: «تَرَبَّتْ يَمِينُكَ، فَبِمَ يُشَبِّهَهَا وَلَدَهَا؟».

أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب: الحياء في العلم (٢٧٦/١)، حديث (١٣٠)، وفي الغسل حديث (٢٨٢)، وفي كتاب الأنبياء، باب: خلق آدم وذريته حديث (٣٣٢٨)، وفي كتاب الأدب، باب: التبسم والضحك حديث (٦٠٩١)، وفي باب: ما لا يستحي من الحق للفقهاء في الدين حديث (٦٩٢١)، ومسلم حديث (٣١٣)، ومالك حديث (٥١/١)، وأبو داود في كتاب الطهارة، باب: المرأة ترى ما يرى الرجل (٦١/١)، حديث (٢٣٧)، والنسائي في السنن كتاب الطهارة، باب: غسل المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل (١/٤١، ٤٢)، وابن ماجه في الطهارة وسننها، باب: المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل (١/١٩٧)، حديث (٦٠٠)، وأبو عوانة (٢٩١/١)، والدارمي في باب المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل (١/١٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١/١٦٨)، والحميدي (١/١٤٣)، وابن خزيمة في صحيحه (١/١١٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (١/٢٨٤)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣/٢٧٦).

وإذا دهن^(١) رجله ثم توضأ وأمرّ الماء على رجله فلم يقبل^(٢) الماء لمكان
الدسومات^(٣) جاز الوضوء.

ومن هذا الجنس^(٤):

مسائل الاستنجاء أنه من تمام الوضوء، أو^(٥) ليس من [تمام]^(٦)، وأنه نوعان:
أحدهما: بالماء.

والثاني: بالأحجار والأمدار، وما يقوم مقامهما.

والأفضل إتباع الماء الأحجار^(٧)، وعدد الثلاث في الاستنجاء بالأحجار [ليس
بأمر لازم، والمعتبر هو الإنقاء فإن أنقاه واحدة^(٨) كفاه، وإن لم ينقه الثلاث زيد
عليه^(٩).

اتفق أصحابنا - رحمهم الله - أن من استنجى بالأحجار وأنقاه، له أن يصلي من
غير استعمال الماء.

(١) في ب، د: ادهن.

(٢) في د: يقبل.

(٣) الدسومة: دهن اللحم والشحم. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (دسم).

(٤) الجنس في اللغة: الضرب من كل شيء، والجمع أجناس، وهو أعم من النوع.
ينظر: مختار الصحاح، ص (٦٢)، مادة (ج ن س)، والمصباح المنير، ص (٧١)،
مادة (ج ن س).

والجنس عند الفقهاء والأصوليين عبارة عن كلي مقول على كثيرين مختلفين بالأغراض
دون الحقائق، كالإنسان فإن تحته رجلا وامرأة، والغرض من خلقه الرجل أن يكون إماما،
وشاهدا في الحدود والقصاص، وغير ذلك، والغرض من خلقه المرأة كونها آتية بالولد،
ومديرة لأمر البيت، وغير ذلك.

ينظر: كشف اصطلاحات الفنون (١/٢٢٤).

(٥) في أ: و.

(٦) سقط في أ.

(٧) الاستنجاء بالحجر ونحوه وحده، أو بالماء وحده واجب، عند الجمهور على التخيير، وسنة
مؤكدة عند الحنفية، والجمع بينهما أفضل.

ولكن يتعين الاستنجاء بالماء في المني، والحيض، والنفاس، وفي البول، والغائط إذا
انتشر انتشارا كثيرا.

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٢٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح
الكبير (١/١١١)، ونهاية المحتاج (١/١٢٩)، والمغني (١/١٥٩).

(٨) في ب: الواحدة.

(٩) في د: وليس بلازم.

واتفق المتأخرون على سقوط اعتبار ما بقي من النجاسة في حق العرق، حتى لو عرق وسال عرقه لا يمنع جواز الصلاة وإن صار أكثر من قدر الدرهم. ولم يرو عنهم^(١) فيما إذا جلس هذا المستنجي في ماء قليل هل يتنجس؟ وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: إن قيل: لا ينجس، فله وجه، وإن قيل: ينجس، فله وجه، وهو الصحيح.

وأما الاستنجاء بالماء؛ فمن المشايخ من لم يقدر في [عدد]^(٢) صببات الماء تقديرًا، وفوضه إلى رأي المستنجي، وقال: يغسل إلى أن يقع في قلبه أنه قد طهر. [وبعضهم قدره في الإحليل بالثلاث، وفي المقعد بالخمس]^(٣). وبعضهم قدره بالسبع.

[وبعضهم قدره بالتسع]^(٤)، وبعضهم قدره بالعشر. ثم الاستنجاء بالأحجار إنما يجوز إذا اقتضت النجاسة على موضع الحدث، فأما إذا تعدت موضعها بأن جاوزت الشرج، أجمعوا^(٥) على أن ما جاوز موضع الشرج من النجاسة إذا كانت أكثر من قدر الدرهم، أنه يفترض غسلها بالماء ولا يكفيها^(٦) الإزالة بالأحجار.

وكذلك إذا أصاب طرف الإحليل من البول أكثر من قدر الدرهم يجب غسله. وإن كان ما جاوز موضع الشرج أقل من قدر الدرهم، أو قدر الدرهم إلا أنه إذا ضم مع موضع الشرج كان أكثر من قدر الدرهم فأزالها بالأحجار^(٧) ولم يغسلها؛ فعلى قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رضي الله عنهما - يجوز ولا يكره، وعلى قول محمد: لا يجوز إلا أن يغسله بالماء، وهكذا روي عن أبي يوسف أيضًا^(٨).

(١) في أ، ب، ز: عنه.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ب، م.

(٤) سقط في أ، د.

(٥) في د: فأجمعوا.

(٦) في د: يكفيه.

(٧) في د: بالحجر.

(٨) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٣٣٨)، العناية شرح الهداية (١/٢١٥)، البحر الرائق (١/٢٥٥).

وإن كانت النجاسة على موضع الاستنجاء أكثر من قدر الدرهم [فاستنجى بثلاثة أحجار]^(١) وأنقاها ولم يغسلها بالماء، كان الفقيه أبو بكر - رحمه الله - يقول: لا يجزئه.

وعن ابن شجاع: أنه يجزئه^(٢)، وهكذا حكى عن الطحاوي، قال الفقيه في الفتاوى: وبه نأخذ. والله أعلم.



(١) في د: فاستجمر أحجارا.

(٢) في أ: يكفيه.

الفصل الخامس

في المريض إذا عجز عن الوضوء

في الفتاوى: مريض لا يمكنه التوضؤ^(١)، أو التيمم، وله جارية، كان عليها أن توضحه؛ لأنها مملوكته، وطاعة المالك واجبة إذا عري عن المعصية، وإن كان له امرأة، لا يجب عليها ذلك؛ لأن هذا ليس من حقوق النكاح، ولكن إن تبرعت بذلك فقد أحسنت؛ لأنها أعانتته على الطاعة.

وفيه أيضاً: رجل له عبد مريض لا يستطيع أن يتوضأ يجب على مولاه أن يوضئه، ولو كان له امرأة مريضة لا يجب عليه أن يوضئها.

وفي فتاوى ما وراء النهر: رجل شلت يده اليسرى ولم يجد من يصب الماء عليه عند الاستنجاء قال: لا يستنجي.

وإن قدر على الماء الجاري يستنجي بيمينه.

ولو شلت يده، قال: يمسح يديه على الأرض ووجهه على الحائط ويجزئه، ولا يدع الصلاة.

ذكر الحسن في الهارونيات^(٢): عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أن الرجل إذا كان مقطوع اليدين من المرفقين ومقطوع الرجلين من الكعبين يوضئ وجهه ويمس^(٣) أطراف الكعبين والمرفقين بالماء ولم يجزئه إلا ذلك، وهو قول أبي يوسف^(٤).

(١) في د: الوضوء.

(٢) هي من كتب محمد بن الحسن ولم تصل إلينا برواية الثقات ولذلك سميت بكتب غير ظاهر الرواية.

ينظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د/محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، القاهرة ط(٢)، ١٩٦١م، ص (١٤٨)، وتاريخ المذاهب الإسلامية، لأبي زهرة، دار الفكر العربي، ص(٣٨٦).

(٣) في أ: ويمسح.

(٤) الأصل، للشيباني (١/١٢٢)، المبسوط للسرخسي (١/١٢١)، البناية شرح الهداية (١/١٥١).

وفي الزيادات^(١): الرجل المقطوع إذا بقي منه شيء من موضع الوضوء يفترض غسله وإن كان أقل من ثلاثة أصابع.



(١) الزيادات: أحد الكتب التي ألفها الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله، وهو يشتمل على مسائل زائدة على الكتب السابقة التي ألفها الإمام محمد. وشَرَحَ الزيادات جماعة من العلماء منهم: الإمام قاضيخان، والإمام محمود الأوزجندي، والبزدوي، والحلواني. وسمي الكتاب بالزوائد؛ لأن الإمام محمدًا - رحمه الله - كان يختلف إلى أبي يوسف - رحمه الله - وكان يكتب من أماليه، فجرى على لسان أبي يوسف أن محمدًا يشق عليه تخريج هذه المسائل، فبلغه؛ ففرغ على كل مسألة بابًا وسماه: الزيادات، أي: زيادة على ما أملاه أبو يوسف، وبعض العلماء لا يعده من كتب ظاهر الرواية، ويعده من النوادر، والأكثرون يعدونه منها.

وزيادة الزيادات: هي لمحمد أيضًا، مقسمة على سبعة أبواب: الأول في طلاق الشئنة بالجعل وغيره، والثاني: في الطلاق والعتاق، والثالث: في الصحة والمرض، والرابع: في قسمة الكيل من الصنفين في الموارث، والخامس: في شراء الرجل ابنه بانه، والسادس: في الولد يكون بين الرجلين الكافرين، والسابع: في صلاة التطوع لمن يستقيم بإمام واحد. ينظر: كشف الظنون (٢/٩٦٢)، الفهرست، لابن النديم، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٨هـ (١/٢٨٧)، هدية العارفين (٦/٨).

ومما يتصل بهذا الفصل:

الممنوع عن الوضوء من جهة العباد.

سئل أبو بكر عمن قال لغيره: إن توضأت قتلتك، جاز له أن يتيمم ويصلي.
قال الفقيه: ولكن ينبغي له أن يعيد؛ لأن هذا منع [جاء]^(١) من جهة العباد فلا
يؤثر في سقوط فرض الوضوء؛ كمن حبس في السجن فصلى بالتيمم؛ فإنه يجزئه إذا
لم يجد الماء ولكن [يعيد الصلاة إذا خرج]^(٢).

قال: وكذلك كل منع وجد من جهة العباد، حتى قال في الفتاوى: أسير منعه
الكفار من الوضوء والصلاة يتيمم ويومئ، فإذا خرج، قال الفقيه: ينبغي أن يعيد
الصلاة.

* * *

(١) سقط في د.

(٢) في د: إذا خرج يعيد الصلاة.

الفصل السادس

في التيمم

قال محمد - رحمه الله - في الأصل في صفة التيمم^(١):

(١) التيمم: يطلق في اللغة على القصد، يقال: تيممت فلاناً، ويممته، وتأممته، وأممته أي: قصدته.

ينظر: لسان العرب (٤٩٦٦/٦)، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، للطاهر أحمد الزاوي، عيسى الحلبي، ط (٢)، ١٩٧٣م (٤/٦٩١)، المعجم الوسيط (٢/١٠٧٩).

واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: قصد الصعيد الطاهر، واستعماله بصفة مخصوصة؛ لإقامة القرية.

وعرفه الشافعية بأنه: إيصال تراب إلى الوجه واليدين، بشروط مخصوصة.

وعرفه المالكية بأنه: طهارة ترابية تشتمل على مسح الوجه واليدين بنية.

وعرفه الحنابلة بأنه: عبارة عن قصد شيء مخصوص على وجه مخصوص.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار (١/٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١٤٧)، فتح الوهاب، للشيخ زكريا الأنصاري (١/٢١)، مغني المحتاج (١/٨٧)، المبدع (١/٢٠٥).

وقد دل على مشروعية التيمم الكتاب، والسنة، والإجماع:

أولاً: الكتاب: قال تعالى: ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الماء أو لمستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن فيها الأمر بالتيمم في قوله تعالى: ﴿فتيمموا صعيدا طيبا﴾ وكل ما أمرنا الله به فهو مشروع؛ فيكون التيمم مشروعاً.

ثانياً: السنة: يدل لمشروعية التيمم من السنة أحاديث كثيرة، منها:

ما رواه جابر أن النبي ﷺ قال: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً».

وما روي عن حذيفة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «جعلت لنا الأرض كلها مسجداً، وجعلت تربتها لنا طهوراً إذا لم نجد الماء».

ووجه الدلالة من هذين الحديثين: أنه ﷺ قد نص فيهما على طهورية الأرض، والطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره؛ فدل ذلك على جواز استخدام التراب في الطهارة، وذلك يكون بالتيمم؛ فلزم من كون التراب طهوراً أن يكون التيمم مشروعاً.

وقد جعل التراب في الحديث الثاني بديلاً عن الماء؛ فدل ذلك على مشروعية التيمم؛ كالوضوء.

ثالثاً: الإجماع: أجمعت الأمة بأسرها على مشروعية التيمم عند عدم الماء، وقد نقل الإجماع على مشروعية التيمم غير واحد.

سبب مشروعية التيمم:

قال ابن القيم: وفي مسند الحسن بن سفيان: من حديث ابن أبي مليكة، عن ذكوان =

يضرب يديه على الأرض ضربة وينفضهما ويمسح بهما وجهه، ثم يضرب [ضربة]^(١) أخرى وينفضهما ويمسح بهما كفيه وذراعيه إلى المرفقين^(٢)، ولم يذكر

= قال: استأذن ابن عباس على عائشة، فقالت: لا حاجة لي بتزكيتي، فقال عبد الرحمن بن أبي بكر: يا أختاه، إن ابن عباس من صالح بنيك، جاء يعودك، قالت: فائذن له، فدخل عليها، فقال: يا أمه، أبشري فوالله ما بينك وبين أن تلقي محمدًا والأحبة إلا أن يفارق روحك جسديك، كنت أحب نساء النبي إليه، ولم يكن رسول الله يحب إلا طيبًا. قالت: وأيضًا قال: هلكت قلاذتك بالأبواء، فأصبح رسول الله يلتقطها، فلم يجدوا ماء، فأنزل الله - عزَّ وجلَّ -: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾، وكان ذلك بسببك وبركتك فأنزل الله تعالى لهذه الأمة من الرخص في التيمم.

ينظر: لسان العرب (٤٩٦٦/٦)، ترتيب القاموس (٦٨١/٤)، المعجم الوسيط (٢/١٠٧٩)، الاختيار لتعليل المختار (٢٠/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١٤٧)، مواهب الجليل (٣٢٥/١)، الفواكه الدواني (١٥٢/١)، فتح الوهاب (٢١/١)، المبدع (٢٠٥/١)، المغني، لابن قدامة (١٤٨/١)، الفروع (٢٠٩/١)، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٩٩٦م (٩٠/١)، كشاف القناع (١٦٠/١)، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (٣٠/١٣).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) اختلف الفقهاء في صفة التيمم، فذهب الحنفية والشافعية وأكثر العلماء إلى أن التيمم الواجب ضربتان: ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين. وذهب المالكية والحنابلة إلى أن التيمم الواجب: ضربة واحدة للوجه والكفين. والأكمل عندهم ضربتان وإلى المرفقين كمذهب جمهور العلماء.

وسبب اختلاف الفقهاء هو أن آية التيمم مجملة، والأحاديث الواردة في صفة التيمم متعارضة، فتمسك كل فريق بما يوافق مذهبه.

ينظر: المبسوط (١٠٦/١)، والعناية شرح الهداية (١٢٥/١)، والهداية وشروحها: فتح القدير (١٢٥/١)، والتجريد، لأحمد بن محمد القدوري، تحقيق: د. علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٨هـ (٢٠٢/١)، والمدونة (١٤٥/١)، ومواهب الجليل (٣٥٦/١)، والتاج والإكليل (٥٢٢/١)، والمنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ط (١)، ١٣٣٢هـ (١١٤/١)، وشرح الخرشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد الخرشي، المطبعة العامرة الشرفية، مصر، القاهرة، ط (١)، ١٣١٧هـ (١٩٤/١)، ومنح الجليل (١٥٤/١)، والأم (٦٥/١)، والمجموع (٢/٢٤٢)، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن بدر الدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت (٣٦١/١)، ومغني المحتاج (٢٦٤/١)، =

نصاً^(١) أنه يضرب [ظاهر كفيه على الأرض]^(٢) أو باطنهما، وأشار إلى أنه يضرب باطنهما، فإنه قال في الكتاب: لو ترك المسح على ظاهر كفيه لا يجوز، وإنما يكون تاركاً المسح على ظاهر كفيه إذا ضرب باطن كفيه على الأرض.

وعن أبي يوسف في الأمالي: قال: سألت أبا حنيفة - رضي الله عنهما - عن كيفية التيمم، قال: يضرب يديه على الصعيد^(٣) ثم يمسح وجهه، ثم أعاد كفيه جميعاً على الصعيد ثم أقبل بهما وأدبر ثم رفعهما ونفضهما ثم يمسح بكل كف الذراع الأخرى^(٤).

وتكلموا في قوله: أقبل بهما وأدبر.

بعضهم قالوا: يفعل هكذا حتى ينظر أن التراب هل التصق بيده حتى يزيله. والأصح: أنه يضرب باطن كفيه وظاهره على الأرض، وهذا نص رواية أخرى، بخلاف ما أشار إليه محمد - رحمه الله -^(٥).

= ونهاية المحتاج (٣٠٠/١)، والمغني، لابن قدامة (٣٢٠/١)، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن الإسني أبي محمد، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٠هـ (١٩/٢٨٢)، ونصب الراية لأحاديث الهداية، للحافظ جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، المكتبة الإسلامية، ط (٢)، ١٩٨٥م (١/٢٢٠).

(١) النص - لغة -: مأخوذ من قولهم: نصّ الشيء: رفعه، ونصّ الحديث إلى فلان: رفعه إليه، ونصّ كل شيء: منتهاه. والنص: صيغة الكلام الأصلية التي وردت عن المؤلف، وقيل: النص: ما لا يحتمل إلا معنى واحداً، أو لا يحتمل التأويل، ومنه قولهم: لا اجتهاد مع النص، وجمعه: نصوص، والمنصوص عليه: المبيّن المعين. ينظر: لسان العرب، مادة (نصص) (٦/٤٤٤١، ٤٤٤٢).

واصطلاحاً: هو ما يزداد بيانا بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة.

ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (١/١٢٤)، وأصول السرخسي (١/١٦٤)، وكشف الأسرار، للنسفي (١/٢٠٦)، وشرح نور الأنوار على المنار (١/٢٠٦)، وفتح الغفار بشرح المنار (١/١١٢)، وأصول الشاشي، لأبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ، ص (٤٨).

(٢) في أ، ب: على الأرض ظاهر كفيه.

(٣) الصعيد: في اللغة: التراب وقيل: هو وجه الأرض.

ينظر: لسان العرب (٣/٢٥٤)، ومختار الصحاح، ص (١٥٢).

(٤) المبسوط للسرخسي (١/١٠٧).

(٥) الأصل، للشيباني (١/١٠٢).

قال مشايخنا: الأحسن في مسح الذراعين^(١): أن يمسح بثلاثة أصابع يده اليسرى أصغرها^(٢) ظاهر يده اليمنى إلى المرفقين، ويمسح المرفق ثم يمسح باطنهما بالإبهام والمسبحة إلى رؤوس الأصابع، وهكذا يفعل باليد اليسرى.

ولو تيمم بجميع [الكف والأصابع]^(٣) من غير أن يراعي الكف والأصابع يجوز.

[قال المعلى في]^(٤) روايته: يمسح ذراعيه إلى الرسغ^(٥).

وفي صلاة الأصل: النفض في كل مرة يرفع يديه^(٦) من الأرض، مرة واحدة.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في صلاة الأثر: إذا رفع يديه من الأرض نفضهما نفضتين، فمسح بهما وجهه ولم يخلل - [يعني]^(٧): اللحية - وفي الوضوء يخلل اللحية استحساناً عنده^(٨).

ذكر الكرخي^(٩) في كتابه: أن استيعاب العضوين بالتيمم واجب في ظاهر الرواية

(١) في أ، ب: ذراعين.

(٢) في أ: أصغرها.

(٣) في أ، ب: الأصابع والكف.

(٤) في د: فعلى.

(٥) الرُّسْغُ مِنَ الْإِنْسَانِ: مَا بَيْنَ ظَهْرِ الْكَفِّ وَبَيْنَ مَفْصِلِ السَّاعِدِ. وَمِنَ الدَّوَابِّ: الْمَوْضِعُ الْمُسْتَدَقُّ الَّذِي يَبْنِي الْحَافِرُ وَمَفْصِلُ الْوَضِيفِ مِنَ الْبَيْدِ وَالرَّجْلِ. يُقَالُ فِيهِ: رُسْغٌ وَرُسْغٌ مِثْلُ عُشْرٍ وَعُشْرٍ بِالضَّمِّ وَالْإِسْكَانِ وَالسَّيْنِ وَالصَّادِ.

ينظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، محمد بن بطال الركني، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر، القاهرة (٧٦/١)، والعين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط(١)، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م (٣٧٢/٤)، والمحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج وآخرين، مصطفى البابي الحلبي، مصر (٢٥١/٥).

(٦) في د: يده.

(٧) سقط في أ.

(٨) بدائع الصنائع (٤٦/١).

(٩) زاد في د: عنده.

وهو: عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم، أبو الحسن الكرخي، نسبة إلى كرخ، قرية بنو احي العراق، ولد سنة ستين ومائتين، شيخ الشاشي والجصاص، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بعد أبي حازم عبد الحميد بن عبد العزيز وأبي سعيد البردعي، كان كثير الصلاة والصوم، صبوراً على الفقر والحاجة، من تصانيفه: الجامع الصغير، والجامع الكبير، والمختصر، أصيب بالفالج (الشلل) آخر عمره، توفي سنة أربعين وثلاثمائة من الهجرة.

عن الحنفية حتى لو ترك المُتيمم شيئاً قليلاً من مواضع التيمم لا يجزئه؛ لأن التيمم قائم مقام الوضوء، ولو ترك المتوضى شيئاً قليلاً من مواضع الوضوء لا يجزئه كذا ها هنا.

وعن محمد - رحمه الله - في النوادر: ما يؤيد ما ذكره الكرخي؛ فإنه قال: إذا لم يدخل الغبار بين أصابعه فعليه أن يخلل أصابعه، وفي هذه الحالة يحتاج إلى [ضربات ثلاث]^(١): ضربة للوجه، وضربة لليدين، وضربة للتخليل للأصابع^(٢). وعلى ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أنه يضرب بباطن كفيه وظاهرهما، يحتاج إلى أربع ضربات^(٣).

ومسألة «النوادر» دليل على أنه إذا كان في إصبعه خاتم ضيق أو^(٤) في يد المرأة سوار فلم [ينزع في]^(٥) حالة التيمم أنه لا يجوز.

وروى الحسن عن أصحابنا - رحمهم الله -: إذا ترك أقل من الربع يجزئه. وروى [عن]^(٦) محمد - رحمه الله - ما يخالف رواية الحسن، فقد روي عنه: أنه لو ترك المسح على ظاهر الكف لا يجزئه وظهر الكف أقل من الربع^(٧).

قال الفقيه أبو جعفر: ظاهر الرواية ما رواه الحسن: أن المتروك لو كان أقل من الربع^(٨) يجزئه، ويخرج مسألة ظهر الكف، أن الكف عضو على حدة، وظاهر^(٩) الكف لا يكون أقل من الربع، فعلى رواية الحسن يحتاج إلى الفرق بين التيمم وبين

= ينظر: تاريخ بغداد (٣٥٣/١٠)، طبقات الفقهاء، للشيرازي، ص (١٤٢)، الكامل في التاريخ، لابن الأثير، دار صادر، بيروت، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م (٨/٤٩٥)، معجم البلدان (٤/٢٥٦)، تذكرة الحفاظ (٣/٨٥٥)، لسان الميزان (٤/٩٨)، كشف الظنون (١/٥٦٣)، شذرات الذهب (٢/٣٥٨)، هدية العارفين (١/٦٤٦)، الجواهر المضية (٢/٤٩٣)، الفوائد البهية، ص (١٠٨).

- (١) في د: ثلاث ضربات.
- (٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣١)، مجمع الأنهر (١/٤٠).
- (٣) البناية شرح الهداية (١/٥٢٦).
- (٤) في ب: و.
- (٥) بياض في أ.
- (٦) سقط في د.
- (٧) البناية شرح الهداية (١/٥٢٦)، البحر الرائق (١/١٥٣).
- (٨) زاد في د: أنه.
- (٩) في د: فظاهر، وفي المحيط البرهاني: فظهر.

الوضوء .

والفرق: أن حكم^(١) الوضوء أغلظ من حكم التيمم، ولهذا شرع التيمم في عضوين والوضوء في [أربع]^(٢).

واختلف العلماء في وجوب التيمم في الذراعين.

قال الشافعي^(٣) رحمه الله في القديم^(٤): لا يجب، وهو قول مالك^(٥)،

(١) في أ، ب: الحكم في.

(٢) في د: الأعضاء الأربعة.

(٣) هو: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي. نسيب رسول الله ﷺ وناصر سنته، وإمام الأئمة، وحرر الأمة، وأحد الأئمة الأربعة المتبوعين، ولد بغزة سنة (١٥٠ هـ). اجتمعت فيه من العلوم بالكتاب والسنة، وكلام الصحابة، واختلاف العلماء، وكلام العرب، والشعر ما لم يجتمع لغيره. قال الإمام أحمد: كان الشافعي كالشمس للدين، وكالعافية للبدن، هل لهذين من خلف أو عنهما عوض؟ وقد أفردت لمناقبه مصنفات مستقلة. أخذ العلم عن كثيرين منهم الإمام مالك، وأخذ عنه كثيرون. ومن مصنفاته: الأم، والرسالة، وأحكام القرآن، واختلاف الحديث، وإبطال الاستحسان. توفي بمصر سنة (٢٠٤ هـ).

ينظر: حلية الأولياء، للإمام الحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، دار الريان للتراث، القاهرة مصر، ط (٥)، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م (٦٣/٩)، وتاريخ الإسلام (١٠٧/٦)، وتهذيب الأسماء واللغات (٦٧/١)، وطبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط (٢)، ١٤١٣ هـ (١٢٩/١)، وتذكرة الحافظ (١/٣٦١)، وتهذيب التهذيب (٢٠/٥).

(٤) القديم: «ما قاله الإمام الشافعي بالعراق تصنيفاً، وهو الحجة أو أفتي به. ورواه جماعة أشهرهم الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني والكرائسي وأبو ثور. وقد رجع الشافعي عنه وقال: «لا أجعل في حل من رواه عني». وقال الإمام أحمد: «لا يحل عد القديم من المذهب»، وقال الماوردي في أثناء كتاب الصداق: «غير الشافعي جميع كتبه القديمة في الجديد إلا الصداق فإنه ضرب علي مواضع منه وزاد مواضع»، وأما ما وجد بين مصر والعراق فالمتأخر جديد والمتقدم قديم»، هذا نص الشرييني في بيان معنى القديم. ينظر: مغني المحتاج (١٣/١).

(٥) هو: إمام الأئمة أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني. إمام دار الهجرة، ولد سنة (٩٥ هـ)، وأحد الأئمة الأربعة المتبوعين، قال عنه الإمام الشافعي: إذا ذكر العلماء فمالك النجم، وقال أيضاً: مالك حجة الله تعالى على خلقه بعد التابعين. ومناقبه كثيرة جداً قد أفردت لها مصنفات مستقلة. أخذ عن: نافع، والزهري، وربيعة. وأخذ عنه كثيرون، كالأوزاعي والثوري وشعبة وابن المبارك والشافعي. ومن مصنفاته: الموطأ. توفي سنة (١٧٩ هـ).

والأوزاعي^(١).

يعفى^(٢) في التيمم القليل، إظهارًا لخفته، وقدر الكبير بالربع.

وكان الصدر^(٣) الشهيد يفتي بأن الاستيعاب شرط، وكان يفتي بعدم الجواز في مسألة الخاتم والسوار، وكان يفتي - أيضًا - بعدم الجواز فيما إذا لم يمسح تحت الحاجبين [و]^(٤) فوق العينين.

وإذا كان عامة بدن الجنب جريحًا وشيء منه صحيح، أو كان عامة أعضاء المحدث^(٥) جريحًا وشيء منه صحيحًا، فإنه يتيّم، ولا يستعمل الماء فيما كان صحيحًا، وإن كان على العكس فإنه يغسل الصحيح ويمسح على الجراحة؛ [وهذا]^(٦) لأنه اجتمع ما يوجب الغسل وما يوجب التيمم فلا وجه إلى الجمع؛ لأنه يؤدي إلى الجمع بين الأصل والبدل فصرنا^(٧) إلى الترجيح^(٨) ورجحنا بالكثرة، وإن

= ينظر: طبقات الفقهاء، للشيرازي، ص (٥٣)، والديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت (٨٢/١)، وتاريخ الإسلام (١٧٣/٥)، وتذكرة الحفاظ (٢٠٧/١)، وتهذيب التهذيب (٣٥٠/٥)، ووفيات الأعيان (١٣٥/٤)، وشذرات الذهب (٢٨٩/١).

(١) في أ: الأزاعي، وهو تصحيف، والأوزاعي هو: عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو، أبو عمرو الفقيه، ولد سنة ثمان وثمانين، روى عن: إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة، وشداد ابن عمار، وروى عنه: مالك، وشعبة، والثوري، وابن المبارك، وقال ابن مهدي: ما كان بالشام أعلم بالسنة منه، وقال ابن عيينة: كان إمام أهل زمانه، وكان ثقة، مأمونًا، صدوقًا، فاضلاً، خيرًا، كثير الحديث والعلم والفقه، وكان مكتبه باليمامة، ومات ببيروت سنة سبع وخمسين ومائة.

ينظر: سير أعلام النبلاء (١٠٧/٧)، طبقات الحفاظ، للسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص (٨٥)، مشاهير علماء الأمصار، لابن حبان البستي، مطبعة لجنة التأليف والنشر بالقاهرة، ص (١٨٠).

(٢) في أ: معفى.

(٣) في أ: الصدر.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: الحدث.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: فضرًا.

(٨) الترجيح لغة: التمييز والتغليب، يقال: رجح الشيء يرجح، ورجح رجوحًا من باب قعد قعودًا، والاسم الرجحان، ويستعمل متعديًا، فيقال: رجحته، ورجح الميزان يرجح، ويرجح إذا ثقلت كفته بالموزون.

استويا فلا رواية، في هذا الفصل من مشايخنا؛ من قال: يتيمم ولا يستعمل الماء. ومنهم من قال: يغسل ما كان صحيحًا ويمسح على الباقي^(١) إذا كان المسح لا يضره ثم اختلف المشايخ في حد الكثرة. فمنهم من اعتبر الكثرة في عدد الأعضاء لا الكثرة في نفس العضو. بيانه: أنه إذا كان برأس المحدث ووجهه ويديه^(٢) جراحة والرجل صحيح؛ فإنه يتيمم؛ سواء كان الأكثر من الأعضاء المجروحة جريحة أو أقل. ومنهم من اعتبر الكثرة في نفس العضو، فقال: إن كان الأكثر من كل عضو من أعضاء الوضوء جريحًا كان كثيرًا فيجزئه التيمم وما لا فلا. سئل الشيخ الإمام السعدي: عن رجل ضرب [يديه^(٣) على^(٤)] الأرض للتيمم ورفعها فقبل أن يمسح بهما وجهه وذراعيه أحدث بضرط أو ريح أو نحوهما^(٥) ثم يمسح بهما وجهه، هل يجوز ذلك التيمم؟ قال: وقعت هذه المسألة أيام أستاذنا، قال^(٦) القاضي الإمام المنتسب إلى أسبيجان^(٧): يجوز التيمم، بمنزلة من ملأ كفيه ماء فأحدث ثم استعمله في بعض أعضاء الوضوء أليس أنه يصح ذلك؟ كذا هاهنا. وقال السيد الإمام الأجل أبو شجاع^(٨) - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأن الضربة من

= ينظر: المصباح المنير، ص (٨٣).

وفي الاصطلاح: عرفه الأمدى بأنه: عبارة عن اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما مما يوجب العمل به وإهمال الآخر. وعرفه البيضاوي بأنه: تقوية أحد الأمارتين على الأخرى ليعمل بها.

ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للأمدى (٣٥٧/٤)، منهاج الوصول في معرفة علم الأصول، ناصر الدين البيضاوي، طبعة المكتبة المحمودية، مصر، وعليه نهاية السؤل (٣/١٥٥).

(١) في أ، ب: ما كان جريحًا.

(٢) في أ: بدنه.

(٣) في ب: يده.

(٤) في د: يده.

(٥) في أ، ب: نحو ذلك.

(٦) في د: فقال.

(٧) في م: أسبيجان.

(٨) قال أبو الوفاء في الجواهر المضية: أبو شجاع ذكره الخاصي في مسألة: إذا شرع في الصلاة =

التيتم^(١)، قال ﷺ: «[التِيْمَمُ]»^(٢) ضَرْبَتَانِ: ضَرْبَةٌ لِلْوَجْهِ، وَضَرْبَةٌ لِلْيَدَيْنِ^(٣)»^(٤).
فقد أتى ببعض التيمم ثم أحدث فينقضه، كما ينقض الكل إذا حصل بعد الكل،

= على رسول الله ﷺ بعد الفراغ من التشهد ناسياً، ثم تذكر فقام إلى الثالثة، قال السيد الإمام أبو شجاع والقاضي الماتريدي: عليه سجود السهو كما هو جواب مشايخنا، غير أن السيد الإمام قال: إذا قال: اللهم صل على محمد وجب السجود. وقال القاضي الماتريدي: لا يجب ما لم يقل مع ذلك وعلى آل محمد. وأبو شجاع هذا والقاضي الماتريدي كانا في زمن الإمام علي السغدني، ومات السغدني سنة ٤٦١ هـ.
ينظر: الجواهر المضية (٢/٢٥٤، ٢٥٥)، وحاشية الشلبي على تبين الحقائق، شهاب الدين أحمد الشلبي، وهو مطبوع بهامش تبين الحقائق المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط (١)، ١٣١٥ هـ (١/١٩٣).

(١) في أ: السمر.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: للبدن.

(٤) أخرجه الدارقطني (١/١٨٠) كتاب الطهارة، باب: التيمم، الحديث (١٦)، والحاكم (١/١٧٩) كتاب الطهارة، والطبراني (١٢/٣٦٧) من حديث علي بن زبير، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر به. وقال الحاكم: (لا أعلم أحدا أسنده عن عبيد الله غير علي ابن زبير، وهو صدوق) وتعقبه الذهبي فقال: (بل واه. قال ابن معين: ليس بشيء، وقال النسائي: ليس بثقة).

وذكره الهيثمي في المجمع (١/٢٦٧) وقال: رواه الطبراني في «الكبير» وفيه علي بن زبير ضعفه يحيى بن معين فقال: كذاب خبيث، وجماعة، وقال أبو علي النيسابوري: لا بأس به.

وقال أبو حاتم: متروك، وقال ابن حبان: سقط الاحتجاج بأخباره.

ينظر: الجرح والتعديل (٦/١٩١)، والمجروحين، لابن حبان، دار الوعي، حلب، ط (١) (٢/١٠٥).

وأخرجه البيهقي (١/٢٠٧) كتاب الطهارة، باب: كيف التيمم من جهة القطن وهشيم، عن عبيد الله بن عمر موقوفاً ثم قال: (رواه علي بن زبير فرفعه وهو خطأ، والصواب بهذا اللفظ عن ابن عمر موقوفاً)، وللحديث طريق آخر عن ابن عمر.

وأخرجه الدارقطني (١/١٨١) كتاب الطهارة، باب: التيمم، الحديث (٢١)، والحاكم (١/١٧٩، ١٨٠) كتاب الطهارة، كلاهما من طريق سليمان بن أبي داود الحراني، عن سالم ونافع، عن ابن عمر، مرفوعاً.

وقال الحاكم: (سليمان بن أبي داود لم يخرجاه، وإنما ذكرناه في الشواهد). وفي العلل (١/٥٤).

قال أبو زرعة: هذا حديث باطل وسليمان ضعيف الحديث. قال الذهبي في المغني (١/٢٧٩): ضعفه غير واحد.

بمنزلة الوضوء إذا حصل [الحدث]^(١) في خلاله^(٢) ينقض ما وجد؛ كما إذا حصل بعد تمامه ينقض الكل.

وفي الفتاوى: لو تيمم الجنب لصلاة الجنابة، أو لسجدة التلاوة؛ جاز أداء المكتوبة بذلك التيمم.

ولو تيمم لقراءة القرآن، أو لمس المصحف، أو لدخول المسجد لا يجوز له أن يصلي بذلك التيمم.

قوله: «أو لسجدة التلاوة» دليل على أن التيمم لسجدة التلاوة جائز. وفي القدوري: أن التيمم لسجدة التلاوة لا يجوز^(٣).

وفي صلاة المستغني: لو تيمم لسجدة الشكر على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رضي الله عنهما -: لا يصلي المكتوبة بذلك التيمم^(٤).

وعند محمد: يصلي بناء على أن سجدة الشكر قرينة عنده^(٥) خلافاً لهما^(٦). وفي العيون: رجل يرى الوتر ركعة، أو التيمم إلى الرسغ ثم يرى^(٧) الوتر ثلاثاً، والتيمم إلى المرفقين، لا يعيد ما صلى، وإن فعل ذلك من غير أن يسأل أحداً، ثم سأل فأمر بثلاث يعيد ما صلى؛ لأنه في الأول مجتهد وفي الثاني لا.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: المسافر إذا وجد ماء موضوعاً في الجب وغيره جاز له أن يتيمم؛ لأنه موضوع للشرب عادة، والموضوع للشرب لا يتوضأ به، فلم يقدر على ماء يجوز له التوضؤ به فيجوز له التيمم^(٨).

قال: إلا إذا كان الماء كثيراً فيستدل حينئذ على أنه موضوع^(٩) للشرب والوضوء به، فحينئذ لا يجوز [له]^(١٠) التيمم؛ لأنه^(١١) قدر [على]^(١٢) ماء يجوز التوضؤ به.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: حالة.

(٣) البناية شرح الهداية (١/٥٢٠).

(٤) السابق، البحر الرائق (١/١٥٨).

(٥) في أ، ب: عند محمد رحمه الله.

(٦) البناية شرح الهداية (١/٥٢٠)، البحر الرائق (١/١٥٨).

(٧) في د: رأي.

(٨) بدائع الصنائع (١/٥٧).

(٩) في د: وضع.

(١٠) سقط في أ.

وهذا بخلاف [ما لو وضع] ^(١) للتوضؤ، فإنه يجوز أن يشرب منه. وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول: الماء الموضوع يشرب الناس منه، إذا توضأ به رجل حل ^(٢) له ذلك ولو كان وضع ليتوضأ الناس به لا يحل له ^(٣) أن يشرب منه.

فعلى قياس قوله: إذا وجد ماء وضع ليشرب الناس منه لا يجوز له التيمم. وفي الفتاوى ^(٤): المريض إذا أقعده المرض ^(٥) بحيث لا يستطيع الحركة، إن كان له خادم، أو عنده من المال ما يستأجر ^(٦) به أجيرًا، أو ^(٧) بحضرتة من المسلمين لو استعان به على الوضوء أعانه، وهو بحال لو وضأه لا يدخله ضرر ^(٨) لا يجوز له

(١١) في ب: إلا به.

(١٢) سقط في أ.

(١) في د: الموضوع.

(٢) في أ: هل.

(٣) في د: لأحد.

(٤) في م: فتاوى.

(٥) المرض لغة: السقم، نقيض الصحة، يكون للإنسان والحيوان. والمرض: حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل. قال ابن الأعرابي: أصل المرض: النقصان، وهو بدن مريض: ناقص القوة، وقلب مريض: ناقص الدين. قال ابن عرفة: المرض في البدن: فتور الأعضاء، وفي القلب: فتور عن الحق. والمرض: الكذب والخداع، بمعنى: العناد وتبرير ما يأتون من الفساد، والتبجح حين يأمنون أن يؤاخذوا بما يعملون. والمرض: السفه والادعاء، بمعنى: التناول والتعالي على عامة الناس ليكسبوا مقاما زائفا في أعين الناس. والمرض: اللؤم والمكر السيئ والبراعة فيه.

ينظر: لسان العرب، مادة (مرض).

وفي الاصطلاح الفقهي: المرض: هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص. قال الملاحيون في شرحه على المنار: المرض هو حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة. وفي الكشف للبخاري: المرض: هو حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعي. وقيل أيضا: هيئة للحيوان يزول بها اعتدال الطبيعة. وفي كتب الطب: المرض هو: هيئة غير طبيعية في بدن الإنسان يجب عنها بالذات آفة في الفعل.

ينظر: مرآة الأصول (٤٤٦/٢)، التلويح على التوضيح (٤٨٩/٢، ٤٩٠)، كشف الأسرار، للبخاري (٤٢٦/٢)، كشف الأسرار، للنسفي (٥٠٣/٢).

(٦) في ب: فاستأجر.

(٧) في أ: أن.

(٨) الضرر لغة: ضد النفع وبابه رد، وضارّه - بالتشديد - بمعنى ضره، والاسم الضرر، والمضرة

التيمم .

وقيل عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يجوز له التيمم .
قال الفضلي^(١): وهو الصحيح من مذهبه، فإن من أصله: ألا يعتبر المكلف قادرًا بقدرة غيره حتى [قال]^(٢) لا تجب الجمعة على الأعمى^(٣) وإن وجد قائدًا^(٤) يقوده .

وعن هذا قلنا: إن على قوله: المريض إذا كان في مكان نجس ولا يمكنه التحول، وهناك من يحوله، فصلى في ذلك المكان يجوز .
وقلنا المريض^(٥): إذا كان لا يمكنه التوجه إلى القبلة وعنده من يوجهه فصلى إلى غير القبلة يجوز عنده .

وإذا تيمم بالملح إذا^(٦) كان مائعا؛ لم يجز، وكذلك السبخة^(٧) إن^(٨) كانت مائية

= خلاف المنفعة . فالضرر في المفهوم اللغوي عبارة عن كل أذى أو مكروه يلحقه الشخص بغيره .

ينظر: مختار الصحاح، مادة (ضرر)، ص (١٨٣)، المعجم الوجيز، ص (٣٧٩) .
وعرف الفقهاء الضرر بأنه عبارة عن (إلحاق مفسدة بالغير مطلقًا) ويقصدون به كل أذى يصيب الإنسان في بدنه أو ماله .

ينظر: فتح المبين لشرح الأربعين، أحمد بن حجر الهيتمي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، ص (٢٣٧)، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د/ سليمان محمد أحمد، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، مكتبة المجلد العربي، ط (١)، ١٩٨٥م، ص (٢١٩، ٢٢٠) .

(١) في أ، ز: الفضل .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في د: الأعلى .

(٤) في د: قائمًا .

(٥) في أ، ب: أيضًا .

(٦) في ب، د: إن .

(٧) السبخة في اللغة: أي أرض ذات نز وملح، أو المكان الذي يظهر فيه الملح وتسوخ فيه الأقدام .

ينظر: المعجم الوجيز، ص (٣٠٠)، أساس البلاغة، للزمخشري، تحقيق: عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٨٢م، ص (٢٨٢) .

واصطلاحًا: هي أرض ذات ملح ورشح ملازم، أو هي الأرض المالحة التي لا نبت فيها .

ينظر: كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأبي الحسن علي بن محمد

لا يجوز التيمم بها.

وإن كان الملح جليئاً، والسبخة أرضية؛ جاز التيمم بهما عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - بناء على أن عند أبي يوسف - رحمه الله - لا يجوز إلا بالتراب والرمل في رواية^(١).

وفي رواية لا يجوز إلا بالتراب^(٢).

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: المسافر الذي لا يجد الماء ينتظر إلى آخر الوقت، وإذا خاف فوت الوقت تيمم^(٣).

وفي القدوري: [و]^(٤) يؤخر المسافر الصلاة إلى آخر الوقت إذا كان [على]^(٥) طمع من وجود الماء^(٦).

ومعناه: إذا كان يرجو وجود الماء، وهو الصحيح، حتى إذا كان لا يرجو وجود الماء لا يؤخر الصلاة عن الوقت [المستحب]^(٧) إذ لا فائدة في التأخير.

قال القدوري: وهو^(٨) استحباب وليس بحتم^(٩).

وروي عن أبي حنيفة، وأبي يوسف - رضي الله عنهما - أنه حتم، وهذا إذا كان الماء بعيداً؛ فأما إذا كان [الماء]^(١٠) قريباً لا يتيمم، فإذا^(١١) خاف خروج الوقت،

= ابن محمد المنوفي المالكي، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، بدون تاريخ (١/٦٥).

(٨) في د: إذا.

(١) المبسوط للسرخسي (١/١٠٨)، تحفة الفقهاء (١/٤١)، بدائع الصنائع (١/٥٣)، الهداية شرح بداية المبتدي (١/٢٨)، العناية شرح الهداية (١/١٢٨)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٢٣)، البناية شرح الهداية (١/٥٣٢)، مجمع الأنهر (١/٣٩).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) بدائع الصنائع (١/٥٥)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٢٥)، اللباب في شرح الكتاب (١/٣٣).

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) بدائع الصنائع (١/٥٤)، البحر الرائق (١/١٦٣).

(٧) سقط في أ.

(٨) في ب: هذا.

(٩) بدائع الصنائع (١/٥٤)، البحر الرائق (١/١٦٣).

(١٠) سقط في د.

(١١) في ب: فإن، وفي د: وإن.

قال الفقيه أبو جعفر في غريب^(١) الرواية: أجمع أصحابنا [الثلاثة]^(٢) - رحمهم الله - على هذا^(٣).

وعن محمد - رحمه الله - في حد القريب: أنه إذا كان بينه وبين الماء دون ميل، قريب، ولا يجزئه التيمم، وإن كان أكثر من ذلك فهو بعيد^(٤)، والميل^(٥) ثلث فرسخ^(٦).

وقال الحسن^(٧) بن زياد - رحمه الله -: الميل إنما يكون بعيداً إذا كان على يمينه أو على يساره أو خلفه، حتى يصير ميلين^(٨) ذهاباً ومجيئاً، فأما إذا كان قدامه فتعتبر ميلين.

وفسر ابن شجاع الميل بثلاثة آلاف ذراع [وخمسمائة ذراع]^(٩) إلى أربعة آلاف ذراع.

وفسر الغلوة^(١٠) بثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة ذراع.

وعن أبي يوسف: أن الماء إذا كان بحيث لو ذهب إليه وتوضأ تذهب القافلة^(١١)

(١) في د: غرائب.

(٢) سقط في د.

(٣) بدائع الصنائع (٤٧/١)، البناية شرح الهداية (٥٥١/١).

(٤) المسبوط، للسرخسي (١١٤/١)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٢٤).

(٥) الميل يساوي ثلث فرسخ أي أن الفرسخ فيه ثلاثة أميال، وبالأمتار يساوي (١٦٠٩) متراً. معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعة جي، د. حامد صادق قنبي، ط دار النفائس، بيروت، ط (٢)، ص (٤٥١)، المعجم الوجيز، ص (٥٩٧).

(٦) الفرسخ: مقياس قديم من مقياس الطول يقدر بثلاثة أمثال، والميل: مقياس للطول وهو بري وبحري فالبري يقدر الآن بما يساوي ١٦٠٩ من الأمتار، والبحري بما يساوي ١٨٥٢ من الأمتار. ينظر: المعجم الوجيز، ص (٧٦٧).

(٧) في م: حسن.

(٨) في د: مثلين.

(٩) سقط في د.

(١٠) في ب: الغدوة. والغلوة: مقدار رمية سهم، وتقدر بثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة.

ينظر: المعجم الوسيط (٦٦٠/١).

(١١) القافلة هي: الرفقة الراجعة من السفر، وتسمى أيضاً الرفقة المبتدئة بالسفر قافلة تفاؤلاً لها بالرجوع. ينظر: لسان العرب (٢٦١/١١).

وتغيب عن بصره فهو بعيد، ويجوز له التيمم وهذا أحسن جدًا^(١).
وإن خرج من مصره وليس بمسافر ولم يجد ماء وكان نائيًا من المصر جاز له التيمم.

وتكلموا في تقدير النائي، بعضهم قدره بالميل.
وبعضهم بالفرسخ.

وبعضهم بما لو خرج مسافرًا وبلغ ذلك الموضع قصر الصلاة.
وبعضهم: قدره بما إذا^(٢) كان [بحيث]^(٣) لا يسمع أذان البلدة فيه.
وبعضهم قدره بما إذا^(٤) كان [بحيث لا يسمع]^(٥) أصوات الناس^(٦).
وبعضهم قدره: بما إذا^(٧) كان بحيث لو نودي^(٨) من أقصى المصر لا يسمع^(٩).
ومن الناس من قال: لا يجوز التيمم لمن خرج [من]^(١٠) المصر إلا إذا قصد سفرًا صحيحًا^(١١).

ولو أصابه غبار فنوى به التيمم حالة الإصابة، و^(١٢) مسح به وجهه وذراعيه والغبار [عليه]^(١٣)؛ أجزاءه في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ذكره في إملاء أبي يوسف رواية ابن سماعة - رحمهما الله -^(١٤).

(١) في أ، ب: حد، وينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢١/١)، البناء شرح الهداية (٥١٥/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣١/١)، البحر الرائق (١٤٧/١)، اللباب في شرح الكتاب (٣٠/١).

(٢) في د: لو.

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: لو.

(٥) سقط في أ.

(٦) البناء شرح الهداية (٥١٦/١).

(٧) في د: لو.

(٨) في أ: نوى.

(٩) البناء شرح الهداية (٥١٦/١).

(١٠) سقط في د.

(١١) البناء شرح الهداية (٥١١/١).

(١٢) في د: أو.

(١٣) سقط في أ، ب.

(١٤) البناء شرح الهداية (٥٣٦/١).

وفي صلاة الأصل: لو أصاب وجهه وذراعيه غبار، لم يجزئه^(١) من التيمم. قال أصحابنا: تأويله أنه لم يمسح وجهه وذراعيه، [فأما إذا]^(٢) مسح جاز، وقد نص على هذا التأويل في كتاب الصلاة لمعلّى فقال: لو كنس دارًا، أو هدم حائطًا [أو كال حنطة]^(٣) فأصاب وجهه وذراعيه [غبار]^(٤)؛ لم يجزئه^(٥) ذلك عن^(٦) التيمم حتى يمر بيده عليه.

ثلاثة نفر في السفر^(٧) جنب، وحائض طهرت من الحيض، وميت، ومعهم من

(١) في د: يجزئ.

(٢) في د: فإذا.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ، ب: يجزه.

(٦) في ب: من.

(٧) السفر لغة: قطع المسافة، ويقال ذلك إذا خرج للارتحال أو لقصد موضع فوق مسافة العدوي (والعدوي: طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك) لأن العرب لا يسمون مسافة العدوي سفرا. قال الفيومي: وقال بعض المصنفين: أقل السفر يوم، والجمع: أسفار، ورجل مسافر، وقوم سفر وأسفار وسفار. وأصل المادة الكشف، وسمي السفر سفرا لأنه يسفر عن وجوه المسافرين وأخلاقهم، ينظر ما كان خافيا. وقيل: السفر: هو الخروج المديد. ومن لفظ السفر: اشتقت السفرة، لطعام السفر. ينظر: المصباح المنير، مادة (سفر-عدو)، ص (١٠٦).

وفي الاصطلاح: السفر: هو الخروج على قصد قطع مسافة القصر الشرعية فما فوقها. وفي مرآة الأصول: السفر هو خروج من عمرانات الوطن بقصد سير ثلاثة أيام ولياليها فما فوقها سيرا وسطا. وقال البخاري في الكشف: السفر هو الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام وما فوقها سير الإبل ومشى الأقدام. والسفر: الذي تتغير به الأحكام: أن يقصد الإنسان موضعا بينه وبين ذلك الموضع مسيرة ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشى الأقدام، ولا يعتبر ذلك بالسير في الماء. والمراد بالتحديد لا أنه يسير بالفعل حتى لو كانت المسافة ثلاثا بالسير المتوسط فقطعها في يومين أو أقل قصر.

ينظر: مرآة الأصول (٤٥٩/٢)، كشف الأسرار للبخاري (٤/٥٢٤)، كشف الأسرار للنسفي (٥٦٢/٢)، التوضيح مع شرحه التلويح على التوضيح (٥٤١/٢)، شرح المنار، لابن ملك، ص (٣٦٧)، فواتح الرحموت (١/١١٣)، تحرير التنبيه، ص (٩١)، اللباب في شرح الكتاب (١/١٠٥)، التوقيف علي مهمات التعاريف، لمحمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: د/محمد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٠هـ، ص (٤٠٦)، التعريفات، ص (١٠٥).

الماء قدر ما يكفي لأحدهم، إن كان الماء لأحدهم فهو أحق به، وإن كان الماء لهم لا ينبغي لأحدهم أن يغتسل؛ لأن للميت نصيباً وإن كان الماء مباحاً فالجنب أحق به وتيمم المرأة؛ لأن غسل الجنب فريضة ويمكنه الإمامة، وغسل الميت ليس بفريضة فيتمّ الميت، ويصلي الرجل، وتقتدي^(١) به المرأة بالتيمم، ولو كان مكان الحائض مُحدّثاً يصرف [الماء]^(٢) إلى الجنب؛ لأن [في]^(٣) كون التيمم مُزيلاً للجنبابة خلافاً، فإن عمر^(٤)، وابن مسعود^(٥) - رضي الله عنهما - لا يريان التيمم للجنب، فكان الصرف إلى الجنبابة أولى.

وفي طهارات الواقعات: جنب مسلم، وميت مسلم ووجد [من]^(٦) الماء [ما]^(٧)

(١) في أ: تفتدي.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) هو: عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح، أمير المؤمنين، روى عن: النبي ﷺ، وعن أبي بكر، وأبي بن كعب - رضي الله عنهما - وخلق كثير، وروى عنه: أولاده: عبد الله، وعاصم، وحفصة، وخلق كثير، ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، قال ابن عبد البر: كان إسلامه عزّاً ظهر به الإسلام؛ بدعوة النبي ﷺ، وشهد بدرّاً والمشاهد كلها، وولي الخلافة بعد أبي بكر، ومناقبه وفضائله كثيرة جداً مشهورة، وقتل يوم الأربعاء لأربع بقين من ذي الحجة - وقيل: لثلاث - سنة ثلاث وعشرين، وهو ابن ثلاث وستين سنة.

ينظر: تقريب التهذيب (٥٤/٢)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢٦٨/٢)، الكاشف، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي الدمشقي، مطبعة دار التأليف، مصر، ص (٣٠٩).

(٥) هو: عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ بن فار بن مخزوم الهذلي، أبو عبد الرحمن، من أكابر الصحابة ومن أقربهم إلى رسول الله ﷺ، وهو من السابقين إلى الإسلام، كان خادماً للنبي ﷺ وصاحب سره، كان له أصحاب سادة، منهم: علقمة والأسود ومسروق وعبيدة السلماني وأبو وائل وطارق بن شهاب وزر بن حبيش وأبو عمرو الشيباني وأبو الأحوص وزيد بن وهب، وخلق سواهم. ولي بيت المال بالكوفة ثم قدم المدينة في خلافة عثمان رضي الله عنه فتوفي بها سنة ٣٢، ودفن بالقيع.

ينظر: حلية الأولياء (١٢٤/١)، الإصابة (١٢٩/٤)، الاستيعاب لابن عبد البر، تحقيق: علي محمد معوض، وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (٣٧٠/٢)، الطبقات الكبرى، لابن سعد، دار صادر، بيروت، ط (١)، ١٩٩٨م (١٥٠/٣)، طبقات الفقهاء، للشيرازي، ص (١١)، غاية النهاية في طبقات القراء، لابن الجزري، مكتبة المتنبي، القاهرة (٤٥٨/١)، تاريخ الإسلام (١٠٠/٢).

(٦) سقط في أ.

يكفي لأحد الأمرين، يغتسل الجنب وييمم الميت؛ لأن الغسل من الجنابة ثبتت فرضيته بالكتاب، وغسل الميت ثبت بالسنة فكان دونه.

ويجوز التيمم لصلاة الجنائز إذا كان مقتدياً وهو يخاف الفوت؛ فإن كان إماماً، أو كان حق الصلاة له؛ جاز التيمم له أيضاً، هكذا ذكر في النوادر.

وعن^(١) أبي حنيفة - رضي الله عنه - برواية الحسن: أنه لا يجوز له التيمم؛ لأنه لا يخشى الفوات؛ لأن الناس ينتظرونه ولو لم ينتظروه أجزاءه.

قال شمس الأئمة - رحمه الله -: الصحيح هذا، أما في ظاهر الرواية [فيجوز له]^(٢) التيمم.



(٧) سقط في د.

(١) في أ، ب: عن.

(٢) في د: فيجزئه.

الفصل السابع

في المسح على الخفين

قال محمد - رحمه الله - في الأصل : إذا لبس الجرموقين^(١) فوق الخفين فهذا^(٢) على وجهين ، [إن كان]^(٣) الجرموقان من الكرباس^(٤) ، أو ما يشبه الكرباس ، أو كانا من الأديم^(٥) أو ما يشبه الأديم^(٦) .

فإن كانا من كرباس ، أو ما يشبه الكرباس ؛ فإنه لا يجوز المسح عليهما إلا أن يكونا رقيقين بحيث يصل^(٧) البلل إلى ما تحتهما^(٨) ؛ لأن الجرموق إذا كان من الكرباس^(٩) أو ما يشبهه لا يمكن قطع السفر وتتابع المشي به ، فلا يجوز المسح عليهما كما لو لبسهما على الانفراد^(١٠) .

وإن كان الجرموقان من أديم^(١١) ، أو ما يشبهه ، أجمعوا على أنه إذا لبس الجرموقين بعد ما أحدث ، قبل أن يمسخ على الخفين ، أو بعد ما أحدث ومسح على الخفين أنه لا يجوز المسح على الجرموقين .

(١) الجرموق : خف غليظ لا ساق له ، يلبس فوق الخف ، وهو لفظ معرب .
ينظر : المصباح المنير ، مادة (جرم) ، ص (٣٨) ، ومختار الصحاح ، مادة (ج ق) ، ص (١٠٦) ، تصحيح التنبيه ، للإمام أبي زكريا النووي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ط (١) ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ، ص (١٢) .

(٢) في أ : فهنا .

(٣) في د : إما أن يكون .

(٤) في د : كرباس .

(٥) في د : أدم .

(٦) في د : الأدم .

(٧) في د : يصير .

(٨) في د : تحتها .

(٩) في د : كرباس .

(١٠) الميسوط للسرخسي (١٠٢/١) ، بدائع الصنائع (١٠/١) ، الهداية شرح بداية المبتدي (١/٣١) ، بداية المبتدي ، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ، ص (٨) ، العناية شرح الهداية (١/١٥٥) ، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٢٨) ، البناية شرح الهداية (١/٦٠٤) ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٦٩) ، اللباب في شرح الكتاب (١/٣٩) .

(١١) في د : أدم .

وأما إذا لبس الجرموقين قبل أن يحدث؛ جاز المسح على الجرموقين عندنا^(١)،
وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ؛ فقد روى عنه المغيرة بن شعبة^(٢): «أنه ﷺ مسح
على الموقين»^(٣).

والموق هو: الجرموق.

وعن عبد الرحمن بن أبي ليلي^(٤)، أن عمر - رضي الله عنه -: «مسح على

(١) بدائع الصنائع (١١/١)، الهداية شرح بداية المبتدي (٣٢/١)، تبين الحقائق (٥٢/١)،
العناية شرح الهداية (١٥٦/١)، البناء شرح الهداية (٦٠٧/١)، البحر الرائق (١٩٠/١)،
مجمع الأنهر (٤٩/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢٦٨/١).

(٢) هو: المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو، شهد
الحديبية وما بعدها، وروى عن النبي ﷺ، قال ابن عبد البر: ولاء عمرُ البصرة، فلما شهد
عليه عند عمر عزَّله، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: توفي سنة تسع وأربعين، وهو أميرها.
ينظر: تهذيب الكمال (٣٦٩/٢٨)، تقريب التهذيب (٢٦٩/٢)، الكاشف (١٦٨/٣).

(٣) أخرجه أحمد (١٥/٦)، وابن خزيمة (١٨٩) من طريق حماد بن سلمة عن أيوب عن أبي
قلابة عن أبي إدريس عن بلال عن النبي ﷺ أنه مسح على الموقين والخمار.
وقال الألباني في تعليقه على صحيح ابن خزيمة: إسناده جيد.

وله طريق آخر عن بلال: أخرجه أبو داود (٨٦/١، ٨٧) كتاب الطهارة، باب: المسح
على الخفين (١٥٣)، وأحمد (١٣/٦)، والحاكم (١٧٠/١) من طريق أبي بكر بن حفص
ابن عمر عن أبي عبد الله - مولى بنى تيم بن مرة - عن أبي عبد الرحمن السلمي أنه شهد
عبد الرحمن بن عوف يسأل بلالاً عن وضوء رسول الله ﷺ فقال: «كان يخرج يقضى
حاجته فأتته بالماء، فيتوضأ ويمسح على عمامته وموقيه».

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح؛ فإن أبا عبد الله مولى بنى تيم معروف بالصحة
والقبول. ووافقه الذهبي.

قلت: موافقة الذهبي على قول الحاكم تناقض منه؛ فإنه قد ذكر هذا الراوي في ميزانه
(٣٩١/٧)، وقال: لا يعرف.

وقال الحافظ في التقریب (ت: ٨٢٧٧): مجهول.

الموقين: تثنية موق - بضم الميم بلا همزة - فارسي معرب قاله الجوهري والقاضي
عياض وابن الأثير والهروي، وقال ابن سيده: عربي صحيح والجمع أمواق نوع من
الخفاف قال ابن العربي: الخف: جلد مبطن مخروز يستر القدم كلها والموق: جلد
مخروز لا بطانة له. قال الخطابي: هو خف قصير الساق. ينظر: عون المعبود لشمس
الحق العظيم آبادي، تحقيق: عبد الرحمن عثمان، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط (٣)،
١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م (١٧٨/١).

(٤) هو: عبد الرحمن بن أبي ليلي أبو عيسى الأنصاري واسم أبي ليلي: يسار وقيل: بلال،
وقيل غير ذلك، ولد لست سنين بقيت من خلافة عمر، قال الذهبي في الميزان: «من أئمة
التابعين وثقاتهم ذكره العقيلي في الضعفاء متعلقاً بقول إبراهيم النخعي: كان صاحب أمراء

جرموقيه، ثم قام فصلى المغرب^(١)؛ ولأنه بمعنى الخف يمكن قطع السفر به فيجوز المسح عليه.

وحاصل مذهب أصحابنا - رحمهم الله - أنه متى لبس الجرموق على الخف قبل الحدث فالجرموق يصير بدلاً عن الرجل ولا يصير بدلاً عن الخف، فلا يؤدي إلى أن يكون للبدل بدل، ومتى لبس الجرموق على الخف بعد الحدث فالجرموق يصير بدلاً عن الرجل ولا يصير بدلاً عن الخف فلا يؤدي إلى أن يكون للبدل بدل، ومتى لبس الجرموق على الخف بعد الحدث فالجرموق يصير بدلاً عن الخف، فلو جاز المسح على الجرموق أدى إلى أن يكون للبدل بدل، فإنه لا يجوز.

وإن مسح على جرموقيه ثم نزعهما، مسح على خفيه - يعني: يعيد^(٢) المسح على خفيه - فرق بين هذا وبين ما إذا مسح على خف^(٣) ذي طاقين ثم نزع أحد طاقيه فإنه لا يمسح على [ما ظهر تحته]^(٤).

وكذلك إذا مسح على خفيه فتقشر^(٥) جلد ظاهر الخفين ثم رفعه [فإنه]^(٦) لا

= وبمثل هذا لا يلين الثقة»، وقال في السير: «الإمام العلامة الحافظ الفقيه»، قال أبو حاتم: «لا بأس به» ووثقه ابن معين وابن حبان والعجلي، وقال ابن سيرين: «جلست إلى ابن أبي ليلى وأصحابه يعظمونه كأنه أمير»، مات سنة ٨٣، وقيل غير ذلك.

ينظر: الجرح والتعديل (٣٠١/٥)، معرفة الثقات، لأبي الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البستوي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص (٢٩٨)، الثقات، محمد بن حبان التميمي البستي (١٠٠/٥)، الضعفاء الكبير، لأبي جعفر محمد بن عمر بن موسى العقيلي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلنجي، دار المكتبة العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (٣٣٧/٢)، ميزان الاعتدال (٥٨٤/٢)، سير أعلام النبلاء (٢٦٢/٤)، تهذيب التهذيب (١٦٦/٥، ١٦٧).

(١) أخرجه محمد بن الحسن في الحجة على أهل المدينة (٣١/١) من طريق عبد الرّحمن بن أبي ليلى قال: كنت جالسا عند عمر بن الخطاب فقام إلى عس من ماء فتوضأ ثم مسح على جرموقيه ثم قام فصلى المغرب فقام الرّاكب فقال: يا أمير المؤمنين والله ما أتيتك إلا (لأن) أسالك عن هذا الشيء أرايت غيرك يفعله؟ قال: نعم، خير مني وخير من الأمة رأيت أبا القاسم رسول الله ﷺ يفعل كما رأيتني فعلت، فزعم الرّاكب أنه رأى الهلال هلال سؤال، فقال عمر: انظروا.

(٢) في ب: بعد.

(٣) زاد في د: خف.

(٤) في د: ظاهر ما.

(٥) في أ: قنفس، وفي د: قفّش.

يلزمه إعادة المسح، [وكذلك إذا كان الخف مُشعرًا كالخف اليماني فمسح على ظاهر الشعر، ثم حلق الشعر فإنه لا يلزمه إعادة المسح^(١)] (٢).

والفرق: أن الخف إذا كان ذا طاقين وكل طاق متصل بالآخر غير مزابل عنه فيصيران بحكم الاتصال كشيء^(٣) واحد؛ كالشعر مع^(٤) بشرة الرأس اعتبارًا شيئًا واحدًا؛ لحكم^(٥) الاتصال، حتى كان المسح على شعر الرأس كان المسح على البشرة كذلك^(٦) هاهنا.

وجعل^(٧) المسح على أحد الطاقين كالمسح على الطاق الآخر، فالممسوح لم يزل عنه من حيث الحكم والاعتبار، فلم يجب إعادة المسح، فأما الجرموق فغير متصل بالخف، بل هو مزابل عنه فلا يجعل المسح على الجرموق كالمسح على الخف، فالممسوح زال^(٨) حقيقة وحكمًا فيحل^(٩) الحدث بما تحته فيلزمه إعادة المسح كما لو أحدث في هذه الحالة.

وإن^(١٠) مسح على جرموقه [ثم نزع أحدهما فإن عليه أن يعيد المسح على الخف البادي وعلى الجرموق الباقي، هكذا ذكر]^(١١) في ظاهر الرواية. ووقع في بعض نسخ كتاب الصلاة: أنه^(١٢) يخلع الجرموق الباقي، ويمسح على الخفين.

وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية^(١٣) الأصول^(١٤).

(٦) سقط في أ.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/١٧١).

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ: شيء.

(٤) في أ: من.

(٥) في ب: بحكم.

(٦) في د: كذا.

(٧) في د: يجعل.

(٨) في أ: قال.

(٩) في أ: فيجعل.

(١٠) في د: فإن.

(١١) سقط في د.

(١٢) في أ، ب: أن.

(١٣) في أ، ب: صلاة.

ووجه ذلك: أن الحدث حل بالخف البادي فيحل بالخف الآخر؛ لأن حلول الحدث لا يتجزأ؛ ألا ترى أنه لو كان نزع أحد خفيه حتى حل الحدث بالرجل البادي حل بالرجل الآخر حتى لزمه غسل الرجلين كذا^(١) هاهنا.

ووجه^(٢) ما ذكرنا^(٣) في ظاهر الرواية أن الحدث إنما حل بالخف البادي لزوال المانع^(٤) وهو الجرموق، هذا المعنى معدوم^(٥) في الخف الآخر، فلا يحل الحدث بالخف الآخر وإنما يحل بالجرموق الذي على الخف الآخر، فلزمته إعادة المسح على الجرموق الذي على الخف الآخر؛ لأن المسح [انتقض في حق]^(٦) الخف البادي فيتقضى المسح في حق الجرموق الآخر؛ لأن انتقاض المسح لا يتجزأ.

(١٤) المبسوط للسرخسي (١/١٠٣)، بدائع الصنائع (١/١١)، تبين الحقائق (١/٥٢).

(١) في ب: كما.

(٢) في د: وجه.

(٣) في ب: ذكر.

(٤) المانع في اللغة: اسم فاعل من منع بمعنى: حرم ضد أعطى، وبمعنى: حجز، وبمعنى: حمى. قال السمين الحلبي: «والمنع في الأصل الحجز بين الشئين، وهو أيضا ضد العطية؛ لأن المانع يحجز بين المعطي والعطية، ورجل مانع ورجل منعة، نحو كافر وكفرة».

ينظر: أساس البلاغة، ص (٢٦٢)، مادة (م ن ع)، وعمدة الحفاظ (٤/٢٥٢٧)، مادة (م ن ع)، والمصباح المنير، ص (٣٤٥)، مادة (م ن ع).

وأما في الاصطلاح، فعرفه القرافي وغيره بأنه: «ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته». وعلى هذا، فالمانع يؤثر بطرف الوجود كالحيض مع الصيام، بخلاف الشرط فهو يؤثر بطرف العدم. هذا، وينقسم المانع إلى قسمين: مانع الحكم، ومانع السبب. قال الأمدى: «أما مانع الحكم، فهو: كل وصف، وجودي، ظاهر، منضبط، مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب، كالأبوة في باب القصاص مع القتل العمد العدوان. وأما مانع السبب، فهو: كل وصف، يخل وجوده بحكمة السبب يقينا، كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب».

ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للأمدى (١/١٣٠)، وتقيح الفصول، لأحمد بن إدريس القرافي، مكتبة الكليات الأزهرية ط (١)، ص (٧٢)، والتوضيح في شرح التقيح، لأبي العباس أحمد بن عبد الرحمن القيرواني المعروف بحُلُولُو، طبع بالمطبعة التونسية، ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م، ص (٧٢)، ومختصر التحرير، لابن النجار، ص (٣٨)، وشرح الكوكب المنير (١/٤٥٧) وما بعدها، وفواتح الرحموت (١/٦١).

(٥) زاد في أ: لمعنى.

(٦) في أ، ب: انتقل على.

وكان القياس فيما إذا نزع أحد خفيه ألا يحل الحدث بالرجل الأخرى^(١)؛ لقيام المانع [به]^(٢)، لكن سقط اعتبار القياس ثمة لضرورة، وهو ألا يصير جامعًا بين البذل والمُبدل [و]^(٣) هذه الضرورة معدومة فيما نحن فيه فبقي المانع مُعتبرًا. وهذه المسائل كلها دليل على أن من لبس الجرموقين [فوق الخفين ومسح على الجرموقين ثم أحدث ونزع الجرموقين]^(٤) جاز له المسح على الخفين. في النوازل: من أنكر المسح على الخفين يخاف عليه الكفر؛ لأنه^(٥) ورد فيه^(٦) [ما يشبه المتواتر]^(٧) من الأخبار^(٨). قال^(٩) [١٠]: وكتبت^(١١) في السمرقنديات على قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - يكفر؛ لأن حديث المسح على الخفين بمنزلة المتواتر، ومن أنكر المتواتر يكفر^(١٢).

(١) في ب، د: الآخر.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: لأن.

(٦) في أ، ب: في.

(٧) المتواتر هو ما نقله إلينا جماعة كثيرون تحيل العادة تواطؤهم على الكذب عن جماعة كذلك ويكون منتهاهم إلى الحسن. والحديث الأحاد هو الحديث الذي لم تتوفر فيه شروط المتواتر.

ينظر: فتح المغيث شرح ألفية الحديث، شمس الدين بن عبد الرحمن السخاوي، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت (١/٢٦٩)، نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص (١)، الكفاية في علم الرواية، للخطيب البغدادي، تحقيق: أبي عبد الله السورقي، وإبراهيم حمدي المدني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ص (١٦)، إرشاد الفحول، ص (٤٨).

(٨) الاختيار لتعليل المختار (١/٢٣)، تبين الحقائق (١/٤٥)، البناية شرح الهداية (١/٥٧١)، مجمع الأنهر (١/٤٥).

(٩) في ز: وقال.

(١٠) سقط في د.

(١١) في د: وكتب.

(١٢) الاختيار لتعليل المختار (١/٢٣)، تبين الحقائق (١/٤٥)، البناية شرح الهداية (١/٥٧١)، مجمع الأنهر (١/٤٥).

وعلى قول محمد - رحمه الله - : لا يكفر ؛ لأنه بمنزلة الآحاد، ومن أنكر الآحاد لا يكفر^(١).

قيل لمحمد: بم^(٢) جوزت المسح على الخفين إذا كان خبر المسح من أخبار الآحاد؟ وفيه نسخ^(٣) [الكتاب ونسخ كتاب الله بأخبار]^(٤) الآحاد لا يجوز^(٥).

قال: ما نسخت به كتاب الله تعالى، بل خصصت به كتاب الله تعالى، يريد به تخصيص الحال، وهذا لأن الله تعالى أمر^(٦) بغسل الرجلين^(٧)، عامًا فعم حالة الستر والكشف، فجاء هذا الحديث وبين أن الأمر بالغسل مختص بحالة الكشف، وتخصيص الكتاب بالآحاد جائز عندي.

وتفسير المسح على الخفين^(٨): أن يمسخ ما بين الأصابع إلى الساق ويفرج بين

(١) المراجع السابقة.

(٢) في د: لم.

(٣) النسخ في اللغة: الرفع والإزالة والنقل، يقال: انتسخت الشمس الظل أي أزالته ورفعته، وكتاب منسوخ منقول.

ينظر: المصباح المنير، ص (٢٣٠)، مادة (ن س خ)، مختار الصحاح، ص (٦٥٦).
واصطلاحاً هو: رفع الحكم الشرعي بخطاب.

ينظر: جمع الجوامع (٧٦/٢)، واللمع، ص (٣٠)، والبرهان (٢٤٦/٢)، والمستصفي (١٠٧/١)، ونفائس الأصول (٢٥٠٥/٦)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٣/١٠٠)، ونهاية الوصول (٢٢١٨/٦)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٣٠١)، ونهاية السؤل (١٦٤/٢)، وشرح العضد على المختصر (١٨٥/٢)، والبحر المحيط (١٩٧/٥).

(٤) في أ، ب: كتاب الله تعالى؟ ونسخ الكتاب بالأخبار.

(٥) قال الإمام الزركشي في البحر المحيط (٢٥٩/٥): «لا خلاف في جواز نسخ القرآن بالقرآن، والسنة المتواترة بمثلها، والآحاد بالآحاد، والآحاد بالمتواتر. وأما نسخ المتواتر - سنة أو قرآنًا - بالآحاد: فالكلام في الجواز والوقوع. أما الجواز عقلاً: فالأكثرون عليه، وحكاه سليم عن الأشعرية والمعتزلة. ومنهم من نقل فيه الاتفاق، وبه صرح ابن برهان في الأوسط فقال: لا يستحيل عقلاً نسخ الكتاب بخبر الواحد بلا خلاف، وإنما الخلاف في جوازه شرعاً. ومنعه الهندي، وظاهر كلام سليم في التقريب أن غير الأشعرية والمعتزلة يقولون بمنعه عقلاً، وهو ظاهر ما نقله القاضي في التقريب».

ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١٣٤/٣)، ونهاية الوصول (٢٣٢٧/٦)، ونهاية السؤل ومعه سلم الوصول (٥٨٧/٢)، والإبهاج (٢٧٤/٢)، البناء شرح الهداية (١/٥٧١).

(٦) في أ، ب: يأمر.

(٧) في د: الرجل.

(٨) المسح في اللغة إمرار اليد على الشيء تقول: مسختُ الشيء بالماء مسحًا إذا أمرت اليد =

أصابعه قليلاً.

وعن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - المسح على ظهر قدميه من أطراف الأصابع إلى الساق.

وفي الزيادات: لو مسح على الخف على غير ظاهر القدم لا يجوز.

وفي فوائد الشيخ الإمام الزاهد أبي الحسن الرستغني^(١) - رحمه الله -: سئل عن

= عليه، والمسح على الخُفَّين شرعاً إصابة البلة للخف الشرعي على وَجْهِ مخصوص فقولنا: «إصابة» يشمل ما لو كانت بيده بأن أمر يده وهي مُبْتَلَّةٌ على الخف، أو قطر الماء عليه منها، أو وضعها عليه من غير إمرار، وهي مبتلة، أو غيرها كأن أَصَابَ المطر الخُفَّ فإِبْتَلَّ مع نية لا يسه المسح بذلك.

وقولنا: «للخف الشرعي» يخرج إصابتها لغيره، سواء كان ذلك الغير خُفًّا غير شرعي، أو لم يكن خُفًّا.

وقولنا: «على وجه مخصوص» إشارة إلى الكيفية والشروط والمدة، وإلى النية، ولو حكماً بأن يقصد بمسحه رفع حدث الرجلين بدلاً عن غسلهما، فخرج ما لم يكن كذلك. والخف لغة مجمع فرش البعير «والفرش للبعير كالحافر للفرس» وقد يكون للنعام سَوَوْا بينهما للتَّشَابُه، وجمعه: أخفاف كقُفْلٍ وأقفال، والخف أيضاً واحد الخِفاف التي تلبس، وجمعه: خفاف ككتاب للفرق بينه وبين ما للبعير، وفي «اللسان» أنه يجمع على خفاف وأخفاف أيضاً، ويقال: تَخَفَّفَ الرجل إذا لبس الخُفَّ في رجله. وخُفَّ الإنسان ما أصاب الأرض من باطن قدميه، والخف أيضاً القطعة الغليظة من الأرض.

وشرعاً: السَّاتِرُ للقدمين إلى الكعبين من كل رجل من جلد ونحوه، كالمُشْتَوِّفِي للشروط هذا وعبر النووي بالخف وعبر شيخ الإسلام بالخفين وقال: هو أولى من تعبيره بالخف؛ لأنه يوهم جَوَازَ المسح على خف رجل، وغسل الأخرى، وليس كذلك، فكان الأولى أن يعبر بالخفين، ويمكن أن يوجه تعبيره بالخف بأن «أل» فيه للجنس، فيشمل ما لو كان له رجل واحدة لفقد الأخرى، وما لو كان له رجلان فأكثر، وكانت كلها أصلية، أو كان بعضها زائداً، أو اشتبه بالأصلي، أو سامت به، فيلبس كلاً منها خُفًّا، ويمسح على الجميع.

وأما إذا لم يشته، ولم يسامت، فالعبرة بالأصلي دون الزائد، فيلبس الأول خفا دون الثاني، إلا إن توقَّف لبس الأصلي على الزائد، فيلبسه أيضاً. أو أنها لِلْعَهْدِ الشرعي، أي الخف المعهود شرعاً وهو الاثنان. قال علي الشيراملسي: وهذا الجواب أولى من الأول؛ لأنه لا يدفع الإيهام؛ لأن الجنس كما يتحقق في ضمن الكل، كذلك يتحقق في ضمن واحدة منهما. أما تعبير شيخ الإسلام بالخفين فإنه يرد عليه أيضاً أنه لا يشمل الخف الواحد فيما لو فقدت إحدى رجله، إلا أن يُقَالَ: إنه نظر للغالب وقال القليوبي: ويطلق الخُفُّ على الفردتين، وعلى إحداهما. فعلى هذا استوت العبارتان.

ينظر: المغرب (٢/٢٦٦)، ولسان العرب (٦/٤١٩٦)، وبدائع الصنائع (١/٩٩)، والمدونة (١/٤١)، والأم (١/٢٩)، والمغني (١/٢٦٨)، والمحلى (١/٩٢).

(١) في أ: الرستغني.

المسح على الخفين يراه الرجل إلا أنه يحتاط وينزع خفيه عند كل وضوء ولا يمسح عليهما؟ فقال: أحب إلي أن يمسح على خفيه، إما لنفي التهمة عن نفسه؛ لأن الروافض لا [يرون المسح]^(١)، فالناس يتهمونه أنه من جملة من لا يرى المسح على الخفين^(٢).

(١) في د: يرويه.

(٢) قال الحافظ في تلخيص الحبير (١٥٨/١) قال الإمام أحمد: فيه - روى في المسح على الخفين - أربعون حديثاً عن الصحابة مرفوعة وموقوفة. وقال ابن أبي حاتم: فيه عن أحد وأربعين، وقال ابن عبد البر في الاستذكار روى عن النبي ﷺ المسح على الخفين نحو أربعين من الصحابة، ونقل ابن المنذر عن الحسن البصري قال: حدثني سبعون من أصحاب رسول الله ﷺ أنه مسح على الخفين، وذكر أبو القاسم بن منده أسماء من رواه في تذكرته فبلغ ثمانين صحابياً.

وسنبدأ في تخريج هذه الآثار والأحاديث بالأصح فالأصح؛ كما فعل الحافظ الزيلعي في نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية:
حديث جرير بن عبد الله البجلي:

أخرجه الطيالسي (٩٢)، وأحمد (٣٥٨/٤)، والبخاري (٤٩٤/١) كتاب الصلاة، باب: الصلاة في الخفاف، الحديث (٣٨٧)، ومسلم (٢٢٧/١)، (٢٢٨) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٧٢/٧٢)، وأبو داود (١٠٧/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (١٥٤)، والترمذي (١٥٥/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٩٣)، والنسائي (٨١/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، وابن ماجه (١٨٠/١)، (١٨١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٣)، وابن خزيمة (٩٤/١) كتاب الطهارة، باب: ذكر مسح النبي ﷺ على الخفين، الحديث (١٨٦)، وابن الجارود في المنتقى، ص (٣٧)، باب: المسح على الخفين، الحديثان (٨١)، (٨٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣/١٩١)، باب: بيان مشكل ما روى عن رسول الله ﷺ في مسحه على خفيه، والبيهقي (٢٧٠/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، والدارقطني في السنن (١٩٣/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الأحاديث (١ - ٥)، وعبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٩٤/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٧٥٦)، وأبو نعيم في الحلية (١٠٨/٧)، وابن أبي شيبه في المصنف (١/١٧٦)، باب: في المسح على الخفين، واستدركه الحاكم (١٦٩/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين لزيادة عنده وهي: قالوا: إنما كان قبل نزول المائدة قال: ما أسلمت إلا بعد نزول المائدة، وقال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه بهذا اللفظ. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

حديث المغيرة بن شعبة:

أخرجه أبو داود الطيالسي (٩٥)، وابن أبي شيبه (١٧٦/١)، باب: المسح على

= الخفين، وأحمد (٢٤٥/٤)، والدارمي (١٨١/١) كتاب الطهارة، باب: في المسح على الخفين، والبخاري (٣٠٦/١، ٣٠٧) كتاب الوضوء، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٠٣)، ومسلم (٢٢٩/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٧٧/٧٧)، وأبو داود (١٠٣/١، ١٠٤) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (١٤٩)، والترمذي (١٦٢/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين أعلاه وأسفله، الحديث (٩٧)، والنسائي (٨٢/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، وابن ماجه (١٨١/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٥)، والطبراني في المعجم الصغير (١٣٣/١)، والحاكم (١/١٧٠) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، والدارقطني في سننه (١٩٢/١) كتاب الطهارة، باب: في جواز المسح على بعض الرأس، الحديث (٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٣٠/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، وابن خزيمة في صحيحه (٩٦/١) كتاب الطهارة، باب: ذكر الخبر المفسر للألفاظ (١٤٦)، الحديث (١٩٠)، والشافعي في الأم (٤٨/١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٨٣)، باب: في المسح على الخفين، وابن عدي في الكامل (٦٥٦/٢)، قلت: وسبب استدراك الحاكم هذا الحديث عليهما أنه أخرجه بزيادة وهي: فقال المغيرة: يا رسول الله أنسيت قال: لا بل أنت نسيت بهذا أمرني ربي عز وجل.

وقال الحاكم: وإسناده صحيح، ووافقه الذهبي.

حديث سعد بن أبي وقاص:

من رواية عبد الله بن عمر عن سعد أخرجه مالك في الموطأ (٣٦/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٤٢)، والبخاري (٣٠٥/١) كتاب الوضوء، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٠٢).

حديث عمرو بن أمية الضمري:

أخرجه أبو داود الطيالسي (١٧٧)، وابن أبي شيبة (١٧٨/١)، باب: في المسح، وأحمد (١٧٩/٤)، والبخاري (٣٠٨/١) كتاب الوضوء، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٠٤)، والنسائي (٨١/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، وابن ماجه (١٨٦/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على العمامة، الحديث (٥٦٢)، والبيهقي (٢٧٠/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين.

حديث حذيفة:

أخرجه الطيالسي (٥٤)، وابن أبي شيبة (١٧٦/١) كتاب الطهارات، باب: في المسح على الخفين، وأحمد (٣٨٢/٥)، ومسلم (٢٢٨/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٧٣/٧٣)، وابن ماجه (١٨١/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٤)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٣١٦/٨)، والبيهقي (٢٧٠/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين عنه قال: «كنت مع النبي ﷺ فأتى سباطة قوم فبال قائما، ثم توضأ ومسح على خفيه»: وهو في «صحيح البخاري» (٣٢٨/١) كتاب الوضوء، باب: البول قائمًا وقاعدا، الحديث =

= (٢٢٤)، بدون ذكر المسح على الخفين، وقد خرج أصحاب المستخرجات عليه: كالإسماعيلي، وأبي نعيم، فذكروا فيه المسح؛ كما في نصب الراية (١/٦٣).
حديث بلال:

أخرجه الطيالسي في المسند (١٥٢)، وابن أبي شيبه (١/١٧٧)، باب: المسح على الخفين، وأحمد (١٢/٦)، ومسلم (٤٣١/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٢٧٥/٨٤)، وأبو داود (١٠٦/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (١٥٣)، والترمذي (١٧٢/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على العمامة، الحديث (١٠١)، والنسائي (٧٥/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على العمامة، وابن ماجه (١٨٦/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على العمامة، الحديث (٥٦١)، والدولابي في الكنى والأسماء (١/٨٢)، والحاكم (١/١٥١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، (١٧٠/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على العمامة والموقين، والبيهقي (٢٧١/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (١/٢٥٨)، وأخرجه الإمام البخاري في التاريخ الكبير (١/١٠٦).

حديث بريدة بن الحصيب:

أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف (١/١٧٧)، باب: في المسح على الخفين، وأحمد (١/٣٥٢)، ومسلم (٢٣٢/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، الحديث (٨٦/٢٧٧)، وأبو داود (١٠٨/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (١٥٥)، والترمذي تعليقا (١٥٦/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٩٣)، وابن ماجه (١٨٢/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٩)، والبيهقي (٢٧١/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين.

حديث علي بن أبي طالب:

أخرجه مسلم (٢٣٢/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، الحديث (٦٧٦/٨٥)، وأبو داود الطيالسي (١٥)، والحميدي (٢٥/١)، الحديث (٤٦)، وعبد الرزاق (٢٠٢/١، ٢٠٣) كتاب الطهارة، باب: كم يمسح على الخفين، الحديث (٧٨٨)، وابن أبي شيبه (١/١٧٧) كتاب الطهارات، باب: في المسح على الخفين، وأحمد (٩٦/١)، والدارمي (١٨١/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، والعدني كما في «نصب الراية» (١/١٨١)، والنسائي (٨٤/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، وابن ماجه (١٨٣/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في التوقيت في المسح، الحديث (٥٥٢)، وابن خزيمة (٩٧/١، ٩٨) كتاب الطهارة، باب: ذكر توقيت المسح، الحديث (١٩٤)، وابن حبان كما في تلخيص الحبير (١/١٦٢)، الحديث (٢٢١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨١/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين كم وقته للمقيم والمسافر، وأبو عوانة (١/٢٦١) كتاب الطهارة، باب: بيان التوقيت في المسح على الخفين، والدولابي في «الكنى والأسماء» (١/١٨٠) من طريق أبي مطر وليس من طريق شريح، وأبو نعيم في حلية =

الأولياء (٨٣/٦)، والبيهقي (٢٧٥/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، وأبو يعلى (٢٢٩/١) رقم (٢٦٤)، والبغوي في شرح السنة (٣٣٢/١) من حديث شريح بن هانئ، قال: «سألت عائشة رضي الله عنها عن المسح على الخفين، فقالت: أسأل علياً فإنه أعلم بهذا مني، كان يسافر مع رسول الله ﷺ، فسألته فقال: «جعل رسول الله ﷺ فذكره».

حديث صفوان بن عسال:

أخرجه الطيليسي (١٦٠)، وابن أبي شيبه (١٧٧/١ - ١٧٨)، باب: في المسح على الخفين، وأحمد (٢٣٩/٤)، والترمذي (١٥٩/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين للمسافر والمقيم، الحديث (٩٦)، والنسائي (٨٣/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، وابن ماجه (١٦١/١) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من النوم، الحديث (٤٧٨)، وابن خزيمة (٩٧/١) كتاب الطهارة، حديث (١٩٣)، وابن حبان (موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان ص ٢) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، الحديث (١٧٩)، والبخاري في التاريخ الكبير (٩٦/٣) رقم (٣٣٤)، والدولابي في الكنى (١٧٩/١)، (٨٠/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين كم وقته للمقيم والمسافر، والطبراني في المعجم الصغير (٩١/١)، والدارقطني (١٩٦/١، ١٩٧) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، الحديث (١٥)، وأبو نعيم في الحلية (٢٨٦/٦)، والبيهقي (٢٧٦/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، وقال الترمذي: حسن صحيح، وصححه ابن خزيمة وابن حبان.

حديث خزيمة بن ثابت:

أخرجه الطبراني في الصغير (١٠٥/٢)، (١٣٧/٢)، وفي الأوسط؛ كما في مجمع الزوائد (٢٦١/١)، وقال الهيثمي: إسناده حسن.

حديث ثوبان:

أخرجه أحمد (٢٨١/٥)، وأبو داود (١٠١/١، ١٠٢) كتاب الطهارة، باب: المسح على العمامة، الحديث (١٤٦)، والحاكم (١٦٩/١) كتاب الطهارة، والبيهقي (٦٢/١) كتاب الطهارة، باب: إيجاب المسح بالرأس، من رواية ثور بن يزيد، عن راشد بن سعد، عن ثوبان قال: «بعث رسول الله ﷺ سرية فأصابهم البرد، فلما قدموا على رسول الله ﷺ أمرهم أن يمسخوا على العصائب والتساخين» وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه). ووافقه الذهبي.

قلت: وفيه انقطاع بين راشد بن سعد، وثوبان. قال العلائي: في جامع التحصيل (١٧٤): قال أحمد بن حنبل: لم يسمع من ثوبان.

وللحديث طريق آخر:

أخرجه البزار (١٥٤/١) رقم (٣٠٠) فقال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم ثنا الحسن بن سوار ثنا الليث بن سعد عن معاوية بن صالح عن عتبة بن أبي أمية الدمشقي عن أبي

== سلام عن ثوبان قال: رأيت النبي ﷺ توضأ ومسح على الخفين والخمار.
 وذكره الهيثمي في المجمع (١/٢٦٠)، وقال: رواه أحمد والبخاري، وفيه عتبة بن أبي
 أمية، ذكره ابن حبان في الثقات، وقال: يروي المقاطع.
 ينظر: الثقات لابن حبان (٨/٥٠٧).
 حديث أسامة بن زيد:

أخرجه النسائي (١/٨٢) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، وابن خزيمة (١/٩٣)
 كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (١٨٥)، والحاكم (١/١٥١)
 كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، والبيهقي (١/٢٧٤، ٢٧٥) كتاب الطهارة،
 باب: الرخصة في المسح على الخفين، وأخرجه في (١/٢٧٩)، باب: ما ورد في ترك
 التوقيت من رواية داود بن قيس، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عنه قال:
 «دخل رسول الله ﷺ وبلال الأسواق، فذهب لحاجته ثم خرج، فسألت بلالا: ما
 صنع؟ فقال بلال: ذهب النبي ﷺ لحاجته ثم توضأ ومسح على الخفين، ثم صلى»،
 وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، وله طريق آخر
 من رواية عبد الرحمن بن يزيد، عن أبيه، عن عطاء بن يسار، عن أسامة بن زيد به.
 أخرجه الطبراني في الكبير (١/١٦٤) رقم (٣٧)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١/
 ٢٦١)، وقال: رواه الطبراني في الكبير من رواية عبد الرحمن بن يزيد عن أبيه، عن عطاء
 ابن يسار فلم أعرف عبد الرحمن ولا يزيد.

حديث عمر بن الخطاب:

أخرجه أبو داود الطيالسي في المسند (٤)، وأحمد (١/٢٠)، وابن ماجه (١/١٨١)
 كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٦)، والدارقطني
 (١/١٩٥) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، الحديث (٩)،
 والبيهقي (١/٢٧٦) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، وأبو نعيم
 في ذكر أخبار أصبهان (٢/٢٤٥) من طريق سعيد بن أبي عروبة عن أيوب عن نافع عن
 ابن عمر أنه رأى سعد بن مالك وهو يمسخ على الخفين فقال: إنكم لتفعلون ذلك
 فاجتمعنا عند عمر.. فذكره.

وذكره البوصيري في الزوائد (١/٢١٦)، وقال: هذا إسناد رجاله ثقات، وهو في
 صحيح البخاري بغير هذا السياق، وسعيد بن أبي عروبة وإن اختلط بأخرة، وقد روى
 عنه محمد بن سواء قبل الاختلاط.

وهذا الحديث من رواية محمد بن سواء عنه.

حديث أبي بن أبي عمارة:

أخرجه ابن أبي شيبه (١/١٧٨)، باب: في المسح على الخفين، وأبو داود (١/١٠٩)
 كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، الحديث (١٥٨)، وابن ماجه (١/١٨٥) كتاب
 الطهارة، باب: ما جاء في المسح بغير توقيت، الحديث (٥٥٧)، والطحاوي في شرح
 معاني الآثار (١/٧٩)، باب: المسح على الخفين، والدارقطني (١/١٩٨) كتاب
 الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، الحديث (١٩)، والحاكم (١/١٧٠) ==

كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، والبيهقي (٢٧٨/١، ٢٧٩) كتاب الطهارة، باب: ما ورد في ترك التوقيت، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٣٥٨/١) رقم (٥٩٣) من طريق يحيى بن أيوب عن عبد الرحمن بن رزين عن محمد بن يزيد عن أيوب بن قطن عن ابن عمارة أنه قال: يا رسول الله أمسح على الخفين قال: «نعم...» إلى آخر الحديث.

وقال أبو داود: وقد اختلف في إسناده، وليس هو بالقوي، وقال الحاكم: إسناده مصري، ولم ينسب واحد منهم إلى جرح، وتعبه الذهبي فقال: قلت: بل مجهول. وقال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح. قال أحمد بن حنبل: ورجاله لا يعرفون وقال: الدارقطني: هذا إسناده لا يثبت، وعبد الرحمن، ومحمد، وأيوب مجهولون وقال الحافظ في التلخيص (١٦٢/١): قال أبو الفتح الأزدي: هو حديث ليس بالقائم، وقال ابن حبان: لست أعتمد على إسناده خبره، وقال الدارقطني: لا يثبت، وقال ابن عبد البر: لا يثبت، وليس له إسناده قائم، ونقل النووي في «شرح المهذب» اتفاق الأئمة على ضعفه، وبالف الجوزقاني فذكره في الموضوعات.

حديث سهل بن سعد الساعدي:

أخرجه ابن ماجه (١٨٢/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٧)، وقال البوصيري في الزوائد (٢١٧/١): وعبد المهيمن ضعفه الجمهور. قال الزيلعي في نصب الراية (١٦٧/١): وقد رواه الحافظ أبو علي بن السكن بطريق أجود من هذه فقال: حدثنا أبو عبيد القاسم بن إسماعيل، ويحيى بن محمد بن صاعد، والحسين بن محمد قالوا: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، ثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن أبيه عن سهل: «أنه رأى النبي ﷺ يمسخ على الخفين»، وقال: وهذا إسناده على شرط الصحيحين.

حديث أنس بن مالك وله عنه طرق:

الأول: من رواية ابن المثنى عن عطاء الخراساني عنه، أخرجه ابن ماجه (١٨٢/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على الخفين، الحديث (٥٤٨) قال البوصيري في الزوائد (١٤١/١، ١٤٢): وهذا إسناده ضعيف لضعف عمر بن المثنى الأشجعي، قال العقيلي: حديثه غير محفوظ، وقال أبو زرعة: عطاء لم يسمع من أنس وعمر بن المثنى، قال الحافظ في التقريب (٦٢/٢): مستور.

وقال ابن أبي حاتم في المراسيل، ص (٥٧): سئل أبو زرعة عن عطاء هل سمع من أنس؟ قال: لم يسمع من أنس.

الثاني: من رواية أبي عوانة عن أبي يعفور عنه، أخرجه ابن حبان؛ كما في الموارد (١٧٤).

الثالث: رواه الطبراني في الأوسط؛ كما في نصب الراية (١٦٧/١): ثنا عبد الرحمن، ثنا عمر وأبو زرعة، ثنا علي بن عياش الألهاني، ثنا علي بن الفضيل بن عبد العزيز الحنفي عن سليمان التيمي عنه، وذكره الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٥٥/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، وقال: وفيه علي بن الفضيل، ولم أجد من ذكره.

الرابع: من رواية حماد بن سلمة عن عبيد الله بن أبي بكر، وثابت عنه مرفوعاً، أخرجه الحاكم (١٨١/١) كتاب الطهارة، والبيهقي (٢٧٩/١) كتاب الطهارة، باب: ما ورد في ترك التوقيت، ولفظه: «إذا توضأ أحدكم ولبس خفيه فليصل فيهما، وليمسح عليهما، ثم لا يخلعهما إن شاء إلا من جنابة». وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم)، وقال الذهبي: تفرد به عبد الغفار بن داود الحراني، وهو ثقة ولكن الحديث شاذ.

الخامس: من رواية عاصم الأحول عنه «أن النبي ﷺ كان يمسح على الموقين والخمار». رواه البيهقي (٢٨٩/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الموقين.

السادس: من رواية الأعمش عنه قال: «رأيت رسول الله ﷺ بال على سباطة قوم، ثم توضأ ومسح على الخفين».

رواه أسلم بن سهل الواسطي في «تاريخ واسط» حدثنا علي بن يونس، ثنا عبد المجيد ابن عبد العزيز بن أبي رواد، ثنا ياسين الزيات، عن الأعمش به، وياسين ضعيف، وهذا معروف من حديث حذيفة.

حديث عائشة:

أخرجه الدارقطني (١٩٤/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٦)، ثنا الحسين بن إسماعيل، ثنا محمد بن عمرو بن حنان، ثنا بقية، ثنا أبو بكر بن أبي مريم، ثنا عبدة بن أبي لبابة، عن محمد الخزاعي، عن عائشة قالت: «ما زال رسول الله ﷺ يمسح منذ أنزلت عليه سورة المائدة حتى لحق بالله عزَّ وجلَّ».

حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه:

أخرجه ابن حبان في صحيحه؛ كما في نصب الراية (١٦٨/١).

حديث عوف بن مالك الأشجعي:

أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٥/١، ١٧٦)، باب: في المسح على الخفين، وأحمد (٦/٢٧)، وإسحاق بن راهويه؛ كما في نصب الراية (١٦٨/١)، والبزار (١٥٧/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، الحديث (٣٠٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/١)، باب: المسح على الخفين، والطبراني في الأوسط؛ كما في مجمع الزوائد (٢٥٩/١)، ونصب الراية (١٦٨/١) في الأوسط، والدارقطني (١٩٧/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، الحديث (١٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٧٥/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٤/١)، وقال: رواه البزار والطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح.

حديث أبي بكره نفيح بن الحارث:

أخرجه الشافعي في المسند (٤٢/١) كتاب الطهارة، الباب الثامن: في المسح على الخفين، الحديث (١٢٣)، وابن أبي شيبة (١٧٩/١)، باب: المسح على الخفين، والترمذي في العلل المفرد، ص (٥٥) رقم (٦٧)، وابن ماجه (١٨٤/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في التوقيت في المسح، الحديث (٥٥٦)، وابن خزيمة (٩٦/١) كتاب الطهارة، باب: ذكر الخبر المفسر للألفاظ المجملة، الحديث (١٩٢)، وابن حبان

= في موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان (٧٢/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، الحديث (١٨٤)، وابن الجارود في المنتقى، ص (٣٩)، باب: المسح على الخفين: الحديث (٨٧)، والدولابي في الكنى والأسماء (١٠٩/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٢/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين: كم وقته للمقيم والمسافر، والطبراني كما في نصب الراية (١٦٨/١)، والدارقطني (١٩٤/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، الحديث (١)، والبيهقي (٢٧٦/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، والبغوي في شرح السنة (٣٣١/١)، وكلهم من طريق عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، عن المهاجر عن ابن أبي بكرة عن أبيه: «أن النبي ﷺ رخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن، وللمقيم يوماً وليلة». قال الترمذي في العلل، ص (٥٥): حديث أبي بكرة حديث حسن، وقال البغوي في شرح السنة: حديث صحيح.

حديث أبي أيوب الأنصاري:

أخرجه ابن أبي شيبة (٧٦/١)، باب: في المسح على الخفين، وأحمد (٤٢١/٥)، وإسحاق بن راهويه؛ كما في نصب الراية (١٦٨/١)، والطبراني في الكبير؛ كما في نصب الراية (١٦٨/١)، والبيهقي (٢٩٣/١) كتاب الطهارة، باب: جواز نزع الخف.

حديث أبي هريرة:

أخرجه أحمد (٣٥٨/٢)، وابن أبي شيبة (١٧٩/١)، باب: في المسح على الخفين، والبخاري؛ كما في نصب الراية (١٦٩/١).

حديث أبي عمارة الأنصاري:

أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٨/١).

حديث أسامة بن شريك:

أخرجه أبو يعلى؛ كما في المطالب العالية (٣٤/١) رقم (١٠٩)، والطبراني في الكبير (١٥٤/١)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٠/١): وفيه عمر بن عبد الله بن يعلى، وهو مجمع على ضعفه.

حديث أوس بن أبي أوس الثقفي:

أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٠/١)، باب: في المسح على النعلين بلا جوربين ثنا شريك، عن يعلى بن عطاء، عن أبي أوس بن أوس، عن أبيه قال: مررنا على ماء من مياه الأعراب، فقام أبو أوس الثقفي فبال، وتوضأ ومسح على خفيه، فقلت له ألا تخلعهما؟ فقال: لا أزيدك على ما رأيت رسول الله ﷺ يفعل، وهكذا رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٩٧/١)، باب: المسح على النعلين، من طريق محمد بن سعيد عن شريك.

حديث بديل: حليف لبني لخم:

أخرجه الباوردي، وابن منده في «الصحابة»؛ كما في الإصابة (١٤١/١)، من طريق رشدين بن سعد، عن موسى بن علي بن رباح، عن أبيه، عن بديل قال: «رأيت النبي ﷺ يمسخ على خفيه»، ورشدين ضعيف، ضعفه الدارقطني وغيره.

-
- = حديث البراء بن عازب:
أخرجه الطبراني في الأوسط؛ كما في المجمع (٢٥٧/١)، وابن عدي في الكامل (٣/١٢٩٤)، ذكره الهيثمي في المجمع (٢٥٧/١)، وقال: وفيه سوار بن مصعب، وهو مجمع على ضعفه.
- حديث جابر بن سمرة:
أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٧٢/٢)، الحديث (٢٠٢٣)، وفيه أبو بلال الأشعري، ضعفه الدارقطني؛ كما قال الهيثمي في المجمع (٢٥٩/١).
- حديث جابر بن عبد الله:
أخرجه ابن ماجه (٨٣/١) كتاب الطهارة، باب: في مسح أعلى الخف وأسفله، الحديث (٥٥١)، والبخاري؛ كما في نصب الراية (١٦٩/١)، وابن أبي شيبة (١٨١/١)، باب: في المسح على الخفين، والترمذي (١٧٣/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المسح على العمامة، الحديث (١٠٢)، عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر قال: «سألت جابر بن عبد الله عن المسح على الخفين فقال: السنة يا أخي». ورواه الدولابي في الكنى (١١/٢) من رواية عبادة بن الوليد عنه، موقوفاً عليه من فعله.
- حديث ربيعة بن كعب الأسلمي:
أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦٠/٥)، الحديث (٤٥٧٩)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٥٧/١): وسنده حسن، وفيه نظر؛ لوجود محمد بن عمر الواقدي، وهو كذاب.
- حديث الشريد بن سويد:
أخرجه الطبراني في الكبير (٣٨٠/٧)، الحديث (٧٢٤٨)، وقال الحافظ الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٥٧/١): وفيه ابن لهيعة، وهو ضعيف بسند حسن.
- حديث الضحاك مرسلاً:
أخرجه سعيد بن منصور؛ كما في الأزهار المتناثرة رقم (١٣).
- حديث عبادة بن الصامت:
أخرجه الطبراني في الكبير من رواية أبي عتبة عن الحسن عنه، وقال الهيثمي (١/٢٥٧): وأبو عتبة لم أجد من ذكره، وله طريق آخر من رواية إسحاق بن يحيى عنه، رواه الطبراني أيضاً، وإسحاق لم يدرك عبادة؛ كما قال الهيثمي (٢٦٣/١)، وفي جامع التحصيل للعلائي، ص (١٤٤) قال ابن أبي حاتم: قيل لأبي زرعة: أحاديث إسحاق بن يحيى بن طلحة عن عبادة فقال: هي مراسيل، وقال العلائي: وهو ضعيف أيضاً.
- حديث عبد الله بن رواحة:
أخرجه الطبراني في الكبير؛ كما في مجمع الزوائد (٢٥٧/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، وقال: وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وهو ضعيف، وعطاء ابن يسار لم يدرك ابن رواحة.
- حديث عبد الله بن عباس:
أخرجه أحمد (٣٦٦/١)، والبخاري؛ كما في نصب الراية (١٦٩/١)، والبيهقي (١/١) =

٢٧٣ = كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، كلهم من طريق ابن جريج عن خصيف عن مقسم عن ابن عباس قال: «كنت عند عمر حين سأله سعد وابن عمر عن المسح على الخفين، فقضى عمر لسعد، فقلت: يا سعد، قد علمنا أن النبي ﷺ مسح على خفيه، لكن أقبل المائدة أم بعدها لا يخبرك أحد أن النبي ﷺ مسح عليهما بعد ما أنزلت المائدة. فسكت عمر رضي الله عنه».

حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء (٣٣٤/٧)، ثنا أحمد بن جعفر بن معبد، ثنا أحمد بن مهدي، ثنا أبو نعيم، ثنا الحسن بن صالح، عن عاصم بن عبيد الله، عن سالم، عن ابن عمر قال: «رأيت رسول الله ﷺ مسح على الخفين بالماء في السفر»، وله وجه آخر وهو ما رواه عبد الرزاق في المصنف (١٩٧/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (٧٦٧) ثنا معمر، عن الزهري، عن سالم أن عبد الله بن عمر كان يمسح على الخفين ويقول: «أمر رسول الله ﷺ بذلك».

حديث عبد الله بن مسعود:

أخرجه البزار (١٥٦/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح، الحديث (٣٠٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٨/١)، باب: المسح على الخفين، والطبراني في المعجم الكبير (٢٨٨/٩)، الحديث (٩٢٣٨ - ٩٢٤٧)، وابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (١١٢/٣).

حديث عبد الله بن مغفل:

أخرجه أبو داود الطيالسي، المسند: (١٢٣) عنه قال: «أول ما رأيت عليه خفين في الإسلام:

المغيرة بن شعبة، أتانا ونحن عند رسول الله ﷺ وعليه خفان أسودان، فجعلنا ننظر إليهما، ونعجب منهما، فقال رسول الله ﷺ: «أما إنه سيكثر لكم من الخفاف. قالوا يا رسول الله، كيف نصنع؟ قال: تمسحون عليها وتصلون». الحسن بن واصل هو الحسن بن دينار، وهو متروك. ذكره الدارقطني في الضعفاء والمتروكين رقم (١٨٥).

حديث عبد الرحمن بن بلال:

أخرجه الطبراني في الكبير؛ كما في نصب الراية (٧٢/١).

حديث عبد الرحمن بن حسنة:

أخرجه الطبراني؛ كما في المجمع (٢٦٣/١)، من طريق عمرو بن عبد الغفار عن الأعمش عن أسد بن وهب عن عبد الرحمن بن حسنة قال: «رأيت النبي ﷺ توضأ ومسح على خفيه»، وقال الهيثمي: وفيه عمر بن عبد الغفار. وهو متروك.

حديث عصمة بن مالك:

أخرجه الطبراني في الكبير؛ كما في مجمع الزوائد (٢٥٧/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، من طريق الفضل بن المختار، عن عبيد الله بن موهب، عنه قال: «خرج علينا رسول الله ﷺ في بعض سكك المدينة، فانتبهى إلى سباطة قوم، فقال: يا حذيفة، استرني، فبال قائما، ثم توضأ، ومسح على الخفين، وصلى». وقال الهيثمي: =

-
- والفضل بن المختار منكر الحديث يحدث بالأباطيل . =
- حديث عمار بن ياسر :
أخرجه الدولابي في الكنى والأسماء (٥٧/٢) موقوفا عليه من فعله .
حديث قيس بن سعد :
أخرجه الطبراني في الكبير (٣٤٧/١٨) في معجم قيس بن سعد بن عباد، الحديث (٨٨٢)، والبيهقي (٢٩٣/١) كتاب الطهارة، باب: الاقتصار بالمسح على ظاهر الخفين موقوفا .
- حديث مالك بن ربيعة :
أخرجه أبو نعيم في المعرفة؛ كما في نصب الراية (١٧٣/١) .
حديث مالك بن سعد :
أخرجه أبو نعيم في المعرفة أيضا؛ كما في نصب الراية (١٧٣/١) .
حديث معقل بن يسار :
أخرجه الطبراني في الكبير؛ كما في المجمع (٢٦٠/١)، وقال الهيثمي : وفيه الحسن بن دينار وهو متروك .
- حديث ميمونة أم المؤمنين رضي الله عنها :
أخرجه أحمد (٣٣٣/٦)، وأبو يعلى (٩/١٣) رقم (٩٤ - ٧)، والدارقطني (١١٩/١) كتاب الطهارة، باب: الرخصة في المسح على الخفين، الحديث (٢٢)، كلهم من رواية عمر بن إسحاق بن يسار، أخي محمد بن إسحاق قال: قرأت في كتاب لعطاء بن يسار قال: سألت ميمونة زوج النبي ﷺ عن المسح على الخفين قالت: «قلت يا رسول الله! أكل ساعة يمسح الإنسان على الخفين ولا ينزعهما؟ قال: نعم» .
- حديث يسار بن سويد الجهني :
أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء (٢٩٨/٢)، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٣٥٤/٤) .
حديث يعلى بن مرة :
أخرجه الطبراني في الكبير؛ كما في نصب الراية (١٧٣/١) .
حديث أبي أمامة :
- أخرجه أبو داود الطيالسي، المسند (١٥٥)، وأحمد (٢٥٨/٥)، والطبراني في المعجم الكبير (١٤١/٨)، الحديث (٧٥٥٠)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢٠١٧/٥) في ترجمة عفير بن معدان الحمصي، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٢/١)، وقال: رواه الطبراني في الكبير، والأوسط، وفيه عفير بن معدان وهو ضعيف .
قال الذهبي في الكاشف (٢٧١/٢): ضعفه .
وقال الحافظ في التقریب (٢٥/٢): ضعيف .
حديث أبي أمامة سهل بن حنيف :
- أخرجه الحارث بن أبي أسامة؛ كما في المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية (٣١/١) كتاب الطهارة، باب: المسح على الخفين، الحديث (١٠١) في مسنده: ثنا يونس بن محمد المؤدب، ثنا الليث بن سعد، عن يزيد بن أبي حبيب عن سهل بن أبي أمامة بن سهل بن =

وإما [لأن الآية]^(١)، وهي قوله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾^(٢)، قرئت بقراءتين بالنصب والخفض^(٣)، فينبغي أن يغسل رجله حال

= حنيف، عن أبيه موقوفا عليه، وعلى سعيد بن المسيب.

حديث أبي بردة:

أخرجه الطبراني في الكبير؛ كما في المجمع (٢٦٣/١)، وقال الهيثمي: وفيه عبد السلام بن صالح ضعفه الدارقطني.

حديث أبي زيد:

أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٤/١)، باب: المسح على الخفين.

حديث أبي سعيد الخدري:

أخرجه الطبراني؛ كما في المجمع (٢٦١/١)، وفي الأوسط عنه مطولا، وفيه قول النبي ﷺ لبلال: «يا بلال؛ امسح على الخفين والخمار»، وفيه غسان بن عوف، ضعفه الأزدي؛ كما في المجمع (٢٦١/١)، وأخرجه الدولابي في الكنى والأسماء (١١/٢) موقوفا عليه.

حديث أم سعد الأنصارية:

أخرجه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (٢٢١١/٦) من رواية سعيد بن زكريا عن عنبسة عن عبد الرحمن، عن محمد بن زاذان عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ليس على من أسلف مالا زكاة» قالت: «وكان رسول الله ﷺ يمسح على الخفين»، وقال ابن عدي: (لا أعلم يروى عن محمد بن زاذان غير عنبسة، وعنبسة ضعيف). اهـ.

وفي الباب عن جماعة آخرين من الصحابة، وهم عمرو بن شريد، وعوسجة بن حرملة، والشريد، وعمرو بن حريث، وأبو عمارة الأنصاري، وأبو مسعود الأنصاري، وعبد الله بن الحارث، وعبد الرحمن بن عوف، والزبير بن العوام، وعروة بن مالك، وتنظر أحاديثهم في المجمع (٢٥٩/١ - ٢٦٥)، ونصب الراية (١٧٢/١ - ١٧٤)، وسنن البيهقي (٢٨٩/١).

(١) في د: للآية.

(٢) سورة المائدة آية: ٦.

(٣) قوله عز وجل: ﴿وَأَرْجُلِكُمْ﴾.

قرأ نافع، وابن عامر، والكسائي، وحفص عن عاصم «أرجلكم» نصبا، وباقي السبعة «وأرجلكم» جرا.

والحسن بن أبي الحسن «وأرجلكم» رفعا.

فأما قراءة النصب ففيها تخريجان:

أحدهما: أنها معطوفة على «أيديكم»، فإن حكمها الغسل كالأوجه والأيدي. كأنه قيل: واغسلوا أرجلكم، إلا أن هذا التخريج أفسده بعضهم؛ بأنه يلزم منه الفصل بين المتعاطفين بجملته غير اعتراضية؛ لأنها منشئة حكما جديدا، فليس فيها تأكيد للأول.

وقال ابن عصفور - وقد ذكر الفصل بين المتعاطفين -: وأقبح ما يكون ذلك بالجمل، فدل قوله على أنه لا يجوز تخريج الآية على ذلك.

وقال أبو البقاء عكس هذا، فقال: هو معطوف على الوجوه، ثم قال: وذلك جائز في

العربية بلا خلاف.

وجعل السنة الواردة بغسل الرجلين مقوية لهذا التخريج، فليس بشيء.
فإن لقاتل أن يقول: يجوز أن يكون النصب على محل المجرور وكان حكمها المسح،
ولكنه نسخ ذلك بالسنة، وهو قول مشهور للعلماء.
والثاني: أنه منصوب عطفًا على ما قبله.
وأما قراءة الجر ففيها أربعة تخاريج:

أحدها: أنها منصوب في المعنى عطفًا على الأيدي المغسولة، وإنما خفض على
الجوار، كقولهم: هذا جحر ضب خرب، بجر «خرب»، وكان حقه الرفع؛ لأنه صفة
في المعنى لـ «الجحر» لصحة اتصافه به، والضب لا يوصف به، وإنما جره على الجوار.
وهذه المسألة عند النحويين لها شرط، وهو أن يؤمن اللبس كما تقدم تمثله، بخلاف:
قام غلام زيد العاقل، إذا جعلت العاقل نعتًا للغلام، امتنع جره على الجوار لأجل اللبس.
وأشددوا - أيضا - قول الشاعر: [السيط]

كأنما ضربت قدام أعينها قطنا بمستحصد الأوتار محلوج
وقول الآخر: [الوافر]

فإياكم وحية بطن واد هموز الناب ليس لكم بسي
وقول الآخر: [الطويل]

كأن ثبيرا في عرائين وبله كبير أناس في بجاد مزمل
وقول الآخر: [الرجز]

كأن نسج العنكبوت المرمل كبير أناس في بجاد مزمل
بجر «محلوج» وهو صفة لـ «قطنا» المنصوب وبجر «هموز»، وهو صفة لـ «حية»
المنصوب، وبجر «المزمل» وهو صفة «كبير»؛ لأنه بمعنى الملتف، وبجر «المرمل» وهو
صفة «نسج»، وإنما جرت هذه لأجل المجاورة.

وقرأ الأعمش: ﴿إِنَّ اللَّهَ هُوَ الرَّزَّاقُ ذُو الْقُوَّةِ الْمَتِينُ﴾ [الذاريات: ٥٨] بجر «المتين»
مجاورة لـ «القوة» وهو صفة لـ «الرزاق»، وهذا وإن كان واردا إلا أن التخريج عليه
ضعيف لضعف الجوار من حيث الجملة.

وأیضا فإن خفض على الجوار إنما ورد في النعت لا في العطف، وقد ورد في التوكيد
قليلًا في ضرورة الشعر.

قال: [السيط]

يا صاح بلغ ذوي الزوجات كلهم أن ليس وصل إذا انحلت عرى الذنب
بجر «كلهم» وهو توكيد لـ «ذوي» المنصوب، وإذا لم يرد إلا في النعت، وما شذ من
غيره، فلا ينبغي أن يخرج عليه كتاب الله تعالى، وممن نص على ضعف تخريج الآية على
الجوار مكّي ابن أبي طالب وغيره.

قال مكّي، وقال الأخفش، وأبو عبيدة: الخفض فيه على الجوار، والمعنى للغسل،
وهو بعيد لا يحمل القرآن عليه.

وقال أبو البقاء: وهو الإعراب الذي يقال: هو على الجوار، وليس بممتنع أن يقع في
القرآن لكثرتة، فقد جاء في القرآن والشعر.

= فمن القرآن قوله تعالى: ﴿وَحُورٌ عِينٌ﴾ [الواقعة: ٢٢] على قراءة من جر وهو معطوف على قوله: ﴿يَا كُرَابٍ وَأَبَارِينُ﴾ [الواقعة: ١٨] وهو مختلف المعنى؛ إذ ليس المعنى يطوف عليهم ولدان مخلدون بحور عين. وقال النابغة: [البسيط]

لم يبق إلا أسير غير منفلت أو موثق في حبال القوم مجنوب والقوافي مجرورة، والجوار مشهور عندهم في الإعراب ثم ذكر أشياء كثيرة زعم أنها مقوية لمدعاه منها قلب الإعراب في الصفات كقوله تعالى: ﴿عَذَابٌ يَوْمٍ مُّحِيطٍ﴾ [هود: ٨٤]، واليوم ليس بمحيط، وإنما المحيط هو العذاب. ومثله قوله تعالى: ﴿فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ﴾ [إبراهيم: ١٨]، وعاصف ليس من صفة اليوم بل من صفة الريح.

ومنها قلب بعض الحروف إلى بعض كقوله عليه السلام: «ارجعن مأزورات غير مأجورات»، والأصل: موزورات، ولكن أريد التواخي. وكذلك قولهم: إنه ليأتينا بالغدايا والعشايا، يعني أن الأصل بالغداوى؛ لأنها من الغدوة، ولكن لأجل ياء العشايا جاءت بالياء دون الواو. ومنها تأنيث المذكر كقوله تعالى: ﴿فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا﴾ [الأنعام: ١٦٠]، فحذف التاء من «عشر»، وهي مضافة إلى «الأمثال»، وهي مذكرة، ولكن لما جاورت الأمثال ضمير المؤنث أجري عليها حكمه، وكذلك قوله: [الكامل]

لما أتى خبر الزبير تواضعت سور المدينة والجبال الخشع وقولهم: ذهب بعض أصابعه يعني أن «سور» مذكرة، «وبعض» - أيضا - كذلك، ولكن لما جاورا المؤنث أعطيا حكمه. ومنها: قامت هند لما لم يفصلوا، أتوا بالتاء، ولما فصلوا لم يأتوا بها، ولا فرق إلا المجاورة وعدمها.

ومنها: استحسانهم النصب في الاشتغال بعد جملة فعلية، في قولهم: قام زيد وعمرا كلمته لمجاورة الفعل. ومنها: قلبهم الواو المجاورة للظرف همزة نحو: أوائل بخلاف طواويس لبعدها من مجاورة الظرف.

قال: وهذا موضع يحتمل أن يكتب فيه أوراق من الشواهد، قد بوب له النحويون بابا ورتبوا عليه مسائل، وأصلوه بقولهم: هذا جحر ضب خرب. حتى اختلفوا في جواز جر التثنية والجمع، فأجاز الإتياع فيهما جماعة من حذاقهم قياسا على المفرد المسموع، ولو كان لا وجه له بحال لاقتصروا فيه على المسموع فقط، ويتأيد ما ذكرناه أن الجر في الآية قد أجزى غيره وهو الرفع والنصب، والرفع والنصب غير قاطعين ولا ظاهرين، على أن حكم الرجلين المسح، فكذلك الجر يجب أن يكون كالنصب والرفع في الحكم دون الإعراب. انتهى.

قال شهاب الدين: أما قوله: إن ﴿وَحُورٌ عِينٌ﴾ [الواقعة: ٢٢] من هذا الباب فليس بشيء؛ لأنه إما أن يقدر عطفهما على ما تقدم بتأويل ذكره الناس كما سيأتي، أو بغير تأويل. =

وإما ألا يعطفهما، فإن عطفهما على ما تقدم، وجب الجر، وإن لم يعطفهما لم يجب
الجر، وأما جرهما على ما ذكره الناس فليل: لعطفهما على المجرور بالياء قبلهما على
تضمين الفعل المتقدم «يتلذذون وينعمون بأكواب وكذا وكذا».

أو لا يضمن الفعل شيئا، ويكون لطواف الولدان بالحوار العين على أهل الجنة لذاذة لهم
بذلك، والجوار إنما يكون حيث يستحق الاسم غير الجر، فيجر لمجاورة ما قبله، وهذا كما
ترى قد صرح هو أنه معطوف على «بأكواب».

غاية ما في الباب أنه جعله مختلف المعنى، يعني أن عنده لا يجوز عطفهما على
«بأكواب» إلا بمعنى آخر، وهو تضمين الفعل، وهذا لا يقدح في العطفية.

وأما البيت فجر «موتق» ليس لجواره لـ «منفلت» وإنما هو مراعاة للمجرور بـ «غير»؛
لأنهم نصوا على أنك إذا جئت بعد «غير» ومخفوضها بتابع جاز أن يتبع لفظ «غير»، وأن
يتبع المضاف إليه، وأنشدوا البيت، ويروى: [البيسط]

لم يبق إلا أسير غير منفلت أو موثق في حبال القوم مجنوب
وأما باقي الأمثلة التي أوردها فليس من المجاورة التي تؤثر في التغيير، أي تغيير
الإعراب، وقد تقدم أن النحويين خصصوا ذلك بالنع، وأنه قد جاء في التوكيد ضرورة.
والتخريج الثاني: أنه معطوف على «برؤوسكم» لفظا ومعنى، ثم نسخ ذلك بوجوب
الغسل، وهو حكم باق، وبه قال جماعة، أو يحمل مسح الأرجل على بعض الأحوال،
وهو ليس الخف، ويعزى للشافعي.

التخريج الثالث: أنها جرت منبهة على عدم الإسراف باستعمال الماء؛ لأنها مظنة لصب
الماء كثيرا، فعطفت على الممسوح، والمراد غسلها.

وإليه ذهب الزمخشري، قال: «وقيل: إلى الكعبين» فجيء بالغاية إمطة لظن ظان
يحسبها ممسوحة؛ لأن المسح لم تضرب له غاية في الشريعة.
وكأنه لم يرتض هذا القول للدافع لهذا الوهم، وهو كما قال.

التخريج الرابع: أنها مجرورة بحرف جر مقدر، دل عليه المعنى، ويتعلق هذا الحرف
بفعل محذوف أيضا يليق بالمحل، فيدعى حذف جملة فعلية وحذف حرف جر، قالوا:
وتقديره: «وافعلوا بأرجلكم غسلا».

قال أبو البقاء: وحذف حرف الجر، وإبقاء الجر جائز؛ كقوله: [الطويل]

مشائيم ليسوا مصلحين عشيرة ولا ناعب إلا ببين غرابها
وقال الآخر: [الطويل]

بدا لي أنني لست مدرك ما مضى ولا سابق شيئا إذا كان جائيا
فجر بتقدير الباء، وليس بموضع ضرورة.

قوله: وإبقاء الجر ليس على إطلاقه، وإنما يطرد منه مواضع نص عليها أهل اللسان ليس
هذا منها.

وأما البيتان فالجر فيهما عند النحاة يسمى العطف على التوهم يعني كأنه توهم وجود الباء
زائدة في خبر «ليس»؛ لأنها يكثر زيادتها، ونظروا ذلك بقوله تعالى: ﴿فَأَصَدَّقَ وَأَكُنْ مِنْ
الصَّالِحِينَ﴾ [المنافقون: ١٠] بجزم «أكن» عطفًا على «فأصدق» على توهم سقوط الفاء من =

«فأصدق» نص عليه سيبويه وغيره، فظهر فساد هذا التخريج.
 وأما قراءة الرفع فعلى الابتداء، والخبر محذوف، أي: وأرجلكم مغسولة، أو ممسوحة
 على ما تقدم في حكمها والكلام في قوله «إلى الكعبين» كالكلام في «إلى المرفقين».
 «والكعبان» فيهما قولان مشهوران.

أشهرهما: أنهما العظمان الناتان عند مفصل الساق والقدم في كل رجل كعبان.
 والثاني: أنه العظم الناتئ في وجه القدم، حيث يجتمع شراك النعل، ومراد الآية هو
 الأول.

والكعبة، كل بيت مربع.
 وقال المفسرون: من قرأ بالنصب على تقدير: «فاغسلوا وجوهكم، وأيديكم، واغسلوا
 أرجلكم» ومن قرأ بالجر فذهب بعضهم إلى أنه يمسخ على الرجلين.
 روي عن ابن عباس أنه قال: «الوضوء غسلتان ومسحتان»، ويروى ذلك عن عكرمة
 وقتادة.

قال الشعبي: نزل جبريل بالمسح، وقال: ألا ترى التيمم ما كان غسلًا، ويلقى ما كان
 مسحًا.

وقال محمد بن جرير: يتخير المتوضئ بين المسح على الخفين وبين غسل الرجلين،
 وذهب جماعة من أهل العلم من الصحابة والتابعين وغيرهم إلى وجوب غسل الرجلين،
 وقالوا: خفض اللام في الأرجل على مجاورة اللفظ لا على موافقة الحكم كقوله:
 ﴿عَذَابٌ يَوْمَ إِلْيَاسَ﴾ [هود: ٢٦]، فالأليم صفة العذاب، ولكنه جر للمجاورة كقولهم:
 «جحر ضب خرب». ويدل على وجوب غسل الرجلين ما روى عبد الله بن عمرو،
 قال: «تخلف عنا رسول الله ﷺ في سفر سافرناه، فأدركناه وقد راهقتنا صلاة العصر
 ونحن نتوضأ، فجعلنا نمسح على أرجلنا، فنادانا بأعلى صوته: «ويل للأعقاب من النار».
 والأحاديث الواردة في صفة وضوء النبي ﷺ كثيرة، وكلهم وصفوا غسل الرجلين.
 وقال بعضهم: أراد بقوله «وأرجلكم»: المسح على الخفين، كما روي أن النبي ﷺ:
 «كان إذا ركع وضع يده على ركبتيه»، وليس المراد منه أنه لم يكن بينهما حائل، ويقال: قبل
 فلان رأس الأمير ويده، وإن كانت العمامة على رأسه ويده في كفه فالواجب في غسل
 أعضاء الوضوء هذه الأربعة.

واختلف العلماء في قدر الواجب من مسح الرأس، فقال مالك وأحمد: يجب مسح
 جميع الرأس كما يجب مسح جميع الوجه في التيمم وقال أبو حنيفة: يجب مسح ربع
 الرأس.

وقال الشافعي: قدر ما يطلق عليه اسم المسح، واحتج الشافعي بأنه لو قال مسحت
 بالمنديل، فهذا لا يصدق إلا عند مسحه ب كله، ولو قال: مسحت يدي بالمنديل، فهذا
 يكفي في صدقه مسح اليد بجزء من أجزاء ذلك المنديل.

فقوله سبحانه: ﴿وَأَمْسُحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾ يكفي في العمل به مسح اليد بجزء من أجزاء
 الرأس وذلك الجزء غير مقدر في الآية، فإن قدرناه بمقدار معين لم يتعين ذلك المقدار
 إلا بدليل غير الآية، فيلزم صيرورة الآية مجملة، وهو خلاف الأصل، وعلى ما قلناه =

عدم اللبس، ويمسح على الخفين حالة اللبس، ليصير عاملاً بالقراءتين. وفي حيرة^(١) الفقهاء: إذا لبس الخف على طهارة كاملة ثم دخل الماء إحدى رجليه، ينظر: إن بلغ الكعب^(٢) حتى صار جميع [الرجل]^(٣) مغسولاً^(٤) ينتقض مسحه، ويجب عليه غسل الرجل الآخر، وإن لم يبلغ [الكعب]^(٥) لا ينتقض^(٦) مسحه^(٧).

وذكر الفقيه أبو جعفر في نوادره: إذا أصاب الماء أكثر إحدى رجليه ينتقض مسحه ويكون بمنزلة الغسل، وأجاب هو أولاً: أنه لا ينتقض المسح كما هو جواب خيرة الفقهاء.

وفي الحاوي: إذا ابتل جميع إحدى القدمين ينتقض مسحه. سئل الإمام أبو الحسن الرستغني^(٨): عن الخف إذا كان واسعاً بحيث لو نظر الناظر من أعلى الخف رأى رجله في الخف، أيجوز المسح عليه؟ قال: يجوز.

= تكون الآية مبينة مفيدة، فهو أولى، ويؤيده ما روي عن المغيرة بن شعبة «أن النبي ﷺ توضأ فمسح بناصيته وعلى عمامته وخفيه».

وأجاز أحمد المسح على العمامة، ووافق الأوزاعي والنووي والثوري، ومنعه غيره. وحمل الحديث على أن فرض المسح سقط عنه بمسح الناصية. قال القرطبي: لو غسل المتوضئ رأسه بدل المسح، قال ابن العربي: لا نعلم خلافاً في أن ذلك يجزئه إلا ما نقل عن بعضهم أن ذلك لا يجزئ. وهذا مذهب أهل الظاهر.

فإن قيل: هذه زيادة خرجت عن اللفظ المتعبد به. قلنا: ولم يخرج عن معناه في إيصال الفعل إلى المحل، وكذلك لو مسح رأسه ثم حلقة لم يكن عليه إعادة المسح.

ينظر: اللباب في علوم الكتاب، لأبي حفص عمر بن علي بن عادل الدمشقي الحنبلي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط.)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (٧/٢٢١ - ٢٣٠).

(١) في د: خيرة.

(٢) في د: الكف.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) زاد في أ: لا.

(٥) سقط في د.

(٦) في ب: ينقض.

(٧) البحر الرائق (١/١٧٦).

(٨) في أ: الرستغني.

وفي الفتاوى: إذا لبس مِكَعَبًا لا يرى من كعبيه إلا قدر إصبع أو إصبعين جاز المسح عليه.

وقد ذكر في الزيادات: إذا كان معه خف لا ساق له وأجاب على نحو ما ذكرنا. والخف الذي لا ساق له، يراد به المكعب.

نزع الماسح خفه عن إحدى رجليه ينتقض مسحه، وكذلك إذا نزعه حتى بلغ إصبعه موضع الكعب انتقض مسحه عندنا.

وفي كتاب الصلاة لأبي عبد الله الزعفراني^(١) - رحمه الله -: رجل أعرج، يمشي على صدر قدميه، وقد ارتفعت عقبه عن عقب الخف، أو [كان]^(٢) لا عقب للخف [وصدر قدميه]^(٣) في الخف، أو رجل صحيح أخرج عقبه من عقب الخف إلا أن مقدم قدمه في الخف في موضع المسح، له أن يمسخ ما لم يخرج صدر قدمه [من الخف]^(٤) إلى الساق.

ولفظ القدوري: إذا نزع القدم من الخف إلى الساق بطل المسح^(٥).

[وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه إذا خرج أكثر العقب من موضعه بطل المسح]^(٦) وذكر ثمة أصلاً فقال: إذا صار بحال يتعذر معه المشي المعتاد بطل المسح؛ لأن اللبس وقع له.

المسح على الجوربين^(٧) إذا كانا من جلد يجوز بالاتفاق، سواء لبس معهما

(١) هو: الحسن بن أحمد بن مالك أبو عبد الله الزعفراني الفقيه مرتب مسائل الجامع الصغير رحمه الله تعالى. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/١٨٩، ١٩٠).

(٢) سقط في د.

(٣) في د: وصار قدمه.

(٤) سقط في د.

(٥) الأصل، للشيباني (١/١٠١)، المبسوط للسرخسي (١/١٠٤).

(٦) سقط في د.

(٧) الجورب هو ما يلبسه الإنسان في قدميه سواء كان مصنوعاً من الصوف أو القطن أو الكتان أو نحو ذلك.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز المسح على الجوربين في حالتين.

١ - أن يكون الجوربان مجلدين، يغطيها الجلد؛ لأنهما يقومان مقام الخف في هذه الحالة.

٢ - أن يكون الجوربان منعلين، أي لهما نعل وهو يتخذ من الجلد، وفي الحالتين لا يصل الماء إلى القدم؛ لأن الجلد لا يشف الماء.

النعلين^(١)

أو لم يلبس، وكذلك إذا كانا من صوف أو شعر؛ إن^(٢) كانا مجلدين يجوز المسح عليهما بالاتفاق.

وإن كانا من صوف أو شعر، ولم يكونا مجلدين، أو^(٣) منعلين لم يجز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وعندهما: يجوز إذا كانا ثخينين.

وروى محمد بن سلمة: أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - مسح على جوربيه قبل موته بثلاثة أيام، ورجع إلى قولهما^(٤).

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: وعليه الفتوى.

وفي صلاة المستغني: إذا كان الرِّجُل مقطوع الأصابع وبعض خفه خال من القدم فمسح عليه، ينظر: إن وقع المسح على المشغول^(٥) مقدار ثلاثة أصابع جاز وإلا فلا، وكذلك لو كان الخف واسعاً وبعضه خال عن القدم.

= ويرى الإمام أحمد بن حنبل والصاحبان من الحنفية جواز المسح على الجورب بشرطين:

الأول: أن يكون ثخيناً لا يبدو منه شيء من القدم.

الثاني: أن يمكن متابعة المشي فيه وأن يثبت بنفسه من غير شد بالعرى ونحوها، ولم يشترط الحنابلة أن يكونا منعلين.

واستدلوا بالآتي:

أ - ما رواه المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ مسح على الجوربين والنعلين.

وهذا يدل على أن النعلين لم يكونا عليهما؛ لأنهما لو كانا كذلك لم يذكر النعلين فإنه لا يقال مسحت على الخف ونعله.

واستدلوا كذلك على جواز المسح على الجوربين بأن الصحابة مسحوا على الجوارب ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً.

ينظر: فتح القدير (١/١٣٨، ١٣٩)، وكشف الحقائق عن كنز الدقائق، للأفغاني،

مطبعة الموسوعات، ١٣٢٢هـ (١/٢٥)، والشرح الصغير (١/٢٢٩)، والمجموع (١/

٥٢٦)، ومنتهى الإرادات (١/٢١)، والمغني (١/٢٩٤، ٢٩٥)، .

(١) في د: النعلان.

(٢) في د: و.

(٣) في د: ولا.

(٤) تبين الحقائق (١/٥٢)، البناية شرح الهداية (١/٦١١).

(٥) في أ، ب: المغسول.

وذكر أبو علي الدقاق^(١) - صاحب كتاب الحيض^(٢) -: رجل لبس خفين ولبس فوقهما جرموقين واسعين يفضل من الجرموق على الخف قدر ثلاثة أصابع، فمسح على تلك الفضلة^(٣)؛ لم يجزه، وإن قدم رجله إلى تلك الفضلة ومسح عليه ثم زال رجله عن ذلك الموضوع أعاد المسح.

قال الناطفي في هدايته: وصفة الخف الذي يجوز المسح [عليه ما]^(٤) يمكن تتابع المشي به عادة.

وما لا يمكن تتابع المشي به عادة^(٥) لا يجوز المسح عليه^(٦).
والخرق القليل في الخف لا يمنع تتابع المشي به في العادة^(٧)؛ فلا يمنع المسح^(٨)، والكبير يمنع؛ لأنه لا يمكن تتابع المشي في مثله عادة.
وقدر الكبير^(٩) بثلاثة أصابع الرجل، أصغرها، هكذا ذكر في بعض المواضع. وفي بعض المواضع قدره بالإبهام وجارتيه، وهذا في الخرق المنفرج الذي يرى ما تحته من الرجل.

أما إذا كان الخرق طويلاً يدخل فيه ثلاثة أصابع أصغرها [وإن أدخلت]^(١٠) ولكن لا يرى شيء من الرجل لا يمنع المسح.
وفي صلاة الأثر عن محمد بن الحسن - رحمه الله -: خف فيه فتق مفتوح وبطانة

(١) هو: أبو علي الدقاق الرازي صاحب كتاب الحيض. قرأ على موسى بن نصر الرازي، وهو أستاذ أبي سعيد البردعي. ينظر: الجواهر المضبية (٢/٢٥٩).

(٢) في أ: الخفض له.

(٣) في أ: الفاضلة.

(٤) في د: مما.

(٥) في أ: في العادة.

(٦) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٢٧)، البحر الرائق (١/١٨٩).

(٧) العادة في اللغة: معروفة، وجمعها «عاد» و«عادات» و«عوائد»، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي: يرجع إليها مرة بعد أخرى، يقال: عودته كذا، فاعتاده وتعوده أي: صيرته له عادة.

ينظر: لسان العرب (٤/٣١١)، والقاموس المحيط (١/٣١٩)، ومعجم مقاييس اللغة (٤/١٨١، ١٨٢)، والمصباح المنير، مادة (ع ود)، ص (١٦٦)، مختار الصحاح (٤٦١).

(٨) زاد في د: كأثر الأشافى ونحوه.

(٩) في أ، د: الكثير.

(١٠) في أ: إذا دخلت.

الخف من خرقة أو غيرها لم يفتق^(١) مخروّزاً في الخف جاز المسح، وإذا كان الخرق مضمومًا إذا مشي لا يفتق جاز المسح، و[إن كان]^(٢) إذا مشي يفتق لا يجوز المسح عليه.

وإذا كان الرجل مقطوع الأصابع من الرجل وفي الخف خرق، اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: يقدر الخرق بأصابع غيره. ومنهم من قال تعتبر أصابعه لو كانت قائمة.

وإذا مسح خفه ببلل في يده^(٣) والبلل ليس بقاطر يجزئه إذا لم يكن البلل مستعملًا؛ [لأن الواجب هو المسح في اليدين]^(٤) [٥].

وعن هذا قال أصحابنا: إن مسح رأسه بالثلج يجوز ولم يفصلوا بين ما إذا كان البلل متقاطرًا أو لم يكن.

إذا مسح رأسه أو خفه^(٦) برؤوس أصابعه؛ فإن كان الماء متقاطرًا يجوز، وإن لم يكن متقاطرًا لا يجوز؛ لأنه إذا كان متقاطرًا [ينزل الماء]^(٧) من أصابعه إلى رءوسها، فإذا^(٨) مده كان كأنه أخذ ماء جديدًا.

وإذا مسح بإصبع واحد ثم بلها فمسحها^(٩) ثلاثًا؛ إن مسح في كل مرة في غير الموضع الذي مسح أولاً، جاز كأنه مسح بثلاثة أصابع.

ولو مسح بالإبهام والسبابة إن كانتا مفتوحتين جاز^(١٠)؛ لأن بينهما مقدار إصبع، فكأنه^(١١) مسح بثلاثة أصابع.

ذكر في صلاة العيون: أن الماسح على الخف إذا أحدث فانصرف ليتوضأ، [فقبل

(١) في أ: يتفق.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: يديه.

(٤) في ب: اليد.

(٥) في د: وألته البلة.

(٦) في د: خفيه.

(٧) في د: فالماء ينزل.

(٨) في د: وإذا.

(٩) في د: فمسح.

(١٠) في د: يجوز.

(١١) في أ: وكأنه.

أن يتوضأ^(١) انقضت مدة مسحه؛ فله أن يغسل رجليه ويبيني على صلاته؛ كالمُتيمم إذا أحدث في الصلاة فانصرف فوجد ماء، لا يفسد صلاته، وله أن يتوضأ ويبيني على صلاته كذا هاهنا.

وذكر في مجموع النوازل فرعاً لهذه المسألة فقال: لو انقضت مدة مسحه بعد ما عاد إلى مكان صلاته، فسدت صلاته، وإذا^(٢) انقضت مدة مسحه وهو في الصلاة ولم يجد ماء فإنه يمضي على صلاته، ومن المشايخ من قال: تفسد^(٣) صلاته - والله أعلم بالصواب^(٤).



(١) سقط في د.

(٢) في د: فإذا.

(٣) في د: بفساد.

(٤) البناية شرح الهداية (١/٦٠١).

الفصل الثامن

في المسح على الجبائر، وعصابة المفتصد

وتدخل فيه مسألة الشقوق، قال [الفقيه]^(١) أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الرواية: ذكر في كتاب الصلاة: أن من ترك المسح على الجبائر^(٢) والمسح لا يضره أجزاءه^(٣)، ولم يبين [القائل]^(٤).

(١) سقط في د.

(٢) الجبيرة لغة: العيدان التي تشد على العظم لتجبره على استواء. وجمعها: جبائر، وهي من جبرت العظم جبراً، من باب قتل، أي: أصلحته، فجبر هو أيضاً، جبراً وجبوراً؛ أي: صلح، فيستعمل لازماً ومتعدياً، وجبرت اليد: وضعت عليها الجبيرة. وجبر العظم: جبره، والمجبر الذي يجبر العظام المكسورة. وفي الاصطلاح لا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي، إلا أن المالكية فسروا الجبيرة بمعنى أعم؛ فقالوا: الجبيرة ما يداوي الجرح، سواء أكان أعواداً أم لزقة أم غير ذلك. ينظر الصحاح (٦٠٨/٢)، ولسان العرب (١١٥/٤).

(٣) اتفق الفقهاء على مشروعية المسح على الجبائر في حالة العذر نيابة عن الغسل أو المسح الأصلي في الوضوء أو الغسل أو التيمم، والأصل في ذلك ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: كسر زندي يوم أحد فسقط اللواء من يدي فقال النبي ﷺ: «اجعلوها في يساره فإنه صاحب لوائي في الدنيا والآخرة»، فقلت: يا رسول الله ما أصنع بالجبائر؟ فقال: «امسح عليها».

وروى جابر رضي الله عنه أن رجلاً أصابه حجر فشجه في رأسه ثم احتلم، فسأل أصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ قالوا: ما نجد لك رخصة، وأنت تقدر على الماء، فاغتسل فمات، فقال النبي ﷺ: «قتلوه قتلهم الله. ألا سألوا إذا لم يعلموا فإنما شفاء العي السؤال إنما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب» ولأن الحاجة تدعو إلى المسح على الجبائر؛ لأن في نزعها حرجاً وضرراً.

والمسح على الجبيرة واجب عند إرادة الطهارة، وذلك بشروط خاصة، والوجوب هنا بمعنى الإثم بالترك مع فساد الطهارة والصلاة، وهذا عند المالكية والشافعية في المذهب، والحنابلة، وأبي يوسف، ومحمد من الحنفية.

وقال أبو حنيفة: يائمه بتركه فقط مع صحة وضوئه، وروي أنه رجع إلى قول الصحابين. وقال بعض الشافعية: يغسل الصحيح ويتيمم ولا يمسح على الجبيرة. وفي حكم المسح على الجبيرة المسح على العصابة أو اللصوق، أو ما يوضع في الجروح من دواء يمنع وصول الماء - كدهن أو غيره -.

ويشترط لجواز المسح على الجبيرة ما يأتي:

أ - أن يكون غسل العضو المنكسر أو المجروح مما يضر به، وكذلك لو كان المسح على عين الجراحة مما يضر بها، أو كان يخشى حدوث الضرر بنزع الجبيرة.

ب - ألا يكون غسل الأعضاء الصحيحة يضر بالأعضاء الجريحة فإن كان يضر بها ففرضه =

.....

= التيمم. وهذا باتفاق.

ج - قال الحنفية والمالكية: إن كانت الأجزاء الصحيحة قليلة جدا كيد واحدة، أو رجل واحدة، ففرضه التيمم إذ التافه لا حكم له.

د - اشترط الشافعية في الصحيح المشهور وهي رواية عن الإمام أحمد أن تكون الجبيرة موضوعة على طهارة مائة؛ لأنه حائل يمسح عليه فكان من شرط المسح عليه تقدم الطهارة كسائر الممسوحات، فإن خالف ووضعها على غير طهر وجب نزعها، وذلك إن لم يخف ضررا بنزعها، فإن خاف الضرر لم ينزعها ويصح مسحه عليها، ويقضي لفوات شرط وضعها على طهر.

والرواية الثانية عند الحنابلة وهي مقابل الصحيح عند الشافعية (قال عنه النووي: إنه شاذ): لا يشترط تقدم الطهارة على شد الجبيرة. قال الخلال: روى حرب وإسحاق والمروزي في ذلك سهولة عن أحمد، واحتج بقول ابن عمر؛ لأن هذا مما لا ينضب ويغلب على الناس جدا فلا بأس به؛ ولأن المسح عليها جاز دفعا لمشقة نزعها، ونزعها يشق إذا لبسها على غير طهارة كمشقته إذا لبسها على طهارة.

و إذا أراد واضح الجبيرة الطهارة فليفعل ما يأتي:

- ١ - يغسل الصحيح من أعضائه.
- ٢ - يمسح على الجبيرة.

وهذا باتفاق إلا في قول عند الشافعية أنه يكفي التيمم ولا يمسح الجبيرة بالماء، والمذهب وجوب المسح.

ويجب استيعاب الجبيرة بالمسح عند المالكية والحنابلة وهو الأصح عند الحنفية، ومقابلة أن مسح الأكثر كاف؛ لأنه قائم مقام الكل ذكر ذلك الحسن بن زياد.

أما عند الشافعية فقد ذكر النووي في المجموع أن فيه وجهين مشهورين: أحدهما: عند الأصحاب: يجب الاستيعاب؛ لأنه أجزى للضرورة فيجب مسح الجميع، والوجه الثاني: يجزئه ما يقع عليه الاسم، لأنه مسح على حائل منفصل فهو كمسح الخف.

هذا إذا كانت الجبيرة موضوعة على قدر الجراحة فقط. فإن كانت زائدة عن قدر الجراحة فعند الحنفية والمالكية يمسح على الزائد تبعا إن كان غسل ما تحت الزائد يضر.

وعند الشافعية والحنابلة يمسح من الجبيرة على كل ما حاذى محل الحاجة ولا يجب المسح على الزائد بدلا عما تحتها، ويكفي المسح على الجبيرة مرة واحدة، وإن كانت في محل يغسل ثلاثا. قال الحنفية: وهو الأصح، ومقابلة: يسن تكرار المسح لأنه بدل عن الغسل، والغسل يسن تكراره فكذا بدله، وهذا إذا لم تكن على الرأس.

وزاد الشافعية في الأصح وجوب التيمم مع الغسل والمسح. قال النووي: وأما التيمم مع غسل الصحيح ومسح الجبيرة بالماء ففيه طريقتان أحدهما وأشهرهما والتي قطع الجمهور بها أن فيه قولين: أحدهما عند الجمهور وجوبه وهو نصه في الأم ومختصر البويطي والكبير، والثاني: لا يجب وهو نصه في القديم وظاهر نصه في المختصر وصححه الشيخ أبو حامد، والجرجاني، والرويانى، في الحلية.

والطريق الثاني حكاه الخراسانيون وصححه المتولي منهم، أنه إن كان ما تحت الجبيرة =

قال: وسمعت أبا بكر محمد بن عبد الله يقول: ذلك قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال الحسن: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - إذا مسح على العصابة؛ فعليه أن يمسح على موضع الجرح [و^(١)] على جميع العصابة، أو على الأكثر؛ فقد أوجب المسح على العصابة فصار عن أبي حنيفة روايتان.

قال الفقيه الزاهد أبو حفص السفكردي^(٢) - رحمه الله - في مختصر غريب

= عيلا لا يمكن غسله لو كان ظاهرا وجب التيمم كالجريح، وإن أمكن غسله لم يجب التيمم كلبس الخف، والمذهب الوجوب، قال في المذهب: لحديث جابر رضي الله عنه أن رجلا أصابه حجر فشجه في رأسه ثم احتلم فسأل أصحابه هل تجدون رخصة لي في التيمم؟ قالوا: ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء فاغتسل فمات، فقال النبي ﷺ: إنما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب.

وذكر الحنابلة وجوب التيمم مع الغسل والمسح في حالتين: إحداهما: فيما لو وضع الجبيرة على غير طهارة وخاف من نزعها على القول بأن تقدم الطهارة شرط المسح على الجبيرة.

والثانية: أن واضع الجبيرة إذا جاوز بها موضع الحاجة فإنه يغسل الصحيح ويمسح على الجبيرة ويتيمم لما زاد على قدر الحاجة. جاء ذلك في كشف القناع وشرح منتهى الإرادات ولم يذكر فيه خلافا. إلا أن ابن قدامة جعله احتمالا فقال: ويحتمل أن يتيمم مع مسح الجبيرة فيما إذا تجاوز بها موضع الحاجة؛ لأن ما على موضع الحاجة يقتضي المسح والزائد يقتضي التيمم.

وإن كانت العصابة بالرأس، فإن كان بقي من الرأس قدر ما يكفي المسح عليه مسح عليه وإلا فعلى العصابة، وهذا عند من يقول بأن الفرض هو مسح بعض الرأس، كالحنفية والشافعية وفي قول عند الحنابلة، أما عند من يقول بأن الفرض هو مسح جميع الرأس كالمالكية فإنه يمسح على العصابة وعلى ما بقي من الرأس، وهذا في الوضوء، أما في الغسل فإنه يمسح على العصابة، ويغسل ما بقي.

ينظر: بدائع الصنائع (١٣/١، ١٤)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٨٥، ١٨٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١٦٣، ١٦٥)، ومواهب الجليل (١/٣٦١)، والمجموع (١/٣٢٣، ٣٢٥، ٣٢٦)، ونهاية المحتاج (١/٢٦٩)، والمغني (١/٢٥٩ - ٢٧٧ - ٢٧٩)، وكشاف القناع (١/١١٣، ١١٤، ١٢٠)، ونصب الراية (١/٤٥).

(٤) سقط في د.

(١) سقط في د.

(٢) السفكردي: قال الخاصي: ذكر أبو حفص السفكردي في مختصر غريب الرواية ولم يذكر السمعاني هذه النسبة في كتابه.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٣١٧).

الرواية: ليس في روايتنا ما حكاه الفقيه أبو جعفر عن كتاب الصلاة، وإنما الذي في روايتنا، وقال أبو يوسف، ومحمد: إذا ترك المسح على الجبائر وذلك لا يضره لم يجزئه، هذا هو المذكور في روايتنا^(١).

لعل ما ذكره الفقيه أبو جعفر في رواياتهم وفي باب الوضوء والغسل من الأصل: إذا اغتسل من الجنابة ومسح بالماء على الجبائر التي على يده^(٢) أو لم يمسه؛ لأنه يخاف على نفسه إن مسح، يجزئه، ذكره مطلقاً من غير أن يضيفه إلى أحد، ثم ذكر قول أبي يوسف ومحمد على نحو ما حكاه الفقيه أبو [جعفر]: أنه إذا ترك المسح على الجبائر والمسح لا يضره، لا يجزئه^(٣).

وذكر الفقيه [٤] أبو الليث في مختلفاته: اختلاف المتأخرين في قول أبي حنيفة - رحمه الله - بعضهم قالوا: قول أبي حنيفة لا يخالف قولهما؛ لأنهما إنما قالوا بعدم الجواز فيمن لا يضره المسح^(٥).

وأبو حنيفة: إنما قال بالجواز فيمن يضره المسح، وكذا ذكر القدوري في شرحه^(٦).

وقال بعضهم: قول أبي حنيفة يخالف قولهما، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - يقول: إذا ترك المسح على الجبائر [والمسح لا يضره جاز، وقالوا: لا يجوز. وفي شرح الطحاوي والزيادات: أن المسح على الجبائر]^(٧) ليس بفرض عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

(١) الأصل، للشيباني (٥٥/١)، المسوط للرخسي (١٣٧/٢)، تحفة الفقهاء (٩٠/١)، بدائع الصنائع (١٣/١)، تبين الحقائق (٥٢/١)، البناء شرح الهداية (٦١٣/١)، البحر الرائق (١٩٤/١، ١٩٦).

(٢) في د: يديه.

(٣) الأصل، للشيباني (٥٥/١)، المسوط للرخسي (١٣٧/٢)، تحفة الفقهاء (٩٠/١)، بدائع الصنائع (١٣/١)، تبين الحقائق (٥٢/١)، البناء شرح الهداية (٦١٣/١)، البحر الرائق (١٩٤/١، ١٩٦).

(٤) سقط في أ، د، ز.

(٥) الأصل، للشيباني (٥٥/١)، المسوط للرخسي (١٣٧/٢)، تحفة الفقهاء (٩٠/١)، بدائع الصنائع (١٣/١)، تبين الحقائق (٥٢/١)، البناء شرح الهداية (٦١٣/١)، البحر الرائق (١٩٤/١، ١٩٦).

(٦) المراجع السابقة.

(٧) سقط في أ.

وفي تجريد القدوري: الصحيح من مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن المسح على الجبيرة ليس بفرض^(١).
 وفي باب الوضوء والغسل من الأصل: إذا انكسر ظفره فجعل عليه الدواء أو العلك^(٢) وقد أمر ألا ينزعه، يجزئه، وإن لم يخلص الماء إلى البشرة.
 وفي كتاب الصلاة للحسن بن زياد: يتوضأ ويمر الماء على العلك، فإن كان إمرار الماء على العلك يضر بالجرح، ذكر أبو الحسن في مختصره: أنه يجوز له ترك المسح؛ كما يجوز له ترك المسح على الجبيرة إذا كان المسح يضر بالجرح.
 وكان علي بن موسى القمي^(٣) يقول: قياس مذهب أصحابنا - رحمهم الله - ألا يجوز ترك المسح على العلك، ويجوز ترك المسح على الخرقة؛ لأن الخرقة تنشف البلة إلى نفسها فيتأدى [الماء]^(٤) إلى الجراحة فكان^(٥) له أن يترك المسح، فأما العلك لا ينشف البلة إلى نفسها فلا يتأدى الماء إلى الجراحة فلا يكون له أن يترك المسح^(٦).

[وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: المسح على الجبائر إنما يجوز إذا كان لا يقدر على المسح]^(٧) على القرحة، كما لا يقدر على غسلها بأن كان يضرها الماء، فأما إذا كان يقدر على المسح على القرحة فلا^(٨) يجوز المسح على الجبائر؛ كما لو كان يقدر على غسلها، وكان يقول: ينبغي أن يحفظ هذا فإن

(١) البناية شرح الهداية (١/٦١٣)، البحر الرائق (١/١٩٧).

(٢) العلك: هو ضرب من صمغ الشجر كاللبان، يمضغ فلا يذوب، وجمعه: علوك. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٦٢٣).

(٣) هو: علي بن موسى بن يزداد، وقيل: يزيد القمي، صاحب أحكام القرآن إمام الحنفية في عصره سمع محمد بن حميد الرازي وغيره روى عنه أبو الفضل أحمد بن أحمد الكاغذي وغيره وتوفي سنة خمس وثلاثمائة كذا ذكره السمعاني، قال أبو إسحاق في الطبقات: وله كتب في الرد على أصحاب الشافعي وله ترجمة واسعة.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٣٨٠، ٣٨١).

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في م: وكان.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) في أ: لا.

الناس عنه غافلون.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في باب المسح على الجبائر من صلاة المستغني: إذا كان في أعضائه شقاق وقد عجز عن غسله، سقط عنه فرض الغسل، ويلزمه إمرار الماء عليه؛ فإن عجز عن إمرار الماء يكفيه المسح؛ فإن عجز عن المسح سقط عنه المسح - أيضًا - فليغسل ما حوله ويترك ذلك الموضع. وإذا كان الشقاق في يديه ولا يمكن استعمال الماء وقد عجز عن الوضوء؛ يستعين بغيره ليوضئه به، فإن لم يستعن بغيره، وتيمم، وصلّى أجزأه في قول أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وإن^(١) كان الشقاق في رجله فجعل فيه الدواء، أو الشحم ولا يمكنه إيصال الماء إلى قعره، يؤمر بإمرار الماء [عليه]^(٢) فوق الدواء ولا يكلف إيصال الماء إلى قعره، ولا يكفيه المسح.

وإن^(٣) توضع وأمرّ الماء على الدواء وأسقط الدواء، إن سقط عن^(٤) برء؛ لزمه غسل ذلك الموضع، وما لا فلا.

وإذا ألقى على بعض أعضائه علقه؛ فسقطت العلقه فجعل الحناء في موضع العلقه ولا يمكنه غسله؛ يلزمه إمرار الماء، وإن عجز عن ذلك لزمه المسح، وإن عجز عن المسح سقط عنه المسح - أيضًا - فإن^(٥) أمرّ الماء عليه أو مسح عليه ثم سقط الحناء فهو على التفصيل الذي قلنا: إن سقط عن برء يلزمه^(٦) غسل ذلك الموضع، وما لا فلا.

وإن^(٧) كان في إصبعه قرحة فأدخل فيه مرارة^(٨) ومسح عليه، روي عن محمد - رحمه الله -: أنه قال: [يجوز ولا يُكره]^(٩)، وإن كان فيه شيء من بول الشاة^(١٠).

(١) في د: وإذا.

(٢) سقط في د.

(٣) في د، ز: وإذا.

(٤) في أ، ب: الدواء من.

(٥) في د: وإن.

(٦) في د: لزمه.

(٧) في د: وإذا.

(٨) في أ: مرارة.

(٩) في أ: يلزمه.

ولم يذكر قول أبي يوسف - رحمه الله -: قالوا: ^(١) وينبغي أن يكون قوله كقول محمد - رحمه الله -: [وهذا] ^(٢) لأن عند محمد - رحمه الله - يجوز [شربه] ^(٣) للتداوي وغيره ^(٤).

وعند أبي يوسف - رحمه الله -: يجوز شربه للتداوي فيجوز الاستشفاء به ^(٥).
وأما عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: فإن كان فيها شيء من البول يكره، وإلا فلا ^(٦).

وفي المنتقى: [قال] ^(٧) الحسن بن زياد: عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: إذا مسح على الجبائر، ثم نزعها ثم أعادها كان عليه أن يعيد المسح عليها ^(٨).
ورأيت في موضع آخر: إذا سقطت العصاة فبدلها بعصاة أخرى، فالأحسن أن يعيد المسح، وإن لم يعد أجزاءه؛ لأن المسح على الأولى بمنزلة الغسل لما تحتها.
وعن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل به جرح يضره إمساس الماء فعصبه بعصابتين ومسح على العليا ثم رفعها، قال: يمسح على العصاة الباقية بمنزلة الخفين والجرموقين فلا ^(٩) يجزئه حتى يمسح ^{(١٠)(١١)}.
وفيه - أيضاً - عن محمد - رحمه الله -: رجل انكسرت ^(١٢) يده وهو على وضوء،

(١٠) البناية شرح الهداية (٦١٣/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٩/١)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٣٧).

(١) بدل ما بين المعقوفين في د: لا يكره ويجب.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: شرب بول الشاة.

(٤) المبسوط للسرخسي (٥٤/١)، بدائع الصنائع (٦١/١)، العناية شرح الهداية (٣٠٥/٥)،

البحر الرائق (١٢٢/١)، مجمع الأنهر (٣٣/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/

٢١٠).

(٥) المراجع السابقة.

(٦) زاد في ب: يكره.

(٧) سقط في أ، ب، م.

(٨) تحفة الفقهاء (٩٠/١)، بدائع الصنائع (١٣/١).

(٩) في ب، د: ولا.

(١٠) في ب: تمسح.

(١١) البحر الرائق (١٩٨/١).

(١٢) في د: انكسر.

فربط الجبائر عليها ثم أحدث، فتوضأ^(١) ومسح على الخفين والجبائر ثم برئت اليد قال: يغسل موضع الجبائر ويصلي^(٢).

ولو كان على غير وضوء حين انكسرت يده فربط الجبائر عليه وتوضأ [و]^(٣) لبس خفيه ثم أحدث وتوضأ ومسح على الخفين^(٤) والجبائر ثم برئت قال: ينزع خفيه. وفي^(٥) الأمالي: عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل أحدث وعلى بعض أعضاء وضوئه جبائر، فتوضأ ومسح عليها، ثم لبس الخف ثم أحدث، ثم برئ فعليه أن يغسل قدميه، ولو أنه لم يحدث بعد لبس الخفين ثم برئ الجرح وألقى الجبائر وغسل موضعه [ثم أحدث]^(٦) فإنه يتوضأ ويمسح على الخفين^(٧).

وعنه أيضًا: في رجل مسح على^(٨) جبائر إحدى رجله، وغسل الأخرى ولبس الخفين، ثم أحدث، فعليه أن ينزع الخف الذي على الرجل الذي عليه الجبائر، ويمسح على الجبائر ويمسح على الخف الآخر.

وإن^(٩) كان ببعض أعضائه جراحة فجعل عليها الجبائر وهو يزيد على موضع القرحة؛ جاز له أن يمسح على جميع العصابة - [يعني: على جميع الموضع الذي أخذته العصابة؛ لأن الضرورة موجودة في جميع العصابة]^(١٠)؛ لأنه لا يمكن شد العصابة إلا بذلك؛ فصار كما لو كان تحت العصابة كلها^(١١) جراحة، وثمة يجوز المسح على جميع العصابة كذا ها هنا.

وعلى هذا المسح على عصابة المفتصد، وكان الإمام القاضي أبو علي النسفي لا يجيز^(١٢) المسح على^(١٣) عصابة المفتصد، ويُجيز المسح على خرقة المفتصد.

(١) في د: وتوضأ.

(٢) المسبوط للسرخسي (١٣٥/٢).

(٣) سقط في د.

(٤) في د: خفيه.

(٥) زاد في ب، د: بعض.

(٦) سقط في أ.

(٧) بدائع الصنائع (٥١/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٢٧٨/١).

(٨) زاد في د: الجبائر يعني.

(٩) في د: وإذا.

(١٠) سقط في د.

(١١) في ب، د: كله.

(١٢) في د: يجوز.

وذكر^(١) القاضي الإمام علاء الدين المعروف بـ«النسفي»: في حق المفتصد إذا كان الفصد^(٢) في موضع يمكنه أن يشد بنفسه من [غير]^(٣) إعانة أحد لا يجوز المسح على العصابة؛ وإن كان في موضع لا يمكنه يجوز المسح على العصابة. وفي هداية الناطفي: إذا كان حل الجبائر يضر بالجراحة، وتحت العصابة موضع لا جرح [به]^(٤)، لم يكن عليه أن يحل الجبائر^(٥).

وليس عليه أن يغسل ما تحت العصابة في غير موضع الجراحة^(٦). وإن كان [حل]^(٧) العصابة لا يضر بالجراحة ولكن نزع العصابة عن موضع الجراحة يضر بالجراحة، [فإن عليه]^(٨) أن يحلها ويغسل ما تحتها إلى أن يبلغ [موضع]^(٩) الجراحة، ثم يشد العصابة ويمسح على موضع الجراحة، وعامة المشايخ على جواز المسح على عصابة المفتصد. واختلفوا في الفرحة التي تبقى من اليد بين العقدين، منهم من قال: يفترض غسله؛ [لأنها بادية]^(١٠).

ومنهم من قال: لا يفترض غسله، ويكفيه المسح وهو الأصح؛ لأن بغسل ذلك الموضع تبطل العصابة وربما تنفذ البلة إلى موضع الفصد وفيه^(١١) ضرر بالمفتصد. المسح على الجبائر يخالف^(١٢) المسح على الخف في ثلاثة أحكام:

(١٣) زاد في د: العصابة يعني.

(١) في أ، ب: ذكر.

(٢) الفصد: شق العرق وقطعه لخروج الدم الفاسد الذي يؤذي الجسد، يقال: فصده يفصده فصدا وفصادا فهو مفصود وفصيد. وفصد الناقة عند العرب في الجاهلية: شق عرقها ليستخرج دم العرق فيشربه.

ينظر: لسان العرب (٣٤٢٠/٥)، حاشية العدوي (٤٩١/٢).

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب، د، م.

(٥) تبين الحقائق (٥٣/١).

(٦) في د: الجرح.

(٧) سقط في أ.

(٨) في د: فعلبه.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: لأنه ياذنه.

(١١) في ب، د: وفي ذلك.

(١٢) في د: بخلاف.

أحدها: أن المسح على الخف لا يجوز إذا حصل اللبس على الحدث، والمسح على الجبيرة يجوز وإن [كان]^(١) شد العصابة على الحدث.

[و]^(٢) الثاني: أن المسح على الخفين ينتقض بانقضاء مدة المسح، و^(٣) مسح الجبائر لا ينتقض إلا بالحدث؛ كالغسل.

[و]^(٤) الثالث: ماسح الخف إذا خلع أحد خفيه يلزمه غسل الرجلين، وإذا سقطت الجبائر لا عن برء، لا يلزمه الغسل أصلاً، وإن كان عن برء يلزمه غسل ذلك الموضوع خاصة.

ثم إن محمداً - رحمه الله - ذكر في الكتاب استيعاب العصابة في المسح وفيه اختلاف المشايخ:

[منهم من قال: [يشترط و]^(٥) منهم من قال]^(٦): لا يشترط؛ لأنه عسى يؤدي إلى إفساد الجراحة لكن إذا مسح على أكثر العصابة يكفي^(٧) ذلك^(٨).
والتكرار هل يكون من شرطه؟

منهم [من]^(٩) قال: من شرطه، فيمسح ثلاث مرات؛ لأنه لو كان بارئاً يغسل ثلاثاً فكذا يمسح^(١٠) عليه ثلاثاً إلا أن تكون الجراحة في الرأس فلا يلزمه تكرار المسح.

ومنهم من قال: التكرار ليس بشرط، ويجوز له أن يمسح مرة واحدة، كمسح الرأس والخفين، وهو الأصح عند علمائنا رحمهم الله^(١١)، والله أعلم.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: مدة.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في أ، ب، ز.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، د، ز: كفى.

(٨) تبين الحقائق (١/٥٣)، البحر الرائق (١/١٩٧).

(٩) سقط في أ.

(١٠) في د: المسح.

(١١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/١٨٤)، البحر الرائق (١/١٩٨).

الفصل التاسع

في الحيض^(١) والاستحاضة^(٢) [وأصحاب الأعدار]^(٣)

الاستحاضة^(٤) إنما تعرف إذا استمر بها الدم وقت صلاة كامل، حتى إنه لو سال الدم في وقت صلاة فتوضأت وصلت، ثم خرج الوقت ودخل وقت صلاة أخرى انقطع الدم ودام الانقطاع إلى آخر الوقت توضأت وأعدت تلك الصلاة. وإن لم ينقطع الدم في وقت الصلاة الثانية حتى خرج^(٥) الوقت لا تعيد تلك الصلاة؛ لأن في الوجه الأول السيلان لم يستوعب وقت صلاة كامل فلم يحكم باستحاضتها.

(١) الحيض: أصله السيلان.

وهو: دم يرخيه رحم المرأة بعد بلوغها في أوقات معتادة.
ينظر: لسان العرب (٢/١٠٧٠)، ترتيب القاموس (١/٧٥٠).
واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: دم ينفسه رحم امرأة سالمة عن داء.
وعرفه المالكية بأنه: دم كصفرة أو كدرة خرج بنفسه من قبل من تحمل عادة.
وعرفه الشافعية بأنه: الدم الخارج من سن الحيض، وهو تسع سنين قمرية فأكثر من فرج المرأة، على سبيل الصحة.

وعرفه الحنابلة بأنه: دم جبلة يخرج من المرأة البالغة في أوقات معلومة.
ينظر: الاختيار (١/٢٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١٦٧)، المبدع (١/٢٥٨)، حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت (١/١١٢)، أنيس الفقهاء، ص (٦٣).

(٢) زاد في د: والجنابة.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) الاستحاضة لغة: مصدر استحاضت المرأة فهي مستحاضة. والمستحاضة من يسيل دمها ولا يرقأ، في غير أيام معلومة، لا من عرق الحيض بل من عرق يقال له: العاذل.
وعرف الحنفية الاستحاضة بأنها: دم عرق انفجر ليس من الرحم.
وعرفها الشافعية بأنها: دم علة يسيل من عرق من أذني الرحم يقال له العاذل، قال الرملي: الاستحاضة دم تراه المرأة غير دم الحيض والنفاس، سواء اتصل بهما أم لا.
وجعل من أمثلتها الدم الذي تراه الصغيرة.

ينظر: فتح القدير (١/١٤١)، وحاشية طحطاوي على مراقي الفلاح، ص (٧٦)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/١٨٨)، وشرح العناية (١/١٦٣)، ونهاية المحتاج (١/٣١٥)، ومغني المحتاج (١/١٠٨)، وكشاف القناع (١/١٧٧).

(٥) في م: يخرج.

وثبوت الطهارة^(١) مع السيلان أمر عرف شرعًا في حق المستحاضة، وإذا لم يحكم باستحاضتها، تبين أنها صلت بغير طهارة فيلزمها الإعادة.

وفي الوجه الثاني: السيلان استوعب وقت صلاة كامل فحكم باستحاضتها فتبين أنها صلت بطهارة فلا يلزمها الإعادة، وإنما شرطنا استيعاب السيلان وقت^(٢) صلاة كامل، اعتبارًا لطرف الثبوت^(٣) بطرف السقوط فإن المستحاضة إذا انقطع دمها وقت صلاة^(٤) كامل تخرج من أن تكون مستحاضة وإن كان أقل من ذلك لا تخرج^(٥) من أن تكون مستحاضة.

ومتى حكم باستحاضتها^(٦) في وقت صلاة إنما يحكم^(٧) بذلك في وقت صلاة أخرى إذا وجد السيلان في وقت [الصلاة الأخرى مقارنًا للوضوء، أو طارئًا على الوضوء، ولا يكتفى بوجود السيلان في وقت]^(٨) صلاة أخرى، سابقًا على الوضوء، حتى إن المرأة إذا استحيضت فدخل وقت العصر ودمها سائل فانقطع وتوضأت والدم منقطع فلما صلت ركعتين دخل وقت المغرب فإنها تمضي على صلاتها، ولو حكم باستحاضتها لانتقضت طهارتها بخروج وقت العصر، فينبغي ألا تمضي على صلاتها [وحكم باستحاضتها]^(٩).

وإذا استحيضت المرأة فتوضأت ولبست خفيها^(١٠)، ثم خرج الوقت حتى انتقضت طهارتها بخروج الوقت فتوضأت وأرادت أن تمسح على خفيها، فإن^(١١) كان الدم مُنقطعًا وقت الوضوء^(١٢) واللبس جميعًا؛ فلها أن تمسح على خفيها.

(١) في أ: بالطهارة.

(٢) زاد في د: كل.

(٣) في د: التثبيت.

(٤) في د: الصلاة.

(٥) في أ: يخرج.

(٦) في ب: استحاضتها.

(٧) في د: حكم.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في ب، د.

(١٠) في أ: خفيها.

(١١) في ب: إن.

(١٢) في د: الصلاة.

وإن كان سائلاً وقت الوضوء واللبس [أو كان سائلاً وقت الوضوء منقطعاً وقت اللبس] ^(١)، أو كان منقطعاً وقت الوضوء سائلاً وقت اللبس، ليس لها أن تمسح عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

والوجه في ذلك، [و] ^(٢) هو الأصل في مسائل المستحاضة ومن بمعناها: أن طهارة المستحاضة ومن بمعناها إذا انتقضت ^(٣) بخروج الوقت يستند الانتقاض إلى السيلان السابق؛ لأن خروج الوقت ليس بسبب لانتقاض الطهارة؛ لأنه ليس يحدث ولا يثبت حكم ما بدون السبب ^(٤)، فيثبت الانتقاض ^(٥) مستنداً إلى السيلان السابق

(١) سقط في أ، ب، ز.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: انقضت.

(٤) السبب في اللغة: الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور، فقليل: هذا سبب هذا، وهذا مسبب عن هذا.

ينظر: المصباح المنير، مادة (سبب)، ص (١٣٨)، مختار الصحاح، ص (٢٨١)، ولسان العرب (٣/١٩٠٩)، والقاموس المحيط (١/٨٠).

وعرفه الحنفية: بأنه ما يكون طريقاً إلى الحكم من غير تأثير، أي من غير أن يضاف إليه وجوب ولا وجود، ولا يعقل فيه معاني العلل، لكن يتخلل بينه وبين الحكم علة لا تضاف إلى السبب. أو ما يتوصل به إلى الحكم من غير أن يثبت به.

وعرفه القرافي بأنه: «ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته». ثم بين محترزاته فقال: «الأول احتراز من الشرط، والثاني احتراز من المانع، والثالث احتراز من مقارنته فقدان الشرط أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود، أو إخلافه بسبب آخر، فلا يلزم من عدمه العدم».

وعرفه الآمدي بأنه: «كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي».

ينظر: ميزان الأصول، ص (٦٠٩، ٦١٠)، التوضيح في حل غوامض التقيح، لعميد الله ابن مسعود الملقب بصدر الشريعة، مطبوع مع التلويح، كراتشي، باكستان، ١٤٠٠هـ (٢/٣٨٥)، كشف الأسرار، للنسفي (٢/٤١٠، ٤١١)، وأصول السرخسي (٢/٣٠١)، نفائس الأصول (١/٢٨٨)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/١١٨)، ونزهة الخاطر (١/١٦٠)، والبحر المحيط (٢/٦)، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، لابن جزى الكلبي، ص (٢٤٥)، وشرح الكوكب المنير (١/٤٤٥)، شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ص (٨١)، والقاموس القويم للقرآن الكريم، أ. إبراهيم أحمد عبد الفتاح، ص (٢١٤).

(٥) في أ: ألا ينقض.

ليكون الانتقاض بسببه، غير أن الاستناد^(١) إنما يظهر في حق القائم من الأحكام لا في حق المنقضي من الأحكام؛ ولهذا لا يظهر في حق الصلاة المؤداة حتى لا يبطل ما^(٢) أدى من الصلاة.

قلنا: وجواز المسح حكم قائم فيظهر الاستناد في حقه، ويظهر أن اللبس حصل مع الحدث [في هذه الصورة في حق المسح؛ بخلاف ما إذا كان الدم منقطعاً وقت الوضوء واللبس؛ لأن هناك وإن استند الانتقاض [إلا أنه إنما]^(٣) يستند إلى سيلان [الدم]^(٤) يتأخر عن اللبس فلا يظهر أن اللبس حصل مع الحدث]^(٥).
فإن قيل: لو استند الانتقاض بخروج^(٦) الوقت^(٧)، يجب أن يقال: إذا شرعت^(٨) في التطوع ثم خرج الوقت إلا^(٩) يلزمها القضاء^(١٠).

(١) في م: الاستئناف.

(٢) في د: لما.

(٣) في أ: إلى أنه لا.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في د.

(٦) في ب: خروج.

(٧) زاد في د: إليه.

(٨) في ب: سرعت.

(٩) في د، ز: لا.

(١٠) يطلق القضاء في اللغة بمعنى الأداء والإنهاء، تقول: قضى دينه، أي أداه، ومن ذلك قول الحق جلّ علاه: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾ أي أعلمناهم، وأوحينا إليهم وحياً حزماً فهذا قضاء بالإعلام والفصل في الحكم.

ومثله قوله سبحانه وتعالى أيضاً: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾ [الحجر: ٦٦] أي: أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك. ويطلق كل من الأداء والقضاء على الآخر من باب المجاز، لتباين المعنيين مع اشتراكهما في تسليم الشيء إلى من يستحقه، وفي إسقاط الواجب وذلك مثل قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْ مَنَاسِكُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٠٠] أي أدبتم، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْ الصَّلَاةُ﴾ [الجمعة: ١٠]، أي: أدبت؛ لأنها لا تقضى.

وفي التلويح على التوضيح: وأما القضاء بحسب اللغة فقد ذكروا أن القضاء حقيقة في تسليم العين والمثل؛ لأن معناه: الإسقاط والإتمام والإحكام، وأن الأداء مجاز في تسليم المثل؛ لأنه ينبى عن شدة الرعاية والاستقصاء في الخروج عما لزمه وذلك بتسليم العين دون المثل.

تعريف القضاء اصطلاحاً:

هو إيقاع العبادة بعد وقتها المقدر لها شرعاً.

قلنا: هذا ليس بظهور من كل وجه [بل هو ظهور من وجه]^(١)، اقتصار من وجه؛ لأن انتقاض الطهارة حكم الحدث، والحدث وجد في تلك الحالة فهذا يقتضي صيرورتها محدثة [من وقت الحدث إلا أن صيرورتها محدثة]^(٢) عقلت^(٣) بخروج الوقت وخروج الوقت وجد الآن، وهذا^(٤) يقتضي صيرورتها محدثة مقصورًا على الحال؛ فجعلنا هذا ظهورًا^(٥) من وجه اقتصارًا من وجه.

ولو كان ظهورًا^(٦) من كل وجه لا يجوز لها المسح [ولا يلزمها القضاء ولو كان اقتصارًا من كل وجه يجوز لها المسح ويلزمها القضاء، فإذا كان ظهورًا^(٧) من وجه

= وعرفه الحنفية بأنه: تسليم مثل الواجب بالأمر، وهذا التعريف شامل للعبادات وغيرها.

وقيل: القضاء عبارة عن تسليم مثل الواجب في غير وقته المعين شرعًا.

ولا يوصف الفعل بالقضاء إلا إذا تقدم سبب الأمر بالأداء. فإذا لم يتقدم سبب الأمر بأداء العبادة لا يؤمر المكلف بالقضاء كالصبي إذا صلى الصلوات الفائتة في حالة الصبي، فإنها لا تسمى قضاء إجماعًا لا حقيقة ولا مجازًا.

ينظر: نهاية السؤل (١١٧/١) وما بعدها، الإبهاج في شرح المنهاج (٧٨/١)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١٥٦/١)، شرح مختصر المنتهى (٢٣٣/١)، روضة الناظر ص (٣١)، التوضيح لصدر الشريعة (١٦٠/١)، فواتح الرحموت (٨٥/١)، كشف الأسرار للبخاري (١٣٩/١)، شرح المنار ص (١٥٣)، ميزان الأصول (١٦٧/١).

وأما الأداء فيطلق في اللغة، يقال: أديت الشيء أي أتيت، وفي القاموس المحيط: أداه: تأدية أوصله وقضاه.

وهو في الاصطلاح: إيقاع العبادة في وقتها المقدر لها شرعًا، مع كونها غير مسبقة بأداء مختل، وعند الحنفية هي: تسليم عين الأمور به - المراد بالتسليم -: إخراجها من العدم إلى الوجود، ولذلك فالعبادة سواء أكان لها وقت محدد الطرفين أم لا، فإنها توصف بالأداء عند الحنفية بخلاف غيرهم.

ينظر: ترتيب القاموس (١٢٤/١)، المصباح المنير (١٢/١)، مرآة الأصول (١/٢٥٠)، التلويح على التوضيح (١٦٠/١)، شرح جمع الجوامع (١٠٨/١)، نهاية السؤل (١٠٩/١).

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: فعلقت.

(٤) في د: فهذا.

(٥) في أ، د: ظهورًا.

(٦) في ب، د: ظهورًا.

(٧) في ب، د: ظهورًا.

اقتصارًا من وجه، قلنا: لا يجوز لها المسح^(١) ويلزمها القضاء، أخذًا بالاحتياط من كل وجه^(٢).

الحائض إذا حبست الدم عن الدور لا تخرج^(٣) من أن تكون حائضًا^(٤).
وصاحب الجرح السائل إذا منع الدم عن الخروج يخرج من أن يكون صاحب الجرح السائل.

والفرق: أن قضية القياس أن تخرج المرأة من أن تكون حائضًا لانعدام دم الحيض حقيقة؛ كما يخرج^(٥) صاحب الجرح السائل من أن يكون صاحب الجرح السائل، إلا أن الشرع اعتبر دم الحيض كالخارج حيث جعلها حائضًا مع الأمر بالحبس، ولم يعتبر كذلك في حق صاحب الجرح السائل، فعلى هذا المفتصد لا يكون صاحب جرح سائل.

وأما المستحاضة إذا منعت الدم [عن الخروج]^(٦) هل تخرج^(٧) من أن تكون مستحاضة؟ فهذه المسألة مذكورة في موضعين:

أحدهما^(٨): أنها تخرج حتى لا يلزمها الوضوء في وقت كل صلاة، وفي الآخر أنها لا تخرج.

وفي المنتقى: عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه سئل عن المستحاضة تتوضأ ثم تصلي ولا يسيل الدم للاحتشاء؟ قال: ليس هذا بمنزلة الدبر وعليها الوضوء، يريد بهذا أن الاحتشاء إذا منع الدم في حق المستحاضة لا يمنع حكم [المستحاضة]^(٩)، وهو الوضوء، وفي الدبر إذا منع الاحتشاء ظهور^(١٠) الدم منع حكمه، وهو الوضوء، حتى إن

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في د: فصل.

(٣) في أ: يخرج.

(٤) تبين الحقائق (٦٦/١).

(٥) في أ: تخرج.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: يخرج.

(٨) زاد في ب: وفي.

(٩) في ب: الاستحاضة، وسقط في د.

(١٠) في ب، د: ظهور.

من حشى دبره كيلا يخرج منه شيء لا يلزمه الوضوء حتى يظهر منه شيء^(١).
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: المرأة إذا خرج بعض ولدها إن خرج الأقل
لا يكون حكمها حكم النفساء^(٢)، ولا تسقط^(٣) عنها الصلاة؛ لأن الأكثر ليس
بخارج وللأكثر^(٤) حكم الكل، ويجب عليها أن تصلي، ولو لم تصل تصير عاصية.
ثم كيف تصلي؟ قال: يؤتى بقدر فيجعل القدر تحتها، أو تحفر لها حفيرة
وتجلس هناك وتصلي، كيلا تؤذي^(٥) الولد^(٦).

(١) المبسوط للسرخسي (١/٨٤)، (٢/١٧)، بدائع الصنائع (١/٢٨)، تبين الحقائق (١/٦٤)، البحر الرائق (١/٢٢٦).

(٢) النفساء: الحائض، والوالدة، والحامل، وتجمع على «نَفَاس»، ولا نظير له إلا ناقة عُشْرَاء، ونوق عِشَار.

والنفاس بكسر النون في أصل اللغة: مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها مع كسر الفاء فيهما: إذا ولدت، وسميت الولادة نفاسًا من التنفس، وهو التشقق والانصداع، يقال: تنفست القوس: إذا تشققت، وقيل: سميت نفاسًا؛ لما يسيل لأجلها من الدم. والدم: النفس، ثم سمي الدم الخارج نفسه نفاسًا؛ لكونه خارجًا بسبب الولادة التي هي النفاس، تسميةً للمسبب باسم السبب. ويقال لمن بها النفاس: نُفَسَاء بضم النون وفتح الفاء، وهي الفصحى، ونُفَسَاء بفتحها ونُفَسَاء بفتح النون، وإسكان الفاء، عن اللحياني في نوادره وغيره، واللغات الثلاث بالمد، ثم هي نفساء حتى تطهر.

لسان العرب، مادة (نفس) (٦/٤٥٠٣)، الصحاح، مادة (نفس) (٣/٩٨٥)، ترتيب القاموس، مادة (نفس) (٤/٤١٤)، المغرب في ترتيب المعرب (٢/٣١٨)، المطالع على أبواب المقنع، ص (٤٢).

واصطلاحًا:

عرفه الحنفية بأنه: الدم الخارج عقيب الولادة.

وعرفه المالكية بأنه: الدم الخارج للولادة.

وعرفه الشافعية بأنه: الدم الخارج عقب الولادة.

وعرفه الحنابلة بأنه: دم يرخيه الرحم مع الولادة، وقبلها بيومين أو ثلاثة مع أقارة، وبعدها إلى تمام أربعين يومًا.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار (١/٣٠)، الهداية شرح بداية المبتدئ، للمرغيناني (١/٤٣٢)، حاشية البجيرمي على الخطيب (١/٣٠١)، المبدع في شرح المقنع (١/٢٩٣)، حاشية الباجوري على ابن القاسم (١/١٢٢).

(٣) في أ: يسقط.

(٤) في أ: للأكثر.

(٥) في أ: يؤدي.

(٦) البحر الرائق (١/٢٢٩)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٩٩)، تبين الحقائق (١/٦٧).

إذا حاضت المرأة في [آخر]^(١) الوقت، أو صارت نفساء، وهو وقت لو كانت طاهرة يمكنها أن تصلي فيه، أو لا يمكنها ذلك، يسقط عنها فرض الوقت، [لأن الوجوب بآخر الوقت]^(٢)، سواء كان الوقت قليلاً أو كثيراً فقد وجد سبب الوجوب، وهي ليست من أهل الصلاة فلا تجب عليها الصلاة فلا يجب عليها القضاء. ولا يجوز للحائض والجنب أن يمسا المصحف^(٣)

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) اتفق الفقهاء على أنه يحرم على الحائض مس المصحف من حيث الجملة لقوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾ وبه قال علي، وابن عمر، والحسن، وابن مسعود، وسعد بن أبي وقاص.

ومن التابعين: سعيد بن زيد، والزهري، والنخعي، وطاوس، والشعبي، والقاسم بن محمد.

ومن الفقهاء: أحمد بن حنبل، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة.

وقد دل على ذلك الكتاب، والسنة، والأثر، والإجماع، والمعقول:

أما الكتاب: فيدل منه على منع غير الطاهر من مس المصحف قوله تعالى: ﴿إِنَّهُ لَقُرْآنٌ كَرِيمٌ ﴿٧٧﴾ فِي كِتَابٍ مَكْنُونٍ ﴿٧٨﴾ لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ ﴿٧٩﴾ تَنْزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٨٠﴾﴾ [سورة الواقعة آية: ٧٧-٨٠].

ووجه الدلالة من هذه الآية قد نبه عليه ابن القيم في النص المذكور، وبيانه: أن الله تعالى قد أخبر أن الكتاب المكنون الذي يشتمل على القرآن لا يمسه إلا المطهرون، والمراد بهذا الكتاب، هو المصحف الذي بين يدي البشر، وليس اللوح المحفوظ - كما قال البعض - بدليل قوله تعالى: ﴿تَنْزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ﴾ حيث وصف القرآن الكريم بالتنزيل، وهو ظاهر في الدلالة على المصحف الذي بأيدينا؛ ولا يصح حمله على غير هذا الظاهر إلا بدليل صحيح صريح، وهو غير موجود.

وقد اعترض القائلون بأن المراد هو اللوح المحفوظ، لا المصحف الذي بأيدينا، فقالوا: «المراد اللوح المحفوظ لا يمسه إلا الملائكة المطهرون؛ ولهذا قال: ﴿يَمَسُّهُ﴾ - بضم السين - على الخبر، ولو كان المصحف لقال: (بمسه) بفتح السين - على النهي». والجواب عن هذا الاعتراض: أن قوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾ نهي - في الحقيقة - وإن كان لفظه لفظ الخبر، فمعناه الأمر؛ لأن خبر الباري تعالى لا يكون بخلاف مخبره، ونحن نشاهد من يمسا المصحف غير طاهر؛ فلو كانت الآية خبراً حقيقة، لكان ذلك بخلافه.

فوجب أن يكون المراد من لفظ الخبر في الآية هو النهي؛ كقوله: ﴿لَا تُصَاكَّرْ وَوَلَدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ على قراءة من رفع. وقوله ﷺ: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه» بإثبات الياء، ونظائره كثيرة مشهورة وهو معروف في العربية.

وفي رد قول من حمل الآية على اللوح المحفوظ يقول الماوردي في الحاوي: ومعلوم أن القرآن لا يصح مسه؛ فعلم أن المراد به الكتاب الذي هو أقرب المذكورين إليه، ولا يتوجه النهي إلى اللوح المحفوظ؛ لأنه غير منزل ومسه غير ممكن. ولو صح حمل الآية على اللوح المحفوظ، لكان فيها دليل - أيضًا - على منع المحدث من مس المصحف، وذلك من حيث إنه إذا كان اللوح المحفوظ الموجود في السماء لا يمسه إلا المطهرون فمن باب أولى وأحرى ألا يمس المصحف التي اشتملت على القرآن في الأرض إلا المطهرون أيضًا؛ لأننا مأمورون بتعظيم القرآن الكريم، ومن تعظيمه ألا نمس الصحف التي تشتمل عليه إلا على طهارة، وفي ذلك يقول الباجي في المنتقى - مبيّنًا وجه وجوب الطهارة عند مس المصحف من الآية الكريمة -: «إن الباري تعالى وصف القرآن بأنه كريم وأنه في الكتاب المكنون الذي لا يمسه إلا المطهرون فوصفه بهذا تعظيمًا له والقرآن المكنون في اللوح المحفوظ هو المكتوب في المصحف التي بأيدينا وقد أمرنا بتعظيمها فيجب أن نمثل ذلك بما وصف الله القرآن به من أنه لا يمس الكتاب الذي هو فيه إلا مطهر وهذا وجه صحيح سائغ».

وأما السنة: فقد روي عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم: «ألا يمس القرآن إلا طاهر». [أخرجه عبد الرزاق (١/٣٤٢، ٣٤١)، رقم (١٣٢٨)، ومن طريقه الدارقطني (١/١٢١)، وعنه البيهقي في السنن الكبرى (١/٨٧) من طريق معمر بن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه. وقال الدارقطني: مرسل ورواته ثقات. وأخرجه أبو داود (٩٢ - المراسيل) ومن طريقه الدارقطني (١/١٢١) عن ابن إدريس نا محمد بن عمارة عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فذكره. وأخرجه مالك (١/١٩٩) كتاب القرآن، باب: الأمر بالوضوء لمن مس القرآن، رقم (١)، وعنه أبو داود (٩٣ - المراسيل) من طريق عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم فذكره، وهو مرسل كسابقه. ووصله ابن حبان (٦٥٥٩ - الإحسان)، والدارقطني (١/١٢٢)، والدارمي (٢/١٦١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١/٨٨) من طريق الحكم بن موسى: نا يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود، حدثني الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده فذكره. ونقل الحافظ في تلخيص الحبير (٤/٣٥) عن أبي داود في المراسيل قال: قد أسند هذا الحديث ولا يصح، ثم نقل إعلال الحديث بسليمان بن داود، وفي بعض طرقه سليمان ابن أرقم ونقل الخلاف في ذلك فانظره].

وروي عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال له: «لا تمس المصحف إلا وأنت طاهر». [أخرجه الطبراني في الكبير (١٢/٣١٣)، رقم (١٣٢١٧)، وفي الصغير (٢/١٣٩)، والدارقطني (١/١٢١)، والبيهقي (١/٨٨)، وقال الحافظ في تلخيص الحبير (١/٢٢٨): إسناده لا بأس به. ذكر الأثرم أن أحمد احتج به].

وروي عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «لا تمس القرآن إلا وأنت على طهر». [أخرجه الدارقطني (١/١٢٢، ١٢٣)، والحاكم (٣/٤٨٥)، والطبراني في الكبير (٣/٢٠٥)، رقم (٣١٣٥) من طريق سويد أبي حاتم: نا مطر الوراق عن حسان بن بلال =

= عن حكيم بن حزام . . . فذكره . وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٢٧/١): في إسناده سويد أبو حاتم، وهو ضعيف، وحسن الحازمي إسناده. وعن عثمان بن أبي العاص قال: كان فيما عهد إلي رسول الله ﷺ: «لا تمس المصحف وأنت غير طاهر». [أخرجه ابن أبي داود في المصاحف، ص (١٨٥)، والطبراني في تلخيص الحبير (٢٢٨/١)، وقال الحافظ: في إسناده انقطاع، وفي رواية الطبراني من لا يعرف.

وعن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يمسه القرآن إلا طاهر». [أخرجه علي بن عبد العزيز في منتخبه كما في تلخيص الحبير (٢٢٨/١)، ونصب الراجز للزليعي (١٩٩/١)]. ووجه الدلالة من هذه الأحاديث ظاهر؛ حيث صرحت جميعها بالنهي عن مس القرآن أو المصحف إلا على طهارة، وقد تقدم أن القرآن نفسه لا يصح مسه؛ فعلم أن جميع هذه الأحاديث يراد بها شيء واحد هو النهي عن مس الصحف المشتملة على القرآن بدون طهارة.

وقد جاء تجويز مس المصحف أو القرآن في أكثر هذه الأحاديث مقصورًا بـ «إلا» على الطاهر؛ فدل على أن غيره ليس له ذلك، ولفظ «الطاهر» أو «الطهر» عام في الدلالة على الطهارة من الحدث الأكبر والأصغر؛ فدل ذلك على منع غير المتوضىء من مس المصحف؛ كما يمنع منه الجنب.

وعن سلمان موقوفًا رواه علقمة عنه قال: كنا مع سلمان الفارسي في سفر، فقضى حاجته فقلنا له: توضىأ حتى نسألك عن آية من القرآن، فقال: سلوني، فإنني لست أمسه، فقرأ علينا ما أردنا، ولم يكن بيننا وبينه ماء. [أخرجه الدارقطني (١٢٣/١)، والحاكم (١٨٣/١) من طريق الأعمش عن إبراهيم عن علقمة عن سلمان به، وقال الدارقطني: كلهم ثقات، خالفه جماعة. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لتوقيفه وقد رواه أيضًا جماعة من الثقات عن الأعمش عن إبراهيم عن عبد الرحمن بن يزيد عن سلمان، ووافقه الذهبي].

ووجه الدلالة من هذا الخبر: أن سلمان - رضي الله عنه - قد علل إجازته لهم أن يسألوه عن آية من القرآن، وهو على غير وضوء؛ بأنه ليس يمسه القرآن، فدل ذلك على أنه لو كان يمسه، لما جاز له ذلك إلا بوضوء.

وأما الأثر: فقد روى عبد الله بن عمر أنه قال: «لا يمسه المصحف إلا متوضىء». وروى عن حماد أنه قال: لا تمس الدراهم التي فيها ذكر الله إلا على وضوء. [أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٨) و(١٣٣٩) عن حماد عن إبراهيم به]. وروي مثله - أيضًا - عن ابن سيرين. [أخرجه ابن أبي شيبه (١٠٧/١)، رقم (١٢١٨)]. وروي عن ابن جريج أنه قال: أحب ألا تمس الدراهم والدنانير إلا على وضوء. [أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٥) عن ابن جريج عن عطاء به]. وروي عن الزهري أنه قال: لا تمس الدراهم التي فيها القرآن إلا على وضوء. [أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٦)، وذكره ابن المنذر في الأوسط (١٠١/٢)].

بكمه^(١)، أو ببعض ثيابه؛ لأن ثيابه التي عليه بمنزلة يديه، إلا رواية عن محمد - رحمه الله - فإنه يقول: لا بأس بالمس بالكم^(٢).

ويكره لهما وللمحدث مس كتب الفقه، [وما هو]^(٣) من كتب الشريعة^(٤) فلا^(٥)

= ووجه الدلالة من هذه الآثار: أنها قد أفادت أن الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - قد كانوا يرون عدم جواز مس المصحف إلا للمتوضئ؛ وأن بعضهم لم يقصر ذلك على المصحف فقط، بل أطلقه في كل ما اشتمل على ذكر الله تعالى؛ فكان النهي عن مس المصحف بغير وضوء أولى وأحرى.

وأما الإجماع: فقد حكى الإمام الماوردي الإجماع على صحة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ورجحه ابن القيم من القول بعدم جواز مس المصحف إلا على طهارة فقال: «ولأنه إجماع الصحابة روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وسعد بن أبي وقاص، وعبد الله بن عمر، وليس لهم في الصحابة مخالف فكان إجماعاً».

ينظر: السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي، وبذيله الجواهر النقي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥م (١/٨٨)، وورد عنه مرفوعاً، وينظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (١/١٤٤).

وأما المعقول: فيدل لحرمة مس المصحف بدون وضوء من المعقول: أنه لما كان التطهير من النجاسة مستحقاً، كان التطهير من الحدث مستحقاً فيه؛ قياساً على الصلاة.

(١) في د: بكم.

(٢) البناية شرح الهداية (١/٦٥٢).

(٣) في أ: وما، وفي ز: وأما.

(٤) الشريعة في اللغة: مشرعة الماء، أي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون، سميت بذلك لوضوحها وظهورها. والشريعة والشراع والمشرعة: المواضع التي ينحدر الماء منها. والشريعة أيضاً: الدين كالشرع والشريعة.

ينظر: مختار الصحاح، ص (١٦٥)، مادة (ش ر ع)، ولسان العرب (٤/٢٢٣٨)، مادة (ش ر ع)، والمصباح المنير، ص (١٨٦)، مادة (ش ر ع).

وأما في الاصطلاح، فقال ابن تيمية: «فاسم الشريعة والشرع والشريعة، فإنه ينتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال». وقوله: شرعه، معناه أظهره وبينه ونحو ذلك، ولو عبر به لكان أولى دفعا لتوهم الدور. وقال الجاوي: «الشريعة هي الأحكام التي تلقاها النبي ﷺ بالوحي». وعلى هذا، فالشريعة والشرع يردان بمعنى واحد.

ينظر: مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد ابن تيمية الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، (د. ط.)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م (١٩/٣٠٦، ٣٠٩)، حاشية النفحات على شرح الورقات لأحمد بن عبد اللطيف الخطيب الجاوي الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، ص (٩٦)،

بأس بالمس بالكم بخلاف مس المصحف.
وفي فتاوى أهل سمرقند: [ويكرهه] ^(١) للجنب والحائض ^(٢) أن يكتب ^(٣) الكتاب الذي في بعض سطوره آية ^(٤) من القرآن، وإن كانا لا يقرآن؛ لأنهما منهيان عن مس القرآن، وفي الكتابة مس؛ لأنه يكتب بقلمه وهو في يده وهو صورة المس.
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: الجنب لا يكتب القرآن وإن كانت الصحيفة على الأرض، ولا يضع يده عليها وإن كان ما دون الآية ^(٥) ^(٦).
وفي القدوري: لا بأس للجنب أن يكتب القرآن، إذا كانت الصحيفة على الأرض ^(٧).

وقال محمد - رحمه الله -: أحب إليّ ألا يكتب، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد - رحمه الله - ^(٨).
المعلمة في حالة الحيض تعلم ^(٩) الصبيان حرفاً فحرفاً ^(١٠) ولا تعلم آية ^(١١)

= التعريفات، ص (٩١)، البرهان (١/١٨٩)، شرح اللمع (١/٥٢٨)، وقواطع الأدلة (١/٣١٦)، والمستصفي (١/٢٥٠)، ونفائس الأصول (٦/٢٤٧٩)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٤/١٢٣)، وشرح العضد على المختصر (٢/٢٨٦)، والبحر المحيط (٨/٤٢)، والإبهاج (٢/٣٠٣)، وأصول الفقه، محمد زهير، دار السعادة، القاهرة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م (٣/١٢٠)، ونزهة الخاطر (١/٤٠٠)، والمسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ص (١٨٣)، وشرح الكوكب المنير (٤/٤١٢)، وأصول السرخسي (٢/١٠٠)، ونسمات الأسحار، ص (٢٠٧)، وتيسير التحرير (٣/١٣١)، وإرشاد الفحول، ص (٢٤٠)، ومراقي السعود لمبتغي الرّقي والصعود، لعبد الله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط (١)، ١٤١٥هـ، ص (٢٦٣).

(٥) في ب، د: ولا.

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: للحائض.

(٣) في أ: تكتب.

(٤) في أ: أنه.

(٥) في أ: لأنه.

(٦) البناء شرح الهداية (١/٦٥٠).

(٧) السابق.

(٨) السابق.

(٩) في أ: يعلم.

(١٠) في د: حرفاً.

(١١) في أ: نعلم لأنه.

كاملة؛ لأن الضرورة تندفع بالأول.

لا ينبغي للجنب والحائض^(١) أن يقرأ التوراة^(٢)، أو الإنجيل^(٣)، أو الزبور^(٤)؛ لأن الكل كلام الله تعالى.

وعن محمد - رحمه الله - : أنه يكره للجنب [قراءة]^(٥): اللهم إنا نستعينك،

(١) في أ: للحائض.

(٢) وهو الكتاب الذي نزل على موسى - عليه السلام - قال - تعالى - : ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَجَعَلْنَا مَعَهُ أَخَاهُ هَارُونَ وَزِيْرًا﴾ [الفرقان: ٣٥] والتوراة هي الكتاب.

ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (٣٠/١٣).

(٣) الإنجيل: كلمة يونانية معرفة معناها البشارة بالخير، أو الخبر السار المفرح، وذلك لأن عيسى - عليه السلام - بشر بمحمد ﷺ وقد وردت كلمة الإنجيل في القرآن اثنتي عشرة (١٢) مرة، وبعد رفع المسيح وضياع الإنجيل الرباني المنزل عليه كتبت أناجيل كثيرة زادت على المائة، فاختارت الكنيسة منها أربعة، وهي المقصودة بكلمة الإنجيل عند النصارى الآن، وهي (متى - مرقس - لوقا - يوحنا) وتطلق كلمة الإنجيل مجازاً على العهد الجديد المشتمل على هذه الأناجيل الأربعة، وعلى الرسائل الملحقة بها، والإنجيل ليس فيه تشريعات وأحكام، لأن عيسى - عليه السلام - كان يعمل بشريعة التوراة.

ينظر: القاموس الإسلامي، أ/ أحمد عطية الله، القاهرة، ط (٣)، ١٩٦٨م (١/١٩٤)، دائرة معارف القرن العشرين، لمحمد فريد وجدي، مطبعة معارف القرن العشرين، ١٣٤٣هـ (١/٦٥٥)، الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب المعاصرة، إشراف ومراجعة: د/ مانع ابن حماد الجهني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر، ط (٤)، ١٤٢٠هـ، ص (٢٣٩)، قاموس الكتاب المقدس، تأليف مجموعة من المختصين، دار مكتبة العائلة، ٢٠٠٠م، ص (١٢٠).

(٤) الزبور الكتاب، وكل كتاب زبور، وهو «فعول» بمعنى «مفعول»؛ كالرسول والركوب والحلوب، وأصله من زبرت بمعنى: كتبت.

قال القرطبي رحمه الله: الزبور كتاب داود - عليه السلام - مائة وخمسون سورة، ليس فيها حكم ولا حلال ولا حرام، إنما هي حكم ومواعظ. والأصل في الزبور: التوثيق، فيقال: بئر مزبورة، أي: مطوية بالحجارة، والكتاب يسمى: زبوراً؛ لقوة الوثيقة به.

وكان داود - عليه الصلاة والسلام - حسن الصوت؛ وإذا أخذ في قراءة الزبور، اجتمع عليه الإنس والجن والطير والوحش؛ لحسن صوته، وكان متواضعاً يأكل من عمل يده في الخوص، فكان يصنع الدروع، فكان أزرق العينين، وجاء في الحديث: «الزرقة في العين يمن».

ينظر: اللباب في علوم الكتاب (٧/١٣٣)، ومفاتيح الغيب، المشتهر بتفسير الفخر الرازي، لأبي عبد الله محمد بن عمر الرازي، طبعة دار الفكر، بيروت، ط (٣) (١١/٨٦)، ولسان العرب (٣/١٨٠٤)، تفسير القرطبي (٦/١٣).

(٥) سقط في أ، ز.

لا احتمال أنها من القرآن، ولم يسلم الطحاوي هذه الرواية^(١).
قال الصدر الشهيد: وبه يفتي.

وفي فتاوى أبي الليث: المسافرة^(٢) إذا طهرت من الحيض فتممت، ثم وجدت الماء، جاز للزوج أن يقربها، لكن لا تقرأ القرآن؛ لأنها لما تيممت فقد خرجت من الحيض، فلما وجدت الماء وجب عليها الغسل فصارت بمنزلة الجنب^(٣).

وفي فتاوى أهل سمرقند: امرأة تحيض في دبرها لا تدع الصلاة؛ لأن هذا ليس بحيض، ويستحب لها أن تغتسل عند انقطاع الدم. ولو أمسك زوجها عن إتيانها^(٤) أحب إلي، لمكان [الضرورة، وهو]^(٥) الدم الخارج من الفرج.

وفي فتاوى: صاحب الجرح السائل [إذا أصاب]^(٦) ثوبه من ذلك الدم أكثر من قدر الدرهم؛ لزمه غسل الثوب إذا علم أنه لو غسله لا يصيبه الدم ثانياً وثالثاً، أما لو علم أنه يصيبه لا يفترض عليه غسله.

وفي واقعات الناطفي: إذا كان به^(٧) جرح سائل وقد شد^(٨) عليه خرقة فأصابها أكثر من قدر الدرهم، أو أصاب ثوبه أكثر من قدر الدرهم، إن كان بحال لو غسل تنجس قبل الفراغ من الصلاة ثانياً، جاز له ألا يغسل ويصلي، وإن كان بخلافه لا يجوز له [ألا يغسل]^(٩)^(١٠).

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: هو المختار.

وفي الأجناس: رجل يسيل^(١١) من أحد منخريه دم فتوضأ والدم سائل [ثم]^(١٢)

(١) البحر الرائق (١/٢١٠).

(٢) في ب: المسافر.

(٣) تبين الحقائق (١/٥٩)، البحر الرائق (١/٢١٤).

(٤) زاد في د: كان.

(٥) في د: الصورة، وهذا.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: لديه.

(٨) في أ: وقدس، وفي ب: سد.

(٩) في د: ذلك.

(١٠) الأصل، للشيباني (١/١١٣)، مجمع الأنهر (١/٥٧).

(١١) في د: سال.

(١٢) سقط في أ، ز.

احتبس الدم من هذا المنخر وسال من المنخر الآخر انتقض وضوؤه .
 وإن كان به دمايل أو جدري^(١) منها ما هي سائلة، ومنها ما ليست بسائلة،
 فتوضأ وبعضها سائلة، ثم سالت التي لم تكن سائلة^(٢) انتقض وضوؤه .
 والجدري: قروح وليست^(٣) بقرحة واحدة .
 وفي المنتقى: أبو سليمان عن محمد - رحمه الله - : رجل به^(٤) جُرْحَانِ لَا
 يَزُقَانِ^(٥) فتوضأ ثم رقأ أحدهما، قال: يصلي، وكذلك إذا سكن هذا الآخر وسال
 الذي كان ساكناً؛ لأنهما في هذا بمنزلة جرح واحد^(٦) .
 وفي فتاوى أبي الليث: المستحاضة لا تؤمر بالاستنجاء لوقت كل صلاة إذا لم
 يكن منها غائط؛ لأنه سقط اعتبار نجاسة دمه^{(٧)(٨)} .
 وفيه أيضاً: رجل رعف، أو سال عن جرحه دم ينتظر آخر الوقت؛ فإن لم ينقطع
 توضأ وصلى قبل خروج الوقت^(٩) .



-
- (١) الجدري: هو الحب الذي يظهر في جسد الصبي .
 ينظر: لسان العرب، مادة (جدر) (١/٥٦٥)، والصحاح، مادة (جدر) .
 (٢) في أ: سالت .
 (٣) في د: وليس .
 (٤) في أ، ب: له .
 (٥) رقأ الدم يرقأ رُقُوءاً: إذا انقطع . ينظر: الفصيح، لأحمد بن يحيى بن زيد بن سيار الشيباني
 بالولاء، أبي العباس، المعروف بثعلب، تحقيق ودراسة: دكتور عاطف مدكور، دار
 المعارف، ص (٢٧٨) .
 (٦) المبسوط للسرخسي (٢/١٣٨) .
 (٧) في أ: دم نجاستها .
 (٨) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٤٠)، البحر الرائق (١/٢٢٦)، حاشية الطحطاوي
 على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٥٠) .
 (٩) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٥١)، فقه العبادات على
 المذهب الحنفي، ص (٦٦) .

الفصل العاشر

في الرجل يخبر غيره بالوضوء أو^(١) بالحدث

وفي وقوع الشك في الوضوء وفي الحدث

إبراهيم عن محمد: في المتيقن بالوضوء إذا لم يذكر حدثاً، فقال له رجل: [إنك]^(٢) بليت في موضع كذا فشك الرجل وصلى بعد ذلك صلوات، قال: إذا شهد عنده عدلان قضاها، وإن شهد واحد عدل لم يقض^(٣).

وفي الإملاء: عن محمد - رحمه الله -: إذا وقع في قلب المتوضئ أنه أحدث، وكان ذلك أكثر^(٤) رأيه فأفضل^(٥) بذلك^(٦) أن يعيد الوضوء، وإن صلى على وضوئه^(٧) الأول؛ كان في سعة من ذلك عندنا^(٨).

وإن أخبره مسلم عدل رجل أو امرأة حرة أو مملوكة: أنه أحدث أو رعف، أو نام مضطجعاً؛ لا ينبغي له أن يصلي حتى يتوضأ؛ لأن هذا أمر من أمور الدين، وخبر واحد حجة في أمور الدين.

ولو استيقن بالحدث وشك في الوضوء، فأخبره عدل أنه توضأ، أو^(٩) لم يعرف المخبر لكونه عدلاً إلا أنه وقع في قلبه أنه صادق وسعه أن يصلي.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: ومن شك في بعض وضوئه، وهو أول ما شك، غسل الموضع الذي شك فيه، فأما إذا كان يرى ذلك كثيراً فلا يلتفت [إليه]^(١٠) ويمضي^(١١).

(١) في د: و.

(٢) سقط في د.

(٣) فقه العبادات على المذهب الحنفي، ص (٤٤).

(٤) في أ، د: أكبر.

(٥) طمس في د.

(٦) في ب، د: ذلك.

(٧) في ب: وضوء.

(٨) الأصل، للشيباني (١٦٢/٣).

(٩) في د: و.

(١٠) سقط في د.

(١١) الأصل للشيباني (١/٦٨، ٦٩)، المبسوط للسرخسي (١/٨٦)، بدائع الصنائع (١/٣٣).

قالوا: وهذا إذا كان^(١) هذا الشك في خلال الوضوء، فأما إذا كان [هذا الشك]^(٢) بعد فراغ^(٣) الوضوء فلا يلتفت إليه ويمضي^(٤).
وتكلموا في قوله: وهو أول ما شك فيه.
من المشايخ من قال: أراد به أول ما شك في عمره.
[ومنهم من قال: أراد به أول شك وقع [له]^(٥) في هذا الوضوء]^(٦).
ومنهم من قال: أراد به أن الشك في مثل هذا لم تصر عادة له.
ومن شك في الحدث فهو على وضوئه، ومن شك في وضوئه^(٧) فهو محدث.
قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: لا يدخل التحري^(٨) [في]^(٩) باب الوضوء إلا في فصل رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: إذا كان مع الرجل آنية وهو متذكر أنه جلس [للتوضي أو]^(١٠) للوضوء إلا أنه شك أنه قام قبل أن يتوضأ أو بعد ما توضأ يتحري ويعمل [بغالب رأيه]^(١١).
وإن شك أنه جلس للوضوء^(١٢) أو لا، والآنية هناك موضوعة، فهذا^(١٣) محدث ولا يجوز له التحري.

قال ابن سماعة في نوادره: وهو نظير من يذكر أنه دخل الخلاء [للتخلي،

-
- (١) زاد في أ: يرى منه مكره ذلك كثيراً فلا يلتفت إلى.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: الفراغ من.
(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧٥/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩٥/٢).
(٥) سقط في أ، ز.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: الوضوء.
(٨) التحري لغة: هو الطلب والابتغاء، كقول القائل لغيره: أتحرى مسرتك، أي: أطلب مرضاتك قال تعالى: ﴿فَأُولَئِكَ تَحَرَّوْا رَشَدًا﴾ [الجن: ١٤] وهو والتوخي سواء، إلا أن لفظ التوخي يستعمل في المعاملات، والتحري في العبادات.
وفي الشريعة: عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته.
ينظر: الصحاح (٢٣١١/٦)، المبسوط (١٨٥/١٠)، الفتاوى الهندية (٣٨١/٥).
(٩) سقط في أ، ز.
(١٠) سقط في د.
(١١) في د: برأيه.
(١٢) في أ، د: للتوضي.
(١٣) في أ: وهذا، وفي د: فهو.

لكنه^(١) شك أنه خرج منها قبل أن يتخلى أو بعد ما تخلى؛ جعل محدثاً ولا يجوز له التحري.

ولو شك أنه دخل الخلاء، أو لم يدخل، جاز له التحري والعمل بغالب رأيه^(٢)، وهذه رواية مستحسنة.



(١) في أ: فيتخلى لأنه لا.
(٢) في د: الرأي.

الفصل الحادي عشر

في معرفة الأعيان النجسة وغسلها

يجب أن يعلم^(١) أن الأعيان النجسة نوعان:

مائع، وغير مائع، فبدأ^(٢) بالمائع:

ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في إشارات: أن النجاسة [إذا]^(٣) أخرجت من البئر ولم ينزح شيء من الماء بعد، فنجاسة الماء غليظة، ثم بقدر^(٤) ما ينزح من الماء تخف النجاسة وتقل، قال: وهذا كما قلنا: في الكلب إذا ولغ في إنائين [فغسلت إحداهما]^(٥) [مرة وغسلت^(٦) الأخرى]^(٧) مرتين أن كل واحد منهما نجس بعد.

ولو تركا زماناً ثم غسل مرة^(٨)، فإن الذي غسل في المرة الأولى مرتين يطهر، والآخر لا يطهر ما لم يغسل مرة ثالثة.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: قال مشايخنا - رحمهم الله -: نجاسة المياه التي غسل فيها ثوب [نجس]^(٩) يجب أن تكون^(١٠) على هذا الترتيب - أيضًا - حتى إن الثوب النجس إذا غسل في ماء طاهر وعصر، [ثم [غسل]^(١١) في ماء طاهر وعصر]^(١٢)، ثم غسل في ماء ثالث طاهر وعصر؛ فإن الثوب يطهر والماء كله^(١٣) نجس^(١٤)، فلو أنه أصاب هذا الماء الثالث ثوبًا ينبغي أن يطهر هذا الثوب بالعصر

(١) في ب، د: تعلم.

(٢) في أ: فبدأ.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: يقدر.

(٥) في ب: فغسل إحداهما.

(٦) في ب: غسل.

(٧) في د: والأخرى.

(٨) في ب، د: مرة مرة.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ، د: يكون.

(١١) سقط في ب.

(١٢) سقط في أ، ز.

(١٣) في ب، د: كلها.

(١٤) في د: نجسة.

وإن لم يغسل؛ لأن ما دخل فيه من النجاسة لو كانت في الثوب الأول لكانت تطهر^(١) بالعصر^(٢) ولا يحتاج فيه إلى الغسل.

ولو أصاب الماء الثاني^(٣) كان طهارته بالعصر والغسل مرة، ولو أصاب الماء الأول كانت طهارته بالعصر والغسل مرتين.

[و]^(٤) ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: أن الماء الثاني و^(٥) الثالث من غسالة^(٦) الثوب النجس إذا أصاب الثوب لا يظهر الثوب إلا بالغسل^(٧) ثلاثاً، وفرق بين مسألة البئر وبين مسألة الثوب^{(٨)(٩)}.

وفي شرح الجامع من تعليقي^(١٠) في مسألة الثوب أن نجاسة المياه على نمط واحد عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وعند محمد^(١١) - رحمه الله - نجاستهما^(١٢) مختلفة^(١٣).

فمن حكم الماء الأول: أنه إذا أصاب الثوب^(١٤) لا يظهر إلا بالغسل ثلاث مرات ومن حكم الماء الثاني: أنه إذا أصاب الثوب لا يظهر بالغسل إلا لمرتين، ومن حكم الماء الثالث: أنه إذا أصاب من الثوب يظهر بالغسل مرة؛ لأن بالغسل تحركت^(١٥) النجاسة من الثوب إلى الماء فيصير الماء والذي أصابه هذا الماء على الصفة التي كان

(١) في د: لكان يطهر.

(٢) في أ: بالغسل.

(٣) في أ، ز: الباقي.

(٤) سقط في د.

(٥) في ب، د: أو.

(٦) في أ: غسلة.

(٧) في د: الغسل.

(٨) زاد في أ، ب: قال المصنف - رحمه الله - في شرحه.

(٩) البحر الرائق (١/٢٤٨).

(١٠) في أ: تقليبي.

(١١) في ب: أبي محمد.

(١٢) في ب، د: نجاستها.

(١٣) البحر الرائق (١/٢٤٨).

(١٤) في د: ثوباً.

(١٥) في ب، د: تحولت.

الثوب [الأول]^(١) والثوب الأول [حال إصابة]^(٢) النجاسة، [كان بحال لا يطهر إلا بالغسل ثلاثاً]^(٣)، وبعد الغسل الأول، كان بحال لا يطهر إلا بالغسل مرتين، وبعد الغسل الثاني كان بحال يطهر^(٤) بالغسل مرة، فكذا الذي أصابه [هذا الماء]^(٥) على [هذا]^(٦) الترتيب.

بول الهرة نجس، إذا [أصاب الثوب]^(٧) أكثر من قدر الدرهم منع جواز الصلاة. وحكي عن محمد بن [سلام]^(٨)، أنه قال: لو ابتليت به لغسلت، ولكن لا أمر غيري بإعادة الصلاة^(٩).

وسئل عنه مرة أخرى فقال: ومن يقدر على الامتناع عنه؟ وبول الفأرة إذا وقع في الماء؛ أفسد الماء حتى لا يجوز التوضؤ به؛ بخلاف ما إذا شربت من إناء حيث لا ينجس^(١٠) الماء.

والفرق: أن القياس في السنور [أن يكون]^(١١) نجسًا؛ لأن لعبه نجس لنجاسة لحمه، لكن أسقطنا النجاسة في اللعاب لمكان الضرورة فإنها^(١٢) تقصد الماء للشرب^(١٣)، وصون الأواني عنها غير ممكن، أما لا تقصد الماء لتبول فلا ضرورة في حق بولها فنحكم^(١٤) بنجاستها^(١٥).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: حالة إصابته.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب: لا يطهر.

(٥) في ب: هذه المياه، وفي د: هذا المياه.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) بدائع الصنائع (١/٦٢).

(١٠) في د: يتنجس.

(١١) في د: إن كان.

(١٢) في أ، ب: وإنه.

(١٣) في د: الشرب.

(١٤) في ب: يحكم.

(١٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/١٨٨).

وأما إذا أصاب بول الفأرة الثوب؛ فقد قال بعض مشايخنا: إنه يتنجس^(١) الثوب، وقاسه على الماء.

وقال بعضهم: لا يتنجس^(٢) الثوب بخلاف الماء.

والفرق: أن صيانة الثوب^(٣) عن بولها غير ممكن؛ لأن صيانة الثوب في الغالب إنما تكون باللف في ثوب آخر، ومتى صين^(٤) على هذا الوجه وبال على الثوب الأعلى يصل إلى الثوب الأسفل.

أما صون الماء عن بولها فممكن^(٥)؛ لأن الماء إنما يصاب بالأواني، والأواني مما تخمر^(٦) وبعد التخمر تقع الصيانة للماء لا محالة، فلم يكن بولها مغفواً عنه في الماء.

[و]^(٧) قال الحسن بن زياد - رحمه الله -: لو أن جعراً^(٨) من جعور^(٩) الفأرة وقعت في وقر حنطة وطحنت لم يجز أكلها.

ولو وقعت في دهن^(١٠) فسد الدهن.

وقال محمد بن مقاتل^(١١): لا يفسد الدهن ولا الحنطة ما لم يتغير طعمه^(١٢).

وفي مسائل الشيخ الإمام الزاهد^(١٣) أبي حفص - رحمه الله -: وجعر الفأرة إذا

(١) في د: ينجس.

(٢) في د: ينجس.

(٣) في أ، ز: الماء.

(٤) في ب: صير.

(٥) في أ، ب: ممكن.

(٦) في أ: يخمر.

(٧) سقط في ز.

(٨) ثبت في حاشية د: الجعر نحو كل ذات مخلب من السباع.

(٩) في أ، ب: جعر.

(١٠) في د: الدهن.

(١١) هو: محمد بن مقاتل الرازي، قاضي الري من أصحاب محمد بن الحسن، من طبقة سليمان بن شعيب، وعلي بن معبد، قال الذهبي: حدث عن وكيع وطبقته.

ينظر: الجواهر المضية (٣/٣٧٢)، الفوائد البهية، ص (٢٠١)، أخبار أبي حنيفة

وأصحابه، الحسين بن علي بن محمد بن جعفر، أبو عبد الله الصيّمري الحنفي، عالم

الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م (١٥٧)، طبقات الفقهاء، للشيرازي (١٣٩).

(١٢) البناية شرح الهداية (١/٧٤١).

(١٣) في أ: الزاهدي.

وقع^(١) في الرُّب^(٢) أو في الخل؛ فإنه لا يفسد.
وعن الشيخ الإمام أبي محمد الحَيْرِزِ أَحْزِي^(٣) - رحمه الله - أنه قال: وقعت لي هذه
المسألة فسألت أبا إسحاق الضرير، فقال: لو كان لي لشربت^(٤) وأنا لم أشرب ولكن
بعته^(٥).

الحيوان^(٦) إذا وقع في البئر، ثم أخرج^(٧) حيًّا ينظر إن أصاب فمه الماء وسؤره^(٨)
طاهر؛ فالماء طاهر، وإن كان سؤره نجسًا؛ فالماء نجس ينزح كله، وإن كان سؤره
مكروهًا^(٩) فالماء مكروه كله.

[و]^(١٠) يستحب أن ينزح عشرون دلًّا.
وإن كان سؤره مشكوكًا؛ كسؤر البغل والحمار؛ وجب نزح الماء كله.
وإذا^(١١) لم يصب فمه الماء قال^(١٢) الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه: إن
كان الواقع كلبًا، أو خنزيرًا؛ يجب نزح [الكل وهو]^(١٣) جميع الماء^(١٤).
وهذا الجواب إشارة إلى أن عين^(١٥) الكلب نجس، [وهو اختيار الفقيه أبي

-
- (١) في أ: وقعت.
(٢) الرب: السمن. ينظر: المعجم الوسيط (١/٣٢١).
(٣) قال في البناية شرح الهداية (١٠/٢٨٢): الخيزاخزي - بفتح الخاء المعجمة، وسكون الياء
آخر الحروف، وفتح الزاي المعجمة والحاء الثانية، وكسر الزاي الثانية - نسبة إلى قرية
خيزاخز من قري بخارى واسمه عبد الله بن الفضل كان مفتي بخارى ولم يقع لي تاريخ
وفاته.
(٤) في أ، ب: شربت.
(٥) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/١٨٨)، البناية شرح الهداية (١/٧٤١).
(٦) ثبت في حاشية د: إخراج الحيوان من البئر حيًّا.
(٧) في أ: خرج.
(٨) السؤر - بضم السين مهموز -: بقية طعام الحيوان وشرايه، قاله ابن سيده من اللغويين،
وصاحب المستوعب من الفقهاء. ينظر: لسان العرب (٣/١٩٠٥).
(٩) في ب: مكروه.
(١٠) سقط في د.
(١١) في د: وأما إذا، وفي ز: وإن.
(١٢) في د: فقال.
(١٣) سقط في ب، د.
(١٤) تحفة الفقهاء (١/٥٩)، بدائع الصنائع (١/٧٤)، البحر الرائق (١/١٢٥).
(١٥) في أ، ز: غير.

الليث - رحمه الله-(١).

وذكر في شرح أحمد جي - رحمه الله -: أن الكلب ليس نجس العين، وهو اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وفي تجريد القدوري: أن عين^(٢) الكلب نجس^(٣) عند أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله حتى [لو]^(٤) وقع في البئر وخرج حيًّا نجسها^(٥)، وإن انتفض وأصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه^(٦).

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: في الكلب إذا وقع في الماء [ثم خرج حيًّا لا بأس به.

الخمر إذا وقع في الماء]^(٧) أو^(٨) الماء إذا وقع في الخمر، ثم صار خلًّا، ففيه اختلاف المشايخ، واختيار^(٩) الصدر الشهيد - رحمه الله -: [أنه طاهر وليس بنجس]^(١٠)، وكذلك اختياره في الخل^(١١).

ولو صب الخل النجس في الخمر حتى صار الكل خلًّا تبقى النجاسة^(١٢). الكلب إذا ولغ في العصير ثم تخمر ثم تخلل، يجب أن يكون نجسًا؛ لأن جزءًا من النجاسة وهو لعاب الكلب فيه قائم، فصار بمنزلة ما لو تفسخ الفأرة في العصير ثم أخرج ثم صار خلًّا.

غسالة الميت من الماء الأول، أو^(١٣) الثاني، أو الثالث إذا استنقع في موضع

(١) المبسوط للسرخسي (٤٨/١)، تبيين الحقائق (٣٠/١)، العناية شرح الهداية (٩٣/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٤/١)، البحر الرائق (١٠٦/١).

(٢) في أ: غير.

(٣) من قوله: «وهو اختيار الفقيه...» إلى هنا، سقط في م.

(٤) سقط في أ، ز، م.

(٥) في أ: نجسا.

(٦) الأصل، للشيباني (٣٧/١).

(٧) في أ: والماء إذا وقع في النهر.

(٨) في أ، ز: و.

(٩) في ز: واختار.

(١٠) في د: على أنه طاهر ولم ينجس.

(١١) زاد في ب: أبكته.

(١٢) زاد في د: في الكل.

(١٣) في د: و.

وأصاب شيئاً نجسه، وإن أصاب ثوب الغاسل فما دام في علاج الميت^(١) فما^(٢) ترشش^(٣) عليه مما لا يجد بدءاً منه ولا يمكنه الاحتراز عنه لا ينجسه .
 سئل أبو بكر الإسكاف: عن الدم فقال: إنه^(٤) نجس مسفوحاً كان، أو غير مسفوح، ودم قلب الشاة نجس وليس بمسفوح .
 وكان أبو عبد الله القلانسي يقول: الدم الذي ليس بمسفوح ليس بنجس .
 قال صاحب الجامع الأصغر: وقال محمد بن سلمة: كما قاله أبو عبد الله .
 وبعض أساتذتنا^(٥) قالوا: كما قال الفقيه أبو بكر .
 ودم الكبد إن لم يكن ذلك الدم متمكناً فيه من غيره فهو طاهر؛ لأن الكبد نفسه^(٦) دم جامد .
 وكذلك اللحم المهزول إذا قطع حتى سال منه الدم، فليس^(٧) بنجس، ذكره^(٨) في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -^(٩) .
 والدم الذي ليس بحدث، هل هو نجس؟ كان الفقيه أبو بكر البلخي^(١٠) والفقيه

(١) في ب، د: الغسل .

(٢) في ب: مما .

(٣) في ب: ترشي، وفي د: ترشش .

(٤) في أ: لأنه .

(٥) في أ: أستاذينا، وفي د: أشياخنا .

(٦) في أ: بنفسه .

(٧) في د: فهو لبس .

(٨) في د: ذكر .

(٩) تبين الحقائق (٧٣/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٤٧/١)، البحر الرائق (١/٢٤١) .

(١٠) هو: أبو بكر محمد بن الفضل بن العباس الحنفي البلخي الأصل؛ لكنه أخرج منها بسبب المذهب، فدخل سمرقند، وأقام بها إلى أن توفي بها، وهو عالمها وواعظها، وصحب أحمد بن خضرويه المروزي وسمع الحديث الكثير من قتيبة بن سعيد ومن في طبقة. وذكره أبو حاتم بن حبان في الثقات وقال: محمد بن الفضل العابد كان شيخاً متعبداً متقناً ولكنه كان مرجئاً، توفي بسمرقند سنة ثلاثمائة وتسعة عشر هجرياً .

ينظر: حلية الأولياء (٢٣٢/١٠)، طبقات الصوفية، لأبي عبد الرحمن محمد بن الحسين بن محمد بن موسى بن خالد الأزدي، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(١)، ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م (١/١٧١)، المغني في الضعفاء، للذهبي، تحقيق: د/ نور الدين عتر (٢/٦٢٤)، ميزان الاعتدال (٦/٣٠٠) .

أبو جعفر - رحمهما الله - يقولان: إنه ليس بنجس .
 وكان^(١) جماعة من مشايخ بلخ منهم أبو نصر بن أبي سلام، وأبو القاسم، وأبو عبد الله القلانسي يقولون: إنه نجس .
 والقيء إذا كان أقل من ملء الفم حتى لم يكن^(٢) حدثًا، هل يكون نجسًا؟ فهو على هذا الاختلاف أيضًا .
 الحمار إذا شرب من العصير قال ابن مقاتل - رحمه الله -: لا بأس بشربه، قال الفقيه أبو الليث: هو خلاف [قول]^(٣) أصحابنا - رحمهم الله^(٤) .
 وفي النوازل: البعير إذا اجتر^(٥) فأصاب الثوب، فحكمه حكم سرقينه^(٦)؛ لأنه قد واره في جوفه؛ ألا ترى^(٧) أن ما يوارى^(٨) جوف الإنسان، وإن كان ماء ثم قاء كان حكمه حكم بوله، كذا هاهنا، وهذا الجواب مستقيم على^(٩) ظاهر الرواية غير مستقيم على رواية الحسن، استدلالًا بمسألة القيء، فإن أصحابنا - رحمهم الله - جعلوا القيء على ظاهر الرواية كالعذرة والبول^(١٠) .
 حتى قالوا: القيء إذا أصاب ثوبه أو بدنه [أكثر من قدر الدرهم]^(١١) لا تجوز^(١٢) الصلاة معه، وعلى رواية الحسن لم يجعل^(١٣) كذلك حتى كان التقدير فيه بالكثير الفاحش على رواية الحسن .

(١) في أ، ب: وقال .

(٢) في د: لا يكون .

(٣) سقط في أ، ب .

(٤) البناية شرح الهداية (٧٤١/١)، البحر الرائق (٢٤٣/١) .

(٥) في أ، ب، ز: اشتر .

(٦) في ب: سرقته، والسرقين بكسر السين أو فتحها ما تدمل به الأرض، والدمال ما توطأته الدابة من البعر مع التراب .

ينظر: لسان العرب (٥٦٧/٤)، مادة (سرقن)، (٤١٣/٣)، مادة (دمل) .

(٧) في أ: يرى .

(٨) في ب: توارى .

(٩) في د: في .

(١٠) الاختيار لتعليل المختار (٣٣/١) .

(١١) سقط في د .

(١٢) في أ: يجوز .

(١٣) في ب، د: يجعله .

ووجه ذلك: أن القيء في الأصل طعام طاهر وقد تغير هو عن حاله فلا هو طعام طاهر على الكمال ولا استحال غائطاً على الكمال فلا يعطى له درجة الطعام الطاهر ولا درجة البول والغائط، بل [يحكم له بحكم] ^(١) التخفيف، ليكون حكمه مأخوذاً من كلا الأصلين، فيقدر ^(٢) فيه بالكثير الفاحش كما في سائر النجاسات الخفيفة. وفي الجامع الأصغر: سئل خلف عن ألقى حجراً ملطخاً بالعدرة في نهر كبير جار فارتفعت قطرات من الماء فأصابته ثوبه، قال: إن كان من الماء المتصل بالحجر فسد، وإن كان من غير ذلك الماء لا يفسد، وإن [كان] ^(٣) لم يعلم فأحب إلي أن يغسله، ولو صلى فيه ولم يغسله وسعه. وسئل ابن شجاع عن هذه المسألة، فقال ^(٤): عليه أن يغسله، وبه قال نصير، قيل: وهكذا روي عن محمد ^(٥). وقال إبراهيم بن يوسف ^(٦): لا يضره ذلك، وبه قال أبو بكر إلا أن يظهر فيه لون النجاسة ^(٧).

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ ^(٨). وعن الفقيه أبي جعفر: في المدر ^(٩) إذا أصابه نجاسة فطرح في الماء فأصاب [الماء] ^(١٠) ثوب إنسان منع جواز الصلاة إذا كان أكثر من قدر الدرهم.

- (١) في د: حكم.
- (٢) في أ، ز: يقدر.
- (٣) سقط في أ، ب.
- (٤) في أ، ب: وقال.
- (٥) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٦٣/١).
- (٦) هو: إبراهيم بن يوسف بن ميمون بن قدامة، وقيل: بن رزين، أبو إسحاق، الباهلي، الفقيه، عرف بالماكياني؛ نسبة إلى جده، فيما ذكر السمعاني. لزم أبا يوسف حتى برع. وروى عن سفيان بن عيينة، وإسماعيل بن علية، وحماد بن زيد. مات سنة إحدى وأربعين ومائتين، وقيل: سنة تسع وثلاثين ومائتين.
- ينظر: تذكرة الحفاظ (٤٥٣/٢، ٤٥٤)، تهذيب التهذيب (١٨٤/١، ١٨٥)، شذرات الذهب (٩١/٢).
- (٧) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٦٣/١).
- (٨) البناية شرح الهداية (٢٤٣/٨)، البحر الرائق (١٢٤/٦).
- (٩) المدر: التراب المتبلد، قال الأزهري: المدر قطع الطين، وهو الطين اليابس. ينظر: القاموس المحيط، ص (٤٢٧)، المصباح المنير، ص (٥٦٦).
- (١٠) سقط في أ، ب.

وفيه - أيضًا- عن إبراهيم - رحمه الله -: حمار بال في الماء وأصاب من ذلك الرش ثوب إنسان قال: لا يضره، وهو ماء حتى يستيقن^(١) أنه بول. قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: وبه نأخذ^(٢).

وسئل الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - عن الفرس إذا مشى على الماء وعليه راكب فأصاب ثوبه من ذلك الماء، قال: إن كان في رجل الفرس نجاسة نحو السُّرْقِين وغيره صار الثوب نجسًا؛ سواء كان الماء جاريًا أو راكدًا، وإن لم يكن في رجله نجاسة لم يضره ذلك. وسئل^(٣) أبو نصر: عمن يغسل الدابة فيصيب من مائها أو عرقها، قال: لا يضره ذلك.

قيل له: فإن كانت [مرغت]^(٤) في بولها وروثها، قال: إذا جف ذلك وتناثر وذهب عينه لا يضره.

سئل الشيخ الإمام^(٥) نجم الدين النسفي: [في]^(٦) حُبِّ فيه ماء أو رُبِّ استخرج منه شيء وجعل في خابية^(٧)، ثم استخرج من حُبِّ آخر فيه ماء أو رب شيء منه وجعل في هذه الخابية^(٨) - أيضًا - حتى امتلأت الخابية^(٩) ثم وجدت^(١٠) في الخابية^(١١) فأرة ميتة ولا يدري أن الفأرة من أي الحَبِّين^(١٢) ويعلم قطعًا أنها لم تكن

-
- (١) في أ: يستقر.
 - (٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٦٣/١).
 - (٣) زاد في د: محمد.
 - (٤) سقط في أ، ب.
 - (٥) زاد في د: الزاهد.
 - (٦) سقط في د.
 - (٧) الخابية، وهي الحب، وتركت الهمزة للتخفيف. والخب: كل شيء مستور يقال خبأت الشيء أي: أخفيتهِ وسترته، وهي الجرة الكبيرة. ينظر: لسان العرب، مادة (خبأ) (٦٢/١٠).
 - (٨) في أ، ز: الجابية.
 - (٩) في أ، ز: الجابية.
 - (١٠) في أ، ب: وقع.
 - (١١) في أ، ز: الجابية.
 - (١٢) في ب: الحين.

في الخاوية^(١) قبل هذا فقال: إن غاب هذا الرجل عن الخاوية^(٢) ساعة يتوهم فيها وقوع الفأرة في الخاوية^(٣) فالنجاسة للخاوية^(٤)، والحَبَّان طاهران، وإن لم يغب ويعلم أنها من [إحدى]^(٥) الحيين فالنجاسة^(٦) تصرف إلى آخر الحيين.

وسئل هو - أيضًا -: عن فأرة ميتة كانت يبست وهي [في الخاوية^(٧)] و[^(٨)] جعل^(٩) في الخاوية^(١٠) الرُّب وظهرت على رأس الخاوية^(١١) فأجاب أن الرب نجس، وهكذا أجاب شيخ الإسلام علي الأسبيجاني - رحمه الله تعالى - .

قال نجم الدين: [النسفي]^(١٢): الفأرة الميتة إذا يبست [إن]^(١٣) قالوا: إنها تطهر حتى لو صلى وفي جيبه^(١٤) فأرة [ميتة]^(١٥) يابسة تجوز صلاته، لكن إذا أصابها بلل حتى ابتلت تعود نجسة في أصح الروايتين عن أبي حنيفة - رحمه الله - بمنزلة الأرض النجسة إذا يبست وذهب أثرها ثم أصابها الماء.

وفي فتاوى ما وراء النهر: في كوز فيه [ماء وفيه]^(١٦) فأرة ميتة غمسه في حب [فيه]^(١٧) رب، قال إن اغترف به ولم يخرج [منه شيء]^(١٨) لا يفسده، وإن صبَّ

(١) في أ، ز: الجابية، وزاد في د: ثم وجد في الخاوية.

(٢) في أ، ز: الجابية.

(٣) في أ، ز: الجابية.

(٤) في أ، ز: للجابية.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: وفي النجاسة.

(٧) في أ، ز: الجابية.

(٨) في د: خاوية.

(٩) في أ: جعلت.

(١٠) في أ، ز: الجابية.

(١١) في أ، ز: الجابية.

(١٢) في د: هذه.

(١٣) سقط في د.

(١٤) في أ، ز: جنبه.

(١٥) سقط في د.

(١٦) سقط في د.

(١٧) سقط في د.

(١٨) في ب: منه شيئاً، وفي د: شيئاً.

ماء [في]^(١) الكوز ثم غمسه ثانيًا في الحب فسد ماء الحب للطخ فم الكوز بالرب النجس.

وسئل نجم الدين^(٢) - أيضًا -: عن رجل في كوزه فأرة [ميتة]^(٣) ولا يدري أن الفأرة وقعت في الكوز ابتداء^(٤) أو^(٥) في الجرة التي يجعل^(٦) الماء منها في الكوز، أو في البئر التي^(٧) نرحوها^(٨) الماء منها، قال: إذا لم يتيقن بشيء منها فالنجاسة بهذا الكوز خاصة.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا مر بكنيف^(٩) فسأل عليه من ذلك الكنيف شيء، إن علم بنجاسته كان عليه غسله، وإن علم بطهارته لا يجب [عليه]^(١٠) الغسل.

وإن لم يعلم بطهارته ولا بنجاسته^(١١) ولم يجد من يسأله عنه يتحرى^(١٢)، إن كان أكبر^(١٣) رأيه أنه نجس غسله، وإن كان بخلافه لا يغسل^{(١٤)(١٥)}.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - إنما [بني هذا]^(١٦) الجواب على

(١) سقط في د.

(٢) زاد في د: الرازي هذا.

(٣) سقط في ب، د.

(٤) في ب: ابتداءه.

(٥) في أ، ب: و.

(٦) في د: جعل.

(٧) في أ: حتى.

(٨) في أ: يرجو، وفي ب: نرح.

(٩) الكنيف هو: الكثة تُسْرَع فوق باب الدار. وكَنَف الدارَ يَكْنُفُهَا كَنَفًا: اتخذ لها كَنِيفًا. والكَنِيف: الخلاء وكله راجع إلى السَّتر، وأهل العراق يسمون ما أشرعوا من أعالي دُورهم كَنِيفًا، واشتقاق اسم الكَنِيف كأنَّه كُنِفَ في أستر النواحي، والحظيرة تسمى كَنِيفًا لأنها تكنف الإبل أي تسترها من البرد. ينظر: لسان العرب (٣١٠/٩).

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ، ز: نجاسته.

(١٢) في ب، تحرى.

(١٣) في د: أكثر.

(١٤) في د: يغسله.

(١٥) الأصل، للشيباني (٦٨/١)، البحر الرائق (٢٤٣/١).

(١٦) في د: بني.

عرف^(١)

ديارهم، فأما في ديارنا يغسل^(٢) لا محالة؛ لأن الكنيف في ديارنا معد لصب النجاسة^(٣) لا يصب فيه^(٤) إلا النجاسة، أما في ديارهم كما يصب فيه النجاسة يصب فيه [غسالة]^(٥) ماء القدر^(٦).

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: وصار قياس كنيفهم فيما^(٧) عندنا [من الميزاب]^(٨)؛ فإنه يصب فيه^(٩) النجاسة والماء^(١٠) فلا جرم لو أصابه شيء من الميزاب كان الجواب على ما ذكر في الكتاب. انتهى النوع الأول.

* * *

(١) العُرف - بالضم - لغة: اسم من الاعتراف، والعُرف ضد النُكر يقال: أولاه عُرفاً أي معروفاً، والعُرف هو المعروف أي الخير والرفق والإحسان، ومنه قولهم: من كان أمراً بالمعروف، فليأمر بالمعروف أي من أمر بالخير، فليأمر برفق. وفي الاصطلاح هو: ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

ينظر: المصباح المنير، ص (١٥٤)، مادة (عرف)، مختار الصحاح، ص (٤٤٦)، العرف والعادة في رأي الفقهاء، أ. د/ أحمد فهمي أبو سنة، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، طبعة الأزهر، ١٩٤٧م، ص (٨).

قال ابن عابدين: العادة والعرف بمعنى واحد وإن اختلفا من حيث المفهوم. وفرق بعضهم بين العرف والعادة: بأن العادة هي العرف العملي، بينما المراد بالعرف هو العرف القولي. ينظر: كشف الأسرار، لعبد العزيز البخاري (٢/٤١٥).

(٢) في د: فيغسل.

(٣) زاد في أ: فيه

(٤) في د: فيها.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: القدر. وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/١٩١).

(٧) في د: مما.

(٨) في د: الميازيب.

(٩) في ب، د: فيها.

(١٠) في أ، ز: وإلا.

جئنا إلى النوع الثاني: وهو غير المائع:

وفي النوازل للمعلى عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن المسلم بعد الموت قبل الغسل نجس، لو وقع في الماء [أفسد الماء]^(١)، وبعد الغسل لا [يفسد الماء]^(٢)(٣).

وقال [أبو]^(٤) القاسم الصفار^(٥) - رحمه الله -: لا يفسد الماء في الوجهين جميعًا. وقال الفقيه أبو بكر الأعمش: يفسد الماء في الوجهين جميعًا، [وهذا الذي ذكرنا في حق المسلم، فأما الكافر الميت إذا وقع [في الماء يفسد]^(٦) الماء في الوجهين جميعًا]^(٧).

وفي كتاب الصلاة للحسن: الكافر إذا وقع في البئر وهو^(٨) حي نزع [الماء]^(٩). والسقط إذا وقع في البئر أفسد الماء، وإن غسل عشر مرات. وفي شعر الآدمي عن محمد - رحمه الله - روايتان^(١٠): في رواية هو نجس، وبه أخذ إمام الهدى أبو منصور^(١١) - رحمه الله-^(١٢).

(١) في د: أفسده.

(٢) في د: أفسده.

(٣) البحر الرائق (٢/١٨٨).

(٤) سقط في ز.

(٥) هو: أحمد بن عصمة، أبو القاسم الصفار، الملقب حَم، بفتح الحاء، قال في الألقاب: حَم: لقب أحمد بن عصمة الصفار البلخي، الفقيه، المحدث، تفقه على أبي جعفر الهندواني، وسمع منه الحديث، روى عنه أبو علي الحسن بن صديق بن الفتح الوزعجني، شيخ، ثقة، مات في ليلة الاثنين، في شهر شوال، لعشر بقين منه، سنة ست وعشرين وثلاثمائة، وهو ابن سبع وثمانين سنة.

ينظر: الجواهر المضية (١/٢٠٠، ٢٠١)، الطبقات السننية، برقم (٢٤٤)، الفوائد البهية، ص (٢٦)، كتائب أعلام الأخيار، برقم (١٥٨).

(٦) في د: أفسد.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: وهي.

(٩) سقط في د.

(١٠) البناية شرح الهداية (١/٤٢٩)، البحر الرائق (١/١١٣)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٠٧).

(١١) هو: محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي، من أئمة علماء الكلام. نسبته إلى ماتريد، محلة بسمرقند، من تصانيفه: التوحيد، وأوهام المعتزلة، والرد على القرامطة، =

وفي رواية: هو طاهر حتى لو صلى ومعه شعر الآدمي [أكثر من قدر الدرهم]^(١)، جازت صلاته^(٢)، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، وأبو القاسم الصفار، وعلى هذه الرواية اعتمد الكرخي في كتابه^(٣).

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما -: أن شعر الإنسان إن كان بحيث لو بسط أخذ أكثر من قدر الدرهم، لا تجوز صلاته.

وفي [فتاوى أبي الليث]^(٤) عن أبي بكر - رحمهما^(٥) الله - أن جلد الإنسان أو قشره إذا وقع في الماء، إن كان قليلاً مثل ما يتناثر من شقوق الرجل وأشباهه؛ لا^(٦) يفسده، قيل له: إن كان مقدار الظفر؟ قال: ذلك كثير ويفسده^(٧).

وفي العيون: عن أبي يوسف: إذا قلع سنه فأعاد سنه إلى مكانه وصلى، أو كان سنه في كفه وصلّى جاز، وإن كان أكثر من قدر الدرهم؛ لأن ما ليس بلحم لا يحله الموت فلا يتنجس^(٨).

وعن محمد: أنه لا تجوز^(٩) صلاته إذا كان أكثر من قدر الدرهم، وبه أخذ أبو الليث - رحمه الله -.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - إذا كان سنه وأثبتته^(١٠) تجوز صلاته، وإن أثبت

= وماخذ الشرائع في أصول الفقه، والجدل، وتأويلات القرآن، وتأويلات أهل السنة، وشرح الفقه الأكبر المنسوب للإمام أبي حنيفة. مات بسمرقند سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة. ينظر: الفوائد البهية، ص (١٩٥)، مفتاح السعادة (٢/٢١)، الجواهر المضية (٢/١٣٠).

(١٢) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/١٦).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: الصلاة.

(٣) المبسوط للسرخسي (١/٢٠٣)، تبين الحقائق (٤/٥١)، البناية شرح الهداية (١/٤٢٤)، البحر الرائق (١/٩٦).

(٤) في د: الفتاوى.

(٥) في أ، ز: رحمه.

(٦) في أ، ب: لم.

(٧) تبين الحقائق (١/٢٩)، البحر الرائق (١/١١٣)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٠٧).

(٨) البحر الرائق (١/١١٣)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١/٣٣).

(٩) في أ: يجوز.

(١٠) في د: فأثبتته.

سن غيره لا تجوز صلاته، قال: بين السنين فرق إلا أنه لم يحضرني^(١). وفي صلاة المستغني: أسنان الكلب المثبتة طاهرة إن^(٢) كانت يابسة، لو صلى معها يجوز.

وأَسنان الإنسان إذا سقطت نجسة^(٣)، لو صلى معها لا يجوز. وحكى الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن بعض المتقدمين من أصحابنا: أن من أثبت^(٤) مكان أسنانه أسنان آدمي آخر لا تجوز صلاته، ولو أثبت^(٥) مكان أسنانه أسنان الكلب جازت صلاته^(٦).

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: وتأويله عندنا: إذا كان^(٧) يمكنه قلع هذه الأسنان التي^(٨) أثبتتها من غير إيجاع ولا ضرر، أما إذا كان لا يمكنه ذلك إلا بإيجاع وضرر تجوز^(٩) صلاته معها.

وفي العيون: لو صلت امرأة ومعها قلادة فيها سن كلب، أو ثعلب صلاتها جائزة؛ لأنه يقع عليهما^(١٠) الذكاة، وكل ما يقع عليه الذكاة فعظمه^(١١) طاهر؛ بخلاف الآدمي والخنزير.

وفي الجامع الأصغر: البيضة المذرة^(١٢) لا تجوز معها الصلاة عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وعلى قياس قول أبي حنيفة والحسن [بن]^(١٣) زياد - رحمهما الله - تجوز^(١٤).

(١) البناية شرح الهداية (١/٤٢٨)، البحر الرائق (١/٢٤٣).

(٢) في ب: إذا.

(٣) في أ: لحيته.

(٤) في د: أثبت.

(٥) في د: أثبت.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٤٧٨)، البناية شرح الهداية (١/٤٢٨).

(٧) زاد في أ: بأن.

(٨) في أ: الذي.

(٩) في أ: يجوز.

(١٠) في أ، د: عليها.

(١١) في أ: وطعمه.

(١٢) مَذِرَتُ الْبَيْضَةِ مَذْرًا فَهِيَ مَذِرَةٌ فَمَذَتْ. ينظر: المحكم والمحيط الأعظم (١٠/٧١).

(١٣) سقط في أ.

(١٤) البناية شرح الهداية (١/٣٩٣).

وفي الفتاوى^(١): عن [أبي]^(٢) عبد الله البلخي^(٣): أن الصلاة مع البيضة المذرة جائزة؛ لأنها [في معدنه]^(٤)، ولا تجوز مع القارورة المُمثلة من البول، وكذلك البيضة التي فيها فرخ ميت علم بموته قبل الصلاة.

وفي الفتاوى: في بيضة سقطت من دجاجة، أو سخلة سقطت من شاة وهي رطبة أنها نجسة.

قال الفقيه: وهذا على قياس قولهما، أما على قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه^(٥) - هي طاهرة، وإن كانت رطبة؛ لأنها في معدنها.

وفي الجامع الأصغر: عن أبي حفص الكبير - رحمه الله - أن الطين إذا جعل فيه السرقين وطين به شيء [وييس]^(٦)، قال: لا بأس أن يوضع عليه منديل مبلول.

وفي فتاوى أهل سمرقند: التبن النجس إذا جعل في طين وطين به شيء، قال: إن كان يرى مكانه كان نجسًا، وما لا فلا؛ لأن في الوجه الثاني مستهلك، وفي الوجه الأول لا، فإن ترطب^(٧) في الوجه الثاني عاد نجسًا في رواية.

وإذا كان الماء، أو^(٨) التراب نجسًا في الطين، قال بعض المشايخ^(٩): العبرة للتراب.

وقال الفقيه أبو بكر [الإسكاف]^(١٠) - رحمه الله - العبرة للماء.

وقال أبو نصر: أيهما^(١١) ما كان طاهرًا فالطين طاهر.

-
- (١) في د: الفتوى.
- (٢) زيادة يلتزم بها السياق. وهي في المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٧٩/١).
- (٣) هو: محمد بن سلمة، أبو عبد الله البلخي، ولد سنة مائة واثنين وتسعين هجريًا، تفقه على: شداد بن حكيم، ثم على أبي سليمان الجوزجاني، وتفقه عليه: أبو بكر محمد بن أحمد الإسكاف، وأحمد بن أبي عمران، وتوفي سنة مائتين وسبع وثمانين هجريًا.
- ينظر: الجواهر المضوية (١٦٢/٣).
- (٤) في أ، ز: مغذية.
- (٥) في أ: عنهم.
- (٦) سقط في أ، ز.
- (٧) في أ: رطب.
- (٨) في د: و.
- (٩) في د: مشايخنا.
- (١٠) سقط في د.
- (١١) في أ: أنهما.

و^(١) قال أبو القاسم: أيهما^(٢) ما^(٣) كان نجسًا فالطين نجس .
وبعض المشايخ [قالوا: على قول محمد]^(٤) - رحمه الله - الطين طاهر، وعلى
قول أبي يوسف: الطين نجس^(٥)، وهذا القائل جعل هذه المسألة فرعًا لمسألة
أخرى:

أن الكلب والحمار إذا وقع في المملحة وانجمد ملحًا، على قول أبي حنيفة
ومحمد - رضي الله عنهما - يكون طاهرًا، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يكون
نجسًا وكذلك السرقين أو العذرة إذا احترقت بالنار وصار رمادا فهو على هذا
الخلافاً^(٦).

وكذلك بثر البالوعة إذا سد^(٧) رأسها حتى صار الكل حمأة فهو على هذا
الخلافاً، فالمذهب^(٨) عند محمد - رحمه الله - أن النجس ما^(٩) يطهر بالتغير
والاستحالة، خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله -^(١٠).

وإذا صلى ومعه نافجة مسك، فقد ذكر الفضلي [في فتاويه]^(١١) - رحمه الله - أن
النافجة إن^(١٢) كانت بحال متى أصابها الماء لا يفسد جازت صلاته؛ لأنها بمنزلة
جلد ميتة قد دبغ، وإن كانت^(١٣) تفسد متى أصابها الماء، فإن [كانت]^(١٤) هذه
نافجة دابة لم تذك^(١٥)؛ لم يجز بمنزلة جلد ميتة لم يدبغ.

(١) في أ: أو.

(٢) في أ: أيهما.

(٣) في د: إن.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) البناية شرح الهداية (١/٣٦٦)، البحر الرائق (١/٢٤٥).

(٦) البناية شرح الهداية (١/٧٣٣، ٧٤١).

(٧) في د: شد.

(٨) في ب: والمذهب.

(٩) في أ، ز: بما.

(١٠) بدائع الصنائع (١/٨٥).

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) في د: إذا.

(١٣) في د: وإذا كانت بحالة.

(١٤) سقط في أ.

(١٥) في أ، ب، ز: تذكى، والصواب ما أثبتناه.

وفي البقالي^(١): وأما نافجة المسك فيبسها دباغها، وهذا إشارة إلى جواز الصلاة معها على كل حال.

وفي القدوري: كل شيء دبغ به الجلد بما يمنعه من الفساد ويعمل عمل الدباغ؛ فإنه يطهر^(٢)، يريد به إذا ألقى جلد الميتة في الشمس حتى يبس، أو عولج بالتراب حتى يبس فهو طاهر، وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله -^(٣).

[وهذا]^(٤) لأن الدباغ إنما يؤثر في الجلد، للاستحالة، فإذا استحال بالشمس، أو^(٥) التراب كان كما لو استحال^(٦) بالشب^(٧) والقرظ^(٨)، حتى قيل: [لو]^(٩) لم يستحل وجف لم يطهر.

وعن أبي يوسف: أنه إذا أتاه من الشمس والريح ما لو ترك؛ لم يفسد كان

(١) هو: محمد بن أبي القاسم بن بابجوك، البقالي الخوارزمي، أبو الفضل الملقب بزين المشايخ: عالم بالأدب، ولد سنة ٤٩٠هـ، مفسر، فقيه حنفي، من أهل خوارزم. من كتبه منازل العرب ومياهاها، والهداية في المعاني والبيان، ومفتاح التنزيل وتقويم اللسان في النحو، والإعجاب في الإعراب، وكافي التراجم بلسان الأعاجم، والتفسير، والفتاوى، والتنبيه على إعجاز القرآن. توفي في جمادى الآخرة سنة ٥٦٢هـ وله بضع وسبعون سنة. ينظر: الوافي بالوفيات، للصفدي، طهران، إيران (٤/٣٤٠)، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص (٩٢)، طبقات المفسرين، للسيوطي، ص (١١٧)، معجم المؤلفين (١١/١٣٧). وقد أكثر في المحيط البرهاني من النقل عنه.

(٢) في أ: طاهر.

(٣) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٧).

(٤) سقط في د.

(٥) في د: و.

(٦) زاد في أ، م: بالشمس.

(٧) الشب: شيء يشبه الزاج والمغرة طين صلب أحمر يصير الماء كالدم.

ينظر: المنجد في اللغة والأعلام، لويس معلوف، منشورات دار المشرق، بيروت، لبنان، د. ط، ١٩٨٦م، ص (٣١٠).

(٨) القرظ - بالتحريك - شجر عظام لها سوق غلاظ أمثال شجر الجوز وورقه أصغر من ورق التفاح وله حب يوضع في الموازين، وهو ينبت في القيعان، واحلته قرظة، وهو أجود ما تدبغ به الأثب - جمع الإهاب وهو الجلد من البقر والغنم والوحش ما لم يدبغ - في أرض العرب، وهي تدبغ بورقه وثمره. ينظر: لسان العرب (٧/٤٥٤)، مادة (قرظ).

(٩) سقط في أ.

دبأغاً^(١).

وذكر الكرخي في جامعه عن محمد في جلد الميتة: إذا بيس [ووقع في الماء لم يفسده من غير فصل، وهكذا روى عنه داود بن رشيد^(٢)، ذكر رواية داود في المنتقى^(٣).

وقيل في جلد الميتة إذا بيس^(٤) بالتراب أو^(٥) الشمس ثم أصابه الماء، هل يعود نجسًا؟

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان.

واختلاف الروايات في عود النجاسة عند إصابة الماء دليل على الطهارة قبل إصابة^(٦) الماء، وهذا يبين أن الصحيح في [مسألة النافجة]^(٧) جواز الصلاة معها من غير تفصيل.

ولو صلّى ومعه^(٨) جلد حية أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته، مذبوحه كانت أو غير مذبوحه؛ لأن جلدها لا يحتمل الدباغة، ليقام الذبح فيها مقام الدباغة. فأما قميص الحية، [فقد ذكر]^(٩) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن فيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: إنه نجس.

(١) تبين الحقائق (٢٦/١).

(٢) هو: داود بن رشيد له نوادر أبو الفضل من أصحاب حفص بن غياث أصله خوارزمي ومن أصحاب محمد بن الحسن أيضا سكن بغداد روى عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه وروى له البخاري والنسائي، مات سنة تسع وثلاثين ومائتين قال داود بن رشيد قمت ليلة فأخذني البرد فبكيت لما أنا فيه من العرى فتمت فرأيت كأن قائلا يقول: يا داود أنمناهم وأقمناك فتبكي علينا فما نام داود بعدها رحمه الله تعالى.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٢٣٧).

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١/٣٢).

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في د: و.

(٦) في د: الإجابة بعني إصابة.

(٧) في د: المسألة وهي مسألة النجاسة.

(٨) في ب: معها.

(٩) في أ: ذكر، وفي ب: ذكره.

وقال بعضهم: إنه طاهر، وأشار إلى أن الصحيح أنه طاهر؛ فإنه قال: عين^(١) الحية^(٢) طاهر، حتى لو صلى ومعه حية غير ميتة يجوز. فإذا كان [عين الحية]^(٣) طاهرًا؛ كان قميصه طاهرًا - أيضًا -. وخرء الحية وبولها نجس نجاسة غليظة. وفي البقالي^(٤): قيل في قطعة جلد كلب تلزق^(٥) على الجراحة في الرأس فيست إنه كالدباغ، ويعيد ما صلى قبل ذلك. وفي صلاة النوازل: [إذا صلى ومعه مرارة شاة، فمرارة كل شيء كبوله، فكل حكم ظهر في البول]^(٦) فهو الحكم في المرارة. وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله - صلى ومعه حية، أو سنور، أو فأرة أجزاء، وقد أشار: إن كان معه ثعلب أو جرو^(٧) كلب؛ لم تجز صلاته^(٨). وذكر في جنس هذه المسائل أصلاً، فقال: كل ما يجوز التوضؤ بسؤره تجوز الصلاة معه، وما لا يجوز التوضؤ بسؤره لا تجوز الصلاة معه^(٩). الدابة^(١٠) إذا خرجت من المقعد وغسلت فصلى رجل معها جازت صلاته. [و]^(١١) روى إبراهيم عن محمد - رحمهما^(١٢) الله - أن الكثير^(١٣) الفاحش من الخف أكثر الخف، قال: وأنا لا أرى في الأخشاء^(١٤) بأسًا^(١٥).

(١) في أ، ز: غير.

(٢) في ز: الميتة.

(٣) في ز: غير الميتة.

(٤) في أ، ز: النقالي.

(٥) في أ: يلزق.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: خراء.

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٤٧٤).

(٩) السابق.

(١٠) في أ، ز: كالدابة.

(١١) سقط في ب.

(١٢) في ز: رحمه.

(١٣) في أ، ب: الكبير.

(١٤) في د: الأحشاء.

(١٥) البحر الرائق (١/١١٩).

وروى هشام عن محمد - رحمهما^(١) الله - أن الكثير^(٢) الفاحش [أن يستوعب]^(٣) القدمين^(٤).

والمذكور عن محمد - رحمه الله - في سائر المواضع أن الفاحش مقدّر بربع ما أصابه وقدر الفاحش في هاتين الروايتين بما قدر؛ لأن الضرورة هاهنا مُستدّامة خصوصًا لسائس الدواب، فقدر الكبير فيه بالأكثر، أو بالقدمين، إظهارًا للتوسعة^(٥).

وقوله: «وأنا لا أرى في الأخطاء بأسًا»، فهذا خلاف ما عرف من قوله في الكتب، وكأنه مال إلى [قول]^(٦) زفر^(٧) - رحمه الله - في هذه الرواية.

جنب^(٨) اغتسل وانتضح من غسلته في الإناء، أو على ثوبه قطرات صغار لا يستبين^(٩) أثرها في الماء ولا في الثوب، لا ينجسها، وإن استبان أثرها^(١٠) في الماء نجسته وكذلك في الثوب إذا استبان أثرها وهي إذا اجتمعت كانت أكثر من قدر الدرهم نجسته.

وسئل أبو سليمان: عن ماء الجنابة إذا وقع في الإناء^(١١) وقوعًا يستبين؟ قال: إنها ليست بشيء.

ومعنى قوله: «يستبين»: أن ينفرج ماء الإناء عند وقوع القطرات، أو يرى عين

(١) في أ، ز: رحمه.

(٢) في أ، ب: الكبير.

(٣) في ب: إن استوعب.

(٤) تبين الحقائق (٧٤/١).

(٥) السابق.

(٦) سقط في ز.

(٧) هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، أصله من أصبهان. ولد سنة عشر ومائة هـ، فقيه إمام من المتقدمين من تلاميذ أبي حنيفة وهو أقيسه، وكان يأخذ بالأثر إن وجد. تولى قضاء البصرة، وبها مات سنة ثمان وخمسين ومائة هـ، وهو أحد الذين دونوا الكتب. ينظر: الجواهر المضية (٢٤٣/١، ٢٤٤)، شذرات الذهب (٢٤٣/١).

(٨) في ب: حيث.

(٩) في ب: نستبين.

(١٠) في د: أثرهما.

(١١) في د: الماء.

القطرات ظاهرة^(١).

وذكر هذه المسألة في المبسوط، وقال: إن كان الواقع قليلاً لا يفسد الماء، وإن كان كثيراً يفسده.

وتكلموا في حد القليل والكثير: روي عن محمد - رحمه الله -: أنه إذا كان مثل رؤوس الإبر، أو أطراف الإبر فهو^(٢) قليل، وإن زاد على ذلك فهو كثير^(٣).

وذكر الكرخي: إذا كان مواضع القطر تستبين في الإناء فهو كثير يفسد الماء، وإن كان لا يستبين في الإناء كالطل فهو قليل لا يفسد الماء.

ذكر في صلاة المستغني لشمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: [أنه]^(٤) إذا لف الثوب [النجس الرطب المبتل في ثوب طاهر يابس فظهرت نداوته وأثره على الثوب]^(٥) الطاهر، لكن لم يصبر رطباً، بل هو بحيث لو عصر لا يسيل منه شيء ولا يتقاطر. من المشايخ من قال: صار نجسًا.

ومنهم من قال: لا يصير نجسًا، وهو الأصح.

وكذلك الثوب الطاهر اليابس إذا بسط على أرض^(٦) نجسة مبتلة، وأثر [بله]^(٧) النجاسة في الثوب إلا أنه لم يصبر رطباً، وهو بحيث لو عصر لا يسيل منه شيء ولا يتقاطر، لكن يعرف موضع الندوة من سائر المواضع، فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يصير نجسًا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني هذه المسألة في صلاة الأصل وذكر: إن صار الثوب الطاهر بحيث لو وضع عليه اليد تبتل فقد تنجس، وإن كان لا تبتل [اليد]^(٨) بالوضع عليه لا ينجس، وهو قريب من الأول، فإن اليد إنما تبتل بالوضع عليه إذا كان بحال

(١) في ب، د: طاهرة.

(٢) في أ: وهو.

(٣) في أ: كبير. وينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/١٠)، البناية شرح الهداية (٣٧٢/١).

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: الأرض.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

لو عصر يسيل منه شيء أو يتقاطر .
 الرجل إذا استنجى بالماء، ثم خرج منه ريح قبل أن تيبس البلة، هل يتنجس من أليتيه^(١) الموضع الذي تمر فيه الريح .
 ولو كان السراويل مُبتلاً فأصابه هذا الريح، هل يتنجس سراويله؟ اختلف المشايخ فيه، عامتهم على أنه لا يتنجس .
 وكذلك إذا دخل إنسان المُرْبُط^(٢) في الشتاء وبدنه مبتل بالماء أو بالعرق، فجفج البلل من حر المربط، أو إذا دخل شيء مبتل في المربط فجفج ذلك الشيء من حر المربط لا يتنجس [البدن]^(٣)، وذلك الشيء عند عامة المشايخ إلا أن يظهر أثره كصفرة^(٤) ظهرت في السراويل المبتل بعد خروج الريح، أو في ذلك الشيء بعد الإدخال^(٥) في المربط إذا يبس فإن هذا يتنجس؛ لأنه صار متجمداً بظهور الأثر [فيه]^(٦) .
 وكذلك^(٧) بخار المربط إذا ارتفع إلى^(٨) الكَوَّة^(٩) واستجمد، أو خرج من

(١) في أ: التنتة .

(٢) المُرْبُط - بكسر الباء -: الموضع الذي يُرْبُط فيه الخيل والإبل، والمُرْبُطُ: الحبل الذي يربط فيه الخيل .

ينظر: تحفة المجد الصريح في شرح كتاب الفصيح (السفر الأول)، لشهاب الدين أحمد ابن يوسف بن علي بن يوسف اللبلي أبي جعفر الفهري المقرئ اللغوي المالكي، تحقيق: د. عبد الملك بن عيضة الثبيتي، الأستاذ المساعد في كلية المعلمين بمكة المكرمة، رسالة دكتوراة لفرع اللغة العربية، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، في المحرم ١٤١٧ هـ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص (١٣٥)، لسان العرب (٧/٣٠٢) .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ: الصفرة .

(٥) في أ: الإدجان، وفي ب: إدخال .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ: ولذلك .

(٨) في أ: في .

(٩) الكوة: هي ثقب البيت، والجمع: كواء، وكُوَى أيضاً، مقصور، مثل: بَدْرَةٌ وبَدَرٍ .

والكوة بالضم: لغة، والجمع على كُوَى .

قال الحياياني: من قال كوة ففتح فجمعه كواء ممدود، ومن قال: كوة فضم فجمعه كُوَى

مكسور مقصور، ولا أدرى كيف هذا؟! .

ينظر: النظم المستعذب (١/٢٧٤)، المحكم (٧/٥٩)، والصحاح، مادة (كوى)،

شق^(١) الباب واستجمد، أو ارتفع بخار^(٢) الكَنيف إلى السقف [واستجمد]^(٣) ثم ذاب فأبي ما أصاب ذلك البلل نجَّسه .
 وإذا ارتفع بخار الكنيف^(٤) إلى الطابق واستجمد، إن كان ارتفاعه من موضع نجس فهو نجس، وإذا ذاب ذلك [وأصاب]^(٥) شيئاً نجَّسه، وإن كان ارتفاعه من موضع طاهر فهو طاهر. والله أعلم.

* * *

= المحكم (٥٩/٧).

- (١) في أ: سبق.
 (٢) في أ: بحال.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) في د: البيت.
 (٥) في د: الشيء المتجمد وإن أصاب.

الفصل الثاني عشر في تطهير^(١) النجاسات

يجب أن يعلم أن النجاسة^(٢) نوعان:

مرئية: وهي التي لها جِزْم، وغير مرئية: وهي التي لا جِزْم لها.
فأما المرئية، فإزالتها بإزالة عينها وأثرها، إن كانت شيئاً يزول أثرها، ولا يعتبر فيها العدد، وإن كان شيئاً لا يزول أثرها، [فإزالتها]^(٣) بإزالة عينها، ويكون ما بقي من الأثر عفواً وإن كان كثيراً.
عرف ذلك بأثر^(٤) رسول الله ﷺ فإنه قال لخولة^(٥) حين سألته عن دم الحيض: «اغسله ولا يضرُّك أثره»^(٦).

(١) زاد في د: هذه.

(٢) تطلق النجاسة في اللغة على: القذر من الناس، ومن كل شيء قدرته.

ونجس الشيء - بالكسر - ينجس نجسًا، فهو نجس، ونجس، ورجل نجس، ونجس، والجمع: أنجاس.

وقيل: النجس يكون للواحد والاثنين والجمع، والمؤنث بلفظ واحد، يقال: رجل نجس، ورجلان نجس، وقوم نجس. قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨].

فإذا كسروا ثنوا وجمعوا وأنثوا، فقالوا: أنجاس ونجسة.

وقال الفراء: نجس لا يجمع، ولا يؤنث. وعليه فالنجاسة: كل مستقذر.

واصطلاحًا: هو كل مستقذر يمنع من صحة الصلاة حيث لا مرخص.

ينظر: لسان العرب (٤٣٥٢/٦)، أنيس الفقهاء، ص (٤٨).

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: بأمر.

(٥) لها ذكر في: أعلام النساء، عمر رضا كحالة، دمشق، ١٣٥٩ هـ - ١٩٤٠ م (١/٣٢٩)، الإصابة ت (١١٣٧)، أسد الغابة، لابن الأثير، تحقيق: الشيخ علي محمد وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، ت (٦٨٩٨).

(٦) أخرجه أحمد (٢/٣٦٠)، وأبو داود (١/٢٥٦ ٢٥٧) كتاب الطهارة، باب: المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضها، الحديث (٣٦٥)، والبيهقي (٢/٤٠٨)، من حديث أبي هريرة أن خولة بنت يسار قالت: يا رسول الله: ليس لي إلا ثوب واحد وأنا أحيض فيه، قال: «إذا طهرت فاغسلي موضع الدم ثم صلي فيه، قالت: يا رسول الله إن لم يخرج أثره؟ قال: يكفيك الماء ولا يضرُّك أثره».

وله شاهد من حديث أم قيس بنت محصن:

أخرجه أحمد (٦/٣٥٥)، وأبو داود (١/٢٥٦) كتاب الطهارة، باب: المرأة تغسل ثوبها

والمعنى في ذلك: الحرج^(١).
 وبيانه: أن المرأة إذا خضبت^(٢) يدها، أو رأسها بحناء نجسة، لو شرطنا زوال الأثر لثبوت الطهارة أدى إلى أن تقعد عن الصلاة أيامًا كثيرة^(٣) وإنه قبيح.
 وكذلك الرجل إذا صبغ ثوبه بصبغ نجس، لو شرطنا زوال الأثر لثبوت الطهارة لتقاعد عن الصلاة إذا لم يكن له إلا [هذا الثوب]^(٤).
 وحكي عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ^(٥): أن المرأة إذا خضبت يدها بحناء

= الذي تلبسه في حيضها، الحديث (٣٦٣)، والنسائي (١٥٤/١، ١٥٥) كتاب الطهارة، باب: دم الحيض يصيب الثوب، وابن ماجه (٢٠٦/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في دم الحيض يصيب الثوب، الحديث (٦٢٨)، وابن خزيمة (١٤١/١) كتاب الطهارة، في جماع أبواب الخير، تطهير الثياب بالغسل من الأنجاس، باب: استحباب غسل دم الحيض من الثوب، الحديث (٢٧٧)، وابن حبان في موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، ص (٨٢) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في دم الحيض، الحديث (٢٣٥)، وابن أبي شيبة (٩٥/١)، وعبد الرزاق (٣٢٠/١)، برقم (١٢٢٦)، والبيهقي (٢٠٧/٢)، والدولابي في الكنى (١٢٨/٢)، من حديث أم قيس بنت محصن، «أنها سألت رسول الله ﷺ عن دم الحيض يصيب الثوب، فقال: حكيه بصلع واغسله بماء وسدر».

(١) الحرج: في اللغة: الإثم والضيق، وقيل: أضيق الضيق ومعناه أنه ضيق جدًا.
 ينظر: لسان العرب (٨١٢/٢)، مادة (حرج)، المصباح المنير، ص (٤٩).
 ومعناه في الاصطلاح: ما لا قدرة للإنسان على الانفكاك عنه، أو ما هو خارج عن المعتاد. ينظر: الموافقات، للشاطبي (١٠٨/٢ - ١١٨).

(٢) يقال: خَضَبَ الشيءَ يُخَضِّبُهُ خَضْبًا، وَخَضَّبَهُ: غَيَّرَ لَوْنَهُ بِحُمْرَةٍ أَوْ صَفْرَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا. وكل ما غَيَّرَ لَوْنَهُ فهو مَخْضُوبٌ وَخَضِيبٌ، وكذلك الأثني، يقال: كَفَّ خَضِيبًا وامرأة خَضِيبًا، والجمع: خَضْبٌ. واسم ما يُخَضَّبُ به: الخَضَابُ. والخَضْبَةُ: المرأة الكثيرة الاختضاب. وقال الفيومي: يقال للرجل: خاضب؛ إذا اختضب بالحناء، فإن كان بغير الحناء قيل: صبغ شعره، ولا يقال: اختضب. ولا يكاد استعمال الفقهاء لمصطلح الاختضاب يخرج عما تقرر له من معنى لغوي.

ينظر: المحكم والمحيط الأعظم (٤٥/٥)، المصباح المنير (١٧١/١)، والدر المختار وحاشية ابن عابدين (٣٢٩/١)، والذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م (٣٢٧/١)، والوسيط في المذهب، للغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط (١)، ١٤١٧هـ (٦٣٥/٢)، والمبدع (٢٣١/٢).

(٣) زاد في أ، ب: إذا لم يكن لها إلا هذا الثوب.

(٤) في د: ثوب واحد.

(٥) هو: أبو إسحاق الحافظ أستاذ شيخ الإسلام وعلاء الأئمة الخياطي.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢٣٨/٢).

نجسة، أو الثوب إذا انصبغ بصبغ نجس^(١)، غسلت يدها و^(٢) غسل الثوب إلى أن يصفر، أو يسيل منه ماء أبيض، ثم يغسل بعد ذلك ثلاثاً، ويحكم^(٣) بطهارة يدها وبطهارة الثوب بالإجماع.

وكان الفقيه أبو جعفر يذكر مسألة الحناء والثوب المصبوغ [بالصبغ النجس]^(٤)، وكان يقول: على قول محمد - رحمه الله - لا يطهر^(٥).

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يقول: هذا يكون في الدم إذا كان عتيقاً^(٦) لا يذهب أثره بالغسل، يغسل إلى أن يصفر، أو يخرج الماء على لونه من الثوب ثم يغسل [يده]^(٧) بعد ذلك ثلاثاً، وكذلك الصديد وغيرها من النجاسات العتيقة.

وإذا غمس^(٨) الرجل يده في السمن النجس، أو أصاب ثوبه سمن نجس ثم غسل اليد، أو الثوب بالماء من غير حرض وأثر السمن باق على يده فقد قال بعض مشايخنا: إنه لا يطهر ما لم يزل [أثر]^(٩) السمن.

[وبعضهم قالوا: يطهر وإن لم يزل أثر السمن]^(١٠)، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وهذا لأن نجاسة السمن باعتبار المجاور، وقد زال المجاور^(١١) عنه، فيبقى على يده سمن طاهر، [وهذا]^(١٢) لأن تطهير السمن بالماء ممكن^(١٣)(١٤).
ألا ترى إلى ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في الدهن إذا أصابته نجاسة أنه

(١) زاد في د: وكان يقول على قول محمد رحمه الله.

(٢) في د: أو.

(٣) في أ، ب: يحكم.

(٤) في أ، ب: بالنجس.

(٥) البحر الرائق (٨/١٣٤)، فقه العبادات على المذهب الحنفي، ص (٦٨).

(٦) العتيق: القديم. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٦٨).

(٧) سقط في د.

(٨) في أ: غسل.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في د: المجاورة.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في أ: يمكن.

(١٤) المسبوط للسرخسي (١/٩٦)، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٦٧)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٠).

يجعل في إناء، ثم يصب عليه الماء ثلاث مرات، فيعلوا الدهن الماء فيرفع بشيء، هكذا يفعل ثلاث مرات، ويحكم بطهارته في المرة الثالثة^(١).

فإن كان العين قد زال [مع]^(٢) أثره في المرة الأولى، هل يحكم بطهارته؟^(٣) اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: يطهر؛ لأن النجاسة كانت بسبب العين وقد تيقنا بزوال العين، فيحكم [بطهارة الثوب كما لو غسله ثلاثاً]^(٤).

وقال بعضهم: وإن زال العين بالمرة الأولى ما لم يغسله مرتين أخراوين لا يحكم^(٥) [بطهارته، اعتباراً بغير المرئي، وهذا لأن المرئي لا يخلو عن^(٦) غير المرئي، فإن رطوبته التي اتصلت بالثوب لا يكون مرئياً، وغير المرئي لا يطهر إلا بالغسل ثلاثاً، فكذا هذا^(٧) إذا كانت النجاسة مرئية.

وإن^(٨) كانت غير مرئية؛ كالبول والخمر، ذكر في الأصل، وقال: يغسلها ثلاث مرات، ويعصر في كل مرة، وقد شرط الغسل ثلاث مرات، وشرط العصر^(٩) في كل مرة.

وعن محمد في غير رواية الأصول: أنه إذا غسل ثلاث مرات [وعصر في المرة الثالثة يطهر]^(١٠).

وفي القدوري: وما لم يكن مرئية^(١١)؛ فالطهارة موكولة إلى غلبة الظن [وقدر بالثلاث؛ لأن غلبة الظن]^(١٢) تحصل^(١٣) عنده^(١٤).

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/١٩٦).

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: بطهارة الثوب.

(٤) في م: بلا ماء.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ، ب: من.

(٧) في ب، د: هنا.

(٨) في د: أما إذا.

(٩) في أ: العصير.

(١٠) بدائع الصنائع (١/٨٨)، تبين الحقائق (١/٧٥)، مجمع الأنهر (١/٦٠).

(١١) سقط في أ، م.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في أ: يحصل.

(١٤) البنية شرح الهداية (١/٧٣٧).

وفي شرح الطحاوي: وإن كانت النجاسة غير مرئية؛ كالبول والخمر [وأشباه ذلك]^(١)، يغسله حتى يطهر، ولا وقت في غسله، [ووقته]^(٢) سكون قلبه إليه، وهذا الذي ذكرنا من اشتراط^(٣) الغسل ثلاث مرات مذهبنا^(٤).

وقال الشافعي - رحمه الله -: إذا كانت النجاسة غير مرئية؛ فإنه يطهر بالغسل مرة واحدة، إلا أن يخرج الماء متغيراً^(٥).

وقد روي عن أبي يوسف - رحمه الله -: مثل قول الشافعي - رحمه الله - فإنه ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المنتقى عنه: إذا غسل مرة واحدة سابغة طهر^(٦). والوجه لأصحابنا - رحمهم الله - ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَنَامِهِ فَلَا يَغْمِسُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا؛ فَإِنَّهُ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ»^(٧).

(١) في د: وأشباههما.

(٢) في أ: في وقته.

(٣) في أ، ب: أشرط.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٩٧/١).

(٥) التنف في الفتاوى للسغدي (١٥/١)، بدائع الصنائع (٨٧/١).

(٦) التنف في الفتاوى للسغدي (١٥/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦١/١)، البحر الرائق (١٨٧/٢).

(٧) هذا الحديث مشهور من حديث أبي هريرة، وقد رواه عن أبي هريرة جماعة كثيرة من أصحابه:

الطريق الأول: أخرجه مالك (٢١/١) كتاب الطهارة، باب: وضوء النائم إذا قام من نومه، حديث (٩)، والبخاري (٢٦٣/١) كتاب الوضوء، باب: الاستجمار وتراً، حديث (١٦٢)، ومسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، والشافعي (٣٩/١ - الأم) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل الوضوء، وفي المسند (٢٩/١، ٣٠) كتاب الطهارة، باب: في صفة الوضوء، حديث (٦٨-٧٠)، وأحمد (٤٦٥/٢)، والحميدي (٤٢٣/٢) رقم (٩٥٢)، وابن حبان (١٠٦٠ - الإحسان)، وابن المنذر في الأوسط (١٤٣/١)، حديث (٣٥)، وأبو عوانة (٢٦٣/١) كتاب الطهارة، باب: إيجاب غسل اليدين، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، والبغوي في شرح السنة (١/٣٠٢) كلهم من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ، فَلْيَغْسِلْ يَدَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَهُمَا فِي وَضُوئِهِ؛ فَإِنْ أَحَدُكُمْ لَا يَدْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ».

الطريق الثاني: أخرجه مسلم (٢٣٤/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ

وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأبو عوانة (٢٦٣/١) كتاب الطهارة، باب: إيجاب غسل اليدين ثلاثاً على المستيقظ، والنسائي (٦/١) كتاب الطهارة، باب: تأويل قوله - عز وجل -: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾، والدارمي (١٩٦/١) كتاب الطهارة، باب: إذا استيقظ أحدكم من نومه، وابن أبي شيبه (٩٨/١)، والشافعي (٢٩/١) كتاب الطهارة، باب: في صفة الوضوء، حديث (٦٧)، وأحمد (٢٤١/٢)، والحميدي (٤٢٢/٢ - ٤٢٣) رقم (٩٥١)، وابن خزيمة (٥٢/١) رقم (٩٩)، وأبو يعلى (٣٧٢/١٠) رقم (٥٩٦١)، وابن حبان (١٠٥٩ - الإحسان)، وابن الجارود في المنتقى رقم (٩)، وابن عدي في الكامل (١٩٤/١)، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، والبغوي في شرح السنة (٣٠٢/١) كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في وضوئه حتى يغسلها ثلاثاً؛ فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده» وقد تويع الزهري، تابعه محمد بن عمرو: أخرجه أحمد (٣٨٢/٢)، وابن أبي شيبه (٩٨/١)، وأبو يعلى (٣٧٧/١٠، ٣٧٨) رقم (٥٩٧٣)، وأبو عبيد في «كتاب الطهور»، ص (٣٢٦) رقم (٢٧٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١) كتاب الطهارة، باب: سؤر الكلب، من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قام أحدكم من النوم - فليفرغ على يده من وضوئه؛ فإنه لا يدري أين باتت يده».

وقد رواه الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة معا، عن أبي هريرة: أخرجه الترمذي (٣٦/١) كتاب الطهارة، باب: إذا استيقظ أحدكم من منامه، حديث (٢٤)، وابن ماجه (١٣٨/١) كتاب الطهارة، باب: الرجل يستيقظ من منامه حديث (٣٩٣)، وابن جميع في معجم شيوخه، ص (٣٤١، ٣٤٢) رقم (٣٢٣)، والخطيب في تاريخ بغداد (٣٠٠/١١) كلهم من طريق الأوزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يدخل يده في الإناء حتى يفرغ عليها مرتين أو ثلاثاً؛ فإنه لا يدري أين باتت يده».

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

الطريق الثالث: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٧)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، والنسائي (٢١٥/١) كتاب الغسل، باب: الأمر بالوضوء من النوم، وأحمد (٢٦٥/٢)، وأبو عبيد في «كتاب الطهور» رقم (٢٨١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١) كتاب الطهارة، باب: سؤر الكلب، من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به.

الطريق الرابع: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأحمد (٣٩٥/٢، ٥٠٧) من طريق هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة به.

الطريق الخامس: أخرجه أبو داود (٧٦/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يدخل يده في الإناء، حديث (١٠٤) وأحمد (٢٥٣/٢)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، وأبو داود الطيالسي

(٥١/١، ٥٢ منحة) رقم (١٧٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١) كتاب الطهارة، باب: سؤر الكلب، وابن عدي في الكامل (٢٩٤/٢)، والسهمي في تاريخ جرجان، ص (١٣٨)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (٢٣٢/٢، ٢٣٣)، والبيهقي (١/٤٧) كتاب الطهارة، باب: صفة غسل اليدين، من طريق عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات؛ فإنه لا يدرى أين باتت يده».

وأخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٨٧/٨٧)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، وأحمد (٤٧١/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢/١)، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، وأبو داود (٧٦/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يدخل يده في الإناء، حديث (١٠٣) من طريق الأعمش عن أبي صالح وأبي رزين، عن أبي هريرة بمثل حديث أبي صالح وحده.

الطريق السادس: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، وأبو عوانة (٢٦٣/١)، وأحمد (٤٥٥/٢)، وابن خزيمة (٧٥/١) رقم (١٤٥)، وابن حبان (١٠٦١، ١٠٦٢ - الإحسان)، والدارقطني (٤٩/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، حديث (١)، والبيهقي (٤٦/١) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، كلهم من طريق خالد الحذاء، عن عبد الله بن شقيق، عن أبي هريرة به. الطريق السابع: أخرجه أبو داود (٧٨/١) كتاب الطهارة، باب: في الرجل يدخل يده في الإناء، حديث (١٠٥)، والدارقطني (٥٠/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، حديث (٤)، وابن حبان (١٠٥٨ - الإحسان)، والبيهقي (٤٦/١) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، كلهم من طريق معاوية بن صالح عن أبي مريم عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا استيقظ أحدكم من نومه - فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً؛ فإن أحدكم لا يدرى أين باتت يده، أو أين باتت تطوف يده». لفظ الدارقطني وقال: وهذا إسناد حسن.

قال الحافظ في التلخيص (٣٤/١): قال ابن منده: وهذه الزيادة رواها ثقات ولا أراها محفوظة.

الطريق الثامن: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٧٨)، وأحمد (٣١٦/٢)، وأبو عوانة (٢٦٤/١) من طريق عبد الرزاق، عن معمر عن همام بن منبه عن أبي هريرة به.

الطريق التاسع: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٧٨)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، وأحمد (٤٠٣/٢)، وأبو يعلى (٢٥٦/١٠ - ٢٥٧) رقم (٥٨٦٣)، والبيهقي (٤٧/١) كتاب الطهارة، باب: صفة غسل اليدين، من طريق أبي الزبير عن جابر، أن أبا هريرة أخبره أن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من منامه - فليفرغ على يديه ثلاث مرات قبل أن يدخلهما؛ فإنه لا يدرى فيم باتت يده».

الطريق العاشر: أخرجه مسلم (٢٣٣/١، ٢٣٤) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأحمد (٢٧١/٢)، وأبو عوانة (٢٦٤/١) كلهم من طريق ابن جريج عن زياد عن ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد عن أبي هريرة به. الطريق الحادي عشر: أخرجه أحمد (٥٠٠/٢) من طريق محمد بن إسحاق، عن موسى ابن يسار، عن أبي هريرة به.

الطريق الثاني عشر: أخرجه مسلم (٢٣٣/١) كتاب الطهارة، باب: كراهة غمس المتوضئ وغيره يده، حديث (٢٧٨/٨٨)، وأبو عوانة (٢٦٤/١)، والبيهقي (٤٥/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، من طريق عبد الرحمن بن يعقوب عن أبي هريرة به. وللحديث طرق أخرى:

عند مسلم (٢٣٣/١) من طريق ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد، عن أبي هريرة. وعند ابن عدي في الكامل (٣٧٤/٦) من طريق معلى بن الفضل ثنا الربيع بن صبيح عن الحسن، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من منامه - فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً، ثم ليتوضأ فإن غمس يده في الإناء قبل أن يغسلها - فليرق ذلك الماء». قال ابن عدي: قوله في هذا المتن: فليرق ذلك الماء، منكر لا يحفظ، وقال في ترجمة معلى: «وفي بعض رواياته نكارة».

وللحديث شواهد من حديث ابن عمر وجابر وعائشة:

١ - حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (١٣٩/١) كتاب الطهارة، باب: الأمر بغسل اليدين ثلاثاً، حديث (٣٩٤)، وابن خزيمة (٧٥/١) رقم (١٤٦)، والدارقطني (٥٠/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، حديث (١)، والبيهقي (١/٤٦) كتاب الطهارة، باب: التكرار في غسل اليدين، كلهم من طريق ابن لهيعة وجابر ابن إسماعيل، عن عقيل عن الزهري، عن سالم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «إذا استيقظ أحدكم من نومه - فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات؛ فإنه لا يدري أين باتت يده». قال الدارقطني: هذا إسناد حسن.

وقال البوصيري في الزوائد (١٦٤/١): هذا إسناد صحيح على شرط مسلم، رواه الدارقطني في سننه وقال: إسناد حسن.

٢ - حديث جابر: أخرجه ابن ماجه (١٣٩/١) كتاب الطهارة، باب: الرجل يستيقظ من منامه، حديث (٣٩٥)، والدارقطني (١٤٩/١) كتاب الطهارة، باب: غسل اليدين لمن استيقظ من نومه، والخطيب في تاريخ بغداد (٤٥٠/١٠) من طريق زياد بن عبد الله البكائي عن عبد الملك بن أبي سليمان، عن أبي الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قام أحدكم من الليل فأراد أن يتوضأ - فلا يدخل يده في وضوئه حتى يغسلها؛ فإنه لا يدري أين باتت يده، ولا على من وضعها». قال البوصيري في الزوائد (١٦٤/١): هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات.

٣ - حديث عائشة: أخرجه أبو داود الطيالسي (٥١/١ - منحة) رقم (١٦٩)، حدثنا ابن أبي ذئب، حدثني من سمع أبا سلمة يحدث عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «من

فالنبي ﷺ أمر بغسل اليد ثلاثاً من نجاسة غير مرئية، إذا كانت متوهمة؛ فلأن يجب عن نجاسة متحققة أولى [وأخرى] (١).

ثم يشترط العصر ثلاث مرات في ظاهر رواية الأصل، وأنه أحوط. وفي غير رواية الأصول: يكتفى بالعصر مرة، [وأنه] (٢) أرفق بالناس. وذكر شمس الأئمة الحلواني في صلاة المستغني: أن النجاسة إذا كانت بولاً، أو ماء نجساً، وصب الماء عليه كفاه ذلك، ويحكم بطهارة الثوب على قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - [فإنه روي] (٣) عنه: أن الجنب إذا اتزر في الحمام وصب الماء على جسده من حيث الظهر والبطن حتى خرج عن الجنابة، ثم صب الماء على الإزار، يحكم بطهارة الإزار وإن لم يعصره (٤).

وقال في رواية أخرى: إذا صب الماء على الإزار وأمر الماء بكفيه فوق الإزار فهو أحسن وأحوط، وإن لم يفعل يجزئه.

وفي المنتقى: شرط العصر (٥) على قول أبي يوسف - رحمه الله - (٦). وقد روى ابن سماعة عنه في الثوب يصيبه مثل قدر الدرهم من البول فصب عليه الماء صبة واحدة وعصر طهر.

وكذلك إذا غمسه غمسة واحدة في إناء أو نهر جار (٧)، وعصره [فإن ذلك] (٨).

= استيقظ من منامه - فلا يغمس يده في طهور حتى يفرغ على يده ثلاث غرفات» ولم يكن رسول الله ﷺ يفعل ذلك حتى يفرغ على يده ثلاثاً. قال ابن أبي حاتم في العلل (١/٦٢) رقم (١٦٢): سئل أبو زرعة عن حديث رواه ابن أبي ذئب عن من سمع أبا سلمة ابن عبد الرحمن يحدث عن عائشة عن النبي ﷺ: «إذا استيقظ أحدكم من النوم - فليغرف على يده ثلاث غرفات قبل أن يدخلها في وضوئه؛ فإنه لا يدري حيث باتت يده». ورواه الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ هذا الحديث، فقال أبو زرعة: هذا عندي وهم، يعني: حديث ابن أبي ذئب.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: فروي.

(٤) البناء شرح الهداية (١/٧٤٢)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٣٣٣).

(٥) في أ: العصير.

(٦) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٣٣٣).

(٧) في أ، ب: جاري.

(٨) سقط في د.

يطهر، وإن غمسه غمسة سابغة؛ لم يطهر.

قال الحاكم الشهيد - رحمه الله - يريد به إذا لم يعصره.

وبعض مشايخنا قالوا: على قول أبي يوسف - رحمه الله - إذا كانت النجاسة رطبة لا يشترط العصر، وإذا كانت يابسة يشترط^(١).

واستدلوا بما روي عنه: أنه قال عقيب مسألة الجنب: «إذا اتزر في الحمام وصب الماء على جسده، ثم صب الماء على الإزار، فإنه يحكم بطهارة^(٢) الإزار، وكذلك^(٣) الثوب»، وقد عطف الثوب على الإزار، ونجاسة الإزار رطبة؛ لأن نجاستها نجاسة الماء المستعمل؛ فإن الماء المستعمل عند أبي يوسف - رحمه الله - نجس^(٤).

ثم في كل موضع شرط العصر ينبغي أن يبالغ في العصر في المرة الثالثة حتى يصير الثوب بحال لو عصر بعد ذلك لا يسيل منه الماء، ويعتبر في [حق]^(٥) كل شخص قوته وطاقته.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: الثوب النجس إذا غسل ثلاثاً وعصر في كل مرة ثم تقاطر منه قطرة ثم أصاب شيئاً، قال: ينظر إن عصره في المرة الثالثة عصرًا بالغ فيه حتى صار بحال لو عصر لم يسيل الماء منه، فالثوب طاهر واليد طاهرة وما تقاطر طاهر^(٦).

فإن^(٧) لم يبالغ في العصر^(٨) في المرة الثالثة، وكان الثوب بحال لو عصر سال الماء منه؛ فاليد نجس والثوب نجس وما تقاطر نجس؛ لأن الأول بلة والتحرز عنها غير ممكن، والثاني ماء والتحرز عنه ممكن، هذا إذا أصابت النجاسة شيئاً يتأتى فيه

(١) البحر الرائق (١/٢٥٠).

(٢) في أ، ب: على طهارة.

(٣) زاد في د: في.

(٤) البحر الرائق (١/٢٥٠).

(٥) سقط في د.

(٦) بدائع الصنائع (١/٨٨)، تبين الحقائق (١/٧٦)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٣٣٣).

(٧) في ب: وإن.

(٨) في د: ذلك.

العصر، فأما إذا أصابت شيئاً لا يتأتى فيه العصر فقام إجراء الماء فيه مقام العصر. حتى حكى عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ: أنه إذا أصابت النجاسة البدن يطهر بالغسل ثلاث مرات متواليات؛ لأن العصر مُتَعَذِرُ فقام التوالي في الغسل مقام العصر.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: خف بطانة ساقه من الكرياس فدخل في جوفه ماء نجس فغسل الخف [ودلكه باليد ثم ملاً الماء ثلاثاً و^(١) أهرقه إلا أنه لم يتهياً له عصر الكرياس فقد طهر الخف]^(٢)^(٣).

وعلى ثمة وقال: لأن جريان الماء قد يقام مقام الغسل، واستشهد ثمة وقال: ألا ترى أن البساط النجس إذا جعل في نهر وترك فيه يوماً وليلة حتى جرى عليه الماء يطهر.

وإذا أصابت الأرض نجاسة، فإن كانت رخوة طهرت بالصب عليها؛ لأنها تسربت^(٤) فصار بمنزلة العصر في الثوب.

وإن كانت صلبة فاندفع الماء عن موضع النجاسة طهر ذلك المكان، وينجس الموضع الذي انتقل الماء إليه، وإن لم ينتقل الماء عن ذلك المكان، يحفر ذلك الموضع، هكذا ذكر القدوري^(٥).

ومعنى قوله: «يحفر ذلك الموضع»: أنه يجعل أعلاها أسفلها وأسفلها أعلاها فيطهر^(٦).

وفي الطحاوي: إذا كانت الأرض منحدرية وكانت صلبة فإنه يحفر في أسفلها حفيرة ويصب^(٧) الماء عليها فيجتمع الماء في تلك الحفيرة فيطهر الأرض ثم يكبس الحفيرة، وإن كانت الأرض مستوية وكانت صلبة فلا حاجة إلى غسلها، بل يجعل

(١) في أ: أو.

(٢) سقط في د.

(٣) البحر الرائق (١/٢٣٥).

(٤) في أ: شربت، وفي د: تنتشر.

(٥) بدائع الصنائع (١/٨٢).

(٦) في أ: ويطهر.

(٧) في ب: فيصب.

أعلاها أسفلها، وأسفلها أعلاها ويطهر^(١).

وفي الفتاوى: البول إذا أصاب الأرض واحتيج إلى الغسل يصب الماء عليه، ثم يدلك وينشف ذلك بصوف أو خرقة، فإذا فعل ذلك ثلاثاً طهر، وإن لم يفعل كذلك، ولكن صب عليه ماء كثيراً حتى عرف أنه زالت النجاسة ولا يوجد^(٢) في ذلك لون ولا ريح ثم تركه حتى نشفه الأرض كان طاهراً.

وعن الحسن بن أبي مطيع - رحمه الله - قال: لو أن أرضاً أصابها نجاسة فصب عليها الماء فجرى عليها إلى أن أخذت قدر ذراع من الأرض طهرت^(٣) الأرض، والماء طاهر، ويكون ذلك بمنزلة الماء الجاري^(٤).

وفي المنتقى: أرض أصابها^(٥) بول، أو عذرة ثم أصابها المطر وكان المطر غالباً قد جرى ماؤه عليها^(٦) فذلك مطهر له، وإن كان المطر قليلاً، لم يجر ماؤه عليه^(٧) لم يطهر^(٨).

ثم قال: وليغسل قدميه وخفيه، يريد [به]^(٩)، إذا كان المطر قليلاً ووضع قدميه أو خفيه على موضع النجاسة، كان عليه أن يغسل قدميه وخفيه، [وهذا]^(١٠) لأن غسل كل شيء إنما يكون على حسب ما يليق بذلك الشيء، واللائق بالأرض إجراء^(١١) الماء عليها وقد وجد إذا كان المطر غالباً^(١٢)، ولم يوجد إذا كان المطر قليلاً فبقي نجساً.

وإذا وضع عليه خفيه أو قدميه فقد تنجس فيجب الغسل، وإن كان ذلك الموضع

(١) في د: فيطهر.

(٢) في د: يبقى.

(٣) في أ، ب: طهر.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٢٠٠).

(٥) في أ، ب، م: أصابه.

(٦) في أ: عليه.

(٧) في د، م: عليها.

(٨) البحر الرائق (١/٢٣٨).

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ: جري.

(١٢) زاد في د: قد جرى ماؤه عليها.

قد يبس قبل المطر فلا^(١) يغسل قدميه، يريد [به]^(٢) إذا كان المطر قليلاً، وهذا إشارة إلى إحدى^(٣) الروايتين في الأرض النجسة إذا يبست ثم أصابها الماء^(٤). وفي متفرقات [الفقيه]^(٥) أبي جعفر عن أبي يوسف - رحمهما الله -: أنه سئل عن^(٦) [غسل]^(٧) أرض أصابته نجاسة؟ قال: إذا صب عليها من الماء مقدار ما يغسل به ثوب أصابته هذه النجاسة ثلاث مرات وعصر في كل مرة يطهر، طهرت^(٨) الأرض بهذا المقدار، فبلغ^(٩) هذا القول أبا عبد الله محمد بن سلمة - رحمه الله - فأعجبه، [وقال]^(١٠): ما أحد لقي أبا يوسف إلا وجد عنده فائدة^(١١). حصير^(١٢) أصابته نجاسة، فإن^(١٣) كانت النجاسة يابسة لا بد من ذلك حتى تلين، وإن كانت رطبة، إن كان الحصير من قصب^(١٤) أو^(١٥) ما [أشبه ذلك]^(١٦) فإنه يطهر بالغسل [لا يحتاج إلى شيء آخر؛ لأن النجاسة لا تدخل أجزاء القصب بل تبقى على ظاهره فيطهر الغسل]^(١٧). وإن كان الحصير من بردي^(١٨)، أو ما [أشبه ذلك]^(١٩) يغسل ثلاثاً ويوضع عليه

- (١) في أ: ولا.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في أ: أحد.
- (٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٢٠٠، ٢٠١).
- (٥) سقط في أ، ب.
- (٦) في أ، ب: في.
- (٧) سقط في أ، ب.
- (٨) في د: طهر.
- (٩) في أ: وبلغ، وفي ب: بلغ.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) بدائع الصنائع (١/٨٩).
- (١٢) في أ: حصيراً.
- (١٣) في أ: وإن.
- (١٤) القَصْب يطلق على معانٍ منها: كل نبات ساقه أنابيب وكعوب، وكل عظم مستدير أجوف فيه مخ، وكل ماء عذب فرات. ينظر: لسان العرب (٢/١٦٨)، مادة: (قَصَب).
- (١٥) في أ: و.
- (١٦) في د: أشبهه.
- (١٧) سقط في د.
- (١٨) البردي نبات مائي من الفصيلة السعدية تسمو ساقه الهوائية إلى نحو متر أو أكثر ينمو بكثرة

شيء ثقيل، أو يقوم عليه إنسان حتى يخرج الماء من أثنائه، هكذا ذكر في بعض المواضع.

وذكر عن الفقيه أحمد بن إبراهيم: أن الحصير إذا كان من بردي، يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة، ويظهر عند أبي يوسف خلافاً لمحمد - رحمهما الله-^(١). وفي شرح الطحاوي: أنه لا توقيت في إزالة النجاسة إذا أصابت الحجر أو الآجر، أو شيئاً من الأواني، بل يغسله مقدار ما يقع في أكثر^(٢) رأيه أنه قد طهر، ويشترط مع ذلك ألا يوجد منه طعم النجاسة ولا رائحتها ولا لونها، فأما إذا وجد أحد هذه الأشياء فلا^(٣) يحكم بالطهارة، قال ثمة: وسواء كانت الآنية من خزف^(٤) أو غيره وسواء كانت قديمة أو حديثة^(٥).

وعن محمد - رحمه الله -: أن الخزف الجديد إذا وقع فيه بول أو خمر أنه لا يطهر أبداً^(٦).

وفي النوازل: إن تشربت^(٧) النجاسة في المصاب، بأن موه السكين بماء نجس، أو كان الخزف والآجر جديدين، على قول محمد: لا يطهر أبداً، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يموه الجديد بالماء الطاهر ثلاثاً، [ويغسل الآجر الجديد والخزف الجديد بالماء ثلاثاً]^(٨)، ويجفف في كل مرة فيطهر^(٩).

= في منطقة المستنقعات بأعالي النيل وصنع منه المصريون القدماء ورق البردي المعروف.
ينظر: المعجم الوسيط (١٠١/١).

(١٩) في د: أشبهه.

(١) تحفة الفقهاء (٧٦/١)، بدائع الصنائع (٨٨/١)، العناية شرح الهداية (٢١١/١).

(٢) في ب: أكبر.

(٣) في أ، ب: لا.

(٤) الخزف: ما عمل من الطين وشوي بالنار فصار فخاراً.

ينظر: المعجم الوسيط (٤٨٢/١).

(٥) في د: جديدة.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٠١/١).

(٧) في د: تشرب.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) تحفة الفقهاء (٧٦/١)، بدائع الصنائع (٨٥/١)، الهداية شرح بداية المبتدي (٣٩٨/٤)،

الاختيار لتعليل المختار (٣٦/١)، تبين الحقائق (٤٨/٦)، البنائة شرح الهداية (٧١٩/١).

وحد^(١) التجفيف: أن يترك في كل مرة حتى ينقطع التقاطر وتذهب الندوة ولا يشترط اليبس.

وعلى هذا الخلاف^(٢): الحنطة إذا أصابها خمر، وتشرب^(٣) فيها وانتفخت من الخمر فغسلها، عند أبي يوسف - رحمه الله -: أن ينقع في الماء حتى يتشرب الماء [كما]^(٤) تشرب الخمر ثم يجفف، يفعل ذلك ثلاثاً، ويحكم بطهارتها عند أبي يوسف - رحمه الله -^(٥).

ويشترط في هذه المسائل مع ذلك ألا يوجد طعم الخمر ولا لونها ولا ريحها. وقيل: مثل هذا في غسل الخزف الجديد، أن يوضع في الماء حتى [يتشرب فيها]^(٦) الماء؛ كالنجاسة، ويظهر في قول أبي يوسف^(٧).

ورأيت في المتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - تور كان فيه خمر فتطهيره: أن يجعل الماء فيه ثلاث مرات، كل مرة ساعة، إذا كان التور جديداً^(٨).

رجل اتخذ عصيراً في خابية، فعلى^(٩) واشتد وقذف بالزبد ثم سكن وانتقص^(١٠) عما كان، ثم صارت الخمر خللاً، طهرت الحُب كله حتى إن الخل يخرج منه طاهراً إذا زالت رائحة الخمر، لعموم البلوى، هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر، وأبو الليث - رحمهما^(١١) الله-^(١٢).

(١) في أ: وجه.

(٢) في د: الاختلاف.

(٣) في ب: تسرب.

(٤) سقط في أ.

(٥) بدائع الصنائع (١/٨٥)، الهداية شرح بداية المبتدي (٤/٣٩٨)، الاختيار لتعليل المختار (١/٣٦)، تبين الحقائق (٦/٤٨).

(٦) في د: يتسرب فيه.

(٧) بدائع الصنائع (١/٨٥)، الهداية شرح بداية المبتدي (٤/٣٩٨)، تبين الحقائق (٦/٤٨)، البناء شرح الهداية (١/٧١٩).

(٨) البحر الرائق (١/٢٤٩).

(٩) في أ: فعلى.

(١٠) في أ: انتقص.

(١١) في أ: رحمه.

(١٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٦/٤٥١)، قره عين الأختار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بآخر رد المحتار)، لعلاء الدين محمد بن

وفي كتاب الأشربة عن^(١) الحاكم أبي نصر محمد بن مَهْرَوَيْه: أنه قال: لا يطهر ما فوق الخل من الخابية، وكذا في النوازل أجاب أبو القاسم بنحوه^(٢).
 ووقع في بعض الكتب: إذا تخلل وتطاول مكثه في^(٣) الدَّنَّ طهر الحب.
 ولو رفع من الدَّنَّ لما تخلل من غير مكث، فالموضع الذي لوث بالخمير نجس،
 وأما إذا عالج ذلك الموضع بالخل قبل أن يتطاول مكثه فعلى قول من يرى إزالة
 النجاسة الحقيقية^(٤) بغير الماء، يطهر الدَّنَّ الذي فيه.
 العصير إذا غلى واشتد وعلا رأسه فدام^(٥) فوق ذلك فدام^(٦) بعد زمان، يعني بعد
 ما صار خلًّا وتطاول مكثه عليه؛ فإنه يكون طاهرًا لو وضع على^(٧) قدر مزفت^(٨) لا
 يتنجس المزفت^(٩)، فأما إذا وقع قبل أن يصير خلًّا فإنه يكون نجسًا، ويتنجس
 المزفت^(١٠)، وكذلك إذا رفع بعد ما صار خلًّا ولكن قبل أن يتطاول^(١١).
 إذا^(١٢) [أصابت]^(١٣) الحنطة الخمر إلا أنها لم تنتفخ من الخمر فغسلت ثلاثًا
 ولا يوجد لها طعم ولا رائحة، ذكر في^(١٤) بعض المواضع، عن أبي يوسف
 - رحمه الله - أنه لا بأس بأكلها^(١٥).

- = (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، دار
 الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان (٦/٧).
- (١) في أ، ب: من.
 (٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤٩/٦).
 (٣) زاد في أ: و.
 (٤) في أ: الحقيقة.
 (٥) في أ: قدام.
 (٦) في أ: قدام.
 (٧) زاد في د: رأس.
 (٨) في د: مرقعة. والمُرَقَّة: هو الإناء الذي طُلي بالزَّفْت وهو نوع من القار، ثم انتبذ فيه.
 ينظر: النهاية (٣٠٤/٢).
 (٩) في د: المرقعة.
 (١٠) في د: المرقعة.
 (١١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٠٧/١).
 (١٢) في أ: إذ.
 (١٣) سقط في أ، وفي د: أصاب.
 (١٤) في أ: وفي.
 (١٥) البناية شرح الهداية (٧٤١/١).

وفي شرح الطحاوي: أنه لا يحل أكلها، وكأن المذكور في شرح الطحاوي قول محمد - رحمه الله - ^(١).

وفي المنتقى: عن أبي يوسف: لو طبخت الحنطة بخمر [حتى] ^(٢) تنتفخ وتنضج وطبخت بعد ذلك ثلاث مرات، وانتفخت في كل مرة وجفت بعد كل مرة ^(٣) طبخت فلا بأس بأكلها ^(٤).

وفيه - أيضاً -: الدقيق إذا أصابه خمر لم يؤكل، وليس لها حيلة. وفيه - أيضاً -: قدر يطبخ فيه لحم وقع فيه خمر فعلى ما ^(٥) فيه، لا يؤكل، وهذا قول محمد - رحمه الله - ^(٦).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يطبخ بالماء ثلاث طبخات، ويبرد بعد كل طبخة، ويؤكل ^(٧).

وفي مسائل الرُّسْتَعْنِيَّيْنِ: [امرأة] ^(٨) تطبخ بقدر فطار طير ^(٩) ووقع في القدر ومات، لا تؤكل المرققة بالإجماع؛ لأنه تنجس ^(١٠) بموت الطير فيه ^(١١)، وأما اللحم: فينظر [إن كان] ^(١٢) الطير وقع في القدر حالة [الغليان لا يؤكل؛ لأن النجاسة تشربت] ^(١٣) فيه، وإن كان الطير قد وقع في القدر، حالة ^(١٤) [السكون يغسل ويؤكل، وهذا على] ^(١٥) قول محمد - رحمه الله - فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - إذا كان

(١) البناية شرح الهداية (١/٧٤١).

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: طبخة.

(٤) البناية شرح الهداية (١/٧٤٢).

(٥) في ب، د: بما.

(٦) البناية شرح الهداية (١/٧٤٢).

(٧) السابق.

(٨) سقط في د.

(٩) في أ، م: طيرًا.

(١٠) في ب: يتنجس.

(١١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٢٠٢).

(١٢) سقط في د.

(١٣) في ب: تسربت.

(١٤) سقط في د.

(١٥) سقط في أ، ب.

الوقوع في القدر حالة^(١) الغليان، يطبخ في الماء ثلاث مرات، ويبرد في كل مرة ويؤكل^(٢).

وكذلك [الجمل^(٣) المشوي]^(٤)، إذا كان في بطنها بعر فأصاب بعض اللحم في حالة الشي^(٥) فطريق غسله ما ذكرنا عند أبي يوسف - رحمه الله -^(٦).

[أبو يوسف]^(٧) عن أبي حنيفة - رضي الله عنه^(٨) -: رجل اتخذ مُرِّيًّا^(٩) من سمك وملح وخمر، قال: إذا^(١٠) صار مرقا^(١١) لا بأس به، للأثر الذي جاء عن أبي الدرداء^(١٢) رضي الله عنه^(١٣).

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: كذلك إلا في خصلة واحدة، أن السمك إذا كان هو الغالب والخمر قليل وأراد [أن]^(١٤) يتناوله ساعتئذ^(١٥) ليس له ذلك، وهو كالخبز^(١٦) عجن بالخمير إذا كان [الخمير]^(١٧) غالبًا ويحول الخمر عن طبعها إلى

(١) زاد في ب: في.

(٢) البحر الرائق (١/٢٥١).

(٣) في د: الحمل.

(٤) في ب: الحمل المستوي.

(٥) في أ: السواء، وفي ب: الشواء.

(٦) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٢٠٢).

(٧) سقط في أ.

(٨) في ب: عنهما.

(٩) في أ: مرَّبًا.

(١٠) في أ: وإذا.

(١١) في أ: مرَّبًا.

(١٢) هو: أبو الدرداء، عويمر بن زيد بن قيس، صاحب رسول الله ﷺ، وقاضي دمشق، روى عن النبي ﷺ عدة أحاديث، ويروى له مائة وتسعة وسبعون حديثًا. مات قبل عثمان بثلاث سنين.

ينظر: طبقات ابن سعد (٧/٣٩١، ٣٩٣)، والتاريخ الكبير (٧/٧٦، ٧٧)، وتذكرة الحفاظ (١/٢٤)، وطبقات القراء (١/٦٠٦، ٦٠٧)، وتهذيب التهذيب (٨/١٧٥، ١٧٧).

(١٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٢٠٢).

(١٤) سقط في أ.

(١٥) غير واضحة في ب.

(١٦) غير واضحة في ب.

(١٧) سقط في د.

المُرِّيُّ فلا بأس بذلك^(١).

وفيه - أيضًا - عن أبي يوسف - رحمه الله - لو أن رجلاً اتخذ من الخمر طيبًا، أو^(٢) ألقى فيه دواء^(٣) فإنه لا يحل له أن يتطيب^(٤) وأن يمشط به ولا يحل له بيعها؛ لأن ذلك لا يغيرها عن طبعها^(٥).

وكذلك [ما خالطه^(٦) الخمر من الإدام]^(٧) فإن الخمر تحرمه^(٨) ما خلا خصلة واحدة، [وهي]^(٩) أن تكون الخمر غالبة فتحول^(١٠) عن طباعها إلى الخل أو المري^(١١).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - لو أن رغيًّا من الخبز المعجون بالخمر وقع في دَنِّ خل [و]^(١٢) ذهب فيه حتى لا يرى، لا بأس بأكل الخل. فأما الرغيف [فنجس]^(١٣) فلا يؤكل.

وفيه - أيضًا - : لو أن خرقة أصابها خمر ثم سقطت في دَنِّ خل، فلا بأس بأكل الخل، ولو وضع رغيف طاهر في خمر ثم وقع في خل طهره الخل^(١٤).

(١) تبين الحقائق (٧٦/١)، البحر الرائق (٢٥٢/١).

(٢) في د: و.

(٣) في د: أفأويه.

وثبت في حاشية د: الفوه - بالضم - الطيب، والجمع أفواه، وأفأويه جمع الجمع، وفسر: لو أن رجلاً اتخذ من الخمر عطرًا أو ألقى فيه أفأويه، وقيل: ما يعالج به كالتوابل في الأطعمة، يقال: هو من أفواه الطيب، وأفواه البقول لأصنافها وأخلاطها. وثبت بموضع آخر: الأفواه ما يعالج به الطيب كالتوابل ما تعالج به الأطعمة، يقال: فوه وأفواه، مثل سوق وأسواق، والجمع أفأويه. صحاح.

(٤) زاد في ب: به.

(٥) المبسوط للسرخسي (٢٤/٢١)، البحر الرائق (٢١٠/٨).

(٦) في د: خالط.

(٧) في أ: ما خالط من الإدام الخمر.

(٨) في أ: تجزيه.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في ب: فتتحول.

(١١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٠٢/١).

(١٢) سقط في أ، ب، م.

(١٣) في أ: نجسة، وسقط في د.

(١٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٠٢/١).

السيف أو السكين إذا أصابه بول أو دم، ذكر في الأصل: أنه لا يطهر إلا بالغسل، وإن أصابه عذرة إن كانت رطبة فكذلك الجواب، وإن كانت يابسة طهرت بالحت عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله - وعند محمد - رحمه الله -: لا يطهر إلا بالغسل^(١).

والكرخي ذكر في مختصره: أن السيف يطهر بالمسح من غير فصل بين الرطب واليابس، وبين العذرة والبول، وعلل فقال: لأن السيف شيء صقيل^(٢)، لا تتداخل النجاسة في أجزائه بل تبقى على ظاهره فإذا مسحها لا يبقى فيها إلا شيء قليل، وذلك غير مُعتبر.

وفي الفتاوى: سئل أبو القاسم، عمن ذبح الشاة بالسكين ثم مسح السكين بصوفها^(٣) أو بما يطهر به أثر الدم عنه أنه يطهر.

وعنه: أنه^(٤) لو لحس السيف بلسانه حتى ذهب الأثر فقد طهر.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أن السيف إذا أصابه دم أو عذرة فمسحه بخرقة أو تراب أنه يطهر، حتى لو قطع به بعد ذلك بطيخًا، أو ما أشبهه كان البطيخ طاهرًا ويباح أكله.

وقد صح أن الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ويمسحون السيوف ويصلون معها^(٥).

وإذا وقع على الحديد نجاسة من غير أن يمسه بها، فكما يطهر بالغسل يطهر بالمسح بخرقة طاهرة^(٦) - أيضًا - إذا كان الحديد صقيلًا غير خشن؛ كالسيف [والسكين]^(٧) والمرأة ونحوها.

الحديد إذا أصابته نجاسة فأدخله في النار قبل أن يمسحه، أو يغسله ينبغي أن

(١) تحفة الفقهاء (٧٠/١)، بدائع الصنائع (١٨٤/١).

(٢) في أ، ب: سقيل.

(٣) في د: على جوفها.

(٤) زاد في د: أيضًا.

(٥) البناء شرح الهداية (٧١٩/١).

(٦) في أ، ب: طاهر.

(٧) سقط في د.

يطهر إذا ذهب أثر النجاسة؛ لكون^(١) الحرق كالغسل.
 ألا ترى إلى ما ذكر في الفتاوى: إذا أحرق الرجل^(٢) رأس شاة ملطخ فزال عنه
 الدم أنه يحكم بطهارته، كذا هاهنا، بخلاف ما إذا موه الحديد بالماء النجس على
 قول محمد - رحمه الله - لأن النجاسة قد [تشربت فيه]^(٣) بالتمويه^(٤).
 وبدون^(٥) التمويه [لا]^(٦) تشرب فيه النجاسة، بل تبقى على ظاهره فتزول
 بالإحراق.

وإذا أسعرت التنور^(٧) ثم مسحته بخرقة مبتلة نجسة، ثم خبزت فيه، فإن كانت
 حرارة النار أكلت البلة^(٨) قبل إصاق الخبز بالتنور لا يتنجس الخبز؛ لأن النجاسة لا
 تبقى إذا يبس التنور بالنار؛ كما لا تبقى نجاسة الأرض إذا يبست بالشمس.
 وفي المنتقى، قال أبو يوسف - رحمه الله -: في المحتجم^(٩) لا يجزئه أن يمسح
 الدم عن موضع الحجامة^(١٠) حتى يغسله^(١١).

قال الحاكم: رأيت عن أبي حفص عن محمد بن الحسن - رحمهم الله -: أنه إذا
 مسحه بثلاث خرق^(١٢) نظاف^(١٣) أجزاءه^(١٤).

(١) في أ، د: يكون.

(٢) في ب: رجل.

(٣) في د: تشرب.

(٤) تبين الحقائق (٧٦/١)، البحر الرائق (٢٥١/١)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٣٣٢).

(٥) في د: أما بدون.

(٦) سقط في أ، وفي د: فلا.

(٧) التنور: الفرن يخبز فيه. ينظر: المعجم الوسيط (١/١٨٦).

(٨) في د: بلة الماء، وفي م: النار.

(٩) في أ: المحتم.

(١٠) الحجامة: لغة: المص، والشيء الذي يجعل في خطم البعير، كيلا يعض.

ينظر: لسان العرب (٤/٤٧)، مادة (حجم)، والمصباح المنير، ص (٧١)، مادة (حجمت).

واصطلاحاً: هي مص الدم بالقارورة، والآلة التي تجمع الدم. وقيل: امتصاص الدم
 بالمحجم. ينظر: القاموس الفقهي، لسعدي أبي حبيب، ص (٧٨).

(١١) البنية شرح الهداية (١/٧٤١).

(١٢) زاد في د: رطاب.

(١٣) في أ: بطاق.

(١٤) البنية شرح الهداية (١/٧٤١).

الثوب إذا أصابه مني، فإن كان رطبًا فلا بد من الغسل، وإن كان يابسًا يجوز فيه الفرك، عرف ذلك بما روت عائشة^(١) - رضي الله عنها - عن النبي ﷺ أنه قال لها: «إذا وجدت المنى على الثوب، فإن كان رطبًا فأغسله، وإن كان يابسًا فأفركه»^(٢). قال الفقيه أبو إسحاق الحافظ - رحمه الله -: المنى اليابس إنما يطهر بالفرك إذا كان رأس الذكر طاهرًا وقت خروجه؛ بأن كان بال واستنجى، أما إذا لم يكن طاهرًا فلا^(٣)، وهكذا روي [عن]^(٤) [حسن]^(٥) بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما

قال الفقيه أحمد بن إبراهيم - رحمه الله -: وعندي أن المنى إذا خرج من رأس الإحليل على سبيل الدفق ولم ينتشر^(٦) على رأسه أنه يطهر بالفرك؛ لأن البول [الذي]^(٧) هو داخل الإحليل غير معتبر، ومرور المنى عليه غير مؤثر، فأما إذا انتشر

(١) هي: عائشة بنت أبي بكر الصديق عبد الله بن عثمان بن عامر القرشي، أفضه نساء المسلمين، وأعلمهن بالدين والأدب، تكنت بأمر المؤمنين، وأم عبد الله، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة، وبنى بها في الثانية بعد الهجرة، وكانت أحب نسائه إليه، وأكثرهن رواية للحديث عنه. قال عروة: ما رأيت أحدًا أعلم بالطب منها، وعن هشام عن أبيه قال: ما رأيت أحدًا أعلم بالقرآن ولا بفريضة ولا بحلال وحرام ولا بشعر ولا بحديث العرب ولا النسب من عائشة، رضي الله عنها. وتوفيت سنة سبع وخمسين، وقيل: ثمان وخمسين من الهجرة. ينظر: الاستيعاب (٧٦٤/٢)، سير أعلام النبلاء (٩٨/٢)، طبقات الفقهاء، للشيرازي، ص (١١٧)، أسد الغابة (٥٠١/٥)، تذكرة الحفاظ (٢٣/١)، الإصابة (١٣٩/٨).

(٢) قال ابن الجوزي في التحقيق (١٠٧/١): هذا الحديث لا يعرف وإنما المنقول أنها هي كانت تفعل ذلك من غير أن يكون أمرها.

أخرجه مسلم (٢٣٨/١) كتاب الطهارة، باب: حكم المنى، الحديث (٢٨٨/١٠٥)، وأحمد (١٣٢/٦)، وأبو داود (٢٥٩/١) كتاب الطهارة، باب: المنى يصيب الثوب، الحديث (٣٧١)، والنسائي (١٥٦/١) كتاب الطهارة، باب: فرك المنى من الثوب، والترمذي (٢٠٠/١) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في المنى يصيب الثوب، وابن ماجه (١٧٩/١) كتاب الطهارة، باب: في فرك المنى من الثوب، حديث (٥٣٧)، والطحاوي (٢٩/١)، وابن الجارود، رقم (١٣٧)، وأبو عوانة (٢٠٤/١)، وابن خزيمة في صحيحه (١٤٦/١)، والبخاري في «شرح السنة» (٣٨٧/١) كلهم من رواية الأسود عنها.

(٣) في د: لا يطهر بذلك قالوا.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: ينشر.

(٧) سقط في أ.

المني على رأس الإحليل لا يكفي^(١) [فيه الفرك]^(٢)؛ لأن المنى في هذه الصورة صار نجسًا بنجاسة البول [ونجاسة البول]^(٣) لا تزول بالفرك. فعلى هذا يقول: إذا بال الرجل ولم يجاوز [البول]^(٤) ثقب الإحليل حتى لم يصير رأس الإحليل [نجسًا]^(٥) بالبول ثم احتلم؛ يكفي^(٦) فيه الفرك. قيل - أيضًا -: إذا كان رأس الذكر طاهرًا إنما يطهر المصاب بالفرك إذا خرج المنى قبل خروج المذي، فأما إذا خرج المذي قبل خروج المنى من^(٧) رأس الإحليل ثم خرج المنى؛ لا يطهر الثوب بالفرك. وإذا فرك المنى اليابس عن الثوب، وحكم بطهارة الثوب، ثم أصاب الماء ذلك الثوب هل يعود نجسًا؟ ففيه روايتان. وإذا كانت النجاسة على بدن الآدمي، ذكر في الأصل أنها لا تطهر إلا بال غسل رطبًا كان أو يابسًا لها جزم أو لا جزم لها. وفي القدوري: لا يطهر شيء مما كان فيه نجاسة من ثوب، أو بدن إلا بال غسل؛ إلا المنى؛ فإنه يجوز فيه الفرك إذا كان يابسًا على الثوب. وإذا كان على البدن لا يكتفى بالحت، ويغسل في رواية الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - لأن البدن لا يمكن أن يفرك؛ ولأن^(٨) لين البدن وحرارته تجاذبه^(٩) فلا^(١٠) يزول بالحت عنه، مثل ما يزول بالفرك في الثوب فبقي على الأصل^(١١).

(١) في ب، د: يكتفى.

(٢) في د: بالفرك.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب، د: يكتفى.

(٧) في ب، م: عن.

(٨) في د: ولا.

(٩) في د: وتجاذبه.

(١٠) في ب: ولا.

(١١) المبسوط للسرخسي (٨١/١)، بدائع الصنائع (٨٤/١)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٣٧/١)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٤٥/١، ٤٦)، البحر الرائق (١/٢٣٦).

وذكر أبو الحسن الكرخي مسألة المنى في مختصره، وذكر أنها تطهر بالفرك من غير فصل بين العضو وغيره .

ويجوز إزالة النجاسة من الثوب والبدن بكل شيء ينعصر بالعصر^(١)؛ كالخل وماء الورد في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رضي الله عنهما-^(٢).

وقال محمد وزفر - رحمهما الله -: لا تزول إلا بالماء^(٣).

وروي في البدن عن أبي يوسف كذلك^(٤).

وفرق أبو يوسف على هذه الرواية بين الثوب والبدن^(٥).

والفرق له: أن البدن كما يقبل النجاسة الحقيقية^(٦) يقبل النجاسة الحكمية^(٧)، ثم النجاسة الحكمية اختص زوالها بالماء، فكذلك النجاسة الحقيقية، ولا كذلك الثوب^(٨).

[و]^(٩) في نوادر بشر^(١٠) عن أبي يوسف - رحمهما الله -: كل ما غسل [به]^(١١)

(١) في ب: بالعصير .

(٢) المسبوط للسرخسي (٩٦/١)، الاختيار لتعليل المختار (٣٥/١)، الدر المختار والدر المختار وحاشية ابن عابدين (٣٠٩/١)، اللباب في شرح الكتاب (٥٠/١).

(٣) السابق .

(٤) السابق .

(٥) السابق .

(٦) في أ: الحقيقة .

(٧) إذا أطلق النجس (يفتحين) في الشرع فهو يعم بالإضافة إلى النجاسة الحقيقية التي هي الخبث، النجاسة الحكمية التي هي الحدث، فالنجس أعم من النجاسة .

قال صاحب العناية: كما يطلق (النجس) على الحقيقي يطلق على الحكمي، وقال القليوبي: النجاسة إما حكمية بأن جاوزت محلها كالجنابة، وإما عينية لم تجاوزه وهذه تطلق على الأعيان النجسة وعلى الوصف القائم بمحلها .

وصرح البهوتي بأن: الحدث ليس بنجاسة، والمحدث ليس نجسا، والنجاسة قسما عينية وحكمية .

والحكمية عند الحنابلة النجاسة الطارئة على محل طاهر ويقابلها النجاسة العينية وهي الذوات النجسة كالبول . . والنجاسة العينية لا تطهر بغسلها بحال .

ينظر: حاشية قليوبي (٦٨/١)، كشاف القناع (١٨١/١)، فتح القدير لابن الهمام (١/١٣٢).

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٠٦/١).

(٩) سقط في أ، ب .

(١٠) هو: بشر بن الوليد بن خالد الإمام العلامة المحدث الصادق قاضي العراق أبو الوليد =

الثوب من شيء نحو الدم وأشباهه، فخرج منه الدم فعصره فانعصر حتى زال^(١) فقد ذهب النجس^(٢).

والأدهان لا تخرج الدم؛ لأن لها دسومة ولصوقًا بالمحل فلا يقدر على الاستخراج^(٣).

قال: ولو غسله^(٤) بلبن أو خل^(٥)؛ فانعصر موضع الدم حتى خرج من الثوب فقد طهر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف - رحمهما الله - إذا غسل الدم من الثوب بدهن، أو سمن، أو زيت حتى ذهب أثره جاز^(٦).

ولو أصاب بدنه دم؛ لم يجز إلا أن يغسله بالماء، وقد ذكرنا الفرق بين البدن والثوب على رواية أبي يوسف - رحمه الله -^(٧).

«الفأرة إذا وقعت في دن تشاسته ومات واين تشاسته وسيده بودشت، قال نجم الدين النسفي - رحمه الله - : ساسته راسه ماربثوسد، فليل: كرموش أزاول أقتادة باسدكي آب درخت كزده بوذنلي وبك روز رحنت كساده نود آب دمكرر محتد ورخت بستند وبعدار جند روز رحنت كساده ندموس بافند أما سده ومعلوم سدكي

= الكندي سمع من حماد بن زيد وصالح المري ومالك بن أنس والقاضي أبو يوسف وبه تفقه وتميز، وغيرهم، حدث عنه موسى بن هارون وأبو القاسم البغوي وأبو يعلى الموصلي وخلق. قال الذهبي: كان حسن المذهب وله هفوة لا تزال صدقه وخيره إن شاء الله. كان إمامًا واسع الفقه كثير العلم صاحب حديث وديانة وتعبد، قيل: كان ورده في اليوم مائتي ركعة، وكان يحافظ عليها بعد ما فليح وانك رحمه الله. وثقه الدارقطني. مات سنة ٢٣٨هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء (١٠/٦٧٣ - ٦٧٦)، الجواهر المضية (١/١٦٦)، تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي (٧/٨٠)، المنتظم، لابن الجوزي (١١/٢٦٠)، النجوم الزاهرة (٢/٢٩٢).

(١١) سقط في أ، ب.

(١) في ب، د: سال.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٢٠٦).

(٣) البحر الرائق (١/٢٣٤)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٤٤).

(٤) في أ: غسل.

(٥) في د: غسل.

(٦) تبين الحقائق (١/٧٠)، البناية شرح الهداية (١/٧٠٤)، البحر الرائق (١/٢٣٤).

(٧) البناية شرح الهداية (١/٧٠٤)، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٦٨)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٢).

موش هم أراول أمتاذست»^(١).

قال: الاحتياط في هذا أن يراق؛ لأن القلب لا يسكن إلى طهارته وزوال نجاسته، ولو بذر^(٢) هذا في الأرض كان حسناً، وهذا الذي ذكرنا قول محمد - رحمه الله - أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - يغسل النسائج ثلاثاً ويجفف^(٣) في كل مرة، ويحكم بطهارته^(٤).

إذا تنجس طرف من أطراف الثوب وصاحب الثوب لا يرى^(٥) ذلك، يغسل طرفاً من الثوب أي طرف ما كان من غير تحر^(٦) يحكم بطهارة الثوب.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله -: ونظير هذه المسألة، الحنطة التي تداس بالحمير فتبول وتروث ويصيب بعض الحنطة ويختلط ما أصيب منها بغيرها قالوا: لو عزل بعضها وغسل ثم خلط الكل أبيض تناولها، وكذلك لو عزل بعضها ووهبه من إنسان أو تصدق به عليه حل [له]^(٧) [التناول يعني]^(٨) تناول البقية.



(١) كلام بالفارسية.

(٢) في أ: بدر.

(٣) في أ: وتخفف.

(٤) الهداية شرح بداية المبتدي (٣٩٨/٤)، تبين الحقائق (٤٨/٦)، العناية شرح الهداية (١/٢١١)، البحر الرائق (٢٤٩/٨).

(٥) في د: يدري.

(٦) في ب: تحري.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ، ب.

الفصل الثالث عشر

في الخف والنعل إذا أصابته النجاسة

وإذا أصابت النجاسة خفًا أو نعلًا؛ فإن لم يكن لها جرم؛ كالبول، والخمر فلا بد من الغسل رطبًا كان أو يابسًا.

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: أنه إذا أصاب نعله بول، أو خمر ثم مشى على التراب أو الرمل، حتى لزق به بعض التراب وجف ثم مسحه بالأرض يطهر عند أبي حنيفة - [رضي الله عنه-] ^(١).

وهكذا ذكر الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة وأبي يوسف مثل ذلك إلا أنه لم يشترط الجفاف.

وأما التي لها جرم إذا أصابت الخف أو النعل، إن كانت رطبة لا تطهر إلا بالغسل، هكذا ذكر في الأصل؛ ألا ترى ^(٢) أن الرطوبة التي فيها لو أصابته لا يطهر ^(٣) إلا بالغسل فكذا إذا أصابته ^(٤) مع غيرها ^(٥).

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه إذا مسحه في التراب، أو الرمل على سبيل المبالغة يطهر، وعليه ^(٦) فتوى مشايخنا - رحمهم الله - للبلوي ^(٧) والضرورة ^(٨). وإن كانت النجاسة يابسة، يطهر ^(٩) بالحت والحك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله- ^(١٠).

وقال محمد - رحمه الله -: لا يطهر ^(١١) إلا بالغسل، والصحيح قولهما ^(١٢)؛

(١) في ب، م: رحمه الله.

(٢) في أ: يرى.

(٣) في أ: تطهر.

(٤) في ب: أصابه.

(٥) في أ: غير.

(٦) ثبت في حاشية د: وعليه فتوى مشايخنا للبلوي والضرورة.

(٧) في أ: البلوي.

(٨) تبين الحقائق (٧١/١)، البناية شرح الهداية (٧١٠/١)، البحر الرائق (٢٣٥/١).

(٩) في أ: تطهر.

(١٠) البناية شرح الهداية (٧١٢/١).

(١١) في أ: تطهر.

لقوله ^(١) ﷺ: «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيَقْلِبْ نَعْلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ بِهِمَا أَذَى فَلْيَمْسَحْهُمَا بِالْأَرْضِ، فَإِنَّ الْأَرْضَ طَهُورٌ لِهَٰمَا» ^(٢).

والمعنى: أن الجلد شيء صلب لا يتشرب [فيه] ^(٣) رطوبات النجاسة إلا بعد زمان، وجرم ^(٤) النجاسة لينة فيست قبل أن يتشرب في الجلد الرطوبة ويجذب ^(٥) ما على النعل من الرطوبة إلى نفسه؛ فإذا حكه وحته ^(٦) يزول الجرم وتزول الرطوبة معه فلا يبقى عليه إلا شيء قليل، والقليل من النجاسة عفو.

وعن محمد - رحمه الله - أنه رجع عن هذا القول بالري ^(٧) لما رأى من كثرة

(١٢) المبسوط للسرخسي (١/٨٢)، تبين الحقائق (١/٧٠).

(١) في أ: كقوله.

(٢) أخرجه أحمد (٣/٢٠، ٩٢)، وأبو داود (٦٥٠)، والطيالسي (٣٦٠)، وابن أبي شيبة (٢/٤١٧)، وعبد بن حميد (٨٨٠)، والدارمي (١/٣٢٠)، وأبو يعلى (١١٩٤)، وابن خزيمة (١٠١٧)، وابن حبان (٣٦٠ موارد)، والحاكم (١/٢٦٠)، والبيهقي (٢/٤٣١)، كلهم من طريق أبي نعام السعدي، عن أبي نضرة، عن أبي سعيد الخدري، به وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وصححه أيضا ابن خزيمة، وابن حبان.

وأخرجه البزار (كشف - ٦٠٤)، والطبراني في الأوسط (٨٧٣٠) من طريق يحيى بن أيوب المصري عن عباد بن كثير عن أيوب السختياني عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ صلى بالناس فخلع نعليه، فلما حسّ به الناس خلعوا نعالهم، فلما فرغ من صلاته أقبل على الناس فقال: «إِنَّ الْمَلِكَ أَتَانِي فَأَخْبَرَنِي أَنَّ بِنَعْلِي أَذَى، فَإِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ فَلْيَقْلِبْ نَعْلَيْهِ، فَإِنْ رَأَى فِيهِمَا شَيْئًا فَلْيَمْسَحْهُمَا ثُمَّ يَصْلِي فِيهِمَا». قال البزار: لا نعلم رواه هكذا إلا عباد، وهو لين الحديث، ولا رواه عنه إلا يحيى. وقال الهيثمي: رواه البزار والطبراني في (الأوسط) وفي إسنادهما عباد بن كثير البصري سكن مكة ضعيف. المجمع (٢/٥٥).

وقال الحافظ: إسناده ضعيف ومعلول أيضا. التلخيص (١/٢٧٨).

من حديث أبي هريرة.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: حرم.

(٥) في أ: يحدث.

(٦) في أ: حشه.

(٧) في أ: بالراي. والزي: بفتح أوله، وتشديد ثانيه: مدينة مشهورة من أمهات البلاد وأعلام المدن، كثيرة الخيرات، قصة بلاد الجبال، على طريق السابلة.

قال الإصطخري: كانت أكبر من أصفهان بكثير، تفانى أهلها بالقتال في عصبية المذاهب حتى صارت كأحد البلدان.

مراصد الاطلاع، د/ صفى الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط (١)، ١٣٧٣ هـ - ١٩٥٤ م (٢/٦٥١).

السُّرِّقِينَ فِي طَرَقِهِمْ^(١).

قال القدوري في شرحه: ومعنى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - في هذه المسألة أن الخف أو النعل يطهر، [وتجوز] ^(٢) الصلاة معه ^(٣).

أما لو أصابه الماء بعد ذلك، يعود نجسًا على أظهر الروايتين.

وأصل المسألة: الأرض إذا ذهب أثر النجاسة عنها ثم أصابها ماء فإنه يعود حكم النجاسة على أظهر الروايتين.

ثم إن محمدا - رحمه الله - ذكر في الجامع الصغير في النجاسة التي لها جرم، إذا أصاب الخف أو النعل وحكه أو حته بعد ما يبس [أنه] ^(٤) يطهر على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف [رضي الله عنهما] ^(٥).

وذكر في الأصل: وقال: فمسحه بالتراب يطهر على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٦) - ^(٧).

قال مشايخنا - رحمهم الله -: لولا المذكور في الجامع الصغير ^(٨) لكننا نقول: لا يطهر ما لم يمسحه بالتراب، [وهذا] ^(٩) لأن المسح بالتراب له أثر في إثبات [الطهارة] ^(١٠)، فإن محمداً - رحمه الله - قال في المسافر: إذا أصاب يده نجاسة يمسحها بالتراب، فأما الحك فلا أثر له [في باب الطهارة] ^(١١).

والمذكور في الجامع الصغير ^(١٢) أن للحك أثرًا [كما أن للحت] ^(١٣) أثرًا ^(١٤) كما

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٣٦/١)، البناية شرح الهداية (٧٠٨/١).

(٢) في د: في حق جواز.

(٣) المبسوط للسرخسي (٨٢/١).

(٤) سقط في أ.

(٥) العناية شرح الهداية (١٩٥/١)، البناية شرح الهداية (٧٠٧/١)، البحر الرائق (٢٣٥/١).

(٦) المراجع السابقة.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: الكبير.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في د.

(١١) البحر الرائق (٢٣٥/١).

(١٢) في أ: الصغيرين، وزاد في د: من.

(١٣) في أ: للحك.

(١٤) سقط في ب.

أن للمسح بالتراب أثرًا^{(١)(٢)}.
ثم إذا وجب غسل الخف^(٣) في الموضع الذي وجب، فإن كان الجلد صلبًا لا ينشف [رطوبة النجاسة يغسل ثلاثًا ويحكم بطهارته.
وإن كان رخوًا ينشف]^(٤) النجاسة؛ فقد قال بعض مشايخنا: أنه لا يظهر أبدًا عند محمد - رحمه الله - إذا كان لا يمكنه عصره، وهذا القائل يقيس هذه المسألة على ما تقدم^(٥) من المسائل^(٦).
وبعض مشايخنا قالوا: هذا التفصيل في مسألة الخف خلاف ظاهر لفظ محمد - رحمه الله - فإن محمدًا - رحمه الله - قال: لا يجزئه حتى يغسل موضع النجاسة، فقد أثبت الجواز عند الغسل من غير فصل بين خف وخف، وهو الظاهر^{(٧)(٨)}.
فإن الصَّرم^(٩) الذي يتخذ منه^(١٠) الخف أولًا، ينقع في الماء ويعالج^(١١) بالشحم والدهن، فلا^(١٢) يتشرب فيه رطوبات النجاسة فلا يكون نظير الكوز^(١٣) والحب.
ولأجل هذا المعنى أبي^(١٤) بعض [مشايخنا]^(١٥) اشتراط التخفيف^(١٦) في الخف.

-
- (١) سقط في د.
(٢) البحر الرائق (١/٢٣٥)، حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٣).
(٣) ثبت في حاشية د: غسل الخفين.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: تقدم.
(٦) حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٠).
(٧) في أ: الطاهر.
(٨) حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٠).
(٩) في أ: الصوم. والصرم الجلد. ينظر: المعجم الوسيط (١/١٠٦٥).
(١٠) في أ، ب: من.
(١١) في أ: تعالج.
(١٢) في أ: ولا.
(١٣) في أ: الأرز.
(١٤) في أ: أتى.
(١٥) سقط في ب.
(١٦) في أ: التخفيف.

والدليل على صحة هذا: ما حكى عن أبي القاسم الصفار^(١) - رحمه الله -: [في الرجل]^(٢)

يستنجي^(٣) ويجري ما استنجى به تحت رجليه، وخفه ليس بمنخرق^(٤) له أن يصلي مع ذلك الخف؛ لأن الماء الآخر يطهر خفه، كما يطهر^(٥) موضع^(٦) استنجائه ولم يشترط الجفاف^(٧).

فعلى قول هذا القائل: الخف والمكعب، إذا أصابته نجاسة يغسل ثلاث مرات بدفعة واحدة، ويحكم بطهارته.

والمختار: أن يغسل ثلاث مرات ويترك في كل مرة حتى ينقطع التقاطر، وتذهب النداءة ولا يشترط اليبس^(٨).

وفي مجموع النوازل: الخف الخراساني^(٩) الذي صرمه موسى^(١٠) بالغزل^(١١) حتى صار ظاهر^(١٢) الصرم كله غزلاً^(١٣) فأصابته نجاسة فحته وصلّى فيه، قال^(١٤) نجم الدين النسفي^(١٥): لا تجوز صلاته إلا أن يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة، وحكم هذا حكم الثوب [لا حكم الخف]^{(١٦)(١٧)}.

(١) في أ: الصفاري.

(٢) في أ: فالرجل.

(٣) في أ: ليستنجي.

(٤) في أ: بمتخرق.

(٥) في أ: تظهر.

(٦) في م: مع.

(٧) في أ: الخفاف.

(٨) في أ: اللبس.

(٩) هو المنسوب إلى خراسان، وخراسان: بلاد واسعة، أول حدودها مما يلي العراق، وآخر حدودها مما يلي الهند. ينظر: معجم البلدان (٢/٣٥٠).

(١٠) في أ: موسى، وفي ب: موش.

(١١) في م: بالعين.

(١٢) في أ: ظاهر.

(١٣) في أ: عزلاً.

(١٤) في أ: فقال.

(١٥) في أ: اليوسفي.

(١٦) سقط في د.

(١٧) البنية شرح الهداية (١/٧١٢).

الفصل الرابع عشر

في عرق الحمار والبغل وسؤرهما، وسؤر الفرس والهرة

ذكر الطحاوي، والكرخي - رحمهما^(١) الله - في مختصرهما: أن عرق الحيوان مثل سؤره في النجاسة والطهارة، والحرمة، والكراهة.

وذكر في باب السهو من الأصل: أن عرق الحمار والبغل ولعابهما لا ينجس الثوب وإن^(٢) فحش، أطلق هذا الجواب ولم يصفه إلى أحد.

ثم قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: إذا سقط من لعابهما أو عرقهما شيء في وضوء رجل قليلاً كان أو كثيراً يفسد الماء، ولا يجزئ من توضع به^(٣).

[و]^(٤) هكذا ذكر في باب الوضوء [الجواب]^(٥) في لعاب ما لا يؤكل لحمه، ولم يصفه إلى أبي يوسف ومحمد، [و]^(٦) أراد بفساد الماء [ها]^(٧) هنا أنه لا يبقى طهوراً^(٨).

وروى الحسن بن أبي مالك^(٩) عن أبي يوسف: [أن]^(١٠) الماء يتنجس بوقوع عرق الحمار فيه^(١١).

وعن أبي يوسف: أن لعاب البغل والحمار وعرقهما نجس نجاسة خفيفة، حتى

(١) في أ: رحمهم.

(٢) زاد في أ: نجس.

(٣) الجوهرة النيرة (٢١/١).

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) البناء شرح الهداية (٤٦٧/١).

(٩) هو: الحسن بن أبي مالك، أبو مالك: من أصحاب أبي يوسف، تفقه عليه، وأخذ عنه شيئاً كثيراً، قال الضميري في حقه: ثقة في روايته، غزير العلم، واسع الرواية، كان أبو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر مما يطيق، وكان أبو مالك يفضل محمد بن الحسن في التدقيق على أبي يوسف، وكان ممن تفقه على أبي مالك محمد بن شجاع وغيره، توفي - رحمه الله - في السنة التي مات فيها الحسن بن زياد سنة أربع ومائتين - رحمه الله - .
ينظر: الطبقات السننية (٢٢٣/١)، طبقات الفقهاء، ص (١٣٨).

(١٠) سقط في أ.

(١١) الأصل، للشيباني (٢٥٣/١)، البناء شرح الهداية (٤٦٧/١).

إن الكثير^(١) الفاحش على الثوب يمنع جواز الصلاة^(٢).

وعند أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله -: لا يمنع، ويخرج الماء عن كونه طهورًا^(٣)؛ لأن الماء بوقوع^(٤) لعابه فيه يصير كسؤر الحمار، وذلك^(٥) غير طهور، وكذا عرقه بمنزلة لعابه^(٦).

وذكر الصدر الشهيد عن الكرخي عن أبي حنيفة - رحمهم الله -: أن سؤر الحمار نجس؛ لأن لعابه لا يخلو عن قليل الدم لما يلحقه من التعب بحمل^(٧) الأثقال. ومن المشايخ من فرق بين سؤر الحمار الذكر وبين [سؤر]^(٨) الأتان، فقال: سؤر الحمار نجس؛ لأنه يشم بول الأتان فيتنجس فمه، والأتان لا تشم^(٩) ذلك فلا يتنجس فمها.

وذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا وقع من عرق الحمار أو^(١٠) لعابه ملء^(١١) كف في بئر ينزح^(١٢) ماء البئر كله، يحتمل أنه إنما قال: ينزح حتى يصير طهورًا على ما ذكرنا^(١٣).

وذكر في جامع^(١٤) البرامكة^(١٥) عن أبي يوسف - رحمه الله - أن أبا حنيفة - رضي

(١) في أ: الكبير.

(٢) الأصل، للشيباني (٢٥٣/١)، البناية شرح الهداية (٤٦٧/١).

(٣) في د: طاهرًا.

(٤) في أ: نقوع.

(٥) في أ: بلل.

(٦) البناية شرح الهداية (٤٦٧/١).

(٧) في أ: تحمل.

(٨) سقط في أ.

(٩) في ب: يشم.

(١٠) في أ: و.

(١١) في أ: بل، وفي د: مثل.

(١٢) زاد في د: يعني ينزح.

(١٣) البحر الرائق (١٢٣/١).

(١٤) في د: الجامع.

(١٥) البرامكة: أسرة إيرانية أصلها من مدينة بلخ كانت تدين بالبوذية، ثم أسلم جد هذه الأسرة خالد البرمكي، وبدأ ظهور نشاطهم في عهد عبد الله السفاح والمنصور، ثم سيطروا على الحياة السياسية إلى عصر الرشيد، حتى نكبهم الرشيد سنة ١٨٧هـ/٨٠٢م، وقد وزر منهم ثلاثة وزراء للرشيد: يحيى بن خالد بن برمك، وابناه الفضل وجعفر، فبسطوا نفوذهم على الأراضي والأموال.

الله عنه- قال: لعاب ما لا يؤكل لحمه من الدواب وعرقه إذا كان أكثر من قدر الدرهم أفسد الثوب، وهذا يوافق ما ذكرنا من رواية الكرخي^(١). وفي الأمالي: عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يفسد^(٢) حتى يكون كثيرًا^(٣) فاحشًا، ذكر مطلقًا من غير فصل، ويفسد بالماء أو^(٤) الثوب^(٥). وذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله - أن لبن الأتان بمنزلة لعابه وعرقه يفسد الماء، ولا يفسد الثوب وإن كان مغموسًا فيه^(٦).

وذكر البلخي في اختلاف زفر ويعقوب: أن سؤر الحمار والبغل نجس عند زفر والحسن [بن زياد]^(٧) نجاسة خفيفة، طاهر عند أبي يوسف، ثم قال: هذا رواية الحسن عن أبي يوسف أن هذا السؤر لا يفسد الماء، كسؤر السنور والفأرة [والبازي]^(٨) والحية^(٩).

وقد روينا عن أبي يوسف خلاف هذا^(١٠).

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن سؤر ما لا يؤكل لحمه بمنزلة [بول ما يؤكل لحمه لا يفسد قليله في الجسد أو في الثوب، وقد مر^(١١).

= ينظر: المحاسن والمساوي، للبيهقي، ص (١٩٣ - ١٩٦)، الإسلام في آسيا الوسطى

والبلقان. د/ محمد الحرب، دار البشائر، ١٩٩٥م، ص (٧٣).

(١) البناية شرح الهداية (١/٤٦٧).

(٢) في د: يفسده.

(٣) في أ: كبيرًا.

(٤) في د: و.

(٥) البناية شرح الهداية (١/٤٦٧).

(٦) السابق.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ. والبازي: جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم تميل أجنتها إلى

القصر وتميل أرجلها وأذناها إلى الطول ومن أنواعه الباشق والبيدق والجمع: بواز وبزاة.

ينظر: المعجم الوسيط، مادة (بزي) (١/٥٥)، مختار الصحاح (١/٧٣).

(٩) العناية شرح الهداية (١/١١٤)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/٢٠)، الدر

المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٢٨).

(١٠) السابق.

(١١) تبين الحقائق (١/٣١).

وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن سؤر ما لا يؤكل لحمه بمنزلة^(١) بوله، إذا كان أكثر من قدر الدرهم الكبير أفسد الصلاة، وهي رواية البغداديين عن أبي حنيفة [وأبي يوسف - رحمهما الله-]^(٢).
وفي سؤر^(٣) الفرس عن أبي حنيفة روايتان:
في رواية كتاب الصلاة طاهر^(٤)؛ كسؤر الآدمي، فإنه طاهر سواء كان جنبًا أو طاهرًا، وإن كان لحمه حرامًا.
وفي رواية الحسن عنه: سؤر الفرس مكروه^(٥) كلحمه.

(١) سقط في أ.

(٢) تبين الحقائق (٣١/١).

(٣) في ب، م: وسؤر.

(٤) سقط في أ.

(٥) المكروه لغة: مأخوذ من: كره الشيء كرهًا، خلاف: أحبه، فهو ما تعافه النفس وترغب عنه، والمكروه: الشر، ويقال: كرهت إليه الشيء تكريهًا ضد: حببته إليه.
وفي الاصطلاح الشرعي: المكروه: لفظ مشترك، يطلق في عرف الفقهاء على معان كثيرة:

أولاً: يطلق ويراد به: المحظور، وهو الحرام، كما في قوله تعالى: ﴿كُلُّ ذَلِكَ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا﴾ [الإسراء: ٣٨] أي: محرماً.

ثانياً: يطلق ويراد به: ترك ما كانت مصلحته راجحة: كترك المندوب، وهذا المعنى صادق على خلاف الأولى، فيكون تعريفه تعريفاً له.

ثالثاً: يطلق ويراد به: ما نهي عنه نهي تنزيه: كالصلاة في الأمكنة المكروهة؛ كالحمام؛ للتعرض لوسوسة الشياطين والرشاش، وفي مَبَارِكِ الإبل؛ فإنه يتعرض لنفارها، وفي قارة الطريق؛ لمرور الناس، وغير ذلك. وكل من هذه الأمور تشغل القلب عن الصلاة، وتشوش الخشوع.

رابعاً: قد يطلق ويراد به: ما في النفس منه شيء، أي: فيه ريبة وشبهة في تحريمه، وإن كان في أصله حلالاً: كأكل لحم الضَّبِّ.

أما في اصطلاح الأصوليين: فنظراً لورود المكروه في الشرع بالمعاني السابقة؛ فقد اختلف في حده: فمن نظر إلى الاعتبار الأول حده بحد الحرام، ومن نظر إلى الاعتبار الثاني حده بترك الأولى.

وعرفه الإمام الشوكاني بأنه: ما يمدح تاركه ولا يذم فاعله.

ينظر: لسان العرب (٣٨٦٥/٥)، ترتيب القاموس المحيط (٤٤/٤)، المصباح المنير (٨٤/٢)، البحر المحيط، للزركشي (٢٩٦/١)، البرهان، لإمام الحرمين (٣١٠/١)، سلاسل الذهب، لبدر الدين الزركشي، تحقيق: د/محمد المختار الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص (١٠٨)، الإحكام في أصول الأحكام، للأمامدي

وروى البلخي عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أنه قال: أحب إلي أن يتوضأ بغيره .

وروي عنه رواية رابعة: أنه مشكوك كسؤر الحمار؛ لأن لحم الفرس عنده حرام^(١)، كلحم الحمار، ثم سؤر الحمار مشكوك كذا [هاهنا]^(٢).
وعندهما: لا يكره في الروايات كلها.

وفي شرح الطحاوي، وصلاة المستغني: الهرة إذا لحست كف رجل يكره أن يدعها تفعل ذلك؛ لأن ريقها ليس بطيب، ولأجل^(٣) ذلك كره التوضؤ بسؤرها^(٤).
وكذلك^(٥) قالوا: الهرة إذا أكلت بعض الطعام كره للرجل أن يأكل الباقي؛ لأن ما بقي لا يخلو من^(٦) ريقها، وريقها ليس بطيب على ما بينا^(٧).

= (١١٤/١)، نهاية السؤل (٧٩/١)، زوائد الأصول على منهاج الوصول إلى علم الأصول، لجمال الدين الإسني، تحقيق: د/ محمد سنان الجلاي، نشر مؤسسة الكتب الثقافية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م، ص (١٧٠)، منهاج العقول شرح منهاج الأصول، لمحمد بن الحسن البدخشي، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة (١/٦٥).
(١) الحرام - لغة: الحظر والمنع، وهو خلاف الإباحة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَحَرَمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ﴾ [القصص: ١٢]. ينظر: المصباح المنير، ص (٧٥)، مادة (حرم).
واصطلاحاً: هو ما يذم فاعله ويمدح تاركه، هذا تعريف الشوكاني، وحده الآمدي بأنه: ما ينتهض فعله سبباً للذم شرعاً بوجه ما من حيث هو فعل له، وهذا التعريف قريب إلى تعريف الزركشي، والحرام عند القرافي: ما ذم فاعله شرعاً، يعني: أن فاعله علم أن في فعله ضرراً، وعلم أن في تركه جلب مصلحة.
والحرام يرادف المحرم والمعصية والذنب والمزجور عنه والمتوعد عليه والقيح والمنهي عنه والمحظور.

ومثاله: الزنا فإنه حرام، فإنه يذم فاعله ويمدح تاركه، يعني: أن فاعله يأثم، ويعاقب على فعله، ويثاب على تركه.

ينظر: المحصول في علم أصول الفقه (٢٧/١)، وتنقيح الفصول، ص (٦٢)، وبيان المختصر (٢٠٧/١)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٨٢/١)، وإرشاد الفحول، ص (٢٤)، وحصول المأمول، ص (٩٢)، وغاية المأمول، ص (٥٤)، والبحر المحيط (٢٠٤/١).

(٢) في أ، د: هنا.

(٣) في د: الأجل.

(٤) في أ، م: بسؤرها.

(٥) في ب: لذلك.

(٦) في د: عن.

(٧) في أ: بين.

الفصل الخامس عشر

في المتفرقات

ذكر في المتقى رواية أبي سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل به جرح سائل لا يرجى برؤه ومعه ثوبان، أحدهما طاهر، والآخر نجس، فأيهما صلى فيه جاز إذا كان الثوب الطاهر يفسده الدم إن لبسه؛ لأن لبس الطاهر غير مأخوذ عليه إذا كانت [الحالة] ^(١) هذه؛ لأنه ^(٢) يفسده من ساعته ^(٣).

في العيون: إذا خاض الرجل في ماء الحمام بعد ما غسل قدميه، فإن لم يعلم أن في الحمام جنباً أجزأه ألا يغسل قدميه، وإن علم أن في الحمام جنباً قد اغتسل يلزمه أن يغسل قدميه إذا خرج.

قال - رحمه الله - في واقعاته: وعلى ما اخترنا في الماء المستعمل، ينبغي أن ^(٤) يلزمه غسل القدمين لكن استثنى ^(٥) الجنب في الكتاب، وإنه موضع الاستثناء.

وغيره قال: إنما استثنى الجنب؛ لأن الجنب يكون على يديه قدر ظاهرًا ^(٦) وغالبًا، حتى لو لم يكن كذلك كان مستعمل الجنب والمحدث سواء، ويكون ظاهرًا على رواية محمد - رحمه الله - ، ولا يلزمه غسل الرجلين، وهو الظاهر ^(٧).

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: لا.

(٣) المسبوط للسرخسي (١٣٩/٢).

(٤) في م: ألا.

(٥) الاستثناء: لغة: مصدر استثنى يستثنى. والاستثناء هو المحاشاة. ومنه يقال: استثنيت الشيء من الشيء، أي: حاشيته، والثنية: ما استثنى به. ينظر: لسان العرب (٥٠/٣)، مادة (ثني).

واصطلاحاً: الإخراج ب (إلا) غير الصفة ونحوها. هذا تعريف البيضاوي. وعرفه الآمدي بأنه: عبارة عن لفظ متصل بجملة لا يستقل بنفسه دال بحرف (إلا) أو أخواتها على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به، ليس بشرط، ولا صفة، ولا غاية. وعند الرازي هو: إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ (إلا) أو ما أقيم مقامه.

ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٣٩٠/٢)، ونهاية السؤل (٤٩٣/١)، والمحصل في علم أصول الفقه، للرازي (٥٤٠/٢).

(٦) في أ: طاهرًا.

(٧) البحر الرائق (٥٤/١).

وقال الشيخ الإمام [الزاهد أبو محمد عبد الرحيم بن أحمد الكرميني^(١)]، المُلقب بـ«سيف الدين» في شرح كتاب الصلاة في باب الوضوء والغسل من الجنابة: الحائض [إذا]^(٢) أحدثت لا يجب عليها الوضوء؛ لأن الوضوء إنما يجب لأجل الصلاة وهانئا لا تجب عليها الصلاة، وكذلك إذا أجنبت لا يجب عليها الاغتسال، لما قلنا، فإذا طهرت فحينئذ يجب عليها الاغتسال؛ لأنها صارت من أهل الصلاة، فإذا وجب الاغتسال فهذا الاغتسال يكون من الجنابة أو من الحيض؟ قال الشيخ الإمام - رحمه الله -: [٣] اختلفت^(٤) عبارات أصحابنا - رحمهم الله - في هذا وظاهر الجواب: أن الاغتسال يكون منهما جميعًا.

وقال أبو عبد الله الجرجاني^(٥) - رحمه الله - يكون من الأول ولا يكون من الثاني.

وكذلك الرجل إذا رعف ثم بال فإن الوضوء يكون من الأول لا من الثاني على قوله.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني - رحمه الله -: إن كانا من جنسين متحدين يكون من الأول لا من الثاني؛ كما إذا بال ثم بال، [أما إذا كانا من جنسين مختلفين فإنه يكون منهما جميعًا كما إذا رعف ثم بال]^(٦).

(١) في أ: الكرمايسي.

وهو: عبد الرحيم بن أحمد بن إسماعيل الكرميني المنعوت بسيف الدين الملقب بالإمام توفي سنة سبع وستين وأربعمائة ودفن بمقبرة بهستان، والكرميني - بفتح الكاف وسكون الراء وكسر الميم وسكون الياء تحتها نقطتان وفي آخرها نون - هذه النسبة إلى كرمينية بلدة بين بخارى وسمرقند، رأى الإمام أبا حنيفة في النوم وسأله عن كراهة أكل لحم الخيل أهي كراهة تحريم أم تنزيه؟ فقال: كراهة تحريم يا عبد الرحيم.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٣١١).

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، م: اختلف.

(٥) هو: يوسف بن علي بن محمد، أبو عبد الله الجرجاني، تفقه على أبي الحسن الكرخي، وكان عالمًا فقيها يُرحل إليه في الوقعات، له: خزنة الأكمل، وشرح الزيادات، وشرح الجامع الكبير، ومختصر كتاب الكرخي، توفي بعد سنة اثنتين وعشرين وخمسمائة هـ.

ينظر: تاج التراجم، لابن قطلوبغا، ص (٣١٨)، الفوائد البهية، ص (٢٣١)، الجواهر المضية (٣/٦٣٠)، الطبقات السننية برقم (٢٧٤٤).

(٦) سقط في أ، ب.

وروي عن خلف بن أيوب - رحمه الله - أنه كتب إلى محمد بن الحسن - رحمه الله - يسأله عن رعف ثم بال، فالوضوء يكون من الأول أو من الثاني؟ فكتب إليه وقال: فإن الوضوء [يكون] ^(١) منهما جميعًا.

قال: وثمرة [الخلاف] ^(٢) إنما تظهر [في مسألة] ^(٣)، وهو أن الرجل إذا قال: إن توضأت من الرعاف ^(٤) فامرأته طالق، فرعف ثم بال ثم توضأ فإنه يقع الطلاق عليها في الروايات كلها.

أما على قول أبي عبد الله الجرجاني - رحمه الله - فلا أنه وجد الرعاف أولًا. ويقع - أيضًا - في قول أبي جعفر وغيره من الروايات؛ لأن الطهارة تكون منهما جميعًا.

وأما إذا بال ثم رعف ثم توضأ، قال ^(٥) أبو عبد الله الجرجاني ^(٦): لا يقع الطلاق لأن وقوع الطلاق بالوضوء من الرعاف، والوضوء هاهنا وقع من البول عنده؛ لأنه هو الأول، وعند غيره يقع الطلاق؛ لأن عند غيره يكون ^(٧) [الوضوء] ^(٨) منهما جميعًا.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: فيمن حلف، وقال: إن اغتسلت من زينب فهي طالق، وإن اغتسلت من عمرة فهي طالق، فجامع زينب ثم عمرة ثم اغتسل، يقع الطلاق عليهما جميعًا.

قال الشيخ الإمام: كنا نقول: [إن] ^(٩) الوضوء يكون لأغظهما حتى إن الرجل إذا

(١) سقط في د.

(٢) في ب: الاختلاف، وسقط في د.

(٣) في د: بمسألة.

(٤) الرعاف: دم يسبق من الأنف، يقال: رَعَفَ يَوْعُفُ وَيَرْعُفُ رَعْفًا وَرُعَافًا، وَرَعْفَ وَرَعِفَ. قال الأزهري: ولم يعرف: رُعَفَ وَلَا رَعُفَ فِي فِعْلِ الرُّعَافِ. قال الجوهري: وَرَعُفَ، بِالضَّمِّ، لُغَةٌ فِيهِ ضَعِيفَةٌ. قال الأزهري: وَقِيلَ لِلَّذِي يَخْرُجُ مِنَ الأنْفِ: رُعَافٌ؛ لِسَبْقِهِ عِلْمَ الرَّاعِفِ. ينظر: لسان العرب (٣/١٦٧٢).

(٥) في د: فقال.

(٦) في د: هذا.

(٧) في د: يقع.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في د.

رعف ثم بال [فالوضوء يكون منهما [جميعاً]^(١)، لاستوائهما، أما إذا رعف ثم بال]^(٢) ثم أجنب فالوضوء يكون [من الجنابة]^(٣)؛ لأنه أغلظ، فلما وجدنا الرواية عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه يكون منهما رجعنا عن ذلك وأخذنا بقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

النائم إذا احتلم في المسجد، إن أمكنه الخروج من ساعته خرج واغتسل وإن لم يمكنه^(٤) بأن كان في وسط الليل يُستحب له التيمم، [وعند إمكان الخروج يستحب له التيمم]^(٥) عند بعض المشايخ - أيضاً - .

المسافر إذا كان على يقين من وجود الماء في آخر الوقت فتيمم في أول الوقت، إن كان بينه وبين الماء قدر ميل أجزاءه، كذا ذكره^(٦) في كتاب «التحفة»^(٧).
في المنتقى: إذا كان [به]^(٨) جرحان لا يرقآن فتوضأ ثم رقا أحدهما، قال: يصلي، وكذلك إن سكن هذا وسال^(٩) [الآخر]^(١٠) الذي سكن^(١١).



-
- (١) سقط في د.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في د: للجنابة.
 (٤) زاد في د: الخروج.
 (٥) سقط في د.
 (٦) في ب، د: ذكر.
 (٧) تبين الحقائق (٤١/١)، البحر الرائق (١٦٣/١)
 (٨) سقط في د.
 (٩) في ب: فسأل.
 (١٠) سقط في م.
 (١١) المبسوط للسرخسي (١٣٨/٢).

الفصل السادس [عشر]^(١)

في قراءة القرآن والمصاحف

إذا كان الرجل تعلم بعض القرآن ولم يتعلم الكل، فإذا وجد فراغاً؛ كان تعلم القرآن أفضل من صلاة التطوع؛ لأن حفظ القرآن على الأمة فرض. [وتعلم الفقه أولى من تعلم القرآن؛ لأن تعلم جميع القرآن فرض]^(٢) كفاية، وتعلم ما لا بد منه من الفقه فرض عين، والاشتغال بفرض العين أولى.

امرأة تتعلم القرآن من أعمى^(٣)، إن تعلمت من امرأة كان^(٤) أحب؛ لأن نعمة المرأة عورة، ولا يحسن أن يسمعها، ولهذا قال ﷺ: «التَّسْبِيحُ لِلرِّجَالِ، وَالتَّصْفِيْقُ لِلنِّسَاءِ»^(٥).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في ب، د، م: الأعمى.

(٤) في ب: كانت.

(٥) أخرجه البخاري (٧٧/٣) كتاب العمل في الصلاة، باب: التصفيق للنساء، الحديث (١٢٠٣)، ومسلم (٣١٨/١) كتاب الصلاة، باب: تسبيح الرجل وتصفيق المرأة، الحديث (٤٢٢/١٠٦)، وأبو داود (٥٧٨/١) كتاب الصلاة، باب: التصفيق في الصلاة، الحديث (٩٣٩)، والترمذي (٢٣٠/١) كتاب الصلاة، باب: التسبيح للرجال والتصفيق للنساء، الحديث (٣٦٧)، والنسائي (١١/٣) كتاب السهو، باب: التصفيق في الصلاة، وابن ماجه (٣٢٩/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: التسبيح للرجال والتصفيق للنساء، الحديث (١٠٣٤)، وأحمد (٢٦١/٢)، والدارمي (٣١٧/١) كتاب الصلاة، باب: التسبيح للرجال والتصفيق للنساء، وعبد الرزاق (٤٠٦٨، ٤٠٧٠)، والبيهقي (٢٤٦/٢) كتاب الصلاة، باب: ما يقوله إذا نابه شيء في الصلاة، وأبو يعلى (٣٦٤/١)، رقم (٥٩٥٥)، وابن حبان، رقم (٢٢٥٣، ٢٢٥٤)، والخطيب في تاريخ بغداد (٢٧/١٤)، وأبو نعيم في الحلية (٩/٢٥٢) من طرق عن أبي هريرة بلفظ: «التسبيح للرجال والتصفيق للنساء».

وقال الترمذي: حديث أبي هريرة حسن صحيح.

وقال: وفي الباب عن علي وسهل بن سعد وجابر وأبي سعيد وابن عمر.

أما حديث علي: فأخرجه أحمد (٨٠/١)، والنسائي (١٢/٣) كتاب السهو، باب: التنحج في الصلاة (١٢١١) من طريق المغيرة عن الحارث العكلي عن أبي زرعة ابن عمرو بن جرير قال: ثنا عبد الله بن نجى عن علي قال: كان لي من رسول الله ﷺ ساعة آتية فيها فإذا أتيته استأذنت إن وجدته يصلي فسبق دخلت وإن وجدته فارغاً أذن لي. قال الحافظ: ورواه من حديث أبي بكر بن عياش عن مغيرة بلفظ: فتنحج بدل: فسح، وكذا رواه ابن ماجه وصححه ابن السكن وقال البيهقي: هذا مختلف في إسناده ومثته قيل: =

ولا بأس بأن يعلم^(١) النصراني القرآن؛ لأنه ربما يتوب.
وفي سير العيون: إذا قال الكافر - من أهل الحرب أو الذمة - لمسلم علمني القرآن
فلا بأس بأن يعلمه ويفقهه في الدين؛ لأن رسول الله ﷺ كان يقرأ القرآن على
المشركين.

= سبح وقيل: تنحج، قال: ومداره على عبد الله بن نجى قلت: واختلف عليه فقيل: عنه عن
علي، وقيل: عن أبيه عن علي، وقال يحيى بن معين: لم يسمعه عبد الله من علي بينه وبين
علي أبوه.

حديث جابر: أخرجه ابن أبي شيبة (١٢٦/٢)، رقم (٧٢٥٦) من طريق أبي الزبير عن
جابر موقوفاً بلفظ: التسبيح في الصلاة للرجال والتصفيق للنساء.
حديث أبي سعيد: أخرجه ابن عدي في الكامل (٧٩/٥) من طريق حماد بن زيد عن أبي
هارون العبيدي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال: «التسبيح للرجال والتصفيق
للنساء» وأبو هارون العبيدي هو عمارة بن جوين.
قال ابن معين: غير ثقة يكذب.

ينظر: سؤالات ابن الجنيدي، لابن معين، ص (١٧).
حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٣٣٠/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: التسبيح
للرجال في الصلاة والتصفيق للنساء (١٠٣٦) من طريق نافع قال: قال ابن عمر: رخص
رسول الله ﷺ للنساء في التصفيق وللرجال في التسبيح.
قال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٣٤٨/١): هذا إسناد حسن.

حديث سهل بن سعد: أخرجه البخاري (١٦٧/٢) كتاب الأذان، باب: من أم الناس ثم
جاء الإمام، الحديث (٦٨٤)، ومسلم (٣١٦/١) كتاب الصلاة، باب: تقديم الجماعة من
يصلي بهم، الحديث (٤٢١/١٠٢)، وأبو داود (٥٧٨/١) كتاب الصلاة، باب: التصفيق
في الصلاة، الحديث (٩٤٠)، والنسائي (٧٨، ٧٧/٢) كتاب الإمامة، باب: إذا تقدم
الرجل ثم جاء الوالي، وابن ماجه (٣٣٠/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: التسبيح للرجال
في الصلاة والتصفيق للنساء (١٠٣٥)، ومالك (١٦٣/١، ١٦٤) كتاب قصر الصلاة في
السفر، باب: الالتفات والتصفيق عند الحاجة في الصلاة، حديث (٦١)، والشافعي في
الأم (١٥٦/١)، والدارمي (٣١٧/١) كتاب الصلاة، باب: التسبيح للرجال والتصفيق
للنساء، وعبد الرزاق (٤٥٧/٢)، رقم (٤٠٧٢)، وأحمد (٣٣١/٥)، والحميدي (٢/
٤١٣، ٤١٤)، رقم (٩٢٧)، والبيهقي (٢٤٦/٢) كتاب الصلاة، باب: إذا نابه شيء في
صلاته، وابن حبان (٢٢٥١ - الإحسان)، وابن خزيمة (٣٣/٢)، رقم (٨٥٤)، وأبو
يعلى (٥٠٣/١٣)، رقم (٧٥١٣)، والطبراني في «الكبير»، رقم (٥٧٩٣، ٥٧٣٩،
٥٧٤٢، ٥٧٤٩، ٥٧٦٥، ٥٧٧١، ٥٨٢٤)، والبغوي في شرح السنة (٣٢٧/٢)،
والقضاعي في مسند الشهاب (١١٧٤) من طريق أبي حازم عن سهل بن سعد الساعدي
به وللحديث ألفاظ مختلفة.

(١) في أ: تعلم.

وفي كراهية فتاوى أهل سمرقند: النصراني إذا [أراد]^(١) تعلم القرآن يعلم والفقه كذلك؛ لأنه عسى يهتدي، لكن [لا]^(٢) يمس المصحف.

وإن اغتسل ثم مسه لا بأس به، وهذا قول محمد - رحمه الله - ، فقد ذكر القدوري عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يترك الكافر أن يمس المصحف من غير فصل^(٣).

ويجب على المولى أن يعلم عبده من القرآن بقدر ما يحتاج إليه لأداء^(٤) الصلوات.

وفي كراهية فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل يقرأ القرآن ويلحن في قراءته، فسمع إنسان، إن علم أنه لو لقنه الصواب لا تدخل^(٥) عليه الوحشة أو يدخله لكن لا يخرج من الطبع ولا [يقع]^(٦) بينهما عداوة يلقنه الصواب ولم يكن في سعة^(٧) من تركه، وإن علم خروجه من الطبع وخاف صولته ووقوع العداوة، فهو في سعة من ألا يخبره؛ لأنه لا يفيد^(٨).

إذا قال الرجل: «بسم الله الرحمن الرحيم»، فإن أراد به قراءة القرآن يتعوذ قبله، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾^(٩)، وإن أراد افتتاح الكلام كما يقرأ التلميذ على الأستاذ، لا يتعوذ قبله؛ لأنه لم يرد به قراءة القرآن؛ ألا ترى أن رجلاً لو

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ، د.

(٣) بدائع الصنائع (٣٧/١).

(٤) الأداء لغة هو: الإيصال، يقال: أدى الشيء: أوصله، وأدى دينه تأدية، أي: قضاها. والأداء والقضاء يطلقان في اللغة على الإتيان بالمؤقتات، كأداء صلاة الفريضة وقضائها، والإتيان بغير المؤقتات، كأداء الزكاة والأمانة، وقضاء الحقوق ونحو ذلك، والأداء هو فعل العبادة في وقتها المعين لها شرعاً.

ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون، ص (١٠٠)، والتلويح على التوضيح (١/١٦٠)، وروضة الناظر (١/١٦٨)، ومذكرة في أصول الفقه، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، دار البصيرة، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص (٤٧).

(٥) في ب، د: يدخل.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: وسعه.

(٨) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٥٧).

(٩) سورة النحل آية: ٩٨.

أراد أن يشكر فيقول: «الحمد لله رب العالمين»، لا يحتاج إلى التعوذ قبله. فعلى هذا، الجنب إذا قال: «بسم الله الرحمن الرحيم»، فإن أراد قراءة القرآن لم يجز، وإن أراد [به] ^(١) افتتاح الكلام أو التسمية لا بأس به. وفي كراهية فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: الأولى في التعوذ أن يقول: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم؛ لأن هذا موافق لما في القرآن ^(٢). وإن قال: أعوذ بالله العظيم، أو أعوذ بالله السميع العليم، جاز. لكن لا أحب أن يقول: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم إن الله هو السميع العليم؛ لأنه يصير فاصلاً بين التعوذ والقراءة، فلا تحصل القراءة عقيب التعوذ. وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل قرأ القرآن في غير الصلاة، لا يجب عليه أن يتعوذ عند افتتاح كل سورة؛ لأن الكل مجلس واحد فيكفيه التعوذ مرة. إذا أراد الرجل أن يقرأ القرآن، يستحب أن يكون على أحسن حالة، فيلبس ^(٣) صالح ثيابه، ويتعمم ويستقبل القبلة؛ لأن على القارئ تعظيم القرآن، وعلى العالم تعظيم العلم.

رجل يقرأ القرآن فكلما انتهى إلى قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ ^(٤) رفع رأسه وقال: لبيك يا سيدي، فالأحسن ألا يفعل ذلك، ولو فعل ذلك في الصلاة، قالوا لا تفسد ^(٥)، والأصح أنه يفسد؛ لأنه ليس من القرآن. وفي كراهية فتاوى أهل سمرقند: الترجيع بقراءة القرآن، تكلم المشايخ فيه، قال بعضهم: لا بأس به، لقوله ﷺ: «مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ فَلَيْسَ مِنَّا» ^(٦). وأكثرهم على أنه مكروه، لا ينبغي لأحد أن يفعل ذلك، ولا ينبغي أن يسمع إليه.

(١) سقط في د.

(٢) بدائع الصنائع (٢٠٣/١).

(٣) في م: يلبس.

(٤) سورة البقرة آية: ١٠٤.

(٥) في ب، د: يفسد.

(٦) أخرجه البخاري (٢٧٣٧/٦) كتاب التوحيد، باب: قول الله تعالى: ﴿وَأَسْرُوا قَوْلَكُمْ أَوِ اجْهَرُوا بِهِ إِنَّهُ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ﴾، حديث (٧٠٨٩)، بلفظ «ليس منا من لم يتغن بالقرآن».

ومعنى قوله: «[من]»^(١) لم يتغن، من لم يستغن، ذكره في القرشي^(٢).
 قراءة القرآن على التأليف في الصلاة لا بأس به، ومن المشايخ^(٣) [من
 استحسناً]^(٤) قراءة المفصل، ليستمع القوم ويتعلموا.
 [إن]^(٥) أراد أن يقرأ في صلاته سورة فجرى على لسانه سورة أخرى، فلما قرأ
 [منها]^(٦) آية أو آيتين أراد أن يتركها ويفتح السورة التي أراد قراءتها، لا ينبغي له أن
 يفعل ذلك؛ لقوله^(٧) (: «إذا افتتحت»^(٨) سورة فاقراها على نحوها)^(٩).
 وفي النوازل: رجل يقرأ القرآن كله في يوم واحد، والآخر يقرأ خمسة آلاف مرة:
 ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾^(١٠)، فإن كان هذا قارئاً، فقراءة القرآن كله [أحسن] و[أفضل]^(١١)
 أفضل؛ لأنه جاء في ختم القرآن ما لم يجيء في غيره^(١٢).
 وفي كراهية فتاوى سمرقند: بأن ينبغي لحامل القرآن أن يختم القرآن في كل
 أربعين يوماً، لقوله ﷺ لعبد الله بن عمر^(١٣): «فاقرأ القرآن [في] كل [كل]^(١٤)»^(١٥)

(١) سقط في د.

(٢) في ب: الغريص، وغير واضحة في د، وفي م: القرينين.

(٣) في د: مشايخنا.

(٤) في ب، د: استحسناوا.

(٥) سقط في أ، ب، م.

(٦) سقط في د.

(٧) في ب، د: قال.

(٨) في د: أراد.

(٩) هذا الحديث يوجد في كتب الحنفية وقد ذكره المصنف في المحيط البرهاني في الفقه
 النعماني (١٨/٢) بلفظ: «إذا قرأت سورة، فاقراها على نحوها»، وذكره الشرنبلالي في
 مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٢٩) بلفظ: «إن افتتحت سورة فاقراها على
 نحوها»، وينظر: حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٣٥٢).

(١٠) سورة الإخلاص آية: ١ .

(١١) سقط في د.

(١٢) البناية شرح الهداية (٥٥٦/٢).

(١٣) هكذا في النسخ، والصواب: عبد الله بن عمرو، وهو: عبد الله بن عمرو بن العاص
 السهمي، أبو محمد، بينه وبين أبيه إحدى عشرة سنة. وروى عنه جبير بن نفير وابن
 المسيب وعروة وطاوس وخرائط، كان يلوم أباه على القتال في الفتنة بأدب وتؤدة ويقول: ما
 لي ولصفيين؟! وما لي ولقتال المسلمين؟! لوددت أنني مت قبلها بعشرين سنة. قال يحيى بن
 بكير: مات سنة خمس وستين. وقال الليث: سنة ثمان وستين.

ينظر: خلاصة تذهيب الكمال (٨٣/٢)، تذهيب التهذيب (٣٣٧/٥)، التقريب =

أربعين»^(١).

إذا أراد إنسان ختم القرآن، قال عبد الله بن المبارك: يعجبني أن يختم في الصيف أول النهار، وفي الشتاء أول الليل؛ لأنه إذا ختم أول النهار فالملائكة يصلون عليه حتى يمسي، وإذا^(٢) ختم أول الليل فالملائكة يصلون عليه حتى يصبح.

من يختم القرآن في الصلاة إذا فرغ من المعوذتين في الركعة الأولى يركع ثم يقوم في الثانية ويقرأ بفاتحة الكتاب وشيئاً من سورة البقرة؛ لأن النبي ﷺ قال: «خير الناس الحالُّ المُزْتَجِلُّ» يعني: الخاتم المفتتح، [و]^(٣) إذا ختم القرآن فقد حل، وإذا افتتح فقد ارتحل^(٤).

وفي فتاوى سمرقند: بأن يكره الدعاء عند^(٥) ختم القرآن في شهر رمضان، وعند

= (١/٤٣٦)، سير أعلام النبلاء (٣/٧٩)، الكاشف (٢/١١٣).

(١٤) سقط في أ، ب، م.

(١٥) سقط في د.

(١) أخرجه الترمذي (٥/١٨١)، في القراءات، باب: في كم يختم القرآن (٢٩٤٧) وقال: هذا حديث حسن غريب. عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ «أمره أن يقرأ القرآن في أربعين».

(٢) في ب: فإذا.

(٣) سقط في د.

(٤) أخرجه الترمذي (٥/١٩٧)، رقم (٢٩٤٨)، وقال: غريب وإسناده ليس بالقوي. ومحمد بن نصر في قيام رمضان كما في مختصره للمقرئزي، ص (١٤٣)، رقم (٥٠)، والطبراني (١٢/١٦٨)، رقم (١٢٧٨٣). وأخرجه أيضاً: أبو نعيم في الحلية (٢/٢٦٠) من حديث ابن عباس.

ومن حديث زرارة بن أوفى: أخرجه الترمذي (٥/١٩٧)، عقب رقم (٢٩٤٨)، وقال: هذا عندي أصح من حديث نصر بن علي عن الهيثم بن الربيع، يعني حديث ابن عباس. وأخرجه ابن المبارك في الزهد برقم (٨٠٠) من حديث إسماعيل بن رافع عن رجل من الإسكندرية قال: قيل يا رسول الله أي العمل أفضل؟ قال: الحال المرتحل، قال: قيل له: ما الحال المرتحل؟ قال: الخاتم المفتتح، والحاكم في المستدرك (١/٥٦٩) من حديث مالك عن ابن شهاب، عن الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قام رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله أي العمل أفضل؟ أو أي العمل أحب إلى الله؟ -قال: الحال المرتحل الذي يفتتح القرآن ويختمه، صاحب القرآن يضرب من أوله إلى آخره، ومن آخره إلى أوله كلما حل ارتحل، سكت عنه الحاكم، وقال الحافظ الذهبي في التلخيص: لم يتكلم عليه الحاكم وهو على سند الصحيحين، ومقدم بن داود متكلم فيه.

(٥) زاد في د: الختم يعني.

ختم القرآن بجماعة؛ لأن هذا لم ينقل عن^(١) النبي ﷺ ولا عن الصحابة - رضي الله عنهم - .

ولهذا قال أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : لولا أن يقول أهل البلدة: يمنعنا من الدعاء وإلا لمنعتهم لكن هذا شيء لا يفتى^(٢) به؛ لأنه لا ينبغي أن يقال للعامّة ما لم يفهموا.

قراءة: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾^(٣) ثلاث مرات عند ختم القرآن لم يستحسنها بعض المشايخ.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله تعالى - : هذا [شيء] ^(٤) استحسنه أهل القرآن وأئمة الأئمة فلا بأس به^(٥)؛ لأن: «مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»^(٦).

(١) في ب: من .

(٢) في أ: لا يعني .

(٣) سورة الإخلاص آية: ١ .

(٤) سقط في أ .

(٥) المبسوط للسرخسي (١٥/١٦٠)، الاختيار لتعليل المختار (١/٦٨)، تبيين الحقائق (٣/٣٢١)، العناية شرح الهداية (٩/٩٧).

(٦) ورد موقوفاً عن عبد الله بن مسعود من طرق: فأخرجه أحمد (١/٣٧٩)، والبخاري (١/٨١ - كشف)، رقم (١٣٠) كلاهما من طريق أبي بكر بن عياش عن عاصم عن زر بن حبیش عن ابن مسعود قال: إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد، ثم نظر في قلوب العباد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم أنصار دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح .

ومن طريق أحمد أخرجه الحاكم في المستدرک (٣/٧٨) مختصراً وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي، وقال السخاوي في المقاصد الحسنة، ص (٣٦٧): وهو موقوف حسن .

قلت: وقد وهم السخاوي في هذا الحديث حيث عزاه إلى الإمام أحمد في السنة، وقال: ووهم من عزاه للمسند .

فظهر من تخريج الأثر أنه رحمه الله هو الواهم في توهيم من عزاه هذا الأثر إلى المسند . وللحديث طريق آخر قد أشار إليه البزار فقال عقب الطريق الأول: رواه بعضهم عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله .

وهذا الطريق أخرجه أبو داود الطيالسي (١/٣٣ - منحة) رقم (٦٩)، ومن طريقه أبو نعيم في حلية الأولياء (١/٣٧٥) من طريق عاصم عن أبي وائل عن ابن مسعود .

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١/١٢٥) وقال: رواه أحمد والبزار =

إلا أن يكون ختم [القرآن]^(١) في الصلاة فلا يزيد على مرة واحدة .
 القراءة في الأسبوع جائزة، [و]^(٢) في المصحف أحب ؛ لأن الصحابة - رضي الله
 عنهم - كانوا يقرؤون في المصحف، والأسبوع محدثة .
 وفي أول كراهية واقعات الناطفي : يكره أن [يصغّر المصحف ويكتب بقلم دقيق ؛
 لأن فيه تحقير المصحف والصواب توقيره]^{(٣)(٤)} .
 [والواجب توقيره]^(٥) المصحف إذا صار خلقاً إن^(٦) صار بحال لا يقرأ منه ،
 ويخاف أن يضيع، يجعل في خرقة طاهرة ويدفن ؛ لأن المسلم إذا مات يدفن
 فكذلك المصحف .

وإذا صار خلقاً كان دفنه أولى من وضعه موضعاً يخاف أن يقع عليه النجاسة أو
 نحو ذلك، ولكن ينبغي أن يلحد^(٧) له ولا يشق [له ؛ لأنه]^(٨) متى شق ودفن يحتاج

= والطبراني في «الكبير» ورجاله موثقون . وقال الحافظ ابن كثير في تحفة الطالب ،
 ص (٤٥٥) : هذا مأثور عن عبد الله بن مسعود بسند جيد .

- (١) سقط في أ .
- (٢) سقط في أ .
- (٣) سقط في أ ، ب .
- (٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣١٩/١) ، مجمع الأنهر (٢/٥٥٤) ، الدر المختار والدر
 المختار وحاشية ابن عابدين (٣٨٦/٦) .
- (٥) سقط في د .
- (٦) في أ : أو .
- (٧) اللحد وهو الحفر للميت في جانب القبر .

وصفة اللحد عند أبي حنيفة : أن يحفر القبر، ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة فيوضع
 فيه الميت . وصفة الشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر، فيوضع فيه الميت ويجعل على
 اللحد اللبن والقصب . لما روي أنه وضع على قبر رسول الله ﷺ طن من قصب، وإذا
 كانت الأرض رخوة فلا بأس بالشق .

وقال مالك : كل ذلك واسع واللحد أحب وهو الحفر في قبلة القبر، والشق في وسطه .
 وذهب الشافعية إلى أن اللحد في الأرض الصلبة أفضل من الشق، لحديث سعد بن أبي
 وقاص السابق، وأما في الرخوة فالشق أفضل خشية الانهيار .

والصحيح من مذهب الحنابلة : أن اللبن أفضل من القصب، وعليه أكثر الأصحاب .
 وقالوا : إن كانت الأرض رخوة لا يثبت فيها اللحد شق للحاجة، وإن أمكن أن يجعل
 فيها اللحد من الجنادل واللبن والحجارة جعل ولم يعدل إلى الشق .

ينظر : بدائع الصنائع (٣١٨/١) ، تبين الحقائق (١/٢٤٥) ، البحر الرائق (١/٢٠٨) ،
 الفتاوى الهندية (١/٢٠٨) ، التاج والإكليل (٢/٢٣٣) ، المجموع (٥/٢٤٦) ، نهاية

إلى إهالة التراب عليه، وفي ذلك نوع تحقير واستخفاف بكلام الله تعالى. وإن شق له وجعل فوقه سقفاً بحيث لا يصل التراب إليه فهو حسن - أيضاً - .
 وقيل: لو غسل بالماء حتى يذهب ما فيه فهو حسن^(١) - [أيضاً]^(٢) ^(٣) - .
 وقيل: لو وضع في موضع طاهر لا يصل إليه يد المحدثين^(٤)، ولا يصل إليه الغبار فهو حسن - أيضاً^(٥) .

رجل يكتب الفقه وبجانبه رجل يقرأ القرآن ولا يمكنه أن يسمع^(٦) قراءته^(٧)، كان الإثم على القارئ؛ لأنه قرأه في موضع اشتغل فيه الناس بأعمالهم^(٨)، ولا^(٩) شيء على الكاتب^(١٠) .

وفي الاستحسان^(١١): [و]^(١٢) لا يقرأ القرآن في المخرج والمغتسل والحمام؛ لأنه موضع الأنجاس .

وفي القدوري: أطلق محمد - رحمه الله - القراءة في الحمام^(١٣) .
 وفي صلاة النوازل: [قراءة القرآن]^(١٤) في الحمام على وجهين، إن رفع صوته

= المحتاج (٥/٣)، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، لمحمد بن عمر بن علي بن نوي الجاوي أبي عبد المعطي، دار الفكر، بيروت، ط (١) (١٥٤/١)، الإنصاف (٢/٥٤٦)، كشاف القناع (٢/١٣٢)، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، للقساضي عياض، المكتبة العتيقة ودار التراث (١/٣٥٥) .

- (٨) في د: إلا أنه .
- (٩) في أ: أحسن .
- (١٠) سقط في ب .
- (١١) زاد في أ: وقيل: لو غسل بالماء حتى يذهب ما فيه فهو حسن .
- (١٢) في أ: المحدثين .
- (١٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٢١) .
- (١٤) في ب: يستمع .
- (١٥) في د: القرآن .
- (١٦) في أ: أعمالهم .
- (١٧) في د: فلا .
- (١٨) في أ: المكاتب .
- (١٩) في د: باب الاستنجاء .
- (٢٠) سقط في د .
- (٢١) البحر الرائق (١/٢١٣) .
- (٢٢) في أ، ب: القراءة .

يكره، وإن لم يرفع بل يقرأ خفيًا لا يكره، وهو المختار^(١).
وفي كراهية النوازل: قراءة القرآن عند القبور، عند أبي حنيفة تكره^(٢)، وعند
محمد - رحمهما الله - لا تكره^(٣)، [و]^(٤) هو المختار^(٥).
ومشايخنا أخذوا بقول محمد - رحمه الله -^(٦).
ثم هل ينفع قالوا: «يرجى له مرده بي بزمان ما شدا» ما في ما عدا ذلك القراءة
عند القبر وغير القبر سواء؛ لأن الله تعالى يسمع [حيث]^(٧) ما قرأ، والمختار أنه
ينفع؛ لأن الأخبار وردت بقراءة آية الكرسي وسورة الإخلاص والفاتحة^(٨) وغير
ذلك.
وفي أول كراهية فتاوى سمرقند: أن رجلاً^(٩) مات، فأجلس وارثه رجلاً يقرأ
القرآن على قبره، تكلموا فيه، فمنهم من كره ذلك، والمختار: أنه ليس بمكروه،
ويكون المأخوذ في هذا الباب قول محمد - رحمه الله -^(١٠).
وقد حكى عن الشيخ أبي بكر العياضي - رحمه الله - أنه أوصى عند موته بذلك،
ولو كان مكروهاً لما أوصى [بذلك]^(١١)، وسيأتي بعض مسائل القرآن في كتاب
الاستحسان - إن شاء الله [تعالى]^(١٢).

(١) تحفة الملوك (في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان)، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر
الرازي، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)،
١٤١٧هـ، ص (٨٥)، البحر الرائق (١/٢١٣).

(٢) في أ: يكره.

(٣) في أ: يكره.

(٤) سقط في ب.

(٥) تحفة الملوك، ص (٨٥)، البحر الرائق (١/٢١٣).

(٦) البحر الرائق (١/٢١٣).

(٧) سقط في د.

(٨) الاختيار لتعليل المختار (٤/١٧٩)، مجمع الأنهر (٢/٥٥٢).

(٩) في ب: بأن رجل.

(١٠) تبين الحقائق (١/٢٤٦).

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) سقط في أ.

الفصل السابع عشر

[في المساجد]^(١)

مسجد بني على سور المدينة، لا ينبغي أن يصلى فيه؛ لأن السور للعامّة، فلم يحصل خالصاً لله تعالى؛ [فصار]^(٢) كما لو بني على أرض الغصب، وهو^(٣) جواب أبي القاسم الصفار - رحمه الله - .

وذكر في واقعات الناطفي في كتاب الحظر والإباحة: قال أبو يوسف^(٤) - رحمه الله - إذا بني في أرض غصب مسجد أو حمام أو حانوت فلا بأس بالصلاة في المسجد ولا يستأجر الحمام والحانوت، ويدخل الحانوت لشراء^(٥) متاع^(٦). وفي فتاوى سمرقند: بأن مسجدين، يصلي الرجل في أقدمهما بناء؛ لأن له زيادة حرمة، وإن كانا سواء يصلي في أقربهما من منزله، فإن استويا يخير؛ لأنه لا ترجيح لأحدهما.

وإن كان قوم أحدهما أكثر، فإن كان [هو]^(٧) فقيهاً يذهب [إلى الذي قومه أقل لتكثير الناس بذهابه إليه، وإن لم يكن، يذهب حيث أحب]^(٨). رجل في محلته^(٩) مسجد فحضر [المسجد]^(١٠) الجامع لكثرة جماعته، قالوا: الصلاة في مسجده أفضل، قل أهل مسجده أو كثر؛ لأن لمسجده حقاً عليه، وليس لذلك^(١١) المسجد حق عليه، فلم يقع التعارض^(١٢) للترجح بكثرة^(١٣) الجمع.

(١) في أ، ب: في المساجد، وفي د: مسائل المساجد.

(٢) سقط في د.

(٣) في ب: وهذا.

(٤) في أ، م: أبو حنيفة.

(٥) في ب: بشراء.

(٦) البحر الرائق (٨/١٣١).

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) في أ: في محليه.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ: كذلك.

(١٢) التعارض لغة: مصدر تعارض الشيطان إذا تقابلا، تقول: عارضته بمثل ما صنع أي أتيت بمثل ما أتى، فتعارض البيتين أن تشهد إحداهما بنفي ما أثبتته الأخرى أو بإثبات ما نفتته.

ينظر: الصحاح في اللغة (٣/١٠٨٧)، المطلع، ص (٤٠٥).

المؤذن إذا لم يحضر لا يذهب القوم إلى مسجد آخر بل يؤذن القوم ويصلي وإن كان واحدًا؛ لأن حق هذا المسجد عليه، فمتى صلى صار مؤدّيًا حق المسجد. وفي أول صلاة واقعات الناطفي: مؤذن مسجد ليس بحضرة مسجد أحد^(١)، [يؤذن ويقيم ويصلي وحده أحب إلي من أن يصلي في غيره؛ لأن حق هذا المسجد عليه وحق مسجد آخر ليس عليه^(٢)].

إذا فاتته التكبيرة الأولى في مسجده أو ركعة أو ركعتان، فالأفضل له أن يصلي ثمة ولا يذهب إلى مسجد آخر^(٣)؛ لأن لهذا المسجد حقًا عليه. الصلاة على الجنائز في المسجد الذي تقام فيه الجماعة، فهذه المسألة على أربعة أوجه:

إن كانت الجنائز والإمام والقوم في المسجد، فالصلاة مكروهة بالاتفاق. وإن كان الإمام مع [بعض]^(٤) القوم والجنائز خارج المسجد وباقي القوم في المسجد^(٥)، ذكر نجم الدين [النسفي]^(٦) في فتاويه: أن الصلاة غير مكروهة بالاتفاق.

وكثير من مشايخنا ذكروا في هذه الصورة: اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: يكره، وإليه مال شمس^(٧) الأئمة الحلواني - رحمه الله - والشيخ الإمام الزاهد ركن الإسلام الصفار^(٨) - رحمه الله -.

(١٣) في ب: لترجح تكثيره.

(١) في أ، ب: آخر.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٥٥٥).

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: شيخ.

(٨) هو: إبراهيم بن إسماعيل بن أحمد، أبو إسحاق، ركن الإسلام البخاري الصفار: فقيه حنفي زاهد، يقال له: الزاهد الصفار، من أهل بخارى، ووفاته فيها سنة (٥٣٤هـ). كان شديدًا في قمع السلاطين. نفاه السلطان سنجر إلى مرو. له تصانيف، منها كتاب السنة والجماعة، وتلخيص الأدلة لقواعد التوحيد.

ينظر: الفوائد البهية، ص (٧)، والأعلام للزركلي (١/٣٣).

وحكي أن هذه الواقعة وقعت في زمن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - فجلس ولم يصل، وتابعه من كان معه في مسجد الأنبار^(١)، ثم زجر الناس على المنبر أشد الزجر، وقال: هذه بدعة^(٢).

وبعض مشايخنا قالوا: لا تكره الصلاة في هذه الصورة.

وإن كانت الجنازة وحدها خارج المسجد، والقوم مع الإمام في المسجد، ففيه اختلاف [المشايخ]^(٣) - أيضًا -.

[وإن كانت الجنازة وحدها في المسجد، والإمام والقوم خارج المسجد ففيه^(٤) اختلاف المشايخ - أيضًا -]^(٥).

ذكر^(٦) في واقعات الناطفي: يكره الوضوء في المسجد والمضمضة [والاستنشاق^(٧) - أيضًا -]^(٨) إلا أن يكون موضعًا فيه اتخذ للوضوء [ولا موضعٌ يصلى فيه]^(٩)(١٠).

(١) الأنبار: - بفتح أوله - مدينة قرب بلخ، وهي قصبة ناحية جوزجان، وبها كان مقام السلطان، وهي على الجبل، وهي أكبر من مرو الروذ وبالقرب منها، ولها مياه وكروم وبساتين كثيرة، وبنائهم طين، وبينها وبين شبورقان مرحلة في ناحية الجنوب. وفتحت الأنبار في أيام أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - سنة اثنتي عشرة (١٢) للهجرة على يد خالد بن الوليد، ولما نزلهم سألوهم الصلح فصالحهم على أربعمئة ألف درهم وألف عباءة قطوانية في كل سنة، ويقال: بل صالحهم على ثمانين ألفًا، والله أعلم. وينسب إليها المسجد المعروف بمسجد أنبار.

ينظر: معجم البلدان (١/٢٥٧، ٢٥٨).

(٢) البدعة تطلق في اللغة من باب: بدع الشيء بيدعه بدعًا، وابتدعه: إذا أنشأه وبدأه، والابتدع: الذي يأتي أمرًا على شبه لم يكن ابتداءه هو. واصطلاحًا: الفعل المخالفة للسنة.

ينظر: المفردات، للأصفهاني، ص (٥٠)، الكلبيات، للكفوي (١/٣٨٩)، التعريفات، لابن الكمال، بيروت، لبنان، ص (٢٨)، التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، ص (١١٨)، التعريفات، للجرجاني، ص (٤٤).

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ، ب: فيه.

(٥) سقط في د.

(٦) في م: ذكره.

(٧) زاد في د: فيها.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) سقط في د.

البزاق في المسجد، لا يلقى لا فوق البواري^(١) ولا تحت البواري^(٢)؛ للحديث المعروف: «إِنَّ الْمَسْجِدَ لَيَنْزَوِي^(٣) مِنَ النَّخَامَةِ^(٤) . . .»^(٥) الحديث .
ويأخذ^(٦) النخامة بكمه أو بشيء من ثيابه، فإن اضطر إلى ذلك كان إلقاء^(٧) البزاق في المسجد فوق^(٨) البواري^(٩) أيسر منه من تحت البواري^(١٠)؛ لأن البواري^(١١) ليست من المسجد، حقيقة، وإن كان لها حكم المسجد، وما تحت البواري^(١٢) من المسجد حقيقة وحكمًا، فإذا ابتلي بليتين^(١٣) يختار أهونهما .
في طهارة فتاوى سمرقند: بأن يكره مسح الرجل من الطين والرّدْغَة بأسطوانة المسجد، أو بحائط^(١٤) من حيطانه؛ لأن حكمها حكم المسجد .
وإن مسح ببردي المسجد أو بقطعة حصيرة مُلقاة فيه فلا بأس به؛ لأن حكمه ليس حكم المسجد ولا له حرمة المسجد، هكذا قالوا، والأولى ألا يفعل .

(١٠) البحر الرائق (٣٧/٢) .

(١) في أ، ب: البوادي . والبواري: الحصر المنسوج من القصب، والى بيعه ينسب أبو علي الحسن بن الربيع بن سليمان، البوّاري، البجلي، الكوفي شيخ البخاري ومسلم المتوفى سنة ٢٢١هـ والبوروي، والبوريّة، والبورياء، والباريّة: الحصر المنسوج .
ينظر: تاج العروس (١٠/٢٥٤، ٢٥٥) .

(٢) في أ، ب: البوادي .

(٣) في أ: ليروي .

(٤) في أ: النجاسة .

(٥) أخرجه عبد الرزاق (٤٣٣/١)، رقم (١٦٩١)، وابن شبة في تاريخ المدينة (٢٦/١) من طريق زياد بن ملقط قال: سمعت أبا هريرة يقول: «إِنَّ الْمَسْجِدَ لَيَنْزَوِي مِنَ النَّخَامَةِ كَمَا تَنْزَوِي الْبُضْعَةُ أَوْ الْجِلْدَةُ فِي النَّارِ»، وابن أبي شيبه في المصنف (١٤٤/٢) رقم (٧٤٧١) من طريق يزيد بن منقذ، عن أبي هريرة، قال: «إِنَّ الْمَسْجِدَ لَيَنْزَوِي مِنَ الْمُخَاطِ، أَوْ النَّخَامَةِ، كَمَا تَنْزَوِي الْجِلْدَةُ فِي النَّارِ» .

(٦) في د: وتؤخذ .

(٧) في أ: ألقى .

(٨) زاد في أ: و .

(٩) في أ، ب: البوادي .

(١٠) في أ، ب: البوادي .

(١١) في أ، ب: البوادي .

(١٢) في أ، ب: البوادي .

(١٣) في د: بين بليتين .

(١٤) في د: بما يحيط به .

وإن مسح بتراب في المسجد، فإن كان التراب مجموعًا لا بأس به، وإن كان مُنْبَسَطًا يكره، وهو المختار، وإليه مال أبو القاسم الصفار - رحمه الله - ؛ لأن له حكم الأرض، فكان^(١) من المسجد.

وإن مسح بخشبة موضوعة في المسجد لا بأس به^(٢)؛ لأنه ليس لهذه الخشبة حكم المسجد فلا يكون لها حرمة المسجد.

وفي كراهية العيون: إذا كان في المسجد عش الخطاف [يسكن]^(٣) ويقدر المسجد فلا بأس بأن يرموا^(٤) [بما فيه؛ لأن]^(٥) فيه تنقية المسجد.

[و]^(٦) لا يتخذ في المسجد بئر [للماء؛ لأنه يخل بحرمة]^(٧) المسجد، فإنه يدخله^(٨) الحائض والجنب، وإن حفر فهو^(٩) ضامن لما حفر، إلا إن^(١٠) كان قديمًا، يترك كبئر زمزم في المسجد الحرام.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا أراد أن يحفر [بئرًا]^(١١) في المسجد، أو في محلة^(١٢)، فإن كان فيه نفع من كل وجه، ولا ضرر [فيه]^(١٣) بوجه من الوجوه، فله ذلك، والفتوى على الأول.

غرس الأشجار في المسجد، إن كان فيه نفع المسجد فلا^(١٤) بأس به، وإلا فلا. ونفع المسجد: أن يكون المسجد إذا ترك^(١٥)، وأساطينه^(١٦) لا تستقر^(١٧)،

(١) في أ: وكان.

(٢) في أ: له.

(٣) سقط في أ، ب، وزاد في د: يراسترو.

(٤) في أ: ترموا.

(٥) في د: إنما.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: الماء لأنه تخيل حرمة.

(٨) في أ، ب: يدخل.

(٩) في أ: وهو.

(١٠) في أ: إنما، وفي ب: ما.

(١١) سقط في د.

(١٢) في د: المحلة.

(١٣) سقط في أ، ب.

(١٤) في أ، ب: لا.

(١٥) في أ: دانز.

فيغرس الأشجار ليجذب^(١) ذلك عروقها، فحينئذ يجوز، وبدون ذلك لا يجوز؛ لأن غرس الأشجار في المسجد تشبيه^(٢) له بالبيعة، وذلك لا يجوز إلا لحاجة^(٣). [قالوا]^(٤): إنما جوز [ذلك مشايخنا]^(٥) في جامع بخارى لما قلنا من الحاجة. [و]^(٦) لا بأس بأن يتخذ في المسجد بيت [تتخذ]^(٧) فيه البواري^(٨)، لتعامل الناس فيه من غير تكبير^(٩) [منكر]^(١٠). وسيأتي [بعض]^(١١) مسائل المسجد في كتاب الوقف إن شاء الله تعالى^(١٢).



-
- (١٦) في أ: واسطوانته.
 (١٧) في ب: يستقر.
 (١) في أ: ليحدث.
 (٢) في أ: يتهياً، وفي ب: تشبهاً.
 (٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٠/٥).
 (٤) سقط في أ، ب.
 (٥) في ب: مشايخنا ذلك.
 (٦) سقط في أ، ب.
 (٧) سقط في د.
 (٨) في أ: البوادي.
 (٩) في أ: مكثر.
 (١٠) سقط في د.
 (١١) سقط في د.
 (١٢) زاد في ب: وحده.

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الصلاة^(١)

(١) الصلاة في اللغة: الدُّعَاءُ. قال الله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٣] أي: ادع لهم. وقال الأعشى:

وَقَابَلَهَا الرِّيحُ فِي ذَنْهَا وَصَلَّى عَلَى ذَنْهَا وَازْتَسَمَ
أي: دعا وكَبَّرَ، وهي مشتقة من الصَّلَوَيْنِ، قالوا: ولهذا كتبت الصلاة (بالواو) في المصحف.

وقيل: هي من الرحمة. والصَّلَوَاتُ: واحدها: صَلَا كَعَصَا، وهي عِزْقَانٍ من جانبي الذَّنْبِ، وقيل: عظامان يُتَحَنَّنَانِ في الركوع والسجود. وقال ابن سيده: الصَّلَاةُ، وَشَطِ الظَّهْرِ من الإنسان، ومن كل ذي أربع، وقيل: هو ما انحدر من الوَرَكَيْنِ. وقيل: الفُرْجَةُ التي بين الجاعرة والذَّنْبِ، وقيل: هو ما عن يمين الذَّنْبِ وشماله. وقيل في اشتقاق الصلاة غير ذلك. ينظر: لسان العرب (٤/٢٤٩٠، ٢٤٩١)، تهذيب اللغة (٢/٢٣٦، ٢٣٧)، ترتيب القاموس (٢/٨٤٧).

واصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: أركان مَحْضُوصَةٌ، وأذكار مَعْلُومَةٌ بشرائط محصورة في أوقات مقدرة.

وعند الشافعية: أقوال وأفعال مُفْتَتِحَةٌ بالتكبير، مُخْتَمَةٌ بالتسليم.
وعند الحنابلة: أقوال وأفعال مَحْضُوصَةٌ، مُفْتَتِحَةٌ بالتكبير، مختتمة بالتسليم.
ينظر: الاختيار (١/٣٧)، فتح الوهاب (١/٢٩)، حاشية قليوبي على المنهاج (١/١١٠)، المبدع (١/٢٩٨).

وقد فرضت الصَّلَاةُ ليلة الإسراء قبل الهجرة بِمُدَّةٍ وجيزة تبلغ سَنَةً أو أقل، وأوَّلُ ما فرضت على النبي ﷺ، كانت خمسين صَلَاةً في اليوم واللييلة، فما زال ﷺ يطلب التخفيف من رَبِّهِ حتى جعلها خَمْسًا في الفعل والعمل؛ وخمسين في الأجر والثواب ﴿مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرٌ أَمْثَلِهَا﴾ وكان كل هذا ليلة الإسراء، ودليل وجوبها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [المزمل: ٢٠] فإن لفظ «أقيموا» فعل أمر، والأمر للوجوب، فتكون الصَّلَاةُ واجبةً.

وقوله ﷺ: «بني الإسلام على خَمْسٍ: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت لمن استطاع إليه سبيلاً».
حكمة الصلاة: للصلاة المفروضة حِكْمَةٌ عَظِيمَةٌ وفوائد جلييلة، ذلك أنها تَمُنِّعُ صاحبها من ارتكاب الذنوب، وَفُرْبَانِ الفواحش، وفعل المنكرات، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾ [العنكبوت: ٤٥] كما أنها تبيِّن المسلم من الكافر، والبارَّ من الفاجر، والصالح من الفاسق، وفيها إذلال، وتحشُّر من الشيطان؛ حيث أمره الله بالسجود لأدم فأبى واشتكر، وقال: ﴿ءَأَسْجُدُ لِمَنْ خَلَقْتَ طِينًا﴾ ولما

[هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً^(١)]:

* الفصل الأول: في بيان الأحكام التي تتعلق بشرائط الصلاة قبل الشروع فيها

وإنه أنواع:

الأول: يرجع إلى ستر العورة.

الثاني: يرجع إلى المكان.

الثالث: يرجع إلى طهارة ثياب المصلي.

* الثاني: في بيان الأحكام المتعلقة بشرائط الصلاة قبل الشروع فيها، وإنه على نوعين:

نوع في تكبيرة الافتتاح.

نوع في القراءة؛ وهذا النوع ينقسم أقساماً:

١- في حدها.

٢- في محلها وقدرها.

٣- في الجهر والمخافتة.

* الثالث: فيما يكره من القراءة وما لا يكره، ويدخل فيه إجابة المؤذن وبيان الأذان

المعتبر يوم الجمعة، وتكرار الجماعة في مسجد واحد، ووقت قيام الإمام

والقوم للشروع وتمام الإقامة في الموضع الذي بدأ بها فيه، ومتى يكبر الإمام،

وحكم المتغوط إذا سمع الأذان في الفصل التاسع عشر.

= أمر الله إِبْنَ آدَمَ بالسجود لرَبِّهِ امْتِثِلْ وَأَطَاعَ، ولذلك وُردَ أن العَبْدَ إذا سجد بكى الشيطان وقال: يا

ويلي، أَمَرَ ابن آدم بالسجود فسجد، فله الجنة، وأَمُرْتُ بالسجود فلم أسجد، فلي النار.

على أن الله سبحانه وتعالى أراد أن يُكَافِيَ العَبْدَ على إسلامه، فجعل له مَنزِلَةً عالية لا

يُحِطُ بِهَا إلا من نَطَقَ بالشهادتين، هذه المنزلة هي وُجُودُ العبد في حَضْرَةِ رَبِّهِ، ووقوفه بين

يدي ملكه ومالك أمره، ومُنَاجَاتِهِ لخالقه ومُضَوَّرِهِ، وجعله في السجود مُسْتَجَابَ الدعاء.

قال رسول الله ﷺ: «أَقْرَبُ ما يكون العَبْدُ من ربه، وهو ساجِدٌ، فأكثرُوا من الدعاء».

فائدة في «شرح المسند» للرافعي: أن الصُّبْحَ كانت صلاة آدم، والظهر كانت صلاة

داود، والعصر كانت صلاة سليمان، والمغرب كانت صلاة يعقوب، والعشاء كانت

صلاة يونس، وأورد في ذلك خبراً، فجمع الله سبحانه وتعالى جميع ذلك لنبينا ﷺ

ولأتمته تَعْظِيماً له، ولكثرة الأجر له ولأتمته.

(١) في د: وفصوله ستة وعشرون.

* الرابع: فيما يفعله المصلي في صلاته بعد الافتتاح، وفيه بعض مسائل المقتدين وفيه بيان ما إذا ركع المقتدي وسجد قبل الإمام، وفيه المسبوق^(١) هل يأتي بالثناء.

* الخامس: في مسائل المسبوق واللاحق، والمسبوق هل يأتي بتكبير التشريق في فصل الرابع.

* السادس: فيما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته وما لا يكره، وفيه ويتصل به كون الإمام أو القوم على الدكان والصلاة إلى بيوت، أو كانوا فيه نار، والصلاة إلى النجاسة والمتوضأ والمخرج والمغتسل والحمام.

* السابع: فيما يفسد الصلاة وما لا يفسد، ويدخل فيه مسائل الفقهية والضحك.

* الثامن: في بيان من يصح الاقتداء به ومن لا يصح، وبيان ما يغير حال المقتدي والمتقدم والإمام وبيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع، ويتصل بهذا الفصل مسائل المحاذاة.

* التاسع: في المرور بين يدي المصلي، ودرء المار، ومسائل السترة.

* العاشر: في النوافل وفواتها عن وقتها؛ وفي التراويح، والقنوت.

* الحادي عشر: في بيان المكان الذي فيه الرجل بالسنن.

* الثاني عشر: فيمن سلم وعليه شيء من أفعال الصلاة، وفي ارتفاع بعض أفعال الصلاة.

* الثالث عشر: في السهو في الصلاة.

* الرابع عشر: في مسائل الشك والاختلاف الواقع بين الإمام والمأموم، وفيه مسائل التفكير في الصلاة.

* الخامس عشر: في الفوائت.

(١) المسبوق: هو من لم يدرك أول صلاة الإمام. ينظر: البحر الرائق (١/٦٦١)، الفتاوى الهندية (١/٩٠).

- * السادس عشر: في سجدة التلاوة .
- * السابع عشر: في صلاة المسافرين .
- * الثامن عشر: في الحدث والاستخلاف .
- * التاسع عشر: في الجمعة والعيدين والصلاة بعرفات وتكبير التشريق، وفيه المتغوط إذا سمع الإنسان^(١)، وفيه والمسبوق هل يأتي بتكبير التشريق .
- * العشرون: في صلاة المريض، ويدخل فيه مسائل المجنون والمغمى عليه .
- * الحادي والعشرون: في الصلاة على الدابة .
- * الثاني والعشرون: في العرأة إذا صلوا .
- * الثالث والعشرون: في صلاة الخوف والكسوف والخسوف والاستسقاء .
- * الرابع والعشرون: في الرجل يصلي ومعه شيء من النجاسات .
- * الخامس والعشرون: في الجنائز .
- * السادس والعشرون: في المتفرقات]^(٢) .

* * *

(١) كذا في د، والصواب: الأذان .

(٢) من أول قوله: «الفصل الأول...» إلى هنا سقط في أ، ب، م .

[شرائط الصلاة قبل الشروع فيها]

[الفصل^(١) الأول]

في بيان الأحكام التي تتعلق^(٢) بشرائط الصلاة قبل الشروع [فيها]^(٣) وذلك [ثلاثة]^(٤) أنواع:

نوع [منها]^(٥) يرجع إلى ستر العورة.

[ونوع يرجع إلى المكان.

ونوع يرجع إلى طهارة ثياب المصلي]^(٦).

فنقول: عورة الرجل من تحت سرتة حتى تجاوز ركبته، فسرة الرجل ليست

بعورة عندنا، وركبته عورة وهي مسألة [كتاب]^(٧) الاستحسان^(٨).

(١) سقط في أ، ب، م.

(٢) في ب: يتعلق.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، ب، م.

(٦) سقط في أ، ب، م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) جمهور الفقهاء على أن عورة الرجل هي من الجسد ما بين السرة والركبة.

ويرى الإمام مالك والإمام ابن حزم - رحمهما الله - أن الفخذ ليس بعورة، وقد استدلل

الجمهور على أن الفخذ من العورة بما روي عن جرهد الأسلمي من أصحاب الصفة قال:

جلس رسول الله ﷺ عندنا وفخذي منكشفة، فقال: «أما علمت أن الفخذ عورة» رواه أبو

داود والترمذي ومالك في الموطأ [أخرجه أبو داود الطيالسي (١٦٢، ١٦٣)، الحديث

(١١٧٦)، وأحمد (٤٧٨/٣)، والدارمي (٢٨١/٢) كتاب الاستئذان، باب: في أن

الفخذ عورة، والبخاري في التاريخ الكبير، الترجمة (٢٣٥٤)، وأبو داود (٣٠٣/٤)

كتاب الحقام، باب: النهي عن التعري، الحديث (٤٠١٤)، والترمذي (١١٠/٥) كتاب

الأدب، باب: ما جاء أن الفخذ عورة، الحديث (٢٧٩٥)، والبيهقي (٢٨٨/٢) كتاب

الصلاة، باب: عورة الرجل، من حديث جرهد المذكور: «أن النبي ﷺ مر به وهو

كاشف عن فخذة، فقال: أما علمت أن الفخذ عورة» وأخرجه ابن حبان (٣٥٣)،

والحميدي (٢٧٩/٢)، رقم (٨٥٧)، وابن أبي شيبه (١١٨/٩)، والدارقطني (١/

٢٢٤)، والحاكم (١٨٠/٤)، من طرق، عن جرهد به، وبما رواه أبو داود وابن ماجه

أن النبي ﷺ قال لعلي -رضي الله عنه -: «لا تبرز فخذك»، وفي رواية: «لا تبرز

فخذك ولا تنظر إلى فخذ حي ولا ميت» [أخرجه أحمد في المسند (١٤٦/١)، وعزاه

ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٧٨/١) كتاب الصلاة (٤) الحديث (٤٣٨)، إلى البزار،

إلا أنه إذا ستر مقدار ما ذكرنا وصلى كذلك يكون مسيئاً، بخلاف ما إذا صلى^(١) في ثوب واحد متوشحاً^(٢) [به]^(٣).
 وتفسير التوشح: أن يفعل بالثوب^(٤) كما^(٥) يفعل القصار في المقصرة إذا لف الكرباس على نفسه فإنه^(٦) لا يكون مسيئاً.
 وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن الصلاة في السراويل الواحد^(٧) يشبه فعل [أهل]^(٨) الجفاء، وفي [الثوب]^(٩) الذي يتوشح به أبعد من الجفاء، و[في]^(١٠) قميص وإزار عادة^(١١) الناس وعملهم^(١٢).

= وأخرجه أبو داود في السنن (١٣/٥٠١ - ٥٠٢) كتاب الجنائز (١٥)، باب: ستر الميت عند غسله (٣٢)، الحديث (٣١٤٠)، وأخرجه ابن ماجه في السنن (١/٤٦٩) كتاب الجنائز (٦)، باب ما جاء في غسل الميت (٨)، الحديث (١٤٦٠)، وأخرجه الحاكم في المستدرک (٤/١٨٠، ١٨١) كتاب اللباس، باب: إن الفخذين عورة، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢/٢٢٨) كتاب الصلاة، باب: عورة الرجل. بل إنه ﷺ نهى أن يتعري المرء ويكشف عورته حتى إذا لم يكن معه غيره فقال: «إياكم والتعري فإن معكم من لا يفارقكم إلا عند الغائط وحين يفضي الرجل إلى أهله» [أخرجه الترمذي من رواية ابن عمر رضي الله عنهما، في السنن (٥/١١٢) كتاب الأدب (٤٤)، باب: ما جاء في الاستتار عند الجماع (٤٢)، الحديث (٢٨٠٠)، وقال: (هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه)].

وقيل: إن جميع بدن الرجل عورة بالنسبة للمرأة الأجنبية كما أن جميع بدن عورة بالنسبة له، فلا يجوز له الكشف أو كشف شيء منه أمام الأجنبية كما لا يجوز لهن النظر إليه.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٩٠٤)، وشرح مختصر خليل، للخرشي (٢/١٣١)، ومغني المحتاج (٣/١٢٩)، والمغني لابن قدامة (٧/١٠١).

- (١) في د: صار.
- (٢) في أ: متوشحاً.
- (٣) سقط في د.
- (٤) زاد في أ: كما يفعل بالثوب.
- (٥) في د: مثلما.
- (٦) في أ، م: ولأنه، وفي ب: فلأنه.
- (٧) في ب: سراويل واحد.
- (٨) سقط في أ، ب.
- (٩) سقط في أ، ب، م.
- (١٠) سقط في أ، ب، م.
- (١١) في أ: أجلاف، وفي ب، د، م: أخلاف.
- (١٢) في ب، د: تجملهم.

وذكر ابن شجاع - رحمه الله - أنه إذا كان محلول الإزار وكان [بحال] ^(١) إذا نظر رأى عورة نفسه من جيبه ^(٢)؛ لم تجز صلاته ^(٣).

وهكذا [ذكر] ^(٤) هشام في نوادره، والمذكور في نوادر هشام: إذا صلى في قميص واحد وهو محلول الجيب ^(٥) وانفتح ^(٦) جيبه ^(٧) حتى [لو] ^(٨) نظر رأى عورة نفسه فصلاته فاسدة ^(٩).

وزاد ^(١٠) فقال ^(١١): وإن لم ينظر، فإن كان قد لزق الثوب بصدره فلا يرى عورته لو نظر إليها لا تفسد صلاته، فعلى هذه الرواية [جعل ستر العورة من نفسه شرطا حتى فرق أصحابنا على هذه الرواية] ^(١٢) بين أن يكون المصلي خفيف اللحية، وبين أن يكون كث اللحية، فقال: إذا ^(١٣) كان المصلي كث اللحية تجوز صلاته؛ لأن لحيته تستر عورته، فقال بعضهم: لا تجوز صلاته ولا تنفعه لحيته.

ذكر الزُّنْدُوسِي ^(١٤) - رحمه الله - [هذا القول] ^(١٥) في نظمه وعامة أصحابنا - رحمهم الله - جعلوا الشرط ستر العورة من غيره، لا من نفسه؛ لأن العورة لا تكون عورة في حق صاحبها؛ وإنما تكون عورة في حق غيره؛ ألا ترى أنه يحل لصاحبها مسها والنظر إليها.

وروى ^(١٦) ابن شجاع عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله تعالى - أنه إذا كان

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في م: رقة.

(٣) بدائع الصنائع (١/٢١٩)، المحيط البرهاني (١/٢٧٩)، البناية شرح الهداية (٢/١٣١).

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في د: الجنب.

(٦) في أ، ب: انفتح، وفي م: فانفتح.

(٧) في د: جنبه.

(٨) سقط في أ، ب، م.

(٩) في أ، ب: باطلة.

(١٠) في أ، ب: فزاد.

(١١) في أ: وقال.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في أ: إن.

(١٤) في أ، د: الزندوسي.

(١٥) سقط في د.

(١٦) في أ: روى.

محلول [الجيب فنظر]^(١) إلى عورته لا تفسد صلاته .
 فإن كان عليه قميص ليس عليه غيره، وكان إذا سجد لا يرى أحد عورته ولكن لو
 نظر إنسان من تحته رأى عورته فهذا ليس بشيء .
 امرأة صلت وشعرها ما تحت الأذنين مكشوف قدر الربع لا تجوز صلاتها
 [وهذا]^(٢) لأن في كون المسترسل من شعرها عورة روايتان، واختار^(٣) الفقيه أبو^(٤)
 الليث - رحمه الله - أنه عورة في حق هذا الحكم، وفي حق نظر الأجنبي، فليس^(٥)
 للأجنبي النظر إلى طرف صدغ الأجنبية و[لا]^(٦) إلى طرف ناصيتها. وأما في حق
 الغسل^(٧)
 عن الجنابة، فالمختار^(٨) الرواية الأخرى أنه ليس بعورة حتى [لا]^(٩) يجب عليها
 غسل [ذلك]^(١٠)؛ دفعا للحرج، ذكره^(١١) الصدر الشهيد - رحمه الله - في صلاة
 الجامع الصغير.



-
- (١) في د: الجنب فينظر .
 (٢) سقط في د .
 (٣) في د: واختيار .
 (٤) في د: أبي .
 (٥) في د: وليس، وفي د: حتى لا يجوز .
 (٦) سقط في د .
 (٧) زاد في د: في الغسل .
 (٨) في أ: والمختار .
 (٩) سقط في أ .
 (١٠) سقط في د .
 (١١) في د: وذكر .

نوع [منه]^(١) يرجع إلى طهارة المكان الذي يصلي^(٢) فيه: إذا كان موضع [قدميه]^(٣) وركبتيه وجبهته وأنفه طاهرا^(٤) جازت صلاته^(٥) بلا خلاف، وكذلك إذا كان موضع قدميه طاهرا، وموضع أنفه نجسا، وموضع جبهته وركبتيه طاهرا تجوز صلاته بلا خلاف.

وكذلك إذا كان موضع قدميه وموضع ركبتيه وموضع أنفه طاهرا وموضع جبهته نجسا يسجد على أنفه وتجاوز^(٦) صلاته بلا^(٧) خلاف.

وإن كان موضع قدميه وركبتيه طاهرا، وموضع جبهته وأنفه نجسا، فذكر الزُّندوستي^(٨) في نظمه، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: [يسجد على أنفه دون جبهته وتجاوز صلاته^(٩)].

وعندهما: لا تجوز صلاته، وهذا بناء على أنه^(١٠) عند أبي حنيفة^(١١) فرض السجود يتأدى بوضع^(١٢) الأرنبة، وإن لم يكن بجبهته علة، على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

[و]^(١٣) الأرنبة لا تأخذ من الأرض النجاسة أكثر من قدر الدرهم. وعندهما فرض السجود لا يتأدى بوضع^(١٤) الأرنبة إلا إذا كان بجبهته عذر، والجبهة تأخذ من الأرض النجاسة^(١٥) أكثر من قدر الدرهم.

(١) سقط في د.

(٢) في أ: صلى.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: ظاهرا.

(٥) في د: الصلاة.

(٦) في أ: يجوز.

(٧) في أ، ب: لا.

(٨) في أ، د: الزندوسي.

(٩) في ب: الصلاة.

(١٠) في ب: أن.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في أ: بموضع.

(١٣) سقط في م.

(١٤) في أ: بموضع.

(١٥) في أ: النجسة.

وفي القدوري عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في هذا الفصل روايتان .
 روى محمد عنه أنه لا يجوز، وروى أبو يوسف عنه أنه يجوز .
 فإن أعاد تلك السجدة في الصلاة في مكان طاهر يجوز ذكره في القدوري أيضا .
 وإن كان موضع قدميه وجبهته وأنفه طاهرا، وموضع ركبتيه نجسا، ذكر
 الرُّنْدُوسِي - رحمه الله - في نظمه أن في ظاهر الرواية [أنه]^(١) لا تجوز صلاته .
 وقال الطحاوي - رحمه الله - يجوز، وكان الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يقول :
 لا تجوز^(٢) .

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه في باب
 الحدث^(٣) إذا كانت النجاسة في موضع الكفين أو الركبتين جازت صلاته عندنا خلافا
 لزفر - رحمة الله عليه - .

وهكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - إلا أنه لم يذكر خلاف زفر - رحمه الله ،
 وهكذا ذكره^(٤) القدوري - رحمه الله - .

وفي المنتقى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله^(٥) : إذا سجد على دم أو
 وضع يديه أو ركبتيه عليه، فإنه لا يعيد الصلاة عند أبي حنيفة .
 وعندهما : إن سجد عليه يعيد الصلاة [وإن وضع [عليه]^(٦) يديه أو ركبتيه لا يعيد
 الصلاة]^(٧) .

وعن الفقيه أحمد بن إبراهيم أنه قال فيمن صلى قائما وموضع القدمين نجس :
 فسدت صلاته، ولا يفترق الحال بين أن يكون موضع القدمين نجسا وبين أن يكون
 موضع الأصابع .

وإن^(٨) [كان]^(٩) موضع إحدى القدمين طاهرا، وموضع الأخرى [نجسا، فوضع

(١) سقط في ب .

(٢) في أ : يجوز .

(٣) في د : الحد .

(٤) في أ : ذكر .

(٥) في ب : رحمهم .

(٦) سقط في د .

(٧) سقط في أ .

(٨) في د : وإذا .

(٩) سقط في أ .

قدميه، اختلف المشايخ فيه .

قال بعضهم: تجوز صلاته .

وفي نسخة الإمام الزاهد الصفار - رحمه الله -: الأصح أنه لا تجوز صلاته، وهكذا [كان] ^(١) يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -. فإن وضع إحدى القدمين التي ^(٢) موضعها طاهر ورفع القدم الأخرى التي موضعها نجس، وصلى، فإن صلاته جائزة .

وفي القدوري إذا افتتح الصلاة على مكان نجس [منع ذلك انعقاد الصلاة، وإن افتتح الصلاة على مكان طاهر ثم نقل قدميه إلى مكان نجس] ^(٣) ثم عاد إلى مكان طاهر؛ صحت صلاته، إلا أن يتناول حتى يصير في حكم الفعل الذي إذا زيد في الصلاة أفسدها .

ولو صلى على بساط في ناحية منها نجاسة، [إن كانت النجاسة] ^(٤) في موضع قيامه لا تجوز، وإن [كانت في موضع] ^(٥) سجوده؛ فعلى ما ذكرنا فيما إذا كانت النجاسة على الأرض ^(٦) .

فإن كانت في غير هذين [الموضعين اختلف المشايخ فيه :

قال بعضهم: يجوز، صغيرًا كان البساط [وحده: أنه إذا رفع أحد طرفيه يتحرك الطرف الآخر] ^(٧)، أو كبيرًا، وحده: أنه إذا رفع أحد طرفيه لا يتحرك الطرف الآخر، في [الوجهين جميعًا تجوز صلاته، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -. وقال ^(٨) بعضهم: إن كان البساط] ^(٩) صغيرًا على التفصيل الذي ^(١٠) قلنا لا يجوز، وإن كان كبيرًا على التفصيل الذي قلنا يجوز .

(١) سقط في د .

(٢) في م: إلى .

(٣) سقط في ب .

(٤) سقط في م .

(٥) في ب: كان في موضعه .

(٦) المحيط البرهاني (١/٢٨٢) .

(٧) سقط في أ، د .

(٨) في ب: وكان .

(٩) سقط في أ .

(١٠) زاد في ب: الذي .

وإن كان البساط مبطنًا فأصابت النجاسة البطانة فصلى على الظهارة وقد قام على ذلك الموضع؛ فعن محمد - رحمه الله - : أنه يجوز^(١).

وهكذا ذكر في نواذر الصلاة.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز.

وقيل: جواب محمد في مخيط غير مضرب حكمه حكم ثوبين.

وجواب أبي يوسف في مخيط مضرب حكمه حكم ثوب واحد بلا خلاف بينهما^(٢) في الحقيقة^(٣).

في شرح الطحاوي: قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في نواذره: الضم بالخياطة غير معتبر وهو كثوبين منفصلين الأسفل منهما نجس.

وأبو يوسف يقول: الضم كجمعهما^(٤)، وهو كثوب واحد.

وفي القدوري: لو كانت على بطانة مصلاه، أو حشوها نجاسة، جازت الصلاة عليها؛ [بخلاف]^(٥) ما إذا كانت النجاسة في حشو جبته، وإذا صلى على موضع نجس وفرش نعليه وقام عليهما جاز، ولو كان لابسهما لا يجوز؛ لأنهما يكونان تبعًا له حيثئذ^(٦).

في حيض النوازل: إذا قام^(٧) على مكعبه وعلى نعله نجاسة جاز عند محمد؛ خلافًا لأبي يوسف - رحمهما الله -.

ولو كان [لم]^(٨) يخرج رجليه وصلى فيهما إن كان واسعًا فهو على الخلاف، وإن كان ضيقًا لم يجز بلا خلاف.

ولو كانت النجاسة في خفه^(٩) لا يجوز بلا خلاف.

(١) المحيط البرهاني (٢٨٢/١).

(٢) في م: منهما.

(٣) المحيط البرهاني (٢٨٣/١).

(٤) في ب: جمعهما.

(٥) سقط في م.

(٦) المحيط البرهاني (٢٨٣/١).

(٧) من أول قوله: «نجسا، فوضع قدميه» إلى هنا سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: خف.

وقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لا يحفظ في باب المسح من نوادر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

وفي المنتقى عن أبي يوسف: البول إذا كان على الأرض فبنى عليه، أو فرشته بطين وجص^(١) حتى [رفع به أحكام النعل]^(٢) وقام عليه بحذاء البول وصلّى أجزأه. وإن لزق [البول]^(٣) بباطن البناء، وليس البناء في هذا كالثوب^(٤)، ولو فرشته بالتراب ولم يطين، وما قرنه^(٥) بجص والبول اتصل بباطنه، فالقياس ألا يجوز. وعنه أيضًا: لبنة [أو]^(٦) آجرة أصابها بول، فجف حتى ذهب أثرها ثم بنى عليها بناء [آخر بها]^(٧) أجزأه أن يصلي [عليها]^(٨).

وعنه أيضًا: [آجرة]^(٩) حلت بها نجاسة، فقلبها وسجد عليها [جاز، وبمثله لو حلت نجاسة بخشبة فقلبها وسجد عليها]^(١٠) لم يجز، هكذا ذكر في بعض المواضع.

وذكر^(١١) مسألة^(١٢) الخشبة في موضع آخر.

وذكر أنه إذا كان غلط الخشبة بحيث يفيد القطع؛ تجوز الصلاة.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى في الآجر، واللبن يقلب^(١٣) نظر في ذلك؛ فإن وضع البناء والفرش^(١٤) جازت^(١٥) الصلاة.

- (١) في م: وحفر.
- (٢) في أ: وقع له أحكام النعل.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في أ: البول.
- (٥) في أ: قربه.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في ب: قربها.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) زاد في م: في.
- (١٢) في ب: بعض.
- (١٣) في أ: فعلية.
- (١٤) في أ: الفرش.
- (١٥) زاد في ب: صلاة.

وإذا وضع لغير ذلك لكي يرفع؛ لم تجز صلاته، وكذلك الأرض إذا أصابته نجاسة فألقى عليه التراب وصلى عليه، فإن كان ذلك للكبس والبقاء من غير أن ينقل إلى غيرها؛ جازت صلاته، وإلا فلا.

وقال محمد - رحمه الله - : في [هذه]^(١) الفصول كلها، إن صلاته جائزة. ولو كان لبدأ^(٢) أصابته نجاسة فقلب وصلى على الوجه الثاني، روي عن محمد - رحمه الله - أنه يجوز^(٣).

قال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يجوز^(٤). إذا بسط كفه على النجاسة فسجد عليها. جاز عند بعض مشايخنا، كما لو كان منفصلاً.

وقال بعضهم : لا يجوز؛ استدلالاً بمسألة الأيمان : «إذا حلف لا يجلس على الأرض، فجلس على ذيله يحنث؛ لأن ذيله تبع له» كذا هاهنا.



(١) سقط في أ، م.
 (٢) في المحيط البرهاني: لبأ.
 (٣) المحيط البرهاني (١/٢٨٤).
 (٤) في أ: أنه يجوز. وينظر: المحيط البرهاني (١/٢٨٤).

نوع آخر يرجع إلى طهارة ثياب المصلي:

وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله - في جبة مبطنة أصابها دم قدر الدرهم وخلص إلى البطانة وهو إن جمع أكثر من قدر الدرهم فصلى^(١) فيه، جازت صلاته.

والجبة بمنزلة ثوب واحد.

وروى أبو سليمان عن محمد - رحمهما الله -: أنه لا يجوز؛ لأن هذا بمنزلة ثوبين عنده فصار كالبساط المبطن.

وفي النوازل: صلى ومعه ثوب ذو طاقين، فأصابته نجاسة أقل من [قدر]^(٢) الدرهم [لا]^(٣) يجوز.

ولو كان الثوب ذا طاق واحد فأصابته نجاسة، ونفذت إلى الجانب الآخر، وصارت أكثر من قدر الدرهم؛ لم يمنع ذلك جواز الصلاة؛ لأن هذا من الجانبين واحد، ولا يصير^(٤) متعددًا فأما ذو طاقين متعدد^(٥).

وما ذكر من الجواب في ثوب إذا كان ذا طاقين فذلك قول محمد - رحمه الله -. وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يمنع ذلك جواز الصلاة؛ لأنه بمنزلة ثوب واحد عنده بدليل المسألة المتقدمة.

وفي المنتقى؛ إذا عصب يده بخرقة، فأصاب الخرقه دم أقل من قدر الدرهم وخلص إلى الجانب الآخر، وهو إن جمع صار أكثر من قدر الدرهم، فصلى فيه، لا تجوز صلاته، والدهن النجس إذا أصاب أقل من قدر الدرهم فانبسط وصار أكثر من قدر الدرهم فصلى فيه اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: تجوز الصلاة اعتبارًا لوقت الإصابة.

قال نصير: سألت شدادًا^(٦) - رحمهما الله تعالى - عن المقتدي يرى البول على

(١) في م: يصلي.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب: يعتبر.

(٥) تبين الحقائق (١/٧٣).

(٦) هو: شداد بن حكيم أبو عثمان البلخي قال ابن أبي حاتم: صاحب رأي، وذكره ابن حبان في الثقات، وقال: مستقيم الحديث إذا روى عن الثقات غير أنني أحب مجانية حديثه لتعصبه =

ثوب إمامه أقل من [قدر] ^(١) الدرهم .
ومن رأيه لا تجوز الصلاة معه ، أو [على] ^(٢) عكسه قال : العبرة لرأي المقتدي لا
لرأي إمامه .
وقال نصير : وبه نأخذ .
وسئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن المصلي إذا رأى على ثوبه نجاسة هي أقل
من قدر الدرهم .
قال : إن كان في الوقت سعة ^(٣) ، فالأفضل أن يغسل الثوب ، ويستقبل الصلاة ،
وإن كان تفوته ^(٤) الجماعة ، ويجد في موضع آخر فكذلك ، وإن خاف ألا يجد
الجماعة ، أو يفوته الوقت مضى في ^(٥) صلاته .

* * *

= في الإرجاء وبغضه من انتحل السنن أو طلبها ، وقال الخليلي في الإرشاد : صدوق .
ينظر : الجرح والتعديل (٣٣١ / ٤) ، الثقات (٣١٠ / ٨) ، لسان الميزان (١٤٠ / ٣) .

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : منعه .

(٤) في ب : تفوت الصلاة .

(٥) في ب : على .

نوع آخر يرجع إلى أمر القبلة:

يجب أن يعلم أن من كان غائبا عن الكعبة ففرضه^(١) جهة الكعبة لا عينها^(٢). وهذا قول الشيخ أبي الحسن الكرخي - رحمه الله - والشيخ أبي بكر الرازي - رحمه الله - لأنه ليس في وسعه سوى هذا، والتكليف بحسب الوسع^(٣).

(١) في أ: وفرضه.

(٢) الفرض في استقبال القبلة في الصلاة على من يعاين الكعبة إصابة عينها، أي مقابلة ذات بناء الكعبة يقينا، وهذا بالاتفاق.

أما غير المعاين الذي بينه وبين الكعبة حائل فهو كالعائيب على الأصح عند الحنفية، فيكفيه استقبال الجهة.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن الفرض لمن قرب منها إصابة العين، ثم فصل الحنابلة فقالوا: إن تعذرت إصابة العين بحائل أصلي، كجبل ونحوه اجتهد إلى عينها، ومع حائل غير أصلي كالمنازل لا بد من تيقنه محاذاة القبلة بنظر أو خبر ثقة.

ولم يفرق الشافعية بين الحائل الخلقي والحادث فقالوا: لو كان حاضرا بمكة وحال بينه وبين الكعبة حائل خلقي كجبل، أو حادث كبناء جاز له الاجتهاد إذا فقد ثقة يخبره؛ لما في تكليفه المعاينة من المشقة.

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٢٨٧)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٢٢٣)، ونهاية المحتاج (١/٤١٨)، وكشاف القناع (١/٣٠٤، ٣٠٥).
(٣) يشترط في الفعل المكلف به ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الفعل معدوماً، وذلك لأن التكليف بتحصيل الموجود تحصل حاصل وهو محال. وتوضيح هذا الشرط أن الصلاة المأمور بها وقت الطلب لا بد أن تكون غير موجودة، والمكلف ملزم بإيجادها على الوجه المطلوب، أما الموجود الحاصل فلا يصح التكليف به، كما لو صلى ظهر هذا اليوم بعينه صلاة تامة من كل جهاتها، فلا يمكن أمره بإيجاد تلك الصلاة بعينها التي أداها على الوجه الكامل؛ لأن الأمر بتحصيلها معناه أنها غير حاصلة، والغرض أنها حاصلة فيكون تناقضاً.

الشرط الثاني: أن يكون الفعل معلوماً لدى المكلف معروفاً عنده، ليتصور قصده إليه. وذلك مثل: «المأمور بالصلاة يجب عليه أولاً أن يعلم حقيقتها، وأنها جملة أفعال من قيام وركوع وسجود وجلوس يتخللها أذكار مخصوصة، مفتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم حتى يصح قصده لهذه الأفعال ويشرع فيها شيئاً بعد شيء. فلو لم يعلم ما حقيقة الصلاة لم يدر في أي فعل يشرع من أنواع الأفعال، فيكون تكليفه بفعل ما لم يعلم حقيقته تكليفاً بما لا يطاق».

الشرط الثالث: أن يكون الفعل ممكناً، ومقدوراً عليه؛ لأن المطلوب شرعاً حصول الفعل، ولا يمكن حصوله إلا بأن يكون متصور الوقوع، أما المحال فلا يتصور وقوعه. هذه هي شروط الفعل المكلف به من حيث الجملة، وهناك تفاصيل لهذه الشروط يمكن إيضاحها في النقاط الآتية:

- ١ - التكليف بما لا يطاق، أو التكليف بالمحال، قسمان:
- أ - المستحيل لذاته: كالجمع بين الضدين، وهذا غير واقع في الشريعة، ولا يجوز التكليف به إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].
- ب - المستحيل لا لذاته: بل لتعلق علم الله بأنه لا يوجد، وذلك كإيمان أبي لهب فإن إيمانه بالنظر إلى مجرد ذاته جائز عقلاً الجواز الذاتي؛ لأن العقل يقبل وجوده وعدمه، ولو كان إيمانه مستحيلاً عقلاً لذاته لاستحالته شرعاً تكليفه بالإيمان مع أنه مكلف به قطعاً إجماعاً. ولكن هذا الجائز عقلاً الذاتي مستحيل من جهة أخرى، وهي من حيث تعلق علم الله فيما سبق أنه لا يؤمن لاستحالة تغير ما سبق به العلم الأزلي. وهذا النوع من المستحيل يجوز التكليف به شرعاً وهو واقع بإجماع المسلمين.
- ٢ - بناءً على هذا التفصيل في التكليف بما لا يطاق فإنه لا يجوز إطلاق القول في حكم التكليف بما لا يطاق بالجواز أو المنع، لأن لفظ «التكليف بما لا يطاق» من الألفاظ المجملة، إذ هو مشتمل على المعنيين المذكورين؛ أحدهما حق ثابت وهو المستحيل لا لذاته بل لتعلق علم الله بأنه لا يوجد، والآخر باطل لا يثبت في هذه الشريعة وهو المستحيل لذاته.
- والتكليف بما لا يطاق مجمل أيضاً من وجه آخر، هذا بيانه:
- ٣ - لفظ القدرة والاستطاعة والطاقة: من الألفاظ المُجملة؛ لأن لفظ القدرة يتناول نوعين:
- أ - القدرة الشرعية المصححة للفعل، التي هي مناط الأمر والنهي، وهي المذكورة في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا...﴾ [آل عمران: ٩٧]، وقوله: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].
- ب - القدرة القدرية الموجبة للفعل، المقترنة به، المحققة له، التي هي مناط القضاء والقدر، وهي المذكورة في قوله تعالى: ﴿مَا كَانُوا يَسْتَطِيعُونَ السَّمْعَ وَمَا كَانُوا يُبْصِرُونَ﴾ [هود: ٢٠]، وقوله: ﴿الَّذِينَ كَانَتْ أَعْيُنُهُمْ فِي غِطَاءٍ عَنْ ذِكْرِي وَكَانُوا لَا يَسْتَطِيعُونَ سَمْعًا﴾ [الكهف: ١٠١].
- قال ابن تيمية: «وعلى هذا تتفرع مسألة تكليف ما لا يطاق، فإن الطاقة هي الاستطاعة، وهي لفظ مجمل، فالاستطاعة الشرعية التي هي مناط الأمر والنهي لم يكلف الله أحداً شيئاً بدونها، فلا يكلف ما لا يطاق بهذا التفسير. وأما الطاقة التي لا تكون إلا مقارنة للفعل؛ فجميع الأمر والنهي تكليف ما لا يطاق بهذا الاعتبار، فإن هذه ليست مشروطة في شيء من الأمر والنهي باتفاق المسلمين».
- ٤ - هل القدرة متقدمة على الفعل أو هي مقارنة له؟
- الصواب في ذلك أن القدرة نوعان:
- أ - القدرة الشرعية: فهذه تتقدم الفعل، وهي صالحة للضدين، بمعنى أنها قد توجد ويوجد معها الفعل، وقد توجد ولا يوجد معها الفعل.
- ب - أما القدرة القدرية: فهذه مقارنة للفعل لا تكون إلا معه.

قال ابن تيمية: «ومن مواقع الشبهة ومثارات الغلط تنازع الناس في القدرة هل يجب أن تكون مقارنة للفعل؟ أو يجب أن تكون متقدمة عليه؟ والتحقيق الذي عليه أئمة الفقهاء:

أن الاستطاعة المشروطة في الأمر والنهي . . . لا يجب أن تقارن الفعل، فإن الله إنما أوجب الحج على من استطاعه، فمن لم يحج من هؤلاء كان عاصياً بانفاق المسلمين، ولم يوجد في حقه استطاعة مقارنة، وكذلك سائر من عصى الله من المأمورين المنهيين وجد في حقه الاستطاعة المشروطة في الأمر والنهي. وأما المقارنة فإنما توجد في حق من فعل . . .».

٥ - هل تشترط القدرة في التكليف؟

لعل الجواب على ذلك تبين مما مضى، وهو أن القدرة الشرعية لا بد منها في التكليف، وذلك مثل اشتراط الاستطاعة في الحج، فهذه استطاعة شرعية تشترط في وجوب الحج، فمن كانت لديه هذه الاستطاعة وجب عليه الحج، ومن لم توجد عنده هذه الاستطاعة لم يجب عليه الحج.

أما القدرة القدرية فإنها لا تشترط في التكليف وذلك مثل العصاة والكفار التاركين لما أمر الله به، فإن هؤلاء لتركهم ما وجب عليهم لم تحصل لهم القدرة القدرية، ومع ذلك فهم مكلفون بما فرض عليهم، فحصول القدرة الأولى كافٍ في التكليف، أما حصول القدرة الثانية فلا يشترط في التكليف.

٦ - من الأدلة على اشتراط الاستطاعة والقدرة -الشرعيتين- في جميع التكليف ما ذكره ابن تيمية وقرره في غير موضع، قال رحمه الله: « والشريعة طافحة بأن الأفعال المأمور بها مشروطة بالاستطاعة والقدرة، كما قال النبي ﷺ لعمران بن حصين: «صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعدًا، فإن لم تستطع فعلى جنب» [أخرجه البخاري (٥٨٧/٢) برقم (١١١٧)]، وقد اتفق المسلمون على أن المصلي إذا عجز عن بعض واجباتها؛ كالقيام أو القراءة أو الركوع أو السجود أو ستر العورة أو استقبال القبلة أو غير ذلك سقط عنه ما عجز عنه، وإنما يجب عليه ما إذا أراد فعله إرادة جازمة أمكنه فعله. وكذلك الصيام اتفقوا على أنه يسقط بالعجز عن مثل الشيخ الكبير والعجوز الكبيرة، الذين يعجزون عن أداء وقضاء، وإنما تنازعوا هل على مثل ذلك الفدية بالإطعام؟ . . . وكذلك الحج فإنهم أجمعوا على أنه لا يجب على العاجز عنه، وقد قال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا . . .﴾ [آل عمران: ٩٧]. بل مما ينبغي أن يعرف أن الاستطاعة الشرعية المشروطة في الأمر والنهي لم يكتف الشارع فيها بمجرد المُكِنَة ولو مع الضرر، بل متى كان العبد قادرًا على الفعل مع ضرر يلحقه جعل كالعاجز في مواضع كثيرة من الشريعة: كالنظير بالماء، والصيام في المرض، والقيام في الصلاة، وغير ذلك تحقيقًا لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]. فمن قال: إن الله أمر العباد بما يعجزون عنه إذا أرادوه إرادة جازمة فقد كذب على الله ورسوله، وهو من المفترين الذين قال الله فيهم: ﴿إِنَّ الَّذِينَ اتَّخَذُوا الْعِجْلَ سِنًا لَهُمْ غَضَبٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَذَلَّةٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَكَذَلِكَ نَجْزِي الْمُفْتَرِينَ﴾ =

[الأعراف: ١٥٢].

وقال أيضاً: «واتفقوا على أن العبادات لا تجب إلا على مستطيع، وأن المستطيع يكون مستطيعاً مع معصيته وعدم فعله، كمن استطاع ما أمر به من الصلاة والزكاة والصيام والحج ولم يفعله، فإنه مستطيع باتفاق سلف الأمة وأئمتها وهو مستحق للعقاب على ترك المأمور الذي استطاعه ولم يفعله لا على ترك ما لم يستطيعه».

٧ - القدرة والاستطاعة من الألفاظ المجملة كما تقدم، لكن غلب على الفقهاء في إطلاقاتهم استعمال القدرة الشرعية لا الكونية.

قال ابن تيمية: «فالأولى هي الشرعية التي هي مناط الأمر والنهي والثواب والعقاب، وعليها يتكلم الفقهاء وهي الغالبة في عرف الناس».

٨ - الأفعال التي يكلف بها الإنسان لا تخرج عن أربعة أقسام:

الأول: الفعل الصريح كالصلاة.

الثاني: فعل اللسان، وهو القول، والدليل على أن القول فعل قوله تعالى: ﴿زُحِرْفَ الْقَوْلِ عُرُورًا وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ﴾ [الأنعام: ١١٢].

الثالث: الترك. والتحقيق أنه فعل، وهو: كف النفس وصرافها عن المنهي عنه، خلافاً لمن زعم أن الترك أمر عديم لا وجود له، والعدم عبارة عن لا شيء، والدليل على أن الترك فعل: من القرآن قوله تعالى: ﴿كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرِ فَعْلُوهُ لَيْتَسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾ [المائدة: ٧٩]، فسمى الله عدم تناهيهم عن المنكر فعلاً ودمهم على هذا الفعل فقال سبحانه: ﴿لَيْتَسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾، ومن السنة قوله ﷺ: «المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده». [أخرجه البخاري (٥٣/١)، برقم (١٠)، ومسلم (٢/١٠)].

فسمى ترك الأذى إسلاماً وهو يدل على أن الترك فعل.

الرابع: العزم المصمم على الفعل. والدليل على أنه فعل قوله ﷺ: «إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار»، قيل: يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول؟ قال: «إنه كان حريصاً على قتل صاحبه» [أخرجه البخاري (٨٤/١) برقم (٣١)، ومسلم (١٨/١٠)]. فالحديث يدل على أن عزم المقتول المصمم على قتل صاحبه فعل، دخل بسببه النار.

٩ - لا يثبت حكم الخطاب إلا بعد البلاغ، ولا يقوم التكليف مع الجهل وعدم العلم. قال ابن تيمية: «وأيضاً فإن الكتاب والسنة قد دلا على أن الله لا يعذب أحداً إلا بعد إبلاغ الرسالة، فمن لم تبلغه جملة لم يعذبه رأساً، ومن بلغته جملة دون بعض التفصيل لم يعذبه إلا على إنكار ما قامت عليه الحججة الرسالية».

وقد ذكر ابن تيمية الأدلة على ذلك من الكتاب والسنة، فمن ذلك:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥].

ثانياً: قوله تعالى: ﴿لَيْلًا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥].

ثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَلْقُوا عَلَيْهِمَ آيَاتِنَا﴾

[القصص: ٥٩].

رابعا: حديث المسيء صلاته [الحديث رواه البخاري (٢٣٧/٢) برقم (٧٥٧)، ومسلم (١٠٥/٤)]، ووجه الدلالة منه أنه ﷺ علمه الصلاة المجزية ولم يأمره بإعادة ما صلى قبل ذلك مع قول الرجل: ما أحسن غير هذا، وإنما أمره أن يعيد تلك الصلاة، لأن وقتها باقٍ فهو مخاطب بها.

قال ابن تيمية: «فهذا المسيء الجاهل إذا علم بوجود الطمأنينة في أثناء الوقت فوجبت عليه الطمأنينة حينئذٍ، ولم تجب عليه قبل ذلك، فلهذا أمره بالطمأنينة في صلاة ذلك الوقت دون ما قبلها».

خامسا: حديث المرأة المستحاضة [وهي: حمئة بنت جحش، والحديث أخرجه أبو داود (٧٦/١) برقم (٢٨٧)، وابن ماجه (٢٠٥/١) برقم (٦٢٧)، والترمذي (٢٢١/١) برقم (١٢٨)] وقال: هذا حديث حسن صحيح، وكذا قال الإمام أحمد [التي قالت: إني امرأة أستحاض... حياضة كثيرة شديدة فما ترى فيها قد منعتني من الصلاة والصوم؟ فأمرها ﷺ بالصلاة زمن الاستحاضة ولم يأمرها بالقضاء.

سادسا: أن بعض الصحابة قال: يا رسول الله ما الخيط الأبيض من الخيط الأسود؟ أهما الخيطان؟ قال: «إنك لعريض القفا إن أبصرت الخيطين»، ثم قال: «لا، بل هو سواد الليل وبياض النهار» [أخرجه البخاري (١٨٢/٨) برقم (٤٥٠٩، ٤٥١٠)، ومسلم (٢٠٠/٧)]. ولم يأمره بالإعادة.

١٠ - إذا ثبت أن الجهل عذر شرعي، فإن هناك آثارًا تترتب على ذلك منها:

أ - أنه لا يجوز تكفير الجاهل الذي لم تبلغه الرسالة، ولا تفسيقه.

ب - أن الجاهل لا يحكم عليه بدخول النار فضلاً عن الخلود فيها.

ج - أنه يسقط عن الجاهل القضاء والإعادة إذا انقضى وقت الخطاب.

وإليك فيما يأتي شذرات من كلام ابن تيمية تقرر ذلك وتؤيده بالأدلة والشواهد:

قال رحمه الله: «وإذا تبين هذا فمن ترك بعض الإيمان الواجب لعجزه عنه، إما لعدم تمكنه من العلم: مثل ألا تبلغه الرسالة، أو لعدم تمكنه من العمل لم يكن مأموراً بما يعجز عنه، ولم يكن ذلك من الإيمان والدين الواجب في حقه، وإن كان من الدين والإيمان الواجب في الأصل، بمنزلة صلاة المريض والخائف والمستحاضة وسائر أهل الأعذار الذين يعجزون عن إتمام الصلاة، فإن صلاتهم صحيحة بحسب ما قدروا عليه، وبه أمروا إذ ذاك، وإن كانت صلاة القادر على الإتمام أكمل وأفضل كما قال النبي ﷺ: «المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي كل خير» [أخرجه مسلم (٢١٥/١٦)]. ولو أمكنه العلم به دون العمل لوجب الإيمان به، علماً واعتقاداً دون العمل».

وقال أيضاً: «وليس لأحد أن يكفر أحداً من المسلمين وإن أخطأ وغلط حتى تقام عليه الحجة، وتبين له المحجة، ومن ثبت إسلامه بيقين لم يزل ذلك عنه بالشك، بل لا يزول إلا بعد إقامة الحجة وإزالة الشبهة».

وقال أيضاً: «والأظهر أنه لا يجب قضاء شيء من ذلك، ولا يثبت الخطاب إلا بعد البلاغ لقوله تعالى: ﴿لَا تَنْذِرُكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ﴾ [الأنعام: ١٩]، وقوله: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ

== بَعَثَ رَسُولًا ﴿[الإسراء: ١٥]، ولقوله: ﴿لَيْتَلَا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥]. ومثل هذا في القرآن متعدد».

بين سبحانه أنه لا يُعاقب أحدًا حتى يبلغه ما جاء به الرسول. ومن علم أن محمدًا رسول الله فأمن بذلك، ولم يعلم كثيرًا مما جاء به لم يعذبه الله على ما لم يبلغه. وقال أيضًا: «وقد ثبت عندي بالنقل المتواتر أن في النساء والرجال بالبوادي وغير البوادي من يبلغ ولا يعلم أن الصلاة عليه واجبة، بل إذا قيل للمرأة: صلّ، تقول: حتى أكبر وأصير عجوزة، ظانة أنه لا يخاطب بالصلاة إلا المرأة الكبيرة كالعجوز ونحوها. وفي أتباع الشيوخ طوائف كثيرون لا يعلمون أن الصلاة واجبة عليهم، فهؤلاء لا يجب عليهم في الصحيح قضاء الصلوات، سواء قيل: كانوا كفارًا، أو معذورين بالجهل». وقال أيضًا: «فالأحوال المانعة من وجوب القضاء للواجب والترك للمحرم: الكفر الظاهر، والكفر الباطن، والكفر الأصلي، وكفر الردة، والجهل الذي يعذر به لعدم بلوغ الخطاب، أو لمعارضة تأويل باجتهاد أو تقليد».

١١ - الجهل نوعان: نوع يعذر به صاحبه، وذلك كمن لم تبلغه الرسالة، أو بلغته الرسالة لكنه لم يتمكن من تحصيل العلم.

والنوع الآخر لا يعذر به صاحبه، وذلك كمن قدر على التعلم وتمكن من العلم لكنه ترك ذلك تكاسلاً أو تهاوناً.

١٢ - تبين مما مضى أن شروط التكليف العائدة إلى الفعل المكلف به ترجع إلى القدرة والاستطاعة.

فإن اشتراط كون الفعل معدومًا يقصد منه تمكين المكلف من إيجاد الفعل وتحصيله؛ إذ تحصيل الحاصل محال.

وكذلك اشتراط العلم يعود إلى اشتراط القدرة فإن الجاهل عاجز عن الفعل لأنه غير متصور لما طلب منه.

قال ابن تيمية: «فمن استقرأ ما جاء به الكتاب والسنة تبين له أن التكليف مشروط بالقدرة على العلم والعمل، فمن كان عاجزًا عن أحدهما سقط عنه ما يعجزه، ولا يكلف الله نفسًا إلا وسعها».

ويشترط في الآدمي المكلف شرطان: العقل، وفهم الخطاب، ويخرج بهذين الشرطين: المجنون، والصبي؛ لأنهما لا يفهمان ولا يدركان خطاب الشرع، وقد يختل الفهم ويغيب الإدراك لغير هذين السببين - الجنون والصبي - وذلك: كالغفلة، والنسيان، والنوم، والسكر، والإغماء، فهل هذه الأمور مانعة من التكليف؟ وهل يشترط في المكلف - إضافة إلى العقل وفهم الخطاب - أن يكون مختارًا غير مكره؟ أو أن يكون مسلمًا غير كافر؟ هذا مجمل الكلام على شروط المكلف، أما التفاصيل فيمكن بيانها فيما يأتي:

١ - المجنون غير مكلف اتفاقًا؛ لأن مقتضى التكليف الامتثال والطاعة، ولا يتم الامتثال والطاعة إلا بالقصد إليهما، ولا يتصور قصد الامتثال وقصد الطاعة في حق المجنون؛ لأن القصد إنما يكون بعد الفهم، والمجنون لا يفهم.

ولأن الرسول ﷺ رفع عنه التكليف بقوله: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى

= يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق» [أخرجه أبو داود في «سننه» (١٣٩/٤) برقم (٤٣٩٨ - ٤٤٠٣)، وابن ماجه في «سننه» (٦٥٨/١) برقم (٢٠٤١)، واللفظ له، والترمذي في «سننه» (٣٢/٤) برقم (١٤٢٣)، وقال: «والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم»، وصححه الألباني. ينظر: صحيح الجامع (٦٥٩/١) برقم (٣٥١٢ - ٣٥١٤).

٢ - الصبي غير مكلف؛ لأنه لا فهم له ولا قصد، كما تقدم بيانه في المجنون، ولأنه ﷺ رفع عنه التكليف بقوله: «وعن الصغير حتى يكبر» وهذا يشمل المميز وغير المميز، وذلك لأن المميز مع كونه يفهم لكن فهمه لم يكمل فيما يتعلق بالقصد إلى الامتثال قصدًا صحيحًا فجعل الشارع البلوغ علامة لظهور العقل.

قال ابن تيمية: «..... بل قد تُسقط الشريعةُ التكليفَ عن من لم تكمل فيه أداة العلم والقدرة تخفيفًا عنه، وضبطًا لمنايط التكليف، وإن كان تكليفه ممكنًا، كما رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم وإن كان له فهم وتمييز، لكن ذاك لأنه لم يتم فهمه، ولأن العقل يظهر في الناس شيئًا فشيئًا، وهم يختلفون فيه، فلما كانت الحكمة خفية ومنتشرة قيده بالبلوغ».

٣ - وجوب الزكاة وقيم المتلفات والجنايات على غير المكلف كالصبي والمجنون ليس من باب التكليف، وإنما وقع ذلك من باب خطاب الوضع وربط الأحكام بأسبابها.

٤ - الناسي حال نسيانه والنائم حال نومه غير مكلفين، وكذلك المخطئ فيما أخطأ فيه، وذلك لقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان»، وقوله: «رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ».

قال ابن رجب: «والأظهر - والله أعلم - أن الناسي والمخطئ إنما عُفي عنهما بمعنى رفع الإثم عنهما، لأن الإثم مرتب على المقاصد والنيات، والناسي والمخطئ لا قصد لهما فلا إثم عليهما».

فتبين أن هؤلاء لا يلحقهم الإثم، وإنما وجب عليهم القضاء؛ لأن سبب الوجوب قد انعقد عليهم وإنما منع منه مانع النوم أو النسيان، أو منع من تمامه مانع الخطأ، وكذلك يشمل هؤلاء ما مضى بيانه في الفقرة السابقة من لزوم الغرامات ونحوه.

٥ - المُعْمَى عليه غير مكلف حال إغمائه، إذ هو متردد بين النائم والمجنون، فبالنظر إلى كون عقله لم يزل وإنما ستره الإغماء فهو كالنائم، وبالنظر إلى كونه إذا نبه لم ينتبه يشبه المجنون.

قال ابن اللحام: «وكذلك اختلفوا في الأحكام المتعلقة به، فتارة يلحقونه بالنائم، وتارة بالمجنون، والأظهر إلحاقه بالنائم. والله أعلم».

٦ - الغافل غير العالم بما كلف به إذا لم يقصر ولم يفرط في تعلم الحكم يعذر، أما إذا قصر أو فرط فلا يعذر، وقد تقدم الكلام تفصيلًا على هذا القيد في المسألة السابقة عند الكلام على الشرط الثاني للفعل المكلف به، وهو كونه معلومًا لدى المكلف.

٧ - الغضبان، هل هو مكلف؟ فيه تفصيل.

قال ابن القيم: «الغضب على ثلاثة أقسام»: =
أحدها: ما يزيل العقل، فلا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع.
الثاني: ما يكون في مبادئه، بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده، فهذا يقع طلاقه.

الثالث: أن يستحكم ويشتد به، فلا يزيل عقله بالكلية، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال، فهذا محل نظر، وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه.
٨ - السكران هل هو مكلف؟

قال ابن قدامة: «وأما السكر ومن شرب محرماً يزيل عقله وقتاً دون وقت فلا يؤثر في إسقاط التكليف، وعليه قضاء ما فاته في حال زوال عقله، لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه إذا وجب عليه القضاء بالنوم المباح بالسكر المحرم أولى».
وقد اختلف العلماء في السكران حال سكره هل هو مكلف تصح منه تصرفاته؟ قال ابن تيمية: «مسألة في تصرفات السكران؟ قد تنازع الناس... فيه قديماً وحديثاً، وفيه النزاع في مذهب أحمد وغيره...».

وقد اختار رحمه الله أن تصرفات السكران لا تصح وذكر لذلك أدلة منها:
أ - أن عبادته كالصلاة لا تصح بالنص والإجماع، فإن الله نهى عن قرب الصلاة مع السكر حتى يعلم ما يقوله، واتفق الناس على هذا، فكل من بطلت عبادته لعدم عقله فبطان عقوده أولى وأحرى، كالتائم والمجنون.

ب - أن جميع الأقوال والعقود مشروطة بوجود التمييز والعقل، فمن لا تمييز له ولا عقل ليس لكلامه في الشارع اعتبار أصلاً، كما قال ﷺ: «ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب» [أخرجه البخاري (١/١٢٦) برقم (٥٢)، ومسلم (٢٦/١١)]. فإذا كان القلب قد زال عقله الذي به يتكلم ويتصرف فكيف يجوز أن يجعل له أمر أو نهى أو إثبات ملك أو إزالته؟
وهذا معلوم بالعقل مع تقرير الشارع له.

ج - أن كون السكران معاقباً أو غير معاقب ليس له تعلق بصحة عقوده وفسادها؛ فإن العقود ليست من باب العبادات التي يثاب عليها، ولا الجنایات التي يعاقب عليها، بل هي من التصرفات التي يشترك فيها البر والفاجر والمؤمن والكافر، وهي من لوازم وجود الخلق؛ فإن العهود والوفاء بها أمر لا تتم مصلحة الناس إلا به وإنما تصدر عن العقل، فمن لم يكن له عقل ولا تمييز لم يكن قد عاهد ولا حلف ولا باع ولا نكح ولا طلق ولا أعتق.

٩ - المكره: إن كان كالألة لا اختيار له فغير مكلف؛ إذ تكليفه والحالة كذلك تكليف بما لا يطاق. هذا لا إشكال فيه ولا نزاع.

قال ابن رجب: «من لا اختيار له بالكلية ولا قدرة له على الامتناع، كمن حمل كرهاً وأدخل إلى مكان حلف على الامتناع من دخوله، أو حمل كرهاً وضرب به غيره حتى مات ذلك الغير، ولا قدرة له على الامتناع، أو اضجعت ثم زنى بها من غير قدرة لها على الامتناع. فهذا لا إثم عليه بالاتفاق...» [أخرجه ابن ماجه في «سننه» (١/٦٥٩) برقم (٢٠٤٥)، وصححه الحاكم في «المستدرک» ووافقه الذهبي (٢/١٩٨)، وقال ابن كثير: =

.....

= «إسناده جيد»، «تحفة الطالب» (٢٧١).

أما من أكره إكراهًا دون ذلك؛ مطيقًا للإقدام والإحجام سواء بالضرب أو التعذيب أو التهديد بالقتل؛ فإن هذا المكروه والحالة كذلك في تكليفه تفصيل:

فإن كان إكراهًا على الأقوال: فالعلماء متفقون على أن للمكروه أن يقول القول المحرم، ولا إثم عليه؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، ولا يترتب على قوله حكم من الأحكام، وكلامه لغو؛ لأنه كلام صدر من قائله وهو غير راضٍ به، فلذلك عُفي عنه ولم يؤاخذ به في أحكام الدنيا والآخرة. ولقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

أما الأفعال: فما كان منها حقًا لله؛ كالأكل في نهار رمضان والعمل في الصلاة ولبس المخيط في الإحرام فهو متجاوز عنه.

وما كان حقًا للمخلوقين فهو مؤاخذ به؛ كقتل المعصوم وإتلاف ماله، والإكراه لا يحل له ذلك.

قال ابن القيم: «والفرق بين الأقوال والأفعال في الإكراه أن الأفعال إذا وقعت لم ترتفع مفسدتها، بل مفسدتها معها، بخلاف الأقوال فإنه يمكن إلغاؤها وجعلها بمنزلة أقوال النائم والمجنون، فمفسدة الفعل الذي لا يباح بالإكراه ثابتة، بخلاف مفسدة القول؛ فإنها إنما تثبت إذا كان قائله عالمًا به مختارًا له».

وقد ذكر ابن قدامة ثلاثة شروط للإكراه:

الأول: أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه.

الثاني: أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه.

الثالث: أن يكون مما يستضر به ضررًا كثيرًا؛ كالقتل والضرب الشديد.

١٠ - الكفار مخاطبون إجماعًا بالإيمان الذي هو الأصل، وإنما وقع الخلاف في فروع

الإيمان؛ كالصلاة، والصوم، والحج، والزكاة: هل هم مخاطبون بها أو لا؟

وهذا الخلاف يتلاشى إذا ثبت لدينا اتفاق الطرفين على الأمور الآتية:

الأمر الأول: أن الكافر غير مطالب بفعل الفروع حال كفره. يوضحه:

الأمر الثاني: وهو أن فروع الإيمان لا تصح ولا تقبل ولا يثاب عليها الكافر إلا بتحصيل

أصل الإيمان.

والدليل على هذين الأمرين قوله تعالى: ﴿وَقَدِمْنَا إِلَىٰ مَا عَمِلُوا مِنَّ عَمَلٍ فَجَعَلْنَاهُ هَبَاءً

مُنثُورًا﴾ [الفرقان: ٢٣].

الأمر الثالث: أن الكافر إذا أسلم لا يلزمه قضاء ما فاته من العبادات الماضية زمن كفره؛

لأن الإسلام يجب ما قبله.

الأمر الرابع: أن الكافر مطالب بالفروع لكن مع تحصيل شرطها الذي هو الإيمان،

وذلك لعموم الآيات والأوامر الإلهية؛ كقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَىٰ النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ

اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧].

الأمر الخامس: أن الكافر يعاقب في الآخرة على تركه أصل الإيمان وعلى تركه الفروع،

وذلك لقوله تعالى إخبارًا عن المشركين في معرض التصديق لهم تحذيرًا من فعلهم: ﴿مَا

== سَلَكُوا فِي سَفَرٍ ﴿٤٤﴾ قَالُوا لَوْ نَكُنَّ مِنَ الْمُصَلِّينَ ﴿٤٣﴾ وَلَوْ نَكُنَّ نَطْعُمُ الْمَسْكِينِ ﴿٤٤﴾ [المدرثر: ٤٢ - ٤٤].

١١ - الجامع لشروط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للخطاب، فإذا طرأ على العقل عارض يمنعه من فهم الخطاب وإدراكه ارتفع التكليف، كما هو الحال بالنسبة للناسي والنائم والسكران، فإذا زال العارض وحسن من العقل فهم الخطاب وجب التكليف حينئذٍ. وقد يعتري العقل خلل يؤثر في كماله وسلامته كما هو الحال بالنسبة للمجنون والصبي فلا يزال التكليف ساقطاً عن هؤلاء حتى يعود إلى العقل كماله وسلامته. فلا بد إذن في التكليف من صحة العقل وسلامته وارتفاع الموانع التي تمنعه من فهم الخطاب. كما يشترط أيضاً عدم الإكراه؛ لأن الإكراه وإن لم يمنع من فهم الخطاب إلا أنه يسلب القدرة على قصد الامتثال، وما فائدة فهم الخطاب إذا لم يكن القصد إلى الطاعة والامتثال؟ وحاصل القول: أن قصد الامتثال إنما يحصل بالعقل وفهم الخطاب، وكل ذلك يحتاج إلى القدرة، فلا بد من القدرة على القصد وذلك بالفهم والعلم، ولا بد من القدرة على الفهم وذلك إنما يكون بكمال العقل وسلامته من الموانع المخلة بالفهم، فاجتمعت شروط المكلف في القدرة.

القدرة على فهم الخطاب، والقدرة على قصد الامتثال.

١٢ - وقد تقدم أيضاً بيان أن الجامع لشروط الفعل المكلف به القدرة، فبذلك تجتمع جميع شروط التكليف، ما يعود منها إلى الفعل المكلف به وما يعود منها إلى الإنسان المكلف في القدرة والاستطاعة.

قال ابن تيمية: «الأمر والنهي الذي يسميه بعض العلماء التكليف الشرعي هو مشروط بالممكن من العلم والقدرة».

ينظر: المصباح المنير، ص (٥٣٧، ٥٣٨)، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد القادر بن بدران، تحقيق: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤٠١هـ، ص (٥٨)، ونزهة الخاطر العاطر (١/١٣٦)، مذكرة الشنقيطي، ص (٣٠، ٣٥)، شرح الكوكب المنير (١/٤٩٠)، مجموع الفتاوى (٨/٢٩٥، ٣٠١، ٤٧٩)، وشرح العقيدة الطحاوية (٤٨٨)، القواعد والفوائد الأصولية، للشيخ العلامة أبي الحسن علاء الدين ابن اللحام تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص (١٥)، زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، الكويت، ط (١٤)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م (٥/٢١٥)، جامع العلوم والحكم، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ابن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٧)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م (٢/٣٧٠)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م (٣/٣٥٣).

قال أبو عبد الله الجرجاني - رحمه الله - من كان غائبا عنها ففرضه عينها؛ لأنه لا فصل^(١) في النص^(٢).

وثمره الخلاف^(٣) [تظهر]^(٤) في اشتراط^(٥) عين الكعبة، فعلى قول أبي عبد الله يشترط، وعلى قول أبي الحسن، وأبي بكر: لا يشترط [وهذا]^(٦) لأن [عند أبي]^(٧) عبد الله لما كان إصابة عينها فرضا ولا يمكنه إصابة عينها حال غيبته عنها إلا^(٨) من حيث النية^(٩) شرط فيه عينها.

(١) من أول قوله: «الموضوعين اختلف المشايخ...» إلى هنا سقط في د.

(٢) المحيط البرهاني (١/٢٨٤).

(٣) في د: الاختلاف.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) زاد في د: فيه.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: أبا.

(٨) في أ: لا.

(٩) النية لغة: القصد، والاعتقاد، والعزم، وأيضا هي: الوجه الذي يذهب إليه.

ينظر: لسان العرب (١٤/٣٩٤)، مادة (نوي)، والمصباح المنير، ص (٣٣١)، مادة (نوي).

واصطلاحا: عند الزركشي: هي ربط القصد بمقصد معين، والمشهور: أنها مطلق القصد إلى الفعل.

وقال الماوردي ما نصه: هي قصد الشيء مقترنا بفعله، فإن قصده وتراخى عنه فهو عزم.

وعرفها القاضي البيضاوي بأنها: الإرادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاء لوجه الله وامثالها لحكمه.

وقيل: هي عقد الضمير إلى تمييز المقصود.

ثم النية تنقسم إلى نية التقرب ونية التمييز.

فالأولى: تكون في العبادات، وهي إخلاص العمل لله تعالى.

والثانية: تكون في المحتمل للشيء وغيره، وذلك كأداء الديون.

ينظر: الحدود في الأصول، للأستاذ أبي بكر بن فورك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص (١١٦)، والمنثور في القواعد، للزركشي (٣/٢٨٤)، والأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، للعلامة زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، طبع مؤسسة الحلبي، القاهرة، ص (٤٢)، والأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، ص (٢٧)، ومنتهى الآمال، للسيوطي، طبعة دار ابن حزم، ص (٨١)، والمواهب السنية، لأبي الأهدل، المكتبة التجارية، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د. ط، د. ت، ص (٨١).

وعند أبي الحسن، وأبي بكر لما كان الشرط إصابة جهتها لما: أن كان غائبا وذلك يحصل من غير نية العين، [لا حاجة إلى اشتراط نية العين]^(١). وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يشترط نية الكعبة مع استقبال القبلة، وكان الشيخ الإمام أبو بكر بن حامد^(٢) - رحمه الله - لا يشترط ذلك.

وبعض المشايخ يقول: إذا كان يصلي إلى المحراب^(٣)، فكما^(٤) قال الحامدي^(٥)، وإن كان [يصلي]^(٦) في الصحراء كما قاله الفضلي^(٧). وذكر الزندوستي^(٨) في نظمه: أن الكعبة قبله من يصلي في المسجد الحرام، والمسجد الحرام قبله أهل مكة^(٩).

(١) سقط في د.

(٢) هو: أبو بكر بن حامد الإمام الزاهد من أقران أبي حفص الكبير ومن قام معه في إخراج البخاري من بخارى وأحد من عزا إليه صاحب الفينة فيها علم جم. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٤٠).

(٣) المحراب: صدر المجلس، ويقال: هو أشرف المجالس، وهو حيث يجلس الملوك والسادات والعظماء، ومنه: محراب المصلي، ويقال: محراب المصلي، مأخوذ من المحاربة؛ لأن المصلي يحارب الشيطان ويحارب نفسه بإحضار قلبه وهو المقصود هنا، وقد يطلق على العُرْفَةِ، ومنه - عند بعضهم -: ﴿فَخَرَجَ عَلَى قَوْمِهِ مِنَ الْمِحْرَابِ﴾ [مريم: ١١] أي: من الغرفة.

ينظر: المصباح المنير ص (١٢٧).

(٤) في أ: و.

(٥) هو: نصر بن أحمد بن محمد بن جعفر بن محمد بن حامد الحامدي النسفي ابن أخت القاضي أبي الهيثم، كان شابا فقيها ورعا زاهدا أدبيا فاضلا مات في ربيع الأول سنة ست وتسعين وثلاثمائة رحمه الله تعالى.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/١٩٣).

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) ينظر: البناية شرح الهداية (٢/١٤١).

(٨) في أ: الزندوستي.

(٩) مكة: هي مكة المكرمة، والحرم الآمن، وأم القرى، ومهبط الوحي، ومبعث خير الورى عليه السلام، والحجاز مكة والمدينة واليمن وتسمى: مكة، وبكة، وسميت «بكة» لآزدحام الناس بها.

وقيل: «مكة» اسم المدينة و«بكة» اسم البيت، وقيل: سميت مكة. لأنها بين جبلين مرتفعين عليها.

ينظر: معجم البلدان (٥/١٨١ - ١٨٣)، تاريخ مكة المشرفة والمسجد الحرام والمدينة =

من يصلي في بيته أو في البطحاء^(١)، ومكة قبله أهل الحرم، والحرم قبله أهل العالم.

قال: وقيل مكة وسط الدنيا؛ فقبله أهل المشرق إلى المغرب عندنا، وقبله [أهل]^(٢) المغرب إلى المشرق، وقبله أهل المدينة إلى يمين من توجه إلى المغرب. قال القدوري: وإن صلوا جماعة واستداروا حول الكعبة، قال: بهذا جرت العادة، ومن كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام، فإن كان في الجهة التي يصلي إليها الإمام، لم يجز؛ لأنه متقدم على الإمام، وإن كان في جهة أخرى جاز. وإن صلت امرأة إلى جنب الإمام في تلك الجهة؛ فسدت صلاة الإمام وصلاة القوم، وإن صلت إلى غير تلك الجهة، فسدت صلاة من يجاورها خاصة. والكلام في فساد صلاة الرجل بسبب^(٣) المحاذاة يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

إذا صلى ونوى مقام إبراهيم ولم ينو^(٤) الكعبة.

قال الفقيه أبو أحمد العياضي - رحمه الله -: إن كان هذا الرجل قد أتى مكة؛ لم يجزه، وإن لم يكن أتى مكة^(٥)، وعنده أن المقام والبيت [الحرام]^(٦) واحد، أجزاءه؛ لأنه نوى البيت.

وسئل أبو نصر عن ذلك فقال: لا يجزئه.

وفي الجامع الأصغر: لو نوى أن يصلي إلى المقام والبيت لا يجزئه. وكذا لو نوى أن قبلته محراب مسجده، لم يجزه؛ لأنه ليس بقبلة بل هو علامة [على]^(٧) القبلة.

= والقبر الشريف، لأبي النعمان محمد بن أحمد بن الضياء المكي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢) (٢٥/١٠).

(١) البطحاء - بفتح الباء الموحدة التحتية، وبالحاء المهملة، وبالمد -: موضع بين مكة ومنى يضاف لكل واحدة منهما وهو أقرب إلى منى. ينظر: تهذيب الأسماء (٣/١٦، ٣٥، ٣٢٥).

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: لسبب.

(٤) في أ: يتوجه.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في أ، ب.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده^(١) - رحمه الله - في الباب الأول من صلاته: [من]^(٢) نوى مقام إبراهيم؛ لم يجزه إلا أن ينوي^(٣) الجهة، فحينئذ يجوز. ومن شرط نية الكعبة، يقول إذا نوى الكعبة أو [نوى]^(٤) العرصة يجوز ولو نوى البناء لا يجوز إلا أن ينوي بالبناء الجهة المصلى.

إذا حول وجهه عن القبلة:

إن حول وجهه^(٥) فسدت صلاته، وإن لم يحول صدره؛ لا تفسد صلاته إذا استقبل من ساعته القبلة؛ لأنه قلما يمكن التحرز عن هذا.

قالوا: وهذا الجواب أليق بقول أبي يوسف [ومحمد رحمهما الله]^(٦)، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ينبغي ألا تفسد صلاته في الوجهين [جميعاً]^(٧)؛ بناء على أن عندهما الاستدبار إن^(٨) لم يكن لقصده^(٩) الإصلاح^(١٠) تفسد^(١١). وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: إذا لم يكن يقصد^(١٢) ترك الصلاة لا يفسد^(١٣) ما دام في المسجد.

(١) شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده. وهو: محمد بن الحسين بن محمد بن الحسين البخاري المعروف ب بكر خواهر زاده، كان إماماً فاضلاً من عظماء ما وراء النهر، سمع أباه وأبا نصر أحمد الحازمي، والحكم القنطري، وكتب الفتاوى مشحونة بذكره، له كتاب المبسوط، والمختصر، توفي سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة هـ. ينظر: الجواهر المضية (٣/١٤١)، تاج التراجم، لابن قطلوبغا، ص (٢٥٩)، الفوائد البهية، ص (١٦٣)، كشف الظنون (٢/١٢٢٣)، هدية العارفين (٦/٧٦)، معجم المؤلفين (٦/٢٥٣).

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: نوي.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: صدره.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) في ب، د: إذا.

(٩) في د: يقصد.

(١٠) في د: إصلاح الصلاة.

(١١) في ب، د: يفسد.

(١٢) في أ، ب: لقصده.

(١٣) في أ: تفسد.

أصل هذا: إذا انصرف عن القبلة على ظن أنه أتم الصلاة ثم تبين^(١) أنه لم [يتم الصلاة فعند]^(٢) أبي حنيفة - رضي الله عنه - يبني ما دام في المسجد .
وعندهما: لا يبني، والمسألة مع أجناسها تأتي^(٣) بعد هذا إن شاء الله تعالى .
عن إبراهيم بن يوسف - رحمه الله - [عن أبي يوسف]^(٤): قال: لو أن أعمى صلى ركعة لغير القبلة فجاء رجل وسواه واقتدى به؛ جازت صلاة الإمام دون المقتدي .

قال الفقيه: هذا إذا لم يجد [الأعمى]^(٥) وقت الشروع من يسأله، أما إذا وجده وافتتح الصلاة ولم يسأله؛ لم تجز^(٦) صلاته .

تحرى القبلة [وأخطأ]^(٧)، ودخل في الصلاة وهو لا يعلم، ثم علم وحول وجهه إلى القبلة ثم دخل رجل في صلاته، وقد علم حاله الأول، لم تجز صلاة^(٨) هذا الرجل إلا^(٩) رواية شاذة عن أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأنه علم أن إمامه في أول صلاته [كان]^(١٠) على الخطأ .

سئل أبو بكر - رحمه الله - عمن كان في المفازة^(١١) فاشتبه عليه القبلة فأخبره رجلان إلى جانب ووقع تحريه إلى جانب آخر قال: إن كان في رأيه^(١٢) أنهما يعلمان ذلك، يأخذ بقولهما لا محالة، وإن وقع في قلبه أنهما لا يعلمان ذلك لا يلتفت إلى

(١) في ب: يتبين .

(٢) في أ، ب: يتم عند .

(٣) في أ: يأتي .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: يجز .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ: صلاته .

(٩) في أ: إلى .

(١٠) سقط في أ .

(١١) المفازة: المكان الذي يغلب على ظن سالكه أنه يهلك فيه .

قال الجوهري: المفازة واحدة المفاوز، قال ابن الأعرابي: سميت بذلك تفاعلاً بالسلامة، قلت: ويجوز أن يكون سميت مفازة من فاز يفوز إذا مات، حكاه ابن القطاع وغيره، وقال: وهو من الأضداد .

ينظر: المطلع، ص (٣٠٨)، معجم لغة الفقهاء، ص (٤٤٥) .

(١٢) في أ: رواية .

قولهما .

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - إن كانا من أهل ذلك الموضع يأخذ بقولهما لا محالة، وإن لم يكونا من أهل ذلك الموضع مسافران مثله لا يلتفت إلى قولهما . وفي فتاوى النسفي سئل الشيخ الإمام الزاهد أبو الحسن الرُّسْتُعْفِينِي^(١) - رحمه الله - بسمرقند عمن يصلي المغرب في مسجد مظلم، فحين [فتح باب المسجد]^(٢) أتوا بالسراج تبين أنه صلى لغير القبلة .

قال: إن صلاها بالتحري جاز، وهكذا قال [الفقيه]^(٣) السيد الإمام أبو شجاع - رحمه الله^(٤) - [من القبيح أن يستخرجهم عن منازلهم]^(٥) يسألهم أين قبلتكم . والاستدلال بالمحاريب إنما يكون بعد النظر عيانا، أما بالليل فلا يكون إلا بمس الجدار، وربما تقع يده على بعض الهوام المتعلقة بالجدار المؤذية، وربما يكون في بعض الزوايا طاقات تشبه المحراب فيشتبه عليه الأمر .

والدليل [على صحة ما قلنا مسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في «الأصل»، لو أن جماعة]^(٦) [صلوا]^(٧) [في المفازة]^(٨) عند اشتباه القبلة بالجماعة بالتحري وتبين أنهم]^(٩) صلوا إلى جهات مختلفة، قال: من يقن مخالفة إمامه في الجهة حالة الأداء؛ لم تجز صلاته .

ومن لم يعلم عند الأداء أنه يخالف إمامه في الجهة فصلاته صحيحة، ولم يشترط نية^(١٠) إمامه ليعلم أنه إلى أي جهة يصلي، فدل أن طلب ذلك [ليس بشرط]^(١١) .

(١) في أ: الرسيغني .

(٢) في د: افتتح .

(٣) سقط في د .

(٤) زاد في أ، م: قال .

(٥) في: ب، د: قال: من القبيح أن يستخرجهم عن منازلهم .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في أ، م .

(٨) في د: مفازة .

(٩) سقط في م .

(١٠) في أ، ب: الجواز، وفي د: للجواز مسه .

(١١) في أ، م: يشترط .

نوع [آخر]^(١) يرجع إلى النية:

المصلي إذا كان متنفلا يكفيه [نية]^(٢) مطلق الصلاة، وفي سائر السنن يكفيه مطلق النية على ظاهر الجواب، وهو اختيار عامة المشايخ، والاحتياط في السنن أن^(٣) ينوي الصلاة متابعا لرسول الله ﷺ.

فإن كان مفترضا لا يكفيه مطلق النية ويلزمه التعيين، وإن كان صلى في الوقت؛ لأن كل وقت كما هو قابل لفرض الوقت فهو قابل لغير فرض الوقت. ثم إذا عين الظهر، وكان في وقت الظهر هل يشترط نية فرض الوقت؟ اختلف فيه المشايخ.

قال بعضهم: يشترط؛ لأن الظهر أنواع في منازلها الظهر^(٤) الفائت وغير الفائت وليست إحداهما [بأن تنصرف النية إليها بأولى من الأخرى]^(٥).

وقال بعضهم: لا يشترط؛ لأن فرض الوقت مشروع بالوقت^(٦) [والفائت غير مشروع بالوقت^(٧)]^(٨) فإذا وقع التعارض [بينهما]^(٩) ينصرف إلى ما هو مشروع بالوقت [والفائت غير مشروع]^(١٠) كما في نقد البلد.

وإن نوى فرض الوقت ولم يعين^(١١) أجزأه إلا في صلاة الجمعة، فإن في فرض الوقت في يوم الجمعة اختلافا على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن نوى ظهر الوقت، أو عصر الوقت، أو فرض الوقت وقد خرج الوقت إلا أنه لا^(١٢) يعلم بخروج الوقت لا يجزئه؛ لأن بعد خروج وقت الظهر فرض الوقت

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ: أي.

(٤) في د: ظهر.

(٥) في د: بأولى من الآخر في صرف النية إليه.

(٦) في ب، د: الوقت.

(٧) في د: الوقت.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في ب، د.

(١١) في أ: يعبر.

(١٢) في د: لم.

يكون هو العصر، [فإذا نوى فرض الوقت كان ناويا العصر، والظهر لا يتأدى بنية العصر وبعد خروج وقت العصر فرض الوقت يكون هو المغرب]^(١) فإذا نوى فرض الوقت فقد نوى المغرب، والعصر لا يتأدى بنية المغرب.

وإن نوى ظهر يومه وعنده أن وقت الظهر باق، فإذا الوقت قد خرج، أجزاءه؛ لأنه لما خرج وقت الظهر تعذر ظهر اليوم في ذمته، فإذا نوى ظهر اليوم فقد نوى ما عليه إلا أنه قضى ما عليه بنية الأداء والقضاء بنية الأداء جائز.

وكذلك إذا كان الرجل شاكا في وقت الظهر، هل هو باق [أو لا]^(٢)، ونوى ظهر يومه، فإذا الوقت قد خرج، يجوز بناء على ما قلنا: إن هذا قضاء بنية الأداء، والقضاء بنية الأداء جائز، وكذلك الأداء بنية القضاء جائز وهو المختار.

وإذا صلى الظهر ونوى أن هذا من ظهر يوم الثلاثاء فتبين أن ذلك اليوم يوم الأربعاء جاز ظهره.

وإذا نوى الظهر خمس ركعات وقعد على رأس الركعة الرابعة أجزاءه عن الظهر ويلغو نية الخمس في آخر باب السهو من الأصل.

وإذا افتتح التطوع ثم ظن أنها مكتوبة فأتىها على نية المكتوبة حتى فرغ، فالصلاة هي التطوع، وكذلك إذا افتتح المكتوبة فظن أنها تطوع، فأتىها على نية التطوع، فالصلاة هي المكتوبة، [وهذا]^(٣) لأن قران العزيمة بجميع^(٤) أجزاء العمل متعذر فسقط^(٥) اعتباره [و]^(٦) صار الشرط قران العزيمة بأول جزء العبادة.

ولو شرع في صلاة ما عليه على أنها مثنية^(٧) فإذا هي أحدية لا يصح شروعه. ولو شرع على ظن أنها أحدية فإذا هي مثنية^(٨)، يصح شروعه^(٩).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، ب، م.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ، م: يجمع.

(٥) في أ: بقصد، وفي م: يسقط.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في م: سببية.

(٨) في م: سببية.

(٩) البناية شرح الهداية (١٤٢/٢).

هذا الكلام في المنفرد والإمام، جئنا [إلى المقتدي]^(١) فنقول: المقتدي يحتاج إلى نية الاقتداء مع نية الصلاة، فإذا^(٢) نوى الاقتداء بالإمام ولم يعين الصلاة: اختلف المشايخ فيه^(٣).

فقال^(٤): لا يجزئه؛ لأن الاقتداء يتنوع^(٥) إلى فرض ونفل، والنفل أدنى؛ فينصرف مطلق [النية]^(٦) إليه.

وقال بعضهم: يجزئه؛ لأنه جعل نفسه^(٧) تبعًا للإمام مطلقًا، وإنما يظهر بتعيينه مطلقًا إذا صار شارعًا في صلاة الإمام في هذا الوقت، وكذلك إذا قال: نويت أن أصلي مع الإمام.

وذكر محمد - رحمه الله - في باب الحدث: إذا اقتدى بالإمام ينوي صلاة الإمام ولا يدري أن الإمام في صلاة الظهر أو في صلاة الجمعة أجزأه أيتها كانت لأنه نوى الدخول في صلاة الإمام مقتديا [به]^(٨) فيصير شارعًا في صلاته.

ولو نوى صلاة الإمام، لم يجزه^(٩) بالاتفاق؛ لأن [صلاة]^(١٠) الإمام قد يكون منفردًا وقد يكون مقتديا فلا يتعين الاقتداء إلا بالنية.

وإن نوى الشروع في صلاة الإمام فقد اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: [يجزئه].

وقال بعضهم^(١١): لا يجزئه؛ لأن الشروع في صلاة الإمام متنوع إلى نفل وفرض، والنفل أدنى [رتبة]^(١٢)، فعند الإطلاق تنصرف^(١٣) [النية]^(١٤) إليه فيصير

(١) سقط في د.

(٢) في ب، د: فإن.

(٣) في د: فيهم.

(٤) في ب: قال.

(٥) في ب: بتنوع.

(٦) سقط في د.

(٧) في ب: نفسًا.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: يجز.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في أ.

(١٢) سقط في أ، ب.

(١٣) في أ: ينصرف.

(١٤) سقط في د.

شارعا في صلاة الإمام متنفلا؛ ألا ترى أنه لو نوى النفل مقتديا بالإمام يصير شارعا في صلاة الإمام متنفلا كذا ههنا والأول أصح؛ لأنه جعل نفسه تبعا من كل وجه ولا يتحقق التبعية من كل وجه، مع المخالفة من وجه.

ولو نوى الاقتداء بالإمام ولكن لم ينو صلاة الإمام إنما نوى الظهر والإمام في الجمعة لا يجزئه؛ لأن اختلاف الفرضين يمنع الاقتداء.

وإذا أراد المقتدي تيسير^(١) الأمر على نفسه فينبغي^(٢) أن ينوي صلاة الإمام والاقتداء به، أو ينوي أن يصلي مع الإمام [ما يصلي الإمام]^(٣).

ولو نوى الجمعة ولم ينو الاقتداء بالإمام [اختلف المشايخ]^(٤) فيه.

قال بعضهم: يجزئه؛ لأن الجمعة لا تكون إلا مع الإمام.

[ولو نوى الاقتداء]^(٥) بالإمام ولم يخطر بباله أنه زيد أو عمرو؛ جاز اقتداؤه.

ولو نوى الاقتداء بالإمام وهو يرى أنه زيد فإذا هو عمرو صح^(٦) اقتداؤه.

ولو نوى [الاقتداء بالإمام]^(٧) [أيضا]^(٨) ولو قال: اقتديت بزید [أو نوى

الاقتداء]^(٩) بزید فإذا هو عمرو، لا يصح اقتداؤه.

وروى [بشر]^(١٠) عن أبي يوسف - رحمهما الله - ما هو قريب من هذا، فقال: إذا

صلى الرجل خلف إمام وهو يرى أنه [خليفته]^(١١)، فإذا هو غيره؛ جازت صلاته.

وإن نوى حين كبر أنه خلف الخليفة أي اقتدى به، فإذا هو غير الخليفة قال^(١٢):

لا يجوز.

(١٤) سقط في أ، ب.

(١) في أ: تفسير.

(٢) في ب، م: ينبغي.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ، ب، م: اختلفوا.

(٥) في أ: للاقتداء.

(٦) في ب: وصح.

(٧) في أ، ب: اقتداء الإمام.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ، ب: خليفة.

(١٢) في م: قالوا.

ومن هذا الجنس ما ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في باب الجمعة [بعلامة السين]^(١): إذا اقتدى الرجل يوم الجمعة بالإمام ونوى صلاة الإمام إلا أنه يحسب أن الإمام يصلي الجمعة فإذا هو يصلي الظهر جاز ظهره معه، وإذا اقتدى به ونوى عند التكبير أنه يصلي معه الجمعة فإذا هو يصلي الظهر؛ لا يجزئه ظهره.

ذكر^(٢) في بعض الفتاوى: المقتدي إذا كان [يرى شخص الإمام]^(٣)، فقال: اقتديت بهذا الإمام [الذي]^(٤) هو عبد الله فإذا هو جعفر جاز.

وكذلك إذا كان في آخر الصفوف لا يرى شخص الإمام فقال: اقتديت بالإمام الذي هو في المحراب الذي هو عبد الله، فإذا هو جعفر؛ جاز.

نية الإمام للإمامة ليست بشرط لصحة الاقتداء به عند عامة المشايخ.

وقال أبو حفص الكبير والكرخي: أنه لا بد منها، وهذا في حق الرجال، وأما في حق النساء [فقد]^(٥) ذكر في بعض الفتاوى لو أن رجلاً صلى ولم ينو إمامة النساء فاقتدت به امرأة؛ قال أبو نصر: إن لم تقم بجنبه يصح اقتداؤها [به]^(٦) [وإن قامت بجنبه لا يصح]^(٧) [اقتداؤها]^(٨).

[وقال أبو القاسم الصفار لا يجوز [اقتداؤها]^(٩)]^(١٠) بغير نية الإمام في الوجهين

ولا بد من نية الإمام إمامتها في الوجهين جميعاً.

وقد روي عن أبي نصر رواية أخرى مثل ما قال أبو القاسم.

قال مشايخنا رحمهم الله: والأفضل للمقتدي أن ينوي الاقتداء [به]^(١١) بعد

(١) في ب، بصلاة السير.

(٢) في د: ذكره.

(٣) في د: شخصاً للإمامة.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في أ، ب، م.

(٦) سقط في أ، د.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ، د.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في م.

(١١) سقط في ب.

[ما^(١)] قال الإمام: الله أكبر، حتى يكون مقتديا بالمصلي .
 ولو نوى [الاعتداء]^(٢) حين وقف الإمام موقف الإمامة^(٣) يجوز عند عامة
 العلماء، وبه كان يفتي الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد، والحاكم عبد الرحمن
 الكاتب^(٤) - رحمهما الله - وقال أبو سهل^(٥) الكبير والفقير عبد الواحد^(٦)، والقاضي
 أبو جعفر وكثير من أئمة بخارى - رحمهم الله -: لا يجوز^(٧) .
 وقال الفقيه الزاهد الجوالقي^(٨): ينوي الاعتداء بعد ما قال الإمام: [الله]^(٩)، قبل
 أن يقول^(١٠): أكبر^(١١) .

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: الإمام.

(٤) هو: عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن محمد بن عزير بن محمد بن يزيد بن محمد بن سعد، الحاكم الإمام الكاتب، النيسابوري، الفقيه الحنفي، ابن دؤست -لقب جدّه محمد ابن عزيز - ولد سنة سبع وخمسين وثلاثمائة، حدّث عن: أبي نصر إسماعيل بن حماد التركي الجوهري -أخذ عنه اللغات-، وأبي سهل بشر بن أحمد بن بشر الإسفراييني، وأبي سعيد عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب بن نصير القرشي، وأبي عمرو محمد بن أحمد بن حمدان الحيري، والأستاذ أبي بكر محمد بن العباس الطبري - قراءة-، وأبي أحمد محمد ابن محمد بن أحمد الحافظ الحاكم النيسابوري، وعنه: أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي إنشادًا -أنشد عنه في (الزهد)، و(الشعب) - وأبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي النيسابوري الواحدي المفسر، وأبو عبد الله محمد بن عبد العزيز بن محمد الفارسي الهروي. قال أبو منصور الثعالبي في «يتمته»: من أعيان الفضلاء بنيسابور وأفرادهم، يجمع من الفقه والأدب، بين التمر والرطب، ومن النظم والنثر، بين الياقوت والدر. توفي في ذي القعدة سنة إحدى وثلاثين وأربعمائة .

ينظر: إنباه الرواة على أنباه النحاة، للقفطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٥٠هـ (١٦٧/٢)، سير أعلام النبلاء (١٧/٥٠٩)، تاريخ الإسلام (٢٩/٣٤٦)، الوافي بالوفيات (١٨/٢٥٤)، فوات الوفيات، لابن شاکر الكتبي، ١٢٩٩، مصر (٢/٢٩٧)، الجواهر المضية (٢/٤٠٣)، تاج التراجم، برقم (١٣٨)، بغية الوعاة (٢/٨٩).

(٥) في أ، م: إسماعيل. وينظر: المحيط البرهاني (٣/٢٩)، البناية شرح الهداية (٢/١٤٢).

(٦) في أ، م: الرحمن. وينظر: المحيط البرهاني (٣/٢٩)، البناية شرح الهداية (٢/١٤٢).

(٧) ينظر: المحيط البرهاني (٣/٢٩)، البناية شرح الهداية (٢/١٤٢).

(٨) الجوالقي - بضم الجيم، والواو مفتوحة، واللام مكسورة، وفي آخرها القاف-، هذه النسبة إلى عمل الجوالق وبيعه. ينظر: اللباب في تهذيب الأنساب (١/٣٠٠).

(٩) سقط في د.

(١٠) زاد في م: الله.

وقال^(١) مشايخنا: الأفضل أن يكون نية المقتدي الاقتداء بعد ما قال الإمام: الله أكبر^(٢).

وقول أبي سهل وإخوانه وقول الجوالقي مشكل على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فإن الأفضل عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - في تكبيرة الافتتاح في حق المقتدي أن تكون مع تكبيرة^(٣) الإمام، والشروع في الصلاة يعتمد تقديم النية^(٤).

لا بد وأن تقع نية المقتدي قبل تكبيرته^(٥) فيكون قبل تكبيرة الإمام [لتقع تكبيرته]^(٦) مقارنة لتكبيرة الإمام.

وسئل الإمام نجم الدين عن الإمام يقوم في المحراب ينوي القوم الاقتداء به قبل تكبيره، هل تجوز نيتهم؟ قال: نيتهم الاقتداء به قبل تكبيره ليس إلا قصدهم متابعتهم إياه في الأداء في هذه الصلاة إذا شرع فيها، وهذا هو تقديم النية على العمل متصلًا بالعمل وهو المشروع والمشروط.

وسئل [هو]^(٧) أيضًا عن يقول بلسانه عند الشروع في الصلاة قبل التكبير «دلا مرم هما بافو هز أفند أكردم بإمام». هل يصح هذا؟ وأنه إخبار^(٨) عن الماضي قال: المعتبر قصد القلب؛ فإن من قصده^(٩) أن^(١٠) يدخل في صلاة نفسه أو شرع^(١١) في الصلاة متابعًا للإمام فيها يكفيه ذلك ولا يضره خلل^(١٢) اللفظ كما لا يضره عدم اللفظ.

(١١) المحيط البرهاني (٢٨٨/١)، البناية شرح الهداية (١٤٢/٢).

(١) في د، م: قول.

(٢) المحيط البرهاني (٢٨٨/١)، البناية شرح الهداية (١٤٢/٢).

(٣) في ب: تكبير.

(٤) المحيط البرهاني (٢٨٨/١)، البناية شرح الهداية (١٤٢/٢).

(٥) في د: تكبيره.

(٦) في أ، ب، م: إذ تكبيرة المقتدي تقع.

(٧) سقط في د.

(٨) في ب: أختار.

(٩) في د: قصر.

(١٠) في ب، م: أنه.

(١١) زاد في أ، م: في صلاة نفسه أو شرع.

(١٢) في د: ذلك، وفي م: عدم.

الفصل الثاني

في بيان الأحكام المتعلقة بشرائط الصلاة عند الشروع فيها [وبعد الشروع فيها]^(١)

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

* نوع في تكبيرة الافتتاح:

اختلف الناس في رفع اليدين عند تكبيرة الافتتاح أهو سنة، والصحيح^(٢) أنه سنة؛ لأن النبي ﷺ^(٣) واظب عليه وكذلك الصحابة - رضوان الله عليهم - وكذلك روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أيضاً^(٤).

وإن ترك رفع اليدين هل يأتهم؟ بعض مشايخنا قالوا: يأتهم.

وبعضهم: قالوا لا يأتهم.

(١) سقط في د.

(٢) في م: فالصحيح.

(٣) في ب: عليه السلام.

جاء في الصحيحين عن ابن عمر قال: «كان النبي ﷺ إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى يكونا بحذو منكبيه، ثم يكبر، فإذا أراد أن يركع رفعهما مثل ذلك، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك - أيضاً - وقال: سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد» [أخرجه البخاري، كتاب الأذان، باب: رفع اليدين في التكبيرة الأولى (٤٥٦/٢) (٧٣٥)، ومسلم (٢٩٢/١) كتاب الصلاة، باب: استحباب رفع اليدين حذو المنكبين، الحديث (٣٩٠/٢٢-٢١)].

فهذا الحديث يدل على مشروعية رفع اليدين في هذه المواطن الثلاثة، عند تكبيرة الإحرام، وعند الركوع، وعند الرفع منه، وبهذا أخذ الإمام الشافعي - رحمه الله - قال: - أي الشافعي - فخالفنا بعض الناس في رفع اليدين في الصلاة، فقال - أي هذا البعض - وهم الحنفية -: إذا افتتح المصلي الصلاة رفع يديه حتى يحاذي أذنيه، ثم لا يعود يرفعهما في شيء من الصلاة، وأضاف الإمام الشافعي - قائلًا -: واحتج - هذا البعض - بحديث رواه يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء بن عازب قال: «رأيت النبي ﷺ إذا افتتح الصلاة يرفع يديه».

ينظر: شرح فتح القدير (٣٠٩/١)، والمعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، بمكة (٢١٥/١)، والذخيرة في الفقه المالكي (٢١٩/٢)، والأم، للشافعي (١٧٢/١)، ومختصر المزني، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، طبعة بولاق، ص (٢٣)، والمغني، لابن قدامة (٢٩٤/١).

(٤) في أ، ب، م: نصا.

وقد روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ما يدل على هذا القول، فإنه قال: إن ترك رفع اليدين جاز وإن رفع فهو أفضل.

وكان الشيخ الإمام الزاهد الصفار - رحمه الله - يقول: إن ترك أحيانا لا يَأْثَمُ، وإن اعتاد ذلك يَأْثَمُ.

واختلف المشايخ أيضا في وقت رفع اليدين.

قال بعضهم: يرفع ثم يكبر.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمهما الله - يقولان: ينبغي أن يقرن التكبير برفع اليدين، وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله -.

[وهذا]^(١) لأن رفع اليدين^(٢) سنة التكبير، وما كان سنة الشيء كان مقارنا [لذلك الشيء]^(٣)؛ كتسيبحات الركوع والسجود.

ولو افتتح الصلاة بالتهليل، أو^(٤) بالتحميد، أو^(٥) بالتسبيح يصير شارعا في الصلاة عند أبي حنيفة، ومحمد - رضي الله عنهما.

وهل يكره الشروع في الصلاة بهذه الألفاظ؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الكتاب.

وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يكره وهو الأصح.

وقد^(٦) ذكر القدوري رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - نصًّا^(٧) أنه كره الافتتاح إلا بقوله: الله أكبر.

ولو افتتح [الصلاة]^(٨) بقوله: اللهم اغفر لي، [فإنه]^(٩) لا يصير شارعا عندهم

(١) سقط في د.

(٢) في ب، د: اليد.

(٣) في د: له.

(٤) في أ، م: و.

(٥) في أ: و.

(٦) في ب: فقد.

(٧) في د: أيضًا.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في ب، د.

جميعاً؛ [لأنه من الأسماء المشتركة]^(١)، والحاصل من مذهبهما أن ما تجرد اسماً من أسماء الله تعالى أو تجرد صفة جاز الافتتاح به^(٢).

وما كان مسألة أو دعاء لا يجوز الافتتاح به.

ولو^(٣) قال: الرحمن أكبر [أو]^(٤) الرحيم أكبر يصير شارعا عندهما، [وهكذا

ذكر في بعض المواضع.

وفي فتاوى الفضلي، إذا افتتح الصلاة بقوله الرحمن يصير شارعا عندهما^(٥).

ولو^(٦) افتتح بقوله الرحيم، لا يصير شارعا؛ لأنه من الأسماء المشتركة.

ولو افتتح [الصلاة]^(٧) بقوله: اللهم، فقد اختلف أهل النحو فيه على قولهما،

قال البصريون: يصير شارعا؛ لأن الميم يدل على ياء النداء، فكأنه^(٨) قال: [يا

الله]^(٩)، وهناك يصير شارعا.

وقال الكوفيون، لا يصير شارعا، والأول أصح.

وفي «فتاوى النسفي»: لو افتتح الصلاة بقوله: سبحانك اللهم [اغفر لي]^(١٠)،

يصير شارعا عندهما، وهذا^(١١) وقوله سبحان الله سواء.

ولو قال أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، أو قال: بسم الله الرحمن الرحيم، لا

يصير شارعا عندهما أيضاً؛ لأن في التعوذ معنى الدعاء، ولأنه بمعنى^(١٢) قوله:

اللهم [اغفر لي]^(١٣)، والتسمية للتبرك فكأنه^(١٤) قال: اللهم بارك لي في هذا.

(١) سقط في: أ، ب، وزاد في د: جميعاً.

(٢) تبين الحقائق (١/١١٠).

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: وإذا.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ: وكأنه.

(٩) في أ: بالله.

(١٠) سقط في: ب، د.

(١١) في د: هذا.

(١٢) في أ: معنى.

(١٣) في د: أعذني.

(١٤) في أ: وكأنه.

ولو قال: الله، يصير شارعا عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - في رواية الحسن عنه وفي ظاهر الرواية لا يصير شارعا؛ فعلى ظاهر الرواية اعتبر الصفة مع الاسم. وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، في «شرح الجامع» والشيخ الإمام أبو نصر الصفار - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة أن بقوله^(١): الله، يصير شارعا [في الصلاة]^(٢) عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعند محمد - رحمه الله - لا يصير شارعا.

وفي نوادر ابن سماعة، عن محمد - رحمه الله - إذا افتتح المؤتم الصلاة مع الإمام وفرغ من قوله: الله، قبل أن يفرغ الإمام من قوله: الله، لا يجزئه سواء قال أكبر مع الإمام أو [قبله]^(٣) أو بعده وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله^(٤) "الله" -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا قال: أكبر، مع الإمام أو بعد الإمام يجزئه؛ لأن جمع التكبير فرض عنده؛ ألا ترى^(٥) أنه [لا]^(٦) يصير شارعا عنده لمجرد^(٧) قوله: الله، فيعتبر^(٨) التقدم والتأخر في [كل]^(٩) التكبير.

وعندهما يصير شارعا بقوله: الله^(١٠)، [فلا يعتبر]^(١١) التقدم والتأخر.

ولو قال: الله مع الإمام أو بعده وفرغ من قوله: أكبر قبل فراغ الإمام أو بعده فقد قيل على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - يجزئه؛ لأن على قوله لو اقتصر على قوله: الله مع الإمام أو بعده يجزئه فهاهنا كذلك.

(١) في أ: يقول.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في ب: رحمهما.

(٥) في أ: يرى.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: بمجرد.

(٨) في د: فلا يعتبر.

(٩) سقط في أ.

(١٠) زاد في أ: أكبر.

(١١) في د: فيعتبر.

وقيل: لا يجزئه هنا بالاتفاق؛ لأن [على] ^(١) قوله: إنما يصير شارحاً [بقوله: الله إذا اقتصر عليه] ^(٢).
 أما إذا قال: الله أكبر يصير شارحاً ^(٣) بالكل فيعتبر أن يكون فراغه عن ^(٤) الكل مع الإمام.
 ثم الأفضل في حق المقتدي في تكبيرة الافتتاح عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن تكون تكبيرته مع [تكبيرة] ^(٥) الإمام.
 وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يكبر بعد ^(٦) تكبير الإمام.
 لأن النبي ﷺ جعل وقت تكبير المقتدي ما بعد تكبير الإمام، فإنه قال - عليه السلام -: «إِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا» ^(٧).
 ذكر تكبير المقتدي بحرف «الفاء» وإنه للتعقيب ^(٨).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: من.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في د: بعده.

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (١/١٣٥)، في صلاة الجماعة، باب: صلاة الإمام وهو جالس، والبخاري (٢/٢٠٤) كتاب الأذان، باب: إنما جعل الإمام (٦٨٩)، ومسلم (١/٣٠٨) كتاب الصلاة، باب: اتمام المأموم بالإمام (٧٧/٤١١) كلهم من حديث أنس بن مالك.

(٨) (الفاء) حرف مهمل، خلافاً لمن زعم أنها تجر إذا نابت عن رب، ولمن ذهب إلى أنها تنصب المضارع في الأجوبة. وسيأتي الكلام على ذلك. وأصول أقسام (الفاء) ثلاثة: عاطفة، وجوابية، وزائدة.

أما العاطفة فهي من الحروف التي تشترك في الإعراب والحكم، ومعناها التعقيب. فإذا قلت: قام زيد فعمرو، دلت على أن قيام عمرو بعد زيد، بلا مهلة. فتشارك ثم في إفادة الترتيب، وتفارقها في أنها للاتصال، وشم تفيد الانفصال. هذا مذهب البصريين، وما أوهم خلاف ذلك تأولوه.

وأورد السيرافي، على قولهم: إن (الفاء) للتعقيب، قولك: دخلت البصرة فالكوفة. لأن أحد الدخولين لم يل الآخر. وأجاب بأنه بعد دخوله البصرة لم يشتغل بشيء، غير أسباب دخول الكوفة.

وقال بعضهم: تعقيب كل شيء بحسبه، فإذا قلت: دخلت مصر فمكة، أفادت التعقيب على الوجه الذي يمكن.

وذهب قوم، منهم ابن مالك، إلى أن (الفاء) قد تكون للمهلة بمعنى ثم. وجعل من ذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِي نَزَّلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَتُصْبِحُ الْأَرْضُ مُخْضَرَّةً﴾ [سورة الحج آية: ٦٣]. وتؤولت هذه الآية على أن (فتصبح) معطوف على محذوف، تقديره: أبتنا به، فطال النبت، فتصبح. وقيل: بل هي للتعقيب، وتعقيب كل شيء بحسبه.

وذهب الفراء إلى أن ما بعد (الفاء) قد يكون سابقاً، إذا كان في الكلام ما يدل على ذلك. كقوله تعالى: ﴿وَكَمْ مِنْ قَرْيَةٍ أَهْلَكْنَاهَا فَجَاءَهَا بَأْسًا بَيِّنًا﴾، والبأس في الوجود واقع قبل الإهلاك. وأجيب بأن معنى الآية: وكما من قرية أردنا إهلاكها، كقوله: إذا أكلت فسم الله. وقيل: (الفاء) في الآية عاطفة للمفصل على المجرى، كقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنشَأْنَهُمْ إِنشَاءً﴾ (٣٥) ﴿جَعَلْنَهُمْ أَبْكَارًا﴾ (٣٦). وهذا مما انفردت به (الفاء).

وذهب بعضهم إلى أن (الفاء) قد تأتي، لمطلق الجمع، ك (الواو). وقال به الجرمي في الأماكن والمطر خاصة. كقولهم: عفا مكان كذا فمكان كذا، وإن كان عفاؤهما في وقت واحد. ونزل المطر بمكان كذا فمكان كذا، وإن كان نزوله في وقت واحد. قال امرؤ القيس:

بَسِقِطِ اللَّوَى بَيْنَ الدَّخُولِ فَحَوْمِلِ

وقال النابغة:

عفا ذو حسى، من فرتنى، فالفوارع فجنباً أريك، فالتلاع، الدوافع وقد اتضح، بما ذكرته من هذه الأقوال، أن ما نقله بعضهم، من الإجماع، على أن (الفاء) للتعقيب، غير صحيح.

وقال بعضهم: الترتيب ب (الفاء) على ضربين: ترتيب في المعنى، وترتيب في الذكر. والمراد بالترتيب في المعنى أن يكون المعطوف بها لاحقاً متصلًا، بلا مهلة. كقوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَ﴾. وأما الترتيب في الذكر فنوعان: أحدهما عطف مفصل على مجمل، هو في المعنى، كقولك: توضأ، فغسل وجهه ويديه، ومسح برأسه، ورجليه. ومنه قوله تعالى: ﴿وَنَادَى نُوحٌ رَبَّهُ فَقَالَ رَبِّ إِنَّ الْمَشَارِكَةَ فِي الْحَكْمِ، بحيث يحسن الواو. كقول امرئ القيس:

بَسِقِطِ اللَّوَى بَيْنَ الدَّخُولِ فَحَوْمِلِ

وسمى غيره هذا ترتيباً في اللفظ؛ قال: ومراد الشاعر وقوع الفعل بتلك المواضع، وترتيب اللفظ واحداً بعد آخر ب (الفاء) ترتيباً لفظياً.

تنبيه: لا يخلو المعطوف ب (الفاء) من أن يكون مفرداً، أو جملة، والمفرد: صفة، وغير صفة. فالأقسام ثلاثة. فإن عطفت مفرداً غير صفة لم تدل على السببية. نحو: قام زيد فعمر. وإن عطفت جملة، أو صفة، دلت على السببية غالباً. نحو: ﴿فَوَكَرَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ﴾. ونحو: ﴿لَأَكُونُ مِنْ شَجَرٍ مِنْ زُفُورٍ﴾ (٥٦) ﴿فَالِئُونَ مِنْهَا الْبُطُونَ﴾ (٥٧) ﴿فَشَرَبُوا عَلَيْهِ مِنْ الْحَمِيمِ﴾ (٥٨). قال الزمخشري، في الكشف فإن قلت: ما حكم (الفاء) إذا جاءت عاطفة في الصفات؟ قلت: إما أن تدل على ترتب معانيها في الوجود. كقوله:

يا لهف زيابة، للحارث الـ صابح، فالغانم، فالآيب

كأنه قال: الذي صبح، فغنم، فأب. وإما على ترتبها في التفاوت، من بعض الوجوه.

كقولك: خذ الأكمل فالأفضل، واعمل الأحسن فالأجمل. وإما على ترتب موصوفاتها، في ذلك. كقولك: رحم الله المحلقين فالمقصرين.

فعلى هذه القوانين الثلاثة ينساق أمر (الفاء) العاطفة في الصفات. ول(الفاء) العاطفة أحكام أخر، مذكورة في مواضعها، لا حاجة هنا إلى ذكرها.

وأما (الفاء) الجوابية: فمعناها الربط، وتلازمها السببية. قال بعضهم: والترتيب أيضًا، كما ذكر في العاطفة. ثم إن هذه (الفاء) تكون جوابًا لأمرين: أحدهما: الشرط ب (إن) وأخواتها. والثاني: ما فيه معنى الشرط نحو (أما).

فأما جواب الشرط ب (إن) وأخواتها فأصله أن يكون فعلًا صالحًا لجعله شرطًا. فإذا جاء على الأصل لم يحتج إلى (فاء)، وذلك إذا كان ماضيًا متصرفًا عاريًا من (قد) وغيرها، أو مضارعًا مجردًا، أو منفياً ب (لا) أو (لم).

ومع كونه في ذلك غير محتاج إلى (الفاء) لا يمتنع اقترانه بها، على تفصيل أنا ذاكره: وهو أنه إن كان مضارعًا جاز اقترانه بها، ويجب رفعه حينئذ كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾، و﴿فَمَنْ يُؤْمِنُ بِرَبِّهِ فَلَا يَخَافُ﴾. والتحقيق أنه حينئذ خبر مبتدأ محذوف. فيكون الجواب جملة اسمية.

وإن كان ماضيًا متصرفًا مجردًا، فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يجوز اقترانه ب(الفاء)، وهو ما كان مستقبلًا، ولم يقصد به وعد أو وعيد. نحو: إن قام زيد قام عمرو.

وضرب يجب اقترانه ب(الفاء)، وهو ما كان ماضيًا لفظًا ومعنى. نحو: ﴿إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ﴾، وقد معه مقدرة.

وضرب يجوز اقترانه ب(الفاء) ولا يجب، وهو ما كان مستقبلًا، وقصد به وعد أو وعيد. كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَكَبَتْ وَجُوهُهُمْ فِي النَّارِ﴾.

وإذا كان الجواب لا يصلح لأن يجعل شرطًا وجب اقترانه بالفاء، ليعلم ارتباطه بأداة الشرط. وذلك إذا كان: جملة اسمية، نحو: من يفعل الخير فالله يجزيه.

أو فعلية طلبية، نحو: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي﴾.

أو فعلًا غير متصرف، نحو: ﴿إِنْ تَرَيْنَ أَنَّ أَقَلَّ مِنْكَ مَالًا وَوَلَدًا﴾ ﴿٣٩﴾ فَعَسَى رَبِّي.

أو مقرونًا بحرف تنفيس، نحو: ﴿مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ﴾.

أو ب (قد)، نحو: ﴿قَالُوا إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَفَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلٍ﴾.

أو منفياً ب (ما) أو (لن) أو (أن)، نحو: إن قام زيد فما يقوم عمرو، أو فلن يقوم، أو فإن يقوم.

أو قسمًا، نحو: إن تكرمني فوالله لأكرمك. أو مقرونًا ب(رب)، أو بنداء، كقول امرئ القيس:

فإن أمس مكرويًا فيا رب قينة منعمة، أعملتها بكران
فهذه الأجوبة تلزمها الفاء، لأنها لا يصلح جعلها شرطًا.

وجاء حذف الفاء لضرورة الشعر كقوله: من يفعل الحسنات الله يشكرها أي: فالله يشكرها.

وقال بعضهم: لا يجوز حذفها إلا في ضرورة، أو ندور. ومثل الدور بما في صحيح =

[وقد^(١) فرع على قولهما، فقال: لو كبر المقتدي مقارنا لتكبير الإمام، قال أبو يوسف - رحمه الله - برواية المعلى: يجزئه ويكره. وقال في رواية أخرى: لا يجزئه.

= البخاري، من قوله ﷺ، لأبي بن كعب، رضي الله عنه فإن جاء صاحبها، وإلا استمتع بها. [البخاري (٢٤٢٦)].

وعن الأخفش إجازة حذف الفاء، في الاختيار. واختلف النقل عن المبرد، فنقل عنه كمذهب الأخفش، ونقل عنه منع حذفها مطلقاً. وزعم أن الرواية في البيت: من يفعل الخير فالرحمن يشكره، واعلم أن إذا الفجائية قد تخلف الفاء في الجملة الاسمية، بشروط يأتي ذكرها عند ذكر إذا، إن شاء الله تعالى.

وأما الفاء الواقعة جواباً لـ (أما) فالأليق تأخير ذكرها، لتذكر مع أما. وأما الفاء الزائدة فهي ضربان: أحدهما الفاء الداخلة على خير المبتدأ، إذا تضمن معنى الشرط. نحو: الذي يأتي فله درهم. فهذه (الفاء) شبيهة بـ(فاء) جواب الشرط، لأنها دخلت لتفيد التنصيص على أن الخبر مستحق بالصلة المذكورة. ولو حذف لاحتتمل كون الخبر مستحقاً بغيرها.

فإن قلت: فكيف تجعلها زائدة، وهي تفيد هذا المعنى؟ قلت: إنما جعلتها زائدة، لأن الخبر مستغن عن رابط يربطه بالمبتدأ. ولكن المبتدأ لما شابه اسم الشرط دخلت الفاء في خبره، تشبيهاً له بالجواب. وإفادتها هذا المعنى لا تمنع تسميتها زائدة. وبالجملة فهذه (الفاء) شبيهة بـ(فاء) جواب الشرط.

ولتضمن المبتدأ معنى الشرط صور، مذكورة في موضعها. والثاني: التي دخولها في الكلام كخروجها. وهذا القسم لا يقول به سيبويه، وقال به الأخفش، وزعم أنهم يقولون: أخوك فوجد. واحتج بقول الشاعر:
وقائلة: خولان فانكح فتاتهم وأكرومة الحيين خلوا: كما هيا
وبقول عدي بن زيد:

أرواح، مودع، أم بـكـور أنت فانظر: لأي ذاك تصير؟
ولا حجة فيهما، لاحتمال كون (خولان) خبر مبتدأ محذوف، أي: هؤلاء خولان.
وكون (أنت) فاعل فعل مقدر، يفسره الظاهر، أي: فانظر أنت.
وقد أجاز الفراء وجماعة، منهم الأعلام، دخولها في خبر المبتدأ، إذا كان أمراً، أو نهيًا.
وأجاز الزجاج في قوله تعالى: ﴿هَذَا فَلْيُدْوُّوهُ﴾ أن يكون (هذا) مبتدأ، و(فليدووه) خبره.

وقال ابن برهان: واعلم أن (الفاء) تكون زائدة عند أصحابنا جميعًا. نحو قول الشاعر:

وَإِذَا هَلَكْتَ فَعِنْدَ ذَلِكَ فَاجْزَعِي

ينظر: الجنى الداني في حروف المعاني، لأبي محمد بدر الدين حسن بن قاسم المرادي المصري المالكي، تحقيق: د/ فخر الدين قباوة، الأستاذ/ محمد نديم فاضل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط(١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ص (٦١ - ٧٢).

(١) سقط في أ، ب.

وقال محمد - رحمه الله - : يجزئه وأساء ، وقول محمد - رحمه الله - مذكور في «الكيسانيات» .

فإذا لم يعلم أنه كبر المؤتم قبل الإمام أو [بعد الإمام]^(١) ذكر هذه المسألة في الهارونيات وجعلها على ثلاثة أوجه :

إن كان غالب رأيه أنه كبر [بعد]^(٢) الإمام يجزئه وإن كان غالب رأيه أنه كبر]^(٣) قبل الإمام لا يجزئه؛ لأن أكبر الرأي يقوم مقام العلم في الأحكام، وإن استوى الحالان يجزئه؛ لأن أمره محمول على الصواب، وقد علم في الابتداء أنه قصد الشروع في صلاة الإمام، فهو على الصواب حتى يظهر الخطأ والله أعلم.



(١) في د: بعده .

(٢) في د: مع .

(٣) سقط في أ .

* نوع [آخر]^(١) في القراءة:

- هذا النوع ينقسم [إلى أقسام]^(٢):

● الأول: في بيان حدها:

فنقول: تصحيح الحروف أمر لا بد منه، ولا تعتبر^(٣) قراءة إلا بعد تصحيح الحروف، وإذا صحح الحروف بلسانه ولم يسمع نفسه.

حكى عن الكرخي - رحمه الله - أنه يجزئه^(٤)، وبه كان يفتي الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله - لأن القراءة فعل اللسان، وذلك بتصحيح^(٥) الحروف، وإقامتها لا بالسمع، فإن السماع فعل السامع وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - في الأصل حيث قال: وإن كان يصلي وحده وكانت صلاة يجهر فيها بالقراءة قرأ^(٦) في نفسه إن شاء وإن شاء جهر وأسمع نفسه.

[ولو كان إسماع نفسه داخلا في القراءة لكان إسماع نفسه مستفادا من قوله: «قرأ في نفسه»، فيكون قوله: وأسمع نفسه]^(٧) [تكرارا]^(٨).

وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والشيخ الإمام أبي [بكر]^(٩) محمد بن الفضل - رحمهما الله - أنه لا بد من إسماع نفسه؛ لأن حد الكلام ما هو مسموع مفهوم؛ ألا ترى أن ألحان الطير لا يسمى كلاما مع أنه مسموع؛ لأنه ليس بمفهوم^(١٠)؛ وألا ترى أن الكتاب^(١١) لا يسمى كلاما مع أنه مفهوم؛ لأنه ليس بمسموع لكن شرطنا سماع نفسه؛ لأن الشرط وجود القراءة في نفسه.

(١) سقط في د.

(٢) في أ، ب: أقساما.

(٣) في أ: يعتبر، وفي ب، د: تصير.

(٤) في أ: يكفيه.

(٥) في أ: تصحيح.

(٦) في أ: قراءة.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في ب.

(١٠) غير واضحة في ب.

(١١) في د: المكتوب.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : الأصح ^(١) أنه لا يجرئه ما لم يُسمع نفسه، و[يسمع] ^(٢) من بقره .

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - كل حكم يتعلق بالذكر نحو التسمية على الذبيحة، والاستثناء في اليمين والطلاق والعتاق، والإيلاء، والبيع، فهو على [هذا الخلاف] ^(٣) .

وذكر القاضي الإمام علاء الدين - رحمه الله - في شرح مختلفاته: أن الصحيح عندي أن في بعض التصرفات يكتفي بسماعه، وفي بعضها يشترط سماع غيره؛ مثلاً في البيع، لو أدنى ^(٤) المشتري صماخه إلى فم البائع، وسمع ^(٥) يكفي، ولو [لم يسمع] ^(٦) البائع نفسه ^(٧) ولم يسمعه المشتري لا يكفي .

وفيما ^(٨) [إذا] ^(٩) حلف لا يكلم فلائاً [فناداه] ^(١٠) من بعيد بحيث لا يسمع لا يحنث في يمينه . نص على هذا في كتاب الأيمان؛ لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ولم يوجد والله أعلم .



(١) في أ: والأصح .

(٢) سقط في د .

(٣) في أ، ب: الاختلاف .

(٤) في أ: أتى، وفي د: أدى .

(٥) في د: فسمع .

(٦) في د: سمع .

(٧) في د: بنفسه .

(٨) في أ: ومنها ومنها .

(٩) سقط في د .

(١٠) سقط في د .

● [نوع^(١)] آخر في بيان محلها وقدرها:

وإذا كانت المكتوبة من ذوات الأربع؛ ففرض القراءة فيها في الركعتين الأوليين وفي [الركعتين]^(٢) الأخيرتين^(٣) هو بالخيار، إن شاء قرأ، وإن شاء سبح، وإن شاء سكت، [وهذا]^(٤) لأن قضية القياس الاكتفاء بالقراءة في الركعة الواحدة؛ لأن الأمر بالفعل [لا]^(٥) يقتضي التكرار^(٦) إلا أن الركعة الثانية مثل الأولى من كل وجه فأوجبنا

(١) في د: قسم.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: الأخيرتين.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) الأمر بالفعل قد يقتضي الامتثال بالقيام بالفعل مرة واحدة فقط، ولا يكون مطلوباً من المكلف أكثر من ذلك على سبيل الوجوب، وقد يكون الأمر مقتضياً تكرار القيام بالفعل؛ بحيث لا يكتفى من المكلف بمجرد الإتيان بالفعل مرة واحدة؛ بل لا بد له من التكرار، وقد يوجد مع الأمر قرينة دالة على المرة أو المرات، وقد لا يوجد ما يدل على أحدهما، وقد تكلم أصوليو الحنفية في ذلك كله، فانفقوا في بعض الأحكام، واختلفوا في بعضها على النحو الآتي:

اتفق الأصوليون والفقهاء على أنه إذا وردت صيغة (افعل) مقترنة بما يدل على طلب الفعل مرة أو مرات فإنها تقيد بما تقتضيه القرينة المقتضية للمرة أو المرات، فمن أمثلة ما وقع من الأمر مقتضياً للتكرار - وإن كان على وجه معين - ما رواه مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنهما - في حديث طويل، قال: قال رسول الله ﷺ: «أفلا أعلمكم شيئاً تدركون به من سبقكم وتسبقون به من بعدكم ولا يكون أحد أفضل منكم إلا من صنع مثل ما صنعتم، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: تسبحون وتحمدون وتكبرون دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين مرة». [أخرجه مسلم (٤١٦/١) كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب: استحباب الذكر بعد الصلاة وبيان صفته، حديث (٥٩٥)]، وهذا وإن كان في صورة الخبر إلا أنه في حقيقته أمر، فمعنى: تسبحون، وتحمدون، وتكبرون: سبحوا واحمدوا وكبروا، وهو مقترن بعدد معين، وهو الثلاث والثلاثون مرة في كل منها عقب كل صلاة.

ومما جاء الأمر به مقترناً بما يدل على اثنين أو ثلاث ما رواه الترمذي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تشربوا واحداً كشر البعير، ولكن اشربوا مثني أو ثلاث». [أخرجه الترمذي، كتاب الأشربة، باب: ما جاء في التنفس في الإناء (٣٠٢/٤) (١٨٨٥)]، وقال: هذا حديث حسن، والطبراني في الكبير (١١٦٦/١) (١١٣٧٨).

فقوله ﷺ: «اشربوا مثني أو ثلاث» وقع الأمر «اشربوا»، مقترناً بعدد معين، هو الاثنين أو الثلاث، ومعنى ذلك أن يشرب المسلم على مرتين أو ثلاث مرات.

ومما جاء الأمر فيه مقترناً بما يدل على المرة الواحدة ما رواه عبد الرزاق عن أبي ذر - رضي الله عنه - قال: «سألت النبي ﷺ عن كل شيء حتى سألته عن مسح الحصى، فقال: واحدة أو دع» [أخرجه أحمد في مسنده (٣٨٥/٥)، وابن أبي شيبه في مصنفه (١٧٦/٢)، حديث (٧٨٢٥)، صحح إسناده ابن حجر في بلوغ المرام مع سبل السلام (١/٢٢٢)]، فالأمر مقترن بما يدل على المرة الواحدة؛ لأن التقدير: امسح واحدة أو دع.

هذا كله وإن لم يكن أمر إيجاب إلا أنه يتصل بما نحن فيه من حيث إنه مقترن بما يدل على المرة أو المرتين أو الثلاث أو على الثلاث والثلاثين مرة، فيكون مقتضياً لتكرار الفعل بحسب ذلك العدد المنصوص عليه، وهذا محل اتفاق عند الأصوليين.

ومما لا خلاف فيه - أيضاً - ما إذا كان الأمر معلقاً على شرط أو صفة، فإنه ينظر إلى الشرط أو الوصف على أنه علة أو سبب؛ ومثل ذلك: ما وقع من الأمر بجلد الزاني والزانية، بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾، فإن الأمر في الآية يدل على طلب الجلد وتكراره كلما وجد الزنى، من حيث إن الشارع اعتبر الزنى علة أو سبباً.

ويتحقق مثل هذا - أيضاً - في عقوبة السارق؛ في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾، فإن التعليق بالمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق، والعلية تقتضي تكرار المعلول بتكرر علته، إلى غير ذلك مما جاء فيه الأمر مقترناً بقرينة يراد منها المرة أو التكرار، ولا خلاف بين الأصوليين والفقهاء في أن الأمر حينئذ يكون مقيداً بما تقتضيه هذه القرينة.

وإنما محل النزاع بين الأصوليين والفقهاء فيما إذا وردت صيغة «افعل» مطلقة مجردة عن القرائن غير مقترنة بما يدل على المرة أو المرات.

ويرجع الخلاف بين الأصوليين في دلالة صيغة الأمر المطلقة عن القرائن على التكرار إلى أن الأمر يستعمل في المرة والمرة؛ كأمر الحج والعمرة؛ فإنه مستعمل في المرة وأمر الصلاة والزكاة والصوم فإنه مستعمل في المرات، ومن ثم اختلفت أنظار الأصوليين في استعمال الأمر: هل هو حقيقة في الدلالة على التكرار؛ كما هو حقيقة في الدلالة على المرة فيكون حقيقة فيهما معاً؛ لأن الأصل في الاستعمال الحقيقة أو هو حقيقة في أحدهما فقط؛ حذراً من الاشتراك.

واختلف الحنفية في اقتضاء الأمر المجرد عن القرائن للتكرار على قولين:

القول الأول: أن الأمر إذا ورد مجرداً عن القرائن، كان لمطلق الطلب من غير إشعار بوحدة، أو كثرة، أي: أن صيغة الأمر حينئذ تكون لمطلق الطلب لا تفيد مرة ولا تكراراً. وإنما تدل على ما يحصل به وجود الفعل إلا من المرة أقل ما يمكن أن يتحقق به تحصيل المأمور به فبذلك صارت المرة من ضروريات الإتيان بالمطلوب لا أن الأمر يدل عليها بذاته، وعلى ذلك فإن المكلف يخرج من عهدة الامتثال بأن يأتي بالمأمور به ولو مرة واحدة، فالإتيان بالمرة مطلوب لا على أنه مدلول الأمر بذاته بل على أنه أقل ما به يمكن حصول الفعل المطلوب. وهذا هو مختار الحنفية على ما قرره الكمال ابن

القراءة فيها استدلالاً [بالأولى]^(١)، فأما الأخريان فهما أكدتان على الأوليين؛ لأن الصلاة في الأصل كانت ركعتين كما قالت عائشة - رضي الله عنها . كانت الصلاة في الأصل ركعتين فزيدت في الحضر وأقرت في السفر^(٢)، فلم يجز قياس الأخريين على الأوليين، ولهذا لا يقاس الأخريان على الأوليين في حق

= الهمام، وقال السرخسي: «إنه الصحيح من مذهب علمائنا». القول الثاني: أن الأمر المطلق يفيد طلب الفعل مرة دون احتمال التكرار، وإلى هذا ذهب جماعة من قدماء الحنفية. وعلى هذا يكون الخروج عن العهدة بالإتيان بالفعل مرة واحدة، لأن الأمر يدل على المرة بخصوصها بذاته، وليس مدلول الصيغة مطلق الطلب كما هو مقتضى القول الأول؛ لأن مقتضى القول الأول أن الأمر يدل بذاته على مطلق الطلب، وإن كان المطلوب لا يمكن أن يتحقق إلا بوقوعه ولو مرة، أما هذا القول فمقتضاه أن الأمر يدل بذاته على طلب حصول الفعل مرة واحدة. ومن هنا يتضح الفرق بين القولين، فإن مقتضى القول الأول أن لفظ الأمر يحتاج في دلالاته على المرة إلى قرينة وكذلك في دلالاته على المرات، ولكن دل على المرة؛ لأن تحقق الماهية لا يتحقق إلا بوجود فرد من أفرادها، وأما القول الثاني فمقتضاه أن لفظ الأمر يدل على المرة حقيقة فلا يحتاج إلى قرينة، أما دلالاته على المرات فإنها مجازية فلا بد من قرينة تدل على ذلك. وأياً ما كان الأمر فإن الذي يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن الخلاف بين هذين القولين خلاف لفظي ولا أثر له من الناحية التطبيقية، ومن أجل هذا فإن بعض الأصوليين قد اعتبرهما مذهباً واحداً، وأن الذين يعبرون بالمرة إنما يريدون ما قاله أصحاب القول الأول من أن المرة ضرورية لتحقيق وجود الفعل المطلوب.

ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (٢٨١/١)، كشف الأسرار، للنسفي (٥٨/١)، مرآة الأصول في شرح مرآة الوصول (١٨٧/١ - ١٩٠)، حاشية الأزميري على مرآة الأصول لسليمان بن عبد الله الأزميري الحنفي، دار الطباعة العامرة، إستانبول، ١٣٠٩هـ (١/١٨٧ - ١٩٠)، أصول السرخسي (٢/٢٠)، التلويح على التوضيح (١/١٥٨ - ١٦٠)، أصول الشاشي، ص (٨٢، ٨٣)، عمدة الحواشي، مع شرح أصول الشاشي، لمحمد فيض الحسن الكنكوهي، بيروت، لبنان، ص (٨٢، ٨٣)، المنار، ص (٣)، فتح الغفار بشرح المنار (١/٣٦)، شرح نور الأنوار على المنار (١/٥٧، ٥٨)، التقرير والتحجير (١/٣١١)، نهاية الوصول (٣/٩٢٢، ٩٢٣)، أصول البزدوي ص (٢٢).

(١) سقط في د.

(٢) روت عائشة أنها قالت: «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين في الحضر والسفر، فأقرت صلاة السفر، وزيد في صلاة الحضر» [أخرجه مالك (١/١٤٦) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب: قصر الصلاة، الحديث (٨)، والبخاري (٧/٢٦٧) كتاب المناقب، الحديث (٣٩٣٥)، ومسلم (١/٤٧٨) كتاب صلاة المسافرين، باب: صلاة المسافرين، الحديث (١/٦٨٥)، وأبو داود (٢/٥) كتاب الصلاة، باب: صلاة المسافر، الحديث (١/١١٩٨)، والنسائي (١/٢٢٥، ٢٢٦) كتاب الصلاة، باب: كيف فرضت الصلاة، والبيهقي (١/٣٦٢، ٣٦٣) كتاب الصلاة، باب: عدد ركعات الصلوات].

وصف^(١) القراءة وهو الجهر والإخفاء، [وكذا]^(٢) في حق القدر وهو السورة [فكذا في أصل القراءة]^(٣).

وإن ترك القراءة والتسيب لم يكن عليه حرج، ولم يكن عليه سجدة^(٤) السهو [و]^(٥) إن كان ساهياً، [لكن القراءة أفضل هذا هو الصحيح من الروايات كذا ذكره القدوري في شرحه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لو سبح في كل ركعة ثلاث تسيحات [أجزأه وقراءة الفاتحة أفضل.

وإن لم يقرأ ولم يسبح^(٦) كان مسيئاً إن كان متعمداً وإن كان ساهياً فعليه سجدة السهو^(٧)؛ لأن القيام في الأخرمين مقصود فيكره إخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعاً، كما في الركوع والسجود وقد كره ذلك رسول الله ﷺ لأصحابه^(٨) حيث قال: «مَا لِي أَرَاكُمْ سَامِدِينَ؟»^(٩) أي واقفين متحيرين، والأول أصح؛ لأن الأصل في القيام القراءة، فإذا سقطت القراءة في الأخرمين بقي القيام المطلق فيكون^(١٠) كقيام المؤتم بخلاف الركوع والسجود؛ لأن القراءة فيهما^(١١) ليست بمشروعة، وإنما المشروع فيهما الذكر فلا يجوز إخلاؤهما عن الذكر.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: يسبح فيهما ولا يسكت إلا أنه إذا أراد أن يقرأ الفاتحة فليقرأ^(١٢) على جهة الثناء لا على جهة القراءة، وبه أخذ بعض المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله.

(١) في أ: نصف.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: فكذا هذا في حق أصل القراءة.

(٤) في م: سجدة.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في أ.

(٧) من أول قوله: لكن القراءة أفضل... إلى هنا في د: فعليه سجدةتان.

(٨) في أ، ب: وأصحابه.

(٩) أخرجه موقوفاً عن علي ابن أبي شيبة (٣٥٦/١)، رقم (٤٠٩٤)، والطحاوي في شرح

مشكل الآثار (٣٩٦/١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٢/٢).

(١٠) زاد في د: قيامه.

(١١) في ب: فيها.

(١٢) في م: فليقل.

[ثم^(١)] فرض القراءة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه^(٢) - يتأدى بآية واحدة وإن كانت قصيرة.

وهو مذهب ابن عباس^(٣) - رضي الله عنهما^(٤) - فإنه قال: اقرأ بما^(٥) معك من القرآن [فليس شيء من القرآن بقليل^(٦)]^(٧).

[و^(٨)] قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا يتأدى إلا بآية طويلة كآية المدينة وآية الكرسي أو ثلاث آيات قصار هي كلمتان أو كلمات نحو قوله تعالى: ﴿فَقِيلَ كَيْفَ قَدَرَ ۖ ثُمَّ قِيلَ كَيْفَ قَدَرَ ۖ ثُمَّ نَظَرَ ۖ﴾^(٩)، وما أشبه ذلك يجوز بلا

(١) سقط في م.

(٢) في أ: رحمه الله.

(٣) هو: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف الهاشمي، أبو العباس المكي، ثم المدني، ثم الطائفي، ابن عم النبي ﷺ وصاحبه، وحبر الأمة وفقهها، وترجمان القرآن، روى ألفاً وستمئة حديث، اتفق البخاري ومسلم منها على خمسة وسبعين. مات بالطائف سنة (٦٨هـ)، وصلى عليه محمد ابن الحنفية.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢/٦٩)، وتهذيب التهذيب (٥/٢٧٦)، وتقريب التهذيب (١/٤٢٥).

(٤) في أ، ب: عنه.

(٥) في د: بما بعدها.

(٦) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلَاةِ، فَأَسْبِغِ الوُضُوءَ، ثُمَّ اسْتَقْبِلِ الْقِبْلَةَ، فَكَبِّرْ، ثُمَّ اقْرَأْ مَا تَيَسَّرَ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ، ثُمَّ ارْكَعْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ رَأْسُكَ، ثُمَّ ارْزُقْ حَتَّى تَعْتَدِلَ قَائِمًا، ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِدًا، ثُمَّ ارْزُقْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ جَالِسًا، ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِدًا، ثُمَّ افْعَلْ ذَلِكَ فِي صَلَاتِكَ كُلِّهَا».

أخرجه البخاري (١١/٣٦) كتاب الاستئذان، باب: من رد فقال عليك السلام، رقم الحديث (٦٢٥١)، ومسلم (١/٢٩٨) كتاب الصلاة، باب: وجوب قراءة الفاتحة، الحديث (٤٥/٣٩٧)، وأبو داود (١/٢٨٧، ٢٨٨) كتاب الصلاة، باب: صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع، والسجود (٨٥٦)، والنسائي (٣/٥٩) كتاب السهو، باب: أقل ما يجزئ من عمل الصلاة (١٣١٣)، والترمذي (٢/١٠٣، ١٠٤) أبواب الصلاة، باب: ما جاء في وصف الصلاة، حديث (٣٠٣)، وابن ماجه (١/٣٣٦، ٣٣٧) كتاب إقامة الصلاة، باب: إتمام الصلاة (١٠٦٠)، وأحمد (٢/٤٣٧)، وأبو عوانة (٢/١٠٣)، والبيهقي (٢/١٥ - ٣٧ - ٦٢)، وابن خزيمة (١٠/٢٣٥) رقم (٤٦١) عن أبي هريرة، وقال الترمذي: (هذا حديث حسن صحيح).

(٧) في م: بقلبك.

(٨) سقط في أ.

(٩) سورة المدثر الآيات: ١٩-٢١.

خلاف بين المشايخ، وكذا ذكر بعض المشايخ، وسيأتي بعد هذا بخلافه. [أما^(١)] إذا قرأ آية قصيرة هي كلمة واحدة نحو قوله [تعالى]^(٢): ﴿مُدَاهَمْتَانِ﴾^(٣) أو آية قصيرة هي حرف واحد نحو قوله تعالى: ﴿صَّ﴾، ﴿قَّ﴾، ﴿نَّ﴾ فإن هذه^(٤) آيات عند بعض القراء. اختلف المشايخ فيه.

وإذا قرأ آية طويلة في ركعتين نحو آية الكرسي وآية المدائنة قرأ^(٥) البعض في ركعة والبعض في ركعة اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - بعضهم قالوا: لا يجوز؛ لأنه ما قرأ آية تامة في كل ركعة، وعامتهم على أنه يجوز؛ لأن بعض هذه الآيات تزيد على ثلاث آيات قصار [أو يعدلها فلا تكون قراءته أقل من ثلاث آيات قصار^(٦)]-^(٧).

وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله - : إذا كان الرجل لا يحسن إلا هذه الآية وهو قوله: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾^(٨)، فإنه يقرأها مرة واحدة في الركعة، ولا يكررها في الركعة، فلا تجوز صلاته، وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - أدنى ما يجوز من القراءة في الصلاة في كل ركعة ثلاث آيات تكون تلك الآيات الثلاث مثل أقصر سورة في القرآن لا تجزئه^(٩).



-
- (١) سقط في م.
 (٢) سقط في ب، د.
 (٣) زاد في م: آية قصيرة هي.
 (٤) في ب، م: هذا.
 (٥) زاد في ب: في ركعتين، وزاد في د، م: في الركعتين.
 (٦) المحيط البرهاني (١/٢٩٨).
 (٧) سقط في م.
 (٨) سورة الفاتحة آية: ٢.
 (٩) في أ: يجزئه. وينظر: المحيط البرهاني (١/٢٩٨).

● قسم (١) آخر [من هذا النوع] (٢): [جهر المنفرد في الصلاة]:

وإذا كان المصلي منفرداً إن كانت صلاته يخافت فيها يخافت، وإن جهر فيها يكون مسيئاً، هكذا ذكر الحسن بن زياد - رحمه الله - في كتاب صلاته (٣).

وإن كانت صلاة يجهر فيها فهو بالخيار إن شاء جهر وأسمع نفسه، وإن شاء أسر وقرأ في نفسه، إما له أن يجهر، [لأنه يشبه الإمام] (٤)، وله أن يخافت؛ لأن الإمام بالجهر يسمع غيره، والمنفرد لا يسمع غيره، هكذا ذكر في عامة (٦) الروايات.

وذكر في (٧) رواية أبي حفص أن الجهر أفضل، والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من صلى شبيه الجماعة صلت بصلاته صفوف من الملائكة» (٩). والجهر سنة (١٠) الصلاة بجماعة (١١) فيما يجهر.

فإن قيل: شرعية الجهر للأئمة لحاجتهم إلى إسماع (١٢) غيرهم، والمنفرد لا يحتاج إلى إسماع (١٣) غيره، فلا يشرع الجهر في حقه قيل له المنفرد إمام في نفسه فيجهر لإسماع نفسه.

فإن قيل: إذا اعتبر إماماً في حق نفسه لماذا جازت له المخافتة في حقه، قيل له: لأن القراءة له دون غيره فكانت مخافتته كجهره.

وأما النوافل فلا يخلو إما أن تكون نوافل النهار، أو نوافل الليل، فإن كان نوافل

(١) في م: نوع.

(٢) سقط في د.

(٣) في ب: صلاة.

(٤) في د: فلأنه شبيه بالإمام.

(٥) في أ: إذا.

(٦) في د: بعض.

(٧) زاد في د: بعض.

(٨) في ب: عليه السلام.

(٩) هذا الحديث يذكر في كتب الحنفية فقد ذكره عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي في الاختيار لتعليل المختار (١/٥٠)، وفخر الدين الزيلعي في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٢٧/١) بلفظ: «مَنْ صَلَّى وَحْدَهُ عَلَى هَيْئَةِ الْجَمَاعَةِ صَلَّى حَلْفَهُ صُفُوفٍ مِنَ الْمَلَائِكَةِ».

(١٠) في د: شبيه.

(١١) في أ: جماعة.

(١٢) في أ: سماع.

(١٣) في أ: سماع.

النهار، يكره الجهر فيها؛ لأنها تابعة للفرائض. والأصل فيه ما روي [عن^(١)] ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «صَلَاةُ النَّهَارِ عَجْمَاءُ»^(٢).

وأما نوافل الليل لا بأس بالجهر فيها لأنه مشروع في الليل لكن الأفضل أن يكون بين الجهر والإخفاء.

واختلفوا في حد الجهر والمخافتة، قال الشيخ أبو الحسن الكرخي - رحمه الله -: أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأقصاه أن يسمع غيره، وأدنى المخافتة تحصيل الحروف. وقال الشيخ الفقيه أبو جعفر والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمهما^(٣) الله -: أدنى الجهر أن يسمع غيره وأدنى المخافتة أن يسمع نفسه. وعلى هذا يعتمد، والكلام في مقدار المسنون [من القراءة]^(٤) معروف، وقد

(١) سقط في د.

(٢) قال الزركشي في التذكرة ص (٦٦، ٦٧): قال النووي في شرح المهذب في الكلام على الجهر بالقراءة: هو حديث باطل، لا أصل له. قلت: قال الدارقطني: هذا لم يرو عن النبي ﷺ، وإنما هو من قول بعض الفقهاء. حكاه الروياني في البحر، فقال: المراد به معظم الصلاة؛ ولهذا يجهر في الجمعة. وذكره أبو عبيد في كتاب فضائل القرآن، من قول أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود، وذكره ابن أبي شيبه في مصنفه، عن يحيى بن أبي بكير: «قالوا: يا رسول الله، إن قوما يجهرون بالقراءة بالنهار، فقال: ارموهم بالبعر»، وهو مرسل، ورواه ابن شاهين مسندا من حديث أبي هريرة.

وذكره السخاوي في المقاصد الحسنة ص (٢٦٥، ٢٦٦) وقال: قال النووي في الكلام على الجهر بالقراءة من شرح المهذب: إنه باطل لا أصل له. وأنه من كلام الحسن البصري، بل هو عند أبي عبيد في فضائل القرآن من قول أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود، وكذا أخرجه عبد الرزاق من قوله، ومن قول مجاهد موقوفا عليهما، ولابن أبي شيبه في مصنفه، عن يحيى بن أبي كثير، أنهم قالوا: يا رسول الله، إن هاهنا قوما يجهرون بالقراءة بالنهار، فقال: (ارموهم بالبعر)، وهذا مرسل، وقد رواه ابن شاهين مسندا عن أبي هريرة، وثبت عن أبي قتادة وخباب وأبي سعيد مرفوعا، ما يدل على الإسراع بالقراءة في الظهر والعصر.

قلت: وهو عند عبد الرزاق في المصنف (٤٩٣/٢)، رقم (٤١٩٩ - ٤٢٠٣)، وابن أبي شيبه (٣٢٠/١)، رقم (٣٦٦٥).

(٣) في أ: رحمه.

(٤) سقط في د.

صح أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى أبي موسى الأشعري^(١) - رضي الله عنه -: «أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل، وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل، وفي المغرب بقصار المفصل، وطوال المفصل من سورة الحجرات، إلى سورة السماء ذات البروج، وأوساط المفصل من سورة والسماء ذات البروج إلى سورة لم يكن، وقصار المفصل من سورة لم يكن إلى الآخر»^(٢).
ومشايخنا استحسنا قراءة المفصل ليسمع^(٣) القوم ويتعلموا^(٤).



(١) هو: عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب بن عامر، أبو موسى الأشعري، قيل: إنه قدم مكة قبل الهجرة، فأسلم، ثم هاجر إلى أرض الحبشة، واستعمله النبي ﷺ على زيد وعدن، واستعمله عمر على الكوفة، ومناقبه كثيرة، وقال أبو عبيد، وغيره: مات سنة اثنتين وأربعين.

ينظر: تهذيب الكمال (٤٤٦/١٥)، تقريب التهذيب (٤٤١/١)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٨٩/٢).

(٢) غريب بهذا اللفظ، ولكن روى عبد الرزاق في (مصنفه) (١٠٤/٢): أخبرنا سفيان الثوري، عن علي بن زيد بن جدعان، عن الحسن، وغيره قال: «كتب عمر إلى أبي موسى - رضي الله عنهما -: أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل، وفي العشاء بوسط المفصل، وفي الصباح بطوال المفصل».

وروى البيهقي في المعرفة (٣٣٦/٣) من طريق مالك، عن عمه أبي سهيل بن مالك، عن أبيه: «أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي موسى: أن اقرأ في ركعتي الفجر سورتين طويلتين من المفصل».

وقال الترمذي في باب القراءة في الصباح (٤٠٣/١): ورؤي عن عمر، أنه كتب إلى أبي موسى: «بأن اقرأ في الصباح بطوال المفصل» ثم قال في الباب الذي يليه: ورؤي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى: «أن اقرأ في الظهر بأوساط المفصل»، ثم قال في الباب الذي يليه: ورؤي عن عمر، أنه كتب إلى أبي موسى: «أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل».
ينظر: نصب الراية (٥/٢).

(٣) في ب: يسمع.

(٤) في ب: يتعلم.

● قسم آخر [من هذا النوع]^(١): [سنة القراءة في الصلاة]:
الأفضل أن يقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة تامة، ولو قرأ بعض السورة في ركعة، والبعض في ركعة أخرى، بعض مشايخنا قالوا: يكره؛ لأنه خلاف ما جاء به الأثر.
وذكر عيسى بن أبان^(٢) في كتاب الحج: أنه لا يكره، وروى ذلك عن أصحابنا - رحمهم الله - وروى حديثاً بإسناده عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قرأ في صلاة الفجر سورة بني إسرائيل فلما بلغ آية^(٣) السجدة ركع [وسجد]^(٤) ثم قام إلى الثانية وختم السورة^(٥).
ولو قرأ فاتحة السورة في ركعة وترك الباقي وقرأ في الركعة الأخرى سورة [أخرى]^(٦) فلا بأس به، ولو قرأ في الركعتين من وسط سورة أو من آخر سورة فلا^(٧) يكره.
ولو قرأ في ركعة من وسط سورة أو من [آخر سورة]^(٨) وقرأ في الركعة الأخرى من وسط سورة أخرى أو من آخر سورة أخرى؛ فلا ينبغي له أن يفعل ذلك على [ما هو]^(٩) ظاهر الرواية.
لكن^(١٠) [لو]^(١١) فعل ذلك لا بأس به، هكذا ذكر^(١٢) شيخ الإسلام خواهر

(١) سقط في د.

(٢) هو: عيسى بن أبان بن صدقة، أبو موسى، قاض من كبار فقهاء الحنفية، كان سريعاً بإنفاذ الحكم، عفيفاً، وولي القضاء بالبصرة عشر سنين، من تصانيفه: إثبات القياس، اجتهاد الرأي، توفي بالبصرة سنة إحدى وعشرين ومائتين.

ينظر: الجواهر المضوية (٤٠١/١)، تاريخ بغداد (١٥٧/١١).

(٣) كلمة غير واضحة في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) بدائع الصنائع (٢٠٦/١)، المحيط البرهاني (٣٠٤/١).

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في ب: لا.

(٨) في أ: آخرها.

(٩) سقط في د.

(١٠) في ب: ولكن.

(١١) سقط في د.

(١٢) في د: حكى.

زاده - رحمه الله - في شرحه عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - وهو رواية عن محمد رحمه الله .

وفي شرح شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في غير هذه السورة قال بعض مشايخنا: يكره، وقال بعضهم: لا يكره.

قال - رحمه الله -: هو الأصح .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - سئل عن القراءة في الركعتين من آخر السورة أفضل أم قراءة سورة بتمامها، قال: إن كان آخر السورة التي [أراد] ^(١) قراءتها أكثر ^(٢) آية من السورة التي أراد قراءتها؛ فالقراءة من آخر السورة أفضل، وإن كانت السورة أكبر [آية] ^(٣) فقراءتها أفضل .

قال ثم ^(٤): ينبغي أن يقرأ في الركعتين آخر سورة واحدة، ولا ينبغي أن يقرأ في كل ركعة آخر سورة على حدة، فإن ذلك مكروه عند أكثر مشايخنا - رحمهم الله -. قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: الأصح أنه لا يكره .

وإذا جمع بين سورتين [في ركعة، قال مولانا - رحمه الله] ^(٥) - : [رأيت في موضع أنه لا بأس به .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أنه لا ينبغي له أن يفعل هكذا على ما هو ظاهر الرواية مع هذا لو فعل لا بأس به .

وإذا جمع بين سورتين ^(٦) بينهما [سور أو] ^(٧) سورة واحدة؛ فإن فعل ذلك في ركعة واحدة يكره ^(٨) بالاتفاق وإن فعل ذلك في ركعتين، فإن كان بينهما سور لا يكره، وإن كان بينهما سورة واحدة، ففيه اختلاف المشايخ .

قال بعضهم: يكره .

(١) سقط في د .

(٢) في أ: أكبر .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ، ب، م: ثمة .

(٥) سقط في أ، د .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ: سورة و .

(٨) في أ: تكره .

وقال بعضهم: لا يكره.

وإذا قرأ في ركعة سورة، ثم قرأ في ركعة أخرى [سورة] ^(١) أخرى، فوق تلك السورة [أو قرأ في ركعة سورة، وقرأ في تلك الركعة سورة أخرى فوق تلك السورة] ^(٢) يكره، فلو أنه قرأ في ركعة سورة، وقرأ في الركعة الأخرى سورة أخرى، وبينهما سورة هل يترك قراءة هذه السورة ويقرأ السورة بينهما أو يمضي في قراءتهما [فالمختار أنه يمضي] ^(٣).

وإذا قرأ في ركعة ﴿قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ﴾ ^(٤) ينبغي أن يقرأ في الركعة الثانية قل أعوذ برب الناس؛ لأن قراءة سورة واحدة في ركعتين غير مكروه. وإذا قرأ في الركعة الأولى آية ثم قرأ فيها آية أخرى فوق تلك الآية، أو قرأ في الركعة الأخرى آية فوق تلك الآية، فالكلام فيه على نحو ما ذكرنا في السورة. وإذا [قرأ] ^(٥) آيتين وبينهما آيات أو آية واحدة في ركعة واحدة أو في ركعتين، فهو على ما ذكرنا في السورة ^(٦).

وإذا كبر للركوع في الصلاة ثم بدا له أن يزيد في القراءة فلا بأس به ما لم يركع ^(٧).

وإذا قرأ ^(٨) آية واحدة في الصلاة مراراً؛ فإن كان ذلك في التطوع فهو غير مكروه، فقد ثبت عندنا عن جماعة من السلف أنهم كانوا يحيون ليلتهم بأية العذاب أو بأية الرحمة أو آية الرجاء ^(٩).

وإن كان ذلك في الفرائض فهو مكروه إذ ^(١٠) لم ينقل [إلينا] ^(١١) عن واحد من

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب، م.

(٤) سورة الناس آية: ١.

(٥) سقط في أ.

(٦) في د: السور.

(٧) في د: يرجع.

(٨) في د: كرر.

(٩) في أ، ب: الخوف، وزاد في د: أو آية الخوف.

(١٠) في أ، ب: وإذا.

(١١) سقط في أ.

السلف أنه فعل ذلك .

وفي شرح الطحاوي: إذا قرأ الفاتحة وحدها في الصلاة، أو قرأ الفاتحة ومعها آية أو آيتين^(١) فذلك مكروه.

والمقتدي إذا قرأ خلف الإمام في صلاة لا يجهر فيها اختلف المشايخ^(٢): قال بعضهم: لا يكره، [وإليه مال الشيخ الإمام أبو حفص - رحمه الله - ، وبعض مشايخنا ذكروا^(٣) في شرح كتاب الصلاة: أن على قول محمد لا يكره]^(٤)، وعلى قولهما: يكره.

قراءة القرآن على التأليف لا بأس بها، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه: فقد صح أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فعلوا ذلك .
وإذا قرأ الفاتحة في الصلاة على قصد الثناء جازت صلاته؛ لأنه وجدت القراءة في محلها فلا يتغير حكمها لقصد^(٥).
وذكر في الفضلي^(٦) يجب للمؤذن^(٧) ما [يدل على]^(٨) تغير الحكم بالقصد.



(١) في أ: آيتان .

(٢) زاد في د: فيها .

(٣) في أ: ذكروه .

(٤) سقط في د .

(٥) في م: بقصد . وينظر: البحر الرائق (١/٢١٠).

(٦) في د: المصلي .

(٧) في م: الوزن .

(٨) سقط في أ، م .

● قسم آخر [من هذا النوع]^(١): [حد القراءة في الصلاة]:
قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في الجامع الصغير: يطول الركعة الأولى من
الفجر على الثانية وركعتا الظهر سواء.
وقال محمد - رحمه الله -: أحب إلي أن يطول الركعة الأولى على [الثانية في]^(٢)
الصلوات كلها.
يجب أن يعلم بأن إطالة القراءة في الركعة الأولى على الثانية في الفجر مسنونة
بالإجماع، ليدرك الناس ركعتي الفجر بالجماعة، وكذلك في سائر الصلوات [عند
محمد - رحمه الله - .
وعند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رضي الله عنهما -، إطالة القراءة في الركعة
الأولى في سائر الصلوات]^(٣) غير مسنون.
احتج محمد - رحمه الله - بحديث أبي قتادة^(٤) في غير هذه المسألة.
وحين وصف أبو حميد الساعدي^(٥) - رضي الله عنه - صلاة رسول الله ﷺ كان
من جملة ما وصف^(٦) أن النبي ﷺ كان يطول الركعة الأولى في كل صلاة^(٧).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) هو: أبو قتادة الأنصاري السلمي - بفتح السين واللام-، فارس رسول الله ﷺ. اسمه
الحارث بن ربيعي، شهد أحدًا والمشاهد. له مائة وسبعون حديثًا، اتفقا على أحد عشر،
وانفرد البخاري بحديثين، ومسلم بثمانية. روى عنه: ابنه عبد الله وابن المسيب ومولاه نافع
وخلق. توفي سنة أربع وخمسين هـ بالمدينة، وهو الأصح.
ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣/٢٣٩).

(٥) في أ: المساعدي، وأبو حميد الساعدي هو: عبد الرحمن أبو المنذر بن عمرو بن سعيد بن
مالك بن خالد بن ثعلبة بن عمرو بن الخزرج الساعدي، له ستة وعشرون حديثًا، اتفق
البخاري ومسلم على ثلاثة، وانفرد كل منهما بحديث، وروى عنه جابر وعروة. توفي في
أول خلافة معاوية.

ينظر: أسد الغابة (٦/٨٨)، الكاشف (٣/٣٢٨)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣/

٢١٣).

(٦) في أ: فيفصل.

(٧) حديث أبي حميد ليس فيه طول الركعة الأولى وقد روى يزيد بن أبي حبيب، ويزيد بن
محمّد، عن محمد بن عمرو بن حنبل، عن محمد بن عمرو بن عطاء، أنه كان جالسًا مع
نفر من أصحاب النبي ﷺ، فذكروا صلاة النبي ﷺ، فقال أبو حميد الساعدي: أنا كنت =

[وهذا]^(١) لأن التفضيل في صلاة الفجر باعتبار أنه وقت غفلة فيفضل الأولى ليدرك الناس الجماعة.

هذا المعنى موجود في سائر [الصلوات في جميع]^(٢) الأوقات إلا لأن الغفلة في وقت الفجر بسبب النوم وفي سائر الأوقات [باشتغال الناس]^(٣) بالكسب.

[و]^(٤) هما احتجا بما روي أن النبي ﷺ قرأ في صلاة الجمعة في الركعة الأولى بفاتحة الكتاب، وسورة الجمعة، وفي الثانية المنافقون^(٥).

وقرأ مرة أخرى في صلاة الجمعة في [الركعة]^(٦) الأولى ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ

= أَحْفَظْكُمْ لِصَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، رَأَيْتُهُ إِذَا كَبَّرَ جَعَلَ يَدَيْهِ حِذَاءَ مَنْكَبَيْهِ، فَإِذَا رَكَعَ، أَمَكَّنَ يَدَيْهِ مِنْ رُكْبَتَيْهِ، ثُمَّ هَضَرَ ظَهْرَهُ، فَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ، اسْتَوَى حَتَّى يَعُودَ كُلُّ فَقَّارٍ إِلَى مَكَانِهِ، فَإِذَا سَجَدَ، وَضَعَ يَدَيْهِ غَيْرَ مُفْتَرِشٍ وَلَا قَابِضِهِمَا، وَاسْتَقْبَلَ بِأَطْرَافِ أَصَابِعِ رِجْلَيْهِ الْقِبْلَةَ، فَإِذَا جَلَسَ فِي الرَّكْعَتَيْنِ، جَلَسَ عَلَى رِجْلَيْهِ الْيُسْرَى، وَنَصَبَ الْيُمْنَى، فَإِذَا جَلَسَ فِي الرَّكْعَةِ الْآخِرَةِ، قَلَّمَ رِجْلَهُ الْيُسْرَى، وَنَصَبَ الْآخِرَى، وَقَعَدَ عَلَى مَقْعَدَتِهِ.

أخرجه البخاري (٣٠٥/٢) كتاب الأذان، باب: سنة الجلوس في التشهد (٨٢٨).
وأما حديث التطويل فقد روي عن أبي قتادة قال: «كان النبي ﷺ يصلي بنا، فيقرأ في الظهر والعصر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين، ويسمعنا الآية أحياناً، وكان يطول في الركعة الأولى من الظهر ويقصر الثانية، ويقرأ في الركعتين الأخيرين بفاتحة الكتاب».

أخرجه البخاري (٧٦٢) و(٧٧٩)، والنسائي في الكبرى (١٠٥٠)، وابن ماجه (٨٢٩) من طريق هشام بن أبي عبد الله الدستوائي، بهذا الإسناد. واقتصر ابن ماجه على ذكر صلاة الظهر وإسماع الآية أحياناً. وهو في مسند أحمد (٢٢٥٢٠)، وصحيح ابن حبان (١٨٥٧).

وأخرجه مسلم (٤٥١) (١٥٤)، والنسائي (١٠٥٢) من طريق ابن أبي عدي، عن حجاج الصوف، به. وهو في مسند أحمد (١٩٤١٨).

وأخرجه البخاري (٧٥٩) و(٧٧٨)، والنسائي (١٠٤٨) و(١٠٤٩) من طرق عن يحيى ابن أبي كثير، به.

- (١) سقط في د.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في د: بالاشتغال.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) أخرجه مسلم (٥٩٧/٣) في كتاب الجمعة، باب: ما يقرأ في صلاة الجمعة (٨٧٧/١٦)، وأبو داود (٢٩٣/٢)، في الصلاة، باب: ما يقرأ في الجمعة (١١٢٤)، والترمذي (٢/٣٩٦)، في الصلاة، باب: ما جاء في القراءة في صلاة الجمعة (٥١٩)، وابن ماجه (١/٣٥٥)، في إقامة الصلاة، باب: ما جاء في القراءة في الصلاة يوم الجمعة (١١١٨).
- (٦) سقط في أ.

أَلْعَلَى ﴿١﴾، وفي الثانية ﴿هَلْ أَتْنَاكَ حَدِيثُ الْغَدِثَةِ﴾ ﴿٢﴾، وهما متقاربان أو الثانية أطول من الأولى، ولأن الثانية تكرر الأولى فتكون مثل الأولى؛ ألا ترى أنه يتكرر بصفته وهو الجهر والسورة، فكذا يتكرر [فيكون مثل الأولى؛ ألا ترى أنه يتكرر بصفته وهو الجهر والسورة] ﴿٣﴾ بمقداره والقياس في الفجر هكذا.

وإنما تركنا القياس [في الفجر] ﴿٤﴾ بعذر؛ لأنه وقت نوم وغفلة بخلاف سائر الأوقات، فإنها وقت علم ويقظة، لو تغافلوا، لتغافلوا ﴿٥﴾ بسبب اشتغالهم ﴿٦﴾ بأمور الدنيا وذلك مضاف إلى تقصيرهم واختيارهم، والنوم لا يكون باختيارهم، [فالتفضيل هناك] ﴿٧﴾ لا يكون تفضيلاً ﴿٨﴾ هاهنا.

ثم ﴿٩﴾ يعتبر ﴿١٠﴾ التحويل من حيث الآيات إذا كان بين ما يقرأ [في الأولى، وبين ما يقرأ] ﴿١١﴾ في الثانية مقارنة من حيث الآي ﴿١٢﴾، أما إذا كان [بين] ﴿١٣﴾ الآيات تفاوت ﴿١٤﴾ من حيث ﴿١٥﴾ الطول والقصر تعتبر ﴿١٦﴾ الكلمات والحروف.

(١) سورة الأعلى آية: ١ .

(٢) أخرجه أحمد (٤/٢٧٠)، ومسلم (٢/٥٩٨) كتاب الجمعة، باب: ما يقرأ في صلاة الجمعة الحديث (٦٣)، وأبو داود (١/٦٧٠) كتاب الصلاة، باب: ما يقرأ به الجمعة، الحديث (١١٢٣)، والسنائي (٣/١١٢) كتاب الجمعة، باب: القراءة في صلاة الجمعة، وابن ماجه (١/٣٥٥) كتاب إقامة الصلاة، باب: القراءة في الجمعة، الحديث (١١١٩)، والبيهقي (٣/٢٠٠) كتاب الجمعة، باب: القراءة في صلاة الجمعة، من رواية عبيد الله بن عبد الله قال: كتب الضحاك بن قيس إلى النعمان بن بشير يسأله أي شيء قرأ به رسول الله ﷺ يوم الجمعة سوى سورة الجمعة، قال كان يقرأ هل أتاك، لفظ مسلم.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ: تغافلوا.

(٦) في ب: أشغالهم.

(٧) في أ: فالتفصيل.

(٨) في أ: تفصيلاً.

(٩) في أ: لم.

(١٠) في د: تغيير.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في أ: ألا ترى.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) في أ، د: تفاوت.

(١٥) في أ: جهة.

بعد هذا اختلف المشايخ^(١)، بعضهم [قالوا]^(٢): ينبغي أن يكون التفاوت بينهما بقدر الثلث والثلثين، الثلثان في الأولى، والثلث في الثانية. وفي شرح الطحاوي قال^(٣) ينبغي أن يقرأ في الأولى^(٤) بثلاثين آية، وفي الثانية يقرأ عشر آيات أو عشرين هذا^(٥) هو بيان الأولى. أما بيان الحكم فنقول التفاوت وإن كان فاحشا؛ بأن قرأ في الأولى بأربعين آية، وفي الثانية ثلاث آيات لا بأس به وبه ورد الأثر. وأما إطالة الركعة الثانية على الركعة الأولى [بالقراءة]^(٦) مكروه بالإجماع، كذا ذكره^(٧) [صدر الإسلام وفخر الإسلام رحمهما الله]^(٨) في شرح الجامع الصغير، قال^(٩) هذا إذا كان التفاوت كثيرا بثلاث آيات فما فوقها أما إذا كان قليلا [نحو آية]^(١٠) أو آيتين فلا^(١١) يكره.



-
- (١٦) في أ: يعتبر.
 (١) زاد في د: فيه.
 (٢) في أ: قال، وسقط في ب.
 (٣) في أ: قلت.
 (٤) في ب: الأوليين.
 (٥) في أ: هكذا.
 (٦) سقط في أ، ب.
 (٧) في د: ذكر.
 (٨) في أ: صدر الأئمة صدر الإسلام وفخر الإسلام رحمهما الله، وفي د: الصدر الشهيد.
 (٩) في أ: قال.
 (١٠) في د: بآية.
 (١١) في أ، ب: لا.

قسم آخر [من هذا النوع]^(١): [الجهر في قضاء الفوات]:
قال في الجامع الصغير [في]^(٢) رجل فاتته العشاء فصلاها بعد ما طلعت الشمس
إن^(٣) أم فيها جهر بالقراءة؛ لأن القضاء أبدا على حسب الأداء^(٤) ويدل عليه حديث
ليلة التعريس^(٥)، فإن النبي ﷺ: «قضى الوتر والفجر ضحى ليلة التعريس»^(٦) على
حسب الفوات من الأذان والإقامة والجهر.

وإن كان صلى وحده اتفق المشايخ أنه يتخير بين المخافتة والجهر، [والجهر]^(٧)
أفضل إن كان في الوقت، وإن كان بعد ذهاب الوقت اختلف المشايخ [فيه]^(٨)
بعضهم قالوا: يخافت [حتما]^(٩)، وبعضهم قالوا: يخير والجهر أفضل كما في
الوقت.

وأصل هذا: أن الجهر بالقراءة من شعار الدين، وأنه شرع^(١٠) واجبا في
الجماعات لما أن مبنى الجماعات على الإشهار إنما لا يجب على المنفرد؛
ولذلك^(١١) قال في الأصل: إذا جهر المنفرد فيما يخافت، أو خافت فيما يجهر، لا

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: إذا.

(٤) ينظر: العناية على الهداية (٤٧٦/١)، البناءة على الهداية (٥٧٠/٢)، شرح فتح القدير (١/٤٧٦).

(٥) يقال: عرس المسافر: إذا نزل ليستريح نزلة ثم يرتحل، والتعريس: هو نزول القوم في السفر
من آخر الليل يقعون فيه وقعة للاستراحة ثم يرتحلون، ولا يقال: عرس بالتشديد بامرأته
على معنى الدخول بها فهو خطأ، وإنما يقال: أعرس بامرأته: أي دخل بها.
ينظر: مختار الصحاح، ص (٤٢٣)، مادة (ع، ر، س).(٦) أخرجه مسلم (٤٧١/١) كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب: قضاء الصلاة الفائتة
(٦٨٠/٣١٠)، وأحمد (٤٢٨/٢)، والنسائي (٢٩٨/١) كتاب المواقيت، باب: كيف
يقضي الفائت من الصلاة، وابن خزيمة (٩٨٨، ٩٩٩، ١١١٨) من طريق أبي حازم عن أبي
هريرة قال: عرسنا مع نبي الله ﷺ، فلم نستيقظ حتى طلعت الشمس، فقال النبي ﷺ:
«ليأخذ كل رجل برأس راحلته، فإن هذا منزل حضرنا فيه الشيطان...» الحديث.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ، ب، م.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ: شرعا.

(١١) في ب: كذلك.

يلزمه سجود السهو، وإذا لم يجب الجهر^(١) على المنفرد يخير في الوقت بالإجماع، والجهر أفضل؛ لأنه مأمور لأداء الصلاة بالجماعة، ومن سننها الجهر، فإن عجز عن الجماعة لم يعجز عن الجهر.

فأما^(٢) بعد خروج الوقت، منهم^(٣) من قال: يخافت؛ لأنه لا يجب عليه أداء الصلاة بالجماعة بعد خروج الوقت، إذ لا يجد^(٤) الجماعة بعد خروج الوقت فإذا لم يجب^(٥) أداء الصلاة بالجماعة [بعد خروج الوقت]^(٦) لا يندب إلى إقامة سنة الجماعة وهي الجهر.

ومنهم من قال: كلاهما سواء والجهر أفضل؛ ليكون القضاء على حسب الأداء وهذا أصح.



(١) في م: السهو.
 (٢) في أ: فإنه.
 (٣) في د: فمنهم.
 (٤) في ب، م: يجب.
 (٥) في أ، د: يجد.
 (٦) سقط في: ب، د.

● قسم آخر من هذا النوع:

قال في الجامع الصغير: رجل قرأ في الأوليين من العشاء سورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب، لم يعد فاتحة الكتاب في الآخرين، يريد بقوله: لم يعد فاتحة الكتاب: لم يقضها، فإن قرأ في الأوليين بفاتحة الكتاب، ولم يقرأ بالسورة، قرأ [في الآخرين] ^(١) بفاتحة الكتاب والسورة وجهر، هذا هو لفظ الجامع الصغير، واختلف عبارات المشايخ في الفرق، بعضهم قالوا: القراءة واجبة ^(٢) في الأوليين فيحتاج إلى بيان كيفيتها. لينظر أنه هل يمكن القضاء بمثلها في الآخرين؟

فنقول: القراءة وجبت في الأوليين بصفة أنه يفتح بفاتحة الكتاب ويرتب عليهما السورة، فإذا ترك الفاتحة في الأوليين لا يمكنه أن يقضيها كذلك؛ لأنه لا يزداد على الفاتحة في الركعتين الآخرين على مرة واحدة، وإذا ترك السورة في الأوليين أمكنه القضاء؛ لأن الفاتحة مشروعة في الآخرين فيقرأها ويبني السورة عليها؛ كما في الركعة الأولى فيمكنه القضاء بالمثل.

وبعضهم قالوا: الآخرين محل الفاتحة فلم يتسع للقضاء وليستا ^(٣) بمحل السورة، فوسعتا للقضاء.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يقضي السورة؛ لأنه عجز عن القضاء؛ لأن قراءة السورة غير مشروعة في الآخرين؛ ألا ترى أنه لو ترك الفاتحة في الأوليين لا يقضيها في الآخرين، وإنما لا يقضيها، لعجزه عن القضاء، كذا هذا.

فإن أراد أن يقرأ السورة وحدها في الآخرين وترك الفاتحة ويقول: كنت بالخيار قبل هذا في قراءة الفاتحة في الآخرين بين أن أقرأها وبين أن أدع قراءتها فأمضي على خيارى، فإذا قرأها هل له ذلك؟ لم يذكر هذا في الكتاب.

ومشايخنا - رحمهم الله - فيه مختلفون.

منهم من قال: له أن يقرأ الفاتحة؛ لأنها لم تكتب عليه في الآخرين، وهذا أشبه بمذهب أصحابنا - رحمهم الله - .

(١) في أ: بالأمرين.

(٢) في أ، د: واجب.

(٣) في أ، د: ويتسع.

ومنهم من قال: ليس له أن يترك الفاتحة هاهنا، لتقع السورة بعد الفاتحة؛ كما هو سنة القراءة في الصلاة.

ثم قول محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: «وإن قرأ في الأوليين بفاتحة الكتاب ولم يقرأ بالسورة قرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب والسورة»، يقتضي وجوب قضاء السورة.

وذكر هذه المسألة في الأصل وقال: «إذا ترك السورة في الأوليين أحب إلي أن يقرأ في الآخرين» وهذا نص على أن قضاء السورة في الآخرين بطريق الاستحباب، فصار في المسألة روايتان، على رواية الأصل: يستحب قضاء السورة، وعلى رواية الجامع الصغير: يجب قضاء السورة، وقول محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: «قرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب والسورة وجهه»^(١)، يحتمل أنه أراد به الجهر بالسورة والفاتحة جميعًا.

وهو رواية عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - حتى لا يؤدي إلى الجمع بين الجهر^(٢) والمخافتة في ركعة واحدة؛ فإن ذلك غير مشروع، ويجعل الفاتحة تبعًا للسورة؛ لأنها سنة والسورة واجبة، والسنة تتبع الواجب، ومن حق السورة الجهر؛ فكذا ما هو تبع لها؛ وإلى هذا ذهب بعض مشايخنا - رحمهم الله -.

ويحتمل أنه أراد به الجهر بالسورة دون الفاتحة؛ وإليه ذهب بعض المشايخ، وهو رواية عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أيضًا؛ لأن الفاتحة أداء والسورة قضاء والأداء يكون على حسب محله، والقضاء على حسب الفوات، وقد فات مع الجهر، فيقضي مع الجهر، ويلحق بالركعة الأولى فلا يؤدي إلى الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة تقديرًا.

ومنهم من قال: بأنه يخافت بهما، وهو رواية عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أيضًا؛ لأن الفاتحة تتقدم على السورة فكانت أصلًا والسورة تبع، ومن حق الفاتحة في هذه الركعة [الثانية]^(٣) المخافتة فيخافت في السورة تبعًا لها.

(١) زاد في ب، م: محتمل.

(٢) في م: الجهار.

(٣) سقط في ب.

● ومما يتصل بهذه المسألة:

إذا نسي فاتحة الكتاب^(١) في الركعة الثانية وقرأ السورة، ثم تذكر فإنه يبدأ فيقرأ فاتحة الكتاب ثم يقرأ السورة هكذا ذكر في الأصل.
وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أنه يركع ولا يقرأ الفاتحة؛ لأن فيه نقص^(٢) الفرض بعد التمام لمكان الواجب؛ لأن قراءة السورة وقعت فرضاً^(٣) وقراءة الفاتحة واجبة.

(١) زاد في ب: في الركعة الأولى و.

(٢) في م: بعض.

(٣) الفرض في اللغة يستعمل لمعنيين:

أحدهما: التقدير، قال الله تعالى: ﴿فَصِفْ مَا قُرِّضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، ويقال: فرض القاضي النفقة، أي: قَدَّر.

والثاني: القطع، يقال: فرضت الفأرة الثوب، أي: قطعته.

أما في الاصطلاح: فقد عرف الحنفية الفرض بأنه: ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه. وعرفه الشافعية ومن وافقهم بتعريف الواجب؛ لأن الفرض والواجب عندهم مترادفان. وقد اختلف العلماء في بيان التفرقة بين الفرض والواجب على مذهبين؛ بناء على فهمهم للفرض والواجب: فالذين فهموا أن الفرض والواجب مترادفان قالوا بأنهما شيء واحد، والذين فهموا أنهما لفظان متغايران في المعنى، فرقوا بينهما. وتفصيل هذين المذهبين كالتالي:

المذهب الأول: أن الفرض والواجب مترادفان، وهو مذهب جمهور الأصوليين، وعلى رأسهم الشافعية والمالكية.

واستدلوا لذلك بأنه لم يثبت في اللغة أو الشرع ما يقتضي التفرقة بين اللفظين:

فأما اللغة، فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الفرض مأخوذ من: فرض الشيء: إذا قَدَّرَه؛ فهو مقَدَّرٌ، والواجب مأخوذ من: وجب الشيء وجوباً: إذا ثبت، فهو ثابت، وكلُّ من المقدر والثابت - بالنظر إلى الذي يشته ويحققه - أعم من أن يثبت ويتحقق بدليل قطعي، أو بدليل ظني.

الوجه الثاني: أن تخصيص اسم الفرض بالمقطوع، والواجب بالمظنون - تحكُّمٌ؛ لأن الفرض لغة هو: التقدير مطلقاً، سواء كان مقطوعاً، أم مظنوناً، وكذا الواجب هو الساقط، سواء كان مظنوناً أم مقطوعاً به؛ فكان تخصيص كل واحد بقسم - تحكُّمًا.

واستدلوا على عدم التفريق بين اللفظين من جهة الشرع بأمور، أهمها:

١ - أنه إذا جازت التفرقة بين الفرض والواجب الآن؛ باعتبار اختلاف الأدلة بين قطعي وظني عندنا، فلا يجوز ذلك في عصر الصحابة - رضي الله عنهم - لأن الأدلة كلها قطعية بالنسبة لهم؛ لانتفاء الشبهة في صحة الدليل، ونحن قد أخذنا الشريعة عنهم، ولا يمكن أن يكون فعل من الأفعال واجباً الآن بسبب الظن الذي نشأ بعد عصر الصحابة، وكان قبل الآن

- = في عصر الصحابة - فرضاً؛ فهذا لم يعهد مثله في الشريعة.
- كما أن التفرقة بهذا الاعتبار غريبة؛ لأنها يترتب عليها أن يكون الفعل ذا حكمين مختلفين؛ فإن الصحابي الذي روى الحديث لا شك عنده في صحته؛ لسماعه إياه من النبي ﷺ؛ فالفعل بالنسبة إليه فرض، وكذلك بالنسبة للنبي ﷺ من باب أولى، وأما بالنسبة لنا فهو واجب؛ لأنه خبر آحاد، لا يفيدنا علماً بل ظناً.
- وأكثر من ذلك أن يكون الحكم مختلفاً بالنسبة إلى الصحابة أنفسهم، فهو على بعضهم فرض، وعلى الآخرين واجب، وهذا أمر لم يثبت عن الشارع فيه تفرقة بين موجب أمر وأمر إلا في حالات معينة؛ كالحج.
- ٢ - أن استعمال «الفرض» فيما ثبت بدليل ظني، واستعمال «الواجب» فيما ثبت بدليل قطعي - شائع مستفيض عند الحنفية؛ كقولهم: الوتر فرض، ومسح ريع الرأس فرض، فهذا واجب في اصطلاحهم، وقد عبروا عنه بالفرض، وقولهم: الصلاة واجبة والزكاة واجبة، فهو فرض في اصطلاحهم، عبروا عنه بالواجب.
- ٣ - أن الشارع إذا قال: أوجبت الشيء أو فرضته، فمعناه: أنه طلبه طلباً جازماً، ثم إذا وصل إلينا قوله هذا بطريق التواتر أفاد القطع، وإن وصل إلينا بطريق الآحاد أفاد الظن، فالقطع بالحكم أو الظن به، إنما يكون بطريق وصول خبر الشارع إلينا، وأما نفس الخبر فلا يفيد ذلك.
- ٤ - ما جاء في حديث السائل عن فرائض الإسلام بعد أن أخبره النبي ﷺ عنها، فقال السائل: هل عليّ غيرها؟ قال النبي ﷺ: «لا، إلا أن تطوع». أخرجه البخاري (١/١٣٠) كتاب الإيمان، باب: الزكاة من الإسلام، حديث (٤٦)، ومسلم (١/٤٠) كتاب الإيمان، باب: بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام، حديث (١١/٨)، فلم يجعل بين الفرض والتطوع واسطة، بل الخارج عن الفرض داخل في التطوع.
- المذهب الثاني: أن لفظ الواجب والفرض متباينان:
- الفرض: ما ثبت حكمه بدليل قطعي، والواجب: ما ثبت حكمه بدليل ظني، وهو مذهب جمهور الحنفية، وتابعهم فيه الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، واختاره - أيضاً - بعض الحنابلة: كابن شاقلا، والحلواني، وابن عقيل.
- وعلل الحنفية ومن وافقهم لمذهبهم، فقالوا:
- ١ - الفرض لغة: القطع؛ لأنه مأخوذ من: فرض الشيء، بمعنى: جزئه، أي: قَطَعَ بعضه، فالفرض بمعنى: المفروض، أي: المقطوع به، والذي فرضه الله علينا لا يمكن علمه يقيناً إلا إذا كان ثابتاً بالدليل القطعي.
- والواجب: هو الساقط؛ لأنه مأخوذ من: وجب، بمعنى: سقط؛ يدل له قوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾ [الحج: ٣٦]، أي: سقطت، والذي أوجبه الله علينا بدليل ظني، لما لم يعلم يقيناً فرضه وتقديره علينا - كان ساقطاً، أي: غير معدود من القسم الذي يتعلق به العلم؛ لأنه خاص بالمقطوع به، ومن هنا سموا ما ثبت بقطعي: واجباً علماً وعملاً، وما ثبت بظني: واجباً عملاً فقط.
- ولكن يجاب عن هذا: بأن تخصيص الفرض بالمقطوع به فقط تحكم؛ لأن الفرض في =

= اللغة هو: التقدير مطلقاً، سواء كان مقطوعاً به أم مظنوناً؛ فالتخصيص بأحد القسمين دون الآخر تخصيص بلا دليل؛ فلا يكون مقبولاً.

وأيضاً: فإن كلمة (وجب) قد وردت في اللغة بمعنيين:

الأول - بمعنى: سقط، ومصدرها حينئذ: الوجبة، وليس هذا محل النزاع.

الثاني - بمعنى: ثبت، ومنه قوله -عليه الصلاة والسلام -: «إذا وجب المريض فلا تبيكين باكية». أخرجه أحمد (٤٤٥/٥)، وأبو داود (٢٠٥/٢) كتاب الجنائز، باب: في فضل من مات في الطاعون (٣١١١)، والنسائي (١٣/٤، ١٤) كتاب الجنائز، باب: النهي عن البكاء على الميت، وصححه ابن حبان (٣١٨٠)، والحاكم (٣٥١/١)، (٣٥٢)، أي: إذا ثبت واستقر، وزال عنه الاضطراب، فلا تبيكين باكية؛ لأن ذلك علامة اشتغاله بمشاهدة أمر من أمور الآخرة، فمصدرها حينئذ: الوجوب، بمعنى: الثبوت، فيقال: وجب الشيء وجوباً، أي: ثبت ثبوتاً، سواء كان مقطوعاً به، أم مظنوناً، فتخصيص الواجب بما ثبت بدليل ظني؛ لأنه ساقط - أي: نازل عن اعتباره من قسم المعلوم - لا أساس له.

على أن كثرة استعمال أهل اللغة العربية لهذين اللفظين كل منهما مكان الآخر مطلقاً - سواء كان مقطوعاً به أم مظنوناً - يرجح ما نقول، والحنفية أنفسهم قد سلخوا هذا المسلك؛ كما مثلنا له من قبل.

٢ - أن الفرض حكمه في الشرع: أنه موجب للعلم والاعتقاد بحقيقته قطعاً وقيناً؛ لكونه ثابتاً بدليل مقطوع به لا يحتمل الشبهة: كالكتاب والسنة المتواترة؛ ولهذا يكفر جاحده عند جمهور العلماء، كما أنه موجب للعمل بالبدن، فهو مطلوب الشارع من المكلف طلباً جازماً لا يدخله شك؛ وذلك لثبوته بدليل مقطوع لا يحتمل الشبهة: كالكتاب، والسنة المتواترة، والإجماع.

والواقع أن الخلاف - بين الحنفية وغيرهم - خلاف لفظي، وليس حقيقياً؛ لأنهم جميعاً متفقون على أن ما ثبت بدليل ظني لا يكون في قوة ما ثبت بدليل قطعي، وأن جاحد الأول لا يكفر بخلاف جاحد الثاني، كما أنهم متفقون على تفاوت مفهومي الفرض والواجب في اللغة. وإنما الخلاف بينهم في التسمية فقط، فالجمهور يقولون بأن الفرض والواجب لفظان مترادفان اصطلاحاً؛ نقلاً عن معناهما اللغوي إلى معنى واحد، وهو: الفعل المطلوب طلباً جازماً، سواء ثبت بدليل قطعي أم ظني، والحنفية يخصون كلا منهما بمسمى خاص ويجعلونه اسماً له، وهذا اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

ومقتضى كون الخلاف لفظياً: ألا يكون له أثر في الفروع يترتب على الفرق بين الفرض والواجب، وهو كذلك.

وما يظن من أن هذا الخلاف حقيقي؛ لأن له أثراً ظهر في ترك قراءة الفاتحة في الصلاة؛ حيث قيل بتأثير التارك، وعدم فساد صلاته إن أتى بقراءة غيرها، بخلاف تارك القراءة فيها أصلاً؛ حيث قيل بتأثيره، وفساد صلاته - غير سديد؛ لأن عدم الفساد عندهم ليس ناشئاً من التفرقة بين الفرض والواجب، وإنما هو ناشئ عن الدليل الذي دل المجتهد على الحكم، وهو ظنية الدليل الذي تسبب عنه أمران: التسمية بالواجب، وعدم الفساد، ولا يلزم من =

وجه ظاهر الرواية: أن باعتبار المآل هذا نقص^(١) الفريضة لأجل الفرض؛ فإنه إذا قرأ الفاتحة تصير جميع القراءة فرضاً، وصار كما لو تذكر السورة في الركوع فإنه يرجع، إلا أن أبا يوسف - رحمه الله - ربما يمنع تلك المسألة على قياس هذه المسألة لو لم يقرأ في الأولين أصلاً وقرأ في الآخرين بفاتحة الكتاب خاصة؛ فإن صلاته جائزة، وينوب هذا عن الأولين.

ولو قرأ في الأولين بفاتحة الكتاب خاصة، أليس أنه تجوز صلاته؟ كذا هاهنا إلا أنه يريد بقراءة الفاتحة في الآخرين الثناء والدعاء على ما جرى من السنة؛ فحينئذ لا تجوز صلاته ولا ينوب هذا عن القراءة.



سببية شيء لأمرين أن يكون أحدهما سبباً للآخر، والذي كان في مقابلته الدليل القطعي الدال على فرضية القراءة الذي عدل عن الفاتحة إليها، فقيل بعدم الفساد؛ عملاً بظنية دليل الفاتحة، وقطعية دليل مطلق القراءة.

ينظر: لسان العرب (٣٣٨٧/٥)، تاج العروس (٤٧٦/١٨)، حاشية البناي (١٨٢/١)، شرح الكوكب المنير (٣٧٦/١)، تيسير التحرير (٢١٤/٢)، فواتح الرحموت (٦٦/١)، الإبهاج (١٠٠/١)، التمهيد، للإسنوي (٧٩/١)، نهاية السؤل (٧٦/١)، البحر المحيط (٢٤٢/١)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (٩٢-٩٤)، المحصول في علم أصول الفقه، للرازي (١١٧/١)، البرهان (٣٠٨/١)، المستصفي (٤٢/١)، المنتهى، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس ابن الحاجب، مكتبة الخانجي، القاهرة، ص (٢٣)، أصول السرخسي (١١٠/١)، المنحول من تعليقات الأصول، لمحمد بن محمد الغزالي، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط (٢)، ١٤٠٠هـ (٧٦)، العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، تحقيق: د. أحمد المبارك، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٠هـ (١٦٢/١)، (٣٧٦/٢)، ميزان الأصول (١٢٨-١٢٩)، جمع الجوامع (٨٦-٨٨).

(١) في م: بعض.

● قسم آخر من هذا النوع في مسائل زلة القارئ:

هذا القسم يشتمل [على فصول] ^(١) الأول: في الشواذ ^(٢) من القراءات: إذا قرأ في صلاته ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ بتخفيف الياء، قال بعض العلماء: تفسد صلاته؛ لأن «إياك» ^(٣) بالتخفيف: ضوء الشمس، وكأنه قال: ضوء شمسك نعبد، ولو اعتقد ذلك يكفر، فإذا قرأ سهواً تفسد صلاته، والأصح أنها ^(٤) لا تفسد ^(٥)؛ لأن هذا قراءة عمر بن قائد ذكر عنه مجاهد. والأصل أن ما كان قراءة وإن كان شاذاً لا يفسد صلاته ^(٦).

(١) في ب: فصولاً.

(٢) القراءة الشاذة: عرفها الشاطبي بأنها: «كل قراءة سوى القراءات السبع المعتبرة». ويمكن القول بأنها: التي اختلت فيها أركان القراءة على ما ذكر ابن الجزري، وذلك إذا لم تكن:

- ١ - متواترة عند جمهور علماء القراءات الذين يشترطون التواتر في السند، بخلاف ما يكتفي بصحة السند في الحكم بصحة القراءة ولو كانت آحادية.
 - ٢ - أو لم توافق رسم المصاحف العثمانية وخالفها كلها.
 - ٣ - أو لم توافق وجهها من الوجوه الجائزة في العربية.
- وجمهور علماء القراءات يعتبرون القراءة الشاذة هي ما لم تكن من المتواتر، فالآحاد عندهم في حكم الشاذ.

قال ابن الجزري - بعد أن ذكر الأركان الثلاثة المتقدمة - : «ومتى اختل ركن من الأركان الثلاثة أطلق عليها ضعيفة أو شاذة، هذا هو الصحيح عند أئمة التحقيق من السلف والخلف».

وعلى هذا لا توجد قراءة متواترة لم يقرأ بها أحد القراء العشرة؛ فلذلك استقر العلماء على أن القراءات الشاذة هي ما وراء القراءات العشر المتواترة.

ينظر: إبراز المعاني من حرز الأمان في القراءات السبع، لأبي شامة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ص (٦)، إتحاف فضلاء البشر بالقراءات الأربعة عشر، للبنا الديمياطي، عالم الكتب، بيروت (٨/١)، المرشد الوجيز إلى علوم تتعلق بالكتاب العزيز، لشهاب الدين عبد الرحمن بن إسماعيل، المعروف بأبي شامة، تحقيق طيار آلتي قولاج، دار صادر، بيروت ١٩٧٥م، ص (١٧١)، النشر في القراءات العشر، لابن الجزري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (٩/١).

(٣) في ب، م: إيا.

(٤) في م: أنه.

(٥) زاد في م: صلاته.

(٦) قال الإمام النووي في المجموع: «قال أصحابنا وغيرهم: تجوز القراءة في الصلاة وغيرها

وعلى هذا الأصل قلنا: لو قرأ ﴿أَهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾ بالسین أو بالزاي الخالصة، أو بالصاد الذي بين الزاي والسین، لا تفسد صلاته؛ لأن هذه قراءة مشهورة^(١).

ولو قرأ (هنالك تتلو) بالتائين^(٢)؛ لا تفسد صلاته؛ لأن هذه قراءة مشهورة. ولو قرأ: (عتى حين) مكان ﴿حَتَّىٰ حِينٍ﴾ لا تفسد صلاته؛ لأن هذه قراءة عائشة - رضي الله عنها-^(٣).

= بكل واحدة من القراءات السبعة، ولا تجوز القراءة في الصلاة ولا غيرها بالقراءة الشاذة؛ لأنها ليست قرآناً، فإن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر، وكل واحدة من السبعة متواترة، هذا هو الصواب الذي لا يعدل عنه، ومن قال غيره فغالط أو جاهل، وأما الشاذة فليست متواترة. ينظر: المجموع شرح المذهب للشيرازي، للإمام النووي (٣/٣٥٨).

(١) وفي الصُّرَاطِ خمس قراءات: بالسین وهو الأصل، سمي الطريق سراطاً لأنه يستترط المازة. أخبرنا عبد الله بن حامد، أخبرنا محمد بن حمدويه، حدَّثنا محمود بن آدم، حدَّثنا سفيان عن عمر عن ثابت قال: سمعت ابن عباس قرأ السراط ب (السین)، وبه قرأ ابن كثير من طريق، ويعقوب من طريق، وبإشمام (السین) وهي رواية أبي حمدون عن الكسائي، وب (الزاي) وهي رواية أبي حمدون عن سليم عن حمزة. وبإشمام (الزاي) وهي قراءة حمزة في أكثر الروايات، والكسائي في رواية نهشل والشيرازي.

وب (الصاد) قراءة الباقيين من القراء.

وكلها لغات فصيحة صحيحة إلا أن اختيار (الصاد) لموافقة المصحف لأنها كتبت في جميع المصاحف ب (الصاد)؛ ولأن آخرتها ب (الطاء) لأنهما موافقتان في الإطباق والاستعلاء.

ينظر: الكشف والبيان عن تفسير القرآن، لأحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان (١/١١٩).

(٢) قرأ غالب القراء: «تبلوا» من البلاء، وهو الاختبار، أي: يعرف عملها: أخير هو أم شر، وقرأ عاصم في رواية «نبلو» بالنون والباء الموحدة، أي: نختبر نحن، و«كل» منصوب على المفعول به.

ينظر: اللباب في علوم الكتاب (١٠/٣١٨).

(٣) قرأ ابن مسعود رضي الله عنه: «عتى» بإبدال «حاء» حتى «عينا»، وأقرأ بها غيره، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فكتب إليه: «إن هذا القرآن نزل بلغة قريش فأقرئ الناس بلغتهم» وإبدال (الحاء) (عينا) لغة هذيل.

ينظر: اللباب في علوم الكتاب (١١/٩٩).

ولو قرأ (سبحا طويلا)^(١) لا تفسد صلاته؛ لأنه قراءة ولو^(٢) كانت شاذة.



(١) عن ابن عباس وعطاء: «سبحا طويلا» يعني: فراغا طويلا، يعني لنومك وراحتك، فاجعل ناشئة الليل لعبادتك. وقرأ يحيى بن يعمر، وعكرمة وابن أبي عبله: «سبحا» بالخاء المعجمة.

واختلفوا في تفسيرها: فقال الزمخشري: «استعارة من سبح الصوف، وهو نفسه، ونشر أجزائه لانتشار الهم، وتفريق القلب بالشواغل».

وقيل: التسبيح، التخفيف، حكى الأصمعي: «سبح الله عنك الحمى، أي: خففها عنك».

قال الشاعر: [الطويل]

فسبح عليك الهم واعلم بأنه إذا قدر الرحمن شيئا فكائن
أي: خفف، ومنه قول النبي ﷺ لعائشة، وقد دعت على سارق ردها: «لا تسبيحي بدعائك عليه»، أي: لا تخففي إثمه.

وقيل: التسبيح: المد، يقال: سبخي قطنك، أي: مديه، والسبيخة: قطعة من القطن، والجمع: سبائح؛ قال الأخطل يصف صائدا وكلابا: [البيسط]

فأرسلوهن يذرين التراب كما يذري سبائح قطن ندف أوتار
وقال أبو الفضل الرازي: «قرأ ابن يعمر وعكرمة:» سبحا - بالخاء المعجمة - وقالوا: معناه نوما، أي: ينام بالنهار؛ ليستعين به على قيام الليل، وقد تحتمل هذه القراءة غير هذا المعنى، لكنهما فسراها: فلا تجاوز عنه».

قال شهاب الدين: «في هذا نظر، لأنهما غاية ما في الباب أنهما نقلتا هذه القراءة، وظهر لهما تفسيرها بما ذكر، ولا يلزم من ذلك أنه لا يجوز غير ما ذكر من تفسير اللفظة».

وقال ثعلب: السبخ - بالخاء المعجمة - التردد والاضطراب، والسبخ: السكون.
ومنه قول النبي ﷺ: «الحمى من فيح جهنم فسبحوها بالماء»، أي فسكنوها بالماء.
وقال أبو عمرو: السبخ: النوم والفراغ، فعلى هذا يكون من الأضداد، ويكون بمعنى السبخ بالحاء المهملة.

ينظر: اللباب في علوم الكتاب (١٩/٤٦٦).

(٢) في ب، م: وإن.

- فصل في ذكر حرف مكان حرف:

وأنه على وجهين:

الأول: ألا تخرج الكلمة بحرف البدل من ألفاظ القرآن، ومعناه: أن هذه الكلمة مع حرف البدل توجد في القرآن نحو أن يقرأ (تألّمون) مكان (تعلمون) وما أشبه ذلك^(١).

وفي هذا الوجه: لا تفسد صلاته، ويجعل كأنه ابتداء من هذه الكلمة. الوجه الثاني: ألا توجد الكلمة مع حرف البدل في القرآن، وأنه على قسمين: + القسم الأول: أن يكون مع موافقة في المعنى نحو: أن يقرأ (تياّبًا) مكان (توآبًا) أو يقرأ (إن الله يحب التائبين) أو يقرأ (كونوا قيامين) وفي هذا القسم لا تفسد صلاته عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-؛ خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - . وأصل هذا الخلاف: أن قراءة القرآن بالمعنى جائزة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ولهذا يجوز قراءته بالفارسية في الصلاة عنده^(٢).

(١) المحيط البرهاني (٣١٨/١).

(٢) قال الشيخ حافظ الدين النسفي رحمه الله في المنار: إن القرآن: اسم للنظم والمعنى، وكذا قال غيره من أهل الأصول، وما ينسب إلى أبي حنيفة رحمه الله: أن من قرأ في الصلاة بالفارسية أجزأه، فقد رجع عنه وقال: لا يجوز القراءة مع القدرة بغير العربية، وقالوا: لو قرأ بغير العربية، إما أن يكون مجنوناً فيداوى، أو زنديقاً فيقتل؛ لأن الله تكلم به بهذه اللغة والإعجاز حصل بنظمه ومعناه.

واختلف الفقهاء في جواز القراءة في الصلاة بغير العربية.

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يجوز القراءة بغير العربية، سواء أحسن قراءتها بالعربية أم لم يحسن؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَقْرَهُوْا مَا يَنْسَرُ مِنْهُ﴾ أمر بقراءة القرآن في الصلاة، والقرآن هو المنزل بلغة العرب، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾ وقال أيضاً: ﴿يَلْسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ﴾ ولأن ترجمة القرآن من قبيل التفسير، وليست قرآناً؛ لأن القرآن هو اللفظ العربي المنزل على سيدنا محمد ﷺ، فالقرآن دليل النبوة وعلامة الرسالة، وهو المعجز بلفظه ومعناه، والإعجاز من حيث اللفظ يزول بزوال النظم العربي، فلا تكون الترجمة قرآناً لانعدام الإعجاز، ولذا لم تحرم قراءة الترجمة على الجنب والحائض، ولا يحث بها من حلف لا يقرأ القرآن.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن المصلي إن كان يحسن العربية لا يجوز أن يقرأ القرآن بغيرها، وإن كان لا يحسن يجوز. وقد ثبت رجوع أبي حنيفة إلى قولهما لقوة دليلهما وهو: أن المأمور به قراءة القرآن، وهو اسم للمنزل باللفظ العربي المنظوم هذا النظم الخاص المكتوب في المصاحف، المنقول إلينا نقلاً متواتراً. والأعجمية إنما تسمى قرآناً مجازاً،

وعندهما: لا يجوز قراءته بالمعنى، غير أن عند محمد - رحمه الله - يجوز استبدال اللفظ بغيره من الألفاظ العربية بعد اتفاقهما في المعنى.
وعند أبي يوسف - رحمه الله -: لا يجوز، ويعتبر^(١) اللفظ المنقول.
ومعنى آخر لأبي حنيفة - رضي الله عنه - أن هذه لغة مستعملة عن العرب والله تعالى يقول: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْءَانًا عَرَبِيًّا﴾^(٢) ولم يقل بأنه لغة، [فعلى أي لغة]^(٣) قرأ فقد قرأ القرآن فيجوز.

وقد كتب في مصحف عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - (الحي القيام) في سورة البقرة وآل عمران، وعلى هذا إذا قرأ لأياه حليم لا تفسد صلاته؛ لأن أئمة اللغة يقولون: إنه في الأصل من ذوات الواو^(٤).

+ القسم الثاني من هذا الوجه:

يجوز أن يأتي بالطاء مكان الضاد، وبالضاد مكان الطاء، فالقياس: أن تفسد صلاته وهو قول عامة المشايخ - رحمهم الله -.

واستحسن بعض مشايخنا وقالوا: بعدم الفساد؛ للضرورة في حق العوام خصوصاً للعجم، وهذا في الحروف المتقاربة في المخرج، فأما في الحروف

= ولذا يصح نفي اسم القرآن على المترجم إليها.

وذهب أبو حنيفة في المشهور من قوله إلى جواز القراءة بالفارسية - فيما يمكن ترجمته حرفياً - كما يجوز بالعربية، سواء أكان يحسن العربية أم لا يحسن، فتجب لأنها اعتبرت خلفاً عن النظم العربي، وليس لكونها قرآناً، فهي حينئذ رخصة عنده. غير أنه إن كان يحسن العربية يصير مسيئاً لمخالفته السنة المتوارثة. وقد رجع أبو حنيفة إلى رأي صاحبيه كما سبق.

ثم الجواز على قول أبي حنيفة - المرجوع عنه - مقصور على قراءة من لا يكون متهما بالعبث بالقرآن، وألا يكون معتاداً لقراءة القرآن بالعجمية، أما اعتياد القراءة بالأعجمية فممنوع مطلقاً.

ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (١/٣٢٥-٣٢٧)، وبدائع الصنائع (١/١١٢)،
البنية شرح الهداية (١/٤٧)، القوانين الفقهية، ص (٦٥)، ومواهب الجليل (١/٥١٩)،
وحاشية قليوبي (١/١٥١)، وروضة الطالبين (١/٢٤٤)، ونهاية المحتاج (١/٤٦٢)،
والمجموع (٣/٢٩٩)، والمغني (١/٤٨٦، ٤٨٧)، كشف القناع (١/٣٤٠).

(١) في م: وتغيير.

(٢) سورة الزخرف آية: ٣.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الرء.

المتباعدة في المخرج وقد يغير المعنى نحو أن يقرأ و(نيسرك مكان ونبشرك) تفسد صلاته .

والحاصل من الجواب في جنس هذه المسائل: أن الكلمة مع حرف البدل إذا كانت لا توجد في القرآن والحرفان من مخرج واحد، أو بينهما قرب للمخرج ويجوز إبدال أحد الحرفين عن الآخر؛ لا تفسد صلاته عند بعض المشايخ، وعليه الفتوى .

وعن هذا قلنا: إذا قرأ في صلاته (فأما اليتيم فلا تكهر)، بالكاف لا تفسد صلاته على ما اختاره بعض المشايخ؛ لأن جماعة العرب يبدلون الكاف عن القاف ومخرجهما واحد .

والمعنى في ذلك كله: أن الحرفين إذا كانا من مخرج واحد أو كان بينهما قرب المخرج وأحدهما يبدل عن الآخر كان ذكر هذا الحرف كذكر ذلك الحرف فيكون قرآنا معنى، فلا يوجب فساد الصلاة .

وكذلك إذا لم يكن بين الحرفين اتحاد المخرج ولا قربه إلا أن فيه بلوى العامة، نحو أن يأتي بالذال مكان الضاد؛ لا تفسد صلاته عند بعض المشايخ أو يأتي بالزاي المحض مكان الذال، والطاء مكان الضاد، لا تفسد صلاته عند بعض المشايخ . ولو قرأ: (الحمد لله) بالخاء لا تفسد صلاته عند بعض المشايخ؛ لأن بين الحاء والخاء قرب المخرج .

وفي باب الأول من صلاة الواقعات: إذا قال: (الحمد لله) بالهاء تفسد صلاته إن كان لا يجهر لتصحيحه، وينبغي ألا تفسد؛ لأن الهاء يبدل عن الحاء لغة؛ يقال: مدحته ومدتهته .

وإذا قرأ (الصمد) بالسين، حكى عن نجم الدين النسفي - رحمه الله - : لا تفسد صلاته؛ لأن (السمد) بالسين هو السيد . وهكذا حكى فتوى الإمام القاضي أبي بكر الزرنجري^(١) - رحمه الله - .

(١) هو: أبو الفضل بكر بن محمد بن علي بن الفضل بن الحسن بن أحمد بن إبراهيم بن إسحاق ابن عثمان بن جعفر بن عبد الله بن جعفر بن جابر بن عبد الله الأنصاري الزرنجري، إمام فاضل عارف بروايات مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - حافظ لها مرجوع إليه في الفتاوى والوقائع، عمر العمر الطويل حتى انتشر عنه العلم، سمع أستاذه الشمس أبا محمد =

وعن نجم الدين النسفي - رحمه الله أيضًا - إذا قرأ في الصلاة ﴿رِحْلَةَ أَلِشْتَاءٍ وَالصَّيْفِ﴾^(١) بالسين، أو قرأ ﴿إِذَا جَاءَ نَصْرُ اللَّهِ﴾ بالسين، قال: تفسد صلاته عند بعض المحققين من مشايخنا؛ لأنه يصير اسم شيء آخر فيتغير به المعنى.
قال - رحمه الله -: وهذا الأصل أن في كل موضع يصير اسمًا لشيء آخر بتغيير الحرف تفسد صلاته.

ولو قرأ في دعاء القنوت: (ونستغفرك) بالخاء لا تفسد صلاته عند بعض المشايخ؛ لأن بين الغين والخاء اتحاد المخرج وبينهما أقرب المعنى والاستخفاف طلب الأمان، والاستغفار: طلب المغفرة، [ومن رزق المغفرة]^(٢) رزق الأمان.
ولو قرأ (وزرايب مبثوثة) مكان ﴿وَزَرَائِي﴾^(٣) تفسد صلاته؛ لأنه أبدل من الياء الأخيرة باء، فإن الياء المشددة ياءان، وإبدال الباء من الياء بعيد، حتى لو قرأ (وزرايبج) لا تفسد صلاته لأن إبدال الجيم من الياء ليس بعيد.



= عبد العزيز بن محمد الحلواني، والزرنجري - بفتح الزاي والراء وسكون النون، والجيم المفتوحة - نسبة إلى زرنجى، ويقال: زرنجى، وهي قرية من قرى بخارى.
ينظر: الأنساب (٣/١٤٨)، الفوائد البهية، ص (٢٧).

(١) سورة قريش آية: ٢ .

(٢) سقط في م .

(٣) سورة الغاشية آية: ١٦ .

- فصل في الأثغ^(١):

وهو الذي لا يقدر على التكلم ببعض الحروف، وإذا كان يقرأ مكان الراء الياء، فقرأ اليحيم مكان ﴿الْيَحْيَىٰ﴾^(٢) أو ما أشبه ذلك، ولا يطاوعه لسانه على غير ذلك، فإن كان يمكنه أن يتخذ من القرآن آيات ليس^(٣) فيها تلك الحروف يتخذ إلا فاتحة الكتاب فإنه لا يترك قراءتها وإن كان فيه تبديل، وإن كان يجد آيات [ليست]^(٤) فيها تلك الحروف، فقرأ مع ذلك الآيات التي فيها تلك الحروف هل تجوز صلاته؟ ذكر في بعض نسخ زلة القارئ: أن فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا تجوز صلاته؛ لأنه تكلم بكلام الناس مع قدرته على ألا يتكلم، ومثل هذا يوجب فساد الصلاة.

وذكر في بعض النسخ: القياس ألا تجوز صلاته.

وفي الاستحسان تجوز، وبالقياس نأخذ.

وإن كان لا يجد آيات [ليست]^(٥) فيها تلك الحروف، قال بعض المشايخ: يسكت ولا يقرأ.

ولو قرأ تفسد صلاته.

وقال بعضهم: يقرأ ولا يسكت.

ولو سكت تفسد صلاته.

وعلى قول من يقرأ يختار آية يقل فيها تلك الحروف.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: [والمختار للفتوى في جنس هذه المسائل: أن هذا الرجل إذا كان يجتهد]^(٦) أثناء الليل والنهار في تصحيح هذه الحروف ولا يقدر

(١) الأثغ: الذي يتحول لسانه من السين إلى الثاء، وقيل: من الراء إلى الغين أو الياء، أو من حرف إلى حرف.

ينظر: المغرب في ترتيب المعرب، للمطرزي، ص (٤٢١)، ترتيب القاموس المحيط (١٢٣/٤).

(٢) سورة الفاتحة آية: ٣.

(٣) في م: ليست.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: إذا اجتهد.

على تصحيحها فصلاته جائزة؛ لأنه عاجز، وإن ترك جهده فصلاته فاسدة؛ لأنه قادر، وإن ترك جهده في بعض عمره لا يسعه أن يترك في باقي عمره، ولو ترك تفسد صلاته إلا أن يكون الدهر كله في تصحيحه. قال مولانا - رحمه الله -: وإنه مشكل عندي؛ لأن ما كان خلقة فالعبد لا يقدر على تغييره.

* * *

- فصل في ذكر كلمة مكان كلمة على وجه البديل:

وأنه على وجهين:

+ الأول: أن توجد الكلمة التي هي بدل في القرآن وأنه على قسمين:
الأول: ألا يوافق البديل في المعنى، نحو أن يقرأ (الفاجر) مكان ﴿طَعَامٌ﴾ في قوله: ﴿طَعَامُ الْأَثِيرِ﴾^(١).

والجواب فيه: أن صلاته تامة على قول أصحابنا - رحمهم الله - فقد صح عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه أمر أن يعلم أن شجرة الزقوم طعام الفاجر حين عجز المتعلم أن يقول: ﴿طَعَامُ الْأَثِيرِ﴾^(٢).

القسم الثاني: أن يخالف البديل المبدل من حيث المعنى وأنه على نوعين: إن كان اختلافاً متقارباً نحو أن يقرأ مكان ﴿حَبِيرًا﴾ ﴿بَصِيرًا﴾ أو يقرأ: (كلا إنها موعظة) مكان قوله: (تذكرة).

وفي هذا النوع صلاته تامة، وروي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: ليس الخطأ في القرآن أن يقرأ مكان (الحكيم) (العليم)^(٣).

وإن كان اختلافاً متباعداً نحو أن يختم آية الرحمة بآية العذاب، أو آية العذاب بآية الرحمة، وأراد أن يقرأ ﴿الرَّحْمَنُ﴾ ﴿عَلَّمَ الْقُرْآنَ﴾^(٤) فجرى على لسانه (الشیطان) أو أراد أن يقرأ ﴿الشَّيْطَانُ يَعِدُكُمُ الْفَقْرَ﴾^(٥) فجرى على لسانه (الرحمن يعدكم الفقر) فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: تفسد صلاته.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقد اختلف المشايخ. قال بعضهم: لا تفسد إذا لم يقصد ذلك ومر على لسانه غلطاً، ويجعل كأنه ابتداءً

(١) سورة الدخان آية: ٤٤ .

(٢) تفسير مقاتل بن سليمان، لأبي الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخي، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣هـ (٣/٨٢٤)، تفسير القرطبي (١٦/١٤٩).

(٣) تفسير الرازي (١/١٨٦)، وغرائب القرآن ورغائب الفرقان، لنظام الدين الحسن بن محمد ابن حسين القمي النيسابوري، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ (١/٩١) وقال: قلنا: الظن بابن مسعود غير ذلك.

(٤) سورة الرحمن الآيات: ١، ٢ .

(٥) سورة البقرة آية: ٢٦٨ .

بكلمة من كلمات القرآن؛ وهذا لأنه قصد قراءة القرآن على ما أنزل، فيجعل في التقدير كأنه ترك القراءة من هذا الموضع وأخذ بالقراءة من ذلك الموضع وهو في ذلك الموضع قرآن، فلا تفسد صلاته، وبه كان يفتي الفقيه أبو الحسن، وهو اختيار محمد بن مقاتل الرازي^(١) - رحمه الله - .

وقيل: في المسألة عن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان .

+ الوجه الثاني: ألا يوجد الكلمة التي هي بدل في القرآن نحو قوله: (فبأي آلاء رب كما تجحدان) مكان قوله: ﴿تُكَذِّبَانِ﴾ أو قرأ (ألم ذلك الكتاب لا شك فيه) مكان قوله: ﴿لَا رَيْبَ فِيهِ﴾ أو ما أشبه ذلك .

وفي هذا القسم لا تفسد صلاته عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأنه يعتبر المعنى وأما عند محمد - رحمه الله -: فلأنه يعتبر المعنى مع لفظة العربية . وعند أبي يوسف - رحمه الله -: تفسد صلاته؛ لأنه يعتبر اللفظ المنقول .

القسم الثاني: ألا يوافق البديل المبدل من حيث المعنى نحو أن يقرأ (قسوسة) مكان ﴿فَسَوْرَةٍ﴾ أو (كعفص) مكان ﴿كَعَصْفٍ﴾ أو (صحفا لأصحاب السعير) تفسد صلاته بالاتفاق؛ لأن هذه الألفاظ ليست بمنقولة في القرآن وليس بين هذه الألفاظ وبين الألفاظ المنقولة في القرآن مقاربة من حيث المعنى، فلهذا فسد عند الكل .



(١) هو: محمد بن مقاتل الرازي، قاضي الري من أصحاب محمد بن الحسن من طبقة سليمان ابن شعيب وعلي بن معبد، روى عن أبي المطيع، قال الذهبي: وحدث عن وكيع وطبقته، قال محمد بن مقاتل: إذا قال الرجل لذي: أسلم فقال: أسلمت، فهو إسلام منه في قول علمائنا، سمعته من الحسن الحنفي. فاضل. من آثاره: المدعي والمدعى عليه. ينظر: كشف الظنون (٢/١٤٥٧)، تاج التراجم (٢/١٣٤)، معجم المؤلفين (١٢/٤٥).

- فصل في استبدال النسبة وأنه على وجهين :

+ الأول: ألا يكون المنسوب إليه في القرآن نحو أن يقرأ: (ومريم ابنة غيلان) مكان ﴿وَمَرْيَمَ ابْنَتَ عِمْرَانَ﴾ أو يقرأ: (عيسى ابن سارة) مكان ﴿عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ﴾ وفي هذا الوجه تفسد صلاته؛ لأنه لم يقرأ القرآن، ولا أتى بذكر الله تعالى فكان متكلماً بكلام الناس فتفسد.

+ الوجه الثاني: أن يكون المنسوب إليه في القرآن، نحو أن يقرأ: (ومريم ابنة لقمان) و(عيسى بن موسى) و(موسى بن مريم) وما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه اختلف المشايخ المتأخرون.

منهم من قال في الصور كلها: تفسد صلاته. عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان، في رواية: لا تفسد؛ لأن لقمان وموسى ومريم مذكور في القرآن وكذلك لفظ ابن وبنت مذكور في القرآن فصار كأنه وقف عند قوله: ومريم بنت، وابتدأ من قوله: لقمان.

ومن المتأخرين من قال في مريم ابنة لقمان وعيسى بن موسى: الجواب على الخلاف، أما في (موسى بن مريم) و(عيسى بن عمران) لا تفسد صلاته بلا خلاف، إنما الفساد في قوله: (ومريم ابنة لقمان) و(عيسى بن موسى) عندهما، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن هذا الكلام مركب من مضاف ومضاف إليه، والمضاف مع المضاف إليه يجريان مجرى اسم واحد.

وهذا الاسم بهذا النظم غير موجود في القرآن، فصار كما لو قال: جعفر بن زيد، أو قال عمر بن الخطاب، فصار من جملة كلام الناس فتفسد صلاته.

وأما الجواز في قوله: موسى بن مريم مكان عيسى بن مريم؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن يجعل مكان العين الذي في عيسى ميما، ومكان الياء واوًا، فأما الاسمان على السواء.

قلنا: وإبدال الواو عن الياء، وإبدال الياء عن الواو سائغ لم يبق التفاوت إلا في أول الحرف وهو العين والميم، والحرف الواحد لا يكون كلاماً ولا يصير آتياً بكلام الناس، وصار الحاصل في فصل النسبة أنه إذا كان التفاوت في حرف واحد لا يعتبر^(١) بلا خلاف، وإذا كان التفاوت في حرفين أو أكثر فالمسألة على الخلاف.

(١) في م: يتعين.

- فصل في ذكر آية مكان آية:

يجب أن يعلم بأن المتأخرين اختلفوا في هذا الفصل منهم من قال: يجوز على كل حال؛ لأنه قارئ بالآيتين جميعاً والآية منفصلة عن^(١) الآية، بخلاف الكلمة. ومنهم من فصله تفصيلاً فقال: إن وقف على الآية وقفا تاماً، ثم ابتداءً بآية أخرى لا تفسد صلاته، وإن تغير المعنى نحو أن يقرأ: ﴿وَالَّذِينَ وَالَّذِينَ وَالَّذِينَ﴾ ^(١) وَطُورِ سِينِينَ ^(٢) وَهَذَا أَلْبَدِ الْأَمِينِ ^(٣) وقف وقفا تاماً، ثم قرأ: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي كَبَدٍ﴾ ^(٢)؛ لأن هذا انتقال من سورة إلى سورة والكل قرآن، فأما إذا لم يقف ووصل^(٣) بالآية إن كان لا يتغير به المعنى نحو أن يقرأ: ﴿وَوُجُوهُ يَوْمَئِذٍ عَلَيْهَا غَبَرَةٌ﴾ ^(٤) تَرَهَّقَهَا قَرَّةٌ ^(٤) ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُؤْمِنُونَ﴾ ^(٥) ولم يقف، ثم قرأ: ﴿أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا﴾ ^(٤) أو قرأ (إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جزاء الحسنى) لا تفسد صلاته، وأما إذا تغير به المعنى بأن قرأ: ﴿وَوُجُوهُ يَوْمَئِذٍ عَلَيْهَا غَبَرَةٌ﴾ ^(٤) تَرَهَّقَهَا قَرَّةٌ ^(٤) ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُؤْمِنُونَ﴾ ^(٥) قال عامة أصحابنا - رحمهم الله -: تفسد صلاته؛ لأن هذا ليس بقرآن؛ لأنه إخبار بخلاف ما أخبر الله تعالى وليس بذكره^(٦).

وبعض أصحابنا - رحمهم الله - قالوا: لا تفسد صلاته؛ لأن في هذا بلوى العامة فلا يحكم بالفساد، ويجعل كأنه وقف على الآية الأولى ثم انتقل إلى الأخرى.

* * *

(١) في ب: علي.

(٢) سورة البلد آية: ٤ .

(٣) في م: وصلى.

(٤) سورة النساء آية: ١٥١ .

(٥) سورة الأنفال آية: ٤ .

(٦) في م: ذكر.

- فصل في حذف حرف عن كلمة:

فنقول: إن كان الحذف على سبيل الإيجاز والترخيم^(١) يكون عين كل الكلمة فلا يوجب الفساد، وللحذف على وجه الترخيم شرائط ثلاثة:

أحدها: أن يكون ذلك في اسم النداء حتى لا يجوز الترخيم في الأفاعيل، ولا في الحروف، ولا في اسم المعرف بالألف واللام ولا في النعت.

والثاني: أن يكون المنادى معرفاً نحو قوله: يا حارث، وما أشبه ذلك ولا يصح في ذلك، المنكر نحو قوله: يا قاتل يا ضارب. إلا في قوله: يا صاحب يا فلان.

والثالث: أن يكون الاسم المنادى على أربعة أحرف صحاح وما زاد على ذلك، أما إذا كان ثلاثة أحرف لا يجوز الترخيم.

[إلا إذا كان ثالث الحروف الياء وأما فيما عدا ذلك لا يجوز الترخيم]^(٢) فإذا وجدت هذه الشرائط وحذف الحرف الأخير؛ نحو إن قرأ: (ونادوا يا مال ليقتض علينا ربك) لا تفسد صلاته، وكذلك لو ترك حرفين من آخر الكلمة والباقي ثلاثة أحرف، أو ما زاد على ذلك فذلك جائز.

والحاصل: أنه ينظر في مثل هذا إلى الباقي، إن كان الباقي من اسم النداء ثلاثة أحرف فصاعداً لا تفسد صلاته؛ وذلك أن يترك من ﴿طَالُوتَ﴾^(٣) الواو والتاء، ونحو أن يترك من ﴿هَرُوتَ وَمَرُوتَ﴾^(٤) الواو والتاء، ونحو أن يترك من ﴿هَرُونَ﴾^(٥) الواو والنون.

وبعض مشايخنا قالوا: إذا حذف حرفاً زائداً وأتى بجميع أصول الكلمة ولم يكن قاصداً لا تفسد صلاته على قول أبي حنيفة [وعبد الله بن]^(٦) المبارك - رضي الله عنهما - وهو مذهب ابن مسعود - رضي الله عنه -، وذلك نحو أن يقرأ: ﴿إِذَا وَقَعَتِ الْوَاقِعَةُ﴾^(٧) بحذف التاء^(٨)، أو قرأ: (لا ترفعوا أصواتكم) بحذف الميم؛ وذلك لأن

(١) الترخيم: هو حذف آخر الاسم تخفيفاً. ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص (٦٠).

(٢) سقط في ب.

(٣) سورة البقرة آية: ٢٤٧.

(٤) سورة البقرة آية: ١٠٢.

(٥) سورة البقرة آية: ٢٤٨.

(٦) في م: وعند ابن.

(٧) سورة الواقعة آية: ١.

المحذوف إذا كان حرفاً زائداً لا يتغير المعنى الأصلي في الكلمة فلا يوجب الفساد .
ثم اختلف أهل النحو فيما بينهم في فصل أنه إذا ترك حرفين فالحرف الباقي قبل
المتروك هل يبقى على حركته؟
قال أهل النحو: إنه يبقى على حركته حتى يقال: يا حار بكسر الراء من حارثة،
ويقال: عائش بنصب الشين من عائشة^(١).

وبعضهم على أنه يرفع الحرف الآخر حتى يقال: يا حار برفع الراء، ويا عائش
برفع الشين، هذا إذا كان الحذف على وجه الإيجاز والترخيم فأما إذا لم يكن على
وجه الإيجاز والترخيم، إن كان لا يغير المعنى لا تفسد صلاته، نحو أن يقرأ: (ولقد
جاءهم رسلنا بالبينات) بترك التاء من (جاءتهم) أو قال: (سبحان الذي بيده ملكوت
كل شيء) بترك الفاء من (سبحان) فإن غير المعنى تفسد صلاته عند عامة المشايخ،
نحو أن يقرأ: ﴿فَمَا لَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾^(٢) بترك (لا)، أو يقرأ ﴿تَنَزَّلُ عَلَيْهِمُ الْمَلَائِكَةُ أَلَّا
تَخَافُوا وَلَا تَحْزَنُوا﴾ بترك (لا) و(لا)؛ ألا ترى لو تعمد ذلك مع علمه واعتقد ذلك
يكفر، فإذا كان مخطئاً تفسد [به الصلاة]^(٣).



(١) في م: الهاء .
(١) اللمحة في شرح الملحّة، محمد بن الحسن الصايغ، تحقيق: إبراهيم بن صالح الصاعدي،
نشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية
السعودية، ط (١)، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م (٢/٦٤٣).
(٢) سورة الانشقاق آية: ٢٠ .
(٣) في م: صلاته .

- فصل في إسقاط حرف من الكلمة بإثبات همزة مكانها .
 إذا قرأ: (حافظوا على الصلوات والصلاة الأسطى) أو قرأ: (فقد استمسك
 بالعروة الأثقى) أو ما أشبه ذلك، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - في ظاهر
 الرواية وهو قول عبد الله بن المبارك - رضي الله عنه - لا تفسد صلاته، وهو مذهب
 ابن مسعود - رضي الله عنه -، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو إحدى
 الروايتين عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - تفسد صلاته؛ لأنه قرأ ما ليس في مصحف
 العامة .

* * *

- فصل في زيادة الكلمة لا على وجه البدل .

مسائل هذا الفصل على وجهين :

+ أحدهما : أن تكون الكلمة الزائدة موجودة في القرآن ، وأنه على قسمين :
إن كان لا يغير المعنى ؛ لا تفسد بالإجماع ، نحو أن يقرأ : (إن الله كان بعباده
خيبراً بصيراً) أو يقرأ : (قد خسر الذين كفروا وكذبوا بقاء الله) وإن كان يغير المعنى
تفسد صلاته بلا خلاف ، نحو أن يقرأ : (والذين آمنوا وكفروا بالله ورسوله أولئك هم
الصديقون) أو يقرأ : (فأما من آمن وطغى وآثر الحياة الدنيا) .

+ الوجه الثاني : ألا تكون الكلمة الزائدة موجودة في القرآن وأنه على قسمين

أيضاً :

إن كان لا يغير المعنى نحو أن يقرأ : (فيهما فاكهة ونخل وتفتح ورمان) أو يقرأ :
(كلوا من ثمره إذا أثمر واستحصد) فعند عامة مشايخنا - رحمهم الله - لا تفسد
صلاته ، وزعموا أن هذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -^(١) .

وعند أبي يوسف رحمه الله تفسد صلاته ، وإن كان يغير المعنى نحو أن يقرأ :
(إنما غلي لهم ليزدادوا إثماً)^(٢) لا تفسد صلاته بلا خلاف^(٣) .



(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٣٢٩) .

(٢) سقط في م ، وزاد في ب : وجما .

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٣٢٩) .

- فصل في الخطأ في التقديم والتأخير:

وإنه على وجوه:

+ أحدها: أن يقدم جملة على جملة، ويفهم بالتقديم ما يفهم بالتأخير، نحو أن يقرأ (يوم تسود وجوه وتبيض وجوه) أو: (كتبنا عليهم فيها أن العين بالعين والنفس بالنفس) أو يقرأ: (العبد بالعبد والحر بالحر) ونحو ذلك لا تفسد صلاته، فإن غير المعنى نحو أن يقرأ: (إنما ذلكم الشيطان يخوف أولياءه فخافوهم ولا تخافون) تفسد صلاته؛ وكذلك إذا قرأ: (وأن هذا صراطي مستقيماً فلا تتبعوه واتبعوا السبل).

+ والثاني: أن يقدم كلمة على كلمة ولا يغير المعنى، نحو أن يقرأ: (لهم فيها شهيق وزفير) أو يقرأ (فأنبتنا فيها عنباً وحباً) لا تفسد الصلاة.

وكذلك إذا قرأ (إنما ذلكم الشيطان يخوف أولياءه فخافوني ولا تخافوهم) لا تفسد صلاته، وإن تغير المعنى تفسد صلاته.

وفي مجموع النوازل إذا قرأ (إذ الأغلال في أعناقهم) (إذ الأعناق في أغلالهم) لا تفسد صلاته؛ لأن المعنى لم يتغير؛ لأن الأغلال إذا كانت في الأعناق كانت الأعناق في الأغلال أيضاً.

+ الثالث: أن يقدم حرفاً على حرف فنقول: بتقديم الحرف تبديل الكلمة فيكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا ذكر كلمة مكان كلمة.

قالوا: هذا إذا لم يكن من باب المقلوب، فإن كان من باب المقلوب مثل جذب وجذب، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -: لا تفسد صلاته؛ لأن في المقلوب التقديم والتأخير سواء.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: إن كانت الكلمة [الثانية]^(١) في القرآن لا تفسد صلاته، وإن لم تكن في القرآن تفسد صلاته.

* * *

(١) سقط في م.

- فصل في الوصل والوقف والابتداء:

إذا وقف على غير موضع الوقف أو ابتداء من غير موضع الابتداء وإنه على وجهين:

+ الأول: ألا يتغير به المعنى تغيراً فاحشاً، لكن الوقف والابتداء قبيح، نحو أن يقف على الشرط قبل ذكر الجزاء ثم ابتداءً بالجزاء فقرأ ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾^(١)، ووقف ثم ابتداءً بقوله: ﴿أُولَئِكَ هُمُ حَيْرُ الْبَرِيَّةِ﴾^(٢) ونحو أن يفصل بين النعت والمنعوت، والصفة والموصوف فقرأ ﴿إِنَّهُ كَانَ عَبْدًا﴾^(٣) ووقف وابتداءً بالسكوت لا تفسد صلاته بإجماع بين علمائنا - رحمهم الله تعالى - .

+ الوجه الثاني: أن يتغير به المعنى تغيراً فاحشاً بأن قرأ ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾^(٤) ووقف ثم قال: ﴿إِلَّا هُوَ﴾ أو قرأ ﴿وَقَالَتِ الْفٰكِرَةُ﴾^(٥) ووقف ثم قال: ﴿الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾^(٦) وفي هذا الوجه لا تفسد صلاته عند عامة علمائنا - رحمهم الله تعالى - . وعند بعض العلماء تفسد.

والفتوى على عدم الفساد بكل حال؛ لأن في مراعاة الوقف والوصل والابتداء إيقاع الناس في الحرج خصوصاً في حق العوام والحرج مرفوع شرعاً.



(١) سورة البقرة آية: ٢٧٧ .

(٢) سورة البيّنة آية: ٧ .

(٣) سورة الإسراء آية: ٣ .

(٤) سورة آل عمران آية: ١٨ .

(٥) سورة التوبة آية: ٣٠ .

(٦) سورة التوبة آية: ٣٠ .

- فصل في الوصل في غير موضع الوصل :

إذا وصل حرفاً من كلمة بكلمة أخرى بأن قرأ ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ ووصل كاف (إياك) بنون (نعبد) أو قرأ ﴿إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ﴾ ووصل كاف (أعطيناك) بألف (الكوثر) أو قرأ ﴿غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ﴾ ووصل الباء بالغين، أو ما أشبه ذلك، فعلى قول بعض العلماء تفسد صلاته، وعلى قول العامة لا تفسد صلاته؛ لأن القارئ عسى لا يجد بدءاً من الوقف في مثل هذا الموضع إما لانقطاع النفس أو غيره، فلو راعينا ذلك يقع الناس في الحرج.

وبعض المشايخ ذكروا في ذلك تفصيلاً فقالوا: إذا علم^(١) القرآن كيف هو تفسد صلاته، وعلى هذا إذا قرأ ﴿إِذَا جَاءَ نَصْرُ اللَّهِ﴾ بطريق الاستفهام.



(١) زاد في م: أن.

- فصل في ترك المد والتشديد في موضعهما والإتيان بهما في غير موضعهما :
ترك المد والتشديد في موضعهما والإتيان في غير موضعهما إن كان لا يغير
المعنى ولا يقبح الكلام لا يوجب فساد الصلاة، وإن كان يغير المعنى ويقبح الكلام
اختلف المشايخ فيه .

قال بعضهم : لا تفسد صلاته رفعًا للخرج .

وقال عامتهم : تفسد صلاته .

مثال الأول : في ترك التشديد إذا قرأ ﴿ مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا نُقَفُّوا أَخْذُوا وَقُتِلُوا ﴾^(١) بغير

تشديد؛ لأنه قريب من قوله (قتلوا) بالتشديد .

مثال الثاني : إذا قرأ ﴿ قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ ﴾ ذكر الرب بغير تشديد، أو قرأ ﴿ إِنَّ

النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ ﴾^(٢) ذكر الأمانة بغير تشديد .

ولو قرأ ﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ ﴾ بغير تشديد فقد ذكرنا هذا فيما تقدم .

ولو شدد الدال في (كذب) اختلف المشايخ فيه، ولو قرأ (أولئك هم العادون)

فشدد الدال تفسد صلاته بلا خلاف .

ومثال الأول في تركه المد : إذا قرأ (إنا أعطيناك) بدون المد .

ومثال الثاني : إذا قرأ ﴿ سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ ﴾^(٣) بدون المد؛ نحو أن يقرأ (ونداء ودعاء)

بدون المد، اختلف المشايخ فيه كما في ترك التشديد .



(١) سورة الأحزاب آية : ٦١ .

(٢) سورة يوسف آية : ٥٣ .

(٣) سورة البقرة آية : ٦ .

- ومما يتصل بهذا الفصل :

إذا فرغ المصلي من فاتحة الكتاب وقال : آمين^(١) بالمد والتشديد، فقد قيل : تفسد صلاته .

وقيل : لا تفسد على قول أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأن هذه الكلمة مع المد والتشديد منقولة في القرآن، قال الله تعالى : (ولا آمين البيت).

وقيل : لا تفسد على قولهما أيضاً؛ لأن هذه قراءة، وعليه الفتوى .
وينبغي أن يقول (آمين) بغير مد ولا تشديد، أو (آمين) بالمد دون التشديد، وأصله (اللهم^(٢) استجب لنا) إلا أنه لما أسقط عنه النداء أدخل فيه المد وأقيم المد، مقام (يا) النداء .

ولو قرأ (آمن) بالمد وحذف الياء، لا تفسد صلاته على قول أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأنه مذكور في القرآن .

ولو قرأ (آمن) بترك المد وحذف الياء، ينبغي أن تفسد صلاته ؛ لأن مثله لا يوجد في القرآن .



(١) في (آمين) أربع لغات، أفصحهن وأشهرهن : آمين - بالمد والتخفيف - والمد يدل على ياء النداء، معناها : يا آمين ؛ كما يقال في الكلام : أزيدُ، يعني : يا زيد، كما جاء في المبسوط - والثانية بالقصر والتخفيف وهي مشهورة، ومعناها : استجب، والثالثة بالإمالة، والرابعة بالمد، وتشديد الميم خطأ فاحش، وهو من لحن العوام، كما نص عليه ابن السكيت، وقال العلماء : لو قال : آمين بالمد والتشديد - فإن صلاته تفسد، والراجح أنها لا تفسد؛ لأنه يوجد مثله في القرآن .

ينظر: تبیین الحقائق (١/١١٤)، درر الحکام (١/٧٠)، البحر الرائق (١/٣٣٢)، المبسوط (١/٢٥).

(٢) في م : آمين .

- فصل في اللحن في الإعراب:

إن^(١) لحن في الإعراب^(٢)، فهو على وجهين:
 إما ألا يغير المعنى بأن قرأ ﴿لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ﴾^(٣) أو قرأ ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُغْضُونَ
 أَصْوَاتَهُمْ﴾^(٥) برفع الناء، أو قرأ ﴿الرَّحْمَنُ عَلَى الْعَرْشِ﴾ بنصب الرحمن، وفي هذا
 الوجه لا تفسد الصلاة بالإجماع.

وإما أن يغير المعنى بأن قرأ ﴿هُوَ اللَّهُ الْخَلِيقُ الْبَارِئُ الْمُصَوِّرُ﴾^(٦) بنصب الواو
 ورفع الميم، أو قرأ ﴿وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ﴾^(٧) بنصب [الميم]^(٨) ورفع الباء، أو قرأ ﴿وَإِذْ
 ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ﴾^(٩) برفع إبراهيم بنصب^(١٠) الرب، أو قرأ ﴿مِنَ الْجِنَّةِ
 وَالنَّاسِ﴾^(١١) بنصب الجيم، أو قرأ ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ لِمَ أَذْنَتْ﴾^(١٢) بكسر الكاف
 والفاء.

وفي هذا الوجه اختلف المشايخ.

قال بعضهم: لا تفسد صلاته، وهكذا روى [عن]^(١٣) بعض أصحابنا وهو أشبه؛
 لأن في اعتبار الصواب في الإعراب إيقاع الناس في الحرج والحرَج مرفوع شرعًا.
 وروى هشام عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا لحن في الإعراب وهو إمام قوم
 ففتح عليه رجل أن صلاته جائزة.

وهذه المسألة دليل على أنَّ أبا يوسف كان لا يقول بفساد الصلاة بسبب اللحن في

(١) في ب: إذا.

(٢) زاد في ب: لحنًا.

(٣) سورة الحجرات آية: ٢ .

(٤) في أ: و.

(٥) سورة الحجرات آية: ٣ .

(٦) سورة الحشر آية: ٢٤ .

(٧) سورة طه آية: ١٢١ .

(٨) سقط في م.

(٩) سورة البقرة آية: ١٢٤ .

(١٠) في ب: ونصب.

(١١) سورة هود آية: ١١٩ .

(١٢) سورة التوبة آية: ٤٣ .

(١٣) سقط في أ.

الإعراب في المواضع كلها.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أيضاً فيمن قرأ ﴿وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ﴾^(١) برفع الميم ونصب الباء أنه لا تفسد صلاته.

قال: ومعناه: سأل إبراهيم ربه فأجابته وأتمه وابتلاه واختاره، السؤال هل يجب أو لا يجب^(٢)، فسأله مختبراً فصار سؤالاً، كما أن الدعاء سؤال وإن كان بلفظ الدعاء.

وعنه أيضاً ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾^(٣) برفع الهاء من (الله) العلماء بنصب الألف أنه لا تفسد صلاته، ومعناه إنما يجازي على خشية العلماء الله عز وجل؛ وهذا كقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَٰئِكَ هُمْ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ﴾^(٤) إلى أن قال: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ رَبَّهُ﴾^(٥).



(١) سورة البقرة آية: ١٢٤ .

(٢) في أ: يحنت أو لا يحنت .

(٣) سورة فاطر آية: ٢٨ .

(٤) سورة البينة آية: ٧ .

(٥) سورة البينة آية: ٨ .

- فصل في الإدغام وتركه:

إذا أتى بالإدغام في موضع لم يدغم أحد من الناس، لبعده مخرج الحرفين وقُبِحَ (١) العبارة ويخرجه عن معرفة معنى الكلمة، نحو أن يقرأ ﴿قُلْ لِلَّهِ كُفْرُوا سَعْتًا﴾ (٢) أدغم الغين في اللام، [وشدد اللام] (٣) فقرأ: (ستلبون). وأدغم الحاء في الشين وشدد الشين فقرأ: (تشرون) فسدت صلاته.

وإن أتى بالإدغام في موضع لم يدغمه أحد إلا أن المعنى لم يتغير به ويفهم منه ما يفهم مع الإظهار، نحو أن يقرأ: ﴿قُلْ سِيرُوا﴾ (٤) أدغم اللام في السين وشدد السين لا تفسد صلاته؛ لأن اللام قد تدغم في السين، أدغم حمزة (٥) والكسائي (٦) اللام في السين في قوله: ﴿بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ﴾ (٧) وإذا ترك الإدغام بأن يقرأ: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِكُكُمُ الْمَوْتُ﴾ (٨) أو قرأ: ﴿قُلْ لَوْ كَانَ الْبَحْرُ مِدَادًا﴾ (٩) أو قرأ: ﴿قُلْ لَوْ كُنْتُمْ فِي بُيُوتِكُمْ﴾ (١٠) وأشبه ذلك أظهر لام ﴿قُلْ﴾ ولام ﴿لَوْ﴾ وكذلك كلما التقى الحرفان من جنس واحد، والأول ساكن والآخر متحرك فلم يدغم [الأول في الثاني، أو اجتمع ثلاثة أحرف، والأوسط ساكن فلم يدغم] (١١) الأوسط في الثالث، نحو أن يقرأ: ﴿وَلَقَدْ مَنَّا عَلَىكَ مَرَّةً أُخْرَى﴾ (١٢) فأظهر النونات كلها.

- (١) في ب: وتصح.
 (٢) سورة آل عمران آية: ١٢.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سورة الأنعام آية: ١١.
 (٥) هو: حمزة بن حبيب بن عمارة التيمي، مولى تيم الله، أبو عمارة الزيات الكوفي، أحد القراء السبعة، وثقه ابن معين والنسائي، قال مُطَيَّن: مات سنة ثمان وخمسين ومائة.
 ينظر: تهذيب التهذيب (٢٧/٣)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢٥٥/١).
 (٦) هو: علي بن حمزة بن عبد الله الأسدي بالولاء، أبو الحسن الكوفي، المعروف بالكسائي، مقرر مجود لغوي نحوي شاعر. لم يعرف تاريخ مولده. من تصانيفه: معاني القرآن، والمصادر، والحروف، والقراءات. توفي سنة تسع وثمانين ومائة.
 ينظر: تاريخ بغداد (٤٠٣/١١)، معجم المؤلفين (٨٤/٧).
 (٧) سورة يوسف آية: ١٨.
 (٨) سورة النساء آية: ٧٨.
 (٩) سورة الكهف آية: ١٠٩.
 (١٠) سورة آل عمران آية: ١٥٤.
 (١١) سقط في م.
 (١٢) سورة طه آية: ٣٧.

أو اجتمع ثلاثة أحرف والأول منها ساكن فلم يدغم الأول في الثاني؛ كما في قوله تعالى: ﴿بَلِّغْ لِلَّهِ الْأَمْرَ جَمِيعًا﴾^(١) ﴿قُلْ لِلَّهِ الْكُفْرُوفُ سَتُغْلَبُونَ﴾^(٢) وكذلك في نظائره لا تفسد صلاته، وإن فحش من حيث العبارة؛ لأن هذا رد إلى ما أوجبه أصل موضوعها في اللغة وامتناع عن اختيار التخفيف وتحمل المشقة في العبارة، وليس فيه تغير المعنى ولا تقبيحه، إنما فيه تثقيل العبارة فقط، فلذلك لا تفسد صلاته.

* * *

(١) سورة الرعد آية: ٣١ .

(٢) سورة آل عمران آية: ١٢ .

- فصل في الإمالة:

إذا قرأ: ﴿بِسْمِ اللَّهِ﴾ بالإمالة^(١)، أو قرأ: ﴿مَلِكٍ يَوْمَ وَلَهُمْ﴾ بالإمالة، أو قرأ: ﴿ذَلِكَ الْكِتَابُ﴾ بالإمالة، أو قرأ: ﴿حَقِّ جِبْنٍ﴾، أو قرأ: ﴿كَانَتْ تَحْتِ عَبْدَيْنِ﴾^(٢) وما شاكل ذلك، لا تفسد صلاته؛ لأنه لم يغير نظم الحروف ولا غير المعنى الذي وضعت العبارة لها.

وقد روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: ليس كل لحن يفسد الصلاة.

(١) الإمالة: ضد الفتح، وهي عبارة عن انحراف النطق بالحرف الممال عن مخرجه، مأخوذة من أملت الريح وشبهه، إذا أزلته عن استقامته، فلما أشبهت (الألف) الريح في استقامته وعودت عن استقامتها في النطق، سمي ذلك إمالة.

وهي أن تنحو بالفتحة نحو الكسرة وبـ (الألف) نحو (الياء) (كثيراً) ولم تدخل الفتحة في التعريف الأول لأنه يترتب على إمالة (الألف) إمالة ما قبلها، قال مكّي: «ومعنى الإمالة في (الألف) أن تنحو بها نحو (الياء) ولا تقدر على ذلك حتى تنحو بالفتحة التي قبلها نحو الكسرة، فإذا قلت: في (دارهم) أملت (الألف) لأجل كسرة (الراء) وأملت فتحة (الدال) لأجل إمالة (الألف) فـ (الألف) و(هاء التأنيث) يمالان في أنفسهما، ويمال ما قبلهما من أجلهما، و(الراء) إنما يمال ما قبلهما من أجلها إذا انكسرت وكان قبلها (ألف)، وتمال هي من أجل غيرها نحو (تري) و(اشترى) فافهمه».

والإمالة لا شك من الأحرف السبعة التي نزل القرآن عليها، ومن لهجات العرب وأصواتها، وهي مذاهبها وطباعها.

ينظر: التيسير في القراءات السبع، لأبي عمرو الداني، تصحيح: أوتوبرتزل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص (٧٧)، والتبيان في علم المعاني والبدیع والبيان، لشرف الدين حسين بن محمد الطيبي، تحقيق: هادي عطية مطر الهلالي، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م (١٣/٢)، وحجّة القراءات، لابن زنجلة، أبي زرعة عبد الرحمن بن محمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص (١١٦)، والنشر في القراءات العشر، لابن الجزري، أشرف على تصحيحه ومراجعته: أ. محمد الطباع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (٢/٢٢٣)، والكشف عن وجوه القراءات السبع وعللها وحججها، لمكي بن أبي طالب، تحقيق: د. محيي الدين رمضان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (٤)، ١٩٨٧م (١/٢٦٨)، وإتحاف فضلاء (١/٤٢٢)، وغيث النفع في القراءات السبع، للصفاقسي، مصطفى الحلبي، القاهرة، ص (١٤٣)، وفتح الوصيد في شرح القصيد، للسخاوي، تحقيق: جمال الدين محمد شرف، مجدي فتحي السيد، ط دار الصحابة، طنطا، ط (١)، ٢٠٠٤هـ (١/٢٧٦)، والرعاية لتجويد القراءة وتحقيق لفظ التلاوة، لمكي بن أبي طالب القيسي، تحقيق: د. أحمد حسن فرحات، دار عمار، عمان، الأردن، ط (٣)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص (٤٤)، وإبراز المعاني، ص (٢٠٤).

(٢) سورة التحريم آية: ١٠.

ولا يعلم لحن أخف من هذا.

وروي عن [أبي] ^(١) صالح المعلم - رحمه الله - أنه كان يعلم الصبيان ^(٢) على الإمامة، ولم يرو عن أحد من الفقهاء من السلف في وقته مع صلابتهم في أمر الدين ومعرفتهم بالأحكام وإقدامهم على النهي، واشتهار هذه القراءة في المساجد والمحاريب بالإنكار ^(٣)، وقد روي أنه مكتوب في مصحف عثمان ^(٤) - رضي الله عنه - الذي فيه أثر الدم: ﴿اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لِيَجْمَعَنَّكُمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ ^(٥) وكذلك مكتوب [في أول الأنعام قرطيس ﴿فَلَمَّسُوهُ﴾ وكذلك مكتوب فيه أول آل عمران (يآيات الله) وكذلك مكتوب] ^(٦): (لا تتخذوا إلهين) [بالياء] ^(٧) بين اللام والهاء ^(٨).



(١) سقط من النسخ، والمثبت من المحيط البرهاني.

(٢) زاد في ب: مجانية بما.

(٣) في ب، م: والإنكار عليه.

(٤) هو: عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي، أبو عمرو: أسلم قديماً، وهاجر الهجرتين، وتزوج ابنتي رسول الله ﷺ واحدة بعد أخرى، قال ابن عبد البر: ولد بعد الفيل بست سنين، وهو أول من هاجر إلى أرض الحبشة، ولم يشهد بدرًا؛ لتخلفه على ترميض زوجته رقية بنت رسول الله ﷺ ورضي عنها. بويح له بالخلافة بعد دفن عمر بثلاثة أيام، وذلك غرة المحرم سنة أربع وعشرين، وقتل في وسط أيام التشريق سنة خمس وثلاثين، وقيل: يوم التروية، وقيل غير ذلك، ومناقبه وفضائله كثيرة شهيرة، رضي الله عنه.

ينظر: تهذيب التهذيب (١٣٩/٧)، تقريب التهذيب (١٢/٢).

(٥) سورة النساء آية: ٨٧.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) المحيط البرهاني (١/٣٣٣).

- فصل في حذف ما هو مظهر وإظهار ما هو محذوف:

أما إظهار ما هو محذوف نحو أن يقرأ: ﴿هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾^(١) بجزم الميم من (هم)، ويظهر الألف من (الذين) وكانت الألف محذوفة في الأصل غير مدغمة، بدلالة^(٢) أنه لم يخلفها التشديد، والتشديد الذي في اللام هو التشديد الذي هو

(١) سورة الفتح آية: ٢٥ .

(٢) الدلالة: تنطق الدلالة بتثليث الدال - أي: بفتح الدال، وكسرها، وضمها - والفتح أفصح، ويليه الكسر، ثم الضم، وهو أردأ شيء في نطقها، وهي مصدر دل يدل، يقال: دله على الطريق يدهله دلالة ودلالة ودلولة، من باب قتل، وهو مصدر سماعي، وليس قياسياً، إذ قياس مصدر الفعل الثلاثي المتعدي فعل - بفتح الفاء وسكون العين - كما قال ابن مالك - رحمه الله :-

فَعَلُّ قِيَاسٍ مَصْدَرُ الْمُعَدِّيِّ مِنْ ذِي ثَلَاثَةِ كَوَرِّ زَدًا
ينظر: شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، لابن عقيل: بهاء الدين عبد الله بن عقيل، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط (٢٠)، ص (١٨٢)، والصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية (٤/١٦٩٨)، ولسان العرب (٢/١٤١٣)، والمصباح المنير، ص (١٠٥)، والقاموس المحيط، ص (١٢٩٢)، والمعجم الوجيز، ص (٢٣٣).

والدلالة - بالفتح - على ما اصطلح أهل الميزان والأصول والعربية والمناظرة: هي أن يكون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر. وتنقسم إلى الطبيعية والعقلية والوضعية، ثم يقسم كل منها إلى اللفظية وغير اللفظية.

ينظر: تحرير القواعد المنطقية، لمحمود بن محمد، قطب الدين الرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط (٢)، ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م، ص (٢٨)، وإيضاح المبهم من معاني السلم للعلامة الدمهورى، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ص (٦)، وحاشية على شرح السلم للملوي، لأبي العرفان محمد بن علي الصبان، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط (٢)، ١٣٥٧هـ، ص (٤٩)، وحاشية الباجوري، ص (٤٠)، وحاشية العطار على شرح الخبيصي، لأبي السعادات حسن بن محمد العطار، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ص (٥١)، وآداب البحث والمناظرة للعلامة الشنقيطي القسم الأول، شركة المدينة للطباعة والنشر جدة، ص (١١)، والمرشد السليم في المنطق الحديث والقديم، د. عوض الله جاد حجازي، دار الطباعة المحمدية، ط (٦)، ص (٣٨)، ونفائس الأصول في شرح المحصول في علم أصول الفقه (٢/٥٤٣)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٢٣)، والكاشف عن المحصول في علم الأصول، لمحمد بن محمود بن عباد العجلي الأصفهاني، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (٣/٢)، ومعراج المنهاج، للإمام شمس الدين محمد بن يوسف الجزري، تحقيق: د/شعبان محمد إسماعيل، مطبعة الحسين

موجود مع إظهار الألف، ونحو أن يقرأ: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ فيظهر الألف من (العالمين) وكانت محذوفة، بدليل أنه لم يخلفها بتشديد يدل على الإدغام، وهذا لا يفسد الصلاة إذ ليس فيه تغيير المعنى، ولا تغيير^(١) النظم، إنما ثقل العبارة وكانت العرب خففوها، ومثل هذا لا يوجب فساد الصلاة.

وكذلك إذا أظهر حرفين إحداهما محذوفة، والأخرى مدغمة نحو أن يقرأ: ﴿وَمَا

= الإسلامية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (١٦٧/١)، ونهاية السؤل (١٧٩/١)، والبحر المحيط (٢٦٨/٢)، ومناهج العقول، للبدخشي (١٧٨/١)، والإبهاج في شرح المنهاج (٢٠٣/١)، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين أبي النصر عبد الوهاب ابن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (٣٥٢/١)، وبيان المختصر (١/١٥٤)، والتلويح على التوضيح (١٣١/١)، والتقريب والتجريب (٩٩/١)، وتيسير التحرير (٧٩/١)، ومرآة الأصول شرح مرقاة الوصول مع حاشية الأزميري (٧٠/٢)، وشرح الكوكب المنير (١٢٥/١)، أصول الفقه، لمحمد أبي النور زهير (٥/٢)، والمطول في شرح تلخيص المفتاح، للفتناني، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، عن النسخة المطبوعة بتركيا، سنة ١٣٣٠هـ، ص (٣٠١)، ومفتاح العلوم، للسكاكي، طبعة عيسى الحلبي، ص (٣٢٩)، وحسن الصنيع في المعاني والبيان والبدیع، لمحمد بن علي البسيوني، المكتبة الأزهرية، مصر، القاهرة، ص (١٠٣)، وحلية اللب المصون على الرسالة الموسومة بالجواهر المكنون، لأحمد الدمنهوري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، بهامش عقود الجمال، لجلال الدين السيوطي، على شرح عبد الرحمن المرشدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م، ص (١٠٤)، والتعريفات، ص (٩٣)، وكشاف اصطلاحات الفنون (١١٩/٢)، والكليات، ص (٤٣٩).

أما الدلالة الوضعية هي: دلالة يجد العقل بين الدال والمدلول علاقة الوضع ينتقل لأجلها منه إليه. وهي إما على تمام ما وضع له وتسمى دلالة المطابقة كدلالة الإنسان على مجموع الحيوان الناطق، وإما على جزء ما وضع له وتسمى دلالة التضمن كدلالة الإنسان على الحيوان فقط أو الناطق فقط، وإما على خارج عما وضع له وتسمى دلالة الالتزام كدلالة الإنسان على الضاحك.

ينظر: المراجع السابقة، وكشاف اصطلاحات الفنون (١٢٣/٢).

الدلالة العقلية هي: دلالة يجد العقل بين الدال والمدلول علاقة ذاتية ينتقل لأجلها منه إليه. والمراد بالعلاقة الذاتية استلزام تحقق الدال في نفس الأمر تحقق المدلول فيها مطلقاً، سواء كان استلزام المعلول للعللة كاستلزام الدخان للنار أو العكس كاستلزام النار للحرارة، أو استلزام أحد المعلولين للآخر كاستلزام الدخان الحرارة فإن كليهما معلولان للنار.

ينظر: المراجع السابقة، وكشاف اصطلاحات الفنون (١٢١/٢).

(١) في ب: تغير.

حَلَقَ الذَّكْرَ وَالْأُنْثَى ﴿١﴾ أظهر الألف وكانت محذوفة لأجل التخفيف، وأظهر اللام وكانت مدغمة في الذال لأجل التسهيل، لا تفسد صلاته؛ لأن هذا رد اللفظ إلى أصل موضوعه وامتناع عن اختيار التخفيف من غير أن يكون فيه تغير المعنى، فلا تفسد الصلاة.

وأما حذف ما هو مظهر نحو: أن يقرأ: ﴿وَهُمْ لَا يُظَلُّونَ﴾ ﴿٢﴾ ﴿أَفَرَأَيْتَ﴾ ﴿٣﴾ ونحو أن يقرأ: ﴿وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ﴾ ﴿٤﴾ فحذف الألف من ﴿أَنَّهُمْ﴾ ووصل النون بالنون وأنه لا تفسد الصلاة؛ لأنه ليس فيه تغيير ﴿٥﴾ المعنى ولا تقبيح الحكم. وقد اختلف القراء في حذف ألف قريبة من هذه نحو قوله: (قد أحلف) بحذف ألف ﴿قَدْ أَفْلَحَ﴾ ﴿٦﴾ ﴿بَلْ أَلَبَّيْنَاهُمْ﴾ ﴿٧﴾ ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ﴾ ﴿٨﴾ وفي مصحف عثمان رضي الله عنه مكتوب في الصفات ﴿لَوْ أَنَّ عِنْدَنَا ذِكْرًا مِنَ الْأُولِينَ﴾ ﴿٩﴾ بحذف الألف من (أن) ﴿١٠﴾.



-
- (١) سورة الليل آية: ٣ .
 (٢) سورة الجاثية آية: ٢٢ .
 (٣) سورة الجاثية آية: ٢٣ .
 (٤) سورة الكهف آية: ١٠٤ .
 (٥) في ب: تغير .
 (٦) سورة المؤمنون آية: ١ .
 (٧) سورة المؤمنون آية: ٧١ .
 (٨) سورة المائدة آية: ٣٢ .
 (٩) سورة الصفات آية: ١٦٨ .
 (١٠) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١/٣٣٤).

- ومما يتصل بهذا الفصل:

إذا قرأ ﴿أَلْهَنكُمْ﴾ و﴿أَلْقَارِعَةً﴾ و﴿الْحَاقَّةُ﴾ وحذف اللام، وأنه يفسد الصلاة؛ لأن فيه تغيير المعنى الذي مع اللام يصير الكلام أفحش من كلام الناس.

- فصل في ذكر بعض الحروف من الكلمة:

إذا ذكر بعض الكلمة وما أتمها إما لانقطاع النفس، أو لأنه نسي الباقي نحو إن أراد أن يقرأ بالحمد لله، فلما قال (أل) انقطع نفسه أو نسي الباقي ثم تذكر فقال: حمدا لله.

أو^(١) لم يذكر الباقي نحو، إن قرأ الفاتحة والسورة ثم نسي قراءته فأراد أن يقرأ، فلما قال إن تذكر أنه قد كان قرأ فترك ذلك وركع وذكر بعض الكلمة وترك تلك الكلمة، وذكر كلمة أخرى، ففي هذه الصور كلها وما شاكلها تفسد صلاته عند بعض مشايخنا، وبه كان يفتي الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

ومن المشايخ من فصل الجواب تفصيلا فقال: إن ذكر شطر كلمة لو^(٢) ذكر كلها يوجب ذلك فساد الصلاة فذكر شطرها يوجب فساد الصلاة، وإن ذكر شطر كلمة لو ذكر كلها لا يوجب فساد الصلاة فذكر شطرها لا يوجب فساد الصلاة.

وذكر الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - في الخصائل في فصل زلة القارئ هذه المسألة وفرق بين الاسم والفعل فقال في الاسم نحو: الحمد [لله]^(٣)، لا تفسد صلاته إذا ذكر البعض وترك البعض، وفي الفعل إذا ترك البعض وذكر البعض نحو إن أراد أن يقرأ: ﴿يَسْكُرُونَ﴾ فقال: يش. وترك الباقي تفسد صلاته.

والفرق: أن الألف واللام في الأسماء زوائد، وترك الزوائد لا يوجب الفساد، إلا أن هذا الفرق إنما يستقيم فيما إذا قال ال ﴿الْحَمْدُ﴾ وترك الباقي، أما إذا قال: الح. وترك الباقي لا يتأتى هذا الفرق، فتفسد الصلاة.

ومن المشايخ من قال: إن كان لما ذكر من الشطر وجه صحيح في اللغة ولا يكون لغوا ولا يتغير به المعنى، ينبغي ألا يوجب فساد الصلاة، وإن كان الشطر بمفرده لا معنى له ويكون لغوا وإن لم يكن لغوا يكون مغيرا للمعنى، يوجب فساد

(١) في م: و.

(٢) في ب: أو.

(٣) سقط في ب.

الصلاة، وصيانة الصلاة في هذا أكثر.
وعامة المشايخ على أنه لا تفسد صلاته؛ لأن هذا مما لا يمكن التحرز عنه،
فصار كالتنحج المدفوع في الصلاة.
- ومما يتصل بهذا الفصل:
إذا خفض صوته ببعض حروف الكلمة، فالصحيح أنه لا تفسد صلاته؛ لأن فيه
بلوى العامة.

- فصل في إدخال التأنيث في أسماء الله تعالى:

إذا قرأ في صلاته: (هل ينظرون إلا أن تأتيهم الله في ظلل من الغمام) قال علي
ابن محمد الأديب الزندواني^(١): تفسد صلاته؛ لأن التأنيث لا يجوز إدخاله في
أسماء الله تعالى، كما لا يجوز في قوله عز وجل: (لا إله إلا هو^(٢) الحي القيوم)
وكما لا يجوز في قوله عز وجل: ﴿لَمْ يَكِدْ وَلَمْ يُؤَلِّدْ﴾^{(٣)(٤)} وأشباه ذلك.
وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: أنه لا تفسد
صلاته؛ لأن الإتيان هاهنا فعل غير الله تعالى، ولا فرق في ذلك بين التذكير
والتأنيث.

وبعض مشايخنا صححوا ما ذكره الفضلي من الجواب ولكن أشاروا إلى معنى
آخر فقالوا: إنما [لا]^(٥) تفسد صلاته في هذه الصورة بإضمار الكلمة وصار تقدير
الآية: (هل ينظرون إلا أن تأتيهم كلمة الله) كما في وجه القراءة بالياء، وليس المراد
إتيان الله تعالى بل المراد إتيان أمر الله تعالى، فكذلك في القراءة بالتاء يكون المراد
إتيان كلمة الله تعالى، ويمكن أن يقال: إنما يقدم ذكر الملائكة [في القراءة ويصير
تقدير الآية: (هل ينظرون إلا أن تأتيهم الملائكة في)]^(٦) ظلل من الغمام والله
والتقديم والتأخير شائع^(٧) في اللغة.

(١) له ذكر في المحيط البرهاني (١/ ٣٣٥).

(٢) في ب: هي.

(٣) في ب: لم تلد ولم تولد.

(٤) سورة الإخلاص آية: ٣.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: سائغ.

- فصل في التغني والإلحان بالقراءة^(١):

هذا الفصل يشتمل على وجهين:

+ إن كانت الألحان لا تغير الكلمة عن وضعها، ولا يؤدي إلى تطويل الحروف التي حصل التغني بها حتى يصير الحرف حرفين بل يحسنه تحسين الصوت وتزيين القراءة، لا يوجب فساد الصلاة، وذلك مستحب عندنا في الصلاة وخارج الصلاة.
+ وإن كان يغير الكلمة عن موضعها، يوجب فساد الصلاة؛ لأن ذلك منهى، وإنما يجوز إدخال [المد في حروف]^(٢) المد واللين والهوائية والمعتل نحو الألف والواو والياء.

- فصل في بيان ما يكره في القراءة وما لا يكره:

ذكر في استحسان العيون: أن الجنب إذا قرأ الفاتحة على سبيل الدعاء أو شيئاً^(٣) من الآية التي فيها معنى الدعاء ولم يرد القراءة أنه لا بأس به.
وهذا إشارة إلى أن الحكم تغير بالقصد.

قال القدوري في كتابه: ويكره قراءة القرآن في المغتسل. قال ثمة: وأطلق محمد - رحمه الله - القراءة في الحمام.

وفي كتاب العلل ذكر أن الذي يقرأ القرآن في الحمام إن كان يرفع صوته يكره، وإن كان لا يرفع^(٤) صوته ويسمع نفسه لا يكره قراءة القرآن بالأي أولى.
ذكر في أوائل أحكام القرآن لشمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: والقراءة من المصحف أولى من القراءة بالظاهر، به ورد الأثر.



(١) في م: في القرآن.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: نسي.

(٤) في م: يسمع.

فهرس المحتويات

٣	مقدمة التحقيق
٧	التعريف بالمؤلف
١٥	عنوان الكتاب ونسبته إلى مؤلفه
٢٠	أهمية الكتاب العلمية
٥٥	مذهبه: التأسيس والنشأة
٥٦	أولاً: صاحب المذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان ومذهبه
٦٧	ثانياً: تكوين المذهب، وموطنه وانتشاره
٧٠	ثالثاً: أصول المذهب ومنهجه
٧٤	رابعاً: أعلام الفقه الحنفي
٨٥	خامساً: تدوين المذهب الحنفي
٨٨	مصطلحات خاصة بالحنفية
١٢٥	اختلاف الروايات عن الإمام وأصحابه
١٢٨	الاختلاف في ترجيح آراء أئمة المذهب المجتهدين
١٣٣	الاختلاف المكاني هل له أثر في اختلاف علماء الحنفية
١٣٥	الاختلاف الزمني هل له أثر في اختلاف علماء الحنفية
١٤١	مصطلحات خاصة بالكتاب
١٤٢	الحالة السياسية والعلمية في عصر المصنف
١٧٨	الحياة العلمية في القرن السادس الهجري
١٩٥	وصف نسخ مخطوط الكتاب
١٩٩	نماذج من صور المخطوط
٢١٩	مقدمة المؤلف

كتاب الطهارة

٢٢٥	الفصل الأول: المياه التي يجوز التوضؤ بها، والتي لا يجوز
٢٣٥	التوضؤ بماء الثلج
٢٤١	التوضؤ بالماء الجاري
٢٥١	الحياض، والغدران، والآبار، والأواني
٢٧٣	الفصل الثاني: في مسائل الوضوء
٢٨٢	تخليل الأصابع

٢٨٦	بيان ما يتقضى الوضوء وما لا يتقضى
٢٨٦	الخارج من غير السيلين
٢٩٧	الخارج من السيلين
٣٠٣	بيان ما يدخل في البدن ثم يخرج
٣٠٥	مسائل النوم، والنعاس، والإغماء، والعُشي، والسكر
٣١٤	مسائل القهقهة
٣١٨	الفصل الثالث: في مسائل الاغتسال
٣٣٤	الفصل الرابع: ما يتم الوضوء والغسل به
٣٤٥	الفصل الخامس: المريض إذا عجز عن الوضوء
٣٤٨	الفصل السادس: في التيمم
٣٦٦	الفصل السابع: في المسح على الخفين
٣٩٦	الفصل الثامن: في المسح على الجبائر، وعصابة المفتصد
٤٠٦	الفصل التاسع: في الحيض والاستحاضة وأصحاب الأعذار
	الفصل العاشر: في الرجل يخبر غيره بالوضوء أو بالحدث وفي وقوع الشك
٤٢١	وفي الوضوء وفي الحدث
٤٢٤	الفصل الحادي عشر: الأعيان النجسة وغسلها
٤٤٩	الفصل الثاني عشر: في تطهير النجاسات
٤٧٥	الفصل الثالث عشر: نجاسة الخف والنعل إذا أصابته نجاسة
٤٨٠	الفصل الرابع عشر: عرق الحمار والبغل وسؤرهما، وسؤر الفرس والهرة
٤٨٥	الفصل الخامس عشر: في المتفرقات
٤٨٩	الفصل السادس عشر: قراءة القرآن والمصاحف
٤٩٩	الفصل السابع عشر: في المساجد
	كتاب الصلاة
٥٠٩	الفصل الأول: في بيان الأحكام التي تتعلق بشرائط الصلاة قبل الشروع فيها
٥٤٤	الفصل الثاني: في بيان الأحكام المتعلقة بشرائط الصلاة عند الشروع فيها
٦١٥	فهرس المحتويات

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم الحيوي صابر يوسف طعيمة

المجرح الثاني

محتوي على:

تتمة كتاب الصلاة - الزكاة



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutob Al-ilmiah

DKI

أسستها محمد خليل بفرّيت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الصلاة] الفصل الثالث

في مسائل الأذان

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول في أذان^(١) المحدث والجنب وإقامتهما ويدخل فيه^(٢) بيان من^(٣) يكره أذانه وإقامته ومن لا يكره.

قال محمد - رحمه الله - في مؤذن أذن على غير وضوء وأقام: أجزأه ولا يعيد،

(١) في أ: الأذان، والأذان لغة: الإعلام، قال الله تعالى: ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ﴾ أي: أعلمهم به. وشرعا: الإعلام بوقت الصلاة المفروضة، بألفاظ معلومة مأثورة، على صفة مخصوصة. أو الإعلام باقترابه بالنسبة للفجر فقط عند بعض الفقهاء.

وردت أحاديث تدل على أن الأذان شرع بمكة قبل الهجرة، منها للطبراني من طريق سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: لما أسري بالنبي ﷺ أوحى الله إليه الأذان فنزل به فعلمه بلائاً. وفي إسناده طلحة بن زيد وهو متروك. وللدارقطني في «الأطراف» من حديث أنس أن جبريل أمر النبي ﷺ بالأذان حين فرضت الصلاة، وإسناده ضعيف أيضاً. ولا بن مردويه من حديث عائشة مرفوعاً: لما أسري بي أذن جبريل فظنت الملائكة أنه يصلي بهم فقدمني فصليت، وفيه من لا يعرف. وللبزار وغيره من حديث علي قال: لما أراد الله أن يعلم رسوله الأذان أتاه جبريل بدابة يقال لها البراق فركبها. فذكر الحديث وفيه: إذ خرج ملك من وراء الحجاب فقال: الله أكبر، الله أكبر، وفي آخره: ثم أخذ الملك بيده فأم بأهل السماء. وفي إسناده زياد بن المنذر أبو الجارود وهو متروك أيضاً. ويمكن على تقدير الصحة أن يحمل على تعدد الإسراء فيكون ذلك وقع بالمدينة. وأما قول القرطبي: لا يلزم من كونه سمعه ليلة الإسراء أن يكون مشروغاً في حقه، ففيه نظر لقوله في أوله: لما أراد الله أن يعلم رسوله الأذان، وكذا قول المحب الطبري يحمل الأذان ليلة الإسراء على المعنى اللغوي وهو الإعلام ففيه نظر أيضاً لتصريحه بكيفيته المشروعة فيه. والحق أنه لا يصح شيء من هذه الأحاديث. وقد جزم ابن المنذر بأنه ﷺ كان يصلي بغير أذان منذ فرضت الصلاة بمكة إلى أن هاجر إلى المدينة وإلى أن وقع التشاور في ذلك على ما في حديث عبد الله بن عمر ثم حديث عبد الله بن زيد، انتهى. وقد حاول السهيلي الجمع بينهما فتكلف وتعسف، والأخذ بما صح أولى.

ينظر: الاختيار (٤٢/١)، ومنح الجليل (١١٧/١)، وشرح منتهى الإرادات (١/١٢٢)، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م (٢/٢٧٩).

(٢) في م: فيهما. (٣) في م: ما.

والجنب أحب إلي أن يعيد وإن لم يعد أجزاءه.

يجب^(١) أن يعلم بأن الكلام هاهنا في فصلين^(٢) في الكراهة وفي الإعادة.

أما الكلام في الكراهة^(٣) فنقول: ذكر بعض المشايخ في شروحه: تكراهة الإقامة مع الحدثن باتفاق الروايات؛ لأنه يقع الفصل بين الإقامة والصلاة، وموضوع الإقامة أن يتصل بها أداء الصلاة.

وكذلك^(٤) يكره الأذان مع الجنابة باتفاق الروايات، وفي كراهيته^(٥) مع الحدث روايتان، فعلى الرواية التي قال: يكره الأذان مع الحدث، قاس الأذان على الإقامة، وجمع بينهما بمعنى جامع، وهو أن الأذان شبيه بالصلاة، حتى يقام مستقبل القبلة إلا أنه ليس بصلاة على الحقيقة، والصلاة بدون الطهارة لا تجوز أصلاً فما كان مشتبهاً^(٦) بالصلاة يجوز مع الكراهة.

وعلى الرواية التي قال: لا يكره الأذان مع الحدث، فرق بين الأذان والإقامة. ووجه ذلك: [أن كراهة]^(٧) الإقامة مع الحدث إنما كان؛ لأنه يقع فيه بين الإقامة والصلاة، وإنه [غير]^(٨) مشروع، وهذا المعنى لا يتأتى في الأذان؛ لأن الفصل بين الأذان والصلاة مشروع.

[ثم]^(٩) في الأذان فرق بين الجنابة والحدث على [إحدى]^(١٠) الروايتين، فقال: لا يكره الأذان مع الحدث ويكره مع الجنابة.

ووجه ذلك: ما ذكرنا: أن الأذان شبيه بالصلاة إلا أنه ليس بصلاة على الحقيقة ولو كان صلاة لا يجوز مع الحدث والجنابة.

(١) في أ: بحيث.

(٢) في د: الفصلين.

(٣) زاد في أ: وفي الإعادة أما الكلام في الكراهة.

(٤) في أ: ولذلك.

(٥) في د: كراهته.

(٦) في أ: مشبهها.

(٧) في أ: كراهية.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في د.

فإذا كان شبيهاً بالصلاة قلنا^(١): يكره مع الجنابة اعتباراً لجنب الشبه^(٢)، ولا يكره مع الحدث اعتباراً لجنب الحقيقة، إلا [أنا]^(٣) اعتبرنا جنب الشبه^(٤) في الجنابة ولم نعتبره في الحدث؛ [لأننا لو اعتبرناه في الحدث يلزمنا اعتباره في الجنابة من طريق الأولى؛ لأن الجنابة أغلظ الحدين، فحينئذ يتعطل جنب الحقيقة، فاعتبرنا جنب الشبه^(٥) في الجنابة ولم نعتبره في الحدث]^(٦).

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - ذكروا في شروحه عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أن أذان المحدث وإقامته جائزة^(٧) من غير كراهة^(٨)، وهو رواية عن [أبي يوسف]^(٩) - رحمه الله -؛ لأن الأذان والإقامة لا تزيد درجتهما على درجة القرآن ثم المحدث لا يمنع من قراءة القرآن، فكذا لا يمنع من الأذان والإقامة. وأما الكلام في الإعادة فأذان المحدث لا يعاد وكذا إقامته، وأذان الجنب وإقامته يعاد على طريق الاستحباب.

في رواية لغلظ حكم الجنابة وخفة حكم الحدث، وفي رواية لا يعاد^(١٠). قال [بعض]^(١١) مشايخنا: الأشبه أن يقال: يعاد أذان الجنب ولا تعاد^(١٢) إقامته؛ لأن تكرار الأذان مشروع في الجملة؛ كما في صلاة الجمعة، فأما تكرار الإقامة فغير

(١) زاد في د: إنه.

(٢) في ب: تشبه، وفي م: التشبيه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: التشبه، وفي م: التشبيه.

(٥) في م: التشبيه.

(٦) سقط في أ.

(٧) في د: جائز.

(٨) يستحب أن يكون المؤذن طاهراً من الحدث الأصغر والكبير؛ لأن الأذان ذكر معظم، فالإتيان به مع الطهارة أقرب إلى التعظيم، ولحديث أبي هريرة مرفوعاً: لا يؤذن إلا متوضئ، ويجوز أذان المحدث مع الكراهة بالنسبة للحدث الأكبر عند جميع الفقهاء، وعند المالكية والشافعية بالنسبة للحدث الأصغر كذلك.

ينظر: بدائع الصنائع (١/١٥١)، ومنح الجليل (١/١٢٠)، ومغني المحتاج (١/

١٣٨)، ومنتهى الإرادات (١/١٢٧).

(٩) في أ: أبي حنيفة.

(١٠) في أ: تعاد.

(١١) سقط في د.

(١٢) في ب: يعاد.

مشروع أصلاً، ثم إن محمداً - رحمه الله - قال في الجنب: أحب إلى أن يعيد، وإن لم يعد أجزأه.

قبل: يحتمل أن يكون معنى [قوله] ^(١) «أجزأه» جواز الصلاة بغير أذان، ويحتمل [أن يكون] ^(٢) الجواز في أصل الأذان؛ لحصول المقصود.

قال في الجامع الصغير: المرأة إذا أذنت يعاد أذانها وإن لم يعيدوا جاز، ذكر ^(٣) في الأصل: ويكره أذان المرأة ^(٤) ولم يذكر أنه هل يعاد.

ووجه الكراهة: أن رفع الصوت منها معصية، فإن رفعت ^(٥) صوتها فقد ارتكبت المعصية، وإن لم ترفع [صوتها] ^(٦) فقد أخلت بما هو المقصود من الأذان وهو الإعلام.

وقوله في الكتاب: «وإن لم يعيدوا جاز» يحتمل جواز الصلاة بغير أذان، ويحتمل الجواز بأصل الأذان على ما مر.

ولم يذكر في الجامع الصغير [حكم] ^(٧) أذان الصبي.
وذكر القدوري في شرحه وإن أذن صبي ^(٨) [الذي] ^(٩) لا يعقل أو المجنون يعاد

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في د: وذكر.

(٤) من الشروط الواجبة في المؤذن أن يكون رجلاً، فلا يصح أذان المرأة؛ لأن رفع صوتها قد يقع في الفتنة، وهذا عند الجمهور في الجملة، ولا يعتد بأذانها لو أذنت. واعتبر الحنفية الذكورة من السنن، وكرهوا أذان المرأة، واستحب الإمام أبو حنيفة إعادة الأذان لو أذنت، وفي البدائع: لو أذنت للقوم أجزأ، ولا يعاد، لحصول المقصود، وأجاز بعض الشافعية أذانها لجماعة النساء دون رفع صوتها.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٢٦٣)، وبدائع الصنائع (١/١٥٠)، ومنح الجليل (١/١٢٠)، ومغني المحتاج (١/١٣٥، ١٣٧)، ومنتهى الإرادات (١/١٢٥).

(٥) في ب: ارتفعت.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في أ.

(٨) الصبي غير العاقل - أي: غير المميز - لا يجوز أذانه باتفاق؛ لأن ما يصدر منه لا يعتد به، أما الصبي المميز فيجوز أذانه عند الحنفية - مع كراهته عند أبي حنيفة - والشافعية، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة، وهو أيضاً مذهب المالكية إذا اعتمد على بالغ عدل في معرفة دخول الوقت.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٢٦٣)، وبدائع الصنائع (١/١٥٠)، ومنح =

ذلك؛ لأن ما هو المقصود من الأذان هو الإعلام ولا يحصل بأذانهما؛ لأن الناس لا يعتبرون كلام غير العاقل وهو وصوت^(١) الطير سواء.

ويكره أذان السكران، ويستحب إعادته.

وكذا يكره أذان الفاسق؛ لأنه أمانة شرعية ولا يؤتمن الفاسق عليه، ولا يعاد أذانه لحصول المقصود به.

وإن اشترط على الأذان أجرا فهو فاسق.

وإن أذن رجل وأقام [رجل]^(٢) آخر إن غاب الأول، جاز من غير كراهة وإن كان حاضراً ويلحقه الوحشة بإقامة غيره يكره.

وفي القدوري إن أذن واحد وأقام الآخر فلا بأس به، روي^(٣) عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - [أنه]^(٤) يكره ذلك من غير فصل، وإن رضي به لا يكره عندنا.

وإن أذن وأقام ولم يصل مع القوم يكره؛ لأنه إن كان [صلى]^(٥) فهذا انتقل^(٦) بالأذان وإنه غير مشروع، وإن كان لم يصل فقد جمعهم إلى الخير وفارقهم فيكره.



= الجليل (١/١٢٠)، ومواهب الجليل (١/٤٣٤)، ومغني المحتاج (١/١٣٧)، والمجموع شرح المذهب (١/٦٤)، والمغني، لابن قدامة (١/٤١٣، ٤١٤).

(٩) سقط في د.

(١) في أ: صوب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في د: وروي.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: ينقل، وفي ب: تنقل.

نوع آخر: [الأذان قبل دخول وقته]:

ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها.

وقال أبو يوسف، والشافعي - رحمهما الله - يؤذن لصلاة الفجر في النصف الأخير من الليل.

لنا ما روي أن [رسول الله] ^(١) ﷺ قال لبلال ^(٢) - رضي الله عنه - «لا تُؤدُّن» ^(٣) حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ الْفَجْرُ» هكذا، «وَمَدَّ يَدَيْهِ عَزْضًا» ^(٤)؛ ولأن المقصود من الأذان الإعلام بدخول الوقت، فقبل الوقت يكون الأذان تجهيلاً ^(٥) لا إعلاماً. وأجمعوا أن الإقامة قبل الوقت لا تجوز؛ لأن الإقامة لإقامة الصلاة، ولا يمكنه إقامة الصلاة قبل الوقت.

وإن لم يعد الأذان في الوقت جازت صلاته؛ [لأنه لو ترك الأذان أصلاً جازت صلاته] ^(٦)، فهاهنا أولى ولم تذكر ^(٧) الكراهة هاهنا؛ لاختلاف العلماء وشبهة الحديث الذي احتج الخصم به.



(١) في أ، ب: النبي.

(٢) هو: بلال بن رباح المؤذن مولى أبي بكر، له كنى، شهد بدرًا والمشاهد كلها وسكن دمشق. له أربعة وأربعون حديثًا، اتفقا على حديث وانفرد البخاري بحديثين ومسلم بحديث. قال أنس: بلال سابق الحبشة. وقال عمر: أبو بكر سيدنا وأعتق سيدنا. وكان بلال ممن عذب في الله تعالى. توفي سنة عشرين هـ عن بضع وستين سنة. ينظر: تهذيب التهذيب (١/٥٠٢)، وتقريب التهذيب (١/١٠٩)، وخلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/١٤٠).

(٣) في أ: يؤذن.

(٤) أخرجه أبو داود (١/١٤٧) كتاب الصلاة، باب: في الأذان قبل دخول الوقت، حديث (٥٣٤)، من طريق شداد مولى عياض بن عامر عن بلال. قال أبو داود: شداد مولى عياض لم يدرك بلالا.

(٥) في أ، ب: مجهلا.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: بذكر.

نوع آخر في تدارك الخلل الواقع فيه:

وإذا رُفِعَ المؤذن في خلال الأذان، أو أحدث فذهب وتوضأ ثم جاء؛ فأحب^(١) [إلي]^(٢) أن يبتدئ بها من أولها؛ لما ذكرنا أن لها شبهة بالصلاة، ولو أحدث في الصلاة، فالأولى أن يبتدئ بها ولو بنى عليها يجوز كذا ههنا.

قال مشايخنا: والأولى أن يتم الأذان إن أحدث في الأذان ويتم الإقامة إن^(٣) أحدث في الإقامة، ثم يذهب ويتوضأ ويصلي؛ لأن [ابتداء]^(٤) الأذان والإقامة مع الحدث جائز فإتمامهما^(٥) أولى.

وإذا افتتح الأذان فظن أنها الإقامة فأقام في آخرها، وصلى بالقوم جازت صلاتهم؛ لأنه ترك آخر الأذان وأتى بأولها وأتى بآخر الإقامة، وترك أولها. ولو ترك الأذان والإقامة أصلاً يجوز؛ فههنا أولى.

وإن استيقن قبل الشروع في الصلاة بأن علم بعد ما قال قد قامت الصلاة أنه في الأذان فإنه يتم الأذان ثم يقيم؛ لأنه أتى بأول الأذان على وجهها إلا أنه غير آخرها فكان^(٦) عليه أن يصلح ما^(٧) غير إذا أمكنه الإصلاح، وقد أمكنه الإصلاح إذا استيقن قبل الشروع في الصلاة ثم يستقبل^(٨) الإقامة؛ لأنه لم يأت بأولها.

فَرَّقَ بين [الأذان والإقامة]^(٩) فإن [في]^(١٠) الأذان لم يقل يستقبل الأذان وإنما قال يتم الأذان. وفي الإقامة قال يستقبل.

والفرق: أنه أتى^(١١) بأول الأذان إلا أنه غير آخرها وأمكنه إصلاح ما غير، فلا حاجة إلى الاستقبال.

- (١) في أ: وأحب.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في أ، وإن.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في د: فإتمامها.
- (٦) في أ: وكان.
- (٧) زاد في أ: إذا.
- (٨) في أ: يستقل.
- (٩) في ب: الإقامة والآذان.
- (١٠) سقط في د.
- (١١) في د: يأتي.

أما في الإقامة لم يأت بأولها وإنما أتى بآخرها، ولا يمكن بناء الآخر على الأول؛ لأن الأول لم يوجد [بعد]^(١) فلهذا قلنا بالاستقبال في فصل^(٢) الأذان.

قال: يتم الأذان، ولم يبين صورة الإتمام.

وقد ذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر - رحمه الله - صورته فقال: يعود إلى قوله:

حيّ على الصلاة، حيّ^(٣) على الفلاح، الله أكبر، الله أكبر لا إله إلا الله.

وإذا ظن الإقامة من أولها أذانا وأتمها أذانا ينبغي أن يعيد الإقامة؛ لأن [التغيير في كله]^(٤).

ولو ألحق بآخرها: قد قامت الصلاة، وصلى بها جاز.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فضل.

(٣) في ب: على.

(٤) في أ: التعبير في كلمة.

نوع آخر:

ومن فاتته صلاة في وقت فقضاها في وقت آخر أذن لها وأقام واحدا كان أو جماعة، لحديث ليلة التعريس حين^(١) نزل النبي ﷺ في واد فقال^(٢): «مَنْ يَكُلُونَنَا اللَّيْلَةَ» فقال بلال أو أنس^(٣) رضي الله عنهما: أنا، فتوسد رسول الله ﷺ إلى مؤخر رحله ونام فلم يستيقظ حتى^(٤) طلعت^(٥) الشمس وكان^(٦) عمر - رضي الله عنه - رابعهم فاستيقظ ونادى فاستيقظ النبي ﷺ من صياح^(٧) عمر وأمر بلالاً فأذن وصلى^(٨) ركعتي الفجر ثم أمر فأقام وصلى بهم الفجر^(٩).

وشغل النبي ﷺ عَنْ أَرْبَعِ صَلَوَاتٍ يَوْمَ الْخَنْدَقِ فَقَضَاهُنَّ [بَعْدَ هَوِيٍّ مِنَ اللَّيْلِ] (١٠).

قال ابن مسعود - رضي الله عنه - أمر بلالاً [فأذن للأولى، ثم أقام لكل صلاة بعدها] (١١).

(١) في أ: حتى.

(٢) في ب: فقالا.

(٣) هو: أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام، الأنصاري النجاري، خدم النبي ﷺ عشر سنين. وذكر ابن سعد أنه شهد بدرًا، روى عن طائفة من الصحابة. وروى عنه: بنوه موسى والنضر وأبو بكر، والحسن البصري وثابت البناني وسليمان التيمي وخلق لا يحصون. مات سنة تسعين أو بعدها وقد جاوز المائة، وهو آخر من مات بالبصرة من الصحابة، رضي الله عنهم.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/١٠٥)، تهذيب التهذيب (١/٣٧٦)، أسد الغابة (١/٢٩٤).

(٤) في ب: على.

(٥) في م: طلع.

(٦) في د: فكان.

(٧) في ب، د: صياحه.

(٨) في ب: صلوا.

(٩) أخرجه أحمد (٤/٨١)، والنسائي في المجتبى (١/٢٩٨)، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثنائي (٤٧٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٤٠١)، والطبراني في المعجم الكبير (١٥٦٥) من طرق عن حماد بن سلمة، عن عمرو بن دينار، عن نافع بن جبير بن مطعم، عن أبيه.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) أخرجه أحمد (١/٣٧٥)، والترمذي (١/١١٥) كتاب الصلاة، باب: الرجل تفوته الصلوات، الحديث (١٧٩)، (٢/١٧) كتاب الأذان، باب: الاجتزاء للفائت من الصلوات

وقال جابر - رضي الله عنه - أمره^(١) فأذن وأقام لكل صلاة^(٢).
 و[قال]^(٣) أبو سعيد الخدري^(٤) - رضي الله عنه - أمره بالإقامة لكل صلاة^(٥).

بأذان واحد، والبيهقي (٤٠٣/١) كتاب الصلاة، باب: الأذان والإقامة للجمع بين الصلوات الفاتئات، من طريق أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه «أن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء، فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلي الظهر، ثم أقام فصلي العصر، ثم أقام فصلي المغرب، ثم أقام فصلي العشاء». وقال الترمذي: حديث عبد الله ليس بإسناده بأس إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من عبد الله. وللحديث طريق آخر عن ابن مسعود أيضًا:

أخرجه أبو يعلى (٣٩/٥)، رقم (٢٦٢٨) من طريق يحيى بن أبي أنيسة عن زبيد الأيامي عن أبي عبد الرحمن السلمي عن عبد الله بن مسعود به قال: شغل المشركون رسول الله ﷺ عن الصلوات: الظهر والعصر والمغرب والعشاء حتى ذهب ساعة من الليل ثم أمر رسول الله ﷺ بلالاً فأذن وأقام ثم صلى الظهر، ثم أمره فأذن وأقام فصلي العصر، ثم أمره فأذن وأقام فصلي المغرب، ثم أمره فأذن وأقام فصلي العشاء.

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٧/٢) وقال: رواه أبو يعلى وفيه يحيى بن أبي أنيسة وهو ضعيف عند أهل الحديث إلا أن ابن عدي قال: وهو مع ضعفه يكتب حديثه. ويحيى روى له الترمذي، وقال الحافظ في التقریب (٣٤٣/٢): ضعيف.

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البزار (١٨٥/١ - كشف)، رقم (٣٦٥) من طريق مؤمل بن إسماعيل ثنا حماد بن سلمة عن عبد الكريم بن أبي المخارق عن مجاهد عن جابر بنحو حديث ابن مسعود وقال في آخره: ما على وجه الأرض قوم يذكرون الله غيركم.

وقال البزار: لا نعلم رواه بهذا الإسناد إلا مؤمل ولا نعلمه يروى عن جابر بهذا اللفظ إلا من هذا الوجه. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٧/٢) وقال: رواه البزار والطبراني في الأوسط وفيه عبد الكريم بن أبي المخارق وهو ضعيف. وفيه أيضًا مؤمل بن إسماعيل.

قال البخاري: منكر الحديث، وقال أبو زرعة: في حديثه خطأ كثير. وقال الذهبي: صدوق مشهور وثق. وقال الحافظ: صدوق سيئ الحفظ. ينظر: المغني (٦٨٩/٢)، والتقریب (٢٩٠/٢).

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) هو: سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة بن عبيد بن الأبرج، وهو خدرة بن العوف بن الحارث بن الخزرج الأنصاري، استُصغر يوم أحد، وغزا بعد ذلك اثنتي عشرة غزوة، من فقهاء الصحابة الكبار، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم، وروى عنه فقهاء الصحابة والتابعين، قال حنظلة بن أبي سفيان عن أشياخه: لم يكن أحد من أحداث أصحاب رسول الله ﷺ أفقه من أبي سعيد، وقال الواقدي: مات سنة أربع وسبعين للهجرة. ينظر: مشاهير علماء الأمصار، ص (٣٠)، حلية الأولياء (٣٦٩/١)، الاستيعاب (٤/١٦٧١)، طبقات الفقهاء للشيرازي، ص (٥١)، أسد الغابة (١٤٢/٥)، سير أعلام النبلاء

والمعنى فيه وهو أن القضاء على هيئة الأداء ثم الأداء بالأذان والإقامة بجماعة، وكذلك القضاء، فإن اكتفوا بالإقامة لكل صلاة جاز؛ لأن الأذان لإعلام الناس فلا حاجة إلى ذلك في القضاء.

والإقامة لإقامة الصلاة [وهم محتاجون]^(١) إلى ذلك ولكن الأحسن أن يؤذن ويقيم لكل صلاة ليكون القضاء على هيئة الأداء.

ذكره^(٢) الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: الأحسن أن يؤذن ويقيم للأولى ثم بعد ذلك يقضي كل صلاة بإقامة بغير أذان؛ لأن المقصود من الأذان^(٣) الإعلام وهم مجتمعون فلا حاجة إلى الإعلام، أما الإقامة فالتأهب^(٤) [وهم محتاجون]^(٥) إليه.

ذكر الإمام الصفار - رحمه الله -: وإن^(٦) صلوا بغير أذان وإقامة وجماعة يجوز؛ لأن فعل النبي عليه السلام يدل على الجواز ولا يدل على الوجوب.

(٣/١٦٨)، العبر في خبر من غير، للذهبي، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد، نشر دائرة المطبوعات والنشر، الكويت (١/٦١)، تهذيب التهذيب (٣/٤١٨)، طبقات الحفاظ، ص (١٩)، شذرات الذهب (١/٨١).

(٥) أخرجه أحمد (٣/٥٢)، والنسائي (٢/١٧) كتاب الأذان، باب: الأذان للفائت من الصلوات، والطيالسي (١/٧٨ - منحة) رقم (٣٢٣)، والدارمي (١/٣٥٨) كتاب الصلاة، باب: الحبس عن الصلاة، والشافعي في الأم (١/٨٦)، وأبو يعلى (٢/٤٧١) رقم (١٢٩٦)، وابن خزيمة (٢/٩٩) رقم (٩٩٦)، وابن حبان (٢٨٥ - موارد)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٣٢١) كتاب الصلاة، والبيهقي (١/٤٠٢) من حديث أبي سعيد الخدري قال: حسنا يوم الخندق عن صلاة حتى كان بعد المغرب بهوى من الليل كفيينا وذلك قول الله - تعالى -: ﴿وَكَفَى اللَّهُ الْمُؤْمِنِينَ الْقِتَالَ وَكَانَ اللَّهُ قَوِيًّا عَزِيمًا﴾ قال: فدعا رسول الله ﷺ بلالاً فأقام الظهر فأحسن صلاتها كما كان يصلها في وقتها ثم أمره فأقام العصر فصلاها فأحسن صلاتها، كما كان يصلها في وقتها ثم أمره فأقام المغرب فصلاها كذلك قال: وذلك قبل أن ينزل الله - عز وجل - في صلاة الخوف ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾.

والحديث صححه ابن خزيمة وابن حبان وصححه ابن السكن كما في نيل الأوطار (٢/٣٤) وقال الشوكاني: رجال إسناده رجال الصحيح.

(١) في د: وهو محتاج.

(٢) في أ، ب: وذكر.

(٣) زاد في ب، د: هو.

(٤) في أ، ب: للتأهب.

(٥) في د: وهو محتاج.

(٦) في د: فإن.

نوع آخر: في الرجل يصلي في بيته بغير أذان وإقامة:

ويدخل فيه جواب المؤذن، ويدخل فيه مسألة تكرار الجماعة، ويدخل فيه وقت قيام الإمام والقوم للصلاة، ويدخل فيه بيان مكان إتمام الأذان، ويدخل فيه وقت [تكبيرة الافتتاح في حق الإمام، ويدخل فيه وقت^(١)] إدراك فضيلة تكبيرة الافتتاح، في حق القوم.

إذا صلى الرجل في بيته واكتفى بأذان الناس وإقامتهم أجزاء من غير كراهة، لما روي [عن^(٢)] ابن مسعود - رضي الله عنه - «أنه صلى بعلقمة، والأسود، في بيت، فقيل له: ألا تؤذن وتقيم، فقال: أذان الحي يكفيننا^(٣)؛ ولأن مؤذن الحي نائب عن أهل المحلة في الأذان والإقامة؛ لأنهم هم الذين نصبوه لها، فكان نائباً عنهم^(٤) فيكون الأذان والإقامة من مؤذن الحي كأذان الكل، وإقامتهم من حيث الحكم والاعتبار، وإذا جعل أذانه وإقامته بمنزلة أذانهم وإقامتهم فقد وجد الأذان والإقامة منهم من حيث الحكم والاعتبار وإن لم يوجد [منهم]^(٥) حقيقة فرق بين هذا وبين المسافر إذا صلى وحده وترك الأذان والإقامة أو ترك الإقامة، فإنه يكره له ذلك، والمقيم إذا صلى وحده بغير أذان وإقامة لا يكره.

والفرق: [هو]^(٦) أن المقيم [إن]^(٧) صلى بغير أذان وإقامة حقيقة^(٨) [ولكنه صلى بأذان وإقامة من حيث الحكم والاعتبار، فأما المسافر فقد صلى بغير أذان وإقامة حقيقة]^(٩) [و] حكما فيكره^(١٠)، لهذا [فإن المنفرد إذا]^(١١) أذن وأقام وحده فهو

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) ذكره السرخسي في المبسوط (١/١٣٣)، وينظر: الهداية شرح بداية المبتدي (١/٤٥)، وتبيين الحقائق (١/٩٤).

(٤) في أ، ب: عنها.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ، ب: وهو، وسقط في د.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) في ب: حقيقة.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، ب: ذكره.

(١١) في أ، ب: وإن.

أحسن؛ لأن المنفرد مندوب إلى أن يؤدي الصلاة [على هيئة الجماعة]^(١)، ولهذا كان الأفضل ألا يخفي القراءة في صلاة الجهر وكذلك إن أقام ولم يؤذن فقد أحسن؛ لأن الأذان لإعلام الناس، حتى يجتمعوا^(٢)، وذلك غير موجود ههنا، والإقامة لإقامة الصلاة وهو يقيمها.

قال القاضي الإمام صدر الإسلام - رحمه الله -: إذا لم يؤذن في تلك المحلة يكره له تركها، ولو ترك الأذان وحده لا يكره.

قال القدوري - رحمه الله - في شرحه: روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الجماعة إذا صلوا في منزل أو مسجد منزل^(٣) بغير أذان ولا إقامة^(٤) أنهم أسأؤوا، ولا يكره للواحد؛ لأن [أذان الجماعة]^(٥) يقع للأفراد ما لا يقع للجماعة الأخرى. ومن^(٦) سمع الأذان فعليه أن يجيب، قال ﷺ: «من لم يجب الأذان فلا صلاة له»^(٧).

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - تكلم الناس في الإجابة. قال بعضهم: هي الإجابة بالقدم لا باللسان، حتى لو أجاب باللسان ولم يمش إلى المسجد، لا يكون مجيباً، ولو كان حاضراً في المسجد حين سمع الأذان فليس عليه الإجابة.

وقوله عليه السلام: «من قال مثل ما قاله المؤذن فله من الأجر كذا»^(٨) فهو كذلك

(١) في أ، ب: بجماعة.

(٢) في د: يجمعوا.

(٣) في أ: ينزل.

(٤) في د: إقامتهم.

(٥) في أ: الأذان.

(٦) في أ: لم. في د: وقد.

(٧) أخرجه أبو داود (٢٠٦/١) كتاب الصلاة، باب: في التشديد في ترك الجماعة، حديث (٥٥١)، وابن ماجه (٢٦٠/١) كتاب المساجد، باب: التغليظ في التخلف عن الجماعة، حديث (٧٩٣)، والدارقطني (٤٢٠/١، ٤٢١) كتاب الصلاة، باب: الحث لجار المسجد على الصلاة في المسجد، والحاكم (٢٤٥/١، ٢٤٦)، والبيهقي (٧٥/٣)، والبغوي في شرح السنة (٣٧٠/٢) من طريق عدي بن ثابت عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «مَنْ سَمِعَ النَّدَاءَ فَلَمْ يَأْتِ فَلَا صَلَاةَ لَهُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ».

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٨) أخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده (٧٠٩/٣) من طريق عائشة، عن رسول الله ﷺ قال: =

إن قاله نال^(١) الثواب الموعود، [وإن لم يقله^(٢) لم ينل الثواب الموعود]^(٣)، فأما أن يأثم أو يكره له ذلك فلا.

وإذا أراد الجواب باللسان لنيل الثواب الموعود [فكل ما]^(٤) هو ثناء وشهادة يقول كما قال المؤذن.

وعند قوله حي على الصلاة حي على الفلاح، [يقول]^(٥): لا حول ولا قوة إلا بالله ما شاء الله [كان]^(٦).

الأذان المعتمر يوم الجمعة الأذان عند الخطبة، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - وتفسير الاعتبار حرمة البيع ووجوب السعي^(٧).

وقال الحسن بن زياد - رحمه الله -: الأذان المعتمر الأذان على المنارة، وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن المعتمر كل أذان يوجد بعد الزوال أولاً^(٨). رجل دخل مسجداً قد صلى فيه أهله^(٩) فإنه يصلي [فيه]^(١٠) وحده بغير^(١١) أذان

«الَّذِي يَقْرَأُ الْقُرْآنَ وَهُوَ مَاهِرٌ بِهِ مَعَ السَّفَرَةِ الْكِرَامِ الْبَرَةِ وَالَّذِي يَقْرَأُهُ وَهُوَ يَشْتَدُّ عَلَيْهِ فَلَهُ أَجْرَانِ» قال أبو يعقوب إسحاق: معناه أجران يعني نفس الحروف أي أجر كل حرف يُضَاعَفُ لَهُ حَتَّى يَصِيرَ لَهُ أَجْرَانِ، وَالْمَاهِرُ بِهِ هُوَ فَوْقَهُ كَمَا جَاءَ: مَنْ قَالَ مِثْلَ مَا يَقُولُ الْمُؤَذِّنُ فَلَهُ مِثْلُ أَجْرِهِ يَعْنِي مِثْلُ أَجْرِ الْكَلِمَاتِ الَّتِي تَكَلَّمَ بِهَا الْمُؤَذِّنُ، وَيَفْضَلُهُ الْمُؤَذِّنُ بِمَا صَارَ مُؤَذِّنًا فَلَهُ مِثْلُ أَجْرِ مَنْ رَطَبَ وَيَابَسَ وَهُوَ كَالْمُتَشَحِّطِ فِي دَمِهِ وَهُوَ أَوْلَى مَنْ يُكْسَى. وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ حُصَّ بِهَا الْمُؤَذِّنُ.

وأخرجه النسائي (٢٤/٢) كتاب الأذان، باب: ثواب القول مثل ما يقول المؤذن، والحاكم (٢٠٤/١)، وابن حبان (٥٥٣/٤ - الإحسان)، رقم (١٦٦٧)، وأحمد (٢/٣٥٢)، من طريق أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ فقام بلال ينادي، فلما سكت قال رسول الله ﷺ: «مَنْ قَالَ مِثْلَ مَا قَالَ هَذَا يَقِينًا، دَخَلَ الْجَنَّةَ».

(١) في أ، ب: ناله.

(٢) في د: يقل.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وكلما.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في د.

(٧) زاد في د: أن يسن إجابته.

(٨) في أ: ولأن.

(٩) في د: أمامه.

(١٠) سقط في ب.

(١١) في أ، ب: من غير.

وإقامة، والأصل في ذلك ما روي أن الرسول ﷺ خرج ليصلح بين الأنصار، واستخلف عبد الرحمن بن عوف^(١) - رضي الله عنه - فرجع بعد ما صلى عبد الرحمن بن عوف، فدخل بيته وجمع أصحابه وصلى بهم^(٢).

ولو كان يجوز إعادة الصلاة في المسجد لما ترك الصلاة في المسجد مع أن الصلاة في المسجد أفضل؛ لأن في هذا تقليل الجماعة؛ لأن الجماعة إذا كانت لا تفوتهم [لا يعجلون إلى الحضور]^(٣)، فإن كل واحد^(٤) يعتمد على جماعته.

وبه وقع الفرق بين هذا وبين ما إذا صلى فيه قوم ليسوا من أهله، حيث كان لأهله أن يصلوا فيه بجماعة بأذان وإقامة؛ لأن تكرار الجماعة ههنا لا يؤدي إلى تقليل الجماعة.

[و]^(٥) روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في الفصل الأول أنه قال: إنما يكره تكرار الجماعة إذا كان القوم كثيراً^(٦)، أما إذا صلى واحد بواحد أو باثنين^(٧) بعد ما صلى فيه أهله فلا بأس به؛ لما روي أن النبي ﷺ صلى بأصحابه ودخل^(٨) أعرابي

(١) هو: عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة الزهري، أبو محمد المدني، شهد بدرًا والمشاهد، وهو أحد العشرة، وهاجر الهجرتين، وأحد الستة. روى عنه بنوه إبراهيم وحמיד وأبو سلمة ومصعب وغيرهم. قال الزهري: تصدق على عهد النبي ﷺ بأربعة آلاف ثم بأربعين، ثم حمل على خمسمائة فرس، ثم على خمسمائة راحلة. وأوصى لنساء النبي ﷺ بحديقة فؤمت بأربعمائة ألف. قال خليفة: مات سنة اثنتين وثلاثين، وقيل: سنة ثلاث وثلاثين، ودفن بالبقيع. وزاد بعضهم: وهو ابن خمس وسبعين سنة.

ينظر: خلاصة تهذيب تهذيب الكمال (١٤٧/٢)، تهذيب التهذيب (٢٤٤/٦)، تقريب التهذيب (٤٩٤/١)، التاريخ الكبير، للبخاري (٢٣٩/٥).

(٢) الحديث مذکور في المبسوط للسرخسي (١٣٥/١)، بدائع الصنائع (١٥٣/١)، المحيط البرهاني (٣٥١/١)، البحر الرائق (٢٧٣/١)، رد المحتار على الدر المختار (٣٩٥/١)، شرح سنن أبي داود، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: أبو المنذر خالد بن إبراهيم المصري، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م (٦٥/٣).

(٣) في د: لعجول للحضور.

(٤) في د: أحد.

(٥) سقط في ب.

(٦) زاد في أ: واحدا.

(٧) في أ: اثنين.

(٨) في د: فدخل.

وقام يصلي، فقال ﷺ «مَنْ يَتَصَدَّقُ عَلَيَّ هَذَا وَيُصَلِّيَ مَعَهُ؟»، فقام أبو بكر - رضي الله عنه - وَصَلَّى مَعَهُ^(١).

وروي عن محمد - رحمه الله - أنه لم ير بال تكرار بأسا إذا صلوا في زاوية من المسجد على سبيل الخفية، [و]^(٢) إنما يكره إذا صلوا^(٣) على سبيل التداعي والاجتماع.

قال القدوري في كتابه: إن^(٤) كان المسجد على قارعة الطريق و[ليس]^(٥) له قوم معين فلا بأس بتكرار الجماعة فيه؛ لأن تكرار الجماعة في هذا الفصل لا يؤدي إلى تقليل الجماعة.

وقال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا كان الإمام مع القوم في المسجد، فإنني أحب لهم أن يقوموا في الصف إذا قال المؤذن: حي على الفلاح.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢/٢ و١٨٦/١٤)، وأحمد (٥/٣ و٤٥ و٦٤ و٨٥)، وعبد بن حميد (٩٣٦)، والدارمي (١٣٧٥ و١٣٧٦)، وأبو داود (٥٧٤)، والترمذي (٢٢٠)، وأبو يعلى (١٠٥٧)، وابن الجارود (٣٣٠)، وابن خزيمة (١٦٣٢)، وابن المنذر في الأوسط (٢١٥/٤)، وابن حبان (٢٣٩٧-٢٣٩٩)، والطبراني في الصغير (٦٠٦ و٦٦٥)، وفي الأوسط (٢١٩٥)، والحاكم (٢٠٩/١)، وابن حزم في المحلى (٣٢٢/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦٩/٣)، وفي معرفة السنن (١١٥/٤، ١١٦)، وفي الصغير (٥٥٠)، والبغوي في شرح السنة (٨٥٩)، والمزي في تهذيب الكمال (١١٠/١٢) من طرق عن سليمان الأسود الناجي البصري عن أبي المتوكل الناجي عن أبي سعيد به. وفي لفظ: أن رسول الله ﷺ أبصر رجلا يصلي وحده، فقال: «ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه».

قال الترمذي: «حديث حسن، وسليمان الناجي بصري ويقال: سليمان بن الأسود، وأبو المتوكل اسمه علي بن داود».

وقال الطبراني: لا يروى عن أبي سعيد إلا بهذا الإسناد.

وقال ابن المنذر: حديث أبي سعيد ثابت. الأوسط (٢١٨/٤).

وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. سليمان الأسود هذا هو سليمان بن شُخيم قد احتج مسلم به وبأبي المتوكل.

وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح. المجموع (٤٥/٢).

وصححه الحافظ ابن حجر. فتح الباري (٢٨٢/٢).

(٢) سقط في د.

(٣) في أ، ب: صلى.

(٤) في د: وإن.

(٥) سقط في أ، ب.

يجب أن يعلم بأن هذه المسألة على وجهين:
إما أن يكون المؤذن غير الإمام، أو يكون هو الإمام، فإن كان غير الإمام، وكان الإمام مع القوم في المسجد، فإنه يقوم الإمام والقوم، [إذا قال المؤذن حي على الفلاح عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

وقال الحسن بن زياد وزفر - رحمهما الله - [١] إذا قال المؤذن: قد قامت الصلاة، قاموا في الصف، وإذا قال مرة ثانية: كبروا، والصحيح قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -؛ لأن قوله قد قامت الصلاة [إخبار عن حقيقة القيام إلى الصلاة وإنما يتحقق الإخبار عن حقيقة القيام إلى الصلاة إذا كان القيام سابقا على قوله قد قامت الصلاة] [٢]، ومتى سبق القيام على قوله قد قامت الصلاة يحصل القيام عند قوله: حي على الفلاح؛ ولأنهم يحتاجون إلى إحضار النية فينبغي أن يقوموا عند قوله: [حي] [٣] على الفلاح حتى يمكنهم إحضار النية هذا إذا كان المؤذن غير الإمام، والإمام حاضر في المسجد، فأما إذا كان الإمام خارج المسجد، فإن دخل المسجد من وراء الصفوف اختلفوا فيه.

قال بعضهم: [إذا] [٤] رأوا الإمام يقومون.
وقال بعضهم: ما لم يأخذ الإمام مكان الصلاة لا يقومون.
وقال بعضهم: [إذا اختلط [الإمام] [٥] بالقوم قاموا.
وقال بعضهم: كلما [٦] جاوز صفا قام ذلك الصف، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - والشيخ الإمام خواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي - رحمهما [٨] الله -؛ لأنه كلما جاوز صفا صار ذلك الصف بحال لو اقتدوا به صح اقتداؤهم؛ فصار كأنه أخذ مكان الصلاة [في حق ذلك الصف].

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: كما.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في ب: كما.

(٨) في أ: رحمه، وفي ب: رحمهم.

وإن كان الإمام دخل المسجد قدامهم يقومون كما رأوا الإمام؛ لأنهم^(١) في هذه الحالة صاروا بحال لو اقتدوا به صح اقتداؤهم فصار كأنه أخذ مكان الصلاة^(٢) فيقومون، وإن كان الإمام والمؤذن واحدًا، فإن أقام في المسجد فالقوم لا يقومون ما لم يفرغ من الإقامة؛ لأنهم لو قاموا [قاموا]^(٣) لأجل الصلاة، [ولا وجه إليه^(٤)؛ لأنهم تابعون لإمامهم، وقيام إمامهم [في]^(٥) هذه الحالة لأجل الإقامة لا لأجل الصلاة]^(٦).

وإن أقام خارج المسجد^(٧) فلا ذكر لهذه المسألة في الأصل ومشايخنا اتفقوا على أنهم لا يقومون ما لم يدخل الإمام في المسجد؛ لما روي أن النبي ﷺ كان في حجرة عائشة - رضي الله عنها - فلما أقام بلال خرج رسول الله ﷺ إلى المسجد فرأى الناس^(٨) ينتظرونه قيامًا فقال: «ما لي أراكم سامدين؟»^(٩) أي واقفين متحيرين؛ ولأنهم لا يقدرّون على التكبير ما لم يدخل الإمام المحراب، وينتصب للصلاة، فإذا قاموا فقد اشتغلوا بعمل غير مفيد فيكره، ثم المؤذن هل يتم الإقامة في المكان الذي بدأ.

فإن كان الإمام والمؤذن واحدًا اختلفوا فيه روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يتمها في المكان الذي بدأ؛ لأن هذا أحد الأذنين فيعتبر بالآخر ثم^(١٠) الآخر يتمه في المكان الذي بدأ فكذا هذا، وبه أخذ بعض المشايخ. وقال بعض مشايخنا: إذا انتهى إلى قوله: قد قامت الصلاة يسكت^(١١) [و]^(١٢)

(١) في ب: لأن.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: إليهم.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: الصلاة.

(٨) في أ: القوم.

(٩) تقدم.

(١٠) في د: و.

(١١) في د: سكت.

(١٢) سقط في أ.

يأخذ في المشي فإذا أخذ مكان الصلاة أتمها.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد الصفار، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمهما الله -، [إذا انتهى إلى قوله قد قامت الصلاة أنه] ^(١) [بالخيار] ^(٢)، إن شاء أتمها في المكان الذي بدأ ^(٣) وإن شاء أتمها ذاهبا ماشيا.

وإن كان المؤذن غير الإمام، والإمام حاضر يتمها في المكان الذي بدأ ثم الإمام متى يأتي بالتكبير؟ قال أبو حنيفة - رحمه الله - يكبر قبل قوله قد قامت الصلاة. هكذا قيس.

وفي النوادر: وأنه يدل على القيام عند قوله حي على الفلاح، وظاهر ما ذكرنا في الكتاب يوجب أن يكبر بعد فراغ المؤذن من ^(٤) قوله: قد قامت الصلاة.

قال شمس الأئمة الحلواني: والصحيح ما ذكر في النوادر، وقال أبو يوسف: ينتظر فراغ المؤذن من الإقامة، فإذا فرغ منها كبر؛ هذا بيان الأفضل.

ولو كبر بعدما فرغ المؤذن من الإقامة، كما قال أبو يوسف، جاز عند أبي حنيفة. ولو كبر قبيل ^(٥) قوله: قد قامت الصلاة، كما قاله أبو حنيفة، جاز عند أبي يوسف.

وقال أبو يوسف: ليس المراد من قوله: قد قامت الصلاة، حقيقة الإخبار عن الإقامة بل المراد الإخبار عن المقاربة؛ يعني قرب ^(٦) إقامة الصلاة، كما في قوله - تعالى -: ﴿أَنْ أَمُرُ اللَّهَ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ﴾ ^(٧) أي قرب إتيان أمر الله.

واختلفوا في وقت إدراك المقتدي فضيلة تكبيرة الافتتاح؛ ذكر شيخ الإسلام الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فقال: على قول أبي حنيفة إذا كبر مقاربا [لتكبير] ^(٨) الإمام، يصير مدرگا فضيلة تكبيرة الافتتاح وما لا فلا.

(١) سقط في أ، ب، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ذهب.

(٤) في أ: عند.

(٥) في م: قبل.

(٦) في م: قريب.

(٧) سورة النحل آية: ١.

(٨) سقط في م.

وعندهما: إذا أدرك الإمام في الثناء، وكبّر يصير مدرّكاً فضيلة تكبيرة الافتتاح^(١) وما لا فلا.

وذكر الإمام الزاهد أبو نصر الصفار؛ أن شداد بن الحكيم كان يقول: إن^(٢) كان الرجل حاضرًا وأراد أن يدرك فضيلة تكبيرة الافتتاح؛ ينبغي أن يشرع في صلاة الإمام قبل أن يقرأ ثلاث آيات، وإن كان غائبًا؛ ينبغي أن يشرع^(٣) قبل قراءة تسع آيات. وقال بعضهم: إذا أدرك الإمام في الركعة الأولى يصير مدرّكاً فضيلة تكبيرة الافتتاح، وهذا أوسع بالناس.



(١) في م: الإحرام.

(٢) في م: إذا.

(٣) زاد في م: في صلاة الإمام.

الفصل الرابع

فيما يفعله المصلي في صلاته بعد الافتتاح

وذكر في الأصل ويستحب أن يعتمد بيده اليمنى على اليسرى، وهو قائم في الصلاة.

قال الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - كلما كبر يضع يمينه على يساره عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما^(١) الله - .
وعند محمد - رحمه الله - في النواذر أنه في حالة الثناء يرسل يديه ولا يعتمد إنما يعتمد إذا فرغ من الثناء .

وأما في صلاة الجنابة وقنوت الوتر وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود يرسل ولا يضع عند محمد - رحمه الله - والحاصل أن الوضع عنده سنة قيام فيه قراءة .

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - في قنوت الوتر .
قال بعضهم: يرسل، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .
وقال بعضهم: يضع .

وأما في القومة التي بين الركوع والسجود، ذكر^(٢) شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلاة أنه يرسل على قولهما، كما هو قول محمد - رحمه الله -، وذكر في موضع آخر أن على قولهما يعتمد ومشايخ ما وراء النهر^(٣) - رحمهم الله - اختلفوا .

(١) في أ: رحمه .

(٢) زاد في أ: و .

(٣) مشايخ ما وراء النهر: عندما يقول: مشايخ ما وراء النهر، فإنه يريد علماء ما وراء النهر من بخارى وسمرقند ومرغينان وغيرها، من أئمة الحنفية .
ينظر: الفوائد البهية، ص (٢٤٨) .

وما وراء النهر يراد به: منطقة ما وراء نهر جيحون، وهي من أنزه النواحي وأخصبها وأكثرها خيرًا، وليس بها موضع خال عن العمارة من مدينة أو قرى أو مزارع أو مراعي، مياهها عذبة، وطينتها خصبة، وأهلها أهل خير وصلاح في الدين والعلم والسماحة، ويطلق الآن مسمى: بلاد ما وراء النهر، على الدول الواقعة وسط آسيا، والتي عرفت فيما بعد باسم: آسيا الوسطى وبلاد القوقاز، وتضم أقاليم: كازاخستان، أوزبكستان، تركمانستان، قيرغيزستان، وطاجيكستان، بالإضافة إلى بعض الولايات الروسية الأخرى التي تتمتع بالحكم الذاتي داخل الاتحاد الروسي، وهي: الشيشان، أنجوشيا، داغستان، =

قال الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص - رحمه الله - السنة [في صلاة الجنازة]^(١)، وفي تكبيرات العيد، والقومة التي بين الركوع والسجود الإرسال.

وقال أصحاب [الشيخ]^(٢) الإمام أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - منهم القاضي الإمام أبو علي النسفي والحاكم عبد الرحمن بن محمد^(٣) الكاتب، والشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخَيْرَاحْزِي والشيخ الإمام إسماعيل الزاهد - رحمه الله -: السنة في هذه المواضع الاعتماد والوضع وقالوا: مذهب الروافض الإرسال من أول الصلاة فنحن^(٤) نعلم مخالفة لهم^(٥).

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول: كل قيام فيه ذكر مسنون، فالسنة فيه الاعتماد كما في حالة الثناء، والقنوت وصلاة الجنازة.

وكل قيام ليس فيه ذكر مسنون؛ كما في تكبيرات العيد؛ فالسنة فيه الإرسال. وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي، والصدر الكبير برهان الأئمة والصدر الشهيد حسام الأئمة - رحمه الله -.

وفي القدوري: إذا فرغ من القراءة في الركعة الثالثة من الوتر، كبر ورفع يديه حذاء أذنيه ثم أرسلهما وقتت.

واختلفوا في معنى الإرسال:

قال بعضهم: معناه لا يضع يمينه على شماله في حالة القنوت، والقيام الفاصل بين الركوع [والسجود]^(٦)، وصلاة الجنازة لتكون حالة الدعاء مخالفا لحالة^(٧)

= بلغاريا، أوستيا الشمالية، وأديجيا. وما زالت أسماء أهم مدنها اليوم على ما كانت عليه قديماً: بخارى، وسمرقند، فرغانة، خوارزم، مرو، ترمذ.

ينظر: آثار البلاد وأخبار العباد، لزكريا بن محمد بن محمود القزويني، دار صادر، بيروت (٢٢٩/١)، المسالك والممالك، لأبي اسحاق إبراهيم بن محمد الفارسي الاصطخري، المعروف بالكرخي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤م (٩٨/١).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في د: ابن.

(٤) في د: ونحن.

(٥) العناية شرح الهداية (٢٨٨/١).

(٦) سقط في د.

(٧) في ب: بحالة.

القراءة.

ومنهم من قال: يضع، ومعنى الإرسال ألا يبسطهما، كما^(١) يفعل الداعي حالة الدعاء، وهذا لقوله^(٢) عليه السلام «كفوا أيديكم في الصلاة»^(٣).
وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يبسط [يديه]^(٤) في حالة القنوت وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - [أنه]^(٥) يشير السبابة من يده اليمنى في حالة القنوت [ثم]^(٦) يقول: أعوذ بالله من الشيطان [الرجيم في نفسه]^(٧)، فهذا إشارة إلى أن السنة فيه الإخفاء وهو المذهب عند علمائنا [الثلاثة]^(٨) - رحمهم الله - .
وهذا الذي ذكرنا في الإمام والمنفرد، وأما المقتدي هل يأتي بالتعوذ؟ على قول أبي يوسف - رحمه الله - يأتي، وعلى قول محمد لا يأتي، ولم يذكر قول أبي حنيفة - رضي الله عنهما - .

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده، والشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمهما الله -، في شرح كتاب الصلاة أن قول أبي حنيفة مثل قول محمد - رحمهم الله - وأحاله إلى^(٩) الزيادات، فطلبنا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الزيادات واستقصينا في ذلك فلم نجد قوله ثمة ولا في شيء من الكتب الظاهرة. وقد رأينا^(١٠) في متفرقات الفقيه أبي جعفر رواية حسن بن زياد عن أبي حنيفة

(١) زاد في د: لا.

(٢) في ب: كقوله.

(٣) ذكره الجصاص في أحكام القرآن (٩١/٥) وقال: وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اسكنوا في الصلاة وكفوا أيديكم في الصلاة»، وكذلك الكيا الهراسي في أحكام القرآن (٢٨٥/٤). والثابت من هذا اللفظ لفظة: «اسكنوا في الصلاة» دون سواها.

فقد أخرج مسلم (٣٨٨/٢) كتاب الصلاة، باب: الأمر بالسكون في الصلاة، حديث (٤٣٠/١١٩) من طريق جابر بن سمرة قال: خرج علينا رسول الله ﷺ فقال: «ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنها أذنان خيل شمس، اسكنوا في الصلاة».

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: في.

(١٠) في د: رأيت.

- رحمهم^(١) الله - مثل قول محمد - رحمه الله -، ومنشأ الخلاف [أن]^(٢) التعوذ تبع الشاء^(٣) أو تبع القراءة فوق عند أبي يوسف - رحمه الله - أنه تبع للشاء، والمقتدي يأتي بالشاء فيأتي بالتعوذ [تبعاً له، ووقع عند محمد - رحمه الله - أن التعوذ تبع للقراءة والمقتدي لا يأتي بالقراءة فلا يأتي بالتعوذ]^(٤).

وثمره الاختلاف تظهر في ثلاثة مواضع:
أحدها^(٥): هذه المسألة.

والثاني: أن في العيدين المصلي يأتي بالتعوذ بعد الشاء^(٦) قبل تكبيرات العيد عند أبي يوسف - رحمه الله -، وعند محمد يأتي بالشاء بعد تكبيرات العيد.
والثالث: أن المسبوق إذا قام إلى قضاء^(٧) ما سبق، فعلى قول أبي يوسف: لا يأتي بالتعوذ؛ لأنه تعوذ حين شرع في الصلاة.

وعن محمد - رحمه الله - في هذه الصورة روايتان:
[في]^(٨) رواية يتعوذ.

وفي رواية: لا يتعوذ.

[و]^(٩) هكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - والقاضي الإمام صدر الإسلام أبو الليث - رحمهما الله -^(١٠).
قال صدر الإسلام: قول أبي يوسف أصح، والتعوذ عند افتتاح القراءة في الركعة الأولى لا غير إلا على قول ابن سيرين^(١١) - رحمه الله -.

(١) في أ: رحمهما.

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: للشاء.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: إحداها.

(٦) في أ: البناء.

(٧) في د: القضاء.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ: رحمه الله تعالى.

(١١) هو: محمد بن سيرين الأنصاري مولاهم، أبو بكر البصري، إمام وقته، ولد سنة ثلاث وثلاثين، روى عن مولاه أنس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين وأبي هريرة وعائشة وطائفة

ثم يفتح القراءة ويأتي بالتسمية ويخفيها.
واعلم أن الكلام في التسمية في مواضع:
أحدها: أن التسمية هل هي [آية]^(١) من القرآن؟ فعندنا هي من القرآن؛ لما روي
عن أنس - رضي الله عنه - [أنه قال]^(٢): «صليت خلف رسول الله ﷺ وخلف أبي
بكر وعمر - رضي الله عنهما - فكانوا يفتتحون بسم الله الرحمن الرحيم^(٣)».

= من كبار التابعين، وروى عنه الشعبي وثابت وقتادة وأيوب، وثقه أحمد، وابن معين، وابن سعد، وقال العجلي: بصري، تابعي، ثقة، وهو من أروى الناس عن شريح وعبيدة، وإنما تأدب بالكوفيين أصحاب عبد الله. توفي سنة عشر ومائة.
ينظر: تهذيب الكمال (٣٤٤/٢٥)، تهذيب التهذيب (٢١٤/٩)، تقريب التهذيب، ص (٤٨٣).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في د.

(٣) الثابت عن أنس أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ وَعُمَرُ كَانُوا يُفْتَتِحُونَ الصَّلَاةَ بِ «الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ».

أخرجه أحمد (٢٢٣/٣، ٢٢٤)، ومسلم (٢٩٩/١) كتاب الصلاة، باب: حجة من قال لا يجهر بالبسملة، الحديث (٥٢)، والبيهقي (٥٠/٢) كتاب الصلاة، باب: من قال لا يجهر بسم الله الرحمن الرحيم، من رواية الأوزاعي، عن قتادة، عن أنس قال: «صليت خلف رسول الله، وأبي بكر، وعمر، وعثمان فكانوا يستفتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين، لا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم في أول القراءة ولا آخرها».

وأخرجه أحمد (٢٧٣/٣)، ومسلم (٢٩٩/١) كتاب الصلاة، باب: حجة من قال لا يجهر بالبسملة، الحديث (٥٠)، والدارقطني (٣١٥/١) كتاب الصلاة، باب: اختلاف الرواية في الجهر بالبسملة، الحديث (٢)، والبيهقي (٥١/٢) كتاب الصلاة، باب: من قال لا يجهر بالبسملة، من رواية شعبة، عن قتادة، عن أنس، قال: «صليت مع رسول الله ﷺ وأبي بكر، وعمر، وعثمان، فلم أسمع أحدًا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم».

وأما الرواية التي فيها: «فكانوا لا يجهرون بسم الله الرحمن الرحيم».

أخرجها أحمد (١٧٩/٣)، والدارقطني (٣١٥/١) كتاب الصلاة، باب: اختلاف الروايات في الجهر بالبسملة، الحديث (٣)، كلهم من رواية وكيع، عن شعبة، عن قتادة، عن أنس، قال: «صليت خلف رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وعمر، وعثمان، فكانوا لا يجهرون بسم الله الرحمن الرحيم».

وأخرجها الطحاوي أيضًا في شرح معاني الآثار (٢٠٣/١) كتاب الصلاة، باب: قراءة البسملة في الصلاة، من طريق الأعمش عن شعبة، وابن الجارود في المنتقى (٧١/١) كتاب الصلاة، باب: صفة صلاة النبي ﷺ، الحديث (١٨١)، من طريق سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة.

= وأخرجه ابن خزيمة (٢٥٠/١) كتاب الصلاة، باب: ذكر الدليل على عدم الجهر

والثاني: أنها هل هي من الفاتحة ومن رأس كل سورة أم لا؟
قال أصحابنا رحمهم الله: إنها ليست من الفاتحة، ومن رأس كل سورة ولكنها
آية من القرآن أنزلت للفصل بين السور وهو اختيار أبي بكر الرازي - رحمه الله - .
وفي القدوري قال أبو الحسن الكرخي - رحمه الله -: لا أعرف هذه المسألة
بعينها عن متقدمي أصحابنا، والأمر بالإخفاء دليل على أنها ليست من السورة .
وفي شرح شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - اختلف المشايخ في أن التسمية
هل هي آية من الفاتحة؟ أكثرهم على أنها آية من الفاتحة^(١) .

بالبسمة، الحديث (٤٩٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٠٣/١) كتاب الصلاة،
باب: قراءة البسمة في الصلاة، والطبراني (٢٢٨/١)، رقم (٧٣٩)، وأبو نعيم في
الحلية (١٧٩/٦)، من رواية الحسن، عن أنس: أن النبي ﷺ، وأبا بكر، وعمر رضي
الله عنهما كانوا يسرون بسم الله الرحمن الرحيم .

وأما الرواية التي فيها: «فكانوا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم» .
أخرجها الدارقطني (٣١٦/١) كتاب الصلاة، باب: اختلاف الرواية في الجهر بالبسمة،
الحديث (٩)، والحاكم (٢٣٣/١) كتاب الصلاة، باب: الجهر بالبسمة، حديث (٧)،
بلفظ: «فكانوا يجهرون بسم الله الرحمن الرحيم» .

وفي البخاري (٩٠/٩، ٩١) كتاب فضائل القرآن، باب: مد القراءة، الحديث
(٥٠٤٦)، من رواية قتادة قال: سئل أنس . كيف كانت قراءة النبي ﷺ؟ فقال: كانت
مدًا، ثم قرأ «بسم الله الرحمن الرحيم»، يمد بسم الله، ويمد بالرحمن، ويمد بالرحيم .
قال الشافعي: إنما معنى هذا الحديث أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يفتتحون
القراءة (بالحمد لله رب العالمين) معناه: أنهم كانوا يبدعون بقراءة فاتحة الكتاب قبل
السورة، وليس معناه أنهم كانوا لا يقرءون (بسم الله الرحمن الرحيم) وكان الشافعي
يرى أن يبدأ (ببسم الله الرحمن الرحيم) وأن يجهر بها إذا جهر بالقراءة .

قال الحافظ ابن حجر: قوله «بالحمد لله رب العالمين» بضم (المدال) على الحكاية
واختلف في المراد بذلك فقيل: المعنى كانوا يفتتحون بالفاتحة، وهذا قول من أثبت
البسمة في أولها، وقيل المعنى: كانوا يفتتحون بهذا اللفظ تمسكًا بظاهر الحديث وهذا
قول من نفي قراءة البسمة .

لكن لا يلزم من قوله: كانوا يفتتحون بالحمد أنهم لم يقرؤوا بسم الله الرحمن الرحيم
سرًا وقد أطلق أبو هريرة السكوت على القراءة سرًا كما في الحديث .

الثاني في قوله: بأبي وأمي يارسول الله، إسكاتك بين التكبير وبين القراءة ما تقول؟ قال
أقول: اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب . . إلخ الحديث .
قال الحافظ: وقد تحرر أن المراد بحديث أنس بيان ما يفتتح به القراءة فليس فيه تعرض لنفي
دعاء الافتتاح . بتصرف . ينظر: فتح الباري (٢/٢٦٦، ٢٦٧) .

(١) قراءة أهل المدينة والبصرة والشام على أن التسمية ليست بأية من الفاتحة ولا من غيرها،

وإنما كتبت للفصل، وهو مذهب أبي حنيفة. وقراءة أهل مكة والكوفة على أنها آية من الفاتحة، ومن كل سورة وعليه الشافعي. ينظر: فتح الوصيد (١/١٣٠)، والإتقان في علوم القرآن، للحافظ جلال الدين السيوطي، الهيئة المصرية العامة للكتاب (١/١٩٨)، تفسير النسفي المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل، لأبي البركات عبد الله النسفي، دار الفكر، بيروت (٣/١). وذهب مالك - رحمه الله - إلى أنها ليست من الحمد وإنما هي لافتتاح السورة. ينظر: التسهيل لعلوم التنزيل، لمحمد بن أحمد بن محمد الغرناطي الكلبي، دار الكتاب العربي، لبنان، ط (٤)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (١/٣٠)، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٣/١).

واحتج مالك بما رواه أنس رضي الله عنه - أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم - كانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين، فلو كانت من السورة لابتدأ بها، وجهر بها كما جهر بغيرها، والقرآن لم يؤخذ برواية بل بالاتفاق، وبما فيه من الأمارات الدالة على أنه ليس من كلام البشر، ولا نعلم أن بسم الله الرحمن الرحيم «جزء آية» إلا في سورة النمل، ولا فرق بين بسم الله الرحمن الرحيم في أول فاتحة الكتاب وفي غيرها من السور، وروي عن رسول الله ﷺ: «أن الله جل ثناؤه يقول: قسمت الصلاة بيني وبين عبدي فإذا قال: الحمد لله رب العالمين، قال: حمدني عبدي»، ثم ذكر السورة ولم يذكر «بسم الله الرحمن الرحيم».

وروى أنها من الفاتحة من التابعين: ابن الزبير وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبيرة، ويحتج له بأن آخر كل آية قبل آخر حرف منها (ياء) مثل «المستقيم»، و«العالمين»، و«نستعين»، و«الدين»، و«الضالين»، وآخر عليهم قبل (الميم) (هاء) وهو مخالف لآخر الآي، فهذا ما فيها من الحكم.

والغرض من ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ التعليم لما يستفتح به الأمر بالتبرك به والتعظيم لله عز وجل، فهو تعليم وتأديب وشعار علم من أعلام الدين، وعلى ذلك جرى في شريعة المسلمين، يقال عند المأكل والمذبح وابتداء كل فعل، خلافاً لمن كان يذكر اسم اللات.

ووجه علماء القراءات علة ذلك الخلاف: أنها نزلت في بعض الأحرف ولم تنزل في بعضها، وكل منهما متواتر، فمن أثبتها آية فهي ثابتة في حرفه متواترة إليه ثم منه إلينا، ومن لم يعدها آية فهي محذوفة في حرفه، فمن تواترت في حرفه وجب عليه إثباتها في قراءته لكونها آية عنده.

ينظر: الإضاءة في بيان أصول القراءة، لمحمد علي الضباع، دار الصحابة، ٢٠٠٢م، ص (١٠).

وبالنسبة للخلاف في إثبات البسمة وحذفها، كل وجه منها صحيح مقروء به، وقد جاءنا من طريق القرآنية، وكل قرأ بما تواتر عنده، ففي الإضاءة: «وجه الخلاف بين القراء في إثبات البسمة وحذفها أن القرآن نزل على سبعة أحرف، ونزل مرات متكررة، ونزلت البسمة في بعض الأحرف ولم تنزل في بعضها، فإثباتها قطعي وحذفها قطعي،

وكل منهما متواتر في السبع، فمن قرأ بها فهي ثابتة في حرفه متواترة إليه ثم منه إلينا، ومن قرأ بحذفها فحذفها في حرفه متواترة إليه ثم منه إلينا، ومن روي عنه إثباتها وحذفها، فالأمران تواترا عنه كل بأسانيد متواترة. وبهذا يجمع بين الأحاديث الواردة في إثباتها والأحاديث الواردة في حذفها. وبه كما قال بعض العلماء - قد يرتفع الخلاف بين أئمة الفروع، ويرجع النظر إلى كل قارئ من القراء بانفراده، فمن تواترت في حرفه تجب على كل قارئ بذلك الحرف وتلك القراءة في الصلاة بها، وتبطل بتركها أيا كان، وإلا فلا. ولا ينظر إلى كونه شافعيًا أو مالكيًا أو غيرهما».

ينظر: الإضاءة في بيان أصول القراءة، لمحمد علي الضباع، ص (١٠).
وقد أجمع المسلمون على أن البسمة جزء آية من سورة النمل في قوله تعالى: ﴿إِنَّ مِنْ سَلِيمٍ وَإِنَّ مِنْ بَسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾، وأجمعوا أيضا على أنها ليست آية من أول سورة التوبة، واختلفوا فيما وراء ذلك على أقوال:

القول الأول: وهو مذهب الحنفية: فإنه لم ينقل عن الإمام أبي حنيفة شيء في كون البسمة آية من القرآن أم لا، وإنما نقل عنه أنه يسر بها في الصلاة.

وسئل محمد بن الحسن عنها فقال: ما بين الدفتين كلام الله تعالى.
ينظر: حاشية الشهاب المسماة عناية القاضي وكفاية الراضي على تفسير البيضاوي، للقاضي شهاب الدين الخفاجي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م (١/٢٩).
والمختار عند علماء الحنفية: أنها آية تامة مستقلة، أنزلت للفصل بين السور، فهي من القرآن وليست من الفاتحة ولا من غيرها.

ينظر: أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار الفكر، بيروت، ط (١) (١/١٧)، وحاشية الشهاب (١/٢٩)، والتلويح على التوضيح، للتفتازاني (١/٥٦)، وكشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري (١/٧٢)، وأصول الفقه للسخسي، أبي بكر محمد ابن أحمد بن أبي سهل، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م (١/٢٨٠).

القول الثاني وإليه ذهب المالكية: أن البسمة ليست من القرآن في غير سورة النمل.
ينظر: مواهب الجليل (١/٥٤٤)، وأحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي، دار الفكر، بيروت (١/٦)، الجامع لأحكام القرآن (١/٩٣).

القول الثالث وإليه ذهب الشافعية: أن البسمة آية كاملة في أول الفاتحة ولا خلاف في هذا عندهم.

ينظر: المجموع شرح المهذب، للنووي (٣/٢٨٩).
القول الرابع وإليه ذهب الحنابلة: قال ابن قدامة: واختلفت الرواية عن أحمد هل هي آية من الفاتحة يجب قراءتها في الصلاة أو لا؟ فعنه أنها من الفاتحة، وذهب إليه أبو عبد الله ابن بطة وأبو حفص، وروي عن أحمد أنها ليست من الفاتحة ولا آية من غيرها، ولا يجب قراءتها في الصلاة، وهي المنصورة عند أصحابه.

و[به]^(١) تصير سبع آيات .

والثالث: [أنها]^(٢) هل يجهر [بها]^(٣) على قول أصحابنا لا يجهر بها .

والرابع: أنها هل [تكرر]^(٤) ؟، روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه قال: المصلي يسمي في أول صلاته ثم لا يعيد، وإليه مال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - .

وروى [المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله -: أنه]^(٥) [يأتي بها في أول كل ركعة وهو قول أبي يوسف]^(٦) .

وذكر الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة: أنه إذا قرأها مع كل سورة فحسن .

وروى ابن رجاء^(٧) عن محمد - رحمهما الله - أنه يأتي بالتسمية عند افتتاح كل

قال ابن قدامة: واختلف عن أحمد فيها - أي في هذه الرواية - فقليل عنه: هي آية مفردة، كانت تنزل بين سورتين فصلا بين السور، وعنه: هي آية من سورة النمل . أي وليست من غيرها .

ينظر: المغني، لابن قدامة (١/٢٨٥) .

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية معلقا على هذه الرواية عن أحمد: «ويحكي هذا رواية عن أحمد، ولا يصح عنه، وإن كان قولاً في مذهبه» . وقد نصر ابن تيمية القول بأنها من القرآن حيث كتبت من أول كل سورة، وليست من السورة، وقال: وهذا أعدل الأقوال .

ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م (٢/١٨٢) .

وهذه المذاهب تدور بين النفي والإثبات، فهناك من نفاها مطلقا كالمالكية ورواية عن أحمد، وهناك من أثبتها في كل المواضع، أو أثبتها في موضع دون آخر .
والصحيح أن إثبات البسمة وحذفها وجهان صحيحان مقروء بهما، فبأيهما قرأ القارئ كان مصيبا .

(١) سقط في د .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) سقط في د .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

(٦) في ب: إذا قرأها مع كل سورة فحسن .

(٧) في المبسوط للسرخسي (١/١٦): ابن أبي رجاء، وفي المحيط البرهاني (١/٣٥٩) ابن أبي رملة . وهو: محمد بن أبي رجاء الخراساني، ولي القضاء ببغداد أيام المأمون، تفقه على أبي يوسف، وصرح شمس الأئمة في المبسوط بروايته عن محمد بن الحسن قال طلحة بن جعفر لما قدم المأمون ببغداد استقضى على الشرقية محمد بن أبي رجاء الخراساني، وهو رجل من المتقدمين على مذهب أبي حنيفة، وهو من أصحاب أبي يوسف، حسن العلم =

ركعة وعند افتتاح السورة أيضًا^(١).

إلا أنه إذا كان صلاة يجهر فيها بالقراءة لا يأتي بالتسمية بين الفاتحة والسورة. قالوا: [و]^(٢) رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، و^(٣) قول أبي يوسف أحوط؛ لأن العلماء اختلفوا في أن التسمية، هل [هي]^(٤) من الفاتحة أم لا؟ وعليه إعادة الفاتحة في كل ركعة، فكان^(٥) عليه إعادة التسمية في كل ركعة ليكون أبعد عن^(٦) الاختلاف.

وفي القدوري روى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - [أنه قال: اقرأ بسم الله في كل ركعة ولا تعد قراءتها في تلك^(٧) الركعة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله -^(٨) أنه يقرأ عند الفاتحة في كل ركعة وإن^(٩) قرأ عند^(١٠)

السورة فحسن قال ثمة أيضًا روي^(١١) عن محمد - رحمه الله - أنه إذا جمع بين السور^(١٢) فإن أسرَّ بالقراءة ذكر على رأس كل ركعة، وإن جهر لم يذكر.

وإذا فرغ الإمام من قراءة الفاتحة فالمقتدي يأتي بالتأمين، والإمام [هل]^(١٣) يأتي [بالتأمين]^(١٤)؟ ففي ظاهر الرواية يأتي، وروى الحسن عن أبي حنيفة

= بالحساب والدور والمقايسة، وكانت له مسائل غلقة، ومات سنة سبع ومائتين. ينظر: تاريخ بغداد (٣/١٨٨)، وتاريخ الإسلام (٥/١٧٧)، والجواهر المضوية (٢/٥٤).

(١) المسوط للسرخسي (١/١٦)، والمحيط البرهاني (١/٣٥٩).

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: وهو.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ: وكان.

(٦) في د: من.

(٧) في ب: ذلك.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: فإن.

(١٠) في د: عنده.

(١١) في د: وروى.

(١٢) في أ: السورة.

(١٣) سقط في د.

(١٤) سقط في ب، د.

- رحمهما الله -: أنه لا يأتي .

وإذا زاد على الثلاث في^(١) تسيحات الركوع و^(٢) السجود فهو أفضل بعد أن يكون الختم على وتر، فيقول خمسا أو سبعا، مثلا^(٣) في حق المنفرد .
وأما الإمام فلا ينبغي له أن يطول على وجه يمل القوم وكان الثوري^(٤) - رحمه الله - يقول: الإمام يقول خمسا ليتمكن المقتدي من أن يقول ثلاثا .
وذكر الطحاوي في كتابه إذا كان إمامًا^(٥) بعضهم قالوا: يقول ثلاثا، وبعضهم قالوا: يقول أربعا، ليتمكن القوم من أن يقولوا ثلاثا .

وإذا ترك التسيح في الركوع أصلا أو أتى به مرة، روي عن محمد - رحمه الله - أنه يجوز ويكره، وكان أبو مطيع البلخي^(٦) تلميذ أبي حنيفة يقول تسيح الركوع ركن^(٧) لو ترك لا تجوز صلاته، ولو كان الإمام في الركوع فسمع صفق النعال هل

(١) زاد في د: التسيحات يعني .

(٢) في د: أو .

(٣) في أ، ب: هذا .

(٤) في أ، ب: الثوري .

وهو: سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثوري، أبو عبد الله الكوفي، أحد الأئمة الأعلام، قال ابن المبارك: ما كتبت عن أفضل من سفيان، قال العجلي: كان لا يسمع شيئاً إلا حفظه . قال ابن حجر: ثقة حافظ فقيه عابد إمام حجة . توفي بالبصرة سنة إحدى وستين ومائة .

ينظر: تهذيب الكمال (١١/١٥٤)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/٣٩٦)، تقريب التهذيب (١/٣١١) .

(٥) في أ: إمام .

(٦) هو: الحكم بن عبد الله بن مسلمة بن عبد الرحمن القاضي، أبو مطيع البلخي، راوي كتاب «الفقه الأكبر» عن الإمام أبي حنيفة، تفقه به أهل تلك الديار، وكان بصيرا علامة كبيرا، وكان ابن المبارك يعظمه ويجله لدينه وعلمه، كان قاضيا ببلخ ست عشرة سنة، قال أحمد ابن حنبل: لا ينبغي أن يروى عنه، حكوا عنه أنه كان يقول: الجنة والنار خلقتا وسفيان، وهذا كلام جهم، لا يروى عنه شيء . مات سنة سبع وتسعين ومائة هـ . وعمره أربع وثمانون سنة .

ينظر: تاريخ بغداد (٨/٢٢٣)، ميزان الاعتدال (١/٥٧٤)، لسان الميزان (٢/٣٣٤)، الطبقات السنية رقم (٧٨٨)، الفوائد البهية، ص (٦٨)، الجواهر المضية (٤/٨٧) .

(٧) الركن: مصدر ركن يركن، وهو لغة: هو جانبه الأقوى أو الناحية القوية، وما تقوى به من ملك وجنده، وجاء بمعنى الاعتماد، ومنه يقال: ركنت إليه، أي اعتمدت عليه .

ينتظر أم لا؟ قال أبو يوسف - رحمه الله - : سألت أبا حنيفة - رحمه الله - وابن أبي ليلى عن ذلك فكرها .

وقال أبو حنيفة : أخشى عليه أمرًا عظيمًا يعني الشرك .

وروى هشام عن محمد - رحمهما الله - أنه كره ذلك .

وعن أبي مطيع : أنه كان لا يرى [به] ^(١) بأسًا وقال الشعبي ^(٢) : لا بأس به مقدار التسيحة والتسيحتين .

وقال بعضهم : يطول التسيحات ولا يزيد في العدد .

وقال أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : إذا كان الجائي غنيا ، لا يجوز [له] ^(٣)

ينظر : لسان العرب (٦/٢١٧)، مادة (ركن)، والمصباح المنير، ص (١٣٠)، مادة (ركن).

واصطلاحا: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، من التقوم؛ إذ قوم الشيء بركنه لا من القيام وإلا يلزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل والجسم للعرض والموصوف للصفة وهذا باطل بالاتفاق، ويطلق على جزء من الماهية كقولنا: (القيام ركن الصلاة)، ويطلق على جميعها، وقيل: هو ما يتم به الشيء وهو داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه، وهو الجزء الذاتي الذي تتركب الماهية منه ومن غيره بحيث يتوقف تقومها عليه، والغزالي جعل الفاعل ركنا في مواضع: كالبيع والنكاح، ولم يجعله ركنا في مواضع كالعبادات.

ينظر: التلويح على شرح التوضيح لمتن التنقيح، للتفتازاني (٢/٣٦٥)، ميزان الأصول، ص (٥٧٤) وما بعدها، تهذيب الأسماء واللغات، للنووي (٣/١٢٦)، التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، ص (٣٧٣)، المطلع على أبواب المقنع، ص (١٩٢)، الكليات، للكفوي، ص (٤٨)، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبي يحيى، تحقيق: د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ، ص (٧١).

(١) سقط في د.

(٢) هو: عامر بن شراحيل الحميري الشعبي، أبو عمرو الكوفي، الإمام العلم. ولد لست سنين خلت من خلافة عمر، روى عنه وعن علي وابن مسعود ولم يسمع منهم، وعن أبي هريرة، وعائشة، وجريز، وابن عباس وخلق، قال العجلي: مرسل الشعبي صحيح، وقال يحيى بن بكير: توفي سنة ثلاث ومائة.

ينظر: خلاصة تهذيب تهذيب الكمال (٢/٢٢)، تهذيب التهذيب (٥/٦٥)، التقريب (١/٣٨٧)، الكاشف (٢/٥٤)، الجرح والتعديل (٦/١٨٠٢)، طبقات الفقهاء للشيرازي (٨١)، سير أعلام النبلاء (٤/٢٩٤)، العبر (١/٩٦)، شذرات الذهب (١/١٢٦).

(٣) سقط في أ.

الانتظار، وإن كان فقيرا جاز له الانتظار.

وقال أبو الليث - رحمه الله -: إن كان الإمام عرف الجائي لا ينتظره؛ لأنه يشبه الميل إليه، وإن لم يعرفه فلا بأس بذلك؛ لأن في ذلك إعانة على الطاعة.

وقال بعضهم: إن أطال الركوع لإدراك الجائي الركوع خاصة ولا يزيد إطالة الركوع للتقرب إلى الله تعالى، فهذا مكروه؛ لأن أول ركوعه كان لله عز وجل، وآخر ركوعه للقوم، فقد أشرك في صلاته غير الله تعالى، فكان^(١) أمرًا عظيمًا، ولا^(٢) يكفر؛ لأن إطالة الركوع [لم تكن]^(٣) على [وجهه]^(٤) العبادة للقوم، وإنما كانت^(٥) لأجل إدراك الركوع، وعلى هذا يحمل قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وإن أطال الركوع تقريبًا إلى الله تعالى كما شرع فيه تقريبًا إلى الله تعالى ليدرك الجائي الركوع فيكون الركوع من أوله إلى آخره خالصًا لله تعالى فلا بأس به؛ ألا ترى أن الإمام يطيل الركعة الأولى على الثانية في الفجر، وإنما يفعل ذلك لإدراك القوم الركعة، ولا يتحقق الإشراك، كذا هذا وعلى هذا الحمل على ما نقل عن أبي مطيع قول^(٦) الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - كان القاضي الإمام يحكي عن أستاذه رحمهما الله أنه كان يميل إلى قولهما في الجمع بين التسبيح والتحميد في حق الإمام عند رفع الرأس من الركوع، وكان يجمع بينهما حين كان إمامًا، والطحاوي - رحمه الله - كان يختار قولهما أيضًا.

وهكذا نقل عن جماعة من المتأخرين أنهم اختاروا قولهما وهو قول أهل المدينة.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - ذكر في التحميد لفظين:

ربنا لك الحمد، واللهم ربنا لك الحمد، [والثاني أفضل؛ لأن فيه زيادة ثناء، وهاهنا لفظ آخر وهو قوله: ربنا ولك الحمد.

[و]^(٧) حكي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه لا فرق بين قوله: ربنا [لك

(١) في أ: وكان.

(٢) في أ: فلا.

(٣) في أ، ب: ما كانت.

(٤) في أ، ب: معنى التذلل و.

(٥) في أ، ب: كان.

(٦) في د: قال.

(٧) سقط في ب.

الحمد^(١) وبين قوله: ربنا^(٢) ولك الحمد.
 [و^(٣)] ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -: روي في بعض الروايات: ربنا ولك
 الحمد، اللهم ربنا ولك الحمد.
 والمقتدي^(٤) يأتي بالتحميد ولا يأتي بالتسميع بلا خلاف، والمنفرد يأتي بالتسميع
 والتحميد عندهما.
 وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ذكر الطحاوي - رحمه الله - أنه لا
 رواية فيه نصا عن أبي حنيفة.
 واختلف مشايخنا فيه والأصح أنه يأتي بهما.
 وفي القدوري^(٥) عن أبي حنيفة فيه^(٦) روايتان.
 وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهم
 الله - أنه^(٧) يجمع بينهما.
 وروى المعلی عن أبي يوسف - رحمهما الله - أنه يأتي بالتحميد لا غير.
 وذكر^(٨) شيخ الإسلام في شرحه، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله -
 أنه يأتي بالتسميع لا غير، قال: والصحيح^(٩) من مذهبه أنه يأتي بالتحميد، لا غير،
 وبه كان يفتي شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وشمس الأئمة السرخسي؛
 [وهذا]^(١٠)؛ لأن التسميع حث لمن معه على التحميد وليس^(١١) هاهنا معه آخر
 ليحثه عليه، فلا معنى للإتيان بالتسميع، فيأتي بالتحميد لا غير.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: فالمقتدي.

(٥) زاد في ب: أن.

(٦) في د: ففيه.

(٧) سقط في أ.

(٨) في د: وروى.

(٩) في د: والأصح.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ: فليس.

وذكر [شمس الأئمة]^(١) الشيخ الإمام الزاهد الصفار - رحمه الله - [و]^(٢) [أبو نصر - رحمه الله -]^(٣): أن المنفرد يأتي بالتسميع باتفاق الروايات^(٤) وفي التحميد اختلفت الروايات، والصحيح ما قلنا أنه يأتي بالتحميد لا غير.



(١) سقط في ب .
(٢) سقط في ب، د .
(٣) سقط في د .
(٤) في أ: المشايخ .

مسائل السجود

أجمع^(١) أصحابنا - رحمهم الله - أن فرض السجود يتأتى بوضع الجبهة، وإن لم [يكن]^(٢) بالأنف عذر هل يتأتى بوضع الأنف؟

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: يتأدى وإن لم يكن بجبهته عذر، وقالوا: لا يتأدى إلا إذا كان بجبهته عذر.

وسئل نصير عمن^(٣) وضع جبهته على حجر صغير، قال: إذا^(٤) وضع أكثر الجبهة على الأرض يجوز وإلا فلا.

فقيل: إن وضع مقدار الأنف على الأرض لم^(٥) لا يجوز على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه؟ - قال: لأن الأنف عضو كامل وهذا القدر من الجبهة ليس بعضو كامل ولا بأكثره فلا يجوز.

وسئل الفقيه عبد الكريم عمن^(٦) وضع جبهته للسجدة على الكف، قال: لا يجوز^(٧).

وقال غيره من أصحابنا: يجوز^(٨).

وإذا بسط كفه على النجاسة وسجد، قال بعض أصحابنا: يجوز؛ كما لو كان منفصلا عنه.

وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن كفه تبع له، واستدل هذا القائل بما ذكر في كتاب الأيمان: إذا حلف لا يجلس على الأرض فجلس على ذيله أنه يحنث؛ لأن ذيله تبع [له]^(٩) كذا هاهنا.

وإذا سجد على ظهر غيره بسبب الزحام ذكر في الأصل أنه يجوز.

(١) في أ: أجمعوا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ب: عن.

(٤) زاد في د: كان.

(٥) في أ: ثم.

(٦) في أ: عن.

(٧) المحيط البرهاني (١/٣٦٤).

(٨) السابق.

(٩) سقط في أ.

وقال الحسن بن زياد والشافعي - رحمهما الله - : لا يجوز، حجتها قوله ﷺ: «مَكَّنْ جِبْهَتَكَ مِنَ الْأَرْضِ»^(١).

[و]^(٢) حجتنا حديث عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «هذا مسجد بناه رسول الله ﷺ ويحضر فيه المهاجرون والأنصار، فمن وجد فيه موضعا سجد فيه، ومن لم يجد [فيه]^(٣) موضعا سجد على ظهر أخيه»^(٤)؛ ولأن فيه ضرورة؛ لأن الزحام أصل في أداء الصلاة بالجماعات.

وروى الحسن بن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه إنما يجوز إذا سجد على ظهر

(١) أخرجه البزار (٨/٢) رقم (١٠٨٢)، وابن حبان (٩٦٣)، والبيهقي في دلائل النبوة (٦/٢٩٤)، كلهم من طريق يحيى بن عبد الرحمن الأرحبي: حدثني عبيدة بن الأسود عن القاسم بن الوليد عن سنان بن الحارث بن مصرف عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر، به.

قال البزار: وقد روى هذا الحديث من وجوه، ولا نعلم له أحسن من هذا الطريق، وحسنه البيهقي، وصححه ابن حبان. وللحديث طريق آخر:

أخرجه عبد الرزاق (١٥/٥) رقم (٨٨٣٠)، والطبراني في الكبير (٤٤٥/١٢) برقم (١٣٥٦٦)، من طريق ابن مجاهد عن أبيه عن ابن عمر، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٧٧/٣) وقال: رواه البزار والطبراني بنحوه ورجال البزار موثقون. وللحديث شاهد من حديث أنس:

أخرجه البزار (٩/٢) رقم (١٠٨٣) من طريق إسماعيل بن رافع عن أنس بن مالك، به. وذكره الهيثمي في المجمع (٢٧٩/٣) وقال: رواه البزار وفيه إسماعيل بن رافع وهو ضعيف.

وذكره الحافظ في المطالب العالية (٢٦/١) رقم (٨٤) وعزاه لمسدد في مسنده.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه الضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (٢٣٧/١) رقم (١٣٢)، وقال: سئل الدارقطني عنه فقال: يرويه سماك بن حرب عنه حدث به عن سماك أبو الأحوص وأسباط ابن نصر واتفقا على أنه سيار بن معرور، وقال يحيى بن معين: إنما هو سيار بن معرور ب (الغين) ولست أعلم من أين أخذ هذا، وسيار هذا مجهول لا نعلم حدث عنه غير سماك ابن حرب ولا نعلمه أسند حديثا غير هذا والله أعلم (إسناده لين).

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى مختصراً (١٨٢/٣، ١٨٣) كتاب الجمعة، باب: الرجل يسجد على ظهر من بين يديه في الزحام.

وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢٢٣/١) رواه البيهقي بإسناد صحيح.

المصلي، [أما إذا سجد على ظهر غير المصلي]^(١) فلا يجوز؛ لأن الجواز بحكم الضرورة، والضرورة لا تتحقق في حق غير المصلي؛ لأن غير المصلي لا يمكث في المسجد وذكر المسألة في العيون على نحو ما روى الحسن ولكنها مرسلة. ولو سجد على فخذه إن كان بغير عذر؛ فالمختار أنه لا يجوز؛ لأن الساجد^(٢) يجب أن يكون^(٣) غير محل السجود، وإن كان بعذر، فالمختار أنه يجوز. هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - .

ولو سجد على ركبتيه لا يجوز، بعذر أو بغير عذر. وإذا لم يضع^(٤) المصلي ركبتيه على الأرض عند السجود، لا يجزئه هكذا اختاره^(٥) الفقيه أبو الليث - رحمه الله - قال: لأننا أمرنا أن نسجد على سبعة أعضاء^(٦)، وفتوى مشايخنا على أنه يجوز؛ لأنه لو كان موضع الركبتين نجسا يجوز هكذا ذكره القدوري في كتابه والفقيه أبو الليث - رحمه الله - لم يصحح هذه الرواية

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: المساجد.

(٣) في أ: تكون.

(٤) في أ: يوضع.

(٥) في د: اختار.

(٦) أخرجه البخاري (٢٩٧/٢) كتاب الأذان، باب: السجود على الأنف، الحديث (٨١٢)، و(٢٩٩/٢) كتاب الأذان، باب: لا يكف شعرا، الحديث (٨١٥، ٨١٦)، ومسلم (١/٣٥٤) كتاب الصلاة، باب: أعضاء السجود، الحديث (٢٣٠)، وأبو داود (٢٩٨/١) كتاب الصلاة، باب: أعضاء السجود (٨٨٩)، والنسائي (٢٠٨/٢) كتاب الافتتاح، باب: على كم يسجد، والترمذي (٦٢/٢) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في السجود على سبعة أعضاء، وابن ماجه (٣٣١/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: كف الشعر والثوب في الصلاة (١٠٤٠)، والشافعي في الأم (١١٣/١)، والحميدي (٤٩٣)، وأحمد (٢٧٠/١)، والدارمي (١/٣٠٢) كتاب الصلاة، باب: السجود على سبعة أعضاء، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٥٦/١)، والبيهقي (١٠٣/٢)، وعبد الرزاق (١٩٧٠)، وابن خزيمة (٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦)، وابن حبان (١٩١٤، ١٩١٥، ١٩١٦)، وأبو يعلى (٢٧٧/٤)، رقم (٢٣٨٩)، والطبراني في الصغير (٣٦/١)، وفي الكبير (٢٣/١١)، وأبو نعيم في الحلية (٢٦٤/٦)، من طرق عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم: على الجبهة - وأشار بيده إلى أنفه - واليدين والركبتين وأطراف القدمين، ولا تكفت الثياب والشعر»، وله ألفاظ في الصحيحين وغيرهما.

[أنه^(١) لو كان [موضع الركبتين]^(٢) نجسًا [أنه]^(٣) يجوز.

وإذا بسط كفه وسجد عليه، إن بسط لئفي التراب عن وجهه يكره ذلك؛ لأن هذا نوع تكبر، وإن بسط لئفي التراب عن [ثيابه ويسجد]^(٤) عليه، لا يكره؛ لأن هذا ليس بتكبر.

وفي أول كراهية النوازل رجل يصلي على الأرض ويسجد على خرقة وضعها بين يديه [ليتقي بها]^(٥) الحر لا بأس به.

وإذا سجد ورفع أصابع رجله عن الأرض لا يجوز، كذا ذكره الكرخي في كتابه والجصاص^(٦) في مختصره.

وفي النوازل: إذا سجد على الثلج إن لبدته^(٧) جاز؛ لأنه بمنزلة الأرض، وإن لم يلبده وكان يغيب وجهه فيه، ولا يجد حجمه، لم يجز له؛ لأنه بمنزلة الساجد على الهواء^(٨).

وعلى هذا إذا ألقى في المسجد حشيش كثيرة فسجد عليه، إن وجد حجمه يجوز وإلا فلا.

وإذا صلى على التبن، أو^(٩) القطن المحلوج وسجد عليه إن استقرت جبهته وأنفه

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: موضعا.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: ثوبه وسجد.

(٥) في أ، ب لئقي به.

(٦) هو: أحمد بن علي، أبو بكر الرازي الجصاص، فقيه أصولي مفسر، من أهل الري، كان إمام الحنفية في عصره، أخذ عن أبي سهل الزجاج، واستقر التدريس له ببغداد، وله تصانيف منها: أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخي، وشرح مختصر الطحاوي، وشرح جامع محمد، وكتاب في أصول الفقه، وأدب القضاء. توفي سنة سبعين وثلاثمائة هـ.

ينظر: طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، الموصول، ١٣٨٠هـ، ص (٦٨، ٦٩)، الطبقات السنية (١/٤١٢-٤١٥)، الفوائد البهية، ص (٢٧)، الجواهر المضية (١/٨٤).

(٧) لبد الشيء من باب تعب بمعنى: لصق، ويقال: لبدت الشيء تلبيدا: ألزقت بعضه ببعض حتى صار كاللبد. ينظر: المصباح المنير، ص (٥٤٨).

(٨) في أ: الهوي.

وينظر: البحر الرائق (١/٣٣٥)، الجوهرة النيرة (١/٥٤)، فتح القدير (١/٣٠٣)، الفتاوى الهندية (١/٧٠).

(٩) في د: و.

على ذلك ووجد الحجم يجوز وإن لم تستقر جبهته لا يجوز؛ لأن في الوجه الأول هو في معنى الأرض، وفي الوجه الثاني لا.

وإذا سجد على ظهر ميت إن كان على الميت لبد ولا يجد حجم الميت يجوز؛ لأنه سجد على اللبد، وإن وجد حجم الميت لا يجوز؛ لأنه سجد على الميت.

وإذا كان موضع السجود أرفع من موضع القدمين [«كه زمين بست بود قيل»]. ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلاة: أنه إن كان التفاوت^(١) بمقدار لبنة^(٢) أو لبنتين يجوز^(٣)، وإن كان أكثر من ذلك لا يجوز وأراد باللبنة اللبن المنصوبة دون المغروسة^(٤).

ولا يزيد على قوله [أشهد ألا إله إلا الله]^(٥) وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله في القعدة الأولى، فإن زاد وصلى على النبي ﷺ فإن كان عامدًا كان ذلك مكروهًا، وهل يلزمه سجود السهو؟ سيأتي [ذلك]^(٦) بعد هذا في مسائل سجود السهو. وهذه القعدة سنة، وليست بفرض ولا واجبة، حتى لو تركها عامدا لا تفسد صلاته والقعدة الأخيرة فرض وقراءة التشهد فيها ليست بفرض حتى لو تركها لا تفسد صلاته عندنا.

وإذا فرغ من التشهد في [القعدة]^(٧) الأخيرة صلى على النبي ﷺ هكذا ذكر الطحاوي - رحمه الله - ولم يذكر محمد - رحمه الله - ههنا الصلاة على النبي ﷺ في الأصل والصحيح ما ذكره الطحاوي.

والصلاة على النبي ﷺ في هذه القعدة ليست من الواجبات هكذا ذكره القدوري.

(١) سقط في أ، ب، م.

(٢) أراد باللبنة: لبنة بخارى، وهي ربع ذراع: عرض ست أصابع، فمقدار ارتفاع اللبنتين نصف ذراع: اثنتا عشرة أصبعًا.

ينظر: الجوهر النيرة (١/٥٤)، درر الحكام (١/٧٢)، البحر الرائق (١/٣٣٥)، رد المحتار على الدر المختار (١/٥٠٣)، الفتاوى الهندية (١/٧٠).

(٣) لأن سجوده حينئذ يكون سجودًا حقيقيًا. ينظر: رد المحتار (٢/٩٩).

(٤) في أ، ب: المفروسة.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في أ، ب.

قال أبو الحسن الكرخي - رحمه الله -: الصلاة على النبي واجبة على الإنسان في العمر مرة، إن شاء جعلها في الصلاة أو في غيرها.

وعن الطحاوي أنه يجب عليه الصلاة كلما ذكر.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: وما ذكر الطحاوي مخالف للإجماع^(١)، فعامة العلماء على أن الصلاة [على النبي ﷺ] كلما ذكر مستحبة، وليست بواجبة.

قال أبو عبد الله الجرجاني: الصلاة على النبي ﷺ ليست بفرض أصلاً.

بقي الكلام بعد هذا^(٢) في كيفية الصلاة على النبي ﷺ.

ذكر عيسى بن أبان في كتاب [الحج: عن^(٣)] أهل المدينة أن محمدًا - رحمه الله - سئل عن الصلاة على النبي ﷺ، فقال: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، إنك حميد مجيد، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد، وإنه خرج موافقا لحديث كعب بن عجرة^(٤) أنه قال: يا رسول الله، عَرَفْنَا السَّلَامَ عَلَيْكَ، فَكَيْفَ الصَّلَاةُ عَلَيْكَ؟، فقال: «قُولُوا: اللَّهُمَّ، صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ»^(٥) إلى [آخر ما]^(٦) ذكرنا.

وتكلم أصحاب رسول الله ﷺ في كيفية الصلاة على النبي ﷺ وكان ابن عباس وأبو هريرة - رضي الله عنهما - يصليان عليه على نحو ما بينا إلا أنهما كانا يزيدان: وارحم محمدًا^(٧) وآل محمد، كما رحمت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، إنك

(١) في أ، ب: بالإجماع.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في د: بعدها.

(٣) في ب: الحجج على.

(٤) هو: كعب بن عجرة بن أمية بن عدي بن عبيد بن الحارث، الفضايعي، البلوي، حليف القوائل، أبو محمد المدني، روى سبعة وأربعين حديثًا، قال خليفة: مات سنة إحدى وخمسين.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢/٣٦٥)، وتهذيب الكمال (٢٤/١٧٩).

(٥) أخرجه البخاري (٦١/٧) كتاب أحاديث الأنبياء، باب: (١٠) رقم (٣٣٧٠)، ومسلم (١/٣٠٥)

كتاب الصلاة، باب: الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد، حديث (٦٦٤٠٦).

(٦) في د: أخره كما.

(٧) زاد في ب: على.

حميد مجيد^(١).

(١) الترحم على النبي ﷺ وعلى آله في الصلاة، وهو إما أن يكون في التشهد أو خارجه. وقد ورد الترحم على الرسول ﷺ في التشهد، وهو عبارة: «السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته».

أما الترحم على النبي ﷺ خارج التشهد، فقد ذهب الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الشافعية إلى استحباب زيادة: «وارحم محمدا وآل محمد» في الصلاة على النبي ﷺ في الصلاة.

وعبارة الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، وارحم محمدا وآل محمد، كما صليت ورحمت وباركت على إبراهيم.

واستدلوا بحديث أبي هريرة: قال: قلنا: يا رسول الله: قد علمنا كيف نسلم عليك، فكيف نصلي عليك؟ قال: قولوا: اللهم اجعل صلواتك ورحمتك وبركاتك على محمد وعلى آل محمد، كما جعلتها على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد. [أخرجه بهذا اللفظ المعمرى في عمل اليوم والليلة كما في الفتوحات الربانية، لابن علان (٣/٣٣٠) وضعفه ابن حجر].

قال الحافظ ابن حجر: فهذه الأحاديث - وإن كانت ضعيفة الأسانيد - إلا أنها يشد بعضها بعضا، أفواها أولها، ويدل مجموعها على أن للزيادة أصلا. وأيضا الضعيف يعمل به في فضائل الأعمال.

وما عليه جمهور الفقهاء الاقتصار على صيغة الصلاة دون إضافة (الترحم) كما ورد في الروايات المشهورة في الصحيحين وغيرهما، بل ذهب بعض الحنفية وأبو بكر بن العربي المالكي والنووي وغيرهم إلى أن زيادة «وارحم محمدا... الخ» بدعة لا أصل لها، وقد بالغ ابن العربي في إنكار ذلك وتخطئة ابن أبي زيد، وتجهيل فاعله؛ لأن النبي ﷺ علمنا كيفية الصلاة. فالزيادة على ذلك استقصار لقول النبي ﷺ واستدراك عليه.

وانتصر لهم بعض المتأخرين ممن جمع بين الفقه والحديث، فقال: ولا يحتج بالأحاديث الواردة، فإنها كلها واهية جدا. إذ لا يخلو سندها من كذاب أو متهم بالكذب. ويؤيده ما ذكره السبكي: أن محل العمل بالحديث الضعيف ما لم يشتد ضعفه. وقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الأكمل في التسليم في الصلاة أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله، عن يمينه ويساره؛ لحديث ابن مسعود وجابر بن سمرة [حديث ابن مسعود أخرجه الترمذي (٢/٨٩) وقال: حسن صحيح، وحديث جابر بن سمرة أخرجه مسلم (١/٣٢٢)] وغيرهما رضي الله تعالى عنهم.

فإن قال: السلام عليكم - ولم يزد - يجزئه؛ لأن النبي ﷺ قال: تحليلها التسليم [أخرجه الترمذي (١/٩) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وقد حسنه النووي في الخلاصة كما في نصب الراية (١/٣٠٧)] والتحليل يحصل بهذا القول؛ ولأن ذكر الرحمة تكرير للثناء فلم يجب، كقوله: وبركاته. وقال ابن عقيل من الحنابلة - وهو المعتمد في المذهب - الأصح أنه لا يجزئه الاقتصار على: السلام عليكم؛ لأن الصحيح عن النبي ﷺ أنه كان يقول: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته [أخرجه أبو داود (١/

٦٠٧) من حديث وائل بن حجر وصححه النووي في المجموع (٣/٤٧٩)؛ ولأن السلام في الصلاة ورد مقرونا بالرحمة، فلم يجوز بدونها، كالتسليم على النبي ﷺ في التشهد. قال الشافعية والحنابلة: والأولى ترك (وبركاته) كما في أكثر الأحاديث.

وصرح المالكية: بأن زيادة (ورحمة الله) لا يضر؛ لأنها خارجة عن الصلاة، وظاهر كلام أهل المذهب أنها غير سنة، وإن ثبت بها الحديث؛ لأنها لم يصحبها عمل أهل المدينة، وذكر بعض المالكية أن الأولى الاقتصار على: السلام عليكم، وأن زيادة: ورحمة الله وبركاته هنا خلاف الأولى.

واختلف الفقهاء في جواز الترحم على النبي ﷺ خارج الصلاة، فذهب بعضهم إلى المنع مطلقاً ووجهه بعض الحنفية: بأن الرحمة إنما تكون غالباً عن فعل يلام عليه، ونحن أمرنا بتعظيمه، وليس في الترحم ما يدل على التعظيم، مثل الصلاة، ولهذا يجوز أن يدعى بها لغير الأنبياء والملائكة عليهم السلام. أما هو ﷺ فمحرّم قطعاً، فيكون من باب تحصيل الحاصل، وقد استغنيا عن هذه بالصلاة، فلا حاجة إليها؛ ولأنه يجلب مقامه عن الدعاء بها.

قال ابن دحية: ينبغي لمن ذكره ﷺ أن يصلي عليه، ولا يجوز أن يترحم عليه؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَجْعَلُوا دُعَاءَ الرَّسُولِ بَيْنَكُمْ كَدُعَاءِ بَعْضِكُمْ بَعْضًا﴾. ونقل مثله عن ابن عبد البر، والصيدلاني، كما حكاه عنه الرافعي ولم يتعقبه.

وصرح أبو زرعة ابن الحافظ العراقي في فتاواه، بأن المنع أرجح لضعف الأحاديث التي استند إليها، فيفهم من قوله: حرّمته مطلقاً.

وذهب بعض الفقهاء إلى الجواز مطلقاً: أي ولو بدون انضمام صلاة أو سلام. واستدلوا بقول الأعرابي فيما رواه البخاري وهو قوله: اللهم ارحمني، وارحم محمداً، ولا ترحم معنا أحداً لتقريره ﷺ على قوله: اللهم ارحمني وارحم محمداً، ولم ينكر عليه سوى قوله: ولا ترحم معنا أحداً [أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٤٣٨)].

وقال السرخسي: لا بأس بالترحم على النبي ﷺ؛ لأن الأثر ورد به من طريق أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم؛ ولأن أحداً وإن جل قدره لا يستغني عن رحمة الله.

كما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لن يدخل أحداً عمله الجنة»، قالوا: ولا أنت يا رسول الله؟ قال: «ولا أنا إلا أن يتغمدني الله برحمته» [أخرجه البخاري (الفتح ١٠/١٢٧)]، ومسلم (٤/٢١٧٠)؛ ولأن النبي ﷺ كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله تعالى، ومعناها معنى الصلاة، فلم يوجد ما يمنع ذلك.

ولا ينافي الدعاء له بالرحمة أنه عليه الصلاة والسلام عين الرحمة بنص: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾؛ لأن حصول ذلك لا يمنع طلب الزيادة له؛ إذ فضل الله لا يتناهى، والكامل يقبل الكمال.

وفصل بعض المتأخرين، فقال بالحرمة إن ذكرها استقلالاً: كأن يقول المتكلم: قال النبي رحمه الله. وبالجواز إن ذكرها تبعاً: أي مضمومة إلى الصلاة والسلام، فيجوز: اللهم صل على محمد وارضم محمداً.

ولا يجوز: ارحم محمداً، بدون الصلاة؛ لأنها وردت في الأحاديث التي وردت فيها =

وحكي عن محمد بن عبد الله أنه كان يكره قول المصلي: وارحم محمدًا وآل محمد وكان يقول: هذا نوع ظن بتقصير الأنبياء فإن أحدًا ما^(١) يستحق الرحمة إلا بإتيان ما يلام عليه ونحن أمرنا بتعظيم الأنبياء وتوقيرهم، ولهذا إذا ذكر النبي لا يقال: رحمه الله، ولكن يقال: ﷺ، وكذا إذا ذكرت الصحابة لا يقال: رحمهم الله، ولكن يقال: رضي الله عنهم، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر^(٢) زاده.

وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله، ذكر أنه لا بأس به؛ لأن الأثر ورد به من طريق أبي هريرة وابن عباس - رضي الله عنهما - ولا عتب^(٣) على من اتبع الأثر؛ ولأن أحدًا لا يستغني عن رحمة الله.

ثم إذا أخذ في التشهد وانتهى إلى [قوله]^(٤): أشهد ألا إله إلا الله، هل يشير بأصبعه السبابة من يده اليمنى؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الأصل، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يشير؛ لأن مبنى الصلاة على السكينة والوقار ومنهم من قال: يشير.

وذكر محمد - رحمه الله - في غير رواية الأصول حديثًا عن النبي ﷺ أنه كان يشير^(٥)، قال محمد: يصنع بصنع النبي ﷺ، قال: هذا قولِي وقول أبي حنيفة

= على سبيل التبعية للصلاة والبركة، ولم يرد ما يدل على وقوعها مفردة، ورب شيء يجوز تبعًا، لا استقلالًا. وبه أخذ جمع من العلماء، بل نقله القاضي عن الجمهور، وقال القرطبي: وهو الصحيح.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٣٤٤، ٣٤٥)، والاختيار (١/٥٤)، وبدائع الصنائع (١/٢١٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٢٤١)، والأذكار، للنووي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م، ص (١٠٧)، وروضة الطالبين (١/٥٦٨)، ونهاية المحتاج (١/٢١، ٢٢، ٥٣١)، والمغني، لابن قدامة (١/٥٥٤)، وكشاف القناع (١/٣٦١)، والفتوحات الربانية بشرح الأذكار النووية، لابن علان، دار إحياء التراث العربي (٣/٣٢٧) وما بعدها.

(١) في د: لا.

(٢) في أ: جواهر.

(٣) في د: عيب.

(٤) سقط في أ.

(٥) أخرجه أحمد (٢/٦٥)، ومسلم (١/٤٠٨): كتاب المساجد: باب صفة الجلوس في الصلاة، الحديث (١١٦)، والنسائي (٣/٣٦٣): كتاب السهو: باب قبض الأصابع من اليد اليمنى، حديث ابن عمر.

- رحمه الله - .

ثم كيف يصنع عند الإشارة، حكي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه قال^(١):
يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى مع الإبهام ويشير بسبابته، وروي ذلك عن
النبي ﷺ^(٢).

وإذا فرغ الإمام من صلاته أجمعوا على أنه لا يمكث في مكانه مستقبل [القبلة
و[سائر]^(٣) الصلوات على السواء، وبعد^(٤) ذلك ينظر إن كان صلاة لا تطوع بعدها
يتخير^(٥) إن شاء انحرف عن يمينه أو يساره وإن شاء ذهب في حوائجه، وإن شاء
استقبل الناس بوجهه إذا لم يكن بحدائه رجل يصلي.

[ولم يفصل]^(٦) بين ما إذا كان المصلي في الصف الأول أو في^(٧) الآخر، وهذا
هو ظاهر المذهب أنه إذا كان بحدائه رجل يصلي يكره للإمام أن يستقبل الناس
بوجهه^(٨)، وإن كان بينهما صفوف وتصير^(٩) هذه المسألة رواية^(١٠) في مسألة.

تكلّموا أن المار بين يدي المصلي إذا كان في المسجد في أي حدّ يكره بعض
مشايخنا قالوا: في موضع سجوده، والأصح أن بقاع المسجد في ذلك كله
[على]^(١١) السواء؛ ألا ترى أن في هذه المسألة جعل جلوس الإمام في محرابه

(١) في أ: كان.

(٢) قال الحافظ ابن حجر حديث أبي حميد الساعدي: وصف صلاة النبي ﷺ فقال: إنه كان
يقبض الوسطى مع الخنصر والبنصر ويرسل الإبهام والمسبحة لا أصل له في حديث أبي
حميد ويغني عنه حديث ابن عمر عند مسلم: ووضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد
ثلاثاً وخمسين والمعروف في حديث أبي حميد: وضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه
اليسرى على ركبته اليسرى وأشار بإصبعه يعني السبابة رواه أبو داود والترمذي.
أخرجه مسلم (٨٦/٣ - نووي) كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب: صفة الجلوس
في الصلاة، حديث (٥٨٠/١١٥).

(٣) سقط في د.

(٤) في د: فبعد.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

(٧) زاد في د: الصف.

(٨) في أ: خلفه.

(٩) زاد في أ، ب، م: في.

(١٠) زاد في أ: رواية.

(١١) سقط في د.

مستقبل المصلي بمنزلة جلوسه في موضع سجوده .
وأما إذا كانت صلاة بعدها تطوع ، كالظهر والمغرب والعشاء ، يقوم إلى التطوع ،
ويكره له تأخير التطوع عن حال أداء الفريضة .
وإذا قام إلى التطوع لا يتطوع في المكان^(١) الذي صلى فيه المكتوبة بل يتقدم أو
يتأخر أو ينحرف يمينا أو شمالا أو يذهب إلى بيته فيتطوع ثمة .
ومن المشايخ من قال : إن كان إمامًا كان من عادته أن يتطوع قبل المكتوبة عن
يمين المحراب ، فبعد المكتوبة ينبغي أن يتطوع عن يسار المحراب .
قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : وهذا إذا لم يكن من قصده الاشتغال
بالدعاء ، فإن كان له ورد يقضيه^(٢) بعد المكتوبات فأراد أن يقضي قبل أن يشتغل
بالتطوع فإنه يقوم^(٣) عن مصلاه فيقضي ورده قائما ، وإن شاء جلس في ناحية من
المسجد وقضى ورده ثم قام إلى التطوع ، فمن الصحابة من كان يقضي ورده قائما .
ومنهم من كان يجلس في ناحية من المسجد ، فيقضي ورده ثم يقوم إلى التطوع ،
فالأمر فيه واسع ، فما ذكره شمس الأئمة - رحمه الله - دليل جواز تأخير السنن عن
حال أداء المكتوبة ، وما ذكرنا في ابتداء المسألة نص على كراهة تأخير السنن عن
أداء الفريضة .

هذا الذي ذكرنا في حق الإمام وأما^(٤) المنفرد والمقتدي فإن أتيا بالتطوع في
مصلاهما ويدعوان جاز ، وإن أقاما التطوع في مكانهما أو برحا عن مكانهما وأقاما
في مكان آخر جاز .
وفي بعض النوادر : إن أقاما التطوع في مكان آخر من المسجد فهو أحسن هذه
الجملة من شرح شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .
وفي بعض الروايات : إن ذهب^(٥) خطوة أو خطوتين فهو أحب إلي .
وفي شرح شيخ الإسلام - رحمه الله - بعض مشايخنا قالوا : المؤمنون ينقضون
الصفوف ويتأخر بعضهم ويتقدم البعض وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - .

(١) في د : مكانه .

(٢) في أ : نقصه .

(٣) في د : في .

(٤) في د : فأما في حق .

(٥) في أ ، ب : ذهب .

نوع آخر فيه بعض مسائل المقتدين^(١):

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: رجل جالس [قام]^(٢) مسرعا إن كبر، للافتتاح^(٣) وهو على هيئة لو كان قائما يركع، فانحط على مثل تلك الهيئة يجزئه عن الركوع لا^(٤) يجزئه عن تكبيرة الافتتاح؛ لأن تكبيرة الافتتاح وقعت في حالة الركوع، ومحل تكبيرة الافتتاح القيام المحض لا الركوع.

وهذه المسألة ذكرت^(٥) في واقعاته في موضع آخر، فقال: رجل جاء إلى الإمام وهو راعع - يعني: الجائي - فكبر الرجل وهو أقرب إلى الركوع، فصلاته فاسدة؛ لأنه لم يوجد الافتتاح قائما وإن كان إلى القيام أقرب، فصلاته جائزة؛ لأنه وجد الافتتاح قائما.

وإذا أدرك الإمام [والإمام]^(٦) راعع فكبر ينوي تكبيرة الركوع، ينظر: إن كان كبر قائما يكون^(٧) شارعا في صلاة الإمام؛ لأن نيته قد لغت وبقي التكبير حالة القيام وإن كبر وهو راعع فصلاته فاسدة.

وفي نوادر هشام: إذا جاء المسبوق إلى الإمام وهو راعع وفي يد هذا المسبوق شيء فوضعه حتى صار منحطا فكبر تكبيرتين ودخل في الصلاة.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - لو أوقع^(٨) تكبيرة الافتتاح قائما وهو [غير]^(٩) مستو أيضا، صح الشروع وإن أوقع^(١٠) وهو منحط غير مستو لا يصح الشروع. وقد ذكرنا قبل هذا: أن المقتدي متى يأتي بتكبيرة الافتتاح [فقد]^(١١) ذكرنا أيضا

(١) في أ: المتقدمين.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: الافتتاح.

(٤) في أ: فلا.

(٥) في ب: ذكر.

(٦) سقط في أ.

(٧) في د: يصير.

(٨) في ب: وقع.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في أ، ب: وقع.

(١١) سقط في أ، د.

أنه مني يأتي بالتعود، وإذا نوى الاقتداء [أو كبر ووقع تكبيره]^(١) قبل تكبير^(٢) الإمام فإنه لا يصير شارعاً في صلاة الإمام باتفاق الروايات واتفاق المشايخ وهل يصير شارعاً في صلاة نفسه؟ أشار في كتاب الصلاة إلى أنه يصير شارعاً فإنه قال: متى جدد تكبيراً مستأنفاً ونوى صلاة الإمام كان تكبيره قطعاً للصلاة الأولى شروعاً في صلاة الإمام.

وذكر في نوادر الصلاة لأبي سليمان أنه لا يصير شارعاً [فإنه قال: إذا قهقه لا تنتقض طهارته فمن مشايخنا من قال: في المسألة روايتان. على رواية النوادر أنه يقول: لا يصير شارعاً]^(٣) في صلاة نفسه.

وعلى رواية الأصل يصير شارعاً، وذكر شيخ الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: إنما ذكر في الأصل قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وما ذكر في النوادر قول محمد - رحمه الله - بناء على مسألة أخرى أن الجمعة إذا فسدت هل يبقى أصل الصلاة؟ [تبقى]^(٤) على قول أبي يوسف - رحمه الله - وعلى قول محمد - رحمه الله - لا تبقى.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان، وعامة المشايخ على أنه إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع^(٥)، ما ذكر في الأصل أنه كبر قبل الإمام فلم^(٦) يقتد به، فلما كبر الإمام نوى هو بقلبه الاقتداء به فلا يصير شارعاً مقتدياً به، ولكن يصير شارعاً في صلاة نفسه وموضوع ما ذكر في النوادر أنه كبر قبل تكبير الإمام مقتدياً به ثم كبر الإمام فلا يصير شارعاً في صلاة الإمام ولا في صلاة نفسه، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام خواهر زاده - رحمهما الله -، فلو أنه كبر بعدما كبر الإمام ونوى الشروع في صلاة الإمام يصير شارعاً في صلاة الإمام قاطعاً لما كان فيه، وهذه التكبيرة بعمل عمليين، ومثل هذا جائز كمن شرع في النافلة^(٧) ثم كبر

(١) في د: وكبر وتكبيره.

(٢) في ب، د: تكبيره.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في د: موضوع.

(٦) في د: لم.

(٧) النافلة في اللغة الزيادة، قال الله تعالى: ﴿وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ نَافِلَةً﴾ أي: زيادة؛ لأنه =

ينوي الفرض .

وإذا فرغ الإمام من تسيحات الركوع قبل أن يتمها المقتدي ثلاثا ورفع الإمام رأسه فعلى المقتدي أن يتابعه في رفع رأسه^(١) ولا يتمها ثلاثا، وعليه عامة المشايخ . قال الفقيه أبو جعفر: هذا هو الأشبه بمذهب أصحابنا - رحمهم الله -؛ لأن متابعة الإمام واجبة وتسيحات الركوع سنة .

قال: وعلى قياس قول أبي مطيع يتم التسيحات؛ لأن التسيحات عنده فريضة حتى لو تركها تفسد صلاته والاشتغال بالفريضة أولى من الاشتغال بالواجب وبه أخذ بعض المشايخ .

وإذا فرغ الإمام من قراءة التشهد قبل فراغ المقتدي، فإن المقتدي يتم قراءة التشهد ولا يتابع الإمام في القيام إن كان في القعدة الأولى، وإن كان في [القعدة]^(٢) الأخيرة، ولم يفرغ من قراءة التشهد، فقد قيل يتابعه ويسلم [معه]^(٣)، وقيل: يتم ما بقي .

وفي النوازل: قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إذا أدرك الإمام في التشهد، وقام الإمام [أو سلم]^(٤) في آخر الصلاة، المختار عندي أن يتم تشهده وإن لم يفعل أجزاءه .

ورأيت في موضع آخر الإمام إذا فرغ من [قراءة]^(٥) التشهد في القعدة الأخيرة وسلم وخلفه مسبوق لم يفرغ من قراءة التشهد، [هل]^(٦) يتم التشهد، أو لا؟ . وقد قيل: لا يتم؛ لأنه إنما يأتي بالتشهد ههنا متابعة للإمام، وقد انقطعت المتابعة بسلام الإمام .

= دعا في إسحاق، وزيد يعقوب من غير دعاء فكان ذلك نافلة، أي زيادة على ما سأل، إذ قال: ﴿رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ ويقال لولد الولد: نافلة؛ لأنه زيادة على الولد . وهي في الاصطلاح ما زاد على الفرائض .

- (١) في د: الرأس .
- (٢) سقط في أ، ب .
- (٣) سقط في أ .
- (٤) سقط في أ .
- (٥) سقط في أ .
- (٦) سقط في أ، ب .

وقد قيل: يتم؛ لأنه بمنزلة ذكر واحد، فلو قطعه تبطل^(١) واستدل هذا القائل بالإمام إذا فرغ عن تسيحات الركوع أو السجود والمقتدي لم يفرغ بعد فرغ الإمام رأسه فالمقتدي يتابعه، وبمثله فرغ الإمام عن قراءة التشهد قبل فراغ المقتدي، وقام الإمام إلى الثالثة أو كان في القعدة الأخيرة سلم الإمام قبل فراغ المقتدي، فالمقتدي لا يتابعه ويقرأ التشهد بتمامه^(٢).

بخلاف^(٣) تسيحات الركوع و^(٤) السجود؛ لأن كل تسيحة ذكر على حدة^(٥). فلو ترك البعض لا يبطل المأتي به.

أما التشهد ذكر واحد فلو تركه تبطل، وإبطال الذكر لا يجوز.

وهذا الفرق يشير [إلى]^(٦) أن المسبوق يتم التشهد في تلك المسألة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: الإمام إذا تكلم والمقتدي بعد لم يقرأ التشهد، قرأ التشهد، وإن أحدث عمدًا لم يقرأ [التشهد]^(٧).

وإذا شرع المقتدي في قراءة التشهد، وفرغ قبل فراغ الإمام، ثم تكلم أو ذهب، فصلاته تامة؛ لأن المعتمر هو القعدة دون القراءة، وقد تم قعدة الإمام في حق المقتدي؛ ألا ترى أن الإمام لو كرر قوله: التحيات لله حتى [كان بحال لو]^(٨) قرأ التشهد أمكنه ذلك، جازت صلاته.

وفي صلاة الإملاء^(٩): [وفي]^(١٠) رواية بشر بن غياث^(١١): إذا أدرك المقتدي

الإمام في ركوعه، وركع معه، وسبح معه، فقبل أن يتمها ثلاثا رفع الإمام رأسه أتمها

(١) في أ: يبطل.

(٢) في د، م: ويتمه.

(٣) في أ، ب، م: والفرق أن.

(٤) في ب: أو.

(٥) في د: حالة.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في أ.

(٨) في د: لو كان بحال.

(٩) في د: أملاه.

(١٠) سقط في ب.

(١١) هو: بشر بن غياث بن أبي كريمة عبد الرحمن المريسي، العدوي، فقيه معتزلي عارف بالفلسفة يُرمَى بالزندقة، وهو رأس الطائفة المريسية القائلة بالإرجاء وإليه نسبتها، توفي سنة ٢١٨هـ. ينظر: النجوم الزاهرة (٢/٢٢٨)، تاريخ بغداد (٧/٥٦).

ثلاثا.

ولو كان مع الإمام قبل أن يركع الإمام وركع مع الإمام، وسبح، فقبل أن يتمها ثلاثا، رفع الإمام رأسه ورفع هو رأسه أيضا تبعا للإمام.
قال ثمة: وكذلك هذا في السجود إذا ركع المقتدي قبل الإمام، وأدركه الإمام في الركوع أجزأه عند علمائنا الثلاثة، رحمهم الله، والمسألة معروفة.
وهذا إذا ركع^(١) بعد ما فرغ الإمام من القراءة، فأما إذا ركع قبل أن يأخذ الإمام في القراءة ثم قرأ الإمام وركع والرجل راكع، فأدركه في الركوع.
قال الفقيه أبو محمد الكزيميني^(٢) - رحمه الله -: لا يجزئه عن الركوع؛ لأنه ركع قبل أوانه.

ولو ركع بعد [ما]^(٣) قرأ الإمام ثلاث آيات ثم أتم القراءة وأدركه جاز.
ولو ركع الإمام بعدما قرأ الفاتحة ونسي السورة فركع المقتدي معه ثم عاد الإمام إلى قراءة السورة ثم ركع [و]^(٤) المقتدي على ركوعه الأول أجزأه الركوع.
ولو تذكر الإمام في ركوعه في الركعة الثالثة^(٥) أنه ترك سجدة من الركعة الثانية فاستوى الإمام فسجد^(٦) للثانية فأعاد^(٧) التشهد، ثم قام وركع [لثالثة]^(٨) والرجل على حاله [راكع]^(٩)؛ لم يجز المقتدي ذلك الركوع.
وإذا سجد المقتدي قبل رفع الإمام رأسه من الركوع^(١٠) أو سجد للثانية^(١١) قبل رفع الإمام رأسه من السجدة الأولى ثم شاركه الإمام فيها، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه لا يجوز.

- (١) زاد في أ: الإمام.
- (٢) في أ، د: موسى.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في د: الثانية.
- (٦) في د: يسجد.
- (٧) في د: وأعاد.
- (٨) في أ: الثالثة، وسقط في د.
- (٩) سقط في أ، ب.
- (١٠) زاد في د: الثانية.
- (١١) في أ، ب: الثانية.

وإذا رفع المقتدي رأسه من الركوع قبل الإمام ينبغي أن يعود كذا قاله الصدر الكبير برهان الأئمة - رحمه الله - .

وإذا رفع المقتدي رأسه من السجدة الأولى فرأى الإمام ساجدًا فظن أنه في السجدة الثانية وهو في السجدة الأولى بعد، فالمسألة على ستة أوجه: في الخمسة^(١)، يصير ساجدًا للسجدة^(٢) الأولى [منها]^(٣)، إذا لم ينو^(٤) شيئًا حملًا لأمره على الصواب^(٥).

والثانية: إذا نوى الأولى.

والثالثة^(٦): إذا نوى المتابعة.

والرابعة: إذا نوى الأولى^(٧) والمتابعة.

والجواب فيها أظهر.

والخامسة^(٨): إذا نوى الثانية والمتابعة؛ لأنه تقع^(٩) المعارضة بين النيتين، فيجعل كأنه لم ينو^(١٠) و^(١٠) يترجح بما هو الصواب.

السادسة: إذا نوى الثانية فحسب، وهاهنا يصير ساجدًا عن الثانية؛ لأن هذه ثانية باعتبار فعله؛ فالنية صادفت محلها، ولم يوجد في معارضته نية أخرى، ثم إذا صار ساجدًا عن الثانية فرفع الإمام رأسه عن السجدة الأولى فأدركه في هذه السجدة. قد ذكرنا رواية الحسن [عن أبي حنيفة]^(١١)، أنه لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف أنه يجوز.

وعن محمد^(١٢) روايتان.

(١) زاد في د: منها.

(٢) في د: السجدة.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: يبق.

(٥) زاد في د: وهو المتابعة.

(٦) في د: وللثالثة.

(٧) في د: الإمام.

(٨) في د: والخامس.

(٩) في أ: نوى.

(١٠) في ب، د: أو.

(١١) سقط في د.

(١٢) زاد في د: فيه.

فإن^(١) أطال المقتدي السجدة الأولى وسجد الإمام الثانية ثم رفع المقتدي رأسه فرأى الإمام ساجداً فظن أنه في السجدة الأولى فسجد؛ فالمسألة أيضاً على ستة أوجه، وفي الوجوه كلها يصير ساجداً عن الثانية.

أما إذا لم تحضره النية؛ لأن هذه ثانية باعتبار حاله وحال الإمام. وأما إذا [نوى الثانية أو نوى المتابعة والثانية فظاهر، وأما إذا نوى المتابعة و[الأولى]^(٢) فكما ذكرنا، وأما إذا]^(٣)، نوى الأولى فحسب؛ لأن النية لم تصادف محلها، لا باعتبار حاله ولا باعتبار حال الإمام فيلغو.

وفي تسليم المقتدي روايتان عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - . في رواية يسلم مع الإمام، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين التسليم والتكبير.

وفي رواية يسلم بعد الإمام، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين التسليم والتكبير.

والفرق أن في مقارنة التكبير سرعة إلى العبادة فيكون أولى، وفي مقارنة التسليم سرعة إلى الخروج عن العبادة والاشتغال بأمور الدنيا؛ ولأن يبقى في حرمة الصلاة خير من أن يخرج عن حرمة الصلاة وعلى قولهما يسلم بعد الإمام كما يكبر بعد الإمام.

وبعض مشايخنا قالوا: عند محمد - رحمه الله - : يسلم مقارنا للإمام، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله - أن عطاء^(٤)، وإبراهيم^(٥)

(١) في أ: وإن.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في د.

(٤) هو: عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم، أبو محمد الجندي، نزيل مكة، وأحد الفقهاء والأئمة، ولد سنة سبع وعشرين، روى عن: أسامة بن زيد بن حارثة، وعمر بن أبي سلمة وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة وعائشة، وروى عنه: أبان بن صالح، وإبراهيم بن ميسرة، وأبو إسحاق السبيعي، وخلق. قال ابن سعد: كان ثقة، عالماً، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة، وقال أبو حنيفة: ما لقيت أفضل من عطاء، توفي سنة أربع عشرة ومائة. ينظر: تهذيب الكمال (٦٩/٢٠)، طبقات ابن سعد (٣٨٦/٢).

(٥) هو: إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، أبو عمران الكوفي الفقيه، ولد سنة خمسين، وقيل: سنة سبع وأربعين، يرسل كثيراً، روي عن علقمة وهمام بن الحارث

- رحمهما الله - يقولان: المقتدي بالخيار، إن شاء سلم بعد فراغ الإمام وإن شاء سلم مع الإمام.

وقال محمد بن سلمة - رحمه الله -: إذا سلم الإمام عن يمينه يسلم المقتدي عن يمينه [بعده]^(١)، وإذا سلم الإمام عن يساره، يسلم المقتدي بعده عن يساره. وقال الفقيه أبو جعفر [الهندواني - رحمه الله -]^(٢): يسلم المقتدي مع الإمام حتى يصير خارجا بسلام نفسه.

فذهب الفقيه أبو جعفر إلى أن المقتدي يصير خارجا عن الصلاة بسلام الإمام بشرط أن يسلم مع الإمام حتى يصير خارجا بسلام نفسه فيكون مقيما للسنة^(٣). وعن أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا روايتان: في رواية يصير [المقتدي]^(٤) خارجا عن حرمة الصلاة بسلام الإمام. [وفي رواية لا يصير خارجا [عنها به]^(٥). فمال الفقيه أبو جعفر إلى أن الرواية التي هو يصير خارجا عن حرمة الصلاة بسلام الإمام^(٦) المقتدي إذا تقدم على إمامه فسدت صلاته، والإمام إذا تأخر عن المقتدي لا تفسد صلاته؛ لأن فرض المقام على المقتدي في وسط باب الحدث من شرح الكافي في الكبير^(٧).



والأسود بن يزيد وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق، وله عن عائشة في أبي داود والنسائي وابن ماجه، قال الحافظ في التقريب: ثقة، إلا أنه يرسل كثيرا. قال أبو نعيم: توفي سنة ست وتسعين هـ. وقال عمرو بن علي: سنة خمس وتسعين آخر السنة. ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري (٣٣٣/١)، والجرح والتعديل (١٤٥/٢)، وتقريب التهذيب (٤٦/١)، وخلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٥٩/١، ٦٠).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: السنة.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) في د: التكبير.

نوع آخر فيه بعض مسائل المسبوقين:

إذا انتهى إلى الإمام وقد سبقه الإمام بشيء من صلاته هل يأتي بالثناء؟، فهذا على وجوه:

الأول إذا أدركه في حالة القيام في الركعة الأولى أو [في]^(١) الركعة الثانية، وفي هذا الوجه كان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يحكي عن أستاذه الشيخ الإمام أنه كان يقول: لا يأتي بالثناء، قال: وقال غيره من أصحابنا - رحمه الله -: [أنه]^(٢) يأتي، ورأيت عن ابن المبارك - رحمه الله - أنه لا يأتي به.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: إن كانت الصلاة [صلاة]^(٣) يخافت فيها بالقراءة، يأتي بالثناء لا محالة؛ لأنه لو لم يأت بالثناء إنما لا يأتي كي لا يفوته الاستماع فإذا كانت الصلاة مما يخافت فيها بالقراءة لا يلزمه الاستماع. والثناء ذكر مقصود بنفسه فيأتي به.

فإن قيل: إن^(٤) كان لا يفوته الاستماع متى^(٥) اشتغل بالثناء فإنه يفوته فرض الإنصات.

قلنا: الإنصات، إنما يفترض حالة استماع القراءة؛ لأن الاستماع إنما يتحقق بالإنصات، والاستماع فرض فما^(٦) لا يتحقق الاستماع إلا به فيصير فرضاً تبعاً له. فأما في غير حالة الاستماع فالإنصات إنما شرع سنة تعظيماً لأمر القراءة بقدر الإمكان لا سنة مقصودة [بنفسها، والثناء ذكر مقصود]^(٧) بنفسه فكان مراعاة الثناء أهم من مراعاة الإنصات.

فإن قيل: الإنصات فرض، وإن كان لا يستمع القراءة حتى سقطت عن المقتدي [القراءة التي هي ركن في الصلاة لأجل الإنصات.

(١) سقط في: أ، ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: إذا.

(٥) في أ: حتى.

(٦) في أ: مما.

(٧) سقط في أ.

قلنا: القراءة ما سقطت عن المقتدي^(١)، لمكان الإنصات، لكن إنما سقطت؛ لأن قراءة الإمام جعلت قراءة له متى شارك الإمام في القيام الذي هو محل قراءة الإمام؛ ألا ترى أنه متى أدركه في حالة الركوع صار مدركاً لهذه الركعة وإن لم يوجد منه إنصات لقراءة الإمام؛ لأنه شاركه في القيام، فجعل قراءة الإمام له قراءة لما شاركه في القيام، فأما ثناء الإمام لم يجعل ثناء للمقتدي فإذا لم يشتغل بالثناء يفوته [الثناء]^(٢) أصلاً، وأما إذا كانت صلاة يجهر فيها بالقراءة إن أدرك الإمام في الركعتين الآخرتين فكذلك الجواب يشتغل بالثناء؛ لأن الإمام يخافت بالقراءة في الآخرتين، وإن كان في الركعتين الأوليين [فقد]^(٣) اختلف فيه المشايخ منهم من يقول: يشتغل بالثناء، ومنهم من يقول: لا يشتغل [بالثناء]^(٤)، بل يستمع القراءة وإليه كان [يميل]^(٥) الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - وهو الأصح. ومنهم من يقول: ينتظر مواضع سكتات الإمام ويأتي بالثناء [فيما بينهما حرفاً حرفاً].

أما من قال: إنه يشتغل بالثناء، ذهب في ذلك إلى أن الاستماع إن فاته بسبب الاشتغال^(٦) فإنما فاته في البعض، والثناء يفوته^(٧) أصلاً، فكان الاشتغال بالثناء أولى، وأما من يقول: لا يشتغل بالثناء، يقول: [بأنه لو اشتغل بالثناء يفوته الاستماع، وإنه فرض مقصود بنفسه، والثناء سنة، فكان ترك السنة أولى من ترك الفرض بخلاف الإنصات؛ لأنه بانفراده ليس بفرض وإنما يفترض حالة الاستماع؛ ألا ترى أن الأمر به على الانفراد لم يرد وإنما ورد مع الأمر بالاستماع فيكون فرضاً [على]^(٩) حالة الاستماع سنة [على]^(١٠) الانفراد وإذا كانت سنة في هذه الحالة كان

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) زاد في د: لو لم يأت.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في د.

الاشتغال بالثناء أولى من الوجه الذي بينا.
 وأما من يقول: يأتي بالثناء في سكتات الإمام، [فقد]^(١) ذهب في ذلك إلى أنه يمكنه إقامة هذه السنة من غير أن يفوته فرض الاستماع بأن يأتي بها في سكتات الإمام، [فكان عليه أن يأتي بالثناء في سكتات الإمام]^(٢).
 وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -، إذا جاء المسبوق إلى الإمام، والإمام في الفاتحة في صلاة [لا]^(٣) يجهر [بالقراءة]^(٤) فيها يثني بالاتفاق.
 وإذا خافت الإمام في السورة في صلاة يجهر فيها.
 قال أبو يوسف - رحمه الله -: يثني.
 وقال محمد - رحمه الله -: لا يثني.
 وفي صلاة العيد والجمعة إذا كان المسبوق بعيدا عن الإمام لا يسمع قراءته هل يثني بعد تكبيرة الافتتاح.

قال الفضلي - رحمه الله - لا يثني؛ لأنه على يقين أنه يقرأ فيدخل تحت قوله:
 ﴿فَأَسْتَمِعُوا﴾^(٥).

وقال الإمام أبو محمد عبد الله بن الفضل^(٦): يثني؛ لأنه^(٧) لا يسمع^(٨)؛ فصار كما لو أدرك الإمام في الأوليين في صلاة لا يجهر فيها، فهناك يثني، وإن تيقن أن الإمام في القراءة كذا هاهنا.

هذا الذي ذكرنا إذا أدرك الإمام في حالة القيام، فأما إذا أدركه في حالة الركوع، وكبر تكبيرة الافتتاح قائما، هل يأتي بالثناء قائما يتحرى فيه إن كان أكبر رأيه أنه لو أتى به قائما^(٩) يدرك الإمام في شيء من الركوع، فإنه يأتي به؛ لأن الموضع الذي

(١) سقط في أ، ب، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سورة الأعراف آية: ٢٤.

(٦) في أ: الفضلي. وهو: الحَيْرَانِي، وقد سبقت ترجمته.

(٧) في أ: أنه.

(٨) في أ: يستمع.

(٩) في أ: وإنما.

أدرك الإمام فيه ليس بموضع القراءة للإمام، وإتيان بالثناء لا يؤدي إلى تفويت هذه [الركعة]^(١) إذا كان لا يدركها^(٢)، فقد أمكنه إدراك الأمرين، والجمع بين الأمرين وإحرازهما فلا^(٣) يترك واحداً منهما وإن كان أكبر رأيه أنه لو اشتغل [بالثناء]^(٤) لا يدرك الإمام في شيء من الركوع، لا يأتي بالثناء بل يتابع الإمام في الركوع؛ وذلك لأنه لو أتى بالثناء [فاته الركوع]^(٥)، وإدراك الركعة أهم من إتيانه بالثناء.

فإن قيل: الركعة لو فاتته تفوته إلى خلف، فإنه يقضي بعد فراغ الإمام من الصلاة والثناء يفوته أصلاً، فإنه لا يأتي به بعد ذلك.

قلنا: الركعة إن كانت تفوته إلى خلف إلا أن سنة الجماعة في^(٦) هذه الركعة تفوته أصلاً [لا]^(٧) إلى خلف ومراعاة سنة الجماعة أولى من مراعاة [سنة]^(٨) الثناء؛ ألا ترى أنه لو أدرك الإمام في صلاة الفجر، فإن كان أكبر رأيه أنه لا يدرك الإمام في الركعة الثانية فإنه لا يشتغل بركعتي الفجر وقد ورد في ركعتي الفجر من الوكادة ما لم يرد في غيره، لكن لما كان الاشتغال بركعتي الفجر يؤدي إلى تفويت سنة الجماعة في الركعة الثانية، كانت إقامة سنة الجماعة أولى وكذا هاهنا.

ولا يأتي بالثناء في الركوع؛ لأن الثناء سنة والتسيحات سنة أيضاً، إلا أن التسيحات [في محلها، والثناء ليس في محله، وكان الاشتغال بالتسيحات]^(٩) أولى [من هذا الوجه]^(١٠).

وعن محمد بن سلمة - رحمه الله -: أنه يأتي بالثناء في الركوع في هذه الصورة. وإذا ركع المسبوق وسوى ظهره في الركوع صار مدركا للركعة قدر على التسيح

(١) سقط في د.

(٢) في د: يدرك.

(٣) في أ: ولا.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: فاتته الركعة مع الإمام.

(٦) في ب: من.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ، ب، م.

أو لم يقدر، وإن لم يقدر على [تسوية]^(١) الظهر في الركوع حتى رفع الإمام رأسه من الركوع، فاتته الركعة.

ولو كبر والإمام راعع واشتغل هو بالثناء ولم يركع حتى رفع الإمام رأسه ثم ركع^(٢)، لم يصير مدركا للركعة عند علمائنا - رحمهم الله - الثلاثة خلافا لزفر - رحمه الله - .

وإن أدركه بعد ما رفع رأسه من الركوع، يكبر تكبيرة الافتتاح قائما، ويأتي بالثناء إن كان أكبر رأيه أنه لو أتى بالثناء يدرك الإمام في السجدة.

وكذا لو أدركه في السجدة الأولى يكبر تكبيرة الافتتاح قائما ويأتي بالثناء إن كان أكبر رأيه أنه لو أتى بالثناء يدرك الإمام في هذه السجدة.

وكذلك إذا^(٣) أدركه بعد ما رفع رأسه من السجدة الأولى يكبر تكبيرة الافتتاح قائما ويأتي بالثناء إن كان أكبر رأيه أنه يدرك الإمام في السجدة الثانية ثم يسجد ولا يأتي بالركوع والسجدتين ولو أتى بهما^(٤) تفسد صلاته؛ لأنه صار منفردا بركعة تامة بعد ما شرع في صلاة الإمام تفسد صلاته.

وأما إذا أدركه في القعدة الأخيرة فإنه يكبر تكبيرة الافتتاح قائما ثم يقعد ويتابعه في التشهد.

ولا يأتي بالدعوات المشروعة بعد الفراغ من التشهد عند بعض المشايخ وإليه مال الكرخي، وشيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -؛ لأن الدعاء مشروع في آخر الصلاة لا في وسطها.

وقال بعضهم: يأتي بها وهكذا رواه أبو عبد الله البلخي - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - وبه كان يفتي عبد الله بن الفضل^(٥) الحَيزَاخَزي؛ وهذا لأن المصلي إنما [لا]^(٦) يشتغل بالدعاء في وسط الصلاة؛ لما فيه من تأخير الأركان،

(١) في د: التسوية يعني تسوية.

(٢) زاد في د: هو.

(٣) في أ: إن.

(٤) في أ، د: بها.

(٥) في أ: الفضلي.

(٦) سقط في أ.

وهذا المعنى لا يوجد ههنا.
ثم على قول من [لا]^(١) يأتي بالدعوات المشروعة بعد الفراغ من التشهد ماذا يصنع؟ اختلفوا فيما بينهم.

قال بعضهم: يكرر التشهد، وقال بعضهم: يصلي على النبي ﷺ.
وقال بعضهم: يأتي بالدعوات التي في القرآن ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾^(٢)، ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا﴾^(٣)، وقال بعضهم: يسكت.
وقال بعضهم: هو بالخيار إن شاء أتى بالدعوات المذكورة في القرآن وإن شاء صلى على النبي ﷺ.

وإن^(٤) أدركه^(٥) في الركوع فدخل في صلاته ولم يركع معه وسجد سجدتين أو [أدركه بعدما رفع رأسه من الركوع فدخل معه وركع ثم سجد مع الإمام السجدتين]^(٦) لا يصير مدرگا للركعة [لما علم]^(٧) ولا يفسد صلاته.
[وكذلك لو أدرك الإمام في السجدة الأولى فركع وسجد معه السجدتين لا يصير مدرگا للركعة ولا تفسد صلاته]^(٨).

فرق بين هذا وبين ما إذا أدرك الإمام بعدما رفع رأسه من السجدة الأولى فدخل في صلاته وركع وسجد السجدتين^(٩)؛ الأولى بنفسها والثانية مع الإمام تفسد صلاته.

والفرق: أن في هذه المسألة لم يدخل في صلاته إلا زيادة ركوع؛ لأنه وجب عليه المتابعة في السجدتين وزيادة الركوع بانفراده لا يوجب فساد الصلاة، وفيما تقدم أدخل ركعة وهو ركوع وسجدة وصار منفردًا بركعة، بعدما دخل في صلاة الإمام وأنه يوجب فساد الصلاة.

(١) سقط في أ.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٨٦ .

(٣) سورة آل عمران آية: ٨ .

(٤) في د: وأما إذا.

(٥) زاد في أ: بعد، وزاد في د: وهو.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ، د.

(٩) في د: السجدة.

ولا ينبغي للمسبوق أن يقوم إلى قضاء ما سبق به قبل [سلام]^(١) الإمام وإن قام قبل أن يفرغ الإمام من التشهد، فالمسألة على وجوه إما أن يكون مسبوقاً بركعة، أو بركعتين، أو بثلاث، [فإن]^(٢) كان مسبوقاً بركعة، فإن وقع^(٣) من قراءته بعد فراغ الإمام من التشهد مقدار ما تجوز به الصلاة جازت صلاته لو مضى على ذلك، وإن لم يقع من قراءته ذلك المقدار بعد ما فرغ الإمام من التشهد [لا تجوز صلاته؛ لأن قيامه وقراءته قبل فراغ الإمام من التشهد]^(٤) لم يقع معتبراً، فإذا مضى على ذلك فقد ترك من صلاته ركعة فلا يجوز.

وكذلك لو كان مسبوقاً بركعتين؛ لأنه ترك القراءة في إحداهما.

ولو كان مسبوقاً بثلاث؛ كان عليه فرض القراءة في ركعتين^(٥) وفرض القيام في ركعة فينظر إن كان قام بعد فراغ الإمام من التشهد أو في قومة الركوع، وقرأ في الآخرين ما تجوز به الصلاة، جازت صلاته، وإن ركع في الأولى قبل فراغ الإمام من التشهد ومضى على ذلك فسدت صلاته.

وذكر [في موضع آخر]^(٦): إذا سلم الإمام [فالمسبوق يتأني]^(٧) ولا يتعجل بالقيام وينظر هل يشتغل الإمام بقضاء ما نسيه من صلاته؟، فإذا تيقن فراغ الإمام من صلاته فحينئذ يقوم هو إلى قضاائه ولا يسلم مع الإمام؛ لأنه في وسط الصلاة وفيه حكاية وهي^(٨) أن أبا يوسف - رحمه الله - كان على مائدة هارون الرشيد^(٩)

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ركع.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: الركعتين.

(٦) في أ: مواضع أخرى.

(٧) في أ، ب: والمسبوق يأتي.

(٨) في أ: وهو.

(٩) هو: هارون الرشيد بن محمد المهدي بن المنصور العباسي، أبو جعفر، خامس خلفاء الدولة العباسية في العراق وأشهرهم، ولد بالري سنة تسع وأربعين ومائة. بويع بالخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة سبعين ومائة، فقام بأعبائها، وازدهرت الدولة في أيامه، وكان الرشيد عالماً بالأدب وأخبار العرب والحديث والفقہ، فصيحاً، له شعر، وكان شجاعاً كثير الغزوات، يلقب بجبار بني العباس، حازماً كريماً متواضعاً، يحج سنة ويغزو سنة، لم ير خليفة أجود منه، ولايته ثلاث وعشرون سنة وشهران وأيام، توفي في سناباذ من قرى =

فسأل [زفر]^(١) وقال: ما تقول يا أبا هذيل متى يقوم المسبوق إلى قضاء ما سبق، فقال زفر: بعد سلام الإمام، فقال أبو يوسف - رحمه الله -: أخطأت، فقال زفر بعد سلام^(٢) [الإمام]^(٣): تسليمه، فقال أبو يوسف رحمه الله: أخطأت، فقال زفر: قبل سلام الإمام، فقال أبو يوسف: أخطأت، ثم قال أبو يوسف: إنما يقوم بعد تيقنه أن الإمام فرغ^(٤) من صلاته، فقال زفر: أحسنت أيد الله القاضي.

قال الزُّنْدُوسِي فِي نَظْمِهِ: يَمَكُثُ الْمَسْبُوقُ حَتَّى يَقُومَ الْإِمَامُ إِلَى تَطَوُّعِهِ إِنْ كَانَتْ صَلَاةٌ^(٥) بَعْدَهَا تَطَوُّعٌ وَيَسْتَنْدُ إِلَى الْمَحْرَابِ إِنْ كَانَتْ صَلَاةٌ لَا تَطَوُّعَ بَعْدَهَا^(٦).

ولو لم يمكث حتى يسلم الإمام لكن^(٧) لما^(٨) فرغ الإمام من قراءة التشهد قام المسبوق إلى قضاء ما سبق جازت صلاته بالاتفاق، ولكنه مسيء فيما صنع، وإنما جازت صلاته لفرغ الإمام من الصلاة، حتى قالوا فيمن صلى مع الإمام الجمعة، والإمام في الجامع وهو في الطريق وهو مسبوق فخاف أنه لو انتظر حتى يسلم الإمام ثم يقوم هو إلى قضائه^(٩) تفسد المارة عليه صلاته.

قالوا: إذا علم أن الإمام فرغ من التشهد يقوم هو^(١٠) إلى القضاء، وتجاوز صلاته. ولو قام إلى قضاء ما سبق بعدما تشهد الإمام وعلى الإمام سجود السهو، فهذا الفصل يأتي في الفصل الذي يلي هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

* * *

طوس، وبها قبره.

ينظر: البداية والنهاية (١٠/٢١٣)، الذهب المسبوك، للمقريزي، مصر، ١٩٥٥م، ص (٤٧ - ٥٨)، الكامل، لابن الأثير (٦/٦٩).

- (١) سقط في د.
- (٢) في ب، د: ما سلم.
- (٣) سقط في د.
- (٤) في د: قد فرغ.
- (٥) في أ: صلاته.
- (٦) في أ: بعد.
- (٧) في ب، د: ولكن.
- (٨) في د: كما.
- (٩) زاد في د: بعدما شهد الإمام.
- (١٠) في أ، ب: هذا.

الفصل الخامس

في الجمع بين المسبوق واللاحق^(١)

يجب أن يعلم بأن المسبوق من لم يدرك أول الصلاة، واللاحق: من أدرك أول الصلاة إلا أنه لم يصل مع الإمام إما لأنه^(٢) نام^(٣)؛ أو لأنه^(٤) أحدث وذهب وتوضأ ثم عاد وانتبه النائب وقد صلى الإمام بعض الصلاة.

ومن حكم [المصلي]^(٥) المسبوق أنه يصلي أولاً ما أدرك مع الإمام، فإذا فرغ الإمام من صلاته يقضي ما سبق به.

ومن حكم [المصلي]^(٦) اللاحق: أن يصلي ما فاته مع الإمام أولاً، ثم يتابع الإمام فيما بقي حتى أنه إذا كبر مع الإمام ثم نام^(٧) حتى صلى الإمام ركعة ثم انتبه فإنه يصلي الركعة الأولى وإن كان الإمام يصلي الركعة الثانية، وهذه المخالفة لا توجب فساد الصلاة، والمسبوق في الحكم كأنه منفرد، ولهذا كان عليه القراءة فيما يقضي.

ولو سها فيما يقضي كان عليه سجود السهو.

واللاحق في الحكم؛ كأنه خلف الإمام، ولهذا لا قراءة عليه فيما يصلي ولا سهو عليه إن كان قد سها، وكان الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخيزاخزي - رحمه الله - يقول: أصحابنا جعلوا المسبوق فيما يقضي كالمنفرد إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: إذا قام إلى قضاء ما سبق به فجاء إنسان واقتدى به لا يصح اقتداؤه، ولو كان كالمنفرد يصح اقتداؤه كما لو كان منفرداً حقيقة.

(١) اللاحق - وهو المدرك لأول صلاة الإمام - إذا فاته بعضها بعد الشروع بسبب النوم أو الحدث السابق، بأن نام خلف الإمام، ثم انتبه وقد سبقه الإمام بركعة أو فرغ من صلاته، أو سبقه الحدث فذهب وتوضأ وقد سبقه الإمام بشيء من صلاته أو فرغ عنها، فاشتغل بقضاء ما سبق به فسها فيه - لا سهو عليه؛ لأنه في حكم المصلي خلف الإمام؛ ألا ترى أنه لا قراءة عليه؟! ينظر: بدائع الصنائع (١/١٧٥).

(٢) في أ، ب: أنه.

(٣) في د: نائم.

(٤) في أ، ب: أنه.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في د، م: قام.

ثانيها^(١): إذا قام إلى قضاء ما سبق [به]^(٢) فكبر ونوى استئناف^(٣) تلك الصلاة وقطعها^(٤) يصير مستأنفا وقاطعا ولو كان كالمنفرد لما صار مستأنفا وقاطعا، كما لو كان منفردا حقيقة.

ثالثها^(٥): إذا قام إلى قضاء ما سبق [به]^(٦) وعلى الإمام سجدة السهو فعليه أن يتابعه ولو لم يتابعه حتى فرغ من صلاته كان عليه أن يسجد سجدة السهو ولو كان كالمنفرد^(٧) لا يلزمه سجدة [سهو]^(٨) سهاه الإمام.

المسبوق إذا سلم مع الإمام ساهيا ومسح يديه على وجهه بعد التسليم، كما يفعل في العادة ثم تذكر ليس له أن يبني؛ لأن مسح اليدين على الوجه عمل كثير [حتى إن]^(٩) من رآه يفعل ذلك يظنه خارج الصلاة، [ويؤيده]^(١٠) رواية مكحول النسفي^(١١)، عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أن من رفع يديه عند الركوع أو عند رفع

(١) في أ، ب: الثانية.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) الاستئناف لغة: الابتداء والاستقبال، وقد استأنف الشيء أخذ أوله وابتدأه.

ينظر: تاج العروس، مادة (أنف) (٤٨/٦)، والمصباح المنير، مادة (أنف) (٣٥/١)، والنهاية في غريب الحديث (٧٥/١، ٧٦).

ويتبع استعمالات هذا المصطلح لدى الفقهاء، يمكن الوصول إلى تعريف بأنه: البدء بالماهية الشرعية من أولها، بعد التوقف فيها وقطعها لمعنى خاص، فالاستئناف لا يكون إلا بعد قطع الماهية الأولى.

ينظر: تبين الحقائق (١٤٥/١)، ورد المحتار على الدر المختار (٦٠٣/١)، وبدائع الصنائع (٢٠٢٠/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٥٢/٢)، والمجموع شرح المهدب (٤٥٧/٤)، والفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي أبي عبد الله، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٨ هـ (٤٠١/١)، والمغني، لابن قدامة (٢٤٤/١، ٢٤٥).

(٤) في أ، ب: وقطعا.

(٥) في أ، ب الثالثة.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) زاد في د: لكان.

(٨) في د: السهو لسهو.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في أ.

(١١) هو: مكحول بن الفضل النسفي، أبو مطيع: فقيه. من كتبه (الشعاع) في الفقه، واللؤلؤيات) في المواعظ، اختصرها علي بن عيسى النسائي، توفي سنة (٣١٨ هـ).

الرأس من الركوع تفسد صلاته واعتبره عملاً كثيراً. وفي نوادر أبي سليمان عن محمد - رحمهما الله - رجل فاتته ركعة مع الإمام ثم سلم الإمام فسها الرجل ولا يدري أفاتته الركعة أم لا ثم علم فقام ففضاها فعليه السهو وإن كان ذلك قبل سلام الإمام فلا سهو عليه؛ لأن قبل سلام الإمام هو على المتابعة فلا يعتبر سهوه بخلاف ما بعد سلام الإمام. وعنه: المسبوق إذا لم ينتظر سلام الإمام وقام وقرأ وركع^(١) ثم سلم الإمام وسجد للسهو رجع إليه فسجدها معه وأعاد القراءة والركوع ولا سهو عليه. وإذا قام الإمام إلى الخامسة وتابعه المسبوق إن كان الإمام قعد على الرابعة فسدت صلاة المسبوق.

المسبوق يسجد سجدي السهو مع الإمام وكذا المقيم إذا كان مقتدياً بالمسافر يسجد للسهو مع الإمام، واللاحق لا يأتي بسجود السهو حتى [يفرغ]^(٢) الإمام من صلاته فإن لم يسجد المسبوق ولا المقيم [المقتدي بالمسافر]^(٣) [٤] مع الإمام سجد إذا فرغاً من صلاتهما استحساناً والقياس ألا يسجدا؛ لأنهما انتقلا من صلاة الإمام إلى غيرها.

وجه الاستحسان: أن التحريم^(٥) واحدة، فكانت صلاة واحدة، فإن سجدا معه ثم سهوا أعادا سجود السهو، فإن لم يسجدا مع الإمام وسهوا كفاهما سجدتان عن السهوين.

فإن سها الإمام ثم أحدث ثم استخلف رجلاً فالخليفة يأتي بسجود السهو بعد تمام

ينظر: الفوائد البهية، ص (٢١٦)، والجواهر المضية (٢/١٨٠)، وكشف الظنون، ص (١٤٣٠ و ١٥٧١)، وهديّة العارفين (٢/٤٧٠).

(١) زاد في أ: وقرأ.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في ب: والمسافر.

(٤) سقط في أ.

(٥) التحريم: التكبير الأولى، والتحريم جعل الشيء محرماً، والهاء) لتحقيق الاسم، وخضت التكبير الأولى بها؛ لأنها تُحرم الأشياء المباحة قبل الشروع بخلاف سائر التكبيرات.

ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للقونوي، ص (٨٥).

صلاة الإمام وإن سها الثاني يسجد أيضا .
 وإذا^(١) اجتمع سهو الأول وسهو الثاني كفاه سجدتان ، وإن لم يسه الأول وسها
 الثاني يسجد أيضا ويتابعه الأول في ذلك .
 فإن^(٢) أدركه رجلان سبقا ببعض الصلاة وقاما إلى قضاء ما سبقا به فاقتدى
 أحدهما بالآخر فسدت صلاة المقتدي ؛ لأنه اقتدى في موضع الانفراد .
 رجل اقتدى بالإمام في ذوات الأربع بعد ما صلى الإمام بعض صلاته فأحدث
 الإمام وقدم هذا الرجل والمقتدي لا يدري أنه كم صلى الإمام وكم بقي عليه فإن
 المقتدي يصلي أربع ركعات ويقعد في كل ركعة .
 وإذا ظن [الإمام]^(٣) أن عليه سهوًا فسجد للسهو وتابعه المسبوق في ذلك ثم علم
 أنه لم يكن على الإمام سهو ففيه روايتان في إحدى الروايتين [تفسد صلاة المسبوق ،
 وبه أخذ عامة المشايخ .
 وفي الرواية الأخرى]^(٤) لا تفسد ، وبهذه الرواية كان يفتي الشيخ الإمام الزاهد أبو
 حفص الكبير - رحمه الله - ، وإن لم يعلم أنه لم يكن على الإمام سهو لم تفسد صلاة
 المسبوق بلا خلاف .
 المسبوق بركعة إذا سلم مع الإمام ناسيا لا يلزمه سجود السهو ؛ لأنه مقتد بعد
 وإن سلم بعد الإمام كان عليه السهو ؛ لأنه صار منفردا .
 وإذا دخل الرجل في صلاة رجل بعد ما سلم قبل أن يسجد للسهو ؛ فعلى قول
 محمد - رحمه الله - اقتداؤه [به]^(٥) ، صحيح على كل حال عاد إلى سجود السهو أو
 لم يعد ، وعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - اقتداؤه [به]^(٦) موقوف إن عاد
 الرجل إلى سجوده صح اقتداؤه وإن لم يعد لا يصح اقتداؤه .
 ولو دخل في صلاته بعد ما سجد سجدة واحدة^(٧) وهو في الثانية فإنه يسجدها

(١) في ب: إذ.

(٢) في أ، ب، م: إن.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: وقعد.

معه، ولا يقضي الأولى وكذلك إن دخل في صلاته بعد ما سجدهما لم يقضهما. يجب^(١) أن يعلم بأن ما يقضي المسبوق أول صلاته^(٢) حكمًا وآخر صلاته حقيقة؛ لأن ما أدرك مع الإمام أول صلاته حقيقة [وآخر صلاته حكمًا من حيث إن الأول اسم لفرد [سابق يكون]^(٣) ما أدرك مع الإمام أولاً في حقه حقيقة]^(٤) ومن حيث إنه آخر في حق الإمام؛ لأن الآخر اسم لفرد لاحق [يكون]^(٥) آخرًا في حقه حكمًا تحقيقًا للتبعية وتصحيحًا للاقتداء؛ لأن بين أول الصلاة وآخرها مغايرة من حيث الحكم؛ فإن القراءة فرض في الأوليين نفل في الآخرين والمغايرة تمنع صحة الاقتداء، ولما صح الاقتداء علمنا أن ما أدرك مع الإمام آخر صلاته حكمًا، وإذا كان ما أدرك أول صلاته حقيقة، وآخره^(٦) حكمًا، وما يقضي آخره حقيقة أوله حكمًا اعتبرنا الحقيقة فيما يقضي وفيما أدرك في حق الشاء^(٧) قلنا: إن المسبوق يأتي بالثناء^(٨) متى دخل مع الإمام في الصلاة^(٩) حتى يقع الشاء^(١٠) في محله وهو ما [قبل أداء]^(١١) الأركان واعتبرنا الحكم^(١٢) فيما أدرك وفيما يقضي في حق القراءة فجعلنا ما أدرك آخر صلاته وما يقضي أول صلاته، فتجب القراءة عليه فيما يقضي؛ لأن القراءة ركن لا تجوز الصلاة [إلا بها]^(١٣)، واعتبرنا الحكم فيما أدرك مع الإمام لا يأتي بالقنوت فيما يقضي كيلا يؤدي إلى تكرار القنوت الذي [ليس]^(١٤) هو

- (١) في أ: بحيث.
- (٢) في د: صلاة.
- (٣) في د: فيكون.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في د: فيكون ما أدرك.
- (٦) في د: وآخر صلاته.
- (٧) في أ، ب: البناء.
- (٨) في أ، ب: بالبناء.
- (٩) في أ، ب: صلاة.
- (١٠) في أ، ب: البناء.
- (١١) في أ: قيل أن.
- (١٢) في أ: واعتبرنا بالحكم، وفي د: فاعتبرنا الحكم.
- (١٣) في د: بدونها.
- (١٤) سقط في أ، م.

بمشروع، واعتبرنا الحقيقة في حق القعدة فيما يقضي وفيما أدرك [و^(١)] أَلزَمناه^(٢) القعدة متى فرغ من صلاته؛ لأن قعدة الختم ركن لا تجوز الصلاة بدونها فألزمناه القعدة في آخر الصلاة؛ عملاً بالحقيقة ليخرج عن العهدة بيقين.

في المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : رجل دخل في صلاة إمام^(٣) بعد ما صلى [الإمام]^(٤) ركعة فلما كبر رعب فذهب وتوضأ ثم جاء وقد صلى الإمام ركعتين وبقي عليه ركعة فاتبع الإمام حين جاء ولم يقض ما فاتته وصلى معه الركعة. قال: يقوم ويصلي ركعة بغير قراءة ويقعد ويصلي ركعة أخرى بغير قراءة؛ لأن ثالثته رابعة الإمام^(٥) ثم يصلي ركعة بقراءة؛ لأنه أول صلاته.

وإذا كبر مع الإمام ثم نام حتى صلى الإمام ركعة ثم انتبه، فإنه يصلي^(٦) الركعة الأولى وإن كان الإمام يصلي الركعة الثانية وهذه المخالفة لا تفسد الصلاة. المسبوق بركعتين إذا قام إلى [قضاء]^(٧) ما سبق به ولم يكن الإمام قرأ في الأوليين وإنما قرأ في الآخرين فإنه يجب عليه القراءة فيما يقضي، ولو ترك القراءة فيما يقضي فسدت صلاته^(٨).

وإذا قام المسبوق إلى قضاء ما سبق به قبل أن يتشهد الإمام أو بعد ما تشهد [قبل أن يسلم، فقد ذكرنا هذه المسألة قبل هذا.

- (١) سقط في م.
- (٢) في د: فألزمناه.
- (٣) في د: الإمام.
- (٤) سقط في أ، ب، م.
- (٥) في أ، ب، م: للإمام.
- (٦) في أ، ب: فصلى.
- (٧) سقط في د.
- (٨) ثبت في حاشية د: وأما حكم القراءة إن كان مسبوqاً بركعة أو ركعتين فالقراءة فيما قضى فرض عليه حتى لو ترك القراءة في ركعة فسدت صلاته، ولو كان مسبوqاً بثلاث ركعات أو أربع ركعات فالقراءة فرض في الركعتين، والمسبوق فيما يقضي لآخر... أول صلاته في حق القراءة وآخر صلاته في حق التشهد حتى لو أدرك مع الإمام ركعة، والمغرب...، ولو أدرك المسبوق ركعة مع الإمام في صلاة الجهر أو العصر أو العشاء، وقام إلى القضاء فعليه أن يقضي ركعة ويقرأ فيها بالفاتحة ويتشهد؛ لأنه يقضي آخر الصلاة في حق التشهد ويقضي ركعة أخرى ويقرأ فيها بالفاتحة وسورة ولا يتشهد وفي الثالثة بالخيار، والقراءة أفضل، ولو أدرك الركعتين منها فقضى ركعتين ويقرأ فيهما ويتشهد، ولو ترك القراءة فيهما أو في أحدهما فسدت صلاته؛ لأن ما يقضي أول صلاته حق القراءة. خلاصة الفتاوى.

ومن فروع هذه المسألة: إذا قام بعد ما تشهد^(١) الإمام، وعلى الإمام سجود السهو، فقرأ وركع ولم يسجد حتى عاد الإمام إلى سجود السهو؛ فعلى هذا الرجل أن يتابع الإمام في سجود السهو؛ لأنه لم يستحکم انفراده^(٢) بأداء ما دون الركعة؛ [لأن ما دون الركعة]^(٣) ليس له حكم الصلاة، فعليه أن يعود إلى متابعة الإمام ثم [يقوم للقضاء]^(٤) ولا يعتد بالذي أدى؛ لأنه صار رافضاً لها بالعود إلى متابعة الإمام، وإن لم يعد إلى متابعة الإمام ومضى على ذلك جازت صلاته؛ لأنه لم يبقَ على الإمام ركن من أركان الصلاة، ويسجد^(٥) للسهو في آخر الصلاة^(٦) استحساناً.

وإن قيد المسبوق الركعة بالسجدة ثم عاد الإمام إلى سجود السهو لم يعد إلى متابعة الإمام؛ لأنه استحکم انفراده بأداء ركعة كاملة، وإن عاد إلى متابعتها فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى^(٧) في موضع الانفراد، والاقتداء في موضع الانفراد يوجب فساد الصلاة، وهذه ثلاثة فصول أحدها في السهو وقد ذكرناه.

[والثاني]^(٨) في الصلوية^(٩): إذا تذكر الإمام سجدة صلوية بعد ما قام المسبوق إلى القضاء فإن لم يكن قيد الركعة بالسجدة عاد إلى متابعة الإمام كما ذكرنا في سجود السهو، وإن لم يعد فسدت صلاته؛ لأن الصلوية من أركان الصلاة؛ ألا ترى أنه لو لم يأت بها الإمام كانت صلاته فاسدة [فكذا إذا]^(١٠) لم يتابع المسبوق فيها وإن [كان]^(١١) قيد الركعة بالسجدة فصلاته فاسدة؛ عاد إلى متابعة الإمام [أو لم يعد؟ لما ذكرنا أن [السجدة]^(١٢) الصلوية ركن وبعد إكمال الركعة عاجز عن المتابعة

(١) سقط في م.

(٢) في م: القراءة.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ، ب، م: يعود إلى القضاء.

(٥) في أ، م: وسجد.

(٦) في د: صلاته.

(٧) في ب: اقتداء.

(٨) سقط في د.

(٩) المقصود بها سجدة الركن، وسميت بذلك لقوتها، يقال: صلب الشيء - بضم اللام - صلابة اشند وقوي فهو صلب. ينظر: المصباح المنير، ص (٣٤٥).

(١٠) في أ: وكذلك إن، وفي ب: وكذلك إذا.

(١١) سقط في د.

(١٢) سقط في د.

[بعد]^(١)؛ فلهذا تفسد صلاته .

والثالث^(٢) : إذا تذكّر الإمام سجدة تلاوة، فإن كان المسبوق لم يقيد الركعة بالسجدة، فعليه أن يعود إلى متابعة الإمام^(٣)، [وإن لم يفعل فصلاته فاسدة]^(٤)؛ لأن الركعة الناقصة تحتمل الرفض^(٥) على ما ذكرنا، فصار كأنه لم يقم، [ولو لم يقم]^(٦) يتابع الإمام، فكذلك هاهنا، ولو لم يتابع الإمام، ومضى على ذلك؛ فإنه ينظر، إن وجد منه القيام والقراءة بعد فراغ الإمام من القعدة الثانية، مقدار ما تجوز به الصلاة، جازت صلاته، وإلا فلا؛ لأن عود الإمام إلى سجدة التلاوة يرفع القعدة بدليل أنه لو لم يقعد بعدها لم تجز صلاته، [والقعدة من أركانها كالصلبية]^(٧) .
فإذا ارتفعت القعدة صار كأنه قام إلى قضاء ما سبق [به]^(٨) قبل فراغ الإمام من التشهد .

ولو قام إلى قضاء ما سبق به قبل فراغ الإمام من التشهد ومضى على ذلك فإنه يعتبر القيام والقراءة التي وجدناهما بعد فراغ الإمام من التشهد، كذلك هاهنا .
فإن قيد المسبوق الركعة بالسجدة قبل أن يعود الإمام إلى سجدة التلاوة [ثم عاد الإمام]^(٩) إلى سجدة التلاوة فإن تابعه المسبوق فصلاته فاسدة رواية واحدة؛ لأنه لما^(١٠) قيد الركعة بالسجدة استحکم انفراده، فإذا تابع الإمام فقد اقتدى في موضع كان عليه الانفراد^(١١) فيوجب فساد الصلاة، وإن لم يتابعه؛ ففيه روايتان:
قال في الأصل : صلاته فاسدة؛ لأنه حين سجد الإمام للتلاوة ارتفعت القعدة [في

(١) سقط من أ، ب، د .

(٢) في د: وثالثهما .

(٣) تكرار في أ .

(٤) سقط من أ، ب .

(٥) في أ، د: الفرض .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط من أ، د، م .

(٨) سقط في أ، د، وفي م: منه .

(٩) سقط من أ .

(١٠) في م: كما .

(١١) في أ، ب، م: الأفراد .

حق الإمام، وإذا ارتفعت القعدة^(١) [في حق الإمام]^(٢) فسدت صلاته؛ لأن القعدة الأخيرة فرض.

وفي نوادر أبي سليمان - رحمه الله - قال: لا تفسد صلاته؛ لأنه حين قيد الركعة بالسجدة تم انفراده ولم يبقَ على الإمام ركن من أركان الصلاة؛ بدليل أنه لو لم يسجد الإمام للتلاوة وذهب جازت صلاته، بخلاف الصلوية على ما ذكرنا.

[والفقه في^(٣) هذا الكلام: أن^(٤) قعوده كان معتدًا به، وإنما انتقض في حق الإمام بالعودة إلى سجدة التلاوة، وذلك بعد ما استحکم انفراد المسبوق عنه فلا يتعدى ذلك إلى المسبوق، كرجل صلى بقوم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى، بطلت صلاته، ولم تبطل صلاة القوم، [وكرجل]^(٥) صلى الظهر بالناس يوم الجمعة في قرية^(٦)، ثم راح إلى الجمعة فأدركها انقلب المؤدى في حقه تطوعاً، وصار فرضه الجمعة، وبقي المؤدَّى في حق القوم فرضاً كما كان؛ فكذا^(٧) هاهنا.

كذا ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

[وذكر الشيخ الإمام [المعروف بخواهر زاده]^(٨) رحمه الله، والشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله -]^(٩) الاختلاف على عكس ما ذكره [الشيخ الإمام]^(١٠) السرخسي، فقالا في ظاهر الرواية: لا تفسد صلاته.

وفي رواية أبي سليمان: تفسد [صلاته]^(١١).

إذا تذكر الإمام فائتة^(١٢) بعد التسليم^(١٣) وخلفه مسبوق^(١٤)، حكي عن الشيخ

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ب، م.

(٣) في د: وفقه.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، ب: وكذلك رجل.

(٦) في أ، ب: القرية.

(٧) في أ، ب: فكذلك.

(٨) في د: شمس الأئمة.

(٩) وردت هذه الفقرة في أ: بعد قوله: «في ظاهر الرواية»، ولعله خطأ من الناسخ.

(١٠) في د: شمس الأئمة.

(١١) سقط في د.

(١٢) الفائتة: يقال: فاته الأمر فواتًا وفواتًا ذهب عنه، وفي المصباح المنير: فات الأمر، والأصل

الإمام [الجليل] ^(١) أبي بكر [محمد] ^(٢) بن الفضل - رحمهما الله - أنه [قال لا رواية في هذا الفصل .

والصحيح عندي أن صلاة المسبوق لا تفسد كما لو ارتد الإمام بعد السلام وخلفه مسبوق ^(٣) .

وإذا صلى الإمام الظهر أربع ركعات وقعد على الرابعة، وقام إلى الخامسة ساهياً، فجاء إنسان واقتدى به في صلاة الظهر .

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنه ^(٤) يصح اقتداء الرجل به؛ لأن الإمام ما لم يقيد الخامسة بالسجدة فهو في تحريمة الظهر .

وإن ^(٥) كان الرجل يصلي الظهر وخلفه مسبوق فقام الإمام إلى الركعة الخامسة وتابعه المسبوق [في ذلك] ^(٦) إن كان الإمام [قد] ^(٧) قعد على رأس الرابعة فسدت صلاة المسبوق؛ لأنه لما قعد على رأس الرابعة تمت [صلاة الإمام] ^(٨) في حق المسبوق وصار المسبوق في حكم المنفرد، وهذا اقتداء في موضع الانفراد .

وإن لم يكن قعد على رأس الرابعة لا تفسد صلاة المسبوق؛ لأن الإمام على الصلاة الأولى حكماً .

ولهذا قلنا: إذا لم يقعد الإمام على رأس الرابعة، وقام إلى الخامسة، لا يسلم المقتدي، ما لم يقيد [الإمام] ^(٩) الخامسة بالسجدة، بخلاف ما إذا قعد على رأس الرابعة؛ فإن هناك للمقتدي أن يسلم .

= فات وقت فعله، ومنه فاتت الصلاة إذا خرج وقتها ولم تفعل فيه .
ينظر: تاج العروس (٣٣/٥)، المصباح المنير (٤٨٢/٢) .

(١٣) في ب، د: السلام .

(١٤) في د: مسبقون .

(١) سقط من أ، ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في د: المسبقون .

(٤) سقط من ب .

(٥) في ب: وإذا .

(٦) سقط من أ، ب .

(٧) سقط في د .

(٨) في أ، ب: صلاته .

(٩) سقط في د .

وكذلك في الإمام إذا كان يصلي المغرب فقام إلى الرابعة ولم يقعد على رأس الثالثة وتشهد المقتدي وسلم قبل أن يقيد الإمام الرابعة بالسجدة؛ فإنه تفسد صلاة المقتدي.

وطريقه ما قلنا.

روى ابن سماعة وأبو سليمان - رحمهما الله - في نوادره عن محمد - رحمه الله - إذا نام^(١) المؤتم خلف الإمام وسها الإمام عن سجدة من أول الركعة^(٢) فقضاها في آخر صلاته، وسلم، ثم استيقظ ذلك الرجل، فإنه يصلي، ويسجد تلك السجدة في موضعها من الركعة الأولى.

وفي رواية أبي سليمان: إن كان الإمام ترك القعود^(٣) في الثانية لم^(٤) يقعد فيها هذا اللاحق، قال: لأن الإمام يقضي السجدة ولا يقضي الجلوس.

وفي رواية ابن سماعة: لو استيقظ هذا النائم قبل أن يسجدها الإمام، فإنه يصلي ما صلى إمامه، ولا يسجد تلك السجدة حتى يسجدها إمامه، فيسجدها^(٥) معه؛ لأنه لا يجزئها^(٦) أن يسجدها قبله^(٧)، ولذلك إن لم يكن نام، ولكن سبقه الحدث، فذهب وتوضأ ثم انصرف.

وفي نوادر إبراهيم عن محمد - رحمهما الله -: رجل دخل في صلاة إمام بعدما صلى الإمام ركعة فلما كبر رعف فذهب وتوضأ، ثم جاء وقد صلى الإمام ركعتين أخروين وبقيت عليه ركعة، فاتبع الإمام حين جاء ولم يقض ما فاتته وصلى معه الرابعة قال: يقوم ويصلي ركعة بغير قراءة ويقعد ويصلي ركعة أخرى بغير قراءة ويقعد؛ لأن ثالثته رابعة الإمام، ثم يصلي ركعة بقراءة؛ لأنه أول صلاته.

وفي نوادر أبي سليمان عن محمد - رحمهما الله - إذا نام [الرجل خلف]^(٨) الإمام

(١) في أ: قام.

(٢) في د: الرابعة.

(٣) في أ: التعوذ.

(٤) في أ: ثم.

(٥) في أ، د: فسجدها.

(٦) في د: يجزئها.

(٧) في د: قبلها.

(٨) سقط في ب.

في التشهد الأخير فلم^(١) يقرأ التشهد وقرأه الإمام ثم سلم الإمام ثم ضحك هذا الرجل بعد ما انتبه قبل أن يتشهد. قال عليه الوضوء لصلاة أخرى وصلاته تامة وإنما وجب عليه الوضوء، وإن كان الإمام قد سلم؛ لأن المقتدي إنما خرج^(٢) عن حرمة الصلاة بتسليم الإمام إذا لم يكن عليه [شيء من واجبات الصلاة]^(٣)، وهاهنا عليه التشهد.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: أمي سبق فقام يقضي [ما سبق به]^(٤).
قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - صلاته فاسدة.

وقال أبو يوسف: صلاته تامة، وإنما فسدت صلته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأنه بالافتداء بالقارئ التزم صلاة بقراءة وقد عجز عن إتمامها كذلك فجاء^(٥) الفساد.

وعلى هذا إذا صلى ركعة قائما بركوع وسجود ثم مرض وصار إلى حالة الإيماء فصلاته فاسدة في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأنه التزم صلاة بركوع وسجود خلافا لأبي يوسف.

وروى^(٦) المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله - في الآخرين الخلاف على نحو ما ذكرنا في الأمي [يروي]^(٧) ابن سماعة في الرقيات عن محمد رحمهما الله: رجل فاتته ركعة مع الإمام، فلما تشهد الإمام قام الرجل يقضي ركعته وقد كان الإمام نسي سجدة عليه من تلاوة فلما سلم الإمام ذكر السجدة التي عليه من التلاوة وقد فرغ الرجل من^(٨) ركعته أو لم يفرغ منها حتى سجد الإمام سجدة التلاوة ومضى الرجل في ركعته ولم يسجد معه سجدة التلاوة.

قال محمد - رحمه الله -: إذا ركع وسجد قبل أن يسجد الإمام سجدة التلاوة

- (١) في أ: ولم.
- (٢) في أ، د: يخرج.
- (٣) في د: من الواجبات.
- (٤) سقط في أ، ب.
- (٥) في أ: في.
- (٦) في د: وذكر.
- (٧) سقط في أ، ب.
- (٨) في أ، ب: عن.

فصلاته تامة؛ لأنه خرج من صلاة [الإمام]^(١) بالفراغ من تشهد الإمام قبل أن يبطل تشهد الإمام.

وإن [كان]^(٢) ركع وسجد بعد ما سجد الإمام سجدة التلاوة فصلاته فاسدة؛ لأنه يعود الإمام يبطل تشهده؛ لأن من حق سجدة التلاوة الواجبة في الصلاة أن تؤدي^(٣) في الصلاة، ولا تؤدي^(٤) خارج [الصلاة]^(٥)، [والله أعلم بالصواب]^(٦).

* * *

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يؤدي.

(٤) في أ: يؤدي.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

الفصل السادس

في بيان ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته [وما لا يكره]^(١) ويكره السدل في الصلاة لنهي النبي ﷺ عن ذلك^(٢). قال في الأصل: وتفسير [السدل]^(٣): أن يضع ثوبه على كتفيه ويرسل طرفيه^(٤). وفي القدوري يقول في تفسيره: أن يجعل ثوبه على رأسه أو كتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه. ومن صلى في قباء^(٥) [أو في الرداء]^(٦) ينبغي أن يدخل يديه في كفيه، ويشد

- (١) سقط في أ، ب.
 (٢) أخرجه أبو داود (٦٤٣)، وابن خزيمة (٧٧٢، ٩١٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ٢٤٢) من طريق الحسن بن ذكوان، عن سليمان الأحول، عن عطاء، عن أبي هريرة، به. قال أبو داود: رواه عسل، عن عطاء، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن السدل في الصلاة. وهذا الطريق أخرجه أحمد (١٩٥/٢، ٣٤١، ٣٤٥، ٣٤٨)، والترمذي (٣٧٨)، والدارمي (٣٢٠/١)، وابن حبان (٢٢٨٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ٢٤٢)، وأخرجه ابن ماجه (٩٦٦) من طريق الحسن بن ذكوان، عن عطاء، عن أبي هريرة.
 (٣) سقط في أ، ب.
 (٤) السدل: إسبال الرجل ثوبه من غير أن يضم جانبيه بين يديه، فإن ضمه فليس بسدل. وقال صاحب النهاية: هو أن يلتحف بثوبه، ويدخل يديه من داخل فيركع ويسجد وهو كذلك، قال: وهذا مطرد في القميص وغيره من الثياب. قال: وقيل: هو أن يضع وسط الإزار على رأسه، ويرسل طرفيه عن يمينه وشماله، من غير أن يجعلهما على كتفيه. وقال الجوهري: سَدَلْ ثوبه يَسْدُلُهُ - بالضم - سَدَلًا، أي: أرخاه. وقال الخطابي: السدل: إرسال الثوب حتى يصيب الأرض. فعلى هذا، السدل والإسبال: واحد. قال العراقي: ويحتمل أن يراد بالسدل: سدل الشعر، ومنه حديث ابن عباس: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَدَلْ نَاصِيئَتَهُ»، وفي حديث عائشة: «أَنَّهَا سَدَلَتْ قِنَاعَهَا وَهِيَ مُحْرَمَةٌ» أي: أشبثته. ولا مانع من حمل الحديث على جميع هذه المعاني، إن كان السدل مشتركاً بينها، وحمل المشترك على جميع معانيه هو المذهب القوي. وقد روي أن السدل من فعل اليهود؛ أخرج الخلال في «العلل» وأبو عبيد في «الغريب» من رواية عبد الرحمن بن سعيد بن وهب عن أبيه عن علي عليه السلام أنه خَرَجَ فَرَأَى قَوْمًا يُصَلُّونَ قَدْ سَدَلُوا ثِيَابَهُمْ، فَقَالَ: كَأَنَّهُمْ الْيَهُودُ خَرَجُوا مِنْ قُفْرِهِمْ. ينظر: النهاية (٢/ ٣٥٥)، الصحاح، مادة (سدل)، معالم السنن، للإمام أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي، المكتبة العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٩٩٥م (١/ ١٧٨).
 (٥) القباء: ثوب يُلبس فوق الثياب أو القميص، ويُنمطق عليه. وهو مشتق من القبوة، وهو انضمام ما بين الشفتين؛ لاجتماع أطرافه. والجمع: أقبية.
 ينظر: لسان العرب (٥/ ٣٥٢٣).
 (٦) في أ: النازي، وفي م: الباراني.

القباء بالمنطقة^(١) احترازا عن السدل^(٢).

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه كان يقول: إذا صلى مع القباء وهو غير مشدود الوسط فهو مسيء. وكان يقول: كان [يقول فقيهننا]^(٣): خاف^(٤) أن يدخل في الكراهة^(٥).

وتكره الصلاة حاسرا^(٦) رأسه إذا كان يجد العمامة^(٧) وقد فعل^(٨) ذلك تكاسلا أو تهاونا بالصلاة، ولا بأس به إذا فعله تذلا وخشوعا، بل هو حسن هكذا حكى عن الشيخ الإمام أبي الحسن السغدي - رحمه الله.

قال نجم الدين [النسفي]^(٩) - رحمه الله - في كتاب الخصائل^(١٠): قلت لشيخ الإسلام: إن محمدا - رحمه الله - يقول في الكتاب: لا بأس بأن يصلي في ثوب واحد متوشحا به، قال مراد محمد - رحمه الله - أن يكون الثوب طويلا يتوشح به فيجعل بعضه على رأسه وبعضه على منكبيه، وعلى كل موضع من يديه^(١١) أما ليس فيه تنصيص^(١٢) على إعراء الرأس والمنكبين، وقد روي أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يكرهون إعراء المناكب في الصلاة^(١٣).

(٧) في د: أو في مطرف أو في الباراني.

(١) المِنْطَقَةُ - بكسر الميم، وفتح الطاء -: ما يشد به الوسط، والهميان: - بكسر فسكون - الكيس الذي يُجعل فيه النفقة، ويشد على الوسط، ويشبه تكة السروال. ينظر: المصباح المنير (٦١١/٢)، مادة (نطق).

(٢) المحيط البرهاني (٣٧٧/١).

(٣) في أ: فقيها.

(٤) في أ، د: يخاف.

(٥) المحيط البرهاني (٣٧٧/١).

(٦) الحسر: كشف الرأس والذراع وكل مكشوف الرأس والذراعين يسمى حاسرا. ينظر: لسان العرب، مادة (حسر) (٨٦٨/٢).

(٧) العمامة: لباس الرأس معروفة، وجمعها: عمائم، وعمام، وقد تعممها الرجل واعتم بها، وإنه لحسن العمة، والعرب تقول للرجل إذا سود: قد عمم، وذلك أن العمائم تيجان العرب. ينظر: تهذيب اللغة (٢٤/١)، لسان العرب (٤٢٣/١٢)، مادة (ع م م).

(٨) في أ: جعل.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في أ، ب: الفضائل.

(١١) في أ، ب: بدنه.

(١٢) في أ: تبعض.

(١٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٧٧/١).

وكذلك تكره^(١) الصلاة في ثياب البذلة^(٢)، روي أن عمر - رضي الله عنه - رأى رجلاً فعل ذلك، فقال: أرأيت لو كنت أرسلتك إلى بعض الناس، أكنت^(٣) تمر في ثيابك هذه، فقال: لا، فقال عمر - رضي الله عنه - فالله أحق أن تتزين^(٤) له .
وكذلك تكره الصلاة في ثوب^(٥) فيه تصاوير .

ولا يقلب الحصى إلا ألا يمكنه من السجود فيسوي موضع سجوده مرة أو مرتين لا بأس به .

ويكره مسح جبهته من التراب في أثناء الصلاة .

واعلم بأن هذه المسألة على وجوه .

أحدها: إذا مسح جبهته بعد السلام فإنه لا بأس به بل يستحب ذلك؛ لأنه قد خرج من الصلاة وفيه إزالة الأذى [عن نفسه]^(٦) .

والثاني^(٧): إذا مسح جبهته بعد الفراغ من أعمال الصلاة قبل السلام وإنه لا بأس به أيضاً؛ لأن هذا دون الخروج عن الصلاة، والذهاب وقد أبيح له الخروج وأبيح له الذهاب قبل الخروج حتى لو ذهب ولم يسلم تمت صلاته فما دون الخروج والذهاب أولى أن يكون مباحاً^(٨) .

(١) في أ: يكره .

(٢) البذلة والمبذلة من الثياب: ما يلبس ويمتنع ولا يصاب. ينظر: لسان العرب، مادة (بذل) (٢٣٨/١).

(٣) في أ: كنت .

(٤) في أ: يتزين .

والأثر أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣٥٨/١)، برقم (١٣٩٠).

(٥) زاد في د: واحد .

(٦) سقط في د .

(٧) في د: ثانيها .

(٨) المباح في أصل اللغة اسم مفعول من أباحه الشيء أي أحله له .

قال الفيومي: «وأباح الرجل ماله: أذن في الأخذ والترك، وجعله مطلق الطرفين». والمباح: ضد المحظور .

ينظر: مختار الصحاح، ص (٥٢)، مادة (ب وح)، والمصباح المنير، ص (٤٤)، مادة (ب وح) .

وأما في اصطلاح الأصوليين، فيطلق على متعلق الإباحة، وقد حده الغزالي بأنه: «الذي ورد الإذن من الله تعالى بفعله وتركه، غير مقرون بدم فاعله ومدحه، ولا بدم تاركه ومدحه». .

والثالث^(١): إذا مسح جبهته بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة، ذكر شمس الأئمة [السرخسي - رحمه الله - أنه لا بأس به، وذكر شمس الأئمة^(٢) الحلواني أنه اختلف^(٣) ألفاظ الكتب في هذا الوجه: ذكر في بعضها: لست أكره ذلك وذكر في بعضها أكره ذلك وفي بعضها لا أكره ذلك.

بعض مشايخنا قالوا: [قوله]^(٤): لا، مقطوع عن قوله: أكره فقوله: لا، نهي. وقوله: «أكره ذلك» تأكيد له معناه لا يفعل فصارت^(٥) هذه اللفظة، وقوله: «أكره ذلك» سواء، وهذا القائل يستدل بما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه [قال]^(٦): «أربع من الجفاء»^(٧) وذكر من جملتها «أن تمسح جبهتك قبل أن تفرغ من صلاتك»^(٨).

وقال بعضهم: قوله «لا» متصل بقوله: «أكره»، فصار هذا اللفظ على قول هذا

ثم قال: «ويمكن أن يحد بأنه: الذي عرف الشرع أنه لا ضرر عليه في تركه ولا فعله، ولا نفع من حيث فعله وتركه».

وعرفه البيضاوي بقوله: «ما لا يتعلق بفعله وتركه مدح ولا ذم».

ينظر: المستصفي (١/٢١٤)، ومنهاج الوصول للبيضاوي مع نهاية السؤل (١/٥١)، ونهاية السؤل للإسنوي (١/٥٢، ٥٣).

ويسمى المباح أيضا بهذا المعنى: حلالا، وجائزا كما في البحر المحيط، للزرکشي (٢٧٦/١).

(١) في د: ثالثهما.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ب: اختلف.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في ب: صار.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) الجفاء هو: الإطراح والإبعاد. ينظر: المطلع على أبواب المقنع (١/٣٨٨).

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢/٦١) كتاب الصلوات، باب: الرجل يمسح جبهته في الصلاة، والبيهقي في السنن الكبرى (٢/٢٨٥) عن قتادة عن ابن بريدة عن ابن مسعود أنه كان يقول: «أربع من الجفاء: أن يبول قائما، وصلاة الرجل والناس يمرون بين يديه، وليس بين يديه شيء يستره، ومسح الرجل التراب على وجهه وهو في صلاته، وأن يسمع المؤذن فلا يجيبه في قوله».

القائل وقوله: لست أكره ذلك [سواء] (١).

ويستدل هذا القائل بما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنه قال: «بت في بيت خالتي ميمونة» (٢)، فقمت أصلي مع النبي ﷺ فقمت عن يساره فحولني إلى يمينه، ورأيته يمسح العرق عن جبهته (٣) « (٤).

(١) سقط في أ.

(٢) هي: ميمونة بنت الحارث بن حزن بن بجير بن الهزم بن روية بن عبد الله بن هلال، العامرية الهلالية أم المؤمنين. لها ستة وأربعون حديثاً. وروى عنها ابن عباس، وزيد بن الأصم، وجماعة. قال الزهري: هي التي وهبت نفسها. قال المزني: توفيت بسرف سنة إحدى وخمسين. قاله خليفة.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣/٣٩٢)، أسد الغابة (٧/٢٧٢)، تهذيب التهذيب (٢/٤٥٣)، الإصابة (٨/١٢٦).

(٣) في أ، ب: جيبه.

(٤) أخرجه مالك (١/١٢١، ١٢٢) كتاب صلاة الليل، باب: صلاة النبي ﷺ في الوتر، حديث

(١١)، والخاري (١/٣٤٤، ٣٤٥) كتاب الوضوء، باب: قراءة القرآن بعد الحدث وغيره،

حديث (١٨٣)، و(٢/١٩١) كتاب الأذان، باب: الرجل يقوم على يسار الإمام فيحوله إلى

يمينه، حديث (٦٩٨) و(٣/٨٦) كتاب العمل في الصلاة، باب: استعانة اليد في الصلاة،

حديث (١١٩٨) و(٨/٨٤) كتاب التفسير، باب: ﴿الَّذِينَ يَذْكُرُونَ اللَّهَ قِيَمًا وَقُعُودًا﴾، حديث

(٤٥٧٠)، وباب: ﴿رَبَّنَا إِنَّكَ مَن تُدْخِلِ النَّارَ فَقَدْ أَخْرَيْتَهُ﴾ حديث (٤٥٧١) وباب: ﴿رَبَّنَا

إِنَّا سَمِعْنَا مُنَادِيًا يُنَادِي لِلْإِيمَانِ﴾ حديث (٤٥٧٢)، ومسلم (١/٥٣١) كتاب صلاة

المسافرين، باب: الدعاء في صلاة الليل وقيامه، حديث (١٨٢/٧٦٣)، وأبو عوانة (٢/

٣١٥)، وأبو داود (١/٤٣٣، ٤٣٤) كتاب الصلاة، باب: في صلاة الليل، حديث

(١٣٦٤)، والنسائي (٢/٢١٨) كتاب التطبيق، باب: الدعاء في السجود، والترمذي (١/

٤٥١) كتاب الصلاة، باب: في الرجل يصلي ومعه رجل، حديث (٢٣٢)، وابن ماجه (١/

١٤٧) كتاب الطهارة، باب: ما جاء في القصد وكرهية التعدي فيه، حديث (٤٢٣)، وأبو

داود الطيالسي (١/١١٦) منحة رقم (٥٣٨)، وأحمد (١/٢٨٤)، وعبد الرزاق (٨/٤٧٠٨)،

والحميدي (١/٢٢٣) رقم (٤٧٢)، وابن خزيمة (١٥٣٣، ١٥٣٤)، وابن حبان (٢٥٧١ -

الإحسان)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٢٢٨)، والبيهقي (٣/٧) كتاب الصلاة،

باب: عدد ركعات قيام النبي ﷺ، والبغوي في شرح السنة (٢/٤٤٥، ٤٤٦) كلهم من

طريق كريب عن ابن عباس في قصة نومه في بيت خالته ميمونة، وأنه قام إلى جنب النبي ﷺ

بعد أن دخل النبي ﷺ في الصلاة. وقال الترمذي: حديث ابن عباس حسن صحيح.

وللحديث طرق أخرى عن ابن عباس: فأخرجه البخاري (٢/٢٢٥) كتاب الأذان،

باب: إذا لم ينو الإمام أن يؤم، حديث (٦٩٩)، ومسلم (١/٥٣٢) كتاب صلاة

المسافرين، باب: الدعاء في صلاة الليل وقيامه، حديث (١٩٢/٧٦٣)، وأحمد (١/

٢١٥، ٢٨٧، ٣٦٠)، والدارمي (١/٢٨٦) كتاب الصلاة، باب: من أحق بالإمامة،

الرابع^(١): إذا مسح جبهته في خلال الصلاة؛ ففي ظاهر الرواية لا بأس به .
 وقال أبو يوسف - رحمه الله - : أحب إلي [أن]^(٢) يدعه .
 فرق أبو يوسف - رحمه الله - بين هذا الوجه وبين ما تقدم من الوجوه .
 والفرق: أنه^(٣) في هذا الوجه لو مسح بثوب جبينه ثانيا وثالثا فلا يفيد^(٤)، ولو
 فعل ذلك في كل مرة يصير^(٥) عملا كثيرا و[لا]^(٦) كذلك الوجوه الثلاثة؛ لأنه
 [لا]^(٧) يحتاج إلى السجدة ثانيا في [الوجوه الثلاثة، فكان]^(٨) المسح مفيدا .
 ويكره عد الآي والتسبيح في الصلاة، وكذا عد السور يريد به العد بالأصابع،
 وهذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
 وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا بأس به .

والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٢٨٧)، والبيهقي في شرح السنة (٢/٣٩١) كلهم من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: «بت عند خالتي ميمونة فقام النبي ﷺ يصلي من الليل فقامت أصلي معه فقامت عن يساره فأخذ برأسي فأقامني عن يمينه» .
 وأخرجه مسلم (١/٥٣٢) كتاب صلاة المسافرين، باب: الدعاء في صلاة الليل وقيامه، حديث (١٩٣/٧٦٣)، وأبو داود (١/٢٢٢) كتاب الصلاة، باب: الرجلين يؤم أحدهما صاحبه كيف يقومان، حديث (٦١٠)، وأبو عوانة (٢/٣٢٠) من طريق عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن ابن عباس قال: «بت في بيت خالتي ميمونة فقام رسول الله ﷺ من الليل فأطلق القربة فتوضأ، ثم أوكأ القربة، ثم قام إلى الصلاة، فقامت فتوضأت كما توضأ، ثم جئت فقامت عن يساره، فأخذني بيمينه فأدارني من ورائه، فأقامني عن يمينه، فصليت معه» .
 وأخرجه أحمد (١/٢٥٢)، وأبو داود (١/٤٣٤) كتاب الصلاة، باب: في صلاة الليل، حديث (١٣٦٥)، وعبد الرزاق (٦/٤٧٠٦)، وأبو يعلى (٤/٣٥٠)، رقم (٢٤٦٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٢٨٦)، والبيهقي (٣/٨) كتاب الصلاة، باب: عدد ركعات قيام النبي ﷺ، كلهم من طريق ابن طاوس عن عكرمة بن خالد عن ابن عباس به .

- (١) في د: رابعهما .
- (٢) سقط في أ .
- (٣) في م: أن .
- (٤) في أ: يعيد .
- (٥) في أ، ب: كان .
- (٦) سقط في د .
- (٧) سقط في أ .
- (٨) في أ: الوجه الثالث وكان .

وجه قولهما: أن المصلي قد يضطر إلى هذا^(١) لمراعاة سنة القراءة في الصلوات والعمل بما جاءت به السنة في صلاة التسيح ونحوها.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن هذا [عمل]^(٢) ليس من أعمال الصلاة، ولا حاجة إليه لمراعاة سنة القراءة؛ لأنه يمكنه أن ينظر إليها يريد أن يقرأ قبل الشروع في الصلاة ولو احتاج إليها؛ كما في صلاة التسيح عدها إشارة أو بقلبه^(٣) فلا حاجة إلى العد بأصابعه.

[ثم]^(٤) من مشايخنا من قال: لا خلاف في التطوع أنه لا يكره وإنما الخلاف في المكتوبة ومنهم من قال: إنه لا خلاف [في المكتوبة]^(٥) أنه يكره وإنما الخلاف في النوافل.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : وجدت رواية عن أصحابنا أنه يكره فيها^(٦). وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : لا أرى بعد الآي في المكتوبة بأساً، ولا في التطوع.

قال: وأراد بهذا العد العقد بالقلب دون البنان. ويكره أن ينظر إلى السماء، وقد كان النبي ﷺ يفعل ذلك [بدءاً]^(٧) فنزل قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ﴿١﴾ الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ ﴿٢﴾﴾^(٨)، فرمى بصره إلى الأرض^(٩).

ويكره أن يسجد على كور عمامته، ويكره التمايل عن يمناه مرة وعن يساره أخرى، فقد صح عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول:

(١) في أ: هذه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: بقلب.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في ب، د: فيهما.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سورة المؤمنون الآيتان: ١، ٢.

(٩) أخرجه الحاكم (٣٩٣/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٨٣/٢).

«كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا صَلَّى رَفَعَ بَصَرَهُ إِلَى السَّمَاءِ، فَتَزَلَّتْ: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ﴿١﴾﴾ الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ ﴿٢﴾﴾ فطأ رأسه»، قال الحاكم: وإنه على شرط الشيخين.

«إذا صلى أحدكم فليسكن أطرافه ولا يتمايل تمايل اليهود»^(١) ويكره أن يشم طيباً أو ريحاناً وأن يروح بثوبه أو بمروحة مرة أو مرتين لا تفسد صلاته وكثير من مسائل هذا الفصل يأتي في كتاب الكراهية والاستحسان إن شاء الله تعالى.



(١) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٣٠٤/٩). من طريق الحكم بن عبد الله الأيلي: عن القاسم بن محمد، عن أسماء بنت أبي بكر، عن أم رومان، قالت: رأني أبو بكر أتميل في صلاتي؛ فزجرني، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: فذكره.
والحكم هذا أجمعوا على ترك حديثه.
ينظر: ذخيرة الحفاظ، لمحمد بن طاهر المقدسي، تحقيق: د. عبد الرحمن الفيواني، دار السلف، الرياض، ط (١)، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م (٣٤٤/١).

ومما يتصل بهذا الفصل :

قال محمد - رحمه الله - في الأصل : إذا كان الإمام على الدكان^(١) ، والقوم على الأرض ، أو كان [الإمام على الأرض ، والقوم على الدكان]^(٢) ، ففي الفصل الأول يكره ، [رواية واحدة وفي الفصل الثاني روايتان وفي رواية الأصل يكره]^(٣) .

وذكر الطحاوي - رحمه الله - في مختصره أنه لا يكره .

وقال بعض مشايخنا وإنما يكره أن يكون الإمام وحده على الدكان أو [وحده]^(٤)

على الأرض ، أما إذا كان بعض القوم مع الإمام فلا^(٥) بأس به .

وذكر شيخ الإسلام [المعروف]^(٦) خواهر زاده - رحمه الله - فيما إذا كان القوم على الدكان إنما يكره على رواية الأصل إذا لم يكن للقوم فيه عذر أما عند العذر فلا يكره كما في الجمعة فإن القوم يقومون على الرفاف^(٧) والإمام على الأرض ولم ينكر عليهم أحد من الأئمة لضيق المكان .

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - نظير هذا فإنه كان يقول : الصلاة

على الرفوف في المسجد الجامع من غير ضرورة مكروه .

وعند الضرورة بأن امتلاً المسجد ولم يجد موضعاً يصلي فيه فلا بأس به [وهكذا

حكى]^(٨) عن الفقيه أبي الليث [في]^(٩) مسألة الطاق^(١٠) المذكورة^(١١) في الجامع

(١) الدكان - بضم الدال وتشديد الكاف - قال الجوهري : الدكان : الحانوت ، فارسي معرب ، ولكن المراد هاهنا مثل الدكة أو السرير يكون المصلي عليه ، وقيل : بالمحاذاة ؛ لأنه إذا كان الدكان بقدر قامة الرجل المار لا يآثم ؛ لأنه يعتبر سترة وكذا كل موضع مرتفع يعتبر سترة كالسطح والسرير ، قالوا : الراكب إذا أراد أن يمر ولا يآثم ينزل عن دابته فيسيرها أو يسير هو والدابة بينه وبين المصلي ، وكذا لو مر رجلان متحاذيان فإن كراهة المرور وإثمه يلحق الذي يلي المصلي كذا ذكره التمرثاشي . ينظر : الصحاح (٦/ ٢١١٤) ، البناية شرح الهداية (٢/ ٤٢٨) .

(٢) في أ ، ب : على العكس .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ ، ب .

(٥) في أ ، ب : لا .

(٦) سقط في د .

(٧) الرف : هو شبه الطاق . وقيل : الكوة والمشكاة . ينظر : السامي في الأسامي ، للميداني ،

ص (٤١٦) .

(٨) في د : وحكى هذا .

الصغير فإنه كان يقول: إذا تحققت الضرورة بأن ضاق المسجد على القوم فالإمام يقوم في الطاق ولا يكره.

ولم يذكر^(١) محمد - رحمه الله - في الأصل للدكان تقديرًا. وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله^(٢) - عن الطحاوي أنه قال: إن كان الدكان دون قامة الرجل [لا يكره كيف ما كان]^(٣) وإن كان مثل قامة الرجل إن كان الإمام على الدكان يكره رواية واحدة، وإن كان القوم على الدكان ففيه روايتان على ما مر. قال - رحمه الله -: وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قدر الدكان بهذا [المقدار]^(٤).

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - عن الطحاوي: أن الكراهة فيما إذا جاوز الدكان قدر القامة الوسط وإن كان دون ذلك لا يكره. قال - رحمه الله -: وقد قال بعض مشايخنا إن كان الدكان قدر ذراع يكره، وإن كان دون ذلك لا يكره.



(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) الطاق لغة: ما عطف من الأبنية وجعل كالقوس. وفي الاصطلاح: المحراب. ينظر: لسان العرب (٤/٢٧٢٤)، فتح القدير (١/٤١٢).

(١١) في ب: المذكور.

(١) في أ، ب: يقدر.

(٢) زاد في د: هذا.

(٣) في أ، ب: كيف ما كان لا يكره.

(٤) سقط في أ، ب.

ومما يتصل بهذا الفصل أيضًا:

وتكره^(١) الصلاة إلى كانون أو تنور فيه نار متوقد^(٢)؛ لأنه تشبه بالمجوس^(٣). ولا تكره الصلاة إلى قنديل، أو سراج، أو شمع؛ لأنه ليس فيه تشبه بالمجوس؛ فإنهم لا يعبدون إلا نازًا متوقدا.

ثم من المشايخ من سوى بين أن يكون التنور مفتوح الرأس أو مخمّرًا. ومنهم من فرق بينهما؛ قال محمد - رحمه الله - في الأصل: أكره^(٤) أن تكون^(٥) قبلة المسجد إلى الحمام أو المخرج أو القبر.

يجب أن يعلم أن جهة القبلة جهة يجب تعظيمها ويتحرز عن الاستخفاف^(٦) بها جاء عن النبي ﷺ «أنه نهى أن ييزق الرجل في وجه القبلة»^(٧). والاستخفاف^(٨) بالقبلة أن يكون بقربها^(٩) أنجاس وأرجاس^(١٠)، وعلى^(١١) هذا

(١) في ب: يكره.

(٢) في أ: توقد، وفي ب: يتوقد.

(٣) منسوب إلى المجوسية وهي نحلة.

وقال أبو علي: المجوس واليهود إنما عرف على حد مجوسي ومجوس، ويهودي ويهود، فجمع على حد شعيرة وشعير، ثم عرف الجمع بالألف واللام، ولولا ذلك لم يجز دخول الألف واللام عليهما لأنهما معرفتان مؤنثتان، فجريا في كلامهم مجرى القبيلتين.

وقال ابن سيده: «المجوس جيل معروف جمع، واحدهم مجوسي»، وقيل: وهو معرب أصله (منج كوش) وكان رجلا صغير الأذنين كان أول من دان بدين المجوس ودعا الناس إليه، فعربته العرب فقالت: مجوس، ونزل القرآن به.

ينظر: لسان العرب (٢٣/١٤)، مادة (مجس)، والممل والنحل، للشهرستاني (١/

٢٣٨).

(٤) في أ، د، م: وكره.

(٥) في أ: يكون.

(٦) في أ: الاستحقاق.

(٧) أخرجه البخاري (٦١١/١) كتاب الصلاة، باب: إذا بدره البزاق فليأخذ بطرف ثوبه (٤١٧)، وأحمد (٣/١٠٩، ١٧٦)، والدارمي (١/٣٢٤) كتاب الصلاة، باب: كراهية البزاق في المسجد.

(٨) في أ: الاستحقاق.

(٩) في أ: يقربها.

(١٠) قال الزجاج: الرجس في اللغة: اسم لكل مستقذر من عمل، فبالغ الله في ذم هذه الأشياء المذكورة، وسماها رجسًا، ويقال: رَجِسَ الرجل - بالضم - رجسًا - بالفتح -، وَرَجِسَ -

[قلنا] ^(١) إن من صلى وقدامه بول أو عذرة ^(٢) يكره .
ثم تكلم المشايخ في معنى قول محمد - رحمه الله - أكره أن [تكون] ^(٣) قبلة المسجد إلى الحمام .
وبعضهم قالوا: لم يرد به حائط الحمام، وإنما أراد [به] ^(٤) [المستحم وهو] ^(٥) الموضوع الذي يصب فيه الحميم وهو الماء الحار؛ لأن ذلك موضع الأنجاس والاستقبال للأنجاس في الصلاة مكروه على ما تقدم ذكره، فأما إذا استقبل حائط الحمام فلا يكره؛ لأنه لا يستقبل الأنجاس وإنما يستقبل الأجر والمدر .
ومنهم من قال: يكره الصلاة إلى حائطه ^(٦) أيضاً .
وكذلك تكلموا في معنى قوله: «أكره أن تكون قبلة المسجد إلى المخرج» فمنهم

بالكسر - يَرْجِسُ - بالفتح -، إذا عمل عملاً قبيحاً، والرجسُ - بالفتح -: شدة الصوت، فكأن الرجس العمل الذي يقبح ذكره، ويرتفع بالقبح .
وقال ابن الكلبي: «رَجِسُ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ» [المائدة: ٩٠]: أي: مأثم من عمل الشيطان .

وقال الراغب في المفردات: «الرجس» الشيء القذر، يقال: رجل رجس، ورجال أرجاس، قال تعالى: «رَجِسُ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ»، والرجس يكون على أربعة أوجه: إما من حيث الطبع، وأما من جهة العقل، وإما من جهة الشرع، وإما من كل ذلك؛ كالميتة، فإنها تعاف طبعاً، وعقلاً، وشرعاً، والرجس من جهة الشرع الخمر، والميسر، وقيل: ذلك رجس من جهة العقل، وعلى ذلك نه بقوله: «وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا» [البقرة: ٢١٩]؛ لأن كل ما يوفى إثمه على نفعه، فالعقل يقتضي اجتنابه، وجعل الكافرين رجساً من حيث إن الشرك بالعقل أفحح الأشياء، قال تعالى: «وَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَّرَضٌ فَزَادَتْهُمْ رِجْسًا إِلَى رِجْسِهِمْ» [التوبة: ١٢٥] وقوله تعالى: «وَيَجْعَلُ الرَّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يَعْقِلُونَ» [يونس: ١٠٠] قيل: النتن، وقيل: العذاب؛ وذلك كقوله: «إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ» [التوبة: ٢٨] وقال: «أَوْ لَحْمِ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ» [الأنعام: ١٤٥] وذلك من حيث الشرع .

وعن ابن عباس: «الرجس في الآية: السخط»، وعن جابر بن زيد: «الرجس: الشر»، وعن غيرهما: الرجس: المأثم .

(١١) في ب، د: عن .

(١) سقط في أ، ب .

(٢) العذرة: العَائِطُ . ينظر: الوسيط، مادة (عذر)، والنهاية (٣/١٩٩) .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في د .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) في ب: حائط .

من [قال] ^(١) أراد به نفس المخرج .

ومنهم من قال : أراد به حائط المخرج .

وتكلموا أيضاً في معنى الكراهة إلى القبر .

قال بعضهم : يكره ؛ لأنه تشبه باليهود ^(٢) .

وقال بعضهم : لأن في المقبرة عظام الموتى ، وعظام الموتى أنجاس وأرجاس وهذا كله إذا لم يكن بين المصلي وبين هذه المواضع حائط أو سترة أما إذا كان [فلا] ^(٣) يكره ويصير الحائط فاصلاً .

وإذا ^(٤) لم يكن بين المصلي ^(٥) وبين هذه المواضع [حائط أو] ^(٦) سترة فإنما يكره استقبال هذه المواضع في مسجد ^(٧) الجماعات ، أما في مسجد البيوت فلا يكره إذ ليس لمساجد البيوت حكم المساجد ؛ ألا ترى أنه يدخله الجنب من غير كراهة ويأتي فيه أهله ويبيع ويشترى من غير كراهة .

وأما الصلاة في الحمام فقد اختلف المشايخ فيه ، واختار ^(٨) الصدر الشهيد في الوقعات : أنه إذا لم يكن في الحمام صورة أو تماثيل لا تكره ^(٩) الصلاة فيه إذا كان الموضوع طاهرًا ، وأما قراءة القرآن في الحمام [فقد] ^(١٠) ذكر في كتاب العلل أنه إن كان يرفع صوته يكره .

(١) سقط في أ ، ب .

(٢) روي عن الضحاك بن مزاحم أنه كان يقول في الحمام : خلف بن أيوب عن أبي يوسف : أنه كان يكره أن يكون قبلة المسجد إلى المخرج أو إلى الحمام وإن كان مصلاه في بيته فلا بأس به ، وهو قول أبي يوسف .

ينظر : المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣١٧/٥) ، عيون المسائل ، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي ، دراسة وتحقيق : علي محمد إبراهيم ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط (١) ، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م ، ص (٣٢) .

(٣) سقط في أ ، ب .

(٤) في د : وأما إذا .

(٥) في أ : الحائط .

(٦) سقط في ب .

(٧) في أ ، ب : مساجد .

(٨) في ب : واختيار .

(٩) في أ ، ب : يكره .

(١٠) سقط في أ ، ب .

الفصل السابع

في بيان ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها^(١)

هذا الفصل يشتمل على نوعين:

الأول: في الأقوال المفسدة^(٢) للصلاة.

إذا تكلم في صلاته على وجه لا يسمع منه إن كان يسمع نفسه تفسد صلاته، وإن كان لا يسمع نفسه إن لم يصحح الحروف لا تفسد صلاته، [وإن صحح الحروف فعلى قول الكرخي تفسد.

وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنه لا تفسد^(٣).

والاختلاف في هذا نظير الاختلاف فيما إذا قرأ في صلاته ولم يسمع نفسه هل تجوز صلاته.

وفي النوازل: إذا تكلم في الصلاة وهو في النوم فسدت^(٤) صلاته وهو المختار؛ لأن الكلام قاطع للصلاة مطلقاً، قال عليه السلام: «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»^(٥).

(١) في أ، ب: يفسد.

(٢) الفساد لغة: نقيض الصلاح، يقال: فسد اللحم: أتنن، وفسدت الأمور: اضطربت، وفسد العقد: بطل. وعند الحنفية: الفاسد الذي لم يشرع بأصله دون وصفه.

وعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: الفساد: مخالفة الفعل ذي الوجهين وقوعاً في الشرع، وقيل: في العبادة عدم إسقاطها القضاء.

ينظر: لسان العرب (٣٤١٢/٥)، كشف الأسرار (٢٥٩/١)، شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني (٢٤٦/٢)، حاشية العطار (١٤٦/١).

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: تفسد.

(٥) أخرجه أحمد (٤٤٧/٥)، والدارمي (٣٥٣/١) كتاب الصلاة، باب: النهي عن الكلام في

الصلاة، ومسلم (٣٨١/١) كتاب المساجد، باب: تحريم الكلام في الصلاة، الحديث (٥٣٧/٣٣)، وأبو داود (٥٧٣/١)، (٥٧٤) كتاب الصلاة، باب: تسميت العاطس في

الصلاة، الحديث (٩٣١)، والنسائي (١٤/٣ - ١٨) كتاب السهو، باب: الكلام في الصلاة، وابن الجارود، ص (٨٢، ٨٣) كتاب الصلاة، باب: الأفعال الجائزة في الصلاة، وغير

الجائزة، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٤٦/١) كتاب الصلاة، باب: الكلام في الصلاة، والبيهقي (٢٤٩/٢، ٢٥٠) كتاب الصلاة، باب: من تكلم جاهلاً بتحريم الكلام،

وإذا عطس الرجل فقال له رجل في الصلاة: يرحمك الله، فسدت صلاته، ذكر المسألة في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف.

وذكر في موضع آخر.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا تفسد صلاته.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أنه لم يدخل في الصلاة ما ليس منها؛ لأنه دعا له بالمغفرة والرحمة، وهذا مما يوجد في الصلاة.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - حديث معاوية بن الحكم السلمي^(١) - رضي الله عنه - قال: قدمت من أرض الحبشة، فعطس^(٢) رجل بجنبي في الصلاة فقلت: يرحمك الله، فلما فرغ النبي ﷺ^(٣) قال: «إن صلاتنا^(٤) هذه لا تصلح لكلام الناس، إنما هي التسبيح^(٥) والتهليل، وقراءة القرآن^(٦)».

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله -: إذا عطس الرجل فقال رجل في الصلاة: الحمد لله لا تفسد صلاته، و[إن]^(٧) أراد به الجواب؛ لأن جواب غير العاطس للعاطس ليس هو التحميد فلم يأت بما يصير به مجيباً للعاطس فلم يكن جواباً.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا عطس الرجل في الصلاة حمد الله تعالى، فإن كان وحده [إن شاء]^(٨) أسر به وحرك لسانه، وإن شاء أعلم، وإن

= وأبو عوانة (١٤١/٢، ١٤٢)، والطيالسي (١١٠٥)، وابن أبي عاصم في السنة (٢١٥/١)، والطبراني في الكبير (٣٩٨/١٩، ٣٩٩)، وابن خزيمة (٣٦٣٥/٢) من طرق عن يحيى بن أبي كثير عن هلال بن أبي ميمونة عن عطاء بن يسار عن معاوية بن الحكم به.

(١) هو: معاوية بن الحكم السلمي - رضي الله عنه - صحابي، روى عن النبي ﷺ. وعنه ابنه كثير وعطاء بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن قال أبو عمر: كان ينزل المدينة ويسكن في بني سليم، له عن النبي ﷺ حديث واحد في الكهانة والطيرة والخط وتشميت العاطس وعتق الجارية، قال ابن حجر: وله حديث آخر من طريق ابنه كثير بن معاوية عنه.

ينظر: تهذيب التهذيب (٢٠٥/١٠).

(٢) في أ: يعطس.

(٣) زاد في ب: من الصلاة.

(٤) في أ: الصلاة.

(٥) في ب: للتسبيح.

(٦) تقدم.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

كان خلف إمام أسر^(١) به وحرك لسانه .
 وقال أبو يوسف بعد ذلك: إن كان يصلي وحده، أو خلف إمام فعطس فليحمد الله في نفسه ولا يتكلم فيه .
 وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في العاطس: «يحمد الله تعالى في نفسه ولا يحرك لسانه، ولو حرك تفسد صلاته .
 وعن بعض المشايخ: [أن المصلي]^(٢) إذا عطس وقال: لنفسه يرحمك الله يا نفسي لا تفسد صلاته؛ لأن هذا ليس بكلام؛ لأن الإنسان لا يتكلم مع نفسه فصار كأنه قال: يرحمني الله، أو قال: الحمد لله وهناك لا تفسد صلاته كذا ههنا .
 ولو عطس [رجل]^(٣) في الصلاة فقال رجل آخر يرحمك الله فقال العاطس آمين فسدت صلاته؛ لأنه أجابه .
 وإذا أخبر المصلي بخبر سوء^(٤) فقال: إنا لله وإنا إليه راجعون، [وأراد جوابه بأن قال له: مات أبوك، أو قيل له: ماتت أمك، فقال: إنا لله وإنا إليه راجعون]^(٥)، فهذا يقطع الصلاة، وإن لم يرد جوابه لا يقطع الصلاة، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف .
 ولو أخبر بخبر يسره بأن قيل له: قدم أبوك، فقال: الحمد لله، وأراد جوابه قطع الصلاة في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .
 وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يقطع .
 وعلى هذا الاختلاف إذا أخبر بما يعجبه فقال: سبحان الله، أو قال: لا إله إلا الله، وأراد جوابه فمن مشايخنا من قال: مسألة الاسترجاع على الخلاف أيضًا، وهذا القائل لا يحتاج إلى أن يفرق بين مسألة الاسترجاع وبين هاتين المسألتين .
 ومنهم من قال: مسألة الاسترجاع على الوفاق .
 وهذا القائل يحتاج إلى الفرق، لأبي يوسف - رحمه الله - .

(١) في أ: مرّ .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) سقط في أ، ب .

(٤) في د: يسوؤه .

(٥) سقط في أ، د .

والفرق له: أن الاسترجاع لإظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لأجله، والتحميد لإظهار الشكر والصلاة شرعت لأجله.

ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - أن الجواب ينتظم الكلام فيصير كأنه قال: الحمد لله على قدوم أبي، وأشباه ذلك ولو صرح بذلك أليس أنه تفسد صلاته كذا هذا، أو نقول^(١): الكلام يبني على قصد المتكلم فمتى قصد بما قال التعجب يجعل متعجبا لا مسبحا، فإن قال سبحان الله على قصد التعجب^(٢) [وهناك]^(٣) كان متعجبا لا مسبحا؛ ألا ترى أن من رأى رجلا اسمه يحيى وبين يديه كتاب موضوع قال: ﴿يَيْحَىٰ خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ﴾^(٤) وأراد خطابه لا يشكل على أحد أنه متكلم وليس بقارئ وكذلك إذا كان الرجل في سفينة وابنه خارج السفينة وقال: ﴿يَبْنَئِ أَرْكَبَ مَعَنَا﴾^(٥)، وأراد خطابه يجعل متكلم لا قارئاً، وكذلك إذا كان بجانب المصلي رجل اسمه موسى وفي يديه عصا قال له المصلي ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَمُوسَىٰ﴾^(٦) وأراد خطابه يجعل متكلم لا قارئاً.

وكذلك لو قال رجل للمصلي بأي: موضع مررت، فقال المصلي (بِبَيْرٍ مُّعْطَلَةٍ وَقَصْرِ مَشِيدٍ) وأراد جوابه يجعل متكلم لا قارئاً.
وكذا إذا أنشد شعراً فيه ذكر الله تعالى نحو قوله:

تبارك ذو العلا والكبرياء
يجعل متكلماً، حتى تفسد صلاته في هذه الوجوه [كلها]^(٧) كذا في^(٨) مسألتنا هذه.

وكذا إذا قرع الباب على المصلي ونودي من الخارج فقال: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ ءَاِمِنًا﴾^(٩) وأراد به الجواب، والإذن بالدخول، تفسد صلاته، وإن أراد قراءة القرآن

(١) في أ، د: ويقول.

(٢) في ب: المتعجب.

(٣) سقط في د.

(٤) سورة مريم آية: ١٢ .

(٥) سورة هود آية: ٤٢ .

(٦) سورة طه آية: ١٧ .

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) زاد في أ: وجوه.

(٩) سورة آل عمران آية: ٩٧ .

في هذه الصور^(١) كلها، لا تفسد صلاته .
 وفي القدوري يقول: إذا عرض للمصلي شيء في صلاته فذكر الله تعالى، يريد به خطاب الغير؛ نحو: أن يزرجه عن فعل، أو يأمره، فسدت صلاته في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .
 وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا تفسد .
 وإن عرض للإمام [شيء]^(٢) فسيح له فلا بأس به، وكذا إذا سبح يعلم غيره أنه في الصلاة لا تفسد صلاته .
 [ولا سبح الإمام إذا [قام للأخيرتين]^(٣) .
 وإذا دعا في صلاته فسأل الله تعالى الرزق والعافية لا تفسد صلاته]^(٤) .
 واعلم أن^(٥) الدعاء في الصلاة مندوب إليه، قال عليه السلام: «وأما في سجودك فاجتهد في الدعاء فإنه قمن^(٦) أن يستجاب لك بعد هذا»^(٧) .
 قال في الأصل: إذا دعا بما يشبه [ما]^(٨) في القرآن، ولا يشبه كلام الناس لا تفسد صلاته؛ [لأنه ذكر الله، وذكر]^(٩) الله تعالى لا يكون مفسداً للصلاة .

(١) في ب: السور .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في د: قال إلى الآخرين .

(٤) سقط في أ .

(٥) في ب: فإن .

(٦) قمين: خليق، وجدير، وهو من الفعل قمن .

ينظر: مختار الصحاح، ص (٢٣٠)، النهاية في غريب الحديث (٤/١١١) .

(٧) أخرجه مسلم (٣٤٨/١) كتاب الصلاة، باب: النهي عن قراءة القرآن في الركوع والسجود

(٤٧٩/٢٠٨)، وأبو داود (٢٣٢/١) كتاب الصلاة، باب: في الدعاء في الركوع والسجود

(٨٧٦)، والنسائي (١٨٩/٢، ١٩٠) كتاب الافتتاح، باب: تعظيم الرب في الركوع .

كلهم من طريق عبد الله بن عباس، قال: كَشَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السُّرَّ، وَرَأْسُهُ مَعْصُوبٌ

فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ هَلْ بَلَّغْتُ، ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، إِنَّهُ لَمْ يَبْقَ مِنْ مَبْشَرَاتِ

النَّبِيِّ إِلَّا الرُّؤْيَا الصَّالِحَةَ، يَرَاهَا الْعَبْدُ الصَّالِحُ، أَوْ تُرَى لَهُ، أَلَا وَإِنِّي قَدْ نَهَيْتُ عَنِ الْقِرَاءَةِ فِي

الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، فَإِذَا رَكَعْتُمْ، فَعَظَّمُوا اللَّهَ، وَإِذَا سَجَدْتُمْ فَاجْتَهِدُوا فِي الدُّعَاءِ، فَإِنَّهُ قِيمٌ

أَنْ يُسْتَجَابَ لَكُمْ .

(٨) سقط في ب .

(٩) في أ: لأن .

وإذا^(١) دعا بما يشبه كلام الناس، تفسد صلاته؛ لحديث معاوية بن [الحكم]^(٢) السلمي - رضي الله عنه - أنه: أجاب العاطس في الصلاة، وقال: يرحمك الله^(٣)، وجعل رسول الله ﷺ ذلك من جنس كلام الناس.

والفرق بين ما يشبه ما في القرآن [وبين]^(٤) ما يشبه كلام الناس: أن كل ما يسأل [به الله ولا]^(٥) يسأل به غيره، فهذا مما يشبه ما في القرآن، و[ذلك]^(٦) نحو قوله: اللهم اغفر لي اللهم أدخلني الجنة؛ لأن المغفرة والإدخال في الجنة لا يسأل إلا من الله تعالى.

وكل ما يسأل به الله تعالى، ويسأل به غيره فهذا من جملة ما يشبه كلام الناس [فتفسد صلاته]^(٧) وذلك نحو قوله: اللهم زوجني فلانة، اللهم اكسني ثوبا اللهم اقض ديني؛ [لأن هذا كما يسأل من الله تعالى يسأل به من غيره، يقول الرجل لغيره: زوجني أمتك، اكسني ثوبًا، اقض ديني]^(٨)، والذي يؤيد ما ذكرنا^(٩) ما روي عن أبي بكر [الصدیق]^(١٠) [١١] - رضي الله عنه - أنه قال لرسول الله ﷺ علمني [يا رسول الله]^(١٢) دعاء أدعو به في صلاتي، فقال عليه السلام: قل: «اللَّهُمَّ إِنِّي

(١) في أ: وإن.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) تقدم.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ: الله به.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) في أ، ب: قلنا.

(١٠) هو: عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التيمي، أبو بكر الصديق الأكبر، ابن أبي قحافة، خليفة رسول الله ﷺ، وصاحبه في الغار، وقيل: اسمه عتيق، روى عن النبي ﷺ، وروى عنه: عمر، وعثمان، وعلي، وعبد الرحمن بن عوف، قال عنه رسول الله ﷺ: أبو بكر عتيق الله من النار، ولي الخلافة بعد النبي ﷺ سنتين وشيئًا، وقيل: عشرين شهرًا، توفي يوم الاثنين في جمادى الأولى سنة ثلاث عشرة من الهجرة، وهو ابن ثلاث وستين سنة، وصلى عليه عمر، ودفن مع رسول الله ﷺ.

ينظر: تهذيب الكمال (٢٧٩/١٥)، تقريب التهذيب (٤٣٢/١)، خلاصة تهذيب

الكمال (٧٨/٢).

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) سقط في د.

ظَلَمْتُ نَفْسِي ظُلْمًا كَثِيرًا^(١) وَلَا يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلَّا أَنْتَ، فَأَغْفِرْ لِي مَغْفِرَةً مِنْ عِنْدِكَ، وَارْحَمْنِي، إِنَّكَ أَنْتَ الْعَفُورُ الرَّحِيمُ^(٢).

وذكر في الجامع الصغير: ادع في صلاتك^(٣) بكل شيء في القرآن. وبنحوه نقل عن الشيخ الإمام أبي بكر بن محمد بن الفضل - رحمه الله -؛ فإنه كان يقول: كل دعاء في القرآن إذا دعا المصلي بذلك الدعاء لا تفسد صلاته، وكان يقول: إذا قال: اللهم اغفر [لي ولوالدي]^(٤) لا تفسد صلاته؛ لأنه في القرآن وكذلك إذا قال: اللهم اغفر لأبي^(٥)، ولو قال: اللهم اغفر لأخي تفسد صلاته، ولو قال: اللهم اغفر للمسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات^(٦) لا تفسد صلاته؛ لأنه في القرآن ولو قال: [اللهم]^(٧) اغفر لزيد أو لعمره تفسد صلاته؛ لأنه ليس في القرآن. ولو قال: اللهم ارزقني من بقلها وقثائها وفومها وعدسها وبصلها لا تفسد صلاته؛ لأن عينه في القرآن. ولو قال: اللهم ارزقني بقلًا وقثاء^(٨) وعدسًا وبصلًا تفسد [صلاته]^(٩)؛ لأن عين

(١) زاد في أ: فاغفر لي، فإنه، وزاد في د: وإنه.
 (٢) أخرجه البخاري (٣٧٠/٢) كتاب الأذان، باب: الدعاء قبل السلام، حديث (٨٣٤) و(٣٦٢٦) كتاب الدعوات، باب: الدعاء في الصلاة، برقم (٧٣٨٧، ٧٣٨٨) كتاب التوحيد، باب: ﴿وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾، ومسلم (٢٠٧٨/٤) كتاب الذكر، باب: استحباب خفض الصوت بالذكر (٢٠٧٥)، والترمذي (٥٠٧/٥) كتاب الدعوات، باب: (٩٧)، حديث (٣٥٣١)، والنسائي (٥٣/٣) كتاب السهو، باب: نوع آخر من الدعاء، وابن ماجه (٢٦١/٢) كتاب الدعاء، باب: دعاء رسول الله ﷺ (٣٨٣٥)، وأحمد في مسنده (٤/١، ٧)، والبيهقي في السنن (١٥٤/٢)، والبغوي في شرح السنة (٢/٢٨٨)، برقم (٦٩٥)، وابن خزيمة، برقم (٨٤٥)، وابن حبان في صحيحه (٣١٣/٥، ٣١٤)، برقم (١٩٧٦)، وأبو يعلى في مسنده (٣٧/١، ٣٨)، برقم (٣١، ٣٢).

(٣) في أ، ب: الصلاة.

(٤) في د: لوالدي.

(٥) في د: لي.

(٦) في ب: للمؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) القثاء: معروف. وهو اسم لما يسميه الناس بالخيار والعجور والفقوس. والواحدة قثاءة.

وقيل: هو ليس بعربي.

ينظر: المغرب، ص (٣٧٢)، المصباح المنير، ص (٤٩٠).

(٩) سقط في أ، ب.

هذه الألفاظ^(١) ليس في القرآن .

وقول محمد - رحمه الله - في الأصل : إذا دعا بما يشبه ما في القرآن لم يرد به حقيقة التشبيه^(٢) ؛ لأن الدعاء كلام العباد والقرآن كلام الله تعالى وكلام العباد لا يشبه كلام الله تعالى ولكن أراد به إذا دعا بدعوات يكون معناها [معنى]^(٣) الدعوات المذكورة في القرآن .

ذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله - [أنه]^(٤) إذا دعا بالدعوات^(٥) التي ذكرها^(٦) محمد - رحمه الله - في الكتاب^(٧) فقال: اللهم أصلح أمري، اللهم أكرمني، اللهم أنعم علي، اللهم عافني من النار، اللهم سدني وارفعني، اللهم اصرف عني شر كل ذي شر، أعوذ بالله من شر الجن والإنس، اللهم ارزقني حج بيتك وجهادا في سبيلك، اللهم استعملني^(٨) في طاعتك، وطاعة رسولك، اللهم اجعلنا عابدين حامدين صادقين شاكرين، اللهم ارزقنا وأنت خير الرازقين، فهذا كله حسن ولا يقطع الصلاة .

وإذا نفخ التراب من موضع سجوده فهذا على وجهين: إن كان نفخًا لا يسمع، لا تفسد صلاته؛ لأن هذا تنفس^(٩) لا بد للحي منه، وإن كان نفخًا [يسمع]^(١٠)، تفسد [صلاته]^(١١) عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

(١) في أ: هذا اللفظ .

(٢) في ب: التشبه . والتشبيه - في اللغة - يعني: التمثيل، وفي ذلك يقول ابن منظور: «الشَّبه والشَّبهه، والشَّبيه، والمثل، والجمع: أشباه، وأشبه الشيء الشيء: ماثله، وفي المثل: «من أشبه أباه فما ظلم»، وشبهه إياه، وشبهه به: مثله، والمشتبهات من الأمور: المشكلات، والمشتابهات: المتماثلات، والتشبيه: التمثيل» .
ينظر: لسان العرب، مادة (شبه) (٤/٢١٨٩، ٢١٩٠) .

(٣) سقط في أ، ب .

(٤) سقط في د .

(٥) في أ، ب: بدعوات .

(٦) في أ، ب: ذكر .

(٧) في ب: الأصل .

(٨) في أ: أشغلني .

(٩) في أ: بنفس .

(١٠) سقط في أ .

(١١) سقط في أ، ب .

فظن بعض مشايخنا أن النسخ المسموع ما يكون له حروف مهجاة نحو قوله «أف» و«تف» و«يف»، وغير المسموع ما لا يكون له حروف مهجاة، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

وبعض مشايخنا لم يشترطوا للنسخ المسموع أن يكون له حروف مهجاة، وإليه ذهب شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده.

ووجه ذلك: أن الكلام ما يكون [له] ^(١) حروف مهجاة بصوت مسموع، فالصوت ^(٢) شرط الكلام كالحروف ^(٣) من حيث إنه لا يحصل الإفهام إلا بهما، ثم إقامة الحروف باللسان بدون الصوت مفسد، فكذا الصوت المسموع الخارج من مخرج الكلام يجب ^(٤) أن يكون مفسدًا، وكأنه مال إلى قول الكرخي فيما إذا صحح الحروف بلسانه، ولم يسمع نفسه، وكان أبو يوسف - رحمه الله - [أولاً] ^(٥) يقول: لا تفسد صلاته إلا إذا أراد به التأفيف، يريد به لغة العرب: أف، كما في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمْ أُفٍّ﴾ ^(٦). وقال القائل:

أَفًّا وَتُفًّا لِمَنْ مَوَدَّتُهُ ^(٧)

فأما إذا أراد تنقية موضع سجوده عن التراب فلا يقطع صلاته، ثم رجع وقال: لا تفسد صلاته، وإن أراد به التأفيف لغة العرب.

ووجه هذا القول: ما روي أن النبي ﷺ قال في صلاة الكسوف: «أف أف، ألم تعذني ألا تعذبهم وأنا فيهم؟! [و]غفرت لي ما [تقدم وتأخر ومضى على صلاته]» ^(٩).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فبالسوط.

(٣) في أ، ب: بحروف.

(٤) في أ: بحيث.

(٥) سقط في أ.

(٦) سورة الإسراء آية: ٢٣ .

(٧) في أ: يف لمن طالت موته.

(٨) تروى الأبيات في المبسوط للسرخسي (٣٣/١).

أَفًّا وَتُفًّا لِمَنْ مَوَدَّتُهُ إِنَّ غِبْتُ عَنْهُ سُوءَةَ زَالَتْ

وَإِنْ مَالَتْ الرِّيحُ هَكَذَا وَكَذَا مَالَ مَعَ الرِّيحِ أَيُّنَمَا مَالَتْ

ينظر: التمثيل والمحاضرة، ص (٢٤٢).

(٩) أخرجه أبو داود في سننه (٣١٠/١) كتاب الصلاة، باب: من ركعتين، رقم (١١٩٤)،

وقاسه بالتنحج والعطاس، فإنه لا يقطع الصلاة، وإن كان مسموعاً، وله حروف مهجاة.

حجة أبي حنيفة ومحمد: أن النبي ﷺ مر بمولى [له] ^(١) يقال له «رباح» ^(٢) وهو ينفخ، التراب فقال: «أما علمت أن من نفخ في صلاته فقد تكلم» ^(٣).

ولأن قوله: أف من جنس كلام الناس؛ لأنه حروف مهجاة بذكر مقصود، قال الله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أُفٍّ﴾ ^(٤)، والكلام قاطع للصلاة.

قال الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله -: ذكر النفخ في الكتاب ولم يذكر تفسيره ^(٥) قال - رحمه الله -: [وتفسيره] ^(٦) أف وتف [ويف] ^(٧): والعطاس لا يقطع الصلاة على كل حال [أيضاً] ^(٨)؛ لأنه مما لا يمكن الامتناع عنه، [وإن لم يكن مدفوعاً إليه] ^(٩) [كان عفواً، والتنحج كان مدفوعاً إليه لا يقطع الصلاة على كل حال أيضاً؛ لأنه مما لا يمكن الامتناع عنه، وإن لم يكن مدفوعاً إليه] ^(١٠) [إلا أنه] ^(١١) لإصلاح الحلق ليتمكن من القراءة لا يقطع الصلاة.

= وأحمد في المسند (١٥٩/٢)، رقم (٦٤٨٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٣٢٩).

(١) سقط في د.

(٢) هو: رباح الأسود مولى رسول الله ﷺ كان أسود، وكان يأذن على رسول الله ﷺ أحياناً، وهو الذي استأذن لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، على النبي ﷺ لما اعتزل نساءه في المشربة، قال بلال، وسلمة بن الأكوع: كان للنبي غلام اسمه رباح. ينظر: أسد الغابة (٢/٢٤٨).

(٣) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (١/١٩٦) كتاب الصلاة، باب: النهي عن النفخ في الصلاة، برقم (٥٤٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (٢/١٨٩) كتاب الصلاة، باب: النفخ في الصلاة، برقم (٣٠١٧). عن أم سلمة، وذكره ابن حجر في كتابه الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١/١٨٧)، وقال إسناده فيه ضعف.

(٤) سورة الإسراء آية: ٢٣.

(٥) في أ: تفسير.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) سقط في أ.

(١٠) زاد في أ: لا يقطع الصلاة على كل حال.

(١١) سقط في د.

وإن ظهر له حروف نحو قوله: [آح وآخ وتكلف لذلك]^(١) كان الفقيه إسماعيل الزاهد يقول: يقطع الصلاة عندهما؛ لأنهما حروف مهجاة.

وقال غيره من المشايخ: لا يقطع، وإن لم يظهر له حروف مهجاة لا يقطع الصلاة عندهما على قياس ما ذكر شمس الأئمة - رحمه الله -.

[وإذا ساق الدابة بقوله: هر أو ساق [الكلب]^(٢)، فقال: هن^(٣) يقطع عندهما أيضًا؛ لأن له حروفًا مهجاة وإن ساقها بما ليس له حروف مهجاة لا يقطع الصلاة عندهما على ما ذكر شمس الأئمة - رحمه الله^(٤).

وكذا إذا دعا الهرة بما له حروف مهجاة [يقطع الصلاة عندهما]^(٥)، وإذا دعا بما ليس له حروف مهجاة^(٦) لا يقطع، وكذلك^(٧) إذا نفرها لما له حروف مهجاة قطع عندهما.

وإذا تجشأ ولم يكن مدفوعا به وحصل به [حروف]^(٨) مهجاة تقطع^(٩) الصلاة عندهما، وإن لم يكن مدفوعا^(١٠) إلا أنه لم يحصل به حروف مهجاة لا يقطع عندهما.

قال محمد - رحمه الله - في الرجل يستفتح الرجل وهو في الصلاة [يفتح]^(١١). قال: هذا الكلام^(١٢) اعلم بأن فتح المصلي لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون على إمامه، أو على رجل ليس هو في الصلاة أصلاً، أو على رجل هو في صلاة [على]^(١٣) غير صلاة الفاتح.

(١) في أ: آح وكلف كذلك.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: هر.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: ولذلك.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: يقطع، في د: قطع.

(١٠) زاد في ب: به.

(١١) سقط في د.

(١٢) في ب، د: كلام.

(١٣) سقط في ب.

فإن كان الفتح على إمامه لا تفسد صلاته لقوله ﷺ: «إِذَا اسْتَطَعَمَكَ الْإِمَامُ فَأَطِعْهُ»^(١)، أي إذا استفتح منك فافتح عليه.

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه قرأ سورة والنجم وسجد فلما عاد إلى القيام أرتج^(٢) عليه فلقنه واحد، إذا زلزلت فقرأها^(٣) ولم ينكر [عليه]^(٤) فلأنه^(٥) سعى إلى إصلاح صلاة الإمام؛ لأنه لو لم يفتح عليه ربما يجري على لسانه شيء يفسد صلاته وفي إصلاح صلاة الإمام إصلاح صلاة نفسه وما يرجع إلى إصلاح صلاة المصلي لا يفسد الصلاة وإن [كان كثيراً]^(٦)؛ ألا ترى أنه إذا سبقه الحدث فذهب وتوضأ لا تفسد صلاته، كذا ههنا بعض مشايخنا قالوا هذا، إذا^(٧) كان [فيه]^(٨) إصلاح صلاته بأن أرتج على الإمام قبل أن يقرأ مقدار ما تجوز به الصلاة أو بعد ما قرأ [ذلك المقدار]^(٩) إلا أنه لم ينتقل إلى آية أخرى.

أما إذا لم يكن فيه إصلاح الصلاة بأن قرأ الإمام مقدار ما تجوز به الصلاة أو انتقل إلى آية أخرى [بعد ما قرأ ذلك المقدار]^(١٠)، تفسد صلاته؛ لأنه تعلم في غير موضع الحاجة.

وبعضهم قالوا لا تفسد صلاته على كل حال؛ لأنه محتاج إليه لإصلاح صلاته؛ لأنه ربما يقرأ ما يفسد صلاته لما اشتبه عليه الصواب وكان بمنزلة الفتح في موضع الاستفتاح عند الحاجة.

ولو أخذ الإمام من الفتح بعد ما انتقل إلى آية أخرى هل تفسد [صلاته أم

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٧٢/٢) رقم (٤٧٩٤)، البيهقي في السنن الكبرى (٢١٣/٣) كتاب الصلاة، باب: إذا حصر الإمام لقن، وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٨٤/١) كتاب

الصلاة، باب: شروط الصلاة، وقال: قد صح عن أبي عبد الرحمن السلمي.

(٢) أرتج عليه: استغلق عليه الكلام. ينظر: المعجم الوسيط (٦٧٩/١).

(٣) في أ: نقرأ.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ، ب: ولأنه.

(٦) في أ، ب: وإن كثر.

(٧) في أ: إن.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في أ، ب.

لا^(١)؟

حكى عن القاضي الإمام أبي بكر الزرنجري^(٢) - رحمه الله - أنه قال: تفسد وغيره من المشايخ قالوا: لا تفسد.

ولا ينبغي للإمام أن يلجئ القوم إلى الفتح؛ لأنه يلجئهم إلى القراءة خلفه وإنه مكروه، ولكن [إن]^(٣) قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة [يركع وإن لم يقرأ مقدار ما تجوز به الصلاة]^(٤)، ينتقل إلى آية أخرى؛ لأن الواجب قراءة القرآن مطلقاً والكل قرآن.

ولا ينبغي للمقتدي [أن يفتح]^(٥) على الإمام من ساعته؛ لأنه ربما يتذكر الإمام من ساعته فتكون قراءته خلفه قراءة من غير حاجة.

وإن كان الفتح على رجل ليس هو في الصلاة أصلاً فهو على وجهين: إن أراد به التعليم^(٦) تفسد صلاته، وإن لم يرد به التعليم^(٧) وإنما أراد به قراءة القرآن لا تفسد [صلاته]^(٨).

أما إذا أراد به التعليم؛ لأنه أدخل في الصلاة ما^(٩) ليس من [أفعال]^(١٠) الصلاة؛

(١) في ب: صلاة الإمام.

(٢) لعله: بكر بن محمد بن علي الأنصاري، القاضي، شمس الأئمة، أبو الفضائل الزرنجري، شمس الأئمة، من أهل بخارى، ولد سنة سبع وعشرين وأربعمائة، تفقه على شمس الأئمة الحلواني، وبرع في الفقه وكان يضرب به المثل في حفظ المذهب الحنفي وكان مصيباً في الفتاوى وجواب الوقائع، ولقب بأبي حنيفة الأصغر، وكان له اطلاع واسع في معرفة الأنساب والتواريخ، وكان الفقهاء إذا وقع لهم إشكال في الرواية يرجعون إليه ويحكمون بقوله، توفي سنة اثنتي عشرة وخمسمائة.

ينظر: الجواهر المضية (١/٤٦٥)، المنتظم (٩/٢٠٠)، العبر (٤/٢٦)، النجوم الزاهرة (٥/٢١٦)، الفوائد البهية، ص (٥٦)، طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، ص (٧٧).

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في د.

(٦) في ب: التعلم.

(٧) في ب: التعلم.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في أ: من.

(١٠) سقط في ب.

لأنه انتصب معلما في أفعال الصلاة؛ لأن الذي يفتح كأنه يقول بعد ما قرأت كذا وكذا فخذ مني والتعليم^(١) ليس من الصلاة في شيء وإدخال ما ليس من الصلاة في الصلاة يوجب [فساد الصلاة]^(٢)؛ ولأن^(٣) هذا من كلام الناس؛ لأن معنى المسألة أن غير المصلي استفتح من المصلي فيصير فتح المصلي جواباً، عرفاً فيصير من كلام الناس.

فقضية هذين المعنيين: أن تفسد صلاته إذا فتح على إمامه، لكن سقط اعتبار التعليم على المعنى الأول ويسقط^(٤) اعتبار الواجب^(٥) على المعنى الثاني [لمكان الأحاديث الواردة في هذا الباب]^(٦)، ولمكان الحاجة إلى إصلاح صلاة نفسه ولا

(١) في ب: التعلم.

(٢) في د: فساده.

(٣) في أ: لأن.

(٤) في د: وسقط.

(٥) في أ، ب: الجواب.

(٦) في أ، ب: للأحاديث.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن فتح المؤتم على إمامه إذا أرتج عليه في القراءة وهو في الصلاة ورده إذا غلط في القراءة إلى الصواب مشروع إجمالاً، وبه قال جمع من الصحابة والتابعين كعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وابن عمر رضي الله عنهم، وعطاء، والحسن، وابن سيرين وابن معقل، ونافع بن جبير.

واستدلوا بأن رسول الله ﷺ صلى صلاة فقرأ فيها فلبس عليه فلما انصرف قال لأبي رضي الله عنه: أصليت معنا؟ قال: نعم، قال: فما منعك؟ [أخرجه أبو داود (١/٥٥٨، ٥٥٩) من حديث ابن عمر. وصحح إسناده النووي في المجموع (٤/٢٤١)].

وبحديث المسور بن يزيد المالكي رضي الله عنه قال: شهدت رسول الله ﷺ: يقرأ في الصلاة، فترك شيئاً لم يقرأه فقال له رجل: يا رسول الله تركت آية كذا وكذا، فقال رسول الله ﷺ: «هلا أذكرتها». [أخرجه أبو داود (١/٥٥٨) وجود إسناده النووي في المجموع (٤/٢٤١)].

وكرهه ابن مسعود - رضي الله عنه - وشريح، والشعبي، والثوري.

واختلف الفقهاء في بعض أحكام الفتح على الإمام بعد اتفاقهم على مشروعيته إجمالاً. فذهب الحنفية إلى أن المؤتم إن فتح على إمامه بعد توقفه في القراءة لم يكن كلاماً مفسداً للصلاة؛ لأنه مضطر إلى إصلاح صلاته، سواء أقرأ الإمام مقدار الفرض في القراءة أم لم يقرأ؛ لأنه لو لم يفتح عليه ربما يجري على لسانه ما يكون مفسداً للصلاة، فكان في الفتح عليه صلاح صلاته في الحالين، ولما روي عن علي رضي الله عنه قال: إذا استطعمكم الإمام فأطعموه.

واستطعمه سكوته، وينوي الفاتح الفتح لا التلاوة على الصحيح؛ لأنه مرخص فيه،

وقراءته ممنوع عنها، ولو فتح عليه بعد انتقاله إلى آية أخرى لم تفسد صلاته، وهو قول عامة مشايخهم، لإطلاق المرخص.

وفي البحر الرائق: وفي المحيط ما يفيد أنه المذهب، فإن فيه: وذكر في الأصل والجامع الصغير أنه إذا فتح على إمامه يجوز مطلقاً؛ لأن الفتح وإن كان تعليماً، لكنه ليس بعمل كثير، وأنه تلاوة حقيقية فلا يكون مفسداً، وإن لم يكن محتاجاً إليه، وصحح في الظهيرية أنه لا تفسد صلاة الفاتح على كل حال، وتفسد صلاة الإمام، إذا أخذ من الفاتح بعد أن انتقل إلى آية أخرى، وفي الكافي: لا تفسد صلاة الإمام أيضاً. والحاصل أن الفتح على إمامه لا يوجب فساد صلاة أحد لا الفاتح، ولا الآخذ في الصحيح، ويكره للمقتدي أن يعجل بالفتح، ويكره للإمام أن يلجئهم إليه بأن يسكت بعد الحصر، أو يكرر الآية، بل يركع إذا جاء أوانه، أو ينتقل إلى آية أخرى ليس في وصلها ما يفسد الصلاة، أو ينتقل إلى سورة أخرى.

واختلفت الروايات في أوان الركوع، ففي بعضها: اعتبر أوانه إذا قرأ المستحب، وفي بعضها: اعتبر فرض القراءة: أي إذا قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة ركع.

وإن فتح المصلي على غير إمامه فسدت صلاته؛ لأنه تعليم وتعلم، فكان من جنس كلام الناس، إلا إذا نوى التلاوة، فإن نوى التلاوة لا تفسد صلاته عند الكل، وتفسد صلاة الآخذ، إلا إذا تذكر قبل تمام الفتح، وأخذ في التلاوة قبل تمام الفتح فلا تفسد، وإلا فسدت صلاته؛ لأن تذكره يضاف إلى الفتح.

قال ابن عابدين: إن حصل التذكر بسبب الفتح تفسد مطلقاً، سواء أشرع في التلاوة قبل تمام الفتح أم بعده، لوجود التعلم، وإن حصل تذكره من نفسه لا بسبب الفتح لا تفسد مطلقاً، وكون الظاهر أنه حصل بالفتح لا يؤثر بعد تحقق أنه من نفسه، ويشمل هذا إذا كان المفتوح عليه مصلياً أو غير مصلي، وإن سمع المؤتم ممن ليس في الصلاة ففتح به على إمامه فسدت صلاة الكل؛ لأن التلقين من خارج، وفتح المراهق كالبالغ فيما ذكر. هذا كله قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إن الفتح على الإمام لا يكون مفسداً للصلاة، فلا تفسد صلاة الفاتح مطلقاً؛ لأنه قراءة فلا تتغير بقصد القارئ.

وقال المالكية: إذا أرتج على الإمام في الفاتحة يجب على المأموم أن يفتح عليه على القول: بأن قراءة الفاتحة تجب في الصلاة كلها أو جلها.

أما على القول: بأن الفاتحة تجب في جل الصلاة لا في كلها، وحصل الرتاج بعد قراءة الفاتحة في جل الصلاة، كأن يقف في ثالثة الثلاثية، أو رابعة الرباعية، فالفتح عليه سنة، أما صلاة الإمام فصحيحة مطلقاً؛ لأنه كمن طرأ له العجز عن ركن في أثناء الصلاة، أما في غير الفاتحة فيسن الفتح عليه إن وقف حقيقة: بأن استفتح ولم ينتقل لغير سورة ولم يكرر آية، أو وقف حكماً: بأن ردد آية، إذ يحتمل أن يكون للتبرك أو التلذذ بها، ويحتمل للاستطعام، كقوله: (والله) ويكررها أو يسكت فيعلم أنه لا يعلم أن بعدها (غفور رحيم).

ومن الحكمي أيضاً: خلط آية رحمة بآية عذاب، أو تغييره آية تغييراً يقتضي الكفر، أو وقفه وفقاً قبيحاً فيفتح عليه بالتنبه على الصواب، ولا سجود عليه للفتح على إمامه، وأما إن انتقل إلى آية أخرى من غير الفاتحة، أو لم يقف فيكره الفتح عليه حينئذ ولا تبطل صلاة =

نص في هذه الصورة ولا حاجة إلى إصلاح صلاة نفسه فيعمل فيه بقضية القياس .
وأما إذا أراد به قراءة القرآن لا تفسد صلاته أما على المعنى الأول فلأنه ما انتصب
معلمًا في الصلاة، وأما على المعنى الثاني؛ فلأنه ليس من كلام الناس بعض

الفتاح ولا سجود عليه.

وذهب الشافعية إلى أن الفتح على الإمام مستحب، قال النووي: إذا أرتج على الإمام
ووقفت عليه القراءة استحب للمأموم تلقينه، وكذا إذا كان يقرأ في موضع فسها وانتقل إلى
غيره استحب تلقينه، وإذا سها عن ذكر فأهمله، أو قال غيره استحب للمأموم أن يقوله جهرا
ليسمعه، واستدلوا بما روي عن أنس رضي الله عنه: «كان أصحاب رسول الله ﷺ يلقن
بعضهم بعضا في الصلاة» [أخرجه الدارقطني (١/٤٠١)، وضعف إسناده النووي في
المجموع (٤/٢٣٩)]. والأخبار السابقة في مشروعية الفتح على الإمام.

ولا يقطع الفتح على الإمام موالاة الفاتحة؛ لأنه في مصلحة الصلاة، فلا يجب
استثنائها، وإن كان التوقف في قراءة غير الفاتحة؛ لأنه إعانة للإمام على القراءة المطلوبة.
ولا بد في الفتح عليه من قصد القراءة، ولو مع الفتح، وإلا بطلت صلاة الفاتح على
المعتمد.

ويكون الفتح على الإمام إذا توقف عن القراءة وسكت، ولا يفتح عليه ما دام يردد.
فإن لم يقصد القراءة بطلت صلاته على المعتمد إن كان عالما، وإلا فلا تبطل؛ لأنها مما
يخفى على العوام غالبا، والفتح مندوب عندهم ولو في القراءة الواجبة، وفي حاشية
القليوبي: وفيه نظر في القراءة الواجبة في الركعة الأولى من الجمعة، وقياس نظائره
الوجوب في هذه، وأنه لا يقطع موالاة الفاتحة وإن طال، وهو كذلك على المعتمد.
وقال الحنابلة: إذا أرتج على الإمام في القراءة الواجبة كالفاتحة لزم من وراءه الفتح
عليه، وكذا إن غلط في الفاتحة، لتوقف صحة صلاته على ذلك، كما يجب عليه تنبيهه
عند نسيان سجدة ونحوها من الأركان الفعلية.

وإن عجز المصلي عن إتمام الفاتحة بالإرتاج عليه فكالعاجز عن القيام في أثناء الصلاة،
يأتي بما يقدر عليه، ويسقط عنه ما عجز عنه، ولا يعيدها كالأمي، فإن كان إماما صحت
صلاة الأمي خلفه لمساواته له، والقارئ يفارقه للعذر ويتم لنفسه؛ لأنه لا يصح ائتمام
القارئ بالأمي، هذا قول ابن عقيل، وقال الموفق: والصحيح أنه إذا لم يقدر على قراءة
الفاتحة تفسد صلاته.

ولا يفتح المصلي على غير إمامه مصليا كان أو غيره؛ لعدم الحاجة إليه فإن فعل كره ولم
تبطل الصلاة به؛ لأنه قول مشروع فيها.

ينظر: فتح القدير (١/٣٤٧)، والبحر الرائق (٢/٦، ٧)، ورد المحتار على الدر
المختار (١/٤١٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٢٨١)، ومغني المحتاج
(١/١٥٨)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (١/٣٤٨)، وحاشية قليوبي (١/١٤٩)،
١٥٠، والمجموع شرح المهذب (٤/٢٣٨)، والمغني، لابن قدامة (٢/٥٥، ٥٦)،
وكشاف القناع (١/٣٧٩).

مشايخنا قالوا: ما ذكره^(١) من الجواب فيما إذا أراد به التعليم يجب^(٢) أن يكون قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ينبغي ألا تفسد؛ لأنه قرآن فلا يتغير^(٣) بقصد^(٤) القارئ وأراد به أصل المسألة إذا أجاز رجلا في الصلاة بلا إله إلا الله .

وإن كان الفتح على رجل هو في صلاة غير صلاة الإمام فهو على هذين الوجهين أيضًا إن^(٥) أراد به^(٦) التعليم تفسد صلاته إلا على قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما ذكره بعض المشايخ .

وإن أراد به [قراءة]^(٧) القرآن لا تفسد وهل تفسد^(٨) صلاة المستفتح في هذه الصورة وهو [ما]^(٩) إذا لم تكن الصلاة واحدة لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في شيء من الكتب .

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة: أنها تفسد؛ لأنه انتصب معلمًا^(١٠)؛ لأن المستفتح كأنه يقول لغيره بعد ما قرأت كذا فذكرني؛ ألا ترى أنه فسدت صلاة الفاتح لانتصابه معلمًا .

وذكر القدوري في شرحه: إذا افتتح^(١١) على غير الإمام فسدت صلاته من غير فصل، ثم لم يشترط في الجامع الصغير التكرار في الفتح وشرط في الأصل فقال: إذا افتتح^(١٢) غير مرة فما ذكر في الأصل يدل على أنه بالفتح^(١٣) مرة لا تفسد

(١) في أ، ب: ذكر .

(٢) في أ: بحسب .

(٣) في أ: يتعين .

(٤) في أ: يقصد .

(٥) في أ، ب: لأن .

(٦) في ب: إرادته .

(٧) سقط في أ، ب، م .

(٨) في م: تبطل .

(٩) سقط في د .

(١٠) في ب: متعلمًا .

(١١) في أ، ب: فتح .

(١٢) في ب: فتح .

(١٣) في أ، ب: بفتح .

الصلاة، والمعنى الثاني يؤيد ما ذكر في الجامع الصغير؛ لأن الكلام يضاد^(١) الصلاة والشيء يبطل بضده قل أو أكثر، والمعنى [الأول]^(٢) يؤيد ما ذكر في الأصل؛ لأن إدخال ما ليس من الصلاة في الصلاة إنما يوجب فساد الصلاة إذا أكثر أما إذا قل فلا. وإذا جرى على لسان المصلي نعم، فإن [كان]^(٣) ذلك عادة له يجري^(٤) على لسانه في غير الصلاة فسدت صلاته؛ لأنه من كلامه، وإن لم يكن ذلك عادة لا تفسد صلاته؛ لأنه قرآن.

وإن قال بالفارسية: «أرى» فهو بمنزلة قوله: «نعم» إن كان ذلك عادة له [لا]^(٥) تفسد صلاته، وإلا فلا.

وكان الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يقول: [ينبغي]^(٦) أن تكون المسألة على الاختلاف الذي عرف فيما إذا قرأ القرآن بالفارسية، والصحيح ما ذكرنا؛ لأن عربيته إذا جعلت من القرآن صار كأنه قرأ القرآن بالفارسية، وثمة لا تفسد صلاته بالإجماع إنما الاختلاف في الاعتداء.

المصلي إذا وسوسه الشيطان فقال^(٧): لا حول ولا قوة إلا بالله إن كان ذلك في^(٨) أمر الآخرة لا تفسد صلاته، وإن كان^(٩) ذلك في أمر الدنيا تفسد [صلاته]^(١٠).

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال المصلي في صلاته: صلى الله على محمد [إن]^(١١) لم يكن مجيبًا لأحد لا تفسد صلاته؛ لأنه دعا بصيغته ولم ينو جوابًا

(١) في أ، ب يضاد.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: تجري.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: قال.

(٨) في أ: من.

(٩) زاد في ب: في.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) سقط في د.

حتى يتغير^(١) [فلا تفسد صلاته]^(٢) [٣].

وفي فتاوى أهل سمرقند إذا سمع اسم النبي ﷺ فصلى عليه وهو في الصلاة فسدت صلاته؛ لأن هذا إجابة ولو صلى عليه ولم يسمع اسمه [فهذا ليس]^(٤) بإجابة فلا تفسد صلاته.

وإذا قرأ المصلي من المصحف فسدت صلاته^(٥) وهذا قول أبي حنيفة

(١) في أ، ب: يغير.

(٢) المحيط البرهاني (١/٣٩٠).

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ، ب: فليس.

(٥) اختلف الفقهاء في قراءة القرآن من المصحف في الصلاة على قولين:

القول الأول: أن القراءة من المصحف تفسد الصلاة، وإليه ذهب أبو حنيفة، وابن حزم الظاهري، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، والشعبي، وأبو عبد الرحمن السلمي، ونسبه بعضهم إلى الشافعي، واستنكر هذه النسبة إليه صاحب التوضيح، فقال: وهو غريب لم أره عنه. والصحيح من مذهب الشافعي الجواز. قال ابن حزم: «لا تجوز القراءة من المصحف، ولا من غيره لمصل، إمامًا كان أو غيره، وإن تعمد ذلك بطلت صلاته».

واختلف عن أبي حنيفة في مقدار القراءة الذي تفسد الصلاة بقراءته من المصحف على ثلاثة أوجه:

أحدها: الفساد مطلقًا بأي مقدار قرأه.

ثانيها: تفسد إذا قرأ مقدار آية، ولا تفسد إذا قرأ ما دون ذلك؛ لأنه مقدار ما تجوز به الصلاة عنده.

ثالثها: تفسد إذا قرأ مقدار الفاتحة، ولا تفسد إذا قرأ ما دون ذلك.

واختلفوا - أيضًا - عن أبي حنيفة، هل الفساد يتعلق بكل مصل، أو يقتصر على غير الحافظ؟

فقال: يستثنى من الفساد ما لو كان حافظًا لما قرأه، وقرأ بلا حمل؛ فإنه لا تفسد صلاته؛ لأن هذه القراءة مضافة إلى حفظه لا إلى تلقنه من المصحف، ومجرد النظر بلا حمل غير مفسد.

قال الرازي: «قول أبي حنيفة محمول على من لم يحفظ القرآن، ولا يمكنه أن يقرأ إلا من مصحف، فأما الحافظ فلا تفسد صلاته في قولهم جميعًا، وتبعه على ذلك السرخسي في جامعه الصغير على ما في «النهاية»، وأبو نصر الصفار على ما هنا، معللًا بأن هذه القراءة مضافة إلى حفظه لا إلى تلقنه من المصحف، وجزم به في فتح القدير والنهاية والتبيين - وهو أوجه كما لا يخفى - وفي الظهيرية».

وحاصل ذلك: أنه لا بد من تقييد عدم الفساد في الحافظ بأن يكون من غير حمل للمصحف.

القول الثاني: أن القراءة من المصحف لا تفسد الصلاة، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، لكنهم اختلفوا بعد اتفاقهم على عدم الفساد في الكراهة، أي: هل تكره القراءة من المصحف في الصلاة أو لا، وهل تختص الكراهة بالفرض دون النفل أو لا؟ فأطلق الشافعية القول بجواز القراءة من المصحف في الصلاة مطلقاً، فقالوا: تتعين قراءة الفاتحة في الصلاة، سواء في ذلك ما إذا قرأها من حفظه، أو من المصحف، أو قرأها تلقيناً ونحو ذلك.

ومقتضى ذلك: أن القراءة من المصحف في الصلاة عند الشافعية جائزة بلا كراهة، سواء كانت الصلاة فرضاً أم نفلاً.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تفضيل القراءة من المصحف على القراءة عن ظهر قلب؛ لأنه يجمع مع القراءة النظر في المصحف، وهو عبادة أخرى، لكن قال النووي: «إن زاد خشوعه وحضور قلبه في القراءة عن ظهر قلب، فهو أفضل في حقه».

وقال المالكية بكراهة القراءة من المصحف في صلاة الفرض مطلقاً، سواء قرأ منه في أول الصلاة أم في أثنائها، وأما في صلاة النفل فلا تكره عندهم القراءة من المصحف إذا قرأ من أول الصلاة، وتكره إن قرأ في أثناء الصلاة، يقول الخرشي: «يكراه المصلي في المصحف في صلاة الفرض ولو دخل على ذلك من أوله؛ لاشتغاله غالباً، ويجوز ذلك في النافلة إذا ابتدأ القراءة في المصحف لا في الأثناء؛ فكراهه».

وعلة التفريق بين النفل والفرض عند المالكية: أنه يغتفر في النفل ما لا يغتفر في الفرض.

وأجاز الحنابلة القراءة من المصحف في قيام رمضان بلا كراهة؛ فجاء في مطالب أولي النهى: «لمصلِّ قراءة بمصحف، ونظر فيه - أي: المصحف - قال أحمد: لا بأس أن يصلي بالناس القيام، وهو ينظر في المصحف، قيل له: الفريضة؟ قال: لم أسمع فيها شيئاً. وسئل الزهري عن رجل يقرأ في رمضان في المصحف، فقال: كان خيارنا يقرؤون في المصاحف».

وأما أبو يوسف ومحمد، فقد ذهبوا إلى كراهة القراءة من المصحف في الصلاة إذا قصد بذلك التشبه بأهل الكتاب.

وتعقب ذلك ابن نجيم في البحر الرائق فقال: «ثم اعلم أن التشبه بأهل الكتاب لا يكره في كل شيء، وإنما نأكل ونشرب كما يفعلون، إنما الحرام هو التشبه فيما كان مذموماً، وفيما يقصد به التشبيه، كذا ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير؛ فعلى هذا لو لم يقصد التشبه لا يكره عندهما».

وقال المصنف: «قال هشام: رأيت على أبي يوسف نعلين مخسوفين بمسامير، فقلت: أترى بهذا الحديد بأساً؟ قال: لا، فقلت: إن سفيان وثور بن يزيد - رحمهما الله تعالى - كرها ذلك؛ لأن فيه تشبهاً بالرهبان، فقال: كان رسول الله ﷺ يلبس النعال التي لها شعر، وأنها من لباس الرهبان. ذكر هذا الحديث الفقهاء.

ينظر: البحر الرائق (١١/٢)، الفتاوى الهندية (٣٣٣/٥)، رد المحتار (١/٦٢٤). فقد =

أشار إلى أن صورة المشابهة فيما تعلق به صلاح العباد لا يضر، وقد تعلق بهذا النوع من الإحكام صلاح العباد؛ فإن الأرض مما لا يمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع من الإحكام». استدل أبو حنيفة ومن وافقه على فساد الصلاة بالقراءة من المصحف بالمنقول والمعقول:

أما المنقول: فاستدلوا بما يلي:

١ - ما روي عن رفاع بن رافع أن رسول الله ﷺ علم رجلاً الصلاة فقال: «إن كان معك قرآن فاقراً، وإلا فاحمد الله وكبره وهللته ثم اركع». أخرجه أبو داود (٢٨٩/١) كتاب الصلاة، باب: صلاة من لا يقيم صلته في الركوع والسجود (٨٦٠)، والنسائي (٢/١٩٣) كتاب الافتتاح، باب: الرخصة في ترك الذكر في الركوع (١٠٥٣)، والترمذي (٢/١٠٠ - ١٠٢) أبواب الصلاة، باب: ما جاء في وصف الصلاة (٣٠٢)، وأحمد (٤/٣٤٠)، والشافعي في الأم (١/٨٨)، والدارمي (١/٣٠٥، ٣٠٦)، وابن الجارود، ص (١٠٣، ١٠٤)، والحاكم (١/٢٤٢)، والبيهقي (٢/١٠٢)، من طرق عن رفاع بن رافع به. وقال الترمذي: حديث حسن.

٢ - ما روي عن عبد الله بن أبي أوفى قال: جاء رجل النبي ﷺ فقال: إني لا أستطيع أن آخذ شيئاً من القرآن، فعلمني ما يجزئني، قال: «قل: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر، ولا حول ولا قوة إلا بالله» [أخرجه أبو داود (١/٢٢٠) كتاب الصلاة، باب: ما يجزئ الأمي والأعجمي من القراءة (٨٣٢)، والنسائي (٢/١٤٣) كتاب الافتتاح، باب: ما يجزئ من القراءة لمن لا يحسن القرآن، وابن حبان كما في الموارد ص (١٢٩) كتاب الجماعة، باب: فيمن لم يحسن القرآن (٤٧٣)، والحاكم في المستدرک (١/٢٤١)، وصححه ووافقه الذهبي].

ووجه الدلالة من الحديتين: أنهما قد دلّتا على أن من كان معه قرآن قرأ ما تيسر منه، وإلا فإن عجز عن تعلمه وحفظه بقدر ما تجوز به الصلاة، انتقل إلى الذكر ما دام عاجزاً، ولم يقل أحد من الأئمة بوجوب القراءة عليه من المصحف، ولو كانت القراءة منه مباحة في الصلاة غير مفسدة لها، لكان ذلك واجباً على العاجز عن الحفظ؛ لكونه قادراً على القراءة من وجه غير عاجز عنها، والانتقال إلى الذكر إنما هو بعد تحقق العجز عن القراءة أيضاً، ولكنهم اتفقوا على جواز هذا الانتقال للعاجز عن الحفظ، ولو لم يكن عاجزاً عن القراءة من المصحف؛ فثبت أن القراءة من المصحف ليست بقراءة تصح بها الصلاة، وإلا لم يجز الانتقال إلى المنكر إلا بعد العجز عن هذه القراءة.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول في التعليل لأبي حنيفة: «أجمعنا على أن الرجل إذا كان يمكنه أن يقرأ من المصحف، ولا يمكنه أن يقرأ عن ظهر قلبه، أنه لو صلى بغير قراءة أنه يجزئه، ولو كانت القراءة من المصحف جائزة، لما أبيحت الصلاة بغير قراءة».

٣ - يقول ابن نجيم في البحر الرائق: «وربما يستدل لأبي حنيفة - كما ذكره العلامة الحلبي - بما أخرجه ابن أبي داود عن ابن عباس قال: «نهانا أمير المؤمنين أن نؤم الناس =

في المصحف» ذكره ابن قدامة في المغني (٢/ ٢٨٠)؛ فإن الأصل كون النهي يقتضي الفساد، وأراد بالمصحف: المكتوب فيه شيء من القرآن؛ فإن الصحيح أنه لو قرأ من المحراب فسدت.

وأما المعقول: فقد استدلو لفساد صلاة القارئ من المصحف من المعقول - بوجهين: أحدهما: أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق، عمل كثير. الثاني: أنه تلقن من المصحف؛ فصار كما إذا تلقن من غيره، وعلى هذا الثاني لا فرق بين القراءة من المصحف الموضوع والمحمول، وعلى الأول يفترقان.

واستدل القائلون بعدم فساد صلاة القارئ من المصحف بالمنقول والمعقول أيضًا: أما المنقول: فاستدلوا بما رواه البخاري تعليقًا بصيغة الجزم في كتاب الأذان، باب: العبد والمولى، عن عائشة - رضي الله عنها - : «أنه كان يؤمها عبدها ذكوان من المصحف» ينظر: فتح الباري (٢/ ٤١٣)، ووصله ابن أبي شيبة في المصنف (٦١٠٣) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن عروة عن أبي بكر بن أبي مليكة عن عائشة: «أنها كان يؤمها مُدَبِّرٌ لها»، وإسناده صحيح، وأخرجه الشافعي (١٠٦/١) ترتيب المسند من طريق آخر عن ابن أبي مليكة، وزاد الحافظ في الفتح عزوه إلى ابن أبي داود في المصاحف وعبد الرزاق في المصنف.

ووصل ابن أبي شيبة هذا الحديث عن عائشة بلفظ: «أنها أعتقت غلامًا لها عن دبر، فكان يؤمها في رمضان في المصحف» [أخرجه ابن أبي شيبة (٧٢١٧)، وقد تقدم تخريجه بلفظ آخر قريبًا].

واحتجوا - أيضًا - بما روي عن الزهري أنه سئل عن رجل يقرأ في رمضان في المصحف، فقال: كان خيارنا يقرؤون في المصاحف.

وأما المعقول: فقد جاء في شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري: «قرأ في مصحف ولو قلب أوراقه أحيانًا، لم تبطل - أي الصلاة -؛ لأن ذلك يسير أو غير متوالٍ لا يشعر بالإعراض، والقليل من الفعل الذي يبطل كثيره إذا تعمد به بلا حاجة مكروه». وقالوا - أيضًا - : إن النظر في المصحف عبادة، انضافت إلى عبادة أخرى، هي القراءة في الصلاة؛ فلا ينبغي أن تفسد الصلاة بذلك.

ويمكن أن يناقش ما استدل به من قال بفساد الصلاة بالقراءة من المصحف من حديث ابن عباس قال: «نهانا أمير المؤمنين عمر... إلخ - بأنه حديث لا يعرف له سند؛ فلا يصح الاحتجاج به.

وأجاب عن هذا في إعلاء السنن، فقال: «والحديث وإن لم نقف له على سند، لكنه متأكد بالقياس الصحيح؛ لأن القراءة من المصحف تلقن منه؛ فصار كما إذا تلقن من غيره، والتعليم والتعلم ينافي الصلاة، وأيضًا: فإن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير، وهو مفسد، فإن سلم ضعفه فهو منجبر ويصلح للاحتجاج به».

ونوقش ما استدل به أصحاب هذا القول على صحة صلاة القارئ من المصحف، بخبر ذكوان في إمامته لعائشة من المصحف - بأنه يمكن حمله على أكثر من وجه كالتالي:

١ - أنه يحمل على أن ذكوان كان حافظًا لما يقرؤه؛ فلم يوجد التلقن، بل إنما وجدت =

- رحمه الله - و[أما قولهما]^(١) لا تفسد [صلاته]^(٢) .
حجتها أن عائشة - رضي الله عنها - أمرت ذكوان^(٣) بإمامتها، وكان ذكوان يقرأ من المصحف^(٤) .

= الاستعانة بالمصحف في الجملة، وبها لا تفسد.
٢ - يحتمل أن يكون معنى «يؤمها في رمضان في المصحف»: أنه لم يكن خلفه حافظ يفتح عليه في الصلاة، بل كان يراجع المصحف مرة بعد مرة في جلسات ترويحاته، فهذا يطلق عليه الإمامة من المصحف عرفاً.
٣ - قال العيني في شرح الهداية: «هو محمول على أنه كان يقرأ من المصحف قبل شروعه في الصلاة، أي: ينظر فيه ويتلقن منه، ثم يقوم فيصلي» .
٤ - وقيل: مؤول بأنه كان يقعد بين كل شفعتين، فيحفظ مقدار ما يقرأ في الركعتين؛ فظن الراوي أنه كان يقرأ من المصحف.
ومثل هذه التأويلات يمكن أن يحمل عليها أيضاً ما جاء عن الزهري من قوله: «كان خيارنا يقرؤون في المصاحف في رمضان» [أخرجه مالك في المدونة (١/٢٩٠)، وذكره ابن قدامة في المغني (١/٣٣٥)].
وبالنظر في أدلة الفريقين؛ يظهر رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بعدم فساد الصلاة بالقراءة من المصحف.
ينظر: البحر الرائق (١١/٢)، فتح القدير (١/٤٠٢، ٤٠٣)، شرح مختصر خليل، للخرشي (١١/٢)، مغني المحتاج (١/٣٥٣)، شرح البهجة الوردية، للشيخ زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٣١٣هـ (١/٣٠٨)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م (١/٤٨٤، ٤٨٥)، نصب الراية (٢/٨٥)، إعلاء السنن، لطفر أحمد التهانوني، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٥/٦٠ - ٦٢).

(١) في أ، ب: قالوا.
(٢) سقط في أ، ب.
(٣) هو: ذكوان المدني أبو صالح السمان، روى عن سعد وأبي الدرداء وعائشة وأبي هريرة وخلق، وروى عنه بنوه سهيل وعبد الله وصالح وعطاء بن أبي رباح، وسمع منه الأعمش ألف حديث. قال أحمد: ثقة ثقة شهد الدار، قال محمد بن عمر الواقدي: توفي سنة إحدى ومائة.

ينظر: تهذيب التهذيب (٣/٢١٩)، تقريب التهذيب (١/٢٣٨)، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال (١/٣١١).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢/٢٥٣) كتاب الصلاة، باب: من تصفح في صلاته كتاباً ففهمه، حديث (٣١٨٣)، وابن أبي شيبه في مصنفه (٢/١٢٣) كتاب الصلوات، في الرجل يؤم القوم وهو يقرأ من المصحف (٧٢١٧). وذكره ابن حجر في تليق التعليق (٢/٢٩١)، وقال: الأثر صحيح. وينظر: بدائع الصنائع (١/٢٣٦)، المبسوط (١/٢٠١).

ولأبي حنيفة وجهان:

أحدهما: أن حمل المصحف وتقليب الأوراق والنظر فيه والتفكير^(١) ليفهم ما فيه ويقرأ^(٢) عمل كثير، والعمل الكثير مفسد، وعلى هذا الطريق يفترق^(٣) الحال بين^(٤) ما إذا كان المصحف في يديه، أو^(٥) بين يديه، أو كان يقرأ من المحراب. الوجه الثاني: أنه تلقن^(٦) من المصحف، فكأنه تلقن من معلم آخر، وذلك يفسد [الصلاة]^(٧) [فها هنا كذلك]^(٨)، وعلى هذا الطريق لا يفترق الحال بين ما إذا كان المصحف في يديه أو بين يديه أو [كان يقرأ]^(٩) من المحراب. وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول في التعليل لأبي حنيفة - رضي الله عنه - أجمعنا على أن الرجل إذا كان يمكنه أن يقرأ من المصحف ولا يمكنه أن يقرأ على ظهر قلبه أنه لو صلى بغير قراءة أنه يجزئه ولو كانت القراءة من المصحف جائزة لما أبيحت الصلاة بغير قراءة، ولكن الظاهر أنهما لا يسلمان هذه المسألة. وبه قال بعض المشايخ.

وتأويل حديث ذكوان أنه كان ينظر في المصحف ويتلقن ثم يقوم ويصلي يدل عليه أن هذا مكروه عندهما، ولا يظن بعائشة - رضي الله عنها - أنها كانت ترضى بالمكروه، وإذا كان المكتوب على المحراب غير القرآن، فنظر^(١٠) المصلي في ذلك وتأمل^(١١) حتى فهم على قياس قول [أبي حنيفة]^(١٢) لا تفسد، وبه أخذ مشايخنا وعلى قياس قول محمد تفسد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله -، هذا إذا نظر

(١) في أ، ب: التفكير.

(٢) في أ، ب: فيقرأ.

(٣) في أ: يفرق.

(٤) في أ: بينهما.

(٥) زاد في أ: كان.

(٦) في أ: يلحن.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ، ب: فكذا هذا.

(٩) في أ، ب: قرأ.

(١٠) في ب: فينظر.

(١١) في ب: ويتأمل.

(١٢) في د: أبي يوسف.

مستفهمًا، أما إذا نظر غير مستفهم لا^(١) تفسد بالإجماع.
وقاسوا^(٢) هذه المسألة على مسألة اليمين فإن من حلف لا^(٣) يقرأ كتاب فلان فوصل إليه كتاب فلان فبسطه ونظر فيه حتى فهم ولم يقرأ بلسانه قال أبو يوسف - رحمه الله - لا يحنث في يمينه؛ لأنه لم يقرأه حقيقة.
وقال محمد - رحمه الله -: يحنث [في يمينه]^(٤)؛ لأنه وجد معنى القراءة وهو فهم^(٥) ما في الكتاب وهو المقصود من اليمين فعلى [قياس]^(٦) تلك المسألة يجعل قارئًا ههنا عند محمد خلافًا لأبي يوسف - رحمهما الله -
وعلى قياس هذا قالوا: ينبغي: للفقهاء [ألا يضع الجزء]^(٧) بين يديه في الصلاة؛ لأنه ربما [يقع بصره على ما في الجزء فيفهم ذلك]^(٨) فيدخل فيه^(٩) شبهة الاختلاف.

ومن المشايخ من قال على قول محمد - رحمه الله -: لا تفسد صلاته وإن فهم ما في المصحف وما على المحراب وروي عن محمد - رحمه الله - ذلك أيضًا^(١٠).
ثم لم يفصل في الكتاب في هذه المسألة بين ما إذا قرأ قليلاً أو كثيرًا، قال بعض مشايخنا: إذا قرأ مقدار [آية]^(١١) تامة تفسد صلاته، عند أبي حنيفة رضي الله عنه وفيما دون ذلك لا [تفسد صلاته]^(١٢).

وقال بعضهم: إذا قرأ مقدار الفاتحة تفسد صلاته^(١٣).

-
- (١) في أ: ألا.
(٢) في أ، ب: قاسوا.
(٣) في د: ألا.
(٤) سقط في أ، ب.
(٥) في أ: يفهم.
(٦) سقط في أ، ب.
(٧) في أ: لا يصنع خير يعلقه، وفي ب: لا يصنع جزء تعلقته، وفي م: ألا يضع جزء تعليقه.
(٨) في د: يقع بصره على ما في الحرف.
(٩) في ب: في ذلك.
(١٠) في أ، ب: نصًا.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ، ب: يفسد، وفي د: تفسد.
(١٣) زاد في د: وفيما دون ذلك لا تفسد صلاته.

وكذلك لم يفصل في الكتاب بين ما إذا لم يكن حافظًا للقرآن وبينما إذا كان حافظًا [للقرآن]^(١).

قال الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله -: إذا كان حافظًا للقرآن ومع هذا نظر في المصحف أو في المكتوب على المحراب وقرأ، جازت صلاته؛ لأن هذه القراءة مضافة إلى حفظه لا إلى تلقنه من المصحف.

وفي العيون: المصلي إذا سلم على أحد، أو رد السلام على غيره فسدت صلاته.

ورأيت في موضع آخر إذا أراد المصلي أن يسلم على غيره ساهيًا، فلما قال السلام، تذكر أنه لا ينبغي له أن يسلم وهو في الصلاة فسكت تفسد صلاته.

وإذا أمن المصلي بدعاء^(٢) رجل ليس في الصلاة تفسد [صلاته]^(٣) وإذا أذن وأراد به الأذان تفسد صلاته في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف: لا تفسد حتى يقول^(٤) حي على الصلاة.

وإذا سمع الأذان [و]^(٥) قال مثل [ما]^(٦) قال المؤذن وأراد جوابه، فسدت صلاته عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا تفسد حتى يقول^(٧): حي على الصلاة حي على الفلاح.



(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: لدعاء.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: يقرأ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) في د: يقرأ.

النوع الثاني في بيان الأفعال المفسدة للصلاة:

روى ابن ثعلبة العبسي^(١) عن الأزرق بن قيس^(٢) أنه رأى أبا برزة^(٣) يصلي آخذا بقياد فرسه حتى صلى ركعتين ثم انسل قياد فرسه من يده فمضى الفرس على القبلة فتبعه أبو برزة حتى أخذ بقياد فرسه ثم رجع ناكصا^(٤) على عقبيه حتى صلى الركعتين الباقيتين^(٥).

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: [لا تفسد صلاته]^(٦) وبهذا نأخذ^(٧). الصلاة تجزئ [مع]^(٨) ما صنع ولا يفسدها الذي صنع؛ لأنه رجع على عقبيه ولم يستدبر القبلة بوجهه ولو استدبر القبلة بوجهه حتى جعلها خلف ظهره فسدت

(١) في الظاهرية: العتكى. والعتكى نسبة إلى عتيك بطن من الأزد، ولم أجد من ترجم ابن ثعلبة في كتب السير والأعلام.

ينظر: الأنساب (١٥٣/٤)، سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي، لعبد الملك بن حسين بن عبد الملك العصامي المكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (٩١/٢).

(٢) هو: الأزرق بن قيس الحارثي، روى عن ابن عمر وأنس وأبي برزة الأسلمي وغيرهم، قال ابن سعد: ثقة، وقال الدارقطني: ثقة مأمون، وقال النسائي: ثقة، وقال أبو حاتم: صالح الحديث، وذكره ابن حبان في الثقات وقال: مات في ولاية خالد على العراق.

ينظر: تهذيب التهذيب (١٨١/١)، تهذيب الكمال (٣١٨/٢)، الثقات (٦٢/٤)، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٣٣٩/٢).

(٣) هو: أبو برزة الأسلمي صاحب النبي ﷺ، نضلة بن عبيد على الأصح - وقيل: نضلة بن عمرو، وقيل: نضلة بن عائذ. ويقال: ابن عبد الله، وقيل: عبد الله بن نضلة، ويقال: خالد بن نضلة - روى عدة أحاديث، نزل البصرة، وأقام مدة مع معاوية، قال ابن سعد: أسلم قديماً، وشهد فتح مكة، قال أبو نعيم: هو الذي قتل عبد العزى بن خطل تحت أستار الكعبة بإذن النبي ﷺ، يقال: مات قبل معاوية في سنة ستين، وقال الحاكم: توفي سنة أربع وستين، وقال ابن سعد: مات بمرور، قيل: كان أبو برزة وأبو بكر متواخين.

ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٩٨/٤) (٩/٧)، (٣٦٦)، التاريخ الكبير، للبخاري (١١٨/٨)، تاريخ بغداد (١٨٢/١)، تهذيب التهذيب (٤٤٦/١٠).

(٤) النكوص: الرجوع إلى الوراء، والإحجام عن الشيء. ينظر: مختار الصحاح (نكص).

(٥) أخرجه الروياني في المسند (٣٤٠/٢) رقم (١٣٢٠) من طريق حماد بن سلمة عن الأزرق به

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: يأخذ. وينظر: بدائع الصنائع (٢٤١/١)، (٢٤٢)، شرح السير الكبير (٢٣٧/١)، الفتاوى الهندية (١٠٣/١).

(٨) سقط في أ.

صلاته.

ثم ليس في هذا الحديث فصل بين المشي القليل والكثير، فهذا يبين لك [أن]^(١) المشي في الصلاة مستقبل القبلة لا يوجب فساد الصلاة وإن كثر^(٢).

بعض مشايخنا أولوا هذا الحديث واختلفوا فيما بينهم في التأويل، فمنهم من [قال: تأويله]^(٣) أنه لم يجاوز الصفوف أو لم يجاوز موضع سجوده، فأما إذا جاوز ذلك تفسد صلاته؛ لأن موضع سجوده في الفضاء مصلاه، وكذلك موضع الصفوف كالمسجد فخطاه في مصلاه عفو، كما قالوا في المصلي إذا ظن أنه رجع في صلاته^(٤) فذهب للبناء مستقبل القبلة، ثم علم أنه ما رجع قبل أن يخرج من المسجد، ثم عاد إلى مكانه لا تفسد صلاته ولو خرج من المسجد ثم عاد تفسد وكذلك إذا كان في الفضاء فإن جاوز الصفوف أو موضع سجوده فسدت صلاته، وإن لم يجاوز لا تفسد وكذلك^(٥) إذا رأى سوادًا في صلاته فظن أنه عدو، ثم ظهر أنه سواد بقر، فإن جاوز الصفوف أو موضع سجوده تفسد صلاته، وإن لم يجاوز لا تفسد.

ومنهم من قال [في]^(٦) تأويله: إن مشيه لم يكن متلاحقًا^(٧) بل مشى خطوة وسكن ثم مشى خطوة وذلك قليل وأنه لا يوجب فساد الصلاة، فإذا^(٨) كان المشي متلاحقًا تفسد^(٩) صلاته وإن لم يستدبر القبلة؛ لأنه [عمل كثير]^(١٠).

ومنهم من قال: حديث أبي برزة محمول على أنه مشى مقدار ما يكون بين

(١) سقط في أ.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١/٢٤١)، رد المحتار على الدر المختار (١/٦٢٧)، شرح فتح القدير (١/٣٥٢).

(٣) في م: إن تأويله.

(٤) في د: الصلاة.

(٥) في أ: ولذلك.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في د: ملاحقًا.

(٨) في أ، ب: فأما.

(٩) زاد في د: به.

(١٠) في أ، ب: كثر العمل.

الصفوف^(١)، فإن المشي في الصلاة إذا كان مقدار ما يكون بين الصفيين ولا يستدبر القبلة لا يفسد صلاته، وهذا كما قالوا في رجل^(٢) في الصف الثاني فرأى فرجة في الصف الأول فمشى إليها ففسدها لم تفسد صلاته؛ لأنه مأمور بالمرامة، قال عليه السلام: «تَرَاضُوا فِي الصُّفُوفِ»^(٣)، فلم يوجب ذلك فساد الصلاة لما كان المشي مقدار الصفيين ولو كان في الصف الثالث، فرأى [فرجة]^(٤) في الصف الأول، فمشى إلى الصف الأول وسد تلك الفرجة تفسد صلاته وإن لم يستدبر القبلة. ومن المشايخ من أخذ^(٥) بظاهر هذا الحديث، ولم يقل بالفساد، قل المشي أو كثر استحساناً.

والقياس أن تفسد صلاته إذا كثر المشي، كما لو لم ينسل قياد^(٦) الفرس من يده فمشى مشياً كثيراً، فإن هناك تفسد صلاته وإن لم يستدبر القبلة إلا أنا تركنا القياس بحديث أبي برزة وأنه خص حالة العذر وفي غير حالة العذر نعمل بقضية القياس. وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني^(٧) - رحمه الله - يحكي عن أستاذه أنه كان يقول بجواز الصلاة إذا مشى مستقبل القبلة بعد أن يكون غازياً قال: وهكذا الجواب في كل حاج أو مسافر كان سفره لعبادة وهذا كله إذا لم يستدبر القبلة، فأما إذا استدبر القبلة فسدت صلاته.

فأما^(٨) إذا استدبر القبلة على ظن أنه رعف، قال في الجامع الأصغر: قال ابن^(٩) شجاع - رحمه الله -: إذا نظر المصلي إلى فرج المرأة بشهوة؛ ينبغي أن تفسد صلاته في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأنه استمتع^(١٠) بها؛ ألا ترى أنه يحرم

(١) في ب، د: الصفيين.

(٢) زاد في ب: كان.

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير (٢٠٦/١) برقم (٣٣٠)، وذكره الهيثمي في المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي (١٣٣/١) برقم (٢٦٢).

(٤) سقط في د.

(٥) في د: قال.

(٦) في أ: رسان.

(٧) في أ: الصفدي.

(٨) في أ، ب: كما.

(٩) في د: أبو.

(١٠) في أ: استمع.

عليه أمها وابنتها ثم قال صاحب الجامع الأصغر: ولنا في قياسه^(١) هذا نظر؛ لأن النظر إلى الفرج إنما جعل بمنزلة الاستمتاع في حق التحريم لا في حق شيء آخر فلا يظهر ذلك في حق فساد الصلاة وهذا شيء حكمي يجوز أن يظهر في حق حكم دون حكم قيل^(٢) هذا طعن صاحب الجامع الأصغر وتأييد هذا الطعن بما حكى الناطفي في أجناسه عن نوادر ابن رستم فإنه^(٣) ذكر هناك:

قال أبو حنيفة - رحمه الله - المصلي إذا نظر إلى فرج المرأة عن شهوة لا تفسد صلاته، [ويحرم عليه أمها وابنتها وهو قول محمد - رحمه الله - .
قال أبو يوسف في صلاة الأثر لهشام - رحمهما الله -: لا تفسد صلاته^(٤) وهو رجعة لو حصل ذلك في المطلقة الرجعية.

وهكذا حكى أبو الليث في نوازله جواب نصير بن يحيى^(٥) وقال: هو القياس .
وهكذا ذكر في الواقعات، فلو كان المذكور في الجامع الأصغر قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فهذا القياس مطعون بما مر من^(٦) المعنى والرواية نصًّا، ولو كان اللفظ المذكور هناك قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما ذكر خواهر زادة والصدر الشهيد - رحمهما الله - لا قياس قولهما: كان عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - في هذا الفصل روايتان .

رفع اليدين لا يفسد الصلاة منصوص عليه في باب صلاة العيدين من الجامع .
وذكر الصدر الشهيد في شرحه للجامع الصغير رواية مكحول عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه^(٧) تفسد صلاته .

(١) في أ: قياس .

(٢) في أ، ب: قبل .

(٣) في أ، ب: فإن .

(٤) سقط في أ .

(٥) هو: نصير بن يحيى البلخي، اجتمع بأحمد بن حنبل، وبحث معه، روى عنه محمد بن محمد ابن سلام .

ينظر: الجواهر المضية (٣/٥٤٦)، والطبقات السنية برقم (٢٦٠٣) .

(٦) في أ: في .

(٧) في أ: أنها .

وفي الأصل: إذا أخذ قوسًا ورمى بها تفسد صلاته .
وقالوا: وهذا^(١) إذا أخذ السهم ووضعه على الوتر ومدته^(٢) حتى رمی؛ لأنه يصير
عملًا كثيرًا، فأما^(٣) إذا رمی بالقوس^(٤) لا تفسد صلاته؛ لأنه عمل يسير؛ كما لو
رمى بالحجر، وكذا^(٥) لو كان القوس في يده والسهم على الوتر لا تفسد صلاته إذا
رمى؛ لأنه عمل قليل .

ثم اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين العمل الكثير وبين العمل القليل .
[بعضهم]^(٦) قالوا: العمل الكثير ما^(٧) اشتمل على عدد الثلاث، واستدل هذا
القائل بما روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - إذا تروح^(٨) المصلي
بمروحة^(٩) مرة أو مرتين لا تفسد صلاته^(١٠)، وإن زاد على ذلك فسدت
[صلاته]^(١١) .

[وبعضهم]^(١٢) قالوا: العمل الكثير عمل يكون [مقصود الفاعل]^(١٣) [على]^(١٤)
أن يفرد له مجلس على حدة، وهذا القائل يستدل بامرأة صلت فلمسها زوجها، أو
قبلها بشهوة، فسدت صلاتها، وكذلك إذا مص صبي ثديها وخرج اللبن تفسد

(١) في أ: فهذا .

(٢) في أ: مدّ .

(٣) في أ: لأنه .

(٤) القوس هو: آلة على هيئة هلال ترمى بها السهام .

قال ابن سيده: «القوس: الذي يرمى عنها». وأصله «قُوس»؛ لأنه فعول، ثم قدمت

لامه فصار «قُوس» على فلوع، ثم قلبت واوه ياءً فصار «قُسي»، وكشّرت فاؤه .

ينظر: المحكم والمحيط الأعظم (٥٢١/٦)، لسان العرب (١٨٥/٦)، المعجم

الوجيز، ص (٥١٩) .

(٥) في أ، ب: وكذلك .

(٦) سقط في د .

(٧) في د: لما .

(٨) في أ: تزوج .

(٩) في أ: بمزوجه .

(١٠) ينظر: البحر الرائق (١٤/٢)، تبين الحقائق (١/١٦٥) .

(١١) سقط في أ، ب .

(١٢) سقط في أ .

(١٣) في أ: مقصودًا لفاعل وفي ب: مقصودًا للفاعل .

(١٤) سقط في: ب، د .

صلاتها.

المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله - امرأة تصلي فباشرها زوجها، قال: قليل المباشرة لا يفسد الصلاة، وكثيرها يفسد وكذلك القبلة فإن كانت المباشرة عن شهوة فكثيرها وقليلها يفسد.

وروى ابن سماعة عنه: إن لمس بشهوة فسدت صلاته، وكذا إن قبل بشهوة أو بغير شهوة.

وعن أبي يوسف: إن لمست [امرأة] ^(١) بشهوة ولم يشته هو أو قبلته امرأة ^(٢) على فمه فلم يقبلها هو؛ لا تفسد صلاته ^(٣).

وبعضهم قالوا: كل عمل لا يمكن إقامته ^(٤) إلا باليدين فهو كثير، حتى قالوا: لو شد الإزار فسدت صلاته.

وكذلك إذا اعتم وكل عمل يمكن إقامته بيد واحدة فهو يسير ما لم يتكرر حتى قالوا: لو حل الإزار لا تفسد صلاته، وكذلك إذا كانت [عليه عمامته] ^(٥) فانتقض منها كور فسواه لا تفسد صلاته.

وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله -: إذا فتح بابًا أو أغلقه بدفعه بيده لا تفسد صلاته، وإن عالج به بمفتاح علق أو قفل فسدت صلاته.

وقال بعضهم: كل عمل يشك الناظر في عامله أنه في الصلاة أو ليس في الصلاة فهو عمل يسير، وكل عمل لا يشك الناظر أنه ليس في الصلاة فهو ^(٦) عمل كثير.

قال الصدر الشهيد: وهكذا رواه ^(٧) البلخي عن أصحابنا وهو اختيار الفضلي.

وقال بعضهم: يفوض ذلك إلى رأي المبتلى به وهو [رأي] ^(٨) المصلي إذا استفحشه واستكثره فهو ^(٩) كثير وما لا فلا.

(١) في ب: امرأته وسقط في أ.

(٢) في أ: امرأته.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ، ب: إقامتها.

(٥) في أ: عمامته عليه وفي ب: عليه عمامة.

(٦) في أ: أنه.

(٧) في د: روى.

(٨) سقط في ب، د.

(٩) في أ: وهو.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: هذا القول أقرب إلى مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه في جنس هذه المسائل لا يقدر تقديرًا بل يفوض ذلك إلى رأي المبتلى به .

وإذا ادهن أو سرح رأسه أو حملت المرأة صبيها فأرضعته أو قاتل^(١) رجلاً أو قطع ثوبًا أو خاطه، فهذا كله عمل كثير وهو يخرج على الأقوال كلها .

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: إذا صلت ومعها صبي ترضعه فإن مصّ الثدي ولم ينزل منه^(٢) لبن لا تفسد صلاتها، وإن نزل [منها اللبن]^(٣) فصلاتها فاسدة .

وإذا [تروح^(٤) بمروحة تفسد^(٥) صلاته، وإن^(٦)] تروح بكمه لا تفسد صلاته، وهذا إشارة إلى القول الرابع .

وسئل أبو نصر عن رجل نتف شعره في الصلاة، قال: إن نتف ثلاثًا فسدت صلاته وإنه يرجع إلى القول [الأول]^(٨)، وستأتي المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى مع زيادة فرع .

وعن الحسن: في المصلي على الدابة إذا ضربها - لاستخراج السير فسدت صلاته .

وبعض مشايخنا قالوا: إن ضرب^(٩) مرة أو مرتين لا تفسد صلاته؛ لأن الضرب يقام بيد واحدة وإن ضربها ثلاثًا في ركعة واحدة فسدت صلاته .

يريد به إذا كان على الولاة، وإذا كان في صلاة الظهر أو في أربع من النفل فضربها في كل ركعة مرة لا تفسد صلاته .

(١) في أ: شال .

(٢) في ب: منها .

(٣) سقط في د .

(٤) في أ: تزوج .

(٥) في ب: فسدت .

(٦) في ب: وإذا .

(٧) سقط في د .

(٨) سقط في أ .

(٩) في د: خربهما .

ولو ضربها ثلاث مرات في ركعة واحدة تفسد [صلاته]^(١).
يريد به إذا كان على الولاة.
وبعض مشايخنا قالوا: إذا كان معه سوط فهيها به ونخسها لا تفسد صلاته وإن
أهوى به وضربها تفسد صلاته وإن حرك رجلاً واحداً لا على الدوام لا تفسد صلاته
وإن حرك رجله تفسد [صلاته]^(٢) واعتبر هذا القائل العمل بالرجلين بالعمل
باليدين، والعمل برجل واحدة^(٣) بالعمل بيد واحدة.
وقال بعضهم: إن حرك رجله قليلاً [لا تفسد]^(٤). وإن فعل ذلك كثيراً [فسدت
صلاته]^(٥).

في باب الحدث من الأصل: إذا كان بين أسنانه شيء فابتلعه لا تفسد صلاته؛
لأن ما بين أسنانه [تبع لريقه، ولهذا لا يفسد به الصوم].
قالوا: وهذا إذا كان ما بين أسنانه^(٦) قليلاً مقدار الحمصة، فأما إذا كان أكثر من
ذلك تفسد صلاته وسوى هذا القائل بين الصلاة والصوم.
[وقال بعض المشايخ: لا تفسد صلاته^(٧) بما دون ملء الفم.
وفرق هذا القائل بين الصلاة والصوم]^(٨).

وفي أول باب الحدث من شرح الطحاوي: إذا بقي بين أسنانه شيء فابتلع ذلك
الشيء في الصلاة إن كان شيئاً يفسد به الصوم وهو قدر حمصة فصاعداً تفسد صلاته
وما لا فلا، وهكذا رأينا في غريب الرواية للفقير أبي جعفر - رحمه الله - .
وفي أجناس الناطفي - رحمه الله -: إذا ابتلع المصلي ما بين أسنانه أو فضل طعام
قد أكله أو فضل [شراب]^(٩) قد شربه قبل الصلاة، فصلاته تامة ولم يذكر المقدار.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ، ب: واحد.

(٤) زاد في د: صلاته.

(٥) في د: تفسد.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب: الصلاة.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ، ب.

وهذه الرواية توافق قول محمد - رحمه الله - في باب الحدث فإن محمدا - رحمه الله - لم يذكر المقدار ثمة .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في المصلي إذا مضغ العلك أن صلاته فاسدة .
وعنه أيضًا: إذا كان في فيه هليلجة^(١) فلاكها فسدت صلاته، ولو دخل حلقه منها شيء من غير أن يلوكها لا تفسد صلاته، إلا إذا أكثر ذلك .

وإذا أخذ سمسمه وجعلها في فيه وابتلعها^(٢) تفسد صلاته^(٣) .

وإن عبث بلحيته أو حك بعض جسده لا تفسد [صلاته]^(٤) .

قيل هذا إذا فعل ذلك مرة أو مرتين، وكذلك إذا فعل ذلك مرارا، [لكن بين كل مرتين فرجة، أما إذا فعل ذلك مرارا]^(٥) متواليات تفسد صلاته؛ ألا ترى أنه [لو]^(٦) نتف شعره مرة أو مرتين لا تفسد [صلاته]^(٧) [ولو نتف ثلاث مرات على الولاة تفسد]^(٨) صلاته وعلى هذا قتل القملة .

ثم في كل عمل يحتاج فيه إلى اليدين لإقامته لو أقام ذلك العمل بيد واحدة هل تفسد صلاته؛ حكي [عن]^(٩) الفقيه أبي جعفر أنه قال: تفسد [صلاته]^(١٠)، على قول من يعتبر لفساد الصلاة كون العمل [بحال]^(١١) يحتاج لإقامته إلى اليدين .

وذكر نجم الدين النسفي - رحمه الله - [أنه]^(١٢) لا تفسد فإنه [قال]^(١٣): لو تعمم

(١) الهليلج: عقيٌّ من الأدوية معروف، وهو يؤخذ من شجر ينبت في الهند وكابل والصين، ثمرة على هيئة حبِّ الصنوبر الكبار .

ينظر: لسان العرب (٦/٤٦٨٤)، الصحاح (١/٥١٨) .

(٢) في أ: فابتلعها .

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١/٢٤٢)، المبسوط (١/١٩٥) .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في ب .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في أ، ب .

(١٠) سقط في أ، ب .

(١١) سقط في أ .

(١٢) سقط في أ .

(١٣) سقط في أ، ب .

بيد واحدة لا تفسد صلاته ولو تعمم بيدين تفسد.
ولو رفع العمامة من الرأس ووضعها على الأرض أو رفع [العمامة]^(١) عن الأرض ووضعها على الرأس لا تفسد صلاته؛ [لأنه]^(٢) يحصل بيد واحدة من غير تكرار.

ولو نزع القميص لا تفسد صلاته، ولو لبس [القميص]^(٣) تفسد.
ولو تنعل أو خلع نعليه لا تفسد [صلاته]^(٤)؛ لأنه لا يحتاج إلى اليدين ولا إلى المعالجة [في ذلك]^(٥).

ولو لبس الخفين تفسد صلاته؛ لأنه يحتاج فيه إلى اليدين.
ولو كتب في صلاته خطأ مستيناً لا تفسد صلاته؛ إلا أن يطول فيصير عملاً كثيراً، فحينئذ تفسد صلاته.

وحد الطول: أن يزيد على ثلاث كلمات ذكره في مجموع النوازل.
ولو كتب على يده أو على الهواء شيئاً [لا]^(٦) [يستبين]^(٧) لا تفسد صلاته وإن كثر.

المعلّى عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كتب في شيء [يقرأ فسدت صلاته، ولو كتب في شيء]^(٨) لا يقرأ لا تفسد، هكذا وقع في بعض النسخ.
وفي [بعض]^(٩) النسخ إذا كتب في الصلاة في يده، أو في الهواء، أو على شيء لا يستبين لا تفسد صلاته وإن كان يستبين تفسد^(١٠) صلاته، فأبو يوسف - رحمه الله - جعل الكتابة على وجه يقرأ أو يستبين^(١١) كلاماً والكلام مفسد للصلاة^(١٢).

(١) سقط في د.

(٢) في: أ: لا.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ، ب فسدت.

(١١) زاد في أ: فسدت صلاته.

(١٢) في د: لها.

ومما يتصل بهذا الفصل القهقهة والضحك وما^(١) يتصل بهما: وإذا قهقهه الإمام بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام^(٢) فصلاته تامة، وإن لم يأت بلفظ السلام؛ لأن الخروج بلفظ^(٣) السلام ليس بفرض عندنا، [و]^(٤) إنما الفرض عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - الخروج بصنع المصلي وقد وجد صنع المصلي فتمت صلاته، وعليه الوضوء لصلاة أخرى عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - [خلافًا لزفر].

لعلمائنا^(٥) أن القهقهة لاقت حرمة الصلاة، بعد؛ ألا ترى [أنه]^(٦) لو اقتدى [به]^(٧) رجل في هذه الحالة يصح اقتداؤه فيوجب انتقاض الطهارة، كما لو وجدت في وسط الصلاة إلا أنه لم تفسد صلاته؛ لأنه ليس عليه ركن من أركان الصلاة ولا واجب من واجباته، وأما صلاة القوم فإن كانوا لاحقين أدركوا أول الصلاة فصلاتهم تامة، وإن كانوا مسبوقين فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وفي قولهما صلاتهم تامة.

حجتهم: أنه لم يوجد من المقتدي^(٨) ما يوجب فساد الصلاة، فلو فسدت صلاتهم إنما تفسد [لفساد]^(٩) صلاة الإمام ولم تفسد صلاة الإمام ههنا. حجة أبي حنيفة: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا رفع الإمام رأسه من السجدة [الأخيرة]^(١٠) وقعد قدر التشهد ثم أحدث فقد تَمَّتْ صَلَاتُهُ وصلاة من كان [بمثل حاله]^(١١)»^(١٢).

(١) في أ: مما.

(٢) في أ، ب: أن يسلم.

(٣) في ب، د: بلفظة.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) في د: المؤتم.

(٩) سقط في أ، وفي ب: بفساد.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ، ب: بمثله.

(١٢) أخرجه الترمذي (٤٣٣/١) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الرجل يحدث في التشهد

ولولا أن صلاة من ليس بمثل حاله فاسدة^(١) لم يكن لهذا التخصيص فائدة. والمعنى في ذلك: أن الإمام لما قهقه فسد ذلك الجزء الذي لاقته القهقهة وذلك الجزء مشترك بينه وبين القوم فيفسد مشتركا إلا أن الإمام لم يبق عليه البناء فمضت صلاته على الصحة والقوم بقي عليهم البناء و[قد]^(٢) تعذر بناء ما بقي على هذا الجزء الفاسد ففسدت صلاتهم [ضرورة]^(٣).

وهذا بخلاف ما لو^(٤) سلم الإمام أو تكلم، أو خرج [من المسجد]^(٥) بعدما قعد قدر التشهد حيث لا تفسد صلاة المسبوقين بل يقومون ويقضون ما بقي من صلاتهم.

والفرق: أن السلام منهي؛ لأنه من موجبات^(٦) التحريمة فتنتهي به التحريمة والكلام قاطع لا مفسد؛ لأنه لا يفوت [به]^(٧) شرط الصلاة وهو الطهارة فلم يؤثر ذلك في حق المسبوق فأما^(٨) القهقهة والحدث العمد مفسد للصلاة [لا قاطع]^(٩)؛ لأنه يفوت به شرط الصلاة [وهو الطهارة]^(١٠).

= (٤٠٨)، وأبو داود (٢٢٣/١) كتاب الصلاة، باب: الإمام يحدث بعدما يرفع رأسه من آخر الركعة (٦١٧)، والطحاوي في شرح المعاني (٢٧٤/١)، والدارقطني (٣٧٩/١)، والبيهقي (١٧٦/٢) من طريق عبد الرحمن بن أنعم، أن عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سوادة أخبراه عن عبد الله بن عمرو... الحديث.

وقال الترمذي: هذا حديث ليس إسناده بالقوي، وقد اضطربوا في إسناده. وقال البيهقي: وعبد الرحمن بن زياد ينفرد به، وهو مختلف عليه في لفظه، وعبد الرحمن لا يحتج به، كان يحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدي لا يحدثان عنه لضعفه، وجرحه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما من الحفاظ.

- (١) زاد في أ، ب: وإلا.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) سقط في أ، ب.
- (٤) في د: إذا.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ، ب واجبات.
- (٧) سقط في أ، ب.
- (٨) في د: وأما.
- (٩) في أ: ولا قاطع وفي ب: وقاطع.
- (١٠) سقط في أ، ب.

ولهذا لو تكلم الإمام أو سلم بعد ما قعد قدر التشهد؛ فعلى القوم أن يسلموا ولو أحدث الإمام متعمداً أو قهقه لم يسلم القوم بل يقومون ويذهبون [ولأن^(١)] الكلام قاطع [للصلاة]^(٢)، وليس بمفسد فلا يمنع جواز البناء.

وكذلك الخروج من المسجد بمنزلة الكلام لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لابن مسعود - رضي الله عنه -: «إذا قلت هذا، أو^(٣) فعلت هذا فقد تمت صلاتك؛ إن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد، وإذا تمت صلاة الإمام يقوم المسبوق ويقضي ما عليه»^(٤).

وإن قهقه الإمام والقوم جميعاً في وسط الصلاة، فإن [كانت قهقهة^(٥)] الإمام أولاً، فعلى الإمام إعادة الوضوء والصلاة، وليس على القوم إعادة الوضوء؛ لأن القوم صاروا خارجين من الصلاة بخروج الإمام، فضحكهم لا يصادف حرمة الصلاة، ولا يوجب انتقاص الطهارة، وإن كانت قهقهة القوم أولاً، فعلى الكل إعادة الصلاة والوضوء؛ لأن قهقهة القوم صادفت حرمة الصلاة؛ وهذا ظاهر؛ لأنه^(٦) لم يتقدمها ما يوجب خروج القوم عن حرمة الصلاة، وكذلك قهقهة الإمام صادفت حرمة الصلاة؛ لأن الإمام لا يخرج عن الصلاة بخروج القوم عن الصلاة، وكذلك إذا قهقهوا معاً؛ لأن قهقهة [الإمام]^(٨) والقوم صادفت حرمة الصلاة، أما قهقهة

(١) في د: دل أن.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ، ب: و.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٤٢٢/١ رقم (٤٠٠٦)، و(٤٥٠/١) رقم (٤٣٠٥)، والدارمي في سننه (٣٥٥/١) باب في التشهد، رقم (١٣٤١)، وأبو داود (٢٥٣/١) كتاب الصلاة، باب: التشهد، رقم (٩٧٠)، والدارقطني في سننه (٣٥٣/١) باب: صفة التشهد ووجوبه واختلاف الروايات فيه رقم (١٢) أربعتهم من طريق زهير بن معاوية عن الحسن بن الحر عن القاسم بن مخيمرة، قال: أخذ علقمة بيدي، وقال: أخذ عبد الله بيدي، وقال: أخذ رسول الله ﷺ بيدي، فعلمني التشهد الحديث

وعندهم زيادة مدرجة من قول ابن مسعود ليس من كلام النبي ﷺ وهي: إذا قضيت هذا. أو إذا فعلت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد.

(٥) في أ: القهقهة.

(٦) في د: كان قهقهة.

(٧) في أ، ب: إذا.

(٨) سقط في أ، ب.

الإمام فظاهر^(١)، وأما^(٢) فقهة القوم [فلأنها]^(٣) لما اقترنت قهقهتهم بقهقهة الإمام [كانت مصادفة حرمة الصلاة كقهقهة الإمام]^(٤).

ولو تكلم الإمام بعدما قعد قدر التشهد، ثم ضحك القوم فلا^(٥) وضوء عليهم؛ لأنهم [صاروا]^(٦) خارجين^(٧) عن الصلاة بكلام الإمام فضحكهم لم يصادف حرمة صلاتهم فلا تنتقض طهارتهم.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - إمام تشهد ثم ضحك قبل أن يسلم فضحك بعده من خلفه، فعليه الوضوء^(٨)، علل فقال: لأنني كنت أمرهم أن يسلموا. أشار^(٩) إلى أن القوم [لا]^(١٠) يخرجون عن حرمة الصلاة بضحك^(١١) الإمام.

قال الحاكم أبو الفضل: و[قد]^(١٢) روي عن محمد - رحمهما الله - أنه قال: لا أمرهم أن يسلموا [أشار إلى أن ضحك الإمام يخرج القوم عن حرمة الصلاة]^(١٣)، فلا^(١٤) يحتاجون إلى التسليم، [لأن التسليم]^(١٥) للتحلل [وقد حصل بضحك الإمام]^(١٦).

ذكر الحاكم في المنتقى^(١٧): إمام قعد في آخر صلاته^(١٨) قدر التشهد، ولم

(١) في أ، ب: ظاهر.

(٢) في أ: لذلك، وفي ب: وكذلك.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ، ب: لا.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: خارجون.

(٨) في أ: وضوء.

(٩) في د: إشارة.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ: فضحك.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في د: إشارة إلى أن القوم يخرجون من حرمة الصلاة لضحك الإمام.

(١٤) في أ: ولا.

(١٥) سقط في أ.

(١٦) سقط في أ، ب.

(١٧) زاد في د: في.

يتشهد، والقوم على مثل حاله، فضحك الإمام ثم ضحك من خلفه، قال: أما في^(١) قول أبي حنيفة رحمه الله فعلى الإمام الوضوء، ولا وضوء على القوم، من قبل أن الإمام قد أفسد عليهم ما بقي [من الصلاة]^(٢).

وقال أبو يوسف - رحمه الله عليه - الوضوء من قبل أنهم لو لم يضحكوا كان عليهم أن يتشهدوا أو يسلموا، فلم يفسد الإمام عليهم شيئاً.

ولو كان الإمام، والقوم تشهدوا ثم سلم الإمام، ثم ضحك القوم قبل أن يسلموا^(٣) فعليهم الوضوء عندهما؛ لأن سلام الإمام لا يفسد عليهم ما بقي.

وكذلك عند محمد رحمه الله -: لا وضوء على القوم في هذه الصورة، وهو ما إذا ضحكوا بعد سلام الإمام، [لأن عنده^(٤) سلام الإمام]^(٥) يخرج المقتدي عن حرمة الصلاة، فالضحك منهم لم يصادف حرمة الصلاة فلا يوجب الوضوء.

وعند محمد - رحمه الله - في غير هذه الصورة [أنه ليس على القوم الوضوء. وذكر في بعض النوازل: أنه لا تنتقض طهارتهم^(٦) في هذه الصورة]^(٧) ولم ينسب هذا القول إلى أحد.

والقهقهة في سجدي السهو تنقض الوضوء ولا تفسد الصلاة؛ لأن العود إليهما يرفع السلام دون القعدة [فإنه]^(٨) قهقهه بعد القعدة قبل السلام فلا تفسد الصلاة.

وعن أبي [يوسف]^(٩) - رحمه الله - رواية شاذة: أن العود إلى سجدي السهو يرفع القعدة كالعود إلى سجدة^(١٠) التلاوة فعلى تلك الرواية يلزمه إعادة الصلاة كما

(١٨) في د: الصلاة.

(١) في د: على.

(٢) سقط في أ، وفي د: صلاتهم.

(٣) في أ: يسلم.

(٤) في د: عند.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، ب: طهارته.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ: سجدي.

يلزمه إعادة الوضوء .

إمام أحدث قدم رجلا قد فاتته ركعة، فعليه أن يصلي بهم بقية^(١) صلاة الإمام؛ لأن المسبوق شريك الإمام في التحريمة وصحة الاستخلاف، بوجود المشاركة في التحريمة، والحاجة ماسة إلى إصلاح صلاته فيجوز تقديمه^(٢)، ويتم ما بقي على الأول، وإذا جاء أوان السلام تأخر، وقدم رجلا من المدركين^(٣) ليسلم بهم ثم يقوم هذا المسبوق ويقضي ما سبق به .

فإن قهقهه الإمام الثاني، وقد بقيت عليه ركعة أو ركعتان، فإن صلاته وصلاة الإمام الأول وصلاة من خلفه فاسدة، أما فساد صلاته فلأن^(٤) قهقهته لاقت حرمة الصلاة فتفسد صلاته، وإذا فسدت صلاته فسدت صلاة من خلفه؛ لأن صلاة المقتدي بناء على صلاة الإمام صحة وفسادا، فإذا فسدت صلاة الإمام تفسد^(٥) صلاة المقتدي . وأما فساد صلاة الإمام الأول فلأن^(٦) الأول لما استخلف الثاني تحولت [الإمامة إلى الثاني]^(٧) وصار الأول مقتديا بالثاني، و[تعلقت صلاة الأول]^(٨) بصلاة الثاني صحة وفسادا كما في سائر المقتدين، وقد فسدت صلاة الثاني، فتفسد صلاة الأول ضرورة، ولا وضوء على القوم ولا على الإمام الأول؛ لأن القهقهة وجدت من الثاني لا منهم^(٩) .

فإن لم يضحك الثاني حتى توضع الأول والإمام الثاني في الصلاة مع القوم تابعه الإمام الأول؛ لما ذكرنا أن الإمام الأول صار مقتديا به، فيكون حكمه حكم سائر المقتدين والمقتدي يتابع الإمام فكذلك ههنا .

فإن أراد الإمام الأول أن يصلي في بيته ينظر إن صلى بعد فراغ الإمام الثاني من

(١) في أ: ففيه .

(٢) في أ: بتقديمه .

(٣) في أ: المذكورين .

(٤) في أ، ب: لأن .

(٥) في د: فسدت .

(٦) في أ، ب: لأن .

(٧) سقط في أ، ب .

(٨) في أ، ب: تعلق صلاته .

(٩) في د: من القوم والأول .

بقية صلاته، فصلاته تامة، وستأتي المسألة بعد هذا في فصل الاستخلاف إن شاء الله تعالى.

وإن قعد الإمام في الرابعة قدر التشهد، وهي له الثالثة، ثم قهقه أعاد الوضوء والصلاة؛ لأنه بقيت عليه [ركعة]^(١) فضحكه حصل في خلال الصلاة، ففسد صلاته وطهارته.

وأما^(٢) صلاة من خلفه إن كان مسبقاً فكذلك فاسدة أيضاً؛ لأنهم خرجوا عن حرمة الصلاة بضحك^(٣) الإمام، وقد بقي عليهم ركن، ولا وضوء عليهم لصلاة أخرى؛ لأن القهقهة وجدت من^(٤) الإمام لا منهم، فلا تنتقض طهارتهم كما لو أحدث الإمام حدثاً آخر وصلاة المدركين تامة؛ لأنهم خرجوا عن حرمة الصلاة، ولم يبق عليهم ركن من أركان الصلاة، فلا تفسد صلاتهم كما لو خرجوا بضحك أنفسهم.

وذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الروايات أن أبا يوسف - رحمه الله - قال في الأمالي: صلاة المدركين فاسدة [أيضاً]^(٥) كصلاة^(٦) المسبوقين؛ لأن صلاتهم مربوطة بصلاة الإمام، فمتى فسدت صلاة الإمام فسدت صلاة القوم، إلا أن ظاهر الجواب ما قلنا؛ لأن صلاة القوم، وإن كانت مربوطة بصلاة الإمام، لكن لم يبق عليهم شيء، فمضت صلاتهم على الصحة، هكذا^(٧) ذكر الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله -.

وأما صلاة الإمام الأول، فإن كان فرغ من صلاته خلف الإمام الثاني مع القوم، فصلاته تامة بلا خلاف كغيره^(٨) من المدركين^(٩) وإن كان في بيته لم يدخل مع الإمام

(١) سقط في د.

(٢) في أ: فأما.

(٣) في أ، ب: لضحك.

(٤) في أ، د: عن.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: الصلاة.

(٧) في د: كذا.

(٨) في أ: لغيره.

(٩) في أ: المذكورين.

الثاني في الصلاة اختلفت الروايات فيه، في رواية أبي سليمان: تفسد صلاته، وهو الأشبه بالصواب، هكذا ذكر الحاكم الجليل في مختصره.
وفي رواية أبي حفص - رحمه الله -: صلاته^(١) تامة؛ لأنه مدرك لأول الصلاة، فكأنه^(٢) خلف الإمام^(٣) من أول الصلاة إلى آخرها من حيث الحكم والاعتبار، ولو كان خلفه حقيقة لم تفسد صلاته وكذلك إذا كان خلفه حكما واعتبارا.
وجه رواية أبي [سليمان]^(٤) أنه وإن كان مدركا لأول الصلاة، فقد بقي عليه شيء من صلاته بعد ما ضحك الإمام الثاني، وقد ذكرنا أن ضحك الإمام يوجب خروج المقتدي عن حرمة الصلاة، فقد خرج [عن الصلاة]^(٥) وعليه شيء من صلاته؛ لأن الكلام فيما إذا بقي عليه ركعة أو ركعتان فتفسد صلاته كما لو خرج بضحك^(٦) نفسه، والإمام [الزاهد]^(٧) أبو نصر الصفار ومشايخ العراق صححوا رواية أبي حفص - رحمه الله - .

أبو سليمان عن محمد - رحمه الله - فيمن سها عن التشهد خلف الإمام في الثانية حتى سلم الإمام في آخر الصلاة ثم ضحك هذا الرجل فلا وضوء عليه، وليس هذا كسهوه عن التشهد في الرابعة .

في الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله -: لو أن إمامًا انصرف من غير أن يسلم وخرج من المسجد وضحك، أو ضحك بعض القوم فلا وضوء عليه ولا عليهم .
ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في النوادر: إذا صلى من الجمعة ركعة ثم خرج وقتها ثم قهقهه فلا وضوء عليه .

وهذه المسألة تنبني على أصل أبي يوسف - رحمه الله -: أن خروج الوقت في صلاة الجمعة يوجب الخروج عن الجمعة فالحققة [بعد ذلك]^(٨) لم تصادف^(٩)

(١) في د: صلاة .

(٢) في أ: وكأنه .

(٣) زاد في م: الإمام الثاني .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) في أ: يضحك .

(٧) سقط في أ، ب .

(٨) سقط في د .

(٩) في د: تصدق منه .

حرمة [الصلاة مطلقة]^(١).

أبو سليمان عن محمد: ظن القوم أن الإمام قد كبر ولم يكن كبر فكبروا ثم قهقها فلا وضوء عليهم.

[عن]^(٢) عمرو بن أبي عمرو^(٣) في مسافر صلى ركعة في الظهر بغير قراءة ثم قهقه؛ فعليه الوضوء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وفي قول محمد وزفر - رحمهما الله - لا وضوء عليه .

وكذلك المقيم إن صلى ركعة من الفجر بغير قراءة ثم قهقه .

وكذلك قال أبو يوسف - رحمه الله - فيمن طلعت [عليه]^(٤) الشمس وهو في

صلاة الفجر ثم قهقه وكذلك إن ذكر صلاة عليه وهو في صلاة أخرى ثم قهقه [فعليه الوضوء]^(٥) .

وكذلك^(٦) إن نوى الإمام إمامة النساء فجاءت امرأة فقامت إلى جنبه تأتم به ثم

قهقه فعليه الوضوء، [فأما على]^(٧) قول محمد وزفر - رحمهما الله - فلا وضوء عليه

في شيء من ذلك، إذا فسدت الصلاة فكأنه تكلم فيها ثم قهقه، حكي عن بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - كل صلاة افتتحت صحيحة ثم دخل فيها ما يفسدها على

(١) في د: صلاة مطلقة .

(٢) سقط في د .

(٣) هو: عمرو بن أبي عمرو ميسرة، القرشي، المخزومي، أبو عثمان، المدني، مولى المطلب ابن عبد الله بن حنطب . روى عن مولاة المطلب بن أبي حنطب، وأنس بن مالك رضي الله عنه، وعن الأعرج، والمقبري، ومحمد بن كعب القرظي، وآخرين . روى عنه مالك بن أنس، وابن أبي الزناد، وابن إسحاق، ويزيد بن الهاد، ويعقوب بن عبد الرحمن الإسكندراني، وآخرين . صدوق ثقة ربما وهم . مات بعد سنة ١٥٠هـ . وعده خليفة بن خياط فيمن قُتل يوم الحرّة . روى له البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه .

ينظر: طبقات خليفة، لخليفة بن خياط، تحقيق: أكرم ضياء، دار طيبة، الرياض، ١٩٨٢م، ص (٢٤٨، ٢٦٦)، التاريخ الكبير، للبخاري (٦/٣٥٩)، سير أعلام النبلاء (٦/١١٨)، تهذيب التهذيب (٨/٨٢) .

(٤) سقط في أ، د .

(٥) سقط في أ .

(٦) زاد في أ: قال .

(٧) في أ: أما في .

وجه مما سميناه ثم ضحك فعليه الوضوء، وهو إشارة إلى المسائل التي تقدم ذكرها.

وذكر المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله - في رجل صلى ركعتين تطوعاً ولم يقرأ في إحداهما ثم قهقه فلا وضوء عليه .

وهذا الجواب يخالف جوابه في المسائل المتقدمة وقال في المتحري [في رجل صلى ركعتين]^(١) إذا تبين له القبلة ثم ثبت على صلاته بعد العلم به فسدت صلاته وإن قهقه فلا وضوء عليه .

وقال في موضع آخر في هذا الكتاب أن عليه الوضوء .
فالحاصل أن في جنس [هذه]^(٢) المسائل روايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - وقال فيمن انقضى وقت مسحه في صلاته ثم قهقه فلا وضوء عليه؛ لأن هذا غير ظاهر وكذلك في الجبائر إذا برأ [الجرح]^(٣) في صلاته، قال^(٤) ولو أن صحيحاً افتتح مكتوبة قاعدًا أو مضطجعا من غير عذر ثم قهقه [أعاد الوضوء وكذا لو افتتح صلاته خلف مومئ أو أخرس^(٥) أو أمي ثم قهقه]^(٦) فعليه الوضوء، وكذلك افتتح المتوضئ

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: قالوا.

(٥) الأخرس: هو الممنوع من الكلام خلقة، أي: خُلِقَ ولا نطق له، يقال: خرس الإنسان خرسًا، أي: منع الكلام خلقة فهو أخرس، والأنثى: خرساء، والجمع: خرس.
ينظر: المصباح المنير (١/١٦٦)، لسان العرب، مادة (خرس)، ومعجم لغة الفقهاء، ص (٥).

وفي الاصطلاح: هو العجز الكلي الدائم عن الكلام لعاهة.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٥/٥٩٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١٨٦)، والشرح الكبير للدردير وعليه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١٣١)، ومواهب الجليل (٣/٤١٩، ٤٢٢)، وشرح منح الجليل، محمد عليش، طرابلس، بدون تاريخ (٢/١١)، والفواكه الدواني (٢/٢٣)، ومغني المحتاج (٤/٢٣٧)، وروضة الطالبين، للنووي (١٠/٢٧٩)، وكشاف القناع (٣/١٠٥)، والمغني، لابن قدامة (١٠/٥٥٩)، والمنثور في القواعد، للزركشي (١/١٦٤)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٤٣، ٣٤٤).

(٦) سقط في د.

خلف المتيّم [والمتوضي] ^(١) يرى الماء والتميم لا يراه، وكذا من يأتّم بمن يعلم أن عليه صلاة قبلها ولا يعلمها الإمام، أو الإمام على غير قبلة ولا يعلمها والمؤتم ^(٢) يعلم وإن كان الإمام يعلم أنه افتتح بغير القبلة فلا وضوء على المؤتم.

بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : لو صلى على تمام في نفسه ثم تذكر سجدة تلاوة ^(٣) ثم قهقهه قبل أن يسجد لها فلا وضوء عليه، ولو اقتدى رجل بهذا الرجل بعد السلام لم يكن الرجل داخلاً في صلاته.

قال الحاكم أبو الفضل: هذا الجواب خلاف جواب الأصل.

بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - في رجل لا يقرأ صلى ركعة بغير قراءة ثم تعلم سورة قال ينصرف على شفع وهو في الصلاة وعليه الوضوء إن قهقهه. وعنه أيضًا إذا صلى العريان ركعة ثم وجد ثوبًا فلبس في الصلاة قال لا ينصرف على شفع ولا وضوء عليه إن قهقهه.

وقال في موضع آخر من هذا الكتاب عليه الضوء، فصار في المسألة روايتان، ويجب أن تكون المسألة الأولى على الرويتين أيضًا؛ إذ لا تفاوت ^(٤) بينهما. وعنه أيضًا: أمة صلت بغير قناع ^(٥) ركعة ثم أعتقت فصلت ركعة أخرى بغير قناع وهي تعلم بالعتق قال: إنها ليست في صلاة ^(٦) ولا وضوء عليها إن قهقهت. وقال في موضع آخر من هذا الكتاب: عليها الوضوء.

وعنه أيضًا: لو دخل بنية العصر في صلاة رجل يصلي الظهر لزمه المضي معه وهو متطوع وعليه الوضوء إن قهقهه. ولو وقعت المرأة بجنب الإمام وهو يؤمها فلا وضوء عليها في القهقهة وليست هي في صلاة، وقال في [هذا] ^(٧) الكتاب في موضع آخر عليها الوضوء.

(١) سقط في د.

(٢) في أ، ب: والمقيم.

(٣) في أ، ب: التلاوة عليه.

(٤) في ب: تفارق، وفي د: تقارب.

(٥) القناع: ما تغطي به المرأة رأسها. ينظر: لسان الميزان (٥/٣٧٥٥).

(٦) في د: صلاتها.

(٧) سقط في أ.

ومما يتصل بمسائل هذا الفصل :

إذا زاد في صلاته ركوعاً أو سجوداً ذكر في ظاهر الرواية أنه لا تفسد صلاته وهذا ظاهر، فإن من اقتدى بالإمام والإمام ساجد، كان عليه أن يسجد معه وتلك السجدة له زيادة وكذلك لو تلا آية السجدة في الصلاة [لزمته سجدة التلاوة وهذه السجدة ليست من موجبات تحريمته فثبت أن زيادة السجدة في الصلاة] ^(١) لا تفسد الصلاة . وكذلك إذا زاد سجديتين أو أكثر لا تفسد صلاته ؛ لأن الجنس [واحد] ^(٢) فهي وإن كثرت كأنها سجدة واحدة .

والدليل عليه أن من ختم القرآن في صلاته يلزمه أربع عشرة سجدة وهي كلها زوائد في الحقيقة ؛ لأنها [ليست] ^(٣) من موجبات تحريم الصلاة ؛ ولأن ما شرع في الصلاة مثني ^(٤) ، وللواحد حكم المثني ، فإن الركعة تتقيد بالسجدة الواحدة عندنا كما تتقيد بسجديتين ، وكذلك التحلل يحصل بالسلام الواحد كما يحصل بالمثني ، فثبت أن ما شرع في الصلاة [مثني] ^(٥) حكمه حكم الواحد ، ثم الصلاة لا تفسد بالسجدة الواحدة فكذلك بالمثني ، والذي بينا في السجود كذلك في الركوع الزائد ، و[كذلك] ^(٦) الركوعان وما زاد على ذلك .

فإن قيل : أليس أن المسبوق لو تابع الإمام في سجود السهو ، ثم تبين أنه ليس على الإمام سهو ، فصلاة المسبوق فاسدة ، وما زادت ^(٧) إلا سجديتين ؟ قلنا : فساد الصلاة هناك ليست لزيادة السجدة ؛ بل لأنه اقتدى في موضع كان عليه الانفراد فيه ، وذلك مفسد [للصلاة] ^(٨) .

وروي عن محمد أنه قال : في السجدة الزائدة أنها تفسد صلاته وهكذا ذكر الكرخي في كتابه عن أبي حنيفة - رحمهما الله - .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في د .

(٤) في أ : مشى .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ : زاد .

(٨) سقط في د .

ووجه هذه الرواية: أن السجدة عمدة الصلاة؛ ألا ترى أن الركعة تتقيد بها؛ ولأنها قرينة بنفسها، دليله سجدة التلاوة، وإن^(١) كانت قرينة في نفسها أشبهت الركعة التامة^(٢).

ولو زاد فيها ركعة تامة قبل إتمام صلاته فسدت صلاته، فكذا^(٣) إذا زاد سجدة. ثم فرق محمد - رحمه الله - على هذه الرواية بين السجدة وبين الركوع، فقال: بزيادة السجدة تفسد الصلاة، وبزيادة الركوع لا تفسد.

والفرق: أن السجدة قرينة بنفسها [والركوع ليس بقرينة]^(٤) في نفسه، والركعة تتقيد بالسجدة ولا تتقيد بالركوع، فدل [ذلك]^(٥) أن للسجدة من القوة ما ليس للركوع، فجاز أن تفسد الصلاة بزيادة السجدة ولا تفسد بزيادة الركوع.

وإذا جاء إلى الإمام وقد رفع الإمام رأسه من الركوع فدخل في صلاته وركع وسجد معه السجدين^(٦) لا يصير مدركا للركعة ولا تفسد صلاته.

وكذا^(٧) لو أدرك الإمام في السجدة الأولى فرقع هذا الرجل وسجد سجدين لا تفسد صلاته.

فرق بين هذا وبين ما إذا ركع الإمام وسجد سجدة ورفع رأسه عنها فجاء رجل ودخل معه في الصلاة فرقع^(٨) وسجد سجدين فإنه تفسد صلاته.

والفرق: أن في المسألة الأولى لم يدخل فيها إلا زيادة ركوع؛ لأنه وجبت عليه متابعة الإمام في السجدين [وزيادة الركوع]^(٩) لا تفسد الصلاة.

[وفي المسألة الثانية]^(١٠) أدخل زيادة ركعة وهو الركوع والسجود وأنها تفسد

(١) في ب: وإذا.

(٢) في أ: الثانية.

(٣) في أ، ب: فكذلك.

(٤) في أ، ب: وليس الركوع قرينة.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في د: سجدين.

(٧) في ب: كذلك.

(٨) في أ، ب: وركع.

(٩) في أ، ب: وذا.

(١٠) في أ، ب: أما هانئا.

الصلاة.

وبعض مشايخنا قالوا: إذا زاد في الركوع أو في السجود إن كانت الزيادة عن سهو بأن ركع ركوعاً زائداً أو سجد سجوداً زائداً [لا]^(١) تفسد صلاته بالإجماع. فأما إذا تعمد ذلك يجب أن^(٢) تكون المسألة على الاختلاف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لا تفسد صلاته وعلى قول محمد - رحمه الله - تفسد بناء على اختلافهم في سجدة الشكر.

وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي - رحمه الله - يقول بالفساد في صورة العمد. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - رجل دخل مع الإمام في أول صلاته، ثم نام فانتبه وقد سجد الإمام سجدة تلاوة، فظن هذا الرجل أنه قد ركع وسجد فركع هذا الرجل وسجد يريد اتباع الإمام [قال]^(٣): لا تفسد^(٤) صلاته؛ لأنه متبع للإمام فيها، وهي التلاوة، فإن سجد أخرى فسدت صلاته؛ لأنه قد زاد في صلاته ركعة وسجدة لا تكون سجدة التلاوة فصلا بين الركعة والسجدة الثانية.



(١) سقط في أ، ب.
 (٢) زاد في م: أن.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) زاد في د: عليه.

الفصل الثامن

في بيان من يصح الاقتداء به ومن لا يصح

وفي [بيان]^(١) تغيير حال المصلي إمامًا كان أو مقتديًا أو منفردًا

وفي بيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة، الصلاة خلف أهل الأهواء [على التفصيل]^(٢)، وقال: حاصل الجواب فيه: أن كل من^(٣) كان من أهل قبلتنا ولم يغل في هواه حتى لم يحكم بكونه كافرًا ولا يكون ماجنا، ولكن مال عن الحق بتأويل فاسد تجوز الصلاة [خلفه]^(٤) وإن كان هو يكفر^(٥) أهلها كالجهمي^(٦) والقدري^(٧) الذي قال بخلق القرآن^(٨)، [والرافض^(٩) الغالي الذي ينكر خلافة أبي

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ: ما.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: مكفر.

(٦) الجهمي نسبة إلى الجهمية وهم: أتباع جهم بن صفوان الترمذي الفارسي، الذي قتل في سنة ١٣١هـ أو آخر الدولة الأموية، كان ينفي الصفات الإلهية كلها، وينفي رؤية الله، ويزعم أن الجنة والنار تفنيان وتنقطع حركات أهلها؛ محتجًا بأن عدم فئتهما يتعارض مع معنى قوله تعالى: ﴿وَأَحْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا﴾.

ينظر: الفرق الإسلامية، لمحمود محمد البشبيشي، المطبعة الرحمانية بمصر، القاهرة، ط (١)، ١٣٥٠هـ - ١٩٣٢م، ص (٥٦).

(٧) القدري: نسبة إلى القدرية وهم المغالون في إثبات القدرة للإنسان، وأنه لا يحتاج إلى معونة إلهية في أعماله، وهذا مذهب قريب من مذهب المعتزلة - كما لا يخفى - وزعيم هذا المذهب النظام من شيوخ المعتزلة، وأول من قال بالقدر بهذا المعنى: معبد الجهني، وكان يجالس الحسن البصري، وتبعه أهل البصرة، فعذبه الحجاج وصلبه سنة ٨٠هـ بأمر عبد الملك بن مروان.

ينظر: الفرق الإسلامية، لمحمود البشبيشي، ص (٥٧).

(٨) خلق القرآن، هي مسألة قديمة قد امتحن فيها الأئمة الكبار وضرب فيها الإمام أحمد وحبس، وامتنع باقي الأئمة من القول بخلق القرآن، وخرج الإمام البخاري فارًا، وسجن عيسى بن دينار.

(٩) الرافض: نسبة إلى الرافضة وهم فرقة من الشيعة، وسمي الشيعة فيما بعد: (روافض)؛ لأن زيد بن علي بن الحسين امتنع عن لعن الشيخين أبي بكر وعمر، وقد طلبوه منه؛ حتى يظنوا

بكر - رضي الله عنه - [١] لا تجوز الصلاة خلفه [٢].

وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف من انتحل من هذه الأهواء شيئاً أي من ادعى فهو صاحب بدعة، ولا ينبغي للقوم أن يؤمهم صاحب بدعة [٣].
وعن الشيخ الفقيه الزاهد أبي محمد إسماعيل بن الحسين - رحمه الله - أنه قال:
روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أن الصلاة خلف أهل الأهواء لا تجوز [٤].

= على نصرته، وهو محارب لهشام بن عبد الملك، فقالوا: نحن ما خرجنا معك إلا لذلك، ورفضوا رأيه وانفضوا من حوله؛ فسموا (روافض).
وقيل: لأنهم رفضوا رأي الصحابة في الشيخين، والمؤدى واحد.
وافترقت الشيعة على فرق شتى.
ينظر: الفرق الإسلامية، لمحمود البشبيشي، ص (٢٧).

(١) سقط في أ، ب.
(٢) ينظر: البناية على الهداية (٤١٦/٢)، فتح القدير (٣٠٤/١)، الفتاوى الهندية (٨٤/١).
(٣) سقط في أ، ب.
(٤) اتفق الفقهاء على أن الكافر الأصلي لا يصح الصلاة خلفه وإنما انعقد الخلاف بينهم في الفاسق الذي لا يخرج منه فسقه عن ملة الإسلام مع اتفاقهم على كراهية الصلاة خلفه.
وفي هذا يقول الشوكاني: «واعلم أن محل النزاع إنما هو في صحة الجماعة خلف من لا عدالة له وأما أنها مكروهة فلا خلاف في ذلك» على قولين:
القول الأول: لا تصح إمامة الفاسق بحال وإلى هذا ذهب بعض الحنفية، ورواية عن الإمام مالك، ورواية عند الحنابلة.
القول الثاني: لا يشترط في الإمامة العدالة ومن ثم تصح إمامة الفاسق مع الكراهة وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية في المعتمد عندهم، والشافعية ورواية عند الحنابلة.
قال بدر الدين العيني: «وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد: أنه سئل هل يصلح خلف شارب الخمر؟ قال: لا ولا كرامة».
وقال القاضي عبد الوهاب: «إمامة الفاسق لا تجزئ عندنا».

وقال المزني: «أكره إمامة الفاسق والمظهر للبدع ولا يعيد من اتهم بهما».
ينظر: بدائع الصنائع (٣٨٧/١)، ومجمع الأنهر (١٦٣/١)، ومنحة السلوك في شرح تحفة الملوك، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني، تحقيق: د. أحمد عبد الرزاق الكبسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ص (١٦٩)، وبداية المجتهد (٣٥٣/١)، والمدونة (١٧٧/١)، والذخيرة للقرافي (٢٣٨/٢)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد ابن عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، قارن بين نسخته، وخرّج أحاديثه، وقدم له: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (١/٢٨٠)، والتاج والإكليل (٤٧٠/٢)، والفواكه الدواني (٢٠٥/١)، والتلقين في الفقه =

وفي نوادر ابن سماعة وهشام [عن محمد]^(١) - رحمهما الله - أنه لا يصلى [خلف]^(٢) أهل الأهواء.

وقال أبو يوسف: لا تجوز الصلاة خلف من يستثني في إيمانه؛ لأنهم شاكون في أصل دينهم.

[وأما الصلاة خلف شفعوي المذهب فقد ذكر شيخ الإسلام: أن من كان منهم يميل عن القبلة، أو يعلم يقينا أنه احتجم ولم يتوضأ، أو خرج منه شيء من غير السيلين ولم يتوضأ، أو أصاب ثوبه أكثر من قدر الدرهم ولم يغسله لا يجوز، وإن كان لا يميل عن القبلة ولم يتيقن بالأشياء التي ذكرنا يجوز^(٣).

= المالكى، لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ط (١)، ١٤١٥هـ، ص (٢٤)، ومختصر المزني (١١٦/٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمرائي، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط (١)، ٢٠٠٠م (٣٩٦/٢)، ونهاية المحتاج (١٧٩/٢)، ومنتهى الإيرادات (٢٩٩/١)، والإنصاف (٣٥٤/٤)، والمغني، لابن قدامة (٢٠/٣)، والمبدع (٦٤/٢)، وأحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص أبي بكر (١/٨٥)، ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، شركة الطباعة الفنية المتحدة، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧٤م (٣/١٩٦)، ومجموع الفتاوى (٢٠٣/٣٣).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) اختلف الفقهاء فيمن صلى خلف إمام أدخل بركن من أركان الصلاة، أو واجب أو شرط من شروطها، يسوغ فيه الاجتهاد، يعتقد المأموم دون الإمام، وذلك على مذهبين: المذهب الأول: يرى أصحابه أن من صلى خلفه يعيد الصلاة؛ لأنه لا صلاة له، ولا لمن صلى خلفه، وإلى هذا ذهب بعض أصحاب أبي حنيفة، وجمهور الشافعية. المذهب الثاني: يرى أصحابه أن صلاة المأموم صحيحة، وإلى هذا ذهب المالكية ورواية عند الحنابلة قال بها ابن قدامة، وصاحب الشرح الكبير، وشيخ الإسلام ابن تيمية وهي الصحيح من المذهب.

قال ابن عابدين: «وظاهر كلام شرح المنية أيضًا حيث قال: وأما الاقتداء بالمخالف في الفروع كالشافعي فيجوز ما لم يعلم منه ما يفسد الصلاة على اعتقاد المقتدي عليه الإجماع، إنما اختلف في الكراهة. اهـ. فقيده بالمفسد دون غيره كما ترى. وفي رسالة «الاقتداء في الاقتداء» لملا على القارئ: ذهب عامة مشايخنا إلى الجواز إذا كان يحتاط في موضع الخلاف وإلا فلا.

وبحث المحشي أنه إن علم أنه راعى في الفروض والواجبات والسنن فلا كراهة، وإن علم تركها في الثلاثة لم يصح، وإن لم يدر شيئاً كره؛ لأن بعض ما يجب تركه عندنا يسن =

وقال شمس الأئمة الحلواني ويصح^(١) الاقتداء بشافعي^(٢) المذهب إذا كان يعلم أنه لا يرى الوضوء من الحجامة والوتر ثلاثا بتسليمة واحدة .
 وقال ركن الإسلام علي السغدني: ما لم يستيقن بالمفسد فصلى خلفه وهكذا أجاب شيخ الإسلام الأوزجدي^(٣) [٤].
 [و]^(٥) سئل ركن الإسلام عن الصلاة خلف من شك في إيمانه، فقال: من شك في إيمانه لا يكون مؤمناً .
 وقيل: إن قال: أنا مؤمن إن شاء الله، لا يصح الاقتداء به، وإن قال: أموت مؤمناً إن شاء الله يصح الاقتداء به .

فعله عنده فالظاهر أن يفعله، وإن علم تركها في الأخيرين فقط ينبغي أن يكره؛ لأنه إذا كره عند احتمال ترك الواجب فعند تحققه بالأولى، وإن علم تركها في الثالث فقط ينبغي أن يقتدي به؛ لأن الجماعة واجبة فتقدم على تركه كراهة التنزيه .
 وَقَالَ الْعَوْفِيُّ: «كُلُّ مَا كَانَ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الصَّلَاةِ لَا تُضَرُّ الْمُخَالَفَةُ فِيهِ وَالْعَبْرَةُ فِيهِ بِمَذْهَبِ الْإِمَامِ» .

وقال ابن الرفعة: «والخلاف جار فيما لو صلى الحنفي خلف شافعي على وجه لا يراه الحنفي صحيحاً؛ مثل أن فصد وصلى من غير وضوء . وحاصله يرجع إلى أن الاعتبار في الصحة والفساد باعتقاد المقتدي، أو المقتدى به، وعلى هذا المأخذ يخرج ما لو صلى الحنفي على وجه لا يعتقده صحيحاً، فاقتدى به شافعي، وهو يعتقده صحيحاً - فعلى ما ذكره الشيخ أبو حامد يصح اقتداؤه، وعلى ما ذكره القفال: لا يصح» .

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٥٦٣)، فتح القدير، لابن الهمام (١/٤٣٧)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ «ابن الفراء»، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (١/١٢٦)، مواهب الجليل (٢/١١٤)، الفواكه الدواني (١/٢٠٦)، روضة الطالبين (٢/٣٤٧)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، لأحمد ابن محمد بن علي الأنصاري، أبي العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ٢٠٠٩م (٤/٢٨)، المغني، لابن قدامة (٣/٢٤)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٣/٣٧٧ - ٣٨٠)، والاختيارات، ص (١٠٧) .

- (١) في د: ولا يصح .
- (٢) في د: بشفعوي .
- (٣) هو: محمود بن عبد العزيز الأوزجدي القاضي الملقب بشيخ الإسلام، فقيه حنفي .
 ينظر: الجواهر المضية (٣/٤٤٦) .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) سقط في أ، ب .

قال أبو يوسف - رحمه الله -: لا تجوز الصلاة خلف المتكلم وإن تكلم بحق؛ لأن التكلم بدعة، ولا تجوز الصلاة خلف المبتدع.

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمهما الله -: هل يصلي خلف شارب خمر، قال: لا، ولا كرامة. معنى قوله: (لا) ما ينبغي، فأما الصلاة خلفه فجازئة.

وفيه أيضاً: المعلى عن أبي يوسف - رحمهما الله -: معتوه^(١) يفيق أحياناً إلا أنه ليس لإفاقته وقت معلوم، إن كان في أكثر حالاته معتوهاً فهو في جميع حالاته بمنزلة المطبق عليه^(٢)، فإن صلى في حال إفاقته يقوم أعادوا الصلاة وإن كان لإفاقته وقت معلوم، فهو في حال إفاقته بمنزلة الصحيح.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: لا يؤم القاعد الذي يومئ قومًا قيامًا

(١) المعتوه: يطلق على المجنون، والناقص العقل. ينظر: لسان العرب، مادة (عته) (٤٢/٩).

(٢) المطبق: ينقسم الجنون باعتبار استمراره وعدمه إلى جنون مُطْبِقٍ وجنون مُتَقَطِّعٍ: أما الجنون المطبق: فهو الجنون الملازم الممتد، الذي يستوعب جميع الأوقات. وهذا النوع من الجنون يسمى - أيضاً - بالمستمر، وبالجنون الكلي؛ لأنه يستوعب جميع أوقات المريض، ولا تتخلله نوبة انقطاع؛ ولذلك يعبر بعض الفقهاء عن صاحبه بالمجنون المغلوب، ويخرج بذلك المعتوه؛ لأنه يجن ويفيق. ويرى فريق آخر من الفقهاء أن المراد بالمجنون المغلوب: من صار مغلوباً للجنون، بحيث لا يفيق صاحبه بحال، ولا يرجى أن يزول عنه ما به من الجنون، سواء أكان الجنون قوياً؛ فلا يجعله يعقل شيئاً، أم ضعيفاً بحيث يعقل بعض الأشياء دون بعض، ويكون صاحبه مجنوناً أو معتوهاً. وذكر الحنفية في الوقت الذي يستمر فيه الجنون؛ ليعتبر جنوناً مطبقاً أربعة أقوال: القول الأول: أن الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة؛ لأن المجنون إذا تقلبت عليه الفصول الأربعة، ولم يُفَق من جنونه، علم أن جنونه مستحكم. القول الثاني: أن الجنون المطبق هو الذي يمتد شهراً كاملاً. القول الثالث: أنه الذي يمتد أكثر من سنة. القول الرابع: أنه الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة. وأما الجنون المتقطع: فهو الجنون الذي تتخلله فترات إفاقة، وهو جنون غير مستمر، لكن يصيب الشخص تارة، ويرتفع عنه أخرى، فإذا أصاب صاحبه؛ فقد عَقَلَه ومنعه من التفكير السليم في عامة الأحوال، وبذلك يكون كالجنون المطبق، وإذا أفاق عاد إليه عقله، فهو الجنون المطبق نفسه، إلا أنه يختلف عنه في الامتداد والاستمرار. فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك في حالة وجوده، فلا يكون مسؤولاً جنائياً، فإذا انقشع عنه عاد له الإدراك، وصار مسؤولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم في حالة إفاقته، بعكس المجنون جنوناً مطبقاً، فإنه لا يُسأل جنائياً؛ لأن جنونه تام ومستمر.

ينظر: درر الحكام (٢/٦٥٥، ٦٥٦)، تبيين الحقائق (٢/١٢٥)، وبدائع الصنائع (٧/٣٩٤)، والمبسوط (٧/٢٠٧)، ورد المحتار على الدر المختار (٦/٥٣٢)، والتقرير والتحجير (٢/٢٣٣)، وكشف الأسرار، للنسفي (٢/٤٨١)، وشرح التلويح على التوضيح (٢/١٦٧)، والفتاوى الهندية (٦/٤).

يركعون ويسجدون، ولا قومًا قعودًا يركعون ويسجدون^(١).

(١) زاد في أ: لا.

اختلف الفقهاء في صحة صلاة القائم خلف العاجز عن القيام على ثلاثة أقوال:
الأول: صحة الصلاة خلفه مطلقًا، وإلى هذا ذهب الحنفية، وقول عند المالكية،
ومذهب الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

الثاني: عدم صحة الصلاة خلفه مطلقًا، وهو قول عند الحنفية، والمالكية، وبه قال
بعض الحنابلة.

الثالث: لا تصح إلا إذا كانت خلف إمام الحي الذي يرجى زوال علته، وإلى هذا ذهب
الحنابلة على الصحيح عندهم.

قال فخر الدين الزيلعي: «فَلَا يَجُوزُ . . . وَقَارِيٌّ بِأَمِّيٍّ؛ لِأَنَّ الْقَارِيَّ أَقْوَى حَالًا مِنْهُ، وَكَذَا
لَا يَجُوزُ إِفْتِدَاءُ أَمِّيٍّ بِأَخْرَسٍ؛ لِأَنَّ الْأَمِّيَّ أَقْوَى حَالًا مِنْهُ لِقُدْرَتِهِ عَلَى التَّخْرِيمَةِ قَالَ - رَحِمَهُ
اللَّهُ - وَمُكْتَسَبٌ بَعَارٍ وَغَيْرِ مُؤَمِّيٍّ بِمُؤَمِّيٍّ لِقُوَّةِ حَالِهِمَا وَالشَّيْءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ».
وقال الخرشبي: «وَأَمَّا الصَّحِيحُ إِذَا افْتَدَى بِمِثْلِهِ ثُمَّ مَرِضَ الْإِمَامُ فَلَا تَصِحُّ صَلَاةُ الْمُأْمُومِ
الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ إِمَامَهُ عَاجِزٌ عَنِ الرُّكْنِ».

وقال أبو عبد الله المالكي: «وَبَطَلَتْ بِإِفْتِدَاءِ بَعَاجِزٍ عَنِ الرُّكْنِ قَوْلِي كَتِّبِيَةَ الْإِحْرَامِ
وَالْفَاتِحَةَ وَالسَّلَامَ أَوْ فَعْلِي كَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ وَالْقِيَامِ وَالْمَأْمُومِ قَادِرٌ عَلَيْهِ وَإِنْ عَجَزَ غَيْرُهُ».
قال في المهذب: «وَفِي صَلَاةِ الْقَارِيِّ خَلْفَ الْأَمِّيِّ وَهُوَ مَنْ لَا يَحْسُنُ الْفَاتِحَةَ أَوْ خَلْفَ
الأرت والألثغ قولان:

أحدهما: تجوز؛ لأنه ركن من أركان الصلاة فجاز للقادر عليه أن يأتيه بالعاجز عنه
كالقيام.

والثاني: لا تجوز؛ لأنه يحتاج أن يحمل قراءته وهو يعجز عن ذلك فلا يجوز . . .
وقوله ركن احتراز من الشرط وهو إذا لم يجد ماءً ولا ترابًا وصلى بحاله وكذا من عليه
نجاسة عجز عن إزالتها فلا يجوز الاقتداء بهما».

وبطلت باقتداء بعاجز عن ركن قولي كتكبيرة الإحرام والفتحة والسلام أو فعلي كالركوع
والسجود والقيام والمأموم قادر عليه وإن عجز غيره فلا تصح إمامة المرأة ولا الخنثى
المشكل.

وأما الخنثى وإن أشكل الأمر فلا يصح أن يؤم الرجال ولا النساء على المشهور ويؤمهن
على الشاذ.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٣٣٦)، تبين الحقائق (١/١٤١)، المبسوط (١/١٩٦)،
الهداية (١/٣٧٨)، البحر الرائق (١/٦٣٧)، كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله
ابن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر
الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م (١/٦٣٩)، الفواكه الدواني (١/٢٠٥)،
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٥٢١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٢/٤٠)،
منح الجليل (١/٣٥٩)، حاشية العدوي على كفاية الطالب (١/٣٧٩)،
الذخيرة (٢/٢٤٦)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (١/٢٩٢)، بداية المجتهد
(٢/٣٠٨)، الحاوي (٢/٣٨٨)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، بيروت، =

والأصل في هذا أن يقال بأن صلاة المقتدي تبنى على صلاة الإمام فكان كالتبع له والشيء يستتبع ما [هو]^(١) دونه أو ما هو مثله ولا يستتبع ما هو فوقه، فإن كان حال الإمام مثل حال المقتدي أو فوقه جازت صلاة الكل، وإن^(٢) كان حال الإمام دون حال المقتدي صحت صلاة الإمام ولا تصح صلاة المقتدي.



لبنان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م (١٦١/٤)، المجموع (١٦١/٤)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد الشربيني الخطيب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥ هـ (٢٥٧/١)، المنهاج، لمحبي الدين يحيى بن شرف النووي مع السراج الوهاج، للشيخ محمد الزهري العمراوي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط (١) (٤٨٣/١)، مغني المحتاج (١/٤٨٣)، الفروع (٢/٢٠)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٤/٣٧٦، ٣٨٠)، منتهى الإرادات (١/٥٦٣)، التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، أشرف على طبعه وتصحيحه: عبد الرحمن حسن محمود، نشر المؤسسة السعودية، الرياض، السعودية، ص (٨٢)، التنبيه على مبادئ التوجيه - قسم العبادات، لأبي الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدي، تحقيق: د. محمد بلحسان، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م (٤٤١/١).

(١) سقط في د.

(٢) في أ: فإن.

بيان هذا الأصل في المسائل :

إذا كان الإمام يصلي قائماً بركوع وسجود وخلفه قوم يصلون قياماً بركوع وسجود، [و^(١)] قوم يصلون قعوداً بركوع وسجود، [و^(٢)] قوم يصلون بالإيماء مستقلين^(٣) على قفاهم فصلاة الكل جائزة؛ لأن حال الإمام مثل حال البعض وأقوى من حال البعض.

وإن كان الإمام يصلي قاعداً^(٤) بركوع وسجود وخلفه قوم يصلون قياماً بركوع وسجود^(٥) القياس [أنه لا]^(٦) تجوز صلاة القوم، وبه أخذ محمد - رحمه الله -؛ [لأن]^(٧) إحرام القوم انعقد للقيام، وإحرام الإمام لم ينعقد [للقيام]^(٨)، فلا يتحقق البناء عليه^(٩) وحال القوم أقوى من حال الإمام.

وفي الاستحسان^(١٠): تجوز صلاة القوم وهو قولهما، فقد صح أن النبي ﷺ صلى [في آخر عمره]^(١١) قاعداً والقوم خلفه قيام^(١٢)، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة.

ولو كان القوم يصلون قعوداً بالإيماء ولا يقدرّون على السجود، أو يصلون قياماً بالإيماء بأن كانوا لا يقدرّون على القعود فصلاة الكل^(١٣) جائزة؛ لأن حال^(١٤) الإمام مثل حال^(١٥) البعض وفوق حال البعض؛ فإن الصلاة قاعداً بركوع

(١) في ب: أو.

(٢) في ب: أو.

(٣) في ب، د: مستلقياً.

(٤) في أ: قائماً.

(٥) زاد في أ، ب: و.

(٦) في ب، د: ألا.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في أ، ب: فيه.

(١٠) في أ: استحسان.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) أخرجه البخاري (١٦٦/٢).

(١٣) في أ، ب: كلهم.

(١٤) في أ: حالة.

(١٥) في أ: حالة.

[وسجود]^(١) أقوى من الصلاة قائما^(٢) وقاعدا بالإيماء .
ولو كان الإمام يصلي قاعدا بالإيماء لا يقدر على السجود وخلفه قوم يصلون
قعودًا بالإيماء أيضا يجوز؛ لأن حال الإمام مثل حال القوم .
فإن كان خلفه قوم قيام يركعون ويسجدون، و^(٣) قوم قعود يركعون ويسجدون لا
تجوز صلاة القوم عندنا .

وعند زفر - رحمه الله - تجوز^(٤)؛ لأن الكل صلاة .
ولنا: أن الاقتداء ببناء والبناء على المعدوم لا يتحقق وإحرام الإمام لم ينعقد
للكوع والسجود [حقيقة] .

و^(٥) فرع على هذا الأصل في نواذر الصلاة فقال: إذا كان الإمام مستلقيا يومئ
وخلفه من يومئ مستلقيا ومن يومئ قاعداً تجوز^(٦) صلاته وصلاة من هو في مثل
حاله ولا تجوز صلاة القاعد لما فيه من بناء القوي على الضعيف، فإن حال
المستلقي في الإيماء دون حال القاعد؛ ألا ترى أنه لا تجوز صلاة التطوع بالإيماء
مستلقيا إذا كان قادرا على القعود .

ولهذا فرق أبو حنيفة وأبو يوسف بين هذا، وبين اقتداء القائم بالقاعد الذي يركع
ويسجد؛ لأن حال الإمام هناك قريب من حال المقتدي حتى يجوز أداء التطوع قاعدا
مع القدرة على القيام وهاهنا^(٧) بخلافه .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير [أيضاً]^(٨) عن أبي حنيفة - رحمه الله -
[في أمي]^(٩) صلى بقوم أميين ويقوم قارئين فصلاتهم جميعا فاسدة .
وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - صلاة الإمام ومن [هو في]^(١٠) مثل^(١١)

- (١) سقط في أ .
- (٢) في أ: أو .
- (٣) في أ، ب: أو .
- (٤) في أ: يجوز .
- (٥) سقط في أ، ب .
- (٦) في أ: يجوز .
- (٧) في أ: هنا .
- (٨) سقط في د .
- (٩) في أ: ممن .
- (١٠) سقط في أ، ب .

حاله تامة .

يجب أن يعلم بأن^(١) الأمي^(٢) إذا أم قوما أميين فإن^(٣) صلاتهم جميعا جائزة بلا خلاف؛ لأن الحالة مستوية فهو كالعاري إذا أم قوما عراة، وكصاحب الجرح السائل إذا أم قوما جرحى .

والأمي^(٤) إذا أم قوما قارئين فصلاة الكل فاسدة بلا خلاف^(٥)، وإنما فسدت

(١١) في ب: بمثل .

(١) في ب: أن .

(٢) الأمي منسوب إلى الأم، أي: هو كما ولدته أمه . والمراد به حيثما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب: من لا يحسن الخط ولا يقرأ شيئا، وفي الخلاصة: أن من لا يحسن شيئا من القرآن عن ظهر القلب يكون أميًّا، حتى يصلي بغير قراءة، فعلى هذا: من قدر على القراءة من المصحف ولم يحفظ - يكون أميًّا .

وقال في الغاية: فالأمي عندنا: من لا يحفظ من القرآن ما تصح به صلاته .

قال الأكمل: ومن أحسن قراءة آية من التنزيل، خرج عن كونه أميًّا عند أبي حنيفة، وثلاث آيات أو آية طويلة عندهما؛ فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به؛ لأن فرض القراءة يتم بهذا. ينظر: العناية شرح الهداية (١/٣٧٥)، تبين الحقائق (١/١٤١).

(٣) في ب: إن .

(٤) في د: وكالأمي .

(٥) اتفق الفقهاء على قراءة الفذِّ الفاتحة في كل ركعة من ركعات الصلاة ركن من أركانها . واختلف الفقهاء في إمامة من لا يحسن قراءة الفاتحة أو أحال المعنى عمدا في الصلاة على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه أن صلاة الإمام والمأموم باطلة؛ وإلى هذا ذهب أبو حنيفة .
القول الثاني: يرى أصحابه أن صلاة الإمام باطلة دون صلاة المأموم؛ وإلى هذا ذهب المالكية، والحنابلة، والشافعية .

قال أبو البركات النسفي: «وإن اقتدى أميٌّ وقارئٌ بأميٍّ أو استخلف أميًّا في الآخرين فسدت صلاتهم» .

وقال أبو عمر القرطبي: «ولا يجوز الائتمام بامرأة ولا خشي مشكل ولا كافر ولا مجنون ولا أمي» .

وقال الشافعي: «صلاة الأمي صحيحة، وفي صلاة القارئ قولان: الجديد كقول مالك وأحمد، والقديم: تصح، وللشافعي قول ثالث: تصح في صلاة الإسرار، بناء على قوله: لا تجب على المأموم القراءة في حال جهر الإمام»؛ وقال المزني: «فإن أمَّ أميٍّ بمنَّ يقرأ أعاد القارئ» .

ينظر: الهداية (١/٣٢٢)، ورد المحتار على الدر المختار (١/٦١٨)، وكنز الدقائق، ص (١٦٨)، والمبسوط للسرخسي (١/١٨١)، وبداية المجتهد (١/١٥٤)، والشرح الصغير (١/١٥٦، ١٥٧)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٣٢٨)، والكافي

صلاة الإمام؛ لأنه ترك القراءة في صلاته^(١) مع القدرة عليها فتنفسد صلاته؛ كالقارئ إذا لم يقرأ في صلاته مع [القدرة عليها]^(٢)، وإنما قلنا: إنه ترك القراءة مع القدرة عليها؛ لأن القارئ إذا كان يصلي معه كان يمكنه أن يقتدي به حتى [تصير]^(٣) صلاته بقراءة؛ لأن قراءة الإمام جعلت قراءة للمقتدي، فإذا ترك الاقتداء مع القدرة عليها فقد ترك القراءة مع القدرة عليها، وإذا فسدت صلاة الإمام، فسدت صلاة المقتدين ضرورة.

وكان أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - يقول: اقتداء القارئ [بالأمي]^(٤) صحيح في الأصل، ولكن إذا [جاء أوان]^(٥) القراءة تفسد [صلاته]^(٦) وكان أبو جعفر الطحاوي يقول: لا يصح اقتداء القارئ بالأمي أصلاً.

[القارئ] إذا أم قوما قارئين فصلاتهم جميعاً جائزة وهذا ظاهر، وكذلك^(٧)

في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ (١/٢١٠)، ومنح الجليل (١/٣٦٠)، ومختصر المنزني في فروع الشافعية، لإسماعيل بن يحيى المنزني، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (٨/١١٦)، والمهذب (١/٨١)، والمجموع (٤/١٦٤، ١٦٥)، وتحفة المحتاج (٢/٢٨٤، ٢٨٥)، ونهاية المحتاج (٢/١٦٨، ١٦٩)، والنجم الوهاج شرح المنهاج، للدميمري، مطبوع معه سلم المتعلم المحتاج إلى معرفة رموز المنهاج لأحمد ميقري شميلة الأهدل، والابتهاج بيان اصطلاح المنهاج، لأحمد بن أبي بكر بن سميط، مطبوع في مقدمة النجم الوهاج، دار المنهاج، جدة (٢/٣٤٨)، والإقناع في الفقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهرير بالماوردي، حققه وعلق عليه: خضر محمد خضر، دار العروبة للنشر والتوزيع، الكويت، ط (١)، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص (٤٧)، والمغني، لابن قدامة (١/٤٨٥)، وكشاف القناع (٣/٢٠٩، ٢١٠)، وشرح منتهى الإرادات (١/٥٦٨)، والإفصاح عن معاني الصحاح، في الفقه على المذاهب الأربعة، لأبي المظفر بن هبيرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (١/٢١٠، ٢١١)، وفتح القدير (١/٢٦٦).

(١) في ب: صلاة.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ: جاوز.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

القارئ إذا أم [قومًا] ^(١) أمين فصلاة الكل جائزة بلا خلاف؛ لأن الإمام أعلى حالا من المقتدي وأنه لا يمنع صحة الاقتداء ^(٢) كالمتنفل إذا اقتدى بالمفترض، وكالمومئ ^(٣) إذا اقتدى بمن يركع ويسجد.

وأما الأمي إذا أم قوماً أمينين وقوماً قارئين فصلاة الكل فاسدة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما صلاة الإمام ومن بمثل حاله [من الأميين] ^(٤) جائزة وصلاة القارئيين فاسدة وهي مسألة الجامع الصغير.
والأخرس إذا أم قوماً خرساً ^(٥) فصلاة الكل جائزة ^(٦).

(١) سقط في د.

(٢) زاد في د: به.

(٣) في د: كلامي.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ: خرس.

(٦) اختلف الفقهاء في إمامة الأخرس على قولين:

الأول: يرى أصحابه عدم صحة إمامة الأخرس مطلقاً، سواء كانت إمامته بمثله أو بمن هو فوقه، وإلى هذا ذهب الحنابلة.

الثاني: يرى أصحابه عدم صحة إمامته إلا بمن كان مثله وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة.

قال سراج الدين الحنفي: «وعلم منه عدم جواز الاقتداء بالأخرس بالأولى؛ لأن الأمي أقوى حالاً منه ومن ثم لم يجز اقتداء به لقدرته على التحريمه دونه».

قال السرخسي: «وكذلك لو افتتحها خلف أخرس أو صبي أو مجنون أو مريض يومئ؛ لأن هؤلاء لا يصلحون للإمامة فلا يصير شارعاً في الصلاة إذا اقتدى بهم».

قال ضياء الدين الجندي: «وأشار ابن عبد السلام إلى أن الخلاف في الأخرس والأمي مقيد بعدم وجود القارئ، وأما إذا أمكنهم أن يصلوا خلف القارئ فلا».

قال: «ولا تصح من غير مميز، ولا من مجنون وجاهل بما ذكر، وعاجز عن ركن كفاتحة، كالأخرس والأمي إن وجد قارئ، لا إن لم يوجد على الأصح فيهما، وبطلت كقائم خلف جالس على الأصح، لا كجالس».

وقال الشيخ الدردير: «قدرة على الأركان، لا إن عجز عن ركن من أركانها فلا تصح الصلاة خلفه إلا أن يساويه المأموم في العجز في ذلك الركن فتصح صلاته خلفه؛ كأخرس صلى بمثله».

وقال الماوردي: «فأما الأخرس فعليه أن يحرك لسانه بالقراءة، ولا يجوز أن يؤم ناطقاً ويجوز أن يؤم مثله أخرس».

وقال النووي: «وكذا لو استخلف أمياً أو أخرس أو أرت وقلنا بالصحيح إنه لا تصح إمامتهم».

وأما إذا أم أمياً [فقد]^(١) ذكر في بعض المواضع قال بعض المشايخ^(٢) لا يجوز؛ لأن الأخرس لا يأتي بالتحريمه وهي فرض، والأمي يأتي بها فصار كإقتداء القارئ بالأمي وذكر في بعض المواضع لا يجوز عند علمائنا [الثلاثة - رحمهم الله -]^(٣). وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلاة: [أن]^(٤) الأخرس [مع الأمي إذا أراد الصلاة كان الأمي أولى بالإمامة فهذا دليل على جواز اقتداء الأمي بالأخرس]^(٥) والأمي إذا أم الأخرس فصلاتهما جائزة بلا خلاف. و[أما]^(٦) الأخرس إذا أم قوما خرسى وقوما قارئين فصلاة^(٧) الكل [فاسدة]^(٨) عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما صلاة الإمام ومن هو بحاله^(٩) جائزة حجتهما

ينظر: بدائع الصنائع (٢٣٣/١)، ورد المختار على الدر المختار (٣٢٤/٢)، والبحر الرائق (٦٣١/١)، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م (٢٥٢/١)، والمبسوط للسرخسي (٩٥/٢)، وشرح فتح القدير (٣٧٧/١)، والتاج والإكليل (٤٢١/٢)، والشرح الكبير للدردير (٥٢١/١)، وأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م (٢٨٧/١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٥٢٣)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب (٣٧٩/١/١)، والتوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط (١)، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م (٤٥٨/١)، وبلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي (٤٣٦/١)، والحاوي الكبير (٣٢٦/٢)، والمجموع شرح المذهب (٢٤٣/٤)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢٥٧/١)، ومغني المحتاج (٤٨١/١)، وحاشية قلوبوي (٢٦٥/١)، والفروع (١٧/٢)، والإنصاف (٤/٣٧٠، ٣٧١)، وشرح منتهى الإرادات (٥٦٢/١).

- (١) سقط في أ، ب.
- (٢) في د: مشايخنا.
- (٣) سقط في د.
- (٤) سقط في د.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في د.
- (٧) في أ: صلاة.
- (٨) سقط في د.
- (٩) في أ، ب: أمي أو أخرس.

أنه اقتدى بهذا الإمام من هو بمثل حاله في المسألتين جميعاً^(١) ومن هو أعلى [حالاً]^(٢) منه فتجوز صلاة من هو بمثل حاله قياساً على العاري إذا أم قوما كساء وعراة وقياساً على صاحب الجرح السائل إذا أم قوما صحاحاً وجرحى وقياساً على المومئ إذا أم قوماً مومئين [وقوماً قادرين]^(٣) فإنه^(٤) في هذه الصور تجوز^(٥) صلاة الإمام ومن هو بمثل حاله بلا خلاف [كذا هاهنا]^(٦).

حجة أبي حنيفة - رحمه الله - : [أن]^(٧) الإمام ترك القراءة مع القدرة على القراءة فإنه قادر على أن يجعل صلاته بالقراءة بالافتداء بالقارئ على نحو ما بينا وهو بمعنى قولنا ترك القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته، و[إذا فسدت]^(٨) صلاته [فسدت]^(٩) صلاة القوم [ضرورة]^(١٠).

وعلى هذه الطريقة نقول^(١١) : إذا كان بجنب الأمي^(١٢) رجل قارئ يصلي والامي^(١٣) يعلم أن صلاته موافق لصلاة الإمام فصلى^(١٤) الأمي وحده لا تجوز صلاته عند أبي حنيفة - رحمه الله - لما قلنا وفي هذا الفصل كلمات تأتي عند تمام المسألة إن شاء الله تعالى، بخلاف العاري إذا صلى بقوم عراة وكساء؛ لأن العاري غير قادر على أن يجعل صلاته بكسوة بالافتداء بالكاسي؛ لأن كسوة الإمام لم تجعل كسوة للمقتدي حتى يقال إذا لم يقتد فقد ترك الكسوة مع القدرة عليها. وبخلاف صاحب الجرح السائل إذا أم قوما صحاحاً وجرحى؛ لأن صاحب

(١) في أ، ب: المسلمين.

(٢) سقط في: د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في ب، م: فإن.

(٥) في م: الصورة يجوز.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: وفساد.

(٩) في د: يوجب فساد.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ: يقول.

(١٢) في د: الإمام.

(١٣) في د: الإمام.

(١٤) في أ: فصلاة.

الجرح السائل غير قادر على^(١) أن يجعل صلاته بطهارة بالاقتداء بالصحيح؛ لأن طهارة الإمام لم تجعل طهارة للمقتدي^(٢) حتى يقال إذا لم يقتد فقد ترك الطهارة مع القدرة عليها وهذا هو المومئ إذا أمَّ قومًا أميين وقارئين ورأيت مسألة الأمي إذا كان يصلي وحده، وهناك قارئ يصلي وحده، [أن صلاة الأمي جائزة بلا خلاف]^(٣).

في بعض النسخ: أن القارئ إذا كان على باب المسجد أو بجوار المسجد والامي في المسجد يصلي وحده فصلاة الأمي جائزة بلا خلاف.

وكذلك إذا كان القارئ في [صلاة غير صلاة]^(٤) الأمي جاز للامي أن يصلي وحده ولا ينتظر فراغ القارئ من الصلاة بالاتفاق.

وأما إذا كان القارئ في ناحية من المسجد والامي في ناحية أخرى وصلاتهما موافقة فقد ذكر أبو حازم^(٥) أن على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز، وهو قول مالك - رحمه الله -.

ولئن سلمنا أنه يجوز فوجه تخريجه^(٦) أنه لم يظهر [من القارئ]^(٧) رغبة في أداء الصلاة بالجماعة فلا يعتبر وجود القارئ في حق الأمي.

وذكر الفقيه أبو عبد الله الجرجاني عن القاضي أبي حازم في مسألة الأخرس إذا

(١) سقط في أ، ب.

(٢) لعلها الأمي.

(٣) سقط في ب، د.

(٤) سقط في د.

(٥) هو: عبد الحميد بن عبد العزيز: أبو حازم القاضي، أصله من البصرة، أخذ عن أبي حفص وغيره، وعنه الطحاوي، قال ابن كثير: كان من خيار القضاة، وأعيان الفقهاء، ومن أئمة العلماء، ورعًا، نزهاً، كثير الصيانة، والديانة، والأمانة. قال الخطيب: ولقد حدثني أبو الحسن محمد بن أحمد بن بندار، عن حامد بن العباس، عن عبيد الله بن سليمان بن وهب، قال: ما رأيت رجلاً أعقل من الموفق، ولا من أبي حازم القاضي، وكانت وفاة أبي حازم في جمادى الأولى، وقيل: جمادى الآخرة، من سنة اثنتين وتسعين ومائتين، ولم يغير شبيهه، كذا في المغاني. توفي سنة اثنتين وتسعين ومائتين هجريًا.

ينظر: الثقات (٤٠٠/٨)، مغاني الأخيار في شرح أسامي رجال معاني الآثار، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م (١٦٤/٢).

(٦) في أ: تحريمه.

(٧) سقط في أ.

صلى بقوم خرس^(١) وبقوم قارئين، وفي مسألة الأمي إذا صلى بقوم أميين وبقوم قارئين إنما تفسد صلاة الأمي والأخرس عند أبي حنيفة رحمه الله إذا علم أن خلفه قارئاً أما إذا لم يعلم لا تفسد صلاته كما قالوا إلا أن في ظاهر الرواية لا فصل بين حالة العلم وبين حالة الجهل^(٢).

ووجه ذلك: أن القراءة فرض وما يتعلق بالفرائض لا يختلف بالعلم^(٣) والجهل؛ ألا ترى أنه لو ترك القراءة ناسياً أو جاهلاً أو عامداً لا تجوز [صلاته]^(٤)، وطريقه ما قلنا وإلى هذا [كان]^(٥) يميل الشيخ الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله -.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - أنه قال: قال عامة أصحابنا - رحمهم الله -: إذا أم الأخرس الأميين [والقارئين]^(٦) فصلاتهما تامة يعني صلاة الإمام والأمي. قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: أراد محمد - رحمه الله - بقوله: قال عامة أصحابنا - رحمهم الله -: من كان معه من المتعلمين ولم يرد^(٧) به أبا حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه يخالفهم في ذلك ثم إن محمداً - رحمه الله - لا^(٨) يذكر في الجامع الصغير أن القارئ إذا اقتدى بالأمي هل يصير شارعاً في الصلاة؟.

(١) في أ: أميين.

(٢) الجهل في اللغة: ضد العلم، وقد يراد به السفه، قال الله تعالى: ﴿وَأَعْرَضَ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [جزء من الآية: ١٩٩ من سورة الأعراف]. وقال عمرو بن كلثوم:

ألا لا يجهلن أحد علينا فنجهل فوق جهل الجاهلينا
وعرفه التفتازاني وابن نجيم: بأنه عدم العلم عما شأنه العلم. وعرفه الجرجاني: بأنه اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه. إلا أن هذا التعريف أعترض عليه بأن الجهل قد يكون بالمعدوم وهو ليس بشيء. وأجابوا عنه: بأنه شيء في الذهن أو المراد به اللغوي فيشمل الموجود والمعدوم. وعرفه الهروي: بأنه التفريط في العلم.

ينظر: لسان العرب (٧١٣/١)، المصباح المنير، ص (٧٢)، مختار الصحاح، ص (١٣١)، التلويح (١٨٠/٢)، كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري (٣٣٠/٤)، كشف الأسرار، للنسفي (٥١٩/٢)، التعريفات للجرجاني، ص (٧١)، شرح المنار، لابن الملك (٩٧٢/٢)، فتح الغفار (١٠٢/٣).

(٣) في د: بين العلم.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب، م: إما لم يرد.

(٨) في د: لم.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ:

بعضهم قالوا: لا يصير شارعا حتى لو كان في التطوع، لا يجب القضاء.
[وبعضهم قالوا: يصير شارعا، ثم تفسد حتى لو كان في التطوع يجب
القضاء]^(١). والصحيح هو الأول.

نص محمد - رحمه الله - [في الأصل]^(٢) وذكر القدوري في شرحه أن القارئ إذا
دخل في صلاة الأمي متطوعا ثم أفسدها لم يلزمه القضاء.
[و]^(٣) عند زفر - رحمه الله - قال: ولا رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا
الفصل وإنما لا يلزمه القضاء؛ لأن الشروع بمنزلة النذر.

ولو نذر [القارئ]^(٤) أن يصلي بغير قراءة لا يلزمه، فكذلك^(٥) إذا شرع وكل
جواب عرفته في القارئ إذا اقتدى بالأمي ثم أفسده على نفسه فهو الجواب في
الرجل يقتدي بالمرأة والصبي والمحدث والجنب ثم أفسده على نفسه.
ولا يؤم^(٦) المومئ من^(٧) يركع ويسجد.

وقال زفر - رحمه الله - يجوز.

[قال]^(٨) ولا تؤم المرأة الرجل؛ لأن الرجل إن قام خلفها فهو منهي عنه ضرورة
للأمر^(٩) بالتأخير، وإن قام بحدائثها لا يجوز؛ لهذه العلة^(١٠)، ولعلة المحاذاة فإنها

(١) سقط في أ، د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: فكذا.

(٦) في أ، ب: يلزم.

(٧) في أ: أن.

(٨) سقط في د.

(٩) في ب، د: الأمر.

(١٠) العلة في اللغة: المرض، والجمع علل كسدره وسدر.

وتطلق أيضا على الحدث الذي يشغل صاحبه عن وجهه، كأن تلك العلة صارت شغلا
ثانيا منعه عن شغله الأول.

وقال الكفوي: «العلة لغة: عبارة عن معنى يحل بالمحل فيتغير به حال المحل، ومنه
سمي المرض علة».

ينظر: مختار الصحاح، ص (٢١٣)، مادة (ع ل ل)، والمصباح المنير، ص (٢٥٣)، =

تفسد صلاة الرجل .

ويؤم الماسح الغاسل ؛ لأنه صاحب بدل صحيح والبدل^(١) الصحيح حكمه [عند العجز عن الأصل حكم الأصل]^(٢) بخلاف صاحب الجرح السائل فإنه ليس بصاحب بدل صحيح .

ويؤم الأحذب^(٣) القائم ، كما يؤم القاعد [القائم]^(٤) ولا يؤم الراكب النازل . والألثغ^(٥) إذا أمَّ غير الألثغ ؛ ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : أنه يجوز ؛ لأن ما يقول صار^(٦) لغة له .

مادة (ع ل ل)، والكليات للكفوي، ص (٦٢٠).

وأما في اصطلاح العلماء، فتطلق على عدة معان، ولكل معنى منها يخصه .
فمنها ما يسمى : علة عقلية .

قال التهانوي : «وهي في اصطلاح الحكماء : ما يحتاج إليه الشيء إما في ماهيته كالمادة والصورة، أو في وجوده كالغاية والفاعل والموضوع . وذلك الشيء المحتاج يسمى معلولا...» .

ومنها ما يسمى : علة شرعية .

قال الزركشي : «وإنما تسمى العلة الشرعية علة مجازاً أو اتساعاً، وإلا ففي الحقيقة العلة ما أوجب الحكم بنفسه، وهي العلة العقلية .

وأما التي توجهه بغيرها، فليست بعلة في وضع المتكلمين، وإنما هي أمانة على الحكم» .

هذا، وقد اختلف الأصوليون في تعريف العلة الشرعية :

فقال الباجي : «هي الوصف الجالب للحكم» .

وعرفها البيضاوي بأنها : «المعرف للحكم» .

ينظر : كشاف اصطلاحات الفنون (٣/ ١٠٣٦ - ١٠٣٨)، البحر المحيط للزركشي (٥/

١١٤)، الحدود للبايجي، ص (٧٢)، ومنهاج البيضاوي (٢/ ٨٣٣)، وبيان المختصر

(٢٥/٣)، ونهاية السؤل للإسنوي (٢/ ٨٣٥، ٨٣٦)، وفتح الغفار (٣/ ١٩) .

(١) في أ : فالبدل .

(٢) في أ : عند العجز عن الأصل وفي د : حكم الأصل عند العجز في الأصل .

(٣) حَدِبَ الإنسان حَدْبًا، من باب: تَعَبَ: إذا خرج ظهره وارتفع عن الاستواء، فالرجل:

أَحْدَبٌ، والمرأة: حَدْبَاءٌ، والجمع: حُدْبٌ مثل: أَحْمَرٌ وَحَمْرَاءٌ وَحُمْرٍ .

ينظر: المصباح المنير، ص (١٢٣) .

(٤) سقط في د .

(٥) الألثغ: الذي لا يستطيع أن يتكلم بالراء، فيجعلها غينًا، أو لامًا، وقيل غير ذلك . ينظر:

لسان العرب، مادة (لثغ) .

(٦) زاد في د : هو .

وقال غيره: لا تجوز إمامته.

والمفتصد إذا أم غيره، فإن^(١) كان يأمن خروج الدم يجوز.

[وفي غريب الرواية أنه يجوز مطلقاً، وهذه المسألة تدل على صحة ما قيل: إن المفتصد ليس بصاحب جرح سائل؛ لأن إمامة صاحب الجرح السائل الأصحاء لا تجوز]^(٢).

أمي^(٣) اقتدى بقارئ بعدما صلى ركعة، فلما فرغ الإمام قام الأمي لقضاء ما عليه، فصلاته فاسدة في القياس.

وقيل: هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وفي الاستحسان: يجزئه، وهو قولهما.

[و]^(٤) وجه القياس: [وهو]^(٥): أنه لما اقتدى بالقارئ صارت صلاته بقراءة؛

لأن قراءة الإمام [قراءة له]^(٦) لما روينا^(٧) من الحديث، وإذا كان^(٨) قراءة الإمام له قراءة وصار كأنه [كان]^(٩) قارئاً في الابتداء ولو^(١٠) كان قارئاً في الابتداء ثم قام إلى قضاء ما سبق به وعجز عن القراءة بأن نسي القرآن لا تجوز صلاته لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى [فكذا هاهنا]^(١١).

ووجه الاستحسان: [وهو]^(١٢) أنه يلزمه القراءة ضمناً للاقتداء، وهو مقتد فيما

بقي على الإمام لا فيما سبق به، يوضحه^(١٣) أنه لو بنى كان مؤدياً بعض الصلاة بقراءة وبعضها بغير قراءة، ولو استقبل كان مؤدياً جميع الصلاة بغير قراءة، ولا

(١) في د: إن.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: أو.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ، ب: له قراءة.

(٧) في أ، ب: روي.

(٨) في أ، ب: كانت.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ، ب: أو لو.

(١١) في أ: في كذا هذا وفي ب: كذا هذا.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في د: من حجته.

شك^(١) أن أداء بعض الصلاة بقراءة أولى من أداء جميع الصلاة بغير قراءة، بخلاف ما إذا نسي القراءة حيث تفسد صلاته عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه لو استقبل كان مؤدياً جميع الصلاة بقراءة بأن يسأل قارئاً حتى يذكره فيذكر فتصير جميع صلاته^(٢) بقراءة، أما هاهنا لو أمرناه بالاستقبال صار مؤدياً جميع الصلاة بغير قراءة، وكذلك الجواب في الأخرس.

وفي الأصل: الأمي إذا افتتح الصلاة يقوم بعضهم أميون وبعضهم قارئون، فأحدث قبل أن يصلي شيئاً فانصرف وقدم رجلاً من القارئين فإن صلاتهم فاسدة. وخص قول أبي حنيفة - رحمه الله - [في الكتاب، وأنه قولهم جميعاً]^(٣): أما على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - فلا^(٤) صلاة الإمام فاسدة من الابتداء فالاستخلاف^(٥) من الأمي إنما حصل في صلاة فاسدة، [والاستخلاف في صلاة فاسدة]^(٦) فاسد، وأما على مذهبهما فلا^(٧) صلاة القارئين كانت فاسدة، [وهذا قد استخلف من]^(٨) ليس له صلاة فلا يصح [الاستخلاف]^(٩) كما لو استخلف صبياً أو محدثاً أو جاء رجل ساعتئذ ولم يشرع في صلاة الإمام كان الاستخلاف باطلاً؛ لأنه استخلف من لا صلاة له كذا هاهنا، إلا أن الذي جاء ساعتئذ إذا كبر ينوي الدخول في صلاة الإمام تجوز الخلافة؛ لأن الذي سبقه الحدث إمام، ويصلح للإمامة^(١٠) وفي مسألتنا^(١١) القارئ إن^(١٢) كبر ناسياً^(١٣) ونوى الشروع في صلاة الإمام لا تصح

(١) زاد في د: في .

(٢) في د: الصلاة .

(٣) في د: وهو قول الكل .

(٤) في أ: فإن .

(٥) في أ: في الاستخلاف .

(٦) في د: وذلك .

(٧) في أ: فإن .

(٨) في د: فكان هذا استخلافاً لمن .

(٩) سقط في د .

(١٠) في د: لإمامته .

(١١) في أ، ب: مثلها .

(١٢) في د: وإن .

(١٣) في أ، د: ثانياً .

الخليفة أيضًا؛ لأنه حصل^(١) مقتديًا بالأمي، والأمي لا يصلح^(٢) إمامًا للقارئ قبل سبق الحدث [فبعد سبق الحدث]^(٣) أولى [والله أعلم]^(٤).

* * *

(١) في أ: جعل.

(٢) زاد في أ: له.

(٣) في د: وبعده.

(٤) سقط في د.

مسائل تغير حال المصلي :

قال محمد - رحمه الله - في الأصل : أُمي صلى بقوم بعض صلاته ثم تعلم سورة وقرأها فيما بقي ؛ فإنه لا تجزئه صلاته ، وصلاة من خلفه بمنزلة الأخرس يزول ما به من الخرس في خلال^(١) صلاته ، وهذا قول علمائنا [الثلاثة]^(٢) - رحمهم الله - ؛ لأنه يريد أن يبيني صلاته بقراءة على تحريمه لم تنعقد للقراءة ، فلا يصح هذا البناء ؛ قياسًا على القارئ إذا اقتدى بالأمي ؛ فإنه لا يصح اقتداؤه [به]^(٣) ، وإنما لا يصح لوجهين : أحدهما^(٤) : [ما]^(٥) مر قبل هذا .

والثاني : [وهو]^(٦) أن المقتدي [يريد]^(٧) أن يبيني صلاته بقراءة على تحريمه لم تنعقد لها ، وكذا القادر على الركوع والسجود إذا اقتدى بالموءى^(٨) لا يصح اقتداؤه ، وإنما لا يصح لما قلنا .

بيان ما قلنا : أنه إذا تعلم سورة لزمته القراءة وتحريمته لم تنعقد لها في الابتداء ؛ لكونه عاجزًا [عن القراءة]^(٩) عند التحريمه ، هذا إذا كان إمامًا وتعلم سورة في وسط الصلاة .

وكذا^(١٠) الجواب فيما إذا كان منفردًا ، وتعلم سورة في وسط الصلاة ، وأما إذا كان مقتديًا بالقارئ وتعلم سورة في وسط الصلاة ، لا^(١١) ذكر لهذه^(١٢) المسألة في الكتب المشهورة ، وقد اختلف المشايخ فيه .

كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول : لا تفسد صلاته ؛

(١) في أ: حال .

(٢) سقط في د .

(٣) سقط في ب ، أ .

(٤) في ب : أحدها .

(٥) في أ: من ، وسقط في ب .

(٦) سقط في د .

(٧) سقط في د .

(٨) في د : بالأمي .

(٩) في د : عنها .

(١٠) في أ ، ب : وكذلك .

(١١) في أ ، ب : فلا .

(١٢) في د : هذه .

لأنه كان قارئاً حكماً في أول صلاته من حيث إن قراءة الإمام جعلت له قراءة فانعدت^(١) تحريمته للقراءة، فإذا تعلم سورة فإنما^(٢) تبنى صلاته بقراءة^(٣) على تحريمة انعقدت لها فلا تفسد صلاته؛ كالقارئ إذا تعلم سورة.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد وعامة المشايخ يقولون: تفسد صلاته؛ لأن تحريمة المقندي لم تنعقد للقراءة^(٤) حقيقة؛ لأنه لم يكن قادراً على القراءة [حقيقة]^(٥) إلا أنه اعتبر قارئاً حكماً من حيث إن قراءة الإمام جعلت له قراءة وحين تعلم سورة، فقد قدر على القراءة حقيقة؛ فلا يمكنه البناء على تحريمة انعقدت للقراءة من حيث الحكم؛ [لأن ما]^(٦) لزمه فوق ذلك.

القارئ إذا صلى بعض صلاته [ثم نسي القراءة]^(٧) وصار أمياً؛ فسدت صلاته عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويستقبلها.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لا تفسد صلاته، ويبنى عليها استحساناً، وهو قول زفر - رحمه الله -.

حجتهم في ذلك: أن فرض القراءة في الركعتين؛ ألا ترى أن القارئ لو ترك القراءة في الأوليين وقرأ في الآخرين^(٨) أجزاء، فإذا كان قارئاً [في الابتداء]^(٩) وقرأ في الركعتين قد أدى فرض القراءة فعجزه بعد ذلك لا يضره، كتركه القراءة مع القدرة [بعد ما أدى فرض القراءة]^(١٠).

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه إذا كان قارئاً في الابتداء فقد التزم أداء جميع الصلاة بقراءة ثم عجز عن الوفاء بما التزم فيتعين الاستقبال.

القارئ إذا صلى بقوم وقرأ في الركعتين الأوليين ثم أحدث واستخلف أمياً فسدت

(١) في أ، ب: فانعدت.

(٢) في أ، ب: وإنما.

(٣) في أ، ب: بالقراءة.

(٤) في أ، ب: بالقراءة.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: لا إن.

(٧) في أ: فني من.

(٨) في أ: الأخرتين.

(٩) في د: بالابتداء.

(١٠) سقط في أ، ب.

صلاتهم إلا على قول زفر - رحمه الله - فإنه يقول: الإمام الأول أدى فرض القراءة وهو القراءة في الركعتين ولم تبق القراءة فرضاً في الركعتين الآخرين [فكان استخلاف] ^(١) القارئ والامي فيه سواء.

وإننا نقول القراءة فرض في جميع ركعات الصلاة ^(٢) تؤدي في موضع معين، فإذا كان الإمام قارئاً فقد التزم أداء جميع الصلاة ^(٣) بصفة القراءة، والامي عاجز عن ذلك فلا يصلح خليفة ^(٤) واشتغال الإمام باستخلاف من لا يصلح خليفة له يفسد صلاة الإمام؛ كما لو استخلف صبياً أو امرأة.

وعلى هذا إذا رفع الإمام رأسه من آخر السجدة فسبقه الحدث فاستخلف أمياً فسدت صلاته وصلاة القوم عندنا ^(٥).

وإن كان قعد مقدار التشهد ثم سبقه الحدث واستخلف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله - عند أبي حنيفة - رحمه الله - تفسد. وعندهما: لا [تفسد] ^(٦) وهو من جملة الاثنى ^(٧) عشرية هكذا ذكره ^(٨) شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - والشيخ [الإمام] ^(٩) أبو عبد الله الجرجاني - رحمهما الله -.

و[قد] ^(١٠) ذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في كشف الغوامض أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا تفسد صلاته؛ لأن هذا الفعل ليس من أفعال الصلاة فيخرجه من ^(١١) الصلاة، كما لو تكلم أو خرج من المسجد.

وفي الأصل: الامي إذا افتتح صلاة الظهر وقعد قدر التشهد وسلم، ثم تعلم

(١) في أ، ب: فاستخلاف.

(٢) في أ: الصلوات.

(٣) في أ: الصلوات.

(٤) زاد في د: له.

(٥) في د: عنده.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في د: اثني.

(٨) في أ: ذكر.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في د.

(١١) في د: عن.

سورة، ثم تذكر أن عليه سجدي السهو؛ فإنه لا يعود وصلاته [جائزة]^(١) عند الكل .
 أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - فلائنه يصير خارجًا [عن الصلاة]^(٢) بالسلام إذا كان عليه سهو وإنما تعود [الحرمة متى]^(٣) أمكنه العود إلى السجود وبعدهما تعلم سورة^(٤) لا يمكنه العود إلى السجود؛ لأنه متى عاد لا يكون محسوبًا من [السهو]^(٥)؛ لأنه يؤدي سجدي السهو بتحريمه لم تنعقد للقراءة بعدما صار قارئًا فلا يمكنه ذلك؛ كما لو تعلم سورة وقد بقيت عليه سجدة صليية، فإنه لا يمكنه [إتيان الباقي]^(٦) بعدما تعلم السورة^(٧) وإنما لا يمكنه لما قلنا^(٨)، كذا هاهنا .
 وإذا تعذر [عليه]^(٩) العود بقي خارجًا [عن الصلاة]^(١٠) بالسلام السابق فتعلم السورة يحصل بعد الخروج فلا تفسد صلاته .

نظير هذا: ما لو كان مسافرًا فنوى الإقامة بعد السلام وكان عليه سجدة السهو؛ فإنه يصير خارجًا بالسلام السابق، [لأن العود تعذر]^(١١) بسبب الإقامة كذا هاهنا .
 وعلى^(١٢) قول محمد - رحمه الله - [لا يخرج]^(١٣) بالسلام إذا كان عليه السهو؛ لأنه^(١٤) تعلم السورة قبل السلام ولو تعلم [السورة]^(١٥) قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد تجزئته^(١٦) صلاته^(١٧)؛ لأنه لم يبق عليه واجب^(١٨) كذا هاهنا .

(١) سقط في أ، ب .

(٢) سقط في ب .

(٣) في د: إذا .

(٤) في أ: السجدة، وفي ب: السجود .

(٥) سقط في د .

(٦) في د: الإتيان بالباقي .

(٧) في د: سورة .

(٨) في د: قلت .

(٩) سقط في د .

(١٠) سقط في أ، ب .

(١١) في د: لتعذر العود .

(١٢) في د: وأما على .

(١٣) في د: فلا يصير خارجًا .

(١٤) في أ، د: فكأنه .

(١٥) سقط في د .

(١٦) زاد في أ: ولو من تعلم .

(١٧) في د: تجوز .

وأما إذا عاد إلى سجدي السهو [فلا يسجد]^(١) سجدة تعلم [السورة، فإن صلاته تفسد على قول]^(٢) أبي حنيفة - رحمه الله - وعلى قولهما لا تفسد؛ لأنه عاد إلى الحرمه حين سجد، فصار كما لو تعلم قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد فتصير المسألة^(٣) اثني عشرية .

وأما إذا سلم ثم تعلم سورة ثم تذكر أن عليه سجدة تلاوة، أو قراءة تشهد لم يذكر هذا في الكتاب، ويجب أن تكون المسألة اثني عشرية؛ لأنه سلام ساه فيجعل وجوده كعدمه، فكأنه تعلم قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد فيكون على الاختلاف .

وأما إذا سلم [ثم]^(٤) تعلم سورة ثم تذكر أن عليه سجدة صلبية، [فإن صلاته تفسد]^(٥) عندهم جميعاً؛ لأنه تعلم سورة وعليه ركن من أركان الصلاة .

* * *

(١٨) زاد في د: آخر .

(١) في أ: فلما سجد .

(٢) في د: سورة تفسد صلاته عند .

(٣) في د: من .

(٤) سقط في د .

(٥) في د: فصلاته فاسدة .

وأما بيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع :
وإذا كان بين الإمام وبين المقتدي حائط أجزأته صلاته، أطلق الجواب في الأصل إطلاقاً.

[قالوا هذا]^(١) إذا كان الحائط دليلاً قصيراً، أما إذا كان بخلافه منع صحة الاقتداء ونص على هذا الحاكم الشهيد في المختصر، فإنه قال وبينه وبين الإمام حائط دليل^(٢) قصير وأشار إلى المعنى فقال: لأنه إذا كان بهذه الصفة لا يكون حائلاً. واختلف المشايخ في الحد الفاصل بين^(٣) القصير الدليل^(٤) وغيره حكى عن القاضي الإمام أبي طاهر الدباس^(٥) - رحمه الله - أنه كان يقول: الدليل^(٦) الذي يصعد عليه من غير كلفة^(٧) ولا مشقة يخطو الرجل خطوة ويضع قدمه^(٨) عليه. وعن محمد بن سلمة - رحمه الله - أنه قال: الدليل^(٩) [القصير هو]^(١٠) الذي^(١١) لا يشتبه على المقتدي حال الإمام بسببه [وغيره هو الذي يشتبه]^(١٢) عليه حال الإمام بسببه^(١٣).

- (١) في د: وهذا.
- (٢) في ب: دليل.
- (٣) زاد في د: الدليل.
- (٤) في د: وبين.
- (٥) هو: محمد بن محمد بن سفيان. إمام أهل الرأي بالعراق. درس الفقه على القاضي أبي خازم. وكان من أهل السنة والجماعة، وصحيح المعتقد. وتخرج به جماعة منهم الخليل ابن أحمد القاضي، وغيره. قال الصيمري: «وكان من أقران أبي الحسن عبيد الله الكرخي». وكان موصوفاً بالحفظ، ومعرفة الروايات ضريراً وبخيلاً بعلمه، وضمنياً به. وولي القضاء بالشام، قال ابن النجار: وذكر بعض العلماء أنه ترك التدريس في آخر عمره، وسافر إلى الحجاز. توفي - رحمه الله - سنة ٣٤٠ هـ.
- ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١١٦/٢)، تاج التراجم، ص (٣٣٦).
- (٦) في ب: الدليل.
- (٧) في د: تكلفة.
- (٨) في ب: قدميه.
- (٩) في ب: الدليل.
- (١٠) سقط في أ، ب.
- (١١) سقط في د.
- (١٢) في أ: غير الدليل بسببه وغير الدليل الذي يشتبه، وفي د: وغير الدليل الذي يشتبه.
- (١٣) المحيط البرهاني (٤١٥/١).

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - [أن] ^(١) الدليل الذي لا يمنع المقتدي عن الوصول إلى الإمام لو قصد الوصول إليه مثل حائط المقصورة؛ لأنه إذا لم يمنع الوصول إلى الإمام لم يكن حائلاً بينه وبين الإمام، والمانع من صحة الاقتداء هو الحائل.

وإن كان الحائط عريضاً طويلاً بحيث يمنع عن الوصول إلى الإمام لو أراد الوصول إليه ذكر في بعض المواضع أنه يمنع صحة الاقتداء اشتبه عليه حال الإمام أو لم يشتهه.

وإن كان على هذا الحائط العريض الطويل ثقب إن كان بحيث لا يمنع عن الوصول إلى الإمام لو أراد الوصول إليه، لا يمنعه ^(٢) صحة الاقتداء وإن كان الثقب صغيراً يمنعه عن الوصول إلى الإمام ولكن لا يشتهه عليه حال الإمام سماعاً أو رؤية. فمن ^(٣) مشايخنا من قال: يمنع صحة الاقتداء؛ لأنه إذا لم يمكنه الوصول إلى الإمام فقد اختلف المكان.

ومنهم من قال: لا يمنع؛ لأن الحائط إنما يصير مانعاً لاشتبهاء حال الإمام [عليه] ^(٤) لا لاختلاف المكان؛ لأن بالقدر الذي هو مشغول بالحائط لو كان فارغاً لا يختلف المكان هذا هو الصحيح.

وإن كان على هذا الحائط باب إن كان الباب مفتوحاً لا يصير حائلاً؛ لأنه لا يشتهه عليه حال الإمام ولا يمنعه من الوصول [إلى الإمام] ^(٥) فلا يمنع صحة الاقتداء.

وإن كان الباب مسدوداً قال الفقيه أبو بكر الإسكافي - رحمه الله - : يعتبر حائلاً ويمنع صحة الاقتداء؛ لأنه يمنع الوصول إلى الإمام لو قصد.

وقال الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله - : لا يمنع صحة الاقتداء؛ لأن الباب وضع للوصول والنفاذ، فيكون ^(٦) على ما عليه وضع الباب المفتوح ^(٧).

(١) سقط في د.

(٢) في د: يمنع.

(٣) في أ، ب: ومن.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: إليه.

(٦) في د: فكان.

(٧) في د: الحائل.

وإن كان الحائط طويلاً إلا أنه مشبك^(١)، فمن اعتبر الوصول إلى الإمام يجعله حائلاً، [ومن اعتبر عدم اشتباه حال الإمام حال الاشتباه لا يجعله حائلاً]^(٢).

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: إذا لم يكن على الحائط العريض باب ولا فرجة ولا ثقب ففيه روايتان:

في رواية: يمنع الاقتداء^(٣)؛ لأنه يشتبه عليه حال الإمام.
وفي رواية: لا يمنع.

قال: وعليه عمل الناس بمكة فإن الإمام يقف في مقام إبراهيم وبعض الناس يقفون وراء الكعبة من الجانب الآخر وبينهم وبين الإمام الكعبة ولم يمنعه أحد من ذلك.

ولو كان بينه وبين الإمام طريق عظيم أو نهر عظيم لا يجوز الاقتداء^(٤) عندنا، لقوله ﷺ: «ليس مع الإمام من كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صف من النساء»^(٥)، [ولأنه تخلل]^(٦) بينهما ما ليس بمكان الصلاة حقيقة وحكما، واختلاف المكان يمنع صحة الاقتداء.

وتكلم المشايخ في مقدار الطريق الذي يمنع [صحة]^(٧) الاقتداء.

قال بعضهم: أن يكون مقدار ما تمر فيه العجلة أو حمل بعير.

وقال بعضهم: إن^(٨) كان طريقاً متطرفاً يمر فيه العامة يكون عظيماً يمنع الاقتداء،

وإن كان الطريق^(٩) لا يمر فيه العامة^(١٠)، وإنما يمر فيه الواحد [والاثنان، لا يمنع

(١) في د: مشكك.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: به.

(٤) زاد في د: به.

(٥) أخرجه موقوفاً عن عمر رضي الله عنه عبد الرزاق في المصنف (٨١/٣) برقم (٤٨٨٠)،

وذكره ابن رجب في فتح الباري (٢٩٧/٦) من طريق ليث بن أبي سليم، عن نعيم بن أبي

هند، قال: قال عمر بن الخطاب: من صلى وبينه وبين الإمام نهر أو جدار أو طريق لم يصل

مع الإمام، وقال: خرج أبو بكر عبد العزيز بن جعفر في كتاب «الشافعي».

(٦) في أ: ولا يحلل، وفي م: يحل.

(٧) سقط في أ، ب، م.

(٨) في م: إذا.

(٩) في م: طريقاً.

(١٠) سقط في أ، ب.

الاقْتداء^(١)].

وهذا إذا لم تكن الصفوف متصلة [على الطريق]^(٢)، [أما إذا كانت متصلة]^(٣) لا^(٤) يمنع الاقْتداء؛ لأن الكل بحكم اتصال الصفوف صار مكان الصفوف إن^(٥) كان على الطريق واحد لا يثبت به الاتصال [بالاتفاق، وبالثلاث يثبت بالاتفاق]^(٦)، وبالمثنى خلاف على قول أبي يوسف - رحمه الله - يثبت وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يثبت.

وكذلك اختلفوا في مقدار النهر العظيم الذي يمنع صحة الاقْتداء.

قال بعضهم: النهر العظيم ما يجري فيه السفن والزوارق، وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهو الصحيح؛ لأنه إذا كان هكذا يصير حائلاً.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إذا كان بحيث [لا]^(٨) يمكن المشي في بطنه كان عظيماً.

ومن المشايخ من قال: إذا كان لا يمكن للرجل القوي أن يجتازه بوثة^(٩) فهو عظيم مانع من صحة الاقْتداء.

وإن كان على النهر جسر وعليه صفوف متصلة لا يمنع صحة الاقْتداء. وللثلاث حكم الصف بالإجماع، وليس للواحد حكم الصف بالإجماع، وفي المثنى اختلاف على ما مر في الطريق.

وإن كان بينه وبين الإمام بركة أو حوض إن كان بحال لو وقعت النجاسة في

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ: وأما إن اتصلت الصفوف على الطريق، وفي ب: فأما إذا اتصلت الصفوف على الطريق.

(٤) في م: وأما إذا اتصلت.

(٥) في د: فلا.

(٦) في د: وإن.

(٧) في أ: بالاتفاق، وفي ب: وبالثلاث يثبت الاتصال بالاتفاق.

(٨) سقط في ب.

(٩) في أ: يختار توقيه، وفي ب: يجتاز بوثة.

جانب يتنجس الجانب الآخر لا يمنع صحة الاقتداء، وإن [كان لا يتنجس]^(١) يمنع [صحة]^(٢) الاقتداء ويكون كبيراً، كذا ذكره الإمام [الزاهد]^(٣) أبو نصر الصفار. وفي^(٤) فتاوى أبي الليث: رجل صلى بقوم في فلاة كم مقدار ما ينبغي أن يكون بينه وبين القوم حتى^(٥) تجوز صلاتهم، حكى عن الفقيه أبي القاسم - رحمه الله - أنه قال: مقدار أن يصطف فيه القوم. وغيره من المشايخ قال مقدار ما يقف فيه الصفان.

فرق بين هذا وبين ما إذا صلى الإمام في مصلى العيد يوم العيد حيث^(٦) يجوز وإن كان بين الصفوف فصل.

والفرق: أن مصلى العيد بمنزلة المسجد في حق الصلاة بالاتفاق وإن اختلفوا فيما عدا الصلاة؛ لأن ذلك كله جعل للصلاة ولا كذلك الفلاة.

وفي الفتاوى: إمام صلى بقوم على الطريق فاصطف الناس في الطريق على طول قال: إذا لم يكن بين الإمام و[بين]^(٧) القوم مقدار ما يمر [فيه]^(٨) الحمل جازت صلاتهم وإلا فلا، وكذلك بين الصف الأول وبين الصف الثاني؛ لأن المانع من الاقتداء ههنا [هو]^(٩) الطريق؛ لأن الأثر جاء بكون الطريق مانعاً وقدردنا الطريق المانع بهذا [المقدار]^(١٠)، [لما]^(١١) قلنا بخلاف المسألة الأولى؛ لأن المانع ثمة مجرد الانفصال فقدردناه^(١٢) بالصف [والصفيين]^(١٣).

(١) في د: كان بحال لا يتنجس الجانب الآخر.

(٢) سقط في: ب، د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ، ب: في.

(٥) زاد في أ، ب: لا.

(٦) في أ: حتى.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في أ: فقدناه.

(١٣) في أ: وبالصفيين، وفي ب: أو بالصفيين.

رجلان أم أحدهما صاحبه في فلاة^(١) من الأرض فجاء ثالث ودخل في صلاتهما فتقدم الإمام حتى جاوز موضع سجوده [مقدار ما يكون بين الصف الأول وبين الإمام لا تفسد صلاته وإن جاوز موضع سجوده]^(٢)؛ لأن في الابتداء لو كانوا ثلاثة وكان بينه وبينهما هذا القدر جاز، كذا إذا تقدم هذا القدر.

وفيه أيضًا: رجل يصلي في الصحراء فتأخر عن موضع قيامه مقدار موضع سجوده، لا تفسد صلاته، ويعتبر مقدار موضع سجوده من خلفه، وعن يمينه وعن يساره ويعطي لهذا^(٣) القدر حكم المسجد كما في وجه القبلة فما لم يتأخر عن هذا الموضع لم يتأخر عن المسجد فلا تفسد صلاته، ولا يعتبر الخط في هذا الباب حتى لو خط حوله خطأ ولم يخرج عن الخط ولئن تأخر عما ذكرنا من الموضع فسدت صلاته في هذا الموضع أيضًا.

قوم يصلون خارج المسجد أو في الصحراء أو وسط الصفوف موضع لم يقيم فيه أحد مقدار حوض أو فارقين تجوز صلاته^(٤) من وراء ذلك الموضع إذا كانت الصفوف متصلة حوالي ذلك الموضع صار الكل في حكم المسجد.

وهذه المسألة تؤيد قول من يقول بجواز الاقتداء خارج المسجد إذا كانت الصفوف متصلة بصفوف المسجد وإن لم يكن المسجد ملآن وفي باب الجمعة في صلاة الأصل مسألة تدل على هذا القول، وصورتها: إذا صلى الرجل في سوق الصيارفة صلاة الجمعة مقتديا بالإمام^(٥) في المسجد جاز إذا كانت الصفوف متصلة بصفوف المسجد اعتبر اتصال الصفوف ولم يعتبر كون المسجد ملآن.

وإذا صلى الرجل في المئذنة مقتديا بإمام [في]^(٦) المسجد يجوز. ولو صلى على سطح المسجد مقتديا بإمام في المسجد تجوز [صلاته]^(٧) هكذا

(١) في د: أرض فلاة.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: بهذا.

(٤) في د: صلاة.

(٥) في د: بإمام.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه كان يفعل ذلك^(١).
ولأن^(٢) غالب حال سطح المسجد أنه لا يخلو عن كوة ومنفذ فصار كالحائط بينه وبين الإمام عليه باب.

وهذا إذا كان مقامه خلف الإمام أو على يمينه أو على يساره، فأما إذا كان أمام الإمام أو بإزائه فوق رأسه لا يجوز، [هذا هو]^(٣) المنقول عن أصحابنا، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة.
[وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - هذه المسألة وجعل الجواب فيها كالجواب في الحائط إن كان]^(٤) عليه ثقب أو باب مفتوح أو مسدود... إلخ^(٥).

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة^(٦) في باب الحدث أنه إذا قام على السطح بحذاء الإمام [أنه]^(٧) تجوز صلاته.
هذا إذا صلى على سطح المسجد، أما^(٨) إذا صلى على سطح بيته ووسطح بيته متصل بالمسجد، ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه أنه يجوز، وعلل فقال: لأن سطح بيته إذا كان متصلاً بالمسجد لا يكون أشد حالاً من منزل يكون بجانب المسجد بينه وبين المسجد حائط.

ولو صلى رجل في مثل هذا المنزل مقتدياً بإمام في المسجد وهو يسمع التكبير

(١) زاد في د: هكذا.

أخرجه البخاري (٢٨٣/١) كتاب الوضوء، باب: فضل الوضوء (١٣٦)، ومسلم (١/٢١٦) كتاب الطهارة، باب: استحباب إطالة الغرة والتججيل (٢٤٦/٣٤). من حديث نُعَيْمِ الْمُجَوِّرِ، قَالَ: رَقِيتُ مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى ظَهْرِ سَطْحِ الْمَسْجِدِ، فَتَوَضَّأَ، قَالَ: إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، يَقُولُ: «إِنَّ أُمَّتِي يُدْعَوْنَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عُرًا مُحَجَّلِينَ مِنْ آثَارِ الْوُضُوءِ فَمَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يُطِيلَ عُرَّتَهُ فَلْيُفْعَلْ».

(٢) في أ: فلأن.

(٣) في أ: هذا، وفي ب: هو.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في ب: إلى آخره.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ، ب: وإن.

من الإمام أو من المكبر تجوز^(١) صلاته، فالقيام على السطح يكون كذلك .
 وذكر القاضي الإمام علاء الدين في شرح المختلفات^(٢) هذه المسألة وقال: لا
 يجوز الاقتداء، وعلل فقال: لأن الحائط حائل كما لو كان على أرض تلك الدار.
 ووجه التوفيق بين القولين يظهر لمن تأمل في المسألة المتقدمة.
 وإذا قام على رأس الحائط يريد به الحائط الذي بين^(٣) المسجد وبين منزله،
 ذكر^(٤) علاء الدين - رحمه الله - في شرح المختلفات قالوا: يجوز الاقتداء؛ لأنه
 [لا]^(٥) حائل، وذكر علاء الدين أيضًا^(٦) إذا كان على رأس الحائط صف وصف
 على سطح المنزل فصحة^(٧) اقتداء الصف الذي على سطح المنزل على الخلاف^(٨)
 فيما إذا قامت الصفوف خارج المسجد متصلًا [بالمسجد]^(٩) وهناك إن كان المسجد
 ملآن يصح الاقتداء، وإن لم يكن المسجد ملآن:
 قال بعض المشايخ: لا يجوز^(١٠) الاقتداء.
 وقال بعضهم: يجوز^(١١)، وهو الصحيح وسيأتي بيانه^(١٢) بعد هذا إن شاء الله
 تعالى هاهنا.

فناء المسجد له حكم المسجد حتى لو قام في فناء المسجد واقتدى بالإمام صح
 اقتداؤه وإن لم تكن الصفوف متصلة ولا المسجد ملآن، وإليه أشار محمد - رحمه
 الله - في باب صلاة الجمعة فقال: يصح الاقتداء في الطاقات بالكوفة^(١٣)، وإن لم

(١) في أ: نحو.

(٢) في أ: المختلفات، وفي م: مختلفات.

(٣) في د: يكون بين.

(٤) في أ: وذكر.

(٥) سقط في أ.

(٦) في د: أنه.

(٧) في أ: فسحة.

(٨) زاد في د: الذي ذكرنا.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في د: يصح.

(١١) في د: يصح.

(١٢) في د: بيان هذا.

(١٣) الكوفة: مصر مشهور بأرض بابل من سواد العراق، وكان تمصيرها أيام عمر بن الخطاب،
 حيث بعث إليها سعد بن أبي وقاص، في السنة التي مُصرت فيها البصرة (١٧هـ)، وقيل:

تكن الصفوف^(١) متصلة ولا يصح في دار الصيارفة إلا إذا كانت الصفوف متصلة؛ لأن الطاقات بالكوفة متصلة بالمسجد ليس بينها وبين المسجد طريق فلا يشترط فيها اتصال الصفوف، فأما دار الصيارفة منفصلة^(٢) عن المسجد [لأنه]^(٣) بينها وبين المسجد طريق فيشترط^(٤) فيها اتصال الصفوف، فعلى هذا يصح الاقتداء لمن قام على الدكان الذي يكون على باب المسجد؛ لأنها من فناء المسجد متصل بالمسجد. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إمام صلى بالناس في المسجد الجامع صلاة^(٥) غير [يوم]^(٦) الجمعة فقام [خلف الإمام صف]^(٧) عند المقصورة وقام صف آخر في آخر المسجد تكلموا فيه، منهم من قال: لا يجوز. وقال الصدر الشهيد: الأعدل من الأقاويل أن الإمام إذا كان [في المقصورة]^(٨) [والقوم بسراي]^(٩) خاصة يجوز [وكذا إذا كان [في مسجد^(١٠) أنبار^(١١)]^(١٢) [والقوم بسراي خاصة يجوز، وإذا^(١٣)]^(١٤) كان الإمام في المقصورة]^(١٥) والقوم بمسجد منارة^(١٦) لا يجوز^(١٧).

= بعدها بعامين. ينظر: معجم البلدان (٤/٤٩٠).

- (١) غير واضحة في: أ.
- (٢) في ب، د: فمفصلة.
- (٣) سقط في: أ، ب، م.
- (٤) في ب، م: فلا يشترط.
- (٥) في أ، ب: من.
- (٦) سقط في د.
- (٧) في أ، ب: صف خلفه.
- (٨) في أ، ب، م: بالمقصورة.
- (٩) في أ: بسراي.
- (١٠) في ب: بمسجد.
- (١١) في أ: أبناء.
- (١٢) في أ: الإمام بمسجد اثنان.
- (١٣) في ب: وإن.
- (١٤) بدل ما بين المعقوفين في م: وإن.
- (١٥) سقط في أ.
- (١٦) هي في رستاق همذان، في ناحية يقال لها: ونجر، في قرية أسفجين، بناها سابور الملك من الحجارة والجص، وسَمَّزَ حوافر الوحش حولها بمسامير الحديد، وطولها خمسون ذراعًا. وإليها ينسب المسجد المعروف.
- ينظر: مراصد الاطلاع (٣/١٣١٤).

واتحاد^(١) الصلاتين شرط لصحة الاقتداء حتى لم يصح اقتداء مصلي الظهر بمصلي العصر. [وعلى العكس ولا]^(٢) من يصلي [ظهر يوم]^(٣) بمن يصلي ظهر يوم غير ذلك، ولا اقتداء المفترض بالمتنفل، ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض. وقال الشافعي - رحمه الله -: يصح الاقتداء في جميع ذلك - رحمه الله -. ثم إذا لم يصح الاقتداء [عندنا في هذه المسائل]^(٤)، ولم يصر شارعاً في الفرض، هل يصير متطوعاً شارعاً في الصلاة، ذكر في باب الحدث. أنه لا يصير شارعاً، وذكر في باب الأذان: [أنه]^(٥) يصير شارعاً. فمن المشايخ من قال: [في المسألة روايتان]^(٦). ومنهم من قال ما ذكر في باب الحدث قول محمد - رحمه الله - وما ذكر في باب الأذان قولهما بناء على أن الفريضة^(٧) إذا بطلت هل ينقلب [المؤدى]^(٨) تطوعاً. وذكر في [زيادة الزيادات]^(٩): إذا اختلف الفرضان فأَمَّ أحدهما صاحبه لا تجوز صلاة المأموم وإن قهقهه فيها لم يكن عليه وضوء، وهذا يدل على أنه [لم يصر]^(١٠) شارعاً في الصلاة.

(١٧) أساس هذه المسألة قائم على قرب المأمومين لمكان الإمام أو بعدهم عنه: فإذا كان المأمومون على مقربة من الإمام كما في مسجد أنبار فصلاتهم صحيحة، وإن كان المأمومون بعيداً عن موضع الإمام كما في مسجد منارة فالأقتداء غير صحيح؛ لوجود فصل كبير بين الإمام والمأمومين. وذكر هذين المسجدين لا يراد خصوصهما، وإنما هما مثلاً لمكان اتصال المأمومين بالإمام أو بعد موضع الإمام عن المأمومين، فمع الاتصال يصح الاقتداء سواء كان في الأنبار أم في غيره، ومع ابتعاد الإمام عن المأمومين يصح الاقتداء، سواء كان في مسجد منارة أم في غيره. ينظر: الفتاوى الخانية (٩٦/١).

- (١) ثبت في حاشية د: اتحاد الصلاتين شرط للاقتداء.
- (٢) في د: ولا يصح اقتداء.
- (٣) في ب: ظهراً.
- (٤) في ب: في هذه المسائل عندنا.
- (٥) سقط في أ، ب.
- (٦) في د: إن في المسألتين روايتين.
- (٧) في د: الفريضة.
- (٨) سقط في أ، ب.
- (٩) في أ، د: زيادات الزيادات، وفي ب: زياد الزيادات.
- (١٠) في أ: يصير.

وذكر في باب افتتاح الصلاة: إذا وقع تكبير المقتدي قبل تكبير الإمام حتى لم يصر شارعا في صلاة الإمام هل يصير شارعا في صلاة نفسه، اختلفوا فيه: قال بعضهم: يصير شارعا؛ وإليه أشار^(١) محمد - رحمه الله - في هذا الباب حيث قال [في]^(٢) تعليل المسألة؛ لأنه دخل في صلاة غير صلاة الإمام. وذكر في نوادر أبي سليمان - رحمه الله -، وأشار إلى أنه لا يصير شارعا، والأصح أن في المسألة روايتين.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والاعتماد على أنه لا يصير شارعا. ثم بين المشايخ اختلاف في اقتداء المفترض بالمتنفل، قال عامتهم: اقتداء المفترض [بالمتنفل]^(٣) كما لا يجوز في جميع أفعال الصلاة لا يجوز في فعل واحد [منها]^(٤)؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل؛ لأن الاقتداء بناء على سبيل المشاركة وإنما يصح [بناء]^(٥) الموجود^(٦) على الموجود لا بناء الموجود على المعدوم واقتداء المفترض بالمتنفل بناء الموجود على المعدوم في حق صفة الفرضية وفي حق هذا المعنى جميع أفعال الصلاة، [وفعل واحد]^(٧) منها على السواء.

وبعض المشايخ^(٨) قالوا: إنما لا يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل في جميع أفعال الصلاة، وإنما^(٩) يجوز في فعل واحد؛ ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أن الإمام إذا رفع رأسه من الركوع جاء إنسان، واقتدى به، فقبل أن يسجد السجدين سبق الإمام الحدث فاستخلف^(١٠) هذا الرجل الذي اقتدى به ساعتئذ صح الاستخلاف، ويأتي الخليفة بالسجدين وتكون هاتان السجدة نفلا للخليفة حتى

(١) في أ: مال.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ب، وفي م: فيها.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: الوجود.

(٧) في أ: والفصل الواحد، وفي ب: الفعل الواحد.

(٨) في ب، د: مشايخنا.

(٩) في أ: ما، وفي ب: أما.

(١٠) في م: واستخلفه، وفي د: واستخلف.

يعيدهما^(١) بعد ذلك وفرضا في حق [من أدرك]^(٢) أول الصلاة ومع هذا صح الاقتداء.

وكذلك المتنفل إذا اقتدى بالمفترض في^(٣) الشفع الأخير يجوز هذا^(٤) اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة^(٥)، ومع هذا صح [الاقتداء]^(٦)، والصحيح ما عليه عامة المشايخ أن اقتداء المفترض بالمتنفل [كما]^(٧) لا يجوز في جميع أفعال الصلاة، [لا يجوز]^(٨) في فعل واحد؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل [بينهما]^(٩) على ما مر.

وأما ما ذكر من المسألتين.

أما المسألة الأولى: قلنا: نحن لا نقول بأن السجدين نفل في حق الخليفة، بل هو فرض لوجود حد الفرض، فإن حد الفرض أنه إذا لم [يؤده]^(١٠) في محله يؤمر بالإعادة إذا أمكنه، وإذا [عجز]^(١١) عن الإعادة بأن خرج عن حرمة الصلاة نفسد صلاته، وقد وجد هذا الحد في مسألتنا [وهذا]^(١٢)؛ لأن الخليفة قائم مقام الأول، فكان الأول في مكانه، ولو كان الأول في مكانه، كانت^(١٣) السجدة فرضاً في حقه، فكذا في حق خليفته^(١٤)، إلا أنه لا يعتد بهما^(١٥) في صلاته، وكم من فرض لا يعتد به فعدم الاعتداد لا يدل على عدم فرضيته^(١٦).

(١) في د: يقدرهما.

(٢) في د: إدراك.

(٣) في أ: وفي.

(٤) زاد في أ، د: وهذا.

(٥) في ب: العراءة.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: ولا.

(٩) سقط في أ، ب، م.

(١٠) في د: يؤد.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في د: فكان.

(١٤) في أ، ب: الخليفة.

(١٥) في د: يعيدهما.

(١٦) في أ، ب: الفرضية.

وأما المسألة الثانية: قلنا^(١): صلاة المقتدي أخذت حكم الفرض بسبب [الاقتداء]^(٢)، ولهذا لزمه قضاء ما لم يدرك مع الإمام من الشفع الأول، وكذا^(٣) لو أفسد المقتدي الصلاة على نفسه يلزمه قضاء أربع ركعات، وإذا أخذت^(٤) صلاة المقتدي [حكم]^(٥) الفرض كانت القراءة نفلا في حقه، كما في [حق]^(٦) الإمام، فكان^(٧) هذا اقتداء المتنفل بالمتنفل في حق القراءة.

وإذا كان صف تام من النساء خلف الإمام، [و]^(٨) وراءهن صفوف من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها استحسانا.

وفي القياس: تفسد صلاة صف واحد خلف صف النساء؛ لأن المحاذاة وجدت في حقه^(٩) فصار كالمرأة الواحدة، وهناك تفسد صلاة رجل واحد خلف المرأة فكذا هاهنا.

ووجه الاستحسان: حديث عمر - رضي الله عنه - موقوفا عليه [و]^(١٠) مرفوعا إلى النبي ﷺ أنه قال: «من كان بينه وبين الإمام نهر أو [طريق أو صف من النساء]^(١١) فلا صلاة له»^(١٢) ولأن الصف من النساء بمنزلة الحائط بين الإمام والمقتدي ووجود الحائط الكبير الذي ليس عليه فرجة بين الإمام [وبين]^(١٣) المقتدي يمنع صحة الاقتداء على الاختلاف^(١٤) الذي مر، فكذلك الصف من النساء فإن كن

(١) في د: فقلنا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ب: وكذلك.

(٤) في أ: أحدث.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في د: فيكون.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في د، م: صفهم.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) في أ، ب: صف من النساء أو طريق.

(١٢) أخرجه محمد في الأصل (١٩٨/١)، وينظر: المصنف، لعبد الرزاق (٨١/٣)،

والمصنف، لابن أبي شيبة (٣٥/٢).

(١٣) سقط في أ، ب.

(١٤) زاد في أ: و.

ثلاثا وقفن في الصف تفسد^(١) صلاة [واحد من]^(٢) يمينهن و^(٣) واحد عن^(٤) شمالهن، و^(٥) ثلاثة خلفهن إلى آخر الصفوف؛ لأن الثلاث جمع متفق عليه هذا هو جواب ظاهر الرواية.

وذكر في واقعات الناطفي: وجعل الثلاث صفا تاما حتى قال^(٦) بفساد تلك الصفوف إلى آخرها.

فإن كانتا امرأتان فالمروي عن محمد - رحمه الله - أن المرأتين تفسدان^(٧) صلاة أربعة نفر^(٨) واحد عن يمينهما، وواحد عن يسارهما، واثنين خلفهما بحدائهما؛ لأن المثنى ليس بجمع تام فهما [على]^(٩) قياس الواحد^(١٠)، لا يفسدان^(١١) صلاة من خلفهما.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان: في رواية جعل الثلاث كالاثنين، وقال: لا يفسدان^(١٢) إلا صلاة خمسة نفر واحد عن يمينهن، وواحد عن يسارهن وثلاث خلفهن بحدائهن؛ لأن الأثر جاء في صف تام والثلاث ليس بصف تام.

وفي رواية أخرى جعل المثنى كالثلاث، وقال: امرأتان تفسدان صلاة واحد^(١٣) عن يمينهما، وواحد عن يسارهما، و[صلاة]^(١٤) رجلين خلفهما، إلى آخر الصفوف، [لأن للمثنى]^(١٥) حكم الثلاث في الاصطفا، حين يصطفان^(١٦) خلف

(١) في أ، ب: تفسدون.

(٢) في أ: واحدة على، وفي ب: واحد على.

(٣) زاد في د: صلاة.

(٤) في أ، ب: على.

(٥) زاد في د: صلاة.

(٦) في أ: يقال.

(٧) في أ: يفسدان.

(٨) زاد في أ: و.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في ب: الواحدة.

(١١) زاد في أ، ب: إلا.

(١٢) في ب، م: يفسدن، وفي د: تفسد.

(١٣) في أ: واحدة.

(١٤) سقط في د.

(١٥) في أ، د: لأن المثنى، وفي م: وأن للمثنى.

(١٦) في أ، ب: يصطفان.

الإمام، وقال عليه السلام: «الْإِثْنَانِ فَمَا^(١) فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ»^(٢).
ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في قوم وقفوا على ظهر ظلة^(٣) والمسجد
تحتهم، والنساء قدامهم لا تجوز صلاتهم^(٤)، هكذا ذكر في واقعات الناطفي.
وفي فوائد الرُّسْتَعْفَنِيِّ رحمه الله: إذا كان في المسجد رف، وعلى الرف صف
من النساء اقتدين بالإمام وتحت الرف صفوف من الرجال هل تفسد صلاة من وقف

(١) زاد في أ، ب: و.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣١٢/١) كتاب الصلاة، باب: الاثنان جماعة، حديث (٩٧٢)،
والدارقطني (٢٨١/١) كتاب الصلاة، باب: الاثنان جماعة، حديث (١)، وأبو يعلى (١٣/
١٨٩، ١٩٠)، رقم (٧٢٢٣)، والحاكم (٣٣٤/٤) كتاب الفرائض، باب: الاثنان فما
فوقهما جماعة، وابن عدي في الكامل (٩٨٩/٣)، والبيهقي (٦٩/٣) كتاب الصلاة، باب:
الاثنين فما فوقهما جماعة، كلهم من طريق الربيع بن بدر عن أبيه عن جده عن أبي موسى
قال: قال رسول الله ﷺ: «اثنان فما فوقهما جماعة».

قال البوصيري في الزوائد (٣٣١/١): هذا إسناد ضعيف؛ لضعف الربيع ووالده بدر بن
عمرو. وللحديث شواهد من حديث عبد الله بن عمرو.

أخرجه الدارقطني (٢٨١/١) كتاب الصلاة، حديث (٢) من طريق عثمان بن
عبد الرحمن المدني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وهذا إسناد ضعيف جدًا.
عثمان بن عبد الرحمن قال الحافظ في التقریب (١١/٢): متروك وكذبه ابن معين.

ومن حديث أبي أمامة:

أخرجه أحمد (٢٥٤/٥، ٢٦٩) من طريق عبيد الله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم
عن أبي أمامة به قال الحافظ في «التلخيص» (٨٢/٣): هذا عندي أمثل طرق هذا الحديث
لشهره رجاله وإن كان ضعيفًا. وللحديث طريق آخر أخرجه الطبراني في الأوسط كما في
«مجمع الزوائد» (٤٨/٢).

وقال الهيثمي: وفيه مسلمة بن علي وهو ضعيف.

ومن حديث أنس:

أخرجه البيهقي (٦٩/٣) كتاب الصلاة، باب: الاثنان فما فوقهما جماعة. قال الحافظ
في «التلخيص» (٨٢/٣): هو أضعف من حديث أبي موسى ومن حديث الحكم بن ظهير.
أخرجه ابن سعد (٤١٥/٧) وابن أبي خيثمة كما في «التلخيص» (٨٢/٣).

وقال الحافظ: إسناده واه.

ومن حديث أبي هريرة أخرجه ابن المغلس في الموضح كما في «التلخيص» (٨٢/٣)
وضعه الحافظ في «التلخيص».

(٣) الظَّلَّة: كل ما أَظَلَّكَ من بناء أو جبل أو سحاب، أي: سترك، وظلة المسجد: التي عند باب
المسجد أو حوله.

ينظر: المغرب، ص (٢٩٩)، لسان العرب (٤/٢٧٥٤).

(٤) زاد في ب، د: و.

خلف النساء؟ قال: لا تفسد وكذلك الطريق.

قال: وإن كان الرجال الذين فوق الظلة بحذائهم من تحتهم نساء أجزأهم^(١) بمنزلة امرأة بحذاء رجل بينها وبينه حائط، فإن^(٢) قام ثلاث نسوة خلف الإمام، أفسدن على من قام بحذائهن خلفهن إلى آخر الصفوف، ومن لم يكن بحذائهن من أهل الصفوف فصلاتهم تامة.

بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - في إمام صلى برجال ونساء وصف النساء بحذاء صف الرجال، قال: تفسد صلاة رجل واحد الذي يمين النساء، ويسار الرجال وصار ذلك الرجل كسترة أو حائط بينهم وبينهن؛ ألا ترى [أنه]^(٣) لو كان بين صف الرجال وبين صف النساء سترة قدر مؤخرة الرجل كان^(٤) ذلك سترة للرجال فلا^(٥) تفسد صلاة واحد منهم وكذلك لو كان بينهم حائط وكان الحائط [قدر ذراع]^(٦) كان سترة، وإن كان أقل من ذلك لا يكون سترة، فإن كان النساء^(٧) فوق ذلك الحائط^(٨) الذي هو قدر الذراع فليس^(٩) بسترة، وإن كان الحائط قدر قامة الرجل أو أطول، فهو سترة لمن كان على الأرض من الرجال ولا يكون سترة لمن كان على الحائط وإن قام الرجل على الحائط والنساء على الأرض، فهذا وما لو قام النساء [على الحائط]^(١٠) والرجال على الأرض سواء^(١١).



- (١) في أ: إحداهم.
- (٢) في أ، ب: وإن.
- (٣) سقط في أ، ب.
- (٤) في أ، ب: أن.
- (٥) في د: ولا.
- (٦) وفي ب، د: قدر الذراع.
- (٧) زاد في ب، د: من.
- (٨) زاد في أ، ب: يعني.
- (٩) في د: فهو ليس.
- (١٠) سقط في د.
- (١١) في د: على السواء.

ومما يتصل بهذه المسائل :

إذا صلى رجل برجال ونساء مكتوبة فلما افتتح الصلاة أحدث، رجل وامرأة وذهبا يتوضآن ثم جاء وقد فرغ الإمام من صلاته، وقاما^(١) يقضيان [الصلاة، فقامت المرأة بحذاء الرجل في مكان واحد حتى فرغا مما يقضيان]^(٢)، فصلاة الرجل فاسدة، وصلاة المرأة تامة.

ولو كانا مسبوقين بأن دخلا في الصلاة بعد ما صلى الإمام وهو في التشهد فلما سلم الإمام قاما يقضيان ما سبقهما به الإمام فقاما في مكان واحد حتى فرغا من صلاتهما، فصلاتهما تامة؛ [لأن محاذاة]^(٣) المرأة الرجل وهما مسبوقان لا توجب فساد صلاة الرجل ومحاذاتها إياه وهما مدركان لا يوجب فساد صلاة الرجل. والمحاذاة في الطريق^(٤) في المدركين ذهباً ليتوضأ لا توجب فساد صلاة الرجل استحساناً.

وفي كتاب الغنية^(٥): اقتدى رجل وامرأة برجل في الركعة الثالثة ثم أحدثا فذهبا وتوضأ ثم جاء يصليان فحاذت المرأة الرجل إن حاذته في الثالثة]^(٦) والرابعة للإمام^(٧)، هي أولى وثانية لهما تفسد صلاة الرجل، وإن حاذته في الثالثة والرابعة لهما^(٨) لا تفسد صلاة الرجل؛ لأنهما مسبوقان فيهما وأجناس هذه المسألة ثمة.

* * *

-
- (١) في د: فقاما.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في أ، ب: فمحاذاة.
 (٤) في أ: الطريقين.
 (٥) في أ: الغيبة.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) زاد في د: و.
 (٨) زاد في أ، ب: حيثئذ.

ومما يتصل بهذه المسائل أيضا:

إذا نوت المرأة التطوع واقتدت بإمام يصلي^(١) الفرض ونوى الإمام إمامتها وحادثه^(٢) فسدت صلاة الإمام والقوم^(٣)، أما فساد صلاة الإمام فلتحقق^(٤) المشاركة في الصلاة، وأما فساد صلاة القوم فلفساد^(٥) صلاة الإمام، وإذا وقف الرجل والمرأة في مكان واحد^(٦) يصلي كل واحد منهما وحده لا تفسد صلاة الرجل وبهذه المسألة تبين أن ما^(٧) قال بعض المشايخ أن محاذاة المرأة [الرجل]^(٨) في صلاة مطلقة مشتركة إنما توجب فساد صلاة الرجل؛ لأن المرأة من قرنها إلى قدمها عورة وربما^(٩) تشوش^(١٠) الأمر على المصلي فيكون ذلك سببا لفساد صلاة الرجل، [وهذا]^(١١) ليس بصحيح.

حكى عن مشايخ العراق، صورة^(١٢) في المحاذاة تفسد صلاة المرأة ولا تفسد صلاة الرجل.

بيانها^(١٣): إذا جاءت المرأة وشرعت في الصلاة بعدما شرع الرجل في الصلاة، ناويا إمامة النساء، وقامت بحذائه [وهذا]^(١٤)؛ لأن فساد صلاة الرجل بسبب المحاذاة لتركه فرضا من فروض المقام فإن الرجل مأمور بتأخير المرأة عرف ذلك بقوله ﷺ: «أَخْرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخْرَهُنَّ اللَّهُ»^(١٥)، فإذا لم يؤخرها فقد ترك فرضا من

(١) في أ، ب: فصلى.

(٢) في ب: فحادثه.

(٣) زاد في د: و.

(٤) في أ، ب: لتتحقق.

(٥) في أ، ب: لفساد.

(٦) في أ، ب: وحده.

(٧) في د: من.

(٨) سقط في: د.

(٩) في د: وربما.

(١٠) في أ، د: يشوش.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) ثبت في حاشية د: نوع في مسألة المحاذاة تفسد صلاة المرأة لا الرجل.

(١٣) في ب: وبيانها.

(١٤) سقط في د.

(١٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٥١١٥)، ومن طريقه الطبراني في الكبير كما في مجمع

فروض المقام، [وأما^(١) المرأة ما تركت فرضاً من فروض المقام]^(٢)، وإن صارت مأمورة بالتأخر^(٣) [لأن المرأة ما صارت مأمورة بالتأخير نصاً]^(٤) وإنما صارت مأمورة [أيضاً]^(٥) إذا وجد التأخير^(٦) من الرجل ليقع تأخير الرجل معتداً^(٧) وإذا^(٨) كانت المرأة حاضرة حين شرع الرجل في الصلاة فقامت بحذائه أمكنه التأخير بالتقدم عليها خطوة أو خطوتين فإذا لم يتقدم لم يوجد منه التأخير، فلا يلزمها التأخر، فلم تترك^(٩) فرضاً من فروض المقام، فأما إذا جاءت بعد ما شرع الرجل^(١٠) في الصلاة، فلا^(١١) يمكنه التأخير بالتقدم عليها خطوة أو خطوتين؛ لأن ذلك مكروه في الصلاة، وإنما تأخيرها بالإشارة أو باليد وما أشبه ذلك [فإذا]^(١٢) فعل ذلك فقد وجد منه التأخير فيلزمها التأخر^(١٣)، فإذا لم تتأخر^(١٤) فقد تركت^(١٥) فرضاً من فروض المقام، ففسد صلاتها^(١٦)، وهذه مسألة عجيبة.

* * *

= الزوائد (٣٨/٢)، عن ابن مسعود من قوله. وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣٦/١): غريب مرفوعاً، وهو في مصنف عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود. وقال الحافظ في الدراية (١٧١/١): لم أجده مرفوعاً وهم من عزاه لدلائل النبوة للبيهقي مرفوعاً.

- (١) في د: فأما.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في أ، ب: بالتأخير.
- (٤) سقط في د.
- (٥) سقط في أ، ب.
- (٦) في د: التأخر.
- (٧) في أ: مفسداً.
- (٨) في أ، ب: فإذا.
- (٩) في أ: يترك.
- (١٠) زاد في أ: مكروه.
- (١١) في أ، ب: لا.
- (١٢) سقط في أ.
- (١٣) في أ: التأخير.
- (١٤) في أ: يتأخر.
- (١٥) في أ، ب: ترك.
- (١٦) في أ: صلاتهما.

الفصل التاسع

في المرور بين يدي المصلي ودراء^(١) المار وفي مسائل^(٢) السترة

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: وامرأة تريد أن تمر بين يدي رجل وهو يصلي قال يدرأها^(٣)، فإن مرت لا تقطع صلاته.
اعلم بأن^(٤) الكلام في هذه المسألة في مواضع:
أحدها: أن المرور بين يدي المصلي لا يقطع الصلاة أي شيء كان المار^(٥). هذا مذهبنا لما روي عن النبي ﷺ [أنه قال]^(٦): «لَا يَقْطَعُ الصَّلَاةَ مَرُورُ شَيْءٍ، وَادْرُؤُوا^(٧) مَا اسْتَطَعْتُمْ»^(٨).

(١) في أ: ورد.

(٢) في ب، د: ومسائل.

(٣) في أ: يذرأها.

(٤) في أ، ب: أن.

(٥) زاد في أ، ب: و.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في د: فادروا.

(٨) أخرجه أبو داود (٢٤٩/١) كتاب الصلاة، باب: من قال: لا يقطع الصلاة شيء (٧١٩)، والدارقطني (٣٦٨/١)، والبيهقي (٢٧٨/٢)، من طريق أبي أسامة عن مجالد - وهو ابن سعيد - عن أبي الوداك عن أبي سعيد، به.

ومن طريق الدارقطني أخرجه ابن الجوزي في التحقيق (٢١٣/٣، ٢١٤).

وقد توبع أبو أسامة، تابعه عبد الواحد بن زياد: ثنا مجالد ثنا أبو الوداك قال: مر شاب من قريش بين يدي أبي سعيد الخدري وهو يصلي فدفعه، ثم عاد فدفعه، ثلاث مرات، فلما انصرف قال: إن الصلاة لا يقطعها شيء، ولكن قال رسول الله ﷺ: «ادروا ما استطعتم؛ فإنه شيطان».

والحديث أعله ابن الجوزي بمجالد بن سعيد، وقال: ضعفه يحيى والنسائي والدارقطني، وقال أحمد: ليس بشيء، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به، وبه أعله الزيلعي في نصب الراية (٧٦/٢)، وأشار النووي في الخلاصة (٥٢٥/١) إلى ضعف الحديث.

وذكره ابن أبي حاتم في العلل (٧٦/١) وقال: سمعت أبي يقول: حديث أبي ذر عن النبي ﷺ: «يقطع الصلاة الكلب الأسود البهيم»، أصح من حديث أبي سعيد: «لا يقطع الصلاة شيء».

وفي الباب عن ابن عمر وأبي أمامة وأنس وجابر وأبي هريرة:

حديث ابن عمر:

أخرجه الدارقطني (٣٦٧/١، ٣٦٨) من طريق إسحاق بن بهلول: ثنا يحيى بن المتوكل ثنا إبراهيم بن يزيد ثنا سالم بن عبد الله عن أبيه، أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر قالوا: «لا يقطع صلاة المسلم شيء، وادراً ما استطعت».

ومن طريق الدارقطني أخرجه ابن الجوزي في التحقيق (٢١٣/٣) وأعله بإبراهيم بن يزيد الخوزي، وقال: قال أحمد بن حنبل والنسائي: هو متروك، وقال يحيى: ليس بشيء، وأورده ابن حبان في المجروحين (١٠٠/١، ١٠١) في ترجمة إبراهيم بن يزيد وأعله به، وقال: روى عن عمرو بن دينار وأبي الزبير ومحمد بن عباد بن جعفر مناكير كثيرة وأوهاما غليظة، حتى يسبق إلى القلب أنه المتعمد لها، وكان أحمد بن حنبل - رحمه الله - سيئ الرأي فيه.

وأخرجه ابن عدي في الكامل (٢٠٦/٧ - ٢٠٨) في ترجمة أبي عقيل يحيى بن المتوكل، وضعفه ونقل تضعيفه عن ابن معين وعثمان بن سعيد الدارمي والنسائي وعمرو بن علي، ووافقهم الحافظ في التقریب (ت: ٧٦٨٣).

والحديث ذكره ابن طاهر في ذخيرة الحفاظ (٢٧٣٢/٥) وقال: تفرد به إبراهيم بن يزيد المكي وعنه يحيى بن المتوكل، ضعيفان.

قلت: وقد توبع يحيى بن المتوكل، تابعه المعافى بن عمران - وهو ثقة - عن إبراهيم بن يزيد كما في رواية المجروحين لابن حبان، فعلة الحديث هو إبراهيم بن يزيد الخوزي.

وقد ورد من طريق آخر عن ابن عمر موقوفاً وهو الصواب:

أخرجه مالك في الموطأ (١٥٦/١) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب: الرخصة في المرور بين يدي المصلي (٤٠) عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر كان يقول: لا يقطع الصلاة شيء مما يمر بين يدي المصلي.

ومن طريق مالك أخرجه البيهقي (٢٧٨/٢، ٢٧٩) وقال: ورواه أبو عقيل يحيى بن المتوكل الباهلي عن إبراهيم بن يزيد المكي عن سالم بن عبد الله فرعه والصحيح موقوف. وقد توبع مالك عن ابن شهاب، تابعه معمر:

أخرجه عبد الرزاق (٢٣٦٦) عنه عن الزهري عن سالم عن ابن عمر... فذكره بنحوه. حديث أبي أمامة:

أخرجه الدارقطني (٣٦٨/١)، ومن طريقه ابن الجوزي في التحقيق (٢١٤/٣) عن عفير ابن معدان عن سليم بن عامر عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال: «لا يقطع الصلاة شيء». وأعله ابن الجوزي بعفير بن معدان ونقل عن أحمد قال: ضعيف منكر الحديث.

وقال الذهبي في التتبع: عفير بن معدان: واه.

ثم ترجم له في الميزان (١٠٤/٥) وقال: قال أبو داود: شيخ صالح ضعيف الحديث، وقال أبو حاتم: يكثر عن سليم عن أبي أمامة بما لا أصل له، وقال يحيى: ليس بشيء وقال مرة: ليس بثقة.

حديث أنس بن مالك:

أخرجه الدارقطني (٣٦٧/١)، والبيهقي (٣٧٨/٢)، من طريق إدريس بن يحيى أبي =

عمرو المعروف بالخولاني عن بكر بن مضر عن صخر بن عبد الله بن حرملة أنه سمع عمر ابن عبد العزيز يقول: عن أنس أن رسول الله ﷺ صلى بالناس فمر بين أيديهم حمار، فقال عياش بن أبي ربيعة: سبحان الله، سبحان الله، سبحان الله، فلما سلم رسول الله ﷺ قال: «من المسبح أنفًا: سبحان الله»، قال: أنا يا رسول الله، إني سمعت أن الحمار يقطع الصلاة، قال - يعني رسول الله - : «لا يقطع الصلاة شيء».

ومن طريق الدارقطني أخرجه ابن الجوزي في التحقيق (٣/ ٢١٥) وقال: فيه صخر بن عبد الله قال ابن عدي: يحدث عن الثقات بالأباطيل، عامة ما يرويه منكر أو من موضوعاته، وقال ابن حبان: لا تحل الرواية عنه.

وتعقبه ابن عبد الهادي في التنقيح بقوله: وصخر بن عبد الله بن حرملة الراوي عن عمر ابن عبد العزيز لم يتكلم فيه ابن عدي ولا ابن حبان، بل ذكره ابن حبان في الثقات، وقال النسائي: هو صالح وإنما ضعف ابن عدي صخر بن عبد الله الكوفي المعروف بالحاجبي وهو متأخر عن ابن حرملة روى عن مالك والليث. حديث جابر:

أخرجه الطبراني في الأوسط (٧٧٧٤) من طريق يحيى بن ميمون نا جرير بن حازم عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال: كان رسول الله ﷺ قائمًا يصلي، فذهبت شاة تمر بين يديه فساهاها رسول الله ﷺ حتى ألزقها بالحائط ثم قال رسول الله ﷺ: «لا يقطع الصلاة شيء، وادءوا ما استطعتم»، قال الطبراني: تفرد به يحيى بن ميمون. قلت: ترجم له ابن حبان في المجروحين (٢/ ١٢٠ - ١٢١) وقال: يروي عن السدي وغيره العجائب... لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد. حديث أبي هريرة:

أخرجه ابن عدي في الكامل (١/ ٣٢٨)، وابن حبان في المجروحين (١/ ١٣٢) في ترجمة إسحاق بن أبي فروة، رواه عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يقطع الصلاة كلب ولا حمار ولا امرأة، وادراء ما مر أمامك ما استطعت، إن أبي أن تلاطمه فلاطمه؛ فإنما تلاطم شيطانًا».

ونقل ابن عدي عن البخاري قوله في إسحاق بن أبي فروة: تركوه، وقال النسائي: وعمرو بن علي متروك الحديث، وقال أحمد: لا تحل عندي الرواية عن إسحاق بن أبي فروة، وقال علي: منكر الحديث، وقال ابن حبان: وقد روى إسحاق بن أبي فروة أحاديث منكرة منها... فذكره، ثم قال: قلب إسناد هذا الخبر ومثله جميعا.

إنما هو عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ «إذا كان أحدكم يصلي فلا يدعن أحدًا يمر بين يديه فإن أبي فليقاتله، فإنما هو شيطان، فجعل مكان أبي سعيد أبا هريرة، وقلب مثله، وجاء بشيء ليس فيه اختراعًا من عنده، فضمه إلى كلام النبي ﷺ وهو قوله: «لا يقطع الصلاة امرأة ولا كلب ولا حمار» والأخبار الصحيحة أنه ﷺ أمر بإعادة الصلاة إذا مر بين يديه الحمار والكلب والمرأة.

والثاني: أن المصلي يدرأ المارّ وأنه رخصة^(١)

قوله: «وادرؤوا ما استطعتم (الدرأ) الدفع يعني: إذا مرّ بين أيديكم شيء وأنتم في الصلاة لا يقطع صلاتكم، ولا يبطل صلاتكم ولكن ادفعوا وامنعوا المارّ فإن المارّ بين يدي المصلي شيطان».

(١) الرخصة كغرفة: وفيها لغات ثلاث: رخصة - ساكنة الخاء - ورخصة - مفتوحة الخاء - ورخصة - مضمومة الخاء - وهي في اللغة: اسم من (رخص)، وتطلق في لسان العرب على معان كثيرة، أهمها: نعومة الملمس: يقال: «رخص البدن رخصة»: إذا نعم ملمسه ولان، فهو: رخص - بفتح فسكون - ورخيص، وهي: رخصة ورخيصة. انخفاض الأسعار: يقال: «رخص الشيء رخصاً - بضم فسكون - فهو: رخيص ضد الغلاء»، واسترخص الشيء: رآه رخيصاً، وارتخصه: اشتراه رخيصاً، ويقال: «رخص السعر»: إذا كثرت الأعيان وتيسرت إصابتها. الإذن في الأمر بعد النهي عنه: يقال: «رخص له في الأمر»: إذا أذن له فيه، والاسم: رخصة على وزن «فُعْلَةٌ» مثل: غرفة، وهي ضد التشديد: أي أنها تعني السهولة والتوسيع والتيسير في الأمور، يقال: «رخص الشارع في كذا ترخيصاً وأرخص إرخاصاً»: إذا يسره وسهله، ويقال: «ترخيص الله للعبد في أشياء»: تخفيفها عنه، والرخصة: فسحة في مقابلة التضييق والحرَج.

ينظر: مختار الصحاح، ص (١٣٩)، القاموس المحيط، ص (٦٢٨)، الصحاح، ص (٤٣٤)، لسان العرب (١٠٧/٤).

وشرعاً: اسم لما تغير من الأمر الأصلي لعارض أمر إلى يسر وتخفيف، لقوله تعالى: ﴿... فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ﴾ [سورة البقرة: ١٨٤]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: ١٠١].

وفي ميزان الأصول: اسم لما تغير عن الأمر الأصلي لعارض، إلى تخفيف وتيسير، ترفيها وتوسعة على أصحاب الأعذار، سواء كان التغيير في وصفه أو في حكمه. قال النسفي في الكشف: الرخصة: ما بني على أعذار العباد، وهو ما استبيح بعذر مع قيام الدليل المحرم. أو هي: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر هو المشقة والحرَج. أو: ما ثبت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح. أو: الحكم الوارد على فعل لأجل العذر استثناء من العزيمة. أو: اسم لما شرع متعلقاً بالعوارض: أي ما استبيح بعذر مع قيام الدليل المحرم، وقيل: هي ما بني على أعذار العباد. وقال الغزالي: هي عبارة عما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم. فالعزيمة قد تكون في مقابل الرخصة على القول بأن العزيمة هي الحكم المتغير عنه، وقد لا تكون في مقابل الرخصة على القول بأن العزيمة هي الحكم الذي لم يتغير أصلاً.

ينظر: ميزان الأصول، ص (٥٥)، كشف الأسرار للبخاري (٤٣٣/٢)، كشف الأسرار للنسفي (٤٤٨/١)، شرح التلويح على التوضيح (٣٥٤/٢)، أصول الشاشي، ص (٢٤٢)، مرآة الأصول (٣٩٤/٢)، التقرير والتحبير (١٤٦/٢)، حاشية الرهاوي على شرح المنار، للشيخ يحيى الرهاوي، طبعة دار السعادات، المطبعة العثمانية، ١٣١٥هـ، ص (٥٩٣)، شرح العضد على مختصر المنتهى (٨/٢)، الإبهاج (٥١/١)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدني (٦٨/١)، المستصفي (٦٣/١)، التمهيد في تخريج الفروع على

ومباح^(١) كقتل الأسودين^(٢)، واختلف المشايخ في كيفية الدرء منهم من قال [يدراً بالإشارة.

ومنهم من قال]^(٣) يدرأ بالتسييح.

وفي الأصل إذا سبح وأشار بأصبعه ليصرفه عن نفسه لم تقطع صلاته، وأحب إلي ألا يفعل، واختلف المشايخ في معنى قوله: [و]^(٤) أحب إلي ألا يفعل.

قال بعضهم: لأنه جمع بين الإشارة والتسييح، وكان يكفيه أحدهما.

وقال بعضهم: لأنه سبح والنص ورد بالإشارة.

وقال بعضهم: يحتمل أن يكون معناه إن ترك الإشارة والتسييح للدرء أولى؛ لأن

الكرهية في المرور ثابتة من غيره وهاهنا ثابت بفعله. وفعل النبي عليه السلام في هذا

الباب محمول على الابتداء حتى كان يجوز إدخال ما ليس [من الصلاة]^(٥) في

الصلاة.

= الأصول، للإسنوي (١٧/٧)، جمع الجوامع، ص (٦٨)، شرح الكوكب المنير (١/٤٧٧)، (٤٧٨)، شرح الإسنوي على شرح منهاج الوصول في علم الأصول، البدخشي، محمد بن الحسن، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٩٨٤م (١/٨٩)، فواتح الرحموت (١/١١٦). (١) في أ: وتباح.

(٢) يشير إلى حديث أبي هريرة قال: أمر رسول الله بقتل الأسودين في الصلاة: الحية والعقرب.

أخرجه أبو داود (١/٣٠٥) كتاب الصلاة، باب: العمل في الصلاة (١/٩٢١)، والترمذي

(١/٤١٤) أبواب الصلاة، باب: ما جاء في قتل الأسودين في الصلاة (٣٩٠)، والنسائي

(٣/١٠) كتاب السهو، باب: قتل الحية والعقرب في الصلاة، وابن ماجه (٢/٤٠٦) كتاب

إقامة الصلاة، باب: ما جاء في قتل الحية والعقرب في الصلاة (١٢٤٥)، وأحمد (٢/

٢٣٣، ٢٤٨، ٢٨٤، ٤٧٣، ٤٧٥)، وعبد الرزاق (١٧٥٤)، وابن الجارود (٢١٣)،

وابن خزيمة (٨٦٩)، وابن حبان (٢٣٥١)، والحاكم (١/٢٥٦)، والبيهقي (٢/٢٦٦)،

من طريق ضمضم بن جوس عن أبي هريرة به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: حديث صحيح ولم يخرجاه، وضمضم بن جوس من ثقات أهل اليمامة،

سمع من جماعة من الصحابة، وروى عنه يحيى بن أبي كثير، وقد وثقه أحمد بن حنبل.

وذكره الزيلعي في نصب الراية (٢/١٠٠)، وأقر كلام الحاكم ولم يذكر الحافظ له علة

في تلخيص الحبير (١/٥١٤).

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في د.

ثم إذا أشار أو سبح [أو جمع بينهما]^(١)، ولم يمتنع المار عن المرور لا يزيد على ذلك ولا يشتغل بالمعالجة، هذا هو مذهب علمائنا، ومن العلماء من أطلق المصلي أن يأخذ ببعض ثيابه أو ببعض بدنه فيدراه^(٢) لظاهر قوله ﷺ: «فادرؤوا»^(٣) ما استطعتم» ومن العلماء من أطلق^(٤) أن يضربه ضربا وجيعا، وأن يقاتله، فإن النبي ﷺ قال في آخر حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه -: «وادرؤوا ما استطعتم فإن أبي فليقاتله فإنه شيطان»^(٥).

وعندنا: لا يزيد على الإشارة، والحديث محمول على الابتداء حين كان العمل في الصلاة مباحا.

الثالث: أن المرور بين يدي المصلي مكروه، والمار آثم^(٦)؛ لما روي عن النبي ﷺ

(١) في أ: بنيتها.

(٢) في أ: فقد رآه.

(٣) في أ، ب: وادرؤوا.

(٤) في ب: أطلقه.

(٥) تقدم.

(٦) لا خلاف بين الفقهاء في أن المرور وراء السترة لا يضر، وأن المرور بين المصلي وسترته منهي عنه، فيأثم المار بين يديه، لقوله ﷺ: «لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الإثم لكان أن يقف أربعين خيرا له من أن يمر بين يديه».

ويرى جمهور الفقهاء: الحنفية والمالكية والحنابلة: أن المار بين يدي المصلي آثم ولو لم يصل إلى سترة. وذلك إذا مر قريبا منه، واختلفوا في حد القرب. قال بعضهم: ثلاثة أذرع فأقل. أو ما يحتاج له في ركوعه وسجوده. والصحيح عند الحنابلة تحديد ذلك بما إذا مشى إليه، ودفع المار بين يديه لا تنطل صلاته. والأصح عند الحنفية أن يكون المرور من موضع قدمه إلى موضع سجوده، وقال بعضهم: إنه قدر ما يقع بصره على المار لو صلى بخشوع، أي راميا بصره إلى موضع سجوده.

وقيد المالكية الإثم بما إذا مر في حريم المصلي من كانت له مندوحة أي سعة المرور بعيدا عن حريم المصلي، وإلا فلا إثم، وكذا لو كان يصلي بالمسجد الحرام فمر بين يديه من يطوف بالبيت وقالوا: يأثم مصبل تعرض بصلاته من غير سترة في محل يظن به المرور، ومر بين يديه أحد.

ونقل ابن عابدين عن بعض الفقهاء أن هنا صورا أربعا:

الأولى: أن يكون للمار مندوحة عن المرور بين يدي المصلي ولم يتعرض المصلي لذلك فيختص المار بالإثم إن مر.

الثانية: أن يكون المصلي تعرض للمرور والمار ليس له مندوحة عن المرور، فيختص المصلي بالإثم دون المار.

الثالثة: أن يتعرض المصلي للمرور ويكون للمار مندوحة، فيأثمان معا، أما المصلي =

أنه قال: «لو عَلِمَ الْمَارُّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّيِّ مَا عَلَيَّهِ [من الوزر]»^(١) لوقف أَرْبَعِينَ». قال أبو أيوب^(٢):

لا أدري، [ماذا]^(٣) أراد بقوله أربعين عاما، أو شهرا أو يوما^(٤).

فلتعرضه، وأما المار فلموروه مع إمكان ألا يفعل.

الرابعة: ألا يتعرض المصلي ولا يكون للمار مندوحة، فلا يَأْتَمُّ واحد منهما. ومثله ما ذكره بعض المالكية.

أما الشافعية: فقد صرحوا بحرمة المرور بين يدي المصلي إذا صلى إلى سترة وإن لم يجد المار سيلا آخر، وهذا إذا لم يتعد المصلي بصلاته في المكان، وإلا كأن وقف بقارعة الطريق أو استتر بستره في مكان مغضوب فلا حرمة ولا كراهة. ولو صلى بلا سترة، أو تباعد عنها، أو لم تكن السترة بالصفة المذكورة فلا يحرم المرور بين يديه، وليس له دفع المار لتعديده بصلاته في ذلك المكان.

هذا، واستثنى الفقهاء من الإثم المرور بين يدي المصلي للطائف أو لسد فرجة في صف أو لغسل رعاف أو ما شاكل ذلك.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٤٢٧/١)، وجواهر الإكليل (٥٠/١)، ومغني المحتاج (٢٠٠/١)، والمغني، لابن قدامة (٢٤٩/٢)، وكشاف القناع (٣٨٣/١).

(١) سقط في د.

(٢) هكذا في النسخ، والصواب: أَبُو النَّصْرِ، وهو: سالم بن أبي أمية القرشي التيمي. روى عن أنس بن مالك وأبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب وخلق. وروى عنه عبد الله بن لهيعة والثوري والليث وابن إسحاق وخلق. وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين والعجلي والنسائي وأبو حاتم، روى له الجماعة مات سنة ١٢٩هـ.

ينظر: تهذيب الكمال (١٢٨/١٠)، تهذيب التهذيب (٢٥٦/٢)، الجرح والتعديل (٤/١٧٩).

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) أخرجه مالك (١٥٤/١) كتاب قصر الصلاة، باب: لا يمر أحد بين يدي المصلي، الحديث (٣٤)، والبخاري (٥٨٤/١) باب: إثم المار بين يدي المصلي، الحديث (٥١٠)، ومسلم (٣٦٣/١) كتاب الصلاة، باب: منع المار بين يدي المصلي، الحديث (٥٠٧/٢٦١)، وأبو داود (٤٤٩/١) كتاب الصلاة، باب: النهى عن المرور بين يدي المصلي، الحديث (٧٠١)، والترمذي (١٥٨/٢) كتاب الصلاة، باب: كراهية المرور بين يدي المصلي، الحديث (٣٣٦)، والنسائي (٦٦/٢) كتاب القبلة، باب: المرور بين يدي المصلي، وابن ماجه (٣٠٤/١) كتاب الصلاة، باب: المرور بين يدي المصلي، الحديث (٩٤٥)، وأحمد في المسند (١٦٩/٤)، وأبو عوانة (٤٤/٢)، وابن خزيمة (٨١٣)، وابن حبان (٢٣٦٠)، من طريق أبي جهيم، أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه، لكان أن يقف أربعين خيرا له من أن يمر بين يديه».

قوله: «أربعين» ذكر الكرمانى لتخصيص الأربعين بالذكر حكمتين:

إحدهما: كون الأربعة أصل جميع الأعداد، فلما أريد التأكيد ضربت في عشرة.

الرابع^(١): [في]^(٢) مقدار ما يجب أن يكون بين يدي المصلي، وبين يدي المار حتى لا يكره المرور، وهذا فصل لا ذكر له في الأصل، وقد اختلف المشايخ [فيه]^(٣).

بعضهم قال^(٤): خمسون ذراعاً^(٥).

وبعضهم قالوا: مقدار موضع صلاته، وهو موضع قدمه إلى موضع سجوده. وقال الفقيه أبو جعفر: إذا مر في موضع يقع بصر المصلي عليه [وبصره إلى موضع سجوده فذلك مكروه وما زاد على ذلك فليس بمكروه]^(٦).

ثانيتها: كون كمال أطوار الإنسان بأربعين، كالنطفة والمضغة والعلقة، وكذا بلوغ الأشد، قال الحافظ: ويحتمل غير ذلك. وفي «سنن ابن ماجه»، وابن حبان في «صحيحه»، من حديث أبي هريرة: «لَكَانَ أَنْ يَقِفَ مِائَةَ عَامٍ خَيْرًا لَهُ مِنَ الْخُطْوَةِ الَّتِي خَطَّاهَا»، وهذا مشعر بأن إطلاق الأربعين؛ للمبالغة في تعظيم الأمر، لا لخصوص عدد معين. وفي مسند البزار: «لَكَانَ أَنْ يَقِفَ أَرْبَعِينَ خَيْرًا». قوله: «خيرا له» روي بالنصب على أنه خبر «كان»، وبالرفع على أنه اسم «كان»، وهي رواية الترمذي. قال في الفتح: ويحتمل أن يكون اسمها ضمير الشأن، والجمله خبرها. قوله: «قال أبو النضر... إلى آخره» فيه إبهام ما على المار من الإثم؛ زجرًا له. والحديث يدل على أن المرور بين يدي المصلي، من الكبائر الموجبة للنار، وظاهره: عدم الفرق بين صلاة الفريضة والنافلة.

ينظر: فتح الباري، لابن حجر (١٦٩/٢).

(١) زاد في أ: أن يكون.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، د: قالوا.

(٥) يطلق الذراع في اللغة على بسط اليد ومدها، وأصله من الذراع وهو الساعد.

وفي الاصطلاح: الذراع أربعة وعشرون أصبعًا معترضات، والأصبع ست شعيرات معتدلات معترضات.

قال المقرئ: وذراع اليد العادلة ست قبضات كل قبضة أربعة أصابع وهي السبابة والوسطى، البنصر والخنصر فتكون أربعة وعشرين أصبعًا كل أصبع ست شعيرات، والذراع الهاشمي ثمان قبضات وهي اثنان وثلاثون أصبعًا. فالذراع الهاشمي ذراع وثلث من ذراع اليد العادلة.

ينظر: النهاية في غريب الحديث (٤٤/٢)، لسان العرب (٤٤٧/١)، الإيضاح والتبيان في معرفة الكيل والميزان، لابن الرفعة، مطبعة كردستان، القاهرة، ١٩٥٥م، ص (٨).

(٦) قال في البحر: وهذا هو الأصح، ورجحه في النهاية بأنه أشبه إلى الصواب. ينظر: البحر الرائق (١٦/٢)، تبيين الحقائق (١٦١/١)، شرح فتح القدير (٣٥٣/١).

وعنه أيضا: إذا مر في موضع يقع بصره^(١) [عليه]^(٢)، لو صلى بخشوع يكره وإن مر في موضع لا يقع بصر المصلي عليه لو صلى بخشوع^(٣) لا يكره.
وقال الفقيه أبو القاسم الصفار - رحمه الله -: إذا كان بينه وبين المار مقدار ما بين الصف الأول^(٤) إلى حائط القبلة فمروره لا^(٥) يضر^(٦).
هذا إذا كان في الصحراء، أو^(٧) لم يكن له سترة^(٨)، فإن كان له سترة فمر بينه وبين السترة فهو مكروه وإن مر من وراء السترة فهو ليس بمكروه^(٩).
[و]^(١٠) قال بعض مشايخنا: وإنما لم يكن للمار^(١١) المرور بين المصلي وبين

(١) في أ، ب: بصر المصلي.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ، ب: بخشوع.

(٤) في أ: الأولى.

(٥) في أ، ب: لم.

(٦) ينظر: البحر الرائق (١٧/٢)، شرح فتح القدير (١/٣٥٤).

(٧) في أ، ب: و.

(٨) السترة: يقال لما ينصبه المصلي قدامه علامة لمصلاه من عصا وتسليم تراب وغيره: سترة؛

لأنه يستر المار من المرور أي يحجبه. ينظر: المصباح المنير، ص (٢٦٦).

وقال في الغاية: واعلم أن السترة من محاسن الصلاة، وفائدتها: قبض الخواطر عن

الانتشار، وكف البصر من الاسترسال؛ حتى يكون المصلي مجتمعًا لمناجاة ربه ومحض

عبوديته. ينظر: تبين الحقائق (١/١٦١).

(٩) قال صاحب البدائع: المستحب لمن يصلي في الصحراء أن ينصب بين يديه عودًا أو يضع

شيئًا أدناه طول ذراع كي لا يحتاج إلى الدرء، وإنما قدر أدناه بذراع طولاً دون اعتبار

العرض، وقيل: ينبغي أن يكون في غلظ إصبع، لقول ابن مسعود: يجزئ من السترة

السهم؛ ولأن الغرض منه المنع من المرور، وما دون ذلك لا يبدو للناظر من بعيد فلا

يمنتع. وليدن منها لحديث «من صلى إلى سترة فليدن منها» بالأ يزيد ما بينه وبينها على ثلاثة

أذرع. فإن لم يجد سترة هل يخط بين يديه خطأ؟ حكى أبو عصمة عن محمد أنه قال: لا

يخط بين يديه فإن الخط وتركه سواء؛ لأنه لا يبدو للناظر من بعيد، فلا يمنتع فلا يحصل

المقصود، ومن الناس من قال: يخط بين يديه خطأ، إما طولاً شبه ظل السترة أو عرضاً شبه

المحراب، لحديث أبي هريرة، ولكن الحديث غريب ورد فيما تعم به البلوى فلا نأخذ به.

ينظر: الهداية (١/٧٧)، تبين الحقائق (١/١٦٠، ١٦١)، بدائع الصنائع (١/٢١٧)،

البحر الرائق (٢/١٨)، مجمع الأنهر (١/١٢٢)، المبسوط (١/١٩٢).

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) في أ، ب: له.

السترة إذا كان بين المصلي والمار أقل من مقدار صفين، أما إذا كان مقدار صفين^(١) فصاعدا فلا يكره.

[وإن كان]^(٢) يصلي في المسجد، فإن كان بينه وبين المار^(٣) أسطوانة أو إنسان قائم أو قاعد لا يكره؛ لأن [به وقعت الحيلولة بين المار وبين المصلي، وإن لم يكن بينهما حائل إن كان المسجد صغيرا يكره في أي موضع يمر.

إلى^(٤)]^(٥) هذا أشار محمد في الأصل فإنه قال في الإمام إذا فرغ من صلاته، فإن كانت^(٦) صلاة لا تطوع بعدها فهو بالخيار إن شاء انحرف عن يمينه أو شماله، وإن شاء قام وذهب، وإن شاء استقبل الناس بوجهه إذا لم يكن بحدائه رجل يصلي ولم يفصل بين ما إذا كان المصلي في الصف الأول أو في الصف الأخير، وهذا هو ظاهر المذهب؛ لأنه^(٧) إذا كان وجهه مقابل وجه الإمام في حال قيامه يكره ذلك، وإن كان بينهما صفوف.

ووجه الاستدلال بهذه المسألة أن محمدا - رحمه الله - جعل جلوس الإمام في محرابه وهو مستقبل له بمنزلة جلوسه بين يديه وموضع سجوده، وكذا مرور المار في أي موضع يكون^(٨) [في المسجد]^(٩) يجعل بمنزلة مروره بين يديه وموضع^(١٠) سجوده.

وإن كان المسجد كبيرًا مثل [مسجد]^(١١) الجامع، قال بعض المشايخ: هو بمنزلة المسجد الصغير فيكره المرور في جميع الأماكن.

وقال بعضهم: هو بمنزلة الصحراء، فيكون الجواب فيه كالجواب في الصحراء.

(١) في أ: الصفين.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ألما.

(٤) زاد في أ، ب: و.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ، ب: كان.

(٧) زاد في د: رجل يصلي.

(٨) في د: كان.

(٩) في أ، ب: من المسجد.

(١٠) في أ، ب: في موضع.

(١١) سقط في أ، ب.

ومن المشايخ من قال: الحد في المسجد قدر ثلاثة أذرع فيترك^(١) ذلك القدر وفيما وراء ذلك الأمر واسع عليه، وإن^(٢) كان الرجل يصلي على الدكان أو على السطح فمر إنسان بين يديه على الأرض فقد مر بين يديه إن كان السطح والدكان على أقل من قامته الرجل، هكذا ذكر بعض المشايخ في شرح الأصل وذكر بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير إن كان بحيث يحاذي [أعضاء المار]^(٣) أعضاء المصلي يكره وإلا^(٤) فلا.

ولو مر رجلان بين يدي المصلي^(٥) متحاذيين فالذي [يلي المصلي]^(٦) هو المار بين يديه ولو مر بين يدي المصلي خلف الدابة [فهو ليس]^(٧) بمار بين يديه. قال محمد - رحمه الله -: رجل يصلي في الصحراء، يستحب له أن يكون بين يديه شيء مثل العصا ونحوه، وإن كان لا يجد العصا يستتر بحائط أو سارية أو شجرة، والكلام ههنا في مواضع.

أحدها: في أصل السترة؛ وإنه^(٨) مستحب، والأصل فيه ما روي عن عون^(٩) بن أبي جحيفة^(١٠)، عن أبيه^(١١)، قال: رأيت النبي ﷺ بالبطحاء، في قُبَّةٍ^(١٢) حُمْرَاءِ

(١) في أ، ب: ويترك.

(٢) في أ: فإن.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب: مالا.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، ب: يليه.

(٧) في أ، ب: فليس.

(٨) في د: فإنه.

(٩) في د: عرر.

(١٠) هو: عون بن أبي جحيفة السوائي الكوفي. روى عن: مالك بن صحار ومخنف بن سليم وأبي جحيفة السوائي (أبيه) وغيرهم. روى عنه: سعيد بن مسروق وسفيان الثوري وصدقة ابن أبي عمران وشعبة وغيرهم. قال ابن معين وأبو حاتم والنسائي: ثقة. وذكره ابن حبان في الثقات. قال ابن حجر: ثقة من الرابعة مات سنة ست عشرة ومائة.

ينظر: الجرح والتعديل (٣٨٥/٦)، الثقات (٢٦٣/٥)، تهذيب التهذيب (١٥١/٨)، تقريب التهذيب، ص (٤٣٣).

(١١) هو: وهب بن عبد الله السوائي أبو جحيفة مشهور بكنيته ويقال له: وهب الخير. روى عن: النبي ﷺ والبراء بن عازب وعلي بن أبي طالب. روى عنه: الشعبي وعون بن أبي جحيفة وعلي بن الأقرم وغيرهم. قدم على النبي ﷺ في أواخر عمره وحفظ عنه ثم صحب =

مِنْ أَدَمَ فَأَخْرَجَ بَلَالَ عِزَّةَ وَغَرَزَهَا فَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ فَصَلَّى إِلَيْهَا وَالنَّاسُ يَمْزُؤْنَ مِنْ وَرَائِهَا^(١).

وقال ﷺ: «من كان يصلي في الصحراء فليضع بين يديه مثل مؤخزة^(٢) رحله أو واسطة رحله^(٣) ثم لا يضره مرور شيء بين يديه»^(٤).

[و] ^(٥) الثاني: السنة فيها الغرز^(٦) لما روينا من حديث بلال - رضي الله عنه - .

والثالث: ينبغي أن يكون مقدار طولها ذراعًا؛ لأن العنزة قدر ذراع ولم يذكر في

الأصل قدرها عرضًا.

قيل: وينبغي أن تكون^(٧) في غلظ أصبع هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي

عليا بعده وولاه شرطة الكوفة لما ولي الخلافة وسماه علي وهب الخير. قال ابن حجر: صحابي معروف وصحب عليا ومات سنة أربع وسبعين.

ينظر: الإصابة (٦/٦٢٦)، تهذيب التهذيب (١١/١٤٥)، تقريب التهذيب، ص (٥٨٥).

(١٢) في أ: فيه.

(١) أخرجه البخاري (٤٨٥/١) كتاب الصلاة، باب: الصلاة في الثوب الأحمر (٣٧٦)، (١/٢٩٤)، وفي (١١٢/٢) كتاب الأذان، باب: الأذان للمسافر (٦٣٣)، ومسلم (١/٣٦٠، ٣٦١) كتاب الصلاة، باب: سترة المصلي (٥٠٣/٢٤٩)، (٥٠٣/٢٥٠)، (٢٥٢/٥٠٣).

(٢) في أ، د: مؤخر.

(٣) في ب: رحله.

(٤) أخرجه مسلم (٣٥٨/١) كتاب الصلاة، باب: سترة المصلي (٤٩٩/٢٤١)، والترمذي (١/٣٦٦) أبواب الصلاة، باب: ما جاء في سترة المصلي (٣٣٥)، وأبو داود (١/٢٣٩، ٢٤٠) كتاب الصلاة، باب: ما يستر المصلي (٦٨٥)، وابن ماجه (٢/١٩٢) كتاب إقامة الصلاة، باب: ما يستر المصلي (٩٤٠)، وأحمد (١/١٦١، ١٦٢)، وعبد بن حميد (١٠٠)، والبخاري (٩٣٩ - البحر الزخار)، وأبو يعلى (٦٢٩، ٦٣٠ - ٦٦٤)، وابن خزيمة (٨٠٥)، (٨٤٣، ٨٤٢)، وابن حبان (٢٣٨٠)، والبيهقي (٢/٢٦٩)، من طريق سماك بن حرب، عن موسى بن طلحة عن أبيه، به.

وله عند مسلم لفظ آخر قال: كنا نصلي والدواب تمر بين أيدينا، فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «مثل مؤخرة الرجل تكون بين يدي أحدكم ثم لا يضره ما مر بين يديه».

(٥) سقط في د.

(٦) في د: القدر.

(٧) في أ: يكون.

- رحمه الله -، وإنه موافق لما روي [عن] (١) ابن مسعود رضي الله عنه - أنه قال: «يجزئ من السترة السهم» (٢)، وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير، [قال محمد في السترة] (٣): بلغنا أن رسول الله ﷺ قال: «يجزئ من السترة السهم» (٤) بفتح الياء معناه يكفي، قال الله تعالى: ﴿لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾ .

(١) سقط في أ.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (١/١٩١)، بدائع الصنائع (١/٢١٧).

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) من حديث سَبْرَةَ بِنِ مَعْبِدِ الْجُهَنِيِّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَتْ بِي أَحَدُكُمْ فِي الصَّلَاةِ وَلَوْ بِسَهْمٍ» .

أخرجه أحمد (٣/٤٠٤)، والحاكم (١/٢٥٢)، وأبو يعلى في مسنده (٢/٢٣٩، ٢٤٠) رقم (٩٤١).

وقال الهيثمي في المجمع (٢/٦١): «رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني في الكبير ورجال أحمد رجال الصحيح» .

قال العلامة الشيخ أحمد شاكر في تعليقه على الترمذي (٢/١٥٨): «في مسند أحمد بإسنادين صحيحين» .

قال ابن قدامة رحمه الله: «وقدر السترة في طولها: ذراع أو نحوه. قال الأثرم: سئل أبو عبد الله عن آخره الرجل كم مقدارها؟ قال: ذراع. كذا قال عطاء: ذراع. وبهذا قال الثوري، وأصحاب الرأي. وروي عن أحمد، أنها قدر عظم الذراع. وهذا قول مالك، والشافعي .

والظاهر أن هذا على سبيل التقريب لا التحديد؛ لأن النبي ﷺ قدرها بآخره الرجل، وآخره الرجل تختلف في الطول والقصر، فتارة تكون ذراعاً، وتارة تكون أقل منه، فما قارب الذراع أجزأ الاستتار به، والله أعلم .

فأما قدرها في الغلظ والدقة: فلا حد له نعلمه، فإنه يجوز أن تكون دقيقة كالسهم والحربة، وغلظة كالحائط، فإن النبي ﷺ: «كان يستتر بالعمدة» . وقال أبو سعيد: كنا نستتر بالسهم والحجر في الصلاة، وروي عن سبرة، أن النبي ﷺ قال: «استتروا في الصلاة ولو بسهم» رواه الأثرم . وقال الأوزاعي: يجزئه السهم والسوط . قال أحمد: «وما كان أعرض فهو أعجب إلي؛ وذلك لأن قوله: «ولو بسهم» يدل على أن غيره أولى منه» .

ينظر: المغني (٢/٣٨).

يسن لمن أراد أن يصلي إلى سترة أن يقرب منها نحو ثلاثة أذرع من قدميه، ولا يزيد على ذلك؛ لحديث: «أن النبي ﷺ صلى في الكعبة وبينه وبين الجدار ثلاثة أذرع»، وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو المفهوم من كلام المالكية؛ لأن الفاصل بين المصلي، والسترة يكون بمقدار ما يحتاجه لقيامه وركوعه وسجوده .

وذهب آخرون إلى أن المسافة بمقدار ممر شاة من مكان سجود المصلي؛ لما روى

قال: وطول السهم قدر ذراع وعرضه^(١) قدر أصبع، وقال عليه السلام: «إذا صلى أحدكم [وبين يديه مؤخرة الرجل]^(٢) [٣] أو واسطة الرجل^(٤) فليصل إليها ولا يبالي ما مر [به]^(٥) من كلب أو حمار»^(٦).
ومؤخرة الرجل^(٧) وواسطته تبلغ^(٨) قدر ذراع وأما إذا كان طول السترة أقل من

= البخاري (٤٧٤)، ومسلم (٥٠٨) عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «كَانَ بَيْنَ مُصَلِّي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبَيْنَ الْجِدَارِ مَمَرٌ الشَّاةُ». قال النووي رحمه الله: «قوله: (كَانَ بَيْنَ مُصَلِّي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَبَيْنَ الْجِدَارِ مَمَرٌ الشَّاةُ) يَغْنِي بِالْمُصَلِّي: مَوْضِعُ السُّجُودِ، وَفِيهِ أَنَّ الشَّنَّةَ قُرْبُ الْمُصَلِّي مِنْ شَتْرَتِهِ». ومن العلماء من جمع بين حديث ابن عمر وحديث سهل بن سعد رضي الله عنهم جميعاً، فحمل حديث ابن عمر (ثلاثة أذرع)، على حال القيام، وحديث سهل (ممر الشاة)، على حال السجود.

- (١) في د: وغلظه.
- (٢) في ب: الرجل.
- (٣) في د: أخره الرجل.
- (٤) في ب: الرجل.
- (٥) سقط في د.
- (٦) تقدم بمعناه، وذكره بلفظه المصنف في المحيط البرهاني (٤٣٣/١).

وعن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «يَقْطَعُ صَلَاةَ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِثْلُ مُؤَخَّرَةِ الرَّجُلِ: الْمَرْأَةِ، وَالْحِمَارِ، وَالْكَلْبِ الْأَسْوَدِ... الحديث»، وفيه: «الْكَلْبُ الْأَسْوَدُ شَيْطَانٌ».

أخرجه مسلم (٣٦٥/١) كتاب الصلاة، باب: قدر ما يستر المصلي، الحديث (٢٦٥/٥١٠)، وأبو داود (٣٢٩/١) كتاب الصلاة، باب: ما يقطع الصلاة، والترمذي (٢١٢/١) كتاب الصلاة، باب: لا يقطع الصلاة إلا الكلب والحمار والمرأة، الحديث (٣٣٧)، والنسائي (٦٣/٢) كتاب القبلة، باب: ما يقطع الصلاة، وابن ماجه (٣٠٦/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: ما يقطع الصلاة، الحديث (٩٥٢)، وأحمد (١٥١/٥)، والدارمي (٣٢٩/١) كتاب الصلاة، باب: ما يقطع الصلاة، والبيهقي (٢٧٤/٢) كتاب الصلاة، باب: ما يقطع الصلاة، وابن خزيمة (١١/٢) رقم (٨٠٦)، من طريق عبد الله بن الصامت عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ يَصَلِي فَإِنَّهُ يَسْتِرُّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَ يَدَيْهِ مِثْلُ آخِرَةِ الرَّجُلِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِثْلُ آخِرَةِ الرَّجُلِ فَإِنَّهُ يَقْطَعُ صَلَاتَهُ الْمَرْأَةَ، وَالْحِمَارَ، وَالْكَلْبَ الْأَسْوَدَ»، قلت: يا أبا ذر ما بال الكلب الأسود من الكلب الأحمر، من الكلب الأصفر قال: يا ابن أخي! سألت رسول الله ﷺ كما سألتني، فقال: «الكلب الأسود شيطان».

- (٧) في ب، د: الرجل.
- (٨) في أ: يبلغ.

قدر الذراع^(١) ففيه اختلاف المشايخ .
قال شيخ الإسلام: فعلى [هذا]^(٢) إذا وضع قباءه أو جبهته^(٣) بين يديه إن كان
ارتفع قدر ذراع تصير سترة بلا خلاف وإن كان دون ذلك يكون فيه خلاف .
[و] ^(٤) الرابع: [أن]^(٥) سترة الإمام تجزئ أصحابه فقد صح أن النبي ﷺ صلى
إلى العنزة بالبطحاء^(٦) ولم يكن للقوم سترة .
والخامس: ينبغي للمصلي أن يقرب إلى السترة، قال ﷺ: «من صلى إلى سترة
فليدن منها»^(٧) .
والسادس: [ينبغي]^(٨) أن يجعل السترة على أحد حاجبيه إما الأيمن أو^(٩)
الأيسر، والأفضل أن يجعلها على حاجبه الأيمن، قال في الكتاب؛ لأن النبي ﷺ لم
يصل إلى شجرة ولا إلى عمود [ولا إلى عود]^(١٠) إلا [جعله]^(١١) على حاجبه
الأيمن .
والسابع: إذا تعذر غرز^(١٢) السترة لصلابة الأرض أو للحجر لا يضعها بين يديه
عند بعض المشايخ، وعند بعضهم يضع؛ لأن الشرع كما ورد [بالغرز ورد]^(١٣)

(١) في ب، د: ذراع .

(٢) سقط في د .

(٣) في أ، ب: حقييته .

(٤) سقط في د .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) تقدم .

(٧) أخرجه أبو داود (٤٤٦/١) كتاب الصلاة، باب: الدنو من السترة (٦٩٥)، والنسائي (٢/٦٢) كتاب القبلة، باب: الأمر بالدنو من السترة، وأحمد (٢/٤)، وابن حبان كما في موارد
الظمان للهيشمي، ص (١١٧) كتاب المواقيت، باب: السترة للمصلي، برقم (٤٠٩)،
والحاكم (٢٥١/١)، (٢٥٢) كتاب الصلاة، باب: لا تصلي إلا إلى سترة وقال: صحيح على
شرط الشيخين ووافقه الذهبي .

(٨) سقط في أ، ب .

(٩) في أ: و .

(١٠) سقط في أ .

(١١) سقط في أ، ب .

(١٢) في أ: عذر .

(١٣) سقط في أ .

بالوضع لكن يضع طولاً؛ لأنه لو أمكنه الغرز غرز طولاً ففي^(١) الوضع يكون كذلك.

والثامن: لا بأس^(٢) بترك السترة إذا أمن المرور ولم يواجه^(٣) الطريق؛ لأن الداعي إلى السترة قد زال، وقد فعل محمد - رحمه الله - في طريق مكة [ذلك]^(٤) غير مرة.

[و]^(٥) التاسع: إذا لم يكن معه^(٦) خشبة أو شيء يغرز أو يضع بين يديه هل يخط خطأ بين يديه؟ عامة المشايخ [على]^(٧) أنه لا يخط وهو رواية عن محمد أيضاً، والذين^(٨) قالوا بالخط اختلفوا فيما بينهم في كيفية الخط، قال بعضهم: يخط طولاً. وقال بعضهم: يخط كالمحراب.



-
- (١) في أ، ب: وفي .
 (٢) زاد في أ: به .
 (٣) في أ: يواجه .
 (٤) سقط في أ، ب .
 (٥) سقط في أ .
 (٦) في د: له .
 (٧) سقط في د .
 (٨) في أ، ب: والذي .

الفصل العاشر

في النوافل وفواتها عن وقتها وفي التراويح والوتر والقنوت

قال محمد رحمه الله: لو تطوع بأربع ركعات قبل العصر، فحسن فقد خير بين أن يفعل وبين ألا يفعل؛ لأن النبي ﷺ كان يفعلها^(١) تارة، ويترك أخرى، والسنة ما واظب عليها النبي ﷺ، لكن^(٢) لو فعل كان حسنا، فقد ورد في الترغيب فيها آثار كثيرة، [ولا^(٣) تطوع بعدها].

قال: ولو تطوع قبل العشاء بأربع ركعات، فحسن والتطوع بعدها ركعتان^(٤)، وإن^(٥) تطوع بعدها [بأربع]^(٦) فهو أفضل.

وذكر [الشيخ]^(٧) الإمام^(٨) أبو نصر الصفار، [والشيخ الإمام]^(٩) شيخ الإسلام - رحمهما الله -: أن التطوع بعد العشاء حسن إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل؛ لأنه لم ينقل إلينا أن النبي ﷺ واظب عليه، والسنة ما واظب عليها النبي ﷺ.

من مشايخنا من قال ما ذكر في الكتاب أنه يتطوع بعد العشاء بركعتين قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فالأفضل أن يصلي أربعاً، وهذا القائل يجعل هذه المسألة فرعاً لمسألة أخرى أن صلاة الليل مثني بتسليمة واحدة أفضل أو أربع، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - أربع، وعندهما: مثني.

(١) في ب، د: يفعله.

أخرجه أبو داود (٤٠٧/١) كتاب الصلاة، باب: الصلاة قبل العصر، حديث (١٢٧١)، والترمذي (٢٩٥/٢، ٢٩٦) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الأربع قبل العصر حديث (٤٣٠)، وأحمد (١١٧/٢)، والطيالسي (١٩٣٦)، وابن خزيمة (١١٩٣)، وابن حبان (٢٤٥٣)، والبيهقي (٤٧٣/٢) كتاب الصلاة، والبغوي في شرح السنة (٤٣٧/٢)، كلهم من حديث ابن عمر، وقال الترمذي: غريب حسن.

(٢) في أ، ب: ولكن.

(٣) في أ: فلا.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: ولو.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) زاد في د: الزاهد.

(٩) في د: وذكر.

واختلف العلماء في التطوع بعد الجمعة؛ فعن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه أربع، وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .
وعن أبي حنيفة أيضا أنه ركعتان، وعن علي^(١) - رضي الله عنه - أنه يصلي [بعده]^(٢) ستا ركعتين ثم أربعاً^(٣) .

وعنه رواية أخرى: أنه يصلي [بعدها]^(٤) ستا أربعاً ثم ركعتين^(٥) وبه أخذ أبو يوسف والطحاوي، وكثير من المشايخ - رحمهم الله - على هذا القول.
قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: [الأصل]^(٦) أن يصلي أربعاً ثم ركعتين، فقد أشار إلى أنه مخير بين تقديم الأربع وبين تقديم المثني، ولكن الأفضل تقديم الأربع كيلا يصير متطوعاً بعد الفرض مثلها.

اتفق أصحابنا - رحمهم الله - على أن ركعتي الفجر إذا فاتتا^(٧) وحدها بأن جاء رجل وقد وجد الإمام في صلاة الفجر فدخل مع الإمام في صلاته، ولم يشتغل بركعتي الفجر أنها لا تقضى قبل طلوع الشمس، وإذا ارتفعت الشمس لا تقضى قياساً وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف وتقضى استحساناً إلى وقت الزوال [وهو قول

(١) هو: علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، أبو الحسن الهاشمي: أمير المؤمنين، كناه رسول الله ﷺ أبا تراب، روى عن: النبي ﷺ، وعن أبي بكر، وعمر، وروى عنه: أولاده: الحسن، والحسين، وروى أن النبي ﷺ قال: أنا مدينة العلم وعلي بابها، وقال عمر: علي أقضانا وأبي أقرؤنا، قال ابن عبد البر: بويح لعلي بالخلافة يوم قتل عثمان، فقتله ليلة الجمعة لثلاث عشرة خلت - وقيل: بقيت - من رمضان سنة أربعين. وقيل: في أول ليلة في العشر الأواخر.
ينظر: تهذيب الكمال (٤٧٢/٢٠)، تقريب التهذيب (٣٨/٢)، التاريخ الكبير، للبخاري (٢٥٩/٦).

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٣١٠/٩) برقم (٩٥٥١) عن أبي عبد الرحمن السلمي، قال: «كان ابن مسعود يأمرنا أن نصلي قبل الجمعة أربعاً وبعدها أربعاً» حتى جاء علي رضي الله عنه «فأمرنا أن نصلي بعدها ركعتين، ثم أربعاً».

(٤) سقط في أ.

(٥) المبسوط للسرخسي (١٥٧/١)، بدائع الصنائع (٢٨٥/١).

(٦) في د: الأفضل.

(٧) في أ، ب: فاتا.

محمد - رحمه الله - ، وإذا فاتتا مع الفرض تقضى مع الفرض إلى وقت الزوال^(١) وإذا زالت الشمس يقضى الفرض ، ولا تقضى السنة .

فمن مشايخنا من قال : لا خلاف في الحقيقة ؛ لأن عند محمد - رحمه الله - لو لم يقض لا شيء عليه ، وعندهما لو قضى [يكون حسناً]^(٢) .

ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في أنه لو قضى يكون نفلاً مبتدأ أو سنة . وجه قول محمد - رحمه الله - : أن النبي ﷺ قضى ركعتي الفجر غداة ليلة التعريس^(٣) بعد طلوع الشمس^(٤) .

وحجتهما^(٥) : أن السنة إحياء طريقة رسول الله ﷺ [والنبي ﷺ]^(٦) قضاهما مع الفرض غداة^(٧) ليلة التعريس لا بدون الفرض فلا يكون في قضائهما بدون الفرض إحياء طريقة رسول الله ﷺ .

وأما الأربع قبل الظهر إذا فاتته وحدها بأن شرع في صلاة الإمام ولم يشتغل بالأربع هل يقضيها بعد الفراغ من الظهر ، ما دام وقت الظهر باقياً [فقد]^(٨) اختلف المشايخ فيه :

قال [بعضهم] : لا يقضيها ، و[و]^(٩) عامتهم على أنه يقضيها ، وهكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله - وهو^(١٠) الصحيح ، فقد روت عائشة

(١) سقط في أ .

(٢) في أ ، ب ، وهو حسن .

(٣) التعريس : النزول آخر الليل للنوم والاستراحة .

ينظر : لسان الميزان ، مادة (عرس) (٤/٢٨٨٠) .

(٤) أخرجه مسلم (٤٧١/١) كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب : قضاء الصلاة الفائتة (٦٨٠/٣١٠) ، وأحمد (٤٢٨/٢) ، والنسائي (٢٩٨/١) كتاب المواقيت ، باب : كيف يقضى الفائت من الصلاة ، وابن خزيمة (٩٨٨ ، ٩٩٩ ، ١١١٨) من طريق أبي حازم عن أبي هريرة قال : عرسنا مع نبي الله ﷺ ، فلم نستيقظ حتى طلعت الشمس ، فقال النبي ﷺ : «لأخذ كل رجل برأس راحلته ، فإن هذا منزل حضرنا فيه الشيطان . . .» الحديث .

(٥) في أ ، ب : ولهما .

(٦) سقط في أ ، ب .

(٧) في أ ، ب : ضحى .

(٨) سقط في أ ، ب .

(٩) سقط في أ ، ب .

(١٠) زاد في أ : في .

- رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ «كان إذا فاتته الأربع قبل الظهر قضاها بعد الظهر»^(١) ثم اختلف العامة فيما بينهم أن هذا يكون سنة، أو نفلا مبتدأ، بعضهم قال^(٢): يكون نفلا مبتدأ، وهكذا روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - [وقال بعضهم]^(٣) يكون سنة.

وهكذا روي عن أبي يوسف ومحمد - رحمه الله -^(٤) وهو قول إبراهيم النخعي وهو الأظهر^(٥)؛ لأن^(٦) عائشة - رضي الله عنها - أطلقت عليه اسم القضاء حيث قالت: «قضاها بعد الظهر»، ثم كيف [يأتي بها]^(٧) قبل^(٨) الركعتين^(٩) [أو بعدهما]^(١٠)، فعلى قياس قول من يقول بأن الأربع نفل مبتدأ، [يقول]^(١١) يأتي بها بعد الركعتين؛ لأنه لو أتى بها قبل الركعتين تفوته الركعتان عن وقتها^(١٢) وعلى قياس قول من يقول بأنه سنة، يقول بأنه يأتي بها قبل الركعتين؛ لأن كل واحد منهما سنة إلا أن إحداهما فائتة، والأخرى وقتية، ولو كان عليه الفرضان وأحدهما فائتة والآخر وقتي، يبدأ بالفائتة أولاً، كذا ها هنا.

وسائر النوافل إذا فاتت عن وقتها لا تقضى بالإجماع سواء فاتت مع الفرض أو بدون الفرض وهذا هو المذكور في ظاهر الرواية، وكان الفقيه أبو جعفر [الهنداوني

(١) أخرجه الترمذي (٤٣٥/١) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الركعتين بعد الظهر، برقم (٤٢٦). وقال: هذا حديث حسن غريب، إنما نعرفه من حديث ابن المبارك من هذا الوجه، وقد رواه قيس بن الربيع عن شعبة عن خالد الحذاء نحو هذا. وينظر: البناية على الهداية (٥٧١/٢).

(٢) في أ، ب: قالوا.

(٣) سقط في أ، وفي ب: بعضهم قالوا.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، ب: أظهر.

(٦) في ب، د: فإن.

(٧) في أ: بها يأتي.

(٨) في د: هل قبل.

(٩) زاد في أ: لأنه لو أتى بها قبل الركعتين.

(١٠) في أ، ب: وبعد الركعتين.

(١١) سقط في ب.

(١٢) في أ، ب: وقتها.

- رحمه الله -^(١) يقول في ركعتي المغرب أن يقضيهما^(٢) ذكره في غريب الرواية .
 إذا كان الإمام في فريضة الفجر فجاء رجل ليقتدي به فإن [كان]^(٣) لا يخاف فوت
 الركعتين يشتغل بالسنة وإن كان يخاف فوت ركعة [فكذلك]^(٤) .
 وفي صلاة الظهر يدخل مع الإمام ولا يشتغل بالسنة سواء خاف فوت الركعتين
 بالجماعة، أو لم يخف هكذا ذكر في الواقعات، وفي الجامع الصغير شرط للدخول
 مع الإمام فوت الجماعة^(٥) لو اشتغل بالسنة .



(١) سقط في د .
 (٢) في أ، يقضيهما .
 (٣) سقط في ب .
 (٤) سقط في أ، ب .
 (٥) زاد في أ: قال .

مسائل التراويح

وإذا ختم القرآن في التراويح^(١) ليلة العشرين مثلاً، فله أن يقرأ من حيث شاء بقية الشهر.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله -، وإذا ختم، وصلى العشاء بقية الشهر من غير تراويح جاز من غير كراهة [فإن التراويح]^(٢) ما شرع لحق نفسه بل لأجل القراءة فيها والسنة وهو الختم مرة، وقد ختم مرة، فلو أمرناه بالتراويح بعد ذلك أمرناه [به]^(٣) لحق نفسه وأنه ما شرع لحق نفسه وعن هذا قلنا: إن النساء من كانت قارئة تصلي عشرين^(٤) ركعة في كل ليلة^(٥) تختم فيها القرآن.

ومن لم تكن قارئة منهن تصلي ستاً، وثمانياً وعشراً والأفضل تعديل^(٦) القراءة بين التسليمات، هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وينحوه^(٧) ورد الأثر عن عمر - رضي الله عنه - وإن خالف هذا فلا بأس به؛ لأن السنة هي الختم وإنها لا تفوت بترك التعديل.

وأما [في]^(٨) التسليمة^(٩) الواحدة فلا يستحب تطويل الركعة الثانية على الأولى،

(١) التراويح: جمع ترويحة، أي ترويحة للنفس، أي استراحة، من الراحة وهي زوال المشقة والتعب، والترويحة في الأصل اسم للجلسة مطلقة، وسميت الجلسة التي بعد أربع ركعات في ليالي رمضان بالترويحة للاستراحة، ثم سميت كل أربع ركعات ترويحة مجازاً، وسميت هذه الصلاة بالتراويح؛ لأنهم كانوا يطيلون القيام فيها ويجلسون بعد كل أربع ركعات للاستراحة.

وصلاة التراويح: هي قيام شهر رمضان، مثنى مثنى، على اختلاف بين الفقهاء في عدد ركعاتها، وفي غير ذلك من مسائلها.

ينظر: فتح القدير (٣٣٣/١)، حاشية العدوي على الكفاية (٣٢١/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٥/١)، المجموع (٣٠/٤)، المغني، لابن قدامة (١٦٥/٢)، قواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان البركتي، طبعة الصدف ببلشرز، كراتشي، ط (١)، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م، ص (٢٢٥).

(٢) في أ: والتراويح، وفي ب: فالتراويح.

(٣) سقط في أ.

(٤) غير واضحة في ب.

(٥) في أ: ركعة.

(٦) سقط في أ.

(٧) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٧٠/١)، البحر الرائق (٧٤/٢).

(٨) سقط في أ.

بلا خلاف فإن طول الركعة الأولى فقد قيل لا بأس به من غير ذكر خلاف .
وقيل: يجب أن تكون المسألة على الاختلاف .
وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف المختار^(١) التسوية، وعلى قول محمد المختار
هو تطويل^(٢) الركعة الأولى على الثانية على حسب اختلافهم في القراءة في الظهر
والعصر .

وإذا صلى ترويجة بتسليمة واحدة، فهذا^(٣) على وجهين:
الأول: أن يقعد على رأس الركعتين، وفي هذا اختلاف المشايخ .
قال بعض المتقدمين: لا يجزئه إلا عن تسليمة واحدة، وقال بعض المتقدمين
وعامة المتأخرين: [أنه]^(٤) تجزئه^(٥) عن تسليمتين .

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - : هو الصحيح؛ لأنه أكمل ولم
يخل بشيء إلا أنه جمع المتفرق واستدام^(٦) التحريمة فكان^(٧) أولى بالجواز .

وإن صلى ستا أو ثمانيا أو عشرة بتسليمة واحدة وقعد على رأس كل ركعتين لم
يجزه^(٨) إلا عن ركعتين في قول بعض المتقدمين، وبعض المتقدمين وعامة
المتأخرين اختلفوا فيما بينهم عامتهم على أنه تجزئه كل ركعتين عن تسليمة واحدة؛
لأنه قد أكمل كل شفع بالقعود وسائر الأفعال والتسليم قطع وخروج وليس بمقصود .
وقال بعضهم: متى صلى عددا بتسليمة واحدة [و]^(٩) هي مستحبة في صلاة الليل
[وكل ركعتين من ذلك تجزئه عن تسليمة واحدة، ومتى صلى عددا بتسليمة واحدة
بعضها مستحبة في صلاة الليل]^(١٠)، وبعضها غير مستحبة، فإنما يجزئه عن القدر

(٩) في د: التسمية .

(١) زاد في ب: هو .

(٢) زاد في د: يعنى .

(٣) في أ: فهذه .

(٤) سقط في د .

(٥) في أ: يجزيه .

(٦) في أ، ب: استلام .

(٧) في أ: وكان .

(٨) في أ: تجزه .

(٩) سقط في د .

(١٠) سقط في د .

المستحب؛ لأنه في الزيادة مسيء وما كان في استحبابه اختلاف كان في هذا اختلاف أيضا.

فعلى هذا إذا صلى ستا تجزئه عن ثلاث تسليمات عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعند صاحبيه^(١) عن تسليمتين؛ لأن الأربع في صلاة الليل مستحب عندهما أيضا، ولكن الأفضل ركعتان، والصحيح قول عامة المتأخرين.

الوجه الثاني: إذا صلى ترويحة بتسليمة، ولم يقعد على رأس الركعتين ففي القياس، وهو قول محمد وزفر - رحمهما الله - وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - تفسد صلاته ويلزمه قضاء هذه التسليمة.

وفي الاستحسان وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - يجوز. ثم اختلف [المشايع]^(٢) على قولهما أنه تجزئه^(٣) عن تسليمية واحدة أو عن تسليمتين.

قال^(٤) بعضهم: عن تسليمتين، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - قال وهو نظير من أوجب على نفسه أن يصلي أربع ركعات بتسليمتين فصلى بتسليمة واحدة أجزاءه، هكذا قال أبو يوسف - رحمه الله - في الأمالي: [فكذا هاهنا]^(٥).

وكان الشيخ الإمام أبو عبد الله الخيزازي - رحمه الله - هكذا يفتي: أنه يجوز عن تسليمتين وكان يقول بأنها سنة مؤكدة كسنة الظهر ولو صلى سنة الظهر أربعاً ولم يقعد على رأس الركعتين أجزاءه على الأربع كذا هاهنا^(٦).

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول: يجوز عن تسليمية واحدة وهكذا كان يفتي الفقيه أبو جعفر رحمه الله.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي: قول الفقيه أبي جعفر والشيخ الإمام [أبي بكر]^(٧) أولى بالأخذ؛ لأنه أقرب إلى^(٨) الاحتياط وهكذا اختار^(٩) الصدر الشهيد

(١) زاد في أ: هما.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يجزئه.

(٤) زاد في أ: وقال.

(٥) في أ، ب: فهنا كذلك.

(٦) في د: هذا.

(٧) في د: الجليل.

- رحمه الله - ورأيت في نسخة: إذا لم يقعد على رأس الثانية فعند أبي حنيفة - رحمه الله - يكون عن تسليمين وعند أبي يوسف - رحمه الله - يكون عن تسليمة واحدة .
وأما إذا صلى ثلاث ركعات بتسليمة واحدة إن قعد على رأس الثانية يجزئه عن تسليمة واحدة وعليه قضاء ركعتين؛ لأنه شرع في الشفع الثاني وصح الشروع فيه وقد أفسده^(١) [فيجب عليه]^(٢) قضاء الشفع الثاني وإن لم يقعد في^(٣) الثانية، ساهياً أو عامداً لا شك أن صلاته باطلة في القياس، وهو قول محمد وزفر - رحمهما الله -، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وعليه قضاء الركعتين^(٤) فحسب [و]^(٥) على جواب الاستحسان وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

واختلف المشايخ، قال بعضهم: تجزئه عن تسليمة .
وقال بعضهم: لا تجزئه أصلاً، وكذلك^(٦) الخلاف في غير التراويح إذا تنفل ثلاثاً^(٧) ولم يقعد على رأس الثانية هل تجوز هذه الصلاة فوجه قول من قال [أنه يجوز؛ لأن]^(٨) الفرض يجوز بهذه الصفة وهو المغرب فيجوز النفل أيضاً، وإذا جاز النفل جازت التراويح؛ لأنها نافلة وصار هذا، وما^(٩) لو صلى الأربع بقعدة واحدة سواء .

[وجه]^(١٠) قول من قال [لا يجوز؛ لأن]^(١١) القعدة المشروعة قد تركها والتي

(٨) في أ، ب: على .

(٩) في د: اختيار .

(١) في أ: أفسد .

(٢) في د: فعليه .

(٣) في د: على .

(٤) في ب، د: ركعتين .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: ولذلك، وفي د: وكذا .

(٧) في أ، ب: بثلاث .

(٨) في أ: بجواز، وفي ب: يجوز أن .

(٩) في أ: وأما .

(١٠) سقط في أ .

(١١) في أ، ب: بأنه يجوز أن .

فعلها في غير موضعه فصار وجودها والعدم بمنزلة ولو لم يقعد فيها^(١) أصلا لا يجوز كذا هذا بخلاف الأربع؛ لأن القعدة في آخرها قعدة في موضعها فيجوز ثم على قول من يقول تجزئه الثلاث عن تسليمه واحدة هل يلزمه شيء آخر لأجل الثالثة إن كان ساهيا لا؛ لأنه شرع في المظنون^(٢) وإن كان عامدا يلزمه ركعتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -؛ لأن الثالثة قد صحت حيث حكم بصحة التحريمة حين قعد في آخر الصلاة ولم يكملها بضم أخرى إليها فيلزمه القضاء، وعلى قول من يقول لا تجزئه الثلاث أصلا لزمه قضاء الأوليين وهل يلزمه لأجل الثالثة شيء إن كان ساهيا لا شيء عليه؛ لأنه شرع في المظنون^(٣) وإن كان عامدا يلزمه^(٤) ركعتان في قول أبي يوسف؛ [لأن الثالثة قد صحت]^(٥) لبقاء التحريمة، وفي قول أبي حنيفة لا يلزمه شيء؛ لأن التحريمة له^(٦) فسدت حين لم يقعد على رأس الثانية، ولم يأت بالرابعة، فإذا قام إلى الثالثة فقد قام إليها بتحريمة فاسدة وذلك يوجب القضاء عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا [يوجب]^(٧) في الصحيح من مذهبه، فعلى هذا إذا صلى التراويح عشر تسليمات كل تسليمة ثلاث ركعات ولم يقعد على رأس الركعتين فعلى جواب القياس وهو قول محمد وزفر - رحمهما الله - وهو رواية عن أبي حنيفة عليه قضاء التراويح كلها ولا شيء عليه سوى ذلك وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف رحمهما الله فعلى قول من يقول إذا صلى ثلاث ركعات بتسليمه واحدة تجزئه عن تسليمه أجزاء ههنا عن التراويح كلها ولا شيء عليه إن^(٨) قام ساهيا وإن^(٩) قام عامدا فعليه قضاء عشرين ركعة وعلى قول من يقول لا تجزئه الثلاث عن تسليمه واحدة عليه قضاء

(١) في أ، ب: فيه.

(٢) في أ، ب: مظنون.

(٣) في أ، ب: مظنون.

(٤) في أ، ب: لزمه.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ، ب: قد.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) زاد في أ، ب: كان.

(٩) زاد في ب: كان.

التراويح كلها ولا شيء عليه سوى ذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله - كيف ما كان . وفي قول أبي يوسف : إن كان ساهيا فكذلك وإن كان عامدا فعليه [قضاء عشرين ركعة أخرى مع التراويح أيضًا] ^(١) .

وإذا اقتدى في التسليمة الأولى أو الثانية بمن ^(٢) [يصلي] ^(٣) التسليمة الخامسة أو السادسة اختلف المشايخ فيه .

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والصحيح أنه يجوز؛ لأن الصلاة واحدة ونية الأولى أو الثانية لغو؛ ألا ترى أنه لو نوى الثالثة بعد الأولى لم يكن إلا الثانية؛ وألا ترى أنه لو اقتدى في الركعتين بعد الظهر بمن يصلي الأربعاء قبل الظهر يجوز فهذا كذلك، وإذا فاتته ترويحة أو ترويحتان وقام الإمام إلى الوتر، يتابعه في الوتر ^(٤) يأتي بما فاتته من الترويحات، فقد اختلف مشايخ زماننا فيه، وذكر في واقعات الناظفي عن أبي عبد الله الزعفراني، أنه يوتر مع الإمام ثم يقضي ما فاتته من الترويحات .

اختلف العلماء في أن الجماعة هل هي سنة التراويح، ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال : من قدر على أن يصلي في بيته كما يصلي مع الإمام في شهر رمضان فأحب إلي أن يصلي في بيته وذكر عن مالك نحوه وكان الشافعي - رحمه الله - يقول في القديم صلاة المنفرد في قيام رمضان أحب إلي .

قال الطحاوي - رحمه الله - : وقد قال قوم أن الجماعة في ذلك أفضل منهم عيسى بن أبان .

وذكر الطحاوي في مختصره يستحب ^(٥) أن يصلي التراويح في بيته إلا أن يكون فقيها عظيما يقتدى به فيكون ^(٦) في حضوره ترغيب ^(٧) لغيره، وفي الامتناع عن

(١) في أ: من التراويح قضاء عشرين ركعة أخرى، وفي ب: مع التراويح قضاء عشرين ركعة أخرى .

(٢) في أ: من .

(٣) سقط في د .

(٤) في أ: أم .

(٥) زاد في د: له .

(٦) في د: لأن .

(٧) في د: ترغيبا .

الحضور تقليل [الجماعة]^(١) فحينئذ لا يستحب له أن يصلي في بيته وينبغي أن يحضر المسجد.

وفي نوادر هشام قال: سألت محمدا عن القيام في شهر رمضان في المسجد أحب إليك أم في البيت؟ قال: إن كان ممن يقتدى به، فصلاته في المسجد أحب إلي. وقال أبو سليمان: كان محمد بن الحسن يصلي مع الناس التراويح ويوتر ثم يرجع، وهكذا كان يفعل أبو مطيع، وخلف، وشداد، وإبراهيم بن يوسف - رحمهم الله -. ومن المشايخ [من قال]^(٢): من صلى التراويح منفردا، كان تاركا للسنة وهو مسيء وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله -، لما روي عن النبي ﷺ أنه قدر ما صلى التراويح صلى بجماعة^(٣)، وهكذا نقل عن الصحابة رضوان الله

(١) سقط في د.

(٢) سقط في: أ، د.

(٣) قال الحنفية: صلاة التراويح بالجماعة سنة على الكفاية في الأصح، فلو تركها الكل أساؤوا، أما لو تخلف عنها رجل من أفراد الناس وصلى في بيته فقد ترك الفضيلة، وإن صلى في البيت بالجماعة لم ينل فضل جماعة المسجد. وبالغ الطحاوي فقال: إن صلاة التراويح في الجماعة واجبة على الكفاية، وقال المالكية: تندب صلاة التراويح في البيوت إن لم تعطل المساجد، وذلك لخبر: «عليكم صلاة المرء في بيته، فإن خير صلاة المرء في بيته إلا الصلاة المكتوبة» [أخرجه البخاري (١٤١/١) كتاب الأذان، باب صلاة الليل، حديث رقم (٧٣٧)، و(١٢٤٧/٣) في كتاب الأدب، باب: ما يجوز من الغضب والشدة لأمر الله، حديث رقم (٦١٨١)، و(١٤٧١/٣)، و(١٤٧٢) في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: ما يكره من كثرة السؤال وتكلف ما لا يعنيه، حديث رقم (٧٣٧٦)، ومسلم (٣١٠/١) كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب: استحباب الصلاة النافلة في بيته، حديث رقم (١٨٦١) واللفظ لهما عن زيد بن ثابت]، ولخوف الرياء وهو حرام. وندب صلاة التراويح - في البيوت عندهم - مشروط بثلاثة أمور: ألا تعطل المساجد، وأن ينشط لفعالها في بيته، ولا يقعد عنها، وأن يكون غير آفاقي بالحرمين، فإن تخلف شرط كان فعلها في المسجد أفضل. وقال الزرقاني: يكره لمن في المسجد الانفراد بها عن الجماعة التي يصلونها فيه، وأولى إذا كان انفراده يعطل جماعة المسجد، واختلفوا فيما إذا صلاها في بيته، هل يصلها وحده أو مع أهل بيته؟ قولان، قال الزرقاني: لعلهما في الأفضلية سواء.

وقال الشافعية: تسن الجماعة في التراويح على الأصح، لحديث عائشة رضي الله تعالى عنها - حديث المطلب - وللأثر عن عمر رضي الله تعالى عنه ولعمل الناس على ذلك. ومقابل الأصح عندهم أن الانفراد بصلاة التراويح أفضل كغيرها من صلاة الليل لبعده عن الرياء، وقال الحنابلة: صلاة التراويح جماعة أفضل من صلاتها فرادى، قال أحمد: كان علي وجابر وعبد الله رضي الله عنهم يصلونها في الجماعة. وفي حديث أبي ذر

عليهم (١).

ومن المشايخ من قال: يكون تاركاً للفضيلة ولا بأس به، فقد صح عن عمر (٢)
[ونافع (٣) وسالم (٤)] (٥) - رضي الله عنهم - أنهم كانوا ينصرفون ولا يقومون (٦) فدل

قال: قال رسول الله ﷺ: «إنه من قام مع الإمام حتى ينصرف كتب له قيام ليلة» [أخرجه أحمد في المسند (١٥٩/٥، ١٦٠، ١٦٣)، وأبو داود في السنن (٢٣٥/١-٢٣٦، ١٣٧٧) كتاب شهر رمضان، باب: في قيام شهر رمضان، والترمذي في السنن (٢٢٣/١) كتاب الصوم، باب: ما جاء في قيام شهر رمضان، حديث رقم (٨١١) وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي في السنن (٢٢٤/١) كتاب السهو، باب: ثواب من صلى مع الإمام حتى ينصرف، حديث رقم (١٣٧٢)، و(٢٧٠/١، ٢٧١) في كتاب قيام الليل وتطوع النهار، باب: قيام شهر رمضان، حديث رقم (١٦١٦)، وابن ماجه في السنن (١٩١-١٩٢) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب: في قيام شهر رمضان، حديث رقم (١٣٨٨)، والدارمي في السنن (٥٣٢) كتاب الصوم، باب: في قيام رمضان، حديث رقم (١٧٨٣) عن أبي ذر. وقالوا: إن تعذرت الجماعة صلى وحده لعموم قول النبي ﷺ: «من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه» [أخرجه البخاري في الصحيح (١٣/١) كتاب الإيمان، باب: تطوع قيام رمضان من الإيمان، حديث رقم (٣٧)، وفي كتاب التراويح، باب: فضل من قام رمضان (٣٧٤/١)، حديث رقم (٢٠٤٧، ٢٠٤٨)، ومسلم في الصحيح (٣٠١/١) كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب: الترغيب في قيام رمضان وهو التراويح، حديث رقم (١٨١٥، ١٨١٦)].

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٥٥٢/١)، شرح مختصر خليل (٧/٢)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٥٨٠/١)، شرح الزرقاني على الموطأ للإمام مالك، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، المطبعة الخيرية، ١١٢٢هـ (٣٣٦/١)، المجموع (٧/٤، ٢١، ٣٦، ٣٨، ٤٠)، المغني، لابن قدامة (٤٥٦/١)، كشف القناع (٤١٤/١، ٤٢٥، ٤٢٦).

(١) المحيط البرهاني (٤٥٧/١).

(٢) في د: عمرو.

(٣) هو: نافع العدوي مولاهم، أبو عبد الله المدني، أحد الأعلام، روى عن مولاة ابن عمر وأبي لبابة وأبي هريرة وعائشة وخلق، قال البخاري: أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر، قال حماد بن زيد: مات سنة عشرين ومائة.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٨٩/٣)، تقريب التهذيب (٢٩٦/٢).

(٤) هو: سالم بن عبد الله بن عمر العدوي المدني الفقيه أحد السبعة، قال: ابن إسحاق: أصح الأسانيد كلها الزهري عن سالم عن أبيه. وقال مالك: كان يلبس الثوب بدرهمين. وعن نافع: كان ابن عمر يقبل سالمًا، ويقول: شيخ يقبل شيخًا، مات سنة ست ومائة على الأصح. ينظر: تهذيب التهذيب (٤٣٦/٣)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣٦١/١).

(٥) في أ، ب: وسالم ونافع.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٨/٢)، برقم (٧٧١٣ - ٧٧١٤، ٧٧١٧)، والمروزي =

أن الجماعة فضيلة^(١) وليست بسنة.

وأكثر المشايخ على أن إقامتها بالجماعة سنة على سبيل الكفاية حتى لو ترك أهل مسجد كلهم إقامتها^(٢) بالجماعة، فقد أسأؤوا وتركوا السنة، فإن أقيمت التراويح بالجماعة في المسجد وتخلف عنها من أفراد الناس وصلى في بيته فقد ترك الفضيلة ولم يكن مسيئاً.

وإن صلوا بالجماعة في بيت فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أن للجماعة فضيلة، وللجماعة في المسجد فضيلة أخرى، فهذا قد حاز إحدى الفضيلتين وترك الفضيلة الزائدة.

إذا كان الإمام لا يختم في مسجد حيه في التراويح ولكن يقرأ مقدار المسنون وهو قدر ما يقرأ في العشاء، فالأفضل أن يصلي في مسجده، هكذا ذكر الصدر^(٣) الكبير برهان الأئمة - رحمه الله - ومراده إذا كان يقرأ قدر المسنون في الركعتين وهو عشرون آية^(٤) في كل ركعة عشر آيات ولا يقرأ على التأليف من أول القرآن إلى آخره على وجه يقع به الختم [بل]^(٥) يقرأ مقدار المسنون من بعض السور في الركعتين^(٦) ويعيد تلك الآيات بعينها في التسليمة^(٧) الأخرى، هكذا إلى أن يتم الترويحيات بها. إذا شرع في شفع من التراويح ثم أفسده ثم قضى، لا شيء عليه.

في آخر زيادات^(٨) الزيادات إمام صلى العشاء على غير وضوء، وهو لا يعلم ثم صلى بهم إمام آخر التراويح ثم علموا فعليهم إعادة العشاء [عليهم]^(٩) إعادة

= في قيام الليل ص (٢٣١ - المختصر)، وينظر: مختصر اختلاف العلماء، للجصاص أحمد ابن محمد بن سلامة الطحاوي، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (٢)، ١٤١٧هـ (١/٣١٥).

(١) في أ: أفضل، وفي ب: فضل.

(٢) زاد في د: فقد ترك الفضيلة.

(٣) زاد في د: الشهيد.

(٤) في أ: ركعة.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب، د: ركعتين.

(٧) في أ، ب: تسليمه.

(٨) في د: أبواب زيادات.

(٩) سقط في د.

التراويح [أيضًا]^(١)؛ لأن وقتها بعد العشاء [هذا]^(٢) هو المختار فلا يجوز الأداء قبلها.

إذا صلى من الشفع الأول من التراويح ركعة وسلم ساهيا، ثم أدى ما بقي على وجهها^(٣) ركعتين ركعتين، إن كان حين سلم تكلم أو نحو ذلك مما يوجب قطع الصلاة فليس عليه إلا قضاء الشفع الأول بالإجماع، وأما إذا لم يفعل شيئا مما قلنا، قال مشايخ سمرقند: التراويح كلها فاسدة؛ لأن ذلك السلام لا يخرج عن حرمة الصلاة، فإذا قام إلى الشفع الثاني صح الشروع الأخير^(٤)، وتقع قعدته^(٥) على رأس الثالثة [وإذا^(٦) سلم كان ساهيا أيضا ويصح الشروع في الشفع الأخير^(٧) وتقع القعدة على رأس الثالثة]^(٨). هكذا إلى آخر التراويح، فهذا الرجل^(٩) ترك القعود على الركعتين في الأشفاع كلها.

وقال مشايخ بخارى: عليه قضاء الشفع الأول لا غير؛ لأن كل شفع من التراويح كصلاة على حدة فإذا كبر ودخل في الشفع الآخر خرج عن الأول؛ كالفرضين المختلفين كيف وإنه نوى الشفع الثاني بلسانه وأنه يقطع الصلاة.

* * *

-
- (١) سقط في د.
 (٢) سقط في: ب، د.
 (٣) في أ، ب: وجههما.
 (٤) في ب: منها.
 (٥) في د: قعدة.
 (٦) في ب: فإذا.
 (٧) في ب: الآخر.
 (٨) سقط في د.
 (٩) في ب، د: رجل.

مسائل (١) الوتر والقنوت

ذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - أن الوتر^(٢) بالجماعات في رمضان أحب إلي .

قال: واختار علماؤنا - رحمهم الله - أن يوتر في منزله في رمضان ولا^(٣) يوتر^(٤) بجماعة؛ لأن الصحابة - رضوان الله عليهم - لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان، كما اجتمعوا على التراويح فيها، فعمر - رضي الله عنه - كان يؤمهم في الوتر في رمضان وأبي بن كعب^(٥) كان [لا]^(٦) يؤمهم فيه^(٧) .

وفي المنتقى عن أبي يوسف سمعت أبا حنيفة - رحمهما الله - يقول: الوتر فريضة واجبة، فقيل: كيف جمع بين صفة الفريضة، وصفة الوجوب، والواجب عند أهل الفقه غير الفرض^(٨) .

(١) في د: فصل في مسائل.

(٢) الوتر - بالكسر - لغة: الفرد، خلاف: الشفع، يقال: أوتر، أي: صلى الوتر، وأوترت العدد، أي: أفردته.

ينظر: المصباح المنير ص (٦٤٧)، مختار الصحاح، ص (٧٠٧).
وفي الشرع: صلاة مخصوصة، وهي ثلاث ركعات بعد العشاء بسلام واحد.
ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٦٦/١).

(٣) في أ: فلا.

(٤) في د: وتر.

(٥) هو: أبي بن كعب بن قيس بن عبيد، أبو المنذر، من بني النجار، من الخزرج، صحابي أنصاري، كان من أحبار اليهود، سيد القراء، ومن كتاب الوحي، أمره عثمان بجمع القرآن، فشارك في جمعه، له أربع وستون ومائة حديث، شهد بدرًا وما بعدها.

ينظر: تهذيب التهذيب (١٨٧/١)، وسير أعلام النبلاء (٣٨٩/١)، وتقريب التهذيب (٤٨/١).

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: فيها. وينظر: تبين الحقائق (١٨٠/١)، العناية شرح الهداية (٤٦٩/١)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٩٩/١)، البناءة شرح الهداية (٥٥٨/٢)، البحر الرائق (٧٥/٢).

(٨) اختلف الفقهاء في حكم الوتر على مذهبين:

المذهب الأول: يرى جمهور الفقهاء - مالك والشافعي وأحمد - أن الوتر سنة مؤكدة. المذهب الثاني: اختلفت الرواية عن أبي حنيفة، فقد روى يوسف بن خالد السمطي أنه واجب، وهذا آخر أقوال الإمام، وهو الصحيح عند جمهور فقهاء المذهب، وروى حماد ابن زيد أنه فرض، وبه أخذ الإمام زفر، وروى نوح بن أبي مريم المروذي عنه أنه سنة. =

وسبب اختلافهم في حكم الوتر هو تعارض الأحاديث، أما الأحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط، بل هي نص في ذلك - فمشهورة، وثابتة، ومن أبينها في ذلك: ما ورد في حديث الإسراء المشهور: «أنه لما بلغ الفرض إلى خمس، قال له موسى: ارجع إلى ربك؛ فإن أمتك لا تطيق ذلك، قال: فراجعته، فقال تعالى: هي خمس، وهي خمسون، لا يبدل القول لدي». [أخرجه البخاري (٤٥٨/١)، (٤٥٩) كتاب الصلاة، باب: كيف فرضت الصلوات في الإسراء حديث (٣٤٩)، ومسلم (١٤٩/١) كتاب الإيمان، باب: الإسراء برسول الله ﷺ حديث (٢٦٣-١٦٣)].

وحديث الأعرابي المشهور الذي سأل النبي - عليه الصلاة والسلام - فقال له: «خمس صلوات في اليوم واللييلة، قال: هل عليّ غيرها؟ قال: لا، إلا أن تطوع». [أخرجه البخاري (١٠٦/١) كتاب الإيمان، باب: الزكاة من الإسلام، الحديث (٤٦)، ومسلم (٤٠/١)، (٤١) كتاب الإيمان، باب: بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام، الحديث (٨/١)].

وأما الأحاديث التي مفهومها وجوب الوتر، فمنها حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله قد زادكم صلاة؛ وهي الوتر، فحافظوا عليها». [أخرجه الطيالسي، ص (٢٩٩)، وأحمد (٢٠٦/٢)، والمروزي في «كتاب الوتر»، ص (١١٥) من طريق المثني بن الصباح، وأحمد (٢٠٨/٢) من طريق الحجاج بن أرطاة، والدارقطني (٣١/٢) من طريق محمد بن عبيد الله العزمي، كلهم عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

أما طريق الدارقطني فقال الزيلعي في نصب الراية (١١٠/٢): والعزمي ضعيف، ونقل ابن الجوزي عن النسائي، وأحمد، والفلاس: أنه متروك الحديث، والطريق الأول ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٤٣/٢)، وقال المثني بن الصباح: ضعيف. قال النسائي: متروك الحديث، وذكره الدارقطني في الضعفاء والمتروكين. وقال الترمذي: يضعف في الحديث.

ينظر: الضعفاء والمتروكين، للنسائي (٦٠٤)، الضعفاء والمتروكين للدارقطني (٥٣٣)، الجامع الصحيح «سنن الترمذي» لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٦٣٧). أما الطريق الثانية: ففيه الحجاج بن أرطاة].

وحديث خارجة بن حذافة قال: «خرج علينا رسول الله ﷺ، فقال: إن الله أمدمكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم، وهي الوتر، وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء إلى طلوع الفجر». [أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٢٠٣/٢) القسم الأول، باب: خارجة، الحديث (٦٩٥)، وأبو داود (١٢٨/٢) كتاب الصلاة، باب: استحباب الوتر، الحديث (١٤١٨)، والترمذي (٣١٤/٢) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في فضل الوتر، الحديث (٤٥٢)، وابن ماجه (٣٦٩/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: ما جاء في الوتر، الحديث (١١٦٨)، ومحمد بن نصر المروزي في الوتر (١١٥) باب: الترغيب في الوتر والحث عليه، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٣٢٠/١) كتاب الصلاة، باب: الوتر

هل يصلى في السفر، والدارقطني (٣٠/٢) كتاب الوتر، باب: فضيلة الوتر، الحديث (١)، والحاكم (٦٠٣/١) كتاب الوتر، والبيهقي (٤٦٩/٢) كتاب الصلاة، باب: تأكيد صلاة الوتر، كلهم من حديث عبد الله بن راشد الزوفي، عن عبد الله بن أبي مرة، عن خارجة به. وقال البخاري: (لا يعرف لإسناده سماع بعضهم من بعض) وقال الترمذي: (غريب)، وقال الحاكم: (صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، رواه مديون ومصريون، ولم يتركاه إلا لما قدمت ذكره من تفرد التابعي عن الصحابي)].

وحديث بريدة الأسلمي أن رسول الله ﷺ قال: «الوتر حق، فمن لم يوتر فليس منا». [أخرجه أحمد (٣٥٧/٥)، وأبو داود (١٢٩/٢) كتاب الصلاة، باب: فيمن لم يوتر (٣٣٧) الحديث (١٤١٩)، ومحمد بن نصر المروزي، ص (١١٥) كتاب الوتر، باب: الترغيب في الوتر، باب: الترغيب في الوتر، باب: الترغيب في الوتر والحث عليه، والدولابي في الكنى (١٣٠/٢)، والحاكم (٣٠٥/١) كتاب الوتر، والبيهقي (٤٧٠/٢) كتاب الصلاة، باب: تأكيد صلاة الوتر، والخطيب في تاريخ بغداد (١٧٥/٥) كلهم من رواية أبي المنيب عبيد الله بن عبد الله العتكي، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه، وزاد أكثرهم تكرار: فمن لم يوتر فليس منا، ثلاثا.

وقال الحاكم: (حديث صحيح، وأبو المنيب العتكي مروزي ثقة)، وقال الذهبي: قال البخاري: عنده مناكير.

وأبو المنيب وثقة ابن معين، وقال أبو حاتم: صالح يحول من كتاب الضعفاء، وقال النسائي: ثقة، وقال مرة: ضعيف، وقال ابن عدي: لا بأس به، وقال الحاكم: ثقة يجمع حديثه، وقال عباس بن مصعب: رأى أنسا وروى عن جماعة من التابعين وهو ثقة. وقال الحافظ: صدوق يخطئ.

ينظر: التقريب (٥٣٥/١)، التهذيب (٢٧/٧) للإمام البغوي.

فمن رأى أن الزيادة هي نسخ، ولم تقو عنده هذه الأحاديث قوة تبلغ بها أن تكون ناسخة لتلك الأحاديث الثابتة المشهورة، رجح تلك الأحاديث، وأيضاً فإنه ثبت من قوله تعالى في حديث الإسراء: أنه ﴿مَا يَدُلُّ الْقَوْلَ لَدَيْ﴾، وظهره أنه لا يزداد فيها، ولا ينقص منها، وإن كان هو في النقصان أظهر، والخبر ليس يدخله النسخ، ومن بلغت عنده قوة هذه الأخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس إلى رتبة توجب العمل، أوجب المصير إلى هذه الزيادة، لا سيما إن كان ممن يرى أن الزيادة لا توجب نسخاً، لكن ليس هذا من رأي أبي حنيفة.

احتج الجمهور بسنية صلاة الوتر بأدلة من السنة والمعقول:

أولاً: من السنة: فقد روى ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال: «ثلاث كتبت عليّ، وهي لكم سنة: الوتر والضحي والأضحى». [أخرجه أحمد (٢٣١/١)، ٢٣٢، ٢٣٤)، والدارقطني في سننه (٢١/٢) كتاب الوتر، باب: صفة الوتر، وأنه ليس بفرض حديث (١)، والحاكم في المستدرک (٣٠٠/١) كتاب الوتر، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٦٨/٢) كتاب الصلاة، باب: جمع أبواب صلاة التطوع وقيام شهر رمضان، من طريق أبي بدر عن أبي جناب الكلبي عن عكرمة عن ابن عباس.

قال الذهبي في تلخيص المستدرک: سكت عنه الحاكم وهو غريب منكر، ويحیی ضعفه =

النسائي والدارقطني .
وقال البيهقي: أبو جناب الكلبي اسمه يحيى بن أبي حية، ضعيف، وكان يزيد بن هارون يصدقه ويرميه بالتدليس].

وعن ابن محيريز أن رجلاً من بني كنانة يدعى المخدجي سمع رجلاً بالشام يدعى أبا محمد يقول: إن الوتر لواجب، قال المخدجي: فرحت إلى عبادة بن الصامت، فاعترضت له وهو رائح إلى المسجد، فأخبرته بالذي قال أبو محمد، فقال عبادة: كذب أبو محمد، سمعت النبي ﷺ يقول: «خمس صلوات كتبهن الله على العباد، من جاء بهن لم ينقص منهن شيئاً استخفافاً بحقهن، كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة، ومن لم يأت بهن، فليس له عند الله عهد: إن شاء عذبه، وإن شاء أدخله الجنة». [أخرجه مالك في الموطأ (١٢٣/١) كتاب صلاة الليل، باب: الأمر بالوتر (١٤)، وأخرجه أبو داود (٦٢/٢)، في الصلاة، باب: في الصلاة، باب: فيمن لم يوتر (١٤٢٠)، والنسائي (٢٣٠/١)، في الصلاة، باب: المحافظة على الصلوات الخمس، وأخرجه ابن ماجه (٤٤٨/٢) في إقامة الصلاة، باب: ما جاء في أن الصلاة كفارة (١٤٠١)، وأحمد في المسند (٣١٥، ٣١٩)، والدارمي في السنن (٣٧٠/١)].

وعن عاصم بن حمزة عن علي قال: «ليس الوتر بحتم كهيئة المكتوبة، ولكنه سنة سنَّها رسول الله ﷺ». [أخرجه أبو داود (٤٤٩/١) كتاب الصلاة، باب: استحباب الوتر حديث (١٤١٦)، والترمذي (٣١٦/٢) كتاب أبواب الصلاة، باب: ما جاء أن الوتر ليس بحتم حديث (٤٥٣- ٤٥٤)، والنسائي (٢٢٩/٣) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب: الأمر بالوتر، وابن ماجه (٣٧٠/١) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب: ما جاء في الوتر حديث (١١٦٩)، وأحمد (٨٦/١)، وأحمد (١٠٧، ١١٠، ١١٥، ١٢٠)].

وعن جابر قال: صلى بنا رسول الله ﷺ في شهر رمضان ثمان ركعات وأوتر، فلما كانت القابلة جئنا المسجد؛ رجونا أن يخرج إلينا، فلم ينزل فيه حتى أصبحنا، ثم دخلنا فقلنا: يا رسول الله، اجتمعوا في المسجد؛ رجونا أن تصلي بنا! قال: «إني خشيت - أو كرهت - أن يكتب عليكم». [أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٣٨/٢) حديث (١٠٧٠)، والمروزي في قيام الليل (٢٥٢)].

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث: أن فرائض الصلوات خمس، وسائرهن تطوع، وفي حديث ابن عباس نص على المطلوب.

ثانيًا: من المعقول: استدل الجمهور بالمعقول فقالوا: ولو كان الوتر واجبًا لصار المفروض ست صلوات في كل يوم وليلة، وزيادة الوتر على الخمس المكتوبات نسخ لها؛ لأن الخمس قبل الزيادة كانت كل وظيفة اليوم والليل، وبعد الزيادة تصير بعض الوظيفة؛ فينسخ وصف الكلية بها، ولا يجوز نسخ الكتاب والمشاهير من الأحاديث بالأحاد، ولأن علامات السنن فيها ظاهرة؛ فإنها تؤدي تبعًا للعشاء، والفرص ما لا يكون تابعًا لفرص آخر، وليس لها وقت ولا أذان ولا إقامة ولا جماعة، ولفرائض الصلاة أوقات وأذان وإقامة وجماعة؛ ولذا وجب القراءة في الثلاث كلها وذا من آيات السنن.

احتج الإمام أبو حنيفة بالسنة والمعقول:
 أولاً: السنة: استدل بما روى عبد الله بن بريدة، عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الوتر حق، فمن لم يوتر فليس منا» قاله ثلاثاً.
 وبحديث خارجه بن حذافة المتقدم في سبب اختلاف الفقهاء.
 وجه الدلالة من الحديث الأول: أن التواعد على الترك دليل الوجوب، والحق لا يكون إلا واجباً.
 أما الحديث الثاني فهو من باب الأمر بها، ومطلق الأمر للوجوب، وأنه سماها زيادة، والزيادة على الشيء لا تتصور إلا من جنسه؛ ولأن الزيادة إنما تتصور على المقدر وهو الفرض، وأما النفل فليس بمقدر؛ فلا تتحقق الزيادة عليه.
 ثانياً: المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب بالمعقول فقالوا:
 هي صلاة تقضى إذا فاتت، والقضاء عن الفوات دليل على وجوب الأداء.
 المناقشة والترجيح: نوقشت أدلة الجمهور من قبل الحنفية فقالوا: أما حديث: «ثلاث كتبت عليّ، وهي... إلخ» فهو ضعيف جداً؛ لأنه وإن روي بروايات متعددة وألفاظ متقاربة، إلا أن مداره على أبي جناب المدني وجابر الجعفي، وكلاهما ضعيف، وقال الحافظ ابن حجر: وأطلق الأئمة على هذا الحديث الضعف؛ كالإمام أحمد والبيهقي وابن الصلاح وابن الجوزي، والنووي وغيرهم، وضعفه أيضاً الحافظ الزيلعي والإمام الشوكاني.

وأما حديث: «خمس صلوات...»: ففيه نفي الفرضية دون الوجوب؛ لأن الكتابة عبارة عن الفرضية، والحنفية تقول: إنها ليست بفرض ولكنها واجبة، وهذا آخر أقوال الإمام.

وهو محمول أيضاً على ما قبل الوجوب، فلا يدل على عدم وجوب الوتر؛ لأنه كان في أول الإسلام، ثم وجب الوتر بعده، حتى إنه لما سأله الأعرابي عن العبادة المالية، فأخبره بالزكاة فقال: هل عليّ غيرها؟ فقال: لا، كما ذكر في الصلاة، مع أن صدقة الفطر كانت واجبة بالاتفاق، والحديث يدل على فرضية الخمس، والوتر عند الحنفية ليس بفرض، بل هي واجبة؛ ولهذا لا يلزم من القول بوجوبه الزيادة على الفرائض الخمس القطعية؛ لأنه ليس بفرض قطعي، بل هو واجب؛ بناء على مذهبهم في الأصول: أن الفرض والواجب لفظان مختلفان.

وقد ناقش الحنفية المعقول القائل: إذا لم يكن فرضاً لم تصر الفرائض الخمس سناً بزيادة الوتر عليها، وبه تبين أن زيادة الوتر على الخمس ليست نسخاً لها؛ لأنها بقيت بعد الزيادة كل وظيفة اليوم والليلة فرضاً.

وأما قولهم: إنه لا وقت لها، فليس كذلك، بل لها وقت وهو وقت العشاء، ولكن تقديم العشاء عليها شرط عند التذكر، وهذا لا يدل على التبعية؛ كتقديم كل فرض على ما يعقبه من الفرائض؛ ولهذا اختص بوقت استحساناً، فإن تأخيرها إلى آخر الليل مستحب، وتأخير العشاء إلى آخر الليل يكره أشد الكراهة، وذا أمانة الأصالة؛ إذ لو =

كانت تابعة للعشاء لتبعته في الكراهة والاستحباب جميعًا، وأما الجماعة والأذان والإقامة فلأنها من شعائر الإسلام، فتختص بالفرائض المطلقة؛ ولهذا لا مدخل لها في صلاة النساء، وصلاة العيدين والكسوف، وأما القراءة في الركعات كلها فلضرب احتياط - عند تباعد الأدلة - عن إدخالها تحت الفرائض المطلقة؛ لأنه وإن كان واجبًا، لكن الواجب هو ما يحتمل أنه فرض ويحتمل أنه سنة، لكن يرجح جهة الفرضية فيه بدليل فيه شبهة؛ فيجعل واجبًا مع احتمال السنية، فكان الاحتياط في وجوب القراءة في الكل.

ولقد وفق مشايخ الحنفية بين الروايات الثلاث فقالوا: إنه فرض عملاً وهو الذي لا يترك، وواجب اعتقاداً فلا يكفر جاحده، وسنة ثبوتاً ودليلاً؛ لثبوته بالسنة؛ ولهذا قال بعض المشايخ: الواجب نوعان: واجب في قوة الفرض في العمل: كالوتر عند الإمام، حتى يمنع تذكره صحة الفجر كتذكر العشاء، وواجب دون الفرض العملي فوق السنة: كتعين الفاتحة، حتى وجب سجود السهو بتركها، ولكن لا تفسد الصلاة.

وناقش الجمهور أدلة الإمام أبي حنيفة الدالة على الوجوب بأن الأحاديث الواردة ضعيفة لا تنهض على الاحتجاج، والصحيح منها ليس على معناه، وعلى فرض صحتها فهي محمولة على تأكيد السنية؛ جمعاً بين الأحاديث الدالة على عدم الوجوب، وأجابوا عن حديث: «الوتر حق... إلخ» معناه: من لم يوتر؛ رغبة عن السنة فليس منا، قال ابن المنذر في الأوسط معقباً على قول الإمام أبي حنيفة: وهذا القول - مع مخالفته للأخبار الثابتة عن النبي ﷺ - خلاف ما عليه عوام أهل العلم عالمهم وجاهلهم، ولا نعلم أحداً سبقه إلى ما قال، وخالفه أصحابه فقالوا كقول سائر الناس.

ينظر: المسبوط للسرخسي (١/١٥٦)، رد المحتار على الدر المختار (٢/٤٤٠)، شرح فتح القدير لكمال الدين ابن الهمام (١/٣٧٢)، الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (١/٦٦)، مختلف الرواية، للسمرقندي، طبعة وزارة الأوقاف بالكويت، ١٩٨٥م، ص (٤٠٠)، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (١/٣٢٢)، تبیین الحقائق (١/٤٢١)، بداية المجتهد (١/١٥٧)، الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر القرطبي (١/٧٥)، الأم، للشافعي (١/٢٥٩)، المجموع شرح المذهب، للشيرازي (٣/٥٠٦)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، لمحمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقي، الملقب فخر الإسلام، المستظهر الشافعي، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، بيروت، عمان، ط (١)، ١٩٨٠م (٢/١٤٢)، الحاوي، للماوردي (٢/٢٩٣)، روضة الطالبين (١/٤٣٠)، كشف القناع (١/٤١٦)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي (٢/١٦٧)، المغني، لابن قدامة (٢/٥٧٨)، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، لابن المنذر، محمد بن إبراهيم، تحقيق: د. أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م (٥/١٦٧، ١٦٨)، شرح السنة، لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (٢/٥٠٠).

قيل في الجواب^(١): أراد به أنها^(٢) فريضة عملا وواجبة علما. ومعنى ذلك: أن من نفى فرضيته لا يكفر، أو نقول^(٣): عنى بقوله: واجبة أن وجوبها لم يثبت بدليل قطعي كسائر الواجبات في اليوم والليلة. وعن أبي يوسف - رحمه الله - قال: الوتر سنة واجبة، وطريق الجمع بين الوصفين^(٤) مختلف فيه، بعضهم قالوا: [معناه عرف وجوبها بالسنة وبعضهم]^(٥) قالوا السنة الطريقة فمعنى قوله سنة واجبة، أي طريقة مستقيمة، والافتداء بالوتر خارج رمضان جائز ذكره في النوادر^(٦).
[و]^(٧) في مختصر القدوري أنه لا يجوز. قيل: معنى عدم الجواز المذكور^(٨): الكراهة، لا أصل الجواز. والكلام في القنوت^(٩) في مواضع: أحدها: أنه لا قنوت إلا في الوتر عندنا. والثاني: أن القنوت في الوتر مشروع قبل^(١٠) الركوع.

-
- (١) زاد في أ: إن.
 (٢) في أ: أنه.
 (٣) في أ، ب: يقول.
 (٤) في أ، ب: الصفتين.
 (٥) سقط في أ، ب.
 (٦) في أ، ب: النوازل.
 (٧) سقط في أ.
 (٨) زاد في ب: ثمة.
 (٩) القنوت في اللغة له معان، منها: الدعاء؛ ولهذا سمي هذا الدعاء قنوتا، ويطلق على الدعاء بخير وشر.
 وعند الحنفية اختلفوا في حقيقة القنوت: فنقل في المجتبى: القنوت طول القيام دون الدعاء. وعن أبي عمرو: لا أعرف من القنوت إلا طول القيام، وبه فسر قوله تعالى: ﴿أَمَّنْ هُوَ قَنِتٌ ءَاتَاءَ اللَّيْلِ﴾. وعن الفتاوى الصغرى: القنوت في الوتر هو الدعاء دون القيام. وفي حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح: القنوت في الشرع: هو الدعاء الواقع في قيام ثالثة صلاة الوتر.
 ينظر: البحر الرائق (٤٥/٢)، حاشية الطحطاوي، ص (١٦٨)، شرح المهذب (٣/٤٨٢).
 (١٠) في أ، ب: بعد.

والثالث: [أن] (١) القنوت في الوتر في جميع السنة عندنا (٢).

- (١) سقط في د.
 (٢) القنوت منحصر في ثلاثة مواطن: صلاة الصبح، وصلاة الوتر، وفي النوازل، وبيان ذلك فيما يأتي:

أ - القنوت في الصبح:

واختلف الفقهاء في حكم القنوت في صلاة الصبح على أربعة أقوال:
 الأول: للحنفية والحنابلة، والثوري: وهو أن القنوت في الصبح غير مشروع، وهو مروى عن ابن عباس، وابن عمر، وابن مسعود، وأبي الدرداء، رضي الله عنهم، وقال أبو حنيفة: القنوت في الفجر بدعة، وقال الحنابلة: يكره.
 واستدلوا على ذلك: بما ورد أن النبي ﷺ «قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو في قنوته على أحياء من أحياء العرب، ثم تركه» [أخرجه البخاري في فتح الباري (٧/٣٨٥)، ومسلم (١/٤٦٩)]، من حديث أنس بن مالك واللفظ المذكور مركب من عدة روايات لهما، قالوا: فكان منسوخا، إذ الترك دليل النسخ، وبما روي عن أبي مالك سعد بن طارق الأشجعي قال: قلت لأبي: يا أبت، إنك قد صليت خلف رسول الله، وأبي بكر، وعثمان، وعلي هاهنا بالكوفة نحو من خمس سنين، أكانوا يقتنون؟ قال: أي بني، محدث. وفي لفظ: يا بني إنها بدعة [أخرجه الترمذي (٢/٢٥٢)] وقال: «حديث حسن صحيح»، واللفظ الآخر للنسائي (٢/٣٠٤). قال الترمذي: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم.

والثاني: للمالكية على المشهور: وهو أن القنوت في الصبح مستحب وفضيلة؛ لأن النبي ﷺ كان يقنت في صلاة الصبح فيما روى أبو هريرة وخفاف بن إيماء والبراء وأنس بن مالك. قال أنس: ما زال رسول الله يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا [أخرجه أحمد (٣/١٦٢)، والبيهقي (٢/٢٠١)]، وضعفه ابن التركماني كما في هامش سنن البيهقي، وكذا ابن الجوزي كما في نصب الراية (٢/١٣٢)]، وقال علي بن زياد بوجود القنوت في الصبح، فمن تركه فسدت صلاته.

ويجوز قبل الركوع وبعده في الركعة الثانية، غير أن المندوب الأفضل كونه قبل الركوع عقب القراءة بلا تكبيرة قبله، وذلك لما فيه من الرفق بالمسبوق، وعدم الفصل بينه وبين ركني الصلاة؛ ولأنه الذي استقر عليه عمل عمر رضي الله عنه بحضور الصحابة، قال القاضي عبد الوهاب البغدادي وروى عن أبي رجاء العطاردي قال: كان القنوت بعد الركوع، فصيره عمر قبله ليدرك المدرك وروى أن المهاجرين والأنصار سألوه عثمان، فجعله قبل الركوع؛ لأن في ذلك فائدة لا توجد فيما بعده، وهي أن القيام يمتد فيلحق المفات؛ ولأن في القنوت ضربا من تطويل القيام، وما قبل الركوع أولى بذلك، لا سيما في الفجر.

ويندب كونه بلفظ: اللهم إنا نستعينك، ونستغفرك، ونؤمن بك، ونتوكل عليك، ونخضع لك، ونخلع ونترك من يكفرك، اللهم إياك نعبد، ولك نصلي ونسجد، وإليك نسعى ونحفد، نرجو رحمتك، ونخاف عذابك، إن عذابك الجد بالكفار ملحق.

ومن ترك القنوت عمدا أو سهوا فلا شيء عليه، فإن سجد لتركه قبل السلام بطلت =

صلاته. وليس لدعاء القنوت حد محدود. =
 ولا يرفع يديه في دعاء القنوت، كما لا يرفع في التأمين، ولا في دعاء التشهد.
 والإسرار به هو المستحب في حق الإمام والمأموم والمنفرد؛ لأنه دعاء، فينبغي الإسرار
 به حذرا من الرياء.
 والمسبوق إذا أدرك الركعة الثانية لا يقنت في القضاء؛ لأنه إنما يقضي الركعة الأولى ولم
 يكن فيها قنوت، قال ابن رشد: إن أدرك قبل ركوع الثانية لم يقنت في قضائه، سواء أدرك
 قنوت الإمام أم لا.
 الثالث للشافعية: وهو أن القنوت في صلاة الصبح سنة، قال النووي: اعلم أن القنوت
 مشروع عندنا في الصبح، وهو سنة مؤكدة، وذلك لما روى أنس بن مالك رضي الله عنه:
 ما زال رسول الله ﷺ يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا.
 قالوا: ولو تركه لم تبطل صلاته، لكن يسجد للسهو، سواء تركه عمدا أو سهوا.
 أما محله، فبعد الرفع من الركوع في الركعة الثانية من الصبح، فلو قنت قبل الركوع لم
 يحسب له على الأصح، وعليه أن يعيده بعد الركوع ثم يسجد للسهو.
 وأما لفظه، فالاختيار أن يقول فيه ما روي عن الحسن بن علي رضي الله عنهما قال:
 علمني رسول الله كلمات أقولهن في الوتر: اللهم اهديني فيمن هديت، وعافني فيمن
 عافيت، وتولني فيمن توليت، وبارك لي فيما أعطيت، وقني شر ما قضيت، فإنك
 تقضي ولا يقضى عليك، وأنه لا يذل من واليت، تباركت ربنا وتعاليت [أخرجه
 الترمذي (٣٢٨/٢)] وقال: حديث حسن ولا نعرف عن النبي ﷺ في القنوت شيئا أحسن
 من هذا، وزاد العلماء فيه: ولا يعز من عاديت قبل: تباركت ربنا وتعاليت وبعده:
 فلك الحمد على ما قضيت، أستغفرك وأتوب إليك.
 قال النووي: قال أصحابنا: لا بأس بهذه الزيادة، وقال أبو حامد والبندنجي وآخرون:
 مستحبة.

ويسن أن يقول عقب هذا الدعاء: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وسلم.
 وذلك في الوجه الصحيح المشهور.
 قال النووي: واعلم أن القنوت لا يتعين فيه دعاء على المذهب المختار، فأى دعاء دعا
 به حصل القنوت، ولو قنت بآية أو آيات من القرآن العزيز، وهي مشتملة على الدعاء حصل
 القنوت، ولكن الأفضل ما جاءت به السنة.
 ولو قنت بالمنقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان حسنا، فقد روي أنه قنت في
 الصبح بعد الركوع فقال: اللهم اغفر لنا وللمؤمنين والمؤمنات، والمسلمين والمسلمات،
 وألف بين قلوبهم، وأصلح ذات بينهم، وانصرهم على عدوك وعدوهم، اللهم العن كفرة
 أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك، ويكذبون رسلك، ويقاتلون أولياءك، اللهم خالف
 بين كلمتهم، وزلزل أقدامهم، وأنزل بهم بأسك الذي لا ترده عن القوم المجرمين، بسم الله
 الرحمن الرحيم، اللهم إنا نستعينك ونستغفرك، ونثني عليك ولا نكفرك، ونخلع ونترك من
 يفجرك، بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم إياك نعبد ولك نصلي ونسجد، ولك نسعى
 ونحسد، ونخشى عذابك الجدد، ونرجو رحمتك، إن عذابك بالكافرين ملحق [أخرجه =

البيهقي في سننه (٢/٢١٠، ٢١١) وله ألفاظ أخرى في مصنف عبد الرزاق (٣/١١٠، ١١١)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢/٣١٤)، وينظر: المجموع شرح المهذب (٣/٤٩٨)، والأذكار، ص (٨٧).

ثم إنه يستحب الجمع بين قنوت عمر رضي الله عنه وما سبق، فإن جمع بينهما، فالأصح تأخير قنوت عمر، وإن اقتصر فليقتصر على الأول، وإنما يستحب الجمع بينهما إذا كان منفرداً أو إمام جماعة محصورين يرضون بالتطويل.

ويستحب إذا كان المصلي إماماً ألا يخص نفسه بالدعاء، بل يعمم، فيأتي بلفظ الجمع «اللهم اهدنا... إلخ»، لما روي عن ثوبان رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يؤم امرؤ قوماً، فيخص نفسه بدعوة دونهم، فإن فعل فقد خانهم» [أخرجه الترمذي (٢/١٨٩)].

أما رفع اليدين في القنوت ففيه وجهان مشهوران، أحدهما استحباب رفع اليدين فيه. وأما مسح الوجه باليدين بعد الفراغ من الدعاء - إن قلنا بالرفع - ففيه وجهان، أحدهما عدم استحباب المسح.

وأما الجهر بالقنوت أو الإسرار به في صلاة الصبح، فيفرق بين ما إذا كان المصلي إماماً، أو منفرداً، أو مأموماً.

فإن كان إماماً: فيستحب له الجهر بالقنوت في الأصح.

وإن كان منفرداً فيسر به بلا خلاف.

وإن كان مأموماً: فإن لم يجهر الإمام قنت سرا كسائر الدعوات، وإن جهر الإمام بالقنوت، فإن كان المأموم يسمعه أمن على دعائه، وشاركه في الثناء على آخره، وإن كان لا يسمعه قنت سرا.

واختلف الفقهاء في حكم القنوت في صلاة الوتر على أربعة أقوال:

الأول لأبي حنيفة: وهو أن القنوت واجب في الوتر قبل الركوع في جميع السنة، وقال الصحابان أبو يوسف ومحمد: هو سنة في كل السنة قبل الركوع.

فعند الحنفية: إذا فرغ مصلي الوتر من القراءة في الركعة الثالثة كبر رافعا يديه، ثم يقرأ دعاء القنوت، واستدلوا على ذلك بما روي أنه ﷺ قنت في آخر الوتر قبل الركوع [أخرجه الدارقطني (٢/٣٢)، وذكر ابن حجر في الدراية (١/١٩٣) أن في إسناده عمرو بن شمر، وهو واه].

وذكر الكرخي أن مقدار القيام في القنوت مقدار سورة ﴿إِذَا سَأَلَ اسْتَشَفَّ﴾، لما روي عن النبي ﷺ أنه كان يقرأ في القنوت: اللهم إنا نستعينك... إلخ [ذكر الدعاء الأول ورد من حديث ابن عباس، وأورده ابن حجر في التلخيص (١/٢٤٩، ٢٥٠) معزواً إلى الحاكم وضعفه والآخر ورد من تعليمه الحسن بن علي] «اللهم اهدنا فيمن هديت... إلخ» وكلاهما على مقدار هذه السورة.

وليس في القنوت دعاء مؤقت، كذا ذكر الكرخي في كتاب الصلاة؛ لأنه روي عن الصحابة أدعية في حال القنوت؛ ولأن المؤقت من الدعاء يجري على لسان الداعي من

غير احتياجه إلى إحضار قلبه وصدق الرغبة منه لله تعالى، فيبعد عن الإجابة؛ ولأنه لا توقيت في القراءة لشيء من الصلوات، ففي دعاء القنوت أولى، وقد روي عن محمد أنه قال: التوقيت في الدعاء يذهب رقة القلب، وقال بعض مشايخنا: المراد من قوله: ليس في القنوت دعاء مؤقت ما سوى قوله: «اللهم إنا نستعينك...»؛ لأن الصحابة اتفقوا على هذا في القنوت، فالأولى أن يقرأه، ولو قرأ غيره جاز، ولو قرأ معه غيره كان حسناً، والأولى أن يقرأ بعده ما علم رسول الله ﷺ الحسن بن علي رضي الله عنهما في قنوته «اللهم اهدنا فيما هديت...» إلخ.

ومن لا يحسن القنوت بالعربية أو لا يحفظه، ففيه ثلاثة أقوال مختارة، قيل: يقول: «يا رب» ثلاث مرات، ثم يركع، وقيل: يقول: اللهم اغفر لي ثلاث مرات، وقيل: يقول: اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار، قال ابن نجيم بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة: والظاهر أن الاختلاف في الأفضلية لا في الجواز، وأن الأخير أفضل لشموله، وأن التقييد بمن لا يحسن العربية ليس بشرط، بل يجوز لمن يعرف الدعاء المعروف أن يقتصر على واحد مما ذكر لما علمت أن ظاهر الرواية عدم توقيته.

وأما صفة دعاء القنوت من الجهر والمخافتة، فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إن كان منفرداً فهو بالخيار: إن شاء جهر وأسمع غيره، وإن شاء جهر وأسمع نفسه، وإن شاء أسر كما في القراءة.

وإن كان إماماً يجهر بالقنوت، لكن دون الجهر بالقراءة في الصلاة، والقوم يتابعونه هكذا إلى قوله: إن عذابك بالكفار ملحق.

قال أبو يوسف: يسن أن يقرأ المقتدي أيضاً وهو المختار؛ لأنه دعاء كسائر الأدعية، وقال محمد: لا يقرأ بل يؤمن؛ لأن له شبهة القرآن احتياطاً.

وقال في الذخيرة: استحسنوا الجهر في بلاد العجم للإمام ليتعلموا، كما جهر عمر رضي الله عنه بالثناء حين قدم عليه وفد العراق، ونص في الهداية على أن المختار المخافتة، وفي المحيط على أنه الأصح.

وفي البدائع: واختار مشايخنا بما وراء النهر الإخفاء في دعاء القنوت في حق الإمام والقوم جميعاً، لقوله تعالى: ﴿ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً إِنَّهُ لَا يَحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ وقول النبي ﷺ: «خير الذكر الخفي» [أخرجه أحمد (١٧٢/١) من حديث سعد بن أبي وقاص، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٨١/١٠): فيه محمد بن عبد الرحمن ابن لبيبة، وثقه ابن حبان وضعفه ابن معين].

أما الصلاة على النبي ﷺ في القنوت. فقد قال أبو القاسم الصفار: لا يفعل؛ لأن هذا ليس موضعها، وقال الفقيه أبو الليث: يأتي بها؛ لأن القنوت دعاء، فالأفضل أن يكون فيه الصلاة على النبي ﷺ ذكره في الفتاوى.

وأما حكم القنوت إذا فات عن محله، فقالوا: إذا نسي القنوت حتى ركع ثم تذكر بعدما رفع رأسه من الركوع لا يعود، ويسقط عنه القنوت ويسجد للسهو، وإن تذكره في الركوع، فكذلك في ظاهر الرواية، كما في البدائع، وصححه في الفتاوى الخانية، وروي عن أبي يوسف: أنه يعود إلى القنوت؛ لأن له شبهة بالقراءة فيعود، كما لو ترك الفاتحة أو

السورة فتذكرها في الركوع أو بعد رفع الرأس منه، فإنه يعود ويتنقض ركوعه، كذا هاهنا. والثاني للمالكية: في المشهور وطاوس، وهو رواية عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه لا يشرع القنوت في صلاة الوتر من السنة كلها، فعن طاوس أنه قال: القنوت في الوتر بدعة، وعن ابن عمر: أنه لا يقنت في صلاة بحال، ومشهور مذهب مالك كراهة القنوت في الوتر.

وفي رواية عن مالك أنه يقنت في الوتر في النصف الأخير من رمضان. والثالث للشافعية في الأصح: وهو أنه يستحب القنوت في الوتر في النصف الأخير من شهر رمضان خاصة، فإن أوتر بركة قنت فيها، وإن أوتر بأكثر قنت في الأخيرة. وفي وجه للشافعية: أنه يقنت في جميع رمضان.

وحكى الروياني وجها أنه يجوز القنوت في جميع السنة بلا كراهة، ولا يسجد للسجود لتركة في غير النصف الأخير من رمضان، قال: وهذا حسن وهو اختيار مشايخ طبرستان. قال الرافعي: وظاهر كلام الشافعي كراهة القنوت في غير النصف الأخير من رمضان. أما محل القنوت في الوتر، فهو بعد رفع الرأس من الركوع في الصحيح المشهور. أما لفظ القنوت في الوتر فكالصحيح.

واستحب الشافعية أن يضم إلى ما ذكرنا من دعاء القنوت قنوت عمر رضي الله عنه. أما الجهر بالقنوت في الوتر ورفع اليدين ومسح الوجه فحكمها ما سبق في قنوت الصبح نفسه.

والرابع للحنابلة: وهو أنه يسن القنوت جميع السنة في الركعة الواحدة الأخيرة من الوتر بعد الركوع، لما روى أبو هريرة، وأنس أن النبي ﷺ قنت بعد الركوع [أخرجه البخاري (فتح الباري ٢/٤٩٣)، ومسلم (١/٤٦٨)]، وحديث أنس أخرجه البخاري (فتح الباري ٢/٤٩٠)، ومسلم (١/٤٦٨)]، قال ابن قدامة في تعليل مشروعيتها كل السنة؛ لأنه وتر، فيشرع فيه القنوت، كالنصف الأخير من رمضان؛ ولأنه ذكر شرع في الوتر، فشرع في جميع السنة كسائر الأذكار.

ولو كبر ورفع يديه بعد القراءة، ثم قنت قبل الركوع جاز، لما روى أبي بن كعب أن رسول الله ﷺ قنت في الوتر قبل الركوع [أخرجه أبو داود (٢/١٣٥) معلقا، ثم ضعفه]. وهيئة القنوت أن يرفع يديه إلى صدره حال قنوته ويسطهما وبطونهما نحو السماء ولو كان مأموما، ويقول جهرا - سواء أكان إماما أو منفردا -: «اللهم إنا نستعينك، ونستهديك، ونستغفرك، ونتوب إليك، ونؤمن بك، ونتوكل عليك، ونثني عليك الخير كله، نشكرك ولا نكفرك، اللهم إياك نعبد، ولك نصلي ونسجد، وإليك نسعى ونحفد، نرجو رحمتك، ونخشى عذابك، إن عذابك الجد بالكفار ملحق، اللهم اهدنا فيمن هديت، وعافنا فيمن عافيت، وتولنا فيمن توليت، وبارك لنا فيما أعطيت، وقنا شر ما قضيت، إنك تقضي ولا يقضى عليك، وإنه لا يذل من واليت، ولا يعز من عاديت، تباركت ربنا وتعاليت، اللهم إنا نعوذ برضاك من سخطك، وبعفوك من عقوبتك، وبك منك، لا نحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك».

وله أن يزيد ما شاء مما يجوز به الدعاء في الصلاة، قال المجد ابن تيمية: فقد صح عن =

عمر رضي الله عنه أنه كان يقنت بقدر مائة آية، ثم يصلي على النبي ﷺ ويفرد المنفرد الضمير، فيقول: اللهم اهديني. اللهم إني أستعينك... إلخ، وهو الصحيح في المذهب. وعليه نص أحمد، وعند ابن تيمية: يجمعه؛ لأنه يدعو لنفسه وللمؤمنين.

والمأموم إذا سمع قنوت إمامه أمن عليه بلا قنوت، وإن لم يسمعه دعا، وهل يمسح وجهه بيديه إذا فرغ؟ على روايتين (أشهرهما) أنه يمسح بهما وجهه، نقله أحمد، واختاره الأكثر، لما روى السائب بن يزيد عن أبيه أن النبي ﷺ كان إذا دعا فرفع يديه، مسح وجهه بيديه [أخرجه أبو داود (١٦٦/٢)، وفي إسناده راو مجهول كما في الميزان للذهبي (٥٦٩/١)]، وكخارج الصلاة.

والثانية لا، نقلها الجماعة، واختارها الآجري لضعف الخبر، وعنه: يكره، صححها في الوسيلة، وعنه: يمرهما على صدره، وبعد ذلك يرفع يديه إذا أراد السجود؛ لأن القنوت مقصود في القيام، فهو كالقراءة.

ب - القنوت عند النازلة:

واختلف الفقهاء في حكم القنوت عند النوازل على أربعة أقوال:
الأول للحنفية: وهو أنه لا يقنت في غير الوتر إلا لنازلة: كفتنة وبلية، فيقنت الإمام في الصلاة الجهرية، قال الطحاوي: إنما لا يقنت عندنا في صلاة الفجر من دون وقوع بلية، فإن وقعت فتنة أو بلية فلا بأس به، فعله رسول الله ﷺ.

وهل القنوت للنازلة قبل الركوع أو بعده؟ احتمالان، استظهر الحموي في حواشي الأشباه والنظائر كونه قبله، ورجح ابن عابدين ما استظهره الشرنبلالي في مراقي الفلاح أنه بعده.

والثاني للمالكية في المشهور، والشافعية في غير الأصح: وهو أنه لا يقنت في غير الصبح مطلقاً، قال الزرقاني: لا يوتر ولا في سائر الصلوات عند الضرورة خلافاً لزاعميه، لكن لو قنت في غيرها لم تبطل، والظاهر أن حكمه في غير الصبح الكراهة، ودليلهم على ذلك ما في الصحيحين عن أنس وأبي هريرة رضي الله عنهما أنه ﷺ قنت شهراً ثم تركه [أخرجه البخاري (فتح الباري ٣٨٥/٧)، ومسلم (٤٦٩/١)].

والثالث للشافعية في الصحيح المشهور وبعض المالكية: وهو أنه إذا نزلت بالمسلمين نازلة، كوباء، وقحط، أو مطر يضر بالعمران أو الزرع، أو خوف عدو، أو أسر عالم قنتوا في جميع الصلوات المكتوبة، قال النووي: مقتضى كلام الأكثرين أن الكلام والخلاف في غير الصبح إنما هو في الجواز، ومنهم من يشعر بإيراده بالاستحباب، قلت: الأصح استحبابه، وصرح به صاحب العدة، ونقله عن نص الشافعي في الإملاء، فإن لم تكن نازلة فلا قنوت إلا في صلاة الفجر، قال ابن علان: وإن لم تنزل فلا يقنتوا، أي يكره ذلك لعدم ورود الدليل لغير النازلة، وفارقت الصبح غيرها بشرفها مع اختصاصها بالتأذين قبل الوقت، وبالتثويب، وبكونها أقصرهن، فكانت بالزيادة أليق، وليعود على يومه بالبركة، لما فيه - أي القنوت - من الذلة والخضوع.

واستدلوا على ذلك بحديث ابن عباس رضي الله عنهما: قنت رسول الله ﷺ شهراً

متابعا في الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح، يدعو على رعل وذكوان وعصية في دبر كل صلاة إذا قال سمع الله لمن حمده من الركعة الأخيرة، ويؤمن من خلفه [أخرجه أبو داود (١٤٣/٢)، وحسنه ابن حجر كما في الفتوحات لابن علان (٢٨٨/٢)] قال ابن علان: إنه ﷺ قنت شهرا يدعو على قاتلي أصحابه القراء بئثر معونة، لدفع تمرد القاتلين، لا لتدارك المقتولين لتعذره. وقيس غير خوف العدو عليه.

وإذا قنت في غير الصبح من الفرائض لنازلة، فهل يجهر بالقنوت أم يسر به؟ قال النووي: الراجح أنها كلها كالصبح، سرية كانت أم جهرية، ومقتضى إيرادها في الوسيط أنه يسر في السرية، وفي الجهرية الخلاف.

والرابع للحنابلة على الراجح عندهم: وهو أنه يكره القنوت في غير وتر إلا أن تنزل بالمسلمين نازلة - غير الطاعون -؛ لأنه لم يثبت القنوت في طاعون عمواس ولا في غيره؛ ولأنه شهادة للأخيار، فلا يسأل رفعه، فيسن للإمام الأعظم - وهو الصحيح في المذهب - القنوت فيما عدا الجمعة من الصلوات المكتوبات - وهو المعتمد في المذهب - لرفع تلك النازلة، ذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قنت شهرا يدعو على حي من أحياء العرب، ثم تركه [أخرجه مسلم (٤٦٩/١)]، وبمعناه في البخاري (فتح الباري ٤٩٠/٧)، وما روي عن علي رضي الله عنه أنه قنت ثم قال: إنما استنصرنا على عدونا هذا. [الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٣١٠/٢].

ويقول الإمام في قنوته نحو ما قال النبي ﷺ وأصحابه، ويجهر بالقنوت للنازلة في صلاة جهرية، قال ابن مفلح وظاهر كلامهم مطلقا، ولو قنت في النازلة كل إمام جماعة أو كل مصل، لم تبطل صلاته؛ لأن القنوت من جنس الصلاة، كما لو قال: آمين يا رب العالمين.

وينظر: منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين، طبعة دار الكتاب الإسلامي، ط (٢) (٤٧/٢)، (٤٨)، بدائع الصنائع (٢٧٣/١)، مجمع الأنهر (١٢٨/١)، (١٢٩)، شرح الزرقاني على خليل (٢١٢/١)، بداية المجتهد (٨٩/٣)، منح الجليل (١٥٧/١)، مواهب الجليل (٥٣٩/١)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢٣٩/١)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب (٨٨/١)، حاشية البناني على الزرقاني (٢١٢/١)، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لعبيد الله بن الحسين ابن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (٢٦٦/١)، القوانين الفقهية، ص (٦٦)، روضة الطالبين (٢٥٤/١)، (٢٥٥)، المجموع، للنووي (٤٩٤/٣)، (٤٩٥)، (٥٠٠)، (٥٠١)، (٥٠٥)، شرح منتهى الإرادات (٢٢٦/١ - ٢٢٨)، المبدع (٧/٢ - ١٢)، المغني، لابن قدامة (٥٨٠/٢ - ٥٨٥) وما بعدها، وكشاف القناع (٤٨٩/١ - ٤٩٣)، وشرح معاني الآثار، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الطحاوي، مطبعة الأنوار المحمدية، القاهرة (٢٤١/١ - ٢٥٤)، ومرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لملا علي القاري، تحقيق: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (١٦٣/١)، عقود الجواهر المنيفة، للزبيدي، =

وقال^(١) الشافعي - رحمه الله -: لا قنوت إلا في النصف الأخير من رمضان .
الرابع: أن مقدار القيام في القنوت قدر سورة ﴿إِذَا الْمَاءُ أَنْشَقَتْ﴾^(٢) وليس فيه دعاء مؤقت؛ لأن القراءة أهم من القنوت، فإذا لم يؤقت في القراءة بشيء من الصلاة ففي الدعاء أولى .

وروي عن محمد - رحمه الله - أن التوقيت في الدعاء يذهب بركة^(٣) القلب، قال بعض مشايخنا: يريد بقوله: ليس فيه دعاء مؤقت، ليس فيه سوى قوله: اللهم إنا نستعينك دعاء مؤقت، فالصحابه اتفقوا على هذا في الوتر .

وقال بعضهم: لا بل ليس فيه شيء [من الدعاء]^(٤) مؤقت [أصلاً]^(٥) لما ذكرنا، والأولى أن يقرأ: «اللهم إنا نستعينك ويقرأ بعده اللهم اهدنا فيمن هديت»، هكذا علم رسول الله ﷺ الحسن [بن علي]^(٦) - رضي الله عنهما - .

= مؤسسة الرسالة (١/١٤٧)، والأذكار، ص (٨٦، ٨٨، ٨٩)، الفتوحات الربانية، لابن علان (٢/٢٨٩، ٢٩٣).

(١) في د: وعند.

(٢) سورة الانشقاق آية: ١ .

(٣) في د: رقة .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) سقط في أ .

(٦) هو: الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو محمد المدني، سبط رسول الله ﷺ وريحاته. له عن جده ﷺ ثلاثة عشر حديثاً. ولد سنة ثلاث في رمضان. ومات - رضي الله عنه - سنة تسع وأربعين، أو سنة خمسين، أو بعدها .

ينظر: خلاصة تذهيب تذهيب الكمال (١/٢١٦)، تذهيب الكمال (٦/٢٢٠)، تذهيب

التذهيب (٢/٢٩٥).

(٧) في د: والحسين. والحديث أخرجه أحمد (١/١٩٩)، والدارمي (١/٣٧٣ ٣٧٤) كتاب

الصلاة، باب: الدعاء في القنوت، وأبو داود (٢/١٣٣) كتاب الصلاة، باب: القنوت في

الوتر، الحديث (١٤٢٥)، والترمذي (٢/٣٢٨) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في قنوت

الوتر، الحديث (٤٦٤)، والنسائي (٣/٢٤٨) كتاب قيام الليل، باب: الدعاء في الوتر،

وابن ماجه (١/٣٧٢) كتاب إقامة الصلاة، باب: ما جاء في قنوت الوتر، الحديث

(١١٧٨)، وابن الجارود (١/١٠٣) كتاب الصلاة، باب: قنوت الوتر، الحديث (٢٧٢)،

والحاكم (٣/١٩٢)، وابن خزيمة (٢/١٥١، ١٥٢) رقم (١٠٩٥)، والطبراني في المعجم

الكبير (٣/١٧٥، ١٧٦) رقم (٢٧٠٨)، وأبو نعيم (٩/٣٢١)، وأبو يعلى برقم (٦٧٦٢)،

وابن حبان (٥١٢ - موارد)، كلهم من رواية ابن أبي إسحاق، عن بريد بن أبي مريم، عن أبي

الحوراء، عن الحسن به .

[و^(١)] الخامس: إذا نسي القنوت حتى ركع، وتذكر [في الركوع]^(٢)، فعن أصحابنا [فيه]^(٣) روايتان في رواية يعود إلى القيام، ويقنت؛ لأن الركوع له حكم القيام؛ ألا ترى أنه لو أدرك الإمام في الركوع كان مدركا للركعة. وفي رواية أخرى يمضي على ركوعه ولا يرفع رأسه للقنوت؛ لأنها سنة فاتت عن وقتها، بخلاف تكبيرات العيد، إذا تذكرها في الركوع فإنها لا تسقط. والفرق: أن محل القنوت القيام المحض؛ [لأن للقنوت]^(٤) شبهها بالقراءة، [ومحل القراءة القيام المحض، وكذا محل القنوت؛ فلا يمكن الإتيان به في الركوع؛ لأن الركوع ليس بمحله]^(٥)، فلا^(٦) يمكن نقض الركوع لأجله؛ لأن الركوع فرض، والقنوت سنة، فلا^(٧) يجوز نقض الفرض لأداء السنة، فأما تكبيرات

وقال الترمذي: هذا حديث حسن لا نعرفه إلا من هذا الوجه ولا نعرف عن النبي ﷺ في القنوت في الوتر شيئاً أحسن من هذا.

وصححه ابن خزيمة وابن حبان.

وصححه سننه النووي في «الأذكار»، ص (٨٩).

قال الحافظ في «التلخيص» (٢٤٧/١)، الحديث (٣٧١): (ونبه ابن خزيمة، وابن حبان على أن قوله في قنوت الوتر، تفرد بها أبو إسحاق، عن بريد بن أبي مريم، وتبعه ابنه يونس، وإسرائيل كذا قال: قال: ورواه شعبة، وهو من مائتين مثل أبي إسحاق وابنيه، فلم يذكر فيه القنوت ولا الوتر، وإنما قال: كان يعلمنا هذا الدعاء).

أما يونس بن أبي إسحاق فقال في قنوت الوتر كما رواه أحمد والجارود، وأما أخوه إسرائيل فلم يقل في الوتر بل قال: علمني هذا الدعاء أقوله في القنوت. . رواه الدارمي، والبيهقي، فهو مخالف لأبيه وأخيه.

ولم يتفرد يونس وأخوه بذكر الوتر، فقد رواه موسى بن عقبة، عن عبد الله بن علي، عن الحسن بن علي، قال: علمني رسول الله ﷺ هؤلاء الكلمات في الوتر قال: قل اللهم اهديني فيمن هديت، فذكره. وزاد في آخره بعد قوله: «تباركت ربنا وتعاليت وصلّ الله على النبي محمد».

أخرجه النسائي (٢٤٨/٣) كتاب الوتر، باب: الدعاء في الوتر. وينظر: نتائج الأفكار، للحافظ ابن حجر (١٣٨/٢ - ١٤٠).

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: لأنه في القنوت.

(٥) سقط في د.

(٦) في ب، د: ولا.

(٧) في ب: ولا.

العيد، فكما شرعت في القيام المحض، شرعت فيما له حكم القيام [المحض]^(١)، وهو الركوع، [إلا]^(٢) أن تكبيرة الركوع يؤتى بها حالة الانحطاط فلم يفت محل التكبيرات بالركوع، فيأتي بها في الركوع، كذا ذكر في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع أنه يعود إلى القيام، ويأتي^(٣) بها في حال القيام.

السادس: أن يجهر بالقنوت أو^(٤) يخافت به، وقع في بعض النسخ أن على قول محمد - رحمه الله - [يخافت به]^(٥)؛ لأنه دعاء والسبيل في الدعاء الإخفاء، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يجهر به؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه كان يجهر به حتى روي أن الصحابة - رضوان الله عليهم - تعلموا القنوت من قراءة النبي ﷺ، ووقع في بعض الكتب الخلاف على عكس هذا على قول أبي يوسف - رحمه الله - يخافت به، وعلى قول محمد يجهر به، وذكر القاضي الإمام علاء الدين المعروف: يعني في شرح المختلفات^(٦) أن المنفرد يخافت بالقنوت، والإمام يخافت عند بعض المشايخ، منهم الشيخ الإمام^(٧) أبو بكر محمد بن الفضل، والشيخ الإمام أبو حفص السفكردري؛ وجرى التوارث^(٨) [بالمخافتة]^(٩) في مسجد أبي حفص الكبير - رحمه الله - فلولا [تعلم]^(١٠) من أستاذه محمد بن الحسن - رحمه الله - أن من سنته المخافتة وإلا لما خالف أستاذه؛ وهذا؛ لأنه دعاء على الحقيقة، «وخير الدعاء الخفي»، [كما روي عن النبي ﷺ: «خير الدعاء الخفي، وخير الرزق ما يكفي»]^(١١) [١٢].

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: ألا ترى.

(٣) في د: بالقنوت.

(٤) في أ: و.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: التخلفات.

(٧) زاد في د: الأجل.

(٨) في أ: في الرواتب.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د: أنه علم.

(١١) أخرجه أحمد (١٧٢/١، ١٧٨، ١٨٠)، وأبو يعلى (٧٣١)، وعبد بن حميد (١٣٧)،

ووكيع في الزهد (١١٧)، والحري في غريب الحديث (٨٤٥/٢)، والطبراني في الدعاء

(١٨٨٣)، والقضاعي في مسند الشهاب (١٢١٨)، وابن حبان (٨٠٩ للإحسان)، والبيهقي =

قال - رحمه الله - : وقد كانوا استحسنوا الجهر في بلاد العجم ، ليتعلموا كما جهر عمر - رضي الله عنه ^(١) - حين قدم عليه وفد العراق .

وقال بعض مشايخ زماننا: إن كان الغالب في القوم أنهم لا يعلمون دعاء القنوت، فالإمام يجهر؛ ليتعلموا منه، وإن كان الغالب فيهم ^(٢) أنهم يعلمون يخفي . وقال بعض المشايخ: يجب أن يجهر به؛ لأن له شبهة بالقرآن ^(٣)، فإن الصحابة - رضوان الله عليهم - اختلفوا فيه، قال بعضهم: هما سورتان من القرآن، ويجهر بما هو قرآن على الحقيقة، [فكذلك] ^(٤) بما له شبهة بالقرآن ^(٥) .

وقال صاحب شرح الطحاوي: الإمام يجهر بالقنوت، ويكون ذلك الجهر دون الجهر بالقراءة في الصلاة .

السابع: أن المقتدي هل يقرأ القنوت؟ ذكر القاضي الإمام علاء الدين في شرح المختلفات أن على قول أبي يوسف - رحمه الله -: [يقرأ] ^(٦)، وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يقرأ، وهكذا ذكر في الفتاوى .

وذكر في موضع [آخر أن] ^(٧) [القوم يؤمنون عند محمد ويسكتون عند أبي يوسف - رحمهما الله - .

وذكر في موضع آخر] ^(٨) أن على قول أبي يوسف - رحمه الله -: القوم بالخيار إن

= في الشعب (٥٥٢- ٥٥٤) من طريق محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة عن سعد بن أبي وقاص به، قلت: في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة، ضعفه الدارقطني، وقال يحيى: ليس بشيء، وقال آخر: ليس بالقوي .
ينظر: الميزان (٢٢٦/٦) . ثم هو لم يدرك سعدًا فيما قاله أبو حاتم وأبو زرعة، كما في المراسيل لابن أبي حاتم، تحقيق: شكر الله بن نعمة الله قوجاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص (١٨٤) .

(١٢) سقط في د .

(١) زاد في أ، ب: إلينا .

(٢) في د: في القوم .

(٣) في أ، ب: بالقراءة .

(٤) سقط في أ، وفي د: فكذا .

(٥) في د: من القرآن .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في أ .

(٨) سقط في د .

شاؤوا قرأوا، وإن شاءوا سكتوا.

وقال محمد - رحمه الله - إن شاءوا قرأوا، وإن شاؤوا أمنوا لدعائه^(١). وذكر الطحاوي أن القوم يتابعونه إلى قوله إن عذابك بالكفار ملحق، فإذا دعا الإمام، فعند أبي يوسف - رحمه الله - يتابعونه وعند محمد - رحمه الله - يؤمنون. الثامن: أن في حالة القنوت يرسل يديه أو يعتمد، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم.

التاسع: اختلف المشايخ في الصلاة على النبي ﷺ في القنوت.

قال بعضهم: هذا ليس موضعها.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: هذا دعاء.

والأفضل في الدعاء أن يكون فيه الصلاة على النبي ﷺ، فإن صلى على النبي ﷺ في القنوت، لم يصل في القعدة الأخيرة، وكذا الذي سها فصلى في القعدة الأولى على النبي ﷺ لا يعيد في القعدة الأخيرة عند بعضهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أن عليه السهو، وقال محمد - رحمه الله -: أستقبح [أن ألزمه]^(٢) السهو لأجل الصلاة على النبي - عليه السلام -.

وإذا قنت في الركعة الأولى أو الثانية ساهيا لم يقنت في الثالثة؛ لأنه لا يتكرر في الصلاة الواحدة وإن شك أنه قنت^(٣) أم لا - يعني في الثالثة - يتحرى فإن لم يحضره رأي قنت؛ لأنه عسى لم يقنت.

ذكر في الواقعات: رجل شك في الوتر، وهو في حالة القيام أنه في الثانية أو في الثالثة يتم تلك الركعة، ويقنت فيها، لجواز أنها الثالثة ثم يقعد، ويقوم، فيضيف إليها أخرى ويقنت فيها أيضا، هو المختار.

فرق بين هذا وبين المسبوق بركعتين في الوتر في شهر رمضان إذا قنت مع الإمام في الركعة الأخيرة [من صلاة الإمام، حيث لا يقنت في الركعة الأخيرة]^(٤)، إذا قام إلى القضاء في قولهم جميعا.

(١) في د: الدعاء به.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في ب: أقنت.

(٤) سقط في أ، ب.

والفرق: أن تكرر^(١) القنوت في موضعه ليس بمشروع، وهاهنا أحدهما في موضعه، والآخر في غير موضعه، وأما^(٢) المسبوق فهو مأمور بأن يقنت مع الإمام، فصار ذلك موضعا له، فلو أتى بالثاني كان ذلك تكرارًا للقنوت في موضعه. وإذا^(٣) صلى الفجر خلف [إمام يقنت]^(٤) فيها، لا يتابعه في القنوت، في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يتابعه .

ولو صلى الوتر خلف من يقنت في الوتر، بعد الركوع يتابعه^(٥) فيه، وكذا لو اقتدى بمن يرى سجود السهو قبل السلام يتابعه^(٦) فيه وكذا لو اقتدى بمن يرى الزيادة في تكبيرات العيد تابعه فيها. ما لم يخرج [عن]^(٧) حد الاجتهاد^(٨)، وإن اقتدى في صلاة الجنابة بمن يرى التكبير خمسا لا يتابعه في الخامسة .

الوتر إذا فات [عن وقته]^(٩) يقضى في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول [أنه]^(١٠) لا قضاء عليه،

وعن محمد - رحمه الله - أنه قال: أحب إلي أن يقضيه^(١١) .

التطوع بجماعة في غير قيام رمضان يكره، [وإن]^(١٢) فعلوا بالليل أو بالنهار

أجزاءهم، مذكور في زيادة^(١٣) الزيادات^(١٤) .

(١) في د: يكون .

(٢) في أ: فأما .

(٣) في أ: فإذا .

(٤) في د: الإمام الذي يقنت .

(٥) في أ، ب: تابعه .

(٦) في أ، ب: تابعه .

(٧) سقط في أ، ب .

(٨) الاجتهاد: مأخوذ من الجهد، وهو المشقة والطاقة، وقيل: عبارة عن استفراغ الوسع في أي

فعل كان، فيقال: استفرغ وسعه في حمل الثقل، ولا يقال: استفرغ وسعه في حمل النواة .

ينظر: المصباح المنير، ص (٦٥)، مادة (الجهد) .

(٩) في أ، ب، د: وقتها .

(١٠) سقط في د .

(١١) في أ، ب: يقضيهما .

(١٢) في ب: ولو .

(١٣) في أ، ب: زيادات .

(١٤) سقط في د .

حكى عن شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن التطوع بالجماعة إنما يكره إذا صلوا التطوع بالجماعة على سبيل^(١) التداعي، أما إذا اقتدى واحد بواحد أو اثنان بواحد، فلا^(٢) يكره، وإذا اقتدى ثلاثة بواحد ذكر هو - رحمه الله -: أن فيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: يكره.

وقال بعضهم: لا يكره، وإذا^(٣) اقتدى أربعة بواحد يكره بلا خلاف ولو فعلوا بالليل والنهار أجزاءهم، مذكور في زيادات الزيادات.

الاقتداء بالوتر خارج رمضان يجوز وهو في النوازل.

وفي واقعات الصدر الشهيد في الأيمان وذكر في مختصر القدوري: أنه لا يجوز، والمعنى من عدم الجواز الكراهة لا عدم أصل الجواز القنوت في الوتر هو الدعاء دون القيام في أول حيض الصدر الشهيد في أحكام الحيض. من لا يعرف القنوت يقول يا رب ثلاث مرات، ثم يركع كذا [ذكر]^(٤) في فتاوى أهل سمرقند وفي شرح الطحاوي، يقول: اللهم اغفر لي ثلاث مرات. وهو اختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله - واختيار مشايخنا - رحمهم الله - أن يقول: [ربنا]^(٥) آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة.. إلخ^(٦)، مذكور في الواقعات.

* * *

(١) في ب: سبل.
 (٢) في أ، ب: لا.
 (٣) في أ، وإن.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في د.
 (٦) في ب: إلى آخره.

الفصل الحادي عشر

في بيان المكان الذي يأتي فيه الرجل بالسنن

السنة في ركعتي الفجر أن يأتي الرجل بهما في بيته، فإن لم يفعل فعند باب المسجد إذا كان الإمام يصلي في المسجد، فإن لم يمكنه ذلك، ففي المسجد الخارج إذا كان الإمام في المسجد الداخل، وفي الداخل إن كان الإمام في الخارج. وإن كان المسجد واحدًا فخلف^(١) أسطوانة أو نحو ذلك.

ويكره أن يصلي خلف الصفوف بلا حائل وأشدها كراهة أن يصلي في الصف مخالطًا للقوم، وهذا كله إذا كان الإمام والقوم في الصلاة، أما قبل الشروع [في الصلاة]^(٢) إذا أتى بهما في المسجد في أي موضع أتى بهما لا بأس به.

وأما السنن بعد الفرائض فلا بأس بالإتيان بها^(٣) في المسجد في المكان الذي يصلي فيه الفريضة، [والأولى أن يتنحى عنه خطوة أو خطوتين، والإمام يتنحى عن المكان الذي يصلي فيه الفريضة]^(٤) لا محالة.

وفي الجامع الأصغر: إذا صلى الرجل المغرب في المسجد بالجماعة، [يصلي]^(٥) ركعتي المغرب في المسجد، إن كان يخاف أنه لو رجع إلى بيته يشتغل بشيء [يمنعه عن ذلك]^(٦) وإن كان لا يخاف فالأفضل أن يصلي في بيته، قال عليه السلام: «خير صلاة الرجل في المنزل إلا المكتوبة»^(٧).

(١) في ب: خلف.

(٢) في د: فيها.

(٣) في أ: بهما.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) أخرجه البخاري (٢٥١/٢) في كتاب صلاة الجماعة، باب: صلاة الليل (٧٣١)، وأطرافه في (٦١١٣، ٧٢٩٠)، ومسلم (٥٣٩/١) في صلاة المسافرين، باب: استحباب صلاة النافلة في بيته (٧٨١)، وأبو داود (٤٥٨/١) في كتاب الصلاة، باب: في فضل التطوع في البيت (١٤٤٧)، والنسائي (١٩٨/٣) في قيام الليل، باب: الحث على الصلاة في البيوت، والترمذي (٤٥٠/٢) كتاب أبواب الصلاة، باب: ما جاء في فضل صلاة التطوع في البيت (٤٥٠)، وأحمد (١٨٢/٥، ١٨٧)، وابن خزيمة برقم (١٢٠٣)، وابن حبان في صحيحه (٢٣٨/٦) (٢٤٩١)، والبيهقي في السنن (١٠٩/٣)، والبغوي في شرح السنة (٥١٤/٢) (٩٨٩).

وفي شرح الآثار للطحاوي: أن الركعتين بعد الظهر والركعتين بعد المغرب يؤتى بهما في المسجد، وأما ما سواهما فلا ينبغي أن يصلى في المسجد، وهذا قول البعض.

والبعض يقولون التطوع في المسجد حسن.

وفي البيت أحسن، وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح كتاب الصلاة أن من فرغ من الفريضة في المسجد في الظهر والمغرب والعشاء إن شاء صلى التطوع في المسجد وإن شاء رجع وتطوع في منزله.

وإذا صلى ركعتين [في]^(١) آخر الليل ينوي بهما ركعتي الفجر، فإذا تبين أن الفجر لم يطلع لا تجزئه^(٢) عن ركعتي الفجر، وكذلك إذا وقع الشك في طلوع الفجر أو وقع الشك في إحدى الركعتين أنها وقعت قبل طلوع الفجر لم يجزه ذلك عن ركعتي الفجر.

ولو صلى ركعتين وهو يظن أن الليل باق فإذا تبين أن الفجر كان طلع ذكر القاضي الإمام علاء الدين في شرح المختلفات [أنه]^(٣) لا رواية في هذا الفصل. وقال المتأخرون: تجزئه.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة ظاهر الجواب أنه يجزئه عن ركعتي الفجر؛ لأن الأداء حصل في الوقت. وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا تجزيه^(٤). قال شمس الأئمة هذا، وهذه الرواية تشهد أن السنة تحتاج إلى النية.



(١) سقط في أ.
 (٢) في أ: يجزئه.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) في أ، ب: يجوز.

الفصل الثاني عشر

فيمن سلم وعليه شيء من أفعال الصلاة وفي ارتفاع^(١) بعض أفعال الصلاة

قال محمد - رحمه الله - في الأصل ، وإذا سلم وعليه سجدة صليبية^(٢) أو سجدة تلاوة ، فإنه يأتي بها ؛ لأنها في حرمة الصلاة ، [لأن سلام الساهي لا يخرج عن حرمة]^(٣) الصلاة^(٤) .

فصار وجود هذا السلام والعدم بمنزلة ولو لم يوجد السلام أليس أنه يأتي بها كذا ههنا وإذا أتى بها ترتفع القعدة ، وهذا لا يشكل في السجدة الصليبية^(٥) ؛ لأن الصليبية^(٦) ركن ، والقعدة الأخيرة فرض ، ورفض الشيء بمثله جائز ، [كما جاز رفض]^(٧) الظهر بالجمعة ، وإنما يشكل في سجدة التلاوة [لأن سجدة التلاوة]^(٨) واجبة ، والقعدة الأخيرة فرض ، ولا يجوز رفض الفرض لأجل الواجب ، [والوجه في ذلك أن]^(٩) القعدة الأخيرة وإن كانت فرضاً إلا أنها لا تتم ما لم يخرج من الصلاة ؛ لأن القعدة ما شرعت لعينها ، وإنما شرعت للخروج [عن الصلاة والخروج عنها]^(١٠) لا يصح بدون القعدة فما لم يوجد ما هو المقصود من القعدة ، فإنها^(١١) لا تتم فيجوز رفضها [بسجدة التلاوة]^(١٢) ؛ لأن رفض الفرض قبل التمام لمكان

-
- (١) في أ: ارتفاع .
والرفض لغة: الترك، ومنه: الرفضة؛ لتركهم زيد بن علي رضي الله عنه حين نهاهم عن الطعن في الصحابة. ينظر: المغرب، ص (١٩٣).
- (٢) في د: صلاتيه .
(٣) سقط في د .
(٤) سقط في أ .
(٥) في د: الصلاتين .
(٦) في د: الصلاتين .
(٧) في د: كرفض .
(٨) سقط في أ .
(٩) في د: لأن .
(١٠) في أ، ب: لأن الخروج عن الصلاة .
(١١) في د: وهو الخروج .
(١٢) في أ، ب: بالتلاوة .

الواجب جائز؛ كمن شرع في الظهر وصلى ركعة أو ركعتين ثم أقيمت [صلاة الظهر]^(١) فإنه يتركها، ويشرع [مع الإمام ليدرك فضيلة^(٢) الجماعة، والجماعة سنة فلما جاز رفض الفرض قبل التمام لأجل السنة، فلا يجوز]^(٣) رفضه، لأجل الفرض أولى.

وهذا بخلاف ما لو ترك القعدة الأولى ساهيا، وقام إلى الثالثة و^(٤) استتم قائما ثم تذكر، فإنه لا يعود إلى القعدة؛ لأن القيام مشروع لعينه، فإذا وجد أدنى ما ينطلق عليه اسم القيام تم الركن في نفسه، فلو عاد إلى القعدة يصير رافضا للركن بعد التمام لمكان الواجب، وإنه لا يجوز حتى لو تذكر القعدة قبل أن يستتم^(٥) قائما يعود إلى القعدة على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وبخلاف ما إذا تذكر القنوت في الركوع حيث لا يعود إلى القيام لأجل القنوت في رواية؛ لأن الركوع ركن شرع لعينه فمتى ما وجد أدنى ما ينطلق عليه اسم الركوع وهو انحناء الظهر تم الركوع في نفسه لوجود عينه.

فلو قلنا: إنه يعود إلى القنوت، يصير رافضا للركوع الذي هو ركن بعد التمام لأجل الواجب، وإنه لا يجوز، [فلا يعود]^(٦) [وفي رواية يعود]^(٧) حتى لو تذكر [قبل أن يتم]^(٨) [انحناء الظهر نقول بأنه يعود إلى القنوت باتفاق الروايات.

فإن قيل: أليس أنه]^(٩) لو تذكر سجدة التلاوة في الركوع يعود إليها، فإذا عاد إليها يرتفض الركوع، والركوع ركن؟

قلنا: يعود إليها ولكن لا يرتفض الركوع بل يبقى الركوع معتبرا بعد العود^(١٠)، متى لو لم يعد الركوع ثانيًا تجزئه صلاته لكن بالعود يصير تاركًا للفرض إلا أن ترك

(١) في أ: الظهر، وفي ب: للظهر.

(٢) في ب: فضل.

(٣) في أ: في الذي.

(٤) في د: أو.

(٥) في أ: يستقيم.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب: في إحدى الروايتين.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في أ: حتى.

(١٠) في أ: العدم.

الفرض لمكان الواجب جائز؛ ألا ترى أنه لو قرأ في حالة القيام [آية السجدة]^(١) فإنه يأتي بها وإن صار تاركًا للفرض، كذا هاهنا.

وإذا سلم وعليه سجدة سهو فعاد إليه يرتفض السلام، ولا ترتفض القعدة؛ لأن محله بعد الفراغ من القعدة [والسلام]^(٢) لكن ارتفض السلام لضرورة حتى يكون مؤديا في حرمة الصلاة ولا ضرورة إلى ارتفاع القعدة حتى لو تكلم بعد ما سجد قبل أن يقعد لا تفسد صلاته، وإذا سها عن قراءة التشهد حتى سلم ثم تذكر فإنه يعود إلى قراءة التشهد؛ لأنه ترك الواجب، وقد أمكنه التدارك [بالعود إليه]^(٣)، [لأن بسلام السهو]^(٤) لا يخرج عن حرمة الصلاة.

وإذا عاد إلى التشهد هل ترتفض القعدة حتى لو تكلم قبل أن يقعد بعدها تفسد صلاته، أم^(٥) لا.

ذكر الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنه [لا]^(٦) ترتفض، قال - رحمه الله -: وجدت الرواية عن محمد - رحمه الله - نصا أن العود إلى قراءة التشهد [لا]^(٧) يرتفض^(٨) القعدة وهو قول زفر - رحمه الله -. وعن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - [وشمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -]^(٩) أنه ترتفض؛ لأن قراءة التشهد واجبة^(١٠)، ومحلها قبل الفراغ من القعدة والعود إليها يرفع القعدة؛ كالعود إلى سجدة التلاوة والصلية^(١١).

وجه قول الفضلي: أن في سجدة التلاوة والصلية^(١٢) إنما ارتفضت القعدة بالعود

(١) في د: سجدة التلاوة.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب، م.

(٤) في د: لأنه.

(٥) في أ، ب: أو.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ: يرتفع.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، ب: واجب.

(١١) في د: أو الأصلية.

(١٢) في د: والأصلية.

إليها؛ لأنه عاد إلى شيء موضعه قبل القعدة فترتفض به القعدة، هذا المعنى معدوم ههنا؛ لأن محل التشهد القعدة^(١) فالعود إليه^(٢) لا يصير رافضاً^(٣) للقعدة.

وذكر في النوازل^(٤) [أن]^(٥) من نسي التشهد حتى سلم ثم تذكر فجعل يقرؤه فلما قرأ بعضه ندم، فسلم قبل تمامه، قال أبو يوسف - رحمه الله -: تفسد^(٦) صلاته؛ لأن القعدة الأولى قد ارتفضت بعوده إلى قراءة التشهد، وقد سلم قبل تمام القعدة الثانية^(٧) فتفسد صلاته.

وقال محمد - رحمه الله -: لا تفسد؛ لأن بقدر ما قرأ من التشهد يرتفض^(٨) من القعدة الأولى وأما^(٩) ما وراءه^(١٠) لا يرتفض فإنما سلم عن قعود إمام^(١١) فتجزئه صلاته.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: ولهذا نظير اختلف فيه المتأخرون ولا رواية فيه، وهو أنه إذا نسي الفاتحة أو السورة حتى ركع ثم تذكر في ركوعه وانتصب^(١٢) قائماً ليقراً ثم ندم قبل القراءة فسجد ولم يعد إلى الركوع، منهم من قال: تفسد صلاته؛ [لأنه قد ارتفض ركوعه حين انتصب ليقراً، ومنهم من قال: لا تفسد صلاته]^(١٣)، وركوعه لا يرتفض؛ لأن عليه فرضين قياً وقراءة، فما لم يأت بهم^(١٤) جميعاً لا ينتقض ركوعه.

وذكر في النواذر: أنه إذا تلا آية السجدة بعدما قعد قدر التشهد فإنه يسجد لها

- (١) في أ: للقعدة.
- (٢) في أ: إليها.
- (٣) في أ: رافعا.
- (٤) في د: النواذر.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ: يفسد.
- (٧) زاد في د: قائماً سلم عن قعود.
- (٨) في أ: يرتفع.
- (٩) في أ، ب: فأما.
- (١٠) في أ: رواه.
- (١١) في ب، د: تام.
- (١٢) في أ، ب: فانتصب.
- (١٣) سقط في أ.
- (١٤) في د، م: بهما.

ويعيد القعدة والقعدة الأولى ترتفض بسجوده حتى أنه لو سجد لها ولم يعد القعدة فسدت صلاته؛ لأنه سلم [قبل]^(١) القعدة فمن أصحابنا من لم يأخذ بهذه الرواية فقال هاهنا لا يرتفض القعدة وإنما يرتفض في سجدة سبق القعدة وجوبها.

وفي الأصل: إذا سلم في الرابعة ساهيا بعد قعوده مقدار التشهد، ولم يقرأ التشهد فإن عليه أن يعود إلى^(٢) قراءة التشهد، لما مر ثم يسلم ويسجد للسهو ثم يتشهد ويسلم؛ لأنه آخر الواجب عن محله.

وإذا سها عن القعدة الأولى في الظهر أو العصر، وقام إلى الثالثة^(٣) ثم تذكر فإن لم يستتم^(٤) قائما يعود ويسجد للسهو، وإن استتم قائما لا يعود وقد مر هذا، وذكر أبو يوسف في الأمالي: [أنه]^(٥) إذا تذكر قبل أن يستتم^(٦) قائما فإن كان إلى القعود أقرب يعود، وإن كان إلى القيام أقرب لا يعود، وإذا كان [إلى]^(٧) القعود أقرب وعاد هل يلزمه سجود السهو.

حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنه قال: لا يلزمه [سجود السهو]^(٨)؛ لأنه إذا كان إلى القعود أقرب فكأنه^(٩) لم يقم.

[وقال غيره]^(١٠): يلزمه [سجود]^(١١) السهو؛ لأنه آخر الواجب عن وقته لما اشتغل بالقيام فيلزمه سجود السهو، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - .

قال شمس الأئمة [الحلواني]^(١٢): إن مشايخنا استحسنا رواية أبي يوسف - رحمه الله - .

- (١) سقط في أ.
- (٢) زاد في د: القراءة يعنى.
- (٣) في أ: الثانية.
- (٤) زاد في أ: فإنه، في ب: يستقم.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في ب: يستقم.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في د: السجود.
- (٩) في أ: وكأنه.
- (١٠) في أ، ب: وغيره قال.
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) سقط في د.

مصلي الأربع إذا رفع رأسه من الركوع من الركعة الثالثة، وتذكر [أنه]^(١) لم يسجد في الثانية^(٢) إلا سجدة واحدة، فإنه يسجد^(٣) تلك السجدة ثم يتشهد للثانية، ثم يسجد للثالثة سجدين ثم يتم صلاته؛ لأن عوده إلى السجدة المتروكة لا يرفض الركوع بعد تمامه، وهذا إنما يستقيم على ظاهر الرواية لا على رواية الحسن على ما يأتي بيانه في آخر الفصل الذي [يلي]^(٤) هذا الفصل، ويلزمه السهو؛ لأنه آخر السجدة في الركعة الثانية^(٥) عن محلها.

وإن تذكر وهو راع في الثالثة أنه ترك من الثانية^(٦) سجدة فإنه يسجد السجدة المتروكة ويتشهد ثم يقوم ويصلي الثالثة والرابعة بركوعهما وسجودهما؛ لأن الركوع قبل التمام قابل للرفض.

[وإذا]^(٧) تذكر^(٨) في الركوع من الركعة الثالثة أن عليه سجدة [من]^(٩) الركعة الثانية وعاد إليها، فقد ارتفض هذا الركوع فيجب إعادته بخلاف ما بعد رفع الرأس من الركوع؛ لأن الركوع قد تم برفع الرأس منه، والركوع بعد التمام غير^(١٠) قابل للرفض^(١١) على ظاهر الرواية.



(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: الثالثة.

(٣) في أ: سجد.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ، ب: الثالثة.

(٦) في ب: الثالثة.

(٧) في ب: فإذا.

(٨) ثبت في حاشية د: تذكر أنه لم يسجد في الثانية إلا سجدة واحدة.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في ب: ليس.

(١١) سقط في أ.

الفصل الثالث عشر

في السهو^(١) في الصلاة

(١) السهو لغة: نسيان الشيء؛ والغفلة عنه.

وقيل: السهو زوال صورة الشيء من المدركة مع بقائها في الحافظة، والنسيان زوالها منهما معاً، فيحتاج في تحصيلها إلى سبب جديد، والمراد هنا الغفلة عن شيء في الصلاة. وقال في النهاية: السهو في الشيء تركه من غير علم به، والسهو عن الشيء تركه مع العلم به، وبهذا يظهر الفرق بين السهو في الصلاة الذي وقع من النبي ﷺ أكثر من مرة، والسهو عن الصلاة الذي ذم فاعله؛ بقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ﴾ [الماعون: ٤، ٥].

ينظر: المحكم، لابن سيده (٢٩٣/٤)، النظم المستعذب (٩٥/١).

ومشروعية سجود السهو ثابتة بالسنة والإجماع.

قال الإمام أحمد: يحفظ عن النبي ﷺ خمسة أشياء: سلم من اثنتين فسجد، سلم من ثلاث فسجد، وفي الزيادة والنقصان، قام من اثنتين ولم يتشهد.

قال الإمام النووي - رضي الله عنه - في المجموع: الأحاديث الصحيحة التي عليها مدار باب سجود السهو، وعنها تتشعب مذاهب العلماء ستة أحاديث:

الأول: حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «إذا نودي بالأذان أدبر الشيطان له ضراط، حتى لا يسمع الأذان، فإذا قضي الأذان أقبل، فإذا ثوب بها أدبر، فإذا قضي الثوب أقبل يخطر بين المرء ونفسه، يقول: اذكر كذا لما لم يكن يذكر، حتى يظل الرجل لا يدرى كم صلى، فليسجد سجدتين وهو جالس» [أخرجه البخاري (٨٤/٢)، (٨٥) كتاب الأذان، باب: فضل التأذين (٦٠٨)، ومسلم (٢٩١/١)، (٢٩٢) كتاب الصلاة، باب: فضل الأذان (٣٨٩/١٩)].

وفي رواية لأبي داود: «فليسجد سجدتين، وهو جالس قبل التسليم» [أخرجه أبو داود (٣٣٦/١)، (٣٣٧) كتاب الصلاة، باب: من قال يتم على أكبر ظنه (١٠٣٠)].

الثاني: عن أبي هريرة قال: «صلى رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشي - إما الظهر وإما العصر - فسلم في ركعتين، ثم أتى جذعاً في قبلة المسجد، فاستند إليها، وخرج سرعان الناس، فقام ذو اليمين فقال: يا رسول الله، أقصرت في الصلاة أم نسيت؟ فنظر النبي ﷺ يميناً وشمالاً، فقال: ما يقول ذو اليمين قالوا: صدق لم تصل إلا ركعتين، فصلى ركعتين وسلم، ثم كبر، ثم سجد، ثم كبر فرفع، ثم كبر وسجد ثم كبر ورفع» [أخرجه البخاري (٦٧٤/١) كتاب الصلاة، باب: تشبيك الأصابع في المسجد (٤٨٢)، ومسلم (٤٠٣/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له (٥٧٣/٩٧)].

الثالث: عن عبد الله بن بحنة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قام من صلاة الظهر، وعليه جلوس، فلما أتم صلاته، سجد سجدتين، يكبر في كل سجدة، وهو جالس قبل أن يسلم، وسجدهما الناس معه مكان ما نسي من الجلوس» [أخرجه البخاري (١١١/٣) كتاب السهو، باب: ما جاء في السهو (١٢٢٥)، ومسلم (٣٩٩/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة (٥٧٠/٨٧)].

الرابع: عن إبراهيم النخعي، عن علقمة، عن ابن مسعود قال: «صلى رسول الله ﷺ قال إبراهيم: زاد أو نقص فلما سلم قيل له: يا رسول الله أحدث في الصلاة شيء؟ قال: وما ذلك؟ قالوا: صليت كذا وكذا، فثنى رجله، واستقبل القبلة، فسجد سجدتين، ثم سلم، ثم أقبل علينا بوجهه، فقال: إنه لو حدث في الصلاة شيء أنبأتكم به، ولكن إنما أنا بشر أنسى كما تنسون، فإذا نسيت فذكروني، وإذا شك أحدكم في صلاته، فليتحر الصواب، فليتم عليه، ثم ليسجد سجدتين» [أخرجه البخاري (٦٢/٢) كتاب الصلاة، باب: التوجه نحو القبلة حيث كان (٤٠١)، ومسلم (٤٠٠/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له (٥٧٢/٨٩) وفي رواية لمسلم: «فليتحر الذي يرى أنه الصواب» وفي رواية لهما عن ابن مسعود؛ أن رسول الله ﷺ «صلى الظهر خمسًا فقيل: أزيد في الصلاة؟ فقال: وما ذلك؟ قالوا: صليت خمسًا، فسجد سجدتين». [أخرجه البخاري (٤٢٣/٣) كتاب سجود القرآن (١٢٢٦)، وأطرافه في (٤٠١، ٤٠٤، ٧٧٦١، ٧٢٤٩)، ومسلم (٤٠١/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له].

الخامس: عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى أثنائًا أم أربعًا؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم: فإن كان صلى خمسًا شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتمامًا لأربع كانتا ترغيمًا للشيطان» [أخرجه مسلم (٥٧١/٨٨)].

السادس: عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سها أحدكم في صلاته، فلم يدر واحدة صلى أم اثنتين؟ فليبن على واحدة، فإن لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثًا؟ فليبن على اثنتين. فإن لم يدر أثنائًا صلى أم أربعًا؟ فليبن على ثلاث، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم» [أخرجه الترمذي (٢٤٤/٢، ٢٤٥) أبواب الصلاة، باب: ما جاء في الرجل يصلي فيشك في الزيادة والنقصان (٣٩٨)، وابن ماجه (٣٨١/١) كتاب إقامة الصلاة، باب ما جاء فيمن شك في صلاته (١٢٠٩)، وأحمد (١٩٠/١)، والحاكم (٣٢٤/١، ٣٢٥)، وقال: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي].

فهذه الأحاديث تدل على مشروعية سجود السهو في الصلاة، وقد أجمعت الأمة على طلبه وفعله جبرًا عن السهو الذي حدث في الصلاة.

وحكمته: مبنى الصلاة على خشوع الأطراف، وحضور القلب، وكف اللسان، إلا عن ذكر الله، وقراءة القرآن، كل ذلك واجب مراعاته لتتم الصلاة، وتقع كاملة على النحو المطلوب، فكل هيئة باينت الخشوع، وكل كلمة ليست بذكر الله تكون منافية للصلاة، والغفلة والسهو عما يجب لها، وكل قول أو فعل يقع في غير محله كالقراءة في القعود، والقيام في محل القعود، والقعود في محل القيام يعود عليها بالخلل والنقصان. فإذا وقع من المصلي ما لا ينبغي أن يكون حال قيامه بين يدي مولاه - سبحانه وتعالى - تطرق الخلل إليها، وعد ذلك تقصيرًا ومنافيًا لواجب الإخلاص، فشرع له السجود آخر الصلاة لجبر الخلل الحاصل، ويكون ذلك بمثابة اعتذار عما فرط منه أثناء الصلاة؛ استجلاً لعفوه، وطلبًا لمرضاته، وعسى أن يقبل الله عمله، ويشبهه عليه كاملاً غير منقوص.

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في بيان [صفتها، وكيفيةها]^(١).

أما بيان صفتها [فقد]^(٢) كان أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - يقول هو واجب استدلالا بما قاله محمد - رحمه الله - إذا سها الإمام وجب على المأموم^(٣) أن يسجد.

[ووجهه: أنه]^(٤) جبر لنقصان العبادة فكان^(٥) واجبا كدم الجبر في الحج. وهذا؛ لأن أداء العبادة بصفة الكمال واجب وصفة الكمال لا تحصل إلا بجبر النقصان [فيجب عليه جبره]^(٦).

وقال غيره من أصحابنا أنه سنة استدلالا بما قاله محمد - رحمه الله - أن العود إلى سجود السهو لا يرفع التشهد ولو كان واجبا لكان رافعا^(٧) للتشهد كسجدة التلاوة؛ ولأنه^(٨) [يجب بترك]^(٩) بعض السنن والخلف لا يكون فوق الأصل.

* * *

(١) في أ: صلتها وكيفيةها.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في د: المؤتمر.

(٤) في د: لأنه.

(٥) في أ: وكان.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) زاد في د: له.

(٨) في د: ولا.

(٩) في أ: لو ترك، وفي ب: هو يجب بترك.

وأما الكلام في كيفيةها:

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: يكبر بعد سلامه^(١) الأول [إشارة أنه يكفي بتسليمة واحدة]^(٢) [ويخر ساجدا]^(٣) ويسبح في سجوده ثم يفعل^(٤) ثانيا كذلك ثم يتشهد ثانيا ثم يسلم.

وقوله: يكبر بعد سلامه الأول إشارة إلى أنه يكفي بتسليمة واحدة، [وهذا فصل اختلف فيه المشايخ عامتهم على أنه يكفي بتسليمه واحدة]^(٥) [لأن الحاجة إلى السلام للفصل بين الأصل والزيادة الملحقة به وهذا يحصل بتسليمة واحدة]^(٦). وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في [شرح كتاب]^(٧) الصلاة: [أنه]^(٨) لو سلم تسليمتين^(٩) لا يأتي بسجود^(١٠) السهو بعد ذلك.

وقال بعضهم: يسلم تسليمتين؛ لأن محمدا - رحمه الله - ذكر السلام مطلقا في الأصل فينصرف إلى [السلام المعهود وهو]^(١١) السلام من الجانبين.

ثم اختلفوا في الصلاة على النبي ﷺ وفي الدعوات أنها في قعدة الصلاة أم في [قعدة سجدي]^(١٢) السهو، ذكر الكرخي - رحمه الله - في مختصره أنها في قعدة سجدي السهو؛ لأنها هي القعدة الأخيرة في الحاصل^(١٣)، فإن ختم الصلاة بها والفراغ منها^(١٤) يحصل بهذه القعدة وقال الطحاوي - رحمه الله - [أنها]^(١٥) في كل

(١) في أ، ب: سلام.

(٢) سقط في ب، د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: يقعد.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: شرحه لكتاب.

(٨) سقط في د.

(٩) في أ، ب: تسليمه.

(١٠) في أ: في سجود.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) في أ: سجدة، وفي ب: سجدي.

(١٣) في أ: فالحاصل.

(١٤) في د: عنها.

(١٥) سقط في أ، ب.

قعدة في آخرها سلام، ففيها الصلاة على النبي ﷺ فعلى هذا القول يصلى على النبي ﷺ في القعدتين جميعاً ومنهم من قال في المسألة اختلاف.

عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: يصلي في القعدة الأولى.
 [و] (١) عند محمد - رحمه الله -: يصلي (٢) في القعدة [الأخيرة] (٣)، وهي قعدة سجدي السهو بناء على أصل [وهو] (٤) أن سلام من عليه السهو يخرج عنه (٥) الصلاة عندهما فإذا كان يخرج عنه (٦) الصلاة كانت القعدة الأولى هي قعدة (٧) الختم فيصلّي فيها على النبي ﷺ ويدعو الله تعالى لحاجته ليكون خروجه منها بعد الفراغ من الأركان والسنن والآداب [و] (٨) المستحبات.

وعند محمد - رحمه الله -: سلام من عليه سجود السهو لا يخرج عنه (٩) الصلاة فيؤخر (١٠) الصلاة على النبي ﷺ إلى قعدة سجدي السهو فإنها هي الأخيرة [له] (١١).

وهذا الاختلاف إنما يظهر إذا ضحك بعد السلام قبل سجود السهو (١٢) لا ينتقض طهارته عندهما، وعند محمد - رحمه الله - ينتقض.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - القعدة بعد سجدي السهو ليست بركن وإنما [أمر بها] (١٣) بعد سجود السهو لتقع ختم الصلاة بها فيوافق ذلك (١٤) موضوع الصلاة ونظمها فيما أن يكون ركناً فلا، حتى لو تركها بأن

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: فصلى.
- (٣) سقط في د.
- (٤) سقط في أ، ب.
- (٥) في أ: من.
- (٦) في أ: من.
- (٧) في ب: القعدة.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) في أ: من.
- (١٠) في أ، ب: ويؤخر.
- (١١) سقط في د.
- (١٢) زاد في د: حتى.
- (١٣) في أ: أمرتها.
- (١٤) زاد في أ، ب: من.

سجد^(١) سجدين بعد السلام، ثم قام وذهب لم تفسد صلاته، [لأنه لو لم يسجد للسهو لم^(٢) تفسد صلاته فإذا سجد ولم يقعد أولى ألا تفسد صلاته]^(٣).

* * *

(١) في أ: يسجد.

(٢) في د: لا.

(٣) سقط في أ.

وأما بيان محله :

فنعقول : سجود السهو بعد السلام سواء كان من زيادة أو نقصان^(١) .
وقال الشافعي - رحمه الله - : يسجد قبل السلام ، [ولو سجد قبل السلام]^(٢)
أجزأه عندنا .
قال القدوري - رحمه الله - : هذه^(٣) رواية الأصول .

(١) لا خلاف بين العلماء في جواز سجود السهو قبل السلام أو بعده .
وإنما الخلاف في المسنون، والأولى، والأفضل، هل قبل السلام أم بعده؟ على ستة أقوال :

القول الأول: يرى أصحابه أن الأفضل في سجود السهو أن يكون قبل السلام . وهو مذهب الشافعي، ورواية عند الحنابلة حكاهما أبو الخطاب عن الإمام، وبه قال أبو هريرة، وسعيد بن المسيب، ومكحول، والزهري وربيعه، والأوزاعي، ويحيى الأنصاري، والليث .

القول الثاني: يرى أصحابه أن الأفضل في سجود السهو بعد السلام في الزيادة والنقصان . وهو مذهب الحنفية، وبه قال علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وعمار بن ياسر، وسعد بن أبي وقاص، وابن عباس وابن الزبير، وأنس، والحسن، والنخعي، وابن أبي ليلى .

القول الثالث: يرى أصحابه أن الأفضل في سجود السهو إذا كان لنقصان فعله قبل السلام، وإن كان لزيادة فالأولى فعله بعد السلام . وهو مذهب مالك، وأبي ثور، والمزني من الشافعية، وقول للشافعي، ورواية عند الحنابلة حكاهما أبو الخطاب عن الإمام أحمد .

القول الرابع: يرى أصحابه أن السجود كله قبل السلام إلا في الموضعين اللذين ورد النص بسجودهما بعد السلام، وهما: إذا سلم من نقص في صلاته، أو تحرى الإمام فبنى على غالب ظنه، وما عداهما يسجد له قبل السلام وهو المذهب عند الحنابلة .
القول الخامس: يرى أصحابه أن المصلي بالخيار إن شاء قدم السجود قبل السلام، وإن شاء أخره، وهما سواء وهو قول عند الشافعية .

القول السادس: يرى أصحابه أن محله كله بعد السلام إلا في موضعين، فإن الساهي مخير فيهما بين أن يسجد قبل السلام، أو بعده:
أحدهما: من قام من ركعتين، ولم يجلس، ولم يتشهد .

والثاني: ألا يدري أصلى ركعة أم ثلاثاً، أم أربعاً فبينني على الأقل، ويخير كذلك بين السجود قبل السلام أو بعده . وهو مذهب الظاهرية كما حكاه عنهم الشوكاني، وبه قال ابن حزم .

ينظر: المجموع، للنووي (٤/٦٩)، الإنصاف (٢/١٥٤)، المغني، لابن قدامة (٢/٢٣٥، ٣٣٦)، فتح الباري (٣/١٧١)، نيل الأوطار، للشوكاني (٢٣/١١٢) .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ، ب: هذا .

قال: وروي عنهم أنه لا يجزئه^(١)؛ لأنه أداه قبل وقته.
 وجه رواية الأصول: أن فعله حصل في فصل مجتهد فيه فلا يحكم بفساده؛ ولأننا
 لو أمرناه بالإعادة يتكرر^(٢) السجود، وهذا [شيء]^(٣) لم يقل به أحد من العلماء؛
 ولأن يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء أولى من أن يكون^(٤) على وجه لم
 يقل به أحد من العلماء.
 وحكم السهو في صلاة الفرض والنفل سواء.

* * *

(١) في د: يجوز.
 (٢) في أ: فيكرر.
 (٣) سقط في د.
 (٤) زاد في د: فعله.

نوع آخر في بيان ما تجب به هذه السجدة:
تكلّم المشايخ في هذا [و] ^(١) أكثرهم على أنه يجب بستة أشياء: بتقديم ركن،
وتأخير ^(٢) ركن، [وبتكرار ركن] ^(٣)، وبتغيير ^(٤) واجب، وبترك واجب، وبترك سنة،
تضاف إلى جميع الصلاة.

أما تقديم ركن ^(٥) نحو أن يركع قبل أن يقرأ أو يسجد قبل أن يركع.
وتأخير الركن أن يترك سجدة صليبية ^(٦) سهواً فيتذكرها في الركعة الثانية فيسجدها
ويؤخر القيام إلى الثالثة بالزيادة على قدر التشهد، وتكرار الركن بأن ^(٧) يركع ركوعين
أو يسجد ثلاث سجّادات، وتغيير الواجب ^(٨) بأن ^(٩) يجهر بالقراءة فيما يخافت أو
يخافت فيما يجهر، وترك الواجب [نحو] ^(١٠) أن يترك القعدة الأولى في الفرائض،
وترك السنة المضافة إلى جميع الصلاة نحو أن يترك التشهد في القعدة الأولى، وكان
القاضي الإمام صدر الإسلام - رحمه الله - يقول وجوبه بشيء واحد وهو ترك
الواجب.

وهذا أجمع ما قيل فيه فإن هذه الوجوه الستة تخرج على هذا.
أما التقديم والتأخير فلأن مراعاة الترتيب واجبة عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله،
وإن ^(١١) لم يكن فرضاً كما قاله زفر - رحمه الله - فإذا ترك الترتيب فقد ترك واجباً،
وإذا ^(١٢) كرر ركناً، فقد أضر الركن الذي بعده وأداؤه من غير تأخير واجب، والجهر
في محله واجب، والمخافته كذلك.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ، ب: وتأخير.

(٣) في أ: وبتكرار واجب.

(٤) في أ: تغيير.

(٥) في أ، ب: الركن.

(٦) في د: صلاتين.

(٧) في أ، ب: أن.

(٨) في أ: الركن.

(٩) في أ، ب: أن.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: فإن.

(١٢) في أ، ب: فإذا.

وأما التشهد في القعدة الأولى فكان^(١) صدر الإسلام^(٢) يقول: هو واجب وعليه المحققون من أصحابنا، وهو أوضح^(٣) وكذا^(٤) يجب سجود السهو عندنا في تكبيرة^(٥) الافتتاح، بأن شك في حالة القيام أو بعده أنه هل كبر للافتتاح أم لا، وطال تفكيره^(٦) فيه، وعلم أنه قد كبر فبنى أو ظن أنه لم يكبر، فكبر وقرأ وبنى عليه، فعليه سجدتا السهو فيهما.

وأما في القراءة وما كان من واجبات القراءة يجب سجود السهو بتركه حتى إنه إذا ترك [فاتحة الكتاب]^(٧) أو السورة فعليه [سجود السهو]^(٨).

وإن سها عن فاتحة الكتاب في الأولى أو في الثانية وتذكر بعد ما قرأ بعض السورة يعود فيقرأ بالفاتحة ثم بالسورة.

وكذلك إذا تذكر بعد الفراغ من السورة أو في الركوع فإنه يأتي بالفاتحة ثم يعيد السورة ثم يسجد للسهو.

وذكر ابن سماعة^(٩) عن محمد - رحمه الله - إذا قرأ فاتحة الكتاب مرتين ساهيا فعليه السهو يريد [به]^(١٠) إذا لم يقرأ السورة وعلل من قبل أنه ترك قراءة السورة التي بعد الفاتحة وقراءة السورة بعد الفاتحة واجبة.

ولو قرأ الفاتحة^(١١) وسورة ثم قرأ فاتحة الكتاب فلا سهو عليه. وعن هذا قيل إذا قرأ في صلاة الجمعة سورة السجدة وسجدها ثم قام وقرأ الفاتحة، وقرأ ﴿نَتَجَافَى جُنُوبِهِمْ﴾^(١٢) لا سهو عليه وإن قرأ الفاتحة مرتين؛ لأنه ما قرأها على الولاء.

(١) في أ، ب: فإنه رحمه الله يعني.

(٢) زاد في أ، ب: كان.

(٣) في أ: أصح.

(٤) في ب: وكذلك.

(٥) في أ، ب: تكبير.

(٦) في أ، ب: تفكره.

(٧) في أ، ب: الفاتحة.

(٨) سقط في د.

(٩) زاد في د: في نوادره.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ، ب: فاتحة الكتاب.

(١٢) سورة السجدة آية: ١٦ .

[وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا قرأ الفاتحة في ركعتين^(١) مرتين، فإن كان ذلك في الأولين فعليه^(٢) السهو، من غير فصل [بين ما]^(٣) إذا قرأ بينهما سورة^(٤)، أو لم يقرأ، وإن كان^(٥) في الآخرين فلا سهو عليه. وفي جميع التفاريق عقب ذكر هذه المسألة. وكذا^(٦) في تكرار التشهد على هذا التفصيل، يعني إن كرره^(٧) في القعدة الأولى فعليه السهو، وإن كرره^(٨) في القعدة الثانية فلا سهو عليه، وذكر عقبه أنه إذا تشهد مرتين فلا سهو عليه من غير تفصيل، فيحتمل أن يكون [المراد القعدة الأخيرة، ويحتمل أن يكون المراد]^(٩) القعدتين جميعاً. وذكر هشام عن محمد - رحمهما الله - إذا سها عن الأكثر من [فاتحة الكتاب]^(١٠) فعليه السهو، وإذا بدأ بقراءة غيرها في الركعة الأولى أو الثانية وقرأ حرفاً^(١١) وجب عليه السهو. وإذا قرأ في الآخرين من الظهر أو العصر [فاتحة الكتاب]^(١٢) وسورة^(١٣) ساهياً، فلا سهو عليه وهو المختار فإن محمداً - رحمه الله - قال^(١٤) في الكتاب: إن شاء قرأ في الآخرين وإن شاء سكت ذكر القراءة مطلقاً. وإذا قرأ في الركعة الأولى سورة و[قرأ]^(١٥) في الركعة الثانية سورة قبلها، فلا

- (١) في أ، ب: ركعة.
- (٢) في د: عليه.
- (٣) في أ، ب: بينهما.
- (٤) في أ: السورة.
- (٥) زاد في أ: الآخر.
- (٦) في أ، ب: وكذلك.
- (٧) في أ، ب: كررها.
- (٨) في أ، ب: كررها.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) في أ، ب: الفاتحة.
- (١١) في أ، ب: أحرفاً.
- (١٢) في أ، ب: الفاتحة.
- (١٣) في أ، ب: السورة.
- (١٤) في أ، ب: يقول.
- (١٥) سقط في أ.

سهو عليه، ولو قرأ مع^(١) فاتحة الكتاب آية قصيرة وركع ساهيا فعليه السهو؛ لأن قراءة ثلاث آيات قصار مع الفاتحة أو [قراءة]^(٢) آية طويلة مع الفاتحة من [واجبات الصلاة]^(٣) بالإجماع.

وعن الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله -: إذا لم يقرأ في الآخرين من الظهر أو العصر أو العشاء ولم يسبح، فقد أساء إن كان متعمداً وإن كان ساهيا فعليه سجود السهو.

[وروي أبو]^(٤) يوسف رحمه الله عنه أنه كان لا يرى في عمده حرجا ولا في سهوه^(٥)، عليه سجودا، وإذا أجزأه الفاتحة عن السجدة كان عليه سجود السهو. وإذا^(٦) جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر ساهيا يجب عليه سجود السهو عندنا خلافا للشافعي^(٧) - رحمه الله -.

(١) في د: في.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في د: الواجبات.

(٤) في د: وروي عن أبي.

(٥) في أ: سهو.

(٦) في د: وكذا.

(٧) ذهب الحنفية إلى أنه يجب الجهر فيما يجهر به والمخافة فيما يخافت فيه.

ثم اختلفوا فيما يوجب الجهر في موضع الإسرار أو العكس:

فذهب الشافعية والأوزاعي إلى أن من جهر في موضع الإسرار أو أسر في موضع الجهر لم تبطل صلاته ولا سجود سهو عليه، ولكنه ارتكب مكروها.

وبهذا يقول الحنابلة إن ترك الجهر والإخفات في موضعهما عمدا.

وإن ترك سهوا ففي مشروعية السجود من أجله روايتان عن أحمد:

إحداهما: لا يشرع كما هو مذهب الشافعي والأوزاعي.

والثانية: يشرع.

ويرى الحنفية أنه لو جهر الإمام فيما يخافت فيه أو خافت فيما يجهر به تلزمه سجدة السهو؛ لأن الجهر في موضعه والمخافة في موضعها من الواجبات، لمواظبة النبي ﷺ عليهما، فبتركهما يلزم سجود السهو.

هذا في حق الإمام، أما المنفرد فلا سهو عليه؛ لأن الجهر والمخافة من خصائص الجماعة.

وعد المالكية الجهر فيما يجهر فيه والسر فيما يسر فيه من السنن المؤكدة التي تنجبر

بالسجود.

وقالوا: لا سجود في يسير جهر في سرية بأن أسمع نفسه ومن يليه فقط، أو يسير سر في =

لنا قوله ﷺ: «لكل سهو سجدة بعد السلام»^(١)، من غير فصل بين سهو

جهرية، ولا في إعلان أو إسرار في مثل آية في محل سر أو جهر. وعبر الدردير عن حاصل المذهب المالكي في المسألة بقوله: إن من ترك الجهر فيما يجهر فيه وأتى بدله بالسر فقد حصل منه نقص، لكن لا سجود عليه إلا إذا اقتصر على حركة اللسان. وإن من ترك السر فيما يسر فيه وأتى بدله بالجهر فقد حصل منه زيادة، لكن لا سجود عليه بعد السلام، إلا إذا رفع صوته فوق سماع نفسه ومن يلاصقه، بأن كان يسمعه من بعد عنه بنحو صف فأكثر.

ينظر: البناية (١/٦٦٠، ٦٦١)، فتح القدير (١/٣٦٠، ٣٦١)، الفتاوى الهندية (١/٧٢)، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي، ط (١)، مطبعة عيسى البابي الحلبي (١/٢١٧)، الكافي لابن عبد البر (١/٢٢٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٢٧٩)، الشرح الصغير (١/١٥٥)، (١٥٦، ٣٨٢)، المجموع (٣/٣٩٠، ٣٩١)، المغني، لابن قدامة (٢/٣١، ٣٢). (١) أخرجه أبو داود (١/٣٣٩) كتاب الصلاة، باب: من نسي أن يتشهد وهو جالس، حديث (١٠٣٨)، وابن ماجه (١/٣٨٥) كتاب الصلاة، باب: ما جاء فيمن سجدهما بعد السلام، حديث (١٢١٩)، وأحمد (٥/٢٨٠)، والبيهقي (٢/٣٣٧) من حديث ثوبان.

قال ابن حجر في بلوغ المرام: رواه أبو داود وابن ماجه بسندٍ ضعيف؛ لأن في إسناده إسماعيل بن عياش، وفيه مقالٌ وخلاف، قال البخاري: إذا حَدَّثَ عن أهل بلده، يعني: الشاميين فصحيح، وهذا الحديث من روايته عن الشاميين، فتضعيف الحديث به فيه نظرٌ.

ينظر: تهذيب الكمال (١/١٠٦)، تهذيب التهذيب (١/٣٢١)، تقريب التهذيب (١/٧٣)، الكاشف (١/١٢٧)، التاريخ الكبير، للبخاري (٢/٣٦٩)، التاريخ الصغير للبخاري، تحقيق: محمد زايد، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٢/٢٢٦)، الجرح والتعديل (٢/١٩١)، ميزان الاعتدال (١/٢٤٠)، الوافي بالوفيات (٩/١٨٤)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مؤسسة المعارف، بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٢/٢١٢). قال البيهقي: «تفرد به إسماعيل بن عياش وليس بالقوي».

وجاء في الجوهر النقي: وهذه العلة ضعيفة، فإن ابن عياش روى هذا الحديث عن شامي وهو عبيدالله الكلاعي، وقد قال البيهقي في «باب: ترك الوضوء من الدم: ما روى ابن عياش عن الشاميين صحيح، فلا أدري من أين حصل. لضعف لهذا السند». وقال الدارقطني عن زهير بن سالم: «حمصي منكر الحديث لم يسمع من ثوبان». وقال الألباني: «والظاهر أنه كان يضطرب فيه، وبالجملة: فهو حديث ضعيف من أجل زهير، لكن له شواهد يتقوى بها ومنها ما يلي:

عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: صلى بنا رسول الله ﷺ خمسا، فقلنا: يا رسول الله أزيد في الصلاة؟ قال: «وما ذاك؟» قالوا: صليت خمسا، قال: «إنما أنا بشر مثلكم أذكر ما تذكرون، وأنسى كما تنسون» ثم سجد سجدة السهو».

وسهو؛ ولأن الجهر في حق الإمام واجب؛ لأن قراءته أقيمت^(١) مقام قراءة المقتدي؛ لأن ما هو المقصود وهو التأمل يحصل بالاستماع، [مقام الاستماع]^(٢) مقام القراءة.

وإذا قام مقام القراءة كان واجبا كذا^(٣) المخافتة واجبة؛ لأن المخافتة في الأصل شرعت صيانة للقرآن عن إلقاء الكفار^(٤) والمغالطة، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿لَا تَسْمَعُوا لِهَذَا الْقُرْآنِ وَالْغَوَا فِيهِ لَعَلَّكُمْ تَعْلَبُونَ﴾^(٥)، وصيانة القرآن عن [مثل هذا]^(٦) واجب^(٧) فإذا جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر، فقد ترك واجبا من واجبات الصلاة فيلزمه سجود السهو.

ثم في ظاهر [رواية الأصل]^(٨) سوى بين الجهر والمخافتة، [فقال: إذا]^(٩) جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر فعليه سجود السهو [من غير تفصيل]. وذكر في النوادر أنه إن جهر فيما يخافت فعليه السهو^(١٠) قل [ذلك]^(١١) أو كثر. وإن خافت فيما يجهر وإن كان ذلك في فاتحة الكتاب أو في أكثرها؛ فعليه السهو، وإلا فلا. وإن وقع هذا في سورة أخرى إن خافت ثلاث آيات أو آية طويلة عند الكل، أو آية قصيرة عند أبي حنيفة - رحمه الله - فعليه السهو، وإلا فلا،

= ينظر: معرفة السنن والآثار، للبيهقي، تحقيق: السيد أحمد صقر، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط (١)، ١٣٨٩هـ (١٧١/٢)، سنن البيهقي (١/١٤٢)، الجوهر النقي، للعلامة علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركمان، بذيل السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥م (٣٣٨/٢)، ميزان الاعتدال (٢/٨٣).

(١) في أ، ب: أقيم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: كذلك، وفي ب: وكذلك.

(٤) في ب، د: الكفرة.

(٥) سورة فصلت آية: ٢٦ .

(٦) في د: مثله.

(٧) في أ، ب: واجبة.

(٨) في د: الرواية من الأجل.

(٩) في د: فإذا.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في د.

[وهذا]^(١)؛ لأن حكم الجهر فيما يخافت أغلظ من حكم المخافتة فيما يجهر؛ لأن حكم الشرع في ابتداء الإسلام: الجهر في الصلوات^(٢) كلها، ثم انتسخ [الجهر]^(٣) في البعض دون البعض، فإذا جهر فيما يخافت؛ فقد عمل بالمنسوخ؛ فغلظ حكمه؛ ولأن للصلاة [يعني صلاة]^(٤) الجهر حظاً من المخافتة؛ حتى يخافت بالفاتحة في الآخرين، وكذلك المنفرد يتخير بين الجهر والمخافتة؛ فأما صلاة المخافتة لا حظ لها من الجهر والمنفرد لا يتخير، فأوجبنا السهو في الجهر قل أو كثر وشرطنا^(٥) الكثير في المخافتة.

وفي الفاتحة شرطنا أكثرها؛ لأنها إن كانت قرآناً على الحقيقة أقيم مقام الدعاء في الآخرين، ولو كان دعاء من كل وجه؛ لا يجب السهو بتغيير هيئته، فإذا كان دعاءً من وجه أوجب خفته^(٦) وسائر السور قرآن، فاكتفي فيها بما يتعلق به جواز الصلاة. ووجه التسوية على رواية الأصل، ما ذكرنا أن الجهر على الإمام في صلاة الجهر واجب وكذلك المخافتة في صلاة المخافتة واجبة عليه، فأبي ذلك تركه فقد ترك الواجب، وقيل ما ذكر^(٧) في كتاب الصلاة قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن^(٨) جواز الصلاة عندهم يستوي فيه القليل والكثير، وكذلك السهو يستوي فيه القليل والكثير.

وذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - فيما إذا جهر فيما يخافت، أو خافت فيما يجهر؛ أنه إذا فعل [ذلك]^(٩) مقدار ما تجوز به الصلاة من [فاتحة الكتاب]^(١٠) أو^(١١) غيرها فعليه السهو، وإلا فلا. ذكره في الأصل.

- (١) سقط في د.
- (٢) في أ: الصلاة.
- (٣) سقط في د.
- (٤) سقط في أ، ب.
- (٥) في أ: وشركنا.
- (٦) في ب، د: خفية.
- (٧) في أ: ذكرنا.
- (٨) في أ، ب: بأن.
- (٩) سقط في د.
- (١٠) في د: الفاتحة.
- (١١) في أ: و.

وأما المنفرد فلا سهو عليه، ذكره في الأصل. وأما إذا خافت فيما يجهر؛ لأنه ما^(١) ترك واجبًا من واجبات الصلاة؛ لأن الجهر غير واجب عليه، ولهذا خيّر بين الجهر والمخافتة، [والتغيير ينافي]^(٢) الوجوب؛ وكذلك إذا جهر فيما يخافت [لأنه]^(٣)؛ لم يترك واجبا عليه؛ لأن المخافتة إنما وجبت لنفي المغالطة وإنما يحتاج إلى هذا في صلاة تؤدي على سبيل الشهرة، والمنفرد يؤدي على سبيل الخفية.

وذكر في واقعات الناطفي رواية مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - في المنفرد إذا جهر فيما يخافت: أن عليه السهو.

فالحاصل أن في ظاهر الرواية: لا سهو عليه وفي رواية النوادر: عليه السهو. وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - أنه إذا كان هذا الرجل يصلي وحده وليس ثمة أحد، فلا سهو عليه كما ذكره^(٤) في ظاهر الرواية، وإن كان هناك رجل آخر، وكلُّ واحد [منهما]^(٥) يصلي منفردًا كان عليه السهو، كما ذكر في النوادر. وذكر أبو سليمان في نوادره أن المنفرد إذا نسي حاله في صلاته حتى ظن أنه إمام فجهر في صلاته كما يجهر الإمام سجد للسهو؛ لأن الجهر بهذه الصفة سنة الإمام دون المنفردين فإذا جهر كذلك^(٦) فقد غير نظم^(٧) القراءة وهيئتها فيلزمه سجود السهو.

واختلف المشايخ في حد الجهر والمخافتة، قال الشيخ الإمام أبو الحسن الكرخي - رحمه الله -: الجهر أن يسمع نفسه وأقصاه أن يسمع غيره، وأدنى المخافتة، تحصيل^(٨) الحروف.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمهما الله -: أدنى الجهر أن يسمع غيره وأدنى المخافتة أن يسمع نفسه وعلى هذا

(١) في أ: لما.

(٢) في أ: بالتخيير ما في.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في ب: ذكر.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ، ب: لذلك.

(٧) زاد في أ: صلاة.

(٨) في أ: يحصل.

يعتمد^(١).

وإذا فرع من التشهد وقرأ الفاتحة سهوا فلا سهو عليه .
وإذا قرأ الفاتحة مكان التشهد فعليه السهو وكذلك إذا قرأ الفاتحة ثم التشهد كان عليه السهو .

وكذا روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في واقعات الناطفي ، وذكر هناك إذا بدأ في موضع التشهد بالقراءة ثم تشهد فعليه السهو وبمثله لو بدأ بالتشهد ثم بالقراءة فلا سهو عليه ؛ لأنه^(٢) في الوجه الأول لم يضع التشهد [في]^(٣) موضعه ، وفي الوجه الثاني وضع التشهد [في]^(٤) موضعه .

وفي غريب الرواية : إذا قرأ قاعدا يعني في حالة التشهد فعليه السهو لأن الموضع ليس موضع القراءة ، وكذلك لو قرأ آية في ركوعه أو^(٥) سجوده .

ولو قرأ التشهد قائما أو راکعا أو ساجدا لا سهو عليه ؛ لأن التشهد ثناء ، والقيام موضع الثناء والقراءة ، أرأيت لو افتتح فقال : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، [إلى قوله عبده ورسوله]^(٦) ، فإنه يكون بمنزلة الدعاء و[لا سهو]^(٧) عليه .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : فيمن تشهد قائما فلا سهو عليه ، وإن قرأ في جلوسه فعليه السهو ، أرأيت لو كبر فقرأ بعد الثناء أشهد ألا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، فقال هذا أو نحوه هل يجب عليه سجود السهو .

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ - رحمه الله - يقول : إذا قرأ التشهد في حالة القيام في الركعتين الأوليين فعليه السهو ؛ لأنه وإن كان موضع الثناء فموضع الثناء [منه]^(٨) معروف ، فإن^(٩) قرأ في الركعتين الأخيرين فليس عليه سجود السهو ؛ لأنه يتخير

(١) في ب : نعتد .

(٢) في أ ، ب : لأن .

(٣) سقط في أ ، ب .

(٤) سقط في أ ، ب .

(٥) زاد في ب ، د : في .

(٦) سقط في د .

(٧) في د : في السهو .

(٨) سقط في د .

(٩) في د : وإن .

في الركعتين الآخرين .

إن سها عن القنوت يجب عليه سجود السهو والسهو عن القنوت أن يترك القنوت ساهيا ثم يتذكر^(١) بعد ما سجد وفي هذه الصورة لا يعود إلى القيام ولا يقنت بل يمضي في صلاته ويسجد للسهو في آخره .

وكذلك إذا تذكر بعد ما قام من الركوع يمضي ولا يقنت ولو تذكر في الركوع هل يعود إلى القيام؟ فيه^(٢) روايتان، وقد ذكرنا المسألة من قبل .

والسهو عن تكبيرات العيد يوجب السجدة، والسهو في^(٣) تكبيرات العيد بتحصيلها في غير محلها أو بالزيادة فيها أو بالنقصان عنها أو بتركها وفي كل ذلك يجب [عليه]^(٤) سجود السهو .

ويستوي في الزيادة والنقصان القليل والكثير، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - إذا سها الإمام عن تكبيرة واحدة في صلاة العيد يسجد^(٥) للسهو، والسهو عن التشهد يوجب سجود السهو والسهو عن التشهد بأن سها حتى قام إلى الثالثة ثم تذكر أو نسيه في القعدة الأخيرة حتى سلم يسجد^(٦) للسهو في ذلك كله .
ولو ترك تكبيرات الركوع والسجود وتسيحاتهما فلا سهو عليه والقياس في قراءة التشهد وقنوت الوتر وتكبيرات العيد، وتكبيرات الركوع والسجود^(٧) وتسيحاتهما ألا سهو عليه؛ لأن هذه الأذكار سنة فتركها لا يتمكن النقصان كما في تكبيرات الركوع والسجود وتسيحاتهما واستحسننا ذلك في قراءة^(٨) التشهد وتكبيرات العيد وقنوت الوتر؛ لأن هذه السنة تضاف إلى جميع الصلاة، يقال: تكبيرات العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة، فتركها يتمكن^(٩) النقصان والتغيير في الصلاة فيجب

(١) في أ، ب: تذكر .

(٢) في أ، ب: فقيه .

(٣) في أ، ب: عن .

(٤) سقط في ب .

(٥) في د: سجد .

(٦) في د: سجد .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ: قوله .

(٩) في أ: فيمكن .

الجبر بسجدي السهو بخلاف تكبيرات الركوع والسجود، [لأنها سنة، و] ^(١) لا تضاف إلى جميع الصلاة، وإنما تضاف إلى ركن منها فتركها لا يتمكن التقصان في الصلاة.

وكذا إذا ترك الاستفتاح لم يسجد؛ لأنه سنة لا تضاف إلى جميع الصلاة بل [تضاف] ^(٢) إلى الافتتاح لا غير.

وفي مجموع النوازل: إذا شرع في الصلاة على النبي ﷺ بعد الفراغ من التشهد في الركعة الثانية ناسيا ثم تذكر فقام إلى الثالثة.

قال السيد الإمام أبو شجاع، والقاضي الإمام الماتريدي - رحمهما الله -: عليه سجود [السهو] ^(٣)، كما هو جواب مشايخنا ^(٤) غير أن السيد الإمام قال: إذا قال اللهم صل على محمد وجب.

وقال القاضي الإمام: لا يجب ما لم يقل وعلى آل محمد. وفي أمالي الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - وفي الصلاة لابن عبدك ^(٥) [أن عليه] ^(٦) سجود السهو بالزيادة على التشهد.

وفي واقعات الناطفي إذا زاد في التشهد الأول حرفا. قال أبو حنيفة: وجب عليه سجود السهو. وفي غريب الرواية ذكر الشعبي - رحمه الله - أن من زاد في الركعتين على التشهد فعليه السهو.

قال ابن مقاتل: ذكرت ذلك ^(٧) لابن زياد فقال: هو قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في د.

(٤) زاد في د: في.

(٥) في د: عيد.

وهو: محمد بن علي بن عبدك أبو أحمد واسم عبدك عبد الكريم الجرجاني قال الحاكم في تاريخ نيسابور وهو صاحب محمد بن الحسن وتفقه عليه حدث عن علي بن موسى القمي وأبي داود الأصبهاني. ينظر: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية (٩٤/٢).

(٦) في أ، ب: أنه يجب.

(٧) في د: هذا.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: بلغني عن أبي نصر^(١) الصفار - رحمه الله - أنه لا سهو عليه في هذا^(٢).

وقال^(٣) الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله -:^(٤) لا يجب سجود السهو بقوله: اللهم صل على محمد، ونحوه إنما المعتبر مقدار ما يؤدي ركنا فيه، والسهو عن السلام^(٥) يوجب سجود السهو، والسهو عنه أن يطيل القعدة ويقع عنده أنه خرج من الصلاة ثم يعلم^(٦) بعد ذلك ويسلم^(٧) ويسجد.

نوع آخر في بيان ما يمنع الإتيان بسجود السهو:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير، وإذا سلم يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو، فعليه أن يسجد للسهو وبطلت نية القطع عندهم جميعا.
أما عند محمد - رحمه الله - فلا^(٨) هذا لم يشرع محلاً^(٩) للحل، فلا يصير محلاً^(١٠) بقصده إذ ليس إلى العبد تغيير^(١١) المشروع.

وعندهما: هذا السلام اعتبر محلاً على سبيل التوقف، فمتى قصد أن يجعلها محلاً على سبيل البتات^(١٢)، فقد قصد تغيير المشروع فيرد عليه قصده، وقد^(١٣) ذكر في الجامع الصغير مطلقاً أنه^(١٤) يسجد للسهو.

وذكر هذه المسألة في الأصل وشرط لأداء السجدة شرطاً زائداً، فقال: إذا سلم

(١) في ب، د: القاسم.

(٢) المحيط البرهاني (١/٥٠٥).

(٣) في أ، ب: كان.

(٤) زاد في أ، ب: يقول.

(٥) زاد في د: لا.

(٦) في أ: تعلم.

(٧) في أ، ب: فيسلم.

(٨) في أ: فإن.

(٩) في أ: محلاً.

(١٠) في أ: محلاً.

(١١) في أ: يعتبر.

(١٢) في أ: البيان.

(١٣) في أ، ب: فقد.

(١٤) في أ، ب: أن.

وهو لا يريد أن يسجد للسهو^(١) لم يكن تسليمه ذلك قاطعاً^(٢)، حتى لو بدا له أن يسجد وهو في محله ذلك قبل أن يقوم، [و]^(٣) قبل أن يتكلم، فإنه يسجد للسهو^(٤)، وقد شرط لأداء سجدي السهو شرطاً زائداً وهو ألا يتكلم ولا يقوم عن محله ذلك، فهذه إشارة إلى أنه متى قام عن محله^(٥) واستدبر القبلة لا يأتي بسجدي السهو وإن كان لم يخرج عن المسجد، [بعد.

وذكر في الأصل بعد هذه المسألة مسائل منها: أن يأتي بها قبل أن يتكلم ويخرج عن المسجد]^(٦).

وإن مشى وانحرف عن القبلة؛ وبه قال بعض المشايخ، وأشار محمد - رحمه الله - في مسألة أخرى إلى ما يدل على هذا فإنه قال إذا سلم الرجل عن يمينه وسها عن التسليمة الأخرى فما دام في المسجد يأتي بالأخرى وإن استدبر القبلة، وعامة المشايخ على أنه لا يأتي بهما متى استدبر القبلة؛ لأنه انحرف عن القبلة من غير عذر ومثل هذا الانحراف يخرج عن حرمة الصلاة؛ كما لو انحرف عن القبلة على ظن أنه^(٧) لم يمسخ برأسه ثم تذكر أنه كان مسح رأسه وهو في المسجد بعد فإنه يستقبل الصلاة.

وإن تكلم أو خرج من المسجد لا يأتي بهما؛ لأنه خرج عن حرمة الصلاة على البتات^(٨) و[بقاء]^(٩) حرمة الصلاة شرط لأدائهما ولا تفسد صلاته؛ لأن سجدة السهو ليست بركن بل هي واجبة، وترك الواجب لا يوجب فساد الصلاة، فإن كان في مكانه ذلك وبدا له أن يسجد، وفي القوم من تكلم أو خرج من المسجد، [ومن القوم]^(١٠) من لم يتكلم، ولم يخرج من المسجد فعلى من لا يتكلم أن يتابعه^(١١)

(١) في أ، ب: لسهوه.

(٢) في أ، ب: قطعاً.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: سجدي السهو.

(٥) في د: مجلسه.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في أ، ب، م: قد.

(٨) في أ: الثبات.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، ب: ومنهم.

فيهما ولا شيء على من تكلم؛ لأن الذي تكلم أو خرج عن المسجد خرج عن^(١) حرمة الصلاة، [بعد أداء أركانها والفراغ منها فلا شيء عليه والذي لم يتكلم وهو في مكانه بعد لم يخرج عن حرمة الصلاة]^(٢) فيلزمه المتابعة، فإن كان من [نيته]^(٣) حين سلم أن يسجد للسهو فلم يسجد حتى تكلم أو خرج من المسجد فقد قطع صلاته، ولا شيء عليه، وإن لم يتكلم ولم يخرج من المسجد، وكان في مجلسه ذلك حتى [تذكر]^(٤) أن عليه السهو فإنه يسجد^(٥)هما.



(١١) في أ: شغلته.

(١) في د: من.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: يسجد^(٥)ها.

نوع آخر في المتفرقات من هذا الفصل :

رجل يصلي المغرب فيجيء رجل ويقتدي به يصلي المغرب تطوعًا فقام الإمام إلى الرابعة ناسيًا ولم يقعد على رأس الثالثة، [وقيد^(١)] الرابعة بالسجدة وتابعه المقتدي في ذلك قال: فسدت صلاة الإمام والمقتدي^(٢).

ومعنى قوله: فسدت صلاة الإمام: [فسدت صلاته]^(٣) فرضًا لا نفلًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

ولا يقال على هذا بأن^(٤) صلاة الإمام انقلبت نفلًا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، فينبغي ألا تفسد صلاة المقتدي؛ لأننا نقول: صلاة الإمام وإن صارت نفلًا إلا أنها كانت فرضًا، فصار في الحكم متنفلًا من تحريمه الفرض إلى تحريمه النفل^(٥)، وصار كأنه صلى صلاتين بتحريمتين وصار المقتدي كأنه صلى صلاة واحدة بإمامين من غير عذر الحدث^(٦)، فلا يجوز.

ومن عليه سجود السهو في صلاة الفجر إذا لم يسجد حتى طلعت الشمس وكان ذلك بعد السلام لم يسجد.

وكذا^(٧) إذا كان في قضاء الفائتة فلم يسجد حتى احمرت الشمس لم يسجد؛ لأنها تجب لجبر نقص^(٨) فجرت هي مجرى القضاء؛ لأن الإكمال عليه [و]^(٩) القضاء لا يصح في هذا الوقت، ومن سلم على يساره قبل سلامه على^(١٠) يمينه فلا سهو عليه.

ومن سلم وعليه سهو ففعل ما يقطع الصلاة، لم يسجد؛ لأن الحادث منعه عن

(١) في د: وقد قيل .

(٢) في د: وصلاة المقتدي .

(٣) سقط في د .

(٤) في أ، ب: لأن .

(٥) في أ، ب: الأصل .

(٦) زاد في د: وذلك تعد .

(٧) في أ، ب: وكذلك .

(٨) في أ، ب: نقصان .

(٩) سقط في أ .

(١٠) في د: عن .

العود إلى التحريم فلا يمكنه الأداء، وقد صحت صلاته؛ لأن ترك سجود السهو لا يوجب فساد الصلاة.

وإذا سها في الجمعة وخرج الوقت بعد ما سلم قبل أن يسجد للسهو سقط عنه سجود السهو.

وإذا ترك صلاة الليل ناسيا وقضاها في النهار وأم فيها وخافت ساهيا كان عليه السهو، وينبغي أن يجهر ليكون [القضاء على وفق الأداء]^(١)، وإن أم ليلا في صلاة النهار يخافت ولا يجهر فإن جهر ساهيا كان عليه السهو ولو أم في التطوع في الليل وخافت متعمدا فقد أساء وإن كان ساهيا فعليه السهو.

وإذا سبقه الحدث بعد ما سلم قبل أن يسجد للسهو أو بعدما سجد سجدة [واحدة]^(٢) للسهو توطأ وعاد وأتم الصلاة؛ لأن حرمة الصلاة باقية، وسبق الحدث لا يمنع البناء بعد الوضوء، وإذا أحدث الإمام وقد سها فاستخلف رجلا يسجد خليفته للسهو بعد السلام لقيامه مقام الأول، وإن سها خليفته فيما يتم أيضا كفاه سجدتان لسهوه^(٣) ولسهو^(٤) الأول كما لو سها الأول مرتين وإن لم يكن الأول سها وإنما سها الخليفة لزم الأول سجود^(٥) السهو لسهو خليفته؛ لأن الأول صار مقتديا بالثاني كغيره من القوم فيلزمه سجود السهو لسهو إمامه؛ ألا ترى أن الثاني لو أفسد الصلاة على نفسه فسدت صلاة الأول فكذا بسهو الثاني يتمكن النقصان في صلاة الأول.

ولو سها الأول بعد الاستخلاف لا يوجب سهوه شيئا؛ لأنه مقتد بالثاني، وإذا سلم المسبوق حين سلم الإمام ساهيا بنى على صلاته وعليه سجود السهو، أما البناء فلأن هذا سلام سهو وأنه لا يخرج عن حرمة الصلاة.

وأما وجوب [سجدة السهو]^(٦) فلأنه حين سلم الإمام صار هو كالمفرد وقد سها حين سلم فيلزمه سجدتا السهو.

(١) في أ: الأداء على وفق القضاء.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: للسهو.

(٤) في د: وسهو.

(٥) في د: سجدة.

(٦) في د: السجدة.

قيل^(١): هذا إذا سلم بعد الإمام، فأما إذا سلم مع الإمام، فلا سهو عليه، وإذا لم يرفع المصلي رأسه من الركوع حتى خر ساجدا ساهيا، جازت صلاته في قول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - وعليه السهو.

المصلي إذا نسي سجدة التلاوة، في موضعها، ثم ذكرها في الركوع أو في السجود أو في القعود، فإنه يخر لها^(٣) ساجدا ثم يعود إلى ما كان فيعيده استحسانا وإن^(٤) لم يعد جازت صلاته، وإن أخرها إلى آخر صلاته^(٥) أجزأه؛ لأن الصلاة واحدة، وإن كان إماما فصلى ركعة، وترك فيها سجدة، وصلى ركعة أخرى، وسجد لها، وتذكر المتروكة في السجود فإنه يرفع رأسه من السجود ويسجد المتروكة ثم يعيد ما كان فيها؛ لأنها ارتفضت فيعيدها استحسانا، فأما [ما]^(٦) قبل ذلك [إلى]^(٧) المتروكة هل ترتفض إن كان ما تخلل بين المتروكة وبين الذي تذكر فيه ركعة تامة لا ترتفض باتفاق الروايات، فلا يلزمه إعادة ذلك وإن لم يكن ركعة تامة فكذلك في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه يرتفض.

إذا سلم الإمام وعليه سجدة تلاوة فتذكر في مكانه بعد ما تفرق القوم، فإنه يسجد للتلاوة، ويقعد قدر [التشهد فإن سجد للتلاوة ولم يقعد فسدت صلاته لارتفاض القعدة، إما باتفاق]^(٨) الروايات أو في رواية على ما مرّ قبل [هذا]^(٩) ولا^(١٠) تفسد صلاة القوم لانقطاع المتابعة.

[سجود السهو إذا وقع في وسط الصلاة لا يعتد بها ويعيدها ثانيًا.

قال الفقيه أبو بكر الأعمش: يعتد بها، وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر]^(١١).

- (١) في أ: قبل.
- (٢) في أ: إن.
- (٣) في أ، ب: له.
- (٤) في ب: فإن.
- (٥) في د: الصلاة.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) سقط في د.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) سقط في د.
- (١٠) في أ، ب: فلا.
- (١١) سقط أ، ب.

الفصل الرابع عشر

في مسائل الشك^(١) وفي الاختلاف^(٢) الواقع بين الإمام والمأموم

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا سهى ولم يدر أثلاثاً صلى، أم أربعاً وذلك أول ما سها استقبال الصلاة قال - عليه السلام -: «من شك في صلاته ولم يدر

(١) الشك: الوقوف بين النقيضين، وهو من شك العود فيما ينفذ فيه؛ لأنه يقف بذلك الشك بين جهتيه.

وقيل: الشك التردد بين نقيضين لا ترجيح لأحدهما عند الشاك.
وقال الراغب: اعتدال النقيضين عند الإنسان، وتساويهما قد يكون لوجود أمارتين متساويتين عنده في النقيضين، أو لعدم الأمانة.
والشك ربما كان في الشيء هل هو موجود أم لا؟ وربما كان في جنسه من أي جنس هو؟ وربما كان في الغرض الذي لأجله وجد.
والشك ضرب من الجهل، وهو أخص منه؛ لأن الجهل قد يكون عدم العلم بالنقيضين رأساً، فكل شك جهل ولا عكس.

والشك في اصطلاح الفقهاء: استعمل في حالتي الاستواء والرجحان على النحو الذي استعملت فيه هذه الكلمة لغة فقالوا: من شك في الصلاة، ومن شك في الطلاق، أي: من لم يستيقن، بقطع النظر عن استواء الجانبين أو رجحان أحدهما.
ومع هذا فقد فرقوا بين الحالتين في جزئيات كثيرة، والشك في اصطلاح الأصوليين: هو استواء الطرفين المتقابلين لوجود أمارتين متكافئتين في الطرفين أو لعدم الأمانة فيهما.
ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص (١٣٤)، المفردات، مادة (ش ك ك)، لسان العرب، مادة (ش ك ك)، المصباح المنير (ش ك ك)، ص (٣٧٨)، النهاية، لابن الأثير (٤٩٥/٢)، نهاية السؤل (٤٠/١).

فأما النسيان ترك الإنسان ضبط ما استودع إما لضعف قلبه وإما عن غفلة أو عن قصد حتى ينحذف عن القلب.

ينظر: التعريفات، الجرجاني، ص (٢٤٠)، المفردات، ص (٧٤٨)، المصباح المنير، ص (٧٣٩)، التوقيف على مهمات التعريف، ص (٦٩٨).

وأما الظن فهو الاعتقاد الراجح مع استعمال النقيض ويستعمل في اليقين والشك. قال الراغب: هو اسم لما يحصل عن أمانة، ومتى قويت أدت إلى العلم، ومتى ضعفت جداً لم يتجاوز حد الوهم، ومتى قويت أو تصور بصورة القوي استعمل معه (أن) المشددة والمخففة، ومتى ضعف استعمل بعد (أن) المختصة بالمعدومين من القول والفعل. والفقهاء في غالب أحكامهم لا يفرقون بين الظن والشك والنسيان.

ينظر: المصباح المنير، ص (٤٥٨)، التوقيف على مهمات التعريف، ص (٤٩٢)، غمز عيون البصائر، لأحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م (١/١٩٣).

(٢) في أ، ب: اختلاف.

أثلاثاً صلى أم أربعاً فليستقبل»^(١)؛ ولأن الاستقبال لا يريه .
 والمضي^(٢) بعد الشك يريه، وقد قال عليه السلام: «دع ما يريك إلى ما لا يريك»^(٣)؛ ولأنه قادر على إسقاط ما عليه من الفرض بيقين من غير مشقة فيلزمه ذلك قياساً على ما لو شك في^(٤) أصل الصلاة أنه صلى أو لم يصل وهو في الوقت لزمه أن يصلي وقياساً على ما لو ترك صلاة واحدة من يوم وليلة، ولا يدري أي^(٥) صلاة هي فإنه يقضي خمس صلوات حتى يخرج عما عليه بيقين فكذلك هاهنا .
 وإن لقي^(٦) ذلك غير مرة يتحرى الصواب وأتم الصلاة على ذلك^(٧) لحديث ابن مسعود - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «من شك في صلاته فليتحر الصواب»^(٨).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٨٥/١) برقم (٤٤٢٢) عن ابن عمر موقوفاً .
 قال الزيلعي في نصب الراية (١٧٣/٢): حديث غريب، وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر، قال في الذي لا يدري كم صلى، أثلاثاً . أو أربعاً، قال: يعيد حتى يحفظ، وفي لفظ: قال: أما أنا إذا لم أدر كم، فإني أعيد . وأخرج نحوه عن سعيد بن جبير . وابن الحنفية . وشريح .

(٢) في أ، ب: والمعنى .

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٠/١)، والترمذي في السنن (٦٦٨/٤) كتاب صفة القيامة (٢٥١٨)، والدارمي في السنن (٢٤٥/٢) كتاب البيوع، باب: دع ما يريك إلى ما لا يريك، والنسائي في المجتبى من السنن (٣٢٧/٨، ٣٢٨) كتاب الأشربة، باب: الحث على ترك الشبهات (٥٧١١)، وابن حبان في صحيحه برقم (٥١٢)، والحاكم في المستدرک (١٣/٢) كتاب البيوع، باب: دع ما يريك، وقال الترمذي: حسن صحيح . وصححه الحاكم .

(٤) في ب: على .

(٥) في ب: أية .

(٦) في ب: بقي .

(٧) الأصل، للشيباني (٢٢٤/١) .

(٨) أخرجه البخاري (٦٢/٢) كتاب الصلاة، باب: التوجه نحو القبلة حيث كان (٤٠١)، مسلم (٤٠٠/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له (٥٧٢/٨٩)، وأبو داود (٣٣٣/١) كتاب الصلاة، باب: إذا صلى خمسا (١٠٢٠)، والنسائي (٢٨/٣) كتاب السهو، باب: التحري، وابن ماجه (٣٨١، ٣٨٠/٢) كتاب إقامة الصلاة، باب: ما جاء فيمن شك في صلاته فتحري الصواب (١٢١١)، وأحمد (٣٧٩/١، ٤١٩، ٤٣٨، ٤٥٥)، وابن خزيمة (١٠٢٨)، من طرق عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال: قال عبد الله: صلى النبي ﷺ قال إبراهيم: لا أدري زاد أو نقص - فلما سلم قيل له: يا رسول الله، أحدث في الصلاة شيء؟ قال: «وما ذاك؟» قالوا: صليت كذا وكذا، فثنى رجله واستقبل القبلة =

ولأننا لو أمرناه بالاستقبال^(١) يقع له الشك ثانيا وثالثا إذا صار ذلك عادة له فيتعذر عليه المضي في الصلاة، فلهذا يتحرى^(٢) فإن وقع تحريه على شيء أخذ به، [وإن لم يقع تحريه على شيء أخذ بالأقل]^(٣)، لحديث عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه -، قال: قال رسول الله ﷺ: «من شك في صلاته فليأخذ بالأقل»^(٤).

ولأن الأداء واجب عليه بيقين فلا يترك هذا اليقين إلا بيقين مثله، وذلك في الأقل إلا أن في كل موضع يتوهم أنه آخر صلاته يقعد لا محالة؛ لأن القعدة الأخيرة فرض، والاشتغال بالنفل قبل إكمال الفرض مفسد للصلاة.

ثم اختلف المشايخ في معنى قوله: «أول ما سها».

قال بعضهم: معناه أن السهو ليس بعادة، له [لا أنه]^(٥) لم يسه في عمره قط. وقال بعضهم: [معناه]^(٦) أنه أول سهو وقع له في عمره ولم يكن سها في صلاة قط، من حين بلغ فها هنا يستقبل الصلاة فأما إذا وقع له ذلك في شيء من الصلوات، فإنه يتحرى.

وقال بعضهم: معناه [أنه]^(٧) أول [سهو]^(٨) وقع له في تلك الصلاة فإن^(٩) هاهنا

= وسجد سجدتين ثم سلم، فلما أقبل علينا بوجهه قال: «إنه لو حدث في الصلاة شيء لبأتكم به، ولكن إنما أنا بشر مثلكم أنسى كما تنسون، فإذا نسيت فذكروني، وإذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب، فليتم عليه ثم ليسلم، ثم يسجد سجدتين».

(١) في أ: باستقبال.

(٢) في ب: تحرى.

(٣) في أ: الأقل.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٨٤/١) برقم (٤٤١٤) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ، عَنْ مَكْحُولٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ زَادَ أَوْ نَقَصَ، فَإِنْ كَانَ شَكٌّ فِي الْوَاحِدَةِ وَالثَّنَيْنِ فَلْيُجْعَلْهَا وَاحِدَةً، حَتَّى يَكُونَ الْوَهْمُ فِي الزِّيَادَةِ، ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ وَهُوَ جَالِسٌ، فَيَقُولُ أَنْ يُسَلِّمَ ثُمَّ يُسَلِّمَ». قَالَ مُحَمَّدٌ: قَالَ لِي حُسَيْنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ: هَلْ أَسْنَدُ لَكَ مَكْحُولَ الْحَدِيثِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: سَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ قَالَ: فَإِنَّهُ ذَكَرَهُ عَنْ كُرَيْبٍ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ عَمْرَ بْنَ عَبَّاسٍ تَمَارَى فِيهِ، فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، فَقَالَ: أَنَا سَمِعْتُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ هَذَا الْحَدِيثَ.

وأخرجه أحمد (١٩٠/١)، وابن ماجه (٣٨١/١)، رقم (٣٨٢)، رقم (١٢٠٩)، وأبو يعلى الموصلي (١٥٢/٢)، رقم (٨٣٩)، والحاكم (٣٢٤/١) بنحوه من حديث ابن إسحاق.

(٥) في أ: لأنه.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في أ.

يستقبل .

وإن وقع ذلك^(١) مرة أو مرتين، يتحرى ويبنى على الأقل . والأول أشبه ثم الشك لا يخلو، إما أن وقع في ذوات المثنى كالفجر أو في ذوات الأربع كالظهر والعصر [والعشاء]^(٢)، أو في ذوات الثلاث كالمغرب .

فإن وقع [الشك]^(٣) في صلاة الفجر ولم يدر أنها الركعة الأولى أم الثانية، وهو قائم، يتحرى في ذلك فإن وقع تحريه على شيء عمل به، وإن لم يقع تحريه على شيء وهو قائم يبنى على الأقل^(٤)، ويجعلها أولى ويتم تلك الركعة، ثم يقعد لجواز أنها ثانيته ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى، ويقعد لجواز أن ما صلى كانت أولى، وهذه ثانيته، [ثم يسلم؛ لأنها ثانيته]^(٥) حكما .

وإن شك في الفجر أنها ثانيته، أو ثالثته، عمل بالتحري كما ذكرنا، فإن لم يقع تحريه على شيء، وهو قائم، فإنه يقعد في الحال، ولا يركع لجواز أنها ثانيته فلو قلنا بأنه يمضي ولا يقعد، فقد ترك القعدة على رأس الركعتين ففسد صلاته، فلهذا قال: لا يمضي ثم يقوم ويصلي ركعة [أخرى]^(٦)، ويقعد لجواز أن القيام الذي رفضها بالعود ثانيته، وقد ترك ذلك فعليه أن يصلي ركعة أخرى، حتى يتم صلاته، وإن كان قاعدا، والمسألة بحالها يتحرى في ذلك إن وقع تحريه، [أنها ثانيته، مضت صلاته على الصحة؛ وإن وقع تحريه على أنها ثالثته يتحرى في القعدة، إن^(٧) وقع تحريه]^(٨)، أنه قعد على رأس الركعتين يمضي على صلاته على الوجه الذي عرف وإن وقع تحريه أنه لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاته؛ لأن القعدة على

(٨) سقط في د .

(٩) في د: و .

(١) في أ: له .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) سقط في د .

(٤) في د: الأولى .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في د .

(٧) في د: فإن .

(٨) سقط في أ .

رأس الركعتين فرض، وقد ترك ذلك [وترك] ^(١) الفرض يوجب فساد الصلاة، وإن لم يقع تحريه على شيء، فسدت صلاته أيضا؛ لأنه يحتمل أنه قعد على رأس الركعتين، فصحت صلاته، ويحتمل أنه لم يقعد [على رأسهما، ففسد] ^(٢) ^(٣) صلاته، فدارت الصلاة [بين] ^(٤) الصحة والفساد، ففسد احتياطا على ما هو الأصل المعروف.

وإن شك أنها ثالثته أو الأولى [يقعد] ^(٥) ولا يتم ركعته؛ لأنه يحتمل أنها ثالثته، فلو [أمرناه بالمضي] ^(٦) فيها تفسد صلاته، وإذا قعد قدر التشهد يقوم ويصلي ركعة أخرى، ويقعد قدر التشهد، ثم يصلي ركعة أخرى ويقعد.

وإن وقع الشك في ذوات الأربع أنها الأولى أم الثانية عمل بالتحري كما ذكرنا، فإن لم يقع تحريه على شيء بنى ^(٧) على الأقل فيجعلها أولى ثم يقعد لجواز أنها ثانيته فتكون القعدة فيها واجبة ثم يقوم فيصلي [ركعة] ^(٨) أخرى، ويقعد؛ لأننا جعلناها ^(٩) في الحكم [ثانيته ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد لجواز أنها رابعته] ^(١٠) ثم يقوم، ويصلي ركعة أخرى؛ لأننا جعلناها في الحكم ^(١١) رابعته والقعدة على رأس الرابعة فرض.

وكذلك إذا شك أنها [الثانية أم الثالثة] ^(١٢)، عمل بالتحري كما ذكرنا فإن لم يقع تحريه على شيء يقعد في الحال؛ لجواز أنها ثانيته ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى، ويقعد [في الحال؛ لجواز أنها ثانيته، ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقعد] ^(١٣)؛ لأننا

(١) سقط في د.

(٢) في د: ففسدت.

(٣) في د: ففسدت.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: أمرناه يمضي، وفي ب: أمرنا بمضي، أمر بالمضي.

(٧) في أ، ب: بين.

(٨) سقط في أ.

(٩) في ب، د: جعلنا.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في د: ثانية أم ثالثة.

(١٣) سقط في أ، ب.

جعلناها رابعته في الحكم .

وإن وقع الشك في ذوات الثلاث فهو على قياس ما ذكرنا في ذوات المشنى والأربع وهذا كله إذا وقع الشك في الصلاة .

وأما إذا وقع الشك بعد الفراغ من الصلاة بأن شك بعد السلام [في ذوات المشنى أنه صلى واحدة أو اثنتين أو شك في ذوات الأربع بعد السلام] ^(١) أنه صلى ثلاثا أم أربعاً، أو في ذوات الثلاث شك [بعد السلام] ^(٢) أنه صلى ثلاثا أو اثنتين فهذا عندنا على أنه أتم الصلاة حملاً لأمره على الصلاح وهو الخروج عن الصلاة في أوانه . ولو شك بعد ما فرغ من التشهد في الركعة الأخيرة ^(٣) على نحو ما بينا فكذلك الجواب [يحمل] ^(٤) على أنه أتم الصلاة ^(٥) هكذا روي عن محمد - رحمه الله - .

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - فيمن نسي ثلاث سجديات أو أكثر من صلاته فإن [كان] ^(٦) ذلك أول ما وقع له في صلاته استقبلها وإن كان [ذلك يقع] ^(٧) كثيراً مضى على أكبر رأيه وإن لم يكن له في ذلك رأي أعاد الصلاة هكذا ذكرها ^(٨) هنا .

قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما ذكره محمد - رحمه الله - في كتاب الصلاة، وإذا شك في صلاته ولم يدر أثلاثا صلى أم أربعاً وتفكر في ذلك تفكراً ثم استيقن أنه صلى ثلاث ركعات فإن لم يطل تفكره ^(٩) حتى لم يشغله تفكره عن أداء ركن بأن يصلي فيفكر ^(١٠) فليس عليه سجود السهو؛ لأنه لم يؤخر ركناً ولم يترك واجباً ولم يؤخره .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) في د: الأخرى .

(٤) سقط في د .

(٥) في د: صلاته .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ، ب: يقع ذلك .

(٨) في د: ذكر .

(٩) في د: تفكيره .

(١٠) في أ: وتفكر .

وإن طال تفكره حتى شغله^(١)، عن ركعة، أو سجدة أو يكون في [ركوع أو سجود]^(٢)، فيطول [في تفكره]^(٣)، وتغير عن حاله بالتفكير فعليه [سجود]^(٤) السهو استحساناً.

وفي القياس: لا سهو عليه؛ لأن تفكره ليس إلا إطالة^(٥) القيام أو الركوع أو السجود.

وهذه الأذكار سنة وتأخير الأركان بسبب إقامة السنة لا يوجب السهو، كما لا يوجب الإساءة إذا كان عمداً. وجه الاستحسان أنه آخر واجباً، أو ركناً ساهياً لا بسبب إقامة السنة بل بسبب التفكير، وليس التفكير من أعمال الصلاة، فيلزمه سجود السهو كما لو زاد ركوعاً أو سجدة في صلاته، بخلاف ما إذا أطال^(٦) الركوع أو السجود أو القيام ساهياً حيث لا يلزمه سجود السهو؛ لأن التأخير حصل بفعل هو من أفعال الصلاة وذلك سنة إذا لم يكن واجباً، وتأخير الركن أو الواجب متى كان بسبب إقامة فعل من أفعال الصلاة ساهياً لا يوجب [سجودتي]^(٧) السهو.

قال الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله - هذا كله إذا كان التفكير يمنعه عن التسييح فأما إذا كان لا يمنعه عن التسييح بأن كان يسبح ويتفكر أو يقرأ [ويتفكر]^(٨) لا يلزمه [سجود]^(٩) السهو في الأحوال كلها.

وإن شك في صلاة صلاها قبل هذه الصلاة فتفكر في ذلك وهو في هذه الصلاة لم يكن عليه [سجود]^(١٠) السهو وإن شغله تفكره؛ لأنه لم يشك في هذه الصلاة؛ ولأن^(١١) المصلي لا يخلو عن هذا النوع من الشك فلا يجب [سجود]^(١٢) السهو

(١) في ب: يشغله.

(٢) في د: الركوع والسجود.

(٣) في د: تفكره فيه.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: له.

(٦) في أ، د: طال.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في د.

(١١) زاد في أ: هذا.

(١٢) سقط في د.

بهذا .

قال شمس الأئمة [الحلواني]^(١) - رحمه الله - ما قال في الكتاب، «وإن شغله تفكره»، ليس يريد [به]^(٢) أنه شغله التفكير عن ركن أو واجب فإن ذلك يوجب [سجدي]^(٣) السهو بالإجماع، ولكن أراد به شغل قلبه بعد أن تكون جوارحه مشغولة بأداء الأركان على نحو ما بينا في المسألة المتقدمة .

وذكر^(٤) الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الرواية: أنه ذكر البلخي في نوادره عن أبي حنيفة - رحمهم الله - أن من شك في صلاته فلم يدر أصلى ركعة أو ركعتين فأطال تفكره [إن كان]^(٥) ذلك في قيامه أو ركوعه أو قومه أو سجوده أو قعدته الأخيرة لا سهو عليه، وإن كان في جلوسه بين السجدين فعليه السهو؛ لأن له أن يطيل اللبث في جميع ما وصفنا إلا فيما بين السجدين وفي القعود في وسط الصلاة^(٦) .

مصلٌ سها عن القعدة الأخيرة وافتتح التطوع لا تفسد صلاته ما لم تقيد الركعة بالسجدة ولو فعل عمداً أفسد^(٧) .

في^(٨) آخر باب الجمعة من شرح الصدر الشهيد - رحمه الله - وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رجل شك في صلاته أنه قد صلاها أم لا، فإن كان في الوقت، فعليه أن يعيد؛ لأن سبب الوجوب قائم، وإنما لا يعمل هذا السبب بشرط الأداء قبله وفيه شك .

وإن خرج الوقت ثم شك فلا شيء عليه؛ لأن سبب الوجوب قد فات، وإنما يجب القضاء بشرط عدم الأداء قبله^(٩)، وفيه شك، وكذلك لو شك في ركعة بعد

(١) سقط في أ، ب .

(٢) سقط في د .

(٣) سقط في د .

(٤) في أ، ب: ذكره .

(٥) في د: فإن ذلك .

(٦) في د: صلاته .

(٧) في د: يفسد .

(٨) في أ: من .

(٩) في أ: قبل الابتداء .

الفراغ من الصلاة لا شيء عليه [وقبل الفراغ من الصلاة]^(١) يلزمه أداؤها. وفي فتاوى سمرقند: بأن من شك في إتمام وضوء إمامه، جازت [صلاته]^(٢) ما لم يستيقن أنه ترك بعض أعضائه سهوًا أو عمدًا؛ لأن الظاهر أنه لم يترك [شيئًا منها]^(٣).

قال: مصلي الفجر إذا شك في سجوده أنه صلى ركعتين أم^(٤) ثلاثا. قالوا: إن كان في السجدة الأولى يمكنه إصلاح الصلاة بأن يعود إلى القعدة؛ لأنه إن [كان]^(٥) صلى ركعتين^(٦) كان عليه إتمام هذه الركعة؛ لأنها ثانيته^(٧) فإذا عاد إلى القعدة فقد أتمها فيجوز ولو كانت ثالثته لا تفسد صلاته عند محمد - رحمه الله -؛ لأنه لما تذكر في السجدة الأولى ارتفضت تلك السجدة أصلاً وصارت كأن لم تكن كما لو سبقه الحدث في السجدة الأولى.

من الركعة الخامسة وإن كان هذا الشك في السجدة الثانية فسدت صلاته لاحتمال أنه قيد الثالثة بالسجدة الثانية، وخط المكتوبة بالنافلة قبل إكمال المكتوبة تفسد صلاته.

ولو شك في صلاة الفجر في قيامه أنها الأولى [أو الثالثة]^(٨)، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: يمكنه إصلاح^(٩) صلاته بأن يرفض ما هو من القيام ويعود إلى القعدة فإن^(١٠) كانت هذه الركعة ثالثة^(١١) فقد رفضها بالعود إلى القعدة وتمت صلاته ثم يقوم ويصلي ركعتين يقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب، وسورة ثم يتشهد ويسجد سجدي السهو؛ لأن تلك الركعة إن كانت هي الأولى فلم

(١) في أ: وفي صلاة، وفي ب: وفي صلاته.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ، ب: أو.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ، ب: ركعة.

(٧) في د: إن كانت ثانيته.

(٨) في أ: من صلاته أو بالنية، وفي ب: من صلاته أو ثالثته.

(٩) في أ: صلاح.

(١٠) في ب: كان.

(١١) في ب، د: ثالثته.

يأت بشيء من صلاته سوى التكبير فيأتي بجميع أركانها ولا يقعد بينهما؛ لأنه في حال يلزمه ركعتان وفي حال لا يلزمه شيء فلا يقعد.

غلب على ظنه في الصلاة أنه أحدث أو [أنه]^(١) لم يمسخ، [و]^(٢) تيقن بذلك لا شك له فيه ثم تيقن أنه لم يحدث وتيقن أنه [قد]^(٣) مسح.

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: ينظر إن أدى ركنا بعد ما كان متيقنا بالحدث، وبعدم المسح، فإنه يستقبل الصلاة، وإن لم يؤد ركنا مضى في صلاته.

ولو شك في صلاته أنه هل كبر للافتتاح أم لا، [هل أحدث أم لا]^(٤)، هل أصابت النجاسة ثوبه أم لا، [هل مسح رأسه أم لا]^(٥)، إن كان ذلك أول مرة استقبل الصلاة وإن كان يقع له مثل ذلك كثيرا، جاز له المضي ولا يلزمه الوضوء ولا غسل الثوب.

رجل [دخل]^(٦) في صلاة الظهر ثم شك أنه^(٧) صلى الفجر أم لا، فلما فرغ من صلاته^(٨) تبين أنه لم يصل الفجر، فإنه يصلي الفجر ثم يعيد الظهر؛ لأنه [لما استيقن]^(٩) بعد الفراغ من الصلاة أنه لم يصل الفجر، صار كأنه [كان مستيقنا]^(١٠) في ذلك الوقت كالمصلي بالتيمم إذا رأى شيئا، فظن أنه سراب، فلما فرغ من [صلاة الظهر مثلا]^(١١)، ظهر أنه كان ماء، [فإنه]^(١٢) يتوضأ ويعيد، وكذا لو تذكر يوم الجمعة وقت [الخطبة]^(١٣) أنه لم يصل الفجر، [فإنه يقوم ويصلي الفجر، ولا

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) زاد في د: هل.

(٨) في د: الصلاة.

(٩) في أ، ب: لم يستيقن.

(١٠) في د: متيقن.

(١١) في أ، ب: الصلاة، وزاد في د: أو غيرها.

(١٢) سقط في د.

(١٣) سقط في د.

يستمتع للخطبة^(١)؛ لأنه لو لم يصل الفجر^(٢) حتى^(٣) فرغ^(٤) الإمام من الخطبة، [لا]^(٥) يمكنه قضاء الفجر مع الجمعة.

مصلى^(٦) الظهر إذا صلى ركعة بنية^(٧) الظهر ثم شك في الثانية أنه في العصر ثم شك في الثالثة أنه في التطوع ثم شك في الرابعة أنه في الظهر قال: هو [في]^(٨) الظهر والشك ليس بشيء.

رجل صلى ركعتين ثم شك أنه مقيم أو مسافر، فسلم في حالة الشك، ثم علم أنه مقيم، [فإنه]^(٩) يعيد صلاة المقيمين؛ لأن هذا سلام عمد.



(١) في أ، ب: الخطبة.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: حين.

(٤) في أ، ب: يفرغ.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: يصلي. وفي د: فصلى.

(٧) في أ: ثالثة.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ، ب.

مسائل الاختلاف الواقع بين الإمام والمأموم

إذا^(١) وقع الاختلاف بين الإمام [وبين المأموم]^(٢)، فقال القوم صليت ثلاثا، وقال الإمام: صليت أربعا، فإن كان بعض القوم، مع الإمام، يؤخذ بقول من كان مع الإمام، ويترجح قول من كان مع الإمام بسبب الإمام، وإن لم يكن بعض القوم مع الإمام ينظر إن كان الإمام على يقين لا يعيد الإمام الصلاة، وإن لم يكن على يقين أعاد بقولهم.

هكذا ذكر المسألة في واقعات الناطفي - رحمه الله - .

ورأيت في موضع آخر: إذا كان مع الإمام رجل واحد يترجح قوله بسبب الإمام، ولا يعيد^(٣) الصلاة، وإذا لم يكن مع الإمام أحد^(٤)؛ فإن أعاد الإمام الصلاة، وأعاد القوم معه مقتدين به، صح اقتداؤهم؛ لأن^(٥) الإمام لو كان هو الصادق، كان هذا اقتداء المتنفل بالمتنفل، وإن كان الصادق هو القوم، كان هذا اقتداء المفترض بالمفترض.

وفي واقعات الناطفي: إمام صلى بقوم وذهب.
قال بعضهم: هي^(٦) الظهر.

وقال بعضهم: هي العصر، فإن^(٧) كان في وقت الظهر فهي الظهر، وإن كان في وقت العصر فهي العصر؛ لأن الظاهر شاهد لمن^(٨) يدعي ما يوافق الوقت، وإن كان مشكلا، جاز للفريقين في القياس بمنزلة قطرة من الدم^(٩)، وقعت ممن خلف الإمام ولا^(١٠) يدرى ممن هو؛ لأن الشك في وجوب الإعادة، [والإعادة]^(١١) لا

(١) زاد في أ، ب: و.

(٢) في أ، ب: والقوم.

(٣) زاد في د: الإمام.

(٤) في أ، ب، م: واحد.

(٥) في أ، ب، م: و.

(٦) في د: لأنه.

(٧) في ب: هو.

(٨) في أ، ب: إن.

(٩) في أ، ب: من.

(١٠) في أ: دم.

(١١) في أ، ب: فلا.

(١٢) سقط في أ.

تجب^(١) بالشك.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا صلى الإمام بقوم واستيقن واحد منهم أن الإمام صلى أربعاً واستيقن واحد منهم أنه صلى ثلاثاً، والإمام والقوم في شك فليس على الإمام، والقوم شيء^(٢)؛ لأن هذا شك بعد الفراغ من الصلاة، وإنه غير معتبر ولا يستحب للإمام^(٣) الإعادة لما تبين، وعلى الذي استيقن [بالنقصان]^(٤) الإعادة؛ لأن [يقينه لا يبطل]^(٥) [بيقين غيره]^(٦).

زاد في المنتقى: وكذلك لو كانا^(٧) اثنين^(٨)؛ فإن كان الإمام يستيقن [بالنقصان]^(٩)، وواحد منهم يستيقن بالتمام يقتدي القوم بالإمام؛ لأن الإمام تيقن أنه لم^(١٠) يؤد ولا يعيد الذي استيقن بالتمام؛ لأنه تيقن أنه أدى، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند، وهكذا وقع في بعض نسخ المنتقى، وفي بعضها يقتدي القوم بالإمام.

وفي هذا الموضوع أيضاً: إذا شك الإمام فأخبره عدلان، يأخذ^(١١) بقولهما؛ لأنه لو أخبره عدل يستحب أن يأخذ بقوله، فإذا أخبره [عدلان]^(١٢)، يجب الأخذ بقولهما بخلاف ما إذا شك الإمام والقوم، واستيقن [واحد بالتمام، واستيقن واحد]^(١٣) بالنقصان، حيث يعيد الذي استيقن بالنقصان، [وصلاة الإمام والقوم تامة وإن أخبرة المتيقن بالنقصان]^(١٤)؛ لأن قول المتيقن^(١٥) بالنقصان [قد]^(١٦) عارضه

(١) في أ: يجب.

(٢) في أ: شك.

(٣) في أ، ب: على الإمام.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: نفسه لا تبطل.

(٦) في د: بيقينه.

(٧) في أ، ب: كان.

(٨) زاد في ب، د: اثنين.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ: لو.

(١١) في أ: يؤخذ.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) سقط في أ.

قول المتيقن^(١) بالتمام فكأنهما لم يوجدوا.
ولو شك الإمام والقوم واستيقن واحد من القوم بالنقصان، الأحب أن يعيدوا فإن لم يعيدوا ليس عليهم شيء حتى يكون رجلان عدلان.
رجل صلى وحده أو صلى بقوم فلما سلم أخبره رجل عدل أنك صليت الظهر ثلاث ركعات، قالوا: إن كان عند المصلي أنه صلى أربع ركعات لا يلتفت إلى قول المخبر وإن شك المصلي في المخبر^(٢) أنه صادق أو كاذب، روي عن محمد - رحمه الله - أنه يعيد الصلاة احتياطاً، وإن شك في قول رجلين عدلين أعاد صلاته، وإن لم يكن المخبر عدلاً لا يقبل قوله.
رجل صلى بقوم، فلما صلى ركعتين وسجد السجدة الثانية شك أنه صلى ركعة، أو ركعتين، أو شك في [الثالثة، والرابعة]^(٣)، فلحظ إلى من خلفه ليعلم بهم إن قاموا، قام هو معهم، وإن قعدوا قعد يعتمد^(٤) بذلك، لا بأس به ولا سهو عليه.
وفي نوادر إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : صلى الإمام^(٥) بقوم، فقال له عدلان: إنك لم تتم الصلاة، أعاد الصلاة، قال محمد - رحمه الله^(٦) -: لو كنت أنا لأعدته بقول الواحد، هذا تنزهه، وليس يرجع إلى الحكم؛ لأن الصلاة صحت ظاهراً، وإبطال ما صح ظاهراً بقول الواحد لم يرد [به الشرع]^(٧).

* * *

(١٥) في أ، ب: المستيقن.

(١٦) سقط في أ، ب.

(١) في أ، ب: المستيقن.

(٢) في أ: الخبر.

(٣) في أ، ب: الرابعة والثالثة.

(٤) في أ، ب: تعمد.

(٥) في د: القوم.

(٦) زاد في أ، ب: و.

(٧) في أ، ب: الشرع به.

ومما يتصل بهذا الفصل في فتاوى أهل سمرقند:

إذا صلى من المغرب ركعتين، وقعد قدر التشهد فزعم أنه أتمها، فسلم ثم قام وكبر، ينوي الدخول في سنة المغرب، ثم تذكر أنه لم يتم المغرب وقد سجد للسنة أو لم يسجد فصلاة المغرب فاسدة؛ لأنه انتقل [من الفرض]^(١) إلى النفل قبل تمام^(٢) الفرض، فأما إذا سلم وتذكر فحسب أن صلاته قد فسدت، فقام وكبر للمغرب ثانيا، وصلى ثلاثا إن صلى ركعة وقعد قدر التشهد أجزاء المغرب وإلا فلا؛ لأن نية المغرب ثانيا لم تصح^(٣) فبقي^(٤) مجرد التكبير وذلك لا يخرج^(٥) عن الصلاة.

رجل صلى العصر خمسا، وقعد في الرابعة قدر التشهد ثم تذكر ذلك لا يضيف السادسة هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند؛ لأنه لا تطوع بعد العصر، ولا يجب عليه سجود السهو؛ لأن سجود السهو شرع في آخر الصلاة ولم يوجد آخرها؛ لأنه [لم يوجد]^(٦) آخر التطوع لما ذكرنا أنه لا يضيف إليها السادسة، [ولو]^(٧) آخر العصر لدخول الوسطة وهي الركعة الخامسة.

وروى هشام؛ عن محمد - رحمهما الله - أنه يضيف السادسة^(٨).

والفتوى على رواية هشام؛ لأنه [وقع]^(٩) في النفل لا عن قصد، وإنه ليس بضائر^(١٠)؛ ألا ترى أن^(١١) من صلى ركعة من التطوع في الليل ثم طلع الفجر، فإنه يضيف إليها ركعة أخرى مع أن هذا الوقت ليس وقت النفل؛ لأنه وقع في النفل لا عن قصد ولا فرق بين المسألتين.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: إتمام.

(٣) في أ: يصح.

(٤) في أ، ب: فيبقي.

(٥) في أ: يجزئه.

(٦) سقط في د.

(٧) في ب: لا.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في أ: بضائر.

(١١) في أ، ب: إذا.

وفي مجموع النوازل: إمام صلى الظهر أربع ركعات ولم يقعد في الرابعة، وقام إلى الخامسة، وتابعه القوم فيها^(١)، فتذكر في الركوع فرجع وقعد^(٢) والقوم سجدوا لا تفسد صلاتهم؛ لأن الركوع انتقض بالرجوع بقي للقوم زيادة سجدين وإن سجدوا قبل أن يرفع الإمام رأسه من الركوع فعن الطحاوي أنه تفسد صلاتهم؛ لأنه تمت الركعة^(٣) فلا ينتقض الركوع برجوع الإمام^(٤).

إذا صلى الظهر أربعاً، وسلم ثم تذكر أنه ترك سجدة منها وهو في موضعه بعد، ثم قام فاستقبل الصلاة وصلى أربعاً، وسلم وذهب فسد ظهره؛ لأن دخوله في الظهر ثانياً لغو، وإذا^(٥) صلى ركعة فقد خلط المكتوبة بالنافلة قبل الفراغ من المكتوبة وبه تفسد.

في فتاوى أهل سمرقند وفي هذا الموضع إذا صلى الغداة بقوم فقال له القوم تركت من الصلاة سجدة فقام وكبر واستقبل الصلاة لا يجزئه لا الأولى ولا الثانية؛ لأن هذه التكبير لم تخرجه عن الأولى، [فقد خلط النافلة بالمكتوبة قبل الفراغ من المكتوبة].

إذا رفع رأسه من الركوع في الثالثة، ثم تذكر أنه لم يسجد في الثانية إلا سجدة واحدة يسجد تلك السجدة ثم يتشهد للثانية ثم يسجد للثالثة سجدين ويتم ما بقي من صلاته؛ لأن العود إلى تلك السجدة لا يرفض الركوع وعليه السهو؛ لأنه آخر السجدة عن وقتها^(٦).

وإن تذكر وهو في ركوع الثالثة يرفض الركوع وعاد^(٧) إلى السجدة التي تركها وسجدها^(٨) ويتشهد للثانية ويعيد الثالثة.

وفي فتاوى الفضلي: إذا سلم ناسياً وعليه سجدة التلاوة فسجدها ثم يخرج عن

(١) في أ، ب: في ذلك.

(٢) في أ: فقعد.

(٣) زاد في ب: لهم.

(٤) زاد في د: بعد.

(٥) في د: فإذا.

(٦) البحر الرائق (٢/٨٣).

(٧) في أ، ب: عاد.

(٨) في أ: سجدها.

الصلاة قبل أن يقعد قدر التشهد فسدت صلاته؛ لأن العود إلى [سجدة التلاوة]^(١) يرفض القعدة.

ولو سها عن قراءة التشهد حتى سلم لكنه قعد قدر التشهد، ثم تذكر فعاد لقراءة التشهد، ثم خرج عن الصلاة قبل أن يتم قراءة التشهد، لم تفسد صلاته.

قال - رحمه الله -: وجدت الرواية عن محمد - رحمه الله - نصًّا: أن العود إلى قراءة التشهد لا يرفض القعدة وهو قول زفر - رحمه الله -، وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيه روايتان سجود السهو إذا وقع في وسط الصلاة [لا يعتد بهما]^(٢) ويسجد ثانيًا في باب مسافر الغيبة.

وعند أبي بكر الأعمش يعتد بهما؛ وبه أخذ الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -، إذا دار بين الثانية والثالثة لا يقعد هو الصحيح.

إذا سلم في الظهر على رأس الثانية^(٣) على ظن أنها جمعة أو في العشاء على أنه تراويح^(٤) يستقبل الصلاة.

وإن سلم في الظهر على رأس الركعتين على ظن أنه أتم ذكر في الأصل أنه إن كان في مكانه فإنه يتم والمراد بالمكان المسجد.



(١) في د: السجدة والتلاوة.

(٢) في أ: لا يعيدهما.

(٣) في أ: الركعتين.

(٤) في د: ترويحة.

الفصل الخامس عشر

في الفوائت

كثرة الفوائت كما تسقط^(١) الترتيب في غيرها تسقط^(٢) الترتيب في نفسها أيضا حتى قال أصحابنا - رحمهم الله - من كان عليه صلاة شهر فصلى [ثلاثين فجرا، ثم^(٣)] ثلاثين ظهرا، ثم^(٤) ثلاثين عصرًا [إلخ]^(٥)، أجزأه؛ لأن كثرة الفوائت كما تسقط^(٦) الترتيب في غيرها^(٧)، ففي نفسها أولى، ثم الفوائت نوعان: قديمة وحديثة، فالحديثة تسقط الترتيب بلا خلاف.

وفي القديمة اختلاف المشايخ:

بيان القديمة رجل ترك صلاة شهر ثم ندم [على صنعه^(٨)]^(٩)، واشتغل بأداء الصلوات في مواقيتها قبل أن يقضي تلك الفوائت فترك^(١٠) صلاة ثم صلى صلاة أخرى وهو^(١١) ذاك لهذه المتروكة الحديثة.

قال بعض المتأخرين من مشايخنا^(١٢): لا تجوز هذه الصلاة، ويجعل المواضي^(١٣) من الفوائت؛ كأن لم تكن^(١٤) الا احتياطا وزجرا عن التهاون وألا تصير^(١٥) المعصية سببا للتخفيف والتيسير^(١٦).

(١) في أ: يسقط.

(٢) في أ: يسقط.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: صلى.

(٥) في أ، ب: هكذا، وفي د: هكذا الخ.

(٦) في د: أسقط.

(٧) في ب: اعتبارها، وفي د: أغيارها.

(٨) في ب: صنيعه.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د: وترك.

(١١) في أ، ب: فهو.

(١٢) زاد في د: أنه.

(١٣) في أ، ب: البواقي.

(١٤) في أ: يكن.

(١٥) في أ: يصير.

(١٦) في أ: التفسير.

وبعضهم قالوا: [يجوز]^(١)؛ لأن الاشتغال بهذه الفائتة ليس بأولى من الاشتغال بتلك الفوائت^(٢) والاشتغال بالكل يفوت الوقتية عن وقتها ولم تنقل هذه المسألة عن المتقدمين.

ثم في كل موضع سقط الترتيب لكثرة الفوائت لو عادت^(٣) الفوائت إلى القلة هل يعود الترتيب [للأول]^(٤)؟ اختلف المشايخ فيه.

بيانه: إذا ترك الرجل صلاة شهر فقضاها^(٥) إلا صلاة أو صلاتين ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاك لما بقي عليه هل تجوز الوقتية، اختلف المشايخ فيه. بعضهم قالوا: لا تجوز^(٦) وإليه مال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -. وبه كان يفتي ظهير الدين - رحمه الله -.

وبعضهم قالوا: تجوز، وإليه مال الشيخ الإمام أبو حفص الكبير - رحمه الله -، وبه كان يفتي شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وعلل هو فقال: الترتيب قد سقط والساقط لا [يعود ثانياً]^(٧) كماء [نجس قليل]^(٨) دخل عليه الماء الجاري حتى^(٩) كثر وسال ثم عاد إلى القلة فإنه لا يعود نجسا [فكذا الساقط لا يعود ثانياً]^(١٠).

و[قد]^(١١) حكى جلال الدين - رحمه الله -: إني رأيت في موضع أن الترتيب متى سقط، لا يعود عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

وعند زفر - رحمه الله - يعود، وعلى هذا إذا ترك ست صلوات، ثم قضى واحدة منها، ثم صلى الوقتية وحد^(١٢) كثرة الفوائت في ظاهر رواية^(١٣) أصحابنا - رحمهم

(١) في د: إنه يجوز.

(٢) في أ، ب: الفائتة.

(٣) في ب، د: عاد.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ، ب: قضاها.

(٦) في أ: يجوز.

(٧) في أ، ب، م: يحتمل العود.

(٨) في أ، ب، م: قليل نجس.

(٩) في م: فمتى.

(١٠) في أ، ب، م: كذا هاهنا.

(١١) سقط في د.

(١٢) في أ: حده.

(١٣) في د: الرواية عن.

الله - أن تصير الفوائت سئاً .

وروى محمد بن شجاع عن أصحابنا - رحمهم الله - أن تصير الفوائت خمساً .
وذكر في القدوري خلافاً، وقال: على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -
أن تصير الفوائت سئاً، وعلى قول محمد - رحمه الله - أن تصير الفوائت خمساً .

وكما يسقط الترتيب بكثرة الفوائت يسقط بضيق الوقت، وتكلموا في أن العبرة
بضيق [أصل] ^(١) الوقت، أم الوقت المستحب [الذي لا كراهة فيه] .

قال بعضهم: العبرة لأصل الوقت .

وقال بعضهم: العبرة للوقت المستحب ^(٢) .

قال الطحاوي: العبرة لأصل الوقت على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما
الله -، وعلى قول محمد - رحمه الله -: للوقت ^(٣) المستحب .

بيانه: إذا شرع [في العصر] ^(٤) وهو ناس للظهر، ثم تذكر الظهر في وقت لو
اشتغل بالظهر يقع العصر في وقت مكروه؛ على [قول] ^(٥) من قال العبرة لأصل
الوقت يقطع العصر، ويصلي الظهر ثم يصلي العصر .

[وعلى قول من يقول: العبرة للوقت المستحب يمضي في العصر ثم يصلي
الظهر] ^(٦)، بعد غروب الشمس .

وكما يسقط الترتيب لضيق الوقت، يسقط بالنسيان، فلو ^(٧) أنه نسي صلاة ثم
ذكرها في وقت الثانية، فصلى الثانية، وهو ذاك للمنسية لا يجوز، ولو ذكرها بعد
أيام، قال فقد ذكرها فخر الإسلام البزدوي ^(٨) - رحمه الله -: أنه لا تجزئه ^(٩) الوقتية،
ونسب هذا القول إلى مشايخه .

(١) سقط في د .

(٢) سقط في أ .

(٣) في د: العبرة بالوقت .

(٤) في ب: للعصر .

(٥) سقط في د .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ، ب: ولو .

(٨) هو: علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى، أبو الحسن، فخر الإسلام
البزدوي، الإمام الكبير في الفروع والأصول، من أكابر الحنفية، من سكان سمرقند. ولد
سنة أربعمائة. له تصانيف كثيرة معتبرة، منها: المبسوط، وشرح الجامع الكبير، وشرح =

وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المنتقى عن بشر بن الوليد، عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل نسي صلاة ثم ذكرها بعد شهر وصلى يوماً وليلة وهو ذاكر لها، فصلاته [جائزة،^(١)] وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في عيون المسائل، وعليه الفتوى؛ لأن الترتيب بين الفائتة وبين هذه الوقتية [ليس بواجب]^(٢)؛ لأن المتخلل بينهما كثير.

وإذا صلى العصر، وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر، فهو فاسد إلا أن يكون في آخر الوقت، ومعنى قوله: فهو فاسد أن الفرضية فاسدة لا أصل الصلاة، فالأصل أن الفرضية إذا فسدت لا تبطل أصل الصلاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، خلافاً لمحمد - رحمه الله -، ثم عند أبي حنيفة - رحمه الله - [يفسد العصر]^(٣) فساداً موقوفاً حتى لو صلى ست صلوات أو أكثر ولم يعد الظهر، يعود العصر جائز^(٤) الإعادة عليه، و[عند^(٥) محمد: يفسد العصر فساداً]^(٦) [باتاً^(٨)، لا جواز له^(٩) بحال؛ فالأصل عند أبي حنيفة - رحمه الله - [أن مراعاة الترتيب كما يسقط بين الفائتة والوقتية بكثرة الفوائد يسقط بكثرة المؤدى]^(١٠)؛ لأن كثرة الفوائد إنما توجب سقوط الترتيب؛ لأن الاشتغال بالفوائد يوجب فوات الوقتية عن وقتها، وهذا المعنى موجود عند كثرة المؤدى؛ لأن الاشتغال بالمؤدى [يوجب

= الجامع الصغير، وكتاب كبير في أصول الفقه مشهور بأصول البزدوي، وكتاب في تفسير القرآن. توفي سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة هـ.
ينظر: الجواهر المضية (٢/٥٩٤، ٥٩٥)، تاج التراجم، ص (٢٠٥، ٢٠٦)، مفتاح السعادة (٢/٥٤)، الفوائد البهية، ص (١٢٤).

(٩) في أ، ب: تجوز.

(١) سقط في ب، أ.

(٢) في أ، ب: ليست بواجبة.

(٣) في أ، ب: العصر يفسد.

(٤) في أ: جائزة.

(٥) في د: عندهما.

(٦) في أ: فإذا.

(٧) في أ، ب: وعندهما يفسد.

(٨) في أ: باناً.

(٩) في ب، أ، د: ها.

(١٠) سقط في د.

فوات^(١) [الوقتية عن وقتها، وإذا سقط مراعاة الترتيب، ظهر أن [المؤدى منها]^(٢) كان جائزاً.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: وإنما لا تجب إعادة الفوائت عند أبي حنيفة - رحمه الله -، إذا كان عند المصلي أن الترتيب ليس بواجب وأن صلاته جائزة، أما إذا كان عنده [أن الترتيب واجب، وأن صلاته بدون الترتيب فاسدة، فعليه]^(٣) إعادة الكل كما قال^(٤) أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -؛ لأن المرء^(٥) إنما يكلف بما^(٦) عنده.

ومن هذا الجنس من ترك خمس صلوات ثم صلى السادسة، فالسادة موقوفة، فإن صلى السابعة بعد ذلك، جازت السابعة بالإجماع، وجازت السادسة عند أبي حنيفة - رحمه الله - بجواز^(٧) السابعة؛ لأن التوقف كان لأجل الترتيب، فإذا صلى السابعة^(٨) يسقط الترتيب، فعادت السادسة إلى الجواز.

رجل يرى التيمم إلى الرسغ، والوتر ركعة ثم رأى التيمم إلى المرفق، والوتر ثلاثاً لا يعيد ما صلى، وإن صلى كذلك عن جهل من غير أن يسأل أحداً، ثم سأل، وأمر^(٩) [بالثلاث بعد]^(١٠) ما صلى؛ لأنه في الوجه الأول مجتهد، وفي^(١١) الثاني لا.

مسافر صلى شهراً وقصر المغرب فعلى [قول]^(١٢) أبي حنيفة عليه^(١٣) أن يعيد

(١) في أ، ب: يفوت.

(٢) في ب: ما أد، وفي أ: المؤدى.

(٣) في أ، ب: فساد الصلاة بسبب الترتيب.

(٤) في د: قاله.

(٥) في أ: المراد.

(٦) في أ، ب: ما.

(٧) في د: لجواز.

(٨) زاد في د: بعد ذلك.

(٩) في أ: وأمن.

(١٠) في أ، ب: بالقلب يعيد.

(١١) زاد في ب: الوجه.

(١٢) سقط في ب.

(١٣) في أ، ب: فعليه.

صلوات المغرب بأسرها، ولا شيء عليه فيما سواها، وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يقضي مع صلوات^(١) المغرب أربع صلوات أخرى، العشاء الأولى، والفجر والظهر والعصر؛ لأن^(٢) عند أبي حنيفة - رحمه الله - فساد العشاء الأولى، والفجر [الأولى]^(٣)، والظهر [الأولى]^(٤)، والعصر [الأولى]^(٥)، كان موقوفاً، وقد ارتفع التوقف^(٦) إلى الجواز، وجاز ما بعدهن سوى صلوات المغرب، وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فسادهن على البتات^(٧)، فإذا صلى المغرب الثاني وقصر^(٨) فيها حتى لم يجز صارت الفوائد ستاً، وسقط الترتيب، فجاز ما بعدها من الصلوات سوى صلوات المغرب، [هكذا]^(٩) قاله بعض مشايخنا.

[وبعض مشايخنا]^(١٠) قالوا: يقضي ست صلوات من كل عشر صلوات؛ لأنه إذا لم تجز المغرب الأولى، لا يجوز ما بعدها من^(١١) المغرب الثانية، فتصير [الفائتة]^(١٢) ست صلوات ثم يجوز^(١٣) بعدها العشاء، والفجر، والظهر، والعصر، و^(١٤) لا يجوز المغرب الثالثة مع ما بعدها، والمغرب الرابعة إلى آخر الشهر، هكذا وهذا بناء على ما قلنا أن الترتيب متى سقط هل يعود بعد ذلك، قال بعضهم: لا يعود، والقول الأول بناء على هذا القول، وقال بعضهم: يعود، والقول الثاني بناء على هذا القول.

-
- (١) في أ: صلاة.
 - (٢) في أ: لأنه.
 - (٣) سقط في د.
 - (٤) سقط في د.
 - (٥) سقط في د.
 - (٦) زاد في ب، د: قعد في.
 - (٧) في ب: الغيات.
 - (٨) في د: فقصر.
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) في د: وبعضهم.
 - (١١) في ب: مع.
 - (١٢) سقط في أ، ب.
 - (١٣) في أ: تجوز.
 - (١٤) في د: ثم.

إذا صلى الظهر بغير وضوء ثم صلى العصر بوضوء وهو يظن أن العصر يجزئه، لا يجزئه العصر؛ لأن الظهر متروكة بيقين، فإن^(١) أعاد الظهر ولم يعد العصر حتى صلى المغرب، فإن كان يظن وقت أداء المغرب أن العصر وقع جائزاً أعاد العصر ولم يعد المغرب؛ لأن العصر غير متروكة بيقين؛ لأن فسادها مجتهد فيه، أما إذا^(٢) علم وقت أداء^(٣) المغرب أن العصر لم يجزه أعاد المغرب^(٤) أيضاً؛ لأن العصر عنده متروكة بيقين، والمسألة مروية عن محمد - رحمه الله - رواها^(٥) ابن سماعة في نوادره، [و]^(٦) هذا بخلاف ما لو توضأ بسؤر الحمار^(٧)، [و]^(٨) لم يتيمم وصلى الفجر ثم صلى الظهر وهو ذاكر لذلك، فإنه لا يجزئه الظهر؛ لأن الفجر متروكة بيقين لعدم الطهارة.

والحاصل: أن المتروكة بيقين توجب فساد الوقتية وما فيه شبهة كونه متروكاً لا يوجب فساد الوقتية.



-
- (١) في ب: وإن.
 (٢) في أ، ب: لو.
 (٣) في أ، ب: أدائه.
 (٤) في أ، ب: العصر.
 (٥) في د: و.
 (٦) سقط في أ، ب.
 (٧) زاد في د: أيضاً.
 (٨) سقط في أ، ب.

ومما يتصل بهذا الفصل :

إذا أراد الرجل أن يقضي الفوائت ذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه ينوي أول ظهر لله، وكذلك كل صلاة يقضيها، وإذا أراد ظهرًا آخر ينوي أول ظهر لله تعالى عليه؛ لأنه لما قضى الأول، وصار الثاني أول ظهر [لله]^(١) عليه، [ورأيت في موضع آخر أنه ينوي آخر ظهر لله عليه]^(٢).

وكذلك كل صلاة يقضيها، وإذا أراد أن يقضي ظهرًا آخر ينوي أيضا آخر ظهر لله عليه؛ لأنه لما أدى الآخر صار الذي قبله آخرًا.

وفي شرح الجامع الصغير، لبعض المشايخ في كتاب الصوم إذا نوى قضاء الفائتة ولم ينو أول صلاة أو آخر صلاة أنه يجوز، ولكن الاحتياط أن يعين فيكتب في الفتوى احتياطًا «آينت كي منن^(٣) كند» وسيأتي هذا القول في الفصل الأول من صوم هذه النسخة إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: حسين.

الفصل السادس عشر

في سجدة التلاوة^(١)

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

[النوع^(٢) الأول: في بيان ما يتعلق به وجوب^(٣) السجدة.

ذكر في الرقيات^(٤) فيمن قرأ [آية]^(٥) السجدة كلها إلا الحرف الذي في آخرها قال لا يسجد.

ولو قرأ الحرف الذي يسجد فيه وحده لا يسجد إلا أن يقرأ أكثر من [آي]^(٦) السجدة.

[و]^(٧) قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إذا قرأ حرف السجدة^(٨) ومعها غيرها قبلها أو بعدها ما فيه أمر^(٩) بالسجدة سجد وإن كان دون ذلك لا يسجد.

وفي فوائد الشيخ الإمام الزاهد السفكردي - رحمه الله -: أن من تلا من أول السجدة أكثر من نصف الآية وترك الحرف الذي فيه السجدة لم يسجد وإن قرأ الحرف الذي فيه السجدة إن قرأ ما قبله أو ما بعده أكثر من نصف الآية تجب السجدة وما لا فلا.

وعن أبي علي الدقاق - رحمه الله -: فيمن سمع سجدة من قوم قرأ كل واحد منهم حرفا ليس عليه أن يسجد؛ لأنه لم يسمعها من قال.

(١) السجود: يطلق في اللغة على الخضوع والتذلل والميل، كما يطلق أيضاً على وضع الجبهة بالأرض، وكل من تذلل وخضع يقال: سجد، ومنه سجود الصلاة وهو وضع الجبهة على الأرض، والاسم: السجدة. وأما التلاوة: فتطلق في اللغة بمعنى: قرأ، ويأتي هذا الفعل بمعنى: تبع. وفي اصطلاح الفقهاء: التلاوة: القراءة.

وسجود التلاوة عند الفقهاء هو الذي سبب وجوبه أو نديه تلاوة آية من آيات السجود المذكورة في القرآن الكريم. ينظر: رد المحتار (١/٣٠٠)، المصباح المنير (١/٢٦٦)، تهذيب الأسماء واللغات (٣/١٤٥)، تفسير القرطبي (٦/٢٨٠).

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) زاد في د: هذه.

(٤) في أ: الوفيات.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: أمرنا.

نوع آخر في بيان من تجب عليه السجدة:

التالي لآية السجدة تلزمه السجدة بتلاوته إذا كان أهلاً لوجوب الصلاة عليه، وإن [كان] ^(١) منهيًا عن القراءة ^(٢) كالجنب؛ لأن النهي عن التصرف لا يمنع اعتباره في حق الحكم كسائر التصرفات المنهي ^(٣) عنها، وكل من لا تجب عليه الصلاة ولا قضاؤها؛ كالحائض والنفساء والكافر والصبي والمجنون، فلا سجود عليه للتلاوة؛ لأن السجدة من أركان الصلاة فلا تجب ^(٤) على من لا يجب عليه سائر الأركان، وكذلك الحكم في حق السامع من كان أهلاً لوجوب الصلاة عليه يلزمه السجدة بالسمع وإن لم يكن التالي ^(٥) أهلاً لوجوب الصلاة عليه [نحو الحائض] ^(٦) و ^(٧) الكافر و ^(٨) الصبي و ^(٩) المجنون [والسامع أهل لوجوب الصلاة تجب على السامع السجدة] ^(١٠)؛ إذ ليس فيه أكثر من كون التالي منهيًا عن القراءة إلا أن النهي عن التصرف لا يمنع اعتباره في حق الحكم غير أنه إنما يعتبر التصرف في حق [الحكم في حق] ^(١١) من هو أهل ^(١٢) لذلك والتالي ^(١٣) إن لم يكن أهلاً فالسامع أهل [لذلك] ^(١٤)، فتجب عليه السجدة.

وذكر مسألة المجنون في نوادر الصلاة: أن المجنون إذا قصر [آفاق] ^(١٥) يوماً وليلة أو أقل ^(١٦) تلزمه السجدة بالتلاوة.

- (١) سقط في د.
- (٢) في ب: الصلاة.
- (٣) في أ، ب: المنهية.
- (٤) في د: يجب هذا الركن.
- (٥) في أ: الثاني.
- (٦) في د: كالحائض.
- (٧) في ب: أو.
- (٨) في أ، ب: أو.
- (٩) في أ، ب: أو.
- (١٠) سقط في أ، ب.
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) في أ: أهلاً.
- (١٣) في أ: الثاني.
- (١٤) سقط في أ، ب.
- (١٥) في أ، ب: فكان.
- (١٦) زاد في د: من ذلك.

والسمع حالة الجنون فيؤديها بعد الإفاقة^(١).
وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : أن المجنون إذا تلا آية السجدة [إنما تلزمه
السجدة]^(٢) إذا أفق و^(٣) لم يكن الجنون مطبقا.
إذا قرأ آية السجدة ولم يسجد [لها حتى ارتد [والعياذ بالله]^(٤) ثم أسلم ذكر الفقيه
أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الرواية: لا قضاء عليه.
والصبي الذي يعقل الصلاة إذا قرأ آية السجدة أمر أن يسجد فإن لم يسجد^(٥) لم
يكن عليه قضاء.
والسكران إذا قرأ آية السجدة؛ روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه
تلزمه السجدة.
المرأة إذا قرأت آية السجدة ولم تسجد لها حتى حاضت سقطت عنها السجدة.
مصلي التطوع إذا قرأ آية السجدة وسجد لها ثم فسدت صلاته، وجب عليه
قضاؤها، ولا يلزمه إعادة تلك السجدة ولو تلاها بالفارسية فعليه أن يسجد وعلى من
سمعها في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - سواء فهم أو لم يفهم إذا أخبر أنه
[قرأ]^(٦) آية السجدة، وقال أبو يوسف - رحمه الله - تجب على من فهم ولا تجب
على من لا يفهم.
وإذا تلا آية السجدة ومعه نائم أو متشاغل بأمر^(٧) فلم يسمعها فقد اختلف
المشايع في وجوب السجدة عليه، والأصح أنه لا تجب، وإذا سمعها من طير لا
تجب عليه السجدة.
وقيل تجب، وإن سمعها من نائم فقد اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا
تجب.

-
- (١) في أ: الإقامة.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ، ب: إذا.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) زاد في د: من الأمور.

وإن سمعها من الصدى ويقال بالفارسية: «[سه]»^(١) بجواك»^(٢) لا تجب [عليه السجدة]^(٣)»^(٤).

ذكر الشيخ الإمام الصفار - رحمه الله - : ولو تهجأ بالقرآن^(٥) لا تجب عليه السجدة.



(١) سقط في ب .
 (٢) كلام فارسي .
 (٣) اللباب في شرح الكتاب (١/١٠٣) .
 (٤) سقط في د .
 (٥) في أ: القرآن .

نوع آخر في بيان ما يبطل^(١) السجدة:

إذا تكلم في السجدة، أو قهقهه، أو أحدث متعمداً أو خطأ، فعليه إعادتها اعتباراً بالصليية ولا وضوء عليه في القهقهة؛ لأن الضحك عرف حدثاً بالأثر والأثر ورد في صلاة مطلقة، [وهذه ليست بصلاة مطلقة]^(٢).

وإن سبقه الحدث، توضأ وأعادها^(٣)، قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: هذا الجواب مستقيم على قول محمد - رحمه الله -، فإن عنده تمام السجدة بوضع الجبهة ورفعها، وإذا^(٤) أحدث فيها أو ضحك فيها أعادها، أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - تمام السجدة بوضع الجبهة لا غير وإذا^(٥) وضع الجبهة فقد تمت السجدة وإن قل فكيف يتصور القهقهة^(٦) فيها فإذا ضحك بعد ذلك فقد ضحك بعد تمام السجدة فلا يلزمه الإعادة.

وفي مسائل رزين: صلى وسلم ثم تذكر أن عليه سجدة تلاوة، فعليه أن يعود ويسجد.

وفي القدوري: كل سجدة وجبت عليه في الصلاة^(٧) بتلاوته ثم خرج قبل أن يسجدها سقطت عنه [تلك السجدة]^(٨).



(١) في ب، د: تبطل به.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وأعلاما.

(٤) في د: فإذا.

(٥) في د: فإذا.

(٦) في د: القعدة.

(٧) في أ: صلاة.

(٨) سقط في أ، ب.

نوع آخر: فيما إذا تلا آية السجدة وأراد أن يقيم ركوع الصلاة مقام السجدة. قال في الأصل: وإذا قرأ آية السجدة في صلاته^(١) وهي في آخر السورة [إلا آيات]^(٢) بقين، فإن شاء ركع لها وإن شاء سجد. واعلم بأن هذه المسألة على [أربعة أوجه:

إن كانت]^(٣) السجدة قريبة من آخر السورة وبعدها آيتان إلى آخر السورة فالجواب ما ذكرنا أنه بالخيار إن شاء ركع لها، وإن شاء سجد واختلف المشايخ في معنى قوله: إن شاء ركع لها وإن شاء سجد بعضهم قالوا: معناه إن شاء سجد لها سجدة على حدة، وإن شاء ركع لها ركوعاً على حدة وبكل ذلك ورد الأثر؛ وهذا لأن السجدة غير مقصودة^(٤) بنفسها إنما^(٥) المقصود إظهار الخشوع أو مخالفة الكفار؛ فإنهم استنكفوا عن السجدة لله تعالى لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لَا يَسْجُدُونَ﴾^(٦) والخشوع والمخالفة كما تتحقق بالسجود تتحقق^(٧) بالركوع غير أن السجدة أفضل، كذا روي عن أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن في السجود أداء الواجب^(٨) بصورته ومعناه، وفي الركوع [أداؤه]^(٩) بالمعنى دون الصورة فكان السجود أكمل [حالا منه]^(١٠).

وإذا سجد يعود إلى القيام؛ لأنه يحتاج إلى الركوع، والركوع إنما يكون عن القيام، ويقرأ بقية السورة آيتين، ثم يركع إن شاء كيلاً يصير بانياً^(١١) الركوع على السجدة، وإن شاء ضم إليها من السورة الأخرى آية^(١٢)، حتى تصير ثلاث آيات

(١) في أ: صلاة.

(٢) في أ: الآيات.

(٣) في د: وجوه: أن تكون.

(٤) في أ: مقصود.

(٥) في د: أن.

(٦) سورة الانشقاق آية: ٢١ .

(٧) في أ، ب: تحصل.

(٨) في أ، ب: الوجوب.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) في أ: ثانياً.

(١٢) سقط في د.

قال الحاكم الشهيد - رحمه الله - : وهو أحب إليّ .
وهذه القراءة بعد السجدة بطريق الندب ، لا بطريق الوجوب حتى إنه لو لم يقرأ بعدها شيئاً أجزاه ويكره غير أن في الركوع ، يحتاج إلى النية ، ينوي الركوع للتلاوة وفي السجدة لا يحتاج [إلى النية]^(١) ؛ لأن الواجب الأصلي السجدة والركوع إن كان يخالف السجدة صورة يوافقها معنى فمن حيث إنه يوافقها معنى [يتأدى بها]^(٢) ومن حيث إنه يخالفها صورة يحتاج إلى النية بخلاف السجدة ؛ لأنها هي^(٣) الواجبة الأصلية فلا تحتاج^(٤) إلى النية .

وبعضهم قالوا: معنى قوله: إن شاء ركع لها، وإن شاء سجد وإن شاء أقام ركوع الصلاة مقام سجدة التلاوة وهذا التفصيل^(٥) منقول عن أبي حنيفة - رحمه الله - نقله^(٦) عنه أبو يوسف - رحمه الله - .

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - ما يدل على أن سجدة الركعة تنوب عن سجدة التلاوة فقد روى عنه إذا كانت السجدة في آخر السورة مثل (الأعراف) (والنجم) أو قريباً منه مثل (بني إسرائيل) (وانشقت) وركع حين فرغ من السورة أجزأته سجدة الركعة عن سجدة التلاوة، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ أنه إذا لم يسجد للتلاوة سجدة^(٧) على حدة ولم يركع لها ركوعاً على حدة، وإنما ركع للصلاة وسجد للصلاة، فالركوع ينوب عن سجدة التلاوة أو السجدة بعده .

بعضهم قالوا: الركوع أقرب إلى موضع التلاوة فهو الذي ينوب عن سجدة التلاوة .

وقال بعضهم: [إن سجدة الصلاة تنوب]^(٨) . وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمهما الله - ؛ لأن المجانسة بينها وبين سجدة التلاوة أظهر؛ ولأن

(١) سقط في أ، ب، وفي د: النية و .

(٢) في أ، ب: يتأوى به .

(٣) في د: من .

(٤) زاد في د: فيها .

(٥) في د: التفسير .

(٦) في أ، ب: نقل .

(٧) في أ: سجد .

(٨) في د: ينوب عنها سجدة التلاوة .

الركوع لا يعرف قرينة إلا في الصلاة. والسجدة قرينة في الصلاة وخارج الصلاة؛ فكانت^(١) السجدة أقوى في كونها قرينة فكانت^(٢) هي أولى؛ ولأن الركوع لافتتاح السجدة^(٣)، والسجدة هي الأصل ولهذا [لا]^(٤) يلزمه الركوع في الصلاة إذا كان عاجزا عن السجدة وإنما ينوب^(٥) ما هو الأصل^(٦) ثم لا خلاف [في]^(٧) أن ركوع الصلاة لا ينوب [عنها]^(٨)، بدون النية [لها]^(٩) وأما^(١٠) سجدة الصلاة هل تنوب [عنها]^(١١) بدون النية [لها]^(١٢)؟ اختلف المشايخ فيه:

قال محمد بن سماعة وجماعة من أئمة بلخ - رحمهم الله -: لا تنوب ما لم ينو في ركوعه أو بعد ما استوى^(١٣) قائمًا [أنه يسجد لصلاته وتلاوته جميعا وغيرهم قالوا النية فيها ليست بشرط وسجدة الصلاة تقع عن الصلاة، والتلاوة]^(١٤) بدون النية. وجه [قول من]^(١٥) قال: إن النية ليست بشرط أنهما من جنس واحد وإحداهما^(١٦) أقوى وهي سجدة الصلاة [فتدخل فيها]^(١٧) سجدة التلاوة^(١٨)، وإن لم ينو؛ كصوم رمضان ينوب عن صوم الاعتكاف، وإحرام^(١٩) الحج ينوب عن

-
- (١) في أ: وكانت.
 - (٢) في أ: وكانت.
 - (٣) في د: السجود.
 - (٤) سقط في د.
 - (٥) في د: فينوب.
 - (٦) زاد في د: دون تبعة عنها.
 - (٧) سقط في أ، ب.
 - (٨) سقط في أ، ب.
 - (٩) سقط في أ، ب.
 - (١٠) في د: فأما.
 - (١١) سقط في أ، ب.
 - (١٢) سقط في أ، ب.
 - (١٣) في د: يستوي.
 - (١٤) في د: وقال بعضهم إنه يسجد.
 - (١٥) في د: ما.
 - (١٦) في أ، ب: إحداها.
 - (١٧) في أ: ندخل، وفي ب فتدخل.
 - (١٨) زاد في أ، ب: فيها.
 - (١٩) في د: وكإحرام.

إحرام دخول مكة [ولم توجد منه النية]^(١).
وجه [قول]^(٢) من قال بأن النية شرط: أنهما اختلفا سببا فإن سبب الصلوية^(٣)
الصلاة، وسبب الأخرى التلاوة وهما مختلفان، واختلف السبب يوجب اختلاف
الحكم.

ثم قوله إن شاء ركع لها وإن شاء سجد قياس، وفي الاستحسان: لا يجزئه
الركوع عن سجدة التلاوة ولا سجدة الصلاة عن سجدة التلاوة نص على القياس
والاستحسان في الأصل.

قال محمد - رحمه الله -: وبالقياس نأخذ وجه القياس ما مر، وجه الاستحسان
أن السجدة أقوى من الركوع في معنى الخشوع فلا^(٤) ينوب الركوع [عن السجود]^(٥)
وكذا سجدة الصلاة لا تنوب عن سجدة التلاوة استحسانا كما لا ينوب إحدى
سجدي الصلاة عن الأخرى.

[ومن أصحابنا من قال هذا غلط من الكاتب، والصحيح أنه يجوز استحسانا لا
قياسا]^(٦).

ومن أصحابنا من قال: موضع [القياس والاستحسان]^(٧) خارج الصلاة يعني إذا
قرأ آية السجدة خارج الصلاة، وأراد أن يركع بدلا عن السجدة يجوز قياسا ولا يجوز
استحسانا.

وجه القياس ما مرّ.

[و]^(٨) وجه الاستحسان: أن الركوع خارج الصلاة ليس بقربة [بنفسه]^(٩)،
والسجدة قربة [بنفسها]^(١٠) وغير القربة لا ينوب^(١١) عن القربة بخلاف الركوع في

(١) في د: وإن لم يدخل.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: صلاته.

(٤) في أ: ولا.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب: الاستحسان والقياس.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في أ، ب.

الصلاة؛ لأنه قرينة [بالتبعية]^(١)، فينوب عن السجدة قياساً واستحساناً [ولا كذلك الركوع خارج الصلاة]^(٢).

الوجه الثاني: إذا قرأ^(٣) بعد السجدة ثلاث آيات إلى آخر السورة أو كانت السجدة في آخر السورة وهو الوجه الثالث، أو كانت السجدة في وسط السورة، وهو الوجه الرابع، فالحكم^(٤) في هذه الوجوه كلها ما ذكرنا في الوجه الأول.

فلو^(٥) أنه في هذه الوجوه لم يركع لها ولم يسجد على الفور ولكن قرأ ما بقي من السورة أو خرج إلى سورة أخرى وقرأ منها شيئاً إن قرأ بعدها آية أو آيتين يجزئته الركوع وسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة، [وإن]^(٦) قرأ [بعدها]^(٧) ثلاث آيات [أو كانت السجدة في وسط السورة]^(٨) لم يجزئته الركوع عن السجود؛ لأنه إذا قرأ ثلاث آيات بعد آية السجدة فقد صارت السجدة ذئناً في ذمته لفوات محل الأداء، [لأن]^(٩) وقتها وقت وجوبها إلا أن وقتها [قدر]^(١٠) بأدائها]^(١١) [إذ لا بد للأداء من وقت مقدر وكان بقدر إنما يسع الأداء فيه من الزمان]^(١٢)؛ كما في سائر [أفعال الصلاة، فإذا]^(١٣) تقدر وقتها بأدائها فإذا وجد من الفاصل^(١٤) [قدر ما يقع به الأداء لو اشتغل بالأداء صارت فائتة فلا ينوب الركوع والسجدة عن التلاوة، وإذا لم يوجد من

(١١) في أ، ب: تنوب.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في ب، د: كان.

(٤) في أ، ب: والحكم.

(٥) في ب: ولو.

(٦) في أ، ب: وأما إذا.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، ب: مقدر.

(١١) في د: مقدار ما يسع الأداء فيها.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في د: الأفعال وإذا.

(١٤) في د: الفاضل.

الفاصل^(١) [لا] قدر ما [لا]^(٢) يقع به الأداء كان وقت الأداء باقيا فلا تصير فائتة فينوب الركوع والسجدة عنها وقدرنا^(٣) وقت الأداء بثلاث آيات؛ لأن وقت أدائها يمضي بآيات كثيرة، ولا يمضي بآية أو آيتين فقدرنا الكثير^(٤) بالثلاث؛ لأنه أقل الجمع الصحيح؛ ولأنه يتم به سنة القراءة فما لم يقرأ ثلاث آيات كان وقت الأداء باقيا وكان مؤديا في وقتها، ولا يعتبر الركوع فاصلا حتى لا تصير السجدة دينا^(٥) بالركوع حتى لا يمنع الركوع جواز السجدة بعد الركوع عن التلاوة؛ لأن نفس الركوع يتأدى بالانحناء^(٦) دون الطمأنينة فإذا لم يصير قراءة آية أو آيتين فاصلا فهذا أولى^(٧) بخلاف ما إذا ركع على الفور؛ لأنها ما صارت دينا لبقاء محلها وبخلاف ما إذا قرأ بعد السجدة آية أو آيتين؛ لأنها ما صارت دينا^(٨) حتى لم يقرأ بعدها^(٩) ما يتم به سنة القراءة.

وفي الأصل، والمجرد، والهارونيات: [أن]^(١٠) الآيات الثلاث إنما تصير فاصلة مانعة وقوع الركوع عن السجود إذا كانت الآيات [في وسط السورة، أما إذا كانت]^(١١) في آخر السورة فلا^(١٣) تصير فاصلة.



-
- (١) سقط في د.
 (٢) سقط في أ، ب.
 (٣) في أ: وقدر.
 (٤) في أ: الكثيرة.
 (٥) زاد في د: في ذمته.
 (٦) في أ، ب: بانحناء.
 (٧) زاد في د: إذ لا يكون فاصلا.
 (٨) زاد في ب، د: بعد.
 (٩) في أ: بعد.
 (١٠) سقط في د.
 (١١) سقط في أ.
 (١٢) زاد في ب: الآيات.
 (١٣) في أ، ب: لا.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: ويكره أن يقرأ السورة في صلاة^(١) أو [في]^(٢) غيرها ويدع آية السجدة.

قال الحاكم الشهيد - رحمه الله -: إنما كره لمعان^(٣):

أحدها: أن ترك الآية من بين السورة يقطع النظم، وإعجاز القرآن^(٤) فأشبه تحريف القرآن عن موضعه [ويكون فيه إعانة^(٥) للمشركين^(٦)] على تحريفه، فأقل ما في الباب أن يكره.

والثاني: أن فيه ترك السنة في القراءة فإن السنة فيها أن يقرأ السورة على نحوها، قال - عليه السلام - لبلال - رضي الله عنه -: «إذا قرأت السورة^(٨) فقرأها على نحوها»^(٩) وخلاف السنة مكروه.

والثالث: أن ترك الآية من بين السورة تؤدي إلى إلغاء القرآن، ومن لغى في القرآن فقد أجرم فيكره؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا سَمْعُوا هَذَا الْقُرْآنَ وَالْعَوَىٰ فِيهِ﴾^(١٠).

والرابع: يؤدي^(١١) ترك الآية توهم أنه تركها فرارا من السجدة فيكره لقوله تعالى:

(١) في د: الصلاة.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في د: لوجوه.

(٤) إعجاز القرآن مركب إضافي، معناه بحسب أصل اللغة: إثبات القرآن عجز الخلق عن الإتيان بمثله، فهو من إضافة المصدر إلى فاعله، والمفعول وما بعده محذوف للعلم، وليس الإثبات المذكور مقصودًا لذاته، بل المقصود لآزمه، وهو إظهار أن هذا الكتاب حق من عند الله، وأن الذي جاء به رسوله صدق، أرسله الله سبحانه وتعالى.

ينظر: إعجاز القرآن، لمحمد الحكيم، رسالة دكتوراة، كلية أصول الدين، جامعة الأزهر، ص (٣٥).

(٥) في أ: إعادته.

(٦) في أ، ب: المشركين.

(٧) في د: فتكون السنة فيه أن يقرأ السورة.

(٨) في د: سورة.

(٩) ينظر: مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٢٩)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٨/٢)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح، ص (٣٥٢).

(١٠) سورة فصلت آية: ٢٦.

(١١) زاد في د: إلى.

﴿وَزَادَهُمْ نُفُورًا﴾^(١).

والخامس: أن ترك السجدة من بين السورة يؤدي إلى هجران القرآن فيكره، لقوله تعالى^(٢): ﴿وَقَالَ الرَّسُولُ يَرَبِّ إِنَّ قَوْمِي اتَّخَذُوا هَذَا الْقُرْآنَ مَهْجُورًا﴾^(٣) وقال عليه السلام: «ليس شيء من القرآن بمهجور»^(٤) فلا ينبغي له أن يدع السجدة، فبعد ذلك ينظر: إن كان التالي^(٥) وحده يقرأ كيف شاء، وإن كان معه جماعة.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: إن كان القوم متهيئين للسجود ويقع في قلبه أنه لا يشق عليهم أداء السجدة ينبغي أن يقرأ جهرا حتى يسجد القوم معه؛ لأن في هذا حثا لهم^(٦) على الطاعة، وإن كانوا محدثين ويظن أنهم يسمعون ولا يسجدون أو^(٧) يقع في قلبه أنه يشق عليهم أداء السجدة ينبغي أن يقرأها في نفسه كيلا يكون تاركا ترتيب القرآن ونظمه^(٨) ولا يجهر تحرزا عن تأثيم المسلم، وذلك مندوب إليه، ولا فرق بين ما إذا قرأها خارج الصلاة أو في الصلاة.

قال^(٩) الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام [علي]^(١٠) البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع الصغير: ومن الناس من كره ذلك خارج الصلاة، ولم يكرهه في الصلاة ولكن هذا خلاف [ظاهر]^(١١) الرواية؛ فإن محمدا - رحمه الله - قال في الجامع الصغير: وأكره أن يقرأ السورة في الصلاة أو^(١٢) غيرها ويدع آية السجدة.

(١) سورة الفرقان آية: ٦٠ .

(٢) سقط في أ.

(٣) سورة الفرقان آية: ٣٠ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٩٤/٢) من طريق حجاج بن دينار، قال: سألت أبا جعفر ما يقرأ في الركعتين من الوتر؟ قال: «ليس شيء من القرآن مهجورا، اقرأ بما شئت». وينظر: بدائع الصنائع (١/١٩٢)، فتح القدير (١/٣٩١، ٣٩٢)، كشف القناع (١/٤٤٩)، مطالب أولي النهى (١/٥٨٤).

(٥) في أ: الثاني.

(٦) في أ، ب: له.

(٧) في د: و.

(٨) في أ، ب: ونظمها.

(٩) في د: وقال.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) زاد في د: في.

قال: وكان لا يرى بأسًا باختيار^(١) السجود في غير الصلاة^(٢)، وهو أن يقرأ آية السجدة من بين السورة لما فيه من الإقبال على السجود، على وجه القربة؛ ولأنه قرأ ما تيسر عليه قال الله تعالى: ﴿فَأَقْرَهُوْا مَا يَسَّرَ مِنْ الْقُرْآنِ﴾^(٣) وجاء عن النبي ﷺ أنه كان [يقرأ]^(٤) في خطبته بعض الآي من القرآن لا يقرأ قبلها ولا بعدها من ذلك ثم قال: أحب [إلي]^(٥) أن يقرأ معها آية أو آيتين؛ لأنه أبلغ في إظهار الإعجاز، وأدل على المعنى، وأكمل للنظم، ولم يذكر اختصار السجدة في الصلاة، بل قيده بغير حالة الصلاة.

قالوا: ويجب أن يكره في حالة الصلاة؛ لأن الاقتصار على آية واحدة في الصلاة مكروه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رجل قرأ آية السجدة وهو ليس في الصلاة [فسمعها رجل وهو في الصلاة]^(٦)، فسجدها التالي^(٧) وسجد معه المصلي، قال: إن أراد متابعتها^(٨) فسدت صلاته ويجب عليه إعادة السجدة، وإذا أخر سجدة التلاوة عن [وقت القراءة أو عن]^(٩) وقت السماع ثم أداها يكون مؤدياً لا قاضياً عندنا [إذ ليس أداؤها]^(١٠) على الفور عندنا وهل يكره تأخيرها عن وقت القراءة ذكر في بعض المواضع أنه إذا قرأها [في الصلاة فتأخيرها مكروه عن وقت القراءة، وذكر في بعض المواضع أنه إذا قرأها]^(١١)، خارج الصلاة لا يكره تأخيرها وذكر الطحاوي مطلقاً أن تأخيرها مكروه.

(١) في د: باختصار.

(٢) في أ، ب: صلاة.

(٣) سورة المزمل آية: ٢٠ .

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: الثاني.

(٨) في أ: متابعة.

(٩) في د: وقتها يعني وقت التلاوة أو.

(١٠) في أ، ب: وأداؤها ليس على الفور.

(١١) سقط في أ، د.

حكى [عن^(١)] القاضي الإمام علي السغدّي - رحمه الله - أن المصلي إذا تلا آية [السجدة]^(٢) ونسي أن يسجد لها ثم ذكر وسجد فليس عليه سهو .
 وذكر في باب السهو من الأصل: إمام صلى يقوم فقرأ سجدة ونسي أن يسجد لها [ثم تذكر]^(٣) ذلك وهو راعع، قال: يخر ساجداً لها ثم يقوم ويعود في ركوعه ثم يمضي في صلاته وعليه سجدتا السهو .
 الأبكم^(٤) و^(٥) الأصم^(٦) إذا رأى قوما سجدوا للتلاوة لا يجب عليه أن يسجد [لها]^(٧)؛ لأنه لم يقرأ ولم يسمع .
 في كراهية فتاوى أهل سمرقند: قرأ آية السجدة راكبا فنزل ثم ركب فسجد على الدابة جاز؛ لأنه أدى كما وجب .
 في العيون: وكذلك^(٨) إذا قرأها عند طلوع الشمس فسجدها^(٩) عند استواء النهار أو عند الغروب أجزاءه في هذا الموضع أيضا، هذا^(١٠) قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - [في العيون] .

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يجوز الأداء عند استواء النهار وعند غروب الشمس؛ لأنه لما ارتفع النهار فقد قدر على الأداء كاملاً، فلا يجوز الأداء ناقصاً، وبهذا القول كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - .
 وقيل: لو قرأها عند غروب الشمس وأداها وقت طلوع الشمس لا تجوز؛ لأن

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) زاد في أ: وسجد فليس عليه سهو فتذكر، وفي ب: فتذكر، وفي د: فذكر .

(٤) الأبكم صفة من البكم الذي هو الخرس . وقيل: الأخرس: الذي خلق لا ينطق، والأبكم: الذي له نطق ولا يعقل الجواب .

والفقهاء في استعمالاتهم لا يفرقون بين الأبكم والأخرس .

ينظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة (بكم) .

(٥) في د: أو .

(٦) الأصم: الذي لا يسمع من كل حيوان، والمؤنث صماء .

ينظر: المغرب، ص (٢٧٢) .

(٧) سقط في أ، ب .

(٨) في أ: ولذلك، وفي د: وكذا .

(٩) في أ، ب: يسجدها .

(١٠) زاد في أ: على .

وقت الغروب^(١) أكمل حتى يجوز أداء عصر يومه في ذلك الوقت، ولا يجوز أداء الفجر عند طلوع الشمس.

الرجل إذا سجد للتلاوة وتلا في [السجدة آية]^(٢) أخرى لا يلزمه سجدة [تلاوة أخرى]^(٣)، وكذا لو تلا في الركوع ذكر^(٤) في الصلاة بالفارسية أن^(٥) هذه التلاوة محجور عنها.

وذكر^(٦) الصدر الشهيد في واقعاته: يكبر في سجدة التلاوة عند الابتداء وعند الانتهاء [و]^(٧) هو المختار؛ كما في المكتوبة، وكذا ذكر القدوري - رحمه الله - . وقيل: يكبر في الابتداء ولا يكبر في الانتهاء، وهي^(٨) رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - .

وقيل: يكبر في الابتداء بلا خلاف وفي الانتهاء خلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - [على قول أبي يوسف: لا يكبر، وعلى قول محمد: يكبر.

إذا قرأ المقتدي آية السجدة فسمعها الإمام ومن خلفه^(٩) لا يسجدونها في الصلاة [بالإجماع]^(١١)، وهل يسجدونها^(١٢) إذا فرغوا من الصلاة؟

فعلى^(١٣) قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : لا يسجدون، وعلى قول محمد - رحمه الله - يسجدون والمسألة معروفة.

وإن سمع من المقتدي رجل ليس معهم في الصلاة هل يجب عليه أن يسجد؟ لم

(١) في د: المغرب.

(٢) في أ: الصلاة سجدة.

(٣) سقط في ب.

(٤) في د: ذكره.

(٥) في د: لأن.

(٦) في د: ذكر.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب، د: وهو.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: خلف، وزاد في د: فإنهم.

(١١) سقط في د.

(١٢) في د: يسجدون.

(١٣) في د: على.

يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الكتب المشهورة وإنما ذكرها في النوادر على طريق الاستشهاد لنفسه .

بعض [المشايع قالوا]^(١): إنها على الاختلاف^(٢) أيضا، لكن من عادة محمد - رحمه الله - [الاستشهاد]^(٣) بالمختلف على المختلف؛ لنقل الكلام إلى ما هو أوضح [منه]^(٤).

ومنهم من قال: إنه يسجد بلا خلاف، والعذر لهما في القراءة في حق السامع هاهنا صدرت ممن ليس هو بمولى عليه في القراءة؛ لأن صيرورة المقتدي مولىً عليه بسبب الاقتداء فيظهر كونه مولىً عليه في حق الإمام والمقتدي لا في حق غيرهم، فلهذا لزم غيرهم السجدة.



(١) في د: مشايخنا.

(٢) في د: الخلاف.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

الفصل السابع عشر

في صلاة المسافرين^(١)

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

[النوع^(٢) الأول: في بيان [أن المسافر]^(٣) متى يقصر الصلاة.

قال محمد - رحمه الله -: ويقصر حين يخرج من مصره، [و]^(٤) يخلف دور

المصر.

وفي موضع آخر يقول: ويقصر إذا جاوز عمرانات المصر قاصدًا مسيرة^(٥) ثلاثة

أيام ولياليها؛ وهذا لأنه ما دام في عمران المصر فهو لا يعد مسافرًا^(٦).

(١) السفر لغة: قطع المسافة، وخلاف الحضر (أي الإقامة)، والجمع: أسفار، ورجل سفر، وقوم سفر: ذوو سفر.

والفقهاء يقصدون بالسفر: السفر الذي تتغير به الأحكام الشرعية وهو: أن يخرج الإنسان من وطنه قاصدا مكانا يستغرق المسير إليه مسافة مقدرة عندهم، على اختلاف بينهم في هذا التقدير كما سيأتي بيانها.

والمراد بالقصد: الإرادة المقارنة لما عزم عليه، فلو طاف الإنسان جميع العالم بلا قصد الوصول إلى مكان معين فلا يصير مسافرا.

ولو أنه قصد السفر، ولم يقترن قصده بالخروج فعلا فلا يصير مسافرا كذلك؛ لأن المعتبر في حق تغيير الأحكام الشرعية هو السفر الذي اجتمع فيه القصد والفعل. يختص السفر بأحكام تتعلق به، وتتغير بوجوده، ومن أهمها: قصر الصلاة الرباعية، وإباحة الفطر للصائم، وامتداد مدة المسح على الخفين إلى ثلاثة أيام، والجمع بين الظهر والعصر، والجمع بين المغرب والعشاء، وحرمة السفر على الحرة بغير محرم، وولاية الأبعد.

ينظر: الهداية وشروحها فتح القدير والعناية (١/٣٩٢)، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (١/٣٦٢)، ومغني المحتاج (١/٢٦٤)، وكشاف القناع (١/٣٢٦).

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) زاد في د: سفر وهي.

(٦) لتحديد مسافة القصر عند علماء الأمة وفقهائها طريقتان: أولاهما: زمان السير، وثانيتها: مقدار الطول.

الأولى: وهي تتعلق بزمان السير وحدود مسافة القصر بالمرحلة وجعلوا قطع المرحلة في زمان السير معيّنًا مقدّرًا بالأيام، وللفقهاء في مسافة القصر مذهبان: المذهب الأول: وهو للحنفية اعتبروا مسافة القصر سير ثلاث مراحل.

والمذهب الثاني: وهو لجمهور فقهاء الأمة ومسافة القصر عندهم مرحلتان. فالحنفية قدروها بثلاث مراحل قريبًا من التقدير بثلاثة أيام من أقصر أيام السنة؛ لأن المعتاد بالسير في كل يوم مرحلة ولا عبء عندهم بالفراخ على المذهب، وقد احترزوا في تقديرهم بالمرحلة دون الفرسخ الذي قدر به عامة المشايخ. ومن علماء المذهب من قدرها بالساعات فرأى أنها تبدأ من الفجر إلى الزوال إلى أقصر أيام السنة في مصر والبلاد التي تساويها في خطوط العرض، وقد قدرت هذه المدة بسبع ساعات فتكون الثلاثة أيام بعشرين ساعة وربع، ولكنها في دمشق مثلاً عشرون ساعة إلا ثلثًا تقريبًا، ومما يؤكد أن خطوط العرض لها أثر على البلاد في تقدير المسافة بالزمن وفي مصر أيضًا إن اعتبر بالأيام المعتدلة كان مجموع الثلاثة أيام اثنتين وعشرين ساعة ونصف ساعة. وأما المذهب الثاني: فقدروها بمرحلتين أي سير يوميين معتدلين أو يوم وليلة بسير الإبل المثقلة بالأحمال على المعتاد من سير وحط وترحال وأكل وشرب وصلاة معتبرة ذهابًا ولو ببحر، وإليه ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد. وقدرها العلامة أحمد الصاوي بالساعات فرأى أنها أربع وعشرون ساعة وعلى ذلك فلا فرق بين عبارة يوميين معتدلين ويوم وليلة.

الطريقة الثانية: فالحنفية في هذه الطريقة لا يعتدون بتقدير مسافة القصر بالأطوال وإنما الصحيح عندهم هو التقدير الزمني؛ لأن مسافة القصر محل خلاف في التقدير بالفرسخ، وأما جمهور الفقهاء فيقدرون المسافة بالأطوال والسير الزماني فجعلوها أربعة برد وهذا محل اتفاق فيما بينهم، كما أن البريد أربعة فراسخ والفرسخ ثلاثة أميال، ولكن الخلاف الدائر بينهم حول تقدير الميل بالذراع، والتحقيق في هذا الخلاف لا يقدر فيما أثبتناه من اتفاقهم بالسير الزمني مما يؤكد أن الخلاف لفظي لا حقيقي. ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٥٥٠)، بلغة السالك، ص (١٥٩)، مغني المحتاج (١/٢٦٦)، الفروع (٢/٥٤)، المقادير الشرعية، ص (٢٦٨). واختلف الفقهاء في تحديد الموضع الذي يشرع المسافر في القصر منه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا يجوز للمسافر القصر إلا إذا جاوز بيوت القرية التي خرج عنها، وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية، والأوزاعي، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وعلقمة، وعمرو بن ميمون، والنخعي، وعطاء، وقتادة، والزهري، وآخرون. ولتوضيح هذا المذهب؛ نذكر عبارات القوم في التعبير عن مذهبهم:

قالت الحنفية: أن يجاوز بيوت البلد التي يقيم فيها من الجهة التي يخرج منها، وإن لم يجاوزها من جانب آخر، وأن يجاوز كل البيوت ولو كانت متفرقة متى كان أصلها من البلد، وأن يجاوز ما حول البلد من المساكن، والقرى المتصلة بالبلد، ويشترط أن يجاوز الساحة المتصلة بموضع إقامته، وهو المكان المعد لصالح السكان: كركض الدواب، ودفن الموتى، وإلقاء التراب.

ولا يشترط أن تغيب البيوت عن بصره، ولا مجاوزة البيوت الخربة، ولا مجاوزة

البساتين؛ لأنها لا تعتبر من العمران وإن اتصلت بالبناء أو سكنها أهل البلدة. وإذا كان ساكنًا في الأحيية، فلا بد من مجاوزتها، وإذا كان مقيمًا على ماء أو محتطب فلا بد من مفارقتها، ما لم يكن المحتطب واسعًا جدًا، والنهر بعيد المنبع أو المصب، وإلا فالعبرة بمجاورة العمران.

وقالت المالكية: ولا يقصر من أراد السفر حتى يجاوز بيوت المصر، وتصير خلفه، ليس بين يديه ولا بحذائه يمينًا وشمالًا منها شيء، ولو كانت تلك البيوت خرابًا لا ساكن بها، وهذا إذا لم يكن بساتين، وإلا فلا بد من تعدية البلدي البساتين المسكونة المتصلة أو ما في حكمها، كالبساتين التي يرتفق أهلها وسكانها بأهل البلد بنار وطبخ وخبز وشراء من سوقها، والمراد بالمسكونة: ولو في بعض الأحيان؛ كأيام الثمار.

ومثل البساتين: القرستان إذا اتصلتا أو اشتد قربيهما، بحيث يرتفق أهل كل واحدة بأهل الأخرى؛ فلا يقصر المسافر من إحداهما حتى يجاوز الأخرى ويفصل عنهما، إلا إن بعدت إحداهما عن الأخرى، أو كان بينهما عداوة، فلا يعتبر مجاوزة الأخرى.

هذا، وسواء كانت بلد جمعة أم لا، وهو المشهور، وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك: إن كان قرية جمعة فلا يقصر حتى يجاوز بيوتها بثلاثة أميال من السور إن كان للبلد سور، وإلا فمن آخر بنيانها؛ لأن الجمعة كما لم تسقط عن من هو دونها كان في حكم الحاضر، وإن لم تكن قرية جمعة فيكفي مجاوزة البساتين فقط، ولا عبرة بالمزارع، فلا يشترط مجاوزتها.

والبدوي يقصر بمجاورة جلته أي: منزل إقامته، ولو تفرقت بيوتها فلا بد من مجاوزة الجميع حيث جمعهم اسم الحي والدار، أو اسم الدار فقط، أو اسم الحي حيث كان يرتفق بعضهم ببعض، وإلا قصر بمجرد انفصاله عن منزله.

ومن كان في قرية لا آيات بها متصلة ولا بساتين، فإنه لا يقصر حتى يفصل عن قريته، وكذا من كان في الجبال فإنه لا يقصر حتى يجاوز محله.

وقالت الشافعية: إن سافر من بلد له سور مختص به، اشترط مجاوزة السور، سواء كان داخله بساتين ومزارع أم لم يكن؛ لأنه لا يعد مسافرًا قبل مجاوزته، فإذا فارق السور ترخص بالقصر وغيره بمجرد مفارقتها، ولا فرق بين أن يكون خارج السور دورًا ومقابر متصلة به أو لا، هذا هو المذهب.

فإذا لم يكن للبلد سور أو كان له سور في بعضه ولم يكن في صوب مقصده، فابتداء سفره بمفارقتها العمران حتى لا يبقى بيت متصل ولا منفصل، والخراب المتخلل للعمران معدود من البلد، وكذا النهر الحائل بين جانبي بلد: يشترط مجاوزة الجانب الآخر، فإن كانت في أطراف البلد مساكن خربت وحلّت من السكان ولا عمارة وراءها: فإن اتخذوا موضعها مزارع، أو هجروه بالتحويط على العامر وذهبت أصول الحيطان - لم يشترط مجاوزته بلا خلاف.

وإن لم يتخذوه مزارع، ولا حوطوا على العامر وبقيت أصوله - فوجهان: أحدهما: لا يشترط مجاوزته مطلقًا؛ لأنه ليس مسكونًا؛ فأشبهه الصحراء.

الثاني - وهو الصحيح، وبه قطع العراقيون أو جمهورهم، والشيخ أبو محمد الجويني وغيره من الخراسانيين -: أنه يشترط؛ لأنه يعد من البلاد. أما البساتين والمزارع المتصلة بالبلد، فلا يشترط مجاوزتها وإن كانت محوطة، هذا هو الصحيح.

هذا حكم البلد الكبير، والمذهب أن القرية كالبلدة؛ فلا يشترط مجاوزة البساتين والمزارع المحوطة، وإن انفصلت إحداها عن الأخرى فجاوز قريته - جاز القصر، سواء قربت الأخرى منها أم بعدت.

وأما المقيم في الصحراء، فيشترط مفارقتها للبقعة التي يكون فيها رحله، وينسب إليه، فإن سكن وادياً وسار في عرضه فلا بد من مجاوزة عرضه، نص عليه الشافعي. قال الأصحاب: هذا محمول على الاتساع المعتاد في الأودية، فإن أفرط سعتة لم يشترط إلا مجاوزة القدر الذي يعد موضع الحلة التي هو منها، كما لو سافر في طول الوادي، فإنه يكفي ذلك القدر بلا خلاف.

ولو كان من أهل الخيام، فإنما يترخص إذا فارق الخيام كلها، مجتمعة كانت أم متفرقة إذا كانت حلة واحدة، وهي بمنزلة أبنية البلد، ولا يشترط مفارقتها لحلة أخرى، بل الحلتان كبلدتين متقاربتين، وضبط الصيدلاني التفرق الذي لا يؤثر بأن يكونوا بحيث يجتمعون للسمر في نادٍ واحد، ويشترط مع مجاوزته الخيام مجاوزة مرافقها: كمطرح الرماد، وملعب الصبيان، والنادي، ومراح الإبل؛ لأنها من موضع إقامتهم.

وقالت الحنابلة: ليس لمن نوى السفر القصر حتى يخرج من بيوت قريته، ويجعلها وراء ظهره، وإن خرج من البلد وصار بين حيطان بساتينه فله القصر؛ لأنه قد ترك البيوت وراء ظهره، وإن كان حول البلد خراب قد تهدم وصار فضاءً أبيض له القصر فيه لذلك، وإن كانت حيطانه قائمة؛ لأنها غير معدة للسكنى، أشبهت حيطان البساتين، وإن كان في وسط البلد نهر، فاجتازه فليس له القصر؛ لأنه لم يخرج من البلد، ولم يفارق البنيان؛ فأشبه الرحبة والميدان في وسط البلد، وإن كان للبلد محال كل محلة منفردة عن الأخرى كبغداد، فمتى خرج من محلته أبيض له القصر إذا فارق محلته، وإن كان بعضها متصلاً ببعض لم يقصر حتى يفارق جميعها، ولو كانت قريتان متدانيتين فاتصل بناء إحداها بالأخرى فهما كالواحدة، وإن لم يتصل، فلكل قرية حكم نفسها، وإذا كان البدوي في حلة - لم يقصر حتى يفارق حلته، وإن كانت حلاً فلكل حلة حكم نفسها كالقري، وإن كان بيته مفرداً، فحتى يفارق منزله ورحله ويجعله وراء ظهره كالحضري.

المذهب الثاني: يرى أن المسافر يشرع في القصر من منزله بمجرد النية.

وبه قال سليمان بن موسى، وعطاء بن أبي رباح، والحارث بن أبي ريعة.

المذهب الثالث: يرى أن المسافر يشرع في السفر إذا جاوز حيطان داره، وإليه ذهب عطاء بن أبي رباح في رواية أخرى له.

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة النبوية وفعل الصحابة والمعقول:

أما الكتاب: فقد استدلوا بقوله: ﴿وَإِذَا صَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنْ

الصَّلَاةِ﴾ [النساء: 101].

ووجه الدلالة من هذه الآية: أن الله تعالى أباح القصر للضارب في الأرض، والمقيم لا يسمى ضاربًا، ولا يكون ضاربًا في الأرض حتى يخرج.

وأما السنة: فيما روي عن النبي ﷺ أنه كان يبتدئ القصر إذا خرج من المدينة، قال أنس: صليت مع النبي ﷺ الظهر بالمدينة أربعًا وبذي الحليفة ركعتين. [أخرجه البخاري (٦٦٣/٢)، في تقصير الصلاة، باب: يقصر إذا خرج من موضعه (١٠٨٩)، ومسلم في صلاة المسافرين، باب: صلاة المسافرين وقصرها (١١/٦٩)].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن رسول الله ﷺ قدم النية لسفره قبل الزوال، ثم أتم الظهر؛ لأنه صلاها قبل خروجه.

وأما فعل الصحابة رضي الله عنهم: فقد استدل أصحاب هذا المذهب بفعل الصحابة رضي الله عنهم.

فقد روي عن داود بن أبي هند عن أبي حرب بن أبي الأسود أن عليًا (حين خرج من البصرة رأى خصا فقال: لولا هذا الخص لصلينا ركعتين. يعني بالخص: أنه لم يخرج من البصرة.

وذكر عبد الرزاق في المصنف عن ابن عمر: أنه كان يقصر الصلاة في السفر حين يخرج من بيوت المدينة، ويقصر إذا رجع حتى يدخل بيوتها. [أخرجه عبد الرزاق (٥٣٠/٢) رقم (٤٣٢٣، ٤٣٢٤، ٤٣٣١) بنحوه].

وأما المعقول: فقد استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول فقالوا:

لما وجب على المسافر الإتمام إذا دخل ببيان بلده عند قدمه من سفره إجماعًا، وجب أنه لا يجوز له القصر في ابتداء خروجه قبل مفارقة ببيان بلده حجاجًا؛ ولأن الله تعالى أباح القصر في السفر، والسفر مشتق من الأسفار، وهو الخروج عن الوطن.

وقيل: بل سمي سفرًا؛ لأنه يسفر عن أخلاق المسافر، والمقيم في بلده وإن خرج من منزله للتصرف في أشغاله وإن لم ينو سفرًا، فكذلك إذا انتقل من أحد طرفي البلد إلى الطرف الآخر لم يسم مسافرًا؛ لأنه قد ينسب إلى البلد بالمقام في الطرف الذي انتقل إليه، كما ينسب إليه بالمقام في الطرف الذي انتقل عنه. وإذا لم ينطلق اسم السفر عليه قبل مفارقة بلده، لم يجز له القصر؛ لعدم الشرط المبيح له.

وأيضًا فإن النية إنما تعتبر إذا كانت مقارنة للفعل؛ لأن مجرد العزم عفو، وفعل السفر لا يتحقق إلا بعد الخروج من المصر، فما لم يخرج لا يتحقق قران النية بالفعل، فلا يصير مسافرًا، وهذا بخلاف المسافر إذا نوى الإقامة في موضع صالح للإقامة حيث يصير مقيمًا للحال؛ لأن نية الإقامة هناك قارنت الفعل، وهو ترك السفر؛ لأن ترك الفعل فعل، فكانت معتبرة، وهاهنا بخلافه.

أدلة المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فقد روى يزيد بن أبي حبيب، أن كليب بن ذهل الحضرمي أخبره عن عبيد بن جبر قال: «كنت مع أبي بصرة الغفاري صاحب النبي ﷺ في سفينة من الفسطاط في رمضان، فدفع ثم قرب غداه. قال جعفر في حديثه: فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة ثم قال: اقترب. قلت: ألسنت ترى البيوت؟ قال أبو بصرة: أترغب عن سنة

رسول الله ﷺ؟! قال جعفر في حديثه: فأكل». [أخرجه أحمد (٦/٣٩٨)، وأبو داود (١/٧٣٣) كتاب الصيام، باب: متى يفطر المسافر إذا خرج (٢٤١٢)، وابن خزيمة (٢٠٤٠)، من طريق يزيد بن أبي حبيب أن كليب بن ذهل أخبره عن عبيد بن جبر... فذكره. وقال ابن خزيمة: لست أعرف كليب بن ذهل ولا عبيد بن جبر - وفي الأصل: جبير وهو خطأ - ولا أقبل دين من لا أعرفه بعدالة. قلت: كليب بن ذهل وثقه ابن حبان، وقال الذهبي: تفرد عنه يزيد بن أبي حبيب. ينظر: تهذيب التهذيب (٣/٤٧٤). فعلى هذا قول الحافظ ابن حجر في التقريب (ت: ٥٦٥٩): مقبول - غير مقبول؛ لأنه مجهول.

وأما عبيد بن جبر فذكره الحافظ أيضاً وقال: كان ممن بعث به المقوقس مع مارية. فعلى هذا فله صحبة، وقد ذكره يعقوب بن سفيان في الثقات، وقال ابن خزيمة: لا أعرفه. التقريب (ت: ٤٣٦٤).

قلت: فهو مختلف فيه، وليس هو علة الحديث، إنما علته كليب بن ذهل، والحديث ضعفه الألباني في تعليقه على صحيح ابن خزيمة، وصححه بشواهد. ونوقش هذا الاستدلال بأن أبا بصرة لم يأكل حتى دفع. وقوله: «لم يجاوز البيوت» أي: لم يبعد منها؛ بدليل قول الراوي له: ألسنت ترى البيوت؟.

وأما المعقول: فقالوا: لما صار المسافر مقيماً بمجرد النية من غير فعل، فكذلك يصير مسافراً بمجرد النية من غير فعل.

ونوقش بأنه لا بد في الإقامة من الفعل مع النية، وهو اللبث؛ لأنه لو كان سائراً أو راكباً أو في سفينة ونوى الإقامة - كانت لغواً، وجاز له القصر حتى ينوي الإقامة مع اللبث، فكذلك في السفر.

ينظر: رد المحتار (١/٥٢٥)، بدائع الصنائع (١/٩٥)، البحر الرائق (٢/١٤٠)، الهداية (١/٩٦)، المبسوط (١/٢٣٦)، تبيين الحقائق (١/٢٢٣)، الفتاوى الهندية (١/١٣٩)، الاستذكار لمذاهب فقهاء وعلماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٣٩٣ هـ (٦/٧٨)، المغني مع الشرح الكبير (٢/٩٧)، الشرح الكبير على المقنع (٢/٩٧)، حاشية العدوي (١/٣٢٣)، الخرشبي (٢/٥٨)، المجموع (٤/٢٢٥-٢٢٨)، الحاوي الكبير (٢/٤٦١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (١/١٩٧)، العدة شرح العمدة للأمير الصنعاني (١/١٣٦).

وقد اختلف أيضاً فقهاء الأمة في تعيين الحد الذي يتميز به السفر الطويل عن غيره، على مذاهب:

المذهب الأول: السفر الطويل الذي لا تقل مدته عن مسيرة ثلاثة أيام بسير الإبل، أو مشي الأقدام، وإليه ذهب الأحناف في ظاهر الرواية، وبه قال ابن مسعود، والشعبي والنخعي وسفيان الثوري.

المذهب الثاني: السفر الطويل هو الذي لا يقل مقداره عن ثمانية وأربعين ميلاً بالهاشمي، وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والليث بن سعد، وبه قال ابن عمر، وابن عباس، والحسن البصري، والزهري.

المذهب الثالث: السفر الطويل هو الذي لا تقل مدته عن مسيرة يوم، وإلى هذا ذهب الأوزاعي.

المذهب الرابع: السفر الطويل هو الذي لا يقل مقداره عن خمسة عشر ميلاً، وإلى هذا ذهب جماعة من السلف.

المذهب الخامس: السفر الطويل هو الذي لا يقل مقداره عن ثلاثة أميال، وإلى هذا ذهب عمر، وأبو سعيد الخدري، ودحية الكلبي.

المذهب السادس: السفر الطويل هو الذي لا يقل مقداره عن ميل، وبه قال ابن حزم. استدلت أصحاب المذهب الأول بالسنة والمعقول:

أما السنة: فما روي عن شريح بن هانئ قال: سألت عائشة - رضي الله عنها - عن المسح على الخفين فقالت: سل علياً؛ فإنه أعلم بهذا مني، كان يسافر مع رسول الله ﷺ، فسألته فقال: قال رسول الله ﷺ: «للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن، وللمقيم يوم وليلة».

[أخرجه مسلم (٤٣٢/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين (٨٥/٢٧٦)].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن السفر الذي تباح فيه الرخص هو السفر الذي لا تقل مدته عن مسيرة ثلاثة أيام، وذلك من أوجه:

الأول: أن الحديث وُردَ مورد بيان الحكم بالنسبة إلى المسافرين.

وما كان كذلك، فالشأن فيه أن يكون شاملاً للجميع، وقد قدر الرسول ﷺ للمسافر مدة ثلاثة أيام لبلياليها، فاقضى هذا أن من يقل سفره عن ذلك لا يكون مسافراً شرعاً.

الثاني: أن (أل) في (المسافر) للجنس، فيكون لفظ المسافر مستغرقاً لجميع المسافرين. وهذا يفيد أن كل مسافر هو من كانت مدة سفره ثلاثة أيام لبلياليهن، فالشخص الذي يقل سفره عن هذه المدة يكون خارجاً عن حكم المسافرين.

وهذا يدل على أن السفر المعتبر شرعاً في أكثر الروايات تحديد مدة السفر الذي يجب فيه المحرم بيوم، وفي بعضها بيومين، وفي بعضها بثلاثة، وفي بعضها بما فوق الثلاثة. وإذا كان الحال كذلك، فإما أن يجمع بين الروايات، أو يؤخذ ببعضها دون البعض، والجمع أولى؛ لما فيه من العمل بكل الروايات ولو من وجه، وهو أولى من إلغاء بعضها. ولكن الجمع هنا متعذر؛ لأنه يلزم منه عدم اعتبار بعض الروايات، وحيث لا يتحقق الجمع.

ولا يقال: إن في التحديد بالثلاث جمعاً بين الروايات؛ لأن في العمل بالثلاث عملاً بما دونها؛ لأنه يقال: إذا حددنا المسافة بثلاثة أيام، فسفر ما دونها غير مبيح للترخيص؛ يكون ورود الروايات باليوم واليومين بمنزلة العدم، ولا شك أن في هذا إلغاء لهذه الروايات. وإذا تعذر الجمع، فلا مناص من تقديم بعض الروايات على البعض الآخر.

وقد اتفق البخاري ومسلم على رواية ابن عباس قال: سمعت رسول الله ﷺ يخطب

فيقول: «لا يخلون رجل بامرأة، ولا تسافرن امرأة إلا ومعها محرم». [أخرجه البخاري (١٤٢/٦، ١٤٣) كتاب الجهاد، باب: من اكتتب في جيش، فخرجت امرأته حاجة (٣٠٠٦)، وأخرجه مسلم (٩٧٨/٢) كتاب الحج (١٥)، باب: سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (٧٤)، الحديث (١٣٤١/٤٢٤)]. فتكون هذه الرواية مقدمة في العمل بها على غيرها من الروايات، والسفر في هذه الرواية عامٌّ، يشمل كل سفر، سواء كان مدته ثلاثاً، أم فوقها، أم دونها؛ لأن قوله - عليه الصلاة والسلام -: «تسافر» فعلٌ، وقد وقع بعد نفي، أو ما في حكمه؛ فيفيد العموم. وقد يقال: إن الأولى بالتقديم، الرواية التي تحدد مدة السفر التي يجب فيها المحرم، بثلاثة أيام؛ لأنها وردت عن ابن عمر، وقد اتفقت الأخبار عنه على ذكر الثلاث. ويقال: إن أريد باتفاق الأخبار عن ابن عمر - رضي الله عنهما - على ذكر الثلاث، اتفاقاً روايات الحديث عنه على ذلك - فممنوع؛ لأنه قد روي عن ابن عمر التحديد بما فوق الثلاث.

فقد أخرج البخاري، من حديث ابن عمر مرفوعاً: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر فوق ثلاثة أيام إلا مع محرم». [أخرجه البخاري (٢٧٤/٣) كتاب تقصير الصلاة، باب: في كم يقصر الصلاة (١٠٨٧)، ومسلم (٩٧٥/٢) كتاب الحج، باب: سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره (١٣٣٨/٤١٤)، واللفظ له. وإن أريد باتفاق الأخبار عن ابن عمر على ذكر الثلاث، اتفاقاً النقل عنه على العمل بالثلاث - فممنوع أيضاً؛ لأنه قد صح النقل عن ابن عمر، أنه كان لا يقصر في أقل مما بين خيبر والمدينة، وهو ستة وتسعون ميلاً، [أخرجه البيهقي (١٣٦/٣) بنحوه]. وروي عنه أنه كان لا يقصر في أقل مما بين المدينة إلى السويداء، وهو اثنان وسبعون ميلاً. وروي عنه أنه كان لا يفطر إلا في ثلاثة أيام. وروي عنه أنه لا يكون الفطر إلا في سفر اليوم التام. [أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠١/٢) رقم (٨١٣٤)، ولكن قال: الصلاة بدل: الفطر].

وروي عنه القصر في ثلاثين ميلاً. [أخرجه عبد الرزاق رقم (٤٣٠١) (٥٢٥/٢)]. وروي عنه القصر في ثمانية عشر ميلاً. [أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠١/٢) رقم (٨١٣٦)، ولكن قال: ستة عشر فرسخاً].

وعلى فرض التسليم باتفاق النقل عنه على العمل بالثلاث، فإنه ليس دليلاً معتبراً في هذه الحال؛ لأنه قول صحابي فيما للرأي فيه مجال. وقد خالفه غيره من الصحابة؛ فلا يكون قوله حجة على المختار. وقد يقال: إن رواية الثلاث أولى بالتقديم؛ لأنها رويت عن ابن عمر، وقد تأيدت بفتواه وعمله بها.

ويقال: إذا عمل الراوي أو أفتى على خلاف ما رواه، فلا حجة في عمل الراوي ولا في فتواه؛ لاحتمال السهو أو النسيان.

قال ابن حزم في الرد على الاستدلال بالحديث السابق على تحديد مدة السفر المبيح للرخصة بمسيرة ثلاثة أيام: ذلك خبر صحيح لا حجة لهم فيه؛ لأنه ليس فيه من حكم =

القصر والفطر أثر ولا دليل .

وأيضًا فإنه جاء بألفاظ مختلفة.

وفي بعضها: «لا تسافر أكثر من ثلاث».

وفي بعضها: «لا تسافر ثلاثًا».

وفي بعضها: «لا تسافر ليلتين».

وفي بعضها: «لا تسافر يومًا ولا ليلة».

وفي بعضها: «لا تسافر يومًا».

وفي بعضها: «لا تسافر بريدًا».

وهذه ألفاظ اختلف فيها عن أبي سعيد وأبي هريرة وابن عمر، وصح من طريق ابن عباس هذا الخبر: «لا تسافر المرأة» دون تحديد أصلًا. ولم يختلف عنه في ذلك أصلًا، فإن عزموا على ترك من اختلف عنه، والأخذ برواية من لم يختلف عنه فابن عباس لم يختلف عنه، فهو أولى على هذا الأصل، وإن أخذوا بالزيادة، فرواية ابن عباس هي الزائدة عن سائر الروايات؛ لأنها تعم كل سفر، وإن أخذوا بالمتفق عليه، فأكثر من ثلاث هو المتفق عليه لا الثلاث؛ كما رواه عبد الله بن نعيم عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ: «لا تسافر المرأة فوق ثلاث إلا ومعها محرم». وقال النووي بعد ذكر بعض روايات الحديث: «قال البيهقي: وهذه الروايات في الأيام الثلاثة واليومين واليوم صحيحة، وكان النبي ﷺ سئل عن المرأة تسافر ثلاثًا بغير محرم، فقال: «لا»، وسئل عن سفرها يومين بغير محرم؛ فقال: «لا»، وسئل عن يوم، فقال: «لا»؛ فأدى كل منهم ما حفظه، ولا يكون شيء من هذا حدًا للسفر.

يدل عليه حديث ابن عباس: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافر امرأة إلا معها ذو محرم».

هذا كلام البيهقي، فحصل أن النبي ﷺ لم يرد تحديد ما يقع عليه السفر، بل أطلقه على ثلاثة أيام، وعلى يومين، وعلى يوم وليلة، وعلى يوم، وعلى ليلة، وعلى بريد وهو مسيرة نصف يوم؛ فدل على أن الجميع يسمى سفرًا والله أعلم.

وأما المعقول: فمن أوجه ثلاثة:

الأول: أن السفر مأخوذ من السفر - بإسكان الفاء - ويطلق بمعنى الكشف، ومنه: سمرت المرأة عن وجهها، فسمي الخروج إلى الموضع البعيد سفرًا؛ لأنه يكشف عن أخلاق المسافرين وأحواله، وهذا لا يتبين في الوقت اليسير، ولا في اليوم ولا اليومين؛ لأن المسافر قد يتصنع في الأغلب في مثل هذه المسافة، فلا يظهر فيه ما يكشفه السفر البعيد.

الثاني: أجمعت الأمة على أن صوم رمضان واجب، وكل ما كان كذلك لا يجوز تركه إلا بإجماع، وما دون الثلاث ليس محلاً للإجماع؛ فلا يجوز ترك الصوم فيه، ومثل هذا يجري في إتمام الصلاة الرباعية.

الثالث: أن المعتبر في المشروعية التخفيف بالنسبة إلى السفر، إنما هو المشقة، وهي لا تكون في سفر تقل مدته عن مسيرة ثلاثة أيام؛ فوجب الاعتبار بمثل هذا السفر دون غيره.

ونوقش بأنه رأي في مقابلة النص، فلا يعتد به شرعاً. ثم إن ما قالوه في الوجه الأول، إنما هو بالنسبة إلى اللغة، والأحكام الشرعية طريق ثبوتها الشرع.

وقد كان مقتضى تعليلهم بما ذكر أنه لا يجوز الإفطار ولا الإتمام في سفر اليوم ولا اليومين مهما بلغت المسافة، وهذا خلاف ما ذهبوا إليه.

وما قالوه في الوجه الثاني غير مُسلم؛ لأن الإجماع انعقد على فرضية صوم رمضان إذا تحققت الشروط وانتفت الموانع، ولا شك أن من شروط الوجوب الإقامة، وقد أجمعت الأمة على مشروعية الإفطار للمسافر. ومثل هذا يجري في إتمام الرباعية.

وفي ما ذكره في الوجه الثالث نظر؛ لأن المشقة أمر باطني غير منضبط، فلا يناط به الحكم، وإنما يناط بما هو ظاهر منضبط؛ كالسفر، وهو يطلق على سفر الثلاث وما فوقها، وما دونها ولو كان الأمر على ما ذكره؛ لشرعت الرخص من قصر وإفطار وغيرهما لمن يجد مشقة، ولو كان سفره ساعة.

ولم تشرع الرخص لمن لم يجد المشقة، ولو كان سفره فوق ثلاثة أيام، وهذا خلاف ما ذهبوا إليه وما انعقد عليه الإجماع.

استدل أصحاب المذهب الثاني بالأثر والمعقول:

أما الأثر: «كان ابن عمر، وابن عباس يقصران ويفطران في أربعة برد، وهي ستة عشر فرسخاً، ولا يريان فيما دونها».

[أخرجه مالك في الموطأ (١٤٧/١) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب: ما يجب فيه قصر الصلاة رقم (١٢)، وعن مالك أخرجه الشافعي في المسند (١٨٥/١) كتاب الصلاة، باب: صلاة المسافر الحديث (٥٢٨) وفي الأم (١٨٣/١)، ورواه البيهقي في الكبرى (٣/١٣٦) كتاب الصلاة، باب: السفر الذي تقصر في مثله الصلاة، ورواه أيضاً في المعرفة (٢/٤١٩) رقم (١٥٨٢).

وأخرجه مالك في الموطأ (١٤٧/١) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب: ما يجب فيه قصر الصلاة الحديث (١١)، والشافعي في المسند (١٨٦/١) كتاب الصلاة، باب: صلاة المسافر الحديث (٥٢٩)، وعبد الرزاق في المصنف (٥٢٥/٢)، رقم (٤٣٠١).

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن السفر الطويل الذي يبيح الترخص هو الذي لا تقل مسافته عن أربعة برد، وذلك من وجهين:

الأول: أنه لم يظهر مخالف لابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، فكان هذا إجماعاً من الصحابة على الحكم المذكور.

الثاني: أن الأثر المذكور متصل الإسناد إلى الرسول ﷺ حقيقة أو حكماً؛ لأنه على فرض وقفه على ابن عباس وابن عمر، غير أنه من الأمور التي ليس للرأي فيها مجال، ومثله لا يكون إلا عن توقيف من الرسول ﷺ.

ويؤيد هذا ما رواه الدارقطني بسنده إلى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تقصروا الصلاة في أقل من أربعة برد من مكة إلى عسفان».

[أخرجه الدارقطني في سننه (٣٨٧/١) كتاب الصلاة، باب: قدر المسافة التي تقصر في =

مثلها صلاة، ومن طريقه أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٣٨/٣) كتاب الصلاة، باب: السفر الذي لا تقصر في مثله الصلاة، ورواه الطبراني في الكبير (٩٦/١١، ٩٧) رقم (١١١٦٢).

كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن عبد الوهاب بن مجاهد عن أبيه وعطاء بن أبي رباح عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «يأهل مكة...» الحديث. قال البيهقي: وهذا حديث ضعيف؛ إسماعيل بن عياش لا يحتج به، وعبد الوهاب بن مجاهد ضعيف بمرّة، والصحيح أن ذلك من قول ابن عباس. ونوقش الوجه الأول من الاستدلال السابق بأنه قد خالف الحكم المذكور كثير من الصحابة.

فقد روي عن أنس أنه كان يقصر الصلاة في سفر خمسة فراسخ. بل إنه قد صح عن ابن عمر نفسه أنه كان يرى القصر في السفر الذي مدته ميل واحد. [أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٢/٢) رقم (٨١٣٩) بنحوه].

ومع وجود هذا لا يسوغ القول بالإجماع. ونوقش الوجه الثاني من الاستدلال السابق بثلاث مناقشات: الأولى: الصحيح أن الأثر موقوف على ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، فيكون قول صحابي، وهو أمر للرأي فيه مجال، بدليل اختلاف الصحابة في ذلك، فلا يكون حجة.

الثانية: صح النقل عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - أنهما كانا يفطران ويقصران في السفر الذي مسافته أربعة برد، وهذا لا يلزم معه أنهما كانا لا يفعلان هذا في السفر الذي يقل عن المسافة المذكورة.

الثالثة: الخبر الذي رواه الدارقطني، عن ابن عباس - رضي الله عنهما - إسناده ضعيف؛ لأن فيه عبد الوهاب بن مجاهد، وهو متروك، ورواه عنه إسماعيل بن عياش وهو ضعيف أيضًا.

وحديث هذا شأنه لا تقوم به حجة. قال النووي في هذا الحديث: هو ضعيف جدًا؛ لأن عبد الوهاب مجمع على ضعفه، وإسماعيل أيضًا ضعيف، لا سيما في روايته عن غير الشاميين.

وقال ابن حجر في الحديث: إسناده ضعيف. وقال الشوكاني: وأما حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «يأهل مكة لا تقصروا في أقل من أربعة برد، من مكة إلى عسفان»، فليس مما تقوم به حجة؛ لأن في إسناده عبد الوهاب ابن مجاهد، وهو متروك، وقد نسبه النووي إلى الكذب.

وقال الأزدي: لا تحل الرواية عنه، والراوي عنه إسماعيل بن عياش، وهو ضعيف في الحجازيين، وعبد الوهاب المذكور حجازي.

ومن أدلة المذهب الثاني: ما روي عن عطاء قال: قلت لابن عباس: أنقصر إلى عرفة؟ قال: لا.

ولكن إلى عسفان، وإلى جدة وإلى الطائف.

[أخرجه الشافعي في مسنده (١٨٥/١) كتاب الصلاة، باب: صلاة المسافر الحديث (٥٢٦)، ومالك في الموطأ (١٤٨/١) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب: ما يجب فيه قصر الصلاة الحديث (١٥) بلاغاً عن ابن عباس، ورواه أيضاً البيهقي في السنن الكبرى (١٧٣/٣) كتاب الصلاة، باب: السفر الذي لا تقصر في مثله الصلاة. ورواه في المعرفة (٤١٨/٢ - ٤١٩) كتاب الصلاة، باب: السفر الذي تقصر في مثله الصلاة بلا خوف رقم (١٥٧٩، ١٥٨٠)].

ووجه الاستدلال من هذا الأثر: أن ابن عباس - رضي الله عنهما - أجاب عطاءً بأن السفر الذي تقصر فيه الصلاة لا تقل مسافته عن المسافة التي بين جدة وعسفان، أو الطائف إلى مكة، وهي لا تقل عن أربعة برد، ومثل هذا لا يقوله ابن عباس إلا استناداً إلى ما سمعه من الرسول ﷺ.

ونوقش: أن ما ذكر مما للرأي فيه مجال؛ فلا يستلزم سماعاً من الرسول ﷺ، وعلى هذا يكون التحديد المذكور اجتهاداً لابن عباس رضي الله عنهما، وقد خالفه فيه غيره من الصحابة، فلا يثبت بمثله حكم شرعي.

أما المعقول: فقد استدلت أصحاب المذهب الثاني من المعقول: بأن التحديد المذكور هو القدر الذي تتحقق فيه مشقة السفر من الركوب والنزول وشد الرحال. ونوقش هذا الاستدلال: بأن المشقة يمكن أن تتحقق فيما هو أقل من أربعة برد؛ وذلك لأن المشقة أمر خفي غير منضبط كما تقدم، فيعلق الحكم بمظنة المشقة، وهو هنا السفر، وقد ثبت في الشرع إطلاق السفر على ما هو أقل من أربعة برد. واستدل أصحاب المذهب الثالث بالسنة والأثر:

روي أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها محرم».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن أقل مسافة للسفر الذي تباح فيه الرخص هي مسيرة يوم - أن النبي ﷺ سمى هذه المسافة: سفرًا، وهذا ظاهر من الحديث الشريف.

ونوقش: بما تقدم في مناقشة استدلال الحنفية بمثل هذا الحديث. ويزاد على ما تقدم، أن تسمية النبي ﷺ لهذه المسافة سفرًا، لا يستلزم نفي السفر عما يقل عنها.

وأيضاً فإن ظاهر الحديث يحتمل مسيرة يوم، ومسيرة ليلة معاً، وهذا يساوي مسيرة يومين.

أما الأثر:

استدلوا أيضاً بما روي عن ابن عمر: أنه كان يقصر الصلاة في مسيرة اليوم التام. [أخرجه مالك في الموطأ (١٤٧/١) في قصر الصلاة، باب: ما يجب فيه قصر الصلاة].

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن ابن عمر - رضي الله عنهما - لا يفعل مثل ما ذكر إلا بناء على شيء قد علمه من الرسول ﷺ، قولاً أو فعلاً؛ لأن مثل هذا التقدير لا يدرك بالرأي. ونوقش بما نوقش به ما روي عن ابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهم - في استدلال

.....
 = المذهب الثاني من السنة.
 ثم إن المذكور في هذا الأثر أن ابن عمر كان يقصر الصلاة في سفر اليوم التام، وهذا لا ينافي أنه كان يقصر فيما دون ذلك، وقد روي عنه أنه كان يرى القصر في سفر تقل مسافته عن مسيرة يوم؛ فقد روي عنه قوله: «إني لأسافر الساعة من النهار فأقصر». [أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٢/٢) رقم (٨١٣٩)].

وعلى هذا، فلا دلالة فيما روي عن ابن عمر على ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث. واستدل أصحاب المذهب الرابع بالسنة:

روى جبير قال: خرجت مع شرحبيل بن السمط إلى قرية على رأس سبعة عشر ميلاً، أو ثمانية عشر ميلاً فصلى ركعتين، فقلت له، فقال: رأيت عمر يصلي بذي الحليفة ركعتين، فقلت له، فقال: إنما أفعل كما رأيت رسول الله ﷺ يفعل، [أخرجه مسلم (٤٨١/١) كتاب صلاة المسافرين وقصرها (٦٩٢/١٣)].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن شرحبيل - رضي الله عنه - قصر الصلاة في سفر مقداره سبعة عشر ميلاً، أو ثمانية عشر، واستند في فعله هذا إلى ما رآه من فعل النبي ﷺ. ولو لم يكن القصر - في مثل ذلك المقدار من السفر - مشروعاً ما فعله الرسول ﷺ. ونوقشت هذه الدلالة بمناقشتين:

الأولى: أن هذا اجتهاد من شرحبيل في تحديد مقدار السفر المبيح للترخص، ويدل على هذا استناد شرحبيل إلى قصر عمر بذي الحليفة، وبينها وبين المدينة ستة أميال.

الثانية: مما استند إليه شرحبيل قصر عمر بذي الحليفة، وقصر الرسول ﷺ، وهذا يدل على جواز القصر في مثل هذا، وهو لا ينافي جواز القصر في مقدار أقل.

وقد استدل أصحاب هذا المذهب أيضاً: عن أنس - رضي الله عنه - أنه كان يرى القصر في السفر الذي يبلغ مقداره خمسة فراسخ، ومعلوم أن الفرسخ ثلاثة أميال.

ووجه الاستدلال من هذا الأثر: أن أنساً - رضي الله عنه - لا يقول بمثل هذا إلا استناداً إلى ما علم من حال الرسول ﷺ في مثل هذا.

ونوقش: بأنه اجتهاد من أنس في أمر للرأي فيه مجال، وقد اختلف الصحابة فيه، فلا يكون مثله حجة.

واستدل أصحاب هذا المذهب بالسنة:

روى يحيى بن يزيد قال: سألت أنس بن مالك عن قصر الصلاة. فقال أنس: كان رسول الله ﷺ إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ - شك شعبة - صلى ركعتين.

[أخرجه مسلم (٢١٢/٣) كتاب صلاة المسافرين، باب: صلاة المسافرين وقصرها، الحديث (٦٩١)، وأبو داود (٣/٢) كتاب الصلاة، باب: صلاة المسافرين، حديث (١٢٠١)، وأحمد في المسند (١٢٩/٣)].

كلهم من طريق محمد بن جعفر قال: حدثنا شعبة عن يحيى بن يزيد الهنائي قال: سألت أنس بن مالك فذكره.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: أن الرسول ﷺ قصر الصلاة في السفر الذي يبلغ مقداره ثلاثة أميال، ولو لم يكن هذا مشروعاً ما فعله الرسول ﷺ.

ونوقش هذا الاستدلال بثلاث مناقشات:

الأولى: أن مثل هذا الحديث لا يصلح حجة في جواز القصر في سفر مقداره ثلاثة أميال؛ لما فيه من الشك، وتردد الراوي بين الأميال والفراسخ.

الثانية: وعلى فرض أن المسافة ثلاثة أميال، فالحديث لا يدل على ما ذهبوا إليه؛ لأن المراد أن الرسول ﷺ بدأ يقصر الصلاة بعد أن جاوز ثلاثة أميال، لا أن غاية سفره ثلاثة أميال؛ لأن الظاهر أنه ﷺ كان لا يسافر عند دخول وقت الصلاة إلا بعد أن يصلها، فلا تدركه الصلاة الأخرى إلا وقد تباعد ثلاثة أميال أو أكثر.

وأجيب عن هذه المناقشة: بأن الاحتمال المذكور بعيد؛ لأن أنسًا ذكر هذا جوابًا عن تحديد المدة التي يجوز قصر الصلاة في مثلها.

الثالثة: على فرض أن الحديث دليل على جواز القصر في السفر الذي مقداره ثلاثة أميال، وعلى أن المراد منه أنه ﷺ إذا كان قصده مسافة هذا القدر، لا أنه إذا أراد سفرًا طويلاً لا يقصر إلا بعد هذه المسافة، فغاية ما يدل عليه الحديث، جواز القصر في مثل تلك المسافة، وهذا لا ينافي جواز القصر فيما دون المسافة المذكورة، أو فيما فوقها.

واستدلوا أيضًا من السنة: بما روى دحية الكلبي: أنه خرج من قرية من دمشق مرة إلى قدر ثلاثة أميال في رمضان، ثم إنه أفطر وأفطر معه ناس، وكره آخرون أن يفطروا، فلما رجع إلى قريته قال: والله لقد رأيت اليوم أمرًا ما كنت أظن أنني أراه، إن قومًا رغبوا عن هدي رسول الله ﷺ، يقولون ذلك للذين صاموا. [أخرجه أحمد (٣٩٨/٦)، وأبو داود (٧٣٤/١) كتاب الصيام، باب: قدر مسيرة ما يفطر فيه (٢٤١٣)، وابن خزيمة (٢٠٤١) من طريق الليث قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير عن منصور الكلبي أن دحية بن خليفة... فذكره.

وقال ابن خزيمة: إني لا أعرف منصور بن زيد الكلبي هذا بعدالة ولا جرح.

قلت: وثقه العجلي، وقال ابن المديني: مجهول. تهذيب التهذيب (١٥٧/٤).

وقال الحافظ: مستور. التقريب (ت: ٦٩٠٠).

والحديث ضعفه الألباني في تعليقه على صحيح ابن خزيمة.

ووجه الاستدلال: أن دحية - رضي الله عنه - أفطر في سفر مقداره ثلاثة أميال. وقال: إن هذا هدي رسول الله ﷺ، فدل هذا على أن السفر الذي يباح فيه الفطر وغيره من الرخص، ما بلغ مقداره ثلاثة أميال.

ونوقش هذا الأثر بما نوقش به الوجهان الأخيران من الأوجه التي اعترض بها على الاستدلال بحديث أنس السابق.

فضلاً عن أن ما فعله دحية، كان عن اجتهاد منه، ويؤيد هذا: أن بعض من معه لم يفطروا.

واستدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فيقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾.

ووجه الدلالة من هذه الآية أنها مطلقة، فيحتمل أي سفر كان.

ونوقش هذا الاستدلال بمناقشتين:
الأولى: أن السفر وإن كان مطلقاً في الآية الكريمة غير أنه محمول على السفر الشرعي، وهو مقيد بما ورد ذكره في الأحاديث الصحيحة.
وأجيب عن هذا: بأنه لم يرد عن الرسول ﷺ تحديد لمقدار السفر.
والثانية: بعد التسليم بأن السفر في الآية الكريمة مطلق، فهذا ينافي التحديد بالميل ونحوه.

أما السنة النبوية: فيما روي عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ في سفر فرأى زحافاً ورجلاً قد ظلل عليه فقال: ما هذا؟ قالوا: صائم. فقال: ليس من البر الصيام في السفر.

[أخرجه البخاري (٢١٦/٤) كتاب الصوم، باب: قول النبي ﷺ لمن ظلل عليه واشتد الحر (١٩٤٦)، ومسلم (٧٨٦/٢) كتاب الصيام، باب: جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية (٩٢ - ١١١٥)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أنه لم يخص سفرًا من سفر. ويرد على هذا الاستدلال بهذا الحديث ما ورد على الاستدلال بالآية الكريمة، ويجاب بما تقدم.

وبعد عرض المسألة وأدلتها؛ يترجح أن ما استقر العرف على تسميته سفرًا، يكون سبباً لمشروعية الرخص التي شرعها الله للمسافر من غير تحديد بمسافة معينة طويلة كانت أو قصيرة. قال ابن قدامة بعد أن ساق كثيرًا من الأقوال وأدلتها: والتقدير بابه التوقيف، فلا يجوز المصير إليه برأي مجرد، لا سيما وليس له أصل يرد إليه ولا نظير يقاس عليه، والحجة على من أباح القصر لكل مسافر، إلا أن ينعقد الإجماع على خلافه.
وقال الشوكاني بعد أن ذكر طرفًا من أقوال الفقهاء وأدلتهم:

وحجج هذه الأقوال مأخوذ بعضها من قصره ﷺ في أسفاره وبعضها من قوله: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا ومعها ذو محرم - إلا أن يقول: «ولا حجة في جميع ذلك، أما فعله ﷺ؛ فلعدم استلزام فعله لعدم الجواز فيما دون المسافة التي قصر فيها، وأما نهى المرأة عن أن تسافر ثلاثة أيام بغير ذي محرم، فغاية ما فيه إطلاق السفر على مسيرة ثلاثة أيام، وهو غير مناف للقصر فيما دونه.

ينظر: المبسوط (٢٣٥/١)، بدائع الصنائع (٩٤/١)، شرح فتح القدير (٥/٢)، الفتاوى الهندية (١٣٨/١)، بداية المجتهد (١٧١/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٥٨/١)، المجموع (٢٧٦/٤)، حاشية الباجوري (٢٠٤/١)، نهاية المحتاج (١٠/٢)، المغني، لابن قدامة (١٨٨/٢)، الإنصاف (٣٢٣/٢)، (٢٨٧/٣)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ، ص (١١٦)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ

والأصل في ذلك ما روي عن علي - رضي الله عنه - : «أنه خرج من البصرة يريد سفراً^(١) فحان^(٢) وقت العصر فأتتها ثم نظر إلى خص أمامه فقال : أما^(٣) [لو]^(٤) كنا جاوزنا هذا الخص قصرنا»^(٥).

- ١٩٩٤م، ص (٥٣)، المحلى (٣٦٤/٦)، أحكام القرآن للجصاص (٢١٧/١)، سبل السلام، شرح بلوغ المرام، للعلامة محمد بن إسماعيل الصنعاني، وبلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن محمد بن حجر العسقلاني، مصطفى الباني الحلبي، ط (٤)، ١٩٨٤م (٣٩/٢)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١٣٣/٣)، العضد على ابن الحاجب (٢٨٧/٢)، نيل الأوطار (٣/٢٠٦).

(١) في د: السفر.

(٢) في أ: فجاء.

(٣) زاد في ب، د: إنا.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٢٩/٢)، نصب الراية (١٨٣/٢).

واختلف العلماء في أقل المسافة التي تقصر فيها الصلاة.

فالحنفية قالوا: أقل ما تقصر فيه الصلاة مسيرة ثلاثة أيام ولياليها ولو قطع المسافة في مدة أقل من ذلك باستخدام وسائل المواصلات الحديثة كما في عصرنا جاز له القصر، ولا يصح القصر في أقل من هذه المسافة.

أما الشافعية والمالكية والحنابلة فقالوا إن أقل ما تقصر فيه الصلاة مسيرة يومين معتدلين، أو مرحلتين وقدروها نسبة وأربعين ميلاً والميل عند الشافعية ستة آلاف ذراع. وقال الفقهاء: يبدأ المسافر القصر إذا فارق بيوت المصر، فحينئذ يصلي ركعتين. وأصله ما روى أنس - رضي الله عنه - قال: صليت الظهر مع رسول الله ﷺ بالمدينة أربعاً، وصليت معه العصر بذي الحليفة ركعتين [أخرجه البخاري (الفتح ٥٦٩/٢)، ومسلم (٤٨٠/١) واللفظ لمسلم].

وما روي عن علي - رضي الله عنه - : أنه لما خرج من البصرة يريد الكوفة صلى الظهر أربعاً ثم نظر إلى خص أمامه وقال: لو جاوزنا هذا الخص صلينا ركعتين. والمعتبر مفارقة البيوت من الجانب الذي يخرج منه، وإن كان في غيره من الجوانب بيوت. ويدخل في بيوت المصر المباني المحيطة به، والنبي ﷺ لم يقصر في سفره إلا بعد الخروج من المدينة.

والقريتان المتدانيتان المتصلتان بإحداهما بالأخرى، أو التي يرتفق أهل إحداهما بالأخرى فهما كالقريّة الواحدة، وإلا فلكل قرية حكم نفسها يقصر إذا جاوز بيوتها والأبنية التي في طرفها. وساكن الخيام يقصر إذا فارق خيام قومه ومرافقها، كملعب الصبيان، والبساتين المسكونة المتصلة بالبلد، ولو حكما لا يقصر إلا إذا فارقها إن سافر من ناحيتها، أو من غير ناحيتها، وكان محاذياً لها عند المالكية.

وإن كانت^(١) محلة منتبذة من المصر وكانت^(٢) قبل ذلك متصلة بالمصر، فإنه لا يقصر حتى يجاوز تلك المحلة ويخلف دورها؛ لأن^(٣) تلك المحلة من المصر بخلاف القرية التي تكون بفناء المصر فإنه يقصر الصلاة وإن لم يجاوز تلك القرية؛ لأنها^(٤) لا تكون من المصر وإنما تكون من القرى وربما تترادف القرى وتتقارب من فناء المصر إلى فرسخ أو فرسخين من فناء المصر فلو نهي عن القصر حتى يجاوز القرية التي بفناء المصر لنهي عن القصر في هذه القرى أيضاً، وهذا بعيد فعرفنا أن الشرط أن يتخلف عن عمران المصر وبيانه لا غير.

ثم يعتبر الجانب الذي يخرج [منه]^(٥) المسافر من البلدة لا الجوانب التي بحذاء^(٦) البلدة حتى إنه إذا خلف البنيان التي خرج منه قصر الصلاة، وإن كان بحذائه بنيان أخرى من جانب آخر من المصر، وهذا كله بهذا الترتيب محفوظ عن محمد - رحمه الله - .

ذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الرواية، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة الحلواني في شرح صلاته .

وذكر الصدر الشهيد عمي - رحمه الله - في واقعاته أن رجلاً خرج مسافراً من

ويقصر سكان القصور والبساتين وأهل العزب إذا فارقوا ما نسبوا إليه بما يعد مفارقة عرفا .
والبلدة التي لها سور، لا يقصر إلا إذا جاوزه وإن تعدد، كما قال الشافعية .
وقالوا أيضاً: يعتبر مجاوزة عرض الوادي إن سافر في عرضه، والهبوط إن كان في ربة، والصعود إن كان في وهدة . وهذا إن سافر في البر، ويعتبر في سفر البحر المتصل ساحله بالبلد جري السفينة أو الزورق، فيقصر بمجرد تحركها، أما إذا كان البحر بعيداً عن المدينة فالعبرة بمجاوزة سور المدينة .

ينظر: الهداية وشروحها (١/٣٩٦، ٣٩٧)، والمبسوط (١/٢٣٥)، وتبيين الحقائق (١/٢٠٩)، وفتح القدير (١/٣٩٦، ٣٩٧)، وشرح مختصر خليل (٢/٥٧)، والمنتقى شرح الموطأ (١/٢٦٢)، ومغني المحتاج (١/٢٦٤)، والأم (٨/١١٨)، والمجموع شرح المذهب (٤/٢١٠)، والمغني، لابن قدامة (٢/٤٧)، الإنصاف (٢/٢١٨).

(١) في أ، ب: كان .

(٢) في أ، ب: وكان .

(٣) في د: أن .

(٤) في أ، ب: لأن تلك القرية .

(٥) سقط في د .

(٦) في أ: بجار .

بخارى فلما بلغ^(١) إلى ركستان^(٢) قوط^(٣) أو إلى رباط وليان^(٤).
اختلف المشايخ فيه والمختار أنه يقصر [الصلاة]^(٥)؛ لأنه جاوز الربض [ومتى
جاوز الربض]^(٦) فقد جاوز عمران البلدة.

وعن الحسن - رحمه الله - في القرى إذا كانت متصلة بالربض إلى ثلاثة فراسخ
قال: لا يقصر حتى يجاوز البيوت وإن كان ثلاثة فراسخ وإن كان بين البلدة والقرية
مقدار سكة^(٧) لا يكون مجاوزا وإن كان قدر مائة ذراع كان^(٨) مجاوزا.

ومن مشايخنا من اعتبر مجاوزة^(٩) فناء المصر إن كان بين المصر وبين فناءه
قدر^(١٠) غلوة^(١١)، ولم يكن بينهما مزرعة وإن كان بينهما مزرعة أو كانت المسافة
بين المصر و[بين]^(١٢) فناءه قدر [غلوة]^(١٣) لا يعتبر مجاوزة الفناء وهذا القائل
يقول: إذا كانت القرى متصلة بفناء المصر، لا بربض المصر يعتبر مجاوزة البناء^(١٤)
لا غير؛ بخلاف ما إذا كانت^(١٥) القرى متصلة بربض المصر؛ فإن هناك تعتبر
مجاوزة القرى والصحيح ما ذكرنا أنه يعتبر مجاوزة عمران المصر إلا إذا كان ثمة قرية
أو قرى متصلة بربض [المصر]^(١٦) فحينئذ يعتبر مجاوزة القرى.

-
- (١) في أ: وصل.
(٢) في م: ريكسان.
(٣) قوط: إحدى قرى بلخ. ينظر: مراصد الاطلاع (١١٣٣/٣).
(٤) رباط وليان: لعله إحدى القرى المجاورة لبلخ، والله أعلم.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ، ب.
والربض: ما حول المدينة من بيوت ومساكن، ويقال لحريم المسجد: ربض أيضا،
وأصله المربض: وجمعها المرباض والأرباض. ينظر: المغرب، ص (١٨٠).
(٧) في أ: سكتة.
(٨) في د: يكون.
(٩) في د: المجاوزة عن.
(١٠) في ب، د: أقل من.
(١١) الغلوة: مقدار رمية سهم، وتقدر بثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة. ينظر: المعجم الوسيط (١/
٦٦٠).
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ، د: الفناء.
(١٥) في أ، ب: كان.
(١٦) سقط في أ.

نوع آخر في بيان المواضع التي تصح نية الإقامة فيها والتي لا تصح [نية الإقامة فيها]^(١).

فنقول إنما تصح نية الإقامة إذا كان الموضع الذي نوي الإقامة فيه محلاً للإقامة حتى إن أهل العسكر إذا نواوا الإقامة في دار الحرب خمسة عشر يوماً أو أكثر وهم محاصرون أهل المدينة^(٢) لا تصح نيتهم. والأصل في ذلك ما روي أن النبي ﷺ حاصر أهل الطائف سبعة عشر يوماً وكان يقصر الصلاة.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما [أن رجلاً سأله: إنا نطيل الثواء^(٣) في أرض الحرب]^(٤)، فقال^(٥): «صل ركعتين حتى ترجع إلى أهلك»^(٦).

ولأن دار الحرب ليس بموضع الإقامة في حق المحاربين من المسلمين؛ لأن الغلبة فيها لأهل الحرب، والظاهر أنهم يقاتلون المسلمين، والمسلمون لا يقاومونهم لقلتهم فيفرون^(٧) فنية الإقامة [منهم]^(٨) لم^(٩) تصادف محلها فلا يصح؛ كما لو نوى السفر في غير موضع السفر، وكذا [إذا]^(١٠) نزلوا المدينة وحاصروا أهلها في الحصن، لا تصح نيتهم للإقامة^(١١)؛ لأنه لا قرار لهم ما داموا محاربين فكانت^(١٢) نية الإقامة في غير موضعها.

(١) سقط في د.

(٢) في د: مدينة.

(٣) زاد في د: أي المقام.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ: قال.

(٦) أخرجه أبو يوسف في الآثار، ص (٧٥) برقم (٣٧١) من طريق يوسف بن أبي يوسف عن

أبيه عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، أنه قال: «إِذَا خَرَجْتَ مِنَ الْبُيُوتِ فَصَلِّ

رَكْعَتَيْنِ، وَإِذَا قَدِمْتَ الْبَلَدَ الَّذِي تُرِيدُ فَصَلِّ رَكْعَتَيْنِ حَتَّى تَرْجِعَ إِلَى أَهْلِكَ»، ومن طريقه

أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢/٢٠٤) برقم (٨١٦٣).

(٧) في أ: فيفرون.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في د: لا.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في د: الإقامة.

(١٢) في أ: وكانت.

وكذا^(١) أهل البغي إذا امتنعوا في دار البغي وحاصرناهم^(٢) لا تصح منية الإقامة؛ لأن دارهم [ليس موضع]^(٣) إقامتنا كدار الحرب.
وقال أبو يوسف - رحمه الله - في الإملاء^(٤) إذا كان العسكر استولوا على الكفار ونزلوا بساتينهم وكرومهم وأكنافهم، وللمسلمين منعة وشوكة فأجمعوا على الإقامة خمسة عشر يوماً أكملوا الصلاة^(٥).

(١) في أ، ب: وكذلك.

(٢) في ب: فحاصرناهم.

(٣) في أ: ليست موضع.

(٤) في د: الأمالي.

(٥) اختلف الفقهاء في مدة الإقامة التي تمنع من القصر على خمسة مذاهب:

المذهب الأول: يرى أصحاب هذا المذهب أن المسافر إذا نوى مقام خمسة عشر يوماً أتم، وإلا قصر، وإلى هذا ذهب الحنفية، وهو مروى عن ابن عمر، وسعيد بن جبير، والليث بن سعد، وسعيد بن المسيب في رواية عنه.

المذهب الثاني: يرى أصحابه أن المسافر إذا نوى مقام أربعة أيام غير يومي الدخول والخروج، لزمه الإتمام، ولم يجز له أن يقصر، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية، وبه قال عثمان بن عفان والليث بن سعد، وأبو ثور والطبري.

المذهب الثالث: يرى أصحابه أنه إذا نوى المسافر إقامة أكثر من إحدى وعشرين صلاة أتم وإلا قصر، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد.

المذهب الرابع: يرى أصحابه أن المسافر إن نوى إقامة تسعة عشر يوماً قصر، وإن زاد أتم، وإلى هذا ذهب إسحاق بن راهويه.

المذهب الخامس: يرى أصحابه أن المسافر لا يتم إلا إذا نوى إقامة عشرة أيام، وإليه ذهب محمد بن علي وابنه، والحسن بن صالح.

سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة: يمكن إرجاع سبب الاختلاف في هذه المسألة إلى أنه أمرٌ مسكوت عنه في الشرع، والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع؛ ولذلك نجد الفقهاء يستدلون على صحة مدعاهم بالأحوال التي نقلت عنه ﷺ، أنه ﷺ أقام فيها مقصراً أو أنه جعل لها حكم المسافر.

واستدل أصحاب المذهب الأول بالسنة وقول الصحابة، والمعقول:

أما السنة: فقد استدلوا بما روي عن ابن عباس وجابر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قدم مكة صبيحة الرابع من ذي الحجة.

أرواه البخاري في صحيحه (٢٧٣/٣) كتاب كم أقام النبي ﷺ في حجته، الحديث (١٠٨٥) وأطرافه في (١٥٦٤، ٢٥٠٥، ٣٨٣٢)، ومسلم (٤٨٣/٤، ٤٨٤) كتاب الحج، باب: في متعة الحج، الحديث (١٢٤٠).

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ كان مقامه إلى وقت خروجه أكثر من أربع، وكان يقصر الصلاة؛ فدل على سقوط اعتبار الأربع.

ونوقش هذا الاستدلال بقصر النبي ﷺ في حجة الوداع؛ لأن النبي ﷺ قصر ثلاثاً سوى يوم دخوله ويوم خروجه، وهذا ما نقول به؛ فبطل الاستدلال. وأما قول الصحابة: فما روي عن ابن عمر وابن عباس أنهما قالا: إذا قدمت بلدة وأنت مسافر، وفي نفسك أن تقيم بها خمس عشرة ليلة - فأكمل الصلاة بها، وإن كنت لا تدري متى تطعن فاقصرها. [أخرجه ابن أبي شيبه (٢٠٨/٢) رقم (٨٢١٧)، وعبد الرزاق (٢/٥٣٤) رقم (٤٣٤٣)].

وروي ابن أبي شيبه عن مجاهد أن ابن عمر كان إذا أجمع على إقامة خمسة عشر يوماً أتم. [أخرجه ابن أبي شيبه (٢/٤٥٥)]. ووجه الدلالة من أقوال الصحابة: أنه لم يرو عن أحد من السلف خلاف ذلك؛ فثبت حجته.

قال الكاساني في البدائع: هذا باب لا يوصل إليه الاجتهاد؛ لأنه من جملة المقادير، ولا يظن بهما التكلم جزافاً؛ فالظاهر أنهما قالاه سماعاً من رسول الله ﷺ. ونوقش بأنه لا حجة في أقوال الصحابة في المسائل التي للاجتهاد فيها مجال، وهذه منها.

وما ذكره من أنه لا يعرف لهما مخالف من الصحابة لا يصح؛ فقد ورد فيه الخلاف عنهم؛ فقد روي عن علي (أنه قال: من أقام عشرة أيام أتم الصلاة). [أخرجه ابن أبي شيبه (٢٠٨/٢) رقم (٨٢١٣)].

وروي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: إذا وضعت الزاد والمزاد فصل أربعاً. [أخرجه ابن أبي شيبه (٢٠٩/٢) رقم (٨٢٢١)].

وأما المعقول: فمن طريق القياس: أنهم قاسوه على أقل الطهر. وذلك أن مدة الإقامة والطهر مدتان موجبتان؛ فإن مدة الطهر توجب إعادة ما سقط من الصوم والصلاة بحكم الحيض، ومدة الإقامة توجب ما سقط بحكم السفر حكماً متعزراً، وأدنى مدة الطهر خمسة عشر يوماً؛ فكذلك أدنى مدة الإقامة.

ونوقش بأن القياس على أقل الطهر لا يصح؛ لأن أقل الطهر دون خمسة عشر يوماً، وهو أن تطهر من حيضها، ثم تضع حملها بعد يوم، وترى دم النفاس، فيكون طهرها اليوم الذي بين حيضها ووضعها، وإنما أقل الطهر خمسة عشر يوماً إذا كان بين حيضتين على إلزام الصلاة، وإتمامها لا يتعلق بمدة، وإنما يتعلق بالعزم على ألا يعود.

وقالوا أيضاً: إن مدة الإقامة والسفر لا سبيل إلى إثباتها من طريق المقاييس، وإنما طريقها التوقيف أو الاتفاق، وقد حصل الاتفاق في خمسة عشر يوماً، وما دونها مختلف فيه؛ فثبت في الأيام الخمسة عشر أنها إقامة صحيحة ولم يثبت ما دونها.

ونوقش القول بأن مدة الإقامة لا تثبت إلا بتوقيف أو اتفاق - بأمرين: أحدهما: أن هذه حجة عليهم؛ لأن الخلاف في المسافر إلى كم يقصر، وإجماعنا وإياهم منعقد على جوازه في الأربع، والخلاف في الزيادة عليها؛ فلم يجز القصر فيما زاد عليها إلا بتوقيف أو إجماع.

الثاني: أن معناها المسألة توقيفاً، وهو قوله ﷺ: «يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه =

ثلاثاً» .

واستدل أصحاب هذا المذهب على مدعاهم بالكتاب والسنة وقول الصحابة والمعقول :
أما الكتاب : فيقول الله تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنْ
الصَّلَاةِ ﴾ [النساء : ١٠١] .

ووجه الدلالة من هذه الآية : أن الله - تعالى - أباح القصر بشرط الضرب ، والعازم على
إقامة أربعة غير ضارب في الأرض ؛ فاقتضى ألا يستباح القصر .
وقال القرافي : ظاهر القرآن يقتضي أنه إذا لم يكن ضارباً في الأرض لا يقصر ، وخالفناه
في الثلاث ؛ لأن المسافر تنعقر دابته ، ويقضي في بعض المناهل حوائجه ، فلا بد من اللبث
اليسير ، فيبقى ما عدها على مقتضى الدليل .

وقال أبو بكر بن العربي : سمعت بعض أحبار المالكية يقول : إنما كانت الثلاثة أيام
خارجة عن حكم الإقامة ؛ لأن الله - تبارك وتعالى - أرحم فيهما من أنزل به العذاب وتيقن
الخروج من الدنيا ، فقال : ﴿ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعَدُّ غَيْرٍ مَكْدُوبٍ ﴾ .

وأما السنة : فيما روى عبد الرحمن بن حميد قال : سمعت عمر بن عبد العزيز يقول
لجلسائه : ما سمعتم في سكنى مكة ؟ فقال السائب بن يزيد : سمعت العلاء - أو قال :
العلاء بن الحضرمي - قال : قال رسول الله ﷺ : « يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه
ثلاثاً » . [أخرجه البخاري (٢٦٦/٧) كتاب مناقب الأنصار ، باب : إقامة المهاجر بمكة ،
الحديث (٣٩٣٣) ، ومسلم (٩٨٥/٢) كتاب الحج ، باب : جواز الإقامة بمكة ، الحديث
(٤٤٢)] .

وجه الدلالة : أن الله تعالى حين أوجب الهجرة على كل من أسلم ، منع من المقام
بمكة ، واستثنى الثلاثة أيام ؛ فلما استثنى الثلاثة - دل على أنها ليست بإقامة ، وإنما ما
زاد عليها إقامة .

ونوقش بأن الحديث ليس فيه ما يشير إلى تقدير أدنى مدة الإقامة بالأربعة ؛ لأنه يحتمل
أنه علم أن حاجتهم ترتفع في تلك المدة ؛ فرخص بالمقام ثلاثاً لهذا ، لا لتقدير الإقامة .
وما روى يحيى قال : سمعت أنساً يقول : خرجنا مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة ،
فكان يصلي ركعتين ركعتين ، حتى رجعنا إلى المدينة . قلت أقمتم بمكة شيئاً ؟ قال :
أقمنا بها عشراً . [أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٨/٣) كتاب تقصير الصلاة ، باب :
ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر ، الحديث (١٠٨١) ، وطره في (٤٢٩٧) ،
ومسلم (٢١٣/٣) كتاب صلاة المسافرين ، باب : صلاة المسافرين الحديث (٦٩٣)] .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن النبي ﷺ أقام في مكة وما حوالها عشراً ، لا في نفس
مكة فقط ؛ فقد قدم في مكة في حجة الوداع في اليوم الرابع ، فأقام بها الخامس والسادس
والسابع ، وخرج منها في الثامن إلى منى ، وذهب إلى عرفات في التاسع ، وعاد إلى منى في
العاشر ، فأقام بها الحادي عشر والثاني عشر ، ونفر في الثالث عشر إلى مكة ، وخرج منها
إلى المدينة في الرابع عشر . فمدة إقامته ﷺ في مكة وما حوالها عشرة أيام ، وكان يقصر
الصلاة فيها كلها ؛ ففيه دليل على أن المسافر إذا نوى إقامة دون أربعة أيام غير يومي الدخول

والخروج - يقصر، وأن الثلاثة ليست إقامة؛ لأن النبي ﷺ أقام هو والمهاجرون ثلاثاً بمكة؛ فدل على أن الثلاثة ليست إقامة شرعية، وأن يومي الدخول والخروج لا يحسبان منها. وروي أيضاً أنه ﷺ أقام بمكة ثلاثاً يقصر في عمرة القضاء. [أخرجه البخاري، حديث (٤٢٥١)، ومسلم (١٤١٠/٣)، حديث (١٧٨٣)].

قال ابن عبد البر: أما مقامه في عمرة القضاء فلم يختلفوا أنه كان ثلاثة أيام. ونوقش بأن هذا ليس فيه حجة على أنه النهاية للتقصير، وإنما فيه حجة على أنه يقصر في الثلاثة فما دونها.

وأما أقوال الصحابة: فيما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما أجلى أهل الذمة عن الحجاز، ضرب لمن قدم منهم تاجراً ثلاثة أيام.

[أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٤٧/٣)، وفي المعرفة (٤٣١/٢)].

قال ابن عبد البر: ألا ترى أنهم لا يجوز تركهم بأرض العرب مقيمين بها، فحين أمرهم بالخروج، لم يكن عنده الثلاثة أيام إقامة.

فدل هذا على أن الثلاثة في حكم السفر، وما زاد فهو في حكم الإقامة.

وروي عن عثمان: أن من أقام أربعة أيام، أتم الصلاة. [ينظر: البناء (٢١/٣)].

وقالوا: إن الصحابة اختلفوا في مدة الإقامة المانعة من القصر؛ فكان الأخذ بقول عثمان أولى؛ للاحتياط.

ونوقش بأن ما روي عن عثمان معارض بما روي عنه أنها تقدر بخمسة عشر يوماً؛ فدل على رجوعه.

وأما دعوى الاحتياط، فإنه يشكل بما لو نوى الإقامة ثلاثة أيام أو أقل، فلا يصير مقيماً، وإن كان الاحتياط فيه.

وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال: من أجمع على إقامة أربع ليال وهو مسافر، أتم الصلاة. [أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٩/٢) رقم (٨٢١٩)، وعبد الرزاق (٥٣٤/٢) رقم (٤٣٤٦)].

قال ابن العربي: وإن كان قول ابن المسيب ليس بحجة، فإنه يتوسل به إلى طلب الحجة منه أو من غيره: أما من غيره فعلى طريق التذكرة.

وأما منه فبأن نقول: سعيد بن المسيب صحب سبعين بدرية، ومن الصحابة جملة وافرة، ووعى علمًا كثيرًا، فأفتى بهذه الفتوى، ولا يقتضيها النظر، ولا يعطيها القياس؛ فكانت حجة على ما أشرنا إليه من أصله.

ونوقش بأنه قد اختلفت الرواية عن سعيد بن المسيب:

فقد روى هشام عن داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيب قال: إذا أقام المسافر خمس عشرة أتم، وما دون ذلك فليقصر. [أخرجه عبد الرزاق (٥٣٥/٢) رقم (٤٣٤٨)، وابن أبي شيبة (٢٠٨/٢) رقم (٨٢١٢)].

وإن جعلنا الروایتين متعارضتين سقطتا، وصار كأنه لم يرو عنه شيئاً، ولو ثبتت الرواية عنه من غير معارضة، لما جاز أن يكون خلافاً على ابن عباس وابن عمر اللذين حذوا مدة الإقامة المانعة من القصر بخمسة عشر يوماً.

وأما المعقول: فقالوا: إن ما فوق الثلاثة أيام لا يستوعبها المسافر بالمسح الواحد؛ فلم يجز القصر إذا أقامها.

وقالوا: إن الأربعة أيام تزيد على أقل الجمع، فلم يكن فيها مسافرًا ولا عازما. وقالوا: إن الأربعة أيام مدة لا يجوز للذمي أن يقيمها في جزيرة العرب؛ فصارت كالشهر، ولما أجمع الفقهاء على أن ما دون الأربع يقصر فيها، واختلفوا في الأربع فما فوقها - كان عليه أن يتم في الأربع؛ وذلك أن فرض التمام لا يزول باختلاف قاله أبو ثور. واستدل أصحاب هذا المذهب بالسنة النبوية المطهرة:

وذلك أن النبي ﷺ قدم مكة صبيحة رابعة من ذي الحجة، فأقام بها اليوم الرابع والخامس والسادس والسابع، وصلى الفجر بالأبطح يوم الثامن، ثم خرج إلى منى، وكان يقصر الصلاة في هذه الأيام، وقد أجمع على إقامتها.

واحتج ابن قدامة بما روي عن يحيى بن أبي إسحاق قال: سمعت أنسًا يقول: خرجنا مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة، فكان يصلي ركعتين ركعتين، حتى رجعنا إلى المدينة، قلت: أقمتم بمكة شيئًا؟ قال: أقمنا بها عشرًا.

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يذكر حديث أنس ويقول: هو كلام ليس يفقهه كل أحد. وجهه أنه حسب مقام النبي ﷺ بمكة ومنى، وليس له وجه عندي غير هذا. قال ابن قدامة: فهذه أربعة أيام، وصلاة الصبح بها - يوم التروية - تمامٌ إحدى وعشرين صلاة يقصر؛ فهذا يدل على أن من أقام إحدى وعشرين صلاة يقصر، وهي تزيد على أربعة أيام.

واستدل أصحاب هذا المذهب بالسنة النبوية المطهرة:

روي عن ابن عباس أنه قال: أقام النبي ﷺ تسعة عشر يقصر؛ فنحن إذا سافرنا تسعة عشر قصرنا، وإن زدنا أتمنا. [أخرجه البخاري (٢٦٨/٣) كتاب تقصير الصلاة، باب: ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر، الحديث (١٠٨٠)، وأطرافه في (٤٢٩٨)، (٤٢٩٩).

وأبو داود (١٠/٢) كتاب الصلاة، باب: متى يتم المسافر، والترمذي (٤٣٤/٢) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في كم تقصر الصلاة، الحديث (٥٤٩)، وابن ماجه (١/٣٤١) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب: كم يقصر الصلاة المسافر إذا أقام ببلده الحديث (١٠٧٥)].

ونوقش بأن النبي ﷺ لم يجمع الإقامة، أي: لم ينو الإقامة ابتداءً تسعة عشر يوما. قال ابن العربي: وإنما كان متوكفًا للرحيل، متشوقًا إلى القبول، والعوارض تلويه حتى تجرد عنها، ومن أقام على هذه الحال سنة قصر الصلاة.

وقال الإمام أحمد: أقام النبي ﷺ بمكة ثماني عشرة زمن الفتح؛ لأنه أراد حينئذٍ ولم يكن تم إجماع المقام.

وقال القرافي: إن اللبث ليس مانعًا من القصر، بل لا بد من نية الإقامة، ولا بد على وجودها من دليل.

وإن حاصروا أهل الأَخبية^(١) [والفساطيط^(٢)] ونزلوا بساحتهم أو^(٣) في أختيتهم، وخيامهم ونووا الإقامة فيها لا تصح بالإجماع؛ لأن هذا لا يعد للإقامة؛ ألا ترى أنهم يحملونها على الدواب حيث^(٤) قصدوا ويستخفونها يوم طعنهم ويوم إقامتهم فإذا هي حمولة وليست^(٥) بمنازل.

وقال ابن عبد البر: وليس لمن احتج بمقام النبي ﷺ بمكة حجة؛ بكثرة الاختلاف والاضطراب في ذلك؛ ولأنه لم ينقل عنه ﷺ أنه جعل شيئاً من ذلك سنة، وقد قال لأهل مكة: «أتمو صلاتكم؛ فإننا سفر»، ولم يكن رسول الله ﷺ ليقم في الدار التي هاجر منها.

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأثر:

روي عن الإمام علي بن أبي طالب أنه قال: إذا أقيمت عشراً فأتتم الصلاة. [أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٨/٢) رقم (٨٢١٣، ٨٢١٤)، وعبد الرزاق (٥٣٢/٢) رقم (٤٣٣٤)]. وروي أيضاً أنه قال: يتم الذي يقيم عشراً.

ونوقش بأنه ضعيف الإسناد؛ إذ هو من طريق ضرار بن صرد، وهو غير ثقة. بعد عرض الأدلة ومناقشتها يتبين رجحان المذهب القائل بقصر الصلاة إذا نوى الإقامة في بلد دون أربعة أيام صحاح ليس فيها يوماً للدخول والخروج.

وفي هذا يقول الشوكاني: والحق أن من حط رحله ببلد ونوى الإقامة بها أياماً من دون تردد، لا يقال له: مسافر؛ فيتم الصلاة ولا يقصر إلا للدليل، ولا دليل هاهنا إلا في حديث إقامته ﷺ بمكة أربعة أيام، إلا أن يقال: إن تمام أعمال الحج في مكة لا يكون في دون الأربع؛ فكان كل من حج عازماً على ذلك؛ فيقصر على هذا المقدار ويكون الظاهر.

ينظر: بدائع الصنائع (٩٧/١)، البناية (٢٠/٣)، الشرح الكبير على المقنع (١١٠/٢)، بداية المجتهد (٤٠٧/١)، الحاوي الكبير (٤٦٦/٢)، المبدع (١١٤/٢)، المغني، لابن قدامة (١٣٤/٢)، كشف القناع (٥١٣/١)، نيل الأوطار (٢٤٨/٣)، الاستذكار (٦/١١٣)، اختلاف العلماء، لمحمد بن نصر المروزي أبي عبد الله، تحقيق: صبحي السامرائي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٦ هـ (٣٥٩/١)، التمهيد (١١٥/١١)، سبل السلام (٣٩٠/٢).

(١) الأَخبية: بيت من وبر أو صوف، ولا يكون من شعر وهو على عمودين أو ثلاثة وما فوق ذلك فهو بيت، وقال ابن الأعرابي: الخباء من شعر أو صوف، وهو دون المظلة.

وقال في الهداية: والأصح أن أهل الأَخبية مقيمون، يروى ذلك عن أبي يوسف؛ لأن الإقامة أصل؛ فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى.

ينظر: لسان العرب (١٠٨٥/٢)، الهداية (٩٧/١)، البحر الرائق (١٤٢/٢)، المبسوط (٢٤٩/١)، الفتاوى الخانية (١٦٥/١)، كشف الحقائق (٧٩/١).

(٢) بيت يتخذ من الشعر. ينظر: المعجم الوسيط (٢٩٠/٢).

(٣) في أ: و.

(٤) زاد في أ، ب: ما.

(٥) في أ، ب: وليس.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: وهكذا عسكر المسلمين إذا قصدوا موضعا ومعهم أخبيتهم وخيامهم وفساطيطهم، ونزلوا مفازة في الطريق ونصبوا الأخبية^(١) والفساطيط، وعزموا فيها على الإقامة^(٢) خمسة عشر يوما لم يصيروا مقيمين لما بينا أنها حمولة وليست بمساكن وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - .

واختلف المتأخرون [في]^(٣) الذين يسكنون [في]^(٤) الخيام والفساطيط كالأعراب [والأكراد]^(٥) والتراكمة^(٦)، الذين في زماننا منهم من يقول: لا يكونون مقيمين؛ لأنهم ليسوا في موضع^(٨) الإقامة .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: والصحيح أنهم مقيمون؛ لأن الإقامة للمرء أصل والسفر عارض، وهم لا ينوون السفر قط إنما ينتقلون من ماء إلى ماء ومن مرعى إلى مرعى، فكانوا^(٩) مقيمين باعتبار^(١٠) الأصل .

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في الرعاة إذا كانوا يطوفون^(١١) في المفاوز^(١٢) وينتقلون من كالأى إلى كالأى ومعهم أثقالهم وخيامهم أنهم مسافرون حيثما نزلوا أو طافوا إلا في خصلة واحدة وهي ما إذا نزلوا في مرعى كثير الكالأى وأعدوا المخابز ونصبوا الخيام وعزموا على الإقامة^(١٣) خمسة عشر يوما، وكان الماء والكالأى

(١) سقط في د .

(٢) في أ، ب: إقامة .

(٣) سقط في د .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) في د: والأتراك .

(٦) التراكمة: نسبة إلى بلاد الترك .

ينظر: مراصد الاطلاع (٢٥٩/١)، لب اللباب في تحرير الأنساب، للسيوطي، تحقيق:

محمد أحمد عبد العزيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط(١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

(١٦٩/١) .

(٧) في أ، ب: الأتراك .

(٨) في د: مواضع .

(٩) في أ: وكانوا .

(١٠) في ب: بالاعتبار .

(١١) في أ، ب: يطوون .

(١٢) في أ: المفازة .

(١٣) في ب: إقامة .

يكفيهم فإني أستحسن أن أجعلهم مقيمين وأمرهم بالإكمال.
 وذكر في المنتقى عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - في الأعراب إذا نزلوا بخيامهم في موضع التمسوا فيه الرعي ونووا أن يقيموا شهرا أو أكثر للرعي لم يتموا الصلاة؛ لأنه ليس بموضع قيام لهم قال: وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

قال الحسن: وسمعت أبا يوسف يقول: يتمون الصلاة.
 وفيه أيضاً عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا نوى المسافر الإقامة عند أهل ماء مثل التغلبية ولم يكن ثمة بيوت مدر فليس بمقيم.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يتم الصلاة إذا كان ثمة قوم يتوطنون يسكنون بيوت الشعر، وإن نوى المسافر الإقامة في موطنين خمسة عشر يوماً نحو مكة ومنى أو الكوفة والحيرة^(١) [لا يصير]^(٢) مقيماً؛ لأن نية الإقامة إنما تكون في موضع واحد فإن الإقامة ضد السفر وهو الضرب في الأرض، والانتقال من موضع إلى موضع يكون ضرباً في الأرض فلا^(٣) يكون إقامة وهذا إذا نوى الإقامة في موضعين، فأما إذا عزم على أن يقيم بالليل في أحد الموضعين ويخرج بالنهار إلى الموضع الآخر فإن دخل أولاً الموضع الذي عزم على الإقامة فيه بالنهار لا يصير^(٤) مقيماً^(٥)، وإن دخل أولاً الموضع الذي عزم فيه على الإقامة بالليل^(٦) يصير مقيماً ثم^(٧) بالخروج إلى

(١) في السرخسي: الحفير. ينظر: المبسوط (٢٥٣/١).

والحيرة هي: - بكسر الحاء -، مدينة كانت على ثلاثة أميال من الكوفة على النجف، زعموا أن بحر فارس كان يتصل بها، وبحيرة الخورنق، على ميل منها من جهة الشرق. السدير، في وسط البرية التي بينها وبين الشام، كانت مسكن ملوك العرب في الجاهلية النعمان وأباؤه، وسموها بالحيرة البيضاء، لحسنها.

وقيل: سميت الحيرة؛ لأن تُبَعَّجَ لما قصد خراسان، خُلِّفَ ضعفة جندة بذلك الموضع. وقال لهم: حيروا به، أي: أقيموا. ينظر: مراصد الاطلاع (٤٤١/١).

(٢) في د: لم يصير.

(٣) في أ: ولا.

(٤) في د: يصح.

(٥) زاد في أ: ثم.

(٦) في ب، د: بالليلي.

(٧) في أ، د: أو.

الموضع الآخر لا يصير مسافرًا؛ لأن موضع إقامة الرجل حيث يبيت^(١) فيه؛ ألا ترى أنك لو^(٢) قلت للسوقي أين تسكن، يقول [في]^(٣) محلّة كذا، وإن علم^(٤) أنه يكون في السوق في النهار؛ فكان^(٥) هو الأصل فوجب اعتباره.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا كان للمسلمين مدينتان بينهما مسيرة يوم^(٦)، وإحدهما أقرب إلى أرض الحرب من الأخرى فكتب والي المدينة القريبة إلى والي المدينة البعيدة أن الخليفة كتب إلي يأمرني بالغزو إلى أرض الحرب فأعلم من قبلك بذلك فليتقدموا إلي فإنني شاخص من مدينتي يوم كذا وكذا، فخرج القوم من المدينة البعيدة يريدون الغزو معه، ولا يدرون أين يريد من أرض الحرب، فإن كان بين المدينة القريبة وبين أرض الحرب مسيرة يومين فصاعدا، فإن الذين خرجوا من المدينة البعيدة يقصرون الصلاة حين^(٧) يخرجون^(٨) من مدينتهم، وإن كان أقل من مسيرة يومين، فإنهم لا يقصرون الصلاة؛ لأنه^(٩) في الوجه الأول قصدوا مسيرة ثلاثة أيام، وفي الوجه الثاني قصدوا مسيرة أقل من [ثلاثة أيام]^(١٠).

فإن قيل: هذا اعتبار أول أرض الحرب ويجوز أن يجاوزوا إلى المدينة القريبة [أول أرض]^(١١) الحرب قدر مسيرة يومين أو ثلاثة أيام أو زيادة [على ذلك]^(١٢). قلنا^(١٣): قصد الوالي [إلى]^(١٤) أرض الحرب معلوم، أما قصده مجاوزة

(١) في أ، د: يبيت.

(٢) في أ، ب: إذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: واعلم.

(٥) في أ: وكان.

(٦) زاد في د: واحد.

(٧) في ب، د: حتى.

(٨) في د: يخرجوا.

(٩) في أ، ب: لأن.

(١٠) في د: ذلك.

(١١) في د: أو لأرض.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في أ: فلما.

(١٤) سقط في أ، ب.

[أول]^(١) أرض الحرب [ليس بمعلوم]^(٢) يجوز أن يجاوز ويجوز ألا يجاوز فيثبت من أهل المدينة البعيدة [قصد مجاوزة أول أرض الحرب على أحد الاعتبارين فكانوا قاصدين مسافة^(٣) السفر من وجه دون وجه، فلا يثبت]^(٤) قصد^(٥) مسيرة السفر بالشك، وبدونه لا يثبت بإباحة القصر، فلو أن الوالي حين كتب إليهم أخبرهم أين يريد من دار الحرب أو أخبرهم كم يريد^(٦) من السير^(٧) وكان ذلك مسيرة يومين من المدينة القريبة فإن أهل المدينة البعيدة يقصرون [الصلاة]^(٨) كما خرجوا من مدينتهم؛ لأنهم خرجوا قاصدين مسيرة سفر فإن قدموا على والي المدينة القريبة فلم يخرج أيامًا فإن أهل المدينة البعيدة يقصرون [الصلاة]^(٩) ما لم يعزموا على الإقامة بالمدينة القريبة خمسة عشر يوما فصاعدًا.

فلو أن أهل المدينة القريبة خرجوا من بلدتهم وعسكروا خارجها^(١٠) ينتظرون خروج الوالي [وقد قصدوا مسيرة ثلاثة أيام فمن كان منهم لم يعزم على الرجعة إلى وطنه حتى يخرج الوالي، فإنه]^(١١) يقصر الصلاة [وإن أقام]^(١٢) في ذلك المكان شهرا؛ [لأنهم بالخروج صاروا مسافرين]^(١٣)، والمسافر يقصر الصلاة وإن كثر مقامه في موضع ما لم ينو الإقامة خمسة عشر يومًا في موضع يصلح للإقامة ومن عزم منهم على الرجعة إلى منزله قبل أن يمضي ليقضي حاجته فيه ساعة [من]^(١٤)

(١) سقط في د.

(٢) في د: غير معلوم.

(٣) في ب: سيرة.

(٤) سقط في د.

(٥) في ب: قصده.

(٦) في أ، ب: يريدون.

(٧) في أ، ب: المسيرة.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ، ب: خارجا منها.

(١١) سقط في د.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في د: لأن من لم يعزم على الرجعة إلى وطنه حتى يخرج الوالي فإنه يقصر الصلاة الرجوع

يصير بالخروج مسافرا.

(١٤) سقط في د.

نهار ثم يرجع إلى عسكره^(١) فإنه يتم الصلاة ما دام في العسكر [و]^(٢) في منزله حتى يخرج من المدينة راجعا إلى العسكر؛ لأنه نوى رفض السفر قبل استحكامه فكما^(٣) نوى يصير مقيما.

فلو أن أهل المدينة البعيدة حين خرجوا من مدينتهم قصرُوا الصلاة من المدينة القريبة إلى المقصد مسيرة يومين، فلما انتهوا إلى المدينة [القريبة]^(٤) قال لهم الوالي: إن الخليفة كتب إليّ ألا أغزو قبل أن تخرجوا من مدينتكم فإن الصلاة التي قصروها إلى أن انتهوا إلى المدينة القريبة تامة ما لم يسمعوا [بهذا الخبر وإن^(٥) سمعوا]^(٦) بهذا الخبر فعليهم أن يتموا الصلاة.

واختلفت عبارات^(٧) المشايخ في تخريج هذه المسألة:

بعضهم قالوا: إن^(٨) أهل المدينة البعيدة قد خرجوا من مدينتهم، وهم ليسوا تحت ولاية والي المدينة [القريبة]^(٩) ولا في يده، بل هم في أيدي أنفسهم [وفي تديبرهم]^(١٠) فتعتبر نياتهم وقد نوا الخروج مدة السفر وصاروا مسافرين بمجرد الخروج وقد^(١١) قصرُوا صلاتهم وهم مسافرون فصح القصر ما داموا على سفرهم فإذا وصلوا إلى المدينة القريبة فقد صاروا تحت ولاية واليها فتعتبر نية الوالي [في حقهم]^(١٢) وقد^(١٣) نوى الوالي ترك السفر فانتقض سفرهم وتوقف عملهم^(١٤) على سماعهم الخبر، فإذا سمعوا ظهر الانتقاض في حقهم فيتمون الصلاة بعد سماع

- (١) في أ: عسكر.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في أ: وكما.
- (٤) سقط في أ، ب.
- (٥) في ب: فإذا.
- (٦) سقط في د.
- (٧) في أ، ب: عبارة.
- (٨) في د: لأن.
- (٩) سقط في د.
- (١٠) في أ: وفي يد بيوتهم.
- (١١) في د: فقد.
- (١٢) سقط في أ، ب.
- (١٣) في د: فقد.
- (١٤) في أ، ب: عمله.

الخبر .

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : أن ما ذكر محمد - رحمه الله - في هذه المسألة أن الصلاة التي قصرها أهل المدينة البعيدة في الطريق وبعد ما انتهوا إلى المدينة القريبة ما لم يسمعوا بهذا الخبر صحيح ، فيما إذا كان أهل المدينة [البعيدة]^(١) متطوعين في الغزو بأن خيرهم والي المدينة [القريبة]^(٢) بين الغزو والسفر^(٣) وتركه ؛ لأنهم إن^(٤) كانوا متطوعين في الغزو لم يكونوا تابعين لوالي المدينة القريبة [فلا عبرة لنيته في حقهم ، وإنما كانت]^(٥) العبرة لنياتهم في السفر والإقامة [لا لنية والي المدينة القريبة]^(٦) ، [وقد نووا]^(٧) مسيرة السفر على البتات^(٨) فصاروا مسافرين ، والمسافر يقصر الصلاة ما لم يعزم على ترك السفر فجاز قصرهم وما ذكر أنهم إذا سمعوا هذا الخبر يتمون [الصلاة]^(٩) فهذا الجواب لا يصح في حقهم إلا إذا كان تأويله أنهم إذا عزموا على ترك السفر حين سمعوا هذا الخبر لما ذكرنا أن العبرة لنياتهم متى كانوا متطوعين في الغزو لا^(١٠) لنية والي المدينة القريبة ، فأما إذا كانوا مجبرين^(١١) على السفر فما ذكر من الجواب قبل سماع الخبر أن الصلاة التي قصرها تامة لا تصح في حقهم ؛ لأنهم إذا^(١٢) كانوا مجبرين^(١٣) على السفر كانوا تابعين لوالي المدينة القريبة والعبرة لحال الأصل لا لحال التبع فإذا لم يصر الأصل مسافرا كيف يصير التبع مسافرا وصار كالعبد والمرأة إذا أرادا السفر مع

(١) سقط في أ ، ب .

(٢) سقط في د .

(٣) في أ : للسفر .

(٤) في ب ، د : إذا .

(٥) في أ ، ب : فكانت .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ : وقدموا .

(٨) في د : البيان .

(٩) سقط في أ .

(١٠) في ب : ولا .

(١١) في أ : مخيرين .

(١٢) في أ : إن .

(١٣) في أ ، ب : مجبورين .

المولى و^(١) الزوج ثم بدا [للمولى و]^(٢) الزوج وقد قصر العبد و^(٣) المرأة فإنه لا تجزئهما صلاتهما [لأنهما تابعان]^(٤) والعبرة لحال الأصل [دون حال التابع]^(٥) كذا^(٦) هاهنا .

وما ذكر أنهم إذا سمعوا الخبر يتمون الصلاة صحيح في حقهم ؛ لأن العبرة في حقهم بحال [والي المدينة القريبة]^(٧) ، ولم يصير الوالي مسافرا وإن سمع هذا الخبر بعضهم ولم يسمع البعض فعلى من سمع^(٨) أن يتم صلاته ومن لم يسمع يقصر الصلاة^(٩) ؛ لأن ما يبنى على السماع لا يثبت حكمه في حق المخاطب قبل السماع . قال^(١٠) ولو أن والي المدينة القريبة كتب [إلى]^(١١) أهل المدينة البعيدة من أراد منكم الغزو فليوافني^(١٢) عند أول دار الحرب في موضع كذا وكذا من دار الإسلام ولم يخبرهم^(١٣) أين يريد ، وذلك المكان مسيرة يومين من المدينة البعيدة [فخرج أهل المدينة البعيدة]^(١٤) من مدينتهم ، [فإنهم]^(١٥) يتمون الصلاة في الطريق وفي ذلك المكان ؛ لأن [من]^(١٦) مدينتهم إلى المكان الذي أمرهم الوالي بالموافاة فيه أقل من مدة السفر والوالي لما لم يخبرهم أين يريد ويحتمل ألا يجاوز ذلك المكان بل يجعله مسلحة^(١٧) وبهذا لم يثبت قصدهم مسيرة السفر بالشك فلهذا^(١٨) قال : يتمون

- (١) في د : أو .
- (٢) في د : للولي أو .
- (٣) في د : أو .
- (٤) في د : تابعين .
- (٥) سقط في أ ، ب .
- (٦) في د : فكذا .
- (٧) في أ ، ب : الوالي .
- (٨) في د : يسمع .
- (٩) في د : صلاته .
- (١٠) في د : وقال .
- (١١) سقط في د .
- (١٢) في أ : فليوافني .
- (١٣) في أ ، ب : يخبر .
- (١٤) سقط في أ ، ب .
- (١٥) سقط في د .
- (١٦) سقط في أ .
- (١٧) في أ : مسلمة .

الصلاة^(١).

قال القاضي الإمام ركن الإسلام^(٢) علي السغدري - رحمه الله -: وهذه المسألة تصير رواية [في مسألة]^(٣) لا ذكر لها في المبسوط أن العبد إذا كان يتقله المولى من بلدة ولا يعلم العبد أن المولى أين يريد، ولا يخبره^(٤) المولى بذلك [أن العبد]^(٥) يكون على نية نفسه لا على نية مولاه حتى لو خرج مع المولى ونوى السفر على ظن أن مولاه على نية السفر، وجعل يقصر الصلاة ولم يكن من نية المولى السفر فإن صلاته جائزة وكذا الزوج مع الزوجة.

وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - قبل^(٦) هذا في العبد والزوجة ينبغي ألا تجوز صلاة العبد [والمرأة]^(٧) في هذه الصورة؛ لأنهما تابعان والعبدة لحال الأصل وعلى ما ذكر شيخ الإسلام قبل هذا لا تصير هذه المسألة رواية في مسألة العبد^(٨)؛ لأن أهل المدينة البعيدة في هذه الصورة متطوعون في الغزو؛ لأن^(٩) الوالي ما أمرهم بذلك، بل فوض إليهم حيث كتب: من أراد منكم الغزو وإذا كانوا متطوعين لا يكونون تبعًا للوالي فتكون العبدة لنيتهم بخلاف العبد والمرأة فإنهما تبع للزوج والمولى فكانت العبدة لنية الزوج والمولى، فإن انتهوا إلى ذلك المكان وأخبرهم الوالي أنه يريد مسافة شهر في دار الحرب فإنهم يتمون الصلاة في ذلك المكان ما لم يرتحلوا؛ لأنهم نزلوا مقيمين في هذا المكان ومن كان مقيما في مكان لا يصير مسافرا بمجرد النية ما لم يخرج فإن قصروا صلاة من صلاتهم في ذلك المكان أعادوها، فإن لم يعيدوها حتى مضى الوقت وهم في ذلك المكان بعد^(١٠)،

(١٨) في أ: ولهذا.

(١) المحيط البرهاني (٣٤/٢).

(٢) في ب، د: الدين.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: خبره.

(٥) في أ، ب: أنه.

(٦) في أ، ب: مثل.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ: العقد.

(٩) في أ: ولأن.

(١٠) في أ: فقد.

أعادوها أربعاً؛ وهذا ظاهر؛ لأنهم يقضون صلاة فائتة في حالة الإقامة، وهم مقيمون وقت القضاء فإن ارتحلوا عن ذلك المكان قبل أن يعيدها يريدون السفر، ثم أرادوا إعادتها في وقت الصلاة أعادوها ركعتين؛ لأن [الصلاة]^(١) المؤداة وقعت فاسدة فكأنهم لم يصلوها، ولو لم يصلوها حتى ارتحلوا عن مكانهم فأرادوا أن يصلوها، وهم في وقت الصلاة بعد، صلّوا ركعتين؛ لأن العبرة لآخر الوقت وهم مسافرون في آخر الوقت فإن أرادوا إعادتها بعد خروج الوقت، أعادوها^(٢) أربعاً؛ لأنهم يقضون صلاة فائتة [في حالة الإقامة وهم مسافرون]^(٣) وقت القضاء.

إذا دخل العسكر أرض^(٤) [الحرب]^(٥) والمسلمون ممتنعون فيها، فانتهوا إلى حصن فوطنوا أنفسهم على أن يقيموا عليها شهراً إلا أن يفتحوه قبل ذلك فإنهم يقصرون الصلاة؛ لأنهم لم يعزموا على الإقامة خمسة عشر يوماً لمكان الاستثناء، فالفتح قبل ذلك محتمل؛ ولأن نية الإقامة لم تصادف محلها؛ لأن دار الحرب ليست دار الإقامة في حق المسلمين؛ فإن الكفار إذا أزعجهم فروا، ونية الإقامة في غير محلها لا تعمل.

وإن وطنوا أنفسهم على أن يقيموا عليها شهراً فتحوا الحصن أو لم يفتحوا فكذلك الجواب يقصرون الصلاة؛ للمعنى الثاني لا للمعنى الأول.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن المسلمين إذا استولوا على الكفار، ونزلوا بساتينهم وكرومهم وأكنافهم، وللمسلمين منعة وقوة - أنه^(٦) يصح نية الإقامة [فيهم]^(٧)، وقد مرت^(٨) هذه الرواية قبل هذا.

قال: ومن دخل دار الحرب بأمان [فكأنه]^(٩) في دار الإسلام إن نوى بموضع منها

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في ب: أعادوا.

(٣) زاد في د: آخر الوقت.

(٤) في أ، ب: زمن.

(٥) سقط في أ.

(٦) في د: فإنه.

(٧) سقط في د.

(٨) في ب، د: مر.

(٩) في د: فهو كأنه.

أن يقيم خمسة عشر يوماً أتم الصلاة؛ لأن أهل الحرب لا يتعرضون له متى دخل بأمان فصار^(١) دار الحرب - بعد الأمان - ودار الإسلام سواء .
ومن أسلم منهم في دار الحرب فلم يأسروه بل تركوه على حاله أو لم يعلموا بإسلامه فهو في صلاته بمنزلة المسلم في دار الإسلام، يتم صلاته إذا كان في منزله، فإن خرج من منزله قاصداً مسيرة السفر^(٢) قصر [الصلاة]^(٣)، فإن عاد إلى منزله أتم الصلاة .

قال: والأسير من المسلمين في أيديهم هم له قاهرون، إن أقاموا به في موضع يريدون أن يقيموا به خمسة عشر يوماً؛ فعليه أن يكمل الصلاة، وإن كان الأسير لا يريد أن يقيم معهم في موضع خمسة عشر يوماً فأخرجوه من ذلك الموضع يريدون مسيرة ثلاثة أيام قصر الصلاة؛ لأن الأسير مقهور مغلوب في أيديهم وكان^(٤) سفره وإقامته معهم كالعبد مع مولاه [والأعمى مع القائد]^(٥) والتلميذ مع الأستاذ وكذلك الرجل بعث إليه الخليفة ليؤتى به من بلده إلى بلد كان نية الإقامة والسفر إلى الشخص لا إليه؛ لأنه مقهور في يد الشخص؟ فصار كالأسير في أيدي الكفار^(٦) .
فإن^(٧) كان الأسير قد انفلت^(٨) منهم وهو مسافر فوطن نفسه على إقامة شهر في غار أو غيره قصر [الصلاة]^(٩)؛ لأنه محارب لهم؛ فلا تكون دار الحرب موضع الإقامة [له]^(١٠) .

وكذا الذي أسلم في دارهم إذا علموا بإسلامه فطلبوه ليقتلوه، فخرج هاربا يريد مسيرة ثلاثة أيام؛ فهو مسافر وإن أقام في موضع مختفيا منهم شهرا أو أكثر؛ لأنه صار محاربا لهم حين طلبوه ليقتلوه .

(١) في أ، ب: فصار .

(٢) في د: سفر .

(٣) سقط في د .

(٤) في د: فكان .

(٥) في أ، ب: والقائد مع الأعمى .

(٦) المحيط البرهاني (٣١/٢) .

(٧) في د: وإن .

(٨) في د: انقلب .

(٩) سقط في د .

(١٠) سقط في أ، ب .

[وكذلك المستأمن إذا غدر وطلبوه ليقتلوه]^(١)؛ لأنه صار محاربا لهم. وإن كان واحد من هؤلاء مقيما بمدينة من دار الحرب فلما طلبوه ليقتلوه اختفى فيها - فإنه يتم الصلاة؛ ولأنه كان مقيما في هذه البلدة فلا يصير مسافرا ما لم يخرج منها، وكذلك إن خرج منها يريد مسيرة يوم أو يومين؛ لأن المقيم لا يصير مسافرا بنية الخروج إلى ما دون مسيرة السفر.

وكذلك لو أن أهل مدينة من أهل الحرب أسلموا فقاتلهم أهل الحرب وهم مقيمون في مدينتهم؛ فإنهم يتمون الصلاة، وكذلك إن غلبهم أهل الحرب على مدينة، فخرجوا منها يريدون مسيرة يوم [واحد]^(٢) فإنهم يتمون الصلاة، فإن خرجوا يريدون مسيرة ثلاثة أيام قصرُوا [الصلاة]^(٣) فإن عادوا إلى مدينتهم [والمشركون لم يتعرضوا لمدينتهم أتموا الصلاة فيها]^(٤)؛ لأن مدينتهم كانت دار الإسلام حين أسلموا فيها، وكانت موضع إقامة لهم فيها وما لم يعرض لها المشركون فهو وطن أصلي^(٥) في حقهم فيتمون الصلاة إذا وصلوا إليها.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ، ب: ولم يكن المشركون عرضوا لها؛ يعنى لمدينتهم؛ أتموا فيها الصلاة.

(٥) في أ: المصلي، والوطن الأصلي: وهو وطن الإنسان في بلده، أو بلدة أخرى اتخذها دارًا وتوطن بها مع أهله وولده، وليس من قَصْده الارتحال عنها، بل التعيش بها. ووطن الإقامة: وهو ما يقصده الإنسان للإقامة فيه خمسة عشر يومًا فأكثر. ووطن السكنى: وهو ما يقصده الإنسان في غير بلده للإقامة فيه أقل من خمسة عشر يومًا. والمراد بالوطن: المكان الذي اتخذته الإنسان دارًا، وتوطن به مع أهله. قاصدًا التعيين فيه وعدم الارتحال عنه.

ويسمى هذا بالوطن الأصلي أو وطن القرار، ولا يخرج مثل هذا المكان عن كونه وطنًا أصليًا إلا إذا هجره الإنسان أو هاجر منه إلى مكان آخر اتخذته مقامًا له ولأهله.

ولكن قد يتعدد، فلا مانع من أن يكون للإنسان أهل ودار في أكثر من بلد حيث لا يكون في نيته التحول والارتحال عن هذا المكان وإن كان مثل هذا الإنسان ينتقل من أهل إلى أهل، فإنه لا يعتبر مسافرًا إذا بلغ أي بلد من هذه البلاد التي بها أهل له ودار على الراجح عند الفقهاء.

ومن الفقهاء من يطلق الوطن إلى جانب ما تقدم على المكان الذي يقصد الإنسان المكث فيه مدة معينة، إذا كان هذا المكان صالحًا للإقامة، وإن لم يكن فيه دار ولا أهل لهذا الإنسان، وهذا ما يسمى عند بعضهم بوطن الإقامة.

ومثل هذا الوطن يرتفع حكمه ولا يصير وطنًا بالرجوع إلى الوطن الأصلي أو بالإقامة في =

وإن كان المشركون غلبوا على مدينتهم وأقاموا فيها ثم إن المسلمين رجعوا إليها وجلى المشركون عنها فإن كانوا^(١) اتخذوها داراً أو منزلاً لا يرحونها^(٢) صارت دار الإسلام فيتمون فيها الصلاة؛ لأنها صارت في حكم دار الحرب حين غلب المشركون عليها فحين^(٣) ظهر المسلمون عليها وعزموا على المقام فيها [فقد]^(٤) صارت دار الإسلام، ونية المسلم الإقامة في دار الإسلام صحيحة وإن كانوا [لا]^(٥) يريدون أن يتخذوها داراً [ومنزلاً]^(٦) ولكن يقيمون فيها شهراً ثم يخرجون إلى دار الإسلام قصرُوا الصلاة؛ لأن هذا الموضع من جملة دار الحرب وهم محاربون لهم فلا يصيرون مقيمين بنية الإقامة [فيها]^(٧) وكذلك عسكر من المسلمين دخلوا دار الحرب فغلبوا على مدينة فإن^(٨) اتخذوها داراً فقد صارت دار الإسلام يتمون الصلاة فيها وإن لم يتخذوها داراً ولكن أرادوا الإقامة بها شهراً أو أكثر فإنهم يقصرون [الصلاة]^(٩)؛ لأنها دار حرب وهم محاربون فيها.

[قال هشام]^(١٠): سمعت محمداً - رحمه الله - يقول في رجلين مسافرين لأحدهما دين على الآخر فحبسه بدينه في السجن، قال: إن كان المحبوس يقدر على الأداء فالنية [نيته في المقام والسفر يقصر ما لم ينو الإقامة وإن كان لا يقدر على

= مكان آخر صالح للإقامة مدة معينة، وكذلك بالسفر ولو إلى مكان غير موطنه الأصلي. لكن إذا غير الإنسان مسكنه من وضع إلى آخر، في حدود وطن الإقامة، فإنه يبقى هذا الوطن على ما هو عليه ولا يرتفع حكمه.

وقد يطلق الوطن زيادة على ما مر على المكان الذي يعتزم الإنسان على الإقامة فيه مدة معينة، وهو ما يسمى بوطن السكنى. ويزول حكم هذا الوطن بأحد الوطنين السابقين، وكذلك بوطن سكنى آخر.

ينظر: بدائع الصنائع (١٠٣/١)، المبسوط (٢٥٢/١)، شرح فتح القدير (١٥/٢).

- (١) في أ: كان.
- (٢) في أ، ب: يرجعونها.
- (٣) في د: وحين.
- (٤) سقط في د.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في أ، ب.
- (٧) سقط في أ، ب.
- (٨) في أ: وإن.
- (٩) سقط في د.
- (١٠) في أ، ب: هشام قال.

الأداء فالنية^(١) نية الحابس^(٢)، إن نوى [ألا]^(٣) يخرج حقه خمسة عشر يوماً فعلى المحبوس أن يتم الصلاة.

وذكر ابن سماعه عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا حبس المسافر بالدين^(٤) وهو معسر فإنه يتم الصلاة وكذلك إن كان موسراً إلا أن يكون قد وطن نفسه على الأداء فيقصر.

وفي فتاوى أهل سمرقند مسافر دخل بلدة فحبسه^(٥) غريم له، فإن كان معسراً صلى صلاة المسافرين؛ لأنه لم يعزم على الإقامة والحبس حرام على الطالب؛ فالظاهر أنه يخلي سبيله وإن^(٦) كان موسراً وعزم ألا يقضي دينه أبداً صلى صلاة المقيمين؛ لأن^(٧) [الحبس حلال للطالب في هذه الصورة فإذا عزم [على]^(٨) ألا يعطيه حقه أبداً، فقد]^(٩) عزم على الإقامة أبداً^(١٠) وإن لم يعزم على ألا يعطيه حقه [أبداً]^(١١) صلى صلاة المسافرين.

هشام عن محمد - رحمه الله - رجل يخرج^(١٢) مع قائده ونوى الرجل المقام ولم ينو قائده، قال: هذا يكون مقيماً وأنه يخالف المرأة مع زوجها والعبد مع سيده.

(١) سقط في د.

(٢) في أ: الجالس.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) الدّين: لغة القرض، يقال: دان يدين ديناً من المدائنة، ودنت واستدنت: استقرضت، وفزق الزبيدي بين الدين والقرض، فقال: الدين ما له أجل، وما لا أجل له فقرض. ينظر: المغرب، للمطرزي (١٧٢، ١٧٣)، المصباح المنير، ص (٢٠٥)، مختار الصحاح، للرازي (٩١/١)، تاج العروس (٢٠٧/٩)، أحكام القرآن، لابن العربي (١/٣٢٧).

أما في اصطلاح الفقهاء، فهو عبارة عن وجوب مال في الذمة، فكل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمة فهي دين؛ لأن العين عند العرب ما كان حاضراً والدين ما كان غائباً. ينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٥/٤).

(٥) في د: وحبسه.

(٦) في أ، ب: إن.

(٧) في د: لأنه.

(٨) سقط في أ، د.

(٩) سقط في د.

(١٠) زاد في د: إذا عزم ألا يعطيه حقه أبداً.

(١١) سقط في د.

(١٢) في ب: خرج.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات:

ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - مسافر تشهد بعد ما صلى ركعتين من الظهر ثم قام يريد أن يصلي ركعتين تمام أربع ونوى بهما التطوع فقرأ وركع ثم بدت له الإقامة، قال: ينبغي أن يجلس فيعود إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقوم [إلى التطوع]^(١)؛ لأن التحريمة الأولى باقية وقد انعقدت قابلة للتغيير بوجود المغير^(٢) وقد وجد المغير^(٣) ههنا فتغيرت [التحريمة]^(٤) فيعود إلى الحالة الأولى وهي الحالة التي كان عليها قبل أن يقوم [إلى التطوع]^(٥) [لتؤدى]^(٦) على الوجه الذي لزمته في الانتهاء ثم يقوم فإن شاء قرأ وإن شاء لم يقرأ؛ لأنه يقرأ^(٧) في الأوليين ثم يركع؛ لأنه لما عاد إلى القعود ارتفض ركوعه؛ لأن ما دون الركعة قابل للرفض.

ذكر الحاكم الشهيد رجل صلى بقوم الظهر ركعتين في مدينة ولا يدرون أمسافر هو أم مقيم؟ فصلاتهم فاسدة فإن سألوه فأخبرهم أنه مسافر فصلاتهم تامة.

ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - مسافر صلى بمسافر الظهر ركعتين وسلم الإمام وعليه [سجدتا]^(٨) السهو، فنوى الذي خلفه الإقامة قال: إن سجد الإمام للسهو أتم هذه^(٩) الصلاة وإن لم يسجد للسهو لم يكن عليه^(١٠) أن يتم الصلاة. قال الحاكم أبو الفضل: هذا الجواب غير موافق للمشهور عن محمد - رحمه الله - في نظائره.

المسافر إذا أحدث واستخلف مقيماً كان خلفه وجب على المقيم القعدة على رأس الركعتين حتى لو تركها تفسد صلاته^(١١).

- (١) سقط في د.
- (٢) في أ: الغير.
- (٣) في أ: الغير.
- (٤) سقط في أ، ب.
- (٥) في أ، ب: للتطوع.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في أ، ب: قرأ.
- (٨) سقط في د.
- (٩) في أ، ب: هذا.
- (١٠) في أ، ب: على هذا.
- (١١) في أ، ب: صلاة.

الخليفة إذا سافر يصلي صلاة المسافرين؛ لأنه مسافر الخليفة هكذا ذكر في النوازل^(١) وقيل الخليفة إذا طاف في ولايته لا يصير مسافراً.

الحاج إذا وصلوا بغداد شهر رمضان ولم ينووا الإقامة صلوا صلاة المقيمين؛ لأن في عرفهم ألا يخرجوا إلا مع القافلة ومن هذا الوقت [إلى]^(٢) وقت خروج القافلة أكثر من خمسة عشر يوماً فكأنهم نواوا الإقامة.

ذكر في المنتقى: رجل حمل رجلاً فذهب به ولم يدر أين ذهب به قال يتم الصلاة حتى يسير^(٣) ثلاثاً فإذا سار^(٤) ثلاثاً قصر وإن علم أن الباقي بعدها شيء يسير.

ولو كان صلى [ركعتين من حين حملة]^(٥) أجزأته فإن سار^(٦) به أقل من ثلاث أعاد ما صلى.



(١) في أ: النوادر.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في أ، ب: يصير.
 (٤) في أ، ب: صار.
 (٥) في أ: من حملة ركعتين، وفي ب: من حين حملة.
 (٦) في أ، ب: صار.

الفصل الثامن عشر

[في الحدث والاستخلاف]^(١)

إذا^(٢) كان المحدث مقتدياً فذهب وتوضأ فإن فرغ من الوضوء قبل أن يفرغ الإمام من الصلاة، فعليه أن يعود إلى مكانه لا محالة؛ لأنه بقي مقتدياً وإن أتم بقية الصلاة في بيته لا تجزئه؛ لأن بينه وبين الإمام ما يمنع صحة الاقتداء^(٣).

ولو فرغ إمامه تخير المقتدي بين أن يعود إلى المسجد وبين أن يتم في بيته وإن كان منفرداً يذهب ويتوضأ ثم يخير^(٤) بين الرجوع^(٥) إلى المسجد ليكون مؤدياً لجميع الصلاة في مكان واحد وبين أن يتم في بيته إذ ليس [فيه]^(٦) إلا ترك المشي في الصلاة وذلك لا يضره.

واختلف المشايخ في الأصل للمنفرد والمقتدي^(٧) إذا فرغ الإمام من صلاته ذكر [شيخ الإسلام]^(٨) الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - والشيخ الإمام^(٩) شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله -: أن العود إلى المسجد أفضل.

وبعض مشايخنا قالوا: الصلاة في بيته أفضل؛ لما فيه من تقليل المشي. وذكر في نوادر ابن سماعة في المقتدي: أنه إذا عاد إلى المسجد بعد ما فرغ [الإمام من الصلاة]^(١٠) تفسد صلاته؛ لأنه مشي في صلاته من غير حاجة إلا أن محمداً - رحمه الله - لم يقسم هذا التقسيم.

والرجل والمرأة في حق حكم البناء سواء، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الباب الأول من الجامع الكبير^(١١)؛ وهذا لأن جواز البناء عرف بالحدث وهو

(١) في أ، ب: في الاستخلاف والحدث.

(٢) في أ: إن.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب، د: يتخير.

(٥) في د: الركوع.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب: وللمقتدي.

(٨) سقط في ب.

(٩) زاد في ب: الأجل.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) الجامع الكبير لأبي عبد الله مُحَمَّد بن الحسن الشَّيْبَانِي، وهو ثالث كتب ظاهر الرواية عند =

قوله ﷺ: «من قاء في صلاته، أو رعف، أو أمذى؛ فليصرف وليتوضأ وليبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم»^(١)، وإنه يتناول الرجل والمرأة؛ لأنه ﷺ ذكر بكلمة «من»، وكلمة من كلمة عامة تتناول الرجال والنساء جميعاً.

الحنفية، ألفه الشيباني بعد الجامع الصغير، واستهله بأبواب يسيرة مختصرة حول الصلاة والطهارة والصوم، ثم الزكاة، فالإيمان، فالنكاح وغيرها، ولم يرتبه الشيباني على الترتيب الفقهي المعروف عند جمهور المؤلفين مما جاء بعد الإمام الشيباني. ينظر: كشف الظنون (١/٥٦٧)، المذهب الحنفي مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، لأحمد النقيب (٢/٤٥٥).

(١) أخرجه ابن ماجه (١/٣٨٥) كتاب إقامة الصلاة، باب: البناء على الصلاة، حديث (١٢٢١)، والدارقطني (١/١٥٣) كتاب الطهارة، باب: الوضوء من الخارج (١١) من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أصابه قيء أو رعاف أو قلس أو مذي فليصرف فليتوضأ ثم ليين على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم».

قال الدارقطني: والحفاظ من أصحاب ابن جريج يروونه عن ابن جريج عن أبيه عن النبي ﷺ. ثم رواه من هذا الوجه (١/١٥٤، ١٥٥).

وقال الدارقطني: قال لنا أبو بكر: سمعت محمد بن يحيى يعني الذهلي يقول: هذا هو الصحيح عن ابن جريج وهو مرسل، وأما حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة الذي يرويه إسماعيل بن عياش فليس بشيء. قلت: وهو قول الإمام أحمد أيضاً. فأسند ابن عدي في «الكامل» (١/٢٩٢) عن أبي طالب أحمد بن حميد قال: سألت أحمد عن حديث ابن عياش عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة أن النبي ﷺ قال: فذكر الحديث.

فقال: هكذا رواه ابن عياش إنما رواه ابن جريج فقال: عن أبي. وعلة الحديث إسماعيل فروايته عن الشاميين صحيحة يحتج بها أما عن الحجازيين وهذه منها فهو كما قال ابن عدي: وأما حديثه عن الحجازيين فلا يخلو من ضعف إما موقوف فيرفعه أو مقطوع فيوصله أو مرسل فيسنده أو نحو ذلك.

وقد رجح الطريق المرسل أيضاً أبو حاتم. فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/٣١) رقم (٥٧): سألت أبي عن حديث رواه إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة عن عائشة عن رسول الله ﷺ قال: فذكر الحديث.

قال أبي: هذا خطأ إنما يروونه عن ابن جريج عن أبيه عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا.

وقد وافق إسماعيل بن عياش على رفع الحديث سليمان بن أرقم فأخرجه الدارقطني (١/١٥٥) من طريق سليمان بن أرقم عن ابن جريج به موصولاً. وسليمان بن أرقم متروك.

وأخرجه الدارقطني أيضاً (١/١٥٤) من طريق إسماعيل عن عباد بن كثير وعطاء بن

عجلان عن ابن أبي مليكة عن عائشة مثله . وقال الدارقطني : عباد بن كثير وعطاء بن عجلان ضعيفان .

وفي الباب عن أبي سعيد وابن عباس وأبي هريرة وعلي وابن عمر موقوفًا .
حديث ابن عباس :

أخرجه الدارقطني (١٥٦/١) من طريق عمر بن رباح عن عبد الله بن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال : « كان رسول الله ﷺ إذا رُفِعَ في صلاته توضعاً ثم بنى على ما بقي من صلاته » قال الدارقطني : عمر بن رباح متروك .
حديث أبي سعيد الخدري .

أخرجه الدارقطني (١٥٧/١) من طريق أبي بكر الداهري عن حجاج عن الزهري عن عطاء بن يزيد عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً بلفظ : من رُفِعَ في صلاته فليرجع فليتوضأ وليبين على صلاته ، قال الدارقطني : أبو بكر الداهري عبد الله بن حكيم متروك الحديث .

وقال الحافظ في « التلخيص » (٢٧٥/١) : إسناده ضعيف فيه أبو بكر الداهري وهو متروك .

حديث أبي هريرة : أخرجه الدارقطني (٤٣/٢) كتاب الوتر ، باب : صلاة المريض (٣) ، من طريق عبد الرحمن بن القطامي عن محمد بن زياد عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ : « إذا صلى أحدكم فرُفِعَ أو فاء فيضع يده على أنفه وينظر رجلاً من القوم لم يسبق بشيء فيقدمه ويذهب فيتوضأ ثم يجيء فيبني على صلاته ما لم يتكلم » .
وعبد الرحمن القطامي .

قال الفلاس : كان كذاباً . وقال الدارقطني : ضعيف .

ينظر : المغني ، لابن قدامة (٣٨٤/٢) ، وسنن الدارقطني ، للإمام علي بن عمر الدارقطني ، وبذيله : التعليق المغني على الدارقطني ، عالم الكتب ، بيروت ، ط (٤) ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م (١٧٥/٤) .

أثر علي :

أخرجه الدارقطني (١٥٦/١) عن علي قال : « إذا وجد أحدكم في بطنه رزءاً أو قيئاً أو رعاءً فليصرف فليتوضأ ثم ليبن على صلاته ما لم يتكلم » .
وعزه الحافظ في « التلخيص » (٢٧٥/١) إلى عبد الرزاق في مصنفه وقال : وإسناده حسن .

أثر ابن عمر :

أخرجه مالك (٣٨/١) كتاب الطهارة ، باب ما جاء في الرعاف (٤٦) عن نافع : أن عبد الله بن عمر كان إذا رُفِعَ انصرف فتوضأ ثم رجع فبنى ولم يتكلم .
وإسناده صحيح أيضاً .

وله طريق آخر عن ابن عمر أخرجه الشافعي في « مسنده » ، ص (٣٥) : أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج عن الزهري عن سالم عن ابن عمر أنه كان يقول : « من أصابه رعاف أو من وجد رعاءً أو مذيئاً أو قيئاً انصرف فتوضأ ثم رجع فبنى » .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه إذا أمكنها البناء من غير كشف العورة بأن أمكنها غسل ذراعيها مع الكمين^(١) وأمكنها مسح الرأس مع الخمار^(٢) بأن كانا رقيقين يصل الماء [إلى ما]^(٣) تحتها فكشفتها لا تبني؛ لأنها كشفت عورتها من غير حاجة فهو نظير الرجل إذا كشف عورته حالة البناء من غير حاجة وإن لم يمكنها الغسل والمسح بدون الكشف بأن كانت عليها جبة وخمار ثخين لا يصل الماء إلى ما تحتها فكشفت الذراعين والرأس جاز لها البناء؛ لأنها كشفت عورتها لحاجة فهو نظير الرجل إذا كشف عورته لحاجة بأن جاوزت النجاسة موضع الخروج أكثر من قدر الدرهم حتى وجب عليه غسل ذلك الموضع وهناك يجوز له البناء وكذا ههنا إلا أن محمداً - رحمه الله - أطلق^(٤) الجواب في الجامع إطلاقاً؛ [لأنه]^(٥) لا يمكنها غسل الذراعين من غير الكشف إلا بالغسل مع الكمين وفي ذلك حرج عليها والحرج في الأحكام ملحق بالعجز ولو عجزت عن البناء إلا بعد كشف العورة [جاز لها البناء]^(٦) فكذا إذا خرجت.

وعن إبراهيم بن رستم - رحمه الله - أنه قال: لا يجوز للمرأة البناء؛ لأن المرأة من قرنها إلى قدمها عورة فتحتاج إلى كشف العورة، فلا يجوز لها البناء بعض مشايخنا^(٧).

قالوا: ليس الأمر كما قال إبراهيم: والإطلاق في الجواب أنه لا يجوز لها البناء لا وجه إليه؛ لأن وجه المرأة ليس بعورة^(٨).

(١) الكمين: مثنى كم، وهو مدخل اليد ومخرجها من الثوب. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٩).

(٢) الخمار: كل ما ستر شيئاً وغطاه، وما تغطي به المرأة رأسها، وهو النَّصِيف، وقيل: المِقْنَعَة. ويقال: حَمَّرت المرأة رأسها: غطته بالخمار، واختمرت: لبست الخمار. ينظر: لسان العرب، مادة (خ م ر) (٤/ ٢٥٤).

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) زاد في أ: في.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في د: المشايخ.

(٨) زاد في د: هو.

وكذلك الذراعان منها ليسا بعورة في رواية أبي يوسف - رحمه الله - عن^(١) أبي حنيفة .

والقدم منها ليست بعورة في رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - . بقي الرأس منها عورة، وكذا الذراعان فإن أمكنها أن تمسح على خمارها وتصل البلة إلى شعرها لا تحتاج إلى كشف العورة فيجوز لها البناء، وإن لم تصل البلة إلى شعرها إلا أن تحتاج إلى كشف العورة فلا يجوز لها البناء، ولكن كلا القولين بخلاف^(٢) قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

وعن محمد - رحمه الله - في النوادر: أن الرجل إذا سبقه الحدث فاستنجى إن استنجى من تحت ثيابه فإن صلاته لا تفسد ويبني وإن كشف عورته فسدت صلاته ولا يبني هكذا ذكر القدوري في شرحه .

وهذا لأنه إن لم يكن مصلياً فهو في حرمة الصلاة وقد حصل الكشف من غير ضرورة و[لا]^(٣) حاجة؛ لأن الاستنجاء سنة .

وفي الفتاوى: إذا سبقه الحدث والماء بعيد وبقره [بئر]^(٤) يذهب إلى الماء؛ لأنه لو نزع الماء من البئر استقبل الصلاة .

وفي متفرقات [الفقيه]^(٥) أبي جعفر - رحمه الله - إذا سبقه الحدث [وفي المسجد]^(٦) [ماء في]^(٧) إناء فتوضأ بذلك الماء و^(٨) حمل [ماء في]^(٩) ذلك الإناء إلى موضع صلاته جاز له البناء إن كان حمل الإناء على يد واحدة؛ لأنه عمل يسير . وإن ملأ الإناء وحمل مع نفسه ليتوضأ لا يبني .

وفي نوادر إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : إمام أحدث في سجوده فرفع رأسه

(١) زاد في د: محمد .

(٢) في د: يخالفان .

(٣) سقط في د .

(٤) سقط في د .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في د .

(٨) في أ: أو .

(٩) سقط في أ، ب .

وكبر وكبر معه الناس، قال: فسدت صلاته وصلاة القوم قال: لأنه كبر بعد الحدث وتبعه الناس فقد اتتموا به مع الحدث.

وفي الفتاوى لأبي الليث - رحمه الله - إذا صلى فسبقه الحدث في قيامه في موضع القراءة فذهب ليتوضأ فسمح في ذلك الوقت قبل أن يتوضأ فصلاته تامة، وإن قرأ فصلاته فاسدة؛ لأنه [أدى]^(١) ركنا من الصلاة مع الحدث.

ويستوي الجواب بين ما إذا قرأ ذاهبا أو جائيا^(٢) عند بعض المشايخ. ومن المشايخ من فرق فقال: إن قرأ ذاهبا تفسد وإن قرأ جائيا لا تفسد. ومنهم من قال على العكس.

والمختار: أنه لا فرق [بينهما]^(٣)؛ لأنه [إذا]^(٤) قرأ ذاهبا فقد أدى ركنا من الصلاة مع الحدث وإن قرأ جائيا فقد أدى ركنا من الصلاة مع عمل المشي^(٥). [ولو]^(٦) خاف المصلي سبق الحدث فانصرف ثم سبقه الحدث فتوضأ ليس له أن يبني في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر - رحمهم الله - .

عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يبني ذكر الاختلاف في اختلاف زفر ويعقوب. حجته: أن الخوف في سبق الحدث؛ كسبق الحدث من حيث الحكم والمعنى. [حجة أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -]^(٧): أن جواز البناء عرف بالنص، بخلاف القياس عند سبق الحدث فلا يلحق به الانصراف قبل الحدث.

ولو ظن الإمام أنه أحدث ثم علم أنه لم يحدث. وهو في المسجد رجع وبني. وروي عن محمد: أنه لا يبني و[إن خرج]^(٨) من المسجد فسدت صلاته. [ولو ظن]^(٩) الإمام أنه أحدث ثم علم أنه لم يحدث [أو ظن]^(١٠) [أنه]^(١١) على

(١) في سقط في ب.

(٢) في د: أو جائيا.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في أ، وفي ب: إن.

(٥) في أ: المبني.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: حجته.

(٨) في د: أخرج.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ، ب.

غير وضوء أو [ظن]^(١) أن في ثوبه نجاسة فانقلب وتحول عن القبلة فسدت صلاته^(٢).

وكذا المتيّم إذا رأى سرايا فظنه ماء ولو سلم على رأس الركعتين ساهيا على ظن أنه أتم ثم تبين [له]^(٣) ذلك فحكمه^(٤) وحكم الذي ظن أنه أحدث سواء على الاختلاف الذي ذكرنا.

وجه ما روي عن محمد - رحمه الله - : وهو القياس أنه انحرف عن القبلة بغير عذر ففسد صلاته كالذي ظن أنه على غير وضوء؛ كالمتيّم إذا رأى سرايا [فظن أنه]^(٥) ماء.

وجه الاستحسان: أن غرضه إصلاح [صلاته]^(٦) والاستدبار بهذا القصد ليس [بقاطع لها]^(٧) بدليل أنه لو تحقق ما توهم [خلافه قبل أن يخرج من المصلى]^(٨) بنى فلم يكن فعله على هذا القصد قاطعا؛ لأن الصلاة يلائمها ما يصلحها إلا إذا خرج من المسجد؛ لأن اختلاف المكانين قاطع للصلاة إلا عند العذر؛ وبخلاف ما [لو]^(٩) ظن أنه على غير وضوء، و[بخلاف]^(١٠) المتيّم إذا رأى سرايا فظنه ماء؛ لأن^(١١) هناك لم يكن^(١٢) قاصداً إلى إصلاح صلاته [فيما صنع]^(١٣) بل كان قاصداً رفض التحريمة بدليل أنه لو تحقق ما توهم لا يبني، والانحراف عن القبلة بهذا القصد مفسد للصلاة.

-
- (١١) في د: ولا.
 (١) سقط في أ، ب.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) في أ، ب: فإن حكمه.
 (٥) في أ، ب: فظنه.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) في أ، ب: يقطع.
 (٨) سقط في أ، ب.
 (٩) سقط في أ، ب.
 (١٠) سقط في أ.
 (١١) في د: لأنه.
 (١٢) زاد في أ، ب: فيما صنع.
 (١٣) سقط في أ، ب.

وإذا^(١) كان يصلي في الصحراء فظن أنه أحدث فذهب عن مكانه، ثم علم أنه لم يحدث فإن كان يصلي وحده فموضع سجوده [فيها]^(٢) ككونه في المسجد وكذلك يمينه وشماله وخلفه، وإن كانوا يصلون بالجماعة، فإن انتهى إلى آخر الصفوف ولم يجاوز الصفوف صلى^(٣) ما بقي استحساناً، وإن جاوز الصفوف استقبل [الصلاة]^(٤)، وإن تقدم إمامه وليس بين يديه بناء ولا سترة: إن تقدم مقدار ما لو تأخر [ذلك المقدار]^(٥) جاوز الصفوف فسدت صلاته، وإن كان أقل من ذلك لا تفسد وصلى ما بقي وإن كان بين يديه حائط أو سترة فإذا جاوزها بطلت صلاته. وذكر هشام عن محمد - رحمهما الله -: أنه لا تفسد صلاته حتى يتقدم مثل ما لو تأخر خرج من الصفوف وجاوز أصحابه وإن كان بن يديه سترة.

امرأة تصلي فظنت أنها أحدثت فاستدبرت القبلة؛ إن نزلت عن مصلاها فسدت صلاتها؛ لأن مصلاها بمنزلة المسجد في حق الرجل.

وفي [فتاوى الفضلي]^(٦) وفي العيون إذا صلى في بيته^(٧) فظن أنه أحدث ثم علم أنه لم يحدث، إن خرج من البيت لم يكن له^(٨) أن يبني، وإن لم يخرج كان له أن يبني.



-
- (١) في أ: وإن.
 (٢) سقط في أ، ب.
 (٣) في أ، ب: على.
 (٤) سقط في د.
 (٥) سقط في أ، ب.
 (٦) في أ: الفتاوى. وفي ب: فتاوى.
 (٧) في د: بيت.
 (٨) في د: عليه.

مسائل الاستخلاف

الإمام المحدث على إمامته ما لم يخرج من المسجد أو يستخلف^(١) رجلاً ويقوم الخليفة في مقام الإمام ينوي أن يؤم الناس فيه، أو يستخلف القوم غيره حتى لو لم يوجد^(٢) شيء [من ذلك]^(٣) وتوضاً في جانب المسجد، والقوم ينتظرونه ورجع إلى مكانه وأتم صلاتهم أجزأهم^(٤).

(١) الاستخلاف لغة: مصدر استخلف فلان فلاناً إذا جعله خليفة، ويقال: خلف فلان فلاناً على أهله وماله صار خليفته، وخلفته جئت بعده، فخليفة يكون بمعنى فاعل، وبمعنى مفعول. وفي الاصطلاح: استنابة الإنسان غيره لإتمام عمله، ومنه استخلاف الإمام غيره من المأمومين لتكميل الصلاة بهم لعذر قام به.
ينظر: تاج العروس (٢٣/٢٤٠)، الشرح الصغير للدردير (١/٤٦٥).

(٢) في د: يؤخذ.

(٣) في د: منها.

(٤) اتفق الفقهاء الأربعة على جواز الاستخلاف، وبه قال عمر بن الخطاب وعلي، وعلقمة، وعطاء، والحسن البصري، والنخعي، والثوري، ومالك، وأصحاب الرأي.
قال الحنفية: يجوز الاستخلاف؛ لحديث عائشة: «لما مرض رسول الله ﷺ مَرَضُهُ الذي توفي فيه، قال: مروا أبا بكر فليصل بالناس، فقلت: يا رسول الله، إنه رجل أسيف، وإنه متى يقيم مقامك لا يسمع الناس؛ فلو أمرت عمر؟! فقال: مروا أبا بكر فليصل بالناس، قالت: فقلت لحفصة: قولي له: إن أبا بكر رجل أسيف، وإنه متى يقيم مقامك لا يسمع الناس؛ فلو أمرت عمر، فقالت له؛ فقال رسول الله ﷺ: إنكن لأنتن صواحب يوسف! مروا أبا بكر فليصل بالناس! قالت: فأمر أبا بكر يصلي بالناس، فلما دخل في الصلاة وجد رسول الله ﷺ من نفسه خفة؛ فخرج، فلما رآه أبو بكر ذهب ليستأخر؛ فأوماً إليه بيده، فأتى رسول الله ﷺ حتى جلس إلى جنبه، فكان رسول الله ﷺ يصلي بالناس وأبو بكر يسمعهم التكبير» [أخرجه البخاري (٢/٢٣٩) كتاب الأذان: باب الرجل يأتى بالإمام (٧١٣)، ومسلم (١/٣١١) كتاب الصلاة: باب استخلاف الإمام إذا عرض له عذر من مرض وسفر (٤١٨/٩٠)].

وصار هذا أصلاً في حق كل إمام عجز عن الإتمام أن يتأخر ويستخلف غيره؛ ولأن بهم حاجة إلى إتمام صلاتهم بالإمام، وقد التزم الإمام ذلك، فإذا عجز عن الوفاء بما التزم بنفسه يستعين بمن يقدر عليه؛ نظراً لهم؛ كي لا تبطل عليهم الصلاة بالمنازعة، فإن لم يستخلف الإمام واستخلف القوم رجلاً - جاز، ما دام الإمام في المسجد؛ لحاجتهم إلى ذلك، ولو تقدم واحد من القوم من غير استخلاف الإمام وتقديم القوم، والإمام في المسجد - جاز أيضاً؛ لأن به حاجة إلى صيانة صلاتهم، ولا طريق لها عند امتناع الإمام عن الاستخلاف والقوم عن التقديم إلا ذلك؛ ولأن القوم لما ائتموا به فقد رضوا بقيامه مقام الأول؛ فجعل كأنهم قدموه.

ينظر: بدائع الصنائع (١/٢٢٤)، تحفة الفقهاء (١/٣٥١، ٣٥٢)، فتح القدير =

(١/ ٣٧٧ - ٣٨١).

وقال المالكية: يندب للإمام أن يستخلف عند وجود سبب يمنعه من تمام الصلاة: كرعاف يبيع له البناء فيها، أو يمنعه من جملتها؛ لبطلانها، أو كسبق حدث أصغر: كريح، أو أكبر كمني، أو لنعاس خفيف حصل فيها، أو ذكر حدثاً كذلك، وأحرى لو شك في وضوئه. وله ترك الاستخلاف ويدع القوم هملاً، وإنما يستخلف الإمام ندباً إذا تعدد من خلفه، فإن كان من خلفه واحداً فلا؛ إذ لا يكون خليفة على نفسه؛ فيتم وحده، وقيل: يقطع ويبتدىء، وقيل: يعمل عمل المستخلف، وندب للمقتدين أيضاً الاستخلاف إن خرج ولم يستخلف عليهم، ولهم أن يصلوا أفذاذاً، وليس مقابله أن لهم الانتظار حتى يعود لهم؛ فإن صلاتهم تبطل حينئذ، وندب استخلاف الأقرب من الصف الذي يليه؛ لأنه أدري بأحوال الإمام، وليسهل لهم الاقتداء به، وندب له ألا يتكلم في استخلافه لعذر مبطل لصلاته: كحدث سبقه أو ذكره؛ ليستتر في خروجه، بل يشير لمن يقدمه، ويتأخر الإمام وجوباً بالنية بأن ينوي المأمومية، فإن لم ينوها بطلت صلاته، واغتفر كون النية في أثناء الصلاة؛ للضرورة.

ينظر: شرح الخرشي (٢/ ٤٩، ٥١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٣٤٩). وقال الشافعية: إذا خرج الإمام عن الصلاة بحدث تعمدته أو سبقه أو نسيه، أو بسبب آخر، أو بلا سبب، ففي جواز الاستخلاف قولان مشهوران:

الصحيح الجديد: جوازه؛ للحديث الصحيح. والقديم والإملاء: منعه، وقد ثبت في الصحيحين أن رسول الله ﷺ: «استخلف أبا بكر - رضي الله عنه - مرتين: مرة في مرضه، ومرة حين ذهب النبي ﷺ ليصلح بني عمرو بن عوف، وصلى أبو بكر بالناس، فحضر النبي ﷺ وهو في أثناء الصلاة؛ فاستأخر أبو بكر واستخلف النبي ﷺ» [أخرجه مالك في الموطأ (١/ ١٦٣ - ١٦٤) كتاب قصر الصلاة في السفر، باب: الالتفات والتصفيق عند الحاجة في الصلاة، والبخاري (٢/ ١٩٦) كتاب الأذان، باب: من دخل ليؤم الناس (٦٨٤)، وأطرافه في (١٢٠١، ١٢٠٤، ١٢١٨، ١٢٣٤، ٢٦٩٠، ٢٦٩٣، ٧١٩٠)، ومسلم (١/ ٣١٦ - ٣١٧) كتاب الصلاة، باب: تقديم الجماعة من يصلي بهم (١٠٢/ ٤٢١)].

فإن منعنا الاستخلاف أتم المأمومون صلاتهم فرادى، وإن جوزناه فيشترط كون الخليفة صالحاً لإمامة هؤلاء المصلين، فلو استخلف لإمامة الرجال امرأة، فهو لغو، ولا تبطل صلاتهم إلا أن يقتدوا بها، وكذا لو استخلف أمياً أو أحرساً أو أرت، وقلنا بالصحيح: إنه لا تصح إمامتهم.

قال إمام الحرمين: ويشترط الاستخلاف على قرب، فلو فعلوا في الانفراد ركناً امتنع الاستخلاف بعده، وأما صفة الخليفة: فإن استخلف مأموماً يصلي تلك الصلاة أو مثلها في عدد الركعات - صح بالاتفاق، وسواء كان مسبوقاً أم غيره، وسواء استخلفه في الركعة الأولى أو غيرها؛ لأنه ملتزم لترتيب الإمام باقتدائه؛ فلا يؤدي إلى المخالفة فإن استخلف أجنبياً فثلاثة أوجه:

الصحيح الذي قطع به صاحب المذهب، والجمهور: أنه إن استخلف في الركعة الأولى أو الثالثة من رباعية جاز؛ لأنه لا يخالفهم في الترتيب، وإن استخلفه في الثانية أو الأخيرة لم =

وإنما صح^(١) الاستخلاف من الإمام؛ لأن^(٢) صلاة القوم [بناء]^(٣) على صلاة الإمام صحة وفسادا؛ فنذت ولايته عليهم فيما يرجع إلى تصحيح صلاتهم، فإذا^(٤) استخلف أو تقدم الخليفة فقد صار هو إماما^(٥) وبطلت إمامة^(٦) الأول؛ لأنه لا

يجز؛ لأنه مأمور بالقيام غير ملتزم لترتيب الإمام، وهم مأمورون بالعود على ترتيب الإمام؛ فيقع الاختلاف.

والوجه الثاني - وهو قول الشيخ أبي حامد -: إن استخلفه في الأولى جاز، وإن استخلفه في غيرها لم يجز؛ لأنه إذا استخلفه في الثالثة خالفه في الهيئات؛ فيجهر، وكان ترتيبه غير ملتزم لترتيب الإمام.

والوجه الثالث - وبه قطع جماعة منهم إمام الحرمين -: أنه لا يجوز استخلاف غير مأموم مطلقاً. قال إمام الحرمين: فلو قدم الإمام أجنبيًا لم يكن خليفة، بل هو عاقد لنفسه صلاة، فإن اقتدى به المأمومون، فهو اقتداء منفردين في أثناء الصلاة، قدوتهم انقطعت بخروج الإمام، والمذهب الأول.

ينظر: المجموع شرح المذهب (٤/١٣٩ - ١٤١).

وقال الحنابلة: إذا سبق الإمام الحدث، فله أن يستخلف من يتم بهم صلاتهم. قال في الإنصاف: على الصحيح من المذهب، وعليه الجمهور، وهو ظاهر المذهب، وحكي عن أحمد رواية أخرى: أن صلاة المأمومين تبطل؛ لأن أحمد قال: كنت أذهب إلى جواز الاستخلاف وجبت عنه. وقال أبو بكر: تبطل صلاتهم رواية واحدة؛ لأنه فقد شرط صحة الصلاة في حق الإمام؛ فبطلت صلاة المأموم، كما لو تعمد الحدث. وجه الرواية الأولى: أن عمر - رضي الله عنه - لما طعن، أخذ بيد عبد الرحمن بن عوف فقدمه، فأتم بهم الصلاة.

ينظر: فتح الباري، لابن حجر العسقلاني (٧/٥٩، ٦٢).

وكان ذلك بمحضر من الصحابة وغيرهم، ولم ينكره منكر؛ فكان إجماعاً. وقد احتج أحمد بقول عمر، وعلي، وقولهما عنده حجة؛ فلا تغلغل عنه. وقول أحمد: جبت عنه، إنما يدل على التوقف، وتوقفه مرة لا يبطل ما انعقد الإجماع عليه.

وإذا ثبت هذا، فإن للإمام أن يستخلف من يتم بهم الصلاة، كما فعل عمر - رضي الله عنه - وإن لم يستخلف فقدم المأمومون منهم رجلاً، فأتم بهم جاز، وإن صلوا وحداناً جاز، ولعل توقف أحمد، إنما كان في الاستخلاف، لا في صحة صلاة المأمومين؛ فإنه قد نص على أن صلاة المأمومين لا تفسد بضحك الإمام؛ فهذا أولى.

ينظر: الإنصاف (٢/٣٢، ٣٥)، المغني، لابن قدامة (٢/٧٥، ٧٦)، المبدع، لابن مفلح (١/٤٢٢، ٤٢٣).

- (١) في أ: يصح.
- (٢) زاد في د: بناء.
- (٣) سقط في د.
- (٤) في د: وإذا.
- (٥) في أ، ب: الإمام.

يجتمع في [الصلاة الواحدة]^(١) إمامان وكذا إذا استخلف القوم صح استخلافهم لحاجتهم إلى تصحيح صلاتهم، وصار المتقدم^(٢) إماما وبطلت [الإمامة في حق]^(٣) الأول؛ لما مر فإن^(٤) لم يستخلف الإمام ولا القوم حتى خرج^(٥) من المسجد، فسدت صلاة القوم [دون صلاته]^(٦)؛ لأنه في حق نفسه كالمفرد [فيتوضأ ويبيني]^(٧).

والقياس: ألا تفسد صلاة القوم [أيضا؛ لأنهم بقوا مقتدين به بعد ما أحدث]^(٨) حتى لو وجد الماء في المسجد فتوضأ وعاد إلى مكانه وأتم بهم الصلاة أجزاءه، فكذا^(٩) بعد خروجه، ولكن استحسن.

ورآه قبيحا أن يكون قوم في الصلاة^(١٠) في المسجد وإمامهم في أهله فأما ما دام في المسجد فكأنه في المحراب؛ لأن المسجد في كونه مكان الصلاة؛ كبقعة واحدة، فلم يكن [بينه وبينهم]^(١١) ما ينافي الاقتداء بخلاف ما نحن فيه.

وكل من يصلح إماما للإمام الذي سبقه الحدث في الابتداء يصلح خليفة له [في الانتهاء، وكل من]^(١٢) لا يصلح [إماما]^(١٣) له في الابتداء لا يصلح خليفة [له في الانتهاء]^(١٤)، ولو لم يكن مع الإمام إلا رجل واحد فهو إمام نفسه قدمه^(١٥)

(٦) في أ، ب: الإمامة في حق.

(١) في د: صلاة واحدة.

(٢) في أ: المقدم.

(٣) في د: الإمامة.

(٤) في د: وإن.

(٥) في أ: يخرج.

(٦) في أ، ب: ويتوضأ الإمام ويبيني.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) في أ، ب: فإن بعد الحدث يبقوا مقتدين به.

(٩) في أ، ب: وكذلك.

(١٠) في د: صلاة.

(١١) في أ، ب: بينهم وبينه.

(١٢) في أ، ب: ومن.

(١٣) سقط في د.

(١٤) سقط في أ، ب.

(١٥) في د: يقدم.

[الإمام]^(١) المحدث أو لم يقدمه؛ [لأن التقديم إنما يحتاج إليه للتعين والذي مع الإمام^(٢) هنا]^(٣) [٤] متعين فاستغنى عن التعيين^(٥).

ولو اقتدى رجل بهذا الإمام المحدث قبل أن يخرج من المسجد، صح دخوله وإن كان بعد انصرافه؛ لأن حكم الإمامة قائم فجاز البناء عليه وإن كان بعد انصرافه؛ لأن المسجد مع تباين^(٦) أطرافه وتباعد أكنافه جعل كمكان واحد بدليل جواز الاقتداء به وإن كان المقتدي في آخر المسجد وصار كأن الإمام في مكان الإمامة بعد، [فبعد]^(٧) ذلك ينظر: إن قدم المحدث [خليفة يصلى]^(٨) بالقوم جازت صلاة الداخل، وإن لم يقدم حتى يخرج من المسجد فصلاة الداخل فاسدة.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمهما الله - إذا أحدث الإمام وخلفه رجل واحد وفي المسجد ماء فتوضأ الإمام [المحدث]^(٩) في المسجد فإنه يتابع الذي كان خلفه؛ لأنه تعين للإمامة فيجب [أن يتابعه]^(١٠) فإن سبق الثاني حدث فخرج من المسجد تفسد صلاة الأول، هكذا ذكر القاضي الإمام علاء الدين - رحمه الله - في شرح مختلفاته وذكر الحاكم [الشهيد في مختصره]^(١١) أن على قول أبي عصمة لا تفسد صلاته، ووجه ذلك أن صيرورة الثاني إماماً^(١٢) بطريق القصد ليظهره^(١٣) في حق الأحكام كلها، وإنما كان بطريق^(١٤) الضرورة حتى لا تفسد

(١) سقط في أ، ب.

(٢) زاد في ب: المحدث ها.

(٣) في د: ها هنا.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: التعين.

(٦) في أ: تبيان.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ، ب: خلفته فصلى.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د: متابعتة عليه.

(١١) في أ، ب: في المختصر.

(١٢) زاد في د: كان.

(١٣) في أ: ليظهر.

(١٤) سقط في ب.

صلاته بخروج الإمام من المسجد فتظهر إمامته في حق جواز صلاته، أما في حق [فساد]^(١) صلاة الخارج فلا، وإن كان خلف الإمام من لا يصلح للإمامة كالصبي والأمي والمرأة إن استخلفه تفسد صلاته بلا خلاف وإن لم يستخلفه^(٢) وخرج من المسجد اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: تفسد صلاتهما؛ لأنه لما تعين [للإمامة]^(٣) صار كأنه استخلفه. وقال بعضهم: لا تفسد صلاة الإمام وتفسد صلاة المقتدي، وهذا أصح؛ لأن تعيين الواحد للإمامة إنما كان للحاجة إلى إصلاح الصلاة وفي جعله^(٤) إمامًا ههنا فساد^(٥) الصلاة فلم يصير المقتدي إمامًا، بقي الإمام إمامًا وبقي المقتدي لا إمام له في المسجد فتفسد^(٦) صلاته.

ولو قدم واحدًا من أخراوات الصفوف وخرج من المسجد قبل أن يقوم الثاني مقام الإمام ينظر: إن نوى الثاني الإمامة من ساعته، لا تفسد صلاته وتتحول^(٧) الإمامة [من الأول]^(٨) إلى الثاني وصار الأول كواحد من القوم، وذكر هذه المسألة في [موضع آخر]^(٩) وزاد فيها: إن نوى أن يكون إمامًا من ساعته ويصلي بهم في مكانه ذلك جازت صلاة الخليفة^(١٠) والإمام، و^(١١) من كان على يمين الخليفة، و[على]^(١٢) يساره ولا^(١٣) تجوز صلاة من كان أمامه من الصفوف، وإن لم ينو الإمامة من ساعته، وإنما نوى أن يكون إمامًا إذا قام [مقام]^(١٤) الأول، وخرج الأول

(١) سقط في د.

(٢) في د: يستخلف.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: جعلها.

(٥) في د: إفساد.

(٦) في د: ففسدت.

(٧) في ب: وتحول.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: مواضع آخر.

(١٠) زاد في د: صلاة.

(١١) زاد في د: صلاة.

(١٢) سقط في أ، ب.

(١٣) في أ: فلا.

(١٤) سقط في د.

من المسجد قبل أن يصل الثاني إلى مقام الأول فسدت صلاة القوم؛ لأن الإمامة لم تتحول إليه بعد، فمتى خرج الأول^(١) قبل أن يقوم الثاني مقامه، بقي القوم بلا إمام ففسدت صلاتهم، والإمام الأول يتوضأ ويبني على صلاته على كل حال.

ولو تقدم رجلان بعد ما سبقه الحدث، فأيهما سبق إلى مقام الأول فهو الإمام^(٢) وعلى القوم أن يقتدوا به، وإن تقدما واقتدى بعضهم بهذا وبعضهم بذلك إن استوى الفريقان فسدت صلاتهم، وإن كان أحد الفريقين أكثر فصلاة الذي ائتم به الأكثر من القوم صحيحة، وصلاة الآخر فاسدة؛ لأن الأقل لا يزاحم الأكثر، وعند الاستواء لا يمكن الترجيح وإتمام الصلاة بإمامين^(٣) متعذر فتفسد صلاتهم.

ولو^(٤) قدم الإمام رجلاً قبل أن يخرج من المسجد، وتقدم الآخر بنفسه [أو بتقديم القوم وائتم بكل واحد [منهما]^(٥) طائفة فهذا والأول سواء؛ لأن الذي تقدم بنفسه]^(٦) قبل خروج الإمام بمنزلة من^(٧) قدمه الإمام.

سئل القاضي الإمام محمود الأوزجندي - رحمه الله - عن أحدث في صلاته فذهب ليتوضأ فلم يجد الماء؛ فتيمم فانصرف ثم وجد الماء هل تفسد صلاته؟ قال: لا.

قيل للذهاب والمجيء حكم الصلاة؟

قال: بلى [و]^(٨) لكن لم يؤد شيئاً من الصلاة.

قيل: لم لا تفسد بالضربة للتيمم من غير حاجة؟

قال: [في]^(٩) ذلك الوقت كان مقيداً.

الإمام إذا أحدث واستخلف رجلاً واستخلف الخليفة غيره إن كان قبل خروج

(١) في د: الإمام.

(٢) في د: إمام.

(٣) في ب: بإمامتين.

(٤) في د: وإن.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: الذي.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

الأول من المسجد وقبل أن يأخذ الخليفة مكانه جاز، كأنه تقدم بنفسه، وإن كان بعد ذلك فسدت صلاتهم؛ لأنه صار هو إماما لهم ثم استخلف من غير عذر ففسد صلاته.

إذا أحدث الإمام واستخلف رجلا على غير وضوء أو^(١) استخلف امرأة أو صبياً فلم يتقدم المقدم بنفسه [و]^(٢) لكن استخلف رجلا آخر ذكر هذه المسألة في باب الجمعة، وقال: إن كان المقدم على غير وضوء فاستخلافه^(٣) غيره^(٤) جائز، وإن كان المقدم امرأة أو صبياً أو كافراً لا يجوز الاستخلاف^(٥).

والفرق: أن المقدم إذا كان على غير وضوء فهو من أهل الإمامة في الجملة فإن أهلية الإمام بالإسلام والذكورة والبلوغ^(٦) [عن^(٧) عقل^(٨)] وقد وجد ذلك [كله]^(٩) في حقه فصح استخلافه إلا أنه عجز عن الأداء؛ لعدم الطهارة فيعتبر بما لو كان الأول على [حاله وعجز عن الأداء]^(١٠) لعدم الطهارة، وهناك يجوز الاستخلاف كذا ههنا فأما المرأة [فهي ليست]^(١١) [من أهل الإمامة للرجال]^(١٢) وكذا الصبي ليس

(١) في أ: و.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ، ب: فإن استخلافه.

(٤) في د: غير.

(٥) في د: استخلافه.

(٦) البلوغ لغة: الوصول، بلغ الشيء يبلغ بلوغاً وبلاغاً: وصل وانتهى.

ينظر: لسان العرب (١/٣٤٥)، مادة (بلغ).

وشرعا: ذهب البعض ومنهم الحنفية إلى أن البلوغ هو انتهاء حد الصغر.

وذهب البعض ومنهم المالكية إلى أنه: عبارة عن قوة تحدث في الصغير يخرج بها عن حالة الطفولية إلى حالة الرجولية والعقل.

والبلوغ يعرف بظهور علامة من علاماته الطبيعية فإن لم يوجد شيء من ذلك كان البلوغ بالسن.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٦/١٥٣)، البحر الرائق (٨/٩٦)، بدائع الصنائع

(٧/١٧٢)، شرح الخرشي (٥/٢٩١)، الفواكه الدواني (١/٣١٠).

(٧) في أ: من.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ: حال عجزا.

(١١) في أ: فليست، وفي ب: ليست.

(١٢) في د: بأهل لإمامة الرجال.

[بأهل لإمامة البالغين فلا]^(١) يصح استخلافهما أصلاً وإذا لم يصح استخلافهما أصلاً كيف يصح الاستخلاف منهما؟!

وإذا أحدث الإمام ولم يقدم رجلاً حتى خرج من المسجد فصلاة القوم فاسدة؛ لأنهم مقتدون فيها ولم يبق لهم إمام في مكانها وهو في المسجد، ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل حكم صلاة الإمام وذكر الطحاوي - رحمه الله - أن صلاته تفسد^(٢) أيضاً؛ لأنه بعد سبق الحدث كان عليه الاستخلاف فيصير هو في حكم المقتدي^(٣) كغيره [من القوم]^(٤) فكما^(٥) تفسد صلاة غيره [من القوم، فكذا]^(٦) تفسد صلاته.

وذكر أبو عصمة سعد^(٧) بن معاذ المروزي^(٨) عن محمد - رحمه الله - : أن صلاته تامة.

وذكر في مختصر الكرخي أنه لا تفسد صلاة الإمام، ولم ينسب هذا القول [إلى]^(٩) أحد.

[و]^(١٠) وجه ذلك: أن الإمام ما كان يحتاج إلى الاستخلاف؛ لإصلاح صلاته، وإنما كان يحتاج إلى الاستخلاف لإصلاح صلاة القوم فبقي هو منفرداً في حق نفسه، والمنفرد إذا سبقه الحدث وخرج من المسجد ليتوضأ لم تفسد صلاته كذا ههنا.

إمام توهم أنه رعف فاستخلف غيره قبل^(١١) أن يخرج^(١٢) من المسجد، [ثم]^(١٣)

(١) في أ، ب: من أهل الإمامة للبالغين فلم.

(٢) في د: فاسدة.

(٣) في أ، ب: المقتدى به.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في م: فكذا.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: معبد.

(٨) في أ: المروي. وهو: أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي، ذكره صاحب الهداية في الغصب والكرامية. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٥٧).

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في د.

(١١) في م: فقبل.

(١٢) زاد في أ، ب، م: الإمام.

ظهر أنه كان ماء ولم يكن دمًا.

قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: إن كان الخليفة أدى ركنا من الصلاة لم يجز للإمام أن يأخذ الإمامة [مرة] ^(١) ثانية لكنه يقتدي بالخليفة؛ لأن الخلافة تأكدت بأداء ركن، وإن لم يؤد ركنا لكنه قام في المحراب.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله -: له أن يأخذ الإمامة مرة أخرى؛ لأن المسجد [كمكان واحد] ^(٢) فيجعل كأنه لم يحول وجهه عن القبلة. وقال ^(٣) محمد - رحمه الله -: لا يجوز [له ذلك] ^(٤)؛ لأنه حول وجهه عن القبلة بالشك، لا باليقين، بالحدث فتفسد صلاته ^(٥).

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - إذا ظن الإمام أنه أحدث من غير حدث فاستخلف رجلا ثم تبين له ^(٦) قبل أن يخرج من المسجد أنه لم يحدث قال: إن ^(٧) كان لم يأت بالركوع جازت صلاتهم يعني: الخليفة، وإن أتى بالركوع فسدت صلاتهم.

قال الفقيه: هذا [. . .] ^(٨) وفي رواية محمد ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أنه قال: إذا قام الخليفة مقام الإمام فسدت صلاتهم [وإن لم يأت بركن من أركان الصلاة وإذا لم يقم الخليفة مقام الإمام] ^(٩) جازت صلاتهم ^(١٠)، قال: وكان الشيخ الإمام يفتي بهذا.

إذا ذهب الإمام المحدث ليتوضأ وقد كان قدم رجلا وتوضأ وأراد أن يصلي في بيته أو في مسجد آخر ينظر إن كان الخليفة قد فرغ من صلاته [جازت صلاة الإمام

(١٣) سقط في أ، ب، م.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: قال.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) زاد في أ، ب: عند محمد رحمه الله.

(٦) زاد في د: ذلك.

(٧) في د: وإن.

(٨) بياض في المخطوط.

(٩) في د: الأول.

(١٠) سقط في أ.

في بيته أو^(١) في مسجد آخر، وإن لم يكن الخليفة فرغ من صلاته^(٢)، [لا تجوز]^(٣) صلاة الإمام في بيته ولا في مسجد آخر، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - أن صلاة الإمام [المحدث]^(٤) في بيته فاسدة [إلا أن]^(٥) تكون صلاته بعدما تشهد الإمام المقدم قالوا: وهذا إذا كان بين الإمام [المحدث]^(٦) والخليفة^(٧) ما يمنع صحة الاقتداء [من الحيطان والجدر والنهر وما أشبه ذلك [فأما إذا]^(٨) لم يكن بينهما ما يمنع صحة الاقتداء]^(٩)، تجوز^(١٠) صلاة الإمام المحدث في بيته قبل فراغ الخليفة^(١١) من الصلاة أو بعده يريد بقوله: (قبل فراغ الخليفة) إذا صلى على وجه الاقتداء بالإمام^(١٢).



-
- (١) في ب: و.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في ب: لم نجوز.
 (٤) سقط في د.
 (٥) في أ، ب: حتى.
 (٦) سقط في د.
 (٧) في أ: وبين الخليفة، وفي ب: وبين خليفته.
 (٨) في ب: وإن.
 (٩) سقط في أ.
 (١٠) في د: فتجوز.
 (١١) في ب: خليفته، وفي د: الإمام المقدم.
 (١٢) في د: به.

الفصل التاسع عشر

في الجمعة^(١)

(١) شرعت صلاة الجمعة في أول الهجرة عند قدوم النبي ﷺ المدينة، قال الحافظ ابن حجر: الأكثر على أنها فرضت بالمدينة. وهو مقتضى أن فرضيتها ثبتت بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ وهي مدينة، وقال الشيخ أبو حامد: فرضت بمكة، وهو غريب.

ومن المتفق عليه: أن أول جمعة جمعها رسول الله ﷺ بأصحابه، كانت في قبيلة بني سالم بن عوف في بطن واد لهم قد اتخذ القوم لهم في ذلك الموضع مسجدا، وذلك عندما قدم إلى المدينة مهاجرا.

غير أنه ثبت أيضا أن أسعد بن زرارة أول من جمع الناس لصلاة الجمعة في المدينة، وكان ذلك بأمر النبي ﷺ له قبل أن يهاجر من مكة، فقد ورد عن كعب بن مالك أنه «كان إذا سمع النداء ترحم لأسعد بن زرارة، وكان يقول: إنه أول من جمع بنا في هزم النبي من حرة بني بياضة في نقيع يقال له: نقيع الخضعات» [أخرجه أبو داود (١/٦٤٥، ٦٤٦)، والحاكم (١/٢٨١)] وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. والهزم، بفتح فسكون: المطمئن من الأرض، والنبيت: هو أبو حي من اليمن اسمه مالك بن عمرو. والحرة: الأرض ذات الحجارة السوداء. وحرة بني بياضة: قرية على ميل من المدينة.

فمن رجع أنها فرضت بالمدينة بعد الهجرة، استدل بأنه ﷺ لم يقيم أي جمعة في مكة قبل الهجرة، ومن قال: إنها فرضت بمكة قبل الهجرة استدل بأن الصحابة قد صلوا في المدينة قبل هجرته - عليه الصلاة والسلام - فلا بد أن تكون واجبة إذ ذاك على المسلمين كلهم سواء من كان منهم في مكة وفي المدينة، إلا أن الذي منع من أدائها في مكة عدم توافر كثير من شرائطها. قال البكري: فرضت بمكة ولم تقم بها؛ لفقد العدد، أو لأن شعارها الإظهار، وكان ﷺ مستخفيا فيها. وأول من أقامها بالمدينة قبل الهجرة أسعد بن زرارة بقرية على ميل من المدينة.

وقال الدهلوي: إنه لما كانت إشاعة الصلاة في البلد بحيث يجتمع لها أهلها متعذرة كل يوم، وجب أن يعين لها ميقات لا يتكرر دورانه بسرعة حتى لا تعسر عليهم المواظبة على الاجتماع لها، ولا يبطؤ دورانه بأن يطول الزمن الفاصل بين المرة والأخرى، كي لا يفوت المقصود وهو تلاقي المسلمين واجتماعهم بين الحين والآخر. ولما كان الأسبوع قدرا زمنيا مستعملا لدى العرب والعجم وأكثر الملل، وهو قدر متوسط الدوران والتكرار بين السرعة والبطء - وجب جعل الأسبوع ميقاتا لهذا الواجب.

وصلاة الجمعة من الفرائض المعلوم فرضيتها بالضرورة، وبدلالة الكتاب والسنة؛ فيكفر جاحداها.

قال الكاساني: الجمعة فرض لا يسع تركها، ويكفر جاحداها والدليل على فرضيتها: الكتاب والسنة وإجماع الأمة:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ﴾ قيل: «ذكر الله» هو صلاة الجمعة، وقيل: هو الخطبة، وكل ذلك حجة؛ لأن

والعيدين (١)

السعي إلى الخطبة إنما يجب لأجل الصلاة، بدليل أن من سقطت عنه الصلاة لا يجب عليه السعي إلى الخطبة، فكان فرض السعي إلى الخطبة فرضاً للصلاة؛ ولأن ذكر الله يتناول الصلاة ويتناول الخطبة من حيث إن كل واحد منهما ذكر الله تعالى.

وقد استدلل الإمام السرخسي - أيضاً - بالآية المذكورة من وجهين:

الوجه السابق، ووجه آخر حيث قال: اعلم أن الجمعة فريضة بالكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَأَسْعُوا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ والأمر بالسعي إلى الشيء لا يكون إلا لوجوبه، والأمر بترك البيع المباح لأجله دليل على وجوبه أيضاً. وحكى الخطابي عن بعض الفقهاء: أن صلاة الجمعة فرض على الكفاية، وقال القرافي: هو وجه لبعض أصحاب الشافعية.

وأما السنة: فالحديث المشهور، وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: إن الله تعالى قد فرض عليكم الجمعة في مقامي هذا، في يومي هذا، في شهري هذا، من عامي هذا إلى يوم القيامة، فمن تركها في حياتي، أو بعدي وله إمام عادل أو جائر استخفافاً بها أو جحوداً لها بحقها فلا جمع الله له شمله ولا بارك له في أمره، ألا ولا صلاة له، ولا زكاة له، ولا حج له، ولا صوم له، ولا بر له حتى يتوب فمن تاب تاب الله عليه [أخرجه ابن ماجه (٣٤٣/١) من حديث جابر بن عبد الله، وأورده البوصيري في مصباح الزجاجة (٢٠٣/١) وقال: إسناده ضعيف]. وحديث: الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا أربعة: عبد مملوك، أو امرأة، أو صبي، أو مريض حديث: [أخرجه أبو داود (٦٤٤/١)، والحاكم (٢٨٨/١) من حديث طارق بن شهاب وصححه الحاكم ووافقه الذهبي]. وينظر: بدائع الصنائع (٢٥٦/١)، المبسوط للسرخسي (٢١/٢)، حجة الله البالغة، للإمام أحمد المعروف بشاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، تحقيق: سيد سابق، دار الكتب الحديثة - مكتبة المثنى، القاهرة، بغداد (٢١/٢)، فتح الباري (٢٣٩/٢)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٩٨/١٨)، نيل الأوطار (٢٧٤/٣).

(١) العيد من العود، وهو التكرار؛ لتكرره كل عام، أو لعود السرور بعوده، أو لما أن لله - سبحانه وتعالى - فيه من عوائد الإحسان إلى عباده، أو لأنه يعود ويتكرر؛ أو لأنه يعود بالفرح والسرور، أو تفاؤلاً بعوده على من أدركه، كما سميت القافلة: قافلة؛ تفاؤلاً ببقولها، أي: برجوعها.

وجمعها: «أعياد» وكان حقه: «أعواد»؛ لأنه من العود، ولكن جمع بالياء للزومها في الواحد، أو للفرق بينه وبين عود الخشب؛ فإنه يجمع على «عيدان»، وعود اللهو؛ فإنه يجمع على «أعواد» كما في العيني.

وقد أجمع الفقهاء على مشروعية صلاة العيد، والأصل في مشروعيتها - قبل الإجماع - الكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَحْرَبْ﴾ [الكوثر: ٢]، وقوله: ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ [الأعلى: ١٥]، وقوله: ﴿وَلْيُكْرِمُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَيْتُمْ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن المشهور في تفسير الصلاة أو التكبير الوارد فيها هو صلاة العيد؛ فدل هذا على مشروعيتها.

وأما السنة: فقد تواترت الأخبار عن النبي ﷺ أنه كان يصلي صلاة العيدين، وسيأتي كثير من هذه الأحاديث فيما بعد، إن شاء الله تعالى.
وقد نقل الإجماع على مشروعيتها الصنعاني وغيره من العلماء، فقال في سبيل السلام: «وصلاة العيدين مجمع على شرعيتها».

وبعد إجماع الفقهاء على مشروعية صلاة العيد، اختلفوا في حكمها التكليفي: هل هي فرض أم واجب أم سنة؟ وهل تجب، أم تفرض على الأعيان، أم على الكفاية؟ وبيان هذا كله فيما يلي:

أولاً: تحقيق قول المذهب الحنفي:

اختلف علماء الحنفية في حكم صلاة العيد؛ تبعاً للاختلاف في تفسير العبارات الواردة عن أبي حنيفة وغيره من أئمة المذهب في كتبهم المعتمدة، فقال السرخسي في المبسوط: اشتبه المذهب في صلاة العيد: أنها واجبة أم سنة، فالمذكور في الجامع الصغير: أنها سنة؛ لأنه قال في العيدين: يجتمعان في يوم واحد، فالأولى منهما سنة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - أنه تجب صلاة العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة، وقال في (الأصل): «لا يصلى التطوع في الجماعة ما خلا قيام رمضان وكسوف الشمس»، فهو دليل على أن صلاة العيد واجبة، والأظهر أنها سنة، ولكنها من معالم الدين؛ أخذها هدى وتركها ضلالة.

فيؤخذ من هذا النص: أن حكم صلاة العيد - عند الحنفية - يدور بين الوجوب والسنة، وقد استظهر صاحب «المبسوط» كونها سنة، في حين نص الكرخي على الوجوب؛ اعتماداً على رواية الحسن عن أبي حنيفة السابقة، مع ما ذكر من قوله في «الأصل»: «لا يصلى التطوع بالجماعة ما خلا قيام رمضان وكسوف الشمس».

ووجه الدلالة من هذه العبارة على الوجوب: أن صلاة العيد تؤدي بجماعة، فلو كانت سنة ولم تكن واجبة، لاستثناها؛ كما استثنى التراويح وصلاة الكسوف.

وتأول من قال بالوجوب ما جاء في «الجامع الصغير» من قوله في العيدين: «يجتمعان في يوم واحد فالأولى سنة» - بأن هذا اختلاف من حيث العبارة؛ فتأويل ما ذكره في الجامع الصغير: «أنها واجبة بالسنة أو هي سنة مؤكدة وأنها في معنى الواجب - على أن إطلاق اسم السنة لا ينفي الوجوب بعد قيام الدليل على وجوبها».

وإلى جانب هذين القولين في المذهب الحنفي، ذكر أبو موسى الضرير في «مختصره» قولاً ثالثاً: أنها فرض كفاية، ونسبه في «مجمع الأنهر» إلى أبي يوسف رحمه الله.

ولم أقف للحنفية على قول آخر غير هذه الأقوال الثلاثة في كتبهم المعتمدة، لكن نقل الشوكاني في «نيل الأوطار» عن أبي حنيفة - رحمه الله - قولاً رابعاً: أنها فرض عين. فتحصل من هذا للحنفية في المسألة أربعة أقوال:

أحدها: أنها فرض عين.

ثانيها: أنها فرض كفاية.

ثالثها: أنها واجبة.

رابعها: أنها سنة.

وهذان القولان الأخيران هما المعول عليهما في عامة كتب المذهب، فاستظهر قوم منهم القول بأنها سنة؛ لوجهين:

أحدهما: أن «الجامع الصغير» قد صنف بعد «الأصل»؛ فكان التعويل في المذهب على ما فيه.

ثانيهما: أنه قد صرح في «الجامع الصغير» بأنها سنة، وأخذ الوجوب من نصه في «الأصل» بدلالة النص دون التصريح.

وقد أجيب عن هذين الوجهين بأن ما في «الجامع الصغير»، وإن كان هو المعول عليه في المذهب؛ لتصنيفه بعد «الأصل» - كما قيل - فإن ما ورد فيه يدل على الوجوب أيضًا؛ لأنه قال: «عيدان اجتماعا في يوم واحد، فالأول سنة، والثاني فريضة، ولا يترك واحد منهما»، فدل قوله: «ولا يترك واحد منهما» على الوجوب.

وأما قولهم: إنه لم يصرح في «الأصل» بالوجوب - فمردود بأنه قد صرح في «الأصل» - في موضع آخر - بالوجوب؛ ففي «المجتبى» ذكر محمد في «الأصل»: «أرأيت العيدين: هل يجب الخروج فيهما على أهل القرى والجبال والسواد؟ قال: «إنما يجب على الأمصار والمدائن»، فنص على الوجوب.

وبهذا يظهر أن الصحيح من مذهب الحنفية هو القول بالوجوب، وهو ما صححوه في أكثر كتبهم، وذكر في «البحر الرائق» أن «الخلاف بين القائلين: إنها سنة، والقائلين: إنها واجبة - ليس خلافا في الحقيقة؛ لأن المراد من السنة: السنة المؤكدة؛ بدليل قوله: ولا يترك واحد منهما»، وكما صرح به في «المسوط»، وقال: «قد ذكرنا مرارًا أنها بمنزلة الواجب عندنا؛ ولهذا كان الأصح أنه يَأْتُم بترك المؤكدة كالواجب».

ثانيًا: أقوال المذاهب الأخرى:

أ - مذهب المالكية:

للمالكية في حكم صلاة العيد ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها فرض كفاية، وهو قول ابن بشير.

ثانيها: أنها سنة كفاية، وهو قول لبعضهم.

ثالثها: أنها سنة عين - أي: سنة مؤكدة، واجبة على الأعيان - وهو الأظهر عندهم،

والمشهور في كتبهم.

ب - مذهب الشافعية:

للشافعية في حكم صلاة العيد قولان:

أحدهما: أنها فرض كفاية، وهو قول أبي سعيد الإصطخري.

ثانيهما: أنها سنة مؤكدة، وهو الأصح عندهم.

ج - مذهب الحنابلة:

للحنابلة في حكم صلاة العيد ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها سنة مؤكدة، وهو ما حكاه المرادوي في «الإنصاف»، وحكاه ابن قدامة في

المغني.

ثانيها: أنها فرض عين، وهو ما اختاره الشيخ تقي الدين.

ثالثها: أنها فرض كفاية، وهو ظاهر المذهب عندهم، والذي اقتصر عليه في كثير من كتبهم.

إذا ثبت هذا، فإنه يتحصل من مجموع الأقوال في المذاهب الأربعة في حكم صلاة العيد أقوال:

القول الأول: أنها واجبة، وهو المعتمد عند الحنفية.

القول الثاني: أنها سنة مؤكدة، وهو الأصح عند المالكية والشافعية، وبه قال بعض الحنابلة، وبعض الحنفية، وهو قول الظاهرية.

القول الثالث: أنها فرض كفاية، وهو الأظهر عند الحنابلة، وبه قال بعض الشافعية، والمالكية والحنفية.

القول الرابع: أنها فرض عين، وبه قال بعض الحنفية والحنابلة.

القول الخامس: أنها سنة كفاية، وبه قال بعض المالكية.

وقد اتضح من استعراض المذاهب الأربعة ضعف هذين القولين الأخيرين، وأن الراجح عند الحنفية والحنابلة والمالكية: خلافهما، بل نقل بعض الشافعية الإجماع على إبطال القول الرابع، فقال في «مغنى المحتاج»: «وأجمع المسلمون على أنها - أي: صلاة العيد - ليست فرض عين، وأما قول الشافعي - رضي الله عنه -: إن من وجب عليه حضور الجمعة، وجب عليه حضور العيدين - فمحمول على التأكيد».

وإلى مثل هذا ذهب النووي في «شرح المذهب»، فقال: «أجمع المسلمون على أن صلاة العيد مشروعة، وعلى أنها ليست فرض عين، وأما قول الشافعي في المختصر: «من وجب عليه حضور الجمعة، وجب عليه حضور العيدين» - فقال أصحابنا: هذا ليس على ظاهره؛ فإن ظاهره: أن العيد فرض عين على كل من تلزمه الجمعة، وهذا خلاف إجماع المسلمين؛ فيتعين تأويله».

ينظر: تبين الحقائق (١/٢٢٤)، والعناية شرح الهداية (٢/٧٠، ٧١)، ومجمع الأنهر (١/١٧٢)، والمبسوط (٢/٣٧)، وودرر الحكام (٢/٧٠)، والبحر الرائق (٢/١٧٠)، وبدائع الصنائع (١/٢٧٤، ٢٧٥)، وفتح القدير (٢/٧٠)، وحاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد (٢/٤٠٢)، وشرح مختصر خليل (٢/٩٨)، والتاج والإكليل (٢/٥٦٨)، ومواهب الجليل (٢/١٩٠)، والفواكه الدواني (١/٢٧٠)، وأسنى المطالب (١/٢٧٩)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٢/٨٩)، ومغنى المحتاج (١/٥٨٧)، وشرح المذهب (٥/٥)، والوسيط، للغزالي (٢/٣١٥)، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٢/٢٥٣)، وروضة الطالبين (٢/٧٠)، وتحفة المحتاج (٣/٣٩)، وحاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، دار إحياء الكتب العربية (١/٣٥٣)، وشرح البهجة الوردية (٢/٥٠)، والمغني، لابن قدامة (٢/١١١)، وشرح منتهى الإرادات (١/٤٢٣)، وكشاف القناع (٢/٥٠)، ومطالب أولي النهى (١/٧٩٤)، والفروع لابن مفلح (٢/١٣٧)، والإنصاف إلى معرفة الراجح من الخلاف (٢/٤٢٠)، والمحلى، لابن حزم الظاهري (٢/١٩)، ونيل الأوطار (٤/١٨٠)، وشرح معاني الآثار (١/٣٨٧)، وسبل السلام (٢/٦٧)، ولسان العرب (عود) =

والصلاة بعرفات، وتكبيرات^(١) التشريق

إذا خطب في صلاة العيد أولاً ثم صلى بالناس يجوز وفي صلاة الجمعة لو صلى بالناس أولاً ثم خطب لا يجوز.

والفرق أنا نعتبر التغيير بالترك في الموضوعين، ألا [ترى جميعاً]^(٢) أنه لو ترك الخطبة في صلاة الجمعة لا يجوز فكذا إذا غير موضعها.

[ولو ترك الخطبة في صلاة العيد يجوز فكذا إذا غير من موضعها]^(٣).

الخروج^(٤) إلى الجبانة^(٥) لصلاة العيد سنة وإن كان يسعهم المسجد الجامع، على هذا عامة المشايخ، ومنهم من قال: الخروج إلى الجبانة ليس^(٦) بسنة، وإنما تعارف الناس ذلك لضيق [المسجد]^(٧) الجامع وكثرة الزحام، والصحيح ما عليه عامة المشايخ^(٨).

(٤/٣١٥٩)، وتاج العروس (٨/٤٣٨)، وأحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣/٦٤٤)، وأحكام القرآن، لابن العربي (٤/١٩٨٦)، وتفسير القرطبي (٢٠/١٤٩، ١٤٨).

(١) في د: تكبير.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: بالخروج، وقرب: للخروج.

(٥) الجبَانَةُ: الصحراء، وتسمى بهما المقابر؛ لأنها تكون في الصحراء، تسمية للشيء بموضعه. ينظر: النهاية (١/٢٣٦، ٢٣٧).

(٦) في ب: ليست.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) ذهب الحنفية في الأصح والحنابلة إلى أن صلاة العيدين سنة في المصلى - والمراد الفضاء والصحراء - وقال المالكية: إنها مندوبة، لحديث أبي سعيد رضي الله عنه: كان رسول الله ﷺ يخرج يوم الفطر والأضحى إلى المصلى [أخرجه البخاري (فتح الباري ٢/٤٤٩)، ومسلم (٢/٦٠٥)]، وكذا الخلفاء بعده وكرهوا صلاتهما في المسجد لغير ضرورة داعية إلى الصلاة فيه، وذلك كقيام عذر يمنع الخروج إلى المصلى من مطر أو وحل أو خوف من لصوص أو غيره، فإن وجد شيء من هذه الأعذار ومثيلاتها فإنها تصلى في المسجد الجامع بلا كراهة لوجود الضرورة الداعية لذلك، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: أصابنا مطر في يوم عيد فصلى بنا رسول الله ﷺ في المسجد [أخرجه ابن ماجه (١/٤١٦)] وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٢/٨٣): «وإسناده ضعيف»، وروي أن عمر وعثمان رضي الله عنهما صليا في المسجد في المطر، وأما بمكة فتندب صلاة العيدين بالمسجد الحرام لمشاهدة الكعبة، وهي عبادة لخبر: إن الله تعالى ينزل كل يوم وليلة =

والمصر شرط جوازها كما في الجمعة، ولهذا المعنى قلنا: إنها تجب إقامتها في فناء المصر، وإنه^(١) تجوز إقامتها في مصر واحد في موضعين به ورد الأثر عن علي رضي الله عنه^(٢) - وستأتي المسألة بعد هذا إن شاء الله - تعالى - مع ما فيها من

عشرين ومائة رحمة، ينزل على هذا البيت ستون للطائفين وأربعون للمصلين وعشرون للناظرين [أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١/١٩٥)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/٢٩٢): «وفيه يوسف ابن سفر وهو متروك»].

وقال الشافعية: إن المسجد إن كان واسعاً فهو أفضل من المصلى؛ لأن الأئمة لم يزالوا يصلون صلاة العيد بمكة في المسجد؛ ولأن المسجد أشرف وأنظف، وإن صلى في الصحراء فلا بأس؛ لأنه إذا ترك المسجد وصلى في الصحراء لم يكن عليهم ضرر، وقيل: فعلها في الصحراء أفضل؛ لأنها أرفق بالراكب وغيره، إلا لعذر كمطر ونحوه فالمسجد أفضل، وإن كان المسجد ضيقاً فصلى فيه ولم يخرج إلى المصلى كره ذلك لتأذي الناس بالرحام، وربما فات بعضهم الصلاة.

وقال المالكية: والحكمة في صلاة العيدين في المصلى هي من أجل المباحة بين الرجال والنساء؛ لأن المساجد وإن كبرت يقع الأزدحام فيها وفي أبوابها بين الرجال والنساء دخولا وخروجاً، فتتوقع الفتنة في محل العبادة.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٥٥٧)، والاختيار شرح المختار (١/٨٤)، (٨٥)، وفتح القدير (١/٤٢٣)، ومراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٦٤)، وجواهر الإكليل (١/١٠٣)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (١/٣٩٩)، وأسهل المدارك (١/٣٣٦، ٣٣٧)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي (١/١٢٥)، وقليوبي وعميرة على منهاج الطالبين (١/٣٠٦، ٣٠٧)، ومغني المحتاج (١/٣١٢)، ومنار السبيل في شرح الدليل، لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: عصام القلعجي، مكتبة المعارف، الرياض، ط (٢)، ١٤٠٥هـ (١/١٤٩)، والمغني، لابن قدامة (٢/٣٧٢، ٣٧٣).

(١) سقط في أ.

(٢) ذهب الجمهور إلى منع التعدد في أعم الأحوال على اختلاف يسير بينهم في ضابط المكان الذي لا يجوز التعدد فيه.

فمذهب الشافعي وأحمد والمشهور من مذهب مالك هو منع التعدد في البلدة الواحدة كبيرة كانت أو صغيرة إلا لحاجة.

وهذا - أيضاً - مذهب أبي حنيفة، وصححه ابن عابدين وذكر أنه اختيار الطحاوي والتمرتاشي، ونقل عن شرح المنية أنه أظهر الروائيتين عن الإمام، ونقل عن النهر والتكملة: أن الفتوى عليه. قالوا: لأن الحكمة من مشروعيتها هي الاجتماع والتلاقي، وينافيه التفرق بدون حاجة في عدة مساجد؛ ولأنه لم يحفظ عن صحابي ولا تابعي تجويز تعددها.

ومقابله ما رواه في البدائع عن الكرخي: أنه لا بأس بأن يجمعوا في موضعين أو ثلاثة عند محمد، وعن أبي يوسف روايتان: إحداهما: لا يجوز إلا إذا كان بين موضعين الإقامة

الخلافة^(١).

وتجوز الخطبة في العيد قاعدا فقد صح^(٢) أن النبي ﷺ خطب على ناقته العضباء^(٣) [ووجهه إلى المسلمين]^(٤) ومن خطب على الدابة يكون قاعداً. قال في الأصل: «ولا يخرج المنبر في العيدين؛ لأنه لم يخرج على عهد النبي ﷺ ولا»^(٥) على عهد من بعده من الخلفاء، وقد روي أن النبي ﷺ [كان]^(٦) متكئاً على عنزته وهو قائم^(٧).

= نهر عظيم كدجلة ونحوها فيصير بمنزلة مصرين.

والثانية: يجوز في موضعين إذا كان المصر عظيماً.

ينظر: مجمع الأنهر (١/٢٦٢)، ورد المحتار (١/٥٦٥)، وبدائع الصنائع (١/٢٦٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٣٤٧)، والمحلي على المنهاج (١/٢٧٢)، والمغني، لابن قدامة (٢/٢٧٧، ٢٧٨).

(١) ينظر: مجمع الأنهر (١/٢٦٢)، ورد المحتار (١/٥٦٥)، وبدائع الصنائع (١/٢٦٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٣٤٧)، والمحلي على المنهاج (١/٢٧٢)، والمغني، لابن قدامة (٢/٢٧٧، ٢٧٨).

(٢) أخرجه مسلم (٢/٩٤٤) كتاب الحج، باب: استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكبا (٣١١/٢٩٨).

(٣) العضباء: اسم لناقة النبي ﷺ، علم منقول من قولهم: ناقه عضباء، أي: مشقوقة الأذن، ولم تكن مشقوقة الأذن. وقال بعضهم: إنها كانت مشقوقة الأذن، والأول أكثر. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٣/٢٥١).

(٤) في أ، ب: ووجه.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في د.

(٧) يشير إلى حديث سعد القرظ أن رسول الله ﷺ كان إذا خطب في الحرب خطب على قوس وإذا خطب في الجمعة خطب على عصا.

أخرجه ابن عدي (٤/٣١٤) في ترجمة عبد الرحمن بن سعد بن عمار بن سعد مؤذن رسول الله ﷺ، قال: حدثني أبي عن آبائه. ومن طريقه أخرجه البيهقي (٣/٢٠٦).

قلت: إسناده ضعيف، عبد الرحمن بن سعد ضعفه ابن معين في رواية ابن أبي خيثمة كما في تهذيب الكمال (٤/٤٠٨) وقال البخاري، فيه نظر (التاريخ الكبير ٥/٢٨٧)، وقال أبو أحمد الحاكم: حديثه ليس بالقائم (تهذيب التهذيب ٦/١٨٣)، وقال الحافظ في التقریب (ت: ٣٨٩٨): ضعيف.

- وفي الباب عن الحكم بن حزن الكلفي، والبراء بن عازب:

- حديث الحكم بن حزن:

= أخرجه أبو داود (١/٣٥٤) كتاب الصلاة، باب: الرجل يخطب على قوس (١٠٩٦)،

وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن في زماننا لا بأس بإخراج المنبر؛ فقد رآه المسلمون حسنا، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن^(١)، وقد روي عن أبي

وأحمد (٢١٢/٤)، وابن خزيمة (١٤٥٢)، وأبو يعلى (٢٨٢٦)، والطبراني في الكبير (٣/٢٣٩) رقم (٣١٦٥)، والبيهقي (٢٣٩/٣)، من طريق شهاب بن خراش حدثني شعيب بن رزيق الطائفي، قال: جلست إلى رجل له صحبة من رسول الله ﷺ يقال له الحكم بن حزن الكلبي فأنشأ يحدثنا قال: وفدت إلى رسول الله ﷺ سابع سبعة أو تاسع تسعة فدخلنا عليه فقلنا يا رسول الله زرنك فادع الله لنا بخير فأمر بنا أو أمر لنا بشيء من التمر والشأن إذ ذاك دون، فأقمنا بها أياما شهدنا فيها الجمعة مع رسول الله ﷺ فقام متوكئا على عصا أو قوس فحمد الله وأثنى عليه... الحديث.

قلت: هذا الإسناد فيه شهاب بن خراش وثقه ابن المبارك وابن معين في رواية عنه، وفي رواية أخرى عنه والنسائي قال: ليس به بأس.

وقال أحمد: لا بأس به، وقال أبو حاتم: صدوق لا بأس به، وقال ابن حبان: يخطئ كثيرا حتى خرج عن حد الاحتجاج به، وقال الذهبي: صدوق مشهور له ما يستنكر. ينظر: الميزان (٣/٣٨٧، ٣٨٨).

والحديث حسن إسناده الحافظ في تلخيص الحبير (١٢٩/٢)، وقال: فيه شهاب بن خراش وقد اختلف فيه والأكثر وثقه وقد صححه ابن السكن وابن خزيمة.

- حديث البراء بن عازب:

أخرجه أبو داود (٣٦٧/١) كتاب الصلاة، باب: يخطب على قوس (١١٤٥) وأحمد (٤/٢٨٢، ٣٠٤) عن أبي جناب عن يزيد بن البراء عن أبيه أن النبي ﷺ نُوِل يوم العيد قوسا فخطب عليه.

قلت: في إسناده أبي جناب الكلبي يحيى بن أبي حية، قال الحافظ: ضعفه لكثرة تدليسه. (التقريب: ٧٥٨٧)، ولكنه ذكر الحديث في تلخيص الحبير (١٣٠/٢)، ونقل تصحيحه عن ابن السكن ولم يتعقبه.

(١) أخرجه أحمد (١/٣٧٩)، والبخاري (١/٨١ - كشف) رقم (١٣٠) كلاهما من طريق أبي بكر ابن عياش عن عاصم عن زر بن حبيش عن ابن مسعود قال: إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد خير قلوب العباد، ثم نظر في قلوب العباد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم أنصار دينه، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح.

ومن طريق أحمد أخرجه الحاكم في «المستدرک» (٣/٧٨) مختصرا وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، وقال السخاوي في «المقاصد الحسنة»، ص (٣٦٧): وهو موقوف حسن. اهـ.

هذا وقد وهم السخاوي في هذا الحديث حيث عزاه إلى الإمام أحمد في السنة وقال: ووهم من عزاه للمسند. فظهر من تخريج الأثر أنه - رحمه الله - هو الواهم في توهيم من عزا هذا الأثر إلى المسند.

وللحديث طريق آخر قد أشار إليه البزار فقال عقب الطريق الأول: رواه بعضهم عن

حنيفة - رحمه الله - نصا أن إخراج المنبر في العيدين حسن .
 واختلف الناس في بناء المنبر في الجبانة في المصلى ، فمنهم من لم يكره ومنهم
 من كرهه ، فهذا القائل يقول: يخطب الإمام قائما على وجه الأرض أو على دابة كما
 فعل [رسول الله] ^(١) ﷺ .

وليس قبل العيدين صلاة كذا ذكره محمد في الأصل وإن شاء تطوع بعد الفراغ
 من الخطبة قال القاضي الإمام أبو جعفر الأستروشي - رحمه الله - : كان أبو بكر
 الرازي - رحمه الله - يقول [في] ^(٢) معنى قول أصحابنا - رحمهم الله - : وليس قبل
 العيدين صلاة [أي] ^(٣) : ليس قبل العيدين صلاة مسنونة ؛ لأن الصلاة قبلها مكروهة
 إلا أن الكرخي - رحمه الله - نصّ على الكراهة في كتابه حيث قال : ويكره لمن
 حضر المصلى يوم العيد التنفل قبل الصلاة ، وأما التطوع بعد صلاة العيد [فقد] ^(٤)
 ذكر في التجريد ^(٥) : إن شاء تطوع بعد الفراغ من الخطبة ولم يذكر أنه يتطوع في بيته
 أو في الجبانة ^(٦) وذكر أبو بكر ^(٧) الوراق الترمذي ^(٨) .

= عاصم عن أبي وائل عن عبد الله .

وهذا الطريق أخرجه أبو داود الطيالسي (٣٣/١ - منحة) رقم (٦٩) ، ومن طريقه أبو نعيم
 في «حلية الأولياء» (٣٧٥/١) من طريق عاصم عن أبي وائل عن ابن مسعود .
 والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (١٢٥/١) ، وقال : رواه أحمد والبخاري
 والطبراني في «الكبير» ، ورجاله موثقون وقال الحافظ ابن كثير في تحفة الطالب ،
 ص (٤٥٥) : هذا مأثور عن عبد الله بن مسعود بسند جيد .

(١) في أ ، ب : النبي .

(٢) سقط في د .

(٣) سقط في د .

(٤) سقط في م .

(٥) في د : تجريده . والتجريد ألفه الإمام القدوري - رحمه الله - دفاعاً عن مذهب الإمام أبي
 حنيفة ، ولذا فقد اقتصر فيه المصنف علي المسائل الخلافية بين الشافعية ، والحنفية . أملاه
 في سنة خمس وأربعمائة وأبان فيه عن حفظه لما عند الدارقطني لأحاديث الأحكام وعللها .
 ينظر : كشف الظنون (٣٤٦/١) ، تاج التراجم ، ص (٩٨) ، النجوم الزاهرة (٢٥/٥) .

(٦) في أ ، ب ، م : الجبانة أو في بيته .

(٧) في أ : جعفر ، وفي م : الفضل .

(٨) هو : أبو بكر الوراق ، محمّد بن عمر الحكيم . أصله من ترمذ ، وأقام ببلخ ؛ لقي أحمد
 خضرويه وصحبه ، وصحب محمد بن سعد الزاهد ومحمّد بن عمر البلخي ، له الكتب
 المشهورة في أنواع الرياضات والمعاملات والآداب ، وأسند الحديث .

ينظر : طبقات الصوفية ، لأبي عبد الرحمن السلمى ، مكتبة الخانجي ، القاهرة ، ١٤٠٦ هـ =

وفي كتاب العالم والمتعلم ما يدل على أنه يتطوع في بيته، ويكره ذلك في الجبابة فإنه قال: يكره؛ لأنه يشبه السنة، ولو أراد إنسان أن يفعل [ذلك]^(١) فليفعل في منزله.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وللمولى أن يمنع عبده من حضور^(٢) الجمعة والعيدين؛ لأن خدمته حق مولاه، وفي خروجه إبطال حق المولى. ولا يكره للعبد التخلف عن العيدين والجمعة؛ لأنها^(٣) لم تكتب على العبيد^(٤). قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا لم يأذن له المولى [وأما^(٥) لو أذن له المولى]^(٦) وتخلف^(٧) عنها يكره^(٨)؛ كما يكره في الحد.

قال - رحمه الله -: وهذا موضع اختلاف وقد تكلم الناس فيه. قال بعضهم: يكره^(٩) أن يتخلف عنه؛ لأن المولى [لو]^(١٠) أمره بخدمة نفسه يلزمه طاعته، فإذا أمره^(١١) بخدمة الله - تعالى - أولى [أن تلزمه طاعته]^(١٢)^(١٣). وذكر شيخ الإسلام في شرحه: إذا أذن المولى للعبد في حضوره^(١٤) الجمعة كان له أن يشهد الجمعة والعيدين؛ [لأن المنع كان]^(١٥) لحق [المولى، وقد أبطل المولى

= ١٩٨٦م، ص (١٧٨).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: حضوره.

(٣) في ب: لأنهما.

(٤) في أ، ب: العبد.

(٥) في د: فأما.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: فيتخلف.

(٨) في د: فيكره.

(٩) زاد في د: له.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في د: أمر.

(١٢) في د: طاعة الله تعالى.

(١٣) سقط في أ، ب.

(١٤) في د: حضور.

(١٥) سقط في أ.

حقه بالإذن، فكان له أن يشهد الجمعة والعيدين ولكن^(١) لا^(٢) يجب عليه ذلك؛ لأن منافع العبد لم تصر مملوكة للعبد بإذن المولى فالحال بعد الإذن كالحال قبله. قال في الأصل أيضًا: ولا ينبغي أن يصلي الجمعة بغير^(٣) إذن المولى. قال بعض مشايخنا: إنما لا يصلي الجمعة بغير^(٤) إذن المولى إذا علم أنه لو استأذن من مولاه^(٥) كره وأبى، فأما إذا علم [أنه]^(٦) لو استأذن من مولاه في ذلك رضي به وأذن [له]^(٧) لا يتخلف عنها^(٨).

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: وهكذا قالوا في المرأة إذا أرادت أن تصوم بغير إذن زوجها إن علمت أنها لو استأذنت منه أذن لها ولم يكره فلا بأس بأن تصوم وإن علمت بخلاف ذلك لا تصوم، وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - اختلاف^(٩) المشايخ في العبد إذا حضر مع مولاه الجامع، أو صلى العيد ليحفظ دابته على باب الجامع، أو في المصلى هل له أن يصلي الجمعة [والعيدين]^(١٠) بغير رضى المولى؟

قال - رحمه الله -: والأصح أن له أن يصلي بغير إذن المولى، إن^(١١) كان بحال لا يخل بحق مولاه في إمساك دابته^(١٢)، وروي عن محمد - رحمه الله - أن له ألا يصلي الجمعة وإن تمكن من ذلك وأذن له السيد في أدائها.

إذا خطب الإمام في الجمعة قبل الزوال وصلى بعد الزوال لا يجوز، وإن [شرعت الخطبة]^(١٣) شرطًا للجواز والشرائط تكون مقدمة على المشروط [له]^(١٤)

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: ولا.
- (٣) في أ، ب: من غير.
- (٤) في أ، ب: من غير.
- (٥) زاد في د: في ذلك.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) سقط في د.
- (٨) في أ، ب: عنه.
- (٩) في أ، ب: اختلف.
- (١٠) سقط في د.
- (١١) في أ، ب: إذا.
- (١٢) في د: الدابة.
- (١٣) في م: شرطت الجمعة.

إلا أنها شرعت بمنزلة الركعتين وهو الشفع الثاني، فكما لا يجوز إقامة الشفع الثاني^(١) قبل الوقت [فكذا الخطبة]^(٢).

ولو خطب في الوقت والقوم نيام أو صم جازت الخطبة. ولو خطب ولم يحضر أحد فعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان: في رواية: لا يعتد بها وهو قول الشافعي - رحمه الله -؛ لأن الخطبة أقيمت مقام ركعتين وهذه إقامة عرفت بخلاف القياس بالشرع؛ لأنه لا مماثلة بينهما فيراعى لإقامتهما جميع ما ورد النص به والنبي - عليه السلام - والخلفاء [من]^(٣) بعده ما خطبوا إلا عند الجمع.

ويكره للقوم التكلم [في]^(٤) وقت الخطبة بجميع الكلام ما [يشبه]^(٥) فيه كلام الناس^(٦) وما يشبه الأمر بالمعروف.

(١٤) سقط في د.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: لا تجوز الخطبة أيضا.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في د.

(٦) اختلف الفقهاء في حكم الاستماع والإنصات للخطبة:

فذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والأوزاعي إلى وجوب الاستماع والإنصات، وهو ما ذهب إليه عثمان بن عفان، وعبد الله بن عمر، وابن مسعود، حتى قال الحنفية: كل ما حرم في الصلاة حرم في الخطبة، فيحرم أكل، وشرب، وكلام، ولو تسيحا، أو رد سلام، أو أمرا بمعروف، أو نهيا عن منكر. واستدلوا على ذلك: بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾.

وبأن الخطبة كالصلاة، فهي قائمة مقام ركعتين من الفريضة، ولم يستثن الحنفية والحنابلة من ذلك إلا تحذير من خيف هلاكه؛ لأنه يجب لحق آدمي، وهو محتاج إليه، أما الإنصات فهو لحق الله تعالى، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة.

واستثنى المالكية أيضا: الذكر الخفيف إن كان له سبب، كالتهليل، والتحميد، والاستغفار، والتعوذ، والصلاة على النبي ﷺ لكنهم اختلفوا في وجوب الإسرار بهذه الأذكار الخفيفة.

واستدل من قال بوجوب الاستماع للخطبة بما رواه أبو هريرة عن سيدنا رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة: أنصت - والإمام يخطب - فقد لغوت» [أخرجه البخاري واللفظ له، ومسلم وأحمد بن حنبل ومالك وأبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث أبي هريرة مرفوعا (فتح الباري ٢/٤١٤، وفيض القدير ١/٤١٨)].

ولا يكره للخطيب التكلم في الخطبة بما يشبه الأمر بالمعروف، ومن العلماء من قال: السكوت^(١) على القوم كان لازماً في زمن النبي ﷺ؛ [لأنه عليه السلام]^(٢) كان يعرض عليهم في خطبته^(٣) ما نزل عليه من القرآن، وكان^(٤) يلزمهم السكوت

وذهب الشافعية إلى أن الاستماع والإنصات أثناء الخطبة سنة، ولا يحرم الكلام، بل يكره، وحكى ذلك النووي عن عروة بن الزبير، وسعيد بن جبير، والشعبي، والنخعي، والثوري، وهو رواية عن الإمام أحمد. واستدلوا على الكراهة بالجمع بين حديث: إذا قلت لصاحبك: أنصت، فقد لغوت وخبر الصحيحين عن أنس: فبينما رسول الله ﷺ يخطب على المنبر يوم الجمعة قام أعرابي فقال: يا رسول الله، هلك المال وجاع العيال فادع لنا أن يسقينا. قال: فرفع رسول الله ﷺ يديه وما في السماء قزعة... [أخرجه البخاري (فتح الباري ٥١٩/٢) واللفظ له، ومسلم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه (صحيح مسلم بشرح النووي ١٩٣/٦، ١٩٤)].

وإن عرض له ناجز كتعليم خير، ونهي عن منكر، وإنذار إنسان عقرباً، أو أعمى بئراً لم يمنع من الكلام، لكن يستحب أن يقتصر على الإشارة إن أغنت، ويباح له - أي الكلام - بلا كراهة.

وبباح الكلام عند الشافعية للداخل في أثناء الخطبة ما لم يجلس، كما صرحوا بأنه لو سلم داخل على مستمع الخطبة وهو يخطب، وجب الرد عليه بناء على أن الإنصات سنة، ويستحب تسميت العاطس إذا حمد الله، لعموم الأدلة، وإنما لم يكره كسائر الكلام؛ لأن سببه قهري.

وذهب الحنابلة والشافعية إلى أن للبعيد الذي لا يسمع صوت الخطيب أن يقرأ القرآن، ويذكر الله تعالى، ويصلي على النبي ﷺ من غير أن يرفع صوته؛ لأنه إن رفع صوته منع من هو أقرب منه من الاستماع، وهذا مروى عن عطاء بن أبي رباح، وسعيد بن جبير، وعلقمة ابن قيس، وإبراهيم النخعي، حتى قال النخعي: إني لأقرأ جزئي إذا لم أسمع الخطبة يوم الجمعة.

وسأل إبراهيم النخعي علقمة: أقرأ في نفسي أثناء الخطبة؟ فقال علقمة: لعل ذلك ألا يكون به بأس.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٣٦٦/١)، ومواهب الجليل (١٧٦/٢)، وأسنن المطالب (٢٥٨/١)، والمجموع (٤٢٩/٤، ٥٢٥)، والمغني، لابن قدامة (٣٢٠/٢)، ٣٢٢-٣٣٣، ومصنف عبد الرزاق (٢١٣/٣)، وطرح التثريب في شرح التقريب، لعبد الرحيم بن الحسين العراقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م (١٨٣/٣)، ونيل الأوطار (٢٧٣/٣).

(١) ثبت في حاشية أ: مطلب السكوت على القوم كان في زمن النبي ﷺ.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: خطبه.

(٤) في د: مكان.

ليأخذوا منه وينقلوا ذلك .

فأما اليوم فالسكوت غير لازم؛ لأنه قد يكون مع^(١) القوم من هو أعلم من الإمام وأورع [منه]^(٢) فلا يلزمه استماع وعظ من هو دونه .

ومنهم من قال: ما دام في حمد الله تعالى والثناء عليه والوعظ للناس فعليهم أن يستمعوا .

وإذا أخذ^(٣) في مدح الظلمة والدعاء لهم^(٤) فلا بأس بالكلام في ذلك الوقت؛ لأن مدحهم لا يخلو عن كذب، فالإعراض عنه أولى .

وكان الطحاوي - رحمه الله - يقول: على القوم أن يستمعوا وينصتوا إلى أن يبلغ الخطيب إلى قوله: يأبها الذين آمنوا صلوا عليه، فحينئذٍ يجب على القوم أن يصلوا على النبي ﷺ؛ لأن الخطيب حكى عن الله تعالى وملائكته أنهم يصلون عليه، وحكى أمر الله - تعالى - إيانا بالصلاة عليه، وامثال أمر الله - تعالى - واجب، فيجب عليهم الصلاة في هذه الحالة .

والذي عليه عامة المشايخ: أن على القوم أن يستمعوا الخطبة وينصتوا من أولها إلى آخرها .

وقال: أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : إذا ذكر الله - تعالى - والرسول في الخطبة استمعوا ولم يذكروا الله تعالى بالثناء عليه ولم يصلوا على النبي ﷺ .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يصلي الناس عليه في نفوسهم .

وهذا كله في حق من كان قريبا من الإمام بحيث يسمع ما يقول الإمام، أما من كان بعيدا^(٥) عن الإمام [بحيث]^(٦) لا يسمع ما يقوله^(٧) الإمام ماذا يصنع؟ لا رواية في هذا الفصل، وقد اختار^(٨) محمد بن سلمة - رحمه الله - السكوت وكان نصير بن

(١) في ب: في .

(٢) سقط في د .

(٣) في ب: أخذوا .

(٤) في ب، د: عليهم .

(٥) ثبت في حاشية أ: مطلب: من كان بعيدا عن الخطيب هل يجب عليه السماع .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ، ب: يقول .

(٨) في أ، ب: أشار .

يحيى - رحمه الله - يقرأ القرآن، وهكذا روى حماد^(١) عن إبراهيم - رحمه الله - .
 وأما دراسة الفقه والنظر في [كتاب]^(٢) الفقه وكتابته فمن مشايخنا من كره ذلك
 ومنهم من قال: لا بأس به، وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - .
 قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ههنا: فصل آخر اختلف المشايخ فيه
 أيضًا إذا لم يتكلم بلسانه ولكنه أشار برأسه أو بيده أو [بعينه نحو إن رأى منكراً من
 إنسان فنهاه بيده، أو]^(٣) أخبر^(٤) بخبر فأشار^(٥) برأسه هل يكره^(٦) ذلك؟ فمن
 المشايخ من كره وسوى بين الإشارة بالرأس وبين التكلم باللسان.
 قال - رحمه الله -: والصحيح أنه لا بأس به فإنه روي عن عبد الله ابن مسعود
 - رضي الله عنه - أنه سلم على رسول الله ﷺ وهو يخطب فردّ عليه بالإشارة^(٨) .
 قال شمس الأئمة^(٩) - رحمه الله -: وهذا^(١٠) فصل آخر أن الدنو من الإمام أولى
 أو^(١١) التباعد عنه؟

قال كثير من أهل العلم: التباعد عنه أولى كيلا يسمع^(١٢) مدح الظلمة
 ودعاهم^(١٣): قال - رحمه الله - والصحيح من الجواب عند مشايخنا - رحمه الله -

(١) هو: حماد بن أبي سليمان الأشعري، مولى آل أبي موسى، أبو إسماعيل الكوفي الفقيه،
 روى عن جمع من الصحابة، قال ابن المبارك عن شعبة: كان لا يحفظ، وقال ابن معين:
 حماد أحب إلي من مغيرة، وقال البخاري وابن حبان في الثقات: يخطئ وكان مرجئاً، وقال
 ابن سعد: كان ضعيفاً في الحديث واختلط في آخر أمره وكان مرجئاً، ومات سنة عشرين
 ومائة. ينظر: تهذيب التهذيب (١٦/٣)، والتاريخ الكبير، للبخاري (١٨/٣)، والثقات
 (١٥٩/٤).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ: أخبره.

(٥) في ب: وأشار.

(٦) زاد في د: منه.

(٧) زاد في د: يوم الجمعة.

(٨) ينظر: عيون المسائل للسمرقندي الحنفي، ص (٣٤)، تبين الحقائق (١/٢٢٣)، البحر
 الرائق (١٦٧/٢).

(٩) زاد في ب: هذا.

(١٠) في د: ها هنا.

(١١) في أ: و.

(١٢) في أ: يستمع.

(١٣) في ب: دعوايهم.

أن الدنو منه أولى^(١).

قال محمد^(٢) - رحمه الله - : ولا تشمتوا العاطس ولا تردوا السلام يعني : وقت الخطبة ولم يذكر^(٣) فيه خلافاً .

وروي [عن]^(٤) محمد عن أبي يوسف - رحمهم الله - في صلاة الأثر أنهم يردون السلام ويشمتون العاطس ، وتبين [بما ذكر]^(٥) في صلاة الأثر أن ما ذكر في الأصل قول محمد - رحمه الله - والخلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - في هذا بناء على أنه إذا لم يرد السلام في الحال هل [يرده بعد فراغ]^(٦) الإمام من الخطبة؟ [على قول محمد - رحمه الله - يرد وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يرد، فلما كان مذهب محمد - رحمه الله - الرد بعد فراغ الإمام من الخطبة]^(٧) ، كان الاستماع والإنصات أولى ، ولما كان من مذهب أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يرد السلام و[لا]^(٨) يشمت العاطس بعد فراغ الإمام من الخطبة فلو رد [قبل الفراغ]^(٩) لا يفوت الاستماع أصلاً بل يفوت البعض ولو لم يرد يفوت الرد أصلاً ، وتفويت البعض [دون البعض]^(١٠) أولى من تفويت الكل .

وروي عن^(١١) أبي حنيفة - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه يرد بقلبه ولا يرد بلسانه .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أن العاطس^(١٢) وقت الخطبة ماذا يصنع؟ .

(١) في أ، ب: أفضل .

(٢) تبث في حاشية أ: مطلب هل يكره رد السلام وتشميت العاطس حال الخطبة .

(٣) في أ: يذكروا .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) في د: ما ذكرنا .

(٦) في د: يرد بعدما فرغ .

(٧) سقط في د .

(٨) سقط في د .

(٩) سقط في أ، ب .

(١٠) سقط في د .

(١١) زاد في د: محمد .

(١٢) زاد في د: في .

روى الحسن بن زياد - رحمه الله - [أنه]^(١) يحمد الله تعالى - في نفسه ولا يجهر، وهذا صحيح.

وعن محمد - رحمه الله - أن العاطس يحمد الله [- تعالى - في نفسه]^(٢) بقلبه ولا يحرك شفثيه^(٣).

وإذا خرج الإمام من الخطبة يحمد الله تعالى بلسانه وهذا كالمتمغوط إذا سمع الأذان يجيبه^(٤) بقلبه وإذا فرغ من التغوط يجيبه بلسانه.

صبي خطب يوم الجمعة وله منشور الوالي وصلى بالناس [بالغ]^(٥) جاز. [و]^(٦) في فتاوى خوارزم^(٧) لا بأس بصلاة الجمعة في موضعين وثلاثة عند محمد - رحمه الله -، وأجاز أبو يوسف - رحمه الله - في موضعين دون الثلاثة^(٨) إذا كان مصرا له جانبان [يفصير]^(٩) في حكم مصرين كبغداد.

ولو^(١٠) خطب خطبة واحدة قائما أو قاعدا أو خطب خطبتين قاعدا أو [خطب]^(١١) إحداهما قائما والأخرى قاعدا أجزأه إلا أنه يصير مسيئا إن فعل ذلك من غير عذر.

ولو خطب وهو جنب أو محدث ثم اغتسل أو توضأ وصلى بهم الجمعة جاز عندنا إلا أنه لو تعمد ذلك يصير مسيئا لدخوله المسجد من غير طهارة؛ ولأن الخطبة إن لم تكن صلاة حقيقية فهي تشبه الصلاة، ولهذا لا تجوز الجمعة بدونها فمن حيث إنها ليست بصلاة حقيقية تجوز بدون الطهارة ومن حيث إنها تشبه الصلاة تكره مع الحدث.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: بقلبه.

(٣) في أ، ب: شفثه.

(٤) في د: يجيب.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في د.

(٧) زاد في د: و.

(٨) في د: ثلاث.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د أو.

(١١) سقط في أ، ب.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أنه^(١) هل تعاد [الخطبة]^(٢) [أو لا]^(٣) ؟

وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - أنها لا تعاد .
إذا كتب الإمام الأعظم إلى أمير مصر : إنا قد عزلناك واستعملنا فلانا عليك وعلى ذلك المصر فلما بلغ الكتاب إلى الأول ينزل ، وليس [له]^(٤) أن يقيم الجمعة وهذا ؛ لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر ولو كان الإمام حاضرًا وخاطبه بالعزل مطلقا فكما سمع الخطاب [من الحاضر]^(٥) ينزل كذا هاهنا^(٦) ينزل^(٧) كما وصل إليه الكتاب وفهم ما فيه .

إنا استعملنا فلانا عليك وعلى ذلك المصر لا ينزل الأول ما لم يقدم الثاني عليه ؛ لأن في هذا الفصل الأمير^(٨) ما عزل الأول بكتابه نصًا لو^(٩) انزل الأول إنما ينزل ضرورة صيرورة الثاني أميرًا عليه وعلى أهل المصر ، وإنما يصير الثاني أميرًا على الأول وعلى ذلك المصر إذا قدم [عليهم]^(١٠) حقيقة وحكمًا .
ولا تجوز إقامة الجمعة إلا في المصر^(١١) أو خارجا [عن المصر]^(١٢) قريبًا منه

(١) في د : أنها .

(٢) سقط في د .

(٣) في أ ، ب : و .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في د .

(٦) في د : هذا .

(٧) في أ : فيعزل .

(٨) في د : الإمام .

(٩) في د : فلو .

(١٠) سقط في أ ، ب ، م .

(١١) اشترط الحنفية ، هو أن يكون المكان الذي تقام فيه مصرًا ؛ والمقصود بالمصر كل بلدة نصب فيها قاض ترفع إليه الدعاوى والخصومات .

قال في الميسوط : وظاهر المذهب في بيان حد المصر الجامع : أن يكون فيه سلطان ، أو قاض لإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام .

ويلحق بالمصر ضاحيته أو فناؤه ، وضواحي المصر هي القرى المنتشرة من حوله والمتصلة به والمعدودة من مصالحه ، بشرط أن يكون بينها وبينه من القرب ما يمكن أهلها من حضور الجمعة ، ثم الرجوع إلى منازلهم في نفس اليوم بدون تكلف .
وعلى هذا ، فمن كانوا يقيمون في قرية نائية ، لا يكلفون بإقامة الجمعة ، وإذا أقاموها لم

نحو مصلى العيد وهذا؛ لأن مصلى العيد أبداً يكون في فناء المصر وفناء المصر كأنه في جوف المصر هكذا ذكر المسألة في شرح القدوري.

وفي فتاوى أبي الليث شرط الفناء نصاً.

قال: وتجاوز إقامة الجمعة خارج المصر إذا كان في فناء المصر.

وذكر في باب الجمعة في نوادر الصلاة: لو خرج الأمير للاستسقاء [يدعو]^(١) وخرج معه ناس كثير فحضرت الجمعة فصلى بهم الجمعة في الجبابة على قدر غلوة من المصر أجزأهم؛ لأنه فناء المصر ولفناء المصر حكم المصر.

تصح منهم. قال صاحب البدائع: المصر الجامع شرط وجوب الجمعة، وشرط صحة أدائها عند أصحابنا، حتى لا تجب الجمعة إلا على أهل المصر ومن كان ساكناً في توابعه، وكذا لا يصح أداء الجمعة إلا في المصر وتوابعه.

فلا تجب على أهل القرى التي ليست من توابع المصر، ولا يصح أداء الجمعة فيها. ولم تشترط المذاهب الأخرى هذا الشرط.

فأما الشافعية: فاكتفوا باشتراط إقامتها في خطة أبنية سواء كانت من بلدة أو قرية، قال صاحب المذهب: لا تصح الجمعة إلا في أبنية يستوطنها من تتعددهم الجمعة من بلد أو قرية.

وأما الحنابلة: فلم يشترطوا ذلك أيضاً، وصححوا إقامتها في الصحاري، وبين مضارب الخيام. قال صاحب المغني: ولا يشترط لصحة الجمعة إقامتها في البنيان ويجوز إقامتها فيما قاربه من الصحراء.

وأما المالكية: فإنما شرطوا أن تقام في مكان صالح للاستيطان. فتصح إقامتها في الأبنية، أو الأخصاص؛ لصلاحها للاستيطان فيها مدة طويلة. ولا تصح في الخيم لعدم صلاحيتها لذلك في الغالب.

قال في الجواهر الزكية في تعداد شروطها: موضع الاستيطان، ولو كان بأخصاص لا خيم، فلا تقام الجمعة إلا في موضع يستوطن فيه بأن يقيم فيه صيفاً وشتاءً.

ويترتب على هذا الخلاف: أن أصحاب القرى التي لا تعتبر تابعة لمصر إلى جانبها يجب عليهم - عند غير الحنفية - إقامة الجمعة في أماكنهم، ولا يكلفون بالانتقال لها إلى أي بلدة كبيرة أخرى من حولهم.

أما في المذهب الحنفي: فلا يكلفون بإقامة الجمعة في مثل هذه الحال، وإذا أقاموها لم تصح منهم. ويجب عليهم الانتقال إلى البلدة المجاورة إذا سمع منها الأذان.

ينظر: المبسوط (٢/٢٣، ٢٤)، بدائع الصنائع (١/٢٥٩، ٢٦٠)، مجمع الأنهر (١/١٦٢)، الجواهر الزكية في حل ألفاظ العشماوية، لأحمد بن تركي المالكي، مطبوع على الحجر بمصر، سنة ١٢٧٩/١٢٨٠هـ، ص (١٢٣)، والمجموع شرح المذهب (٤/٥٠١)، المغني، لابن قدامة (٢/٢٧٥).

(١٢) في أ، ب: منه.

(١) سقط في د.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح النوادر: اختلف الناس في تقدير فناء المصمر فقدره محمد - رحمه الله - في النوادر بالغلوة^(١). وقدره بعض المشايخ بفرسخين وبعضهم بثلاثة أميال وهو فرسخ وبعضهم بمنتهى حد الصوت إذا صاح [إنسان]^(٢) في المصمر أو أذن مؤذنه فمنتهى صوته فناء المصمر فيجوز أداء الجمعة فيه وما وراءه ليس بفناء المصمر ولا يجوز أداء الجمعة فيه.

ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي والشيخ الإمام شيخ الإسلام [خواهر زاده]^(٣) تقدير الفناء بالغلوة اتباعاً لما ذكر محمد - رحمه الله - في النوادر. وذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في النوازل: [أن]^(٤) على قول أبي بكر^(٥) لا تجوز الجمعة إذا كان الموضع منقطعاً من العمران.

ثم قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وذكر أبو يوسف - رحمه الله - في الأمالي لو أن إماماً خرج مع أهل المصمر مقدار ميل أو ميلين لحاجة فحضرت الجمعة جاز

(١) تطلق الغلوة في اللغة على قدر رمية بسهم، وقيل: أبعد ما يقدر عليه. وقيل: أحد حربي الفرس وشوطه، وقد تستعمل الغلوة في سباق الخيل. وفي الاصطلاح: هي قدر ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة.

وبين ابن عابدين مقدار الغلوة عند الكلام على التيمم حيث قدره بثلاثمائة ذراع أو أربعمائة ذراع، وقيل: قدر رمية سهم.

ونقل الدكتور الكردي في كتابه المقادير الشرعية عن بعض الباحثين أن الغلوة تقدر بأربعمائة ذراع دون أن يبين لنا سبب اختياره لهذا التقدير.

ولكننا نعتبر طول الغلوة بالذراع هو أربعمائة ذراع استناداً في ذلك إلى تقدير صاحب المصباح للفرسخ حيث قدر الفرسخ بخمس وعشرين غلوة ولما كان الميل ثلث الفرسخ. إذن الميل بالغلوة = ٣٣٢٥ = ثمانية وثلث.

والميل بالذراع = ٣٥٠٠ ذراع.

الغلوة بالذراع = ٣٣٥٠٠٠ = ثمانية وثلث = ٤٢٠ ذراعاً.

وهذا التقدير قريب من تقدير الغلوة بأربعمائة ذراع.

ينظر: النهاية في غريب الحديث (١٦١/٣)، المصباح المنير، ص (٤٥٢)، رد المحتار (١٧٣/١)، الخراج والنظم المالية في الإسلام حتى منتصف القرن الثالث الهجري، د/ محمد ضياء الدين الرئيس، المكتبة المركزية بجامعة القاهرة، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م، ص (٣١٠)، المقادير الشرعية، للكردي، ص (٢٤٥).

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: الفقيه.

له^(١) أن يصلي الجمعة بهم؛ لأن فناء المصر بمنزلة المصر، [قال]^(٢): وبه نأخذ، ثم ذكر [بعضهم قالوا]^(٣): المسألة على الاختلاف على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - يجوز و[على قول]^(٤) محمد - رحمه الله - لا يجوز بناء على اختلافهم في الجمعة بمنى على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله - تعالى - ويجوز أن يكون هذا بلا خلاف بينهم من قبل أن محمداً إنما لم يجوز الجمعة بمنى؛ لأنه قرية وليس لها^(٥) حكم المصر فأما فناء المصر [فله حكم المصر]^(٦)، وقيل: إنما تجوز الجمعة في فناء المصر إذا لم يكن بين المصر وبين الجبانة مزارع، فقول^(٧) هذا القائل لا تجوز إقامة الجمعة ببخارى في مصلى العيد؛ لأن بين المصر وبين المصلى مزارع وقد وقعت هذه المسألة مرة وقد أفتى بعض مشايخ زماننا بعدم الجواز [و]^(٨) لكن هذا ليس بصواب فإن أحدا لم ينكر جواز صلاة العيد في مصلى العيد ببخارى لا من المتقدمين ولا من المتأخرين فكما أن المصر أو فناءه شرط جواز الجمعة فهو شرط جواز صلاة العيد.

وتجوز إقامة الجمعة بمنى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .
وقال محمد - رحمه الله - : لا الجمعة بمنى .

وأجمع العلماء على أنه لا الجمعة بعرفات؛ لأنها^(٩) مفازة [وليس بمصر]^(١٠)، وليس من أفنية المصر؛ لأن بينها وبين مكة أربع فراسخ وإنما تقام الجمعة في المصر أو في فناء المصر، وأما منى فمحمد - رحمه الله - يقول: إنها ليس بمصر والمصر شرط وهما يقولان إن منى تتمصر في أيام الموسم وأن لها أبنية .

(١) في د: للإمام .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في د: فقال بعضهم .

(٤) في أ، ب: قال .

(٥) في أ: له .

(٦) سقط في د .

(٧) في د: وعلى .

(٨) سقط في د .

(٩) في د: لأنه .

(١٠) سقط في أ .

قيل: إنها^(١) ثلاث سلك وتنتقل^(٢) إليها الأسواق في أيام الموسم فتصير مصرًا، أكثر ما في الباب^(٣) أنه لا تبقى مصرًا بعد ذلك ولكن بقاؤه مصرًا ليس بشرط^(٤) بخلاف عرفات فإنه ليس بمصر، فإنه لا أبنية^(٥) له، ومن المشايخ من قال: إن عنده ماء إنما يجوز أداء الجمعة بمنى؛ لأنها من أفنية مكة وهذا فاسد [إلا]^(٦) على قول من يقدر^(٧) الفناء^(٨) بفرسخين؛ لأن بينهما فرسخين. وقال محمد - رحمه الله - في الأصل إذا نوى الإقامة بمكة وبمنى^(٩) خمسة عشر يوما لا يصير مقيما فعلم أنهما موضعان [و]^(١٠) إنما الصحيح ما قلنا^(١١).

ولا يصلح بمنى صلاة العيد بالاتفاق لا لعدم المصر بل لاشتغال الحاج بأعمال المناسك في ذلك اليوم فوضع عنهم صلاة العيد بخلاف الجمعة فإنه^(١٢) لا يتفق في كل سنة بنجوم الجمعة في أيام الرمي بمنى بخلاف صلاة العيد؛ لأنها لو شرعت كانت في كل سنة وإنما تجوز الجمعة بمنى عندهما إذا كان ثمة أمير مكة أو أمير الحجاز أو الخليفة، أما أمير الموسم فليس له حق إقامة الجمعة [إنما]^(١٣) فوض إليه رعاية الحاج وسياستهم فإن استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى عندهما وإن لم يستعمل على مكة [و]^(١٤) إنما استعمل على الموسم لا غير فإن كان من أهل مكة يقيم الجمعة بمنى عندهما [أيضا]^(١٥) وإن لم يكن من أهل مكة لا يقيم الجمعة

(١) في د: إنه.

(٢) في د: وتنفذ.

(٣) في ب: الكتاب.

(٤) زاد في د: لذلك.

(٥) في أ، ب: أفنية.

(٦) سقط في أ، ب، م.

(٧) في د: يقول إن.

(٨) زاد في د: مقدر.

(٩) في د: ومنى.

(١٠) سقط في م.

(١١) زاد في د: ولا تصير مصرًا؛ لأنه لا تنقل الأسواق في أيام الموسم، ولا أبنية لها.

(١٢) في د: لأنه.

(١٣) سقط في د.

(١٤) سقط في د.

(١٥) سقط في د.

عندهما أيضًا.

وفي نوادر إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - قال على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - إذا جمع أمير الموسم وهو مسافر بمكة يجزئه، وإن صلى بهم بمنى لا يجزئه. ثم في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - لا يجب شهود الجمعة إلا على من يسكن مصر والأرض^(١) المتصلة [بالمصر]^(٢) حتى لا يجب على أهل السواد أن يشهدوا الجمعة سواء كان السواد قريباً [من مصر]^(٣) أو بعيداً عنه.

وعن محمد - رحمه الله - أنه إذا كان بينه وبين مصر ميل أو ميلان أو ثلاثة أميال فعليه الجمعة، وإن كان أكثر من ذلك فلا الجمعة عليه.

وعنه في رواية أخرى: [أنه إذا كان بينه وبين مصر أقل من فرسخين فعليه أن يشهد الجمعة فإن كان أكثر من ذلك فلا.

وعنه في رواية أخرى^(٤): أن كل موضع لو خرج الإمام إلى ذلك الموضع وأقام الجمعة فيه جازت جمعته^(٥) وعد مجعاً في مصر، فعلى أهل ذلك الموضع الرواح^(٦) إلى الجمعة وكل موضع لو خرج [الإمام]^(٧) إليه وجمع فيه ولم يعد مجعاً [في مصر]^(٨) فلا الجمعة على أهل ذلك الموضع.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه إذا كان بينه وبين مصر فرسخ أو فرسخان فعليه أن يشهد الجمعة.

وعنه أيضاً: أنه إذا كان بحيث لو عاد و^(٩) شهد الجمعة أمكنه الرجوع إلى منزله قبل أن يأويه الليل لزمه أن يشهد الجمعة، وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية. وجه ما ذكر في هذه^(١٠) الرواية: أن النبي ﷺ وأصحابه - رضي الله عنهم - كانوا

(١) في ب: والأرباض.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في د.

(٥) زاد في أ: وعاد.

(٦) في د: الرواح.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: أو.

(١٠) في د: ظاهر.

[لا]^(١) يأمر من أهل السواد القريبة بالحضور إلى الجمعة؛ إذ لو^(٢) أمروا لاشتهر واستفاض.

والمعنى فيه: أن المسافر الذي في المصر لا يجب عليه حضور الجمعة لاشتغاله بأمور السفر نفياً للخرج.

والخرج الذي يلحق القروي بدخول المصر أكثر من خرج المسافر فيسقط عن القروي بطريق الأولى.

وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله - أن من كان مقيماً في عمران المصر وأطرافه وليس بين مكانه وبين مصره^(٣) فرجة، فعليه الجمعة.

ولو كان بين ذلك الموضع وبين المصر فرجة من المزارع والمراعي، فلا الجمعة على أهل ذلك الموضع، وإن كان النداء يبلغهم. والغلوة والميل والأميال ليس بشيء.

من هذه الجملة ما روى الفقيه أبو جعفر عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله - وبه كان يفتي شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وكان يقول: لا الجمعة على أهل القلع ببخارى، والمختار للفتوى أن من كان على قدر فرسخ من المصر يجب عليه الحضور للجمعة.

إذا قلد العبد عمل ناحية فصلى بهم صلاة الجمعة جازت بخلاف [ما]^(٤) [لو]^(٥) استقضي فقضى^(٦).

[و]^(٧) في فتاوى الفقيه أبي الليث - رحمه الله - صلاة الجمعة خلف المتغلب الذي لا منشور له من الخليفة يجوز إن كانت سيرته في الدين عليهم [كسيرة الأمراء

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في د: كان.

(٣) في د: المصر.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، ب: بقضاء.

(٧) سقط في أ، ب.

يحكم [فيما بين^(١)] رعيته [بحكم الولاية]^(٢) [٣].

وفي العيون والي مصر قد مات ولم يبلغ موته الخليفة حتى مضت بهم^(٤) الجمع فإن صلى بهم خليفة [الميت]^(٥) أو صاحب شرطه أو القاضي جاز؛ لأنه فوض إليهم أمر العامة ولو اجتمعت العامة على أن يقدموا رجلا من غير أمر خليفة الميت أو القاضي لم يجز ولم تكن جمعة؛ لأنه لم يفوض [إليهم أمرهم إلا]^(٦) إذا لم يكن فيهم قاض ولا خليفة الميت بأن كان الكل هو الميت فحيثئذ يجوز لأجل الضرورة؛ ألا ترى أن عليًا - رضي الله عنه - صلى بالناس وعثمان - رضي الله عنه - محصور لما اجتمع الناس على علي - رضي الله عنه -^(٧).

ذكر في كتاب الصلاة: [أن]^(٨) للقاضي أن يصلي الجمعة بالناس.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه ليس للقاضي ذلك إذ^(٩) لم يؤمر به ولم يكن في عهده ومنشوره وصاحب الشرط^(١٠) يصلي على كل حال أمر به أو لم يؤمر [به]^(١١).

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا صلى الإمام ركعة من الجمعة ثم أحدث فخرج من المسجد ولم يقدم أحدا فقدم الناس رجلا قبل أن يخرج هو من المسجد جاز لضرورة إصلاح صلاتهم فإن تكلم المقدم أو ضحك وأمر غيره أن يجمع بهم لم يجز؛ لأن الإمام لم يفوض إليه^(١٢) لكن جوزنا له البقاء^(١٣) على صلاة الإمام

(١) في د: على.

(٢) في د: لأن بهذا ثبت السلطنة فيتحقق الشرط.

(٣) في أ، ب: سيرة لأمير يحكم على رعيته؛ لأن بهذا ثبتت السلطة فيتحقق الشرط.

(٤) في أ، ب: به.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: أمرهم إليه.

(٧) ينظر: تبين الحقائق (١/٢١٩).

(٨) سقط في د.

(٩) في د: إذا.

(١٠) في د: الشرط.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) زاد في د: ذلك.

(١٣) في د: البناء.

لضرورة [إصلاح الصلاة]^(١) وقد خرج عن صلاة الإمام^(٢).
 إذا شرع في الأربع قبل الجمعة فافتتح الخطيب هل يقطع^(٣) فيه اختلف^(٤)
 المشايخ [فيه]^(٥).
 منهم من قال يصلي ركعتين ويقطع وبه أخذ الفقيه شمس الأئمة السرخسي
 - رحمه الله - .

ومنهم من قال يتم الأربع وبه أخذ الفقيه شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وبه
 كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة - رحمه الله - وإنما اختلفوا في الأربع قبل
 الجمعة لما ذكر محمد - رحمه الله - في باب الجمعة . وينبغي لمن كان في صلاة أن
 يفرغ [منها]^(٦) فحمل شمس الأئمة الحلواني ذلك على الإتمام على وجه السرعة،
 وحمل شمس الأئمة السرخسي ذلك على القطع على رأس الركعتين .
 إذا نوى فرض الوقت في صلاة الجمعة لا يجوز؛ لأن في فرض الوقت يوم
 الجمعة اختلافاً بين العلماء عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - فرض الوقت
 الظهر إلا أن الحر الصحيح المقيم مأمور بإسقاط الفرض عن ذمته بأداء الجمعة حتماً
 والمعذور مأمور بإسقاط الفرض [عن ذمته]^(٧) بأداء الجمعة على سبيل الرخصة
 وهكذا عن^(٨) محمد في قوله الأول وفي قوله الآخر الفرض أحدهما وإنما يتعين
 بالأداء^(٩) إلا أن الجمعة أكد من الظهر بدليل أن الظهر ينتقض بأداء الجمعة، أما
 الجمعة [لا تنتقض]^(١٠) بأداء الظهر .

وذكر القدوري، قال محمد - رحمه الله - : الفرض الجمعة، وله أن يسقط

-
- (١) سقط في أ، ب .
 (٢) زاد في د: وفي فتاوي خوارزم؛ صبي خطب يوم الجمعة وله منشور الوالي يجوز ويصلي
 رجل بالغ بالناس صلاة الجمعة .
 (٣) في د: يقطعها .
 (٤) في د: اختلاف .
 (٥) سقط في د .
 (٦) سقط في د .
 (٧) سقط في أ، ب .
 (٨) في د: عند .
 (٩) في د: بالأدلة .
 (١٠) في أ، ب: لا تنتقض .

الجمعة عن ذمته بالظهر وروي عنه^(١) أنه قال: لا أعلم فرض الوقت ما هو وإنما الفرض ما يستقر عليه فعله.

صلى المغرب بعرفات بعد غروب الشمس يؤمر بالإعادة؛ فإن لم يعد حتى طلع الفجر انقلب جائزاً.

في باب المسافر من الكافي في المنتقى شرط إباحة الجمع بين الصلاتين بعرفة عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن يكون مهلاً بالحج حتى لو أهل بعمره وصلى^(٢) مع الإمام الظهر [ثم]^(٣) أهل بحجة وصلى معه العصر لا يجزئه.

وفيه أيضاً: ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - إمام الموسم إذا كان مقيماً وصلى بأهل عرفات ركعة من الظهر، فأحدث وقدم [رجلاً مسافراً]^(٤) فدخل معهم في الصلاة قال يصلي الظهر أربعاً والعصر ركعتين وإنما جاز له أداء الصلاتين وإن استخلف في إحداهما؛ لأنهما اتحدا معنى حيث جاز أدائهما في وقت واحد [فالإذن بإحداهما يكون إذناً بالآخر]^(٥).

وإذا أصاب الناس مطر عظيم شديد يوم الجمعة فهم في سعة من التخلف في غريب الرواية في باب من يعذر في التخلف عن الجمعة والعيدين.

ولا بأس بالركوب في الجمعة والعيدين والمشى أفضل في هذا الموضوع أيضاً ذكر في^(٦) فتاوى أبي الليث رحمه الله - أن [لمصلي العيد]^(٧) حكم المسجد في حق جواز الاقتداء وإن كانت الصفوف [غير متصلة]^(٨) وحرمة دخول الجنب فيه، وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يقول: هكذا في حق جواز الاقتداء أما في حق حرمة دخول الجنب كان يقول: لا يعطى له حكم المسجد رفقا بالناس.

النساء إذا أردن أن يصلين صلاة الضحى يوم العيد يصلين بعدما يصلي الإمام في

(١) زاد في د: أيضاً.

(٢) في د: فأهل.

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: غيره وذلك الغير مسافر.

(٥) في د: فكان الإذن في إحداهما إذناً في الآخر.

(٦) زاد في أ، د: وقف.

(٧) في د: للمصلي.

(٨) في د: منفصلة.

الجبانة؛ لأن التطوع قبل صلاة العيد مكروه للرجال في الجبانة فكذا النساء تبعاً لهم^(١).

إذا أدرك الإمام في صلاة العيد في الركوع يكبر [تكبيرة الافتتاح]^(٢) ويتابعه ويأتي بالتكبيرات في الركوع على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - .

والإمام لو قرأ ولم يأت بالتكبيرات حتى ركع فإنه يعود إلى القيام ويأتي بالتكبيرات، هكذا روى^(٣)، ابن سماعة عن محمد.

وذكر في الجامع الصغير للكرخي^(٤) - رحمه الله - : القروي إذا دخل المصر يوم الجمعة إن نوى أن يمكث ثمة يوم الجمعة لزمته الجمعة وإن نوى أن يخرج من المصر في يومه ذلك قبل دخول الوقت أو بعده فلا جمعة عليه .

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : البلدي إذا أراد السفر يوم الجمعة ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في السير الكبير وجعلها على وجهين إن كان الخروج قبل الزوال فلا بأس به بلا خلاف؛ لأن الجمعة لا تجب قبل الزوال فلا يصير^(٥) بالخروج تاركاً فرضاً وصار الخروج قبل الزوال وليس فيه ترك فرض نظير الخروج يوم الخميس [إذ ليس فيه ترك فرض]^(٦) وإن كان الخروج بعد الزوال فإن كان يمكنه الخروج من مصره قبل خروج وقت الظهر فإنه لا بأس بالخروج قبل إقامة الجمعة وإن كان لا يمكنه الخروج^(٧) من مصره قبل خروج وقت الجمعة فلا ينبغي له أن يخرج بل يشهد الجمعة ثم يخرج وهذه المسألة لا توجد بهذا التفصيل إلا في السير [الكبير]^(٨).

وفي النوادر: يجوز أن يسافر يوم الجمعة قبل الصلاة من غير فصل، وهذا بناء

(١) في أ، ب: للرجال .

(٢) في د: للافتتاح .

(٣) في أ: روي عن .

(٤) في أ: الكرخي .

(٥) في أ: يكون .

(٦) سقط في أ، ب .

(٧) في أ، ب: أن يخرج .

(٨) سقط في أ، ب .

على أصل معروف.

لنا في كتاب: الصلاة [أن وجوب الصلاة]^(١) وسقوطها يتعلق بآخر الوقت عندنا فمتى كان لا يخرج [وقت الظهر]^(٢) قبل خروجه من المصر فهو صار^(٣) مسافرا في آخر الوقت ولا الجمعة على المسافر فلا يصير [تاركا للفرض]^(٤) وإذا كان يخرج وقت الظهر قبل خروجه من مصره كان مقيما في آخر الوقت وهو في المصر فكان عليه إقامة الجمعة فيصير بالخروج [تاركا فرضا]^(٥) فلا يباح له الخروج.

قال مشايخنا: وعلى قياس هذه المسألة يجب أن يكون الجواب على التفصيل متى لم يخرج للسفر، ولكن خرج بعد الزوال قبل إقامة الجمعة^(٦) إلى موضع لا يجب على أهل ذلك الموضع الجمعة هل يباح له ذلك؟ إن كان يخرج وقت الظهر قبل أن ينتهي إلى ذلك الموضع لا يباح له ذلك؛ لأنه يكون تارك فرض وإن كان لا يخرج وقت الظهر إلا بعد أن ينتهي إلى ذلك الموضع يباح له ذلك؛ لأنه لا يصير تاركا فرضاً؛ لأن العبرة لآخر الوقت.

وحكي عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - أنه كان يقول: عندي في جواب أصل المسألة إشكال.

[ووجهه: أن]^(٧) اعتبار آخر الوقت إنما يكون فيما ينفرد [هو بأدائه وهو سائر الصلوات، أما الجمعة فلا ينفرد]^(٨) هو بأدائها [وإنما يؤديها]^(٩) مع الإمام والناس فينبغي أن يعتبر وقت أدائهم حتى إذا^(١٠) كان لا يخرج من المصر قبل أداء الناس^(١١) ينبغي أن يلزمه شهود الجمعة.

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: يصير.

(٤) في أ: فرضا، وفي ب: تارك فرض.

(٥) في د: تارك.

(٦) في ب: الجمع.

(٧) في أ: ووجه.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د: لو.

(١١) زاد في د: الجمعة.

الرستاقى^(١) إذا سعى يوم الجمعة إلى المصر يريد إقامة الجمعة وإقامة حوائج له في المصر ومعظم مقصوده إقامة الجمعة ينال ثواب السعي إلى الجمعة وإن كان قصده إقامة الحوائج لا غير أو كان معظم مقصوده إقامة الحوائج لا ينال ثواب السعي إلى الجمعة^(٢).

المسبوق هل يأتي بتكبيرات^(٣) التشريق إذا فرغ من صلاته لا شك أن على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يأتي بها^(٤) المسبوق منفرداً^(٥) من وجه مصليا مع الإمام من وجه، وأي ذلك اعتبرنا^(٦) يأتي به عندهما.

وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - إن قيل: يأتي به فله وجه؛ لأنه منفرد من وجه متابع الإمام من وجه فمن حيث إنه منفرد يسقط عنه التكبير، ومن حيث إنه متابع^(٧) لا يسقط [وهو واجب]^(٨) عليه بالشروع مع الإمام فلا يسقط بالشك.

وإن قيل: لا يأتي به فله وجه [أيضاً]^(٩)؛ لأن الجهر بالتكبير بدعة في الأصل وإنما عرفنا جوازه بالشرع والشرع جوزه بشرط الأداء بالجماعة فإذا كان منفرداً من وجه متابعاً من وجه وقع الشك في شرعية الجهر في حقه فلا تثبت [الشرعية]^(١٠) في حقه بالشك وقد كتب^(١١) في شرح الجامع ما يدل على أنه يأتي^(١٢) به، [والله أعلم]^(١٣).

(١) الرستاق أو الرزداق - بالضم - السواد والقرى، وهو فارسي معرب، قال ياقوت: الذي شاهدناه في زماننا في بلاد الفرس أنهم يكنون بالرستاق كل موضع غير مزدرع وقرى، ولا يقال ذلك للمدن كالبصرة وبغداد، فهو عند الفرس بمنزلة السواد عند أهل بغداد فهو أخص من الكورة والاستان، وقيل هو: الناحية التي هي طرف الإقليم.

ينظر: لسان العرب، مادة (رستق) (١٦٢/١٣)، تاج العروس (١٦٢/١٣).

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: بتكبير.

(٤) في د: به لأن.

(٥) في ب، د: منفرد.

(٦) في د: اعتبر.

(٧) في أ: يتابع.

(٨) في أ، ب: والتكبير وجب.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في د.

(١١) في أ: كتبت.

(١٢) في د: لا يأتي.

(١٣) سقط في د.

الفصل [العشرون]^(١)

في صلاة المريض [والمجنون والمغمى عليه]^(٢)

قال محمد - رحمه الله -: [المريض]^(٣) إذا عجز عن القيام وقدر على القعود يصلي المكتوبة قاعدًا، لم يرد بهذا العجز أصلاً لا محالة بحيث لا يمكنه القيام بأن يصير مقعدًا، بل [أراد به]^(٤) إذا عجز عنه أصلاً [أو قدر عليه]^(٥) إلا أنه يضعفه ذلك ضعفاً شديداً حتى [يزيد]^(٦) علته^(٧) بذلك^(٨) أو يجد وجعا به^(٩) أو يخاف إبطاء البرء فهذا وما لو عجز عنه أصلاً سواء .

وإذا كان قادراً على بعض القيام دون تمامه كيف يصنع؟ لا ذكر [لهذا الفصل]^(١٠) في شيء من الكتب .

قال [الفقيه]^(١١) أبو جعفر - رحمه الله -: يؤمر بأن يقوم مقدار ما يقدر [عليه، فإذا عجز قعد حتى إذا كان قادراً على أن يكبر قائماً ولا يقدر]^(١٢) على القيام للقراءة، أو^(١٣) كان يقدر على القيام لبعض القراءة دون بعضها^(١٤) فإنه يؤمر أن يكبر قائماً ويقراً ما يقدر عليه قائماً ثم يقعد إذا عجز وبه أخذ [الشيخ الإمام الأجل]^(١٥) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

وإذا قدر على القيام متكئاً لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من

(١) في أ، ب: المكمل عشرين .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في د .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) في د: أو لم يعجز عنه أصلاً .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ: عليه .

(٨) في د: به .

(٩) في أ، ب: لذلك .

(١٠) في د: هذه المسألة .

(١١) سقط في أ .

(١٢) سقط في أ، ب .

(١٣) في أ: لو .

(١٤) في أ، ب: تمامها .

(١٥) سقط في د .

الكتب أيضا.

قال الشيخ الإمام الأجل - رحمه الله - هذا الصحيح أنه يصلي قائما متكئا ولا يجزئه غير ذلك وكذا لو قدر أن يعتمد على عصا أو كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام فإنه يقوم ويتكى خصوصا على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فإن على قولهما: إذا عجز المريض عن الوضوء وكان يجد من يوضئه لم [يجز له] ^(١) التيمم وقدرته بغيره كقدرته بنفسه فكذلك هاهنا.

فإن كان يقدر على القيام ولا يقدر على السجود أو مأ إيماء وهو قاعد؛ لأن القيام لافتتاح الركوع والسجود فكل قيام لا يتعقبه [الركوع] و^(٢) السجود لا يكون ركنا؛ ولأن إيماء القاعد أقرب إلى الشبه ^(٣) بالسجود من إيماء القائم والمقصود من الإيماء التشبه بمن يركع ويسجد كذا ذكر [الشيخ الإمام الأجل] ^(٤) شمس الأئمة الحلواني و[الشيخ الإمام - رحمه الله -] ^(٥) شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وذكر [الشيخ الإمام الأجل] ^(٦) شيخ الإسلام خواهر زاده و[الشيخ] ^(٧) الإمام [الزاهد] ^(٨) الصفار - رحمهما الله تعالى - أنه بالخيار إن شاء صلى قائما [بالإيماء] ^(٩) وإن شاء صلى قاعدا [بالإيماء] ^(١٠) وهو أفضل عندنا.

وزاد شيخ الإسلام [فقال] ^(١١): إذا أراد أن يومئ للركوع يومئ قائما ^(١٢).
وإذا أراد أن يومئ للسجود يومئ قاعدا؛ لأن الإيماء [بدل عن] ^(١٣) الركوع والسجود، ولو كان قادرا على الركوع والسجود يركع قائما ويسجد قاعدا فكذلك

(١) في أ، ب: يجزه.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في د: التشبه.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) في ب: بإيماء، وسقط في د.

(١١) في أ، ب: هذا، وفي د: هذا فقال.

(١٢) في ب: قياما.

(١٣) في د: يدل على.

الإيماء .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا لم يقدر على القعود مستويا وقدر عليه متكئا أو مستندا إلى حائط أو إنسان أو ما [أشبه ذلك]^(١) .

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - قال مشايخنا: يجب أن يصلي قاعداً مستندا أو متكئا ولا يجزئه أن يصلي مضطجعا خصوصا على قولهما هكذا ذكر في النوادر .

وهذا نظير ما ذكرنا في القيام إذا كان قادرا على القيام بالاتكاء والاستناد وإذا لم يستطع القعود صلى مستلقيا على قفاه متوجها نحو القبلة رأسه إلى المشرق ورجلاه إلى المغرب هذا هو الأفضل عندنا .

وإن صلى على جنبه الأيمن يومئ إيماء أجزاء وهو قول ابن عمر^(٢) ، وسعيد بن جبير^(٣) - رضي الله عنهما - .

ثم إذا أوما [فإنه]^(٤) يومئ بالرأس فإن عجز عن الإيماء بالرأس لم يصل [عندنا]^(٥) .

[و]^(٦) اختلف المشايخ بعد هذا .

(١) في د: أشبههما .

(٢) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي، أبو عبد الرحمن: صحابي جليل، نشأ في الإسلام، وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، روى علما كثيرا عن النبي ﷺ، وعن أبي بكر وعمر والسابقين، وقالت عنه عائشة - رضي الله عنها -: ما رأيت أحدا أُلزم للأمر الأول من ابن عمر! أفتى الناس في الإسلام ستين سنة، وغزا إفريقية مرتين، وهو آخر من توفي بمكة من الصحابة سنة ثلاث وسبعين هـ، وقيل: توفي سنة ثلاث وستين هـ .
ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٤/١٤٢)، طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١٩)، الاستيعاب، لابن عبد البر (٢/٣٨٠)، تذكرة الحفاظ (١/٣١)، أسد الغابة (٣/١٩٩)، سير أعلام النبلاء (٣/١٣٤) .

(٣) هو: سعيد بن جبير بن هشام الأسدي الوالبي، مولاهم، أبو محمد، ويقال: أبو عبد الله الكوفي، كان ابن عباس إذا أتاه أهل الكوفة يستفتونه يقول: أليس فيكم ابن أم الدهماء - يعني سعيد بن جبير - وهو ثقة إمام، حجة على المسلمين، قتله الحجاج صبرا سنة (٩٥هـ) .
ينظر: تهذيب الكمال (١٠/٣٥٨)، تقريب التهذيب (١/٢٩٢)، خلاصة تهذيب الكمال (١/٣٧٤) .

(٤) سقط في د .

(٥) سقط في د .

(٦) في أ: ثم .

قال بعضهم: إن دام العجز أكثر من يوم وليلة سقطت عنه الصلاة وإن زال قبل ذلك لا يسقط.

وقال بعضهم: لا تسقط وإن دام أكثر من يوم وليلة حتى إنه إذا برئ يلزمه القضاء ولو مات قضى عنه ورثته.

وقال بعضهم: تسقط [مطلقاً]^(١) من غير تفضيل، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أن المريض إذا عجز عن الإيماء بالرأس يومئ بعينه ولا يومئ بقلبه.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه [لم]^(٢) يجوز الإيماء بالعينين. وسئل محمد - رحمه الله - عن ذلك فقال: لا [شك]^(٣) أن الإيماء بالرأس يجوز ولا شك^(٤) بالقلب لا يجوز وأشك أن الإيماء بالعينين^(٥) هل يجوز.

وإذا افتتح [الصلاة]^(٦) المكتوبة بالإيماء ثم قدر على القعود استقبل الصلاة قاعداً؛ لأن الصلاة قاعداً أقوى من الصلاة بالإيماء وبناء القوي على الضعيف لا يجوز وكذلك إذا كان يصلي قاعداً بركوع وسجود ثم قدر على القيام استقبل^(٧) الصلاة عند محمد - رحمه الله -؛ لأن عنده الصلاة قاعداً أضعف من الصلاة قائماً حتى لم يجز اقتداء القائم بالقاعد ابتداءً على ما مر فكذلك لا يجوز البناء [ههنا]^(٨) وعندهما يتم الصلاة قائماً.

وإذا أغمي على رجل يوماً وليلة أو أقل^(٩) يلزمه قضاء الصلوات وإن أغمي عليه أكثر من ذلك لا قضاء عليه وهذا استحسان و[في]^(١٠) القياس إذا أغمي عليه وقت

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) زاد في د: منه.

(٥) في أ، ب: بالعين.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: يستقبل.

(٨) سقط في د.

(٩) زاد في د: منه.

(١٠) سقط في أ.

صلاة كامل لا قضاء عليه، وجه القياس هو أن الإغماء عذر يعجزه عن فهم الخطاب فينافي الوجوب إذا استوعب وقت^(١) صلاة كامل كالمجنون هكذا ذكر المسألة في الجنون على طريق الاستشهاد وذكرت مسألة الجنون في الفتاوى^(٢) الصغرى وجعلها نظير مسألة الإغماء؛ ولأن قليل الإغماء لو لم يكن مسقطاً لا يكون الكثير مسقطاً كالنوم فإنه إذا نام أكثر من يوم وليلة يلزمه [القضاء]^(٣) كما إذا نام وقت صلاة كامل . وجه الاستحسان: حديث علي - رضي الله عنه - فإنه أغمى عليه^(٤) في أربع صلوات وقضاهن^(٥)، وعمار بن ياسر^(٦) - رضي الله عنه - أغمى عليه يوماً وليلة فقضى الصلوات^(٧).

(١) في أ: الوقت .

(٢) في أ: فتاوى .

(٣) سقط في د .

(٤) زاد في د: ثلاثة أيام .

(٥) لم أجده إلا في كتب الحنفية قال بدر الدين العيني في البناية: «وذكره أصحابنا في كتبهم أن علياً - رضي الله عنه - أغمى عليه في أربع صلوات فقضاهن» . ينظر: البناية (٢/ ٧٨٤) .

(٦) هو: عمار بن ياسر بن عامر بن الحصين بن قيس بن ثعلبة بن عوف بن يام بن عنس العنسي بنون أبو اليقظان مولى بني مخزوم، صحابي جليل شهد بدرًا والمشاهد، وكان أحد السابقين الأولين، له اثنان وستون حديثًا، قتل بصفين مع علي رضي الله عنه . ينظر: خلاصة تهذيب التهذيب الكمال (٢/ ٢٦١)، تهذيب الكمال (٢١/ ٢١٥) .

(٧) أخرجه مالك في الموطأ برواية محمد كما في التعليق الممجد على موطأ محمد (٢/ ٤٠) عَنْ عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ: أَنَّهُ أَغْمِيَ عَلَيْهِ أَرْبَعَ صَلَوَاتٍ، ثُمَّ أَفَاقَ فَقَضَاهَا . والدارقطني (٢/ ٨١)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١/ ٣٧٤ ٣٧٥) (٦٢٠)، وفي التحقيق (١/ ٤١٢) من طريق الدارقطني، به . وقال ابن الجوزي في العلل: «هذا حديث لا يصح؛ قال أحمد: لا ينبغي أن يروى عن الحكم شيء . وقال يحيى: ليس بشيء . وقال أبو داود: تركوا حديثه» .

وأخرجه البيهقي في الصلاة (١/ ٣٨٨) باب: المغمى عليه فيبقى بعد ذهاب الوقتين، من طريق الحافظ ابن عدي عن محمد بن عبد الرحمن الدغولي عن خارجة بإسناده . وأورده البيهقي عقبه من رواية ابن عدي بإسناده، إلا أنه قال فيه: «عن عبد الله بن عطاء عن الحكم عن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ مثل ذلك» .

قال البيهقي: «وكذلك أخرجه أحمد بن خالد عن خارجة الأكبر، وكذلك روي عن سليمان بن بلال عن أبي حسين، وهو عبد الله بن حسين بن عطاء بن يسار، ذكره البخاري في التاريخ، وقال: فيه نظر . والحكم بن عبد الله الأيلي تركوه، كان ابن المبارك يوهنه، ونهى أحمد بن حنبل عن حديثه» . ورماه ابن حبان في المجروحين (١/ ١) =

وابن عمر - رضي الله عنهما - أغمى عليه ثلاثة أيام فلم يقض الصلوات^(١).
ولأن الإغماء إذا قصر فهو معتبر بما يقصر عادة وهو النوم فلا يسقط القضاء،
وإذا طال فهو معتبر مما يطول عادة وهو الجنون والصغر^(٢) فيسقط القضاء وقد رنا
الطويل والقصير بالزيادة على اليوم والليله لتدخل الصلوات في حد التكرار فيخرج
في القضاء وللحرج تأثير^(٣) في إسقاط القضاء.

ثم اختلفوا في أن الزيادة على اليوم والليله تعتبر بالساعات أم بالصلوات؟
ذكر الكرخي^(٤) - رحمه الله - في مختصره [أن المعتبر الزيادة على [اليوم^(٥)
والليله] ^(٦) بالصلوات.

وذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في كتابه اختلافا بين أبي يوسف ومحمد
- رحمهما الله - [عند أبي يوسف تعتبر^(٧) من حيث الساعات وهو رواية عن أبي
حنيفة - رحمه الله - .

وعند محمد تعتبر من حيث الصلوات ما لم تصر الصلوات ستا فلا يسقط عنه
القضاء وإن كان^(٨) من حيث الساعات أكثر من يوم وليله وهو الأصح، وإنما تظهر
ثمرة الاختلاف فيما إذا أغمى عليه عند الصحوة ثم أفاق من الغد قبل الزوال بساعة
فهذا أكثر من يوم وليله من حيث الساعات ولا قضاء عليه في قول أبي يوسف
- رحمه الله - وفي^(٩) قول محمد - رحمه الله - [يجب [عليه]^(١٠) القضاء؛ لأن

٢٤٨) بالوضع، فقال: «أحاديث الحكم بن عبد الله كلها موضوعة».

(١) في أ: الصلاة، والأثر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٧٩/٢) كتاب الصلاة، باب: صلاة المريض على الدابة والمغمى عليه، حديث (٤١٥٣)، عن نافع عن ابن عمر: «أنه أغمى عليه شهراً فلم يقض ما فاته، وصلى يومه الذي أفاق فيه».

(٢) زاد في أ: والضعف.

(٣) في أ: أثر.

(٤) في أ: الخرجي.

(٥) في أ: يوم وليله.

(٦) في د: يعتبر.

(٧) في د: فأبو يوسف يعتبره.

(٨) زاد في د: الماضي.

(٩) في د: وعليه القضاء في.

(١٠) سقط في ب.

الصلوات] لم تزد^(١) على الخمس هذا الذي ذكرنا إذا دام الإغماء فلم يفتق إلى تمام يوم وليلة وزيادة، فإن كان يفتق ساعة ثم يعاوده الإغماء [بعدها]^(٢) لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا في الكتاب وأنه على وجهين إن كان لإفاقته وقت معلوم نحو أن يخف [من]^(٣) مرضه عند الصبح فيفتق قليلاً ثم يعاوده الإغماء^(٤) أو كان يعرفه في وقت فيفتق ثم تعاوده الحمى فيغمى عليه فهذه إفاقة معتبرة تبطل حكم ما قبلها من الإغماء إن كان أقل من يوم وليلة فأما إذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم وقد^(٥) كان يفتق بغتة فيتكلم بكلام الأصحاء ثم يغمى عليه بغتة فهذه الإفاقة غير معتبرة؛ ألا ترى أن المجنون قد يتكلم في جنونه بكلام الأصحاء، ولا يعد ذلك منه إفاقة كذا ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

وفي المنتقى: المجنون يعيد صلاة يوم وليلة إذا كان مجنوناً في ذلك^(٦) [فحسب، أما إذا]^(٧) كان أكثر من يوم وليلة فلا قضاء [يعني لا قضاء]^(٨) عليه فيما زاد على [يوم وليلة]^(٩) .

بيانه: فيما روى أبو سليمان عن محمد - رحمهما الله - إذا جن حين دخل في الظهر ثم أفاق من الغد عند العصر فليس عليه قضاء الظهر؛ لأن الظهر زائد على صلاة يوم وليلة وإذا جن قبل الزوال ثم أفاق من يومه قبل غروب الشمس يعيد الظهر والعصر .

قال: وإذا كان بجبهته جرح لا يستطيع السجود [عليه]^(١٠) لم يجزه الإيماء وعليه أن يسجد على أنفه؛ [لأن الأنف مسجد كالجبهة وإذا لم يسجد على أنفه وأوماً]^(١١)

- (١) في د: يزدد.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في ب، د.
- (٤) زاد في د: بعده.
- (٥) في أ: ولكنه.
- (٦) في أ، ب: فإذا.
- (٧) في أ، ب: فإذا.
- (٨) في د: اليوم والليله.
- (٩) سقط في أ، ب.
- (١٠) سقط في أ، ب.
- (١١) في أ، ب: ويومئ.

لم تجز صلاته؛ لأنه^(١) ترك السجود مع الإمكان فلا تجزيه .
قال في الأصل : ويكره للمومئ أن يرفع إليه عودًا أو وسادة ليسجد عليه لما روي
عن النبي ﷺ أنه^(٢) دخل على مريض يعوده فوجده يصلي كذلك فقال : «إن قدرت
أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأومئ برأسك»^(٣) .

[وروى عن]^(٤) ابن مسعود- رضي الله عنه- : «أنه دخل على أخيه يعوده فوجده يصلي
ويرفع إليه عود فيسجد عليه فتزع ذلك من يده من كان في يده وقال : هذا شيء عرض [لكم]^(٥)
الشیطان أوم بسجودك»^(٦) فإن فعل ذلك ينظر إن كان يخفض رأسه للركوع ثم للسجود
أخفض من الركوع^(٧) جازت صلاته وإن كان لا يخفض رأسه ولكن يوضع العود على جبهته
لم [تجز صلاته]^(٨)؛ لأنه لم يوجد السجود ولا الإيماء .

ثم اختلفوا [في]^(٩) أن هذا يعد سجودًا أو إيماء، قال بعضهم : هو سجود، وقال
بعضهم : هو إيماء، وهو الأصح، فإن كانت الوسادة موضوعة [على الأرض وكان
يسجد عليه جازت صلاته فقد صح أن أم سلمة^(١٠) - رضي الله عنها - كانت تسجد

(١) في أ: لأن .

(٢) في أ: وأن .

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢/٢٦٩، ٢٧٠) رقم (١٣٠٨٢) من طريق حفص بن سليمان،
عن قيس بن مسلم، عن طارق بن شهاب، عن ابن عمر قال : عاد رسول الله ﷺ رجلاً من
أصحابه مريضاً، وأنا معه فدخل عليه، وهو يصلي على عود فوضع جبهته على العود، فأومأ
إليه فطرح العود . وأخذ وسادة . فقال رسول الله ﷺ : «دعها عنك إن استطعت أن تسجد
على الأرض، وإلا فأومئ إيماء، واجعل سجودك أخفض من ركوعك» .

قال الهيثمي في المجمع (٢/١٥١) : فيه حفص بن سليمان المنقري، وهو متروك،
واختلفت الرواية عن أحمد في توثيقه، والصحيح أنه ضعفه . والله أعلم .
وضعف إسناده ابن حجر في التلخيص (١/٢٢٧) .

(٤) سقط في أ، وفي ب: فإن .

(٥) في أ، ب: لك .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١/٢٤٦)، وينظر: بدائع الصنائع (١/١٠٨)، المحيط
البرهاني في الفقه النعماني (٢/١٤٦)، البحر الرائق (٢/١٢٣) .

(٧) سقط في أ .

(٨) في ب: تجزه الصلاة .

(٩) سقط في أ، ب .

(١٠) هي : أم المؤمنين هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم المخزومية،
أم سلمة، أم المؤمنين رضي الله عنها، من المهاجرات الأول إلى الحبشة ثم إلى المدينة
فيقال : إنها أول ظعينة دخلت إلى المدينة مهاجرة وفوائدها كثيرة وكانت تعد من فقهاء =

على برقعة^(١)

موضوعة^(٢) بين يديها لعة كانت بها، ولم يمنعها رسول الله ﷺ من ذلك^(٣).
ومن يصلي التطوع قاعدا بعذر أو^(٤) بغير عذر ففي التشهد يقعد كما في سائر
الصلوات إجماعا أما حالة القراءة فعن أبي حنيفة - رحمه الله - إن^(٥) شاء [قعد
كذلك]^(٦) وإن شاء تبرع وإن شاء احتبى.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه يحتبى^(٧) وروي عنه أنه يتربع إن شاء.
وعن محمد - رحمه الله - أنه يتربع.
وعن زفر: أنه يقعد كما يقعد في التشهد ثم قال أبو يوسف تحل القعدة عند
السجود.

وقال محمد: عند الركوع كذا ذكر شيخ الإسلام [خواهر زاده]^(٨) - رحمه الله -
في أول صلاته وذكر هو في آخر باب الحدث أنه يتخير بين التربع والاحتباء، حكى

الصحابييات، دخل بها النبي ﷺ في سنة أربع من الهجرة ويبلغ مسندها: ثلاث مائة وثمانية
وسبعين حديثا وانفق البخاري ومسلم لها على ثلاثة عشر وانفرد البخاري بثلاثة، ومسلم
بثلاثة عشر، عاشت نحو من تسعين سنة، وقال ابن الجوزي: أربعة وثمانين، وقال
الذهبي: والظاهر وفاتها في سنة إحدى وستين ودفنت بالبقيع وكانت آخر من مات من
أمهات المؤمنين.

ينظر: الاستيعاب (١٩٢٠/٤، ١٩٢١)، صفة الصفوة، لابن الجوزي (٤٠ - ٤٢)، سير
أعلام النبلاء (٢/٢٠٢ - ٢١٠)، الإصابة (٨/١٥٠ - ١٥٢)، تهذيب التهذيب (١٠/٥٠٨،
٥٠٩).

(١) في ب: مرفقة.

أخرجه الشافعي في المسند، ص (٣٠)، وابن الجعد في مسنده، ص (٤٦٣)، وابن أبي
شيبه في المصنف (١/٢٤٤)، وينظر: بدائع الصنائع (١/١٠٨)، المحيط البرهاني في الفقه
النعمانى (٢/١٤٦)، البحر الرائق (٢/١٢٣)، رد المحتار على الدر المختار (٢/٩٨).

(٢) سقط في د.

(٣) المحيط البرهاني (٢/١٤٦).

(٤) في أ: و.

(٥) في أ، ب: إنه إن.

(٦) في أ، ب: فكذلك قعد.

(٧) الاحتباء: أن يجلس الرجل على أليته، وينصب ساقيه، ويدعمهما بثوبه أو يديه.

ينظر: فقه اللغة وسر العربية، لأبي منصور عبد الملك بن محمد الثعالبي، دار الجيل،
بيروت، ط (١)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، ص (٢١٣).

(٨) سقط في د.

عن اختلاف زفر - رحمه الله - أنه في صلاة الليل يتربع عند أبي حنيفة - رحمه الله - من أول الصلاة إلى آخرها .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا جاء وقت الركوع والسجود يقعد كما في تشهد المكتوبة .

[وقال زفر - رحمه الله - يقعد من أول الصلاة إلى آخرها كما في تشهد المكتوبة . وعن^(١) أبي حنيفة - رحمه الله - : الأفضل أن يقعد في موضع القيام محتبياً ورأينا في مختصر الكرخي عن أبي حنيفة - رحمه الله - [أنه]^(٢) يقعد كيف يشاء . وهو قول محمد - رحمه الله - .

وروى الحسن : أنه يتربع وإذا أراد أن يركع يثنى رجله اليسرى وافترش لها . قال القدوري - رحمه الله - : أطلق أبو الحسن رواية الحسن وهو عن أبي يوسف - رحمه الله - وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يركع متربّعاً . وقال زفر - رحمه الله - : يفتersh رجله اليسرى في جميع صلاته . وذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - أن الفتوى على قول زفر - رحمه الله - في هذا .



(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ ، ب .

ومما يتصل بهذا الفصل :

ما ذكر محمد - رحمه الله - في الزيادات : رجل بحلقه جراح لا يستطيع أن يسجد إلا وتسيل جراحه وهو صحيح فيما سوى ذلك [و] ^(١) يقدر على القيام والقراءة والركوع يصلي قاعدا يومئ إيماء ولو صلى قائمًا بركوع وقعد وأومأ السجود أجزاءه والأول أفضل وإنما كان كذلك ^(٢) ؛ لأن القيام لم يشرع قرينة بنفسه وكذلك الركوع لكن شرعا ليكونا وسيلتين إلى السجود، ولهذا كانت السجدة قرينة بانفرادها دون ^(٣) القيام والركوع وشرعت السجدة مكررة في ركعة واحدة، ولم يشرع القيام والركوع مكررا [في الركعة] ^(٤).

قلنا: وقد أمر بترك السجود هاهنا؛ لأنه لو سجد سال من جرحه شيء فتصير صلاته بغير طهارة، ولو لم يسجد [لا يسيل جرحه، فكانت] ^(٥) صلاته بطهارة، ولكن من غير سجود.

قلنا: والصلاة مع الحدث لم تشرع في حالة الاختيار [بحال، فأما الصلاة قائمًا أو نائمًا فمشروع في حالة الاختيار] ^(٦)، حتى إن المتنفل إذا صلى قاعدًا أو على الدابة نائمًا جاز، فكان ^(٧) ترك السجود أهون من تحمل الحدث، وقد عرف أن من ابتلي ببليتين يختار أهونهما، وإذا أمر بترك السجود هاهنا أمر بترك القيام والركوع بطريق التبعية، [و] ^(٨) لكن مع هذا لو قام وركع جاز؛ لأن السجود هاهنا بقي مشروعًا ولهذا لو تكلف وفعله بلا حدث جاز فبقي القيام والركوع أيضًا مشروعين تحقيقًا للتبعية فإذا ^(٩) أتى بهما ^(١٠) فقد أتى بما هو المشروع فجاز، إلا أنه لما أمر بترك

(١) سقط في د.

(٢) في أ، ب: هذا.

(٣) في أ: ولا كذلك.

(٤) في د: فيها.

(٥) في أ، ب: كانت.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: وكان، وفي د: فيكون.

(٨) سقط في د.

(٩) في أ: وإذا.

(١٠) في أ: به.

السجود لما قلنا أمر بترك القيام والركوع أيضًا بطريق التبعية ولكن مع كونهما مشروعين في نفسهما فجاز الإتيان بهما.

وكذا إذا [كانت به] ^(١) جراحة إذا قام سال جرحه وإذا قعد لا يسيل أو كان شيئًا كبيرًا إذا قام يسيل ^(٢) بوله، وإذا قعد استمسك صلى قاعدًا بركوع [وسجود] ^(٣)، و[إن كان] ^(٤) لو سجد سال أيضًا صلى قاعدًا يومئ إيماء ويجعل السجود أخفض من الركوع، وإنما كان هذا لما قلنا إنه لو قام صار مصليًا بدون الطهارة وذلك غير مشروع في حالة الاختيار بحال وإذا قعد كانت صلاته بطهارة و[و] ^(٥) لكن بغير قيام وذلك مشروع في حالة الاختيار على ما مر فكان ^(٦) ترك القيام أهون من تحمل الحدث وهذا والأول سواء إلا أن هاهنا لو صلى قائمًا [فلا] ^(٧) يجوز؛ لأن هاهنا السيلان يوجد في حالة القيام فيصير مصليًا مع الحدث، فلا يجوز ولا كذلك الفصل الأول، وعلى هذا لو أن شيئًا كبيرًا إذا قام ضعف وعجز عن القراءة، وإذا ^(٨) صلى جالسًا يركع ويسجد ويقدر على القراءة، أمر بأنه يصلي قاعدًا بركوع وسجود؛ لأن الصلاة بغير قراءة لا تجوز في حالة الاختيار بحال وتجاوز [بدون القيام في حالة الاختيار، فإنه يجوز] ^(٩) التطوع قاعدا مع القدرة على القيام وبالإيماء راكبًا مع القدرة على النزول فكان ترك القيام أهون من ترك القراءة.

وإذا كان بالرجل ^(١٠) جرح إن قعد أو قام سال وإن استلقى على قفاه رقاً الجرح فإنه يصلي قائمًا بركوع وسجود وكذلك من به سلس البول إذا كان بحيث يستمسك إذا استلقى على قفاه وإنما كان كذلك؛ لأن الصلاة مع الحدث في حالة الاختيار لا

(١) في أ، ب: كان ثمة.

(٢) في د: سلس.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: وكان، وفي د: فيكون.

(٧) في د: لا.

(٨) في د: ولو.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في د: برجل.

تجوز بحال، والصلاة مستلقياً على قفاه [كذلك أيضاً]^(١) فاستويا من هذا الوجه إلا أنه إذا صلى قائماً فاته فرض واحد وهو الطهارة من الحدث، ولو صلى مستلقياً على قفاه يلزمه تحمل الاستلقاء وترك القيام والركوع والسجود فكان ما قلنا أهون الأمرين^(٢).

وذكر في المنتقى عن أبي سليمان عن محمد - رحمه الله - رجل به جرح إن اضطجع فأوماً لم يسلم جرحه وإن قعد سال جرحه قال: يصلي مضطجعا ويومئ إيماء فعلى قياس ما ذكر في المنتقى ينبغي في مسألة الزيادات أن يصلي مستلقياً على قفاه.

ومن هذا الجنس مسألة لا ذكر لها في شيء من الكتب، وهو أن المريض إذا كان يقدر على القيام لو كان يصلي في بيته ولو خرج إلى الجماعة يعجز عن القيام يصلي في بيته قائماً أو يخرج إلى الجماعة ويصلي قاعداً؟ اختلف المشايخ فيه، [قال بعضهم]^(٣): يصلي في بيته قائماً؛ لأن القيام فرض في الصلاة فلا يجوز تركه لأجل الجماعة وهي سنة، أما من يقول يخرج إلى الجماعة يقول ليس فيها^(٤) ترك الفرض؛ لأن القيام إنما يفترض عليه إذا كان قادراً وقت الأداء وهو عاجز عنه حالة الأداء، وإذا لم يكن القيام فرضاً [عليه]^(٥) حالة الأداء لعجزه، والمعتبر حالة الأداء في باب الصلاة لا حالة الوجوب فلم^(٦) يكن [بسبب الجماعة تاركاً فرضاً عليه]^(٧) وكان عليه مراعاة الجماعة.

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل إن صام^(٨) [رمضان]^(٩) يضعف^(١٠) [ويصلي قاعداً]^(١١) وإن أفطر يصلي قائماً، قال: [يصوم]^(١٢) ويصلي

(١) في أ، ب: وكذلك.

(٢) المحيط البرهاني (١٥١/٢، ١٥٢).

(٣) في د: بعضهم قالوا.

(٤) في د: في هذا.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ: لم.

(٧) في د: تارك فرض عليه بسبب الجماعة.

(٨) في أ: صار.

(٩) سقط في د.

(١٠) في أ، ب: يصعفه.

قاعدًا، وفيه أيضًا [روى] ^(١) بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمهما الله - فيمن
 خاف العدو إن صلى قائمًا أو كان في خباء لا يستطيع أن يقيم صلبه فيه وإن خرج
 [لم يستطع] ^(٢) أن يصلي من الطين والمطر، قال: يصلي قاعدًا ^(٣).
 مريض يصلي ويقول ^(٤) عند القيام [والقعود] ^(٥) (بسم الله) لما يلحقه من المشقة
 والوجع لا تفسد صلاته؛ لأن قوله (بسم الله) في الأصل ليس من كلام الناس.
 وفي فتاوى أهل سمرقند وعلى هذا إذا قال: (يا رب)، لما يلحقه من المشقة.



-
- (١١) سقط في أ.
 (١٢) سقط في ب.
 (١) سقط في أ، ب.
 (٢) في د: لا يستطيع.
 (٣) المحيط البرهاني (١٥٢/٢).
 (٤) في د: ويقوم.
 (٥) سقط في د.

الفصل الحادي والعشرون

في الصلاة على الدابة

قال محمد - رحمه الله -: وإذا كان القوم مسافرين في غزوة أو غيرها فلا بأس بأن يصلوا التطوع على دوابهم، حيث ما كانت وجوههم [يومئون] ^(١) بالركوع والسجود ^(٢) [و] ^(٣) يجعلون السجود أخفض من الركوع؛ لحديث عبد الله [بن] ^(٤) عمر - رضي الله عنهما - قال: كان النبي ﷺ يصلي في السفر على راحلته حيث توجهت به ^(٥).

وعنه أيضًا قال: «رأيت النبي ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر» ^(٦) ^(٧).
قال محمد - رحمه الله -: وأما صلاة الفريضة فلا تجوز على الدابة إلا بعذر،

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ، ب: إيماء.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه البخاري (٦٦٩/٢) كتاب تقصير الصلاة، باب: الإيماء على الدابة حديث (١٠٩٦)، ومسلم (٢٢٦/٣) كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب: جواز صلاة النافلة على الدابة في السفر حيث توجهت، حديث (٧٠٠/٣٧)، والنسائي (٢٤٤/١) كتاب القبلة، باب: الحال التي يجوز فيها استقبال غير القبلة، وأحمد (٤٦/٢)، ٥٦، ٦٦، ٧٢، (٨١)، والطالسي (٨٧/١) رقم (٣٧٥)، وأبو عوانة (٣٤٣/٢)، وابن حبان (٢٥٠٩ - الإحسان)، والبيهقي (٤/٢) كتاب الصلاة، باب: الرخصة في ترك استقبالها في السفر إذا تطوع راكبًا أو ماشيًا، كلهم من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر.

(٦) خيبر: ناحية على بعد ثمانية برد (حوالي ١٤٥ كم) شمال المدينة المنورة على طريق تبوك والشام، وكان يسكنها في زمان النبي ﷺ يهود من بني النضير وبني قريظة فأقاموا لهم سبعة حصون منيعة، ولفظ خيبر بلسان اليهود معناه: الحصن، فتحها النبي ﷺ عنوة سنة ٧هـ - ٦٢٨م وبلدة خيبر الحالية تقع في وادي الزيدية أكبر وديان خيبر.
ينظر: معجم البلدان (٤٠٩/٢)، القاموس الإسلامي، لأحمد عطية الله، مكتبة النهضة الإسلامية (٣٠٨/٢).

(٧) أخرجه النسائي (٦٠/٢)، أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا إسماعيل بن عمر، قال: حدثنا داود بن قيس، عن محمد بن عجلان، عن يحيى بن سعيد، عن أنس، به. وقال النسائي: الصواب موقوف. اهـ.

وقال الحافظ: وقد روى السراج من طريق يحيى بن سعيد، عن أنس أنه رأى النبي ﷺ يصلي على حمار، وهو ذاهب إلى خيبر. وقال الحافظ: إسناده حسن. وينظر: الفتح (٣/٢٨٨) بعد الحديث (١١٠٠).

وهو أن يخاف من العدو أو السبع أو كان في طين وردغة لا يقدر على النزول^(١).

(١) اتفق الفقهاء على جواز أداء صلاة الفرض ركوبًا على الدابة، غير أنهم قد اشترطوا لصحة جواز هذه الصلاة شروطًا، إذا اختلت حُكْم بطلان الصلاة عليها، ومن هذه الشروط: الشرط الأول: ألا يمكنه النزول إلى الأرض:

بأن كان في الحَصْحَاصِ، ولا يطبق النزول فيه، وقد خشى خروج الوقت أو المرض به، فإن أطاق أو استطاع النزول إلى الأرض لزمه النزول، ويومئ للركوع أخفض من السجود، وإنما الذي أوجب صحة الصلاة على الدابة في هذه الحالة خشية تلطخ الثياب، وكذا المرض.

ينظر: تبين الحقائق (١٧٧/١)، بدائع الصنائع (٤٤١/١)، الشرح الكبير مع الحاشية للدردير (٢٣٠/١) (٨٩/٢)، مواهب الجليل (٥١٤/١)، مغني المحتاج (١٤٤/٣)، روضة الطالبين (٢٠٩/١)، المحلى على المنهاج (١٣٥/١)، المغني، لابن قدامة (١/٦٣٥)، والمحلى، لابن حزم الظاهري (٥٦/٣).

وللحنابلة في صلاة الفرض على الدابة روايتان:

إحدهما: الجواز؛ لأن المشقة بالنزول في المرض أشد منها بالنزول في المطر، بل المرض أولى.

والثانية: عدم الجواز؛ لوجود الفرق بين المرض والمطر؛ فالنزول في المطر يبيل ثيابه ويلوثها، ولا يتمكن من الصلاة بالمشقة، أما المرض فيؤثر في حصوله على الأرض، بالإضافة إلى أنه أمكن له وأسكن من كونه على ظهر الدابة. ينظر: المغني (١/٦٣٦).

ويلحق بهذا ما إذا خاف على نفسه من نزوله أو على الدابة من سبع أو لص، أو كان في وحل ولا يجد مكانًا جافًا، أو كانت الدابة جُمُوحًا. لو نزل لا يمكنه ركوبها إلا بمشقة، أو كان شيئًا كبيرًا، لو نزل لا يمكنه ركوبها ثانيًا، ولا يجد من يعينه على ركوبها، أو ما شابه ذلك من ضرورة.

ينظر: تبين الحقائق (١٧٧/١)، روضة الطالبين (٢٠٩/١).

فإن قدر على الركوع والسجود بالأرض ولو من جلوس، فلا تصح على الدابة، وتعين عليه النزول والصلاة بالأرض، وإن لم يقدر صلى على الدابة، وأومأ بالسجود للأرض لا إلى ظهر الدابة.

ينظر: الشرح الكبير، للدردير (١/٢٣٠).

الشرط الثاني: أن تكون الدابة واقفة:

من الشروط التي اشترطها الفقهاء في صحة جواز أداء الفريضة على الدابة أن تكون واقفة، فإن كانت سائرة فلا تصح صلاة الفريضة عليها؛ لأن الدابة لا تكاد تثبت على حالة واحدة، ويشترط في مصلي الفريضة أن يكون مستقرًا، كما أن الدابة السائرة لا تراعي الجهة فربما تنحرف عن جهة القبلة، وسيرها منسوب إليه، كما أن الركن الآكد في الفريضة هو القيام، وفعلها على الدابة السائرة يحو صورتها.

ينظر: الشرح الكبير، للدردير (١/٢٣٠)، مواهب الجليل (١/٥١٤)، روضة الطالبين

روي عن عبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ كان يصلي التطوع على دابته وإذا أراد [أن يصلي] (١) الوتر أو الفرض نزل (٢)، وروي

= (٢٠٩/١، ٢١٠)، مغني المحتاج (١٤٤/١).

الشرط الثالث: استقبال القبلة.

اتفق الفقهاء على أن من شروط صحة الصلاة استقبال القبلة، ولا يسقط هذا الشرط إلا في حالتين:

الأولى: في حالة الخوف.

والثانية: أداء صلاة النافلة على الراحلة.

ينظر: بدائع الصنائع (١٧٦/١)، تبيين الحقائق (١٠٠/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٢٢/١)، مواهب الجليل (٥٠٧/١)، المهذب (٩٧/١)، روضة الطالبين (٢٠٩/١)، المغني، لابن قدامة (٤٤٧/١)، الإنصاف (٣/٢)، المحلى (٣/٢٢٧).

ويستدل لذلك بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [البقرة: ١٤٤].

ووجه الدلالة من الآية: أن الأمر هنا للوجوب؛ فيكون استقبال جهة القبلة في الصلاة أمراً واجباً.

وأما السنة: فلقوله ﷺ للمسيءِ صلاته: «إذا قمت إلى الصلاة فأسيغ الوضوء، ثم استقبل القبلة». [أخرجه البخاري في صحيحه مع فتح الباري (٣٨/١١، ٣٩) كتاب الاستئذان، باب: من رد فقال: عليك السلام، رقم (٢٢٥١)، ومسلم في كتاب الصلاة (٢٩٨/١) رقم (٤٦)].

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ دُلَّ على استقبال القبلة.

الشرط الرابع: إتمام الركوع والسجود:

بأن كان في سرير أو مَحْمَل، ومعنى ذلك: أنه لا تصح الصلاة مع الإيماء للركوع والسجود. وهذا الشرط قال به فقهاء الشافعية في صلاة الفريضة على الراحلة، أما في صلاة النافلة فجائز الإيماء.

ينظر: مغني المحتاج (١٤٤/١)، روضة الطالبين (٢١٣/١).

الشرط الخامس: أن يكون ما يلاقي بدن المصلي على الراحلة وثيابه من البرذغة وغيرها - طاهرًا:

فلو كان على البرذغة - مثلاً - نجاسة، فسَتَرَهَا وصلَّى عليه، لم يضر.

ينظر: تبيين الحقائق (٩٥/١)، بدائع الصنائع (١٢٢/١، ١٢٣)، مواهب الجليل (١/٤٦٩)، الشرح الكبير، للرددير (٢٠١/١)، روضة الطالبين (٢١٣/١)، المهذب (٨٧/١) وما بعدها، الإنصاف (٤٨٣/١) (٦/٢).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (٦/٢)، وابن حزم في المحلى (٥٢/٣).

أيضاً أنه ﷺ صلى الوتر على دابته^(١).

ثم يستوي الجواب عندنا أن يفتح الصلاة على الدابة مستقبل القبلة وبين [أن]^(٢) يفتحها مستدبر القبلة في الحالتين^(٣) يجزئه؛ لأن جواز التطوع على الدابة عرف بالآثار ولا فصل في الآثار بين الابتداء والبقاء.

ومن الناس من يقول: إنما يجوز إذا توجه^(٤) إلى القبلة عند الافتتاح^(٥) ثم^(٦) يدعها حتى تنحرف؛ لأنه لا ضرورة في الابتداء وإنما الضرورة في البقاء، لكن لم يأخذ به علماؤنا - رحمهم الله -؛ لأنه لا تفصيل^(٧) في الآثار ثم إن محمداً - رحمه الله - خص المسافر بجواز صلاة التطوع على الدابة، والجواب في المسافر [وغير المسافر]^(٨) سواء بعد أن يكون خارج المصر بلا خلاف حتى إن من خرج من مصره إلى صناعته^(٩) جاز له أن يصلي [التطوع]^(١٠) على الدابة وإن^(١١) لم يكن مسافراً إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في مقدار ما ينبغي أن يكون بينه وبين المصر.

[بعضهم قالوا]^(١٢): إذا كان بينه وبين المصر فرسخاً^(١٣) فصاعداً جاز له التطوع^(١٤) على الدابة وإن كان أقل من ذلك لا [يجزئه وهكذا ذكر الكرخي في كتابه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً مجزوماً به (٣٧١/١)، أبواب تقصير الصلاة، باب: ينزل للمكتوبة (١٠٤٧)، قال الحافظ في (الفتح) (٥٧٢/٢): «وصله الإسماعيلي عن القاسم عن ابن زنجويه عن إبراهيم بن هاني عن الرمادي كلاهما عن أبي صالح عن الليث». والحديث أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي. ينظر: تحفة الأشراف، لأبي الحجاج المزني، الدار القيمة، الهند، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م (٤٠٣/٥).

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: في الحالين.

(٤) في أ: يجده، وفي ب: كان نحره.

(٥) في أ، ب: افتتاح الصلاة.

(٦) في د: لم.

(٧) في د: تفصيل.

(٨) في أ، ب: وغيره.

(٩) في ب: ضياعه، وفي د: صناعة.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) في أ: وإذا.

(١٢) في د: قال بعضهم.

(١٣) في ب: فرسخان.

(١٤) في ب: أن يصلي.

وأحاله إلى الأصل وهذا إذا كان بينه وبين المصر أقل من فرسخين فكأنه من^(١) المصر؛ ألا ترى أنه يجب؛ ألا ترى أنه يجب عليه الجمعة وإن كان بينه وبين المصر فرسخان فصاعداً فهو خارج المصر حقيقةً وحكمًا؛ ألا ترى أنه لا يجب عليه الجمعة.

وبعضهم قالوا: إن كان بينه وبين المصر قدر ميل يجوز وإن كان أقل من ذلك لا^(٢) يجوز له.

وعن أبي حنيفة: أن التطوع على الدابة خارج المصر جائز من غير فصل بين ما إذا كان المكان الذي خرج إليه قريباً أو بعيداً عن المصر، وأما التطوع على الدابة في المصر [فقد]^(٣) روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز.

وقال محمد في بعض النوادر: أنه يجوز إلا أنه يكره لشغب الناس وأصواتهم؛ لأن ذلك يمنعه عن الخشوع في الصلاة وهو مأمور بالخشوع فيها^(٤).

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يجوز، ولم يذكر الكراهة ثم إذا صلى على الدابة خارج المصر هل له أن يسوق الدابة؟

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح السير أن المسألة على التفصيل إن كانت الدابة تساق^(٥) بنفسها ليس له أن يسوق^(٦)؛ لأنه لا حاجة إلى سوقها^(٧)، فأما^(٨) إذا كانت [الدابة]^(٩) لا تساق^(١٠) بنفسها فساقها، هل تفسد صلاته؟

قال: إن كان معه سوط فهيتها به ونخسها لا تفسد صلاته؛ لأنه عمل قليل وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم.

(١) في م: بين.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: في الصلاة.

(٥) في م: تنساق.

(٦) زاد في د: الدابة.

(٧) في أ، ب: السوق.

(٨) في أ: وأما.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: تساق.

الفصل الثاني والعشرون

في العرأة إذا صلوا

قال محمد - رحمه الله - : القوم إذا انكسرت بهم السفينة في البحر وخرجوا إلى الساحل عرأة فحضرت الصلاة وليس معهم ثياب يصلون وحدانا قعودًا كأستر ما يكون يومئذون إيماء برؤوسهم ، ولا يعجبنا أن يصلوا بجماعة .

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغددي حاكياً عن أستاذه : وأستر^(١) ما يكون أن يتباعد بعضهم عن بعض إذا أمنوا العدو والسبع ويرسل كل واحد رجله نحو القبلة ويضع يديه بين فخذيه يومئذ إيماء برأسه ويجعل السجود أخفض من الركوع .

وإن صلوا بجماعة قعد الإمام وسطهم وإن صلوا قياماً وحدانا أو صلوا قياماً بجماعة جاز . هكذا ذكر في السير^(٢) والزيادات غير أنهم^(٣) إذا صلوا بجماعة قام الإمام وسطهم ، ولو تقدم الإمام [عليهم]^(٤) جاز ويغضون أبصارهم سوى الإمام . وفي بعض نسخ الزيادات أنهم يومئذ للركوع والسجود قياماً إن شأوا ولا يركعون ولا يسجدون حتى [لا]^(٥) تنكشف عورتهم الغليظة عند الركوع والسجود . ومن المشايخ من قال : [إنما يجوز أن يصلوا]^(٦) قعوداً إذا كانوا يصلون بالنهار كيلاً تنكشف عورتهم للناس ، أما إذا كانوا يصلون في ليلة مظلمة فإنهم يصلون قياماً ؛ لأن ظلمة الليل تستر عورتهم ولكن هذا القول ليس بمرض ؛ لأن الستر الذي يحصل بظلمة الليل لا عبرة له ؛ ألا ترى أن [في]^(٧) حالة القدرة على الثوب إذا صلى عرياناً في ظلمة الليل لا يجوز فصار وجوده والعدم بمنزلة ، والله أعلم .

(١) في د : فأستر .

(٢) في أ : السنن .

(٣) في د : أن تلك الجماعة .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في د .

(٦) في أ ، ب : إنما يصلون .

(٧) سقط في أ .

الفصل الثالث والعشرون

في صلاة الخوف^(١)

(١) الخوف: هو توقع مكروه عن أمانة مظنونة أو متحققة، وهو مصدر بمعنى الخائف، أو بحذف مضاف: الصلاة في حالة الخوف ويطلق على القتال، وبه فسر اللحياني قوله تعالى: ﴿وَلَتَبْلُوكُمْ بِسَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ﴾ الآية كما فسر قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهٖ﴾.

وليس المراد من إضافة الصلاة إلى الخوف أن الخوف يقتضي صلاة مستقلة كقولنا: صلاة العيد، ولا أنه يؤثر في قدر الصلاة ووقتها كالسفر، فشروط الصلاة، وأركانها، وسننها، وعدد ركعاتها في الخوف كما في الأمن، وإنما المراد أن الخوف يؤثر في كيفية إقامة الفرائض إذا صليت جماعة، وأن الصلاة في حالة الخوف تحتمل أموراً لم تكن تحتملها في الأمن، وصلاة الخوف هي: الصلاة المكتوبة يحضر وقتها والمسلمون في مقاتلة العدو أو في حراستهم.

وذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعيتها صلاة الخوف في حياة النبي ﷺ وبعد وفاته، وإلى أنها لا تزال مشروعة إلى يوم القيامة، وقد ثبت ذلك بالكتاب، قال تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلَنْفُخَنَّ طَافِكُهُ مِنْهُمْ مِّمَّكَ﴾ الآية.

وخطاب النبي ﷺ خطاب لأُمَّته، ما لم يَقم دليل على اختصاصه؛ لأن الله أمرنا باتباعه، وتخصيصه بالخطاب لا يقتضي تخصيصه بالحكم، كما ثبت بالسنة القولية، كقوله ﷺ: صلوا كما رأيتموني أصلي [أخرجه البخاري (الفتح ١١١/٢) من حديث مالك بن الحويرث] وهو عام.

والسنة الفعلية فقد صح أنه ﷺ صلاها، وياجماع الصحابة، فقد ثبت بالآثار الصحيحة عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم صلوا في مواطن بعد وفاة الرسول ﷺ في مجامع بحضرة كبار من الصحابة، وممن صلاها علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - في حروبه بصفين وغيرها، وحضرها من الصحابة خلائق كثيرون منهم: سعيد بن العاص، وسعد بن أبي وقاص وأبو موسى الأشعري وغيرهم من كبار الصحابة - رضي الله عنهم - وقد روى أحاديثهم البيهقي وبعضها في سنن أبي داود. ولم يقل أحد من هؤلاء الصحابة الذين رأوا صلاة النبي ﷺ في الخوف بتخصيصها بالنبي ﷺ.

وقال أبو يوسف من الحنفية: كانت مختصة بالنبي ﷺ واحتج بالآية السابقة. وذهب المزني من الشافعية إلى أن صلاة الخوف كانت مشروعة ثم نسخت واحتج بأن النبي ﷺ فاتته صلوات يوم الخندق، ولو كانت صلاة الخوف جائزة لفعلها.

ينظر: بدائع الصنائع (١/٢٤٢، ٢٤٣)، وكفاية الطالب الرباني وشرحه بحاشية العدوي (١/٢٩٦)، بلغة السالك على الشرح الصغير (١/١٨٥)، روضة الطالبين (٢/٤٩)، حاشية الجيرمي على الخطيب (٢/٢٢٢)، المجموع (٤/٤٠٤، ٤٠٥)، المغني، لابن قدامة (٢/٤٠٠، ٤٠٢)، كشف القناع (٢/١٠، ١٥)، الفروع (٢/٧٥).

والكسوف والخسوف^(١)،

والاستسقاء^(٢)

(١) الكسوف: هو ذهاب ضوء أحد النيرين (الشمس، والقمر) أو بعضه، وتغيره إلى سواد، يقال: كسفت الشمس، وكذا خسفت، كما يقال: كسف القمر، وكذا خسف، فالكسوف، والخسوف، مترادفان، وقيل: الكسوف للشمس، والخسوف للقمر، وهو الأشهر في اللغة.

وصلاة الكسوف: صلاة تؤدي بكيفية مخصوصة، عند ظلمة أحد النيرين أو بعضهما. والصلاة لكسوف الشمس سنة مؤكدة عند جميع الفقهاء، وفي قول للحنفية: أنها واجبة.

أما الصلاة لخسوف القمر فهي سنة مؤكدة عند الشافعية والحنابلة، وهي حسنة عند الحنفية، ومندوبة عند المالكية.

والأصل في ذلك الأخبار الصحيحة: كخبر الشيخين: أن النبي ﷺ قال: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله، لا ينكسفان لموت أحد، ولا لحياته، فإذا رأيتموهما فادعوا الله، وصلوا حتى ينجلي [أخرجه البخاري (الفتح ٥٤٦/٢) ومسلم (٢/٦٣٠) من حديث المغيرة بن شعبة واللفظ للبخاري]؛ ولأنه ﷺ صلاها لكسوف الشمس [أخرجه البخاري (الفتح ٥٢٩/٢) ومسلم (٢/٦١٨) من حديث عائشة]، ولكسوف القمر [أورده ابن حبان في الثقات (١/٢٦١) دون إسناد، وأشار ابن حجر في الفتح (٢/٥٤٨) إلى التشكيك بصحته].

وعن ابن عباس - رضي الله عنه -: أنه صلى بأهل البصرة في خسوف القمر ركعتين وقال: إنما صليت لأنني رأيت رسول الله ﷺ يصلي [أخرجه البيهقي في السنن (٢/٢٣٨) وفي إسناده ضعف]. والصارف عن الوجوب: حديث الأعرابي المعروف: «هل علي غيرها» [أخرجه البخاري (الفتح ٢٨٧/٥) ومسلم (١/٤١) من حديث طلحة بن عبيد الله]؛ ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود، لا أذان لها ولا إقامة، كصلاة الاستسقاء. ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/٦٥٦ - ٥٦٦)، بدائع الصنائع (١/٢٨٠)، فتح القدير (٢/٥١)، حاشية الطحطاوي على المراقي، ص (٣٥٨)، مواهب الجليل (٢/١٩٩)، (٢/٢٠٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٠١، ٤٠٢)، أسنى المطالب (١/٣٨٥)، نهاية المحتاج (٢/٣٩٤)، الأم للشافعي (١/٢٤٢)، كشاف القناع (٢/٦٠، ٦١)، المغني، لابن قدامة (٢/٤٢٠).

(٢) الاستسقاء لغة: طلب السقيا، أي طلب إنزال الغيث على البلاد والعباد. والاسم: السقيا بالضم، واستسقيت فلانا: إذا طلبت منه أن يسقيك.

والمعنى الاصطلاحي للاستسقاء هو: طلب إنزال المطر من الله بكيفية مخصوصة عند الحاجة إليه.

قال الشافعية، والحنابلة، ومحمد بن الحسن من الحنفية: الاستسقاء سنة مؤكدة، سواء أكان بالدعاء والصلاة أم بالدعاء فقط، فعله رسول الله ﷺ وصحابته والمسلمون من بعدهم. وأما أبو حنيفة فقال بسنية الدعاء فقط، ويجوز غيره.

وعند المالكية تعتريه الأحكام الثلاثة التالية :

الأول: سنة مؤكدة، إذا كان للمحل والجذب، أو للحاجة إلى الشرب لشفاهم، أو لدوابهم ومواشيهم، سواء أكانوا في حضر، أم سفر في صحراء، أو سفينة في بحر مالح. الثاني: مندوب، وهو الاستسقاء ممن كان في خصب لمن كان في محل وجذب؛ لأنه من التعاون على البر والتقوى. ولما روى ابن ماجه: ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى. [أخرجه البخاري (فتح الباري ١٠/٤٣٨)] وصح: دعوة المرء المسلم لأخيه بظهر الغيب مستجابة، عند رأسه ملك موكل كلما دعا لأخيه بخير قال الملك الموكل به: آمين ولك بمثل. [أخرجه مسلم (٤/٢٠٩٤)] ولكن الأوزاعي والشافعية قيده بألا يكون الغير صاحب بدعة أو ضلالة وبغي. وإلا لم يستحب زجرا وتأديبا؛ ولأن العامة تظن بالاستسقاء لهم حسن طريقهم والرضى بها، وفيها من المفاصد ما فيها. مع أنهم قالوا: لو احتاجت طائفة من أهل الذمة وسألوا المسلمين الاستسقاء لهم فهل ينبغي إجابتهم أم لا؟

الأقرب: الاستسقاء لهم وفاء بدمتهم. ثم عللوا ذلك بقولهم: ولا يتوهم مع ذلك أنا فعلناه لحسن حالهم؛ لأن كفرهم محقق معلوم. ولكن تحمل إجابتنا لهم على الرحمة بهم، من حيث كونهم من ذوي الروح، بخلاف الفسقة والمبتدعة.

الثالث: مباح، وهو استسقاء من لم يكونوا في محل، ولا حاجة إلى الشرب، وقد أتاهم الغيث، ولكن لو اقتصروا عليه لكان دون السعة، فلهم أن يسألوا الله من فضله. وثبتت مشروعيته بالنص والإجماع، أما النص فقوله تعالى: ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا ﴿١٧﴾ يُرْسِلُ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا ﴿١٨﴾ وَيُمْدِدُكُمْ بِأَمْوَالٍ وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مَنَازِلَ مَائِدَةٍ وَجَعَلَ لَكُم مِّنَ الشَّجَرِ الْأَعْنَافِ قَنَايَةً ﴿١٩﴾ وَسَوَاءٌ أَسْقَيْنَاكُمْ أَمْ لَا بِغَيْرِ إِذْعَانٍ ﴿٢٠﴾﴾ [سورة نوح ١٠ - ١١].

كما استدلل له بعمل رسول الله ﷺ وخلفائه والمسلمين من بعده، فقد وردت الأحاديث الصحيحة في استسقائه ﷺ. روى أنس رضي الله عنه: أن الناس قد قحطوا في زمن رسول الله ﷺ فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله ﷺ يخطب. فقال: يا رسول الله هلكت المواشي، وخشينا الهلاك على أنفسنا، فادع الله أن يسقينا. فرفع رسول الله ﷺ يديه فقال: اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا عاجلا غير راث. قال الراوي: ما كان في السماء قزعة، فارتفعت السحاب من هنا ومن هنا حتى صارت ركاما، ثم مطرت سبعا من الجمعة إلى الجمعة. ثم دخل ذلك الرجل، والنبي ﷺ يخطب، والسماء تسكب، فقال: يا رسول الله تهدم البنيان، وانقطعت السبل، فادع الله أن يمسه، فتبسم رسول الله ﷺ لملاية بني آدم. قال الراوي: والله ما نرى في السماء خضراء. ثم رفع يديه، فقال: اللهم حوالينا ولا علينا، اللهم على الآكام والطراب، وبطون الأودية، ومنابت الشجر. فانجابت السماء عن المدينة حتى صارت حولها كالإكليل. [أخرجه البخاري (فتح الباري ٢/٥٠٨، ٥٠٩، ٢١٢)].

واستدل أبو حنيفة بهذا الحديث وجعله أصلا، وقال: إن السنة في الاستسقاء هي الدعاء فقط، من غير صلاة ولا خروج.

إذا كان القوم يصلون صلاة الخوف [وقد اشتد الخوف]^(١) صلوا رجالا قياما على

واستدل الجمهور بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: شكا الناس إلى رسول الله ﷺ قحوط المطر، فأمر بمنبر فوضع له في المصلى، ووعد الناس يوما يخرجون فيه، قالت عائشة: فخرج رسول الله ﷺ حين بدا حاجب الشمس، فقع على المنبر، فكبر وحمد الله عز وجل ثم قال: إنكم شكوتم جذب دياركم، واستئخار المطر عن إبان زمانه عنكم، وقد أمركم الله عز وجل أن تدعوه، ووعدكم أن يستجيب لكم. ثم قال: الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، لا إله إلا الله يفعل ما يريد، اللهم أنت الله لا إله إلا أنت، أنت الغني ونحن الفقراء، أنزل علينا الغيث، واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغاً إلى حين. ثم رفع يديه فلم يزل في الرفع حتى بدا بياض إبطيه، ثم حول إلى الناس ظهره، وقلب أو حول رداءه وهو رافع يديه، ثم أقبل على الناس، ونزل فصلى ركعتين، فأنشأ الله سبحانه فرعدت وبرقت ثم أمطرت بإذن الله تعالى، فلم يأت مسجده حتى سالت السيول، فلما رأى سرعتهم إلى الكن ضحك حتى بدت نواجزه فقال: أشهد أن الله على كل شيء قدير، وأني عبد الله ورسوله. [أخرجه أبو داود عون المعبود (٢/٣٥٤، ٣٥٥) وقال: «إسناده جيد»].

وقد استسقى عمر رضي الله عنه بالعباس، وقال: اللهم إنا كنا إذا قحطنا توسلنا إليك بنبيك فتسقيننا، وإنا نتوسل بعم نبيك فاسقنا فيسقون [أخرجه البخاري (فتح الباري ٤/٤٩٤)].

وكذلك روي أن معاوية استسقى بيزيد بن الأسود. فقال: اللهم إنا نستسقي بخيرنا وأفضلنا، اللهم إنا نستسقي بيزيد بن الأسود، يا يزيد ارفع يديك إلى الله تعالى فرفع يديه، ورفع الناس أيديهم. فثارت سحابة من الغرب كأنها ترس، وهب لها ريح، فسقوا حتى كاد الناس ألا يبلغوا منازلهم. [أخرجه أبو زرعة الدمشقي في تاريخه بسند صحيح، (التلخيص الحبير ٢/١٠١)].

وحكمة مشروعتها: أن الإنسان إذا نزلت به الكوارث، وأحدقت به المصائب فبعضها قد يستطيع إزالتها، وبعضها لا يستطيع بأي وسيلة من الوسائل، ومن أكبر المصائب والكوارث الجذب المسبب عن انقطاع الغيث، الذي هو حياة كل ذي روح وغذاؤه، ولا يستطيع الإنسان إنزاله أو الاستعاضة عنه، وإنما يقدر على ذلك ويستطيعه رب العالمين فشرح الشارع الحكيم سبحانه الاستسقاء، طلباً للرحمة والإغاثة بإنزال المطر الذي هو حياة كل شيء ممن يملك ذلك، ويقدر عليه، وهو الله جل جلاله.

ينظر: لسان العرب، مادة (سقى)، رد المحتار على الدر المختار (١/٧٩٠، ٧٩١)، الطحطاوي على الدر المختار (١/٣٦٠)، الشرح الصغير (١/٥٣٧)، الخرشي على مختصر خليل (٢/١٣)، نهاية المحتاج (٢/٤٠٢، ٤٠٣)، المجموع للنووي (٥/٦٥)، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لأبي الضياء نور الدين علي ابن علي الشبراملسي، ط مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة (٢/٤٠٣)، المغني، لابن قدامة (٢/٢٨٣، ٢٩٥).

(١) سقط في د.

أقدامهم أو ركبانا مستقبلتي القبلة أو غير مستقبلتي القبلة، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرْجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾^(١)، غير أنهم إن كانوا رجالا تجوز صلاتهم وحدانا وجماعة بلا خلاف وإن كانوا ركبانا جازت صلاتهم وحدانا بلا خوف ولا تجوز صلاتهم بجماعة عند أبي حنيفة، وأبي يوسف خلافاً لمحمد - رحمهما الله - .

وإن صلوا ركبانا والدابة تسير جازت صلاتهم، فالأصل أن كل صلاة تجوز راكبا تجوز مع^(٢) سير الدابة؛ كصلاة التطوع فإن ركضوا دوابهم فإن كان قليلاً لا تفسد صلاتهم وإن كان كثيراً تفسد صلاتهم فالعمل القليل لا يفسد الصلاة والكثير مفسد ولا يصلون وهم يمشون؛ لأن المشي عمل كثير كما لا يصلون وهم يقاتلون ويتضاربون .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه تجوز صلاتهم وهم يمشون وهذا على مذهبه مستقيم، فإن من مذهبه أن من سبح في البحر ويخشى فوت الوقت جاز له أن يصلي ويومئ إيماء .

ويصلي في كسوف الشمس جماعة ركعتين^(٣) كالتطوع^(٤) عندنا،

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٩ .

(٢) زاد في د: في الدابة يعني .

(٣) في أ، ب: بركعتين .

(٤) لا يعلم بين القائلين بصلاة الاستسقاء خلاف في أنها ركعتان، واختلف في صفتها على رأيين:

الرأي الأول، وهو للشافعية، والحنابلة، وقول لمحمد، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز: يصلها ركعتين يكبر في الأولى سبعا، وخمسا في الثانية مثل صلاة العيد، لقول ابن عباس في حديثه المتقدم: وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد، ولما روي عن جعفر ابن محمد عن أبيه أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر كانوا يصلون صلاة الاستسقاء يكبرون فيها سبعا وخمسا . [أخرجه عبد الرزاق (٣/٨٥)، والشافعي في الأم (١/٢٤٩) . وفي إسناده إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي وهو متروك كما في التقريب لابن حجر] .

الرأي الثاني: وهو للمالكية، والقول الثاني لمحمد، وهو قول الأوزاعي، وأبي ثور، وإسحاق: تصلى ركعتين كصلاة النافلة والتطوع؛ لما روي عن عبد الله بن زيد: أن النبي ﷺ استسقى فصلى ركعتين وروى أبو هريرة نحوه، ولم يذكر التكبير [رواه أحمد وأبو عوانة والبيهقي ورواه ثقات (نيل الأوطار ٤/٦)]، فتنصرف إلى الصلاة المطلقة .

وانتفتت المذاهب على الجهر بالقراءة في الاستسقاء؛ لأنها صلاة ذات خطبة، وكل صلاة لها خطبة فالقراءة فيها تكون جهرا؛ لاجتماع الناس للسماح، ويقرأ بما شاء، ولكن الأفضل أن يقرأ فيهما بما كان يقرأ في العيد، وقيل: يقرأ بسورتى ق ونوح، أو =

وهذا سنة وعند الشافعي - رحمه الله - يصلي ركعتين [كالتطوع]^(١) كل ركعة بركوعين وسجودين وفي خسوف القمر والظلمة والريح لا يصلي إلا وحدانا. وفي كسوف الشمس يصلي بهم الإمام الذي يصلي بهم الجمعة ولا يصلون في مساجدهم لتكون جماعة واحدة.

ولا يجهر الإمام عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا [لأبي يوسف ومحمد]^(٢) قال أبو حنيفة - رحمه الله -: وليس في الاستسقاء صلاة ولا خطبة، ولكنه دعاء واستغفار^(٣).

وإن صلوا وحدانا فلا بأس به.

وقال محمد - رحمه الله -: يصلي الإمام بالجماعة ركعتين بلا أذان ولا إقامة ويجهر بالقراءة ويخطب بعد ذلك، وليس فيه تقليب رداء عند أبي حنيفة. وعند محمد يقلب الإمام رداءه.

واختلف المتأخرون على قول أبي يوسف - رحمه الله - وصورة التقليب أن يضع الجانب الأيمن على الأيسر، والأيسر على الأيمن وهذا في حق الإمام، أما القوم فلا يقلبون بالإجماع.



يقرأ بسورتي الأعلى والغاشية، أو بسورتي الأعلى والشمس. وحذف التكبيرات أو بعضها أو الزيادة فيها لا تفسد الصلاة. وقال الشافعية: ولو ترك التكبيرات أو بعضها أو زاد فيهن لا يسجد للسهو، ولو أدرك المسبوق بعض التكبيرات الزائدة فهل يقضي ما فاته من التكبيرات؟ قالوا: فيها القولان، مثل صلاة العيد.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١/١٩١-٧٩١)، بدائع الصنائع (١/٢٨٣)، الشرح الصغير (١/٥٣٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٠٥)، المجموع للنووي (٥/٦٣-٧٣-٧٥)، المغني، لابن قدامة (٢/٢٨٤، ٢٨٥، ٢٩٣).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لهما.

(٣) رد المحتار على الدر المختار (١/٧٩١).

الفصل الرابع والعشرون

في الرجل يصلي ومعه شيء من النجاسات

إذا صلى مع نافجة^(١) المسك فقد ذكر الفضلي في فتاويه إن كانت النافجة بحال متى أصابها الماء لم تفسد جازت صلاته؛ لأنها بمنزلة جلد ميتة دبغ. وإن كانت [بحال]^(٢) تفسد متى أصابها الماء فإن كانت هي نافجة دابة^(٣) لم تذك لم يجز^(٤) بمنزلة جلد ميتة لم يدبغ. وفي البقالي: وأما نافجة المسك فيسها دباغها فهذا إشارة إلى جواز الصلاة معها على كل حال.

وفي القدوري: وكل شيء دبغ به الجلد مما يمنعه عن الفساد ويعمل عمل الدباغ^(٥) فإنه يطهر، يريد به إذا ألقى جلد الميتة في الشمس حتى يبس أو عولج بالتراب حتى يبس فهو [طاهر]^(٦) وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - . وهذا؛ لأن الدباغ إنما يؤثر في الجلد للاستحالة فإذا استحال بالشمس والتراب كان كما لو استحال بالشئ^(٧) والقرظ^(٨) حتى قيل لو لم يتحلل وجف لم يطهر.

- (١) النافجة بكسر الفاء، وقيل بفتحها، وفتح الجيم: جلدة يتجمع فيها المسك. ينظر: القاموس المحيط، مادة (نفج)، ورد المختار على الدر المختار (١/١٤٠)، وفتح القدير (١/٦٧).
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في ب: الدابة.
- (٤) زاد في د: صلاته لأنه.
- (٥) الدباغ: هو ما يدبغ به الجلد ليصلح. ينظر: المعجم الوسيط (١/٥٦٢).
- (٦) سقط في د.
- (٧) الشئ: بالثاء بثلاث نَقَط: شَجَرٌ مَعْرُوفٌ، يَكُونُ فِي الْجِبَالِ مُرُّ الطَّعْمِ قَالَهُ ابْنُ سَيِّدِهِ. وَقَالَ الْقَتَيْبِيُّ: الشَّئُ: نَبْتُ يَنْبُتُ بِتِهَامَةَ مِنْ شَجَرِ الْجِبَالِ، قَالَ تَائِبٌ شَرًّا: [البسيط] كَأَنَّمَا خَشَّخُوا حُصًّا قَوَادِمُهُ أَوْ أُمَّ خَشَفِ بِذِي شَتِّ وَطَبَّاقِ الطَّبَّاقُ: شَجَرٌ يَنْبُتُ بِالْحِجَازِ.
- وَقَالَ بَعْضُهُمْ: الشَّئُ بِالْبَاءِ بِنُقْطَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ تَحْتِ. وَلَيْسَ بِشَيْءٍ، وَهُوَ الَّذِي يَسْتَعْمَلُهُ الْأَسَاكِمَةُ، وَالصَّبَّاعُونَ. قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: السَّمَاعُ فِيهِ بِالْبَاءِ، وَقَدْ صَحَّفَهُ بَعْضُهُمْ، فَقَالَ: «الشَّئ».
- والشئ: شَجَرٌ مُرُّ الطَّعْمِ، لَا أَدْرِي أَيُّدْبَعُ بِهِ أَمْ لَا.
- ينظر النظم المستعذب (١/١٧، ١٨)، المحكم (٧/٤٢٢)، والعين (٦/٢١٦)، ولسان العرب، مادة (شث) (٣/٢١٩٥)، والفاثق، للزمخشري (٢/٢٢٢).

وعن أبي يوسف: إذا أتاه من الشمس والريح ما لو ترك لم يفسد كان دباغاً. وذكر الكرخي في جامعه عن محمد في جلد الميتة إذا يبس ووقع في الماء لم يفسد^(١) من غير فصل، [وهكذا روى عنه داود بن رشيد، ذكر رواية داود في المنتقى]^(٢).

وقيل: في جلد الميتة إذا يبس بالتراب والشمس ثم أصابه الماء هل يعود نجساً فعن أبي حنيفة روايتان واختلاف الروايات في عود النجاسة عند إصابة الماء دليل على طهارته قبل إصابة الماء [وبهذا يتبين]^(٣) أن الصحيح في مسألة النافجة جواز الصلاة معها من غير تفصيل.

ولو صلى ومعه جلد حية أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته^(٤) مذبوحة كانت أو غير مذبوحة؛ لأن جلدها لا يحتمل الدباغ^(٥) لقيام ذلك مقام الدباغ، وأما قميص الحية فقد ذكر شمس الأئمة الحلواني في صلاة المستغني قال بعضهم: إنه^(٦) نجس.

وقال بعضهم: إنه^(٧) طاهر وأشار إلى أن الصحيح أنه^(٨) طاهر فإنه قال: عين الحية طاهر حتى لو صلى وفي كفه حية غير ميتة تجوز [صلاته]^(٩) وإذا كانت عين

(٨) القرظ، قال الجوهري: القرظ: ورق السلم يدبغ به، يقال: أديم مقروظ. والصحيح أنه: شجر بعينه معروف، وليس بالسلم ولا ورقه. قال الحارث بن حلزة: [الخفيف] حَوْلَ قَيْسٍ مُسْتَلْئِمِينَ بِكَبْشٍ فُرْظِيٍّ كَأَنَّهُ عِبْلَاءُ قالوا: الكبش القرظي: منسوب إلى بلاد القرظ، وسافر إلى بلاد القرظ، وهي اليمن؛ لأنها منابت القرظ وقالوا: ثوب مقرظ، كأنه من أقرظ. ينظر: الصحاح، مادة [قرظ]، والمحكم والمحيط الأعظم (٦/٢١٠)، والنظم المستعذب، ص (١/١٨).

(١) في د: يفسده.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ، ب: وهذا يبين.

(٤) في أ، ب: الصلاة.

(٥) في أ، ب: الدباغة.

(٦) في د: هو.

(٧) في د: هو.

(٨) في د: هو.

(٩) سقط في أ، ب.

الحية طاهرا كان قميصها طاهرا أيضًا وذكر في موضع آخر: إذا صلى ومعه جلد الحية^(١) أكثر من قدر الدرهم إن لم تكن مذبوحة لا تجوز صلاته وإن كانت مذبوحة اختلفت الروايات فيه، وخرء الحية وبولها نجس نجاسة غليظة.

وفي البقالي: قيل في قطعة من جلد كلب تلزق على جراحة في الرأس فيست أنه كالدباغ ويعيد ما صلى قبل ذلك.

وفي صلاة النوازل: إذا صلى ومعه مرارة الشاة فمرارة كل شيء كبوله فكل حكم ظهر في البول فهو الحكم في المرارة.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله -: صلى ومعه حية أو سنور أو فأرة أجزاء وقد أساء، وإن كان معه ثعلب أو جرو كلب؛ لم تجز صلاته.

وذكر في جنس هذه المسائل أصلاً فقال: كل ما يجوز التوضؤ بسؤره تجوز الصلاة معه وما^(٢) لا يجوز التوضؤ بسؤره لا تجوز الصلاة معه.

إذا صلى ومعه شيء من لحوم السباع أو الطيور فالأصل أن ما لا يكون سؤره نجسا فله بعد الذبح لا يكون نجسا، وما كان سؤره نجسا فله بعد الذبح يكون نجسا [به أخذ الفقيه أبو الليث، والفقيه أبو جعفر - رحمهما الله -، وعلى قول الكرخي - رحمه الله - لا يكون نجسا]^(٣) وهكذا في شرح الطحاوي - رحمه الله - وعليه اعتمد في شرح الجامع الصغير، [وواقعاته في مواضع]^(٤) والله أعلم بالصواب.



(١) في د: الميتة.

(٢) في د: وكل ما.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

الفصل الخامس والعشرون

في الجنائز^(١)

هذا الفصل يشتمل على أنواع^(٢).

الأول في بيان من^(٣) يصلى عليه ومن لا يصلى عليه.

ويصلى على الشهيد في قول^(٤) أهل العراق وأهل الشام، وهو مذهب علمائنا

- رحمهم الله -.

وقال أهل المدينة: لا يصلى عليه.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: فأخذنا بما أجمع عليه أهل العراق

والشام، قال ذلك على سبيل الرجحان [لمذهبه]^(٥) فقد سلك في هذا الكتاب

للترجيح طريقا سوى ما ذكره في سائر الكتب، فإنه نظر فيما اختلف فيه أهل العراق

والشام فأخذ بما اتفق عليه الفريقان ورجحه على ما تفرد به فريق واحد وهو^(٦)

خلاف ما هو المذهب الظاهر.

والمذكور في الكتب المشهورة: أن الترجيح لا يقع بكثرة العدد إنما فعل هكذا؛

(١) الجنائز جمع جنازة بالفتح الميت، وبالكسر السرير الذي يوضع عليه الميت، وقيل عكسه، أو بالكسر: السرير مع الميت، فإن لم يكن عليه الميت فهو سرير ونعش وقيل: في كل منهما لغتان.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الصلاة على الجنازة فرض على الكفاية، واختلف فيه قول المالكية فقال ابن عبد الحكم: فرض على الكفاية وهو قول سحنون، وعليه الأكثر وشهره الفاكهاني، وقال أصبغ: سنة على الكفاية.

ونص الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الجماعة ليست شرطا لصحة الصلاة على الجنازة وإنما هي سنة. وقال المالكية: من شرط صحتها الجماعة كصلاة الجمعة، فإن صلي عليها بغير إمام أعيدت الصلاة ما لم يفت ذلك.

ينظر: الصحاح (٣/٨٧٠)، والمصباح مادة (جنز)، والدر المختار (١/٥٩٩)، والمقدمات الممهدة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، ط (١)، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م (١/١٢٠، ١٧١)، والشرح الصغير (١/٢٢٩)، الفتاوى الهندية (١/١٦٢)، والتنبيه في الفقه الشافعي، للشيرازي، ص (٣٧).

(٢) زاد في د: النوع.

(٣) في د: ما.

(٤) في أ، ب: مذهب.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: وأنه.

لأن مثل هذا الاختلاف ينبئ على اشتباه الأثر في فعل النبي ﷺ وتهمة الغلط فيما تفرد به فريق واحد يكون أظهر من تهمة الغلط فيما اتفق عليه الفريقان .
 والباغي لا يصلى عليه عندنا في باب الشهيد من الغنية في اختلاط الموتى^(١)،
 وهكذا ذكر الفضلي - رحمه الله - أيضاً وقال في قطاع الطريق روي عن محمد
 - رحمه الله - في النوادر: أنه لا يصلى عليه سواء قتل في الحرب أو قتله الإمام حدا
 وذهب إلى أنه محارب كالباغي .

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته^(٢): أن أهل البغي إن قتلوا في
 الحرب لا يصلى عليهم وإن قتلوا بعد ما وضعت الحرب أوزارها يصلى عليهم،
 وكذا قطاع الطريق إذا قتلوا في حال حربهم لا يصلى عليهم، وإن أخذوا وقتلوا
 يصلى عليهم؛ لأنهم ما داموا في الحرب كانوا من أهل البغي، وإذا تركوا الحرب
 فقد تركوا البغي ولم يذكر أنهم [هل]^(٣) يغسلون [أو لا يغسلون]^(٤) .

وذكر الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - في فتاويه اختلاف المشايخ،
 [قال]^(٥) بعضهم: يغسلون^(٦) حتى يقع التفاوت بينهم وبين الشهداء^(٧) .

ومشايخنا جعلوا حكم المقتولين بحكم العصابة حكم أهل البغي في حق هذه
 الأحكام .

(١) قتلى البغاة، ذهب المالكية والشافعية والحنابلة: أنهم يغسلون ويكفنون ويصلى عليهم،
 لعموم قوله ﷺ: صلوا على من قال: لا إله إلا الله؛ ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم
 الشهادة، فيغسلون ويصلى عليهم. ومثله الحنفية، سواء أكانت لهم فئة، أم لم تكن لهم فئة
 على الرأي الصحيح عندهم. وقد روي: أن علياً رضي الله عنه لم يصل على أهل حروراء،
 ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون. ولم يفرق الجمهور بين الخوارج وغيرهم من البغاة في
 حكم التغسيل والتكفين والصلاة.

ينظر: بدائع الصنائع (١٤٢/٧)، ورد المحتار على الدر المختار (٣/٣١٢)، وحاشية
 الشلبي على تبين الحقائق (٣/٢٩٦)، والمغني، لابن قدامة (٨/١١٦، ١١٧).

(٢) في أ، ب: الواقعات .

(٣) سقط في د .

(٤) سقط في أ، ب .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) في أ، ب: أنهم يغسلون .

(٧) في أ، ب: الشهيد .

والمكابر في المصمر بالسلاح بالليل بمنزلة قطاع^(١) الطريق [و]^(٢) من قتل وهو ظالم يغسل ولا يصلى عليه، ومن قتل وهو مظلوم لا يغسل ويصلى عليه، ومن قتل بحق بسلاح أو غيره كما في القود والرجم يغسل ويصلى عليه، [ويصنع بهم كما يصنع بالموتى والغريق يغسل ويصلى عليه]^(٣)، ومن قتل نفسه خطأ بأن ناول رجلاً من العدو ليضربه بالسيف فأخطأ وأصاب نفسه ومات غسل وصلي عليه وهذا بلا خلاف، ومن قتل نفسه بحديدة ظلمًا ذكر الصدر الشهيد في الجامع الصغير أنه يغسل ويصلى عليه عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - بخلاف الباغي.

وفي شرح السير: أن فيه اختلاف المشايخ، قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - الأصح أنه يصلى عليه.

وقال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني - رحمه الله -: الأصح أنه لا يصلى عليه؛ لأنه بغى^(٤) على نفسه.

إذا ولد ميتا لا يغسل ولا يصلى عليه في مختصر الحاكم الشهيد.

وفي شرح الطحاوي: إذا خرج أكثر الولد حيا ثم مات يصلى عليه وإلا فلا سواء خرج من جانب الرأس أو من جانب الأرجل^(٥).

إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس لا يصلى عليه، وهذا إشارة إلى أنه لو كان معه الرأس يصلى عليه، ولو وجد النصف مشقوقًا نصفين^(٦) مع كل نصف [نصف الرأس]^(٧) الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه، ولو وجد الرأس وحده لا يصلى [عليه]^(٨)، ولو وجد الكل إلا الرأس يصلى عليه.

وإذا وجد قتيل^(٩) في دار الحرب مختونًا غير مقصوص شاربه لا يصلى عليه؛

(١) في د: قاطع.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في د: باغ.

(٥) في أ، ب: الرجل.

(٦) في د: بنصفين.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: القتيل.

لأن من الكفرة من يختن^(١) ولو وجد غير مختون ولكن مقصوص شاربه يصلى عليه إذ ليس منهم من يقص الشارب، هكذا حكى في فتوى شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

وبعض المشايخ جعلوا الختان علامة الإسلام، وقد كتبنا في شرح الزيادات في أبواب السير: أن الختان والخضاب ولبس السواد من علامات الإسلام. وإذا وجد قتيل في دار الإسلام وعليه زناره^(٢) وفي حجره مصحف لا يصلى عليه؛ لأن المسلم في دار الإسلام لا يعقد الزنار عليه أصلاً، أما من أهل الكفر في دار الإسلام من يقرأ القرآن، ولو كان ذلك في دار الحرب يصلى عليه؛ لأن الكافر في دار الحرب لا يقرأ القرآن، أما المسلم قد يعقد الزنار على نفسه في دار الحرب لمصلحة ترى في ذلك في متفرقات شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .



(١) في ب: يختن.

(٢) الزنار والزنارة في اللغة ما يشده المجوسي والنصراني على وسطه. وهذا قريب مما ذكره الفقهاء، ففي الدسوقي: الزنار خيوط متلوثة بألوان شتى يشد بها الذمي وسطه. وفي نهاية المحتاج: الزنار خيط غليظ فيه ألوان يشد به الذمي وسطه. وهو يكون فوق الثياب.

ينظر: مختار الصحاح، مادة (زئر) (١/١٣٨)، والقاموس المحيط، ص (٤٠١)، ورد المختار على الدر المختار (٣/٢٧٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٠٤)، ونهاية المحتاج (٨/٩٧).

نوع آخر في معرفة الشهيد الذي لا يغسل :

الشهيد الذي لا يغسل كل مسلم مكلف طاهر عند أبي حنيفة - رحمه الله - قتل ظلماً في قتال ثلاث : إما مع أهل الحرب أو مع أهل البغي أو مع قطاع الطرق بأي آلة قتل ولم يحمل من مكانه [حياً]^(١) ولم ينتفع بحياته ولم يبق حياً بعد الجراحة يوماً أو ليلة ولم يجب عن دمه عوض هو مال بالإجماع ، أما كونه مكلفاً فهو شرط عند أبي حنيفة حتى إن الكفار إذا دخلوا قرية من قرى المسلمين وقتلوا الصبيان والمجانين فإنهم يغسلون عند أبي حنيفة وعندهما لا [يغسلون]^(٢) حجتهما أنهم قتلوا في سبيل الله تعالى فلا يغسلون كالبالغين يوضحه أن [حال]^(٣) الصبيان والمجانين في الطهارة فوق حال البالغين العاقلين ، فإذا لم يغسل البالغ إذا استشهد ؛ لأنه يطهر بالسيف ، فالصبي والمجنون أولى [ألا يغسلا]^(٤) ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن هؤلاء ليسوا في معنى شهداء أحد ، إذ لم ينقل أنهم كان فيهم صبي أو مجنون فلا يلحق في حق سقوط حكم الغسل وقد صح أن ابني آدم صلوات الله عليه لما قتل أحدهما صاحبه أوحى الله تعالى إلى آدم صلوات الله عليه : « أن اغسله وكفنه وصل عليه وادفنه » ؛ لأن السيف محا الذنوب والخطايا وليس لهؤلاء ذنوب وخطايا فكان القتل في حقهم والموت سواء أو^(٥) ؛ لأن ترك الغسل لإبقاء أثر الشهادة ليكون له حجة على خصمه يوم القيامة والصبي لا يخاصم بنفسه في حقوق الدنيا ، فكذا في حقوق الآخرة ، وإنما الخصم [عنه في الآخرة]^(٦) هو الله تعالى ، والله تعالى غني عن الشهود ، فلا حاجة إلى إبقاء أثر الشهادة عليه ، وأما كونه طاهراً فهو شرط عند أبي حنيفة - رحمه الله - [حتى]^(٧) إذ الجنب إذا قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو اللصوص يغسل عنده وعندهما لا يغسل .

والحائض والنفساء إذا طهرتا وتم الانقطاع ثم قتلتا قبل الغسل فهو على الخلاف ،

(١) سقط في د .

(٢) سقط في د .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ ، ب .

(٥) في أ ، ب : و .

(٦) سقط في أ ، ب .

(٧) سقط في د .

وإن قتلنا والحيف والنفاس قائم لا يغسلان عندهما بلا إشكال وعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان وأصح الروايتين عنه [أنهما يغسلان]^(١) هما يقولان الغسل الواجب بالجنابة يسقط بالسيف؛ لأن الغسل كان واجبا عليه فيسقط بالموت لعجزه [عن الإتيان به]^(٢) والغسل بسبب الموت لا يجب؛ لأنه شهيد ولأبي حنيفة - رحمه الله - حديث حنظلة^(٣) - رضي الله عنه - فإنه استشهد وهو جنب فغسلته الملائكة فسأل النبي ﷺ زوجته عن حاله، فقالت: أصابني البارحة فأعجله الحرب من الغسل فقتل وهو جنب فغسلته الملائكة تعليماً لنا؛ كما في قصة آدم - صلوات الله عليه -؛ ولأن الأصل في بني آدم الغسل وإنما تركنا هذا الأصل لحديث شهداء أحد ولم يرو أنه كان فيهم جنب أو حائض؛ ولأن الشهادة عرفت مانعة ثبوت النجاسة لا مطهرة عن النجاسة وبيانه أن^(٤) المسلم طاهر ولكن يتنجس بالموت فالشهادة تمنع ثبوت النجاسة بالموت والجنب والحائض نجس ممنوع عن دخول المسجد وتلاوة القرآن فالشهادة لو علمت أنها تعمل في إزالة النجاسة والمنع عن الثبوت أسهل من الرفع بعد الثبوت فلا يقاس الأعلى على الأدنى.

وأما كونه مقتولا ظلما فهو شرط بلا خلاف حتى إن من افترسه السبع أو سقط عليه البناء أو الحائط أو تردى من جبل أو غرق بالماء وما أشبه ذلك غسل كغيره من الموتى؛ لأن الأصل في هذا الباب شهداء أحد، وهم قتلوا ظلما فلا يلحق بهم غيرهم إلا إذا كان في معناهم، يوضحه أن هذه الأسباب غير معتبرة في أحكام

(١) في أ، ب: أنه يغسل.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) لقب حنظلة بغسيل الملائكة؛ لأنه لما أراد الخروج إلى أحد وقع على امرأته جميلة بنت عبد الله بن أبي بن سلول وسمع منادي الجهاد فخرج دون أن يغتسل ثم استشهد من يومه فغسلته الملائكة، يدل على ذلك ما أخرجه الحاكم في المستدرک (٣/٢٠٤، ٢٠٥)، والبيهقي في السنن (٤/١٥) من طريق ابن إسحاق، حدثني يحيى بن عباد بن عبد الله عن أبيه، عن جده - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول عند قتل حنظلة بن أبي عامر..... «إن صاحبكم تغسله الملائكة» فسألوا صاحبه، فقالت: إنه خرج لما سمع الهاتعة وهو جنب، فقال رسول الله ﷺ: لذلك غسلته الملائكة.

قلت: إسناده جيد وصححه الحاكم وأقره الذهبي.

وله شاهد من حديث ابن عباس عند الطبراني بسند حسن كما قال الهيثمي في المجمع

(٢٣/٣).

(٤) في أ، ب: وهو أن.

الدنيا، والغسل من أحكام الدنيا.

ولأن الشهيد من بذل نفسه لا بتغاء مرضاة الله تعالى، وهذا المعنى لا يوجد في حق من مات بهذه الأسباب وإنما عممنا^(١) الآلة؛ لأن الأصل في هذا الباب شهداء أحد ولم يكن كلهم قتيل السيف والسلاح بل فيهم من دمع رأسه بالحجر وفيهم^(٢) من قتل بالعصا ثم عممهم^(٣) النبي ﷺ في الأمر بترك الغسل؛ ولأن الشهيد من بذل نفسه لا بتغاء مرضاة الله تعالى وفي حق هذا المعنى السلاح وغيره سواء^(٤).

وشرطنا ألا يحمل من مكانه حيا حتى قلنا إذا حمل من مكانه [حيا]^(٥) ومات في بيته أو على أيدي الناس يغسل؛ لأن الأصل في هذا الباب شهداء أحد وهم ما حملوا من مصرعهم بل ماتوا كما وقعوا^(٦)، فالذي يحمل من^(٧) مكانه حيا ليس في معنى شهداء أحد وقد صح أن عمر وعليًا - رضي الله عنهما - حملا عن مصرعهما حين وغسلا^(٨)، وعثمان^(٩) - رضي الله عنه - أجهز عليه في مصرعه فلم يغسل^(١٠)، وهذا إذا حمل ليمرض فأما إذا رفع من بين الصفين كيلا تطأه الخيول^(١١) [فإنه لا يغسل].

والفرق: أن الذي حمل كيلا يطأه الخيل^(١٢) [١٣] ما نال شيئاً من راحات الدنيا فلم يخف الظلم في حقه فيكون في معنى شهداء أحد فلا يغسل ولا كذلك الذي مرض في بيته أو خيمته؛ لأنه وصل إليه من راحات الدنيا فخف^(١٤) الظلم في حقه

(١) في أ: عنى.

(٢) في أ، ب: ومنهم.

(٣) في أ: عمم، د: عممهم.

(٤) المحيط البرهاني (١٦٤/٢).

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) زاد في أ، ب: على الجنب.

(٧) في أ، ب: عن.

(٨) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٦٤/٢).

(٩) في ب: وعمر.

(١٠) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٦٤/٢).

(١١) في د: الحيوان.

(١٢) في د: الحيوان.

(١٣) سقط في أ، ب.

(١٤) في د: ووصل إليه ذلك طاهرا فيجرى.

فلم يكن في معنى شهداء أحد.

وشرطنا ألا ينتفع بحياته حتى قلنا إنه إذا أكل أو شرب في مكانه ذلك يغسل؛ لأن هذا ليس في معنى شهداء أحد فإنه روي عنهم أنهم طلبوا ماء وكان الساقى يطوف عليهم، [وكان إذا]^(١) عرض الماء على واحد منهم أشار إلى صاحبه وهكذا حتى ماتوا عطاشاً^(٢).

ولأنه إذا أكل أو شرب فقد وصل إليه راحة من راحات الدنيا فخف الظلم في حقه فصار كالمريض.

ولو تكلم إنسان ثم مات قبل أن يحمل لم يغسل.

قيل: هذا إذا كان قليلاً ليس من أمور الدنيا فإن [من]^(٣) شهداء أحد من فعل ذلك أما إذا كان كثيراً من أمور [الآخرة كالوصايا أو قليلاً من أمور الدنيا]^(٤) كالبيع والشراء غسل، ولو أوصى بوصية ثم مات لم يغسل وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه^(٥) يغسل.

واختلف المتأخرون في ذلك.

منهم من قال: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى بشيء من أمور [الآخرة، أما]^(٦) إذا أوصى بشيء من أمور^(٧) الدنيا يغسل بالاتفاق.

ومنهم من قال: لا خلاف بينهم في الحقيقة؛ لأن ما قاله^(٨) أبو يوسف - رحمه الله - محمول على ما إذا كانت الوصية [بأمر]^(٩) من أمور الدنيا والاهتمام

(١) في د: و عرض.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٦٤/٢)، الاختيار لتعليل المختار (٩٨/١)، تبين الحقائق (٢٤٩/١)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١١٢/١)، البناء شرح الهداية (٢٧٥/٣)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٧٠/١).

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) زاد في أ، ب: قال.

(٦) في د: فأما.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) في د: قال.

(٩) سقط في أ، ب.

بأولاده^(١) وعند ذلك يغسل بالإجماع، وما قال محمد - رحمه الله - محمول على ما إذا كانت الوصية بأمر [من أمور]^(٢) الآخرة، وعند ذلك لا يغسل بالإجماع. واستدل محمد - رحمه الله - في الزيادات بحديث سعد بن الربيع - رضي الله عنه^(٣) - فإنه روي عن النبي ﷺ أنه قال [يوم أحد]^(٤): «من يأتيني بخبر سعد»، فقال رجل: أنا آتيك بخبره فجعل يتفحص القتلى حتى أدركه وبه رمق^(٥) فقال: إن رسول الله ﷺ يقرئك السلام ففتح سعد عينيه [وقال: رسول الله]^(٦) «في الأحياء؟» قال: نعم، هو سالم وقد بعثني إليك، فقال: الحمد لله على سلامته؛ الآن طابت نفسي للموت، ثم قال: اقرئ رسول الله مني السلام وأقرئ الأنصار مني السلام وقل لهم: لا عذر لكم عند الله إن قتل محمد ﷺ وفيكم عين تطرف ثم قال: أخبر النبي ﷺ أن بي^(٧) كذا [وكذا]^(٨) طعنة كلها أصابت مقتلي^(٩) ثم مات^(١٠) وكان من جملة شهداء أحد، فهذا يبين لك صحة ما قلنا.

وشرطنا ألا يبقى بعد الجراحة حيا يوما أو ليلة حتى [قلنا]^(١١): لو عاش في

(١) في أ، د: لأولاده.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) هو: سعد بن الربيع بن عمرو بن أبي زهير بن مالك بن امرئ القيس بن مالك الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصاري الخزرجي، أحد نقباء الأنصار، وروى البخاري من حديث عبد الرحمن بن عوف قال لما قدمنا المدينة، أخى النبي ﷺ بيني وبين سعد بن الربيع، فقال سعد: إني أكثر الأنصار مالا، فأقاسمك نصف مالي... الحديث... ينظر: الإصابة، لابن حجر (٣/١٤٩).

(٤) سقط في د.

(٥) الرَّمق: بقية الرُّوح وآخر النفس. ينظر: النهاية (٢/٢٦٤).

(٦) في أ، ب فقال: النبي.

(٧) في أ: في.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) المقلة: شحمة العين التي تجمع السواد، وقيل: هي سوادها وبياضها الذي يدور كله في العين، وقيل: هي الحدقة. ينظر: لسان العرب، مادة (مقل) (٦/٤٢٤٤).

(١٠) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٤٦٦) في الجهاد، باب الترغيب في الجهاد، وإسناده معضل، قال الزرقاني في شرح الموطأ: قال ابن عبد البر: هذا الحديث لا أحفظه، ولا أعرفه مسندًا، وهو محفوظ عند أهل السير، وقد ذكره محمد بن إسحاق عن محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن بن صعصعة المازني، قال الزرقاني: قال الحافظ: وفي الصحيح من حديث أنس ما يشهد لبعضه.

(١١) سقط في د.

مكانه يوماً أو ليلة فإنه يغسل وإن كان دون ذلك لا يغسل؛ لأنه ليس في معنى شهداء أحد إذ لم يبق أحد منهم [حياً]^(١) بعد الجراحة يوماً كاملاً أو ليلة كاملة، يوضحه أن القتل يعيش قليلاً ولا يعيش كثيراً^(٢) فلا بد من حد فاصل بين القليل والكثير فجعلنا الحد الفاصل بينهما^(٣) يوماً كاملاً أو ليلة كاملة؛ لأن كل واحدة من هذه المدة تعرف بنفسها، أما ما دون ذلك يعرف بالساعات فيكون هذا معرفة بغيرها لا بنفسها.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إن عاش وقت صلاة كامل يغسل؛ لأنه وجبت عليه تلك الصلاة، وهذا من أحكام الأحياء.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا مكث الجريح في المعركة يوماً أو أكثر منه حياً والقوم في القتال على حالهم ذلك اليوم كله وهو يعقل فكلمهم^(٤) أو لا يعقل فهو بمنزلة الشهيد، قال: ألا ترى أنه لو كان يقاتل راجلاً أو فارساً اليوم كله ثم خر ميتاً في آخر النهار من جراحة أصابته في أول النهار [فإنه]^(٥) يكون شهيداً وإن تضرم القتال بينهم وهو مجروح في المعركة صريع يعقل فإن مكث كذلك وقت صلاة أو^(٦) صلاتين فهو بمنزلة الذي [حمل]^(٧) حياً [في المعركة]^(٨)؛ لأنه صارت الصلاة دينا في ذمته^(٩) إذا كانت الحالة هذه، وهذا من أحكام الأحياء [فلا يكون شهيداً]^(١٠) وإن كانوا في معمرة القتال فوجدوا جريحاً فحملوه والقوم في القتال ثم مات فهو شهيد، قال الحاكم: الشهيد مجرد حمله ورفعته من المعركة والقتال على حاله بعد لا يجعله مرتثاً^(١١) وإنما ارتثائه بذلك بعد تصرم القتال [وانقطاعه]^(١٢).

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ، ب: طويلاً.

(٣) في أ، ب: بين القليل والكثير.

(٤) في أ، ب: بكلام.

(٥) سقط في د.

(٦) زاد في أ، ب: وقت.

(٧) سقط في د.

(٨) في أ، ب: لا يكون شهيداً.

(٩) في أ، ب: الذمة.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢/١٦٥)، البناية شرح الهداية (٣/٢٧٦).

(١٢) سقط في أ، ب.

وشرطنا ألا يجب عن دمه عوض [و] ^(١) هو مال، حتى قلنا إن من قتل خطأ يغسل؛ لأنه اعتاض عن دمه بدلاً ^(٢) هو مال فلا يكون في معنى شهداء أحد يوضحه أن الشهيد من سلم نفسه لابتغاء مرضاة الله تعالى لنيل الجنة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ﴾ ^(٣) فمن استوجب الدية بدلاً عن نفسه فقد اعتاض عن دمه فلم يتم التسليم فيغسل.

ومن ^(٤) وجد في المصير قتيلاً ^(٥)، ينظر: إن حصل القتل بعصا كبيرة أو بحجر كبير ويعلم قاتله فعلى قول أبي حنيفة يغسل؛ لأن القتل على هذا الوجه يوجب الدية عنده فقد اعتاض عن دمه بدلاً هو مال، وعلى قول [أبي يوسف ومحمد] ^(٦) لا يغسل؛ لأن القتل على هذا الوجه عندهما يوجب القصاص، ووجوب القصاص لا يمنع الشهادة عندنا؛ كما لو قتل بالسلاح، وإن لم يعلم قاتله يغسل؛ لأنه يوجب الدية والقسامة [بقتله] ^(٧) فلم يكن في معنى شهداء أحد وإن حصل القتل بعضاً صغيرة يغسل علم قاتله أو لم يعلم؛ لأن هذا القتل يوجب المال على كل حال وإن حصل القتل بحديدة فإن لم يعلم قاتله تجب الدية والقسامة على أهل المحلة [ويغسل] ^(٨)، وإن علم قاتله ^(٩) لم يغسل عندنا، والأصل فيه ما روي أن عثمان - رضي الله عنه - لم يغسل وقد قتل في المصير بالسلاح ظلماً وعلم قاتله.

وكذلك صخر بن عدي غسل وقد قتل في المصير بالسلاح ظلماً وعلم قاتله. وإن وجد في المعركة [ميتاً] ^(١٠) وليس به أثر القتل غسل؛ لأن المقتول إنما يفارق الميت بالأثر، فإذا لم يكن به أثر؛ فالظاهر أنه لم يكن إزهاق روحه بقتل يضاف إلى العدو بل من الجائز أنه لما التقى الصفان انخلع قناع قلبه من شدة الفرع فمات

(١) سقط في د.

(٢) في د: عوضاً.

(٣) سورة التوبة آية: ١١١ .

(٤) في أ: ولو.

(٥) في د: قتيلاً.

(٦) في أ، ب: صاحبيه.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في ب.

(٩) في أ، ب: القاتل.

(١٠) سقط في أ، ب.

والجبان [قد]^(١) يتلى بهذا وقد وقع هذا في كثير من الصحابة، وإن كان به أثر القتل لم يغسل؛ لأن الظاهر أن موته كان بذلك الجرح وأنه^(٢) كان من العدو فاجتماع^(٣) الصفين [والتقاؤهما يؤثر في هذا]^(٤)، والأصل أن الحكم متى^(٥) ظهر عقيب سبب مؤثر يضاف إلى ذلك السبب.

ثم لا بد من معرفة الميت الذي ليس به أثر القتل والذي به أثر القتل فالذي ليس به أثر القتل ألا يكون به جراحة^(٦) ولم يخرج منه الدم من موضع ما أو خرج الدم منه من موضع يخرج منه الدم في حالة الحياة^(٧) عادة حتى قلنا لو خرج من أنفه أو دبره أو ذكره دم غسل؛ لأن المرء قد يتلى بالرعاف وقد^(٨) يبول دمًا يخرج في الباطن أو

(١) سقط في د.

(٢) في د: وذلك الجرح.

(٣) في د: ولأن اجتماع.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في د: في.

(٦) في أ: حركته.

(٧) الحياة في اللغة: ضد الموت، وتطلق أيضا على النمو والبقاء، والمنفعة.

ينظر: مختار الصحاح، ص (٩٣)، مادة (ح ي ا)، والمعجم الوسيط (١/٢١٣).

وأما في اصطلاح المتكلمين، فعرّفها السنوسي تعريفاً يشمل الحياة القديمة والحادثة بقوله: «صفة تصحح لمن قامت به أن يتصف بالإدراك». قال الباجوري: «ولا يضره الجمع بين حقيقتين مختلفتين بالقدم والحدوث؛ لأنه رسم لا حد». وذهب بعضهم إلى تعريف كل منهما بتعريف خاص: فعرّف الحياة القديمة بأنها: صفة أزلية تقتضي صحة العلم أي صحة الاتصاف به. وعرّف الحياة الحادثة بأنها: كيفية يلزمها قبول الحس والحركة الإرادية. نقل هذين التعريفين الباجوري في شرح الجوهرة، وفسر الكيفية بالعرض، والحس بالإحساس. وذهب العضد في المواقف إلى تعريف الحياة الحادثة بأنها: قوة تتبع اعتدال النوع، ويفيض منها سائر القوى. وقيل غير ذلك.

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ص (١٠٨)، شرح الصاوي على جوهرة التوحيد، لأحمد بن محمد الصاوي المالكي، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص (١٧٧)، شرح المواقف، للسيد الشريف الجرجاني، مطبعة السعادة، مصر، ط (١)، ١٣٢٥هـ - ١٩٠٧م (٥/٢٨٨)، شرح أم البراهين، لمحمد بن يوسف السنوسي الحسني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م، ص (١٠٨)، كشاف اصطلاحات الفنون (١/٣٩٨، ٣٩٩)، تحفة المرید علی جوهرة التوحيد لإبراهيم بن محمد البيجوري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م، ص (٤٤، ٤٥).

(٨) في د: وهو.

من شدة الفزع وقد يتلى المرء بالناسور فيخرج الدم من الدبر فلا يثبت له صفة الشهادة بالشك، والذي به أثر القتل أن يكون به جراحة أو لم يكن به جراحة إلا أنه خرج الدم منه من موضع لا يخرج الدم منه في حالة الحياة عادة.

حتى [لو]^(١) قلنا لو خرج الدم من أذنه أو من عينيه لم يغسل؛ لأن الدم لا يخرج من هذين الموضعين عادة إلا بجرح في الباطن والظاهر أنه ضرب على رأسه حتى خرج الدم من أذنه أو من عينيه، وإن كان يخرج من فمه فهو على وجهين إما أن ينزل من رأسه أو يعلو من جوفه، فإن كان ينزل من رأسه غسل؛ لأنه رعا ف؛ لأن بين الدماغ والرأس منفذين، منفذ إلى المنخر ومنفذ إلى الفم والحلق^(٢)، وإن كان يعلو من الجوف إن كان سائلاً لم يغسل وهو شهيد؛ لأن الدم لا يسيل من الجوف حالة الحياة إلا بجرح^(٣) [في الباطن فكان]^(٤) ذلك علامة الضرب [والقتل]^(٥) وإنما يعرف ذلك بكون^(٦) الدم [سائلاً]^(٧) وإن كان متجمداً يغسل؛ لأنه يحتمل أن يكون صفراء أو سوداء، [احترق ولا يكون]^(٨) ذلك دليل^(٩) الجرح في الباطن فلا يترك الغسل بالشك^(١٠).



-
- (١) سقط في أ، ب.
 (٢) في د: فيخرج من غير ضرب فلا بد من الضرب.
 (٣) زاد في ب: متلف.
 (٤) في د: بالباطن فيكون.
 (٥) سقط في د.
 (٦) في د: بلون.
 (٧) سقط في ب، د.
 (٨) في د: متحرقا فلا يدل.
 (٩) في د: على.
 (١٠) المحيط البرهاني (٢/١٦٧).

نوع آخر في التكفين:

ويدفن الشهيد في ثيابه التي عليه ولكن ينزع عنه ما ليس من جنس الكفن نحو السلاح والسرابيل والقلنسوة، بلغنا ذلك عن جماعة من التابعين [ولم يذكر محمد - رحمه الله - السراويل^(١)]، إلا في السير الكبير، وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: الأشبه ألا ينزع عنه السراويل ووافقه في ذلك كثير من المشايخ؛ لأن في نزعه إبداء العورة^(٢) من غير ضرورة ويزيدون في أكفانه^(٣) ما أحبوا كما في غيره من الموتى، قالوا: إنما يزيدون في أكفانه^(٤) إذا كان في ثيابه التي عليه قلة فيزيدون إلى أن تبلغ السنة.

قال: وإن شأؤوا أخذوا بعض ثيابه، قال في الكتاب: بلغنا أن حمزة^(٥) - رضي الله عنه - كفن في نمرة^(٦) واحدة^(٧).

- (١) سقط في أ، وفي ب: السراويل.
- (٢) في د: عورة.
- (٣) في أ، ب: الكفاية.
- (٤) في أ، ب: الكفاية.
- (٥) هو: حمزة بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي، وهو عم رسول الله ﷺ وأخوه من الرضاعة، وكان حمزة - رضي الله عنه وأرضاه - أسنً من رسول الله ﷺ بستين، وهو سيد الشهداء، وشهد أحدًا، فقتل بها يوم السبت النصف من شوال. ينظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/١٦٨، ١٦٩)، الإصابة (٢/١٠٥).
- (٦) النَمْرَة: كلُّ شملة مخططة من مآزر الأعراب فهي نمرة. ينظر: النهاية (٥/١١٨).
- (٧) أخرجه أحمد (٣/٣٢٩)، والترمذي (٣/٣١٣) كتاب الجنائز: باب: ما جاء في كفن النبي ﷺ برقم (٩٩٧)، والدراقطني في السنن حديث رقم (٤٣) وله شاهد عند البخاري (٣/١٤٢) كتاب الجنائز، باب: إذا لم يجد كفنا، الحديث (١٢٧٦)، ومسلم (٢/٦٤٩) كتاب الجنائز، باب: في كفن الميت، الحديث (٤٤/٩٤٠)، وأبو داود (٣/٥٠٨) كتاب الجنائز، باب: كراهية المغلاة في الكفن، الحديث (٣١٥٥)، والترمذي (٥/٣٥٤، ٣٥٥) كتاب المناقب، باب: مناقب مصعب بن عمير، الحديث (٣٩٤٣)، والنسائي (٤/٣٨) كتاب الجنائز، باب: القميص في الكفن، والبيهقي (٣/٤٠١) كتاب الجنائز، باب: التكفين في ثوب واحد، من حديث خباب بن الأرت، قال: «هاجرنا مع رسول الله ﷺ في سبيل نبتغي وجه الله فوجب أجرنا على الله، فمنا من مضى لم يأكل من أجره شيئًا، منهم مصعب بن عمير، قتل يوم أحد فلم يوجد له شيء يُكفن فيه إلا نمرة، كنا إذا وضعناها على رأسه خرجت رجلاه، وإن وضعناها على رجليه خرج رأسه، فقال رسول الله ﷺ...» وذكر الحديث. وينظر: البدرُ التمام شرح بلوغ المرام، للحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، تحقيق: علي بن عبد الله الزين، دار هجر، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (٤/١٥٨)، سبيل السلام (١/٤٧٦).

وفي كتاب الخنثى لعصام: تكفين الرجل زيادة على ثلاثة أثواب إلى خمسة^(١) التي هي كفن النساء ليس بمكروه ولا بأس به .
وفي الجامع الأصغر قال نصير: في كفن المثل [أن]^(٢) ينظر إلى الرجل ماذا لبس^(٣) إذا خرج إلى العيد وإلى المرأة ماذا^(٤) تلبس إذا خرجت لزيارة^(٥) أبويها [وماذا تلبس بحضرتهما عند القعود بين يديهما إذا زاراها]^(٦) .
قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : كفن المثل أن ينظر إلى ما يلبسه الإنسان في الغالب فيكون مثل ذلك الثوب في الكفن، ولو تبرع إنسان على الميت بالكفن ثم افترسه السبع فعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يعود الكفن إلى [ملك]^(٧) المتبرع .



(١) زاد في أ، ب: أثواب .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في أ، ب: يلبس .

(٤) في أ: ما .

(٥) في أ، ب: إلى زيارة .

(٦) في أ، ب: وإذا زارها أبوها ماذا تلبس وتقعدين به .

(٧) سقط في د .

نوع آخر في بيان من يصلي على الميت:

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الصلاة: إن إمام الحي أولى بالصلاة، وذكر الحسن في كتاب صلواته عن أبي حنيفة أن الإمام الأعظم وهو الخليفة أولى [إن حضر]^(١) وإن لم يحضر فإمام المصر أولى، فإن لم يحضر فالقاضي أولى، فإن لم يحضر فصاحب الشرط [أولى]^(٢)، فإن لم يحضر فإمام الحي، فإن لم يحضر فالأقرب من ذوي قرابته، وبهذه الرواية أخذ كثير من مشايخنا.

ومن المشايخ من قال: لا اختلاف بين الروایتين، فما ذكر في كتاب الصلاة محمول على ما إذا لم يحضر الإمام الأعظم ولا واحد ممن ذكر في رواية الحسن، أما إذا^(٣) حضر الإمام الأعظم فهو أولى بالصلاة باتفاق الروايات؛ لأن في التقدم^(٤) على السلطان إزدراء به ونحن أمرنا بتوقيره فإن لم يحضر الإمام الأعظم فأمر المصر أولى؛ لأنه في معنى الإمام الأعظم من حيث إنا أمرنا بتوقيره وبعده القاضي أولى لما ذكرنا في أمير المصر وبعده صاحب الشرط، وبعده خليفة الوالي وبعده خليفة القاضي، وبعده هؤلاء إمام الحي أولى؛ لأنه مرضي الميت^(٥) حال حياته، فكان^(٦) هو أولى بالصلاة عليه وإنما ذكر محمد - رحمه الله - أن إمام الحي أولى في كتاب الصلاة؛ لأن السلطان لا يوجد في كل موضع.

قال الكرخي في كتابه: وتقديم إمام الحي ليس بواجب لكنه أفضل، وأما^(٧) تقديم السلطان فهو واجب؛ لأن في ترك تقديمه إزدراء به، وفي ذلك فساد^(٨) أمور المسلمين، ولكنه مرضي الميت حال حياته، وهذا المعنى يقتضي^(٩) تفضيله على غيره، إما لا يوجب تقديمه، ثم بعد إمام الحي فولي الميت، وهذا كله قول أبي

- (١) سقط في د.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في د: لو.
- (٤) في د: التقديم.
- (٥) في د: الموت.
- (٦) في أ، ب: فيكون.
- (٧) في د: فأما.
- (٨) في د: إفساد.
- (٩) في د: يوجب.

حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: ولي الميت أولى بالصلاة على الميت على كل حال وهو قول الشافعي - رحمه الله^(١) - .

[وحيتهما]^(٢) قوله عز وجل: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(٣) من غير فصل؛ ولأن هذا حكم تعلق بالولاية فيكون الولي مقدماً على السلطان و[على]^(٤) من سميناهم قياساً على النكاح؛ ولأن المقصود من صلاة الجنائز الدعاء للميت والشفاعة ودعاء القريب^(٥) أرجى إلى [القبول]^(٦)؛ لأنه أشفق على الميت

(١) الجديد عند الشافعية: أن الولي مقدم على الوالي وإمام المسجد .
وممن صرح بتقديم إمام المسجد على الولي تفرعاً على القديم: صاحب التهذيب والرافعي، واحتجوا للقديم بحديث: «لَا يُؤْمَرُ الرَّجُلُ فِي سُلْطَانِهِ»، وللجديد بأنها ولاية ترتب فيها العصباء؛ فقدم الولي على الوالي كالنكاح.
قال في حاشية الدسوقي (١/٤٢٧، ٤٢٨): والأولى أي الأحق بالصلاة على الميت إمام وصى أوصاه بالصلاة عليه رضى خيره صفة لوصى تفيد التعليل كأنه قال أوصاه لرجاء خيره ثم إن لم يكن وصى فالأولى الخليفة لا فرعه أي نائبه في الحكم إلا أن يوليه حكماً مع الخطبة للجمعة ثم أقرب العصبية فيقدم ابن فابنه فأب فأخ فابنه فجد فعم فابنه وإن تعدد العاصب لجنائز أو أكثر قدم أفضل ولي بزيادة فقه أو حديث أو غيرهما ولو كان الأفضل ولي امرأة فيقدم على ولي الرجل المفضل اعتباراً بفضل ولي المرأة الميتة وصلى النساء على الجنائز عند عدم الرجال دفعة أفذاذاً ولا ينظر لسبق بعضهم بعضاً بالتكبير أو السلام فإذا فرغن كره لمن فاتته منهن أن تصلى وصحح ترتبهن أي القول بترتبهن واحدة بعد أخرى وضعف بأنه تكرار للصلاة وهو مكروه.

وقال في الإنصاف (٢/٤٧٣): (إلا الصلاة عليه فإن الأمير أحق بها بعد وصيه) هذا الذي ذكرناه قبل ذلك من الأولوية والترتيب في التقديم إنما هو في غسله أما الصلاة عليه: فأحق الناس بها وصيه كما قاله المصنف، ثم الأمير كما قال، وهو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب وجزم به في الحاوي، والمغني، والشرح وغيرهم وقدمه في الفروع وغيره، وقيل: يقدم الأمير على الوصي اختاره الأجرى. وقيل: يقدم الأب على الوصي، ذكره القاضي عن ابن أحمد، نقله ابن تميم، وعنه يقدم الولي على السلطان جزم به ابن عقيل في التذكرة، تنبيه: أفادنا المصنف رحمه الله صحة الوصية بالصلاة عليه، وهو صحيح. واعلم أن صحة الوصية بالصلاة عليه: حكمها حكم الوصية إليه بالنكاح.

(٢) في أ، ب: حجة أبي يوسف.

(٣) سورة الأنفال آية: ٧٥ .

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) زاد في أ، ب: في الشفاعة.

(٦) سقط في أ، ب.

فيوجد منه زيادة التضرع في الدعاء والاستغفار ولا يوجد ذلك من السلطان وغيره فيكون هو أولى^(١).

حجة أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لما^(٢) مات الحسن بن علي - رضي الله عنهما - خرج الحسين^(٣) - رضي الله عنه - والناس لصلاة الجنائز فقدم الحسين سعيد بن العاص^(٤) - رضي الله عنه - وكان سعيد والياً بالمدينة يومئذ فأبى سعيد أن يتقدم، فقال الحسين - رضي الله عنه -: «تقدم ولولا السنة ما قدمتك»^(٥)؛ ولأن هذه [الصلاة]^(٦) تقام بالجماعة^(٧) فيكون السلطان أولى بإقامتها؛ قياساً على سائر

(١) المحيط البرهاني (٢/١٨٧، ١٨٨).

(٢) في د: أنه.

(٣) هو: الحسين بن علي بن أبي طالب، الهاشمي القرشي العدناني، أبو عبد الله، السبط الشهيد، ابن فاطمة الزهراء، ولد سنة أربعة هـ بالمدينة المنورة ونشأ في بيت النبوة، وإليه نسبة كثير من الحسينيين، وهو الذي تأصلت العداوة بسببه بين بني هاشم وبني أمية حتى ذهبت بعرش الأمويين، وكان مقتله - رضي الله عنه - يوم الجمعة عاشر المحرم سنة واحد وستين هـ، وقد وصفه النبي ﷺ بأنه سيد شباب أهل الجنة.

ينظر: تاريخ الخميس في أحوال أنفس نفيس، حسين بن محمد الديار بكري، مصر، ١٢٨٣هـ (٢/٢٩٧)، وصفوة الصفوة، لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي (١/٣٢١)، وتاريخ دمشق، لابن عساكر، المكتبة الظاهرية، دمشق (٤/٣١١)، والكامل، لابن الأثير (٤/١٩).

(٤) هو: سعيد بن العاص بن أمية الأموي، أبو عثمان، قال ابن سعد: قُبض النبي ﷺ ولسعيد تسع سنين، استعمله عثمان على الكوفة، وغزا بالناس طبرستان، واستعمله معاوية على المدينة، قال معاوية: لكل قوم كريم وكريمنا سعيد، وهو أحد الذين كتبوا المصحف لعثمان، مات في قصره بالعرضة على ثلاثة أميال من المدينة ودفن بالبقيع سنة ثمان وخمسين.

ينظر: تهذيب الكمال (١٠/٥٠١)، تقريب التهذيب (١/٢٩٩)، التاريخ الكبير، للبخاري (٣/٥٠٢).

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير (٣/١٤٨) رقم (٢٩١٢)، وعبد الرزاق (٦٣٦٩)، والحاكم (٣/١٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/٢٨، ٢٩)، من طريق سالم بن أبي حفصة عن أبي حازم قال: شهدت حسيناً - رضي الله عنه - حين مات الحسن - رضي الله عنه - وهو يدفع في قفا سعيد بن العاص وهو يقول: تقدم، فلولا السنة ما قدمتك! وسعيد بن العاص أمير على المدينة يومئذ... الحديث.

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/٣٤): رواه الطبراني في الكبير، والبخاري، ورجاله موثقون.

وأعله الحافظ في تلخيص الحبير (٢/٢٨٨) بسالم بن أبي حفصة، وقال: ضعيف.

(٦) في أ، ب: صلاة، وسقط في د.

الصلوات .

فإن اجتمع للميت قريبان هما للميت في القرب على السواء بأن كان له أخوان لأب وأم أو لأب فأكبرهم سنا أولى؛ لأن النبي ﷺ أمر بتقديم الأسن^(١) فإن أراد الأكبر أن يقدم إنساناً ليس له ذلك إلا برضا الآخر؛ لأن الحق لهما لاستوائهما في [في الموجب وهو]^(٢) القرابة لكن^(٣) قدمنا الأسن للسنة ولا سنة في تقديم من قدمه فيبقى الحق لهما كما كان .

وإن كان أحدهما لأب وأم والآخر لأب فالذي^(٤) لأب وأم أولى وإن كان أصغر [منه]^(٥)، وإن قدم [الأخ]^(٦) لأب وأم غيره فليس للأخ لأب أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه لا حق [للأخ لأب]^(٧) في ذلك أصلاً .

وإن اجتمع للميت ابن وأب ذكر في [كتاب]^(٨) الصلاة أن الأب أولى .
من مشايخنا من قال: ما ذكر في كتاب الصلاة قول محمد - رحمه الله - وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: الابن أولى، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -:
الولاية لهما، إلا أنه يقدم الأب احتراماً له ورد هذا القائل هذه المسألة إلى مسألة

(٧) في ب: بجماعة .

(١) في أ: الأكبر .

أخرجه البخاري (٣٢١/٢) كتاب الأذان، باب: الأذان للمسافر (٦٣١)، ومسلم (١/٤٦٥) كتاب المساجد، باب: من أحق بالإمامة (٢٩٢/٦٧٤)، والدارقطني (١/٢٧٣)، والبيهقي (٢/٣٤٥) من طريق أبي قلابة قال: حدثنا مالك - يعني ابن الحويرث - قال: «أتينا إلى النبي ﷺ ونحن شعبة متقاربون، فأقمنا عنده عشرين يوماً وليلة، وكان رسول الله ﷺ رحيماً رقيقاً، فلما ظن أننا قد اشتهينا أهلنا - أو قد اشتقنا - سألنا عمنا تركنا بعدنا فأخبرناه، قال: ارجعوا إلى أهليكم فأقيموا فيهم وعلموهم ومروهم - وذكر أشياء أحفظها أو لا أحفظها - وصلوا كما رأيتموني أصلي، فإذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم» .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في د: لكنا .

(٤) زاد في د: هو .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) سقط في أ، ب .

(٧) في د: له .

(٨) سقط في أ، ب .

النكاح.

ومسألة النكاح على هذا الخلاف فإنه إذا اجتمع للمجنونة أب وابن فالابن أولى من الأب عند أبي حنيفة.

وعند محمد - رحمه الله - الأب أولى، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - الولاية لهما إلا أنه يقدم الأب احترامًا له ومنهم من قال: لا بل ما ذكر في صلاة الجنائز أن الأب أولى [على] ^(١) قول الكل؛ لأن للأب زيادة فضيلة وسن [ليس] ^(٢) للابن وللفضيلة أثر في استحقاق الإمامة فترجح الأب [عليه] ^(٣) بذلك بخلاف النكاح؛ لأنه لا أثر للفضيلة هناك في إثبات الولاية فلا يثبت الترجيح ^(٤) به، ونص هشام في نوادره عن محمد [عن أبي حنيفة] ^(٥) أن الأب أولى من الابن.

وإن اجتمع للميت أب وأخ فالأب أولى بالإجماع.

قال القدوري - رحمه الله -: وسائر القرابات أولى من الزوج، وكذا مولى

العتاقة.



(١) سقط في ب، د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) زاد في د: ثمة.

(٥) سقط في أ، ب.

نوع آخر في اجتماع الجنائز:

وإذا اجتمعت الجنائز فالإمام بالخيار إن شاء صلى على كل جنازة على حدة وإن شاء صلى [على جميع الجنائز] ^(١) صلاة واحدة وتجزئ عن الكل لما روي في شهاد أحد أن رسول الله ﷺ «صلى على [كل]» ^(٢) عشرة صلاة واحدة» ^(٣)؛ ولأن الدعاء والشفاعة تحصل بصلاة واحدة، قال في الكتاب: إن أراد أن يصلي عليها ^(٤) صلاة واحدة إن شأوا ووضعوا الجنائز ^(٥) صفا طويلاً وإن شأوا ووضعوها ^(٦) واحداً بعد واحد مما يلي القبلة والأصل فيه ما روي عن عثمان بن عبد الله بن صهيب - رضي الله عنه - أنه قال: «صليت مع أبي هريرة - رضي الله عنه - ما لا أحصي صلاة الجنائز ^(٧) فكان يضع مرة صفوفًا ومرة صفًا واحدًا» ^(٨) ولم يجعل أحدهما أفضل [من الآخر] ^(٩) في ظاهر الرواية.

وقد روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال: إن وضعوا واحدًا بعد واحد ^(١٠)

(١) في أ، ب: عليها.

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩١/٢) كتاب الجهاد، باب: الصلاة على الشهيد (٢١٦٤)، الحديث (١٢٨٦٨)، وابن سعد في الطبقات (١٦/٣)، وأبو داود في المراسيل، ص (٣٠٦)، رقم (٤٢٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٠٣/١) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على الشهداء، والدارقطني (٧٨/٢) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، الحديث (٩)، والبيهقي (١٢/٤) كتاب الجنائز، باب: من زعم أن النبي ﷺ صلى على شهداء أحد، وأبو نعيم (٥٩/٩)، من رواية حصين بن عبد الرحمن عن أبي مالك الغفاري قال: «صلى رسول الله ﷺ على قتلى أحد عشرة عشرة في كل عشرة منهم حمزة، حتى صلى عليه سبعين صلاة»، قال البيهقي: هذا أصح ما في هذا الباب، وهو مرسل أخرجه أبو داود في «المراسيل»، بمعناه، قال: حدثنا هناد، عن أبي الأحوص، عن عطاء، عن الشعبي، قال: صلى النبي ﷺ يوم أحد على حمزة سبعين صلاة، بدأ بحمزة فصلى عليه، ثم جعل يدعو بالشهداء فيصلى عليهم وحمزة مكانه، وهذا أيضًا منقطع، وحديث جابر موصل، وكان أبوه من شهداء أحد.

(٤) في د: عليهما.

(٥) في د: الجنازة.

(٦) في أ، ب: وضعوا.

(٧) في ب، د: الجنازة.

(٨) ذكره المصنف في المحيط البرهاني (١٨١/٢).

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في أ، ب: الآخر.

كان أحسن حتى يصير الإمام قائمًا بإزاء الكل فإنه ليس البعض بأولى من البعض حتى^(١) أن يقوم الإمام بحذائه وهكذا وردت السنة في شهداء أحد ولكن يجعل الرجال مما يلي الإمام والصبيان بعده والنساء مما يلي القبلة هكذا روي عن علي وابن مسعود وابن عمر - رضي الله عنهم - .

ولأنه لو صلى بهم الإمام حالة الحياة فالرجل يلي الإمام والصبي يلي الرجل والمرأة تلي الصبي فبعد الوفاة يصلي عليهم الإمام هكذا^(٢).
وإن [كان]^(٣) حرا أو^(٤) مملوكا فكيف ما وضعت أجزأه^(٥)؛ لأنهما لا يختلفان في المقام حالة الحياة فكذا بعد الوفاة.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يوضع^(٦) أفضلهما مما يلي الإمام وأسنهما وإن كان صبيًا حرًا أو مملوكًا لم يذكر هذا الفصل في الأصل.
وذكر في المجرد: أنه يقدم الصبي الحر على العبد وهذا [على]^(٧) رواية أبي حنيفة - رحمه الله - أما على ظاهر الرواية في الرجل الحر والمملوك كيف ما يوضع جاز.

وإن كان عبدًا وامرأة فالعبد مما يلي الإمام والمرأة خلفه، وإن كان^(٨) خنثى وامرأة ورجلا يوضع الرجل إلى ما يلي الإمام وخلفه [الخنثى وخلفه المرأة مما يلي القبلة]^(٩).

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: الأحسن عندي أن يكون [أهل]^(١٠) الفضل مما يلي الإمام لقوله ﷺ: «لِيَلِينِي مِنْكُمْ أَوْلُو الْأَخْلَامِ وَالنَّهْي»^(١١).

(١) في أ، ب: في .

(٢) زاد في أ، ب: أيضا .

(٣) سقط في ب .

(٤) في أ، ب: و .

(٥) في د: أجزاك .

(٦) في أ، ب: يضع .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ، ب: كانت جنازة .

(٩) في أ، ب: مما يلي القبلة الخنثى وخلف الخنثى .

(١٠) سقط في د .

(١١) أخرجه مسلم (٣٢٣/١) كتاب الصلاة، باب: تسوية الصفوف (١٢٣/٢٤٣٢)، وأبو داود =

نوع آخر في حمل الجنازة:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: وتضع مقدم الجنازة على يمينك، ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك، ثم مؤخرها على يسارك هذا هو السنة عند كثرة الحاملين إذا تناوبوا إلى^(١) الحمل بيتدي الحامل من اليمين المقدم للميت وهو يمين الحامل أيضًا فيحمله على عاتقه الأيمن ثم بالمؤخر الأيمن ثم بالمقدم الأيسر ثم بالمؤخر الأيسر.

قال: محمد - رحمه الله - ورأيت أبا حنيفة^(٢) - رحمه الله - فعل هكذا وذلك دليل تواضعه. والمشي خلف الجنازة أفضل وإن مشى أمامها^(٣) كان واسعًا، لما روي أن النبي ﷺ كان يمشي خلف جنازة سعد بن معاذ^(٤) - رضي الله عنه - وعلي - رضي الله عنه - كان يمشي خلف جنازة فقيل له: إن أبا بكر وعمر - رضي الله عنهما - كانا يمشيان أمامها، فقال: يرحمهما^(٥) الله^(٦).

(١/٢٣٧) كتاب الصلاة، باب: من يستحب أن يلي الإمام في الصف (٦٧٥)، والترمذي (١/٢٦٧) كتاب الصلاة، باب: ما جاء ليليني منكم أولو الأحلام والنهي (٢٢٨)، وأحمد (١/٤٥٧)، وابن خزيمة (١٥٧٢)، وأبو يعلى (٥١١١)، والبيهقي (٣/٩٦، ٩٧)، من حديث عبد الله بن مسعود.

(١) في ب: في.

(٢) زاد في د: رأيت.

(٣) في د: أمامه.

(٤) هو: سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس بن زيد بن عبد الأشهل الأوسي، أبو عمرو، سيد قومه، شهد بدرًا وأحدًا، وقال النبي ﷺ: «اهتز العرش لموت سعد بن معاذ». وقال: «مناديل سعد في الجنة خير من هذه الحلة». استشهد زمن الخندق.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/٣٧١)، تهذيب التهذيب (٣/٤٨٢)، تقريب التهذيب (١/٢٨٩)، الكاشف (١/٣٥٤).

(٥) في أ: رحمهما، وفي د: رحمه.

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٣/٤٤٥، ٤٤٦) كتاب الجنائز، باب: المشي أمام الجنازة، الحديث (٦٢٦٣)، وابن أبي شيبه (٣/٢٧٨) كتاب الجنائز، باب: المشي أمام الجنازة، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٤٨٣) كتاب الجنائز، باب: المشي في الجنازة، والبيهقي (٤/٢٥) كتاب الجنائز، باب: المشي خلف الجنازة، وابن حزم في المحلى (٥/١٦٥)، وقالوا كلهم: كفضل صلاة الجماعة على صلاة الفرد، أو كفضل صلاة الرجل جماعة على صلاته فردًا.

قال ابن حجر: «رواه سعيد بن منصور وغيره من طريق عبد الرحمن بن أبزي عن علي، وإسناده حسن وهو موقوف له حكم المرفوع، لكن حكي الأثر من أحمد أنه تكلم في

وقد عرفا أن المشي خلفها أفضل ولكنهما أرادا تيسير^(١) الأمر على الناس^(٢).

= إسناده». ينظر: فتح الباري (٣/١٤٣).

(١) في أ، ب: أن يتيسر.

(٢) اتفق الفقهاء على أن من لحق بالجنازة من أي موضع، كان مشيعاً لها، سواء كان أمامها أم خلفها، وسواء كان عن يمينها أم يسارها، وسواء كان راكباً أم ماشياً.

إنما الخلاف بين الفقهاء في تحديد الموضع المستحب أو المندوب، لكل من الماشي والراكب. ومع اختلاف الفقهاء في ذلك، إلا أنهم قالوا في حق الماشي: إن كان الأفضل التأخر عن الجنازة لكن لا يكره التقدم عليها، وإن كان الأفضل التقدم على الجنازة إلا أنه لا يكره التأخر عنها. ونظيره: من قدر أن يجلس في الصلاة في الصف الأول، فلم يفعل وجلس في غيره، فإنه جائز، والأول كان أفضل. فالخلاف منعقد في كون المشي أمام الجنازة أفضل أم خلفها:

فالحنفية يرون أن الأفضل لمشيح الجنازة المشي خلفها، ويجوز أمامها، إلا أن يتباعد عنها أو يتقدم الكل فيكره، ولا يمشي عن يمينها ولا عن شمالها، ويكره لمشيحها رفع الصوت بالذكر والقراءة، ويذكر في نفسه.

وقال في درر الحكام: وندب المشي خلفها؛ لما روينا؛ لقوله ﷺ: «الجنازة متبوعة»؛ ولأنه أبلغ في الاعتاظ بها والتعاون في حملها إن احتيج إليه. وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أن الأفضل للمشيح أن يكون خلف الجنازة، سواء كان ماشياً أم راكباً، ويجوز المشي أمامها بلا كراهة؛ تفادياً للزحام، مع خلاف الأفضل؛ لورود ذلك في الجملة. غير أنه يكره أن يتقدم الكل عليها؛ لأن فيه إبطال متبوعية الجنازة من كل وجه، كما يكره للراكب أن يتقدمها.

وهذا مذهب الحنفية، قال به أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن، وهو مذهب الظاهرية، وبه قال الأوزاعي، وإسحاق، وابن أبي أوفى.

المذهب الثاني: يرى أن الأفضل المشي أمام الجنازة، وإليه ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبه قال جماهير العلماء: منهم أبو بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر، والحسن ابن علي، وأبو قتادة، وأبو هريرة، وابن الزبير، والقاسم بن محمد، وسالم، وشريح، وابن أبي ليلى، والزهرري، وداود. وإليه ذهب النخعي والأسود بن يزيد إن كان مع الجنازة نساء.

قال في مواهب الجليل: ومما يستحب للمشيح للجنازة إذا كان ماشياً أن يتقدم أمامها قال في (الطراز). فرع: فإذا ثبت أن المشي أمامها أفضل فلا يكره المشي خلفها قاله أشهب في (مدونته) قال: أمامها السنة وخلفها واسع، والذي قاله بين، ونظيره من قدر أن يجلس في الصلاة في الصف الأول فلم يفعل وجلس في غيره فإنه جائز والأول كان أفضل. انتهى.

قال الشافعي والأصحاب - رحمهم الله -: والأفضل أن يمشي قدامها وأن يكون قريباً منها، وكلما قرب منها فهو أفضل، وسواء كان راكباً أم ماشياً فالأفضل قدامها ولو تقدم عليها كثيراً، فإن كان بحيث ينسب إليها بأن يكون التابعون كثيرين حصل له فضيلة اتباعها، وإن كان بحيث لا ينسب إليها لكثرة بعده وانقطاعه عن تابعيها لم تحصل له فضيلة المتابعة، ولو مشى خلفها حصل له فضيلة أصل المتابعة ولكن فاته كمالها.

وقال ابن مسعود - رضي الله عنه -: فضل المشي خلف الجنازة على المشي أمامها كفضل المكتوبة على النافلة^(١).

ويكره أن يتقدم الكل عليها وإن [مشوا]^(٢) كلهم خلفها فلا بأس به .
ولا بأس بالعود إذا وضعت الجنازة ويكره قبله، ولا بأس بالركوب في الجنازة والمشى أفضل، هكذا ذكر القدوري - رحمه الله -؛ لأنه يسير إلى الصلاة فيجوز راكبًا وماشيًا.

والمشي أفضل كما في سائر الصلوات؛ وهذا لأن المشي أقرب للخشوع وأليق بحال الشفيح.

وفي نوادر المصلي عن أبي يوسف - رحمه الله - قال: رأيت أبا حنيفة - رحمه الله - يتقدم أمام الجنازة وهو راكب، ثم يقف حتى تأتية.

فهذا دليل على أنه لا بأس بالركوب في الجنازة، وقيل: هذا إذا بعد عن الجنازة أما إذا قرب منها يكره؛ لأن السبيل في اتباع الجنازة أن يكون بطريق التذلل لا بطريق التكبر فعلى قول هذا القائل يحمل [ما]^(٣) فعله أبو حنيفة على أنه كان بعيدًا عن الجنازة، وفي المسألة دليل عليه فإن أبا يوسف قال: ثم يقف حتى تأتية.

قال في الإنصاف: وأن يكون المشاة أمامها، يعني يستحب ذلك، وهذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب واختار صاحب الرعاية: يمشي حيث شاء، وقال المصنف في الكافي: حيث مشى فحسن، وعلى الأول: لا يكره خلفها وحيث شاء قاله في مجمع البحرين. قوله: «والركبان خلفها» يعني يستحب، وهذا بلا نزاع، فلو ركب وكان أمامها كره، قاله المجدد. ومراد من قال «الركبان خلفها» إذا كانت جنازة مسلم، وأما إذا كانت جنازة كافر: فإنه يركب ويتقدمها.

ينظر: فتح القدير (١٣٦/٢)، درر الحكام (١٦٧/١)، مواهب الجليل (٢٢٧/٢)، المجموع (٢٢٧/٥)، شرح النووي على صحيح مسلم (١٤/٧)، المغني، لابن قدامة (٢/٤٧٤)، الإنصاف (٢/٥١٤)، فتح الباري (٣/١٤٣)، الجامع الصحيح «سنن الترمذي»، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق: أحمد شاکر، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة (٣/٣٣٣)، نيل الأوطار (٤/٧٢).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي (٥٧/٢)، بدائع الصنائع (١/٣١٠)، العناية شرح الهداية (٢/١٣٥)، مجمع الأنهر (١/١٨٦)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لجمال الدين أبي محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنجي، تحقيق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، دمشق، لبنان، بيروت، ط (٢)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م (١/٣٢٠).

(٢) سقط في ب، وفي د: كان.

(٣) سقط في أ، ب.

نوع آخر في الدفن:

قال: وإذا انتهى بالميت إلى القبر فلا يضر وتر دخله أم شفع؛ لأن المقصود وضع الميت في القبر، وإنما^(١) يدخل قبره ما^(٢) تحصل به الكفاية والشفع والوتر سواء فيه وقد صح أنه دخل [في]^(٣) قبر النبي ﷺ أربعة: علي والعباس^(٤) وابنه فضل^(٥) - رضي الله عنهم - واختلفوا في الرابع، ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - أن الرابع صالح مولى عتاقة^(٦) رسول الله ﷺ، وذكر شمس الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - أن الرابع سهيل^(٧) .
وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الرابع المغيرة بن شعبة أو أبو رافع^(٨) .

(١) في د: قائما.

(٢) في أ، ب: بقدرها.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) هو: العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي. عم رسول الله ﷺ وصنو أبيه. يكنى: أبا الفضل. شهد مع رسول الله ﷺ بيعة العقبة. كان ذا رأي سديد، وعقل غزير. وقال عنه النبي ﷺ: هذا العباس بن عبد المطلب أجود قریش كفا وأوصلها، وقال: هذا بقية آبائي. أضر العباس آخر عمره، وتوفي بالمدينة سنة (٣٢هـ)، وقيل: قبل قتل عثمان بستين.

ينظر: الإصابة (٣/٥١١)، أسد الغابة (٣/١٦٣)، الثقات (٣/٢٨٨)، تجريد أسماء الصحابة، للذهبي، نشر: شرف الدين الكنتي، الهند (١/٢٩٥).

(٥) هو: الفضل بن العباس بن عبد المطلب الهاشمي، ابن عم النبي ﷺ، كان وسيماً جميلاً. له أربعة وعشرون حديثاً، قال ابن سعد: شهد الفتح وحنيئاً، قال الواقدي: مات في طاعون عمواس.

ينظر: تهذيب التهذيب (٨/٢٨٠)، الثقات (٣/٣٣٠)، خلاصة تذهيب الكمال (٢/٣٣٥، ٣٣٦).

(٦) هو: شقران، مولى رسول الله ﷺ، قيل: إن اسمه صالح بن عدي فيما قاله مصعب بن عبد الله الزبيري، وخليفة بن خياط، روى عن: النبي ﷺ، وروى عنه: عبيد الله بن أبي رافع، قال مصعب بن عبد الله: كان عبدا حبشيا لعبد الرحمن بن عوف فوهبه لرسول الله ﷺ. وقيل: بل اشتراه منه فأعتقه، كان فيمن غسل النبي ﷺ، وقال أبو معشر المدني: شهد شقران بدرًا وهو عبد فلم يسهم له.

ينظر: طبقات خليفة، ص (٧)، والاستيعاب (٢/٧٠٩)، وأسد الغابة (٢/٢)، وتهذيب التهذيب (٤/٣٦٠)، والإصابة (٢/الترجمة ٣٩١٦)، وتقريب التهذيب (١/٣٥٤).

(٧) في المحيط البرهاني (٢/١٩٠): صهيب.

(٨) هو: أبو رافع القبطي مولى رسول الله ﷺ قيل اسمه إبراهيم وقيل أسلم وقيل ثابت، وكان

ويقول واضعه في القبر: بسم الله وعلى ملة رسول الله معناه بسم الله وضعناك
وعلى ملة رسول الله سلمناك.

وروي عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ كان إذا وضع
ميتا في القبر يقول: «بسم الله وعلى ملة رسول الله»^(١)، وهكذا روي عن علي

إسلامه قبل بدر ولم يشهدا، وشهد أحدا وما بعدها، وزوجه رسول الله ﷺ سلمى مولاته
وشهدت معه خبير، روى عن النبي ﷺ وعن ابن مسعود وعنه أبو سعيد المقبري، وسليمان
ابن يسار، وعطاء بن يسار وغيرهم. مات بالمدينة قبل قتل عثمان بيسير أو بعده.
ينظر: الطبقات الكبرى (٧٤/٤)، الاستيعاب (١٦٥٦/٤)، الإصابة (١٣٤/٧).

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٢/٢) كتاب الجنائز، باب: في الدعاء للميت (٣٢١٣)، والنسائي في
الكبرى (٢٦٨/٦) كتاب عمل اليوم والليلة، باب: ما يقول إذا وضع الميت في اللحد،
وأحمد (٢٧/٢، ٤٠، ٥٩، ٦٩)، وعبد بن حميد (٨١٦)، وابن حبان (٣١١٠) -
الإحسان)، والحاكم (٣٦٦/١)، والبيهقي (٥٥/٤)، من طرق عن همام بن يحيى قال:
حدثنا قتادة عن أبي الصديق الناجي عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا وضعت
موتاكم في قبورهم فقولوا: باسم الله وعلى سنة رسول الله ﷺ».
وصححه الحاكم على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

وقال البيهقي: والحديث يتفرد برفعه همام بن يحيى بهذا الإسناد وهو ثقة إلا أن شعبة
وهشاما الدستوائي رواه عن قتادة موقوفاً على ابن عمر.

أخرجه الحاكم (٣٦٦/١)، والبيهقي (٥٥/٤)، والنسائي في الكبرى (٢٦٨/٦)
من طرق عن شعبة، والبيهقي (٥٥/٤) من طريق هشام الدستوائي، كلاهما عن قتادة
موقوفاً.

وقد خالف أبو داود الطيالسي الجماعة الذين رووه عن شعبة موقوفاً، فرواه عنه مرفوعاً:
أخرجه ابن حبان (٣١٠٩).

والحديث ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٢/٢٦٠، ٢٦١) وقال: أعل
بالوقف وتفرد برفعه همام عن قتادة عن أبي الصديق عن ابن عمر ووقفه سعيد وهشام،
فرجح الدارقطني وقبله النسائي الوقف ورجح غيرهما رفعه، وقد رواه ابن حبان من
طريق سعيد عن قتادة مرفوعاً.

قلت: لم أجد رواية سعيد المشار إليها، ولكن هي عند ابن حبان: شعبة عن قتادة والله
أعلم.

وللحديث طرق أخرى:

فأخرجه الترمذي (٣٥١/٢) أبواب الجنائز، باب: ما يقول إذا أدخل الميت القبر
(١٠٤٦)، وابن ماجه (٨١/٣) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في إدخال الميت القبر
(١٥٥٠)، من طريق الحجاج عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان إذا أدخل الميت
القبر - وفي رواية: إذا وضع الميت في لحده - قال مرة: باسم الله وبالله وعلى ملة
رسول الله، وقال مرة: باسم الله وبالله وعلى سنة رسول الله.

وقال الترمذي: حديث حسن غريب من هذا الوجه.

- رضي الله عنه - .

ولا بأس بدفن الاثنين والثلاثة في قبر واحد حالة الضرورة، فقد صح أن النبي ﷺ أمر في شهداء أحد بدفن الاثنين والثلاثة منهم في قبر واحد^(١)، وكانت الحالة حالة الضرورة، والأنصار^(٢) يومئذ أصابهم قرح^(٣) وجهد شديد فشكوا إلى النبي ﷺ [و]^(٤) قالوا: الحفر علينا لكل إنسان شديد، فقال ﷺ: «أعمقوا وأوسعوا»^(٥) وادفنوا الاثنين والثلاثة [في قبر واحد]^(٦)، فقالوا: من تقدم، فقال ﷺ: «قدموا أكثرهم قرآنا»^(٧).

قلت: فيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وقد عنعنه ولم يصرح بالسماع؛ فإسناده ضعيف، ولعل الترمذي حسنه بما له من طرق أخرى.

وأخرجه ابن ماجه (١٥٥٠) من طريق ليث بن أبي سليم عن نافع عن ابن عمر، بنحوه. وإسناده ضعيف أيضاً؛ لضعف ليث بن أبي سليم، فقد ضعفه يحيى والنسائي، وقال أحمد: مضطرب الحديث، وقال ابن حبان: اختلط في آخر عمره. الميزان (٥٠٩/٥).

وأخرجه ابن ماجه (١٥٥٣)، والبيهقي (٥٥/٤)، من طريق هشام بن عمار قال: حدثنا حماد بن عبد الرحمن الكلبي قال: حدثنا إدريس الأودي عن سعيد بن المسيب قال: حضرت ابن عمر في جنازة فلما وضعها في اللحد قال: باسم الله وفي سبيل الله وعلى ملة رسول الله، فلما أخذ في تسوية اللبِن على اللحد قال: اللهم أجِرْها من الشيطان ومن عذاب القبر، اللهم جاف الأرض عن جنبيها، وصعد روحها، ولقها منك رضواناً، قلت: يابن عمر، شيء سمعته من رسول الله أم قلته برأيك؟ قال: إني إذن لقادر على القول، بل شيء سمعته من رسول الله ﷺ.

وقال البوصيري في الزوائد (٥٠٥/١):

هذا إسناده فيه حماد بن عبد الرحمن وهو متفق على تضعيفه.

قلت: وشيخه إدريس هو ابن صبيح الأودي مجهول. التقريب (ت: ٢٩٥).

(١) تقدم.

(٢) في د: فالأنصار.

(٣) في أ، ب: قروح.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: ووسعوا.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) أخرجه أبو داود (٢٣٣/٢) كتاب الجنائز، باب: في تعميق القبر (٣٢١٥، ٣٢١٦)،

والنسائي (٨٠/٤) كتاب الجنائز، باب: ما يستحب من إعماق القبر، (٨٣/٤) باب دفن

الجماعة في القبر الواحد، وأحمد (١٩/٤، ٢٠)، وعبد الرزاق (٦٥٠١)، وسعيد بن

منصور (٢٥٨٢)، وأبو يعلى (١٥٥٣)، والطبراني في الكبير (٢٢، ٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦،

٤٤٧، ٤٤٩)، وأبو نعيم في الحلية (٢٩/٩)، والبيهقي في السنن (٣٤/٤) وفي الدلائل

فإن احتاجوا إلى دفن الرجل والمرأة في قبر واحد يقدم الرجل في اللحد، وفي الجنازة تقدم المرأة ليكون الرجل إلى الرجل أقرب والمرأة عنه أبعد ثم في قوله ﷺ: «[أعمقوا]^(١)» دليل على أن السنة في القبر أن يعمق فإن هذا أمر بالتعميق.

والمعنى فيه: صيانة الميت عن الضياع، وفي بعض النوادر عن محمد - رحمه الله - أنه قال: ينبغي أن يكون مقدار العمق إلى صدر [رجل وسط]^(٢) القامة، قال: وكلما ازداد فهو أفضل.

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «يعمق القبر إلى صدر الرجل»^(٣)، وإن عمقوا مقدار قامة الرجل فهو حسن.



(٣/٢٩٦)، من طرق عن سليمان بن المغيرة وأيوب، كلاهما عن حميد بن هلال عن هشام ابن عامر، به.

وأخرجه الترمذي (٣/٣٢٩) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في دفن الشهداء (١٧١٣)، وابن ماجه (٣/٨٧) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في حفر القبر (١٥٦٠)، والنسائي (٤/٨٣) في الموضوع السابق، وأحمد (٤/٢٠) والطبراني في الكبير (٢٢/١٧٣) رقم (٤٤٨)، من طرق عن عبد الوارث بن سعيد عن أيوب عن حميد بن هلال عن أبي الدهماء عن هشام ابن عامر... فذكره، زاد في إسناده: أبو الدهماء وهو قرفة بن بُهيس.

وأخرجه أبو داود (٣٢١٧)، والنسائي (٤/٨١ - ٨٣)، وأحمد (٤/٢٠)، والبيهقي في السنن (٤/٣٤) وفي الدلائل (٣/٢٩٧) من طرق عن جرير بن حازم وأيوب، كلاهما عن حميد بن هلال عن سعد بن هشام بن عامر عن أبيه هشام بن عامر... فذكره، زاد فيه: سعد بن هشام بن عامر.

قلت: وهذا الخلاف ذكره ابن أبي حاتم في العلل (١/٣٥٣) عن أبيه وصحح رواية أيوب وسليمان بن المغيرة، يعني بدون ذكر أبي الدهماء أو سعد بن هشام بن عامر.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: الرجل الوسط.

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية (٣/٢٤٦).

نوع آخر في الكافر يموت وله ولي مسلم:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: كافر مات وله ولي مسلم، قال: يغسله ويتبعه ويدفنه.

وقال في الأصل: كافر مات وله ابن مسلم فما ذكر في الأصل خاص وما ذكر في الجامع الصغير عام، فإن اسم الولي يتناول كل قريب؛ وهذا لأن الغسل سنة الموتى من بني آدم على سبيل العموم ولكن الغسل في حق المسلم يكون تطهيرًا [وفي حق الكافر لا يكون تطهيرًا]^(١).

والولد المسلم مندوب إلى بر والده وإن كان مشرکًا، قال الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾^(٢)، والمراد به: الوالد المشرك، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي﴾^(٣)، ومن الإحسان والبر في حقه القيام بغسله ودفنه بعد موته، ولما مات أبو طالب، قال عليه السلام لعلي - رضي الله عنه -: «أَذْهَبْ فَغَسِّلْهُ وَكَفِّنْهُ وَوَارِهِ»^(٤) وَلَا تُحَدِّثْ حَدَثًا حَتَّى تَلْقَانِي»^(٥) أي: لا تصلي عليه.

وفي السير الكبير: رجل سأل ابن عباس - رضي الله عنه - إن أمي ماتت نصرانية فقال: اغسلها وكفنها ولا تصل عليها، واتبع جنازتها وادفنها.

وأن الحارث بن أبي ربيعة^(٦) ماتت أمه نصرانية فتبع جنازتها في نفر من الصحابة - رضي الله عنهم^(٧) -، وقد صح أن النبي ﷺ خرج في جنازة عمه أبي طالب وكان يمشي [في]^(٨) ناحية منها.

(١) سقط في د.

(٢) سورة العنكبوت آية: ٨ .

(٣) سورة لقمان آية: ١٥ .

(٤) زاد في أ: التراب.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٦٩/٣) كتاب الجنائز، باب: المسلم يغسل المشرك، وأحمد (١/٩٧)، وأبو داود (٥٤٧/٣) كتاب الجنائز، باب: الرجل يموت له قرابة مشرك، الحديث (٣٢١٤)، والنسائي (٧٩/٤) كتاب الجنائز، باب: مداراة المشرك، والبيهقي (٣/٣٩٨) كتاب الجنائز، باب: المسلم يغسل ذا قرابته.

(٦) هو: الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة المخزومي القباقي - بضم القاف وتخفيف الموحدة - ولي البصرة، أرسل عن عمر وعائشة. وروى عنه أبو قرعة والزهري. مات بعد الستين. ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/١٨٣).

(٧) ينظر: المسبوط للسرخسي (٢/٥٥).

(٨) سقط في أ، ب.

والحاصل: أنه إذا كان خلف جنازة الكافر من قومه من يتبع جنازته لا ينبغي لقريبه المسلم أن يتبع الجنازة حتى لا يكون مكثراً سواد الكفرة لكن يمشي في ناحية منها وإن لم يكن خلف الجنازة من قوم الكافر من يتبعها فلا بأس للمسلم أن يتبعها وهذا التفصيل منقول عن محمد - رحمه الله - .

ولا يغسل الكافر كما يغسل المسلم، يريد به ألا يراعى في حقه سنة الغسل من البداية بالميا من وغير ذلك، ولكن يصب الماء عليه على الوجه الذي يغسل النجاسة وكذا لا يراعى في حقه سنة الكفن، ولكن يلف في ثوب، وكذا لا يراعى في حقه سنة اللحد، ولكن يحفر له حفيرة ولا يوضع فيه بل يلقى فيه؛ وهذا لأن مراعاة السنة في هذه الأشياء لحق المسلم وكذلك كل ذي رحم محرم^(١) منه مثل الأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وكل قرابة؛ لأنه من باب التكريم وصلة الرحم و[يكون]^(٢) من محامد الدين وإنما يقوم المسلم بغسل قريبه الكافر وتكفينه ودفنه إذا لم يكن هناك من يقوم به من المشركين، فإن كان هناك أحد من قرابته على ملته، فإن المسلم لا يتولى بنفسه بل يفوض إلى أقربائه المشركين ليصنعوا به ما يصنعون بموتاهم .

ولم يبين في الكتاب أن الابن المسلم إذا مات وله أب كافر هل يمكن أبوه الكافر من القيام بغسله وتجهيزه، ينبغي ألا يُمكن من ذلك بل يفعله المسلمون؛ ألا ترى أن اليهودي لما آمن برسول الله ﷺ عند موته قال عليه السلام لأصحابه: «لُوا أَخَاكُمْ»^(٣) ولم يخل بينه وبين والده اليهودي .

(١) ذو رحم محرم: أي محرم تزويجها، يقال: ذو رحم محرم، وهي ذات رحم محرمة، ويطلق في الشرع على من يكون بينهما قرابة محرمة للنكاح. ينظر: لسان العرب (١١٩/١٢)، وبدائع الصنائع (٢٢٩/٥).

(٢) سقط في د.

(٣) الحديث من طريق عن ابن مسعود، قال: إن الله عزَّ وجلَّ ابتعث نبيَّه لإدخال رجل الحجة، فدخل الكنيسة، فإذا يهود، وإذا يهودي يقرأ عليهم التوراة، فلما أتوا على صفة النبي ﷺ أمسكوا وفي ناحيتها رجل مريض، فقال النبي ﷺ: «ما لكم أمسكنتم؟!» فقال المريض: إنهم أتوا على صفة نبي فأمسكوا، ثم جاء المريض يحبو حتى أخذ التوراة، فقرأ حتى أتى على صفة النبي ﷺ وأمته، فقال: هذه صفتك وصفة أمّتك، أشهد أن لا إله إلا الله، وأنت رسول الله، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «لُوا أَخَاكُمْ». أخرجه أحمد (٤١٦/١)، والطبراني في المعجم الكبير (١٥٣/١٠) (١٠٢٩٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٣٠/٧) (٣٦٥٥٦).

قال: ويكره أن يدخل الكافر في قبر قرابته من المسلمين ليدفنه؛ لأن^(١) الموضوع الذي فيه الكافر ينزل فيه اللعن والسخط، والمسلم يحتاج إلى نزول الرحمة^(٢) في كل ساعة فينزه [قبره عن]^(٣) ذلك، وهذا الفصل يصير رواية في الفصل الأول والله أعلم.

* * *

= قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٣٤/٨): رواه أحمد والطبراني، وفيه عطاء بن السائب وقد اختلط.

(١) في د: إلى.

(٢) في د: الراحة.

(٣) في د: من.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

قوم صلوا على جنازة قعودا أو ركبانا^(١) أمرتهم بالإعادة استحساناً، وفي القياس يجزئهم .

وجه القياس أن صلاة الجنازة دعاء من وجه والقيام والقعود في الدعاء سواء وتقاس هذه المسألة بالاستسقاء، [والقيام والقعود]^(٢) في الاستسقاء سواء وإن كانت السنة هو القيام وكذلك السنة في الخطبة القيام ثم لو خطب قاعداً جاز فكذا ههنا . وجه الاستحسان: أن^(٣) صلاة الجنازة واجبة فلا تتأدى على الدابة قاعداً مع القدرة على القيام قياساً على الوتر [وكان القياس في سجدة التلاوة ألا تتأدى ركباً]^(٤)؛ لأنها واجبة إلا أنها جوزت كيلا ينقطع السفر؛ لأن قراءة القرآن مما يكثر في السفر فالنزول [إلى سجدة]^(٥) التلاوة يؤدي إلى قطع السفر فتأدى [على الدابة]^(٦)، أما الصلاة على الجنازة فلا تكثر في السفر بل توجد في الأحيان، فالنزول لها لا يؤدي إلى قطع السفر فلا تتأدى [على الدابة]^(٧) .

وإن كان ولي الميت مريضاً فصلى قاعداً وصلّى الناس خلفه قياماً أجزأهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وقال^(٨) محمد - رحمه الله - : يجزئ الإمام ولا يجزئ المأموم^(٩)، لما عرف من أصله أن اقتداء القائم بالقاعد لا يجوز [عنده]^(١٠) وعندهما يجوز .

قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس بالإذن في صلاة الجمعة^(١١) [هكذا وقع في بعض النسخ ووقع في بعض النسخ ولا بأس بالأذان^(١٢) في صلاة الجنازة]^(١٣)

(١) في أ، ب: ركوبا .

(٢) في أ، ب: فالقيام .

(٣) في أ، ب: وهو أن .

(٤) في د: وعلى هذا القياس وجب ألا تتأدى سجدة التلاوة .

(٥) في أ، ب: سجود .

(٦) في د: عليها .

(٧) في د: عليه .

(٨) في د: وفي قول .

(٩) في أ، ب: القوم .

(١٠) سقط في أ، ب .

(١١) في أ، ب، د: الجنازة .

(١٢) في أ: بالإذن .

[والصحيح لا^(١)] بأس بالإذن في صلاة الجنابة فمعناه أحد الشئتين: إما إذن المولى^(٢) غيره في الصلاة على الجنابة؛ لأن للولي حق [الصلاة على]^(٣) الجنابة فيكون له^(٤) تحويل هذا الحق إلى غيره.

وأما إذن أولياء الميت للمصلين^(٥) لينصرفوا قبل الدفن؛ لأنهم^(٦) لا ينبغي لهم أن ينصرفوا قبل الدفن إلا بإذنهم لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أميران وليس بأمرين ولي الميت قبل الدفن والمرأة [تكون مع الركب]^(٧)»^(٨).

وإن^(٩) كانت الرواية: لا بأس بالأذان في صلاة الجنابة فمعناه لا بأس بالإعلام، قال الله تعالى: ﴿وَأَذِّنْ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ﴾^(١٠) أي إعلام من الله ورسوله، والإعلام لا بأس به في صلاة الجنابة فإنه روي عن النبي ﷺ أنه مرَّ بقبر فقال: «قبر من هذا؟» فقيل [له]^(١١): قبر فلانة ماتت ليلاً، فقال عليه السلام: «[هلا أذنتموني]^(١٢)؟»، فقالوا: خشينا عليك هوام الليل، فقال عليه السلام: «إذا مات منكم ميت فأذنوني فإن صلاتي عليكم دعاء ورحمة»^(١٣).

(١٣) سقط في د.

(١) في أ، ب: فإن كان الصحيح فلا.

(٢) في أ، ب: الولي.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في د: حق.

(٥) في أ، ب: للمصلي.

(٦) في ب: لأنه.

(٧) في د: التي تكون في الركب وفي رواية صاحب الدابة القطوف.

(٨) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣/٥١٤)، برقم (٦٥٢٣)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣/٥)، برقم (١١٥٣٢)، والبخاري (٣/٣٦٢)، وكشف الأستار (٢/٣٦)، برقم (١١٤٤) كتاب الحج، باب: في المرأة تحيض ولم تقض نسكها، وقال الهيثمي (٣/٢٨١): رواه البزار، وقال: لا نعلمه بهذا اللفظ من وجه أحسن من هذا.

ينظر: المحيط البرهاني (٢/٢٠٠)، والبنية شرح الهداية (٣/٢٢٨).

(٩) في د: فإن.

(١٠) سورة التوبة آية: ٣.

(١١) سقط في ب.

(١٢) في أ: فأذنوني فإن صلاتي عليكم رحمة هلا أذنتموني.

(١٣) أخرجه البخاري (٣/٢٠٤) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر بعدما يدفن الميت، برقم (١٣٣٧)، ومسلم (٢/٦٥٩) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (٧١/٩٥٦)،

والطيالسي (١/ ١٦٢ منحة) رقم (٧٧٢)، وأحمد (٢/ ٣٥٣)، وأبو داود (٣/ ٥٤١) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، حديث (٣٢٠٣)، وابن ماجه (١/ ٤٨٩) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، حديث (١٥٢٧)، والبيهقي (٤/ ٤٧) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر بعدما يدفن الميت، وأبو يعلى (١١/ ٣١٤)، رقم (٦٤٢٩)، وابن خزيمة (٢/ ٢٧٢) رقم (١٢٩٩)، وابن حبان (٣٠٨٢) من طريق أبي رافع عنه أن رجلاً أو امرأة كان يقيم المسجد فمات ولم يعلم النبي ﷺ بموته فذكره ذات يوم فقال ﷺ: «ما فعل ذلك الإنسان» قالوا: مات يا رسول الله قال: «أفلا أدنتموني» قالوا: إنه كان كذا وكذا قال: فحقروا شأنه قال: «فدلوني على قبره فأتى قبره فصلى عليه».

وقد أخرج ابن خزيمة (٢/ ٢٧٢) رقم (١٣٠٠) من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة به وفيه عنده أن امرأة . . . القصة .
وللحديث شاهد من حديث ابن عباس . وعامر بن ربيعة وسهل بن حنيف ويزيد بن ثابت وأنس بن مالك وحصين بن وحوح وعقبة بن عامر وأبو قتادة وجابر بن عبد الله وبريدة وأبو سعيد الخدري وسعيد بن المسيب مرسلًا .
حديث ابن عباس:

أخرجه البخاري (٣/ ٢٠٧) كتاب الجنائز، الحديث (١٣٤٠)، ومسلم (٢/ ٦٥٨) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، حديث (٦٨/ ٩٥٤)، والطيالسي (١/ ١٦٢)، ١٦٣ منحة)، وابن أبي شيبة (٣/ ٣٦٠)، وأحمد (١/ ٢٢٤)، والترمذي (٢/ ٢٦٠) كتاب الجنائز، باب: الدفن بالليل (١٠٦٣)، والنسائي (٤/ ٨٥) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، وابن ماجه (١/ ٤٩٠) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (١٥٣٠)، والدارقطني (٢/ ٧٧) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (٦)، وأبو نعيم في الحلية (٥/ ٩٣)، والبيهقي (٤/ ٤٥) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر من طريق الشعبي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ مر بقبر دفن ليلاً فقال: «متى دفن هذا» فقالوا: البارحة قال: «أفلا أدنتموني» قالوا: دفناه في ظلمة الليل فكرهنا أن نوقظك فقام فصفنا خلفه قال ابن عباس: وأنا فيهم فصلى عليه .

حديث عامر بن ربيعة:

أخرجه ابن أبي شيبة (٣/ ٣٦٢)، وأحمد (٣/ ٤٤٤)، وابن ماجه (١/ ٤٨٩) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر حديث (١٥٢٩)، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ١٩٣) من طريق عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن امرأة سوداء ماتت ولم يؤذن بها النبي ﷺ فأخبر بذلك فقال: «هلا أدنتموني بها ثم قال لأصحابه: صفوا عليها فصلى عليها» .
قال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (١/ ٤٩٨): هذا إسناد حسن .

حديث سهل بن حنيف:

أخرجه مالك (١/ ٢٢٧) كتاب الجنائز، باب: التكبير على الجنائز (١٥) عن الزهري عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف أنه أخبره أن مسكينة مرضت فأخبر رسول الله ﷺ بمرضها وكان رسول الله ﷺ يعود المساكين ويسأل عنهم فقال رسول الله ﷺ: إذا ماتت فأذنوني بها فخرج بجنائزها ليلاً فكرهوا أن يوقظوا رسول الله ﷺ فلما أصبح =

رسول الله ﷺ أخبر بالذي كان من شأنها فقال: ألم آمركم أن تؤذوني بها فقالوا: يا رسول الله كرهنا أن نخرجك ليلاً ونوقظك فخرج رسول الله ﷺ حتى صف بالناس على قبرها وكبر أربع تكبيرات».

وأخرجه ابن أبي شيبه (٣/٣٦١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٤٩٤)، والبيهقي (٤/٤٨) من طريق سفيان بن حسين عن الزهري عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه به. وله طريق آخر.

أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده (٢٧١ - يغبة) ثنا محمد بن مصعب ثنا الأوزاعي عن الزهري ثنا أبو أمامة بن سهل قال: أخبرني رجال من أصحاب النبي ﷺ بمثل حديث مالك.

حديث يزيد بن ثابت:

أخرجه ابن أبي شيبه (٣/٣٦٠)، وأحمد (٤/٣٨٨)، والنسائي (٤/٨٤، ٨٥) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، وابن ماجه (١/٤٨٩) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (١٥٢٨)، والبيهقي (٤/٤٨) من طريق خارجة بن زيد بن ثابت عن عمه يزيد ابن ثابت قال: خرجنا مع النبي ﷺ فلما ورد البقيع فإذا هو بقبر جديد فسأل عنه فقالوا: فلانة فعرفها وقال: «ألا أذتموني لها» قالوا: كنت قائلاً صائماً فكرهنا أن نؤذيك قال: «فلا تفعلوا لا أعرفن ما مات منكم ميت إلا أذتموني به فإن صلاتي عليه رحمة ثم أتى القبر فصفنا خلفه فكبر عليه أربعاً».

حديث أنس:

أخرجه أحمد (٣/١٣٠)، وابن ماجه (١/٤٩٠) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، الحديث (١٥٣١)، والدارقطني (٢/٧٧) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، الحديث، وأبو نعيم في الحلية (٧/١٩٣)، والبيهقي (٤/٤٧) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر بعدما يدفن الميت، وأبو يعلى (٦/١٧٣)، رقم (٣٤٥٤)، من رواية ثابت عنه أن أسود كان ينظف المسجد فمات فدفن ليلاً، وأتى النبي ﷺ فأخبر، فقال: «انطلقوا إلى قبره»، فانطلقوا إلى قبره، فقال: «إن هذه القبور ممثلة على أهلها ظلمة، وإن الله عز وجل ينورها بصلاتي عليها، فأتى القبر فصلى عليه»، وقال رجل من الأنصار: يا رسول الله إن أخي مات ولم تصل عليه، قال: «فأين قبره» فأخبره فانطلق رسول الله ﷺ مع الأنصاري.

وأخرجه مسلم (٢/٦٥٩) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، الحديث (٧٠/٩٥٥) مختصراً عن أنس، أن النبي ﷺ صلى على قبر.

حديث حصين بن حوح:

أخرجه أبو داود (٣/٥١٠، ٥١١) كتاب الجنائز، باب: التعجيل بالجنائز، الحديث (٣١٥٩)، وابن أبي خيثمة، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثاني، كما في الإصابة (٢/٢٢)، والطبراني في الكبير كما في مجمع الزوائد (٣/٣٧) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، والبيهقي (٣/٣٨٦) باب: التعجيل بتجهيز الميت إذا بان موته، من طريق

عيسى بن يونس، ثنا سعيد بن عثمان البلوي، عن عروة بن سعيد الأنصاري، عن أبيه، عن حصين بن وحوح، أن طلحة بن البراء، مرض فأثاه النبي ﷺ فقال: إني لا أرى طلحة إلا قد حدث به الموت فأذنوني به حتى أشهده فأصلي عليه، وعجلوا به فإنه لا ينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهرائي أهله، ثم إنه توفي ليلاً فقال: ادفوني وأحقوني بري، ولا تدعوا رسول الله ﷺ فإني أخاف عليه اليهود، وأن يصاب في سببي، فأخبر رسول الله ﷺ حين أصبح، فجاء حتى وقف على قبره، وصف الناس معه، ثم رفع يديه، وقال: اللهم الق طلحة وأنت تضحك إليه وهو يضحك إليك.

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤٠/٣): عزا صاحب الأطراف بعض هذا إلى أبي داود، ولم أره رواه الطبراني في الكبير، وإسناده حسن. والحديث أخرج أبو داود طرفاً منه كما تقدم.

حديث عقبه بن عامر:

أخرجه البخاري (٢٠٩/٣) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على الشهيد، الحديث (١٣٤٤)، ومسلم (١٧٩٦/٤) كتاب الفضائل، باب: إثبات حوض نبينا، الحديث (٣١)، وأبو داود (٥٥١/٣) كتاب الجنائز، باب: الميت يصل على قبره بعد حين، الحديث (٣٢٢٣)، والنسائي (٦١/٤، ٦٢) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على الشهداء، والدارقطني (٧٨/٢) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر، في صلاته ﷺ على شهداء أحد بعد ثمان سنين.

حديث أبي قتادة:

أخرجه الحارث بن أبي أمامة (٢٧٠ بغية)، والحاكم (٣٦٦/١)، والبيهقي (١٤/٤) كتاب الجنائز، باب: من صلى عليهم في شهداء أحد بعد ثمان سنين.

حديث جابر بن عبد الله:

أخرجه النسائي (٨٤/٤، ٨٥) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على الشهداء.

حديث بريدة:

أخرجه ابن ماجه (٤٩٠/١) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (١٥٣٢)، والبيهقي (٤٨/٤).

وقال البوصيري في الزوائد (٤٩٨/١): هذا إسناد حسن.

حديث أبي سعيد: أخرجه ابن ماجه (٤٩٠/١) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (١٥٣٣) من طريق ابن لهيعة عن عبد الله بن المغيرة عن أبي الهيثم عن أبي سعيد قال: كانت سوداء تقيم المسجد فتوفيت ليلاً فلما أصبح رسول الله ﷺ أخبر بموتها فقال: ألا آذنتموني بها، فخرج بأصحابه فوقف على قبرها وكبر عليها والناس من خلفه ودعا لها ثم انصرف.

قال البوصيري في الزوائد (٤٩٩/١): هذا إسناد ضعيف لضعف عبد الله ابن لهيعة. مرسل سعيد بن المسيب: أخرجه ابن أبي شيبة (٣٦٠/٣)، والترمذي (٢٥١/٢) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على القبر (١٠٣٨)، والبيهقي (٤٨/٤). وقال البيهقي: مرسل صحيح.

فدل [على] (١) أنه لا بأس بالإعلام في صلاة الجنائز؛ ولأن في الإعلام إعانة وحثاً على الطاعة، فلا بأس به (٢) وقد [حكى عن بعض مشايخ بلخ] (٣) أنه يكره النداء في الأسواق أن فلائناً مات؛ لأنه من أفعال الجاهلية وبنحوه ذكر الكرخي عن أبي حنيفة أنه [قال] (٤): «لا ينبغي أن» (٥) يؤذن بالجنائز إلا أهلها وجيرانها و[مؤذن] (٦) مسجد حيتها وكثير من مشايخ بخارى لم يروا به بأساً إذ ليس المقصود منه الرسم (٧) برسم أهل الجاهلية، وإنما المقصود به الإعلام حثاً على الطاعة؛ ألا ترى أن النداء الخاص لا يكره، فكذا العام لا يكره أيضاً.

ولا يصلى على الميت إلا مرة واحدة هذا مذهبنا إلا أن يكون الذي صلى عليه أول مرة (٨) غير الولي فحينئذ يكون للولي حق الإعادة؛ لأن حق التقدم للولي (٩) وليس لغيره [ولاية] (١٠) إسقاط حقه.

وتكره صلاة الجنائز عند طلوع الشمس واستوائها وغروبها لحديث عقبة بن عامر الجهني (١١) - رضي الله عنه - أنه قال: «ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا» (١٢) وذكر هذه الساعات والمراد من ذلك صلاة الجنائز؛

(١) سقط في أ، ب.

(٢) زاد في أ، ب، د: لهذا.

(٣) في أ: خفي عن بعض المشايخ ببلخ.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في د: ينبغي أولاً.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في د: الترسم.

(٨) زاد في د: السلطان.

(٩) في د: له.

(١٠) سقط في د.

(١١) هو: عقبة بن عامر بن عيس بن عمرو بن عدي بن عمرو بن رفاعة الجهني: روى عن:

النبي ﷺ، وعن عمر، ولي إمرة مصر من قبل معاوية سنة أربع وأربعين، قال الواقدي: توفي في آخر خلافة معاوية، ودفن بالمقطم، وقال خليفة: مات سنة ثمان وخمسين.

ينظر: تهذيب الكمال (٢٠/٢٠٢)، تقريب التهذيب (٢/٢٧)، الكاشف (٢/٢٧٢).

(١٢) أخرجه مسلم (١/٥٦٨ ٥٦٩) كتاب صلاة المسافرين، باب: الأوقات التي نهى عن

الصلاة فيها، الحديث (٢٩٣/٨٣١)، والطيالسي، ص (١٣٥)، الحديث (١٠٠١)،

وأحمد (٤/١٥٢)، وأبو داود (٣/٥٣١) كتاب الجنائز، باب: الدفن عند طلوع الشمس،

الحديث (٣١٩٢)، والترمذي (٣/٣٤٨، ٣٤٩) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في كراهية

لأن الدفن في هذه الأوقات غير مكروه وإن صلوا [فيها]^(١) لم يكن عليهم إعادتها؛ لأن حق الميت تأدى^(٢) بما أدوا فإن المؤدى في هذه الأوقات صلاة وإن كان بها نقصان إلا أن السبب أوجبها كذلك^(٣)؛ لأن سبب صلاة الجنائز حضور الجنائز؛ ألا ترى أن الصلاة تضاف إلى الجنائز [يقال صلاة الجنائز]^(٤) والحكم أبدا يضاف إلى السبب لذلك تكرر الصلاة بتكرر الجنائز [وكل ذلك]^(٥) يدل على كون الجنائز^(٦) سبباً [لها وهو]^(٧) معنى قولنا السبب أوجبها مع النقصان وقد أداها كذلك فهو نظير ما لو تلا آية السجدة في هذه الأوقات وسجد فيها جاز وطريقه ما قلنا.

ولا يجهر في صلاة الجنائز بشيء من الحمد والثناء وصلاة النبي ﷺ؛ لأن هذا ذكر كله والإخفاء في الذكر أولى كما [في أذكار]^(٨) الصلاة، ومشايخ بلخ يقولون: السنة أن يسمع الصف الثاني ذكر الصف الأول والصف الثالث ذكر الصف الثاني و [الصف]^(٩) الرابع ذكر الصف الثالث، وقد روى [محمد]^(١٠) عن أبي يوسف أنه قال: لا يجهرون كل الجهر ولا يسرون كل السر وينبغي أن يكون [بين ذلك، والصحيح أنه]^(١١) يجوز التيمم لصلاة الجنائز^(١٢) إن كان مقتدياً وإن كان إماماً أو

= الصلاة على الجنائز، الحديث (١٠٣٠)، والنسائي (٢٧٥/١) كتاب المواقيت، باب: الساعات التي نهى عن الصلاة فيها، وابن ماجه (٤٨٦/١) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في الأوقات التي لا يصلى فيها على الميت، الحديث (١٥١٩)، والطحاوي (١٥١/١) كتاب الصلاة، باب: مواقيت الصلاة، والبيهقي (٤٥٤/٢) كتاب الصلاة، باب: النهي عن الصلاة في هاتين الساعتين.

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

- (١) سقط في أ، ب.
- (٢) في أ: يؤدى.
- (٣) في أ: لذلك.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في أ، ب: وهذا.
- (٦) زاد في د: سببها.
- (٧) في أ، ب: فهو.
- (٨) في د: إذا كان.
- (٩) سقط في أ، ب.
- (١٠) سقط في أ، ب.
- (١١) في د: بينهما و.
- (١٢) زاد في د: وهو الصحيح.

[كان] ^(١) حق الصلاة له فكذلك نص عليه في النوادر ذكره شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -؛ وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجوز؛ لأنه لا يخشى فواتها؛ لأن الناس ينتظرونه وإن لم ينتظروه فله أن يعيد. قال شمس الأئمة: الصحيح [أن] ^(٢) في ظاهر الرواية ^(٣) يجوز. رجل تيمم وصلى على جنازة ثم أتى بجنازة أخرى إن وجد من الوقت مقدار ما يتوضأ ^(٤) والماء قريب منه يبطل ذلك التيمم وعليه إعادة التيمم للصلاة على الثانية بالإجماع؛ لأنه يمكنه استعمال الماء بعد التيمم الأول فيبطل التيمم وإن لم يجد من الوقت مقدار ما يتوضأ ^(٥) فله أن يصلي بالتيمم الأول على الجنازة الثانية عند أبي يوسف - رحمه الله -.

وعند محمد: ليس له ذلك ويعيد التيمم للجنازة الثانية، هكذا أورد شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح [كتاب] ^(٦) الصلاة، وأورد الفقيه أبو الليث هذه المسألة في مختلفاته وذكر قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف - رحمه الله - حجة محمد - رحمه الله - أن التيمم إنما جوز للضرورة وقد ارتفعت الضرورة عند الفراغ من الأولى ^(٧) فعليه تجديد التيمم للثانية ^(٨).

حجة أبي يوسف - رحمه الله -: وهو أن العذر قائم وهو خوف الفوت لو اشتغل بالوضوء، فلهذا أجاز له أن يصلي بتيممه الأول، ولا يصلى على الصبي ^(٩) وهو على الدابة أو على أيدي الرجال كما في البالغ. وفي [رواية] ^(١٠) النوادر: يجوز.

وفي النوازل صلى رجل على جنازة والولي خلفه ولم يرض به أي لم يأمره به فإن

- (١) سقط في أ، ب.
- (٢) سقط في د.
- (٣) زاد في أ: أنه لا.
- (٤) زاد في د: فيه.
- (٥) زاد في د: فيه.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) في د: الأول.
- (٨) في د: للثاني.
- (٩) في أ، ب: صبي.
- (١٠) سقط في د.

تابعه وصلى معه لا يجوز للولي أن يعيد الصلاة؛ لأنه قد صلى مرة وإن لم يتابعه [الولي]^(١) إن كان الذي صلى السلطان أو^(٢) الإمام الأعظم أو القاضي أو والي البلدة أو إمام حيه فليس للولي أن يعيد وإن كان غيرهم فله الإعادة.

وفيه أيضًا: مات رجل في غير بلده وصلى عليه غير أهله ثم جاء أهله وحملوه إلى منزله فإن كان الأول صلى بإذن الإمام يعني السلطان أو القاضي لا يصلون عليه ثانيًا؛ لأن الصلاة بإذن الإمام كصلاة الإمام بنفسه^(٣).

وفي العيون: إذا أوصى الميت أن يصلي عليه فلان فإن الوصية باطلة إلا في [فتاوى]^(٤) ابن رستم فإنها في رواية جائزة ويؤمر فلان بأن يصلي عليه.

والصلاة في الجنازة في المسجد ونقل الميت من بلد إلى بلد سيأتي بيانه في كتاب الاستحسان إن شاء الله تعالى وحده.



(١) سقط في أ، ب.

(٢) في د: و.

(٣) زاد في أ: يعني السلطان بنفسه، وزاد في ب: يعني الإمام بنفسه.

(٤) سقط في: ب، وفي د: رواية.

الفصل السادس والعشرون

في المتفرقات

بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: تشهد بالفارسية كالقراءة^(١) وكذلك كل نبطية^(٢) أو غيرها فهو مثل ذلك وكذلك الصلاة على الجنابة والدعاء بالفارسية كالقراءة على الاختلاف وكذلك القنوت .

وقوله: وكذلك كل نبطية^(٣) يجب أن تحفظ هذا؛ لأن من المشايخ من [يقول: بأن]^(٤) محل الخلاف الفارسية، ومنهم من قال: محل الخلاف الكل وقد وجدنا من الكلمات قالوا فيه: إنه فارسي معرب، فبينهما قرب يلحق أحدهما بالآخر .

وقوله: وكذلك كل نبطية^(٥) يؤيد هذا القول . [حربي]^(٦) أسلم في دار الحرب فمكث فيه شهراً ولم يعلم أنه عليه الصلاة فليس عليه قضاؤها، وقال زفر - رحمه الله -: عليه قضاؤها؛ لأنه^(٧) بقبول الإسلام صار ملتزماً أحكام الإسلام ولكن قصر عنه خطاب الأداء لجهله [بذلك]^(٨)، وذلك غير مسقط للقضاء بعد تقرر السبب كالتائم إذا انتبه بعد مضي وقت الصلاة حيث [يقضيها]^(٩) .

حجتنا: أن ما يجب بخطاب الشرع لا يثبت حكمه في حق المخاطب قبل [علمه^(١٠) به]؛ ألا ترى أن أهل قباء افتتحوا الصلاة إلى بيت المقدس بعد فرضية التوجه إلى الكعبة^(١١) وجوز ذلك لهم الرسول ﷺ؛ لأنه لم يبلغهم [التوجه إلى]^(١٢)

(١) زاد في د: بالفارسية .

(٢) في أ: ينظمه .

(٣) في أ: ينظمه .

(٤) في د: قال: إن .

(٥) في أ: ينظمه .

(٦) سقط في د .

(٧) في أ: ولأنه، وفي ب: ولأن .

(٨) سقط في أ، ب .

(٩) سقط في أ، ب .

(١٠) في أ: عمله .

(١١) أخرجه البخاري (٥٩٨/١) كتاب الصلاة، باب: التوجه نحو القبلة حيث كان (٣٩٩)،

(٢٠/٢١)، كتاب التفسير، باب: ﴿سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّيْنَاهُمْ عَنْ قِبَلِهِمُ الَّذِي كَانُوا

عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ [البقرة: ١٤٢] (٤٤٨٦)،

الكعبة وكذلك شرب بعض الصحابة الخمر بعد نزول آية التحريم قبل علمهم [بها^(١) وفيه] نزل قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعَمُوا﴾^(٢).

والترمذي (١٩١/٥) كتاب التفسير ومن سورة البقرة (٢٩١٢).
عَنِ الْبَرَاءِ، قَالَ: لَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ، صَلَّى نَحْوَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ سِتَّةَ أَوْ سَبْعَةَ عَشَرَ شَهْرًا، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، يُحِبُّ أَنْ يُوجَّهَ إِلَى الْكَعْبَةِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿قَدْ رَأَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾، فَوُجَّهَ نَحْوَ الْكَعْبَةِ، وَكَانَ يُحِبُّ ذَلِكَ، فَصَلَّى رَجُلٌ مَعَهُ الْعَصْرَ، ثُمَّ مَرَّ عَلَى قَوْمٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، وَهُمْ رُكُوعٌ فِي صَلَاةِ الْعَصْرِ نَحْوَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ، فَقَالَ: هُوَ يَشْهَدُ أَنَّهُ صَلَّى مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَأَنَّهُ قَدْ وُجَّهَ إِلَى الْكَعْبَةِ، فَأَنْحَرُوا وَهُمْ رُكُوعٌ.

(١٢) في أ، ب، د: توجه.

(١) في ب وفيه، وفي أ: فيه.

(٢) سورة المائدة آية: ٩٣، وروى الأعمش عن إبراهيم بن علقمة، عن عبد الله قال: لما نزل تحريم الخمر قالوا يا رسول الله كيف بمن شربها من إخواننا الذين ماتوا وهي في بطونهم فانزل الله: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعَمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا﴾.

أخرجه البزار في مسنده (٣٢٥/٤)، حديث رقم (١٥١٣) من طريق محمد بن عبد الرحيم، قال: نا صدقة بن سابق قال: نا سليمان بن قرم، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن علقمة، عن عبد الله. لما نزلت تحريم الخمر قالت اليهود: أليس قد كان إخوانكم الذين ماتوا يشربونها فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعَمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا﴾ [المائدة: ٩٣] قال رسول الله ﷺ: أنت منهم. والطبراني في الكبير (٧٧/١٠) حديث رقم (١٠٠١) من طريق عبدان بن أحمد قال: ثنا محمد بن منصور الطوسي قال: ثنا صدقة بن سابق ثنا سليمان بن قرم...
قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٨/٧): رواه الطبراني في الكبير ورجاله ثقات.

وله شاهد عن ابن عباس والبراء بن عازب:

أما حديث ابن عباس فأخرجه بلفظ مقارب:

الترمذي في سننه (٨١١/١) كتاب تفسير القرآن، ومن سورة المائدة، رقم (٣٠٥٢) من طريق عبد بن حميد، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي رزمة، عن إسرائيل، عن سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: قالوا: يا رسول الله، أرأيت الذين ماتوا وهم يشربون الخمر لما نزل تحريم الخمر. فنزلت: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعَمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا﴾ [المائدة: ٩٣] قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

أما حديث البراء بن عازب فأخرجه بلفظ مقارب:

الترمذي في سننه (٨١١/١) كتاب تفسير القرآن، ومن سورة المائدة، حديث رقم (٣٠٥١) من طريق عبد بن حميد قال: حدثنا عبيد الله بن موسى عن إسرائيل عن ابن إسحاق عن البراء قال: مات رجال من أصحاب رسول الله ﷺ قبل أن تحرم الخمر فلما حرمت الخمر قال رجال: كيف بأصحابنا وقد ماتوا يشربون الخمر فنزلت: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعَمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا﴾ [المائدة: ٩٣] قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

والمعنى فيه: [وهو]^(١) أن الخطاب بحسب الوسع [و]^(٢) ليس في وسع الآدمي الإيمان قبل العلم [به]^(٣)، فلو ثبت حكم الخطاب في حقه كان فيه من الحرج ما لا يخفى ولهذا قلنا أن الحجر في حق المأذون والعزل في حق الوكيل لا يثبت قبل العلم.

قال: والعلم الذي يجب به عليهم^(٤) الصلاة أن يخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان في دار الحرب أو في دار الإسلام.

وإن كان ذمياً أسلم في دار الإسلام فعليه قضاؤها استحساناً.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - في القياس سواء [و]^(٥) لا قضاء عليهما حتى تلزمهما الحجة^(٦) وهو قول الحسن - رحمه الله - ولكننا ندع القياس ونقول كما قال أبو حنيفة -: رحمه الله - وجه القياس ما بينا أن الشرائع لا تلزمه [إلا]^(٧) بالعلم^(٨) والسمع ولم^(٩) يوجد فلا يلزمه القضاء.

ووجه الاستحسان: وهو أن الخطاب شائع في دار الإسلام فيقوم شيوع الخطاب مقام العلم به؛ لأنه ليس في وسع المبلغ تبليغ^(١٠) كل واحد^(١١) إنما الذي في وسعه أن يجعل الخطاب شائعاً؛ ولأنه ما دام في دار الإسلام يسمع الأذان والإقامة ويرى

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: عليه.

(٥) سقط في أ.

(٦) الحجة: علامة، على ما ذكر ابن منظور: البرهان، وقيل: هي ما دافع به الخصم، وقال الأزهري: الحجة: الوجه الذي يكون به الظفر عند الخصومة، وهو رجل محجاج، أي: جدل، والتجاج أي: التخاصم. قال الأزهري: إنما سميت حجة؛ لأنها تحج، أي: تقصد؛ لأن القصد لها وإليها.

ينظر: لسان العرب (٣٨/٤)، مادة (حجج)، والمصباح المنير، ص (٧٠)، مادة

(حج).

(٧) سقط في د.

(٨) في أ: بالتعلم.

(٩) في أ: فلم.

(١٠) في أ، ب: أن يبلغ.

(١١) في أ، ب: أحد.

حضور الناس الجماعات في كل وقت [وإنما يشتهه عليه ما لا يشتهه؛ لأنه في دار الإسلام يجد من يسأله^(١) فترك]^(٢) السؤال تقصير منه بخلاف دار الحرب. وعنه أيضًا: حربي أسلم ومكث سنين [لا]^(٣) يعلم أن عليه صلاة أو زكاة، أو صيامًا وهو في دار الحرب أو في دار الإسلام، قال: ليس عليه قضاء ما مضى، قال: وإن أعلمه بذلك رجلان أو رجل و^(٤) امرأتان ممن هو عدل ثم فرط في ذلك كان عليه أن يقضي ما فرط فيه من وقت إعلامه في دار الحرب^(٥) أو في دار الإسلام فإن بلغه في دار الحرب رجل واحد فعليه القضاء فيما ترك^(٦) عندهما وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

وفي رواية الحسن عنه لا يلزمه القضاء حتى يخبره رجلان عدلان مسلمان أو رجل وامرأتان، وهذا بناء على أصل معروف وهو أن خبر الواحد هل هو حجة ملزمة [أم لا]^(٧)؟ عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يكون حجة^(٨) وعندهما يكون حجة فالعدد ليس بشرط عندهما، وأما العدالة هل هي شرط [أم لا]^(٩)؟ جواب المبسوط: أنه شرط [عندهما]^(١٠).

وروى الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الرواية أنها ليست بشرط عندهما حتى إذا أخبره رجل فاسق أو صبي أو امرأة أو عبد فإن الصلاة تلزمه وموضع هذا كتاب الاستحسان.

وجه رواية الحسن: [وهو]^(١١) أن هذا خبر ملزم فيشترط فيه العدد [كما في

(١) في د: يسأله عن.

(٢) ما بين المعقوفين في أ: فإنه شبه، وفي ب: فإنما أشبه.

(٣) سقط في د.

(٤) في أ، ب: أو.

(٥) زاد في أ، ب: كان.

(٦) في د: يترك.

(٧) سقط في د.

(٨) زاد في د: ملزمة.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في د.

[الحجر]^(١) [على]^(٢) المأذون وعزل الوكيل والإخبار بجناية العبد وجه الرواية الأخرى وهو قولهما وهو الأصح أن كل واحد منهما مأمور من صاحب الشرع بالتبليغ، قال عليه السلام: «رحم الله امرءاً سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها»^(٣) فهذا المبلغ نظير الرسول من المولى والموكل وخبر الرسول هناك ملزم فكذلك هذا [الخبر]^(٤).

وفي المتقى قال أبو يوسف - رحمه الله -: من أخبره من عبد أو صبي أو فاسق؛ فهو إعلام وعليه قضاء ما لم يصل بعد الإعلام.

(١) في أ، ب: كالحجر.

(٢) في د: حجر.

(٣) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (١٦/١) كتاب العلم، والترمذي في السنن (٣٩٤/٤) كتاب العلم، باب: ما جاء في الحث على تبليغ السماع، حديث (٢٦٥٨)، وعن زيد بن ثابت - رضي الله عنه -، أخرجه أحمد في المسند (١٨٣/٥) في مسند زيد بن ثابت - رضي الله عنه -، والدارمي في السنن (٧٥/١)، المقدمة، باب: الاقتداء بالعلماء، وأبو داود في السنن (٦٨/٤، ٦٩) كتاب العلم، باب فضل نشر العلم، حديث (٣٦٦٠)، والترمذي في السنن (٣٩٣/٤) كتاب العلم، باب: ما جاء في الحث على تبليغ السماع، حديث (٢٦٥٦) وقال: حديث حسن، وابن ماجه في السنن (٢١٩/١) المقدمة، باب: من بلغ علماً، حديث (٢٣٠). بلفظ: «نصر الله امرءاً سمع مقالتي، فوعاها، وأداها كما سمعها، فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه».

ونصر الله عبداً: أي خصه بالبهجة والسرور.

وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٢٧٠/١) بترتيب ابن بلبان من طريقين عن شعبة، الأول في كتاب العلم، باب: ذكر رحمة الله جل وعلا من بلغ أمة المصطفى ﷺ حديثاً صحيحاً عنه، برقم (٦٧)، والثاني في كتاب الرقائق، باب: ذكر وصف الغني الذي وصفناه قبل (٢/٤٥٤) برقم (٦٨٠)، واللفظ له، وأخرجه أبو عوانة في مسنده المستخرج على صحيح الإمام مسلم (٤٠/١) رقم (١٠)، وأخرجه الهيثمي في موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان (٤٧/١) كتاب العلم، باب: رواية الحديث لمن فهمه ومن لا يفهمه رقم (٧٢)، وأخرجه أبو داود في سننه (٣٢٢/٣) كتاب العلم، باب: فضل نشر العلم، برقم (٣٦٦٠)، وأخرجه النسائي في الكبرى (٤٣١/٣) كتاب العلم، باب: الحث على إبلاغ العلم، برقم (٥٨٤٧)، وأخرجه ابن ماجه في سننه (٨٤/١) كتاب العلم، باب: من بلغ علماً، رقم (٢٣٠)، وأخرجه أحمد في مسنده في مسند زيد بن ثابت (١٨٣/٥) رقم (٢١٩٢٣)، كلهم من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «رَحِمَ اللهُ امرءاً سمع مني حديثاً فحفظه حتى يبلغه غيره، فَرُبَّ حامل فقهٍ إلى من هو أفقه منه، وَرُبَّ حامل فقهٍ ليس بفقيه».

(٤) سقط في أ، ب.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا أخبره بذلك أناس من أهل الذمة^(١) لم يكن عليه أن يقضي شيئاً مما مضى .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا لم يبلغه وهو في دار الحرب لم يقض، وإن كان في دار الإسلام قضى .

رجل دخل مع الإمام في الركعة الثالثة من المغرب ينوي به التطوع فإنه يصلي الثالثة معه فإذا سلم الإمام قام هو^(٢) يصلي ثلاث ركعات بقراءة يقعد في الأولى منهن؛ لأن شروعه في صلاة الإمام قد صح فيلزمه [ما]^(٣) على إمامه، والذي^(٤) على إمامه ثلاث ركعات إلا أن التطوع بثلاث^(٥) ركعات غير مشروع فهذا يضم إليه الرابعة حتى يصير متطوعاً بأربع ركعات؛ [وهذا لأن الشروع كالنذر] ولو نذر ثلاث^(٦) [ركعات]^(٧)، يلزمه^(٨) أربع ركعات فكذا إذا شرع في ثلاث ركعات وجب أن يلزمه أربع ركعات ويقرأ في الثلاث كلها؛ لأنه تطوع، والقراءة في التطوع فرض في كل ركعة يقعد في الأولى من الثلاث؛ لأن الأولى من الثلاث ثانية صلاته والقعدة على رأس الركعتين من التطوع واجبة، وإن لم يقعد في الأولى منهن جازت صلاته استحساناً .

وهو قولهما، وفي القياس تفسد صلاته وهو قول محمد وزفر - رحمهما الله - . ولا يقعد في الثانية من الثلاث؛ لأنها ثالثته^(٩) والقعدة على رأس الثالثة من

(١) في د: المدينة .

والذمة بمعنى العهد أو الأمان والضمان، ومنها قيل للمعاهد من الكفار: ذمي؛ لأنه أومن على ماله ودمه بالجزية .

ينظر: شرح السير الكبير، لابن أبي سهل السرخسي (٣٩/١)، المغرب، ص (١٧٦)، طلبة الطلبة، مادة (ذم)، ص (٨٠) .

(٢) في ب، د: وهو .

(٣) سقط في د .

(٤) في د: وما .

(٥) في أ، ب: ثلاث .

(٦) في د: ثم لو نذر بثلاث .

(٧) سقط في أ، وما بين المعقوفين في ب: وكذا .

(٨) في أ: يلزمها .

(٩) في أ، ب: الثالثة .

التطوع بدعة غير مشروع، ويقعد في الثالثة ويسلم؛ لأنها آخر صلاته والقعدة في آخر الصلاة فرض.

وإذا سلم وانصرف ثم ذكر أن عليه سجدة صلوية أو سجدة تلاوة فإن كان في المسجد ولم يتكلم عاد إلى صلاته استحساناً، وفي القياس إذا صرف^(١) وجهه عن القبلة لا^(٢) يمكنه أن يعود إلى صلاته وهو رواية محمد - رحمه الله - وجه القياس وهو أن صرف الوجه عن القبلة مفسد للصلاة كالكلام فيمنعه [عن البناء]^(٣).

وجه الاستحسان: وهو أن المسجد من حيث أنه مكان الصلاة مكان واحد على ما عرف فبقاؤه في المسجد كبقائه في مكان الصلاة [وصرف الوجه عن القبلة في مكان الصلاة]^(٤) غير مفسد للصلاة^(٥) [كما في حق الملتفت]^(٦) في صلاته [يميناً ويساراً]^(٧)، وهذا القياس والاستحسان [نظير القياس والاستحسان]^(٨) فيمن ظن في صلاته أنه رعف فذهب ليتوضأ^(٩) فوجد^(١٠) مخاطاً وهو في المسجد فهناك^(١١) يبني على صلاته استحساناً، وفي القياس لا يبني وهو رواية [عمر]^(١٢) [عن]^(١٣) محمد - رحمه الله - في غير الأصول، هذا إذا كان يذهب ووجهه إلى القبلة بأن كان باب المسجد على حائط القبلة، فأما إذا أعرض عن القبلة بوجهه تفسد صلاته وإن كان في المسجد قياساً واستحساناً، وإن خرج من المسجد فسدت صلاته في الصلوية؛ لأنها من أركان الصلاة فتركها يوجب فساد الصلاة^(١٤)، [وإن كانت تلاوة لا]^(١٥)

(١) في أ، د: انصرف.

(٢) في أ: لم.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في د: لها.

(٦) في د: كالتفات المصلي.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ، ب: يتوضأ.

(١٠) في أ، ب: فوجده.

(١١) في أ، ب: وهناك.

(١٢) سقط في أ، ب.

(١٣) سقط في د.

(١٤) زاد في أ: كما ذكرنا.

(١٥) في د: والتلاوة.

توجب فساد الصلاة، [لأنها ليست من أركان الصلاة، بل هي] ^(١) واجبة ^(٢) وترك الواجب لا يوجب فساد الصلاة لما ذكرنا وعلل محمد - رحمه الله - الصلوية بفساد الصلاة بالخروج عن المسجد، فقال: لو بقي في الصلاة وقد خرج من المسجد لبقى فيه وقد مشى فرسحاً أو فرسخين وهذا قبيح فحال هذا ^(٣) إذا كان في المسجد، [أما إذا] ^(٤) كان في الصحراء فإن تذكر قبل أن يجاوز أصحابه عاد إلى مكان الصلاة وأتم الصلاة؛ لأنه ^(٥) [بحكم اتصال الصفوف صار ذلك] ^(٦) المكان [الذي انتهى إليه] ^(٧) ^(٨) كالمسجد بدليل صحة الاقتداء ولم يذكر في الكتاب إذا كان يمشي أمامه، وقيل: وفيه تقدر الصفوف خلفه اعتباراً لأحد الجانبين بالآخر والأصح أنه إذا جاوز موضع سجوده فذلك في حكم خروجه من المسجد يمنعه من البناء [بعد ذلك] ^(٩).

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم رجل افتتح الظهر ينوي أن يصليها ستاً ثم بدا له وسلم على الأربع تمت صلاته وكذلك إذا دخل المسافر في صلاة الظهر ونوى أن يصلي أربع ركعات فبدا له فصلى ركعتين جازت ^(١٠) صلاته؛ لأن الظهر في حق المسافر ركعتان كالفجر في حق المقيم [ففيه الزيادة على ذلك تكون] ^(١١) لغوا وليس عليه شيء معناه لا يكون عليه سجدة السهو.

افتتح التطوع ونوى ركعتين وصلى ركعة بقراءة وركعة بغير قراءة فسدت صلاته، فإن لم يسلم حتى قام وصلى ركعتين وقرأ فيهما ونوى قضاء عن الأول [فإنه] ^(١٢) لا

-
- (١) في أ، ب: لما ذكرنا أنها.
 - (٢) في د: فيها.
 - (٣) في د: وهذا الذي ذكرنا.
 - (٤) في أ، ب: فإن.
 - (٥) في أ، ب، د: لأن.
 - (٦) سقط في د.
 - (٧) زاد في د: صار.
 - (٨) سقط في أ، ب.
 - (٩) سقط في د.
 - (١٠) في د: تمت.
 - (١١) في د: فكانت الزيادة على ذلك.
 - (١٢) سقط في د.

تجزئته وعليه أن يستقبل الصلاة ركعتين وكذلك إذا صلى الفجر وقرأ في الركعة منها ولم يقرأ في الأخرى فسدت صلاته ولو أنه لم يسلم ولكنه قام وصلى ركعتين وقرأ فيهما ونوى قضاء عن الأولين فإنه لا تجزئته وعليه أن يستقبل الصلاة.

وإذا قام إلى الخامسة ناسيًا قبل أن يقعد على رأس الرابعة في ذوات الأربع ثم عاد الإمام إلى القعدة ولم يعد^(١) المقتدي وقيد الخامسة بالسجدة جازت صلاة الإمام واختلفوا في صلاة المقتدي والإعادة أحوط في متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - .

لو أن رجلا جاء والإمام لم يسجد بعد فكبر ولم يشاركه في الركوع حتى^(٢) رفع الإمام رأسه قال: يسجد معه على سبيل المتابعة^(٣)، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا أدرك الإمام وهو قائم فبكر وركع الإمام ولم يركع هو معه وسجد الإمام ولم يسجد [هو]^(٤) معه أيضًا، ولم يتابعه حتى تفرد^(٥) وأدى الركوع والسجدتين جميعًا في حالة الانفراد لا تفسد صلاته، وكذا لو جاء والإمام راع فلم يتابعه في الركوع حتى رفع رأسه ثم تفرد بالركوع جازت صلاته.

وذكر في الباب الأول من صلاة الواقيات الرياء لا يدخل في صوم الفريضة وفي سائر الفرائض يدخل معنى قوله لا يدخل الرياء^(٦) أنه لا يبطل الثواب الذي وعد الله تعالى لمقيم الفريضة بدخول الرياء في نفسه.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في النوازل، قال بعض مشايخنا: الرياء لا

(١) في أ: يقعد.

(٢) في أ، ب: حين.

(٣) في أ، د: المبالغة.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: يعود، وفي د: تفردوا.

(٦) الرياء: ترك الإخلاص في العمل بملاحظة غير الله فيه. وعرفه الصاوي بأنه: فعل الطاعة لقصد الناس، وقيل: إيقاع الفعل بقصد الناس. والرياء قسمان: الأول: كأن يكون فاعلا للطاعات مطلقا حضر الناس أو غابوا، لكن يفرحوا إذا حضروا، والثاني: كأن يفعل الطاعات بحضور الناس لا غير، فإن خلا بنفسه لا يفعل شيئًا منها، كما قال تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۗ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۗ وَمَنْعُوا أَلْمَاعُونَ ۗ﴾ [سورة الماعون: ١ - ٧].

ينظر: التعريفات، للرجزاني، ص (٩٨) وشرح الصاوي علي الجوهرة، ص (٤٣٤).

يدخل في شيء من الفرائض وهذا هو المذهب المستقيم أن بدخول الرياء لا يفوت [أصل] ^(١) الثواب وإنما يفوت تضاعف الثواب.

افتتح الصلاة ونام في صلاته فقرأ قال في النوازل يجوز عن القراءة؛ لأن الشرع جعل النائم كالمتبته في حق الصلاة وذكر ابن رستم - رحمه الله - عن محمد - رحمه الله - أن النائم في الصلاة يكون في الصلاة ولا يكون مصليا حتى لو سبقه الحدث وهو نائم ثم انتبه ^(٢) بنى ^(٣) على صلاته ولو كان مصليا ففسدت صلاته ^(٤) كما لو كان منتبها فأحدث ومكث ساعة كذلك فإنه تفسد صلاته ^(٥).

يجوز للمسافر الجمع بين الصلاتين فعلا لعذر السفر بأن يؤخر الأول ويعجل الثاني وتأخير المغرب مكروه إلا لعذر السفر.

وفي آخر باب المريض من شرح كتاب الصلاة سلم في الظهر على رأس الركعتين على ظن أنها جمعة أو ^(٦) في العشاء على ظن أنها ^(٧) تراويح استقبل الصلاة؛ لأنه سلم وهو متيقن أنه صلى ركعتين.

ذكر في العيون: سلم على رأس الركعتين في الظهر على ظن أنه أتم [صلاته] ^(٨)، ذكر في الأصل إذا علم أنه صلى ركعتين وهو على مكانه فإنه يتمها وليس المراد من المكان المذكور [ههنا] ^(٩) مكان صلاته لا محالة بل المراد [منه] ^(١٠) المسجد، حتى أنه ما لم يخرج من المسجد كان له أن يتم الصلاة، وذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الكبير في باب تكبيرات أيام التشريق.

وهكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند إذا رفع الإمام رأسه من الركوع أو من السجود قبل أن يتم المقتدي ثلاث تسيحات اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه يتابع الإمام.

(١) سقط في د.

(٢) زاد في د: بعد ساعة.

(٣) في د: بيني.

(٤) زاد في د: ولا يجوز له البناء.

(٥) زاد في د: ولا يجوز له البناء.

(٦) في أ، ب: و.

(٧) في أ، ب: أنه.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في د.

ولو قام إلى الثالثة والمأموم لم يفرغ من التشهد بعد يتم ما بقي ولا [يتابع الإمام] (١) وإن كان يفوته الركوع مع الإمام؛ لأن الركوع لا يفوته حقيقة. وإن سلم الإمام في آخر الصلاة قبل فراغ المأموم من التشهد يتم ما بقي وإن بقي عليه شيء من الدعوات يسلم، وكذا إن لم يصل على النبي ﷺ كل صلاة أدت مع الكراهة فإنها تعاد لا على وجه الكراهة، ذكره صدر الإسلام - رحمه الله - في باب الإمام أين يستحب له القيام وقوله - عليه السلام -: «لا يصلي بعد صلاة مثلها» (٢)، وتأويله: النهي عن الإعادة بسبب الوسوسة فلا (٣) يتناول الإعادة بسبب الكراهة. احتلم ولم ينم بعد ذلك و[لا بال] (٤) حتى اغتسل وصلى ثم خرج منه (٥) المنى على قول من يقول [بوجوب الغسل عليه هل] (٦): يجب عليه إعادة تلك الصلاة المؤداة؟ لا رواية لهذه المسألة في الكتب المعروفة، وقد قيل ذكر في صلاة ابن عبدك أنه لا يعيد، وهكذا حكى فتوى بعض مشايخنا.

ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير: إذا صلى الرجل ركعتين تطوعاً فسها فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يني أخريين لا يني؛ لأنه لو بنى لوقعت السجدة في وسط الصلاة، مع هذا لو بنى هل يسجد في آخر الصلاة ثانيًا؟ اختلف المشايخ فيه.

لا بأس أن (٧) يتكلم الرجل مع من يصلي يدل عليه قوله تعالى: ﴿فَنَادَتْهُ الْمَلَائِكَةُ وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي فِي الْمِحْرَابِ﴾ (٨)، ذكره شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في أحكام القرآن.

(١) في د: يتابعه.

(٢) هذا حديث موقوف على عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، فقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده أن سيدنا عمر رضي الله عنه - كان يكره أن يصلي خلف صلاة مثلها وبسنده إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه - كذلك أنه كان لا يصلي على إثر صلاة مثلها. ولكنه غريب مرفوعاً.

ينظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٦/٢) كتاب الصلوات، باب: من كره أن يصلي بعد الصلاة مثلها، نصب الراية (١٦٧/٢).

(٣) في د: وقد.

(٤) في د: لم يبل.

(٥) زاد في د: بقية.

(٦) في أ، ب: يجب عليه إعادة الغسل، قيل.

(٧) في أ، ب: بأن.

(٨) سورة آل عمران آية: ٣٩.

ولا بأس للمصلي [أيضًا]^(١) أن يجيب المتكلم معه برأسه به ورد الأثر عن عائشة^(٢) - رضي الله عنها - والله أعلم بالصواب [تم كتاب الصلاة]^(٣) بعون الله^(٤) وتوفيقه^(٥).



-
- (١) سقط في د.
 (٢) ينظر: تبيين الحقائق (١/١٥٧)، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (١٢٨)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص (٣٤٩).
 (٣) سقط في أ.
 (٤) زاد في أ: تعالى، وفي د: وحسن.
 (٥) زاد في د: وصلى الله على محمد وآله
 اللهم اغفر لكاتبه ولوالديه ولأستاذيه ولجميع المؤمنين والمؤمنات والمسلمين
 والمسلمات برحمتك يا أرحم الراحمين.

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الزكاة^(١)

(١) الزكاة لُغَةً: الزكاء بالمد: النماء والزيادة، يقال زكا الزرع والأرض تزكو زكوا من باب قعد، وأزكى (بالألف) مثله، وزكى المال تزكية: أدى عنه زكاته، وزكى نفسه: مدحها. واصطلاحاً: عرف أهل العلم الزكاة بما يلي: عرفها ابن عابدين بقوله: هي تملك جزء مال عينه الشارع لمسلم فقير غير هاشمي ولا مولاه مع قطع المنفعة من كل وجه لله تعالى. وعند المالكية هي إخراج مال مخصوص من مال مخصوص بلغ نصاباً لمستحقه إن تم الملك وحول غير معدن وحرث.

وعرفها الشافعية بأنها اسم لقدر مخصوص من مال مخصوص يجب صرفه لأصناف مخصوصة بشرائط. وعرفها الحنابلة بأنها حق واجب في مال مخصوص لطائفة مخصوصة في وقت مخصوص.

وبالنظر في التعريفات ألحظ أن تعريف المالكية تجنب التفصيل الذي لا يحسن في التعريف، وجعل الزكاة حقاً وجب بقوة الشرع، بينما تعريف الحنفية: فلم يشر إلى أجناس الأموال الزكوية، ولا إلى وقت إخراج الزكاة، في الوقت الذي فصل فيه تعريف الحنفية المستحقين وحصصهم في نوع واحد رغم تعددهم، وجعل الزكاة تملكاً من المزكي، فلا تسقط من ماله إلا بفعله.

وأيضاً فإن تعريف المالكية جعل الزكاة اسماً لنفس المال المخرج حقاً لله تعالى، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾، ومعلوم أن متعلق الإيتاء هو المال؛ أما تعريف الحنفية فجعل الزكاة اسماً لنفس فعل الإيتاء؛ لأنهم يصفونه بالوجوب، ومتعلق الأحكام الشرعية أفعال المكلفين.

وأما تعريف الشافعية فهو أجمع التعريفات؛ لأنه يشمل أنواع الأموال الزكوية كلها؛ ولأنه تجنب ذكر شروط الزكاة أو بعضها، ويمتاز بالإجمال وهذا التعريف قريب من تعريف الحنابلة.

مشروعية الزكاة: وجوب الزكاة ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

أولاً الكتاب: احتج من الكتاب لمشروعية الزكاة بما يلي: ١ - احتجوا بقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾. أمر تعالى رسوله ﷺ بأن يأخذ من أموالهم صدقة يطهرهم ويزكئهم بها، ومعنى التطهير: إذهاب ما يتعلق بهم من أثر الذنوب، ومعنى التزكية: المبالغة في التطهير والأمر هنا للوجوب كما هو مقرر عند علماء الأصول. ٢ - قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾. والآية وردت بصيغة الأمر، والأمر عند جماهير العلماء يفيد الوجوب، وعليه فدللت الآية على وجوب إيقاع الفعل بمجرد تعلق الحكم بالمكلف.

ثانياً السنة النبوية المطهرة: احتج الفقهاء على وجوب الزكاة من السنة النبوية بأحاديث كثيرة منها ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «بُئِيَ الْإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ: شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، وَإِقَامِ الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءِ

هذا الكتاب يشتمل على عشرة^(١) فصول:

الرِّكَاءُ، وَحَجُّ البَيْتِ، وَصَوْمُ رَمَضَانَ [أخرجه البخاري (٦٤/١) كتاب الإيمان، باب: دعاؤكم إيمانكم (٨)، وفي (٣٢/٨) كتاب التفسير، باب: ﴿وَقَلِّبُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِئْتَهُ﴾ [البقرة: ١٩٣] (٤٥١٤)، ومسلم (٤٥/١) كتاب الإيمان، باب: بيان أركان الإسلام ودعائمه العظام (١٦/١٩)]. دل هذا الحديث بظاهره على وجوب الزكاة. ومنها ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ بعث معادًا إلى اليمن، فقال: «إِنَّكَ تَأْتِي قَوْمًا أَهْلَ كِتَابٍ، فَأَدْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنْتِي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِيذَلِكَ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ حُمْسَ صَلَوَاتِ فِي اليَوْمِ وَاللَّيْلَةِ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِيذَلِكَ، فَأَعْلِمُهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةَ أَمْوَالِهِمْ تُؤَخِّدُ مِنْ أَعْيُنَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوا لِيذَلِكَ، فَإِنَّكَ وَكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ، وَأَتَى دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ، فَإِنَّهَا لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللَّهِ حِجَابٌ» [أخرجه البخاري (٣٠٧/٣) كتاب الزكاة، باب: وجوب الزكاة (١٣٩٥، ١٤٥٨، ١٤٩٦، ٢٤٤٨، ٤٣٤٧، ٧٣٧، ٧٣٧٢)، ومسلم (٥٠/١) كتاب الإيمان، باب: الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٩/٢٩)] دل هذا الحديث على فريضة الزكاة وذلك لأن قوله ﷺ: «افترض عليهم» إخبار منه بأن الزكاة فرض على المسلم؛ وهذا نص في المدعى.

ثالثًا: الإجماع: أجمع المسلمون في جميع الأعصار على وجوب الزكاة، واتفق الصحابة على قتال مانعيها.

قال البيهقي: «إذا أنكرت طائفة من المسلمين فرض الزكاة، وامتنعوا من أدائها كانوا كفارًا بإجماع المسلمين».

ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٢٥٤/١)، ورد المحتار على الدر المختار (٢٠٢/٣ - ٢٠٦)؛ وبدائع الصنائع (٧٥/٢)، الشرح الصغير (٥٨١/١)؛ وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل (١٦٦/١)، ومغني المحتاج (٣٦٨/١)؛ ونهاية المحتاج (٤٣/٣)، والمجموع شرح المهذب (٢٩٥/٥)، والمغني، لابن قدامة (٢/٤٣٣)، ومطالب أولي النهى (١١٥/٢)، والفروع، لابن مفلح (٥٩٥/١)، والروض المربع (١٧٧/١)، والمبدع في شرح المقنع (٢٩٠/٢)، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى (٣٧٢/٢)، وشرح منتهى الإرادات (٣٨٧/١)، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢٤٦/٨)، والإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١٦١/٢)، والتقريب والتحبير في شرح التحرير (٣٠٣/١)، والمعتمد في أصول الفقه (٥٠/١)، والبرهان في أصول الفقه، للجبيني (١٥٩/١)، والإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لعلي بن عبد الكافي السبكي (٢٢/٢)، وأصول الفقه، لشمس الدين محمد بن مفلح (٦٦١/٢)؛ والفصول في الأصول، للجصاص (٨١/٢ - ٨٢)، والبحر المحيط (٣٦٦/٤)، وفتح الباري (٢٩٩/٣)، وشرح السنة، لمحيي السنة، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدوي الشافعي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (٣١٧/٣).

(١) في م: عشر.

الفصل الأول

في بيان^(١) مال الزكاة

فنعول: مال الزكاة أنواع من جملتها الأثمان، وعروض التجارة، والسوائم، وفي الأثمان لا يشترط [طلب]^(٢) النماء لوجوب الزكاة، وفيما سواها لا تجب الزكاة بدون طلب النماء.

أما بالتجارة [والسوم]^(٣) فيما يسام^(٤) فلا تعمل النية في ذلك حتى ينضم إليها الفعل؛ كالبيع^(٥)، والشراء، أو^(٦) السوم فيما يسام^(٧) حتى إن كان له عبد للخدمة، أو ثياب للبدلة^(٨) نوى فيهما التجارة لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في الثمن الزكاة مع ماله، بخلاف ما إذا كان له عبد للتجارة فنوى [أن يكون]^(٩) للخدمة فإنه^(١٠) تبطل عنه الزكاة [بمجرد النية].

وفي السوائم تعتبر العين ولا تعتبر القيمة حتى لو كان له خمس من الإبل^(١١)

(١) في د: معرفة.

(٢) سقط في: د.

(٣) في د: أو بالسوم.

(٤) في د: ساوم.

(٥) في ب، م: فالبيع، وفي د: مع البيع.

(٦) في م: و.

(٧) في د: يساوم.

(٨) في ب، د: البدلة.

(٩) سقط في: د.

(١٠) في د: حيث.

(١١) الإبل اسم جمع ليس له مفرد من لفظه وواحد الذكر: جمل، والأنثى: ناقة، والصغير حوار إلى سنة، وإذا فطم فهو فصيل، والبكر هو الفتى من الإبل والأنثى بكرة. وللعرب تسميات للإبل بحسب أسنانها ورد استعمالها في السنة واستعملها الفقهاء، كابن المخاض، وهو ما أتم سنة ودخل في الثانية، سمي بذلك لأن أمه تكون غالباً قد حملت، والأنثى بنت مخاض، وابن اللبون وهو ما أتم سنتين ودخل في الثالثة، سمي بذلك لأن أمه تكون قد ولدت بعده فهي ذات لبن، والأنثى بنت لبون، والحق ما دخل في الرابعة، والأنثى حقة، سميت بذلك لأنها استحقت أن يطرقها الفحل، والجذع هو الذي دخل في الخامسة؛ لأنه جذع أي أسقط بعض أسنانه، والأنثى جذعة. وهذه الأنواع الأربعة هي التي تؤخذ الإناث منها في الدية، وقد يؤخذ الذكور منها كابن اللبون.

وقد بين النبي ﷺ المقادير الواجبة في زكاة الإبل، وهي في حديث البخاري فيما رواه عن أنس رضي الله عنه أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له هذا الكتاب لما وجهه إلى البحرين بسم الله الرحمن الرحيم. هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين، والتي أمر الله بها رسوله، فمن سئله من المسلمين على وجهها فليعطها، ومن سئل فوقها فلا يعط: في أربع وعشرين من الإبل فما دونها من الغنم من كل خمس شاة، فإذا بلغت خمسا وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنثى، فإذا بلغت ستا وثلاثين إلى خمس وأربعين ففيها بنت لبون أنثى، فإذا بلغت ستا وأربعين إلى ستين ففيها حقة طروقة الجمل، فإذا بلغت واحدة وستين إلى خمس وسبعين ففيها جذعة، فإذا بلغت - يعني ستا وسبعين - إلى تسعين ففيها بنتا لبون، فإذا بلغت إحدى وتسعين إلى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الجمل. فإذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة. ومن لم يكن معه إلا أربع من الإبل فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها، فإذا بلغت خمسا من الإبل ففيها شاة. وفي صدقة الغنم في سائمتها إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة. فإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين شاتان، فإذا زادت على مائتين إلى ثلاثمائة ففيها ثلاث، فإذا زادت على ثلاثمائة ففي كل مائة شاة، فإذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها. وفي الرقة ربع العشر، فإن لم تكن إلا تسعين ومائة فليس فيها شيء إلا أن يشاء ربها. وفي موضع آخر روى البخاري من حديث أنس أن أبا بكر رضي الله عنه كتب له فريضة الصدقة التي أمر الله رسوله ﷺ: من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرتا له، أو عشرين درهما.

ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة فإنها تقبل منه الجذعة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين. ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده إلا بنت لبون فإنها تقبل منه بنت لبون ويعطي شاتين أو عشرين درهما. ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين. ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده، وعنده بنت مخاض فإنها تقبل منه بنت مخاض، ويعطي معها عشرين درهما أو شاتين.

وبناء على هذا الحديث، تؤخذ الزكاة من الإبل حسب الجدول التالي:

عدد الإبل القدر الواجب من ١ - إلى ٤ ليس فيها شيء، من ٥ - ٩ فيها شاة واحدة، من ١٠ - ١٤ فيها شاتان، من ١٥ - ١٩ فيها ٣ شياه، من ٢٠ - ٢٤ فيها ٤ شياه، من ٢٥ - ٣٥ فيها بنت مخاض (فإن لم يوجد فيها بنت مخاض يجزئ ابن لبون ذكر).

من ٣٦ - ٤٥، بنت لبون، من ٤٦ - ٦٠، حقة، من ٦١ - ٧٥، فيها جذعة، من ٧٦ - ٩٠، فيها بنتا لبون، من ٩١ - ١٢٠، فيها حقتان، من ١٢١ - ١٢٩، فيها ٣ بنات لبون، من ١٣٠ - ١٣٩، فيها حقة وبنات لبون، من ١٤٠ - ١٤٩، حقتان وبنات لبون، من ١٥٠ - ١٥٩، فيها ٣ حقائق، من ١٦٠ - ١٦٩، فيها ٤ بنات لبون، وهكذا في ما زاد، في كل ٤٠ بنت لبون، وفي كل ٥٠ حقة.

وهذا الجدول جار على مذهب الشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة، وهو قول الأوزاعي وإسحاق، وأوله إلى ١٢٠ مجمع عليه، لتناول حديث أنس له، وعدم الاختلاف في تفسيره. واختلف فيما بين ١٢١ - ١٢٩ فقال مالك يتخير الساعي بين حقتين وثلاث بنات لبون، وذهب أبو عبيد، وهو الرواية الأخرى عن أحمد إلى أن فيها حقتين؛ لأن الفرض لا يتغير إلا بمائة وثلاثين.

وذهب الحنفية إلى أن الفريضة تستأنف بعد ١٢٠، ففي كل خمس مما زاد عليها شاة بالإضافة إلى الحقتين، فإن بلغ الزائد ما فيه بنت مخاض أو بنت لبون وجبت إلى أن يبلغ الزائد ما فيه حقة فتجب، ويمثل ذلك الجدول التالي: عدد الإبل - القدر الواجب ١٢١ - ١٢٤، حقتان، ١٢٥ - ١٢٩، حقتان وشاة، ١٣٠ - ١٣٤، حقتان وشاتان، ١٣٥ - ١٣٩، حقتان و٣ شياه، ١٤٠ - ١٤٤، حقتان و٤ شياه، ١٤٥ - ١٤٩، حقتان وبنت مخاض، ١٥٠ - ١٥٤، ٣ حقاك، ١٥٥ - ١٥٩، ٣ حقاك وشاة، ١٦٠ - ١٦٤، ٣ حقاك وشاتان، ١٦٥ - ١٦٩، ٣ حقاك و٣ شياه، ١٧٠ - ١٧٤، ٣ حقاك و٤ شياه، ١٧٥ - ١٨٥، ٣ حقاك وبنت مخاض، ١٨٦ - ١٩٥، ٣ حقاك وبنت لبون، ١٩٦ - ١٩٩، ٤ حقاك، ٢٠٠ - ٢٠٤، ٤ حقاك أو ٥ بنات لبون، ٢٠٥ - ٢٠٩، ٤ حقاك أو بنات لبون وشاة وهكذا. واحتجوا بما في حديث قيس بن سعد أنه قال: قلت لأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم: أخرج لي كتاب الصدقات الذي كتبه رسول الله ﷺ قال: فأخرج كتابا في ورقة وفيه: فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة.

والذي يؤخذ في زكاة الإبل الإناث دون الذكور، إلا ابن اللبون إن عدم بنت المخاض، بخلاف البقر فتؤخذ منها الذكور.

فإن كان المال كله ذكورا أجزأ الذكر على الأصح عند الشافعية وهو المقدم عند الحنابلة، وعند المالكية يلزم الوسط ولو انفرد الذكور، والظاهر أنه يريدون ناقة وسطا من السن المطلوب.

أن الشاة التي تؤخذ في زكاة الإبل إن كانت أنثى (جدعة من الضأن، أو ثنية من المعز فما فوق ذلك) أجزأت بلا نزاع.

وأما الذكر، فيحتمل أن يجزئ لصدق اسم الشاة عليه، وهو المعتمد عند المالكية، والأصح عند الشافعية.

وإن تطوع المزكي فأخرج عما وجب عليه سنا أعلى من السن الواجب جاز، مثل أن يخرج بدل بنت المخاض بنت لبون أو حقة أو جدعة، أو عن بنت اللبون حقة أو جدعة.

قال ابن قدامة: لا نعلم في ذلك خلافا.

لما في حديث أبي بن كعب أن النبي ﷺ قال لمن قدم ناقة عظيمة سمينة عن بنت مخاض: ذاك الذي عليك. فإن تطوعت بخير أجرك الله فيه، وقبلنا منك [أخرجه أبو داود (٢/٢٤١)، والحاكم (١/٣٩٩) وصححه، ووافقه الذهبي].

وإن أخرج بدل الشاة ناقة أجزأه، وكذا عما وجب من الشياه فيما دون خمس وعشرين؛ لأنه يجزئ عن ٢٥، فإجزأه عما دونها أولى.

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، وهو الأصح عند المالكية، وذهب الحنابلة إلى أنه لا

يجزئ؛ لأنه أخرج عن المنصوص عليه غيره من غير جنسه فلم يجزئه، كما لو أخرج عن أربعين من الغنم بعيرا.

وذهب الشافعية والحنابلة والنخعي وابن المنذر إلى أن من وجب عليه في إبله سن فلم يكن في إبله ذلك السن فله أن يخرج من السن الذي فوقه مما يؤخذ في زكاة الإبل، ويأخذ من الساعي شاتين أو عشرين درهما، أو أن يخرج من السن الذي تحته مما يجزئ في الزكاة ويعطي الساعي معها شاتين أو عشرين درهما. واستدلوا بما في حديث أنس المتقدم بيانه.

وذهب الحنفية إلى أن المزكي إذا لم يكن عنده السن الواجب، أو كان عنده فله أن يدفع قيمة ما وجب، أو يدفع السن الأدون وزيادة الدراهم بقدر النقص، كما لو أدى ثلاث شياه سمان عن أربع وسط، أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض، وذلك على أصلهم في جواز إخراج القيمة في الزكاة.

وبينت السنة نصاب زكاة البقر والقدر الواجب، وذلك فيما روى مسروق أن النبي ﷺ بعث معاذ رضي الله عنه إلى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً، ومن البقر من كل ثلاثين تبيعا، ومن كل أربعين مسنة [أخرجه أبو داود (٢/٢٣٤، ٢٣٥)، والحاكم (١/٣٩٨) وصححه، ووافقه الذهبي].

وروي عن معاذ رضي الله عنه نحو ذلك، وفي حديثه وأمرني رسول الله ﷺ ألا آخذ فيما بين ذلك شيئا إلا إن بلغ مسنة أو جذعا - يعني تبيعا - وأن الأوقاص لا شيء فيها. [أخرجه أحمد (٥/٢٤٠) وفي إسناده انقطاع بين معاذ والراوي عنه وهو يحيى بن الحكم كما في «التعجيل» لابن حجر، ص (٤٤٢)].

وبناء على الحديثين المذكورين تؤخذ زكاة البقر حسب الجدول التالي:

عدد البقر - القدر الواجب: ١ - ٢٩، لا شيء فيها، ٣٠ - ٣٩، تبيع (أو تبيعة)، ٤٠ - ٥٩، مسنة، ٦٠ - ٦٩، تبيعان، ٧٠ - ٧٩، تبيع ومسنة، ٨٠ - ٨٩، تبيعان، ٩٠ - ٩٩، ثلاث أتبعه، ١٠٠ - ١٠٩، تبيعان ومسنة، ١١٠ - ١١٩، تبيع ومستنان، ١٢٠ - ١٢٩، أربع أتبعه أو ثلاث مسنات.

وهكذا في كل ثلاثين تبيع أو تبيعة، وفي كل أربعين مسنة.

وعلى هذا تجري مذاهب جماهير العلماء، وفي ذلك خلاف في بعض المواضع. منها: ذهب سعيد بن المسيب والزهري خلافا لسائر الفقهاء، إلى أن في البقر من (٥ - ٢٤) في كل خمس شاة قياسا على زكاة الإبل؛ لأن البقرة تعدل ناقة في الهدى والأضحية. ومنها: أخذ الذكر في زكاة البقر:

أما التبيع الذكر فيؤخذ اتفاقا، فهو بمنزلة التبيعة، للنص عليه في حديث أنس، وأما المسن الذكر فمذهب الحنفية أنه يجوز أخذه.

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة لا يؤخذ إلا المسنة الأثني؛ لأن النص ورد فيها. ومنها في الأسنان، فالتبيع عند الجمهور ما تم له سنة وطعن في الثانية، والمسنة ما تم لها سنتان وطعن في الثالثة، وعند المالكية التبيع ما تم له سنتان ودخل في الثالثة، والمسنة ما تم لها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة.

لا تبلغ قيمتها مائتي درهم تجب الزكاة^(١).

ولو كان له أربع من الغنم تبلغ قيمتها مائتي درهم لا تجب الزكاة [فيها]^(٢).

= ومنها أن الوقص الذي من (٤١ - ٥٩) لا شيء فيه عند الجمهور، وهو رواية عن أبي حنيفة وقول الصحابين، وهو المختار عند الحنفية لظاهر ما تقدم من الحديث. وذهب أبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أن ما زاد على الأربعين ليس عفواً، بل يجب فيه بحسابه، ففي الواحدة الزائدة عن الأربعين ربع عشر مسنة، وفي الثلثين نصف عشر مسنة، وهكذا، وإنما قال هذا فراراً من جعل الوقص (١٩) وهو مخالف لجميع أوقاص زكاة البقر، فإن جميع أوقاصها تسعة تسعة.

ينظر: العناية بهامش الهداية وفتح القدير (٤٩٧/١)، والهداية (٤٩٤/١ - ٤٩٧)، ورد المختار على الدر المختار (٢٢/٢) (١٨/٢)، والشرح الكبير (٤٣٤/١، ٤٣٥)، وشرح الزرقاني (١١٧/٢، ١١٩)، وروضة الطالبين (١٥٤/٢)، (١٦٦/٣)، والمجموع (٥/٣٩٧)، والفروع (٣٧٠/٢)، والمغني، لابن قدامة (٥٧٧/٢)، ٥٧٩ - ٥٨١ - ٥٨٦، ٥٩٢ - ٥٩٤)، شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول، لشمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصبهاني، قدم له وحققه وعلق عليه: عبد الكريم بن علي النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (٣/٢، ٤، ٨ - ٩).

(١) بدل ما بين المعقوفين في د: فيها.

(٢) سقط في: ب.

وزكاة الغنم واجبة بالسنة والإجماع، فمما ورد فيها حديث أنس المتقدم ذكره في زكاة الإبل.

وبناء على الحديث المذكور تؤخذ زكاة الغنم طبقاً للجدول التالي:

عدد الغنم - القدر الواجب: ١ - ٣٩، لا شيء فيها، ٤٠ - ١٢٠، شاة، ١٢١ - ٢٠٠، شاتان، ٢٠١ - ٣٩٩، ٣ شياه، ٤٠٠ - ٤٩٩، ٤ شياه، ٥٠٠ - ٥٩٩، ٥ شياه.

وهكذا ما زاد عن ذلك في كل مائة شاة شاة مهما كان قدر الزائد.

وعلى هذا تجري مذاهب جمهور الفقهاء، وأول هذا الجدول وآخره مجمع عليه.

واختلف فيه فيما بين (٣٠٠ - ٣٩٩) فقد ذهب النخعي وأبو بكر من الحنابلة إلى أن فيه أربع شياه لا ثلاثة، ثم لا يتغير القدر الواجب إلى (٥٠٠) فيكون فيها خمس شياه كقول الجمهور، واستدل هؤلاء بأن النبي ﷺ في حديث أنس المتقدم جعل الثلاثمائة حداً لما تجب فيه الشياه الثلاثة فوجب أن يتغير الفرض عندها فيجب أربعة.

ومنها: أن الشاة تصدق على الذكر والأنثى ومن هنا ذهب الحنفية والمالكية إلى جواز إخراج الذكر في زكاة الغنم؛ ولأن الشاة إذا أمر بها مطلقاً أجزأ فيها الذكر كالأضحية والهدي.

وذهب الشافعية إلى أن الغنم إن كانت إناثاً كلها أو كان فيها ذكور وإناث فيتعين إخراج الإناث.

وذهب الحنابلة كذلك إلى أنه لا يجوز إخراج الذكر في صدقة الغنم إذا كان في النصاب

شيء من الإناث.

= والذي يؤخذ في صدقة الغنم هو الثنية، والثني في اصطلاح الفقهاء - خلافاً لما عند أهل

اللغة - ما تم له سنة فما زاد، فتجزئ اتفاقا، فإن كانت أقل من ذلك لم تجزئ سواء كانت من الضأن أو المعز، وهذا قول أبي حنيفة، واحتج له بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال للساعي: اعتد عليهم بالسخلة ولا تأخذها منهم.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الجذعة - وهي ما تم لها ستة أشهر - إن كانت من الضأن - لا من المعز - تجزئ في الزكاة، وقال الصحابان: يجزئ الجذع من الضأن سواء كان الجذع ذكرا أو أنثى، وهو رواية عن أبي حنيفة، واختلفوا في سن الجذع نحو من اختلاف أصحاب مالك فيه، وقال مالك: تجزئ الجذعة سواء أكانت من الضأن أو المعز، لكن اختلف أصحاب مالك في سن الجذع، فقال بعضهم: أدناه سنة، وقيل: عشرة أشهر، وقيل: ثمانية، وقيل: ستة.

وجنس من الإبل والبقر والغنم ينقسم إلى نوعين، فالإبل نوعان: العراب وهي الإبل العربية، وهي ذات سنم واحد، والبخاتي (جمع بختية) وهي إبل العجم والتركي، وهي ذات سنامين.

والبقر نوعان: البقر المعتاد، والجواميس.

والغنم: إما ضأن، وهي ذوات الصوف، واحدها ضأنة، وإما معز، وهي ذوات الشعر، واحدها عنز، والذكر تيس، ويقال للذكر والأنثى من الضأن والمعز: شاة. والمقادير الواجبة في الجداول السابقة تشمل من كل جنس نوعيه، ويضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب إجماعا.

أما من أي النوعين تؤخذ الزكاة ففيه تفصيل.

فإن كان عنده أحد النوعين فزكاته منه تجزئه اتفاقا، أما إن أخرج عن الإبل العراب مثلا بختية بقيمة العربية فجاز أيضا، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وكذلك المعتمد عند المالكية، لكن لا يشترط عندهم رعاية القيمة.

وقيل: لا يجوز؛ لأن فيه تفويت صفة مقصودة، وهو قول القاضي من الحنابلة.

وقال الحنفية: الواجب إخراج الزكاة من النوع الذي عنده.

أما إن اختلف النوعان:

فقد قال الحنفية وإسحاق: إذا اختلف النوعان تجب الزكاة من أكثرهما، فإن استويا فعند الحنفية يجب الوسط أي أعلى الأدنى، أو أدنى الأعلى، وإذا علم الواجب للقاعدة عندهم جواز شيء بقيمته سواء من النوع الآخر أو غيره.

وقال الشافعية والحنابلة: يؤخذ من كل نوع ما يخصه، فلو كانت إبله كلها مهريه أو أرحية أخذ الفرض من جنس ما عنده، وهذا هو الأصل؛ لأنها أنواع تجب فيها الزكاة، فتؤخذ زكاة كل نوع منه، كأنواع الثمرة والحبوب، قالوا: فلو أخذ عن الضأن معزا، أو عكسه جاز في الأصح بشرط رعاية القيمة، وفي قول عند الشافعية: يؤخذ الضأن عن المعز دون العكس، وعراب البقر عن الجواميس دون العكس؛ لأن الضأن والعراب أشرف.

وقال المالكية: إن وجبت واحدة في نوعين فمن الأكثر، فإن تساويا خير الساعي، وإن وجبت ثنتان أخذ من كل نوع واحدة إن تساويا، فإن لم يتساويا لم يأخذ من الأقل إلا بشرطين: كونه نصابا لو انفرد، وكونه غير وقص. وإذا زادت عن ذلك وأمكن أن يؤخذ

وفي عروض التجارة تعتبر القيمة^(١)، فتجب الزكاة فيها إذا بلغت قيمتها مائتي

من كل نوع بانفراده أخذ منه، وما لم يمكن يضم بعضه إلى بعض، فيأخذ من الأكثر، ويخير الساعي عند التساوي ففي ٣٤٠ من الضأن و١٦٠ من المعز يؤخذ ثلاث من الضأن عن ثلاثمائة ضأن، وواحدة من المعز عن المائة، وتؤخذ عنز واحدة عن الأربعين ضأنه والستين من المعز؛ لأن المعز أكثر فإن كانت ٣٥٠ من الضأن و١٥٠ من المعز خير الساعي في المائة المجتمعة بين ضأنه وعنز.

وينبغي أن يكون المأخوذ في الزكاة من الوسط، لقول النبي ﷺ: ثلاث من فعلهن فقد طعم طعم الإيمان: من عبد الله وحده، وأنه لا إله إلا الله، وأعطى زكاة ماله طيبة بها نفسه رافدة عليه كل عام، لا يعطي الهرمة، ولا الدرنة، ولا المريضة، ولا الشرط اللثيمة، ولكن من وسط أموالكم، فإن الله لم يسألكم خيره، ولم يأمركم بشره [أخرجه أبو داود (٢/٢٤٠)] من حديث غاضرة بن قيس، وفي إسناده انقطاع، ولكن وصله الطبراني في معجمه الصغير (١/٣٣٤). الحديث.

وهذا يقتضي أمرين:

الأول: أن يتجنب الساعي طلب خيار المال، ما لم يخرج المالك طيبة به نفسه، وقد قال النبي ﷺ للساعي: إياك وكرائم أموالهم. [أخرجه البخاري (الفتح ٣/٣٥٧)] من حديث ابن عباس.

قال عمر رضي الله عنه لساعيه: لا تأخذ الربى، ولا الماخض، ولا الأوكولة، ولا فحل الغنم. والربى هي القرية العهد بالولادة؛ لأنها تربي ولدها. والماخض الحامل، والأوكولة التي تآكل كثيرا؛ لأنها تكون أسمن، وفحل الغنم هو المعد للضراب.

فإن كانت ماشية الرجل كلها خيارا، فقد اختلف الفقهاء فقيل: يأخذ الساعي من أوسط الموجود، وقيل: يكلف شراء الوسط من ذلك الجنس.

الأمر الثاني: ألا يكون المأخوذ من شرار المال، ومنه المعيبة، والهرمة، والمريضة، لكن إن كانت كلها معيبة أو هرمة أو مريضة، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز إخراج الواجب منها، وقيل: يكلف شراء صحيحة أخذا بظاهر النهي الوارد في الحديث، وقيل: يخرج صحيحة مع مراعاة القيمة.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١٨/٢، ١٩)، وفتح القدير (١/٥٠١)، والشرح الكبير (١/٤٣٥، ٤٣٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٣٥)، والمجموع (٥/٤٢٢)، وشرح المنهاج (٩/٢، ١٠)، والمغني، لابن قدامة (٢/٥٨٣، ٥٩٤، ٥٩٦، ٦٠٠، ٦٠٣، ٦٠٥-٦٠٧).

(١) جمهور الفقهاء على أن المقتى به هو وجوب الزكاة في عروض التجارة، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾.

وبحديث سمرة: كان النبي ﷺ يأمرنا أن نخرج الصدقة من الذي نعد للبيع.

وحديث أبي ذر مرفوعا: في الإبل صدقتها، وفي الغنم صدقتها، وفي البز صدقتها [أخرجه الدارقطني (٢/١٠١)] من حديث أبي ذر وقال ابن حجر: إسناده لا بأس به، كذا في التلخيص (٢/١٧٩) وقال حماس: مر بي عمر فقال: أد زكاة مالك. فقلت: ما لي إلا جعاب آدم. فقال: قومها ثم أد زكاتها؛ ولأنها معدة للنماء بإعداد صاحبها

فأشبهت المعد لذلك خلقة كالسوائم والنقدين .

شروط وجوب الزكاة في العروض :

الشرط الأول: ألا يكون لزكاتها سبب آخر غير كونها عروض تجارة:

فلو كان لديه سوائم للتجارة بلغت نصابا، فلا تجتمع زكاتان إجماعا، لحديث: لا ثني في الصدقة [أخرجه ابن أبي شيبة (٣/٢١٨)] بل يكون فيها زكاة العين عند المالكية والشافعية في الجديد، كأن كان عنده خمس من الإبل للتجارة ففيها شاة، ولا تعتبر القيمة، فإن كانت أقل من خمس فإنها تقوم فإن بلغت نصابا من الأثمان وجبت فيها زكاة القيمة .
وإنما قدموا زكاة العين على زكاة التجارة؛ لأن زكاة العين أقوى ثبوتا لانعقاد الإجماع عليها، واختصاص العين بها، فكانت أولى .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها تزكى زكاة التجارة؛ لأنها أحظ للمساكين؛ لأنها تجب فيما زاد بالحساب، لكن قال الحنابلة: إن بلغت عنده نصاب سائمة ولم تبلغ قيمته نصابا من الأثمان فلا تسقط الزكاة، بل تجب زكاة السائمة، كمن عنده خمس من الإبل للتجارة لم تبلغ قيمتها مائتي درهم، ففيها شاة .

ونظير هذا عند الفقهاء غلة مال التجارة، كأن يكون ثمرًا مما تجب فيه الزكاة إن كان الشجر للتجارة .

وأما المصوغات من الذهب والفضة إن كانت للتجارة، فقد ذهب المالكية إلى أنه ليس فيها زكاة إن كانت أقل من نصاب بالوزن، ولو زادت قيمتها عن نصاب بسبب الجودة أو الصنعة، ويزكى على أساس القيمة الشاملة أيضا لما فيه من الجواهر المرصعة .

أما الحنابلة فقد صرحوا بأن الصناعة المحرمة لا تقوم لعدم الاعتداد بها شرعا، أما الصنعة المباحة فتدخل في التقويم إن كان الحلي للتجارة، ويعتبر النصاب بالقيمة كسائر أموال التجارة، ويقوم بنقد آخر من غير جنسه، فإن كان من ذهب قوم بفضة، وبالعكس، إن كان تقويمه بنقد آخر أحظ للفقراء، أو نقص عن نصابه، كخواتم فضة لتجارة زنتها مائة وتسعون درهما وقيمتها عشرون مثقالا ذهبا، فيزكيها بربع عشر قيمتها، فإن كان وزنها مائتي درهم، وقيمتها تسعة عشر مثقالا ووجب ألا تقوم، وأخرج ربع عشرها .
ويظهر من كلام ابن عابدين أن مذهب الحنفية أن العبرة في الحلي والمصنوع من النقدين بالوزن من حيث النصاب ومن حيث قدر المخرج، وعند زفر المعتبر القيمة، وعند محمد الأنفع للفقراء .

وعند الشافعية في مصوغ الذهب والفضة الذي للتجارة هل يزكى زكاة العين أو زكاة القيمة؟ قولان .

الأراضي الزراعية التي للتجارة وما يخرج منها:

ذهب الحنفية إلى أنه تجب الزكاة في الخارج من الأرض الزراعية من ثمر أو زرع، ولا يجب الزكاة في قيمة الأرض العشرية ولو كانت للتجارة، وهذا إن كان قد زرع الأرض العشرية فعلا ووجب فيها العشر؛ لثلا يجتمع حقان لله تعالى في مال واحد. فإن لم يزرعها تجب زكاة التجارة فيها لعدم وجوب العشر، فلم يوجد المانع، بخلاف الخارج الموظف فإنه يجب فيها ولو عطلت أي لأنه كالأجرة .

أما عند المالكية والشافعية والحنابلة فيجب زكاة رقبة الأرض كسائر عروض التجارة بكل حال .

ثم اختلف الجمهور في كيفية تزكية الغلة . فمذهب المالكية أن الناتج من الأرض الزراعية التي للتجارة لا زكاة في قيمته في عامه اتفاقا إن كانت قد وجبت فيه زكاة النبات، فإن لم تكن فيه لنقصه عن نصاب الزرع أو الثمر، تجب فيه زكاة التجارة، وكذا في عامه الثاني وما بعده .

وقال الشافعية على الأصح عندهم والقاضي من الحنابلة: يزكى الجميع زكاة القيمة؛ لأنه كله مال تجارة، فتجب فيه زكاة التجارة، كالسائمة المعدة للتجارة . قال الشافعية: ويزكى التبن أيضا والأغصان والأوراق وغيرها إن كان لها قيمة، كسائر مال التجارة .

وذهب الحنابلة وأبو ثور إلى أنه يجتمع في العشرية العشر وزكاة التجارة؛ لأن زكاة التجارة في القيمة، والعشر في الخارج، فلم يجتمعا في شيء واحد؛ ولأن زكاة العشر في الغلة أحظ للفقراء من زكاة التجارة فإنها ربع العشر، ومن هنا فارقت عندهم زكاة السائمة المتجر بها، فإن زكاة السوم أقل من زكاة التجارة .

ويشترط أن يكون قد تملك العرض بمعاوضة كسائر نقد أو عرض أو بدين حال أو مؤجل، وكذا لو كان مهرا أو عوض خلع .

وهذا مذهب المالكية والشافعية، ومحمد، فلو ملكه بإرث أو بهبة أو احتطاب أو استرداد بعيب واستغلال أرضه بالزراعة أو نحو ذلك فلا زكاة فيه .

قالوا: لأن التجارة كسب المال ببدل هو مال، وقبول الهبة مثلا اكتساب بغير بدل أصلا .

وعند الشافعية في مقابل الأصح أن المهر وعوض الخلع لا يزكيان زكاة التجارة . وقال الحنابلة وأبو يوسف: الشرط أن يكون قد ملكه بفعله، سواء كان بمعاوضة أو غيرها من أفعاله، كالاكتطاب وقبول الهبة، فإن دخل في ملكه بغير فعله، كالموروث، أو مضي حول التعريف في اللقطة، فلا زكاة فيه .

وفي رواية عن أحمد: لا يعتبر أن يملك العرض بفعله، ولا أن يكون في مقابلة عوض، بل أي عرض نواه للتجارة كان لها، لحديث سمرة: أمرنا النبي ﷺ أن نخرج الصدقة من الذي نعد للبيع .

وانفق الفقهاء على أنه يشترط في زكاة مال التجارة أن يكون قد نوى عند شرائه أو تملكه أنه للتجارة، والنية المعبرة هي ما كانت مقارنة لدخوله في ملكه؛ لأن التجارة عمل فيحتاج إلى النية مع العمل، فلو ملكه للقنية ثم نواه للتجارة لم يصير لها، ولو ملك للتجارة ثم نواه للقنية وألا يكون للتجارة صار للقنية، وخرج عن أن يكون محلا للزكاة ولو عاد فنواه للتجارة؛ لأن ترك التجارة، من قبيل التروك، والترك يكتفى فيه بالنية كالصوم . قال الدسوقي: ولأن النية سبب ضعيف تنقل إلى الأصل ولا تنقل عنه، والأصل في العروض القنية . وقال ابن الهمام: لما لم تكن العروض للتجارة خلقة فلا تصير لها إلا بقصدتها فيه .

واستثنى الحنفية مما يحتاج للنية ما يشتره المضارب، فإنه يكون للتجارة مطلقا؛ لأنه لا يملك بمال المضاربة غير المتاجرة به .

ولو أنه أجر داره المشتراة للتجارة بعرض، فعند بعض الحنفية لا يكون العرض للتجارة إلا بنيتها، وقال بعضهم: هو للتجارة بغير نية.

قال المالكية: ولو قرن بنية التجارة نية استغلال العرض، بأن ينوي عند شرائه أن يكرهه وإن وجد ربحا باعه، ففيه الزكاة على المرجح عندهم، وكذا لو نوى مع التجارة الفنية بأن ينوي الانتفاع بالشيء كركوب الدابة أو سكنى المنزل ثم إن وجد ربحا باعه.

قالوا: فإن ملكه للفنية فقط، أو للغلة فقط أو لهما، أو بلا نية أصلا فلا زكاة عليه. ونصاب العروض بالقيمة، ويقوم بذهب أو فضة، فلا زكاة في ما يملكه الإنسان من العروض إن كانت قيمتها أقل من نصاب الزكاة في الذهب أو الفضة، ما لم يكن عنده من الذهب أو الفضة نصاب أو تكملة نصاب.

وتضم العروض بعضها إلى بعض في تكميل النصاب وإن اختلفت أجناسها. واختلف الفقهاء فيما تقوم به عروض التجارة: بالذهب أم بالفضة. فذهب الحنابلة وأبو حنيفة في رواية عنه عليها المذهب، إلى أنها تقوم بالأحظ للفقراء، فإن كان إذا قومها بأحدهما لا تبلغ نصابا وبالأخر تبلغ نصابا تعين عليه التقويم بما يبلغ نصابا.

وقال أبو حنيفة في رواية عنه: يخير المالك فيما يقوم به؛ لأن الثمين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء.

وقال الشافعية وأبو يوسف: يقومها بما اشترى به من النقدين، وإن اشترىها بعرض قومها بالنقد الغالب في البلد، وقال محمد: يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك.

ولم نجد عند المالكية تعرضا لما تقوم به السلع، مع أنهم قالوا: إنها لا زكاة فيها ما لم تبلغ نصابا.

وذهب المالكية والشافعية على القول المنصوص إلى أن المعتبر في وجوب الزكاة القيمة في آخر الحول، فلو كانت قيمة العروض في أول الحول أقل من نصاب ثم بلغت في آخر الحول نصابا وجبت فيها الزكاة، وهذا خلافا لزكاة العين فلا بد فيها عندهم من وجود النصاب في الحول كله. قالوا: لأن الاعتبار في العروض بالقيمة، ويعسر مراعاتها كل وقت لاضطراب الأسعار ارتفاعا وانخفاضاً فاكتمل باعتبارها في وقت الوجوب، قال الشافعية: فلو تم الحول وقيمة العرض أقل من نصاب فإنه يبطل الحول الأول ويبتدئ حول جديد.

وقال الحنفية وهو قول ثاب للشافعية: المعتبر طرفا الحول؛ لأن التقويم يشق في جميع الحول فاعتبر أوله للانقضاء وتحقق الغنى، وآخره للوجوب، ولو انعدم بهلاك الكل في أثناء الحول بطل حكم الحول.

وقال الحنابلة وهو قول ثالث للشافعية: المعتبر كل الحول كما في النقدين، فلو نقصت القيمة في أثناء الحول لم تجب الزكاة، ولو كانت قيمة العرض من حين ملكه أقل من نصاب فلا ينعقد الحول عليه حتى تتم قيمته نصابا، والزيادة معتبرة سواء كانت بارتفاع الأسعار، أو بنماء العرض، أو بأن باعها بنصاب، أو ملك عرضا آخر أو أثمانا كمل بها النصاب.

والمراد أن يحول الحول على عروض التجارة، فما لم يحل عليها الحول فلا زكاة فيها، وهذا إن ملكها بغير معاوضة، أو بمعاوضة غير مالية كالخلع، عند من قال بذلك، أو اشتراها بعرض قنية، أما إن اشتراها بمال من الأثمان أو بعرض تجارة آخر، فإنه يبني حول الثاني على حول الأول؛ لأن مال التجارة تتعلق الزكاة بقيمته، وقيمته هي الأثمان نفسها؛ ولأن النماء في التجارة يكون بالتقليب.

فإن أبدل عرض التجارة بعرض قنية أو بسائمة لم يقصد بها التجارة فإن حول زكاة التجارة ينقطع.

وربح التجارة في الحول يضم إلى الأصل فيزكي الأصل والربح عند آخر الحول. فإذا حال الحول وجب على المالك تقويم عروضه وإخراج زكاتها عند الجمهور، ولمالك تفصيل بين المحتكر لتجارته والمدير لها.

ويرى المالكية أن التاجر إما أن يكون محتكراً أو مديراً، والمحتكر هو الذي يرصد بسله الأوساق وارتفاع الأسعار، والمدير هو من يبيع بالسعر الحاضر ثم يخلفه بغيره وهكذا، كالقبال ونحوه.

فالمحتكر يشترط لوجوب الزكاة عليه أن يبيع بذهب أو فضة يبلغ نصاباً، ولو في مرات، وبعد أن يكمل ما باع به نصاباً يزكيه ويزكي ما باع به بعد ذلك وإن قل، فلو أقام العرض عنده سنين فلم يبع ثم باعه فليس عليه فيه إلا زكاة عام واحد يزكي ذلك المال الذي يقبضه. أما المدير فلا زكاة عليه حتى يبيع بشيء ولو قل، كدرهم، وعلى المدير الذي باع ولو بدرهم أن يقوم بعروض تجارته آخر كل حول ويزكي القيمة، كما يزكي النقد. وإنما فرق مالك بين المدير والمحتكر؛ لأن الزكاة شرعت في الأموال النامية، فلو زكى السلعة كل عام - وقد تكون كاسدة - نقصت عن شرائها، فيتضرر، فإذا زكيت عند البيع فإن كانت ربحت فالربح كان كامناً فيها فيخرج زكاته؛ ولأنه ليس على المالك أن يخرج زكاة مال من مال آخر.

وبهذا يتبين أن تقويم السلع عند المالكية هو للتاجر المدير خاصة دون التاجر المحتكر، وأن المحتكر ليس عليه لكل حول زكاة فيما احتكره بل يزكيه لعام واحد عند بيعه وقبض ثمنه.

أما عند سائر العلماء فإن المحتكر كغيره، عليه لكل حول زكاة.

والذي يقوم من العروض هو ما يراد بيعه دون ما لا يعد للبيع، فالرفوف التي يضع عليها السلع لا زكاة فيها.

ومما ذكره الحنفية من ذلك أن تاجر الدواب إن اشترى لها مقاود أو براذع، فإن كان يبيع هذه الأشياء معها ففيها الزكاة، وإن كانت لحفظ الدواب بها فلا زكاة فيها. وكذلك العطار لو اشترى قوارير، فما كان من القوارير لحفظ العطر عند التاجر فلا زكاة فيها، وما كان يوضع فيها العطر للمشتري ففيها الزكاة.

ومواد الوقود كالحطب، ونحوه، ومواد التنظيف كالصابون ونحوه التي أعدها الصانع ليستهلكها في صناعته لا ليبيعها فلا زكاة فيما لديه منها، والمواد التي لتغذية دواب التجارة لا تجب فيها الزكاة.

وذكر المالكية أنه لا زكاة في الأواني التي تدار فيها البضائع، ولا الآلات التي تصنع بها السلع، والإبل التي تحملها، إلا أن تجب الزكاة في عينها. وذكر الشافعية أن المواد التي للصبغة أو الدباغة، والدهن للجلود، فيها الزكاة، بخلاف الملح للعجين أو الصابون للغسل فلا زكاة فيهما لهلاك العين، وذكر الحنابلة نحو ذلك. والمواد الخام التي اشتراها المالك وقام بتصنيعها يستفاد من كلام المالكية أنها تقوم على الحال التي اشتراها عليها صاحبها، أي قبل تصنيعها، وذلك بين، على قول من يشترط في وجوب الزكاة في العروض أن يملكها بمعاوضة؛ لأن هذا قد ملكها بغير معاوضة بل بفعله. ونص البناني «الحكم أن الصناع يزكون ما حال على أصله الحول من مصنوعاتهم إذا كان نصاباً ولا يقومون صناعتهم» قال ابن لب: لأنها فوائد كسبهم استفادوها وقت بيعهم. وصرح الحنفية أن عروض التجارة يقومها المالك على أساس سعر البلد الذي فيه المال، وليس الذي فيه المالك، أو غيره ممن له بالمال علاقة، ولو كان في مفازة تعتبر قيمته في أقرب الأمصار.

وتعتبر القيمة يوم الوجوب في قول أبي حنيفة؛ لأنه في الأصل بالخيار بين الإخراج من العين وأداء القيمة، ويجبر المصدق على قبولها، فيستند إلى وقت ثبوت الخيار وهو وقت الوجوب.

وقال الصحابان: المعتبر القيمة يوم الأداء؛ لأن الواجب عندهما جزء من العين، وله ولاية منعها إلى القيمة، فتعتبر يوم المنع كما في الودعية. وإن قوم سلعة لأجل الزكاة وأخرجها على أساس ذلك، فلما باعها زاد ثمنها على القيمة، فقد صرح المالكية بأنه لا زكاة في هذه الزيادة بل هي ملغاة؛ لاحتمال ارتفاع سعر السوق، أو لرغبة المشتري، أما لو تحقق أنه غلط في التقويم فإنها لا تلغى لظهور الخطأ قطعاً.

وكذا صرح الشافعية بأن الزيادة عن التقويم لا زكاة فيها عن الحول السابق. ومقتضى مذهب الجمهور أنه لا فرق في التقويم، بين السلع البائرة وغيرها. أما المالكية فقد ذكروا أن السلع التي لدى التاجر المدير إذا بارت فإنه يدخلها في التقويم ويؤدي زكاتها كل عام إذا تمت الشروط؛ لأن بوارها لا ينقلها للقنية ولا للاحتكار، وهذا هو المشهور عندهم وهو قول ابن القاسم. وذهب ابن نافع وسحنون إلى أن السلع إذا بارت تنتقل للاحتكار، وخص اللخمي وابن يونس الخلاف بما إذا بار الأقل، أما إذا بار النصف أو الأكثر فلا يقوم اتفاقاً عندهم، ومقتضى ذلك ألا زكاة فيها إلا إذا باع قدر نصاب فيزيهه، ثم كلما باع شيئاً زكاه كما تقدم.

وذهب المالكية إلى أن التاجر المدير لا يقوم - لأجل الزكاة - من سلعه إلا ما دفع ثمنه، أو حال عليه الحول عنده وإن لم يدفع ثمنه، وحكمه في ما لم يدفع ثمنه حكم من عليه دين ويديه مال. وأما ما لم يدفع ثمنه ولم يحل عليه الحول عنده فلا زكاة عليه فيه، ولا يسقط عنه من زكاة ما حال حوله عنده شيء بسبب دين ثمن هذا العرض الذي لم يحل حوله عنده، إن لم يكن عنده ما يجعله في مقابلته.

وما كان للتاجر من الدين المرجو إن كان سلعا عينية - أي من غير النقدين - فإنه عند =

المالكية إن كان مديرا - لا محتكرا - يقومه بنقد حال، ولو كان الدين طعام سلم، ولا يضرب تقويمه؛ لأنه ليس يبيعا له حتى يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه. وإن كان الدين المرجو من أحد النقدين وكان مؤجلا، فإنه يقومه بعرض، ثم يقوم العرض بنقد حال، فيزكي تلك القيمة؛ لأنها التي تملك لو قام على المدين غرماؤه. أما الدين غير المرجو فلا يقومه ليزكيه حتى يقبضه، فإن قبضه زكاة لعام واحد. وأما عند الجمهور فلم يذكروا هذه الطريقة، فالظاهر عندهم أن الدين المؤجل يحسب للزكاة بكماله إذا كان على مليء مقر.

والأصل في زكاة التجارة أن يخرجها نقدا بنسبة ربع العشر من قيمتها، كما تقدم، لقول عمر رضي الله عنه لحماس: قومها ثم أد زكاتها. فإن أخرج زكاة القيمة من أحد النقيدين أجزأ اتفاقا. وإن أخرج عروضاً عن العروض فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك.

فقال الحنابلة وهو ظاهر كلام المالكية وقول الشافعي في الجديد وعليه الفتوى: لا يجزئه ذلك، واستدلوا بأن النصاب معتبر بالقيمة، فكانت الزكاة من القيمة، كما إن البقر لما كان نصابها معتبرا بأعيانها، وجبت الزكاة من أعيانها، وكذا سائر الأموال غير التجارة. وأما عند الحنفية وهو قول ثان للشافعية قديم: يتخير المالك بين الإخراج من العرض أو من القيمة فيجزئ إخراج عرض بقيمة ما وجب عليه من زكاة العروض، قال الحنفية: وكذلك زكاة غيرها من الأموال حتى النقيدين والماشية ولو كانت للسوم لا للتجارة. وفي قول ثالث للشافعية قديم: أن زكاة العروض تخرج منها لا من ثمنها، فلو أخرج من الثمن لم يجزئ.

ومن أعطى ماله مضاربة لإنسان فربح فزكاة رأس المال على رب المال اتفاقا، أما الربح فقد اختلف فيه فظاهر كلام الحنفية أن على المضارب زكاة حصته من الربح إن ظهر في المال ربح وتم نصيبه نصابا.

وذهب المالكية إلى أن مال القراض يزكي منه رب المال رأس ماله وحصته من الربح كل عام، وهذا إن كان تاجرا مديرا، وكذا إن كان محتكرا وكان عامل القراض مديرا، وكان ما بيده من مال رب المال الأكثر، وما بيد ربه المحتكر الأقل.

وأما العامل فلا يجب عليه زكاة حصته إلا بعد المفصلة فيزكيها إذا قبضها لسنة واحدة. وذهب الشافعية على الأظهر إلى أن زكاة المال وربحه كلها على صاحب المال، فإن أخرجها من مال القراض حسبت من الربح؛ لأنها من مؤونة المال وذلك لأن المال ملكه، ولا يملك العامل شيئا ولو ظهر في المال ربح حتى تتم القسمة. هذا على القول بأن العامل لا يملك بالظهور، أما على القول بأنه يملك بالظهور فالمذهب أن على العامل زكاة حصته.

وذهب الحنابلة إلى أن على صاحب المال زكاة المال كله ما عدا نصيب العامل؛ لأن نصيب العامل ليس لرب المال ولا تجب على الإنسان زكاة مال غيره. ويخرج الزكاة من المال؛ لأنه من مئوته، وتحسب من الربح؛ لأنه وقاية لرأس المال. وأما العامل فليس عليه زكاة في نصيبه ما لم يقتسما، فإذا اقتسما استأنف العامل حولا من حينئذ.

درهم أو عشرين مثقالاً من الذهب^(١).

وقال أبو الخطاب من الحنابلة: يحتسب من حين ظهور الريح، ولا تجب عليه إخراج زكاته حتى يقبضه.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١٠/٢، ١٥، ١٣، ١٤، ٣١، ٣٣) (٣٠/٣)، والهداية فتح القدير (١/٥٢٧، ٥٢٨، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٧)، والفتاوى الهندية (١/١٨٠)، وبداية المجتهد (١/٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٦١)، ٤٧٢، ٤٧٣ - ٤٧٥، ٤٧٧)، ومواهب الجليل (٢/٣٥٨)، وشرح المنهاج (٢/٢٧، ٢٨ - ٣١)، والمجموع (٦/٥٠، ٥٣، ٦٧، ٦٨)، وتحفة المحتاج (٣/٢٩٧)، والمغني، لابن قدامة (٢/٣٠ - ٣١/٣)، ٣٣، ٣٥، ٣٨، ٣٩)، وشرح منتهى الإرادات (١/٨، ٨٩، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٨)، والفروع (٢/٥١٣)، والإنصاف (٣/١٧)، والأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، د. ط، د. ت، المكتبة الأثرية، باكستان، ص (٤٢٦)، وفتاوى ابن تيمية (٢٥/١٦).

(١) نصاب الذهب عند جمهور الفقهاء عشرون مثقالاً، فلا تجب الزكاة في أقل منها، إلا أن يكون لمالكها فضة أو عروض تجارة يكمل بهما النصاب عند من قال ذلك، ولم ينقل خلاف في ذلك إلا ما روي عن الحسن أن النصاب أربعون مثقالاً، وروي عن عطاء وطاوس، والزهري وسليمان بن حرب، وأيوب السختياني أن نصاب الذهب معتبر بالفضة، فما كان من الذهب قيمته ٢٠٠ درهم ففيه الزكاة، سواء كان أقل من (٢٠) مثقالاً أو مساوية لها أو أكثر منها، قالوا: لأنه لم يثبت عن النبي ﷺ تقدير في نصاب الذهب، فيحمل نصابه على نصاب الفضة.

واحتج الجمهور بقول النبي ﷺ: ليس في أقل من عشرين مثقالاً من الذهب، ولا في أقل من مائتي درهم صدقة.

وفي حديث عمر وعائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ كان يأخذ من كل عشرين ديناراً فصاعداً نصف دينار، ومن الأربعين ديناراً.

وتؤخذ الزكاة مما وجبت فيه من الذهب والفضة بنسبة ربع العشر (٢،٥).

وهكذا بالإجماع، إلا أنهم اختلفوا في الوقص:

فذهب الجمهور ومنهم الصحابان، إلى أنه لا وقص في الذهب والفضة، فلو كان عنده (٢١٠) دراهم ففي المائتين خمسة دراهم، وفي الزائد بحسابه، وهو في المثال ربع درهم، لما ورد أن النبي ﷺ قال: إذا كانت مائتي درهم ففيها خمسة دراهم، فما زاد فبحساب ذلك؛ ولأن الوقص في السائمة لتجنب التشقيص، ولا يضر في النقيدين.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الزائد على النصاب عفو لا شيء فيه حتى يبلغ خمس نصاب. فإذا بلغ الزائد في الفضة أربعين درهماً فيكون فيها درهم، ثم لا شيء في الزائد حتى تبلغ أربعين درهماً، وهكذا، وكذا في الذهب لا شيء في الزائد على العشرين مثقالاً حتى يبلغ أربعة مثاقيل. واحتج له ابن الهمام بحديث عمرو بن حزم مرفوعاً ليس فيما دون الأربعين صدقة.

وحديث معاذ أن النبي ﷺ أمره ألا يأخذ من الكسور شيئاً.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٣١)، وفتح القدير (١/٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٤)، =

ويعتبر في التقويم الدراهم المضروبة حتى إن من اشترى عبداً للتجارة بنقرة فضة وزنها مائتا درهم [ثم] ^(١) حال الحول على العبد وهو لا يساوي مائتي درهم مضروبة فلا زكاة فيه حتى يساوي مائتي درهم مضروبة اتفق أصحابنا - رحمهم الله - أن من ملك ما سوى الدراهم والدنانير من الأموال بالشراء ونوى التجارة [حالة الشراء أنه] ^(٢) يعمل بنيته ويصير المشتري للتجارة.

واتفقوا ^(٣) أنه لو ملك هذه الأعيان بالإرث ونوى التجارة ^(٤) وقت ^(٥) موت المورث أنه لا يصير للتجارة ولا يعمل بنيته ^(٦) واختلفوا [أيضاً] ^(٧) فيما إذا ملكها بالتبرع؛ كالهبة [والوصية] ^(٨)، والصدقة، والخلع، والصلح عن دم العمد ^(٩) ونوى التجارة عند التملك.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: يعمل بنيته.

وقال محمد - رحمه الله - لا تعمل نيته.

وقول أبي حنيفة - رحمه الله - كقول محمد، كذا ذكره بعض المشايخ.

وجه قول محمد - رحمه الله -: أن المنوي هو التجارة وهذه الأسباب ليست بتجارة فلم تتصل النية بالمنوي فلا تعمل.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أنه يملك هذه الأعيان بكسبه والتجارة ليست هي إلا الكسب فيلحق هذا الكسب بكسب التجارة احتياطاً لأمر العبادة.

وذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في نوادره فيمن أجر داره بعبد يريد به التجارة فهو للتجارة؛ لأن الإجارة نوع تجارة؛ لأنها ^(١٠) بيع المنفعة [فالنية

= وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١/٤٥٥)، وشرح المنهاج (٢/٢)، والمغني، لابن قدامة (٣/٤٦٠).

(١) سقط في ب، م.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: أيضاً.

(٤) سقط في م.

(٥) في د: زمان.

(٦) في د: بنته.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في ب: العبد.

(١٠) في د: لأنه.

اتصلت^(١) بالمنوي .

وفي المنتقى: أن نية التجارة [في العبد]^(٢) المتزوج^(٣) باطلة، وهذا يجب أن يكون قول محمد - رحمه الله - واختلف المشايخ في أن نية التجارة في القرض هل تعمل^(٤)، وإنما اختلفوا^(٥)؛ لأن محمداً - رحمه الله - قال في الجامع: رجل له مائتا درهم لا مال له غيرها فلما كان قبل الحول بيوم استقرض من رجل خمسة أفقزة حنطة لغير التجارة فيتم الحول والحنطة على حالها لم يستهلكها فلا زكاة عليه؛ لا في الطعام ولا في المائتين^(٦).

فقول محمد استقرض خمسة أفقزة لغير التجارة دليل^(٧) على أن نية التجارة في القرض صحيحة [إذ لو لم تكن صحيحة لا تكون]^(٨) لقوله لغير التجارة معنى وفائدة.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح الجامع: والأصح أنها لا تعمل في القرض؛ لأن القرض بمعنى العارية^(٩) على ما عرف في موضعه ونية التجارة في^(١٠) العواري ليست بصحيحة.

ومعنى قول محمد استقرض حنطة لغير التجارة استقرض حنطة كانت عند المقرض لغير التجارة وفائدة ذلك أنها إذا كانت عند المقرض لغير التجارة فإذا ردت عليه عادت لغير التجارة وإذا كانت عند المقرض للتجارة فإذا ردت عليه عادت للتجارة.

وفي الجامع الكبير ما يدل على أن بدل منافع عين هو للتجارة لا يصير للتجارة من

(١) في د: فكانت النية متصلة.

(٢) في د: بالعبد.

(٣) زاد في د: عليه.

(٤) زاد في د: فيه.

(٥) زاد في د: في ذلك.

(٦) في د: المائة.

(٧) في د: يدل.

(٨) في د: وإلا لما كان.

(٩) في أ: المقاربة.

(١٠) في أ، ب: أوفيه.

غير نية التجارة فإنه قال: رجل له دار لا مال له سوى الدار ورجل آخر له جارية للتجارة قيمتها ألف درهم لا مال له سواها استأجر صاحب الجارية الدار عشر سنين بالجارية وصاحب الدار يريد بالجارية التجارة فالجارية عند صاحب الدار تكون للتجارة فقد شرط نية التجارة عن صاحب الدار في الجارية لتصير الجارية للتجارة من غير فصل بين ما إذا كانت الدار للتجارة أو لم تكن^(١).

وفي الأمالي: جعل بدل منافع عين هو للتجارة من غير نية التجارة فكان في المسألة روايتان.

واختلف المشايخ فيها، وإنما اختلفوا لاختلاف الروايتين.

قال الكرخي - رحمه الله - في كتابه: والأجراء الذين يعملون للناس إذا ابتاعوا أعيانا للعمل بها فحال الحول عندهم عليها فكل عين يبقى أثره في العين بحيث يرى؛ كالعصفر^(٢) والزعفران^(٣) وما أشبهه ففيه الزكاة [وما لا يبقى له أثر]^(٤) في العين بحيث يرى كالأسنان والصابون؛ لا تجب فيه الزكاة؛ لأن ما له أثر في العين يتحقق معنى التجارة في عينه؛ لأن ما يأخذه [الأجير]^(٥) من الأجرة يكون عوضا عن الأثر القائم بالعين المعمول [به]^(٦) فيكون مال التجارة أما ما لا يبقى [له أثر]^(٧) في العين [فلا يتحقق في عينه معنى التجارة]^(٨)؛ لأن ما يأخذه الأجير من الأجر لا يكون عوضا عن العين؛ لأن العين تتلف^(٩) من كل وجه بل^(١٠) يكون عوضا عن عمله فلا

(١) زاد في د: لها.

(٢) العصفر: نبات صيفي من الفصيلة المركبة أنبوية الزهر يستعمل زهره تابلا ويستخرج منه صبغ أحمر يصبغ به الحرير ونحوه.

ينظر: المعجم الوسيط (١١٦/٢).

(٣) الزعفران: نبات بصلي معمر من الفصيلة السوسنية منه أنواع برية ونوع صبغي طبي مشهور.

ينظر: المعجم الوسيط (٨١٨/١).

(٤) في د: وكل عين لا يبقى أثره.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في ب.

(٧) في د: أثره.

(٨) في أ، ب: بمعنى التجارة لا يتحقق في عينه.

(٩) في د: صار تلفا.

(١٠) في د: وإنما.

يصير مال التجارة والخباز إذا اشترى حطباً وملحاً للخبز^(١) فلا زكاة فيه وإذا اشترى سمسماً يجعل على وجه الخبز. ففيه الزكاة وهو [بناء]^(٢) على ما قلنا، ولا زكاة في الشحوم والأدهان التي تدهن به الجلود وهو بناء على ما قلنا [أيضاً]^(٣).
قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: وآلات الصباغ^(٤) التي يعمل بها^(٥) وظروف الأمتعة لا تجب فيها الزكاة؛ لأنها غير معدة للتجارة ولو أن نحاساً يشتري دواباً ويبيعها فاشترى جلالاً ومقاود [أو براذع]^(٦) فإن كان يبيع هذه الأشياء مع الدواب ففيها الزكاة، وإن كانت هذه الأشياء لحفظ الدواب بها فلا زكاة كآلات الصباغين^(٧) وكذلك إذا كان من نيته أن يسلم هذه الأشياء ليشتري^(٨) الدواب لا على وجه البيع والشراء فلا زكاة [فيها]^(٩).

قال به الممتقى وهو بمنزلة ثياب الخدم الذي يسلم [البائع]^(١٠) مع الخدم^(١١) في البيع.

قال هشام: سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل اشترى جارية للخدمة وهو ينوي أنه لو أصاب ربحاً باعها.

قال: ليس فيها زكاة حتى يشتري وعزيمة أمره والغالب منه أن يشتري للتجارة ذكر هذه الجملة في الممتقى.

وفي العيون قال^(١٢): والعطار إذا اشترى قوارير لا يجب الزكاة؛ فيها لما ذكرنا في آلات الصناعات.

(١) في د: لأجل الخبز.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: الصناع.

(٥) زاد في د: الصناع.

(٦) في ب، د: ويراجع.

(٧) في ب، د: الصناعيين.

(٨) في ب، د: لمشتري.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) سقط في د.

(١١) زاد في د: للمشتري.

(١٢) زاد في ب: في العيون.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا اشترى جوالق بعشرة آلاف درهم ليؤجرها من الناس فحال عليها الحول فلا زكاة فيها؛ لأنه اشتراها للغلة لا للتجارة فإن كان من رأيه أنه يبيعها آخرًا فلا عبرة لهذا^(١) الجواب^(٢) في إبل الجمالين وحمير المكارين. والله أعلم.

* * *

(١) زاد في د: الرأي.

(٢) في أ، د: وكذلك.

الفصل الثاني^(١)

إذا كان المؤدى أنقص من الواجب

وإن كان لرجل ألف درهم نقد بيت المال حال عليها الحول فأدى عنها خمسة زيوفاً^(٢)، أو غلة فإنه يجزئ ذلك عن [الزكاة ويكون مؤدياً زكاة المالكين منها]^(٣) عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وعند محمد - رحمه الله - يجزئه بقدر مالية الزيوف لا غير حتى، لو كانت قيمة الزيوف أربعة دراهم جيداً؛ فعليه أن يؤدي [الدرهم]^(٤) الخامس عند محمد .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه إذا أعطى القيمة^(٥) مكان الفضة فإن كان وزن القيمة^(٦) فيما دفع أقل لم يجز حتى يؤدي قدر النقصان نحو أن يؤدي النهرجة عن الجياد، وإن كان التفاوت لمعنى في الوصف نحو أن يؤدي تبر الفضة عن الدراهم المضروبة وقيمة المضروبة أكثر جازت وما ذكرناه أولاً من قول أبي يوسف فذلك رواية محمد - رحمهما الله - وعلى هذا الخلاف إذا كان للرجل إبريق فضة وزنه مائتا درهم وقيمه بصياغته^(٧) ثلاثمائة درهم فأدى عنه خمسة دراهم من غيره عما عليه فهو على الخلاف الذي بينا في الجيد والزيوف؛ لأن الجودة والصنعة في أموال الربا سواء، فصار الخلاف في الصياغة نظير الخلاف في الجودة .

ولو أدى من الذهب ما تبلغ قيمته قيمة خمسة دراهم من غير الإناء؛ لم يجز عن زكاة جميع الإبريق بلا خلاف؛ لأن للجودة قيمة في أموال الربا عند مقابلتها بخلاف جنسها بالإجماع .

(١) زاد في د: في المؤدى .

(٢) في د: زيفا .

والزيوف: يقال: زَافَتِ الدِراهُمُ زُيُوفًا وَزُيُوفَةً: صَارَتْ مَرْدُودَةً؛ لِيُغَشَّ فِيهَا .

ينظر: تاج العروس، مادة (زيف) (٤١١/٢٣) .

(٣) في أ، ب: زكاة المائتين .

(٤) سقط في د .

(٥) في د: الفضة .

(٦) في ب، د: الفضة .

(٧) في د: لصياغته .

وفي القدوري: [إذا كان له]^(١) إناء فضة وزنه مائتان وقيمته ثلاثمائة؛ فإن زكى من عينه تصدق بربع عشره على الفقير فيشاركه فيه، وإن أدى من قيمته [عدل إلى]^(٢) خلاف الجنس وهو المذهب عند محمد - رحمه الله - .

وإذا كان مال الزكاة مكيلا وأعطى من جنسه ما هو أجود منه وهو أقل من الواجب كيلا نحو أن يؤدي أربعة أقفزة حنطة جيدة عن خمسة أقفزة حنطة وسط أو رديء لا يجزئه إلا عن قدره من المكيل، وإن كان المؤدى مثل الواجب في الكيل ولكنه أردأ من الواجب سقط عنه الفرض^(٣) في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله -: يؤدي الفضل على^(٤) نحو ما بينا في فضل الدراهم وهذا؛ لأن الجودة لا قيمة لها في الحنطة عند مقابلتها بجنسها كما لا قيمة لها في الدراهم عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبارها في الحنطة كما سقط اعتبارها في الدراهم وبعدهما سقط اعتبار الجودة كان المؤدى غير المنصوص عليه تقديرًا ولم يؤد بكماله فبقي الباقي عليه عند محمد في الفضلين جميعا.

ولو أدى شاة سميئة تبلغ قيمتها^(٥) شاتين وسطين عن شاتين وسطين يجزئه؛ لأن [للجودة]^(٦) قيمة في الشاة فلم يكن المؤدى غير المنصوص عليه [فيمكن]^(٧) تقديره بالمنصوص عليه^(٨) .

ولو أدى ستة دراهم مكان خمسة دراهم ناويا عن زكاة [ماله]^(٩) جاز وطريق الجواز أن نية الزكاة في الدرهم السادس [لم يصح فكأنه نوى]^(١٠) أن يكون الخمسة زكاة والدرهم السادس صدقة تطوعا .

(١) سقط في أ، ب .

(٢) في أ، ب: عددا في .

(٣) في د: الفضل .

(٤) زاد في ب: فضل .

(٥) في أ، ب: قيمة .

(٦) في د: الجودة لها .

(٧) في د: حقيقة وقد أمكن .

(٨) زاد في د: قيمة فمؤدى بكمالها .

(٩) سقط في د .

(١٠) في د: وفي الخمسة صح فصار كأنه يؤدي .

الفصل الثالث

في الرجل [الذي] (١) له سائمة للتجارة

قال: إن اشترى الرجل إبلا سائمة بنية التجارة حال عليها الحول (٢) وهي سائمة (٣) أجمعوا على أنه لا يجمع بين زكاة السائمة وبين زكاة التجارة وبعد هذا قال أصحابنا - رحمهم الله - تجب زكاة التجارة دون زكاة السائمة؛ لأن هذا مال صحت فيه نية التجارة فتجب زكاة التجارة؛ قياساً على ما إذا اشترى أربعاً من الإبل السائمة أي أقل من الأربعين من الغنم السائمة بنية التجارة وقيمتها مائتا درهم فإنه يجب فيها زكاة التجارة وإنما قلنا صحت نية التجارة فيها؛ لأنها لو لم تصح إنما لا (٤) يصح لمكان الإسامة ولا وجه إليها؛ لأن الإسامة لا تنافي نية التجارة؛ ألا ترى أن المشتري لو كان أقل من خمس من الإبل تعمل فيه نية التجارة وإن وجدت الإسامة فهو معنى قولنا صحت نية التجارة والتقريب ما ذكرنا ثم ما ذكرنا من الجواب فيما إذا كان تبلغ قيمة الإبل مائتي درهم أما إذا كان لا يبلغ قيمتها مائتي درهم فإنه لا تجب زكاة التجارة ولا زكاة السائمة أما زكاة التجارة فلنقصان قيمتها من مائتي درهم وأما زكاة السائمة؛ فإن نية التجارة تنافي معنى الإسامة؛ لأن الإسامة ليست إلا طلب

(١) سقط في أ.

(٢) المراد بالحول أن يتم على المال بيد صاحبه سنة كاملة قمرية، فإن لم تتم فلا زكاة فيه، إلا أن يكون بيده مال آخر بلغ نصاباً قد انعقد حوله، وكان المالكان مما يضم أحدهما إلى الآخر، فيرى بعض الفقهاء أن الثاني يزكى مع الأول عند تمام حول الأول.

ودليل اعتبار الحول قول النبي ﷺ: لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول. ويستثنى من اشتراط الحول في الأموال الزكوية الخارج من الأرض من الغلال الزراعية، والمعادن، والركاز، فتجب الزكاة في هذين النوعين ولو لم يحل الحول، لقوله تعالى في الزروع ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾؛ ولأنها نماء بنفسها فلم يشترط فيها الحول، إذ أنها تعود بعد ذلك إلى النقص، بخلاف ما يشترط فيه الحول فهو مرصد للنماء.

والحكمة في أن ما أُرصد للنماء اعتبر له الحول، ليكون إخراج الزكاة من النماء؛ لأنه أيسر؛ لأن الزكاة إنما وجبت مواساة، ولم يعتبر حقيقة النماء؛ لأنه لا ضابط له، ولا بد من ضابط، فاعتبر الحول.

ينظر: حاشية الدسوقي (١/٤٤٣)، والشرح الكبير، للدردير (١/٤٥٦، ٤٥٧)،

والمغني، لابن قدامة (٢/٦٢٥).

(٣) زاد في م: على حالها.

(٤) في د: لم.

النماء من حيث [العين نحو السمن وغيره وإما من حيث الفرع نحو الولد وغيره]^(١)، وهذا لا يتحقق مع نية التجارة؛ لأن مال التجارة يبيعه ساعة فساعة فإذا باعه فات النماء من حيث الولد والعين فما^(٢) هو معنى الإسامة [لا تحصل]^(٣) مع قصد التجارة فكان الموجود صورة الإسامة فإنها لا تكفي لوجوب الزكاة وبعد ما اشترى السائمة للتجارة لو بدا له أن يجعلها سائمة [فإنها]^(٤) تصير سائمة ويخرج من أن يكون للتجارة [كما نوى]^(٥)؛ لأنه كما نوى اتصلت النية بالمنوي؛ لأنه نوى الإسامة وهو مستمر لها؛ لأن الإسامة ليست إلا تركها^(٦) في البر لترعى [فيها]^(٧) وقد وجد فاتصلت النية بالمنوي فعملت وهذا بخلاف ما لو لم يشتر بنية التجارة ثم بدا له أن يجعلها للتجارة فإنه لا يصير للتجارة ما لم يتجر فيها ولا يخرج من أن تكون سائمة؛ لأنه نوى التجارة وهو غير متجر فيها للحال فلم تتصل النية بالمنوي وهو نظير ما لو كان له سائمة فنوى أن يجعلها علوفة فإنها لا تخرج من أن تكون سائمة ما لم يعلفها كذا هاهنا.

وإذا صارت سائمة بمجرد نية الإسامة يجب فيها زكاة السائمة إذا حال عليها [الحول]^(٨) منذ جعلها سائمة وإنما شرطنا الحول منذ^(٩) جعلها سائمة؛ لأن زكاة السائمة تجب باعتبار العين، وزكاة التجارة تجب باعتبار المالية، فالحول المنعقد على أحدهما لا يبقى منعقدًا على الآخر، فإذا بطل أحدهما لا بد وأن يستأنف للآخر^(١٠) حولا على حدة.

(١) في أ: المعنى أو من حيث الولد.

(٢) في د: فلا يجعل.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: ترك الأنعام.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) في د: بعد.

(١٠) في د: الآخر.

الفصل الرابع

في صدقة الفصلان والحملان والعجاجيل

ولا صدقة في الفصلان^(١) والحملان^(٢) والعجاجيل^(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله -
 آخراً، وهو قول محمد - رحمه الله - وهذا إذا كان النصاب كله صغاراً فإن^(٤)
 [كان]^(٥) [في]^(٦) النصاب واحدة مسنة^(٧) [حال عليها الحول يجب فيها]^(٨)
 يجب^(٩) الزكاة بلا خلاف حتى أنه متى كان له تسعة وثلاثون حملاً وواحدة مسنة
 حال عليها الحول [يجب فيها]^(١٠) الزكاة وتجعل المسنة أصلاً والصغار تبعاً للمسنة
 فبعد ذلك ينظر إن كانت المسنة وسطاً أخذت للزكاة^(١١) وإن كانت جيدة لم تؤخذ
 ويؤمر بأداء شاة وسط وإن كانت دون الوسط يؤمر بأدائها أو بأداء قيمتها؛ لأن
 وجوب الزكاة عند أبي حنيفة ومحمد باعتبارها^(١٢) فلا يزداد عليها فإن هلكت المسنة
 قبل تمام الحول لم يؤخذ منهما شيء في قولهما^(١٣)؛ لأن الوجوب عندهما باعتبار
 تلك الواحدة^(١٤) وجعل الصغار تبعاً لها فإذا هلكت من غير صنع أحد صار كما لو
 هلك الكل ولو هلكت الحملان وبقيت المسنة تجب فيها جزء من أربعين جزءاً من
 شاة مسنة فقد جعل الواجب في المسنة لا غير حال هلاكها حتى حكم بسقوط

(١) الفصيل: ولد الناقة أو البقرة بعد فطامه وفصله عن أمه.

ينظر: المعجم الوسيط (٢/٢٩٧).

(٢) الحمل: الصغير من الضأن. ينظر: المعجم الوسيط (١/٤١٥).

(٣) العجل: ولد البقرة. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٧٥).

(٤) في د: فأما إذا.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في م.

(٧) المُسِنَّة: هي البقرة بعد طلوع ثنيتها، وتثنى البقرة في السنة الثالثة. ينظر: لسان العرب (١٣/٢٢٢).

(٨) سقط في م.

(٩) في ب: يجب عليها الحول ففيه، وفي م: يجب.

(١٠) في د: ففيه.

(١١) في د: من الزكاة.

(١٢) في د: باعتبار الحسنة.

(١٣) في د: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١٤) في د: الحسنة.

الواجب عندهما بهلاكها وجعل الواجب في الكل حال بقاء المسنة وهلاك الصغار .
حتى لا يسقط مجموع الواجب بل تبقى بقدر الباقي .
والوجه في ذلك : أنا لا نقول بأن الواجب في المسنة وحدها وكيف يمكن أن
يقال ^(١) [وإن هذا] ^(٢) إيجاب القليل [في القليل أو إيجاب] ^(٣) الكثير في الكثير وأنه
خلاف [معنى الزكاة] ^(٤) بل الوجوب ^(٥) في الكل وأعطى الصغار حكم الكبار تبعاً
للمسنة وجعل في حق المسنة كأن الكل [كان] ^(٦) كباراً وهلك تسعة وثلاثون وبقيت
المسنة بقسطها ^(٧) فأما في حق الصغار المسنة أصل ، فإذا هلكت جعل هلاكها بمنزلة
هلاك الكل .



(١) في ب : تقول .
(٢) في د : هذا وهذا .
(٣) في أ ، ب : القليل ، وإيجاب .
(٤) في أ : مبني في الزكاة ، وفي ب : مبني الزكاة .
(٥) في د : الواجب .
(٦) سقط في د .
(٧) زاد في د : من الزكاة .

الفصل الخامس

في جواز صرف الزكاة على وجه دون وجه

قال الناطفي في هدايته: قال الشيخ أبو عبد الله - رحمه الله -: المقصود من الزكاة نفع الفقير بإيصال المال إليه فيحصل به سد جوعته^(١) ودفع حاجته، وهذا [المعنى]^(٢) يحصل تارة بدفع المال إليه وتارة بتمكينه من الطعام؛ لأن الفقير كما يملك ما دفع إليه بقبضه [فكذلك]^(٣) يملكه بأكله فالمأكول يقع على ملك الفقير، كما يقع المقبوض على ملك الفقير.

وذكر في المجرد وفي كتاب الزكاة للحسن [بن زياد]^(٤) عن أبي حنيفة - رحمه الله - لو [أن له أخا أو أختا]^(٥) أو سائر ذوي قرابته أمره القاضي بالإنفاق عليهم أو لم يأمر بذلك فنوى بما ينفق عليهم [من]^(٦) النفقة من زكاة ماله أجزاء أن يحتسب^(٧) ذلك من الزكاة^(٨).

وإذا كان الرجل يعول صبيًا يتيماً، فجعل يكسوه ويطعمه ويده مع يده ويحتسب مما يأكل عنده ويكسوه من [زكاة ماله]^(٩) لا شك أن الكسوة تجوز بطريق القيمة؛ لأن ما هو الزكاة وهو التمليك يتحقق في الكسوة^(١٠) فأما الطعام فما يدفعه إليه يجوز بطريق القيمة أيضاً ما^(١١) قلنا وما يأكله معه بطريق الإباحة والتمكين، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يجوز بطريق القيمة أيضاً، وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يجوز ذكر قول أبي يوسف - رحمه الله - في نوادر هشام.

(١) في م: عوزته.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: كان لها أخ أو أخت.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: يحسب.

(٨) في د: زكاة ماله.

(٩) في د: الزكاة.

(١٠) في أ: فيها.

(١١) في د: لما.

وقال في الزيادات فيمن وجب عليه الزكاة فاشترى طعاما ودعا المساكين وغداهم وعشاهم، لم يجوز ذلك من الزكاة ولم يحك فيه خلافا.

قال الشيخ أبو عبد الله الجرجاني - رحمه الله - عندي أن هذا قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - يجوز وكأنه قاس الزكاة على صدقة الفطر [فإن] ^(١) الإطعام [في صدقة الفطر لا يجوز عنده] ^(٢) جائز فيها عندهما [خلافا] ^(٣) لمحمد - رحمهم الله - .

وإذا فرض القاضي على رجل نفقة ذوي قرابته [فيعطيه] ^(٤) تلك النفقة ينوي ^(٥) من [زكاة ماله] ^(٦) فعلى قول أبي حنيفة يجوز، وعلى قول محمد لا يجوز.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: فجعل يعطيه.

(٥) في د: ناويا.

(٦) في د: الزكاة.

الفصل السادس

في تصرف الرجل في مال الزكاة بعد الحول

وإذا تصرف الرجل في مال الزكاة بعد الحول بالإزالة عن ملكه فهذا على

وجهين:

إما إزالة عن ملكه بغير عوض بأن وهب أو ما أشبهه^(١).

وفي هذا الوجه ضامن قدر الزكاة، وما أزاله^(٢) عن ملكه بعوض بأن باع^(٣) مثلاً فإن كانت الإزالة بعوض [يعدله]^(٤) أو يوازيه لا يصير ضامناً للزكاة^(٥) بقي العوض في يده أو هلك؛ لأن الإزالة إن^(٦) كانت بعوض يعدله يقوم العوض مقام مال الزكاة فلا يصير^(٧) بالبيع مستهلكاً^(٨) للزكاة بل يصير ناقلاً لها^(٩) من محل إلى محل وله ذلك حتى جاز أداء القيمة عندنا^(١٠) [هذا إذا كانت الإزالة بعوض يعدله]^(١١).

فأما إذا كانت [الإزالة]^(١٢) بعوض لا يعدله فالعوض لا يقوم مقام جميع [مال الزكاة]^(١٣) فيصير مستهلكاً بعض [مال]^(١٤) الزكاة [ضرورة شمول قدر الزكاة جميع المال]^(١٥) فيضمن ذلك القدر [من الزكاة]^(١٦)، ثم إذا وجب الضمان بالاستهلاك ثم زال الاستهلاك إن زال بانفساخ السبب من الأصل لا يبرأ عن الضمان [بيان الفصل

-
- (١) في د: أشبه ذلك.
 - (٢) في د: أن.
 - (٣) في د: باعه.
 - (٤) سقط في ب، م.
 - (٥) في د: قدر الزكاة.
 - (٦) في د: إذا.
 - (٧) زاد في د: هو.
 - (٨) زاد في د: قدر.
 - (٩) في د: له.
 - (١٠) في د: عندها.
 - (١١) سقط في ب، م.
 - (١٢) سقط في د.
 - (١٣) في د: المال.
 - (١٤) سقط في د.
 - (١٥) سقط في أ.
 - (١٦) سقط في ب.

الأول وهو ما إذا حصلت^(١) الإزالة بغير عوض.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل له ألف درهم حال عليها الحول ووجب فيها الزكاة فقبضها من رجل فسلمها إليه صار ضامناً للزكاة فلو رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء فقبضها وهلك في يده فلا زكاة عليه علل في الكتاب؛ [فقال]^(٢): لأنها رجعت إلى الحالة الأولى ومعناه أن الرجوع في الهبة فسخ من كل وجه في حق الناس كافة سواء بقضاء أو بغير قضاء عند أبي يوسف - رحمه الله - باتفاق الروايات.

وعند محمد - رحمه الله - على رواية الجامع ورواية كتاب الهبة برواية أبي حفص^(٣) وهو الصحيح والدراهم هاهنا تتعين [في العقد]^(٤) فتتعين في الفسخ^(٥) فعاد إليه قديم ملكه في الدراهم وارتفع الاستهلاك [بيان الفصل للثاني وهو]^(٦) ما إذا حصلت الإزالة بعوض يعدله إذا باع عروض التجارة بعروض التجارة وهي مثلها في القيمة أو باعها بدراهم أو دنانير هي ثمن مثلها لا يصير ضامناً للزكاة بخلاف ما إذا باعها بعبد للخدمة.

قال في الجامع: رجل له [ألف]^(٧) درهم حال عليها الحول ووجب فيها الزكاة ثم اشترى بها عبداً للتجارة يساوي تسعمائة وخمسين درهماً ثم هلك العبد سقط عنه زكاة الألف أما [بقدر تسعمائة وخمسين؛ لأنه]^(٨) بهذا القدر بادل مال الزكاة بعوض يعدله؛ لأن العوض للتجارة؛ كالأصل فلا يصير بهذا القدر مستهلكاً بخلاف ما إذا اشترى طعاماً للأكل أو عبداً للخدمة [لأن العوض لغير التجارة فيصير مستهلكاً]^(٩) وأما بقدر الخمسين؛ لأنه وإن صار^(١٠) مستهلكاً بهذا القدر؛ [لأنه ليس بمقابلته

(١) في د: هذا إذا كانت الإزالة بعوض لا يعدله فأما إذا كانت.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في د: الكبير.

(٤) في د: يعنى في عقد الهبة.

(٥) في د: فسحها.

(٦) في د: وصورة.

(٧) سقط في م.

(٨) في د: العبد فلأنه يعادل مال بمال الزكاة.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في د: كان.

عوض^(١) [إلا أن هذا القدر [في مثل هذا العقد]^(٢) غبن يسير؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقومين منهم من يقومه بتسعمائة وخمسين ومنهم من يقومه بألف فالاستهلاك يثبت من وجه دون وجه فلا يثبت بالشك [بيان الفصل الثالث وهو]^(٣) ما إذا حصلت الإزالة بعوض لا يعدله قال محمد - رحمه الله - في الجامع أيضًا رجل له ألف درهم حال عليها الحول فاشترى بها عبداً قيمته خمسمائة وهلك العبد في يديه^(٤) لزمه زكاة خمسمائة^(٥)؛ [لأن بهذا القدر صار مستهلكاً؛ لأنه ليس بمقابلته عوض وهذا]^(٦) غبن فاحش؛ لأنه لا يدخل تحت تقويم المقومين والغبن الفاحش ليس بعفو [بخلاف اليسير]^(٧).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن المشتري إنما يضمن زكاة خمسمائة إذا علم أن قيمة العبد خمسمائة واشتراه مع ذلك بألف درهم أما إذا حسب بأن قيمته ألف بأن أخبره البائع بذلك لا يضمن شيئاً؛ لأنه ما قصد الاستهلاك بذلك [التصرف]^(٨) بل خدعه البائع من جهته وكان مغروراً فكان^(٩) معذوراً والصحيح ما ذكر في الكتاب؛ لأن علم المشتري وجهله أمران باطنان لا يوقف عليهما فلا يتعلق الحكم بهما بل يتعلق بالسبب الظاهر.

وفي الظاهر هذا استهلاك، وما نقول^(١٠) بأن البائع خدعه قلنا: إنما يكون كذلك إذا قال البائع هذا العبد يساوي ألفاً ورغبه في الشراء بألف؛ لأنه يساويه^(١١) ولا كلام فيه حتى قال مشايخنا لو قال البائع للمشتري^(١٢) ذلك لا يبعد أن يقال لا

-
- (١) في د: من حيث إنه بادل له بغير عوض.
(٢) سقط في ب.
(٣) في د: وصورة.
(٤) في د: يده.
(٥) زاد في د: درهم.
(٦) في د: درهم؛ لأنه يصير مستهلكاً بهذا القدر من حيث إنه بادل له بغير عوض وهذا القدر في مثل هذا العقد.
(٧) سقط في أ، ب.
(٨) سقط في ب.
(٩) في د: فيكون.
(١٠) في د: قال.
(١١) في د: يساويها.
(١٢) زاد في د: مثل.

يضمن المشتري ولو [كان اشترى]^(١) بهذه الألف عبداً للخدمة حتى صار ضامناً قدر الزكاة ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً ورده بقضاء أو بغير قضاء واسترد [تلك]^(٢) الألف وهلك [الألف في يده]^(٣) لا تسقط عنه الزكاة؛ لأن سبب الضمان لم يزل؛ لأن أكثر ما فيه أنه وصل إلي [تلك]^(٤) الألف إلا أنه^(٥) ما وصل إليه بسبب هو فسخ من كل وجه؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في فسخ البيع فالفسخ أوجب الألف دينا في ذمة البائع، والمشتري أخذ هذه الألف [عوضاً عن ذلك]^(٦) فكان هذا تملكاً ابتداء عوضاً عما وجب في ذمة البائع [وتجدد الملك ينزل منزلة تجدد العين]^(٧) ولو وصل إليه عين آخر أليس أنه [لا]^(٨) يرتفع حكم ذلك الاستهلاك؟ كذا [هاهنا]^(٩).



-
- (١) في د: اشتراه .
 (٢) سقط في د .
 (٣) سقط في د .
 (٤) سقط في د .
 (٥) في د: أنها .
 (٦) في د: عما وجب في ذمة البائع .
 (٧) في د: فيتجدد الملك بتجدد العين .
 (٨) سقط في د .
 (٩) في د: هذا .

الفصل السابع

في انقطاع حكم الحول وعدم انقطاعه

في فتاوى الفضلي: سئل عن من له غنم للتجارة قيمتها تبلغ نصاباً فماتت في خلال الحول فسلخها صاحبها ودبغ جلدها وقيمة الجلد تبلغ نصاباً فعليه الزكاة عند تمام الحول.

[قال]^(١): ولو كان عصيراً للتجارة تبلغ قيمته نصاباً فتخمر في خلال الحول ثم تخلل وقيمه^(٢) تبلغ نصاباً ثم تم الحول فلا زكاة عليه وأشار إلى الفرق قال: لا بد وأن يكون على ظهر الشاة شيء من الصوف فيشتري^(٣) بشيء فبقي الحول باعتباره ولا كذلك العصير إذا تخمر وذكر مسألة الجلد في المنتقى وذكر جوابها على نحو ما ذكرنا ولم يذكر مسألة العصير، وذكر المعنى في مسألة الجلد فقال: الجلد في نفسه مال إلا أنه لا [يظهر]^(٤) فيه أحكام المال لمجاورة النجاسات إياه فيبقى الحول من حيث إنه مال وهذا المعنى يقتضي بقاء الحول في مسألة العصير^(٥)؛ لأن الخمر عندنا مال إلا أنه ليس يتقوم فيبقى الحول من حيث أنه مال.

ونص القدوري [في شرحه]^(٦): أن حكم الحول لا ينقطع في مسألة العصير وسوى بين مسألة العصير وبين مسألة الشاة. وقيل في نوادر ابن سماعه: الحول لا ينقطع في مسألة العصير كما ذكره القدوري.



-
- (١) سقط في ب.
 (٢) في د: وقيمة الخل.
 (٣) في د: يستوي.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) زاد في د: على الخمر.
 (٦) سقط في د.

الفصل الثامن

في هبة رب الدين الدين من مديونه وتصدق عليه

إذا كان لرجل على رجل دين حال عليه الحول فوهبه ممن عليه [الدين]^(١) أو تصدق به عليه فإن كان الموهوب له والمتصدق عليه غنيا لا يجزئه عن زكاته ويصير ضامنا للزكاة على رواية الجامع و[عليه]^(٢) عامة الروايات وإن كان فقيرا فإن كان [قد]^(٣) تصدق عليه بجميع ذلك ولم ينو الزكاة أجزأه عن زكاة هذا الدين قياسا واستحسانا هكذا ذكره في الجامع.

وروي المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن عليه أن يؤدي زكاتها وإن كان مكان الصدقة هبة بأن وهب كل النصاب ممن عليه ولم ينو الزكاة أجزأه عن زكاة هذا الدين استحسانا وإن كان قد نوى الزكاة إن نوى زكاة العين الذي عنده لا يجزئه قياسا واستحسانا وكذلك إذا نوى زكاة دين آخر له على [رجل إن نوى زكاة هذا الدين جاز]^(٤) استحسانا وإن وهب بعض الدين ممن عليه [الدين]^(٥) وهو فقير إن لم ينو الزكاة لا يسقط عنه شيء من الزكاة عند أبي يوسف إذا كان الباقي بعد الهبة يكفي لحق الفقير حتى لو وهب منه مائة وخمسة وتسعين وبقية^(٦) خمسة، كان عليه أن يؤدي [الخمس؛ لأن الباقي من الدين يصلح زكاة الدين، ولو وهب مائة وستة وتسعين كان أن يؤدي]^(٧) أربعة دراهم.

وعلى قول محمد - رحمه الله - يسقط عنه زكاة ما وهب [من الفقير]^(٨) ويلزمه زكاة الباقي حتى إنه إذا وهب منه مائة سقط عنه درهمان ونصف ولزمه درهمان ونصف [درهم]^(٩) وعلى هذا الخلاف إذا وهب البعض من الفقير ناويا^(١٠) التطوع.

(١) سقط في ب، د.

(٢) سقط في ب، د.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: إنسان لا يجوز قياسا و.

(٥) سقط في ب.

(٦) زاد في د: منه.

(٧) سقط في ب.

(٨) في د: منه.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في د: ينوي.

وذكر القدوري في شرحه: إذا تصدق ببعض ماله ولم ينو الزكاة وجعله^(١) على الخلاف على نحو ما ذكرنا في الهبة فإن^(٢) وهب بعض النصاب ممن عليه ناويا^(٣) الزكاة؛ إن نوى زكاة العين الذي في يديه^(٤) أو نوى زكاة دين [آخر]^(٥) على رجل [آخر]^(٦) لم يجزه قياسًا واستحسانًا وإن نوى زكاة [هذا]^(٧) الدين^(٨) لا شك أنه لا

(١) في د: فهو.

(٢) في د: وإن.

(٣) في د: ينوي.

(٤) في د: يده.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في م.

(٨) الدين المملوك للدائن لكنه ليس تحت يده فقد اختلفت فيه أقوال الفقهاء: فذهب ابن عمر، وعائشة، وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم إلى أنه لا زكاة في الدين، ووجهه أنه غير نام، فلم تجب زكاته، كعروض القنية (وهي العروض التي تقتنى لأجل الانتفاع الشخصي). وذهب جمهور العلماء إلى أن الدين الحال قسمان: دين حال مرجو الأداء، ودين حال غير مرجو الأداء.

فالدين الحال المرجو الأداء: هو ما كان على مقر به باذل له، وفيه أقوال: فمذهب الحنفية، والحنابلة، وهو قول الثوري: أن زكاته تجب على صاحبه كل عام؛ لأنه مال مملوك له، إلا أنه لا يجب عليه إخراج الزكاة منه ما لم يقبضه، فإذا قبضه زكاة لكل ما مضى من السنين. ووجه هذا القول: أنه دين ثابت في الذمة فلم يلزمه الإخراج قبل قبضه؛ ولأنه لا ينتفع به في الحال، وليس من المواساة أن يخرج زكاة مال لا ينتفع به. على أن الوديعة التي يقدر صاحبها أن يأخذها في أي وقت ليست من هذا النوع، بل يجب إخراج زكاتها عند الحول. ومذهب الشافعي في الأظهر، وحماد بن أبي سليمان، وإسحاق، وأبي عبيد أنه يجب إخراج زكاة الدين المرجو الأداء في نهاية كل حول، كالمال الذي هو بيده؛ لأنه قادر على أخذه والتصرف فيه.

وجعل المالكية الدين أنواعا: فبعض الديون يزكى كل عام وهي دين التاجر المدير عن ثمن بضاعة تجارية باعها، وبعضها يزكى لحول من أصله لسنة واحدة عند قبضه ولو أقام عند المدين سنين، وهو ما أفرضه لغيره من نقد، وكذا ثمن بضاعة باعها محتكر، وبعض الديون لا زكاة فيه، وهو ما لم يقبض من نحو هبة أو مهر أو عوض جنانية.

وأما الدين غير المرجو الأداء، فهو ما كان على معسر أو جاحد أو مماتل، وفيه مذاهب: فمذهب الحنفية فيه كما تقدم، وهو قول قتادة وإسحاق، وأبي ثور، ورواية عن أحمد، وقول مقابل للأظهر للشافعي: أنه لا زكاة فيه لعدم تمام الملك؛ لأنه غير مقدور على الانتفاع به.

والقول الثاني وهو قول الثوري، وأبي عبيد ورواية عن أحمد، وقول للشافعي هو

يجزئه عن زكاة الباقي قياسًا واستحسانًا، وأما^(١) عن قدر ما وهب ووقعت البراءة للمديون [على قدر الموهوب من الدين]^(٢) يجزئه استحسانًا.

الأظهر: أنه يزكيه إذا قبضه لما مضى من السنين، لما روي عن علي رضي الله عنه في الدين المظنون إن كان صادقًا فليزكه إذا قبضه لما مضى. وذهب مالك إلى أنه إن كان مما فيه الزكاة يزكيه إذا قبضه لعام واحد وإن أقام عند المدين أعوامًا. وهو قول عمر بن عبد العزيز، والحسن والليث، والأوزاعي. واستثنى الشافعية والحنابلة ما كان من الدين ماشية فلا زكاة فيه؛ لأن شرط الزكاة في الماشية عندهم السوم، وما في الذمة لا يتصف بالسوم. وذهب الحنابلة وهو الأظهر من قول الشافعية: إلى أن الدين المؤجل بمنزلة الدين على المعسر؛ لأن صاحبه غير متمكن من قبضه في الحال فيجب إخراج زكاته إذا قبضه عن جميع السنوات السابقة.

ومقابل الأظهر عند الشافعية: أنه يجب دفع زكاته عند الحول ولو لم يقبضه. ولم نجد عند الحنفية والمالكية تفريقًا بين المؤجل والحال. وذهب الصحابان إلى أن الديون كلها نوع واحد، فكلما قبض شيئًا منها زكاه إن كان الدين نصابًا أو بلغ بضمه إلى ما عنده نصابًا. وذهب أبو حنيفة إلى أن الدين ثلاثة أقسام:

الأول: الدين القوي: وهو ما كان بدل مال زكوي، كقرض نقد، أو ثمن مال سائمة، أو عرض تجارة. فهذا كلما قبض شيئًا منه زكاه ولو قليلاً (مع ملاحظة مذهبه في الوقص في الذهب والفضة، فلا زكاة في المقبوض من دين دراهم مثلاً إلا إذا بلغت ٤٠ درهماً ويكون فيها درهم) وحوله حول أصله؛ لأن أصله زكوي فيبني على حول أصله رواية واحدة. الثاني: الدين الضعيف: وهو ما لم يكن ثمن مبيع ولا بدلاً لقرض نقد، ومثاله المهر والدية وبدل الكتابة والخلع، فهذا متى قبض منه شيئاً وكان عنده نصاب غيره قد انعقد حوله يزكيه معه كالمال المستفاد، وإن لم يكن عنده من غيره نصاب فإنه لا تجب فيه الزكاة إلا إذا قبض منه نصاباً وحال عليه الحول عنده منذ قبضه؛ لأنه بقبضه أصبح مالا زكويًا. الثالث: الدين المتوسط: وهو ما كان ثمن عرض قنية مما لا تجب فيه الزكاة، كثمن داره أو متاعه المستغرق بالحاجة الأصلية.

ففي رواية، يعتبر مالا زكويًا من حين باع ما باعه فتثبت فيه الزكاة لما مضى من الوقت، ولا يجب الأداء إلا بعد أن يتم ما يقبضه منه نصاباً، وفي رواية أخرى: لا يتبدئ حوله إلا من حين يقبض منه نصاباً؛ لأنه حينئذ أصبح زكويًا، فصار كالحادث ابتداءً. ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٣٥، ٣٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٦٦)، وشرح الزرقاني (٢/١٥١)، وشرح المنهاج (٢/٤٠)، والمغني، لابن قدامة (٣/٤٦، ٤٧).

(١) في د: فأما.

(٢) سقط في ب.

وفي القدوري: إذا نوى أن يؤدي الزكاة فجعل يتصدق إلى آخر السنة [مقدار الزكاة]^(١) ولم تحضره النية، لم تجزه^(٢).

[هذا إذا لم يفرزه قدر الزكاة حين يوصي أما إذا]^(٣) أفرزها^(٤) للزكاة فتصدق، قال^(٥): أرجو أن يجزئه.

وفي نوادر ابن هشام قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن رجل قال: ما تصدقت به إلى آخر السنة فقد نويت أنه من الزكاة وفي وقت التصدق لم تحضره؟ النية قال: أرجو أن يجزئه.



(١) سقط في ب.

(٢) في د: يجز.

(٣) في ب: وإن.

(٤) في د: أخرزه.

(٥) في د: به.

الفصل التاسع

في المسائل التي تتعلق بمن يوضع فيه الزكاة

قال الناطقي - رحمه الله - إذا كان دافع الزكاة منسوباً إلى المدفوع إليه بالولاء أو كان المدفوع إليه منسوباً إلى الدافع بالولاء لا يجوز صرف الزكاة إليه .
قال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يعطي الرجل زكاة ماله ولده ولا ولد بنيته وبناته، ولا يعطي والديه ولا أجداده من قبل آبائه أو^(١) من قبل أمهاته وفي الإخوة والأخوات وسائر القرابات يجوز^(٢) .

(١) في د: و .

(٢) كل من انتسب إليه المزكي أو انتسب إلى المزكي بالولادة . ويشمل ذلك أصوله وهم أبواه وأجداده، وجداته، وارثين كانوا أو لا، وكذا أولاده وأولاد أولاده، وإن نزلوا، قال الحنفية: لأن منافع الأملاك بينهم متصلة، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة .
أما سائر الأقارب، وهم الحواشي كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات، وأولادهم، فلا يمتنع إعطاؤهم زكاته ولو كان بعضهم في عياله، لقول النبي ﷺ: «الصدقة على المسكين صدقة، وهي على ذي الرحم اثنتان: صدقة وصلة» وهذا مذهب الحنفية وهو القول المقدم عند الحنابلة .
وأما عند المالكية والشافعية فإن الأقارب الذين تلزم نفقتهم المزكي لا يجوز أن يعطيهم من الزكاة، والذين تلزم نفقتهم عند المالكية الأب والأم دون الجد والجدة، والابن والبنت دون أولادهما، واللازم نفقة الابن ما دام في حد الصغر، والبنت إلى أن تتزوج ويدخل بها زوجها .

والذين تلزم نفقتهم عند الشافعية الأصول والفروع .

وفي رواية عند الحنابلة وهو قول الثوري: يفرق في غير الأصول والفروع بين الموروث منهم وغير الموروث، فغير الموروث يجرى إعطاؤه من الزكاة، والموروث لا يجرى، وعلى الوارث نفقته إن كان الموروث فقيراً فيستغني بها عن الزكاة، إذ لو أعطاه من الزكاة لعاد نفع زكاته إلى نفسه، ويشترط هنا شروط الإرث ومنها: ألا يكون الوارث محجوباً عن الميراث وقت إعطاء الزكاة .

واستثنى الحنفية في ظاهر الرواية من فرض له القاضي النفقة على المزكي، فلا يجرى إعطاؤه الزكاة؛ لأنه أداء واجب في واجب آخر، على أنهم نصوا على أنه يجوز أن يدفعها إلى زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوج ابنته .

وقيد المالكية والشافعية وابن تيمية من الحنابلة الإعطاء الممنوع بسهم الفقراء والمساكين، أما لو أعطى والده أو ولده من سهم العاملين أو المكاتبين أو الغارمين أو الغزاة فلا بأس . وقالوا أيضاً: إن كان لا يلزمه نفقته جاز إعطاؤه .

ولا يجرى الرجل إعطاء زكاة ماله إلى زوجته . قال ابن قدامة: هو إجماع، قال الحنفية: لأن المنافع بين الزوجين مشتركة، وقال الجمهور: لأن نفقتها واجبة على الزوج، فيكون

وفي الجامع الكبير: لا يعطي الرجل زكاته^(١) ولده الذي نفاه العامل على الصدقة إذا كان غنياً يحل له أخذ العمالة من الصدقة وإذا كان هاشمياً لا يحل له أخذ العمالة من الصدقة [أيضاً]^(٢) وإن عمل على الصدقة وأعطى عمالته من غير الصدقة فلا بأس به، ولا يجوز أن يعطي من الزكاة ولد غني إذا كان صغيراً وإن كان كبيراً فقيراً جاز الدفع إليه هكذا [ذكر القدوري]^(٣).

وفي شرح الجامع الصغير لبعض مشايخنا أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يجوز الدفع إلى أولاد الغني إذا كانوا فقراء صغاراً كان الأولاد أو كباراً. وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: يجوز الدفع إلى [الكبار ولا يجوز

كالدافع إلى نفسه، ومحل المنع إعطاؤها الزكاة لتنفقها على نفسها، فأما لو أعطاه ما تدفعه في دينها، أو لتنفقه على غيرها من المستحقين، فلا بأس، على ما صرح به المالكية وقريب منه ما قال الشافعية: إن الممنوع إعطاؤها من سهم الفقراء أو المساكين، أما من سهم آخر هي مستحقة له فلا بأس، وهو ما يفهم أيضاً من كلام ابن تيمية.

وأما إعطاء المرأة زوجها زكاة مالها فقد اختلف فيه: فذهب الشافعي وصاحب أبي حنيفة وهو رواية عن أحمد واختيار ابن المنذر إلى جواز ذلك لحديث زينب زوجة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، وفيه أنها هي وامرأة أخرى سألتنا النبي ﷺ: هل تجزئ الصدقة عنهما على أزواجهما، وعلى أيتام في حجرهما؟ فقال: لهما أجران أجر القرابة وأجر الصدقة. [أخرجه البخاري (الفتح ٣/٣٢٨)، ومسلم (٢/٦٩٥)].

وقال ابن قدامة: ولأنه لا تجب عليها نفقة الزوج، ولعموم آية مصارف الزكاة، إذ ليس في الزوج إذا كان فقيراً نص أو إجماع يمنع إعطاءه.

وقال أبو حنيفة، وهو رواية أخرى عن أحمد: لا يجزئ المرأة أن تعطي زوجها زكاتها ولو كانت في عدتها من طلاقه البائن ولو بثلاث طلاقات؛ لأن المنافع بين الرجل وبين امرأته مشتركة، فهي تنتفع بتلك الزكاة التي تعطيها لزوجها؛ ولأن الزوج لا يقطع بسرقة مال امرأته، ولا تصح شهادته لها.

وقال مالك: لا تعطي المرأة زوجها زكاة مالها. واختلف أصحابه في معنى كلامه، فقال بعضهم: بأن مراده عدم الإجزاء، وقال آخرون: بإجزائه مع الكراهة.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٦٢، ٦٤)، وفتح القدير (٢/٢٢)، وجواهر الإكليل (١/٤٠٧)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٩٨، ٤٩٩)، والمجموع (٦/١٩٢، ٢٢٩، ٢٣٠)، والمغني، لابن قدامة (٢/٦٤٩)، (٦/٦٤٨، ٧/٥٨٥)، ومجموع الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٢٥/٩٠-٩٢).

(١) في د: زكاة ماله.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في د.

الدفع إلى^(١) [الصغار.

وروي [عن أبي يوسف]^(٢) - رحمه الله -: إذا أعطى صبيا فقيرا أبوه غني أو كبيرا زمنا أو أعمى لا [يعمل مثله]^(٣) وهو^(٤) في عيال الأب لم يجوز وإن لم [يكن الزمن]^(٥) في عياله جاز وإن كانت بنتا كبيرة في عياله وهو غني جاز الدفع إليها هذا هو لفظ المنتقى.

وفي الحاوي سئل الفقيه عمن دفع زكاة ماله إلى ابنة رجل كبير فقيرة ولها زوج أو ليس لها زوج [والرجل غني]^(٦) قال بعضهم: يجوز. وقال بعضهم: لا يجوز.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه قال إذا كان الأب من المكثرين لا يجوز. وفي العيون إذا كان ولد الغني بالغًا جاز الدفع إليه ذكرا كان أو أنثى. قال القدوري في كتابه: يجوز الدفع إلى امرأة الغني إذا كانت فقيرة.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه [لا]^(٧) تعطى امرأة الغني إذا قضى لها بالنفقة [وهذا ليس بصحيح]^(٨)؛ لأن المرأة لا تصير غنية [بمقدار ما]^(٩) يقضى لها من النفقة [فإن لها]^(١٠) حوائج آخر سوى النفقة [لا تستحق ذلك]^(١١) على زوجها ولا يجوز صرف الزكاة^(١٢) إلى عبد الغني في النوازل. سئل أحمد بن حم^(١٣) عن من

(١) سقط في ب.

(٢) في د: أبو سليمان.

(٣) في ب: يعتمل مثله، وفي د: يعتمل به.

(٤) في د: وهما.

(٥) في د: يكون.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: بما.

(١٠) في ب: فإنها.

(١١) في د: وهي غير واجبة.

(١٢) في أ، ب: الصرف.

(١٣) هو: أحمد بن حم بن عصمة العفيفي، أبو القاسم، الفقيه الحنفي، أقام ببغداد، وحدث عن: نصير بن يحيى بن إبراهيم بن عيينة أخو سفيان بن عيينة، ومحمد بن الفضيل الزاهد البلخي، وغيرهم، وحدث عنه: محمد بن يونس بن خير بن مردويه البلخي، ومحمد بن

دفع زكاته إلى أخته وهي تحت الزوج^(١) قال إن كان مهرها دون مائتي درهم أو أكثر إلا أن ما شرط [تعجيله]^(٢) أقل من المائتين أو أكثر؛ لأن^(٣) الزوج معسر جاز الدفع [إليها]^(٤) وهو أعظم الأجر وإن كان [المعجل]^(٥) مائتي درهم فصاعدا^(٦) والزوج موسر ولا يمتنع [الزوج]^(٧) عن الأداء متى طلبت فإنه يجوز الدفع عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما لا يجوز بناء على أن المهر^(٨) قبل القبض هل يكون نصاباً للزكاة حتى تحب عليها الزكاة^(٩) ووجوب الأضحية وصدقة الفطر عليها على هذا [الخلافاً]^(١٠) قال الصدر الشهيد - رحمه الله - يفتي بقولهما احتياطاً والله أعلم .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه إذا كان العبد زمناً وليس في عيال مولاه ولا يجد شيئاً جاز الدفع إليه .

وعن أبي يوسف رواية أخرى : إذا كان المولى غائباً جاز الدفع إلى عبده وإن كان المولى غنياً .

ولا يجوز الدفع إلى المجنون ويجوز الدفع إلى الصبي إذا كان يعقل الأخذ والمعتوه نظير الصبي [في هذا]^(١١) .

وإذا اشترى الرجل طعاماً لقوته مقدار ما يكفيه شهراً أو أكثر من ذلك أو أقل [إن كان يكفي شهراً أو أقل من شهر حل]^(١٢) له أخذ الزكاة بلا خلاف [وإن كان لأكثر

= أحمد بن القاسم النيسابوري، وغيرهم .
ينظر: تاريخ بغداد (٤٤٦/٣) و(٣٤١/١٣) .

- (١) في د: زوج .
- (٢) في ب: له تعجيله .
- (٣) في ب: إلا أن .
- (٤) سقط في أ، ب .
- (٥) في د: ما شرط تعجيله .
- (٦) في د: أو أكثر .
- (٧) سقط في د .
- (٨) في د: الجمهور .
- (٩) سقط في د .
- (١٠) سقط في ب .
- (١١) سقط في ب .
- (١٢) في د: منه في الفصل الأول والثالث يحل .

من شهر^(١).

قال بعض مشايخنا: يحل إلا إذا زاد على قوت سنة فحينئذ لا يحل.
وقال بعضهم: [إذا زاد على الشهر]^(٢) لا يحل وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - وإذا كان للرجل دين على رجل لا مال له [سواه]^(٣) والمديون مقر به هل يحل لرب الدين أخذ الزكاة إن كان المديون موسراً لا يحل [له أخذ الزكاة]^(٤) وإن كان معسراً اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه يحل؛ لأن يده زائل^(٥) عن ماله فكان كابن السبيل وإن كان [المديون]^(٦) موسراً إلا أنه جاحد لدينه^(٧) فإن كانت له بينة عادلة لا يحل له [أخذ الزكاة]^(٨) وإن لم يكن له بينة عادلة يحل^(٩) له [أخذ الزكاة للمال]^(١٠) وإنما يحل [له إذا رفع]^(١١) الأمر إلى القاضي وحلفه القاضي^(١٢) فحلف؛ لأن قبل ذلك الوصول إليه مأمول وبعد ذلك وقع الناس بحكم الظاهر.

ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير عن عطاء بن يسار^(١٣) أن النبي ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة الغازي في سبيل الله والعامل عليها والغارم ورجل [اشتري الصدقة]^(١٤) بماله ورجل له [جار]^(١٥) مسكين تصدق بها [على

(١) في د: وفي الفصل الثاني.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: زال.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في د: قيل: يحل له أخذ الزكاة.

(٨) في د: ذلك.

(٩) في د: لا يحل.

(١٠) في د: في المال.

(١١) في د: إلى.

(١٢) زاد في ب: على ذلك.

(١٣) هو: عطاء بن يسار الهلالي أبو محمد المدني، أحد الأعلام. روى عن مولاته ميمونة،

وابن مسعود، وأبي بن كعب، وأبي ذر وخلق. وروى عنه أبو سلمة، وحبيب بن أبي ثابت،

وأبو جعفر الباقر، وعمرو بن دينار وخلق. قال النسائي: ثقة. وقال الهيثم بن عدي: توفي

سنة سبع وتسعين، وقيل: سنة ثلاث ومائة.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢/٢٣٢).

(١٤) في د: اشتراها.

(١٥) سقط في د.

المسكين^(١) فأهداها المسكين إلى الرجل الغني^(٢) .

أما الغازي فظاهر الحديث يقتضي أن تحل الصدقة للغازي وإن كان في يده مال كثير وبظاهره أخذ أهل المدينة، وعلمائنا لم يأخذوا بظاهره بل حملوه على الغازي المنقطع عن ماله ليس في يده شيء ينفق على نفسه ويتقوى به وإنما ماله في وطنه فيكون فقيراً يداً غنياً^(٣) ملكاً فتحل له الصدقة؛ لكونه فقيراً يداً ويجب عليه الزكاة

(١) في د: عليها.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٨/٢) كتاب الزكاة، باب: من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني، حديث (١٦٣٦)، وابن ماجه (٥٩٠/١) كتاب الزكاة، باب: من تحل له الصدقة، حديث (١٨٤١)، وأحمد (٥٦/٣)، وابن الجارود، ص (١٣٣) كتاب الزكاة، حديث (٣٦٥)، والدارقطني (١٢١/٢) كتاب الزكاة، باب: بيان من يجوز له أخذ الصدقة، حديث (٣، ٤) والحاكم (٤٠٧/١، ٤٠٨) كتاب الزكاة، وابن خزيمة (١٧/٤)، والبيهقي (١٥/٧)، وابن عبد البر (٩٦/٥، ٩٧)، وأخرجه مالك (٢٦٨/١) كتاب الزكاة، باب: أخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها، حديث (٢٩) عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار مرسلاً.

وقال الحاكم عن الطريق الموصول: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لإرسال مالك إياه عن زيد بن أسلم ثم ساقه من طريق مالك وقال: هو صحيح يعني الموصول فقد يرسل مالك الحديث ويصله أو يسنده ثقة والقول فيه قول الثقة الذي يصله ويسنده. ووافقه الذهبي. وصحح الطريق الأول أيضاً ابن خزيمة.

(٣) الأصل أن الغني لا يجوز إعطاؤه من الزكاة، وهذا اتفاقي، لقول النبي ﷺ: «لا حظ فيها لغني».

ولكن اختلف في الغني المانع من أخذ الزكاة: فقال الجمهور من المالكية والشافعية وهو رواية عن أحمد قدمها المتأخرون من أصحابه: إن الأمر معتبر بالكفاية، فمن وجد من الأثمان أو غيرها ما يكفيه ويكفي من يمونه فهو غني لا تحل له الزكاة، فإن لم يجد ذلك حلت له ولو كان ما عنده يبلغ نصبا زكوية، وعلى هذا، فلا يمتنع أن يوجد من تجب عليه الزكاة وهو مستحق للزكاة.

وقال الحنفية: هو الغني الموجب للزكاة، فمن تجب عليه الزكاة لا يحل له أن يأخذ الزكاة، لقول النبي ﷺ: «إن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم».

ومن ملك نصاباً من أي مال زكوي كان فهو غني، فلا يجوز أن تدفع إليه الزكاة ولو كان ما عنده لا يكفيه لعامه، ومن لم يملك نصاباً كاملاً فهو فقير أو مسكين، فيجوز أن تدفع إليه الزكاة، كما تقدم.

وفي رواية أخرى عند الحنابلة عليها ظاهر المذهب: إن وجد كفايته، فهو غني، وإن لم يجد وكان لديه خمسون درهماً، أو قيمتها من الذهب خاصة، فهو غني كذلك ولو كانت لا تكفيه، لحديث من سأل الناس وله ما يغنيه جاء يوم القيامة ومسألته في وجهه خموش أو خدوش أو كدوح. قالوا يا رسول الله وما يغنيه؟ قال: خمسون درهماً أو قيمتها من

عند [حولان الحول]^(١)؛ لكونه غنيًا ملكًا والمراد من الحديث هذا الغازي^(٢).
وأما العامل على الصدقة فيحل له [الصدقة]^(٣) وإن كان في يده مال كثير عملا
بظاهر الحديث؛ لأن ما يأخذه العامل صدقة من وجه؛ لأن المأخوذ جزء من الصدقة
وأجرة من وجه؛ لأنه يستحقه بسبب عمله فلكونه صدقة لا يحل للهاشمي^(٤)؛

الذهب. وإنما فرقوا بين الأثمان وغيرها اتباعا للحديث.

ينظر: فتح القدير (٢٧/٢)، والإنصاف (٢٢٣/٣)، وشرح منتهى الإرادات (٤٢٤/١)،
(٤٢٥).

(١) سقط في د.

(٢) قال ابن قدامة: خمسة لا يعطون إلا مع الحاجة: الفقير، والمسكين، والمكاتب، والغارم
لمصلحة نفسه، وابن السبيل، وخمسة يأخذون مع الغنى: العامل، والمؤلف قلبه،
والغازي، والغارم لإصلاح ذات البين، وابن السبيل الذي له اليسار في بلده.
وخالف الحنفية في الغازي والغارم لإصلاح ذات البين، فأروا أنهم لا يأخذون إلا مع
الحاجة.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١٧/٢)، والمجموع للنووي (٢٢٨/٦)،
والمغني، لابن قدامة (٤٤٠/٦)، والإنصاف (٢٥٢/٣).

(٣) سقط في د.

(٤) إن آل محمد ﷺ المذكورين لا يجوز دفع الزكاة المفروضة إليهم باتفاق فقهاء المذاهب
الأربعة، لقوله عليه الصلاة والسلام: يا بني هاشم إن الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس
وأوساخهم، وعوضكم عنها بخمس الخمس [غريب بهذا اللفظ كما قال صاحب نصب
الراية ٤٠٣/٢، وأصله في مسلم في حديث طويل من رواية عبد المطلب بن ربيعة مرفوعا:
«إن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس، وإنها لا تحل لمحمد، ولا لآل محمد» (صحيح
مسلم بشرح النووي ١٧٧/٧ - ١٨١)] والذين ذكروا ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف، ونسبة
القبيلة إليه.

وخرج أبو لهب - وإن كان من آل - فيجوز الدفع إلى بنيه؛ لأن النص أبطل قرابته، وهو
قوله ﷺ لا قرابة بيني وبين أبي لهب، فإنه أثر علينا الأفجرين؛ ولأن حرمة الصدقة على بني
هاشم كرامة من الله لهم ولذريتهم، حيث نصره ﷺ في جاهليتهم وفي إسلامهم. وأبو
لهب كان حريصا على أذى النبي ﷺ، فلم يستحقها بنوه. وهذا هو المذهب عند كل
من الحنفية والحنابلة. وفي قول آخر في كلا المذهبين: يحرم إعطاء من أسلم من آل
أبي لهب؛ لأن مناط الحكم كونهم من بني هاشم.

واختلف في بني المطلب أخي هاشم هل تدفع الزكاة إليهم؟

فمذهب الحنفية، والمشهور عند المالكية، وإحدى روايتين عند الحنابلة، أنهم يأخذون
من الزكاة؛ لأنهم دخلوا في عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ لكن
خرج بنو هاشم لقول النبي ﷺ إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد فيجب أن يختص المنع بهم.
ولا يصح قياس بني المطلب على بني هاشم؛ لأن بني هاشم أقرب إلى النبي ﷺ

وأشرف، وهم آل النبي ﷺ ومشاركة بني المطلب لهم في خمس الخمس لم يستحقوه بمجرد القرابة، بدليل أن بني عبد شمس وبني نوفل يساؤونهم في القرابة ولم يعطوا شيئاً، وإنما شاركوهم بالنصرة، أو بهما جميعاً، والنصرة لا تقتضي منع الزكاة. ومذهب الشافعية والقول غير المشهور عند المالكية وإحدى الروايتين عن الحنابلة، أنه ليس لبني المطلب الأخذ من الزكاة، لقول النبي ﷺ إنا وبنو المطلب لم نفرق في جاهلية ولا إسلام. إنما نحن وهم شيء واحد وفي رواية إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد. وشبك بين أصابعه [روي بعدة روايات، فقد رواه أبو داود وغيره قريباً منه، والبخاري، وليس في: «وشبك بين أصابعه». نصب الراية ٣/ ٤٢٥]؛ ولأنهم يستحقون من خمس الخمس، فلم يكن لهم الأخذ، كبني هاشم. وقد أكد ذلك ما روي أن النبي ﷺ علل منعهم الصدقة باستغنائهم عنها بخمس الخمس، فقال ﷺ: «أليس في خمس الخمس ما يغنيكم؟» [روي بعدة روايات، فقد رواه ابن أبي حاتم «رغبت لكم عن غسله أيدي الناس، إن لكم خمس الخمس لما يغنيكم» وإسناده حسن، وإبراهيم بن عدي راويه وثقه أبو حاتم، وقال يحيى بن معين: يأتي بمنكير (نصب الراية ٣/ ٤٢٥)، ورواه الطبراني قريباً منه. وفيه حسن بن قيس الملقب بحنش. وفيه كلام. ينظر: مجمع الزوائد ٣/ ٩١]، هذا وقد روى أبو عصمة عن أبي حنيفة أنه يجوز الدفع إلى بني هاشم في زمانه.

والمشهور عند المالكية أن محل عدم إعطاء بني هاشم من الزكاة إذا أعطوا ما يستحقونه من بيت المال، فإن لم يعطوا، وأضر بهم الفقر أعطوا منها. وإعطاؤهم حينئذ أفضل من إعطاء غيرهم.

وقيد الباجي بما إذا وصلوا إلى حالة يباح لهم فيها أكل الميتة، لا مجرد ضرر. والظاهر خلافه وأنهم يعطون عند الاحتياج ولو لم يصلوا إلى حالة إباحة أكل الميتة، إذ إعطاؤهم أفضل من خدمتهم لذمي أو ظالم.

وقال الشافعية: إنه لا يحل لآل محمد ﷺ الزكاة، وإن حبس عنهم الخمس، إذ ليس منعهم منه يحل لهم ما حرم عليهم من الصدقة، خلافاً لأبي سعيد الإصطخري الذي قال: إن منعوا حقهم من الخمس جاز الدفع إليهم؛ لأنهم إنما حرموا الزكاة لحقهم في الخمس، فإذا منعوا منه وجب أن يدفع إليهم.

والظاهر من إطلاق المنع عند الحنابلة أنه تحرم على الآل الصدقة وإن منعوا حقهم في الخمس.

وقال الحنفية في الأصح عندهم، والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة، وهو ظاهر قول الخرقى: إنه لا يحل للهاشمي أن يكون عاملاً على الصدقات بأجر منها، تنزيهاً لقرابة النبي ﷺ عن شبهة الوسخ، ولما روى عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أنه اجتمع ربيعة والعباس بن عبد المطلب، فقالا: لو بعثنا هذين الغلامين لي وللفضل بن العباس إلى رسول الله ﷺ فأمرهما على الصدقة، فأصابا منها كما يصيب الناس. فقال علي: لا ترسلوهما. فانطلقنا حتى دخلنا على رسول الله ﷺ وهو يومئذ عند زينب بنت جحش، فقلنا: يا رسول الله، قد بلغنا النكاح وأنت أبر الناس وأوصل الناس، وجئتك =

ولكونه أجرة يحل لغير الهاشمي، وإن كان غنيًا. وأما الغارم^(١) فيحتمل أن يكون المراد منه المديون ويحتمل أن يكون المراد به

لتؤمرنا على هذه الصدقات، فنؤدي إليك كما يؤدي الناس، ونصيب كما يصيبون. قال: فسكت طويلًا، ثم قال: إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس. وفي قول للحنفية: إن أخذ الهاشمي العامل على الصدقات مكروه تحريمًا لا حرام. وجوز الشافعية أن يكون الحمال والكيال والوزان والحافظ هاشميا أو مطلبيا. وأكثر الحنابلة على أنه يباح للآل الأخذ من الزكاة عمالة؛ لأن ما يأخذونه أجر، فجاز لهم أخذه، كالحمال وصاحب المخزن إذا أجرهم مخزنه.

يرى أبو يوسف من الحنفية، وهو رواية عن الإمام، أنه يجوز للهاشمي أن يدفع زكاته إلى هاشمي مثله، قائلين: إن قوله عليه الصلاة والسلام يا بني هاشم، إن الله كره لكم غسله أيدي الناس وأوساخهم، وعوضكم منها بخمس الخمس لا ينفيه، للقطع بأن المراد من "الناس" غيرهم؛ لأنهم المخاطبون بالخطاب المذكور، والتعويض بخمس الخمس عن صدقات الناس لا يستلزم كونه عوضًا عن صدقات أنفسهم.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٦١، ٦٦، ٦٨)، والبحر الرائق (٢/٢٦٥)، والهداية (١/١١٤)، وبدائع الصنائع (٢/٤٩)، وفتح القدير (٢/٢٤)، والشرح الكبير (٢/٤٩٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٤٩٣ - ٤٩٥)، والأم (٢/٨١)، والمجموع (٦/٢٧٧)، وحاشية الشرقاوي (١/٣٩٢)، والإنصاف (٣/٢٥٦)، والمغني، لابن قدامة (٢/٥٢٠).

(١) الغارمون المستحقون للزكاة ثلاثة أضرب:

- ١ - أن يكون مسلمًا.
- ٢ - ألا يكون من آل البيت، وعند الحنابلة قول: بجواز إعطاء مدين آل البيت منها.
- ٣ - واشتراط المالكية ألا يكون قد استدان ليأخذ من الزكاة، كأن يكون عنده ما يكفيه وتوسع في الإنفاق بالدين لأجل أن يأخذ منها، بخلاف فقير استدان للضرورة ناويا الأخذ منها.
- ٤ - وصرح المالكية بأنه يشترط أن يكون الدين مما يحبس فيه، فيدخل فيه دين الولد على والده، والدين على المعسر، وخرج دين الكفارات والزكاة.
- ٥ - ألا يكون دينه في معصية، وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة، كأن يكون بسبب خمر، أو قمار، أو زنا، لكن إن تاب يجوز الدفع إليه، وقيل: لا. ورجح المالكية الأول، وعد الشافعية الإسراف في النفقة من باب المعصية التي تمنع الإعطاء من الزكاة.
- ٦ - أن يكون الدين حالًا، صرح بهذا الشرط الشافعية، قالوا: إن كان الدين مؤجلًا ففي المسألة ثلاثة أقوال ثالثها: إن كان الأجل تلك السنة أعطي، وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة.
- ٧ - ألا يكون قادرًا على السداد من مال عنده زكوي أو غير زكوي زائد عن كفايته، فلو

[رب الدين]^(١) فإن [رب الدين]^(٢) يسمى غارماً وإن كان المراد هو المديون فتقول: المديون الغني الذي تحل له الصدقة أن^(٣) يكون له مال يفضل على الدين من الدين، أو العين مائتا درهم فصاعداً، إلا أن [الفاضل لا]^(٤) تصل إليه يده [للحال بأن كان عينا غائبا أو ديناً]^(٥) على الناس [بحيث]^(٦) لا يمكنه أخذه للحال فمتى^(٧) كانت الحالة هذه تحل له الصدقة؛ لأنه فقير يدا؛ لأنه منقطع عن ماله قدر الدين وإن كان في يده فهو مشغول بالدين فيجعل كالهالك.

فأما إذا كان الفاضل من [ماله]^(٨) العين حاضرا في يده، أو كان الفاضل من

كان له دار يسكنها تساوي مائة وعليه مائة، وتكفيه دار بخمسين فلا يعطى حتى تباع، ويدفع الزائد في دينه على ما صرح به المالكية، ولو وجد ما يقضي به بعض الدين أعطي البقية فقط، وإن كان قادرا على وفاء الدين بعد زمن بالاكْتساب، فعند الشافعية قولان في جواز إعطائه منها.

الضرب الثاني: الغارم لإصلاح ذات البين: الأصل فيه حديث قبيصة المرفوع: إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة. فذكر منهم ورجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن هذا النوع من الغارمين يعطى من الزكاة سواء كان غنيا أو فقيرا؛ لأنه لو اشترط الفقر فيه لقلت الرغبة في هذه المكرمة، وصورتها أن يكون بين قبيلتين أو حيين فتنة، يكون فيها قتل نفس أو إتلاف مال، فيتحمله لأجل الإصلاح بينهم، فيعطى من الزكاة لتسديد حمالته، وقيد الحنابلة الإعطاء بما قبل الأداء الفعلي، ما لم يكن أدى الحمالة من دين استدانه؛ لأن الغرم يبقى.

وقال الحنفية: لا يعطى المتحمل من الزكاة إلا إن كان لا يملك نصابا فاضلا عن دينه كغيره من المدينين. ولم يصرح المالكية بحكم هذا الضرب فيما اطلعنا عليه. الضرب الثالث: الغارم بسبب دين ضمان وهذا الضرب ذكره الشافعية، والمعتبر في ذلك أن يكون كل من الضامن والمضمون عنه معشرين، فإن كان أحدهما موسرا ففي إعطاء الضامن من الزكاة خلاف عندهم وتفصيل.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٦٠/٢)، وفتح القدير (١٧/٢)، وروضة الطالبين (٣١٨/٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٩٦/١، ٤٩٧)، والمجموع (٦/٢٠٦)، ومغني المحتاج (١١١/٣)، والمغني، لابن قدامة (٤٣٢/٦، ٤٣٣).

(١) في د: الدائن.

(٢) في د: الدائن.

(٣) في د: وهو الذي.

(٤) في أ، ب: ما له الفضل من العين غائب؛ لأنه.

(٥) في أ، ب: للمال وماله من الديون.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ، ب: متى.

(٨) سقط في د.

[ماله] ^(١) الدين بحيث ^(٢) يمكنه أخذه للحال بالتقاضي، وما أشبهه لا يحل له الصدقة؛ لأنه غني من كل وجه والصدقة لا تحل لغني وإن كان المراد من الغارم صاحب الدين فالمراد منه أن يكون له على الناس ديون لا ^(٣) يمكنه أخذها واستخراجها [منهم] ^(٤) للحال [أو كان له] ^(٥) أموال عين غائب لا تصل إليه يده للحال متى كانت حاله هذه تحل له الصدقة؛ لأنه فقير يداً؛ لأنه منقطع عن ماله. فأما إذا كان [المال] ^(٦) العين حاضرًا في [يديه والديون التي له على الناس] ^(٧) يمكن استخراجها للحال لا تحل له الصدقة؛ لأنه غني من كل وجه والصدقة لا تحل [إلا للفقراء] ^(٨) من كل وجه ^(٩)، أو من وجه [كما في ابن] ^(١٠) السبيل فتبين أن

(١) سقط في د.

(٢) في د: بحال.

(٣) في د: الدائن فنقول الدائن الذي تحل له الصدقة وهو الذي يكون له ديون على الناس بحيث لا.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ، ب: وله.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: يده والدين.

(٨) في د: للغني من كل وجه وتحل للفقير.

(٩) الفقراء والمساكين هم أهل الحاجة الذين لا يجدون ما يكفيهم، وإذا أطلق لفظ (الفقراء) وانفرد دخل فيهم (المساكين)، وكذلك عكسه، وإذا جمع بينهما في كلام واحد، كما في آية مصارف الزكاة، تميز كل منهما بمعنى.

وقد اختلف الفقهاء في أيهما أشد حاجة، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفقير أشد حاجة من المسكين، واحتجوا بأن الله تعالى قدم ذكرهم في الآية، وذلك يدل على أنهم أهم وبقوله تعالى: ﴿أَمْ أَلْسَفِينَۗ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾. فأثبت لهم وصف المسكنة مع كونهم يملكون سفينة ويحصلون نولا، واستأنسوا لذلك أيضا بالاشتقاق، فالفقير لغة: فعيل بمعنى مفعول، وهو من نزعت بعض فقار صلبه، فانقطع ظهره، والمسكين مفعيل من السكون، ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن.

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن المسكين أشد حاجة من الفقير، واحتجوا بأن الله تعالى قال: ﴿أَوْ مَسْكِينًا ذَا مَتْرَبٍ﴾. وهو المطروح على التراب لشدة جوعه، وبأن أئمة اللغة قالوا ذلك، منهم الفراء وثعلب وابن قتيبة، وبالاشتقاق أيضا، فهو من السكون، كأنه عجز عن الحركة فلا يبرح.

ونقل الدسوقي قولاً أن الفقير والمسكين صنف واحد، وهو من لا يملك قوت عامه، سواء كان لا يملك شيئاً أو يملك أقل من قوت العام.

المراد من قوله: «لا تحل الصدقة لغني» الغني من كل وجه هو^(١) الغني ملكاً ويداً [وهؤلاء الثلاثة]^(٢) من الخمسة فقراء من وجه فتحل لهم الصدقة؛ لهذا.

وأما الرجل الذي اشترى الصدقة بماله فإنما حل له الصدقة وإن كان غنياً؛ لأنها ليست بصدقة في حقه؛ لأنه ملكها بالشراء والمملوك بالشراء لا يكون صدقة.

وأما الرجل الغني الذي [له]^(٣) جار مسكين فتصدق على المسكين فأهداها المسكين إلى غني فإنما تحل له؛ لأنه ملكها بالهدية والمملوك بالهدية لا يكون صدقة ويدل عليه حديث بريرة^(٤) - رضي الله عنها -.

فإن قيل: إذا لم يكن المملوك بالشراء والهدية صدقة كيف يستقيم قوله عليه السلام: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة»^(٥) ولا صدقة في حق المشتري والمهدى

واختلف الفقهاء في حد كل من الصنفين:

فقال الشافعية والحنابلة: الفقير من لا مال له ولا كسب يقع موقعا من حاجته، كمن حاجته عشرة فلا يجد شيئاً أصلاً، أو يقدر بماله وكسبه وما يأتيه من غلة وغيرها على أقل من نصف كفايته. فإن كان يجد النصف أو أكثر ولا يجد كل العشرة فمسكين.

وقال الحنفية والمالكية: المسكين من لا يجد شيئاً أصلاً فيحتاج للمسألة وتحل له.

واختلف قولهم في الفقير:

فقال الحنفية: الفقير من له أدنى شيء وهو ما دون النصاب، فإذا ملك نصاباً من أي مال زكوي فهو غني لا يستحق شيئاً من الزكاة، فإن ملك أقل من نصاب فهو غير مستحق، وكذا لو ملك نصاباً غير نام وهو مستغرق في الحاجة الأصلية، فإن لم يكن مستغرقاً منع، كمن عنده ثياب تساوي نصاباً لا يحتاجها، فإن الزكاة تكون حراماً عليه، ولو بلغت قيمة ما يملكه نصاباً فلا يمنع ذلك كونه من المستحقين للزكاة إن كانت مستغرقة بالحاجة الأصلية كمن عنده كتب يحتاجها للتدريس، أو آلات حرفة، أو نحو ذلك.

وقال المالكية: الفقير من يملك شيئاً لا يكفيه لقوت عامه.

ينظر: فتح القدير (٢/١٥، ١٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٩٢)، (٤٩٣)، والمحلي على المنهاج (٣/١٩٦)، والمغني، لابن قدامة (٦/٤٢٠).

- (١٠) في د: كابن.
- (١) في أ: و.
- (٢) في أ، ب: وهذه الثلاثة الذين ذكرناهم.
- (٣) سقط في د.
- (٤) هي: بريرة مولاة عائشة - رضي الله عنها، صحابية لها حديث. وروى عنها عروة، عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية.
- ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣/٣٧٦).
- (٥) تقدم.

إليه قلنا: إطلاق اسم الصدقة على هذين كان على سبيل المجاز باعتبار ما قد كان فإن العرب تسمي الشيء باسم ما قد كان على ما عرف.

ذكر في الجامع الصغير مكاتب أدى إلى مولاه من الصدقة^(١) التي أخذها ثم عجز [وصار ذلك]^(٢) للمولى فهو طيب للمولى^(٣).

واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة بعضهم قالوا: لأنه تبدل الملك فإن الصدقة كانت ملكاً للمكاتب يداً وتصرفاً ولم يكن ملك المولى فيها ظاهراً وبالأداء صارت للمولى فتبدل الملك وتبدل الملك بمنزلة [تبدل]^(٤) العين فصار كعين آخر فعلى قول هذا التعليل إذا أباح الفقير للغني عين ما أخذه من الزكاة [لا]^(٥) تحل له؛ لأن الملك لم يتبدل حتى يجعل ذلك بمنزلة تبدل العين.

وعبارة بعضهم: أن الصدقة حين وقعت لاقت كف الفقير فصحت وصارت لله تعالى؛ لأن الصدقة إخراج المال إلى الله تعالى، ثم تصير للفقير من جهة الله تعالى قضاء لحقه من الرزق الموعود، وإذا صارت ملكاً للفقير من [جهة]^(٦) الله تعالى فقد تجدد^(٧) سبب ملك الفقير بعدما صارت صدقة وصارت لله تعالى، [فأوجب ذلك]^(٨) تبدل العين حكماً فعلى قول^(٩) [هذا التعليل الفقير إذا أباح للغني^(١٠) عين ما أخذه من الزكاة من الطعام هل يحل له تناول مختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: يحل؛ لأنه]^(١١) تبدل العين حكماً.

وهو اختيار شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - هذا^(١٢) إذا عجز

(١) في د: الصدقات.

(٢) سقط في د.

(٣) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/٢٦٥).

(٤) سقط في د.

(٥) في د: وجب ألا.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ب: تجدد.

(٨) في د: وتجدد الملك يوجب.

(٩) في ب، د: قود.

(١٠) في ب: لغني.

(١١) في د: على التعليل إذا أباح الفقير عين ما أخذه من الزكاة للغني وجب أن يحل له ذلك؛ لأنه قد.

(١٢) في ب: وهذا.

[المكاتب] (١) بعدما أدى إلى المولى (٢) ما أخذ من الصدقات؛ فإن (٣) عجز والصدقات قائمة في يده [هل يحل للمولى أخذها؟] (٤) لم يذكر هذا الفصل في الجامع الصغير. وذكر في الأصل: أنه يحل [له أخذها] (٥).
ابن السبيل (٦) إذا تصدق عليه ثم وصل إلى ماله والصدقة قائمة في يده، فلا بأس

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: موله.

(٣) في ب: فأما إذا.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في ب، م.

(٦) سمي بذلك لملازمته الطريق، إذ ليس هو في وطنه ليأوي إلى سكن.

وهذا الصنف ضربان:

الضرب الأول: المتغرب عن وطنه الذي ليس بيده ما يرجع به إلى بلده:

وهذا الضرب متفق على أنه من أصحاب الزكاة، فيعطى ما يوصله إلى بلده، إلا في قول ضعيف عند الشافعية: أنه لا يعطى؛ لأن ذلك يكون من باب نقل الزكاة من بلدها. ولا يعطى من الزكاة إلا بشروط:

الشرط الأول: أن يكون مسلما، من غير آل البيت.

الشرط الثاني: ألا يكون بيده في الحال مال يتمكن به من الوصول إلى بلده وإن كان غنيا في بلده، فلو كان له مال مؤجل أو على غائب، أو معسر، أو جاحد، لم يمنع ذلك الأخذ من الزكاة على ما صرح به الحنفية.

الشرط الثالث: ألا يكون سفره لمعصية، صرح بهذا الشرط المالكية والشافعية والحنابلة، فيجوز إعطاؤه إن كان سفره لطاعة واجبة كحج الفرض، وبر الوالدين، أو مستحبة كزيارة العلماء والصالحين، أو كان سفره لمباح كالمعاشات والتجارات، فإن كان سفره لمعصية لم يجز إعطاؤه منها؛ لأنه إعانة عليها، ما لم يتب، وإن كان للنزهة فقط ففيه وجهان عند الحنابلة: أقواهما: أنه لا يجوز؛ لعدم حاجته إلى هذا السفر.

الشرط الرابع: وهو للمالكية خاصة: ألا يجد من يقرضه إن كان ببلده غنيا. ولا يعطى أهل هذا الضرب من الزكاة أكثر مما يكفيه للرجوع إلى وطنه، وفي قول للحنابلة: إن كان قاصدا بلدا آخر يعطى ما يوصله إليه ثم يرده إلى بلده.

قال المالكية: فإن جلس ببلد الغربة بعد أخذه من الزكاة نزعته منه ما لم يكن فقيرا ببلده، وإن فضل معه فضل بعد رجوعه إلى بلده نزع منه على قول عند الحنابلة. ثم قد قال الحنفية: من كان قادرا على السداد فالأولى له أن يستقرض ولا يأخذ من الزكاة.

الضرب الثاني: من كان في بلده ويريد أن ينشئ سفرا:

فهذا الضرب منع الجمهور إعطائه، وأجاز الشافعية إعطائه لذلك بشرط ألا يكون معه ما يحتاج إليه في سفره، وألا يكون في معصية، فعلى هذا يجوز إعطاء من يريد الحج من

بأن يتناول منها وكذا الفقير إذا أيسر والصدقات [التي أخذها]^(١) قائمة في يده، قال محمد - رحمه الله - : في الغارم الذي له مال عين غائب وله ديون على الناس لا يقدر على أخذها: في الحال؛ لا بأس أن^(٢) يأخذ من الصدقة ما يحتاج إليه لنفقته؛ لأن الغارم الذي هذا حاله غني من وجه فقير من وجه، [ولكونه فقيراً أبيح له قدر ما يحتاج إليه، ولكونه غنياً لم يبيح له الزيادة على ذلك، وهذا]^(٣) كما وجبت عليه الزكاة؛ لكونه غنياً وجبت^(٤) له الصدقة؛ لكونه فقيراً؛ بخلاف الفقير من كل وجه [حيث تحل له الزيادة على قدر المحتاج إليه لنفقته]^(٥)؛ لأنه ليس بغني بوجه ما ولهذا لا تجب عليه الزكاة فأبحننا له [الصدقة قدر]^(٦) الحاجة والزيادة عليها^(٧) لتظهر مزية الفقير من كل وجه على الفقير من وجه، وإذا كان له دار يسكنها حل له الصدقة وإن لم يكن جميع الدار مستحقة بحاجته بألا يسكن الكل في باب الإطعام من أيمان الكافي^(٨). والله أعلم.



= الزكاة إن كان لا يجد في البلد الذي ينشئ منه سفر الحج ما لا يحجج به .
والحنفية لا يرون جواز الإعطاء في هذا الضرب، إلا أن من كان ببلده، وليس له بيده مال ينفق منه وله مال في غير بلده، لا يصل إليه، رأوا أنه ملحق بابن السبيل .
ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٦١، ٦٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٤٩٧، ٤٩٨)، وروضة الطالبين (٢/٣٢١)، والمجموع (٦/٢١٥)، والفروع (٢/٦٢٥).

- (١) سقط في د.
- (٢) في د: بأن.
- (٣) في د: فمن حيث إنه فقير أبيح له قدر ما يحتاج إليه لنفقته ومن حيث إنه غني أبيح له الزيادة على ما يحتاج إليه لنفقته وهو.
- (٤) في د: حلت.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في د: أخذ الصدقة مقدار.
- (٧) في د: عليه.
- (٨) في أ: الكافر.

الفصل العاشر

في المتفرقات

سئل الإمام نجم الدين النسفي عن المؤذن يقوم عند حضور الفقير لأخذ الصدقات من أهل الجماعة^(١) فدفع إليه إنسان درهما ولم تحضره نية الزكاة وقت الدفع ثم نوى الزكاة قبل دفع المؤذن [ذلك]^(٢) إلى الفقير ثم دفع المؤذن .

قال: جاز ذلك عن زكاته ويد المؤذن يد الدافع إلى أن يصل إلى الفقير .

قال الحسن بن زياد: رجل دفع إلى رجل دراهم ليتصدق بها عنه تطوعا على المساكين فلم يتصدق حتى نوى الأمر^(٣) أن يكون ذلك من زكاة ماله [ولم يقل شيئا]^(٤) ثم تصدق بالمأمور جاز عن [الأمر عن زكاة ماله]^(٥) وكذلك لو أمره أن يتصدق به عن كفارة يمينه ثم نوى الأمر عن [زكاته]^(٦) .

وسئل عبد الله بن المبارك عن رجل شك في الزكاة فلم [يدر أنه كان أداها]^(٧) أم لا، قال: يعيدها .

فرق بين هذا وبين ما إذا شك في صلاته^(٨) بعد ذهاب وقتها فلم يدر [إن كان صلاها]^(٩) أم لا فإنه لا يعيد^(١٠) .

رجل له مائتا درهم على رجل حال عليها الحول إلا شهرا فاستفاد ألفا ثم تم الحول على المائتين [لا يجب عليه أن يزكي الألف حتى يقبض من الدين]^(١١)

(١) في د: الجماعات .

(٢) سقط في د .

(٣) في د: الدافع .

(٤) في أ، ب: من غير أن قال .

(٥) في د: زكاة الأمر .

(٦) في د: زكاة ماله قبل أن يتصدق بها بالمأمور جاز عن زكاة .

(٧) في ب، د: يدر أزكاها .

(٨) في د: صلاة .

(٩) في ب، د: أصلاها .

(١٠) في د: يعيدها .

(١١) في د: ولم يقبض من المستفاد أربعين درهما لم يزك عن المستفاد وهي الألف حتى يقبض .

أربعين درهما عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه ما لم يقبض من ^(١) الدين أربعين درهما لا يجب ^(٢) الأداء عن الأصل عنده فلا ^(٣) يجب الأداء عن المستفاد ^(٤).

ذكر في العيون، وفي النوازل عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل له دين على رجل وهبه من ثالث [و] ^(٥) وكله بقبضه [فلم يقبضه] ^(٦) حتى وجب فيها الزكاة ثم قبضها ^(٧) الموهوب له فالزكاة على الواهب؛ لأن الموهوب له وكيل عن الواهب في القبض له [أولاً] ^(٨) فصار قبضه كقبض صاحب المال ^(٩) [فتم الحول والمال في يده حكما فتجب عليه الزكاة] ^(١٠).

رجل حلق رأس رجل وقضى عليه بالدية ودفعت إلى المحلوق رأسه فمكث حولا ثم [نبت] ^(١١) شعره وردت الدية على الحالق فلا زكاة على واحد منهما. أما الجاني فلأنه زال ملكه [عنه، وأما] ^(١٢) المجني عليه فلأنه استحق من يده وكذا لو أقر لإنسان بدين ألف درهم ودفعها إليه فحال عليها الحول ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين، فلا زكاة على واحد منهما [لما قلنا] ^(١٣).

وفي فتاوى الفضلي: اشترى جارية [للتجارة] ^(١٤) بمائة [درهم] ^(١٥) وقيمتها ثلاثمائة [درهم] ^(١٦) حال عليها الحول ثم جاء مستحق واستحق نصفها فعليه ^(١٧)

(١) في ب، د: عن.

(٢) زاد في د: عليه.

(٣) في د: فكذا لا.

(٤) زاد في د: ما لم يقبض منه أربعين درهما.

(٥) سقط في ب، وزاد في م: و.

(٦) سقط في م.

(٧) في ب، د: م: قبضه.

(٨) سقط في د.

(٩) البحر الرائق (٢/٢٢٥)، رد المحتار على الدر المختار (٢/٢٦٧).

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) سقط في د.

(١٢) في ب: ولأن.

(١٣) سقط في أ، ب.

(١٤) سقط في أ، ب.

(١٥) سقط في د.

(١٦) سقط في د.

(١٧) في د: فعلى المستحق عليه.

زكاتها خمسة دراهم؛ [لأن بالاستحقاق يثبت^(١) له الرجوع]^(٢) على بائعه بنصف الثمن [وهو^(٣) خمسون درهما]^(٤) فيضم ذلك إلى ما عنده وهو نصف قيمتها [وذلك مائة وخمسون]^(٥) فيصير [المجموع]^(٦) مائتي درهم.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - رجل له ألف درهم حال عليها الحول فأقرضها رجلا فثوبت [عليه، قال]^(٧): لا زكاة عليه^(٨)؛ لأنه لم يستهلكها؛ لأنه لم يخرجها عن كونها نصابًا وكذلك لو كان ثوبا للتجارة أعاره فهلك لا زكاة^(٩) عليه لما قلنا.

ذكر في السير الكبير ولا شيء في سوائم أهل الذمة؛ لأنه لم يرد فيها الأثر^(١٠). عن أبي حنيفة في رجل له عشرون شاة في الجبل وعشرون شاة في السواد ومصرفهما^(١١) مختلف قال: يأخذ كل واحد منهما نصف شاة.

رجل له مائتا درهم فقبل الحول^(١٢) وجبت^(١٣) عليه حجة الإسلام، أو حجة أوجبها، أو كفارة، أو صدقة من طعام، أو عتق، أو هدي متعة، أو أضحية، ثم تم الحول [على المائتين]^(١٤) وجبت عليه الزكاة؛ لأن هذه حقوق لا مطالب لها من جهة العباد، ولو^(١٥) امتنع وجوب الزكاة هاهنا إنما يمتنع لهذه الحقوق^(١٦)، ولو

-
- (١) في ب: ثبت.
 - (٢) في د: لأنه ثبت بالاستحقاق حق الرجوع له.
 - (٣) في د: وذلك.
 - (٤) سقط في ب.
 - (٥) سقط في أ، ب.
 - (٦) سقط في أ، ب.
 - (٧) في د: على المستفرض فقال.
 - (٨) في د: على المقرض.
 - (٩) في د: على المعير.
 - (١٠) في د: نص ولا أثر.
 - (١١) في ب: ومصداقها، وفي د: مصداقها.
 - (١٢) زاد في د: عليها.
 - (١٣) في ب، د: وجب.
 - (١٤) في د: عليها.
 - (١٥) في د: فلو.
 - (١٦) زاد في د: ولا يمتنع لهذه الحقوق.

كان الدين خراج أرض^(١) يمنع وجوب الزكاة بقدره؛ لأن له مطالباً من جهة العباد فإن السلطان يطالب بالخراج وإن^(٢) امتنع يحبسه عليه.
 وكان الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطّواويسي^(٣) ^(٤) يحكي عن أستاذه الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد^(٥) - رحمهما الله - أنه كان يقول: هذا إذا كان خراجاً يؤخذ بحق، أما ما يؤخذ بغير حق كخراج المستقرض لا يمنع وجوب الزكاة ما لم يؤخذ منه قبل الحول؛ لأن هذا ليس بدين بل هو مصادرة تؤخذ من أرباب الأراضي فما لم يؤخذ منه قبل الحول حتى يصير النصاب ناقصاً لا يمنع وجوب الزكاة، وإذا كان الخراج بحق إنما يمنع وجوب الزكاة إذا كان تمام الحول على المال بعد إدراك الغلة.
 أما إذا كان قبل إدراك الغلة فلا؛ لأن الخراج إنما يمنع وجوب الزكاة [على تقدير]^(٦) الوجوب [ووقت وجوب الخراج وقت إدراك الغلة وكذلك لو]^(٧) أخرجت أرض العشرية طعاماً واستهلكه [وضمن مثله]^(٨) دينا في الذمة وذلك قبل حولان الحول على الدراهم ثم تم الحول على الدراهم [فليس عليه فيها زكاة]^(٩)؛ لأن هذا دين له مطالب من جهة العباد وهو الإمام.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - أنه كان يقول: زكاة الأجرة المعجلة في الإجارة الطويلة المرسومة على الآجر [في السنين التي كانت الأجرة في يده]^(١٠)؛ لأنه ملكها

(١) زاد في د: فذرت.

(٢) في ب، د: وإذا.

(٣) في د: الطوسي.

(٤) هو: أحمد بن محمد بن محمد بن حامد بن هاشم أبو بكر الطواويسي - بفتح الطاء المهملة والألف بين الواوين المفتوحة والمكسورة وسكون الياء - نسبة إلى (طواويس) وهي من قرى بخارى، يروي عن: محمد بن نصر المروزي، وعبد الله بن شيرويه النيسابوري وغيرهما، وتوفي بسمرقند سنة ثلاثمائة وأربع وأربعون هجرياً.

ينظر: الجواهر المضية (١/٢٦٥)، اللباب في تهذيب الأنساب، لابن الجزري (٢/٢٨٧)، الأنساب، للسمعاني (٤/٧٨).

(٥) في د: الكرمني.

(٦) في د: بتقدير.

(٧) في د: قبل إدراك الغلة والخراج لا يجب قبل إدراك الغلة؛ لأن وقت وجوب الخراج وقت إدراك الغلة، وكذا إذا.

(٨) في ب: ومن كان مثله.

(٩) في د: فلا زكاة فيها.

(١٠) في د: من وقت القبض.

بالقبض وبالفسخ لا ينتقص ملكه^(١). إن كانت [الأجرة]^(٢) دراهم وما شاكلها؛ لأنها لا تتعين^(٣).

وكان الشيخ الإمام مجد الدين السرخكتي^(٤) يقول: عندي الزكاة تجب على المستأجر أيضًا؛ لأنه يعد ذلك مالاً موضوعاً^(٥) ديناً له على الأجر^(٦).

(١) زاد في د: فيها.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: في الفسخ.

(٤) هو: محمد بن عبد الله بن فاعل الإمام أبو بكر السرخكتي بضم السين وسكون الراء وفتح الخاء المعجمة والكاف وفي آخرها التاء ثالث الحروف نسبة على سرخكت ثغر حسان بسمرقند قال السمعاني كان إماماً فاضلاً مرجع العلماء سمع أبا المعالي محمد بن محمد بن زيد الحسيني روى عنه جماعة كثيرة وتوفي بسمرقند مستهل ذي الحجة سنة ثمان عشرة وخمس مائة وكان من مناظري البرهان وحضر معه بينخارى ذكر الخاصي في فتاواه في الزكاة حكى عن الفضل أنه كان يقول زكاة الأجرة المعجلة في الإجارة الطويلة المرسومة على الأجر في السنين التي كانت الأجرة في يده؛ لأنه ملكها بالقبض وبالفسخ لا ينتقص ملكه إذا كانت الأجرة دراهم وما شاكلها؛ لأنها لا تتعين قال وكان الشيخ الإمام مجد الدين السرخكتي يقول عندي أن الزكاة تجب على المستأجر أيضًا؛ لأنه يعد ذلك مالاً موضوعاً ديناً له على الأجر.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٦٧، ٦٨).

(٥) زاد في د: عند الأجر.

(٦) مذهب الحنابلة، ونقله الكاساني عن محمد بن الفضل البخاري الحنفي، وهو قول عند الشافعية: إن الأجرة المعجلة لسنين إذا حال عليها الحول تجب على المؤجر زكاتها كلها؛ لأنه يملكها ملكاً تاماً من حين العقد. بدليل جواز تصرفه فيها، وإن كان ربما يلحقه دين بعد الحول بالفسخ الطارئ.

وعند المالكية لا زكاة على المؤجر فيما قبضه مقدماً إلا بتمام ملكه، فلو أجز نفسه ثلاث سنين بستين ديناراً، كل سنة بعشرين، وقبض الستين معجلة ولا شيء له غيرها، فإذا مر على ذلك حول فلا زكاة عليه؛ لأن العشرين التي هي أجرة السنة الأولى لم يتحقق ملكه لها إلا بانقضائها؛ لأنها كانت عنده بمثابة الوديعة، فلم يملكها حولا كاملاً، فإذا مر الحول الثاني زكى عشرين، وإذا مر الثالث زكى أربعين إلا ما أنقصته الزكاة، فإذا مر الرابع زكى الجميع. وفي قول عند المالكية وهو الأظهر للشافعية: لا تجب إلا زكاة ما استقر؛ لأن ما لم يستقر معرض للسقوط، فتجب زكاة العشرين الأولى بتمام الحول الأول؛ لأن الغيب كشف أنه ملكها من أول الحول. وإذا تم الحول الثاني فعليه زكاة عشرين لسنة وهي التي زكاها في آخر السنة الأولى، وزكاة عشرين لستين، وهي التي استقر عليها ملكه الآن، وهكذا.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٦)، والشرح الكبير، للدردير (١/٤٨٤)، والمنهاج وشرحه وحاشية قليوبي (٢/٤١)، والمغني، لابن قدامة (٣/٤٧).

وكذا في بيع الوفاء الذي اعتاده أهل سمرقند زكاة ذلك المال على البائع؛ لأنه ملكه بالقبض وعلى المشتري أيضًا؛ لأنه يعده مالا موضوعا دينا له على البائع وليس هذا إيجاب الزكاة على الشخصين^(١) هي مال واحد؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود [والفسوخ]^(٢).

وهكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الدين البزدوي - رحمه الله - هذه المسألة أيضًا في الجامع رجل له مائة درهم نقد ومائة درهم دين على إنسان تجب الزكاة ويكمل نصاب أحدهما بالآخر.

وفي نوادر زكاة عصام من أمر رجلاً أن يؤدي زكاته من مال نفسه فأدى المأمور^(٣) لا يرجع على الأمر ما لم يشترط الرجوع بخلاف النوائب^(٤)، والجبايات والمؤون المتعلقة بالمال إذا أمر غيره بأدائها [عنه]^(٥) [كان للمأمور أن]^(٦) يرجع على الأمر وإن لم يشترط الرجوع هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد علي البزدوي في شرح الجامع الصغير في كتاب الضمان؛ وإنما جاء الفرق باعتبار أن المؤون والجبايات [المتعلقة بالمال]^(٧) بمنزلة الدين في حق توجه المطالبة، ومن أمر غيره أن يؤدي عنه دينه^(٨) من مال نفسه يرجع على الأمر من غير شرط الرجوع، كذا هاهنا بخلاف الزكاة؛ لأن ثمة [لا مطالبة]^(٩) الخراج بمعنى الزكاة [أيضًا؛ ولهذا]^(١٠) لو لم [يطلب به]^(١١) السلطان^(١٢) يجب التصديق به^(١٣).

(١) في د: شخصين.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: من مال نفسه.

(٤) زاد في د: النوائب حيث يرجع من غير شرط نحو.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: فأداه.

(٩) في د: لا تتوجه المطالبة.

(١٠) سقط في د.

(١١) في د: يطالبه.

(١٢) زاد في د: حتى.

(١٣) زاد في د: كما يجب التصديق بقدر الزكاة.

وذكر - رحمه الله - في هذا الموضوع أن من قسم هذه المؤن على التسوية^(١) يكون مأجورًا وإن كان بغير حق، ومن^(٢) جنس هذه المسائل إذا أخذ السلطان رجلا ليصادره فقال المأخوذ لرجل: خلصني منه فدفعت مالا فخلصه منه والكفار إذا أخذوا رجلا فقال المأخوذ لرجل: خلصني منهم ففداه وخلصه منهم.

من المشايخ من قال: لا يرجع [المأمور]^(٣) على الأمر في المسألتين جميعا إلا إذا شرط الرجوع.

ومنهم من قال: فرق بينهما^(٤) فقال في الأسير يرجع بدون الشرط^(٥). وفي الذي أخذه السلطان لا يرجع إلا بالشرط^(٦) وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح سير الكبير في الباب الرابع من الدفتر الثاني وسوى بين المسألتين.

وقال: للمأمور أن يرجع على الأمر وهو الأصح^(٧) ومن هذا الجنس أيضا ما ذكر في الفتاوى إذا قال الرجل [لآخر]^(٨): ادفع درهما إلى الفقير فدفعت، ليس له أن يرجع [عليه إلا]^(٩) إذا وضعه على يد الأمر فحينئذ [كان]^(١٠) لو أن يرجع.

الزكاة تجب في المبيع قبل القبض على المشتري، إليه أشار في الجامع فإنه أوجب زكاة الأجرة إذا كانت [الأجرة]^(١١) عينا [قبل القبض والأجرة إذا كانت عينا فهو]^(١٢) بمنزلة المبيع حتى^(١٣) لا يجوز الاستبدال [بها قبل القبض كما في المبيع]^(١٤).

(١) في د: التسوية.

(٢) في أ، ب: من.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: بين المسألتين.

(٥) في د: شرط الرجوع.

(٦) في د: شرط الرجوع.

(٧) في د: الصحيح.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في د: على الأمر به إلا أن المأمور.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في د.

(١٢) في د: لأنها.

(١٣) في د: ولهذا.

(١٤) في د: بالمبيع قبل القبض، والله أعلم بالصواب.

فهرس المحتويات

تمة كتاب الصلاة

٣	الفصل الثالث: في مسائل الأذان
٣	أذان المحدث والجنب وإقامتهما
٨	الأذان قبل دخول وقته
٩	في تدارك الخلل الواقع في الأذان
١١	الأذان والإقامة للفوائت
١٤	الرجل يصلي في بيته بغير أذان وإقامة
٢٣	الفصل الرابع: ما يفعله المصلي بعد الافتتاح
٣٨	مسائل السجود
٤٩	بعض مسائل المقتدين
٥٧	بعض مسائل المسبوقين
٦٥	الفصل الخامس: الجمع بين المسبوق واللاحق
٧٨	الفصل السادس: ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته وما لا يكره
٩١	الفصل السابع: ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها
٩١	الأقوال المفسدة للصلاة
١١٧	الأفعال المفسدة للصلاة
١٤١	الفصل الثامن: من يصح الاقتداء به ومن لا يصح
١٤١	بيان تغير حال المصلي
١٦٧	بيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع
١٨٦	الفصل التاسع: المرور بين يدي المصلي ودرء المارّ وفي مسائل السترة
٢٠٢	الفصل العاشر: النوافل وفواتها عن وقتها وفي التراويح والوتر والقنوت ..

٢٠٧	مسائل التراويح
٢١٧	مسائل الوتر والقنوت
٢٣٨	الفصل الحادي عشر: في بيان المكان الذي يأتي فيه الرجل بالسنن
	الفصل الثاني عشر: فيمن سلم وعليه شيء من أفعال الصلاة وفي ارتفاع
٢٤٠	بعض أفعال الصلاة
٢٤٦	الفصل الثالث عشر: السهو في الصلاة
٢٤٨	بيان صفة سجود السهو وكيفية
٢٥٢	بيان محل سجود السهو
٢٥٤	بيان ما تجب به هذه سجدة السهو
٢٦٥	بيان ما يمنع الإتيان بسجود السهو
٢٦٨	في المتفرقات
	الفصل الرابع عشر: في مسائل الشك وفي الاختلاف الواقع بين الإمام
٢٧١	والمأموم
٢٨٢	مسائل الاختلاف الواقع بين الإمام والمأموم
٢٨٨	الفصل الخامس عشر: في الفوائت
٢٩٦	الفصل السادس عشر: في سجدة التلاوة
٢٩٦	بيان ما يتعلق به وجوب السجدة
٢٩٧	بيان من تجب عليه السجدة
٣٠٠	بيان ما يبطل السجدة
٣٠١	إذا أراد أن يقيم ركوع الصلاة مقام السجدة
٣٠٧	في المتفرقات
٣١٣	الفصل السابع عشر: في صلاة المسافرين
٣١٣	بيان أن المسافر متى يقصر الصلاة
٣٣١	بيان المواضع التي تصح نية الإقامة فيها والتي لا تصح

٣٥١ في المتفرقات
٣٥٣ الفصل الثامن عشر: في الحدث والاستخلاف
٣٦١ مسائل الاختلاف
٣٧٢ الفصل التاسع عشر: في الجمعة والعيدين والصلاة بعرفات، وتكبيرات التشريق
٤٠٣ الفصل العشرون: صلاة المريض والمجنون والمغمى عليه
٤١٧ الفصل الحادي والعشرون: في الصلاة على الدابة
٤٢٢ الفصل الثاني والعشرون: في العراة إذا صلوا
٤٢٣ الفصل الثالث والعشرون: صلاة الخوف والكسوف والخسوف والاستسقاء
٤٢٩ الفصل الرابع والعشرون: الرجل يصلي ومعه شيء من النجاسات
٤٣٢ الفصل الخامس والعشرون: في الجنائز
٤٣٢ بيان من يصلى عليه ومن لا يصلى عليه
٤٣٦ في معرفة الشهيد الذي لا يغسل
٤٤٥ في التكفين
٤٤٧ بيان من يصلي على الميت
٤٥٢ في اجتماع الجنائز
٤٥٤ في حمل الجنازة
٤٥٧ في الدفن
٤٦١ في الكافر يموت وله ولي مسلم
٤٦٤ في المتفرقات
٤٧٣ الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الزكاة

٤٨٧ الفصل الأول: في بيان مال الزكاة
٥٠٧ الفصل الثاني: إذا كان المؤدى أنقص من الواجب

- ٥٠٩ الفصل الثالث: في الرجل الذي له سائمة للتجارة
- ٥١١ الفصل الرابع: في صدقة الفصلان والحملان والعجاجيل
- ٥١٣ الفصل الخامس: في صرف الزكاة على وجه دون وجه
- ٥١٥ الفصل السادس: في تصرف الرجل في مال الزكاة بعد الحول
- ٥١٨ الفصل السابع: في انقطاع حكم الحول وعدمه
- ٥١٩ الفصل الثامن: الفصل الثامن: في هبة رب الدين الدين من مديونه وتصديق عليه
- ٥٢٣ الفصل التاسع: في المسائل التي تتعلق بمن يوضع فيه الزكاة
- ٥٣٨ الفصل العاشر: في المتفرقات
- ٥٤٥ فهرس المحتويات



AD-ḌAḤĪRA AL-BURHĀNIYYA

BY
AL-IMAM BURHAN ADDIN MAHMOUD
BEN AHMAD IBN MAZA
AL-MARGHINANI AL-BUKHARY
(D. 616 H.)

EDITED BY
DR. ABU AHMAD AL-ADILY - IBRAHIM MOHAMMED SALIM
OSAMA KAMAL OBAYD - ARABI IBRAHIM ABDULLAH
FAHIM AL-SAYED FAHIM AL-TAHYAWI - SABER YUSUF TOAYMA



الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزي إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم الحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الثالث

يحتوي على:

العشر والخراج - الصوم - الحج - النكاح



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاويته بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts)

قياس الصفحات 17 x 24 cm

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H.

بلد الطباعة لبنان

طبعة الأولى

Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[كتاب العشر والخراج:

وهو نوعان:

نوع في مسائل العشر.

ونوع في مسائل الخراج.

ومن أنواع^(١):

١ - في بيان أنواع الخراج.

٢ - في بيان مقدار الخراج.

٣ - فيما يجب عليه الخراج، ومن لا يجب عليه الخراج.

٤ - ما يسقط به الخراج، وما لا يسقط. في المتفرقات.

كتاب الصوم:

وفصوله تسعة:

الفصل الأول: في النية.

الفصل الثاني: في الشهادة على رؤية الهلال.

الفصل الثالث: في بيان ما يفسد الصوم، وما لا يفسده، وما يوجب القضاء والكفارة ويتصل به إذا أفطر ثم سافر في آخر النهار، أو مرض، أو حاضت المرأة بعد الجماع، أو حبست يوم الحيض، أو نوبة الحمى فلم يحضر ولم يحجبه، وما يوجب القضاء دون الكفارة.

الرابع: في بيان ما يكره من الصيامات، وما لا يكره.

الخامس: في المجنون والمغمى عليه.

السادس: في بيان ما يكره للصائم.

السابع: في العذر الذي يجوز معه الفطر.

الثامن: في صدقة الفطر.

التاسع: في الاعتكاف.

(١) كذا في د، والأصوب: أنواعه.

كتاب الحج :

وفصوله أحد عشر :

الأول: في: بيان من يجب عليه الحج ومن لا يجب .

الثاني: في المأمور بالحج عن الغير .

الثالث: في وقت الحج والعمرة .

الرابع: في الطواف والسعي .

الخامس: في الجمع بين الظهر والعصر بعرفات، وفي الجمع بين المغرب

والعشاء بمزدلفة .

السادس: في بيان الأفضل من الحج .

السابع: في معرفة فائت الحج .

الثامن: في ارتكاب محظورات الإحرام .

التاسع: في الوقوف بعرفة والشهادة عليه .

العاشر: في الوصية بالحج .

الحادي عشر: في المتفرقات^(١) .

(١) ما بين المعقوفين سقط في أ، ب، م .

كتاب العشر والخراج

نبدأ بمسائل العشر^(١)

قال محمد - رحمه الله -: كل^(٢) شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر فإنه لا يحتسب لصاحب الأرض أجر العامل ولا نفقة البقر^(٣).

قال القدوري - رحمه الله -: وما هلك من المال بعد وجوب الحق بغير فعل المالك سقط بقدره^(٤) ويعتد بما هلك في النصاب في قول من يعتبر النصاب ووقت الوجوب^(٥) عند أبي حنيفة - رحمه الله - عند ظهور الثمر.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - عند الإدراك، وعند محمد - رحمه الله - عند استحكامه وتصفيته وحصوله في الحظائر وثمره هذا الاختلاف على قول أبي حنيفة - رحمه الله - تظهر في الاستهلاك فإن [استهلكه بعد الوجوب]^(٦) يكون مضمونا عليه وما [استهلكه]^(٧) قبل الوجوب لا يكون مضمونا عليه وعندهما يظهر في حق هذا الحكم وفي حق تكميل النصاب.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: ما أكل من الثمرة، أو أطمع ضمن عشره. وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يضمن، ولكن يعتبر في حق تكميل الأوسق^(٨).

(١) العُشر: جزء من عشرة أجزاء، وما يؤخذ من زكاة الأرض التي أسلم أهلها عليها، وهي التي أحيها المسلمون.

ينظر: المعجم الوسيط، مادة (عَشَرَ) (٢/٦٠٢).

(٢) في د: في الكتاب كل.

(٣) زاد في د: صاحب الأرض.

(٤) في د: يقدر الهالك من المال.

(٥) زاد في د: الحق.

(٦) في ب: ما يستهلكه بعد الوجوب، وفي د: ما يستهلكه المالك.

(٧) في د: يستهلكه المالك.

(٨) الوسق: ستون صاعاً بصاع رسول الله ﷺ والصاع أربعة أمداد، والمد رطل وثلاث

بالبغداد، فهو خمسة أرتال وثلاث عند الحسن وابن سيرين، والعبرة فيه بالكيل على الصحيح، والمعتبر في الوزن من كل نوع الوسط فإنه يشتمل على الخفيف والرزين، وكيهه بالإردب المصري: ستة أرداب وربيع إردب، كما قاله القمولي بجعل القدحين صاعاً، كزكاة الفطر وكفارة اليمين، خلافاً للسبكي في جعلها خمسة أرداب ونصف وثلاث؛ لأنه جعل الصاع قدحين إلا سبكي مد، وقال الأزهري الوسق ستون صاعاً بصاع النبي، والخمسة =

قال محمد - رحمه الله - : السلطان إذا جعل العشر لصاحب الأرض لا يجوز، وهذا بلا خلاف وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة في باب المزارعة التي يشترط أحدهما^(١) لصاحبه شيئاً من الخارج بعينه [أن]^(٢) السلطان إذا ترك العشر على صاحب الأرض فهو على وجهين :

الأول^(٣) : أن يتركه إغفالاً منه بأن نسي وفي هذا الوجه كان على من عليه العشر أن يتصدق^(٤) قدر العشر إلى الفقير ؛ لأن السلطان ما ترك العشر عليه .

[الوجه الثاني]^(٥) : إذا تركه قصداً مع علمه به وأنه على وجهين أيضاً إن كان من عليه العشر غنياً كان ذلك له جائزة من السلطان ويضمن السلطان مثل ذلك من مال بيت مال الخراج كبيت مال الصدقة ؛ لأن سبيل [العشر]^(٦) أن يصرف إلى الفقراء لا إلى الأغنياء بخلاف الخراج ، ولو كان من عليه العشر فقيراً محتاجاً إلى العشر فترك ذلك عليه جاز وكان صدقة عليه فيجوز كما لو أخذ منه ثم صرفه إليه ولهذا قالوا : بأن السلطان إذا أخذ الزكاة من صاحب المال فقبل أن يصرفها إلى الفقراء افتقر صاحب المال كان له^(٧) أن يصرف زكاته إليه كما كان له أن يصرفها إلى غيره^(٨) .

قال : وليس لصاحب الطعام أن يأكل الطعام قبل أن يؤدي العشر ولا يسقط العشر

الأوسق : ثلاث مائة صاع ، والصاع : ثمانية أرطال ، وهو مثل الفقيز الحجاجي ومثل ربع الهاشمي ، وقال الخليل : الوسق : هو حمل البعير . والوقر : حمل البغل أو الحمار ، ويقدر الوسق عند الحنفية : بـ (١٩٥) كيلو جرام ، وذلك أنه ستون صاعاً ، والصاع : أربعة أمداد ، والمد : رطلان بالعراقي ، أي : (٨١٢,٥) جراماً ، فيكون مقدار الوسق : $(٨١٢,٥) \times ٤ = ٣,٢٥$ كغ $= ٦٠ \times ١٩٥$ كغ) ، وعند الجمهور : (١٢٢,٤) .

ينظر : المغرب في ترتيب المعرب (٣٥٥/٢) ، مادة (و س ق) ، وغريب الحديث ، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي ، تحقيق : الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط (١) ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م (٤٦٧/٢) .

(١) في د : أحد المزارعين .

(٢) سقط في د .

(٣) في د : الوجه الأول .

(٤) في د : يصرف .

(٥) في د : والثاني .

(٦) سقط في د .

(٧) في د : السلطان .

(٨) في د : غيرها .

بموت من عليه^(١) في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - .
 وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يسقط .
 وفي المنتقى إذا وجب العشر في الطعام وباعه السلطان من رب الأرض، أو من
 غيره قبل أن يقبضه يجوز، ولا يجوز ذلك في صدقة السوائم .
 وقال محمد - رحمه الله - : الطعام مثل [زكاة]^(٢) السائمة في حق جواز بيع ما
 وجب فيهما قبل القبض لا^(٣) ولا يجوز بيعه من رب الأرض ولا من غيره .
 قال محمد - رحمه الله - : في الأصل [أن]^(٤) من عليه العشر إذا صرف العشر إلى
 نفسه، أو إلى ابنه، أو إلى أبيه لا يجوز ولا يبرأ عن العشر فيما بينه وبين الله تعالى
 ومن عليه الخمس إذا صرف الخمس إلى نفسه وكان فقيراً يجوز ويخرج عن عهدة
 الخمس فيما بينه وبين الله تعالى .



(١) زاد في د: العشر .

(٢) سقط في د .

(٣) سقط في أ، ب .

(٤) سقط في د .

مسائل الخراج^(١) أنواع:

(١) الخراج لغة: الخراج يطلق ويراد به الغلة يقال: «خارجت فلانا»: إذا وافقته على شيء من الغلة يؤديه إليك كل مدة؛ قال أبو عبيد: هو الغلة؛ ألا ترى أنهم يسمون غلة الأرض، والدار، والمملوك خراجا؛ ومنه الحديث المروي: عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الخراج بالضمان».

وعَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، قَالَ: حَجَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبُو طَيْبَةَ، فَأَمَرَ لَهُ بِصَاحٍ مِنْ تَفْرِ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّقُوا عَنْهُ مِنْ خَرَجِهِ.

وقال الأزهري: الخراج اسم لما يخرج من الفرائض في الأموال، ويقع على القرية، وعلى مال الفيء، ويقع على الجزية، وعلى الغلة، والخراج مصدر، والجزية تسمى: خراجا. وقد كتب النبي ﷺ إلى قيصر كتابا مع دحية رضي الله عنه يخيره بين إحدى ثلاث، منها: أن يقر له بخراج يجري عليه.

واصطلاحا: قيل هو: «ما يخرج من غلة الأرض، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا، فيقال: أدى فلان خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم، يعني: الجزية».

قال ابن بطال الركي: ما يؤخذ من الأرض أو من الكفار بسبب الأمان.

دل على مشروعية الخراج الكتاب والسنة والمصلحة المرسله، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الكتاب: استدلل بعض أهل العلم على صحة مشروعية الخراج بقول الله تعالى:

﴿وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رَسُولَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٦١﴾ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٦٢﴾ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَبْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴿٦٣﴾ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شَخْخِ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٦٤﴾ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴿٦٥﴾﴾ [سورة الحشر: ٦ - ١٠] حيث شمل جميع المسلمين المتقدمين منهم والمتأخرين.

إلى أن قال: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَجَرُوا وَجَّهَهُدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾.

ثانياً السنة النبوية المطهرة: احتجوا من السنة على صحة مشروعية الخراج بما يلي:

١- روى أبو هريرة، قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْعَتِ الْعَرَاقُ دِرْهَمَهَا وَقَفِيْرَهَا، وَمَنْعَتِ الشَّامُ مِئْذِنَهَا، وَدِيْنَارَهَا، وَعُدْتُمْ مِنْ حَيْثُ بَدَأْتُمْ، قَالَهَا ثَلَاثًا، شَهِدَ عَلَىٰ ذَٰلِكَ لَحْمُ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَذَمَّتْهُ» [أخرجه مسلم (٣/٢٢٢٠)] في كتاب الفتن، باب: لا تقوم الساعة حتى يحسر الفرات (٣٣/٢٨٩٦)، وأبو داود (١/١٦٦) في الخراج، باب: إيقاف أرض السواد وأرض العنوة (٣٠٣٥)، وأحمد في المسند (٢/٢٦٢).

وجه الدلالة من هذا الحديث: قال يحيى بن آدم: إن رسول الله ﷺ ذكر القفيز والدرهم قبل أن يضعه عمر على الأرض، وقد علم ﷺ أن الصحابة رضوان الله عليهم سيضعون =

الخراج على الأرض، ولم يرشدهم إلى خلاف ذلك، بل قرره؛ قال الشوكاني: هذا الحديث من أعلام النبوة؛ لإخباره ﷺ بما سيكون من ملك المسلمين هذه الأقاليم ووضعهم الجزية والخراج، ثم بطلان ذلك بتغلب أهل الكفر على تلك الأقاليم. قال الطحاوي: «منعت» بمعنى: ستمنع: فدل ذلك على أنها لا تكون للغانمين؛ لأن ما ملكه الغانمون لا يكون فيه قفيز ولا درهم؛ ومن ثم فهو إخبار منه ﷺ لما في المستقبل، وإخباره صدق بلا ريب، ولو أن الفاتحين يقتسمون تلك الأرض فلن يجبي للمسلمين منها شيء، لا نقد ولا مأكول، فيلزم لأجل ذلك توقيفها على مصالح المسلمين. ينظر: نيل الأوطار (١٥/٨)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢/٢٦٢).

٢ - عن تَشِيرِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ، قَالَ: «قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ نِصْفَيْنِ: نِصْفًا لِأَنْوَابِهِ وَخَوَائِجِهِ، وَنِصْفًا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، قَسَمَهَا عَلَى ثَمَانِيَةِ عَشْرَ سَهْمًا». [أخرجه أبو داود (١٧٤/٢٠) كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب: ما جاء في حكم أرض خيبر (٣٠١٠)، ومن طريقه البيهقي (٦/٣١٧)].

وجه الدلالة: دلت السنة الفعلية على أن الحكم في الأراضي المفتوحة هو الوقف، ولو كان حكمها القسمة لفعّلها ﷺ في جميع الأراضي التي غنمها، ولكن لم يرد ذلك عنه ﷺ فكان حكم الأرض هو الوقف.

ينظر: الفواكه الدواني (١/٤٧٠)، وشرح مختصر خليل، للخرشي (٣/١٢٨، ١٢٩).
ثالثا المصلحة المرسلة:

المصلحة المرسلة: وهي التي لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء، فهي مصالح لا يشهد لها أصل بالاعتبار في الشرع، وإن كانت على سنن المصالح، وتلقينها العقول بالقبول. مختصر المنتهي، لابن الحاجب، ص (٢٨٩).

وبعبارة أخرى فهي المصلحة التي لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ولم يقيم دليل من الشرع على اعتبارها، أو إلغائها، مع أن في اعتبارها والأخذ بها جلب منفعة أو درء مضرة وهذه المصلحة سميت بالمرسلة؛ لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها، أو إلغائها، فالشارع سكت عنها ولم يترتب حكم على وفقها أو خلافها، ومن ثم فإن المصلحة المرسلة لا تحقق إلا في الوقائع التي سكت عنها الشارع، وليس لها أصل معين يمكن أن تقاس عليه، ويتحقق فيها معنى مناسب يصلح أن يكون مناطا لحكم شرعي.

ينظر: المستصفي، الإمام الغزالي (٢/١٣٩)، أصول الفقه، للشيخ محمد زكريا البرديسي، دار التأليف، ط (٢)، ١٣٨١هـ-١٩٦١م، ص (٣٢٤)؛ وأصول الفقه، لزكري الدين شعبان، ص (١٥٣).

وقد اقتضت المصلحة توفير مصادر دخل ثابتة للدولة وللمجتمع، حتى تتمكن الدولة من بناء التنمية ولذلك قال عمر: (فكيف بمن يأتي من المسلمين، فيجدون الأرض بعلاجها قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت...). ينظر: الخراج، لأبي يوسف، المطبعة السلفية، القاهرة، ص (٢٤).

وقال: (أرأيتم هذه الثغور، لا بد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام

[النوع] (١) الأول: في بيان أنواعه فنقول خراج الأراضي (٢) نوعان: خراج مقاسمة، وخراج وظيفة.

فخراج المقاسمة (٣) أن يفتح الإمام بلدة من بلاد أهل الحرب قهراً وعنوة ويمن

كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر لا بد لها من أن تشحن بالجيوش وإدراار العطاء عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلاج). ينظر: السابق. ومن نظر إلى حكمة مشروعية الخراج، وما يفهم منها من صيانة المجتمع وحفظ كيانه فلا شك يعلم أن الشريعة الإسلامية تقرر أن الدولة ضرورة اجتماعية منوط بحكومتها أن تقوم بمصالح المجتمع وتدير شؤونه. ولا ريب أن هذا لا يتحقق إلا بالإتفاق؛ لهذا كان للحكومة أن تطلب من رعاياها باسم التضامن الاجتماعي أن يتصافروا جميعاً على النهوض بعبء هذا الإتفاق، وذلك بأن تفرض عليهم الضرائب التي من بينها الخراج، ويقوموا بدفعها. ومن هذا يتبين أن أساس وضع الخراج في الإسلام هو إلزام الحكومة الإسلامية للأفراد والمزارعين بما لها من سلطان أمر؛ باعتبارها مسؤولة عن القيام بمصالح رعيته وتدير أمورها.

(١) سقط في د.

(٢) في د: الأرض.

(٣) هو أن يكون الواجب مقداراً محدداً شائعاً من الخارج، بمعنى أن يكون المفروض جزءاً شائعاً مما تنتجه الأرض إن أنتجت كالربع والخمس . . . وهذا يتعلق بالخارج من الأرض لا بالتمكن، فلو عطل المالك الأرض لا يجب الخراج، ولذلك فإنه يتكرر بتكرر الخراج في السنة، وقد حدث هذا النوع في عهد المهدي بن المنصور العباسي المتوفى سنة (١٦٩هـ)، حيث قرره بدلاً من خراج الوظيفة الذي كان معمولاً به في زمن الخليفة عمر بن الخطاب وذلك لأن السعر رخص فلم تعد تفي الغلات بخراجها.

ينظر: الأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص (٢٠٧).

قال يحيى بن آدم: أما مقاسمة السواد فإن الناس سألوها السلطان في آخر خلافة المنصور المتوفى سنة (١٥٨هـ) فقبض قبل أن يتقاسموا، ثم أمر المهدي بها فقسّموا فيه دون عقبة حلوان، وبناء على ذلك فإن اختيار نظام تقدير الخراج اجتهادي، يجتهد فيه ولي الأمر بما هو مناسب، فيجوز له اختيار نظام الوظيفة أو المقاسمة أو أي نظام آخر يراه مناسباً، ويحقق المصلحة العامة.

ينظر: فتوح البلدان، لأحمد بن يحيى بن جابر بن داود البلاذري، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ١٩٨٨م، ص (٢٦٧)، والاستخراج لأحكام الخراج، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص (٧٠)، الخراج، لأبي يوسف، ص (٨٥).

عليهم برقابهم وأراضيهم ويقاسمهم في زرع أراضيهم وثمار كرومهم على النصف، أو الثلث، أو الربع.

وخراج الوظيفة^(١) [صورتها]^(٢) أن يفتح الإمام بلدة من بلاد أهل الحرب [قهرًا، أو عنوة^(٣)]^(٤) ويمن عليهم برقابهم وأراضيهم فيوظف على الأراضي^(٥) مقدارًا معلومًا بالدرهم، أو الدينير، أو الطعام^(٦).

(١) يسمى أيضا خراج المساحة وهو: أن يكون الواجب شيئًا في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض، بمعنى أن من فرض عليه الخراج يلتزم بدفع مقدار محدد من إنتاج الأرض، ولو لم يزرع، بشرط أن يكون قادرًا على ذلك، فلو عطل المالك الأرض مع قدرته على زراعتها، وجب عليه الخراج.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢٢٧/٦)، والفتاوى الهندية (٢/٢٦٢).

ولا يجبي خراج الوظيفة إلا مرة واحدة في السنة، ويجوز أن يجبي هذا النوع من الخراج نقدًا أو عينًا.

وهذا ما فعله عمر رضي الله عنه في أرض السواد بعد فتحها؛ إذ تركها بأيدي أهلها وفرض على كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة قفيزًا مما يزرع فيها ودرهمًا، وعلى كل جريب الرطبة خمسة دراهم، وعلى كل جريب الكرم عشرة دراهم.

ينظر: المسوط، للسرخسي (٧٩/١٠)، وبدائع الصنائع (٦٢/٢)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٤٠/١٢)، والعزیز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية بيروت، ط (١)، ٢٠٠٠م (٤٥٤/١١).

(٢) سقط في د.

(٣) العنوة بفتح العين المهملة وسكون النون: القهر.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: أراضيهم.

(٦) الأرض الخراجية تتنوع إلى أنواع ثلاثة:

النوع الأول: أرض فتحها المسلمون صلحًا، على أن تكون للمسلمين، ويسكنها أهلها الكفار بخراج معلوم يؤديونه إلينا، فهذه الأرض فيء وخراجها أجرة، ولا تسقط بإسلامهم، بل يؤخذ منهم الأجرة، ولو صاروا أهل ذمة أخذ منهم الخراج والجزية معًا.

النوع الثاني: أرض فتحت عنوة، وقسمت بين الغانمين، ثم استنزلهم الإمام عنها، فراضاهم بعوض أو بغير عوض، ووقفها على المسلمين، وضرب عليها الخراج، كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بسواد العراق، وعلى الصحيح فيه، فهذه خراجية أيضًا، يضرب السلطان عليها الخراج بما يراه.

النوع الثالث: أرض جلا عنها الكفار، وهربوا خوفاً من المسلمين، وقلنا تصير وفقاً للمسلمين كما قاله الجمهور، فيضرب الخراج على من يسكنها أو ينتفع بها مسلماً كان أو ذمياً بما يراه الإمام.

ينظر: الأصل، للشيباني (١٢٠/٢)، والمبسوط (٢٠٧/٢)، وتحفة الفقهاء (١/٤٩٥)، والهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (١١٠/١)، والاختيار لتعليل المختار (١١٤/١)، والحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني، رتب أصوله العلامة السيد مهدي القادري، طبع عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (١/٥٦٠)، والأحكام السلطانية، للماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ص (١١٩)، والمغني، لابن قدامة (٤/١٨٦)، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، ص (١٨٤).

فهذه الأنواع الثلاثة من الأراضي الخراجية للإمام أن يضرب عليها الخراج، وله أن يشغلها بمعاملة أو مزارعة إن رأى صحتها، كما ثبت عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ حَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ». [أخرجه البخاري (١٠/٥) كتاب الحرث والمزارعة، باب: المزارعة بالشطر، حديث (٢٣٢٩) وفي (١٥/٥) باب: المزارعة مع اليهود، حديث (٢٣٣١) ومسلم (٣/١١٨٧) كتاب المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث (١٥٥١/٥)].

أما أرض صالحنا أهلها على أن تكون ملكاً لهم وعليهم خراج يؤديه إلينا، فهذا الخراج في الحقيقة جزية فيسقط بإسلامهم إن أسلموا، أو بانتقال ملكها إلى مسلم؛ لأنه لا جزية على مسلم.

ينظر: المغني، لابن قدامة (٤/١٩١)، وتحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، لأبي عبد الله، محمد بن إبراهيم بن سعد الله ابن جماعة الكناني الحموي الشافعي، بدر الدين، حقق وقدم له: الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحقيق ودراسة وتعليق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الثقافة بتفويض من رئاسة المحاكم الشرعية بقطر، قطر، الدوحة، ط (٣)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص (١٠٢، ١٠٣)، والأحكام السلطانية، للماوردي، ص (١٨٧، ١٨٨).

ويُزاد عند الإمام مالك رحمه الله: أن ما ملك من أراضي المشركين غنوة وقهراً، فإنها تصير وفقاً على المسلمين، بخراج يوضع عليها مطلقاً.

ينظر: الأحكام السلطانية، للماوردي، ص (١٨٨).

يزاد عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله: الأراضي المفتوحة غنوة وقهراً إذا منَّ الإمام على أصحابها وتركها في أيديهم.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/١٧٧).

- الأراضي المفتوحة صلحاً وتركت إلى أهلها على وظيفة معلومة.

عند الشافعية تكون جزية تسقط بإسلامهم أو بانتقال الأرض إلى مسلم. ينظر: تحرير الأحكام، ص(١٠٣).

- أراضي نصارى بني تغلب.

ينظر: بدائع الصنائع (١٧٨/٢).

- أرض الموات التي أحيها ذمي، وكذا داره التي اتخذها بستاناً.

- الأرض العشرية إذا تملكها ذمي.

الأرض المختلف في كونها خراجية أم عشرية:

الأرض المفتوحة عنوة إذا لم تقب بيد أصحابها ولم يتنازل الغانمون عن أربعة أخماسها، في حكمها خلاف على ثلاثة أقوال:

الأول: أن الإمام مخير بين قسمتها بين الغانمين، فتصير عشرية كسائر أراضي المسلمين، وبين أن يوقفها على مصالح المسلمين، فتصير خراجية، وإلى هذا ذهب الحنفية:

قال الإمام الكاساني: «وأما بيان ما يملكه الإمام من التصرف في الغنائم، فجملة الكلام فيه أنه إذا ظهر الإمام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة: المتاع، والأراضي، والرقاب، أما المتاع: فإنه يخمس ويقسم الباقي بين الغانمين، ولا خيار للإمام فيه.

وأما الأراضي فللإمام فيها خياران إن شاء خمسها ويقسم الباقي بين الغانمين لما بينا، وإن شاء تركها في يد أهلها بالخراج» [ينظر: بدائع الصنائع (١١٨/٧)]، وبهذا قال أيضا الحنابلة في معتمد المذهب.

قال العلامة البهوتي: «الأرضون على ثلاثة أضراب... ما أجلي عنها أهلها بالسيف، فيخير الإمام تخير مصلحة».

بدائع الصنائع (١١٦/٧)، ورد المحتار على الدر المختار (٢٢٩/٣)، وحاشية العدوي (٩/٢)، وبداية المجتهد (٤٠٢/١، ٤٠٣)، والأم، للشافعي (١٠٣/٤)، والأحكام السلطانية، للماوردي ص(١٣٧)، وكشاف القناع (٩٤/٣)، والإنصاف (١٩٠/٤)، والكافي في فقه الإمام أحمد (٣٢٨/٤).

واستدلوا بما روى بشير بن يسار، عن سهل بن أبي حنمة، قال: «قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ نِصْفَيْنِ: نِصْفًا لِنَوَائِبِهِ وَخَوَائِجِهِ، وَنِصْفًا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، قَسَمَهَا عَلَى ثَمَانِيَةِ عَشْرَ سَهْمًا».

ووجه الدلالة من الحديث:

دل هذا الحديث بظاهره على المدعى لجمعه ﷺ بين التقسيم والإيقاف على مصالح المسلمين، فدل ذلك على جواز الحالين.

معالم السنن (٣٠/٣)، وحاشية ابن القيم على سنن أبي داود، لابن القيم الدمشقي (٨/٨)

(١٧٠).

واستدلوا أيضا بالإجماع وذلك لإجماع الصحابة على فعل عمر في أرض سواد العراق، حيث لم يذكر إنكار منكر عليه.

بدائع الصنائع (٩٢/٦).

وهذا الإجماع في صحته نظر، ثم هذا الإجماع مسبق بما ثبت من فعله ﷺ فلا حاجة لهذا الإجماع.

الخراج، لأبي يوسف، ص (٣٥).

- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْعَتِ الْعِرَاقُ دِرْهَمَهَا وَقَفِيرَهَا، وَمَنْعَتِ الشَّامُ مُدِّيَهَا، وَدِينَارَهَا، وَعُدَّتُمْ مِنْ حَيْثُ بَدَأْتُمْ، قَالَهَا ثَلَاثًا، شَهِدَ عَلَيَّ ذَلِكَ لِحُكْمِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَدَمُهُ».

ووجه الدلالة: دل هذا الحديث على صحة المدعى؛ إذ إن النبي ﷺ أخبر الناس في حياته، وذلك قبل فتح هذه البلدان بزمن طويل، أن هذه البلدان الثلاثة منعت نقودها ومكاييلها، والمنع المقصود والمتبادر إلى الذهن هو عن المسلمين، وإخباره ﷺ صدق لا يحتمل الكذب بوجه ما، فلا بد من وقوعه، ولا يمكن وقوعه مع تقسيم أراضي العراق والشام ومصر بين الغانمين؛ لأن ذلك يستلزم عدم وجود الدفع الذي يترتب عليه المنع؛ لأن التقسيم يؤدي إلى وجود المنع منذ أول الأمر.

شرح النووي على صحيح مسلم (٢٠/١٨)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لليعني (١٠٢/١٥).

فعل عمر بن الخطاب بأرض سواد العراق حيث امتنع عن تقسيم أربعة أخماسها بين الفاتحين، ثم وقع القبول لرأيه والإجماع عليه.

المغني، لابن قدامة (١٨٩/٤).

الثاني: أنها تكون موقوفة على مصالح المسلمين، ليس للغانمين فيها أي حق، وإلى هذا ذهب المالكية، فقالوا: «ووقفت الأرض غير الموات من أرض الزراعة وكذا الدور على المشهور، بمجرد الاستيلاء عليها، ولا يحتاج إلى صيغة من الإمام ولا لتطبيب نفس المجاهدين...».

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٠/٢).

وهو رواية عند الحنابلة، قال ابن قدامة رحمه الله: (وما استأنف المسلمون فتحه عنوة ثلاث روايات: والثانية: أنه تصير وفقاً بنفس الاستيلاء عليها. . .).

المغني، لابن قدامة (٢٣/٣).

واستدلوا على ذلك بأن آية: ﴿مَّا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٥٩﴾، مخصصة لعموم آية خمس المغانم

﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبِئِ
السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَيَّ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّلَاقِ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَيَّ
كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال: ٤١].

وبيان ذلك أن آية الأنفال ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ عامة في كل مغنوم من منقول أو عقار، ثم جاءت آية الحشر ﴿مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ﴾ بينت العقار فقط؛ لأن المنقول لا يمكن أن يدوم حتى يصل إلى من يجيئون من بعدهم، فهنا حدث تعارض بين عموم وخصوص فيجمع بينهما بأن يخصص العام، ويعمل بالخاص فيما ورد فيه، ويبقى العموم على عمومه المتبقي، فتصير آية الأنفال عامة في المنقول، فيخمس ويعطى المرتزقة أربعة أخماسه، وأما المنقول فيصير لله ورسوله، ينفقه أمير المؤمنين في مصالح المسلمين. بداية المجتهد (٣٧٢/٢، ٣٧٣)، وأحكام القرآن، لابن العربي (٢١٣/٤، ٢١٤).

الثالث: أن الواجب فيها هو أربعة أخماسها بين الفاتحين، ولا يجوز للإمام أن يوقفها إلا بعد تطيب نفوس المقاتلة بعوض أو بغير عوض، وإلى هذا ذهب الشافعية، قال الإمام النووي: (الباب الثاني في الغنيمة، وذكرنا أنها المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار لا يجاف الخيل والركاب، وحل الغنيمة مختص بهذه الأمة، وكانت في أول الإسلام لرسول الله ﷺ خاصة . . . ثم نسخ ذلك، فجعل خمسها مقسوماً خمسة أسهم كالفيء، . . . وجعل أربعة أخماسها للغانمين . . .). روضة الطالبين (٣٦٨/٦).

وقال: (والأخماس الأربعة عقارها ومنقولها للغانمين . . .).

منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م ص (١٩٩).

وهو رواية عند الحنابلة: قال ابن قدامة: (والثالثة أن الواجب قسمتها).

المغني (٢٣/٣).

وإلى هذا ذهب الظاهرية؛ قال ابن حزم: (الخمس قد جعله الله تعالى لأهله الذين سمى، وسائر الغنيمة للغانمين . . . وتقسم الأرض وتخمس، كسائر الغنائم، ولا فرق، فإن طابت نفوس جميع أهل العسكر على تركها، أوقفها الإمام حينئذ للمسلمين، وإلا فلا . . .).

المحلى بالآثار، لابن حزم (٥٥٦/٧) مسألة رقم (٩٥٧).

واحتجوا على صحة ذلك بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فيقول تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ حُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبِئِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامِنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَيَّ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّلَاقِ الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَيَّ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال: ٤١] وهو المعتمد، أما آية الحشر

﴿مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ فلا تعارضها؛ لأن آية الأنفال في الغنيمة، وآية الحشر في الفبيء، ويدل على أن آية الحشر في الفبيء السياق؛ لأن الآيات كلها كانت تتحدث عن أرض بني النضير التي جعلها الله فينا على المسلمين.

بداية المجتهد (٢/٣٧٣).

أما السنة فقوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة: «وَأَيُّمَا قُوَّةٍ عَصَتْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، فَإِنَّ خُمُسَهَا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ». [أخرجه أبو داود (٣/١٣٥) في كتاب الخراج، باب: بما يلزم الإمام من أمر الرعية (٢٩٤٩)، وأخرجه البخاري من طريق آخر (٦/٢١٧)، في كتاب فرض الخمس، باب: قول الله تعالى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ (٣١١٧)].

وجه دلالة الحديث: حصر الأموال المغنومة بالقوة في شيئين، الأول الخمس وهو لله ورسوله والثاني الأربعة الأخماس الباقية للمسلمين.

مما تقدم يمكن حصر أدلة هذه الخلافات فيما يلي:

١- تعارض آية الأنفال مع آية الحشر، والراجح عدم التعارض، وأن آية الحشر في الفبيء خاصة، بدليل فعل النبي ﷺ في أرض خيبر ثم فعل عمر في سواد العراق، ولو كانت آية الأنفال في المنقول خاصة لطبقه النبي ﷺ ولترك العقار دون تقسيم، ثم ظهر ذلك لعمر فلم يعارضه أحد، ثم هذا التعارض هو بين دلالة مفهوم منطوق آية الأنفال ودلالة سياق الحشر فيقدم مفهوم المنطوق.

٢- دلالة مفهوم منطوق آية الحشر لا يقدر على مقاومة صريح فعل النبي في أرض خيبر حيث قسمها نصفين، نصف قسمه، ونصف أوقفه، وعليه فيكون فعل النبي ﷺ بيان لما قد يوجد من إجماع في فهم هذه الآيات.

٣- الإجماع الذي وقع مع فعل عمر، هو إجماع على جواز ذلك، لا على وجوبه وعليه فالراجح - والله أعلم - هو مذهب الأحناف ومن وافقهم أن مرد ذلك للإمام بحسب المصلحة وهو ما أشار إليه عمر بقوله: «أَمَا وَاللَّهِ نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ لَا أَنْ أَتْرُكَ آخِرَ النَّاسِ بَيِّنًا لَيْسَ لَهُمْ شَيْءٌ، مَا فَتِحَتْ عَلَيَّ قُوَّةٌ إِلَّا قَسَمْتُهَا كَمَا قَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ وَلِكَيْبِي أَتْرُكُهَا خِزَانَةً لَهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا» [أخرجه البخاري (٧/٥٦٠)، في كتاب المغازي، باب: غزوة خيبر (٤٢٣٥)] ومعلوم أن رسول الله ﷺ قسم على الغانمين نصفها فقط، وهذا هو الذي اختاره أبو عبيد القاسم بن سلام.

ينظر: الأموال، ص (٨١).

نوع آخر: في بيان مقدار الخراج^(١):

(١) اختلف العلماء في قدر المأخوذ من الأرض الخراجيه بناءً على اختلافهم في التعامل مع الروايات التي تصف فعل عمر بن الخطاب في أرض الخراج حين وضعه، وذلك على النحو التالي:

ذهب الإمام مالك - رحمه الله - إلى أن الخراج مرده إلى ولي الأمر يجتهد فيه بحسب المصلحة، ويراجع أهل الخبرة في ذلك؛ لأن قوله في أرض الخراج التي أخذت عنوة من أصحابها أن تقسيمها أو توقيفها على مصالح المسلمين، مرد ذلك كله لولي الأمر. ينظر: تهذيب الفروق والقواعد السنية، تأليف الشيخ: محمد علي ابن الشيخ حسين، وهو مطبوع بهامش «الفروق» للقرافي (١/١٤١)، ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لمحمد عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، دار الكتب العلمية، ط(١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص(٣١٣).

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى العمل بما ورد من فعل عمر بن الخطاب. فقال الحنفية: (إلى أن الواجب في الخراج على كل جريب يصلح للزراعة قفيز ودرهم وعلى كل جريب الرطبة خمسة دراهم، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم، وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والقطن والبستان وغيرها يوضع عليها بحسب الطاقة ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج). ينظر: الأصل، المعروف بالمبسوط للشيباني (٢/١٦٢)، وبدائع الصنائع (٣/٦٣)، والفتاوى الهندية (٢/٢٦٢).

وهذا المقدار ذكره أبو عبيد بقوله: (وضع عمر بن الخطاب - رحمه الله - على أهل السواد على كل جريب عامر أو غامر درهماً وقفيزاً، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم وخمسة أقفزة...).

الأموال، ص(٨٣).

واختاروا هذه الرواية لما يلي:

لأنها هي المنقولة عن عمر، وأما ما لم يرد في الرواية عن عمر فاعتبروا فيه الطاقة؛ ولأن ذلك كان بمحض من الصحابة - رضي الله عنهم - من غير نكير، فكان إجماعاً منهم. لأن هذا التفاوت مقنع، وذلك لأن كلاً منها تختلف مؤنهما، بعضها من بعض، فالكرم أخفها مؤنة فكان أكثرها فريضة، والمزارع أكثرها مؤنة فكان أقلها فريضة. الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (٢/٤٥٠، ٤٥١)، وشرح فتح القدير (٥/٢٨٢، ٢٨٣).

وقال الشافعية: إن المفروض هو على كل جريب شعير درهمان، وجريب الحنطة أربعة دراهم، وجريب الشجر وقصب السكر ستة، والنخل ثمانية، والكرم عشرة، وقيل: النخل عشرة، والزيتون اثنا عشر درهماً.

روضة الطالبين (١٠/٢٧٦)، والنجم الوهاج شرح المنهاج، للدميري (٩/٣٦٢). وهذا المقدار ذكره أبو عبيد بروايته عن الشعبي: أن عمر بعث ابن حنيف إلى السواد فطرز الخراج فوضع على جريب الشعير درهمين، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم،

وعلى جريب القصب ستة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية، وعلى جريب الكرم عشرة، وعلى جريب الزيتون اثني عشر.

ولعل الشافعية رجحوا هذه الرواية، حتى لا يكون المأخوذ من نوع القبالات المحرمة التي هي نوع ربا، ولذلك قال ابن عباس: القبالات حرام، وقال ابن عمر: القبالات ربا، والقبالات هي كراء الأرض بجزء مما يخرج منها، فتشتمل على بيع الشيء قبل بدو صلاحه، وقبل أن يخلق، وقد ورد النهي عن ذلك.
الأموال، ص (٨٣ - ٨٥).

وقال الحنابلة: إن المفروض هو على جريب الزيتون اثنا عشر درهماً، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وعلى جريب الرطبة ستة دراهم، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم، وعلى جريب الشعير درهماً.
ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد، للكلوذاني، مطابع القصيم، السعودية، ط (١)، ١٣٩١هـ، ص (٢١٨)، والشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت (١٠/٥٤٤)؛ والمبدع في شرح المقنع، لابن مفلح (٣/٣٨١).

وهذا المقدار ذكره أبو عبيد بروايته عن عمر بن ميمون يقول: شهدت عمر بن الخطاب وأتاه ابن حنيف فجعل يكلمه فسمعته يقول: وضعت على كل جريب من الأرض درهماً ووقفيزاً من طعام لا يشق ذلك عليهم ولا يجهدهم. [أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال، ص (٩٠)].

ورجحوا هذه الرواية عن عمر؛ لأنها أصح من غيرها؛ قال أبو عبيد: فلم يأتنا في هذا حديث عن عمر أصح من حديث عمرو بن ميمون.

ينظر المصدر السابق: الموضوع نفسه.
ولأن هذه الرواية ذكر فيها أعلى المقادير؛ لأن الأخذ بالأعلى والأصح أولى.
المبدع، لابن مفلح (٣/٣٨١).

قال الإمام أحمد: أعلى وأصح حديث في أرض السواد حديث عمر بن ميمون.
أحكام أهل الذمة، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، تحقيق: يوسف أحمد البكري - شاکر توفيق العاروري، رمادي للنشر، دار ابن حزم، الدمام، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (١/٢٦٩).

من خلال تتبع الأقوال السابقة وبيان أدلتها يتبين: عدم وجود حديث مرفوع إلى النبي ﷺ يلزم بمقدار معين يؤخذ من الأرض الخراجية.

ومرجع الجميع هو ما ورد من فعل عمر - رضی الله عنه - فعلى اعتبار صحة جميع تلك الروايات، فهي من باب خلاف التنوع، ومن باب تعدد الوقائع والأحوال فلا تعارض، ولا إلزام؛ لأنه اجتهاد صحابي فيما لا نص فيه، وبناءً على ذلك فلا نص ولا إلزام في المسألة، فالأمر مرده إلى الاجتهاد، يقوم به ولي الأمر بحسب اجتهاده، مع مشاورته لأولي الأمر، مع ضروة مراعاة ما يلي:

١ - جودة الأرض، وسهولة سقيها، وقلة عوائق الزراعة فيها، بحيث تعتبر الطاقة وقدر =

المؤنة.

الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (٤١٥/٢).

٢ - تجنب أن يكون المفروض من نوع القبالات المحرمة، التي هي نوع ربا، والقبالات المنهي عنها: أن يتقبل الرجل النخل والشجر والزرع النابت قبل أن يحصد ويدرك، وعله النهي أن فيه بيعًا للثمر قبل بدو صلاحه، وقيل أن يخلق، بشيء معلوم، ويكون ذلك بالمعاملة على الثلث أو الربع، وكراء الأرض البيضاء بقدر معلوم؛ لأن هذين ليسا من القبالات ولا يدخلان فيها، وهي التي اختارها الشافعية، خاصة أن إحدى روايات عمرو ابن ميمون يؤيدها والتي جاء فيها أن عمر قال: والله لئن وضعت على كل جريب من الأرض درهماً وقفيزاً من طعام.

الأموال، ص (٨٤، ٨٥).

ويؤيد هذا الشرط ما رواه أبو هريرة، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْعَتِ الْعِرَاقُ دِزْهَمَهَا وَقَفِيزَهَا، وَمَنْعَتِ الشَّامُ مُدِّيَهَا، وَدِينَارَهَا...» فجعل المستقاد من هذه البلاد نقداً أو قدرًا من الطعام وهذا تجنب للقبالات.

٣ - أن يكون المفروض غير شاق عليهم ولا يجهدهم، وهو مقياس الإسلام في التعامل؛ قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾.

وقد ذهب جماهير العلماء إلى جواز الزيادة والنقصان عما ورد عن عمر في ذلك وأن ما ورد عن عمر غير ملزم، وإلى هذا ذهب المالكية، والشافعية.

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص (٣١٣)، الأحكام السلطانية، للماوردي، ص (١٨٦).

والرواية المشهورة عن الإمام أحمد وقول الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله . المبسوط (٧٩/١٠)، الاستخراج لأحكام الخراج، لابن رجب الحنبلي، ص (٦٦)، (٦٧).

واستدلوا بما يلي:

١ - القياس العكسي على جواز النقصان، عندما لا تطبق الأرض ما فرض عليها، والنقصان مجمع عليه.

شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد (٢٨٣/٥).

٢ - قول عمر: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، وهذا يدل على جواز الحالين، وأن الأمر مربوط بإطاقة الأرض للمفروض عليها من عدمها.

المبسوط (٧٩/١٠).

وذهب أبو حنيفة ورواية عن أبي يوسف إلى جواز النقصان دون الزيادة واستدلوا بعدم زيادة عمر للمفروض حين علم بزيادة الطاق.

شرح فتح القدير (٢٨٤/٥).

وذهب الإمام أحمد في رواية أخرى إلى جواز الزيادة دون النقصان واستدل الحنابلة لهذه الرواية بقول عثمان بن حنيف: «لئن وضعت على كل جريب قفيزاً ودرهماً لا يجهدهم ولا يضرهم» وهذا يدل على جواز الزيادة عند عدم الضرر.

قال محمد - رحمه الله - في أراضي الخراج: على كل جريب^(١) يصلح للزراعة قفيز ودرهم وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وعلى جريب الزعفران بقدر ما يطيق.

أما أرض الزرع والكرم^(٢) والرطبة فالتقدير فيها من جهة عمر - رضي الله عنه^(٣) - .
وأما أرض الزعفران فلم يرد فيها تقدير من عمر - رضي الله عنه -؛ لأن لم يكن لسواد العراق الزعفران في ذلك الوقت، فاعتبر فيها الطاقة^(٤)؛ وهذا لأن الخراج توظيف بقدر الطاقة؛ ألا ترى أن عمر - رضي الله عنه - قال للذين مسحوا سواد العراق: «لعلكما حملتما الأراضي ما لا تطيق»^(٥) فقالا: بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطقت^(٦)، فقد اعتبر الطاقة.

وذكر القاضي الإمام الصدر الشهيد صدر الإسلام - رحمه الله - في كتاب العشر والخراج ذكر في بعض الروايات في أرض الزعفران قفيزاً ودرهما.
والجريب اسم لستين ذراعاً [في ستين ذراعاً]^(٧) بذراع^(٨) الملك وذراع الملك سبع قصبات^(٩) وذلك يزيد على ذراع العامة بقصبة^(١٠).

- = الاستخراج لأحكام الخراج، لابن رجب الحنبلي، ص (٧٦، ٧٧).
- وغاية ما في هذه الأدلة أقوال واجتهادات لعمر وعثمان بن حنيف، وهي ليست نصوصاً ملزمة بشيء ما، وعليه فالخراج مرده لولي الأمر يجتهد في تقديره ويزيد وينقص فيه بحسب المصلحة العامة، وبعد مشاورة أهل الاختصاص، كما هو قول جمهور أهل العلم.
- (١) الجريب = ٤٨ صاعاً، وعند الحنفية = ١٥٦ كيلوجرام، وعند الجمهور = ٩٧،٩٢ كيلو جرام. ينظر: الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية (١٥٨/٢، ١٥٩).
- (٢) هو شجر العنب ويطلق أيضاً على القلادة. ينظر: مختار الصحاح (٣٧/١)، مادة (كَرْم)، العين (٦٩/٥)، باب: الكاف والراء والميم.
- (٣) ينظر: المبسوط للسرخسي (٧٩/١٠)، وبدائع الصنائع (٦٢/٢)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٣٤٠/١٢)، وفتح العزيز شرح الوجيز (٤٥٤/١١).
- (٤) زاد في د: كما في الخراج.
- (٥) المبسوط للسرخسي (٥١/٣).
- (٦) في ب: لطاقت.
- (٧) سقط في د.
- (٨) في ب: بذرعان.
- (٩) في ب، د: قبضات.
- (١٠) في ب، د: بقبضة.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام - رحمه الله -: جريب الأراضي يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلدة ما يتعارف أهلها، والمراد من القفيز الصاع الذي كان على عهد رسول الله ﷺ وهو ثمانية أرتال بالعراقي وهو أربعة أمناء^(١) عند أبي حنيفة ومحمد^(٢) وهو قول الشافعي - رحمه الله - وهو صاع أهل المدينة وهذا القفيز يكون من الحنطة هكذا ذكر في موضع من كتاب العشر والخراج وذكر في موضع آخر منه ويكون هذا القفيز مما يزرع في ذلك الأرض وهو الصحيح.

ثم ما ذكرنا في مقدار الخراج فذلك إذا كانت الأراضي تطبق ذلك. وأما إذا كانت الأراضي لا تطبق ذلك بأن قل ريعها فإنه ينقص عنها إلى ما تطبق فالنقصان^(٣) عن وظيفة عمر - رضي الله عنه - إذا كانت^(٤) الأراضي لا تطبق [تلك الوظيفة] جائز^(٥) بالإجماع.

فأما الزيادة على تلك الوظيفة إذا كانت الأرض^(٦) تطبق الزيادة بأن كثر ريعها هل يجوز؟ ففي الأرض التي صدر التوظيف فيها من عمر - رضي الله عنه - لا تجوز [الزيادة]^(٧) بالإجماع وكذلك في الأراضي التي صدر التوظيف فيها من إمام بمثل وظيفة عمر - رضي الله عنه - لا تجوز الزيادة بالإجماع وإن أطاقت الزيادة وكذلك لو أن هذا الإمام وظف على أراض^(٨) مثل وظيفة عمر ثم أراد أن يزيد على تلك الوظيفة ليس له ذلك وإن كانت الأراضي تطبق ذلك وكذلك لو أراد أن يحولها إلى وظيفة أخرى بأن كانت الوظيفة الأولى دراهم فأراد أن يحولها إلى المقاسمة، أو كانت الوظيفة الأولى مقاسمة فأراد أن يحولها إلى الدراهم فليس له ذلك.

(١) أمثناء: جمع من وهو رطلان، والصاع ثمانية أرتال فالمن ربع الصاع.

ينظر: منحة الخالق على البحر الرائق (٩٢/٢).

(٢) زاد في ب، د: وهو قول أبي يوسف الأول ثم أبو يوسف رجوع وقال: وهو خمسة أرتال وثلاث رطل.

(٣) في د: فإن النقصان.

(٤) في ب: كان.

(٥) في ب: جائزة.

(٦) في د: الأراضي.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: الأراضي.

وأما الأراضي التي يريد الإمام توظيف الخراج عليها ابتداءً فإذا^(١) زاد على وظيفة عمر - رضي الله عنه - [يجوز]^(٢) على قول محمد - رحمه الله - وإحدى الروایتين عن أبي يوسف [و]^(٣) لا يجوز [على قول أبي حنيفة وإحدى الروایتين عن أبي يوسف]^(٤) وهو الصحيح، هذا هو الكلام في خراج الوظيفة.

جئنا إلى خراج المقاسمة فالتقدير فيه مفوض إلى^(٥) الإمام [ولكن]^(٦) لا يزداد على نصف الخارج، ثم إن محمداً - رحمه الله - يعتبر طاقة الأراضي في الخراج، ومعنى الطاقة ألا يزيد الخراج على نصف الخارج.

وروى داود^(٧) بن رشيد عن محمد - رحمه الله - في معنى الطاقة: أن يترك لكل رجل من أصحاب الأراضي من زرعه ما يقوته ويقوت عياله وبذره في أرضه إلى أن يعود الزرع من قابل، وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام معنى الطاقة في أرض الزعفران فقال: ينظر إلى ما يخرج من جريب الأرض من الزرع قيمته فإن كان قيمته مائة ينظر إلى الواجب فيه وهو قفيز ودرهم كم يبلغ فإن كان يبلغ أربعة بأن^(٨) كان قيمة القفيز ثلاثاً عرفت أن الواجب في المائة أربعة دراهم، ثم ينظر إلى الخارج من الزعفران كم قيمته، فإن كان قيمته مائة تجب فيه أربعة، وإن كانت قيمته مائتين يجب فيه ثمانية فعلى هذا القياس يجب.



(١) في ب: أما الأراضي التي وإذا.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) زاد في د: الإمام.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: شداد.

(٨) في د: منه إن.

نوع آخر: في بيان من يجب عليه الخراج ومن لا يجب عليه الخراج: قال محمد - رحمه الله - في كتاب العشر والخراج: وليس في النخل والشجر شيء ومعنى المسألة إن كان حول المزارعة أشجار إلا أنها [لا]^(١) تكون ملتفة بحيث يمكن [زراعة ما]^(٢) تحتها فإنه لا يجب بسبب الأشجار والنخل وظيفة أخرى زيادة على خراج الأرض.

فأما إن كان في نفس المزارعة أشجار ملتفة بحيث لا يمكن زراعة ما تحتها ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب العشر والخراج من الأصل أنه يوضع على كل جريب عشرة دراهم ولم يذكر أن هذا قول من.

وفي النوادر عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يوضع على كل جريب عشرة دراهم مثل ما ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل وذكر محمد - رحمه الله - في نوادر الزكاة.

وفي الجامع الصغير أن على قوله: يوضع على كل جريب بقدر ما يطيق وتبين مما ذكر محمد - رحمه الله - من قوله في النوادر.

وفي الجامع الصغير: أن المذكور في الأصل قول أبي يوسف - رحمه الله - قال في كتاب العشر والخراج: رجل له أرض غرس مائة جريب منها كرما وهي مما لا تبلغ سنين ولا تثمر شيئاً لا قليلاً ولا كثيراً فإن عليه ما يجب في أرض تزرع في كل جريب قفيز ودرهم ولا يجب عليه خراج الكرم فإن بلغ الكرم وأثمر وكانت قيمة الخراج من كل جريب تبلغ عشرين درهما فصاعداً فعليه خراج الكرم عشرة دراهم في كل جريب^(٣)، وإن كانت قيمة الخراج أقل من عشرين درهما فإنه يؤخذ بقدر نصف الخراج إلا أن يكون نصف الخراج أقل من قفيز درهم فحينئذ يؤخذ منه قفيز ودرهم.

وذكر في بعض الروايات أنه إذا كان الخراج أقل من عشرين [درهما]^(٤) يؤخذ منه

(١) سقط في د.

(٢) في د: الزراعة فيما.

(٣) الأصل للشيباني (٥٤٢/٧).

(٤) سقط في ب.

قفيز ودرهم^(١).

وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح كتاب العشر والخراج إذا زرع في أرض الخراج الأشجار التي ليس لها ثمر^(٢) مثل الخلاف وأشباهه [فها هنا]^(٣) قفيز ودرهم إذا كان جريباً.

وذكر أيضاً إذا غرس نخيلاً، أو أشجاراً أخرى مثمرة تلتف في جميع الأرض وهي جريب ففيها عشرة دراهم وإن لم يبلغ هكذا ذكر^(٤) في بعض الروايات. قال محمد - رحمه الله - في كتاب العشر والخراج: أيضاً ولو أن رجلاً له أرض خراج وهي سبخة لا تصلح للزراعة ولا يبلغها الماء وهي مما تصلح أن تعالج وتزرع فعلى صاحبها الخراج.

قال الشيخ الإمام الحلواني - رحمه الله -: مراده من هذا أن الخراج إنما لا يجب بشرطين أن ينقطع الماء عنها وأن يغلب عليها السبخة حتى أنه إذا انقطع الماء عن أرض الخراج وأنها ليست بسبخة، أو كانت سبخة إلا أنه يصل الماء إليها يجب الخراج؛ لأن السبخة تزول متى عولجت بالماء، وكان التمكن من الزراعة ثابتاً إذا كان الماء يصل إليها، وإذا لم يكن سبخة إلا أنه انقطع [الماء]^(٥) عنها ممكن زراعتها بماء السماء، والتمكن من الزراعة يكفي لوجوب الخراج وعن هذا قلنا: إن أرض الخراج إذا انقطع الماء عنها عامّاً أو عامين لا يسقط الخراج؛ لأن السماء تسقيها فينزل ذلك منزلة ماء النهر.

فأما إذا كانت الأرض سبخة والماء لا يصل إليها لا يجب الخراج هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -.

اعلم بأنه يختلف السبخ في هذه الصورة في بعضها أن الخراج لا يجب. وفي بعضها أن الخراج [يجب]^(٦) والمشايخ وقفوا فقالوا^(٧): موضوع المسألة في السبخة

(١) المحيط البرهاني (٢/٣٤٩).

(٢) في د: ثمرة.

(٣) في د: ففيها.

(٤) في د: روي.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: فقال بعضهم.

التي فيها [وجوب] ^(١) الخراج أن تكون السبخة [فيها] ^(٢) قليلة بأن تكون السبخة في جانب واحد من جوانب الأرض وعمامة جوانبها صالحة للزراعة، وهذا لا يوجب سقوط الخراج وموضوع المسألة في السبخة التي [فيها نفي وجوب] ^(٣) الخراج أن السبخة ^(٤) تكون عالية على الأرض كلها وسقوط الخراج في هذه الصورة ظاهر. وكذلك إن لم تكن الأرض مسبخة في الأصل وتركها ^(٥) حتى صارت سبخة فلا خراج فيها بعدما صارت سبخة وكذلك إن كانت الأرض ذات نز لا تخرج شيئاً فلا خراج فيها ذكر هذين الفصلين صدر الإسلام - رحمه الله - .

وإذا ^(٦) استأجر الرجل أرضاً وزرعها، أو استعار أرضاً وزرعها والخراج خراج وظيفة [فالخراج على الآجر والمعير، وإن غصب أرضاً وزرعها فالخراج خراج وظيفة] ^(٧) فإن لم تنقص الزراعة الأرض فالخراج على الغاصب، وهذا إذا كان الغاصب جاحداً ولم يكن للمالك بينة عادلة ^(٨) .

أما إذا كان الغاصب مقراً، أو كانت للغاصب بينة عادلة فقد اختلف المشايخ [فيه] ^(٩) .

قال بعضهم: يجب الخراج على المالك.

وقال بعضهم: يجب على الغاصب على كل حال.

وروى المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - أن الخراج على المالك في هذه الصورة.

وأما إذا نقصها الزراعة وغرم الغاصب النقصان فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - الخراج على رب الأرض وهذا ^(١٠) رواية عن أبي يوسف، وعن محمد - رحمه الله -

(١) سقط في د.

(٢) سقط في ب.

(٣) في د: ليست فيها.

(٤) زاد في د: كثيرة بأن.

(٥) في د: وتركت.

(٦) في ب: وإن.

(٧) سقط في د.

(٨) زاد في د: على ذلك.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د: وهو.

فيه روايتان :

في رواية قال: إن كان النقصان أقل من الخراج فالخراج على الغاصب ويدخل في ذلك النقصان حتى لا يضمن الغاصب لرب الأرض نقصان الأرض وإن كان النقصان مثل الخراج، أو أكثر فالخراج على رب الأرض.

وفي رواية قال: مقدار ما حصل من الضمان يجب على رب الأرض والباقي على الغاصب وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - .

وفي المنتقى عن أبي يوسف في فصل الغصب أن الخراج على رب الأرض نقصتها الزراعة، أو لم تنقصها.

وفي المعقود عليه بطريق الوفاء إذا وقع التقابض بين المتعاقدين^(١) وزرع فيها المشتري وأخذ الغلة فالخراج على من؟ فاعلم بأن هذه المسألة ومسألة الغصب على السواء؛ لأن المعقود عليه عند^(٢) الوفاء في الحقيقة رهن وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن فيصير المشتري بالزراعة غاصبا فيكون في وجوب الخراج على البائع، أو على المشتري خلاف على نحو ما ذكرنا في المغصوب.

رجل له أرض خراج باعها من غيره فهذه المسألة على وجهين:

الأول: أن تكون الأرض فارغة والجواب في هذا الوجه أنه لو بقي من السنة مقدار ما يقدر المشتري على زراعتها قبل دخول السنة الثانية فالخراج على [المشتري وإن لم يبق من السنة مقدار ما يقدر المشتري على زراعتها قبل دخول السنة الثانية فالخراج على البائع]^(٣) وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - في النوادر فإنه ذكر في النوادر إذا غرق أرض الخراج ثم نضب الماء عنها في وقت [يقدر عليه زراعتها قبل دخول السنة الثانية فلم يزرعها فعليه الخراج وإن نضب الماء عنها في وقت]^(٤) لا يقدر على زراعتها ثانيًا قبل دخول السنة الثانية لا يجب الخراج^(٥) ثم اختلف المشايخ فيها بينهم أن المعتبر زرع الحنطة والشعير، أو أي زرع كان؟ والفقيه أبو القاسم كان

(١) في د: العاقدين .

(٢) في د: في عقد .

(٣) ما بين المعقوفين في د: البائع لا على المشتري .

(٤) سقط في ب .

(٥) زاد في د: في هذه الصورة .

يعتبر زرع الحنطة، أو الشعير.

وكذلك اختلفوا [أنه هل يشترط إدراك]^(١) الربيع بكماله [هل هو شرط]^(٢) بعضهم شرطوا وقالوا: إذا بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من أن يزرع الأرض ويدرك ريعها قبل دخول السنة الثانية فلم يزرعها فالخراج على المشتري. وإن كان بخلافه فلا خراج عليه وإلى هذا القول [مال]^(٣) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وبعضهم لم يشترطوا إدراك الربيع بكماله.

وقالوا: إذا بقي من السنة مقدار ما يمكنه أنه يزرع الأرض^(٤) أي زرع كان فيصير قصيلا^(٥) فتبلغ قيمته قدر الخراج^(٦) ومثله يوجب^(٧) الخراج على المشتري. وإن كان بخلافه فالخراج على البائع وكان الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - يختار أنه إن بقي من السنة تسعون يوما فالخراج على المشتري وإن كان أقل من ذلك فالخراج على البائع، وهذا منه اعتبار [زرع]^(٨) الدخن وإدراك الربيع بكماله فإن ربيع الدخن يدرك في مثل هذه المدة، وما ذكرنا من التفاصيل^(٩) فذلك في خراج يؤخذ في آخر السنة.

أما كل خراج يؤخذ في أول السنة على سبيل التقدمة والاستعجال فذلك لا يكون لا على البائع ولا على المشتري.

الوجه الثاني: إذا كانت الأرض مزروعة فإن كان الزرع لم يبلغ بعد فالخراج على المشتري على كل حال، ذكره^(١٠) في نوادر مختصر عصام وإن كان الزرع قد بلغ وانعقد الحب كان هذا، وما لو باع أرضا فارغة سواء في حق هذا الحكم ويعتبر في

(١) في د: في إن أدرك.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في د.

(٤) زاد في د: من.

(٥) القصيل: ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب.

ينظر: المعجم الوسيط (٢/٣٩٧).

(٦) في ب: الخراج.

(٧) في ب: يجب.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: التفاضل.

(١٠) في ب: ذكره.

ذلك المدة ويكون هذا بمنزلة ما لو باع حنطة من تبته مع الأرض^(١).

في آخر فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل له أرض خراج باعها من رجل ومكثت عند المشتري شهرا ثم باعها المشتري من رجل آخر ومكثت عنده شهرا أيضا ثم وثم يبيع كل مشتري بعد شهر حتى مضت السنة وليس على واحد منهما الخراج^(٢) وأنه ظاهر حتى إذا كان في يد المشتري الآخر مقدار ما يتمكن من الزراعة على حسب ما اختلفوا [فيه]^(٣) يجب الخراج عليه، وإذا كان للأرض ريعان خريفي وربيعي وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشتري وتمكن كل واحد منهما من تحصيل أحد الريعين لنفسه فالخراج عليهما، هكذا ذكر صدر الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب العشر والخراج.



(١) المحيط البرهاني (٢/٣٤٨)، البحر الرائق (٥/١١٨).

(٢) في د: خراجها.

(٣) سقط في ب.

نوع آخر: في بيان ما يسقط^(١) الخراج [وما لا يسقط]^(٢):
قال محمد - رحمه الله -: إذا زرع [أرضه الخراجية]^(٣) فأصاب زرعها آفة فاصطلمه فلا خراج عليه فرق بين هذا وبين ما إذا لم يزرعها وهذا إذا ذهب كل الخارج.

وأما إذا ذهب بعض الخارج^(٤) فإن بقي من الخارج [مقدار الخراج]^(٥) ومثله بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج.
وإن بقي أقل من مقدار الخراج ومثله لا يجب تمام الوظيفة وإنما يجب قيمة نصف الخراج^(٦).

قال مشايخنا - رحمهم الله -: والصواب في مثل هذا أن ينظر الإمام أولاً إلى ما أنفق هذا الرجل في هذه الأرض وينظر إلى الخارج فيحسب له ما أنفق [فيها]^(٧) فيرفع أولاً من الخارج فإن فضل منه شيء أخذ منه الخراج على نحو ما بينا.
قال مشايخنا - رحمهم الله -: وما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب إن الخراج يسقط بهلاك جميع الغلة محمول على ما إذا لم يبق من السنة بمقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً قبل دخول السنة الثانية.

أما إذا بقي من السنة مقدار ما [يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً قبل دخول السنة الثانية فلم]^(٨) يزرعها لا يسقط عنه الخراج ويؤيد مسألة النوادر على ما تقدم ذكرها.
وذكر القاضي الإمام أبو المظفر^(٩) - رحمه الله - في شرح كتاب العشر والخراج [أن الخراج]^(١٠) إنما يسقط بهلاك الغلة إذا كان الهلاك بأفة سماوية لا يمكن التحرز

(١) زاد في د: به.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: أرضاً خراجية.

(٤) في د: دون البعض.

(٥) سقط في ب، وفي د: مقدار.

(٦) في ب: الخارج.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في د.

(٩) في المحيط البرهاني (٢/٣٥٢): القاضي الإمام المظفر.

(١٠) سقط في د.

عنها؛ كالحرق والغرق والبرد^(١) ونحوها.
وأما إذا كان [الهلاك]^(٢) بأفة يمكن التحرز عنها كأكل السبع ونحو ذلك لا يسقط [الخراج]^(٣) وبعض مشايخنا قالوا: لا خراج إن هلك بأفة يمكن التحرز عنها والقول الأول أصح^(٤).

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة [أن]^(٥) هلاك الخارج قبل الحصاد يسقط الخراج وهلاكه بعد الحصاد لا يسقط الخراج ويسقط خراج الأراضي بموت من عليه إذا كان خراج وظيفة في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - .
وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يسقط .
ووقع الفرق بين الخراج وبين العشر^(٦) على ظاهر الرواية وعلى^(٧) رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة [- رحمه الله - فإن العشر لا يسقط بموت من عليه .
وفي ظاهر رواية أصحابنا .
وفي رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة]^(٨): يسقط .

-
- (١) في د: والزرذ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) المحيط البرهاني (٣٥٢/٢).
(٥) سقط في د.
(٦) الخراج كحكم العشر إلا أنه يوضع في موضع الخراج؛ لأنه في الحقيقة خراج .
الصلة بين الخراج والعشر: أن كلا منهما يجب على غير المسلم، ويصرف في مصارف الفيء، ولذلك أطلق عليه بعض الفقهاء: الجزية العشرية، والفرق بينهما: أن الخراج يوضع على رقبة الأرض، أما العشر فيوضع على الأموال التجارية .
والصلة بينه وبين الجزية: أنهما يجبان على أهل الذمة ويصرفان في مصارف الفيء، والفرق بينهما: أن الجزية توضع على الرؤوس، بينما الخراج يوضع على الأرض، وأن الجزية تسقط بالإسلام، أما الخراج فلا يسقط بالإسلام، ويبقى مع الإسلام والكفر .
ينظر: المبسوط للسرخسي (٧٩/١٠)، تحفة الفقهاء (٣٢٤/١)، (٣٢٥)، المذهب (١/١٥٧)، المغني في الأنباء عن غريب المذهب والأسماء، لإسماعيل بن أبي البركات بن باطيش، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ص (٦٥٥)، المطلع على أبواب المقنع، ص (٢٣٧)، المغرب (٢٤٩/١)، الاستخراج في أحكام الخراج، لابن رجب، ص (١٥٥-١٥٩).

(٧) في د: وفي .

(٨) سقط في د .

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل اشترى أرضًا خراجية وبنى فيها دارًا فعليها الخراج.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا جعل أرضه الخراجية مقبرة، أو خانًا للغلة، أو مسكنًا للفقراء يسقط الخراج [عنها]^(١).

من عليه الخراج إذا لم يؤد حتى مضى عليه سنون لا يؤخذ لما مضى عند أبي حنيفة وهو على الاختلاف [المذكور]^(٢). في الجزية في السير الصغير لشيخ الإسلام في باب توظيف الجزية.

نوع آخر في المتفرقات:

الخراج لا يجب في كل سنة إلا مرة واحدة زرع المالك مرة [واحدة]^(٣)، أو مرارًا^(٤).

أوان وجوب الخراج عند أبي حنيفة - رحمه الله - أول السنة ولكن يشترط بقاء الأرض النامية في مدة سنة إما حقيقة، أو اعتبارًا.

السلطان إذا جعل خراج الأرض لصاحب الأرض وتركه عليه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: يجوز إذا كان صاحب الأرض أهلاً لصرف الخراج إليه.

قال أبو يوسف - رحمه الله -: ألا ترى أن السلطان لو قبض الخراج عن صاحب الأرض ثم رأى^(٥) الصرف إليه أولى فصرفه إليه جاز^(٦) ولا فائدة في أخذه ثم دفعه.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أنه لا يجوز وينبغي لمن عليه أن يؤدي ما عليه من الخراج.

وفي نوادر هشام: إذا جعل السلطان خراج الأرض لصاحب الأرض يجوز من غير ذكر خلاف.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في د.

(٤) زاد في د: في سنة.

(٥) زاد في د: أن.

(٦) في ب: جائز.

وعنه أيضا قال: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - قال ذلك، قلت^(١): ولم؟ [وإنما هو]^(٢) للمسلمين قال: هو بمنزلة الجائزة وعن أبي يوسف - رحمه الله - السلطان إذا ترك الخراج ولم يعلم أنه ليس بمحل صرف الخراج إليه ينبغي أن يجهز غازيا أو يتصدق به على المساكين.

وفي الجامع الأصغر: إذا لم يطلب الخراج من أرض الخراج فعلى صاحب الأرض أن يتصدق بذلك وإن تصدق بعد الطلب لم يخرج عن العهدة^(٣).

قال في كتاب العشر والخراج: إذا كان للرجل أرض خراجية لا يسعه أن يأكل منها حتى يؤدي خراجها بعض مشايخنا قالوا: هذا إذا كان [الخراج]^(٤) خراج مقاسمة.

وأما إذا كان خراج وظيفة فهو يجب في الذمة لا تعلق له بالمحل^(٥) وكان الخراج حق صاحب الأرض على الخلوص وبعضهم قالوا: إذا كان الخراج خراج وظيفة فالجواب [يكون]^(٦) كذلك؛ لأن للسلطان حق حبس الخراج بالخراج فهو بالأكل يؤيد^(٧) إبطال هذا الحق على السلطان فلا^(٨) يقدر عليه.

إذا كان للرجل أرض زعفران^(٩) ترك زرع^(١٠) الزعفران [بغير عذر]^(١١) وزرع فيها الحبوب يوضع عليه خراج الزعفران وكذلك من انتقل إلى أخس الأمرين بغير عذر بأن كان له كرم مثلا فقلعه وزرع فيها الحبوب يوضع عليه خراج الكرم.

عامل الخراج إذا أخذ الخراج من الأكار ورب الأرض غائب [في ظاهر الرواية]^(١٢) أنه لا يرجع على رب الأرض.

وذكر النسفي - رحمه الله - في آخر زكاة فتاويه أنه يرجع والمستأجر نظير الأكار

- (١) زاد في د: له.
- (٢) في د: إنها هي.
- (٣) في د: عهدة الخراج.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في د: بالخارج.
- (٦) سقط في د.
- (٧) في د: يريد.
- (٨) في د: فوجب ألا.
- (٩) في د: الزعفران.
- (١٠) سقط في د.
- (١١) سقط في د.
- (١٢) سقط في د.

وكذلك الجواب في الجباية إذا أخذها العامل من المستأجر، أو من عليه دار الإمام إذا دفع الأراضي المملوكة وتفسيرها [الأراضي]^(١) التي لا مالك لها دفعها إلى قوم ليزرعوها ويعطوا الخراج جاز وطريق ذلك أن يقيمهم الإمام مقام الملاك في الزراعة وأعطى^(٢) الخراج.

وأصل هذه المسألة ما ذكر في كتاب العشر والخراج.

وفي الزيادات: لو أن قوما من أصل الخراج عجزوا عن عمارة الأراضي واستغلالها ولم يكن عندهم ما يؤدون به الخراج لم يكن للإمام أن يأخذ [الأراضي]^(٣) منهم ويدفعها إلى غيرهم على سبيل التملك لما فيه من إبطال ملكهم المعصوم ولكن يدفع الأراضي مزارعة، [أو يؤجرها]^(٤) ممن يقدر على زراعتها ويأخذ الخراج من نصيب الدهقنة في فصل المزارعة ومن الأجرة في فصل الإجارة فإن فضل شيء^(٥) يرد [الفضل]^(٦) على أصحاب الأراضي فإن لم يجد من يأخذها مزارعة، أو يستأجرها^(٧) فالإمام يبيع هذه الأراضي ممن يقدر على زراعتها ويأخذ الخراج من الثمن [وكان مراعاته]^(٨) حق المقابلة^(٩) في الخراج أولى من مراعاة حق أصحاب الأراضي^(١٠) في الأراضي؛ لأن حق أصحاب الأراضي بالبيع يزول [عن الأراضي]^(١١) بعوض يعدلها [وحق المقابلة في الخراج]^(١٢) يزول بغير عوض وكان مراعاة^(١٣) حق المقابلة أولى^(١٤).

(١) سقط في د.

(٢) في د: وإعطاء.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: ويؤجرها.

(٥) في د: ذلك.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: إجارة.

(٨) في د: لما فيه مراعاة.

(٩) زاد في د: ومراعاة حق المقابلة وهو الخراج في الأراضي.

(١٠) زاد في د: وهو الملك.

(١١) سقط في د.

(١٢) في د: ولو زال حق المقابلة بإبقائها على أصحابها.

(١٣) في د: رعاية.

(١٤) زاد في د: حق أصحاب الأراضي في هذا الوجه.

قلنا: ولما جاز للإمام بيع الأراضي على ملاكها عند عجزهم عن أداء الخراج فلأن يجوز له دفع الأراضي التي لا مالك لها إلى من يزرعها ويؤدي خراجها كان أولى وطريق الجواز ما ذكرنا وهو [أن السلطان يقيمهم]^(١) إقامتهم مقام الملاك في الزراعة ودفع الخراج [ثم إذا جاز الدفع في هذه المسألة فالمدفوع إليه لا يملك بيع هذه الأرضين؛ لأن المدفوع إليه قام مقام المالك في الزراعة ودفع الخراج]^(٢) لا في حق ملك المحل وجواز البيع يعتمد ملك المحال.

ذكر الخصاف في حيله مسألة تدل على أن من عليه الخراج إذا أدى الخراج إلى واحد من أهل القرية، أو إلى [جابي القرية]^(٣) أنه لا يبرأ ويؤمر بالأداء ثانياً؛ لأن المدفوع إليه ليس نائب السلطان [ولا مأموره حتى لو كان نائب السلطان]^(٤) أو مأموره يبرئ [الدافع]^(٥) بالدفع إليه والله أعلم بالصواب.



(١) سقط في ب.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: الجابي الذي أقام أهل القرية لإقامة مصالحهم.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

كتاب الصوم

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

الفصل الأول

في النية

إذا قال الرجل: نويت أن أصوم غدا إن شاء الله.
ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: [أنه^(١)] لا رواية لهذه المسألة وفيها قياس واستحسان القياس ألا يصير صائما؛ لأن الاستثناء إذا لحق بالكلام يبطل ما قبله كما في الطلاق والعتاق والبيع.
وفي الاستحسان يصير صائما؛ لأن قوله إن شاء الله هاهنا ليس على^(٢) حقيقة الاستثناء إنما^(٣) هو على معنى الاستعانة وطلب التوفيق من الله تعالى فلا يصير مبطلا للنية بخلاف الطلاق ونحوه.
والفقه في الفرق: أن الاستثناء عمل اللسان فيبطل [به^(٤)] ما يتعلق باللسان من الأحكام^(٥) والطلاق ونحوه^(٦) يتعلق باللسان فيبطل بالاستثناء.
فأما النية فعمل القلب، لا تعلق له باللسان فلا يبطل بالاستثناء الذي هو عمل اللسان.

ولو نوى قبل غروب الشمس أن يصوم غدا [حتى^(٧)] لا تصح النية^(٨) حتى لو أغمي عليه قبل غروب الشمس وبقي في الليلة كذلك إلى وقت الزوال من الغد أو نام هكذا لا يكون صائما في ذلك اليوم؛ لأن القياس يقتضي أن تكون النية مقارنة للشروع في الصوم كما في الصلاة إلا أنا أسقطنا اعتبار القياس وجوزنا الصوم بنية

(١) سقط في ب، م.

(٢) زاد في د: معنى.

(٣) في د: يل.

(٤) سقط في ب.

(٥) في د: وهو الكلام.

(٦) في د: فخوه كلام.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: نيته.

متقدمة على الشروع^(١) ضرورة رفع الحرج وهذه الضرورة تندفع باشتراط النية في الليل فبقيت النية قبل دخول الليل على أصل القياس .
ولو نوى في الليل أن يصوم غدا ثم بدا له^(٢) ألا يصوم وعزم على ذلك ثم أصبح في الغد وصام لا يكون صومه جائزا من قبل أن عزيمته انتقضت بالرجوع وبعد ذلك لم توجد العزيمة فكان صومه خالياً عن النية^(٣) .

(١) زاد في د: فيه .

(٢) زاد في د: في الليل .

(٣) شرط صحة الصوم هي :

أ - الطهارة من الحيض والنفاس ، وقد عدها بعض الفقهاء من شروط الصحة ، كالكمال من الحنفية ، وابن جزي من المالكية . وعدها بعضهم من شروط وجوب الأداء ، وشروط الصحة معا .

ب - خلوه عما يفسد الصوم بطوره عليه كالجماع .

ج - النية . وذلك لأن صوم رمضان عبادة ، فلا يجوز إلا بالنية ، كسائر العبادات . ولحديث : «إنما الأعمال بالنيات . . .» . [أخرجه البخاري (الفتح ٩/١) ، ومسلم (٣/١٥١٥ ، ١٥١٦) من حديث عمر بن الخطاب] .

والإمساك قد يكون للعادة ، أو لعدم الاشتهاء ، أو للمرض ، أو للرياضة ، فلا يتعين إلا بالنية ، كالقيام إلى الصلاة والحج .

قال النووي : لا يصح الصوم إلا بنية ، ومحلها القلب ، ولا يشترط النطق بها ، بلا خلاف .

وقال الحنفية : التلفظ بها سنة .

وصفة النية أن تكون جازمة ، معينة ، مبيتة ، مجددة ، على ما يلي :

أولاً : الجزم ، فقد اشترط في نية الصوم ؛ قطعاً للتردد ، حتى لو نوى ليلة الشك صيام غد إن كان من رمضان - لم يجزه ، ولا يصير صائماً لعدم الجزم ، فصار كما إذا نوى أنه إن وجد غداً غداً يفطر ، وإن لم يجد يصوم .

ونص الشافعية والحنابلة على أنه إن قال : إن كان غداً من رمضان فهو فرضي ، وإلا فهو نفل ، أو فأنا مفطر ، لم يصح صومه ، إن ظهر أنه من رمضان ، لعدم جزمه بالنية .

وإن قال ذلك ليلة الثلاثين من رمضان ، صح صومه إن بان منه ؛ لأنه مبني على أصل لم يثبت زواله ، ولا يقدر تردده ؛ لأنه حكم صومه مع الجزم . بخلاف ما إذا قاله ليلة الثلاثين من شعبان ؛ لأنه لا أصل معه يبني عليه ، بل الأصل بقاء شعبان .

ثانياً : التعيين ، والجمهور من الفقهاء ذهبوا إلى أنه لا بد من تعيين النية في صوم رمضان ، وصوم الفرض والواجب ، ولا يكفي تعيين مطلق الصوم ، ولا تعيين صوم معين غير رمضان .

وكمال النية - كما قال النووي - : أن ينوي صوم غد ، عن أداء فرض رمضان هذه السنة لله تعالى .

وإنما اشترط التعيين في ذلك؛ لأن الصوم عبادة مضافة إلى وقت، فيجب التعيين في نيتها، كالصلوات الخمس؛ ولأن التعيين مقصود في نفسه، فيجزئ التعيين عن نية الفريضة في الفرض، والوجوب في الواجب.

وذهب الحنفية في التعيين إلى تقسيم الصيام إلى قسمين: القسم الأول: لا يشترط فيه التعيين، وهو: أداء رمضان، والنذر المعين زمانه، وكذا النفل، فإنه يصح بمطلق نية الصوم، من غير تعيين.

وذلك لأن رمضان معيار - كما يقول الأصوليون - وهو مضيق، لا يسع غيره من جنسه وهو الصوم، فلم يشرع فيه صوم آخر، فكان متعينا للفرض، والمتعين لا يحتاج إلى تعيين، والنذر المعين معتبر بإيجاب الله تعالى، فيصاب كل منهما بمطلق النية، وبأصلها، وبنية نفل، لعدم المزاحم كما يقول الحصكفي.

وكل يوم معين للنفل ما عدا رمضان، والأيام المحرم صومها، وما يعينه المكلف بنفسه، فكل ذلك متعين، ولا يحتاج إلى التعيين.

والقسم الثاني: يشترط فيه التعيين، وهو: قضاء رمضان، وقضاء ما أفسده من النفل، وصوم الكفارات بأنواعها، والنذر المطلق عن التقييد بزمان، سواء أكان معلقا بشرط، أم كان مطلقا؛ لأنه ليس له وقت معين، فلم يتأد إلا بنية مخصوصة، قطعاً للمزاحمة.

ثالثاً - التبيت: وهو شرط في صوم الفرض عند المالكية والشافعية والحنابلة والتبيت: إيقاع النية في الليل، ما بين غروب الشمس إلى طلوع الفجر، فلو قارن الغروب أو الفجر أو شك، لم يصح، كما هو قضية التبيت.

وفي قول للمالكية، يصح لو قارنت الفجر، كما في تكبيرة الإحرام؛ لأن الأصل في النية المقارنة للمنوي.

ويجوز أن تقدم من أول الليل، ولا تجوز قبل الليل.

وذلك لحديث ابن عمر، عن حفصة رضي الله تعالى عنهم عن النبي ﷺ أنه قال: من لم يجمع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له. [أخرجه أبو داود (٨٢٣/٢)، (٨٢٤)، وأورده ابن حجر في التلخيص (١٨٨/٢) ونقل عن غير واحد من العلماء أنهم أعلوه بالوقف].

ولأن صوم القضاء والكفارات، لا بد لها من تبيت النية، فكذا كل صوم فرض معين. ولا تجزئ بعد الفجر ويجزئ مع طلوع الفجر إن اتفق ذلك، وإن روى ابن عبد الحكم أنها لا تجزئ مع الفجر، وكلام القرافي وآخرين يفيد أن الأصل كونها مقارنة للفجر، ورخص تقدمها عليه للمشقة في مقارنتها له.

والصحيح عند الشافعية والحنابلة: أنه لا يشترط في التبيت النصف الآخر من الليل، لإطلاقه في الحديث؛ ولأن تخصيص النية بالنصف الأخير يفضي إلى تفويت الصوم؛ لأنه وقت النوم، وكثير من الناس لا ينتبه فيه، ولا يذكر الصوم، والشارع إنما رخص في تقديم النية على ابتدائه، لحرص اعتبارها عنده، فلا يخصها بمحل لا تندفع المشقة بتخصيصها به؛ ولأن تخصيصها بالنصف الأخير تحكّم من غير دليل، بل تقرب النية من العبادة، لما تعذر اقترانها بها.

والصحيح أيضاً: أنه لا يضر الأكل والجماع بعد النية ما دام في الليل؛ لأنه لم يلتبس =

بالعبادة، وقيل: يضر ففتحناج إلى تجديدها، تحرزا عن تخلل المناقض بينها وبين العبادة، لما تعذر اقترانها بها.

والصحيح أيضا: أنه لا يجب التجديد لها إذا نام بعدها، ثم تنبه قبل الفجر، وقيل: يجب، تقريبا للنية من العبادة بقدر الوسع.

والحنفية لم يشترطوا التبييت في رمضان. ولما لم يشترطوا تبييت النية في ليل رمضان، أجازوا النية بعد الفجر دفعا للحرج أيضا، حتى الضحوة الكبرى، فينوي قبلها ليكون الأكثر منويا، فيكون له حكم الكل، حتى لو نوى بعد ذلك لا يجوز، لخلو الأكثر عن النية، تغليبا للأكثر.

والضحوة الكبرى: نصف النهار الشرعي، وهو من وقت طلوع الفجر إلى غروب الشمس.

وقال الحنفية، منهم الموصلي: والأفضل الصوم بنية معينة مبيته للخروج عن الخلاف. ودليل الحنفية على ما ذهبوا إليه، من صحة النية حتى الضحوة الكبرى، وعدم شرطية التبييت: حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن الناس أصبحوا يوم الشك، فقدم أعرابي، وشهد برؤية الهلال، فقال ﷺ: أتشهد ألا إله إلا الله، وأني رسول الله؟ فقال: نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: الله أكبر، يكفي المسلمين أحدهم، فصام وأمر بالصيام، وأمر مناديا فنادى: ألا من أكل فلا يأكل بقية يومه، ومن لم يأكل فليصم. [ذكره الموصلي من الحنفية (١/١٢٦، ١٢٧) ولم يعزه إلى أي مصدر حديثي].

فقد أمر بالصوم، وأنه يقتضي القدرة على الصوم الشرعي، ولو شرطت النية من الليل لما كان قادرا عليه، فدل على عدم اشتراطها.

واستدلوا أيضا، بما ورد في الحديث أن النبي ﷺ أرسل غداة عاشوراء إلى قرى الأنصار: من أصبح مفطرا فليتم بقية يومه، ومن أصبح صائما فليصم. [أخرجه البخاري (الفتح ٤/٢٠٠)، ومسلم (٢/٧٩٨) من حديث الربيع بنت معوذ. وكان صوم عاشوراء واجبا، ثم نسخ بفرض رمضان.

واشترط الحنفية تبييت النية في صوم الكفارات والنذور المطلقة وقضاء رمضان. أما النفل فيجوز صومه عند الجمهور - خلافا للمالكية - بنية قبل الزوال، لحديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: دخل علي النبي ﷺ ذات يوم، فقال: هل عندكم شيء؟، فقلنا: لا، فقال: فإني إذا صائم. [أخرجه مسلم (٢/٨٠٩)].

ولأن النفل أخف من الفرض، والدليل عليه: أنه يجوز ترك القيام في النفل مع القدرة، ولا يجوز في الفرض.

وعند بعض الشافعية يجوز بنية بعد الزوال، والمذهب في القديم والجديد: لا يجوز؛ لأن النية لم تصحب معظم العبادة.

ومذهب المالكية: أنه يشترط في صحة الصوم مطلقا، فرضا أو نفلا - نية مبيته، وذلك لإطلاق الحديث المتقدم: من لم يجمع الصيام من الليل، فلا صيام له.

ومذهب الحنابلة جواز النية في النفل، قبل الزوال وبعده، واستدلوا بحديث عائشة،

وحديث صوم يوم عاشوراء، وأنه قول معاذ وابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهم وأنه لم ينقل عن أحد من الصحابة ما يخالفه صريحا، والنية وجدت في جزء من النهار، فأشبهه وجودها قبل الزوال بلحظه.

ويشترط لجواز نية النفل في النهار عند الحنابلة: ألا يكون فعل ما يفطره قبل النية، فإن فعل فلا يجزئه الصوم، قال البهوتي: بغير خلاف نعلمه، قاله في الشرح، لكن خالف فيه أبو زيد الشافعي.

وعند الشافعية وجهان في اعتبار الثواب: من أول النهار، أم من وقت النية؟ أصحهما عند الأكثرين: أنه صائم من أول النهار، كما إذا أدرك الإمام في الركوع، يكون مدركا لثواب جميع الركعة، فعلى هذا يشترط جميع شروط الصوم من أول النهار.

رابعا: تجديد النية: ذهب الجمهور إلى تجديد النية في كل يوم من رمضان، من الليل أو قبل الزوال - على الخلاف السابق - وذلك لكي يتميز الإمساك عبادة عن الإمساك عادة أو حمية.

ولأن كل يوم عبادة مستقلة، لا يرتبط بعضه ببعض، ولا يفسد بفساد بعض، ويتخللها ما ينافيها، وهو الليالي التي يحل فيها ما يحرم في النهار، فأشبهت القضاء، بخلاف الحج وركعات الصلاة.

وذهب زفر ومالك - وهو رواية عن أحمد - أنه تكفي نية واحدة عن الشهر كله في أوله، كالصلاة. وكذلك في كل صوم متتابع، ككفارة الصوم والظهار، ما لم يقطعه أو يكن على حالة يجوز له الفطر فيها، فيلزمه استئناف النية، وذلك لارتباط بعضها ببعض، وعدم جواز التفريق، فكفت نية واحدة، وإن كانت لا تبطل ببطان بعضها، كالصلاة.

فعلى ذلك لو أفطر يوما لعذر أو غيره، لم يصح صيام الباقي بتلك النية، كما جزم به بعضهم، وقيل: يصح، وقدمه بعضهم.

ويقاس على ذلك النذر المعين. ومع ذلك فقد قال ابن عبد الحكم - من المالكية -: لا بد في الصوم الواجب المتتابع من النية كل يوم، نظرا إلى أنه كالعبادات المتعددة، من حيث عدم فساد ما مضى منه بفساد ما بعده.

بل روي عن زفر أن المقيم الصحيح، لا يحتاج إلى نية؛ لأن الإمساك متردد بين العادة والعبادة، فكان مترددا بأصله متعينا بوصفه، فعلى أي وجه أتى به وقع عنه.

واشترط الفقهاء الدوام على النية، فلو نوى الصيام من الليل ثم رجع عن نيته قبل طلوع الفجر لا يصير صائما.

قال الطحاوي: ويشترط الدوام عليها. فلو نوى من الليل، ثم رجع عن نيته قبل طلوع الفجر - صح رجوعه ولا يصير صائما، ولو أفطر لا شيء عليه إلا القضاء، بانقطاع النية بالرجوع، فلا كفارة عليه في رمضان، لشبهة خلاف من اشترط التبييت، إلا إذا جدد النية، بأن ينوي الصوم في وقت النية، تحصيلا لها؛ لأن الأولى غير معتبرة، بسبب الرجوع عنها.

ولا تبطل النية بقوله: أصوم غدا إن شاء الله؛ لأنه بمعنى الاستعانة، وطلب التوفيق والتيسير. والمشية إنما تبطل اللفظ، والنية فعل القلب.

ذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - في غريب الرواية في آخر كتاب الصوم في قضاء رمضان إذا نوى القضاء لا غير يجوز وإن لم يعين اليوم سواء كان عن رمضان [واحد]^(١)، أو رمضانين مذكور في غريب الرواية لأبي جعفر.

وفي باب الظهر من شرح الجامع الصغير [في]^(٢) مسألة الإعتاق عن ظهرين لكن مع هذا ينوي احتياطاً فيكتب في الفتوى (احتياط أنيست كي جنين كيد) وكذا في قضاء الصلوات [يجوز]^(٣) إذا لم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه^(٤) وفي الاحتياط تعين.

وفي هذه المسألة أقوال ثلاثة ذكرناها في فصل قضاء الفوائت من هذا المجموع. أفطر في رمضان متعمداً وهو معسر فصام أحدًا وستين يوماً للقضاء والكفارة و[لم يعين اليوم للقضاء جاز.

قال البهوتي: وكذا سائر العبادات لا تبطل بذكر المشيئة في نيتها. ولا تبطل النية بأكله أو شربه أو جماعه بعدها عند جمهور الفقهاء، حكى عن أبي إسحاق بطلانها، ولو رجع عن نيته قبل طلوع الفجر صح رجوعه. ولو نوى الإفطار في أثناء النهار فمذهب الحنفية والشافعية أنه لا يفطر، كما لو نوى التكلم في صلاته ولم يتكلم، قال البيجوري: ويضرب رفض النية ليلاً، ولا يضرب نهاراً. وقال المالكية والحنابلة: يفطر؛ لأنه قطع نية الصوم بنية الإفطار، فكأنه لم يأت بها ابتداءً.

ينظر: الدر المختار ورد المحتار (٢/٨٥، ٨٧)، مراقي الفلاح وحاشية الطحطاوي، ص (٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٢-٣٥٤)، الهداية وشروحا (٢/٢٣٩ - ٢٤١، ٢٤٨)، الاختيار (١/١٢٦، ١٢٧)، تحفة الفقهاء (١/٥٣٤)، تبيين الحقائق (١/٣١٤، ٣١٥)، بدائع الصنائع (٢/٨٥)، الفتاوى الهندية (١/١٩٥، ١٩٦)، شرح الخرخشي (٢/٢٤٦)، بداية المجتهد (١/٣٤٢)، القوانين الفقهية، ص (٧٧، ٧٩، ٨٠)، جواهر الإكليل (١/١٤٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٥٠٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٨)، المجموع (٦/٢٩٢، ٢٩٩، ٣٠٢، ٣٩٨)، حاشية البجيرمي على شرح الإقناع (٢/٣٢٦)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٣٢٧)، روضة الطالبين (٢/٣٥٢، ٣٥٣)، شرح المحلي على المنهاج (٢/٥٢-٥٤)، كشف القناع (٢/٣١٤ - ٣١٧)، المغني، لابن قدامة (٣/٢٢، ٢٥)، الإنصاف (٣/٢٩٥)، شرح معاني الآثار، للطحطاوي (٢/٧٣، ٧٥)، حاشية البيجوري (١/٣٠٠).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) زاد في د: يجوز.

هكذا اختاره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - لأن الغالب أن الذي يصوم عن القضاء والكفارة^(١) يتدئ^(٢) بالقضاء ثم بالكفارة والغالب كالواقع فكأنه نوى القضاء في اليوم الأول ونوى الكفارة فيما وراءه إذا نوى من الليل قضاء رمضان والتطوع يقع قضاء في قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وعند محمد - رحمه الله - يقع [تطوعاً]^(٣).

ولو نوى قضاء رمضان وكفارة اليمين لا يصير شارعا في أحد منهما بالإجماع ولكن يصير متطوعا في الجامع في الأبواب المتفرقة متصلة بالبيع.

وفي المنتقى: أبو سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - في الإملاء، ولو صام يوما ينوي به قضاء يوم من رمضان وينوي [به]^(٤) صوما من كفارة يمين، أو ظهار فهو من رمضان استحساناً [عند أبي يوسف - رحمه الله -]^(٥).

ولو نوى كفارة وتطوعاً جاز عن الواجب استحساناً عند أبي يوسف.

وقال محمد - رحمه الله -: هو متطوع فإن نواه من يومين من قضاء رمضان، أو من ظهارين، أو من يمينين أجزاءه عن أحدهما في قولهما وكذلك^(٦) لو صام ثلاثة أيام عن يمينين أجزاءه^(٧) عن أحدهما [في قولهما]^(٨) ولو أصبح ينوي أن يصوم قضاء من شهر رمضان وكفارة يمين، حتى لو كان تطوعاً^(٩) عند محمد - رحمه الله - لو أفطر فيه قضي يوماً.

قال بعضهم: أراد^(١٠) قضاء ذلك اليوم الذي كان عليه قبل الشروع في هذا الصوم وهذا لا يصح؛ لأنه علقه^(١١) بالإفطار في هذا اليوم ووجوب قضاء ذلك اليوم لا

(١) سقط في د.

(٢) في د: يبدأ.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في د، وفي ب: هو.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: وكذا.

(٧) زاد في د: أن يجعله.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: متطوعاً.

(١٠) زاد في د: به.

(١١) في د: علق.

يتعلق بالإفطار في هذا اليوم، بل المراد به قضاء هذا اليوم وهذا^(١) إشكال في مسألة المظنون. هذه الجملة في الجامع في باب قبل^(٢) البيوع بباب.

وفي فتاوى الإمام الأجل نجم الدين النسفي - رحمه الله - إذا نوى الصوم للقضاء بعد طلوع الفجر حتى لا تصح نيته عن القضاء يصير شارعا في التطوع فإن أفطر يلزمه القضاء كما إذا نوى التطوع ابتداء وتصير هذه المسألة إشكالا في مسألة المظنون أيضًا ويجوز أن يكون تأويل هاتين المسألتين ألا يعلم أنه لم يصر [صائما]^(٣) عما نوى.

أما إذا علم وأفطر فلا^(٤) قضاء عليه في مسألة المظنون.



(١) في د: وهو.

(٢) زاد في د: باب.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب: لا.

الفصل الثاني

في الشهادة على رؤية الهلال

الواحد إذا شهد برؤية هلال رمضان فإن كانت السماء متغيمة [عليه]^(١) تقبل شهادة الواحد؛ إذا كان مسلماً رجلاً كان، أو امرأة أو عبداً أو أمة أو محدوداً في قذف [وهو تائب عند الشهادة]^(٢) بعد أن يكون عدلاً في ظاهر الرواية^(٣).

(١) سقط في د.

(٢) سقط في أ.

(٣) يثبت شهر رمضان برؤية هلاله، فإن تعذرت يثبت بإكمال عدة شعبان ثلاثين يوماً. واختلف الفقهاء في أقل من تثبت الرؤية بشهادتهم.

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة، إلى ثبوت شهر رمضان برؤية عدل واحد. وقيد الحنفية اعتبار رؤية عدل واحد بكون السماء غير مصححة، بأن يكون فيها علة من غيم أو غبار، أما إذا لم يكن في السماء علة فلا تثبت الرؤية إلا بشهادة جمع يقع العلم بخبرهم.

واستدل القائلون بثبوت الشهر برؤية العدل، بحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: تراءى الناس الهلال، فأخبرت النبي ﷺ أني رأيته فصامه، وأمر الناس بصيامه.

واستدلوا كذلك بحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: إني رأيت الهلال - يعني رمضان - قال: أتشهد ألا إله إلا الله؟ أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم. قال: يا بلال، أذن في الناس أن يصوموا غداً.

وذهب المالكية وهو قول عند الشافعية: إلى أنه لا يثبت شهر رمضان إلا برؤية عدلين واستدلوا بحديث الحسين بن الحارث الجدلي قال: إن أمير مكة - الحارث بن حاطب - قال: عهد إلينا رسول الله ﷺ أن ننسك للرؤية، فإن لم نره وشهد شاهداً عدل نسكنا بشهادتهما. والإخبار برؤية هلال رمضان متردد بين كونه رواية أو شهادة، فمن اعتبره رواية وهم الحنفية والحنابلة وهو قول عند الشافعية قبل فيه قول المرأة. ومن اعتبره شهادة وهم المالكية وهو الأصح عند الشافعية لم يقبل فيه قول المرأة.

فإن لم تمكن رؤية الهلال وجب استكمال عدة شعبان ثلاثين يوماً، وهو قول الجمهور - الحنفية والمالكية والشافعية ورواية في مذهب الحنابلة - واستدلوا بحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن حال بينكم وبينه سحابة، فأكملوا العدة ولا تستقبلوا الشهر استقبالا. وفي رواية: لا تصوموا قبل رمضان، صوموا للرؤية وأفطروا للرؤية، فإن حالت دونه غياية فأكملوا ثلاثين.

وفي رواية أخرى هي المذهب عند الحنابلة أنه إذا كانت السماء مصححة ولم ير الهلال ليلة الثلاثين أكملت عدة شعبان ثلاثين يوماً، فإذا كان في السماء قتر أو غيم ولم ير الهلال، قدر شعبان تسعة وعشرين يوماً، وصيم يوم الثلاثين (يوم الشك) احتياطاً بنية رمضان، =

وذكر الطحاوي: أنه تقبل شهادة الفاسق.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا تقبل شهادة المحدود في القذف بعد التوبة.

وأما إذا كان مستور الحال فالظاهر أنه لا تقبل شهادته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه تقبل شهادته وهو الصحيح وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول إذا كانت السماء متغيمة إنما تقبل شهادة الواحد إذا فسر وقال: رأيت الهلال خارج البلدة في الصحراء، أو يقول رأيت في البلدة بين خلل السحاب في وقت يدخل في السحاب ثم يتخلل.

أما بدون [هذا التفسير لا] ^(١) يقبل لمكان التهمة.

وأما إذا كانت السماء مصحية ^(٢) لا تقبل شهادة الواحد في ظاهر الرواية خلافا لما روى الحسن عن أبي حنيفة بل يحتاج فيه إلى زيادة العدد واختلفوا في مقدار ذلك.

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه [تقبل شهادة رجلين] ^(٣)، أو رجل وامرأتين ^(٤).

واستدلوا بحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا رأيتموه فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا، فإن غم عليكم فاقدروا له وفسروا قوله: فاقدروا له أي ضيقوا له، وهو أن يجعل شعبان تسعة وعشرين يوما.

وجمهور الفقهاء على عدم اعتبار الحساب في إثبات شهر رمضان، بناء على أننا لم نتعبد إلا بالرؤية. وخالف في هذا بعض الشافعية.

(١) في د: واحد من هذين التفسيرين فلا.

(٢) في د: مضحية.

(٣) في د: قال رجلان.

(٤) في د: وامرأتان.

ذهب الحنفية إلى أنه يجب على المسلمين وجوبا كفاييا أن يلتمسوا هلال رمضان في ليلة الثلاثين من شعبان؛ لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما، فيجب عليهم طلبه لإقامة الواجب فإن لم يروا الهلال وغم عليهم، أكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما.

وإن رأوا الهلال وكانت السماء مصحية، ورأى الناس الهلال صاموا. وإن شهد واحد برؤية الهلال لا تقبل شهادته، ما لم تشهد جماعة يقع العلم للقاضي بشهادتهم في ظاهر الرواية، ولم يقدر في ذلك تقديرا، وعليه فالتقدير مفوض إلى رأي القاضي أو من اختص بهذا الأمر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تقبل في هذه الحالة شهادة الواحد العدل.

فإذا رأى الهلال جماعة يستحيل اتفاقهم على الكذب في العادة فلا خلاف في ثبوت

رمضان بهذه الرؤية. وكذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الجو صحوا ولم ير الهلال أحد لم تثبت الرؤية ولم يجب الصوم.

دليل الحنفية: أن خبر الواحد العدل إنما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر، وهنا الظاهر يكذبه، حيث تفرد بالرؤية والسماء صحو والكل متوجه إلى ما توجه إليه، يقلب وجهه في السماء، وفيهم من هو أقوى منه إبصارا وأحد نظرا، فكان ذلك مظنة غلظه، فلا يفيد خبره غلبة الظن، بل ارتفاع موانع الرؤية دليل كذبه أو غلظه في الرؤية. وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يفرق بين ما إذا كان الجو صحوا أو غيما، ففي حال الغيم تثبت رؤية هلال رمضان بواحد فأكثر ولا يجوز هذا في حاله الصحو وممن ذهب إلى هذا الحنفية كما تقدم.

المذهب الثاني: ذهب إلى أنه إذا رأى الهلال واحد من الناس فأكثر تثبت رؤية هلال رمضان شرعا ووجب الصوم وممن ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة وابن حزم. قال الشيرازي: وفي الشهادة التي تثبت بها رؤية هلال شهر رمضان قولان، قال في البويطي: لا تقبل إلا من عدلين؛ لما روى الحسين بن الحارث الجدلي، - جديلة قيس - قال: «خطبنا أمير مكة الحارث بن حاطب فقال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نسلك لرؤيته فإن لم نره فشهد شاهدان عدلان نسكننا بشهادتهما». [أخرجه أبو داود (٧١٤/١) كتاب الصيام، باب: شهادة رجلين على رؤية هلال شوال (٢٣٣٨) وإسناده حسن].

وقال في القديم والجديد: يقبل من عدل واحد وهو الصحيح، لما روى عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - قال: «تراءى الناس الهلال فأخبرت النبي ﷺ أنني رأيته، فصام رسول الله ﷺ وأمر الناس بالصيام» [أخرجه أبو داود (٣٠٢/٢) كتاب الصوم، باب: في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان (٢٣٤٢)، وابن حبان في موارد الظمان ص (٢٢١) كتاب الصيام، باب: في رؤية الهلال (٨٧١)، والدارقطني (١٥٦/٢) كتاب الصيام (١)، والحاكم (٤٢٣/١) كتاب الصوم، باب: قبول شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان]؛ ولأنه إيجاب عبادة، فقبل من واحد احتياطا للفرض.

فإن قلنا: يقبل من واحد، فهل يقبل من العبد والمرأة؟ فيه وجهان: أحدهما: يقبل؛ لأن ما قبل فيه قول الواحد قبل من العبد والمرأة كأخبار رسول الله ﷺ. والثاني: لا يقبل، وهو الصحيح؛ لأن طريقها طريق الشهادة، بدليل أنه لا تقبل من شاهد الفرع مع حضور شاهد الأصل فلم يقبل من العبد والمرأة كسائر الشهادات، ولا يقبل في هلال الفطر إلا شاهدان؛ لأنه إسقاط فرض، فاعتبر فيه العدد احتياطا للفرض، فإن شهد واحد على رؤية هلال رمضان فقبل قوله وصاموا ثلاثين يوما وتغيمت السماء ففيه وجهان:

أحدهما: أنهم لا يفطرون؛ لأنه إفتار بشاهد واحد. والثاني: أنهم يفطرون وهو المنصوص في الأم؛ لأنه بينة ثبت بها الصوم فجاز الإفطار

باستكمال العدد منها كالشاهدين .

قال في الإنصاف: قوله: (ويقبل في هلال رمضان قول عدل واحد). هذا المذهب نص عليه، وعليه جماهير الأصحاب، وقال في الرعاية: ويثبت بقول عدل واحد، وقيل: حتى مع غيم وقتر، فظاهاه: أن المقدم خلافه. قال في الفروع: والمذهب التسوية، وعنه لا يقبل فيه إلا عدلان كبقية الشهود. واختار أبو بكر أنه إن جاء من خارج المصر، أو رآه في المصر وحده، لا في جماعة: قبول قول عدل واحد، وإلا اثنان، وحكى هذه رواية. قال في الرعاية: وقيل عنه: إن جاء في خارج المصر أو رآه فيه لا في جمع كثير قبل وإلا فلا، فقال في هذه الرواية: لا في جمع كثير ولم يقل: وإلا اثنان، فعلى المذهب: هو خبر لا شهادة؛ على الصحيح من المذهب. فيقبل قول عبد وامرأة واحدة، وقال في المبهج: أما الرؤية: فيصوم الناس بشهادة الرجل العدل أو امرأتين، فظاهاه: أنه لا يقبل قول امرأة واحدة. ويأتي الخلاف فيها، وعلى المذهب أيضا: لا يختص بحاكم، بل يلزم الصوم من سمعه عن عدل.

المذهب الثالث: ذهب أصحابه إلى أن رؤية الهلال لا تثبت إلا باثنين فأكثر، وهو المشهور من مذهب المالكية، وروى عن أحمد وهو قول مرجوح من مذهب الشافعية، وبه قال الليث والأوزاعي وروى عن عثمان بن عفان.

قال القرافي في الذخيرة: في الكتاب: لا تقبل شهادة الواحد ويصوم وحده، فإن أفطر فعليه الكفارة، ويجب أن يعلم الإمام لعل غيره يوافق. قال سند: إلا أن يكون عبدا، أو فاسقا، أو امرأة، أو مجهولا؛ لانعدام الفائدة.

وفي الجواهر: قيل: يرفعه، وإن كان لا يرجى قبول شهادته؛ رجاء الاستفاضة. ويثبت بشهادة عدلين، ومنع سحنون إن كانت السماء مصحية والمصر كبير؛ ولا يثبت «شوال» إلا باثنين، ونقل صاحب التلخيص ثبوته بالواحد.

قال الشافعي وابن حنبل: يثبت رمضان بالواحد، وخصصه بالغيم.

قال اللخمي: جوز ابن الماجشون الصوم والفطر بخبر الواحد عن رؤية نفسه أو رؤية غيره؛ لقوله ﷺ: «إن بلا لا يؤذن بليل؛ فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم». [أخرجه البخاري (١١٨/٢) كتاب الأذان، باب: أذان الأعمى إذا كان له من يخبره، حديث (٦١٧)، ومسلم (٧٦٨/٢) كتاب الصيام، باب بيان أن الدخول في الصوم يحصل بطلوع الفجر، (١٠٩/٣٦)] فأجاز الصوم بخبر الواحد، وقال أبو الحسن: وعلى هذا يجوز الفطر آخر النهار بخبر الواحد.

فإن قيل: المؤذن كالوكيل للناس يخبرهم.

قلنا: يلزم إذا وكلوا من يترصد لهم الهلال أن يقبل وحده، وفي أبي داود: قال ابن عمر: تراءى الناس الهلال، فأخبرت رسول الله ﷺ أنني رأيت؛ فصام وأمر الناس بصيامه. وجوابه: ليس فيه ما يمنع تقدم شهادة غيره؛ فجاز تقدمه، ويعضده هذا الحديث: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين، وإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا وانسكوا» [أخرجه النسائي (١٣٣/٤) كتاب الصيام، باب: قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان، من طريق سعيد بن شبيب أبي عثمان =

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: يعتبر في^(١) ذلك جمع عظيم وروي عنه قدره بعدد القسامة.

وعن خلف بن أيوب أنه قال: خمسمائة ببلخ قليل.
وعند^(٢) أبي حفص الكبير أنه يعتبر الوفاء.

وعن محمد - رحمه الله - أنه قال: يفوض مقدار القلة والكثرة إلى رأي الإمام ثم إنما لا تقبل شهادة الواحد على هلال رمضان إذا كانت السماء مصحية [إذا كان هذا الواحد في]^(٣) المصر.

وأما إذا جاء من خارج المصر، أو جاء من أعلى الأماكن في المصر ذكر الطحاوي - رحمه الله - أنه تقبل شهادته، وهكذا ذكر في كتاب الاستحسان.
وذكر في القدوري: أنه لا تقبل شهادته في ظاهر الرواية.
وذكر الكرخي: أنه تقبل.

وفي الأفضية صحيح رواية الطحاوي واعتمد عليها فهذا الذي ذكرنا في هلال رمضان.

وأما إذا قامت الشهادة^(٤) برؤية هلال شوال، أو برؤية هلال ذي الحجة إذا كانت

وكان شيخًا صالحًا بطرسوس قال: أنبأنا ابن أبي زائدة عن حسين بن الحارث الجدلي عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يُشك فيه فقال: ألا إني جالست أصحاب رسول الله وسألتهم وإنهم حدثوني أن رسول الله ﷺ قال... فذكره.
قلت: إسناده حسن، سعيد بن شبيب أبو عثمان وحسين بن الحارث الجدلي كلاهما صدوق. (التقريب) (ت: ١٣٢٢، ٢٣٤٧).

وأخرجه أحمد (٣٢١/٤)، والدارقطني (١٦٧/٢) من طريقين عن الحجاج بن أرطاة عن حسين بن الحارث الجدلي... فذكره، وإسناده ضعيف لضعف حجاج بن أرطاة. وقياسا على شوال، وأما المؤذن فإنما قبل قوله في تعيين أول النهار، وإلا فالصوم معلوم الوجوب لا بد منه، بخلاف اليوم الأول؛ فإن الصوم منوط بالشاهد.
قال سند: فلو حكم الإمام بالصوم بالواحد، لم يخالف. وفيه نظر؛ لأنه فتوى لا حكم.
ينظر: بدائع الصنائع (٨٠/٢)، الهداية (١١٩/١)، فتح القدير (٦٠/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٨/١)، الذخيرة، للقرافي (٤٨٨/٢، ٤٨٩)، المجموع (٤٦٠/٧)، الإنصاف (٢٧٣/٣).

(١) زاد في د: جميع.

(٢) في د: وعن.

(٣) في د: ولم يكن هذا الواحد من خارج.

(٤) في د: شهادة الواحد.

السماء مصحية .

فالجواب فيه كالجواب في رؤية هلال رمضان يعني لا تقبل فيه شهادة الواحد [بل الشرط]^(١) فيه زيادة العدد ولا بد من اعتبار العدالة والحرية في شهادات خواهر زاده .

وفي شرح الطحاوي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه تقبل في ذلك شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين .

فأما إذا كانت السماء متغيمة لا تقبل ما لم يشهد بذلك رجلان ، أو رجل وامرأتان في ظاهر الرواية .

وفي المنتقى : أنه يقبل في ذلك شهادة الواحد .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الشهادات أن شهادة المثني في الفطر والأضحى إنما تعتبر إذا كانت بالسماء علة ، أو كانت مصحية^(٢) وجاء من مكان آخر .

أما إذا كانت مصحية وجاء من مكان [آخر]^(٣) لا يكتفى بشهادة اثنين^(٤) بل تشترط [فيه]^(٥) شهادة جماعة .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في المنتقى ما هو قريب من هذا فقال : إنما قبل شهادة رجلين^(٦) على هلال شوال إذا كانا قادمين ، أو أخبرا أنهما رأياه في غير البلد فأما^(٧) إذا أخبرا أنهما رأياه في البلد وكان البلد كثير الأهل فيتراءاه الناس لا بد وأن يكونوا^(٨) جماعة كثيرة .

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في الأمالي أن أبا حنيفة - رحمه الله - كان يجيز على هلال شهر رمضان شهادة الرجل الواحد العدل والعبد والأمة

(١) في د : فيه أيضا بل يشترط .

(٢) في د : مضحية .

(٣) سقط في ب .

(٤) في د : الاثنين .

(٥) سقط في ب .

(٦) في د : الرجلين .

(٧) في ب : أما .

(٨) في د : تكون شهادة من .

والمحدود في القذف إذا كان عدلا ولا يجيز^(١) شهادة الكافر والفاسق ولا يجيز في^(٢) هلال ذي الحجة والفطر إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين ولا يجيز شهادة العبد والامة والمحدود في القذف.

قال: وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - وعن الفقيه أبي جعفر أنه قال في هلال رمضان: في الصوم يقبل قول رجل [واحد]^(٣) عدل، سواء كان بالسماء علة، أو لم يكن.

وروي عن الحسن بن زياد أنه قال: يحتاج إلى شهادة رجلين في الفطر والصوم جميعا سواء كان بالسماء علة، أو لم يكن.

وأما هلال ذي الحجة ذكر في بعض المواضع أنه بمنزلة هلال شوال وذكر في بعض المواضع أنه بمنزلة هلال رمضان وتقبل شهادة الواحد على شهادة الواحد في هلال رمضان ولا يشترط لفظ الشهادة.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الاستحسان، وهكذا ذكر الناطفي في هدايته.

وذكر شيخ الإسلام في شرح نواذر الصوم أنه يشترط فيه لفظ الشهادة وفي شهادة الفطر والأضحى يعتبر لفظ الشهادة.

ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشهادات الواحد إذا شهد على هلال رمضان عند القاضي والسماء متغيمة وقبل الإمام شهادته وأمر الناس بالصوم فلما أتموا ثلاثين يوما غم عليهم هلال شوال.

قال أبو حنيفة، وأبو يوسف - رحمهما الله -: يصومون من الغد وإن كان يوم الحادي والثلاثين ولا يفطرون.

وقال محمد - رحمه الله -: يفطرون.

وقال شمس الأئمة الحلواني: هذا الاختلاف فيما [إذا]^(٤) لم يروا هلال شوال

(١) في ب: يجوز.

(٢) في د: على.

(٣) سقط في ب، د.

(٤) سقط في ب.

والسماء مصحية^(١).

فأما إذا كانت متغيمة [فإنهم يفطرون]^(٢) بلا خلاف وهذا إذا شهد على هلال رمضان واحد.

وأما^(٣) إذا شهد شاهدان على هلال رمضان والسماء متغيمة وقبل القاضي شهادتهما وصاموا ثلاثين يوماً فلم^(٤) يروا الهلال إن كانت متغيمة يفطرون من الغد بالاتفاق وإن كانت مصحية [فكذلك]^(٥)

يفطرون^(٦) إليه أشار في القدوري والمنتقى، وهكذا حكى فتوى شيخ الإسلام أبي الحسن و[قيل]^(٧) في فوائد القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي: أنهم لا يفطرون، والأول أصح.

ومن هذا الجنس واقعة ببخارى في رمضان سنة إحدى وسبعين شرع الناس في الصوم يوم الأربعاء وجاء يوم الأربعاء الذي هو التاسع والعشرون من يوم الصوم عند القاضي اثنان، أو ثلاثة وقالوا: رأينا هلال رمضان عشية يوم الاثنين ليوم الثلاثاء واليوم يوم الثلاثاء فاتفق الأجوبة أن السماء إن كانت متغيمة حال ما رأوا هلال رمضان أن القاضي يجعل [يوم]^(٨) الخميس يوم العيد وإن لم يروا الهلال عشية يوم الأربعاء.

أهل مصر عدوا شعبان للرؤية ثلاثين يوماً وشرعوا في صوم رمضان [لا للرؤية]^(٩) ولم يصم رجل معهم حتى رأوا الهلال من الغد فصام أهل المصر ثلاثين [يوماً]^(١٠) وصام هذا الرجل تسعة وعشرين يوماً فعليه قضاء يوم وإن صام أهل

(١) في د: مضحية.

(٢) في د: فيفطرون.

(٣) في د: فأما.

(٤) في د: ولم.

(٥) سقط في د.

(٦) زاد في د: أيضا.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في د.

المصر بغير^(١) رؤية [هلال رمضان و]^(٢) من غير عد شعبان ثلاثين وفيهم رجل لم يصم معهم حتى رأوا الهلال من الغد فصام أهل المصر ثلاثين^(٣) وصام هذا الرجل تسعة وعشرين^(٤) فليس عليه قضاء يوم.

وفي القدوري: إذا صام أهل المصر تسعة وعشرين يوماً للرؤية وفيهم مريض لم يصم فعليه قضاء تسعة وعشرين فإن لم يعلم هذا الرجل ما صنع أهل المصر صام^(٥) ثلاثين يوماً؛ ليخرج عن العهدة بيقين.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - وإبراهيم عن محمد - رحمهما الله - إذا صام أهل بلدة ثلاثين يوماً للرؤية، وصام أهل بلدة تسعة وعشرين يوماً للرؤية فعليهم قضاء يوم.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: إذا كان^(٦) بين البلدين تقارب^(٧) لا تختلف المطالع لزم حكم إحدى البلدين البلدة الأخرى، وأما إذا كان [بينهما]^(٨) تفاوت^(٩) بحيث تختلف المطالع لم يلزم حكم إحدى البلدين البلدة الأخرى.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - الصحيح من مذهب أصحابنا - رحمهم الله - أن الخبر إذا استفاض وتحقق فيما بين أهل البلدة الأخرى يلزمهم حكم هذه البلدة.

[و]^(١٠) في مجموع النوازل شاهدان شهدا عند قاضي مصر لم ير أهله الهلال على أن قاضي مصر كذا شهد عنده شاهدان برؤية الهلال وقضى به ووجد^(١١) استجماع شرائط صحة الدعوى قضى القاضي بشهادتهما، حكاها عن شيخ الإسلام.

(١) في د: لغير .

(٢) سقط في ب .

(٣) زاد في د: يوماً .

(٤) زاد في د: يوماً .

(٥) زاد في د: هو .

(٦) في د: لم تكن .

(٧) في د: تفاوت .

(٨) سقط في ب .

(٩) في ب: تفاوتاً .

(١٠) سقط في ب .

(١١) في د: عند .

قال محمد - رحمه الله -: ولا عبرة لرؤية الهلال نهارًا قبل الزوال ولا بعده وهي الليلة المستقبلية، بنحوه ورد الأثر عن عمر - رضي الله عنه -^(١).

[و]^(٢) قال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا كان قبل الزوال فهي الليلة الماضية، قيل قول أبي حنيفة - رحمه الله - كقول محمد - رحمه الله - .

وفي صوم شيخ الإسلام رواية عن أبي حنيفة أنها إذا غابت في هذه^(٣) الليلة قبل الشفق فهي من هذه الليلة.

وفي المنتقى عن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان مجراها أمام الشمس والشمس تلوها فهي لليلة الماضية وإن كان مجراها خلف الشمس فهي لليلة المستقبلية.

الإمام إذا رأى هلال شوال وحده فليس له أن يخرج و[لا]^(٤) أن يأمر^(٥) الناس بالخروج.



(١) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٧٨/٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٢٠١).

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: هلال.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: أمر.

الفصل الثالث

في بيان ما يفسد الصوم، وما لا يفسد [الصوم]^(١)، وما يوجب القضاء والكفارة، وما يوجب القضاء دون الكفارة

هذا الفصل مشتمل^(٢) على نوعين^(٣):

نوع منه: في بيان ما يفسده، وما لا يفسده، إذا عالج ذكره بيده حتى أمني.

قال أبو بكر وأبو القاسم - رحمهما الله -: لا يفسد صومه.

وعامة المشايخ على أنه يفسد^(٤).

(١) سقط في د.

(٢) في د: يشتمل.

(٣) زاد في د: الأول.

(٤) تعتمد إنزال المنى بلا جماع، وذلك كإلاستمناء بالكف أو بالتبطين والتفخيد، أو باللمس

والقبيل ونحوهما فإنه يوجب القضاء دون الكفارة عند جمهور الفقهاء - الحنفية والشافعية والحنابلة - وعند المالكية يوجب القضاء والكفارة معا.

والإنزال بوطء ميتة أو بهيمة، أو صغيرة لا تشتهي:

وهو يفسد الصوم؛ لأن فيه قضاء إحدى الشهوتين، وأنه ينافي الصوم، ولا يوجب الكفارة، لتمكن النقصان في قضاء الشهوة، فليس بجماع خلافا للحنابلة، فإنه لا فرق عندهم بين كون الموطوءة كبيرة أو صغيرة، ولا بين العمد والسهو، ولا بين الجهل والخطأ، وفي كل ذلك القضاء والكفارة، لإطلاق حديث الأعرابي، والمالكية يوجبون في ذلك الكفارة، لتعمد إخراج المنى.

وعمل المرأتين، كعمل الرجال، جماع فيما دون الفرج، ولا قضاء على واحدة منهما، إلا إذا أنزلت، ولا كفارة مع الإنزال، وهذا عند الحنفية وهو وجه عند الحنابلة، وعلله الحنابلة بأنه لا نص في الكفارة، ولا يصح قياسه على الجماع.

قال ابن قدامة: وأصح الوجهين أنهما لا كفارة عليهما؛ لأن ذلك ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص عليه، فيبقى على الأصل.

وإنزال المنى بالنظر أو الفكر، فيه التفصيل الآتي: - مذهب الحنفية والشافعية إلا قليلا منهم أن الإنزال بالفكر - وإن طال - وبالنظر بشهوة، ولو إلى فرج المرأة مرارا، لا يفسد الصوم، وإن علم أنه ينزل به؛ لأنه إنزال من غير مباشرة، فأشبه الاحتلام. قال القليوبي: النظر والفكر المحرك للشهوة، كالقبلة، فيحرم وإن لم يفطر به.

ومذهب المالكية أنه إن أمني بمجرد الفكر أو النظر، من غير استدامة لهما، يفسد صومه ويجب القضاء دون الكفارة.

وإن استدامهما حتى أنزل فإن كانت عادته الإنزال بهما عند الاستدامة، فالكفارة قطعا، وإن كانت عادته عدم الإنزال بهما عند الاستدامة، فخالف عادته وأمني، فقولان في لزوم الكفارة، واختار اللخمي عدم اللزوم.

وعلى هذا الخلاف إذا أتى بهيمة وأنزل [فأما إذا]^(١) لم ينزل فلا يفسد بلا خلاف، وإذا قبل بهيمة أو مس فرج بهيمة وأنزل، لا يفسد [صومه]^(٢) بالاتفاق. في صوم شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - إذا قبل امرأته وأنزل أو قبلت المرأة زوجها وأنزلت فسد صوم من أنزل]^(٣). قال شمس الأئمة [الحلواني]^(٤): هذا إذا رأت بللا، فإن^(٥) وجدت لذة الإنزال؛

ولو أمني في أداء رمضان بتعمد نظرة واحدة يفسد صومه ويجب القضاء، وفي وجوب الكفارة وعدمه تأويلان، محلها إذا كانت عادته الإنزال بمجرد النظر، وإلا فلا كفارة اتفاقاً. وقال الأذري من الشافعية، وتبعه شيخ القليوبي، والرملّي: يفطر إذا علم الإنزال بالفكر والنظر، وإن لم يكرره.

ومذهب الحنابلة التفرقة بين النظر وبين الفكر، ففي النظر إذا أمني يفسد الصوم؛ لأنه أنزل بفعل يتلذذ به، ويمكن التحرز منه، فأفسد الصوم، كالإنزال باللمس، والفكر لا يمكن التحرز منه، بخلاف النظر.

ولو أمدى بتكرار النظر، فظاهر كلام أحمد لا يفطر به؛ لأنه لا نص في الفطر به، ولا يمكن قياسه على إنزال المنى، لمخالفته إياه في الأحكام، فيبقى على الأصل. وإذا لم يكرر النظر لا يفطر، سواء أمني أو أمدى، وهو المذهب، لعدم إمكان التحرز، ونص أحمد: يفطر بالمنى لا بالمذي.

أما الفكر، فإن الإنزال به لا يفسد الصوم. واختار ابن عقيل: الإفساد به؛ لأن الفكر يدخل تحت الاختيار، لكن جمهورهم استدلوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه: إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها، ما لم تعمل به أو تكلم [أخبره البخاري (الفتح ٥٤٩/١١)، ومسلم (١١٧/١)] واللفظ للبخاري؛ ولأنه لا نص في الفطر به ولا إجماع، ولا يمكن قياسه على المباشرة ولا تكرار النظر؛ لأنه دونهما في استدعاء الشهوة، وإفضائه إلى الإنزال.

ينظر: الاختيار (١٣١/١، ١٣٢)، الدر المختار (١٠/٢، ١٠٤)، مراقي الفلاح، ص (٣٦٤، ٣٦٩، ٣٧٠)، القوانين الفقهية، ص (٨١)، الشرح الكبير، للدردير (١/٥٢٩)، جواهر الإكليل (١٥٠/١)، منح الجليل (١/٤٠٢، ٤٠٣)، روضة الطالبين (٢/٣٦١)، الإقناع، للشربيني (٢/٣٣١)، حاشية قليوبي (٢/٥٨، ٥٩)، شرح المحلي على المنهاج (٢/٥٨)، شرح ابن القاسم على متن الغزي (١/٣٠٣)، كشف القناع (٢/٣٢٤ - ٣٢٦)، الروض المربع (١/١٤٠)، الإنصاف (٣/٣٠٢)، المغني، لابن قدامة (٣/٤٨، ٤٩، ٥٨، ٥٩).

- (١) في ب: وإن.
- (٢) سقط في د.
- (٣) في ب: صومه.
- (٤) سقط في ب.
- (٥) في د: فأما إذا.

و[لكنها]^(١) لم تر بللا ينبغي أن يفسد صومها عند محمد - رحمه الله - خلافا لأبي يوسف - رحمه الله - على قياس ما إذا رأت في منامها فوجدت لذة الإنزال، [إلا أنها]^(٢) لم تر بللاً لا يلزمها الاغتسال^(٣)، وإذا جامع امرأته في رمضان قبل الصبح فلما جن الصبح أخرج فأمنى بعد الصبح لا يفسد صومه؛ لأنه لم يوجد^(٤) بعد الصبح لا صورة [الجماع ولا معناه]^(٥) وإذا نظر إلى امرأة بشهوة وأمنى لا يفسد صومه وإن مسها وأمنى يفسد صومه .

والمراد [مس]^(٦) ليس بينهما ثوب وإذا مسها من وراء الثياب فإن كان يجد حرارة أعضائها فسد صومه إذا أمنى وإن كان لا يجد حرارة أعضائها لا يفسد صومه وإن أمنى في صوم شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وإذا مست المرأة زوجها حتى أنزل لم يفسد صومه ولو تكلف [الزوج]^(٧) لذلك^(٨) ففيه اختلاف المشايخ .
وفي البقالي وإذا مس امرأته فأمدى لا يفسد صومه .

وقيل: إن خرج المنى على سبيل الدفع يفسد صومه .

جماع الميتة يفسد الصوم إذا أنزل، قيل يجب أن تكون هذه المسألة على الخلاف قياساً على جماع البهيمة إذا أنزل وإذا جامعها في النهار^(٩) ناسياً فتذكر وهو يخالطها^(١٠) فقام عنها أو جامعها ليلاً فانفجر الصبح وهو يخالطها فقام عنها قال محمد: هما سواء ولا قضاء .

وهكذا روى الحسن [بن زياد]^(١١) عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وإن وجد جزء^(١٢) الجماع إلا أنه لا يستطاع الامتناع عنه قال إسماعيل: قال أبو

(١) سقط في د .

(٢) في د: و .

(٣) زاد في د: ولا صومها فكذا في اليقظة .

(٤) زاد في د: الجماع .

(٥) في د: ولا معنى .

(٦) سقط في د .

(٧) سقط في ب .

(٨) في د: في ذلك .

(٩) في د: نهار رمضان .

(١٠) في ب: مخالطها .

(١١) سقط في د .

(١٢) في د: شيء من .

يوسف: يقضي الذي كان يطأ بالليل ولا يقضي الذي كان يطأ بالنهار.
وفي الحاوي: امرأتان عملتا عمل الرجل من الجماع فإن أنزلتا فعليهما القضاء
وإن لم ينزلا فلا قضاء عليهما.
وإذا أقطر في إحليله لا يفسد صومه عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً
لأبي يوسف.

وروي عن محمد أنه توقف في هذه المسألة^(١) آخر عمره.
قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله -: إنما يفسد صومه على قول أبي يوسف
إذا وصل إلى الجوف.

[و]^(٢) أما إذا بقي في القصب^(٣) لا^(٤) يفسد صومه وهكذا ذكر في المنتقى.
وروي الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الصب في الإحليل بمنزلة الحقنة
يفسد الصوم إذا وصل إلى الجوف^(٥).

(١) زاد في د: في.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: القضيب.

(٤) في د: فلا.

(٥) في التقطير أقوال: فذهب أبو حنيفة ومحمد ومالك وأحمد، وهو وجه عند الشافعية، إلى أنه
لا يفطر، سواء أوصل إلى المائة أم لم يصل؛ لأنه ليس بين باطن الذكر وبين الجوف منفذ،
وإنما يمر البول رشحا، فالذي يتركه فيه لا يصل إلى الجوف، فلا يفطر، كالذي يتركه في
فيه ولا يتلعه، وقال المواق: هو أخف من الحقنة.

وقال البهوتي: لو قطر فيه، أو غيب فيه شيئا فوصل إلى المائة لم يبطل صومه.

وللشافعية - مع ذلك - في المسألة أقوال:

أحدها: إذا قطر فيه شيئا لم يصل إلى المائة لم يفطر، وهذا أصحها؛ لأنه - كما قال
المحلي - في جوف غير محيل.

الثاني: لا يفطر.

الثالث: إن جاوز الحشفة أفطر، وإلا لا.

وذهب أبو يوسف إلى أنه يفطر إذا وصل إلى المائة، أما ما دام في قصبه الذكر فلا
يفسد.

ينظر: تبين الحقائق (١/٣٣٠)، ومراقي الفلاح وحاشية الطحطاوي عليه، ص (٣٦٢)،
والفتاوى الهندية (١/٢٠٤)، والقوانين الفقهية، ص (٨٠)، والتاج والإكليل بهامش مواهب
الجليل (٢/٤٢٤)، والإقناع (٢/٣٣٠)، والمغني، لابن قدامة (٣/٤٢)، والروض المربع
(١/١٤٠).

وتكلم المشايخ في الإقطار في أقبال النساء^(١) منهم من قال: هو على هذا الخلاف، ومنهم من قال: يفسد الصوم بلا خلاف كالحقنة. وإذا اكتحل أو أقطر شيئاً من الدواء في عينه لا يفسد صومه عندنا وإن وجد طعم ذلك في حلقة وإن بزق فرأى أثر الكحل ولونه في بزاقه، عامة المشايخ على أنه لا يفسد [صومه]^(٢)، وإذا كان بين أسنانه شيء فدخل جوفه وهو كاره عن ذلك لا يفسد

(١) الأصح عند الحنفية، والمنصوص في مذهب المالكية، والذي يؤخذ من مذهب الشافعية والحنابلة - الذين نصوا على الإحليل فقط - هو فساد الصوم به، وعلله الحنفية بأنه شبيه بالحقنة.

ووجهه عند المالكية، استجماع شرطين: أحدهما: أنه من المنفذ السافل الواسع. والآخر: الاحتقان بالمائع.

وقد نص الدردير على الإفطار به، ونص الدسوقي على وجوب القضاء على المشهور، ومقابله ما لابن حبيب من استحباب القضاء، بسبب الحقنة من المائع الواصلة إلى المعدة، من الدبر أو فرج المرأة، كما نص الدردير على أن الاحتقان بالجامد لا قضاء فيه، ولا في الفتائل التي عليها دهن.

ينظر: تبیین الحقائق (١/٣٣٠)، ومراقي الفلاح (٣٧٠)، وفتح القدير (٢/٢٦٧)، والفتاوى الهندية (١/٢٠٤)، والشرح الكبير، للدردير (١/٥٢٤)، والإقناع (٢/٣٣٠)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/٥٦)، والروض المربع (١/١٤٠).

(٢) الاكتحال غير مكروه عند الحنفية والشافعية، بل أجازوه، ونصوا على أنه لا يفطر به الصائم ولو وجد طعمه في حلقة، قال النووي: لأن العين ليست بجوف، ولا منفذ منها إلى الحلق.

واحتجوا بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: اكتحل رسول الله ﷺ وهو صائم، وحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: اشتكت عيني، أفأكتحل وأنا صائم؟ قال: نعم [أخرجه الترمذي (٣/٩٦) وقال: ليس إسناده بالقوي، ولا يصح عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء].

وتردد المالكية في الاكتحال، فقالوا: إن كان لا يتحلل منه شيء لم يفطر، وإن تحلل منه شيء أفطر. وقال أبو مصعب: لا يفطر. ومنعه ابن القاسم مطلقاً.

وقال أبو الحسن: إن تحقق أنه يصل إلى حلقة، لم يكن له أن يفعله، وإن شك كره، وليتماد (أي يستمر في صومه) وعليه القضاء، فإن علم أنه لا يصل، فلا شيء عليه.

وقال مالك في المدونة: إذا دخل حلقة، وعلم أنه قد وصل الكحل إلى حلقة، فعليه القضاء ولا كفارة عليه. وإن تحقق عدم وصوله للحلق لا شيء عليه، كاحتحاله ليلاً وهبوطه نهاراً للحلق، لا شيء عليه في شيء من ذلك.

وهذا أيضاً مذهب الحنابلة، فقد قالوا: إذا اكتحل بما يصل إلى حلقة ويتحقق الوصول إليه فسد صومه، وهذا الصحيح من المذهب. واستدلوا بأن النبي ﷺ أمر بالإثم المروح =

صومه هذا هو لفظ محمد - رحمه الله - .

فأما إذا ابتلعه فيه اختلاف المشايخ ونص في الجامع الصغير على أنه لا يفسد^(١) صومه وهذا إذا كان شيئاً قليلاً .
وأما^(٢) إذا كان شيئاً كثيراً فسد^(٣) صومه دخل جوفه [من غير صنعه]^(٤) أو ابتلعه والحمصة وما فوقها [كثيراً]^{(٥)(٦)} .

= عند النوم، وقال: ليقته الصائم؛ ولأن العين منفذ، لكنه غير معتاد، وكالواصل من الأنف .
واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يفطر بذلك .
ينظر: رد المحتار (١١٣/٢، ١١٤)، وفتح القدير (٢/٢٦٩)، وحاشية العدوي على الخرخشي (٢/٢٤٩)، وجواهر الإكليل (١/١٤٩)، والقوانين الفقهية، ص (٨٠)، والمدونة (١/١٩٧)، والمهذب (٦/٣٤٧)، وروضة الطالبين (٢/٣٥٧)، والمغني، لابن قدامة (٣/٣٨)، والإنصاف (٣/٢٩٩، ٣٠٠).

- (١) سقط في د .
- (٢) في د: فأما .
- (٣) في د: يفسد .
- (٤) سقط في ب، م .
- (٥) سقط في م .
- (٦) ابتلاع ما بين الأسنان، إذا كان قليلاً، لا يفسد ولا يفطر؛ لأنه تبع لريقه؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز عنه، بخلاف الكثير فإنه لا يبقى بين الأسنان، والاحتراز عنه ممكن .
والقليل: هو ما دون الحمصة، ولو كان قدرها أفطر .
ومذهب زفر، وهو قول للشافعية: فساد الصوم مطلقاً، بابتلاع القليل والكثير؛ لأن الفم له حكم الظاهر، ولهذا لا يفسد صومه بالمضمضة - كما قال المرغيناني - ولو أكل القليل من خارج فمه أفطر، فكذا إذا أكل من فمه .
وللشافعية قول آخر بعدم الإفطار به مطلقاً .
وشرط الشافعية والحنابلة، لعدم الإفطار بابتلاع ما بين الأسنان شرطين:
أولهما: ألا يقصد ابتلاعه .

والآخر: أن يعجز عن تمييزه ومجه؛ لأنه معذور فيه غير مفطر، فإن قدر عليهما أفطر، ولو كان دون الحمصة؛ لأنه لا مشقة في لفظه، والتحرز عنه ممكن .
ومذهب المالكية: عدم الإفطار بما سبق إلى جوفه من بين أسنانه، ولو عمداً؛ لأنه أخذه في وقت يجوز له أخذه فيه - كما يقول الدسوقي - وقيل: لا يفطر، إلا إن تعمد بلعه فيفطر، أما لو سبق إلى جوفه فلا يفطر .

ينظر: الدر المختار ورد المحتار (٢/٩٨ و ١١٢)، والقوانين الفقهية، ص (٨٠)، والمحلي على المنهاج (٢/٥٧)، والإقناع (٢/٣٢٩)، وروضة الطالبين (٢/٣٦١)، وكشاف القناع (٢/٣٢١)، والمغني، لابن قدامة (٣/٤٢، ٤٣).

ذكر^(١) في اختلاف زفر ويعقوب عن أبي حنيفة - رحمهم الله - في الجامع الأصغر: أن أبا النصر الدبوسي قدر الكثير بأن يقدر على ابتلاعه من غير ريق وهذا إذا لم يخرج من فيه^(٢) وإن أخرجه من فيه^(٣) ثم ابتلعه فسد صومه بلا خلاف ثم ما بين أسنانه إن كان قدر الحمصة أو فوقها فابتلعها حتى فسد صومه يلزمه القضاء ولا يلزمه الكفارة هكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - وإن ابتلع سمسمة كانت بين أسنانه لا يفسد صومه بالإجماع وإن تناولها من الخارج إن ابتلعها كذلك فسد صومه وإن مضغها لا يفسد صومه إلا أن يجد طعمه في حلقه.

وعن أبي القاسم [الصفار]^(٤): أنه يفسد صومه [ولم يشترط أن]^(٥) يجد طعمه في حلقه، وإذا مص أهليلجة يابسة ولم يدخل عينها في جوفه لا يفسد صومه ولو فعل هذا بالفانيد^(٦) أو السكر يفسد صومه.

وفي الواقعات للصدر الشهيد - رحمه الله - إذا دخل الدموع فم الصائم إن كان قليلا نحو القطرة أو القطرتين لا يفسد صومه^(٧)؛ لأن التحرز عنه غير ممكن وإن كان كثيرا حتى^(٨) وجد ملوحتة في جميع فمه وابتلعه فسد صومه وكذلك^(٩) الجواب في عرق الوجه.

(١) في د: ذكره.

(٢) في د: فمه.

(٣) في د: فمه.

(٤) سقط في ب.

(٥) في د: وإن لم.

(٦) الفانيد: نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا فارسي معرب.

ينظر: لسان العرب (٥٠٣/٣)، مادة: (فند)، المصباح المنير (٤٨١/٢)، مادة:

(الفانيد).

(٧) إذا دخل حلق الصائم غبار أو ذباب أو دخان بنفسه، بلا صنعه، ولو كان الصائم ذاكرا لصومه، لم يفطر إجماعا - كما قال ابن جزى - لعدم قدرته على الامتناع عنه، ولا يمكن الاحتراز منه.

وكذلك إذا دخل الدمع حلقه وكان قليلا نحو القطرة أو القطرتين فإنه لا يفسد صومه؛ لأن التحرز منه غير ممكن. وإن كان كثيرا حتى وجد ملوحتة في جميع فمه وابتلعه فسد صومه. ينظر: الدر المختار ورد المحتار (١٠٣/٢)، ومراقي الفلاح، ص (٣٦٨).

(٨) في د: بحيث.

(٩) في د: هكذا.

وفي إملاء محمد بن مقاتل صاحب محمد بن الحسن - رحمهما الله - إذا نزل دمة من عينه إلى فمه ودخل حلقه قطرة^(١) وكذلك كل ما كان خارج الفم .
وفي الواقعات للصدر الشهيد أيضا: الدم إذا خرج من الأسنان ودخل الحلق^(٢) [مع البزاق]^(٣) إن كانت الغلبة للبزاق لا يفسد صومه وإن كانت الغلبة للدم فسد الصوم وإن كانا سواء فسد الصوم احتياطا، وإذا وضع البزاق على كفه ثم ابتلعه فسد صومه باتفاق^(٤) وإن كان البزاق شيبًا ثخينًا فتدلى من فمه [ولكن لم]^(٥) يزايل فمه ثم ابتلعه لم يفسد صومه في صوم شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

(١) زاد في د: قال .

(٢) في د: حلقه .

(٣) سقط في ب .

(٤) مذهب الحنفية، والمعتمد عند المالكية: أن النخامة سواء أكانت مخاطا نازلا من الرأس، أم بلغما صاعدا من الباطن، بالسعال أو التنحج - ما لم يفحش البلغم - لا يفطر مطلقا .
وفي نصوص المالكية: إن البلغم لا يفطر مطلقا، ولو وصل إلى طرف اللسان، لمشقتة، خلافا لخليل، الذي رأى الفساد، فيما إذا أمكن طرحه، بأن جاوز الحلق، ثم أرجعه وابتلعه، وأن عليه القضاء .

وفي رواية عن أحمد أن ابتلاع النخامة لا يفطر؛ لأنه معتاد في الفم غير واصل من خارج، فأشبهه الريق .

وعند الشافعية هذا التفصيل:

- إن اقتلع النخامة من الباطن، ولفظها فلا بأس بذلك في الأصح؛ لأن الحاجة إليه مما يتكرر، وفي قول: يفطر بها كالاستقاء

- ولو صعدت بنفسها، أو بسعاله، ولفظها لم يفطر جزما .

ولو ابتلعها بعد وصولها إلى ظاهر الفم، أفطر جزما .

وإذا حصلت في ظاهر الفم، يجب قطع مجراها إلى الحلق، ومجها، فإن تركها مع القدرة على ذلك، فوصلت إلى الجوف، أفطر في الأصح، لتقصيره، وفي قول: لا يفطر؛ لأنه لم يفعل شيئا، وإنما أمسك عن الفعل .

ولو ابتلعها بعد وصولها إلى ظاهر الفم، أفطر جزما .

ونص الحنابلة على أنه يحرم على الصائم بلع نخامة، إذا حصلت في فمه، ويفطر بها إذا بلعها، سواء أكانت في جوفه أم صدره، بعد أن تصل إلى فمه؛ لأنها من غير الفم، فأشبهه القيء؛ ولأنه أمكن التحرز منها فأشبهه الدم .

من أجل هذا الخلاف، نبه ابن الشحنة على أنه ينبغي إلقاء النخامة، حتى لا يفسد صومه على قول الإمام الشافعي، وليكون صومه صحيحا بالاتفاق لقدرتة على مجها .

ينظر: الدر المختار ورد المحتار (٢/١٠١ و/١١١)، ومراقي الفلاح، ص (٣٦٢)، وجواهر الإكليل (١/١٤٩)، والشرح الكبير للدردير (١/٥٢٥)، وروضة الطالبين (٢/

وعن الفقيه أبي جعفر: إذا خرج البزاق على شفته^(١) ثم ابتلعه فسد صومه. وفي المنتقى: [قال محمد: كان]^(٢) الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا خرج البزاق من فمه ثم^(٣) رجع إلى فمه ودخل حلقه [وقد]^(٤) بان من الفم أو لم يبين فإن كان ذلك قدر ما لو أصاب الصائم فإنه يطره، وإذا دخل المخاط في أنفه من رأسه فاستشمه ودخل فمه على عمد منه لا يفسد صومه وهو بمنزلة ريقه. وفي البقالي: إن أمسك في فيه شيئاً لا يؤكل فوصل إلى جوفه لا يفسد صومه. وفيه أيضاً عن نصير إذا دخل الماء فمه عند الاغتسال لا يفسد صومه إلا أن يصب [في فمه]^(٥) متعمداً.

وإذا وقع ثلج أو مطر في فمه^(٦) وابتلعه ذكر في بعض المواضع أنه لا يفسد صومه في المطر ويفسد في الثلج وذكر في بعض المواضع على العكس. وفي الجامع الأصغر: أنه يفسد صومه فيهما وهو المختار. وفي المنتقى: إذا شرب النائم يفسد صومه وعليه القضاء. قال: وليس هو كالناسي وأشار إلى الفرق فقال: ألا ترى أن النائم أو ذاهب العقل إذا ذبح لا تؤكل ذبيحته والناسي للتسمية^(٧) تؤكل ذبيحته. وإذا دخل الغبار أو الدخان أو طعم الأدوية لا يفسد صومه، وكذلك الذباب إذا دخل جوفه لا يفسد صومه فيه إشارة إلى أنه لو أدخله يفسد صومه. وبه قال بعض المشايخ في النوازل والواقعات: الصائم إذا استنجد وبالغ في الاستنجاء^(٨) حتى بلغ الماء موضع الحقنة فهذا أقل ما يكون ولو كان قطرة.

= (٣٦٠)، وحاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج (٥٥/٢)، والمغني، لابن قدامة (٤٣/٢)، (٤٣/٣)، وكشاف القناع (٣٢٩/٢)، والروض المربع (١٤٣/١)، والإنصاف (٣٢٥/٢)، (٣٢٦).

- (٥) في د: لكن.
- (١) في د: شفثيه.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) زاد في ب: خرج.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في ب: فيه.
- (٦) في د: فيه.
- (٧) زاد في د: لو ذبح.
- (٨) في د: ذلك.

نوع آخر:

إذا أكل ورق الشجر إن [كان مما] (١) يؤكل عادة [كذا مر لبد] (٢) من الابتداء أو كمحتال من الابتداء؛ فعليه القضاء والكفارة (٣)، وكذلك (٤) إن أكل من حلبيوي (٥) من الابتداء، فعليه القضاء والكفارة، وإن أكل هذه الأشياء بعدما كبر لا يلزمه القضاء (٦)؛ لأنه لا يعتاد أكله كذلك هذا هو الأصل في جنس هذه المسائل، أن ما

- (١) في د: أكل ما، وفي م: كان ما. وفي الفتاوى الهندية (١/٢٠٥) كورق الكرم.
 (٢) في المحيط البرهاني (٢/٣٨٧): كرام زكيد مر.
 (٣) بدائع الصنائع (٢/٩٩)، البحر الرائق (٢/٢٩٧).
 (٤) في د: وكذا.
 (٥) في ب: الحلوى.
 (٦) مما يوجب القضاء والكفارة، عند الحنفية والمالكية: الأكل والشرب.
 فإذا أكل الصائم، في أداء رمضان أو شرب غذاء أو دواء، طائعا عامدا، بغير خطأ ولا إكراه ولا نسيان، أفطر وعليه الكفارة.
 وضابطه عند الحنفية: وصول ما فيه صلاح بدنه لجوفه، بأن يكون مما يؤكل عادة على قصد التغذية أو التداوي أو التلذذ، أو مما يميل إليه الطبع، وتنقضي به شهوة البطن، وإن لم يكن فيه صلاح البدن، بل ضرره.
 وشرطوا أيضا لوجوب الكفارة: أن ينوي الصوم ليلا، وألا يكون مكرها، وألا يطراً عذر شرعي لا صنع له فيه، كمرض وحيض.
 وشرط المالكية: أن يكون إفساد صوم رمضان خاصة، عمدا قصدا لانتهاك حرمة الصوم، من غير سبب مبيح للفطر.
 وتجب الكفارة في شرب الدخان عند الحنفية والمالكية - فإنه ربما أضر البدن، لكن تميل إليه بعض الطباع، وتنقضي به شهوة البطن، يضاف إلى ذلك أنه مفتر وحرام، لحديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها - قالت: نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر. [أخرجه أبو داود (٤/٩٠) وإسناده ضعيف. وينظر: مراقبي الفلاح بحاشية الطحطاوي عليه، ص ٣٦٤].
 ودليل وجوب الكفارة على من أكل أو شرب عمدا، ما ورد في الصحيح عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه -: أن رسول الله ﷺ أمر رجلا أفطر في رمضان، أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا فإنه علق الكفارة بالإفطار، وهي وإن كانت واقعة حال لا عموم لها، لكنها علق بالإفطار، لا باعتبار خصوص الإفطار ولفظ الراوي عام، فاعتبر، كقوله: قضى بالشفعة للجار. [أخرجه الترمذي (٣/٦٤٢) من حديث جابر وقال: حديث حسن غريب].
 ومذهب الشافعية والحنابلة عدم وجوب الكفارة على من أكل أو شرب عمدا في نهار رمضان أداء، وذلك لأن النص - وهو حديث الأعرابي الذي وقع على امرأته في رمضان - ورد في الجماع، وما عده ليس في معناه؛ ولأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا، ولا إجماع.

يؤكل عادة إما مقصودًا بنفسه أو تبعًا لغيره فإذا أكله الصائم يلزمه القضاء والكفارة، وكذلك^(١) ما يتداوى به إذا أكله^(٢) الصائم [لم]^(٣) يلزمه القضاء والكفارة به، وما لا يؤكل عادة ولا يتداوى [به]^(٤) إذا أكله الصائم لزمه القضاء دون الكفارة.

وعلى هذا الأصل إذا ابتلع جوزة يابسة أو لوزة فلا كفارة [عليه]^(٥)، وإن ابتلع لوزة رطبة أو بطيخة صغيرة فعليه الكفارة، ولو مضغ الجوزة اليابسة [مع قشرها]^(٦) أو اللوزة حتى وصل الممضوغ إلى جوفه فعليه الكفارة.

روي ذلك عن أبي يوسف - رحمه الله - من غير تفصيل^(٧).

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - هكذا من غير تفصيل^(٨).

قال مشايخنا - رحمهم الله -: إن وصل القشر أولاً إلى حلقة فلا كفارة عليه، وإن وصل اللب أولاً [إلى]^(٩) حلقة فعليه الكفارة؛ لأن في الوجه الأول الفطر حصل بالقشر^(١٠).

وفي الوجه^(١١) الثاني حصل^(١٢) باللب^(١٣).

ولا يصح قياسه على الجماع؛ لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس، والحكمة في التعدي به أكد، ولهذا يجب به الحد إذا كان محرماً.

ينظر: الدر المختار ورد المختار (١٠٨/٢ - ١١٠)، ومراقي الفلاح، ص (٣٦٤)، (٣٦٨)، وتبيين الحقائق (٣٢٧/١، ٣٢٨)، وفتح القدير شرح الهداية (٢/٢٦٤)، والقوانين الفقهية، ص (٨٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (١/٥٢٨)، وشرح المحلى بحاشية القليوبي (٢/٧٠)، والمغني، لابن قدامة (٣/٦٤، ٦٥)، وكشاف القناع (٢/٣٢٧)، والإنصاف (٢/٣٢١).

(١) في د: وكذا.

(٢) في ب: أكل.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: فصل.

(٨) في ب: فصل.

(٩) سقط في ب.

(١٠) زاد في د: وهو لا يعتاد أكله.

(١١) في ب: الفصل.

(١٢) زاد في د: الفطر.

(١٣) زاد في د: وهو مما يعتاد أكله.

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر: إذا مضغ الجوزة الرطبة لا كفارة عليه؛ لأنه لا طعم لها [وأغلبه فيه للمرارة]^(١) بخلاف اليابسة، وكذلك^(٢) إذا ابتلعها من غير مضغ فلا كفارة عليه^(٣) وعليه القضاء.

وفي نوادر ابن سماعة: إذا أكل قشور الرمان بشحمه أو ابتلع رمانة فعليه القضاء ولا كفارة عليه.

وإذا أكل قشر البطيخ إن كان يابسًا وكان بحال يتقدر [منه]^(٤) فلا كفارة عليه [وعليه القضاء]^(٥).

وإن كان رطبًا وكان بحال لا يتقدر^(٦) منه [طعمه]^(٧) فعليه الكفارة، وإذا تناول سمسمة من الخارج وابتلعها من غير مضغ ففي وجوب الكفارة كلام واختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - على الوجوب؛ لأنها من جنس ما يتغذى بها^(٨).

وعن الفقيه أبي جعفر: أنه إذا أكل السمسمة حبة حبة لا كفارة عليه وإن كثرت، وإن^(٩) ابتلع الحنطة حبة حبة يلزمه الكفارة بلا خلاف.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: في فصل الحنطة [أنه]^(١٠) يلزمه الكفارة وإن أكل حبة.

وفي القدوري: إذا قضم الحنطة^(١١) وابتلعها فعليه الكفارة؛ لأن الحنطة مما يتغذى بها فإنها ما دامت رطبًا تؤكل كذلك، وإذا يبست تقلى وتؤكل، وإن أكل الشعير فلا كفارة عليه إلا أن يكون مقليا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصوم: أن فيه اختلاف المشايخ ولم

(١) في د: والمرارة فيها غالبية.

(٢) في د: وكذا.

(٣) في د: فيها.

(٤) في أ: طعمه، وفي ب: به.

(٥) سقط في ب.

(٦) في د: يتعذر.

(٧) سقط في ب.

(٨) البحر الرائق (٢/٢٩٧)، الفتاوى الهندية (١/٢٠٢).

(٩) في د: وإذا.

(١٠) سقط في د.

(١١) في د: أو.

يتعرض للمقلي وغير المقلي وأكل الأرز والجاروس^(١) لا يوجب الكفارة وإن أكل عجينا أو دقيقا.

ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -^(٢) أنه لا كفارة عليه .

وفي واقعات الصدر الشهيد: إذا أكل عجينا فلا كفارة عليه عند أبي يوسف خلافا لمحمد - رحمهما الله - .

وفي بعض الكتب ذكر الخلاف على [عكس هذا]^(٣) .

وكان الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يفتي بعدم الوجوب وإن أكل عجين الحوكة وهو الذي يقال بالفارسية: «بت» ينبغي أن يلزمه الكفارة كما لو أكل عصيدة^(٤) .

وفي نوادر شمس الأئمة أيضا دقيق الذرة إذا لثَّه بالسمن والدبس^(٥) تجب الكفارة بأكله؛ لأنه يؤكل كذلك، دقيق الحنطة والشعير إذا قلي^(٦) وخلط بالسكر ويسمى^(٧) بالفارسية «بست» تجب الكفارة بأكله؛ لأنه دواء، وإذا أكل الطين الأرمني فعليه الكفارة؛ لأنه يتداوى^(٨) به وإن أكل الطين الذي يأكل الناس على سبيل التفكه .

ذكر شمس الأئمة الحلواني في صومه: أن فيه اختلاف المشايخ .

وذكر هو^(٩) في نوادر الصوم عن محمد - رحمه الله - [أنه]^(١٠) لا كفارة [عليه .

قال شمس الأئمة]^(١١): إن كثيرا من المتأخرين استحسنا وأوجبوا الكفارة .

(١) الجاروس: حب، معروف يؤكل مثل الدخن .

ينظر: تاج العروس (٤٩٥/١٥) .

(٢) زاد في د: في نوادر الصوم .

(٣) في د: العكس .

(٤) العصيدة: دقيق يلت بالسمن ويطحخ .

ينظر: المعجم الوسيط (١١٤/٢) .

(٥) الدبس: عسل التمر وما يسيل من الرطب والأسود من كل شيء .

ينظر: المعجم الوسيط (٥٦٢/١) .

(٦) في ب: غسل .

(٧) زاد في د: هو .

(٨) في ب: يتداواوا .

(٩) زاد في د: أيضا .

(١٠) سقط في د .

(١١) في ب، د: قال ثمة إلا .

وفي البقالي عن ابن المبارك - رحمه الله - مطلقا: [أنه]^(١) تجب الكفارة قيل له: ترويه عن أحد؟ فقال: هو قول محمد - رحمه الله - .
وفي بعض روايات المنتقى: شرط لوجوب الكفارة الأكل للتداوي، وإذا أخذ لقمة من الخبز ليأكلها فلما مضغها تذكر أنه صائم فابتلعها؛ فعليه القضاء والكفارة. ولو أخرجها من فمه ثم أعادها وابتلعها فلا كفارة عليه؛ لأنها^(٢) بالإخراج صارت بحال يعاف عنها، وإذا أكل الملح وحده فقد قيل يلزمه الكفارة، [وقيل بخلافه].
وقيل: يوجب الكفارة^(٣) بأكل قليله وبعدم الوجوب^(٤) بأكل كثيره؛ لأن الكثير مضر^(٥).

وإذا أكل شحما غير مطبوخ فعليه القضاء بلا خلاف وفي وجوب الكفارة اختلاف المشايخ.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والصحيح أنه تجب الكفارة.

وإن أكل لحما غير مطبوخ فعليه القضاء والكفارة بلا خلاف.

وفي متفرقات [الفقيه]^(٦) أبي جعفر - رحمه الله - الدمع إذا دخل فم الصائم إن تلذذ بابتلاعه فعليه القضاء والكفارة، وإن ابتلع بزاق غيره فلا كفارة^(٧) إلا إذا ابتلع^(٨) بزاق صديقه فحينئذ تلزمه الكفارة؛ لأن الناس قل ما يعافون عن بزاق أصدقائهم. وإذا قبل امرأته فأنزل فعليه القضاء لا^(٩) الكفارة، وإذا جامعها بالنهار ناسيا فتذكر وهو مخالطها فبقي كذلك^(١٠)، أو جامعها ليلا فانفجر الصبح وهو يخالطها، روى

(١) سقط في د.

(٢) في ب: لأن.

(٣) في د: وقد قيل لا يلزمه الكفارة وقيل أيضا توجب الكفارة.

(٤) في د: وجوب الكفارة.

(٥) في د: دون القليل.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في د: عليه.

(٨) في د: كان.

(٩) في د: دون.

(١٠) ذهب الحنفية والشافعية في المذهب، والحسن البصري ومجاهد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر إلى أن الجماع في حال النسيان لا يفطر قياسا على الأكل والشرب ناسيا. وذهب المالكية في المشهور - وهو ظاهر مذهب الحنابلة - إلى أن من جامع ناسيا فسد

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهشام عن محمد - رحمهم الله - أن عليه القضاء دون الكفارة^(١).

= صومه، وعليه القضاء فقط عند المالكية، والقضاء والكفارة عند الحنابلة. ينظر: الهداية وشروحها (٢/٢٥٤، ٢٥٥)، ومراقي الفلاح، ص (٣٦٠)، والشرح الكبير للدردير (١/٥٢٥ و ٥٢٧)، وجواهر الإكليل (١/١٤٩)، والقوانين الفقهية، ص (١٢١)، والمجموع (٦/٣٢٤)، المغني، لابن قدامة (٣/٥٦)، كشف القناع (٢/٣٢٤)، الإنصاف (٣/٣١١).

(١) اتفق الفقهاء على أنه إذا طلع الفجر وفي فيه طعام أو شراب فليلفظه، ويصح صومه. فإن ابتلعه أفطر، وكذا الحكم عند الحنفية والشافعية والحنابلة فيمن أكل أو شرب ناسيا ثم تذكر الصوم، صح صومه إن بادر إلى لفظه. وإن سبق شيء إلى جوفه بغير اختياره، فلا يفطر عند الحنابلة، وهو الصحيح عند الشافعية.

وأما المالكية فقالوا: إذا وصل شيء من ذلك إلى جوفه - ولو غلبه - أفطر. وإذا نزع، وقطع الجماع عند طلوع الفجر في الحال فمذهب الحنفية والشافعية - وأحد قولين للمالكية - لا يفسد صومه، وقيد القليوبي بالألا يقصد اللذة بالنزع، وإلا بطل صومه، حتى لو أمني بعد النزع، لا شيء عليه، وصومه صحيح؛ لأنه كالاتلام - كما يقول الحنفية - وتولده من مباشرة مباحة - كما يقول الشافعية.

ومشهور مذهب المالكية: أنه لو نزع عند طلوع الفجر، وأمنى حال الطلوع - لا قبله ولا بعده - فلا قضاء؛ لأن الذي بعده من النهار والذي قبله من الليل، والنزع ليس وطئا. والقول الآخر للمالكية هو وجوب القضاء.

وسبب هذا الاختلاف عند المالكية هو أنه: هل يعد النزع جماعا، أو لا يعد جماعا؟ ولهذا قالوا: من طلع عليه الفجر - وهو يجامع - فعليه القضاء، وقيل: والكفارة. ومذهب الحنابلة: أن النزع جماع، فمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع في الحال، مع أول طلوع الفجر، فعليه القضاء والكفارة؛ لأنه يلتذ بالنزع، كما يلتذ بالإلاج، كما لو استدام بعد طلوع الفجر.

ولو مكث بعد طلوع الفجر مجامعا، بطل صومه، ولو لم يعلم بطلوعه. وفي وجوب الكفارة في المكث والبقاء، في هذه الحال، خلاف: فظاهر الرواية، في مذهب الحنفية، والمذهب عند الشافعية عدم وجوب الكفارة؛ لأنها تجب بإفساد الصوم، والصوم منتف حال الجماع فاستحال إفساده، فلم تجب الكفارة. أو كما قال النووي: لأن مكثه مسبوق ببطلان الصوم. وروي عن أبي يوسف وجوب الكفارة.

ينظر: الدر المختار ورد المختار عليه (٢/٩٩)، وبدائع الصنائع (٢/٩٤)، وحاشية الدسوقي (١/٥٢٥)، وجواهر الإكليل (٢/١٥٢)، والقوانين الفقهية، ص (٨١)، وروضة الطالبين (٢/٣٦٤، ٣٦٥)، حاشية القليوبي على شرح المحلي (٢/٥٩)، والإنصاف (٣/٣٧٠)، وكشف القناع (٢/٣٢٥).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه إذا بقي بعد الطلوع فعليه الكفارة وإن بقي بعد الذكر فلا كفارة، المرأة إذا أكرهت زوجها في شهر رمضان على الجماع فجامعها مكرها.

[ذكر^(١)] في فتاوى أهل سمرقند: أنه يجب عليه وعليها القضاء والكفارة؛ لأن الزوج لا يجامعها إلا بعد انتشار الآلة وعند ذلك يزول الإكراه بخلاف ما لو أكرهها وغلب عليها وجامعها حيث لا تجب عليها الكفارة ولكن ما ذكر ثمة خلاف ما ذكر محمد - رحمه الله - .

فقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه لا كفارة على الزوج إذا جامعها وهو مكره؛ لأن هذا إفتار بعذر وعليه الفتوى.



(١) سقط في د.

ومما يتصل بهذا النوع:

إذا أصبح الرجل صائماً ثم أكل وشرب أو جامع ثم سافر في آخر النهار فعليه الكفارة، فإذا مرض بعدما جامع فلا كفارة عليه، فكذلك إذا حاضت المرأة بعدما جامعها زوجها فلا كفارة عليها.

والفرق: أن الكفارة إنما تجب باستحقاق المشروع والأداء؛ [لأن الكفارة]^(١) إنما تجب بعد الإفطار ولا يتصور الفطر إلا بالأداء و^(٢) المشروع جميعاً فإذا سافر والأداء قائم حالة السفر يزول^(٣) الاستحقاق عن الأداء لا عن المشروع في الوقت؛ لأن السفر أمر يوجد من جهته [فلا يعمل إلا فيما يوجد من جهته وهو الأداء، وإذا زال الاستحقاق عن الأداء لا تجب الكفارة؛ لأن وجوب الكفارة باعتبار استحقاق المشروع والأداء جميعاً]^(٤)، وإذا كان الأداء فائتاً^(٥) وقت السفر ولا عمل للسفر في إزالة [الاستحقاق عن]^(٦) المشروع في الوقت بقي الاستحقاق في [حق المشروع وفي حق الأداء والكفارة جميعاً، وإذا]^(٧) حاضت المرأة أو مرض الرجل [والأداء قائم]^(٨) يزيل الاستحقاق عن المشروع في الوقت^(٩)؛ لأنه عذر جاء من قبل من له الحق [يزيل الاستحقاق عن المشروع ثم يزول عن]^(١٠) الأداء^(١١)؛ لأنه بناء عليه^(١٢)، وإذا كان الأداء فائتاً^(١٣) وإن لم يزل [استحقاق الأداء لزواله بالإفطار قبله

(١) في د: لأنها.

(٢) في د: أو.

(٣) في د: فهو بالسفر يزيل.

(٤) في د: فيعمل فيما يوجد من جهته وهو الأداء وإذا زال الاستحقاق بالإفطار حينئذ لم يزل استحقاق المشروع والأداء جميعاً والجناية تكمل بإزالة استحقاقها.

(٥) في د: قائماً.

(٦) في د: استحقاق.

(٧) في د: حقهما فهو بالإفطار يزيل استحقاقهما والجناية به تكمل فتجب الكفارة فأما إذا.

(٨) في د: فالشارع.

(٩) زاد في د: بالمرض.

(١٠) في د: في استحقاق المشروع فيؤثر في زواله، وإذا زال عن المشروع يزول.

(١١) زاد في د: ضرورة.

(١٢) زاد في د: فلا يكون هو بالإفطار مزيلاً لاستحقاق المشروع والأداء.

(١٣) زاد في د: وقت المرض فالمرض.

فهو يزيل استحقاق المشروع في الوقت فلا يكون هو مزيلا استحقاق المشروع والأداء في الوقت بالإفطار قبله فلا تكمل به الجنابة فلا تحجب الكفارة وبهذا يتبين الفرق بينهما^(١) ولو أكره على السفر بأن أركب على الدابة مكرها وأخرج إلى السفر مكرها^(٢).

ذكر الحسن في كتاب صومه: أنه لا كفارة عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - ولم يذكر قولهما.

[وذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن على قول أبي يوسف يلزمه الكفارة]^(٣) حجتها [أن]^(٤) العذر جاء [من جهة]^(٥) صاحب الحق فلا يسقط^(٦) الكفارة كما لو سافر باختياره [و]^(٧) كما لو أكره على السفر فخرج بنفسه ولأبي حنيفة - رحمه الله - [أن]^(٨) العذر جاء من جهة المفطر، [فلا يوجب]^(٩) الكفارة؛ كالمرض، وإذا حسبت المرأة أن هذا اليوم يوم حيضها فأفطرت أو أفطر الرجل في يوم هو نوبة الحمى ثم لم تحض ولم يحم في ذلك اليوم أجمعوا على أن في فصل الحمى تجب الكفارة.

و[أما]^(١٠) في فصل الحيض اختلاف المشايخ والصحيح أنه^(١١) يجب في فتاوى القاضي في نواذر الصلاة لمحمد بن الحسن - رحمه الله - إذا^(١٢) أفطر متعمدا بما

(١) في أ: الاستحقاق لفواته زال حق المشروع في الوقت ووجوب الكفارة باعتبار استحقاق المشروع في الوقت والأداء؛ لأن الجنابة مهما يكمل.

(٢) زاد في د: في اختلاف زفر ويعقوب أن على قول أبي يوسف يلزمه الكفارة وفي نواذر الصوم.

(٣) في د: عن محمد أنه يلزمه الكفارة.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: لا من قبل.

(٦) في د: يؤثر في سقوط.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في د.

(٩) في د: فيوجب سقوط.

(١٠) سقط في د.

(١١) في د: أنها.

(١٢) في ب: إنما.

تجب به الكفارة ثم جن في يومه ثم أفاق في يومه [ذلك]^(١) فعليه القضاء والكفارة ومن أصبح في رمضان لا ينوي الصوم فأكل أو شرب فلا كفارة عليه .

وقال زفر - رحمه الله - : تجب الكفارة .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان قبل الزوال فعليه الكفارة وإن كان بعده فلا كفارة عليه .

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن نوى قبل الزوال ثم جامع^(٢) بقية يومه لا كفارة عليه هذه الجملة من القدوري .

وفي نوادر الصوم : من أصبح في رمضان وهو مقيم لا ينوي الصوم ثم أفطر قبل الزوال فلا كفارة عليه عند^(٣) أبي حنيفة ، وقال^(٤) : عليه الكفارة ولو أفطر بعد الزوال لا كفارة عليه في قولهم [جميعا]^(٥) ولو قدم مسافر مصره وهو صائم ثم أفطر في يومه متعمدا قبل الزوال أو بعده أو كان مريضاً فأصبح صائماً ثم صح وأفطر في يومه متعمداً فلا كفارة عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

ذكر^(٦) هشام في نوادره : ومن أصبح يريد السفر في رمضان وبعث بثقله ثم أفطر في مصره .

ذكر في الأصل ، ونوادر الصوم : [أن]^(٧) عليه الكفارة .

وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد - رحمه الله - : [أنه]^(٨) لا كفارة عليه .

قال في الأصل : فإن جامع أياما في رمضان عليه كفارة واحدة فإن كفر ثم عاد في يوم آخر وجامع عليه كفارة أخرى .

قال الناطفي في هدايته : وكان أبو عبد الله يقول في الدرس :

روى زفر عن أبي حنيفة [أن]^(٩) عليه كفارة واحدة في الوجهين جميعا فإن أفطر

(١) سقط في ب .

(٢) زاد في د .

(٣) في د : في قول .

(٤) في د : وقال أبو يوسف ومحمد .

(٥) سقط في ب .

(٦) في د : ذكره .

(٧) سقط في د .

(٨) سقط في د .

(٩) سقط في د .

ولم يكفر حتى دخل رمضان آخر من قابل فجامع في صوم رمضان القابل، عليه كفارة أخرى.

ذكره في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - بلا خلاف عن غيره والفرق بينهما: أن كل رمضان أفرد بحرمة [على حدة؛ لأن كل واحد زمان يصح قولنا وجد فيه صوم آخر، وذلك يدل على اختصاص كل صوم بحرمة، فيلزم إفراد كل رمضان بحرمة، فجرى الرمضانان مجرى رجلين أفرد فعل كل واحد منهما فتجب الكفارتان، ولا كذلك في مسئلتنا؛ لأن حرمة الشهر بذلك على ألا يتحلل في أيام الشهر زمان يصح قولنا وجد فيه صوم آخر فتجب كفارة واحدة^(١).

وفي القدوري: إذا أفطر في رمضانين، فالمشهور: أن عليه لكل فطر كفارة وإن لم يكفر قال محمد - رحمه الله - : تلزمه^(٢) كفارة واحدة.

وإذا أفطر في اليوم الثاني قبل تكفيره عن الأول هل يتعلق به الكفارة كتعلقه^(٣) بالأول؟ [قلنا: يتعلق بالأول]^(٤) ثم يتداخل كما يقول في واطئ الزنا [أنه]^(٥) إذا زنى ثم زنا بعد ذلك تعلق بكل مرة الحد ثم يتداخل فيقتصر على حد واحد. كذلك في الكفارة أو نقول بالوطء الثاني لا تتعلق الكفارة، لا أعرف هذا الموضع منصوصاً، والظاهر من المذهب أنه لا تعلق بالوطء في اليوم الثاني [وجوب الكفارة؛ لأن شهر رمضان له حرمة واحدة ففي اليوم الأول لما جامع صادق]^(٦) جماعه شهرًا كامل الحرمة فتعلق به الكفارة، فإذا جامع يومًا آخر قبل التكفير صادق الجماع [الثاني شهرًا ناقص الحرمة]^(٧) فلم تجب الكفارة قال^(٨) الناطفي في هدايته: وهو اختيار

(١) في أ: بذلك عليه دخول زمان يصح وجود صوم آخر فيه فجرى رمضانان مجرى رجلين أفرد فعلى كل واحد كفارة ولا كذلك في مسألتنا؛ لأن الحرمة المحللة الشهر لذلك عليه ألا يتحلل في أيام الشهر ما يصح وجود صوم آخر فيه كذلك يجب كفارة واحدة.

(٢) في د: عليه.

(٣) في د: كما يتعلق.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في م.

(٦) تقديم وتأخير في د.

(٧) في م: حرمة ناقص.

(٨) في د: وقال.

شيخنا أبي عبد الله .

وفي نوادر الصوم لمحمد بن الحسن: إن أفطر في رمضان من غير عذر فأعتق رقبة، ثم أفطر فأعتق رقبة، ثم أفطر [فأعتق]^(١) رقبة، ثم استحق الأول، [فإنه]^(٢) يجزئه الباقيتان فإن استحق الأوسط^(٣) يجزئه الأولى^(٤) والأخيرة فإن استحق الأخيرة؛ فعليه^(٥) مكانها كفارة، وإن استحقت جميعها عليه كفارة واحدة؛ لأنه لما استحق الأول لم تجب لليوم الثاني كفارة؛ لأنه [بعد]^(٦) ما كفر عن الأول^(٧) فيقع العتق الثاني عن الأول [وما عتق عن اليوم الثالث جاز]^(٨)؛ كرجل جامع في يوم، ثم جامع في يوم آخر، ثم جامع في يوم آخر وقد كان كفر عن الأول تلزمه الكفارة [بوطء آخر بعده، فإذا]^(٩) استحق [ما أعتقه عن الأول فإنه لا يقع التكفير به، فإذا وطئ يوما آخر لم يجب عليه الكفارة فيقع عتقه عن الأول، ثم جامع اليوم]^(١٠) الثالث بعد عتقه^(١١) عن اليوم الثاني^(١٢) فوجد جماعه بعد تقدم الكفارة عن الأول فلزمته^(١٣) كفارة أخرى .

وأما^(١٤) إذا استحق الجميع فالوطء الثاني والثالث وجدا قبل تكفيره عن الأول؛ [لذلك لزمته]^(١٥) كفارة واحدة عن الكل .

-
- (١) سقط في ب .
 - (٢) سقط في ب، د .
 - (٣) في د: الأوسط .
 - (٤) في ب: الأول .
 - (٥) زاد في د: إعتاق رقبه .
 - (٦) سقط في د .
 - (٧) زاد في د: بعد .
 - (٨) في د: والعتق الثالث عن الثالث .
 - (٩) في د: بالوطء الثاني وإذا .
 - (١٠) في د: فيقع العتق الثاني عن الأول ثم إذا وطئ يوم .
 - (١١) في د: العتق .
 - (١٢) زاد في د: ووقوعه عن الأول .
 - (١٣) في د: فلزمه .
 - (١٤) في د: فأما .
 - (١٥) في د: فلهذا لزمه .

الفصل الرابع

في بيان ما يكره من الصيامات، وما لا يكره

قال أبو يوسف - رحمه الله -: كانوا يكرهون أن يتبعوا رمضان صياما خوفاً أن يلحق بالفريضة أراد به صوم الست^(١)، وهذه اللفظة دليل على أن الكراهة في حق

(١) ذهب جمهور الفقهاء - المالكية، والشافعية، والحنابلة ومتأخرو الحنفية - إلى أنه يسن صوم ستة أيام من شوال بعد صوم رمضان، لما روى أبو أيوب - رضي الله تعالى عنه - قال: قال النبي ﷺ: «من صام رمضان، ثم أتبعه ستاً من شوال، كان كصيام الدهر»، وعن ثوبان - رضي الله تعالى عنه - قال: قال النبي ﷺ: «صيام شهر رمضان بعشرة أشهر وستة أيام بعدهن بشهرين، فذلك تمام سنة» يعني: أن الحسنه بعشرة أمثالها، الشهر بعشرة أشهر، والأيام الستة بستين يوماً، فذلك سنة كاملة.

وشرح الشافعية، والحنابلة: بأن صوم ستة أيام من شوال - بعد رمضان - يعدل صيام سنة فرضاً، وإلا فلا يختص ذلك برمضان وستة من شوال؛ لأن الحسنه بعشرة أمثالها. ونقل عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - كراهة صوم ستة من شوال، متفرقا كان أو متتابعاً. وعن أبي يوسف: كراهته متتابعاً، لا متفرقا. لكن عامة المتأخرين من الحنفية لم يروا به بأساً.

قال ابن عابدين، نقلاً عن صاحب الهداية في كتابه التجنيس: والمختار أنه لا بأس به؛ لأن الكراهة إنما كانت؛ لأنه لا يؤمن من أن يعد ذلك من رمضان، فيكون تشبهاً بالنصارى؛ والآن زال ذلك المعنى، واعتبر الكاساني محل الكراهة أن يصوم يوم الفطر، ويصوم بعده خمسة أيام، فأما إذا أفطر يوم العيد ثم صام بعده ستة أيام فليس بمكروه، بل هو مستحب وسنة.

وكره المالكية صومها لمقتدى به، ولمن خيف عليه اعتقاد وجوبها، إن صامها متصلة برمضان متتابعة وأظهرها، أو كان يعتقد سنيتها اتصالها، فإن انتفت هذه القيود استحبت صيامها.

قال الحطاب: قال في المقدمات: كره مالك - رحمه الله تعالى - ذلك مخافة أن يلحق برمضان ما ليس منه من أهل الجهالة والجفاء، وأما الرجل في خاصة نفسه فلا يكره له صيامها.

وشرح الشافعية، والحنابلة: بأنه لا تحصل الفضيلة بصيام الستة في غير شوال، وتفتت بفواته، لظاهر الأخبار.

ومذهب الشافعية: استحباب صومها لكل أحد، سواء أصام رمضان أم لا، كمن أفطر لمرض أو صبا أو كفر أو غير ذلك، قال الشريبي الخطيب: وهو الظاهر، كما جرى عليه بعض المتأخرين، وإن كانت عبارة كثيرين: يستحب لمن صام رمضان أن يتبعه بست من شوال كلفظ الحديث.

وعند الحنابلة: لا يستحب صيامها إلا لمن صام رمضان.

كما ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى أفضلية متابعتها عقب العيد مبادرة إلى العبادة،

العوام لا في حق أهل العلم.

وحكي عن بعض المتقدمين ما هو قريب من هذا قال^(١): ينبغي للعالم أن يصوم سرًا وينهي الجهال عنه.

والمتأخرون من مشايخنا لم يروا [به]^(٢) بأسا واختلفوا في الأفضلية بعضهم قالوا: الأفضل فيه التابع، وبعضهم قالوا: الأفضل فيه التفريق^(٣).

وعن أبي حنيفة: أنه كره^(٤) متتابعًا ومتفرقًا.

وأما صوم يوم السبت ويوم الأحد^(٥)، ذكر بعض مشايخنا أنه إن وافق يوم السبت

ولما في التأخير من الآفات.

ولم يفرق الحنابلة بين التابع والتفريق في الأفضلية.

وعند الحنفية تستحب الستة متفرقة، كل أسبوع يومان.

أما المالكية: فذهبوا إلى كراهة صومها متصلة برمضان متتابعة، ونصوا على حصول الفضيلة ولو صامها في غير شوال، بل استحبوها صيامها في عشر ذي الحجة، ذلك أن محل تعيينها في الحديث في شوال على التخفيف في حق المكلف، لا اعتياده الصيام، لا لتخصيص حكمها بذلك.

قال العدوي: إنما قال الشارع: (من شوال) للتخفيف باعتبار الصوم، لا تخصيص حكمها بذلك الوقت، فلا جرم إن فعلها في عشر ذي الحجة مع ما روي في فضل الصيام فيه أحسن، لحصول المقصود مع حيازة فضل الأيام المذكورة. بل فعلها في ذي القعدة حسن أيضا، والحاصل: أن كلما بعد زمنه كثر ثوابه لشدة المشقة.

ينظر: رد المختار على الدر المختار (١٢٥/٢)، وبدائع الصنائع (٧٨/٢)، والفتاوى الهندية (٢٠١/١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥١٧/١)، والخرشي على خليل (٢٤٣/٢)، ومواهب الجليل (٤١٤/٢)، ومغني المحتاج (٤٤٧/١)، وكشاف القناع (٣٣٧/٢)، والإنصاف (٣٤٣/٣).

(١) في د: فقال.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: التفريق.

(٤) في د: يكره.

(٥) صوم يوم السبت وحده خصوصا: وهو متفق على كراهته، وقد ورد فيه حديث عبد الله بن بسر، عن أخته، واسمها الصماء رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال: لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم، فإن لم يجد أحدكم إلا لحاء عنبه أو عود شجرة فليمضغه.

ووجه الكراهة أنه يوم تعظمه اليهود، ففي إفراده بالصوم تشبه بهم، إلا أن يوافق صومه بخصوصه يوما اعتاد صومه، كيوم عرفة أو عاشوراء.

وذهب الحنفية والشافعية إلى أن تعمد صوم يوم الأحد بخصوصه مكروه، إلا إذا وافق

[صومًا يصومه] ^(١) الرجل قبل ذلك لا بأس به .
 وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أنه لا بأس به إذا كان لا يعتقد تعظيم ذلك اليوم .
 وأما صوم يوم النيروز والمهرجان ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته : أنه يجوز من غير كراهة ^(٢) .
 وفي القدوري : ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان إذا تعمدته ؛ لأن فيه تعظيمه ، وذلك عادة المجوس .
 وذكر شمس الأئمة الحلواني : كراهيته مطلقًا .
 ومن المتأخرين من قال : إن صامه تعظيمًا لعيد المجوس ، فهو مكروه ، وإن صامه شكرًا ؛ لانقضاء الشتاء فلا بأس به .
 ومن لم يكرهه من مشايخنا قال : إن كان يصوم قبله تطوعًا فالأفضل أن يصوم ، وإن كان لا يصوم قبله تطوعًا فالأفضل ألا يصوم .
 قال في القدوري : ورد النهي عن صوم الوصال ، وهو أن يصوم ولا يفطر ^(٣) .

= يوما كان يصومه ، واستظهر ابن عابدين أن صوم السبت والأحد معا ليس فيه تشبه باليهود والنصارى ؛ لأنه لم تتفق طائفة منهم على تعظيمهما ، كما لو صام الأحد مع الاثنين ، فإنه تزول الكراهة ، ويستظهر من نص الحنابلة أنه يكره صيام كل عيد لليهود والنصارى أو يوم يفردونه بالتعظيم إلا أن يوافق عادة للصائم .
 ينظر : رد المحتار (٢/ ٨٤) ، والإقناع وحاشية البجيرمي عليه (٢/ ٣٥٢) ، وكشاف القناع (٢/ ٣٤١) ، والمغني ، لابن قدامة (٢/ ٩٩) .
 (١) في د : يوما يصومه .

(٢) يكره أفراد يوم النيروز ، ويوم المهرجان بالصوم ، وذلك لأنهما يومان يعظمهما الكفار ، وهما عيدان للفرس ، فيكون تخصيصهما بالصوم - دون غيرهما - موافقة لهم في تعظيمهما ، فكره ، كيوم السبت .

وعلى قياس هذا كل عيد للكفار ، أو يوم يفردونه بالتعظيم ونص ابن عابدين على أن الصائم إذا قصد بصومه التشبه ، كانت الكراهة تحريمية .
 ينظر : رد المحتار (٢/ ٨٤) ، والمغني ، لابن قدامة (٢/ ٩٩) ، والروض المربع (١/ ١٤٦) .

(٣) ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول) إلى كراهة صوم الوصال ، وهو : ألا يفطر بعد الغروب أصلا ، حتى يتصل صوم الغد بالأمس ، فلا يفطر بين يومين ، وفسره بعض الحنفية بأن يصوم السنة ولا يفطر في الأيام المنهية .
 وإنما كره ، لما روي عن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - قال : واصل رسول الله ﷺ =

وفيه أيضًا، ولا بأس بصوم يوم الجمعة^(١).

في رمضان، فواصل الناس. . فنهاهم، قيل له: إنك تواصل، قال: إني لست مثلكم، إني أطعم وأسقى.

والنهي وقع رفقا ورحمة، ولهذا واصل النبي ﷺ.

وتزول الكراهة بأكل تمره ونحوها، وكذا بمجرد الشرب لانتفاء الوصال.

ولا يكره الوصال إلى السحر عند الحنابلة، لحديث أبي سعيد - رضي الله عنه - مرفوعا: فأيكم إذا أراد أن يواصل، فليواصل حتى السحر [أخرجه البخاري (الفتح ٤/٢٠٢)] ولكنه ترك سنة، وهي تعجيل الفطر، فترك ذلك أولى محافظة على السنة.

وعند الشافعية قولان: الأول وهو الصحيح: بأن الوصال مكروه كراهة تحريم، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله، والثاني: يكره كراهة تنزيه.

وذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية) على وجه العموم إلى كراهة صوم الدهر، وعللت الكراهة بأنه يضعف الصائم عن الفرائض والواجبات والكسب الذي لا بد منه، أو بأنه يصير الصوم طبعا له، ومبنى العبادة على مخالفة العادة. واستدل للكراهة، بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله تعالى عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: لا صام من صام الأبد [أخرجه البخاري (الفتح ٤/٢٢١)، ومسلم (٢/٨١٥)].

وفي حديث أبي قتادة - رضي الله عنه - قال: قال عمر: يا رسول الله، كيف بمن يصوم الدهر كله؟ قال: لا صام ولا أفطر، أو لم يصم ولم يفطر [أخرجه مسلم (٢/٨١٩)] أي: لم يحصل أجر الصوم لمخالفته، ولم يفطر؛ لأنه أمسك.

وقال الغزالي: هو مسنون.

وقال الأكثرون من الشافعية: إن خاف منه ضررا، أو فوت به حقا كره، وإلا فلا. والمراد بصوم الدهر عند الشافعية: سرد الصوم في جميع الأيام إلا الأيام التي لا يصح صومها، وهي العیدان وأيام التشريق.

ينظر: مراقي الفلاح، ص (٣٥١)، والدر المختار ورد المختار (٢/٨٤)، والقوانين الفقهية، ص (٧٨)، وشرح الخرشي (٢/٢٤٣)، وروضة الطالبين (٢/٣٦٨)، والمجموع (٦/٣٨٨)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٢/٣٥١)، وكشاف القناع (٢/٣٣٨، ٣٤٢)، ونيل الأوطار (٤/٢٥٥)، والوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧م، ص (١٠٥).

(١) نص على كراهته الجمهور، وقد ورد فيه حديث عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: لا تصوموا يوم الجمعة، إلا وقبله يوم، أو بعده يوم [أخرجه البخاري (الفتح ٤/٢٣٢)، ومسلم (٢/٨٠١)، وأحمد (٢/٤٩٥)]، واللفظ لأحمد، وفي رواية: إن يوم الجمعة يوم عيد، فلا تجعلوا يوم عيدكم يوم صيامكم، إلا أن تصوموا قبله أو بعده [أخرجه أحمد (٢/٣٠٣)، والحاكم (١/٤٣٧)] واللفظ لأحمد، وأعله الذهبي بجهالة راو فيه].

وورد في حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: لا تصوموا يوم الجمعة وحده [أخرجه أحمد (١/١٩٩)]، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/١٩٩) وقال: فيه =

وقال أبو يوسف: جاء حديث في كراهيته إلا أن يصوم يوماً قبله أو بعده.
وعن أبي يوسف: أنهم كانوا يستحبون^(١) صيام أيام البيض^(٢).

الحسين بن عبد الله بن عبيد الله وثقه ابن معين وضعفه الأئمة].
وذكر في الخانية أنه لا بأس بصوم يوم الجمعة عند أبي حنيفة ومحمد، لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يصومه ولا يفطر، وظاهر هذا أن المراد بـ (لا بأس) الاستحباب، وقد صرح الحصكفي بنده صومه، ولو منفرداً. وكذا الدردير صرح بنده صومه وحده فقط، لا قبله ولا بعده وهو المذهب عند المالكية، وقال: فإن ضم إليه آخر فلا خلاف في نده.

وقال الطحطاوي: ثبت في السنة طلب صومه، والنهي عنه، والأخير منهما: النهي.
وقال أبو يوسف: جاء حديث في كراهة صومه، إلا أن يصوم قبله أو بعده، فكان الاحتياط في أن يضم إليه يوماً آخر.

قال الشوكاني: فمطلق النهي عن صومه مقيد بالإفراد.
وتنتفي الكراهة بضم يوم آخر إليه، لحديث جويرية بنت الحارث رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها يوم الجمعة، وهي صائمة، فقال: أصمت أمس؟ قالت: لا. قال: تريدن أن تصومي غدا؟ قالت: لا. قال: فأفطري.

ينظر: مراقي الفلاح، ص (٣٥١)، والدر المختار (٨٣/٢)، الشرح الكبير، للدردير (١/٥٣٤)، والقوانين الفقهية، ص (٧٨) وروضة الطالبين (٣٨٧/٢)، والروض المربع (١٤٥/١)، وكشاف القناع (٣٤٠/٢)، ونيل الأوطار (٢٥٠/٤)، (٢٥١).

(١) في د: يستحسنون.

(٢) اتفق الفقهاء على أنه يسن صوم ثلاثة أيام من كل شهر، وذهب الجمهور منهم - الحنفية والشافعية والحنابلة - إلى استحباب كونها الأيام البيض - وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر من كل شهر عربي - سميت بذلك لتكامل ضوء الهلال وشدة البياض فيها، لما روى أبو ذر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: يا أبا ذر، إذا صمت من الشهر ثلاثة أيام، فصم ثلاث عشرة، وأربع عشرة، وخمس عشرة [أخرجه الترمذي (٣/١٢٥)] وقال: «حديث حسن».

قال الشافعية: والأحوط صوم الثاني عشر معها - أيضاً - للخروج من خلاف من قال: إنه أول الثلاثة، ويستثنى ثالث عشر ذي الحجة فلا يجوز صومه لكونه من أيام التشريق. فيبدل بالسادس عشر منه كما قال القليوبي.

وذهب المالكية إلى كراهة صوم الأيام البيض، فرارا من التحديد، ومخافة اعتقاد وجوبها. ومحل الكراهة: إذا قصد صومها بعينها، واعتقد أن الثواب لا يحصل إلا بصومها خاصة. وأما إذا قصد صيامها من حيث إنها ثلاثة أيام من الشهر فلا كراهة.

قال المواق: نقلا عن ابن رشد: إنما كره مالك صومها لسرعة أخذ الناس بقوله، فيظن الجاهل وجوبها. وقد روي أن مالكا كان يصومها، وحض مالك - أيضا - الرشيد على صيامها.

وصوم ثلاثة أيام من كل شهر كصوم الدهر، بمعنى: أنه يحصل بصيامها أجر صيام

وكره بعضهم توقيت الصوم الغازي إذا كان يقاتل في شهر رمضان وخاف أن يضعفه الصوم فالفطر له أفضل وهذا؛ لأن الخلل الذي يمكن في الدين بسبب ضعفه وتقاؤه عن القتال لا يمكن تداركه في [غير^(١)] هذا الوقت والخلل الذي يمكن في شهر رمضان بسبب الإفطار يمكن تداركه في عدة من أيام أخر فكان الفطر أولى. وذكر الحسن في كتابه: أن الواقف بعرفات إن كان صائماً وخاف أن يضعفه الصوم ويفتر عن الذكر، أنه يفطر؛ ليتقوى على الذكر^(٢).

الدهر بتضعيف الأجر، الحسنة بعشرة أمثالها؛ لحديث قتادة بن ملحان رضي الله عنه: كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نصوم البيض: ثلاث عشرة، وأربع عشرة، وخمس عشرة. قال: قال: وهن كهيئة الدهر أي كصيام الدهر.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٨٣/٢)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح، ص (٣٥٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥١٧/١)، مواهب الجليل (٤١٤/٢)، حاشية القليوبي على شرح المنهاج للمحلي (٧٣/٢).

(١) سقط في ب.
(٢) اتفق الفقهاء على استحباب صوم يوم عرفة لغير الحاج - وهو: اليوم التاسع من ذي الحجة - وصومه يكفر ستين: سنة ماضية، وسنة مستقبلية، روى أبو قتادة - رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ قال: صيام يوم عرفة، أحسب على الله أن يكفر السنة التي قبله، والسنة التي بعده.

قال الشريبي الخطيب: وهو أفضل الأيام لحديث مسلم: ما من يوم أكثر من أن يعتق الله فيه عبداً من النار من يوم عرفة.

وذهب جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة - إلى عدم استحبابه للحاج، ولو كان قويا، وصومه مكروه له عند المالكية والحنابلة، وخلاف الأولى عند الشافعية، لما روت أم الفضل بنت الحارث رضي الله عنهما أنها أرسلت إلى النبي ﷺ بقدر لبن، وهو واقف على بعيره بعرفة، فشرب وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه حج مع النبي ﷺ ثم أبي بكر، ثم عمر، ثم عثمان، فلم يصمه أحد منهم؛ لأنه يضعفه عن الوقوف والدعاء، فكان تركه أفضل، وقيل: لأنهم أضياف الله وزواره.

وقال الشافعية: ويسن فطره للمسافر والمريض مطلقا، وقالوا: يسن صومه لحاج لم يصل عرفة إلا ليلا؛ لفقد العلة.

وذهب الحنفية إلى استحبابه للحاج - أيضا - إذا لم يضعفه عن الوقوف بعرفات ولا يخل بالدعوات، فلو أضعفه كره له الصوم.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٨٣/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/١) (٥١٥)، مواهب الجليل (٤٠٣/٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٧٣/٢)، مغني المحتاج (١/١) (٤٤٦)، كشاف القناع (٣٣٩/٢).

وإن كان الغازي، لا يخاف الضعف على نفسه يصوم، ولا يفطر ليصير جامعاً بين العبادتين، ذكره في السير في باب السلاح والفروسية^(١).



(١) سنن الصوم ومستجاباته كثيرة، أهمها:

أ - السحور، وقد ورد فيه حديث أنس رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال: تسحروا فإن في السحور بركة.

ب - تأخير السحور، وتعجيل الفطر، ومما ورد فيه حديث سهل بن سعد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر. وحديث زيد بن ثابت - رضي الله عنه - تسحرنا مع النبي ﷺ ثم قام إلى الصلاة. قلت: كم كان بين الأذان والسحور؟ قال: قدر خمسين آية.

ج - ويستحب أن يكون الإفطار على رطبات، فإن لم تكن فعلى تمرات، وفي هذا ورد حديث أنس رضي الله تعالى عنه قال: كان رسول الله ﷺ يفطر قبل أن يصلي على رطبات، فإن لم تكن رطبات فتميرات، فإن لم تكن تميرات حسا حسوات من ماء.

وورد فيه حديث عن سلمان بن عامر الضبي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أفطر أحدكم فليفطر على تمر، فإنه بركة، فمن لم يجد فليفطر على ماء، فإنه طهور».

د - ويستحب أن يدعو عند الإفطار، فقد ورد عن عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً: إن للصائم دعوة لا ترد.

وفي الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ كان إذا أفطر قال: ذهب الظمأ، وابتلت العروق، وثبت الأجر إن شاء الله تعالى.

وهناك فضائل من خصائص شهر رمضان كالتراويح، والإكثار من الصدقات، والاعتكاف، وغيرها تنظر في مصطلحاتها.

ومن أهم ما ينبغي أن يترفع عنه الصائم ويحذره: ما يحبط صومه من المعاصي الظاهرة والباطنة، فيصون لسانه عن اللغو والهديان والكذب، والغيبة والنميمة، والفحش والجفاء، والخصومة والمراء، ويكف جوارحه عن جميع الشهوات والمحرمات، ويشغل بالعبادة، وذكر الله، وتلاوة القرآن وهذا - كما يقول الغزالي: هو سر الصوم وفي الصحيح من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: قال الله تعالى: كل عمل ابن آدم له إلا الصيام، فإنه لي وأنا أجزي به، والصيام جنة، وإذا كان يوم صوم أحدكم، فلا يرفث ولا يصخب، فإن سابه أحد أو قاتله، فليقل: إني امرؤ صائم، وفي حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال: «الصيام جنة، ما لم يخرقها بكذب أو غيبة». وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يدع قول الزور، والعمل به، فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه».

ينظر: الوجيز (١/١٠٣).

الفصل الخامس

في المجنون والمغمى عليه

المجنون الأصلي هو الذي بلغ مجنوناً، والمجنون العارض هو الذي بلغ مفيقاً، ثم جن^(١) في حق وجوب القضاء^(٢) إذا أفاق في بعض الشهر على السواء ومن أصحابنا من فرق [بينهما]^(٣) فقال: بأن المجنون الأصلي^(٤) إذا أفاق في بعض الشهر لم^(٥) يلزمه قضاء ما مضى.

وهكذا روى ابن سماعة عن محمد وذكر في المتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: نصا في المجنون الأصلي إذا أفاق في بعض الشهر [أنه]^(٦) يلزمه القضاء وجه ظاهر الرواية ظاهر ووجه من فصل^(٧) أن الخطاب في المجنون الأصلي^(٨) يتوجه عليه بعد الإفاقة، فيكون بمنزلة الصبي إذا بلغ في خلال الشهر وهناك لا يلزمه [قضاء ما مضى]^(٩) فهانئاً كذلك ولا كذلك الجنون العارضي، مخاطب قبل الإفاقة فيكون بمنزلة النائم إذا انتبه في أثناء الشهر وثمة يلزمه قضاء ما مضى فكذا ها هنا.

وإذا أفاق في الليلة الأولى من رمضان، ثم أصبح مجنوناً واستوعب الشهر كله. ذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض: [أنه]^(١٠) يلزمه قضاء جميع الشهر إلا ذلك اليوم.

وهكذا ذكر في الجامع الصغير للحاكم عبد الرحمن. وفي الجامع الصغير للخسرواني.

(١) زاد في د: ومما.

(٢) زاد في د: فيما.

(٣) سقط في ب.

(٤) في د: الأصل.

(٥) في د: لا.

(٦) سقط في د.

(٧) في د: فرق بينهما.

(٨) زاد في د: إنما.

(٩) في د: القضاء.

(١٠) سقط في د.

وفي شرح الطحاوي .
 وفي المجرد للحسن بن زياد .
 وفي الجامع الصغير لشمس الأئمة الحلواني .
 [و^(١)] ذكر في الأصل : أنه لا يلزمه القضاء ، والأصح أنه يلزمه القضاء .
 وذكر شمس الأئمة الحلواني في صوم الأصل^(٢) : منهم من قال : يلزمه قضاء
 جميع الشهر وزعموا أن محمداً - رحمه الله - أشار إليه في الكتاب حيث قال : فدخل
 شهر رمضان [وهو مفق ، وإذا رأوا الهلال فقد دخل الشهر وهو مفق ، قال - رضي
 الله عنه -]^(٣) : والصحيح أنه لا يلزمه القضاء ؛ لأن الليلة لا يصام فيها^(٤) ، وعلى
 هذا إذا أفاق في ليلة وسط الشهر ، ثم أصبح مجنوناً ، وإن أفاق في آخر يوم من
 رمضان إن أفاق قبل الزوال لزمه [القضاء]^(٥) ، وإن أفاق بعد الزوال فالناس يختلفون
 فيه ، والصحيح من الجواب ألا يلزمه بمنزلة الليلة ؛ لأنه [لا يفتح الصوم فيه]^(٦) .
 وفي الجامع الصغير : إذا أغمي عليه بعدما غربت الشمس من الليلة الأولى من
 رمضان وبقي كذلك جميع الشهر ؛ فعليه قضاء جميع الشهر إلا اليوم الأول .
 أما إذا نوى بعد دخول الليل [الأول]^(٧) قبل الإغماء فإنه نوى الصوم في محله
 فصحت النية وصح [صوم]^(٨) ذلك اليوم ، وكذلك^(٩) إذا لم يعلم أنه نوى قبل
 الإغماء^(١٠) ؛ لأن كل مؤمن في كل ليلة [من]^(١١) رمضان [يكون]^(١٢) على قصد

(١) سقط في د .

(٢) زاد في ب : أن .

(٣) في د : بعدما رأوا الهلال وبرؤية الهلال دخل الشهر قال محمد رحمه الله .

(٤) زاد في د : فلا يخاطب .

(٥) سقط في د .

(٦) في د : يفتح الصوم فيه كما لا يفتح فيها .

(٧) سقط في د .

(٨) سقط في د .

(٩) في د : أما .

(١٠) زاد في د : بعد دخول الليل فكذلك أيضا .

(١١) سقط في ب .

(١٢) سقط في ب .

(١٣) في د : إذا .

صوم الغد هذا هو الظاهر والبناء على الظاهر واجب ما^(١) لم يعلم خلافه حتى لو كان هذا الرجل مسافرا ولم يعلم وجود النية منه في الليلة الأولى كان عليه قضاء اليوم الأول^(٢)؛ لأن قصد صوم [يوم]^(٣) الغد في الليالي من المسافر ليس بظاهر، وكذلك إن كان هذا الرجل متهتكا يعتاد الفطر في رمضان كان عليه قضاء اليوم الأول؛ لأن [قصد صوم]^(٤) حالة مثله لا تدل على عزيمة الصوم.

وأما إذا أغمي عليه قبل دخول الليلة الأولى لزمه قضاء اليوم الأول؛ لأن الإغماء حصل قبل [دخول]^(٥) وقت النية فلا يمكن أن يجعل النية موجودة ظاهراً [فلا يصح صوم ذلك اليوم فيلزمه قضاء ذلك اليوم]^(٦).

قال القدوري في كتابه: لو أغمي عليه في ليلة من رمضان وأفاق من الغد قبل الزوال ونوى الصوم أجزاءه، وكذلك المجنون^(٧).

ومعنى المسألة إذا علم [قطعاً]^(٨) أنه لم ينو في تلك الليلة قبل الإغماء، أما إذا علم أنه نوى في تلك الليلة قبل الإغماء أو لم يعلم وجود النية وعدمها فصومه في الغد جائز ولا يحتاج إلى النية في الغد.



(١) زاد في د: أيضا.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ب، د.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في ب.

(٦) في د: لو جن.

(٧) سقط في د.

الفصل السادس

فيما يكره للصائم أن يفعله

يكره للصائم أن يذوق شيئاً بجمه^(١) هكذا ذكر في الأصل .
 قيل: هذا في صوم الفرض، أما في صوم التطوع فلا يكره .
 ذكره^(٢) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .
 ومن المشايخ من قال: في صوم الفرض إنما يكره إذا كان له منه بد^(٣) .
 أما إذا لم يكن له منه بد بأن^(٤) احتاج إلى شراء شيء مأكول وخاف أنه إن^(٥) لم

(١) في د: بلسانه .

(٢) في ب: وذكر .

(٣) يكره للصائم بوجه عام - مع الخلاف - ما يلي:

أ - ذوق شيء بلا عذر، لما فيه من تعريض الصوم للفساد، ولو كان الصوم نفلاً، على المذهب عند الحنفية؛ لأنه يحرم إبطال النفل بعد الشروع فيه، وظاهر إطلاق الكراهة يفيد أنها تحريمية .

ومن العذر مضغ الطعام للولد، إذا لم تجد الأم منه بدا، فلا بأس به، ويكره إذا كان لها منه بد .

وليس من العذر، ذوق اللبن والعسل لمعرفة الجيد منه والرديء عند الشراء، فيكره ذلك . وكذا ذوق الطعام، لينظر اعتداله، ولو كان لصانع الطعام .

لكن نقل عن الإمام أحمد قوله: أحب إلي أن يجتنب ذوق الطعام، فإن فعل فلا بأس به، بل قال بعض الحنابلة: إن المنصوص عنه: أنه لا بأس به لحاجة ومصالحة، واختاره ابن عقيل وغيره وإلا كره .

وإن وجد طعام المذوق في حلقه أفطر .

ب - ويكره مضغ العلك، الذي لا يتحلل منه أجزاء، فلا يصل منه شيء إلى الجوف . ووجه الكراهة: اتهامه بالفطر، سواء أكان رجلاً أم امرأة، قال علي رضي الله تعالى عنه: إياك وما يسبق إلى العقول إنكاره، وإن كان عندك اعتذاره .

أما ما يتحلل منه أجزاء، فيحرم مضغه، ولو لم يبتلع ريقه، إقامة للمظنة مقام المثنة، فإن تفتت فوصل شيء منه إلى جوفه عمداً أفطر، وإن شك في الوصول لم يفطر .

ينظر: حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح، ص (٣٧١)، والهداية بشروحها (٢/ ٢٦٨)، والدر المختار (٢/ ١١٢)، وجواهر الإكليل (١/ ١٤٧)، والشرح الكبير للدردير (١/ ٥١٧)، والمحلي على المنهاج (٢/ ٦٢)، والمجموع (٦/ ٣٥٤)، وكشاف القناع (٢/ ٣٢٩) .

(٤) في د: فإن .

(٥) زاد في د: لو .

يذوق يغبن فيه أو لا يوافق [فإنه] ^(١) لا يكره في صوم شيخ الإسلام، ونص على الكراهة في فتاوى أهل سمرقند في هذه الصورة فقال: ويكره للصائم أن يذوق العسل، أو الدهن عند الشراء؛ ليعرف الجيد من الرديء. وفيه أيضًا: يكره للصائمة ^(٢) ذوق المرققة.

وفي فتاوى النسفي: إن كان زوجها سيئ الخلق يضايقها في ملححة الطعام ^(٣) فلا بأس به.

في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - أن أبا حنيفة - رحمه الله - كان يكره أن تمضغ [المرأة] ^(٤) لصببها الطعام ^(٥).

وفي القدوري: لا بأس بذلك إذا لم يجد منه بدا.

قال القدوري - رحمه الله -: لا بأس للصائم أن يقبل ويباشر إذا أمن على نفسه ما سوى ذلك ^(٦).

(١) سقط في ب، م.

(٢) في د: للصائم.

(٣) في م: الطعم.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: طعاما.

(٦) ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة بأن القبلة بمجرد ما لا تفسد الصوم، وذهبوا إلى كراهة تقبيل الزوجة للصائم إن لم يأمن على نفسه وقوع مفسد من الإنزال والجماع، لما روي أن عبد الله بن عمر قال: كنا عند النبي ﷺ فجاء شاب فقال: يا رسول الله أقبل وأنا صائم؟ قال: لا. فجاء شيخ فقال: أقبل وأنا صائم؟ قال: نعم، فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله ﷺ: «قد علمت لم نظر بعضكم إلى بعض؟ إن الشيخ يملك نفسه» [رواه أحمد في المسند: ١٨٥/٢، قال الهيثمي: فيه ابن لهيعة وحديثه حسن وفيه كلام، مجمع الزوائد: ١٦٦/٣]. ولما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان النبي ﷺ يقبل ويباشر وهو صائم [أخرجه البخاري في الصحيح (٣٦٠/١) كتاب الصوم، باب: المباشرة للصائم، حديث رقم (١٩٦١) وهذا لفظه، ومسلم في الصحيح (٤٣٨/١) كتاب الصيام، باب: بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة على من لم تحرك شهوته، حديث رقم (٢٦٣٢) عن عائشة]؛ ولأنه إذا لم يأمن المفسد ربما وقع في الجماع فيفسد صومه. ومحل الكراهة إذا كانت القبلة بقصد اللذة لا إن كان بدون قصد، كأن تكون بقصد وداع أو رحمة فلا كراهة.

وذهب المالكية إلى كراهة القبلة بقصد اللذة للصائم لو علمت السلامة من خروج مني أو مذي، وإن لم يعلم السلامة حرمت.

وانتفى الفقهاء على أن التقبيل ولو كان بقصد اللذة لا يفطر الصائم ما لم يسبب الإنزال، =

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه كره المعانقة والمباشرة والمصافحة [وليس بين الروایتين تنافاً]^(١) ورواية الحسن محمولة على المباشرة الفاحشة بأن يعانقها وهما متجردان ويمس فرجه فرجها وهذا مكروه بلا خلاف؛ لأن المباشرة إذا بلغت هذا المبلغ تفضي إلى الجماع غالباً وما ذكر في هذه^(٢) الرواية محمول على [ما]^(٣) إذا لم تكن المباشرة فاحشة وفي المباشرة إذا لم تكن فاحشة إذا كان يخاف على نفسه يكره أيضاً.



أما إذا قبل وأنزل بطل صومه اتفاقاً بين المذاهب. =
ويرى جمهور الفقهاء أن المباشرة والمعانقة ودواعي الوطء - كاللمس وتكرار النظر - حكمها حكم القبلة فيما تقدم.
وخص الحنفية المباشرة الفاحشة، بالكراهة التحريمية، وهي - عندهم - أن يتعانقا، وهما متجردان، ويمس فرجه فرجها. ونصوا على أن الصحيح أنها تكره، وإن أمن على نفسه الإنزال والجماع. ونقل الطحاوي وابن عابدين عدم الخلاف في كراهتها، وكذلك القبلة الفاحشة، وهي أن يمص شفيتها، فيكره على الإطلاق.
ينظر: رد المحتار على الدر المختار (١١٢/٢، ١١٣، ٤١٧)، تبين الحقائق (١/٣٢٣)، الفتاوى الهندية (١/٢٠٠)، مراقي الفلاح، ص (٣٧٢)، جواهر الإكليل (١/١٤٧)، الشرح الصغير، للدردير (١/٧٠٧)، المهذب (١/١٨٣)، حاشية قليوبي (٢/٥٨)، المجموع (٦/٣٧٠، ٣٧٢)، الإقناع (٢/٣٣١)، المغني، لابن قدامة (٣/١٧، ٤٠)، منتهى الإرادات (١/٢٢١)، كشف القناع (٢/٣٣٠)، الإنصاف، للمرداوي (٣/٣١٥).

(١) في د: ولا تنافي بين الروایتين.

(٢) في د: ظاهر.

(٣) سقط في د.

الفصل السابع

في العذر الذي يجوز معه الفطر

إذا أفطر [في]^(١) صوم التطوع فإن كان بغير عذر فقد ذكر في كتاب الصيام، للحسن بن زياد في موضع أنه لا يفطر .
 وذكر في موضع آخر [أنه]^(٢) إذا بدا له أن يفطر [كان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول]^(٣): لا بأس بأن يفطر ويقضي يوماً^(٤) مكانه .
 وإن كان بعذر يحل واختلفت الروايات عن أصحابنا - رحمهم الله - أن الضيافة هل تكون عذراً؛ فعن^(٥) أبي يوسف [أنه]^(٦) إذا دعاه أخ له إلى الطعام فهذا عذر يفطر ويقضي^(٧) .

(١) سقط في د .

(٢) سقط في د، ب .

(٣) في أ: قال، وفي د: كان أبو حنيفة يقول .

(٤) زاد في أ: ويصوم يوماً .

(٥) في أ، ب: عن .

(٦) سقط في أ، ب .

(٧) ذهب الحنفية والمالكية إلى لزوم صوم التطوع بالشروع فيه، وأنه يجب على الصائم المتطوع إتمامه إذا بدأ فيه، لما ورد أن النبي ﷺ قال: إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان صائماً فليصل، وإن كان مفطراً فليطعم قوله «فليصل» أي فليدع . قال القرطبي: ثبت هذا عنه عليه الصلاة والسلام، ولو كان الفطر جائزاً لكان الأفضل الفطر، لإجابة الدعوة التي هي السنة .
 وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم لزوم صوم التطوع بالشروع فيه، ولا يجب على الصائم تطوعاً إتمامه إذا بدأ فيه، وله قطعه في أي وقت شاء، لما روت عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: قلت: يا رسول الله، أهدني لنا حيس، فقال: أرنيه، فلقد أصبحت صائماً، فأكل، وزاد النسائي إنما مثل صوم التطوع مثل الرجل يخرج من ماله الصدقة، فإن شاء أمضاها، وإن شاء حبسها . ولقول النبي ﷺ: الصائم المتطوع أمين نفسه، إن شاء صام، وإن شاء أفطر .

وصرح المالكية بحرمة إفساد صوم التطوع لغير عذر، وهو ما يفهم من كلام الحنفية، حيث جاء في الفتاوى الهندية ما نصه: ذكر الرازي عن أصحابنا أن الإفطار بغير عذر في صوم التطوع لا يحل، هكذا في الكافي .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى كراهة قطعه بلا عذر، واستحباب إتمامه لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ ، وللخروج من خلاف من أوجب إتمامه .

ومن الأعداء التي ذكرها الحنفية والمالكية لجواز الفطر: الحلف على الصائم بطلاق امرأته إن لم يفطر، فحينئذ يجوز له الفطر، بل نص الحنفية على نذب الفطر دفعا لتأذي

أخيه المسلم . لكن الحنفية قيدوا جواز الفطر إلى ما قبل نصف النهار، أما بعده فلا يجوز . وكذلك من الأعدار عند الحنفية : الضيافة للضيف والمضيف إن كان صاحبها ممن لا يرضى بمجرد الحضور، وكان الصائم يتأذى بترك الإفطار، شريطة أن يثق بنفسه بالقضاء، وقيد المالكية جواز الفطر بالحلف بالطلاق بتعلق قلب الحالف بمن حلف بطلاقها، بحيث يخشى ألا يتركها إن حث، فحينئذ يجوز للمحلولف عليه الفطر، ولا قضاء عليه أيضا . ومن الأعدار - أيضا- : أمر أحد أبويه له بالفطر . وقيد الحنفية جواز الإفطار بما إذا كان أمر الوالدين إلى العصر لا بعده، قال ابن عابدين : ولعل وجهها أن قرب وقت الإفطار يرفع ضرر الانتظار .

والحق المالكية بالأبوين الشيخ في السفر، الذي أخذ على نفسه العهد ألا يخالفه، ومثله عندهم : شيخ العلم الشرعي .
وصرح الشافعية باستحباب قطع صوم التطوع إن كان هناك عذر، كمساعدة ضيف في الأكل إذا عز عليه امتناع مضيفه منه، أو عكسه . أما إذا لم يعز على أحدهما امتناع الآخر عن ذلك فالأفضل عدم خروجه منه .

واختلف الفقهاء في حكم قضاء صوم التطوع عند إفساده .
فذهب الحنفية والمالكية إلى وجوب قضاء صوم التطوع عند إفساده . لما روت عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : كنت أنا وحفصة صائمتين، فعرض لنا طعام اشتبهناه، فأكلنا منه، فجاء رسول الله ﷺ فبدرتني إليه حفصة - وكانت ابنة أبيها - فقالت : يا رسول الله إنا كنا صائمتين، فعرض لنا طعام اشتبهناه فأكلنا منه، فقال : اقضيا يوما آخر مكانه .

ولأن ما أتى به قرينة، فيجب صيانتة وحفظه عن البطلان، وقضاؤه عند الإفساد لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ ، ولا يمكن ذلك إلا بإتيان الباقي، فيجب إتمامه وقضاؤه عند الإفساد ضرورة، فصار كالحج والعمرة التطوعين .

ومذهب الحنفية : وجوب القضاء عند الإفساد مطلقا، أي : سواء أفسد عن قصد - وهذا لا خلاف فيه - أو غير قصد، بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة، وذلك في أصح الروايتين، واستثنوا من ذلك : صوم العيدين وأيام التشريق، فلا تلزم بالشروع، لا أداء ولا قضاء، إذا أفسد، لارتكابه النهي بصيامها، فلا تجب صيانتة، بل يجب إبطاله، ووجوب القضاء ينبي على وجوب الصيانة، فلم يجب قضاء، كما لم يجب أداء .

وحصص المالكية وجوب القضاء بالفطر العمد الحرام، وذلك كمن شرع في صوم التطوع، ثم أفطر من غير ضرورة ولا عذر، قال الحطاب : احترز بالعمد من النسيان والإكراه، وبالْحرام عمن أفطر لشدة الجوع والعطش والحر الذي يخاف منه تجدد مرض أو زيادته، وكذلك عمن أفطر لأمر والديه وشيخه، وعدوا السفر الذي يطرأ عليه من الفطر العمد .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجب القضاء على من أفسد صوم التطوع؛ لأن القضاء يتبع المقضي عنه، فإذا لم يكن واجبا، لم يكن القضاء واجبا، لكن يندب له القضاء، سواء أفسد صوم التطوع بعذر أم بغير عذر، خروجاً من خلاف من أوجب قضاءه . =

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - أنه إذا دخل على أخ له فسأله أن يفطر [فلا بأس] ^(١) أن يفطر [ويقضي] ^(٢).

وفي المأمونية للحسن بن زياد - رحمه الله - إذا دعي إلى وليمة وهو صائم تطوعاً، فليجب [ولا يفطر] ^(٣)، فإن أقسم [عليه] ^(٤) أهل الوليمة أن يفطر فأفطر فلا بأس.

ومن المشايخ من قال: إن كان صاحب الدعوة يرضى بمجرد ^(٥) حضوره ولا يتأذى بترك الإفطار، لا يفطر، وإن كان يتأذى ^(٦) يفطر ويقضي.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إن كان يثق من نفسه القضاء يفطر دفعاً للأذى عن أخيه المسلم، وإن كان لا يثق من نفسه القضاء لا يفطر، وقد اختلف مشايخ بلخ فيمن حلف على صائم بطلاق امرأته أن يفطر.

قال خلف بن أيوب: لا ينبغي أن يفطر.

قال الفقيه أبو الليث: يفطر ويقضي وعلى قياس مسألة الضيافة يجب أن تكون هذه المسألة على التفصيل الذي ذكره شمس الأئمة في [تلك المسألة] ^(٧) وهذا كله إذا كان الإفطار قبل الزوال.

ونص الشافعية والحنابلة على أنه إذا أفطر الصائم تطوعاً لم يثب على ما مضى، إن خرج منه بغير عذر، ويثاب عليه إن خرج بعذر.

ينظر: تبين الحقائق (١/٣٣٧)، رد المحتار على الدر المختار (٢/١٢٠، ١٢١)، مواهب الجليل (٢/٤٣٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٥٢٧)، الخرشي على خليل (٢/٢٥١)، مغني المحتاج (١/٤٤٨)، كشاف القناع (٢/٣٤٣)، تصحيح الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالح الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م (٢/١٣٩).

(١) في م: لا يأس.

(٢) سقط في ب، د.

(٣) في د: وليفطر.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: لمجرد.

(٦) زاد في د: به.

(٧) في د: فيها.

أما إذا كان [الإفطار]^(١) بعد الزوال فلا ينبغي^(٢) أن يفطر إلا إذا كان في ترك الإفطار عقوق بالوالدين أو بأحدهما .

وأما الإفطار بغير عذر بشرط القضاء ذكر في المنتقى عن أبي يوسف: أنه يحل، وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وذكر الفقيه أبو بكر الرازي عن أصحابنا: أنه لا يحل .

المتأخرون [اختلفوا]^(٣) فيه وهذا كله في التطوع .

فأما في الواجب لا يحل الإفطار إلا بعذر والضيافة ليست بعذر والسفر ليس بعذر في اليوم الذي أنشأ السفر [فيه]^(٤) وعذر فيما عداه من الأيام [وإن أفطر هل تجب الكفارة؟ ينظر في آخر الفصل الثالث من هذا الكتاب ثمة مسألة يستدل بها]^(٥) .

والمرض عذر في الأيام كلها اليوم الذي مرض فيه وغيره في ذلك سواء^(٦) .

(١) سقط في د .

(٢) زاد في د: له .

(٣) سقط في ب .

(٤) سقط في د .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) في د: على السواء .

والمرض هو كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة من علة .

قال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض في الجملة، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ .

وعن سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه قال: «لما نزلت هذه الآية: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهِ فِدْيَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾ كان من أراد أن يفطر، يفطر ويفتدي، حتى أنزلت الآية التي بعدها يعني قوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [أخرجه البخاري (الفتح ٨ / ١٨١)، ومسلم (٢ / ٨٠٢)] فنسختها .

فالمريض الذي يخاف زيادة مرضه بالصوم أو إبطاء البرء أو فساد عضو، له أن يفطر، بل يسن فطره، ويكره إتمامه؛ لأنه قد يفضي إلى الهلاك، فيجب الاحتراز عنه .

ثم إن شدة المرض تجيز الفطر للمريض .

أما الصحيح إذا خاف الشدة أو التعب، فإنه لا يجوز له الفطر، إذا حصل له بالصوم مجرد شدة تعب، هذا هو المشهور عند المالكية، وإن قيل بجواز فطره .

وقال الحنيفة: إذا خاف الصحيح المرض بغلبة الظن فله الفطر، فإن خافه بمجرد الوهم، فليس له الفطر .

وقال المالكية: إذا خاف حصول أصل المرض بصومه، فإنه لا يجوز له الفطر - على =

المشهور - إذ لعله لا ينزل به المرض إذا صام. وقيل: يجوز له الفطر. فإن خاف كل من المريض والصحيح الهلاك على نفسه بصومه، وجب الفطر. وكذا لو خاف أذى شديدا، كتعطيل منفعة، من سمع أو بصر أو غيرهما؛ لأن حفظ النفس والمنافع واجب، وهذا بخلاف الجهد الشديد، فإنه يبيح الفطر للمريض، قيل: والصحيح أيضا.

وقال الشافعية: إن المريض - وإن تعدى بفعل ما أمره - يباح له ترك الصوم، إذا وجد به ضررا شديدا، لكنهم شرطوا لجواز فطره نية الترخص - كما قال الرملي واعتمده - وفرقوا بين المرض المطبق، وبين المرض المتقطع، فإن كان المرض مطبقا، فله ترك النية في الليل.

وإن كان يحم وينقطع؛ نظر. فإن كان محموما وقت الشروع في الصوم، فله ترك النية، وإلا فعليه أن ينوي من الليل، فإن احتاج إلى الإفطار أظفر. ومثل ذلك الحصاد والبناء والحارس - ولو متبرعا - فتجب عليهم النية ليلا، ثم إن لحقتهم مشقة أظفروا.

قال النووي: ولا يشترط أن ينتهي إلى حالة لا يمكنه فيها الصوم، بل قال أصحابنا: شرط إباحة الفطر أن يلحقه بالصوم مشقة يشق احتمالها، وأما المرض اليسير الذي لا يلحق به مشقة ظاهره فلم يجز له الفطر، بلا خلاف عندنا، خلافا لأهل الظاهر. وخوف الضرر هو المعتبر عند الحنابلة، أما خوف التلف بسبب الصوم فإنه يجعل الصوم مكروها، وجزم جماعة بحرمة، ولا خلاف في الإجزاء، لصدوره من أهله في محله، كما لو أتم المسافر.

قالوا: ولو تحمل المريض الضرر، وصام معه، فقد فعل مكروها، لما يتضمنه من الإضرار بنفسه، وتركه تخفيفا من الله وقبول رخصته، لكن يصح صومه ويجزئه؛ لأنه عزيمة أبيع تركها رخصة، فإذا تحمله أجزاء، لصدوره من أهله في محله، كما أتم المسافر، وكالمريض الذي يباح له ترك الجمعة، إذا حضرها.

قال في المبدع: فلو خاف تلفا بصومه، كره، وجزم جماعة بأنه يحرم. ولم يذكروا خلافا في الإجزاء.

ولخص ابن جزى من المالكية أحوال المريض بالنسبة إلى الصوم، وقال: للمريض أحوال:

الأولى: ألا يقدر على الصوم أو يخاف الهلاك من المرض أو الضعف إن صام، فالفطر عليه واجب.

الثانية: أن يقدر على الصوم بمشقة، فالفطر له جائز، وقال ابن العربي: مستحب.

الثالثة: أن يقدر بمشقة، ويخاف زيادة المرض، ففي وجوب فطره قولان.

الرابعة: ألا يشق عليه، ولا يخاف زيادة المرض، فلا يفطر عند الجمهور، خلافا لابن سيرين.

ونص الشافعية على أنه إذا أصبح الصحيح صائما، ثم مرض، جاز له الفطر بلا خلاف؛ لأنه أبيع له الفطر للضرورة، والضرورة موجودة، فجاز له الفطر.

والسفر الذي يبىح الفطر ما يبىح القصر والمرض الذي يبىح الفطر ما يخاف منه الموت أو زيادة علته^(١).

ينظر: المصباح المنير، مادة (مرض)، وينظر: مراقي الفلاح، ص (٣٧٣)، والدر المختار ورد المختار (١١٦/٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/٥٣٥)، وجواهر الإكليل (١/١٥٣)، والقوانين الفقهية، ص (٨٢)، وروضة الطالبين (٢/٣٦٩)، والمجموع (٦/٢٥٨)، والإقناع، للشربيني، وحاشية البجيرمي عليه (٢/٣٤٨)، وحاشية القليوبي على شرح المحلي (١/٨٣)، والمغني، لابن قدامة (٣/١٦)، (١٧)، وكشاف القناع (٢/٣١٠)، والإنصاف (٣/٢٨٦).

(١) يشترط في السفر المرخص في الفطر ما يلي:

أ - أن يكون السفر طويلاً مما تقصر فيه الصلاة قال ابن رشد: وأما المعنى المعقول من إجازة الفطر في السفر فهو المشقة، ولما كانت لا توجد في كل سفر، وجب أن يجوز الفطر في السفر الذي فيه المشقة، ولما كان الصحابة كأنهم مجمعون على الحد في ذلك، وجب أن يقاس ذلك على الحد في تقصير الصلاة.

ب - ألا يعزم المسافر الإقامة خلال سفره مدة أربعة أيام ليلها عند المالكية والشافعية، وأكثر من أربعة أيام عند الحنابلة، وهي نصف شهر أو خمسة عشر يوماً عند الحنفية.

ج - ألا يكون سفره في معصية، بل في غرض صحيح عند الجمهور، وذلك لأن الفطر رخصة وتخفيف، فلا يستحقها عاص بسفره، بأن كان مبنى سفره على المعصية، كما لو سافر لقطع طريق مثلاً.

والحنفية يجيزون الفطر للمسافر، ولو كان عاصياً بسفره، عملاً بإطلاق النصوص المرخصة؛ ولأن نفس السفر ليس بمعصية، وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره، والرخصة تتعلق بالسفر لا بالمعصية.

د - أن يجاوز المدينة وما يتصل بها، والبناءات والأفنية والأخبية.

وذهب عامة الصحابة والفقهاء، إلى أن من أدرك هلال رمضان وهو مقيم، ثم سافر، جاز له الفطر؛ لأن الله تعالى جعل مطلق السفر سبب الرخصة، بقوله: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، ولما ثبت من أن رسول الله ﷺ خرج في غزوة الفتح في رمضان مسافراً، وأفطر؛ ولأن السفر إنما كان سبب الرخصة لمكان المشقة.

وحكى النووي عن أبي مخلد التابعي أنه لا يسافر، فإن سافر لزمه الصوم وحرم الفطر وعن سويد بن غفلة التابعي: أنه يلزمه الصوم بقية الشهر، ولا يمتنع السفر، واستدل لهما بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾.

حكى الكاساني عن علي وابن عباس - رضي الله تعالى عنهم - أنه إذا أهل في المصر، ثم سافر، لا يجوز له أن يفطر. واستدل لهم بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾؛ ولأنه لما استهل في الحضر لزمه الصوم الإقامة، وهو صوم الشهر حتماً، فهو بالسفر يريد إسقاطه عن نفسه فلا يملك ذلك، كاليوم الذي سافر فيه، فإنه لا يجوز له أن يفطر فيه.

وفي وقت جواز الفطر للمسافر ثلاث أحوال:

الأولى: أن يبدأ السفر قبل الفجر، أو يطلع الفجر وهو مسافر، وينوي الفطر، فيجوز له الفطر إجماعاً - كما قال ابن جزي - لأنه متصف بالسفر، عند وجود سبب الوجوب.

الثانية: أن يبدأ السفر بعد الفجر، بأن يطلع الفجر وهو مقيم ببلده، ثم يسافر بعد طلوع الفجر، أو خلال النهار، فإنه لا يحل له الفطر بإنشاء السفر بعدما أصبح صائماً، ويجب عليه إتمام ذلك اليوم، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، وهو الصحيح من مذهب الشافعية، ورواية عن أحمد. وذلك تغليبا لحكم الحاضر.

ومع ذلك لا كفارة عليه في إفطاره عند الحنفية، وفي المشهور من مذهب المالكية، خلافاً لابن كنانة، وذلك للشبهة في آخر الوقت؛ ولأنه لما سافر بعد الفجر صار من أهل الفطر، فسقطت عنه الكفارة.

والصحيح عند الشافعية أنه يحرم عليه الفطر حتى لو أفطر بالجماع لزمته الكفارة. والمذهب عند الحنابلة وهو أصح الروايتين عن أحمد، وهو ما ذهب إليه المزني وغيره من الشافعية: أن من نوى الصوم في الحاضر، ثم سافر في أثناء اليوم، طوعاً أو كرهاً، فله الفطر بعد خروجه ومفارقه بيوت قريته العامرة، وخروجه من بين بنيانها، واستدلوا بما يلي:

- ظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾.
- وحديث جابر - رضي الله تعالى عنه - أن رسول الله ﷺ خرج إلى مكة عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم، وصام الناس معه، ف قيل له: إن الناس قد شق عليهم الصيام، وإن الناس ينظرون فيما فعلت، فدعا بقدر من ماء بعد العصر، فشرب - والناس ينظرون إليه - فأفطر بعضهم، وصام بعضهم، فبلغه أن ناساً صاموا، فقال: أولئك العصاة [أخرجهم مسلم (٢/٧٨٥، ٧٨٦)، والترمذي (٣/٨٠، ٨١) والسياق للترمذي].

وحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: خرج رسول الله ﷺ عام الفتح إلى مكة، في شهر رمضان، فصام حتى مر بغدير في الطريق، وذلك في نحر الظهر. قال: فعطش الناس، جعلوا يمدون أعناقهم، وتتوق أنفسهم إليه. قال: فدعا رسول الله ﷺ بقدر من ماء، فأمسكه على يده، حتى رآه الناس، ثم شرب، فشرب الناس [أخرجهم أحمد (١/٣٦٦)، وعلقه البخاري في صحيحه (٨/٣)].

وقالوا: إن السفر مبيح للفطر، فإباحته في أثناء النهار كالمرض الطارئ ولو كان بفعله. وقال الذين أباحوه من الشافعية: إنه تغليب لحكم السفر.

وقد نص الحنابلة المؤيدون لهذا الرأي على أن الأفضل لمن سافر في أثناء يوم نوى صومه - إتمام صوم ذلك اليوم، خروجاً من خلاف من لم يبح له الفطر، وهو قول أكثر العلماء، تغليبا لحكم الحاضر، كالصلاة.

الثالثة: أن يفطر قبل مغادرة بلده. وقد منع من ذلك الجمهور، وقالوا: إن رخصة السفر لا تتحقق بدونه، كما لا تبقى بدونه، ولما يتحقق السفر بعد، بل هو مقيم وشاهد، وقد قال تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾.

ولا يوصف بكونه مسافراً حتى يخرج من البلد، ومهما كان في البلد فله أحكام

الحاضرين، ولذلك لا يقصر الصلاة.

والجمهور الذين قالوا بعدم جواز الإفطار في هذه الصورة، اختلفوا فيما إذا أكل، هل عليه كفارة؟ فقال مالك: لا. وقال أشهب: هو متأول، وقال غيرهما: يكفر.

وقال ابن جزي: فإن أفطر قبل الخروج، ففي وجوب الكفارة عليه ثلاثة أقوال. يفرق في الثالث بين أن يسافر فتسقط، أو لا، فتجب.

ويتصل بهذه المسائل في إفطار المسافر: ما لو نوى في سفره الصوم ليلاً، وأصبح صائماً، من غير أن ينقض عزمته قبل الفجر، لا يحل فطره في ذلك اليوم عند الحنفية والمالكية، وهو وجه محتمل عند الشافعية، ولو أفطر لا كفارة عليه للشبهة.

قال ابن عابدين: وكذا لا كفارة عليه بالأولى، لو نوى نهارة.

وقال ابن جزي: من كان في سفر، فأصبح على نية الصوم، لم يجز له الفطر إلا بعذر، كالغذي للقاء العدو، وأجازه مطرف من غير عذر، وعلى المشهور: إن أفطر، ففي وجوب الكفارة ثلاثة أقوال: يفرق في الثالث بين أن يفطر بجماع فتجب، أو بغيره فلا تجب.

لكن الذي في شروح خليل، وفي حاشية الدسوقي: أنه إذا بيت نية الصوم في السفر وأصبح صائماً فيه ثم أفطر، لزمته الكفارة سواء أفطر متأولاً أم لا. فسأل سحنون ابن القاسم، عن الفرق بين من بيت الصوم في الحضر ثم أفطر بعد أن سافر بعد الفجر من غير أن ينويه فلا كفارة عليه، وبين من نوى الصوم في السفر ثم أفطر فعليه الكفارة؟ فقال: لأن الحاضر من أهل الصوم فسافر فصار من أهل الفطر، فسقطت عنه الكفارة، والمسافر مخير فيهما، فاختر الصوم وترك الرخصة، فصار من أهل الصيام، فعليه ما عليهم من الكفارة.

والشافعية في المذهب، والحنابلة قالوا: لو أصبح صائماً في السفر، ثم أراد الفطر، جاز من غير عذر؛ لأن العذر قائم - وهو السفر - أو لدوام العذر - كما يقول المحلي.

ومما استدلوا به حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما... فصام حتى مر بغدير في الطريق وحديث جابر - رضي الله تعالى عنه... فصام حتى بلغ كراع الغميم قال ابن قدامة: وهذا نص صريح، لا يعرج على ما خالفه.

قال النووي: وفي احتمال لإمام الحرمين، وصاحب المذهب: أنه لا يجوز؛ لأنه دخل في فرض المقيم، فلا يجوز له الترخص برخصة المسافر، كما لو دخل في الصلاة بنية الإتمام، ثم أراد أن يقصر، وإذا قلنا بالمذهب، ففي كراهة الفطر وجهان، وأصحهما أنه لا يلزمه ذلك، للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ فعل ذلك.

وزاد الحنابلة أن له الفطر بما شاء، من جماع وغيره، كأكل وشرب؛ لأن من أبيح له الأكل أبيح له الجماع، كمن لم ينو، ولا كفارة عليه بالوطء، لحصول الفطر بالنية قبل الجماع، فيقع الجماع بعده.

وذهب الأئمة الأربعة، وجماهير الصحابة والتابعين إلى أن الصوم في السفر جائز صحيح منعقد، وإذا صام وقع صيامه وأجزأه.

وروي عن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم أنه غير صحيح، ويجب

القضاء على المسافر إن صام في سفر. وروي القول بكراهته. والجمهور من الصحابة والسلف، والأئمة الأربعة، الذين ذهبوا إلى صحة الصوم في السفر - اختلفوا بعد ذلك في أيهما أفضل، الصوم أم الفطر، أو هما متساويان؟ فمذهب الحنفية والمالكية والشافعية، وهو وجه عند الحنابلة، أن الصوم أفضل، إذا لم يجهد الصوم ولم يضعفه، وصرح الحنفية والشافعية بأنه مندوب. قال الغزالي: والصوم أحب من الفطر في السفر، لتبرئة الذمة، إلا إذا كان يتضرر به. وقيد القليوبي الضرر بضر لا يوجب الفطر.

واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ... إلى قوله: ﴿وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ﴾. فقد دلت الآيات على أن الصوم عزيمة والإفطار رخصة، ولا شك في أن العزيمة أفضل، كما تقرر في الأصول، قال ابن رشد: ما كان رخصة فالأفضل ترك الرخصة.

وبحديث أبي الدرداء المتقدم قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في شهر رمضان، في حر شديد... ما فينا صائم إلا رسول الله ﷺ وعبد الله بن رواحة [أخرجه البخاري الفتح (٤/١٨٢)، ومسلم (٢/٧٩٠) واللفظ لمسلم].

وقيد الحدادي، صاحب الجوهرة من الحنفية أفضلية الصوم - أيضا - بما إذا لم تكن عامة رفقته مفطرين، ولا مشتركين في النفقة، فإن كانوا كذلك، فالأفضل فطره موافقة للجماعة. ومذهب الحنابلة أن الفطر في السفر أفضل، بل قال الخرقى: والمسافر يستحب له الفطر، قال المرداوي: وهذا هو المذهب.

وفي الإقناع: والمسافر سفر قصر يسن له الفطر. ويكره صومه، ولو لم يجد مشقة. وعليه الأصحاب، ونص عليه، سواء وجد مشقة أو لا، وهذا مذهب ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وسعيد والشعبي والأوزاعي. واستدل هؤلاء بحديث جابر - رضي الله تعالى عنه - ليس من البر الصوم في السفر [أخرجه البخاري (الفتح ٤/١٨٣)، ومسلم (٢/٧٨٦)] وزاد في رواية: عليكم برخصة الله الذي رخص لكم فاقبلوها [أخرجها مسلم (٢/٧٨٦)، وفي رواية أخرى لهذا الحديث: «التي رخص لكم» أخرجها النسائي (٤/١٧٦)].

قال المجد: وعندي لا يكره لمن قوي، واختاره الآجري. قال النووي والكمال ابن الهمام: إن الأحاديث التي تدل على أفضلية الفطر محمولة على من يتضرر بالصوم، وفي بعضها التصريح بذلك، ولا بد من هذا التأويل، ليجمع بين الأحاديث، وذلك أولى من إهمال بعضها، أو ادعاء النسخ، من غير دليل قاطع.

والذين سووا بين الصوم وبين الفطر، استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها أن حمزة بن عمرو الأسلمي رضي الله تعالى عنه قال للنبي ﷺ أوصم في السفر؟ - وكان كثير الصيام - فقال: إن شئت فصم، وإن شئت فأفطر [أخرجه البخاري (٤/١٧٩)، ومسلم (٢/٧٨٩)]. وتسقط رخصة السفر بأمرين اتفاقا:

الأول: إذا عاد المسافر إلى بلده، ودخل وطنه، وهو محل إقامته، ولو كان دخوله

وإن زال المرض وبقي المضعف لا يحل الإفطار.

بشيء نسيه، يجب عليه الصوم، كما لو قدم ليلا، أو قدم قبل نصف النهار عند الحنفية. أما لو قدم نهارا، ولم ينو الصوم ليلا، أو قدم بعد نصف النهار - عند الحنفية، ولم يكن نوى الصوم قبلا - فإنه يمسك بقية النهار، على خلاف وتفصيل في وجوب إمساكه. الثاني: إذا نوى المسافر الإقامة مطلقا، أو مدة الإقامة التي تقدمت في شروط جواز فطر المسافر في مكان واحد، وكان المكان صالحا للإقامة، لا كالسفينة والمفازة ودار الحرب، فإنه يصير مقيما بذلك، فيتم الصلاة، ويصوم ولا يفطر في رمضان؛ لانقطاع حكم السفر. وصرحوا بأنه يحرم عليه الفطر - على الصحيح - لزوال العذر، وفي قول: يجوز له الفطر، اعتبارا بأول اليوم.

قال ابن جزري: إن السفر لا يبيح قصرا ولا فطرا إلا بالنية والفعل، بخلاف الإقامة، فإنها توجب الصوم والإتمام بالنية دون الفعل. وإذا لم ينو الإقامة لكنه أقام لقضاء حاجة له، بلا نية إقامة، ولا يدري متى تنقضي، أو كان يتوقع انقضاءها في كل وقت، فإنه يجوز له أن يفطر، كما يقصر الصلاة. قال الحنفية: ولو بقي على ذلك سنين.

فإن ظن أنها لا تنقضي إلا فوق أربعة أيام عند الجمهور، أو خمسة عشر يوما عند الحنفية، فإنه يعتبر مقيما، فلا يفطر ولا يقصر، إلا إذا كان الفرض قتالا - كما قال الغزالي - فإنه يترخص على أظهر القولين، أو دخل المسلمون أرض الحرب أو حاصروا حصنا فيها، أو كانت المحاصرة للمصر على سطح البحر، فإن لسطح البحر حكم دار الحرب.

ودليل هذا أنه ﷺ أقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة [أخرجه أبو داود (٢٧/٢) وأعله بالإرسال، وأعله الدارقطني بالإرسال والانقطاع كذا في التلخيص لابن حجر (٤٥/٢)] ويلاحظ أن الفطر كالفطر الذي نصوا عليه في صلاة المسافرين، من حيث الترخيص، فإن المسافر له سائر رخص السفر.

ينظر: بدائع الصنائع (٩٤/٢، ٩٥٩٧، ٩٨)، ومراقي الفلاح بحاشية الطحطاوي عليه، ص (٢٣٠، ٢٣١، ٣٦٩، ٣٧٤، ٣٧٥)، وتبيين الحقائق (٢١٦/١)، والدر المختار ورد المحتار (٥٢٧-٥٢٩) (١٠٦/٢، ١١٥، ١٢٢، ١٢٣)، والاختيار (٨٠/١)، وفتح القدير (٢٧٣/٢، ٢٧٤)، والقوانين الفقهية، ص (٥٩، ٨٢)، وبداية المجتهد (١/٣٤٥، ٣٤٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٣٥/١)، ومنح الجليل (١/٤٠٩، ٤١٠)، وجواهر الإكليل (١٥٣/١)، وشرح الزرقاني (٢١٣/٢)، والمجموع (٦/٢٦١، ٢٦٥، ٢٦٦)، وشرح المحلي على المنهاج (٢٥٧/١) (٢٦٤/٢)، وحاشية القليوبي على شرح المحلي (٦٤/٢)، وروضة الطالبين (٣٦٩/٢)، والوجيز (٥٨/١)، ص (١٠٣، ٥٩)، والإفناع بحاشية البجيرمي (١٥٤/٢)، وحاشية البيجوري على ابن قاسم (٢١٠/١)، والروض المربع (٨٩/١، ٩٠، ١٣٩)، وكشاف القناع (٣١١/٢، ٣١٢)، والمغني، لابن قدامة (١٨/٣، ١٩).

الفصل الثامن

في صدقة الفطر^(١)

(١) من معاني الزكاة في اللغة: النماء، والزيادة، والصلاح، وصفوة الشيء، وما أخرجته من مالك لتطهره به.

والفطر: اسم مصدر من قولك: أفطر الصائم إفطاراً. وأضيفت الزكاة إلى الفطر؛ لأنه سبب وجوبها، وقيل لها فطرة، كأنها من الفطرة التي هي الخلقة.

قال النووي: يقال للمخرج: فطرة. والفطرة - بكسر الفاء لا غير - وهي لفظة مولدة لا عربية ولا معربة بل اصطلاحية للفقهاء، فتكون حقيقة شرعية على المختار، كالصلاة والزكاة.

وزكاة الفطر في الاصطلاح: صدقة تجب بالفطر من رمضان. ينظر: القاموس المحيط والمصباح ولسان العرب، مادة (زكو)، كشاف القناع (٢/٢٤٥)، ومغني المحتاج (٤٠١/١)، ونيل المآرب بشرح دليل الطالب، للشيخ عبد القادر ابن عمر الشيباني، ط مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة (١/٢٥٥).

وحكمة مشروعية زكاة الفطر: الرفق بالفقراء بإغنائهم عن السؤال في يوم العيد، وإدخال السرور عليهم في يوم يسر المسلمون بقدوم العيد عليهم، وتطهير من وجبت عليه بعد شهر الصوم من اللغو والرفث. روى أبو داود عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر، طهرة للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين، من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات. [أخرجه أبو داود (٢/٢٦٢، ٢٦٣)، وحسنه النووي في المجموع (٦/١٦٢)].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن زكاة الفطر واجبة على كل مسلم. واستدل القائلون بالوجوب بما رواه ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، على كل حر، أو عبد، ذكر أو أنثى من المسلمين [أخرجه البخاري (الفتح ٣/٣٦٧)، ومسلم (٢/٦٧٧) واللفظ لمسلم]. ويقولون ﷺ: أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير، نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير [أخرجه الدارقطني (٢/١٤٧، ١٤٨) وأعله ابن دقيق العيد بالاضطراب في إسناده ومنتنه كما في نصب الرأية (٢/٤٠٨)] وهو أمر، والأمر يقتضي الوجوب.

وفي قول للمالكية مقابل للمشهور: إنها سنة، واستبعده الدسوقي. ويشترط لوجوب أدائها ما يلي:

أولاً: الإسلام: وهذا عند جمهور الفقهاء.

وروي عن الشافعية في الأصح عندهم أنه يجب على الكافر أن يؤديها عن أقاربه المسلمين، وإنما كان الإسلام شرطاً عند الجمهور؛ لأنها قريبة من القرب، وطهرة للصائم من الرفث واللغو، والكافر ليس من أهلها إنما يعاقب على تركها في الآخرة.

ثانياً: الحرية عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنابلة؛ لأن العبد لا يملك، ومن لا يملك لا

يملك .

ثالثا: أن يكون قادرا على إخراج زكاة الفطر، وقد اختلف الفقهاء في معنى القدرة على إخراجها: فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط ملك النصاب في وجوب زكاة الفطر. وذهب الحنفية إلى أن معنى القدرة على إخراج صدقة الفطر أن يكون مالكا للنصاب الذي تجب فيه الزكاة من أي مال كان، سواء كان من الذهب أو الفضة، أو السوائم من الإبل والبقر والغنم، أو من عروض التجارة. والنصاب الذي تجب فيه الزكاة من الفضة مائتا درهم. فمن كان عنده هذا القدر فاضلا عن حوائجه الأصلية من مأكّل وملبس ومسكن وسلاح وفرس، وجبت عليه زكاة الفطر.

وفي وجه آخر للحنفية إذا كان لا يملك نصابا تجوز الصدقة عليه. ولا يجتمع جواز الصدقة عليه مع وجوبها عليه.

وقال المالكية: إذا كان قادرا على المقدار الذي عليه ولو كان أقل من صاع وعنده قوت يومه وجب عليه دفعه، بل قالوا: إنه يجب عليه أن يقتصر لأداء زكاة الفطر إذا كان يرجو القضاء؛ لأنه قادر حكما، وإن كان لا يرجو القضاء لا يجب عليه.

وقال الشافعية والحنابلة: إنها تجب على من عنده فضل عن قوته وقوت من في نفقته ليلة العيد ويومه، ويشترط كونه فاضلا عن مسكن وخادم يحتاج إليه في الأصح. واتفق جميع القائلين بعدم اشتراط ملك النصاب على أن المقدار الذي عنده إن كان محتاجا إليه لا تجب عليه زكاة الفطر؛ لأنه غير قادر.

استدل الجمهور على عدم اشتراط ملك النصاب بأن من عنده قوت يومه فهو غني، فما زاد على قوت يومه وجب عليه أن يخرج منه زكاة الفطر، والدليل على ذلك ما رواه سهل بن الحنظلية عن النبي ﷺ قال: من سأل وعنده ما يغنيه فإنما يستكثر من النار، فقالوا: يا رسول الله، وما يغنيه؟ قال: أن يكون له شبع يوم وليلة [أخرجه أبو داود (٢/ ٢٨٠) من حديث سهل بن الحنظلية وإسناده حسن].

دل الحديث على أن من عنده قوت يومه فهو غني وجب عليه أن يخرج مما زاد على قوت يومه.

واستدل الحنفية ومن وافقهم على اشتراط ملك النصاب بقوله ﷺ: لا صدقة إلا عن ظهر غنى. والظهر ها هنا كناية عن القوة، فكأن المال للغني بمنزلة الظهر، عليه اعتماده، وإليه استناده، والمراد أن التصدق إنما تجب عليه الصدقة إذا كانت له قوة من غنى، ولا يعتبر غنيا إلا إذا ملك نصابا.

وذهب جمهور الحنفية إلى أن وقت وجوب أداء زكاة الفطر موسع؛ لأن الأمر بأدائها غير مقيد بوقت، كالزكاة، فهي تجب في مطلق الوقت وإنما يتعين بتعيينه، ففي أي وقت أدى كان مؤديا لا قاضيا، غير أن المستحب إخراجها قبل الذهاب إلى المصلى، لقوله ﷺ: «اغنؤهم في هذا اليوم».

وذهب الحسن بن زياد من الحنفية إلى أن وقت وجوب الأداء مضيق كالأضحية، فمن

اختلف مشايخنا في جواز الزبيب في صدقة الفطر أنه باعتبار العين أو باعتبار القيمة^(١).

أداها بعد يوم العيد بدون عذر كان آثماً، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة. واتفق جميع الفقهاء على أنها لا تسقط بخروج وقتها؛ لأنها وجبت في ذمته لمن هي له، وهم مستحقوها، فهي دين لهم لا يسقط إلا بالأداء؛ لأنها حق للعبد، أما حق الله في التأخير عن وقتها فلا يجبر إلا بالاستغفار والندامة

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يجوز تقديمها عن وقتها يومين لقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: كانوا يعطون صدقة الفطر قبل العيد بيوم أو يومين.

وذهب الشافعية إلى أنه يسن إخراجها قبل صلاة العيد ويكره تأخيرها عن الصلاة، ومحرم تأخيرها عن يوم العيد بلا عذر؛ لفوات المعنى المقصود، وهو إغناء الفقراء عن الطلب في يوم السرور، فلو أخرها بلا عذر عصي وقضى، لخروج الوقت.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يجوز تقديمها عن وقتها سنة أو سنتين كالزكاة. وذهب بعض الحنفية إلى أنه يجوز تقديمها في رمضان فقط، وهو قول مصحح للحنفية. ينظر: تبيين الحقائق (٣٠٧/١)، ورد المحتار على الدر المختار (٧٢/٢، ١١٠)، وفتح القدير (٣٠-٤٠/٢)، وبلغة السالك (٢٠٠/١، ٢٠١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٤/١)، وبداية المجتهد (١٦٤/١) وما بعدها، وبلغة السالك (١/٢٠١) وما بعدها، وشرح المنهاج (٦٢٨/١)، ومغني المحتاج (٤٠١/١، ٤٠٢)، وكشاف القناع (٤٧١/١)، (٢٤٧/٢)، والمغني، لابن قدامة (٥٦/٣، ٧٦).

(١) اتفق الفقهاء على أن الواجب إخراجها في الفطرة صاع من جميع الأصناف التي يجوز إخراج الفطرة منها عدا القمح والزبيب، فقد اختلفوا في المقدار فيهما: فذهب المالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن الواجب إخراجها في القمح هو صاع منه.

واستدل الجمهور على وجوب صاع من بر بحديث أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال: كنا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا رسول الله ﷺ صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من زبيب، أو صاعاً من أقط، فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه ما عشت.

وذهب الحنفية إلى أن الواجب إخراجها من القمح نصف صاع، وكذا دقيق القمح وسويقه، أما الزبيب فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب نصف صاع كالبر؛ لأن الزبيب تزيد قيمته على قيمة القمح، وذهب الصحابان - أبو يوسف ومحمد - إلى أنه يجب صاع من زبيب، واستدلوا على ذلك بما روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - : كنا نخرج إذ كان فينا رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل صغير وكبير، حر أو مملوك، صاعاً من أقط، أو صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من زبيب، فلم نزل نخرج، حتى قدم علينا معاوية حاجاً أو معتمراً، فكلم الناس على المنبر، وكان فيما كلم به الناس أن قال: إني أرى أن مدين من سمراء الشام يعني القمح تعدل صاعاً من تمر، فأخذ الناس بذلك، أما أنا فلا أزال أخرجه أبداً ما عشت، كما كنت أخرجه. دل الحديث على أن الذي كان يخرج على عهد رسول الله ﷺ صاع

.....

من الزبيب .

استدل الحنفية على وجوب نصف صاع من بر بما روي أن النبي ﷺ خطب قبل الفطر بيوم أو يومين، فقال: أدوا صاعا من بر بين اثنين، أو صاعا من تمر، أو شعير، عن كل حر، وعبد صغير أو كبير .

وذهب الحنفية إلى أنه يجزئ إخراج زكاة الفطر القيمة من النقود وهو الأفضل، أو العروض، لكن إن أخرج من البر أو دقيقه أو سويقه أجزاءه نصف صاع، وإن أخرج من الشعير أو التمر أو الزبيب فصاع، لما روى ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - قال: كان الناس يخرجون على عهد رسول الله ﷺ صاعا من شعير أو تمر أو سلت أو زبيب. قال ابن عمر: فلما كان عمر، وكثرت الحنطة جعل عمر نصف صاع حنطة، مكان صاع من تلك الأشياء .

ثم قال الحنفية: ما سوى هذه الأشياء الأربعة المنصوص عليها من الحبوب كالعدس والأرز، أو غير الحبوب كاللبن والجبن واللحم والعروض، فتعتبر قيمته بقيمة الأشياء المنصوص عليها، فإذا أراد المتصدق أن يخرج صدقة الفطر من العدس مثلا، فيقوم نصف صاع من بر، فإذا كانت قيمة نصف الصاع ثمانية قروش مثلا، أخرج من العدس ما قيمته ثمانية قروش مثلا، ومن الأرز واللبن والجبن وغير ذلك من الأشياء التي لم ينص عليها الشارع، يخرج من العدس ما يعادل قيمته .

وذهب المالكية، إلى أنه يخرج من غالب قوت البلد كالعدس والأرز، والبقول والقمح والشعير والسلت والتمر والأقط والدخن .

وما عدا ذلك لا يجزئ، إلا إذا اقتاته الناس وتركوا الأنواع السابقة، ولا يجوز الإخراج من غير الغالب، إلا إذا كان أفضل، بأن اقتات الناس الذرة فأخرج قمحا . وإذا أخرج من اللحم اعتبر الشعير، فإذا كان الصاع من البر يكفي اثنين إذا خبز، أخرج من اللحم ما يشبع اثنين .

وذهب الشافعية إلى أنه يخرج من جنس ما يجب فيه العشر، ولو وجدت أقوات فالواجب غالب قوت بلده، وقيل: من غالب قوته، وقيل: مخير بين الأقوات، ويجزئ الأعلى من الأدنى لا العكس .

وذهب الحنابلة إلى أنه يخرج من البر أو التمر أو الزبيب أو الشعير، لحديث أبي سعيد السابق وفيه: كنا نخرج زكاة الفطر على عهد رسول الله ﷺ صاعا من طعام، أو صاعا من شعير، أو صاعا من تمر . . . الحديث ويخير بين هذه الأشياء، ولو لم يكن المخرج قوتا . ويجزئ الدقيق إذا كان مساويا للحب في الوزن، فإن لم يجد ذلك أخرج من كل ما يصلح قوتا من ذرة أو أرز أو نحو ذلك .

والصاع مكيال متوارث من عهد النبوة، وقد اختلف الفقهاء في تقديره كيلا، واختلفوا في تقديره بالوزن .

واختلف الفقهاء فيمن تصرف إليه زكاة الفطر على ثلاثة آراء: ذهب الجمهور إلى جواز قسمتها على الأصناف الثمانية التي تصرف فيها زكاة المال .

وذهب المالكية وهي رواية عن أحمد واختارها ابن تيمية إلى تخصيص صرفها بالفقراء =

قال بعضهم: باعتبار العين؛ لأن العين منصوص عليه في بعض الروايات. وقال بعضهم: باعتبار القيمة؛ لأن كون الزبيب منصوصاً عليه غير مشهور، فالأحوط أن يراعى فيه القيمة ودقيق الحنطة وسويقها كالحنطة ودقيق الشعير وسويقه كالشعير حتى يجوز من دقيق الحنطة وسويقها نصف صاع كما يجوز من الحنطة نصف صاع^(١) ومن دقيق الشعير وسويقه لا يجوز أقل من صاع كما لا يجوز أقل من صاع منه واختلف طريق المشايخ في طريق الجواز في الدقيق. وبعضهم قالوا: الدقيق يجوز [وسويقه^(٢)] لا يجوز أقل من صاع كما لا يجوز من الشعير^(٣) باعتبار العين؛ لأنه منصوص عليه في بعض الروايات. و[قال بعضهم: يجوز^(٤)] باعتبار القيمة؛ لأن النص الوارد في الدقيق في الشهرة ليس نظير الوارد في الحنطة فكان منصوصاً عليه من وجه دون وجه فيجوز باعتبار

والمساكين. =

وذهب الشافعية إلى وجوب قسمتها على الأصناف الثمانية، أو من وجد منهم. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز دفع القيمة؛ لأنه لم يرد نص بذلك؛ ولأن القيمة في حقوق الناس لا تجوز إلا عن تراض منهم، وليس لصدقة الفطر مالك معين حتى يجوز رضاه أو إبراءه.

وذهب الحنفية إلى أنه يجوز دفع القيمة في صدقة الفطر، بل هو أولى ليتيسر للفقير أن يشتري أي شيء يريده في يوم العيد؛ لأنه قد لا يكون محتاجاً إلى الجبوب بل هو محتاج إلى ملابس، أو لحم أو غير ذلك، فأعطاؤه الجبوب، يضطره إلى أن يطوف بالشوارع ليجد من يشتري منه الجبوب، وقد يبيعه بثمن بخس أقل من قيمتها الحقيقية، هذا كله في حالة اليسر، ووجود الجبوب بكثرة في الأسواق، أما في حالة الشدة وقلة الجبوب في الأسواق، فدفع العين أولى من القيمة مراعاة لمصلحة الفقير.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٧٧/٢، ٧٩)، وبلغة السالك (٢٠١/١) وما بعدها، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٠٨/١)، وبداية المجتهد (٦٤/١)، ومغني المحتاج (٤٠٦/١، ٤٠٥)، (١١٦/٣)، وأسنى المطالب (٣٩١/١، ٣٩٢)، والمغني، لابن قدامة (٦٤٦/١) وما بعدها (٥٩/٣)، وكشاف القناع (٤٧١/١) وما بعدها، والفروع (٥٤٠/٢)، والمقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها، للكردي، ص (٢٢٧).

- (١) زاد في د: منها.
- (٢) السوق: طعام يتخذ من مدقوق الحنطة والشعير سمي بذلك لانسياقه في الحلق.
- ينظر: المعجم الوسيط (٩٦٥/١).
- (٣) سقط في ب، د.
- (٤) في د: وبعضهم الدقيق يجوز.

القيمة إلا أنه قدر بنصف صاع من دقيق الحنطة وبصاع من دقيق الشعير؛ لأن قيمة الدقيق تزداد على قيمة الحنطة والشعير^(١) في الغالب حتى لو انتقص^(٢) لا يجوز. وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - لو أعطى قيمة نصف صاع دقيق أو سويق جيد، وذلك لا يساوي نصف صاع حنطة وسطا لا يجزئه وكان عليه قيمة نصف صاع حنطة وسط وهذا يدل على أن الجواز من^(٣) الدقيق والسويق بطريق القيمة؛ لأنه غير^(٤) الواجب ولا رواية عن أصحابنا - رحمهم الله - في خبز الحنطة والشعير واتفق^(٥) المشايخ على الجواز واختلفوا في طريقه بعضهم قالوا: يجوز بطريق العين إذا أدى منوين في خبز الحنطة.

وبعضهم قالوا: [باعتبار]^(٦) القيمة، وهو الأصح؛ لأن الخبز [غير]^(٧) منصوص عليه، وإن كان نظير الحنطة في القوت إلا أنه ليس نظيرها في القدر؛ لأن الحنطة مكيلة والخبز موزون والشرع قد أمرنا بالكيل في صدقة الفطر فلا يقام الوزن مقامه^(٨) كما في الربا.

والذي يؤيد هذا القول ما روى ابن رستم في نوادره عن محمد - رحمه الله -: أنه لو وزن أربعة أرتال وأعطاه ثمن نصف صاع لا يجوز؛ لأن الشرع ورد بالصاع وهو مكيال يختلف وزن ما يدخل فيه فيعتبر ذاته.

وذكر القدوري عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه يجوز؛ لأن الصاع قدر بالوزن فإن أبا حنيفة ومحمداً - رحمهما الله - قدراه بثمانية أرتال، وأبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - قدراه بخمسة أرتال وثلث رطل وهذا من باب الوزن^(٩).

(١) زاد في د: وقيمة الشعير أنقص من دقيقه.

(٢) زاد في د: قيمة كل واحد من الدقيقين من قيمة جنسه من الدقيق والشعير.

(٣) في د: في.

(٤) في د: عين.

(٥) في د: فاتفق.

(٦) في د: يجوز بطريق القيمة.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: مقام الكيل.

(٩) الصاع المجزئ في الفطرة عند الشافعية خمسة أرتال وثلث بالبغدادي، وبه قال جمهور

العلماء من المتقدمين والمتأخرين.

قال الماوردي: وبه قال مالك وأبو يوسف وأحمد وفقهاء الحرمين، وأكثر فقهاء

قال الطحاوي: والصاع الذي يقدر الحنطة بنصفه والشعير والتمر ب كله مقدر بثمانية أرطال مما يستوي كيله ووزنه وهو العدس والماش^(١) ومعناه أن العدس يستوي كيله ووزنه حتى لو وزن من ذلك ثمانية أرطال ووضع في الصاع لا يزيد ولا ينقص وما سوى ذلك تارة يكون [الوزن أقل من الكيل]^(٢)؛ كالمح وتارة يكون الوزن أكثر من الكيل؛ كالشعير، فإذا كان المكيال يسع فيه ثمانية أرطال من العدس والماش فهو الصاع الذي يكال به الشعير والتمر والحنطة، وإذا أراد أن يؤدي القيمة في صدقة الفطر يؤدي قيمة أي الثلاث شاء يعني الحنطة والشعير والزبيب وهذا قول

العراقيين.

قال في التحفة (١/٥١٨): ثم مقدار الصاع ثمانية أرطال عندنا. وقال أبو يوسف والشافعي: خمسة أرطال وثلاث رطل؛ لأن صاع أهل المدينة كذلك، وتوارثوه خلفاً عن سلف.

لكننا نقول: ما ذكر صاع عمر، ومالك من فقهاء المدينة قال: إن صاع المدينة أخرجه عبد الملك بن مروان فأما قبله كان ثمانية أرطال، فكان العمل بصاع عمر أولى. ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يعتبر الصاع وزناً، وهو ثمانية أرطال. وروى ابن رستم عن محمد أنه يعتبر كيلا، حتى لو أدى أربعة أمناء من غير كيل، لا يجوز.

وقال أبو حنيفة ومحمد: ثمانية أرطال، وكان أبو يوسف يقول به، ثم رجع إلى خمسة أرطال وثلاث حين ثبت عنده أنه قدر صاع رسول الله ﷺ، وبسط البيهقي في السنن الكبرى [السنن الكبرى (٤/١٧٠ - ١٧٢)] الدلائل في كون الصاع المجزئ في الفطرة خمسة أرطال وثلاث بسطا حسنا، قال: وأما ما رواه صالح بن موسى الطلحي عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة: «بجرت الشئنة من رسول الله ﷺ في الغسل من الجنابة صاعاً والوضوء برطلين، والصاع ثمانية أرطال» [أخرجه الدارقطني (٢/١٢٨)]، فإن صالحاً تفرد به وهو ضعيف، قاله يحيى بن معين، وغيره من المحدثين، قال: وكذا ما روى عن جرير بن يزيد عن أنس، وما روى عن ابن أبي ليلى عن عبد الكريم عن أنس [أخرجه الدارقطني (١/٩٤)]: «أن النبي ﷺ كان يتوضأ برطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال» [أخرجه الدارقطني (٢/١٥٤)] إسنادهما ضعيف، وإنما الحديث في الصحيح عن أنس قال: «كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمُدِّ ويغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد» [أخرجه البخاري، (٢٠١)، ومسلم (٥١/٣٢٥)]، قال البيهقي: فلا معنى لترك الأحاديث الصحيحة في قدر الصاع المعد لزكاة الفطر بمثل هذا، والله أعلم.

(١) الماش: جنس نباتات من القرنيات الفراشية له حب أخضر مدور أصغر من الحمص يكون بالشام وبالهند.

ينظر: المعجم الوسيط (٢/٧٠٤).

(٢) سقط في ب.

أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وعند محمد - رحمه الله - يؤدي قيمة الحنطة [أفضل]^(١) وكان الفقيه أبو بكر الأعمش يقول: أداء الحنطة أفضل من أداء القيمة وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول أداء القيمة في ديارنا أفضل^(٢).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: الدقيق أحب إليّ من الحنطة والدرهم أحب إليّ من الدقيق ويجوز أن يعطي ما يجب عن جماعة مسكينا كما في الزكاة ولو أعطى ما يجب عن واحد جماعة من المساكين.

ذكر الكرخي - رحمه الله - : أنه يجوز؛ لأن عدد المساكين غير منصوص عليه في صدقة [الفطر]^(٣) إنما المنصوص عليه قدر المؤدي، وذلك لا يختلف باختلاف^(٤) كفارة اليمين فإن هناك لو صرف ما يجب عن جماعة [إلى مسكين واحد]^(٥) لا يجوز؛ لأن العدد هناك منصوص عليه وغيره من المشايخ قال: لا يجوز؛ لأن الإغناء منصوص عليه ولا يحصل الإغناء إذا صرف ما يجب عن واحد إلى جماعة، وإذا كان للصغير مال فأدى الأب صدقة الصغير من^(٦) ماله لا يضمن استحسانا وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ويضمن قياسًا وهو قول محمد - رحمه الله - .

والمسألة في الحاصل بناء على أنه إذا كان للصغير مال فصدقة فطره على من تجب؟ فعندهما تجب على الصغير، فإذا أدى من ماله فقد أدى واجبا على الصغير من مال الصغير فلا يضمن^(٧).

(١) سقط في ب، د.

(٢) زاد في د: من أداء الحنطة.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب، د: بخلاف.

(٥) في د: مسكينا واحدا.

(٦) في ب، د: عن.

(٧) ذهب الحنفية إلى أن زكاة الفطر يجب أن يؤديها عن نفسه من يملك نصابا، وعن كل من تلزمه نفقته، ويلي عليه ولاية كاملة. والمراد بالولاية أن ينفذ قوله على الغير شاء أو أبى، فابنه الصغير، وابنته الصغيرة، وابنه الكبير المجنون، كل أولئك له حق التصرف في مالهم بما يعود عليهم بالنفع شأؤوا أو أبوا.

وينبغي على هذه القاعدة أن زكاة الفطر يخرجها الشخص عن نفسه لقوله ﷺ: ابدأ

بنفسك، ثم بمن تعول. ويخرجها عن أولاده الصغار إذا كانوا فقراء، أما الأغنياء منهم، بأن أهدي إليهم مال، أو ورثوا مالا، فيخرج الصدقة من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن زكاة الفطر ليست عبادة محضة، بل فيها معنى النفقة، فتجب في مال الصبي، كما وجبت النفقة في ماله لأقاربه الفقراء، وقال محمد: تجب في مال الأب؛ لأنها عبادة محضة، وهو ليس من أهلها؛ لأنه غير مكلف.

أما أولاده الكبار، فإن كانوا أغنياء وجب عليهم إخراج الزكاة عن أنفسهم، وعمن يلون عليهم ولاية كاملة، وإن كانوا فقراء لا يخرج الزكاة عنهم؛ لأنه وإن كانت نفقتهم واجبة عليه إلا أنه لا يلي عليهم ولاية كاملة فليس له حق التصرف في مالهم إن كان لهم مال إلا بإذنتهم. وإن كان أحدهم مجنوناً، فإن كان غنياً أخرج الصدقة من ماله، وإن كان فقيراً دفع عنه صدقة الفطر؛ لأنه ينفق عليه، ويولي عليه ولاية كاملة، فله حق التصرف في ماله بدون إذنه. وقال الحنفية بناء على قاعدتهم المذكورة: لا تجب عن زوجته لقصور الولاية والنفقة، أما قصور الولاية، فإنه لا يلي عليها إلا في حقوق النكاح فلا تخرج إلا بإذنه، أما التصرف في مالها بدون إذنها فلا يلي عليه. وأما قصور النفقة فلأنه لا ينفق عليها إلا في الرواتب كالمأكل والمسكن والملبس. وكما لا يخرجها عن زوجته لا يخرجها عن والديه وأقاربه الفقراء إن كانوا كباراً؛ لأنه لا يلي عليهم ولاية كاملة.

وذهب المالكية إلى أن زكاة الفطر يخرجها الشخص عن نفسه وعن كل من تجب عليه نفقته. وهم الوالدان الفقيران، والأولاد الذكور الفقراء، والإناث الفقيرات، ما لم يدخل الزوج بهن. والزوجة والزوجات وإن كن ذوات مال، وزوجة والده الفقير لحديث ابن عمر: أمر رسول الله ﷺ بصدقة الفطر عن الصغير والكبير والحر والعبد ممن تمونون. أي: تنفقون عليهم.

وذهب الشافعية إلى أن صدقة الفطر يخرجها الشخص عن نفسه، وعن كل من تجب عليه نفقته من المسلمين، لقرابة، أو زوجية، أو ملك، وهم:

أولاً: زوجته غير الناشزة ولو مطلقة رجعية، سواء كانت حاملاً أم لا، أم بائناً حاملاً، لوجوب نفقتهم عليه. لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ومثلها الخادم إذا كانت نفقته غير مقدرة، فإن كانت مقدرة بأن كان يعطى أجراً كل يوم، أو كل شهر، لا يخرج عنه الصدقة؛ لأنه أجير والأجير لا ينفق عليه.

ثانياً: أصله وفرعه ذكراً أو أنثى وإن علوا، كجده وجدته.

ثالثاً: فرعه وإن نزل ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً، بشرط أن يكون أصله وفرعه فقراء. وقالوا: إن كان ولده الكبير عاجزاً عن الكسب أخرج الصدقة عنه، وقالوا: لا يلزم الابن فطرة زوجة أبيه الفقير؛ لأنه لا تجب عليه نفقتها.

وذهب الحنابلة إلى أنه يجب إخراج الصدقة عن نفسه، وعن كل من تجب عليه نفقته من المسلمين، فإن لم يجد ما يخرج لجميعهم بدأ بنفسه، فزوجته، فأمه، فأبيه، ثم الأقرب فالأقرب على حسب ترتيب الإرث، فالأب وإن علا مقدم على الأخ الشقيق، والأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب. أما ابنه الصغير الغني فيخرج من ماله.

ينظر: مراقي الفلاح، ص (٣٩٥)، والدر المختار، ورد المختار (٧٥/٢، ٧٧) وما =

وعند محمد: الوجوب^(١) على الأب، فإذا أدى من مال الصغير فقد أدى حقا واجبا على نفسه من مال الصغير فيضمن، وإذا كان للولد الصغير مملوك وللصغير مال سوى المملوك فعلى قولهما يؤدي عن عبيد الصغير من مال الصغير كما يؤدي عن الصغير من ماله.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: لا يؤدي عن عبيد الصغير من ماله كما لا يؤدي عن الصغير من ماله ولو لم يكن للصغير مال سوى العبيد لا يجب على الأب صدقة فطر مملوك الصغير هكذا ذكر محمد - رحمه الله - [في الأصل]^(٢).

وهذا^(٣) الجواب لا يشكل على قولهما؛ لأن عندهما صدقة الفطر عن الصغير تجب باعتبار المؤنة والولاية جميعا حتى لا يجب على الأب صدقة الفطر عن الصغير إذا كان للصغير مال لعدم المؤنة وقد انعدمت المؤنة هاهنا [أيضا]^(٤)؛ لأنه لا يجب على الأب نفقة مملوك الصغير، وإنما يشكل على قول محمد - رحمه الله -: أنه يوجب صدقة [الفطر في الصغير]^(٥) باعتبار الولاية فحسب.

ألا ترى أنه أوجب [صدقة الفطر عن الصغير إذا]^(٦) كان للصغير مال وقد انعدمت المؤنة [بوجود الولاية وهاهنا وجدت الولاية أيضا فإن للأب على مملوك ولده الصغير ولاية]^(٧)، والعدر لمحمد أن قضية^(٨) القياس في الولد ألا تجب [الصدقة لكن]^(٩) أوجبنا ذلك بالنص^(١٠) وهو قوله عليه السلام: «أدوا عن كل حر وعبد

= بعدها، وتحفة الفقهاء (١١/٦٨٢، ٦٨٣)، وفتح القدير (٢/٣٠)، وبلغه السالك (١/٢٠١) وما بعدها، وبداية المجتهد (١/١٦٥، ١٦٦)، ومغني المحتاج (١/٤٠٣)، المغني، لابن قدامة (١/٦٤٦) وما بعدها، وكشاف القناع (١/٤٧١).

- (١) في د: تجب.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في ب: وعلى.
- (٤) سقط في د.
- (٥) في د: فطره.
- (٦) في د: على الأب صدقة فطر الصغير وإن.
- (٧) في د: حتى لا تجب على الأب نفقته، ووجدت الولاية هاهنا فإن للأب ولاية على مملوك الصغير.
- (٨) في ب: قضيته.
- (٩) في د: على الأب صدقة الفطر عن الولد الصغير أيضا إلا أنا.
- (١٠) في د: النص.

صغير أو كبير»^(١) فقد أوجب الصدقة عن ولده الصغير ولم يوجب عن عبد الصغير؛ لأن المراد من قوله عليه السلام «كل عبد» عبد المؤدي لا عبد غيره.

كما أن المراد من الولد ولد المؤدي^(٢) فبقي عبد الصغير على أصل القياس ولا تسقط صدقة الفطر بالتأخير، وإن طال اعتبارًا لها بالزكاة من حيث إن كل واحد منهما حق مالي ومن افتقر بعد يوم الفطر لم تسقط عنه هذه الصدقة؛ لأن الغنى شرط الوجوب وبعدهما وجب تعلق بالذمة فلا يسقط بهلاك المال.

ويجوز التلفيق في صدقة الفطر بين جنسين مختلفين بأن يؤدي نصف صاع من تمر ونصف صاع من شعير؛ لأن الجنس، وإن اختلف فالمقصود متحد وهو حصول الكفاية والغنى ويجوز تعجيل [هذه الصدقة]^(٣) قبل يوم الفطر بيوم أو يومين.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - بسنة أو سنتين.

[ووجه ذلك]^(٤): أنه عجل بعد وجود سبب الوجوب^(٥) وهو رأس يمونه ويلى

- (١) أخرجه الدارقطني (١٥٠/٢)، وعنه ابن الجوزي في الموضوعات (٤٧٤/٢) من طريق سلام الطويل عن زيد العمي عن عكرمة عن ابن عباس به، وقال الدارقطني: سلام الطويل متروك ولم يسنده غيره.
- (٢) زاد في د: لا ولد الغير.
- (٣) في د: صدقة الفطر.
- (٤) في د: بيانه.
- (٥) ذهب الحنفية إلى أن وقت وجوب زكاة الفطر طلوع فجر يوم العيد، وهو أحد قولين مصححين للمالكية.

واستدلوا بما رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أمر رسول الله ﷺ بزكاة الفطر أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة. دل الحديث على أن أداها الذي نذب إليه الشارع هو قبل الخروج إلى مصلى العيد، فعلم أن وقت وجوبها هو يوم الفطر؛ ولأن تسميتها صدقة الفطر، تدل على أن وجوبها بطلوع فجر يوم الفطر؛ لأن الفطر إنما يكون بطلوع فجر ذلك اليوم، أما قبله فليس بفطر؛ لأنه في كل ليلة من ليالي رمضان يصوم ويفطر، فيعتبر مفطرا من صومه بطلوع ذلك اليوم.

وذهب الشافعية في الأظهر والحنابلة، إلى أن الوجوب هو بغروب شمس آخر يوم من رمضان، وهو أحد قولين للمالكية، لقول ابن عباس رضي الله عنهما: فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين، فمن أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات.

دل الحديث على أن صدقة الفطر تجب بغروب شمس آخر يوم من رمضان، من جهة أنه أضاف الصدقة إلى الفطر، والإضافة تقتضي الاختصاص، أي الصدقة المختصة بالفطر، وأول فطر يقع عن جميع رمضان هو بغروب شمس آخر يوم من رمضان.

عليه فيجوز كما لو عجل الزكاة بعد^(١) كمال النصاب^(٢).

ويظهر أثر الخلاف فيمن مات بعد غروب شمس آخر يوم من رمضان: فعند الشافعية ومن وافقهم تخرج عنه صدقة الفطر؛ لأنه كان موجودا وقت وجوبها، وعند الحنفية ومن وافقهم لا تخرج عنه صدقة الفطر؛ لأنه لم يكن موجودا، ومن ولد بعد غروب شمس آخر يوم من رمضان تخرج عنه صدقة الفطر عند الحنفية ومن وافقهم؛ لأنه وقت وجوبها كان موجودا، ولا تخرج عنه الصدقة عند الشافعية ومن وافقهم؛ لأنه كان جنينا في بطن أمه وقت وجوبها.

ومن أسلم بعد غروب الشمس من آخر يوم من رمضان، لا تخرج عنه الصدقة عند الشافعية ومن وافقهم؛ لأنه وقت وجوبها لم يكن أهلا، وعند الحنفية ومن وافقهم تخرج عنه صدقة الفطر؛ لأنه وقت وجوبها كان أهلا.

ينظر: تبين الحقائق (٣٠٧/١) وما بعدها، بلغة السالك (٢٠١/١) وما بعدها، بداية المجتهد (١٤٤/١) ما بعدها، شرح المنهاج (٥٢٨/١) وما بعدها، كشاف القناع (١/٤٧١) وما بعدها، المحلى (١٤٢/٦، ١٤٣).

(١) زاد في د: سبب وجوب الزكاة وهو.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة وأبو عبيد وإسحاق، إلى أنه يجوز للمزكي تعجيل إخراج زكاة ماله قبل ميعاد وجوبها، لما ورد أن العباس سأل رسول الله ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تحل، فرخص له في ذلك. وقال النبي ﷺ لعمر: «إنا قد أخذنا زكاة العباس عام الأول للعام». إلا أن الشافعية قالوا: يجوز التعجيل لعام واحد ولا يجوز لعامين في الأصح؛ لأن زكاة العام الثاني لم ينعقد حولها.

واشترطوا لجواز ذلك أن يكون النصاب موجودا، فلا يجوز تعجيل الزكاة قبل وجود النصاب، بغير خلاف، وذلك لأن النصاب سبب وجوب الزكاة، والحول شرطها ولا يقدم الواجب قبل سببه، ويجوز تقديمه قبل شرطه، كإخراج كفارة اليمين بعد الحلف وقبل الحنث، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق.

وتوسع الحنفية فقالوا: إن كان مالكا لنصاب واحد جاز أن يعجل زكاة نصب كثيرة؛ لأن اللاحق تابع للحاصل.

والشافعية أجازوا ذلك في مال التجارة؛ لأن النصاب فيها عندهم مشروط في آخر الحول فقط لا في أوله ولا في أثنائه.

وقال الحنابلة: إن ملك نصابا فقدم زكاته وزكاة ما قد يستفيده بعد ذلك فلا يجزئه عندهم.

وقال الحنفية، وهو المعتمد عند الشافعية: إن قدم زكاته وزكاة ما قد ينتج منه، أو يربحه منه، أجزاء؛ لأنه تابع لما هو مالكة الآن.

وذهب المالكية إلى أنه إن أخرج زكاة الثمار أو الزروع قبل الوجوب، بأن دفع الزكاة من غيرها لم يصح ولم تجزئ عنه. وكذا لا تجزئ زكاة الماشية إن قدمها وكان هناك ساع يأتي لقبضها فأخرجها قبل قدمه. أما زكاة العين والماشية التي ليس لها ساع فيجوز تقديمها في حدود شهر واحد لا أكثر، وهذا على سبيل الرخصة، وهو مع ذلك مكروه والأصل عدم الإجزاء؛ لأنها عبادة موقوتة بالحول.

واختلف المشايخ أن ذكر اليوم واليومين في الأصل وقع اتفاقاً أو كان لتقييد الجواز به قال بعضهم: وقع اتفاقاً حتى لو عجل قبل ذلك يجوز.

وقال بعضهم: لا بل كان لتقييد الجواز به؛ لأن المقصود إغناء الفقير في يوم الفطر كما جاء به الحديث فقضيته أن تختص بيوم الفطر لكن جواز^(١) التعجيل قبله بيوم أو بيومين لما فيه من تحقيق الإغناء^(٢) ليستعين به قبله^(٣) ففيما زاد على ذلك العمل بقضيته، وإذا كان للمجنون مال فصدقة فطره في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، وإن لم يكن له مال فصدقة الفطر على الأب.

وروي عن محمد - رحمه الله - فيمن بلغ مجنوناً: أن صدقة فطره على أبيه، وإن كان مفقئاً، ثم جن لم يجب على أبيه ولا عليه.

وفي زيادات نوادر هشام: أن من جن في صغره فلم يزل مجنوناً حتى ولد له^(٤) لم يكن^(٥) عليه صدقة الفطر عن ولده.

قال الشيخ أبو عبد الله الجرجاني - رحمه الله -: وعندني على [قولهما]^(٦) يلزمه فطرته كما تلزمه عن عبيده.

وعن^(٧) محمد - رحمه الله - لا تلزمه فطرة ولده كما لا تلزمه فطرة عبيده.



ينظر: فتح القدير (١/٥١٧، ٥١٨)، والمغني، لابن قدامة (٢/٦٢٩، ٦٣١)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (١/٥٠١، ٥٠٢، ٤٣١)، وبداية المجتهد (١/٢٦٦)، وشرح المنهاج (٢/٤٤، ٤٥).

- (١) في ب، د: جوز.
- (٢) في د: إغناء الفقير.
- (٣) زاد في د: في أمور معاشه وتهيئة أسبابه يوم الفطر.
- (٤) زاد في د: ولد.
- (٥) في د: تجب.
- (٦) في د: قول أبي حنيفة.
- (٧) في د: وعند.

الفصل التاسع

في الاعتكاف

يجب أن يعلم [بأن الاعتكاف]^(١) سنة مشروعة^(٢)، وهو ضربان: تطوع وهو أن [يشرع فيه]^(٣) وواجب وهو أن يوجبه على نفسه^(٤).

(١) سقط في د.

(٢) الاعتكاف سنة، ولا يلزم إلا بالنذر، لكن اختلف الفقهاء في مرتبة هذه السنة. فقال الحنفية: إنه سنة مؤكدة في العشر الأواخر من رمضان، ومستحب فيما عدا ذلك. وفي المشهور عند المالكية، أنه مندوب مؤكد وليس بسنة. وقال ابن عبد البر: إنه سنة في رمضان ومندوب في غيره. وذهب الشافعية إلى أنه سنة مؤكدة، في جميع الأوقات، وفي العشر الأواخر من رمضان أكد اقتداء برسول الله ﷺ وطلباً لليلة القدر. وقال الحنابلة: إنه سنة في كل وقت، وأكد في رمضان، وأكد في العشر الأخير منه. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الاعتكاف سنة، لا يجب على الناس فرضاً، إلا أن يوجب المرء على نفسه الاعتكاف نذراً، فيجب عليه. ومما يدل على أنه سنة فعل النبي ﷺ ومداومته عليه تقرباً إلى الله تعالى، وطلباً لثوابه، واعتكاف أزواجه معه وبعده.

أما أن الاعتكاف غير واجب فلأن أصحاب النبي ﷺ لم يلتزموا الاعتكاف كلهم، وإن صح عن كثير من الصحابة فعله.

وأيضاً فإن النبي ﷺ لم يأمر أصحابه بالاعتكاف إلا من أراه، لقول النبي ﷺ: من كان اعتكف معي، فليعتكف العشر الأواخر [أخرجه البخاري (فتح الباري ٤/ ٢٧١)] - أي من شهر رمضان - ولو كان واجبا لما علقه بالإرادة.

ويلزم الاعتكاف بالنذر، لقول النبي ﷺ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه». وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله: إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، فقال النبي ﷺ: «أوف بنذرك» [أخرجه البخاري (فتح الباري ٤/ ٢٧٤)]. ينظر: الفتاوى الهندية (١/ ٢١١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٥٤١)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٢/ ٣٥٥)، وكشاف القناع (٢/ ٣٤٨)، والمغني، لابن قدامة (٣/ ١٨٤٠)، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين بن علي العاملي، دار العالم الإسلامي، بيروت (٢/ ٣٨٩).

(٣) في أ: تطوع تبرع، وفي ب: يتبرع.

(٤) ينقسم الاعتكاف إلى واجب، ومندوب عند الجمهور، وزاد الحنفية المسنون.

أ - الاعتكاف المندوب:

وهو أن ينوي الاعتكاف تطوعاً لله تعالى. وأقله لحظة، أو ساعة، أو يوم، أو يوم وليلة حسب اختلاف الفقهاء.

وهو سنة في كل وقت، ويسن ألا ينقص عن يوم وليلة.

وإذا أراد الإيجاب [على نفسه]^(١) ينبغي أن يذكر بلسانه ولا يكفي لإيجابه النية بالقلب، ذكره^(٢) شمس الأئمة الحلواني في كتاب الصوم. والصوم يشترط^(٣) لصحة الاعتكاف الواجب [وقد اختلف]^(٤) الروايات في النقل.

روى^(٥) الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الصوم شرط لصحته^(٦). وفي ظاهر الرواية^(٧) ليس بشرط وهو قولهما، ويشترط وجود ذات الصوم لا الصوم لجهة الاعتكاف، حتى إن من نذر باعتكاف رمضان صح نذره؛ لأنه أضاف النذر إلى محل قابل [للصوم في ذاته]^(٨) وإن لم يكن قابلاً للصوم لجهة الاعتكاف؛ وهذا [لأننا]^(٩) إنما عرفنا كون الصوم شرطاً للاعتكاف بالنص، وهو قوله - عليه السلام -: «لا اعتكاف إلا بالصوم»^(١٠).

ب - الاعتكاف الواجب:

لا يجب الاعتكاف إلا بالنذر عند الجمهور منجزاً أو معلقاً، وبالشروع في الاعتكاف المسنون عند المالكية، ومقابل الظاهر عند الحنفية وهل يشترط التلطف بالنذر أم يكفي النية في القلب؟ صرح الجميع بوجوب التلطف بالنية، ولا يكفي نية القلب. ج - الاعتكاف المسنون:

زاد الحنفية قسماً ثالثاً للاعتكاف، وهو ما أطلقوا عليه «سنة مؤكدة» أي سنة كفاية في العشر الأخير من شهر رمضان، فإذا قام بها بعض المسلمين سقط الطلب عن الباقيين، فلم يأثموا بالمواظبة على الترك بلا عذر، ولو كان سنة عين لأثموا بترك السنة المؤكدة إثمًا دون إثم ترك الواجب.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٤٤١/٢، ٤٤٢)، والشرح الكبير (٥٤١/١)، وشرح الزرقاني (٢٢٢/٢)، ومغني المحتاج (٤٥٥/١)، والروضة (٣٩٥/٢)، وكشاف القناع (٣٦٠/٢)، والفروع (١٦٢/٣).

(١) سقط في د.

(٢) في د: ذكر.

(٣) في ب، د: شوط.

(٤) في د: واختلفت.

(٥) في د: وروى.

(٦) في د: لصحة اعتكاف النقل.

(٧) زاد في د: عنه أنه.

(٨) في د: لذات الصوم.

(٩) سقط في د.

(١٠) أخرجه الدارقطني (١٩٩-٢٠٠)، والحاكم (٤٤٠/١)، والبيهقي (٣١٧/٤) من طريق =

وهذا النص يتعرض لذات الصوم لا للصوم بجهة الاعتكاف؛ فالدليل عليه أن النبي ﷺ وأصحابه-رضوان الله عليهم أجمعين-: «كانوا يعتكفون في العشر الأواخر من شهر رمضان»^(١) ومعلوم أنهم ما صاموا عن الاعتكاف^(٢) إنما صاموا عن رمضان^(٣) فعلم أن شرط صحة الاعتكاف وجود ذات الصوم حالة الاعتكاف لا وجوده لجهة الاعتكاف^(٤).

= سويد بن عبد العزيز ثنا سفيان بن حسين عن الزهري عن عروة عن عائشة مرفوعاً. وقال الدارقطني: تفرد به سويد عن سفيان بن حسين.

وقال البيهقي: وهذا وهم من سفيان بن حسين أو من سويد بن عبد العزيز وسويد بن عبد العزيز الدمشقي ضعيف بمرة، ولا يقبل منه ما تفرد به ورى عنه عطاء عن عائشة رضي الله عنهما موقوفاً: من اعتكف فعلية الصيام ثم أسنده من طريقة عنها.

(١) أخرجه البخاري (٢٧١/٤) كتاب الاعتكاف، باب: الاعتكاف في العشر الأواخر، والاعتكاف في المساجد كلها، حديث (٢٠٢٦)، ومسلم (٨٣١/٢) كتاب الاعتكاف، باب: اعتكاف العشر الأواخر من رمضان، حديث (١١٧١/٥)، وأبو داود (٧٤٧/١) كتاب الصيام، باب: الاعتكاف، حديث (٢٤٦٢)، والبيهقي (٣١٥/٤)، وأحمد (٣٢٠/٦)، من حديث عائشة، وفي الباب عن ابن عمر وأبي بن كعب.

وأخرجه البخاري (٢٧١/٤) كتاب الاعتكاف، باب: الاعتكاف في العشر الأواخر، والاعتكاف في المساجد كلها، حديث (٢٠٢٥)، ومسلم (٨٣١/٢) كتاب الاعتكاف، باب: اعتكاف العشر الأواخر من رمضان، حديث (١١٧١/١)، أيضاً من حديث عبد الله بن عمر قال: «كان رسول الله ﷺ يعتكف العشر الأواخر من رمضان».

وأخرجه أبو داود (٨٣٠/٢) كتاب الصوم، باب: الاعتكاف، حديث (٢٤٦٣)، وابن ماجه (٥٦٢/١) كتاب الصيام، باب: ما جاء في الاعتكاف، حديث (١٧٦٩)، والبيهقي (٣١٤/٤) كتاب الصيام، باب: الاعتكاف، من حديث أبي بن كعب، قال: «كان النبي ﷺ يعتكف العشر الأواخر من رمضان فلم يعتكف عاماً، فلما كان في العام المقبل اعتكف عشرين ليلة».

(٢) في د: وإنما.

(٣) في د: فيما ذكرنا تبين.

(٤) اختلف العلماء في الصوم في الاعتكاف، فمنهم من رآه واجبا، ومنهم من استحبه، إلا إن نذره مع الاعتكاف فيجب، وفيما يلي تفصيل حكم الصوم في الاعتكاف غير المنذور فيه الصوم:

أ- القول الأول بوجوب الصوم مع الاعتكاف:

لا يصح الاعتكاف إلا بصوم، وبه قال أبو حنيفة في رواية الحسن عنه، ومن مشايخ الحنفية من اعتمد هذه الرواية، وهو مذهب المالكية، وبه قال ابن عمر وابن عباس وعائشة وعروة بن الزبير والزهري والأوزاعي والثوري، وهو قول قديم محكي عن الشافعي، قالوا: لا يصح الاعتكاف إلا بصوم.

قال القدوري في كتابه: ولا يصح الاعتكاف إلا في مسجد الجماعات. وروي^(١) عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه [قال]^(٢): لا يصح الاعتكاف إلا في مسجد [يصلى]^(٣) فيه الصلوات الخمس^(٤).

قال القاضي عياض: وهو قول جمهور العلماء. والصوم عند المالكية ركن للاعتكاف كالنية وغيرها. واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: لا اعتكاف إلا بصيام. وبأن النبي ﷺ اعتكف هو وأصحابه رضي الله عنهم صياما في رمضان، وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن عمر أنه سأل النبي ﷺ عن اعتكاف عليه فأمره أن يعتكف ويصوم والذي ذكر عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه في وجوب الصوم مطلقا مع الاعتكاف لم يكن هو المعتمد في المذهب كما في الدر المختار وحاشية ابن عابدين والفتاوى الهندية وغيرها، فإنهم قالوا: إن الصوم ليس بشرط في الاعتكاف المندوب، كما في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد. ب - القول الثاني: أفضلية الصوم مع الاعتكاف. ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يشترط الصوم للاعتكاف مطلقا، سواء أكان واجبا أم مندوبا، فالصوم ليس شرطا للاعتكاف عندهم ولا ركنا فيه.

وبه قال الحسن البصري وأبو ثور وداود وابن المنذر، وهو مروى عن علي وابن مسعود. إلا أنهم صرحوا بأن الاعتكاف مع الصوم أفضل من الاعتكاف بدونه، فلو اعتكف صائما ثم أفطر عامدا بغير عذر لا يبطل اعتكافه، ولا شيء عليه، لصحة اعتكافه بغير صوم، واحتجوا لما ذهبوا إليه بحديث عائشة: «أن النبي ﷺ اعتكف العشر الأول من شوال» رواه مسلم، وهذا يتناول اعتكاف يوم العيد، ويلزم من صحته أن الصوم ليس بشرط، واحتجوا أيضا بحديث عمر رضي الله عنه أنه نذر أن يعتكف ليلة، فقال له النبي ﷺ: «أوف بنذرک».

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٤٤٢/٢، ٤٤٣)، وبدائع الصنائع (١٠٥٧/٣)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٥٤٢/١)، والمجموع (٤٨٥/٦)، والفتاوى الهندية (٢١١/١).

- (١) زاد في د: الحسن.
 - (٢) سقط في ب.
 - (٣) سقط في ب.
 - (٤) أجمع الفقهاء على أنه لا يصح اعتكاف الرجل والنخشي إلا في مسجد، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ عَكَفُونَ فِي الْمَسْجِدِ﴾ وللتابع؛ لأن النبي ﷺ لم يعتكف إلا في المسجد. وانفقوا على أن المساجد الثلاثة أفضل من غيرها، والمسجد الحرام أفضل، ثم المسجد النبوي، ثم المسجد الأقصى.
- وانفقوا على أن المسجد الجامع يصح فيه الاعتكاف، وهو أولى من غيره بعد المساجد الثلاثة، ويجب الاعتكاف فيه إذا نذر الاعتكاف مدة تصادفه فيها صلاة الجمعة، لثلا يحتاج إلى الخروج وقت صلاة الجمعة، إلا إذا اشترط الخروج لها عند الشافعية.

قيل: أراد أبو حنيفة - رحمه الله^(١) - غير المسجد الجامع، فإن [في]^(٢) المسجد الجامع يجوز الاعتكاف وإن لم يصل فيه الصلوات [الخمسة]^(٣) كلها جماعة^(٤). وفي المنتقى^(٥) عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن الاعتكاف الواجب لا يجوز أدائه في غير مسجد الجماعة، والنفل يجوز أدائه^(٦) في غير مسجد الجماعة. ولا يخرج المعتكف عن معتكفه ليلاً ولا نهاراً إلا بعذر وإن خرج من غير عذر ساعة، فسد اعتكافه في قول أبي حنيفة. وقال^(٧): لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم.

فالخروج عند أبي حنيفة - رحمه الله - ناقض الاعتكاف قل أو كثر. وعندهما: الخروج القليل ليس بناقض وعن هذا قلنا: إنه إذا انتقل من مسجد إلى

ثم اختلفوا في المساجد الأخرى التي يصح فيها الاعتكاف. =
فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يصح الاعتكاف إلا في مسجد جماعة. وعن أبي حنيفة أنه لا يصح الاعتكاف إلا في مسجد تقام فيه الصلوات الخمس؛ لأن الاعتكاف عبادة انتظار الصلاة، فيختص بمكان يصلى فيه، وصححه بعضهم. وقال أبو يوسف ومحمد: يصح في كل مسجد وصححه السروجي. وعن أبي يوسف أنه فرق بين الاعتكاف الواجب والمسنون، فاشتراط للاعتكاف الواجب مسجد الجماعة، وأما النفل فيجوز في أي مسجد كان. ويعني الحنفية بمسجد الجماعة ما له إمام ومؤذن، أدت فيه الصلوات الخمس أو لا. واشتراط الحنابلة لصحة الاعتكاف في المسجد أن تقام الجماعة في زمن الاعتكاف الذي هو فيه، ولا يضر عدم إقامتها في الوقت الذي لا يعتكف فيه، وخرج من ذلك المرأة والمعذور والصبي ومن هو في قرية لا يصلي فيها غيره؛ لأن الممنوع ترك الجماعة الواجبة، وهي متفية هنا.

والمذهب عند المالكية والشافعية أنه يصح الاعتكاف في أي مسجد كان. ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/١٢٩، ٤٤١)، وحاشية العدوي (١/٤١٠)، والمجموع (٦/٤٨٣، ٤٨٦)، ومغني المحتاج (١/٤٥٠)، والروضة (٢/٣٩٨)، وكشاف القناع (٢/٣٥١، ٣٥٢).

(١) زاد في د: بذلك.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في د.

(٤) في د: بجماعة.

(٥) زاد في د: بشر.

(٦) في د: فيها.

(٧) في د: وقال أبو يوسف ومحمد.

مسجد من غير عذر انتقض اعتكافه عند أبي حنيفة .
وعندهما: لا ينتقض
ومن العذر الخروج لأداء الجمعة فبعد ذلك إن كان منزله قريباً يخرج حين تزول الشمس .

وفي القدوري: أنه يخرج عند الأذان فيكون^(١) في المسجد بمقدار ما يصلي أربعاً أو ستاً قبل الجمعة أربع للسنة وركعتان تحية المسجد .
وروى عن أبي حنيفة - رحمه الله - مقدار ما يصلي قبلها أربعاً وبعدها أربعاً .
وذكر في الأصل أربعاً قبلها وأربعاً أو ستاً بعدها على حسب اختلاف الأخبار في النافلة بعد الجمعة، وإن كان منزله بعيداً من المسجد^(٢)
يخرج حين يرى أنه يبلغ المسجد الجامع عند الأذان^(٣)، ولو أقام في المسجد الجامع يوماً وليلة لم ينتقض^(٤) اعتكافه [و]^(٥) لكن يكره ذلك .

فرق بين هذا وبين ما إذا خرج لغائط أو بول ودخل منزله ومكث في منزله فإنه يفسد^(٦) اعتكافه وإن كان ساعة عند أبي حنيفة - رحمه الله - والفرق أن المسجد الجامع محل لابتداء الاعتكاف فيكون محلاً لبقائه، أما بيته فليس بمحل لابتداء الاعتكاف فلا يكون محلاً لبقائه، وهذا كله في الاعتكاف الواجب بأن أوجب الاعتكاف على نفسه أما^(٧) اعتكاف النفل وهو أن يشرع فيه من غير أن يوجبه لنفسه^(٨) لا بأس بأن يخرج بعذر وبغير عذر هذا على ظاهر الرواية؛ فإن على ظاهر الرواية لم يقدر اعتكاف التطوع [بشيء]^(٩) فإن محمداً - رحمه الله - قال في الأصل: معتكف بقدر ما أقام، تارك له إذا خرج ولهذا لم يشترط الصوم [لصحة اعتكاف

(١) في د: ليكون هو .

(٢) في ب: الجمعة للمسجد .

(٣) في ب، د: الأداء .

(٤) في د: ينتقض .

(٥) سقط في د .

(٦) في د: ينتقض .

(٧) زاد في د: في .

(٨) في د: على نفسه .

(٩) سقط في د .

النفل] (١).

وعلى رواية الحسن عن (٢) أبي حنيفة - رحمه الله - اعتكاف النفل مقدر بيوم ولهذا شرط لصحة [اعتكاف النفل] (٣) الصوم على هذه الرواية (٤)

(١) في د: لصحته .

(٢) في د: و .

(٣) سقط في د .

(٤) اتفق الفقهاء على أن الخروج من المسجد للرجل والمرأة (وكذلك خروج المرأة من مسجد بيتها عند الحنيفة) إذا كان لغير حاجة فإنه يفسد الاعتكاف الواجب، وألحق المالكية وأبو حنيفة - في رواية الحسن عنه - بالواجب الاعتكاف المندوب أيضا، سواء أكان الخروج يسيرا أم كثيرا .

أما إذا كان الخروج لحاجة فلا يبطل الاعتكاف في قولهم جميعا إلا أنهم اختلفوا في الحاجة التي لا تقطع الاعتكاف ولا تفسده على النحو التالي :

الخروج لقضاء الحاجة والوضوء والغسل الواجب :

اتفق الفقهاء على أنه لا يضر الخروج لقضاء الحاجة والغسل الذي وجب مما لا يفسد الاعتكاف . لكن إن طال مكثه بعد ذلك فسد اعتكافه .

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للمعتكف أن يخرج من معتكفه للغائط والبول؛ لأن هذا مما لا بد منه، ولا يمكن فعله في المسجد، فلو بطل الاعتكاف بخروجه له لم يصح لأحد الاعتكاف؛ ولأن النبي ﷺ كان يعتكف، وقد علمنا أنه كان يخرج لحاجته .

وروت عائشة أن النبي ﷺ كان لا يدخل البيت إلا لحاجة إذا كان معتكفا [أخرجه البخاري (فتح الباري ٤/ ٢٧٣)، ومسلم (١/ ٢٤٤)] وله الغسل والوضوء والاعتكاف في المسجد إذا لم يلوث المسجد عند الحنيفة والحنابلة .

وعند الشافعية إن أمكنه الوضوء في المسجد لا يجوز له الخروج في الأصح، والثاني يجوز .

وذهب المالكية إلى كراهة دخول منزل أهله وبه أهله - أي زوجته - إذا خرج لقضاء الحاجة، لثلا يطرأ عليه منهما ما يفسد اعتكافه .

أما إذا كان له متزلان فيلزمه أقربهما عند الشافعية والحنابلة، واختلف الحنيفة في ذلك . وإذا كانت هناك ميضأة يحتشم منها لا يكلف التطهر منها، ولا يكلف الطهارة في بيت صديقه، لما في ذلك من خرم المروءة، وتزيد دار الصديق بالمنة بها .

أما إذا كان لا يحتشم من الميضأة فيكلفها وألحقوا بالخروج لما تقدم الخروج للقيء وإزالة النجاسة، فلا يفسد الاعتكاف أيضا في قولهم جميعا .

ولا يكلف الذي خرج لحاجة الإسراع، بل له المشي على عادته .

الخروج للأكل والشرب :

ذهب الحنيفة والمالكية والحنابلة إلى أن الخروج للأكل والشرب يفسد اعتكافه إذا كان هناك من يأتيه به لعدم الضرورة إلى الخروج، أما إذا لم يجد من يأتيه به فله الخروج؛ لأنه

خروج لما لا بد منه .

وذهب الشافعية والقاضي من الحنابلة إلى أنه يجوز له الخروج للأكل؛ لأن الأكل في المسجد يستحيا منه . وكذا للشرب إذا لم يكن في المسجد ماء .

وخص الشافعية جواز الخروج للأكل إذا كان اعتكافه في مسجد مطروق، أما إذا كان المسجد مهجورا فلا يحق له الخروج .

الخروج لغسل الجمعة والعيد:

ذهب المالكية إلى أن للمعتكف الخروج لغسل الجمعة والعيد ولحر أصابه فلا يفسد الاعتكاف خلافا للجمهور .

وصرح الشافعية والحنابلة بأنه لا يجوز الخروج لغسل الجمعة والعيد؛ لأنه نفل وليس بواجب وليس من باب الضرورة . فإن اشترط ذلك جاز .

الخروج لصلاة الجمعة:

من وجبت عليه الجمعة، وكان اعتكافه متتابعا، واعتكف في مسجد لا تقام فيه الجمعة فهو آثم، ويجب عليه الخروج لصلاة الجمعة؛ لأنها فرض .

فإذا خرج للجمعة فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن خروجه للجمعة لا يفسد اعتكافه؛ لأنه خروج لما لا بد منه، كالخروج لقضاء الحاجة .

وبه قال سعيد بن جبير والحسن البصري والنخعي وأحمد وعبد الملك بن الماجشون وابن المنذر .

وذهب المالكية في المشهور عندهم والشافعية إلى أن خروج المعتكف لصلاة الجمعة يفسد اعتكافه وعليه الاستئناف؛ لأنه يمكنه الاحتراز من الخروج، بأن يعتكف في المسجد الجامع، فإذا لم يفعل وخرج بطل اعتكافه، واستثنى الشافعية ما لو شرط الخروج في اعتكافه لصلاة الجمعة، فإن شرطه يصح، ولا يبطل اعتكافه بخروجه .

وذهب الحنفية إلى أن الخروج لصلاة الجمعة يكون وقت الزوال، ومن بعد مسجد اعتكافه خرج في وقت يدرکہا . أما الحنابلة فإنهم قالوا بجواز التكبير إليها .

وانفقوا على أن المستحب بعد صلاة الجمعة التعجيل بالرجوع إلى مكان الاعتكاف . لكن لا يجب عليه التعجيل؛ لأنه محل للاعتكاف، وكره تنزيها المكث بعد صلاة الجمعة لمخالفة ما التزمه بلا ضرورة .

الخروج لعيادة المرضى وصلاة الجنائز:

اتفق الفقهاء على عدم جواز الخروج لعيادة المريض وصلاة الجنائز لعدم الضرورة إلى الخروج، إلا إذا اشترط الخروج لهما عند الحنفية والشافعية والحنابلة .

ومحل ذلك ما إذا خرج لقصد العيادة وصلاة الجنائز . أما إذا خرج لقضاء الحاجة ثم عرج على مريض لعيادته، أو لصلاة الجنائز، فإنه يجوز بشرط ألا يطول مكثه عند المريض، أو بعد صلاة الجنائز عند الجمهور، بألا يقف عند المريض إلا بقدر السلام، لقول عائشة رضي الله عنها: إن كنت أدخل البيت للحاجة، والمريض فيه فما أسأل عنه إلا وأنا مارة . [أخرجه مسلم (١/٢٤٤)] .

وفي سنن أبي داود مرفوعا عنها: أنه عليه الصلاة والسلام كان يمر بالمريض، وهو =

معتكف، فيمر كما هو ولا يعرج يسأل عنه [أخرجه أبو داود (٨٣٦/٢)، وضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢/٢١٩].

فإن طال وقوفه عرفا، أو عدل عن طريقه وإن قل لم يجز، وعند أبي يوسف ومحمد لا ينتقض الاعتكاف إذا لم يكن أكثر من نصف النهار.

أما المالكية فإنهم مع الجمهور في فساد الاعتكاف لخروج عيادة المريض وصلاة الجنائز، إلا أنهم أوجبوا الخروج لعيادة أحد الأبوين المريضين أو كليهما، وذلك لبرهما فإنه أكد من الاعتكاف المنذور، ويبطل اعتكافه به ويقضيه.

الخروج في حالة النسيان:

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الخروج من المسجد عمدا أو سهوا يبطل الاعتكاف. وعللوا ذلك بأن حالة الاعتكاف مذكرة، ووقوع ذلك نادر، وإنما يعتبر العذر فيما يغلب وقوعه.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم البطلان إذا خرج ناسيا، لقول النبي ﷺ: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [أخرجه ابن ماجه من حديث أبي ذر الغفاري مرفوعا بلفظ: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» قال الحافظ البوصيري: إسناده ضعيف، كما أخرجه ابن ماجه عن طريق الأوزاعي عن عطاء المستدرک (٢/١٩٨)، ونصب الراية (٢/٦٥، ٦٦)].

الخروج لأداء الشهادة: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الخروج لأجل الشهادة مفسد للاعتكاف.

وصرح المالكية بأن من وجبت عليه شهادة، بألا يكون هناك غيره، أو لا يتم النصاب إلا به، لا يخرج من المسجد لأدائها، بل يجب أن يؤديها في المسجد إما بحضور القاضي، أو تنقل عنه.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يلزمه الخروج لأداء الشهادة متى تعينت عليه ويأثم بعدم الخروج، وكذلك التحمل للشهادة إذا تعين، فيجوز له الخروج ولا يبطل اعتكافه بذلك الخروج؛ لأنه خروج واجب على الأصح عند الشافعية، أما إذا لم تتعين عليه، فيبطل اعتكافه بالخروج.

الخروج للمرض:

المرض على قسمين:

المرض اليسير الذي لا تشق معه الإقامة في المسجد كصداع وحمى خفيفة وغيرهما لا يجوز معه الخروج من المسجد إذا كان اعتكافه مندورا متتابعا، فإن خرج فسد اعتكافه؛ لأنه غير مضطر إليه.

أما المرض الشديد الذي يتعذر معه البقاء في المسجد، أو لا يمكن البقاء معه في المسجد، بأن يحتاج إلى خدمة أو فراش أو مراجعة طبيب، فقد ذهب الحنفية إلى أن خروجه مفسد لاعتكافه، ففي الفتاوى الهندية: إذا خرج ساعة بعدد المرض فسد اعتكافه. هكذا في الظهيرية. علما بأن مذهب أبي يوسف ومحمد اعتبار نصف النهار.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه لا يبطل ولا ينقطع به التتابع، ويبيى على ما مضى إذا =

ويحرم على المعتكف الجماع ودواعيه الليل^(١) والنهار سواء في ذلك ويفسد الاعتكاف بالجماع ناسياً ولا يفسد بالأكل ناسياً؛ لأن الأكل ليس من محظورات الاعتكاف بل هو من محظورات الصوم ولهذا وقف هذه الحرمة بالنهار، وبالأكل

= شفي، وهو الأصح عند الشافعية. وكذلك إذا كان المرض مما يتلوث به المسجد كالقيء ونحوه فإنه لا يتقطع به التتابع.

أما الخروج حالة الإغماء فإنه لا يقطع الاعتكاف في قولهم جميعاً؛ لأنه لم يخرج باختياره.

قال الكاساني: وإن أغمي عليه أياماً، أو أصابه لمم (جنون) فسد اعتكافه، وعليه إذا برأ أن يستقبل؛ لأنه لزمه متتابعاً.

وعند الشافعية أن المرض والإغماء يحسبان من الاعتكاف وفي معنى المرض هذا، الخوف من لص أو حريق عند الشافعية.

وإذا انهدم المسجد فخرج منه ليقوم اعتكافه في مسجد آخر صح ذلك عند الحنفية استحساناً، وكذلك عند غيرهم.

واتفق الفقهاء على أن الخروج بسبب الإكراه لحكومة لا يفسد الاعتكاف قبل تمام الاعتكاف. إلا أن الحنفية أطلقوا القول بأن الإكراه لا يفسد الاعتكاف إذا دخل المعتكف مسجداً آخر من ساعته. وهذا استحباب منهم، أما إذا لم يدخل مسجداً آخر، فيبقى الحكم على أصل القياس وهو البطلان.

وخروج المعتكف إن كان بعذر طبيعي أو شرعي جاز له الخروج على خلاف في ذلك. أما إذا خرج المعتكف بدون عذر فسد اعتكافه - حسب اعتبار الفقهاء للعذر وعدمه - ولو كان زمن الخروج سبباً، إلا عند أبي يوسف ومحمد من الحنفية، فإنهما قيدا زمن المفسد بأكثر من نصف النهار.

حد الخروج من المسجد أن يخرج بجميع جسده، فإن خرج ببعضه لم يضر، لقول عائشة رضي الله عنها: كان رسول الله ﷺ يذني إلي رأسه وأنا في حجرتي، فأرجل رأسه وأنا حائض.

ينظر: تبين الحقائق (١/٣٥٠-٣٥١)، ورد المختار على الدر المختار (٢/١٣٢-١٣٣، ١٣٣، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٩)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٧١)، والبحر الرائق (٢/٣٢٥، ٣٢٦)، والطحطاوي على مراقي الفلاح، ص (٣٨٤)، والفتاوى الهندية (١/١٦، ٢١٢)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/٥٤٣، ٥٤٨-٥٤٩، ٥٥١-٥٥٢)، والقوانين الفقهية، ص (٨٥)، وبلغة السالك (١/١٣٨، ٥٤٠، ٥٤٤، ٥٤٦)، ومغني المحتاج (١/٢٥٧، ٢٥٨، ٤٥٧، ٤٥٨)، والمجموع (٦/٥٠١، ٥٠٣، ٥١٤-٥١٧، ٥٢٠-٥٢٣)، ونهاية المحتاج (٣/٢٢٣)، والروضة (٢/٤٠٤)، وكشاف القناع (٢/٣٥١، ٣٥٦، ٣٥٧-٣٥٨، ٣٦٠)، والمغني، لابن قدامة (٣/١٩٣، ١٩٥، ١٩٦)، والإنصاف (٣/٣٧٧)، والمقنع في علوم الحديث، لابن الملقن، تحقيق: عبد الله يوسف، دار فواز للنشر، السعودية، ط (١)، ١٤١٣هـ (١/٦٢).

(١) في د: والليل.

ناسياً لا يفسد الصوم [فلا يفسد الاعتكاف]^(١).

فأما الجماع فمن محظورات الاعتكاف.

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُبَيِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَلَيْهِنَّ فِي الْمَسْجِدِ﴾^(٢). فيستوي فيه

الناسي والعامد ولا بأس للمعتكف أن يبيع ويشترى في المسجد^(٣).

(١) في د: فوجب ألا يفسد الاعتكاف به بالطريق الأولى.

(٢) سورة البقرة آية: ١٨٧.

(٣) اتفق الفقهاء على أن الجماع في الاعتكاف حرام ومبطل له، ليلا كان أو نهارا، إن كان عامدا. وكذا إن فعله ناسيا لاعتكافه عند الجمهور، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَيِّرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَلَيْهِنَّ فِي الْمَسْجِدِ﴾.

وذهب الشافعية إلى أن حرمة الجماع وإفساده. للاعتكاف لا يكون إلا من عالم بتحريمه ذاك للاعتكاف، سواء أجامع في المسجد أم خارجه عند خروجه لقضاء الحاجة أو نحوها، لمنافاته العبادة البدنية. والبطان إنما هو بالنسبة للمستقبل، أما ما مضى فإنه لا يبطل في الجملة، على خلاف وتفصيل يعرف في كتب الفقه.

وأما دواعي الجماع كاللمس والقبلة، فإنها تفسد الاعتكاف عند الحنفية والحنابلة، وهو الأظهر للشافعية إذا أنزل، فإن لم ينزل لم يفسد اعتكافه، والقولان الآخران للشافعية أنه يبطل مطلقا، وقيل: لا يبطل.

قال المالكية: إنه إذا قبل وقصد اللذة، أو لمس، أو باشر بقصدها، أو وجدها بطل اعتكافه، واستأنفه من أوله، فلو قبل صغيرة لا تشتهي، أو قبل زوجته لوداع أو رحمة، ولم يقصد لذة ولا وجدها لم يبطل. ثم إن اشتراط الشهوة في القبلة إذا كانت في غير الفم، وأما إذا كانت فيه فلا تشترط الشهوة على الظاهر؛ لأنه يبطله من مقدمات الوطء ما يبطل الوضوء.

وقد نصوا على تحريم الوطء في المسجد مطلقا لكرامته، ووطء المعتكفة مفسد لاعتكافها.

وذهب الجمهور إلى أن الجماع المفسد للاعتكاف المنذور المتتابع من المعتكف الذakar له العالم بتحريمه لا تلزمه الكفارة.

قال ابن المنذر: أكثر أهل العلم على أنه لا كفارة عليه، وهو قول أهل المدينة والشام والعراق.

قال الماوردي هو قول جميع الفقهاء إلا الحسن البصري والزهري، فقالا: عليه كفارة الواطئ في صوم رمضان.

وعن الحسن رواية أخرى هي أنه يعتق رقبة، فإن عجز أهدي بدنة، فإن عجز تصدق بعشرين صاعا من تمر. وقال القاضي أبو يعلى: هي كفارة الظهار، وقال أبو بكر: هي كفارة يمين.

ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠٧١، ١٠٧٢)، وتبيين الحقائق (١/ ٥٢)، ورد المحتار على الدر المختار (٢/ ١٣٥)، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١/ ٥٤٤، ٥٤٥)، والمجموع

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إذا أحضر السلعة في المسجد فهو مكروه.

وقيل: إذا كان يبيع ويشترى للتجارة فهو مكروه.

وإذا صام يوماً تطوعاً [ثم^(١)] قال في بعض النهار: عليّ اعتكاف هذا اليوم، فلا اعتكاف عليه سواء قال ذلك قبل نصف النهار أو بعده. في صوم العيون.

وذكر هذه المسألة في المتقى قال: [لا اعتكاف]^(٢) عليه في قياس قول أبي حنيفة

- رحمه الله -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إن كان قال ذلك قبل الزوال فعليه أن يعتكف وإن كان ذلك بعد الزوال فليس عليه أن يعتكف، وهكذا روى عنه فيمن أصبح مفطراً ثم قال: لله عليّ أن أعتكف هذا اليوم وكان^(٣) قبل انتصاف النهار فإنه^(٤) يلزمه أن يعتكف ويصوم وإن لم يفعل فعليه القضاء. والله أعلم.



= (٥٢٧/٦)، ومغني المحتاج (٤٥٢/١)، وكشاف القناع (٣٦١/٢)، الإنصاف (٣/٣٨٠)، (٣٨١)، والمغني، لابن قدامة (٢٩٨/٣).

(١) سقط في د.

(٢) في د: الاعتكاف.

(٣) زاد في د: ذلك.

(٤) سقط في د، وفي ب: وأنه.

كتاب الحج

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلا:

الأول^(١)

في بيان من يجب عليه الحج ومن لا يجب [عليه]^(٢)

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يجب الحج إلا على من له سلامة البدن، وملك الزاد والراحلة^(٣)، وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

(١) في د: الفصل الأول.

(٢) سقط في ب، وفي د: عليه الحج.

(٣) يشترط لوجوب الحج القدرة على الزاد وآلة الركوب، والنفقة ذهابا وإيابا عند الجمهور ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة، ويختص اشتراط القدرة على آلة الركوب بمن كان بعيدا عن مكة.

قال في «الهداية»: «وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولها الراحلة؛ لأنه لا تلحقهم مشقة زائدة في الأداء، فأشبهه السعي إلى الجمعة».

والأظهر أن الذي يكون عند الحنفية بعيدا عن مكة هو: «من بينه وبين مكة ثلاثة أيام فصاعدا، أما ما دونه فلا، إذا كان قادرا على المشي» يعني مسافة القصر في السفر. وتقدر بـ (٨١) كيلو متر تقريبا.

أما عند الشافعية والحنابلة فهو من كان بينه وبين مكة مرحلتان، وهي مسافة القصر عندهم. وتقدر عندهم بنحو المسافة السابقة.

وقد وقع الخلاف بين العلماء في شرطية الزاد وآلة الركوب لوجوب الحج، وكانوا يركبون الدواب. لذلك عبروا بقولهم: «الزاد والراحلة» وهي الجمل المعد للركوب؛ لأنه المعروف في زمانهم. وهذا الخلاف في أمرين:

الأمر الأول: خالف المالكية الجمهور في اشتراط القدرة على الراحلة وإن كانت المسافة بعيدة فقالوا: يجب عليه الحج إذا كان صحيح البنية يقدر على المشي بلا مشقة عظيمة، وهو يملك الزاد.

واستدل المالكية بقول الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ . وجه الاستدلال أن «من كان صحيح البدن قادرا على المشي وله زاد فقد استطاع إليه سبيلا فيلزمه فرض الحج».

واستدل الجمهور بما ورد من الأحاديث الكثيرة عن رسول الله ﷺ أنه فسر السبيل باستطاعة الزاد والراحلة، مثل حديث أنس: «قيل يا رسول الله ما السبيل؟ قال: الزاد والراحلة» [أخرجه الحاكم (٤٤٢/١)، والبيهقي (٣٣٠/٤)، أعله البيهقي بالإرسال. ونقل ابن حجر في الفتح (٣٧٩/٣) عن ابن المنذر أنه قال: «لا يثبت الحديث الذي فيه ذكر الزاد والراحلة»].

فقد فسر النبي ﷺ الاستطاعة المشروطة «بالزاد والراحلة جميعا» وبه تبين أن القدرة على

المشي لا تكفي لاستطاعة الحج .
 الأمر الثاني: اختلف العلماء في الزاد ووسائل المواصلة هل يشترط ملكية المكلف لما يحصلها به أو لا يشترط؟

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن ملك ما يحصل به الزاد ووسيلة النقل (مع ملاحظة ما ذكرنا عند المالكية) شرط لتحقيق وجوب الحج، وفي هذا يقول ابن قدامة: «ولا يلزمه الحج ببذل غيره له، ولا يصير مستطيعا بذلك، سواء كان الباذل قريبا أو أجنبيا، وسواء بذل له الركوب والزاد، أو بذل له مالا».

وذهب الشافعي فيما يروى عنه إلى أنه يجب الحج بإباحة الزاد والراحلة إذا كانت الإباحة ممن لا منة له على المباح له، كالوالد إذا بذل الزاد والراحلة لابنه.

وذكر العلماء شروطا في الزاد وآلة الركوب المطلوبين لاستطاعة الحج، هي تفسير وبيان لهذا الشرط، نذكرها فيما يلي:

أ - أن الزاد الذي يشترط ملكه هو ما يحتاج إليه في ذهابه وإيابه من مأكل ومشروب وكسوة بنفقة وسط لا إسراف فيها ولا تقتير، فلو كان يستطيع زادا أدنى من الوسط الذي اعتاده لا يعتبر مستطيعا للحج، ويتضمن اشتراط الزاد أيضا ما يحتاج إليه من آلات للطعام والزاد مما لا يستغني عنه.

واعتبر المالكية القدرة على الوصول إلى مكة، ولو بلا زاد وراحلة لذي صنعة تقوم به، ولا تزري بمثله، أما الإياب فلا يشترط القدرة على نفقته عندهم إلا أن يعلم أنه إن بقي هناك ضاع وخشي على نفسه ولو شكاً، فيراعى ما يبلغه ويرجع به إلى أقرب المواضع لمكة، مما يمكنه أن يعيش به بما لا يزري به من الحرف.

ب - صرح الفقهاء بأنه يشترط في الراحلة أن تكون مما يصلح لمثله إما بشراء أو بکراء . وعند المالكية «لا يعتبر إلا ما يوصله فقط»، إلا أن يكون عليه مشقة فادحة فيخفف عنه بما تزول به المشقة الفادحة . وهذا المعنى ملحوظ عند غيرهم فيما يصلح لمثله إذا كان يشق عليه مشقة شديدة فيخفف عنه بما يزيلها.

ج - إن ملك الزاد ووسيلة النقل يشترط أن يكون فاضلا عما تمس إليه الحاجة الأصلية مدة ذهابه وإيابه، عند الجمهور.

أما المالكية فاعتبروا ما يوصله فقط، إلا أن يخشى الضياع، وهو بناء على وجوب الحج على الفور عندهم.

وفي هذا تفصيل نوضحه في الأمور التي تشملها الحاجة الأصلية .
 خصال الحاجة الأصلية ثلاث:

أ - نفقة عياله ومن تلزمه نفقتهم مدة ذهابه وإيابه عند الجمهور (خلافاً للمالكية كما نوضح في الخصلة التالية)؛ لأن النفقة حق للأدميين، وحق العبد مقدم على حق الشرع. لما روى عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت» [أخرجه أبو داود (٣٢١/٢)، والحاكم (٤١٥/١) وصححه ووافقه الذهبي].

ب - ما يحتاج إليه هو وأهله من مسكن، ومما لا بد لمثله كالخادم وأثاث البيت وثيابه بقدر الاعتدال المناسب له في ذلك كله، عند الجمهور خلافاً للمالكية أيضاً.

وقال المالكية في هاتين الخصلتين: =
بيع في زاده داره التي تباع على المفلس وغيرها مما يباع على المفلس من ماشية وثياب ولو لجمعته إن كثرت قيمتها، وخادمه، وكتب العلم ولو محتاجا إليها.
وإن كان يترك ولده وزوجته لا مال لهم، فلا يراعي ما يؤول إليه أمره وأمر أهله وأولاده في المستقبل، وإن كان يصير فقيرا لا يملك شيئا، أو يترك أولاده ونحوهم للصدقة، إن لم يخش هلاكا فيما ذكر أو شديد أذى.

وهذا لأن الحج عندهم واجب على الفور كما قدمنا.
ج - قضاء الدين الذي عليه؛ لأن الدين من حقوق العباد، وهو من حوائجه الأصلية، فهو أكد، وسواء كان الدين لأدمي أو لحق الله تعالى كزكاة في ذمته أو كفارات ونحوها. فإذا ملك الزاد والحمولة زائدا عما تقدم - على التفصيل المذكور - فقد تحقق فيه الشرط، وإلا بأن اختل شيء مما ذكر لم يجب عليه الحج.
ويتعلق بذلك فروع نذكر منها:

أ - من كان له مسكن واسع يفضل عن حاجته، بحيث لو باع الجزء الفاضل عن حاجته من الدار الواسعة لوفى ثمنه للحج يجب عليه البيع عند المالكية والشافعية والحنابلة. ولا يجب عليه بيع الجزء الفاضل عند الحنفية.
ب - كذلك لو كان مسكنه نفيسا يفوق على مثله لو أبدل دارا أدنى لوفى تكاليف الحج يجب عليه عند الثلاثة، ولا يجب عند الحنفية.

ج - من ملك بضاعة لتجارته هل يلزمه صرف مال تجارته للحج؟
ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يشترط لوجوب الحج بقاء رأس مال لحرفته زائدا على نفقة الحج، ورأس المال يختلف باختلاف الناس، والمراد ما يمكنه الاكتساب به قدر كفايته وكفاية عياله لا أكثر؛ لأنه لا نهاية له.
وعند الشافعية قولان: الأصح أنه يلزمه صرف مال تجارته لنفقة الحج ولو لم يبق له رأس مال لتجارته. وهو مذهب المالكية كما سبق نقل كلامهم.

د - إذا ملك نقودا لشراء دار يحتاج إليها وجب عليه الحج إن حصلت له النقود وقت خروج الناس للحج، وإن جعلها في غيره أثم. أما قبل خروج الناس للحج فيشتري بالمال ما شاء؛ لأنه ملكه قبل الوجوب على ما اختاره ابن عابدين.
هـ - من وجب عليه الحج وأراد أن يتزوج وليس عنده من المال إلا ما يكفي لأحدهما، ففيها التفصيل الآتي:

١ - أن يكون في حالة اعتدال الشهوة، فهذا يجب عليه تقديم الحج على الزواج عند الجمهور، إذا ملك النفقة في أشهر الحج، أما إن ملكها في غيرها فله صرفها حيث شاء. أما الشافعية فالصحيح عندهم أنه يلزمه الحج ويستقر في ذمته، وله صرف المال إلى النكاح وهو أفضل.

٢ - أن يكون في حالة توقان نفسه والخوف من الزنى، فهذا يكون الزواج في حقه مقدما على الحج اتفاقا.

و - قال ابن عابدين في حاشيته: تنبيه: «ليس من الحوائج الأصلية ما جرت به العادة =

المحدثه لرسم الهدية للأقارب والأصحاب، فلا يعذر بترك الحج لعجزه عن ذلك . . .». وهذا لا يتصور فيه خلاف بعد ما ذكرناه، وهو يدل على إثم من أخر الحج بسبب هذه التقاليد الفاسدة.

إن سلامة البدن من الأمراض والعاهاات التي تعوق عن الحج شرط لوجوب الحج. فلو وجدت سائر شروط وجوب الحج في شخص وهو مريض زمن أو مصاب بعاة دائمة، أو مقعد أو شيخ كبير لا يثبت على آلة الركوب بنفسه فلا يجب عليه أن يؤدي بنفسه فريضة اتفاقا.

لكن اختلفوا هل صحة البدن شرط لأصل الوجوب، أو هي شرط للأداء بالنفس: ذهب الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أن صحة البدن ليست شرطا للوجوب، بل هي شرط للزوم الأداء بالنفس، فمن كان هذا حاله يجب عليه الحج، بإرسال من ينوب عنه. وقال الإمامان أبو حنيفة ومالك: إنها شرط للوجوب، وبناء على ذلك لا يجب على فاقد صحة البدن أن يحج بنفسه ولا بإنابة غيره، ولا الإيصاء بالحج عنه في المرض. استدلل الأولون: بأنه ﷺ فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة، وهذا له زاد وراحلة فيجب عليه الحج.

واستدل أبو حنيفة ومالك بقوله تعالى: ﴿مَنْ أَسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ وهذا غير مستطیع بنفسه فلا يجب عليه الحج.

وتفرع على ذلك مسائل، نذكر منها:

أ- من كان قادرا على الحج بمساعدة غيره كالأعمى، وجب عليه الحج بنفسه إذا تيسر له من يعينه، تبرعا أو بأجرة، إن كان قادرا على أجرته، إذا كانت أجرة المثل، ولا يكفيه حج الغير عنه إلا بعد أن يموت.

ومن لم يستطع الحج بنفسه بمساعدة غيره وجب عليه أن يرسل غيره، ليحج عنه. ويجب على المريض أن يوصي بالحج عنه بعد موته. هذا على مذهب الصاحبين والجمهور.

أما على مذهب أبي حنيفة فلا يجب عليه شيء؛ لأن الحج غير واجب عليه. أما المالكية فقد وافقوا الجمهور في هذه المسألة، لكن على أساس مذهبهم في مسألة الركوب وأوجبوا عليه المشي إن كان يقدر على المشي.

ب- إذا وجدت شروط الحج مع صحة البدن فتأخر حتى أصيب بعاة تمنعه من الحج ولا يرجى زوالها فالحج واجب عليه اتفاقا، ويجب عليه أن يرسل شخصا يحج عنه باتفاق العلماء. أما إذا أصيب بعاة يرجى زوالها فلا تجوز الإنابة، بل يجب عليه الحج بنفسه عند زوالها عنه.

ينظر: الهداية مع فتح القدير (٢/١٢٥، ١٢٧)، رد المحتار على الدر المختار (٢/١٩٤، ١٩٧)، بدائع الصنائع (٢/٧٨، ١٢٢)، المسلك المتقسط للقاري شرح لباب المناسك، للسندي، ص (٢٩)، التاج والإكليل ومواهب الجليل (٢/٥٠٢، ٥٠٥)، شرح الرسالة مع حاشية العدوي (١/٤٥٦)، مواهب الجليل (٢/٤٩١، ٥١٠)، رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لعبد الله بن أبي زيد القيرواني أبي محمد، دار الفكر، بيروت =

وقالاً^(١) في ظاهر الرواية: لا يجب الحج إلا [على]^(٢) من ملك الزاد والراحلة، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة حتى إن في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا يجب الحج على الزَّيْمَن والمفلوج^(٣) والمقعد ومقطوع الرجلين وإن ملكوا الزاد والراحلة، وهو رواية عنهما حتى^(٤) لا يجب عليهم الإحجاج بمالهم؛ لأن الإحجاج بالمال بدل عن الحج بالبدن فلم^(٥) يجب على هؤلاء الحج بالبدن لمكان العجز فكيف يجب عليهم البدل.

وفي ظاهر روايتهما: يجب الحج على هؤلاء إذا ملكوا الزاد والراحلة قدر ما يحجون به ويحج معهم من يرفعهم ويضعهم ويقودهم إلى المناسك وإلى حاجتهم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - حتى يجب على هؤلاء الإحجاج بمالهم؛ [لأنه لزمهم الأصل وهو الحج بالبدن فيجب عليهم]^(٦) البدل. ومن ملك الزاد والراحلة وهو صحيح البدن فلم يحج حتى صار زمناً أو مفلوجاً لزمه الإحجاج بلا خلاف.

والأعمى إذا وجد الزاد والراحلة ولم يجد من يقوده لم^(٧) يلزمه الأداء بنفسه بالإجماع وهل يلزمه الإحجاج بالمال؟ فهو على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. هكذا ذكر شيخ الإسلام.

= (١/٤٥٥)، الشرح الكبير (٦/٢، ٧)، وحاشية الدسوقي (٧/٢)، ومختصر خليل ومواهب الجليل (٢/٤٩٨، ٤٩٩)، شرح المنهاج (٢/٨٧)، ونهاية المحتاج (٢/١٧٦)، (٢/٣٧٥، ٣٧٨، ٣٨٥)، وحاشية الباجوري (١/٥٢٦)، والمجموع (٧/٥٣، ٥٥ - ٥٧)، ومغني المحتاج (١/٤٦٤، ٤٦٥)، والفروع (٣/٢٣٠، ٢٣١)، والمغني، لابن قدامة (٣/٢٢٠-٢٢٢)، والكافي في فقه الإمام أحمد (١/٢١٤)، وينظر: تفسير القرطبي (٤/١٤٦ - ١٤٩).

(١) في د: وقال أبو يوسف ومحمد.

(٢) سقط في ب.

(٣) المفلوج: هو المصاب بالفالج، والفالج: مرض يحدث في أحد شقي البدن طولاً، فيبطل إحساسه وحركته، وربما كان في الشقين، ويحدث بغتة. ينظر: المصباح المنير، ص (٤٨٠).

(٤) زاد في د: أن.

(٥) في ب، د: ولم.

(٦) في د: لأن الأصل وهو الحج بالنذر يلزمهم فيجب عليه.

(٧) في د: لا.

وفي المنتقى: عن أبي عاصم^(١) قال: سمعت أبا عصمة الكبير قال: سمعت إبراهيم بن رستم وأبا سليمان في المرأة والأعمى لهما مال وليس لهما من يخرجهما إلى الحج قال أحدهما عن محمد - رحمه الله -: أنه يجب الحج عليهما ويستأجر الأعمى من يخرجهما وتبذل المرأة للمحرم حتى يخرجها.

وقال الآخر: ليس [عليهما]^(٢) حج.

و[أما]^(٣) الأعمى إذا وجد قائداً يقوده إلى الحج ووجد مؤنة القائد فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: في المشهور لا يلزمه الحج كما في الجمعة.

وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى [أنه]^(٤) يلزمه الحج.

وأما على قولهما فقد ذكر شيخ الإسلام أنه يلزمه الحج على قياس الجمعة وهكذا ذكر ابن سماعه [في نوادره]^(٥) عن محمد - رحمه الله - قال ابن سماعه: والحاصل على قول محمد في حق أهل الآفات إن كل من كان من أهل آفة فعلم^(٦) مع ذلك^(٧) الآفة إلا أنه يحتاج إلى معونة فوجد تلك المعونة فعليه الجمعة والجماعة والحج وكل من كان من أهل آفة لا يقدر أن يقعد ويمشي ويقوم وإذا^(٨) أعين على ذلك حتى يحمل ويوضع فليس عليه جمعة ولا جماعة ولا حج.

وذكر القدوري في شرحه إن في وجوب الحج عنهما في هذه الصورة روايتين إن كان صحيح البدن إلا أنه لا يملك الزاد والراحلة ولكن بذل له غيره الزاد والراحلة في طريق الحج ومعناه أنه أباح ذلك له غيره^(٩) لا يثبت الاستطاعة [له]^(١٠) عندنا وكان

(١) هو: أبو عاصم اسمه محمد بن أحمد العامري، كان قاضيها إماما بدمشق ومن تصانيفه المبسوط نحو من ثلاثين مجلد مفرقه بالنورية بدمشق.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٥٦).

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في: د.

(٤) سقط في: د.

(٥) سقط في: د.

(٦) في د: يعمل.

(٧) في د: تلك.

(٨) في ب، د، م: وإن.

(٩) في د: غير إنه.

(١٠) سقط في: د.

الكرخي - رحمه الله - يقول: إنما يشترط الراحلة في حق من بعد عن مكة. وأما أهل مكة ومن حولها لا يشترط الراحلة في حقهم. واختلفوا في أمن الطريق^(١).

روى ابن شجاع عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن^(٢) شرط [الوجوب]^(٣) كالزاد والراحلة ومن أصحابنا من جعله شرطاً الأداء.

وثمره الخلاف^(٤): تظهر في وجوب الوصية بالحج فمن جعله شرط الوجوب قال: لا يجب عليه الوصية بالحج؛ ومن جعله شرط الأداء قال: يجب عليه الوصية بالحج والمحرم في حق المرأة شرط [شابة أو عجوزة]^(٥) إذا كان بينها وبين مكة مسيرة ثلاثة أيام.

واختلفوا في كون المحرم شرط الوجوب أو شرط الأداء حسب اختلافهم في أمن الطريق والمحرم الزوج ومن لا تجوز مناكحتها على التأييد برضاع أو صهرية؛ لأن المقصود من المحرم الحفظ؛ لأن النساء عرضة للفتنة والزوج يحفظها وكذا سائر

(١) أمن الطريق يشمل الأمن على النفس والمال، وذلك وقت خروج الناس للحج؛ لأن الاستطاعة لا تثبت دونه.

ووقع الخلاف في أمن الطريق كما في صحة البدن:

فمذهب المالكية والشافعية ورواية أبي شجاع عن أبي حنيفة ورواية عن أحمد أنه شرط الوجوب؛ لأن الاستطاعة لا تتحقق بدون أمن الطريق.

وفي رواية أخرى عند أبي حنيفة وأحمد، وهو الأصح عند الحنفية ورجحه المتأخرون من الحنفية والحنابلة أن أمن الطريق شرط للأداء بالنفس لا لأصل الوجوب.

واستدلوا بنحو أدلتهم في إيجاب الحج على من فقد شرط صحة البدن.

وعلى هذا المذهب الأخير من استوفى شروط الحج عند خوف الطريق فمات قبل أمنه يجب عليه أن يوصي بالحج.

أما إذا مات بعد أمن الطريق فتجب عليه الوصية بالحج عنه اتفاقاً.

ينظر: رد المحتار (١٩٧/٢)، والهداية وشرحها (١٢٦/٢، ١٢٧)، وبدائع الصنائع

(١٢٣/٢)، والشرح الكبير (٦/٢)، ومواهب الجليل (٤٩١/٢)، وشرح المنهاج

للمحلي (٨٧/٢، ٨٨)، والمغني، لابن قدامة (٢١٩/٣).

(٢) في ب: أنه، وزاد في د: أمن الطريق.

(٣) سقط في: د.

(٤) في د: الاختلاف.

(٥) في ب: شابة كانت أو عجوزة، وفي د: كانت المرأة شابة أو عجوزة.

محارمها والحر والعبد والمسلم والذمي (١) سواء (٢).

(١) زاد في د: في ذلك.
 (٢) يشترط أن يصحب المرأة في سفر الحج زوجها أو محرم منها، إذا كانت المسافة بينها وبين مكة ثلاثة أيام، وهي مسيرة القصر في السفر، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة. واستدلوا بحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: لا تسافر المرأة ثلاثاً إلا ومعها ذو محرم. [أخرجه البخاري (الفتح ٥٦٦/٢)، ومسلم (٢/٩٧٥)].

وتوسع الشافعية والمالكية فسوغوا الاستبدال بالمحرم:
 ذهب الشافعية إلى أنها إن وجدت نسوة ثقات: اثنتين فأكثر تأمن معهن على نفسها كفى ذلك بدلا عن المحرم أو الزوج بالنسبة لوجوب حجة الإسلام على المرأة. وعندهم «الأصح أنه لا يشترط وجود محرم لإحداهن؛ لأن الأطماع تنقطع بجماعتهن. فإن وجدت امرأة واحدة ثقة فلا يجب عليها الحج، لكن يجوز لها أن تحج معها حجة الفريضة أو النذر، بل يجوز لها أن تخرج وحدها لأداء الفرض أو النذر إذا أمنت.
 وزاد المالكية توسعا فقالوا: المرأة إذا لم تجد المحرم أو الزوج ولو بأجرة تسافر لحج الفرض أو النذر مع الرفقة المأمونة، بشرط أن تكون المرأة بنفسها هي مأمونة أيضا. والرفقة المأمونة جماعة مأمونة من النساء، أو الرجال الصالحين. قال الدسوقي: وأكثر ما نقله أصحابنا اشتراط النساء».

أما حج النفل فلا يجوز للمرأة السفر له إلا مع الزوج أو المحرم فقط اتفاقا، ولا يجوز لها السفر بغيرهما، بل تأثم به.
 اختلفوا في الزوج أو المحرم هل هو شرط وجوب أو شرط للزوم الأداء بالنفس: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم وهو رواية عن أبي حنيفة إلى أن المحرم شرط لوجوب الحج، ويحل محله عند فقدة الرفقة المأمونة عند الشافعية والمالكية على الوجه الذي ذكرناه.

والراجح عند الحنفية أن الزوج أو المحرم شرط للزوم الأداء بالنفس.
 وأدلة الفريقين هي ما سبق الاستدلال به في صحة البدن وأمن الطريق.
 والمحرم الأمين المشروط في استطاعة المرأة للحج هو كل رجل مأمون عاقل بالغ يحرم عليه بالتأييد الزوج منها سواء كان التحريم بالقرابة أو الرضاعة أو الصهرية... ونحو ذلك يشترط في الزوج عند الحنفية والحنابلة بزيادة شرط الإسلام في المحرم.
 وقال المالكية بذلك في حقيقة المحرم لكن لا يشترط في المحرم البلوغ بل التمييز والكفاية.

وعند الشافعية: يكفي المحرم الذكر، وإن لم يكن ثقة فيما يظهر؛ لأن الوازع الطبيعي أقوى من الشرعي، إذا كان له غيرة تمنعه أن يرضى بالزنى.

ينظر: الهداية وفتح القدير (١٢٨/٢)، والمسلك المتقسط، ص (٣٧)، ولباب المناسك للسندي وشرحه للقاري «المسلك المتقسط شرح المنسك المتوسط»، مطبعة الترقى الماجدية، مكة، ١٣٢٨هـ، ص (٣٧)، وحاشية الدسوقي (٩/٢، ١٠) وحاشية العدوي (٤٥٥/١)، ومواهب الجليل (٥٢٢/٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤)، الشرح الكبير وحاشيته

قال القدوري - رحمه الله - في شرحه: إلا أن يكون مجوسياً^(١) يعتقد إباحة مناكحتها؛ فلا تسافر معه؛ لأنه لا ينقطع [طعمه]^(٢) عنها؛ ولهذا لا يجوز له أن يخلو بها.

قال القدوري - رحمه الله -: وكذلك المسلم إذا لم يكن مأموناً لا تسافر معه والصبي الذي لا يحتلم لا عبرة^(٣) له وكذلك المجنون الذي لا يفيق وإذا وجدت محرماً فلها أن تخرج بغير إذن الزوج في حجة الفرض دون التطوع. وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في المرأة القادرة على نفقتها ونفقة المحرم أن الحج يفترض عليها^(٤) واضطربت الروايات عن محمد - رحمه الله - في

= (٩/٢)، ونهاية المحتاج (٢/٣٨٢)، والمنهاج للنووي وشرحه (٢/٨٩)، ومغني المحتاج (١/٤٦٧)، والكافي (١/٥١٩)، والمغني، لابن قدامة (٣/٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٩)، الفروع (٣/٢٣٤ - ٢٣٦، ٢٣٩ - ٢٤٠)، وشرح المنهاج (٢/٨٩).

(١) في ب: محرماً.

(٢) سقط في: ب.

(٣) في د: عبرة.

(٤) في ب: عليه.

ويشترط لوجوب الحج على المرأة أن تكون قادرة على نفقة نفسها ونفقة المحرم إن طلب منها النفقة؛ لأنه يستحقها عليها عند الحنفية. وكذلك عبر بالنفقة ابن قدامة من الحنابلة. وعبر المالكية والشافعية وابن مفلح من الحنابلة بالأجرة. والمراد أجرة المثل. ولو امتنع المحرم عن الخروج إلا بأجرة لزمته إن قدرت عليها، وحرم عليها الخروج مع الرفقة المأمونة وهذا عند المالكية. وأما عند الشافعية فهي مخيرة بين أن تكون في صحبة زوج أو محرم أو رفقة مأمونة. والزوج إذا حج مع امرأته فلها عليه النفقة، نفقة الحضر لا السفر، وليس له أن يأخذ منها أجراً مقابل الخروج معها عند الحنفية، وهو ظاهر كلام الحنابلة؛ لأنهم خصوا المحرم بأخذ الأجرة.

وعند المالكية والشافعية له أخذ الأجرة إذا كانت أجرة المثل.

وإذا وجدت محرماً لم يكن للزوج منعها من الذهاب معه لحج الفرض، ويجوز أن يمنعها من النفل عند الحنفية والمالكية والحنابلة.

وقال الشافعية: ليس للمرأة الحج إلا بإذن الزوج فرضاً كان أو غيره؛ لأن في ذهابها تفويت حق الزوج، وحق العبد مقدم؛ لأنه فرض بغير وقت إلا في العمر كله، فإن خافت العجز البدني بقول طبييين عدلين لم يشترط إذن الزوج.

واستدل الجمهور بأن حق الزوج لا يقدم على فرائض العين كصوم رمضان، فليس

هذا وأكثر المتأخرين على أنها إن^(١) وجدت محرماً لا يفترض عليها نفقته يفترض^(٢) عليها الحج وما لا فلا.



= للزوج منع زوجته منه؛ لأنه فرض عين عليها.
 ينظر: الدر المختار مع حاشيته رد المحتار (١٩٩/٢)، والهداية وفتح القدير (٢/١٣٠)، المسلك المتقسط، ص (٣٨، ٣٩)، والتاج والإكليل (٢/٢٢١)، وحاشية العدوي (١/٤٥٥)، ومواهب الجليل (٢/٥٢٢)، وحاشية الدسوقي (٢/٩)، ومغني المحتاج (١/٤٦٧، ٤٦٨، ٥٣٦)، ونهاية المحتاج (٢/٣٨٣)، والأم، للشافعي (٢/١١٧)، المغني، لابن قدامة (٣/٢٤٠)، والفروع (٣/٢٤٠).
 (١) في د: إذا.
 (٢) في د: ويفترض.

الفصل الثاني

في المأمور بالحج عن الغير^(١)

(١) ذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى مشروعية الحج عن الغير وقابليته للنيابة، وذهب مالك على المعتمد في مذهبه إلى أن الحج لا يقبل النيابة لا عن الحي ولا عن الميت، معذورا أو غير معذور. وقالوا: إن الأفضل أن يتطوع عنه وليه بغير الحج، كأن يهدي أو يتصدق عنه، أو يدعو له، أو يعتق.

استدل الجمهور على مشروعية حج الإنسان عن غيره بالسنة الثابتة المشهورة، وبالعقل. أما السنة: فمنها حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: جاءت امرأة من خثعم عام حجة الوداع، قالت: يا رسول الله: إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخا كبيرا لا يستطيع أن يستوي على الرحلة، فهل يقضي عنه أن أحج عنه؟ قال: نعم. [أخرجه البخاري (الفتح ٤/٦٦)، ومسلم (٢/٩٧٣)].

وعن ابن عباس أيضا: أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ قال ﷺ: نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟.. افضوا الله، فالله أحق بالوفاء [أخرجه البخاري (الفتح ٤/٦٤)].
وأما العقل، فقال الكمال ابن الهمام: «وكان مقتضى القياس ألا تجري النيابة في الحج، لتضمنه المشقتين البدنية والمالية، والأولى لم تقم بالأمر، لكنه تعالى رخص في إسقاطه بتحمل المشقة الأخرى، أعني إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت، رحمة وفضلا، وذلك بأن يدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه، بخلاف حال القدرة فإنه لم يعذره؛ لأن تركه ليس إلا لمجرد إثارة راحة نفسه على أمر ربه، وهو بهذا يستحق العقاب، لا التخفيف في طريق الإسقاط، وإنما شرط دوامه (أي العذر) إلى الموت؛ لأن الحج فرض العمر...».

وقال ابن قدامة: هذه عبادة تجب بإفسادها الكفارة، فجاز أن يقوم غير فعله فيها مقام فعله، كالصوم إذا عجز عنه افتدى بخلاف الصلاة.

وأخذ المالكية بالأصل، وهو عدم جريان النيابة في العبادة البدنية، كالصوم.

شروط الحج الفرض عن الغير:

أولا - شروط وجوب الإحجاج:

يتضمن ذلك شروط الأصيل المحجوج عنه لحجة الفرض.

يشترط لوجوب الإحجاج عن المكلف عند الجمهور - خلافا للمالكية -: العجز عن أداء الحج الواجب عليه.

ويشمل ذلك ما يلي:

أ - كل من وجب عليه الحج وهو قادر على الحج بنفسه وحضره الموت يجب عليه الوصية بالإحجاج عنه عند الحنفية. سواء حجة الإسلام، أو النذر، أو القضاء.

ولم يوقف الشافعية وجوب الإحجاج عنه على الوصية إجراء للحج مجرى الديون.

أما المالكية: فلا يوجبون عليه الوصية، ولا يسقط عنه الفرض بأداء الغير عنه - كما هو أصل مذهبهم الذي عرفناه - لكن إذا أوصى نفذت وصيته، وإن لم يوص لم يرسل من يحج عنه.

ب - من توفرت فيه سائر شروط وجوب الحج واختل شيء من شروط الأداء بالنفس، يجب عليه أن يحج عن نفسه، أو يوصي بالإحجاج عنه إذا لم يرسل من يحج عنه.
 ج - من توفرت فيه شروط وجوب الحج بنفسه فلم يحج حتى عجز عن الأداء بنفسه يجب عليه أن يحج عنه في حال حياته، أو يوصي بالإحجاج عنه بعد موته.
 ويتحقق العجز بالموت، أو بالحبس، والمنع، والمرض الذي لا يرجى زواله كالزمانة والفالج، والعمى والعرج، والهزم الذي لا يقدر صاحبه على الاستمسك، وعدم أمن الطريق، وعدم المحرم بالنسبة للمرأة، إذا استمرت هذه الآفات إلى الموت.
 ثانيا: شروط النائب عن غيره في الحج:

اشتراط الشافعية والحنابلة لإجزاء الحج الفرض عن الأصيل أن يكون النائب قد حج حجة الإسلام عن نفسه أولا، وإلا كانت الحجة عن نفسه، ولم تجزئ عن الأصيل، وهو قول الأوزاعي وإسحاق بن راهويه.

واكتفى الحنفية بأهلية المأمور لصحة الحج، بأن يكون مسلما عاقلا، فأجازوا أن يكون المأمور لم يحج عن نفسه حجة الإسلام (وهو المسمى ضرورة)، وأجازوا حج العبد، والمراهق عن غيرهم، وتصح هذه الحجة البدلية وتبرأ ذمة الأصيل، مع الكراهة التنزيهية بالنسبة للأمر، والكراهة التحريمية بالنسبة للمأمور إن كان تحقق وجوب الحج عليه. ونحو ذلك عند المالكية في الحج عن الميت يصح على القول بوجوب الحج على التراخي عندهم، أما على وجوبه على الفور فيحرم الحج عنه.

استدل الأولون: بما أخرج أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ سمع رجلا يقول: لبيك عن شبرمة. قال: من شبرمة؟ قال: أخ لي، أو قريب لي. قال: حججت عن نفسك؟ قال: لا. قال: حج عن نفسك، ثم حج عن شبرمة [أخرجه أبو داود (٤٠٣/٢)، وابن ماجه (٩٦٩/٢) وأعل بالإرسال كما في التلخيص لابن حجر (٢٢١/٢) ثم ذكر له طريقا آخر قواه به].

واستدل الحنفية بإطلاق حديث الخثعمية السابق، فإنه ﷺ قال لها: حجني عن أبيك من غير استخبارها عن حجها لنفسها قبل ذلك، وترك الاستفصال يتنزل منزلة عموم المقال.
 ثالثا: شروط صحة الحج الواجب عن الغير:

أ - يشترط أن يأمر الأصيل بالحج عنه، باتفاق العلماء بالنسبة للحي.
 أما الميت فلا يجوز حج الغير عنه بدون وصيته عند الحنفية والمالكية.
 واستثنى الحنفية، إذا حج أو أحج عن مورثه بغير إذنه فإنه يجزئه، وتبرأ ذمة الميت إن شاء الله تعالى، مستدلين بحديث الخثعمية، فإنه لم يفصل في حق السائل هل أوصى أو لم يوص، وهو وارث.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه: من مات وعليه حج وجب الإحجاج عنه من جميع تركته، سواء أوصى به أم لا، كما تقضى منها ديونه سواء أوصى بها أم لا. فلو لم يكن له تركة استحب لوارثه أن يحج عنه، فإن حج عنه بنفسه أو أرسل من حج عنه سقط الحج عن الميت، ولو حج عنه أجنبي جاز، وإن لم يأذن له الوارث، كما يقضى دينه بغير إذن الوارث.

ومأخذهم تشبيه النبي ﷺ بالحج بالدين، فأجروا على قضاء الحج أحكام الديون. فإذا مات والحج في ذمته يجب الإحجاج عنه من رأس المال ولو لم يوص، وهو مقدم على وفاء الديون، عند الشافعية.

وقال الحنابلة: من ضاق ماله وكان عليه دين يحاص نفقة الحج من الدين، ويؤخذ للحج حصته فيحج بها من حيث تبلغ.

ب - أن تكون نفقة الحج من مال الأمر كلها أو أكثرها عند الحنفية، سوى دم القران والتمتع، فهما على الحاج عندهم. لكن إذا تبرع الوارث بالحج عن مورثه تبرأ ذمة الميت إن لم يكن أوصى بالإحجاج عنه إن شاء الله.

أما الشافعية والحنابلة فقد أجازوا أن يتبرع بالحج عن غير الميت مطلقا، كما يجوز أن يتبرع بقضاء دينه.

وأما المالكية فالأمر عندهم في هاتين المسألتين تابع للوصية، ولتنفيذها بعقد الإجارة، أو لتبرع النائب، لا لإسقاط الفريضة عن الميت.

وأما الحنفية والمعسوب: إذا بذل له المال أو الطاعة فلا يلزمه قبول ذلك للإحجاج عن نفسه عند الحنفية والمالكية والحنابلة.

وقال الشافعية: لو بذل له ولده أو أجنبي مالا للأجرة لم يجب قبوله في الأصح. ولو وجد مالا أقل من أجرة المثل ورضي به الأجير لزمه الاستئجار؛ لأنه مستطيع، والمنة فيه ليست كالمنة في المال.

ولو لم يجد أجرة وبذل له ولده الطاعة بأن يذهب هو بنفسه للحج عنه وجب عليه قبوله، وهو الإذن له في ذلك؛ لأن المنة في ذلك ليست كالمنة في المال. لحصول الاستطاعة، وكذا الأجنبي في الأصح.

ويشترط للزوم قبول طاعتهم أربعة شروط: أن يثق بالبازل، وألا يكون عليه حج ولو ندرا، وأن يكون ممن يصح منهم حجة الإسلام، وألا يكونا معضوبين.

ج - يشترط أن يحج عنه من وطنه إن اتسع ثلث التركة، وإن لم يتسع يحج عنه من حيث يبلغ عند الحنفية والمالكية.

وعند الشافعية والحنابلة يعتبر اتساع جميع مال الميت؛ لأنه دين واجب، فكان من رأس المال كدين آدمي. لكن عند الشافعية يجب قضاؤه عنه من الميقات؛ لأن الحج يجب من الميقات، وقال الحنابلة: الحج على الميت من بلده فوجب أن ينوب عنه منه.

د - النية: أي نية الحاج المأمور أداء الحج عن الأصيل.
بأن ينوي بقلبه ويقول بلسانه (والتلفظ أفضل): أحرمت بالحج عن فلان، ولييك بحجة عن فلان.

وإن اكتفى بنية القلب كفى ذلك، اتفاقا. ولو نسي اسمه ونوى أن يكون الحج عن الشخص المقصود أن يحج عنه يصح، ويقع الحج عن الأصيل.

هـ - أن يحج المأمور بنفسه: نص عليه الحنفية والمالكية والشافعية. فلو مرض المأمور أو حبس فدفع المال إلى غيره بغير إذن المحجوج عنه لا يقع الحج عن الميت، والحاج

اختلفت عبارة المشايخ في المأمور بالحج عن الغير إذا حج فعبارة بعضهم أن على قول أصحابنا - رحمهم الله -: [إن] ^(١) أصل الحج يقع عن المأمور وللأمر ثواب النفقة؛ لأن ^(٢) أصل الحج [يقع] ^(٣) عن الأمر. وبه كان يقول شيخ الإسلام [خواهر زاده - رحمه الله -] ^(٤): وهذا لأصل ^(٥) الحج لو وقع عن الأمر إنما يقع إذا صار المأمور نائباً عن الأمر في أصل الحج فلا وجه إليه؛ لأن الحج عبادة بدنية والعبادات البدنية لا تجزئ فيها النيابة. [والدليل عليه: أنه] ^(٦) يشترط أهلية المأمور وهذا يدل على أن الفعل يقع عن المأمور وإنما كان للأمر ثواب النفقة؛ لأن إنفاق المأمور جعل كإنفاق الأمر وأمكن

الأول والثاني ضامنان لنفقة الحج، إلا إذا قال الأمر بالحج: اصنع ما شئت فله، حينئذ أن يدفع المال إلى غيره، ويقع الحج عن الأمر.

و - أن يحرم بالحج من ميقات الشخص الذي يحج عنه من غير مخالفة. ولو أمره بالإفراد فقرن عن الأمر فيقع ذلك عن الأمر في مذهب الشافعي والصاحبين استحساناً، وأما عند أبي حنيفة فهو مخالف ضامن من النفقات ولا يقع عن الأمر. أما إذا أمره بالإفراد فتمتع عن الأمر لم يقع حجه عنه ولا يجوز ذلك عن حجة الإسلام، ويضمن اتفاقاً عند أئمة الحنفية، والشافعية. وسوى المالكية بين القران والتمتع إذا فعلاً وكان الأفراد يجزئ إن كان الشرط من الوصي لا الأصيل. وصحح الحنابلة الحج عن الأصيل في كل الحالات ويرجع على الأجير بفرق أجره المسافة، أو توفير الميقات.

ينظر: رد المحتار (٢/٣٢٨، ٣٣٤، ٣٣٧)، وفتح القدير (٢/٣٠٨، ٣١٠)، والشرح الكبير (٢/١٦، ١٨ - ٢٠)، والمسلك المتقسط ص (٢٨٧ - ٢٨٨، ٢٨٩ - ٢٩٠، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٩)، ومواهب الجليل (٢/٥٤٣، ٥/٣، ٧)، وحاشية الدسوقي (١/١٨)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٣/٧)، ومغني المحتاج (١/٤٦٨، ٤٧٠)، والمجموع شرح المذهب (٧/٧٨، ٧٩، ٨٨-٨٩، ٩٨، ١١٤ - ١١٥، ٢٠٣)، وشرح المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/٩٠)، والمغني، لابن قدامة (٣/٢٢٧ - ٢٢٨، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٤١، ٢٤٣، ٢٤٥)، والفروع (٣/٢٤٥، ٢٤٩، ٢٥١، ٢٦٥ - ٢٦٦)، والإيضاح في مناسك الحج، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مطبوع معه حاشية ابن حجر الهيتمي عليه، دار الحديث، بيروت، ص (١١٩).

- (١) سقط في: د.
- (٢) في د: لا أن يقع.
- (٣) سقط في: د.
- (٤) سقط في: د.
- (٥) في ب، د: لأن أصل.
- (٦) في د: لأنه.

القول به؛ لأن النيابة تجزئ في الإنفاق وإنما يسقط الحج عن [الآمر]^(١)؛ لأن الإنفاق أقيم مقام الإنفاق^(٢) في حق سقوط [الإنفاق في]^(٣) حالة العجز عن الأفعال كما أقيم الفداء مقام الصوم في حق الشيخ الفاني في حق سقوط الصوم حالة العجز^(٤) وعبارة بعضهم^(٥) أن أصل الحج يقع عن الأمر.

وبه كان يقول شمس الأئمة - السرخسي - رحمه الله - وبنحوه ورد الأثر عن النبي ﷺ حيث قال للخثعمية^(٦): «حجي عن أبيك»^(٧).

وهذا يدل على أن أصل الحج يقع عن المحجوج عنه. والدليل عليه: أن حجة الإسلام لا تقع عن المأمور ولو كان أصل الحج يقع عن المأمور لوقع حجة الإسلام عنه.

والدليل عليه: أن المأمور بالحج يحتاج إلى إسناد الإحرام إلى الأمر، والإحرام عقد على الأداء فهذا يدل على أن أصل الحج يقع عن المحجوج عنه. هذا هو الكلام في حق الفرض.

جئنا إلى حج التطوع فنقول:

من أمر غيره بحجة التطوع جاز ذلك^(٨)، ويصير للأمر ثواب النفقة في طريق

(١) سقط في: د.

(٢) في د: أفعال الحج.

(٣) في د: الأفعال.

(٤) زاد في د: عن الصوم.

(٥) في د: البعض.

(٦) الخثعمية: امرأة من خثعم بن أنمار بن أراش بن كهلان، لم يسمها البخاري، وهي التي كان ينظر إليها الفضل بن العباس وهو رديف النبي في حجة الوداع على ما ذكره البخاري عن ابن عباس.

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٣٥٩/١)، كتاب الحج، باب: الحج عمن يحج عنه (٩٧)، والبخاري (٤٤٢/٣) كتاب الحج، باب: الحج عمن يحج عنه (١٥١٣)، وأطرافه (١٨٥٤، ١٨٥٥، ٤٣٩٩، ٦٢٢٨)، ومسلم (٩٧٣/٢) كتاب الحج، باب: الحج عن العاجز (١٣٣٤/٤٠٧).

(٨) اتفق الجمهور على مشروعية حج النفل عن الغير بإطلاق، وهو مذهب الحنفية وأحمد. وأجازته المالكية أيضا مع الكراهة فيه وفي النيابة في الحج المنذور. أما الشافعية ففصلوا وقالوا: لا تجوز الاستنابة في حج النفل عن حي ليس بمعضوب، ولا عن ميت لم يوص به.

الحج من حيث إنه سبب إلى الحج بالإنفاق أو يصير المأمور جاعلاً^(١) ثواب فعله للآمر وهذا جائز عند أهل السنة.

ومن الناس من ينكر جعل ثواب عمله لغيره ويستدل بظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٢).

وأهل السنة يحتجون بما روي عن النبي ﷺ: «أنه ضحى بكبشين أملحين موجودين أحدهما: عن نفسه، والآخر عن أمته»^(٣)، ولا حجة له في الآية؛ لأن

أما الميت الذي أوصى به والحي المعضوب إذا استأجر من يحج عنه، ففيه قولان مشهوران للشافعية:

أصحهما الجواز، وأنه يستحق الأجرة. والقول الآخر عدم الجواز؛ لأنه إنما جاز الاستنابة في الفرض للضرورة، ولا ضرورة، فلم تجز الاستنابة فيه، كالصحيح، ويقع عن الأجير، ولا يستحق الأجرة. ويدل للجهمور على صحة حج النفل عن الغير المستطيع بنفسه أنها حجة لا تلزمه بنفسه، فجاز أن يستناب فيها كالمعضوب. ولأنه يتوسع في النفل ما لا يتوسع في الفرض، فإذا جازت النيابة في الفرض فلأن تجوز في النفل أولى.

ويشترط لصحة حج النفل عن الغير: الإسلام، والعقل، والتمييز، وقيدة الحنفية بالمراهق، وأن يكون النائب قد حج الفرض عن نفسه، وليس عليه حج آخر واجب، وذلك عند الشافعية والحنابلة. كما يشترط نية الحاج النائب الحجة عن الأصيل.

ينظر: المسلك المتقسط، ص (٢٩٩)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٢/ ١٨)، والمجموع شرح المهذب (٧/ ٩٢ - ٩٤)، والمغني، لابن قدامة (٣/ ٢٣٠).

(١) في د: عاجلا.

(٢) سورة النجم آية: ٣٩.

(٣) أخرجه البخاري (١٨/١٠) كتاب الأضاحي، باب: من ذبح الأضاحي بيده، حديث (٥٥٥٨)، ومسلم (٣/ ١٥٥٦، ١٥٥٧) كتاب الأضاحي، باب: استحباب الضحية وذبحها مباشرة، حديث (١٧، ١٨/ ١٩٦٦)، وأبو داود (٣/ ٢٣٠) كتاب الضحايا، باب: ما يستحب من الضحايا، حديث (٢٧٩٤)، والترمذي (٤/ ٨٤) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء في الأضحية بكبشين، حديث (١٤٩٤)، والنسائي (٧/ ٢٢٠) كتاب الضحايا، باب: الكبش، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٣) كتاب الأضاحي، باب: أضاحي رسول الله ﷺ، حديث (٣١٢٠)، والدارمي (٢/ ٧٥) كتاب الأضاحي، باب: السنة في الأضحية، والطيالسي (١/ ٢٢٩-منحة) رقم (١١٠٦)، وابن الجارود رقم (٩٠٢)، وأبو يعلى (٥/ ٢٥٨) رقم (٢٨٧٧)، وعبد الرزاق (٤/ ٣٧٩) رقم (٨١٢٩)، وابن خزيمة (٤/ ٢٨٦) رقم (٢٨٩٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ٦١٧) من طرق عن قتادة عن أنس به.

الإنسان إذا جعل فعل^(١) سعى [نفسه]^(٢) لغيره صار ذلك السعي لذلك^(٣) الغير والجواب الذي ذكرنا في حجة التطوع باتفاق المشايخ .
أما على قول من قال: في حجة^(٤) الفرض أن أصل الحج يقع عن المأمور وللأمر ثواب النفقة فظاهر .

و[أما]^(٥) على قول من يقول^(٦): في حج الفرض أن^(٧) الحج يقع عن المحجوج عنه فلأننا عرفنا ذلك بحديث الخثعمية [وحدثها]^(٨) ورد في الفرض لا في النفل ثم إنما يسقط فرض الحج عن الإنسان [بالإحجاج لغيره]^(٩) إذا كان المحجج وقت الأداء عاجزاً عن الأداء بنفسه ودام عاجزه إلى [أن]^(١٠) مات .
أما إذا زال عاجزه بعد ذلك فلا يسقط عنه حجة الإسلام^(١١)؛ لأن الأصل في هذا الباب حديث الخثعمية فإنه ورد في حق الشيخ الفاني بيانه في^(١٢) ذكر محمد - رحمه

وأخرجه البخاري (١٠/١٢) كتاب الأضاحي، باب: أضحية النبي ﷺ بكبشين أقرنين حديث (٥٥٥٤)، وأحمد (٣/٢٦٨)، وأبو داود (٢/١٠٤) كتاب الضحايا، باب: ما يستحب من الضحايا، حديث (٢٧٩٣)، والنسائي (٧/٢٢٠) كتاب الضحايا، باب: الكبش، والبيهقي (٩/٢٧٢، ٢٧٣) كتاب الضحايا، باب: ما يستحب أن يضحي به من الغنم، وأبو يعلى (٥/١٨٨)، رقم (٢٨٠٦) من طرق عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس به .
وأخرجه البخاري (١٠/١١، ١٢) كتاب الأضاحي، باب: أضحية النبي ﷺ بكبشين أقرنين، حديث (٥٥٥٣)، وأحمد (٣/٢٨١)، والنسائي (٧/٢١٩) كتاب الضحايا، باب: الكبش والدارقطني (٤/٢٨٥) رقم (٥٢) من طريق عبد العزيز بن صهيب عن أنس به .

وأخرجه أحمد (٣/١٧٨)، والنسائي (٧/٢١٩، ٢٢٠) من طريق ثابت البناني عن أنس

به .

- (١) في د: ثواب .
- (٢) سقط في: د .
- (٣) في د: سعي ذلك .
- (٤) في د: حج .
- (٥) سقط في: د .
- (٦) في د: قال .
- (٧) زاد في د: أصل .
- (٨) سقط في: د .
- (٩) في د: بالإحجاج لغيره .
- (١٠) سقط في: ب .
- (١١) في د: الفرض .
- (١٢) في د: ما .

الله - في الأصل رجل أحج رجلاً وهو مريض فلم يزل مريضاً حتى مات فهو جائز عن حجة الإسلام وإن صح لا يجزئه عن حجة الإسلام.
وروى المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إن برئ عن مرضه قبل فراغ المأمور عن الحج، فعليه الإعادة، وإن برئ بعد ما فرغ المأمور عن الحج، فلا إعادة عليه، وجعل هذا نظير المكفر بالصوم إذا قدر على التحرير، ونظير المصلي بالتيمة إذا قدر على الماء.

وإن أحج رجلاً وهو صحيح؛ أجزاءه عن التطوع؛ لأن فرض الحج يتأدى بالإحجاج حالة العذر وكل عبادة جاز أداء فرضها حالة العذر بجهة جاز أداء نفلها بتلك الجهة [في غير حالة العذر و] ^(١)؛ كالصلاة ^(٢) قاعداً [وراكباً و] ^(٣) من كان عاجزاً لا يرجى زواله غالباً وظاهرًا وهو قادر على أن يحج غيره عنه يجب عليه ذلك ^(٤) وكل من كان عاجزاً عاجزاً يرجى زواله؛ كالمريض والحبس لا يجب عليه ذلك؛ لأن العبرة للغالب والظاهر ^(٥) فإذا كان عاجزاً ^(٦) لا يرجى زواله غالباً ألحق بالعجز الدائم حقيقة وإذا كان عاجزاً يرجى زواله [ظاهرًا و] ^(٧) غالباً ألحق بالصحة الدائمة حقيقة حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أن المرأة إن لم تجد محرماً لم تحج عن نفسها إلى الوقت الذي تعجز فلا تقدر على السير فحينئذ تبعث من يحج عنها وقبل ذلك لا يجوز لها لتوهم وجود المحرم فإن بعثت رجلاً فإن دام عدم المحرم إلى وقت الموت فذلك جائز كالمريض إذا أحج عنه فدام [به] ^(٨) المرض.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: المأمور بالحج إذا خرج قبل أيام الحج ينبغي أن ينفق من ذلك المال إلى بغداد أو إلى كوفة أو إلى المدينة أو إلى مكة فيقيم

(١) في د: حالة القدرة.

(٢) زاد في د: فإنه يجوز فرضها عند العجز قاعداً ويجوز نفلها عند القدرة.

(٣) سقط في: ب.

(٤) سقط في: د.

(٥) زاد في د: في الأحكام.

(٦) في د: عاجزاً.

(٧) سقط في: د.

(٨) سقط في: د.

بها وينفق من مال نفسه حتى يجيء أوان الحج ثم يرتحل وينفق من مال الميت حتى يتحقق التسبب^(١) وهو الإنفاق في الطريق من مال الميت فإن أنفق في إقامته من مال الميت فهو ضامن؛ لأنه أنفق من غير إذن الميت وإذا أقام المأمور في موضع خمسة عشر يوماً ينفق من مال نفسه؛ لأنه ليس بمسافر وينفق [المأمور]^(٢) من مال الميت ذاهباً وجائياً إلى بلد الميت^(٣) ويرد بقية النفقة إلى الوصي وهذا إذا لم يوسع الميت عليه.

أما إذا وسع بأن جعل الباقي صلة له بعد رجوعه لا بأس بذلك هكذا ذكر المسألة في الجامع الصغير.

وفي الأصل: إذا كان الميت قال: فما يبقى^(٤) من النفقة فهو للمأمور أن هذا على وجهين إن لم يعين الميت رجلاً ليحج عنه كانت الوصية بالباقي باطلة والحيل في ذلك بأن يقول الموصي للموصي: أعط^(٥) ما بقي من النفقة من شئت وإن عين الموصي رجلاً ليحج عنه كانت الوصية بالباقي جائزة وإذا استأجر المأمور بالحج خادماً لخدمته ينظر إن كان مثله يخدم نفسه فهو في مال نفسه؛ لأنه لا يكون مأذوناً فيها وإن كان مثله لا يخدم نفسه فهو في مال الميت؛ لأنه يكون مأذوناً فيه، ومن يحج عن غيره هل له أن يدخل الحمام ويعطي أجر الحارس وغير ذلك^(٦)؟.

المختار له أن يفعل ما يفعله الحاج؛ لأن ذلك^(٧) معروف والمعروف كالمنصوص والمأمور بالحج لا بأس^(٨) [به بالعهد]^(٩) في الطريق وتفسير ذلك أن يخلط الدراهم المنفقة مع [دراهم]^(١٠) الرفقة سواء كان الميت أمره بذلك أو لم يأمره للعرف

(١) في د: التسبب.

(٢) سقط في: د.

(٣) زاد في د: لأنه مسافر.

(٤) في د: بقي.

(٥) في ب: يعطي.

(٦) زاد في د: من النفقة.

(٧) في أ: ذا.

(٨) في ب: يأمن.

(٩) في ب: به بالنهد، وفي د: له بالنهد. وفي المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٨٦/٢):

له بالثمر.

(١٠) سقط في أ.

والمأمور بالحج إذا حج ماشيًا فالحج [يقع]^(١) عن نفسه وهو ضامن للنفقة؛ لأن الحج المعروف أن يحج راجبًا؛ لأن المعروف بالحج بالزاد والراحلة فانصرفت الوصية إليه.

وفي واقعات الناطفي: المأمور بالحج إذا أخذ طريقًا إلى مكة أبعد أو^(٢) أكثر نفقة^(٣) فإن كان [الحاج يسلكه]^(٤) فله ذلك كبغدادي^(٥) ترك طريق الكوفة واتخذ طريق البصرة حتى لو أخذ منه النفقة لا يضمن؛ لأنه ربما يكون الذهاب في هذا الطريق أيسر وإن بدأ بالحج عن الميت ثم بالعمرة لنفسه لا يضمن النفقة للميت وما دام مشغولاً [للميت فنفته] عليه^(٦)؛ لأنه^(٧) عامل لنفسه فإذا فرغ منها فنفته في مال الميت وإن بدأ بالعمرة لنفسه ثم بالحج عن الميت قالوا: يضمن جميع النفقة؛ لأنه خالف أمره.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل أمر رجلاً بأن يحج عن الميت في هذه السنة وأعطاه النفقة فأخر الحج عن وقتها حتى مضت السنة وحج من قابل جاز عن الميت فلا يضمن النفقة؛ لأن ذكر السنة للاستعجال لا لتقييد الأمر وصار هذا كما ذكر في كتاب الوكالة في رجل وكل رجلاً يعتق عبده أو يبيعه غداً فأعتقه^(٨) بعد غد جاز.

ولو أحج رجل رجلاً فقطع عليه في بعض الطريق وقد أنفق من مال الميت فمضى على وجهه إن مضى على وجهه وأنفق من مال نفسه فالحج لا يسقط عن الميت وهو متطوع؛ لأن الشرع أقام السبب^(٩) مقام الحج وذا بالإنفاق في كل الطريق من مال الميت وإن لم يحج وقد بقي في يده من ذلك شيء ينفق من ذلك على نفسه في

(١) سقط في: د.

(٢) في د: الطريق و.

(٣) في د: النفقة.

(٤) في د: الطريق يسلكه الناس.

(٥) في د: كالبغدادي إذا.

(٦) في د: بالعمرة فنفته على نفسه.

(٧) في ب: على أنه.

(٨) زاد في د: أوباعه.

(٩) في ب: التسبب، وفي د: التسبب.

رجوعه ولو أن رجلاً دفع إليه دراهم ليحج عن الميت فرجع عن الطريق وقال: منعت، وقد أنفق من مال الميت لم يصدق وهو ضامن جميع النفقة إلا أن يكون أمرًا ظاهرًا يدل على صدق مقالته؛ لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق إلا إذا كان أمرًا ظاهرًا.

وفي واقعات الناطفي: المأمور بالحج إذا قال: حججت عن الميت وأنكر الورثة والوصي فالقول قوله بيمينه^(١)؛ لأنهم أرادوا الرجوع عليه^(٢) وهو ينكر فالقول قوله^(٣) إلا أن [الميت لو كان له على آخر دين]^(٤) فقال له: حج عني بهذا المال فحج عنه بعد موته فعليه البينة أنه قد حج له؛ لأنه يدعي الخروج عن عهدة ما عليه والورثة ينكرون.

وفي العيون: الحاج عن الميت إذا مات بعد الوقوف بعرفة أجزأ عن الميت؛ لأن^(٥) الحج عرفة بالنص وإن لم يمته ورجع قبل طواف الزيارة فهو حرام على النساء فيرجع بغير إحرام بنفقته ويقضي ما بقي؛ لأن هذا من جنايته.

المأمور بالحج إذا أقام بمكة بعد أداء الحج [إن كان]^(٦) إقامة معتادة فالنفقة في مال الأمر وإن كانت غير معتادة فالنفقة في مال المأمور والمعتبر في زماننا [أن يقيم]^(٧) إلى وقت خروج الناس إذ لا يمكنه أن يسبقهم في الخروج ولو عزم [أن يقيم]^(٨) بمكة زيادة على قدر المعتاد ثم عزم على الخروج عادت نفقته في مال الأمر إلا أن يكون قد اتخذ مكة دارًا فلا تعود النفقة بعد ذلك [في مال الأمر]^(٩) فكذلك^(١٠) إن اتخذ موضعًا آخر وطنًا له ثم بدا له^(١١) الانصراف لم يكن له أن ينفق

(١) في ب، د: مع يمينه.

(٢) زاد في د: بالنفقة.

(٣) في د: قول المنكر.

(٤) في د: يكون للميت دين آخر.

(٥) في د: أن.

(٦) في د: فإن كانت إقامته.

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) سقط في د.

(١٠) في د: فكذا.

(١١) زاد في د: في.

من مال الأمر .

وفي المنتقى: الحاج عن الميت إذا قضى المناسك كلها وأقام بمكة إن أقام خمسة عشر يومًا فصاعدًا ينقطع حكم ذلك السفر وتكون النفقة في الانصراف في مال نفسه وإن كان أقل من ذلك فنفته في الانصراف في مال الميت وكذلك إن خرج من مكة بعدما فرغ عن الحج عن الميت إلى مسيرة ثلاثة أيام في حاجة له ثم عاد إليها فنفته في الانصراف في مال نفسه .



ومما يتصل بهذا الفصل ما ذكر في الجامع الصغير:
رجل توجه يريد حجة الإسلام فأغمي عليه فأهل عنه أصحابه أجزاءه ويصير
المغمى عليه محرماً حتى لو وقفوا به وطافوا به أجزاءه وسقطت عنه حجة الإسلام
وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال^(١): لا يجزئه واختلفت عبارة المشايخ في تخريج [هذه]^(٢) المسألة .
قال بعضهم: لا خلاف بين أصحابنا - رحمهم الله - أن الإحرام^(٣) يتأدى بالنائب
حتى [أن]^(٤) من أمر أهل رفقته أن يحرموا عنه متى عجز عن الإحرام بنفسه فأغمي
عليه وأحرم عنه واحد من أهل رفقته يجوز ويصير المغمى عليه محرماً وإنما وقع
الخلافاً في هذه المسألة لاختلافهم في أنه هل وجدت الإنابة في المغمى عليه في

(١) في د: وقال أبو يوسف ومحمد .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) الإحرام لغة: مصدر «أحرم»، وأحرم: دخل في الحرم، أو: في حرمة لا تُهتَك، أو: في
الشهر الحرام، وأحرم الحاج أو المعتمر: دخل في عمل حُرْم عليه به ما كان حلالاً .
والأصل فيه: المنع؛ ويقال: أحرمت الشيء، بمعنى: حرَّمته .

والمحرم: المسالم، ومنه حديث: «الصلاة تحريمها التكبير»، كأن المصلي بالتكبير
والدخول في الصلاة صار ممنوعاً من الكلام والأفعال الخارجة عن كلام الصلاة وأفعالها .
والإحرام اصطلاحاً: عرفه فقهاء الحنفية بالنسبة للحج بأنه تحريم المباحات على النفس
لأداء هذه العبادة التي هي الحج والعمرة، وقال صاحب فتح القدير: حقيقته الدخول في
الحرمة، والمراد: الدخول في حرمت مخصوصة، أي: التزامها، غير أنه لا يتحقق
ثبوته شرعاً إلا بالنية مع الذكر .

وعند المالكية: نية أحد النسكَيْن الحج أو العمرة، أو هما معاً، والعبارة بالقصد لا
باللفظ، والأولى ترك اللفظ، ولا يضر مخالفة اللفظ لما نواه، ولا يضر رفض أحد
النسكين، بل هو باق على إحرامه وإن رفضه، أي: ألغاه .
وعند الشافعية: هو الدخول في حج أو عمرة، أو فيهما، أو فيما يصلح لهما أو
لأحدهما، ويطلق - أيضاً - على نية الدخول في النسك .

وعند الحنابلة: نية النسك، أي: الدخول فيه، لا نيته ليحج أو يعتمر، سمي الدخول في
النسك إحراماً؛ لأن المحرم بإحرامه حرم على نفسه أشياء كانت مباحة له من النكاح والطيب
وغيرهما .

ينظر: لسان العرب، مادة (حرم) (١٤٥/٢)، وترتيب القاموس المحيط، مادة (حرم)
(١٦٩/١)، فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية (١٣٤/٢)، بلغة السالك،
للدردير (٢٥٠/١)، نهاية المحتاج (٢٥٦/٣)، كشاف القناع (٥٦٤/١) .

(٤) سقط في د .

الإحرام عنه، أما سائر المناسك هل تتأدى بأهل رفقته؟
 فمن المشايخ من قال: تتأدى إلا أن الأولى أن يطوفوا به ويقفوا به ليكون أقرب
 إلى أدائه لو كان مفيقاً وإليه مال - شمس الأئمة - السرخسي - رحمه الله - .
 وعلى هذا القول لا يقع الفرق بين سائر المناسك وبين الإحرام ومنهم من فرق
 بين الإحرام وبين سائر المناسك ومن المشايخ من قال: [لا خلاف]^(١) بين العلماء
 إن عقد الرفقة [استعانة من]^(٢) كل واحد [منهم]^(٣) بأصحابه^(٤) فيما يعجز في الفعل
 بنفسه والخلاف في هذه المسألة بناء على اختلافهم^(٥) في أن الإحرام هل يتأدى
 بالنايب .

على قول أبي حنيفة يتأدى .

وعلى قولهما: لا يتأدى وهذا القائل يقول: لا رواية عنهما [فيما إذا]^(٦) أمر
 أصحابه بالإحرام عنه صريحاً وإنما الرواية في بدنة بين سبعة نفر قلدها واحد منهم
 بأمر أصحابه صار أصحابه محرمين والرواية عنهم^(٧) في [يوم]^(٨) التقليد^(٩) لا تكون
 رواية في التلبية .

وأما إذا أحرم عنه من ليس [من رفقته]^(١٠) لا شك أن على قولهما لا يجوز .
 وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : فقد اختلف المشايخ بعضهم قالوا:
 يجوز .

وفي المنتقى: عيسى بن أبان عن محمد - رحمه الله - رجل أحرم [بالحج]^(١١)

(١) في ب: الاختلاف .

(٢) سقط في د .

(٣) سقط في د .

(٤) زاد في د: عقد استعانة .

(٥) في د: اختلافهما .

(٦) في د: فإذا .

(٧) في ب: عنهما .

(٨) سقط في د .

(٩) زاد في د: والرواية في التقليد .

(١٠) في د: في رفقة .

(١١) سقط في أ، ب .

وهو صحيح ثم أصابه عتّة^(١) ففضى به أصحابه المناسك ووقفوا به فلبث كذلك سنين ثم أفاق أجزاءه ذلك عن حجة الإسلام قال: وكذلك الرجل إذا قدم مكة وهو صحيح أو مريض إلا أنه يعقل أغمي عليه بعد ذلك فحمله أصحابه وهو مغمي عليه فطافوا به فلما قضاوا الطواف [كله]^(٢) أو بعضه أفاق وقد أغمي عليه ساعة من نهار ولم يتم ذلك يوماً أجزاءه ذلك عن طوافه.

وفيه أيضًا: لو أن مريضًا لا يستطيع الطواف إلا محمولاً وهو يعقل نام من غير غشية فحمله أصحابه وهو نائم فطافوا به وأمرهم^(٣) أن يحملوه ويطوفوا^(٤) به فلم يفعلوا حتى نام ثم احتملوه وهو نائم فطافوا به و^(٥) حملوه حين أمرهم بحمله وهو مستيقظ ودخلوا به الطواف حتى نام على رؤوسهم فطافوا به على تلك الحالة ثم استيقظ.

روى^(٦) ابن سماعة عن محمد [أنهم]^(٧) إذا طافوا به من غير أن يأمرهم لا يجزئه ولو أمرهم ثم نام بعد ذلك وطاقوا به أجزاءه وكذلك إن دخلوا^(٨) به الطواف أو^(٩) وجهوا به نحوه^(١٠) فنام فطافوا به أجزاءه ولو قال لبعض [من]^(١١) عبده: استأجر لي من يحملني ويطوف بي ثم غلبته عيناه^(١٢) ونام فلم يمض الذي أمره بذلك من فوره بل تشاغل [عنه]^(١٣) بغيره طويلاً ثم استأجر قوماً فحملوه وأتوه وهو نائم فطافوا به قال: أستحسن إذا كان في فوره ذلك أنه يجوز فأما إذا طال ذلك ونام فأتوه واحتملوه

-
- (١) في د: عنه.
 - (٢) سقط في أ، ب.
 - (٣) في د: أو أمره.
 - (٤) في د، ب: وطوفوا.
 - (٥) في د: أو.
 - (٦) زاد في م: عن.
 - (٧) في ب: أنه، وسقط في د.
 - (٨) في أ، ب: جعلوا.
 - (٩) في د: و.
 - (١٠) في ب: نحوه.
 - (١١) سقط في أ، د.
 - (١٢) في د: غشية.
 - (١٣) سقط في ب، د.

وهو نائم لا يجزئه عن الطواف ولكن الأجر لازم بالأمر قال: القياس في هذه الجملة ألا يجزئه حتى يدخل الطواف وهو مستيقظ ينوي الدخول فيه لكننا نستحسن إذا حضر^(١) بذلك فنام وقد أمر أن^(٢) يحمل فيطاف به^(٣) أن يجزئه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: والصبي الذي يحج به أبوه [و]^(٤) يقضي المناسك ويرمي الجمار وأنه على وجهين:
الأول: إذا^(٥) كان صبيا لا يعقل الأداء بنفسه.

وفي هذا الوجه: إذا أحرم عنه أبوه جاز وإن [كان]^(٦) يعقل الأداء بنفسه ويقضي المناسك كلها يفعل [مثل]^(٧) ما يفعله البالغ ولو ترك هذا الصبي بعض أعمال الحج نحو الرمي وما أشبهه لم يكن عليه شيء.

قال في الأصل^(٨): وكل جواب عرفته في الصبي^(٩) يحرم عنه الأب فهو الجواب في المجنون، ثم الأب إذا أحرم عن ابنه الصغير وارتكب محظورات^(١٠) [الإحرام]^(١١) لم يلزمه بسبب إحرام الصبي^(١٢) شيء.



-
- (١) في ب: أحضر.
 - (٢) في ب، د: بأن.
 - (٣) في د: له.
 - (٤) سقط في د.
 - (٥) في د: أما إن.
 - (٦) سقط في د.
 - (٧) سقط في د.
 - (٨) زاد في د: أيضا.
 - (٩) زاد في د: الذي.
 - (١٠) في ب: بعض محظورات.
 - (١١) سقط في د.
 - (١٢) في ب: الصغير.

الفصل الثالث

في وقت الحج والعمرة

يجب أن يعلم أن الميقاتين ميقاتان:

ميقات مكان، وميقات زمان، فميقات المكان المواقيت^(١) الخمسة التي وقتها النبي ﷺ لأهل الآفاق؛ «كذات عرق»^(٢)؛ لأهل العراق، وذو الحليفة^(٣)؛ لأهل المدينة، وجحفة^(٤)؛ لأهل الشام، وقرن^(٥)؛ لأهل نجد، ويللم^(٦)؛ لأهل اليمن^(٧).

وميقات زمان^(٨)، [لقوله تعالى]^(٩): ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَةٌ﴾^(١٠). وأشهر

(١) في د: كالمواقيت.

(٢) ذات عرق: مُهَلُّ أهل العراق، وهو الحد بين تهامة ونجد: وقيل: عرق: جبل بطريق مكة، ومنه ذات عرق.

ينظر: مراصد الاطلاع (٩٣٢/٢).

(٣) ذو الحليفة: قرية بينها وبين المدينة ستة أميال أو سبعة، منها ميقات أهل المدينة، وهي من مياه بني جشم. وذو الحليفة: موضع من تهامة بين «حاذة» و«ذات عرق». ينظر: مراصد الاطلاع (٤٢٠/١).

(٤) الجُحْفَةُ بالضم ثم السكون، والفاء: كانت قرية كبيرة ذات منبر على طريق مكة على أربع مراحل، وهي ميقات أهل مصر والشام إن لم يمرؤا على المدينة. وكان اسمها مهيعة، وسميت الجحفة؛ لأن السبل جَحَفَهَا. ينظر: مراصد الاطلاع (٣١٥/١).

(٥) قَرْنٌ بالفتح ثم السكون قيل: هو سبعة أودية باليمن. وقيل: جبل مطلق بعرفات، وقَرْنُ المنازل وهو قَرْنُ الثعالب: ميقات أهل نجد تلقاء مكة على يوم وليلة. ويقال: قَرْنٌ بالتحريك؛ قاله الجوهري.

ينظر: مراصد الاطلاع (١٠٨٢/٣).

(٦) يَلْمَلَمٌ ويقال: أَلْمَلَمُ: موضع على ليلتين من مكة وهو ميقات أهل اليمن وفيه مسجد لمعاذ ابن جبل. وقيل: هو جبل من الطائف على ليلتين أو ثلاث. وقيل: واد هناك. ينظر: مراصد الاطلاع (١٤٨٢/٣).

(٧) أخرجه البخاري (٣٨٨ ٣٨٧/٤) كتاب الحج: باب مهل أهل الشام (١٥٢٦) ومسلم (٢/٨٣٨) كتاب الحج: باب مواقيت الحج والعمرة حديث (١١٨١/١١)

(٨) ذكر الله تعالى للحج زمانا لا يؤدي في غيره، في قوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَةٌ﴾. قال عبد الله بن عمر وجماهير الصحابة والتابعين ومن بعدهم: هي شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة.

وقوع الخلاف في نهار يوم النحر، فقال الحنفية والحنابلة: هو من أشهر الحج. وقال

الحج شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة .

قال في جوامع أبي يوسف - رحمه الله - : عشر ذي الحجة هي عشر ليال وتسعة أيام .

قال ابن شجاع في مناسكه : لأن^(١) من أدرك اليوم^(٢) العاشر [فقد فاتته الحج، ومن أدرك ليلة العاشر]^(٣) لا يفوته الحج فهذا يدل^(٤) على أن اليوم العاشر ليس من أشهر الحج وليلته^(٥) من أشهر الحج .

وقال الفقيه أبو عبد الله الجرجاني : [اليوم]^(٦) العاشر من أشهر الحج . وفي أحكام القرآن لأبي بكر الرازي : أن يوم النحر من أشهر الحج يدل^(٧) أنه أول وقت لإدراك ركن من أركان الحج وهو طواف الزيارة ويمتنع أن يوضع [للعبادة لأداء ركن من أركانها]^(٨) وقت [غير وقت]^(٩) تلك العبادة؛ كالصلاة^(١٠) .

= الشافعية : آخر أشهر الحج ليلة النحر، وليس نهار يوم النحر منها .
ووسع المالكية فقالوا : آخر أشهر الحج نهاية شهر ذي الحجة .
وامتداد الوقت بعد ليلة النحر إلى آخر ذي الحجة عند المالكية إنما هو بالنظر إلى جواز التحلل من الإحرام وكراهة العمرة فقط .
فلو فعل شيئاً من أعمال الحج خارج وقت الحج لا يجزئه، فلو صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز، وكذا السعي بين الصفا والمروة عقب طواف القدوم لا يقع عن سعي الحج إلا فيها .
نعم أجاز الحنفية والمالكية والحنابلة الإحرام بالحج قبلها مع الكراهة عندهم .
ولا يصح الإحرام بالحج قبل وقته عند الشافعية، فلو أحرم به في غير وقته انعقد عمرة على الصحيح عندهم .

ينظر : المسلك المتقسط، ص (٤١)، وشرح الزرقاني على مختصر خليل (٢/٢٤٩)، شرح الغزي بحاشية الباجوري (١/٥٣٧)، المغني، لابن قدامة (٣/٢٩٥) .

(٩) زاد في د: ما بين الله تعالى في قوله .

(١٠) سورة البقرة آية : ١٩٧ .

(١) في د: بدليل أن .

(٢) في ب، د: يوم .

(٣) سقط في أ، ب .

(٤) في د: يدل .

(٥) في د: وليله .

(٦) سقط في أ، ب .

(٧) زاد في د: على .

(٨) في د: لأداء ركن من أركان العبادة .

(٩) سقط في د .

وفائدة قولنا: أن يوم النحر من أشهر الحج أنه إذا قدم يوم النحر لمكة^(١) فطاف طواف القدوم^(٢) وسعى بين الصفا والمروة وبقي على إحرامه إلى قابل فطاف يوم النحر^(٣) طواف الزيارة، فالسعي الذي يوجد في طواف القدوم يقع عن طواف الزيارة، ولو أنه قدم مكة بعد يوم النحر وطاف للقدوم وسعى بين الصفا والمروة وبقي على إحرامه إلى قابل فطاف يوم النحر، عليه أن يسعى بين الصفا والمروة والسعي الذي وجد في طواف القدوم لا يقع عن سعي طواف الزيارة.

وفائدة أخرى: أنه لا يكره الإحرام بالحج يوم النحر ويكره الإحرام بالحج قبل أشهر الحج الذي ليس بوقت للحج^(٤).

وقد اختلف المتأخرون في المعنى الذي لأجله تعلق^(٥) به الكراهة، وكان محمد ابن شجاع يقول: يكره؛ لأنه أحرم قبل أشهر الحج، وكان الفقيه أبو عبد الله - رحمه الله - يقول: يكره؛ لأنه لا يأمن^(٦) موقعة المحظور من لبس المخيط لحره وبرده وحلق [شعر]^(٧) رأسه لتأذيته بهوام رأسه، فإذا أمن ذلك لا يكره.

وفائدة أخرى: أنه لو أحرم بالعمرة في يوم النحر وأتى بأفعالها وبقي على إحرامه، ثم أحرم بالحج في يومه ذلك وبقي على إحرامه إلى قابل وأتى بأفعال الحج

(١٠) في د: كتحريم الصلاة.

(١) في د: مكة.

(٢) يسمى طواف القدام، وطواف الورد، وطواف التحية؛ لأنه شرع للقادم والوارد من غير مكة لتحية البيت، ويسمى أيضا طواف اللقاء، وأول عهد بالبيت، وطواف القدوم سنة للأفاقي القادم إلى مكة عند الحنفية والشافعية والحنابلة تحية للبيت العتيق، لذلك يستحب البدء به دون تأخير.

وسوى الشافعية بين داخلي مكة، المحرم منهم وغير المحرم في سنية طواف القدوم، بناء على مذهبهم في جواز دخول الحرم بغير إحرام لمن قصده لحاجة غير النسك. ولم يجز غيرهم دخول الحرم إلا بنسك: يحرم حجا أو عمرة، لذلك كان طواف القدوم عندهم من مناسك الحج خاصة؛ لأن المعتمر يبدأ بطواف العمرة. وذهب المالكية إلى أن طواف القدوم واجب، من تركه يجب عليه الدم.

(٣) زاد في د: من قابل.

(٤) في د: الحج.

(٥) في د: تعلقت.

(٦) زاد في ب: من.

(٧) سقط في ب.

في هذه السنة، يكون متمتعا لوقوع إحرام الحج^(١).
 وفائدة أخرى: أنه لو اشتبه عليهم^(٢) يوم عرفة فوقفوا بها فإذا هو يوم النحر جاز
 وبمثله لو كان يوم حادي^(٣) عشر لم يجز، [نص محمد - رحمه الله - في كتاب الحج
 أن العمرة^(٤) تطوع وليست بواجبة هذا مذهبنا^(٥) ومن العلماء من قال بأنها واجبة

- (١) زاد في د: في أشهر الحج.
 (٢) في ب: عليهم.
 (٣) في د: الحادي.
 (٤) العُمرة في اللغة: اسم من الاعتماد. وأصلها القصد إلى مكان عامر، ثم غلبت على الزيارة.
 وعرفها ابن عرفة بأنها: عبادة يلزمها طواف وسعي في إحرام جمع فيه بين حل وحرم.
 ينظر: المغرب، مادة (ع م ر)، ص (٣٢٨)، ومختار الصحاح، مادة (ع م ر)،
 ص (١٩٠)، شرح حدود ابن عرفة، لمحمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية،
 ط (١)، ١٣٥٠هـ، ص (١٠٦)، الرسالة مع الفواكه الدواني (١/٣٧٤)، والقوانين
 الفقهية، ص (٩٥)، والشرح الكبير (٢/٢).
 (٥) ذهب المالكية وأكثر الحنفية إلى أن العمرة سنة مؤكدة في العمر مرة واحدة وذهب بعض
 الحنفية إلى أنها واجبة في العمر مرة واحدة على اصطلاح الحنفية في الواجب.
 والأظهر عند الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة أن العمرة فرض في العمر مرة واحدة،
 ونص أحمد على أن العمرة لا تجب على المكي؛ لأن أركان العمرة معظمها الطواف بالبيت
 وهم يفعلونه فأجزأ عنهم.
 استدل الحنفية والمالكية على سنية العمرة بأدلة منها: حديث جابر بن عبد الله رضي الله
 عنهما قال: سئل رسول الله ﷺ عن العمرة أواجبة هي؟ قال: لا، وأن تعتمروا هو أفضل
 [أخرجه الترمذي (٣/٢٦١)، والبيهقي (٤/٣٤٩) وصوب البيهقي وقفه]، وبحديث طلحة
 ابن عبيد الله رضي الله عنه: الحج جهاد والعمرة تطوع. [أخرجه ابن ماجه (٢/٩٩٥)
 وضعف إسناده ابن حجر في التلخيص (٢/٢٢٧)].
 واستدل الشافعية والحنابلة على فرضية العمرة بقوله تعالى: ﴿وَأَيُّمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾،
 أي: افعلوهما تامين، فيكون النص أمرا بهما فيدل على فرضية الحج والعمرة.
 وبحديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: قلت: يا رسول الله هل على النساء جهاد؟
 قال: نعم، عليهن جهاد لا قتال فيه: الحج والعمرة [أخرجه ابن ماجه (٢/١٩٦٨)]، وقال
 ابن حجر في التلخيص (٢/٩١) أصله في صحيح البخاري وهو في صحيح البخاري (فتح
 الباري ٣/٣٨١).
 ينظر: الهداية وفتح القدير (٢/٣٠٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٢٦)، وحاشية الدسوقي
 (٢/٢)، المنهاج، للنووي وشرحه للمحلي بحاشيتي القليوبي وعميرة (٢/٩٢)،
 والمغني، لابن قدامة (٣/٢٢٣، ٢٢٤)، والفروع، لابن مفلح (٣/٢٠٣)، وكشاف
 القناع (٢/٣٧٦).

بظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعَمْرَةَ﴾^(١) الآية.
قالوا: ولا يوجد في كتب أصحابنا رواية أن العمرة تطوع إلا في كتاب
الحجر^(٢).

* * *

(١) سورة البقرة آية: ١٩٦ .
(٢) سقط في د.

الفصل الرابع

في الطواف^(١) والسعي^(٢)

إذا قدم مكة ودخل الحرم يبدأ بالحجر الأسود ويستلمه^(٣) إذا أمكنه ذلك من غير

(١) الطواف لغة: الدوران حول الشيء، يقال: طاف حول الكعبة وبها يطوف طوفاً وطوفاناً بفتحتين، والمطاف: موضع الطواف.

وتطوف وطوف: بمعنى طاف، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ إِنَّهُ أَنْ يَطُوفَ بِهِمَا﴾ أصله يتطوف، قلبت التاء طاء ثم أدغمت.

وفي الاصطلاح: الطواف: هو الدوران حول البيت الحرام. يتنوع الطواف بحسب سبب مشروعيته إلى سبعة أنواع، وهي: طواف القدوم، طواف الزيارة، طواف الوداع، طواف العمرة، طواف النذر، طواف تحية المسجد الحرام، طواف التطوع. كذا عددها الحنفية والمالكية والحنابلة. وعددها الشافعية ستة: طواف القدوم، طواف الوداع، طواف ما يتحلل به في الفوات، طواف النذر، طواف التطوع.

وقولهم «طواف الركن»: يشمل طواف ركن الحج وركن العمرة، وقولهم: «طواف التطوع» يشمل تحية المسجد، أي المسجد الحرام، لاعتبار أن تحية المسجد بالصلاة تنوب عن الطواف.

واختص مذهب الشافعية بطواف ما يتحلل به في الفوات، فإنه يدخل في العمرة عند الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لأن من فاته الحج يتحلل بعمرة عندهم، ويتحلل بطواف وسعي وحلق عند الشافعية، حتى لو سعى بعد طواف القدوم سقط عنه السعي، ولا ينقلب عمله هذا إلى عمرة عند الشافعية.

ينظر: القاموس المحيط، وتاج العروس، ومختار الصحاح، مادة (طوف)، وينظر: الهداية بشرحها فتح القدير (٣٠٣/٢)، ولباب المناسك للسندي وشرحه للقاري «المسلك المتقسط شرح المنسك المتوسط»، ص (٩٦، ٩٧)، ومواهب الجليل (٢/٢٠٠، ٢٠١)، وحاشية الدسوقي (٣٠/٢) وما بعدها، ونهاية المحتاج (٢/٤٠٥، ٤٨٠)، ومغني المحتاج (١/٤٨٥، ٥٣٧)، والمغني، لابن قدامة (٣/٥٢٧، ٥٢٨).

(٢) السعي لغة: من سعى يسعى سعياً؛ أي: قصد أو عمل أو مشى أو عدا، ويستعمل كثيراً في المشي.

ووردت المادة في القرآن بما يفيد معنى الجهد في المشي، كقوله تعالى في صلاة الجمعة: ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ وقال تعالى: ﴿وَجَاءَ مِنْ أَصْحَابِ الْمَدِينَةِ رَجُلٌ يَسْعَى قَالَ يَا قَوْمِ اتَّبِعُوا الْمُرْسَلِينَ﴾ [سورة يس: ٢٠].

والسعي في الاصطلاح: قطع المسافة الكائنة بين الصفا والمروة سبع مرات ذهاباً وإياباً بعد طواف في نسك حج أو عمرة.

ينظر: القاموس المحيط، مادة (سعى).

(٣) اتفق الفقهاء على أنه يسن استلام الحجر الأسود والركن اليماني باليد في أول الطواف، روى =

إيذاء أحد^(١).

وتفسير الاستلام: أن يضع كفيه على الحجر ويقبله وإن لم يقدر على الاستلام من غير إيذاء أحد لا يستلمه ولا يقبله بل يستقبله ويشير بباطن كفيه ويكبر ويهلل وإن أمكنه الاستلام من غير إيذاء أحد ولكن لم يمكنه التقبيل من غير ذلك لا يقبله بل يستلمه ويقبل يديه ثم يأخذ من يمينه على باب الكعبة ويطوف بالبيت سبعة أشواط كل شوط من الحجر إلى الحجر ويرمل في هذا الطواف في الثلاثة الأول ويمشي

= ابن عمر أن رسول الله ﷺ كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني. [أخرجه مسلم من حديث عبد الله بن عمر (صحيح مسلم ٢/٩٢٤)]. وقال ابن عمر: ما تركت استلام هذين الركنين: اليماني والحجر منذ رأيت رسول الله ﷺ يستلمهما في شدة ولا رخاء. [أخرجه مسلم ٢/٩٢٤].

ولأن الركن اليماني مبني على قواعد إبراهيم عليه السلام، فسن استلامه، كاستلام الركن الذي فيه الحجر. والاستلام في كل طوفة كالمرّة الأولى عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وقال المالكية بالاستحباب.

والاستلام بالفم كالاستلام باليد بالنسبة للحجر، إلا أن المالكية قالوا: إن الاستلام باليد يكون بعد العجز عن الاستلام بالفم. وفي استلام اليماني بالفم خلاف بين الفقهاء يذكر في أحكام الطواف.

وعند العجز عن الاستلام باليد يستلم الإنسان بشيء في يده. فإن لم يمكنه استلامه أصلاً أشار إليه وكبر لحديث ابن عباس قال: طاف النبي ﷺ على بعير كلما أتى الركن أشار إليه وكبر. [أخرجه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظه: «طاف النبي ﷺ بالبيت على بعير كلما أتى على الركن أشار بشيء في يده وكبر». فتح الباري ٣/٤٧٦].

وبعد الانتهاء من ركعتي الطواف يسن كذلك العود لاستلام الحجر الأسود. وهذا كله بالنسبة للرجل، ويختلف الحال بالنسبة للمرأة في بعض الأحوال.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٣/١٦٦، ١٦٩)، والعدوي على الكفاية (١/٤٠٤، ٤٠٥)، والمهذب (١/٢٢٩)، ومغني المحتاج (١/٤٨٧)، والمغني، لابن قدامة (٣/٣٧٩، ٣٨٠-٣٨١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٥٠)، وشرح الروض (١/٤٨٠)، (٤٨١).

(١) قال في الهداية مع العناية (٢/٤٥٥): قال ويستلم الحجر كلما مر به إن استطاع؛ لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة، فكما يفتح كل ركعة بالتكبير يفتح كل شوط باستلام الحجر. وإن لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا (ويستلم الركن اليماني) وهو حسن في ظاهر الرواية، وعن محمد رحمه الله أنه سنة، ولا يستلم غيرهما فإن النبي عليه الصلاة والسلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام، يعني استلام الحجر.

على هيئته في الأربعة [الباقية]^(١) ويكون الرمل^(٢) من الحجر إلى الحجر ويكون الطواف من وراء الحطيم^(٣) ولم يذكر في الأصل استلام الركن اليماني^(٤).

وفي مختصر الكرخي: ويستلم الركن اليماني.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمهما الله -: أن الركن اليماني في الاستلام والتقبيل كالحجر الأسود.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن استلامه حسن وتركه لا يضر^(٥) ولو افتتح [الطواف]^(٦) من غير الحجر الأسود لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في

(١) سقط في أ، ب.

(٢) الرمل - بتحريك الميم-: الهرولة. رمل يرمل رملا ورملانا. كما في القاموس وغيره. وأحسن بيان لمعنى الرمل قول صاحب النهاية: رمل يرمل رملا ورملانا: إذا أسرع في المشي وهز كتفيه.

والرمل سنة من سنن الطواف، يسن في الأشواط الثلاثة الأولى من كل طواف بعده سعي، وعليه جمهور الفقهاء، وسنية الرمل هذه خاصة بالرجال فقط دون النساء. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٢/٢٦٥)، والقاموس المحيط، مادة (رمل)، والمسلك المتقسط للقراري شرح لباب المناسك، للسندي، ص (١٠٨)، ومختصر خليل بشرحه منح الجليل، للشيخ محمد عlish، تصوير، بيروت (١/٤٨٤)، ومغني المحتاج (١/٤٨٧)، والمغني، لابن قدامة (٣/٣٧٤ - ٣٧٦).

(٣) الحطيم: قيل فيه أقوال أحدها أنه ما بين الركن والباب وهو الملتزم وقيل هو جدار الحجر؛ لأن البيت رفع وترك هذا الجدار محطوما والصحيح أن الحطيم الحجر نفسه وهو الذي ذكره البخاري في صحيحه واحتج عليه بحديث الإسراء قال بينا أنا نائم في الحطيم وربما قال في الحجر قال وهو حطيم بمعنى محطوم كقتيل بمعنى مقتول.

ينظر: حاشية ابن القيم على سنن أبي داود (٥/٢٤٧)، النهاية (١/٤٠٣).

(٤) يندب استلام الركن اليماني في الطواف بلا خلاف بين الفقهاء لما روي عن ابن عمر قال: كان رسول الله ﷺ لا يدع أن يستلم الركن اليماني والحجر في كل طواف. [أخرجه أبو داود (٢/٤٤٠، ٤٤١)، والنسائي (٥/٢٣١) واللفظ له، وأصله في البخاري (الفتح ٣/٤٧٣)]. أما تقبيله فقال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية - وهو الصحيح عند الحنابلة: لا يقبله: لكن الشافعية قالوا: يستلمه باليد ويقبل اليد بعد استلامه، وقال المالكية: يلمسه بيده ويضعها على فيه من غير تقبيل.

وقال محمد من الحنفية - وهو قول الخرفي من الحنابلة: يقبله إن تمكن من ذلك.

هذا وذكر الحنفية أن تقبيل عتبة الكعبة أيضا من قبلة الديانة.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/١٦٩)، (٥/٢٤٦)، والتاج والإكليل (٣/

١٠٧)، وحاشية قليوبي (٢/١٠٦)، والمغني، لابن قدامة (٣/٣٧٩، ٣٨٠).

(٥) في د: يضره.

(٦) سقط في أ، ب.

الأصل .

وقد اختلف [فيه] ^(١) المتأخرون بعضهم قالوا: لا يجوز وهكذا ذكر [محمد] ^(٢) في الرقيات وبعضهم قالوا: يجوز .

ثم إذا فرغ من الطواف يأتي مقام إبراهيم - عليه السلام - ويصلي ركعتين وإن لم يقدر على الصلاة في المقام بسبب الزحمة يصلي [حينئذ] ^(٣) حيث تيسر ^(٤) عليه من المسجد .

ولو أخذ عن يساره إلى ^(٥) باب الكعبة وطاف كذلك سبعة أشواط يعتد بطوافه في حكم التحلل عندنا وعليه الإعادة ما دام بمكة ^(٦) وإن رجع إلى أهله قبل الإعادة فعليه [دم] ^(٧) .

وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يعتد بطوافه .

قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : لا يجمع بين أسبوعين لا يصلي بينهما وإن فعل صح ويكره .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يكره .

ثم يسعى بين الصفا والمروة يبدأ بالصفا فيصعد عليها ويستقبل [القبلة] ^(٨) ويحمد الله تعالى ويشني عليه ثم ينزل عنها ويتوجه نحو المروة ويمشي على هيبته حتى يصل إلى بطن الوادي ، فإذا وصل إليه سعي بين الميلين الأخضرين فإذا جاوز بطن الوادي يمشي على هيبته حتى يأتي المروة ويصعد عليها ويحمد الله تعالى ويشني عليه ثم ينزل عنها ويتوجه إلى الصفا يفعل هكذا سبعة أشواط .

ولا خلاف بين أصحابنا - رحمهم الله - أن الذهاب من الصفا إلى المروة شوط محسوب من الأشواط السبعة .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ ، ب .

(٣) سقط في د .

(٤) في أ ، ب : يثير .

(٥) في ب ، د : على .

(٦) في د : يمكنه .

(٧) سقط في أ ، ب .

(٨) سقط في أ ، وفي ب : البيت .

وأما^(١) الرجوع من المروة إلى الصفا هل هو شوط آخر؟ أشار محمد-رحمه الله - في الأصل إلى أنه شوط آخر، وكان الطحاوي لا يعتبره شوطاً آخر والأصح أنه شوط آخر.

ولو سعى منكوساً بأن بدأ بالمروة فمن أصحابنا من يقول يعتد به ولكن يكره، والصحيح أنه لا يعتد بالشوط الأول ولو طاف بالبيت محمولاً أو راكباً، أو سعى بين الصفا والمروة راكباً أو محمولاً إن كان ذلك من عذر يجزئه وإن كان من غير عذر فما دام بمكة يعيد^(٢) وإن رجع إلى أهله [فإنه]^(٣) يريق لذلك دماً عندنا ولو كان هذا الذي حمل هذا الشخص محرماً هل يجزئه ذلك عن طوافه؟.

ذكر القاضي الإمام علاء الدين أن^(٤) عندنا يجزئه، وبعض مشايخنا قالوا: إنما يجزئ الحامل عن طوافه إذا نوى الطواف.

أما إذا لم ينو [الطواف]^(٥) لا^(٦) يجزئه، وبعضهم قالوا: يجزئه وإن لم ينو الطواف إذا لم يرد الحمل.

والحاصل أن على قول هذا القائل نية الطواف ليس بشرط وقت الطواف، إنما الشرط ألا يكون ناوياً شيئاً آخر حتى إن في مسألتنا لو كان قصد الحامل في^(٧) نيته حمل المحمول لا يجزئه عن الطواف وبهذا الطريق لو طاف بالبيت طالبا الغريم لا يجزئه عن الطواف.



(١) في د: وإنما الخلاف أن.

(٢) في أ، د: يعتد.

(٣) سقط في د.

(٤) في ب: المعنى أن.

(٥) سقط في ب.

(٦) في د: فلا.

(٧) في د: و.

الفصل الخامس

في الجمع بين الظهر والعصر، وفي الجمع بين المغرب والعشاء بمزدلفة إذا زالت الشمس من يوم عرفة يصعد الإمام المنبر ويجلس ويؤذن المؤذن، ويخطب الإمام خطبتين يجلس بينهما جلسة خفيفة، فإذا فرغ من الخطبة يقيم المؤذن ويصلي الإمام الظهر بالناس ركعتين إن كان مسافرًا ثم يقوم المؤذن ويقيم [ثانياً]^(١) ويصلي الإمام بهم العصر في وقت الظهر منه^(٢) غير أن يشتغل بالنافلة بين الصلاتين غير سنة الظهر وإن اشتغل بالنافلة بين الصلاتين يعيد الأذان للعصر إلا رواية شاذة عن محمد - رحمه الله - فإن^(٣) لم يدرك الجمع مع الإمام الأكبر فأراد أن يصلي وحده في رحله أو بجماعة بدون الإمام الأكبر صلى كل [صلاة في وقتها]^(٤) عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما: يجمع كما يفعل الإمام الأكبر.

والحاصل [وهو]^(٥) أن عند أبي حنيفة-رحمه الله - شرط جواز الجمع بين صلاة الظهر والعصر في وقت الظهر يوم عرفة إحرام الحج والإمام الأكبر والجماعة .
وعندهما: [الإحرام بالحج]^(٦) لا غير وهذا فصل لا بد من معرفته إن إمام مكة لو أم الحاج في صلاة الظهر والعصر فإن كان مقيماً صلى بهم^(٧) صلاة المقيمين ويصلي العصر في وقت الظهر فالأمر^(٨) عند أبي حنيفة-رحمه الله - شرط جواز الجمع أما القصر ليس بشرط جواز الجمع وإن كان مسافراً صلى^(٩) صلاة المسافرين ويقول لأهل مكة أتموا صلاتكم يا أهل مكة فلا يجوز لإمام مكة أن يقصر الصلاة إذا لم يكن مسافراً ولا للحاج أن يقتدوا [به]^(١٠) إذا كان يقصر الصلاة .

(١) سقط في: د .

(٢) في د: من .

(٣) في د: وإن .

(٤) في د: واحدة منهما في وقته .

(٥) سقط في: د .

(٦) في د: إحرام الحج .

(٧) في أ: فيهم .

(٨) في ب، د: فالإمام .

(٩) في د: يصلي .

(١٠) سقط في: د .

وقال الشيخ الإمام الأجل - شمس الأئمة - الحلواني - رحمه الله -: كان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: العجب من أهل الموقف أنهم يتابعون إمام مكة في قصر الظهر والعصر بعرفات وبينهم وبين مكة فرسخان فأنى يستجابون وأنى يرجى لهم الخير وصلاتهم غير جائزة.

قال شمس الأئمة الحلواني^(١) - رحمه الله -: كنت مع أهل الموقف فاعتزلت وصليت كل صلاة في وقتها كما [هو]^(٢) مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - وأوصيت [بذلك]^(٣) أصحابي وإخواني، والجهال كانوا يقصرون معه وقد سمعنا أن إمام مكة يتكلف بذلك ويخرج مسيرة السفر ثم يأتي عرفات ويقصر بهم لو^(٤) كان هكذا كان القصر جائزا، [ولو كان بخلافه]^(٥) لا يجوز فيجب الاحتياط فيه ثم إذا فرغ من العصر راح إلى الموقف ويقف في أي مكان شاء إلا بطن عرنة^(٦).

والأفضل أن [يقف بقرب الإمام]^(٧) بأي صفة شاء.

والأفضل أن يقف راكبا مستقبل القبلة ويكون الوقوف إلى^(٨) غروب الشمس فإذا غربت الشمس مشى على هيئته حتى يأتي المزدلفة.

وإن خاف الزحام^(٩) فيعجل^(١٠) في الذهاب قبل غروب الشمس فلا بأس به إذا لم يخرج من حدود عرفات قبل غروب الشمس [وإن خرج من حدود عرفات قبل غروب الشمس]^(١١) فعليه^(١٢) دم عندنا، فإن عاد إلى عرفة قبل أن يرجع الإمام سقط

(١) في ب، د: هذا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في د: ولو.

(٥) في د: على خلافه.

(٦) في د: عرفة.

بطن عرنة: وهو واد بين العلمين اللذين على حد عرفة، والعلمين اللذين على حد الحرم، وهو موضع الممر من عرفة، ويقع غربي مسجد نمرة.

ينظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٨/٢)، والتمهيد (٤١٩/٢٤، ٤٢٠).

(٧) في د: يقرب الإمام ويقف.

(٨) زاد في د: وقت.

(٩) في د: الزحاف.

(١٠) أ: فيجعل.

(١١) سقط في أ، ب.

عنه الدم، وإن عاد بعد ما رجع الإمام لا يسقط عنه الدم في رواية الأصل.
 وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه يسقط.
 ولا يصلي المغرب في طريق المزدلفة^(١) ثم إذا أتى المزدلفة ينزل حيث شاء إلا
 في وادي محسر^(٢) ثم يؤذن المؤذن^(٣) ويقيم ويصلي الإمام المغرب بالناس ثم يتبعها
 العشاء ولا يعيد الأذان والإقامة للعشاء بخلاف العصر بعرفات ولا يتطوع بين
 المغرب والعشاء، وإن تطوع بينهما أعاد الإقامة للعشاء، وإن صلى المغرب والعشاء
 وحده جاز بلا خلاف.
 فرق أبو حنيفة - رحمه الله - بين هذا وبين الجمع بعرفات.



(١٢) في أ: وعليه.
 (١) المزدلفة: هي مكان بين بطن محسر والمأزمين. وسميت بمزدلفة منقولاً من الازدلاف وهو الاجتماع، وقيل: الازدلاف الاقتراب؛ لأنها مقربة من الله، المشعر الحرام ومصلى الإمام يصلي فيه العشاء والمغرب والصبح.
 ينظر: تهذيب الأسماء واللغات، للنووي (٣/٣٢٦).
 (٢) محسر: بضم أوله وفتح ثانيه، بعده سين مهملة مشددة مكسورة، ثم راء مهملة، واد بجمع، وهي مزدلفة، وروى أسامة بن زيد، عن عطاء، عن جابر، أن النبي ﷺ قال: «عرفة، كلها موقف، وارتفعوا عن بطن عرنة، وجمع كلها موقف، وارتفعوا عن بطن محسر»، وهذا الحديث عند مالك بلاغ لم يسنده، ومحسر بين موقف المزدلفة مما يلي منى، وهو مسيل، قدر رمية حجر بين المزدلفة ومنى، فإذا انصببت من المزدلفة، فإنما تنصب فيه.
 ينظر: معجم ما استعجم، عبد الله بن عبد العزيز البكري، تحقيق: مصطفى السقا، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط (٣)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م (٤/١١٩٠).
 (٣) في د: الإمام.

الفصل السادس

في بيان الأفضل [في الحج] (١)

يجب أن يعلم بأن القرآن (٢) في حق الآفاقي (٣) أفضل من التمتع (٤)، والإفراد (٥)

- (١) سقط في أ، ب.
- (٢) القرآن عند الحنفية: هو أن يجمع الآفاقي بين الحج والعمرة متصلاً أو منفصلاً قبل أكثر طواف العمرة، ولو من مكة، ويؤدي العمرة في أشهر الحج.
- وعند المالكية: أن يحرم بالحج والعمرة معاً، بنية واحدة، أو نيتين مرتبتين يبدأ فيهما بالعمرة، أو يحرم بالعمرة ويرد الحج عليها قبل طوافها أو بطوافها.
- وعند الشافعية: القرآن أن يحرم بالعمرة والحج جميعاً، أو يحرم بعمرة في أشهر الحج ثم يدخل الحج عليها قبل الطواف.
- ومثل ذلك عند الحنابلة إلا أنهم لم يشترطوا الإحرام في أشهر الحج.
- ينظر: الشرح الكبير (٢٨/٢)، والمنهاج (١٢٧/٢)، والمهذب (١٦٣/٧)، والمغني، لابن قدامة (٢٨٤/٣)، ومطالب أولي النهى (٣٠٧/٢)، لباب المناسك، ص (١٧١)، وشرح اللباب، ص (١٧٢).
- (٣) في أ، د: الآفاق.
- والآفاقي: من يسكن خارج الحرم.
- (٤) التمتع عند الحنفية: هو الترفق بأداء النسكين في أشهر الحج في سنة واحدة، من غير إمام بينهما بأهله وإماماً صحيحاً.
- والإمام الصحيح: هو الذي يكون في حالة تحلله من عمرته، وقبل شروعه في حجته.
- وعند المالكية: التمتع هو أن يحرم بعمرة، ثم يحل منها في أشهر الحج، ثم يحج بعدها. وعند الشافعية: أن يحرم بالعمرة من ميقات بلده ويفرغ منها ثم ينشئ حجاً.
- وعند الحنابلة: أن يحرم بعمرة في أشهر الحج ثم يحرم بالحج من أين شاء بعد فراغه منها.
- ينظر: متن خليل مع الشرح الكبير (٢٩/٢)، ومنهاج الطالبين، للنووي (١٢٧/٢)، ومطالب أولي النهى (٣٠٧/٢)، ولباب المناسك، ص (١٧٩)، وشرح اللباب، ص (١٧٢، ١٧٣).
- (٥) الأفراد في الاصطلاح هو أن يهل بالحج وحده، ويحرم به منفرداً.
- واختلف الفقهاء في الأفراد، والقرآن، والتمتع أيها أفضل وذلك على النحو التالي:
- أ - الأفراد أفضل عند المالكية والشافعية، لكن أفضليته عند الشافعية، وفي قول عند المالكية إن اعتمر في نفس العام بعد أداء الحج، ولذلك يقول الشافعية إن لم يعتمر في نفس العام كان الأفراد مكروهاً.
- واستدل القائلون بأفضلية الأفراد بما صح عن جابر وعائشة وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ أفرد الحج [حديث جابر عند مسلم (٨٨١/٢)]. وحديث عائشة رضي الله عنها أخرجه مسلم بلفظ: أن رسول الله ﷺ أفرد الحج (صحيح مسلم ٨٧٥/٢). وحديث

ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه مسلم (في رواية يحيى) بلفظ: أهللنا مع رسول الله بالحج مفردا. (وفي رواية ابن عون) بلفظ: أن رسول الله ﷺ أهل بالحج مفردا (صحيح مسلم ٢/٩٠٤، ٩٠٥)، ثم بالإجماع على أنه لا كراهة فيه، وأن المفرد لم يربح إحراما من الميقات (بالاستغناء عن الرجوع ثانية للإحرام) ولا ربح استباحة المحظورات.

ب - القول الثاني: أن القرآن أفضل: وذلك عند الحنفية، وفي قول للإمام أحمد أنه إن ساق الهدى فالقران أفضل، وإن لم يسق الهدى فالتمتع أفضل.

واستدل الحنفية على أفضلية القران بقول النبي ﷺ: «يا آل محمد: أهلوا بحجة وعمرة معا». [أخرجه الطحاوي من حديث أم سلمة رضي الله عنها تقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أهلوا يا آل محمد، بعمرة في حجة» وأورده الزيلعي في نصب الراية من غير أن يبين درجته إلا أنه ذكر أحاديث أخرى تؤيد هذا المعنى، منها ما أخرجه مسلم عن يحيى بن أبي إسحاق وعبد العزيز بن صهيب وحميد أنهم سمعوا أنسا رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ أهل بهما جميعا «البيك عمرة وحجا، لبيك عمرة وحجا». (شرح معاني الآثار ٢/١٥٤، وصحيح مسلم ٢/٩١٥، ونصب الراية ٣/٩٩)؛ ولأن في القران جمعا بين العبادتين.

ويلي القران في الأفضلية عند الحنفية التمتع ثم الإفراد، وهذا في ظاهر الرواية؛ لأن في التمتع جمعا بين العبادتين فأشبه القران، ثم فيه زيادة نسك وهي إراقة الدم.

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلي القران الإفراد ثم التمتع؛ لأن المتمتع سفره واقع لعمرة والمفرد سفره واقع لحجته. ووافق في ذلك أشهب من المالكية.

ج - التمتع أفضل: وهذا عند الحنابلة وفي قول عند الشافعية والمالكية، ويلي التمتع عند الحنابلة الإفراد ثم القران.

واستدل الحنابلة على أفضلية التمتع بما روى ابن عباس وجابر وأبو موسى وعائشة أن النبي ﷺ أمر أصحابه لما طافوا بالبيت أن يحلوا ويجعلوها عمرة [أخرجه البخاري بلفظ: «قدم النبي ﷺ وأصحابه صبيحة رابعة مهلين بالحج، فأمرهم أن يجعلوها عمرة، فتعاطم ذلك عندهم فقالوا: يا رسول الله أي الحل؟ قال: حل كله». (فتح الباري ٣/٤٢٢).

وحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أخرجه البخاري بلفظ: «أنه حج مع النبي ﷺ يوم ساق البدن معه بالحج مفردا فقال لهم: أحلوا من إحرامكم بطواف البيت وبين الصفا

والمروة وقصروا، ثم أقيموا حلالا حتى إذا كان يوم التروية فأهلوا بالحج واجعلوا...». (فتح الباري ٣/٤٢٢).

وحديث ابن عمر أخرجه البخاري بلفظ: «لما قدم النبي ﷺ قال للناس: من كان منكم أهدى فإنه لا يحل لشيء حرم منه حتى يقضي حجه، ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل ثم ليهل بالحج...».

(فتح الباري ٣/٥٣٩). وحديث عائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري بلفظ: «خرجنا مع النبي ﷺ ولا نرى إلا أنه الحج، فلما قدمنا تطوفنا بالبيت، فأمر النبي ﷺ من لم يكن ساق الهدى أن يحل، فحل من لم يكن ساق الهدى، ونساؤه لم يسقن فأحلن...» (فتح الباري ٣/٥٢١).

فحللن...» (فتح الباري ٣/٥٢١). فنقلهم من الإفراد والقران إلى المتعة، ولا ينقلهم

والتمتع في حق الآفاقي^(١) أفضل [من الأفراد]^(٢) هذا هو المذكور في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - .

وذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن القرآن أفضل من التمتع والأفراد أفضل من التمتع فصار في التمتع روايتان وفي حق المكي الأفراد أفضل من القرآن والتمتع هو الذي اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك في سفر واحد ولا يلم بأهله فيما بينهما إمامًا صحيحًا؛ ولذلك صور:

أحدها: أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج فيأتي بأكثر أعمال العمرة، ثم يحرم بالحج ويأتي [ببأقي أفعال العمرة]^(٣)، ثم يأتي بأفعال الحج .

الثانية^(٤): أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج، ويأتي بأفعال العمرة بتمامها، [ثم يحرم بالحج في ذلك السفر ويأتي بأفعال الحج .

الثالث: أن يحرم بالعمرة قبل أشهر الحج ويأتي بأفعال العمرة بتمامها]^(٥) أو

= إلا إلى الأفضل؛ ولأن المتمتع يجتمع له الحج والعمرة في أشهر الحج مع كمالها وكمال أفعالها على وجه اليسر والسهولة مع زيادة نسك فكان ذلك أولى .

وقد ذكر الرملي في نهاية المحتاج أن منشأ الخلاف اختلاف الرواة في إحرامه ﷺ؛ لأنه صح عن جابر وعائشة وابن عباس رضي الله عنهم أنه ﷺ أفرد الحج، وعن أنس أنه قرن، وعن ابن عمر أنه تمتع [أخرجه البخاري بلفظ: «تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى فساق معه الهدى من ذي الحليفة» . (فتح الباري ٣/ ٥٣٩)]، ثم قال: إن الصواب الذي نعتقه أنه ﷺ أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة، وخص بجوازه في تلك السنة للحاجة .

وبهذا يسهل الجمع بين الروايات، فعمدة رواة الأفراد أول الإحرام، ورواة القرآن آخره، ومن روى التمتع أراد التمتع اللغوي وهو الانتفاع، وقد انتفع بالاكْتِفَاء بفعل واحد، ويؤيد ذلك أنه ﷺ لم يعتمر في تلك السنة عمرة مفردة، ولو جعلت حجته مفردة لكان غير معتمر في تلك السنة، ولم يقل أحد إن الحج وحده أفضل من القرآن فانتظمت الروايات في حجته .

ينظر: الهداية (١/ ١٥٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٨)، ونهاية المحتاج (٣/ ٣١٤)، والمغني، لابن قدامة (٣/ ٢٧٦) .

(١) في أ، د: الآفاق .

(٢) سقط في: د .

(٣) في د: بيا فيها .

(٤) في د: ثانيها .

(٥) سقط في: د .

بأكثرها في أشهر الحج ثم يحج من عامه ذلك فالعبرة^(١) للجمع بين أفعال العمرة وبين إحرام الحج في أشهر الحج لا الجمع بين إحرام العمرة وبين إحرام الحج [في أشهر الحج]^(٢) ومعنى الإلمام الصحيح أن يرجع إلى أهله ولا يكون [العود إلى مكة]^(٣) مستحقاً عليه [بعد ذلك]^(٤).



(١) في د: والعمرة.

(٢) سقط في: د.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ب.

الفصل السابع

في معرفة فائت الحج

من فاته الوقوف بعرفة [فسد حجه]^(١)؛ لأن معظم الحج الوقوف بعرفة. ووقت الوقوف من حين نزول^(٢) الشمس من يوم عرفة إلى طلوع^(٣) الفجر من^(٤) يوم النحر فإذا لم يقف في شيء من هذا الوقت فقد فاته الحج وعليه أن يتحلل بأفعال العمرة عندنا يطوف ويسعى ويحلق ولا دم عليه عندنا^(٥). والله أعلم.

(١) سقط في: ب، د.

(٢) في د: زوال.

(٣) في د: أن يطلع.

(٤) في د: في.

(٥) المراد من الوقوف بعرفة: وجود الحاج في أرض (عرفة)، بالشروط والأحكام المقررة. والوقوف بعرفة ركن أساسي من أركان الحج، يختص بأنه من فاته فقد فاته الحج. وقد ثبتت ركنية الوقوف بعرفة بالأدلة القاطعة من الكتاب والسنة والإجماع: أما القرآن فقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ﴾. فقد ثبت أنها نزلت تأمر بالوقوف بعرفة [الحديث بتفصيله في البخاري في الحج باب: وقوف عرفة، وفي التفسير (الفتح ٨/ ١٨٧)، والترمذي (٣/ ٢٣١)، وأبو داود (٢/ ١٨٧)، والنسائي (٥/ ٢٠٥) باب: رفع اليدين بالدعاء بعرفة، وابن ماجه، رقم (٣٠١٨)، ونقل المفسرون الإجماع على تفسير الآية بذلك. ينظر: جامع البيان للطبري (٤/ ١٩٠)، وتفسير ابن كثير (١/ ٢٤٢)].
وأما السنة: فعدة أحاديث، أشهرها حديث: الحج عرفة [أخرجه أبو داود (٢/ ٤٨٦) والحاكم (١/ ٤٦٤) من حديث عبد الرحمن بن يعمر الديلي، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي].

وأما الإجماع: فقد صرح به عدد من العلماء، وقال ابن رشد: أجمعوا على أنه ركن من أركان الحج، وأنه من فاته فعليه حج قابل.

ويبدأ وقت الوقوف بعرفة من زوال الشمس يوم عرفة - وهو تاسع ذي الحجة - ويمتد إلى طلوع الفجر الصادق يوم عيد النحر حتى لو وقف بعرفة في غير هذا الوقت كان وقوفه باطلا اتفاقا في الجملة.

وقد أجمعوا على أن آخر وقت وقوف عرفة هو طلوع الفجر يوم النحر. أما ابتداء وقت الوقوف بعرفة فقد وقع فيه اختلاف:

ذهب الجمهور (الحنفية والشافعية) على أن أوله زوال شمس يوم عرفة.

وذهب مالك: إلى أن وقت الوقوف هو الليل، فمن لم يقف جزءا من الليل لم يجزئ وقوفه وعليه الحج من قابل، وأما الوقوف نهارا فواجب ينجبر بالدم بتركه عمدا بغير عذر. وعند الحنابلة: وقت الوقوف من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر.



الزمن الذي يستغرقه الوقوف: =
 أما الزمن الذي يستغرقه الوقوف ففيه تفصيل:
 قسم الحنفية والحنابلة زمان الوقوف إلى قسمين:
 أ - زمان الركن: الذي تتأدى به فريضة الوقوف بعرفة: وهو أن يوجد في عرفة خلال
 المدة التي عرفناها عند كل، ولو زمانا قليلا جدا.
 ب - زمان الواجب: وهو أن يستمر من وقف بعد الزوال إلى أن تغرب الشمس، فلا
 يجاوز حد عرفة إلا بعد الغروب، ولو بلحظة. وهو المقصود بقولهم: أن يجمع بين
 الليل والنهار بعرفة. فلو فارق عرفة قبل الغروب وجب عليه دم عند الجمهور، أما إذا
 لم يقف بعرفة إلا بعد المغرب فلا شيء عليه.
 وأما المالكية فزمان الركن عندهم هو الوقوف ليلا، أما نهارا فواجب.
 وأما الشافعية: فالمعتمد عندهم أن الجمع بين الليل والنهار بعرفة سنة ليس واجبا، لكن
 يستحب له بتركه الفداء استحبابا، وفي أي وقت وقف بعرفة من بعد الزوال إلى فجر يوم
 النحر أجزاءه.
 ينظر: بدائع الصنائع (٢/١٢٥ - ١٢٧)، والهداية وفتح القدير (٢/١٦٧)، والمسلك
 المتقسط، ص (٥١ - ٥٢)، و(١٢٩ - ١٣٩)، وبداية المجتهد (١/٣٣٥)، الشرح
 الكبير مع حاشية الدسوقي، ص (٣٦ - ٣٧)، وشرح الزرقاني (٢/٢٦٩)، وشرح
 الرسالة وحاشية العدوي (١/٤٧٥)، وشرح المنهاج (٢/١١٤، ١١٥)، ونهاية المحتاج
 (٢/٤٢٢ - ٤٢٣)، ومغني المحتاج (١/٤٩٦ - ٤٩٨)، والمغني، لابن قدامة (٣/٤١٤ -
 ٤١٦)، والفروع (٣/٥٠٨، ٥٠٩).

الفصل الثامن

في ارتكاب محظورات الإحرام^(١)

وفي الجامع الصغير أيضًا: محرم قتل برغوثًا أو قملة^(٢) أو بقعة فلا شيء عليه؛ وإن قتل قملة على بدنه أطعم شيئًا، ولو كانت القملة ساقطة على الأرض فقتلها لا^(٣) شيء عليه، ثم إن محمدًا - رحمه الله - في الجامع الصغير قال: أطعم شيئًا^(٤).
وفي الأصل [قال:]^(٥) تصدق شيئًا.
[وفي القدوري]^(٦): فيها الصدقة بكف من الطعام.

وفي عيون المسائل: محرم أخذ قملة من رأسه ألقاها^(٧) أطعم لها كسرة خبز وإن كانتا^(٨) اثنتين أو ثلاثا أطعم قبضة من الطعام وإن كان كثيرا أطعم بنصف صاع، وما ذكر في الجامع الصغير.
و[في]^(٩) العيون: يشير إلى أنه يشترط^(١٠) التملك^(١١) ويكتفي بالإباحة وهو الأصح.

(١) من حكم الشرع في ذلك تذكير المحرم بما أقدم عليه من نسك، وتربية النفوس على التقشف.

وقد كان من سنة النبي ﷺ المغيرة في حال العيش بين التقشف والترفة، وتقرير المساواة بين الناس، وإذكاء مراقبة الإنسان نفسه في خصائص أموره العادية، والتدلل والافتقار لله عز وجل، واستكمال جوانب من عبادة البدن. وقد ورد: إن الله عز وجل يباهي ملائكته عشية عرفة بأهل عرفة، فيقول: انظروا إلى عبادي أتوني شعثا غبرا.

ينظر: المسند (٢/٢٢٤)، وفتح الباري (٩/٨٤).

(٢) في د: نملة.

(٣) في د: فلا.

(٤) ينظر: الأصل (٢/٤٨٠).

(٥) سقط في: د.

(٦) في د: أوجب.

(٧) في د: فألقاها.

(٨) في د: كان.

(٩) سقط في: د.

(١٠) في ب: لا يشترط.

(١١) في د: التملك.

وفي الفتاوى: محرم وقع في ثيابه قمل كثير فألقى ثيابه في الشمس ليقتل القمل حر الشمس فمات القمل فعليه الجزاء بنصف^(١) صاع من حنطة إذا كان القمل كثيرا، ولو ألقى ثوبه ولم يقصد به قتل القمل فمات القمل من حر الشمس فلا شيء عليه. وفي الفتاوى: إذا دفع المحرم ثوبه إلى خلال^(٢) ليقتل ما فيه من القمل فقتله كان على الأمر جزاؤه [وكذلك إذا]^(٣) أشار إلى قمله فقتله المشار [إليه]^(٤) كان على المشير الجزاء.

وفي المنتقى: إذا قال المحرم لخال: ادفع هذا القمل عني ففعل فعليه الكفارة.



(١) في ب، د: نصف.

(٢) في ب: حلاق.

(٣) في د: وكذا لو.

(٤) سقط في ب، د.

نوع يتصل^(١) بهذه المسائل :

محرم شارك محرماً في قتل صيد فعلى كل واحد منهما^(٢) قيمة كاملة وإن كان الصيد مملوكاً للآدمي^(٣) وكذلك فيما يعود إلى حق الله تعالى ويصرف إلى الفقراء ويغرمان^(٤) قيمة واحدة حقا للمالك .
محرم أخذ صيداً وقتله محرماً آخر في يده فعلى كل واحد منهما الجزاء^(٥) ويرجع الآخذ على القاتل بما ضمن .

* * *

(١) زاد في د: مما .
(٢) في أ: منهم .
(٣) في د: لإنسان .
(٤) في د: يغرمان .
(٥) في د: جزاء كامل .

نوع آخر من هذا الفصل:

المحرم إذا اضطر إلى [أكل]^(١) ميتة وصيد روى الحسن [بن زياد]^(٢) عن أبي حنيفة - رحمهما الله - [أنه]^(٣) يأكل الميتة ويدع الصيد^(٤).
وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يذبح الصيد ويكفر، وبه أخذ اللؤلؤي يعني الحسن فإن اضطر إلى ميتة وصيد ذبحه محرم فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - يأكل الصيد ولا يأكل الميتة وإن وجد صيدا حيا ولحم كلب أكل لحم الكلب وإن وجد صيداً وما لم يذبح الصيد ولا يأكل مال المسلم وإن وجد لحم إنسان وصيداً يذبح الصيد.



(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: حيدا.

نوع آخر: في لبس المخيط:

يجب [أن يعلم أن^(١)] المحرم ممنوع عن لبس المخيط، ولكن على وجه المعتاد حتى لو اتزر^(٢) بالسراويل أو ارتدى بالقميص أو توشح به فلا بأس به قال: ويكره للمحرم أن يزر الطيلسان^(٣) عليه وكذا يكره له إذا اتزر أن يعقد على إزاره بحبل ونحوه ومع هذا إذا فعل^(٤) ذلك فلا شيء عليه ولا يلبس الجوربين كما لا يلبس الخفين ويشترط في اللبس المعتاد لوجوب الدم أن [يكون اللبس]^(٥) يوماً إلى الليل وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة هكذا ذكر في الأصل.

وذكر^(٦) الكرخي - رحمه الله - الصدقة هاهنا فقال: نصف صاع من بر قال: وكذلك كل صدقة [وجبت]^(٧) في الإحرام غير مقدرة فتفسيرها هذا إلا في قتل القمل والجراد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إذا كان لبس [المخيط]^(٨) أكثر من نصف يوم أو من نصف ليلة فعليه دم وإن لبس مخيطاً على وجه معتاد^(٩) يوماً كاملاً أو أكثر لضرورة فعليه أي الكفارات شاء وذلك إما النسك أو الصوم أو الصدقة فإن اختار النسك ذبح في الحرم وإن اختار الصوم صام ثلاثة أيام في أي مكان شاء وإن اختار الصدقة تصدق بثلاثة أصوع حنطة على ستة مساكين على كل مسكين نصف صاع والأفضل أن يتصدق على فقراء مكة ولو تصدق على غير فقراء مكة جاز فإذا أطمع طعام الإباحة جاز عند [أبي يوسف]^(١٠) - رحمه الله - .
وعند محمد - رحمه الله - : لا يجوز.

(١) في أ: بأن، وفي ب: أن يعلم بأن.

(٢) في د: أثر.

(٣) الطيلسان: فارسي معرب، وهو ضرب من الأكسية من لباس العجم.
ينظر: لسان العرب (٦/١٢٤)، المصباح المنير (٢/٣٧٥).

(٤) في د: جعل.

(٥) في د: يدوم.

(٦) في د: وفسر.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في د: المعتاد.

(١٠) في د: أبي حنيفة.

قيل قول أبي حنيفة كقول محمد - رحمهما الله - وإن لبس ما لا يحل لبسه من غير ضرورة أراق دما لذلك فإن لم يجد صام ثلاثة أيام فإن اضطر إلى لبس قميص فلبس قميصين فعليه كفارة الضرورة وهذا هو الأصل في جنس هذه المسائل أن الزيادة في موضع الضرورة لا تعتبر جنائية مبتدأة [بل يجعل الكل ضرورة والزيادة في غير موضع الضرورة يعتبر جنائية مبتدأة]^(١) حتى إنه إذا اضطر إلى لبس قميص فلبس قميصًا ولبس [معه]^(٢) عمامة أو قلنسوته فعليه دم في لبس القلنسوة.

وفي لبس القميص يخير في الكفارات^(٣) يختار أي ذلك شاء وإن اضطر إلى لبس القميص فلبسه فلما مضى بعض اليوم ذهبت [الضرورة]^(٤) فترك^(٥) عليه حتى مضى يوم أو يومان فما دام في شك من الضرورة فذلك ضرورة وليس عليه إلا كفارة الضرورة، وإذا جاء اليقين أن الضرورة قد ذهبت عنه من قبل جدًا^(٦) [فلبس]^(٧) بعد ذلك فعليه^(٨) كفارتان كفارة الضرورة على قدر ما لبس^(٩) وكفارة أخرى قدر ما لبس^(١٠).

ذكر هذه الجملة^(١١) عيسى بن أبان عن محمد - رحمه الله -: المحرم إذا لبس قميصه أو جبته بالنهار ونزعه بالليل للنوم^(١٢) ولبسه من الغد [ولم يعزم على ترك اللباس إنما نزعه لأجل النوم]^(١٣) فعليه كفارة واحدة والحاصل أن اللبس شيء واحد ما لم يتركه ويعزم على الترك فإذا تركه وعزم على الترك ثم لبسه فهو [لبس آخر غير

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: الثلاث.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: نزل.

(٦) هكذا في المخطوط وبياض في المحيط (٤٤٧/٢).

(٧) في أ: أو لبس.

(٨) في أ: عليه.

(٩) زاد في د: بالشك.

(١٠) زاد في د: بيقين.

(١١) في د: المسألة.

(١٢) في د: لليوم.

(١٣) سقط في أ، ب.

الأول فأما الترك^(١) بدون العزم على الترك فهو لبس واحد ومن هذا الجنس إذا لبس مخيطاً للضرورة أيّاماً وكان ينزع بالليل لا للاستثناء^(٢) من ذلك [فهو]^(٣) جناية واحدة.

وأما إذا نزع لزوال الضرورة ثم اضطر إليه بعد ذلك ولبس [فإنه]^(٤) يلزمه كفارة أخرى.

والمحرمة [لا تغطي وجهها]^(٥) فإن فعلت ذلك فإن كان يوماً إلى الليل فعليها دم وإن كان أقل [من ذلك]^(٦) [فعليها صدقة وكذلك إذا غطي ربع رأسه فصاعداً يوماً إلى الليل فعليها دم وإن كان أقل من ذلك]^(٧) فعليه صدقة هكذا^(٨) في المشهور من الرواية [و]^(٩) عن محمد - رحمه الله - أنه قال: لا يجب الدم حتى يغطي الأكثر من الرأس والصحيح ما ذكر في المشهور.

وفي الأصل: المرأة المحرمة ترخي على وجهها بخرقه وتجافي عن وجهها قالوا: هذه المسألة دليل على أن المرأة منهية عن إظهار وجهها للرجال من غير ضرورة منهية^(١٠) عن تغطية الوجه لأجل النسك [أولاً؛ لأن^(١١) الأمر كذلك وإلا [لما]^(١٢) أمرت بهذا الإرخاء. [والله أعلم]^(١٣).

* * *

(١) في أ: ليس إحراماً.

(٢) في ب، د: للاستغناء.

(٣) في د: فهذا كله.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ، ب: إذا تغطي وجهها.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في د.

(٨) زاد في د: ذكر.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في د: لأنها منهية.

(١١) في د: لولا.

(١٢) سقط في د.

(١٣) سقط في د.

نوع آخر من هذا الفصل في الجماع:

الجماع حرام على المحرم بالنص [قال الله]^(١) تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾^(٢).

والرفث هو الجماع [عند بعض]^(٣) المفسرين^(٤)، فإن جامع [وكان مفردا]^(٥) بالحج إن جامع قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه دم يكفيه شاة^(٦) وعليه المضي في فاسده يفعل جميع ما يفعله في الحج الصحيح وعليه الحج من قابل وإن [كان]^(٧) جامع ثانيا قبل الوقوف بعرفة فعليه شاة أخرى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - .

وقال محمد - رحمه الله -: يكفيه كفارة واحدة إلا [أن يكون كفر عن الأول فيلزمه]^(٨) كفارة أخرى فإن جامع في مجلس واحد مرتين يكفيه كفارة واحدة بلا خلاف وإن جامع بعد الوقوف بعرفة لا يفسد حجه وعليه جزور وإن [جامع جماعا آخر]^(٩) فعليه شاة مع الجزور^(١٠) وإن كان الجماع [الثاني]^(١١) على وجه الرفض فلا [دم عليه]^(١٢) للثاني.

ذكره القدوري في شرحه: والوطء في الدبر لا يفسد الحج، ولا العمرة في إحدى الروايتين عند أبي حنيفة - رحمه الله-^(١٣).

(١) في د: وهو قوله.

(٢) سورة البقرة آية: ١٩٧.

(٣) في د: بنص.

(٤) أخرجه الطبري في تفسيره (١٧٥/٢)، وذكره ابن كثير في تفسيره (١٩٧/٢).

(٥) في د: وإن كان متفردا.

(٦) في د: الشاة.

(٧) سقط في د.

(٨) في د: إذا كفر عن الأول قبل الثاني فحينئذ تلزمه.

(٩) في د: جامع ثانيا.

(١٠) الجزور: هو البعير من الإبل ويقع على الذكر والأنثى.

وقيل: خاص بالناقة المجزورة، ويطلق على البعير الذي حان له أن يذبح.

ينظر: القاموس المحيط (١/٤٠٣، ٤٠٤).

(١١) سقط في أ.

(١٢) في د: يلزمه الدم.

(١٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٢/٦٨)، ونهاية المحتاج (٢/٤٥٦)، المغني، لابن قدامة (٥/

١٦٦) وما بعدها، والعيني على الكنز (١/١٠٣).

وفي رواية أخرى: يفسده^(١) وإذا أتى بهيمة لا يفسد حجه ولا عمرته أنزل أو لم ينزل غير أنه إذا أنزل فعليه دم وإن لم ينزل فلا شيء عليه، وإذا جامع فيما دون الفرج وأنزل أو لم ينزل لا يفسد حجه وعليه دم^(٢)، وإن جومت المرأة مكرهة أو نائمة أو كان المجمع صبيًا أو مجنونًا فعليها^(٣) الدم.



(١) في د: يفسد الحج.

(٢) في د: الدم.

(٣) في د: فعليه.

نوع آخر من هذا الفصل:

يجب أن يعلم بأن المحرم ممنوع عن استعمال الدهن والطيب بالحديث^(١) فإذا

(١) الأصل أن المحرم ممنوع من الطيب، لقول النبي ﷺ في المحرم الذي وقصته راحلته فمات: «لا تمسوه طيبا وفي رواية لا تحنطوه» [أخرجه البخاري (٤٧٩/٣) كتاب الجنائز، باب: كيف يكفن المحرم، حديث (١٢٦٨)، ومسلم (٨٦٥/٢) كتاب الحج، باب: ما يفعل بالمحرم إذا مات، حديث (١٢٠٦/٩٣)] فلما منع الميت من الطيب لإحرامه فالحي أولى، ومتى تطيب المحرم فعليه الفدية؛ لأنه استعمل ما حظر عليه بالإحرام، فوجبت عليه الفدية كاللباس.

ولم يستثن الفقهاء من هذا الأصل ما لو تداوى المحرم بالطيب، أو بما له رائحة طيبة، وأوجبوا عليه الفدية، غير أن الحنفية خصوا الحكم بالطيب بنفسه كالمسك والعنبر والكافور ونحوها، وأما الزيت والخل مما فيهما رائحة طيبة بسبب ما يلقى فيهما من الأنوار كالورد والبنفسج فلا يجب عليه شيء إن تداوى بها.

قال ابن الهمام: وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب، ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الأولى، فليس عليه إلا كفارة واحدة ما لم تبرا الأولى، ولا فرق بين قصده وعدمه.

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا خضب (أي المحرم) رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع، فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه، قال ابن الهمام: هذا صحيح أي فينبغي ألا يكون فيه خلاف؛ لأن التغطية موجبة بالاتفاق، غير أنها للعلاج، فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم. وعن أبي حنيفة: فيه صدقة؛ لأنه يلين الشعر ويقتل الهوام، فإن استعمل زيتا مطيبا كالبنفسج والزنبق وما أشبههما كدهن البان والورد، فيجب باستعماله الدم بالاتفاق؛ لأنه طيب، وهذا إذا استعمله على وجه التطيب، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه؛ لأنه ليس بطيب في نفسه، إنما هو أصل الطيب، أو طيب من وجه، فيشترط استعماله على وجه التطيب، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه؛ لأنه طيب بنفسه، فيجب الدم باستعماله وإن كان على وجه التداوي.

وفي حاشية الدسوقي: أن الجسد وباطن الكف والرجل يحرم دهن كل واحد منها كلا أو بعضا، إن كان لغير علة، وإلا فلا حرمة. وأما الفدية فإن كان الدهن مطيبا افتدى مطلقا كان الإدهان لعله أو لا. وإن كان غير مطيب، فإن كان لغير علة افتدى أيضا، وإن كان لعله فقولان. وفي الكحل إذا كان فيه طيب حرم استعماله على المحرم رجلا كان أو امرأة إذا كان استعماله لغير ضرورة كالزينة، ولا حرمة إذا استعمله لضرورة حر ونحوه، والفدية لازمة لمستعمله مطلقا استعمله لضرورة أو لغيرها. وإن كان الكحل لا طيب فيه فلا فدية مع الضرورة، وافتدى في غيرها.

وفي الإقناع للشرييني الشافعي: أن استعمال الطيب حرام على المحرم سواء أكان ذكرا أم غيره، ولو أخشم بما يقصد منه رائحته غالبا ولو مع غيره كالمسك والعود والكافور والورس والزعفران، وإن كان يطلب للصبغ والتداوي أيضا، سواء أكان ذلك في ملبوسه كثوبه أم في بدنه؛ لقوله ﷺ: «ولا تلبسوا من الثياب ما مسه ورس أو زعفران» [أخرجه البخاري (الفتح ٤٠١/٣)] سواء كان ذلك بأكل أم استعاط أم احتقان، فيجب مع التحريم في ذلك الفدية.

استعمل الطيب فإن كان كثيرا فاحشا فعليه الدم وإن كان قليلا ففيه الصدقة .
واختلف المشايخ في حد الفاصل بين القليل والكثير وإنما اختلفوا لاختلاف
عبارات محمد - رحمه الله - .

ففي بعض المواضع جعل حد الكثرة عضوا كبيرا فقال: إذا خضب الرجل لحيته
أو رأسه بالحناء أو خضبت المرأة رأسها أو يدها بالحناء [ففيه الدم]^(١) .
وفي بعض المواضع: جعل حد الكثرة في نفس الطيب فقال: إذا اكتحل المحرم
بكحل فيه الطيب يكفيه الصدقة ما لم يفعل ذلك مرارا فإذا فعل ذلك مرارا فعليه
الدم^(٢) .

وقال في المحرم: إذا مس الطيب أو^(٣) استلم الحجر فأصاب^(٤) يده خلوقاً^(٥)
فإن كان ما [أصاب يده]^(٦) كثيرا فعليه الدم^(٧) .
بعض^(٨) مشايخنا اعتبروا الكثرة بالعضو الكبير نحو الفخذ والساق فقالوا: إذا

= ولو استهلك الطيب في المخالط له بأن لم يبق ريح ولا طعم ولا لون، كأن استعمل في
دواء، جاز استعماله وأكله ولا فدية. وما يقصد به الأكل أو التداوي لا يحرم ولا فدية فيه
وإن كان له ريح طيبة، كالتفاح والسنبل وسائر الأبازير الطيبة كالمصطكى؛ لأن ما يقصد منه
الأكل أو التداوي لا فدية فيه.
وفي المغني لابن قدامة حرمة التداوي بما له ريح طيبة للمحرم. أما ما لا طيب فيه
كالزيت والشيرج والسمن والشحم ودهن البان فنقل الأثر من أحمد أنه سئل عن
المحرم يدهن بالزيت والشيرج فقال: نعم يدهن به إذا احتاج إليه، ويتداوى المحرم بما
يأكل. وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صدع وهو محرم فقالوا: ألا ندهنك
بالسمن؟ فقال: لا. قالوا: أليس تأكله؟ قال: ليس أكله كالإدهان به. وعن مجاهد
قال: إن تداوى به فعليه الكفارة.

ينظر: فتح القدير (٢/ ٢٢٥ - ٢٢٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٦١)،
الإقناع للشرييني الخطيب (١/ ٢٣٩)، المغني، لابن قدامة (٣/ ٣١٥، ٣٢٢).

- (١) في أ: فعليه.
- (٢) في د: دم.
- (٣) في د: و.
- (٤) في د: فأصابه.
- (٥) في د: خلوف، وفي م: خلوفا.
- (٦) في ب، د: أصابه.
- (٧) الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني (٢/ ٤٧٨)، المبسوط للسرخسي (٤/ ١٢٤).
- (٨) في د: فبعض.

طيب الساق أو الفخذ بكماله يلزمه الدم وبعضهم اعتبروا الكثرة [والقلة في نفس الطيب]^(١) بربع العضو الكبير فقالوا: إذا طيب ربع الساق أو الفخذ يلزمه الدم وإن كان أقل من ذلك يلزمه^(٢) الصدقة.

[واعتبر الفقيه]^(٣) أبو جعفر [الهندواني]^(٤) - رحمه الله^(٥) - الكثرة والقلة في نفس الطيب فقالا^(٦): إن كان الطيب في نفسه بحيث يستكثره [الناظر بين الكفين]^(٧) من ماء الورد وككف من مسك أو غالية فهو كثير وما لا فلا.

قال [الشيخ الإمام المعروف]^(٨) بخواهر زاده - رحمه الله -: إن كان الطيب في نفسه قليلا إلا أنه طيب به عضوا كاملا فيكون كثيرا وتكون العبرة في هذه الحالة للعضو وإن كان الطيب في نفسه كثيرا لا يعتبر العضو [فكأنه]^(٩) سلك فيه نظر^(١٠) الاحتياط وإن مس طيبا لم^(١١) يلزق بكفه^(١٢) شيء فلا شيء عليه وإن لزق بيده^(١٣) شيء إن كان^(١٤) كثيرا لزمه دم وإن كان قليلا [لا يلزمه الدم و]^(١٥) يكفيه الصدقة.

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: إذا أصاب المحرم طيبا فعليه الدم، فقلت: فما الفرق بين القميص والطيب [فإن بلبس]^(١٦) القميص لا يجب الدم

(١) سقط في ب، د.

(٢) في د: يكفيه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: القندواني، وسقط في د.

(٥) زاد في أ: اعتبروا.

(٦) في د: فقال.

(٧) في د: الناظر بين ككفين.

(٨) في د: شيخ الإسلام.

(٩) سقط في أ، ب.

(١٠) في ب، د: طريق.

(١١) في ب، د: إن لم.

(١٢) في ب، د: بيده.

(١٣) زاد في د: منه.

(١٤) زاد في د: ذلك.

(١٥) سقط في د.

(١٦) في د: وفي لبس.

حتى يكون أكثر اليوم؟ قال: لأن الطيب يعلق به واللبس لا يعلق به فقلت: وإن اغتسل^(١) من ساعته^(٢) [قال: وإن]^(٣).

وفيه هشام عن محمد - رحمهما الله - خلوق^(٤) البيت أو خلوق القبة^(٥) إذا أصاب ثوب المحرم يحل له ولا شيء عليه وإن كان كثيرًا، [وإن أصاب جسده منه كثيرًا فعليه الدم]^(٦).

[و]^(٧) قال في الأصل: [والوسمة^(٨) ليس]^(٩) بطيب إذ ليس لها رائحة مستلذة، والحناء طيب.

وذكر في المنتقى هشام عن محمد - رحمهما الله - إذا خضب [بالوسمة فعليه دم]^(١٠) في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
وفي قول أبي يوسف: عليه الطعام^(١١).

وفيه أيضًا الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا خضب رأسه بالوسمة يطعم نصف صاع مسكينًا.

وفيه أيضًا ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا طيب المحرم شاربه كله فعليه دم [وكذلك موضع الشارب]^(١٢) من اللحية والرأس، وأما الجسد فإن أصابه شيء كثير فعليه الدم^(١٣)، [وإن كان سيرًا]^(١٤) فعليه طعام ولم يوقت في الجسد شيئًا.

-
- (١) في د: اغتسلت.
 - (٢) في أ: من ساعته.
 - (٣) في د، م: خلوف.
 - (٤) في د: خلوف القبر، وفي م: خلوف القبة. وفي المحيط البرهاني (٤٥٣/٢): خلوف الفرد.
 - (٥) المحيط البرهاني (٤٥٣/٢).
 - (٦) في د: جسده كثير منه فعليه دم.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في م: والوشمة.
 - (٩) في د: والوسمة ليست.
 - (١٠) في د: بالوسمة فعليه دم.
 - (١١) في ب، د: طعام.
 - (١٢) في د: إذا طيب مقدار موضع الشارب.
 - (١٣) من قوله: «وكذلك موضع الشارب...»، إلى هنا سقط في أ.

وفيه أيضًا هشام عن محمد - رحمهما الله - : إذا مس طيبا كثيرا يجب عليه فيه الدم فأراق لذلك دما ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه لأجل ترك الطيب دم آخر ولا يشبهه^(١) هذا الذي تطيب قبل أن يحرم، ثم أحرم وترك الطيب عليه بعد إحرامه فإنه [لا يكون عليه]^(٢) شيء .

ويكره [للمحرم]^(٣) أن يشم الريحان والطيب والثمار الطيبة^(٤)؛ كذا روي عن [ابن عمر]^(٥) - رضي الله عنهما -^(٦) ولكن لا يلزمه بالشم شيء ولو أكل زعفرانا من غير أن يكون في الطعام، إن كان كثيرا فعليه الدم وإن جعل الزعفران في الطعام وطبخ وأكل فلا شيء عليه وإن جعله في طعام ولم تمسه النار كالمالح فلا بأس به إلا

(١٤) سقط في د .

(١) في أ: يشتهه .

(٢) في د: لم يجب عليه بتركه .

(٣) سقط في د .

(٤) أخرجه البخاري معلقًا (٣/٤٦٣)، قال الحافظ في الفتح: أما شم الريحان، فقال سعيد بن منصور: «حدثنا ابن عيينة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسًا للمحرم أن يشم الريحان» وروينا في «المعجم الأوسط» مثله عن عثمان، وأخرج ابن أبي شيبة عن جابر خلفه، واختلف في الريحان فقال إسحاق: يباح، وتوقف فيه أحمد، وقال الشافعي: يحرم، وكرهه مالك والحنفية، ومنشأ الخلاف أن كل ما يتخذ منه الطيب يحرم بلا خلاف وأما غيره فلا . وأما النظر في المرأة فقال الثوري في جامعه رواية عبد الله بن الوليد العدني عنه «عن هشام ابن حسان عن عكرمة عن ابن عباس قال: لا بأس أن ينظر في المرأة وهو محرم» وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن إدريس عن هشام به، ونقل كراهته عن القاسم بن محمد وأما التداوي فقال أبو بكر بن أبي شيبة «حدثنا أبو خالد الأحمر وعباد بن العوام عن أشعث عن عطاء عن ابن عباس أنه كان يقول: يتداوى المحرم بما يأكل» وقال أيضًا: «حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق عن الضحاك عن ابن عباس قال: إذا شققت يد المحرم أو رجلاه فليدهنهما بالزيت أو بالسمن» ووقع في الأصل «يتداوى بما يأكل الزيت والسمن» وهما بالجر في روايتنا وصحيح عليه ابن مالك عطفًا على ما الموصولة فإنها مجرورة بالباء ووقع في غيرها بالنصب، وليس المعنى عليه؛ لأن الذي يأكل هو الأكل لا المأكول، لكن يجوز على الاتساع وفي هذا الأثر رد على مجاهد في قوله: إن تداوى بالسمن أو الزيت فعليه دم، أخرجه ابن أبي شيبة .

(٥) في د: محمد .

(٦) المروي عن ابن عمر عكس ذلك . أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/٥٧) في كتاب الحج باب من كره شمه للمحرم .

أن [يكون الزعفران هو الغالب فحينئذ يلزمه الدم اعتبارًا للغالب وإذا خضب الرجل]^(١) رأسه ولحيته بالحناء فعليه الدم هكذا ذكر في الأصل وجمع بين الرأس واللحية في إيجاب الدم.

وفي الجامع الصغير: أفرد الرأس بالذكر ويوجب الدم ويتبين ما ذكر في الجامع الصغير أن كل واحد منهما مضمون بالدم ثم المسألة على وجهين إن خضب رأسه بالمائع منه حتى لم يصر ملبدا رأسه يلزمه دم واحد لاستعمال الطيب وإن خضب رأسه من [غير]^(٢) المائع يلزمه دمان دم لاستعمال الطيب ودم لتغطية الرأس.

محرم ادهن رأسه بزيت قبل أن يحلق أو يقصر فإن كان الزيت قد ألقى فيه شيء من الطيب ففيه الدم بالإجماع وإن كان الزيت خالصا لم يلق فيه شيء من الطيب ففيه الدم عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : فيه الصدقة .

قال شيخ الإسلام: هذا إذا استكثر منه فأما إذا قل فعليه الصدقة بالإجماع ولو داوى جرحه أو شقوق رجله بدهن ليس فيه طيب فلا شيء عليه وكذا لو ادهن بشحم أو سمن فلا شيء عليه ولو غسل رأسه ولحيته بالخطمي فعليه الدم عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما عليه الصدقة .

وفي المنتقى هشام عن محمد - رحمهما الله - : لو غسل المحرم يده بأشنان فيه طيب فإن كان [النظار]^(٣) إذا نظروا إليه قالوا: هذا أشنان فعليه صدقة وإن قالوا: هو طيب فعليه الدم وعنه أيضا لا بأس بأن يأكل المحرم الزيت ودهن السمسم وأن يقطر في أذنه الزيت ويستعط^(٤) .

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في د: النظر.

(٤) في أ: ويسقط والمعنى أي: يستعمل السعوط .

قال في الأمالي: ولا يشبه البنفسج والخيري^(١) والزنبق^(٢) الزيت. وحاصله أنه أجاز الأكثرين لبس المعصفر للمحرم، وعن أبي حنيفة: المعصفر بطيب وفيه الفدية واحتج بأن عمر - رضي الله عنه - كان ينهى عن الثياب المصبغة^(٣).



(١) نبات له زهر وغلب على أصفره؛ لأنه الذي يستخرج دهنه ويدخل في الأدوية ويقال للخزامى خيري البر؛ لأنه أزكى نبات البادية. ينظر: المعجم الوسيط (١/٥٥١).

(٢) الزنبق: نبات من الفصيلة الزنبقية له زهر طيب الرائحة، الواحدة زنبقة ودهن الياسمين. ينظر: المعجم الوسيط (١/٨٣٤).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١/٣٣٦) في كتاب الحج، باب: لبس الثياب المصبغة في الإحرام (١٠).

الفصل التاسع

في الوقوف بعرفة^(١) والشهادة عليه

ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمهما الله - في الإمام يخطئ ويقف والناس بعرفة يوم النحر أجزاءه إذا كان ذلك منه خطأ ولو أخطأ وقدم الوقوف بعرفة يوم التروية^(٢) لم يجز للناس حجهم.

وفي الجامع الصغير: أهل عرفة وقفوا في يوم فشهد قوم أنهم وقفوا في يوم النحر أجزاءهم حجهم وصورة المسألة أن يشهد قوم أنهم رأوا الهلال من ذي الحجة في ليلة كان اليوم الذي وقفوا [فيه]^(٣) اليوم العاشر من ذي الحجة.

ذكر الكرخي: إذا التبس على الناس هلال ذي الحجة فأكملوا عدد ذي القعدة ثلاثين يوماً ووقفوا في اليوم التاسع من ذي الحجة ثم تبين أن اليوم الذي كانوا وقفوا فيه كان اليوم العاشر كان وقوفهم صحيحاً وحجهم تاماً استحساناً والقياس ألا يجوز. وفي [المنتقى]^(٤): [عمرو بن أبي عمرو]^(٥) عن محمد - رحمهم الله - إذا أقبل الحاج يريدون مكة فأبصر بعضهم هلال ذي الحجة [فشهدوا]^(٦) فرد الإمام شهادتهم وعد الإمام ذا القعدة ثلاثين يوماً ووقف اليوم التاسع بعرفة وهو اليوم العاشر في شهادة الشهود ووقف الشهود معهم فحجهم تام وهم وغيرهم في الحج سواء.

فإن استيقنوا أن هذا اليوم يوم النحر ولو أن هؤلاء الشهود بعد ما رد الإمام شهادتهم وقفوا بعرفات على ما رأوا عليه الهلال قبل وقوف الإمام بيوم ولم يقفوا مع الإمام من الغد فقد فاتهم الحج وعليهم أن يحلوا بعمره وعليهم الحج من قابل. وفيه أيضاً: ولو أن قوماً من الحاج أو من غيرهم أتوا الإمام وشهدوا عنده في صبيحة^(٧) عرفة أنهم رأوا الهلال قبل عدد الثلاثين بيوم وهذا اليوم يوم النحر وهم

(١) زاد في د: وأداء.

(٢) هو يوم الثامن من ذي الحجة.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب، د.

(٥) في أ: عمر بن أبي عمرو، وفي د: عمرو بن أبي عمر.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في د: يوم.

عدول لا تقبل شهادتهم ووقفوا بالناس على عدده الذي عد ووقف معه^(١) هؤلاء الشهود أجزأهم.

وكذلك لو كانوا شهدوا بذلك في آخر ليلة عرفة في ساعة أن طلب الإمام المسلمين أن يأتوا عرفة فوقفوا بها لم يدركوها حتى يطلع الفجر لا تقبل هذه الشهادة.

وإن شهدوا بذلك في أول الليل وفي عشية اليوم الذي هو يوم عرفة في شهادتهم وكان الإمام والمسلمون يقدرّون على أن يمضوا إلى عرفات [حتى]^(٢) يقفوا بها قبل الإمام شهادتهم، قال: ولا ينبغي أن تقبل [في هذا]^(٣) شهادة الواحد والاثنين ونحو ذلك في الاستحسان.

وأما في القياس فتقبل فيه شهادة العدلين.
وأما الذي تقبل فيه شهادة العدول^(٤) قياسًا واستحسانًا إذا كان القوم يقدرّون على الوقوف على ما أمروا به معناه أن الشهود إذا شهدوا في زمان [تقبل فيه شهادة العدلين، فأما إذا شهدوا في زمان]^(٥) لا يمكنهم الوقوف بعرفة نهارًا أو يحتاجون إلى الوقوف بها ليلاً لا تقبل فيه شهادة العدلين.

وفيه أيضًا: لو شهد عند الإمام عدلان على رؤية الهلال في أول [العشر من]^(٦) ذي الحجة أو شهود عدول فرأى [الإمام]^(٧) ألا يقبل ذلك حتى يراه العامة يعني حتى يشهد عنده جماعة كثيرة ومضى على ما رأى ووقف في يوم هو يوم النحر في شهادة الشهود ووقف الناس معه والشهود أجزأهم قال: لأن هذا أمر يختلف فيه الفقهاء وإن خالفه الشهود فوقفوا قبله لا يجزئهم.

قال: إنما هذا بمنزلة الأحكام التي يختلف فيها المسلمون، يريد بقوله أن هذا أمر يختلف فيه الفقهاء؛ لأن الفقهاء اختلفوا في هلال ذي الحجة بعضهم قالوا: بمنزلة

(١) في د: معهم.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فيها.

(٤) في ب، د: العدلين.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في ب.

هلال رمضان فيقبل فيه شهادة عدلين وبعضهم جعلوه بمنزلة هلال شوال فلا يقبل فيه إلا شهادة الجمع العظيم .

وفي الرقيات ابن سماعة قلت لمحمد-رحمه الله -: رأيت لو غم على الناس هلال ذي الحجة بمكة فعدوا [أيام ذي القعدة]^(١) حتى إذا أصبحوا في اليوم الذي يروونه يوم عرفة أتاهم يقين الخبر أن ذلك اليوم يوم النحر أيجزئهم أن يقفوا؟ .

أرأيت إن أتاهم الخبر وهم بمنى ليلة النحر في وقت إن أرادوا إتيان عرفة أصبحوا دونها أو في يوم^(٢) يلحق المسرع عرفة قبل طلوع الفجر .

وأما المشاة وأصحاب الثقل فلا يلحقونها إلا بعد الفجر .

قال محمد - رحمه الله - : لا ينبغي للإمام أن يقبل على هذا بينة ولا يلتفت إلى شيء من ذلك إن كان أميراً إن فعله كان القوم فاتهم الحج فإن كان الإمام ومن شرع^(٣) معه يدركون الحج قبل فيه شهادة الشهود وإن فات بعضهم الحج .

وفي صورة أخرى من هذا الجنس يقول : إذا جاء الإمام من ذلك أمر معروف مكشوف وهو يقدر على الذهاب إلى عرفة ومن أسرع معه في المشي فليذهب هو وليقف ومن لم يقف معه فاته الحج وإن كان لا يدرك هو ولا غيره فلا ينبغي له أن يقبل شهادتهم على هذا وإن كثروا ولا يقف إلا من الغد والحاصل أن في كل موضع لو قبلت الشهادة لفات الحج على الكل فالإمام لا يقبل الشهادة [وإن كثر الشهود، وفي كل موضع لو قبلت الشهادة لفات الحج على البعض دون البعض قبلت الشهادة]^(٤) .



(١) في ب : الأيام .

(٢) في د : وقت .

(٣) في ب : شرع ، وفي د : كان أشرع .

(٤) سقط في د .

الفصل العاشر

في الوصية بالحج

وإذا أوصى الرجل أن يحجوا عنه وارثاً فإن ذلك لا يجوز إلا أن يجيزه الورثة وهذا عندنا .

وقال زفر: يجوز^(١) .

علمائنا قالوا: إن الموصي أوصى للوارث فلا يصح ما لم يجزه الورثة قياساً على ما [لو]^(٢) أوصى له بشيء من ماله وإنما قلنا [إنه]^(٣) أوصى للوارث؛ لأنه قصد إيصال نفع إليه من ماله بمجرد قوله وهذا هو معين الوصية للوارث وقد وجدنا ذلك هاهنا بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله لإنسان ثم وهب لوارثه؛ لأن المنفعة ما وصلت إلى الوارث بمجرد قوله وإنما وصلت إليه بسبب وجد من جهة الموصي له فأما هاهنا

(١) يشترط لوجوب الإحجاج عن المكلف عند الجمهور - خلافاً للمالكية -: العجز عن أداء الحج الواجب عليه .

ويشمل ذلك ما يلي :

أ - كل من وجب عليه الحج وهو قادر على الحج بنفسه وحضره الموت يجب عليه الوصية بالإحجاج عنه عند الحنفية . سواء حجة الإسلام، أو النذر، أو القضاء . ولم يوقف الشافعية وجوب الإحجاج عنه على الوصية إجراء للحج مجرى الديون . أما المالكية : فلا يوجبون عليه الوصية ، ولا يسقط عنه الفرض بأداء الغير عنه - كما هو أصل مذهبهم الذي عرفناه - لكن إذا أوصى نفذت وصيته ، وإن لم يوص له يرسل من يحج عنه .

ب - من توفرت فيه سائر شروط وجوب الحج واختل شيء من شروط الأداء بالنفس ، يجب عليه أن يحج عن نفسه ، أو يوصي بالإحجاج عنه إذا لم يرسل من يحج عنه .

ج - من توفرت فيه شروط وجوب الحج بنفسه فلم يحج حتى عجز عن الأداء بنفسه يجب عليه أن يحج عنه في حال حياته ، أو يوصي بالإحجاج عنه بعد موته .

ويتحقق العجز بالموت ، أو بالحبس ، والمنع ، والمرض الذي لا يرجى زواله كالزمانة والفالج ، والعمى والعرج ، والهزم الذي لا يقدر صاحبه على الاستمسك ، وعدم أمن الطريق ، وعدم المحرم بالنسبة للمرأة ، إذا استمرت هذه الآفات إلى الموت .

ينظر : المسلك المتقسط ، ص (٢٨٧) ، ومواهب الجليل (٢/٥٤٣) ، ومغني المحتاج

(١/٤٦٨ ، ٤٦٩) ، والإيضاح في مناسك الحج ، للنووي وحاشيته للهيثمي ، ص (١٠٨) ،

(١٠٩) ، والمغني ، لابن قدامة (٣/٢٢٧ ، ٢٢٨) ، والفروع (٣/٢٤٥) .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في ب .

ما يحصل للوارث عن المنفعة يحصل بمجرد قوله وإذا أوصى أن يحج عنه وهو في منزله إن بين مكانا يحج عنه من ذلك المكان وإن لم يبين مكانا يحج عنه من وطنه عند علمائنا وهذا إذا كان ثلث ماله يبلغ الحج عن وطنه .

ومن حيث أوصى فإن كان لا يبلغ أن يحج عنه من حيث يبلغ هكذا ذكر في الجامع وإليه أشار في الأصل وذكر القدوري في كتابه أن الوصية تبطل قياسا؛ لأنه تعذر [تنفيذ الوصية]^(١) على ما قصده الموصي فإن قصده الحج من منزله ومن المكان الذي سمى .

وفي الاستحسان: لا تبطل [الوصية]^(٢)؛ لأن المقصود من الوصية بالحج ابتغاء مرضات الله تعالى ونيل [الثواب فيكون بمنزلة الوصية بالصدقة وذلك بحسب المكان]^(٣) كذا هاهنا هذا إذا كان له وطن واحد^(٤) فأما إذا كان له أوطان شتى وهو مسافر وأوصى أن يحج عنه فإنه يحج عنه من أقرب أوطانه إلى مكة ولو خرج من بلدة يريد الحج فمات وأوصى بأن يحج عنه فإنه يحج [عنه]^(٥) من حيث مات في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - .

وفي قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يحج عنه من وطنه هكذا ذكر في الجامع الصغير وذكر الجامع الكبير القياس أن يحج [عنه]^(٦) من وطنه .

وفي الاستحسان: [يحج عنه]^(٧) من حيث مات .

وفي وصايا المبسوط: أنه يحج [عنه]^(٨) من حيث أوصى أو مات ولم يذكر القياس والاستحسان وحاصل الجواب نظرًا إلى جملة الكتب أن القياس أن يحج [عنه]^(٩) من وطنه وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

(١) في د: تنفيذها .

(٢) سقط في د .

(٣) في ب: الإمكان .

(٤) سقط في د .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في ب .

(٧) في ب: أن يحج .

(٨) سقط في د .

(٩) سقط في ب .

وفي الاستحسان: أن يحج من حيث مات وهو قولهما.
وفي الفتاوى: رجل له منزل ببلخ ومنزل بنيسابور فمات بطالقان^(١) وأوصى بأن يحج عنه^(٢) ينظر إن خرج من بلخ حاجا يحج عنه من طالقان؛ لأن من خرج حاجا ومات وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من حيث مات وأوصى، وهذا [القول]^(٣) يجب أن يكون قول أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - وهو جواب الاستحسان وإن خرج غير حاج يحج عنه من نيسابور؛ لأنه أقرب أوطانه إلى مكة.
فإن أوصى بحجتين ففي الوجه الأول: يحج عنه حجتين:
إحدهما: من طالقان.
والأخرى: من نيسابور.

وفي الوجه الثاني: يحج حجتين كليهما من نيسابور.
وفيه أيضًا: رجل له منزل ببلخ خرج إلى صفاهان ثم رجع يريد الحج فمات بترمد وأوصى بالحج قال: يحج عنه من بلخ؛ لأن الظاهر أنه يدخل للحج ثم يخرج حاجا إذا أوصى أن يحج بثلث ماله حجة واحدة فإنه يحج عنه بثلث ماله حجة واحدة ولا يحج عنه حججًا فإذا دفع الموصي^(٤) المال إلى رجل حتى يحج عنه وينفق المال على نفسه في الطريق ذاهبًا وجائيًا ومدة مقامه بمكة فأنفق وبقي من طعامه وكسوته شيء هل يصير الأمور مخالفًا^(٥) حتى يضمن ما أنفق؟ فهذا على وجهين:
الأول: أن يكون الباقي شيئًا كثيرًا بحيث يمكن للمأمور الاحتراز عنه يعني^(٦) مثل هذه الزيادة.

وفي هذا الوجه: يصير مخالفًا ويضمن ما أنفق على نفسه قياسًا واستحسانًا؛ لأنه

(١) طالقان: بلدتان: إحدهما بخراسان بين مرو الروذ وبلخ، بينها وبين مرو الروذ ثلاث مراحل، وقال الإصطخري: أكبر مدينة بخراسان: طالقان، وهي مدينة في مستوى من الأرض، وبينها وبين الجبل غلوة سهم، ولها نهر كبير وبساتين ومقدار الطالقان نحو ثلث بلخ. والأخرى كورة وبلدة بين قزوین وأبهر.
ينظر: معجم البلدان (٦/٤)، ومراصد الاطلاع (١٧٦/٢).

(٢) زاد في د: يحج عنه.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: الوصي.

(٥) زاد في د: بذلك.

(٦) في ب: عن.

مأمور مخالف إلى شيء^(١)؛ لأنه أمر بأن ينفق المال كله في سفر الحج حتى يكون [الحج]^(٢) أكثر الأجر فإذا ترك البعض والمتروك شيء يمكن الاحتراز عنه اعتبر مخالفاً.

الوجه الثاني: أن يكون الباقي شيئاً قليلاً بحيث لا يمكن الاحتراز عنه في العرف والعادة^(٣).

(١) في د: شر.

(٢) سقط في ب.

(٣) العرف والعادة بمعنى واحد، وهو ما تعارف عليه الناس، أو اعتادوه: كلهم، أو فئة منهم، أو هو خاص ببلد دون آخر، أو جيل دون آخر.

وقد نقل ابن نجيم عن الهندي في «شرح المغني»: أنها: عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة عند الطباع السليمة؛ هذا هو تعريف العادة، أو العرف بمعناها العام. أما أنواع العادات فكثيرة:

منها: ما يتعلق بالمعاملات، والحقوق بين الأفراد.

ومنها: ما يتعلق بالأخلاق، والسلوكيات، والآداب.

ومنها: ما يتعلق بالملبس، والمأكل، والمشرب.

ومنها: ما يتعلق بالمظاهر الاجتماعية؛ إلى غير ذلك من أنواعها المختلفة.

والعادة تختلف شأنها شأن المظاهر الاجتماعية الأخرى باختلاف المكان والزمان؛ حيث يكون لها في كل مكان، أو زمان طابع خاص بها يميزها عن غيرها.

مثاله: ما ذكره الشاطبي عن كشف الرأس في أيامه: «فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع؛ فهو لذوي المروءات، قبائح في البلاد الشرقية، وغير قبائح في البلاد المغربية؛ فيكون عند أهل الشرق قاذحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قاذح».

وأيضاً خاتم الخطبة اليوم؛ فالعادة في بعض البلاد أن يوضع في اليد اليمنى قبل الزواج، ثم ينقل إلى اليسرى بعده، مع أن العادة في البعض الآخر هي على العكس من ذلك.

ولم يعتبر علماء الأصول العادة دليلاً خاصاً من الأدلة الشرعية؛ بل كان دخولها حيز التشريع الإسلامي من أبواب مختلفة منها:

أولاً: ما نراه في بعض النصوص الحديثة، التي كانت مبنية على أحكام العرف؛ ومنها في سبيل المثال نجد أن الحنظة، والشعير، كانا من المكيلات، ومن الطبيعي عندما تكون الأحكام مبنية على العرف أن يرجع إليها في تفسيرها، وتفهم معانيها؛ كما في مسائل الدية، والقسامة.

ثانياً: ما نراه في بعض أحكام السنة التقريرية، التي أقرت كثيراً من العادات العربية؛ فقد كان النبي ﷺ يسكت عن بعض العادات المستحسنة، ويقرها؛ ومن هنا أصبحت جزءاً من العادات الإسلامية المبنية على السنة.

ثالثاً: ما فعله الإمام مالك؛ حيث اعتبر عمل أهل «المدينة» إجماعاً كافياً، ودليلاً شرعياً عند عدم النص؛ وما كان عمل أهل «المدينة» في الغالب إلا العرف والعادات؛ التي كانت

شائعة بين الناس فيها.

رابعا: أنه كانت إذا نشأت عادات جديدة مع تطور الزمن، وتجدد الأحداث، أو جدت؛ نتيجة الاحتكاك المباشر للفاتحين المسلمين لبلاد العجم؛ حيث رأوا هناك عادات جديدة لم يعرفوها فكانت هذه العادات تدخل في التشريع الإسلامي من باب إجماع المجتهدين، أو من باب الاستحسان والاستصلاح؛ وذلك إذا لم نجد نصًا في القرآن والسنة يخالفها، أما إذا وجدنا نصا يخالفها، فإنها ترفض تماما.

وقد جاء في القواعد الكلية، أن العادة محكمة، أي: أنها معتبرة شرعا، وهذه القاعدة من القواعد الأربع التي قال عنها القاضي الحسين: إن مبنى الفقه عليها.

ودليل تحكيم العادة في الأمور الشرعية إجماع الفقهاء؛ وهذا الإجماع مبني على سابقات قضائية إسلامية؛ حيث ورد: «ما رآه المسلمون حسنا، فهو عند الله حسن»، وما روى أن القاضي شريحا في عهد عمر بن الخطاب، قال للغزاليين: «ستتكم بينكم». وقد حوت الكتب الفقهية المختلفة كثيرا من القواعد الكلية التي تعتبر تحكيم العادة؛ وقد نقلت المجلة العدلية هذه القواعد، ومنها:

أولا: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (المادة ٣٧)، وهي قاعدة نقلت في المجامع عن التلويح.

ثانيا: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا» (المادة ٤٣)، وهي مأخوذة عن الفتاوى الظهيرية.

وقد وردت أيضا بعبارات أخرى؛ مثلا في البزازية: «المشروط عرفا كالمشروط شرعا»، وفي «المجامع»: «العادة المطردة تنزل منزلة الشرط».

و«المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» (المادة ٤٤)، أو بعبارة «القنية»: «المتعارف بين التجار كالمشروط».

و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» (المادة ٤٥).

وفي «الميسوط»: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص».

شروط العادة المعتبرة شرعا:

لكي تكون العادة معتبرة شرعا، لا بد من توافر خمسة شروط فيها، وهي:

أولا: يجب أن تكون مقبولة عند ذوى الطباع السليمة، معقولة للرأي العام.

ثانيا: يجب أن تكون من الأمور المتكررة الشائعة؛ والتي تغلب على حياة الناس؛ إذ العبرة للغالب الشائع لا النادر.

ثالثا: يجب أن يعتبر العرف السابق، أو المقارن للمعاملات دون العرف المتأخر الطارئ؛ فمثلا: لو حصل الاتفاق بين البائع والمشتري على ثمن المبيع، في بلدة اختلفت فيها النقود كان البيع منصرفا إلى النقد الدارج الذي يتعاملون به حين البيع؛ لا إلى ما يطرأ من اختلاف، أو تغيير بعد ذلك.

رابعا: حيث إن العرف بمنزلة الشرط الضمني في المعاملات، فعلى هذا الأساس لا عبرة به إذا كان بين الطرفين شرط مخالف؛ إذ هو مردود بالشرط الصحيح.

خامسا: لا بد أن توافق العادة نصوص الشريعة الإسلامية، وألا يوجد نص يعارضها؛

وفي هذا الوجه: لا ضمان عليه استحساناً؛ لأن هذا القدر من الزيادة ساقط الاعتبار شرعاً؛ لأنه لا يمكنه أن ينفق المال كله في السفر ذاهباً وجائياً ومدة مقامه بحيث لا يبقى من المال شيء يسير فلا ينتقص عنه شيء يسير وما لا يمكن للمأمور الاحتراز عنه يسقط اعتباره شرعاً.

لأن النص أقوى من العرف؛ فإن وجد ما يعارضها، فهي مردودة.
أمثلة تحكيم العادة:

تعددت أمثلة تحكيم العادة، وتنوعت في الكتب الفقهية المختلفة؛ ونحن نذكر بعضها من هذه الأمثلة؛ لنزيد البحث إيضاحاً:

لو استؤجر خياط، فالخيط والإبرة عليه عملاً بالعرف.
ولو أعطى رجل ولده لأستاذ؛ ليعلمه صنعة من دون أن يشترط أحدهما أجره للآخر، فبعد تعلم الصبي؛ لو طالب أحدهما الآخر بأجرة، يعمل بعرف البلدة وعادتها؛ فإن كان العرف يشهد للأستاذ، حكم له بأجر المثل، أي: بالأجرة المعتادة لذلك التعليم، وإن كانت الأجرة عادة للصبي، لزم الأستاذ دفعها.

وكذلك جوز التعامل ببيع الوفاء، أي: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن، يرد المشتري إليه المبيع، وجوز ما كان يقع في أيام ابن نجيم في أسواق «القاهرة» مما يسمونه: «خلو الحوانيت»؛ فلا يملك صاحب الحانوت إخراج المستأجر منها، ولا إجارتها لغيره.
وجوز أيضاً مشايخ «بخارى» أن يدفع الرجل غزله إلى الحائك؛ لينسجه بالنصف.
وجوز الفقهاء الحنفية استئجار الطئر أي: المرضع بطعامها وكسوتها؛ بناء على العرف مع أن في مقدار الأجرة جهالة في الحالتين.

وذكروا أنه ينظر إلى العرف فيما يدخل في البيع؛ تبعاً بدون ذكر؛ فقد كان السلم المنفصل لا يدخل في بيع البيت في عرف أهل «الكوفة»، ويدخل في عرف أهل «القاهرة». ولو باع التاجر شيئاً دون الاتفاق مع المشتري على تعجيل الثمن، ولا على تأجيله، وكان المتعارف بين التجار أن البائع يأخذ كل أسبوع قسطاً معلوماً من الثمن انصرف العقد إلى هذا العرف.

ينظر: المبسوط (١٣٣/٨)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٧، ٩٣)، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص (١٠، ١٣)، التقرير والتحبير في شرح التحرير (٢٨٢/١)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (١٢٦/٢)، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، لأحمد بن إدريس القرافي (٢٠٠، ٢٠١)، الموافقات (٢٩٧/٢).

ألا ترى أن الغبن اليسير [يحمل على] ^(١) الوكيل بالشراء وعن الأب والوصي إذا باعا مال الصغير ثم إذا كانت الزيادة شيئاً قليلاً حتى لا يصير المأمور مخالفاً فالزيادة لا تسلم للمأمور وإن كان الميت قال فما بقي من النفقة فذلك للمأمور، هل يصير للمأمور؟ فإن كان الميت عين رجلاً للحج، وقال: ما فضل ^(٢) فهو له فذلك جائز [وإن] ^(٣) لم يعين رجلاً كانت الوصية باطلة؛ لأن في الوجه الأول الوصية [حصلت] ^(٤) لمعلوم.

وفي الوجه الثاني: [الوصية لمجهول] ^(٥) هذا إذا [كان] ^(٦) أوصى بأن يحج عنه بثلته ^(٧) وثلثه يبلغ حججا فعلى الوصي أن يحج عنه حججا إلا ^(٨) ألا يبقى من ثلث ماله شيء وللوصي الخيار إن شاء حج عنه حججا في سنة واحدة بأن أخذ رجلا ^(٩) ودفع إليهم [المال] ^(١٠) النفقة في سنة واحدة حتى يحجوا عنه أو أحج عنه رجلا في كل سنة مرة [واحدة] ^(١١) والأول أفضل؛ لأنه ربما يهلك [الباقى من المال] ^(١٢) بعد السنة الأولى؛ لأن المنقول مما يرد عليه التلف، وإذا هلك المال لا يصل إلى الميت ثواب الباقي أنه توهم ممكن الاحتراز عنه بأن ^(١٣) يحج عنه رجلا في سنة واحدة ^(١٤) إذا أوصى أن يحج عنه بألف درهم من ماله وذلك النقد ^(١٥) في الحج؛ فللوصي أن يصرفها إلى الدراهم التي تروج في الحج إن شاء [الوصي دفع] ^(١٦) هذا النقد

(١) في د: يتحمل عن.

(٢) زاد في د: منها.

(٣) في د: فإن كان الميت.

(٤) سقط في د.

(٥) في د: مجهول.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ: بثلث.

(٨) زاد في أ: ماله حجة واحدة، وإن أوصى أن يحج عنه بثلثه.

(٩) في د: رجلا.

(١٠) سقط في: د، د.

(١١) سقط في: د.

(١٢) في ب: باقي المال.

(١٣) في د: بما ذكرنا من الطريق؛ وهو أن.

(١٤) سقط في: ب.

(١٥) زاد في د: لا يروج.

(١٦) في د: وله أن يدفع.

بقيمتها^(١) أوصى أن^(٢) يحج عنه ولم يقيد فيه مالا .
والوصي إن أعطى إلى رجل ليحج عنه محمل^(٣) يحتاج إلى مال كثير ألف درهم
[جواد]^(٤) وإن أعطى رجلا ليحج راكبًا ولكن في غير محمله^(٥) يحتاج إلى أقل من
ألف درهم^(٦) . وكل ذلك يخرج من الثلث يجب أقلهما؛ لأنه متيقن .
رجل أوصى أن يدفع بعيره^(٧) هذا رجلا ليحج عنه فدفع البعير إلى رجل فقبضه
وأكرهه رجلا وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج عن الميت ماشيا جاز عن
الأمير استحسانًا وإن خالف أمره؛ لأنه يملك [نفقة نفسه]^(٨) والحج بثمنه [وكذلك
يملك أن يكريه ويحج]^(٩) ببدل المنفعة ثم يرد البعير على ورثة الميت؛ [لأنه ملك
الميت]^(١٠) .
المأمور بالحج إذا حج ماشيًا فالحج عنه وهو ضامن للنفقة^(١١)؛ لأن الحج
المعروف بالزاد والراحلة؛ فانصرفت الوصية إليه .



(١) زاد في د: إن شاء .

(٢) في ب: أو .

(٣) في د: في محل .

(٤) سقط في: د .

(٥) في ب: محمل، وفي د: محل .

(٦) المحيط البرهاني (٢/٤٨٤) .

(٧) في: د بعير .

(٨) في ب: بيعه بنفسه، وفي د: بيعه .

(٩) في د: فأولى أن يملك إكرهه، والحج .

(١٠) سقط في: د .

(١١) زاد في د: لأن الحج المعروف الحج راكبًا .

الفصل الحادي عشر

في المتفرقات

وإذا بلغ الصبي أو أسلم النصراني في وقت لا يقدر على الحج ثم مات ذكر في اختلاف زفر ويعقوب أنه لا يجب الحج على قول أبي يوسف خلافاً لزفر - رحمه الله - قال البلخي: وقد روي عن أبي يوسف أيضاً أنه يجب فصار عن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان وقيل عن أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا روايتان أيضاً ولذلك^(١) على هذا إذا أصاب مالا واستهلك^(٢) و^(٣) هلك، ثم أصاب مالا^(٤) في وقت لا يقدر على أداء الحج.

والأظهر أنه [لا]^(٥) يجب وعليه الفتوى.

وفي النوادر: البالغ إذا جن بعد الإحرام ثم ارتكب شيئاً من محظورات الإحرام فإن عليه فيها الكفارة فرق بينه وبين الصبي والفرق أن إحرام المجنون قبل أن يجن كان صحيحاً لازماً بخلاف إحرام الصبي^(٦). والله أعلم بالصواب.

[تم المجلد الأول من الذخيرة البرهانية بمدينة القاهرة المحروسة في المدرسة المسرورية بعون الله على يدي العبد الضعيف الراجي رحمة ربه الفقير إلى عفوه العظيم، ورضوانه الجزيل: إبراهيم بن الحسين بن فيلغ أبو الشَّرْمَارِي الحنفي - غفر الله له ولوالديه، ولمن طالع في الكتاب، وترحم عليه من صميم فؤاده، ودعا له بالمغفرة ولجميع المسلمين والمسلمات - وصلى الله على سيدنا محمد وآله وأصحابه وأشيعاه وأتباعه الطيبين الطاهرين، وسلم تسليمًا كثيرًا.

وكان الفراغ منه يوم الأربعاء الرابع والعشرين من محرم سنة أربع وخمسين وستمائة والحمد لله رب العالمين، وهو سبعة عشر كرامًا وورقتين]^(٧).

(١) في ب، د: وكذلك.

(٢) في د: واستهلكه.

(٣) في ب: أو.

(٤) زاد في د: آخر.

(٥) سقط في: د.

(٦) المحيط البرهاني (٢/٤٩٤).

(٧) سقط في م، وفي د: ويتبعه كتاب النكاح - إن شاء الله تعالى... في بلدة شيراز. من شوال المعظم لسنة تسع وعشرين وثمانمائة، على يدي العبد الضعيف الرباني عطاء بن الحسين بن يحيى بن علي الأرابي الحنفي دينا الحنفي مذهباً، أصلح الله العزيز شأنه وأوصله إلى الأصلي من أوطانه بالخير والسلامة.

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين كتاب النكاح^(١)

(١) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه نكحت البر في الأرض، إذا حرثتها وبذرت فيها، ونكح المطر الأرض إذا خلط ثراها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسياً، كما ذكر، ومعنوياً كنكح النعاس العين.

ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة، وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري: هو الوطء حقيقة، ومنه قول الفرزدق: [بحر البسيط]

إِذَا سَقَى اللَّهَ قَوْماً صَوَّبَ عَادِيَةَ فَأَلَا سَقَى اللَّهَ أَرْضِ الْكُوفَةِ الْمَطْرَا
الْتَّارِكِينَ عَلَى طَهْرٍ نَسَائِهِمْو وَالنَّائِكِينَ بِشَطْطِي دَجَلَةَ الْبَقْرَا
وهو مجاز في العقد؛ لأن العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة.

قال الشاعر: [الطويل]

صَمَّمْتُ إِلَى صَدْرِي مُعَطَّرَ صَدْرِهَا كَمَا نَكَحْتُ أُمَّ الْعُلَامِ صَبِيَّهَا
أي كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وقيل: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، ويتعين المقصود بالقرائن، فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء؛ لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء، هل النكاح حقيقة في الوطء والعقد، أو هو حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر.

فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد، فيكون حقيقة فيهما.

ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في الوطء تارة، وفي العقد تارة أخرى بدون قرينة، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه، إما بالوضع الأصلي، أو بعرف الاستعمال، فالقول بالمجازية فيهما، أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة: الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢].

وذهب الشافعية والمالكية، وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وذهب الحنفية إلى العكس.

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما، مجاز في الآخر، أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول، من أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز، فالمجاز أولى؛ لأنه أبلغ وأغلب.

والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرينة عند من لا يجيز حمل على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازاً في =

الآخر أولى .

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد، مجاز في الوطاء، وذلك : أولاً : لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل : إنه لم يرد في القرآن إلا للعقد، ولا يرد قول الله تعالى : ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٠]؛ لأن شرط الوطاء في التحليل إنما ثبت بالسنة. وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها، وتزوجها عبد الرحمن بن الزبير، فقال لها رسول الله ﷺ : «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟» لا؛ حتى تدوقي عُسَيْلَتَهُ، ويدوق عُسَيْلَتِكَ» فيكون معنى قوله تعالى : ﴿تَنْكِحُ﴾ حتى تنزوّج، ويعقد عليها، وقد بينت السنة أنه لا بدّ مع العقد من ذوق العسيلة.

وثانياً : أنه يصح نفي النكاح عن الوطاء، فيقال : هذا الوطاء ليس نكاحاً، ولو كان النكاح حقيقة في الوطاء، لما صح نفيه عنه.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوء الأب من الزنا، فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطاء الشامل للوطء الحلال والحرام، قالوا بحُرْمَةِ موطوء الأب من الزنا، ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا: لا تحرم موطوء الأب من الزنا.

وعرفه الشافعية بقولهم: عقد يتضمن إباحة وطاء بلفظ الإنكاح والتزويج، وما اشترق فيهما فقولهم: «عقد» جنس في التعريف، وقولهم: «يتضمن إباحة وطاء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطاء كالإجارة وغيرها. وقولهم: «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالكهبة والتملك.

وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال: هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة.

فالعقد مصدر عقد، أي: تمسك وتوثق، والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر، أي ارتباط كلام الزوج بكلام وليّ الزوجة، على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه.

وقوله: «عقد» جنس في أتعريف يشمل النكاح وغيره من العقود.

وقوله: «لحل تمتع . . . إلخ». علة باعثة على العقد، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك، ومنه شراء الأمة للتلذذ بها، إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه، بل الانتفاع العام وملك الرقبة.

وخرج بقوله: «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر، والمجوسيات والإماء الكتابيات، فلا يصح العقد على واحدة منهن، ولا يقال: إن هذا التعريف غير مانع؛ لأنه يدخل فيه الملاءنة والمبتوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة؛ لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي، وأما الملاءنة، وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية، فإن مانعهن ذاتي لا عرضي.

وقوله: «بصيغة» متعلق بعقد، وهو من تمام التعريف؛ لأن الصيغة أحد أركان النكاح. =

وقد عرفه الكمال ابن الهمام من الحنفية بقوله: عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدًا. وقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود. وقوله: «وضع لتملك المتعة بالأنثى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة، وعلى الذوات كالبيع والهبة، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين. وقوله: «قصدًا» يحتز به عقد تملك به المتعة ضمناً كما في البيع والهبة؛ لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه. وعرفه بعض علماء الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قصدًا. وعرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج، فهو حقيقة في العقد، مجاز في الوطء على الصحيح.

وقد دلّ الكتاب، والسنة، والأثر، والإجماع، والمعقول على مشروعية الزواج: أولاً: الكتاب:

احتج الفقهاء على مشروعية النكاح من الآيات بما يلي:
قال تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلًا لِّذُنُوبِكُمْ وَأَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا اللَّهَ فَوَجَدَ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾.

أن الله عزّ وجلّ أحلّ نكاح الواحدة والاثنين والثلاث والأربع، ولا يحل ما فوق ذلك أن يجمع. والأمر في الآية للإباحة؛ فمن شاء نكح، ومن شاء ترك. وقوله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾. وجه الدلالة من هذه الآية: دلّت هذه الآية بدلالة الأمر على مشروعية النكاح، وفيها أيضاً دليل على مساعدة الفقراء وتزويجهم، والأمر للندب والإرشاد، فقد حث الله جماعة المسلمين في هذه الآية؛ كي يهتموا بتزويج من كان في مجتمعهم بدون زواج من الرجال أو النساء الأحرار، ومن وجدوا فيهم الصلاح من عبادهم وإمائهم. ومعنى الصلاح: القدرة على تحمل أعباء الحياة الزوجية؛ لأن المقصود ألا يكون في داخل المجتمع أيامى، وهم في حاجة إلى النكاح؛ لأن ذلك قد يدفعهم إلى مسالك الحرام عند عجزهم عن مسلك الحلال؛ وبذلك يحمي الله نسل الناس وأعراضهم. وفي الآية إشارة إلى أن الفقر ليس علة دائمة حتى يكون مانعاً من قبول زواج الفقير ورده.

وهذا المبدأ من أهم الوسائل في حماية المجتمع من مظاهر الفواحش؛ لأن المجتمع الذي يهتم بتزويج أياماه يطهر نفوس أفرادها، وفي ذلك طهارة له بدون ريب، والمجتمع الذي يهمل أمر الأيامى لا ينجو من مظاهر الفساد والندس. وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: ٢١].

دلت الآية بمفهومها على مشروعية الزواج، وتعد من الآيات الدالة على كمال قدرة الله - عزّ وجلّ - حيث خلق للبشر من أنفسهم - أي من جنسهم من البشرية والإنسانية - أزواجاً يألّفونها ويميلون إليها؛ فإن الجنسين المختلفين - كالجنّ والإنس - لا يسكن أحدهما إلى الآخر ولا يميل قلبه إليه، وجعل سبحانه وتعالى بين الأزواج والزوجات وداذا وتراحماً =

بسبب الزواج؛ يعطف به بعضهم على بعض من غير أن يكون بينهم قبل ذلك معرفة ولا ألفة. إن في هذه الآية السابقة من عجائب تدبير الله دلائل عظيمة الشأن بديعة البيان واضحة الدلالة على قدرته سبحانه وتعالى لقوم يتفكرون في صنع الله وفي مظاهر قدرته فيزدادون إيماناً مع إيمانهم.

وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَوْلَادَهُنَّ يَتَكَيَّنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ .
دلّت هذه الآية بدلالة النهي المقتضي للكف عن الفعل ألا يقف الولي في وجه المرأة في اختيار شريك عمرها ولا يمنعها ولا يضيق عليها إن أرادت ذلك .

وقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾ ، وقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةٍ وَرَزَقَكُمْ مِنْ أَلْبَانِهَا أَفِيئًا لِيُطِيبَ بُيُوتَهُمْ وَيُنْعِمَ اللَّهُ بِهِمْ يَكْفُرُونَ﴾ [النحل: ٧٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِيَّةً﴾ .

ووجه الاستدلال من هذه الآيات: أن الله - عزَّ وجلَّ - يمتن على عباده فيها بنعمة الزواج، ولا يمتن عليهم إلا بما هو مشروع لهم؛ إذ به تنشأ الألفة والمودة، ويحصل السكن والاستقرار بين الزوجين ويمنحان البنين والحفدة، وكل ذلك من آيات الله الظاهرة ودلائل قدرته الباهرة التي لا يدركها إلا أولو العقول النيرة. بل الزواج والنسل إحدى الصفات التي امتدح الله بها رسلا سابقين كما دلّت عليه الآية الثالثة.
ثانياً: السنة النبوية:

دلّت السنة على مشروعية الزواج بأحاديث مستفيضة يمكن بيانها على النحو التالي:
١ - روت أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «النكاح من سُنتي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وَتَزَوَّجُوا؛ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ، وَمَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيُتَخَّخْ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصَّيَّامِ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ» .

وجه الدلالة من هذا الحديث: قال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري»: «فيه الحض على النكاح والأمر به، وقد يقال: إنه مندوب أيضاً؛ لعموم قوله: «لَا زَهْبَانِيَّةَ فِي الْإِسْلَامِ»، وقال الغزالي في «الإحياء»: من اجتمعت له فوائد النكاح وانتفت عنه آفاته فالمستحب في حقه التزويج، ومن لا؛ فالترك له أفضل، ومن تعارض الأمر في حقه فليجتهد ويعمل بالراجح» .

٢ - وبما رواه أنس: «أَنَّ نَفْرًا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ سَأَلُوا أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ عَمَلِهِ فِي السَّرِّ فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا أَنْزَوْجَ النِّسَاءِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا أَكُلُ اللَّحْمِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا أَنْأَمُ عَلَى فِرَاشٍ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَصُومُ وَلَا أَفْطِرُ. فَقَامَ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: مَا بَالُ أُنْوَامٍ قَالُوا كَذَا وَكَذَا، لَكِنْ أَصَلِّي وَأَنَامُ، وَأَصُومُ وَأَفْطِرُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ؛ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي» .

وجه الدلالة من هذا الحديث: قال المهلب: في هذا الحديث من الفقه أن النكاح من سنن الإسلام، وأنه لا رهبانية في شريعتنا، وأن من ترك النكاح رغبة عن سنة محمد - عليه السلام - فهو مذموم مبتدع، ومن تركه من أجل أنه أوفق له وأعون على العبادة فلا ملامة عليه؛ لأنه لم يرغب عن سنة نبيه وطريقته، وفيه الاقتداء بالأئمة في العبادة، والبحث عن

أحوالهم وسيرهم في الليل والنهار.

وقال ابن دقيق العيد: يستدل به على ترجيح النكاح على التخلي لنوافل العبادات؛ فإن هؤلاء القوم قصدوا هذا القصد، والنبي ﷺ رده عليهم، وأكد ذلك بأن خلافه رغبة عن السنة، ويحتمل أن تكون هذه الكراهة للتقطع، والغلو في الدين.

٣ - ما رواه ابن مسعود رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء».

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ رغب من قدير على مؤن النكاح من الشباب أن يتزوج، كما نصح غير القادر منهم على مؤن النكاح بالصوم؛ لأنه يقيه من الوقوع في الحرام؛ فدل على مشروعية النكاح.

٤ - عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين فليتق الله في التصفى الباقي».

وجه الدلالة من هذا الحديث: قال القارئ في «المرقاة»: جعل الزوج نصفًا مبالغة للحث عليه.

وقال الغزالي: الغالب في إفساد الدين الفرج والبطن، وقد كُفي بالتزوج أحدهما؛ لأن في التزوج التحصن عن الشيطان، وكسر التوقان، ودفع غوائل الشهوة، وغض البصر، وحفظ الفرج.

٥ - عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله ﷺ قال: «الدنيا متاع، وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة».

وفي رواية: «إنما الدنيا متاع، وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من المرأة الصالحة». وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث على أن المرأة الصالحة خير ما يتمتع به في الدنيا؛ لأنها معينة على أمور الآخرة.

قال ابن الجوزي: صلاح المرأة دينها، وصاحبة الدين تجتنب الأنجاس والأوساخ، وتحسن أخلاقها، وتصبر على جفاء زوجها وقلة نفقته، ولا تخونه في ماله، فيطيب لذلك عيشه.

٦ - روى ربيعة الأسلمي: «كان بعض الصحابة قد انقطع إلى رسول الله ﷺ يخدمه ويبيت عنده لحاجة إن طرقت، فقال له رسول الله ﷺ: «ألا تتزوج؟» فقال: يا رسول الله، إني فقير لا شيء لي وأنقطع عن خدمتك، فسكت ثم عاد ثانيًا فأعاد الجواب.

ثم تفكر الصحابي وقال: والله، لرسول الله ﷺ أعلم بما يصلحني في الدنيا والآخرة وما يقربني إلى الله مني، والله، لئن قال: تزوج لأقولن: نعم يا رسول الله، مؤني بما شئت، قال: فقال: «يا ربيعة، ألا تزوج؟» فقلت: بلى، مؤني بما شئت، قال: «انطلق إلى آل فلان حتى من الأنصار - وكان فيهم تراخ - عن النبي ﷺ فقل لهم: إن رسول الله ﷺ أرسلني إليكم بأمركم أن تزوجوني فلانة لامرأة منهم»، فذهبت فقلت لهم: إن رسول الله ﷺ أرسلني إليكم، بأمركم أن تزوجوني فلانة فقالوا: مرحبًا برسول الله، وبرسول رسول الله ﷺ، والله لا يزوج رسول رسول الله ﷺ إلا بحاجته

فَرَوَّجُونِي وَالطَّفُونِي، وَمَا سَأَلُونِي الْبَيْتَةَ، فَرَجَعْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَزِينًا، فَقَالَ لِي: «مَا لَكَ يَا رَبِيعَةُ؟»، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَتَيْتُ قَوْمًا كِرَامًا فَرَوَّجُونِي، وَأَكْرَمُونِي وَالطَّفُونِي وَمَا سَأَلُونِي بَيْتَهُ، وَلَيْسَ عِنْدِي صَدَاقٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «يَا بَرْيَدَةُ الْأَسْلَمِيَّةُ، اجْمَعُوا لَهُ وَزْنَ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ»، قَالَ: فَجَمَعُوا لِي وَزْنَ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، فَأَحَذْتُ مَا جَمَعُوا لِي فَأَتَيْتُ بِهِ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ: «أَذْهَبْ بِهَذَا إِلَيْهِمْ فَقُلْ: هَذَا صَدَاقُهَا»، فَأَتَيْتُهُمْ فَقُلْتُ: هَذَا صَدَاقُهَا فَرَضُوهُ وَقَبِلُوهُ، وَقَالُوا: كَثِيرٌ طَيِّبٌ، قَالَ: ثُمَّ رَجَعْتُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ حَزِينًا فَقَالَ: يَا رَبِيعَةُ، مَا لَكَ حَزِينًا؟ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا رَأَيْتُ قَوْمًا أَكْرَمَ مِنْهُمْ رَضُوا بِمَا أَتَيْتُهُمْ وَأَحْسَنُوا وَقَالُوا: كَثِيرًا طَيِّبًا وَلَيْسَ عِنْدِي مَا أَوْلَمُ، قَالَ: «يَا بَرْيَدَةُ، اجْمَعُوا لَهُ شَاةً».

هذه القصة وأمثالها والحوار الذي دار فيها بين الرسول ﷺ وبين ذلك الصحابي الجليل الفقير ترينا حرص الإسلام وحنه على الزواج مراعاة لسنن الطبيعة وإشباع الغرائز التي تلح على الإنسان في إشباعها، فبدلاً من أن تشبع من طريق اللهو والفجور والعبث؛ نظم الإسلام لها الإشباع عن طريق حلال فشرع لها الزواج وحرّم البغاء.

٧ - عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثَلَاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ عَوْنُهُمُ الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَالْمَكَاتِبُ الَّذِي يُرِيدُ الْأَدَاءَ وَالنَّكَاحُ الَّذِي يُرِيدُ الْعَفَافَ».

وجه الدلالة من هذا الحديث: قال الطيبي: «إنما أثر هذه الصيغة؛ إيداناً بأن هذه الأمور من الأمور الشاقة التي تكدر الإنسان، وتقصر ظهره لولا أن الله تعالى يعينه عليها لا يقوم بها وأصعبها العفاف؛ لأنه قمع الشهوة الجبلية المركزة فيه.

وقال المناوي: والنكاح الذي يُريد العفاف أي: المتزوج يقصد عفة فرجه عن الرِّثَا واللواط، خص الثلاثة؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْأُمُورِ الشَّاقَّةِ وَأَشَقَّهَا الثَّلَاثُ.

وقد دلّ الحديث على أن الله عزّ وجلّ في عون الزوج الذي يريد العفاف ليحصن فرجه ويتعد عن المحرمات.

٨ - عَنْ أَنَسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «حُبِّبَ إِلَيَّ مِنَ الدُّنْيَا: النِّسَاءُ، وَالطَّيِّبُ، وَجُعِلَ قُوَّةُ عَيْنِي فِي الصَّلَاةِ».

دل هذا الحديث على حب النبي ﷺ للنساء؛ أي: حب التزاوج.
قال جلال الدين السيوطي: «وأولى الخلق بالشفقة بالنسبة إلى كل واحد من الناس نفسه وبدنه؛ كما قال ﷺ: «إِذَا بَدَأَ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ».

والطيب: أخص الذات بالنفس.
ومباشرة النساء ألد الأشياء بالنسبة إلى البدن، مع ما يتضمن من حفظ الصحة وبقاء

النسل المستمر لنظام الوجود.
ثم إن معاملة النساء أصعب من معاملة الرجال؛ لأنهن أرق ديناً وأضعف عقلاً وأضيق خلقاً».

ثالثاً: الأثر:

دلت الآثار المروية عن أصحاب النبي ﷺ على مشروعية النكاح؛ ومن ذلك ما يلي:
١ - قال إبراهيم بن ميسرة: قال لي طاوس: «لِتَنْكِحَنَّ أَوْ لِأَقُولَنَّ لَكَ مَا قَالَ عُمَرُ لِأَبِي الرَّوَّائِدِ: مَا يَمْنَعُكَ مِنَ النَّكَاحِ إِلَّا عَجْزٌ أَوْ فُجُورٌ».

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

الأول [منها] (١) في: الألفاظ التي ينعقد (٢) بها النكاح وما لا ينعقد

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: عقد النكاح ينعقد بلفظين، يعبر بهما عن الماضي، نحو أن يقول أحدهما: زوجت، ويقول الآخر: قبلت، وينعقد أيضاً

٢ - وروى الحسن قال: قال عمر بن الخطاب: «اطْلُبُوا الْفُضْلَ فِي الْبَاءِ. قَالَ: وَتَلَا عُمَرُ ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْجِبُهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾».

٣ - وقال وهب بن منبه: «مَثَلُ الْأَعْرَبِ مَثَلُ شَجَرَةٍ فِي فَلَاةٍ، يُقْلَبُهَا الرِّيحُ هَكَذَا وَهَكَذَا».

٤ - وقال طاوس: «لَا يَتِيمٌ نُسُكُ الشَّابِّ حَتَّى يَتَزَوَّجَ».

دلت هذه الآثار بمنطوقها ومفهومها على مشروعية النكاح، وأنه لن يتم نسك الشاب حتى يتزوج؛ كما دل كلام طاوس وغيره، وحصر كلام عمر - رضي الله عنه - أن الدين غير مانع منه، وحصر المانع في أمرين مذمومين وهما العجز أو الفجور.
رابعاً: الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية من بعد وفاة نبينا ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعية النكاح؛ فلم يقل أحد من الصحابة أو التابعين أو غيرهم ممن تبعهم بعدم مشروعية الزواج، بل توالى القوم بمشروعيته في سائر الأزمان منذ بعثته ﷺ.
خامساً: المعقول:

لما كان الرجل والمرأة هما شطرا الكائن البشري، ولا سبيل لتكاثرهما واستقرارهما على الوجه النافع إلا عن طريق الزواج - كان في ذلك دليل على تشريعه.
كما أن الزواج يحفظ الأسر من المضار والمفاسد الاجتماعية، ويحميها من أن يدب فيها الانحلال؛ فهو يحمي الإنسان من الضياع، ويحفظ النسل والذرية من الهلاك والإهمال، ويرسي قواعد القرابة والمواريث على الأسس السليمة، ويقضي على التشرذم الاجتماعي الذي عانت منه الإنسانية ولا تزال تعاني الشيء الكبير، وفي ظل بركات الزواج في الإسلام تتكون الأسرة السليمة الصالحة المتماسكة وينشأ فيها الأولاد.
وعلى هذا؛ فإن مجموع ما أوردناه من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول قد تضافر كله ليؤكد لنا بأن النكاح مشروع في الإسلام وأن الله - تعالى - ورسوله ﷺ قد حثنا عليه.

ينظر: الصحاح (٤١٣/١)، لسان العرب (٦٢٥/٢)، المصباح المنير (٩٦٥/٢)،
القاموس المحيط (٢٦٣/١)، معجم مقاييس اللغة (٤٧٥/٥)، المطلع، ص (٣١٨)،
تبيين الحقائق (٩٤/٢)، بدائع الصنائع (١٣٢٤/٣)، منح الجليل (٣/٢)، الفواكه
الدواني (٢١/٢)، مغني المحتاج (١٢٣/٣)، الكافي (٥١٩/٢)، الإنصاف (٤/٨)،
المغني، لابن قدامة (٣/٧).

(١) سقط في م.

(٢) في م: ينعقد.

بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل نحو أن يقول: زوجني، فيقول: زوجت.
وذكر في نكاح فتاوى سمرقند إذا قال لغيره: «دختر خویش مراده» فقال «دادم»
ينعقد [لفظ النكاح]^(١) وإن لم يقل الخاطب: «بذيرفتم» ولو قال: «مرادادي» فقال:
«دادم» لا ينعقد النكاح ما لم يقل الخاطب: «بذيرفتم».

والفرق: أن قوله: «ده» أمر وتوكيل، والواحد يصلح وكيلاً من الجانبين في
النكاح، وقوله: «دادي» استخبار وليس بأمر فلا يثبت التوكيل به.
قالوا: إلا إذا أراد بقوله: «دادي» التحقيق دون السوم^(٢)، فحينئذ ينعقد النكاح
وإن لم يقل الخاطب: «بذيرفتم».

وعلى قياس ما قاله شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في مسألة الخلع: أنه إذا
قال لها [«خويشتي خريدي» فقالت: «خريدم»]^(٣)، يتم الخلع.
لأن معنى كلام الزوج: «خويشتي خريدي كه من فروختم»، ينبغي أن ينعقد
النكاح ها هنا فيكون معنى كلام المخاطب: «خويشتن بمن دادي كه من بذيرفتم».
وقد كان الشيخ الإمام ظهير الدين - رحمه الله - يحكي عن عمه القاضي الإمام شمس
الإسلام محمود عن الشيخ الإمام شمس الأئمة هذا - رحمهم الله - أن قوله: «دادي»
و«ده» سواء وينعقد النكاح باللفظين جميعاً.

ولو قال: «خويشتن بمن دادي»، فقال: «دادم» فقال المخاطب «من زنى بذيرفتم»
فالمذكور في فتاوى سمرقند: أنه لا ينعقد النكاح؛ لأنه لا يمكن حمل كلامه وهو
قوله: «دادي» على التحقيق ها هنا؛ لأن معنى التحقيق أن يتضمن هذا الكلام قول
المخاطب «بذيرفتم»، يعني «خويشتن بمن دادي له من بذيرفتم» وهذا المعنى لا
يمكن تحقيقه مع التصريح بعدم القبول.

وفي مجموع النوازل عن نجم الدين النسفي - رحمه الله -: أنه كان [«يقول»]^(٤):
ينبغي أن يقول المخاطب: «خويشتن بزني دادي» وتقول المرأة: «خويشتن بزني
دادم» وكان يقول: في انعقاد النكاح بدون ذكر «بزني» اختلاف المشايخ، فلا بد من

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الووم، وفي ب: السم.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

ذكر هذه الزيادة لتصير المسألة متفقا عليها.

قال نجم الدين^(١) -رحمه الله -: وفي قوله: «بزنى دادي»، اختلف «مشايخ بلخ» بعضهم جعل هذا استفهاما؛ وبعضهم [جعلوه بمنزلة]^(٢) الأمر ومعناه: «خويشتن بزنى ده».

قال - رحمه الله -: ومعنى الأمر راجح بحكم العرف؛ ألا ترى أن المتعارف فيما بين الناس أنهم يقولون وقت العقد: «خويشتن بفلان بزنى دادي»، ويريدون الأمر. قيل لامرأة: «خويشتن بفلان بزنى دادي» فقالت: «داد» وقيل للزوج: «بذيرفتي» فقال: «بذيرفت» ينعقد النكاح، وإن لم تقل المرأة: «دادم»، ولم يقل الزوج: «بذيرفتم»، لمكان العرف.

وعلى هذا البيع والشراء إذا قيل للبائع: «فروختي» فقال: «فروخت» وقيل للمشتري: «خريدي» فقال: «خربد»، ينعقد البيع، وإن لم يقلوا: «خريدم» وفروختم».

قيل لامرأة فلان: «مراباشيدي» «بزنى» فقالت: «باشيدم». قيل: لا ينعقد النكاح ما لم يقل: «يزنى باشيدي» وعند ذلك ينعقد النكاح وإن لم يقل: «بزنى باشيدم».

وقيل: ينعقد النكاح على كل حال لمكان العرف.

قال لامرأة: خويشتن رازن من «کردانبيدي» فقالت: «کردانبدم»، ينعقد النكاح. قال لامرأة: هل زوجت نفسك مني؟ فقالت: بالسمع والطاعة^(٣)، فقال الزوج: قبلت، فهذا نكاح.

ولو قالت^(٤): «سباس دادم» فقال الزوج: «بذيرفتم» فهذا ليس بنكاح.

قال [لامرأة]^(٥): «زن من شدي» وقالت: «شدم»، وقال الزوج: «بذيرفتم»، لا ينعقد النكاح.

(١) زاد في أ: هذا.

(٢) في ب: جعلوا منزلة.

(٣) زاد في أ: «بذيرفتم» فهذا نكاح، قال لامرأة: «زن من شدي»، قالت: «شيدم».

(٤) في أ: قال.

(٥) سقط في أ.

وهكذا ذكر في بعض الفتاوي .
 وذكرنا بعد هذا عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في قول الرجل لامرأة:
 صرت امرأة لي؟ فقالت: نعم، أو قالت: صرت، اختيار المشايخ أنه ينعقد النكاح .
 وقوله: «شدي»، وقوله: صرت، سواء .
 وإذا قال لها: أتزوجك بكذا، فقالت: قد فعلت، يتم النكاح، وإن لم يقل
 الزوج: قبلت، في باب الهبة في النكاح من المختصر .
 وإذا قال لها: جئتك خاطبا، فقالت: قد فعلت، أو قالت: زوجتك نفسي . كان
 نكاحًا تامًا .

[وكذلك إذا قال لها: خطبتك إلى نفسك، فقالت: قد قبلت، كان نكاحًا تامًا]^(١)
 ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح هذا الكتاب .
 وفي المنتقى: إذا قال الرجل لغيره: جئتك «خاطبًا» ابتك، أو: جئتك لتزوجني
 ابتك، فقال الأب: قد زوجتك، فالنكاح واقع لازم وليس للمخاطب ألا يقبل .
 وينعقد النكاح^(٢) بلفظة الهبة^(٣) والصدقة والتملك، ولا ينعقد بلفظة الإحلال^(٤) .

(١) سقط في ب .

(٢) زاد في أ: واقع .

(٣) اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بلفظ الهبة:

فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بأنه لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة .

وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهري، وربيعة .

وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بانعقاد النكاح بلفظ الهبة، إلا أن المالكية قالوا:
 ينعقد بها النكاح بشرط ذكر المهر، ويظهر أنهم إنما اشترطوا في انعقاد النكاح بلفظ
 الهبة ذكر المهر؛ لأن إسقاط المهر عندهم يؤثر في النكاح، ولما كان النكاح بلفظ الهبة
 يشعر بإسقاط المهر نظرًا إلى أن لفظ الهبة من ألفاظ التبرعات، لذلك قالوا: ينعقد بها
 النكاح مع ذكر المهر .

وقد استدل الشافعية ومن وافقهم على عدم انعقاد النكاح بلفظ الهبة بالكتاب والسنة
 والمعقول:

أما الكتاب: فقول الله تبارك وتعالى في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ:
 ﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ
 الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] .

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله تعالى قال: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾ فدل ذلك على
 أن الانعقاد بلفظ الهبة من خصوصياته ﷺ .

وأما السنة فما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «اتَّقُوا الله في النساء فَإِنَّكُمْ =

أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةٍ اللَّهُ وَاسْتَحْلَلْتُمُ فُؤُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ». =
 ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن الكلمة التي أحل الله بها الفروج في كتابه إنما هي الإنكاح والتزويج فقط، أخذًا من الكتاب والسنة بالاستقراء دون الهبة.
 وأما المعقول فقد قالوا فيه: إن الهبة من ألفاظ الطلاق حتى إنه ليقع الطلاق بقوله لزوجته: وهبتك لأهلك، فلا يكون موجبًا لضده.
 وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي.

أما الآية فقد قيل لهم فيها: إن قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ ليس معناه أن انعقاد النكاح بلفظ الهبة مختص به ﷺ، بل المراد أن الاختصاص والخلوص في سقوط المهر خاص به ﷺ، ويؤيد هذا المراد أمور:
 الأمر الأول: أنها مقابلة بمن أتى مهرها في قوله: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ زَوْجَكَ الَّذِي آتَيْتَ أُجْرَهُ﴾ [الأحزاب: ٥٠] إلى قوله: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً﴾.
 الأمر الثاني: أن الله تعالى قال: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ﴾، ومن المعلوم أنه لا حرج يلحقه في نفس العبارة، وإنما الحرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج.
 الأمر الثالث: أن الله سبحانه وتعالى امتن على نبيه بقوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾، والمنة إنما تظهر بنفي المهر لا بإقامة لفظ مقام لفظ.

ويقال لهم في الحديث: إن قولكم: إن الكلمة التي أحل الله بها الفروج في كتابه هي لفظ الإنكاح والتزويج فقط، غير مسلم؛ بل جاء لفظ الهبة أيضًا في الكتاب العزيز قال تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً﴾ الآية. والخلوص في الآية راجع إلى إسقاط المهر.
 ويقال لهم في المعقول: إن قولكم: إن الهبة من ألفاظ الطلاق، فلا يكون موجبًا لضده منتقص بقول الرجل لزوجته: تزوجي، فإن الفرقة تقع به إن نوى به الطلاق.
 واستدل المالكية والحنفية على انعقاد النكاح بلفظ الهبة بنفس الآية التي استدل بها الشافعية، ووجه الدلالة منها أنهم قالوا: إن هذا اللفظ انعقد به نكاح النبي ﷺ فوجب أن ينعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج.
 وبعد مناقشة أدلة الشافعية ومن معهم وبيان ما ورد عليها يتبين لنا أن الراجح مذهب الحنفية والمالكية لقوة دليلهم.

واختلف الفقهاء أيضًا في انعقاد النكاح بلفظ التملك: فمنهم من يرى عدم انعقاده وهم الشافعية والحنابلة، ومنهم من يرى انعقاده وهم المالكية والحنفية وإليه ذهب ابن حزم في المحلي.

الأدلة: استدل الشافعية ومن وافقهم بما يأتي: أولاً: بقوله ﷺ «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ...» إلخ.

ثانيًا: قالوا: إن لفظ التملك ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به، وذلك؛ لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ألا ينعقد النكاح بلفظ التملك.
 وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

أما الحديث فيقال لهم فيه: إن قوله ﷺ: «وَاسْتَحْلَلْتُمُ فُؤُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ». لا يدل

على حصر انعقاد النكاح في لفظ الإنكاح والتزويج، فقد جاء في حديث ما يدل على انعقاده بلفظ التملك، فقد قال النبي ﷺ للرجل الذي خطب المرأة التي عرضت نفسها عليه «قَدْ مَلَكَتُهَا»

ويقال لهم في المعقول: إن قولكم: إن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تُعلم بالنية، مسلم؛ ولكن قولكم: ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها غير مسلم؛ فإن القرائن دالة على أن المشهود عليه هو النكاح فإنه إذا قال إنسان لآخر بحضرة الشهود: ملكتك ابنتي بألف درهم مثلاً، فقال الآخر: قبلت، علم أن المراد التزويج، ولا يحتاج إلى إظهار النية، إذ إن دلالة الحال في الكنايات تجعلها صريحة، وتقوم مقام إظهار النية.

وأما الحنفية والمالكية ومن معهم فقد استدلوا بقوله ﷺ: «قَدْ مَلَكَتُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ زَوَّجَهُ إِيَّاهَا بِلَفْظِ التَّمْلِكِ، فدل ذلك على انعقاد النكاح به إلا لما قال له الرسول: «قَدْ مَلَكَتُهَا»، فإن قيل: إن هذا الحديث رواه سفيان بن عيينة عن أبي حازم عن سهل فقال فيه: «قَدْ أَنْكَحْتُهَا»، ورواه زائدة، وحماد بن زيد، وعبد العزيز بن محمد الداروردي كلهم عن أبي حازم عن سهل، فقالوا فيه: «قَدْ زَوَّجْتُهَا فَعَلِمَهَا مِنَ الْقُرْآنِ»، وهو موطن واحد، ورجل واحد، وامرأة واحدة، فيكون من روى «قَدْ مَلَكَتُهَا»، روى الحديث بالمعنى لظن الترادف، فلا تكون روايته حجة. يجاب عن هذا القول بأنه وإن كان موطنًا واحدًا ورجلاً واحدًا وامرأة واحدة، فإنه لا مانع من صحة الروايات كلها، ويكون قصد النبي ﷺ تعليمهم بأن كل هذه الألفاظ ينعقد بها النكاح، ولذلك وجدنا الرواة رغم اتحاد القصة اختلفوا في اللفظ، فمنهم من روى «قَدْ مَلَكَتُهَا»، ومنهم من روى «قَدْ أَنْكَحْتُهَا»، ومنهم من روى: «قَدْ زَوَّجْتُهَا» وعليه فالراجح مذهب من قال بانعقاد النكاح بلفظ التملك.

(٤) يتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهما اللفظان الصريحان في النكاح.

واقصر الشافعية والحنابلة على ذلك فلا ينعقد عندهم النكاح بغير هذين اللفظين قالوا: لأن نص الكتاب ورد بهما وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ اللَّهِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا فَصِنَ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾، ولم يذكر سواهما في القرآن الكريم، فوجب الوقوف معهما تعبدًا واحتياطًا؛ لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه، والأدكار في العبادات تتلقى من الشرع، والشرع إنما ورد بلفظي التزويج والإنكاح.

وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة.

أما الحنفية والمالكية فقد أجازوا عقد النكاح بما يدل عليه كناية في الجملة، وقسموا الألفاظ من حيث ما ينعقد به النكاح منها وما لا ينعقد به منها إلى أربعة أقسام، إلا أن لكل مذهب اتجاهه في بيان هذه الأقسام، وذلك كما يلي:

قال الحنفية: إنه كما ينعقد النكاح باللفظ الصريح وهو الإنكاح والتزويج ينعقد بألفاظ

الكنائية، وقسموا هذه الألفاظ إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: لا خلاف في الانعقاد به في المذهب، بل الخلاف من خارج المذهب، وهو ما سوى لفظي النكاح والتزويج، من لفظ الهبة والصدقة والتملك والجعل، نحو: جعلت بنتي لك بألف؛ لأن التملك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح، والسببية طريق المجاز.

القسم الثاني: وفيه خلاف في المذهب، والصحيح الانعقاد به، وهو لفظ البيع، نحو: بعت نفسي منك أو ابنتي أو اشتريتك بكذا، قالت: نعم، ينعقد، والانعقاد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز. واختلف في الانعقاد بلفظ السلم فقيل: لا ينعقد؛ لأن السلم في الحيوان لا يصح، وقيل: ينعقد؛ لأنه ثبت به ملك الرقبة.

والمنقول عن أبي حنيفة: أن كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح، والسلم في الحيوان ينعقد حتى ولو اتصل به القبض ينعقد فاسداً، لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم اشتراك المفسد فيهما. وفي الانعقاد بلفظ الصرف روايتان، قيل: لا ينعقد؛ لأنه وضع لإثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين، والمعقود عليه هنا يتعين.

وقيل: ينعقد؛ لأنه يثبت به ملك العين في الجملة، قال الكمال ابن الهمام: وظاهر هذا أنهما قولان وكان منشؤهما الروايتين.

وأما القرض، فقيل: ينعقد به لثبوت ملك العين به، وقيل: لا ينعقد؛ لأنه في معنى الإعارة، قيل: الأول قياس قول أبي حنيفة ومحمد، والثاني قياس قول أبي يوسف. وأما لفظ الصلح فذكر صاحب الأجناس أنه لا ينعقد به، وذكر السرخسي أن ابتداء النكاح بلفظ الصلح جائز.

القسم الثالث: ما فيه خلاف، والصحيح عدم الانعقاد به، وذلك لفظ الإجارة فلا ينعقد النكاح بلفظ الإجارة في الصحيح؛ لأن الإجارة لا تنعقد إلا مؤقتة، والنكاح يشترط فيه نفيه، فتضادا فلا يستعار أحدهما للآخر.

وقال الكرخي: ينعقد النكاح بلفظ الإجارة، وقد ذكر صاحب العناية استدلال الكرخي فقال: لأن المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وإن جعل في حكم العين، وقد سمى الله تعالى العوض أجرا في قوله تعالى: ﴿فَتَأْتُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾، وذلك دليل على أنه بمنزلة الإجارة.

قال الكمال ابن الهمام: إنما لا يجوز انعقاد النكاح بلفظ الإجارة - في الصحيح - إذا جعلت المرأة مستأجرة، أما إذا جعلت المرأة بدل إجارة أو رأس مال السلم كأن يقال: استأجرت دارك بابتني هذه، أو أسلمتها إليك في كر حنطة، ينبغي ألا يختلف في جوازه. ولا يصح النكاح بلفظ الوصية؛ لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت.

وعن الطحاوي: أنه ينعقد بلفظ الوصية؛ لأنه يثبت به ملك الرقبة في الجملة. وعن الكرخي: إن قيد الوصية بالحال بأن قال: أوصيت لك ببنتي هذه الآن، ينعقد للحال؛ لأنه به صار مجازا عن التملك، قال صاحب الفتوح: وينبغي ألا يختلف في صحته حيثئذ.

.....

والحاصل: أنه إذا قيدت بالحال يصح. وإن قيد بما بعد الموت بأن قال: أوصيت لك بابنتي بعد موتي، لم يكن نكاحا. وإن لم يقيد لا بالحال ولا بما بعد الموت، بأن قال: أوصيت لك بها ولم يزد، فقيل: لا يكون نكاحا، وعن الطحاوي: ينعقد.

القسم الرابع: وهو ما لا خلاف في عدم الانعقاد به، وهو لفظ الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع، وذلك لعدم تملك المتعة في كل منها، أي أن كل لفظ من هذه الألفاظ ليس بسبب لملك المتعة.

ولا ينعقد أيضا بلفظ الإقالة والخلع؛ لأنهما لفسخ عقد ثابت.

كما لا ينعقد بالألفاظ مصحفة كتجوزت، بتقديم الجيم على الزاي، وذلك لصدوره لا عن قصد صحيح، بل عن تحريف وتصحيف فلم تكن حقيقة ولا مجازا لعدم العلاقة بل غلطا، فلا اعتبار به أصلا.

لكن لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة، وصدرت عن قصد واختيار منهم كان ذلك وضعًا جديدًا، وقد أفتى بجواز انعقاد النكاح به في هذه الحالة شيخ الإسلام أبو السعود.

قال ابن عابدين: وحاصل كلام الدر: أنهم إن اتفقوا على استعمال التجويز في النكاح بوضع جديد قصداً يكون حقيقة عرفية، مثل الحقائق المترجلة، ومثل الألفاظ الأعجمية الموضوعة للنكاح، فيصح به العقد لوجود طلب الدلالة على المعنى المراد وإرادته من اللفظ قصداً.

وقال الحنفية: إن ألفاظ الكناية في النكاح كالهبة والتمليك والصدقة والبيع لا بد فيها من النية مع قرينة أو تصديق القابل للموجب وفهم الشهود المراد أو إعلامهم به.

والأصل: أن كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح إن ذكر المهر، وإلا فالنية، وما ليس بموضوع له لا ينعقد به، واختلفوا في انعقاده بلفظ لا يعلمان أنه نكاح فلو لقت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل الزوج، والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق، وقيل: لا، كالبيع. ومثل هذا في جانب الرجل.

وقسم المالكية الألفاظ بالنسبة للنكاح - بما في ذلك لفظي الإنكاح والتزويج - إلى أربعة أقسام:

الأول: ما ينعقد به النكاح مطلقاً، سواء سمي صداقاً أو لا، وهو: أنكحت وزوجت.

الثاني: ما ينعقد به النكاح إن سمي صداقاً وإلا فلا، وهو لفظ وهبت، مثل: وهبت لك ابنتي بكذا، فإن لم يسم صداقاً لم ينعقد.

الثالث: ما فيه التردد بين انعقاد النكاح به وعدم انعقاده، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة مثل: بعث، وملكت، وأحللت، وأعطيت، ومنحت، فقيل: ينعقد به النكاح إن سمي صداقاً، وهو قول ابن القصار، وعبد الوهاب في الإشراق، والبايجي، وابن العربي في أحكامه.

وقيل: لا ينعقد به مطلقاً، أي ولو سمي صداقاً، وهو قول ابن رشد في المقدمات.

الرابع: ما لا ينعقد به اتفاقاً مطلقاً، وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة كالحبس، والإجارة، والعارية.

وذهب الفقهاء إلى أن النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كقول الولي للزوج: زوجتك ابنتي أو أنكحتك، فيقول الزوج: قبلت نكاحها، أو رضيت؛ لأن الماضي أدل على الثبوت والتحقيق دون المستقبل.

إلا أنه عند الشافعية لا يكفي أن يقول الزوج: قبلت فقط، أو رضيت فقط، بل لا بد أن يقول: قبلت نكاحها، أو رضيت نكاحها، فإذا لم يقل ذلك لم ينعقد النكاح على المذهب.

وعند جمهور الفقهاء - الحنفية والمالكية والحنابلة وقول عند الشافعية - يكفي أن يقول الزوج: قبلت أو رضيت، وynecد النكاح بذلك.

وينعقد النكاح بالإيجاب بصيغة الأمر، كقول الولي للزوج: تزوج ابنتي، فيقول الزوج: تزوجتها.

أما لو قال الزوج للولي: زوجني ابنتك، فقال الولي: زوجتك بنتي، فإن النكاح ينعقد عند المالكية والشافعية والحنابلة في قول، وكذلك عند الحنفية ينعقد النكاح، سواء على القول بأن قول الزوج للولي: زوجني، هو توكيل ضمنى بالنكاح وليس إيجاباً، أو على القول بأنه إيجاب، ورجح هذا في البحر.

أما عند الحنابلة في المذهب فلا ينعقد هذا النكاح؛ لأن الأصل عندهم أن يتقدم الإيجاب على القبول فإذا تقدم القبول فلا ينعقد النكاح، والإيجاب عندهم يكون من ولي الزوجة وليس من الزوج، وإنما كلام الزوج يعتبر قبولاً.

أما لو كانت الصيغة بالمضارع، فقد قال الحنفية: المضارع المبدوء بهمزة كقول الزوجة: أتزوجك - بفتح الكاف - أو أتزوجك - بكسر الكاف - والمضارع المبدوء بالنون كقول ولي الزوج: تزوجك من ابني، والمضارع المبدوء بتاء كقول: تزوجيني نفسك، فإن النكاح ينعقد بهذه الصيغ، لكن يشترط ألا يقصد في المضارع المبدوء بالتاء الاستقبال أي طلب الوعد.

وقال الدسوقي المالكي: المضارع كالماضي في انعقاد النكاح به، ثم قال: واعترضه الناصر اللقاني بأن العقود إنما تحصل بالماضي دون المضارع؛ لأن الأصل في المضارع الوعد وفي الماضي اللزوم.

وصرح الحنفية والشافعية بأن النكاح ينعقد بصيغة اسم الفاعل، قال الحنفية: كأننا متزوجك، أو قال: جئتك خاطباً، ونقل ابن عابدين عن الفتح: لو قال باسم الفاعل: جئتك خاطباً، فقال الأب: زوجتك، فالنكاح لازم وليس للخاطب ألا يقبل لعدم جريان المساومة فيه.

وفي حاشية الرملي على أسنى المطالب: لو أتى بصيغة اسم الفاعل، كأننا متزوجك، فالقياس الصحة، كما لو قال: أنا بائعك داري بكذا

وأما صيغة الاستفهام، فقال الحنفية: لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال، قال في شرح الطحاوي: لو قال: هل أعطيتنيها؟ فقال: أعطيت. إن كان المجلس للوعد فوعد، وإن كان للعقد فنكاح، قال الرحمتي: فعلنا أن العبرة لما يظهر من كلامهما لا لنيتهما؛ ألا ترى أنه ينعقد مع الهزل، والهازل لم ينو النكاح. وقال الشافعية: لو قال الولي: تزوج ابنتي، لا يجوز؛ لأنه استفهام، لكنهم قالوا: لو قال الزوج: أتزوجني =

وفي لفظة الإجارة اختلاف المشايخ: قال أبو بكر الرازي - رحمه الله -: لا ينعقد.

وعن أبي الحسن الكرخي أنه ينعقد؛ وإنما وقع الاختلاف في هذا؛ لاختلاف الروايات عن أصحابنا - رحمهم الله -.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن كل لفظ يملك به شيء ينعقد به النكاح، وهذه الرواية تدل على جواز النكاح بلفظ الإجارة.

وفي رواية ابن رستم عن أبي حنيفة - رحمه الله -: كل لفظ يملك به الرقاب ينعقد به النكاح، وإلا فلا، وهذه الرواية تدل على عدم جواز النكاح بلفظ الإجارة.

وفي انعقاده بلفظة البيع والشراء، بأن قالت المرأة: بعتك نفسي، أو قال أبو البنت: بعتك بنتي بكذا، أو قال الرجل لامرأة: اشتريتك: بكذا، فأجابت بنعم، فيه اختلاف المشايخ.

وكان الفقيه أبو القاسم البلخي يقول بانعقاده، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب الحدود.

ورواية^(١) ابن رستم عن أبي حنيفة - رحمه الله - تدل عليه وهو الصحيح. وصورة ما ذكره ابن رستم عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال: كل شيء يكون في الأمة يملك به رقبتها ففي الحرة نكاح، وبالبيع تملك رقبة الأمة فيكون نكاحاً في الحرة.

وقال الناطفي في هدايته: كل لفظ موضوع في الأعيان المملوكة لتمليك عينها ينعقد به النكاح. والبيع في الأعيان موضوع لتمليك عينها فينعقد به النكاح. [وكل

= ابتك، فقال الولي: زوجتك، لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده: تزوجت.

ويرى الحنابلة أنه إذا تقدم الإيجاب بلفظ الاستفهام، فإنه لا يصح.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٢٦٢-٢٦٥، ٢٦٩، ٢٧٠)، وتبيين الحقائق

(٢/٩٨)، والاختيار (٣/٨٣)، وفتح القدير (٢/٣٤٩)، (٣/١٠٢، ١٠٥، ١٠٧-١٠٨)،

والفتاوى الهندية (١/٢٧٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٢٠، ٢٢١)،

والشرح الصغير (٢/٣٥٠)، ومغني المحتاج (٣/١٤٠)، ونهاية المحتاج (٦/٢٠٩)،

وأسنى المطالب (٣/١١٩)، وروضة الطالبين (٧/٣٩)، والمغني، لابن قدامة (٦/

٥٣٢، ٥٣٣)، كشاف القناع (٥/٤٠).

(١) في ب: وفي رواية.

لفظ في الأعيان المملوكة يفيد المنافع لا ينعقد به النكاح^(١).
 فما ذكره الناطفي إشارة إلى أن النكاح لا ينعقد بلفظة الإعارة والإجارة.
 وفي القرض والرهن اختلاف المشايخ.
 وكذلك في لفظة الإعارة اختلاف المشايخ.
 حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه ينعقد، وكان يقول: الإعارة تفيد ملك
 المنفعة؛ ألا ترى أن له أن يعير غيره فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به؟
 وعن الفقيه أبي بكر الرازي - رحمه الله - أنه لا ينعقد به النكاح؛ لأن العارية تفيد
 إباحة استيفاء المنافع دون التملك؛ ألا ترى أنه لا يملك أن يؤاجر غيره؟
 وقال الفقيه أبو العباس الناطفي: وكان أبو عبد الله يقول: العارية أخذت شبهها من
 أصلين مختلفين أحدهما: الإباحة، فلا ينعقد النكاح بالإباحة فلا ينعقد بلفظة العارية
 بالشك.

وأما لفظة (الإقالة)، فقد حكى الناطفي في أجناسه عن شيخه أبي عبد الله
 الجرجاني أنه لا ينعقد به النكاح؛ لأنها موضوعة لفسخ عقد سابق لا لعقد مبتدأ،
 قال: وعلى هذا لا ينعقد النكاح بلفظة (الخلع).
 وكذلك لا ينعقد بلفظة (الصلح)؛ لأنه موضوع للحط ولإسقاط الحق لا لعقد
 مبتدأ.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الصلح: أن ابتداء النكاح بلفظ الصلح
 والعطية جائز.
 وفي النكاح إملاء رواية بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن النكاح ينعقد بلفظة
 الرد.

وصورة ما ذكر ثمة: إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً، فقالت المرأة^(٢): رددت نفسي
 عليك، فقال الزوج: قبلت، كان نكاحاً.
 وأما لفظة «المتعة» فقد اختلفت الروايات فيها، ذكر في الأصل.
 وفي نوادر هشام عن أبي حنيفة - رحمه الله -: لو قال لها: أتزوجك متعة^(٣)،

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في أ: له.

(٣) زاد في ب: لا.

ينعقد به النكاح ويلغو قوله: متعة.

وفي المنتقى هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأة: أتزوجك متعة،
[[لا ينعقد به النكاح]]^(١).

وقال في الهاروني، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : [لو قال لها: أتزوجك متعة لا
ينعقد به النكاح.

وقال في الهاروني، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : ينعقد النكاح]^(٢) ويلغو قوله:
متعة.

وفي المنتقى هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأة أتزوجك متعة]^(٣)،
فالنكاح باطل. ولو قال: أبيعك هذه الدار تلجئة [بألف درهم]^(٤) فالبيع جائز.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : البيع والنكاح فاسدان.
وأما لفظة «الوصية» إذا أطلق^(٥) وقال: أوصيت لك ببضع ابنتي بألف درهم،
وقبل الآخر، أو أضاف العقد إلى ما بعد الموت بأن قال أوصيت لك ببضع ابنتي بعد
موتى بألف درهم وقبل الآخر، لا ينعقد النكاح.

وإن قال: أوصيت لك ببضع ابنتي^(٦) للحال بألف درهم، وقبل الآخر ينعقد
النكاح، ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - هكذا حكى عن الشيخ أبي عبد الله
الجزجاني.

وذكره شمس الأئمة السرخسي مطلقاً: أن النكاح لا ينعقد بلفظة الوصية.
وفي كتاب الصلح من الأصل: أعطيك^(٧) مائة درهم على أن تكوني امرأتي، فهو
جائز إذا [قالت: قبلت، بمحضر]^(٨) من الشهود، [ويكون ذلك نكاحاً مبتدأ،
فالنكاح ابتداء ينعقد بلفظة الكون، ولهذا من قال لامرأة: كوني امرأتي بمائة، فقبلت

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: طلق.

(٦) في م: أمتي.

(٧) في ب: قبلت.

(٨) في أ: أعطيتك.

بمحضر من الشهود^(١) صح .

إذا قال لامرأة: ثبت حقي في منافع بضعت بألف، فقالت: نعم، صح النكاح .
قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : قال مشايخنا - رحمهم الله - : لو قال
الرجل لامرأة: كنت لي، أو صرت لي، فقالت: نعم، أو صرت لك، كان نكاحا
في كتاب الصلح في باب الصلح في النكاح، وقد قيل بخلافه أيضًا .

وذكر في [صلح الأصل]^(٢) في باب الصلح^(٣) في النكاح: ادعى رجل قبل امرأة
نكاحًا فجددت فصالحها على مائة على أن تقر بذلك فأقرت، فهذا^(٤) الإقرار منها
جائز والمال لازم، وهذا الإقرار منها بمنزلة إنشاء النكاح؛ لأن هذا إقرار مقرون
بالعوض، والإقرار الذي هذا حاله عبارة عن تمليك مبتدأ في الحال؛ ألا ترى أن من
قال لغيره: أقر لي بهذا العبد على أن أعطيك مائة، كان بيعا، حتى لو قال: إلى
الحصاد، لا يجوز، وإذا جعل هذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح، فإن كان بمحضر من
الشهود صح النكاح، ووسعها المقام مع زوجها بينها وبين ربها، وإن لم يكن
بمحضر من الشهود الأصح أنه لا ينعقد النكاح، ولا يسعها المقام مع زوجها .

وهو نظير ما لو قضى القاضي بالنكاح بشهادة شهود زور ينفذ قضاؤه ظاهرًا وباطنًا
عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويجعل ذلك بمنزلة إنشاء النكاح، فإن كان بمحضر من
الشهود يصح النكاح، وإلا^(٥) فلا، وهو الصحيح .

ذكر القاضي الإمام المنتسب إلى إسيجاب في شرح كتاب الصلح: أن المرأة إذا
قالت للرجل الذي ادعى نكاحها: أنا امرأتك بألف درهم، وقبل الزوج، صارت
امراته بألف درهم .

وإذا عقد^(٦) النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحا، ولا يعلمان به هل ينعقد النكاح؟
اختلف المشايخ فيه .

قال بعضهم: ينعقد .

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: الصلح .

(٣) في ب: الأصل .

(٤) زاد في ب: نكاح .

(٥) في ب: وما لا .

(٦) زاد في ب: عقد .

وقال بعضهم: لا ينعقد.

وقال واحد من أهل المجلس للمطربة «ابن بنت بكواكه من بيورم دادم كه توجانان فقالت المطربة ذلك الرجل من بذرفتم» هل ينعقد النكاح بينهما؟
ف قيل: لا ينعقد، إذا قالت على وجه الحكاية؛ لأنه^(١) على وجه الحكاية لا تكون قاصدة الإيجاب.

والجواب صحيح، أما المعنى ليس بصحيح؛ لأن القصد في باب النكاح ليس بشرط؛ لأن بدون القصد يكون نكاحا هازلا، ونكاح الهازل نكاح، وإنما المعنى الصحيح: أنها [إذا]^(٢) قالت على وجه الحكاية لا تكون آتية بالإيجاب، بل تكون حاكية إيجاب الغير وحكاية إيجاب الغير لا تكون إيجابا.
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا قال لامرأة بمحضر من الشهود: راجعتك، فقالت المرأة: رضيت، يكون نكاحًا.

فقد نص في الجامع: أن من قال لمطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا: إن راجعتك فعبدني حر، ينصرف^(٣) إلى النكاح.

وفي أجناس الناطفي: إذا طلق امرأته ثلاثا أو بائنا ثم قال لها: راجعتك على كذا، ورضيت المرأة بذلك، وكان بمحضر من الشهود، كان نكاحا صحيحًا، وإن لم يذكر المال، فإن أجمعا على أن الزوج أراد به النكاح كان نكاحا صحيحًا وما لا فلا.

وتبين بما ذكرنا في الأجناس: أن ما ذكر^(٤) في الفتاوي محمول على ما إذا ذكر المال، أو أقر أن الزوج أراد به النكاح.

إذا قال لامرأة: هذه امرأتي، وقالت المرأة: هذا زوجي، وكان ذلك بمحضر من الشهود لا يكون نكاحا، وكذا لو قال^(٥) بالفارسية «زن وشويم» لا يكون ذلك نكاحا.

(١) في ب: لأن.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: فيصرف.

(٤) في ب: ذكرنا.

(٥) في ب: قالت.

وفي فتاوي النسفي أن فيه اختلاف المشايخ، قال ثمة: ولو قضى قاض بصحة هذا النكاح ينفذ القضاء ويصح النكاح، ودلت المسألة على أن قضاء القاضي في مثل هذه المجتهديات صحيح، فإن قال لهما^(١) الشهود: أجزتما أو رضيتما؟ فقالا: أجزنا أو [قالا]^(٢) رضينا، لا يكون نكاحا مبتدأ، أما النكاح فلا ينعقد بالإجازة والرضا^(٣). ولو قال لهما الشهود: جعلتما هذا نكاحا؟ فقالا: نعم، كان هذا نكاحا مبتدأ، فالنكاح ينعقد بلفظ «الجعل»^(٤).

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يقول [في قولهما]^(٥): جعلنا ذلك نكاحا، أنه لا يكون نكاحا.

وكان يقول: النكاح لا ينعقد بلفظ الجعل، ولكن هذا ليس بصحيح. فقد ذكر ابن رستم في نوادره عن أبي يوسف: أنه إذا قالت المرأة لرجل: جعلت نفسي لك بألف درهم بحضرة شهود فقال [الرجل]: قبلت^(٦)، يكون نكاحا. وذكر شمس الأئمة السرخسي في دعوى الجامع: إذا قال الرجل لغيره: جعلت ابنتي هذه لك بألف درهم، كان ذلك نكاحا؛ لأنه أتى بمعنى النكاح، والعبارة في العقود للمعاني دون الألفاظ.

وذكر محمد - رحمه الله - في الجامع إذا تزوج الرجل بأمة رجل بغير إذنه بمائة درهم بغير شهود فقال المولى: أجزت النكاح على خمسين دينارًا، وكان ذلك بمحضر من الشهود ورضي به الزوج [لا ينعقد النكاح، ولو قال: جعلت ذلك نكاحا على خمسين دينارًا وكان ذلك بمحضر من الشهود ورضى به الزوج]^(٧) ينعقد به النكاح؛ لأن [الجعل إنشاء النكاح]^(٨) وإذا قال لغيره جعلتك وكيلا أو قال: وصيا، فقبل ذلك الغير صار وكيلاً ووصياً.

(١) في ب: لها.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: والقضاء.

(٤) في ب: جعل.

(٥) في ب: فقولهما.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: المنشأ.

طلب من امرأة زنا فقالت المرأة للطالب: وهبت نفسي لك: وقبل الطالب لا يكون نكاحًا، بخلاف ما إذا وهبت نفسها له على وجه النكاح. والفرق: أنه إذا طلب منها الزنا فهبة المرأة نفسها منه^(١) قد تكون تمكينًا من الزنا لا هبة حقيقة، إذ لو كان هبة حقيقة لم يكن جوابًا لما التمس، والحاجة في هذا المقام إلى الجواب، فأما إذا وهبت نفسها بجهة النكاح فتلك هبة حقيقة فيكون تمليكا.

وهو نظير ما لو قال لآخر: وهبت لك بنتي، فقال الآخر: قبلت، كان نكاحًا إذا كان بمحضر من الشهود، ولو قال: وهبت بنتي لتخدمك، وقبل الآخر لا يكون نكاحًا.

قيل لرجل: «دختر خويشتن رابه بسر أراذنى داشتي»، فقال: «داشتم» لا ينعقد النكاح بينهما -.

في فتاوى الفضلي: إذا قال الرجل [لغيره]^(٢): زوجني بنتك بألف درهم، فقال والدها: ادفعها واذهب بها حيث شئت، وكان ذلك بمحضر من الشهود لا ينعقد النكاح.

في فتاوى أبي الليث: إذا قال أبو الصغير: اشهدوا أنني قد زوجت بنت فلان الصغيرة لابني^(٣) فلانا بمهر كذا فقيل لأبي الصغيرة: أليس هكذا؟ فقال أبو الصغيرة: هكذا. ولم يزد على ذلك، فالأولى أن يجدد النكاح وإن لم [يجدد]^(٤) جاز.

سئل الفضلي عن رجل قال لامرأة: زوجت نفسي منك بألف درهم، فقالت المرأة: قبلت، قال: ينعقد النكاح؛ لأن الزوجية لفظة مشتركة تقع على المرأة والرجل جميعًا. ولو قال بالفارسية: «خويشتن خويشي رابزني دادم يتوبه زاردرم» فقالت: «بذرفتم» لا ينعقد النكاح؛ لأن لفظة (زن) بالفارسية لا تقع على الرجل.

(١) في ب: مرة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: ابني.

(٤) في ب: يجدا.

امرأة قالت لرجل: زوجت نفسي منك، وأرادت أن تقول: بمائة^(١) دينار، فقبلت أن قالت المرأة بمائة دينار قال الزوج: قبلت، لا ينعقد النكاح؛ لأن الإيجاب من المرأة لم يتم بعد؛ لأن أول الكلام موقوف على آخره إذا وجد في آخره ما يغير حكم أوله، وفي آخر كلامها ما يغير حكم أوله، فإن أول الكلام يقتضي انعقاد النكاح بمهر المثل^(٢)، وفي آخر الكلام يقتضي انعقاد النكاح بالمسمى، فقبل قولها^(٣) بمائة دينار

(١) في ب: مائة.

(٢) المهر الواجب نوعان:

مهر مسمى، ومهر مثل.

أما المهر المسمى: فهو العوض المسمى في عقد النكاح، أو المسمى بعده لمن لم يُسَمَّ لها في العقد بالتراضي، ويجب المسمى إذا كانت التسمية صحيحة، وكان العقد صحيحاً أيضاً سواء تمت التسمية في العقد أم بعده بالتراضي، وكذا يجب المسمى في النكاح الفاسد عند فقهاء المالكية، والحنابلة خلافاً للحنفية، والشافعية.

وأما مهر المثل: فهو القدر الذي يرغب به في أمثال الزوجة، ويجب في حالة التفويض وهو إبرام العقد بدون تعرض لتسمية المهر، وكذا يجب مهر المثل عند الاتفاق على عدم المهر، وكذا إن كانت التسمية فاسدة بأن لم يتحقق فيها شروط صحة المهر.

وقد اختلف الفقهاء فيما يعتبر به مهر المثل، فقال الإمام أبو حنيفة: هو معتبر بقرباتها من العصابات خاصة، فلا مدخل في ذلك لأمها ولا لخالتها إلا أن يكون من عشيرتها، وقال الإمام مالك: هو معتبر بأحوال المرأة في جمالها وشرفها ومالها دون أنسابها إلا أن تكون من قبيلة لا يزدن في صدقاتهن ولا ينقصن، وقال الإمام الشافعي: هو معتبر بعصبتها فإرعى أقرب من تنسب إليه، فأقربهن أخت لأبوين ثم لأب، ثم بنات أخ، ثم عمات كذلك، فإن فقد نساء العصابات، فأرحام، وهكذا. وقال الإمام أحمد: هو معتبر بقرباتها النساء من العصابات وغيرهن من ذوي الأرحام، والكل متفق على اعتبار السن، والعقل، واليسار، والبكارة، وغيرها من مثل هذه الأمور.

ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٢/٢٠٧) وما بعدها، بدائع الصنائع (٢/٢٧٤، ٢٧٧، ٢٨٠، ٢٨٧)، رد المحتار على الدر المختار (٣/١٥٠، ١٥١)، الهداية، للمرغيناني (٢/١٨٨)، مجمع الأنهر (١/٣٥٦، ٣٥٧)، القوانين الفقهية، لابن جزي ص (١٧٧)، أسهل المدارك (١/٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٨)، شرح الخرشي على خليل (٤/٣١٨، ٣٣٧، ٣٤٤) وما بعدها، المهذب، للشيرازي، لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (٢/٧٧، ٧٨)، البيان، للعمرائي (٩/٣٦٧، ٣٩٢)، روضة الطالبين (٥/٥٧٥، ٦٠٢، ٦٠٨-٦٠٩)، النجم الوهاج، للدميميري (٧/٣٣٤، ٣٣٥)، نهاية المحتاج (٦/٣٥١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/٦٣)، المغني، لابن قدامة (٦/٥١١)، كشاف القناع (٥/١٤٧، ١٥٠، ١٧٣، ١٧٧، ١٧٨)، الروض المربع، ص (٤٥٥، ٤٥٨، ٤٥٩)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني، مكتبة المعارف، الرياض، ط (٢)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (٢/٣١، ٣٧)، مسائل

فالإيجاب غير تام فلا يعمل قول الزوج .
 وإذا أضاف النكاح إلى ظهر امرأة أو بطنها .
 ذكر شمس الأئمة الحلواني : قال مشايخنا : الأشبه من مذهب أصحابنا أنه ينعقد
 النكاح .

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام ، [و] ^(١) شمس الأئمة السرخسي
 - رحمهما الله - : ما يدل على أنه لا ينعقد ، والله أعلم [بالصواب] ^(٢) .



الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه ، لإسحاق بن منصور بن بهرام الكوسج أبي يعقوب
 التميمي المروزي ، تحقيق : خالد بن محمود الرباط - وثام الحوشي - د . جمعة فتحي ،
 دار الهجرة ، الرياض ، السعودية ، ط (١) ، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (٣٢٨) ، جواهر العقود
 ومعين القضاة والموقعين والشهود ، لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن
 عبد الخالق ، المنهاجي الأسيوطي الشافعي ، تحقيق : مسعد عبد الحميد محمد
 السعدني ، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان ، ط (١) ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (٣٧/٢) ،
 واختلاف الأئمة العلماء ، للوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني ،
 تحقيق : السيد يوسف أحمد ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، ط (١) ، ١٤٢٣هـ -
 ٢٠٠٢م (١٥٥/٢) .

(٣) في ب : قولهما .

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في أ .

الفصل الثاني

في المخالفة بين الإيجاب والقبول

في هذا الباب ذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - في الباب الأول من شفعة الجامع: إذا قال أبو الابن لأبي البنت: زوج ابنتك من ابني، فقال أبو البنت: وهبتها لك. صح النكاح للابن عند أكثر المشايخ؛ لأن معنى قوله: وهبتها لك: وهبتها لابنك بحرمتك وجاهك.

قال لامرأة: تزوجتك على ألف، فقالت: قبلت النكاح بخمسمائة، قال محمد - رحمه الله - جاز النكاح على خمسمائة. قال: وهذا بمنزلة ما لو قالت: قبلت بألف وحططت عنك خمسمائة.

ولو قالت المرأة لرجل: زوجت نفسي منك بألف درهم، فقال الرجل: قبلت [النكاح]^(١) بألفين، فهذا بمنزلة ما لو قال المشتري: قبلت بألف وزدتك ألفاً أخرى، فإن قبلت المرأة الزيادة في المجلس تم النكاح بألفي درهم. وذكر مسألة البيع على نحو ما ذكرنا من مسألة النكاح في فتاوى أبي الليث - رحمه الله تعالى -.

وكتب في الباب الأول من عتاق الزيادات: أن من قال لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال ذلك الغير: قبلت بألفين، أنه ينعقد البيع بينهما بألف^(٢) فعلي قياس ما كتب من مسألة البيع في الزيادات يجب أن يقال في مسألة النكاح: إنها إذا قالت: زوجت نفسي بألف درهم، وقال الزوج: قبلت بألفين، أن ينعقد النكاح بينهما بألف.

وإذا قال لآخر: زوجتك ابنتي على ألف درهم، فقال الرجل: قبلت النكاح ولا أقبل المهر، كان باطلاً، ولو قبل العقد وسكت عن المهر، ينعقد النكاح بينهما، ذكره في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

في مجموع النوازل: عبد تزوج امرأة على رقبة بغير إذن سيده، فقال السيد: أجزت النكاح ولا أجزيت على رقبة، فالنكاح جائز، ولها الأقل من مهر مثلها ومن

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في ب: بالألف.

قيمة العبد يباع فيه، وهذا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، فإذا أجاز المولى النكاح ولم يجز أن تكون الرقبة مهرًا صار كأنه أذن للعبد أن يتزوج امرأة ولم يقل على رقبته.

وهناك إذا تزوج حرة على رقبته يجوز النكاح «فيها» كذلك.

والمسألة في الجامع في الباب الأول من النكاح «إلا أن» المذكور في الجامع في تلك المسألة: أنه يجوز النكاح بقيمة العبد وها هنا قال: يجب الأقل من مهر المثل ومن قيمة العبد «وتلك» المسألة مكتوبة في آخر الدفتر.

إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل لغيره: زوجتك ابنتي هذه وبعثك عبدي هذا بألف درهم، فقال ذلك الغير: قبلت البيع ولا أقبل النكاح، فهو باطل. وإذا زوجت المرأة نفسها من رجل على ألف درهم، وقال الزوج: قبلت النكاح على غير الألف، لا ينعقد النكاح؛ لأن [هذا]^(١) قبول النكاح بما سوى الألف بذلك أما الزائد على [الألف]^(٢) أو الناقص عنها والإيجاب منها يتناول ذلك، فهذا من الزوج ابتداء تزوج وليس بقبول لإيجابها.

إذا قال أبو الصغيرة لأبي الصغير: زوجت ابنتي من ابنك، فقال أبو الصغير^(٣): قبلت، ولم يقل: قبلت لابني، يجوز النكاح للابن.

وَكَلَّ رجلاً أن يخطب له ابنة فلان، فجاء الوكيل إلى أب المرأة وقال: هب ابنتك لي، فقال الأب: وهبت، ثم ادعى الوكيل أنني أردت النكاح لموكلي فلان فإن كان هذا القول^(٤) من المخاطب على وجه الخطبة، ومن الأب [على]^(٥) وجه الإجابة^(٦) لا على وجه العقد، لا ينعقد النكاح بينهما أصلاً في نكاح الفضلي. وإن كان على وجه العقد ينعقد النكاح للوكيل لا للموكل.

وكذلك لو قال الوكيل بعد ذلك قبلت لفلان؛ لأنه لما قال: هب ابنتك «لي» فقال

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: الابن.

(٤) في أ: القبول.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: الإيجاب.

الأب: وهبت، تم النكاح من غير قبول الوكيل [وكان قبول الوكيل بعده فضلا]^(١).
 ولو كان الوكيل قال لأب البنت: هب ابنتك لفلان، فقال الأب وهبت لفلان، لا
 ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل: قبلت، وأنه يخالف^(٢) تعليل المسألة الأولى،
 وينبغي على قياس ذلك التعليل أن ينعقد النكاح للموكل ولا يحتاج إلى قول الوكيل:
 قبلت، وإذا قال: قبلت، فإن قال: لفلان، صح النكاح للموكل، وإن قال: قبلت
 مطلقا، يجب أن يصح النكاح للموكل أيضا، وهكذا ذكر في فتاوى أبي الليث.
 وإن قال أبو البنت بعد ما جرى بينه وبين الوكيل مقدمات النكاح للموكل:
 زوجت ابنتي على صداق كذا، ولم يقل من المخاطب؟ أو: من موكله؟ فقال
 المخاطب: قبلت، يصح النكاح للمخاطب.

وإذا خطب الرجل لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لأبي
 الصغير^(٣) بالفارسية: «ابن دخترابزني دادم بيرادرم» فقال أبو الزوج بالفارسية:
 «بذرفتم»، يجوز النكاح للأب، وإن جرى بينهما نكاح الابن.
 قال الصدر الشهيد: هو المختار.

علل فقال: لأن الأب أضاف النكاح إلى نفسه، ولو قال أبو المرأة: زوجت ابنتي
 من ابنك، فقال أب الابن: قبلت ولم يقل: قبلت لابني يجوز؛ لأن المزوج^(٤)
 أضاف النكاح إلى الابن، وقول المتزوج خرج جوابا فينعقد^(٥) بإيجاب المزوج
 [و]^(٦) صار كأنه قال: قبلت لابني. والله أعلم.



(١) في ب: بعده فضلا وكان القبول للوكيل.
 (٢) في ب: بخلاف.
 (٣) في ب: الزوج.
 (٤) في ب: الزوج.
 (٥) في ب: فيعقد.
 (٦) سقط في ب.

الفصل الثالث

في شروط الخيار في النكاح وإضافته إلى^(١) المستقبل

تعليق النكاح بالشروط لا يجوز^(٢)، وكذا إضافته إلى وقت [في]^(٣) المستقبل [لا يجوز]^(٤).

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: إذا قال الرجل لغيره: زوجتك ابنتي فلانة إن رضيت، وقبل ذلك الغير، فالنكاح جائز، والشروط باطل. ولو قال: بعثك عبدي هذا إن رضي فلان - وسمى رجلا أجنبيا - فالبيع جائز والشروط جائز. قال الحاكم أبو الفضل: تأويله عندي: إذا [بين]^(٥) وقت الرضا بأن قال: اليوم أو غدا أو ما أشبه ذلك.

وفيه أيضا هشام عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا قال الرجل لامرأة: تزوجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم، فإن كان [فلان]^(٦) حاضرا وقال: قد رضيت، جاز النكاح استحسانا، وإن كان غير حاضر لم يجز.

قال: وليس هذا كقوله: قد تزوجتك ولفلان الرضا، هذا قول قد أوجب وشرط خيارا والأول لم يوجب [وجعل]^(٧) الإيجاب مخاطرة، ولو قال: تزوجتك على أن لك المشيئة اليوم إلى الليل، فالنكاح جائز والشروط باطل وهو مثل شرط الخيار. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - تزوج امرأة على أن أباه بالخيار صح النكاح ولا خيار، ولو قال: تزوجتك إن رضي أبي، لم يصح، قال الفقيه أبو الليث

(١) زاد في ب: وقت في.

(٢) لا يجوز تعليق النكاح على شرط عند الحنفية والمالكية، والمذهب عند الشافعية. وأما الحنابلة فلا يجوز عندهم تعليق ابتداء النكاح على شرط مستقبل غير مشيئة الله؛ لأنه - كما جاء في كشاف القناع - عقد معاوضة فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.
ينظر: الفتاوى الهندية (٤/٣٩٦)، وجواهر الإكليل (١/٢٨٤)، والتاج والإكليل هامش مواهب الجليل (٣/٤٤٦)، والروضة (٧/٤٠)، وكشاف القناع (٥/٩٧، ٩٨)، والمثبور في القواعد، للزرکشي (١/٣٧٣)، وجامع الفصولين، لابن قاضي سماونة، المطبعة الكبرى، بولاق، القاهرة، ١٣٠٠هـ (٥/٢).

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في أ.

- رحمه الله -: لأنه علق [النكاح بالخطر]^(١) ولا يعلق لذلك .
وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن رجل خطب إلى رجل ابنته الصغيرة لابنه الصغير فقال المخطوب إليه: زوجها فلانا قبل هذا، فلم يصدقه الخاطب، فقال [المخطوب]^(٢) إليه: إن لم أكن زوجها فلانا فقد زوجها ابنك فلانا فقال الآخر: قبلت، وكان ذلك بحضرة الشهود، ثم^(٣) ظهر أنه لم يكن زوجها فلانا، قال: ينعقد النكاح بينهما، قيل له: أليس هذا تزويجا معلقا بالشرط؟ قال: هذا تعليق بما هو موجود للحال ومثل هذا التعليق تحقيق .

وفي واقعات الناطفي: إذا قال الرجل لامرأة: [تزوجتك]^(٤) على أن تعطيني عبدك هذا، فأجابته^(٥) بالنكاح، جاز النكاح بمهر المثل ولا شيء له من العبد، أما لا شيء له من العبد؛ لأن هذا شرط فاسد، وأما جواز النكاح؛ فلأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: تزوج امرأة [ولم يسم لها مهرا على أن تدفع المرأة إلى الزوج هذا العبد قسم^(٦) مهر^(٧) مثلها [على قيمة العبد]^(٨) وعلى مهر مثلها؛ لأنها بذلت البضع [والعبد بإزاء^(٩)]^(١٠) مهر مثلها، والبذل^(١١) ينقسم على قدر قيمة البذل^(١٢)، فما أصاب قيمة البذل^(١٣) فالبيع فيه باطل؛ لأنها باعتها بشيء مجهول، وما أصاب مهر المثل يصير مهرا لها^(١٤) [والله أعلم]^(١٥) .

- (١) سقط في أ .
- (٢) سقط في أ .
- (٣) في أ: و .
- (٤) سقط في أ .
- (٥) في أ: فأجابت .
- (٦) في أ: فضم .
- (٧) زاد في ب: قيمة .
- (٨) في أ: فقيمة العبد .
- (٩) في المحيط: باداء .
- (١٠) في أ: بالعبد وبان .
- (١١) في المحيط: والبذل .
- (١٢) في المحيط: المبدل .
- (١٣) في المحيط: العبد .
- (١٤) المحيط البرهاني (١٨/٣) .
- (١٥) سقط في أ، ب .

الفصل الرابع

في بيان ما يكون إجازة للنكاح وما لا يكون^(١)

رجل زوج رجلا امرأة بغير أمره فلما بلغه الخبر قال: نعم ما صنع، أو قال: بارك الله لنا فيها، أو قال: أحسن، أو قال: أصاب، قال الفقيه أبو القاسم - رحمه الله -: شيء من ذلك ليس بإذن.

واختيار الفقيه أبي الليث على أنها إجازة، وبه كان يفتي الصدر الشهيد [رحمه الله، قال - رحمه الله-]^(٢): إلا إذا علم أنه قال ذلك على وجه الاستهزاء فحيث لا يجعل^(٣) إجازة.

وفي بيوع المنتقى: أن من باع [عبداً^(٤) لغيره^(٥) بغير إذنه، فقال صاحب العبد للبائع: أحسنت وأصببت^(٦) ووفقت، أو قال: كفيتني مؤنة البيع، وأحسنت فجزاك الله خيراً، أن ذلك ليس بإجازة، وذكر في موضع آخر من هذا الكتاب أن قوله: أحسنت ووفقت، إجازة.

وفي الباب الأول من واقعات الصدر الشهيد - رحمه الله -: إذا قال لامرأة أجنبية: إني أريد أن أزوجك من فلان فقالت بالفارسية: «توبه دان» لا يكون ذلك إذنا منها ولو قالت: ذلك إليك، فهو إذن وتوكيل، وهكذا ذكر الناطفي في أجناسه عن أبي يوسف - رحمه الله -.

وفي واقعات الناطفي: العبد إذا طلب من المولى أن يأذن له [في]^(٧) النكاح فقال المولى: ذلك إليك. فهو إذن، ولو قال: أنت أعلم. أو قال بالفارسية: «توبه دان» فذلك ليس بإذن.

وقال بعض المشايخ: «توداني وتبه دان» في [عرفنا]^(٨) توكيل وتفويض بمنزلة

(١) زاد في ب: فيه.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في ب: ذلك.

(٤) في ب: عبده.

(٥) في أ: عبد الغير.

(٦) زاد في ب: به.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

قوله: ذلك إليك.

وهكذا حكى عن الفقيه أبي بكر الإسكاف والفقيه أبي القاسم أحمد بن حم .
[رجل]^(١) زوج امرأة من رجل بغير أمرها فبلغها الخبر، فقالت: «باك نيست»
فهذا إجازة، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر،
وكان يقول: هذا الكلام مستعمل في الإجازة في متعارف الناس وليس فيه معنى
الإذن. والإجازة معناه، أنه^(٢) يستعمل في^(٣) الإذن ولا ينبئ عن الإجازة^(٤).
[ومن المشايخ من قال: إن قوله: «باك نيست»، لا يجعل إجازة؛ لأنه لا ينبئ
عن الإجازة]^(٥)، ولكن هذا ليس بصواب؛ لأنه وإن لم يكن منبئاً عن الإجازة فهو
مستعمل فيها والإنباء^(٦) ليس بشرط لا محالة: إنما الشرط هو الاستعمال؛ لأن
الناس في عاداتهم^(٧) يريدون بالألفاظ ما استعملت^(٨) فيها، وإذا قبلت [المهر]^(٩)
فهو إجازة؛ لأن المهر ثمن رقبته، وإذا قبلت الهدية فليست بإجازة للنكاح في
المنتقى.

وفي فتاوي الفضلي في عم قال لابنة أخيه: إني أريد أن أزوجك من فلان.
فقالت: يصلح، فلما فارقتها العم قالت: لا أرضى، فزوجها العم قبل أن يعلم
بقولها: لا أرضى، ممن سمى لها. قال: صح النكاح عند أبي حنيفة - رحمه الله -
لأن العم عنده كالوكيل والوكيل لا ينزل قبل العلم.
وأما على قول محمد ينبغي ألا يصح النكاح؛ لأن عنده العم ليس كالوكيل وإنما
يزوجها بحق الولاية له في تزويجها و[حين]^(١٠) زوجها بحق الولاية زوجها وهي

- (١) سقط في ب.
- (٢) في ب: أن.
- (٣) في أ: مع.
- (٤) في ب: الإذن.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ: وإلا.
- (٧) في أ: عاداتهم.
- (٨) زاد في أ، ب: الألفاظ.
- (٩) سقط في ب.
- (١٠) سقط في ب.

غير راضية بذلك فلا يجوز.

رجل زوج [ابنته من] (١) رجل [وهي] (٢) صغيرة، فبلغ الخبر الأب فسكت (٣)، لا يكون إجازة للنكاح، ولو بعث الزوج هدية (٤) بعد ذلك وقبلها الأب، فهذا ليس بإجازة أيضاً، ولو بعث الزوج المهر وقبل الأب هل يكون إجازة؟ [قيل: على قياس المسألة المتقدمة يكون إجازة] (٥).

وقيل: يجب أن يكون [فيه] (٦) اختلاف المشايخ: قياساً على المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفاء وأخذ الأب المهر هل يكون (٧) إجازة؟ وفيها اختلاف المشايخ، فهذه المسألة يجب أن تكون على قياس تلك المسألة.

الفضولي (٨) إذا زوج رجلاً امرأة بغير أمره بعشرة دنانير فبلغ الخبر ذلك الرجل،

(١) في أ، ب: ابنة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: فسكتت.

(٤) في أ: بهدية.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في أ، ب: ذلك.

(٨) اختلف الفقهاء في نكاح الفضولي وهو من لا يكون له ولاية التزويج هل هو من الأنكحة الفاسدة أو لا؟ فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بفساد نكاحه.

وأما المالكية فقد قالوا: إذا تولى العقد على المرأة أجنبي، فإما أن تكون المرأة مجبرة أو لا: فإن كانت مجبرة فالنكاح فاسد يفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ولو أجازه المجرى. وإن كانت المرأة غير مجبرة، وعقد عليها الأجنبي فالمشهور وهو قول ابن القاسم أن النكاح يصح إذا كانت المرأة ذنيئة كالمعتقة والمسلمانية إذا كانت غير معروفة بالمال والجاه، وأما الشريفة وهي ذات الحسب والنسب والمال والجاه فيصح نكاحها إن دخل بها الزوج، وطال الزمن، وذلك بأن تلد ولدين غير توأمين، أو يمضي قدر ذلك كثلث سنين، أو لا بأن دخل ولم يطل، أو لم يدخل، سواء طال الزمن أم لم يطل خير الولي في الإمضاء والرد، فهو صحيح موقوف على الإجازة.

وأما الحنفية: فقد قالوا: عقد الفضولي: إما أن يتولى العقد فيه شخصان أو شخص واحد من الجانبين:

فإن كان الأول، انعقد موقوفاً على إجازة من له الحق اتفاقاً، وتحت هذا صور ثلاث:

الصورة الأولى: إذا قال الرجل: زوجت فلانة من فلان، وقبل عنه فضولي آخر.

الصورة الثانية: إذا قال الرجل: تزوجت فلانة وهي غائبة، فأجابه فضولي آخر، وقال:

زوجتها منك.

الصورة الثالثة: إذا قالت المرأة: زوجت نفسي من فلان وهو غائب، وقبل عن الغائب

فضولي .
 وإن كان الثاني كان النكاح فاسدًا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وموقوفًا على الإجازة عند أبي يوسف، ويشمل هذا ثلاث صور أيضًا:
 الصورة الأولى: أن يقول الرجل: اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة، ولم يقبل عنه آخر.
 الصورة الثانية: أن تقول المرأة: زوجت نفسي من فلان وهو غائب، ولم يقبل عنه آخر.
 الصورة الثالثة: أن يقول الفضولي: زوجت فلانة من فلان، وهما غائبان، ولم يقبل عنه أحد.

يتلخص لنا من بيان المذاهب في نكاح الفضولي: أن من الفقهاء من لم يصحح نكاحه مطلقًا، ومنهم من فصل كما ذكرنا، وعلى هذا يمكننا أن نرجع الخلاف بينهم إلى القول بالصحة وعدم الصحة مع الإشارة إلى وجهة المذاهب المفضلة:
 وقد استدل الشافعية والحنابلة ومن وافقهم على فساد نكاح الفضولي بالسنة والأثر والمعقول: أما السنة: فقوله ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوْلِي» .
 ووجه الدلالة من هذا الحديث: أنه أفاد أن صحة النكاح لا تكون إلا بولي، والفضولي لا ولاية له؛ فيكون نكاحه فاسدًا.

وأما الأثر: فما روي بإسناد عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبًا فيهم امرأة ثيب، فخطبها رجل، فأنكحها رجلاً وهو غير ولي بصداق وشهود، فلما قدموا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفع إليه أمرهما، ففرق بينهما، وجلد الناكح والمنكح.
 ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن عمر بن الخطاب فرق بينهما؛ فدل ذلك على فساد نكاحهما؛ إذ لو كان نكاحهما صحيحًا لما فرق بينهما، ولأقرهما عليه، يؤيد ذلك جلده الناكح والمنكح.

وأما المعقول: فقد قالوا: إن العقود موضوعة لإثبات أحكامها؛ بناء على أن المقاصد الأصلية إنما هي الأحكام، والأسباب والعلل وسائل، والفضولي ليس قادرًا على إثبات الأحكام، وإلا لجاز لكل أحد أن يملك مال غيره لغيره. وإذا لم يكن قادرًا على إثبات حكم العقد، كان عقده لغوًا.

واستدل من قال بصحة نكاح الفضولي موقوفًا على الإجازة، بما يأتي:
 قالوا: إن عقد الفضولي عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه، ولا ضرر في انعقاده موقوفًا؛ فوجب انعقاده كذلك حتى إذا رأى الولي فيه المصلحة أنفذه، وإلا رده.
 وأما وجه تفرقة المالكية بين المجبرة وغيرها: فإن الولاية على المجبرة لا تثبت لغير المجبر بحال. وأما غير المجبرة، فإنه إذا عقد عليها أجنبي من عامة المسلمين فإن ذلك يكون بالولاية العامة، وهي ولاية الإسلام؛ فإن الولاية عندهم على قسمين: خاصة، وعامة:

فالخاصة: خمسة أصناف: الأب، ووصيه، والقربة، والمولى، والسلطان.
 والعامة: هي ولاية الإسلام، والأصل فيها قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١].

وأما وجه قول أبي حنيفة ومحمد في أنه لا يصح العقد إذا كان المتولي شخصًا واحدًا في =

فقال ذلك الرجل بالفارسية: «من بده دينار رواني دارم وبه ينج دينار روامي دارم» كان هذا من الرجل [ردا للنكاح]^(١)؛ لأن بقوله: «بده دينار رواني دارم» نفي الإجازة

صوره الثلاث فهو أن الموجود شطر العقد؛ بدليل أنه حال الحضور شطر؛ لأنه يملك الرجوع قبل قبول الآخر، ويبطل بالقيام، ولو كان عقداً تاماً لما كان ذلك، وإذا كان شطر حال الحضور فكذلك في حال الغيبة؛ لأن الدال على ذلك المعنى هي الصيغة، وهي لا تختلف، وإذا ثبت أنه شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس؛ قياساً على البيع. وقد نوقشت أدلة الشافعية ومن وافقهم بما يأتي:

أما الحديث: فإنه بعد تسليم صحته وصحة الاحتجاج به نقول بموجبه؛ لأننا نقول بالصحة موقوفاً على إجازة الولي، فإذا أجاز الولي كانت مباشرة الفضولي للعقد كمباشرة الولي.

وأما الأثر المروي عن عمر فيقال لهم فيه: إنه يحتمل أن يكون فرق بينهما؛ حتى لا يتجرأ الناس على مثل هذا العمل سداً للذرائع، كما هو معروف عنه من الشدة، وجلده الناكح والمنكح على سبيل التعزير.

وأيضاً: يحتمل أن هذه المرأة ليس لها ولي خاص، وهي إذا لم يكن لها ولي خاص انتقلت ولايتها للحاكم؛ فيكون عمر بصفته الإمام هو ولي هذه المرأة، ففرق بينهما؛ لأنه لم يجز هذا النكاح.

ويقال لهم في المعقول: إن محل كون العقد لغواً لا يفيد الحكم إذا لم نقل بأنه موقوف على إجازة الولي، أما إذا قلنا بذلك فلا يكون حينئذ لغواً، بل مثبناً للحكم.

ويقال لمن قال بصحة نكاح الفضولي موقوفاً على الإجازة في دليلهم، ما يأتي: إن عقد الفضولي لا يكون مفيداً للحكم مع تراخيه عن العقد؛ فيكون العقد قبل الإذن لا حكم له؛ فيلغو.

وترد هذه المناقشة: بأننا نسلم أن الحكم يتراخى عن العقد، ولكن هذا لا يجعله لغواً لا فائدة فيه. نظيره: البيع بخيار الشرط؛ فإن الحكم يتراخى فيه عن العقد، ومع ذلك قلتم بصحته.

ويقال للمالكية في تفرقتهم بين المجبرة وغير المجبرة: إن هذه التفرقة لا دليل عليها ما دام الأمر يرجع إلى الولي.

وقيل لأبي حنيفة ومحمد في وجه تفصيلهما من قبل أبي يوسف: إن الموجود كل العقد لا شطره، كما لو كان مأموراً من الجانبين، وكما لو كان ولياً.

ولكن يرد هذا من قبلهما بأن المأمور من الجانبين ينتقل كلامه إلى الأمرين؛ فيصير كلامه ككلامين، والفضولي ليس كذلك.

ويتبين لنا من بيان الأدلة ومناقشتها: أن الراجح مذهب من قال بصحة نكاح الفضولي موقوفاً على الإجازة؛ لأن العقد صدر من الأهل في المحل، وإنما توقف لحق الولي، فإذا أجاز الولي زال المانع؛ كما يظهر لنا رجحان مذهب الشيخين فيما إذا كان الولي شخصاً واحداً.

(١) في ب: رد النكاح.

مطلقا، وبقوله: «ينج دينار راومي دارم» [استثناف كلام]^(١) آخر، ذكر المسألة في الجامع الكبير^(٢).

صورة المذكور^(٣) ثمة: حر تزوج أمة رجل بغير إذن مولاها بمائة دينار، فقال الزوج للمولى^(٤): أجز النكاح، فقال المولى: لا أجزه وأجزه^(٥) إن زدني خمسين دينارا كان هذا من المولى نقضا للنكاح حتى لو أجاز النكاح بعد ذلك بمائة لا يجوز؛ لأن بقوله: لا أجزه^(٦)، نفى الإجازة مطلقا، ثم استأنف كلاما آخر فلا يوجب هذا إعادة العقد بعد بطلانه.

ولهذه المسألة تفرعات:

أحدها: أن يقول المولى: أجزته على أن تزيدني خمسين دينارا، وفي هذا الوجه [إن]^(٧) قبل الزوج الزيادة يجوز، وإن قال الزوج: لا أرضى [بالزيادة]^(٨) ولا أزيدك، يبقى النكاح على التوقيف^(٩)؛ وهذا لأن المولى أثبت الإجازة^(١٠) المعلقة بشرط قبول الزوج الزيادة؛ لأن كلمة (على) في المعاوضات بمعنى الشرط؛ ألا ترى أن من قال لامرأته: طلقتك على ألف درهم كان بمنزلة قوله: طلقتك بشرط أن تقبلي^(١١) ألف درهم، فيكون معنى قول المولى: أجزته إن زدني خمسين دينارا، وقد صح هذا التعليق؛ لأن تعليق الإجازة في النكاح الموقوف بقبول الزوج زيادة مال على المهر المسمى في أصل النكاح أو بقبول مال آخر سوى ما كان مسمى في العقد صحيح فلا يصح تعليقها بغيرها من الشروط؛ وإنما كان كذلك [لأن الإجازة في العقد الموقوف لها]^(١٢) حكم ابتداء العقد فيعتبر بأصل العقد، وتعليق أصل العقد

(١) في ب: استأنف كلاما.

(٢) في أ: الصغير.

(٣) في أ: المذكورة.

(٤) في ب: للولي.

(٥) في ب: وأجزه.

(٦) في ب: أجز.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في ب.

(٩) في أ: التوقف.

(١٠) في أ: إجازة.

(١١) في ب: تقبل.

(١٢) في ب: فإن العقد في الإجازة موقوف إلى.

بقبول الزوج أصل المال جائز، وإن كان لا يصح تعليقه بسائر الشروط فكذا الإجازة، وإذا ثبت أن الإجازة معلقة بقبول الزيادة فنقول: المعلق بالشرط لا يترك^(١) قبل وجود الشرط ويترك^(٢) بعد وجود الشرط، فإن قبل الزوج الزيادة فقد وجد الشرط، فترك^(٣) الإجازة، وإن لم يقبل الزوج الزيادة لم يوجد الشرط فلم تترك^(٤) الإجازة.

وإذا قال: لا أرضى ولا أزيدك. لا يكون هذا منه نقضا للنكاح؛ لأن هذا كلام^(٥) محتمل يحتمل: لا أرضى [بأصل النكاح، ويحتمل: لا أرضى]^(٦) بالزيادة على المسمى، فلا يثبت النقض بالشك.

وكذلك لو قال المولى: لا أجزى النكاح إلا بزيادة خمسين درهما^(٧) فإن قبل [الزوج]^(٨) الزيادة ثبتت^(٩) الإجازة؛ لأن هذا الكلام من المولى ليس برد للنكاح، بل هو إثبات للإجازة عند قبول الزيادة؛ [و]^(١٠) لأن كلمة [إلا] للاستثناء وهذا استثناء من النفي، والاستثناء من النفي إثبات، وكان هذا إثباتا للإجازة عند الزيادة، فإن قبل الزوج الزيادة ثبتت الإجازة وما لا فلا.

وكذلك لو قال المولى: [لا]^(١١) أجزى النكاح [حتى]^(١٢) تزيدني^(١٣) خمسين دينارا. كان الجواب كما قلنا؛ لأن المولى نفى الإجازة ومدة^(١٤) النفي إلى غاية

-
- (١) في ب: ينزل.
 - (٢) في ب: وينزل.
 - (٣) في ب: فتنزل.
 - (٤) في ب: تنزل.
 - (٥) في أ: الكلام.
 - (٦) سقط في أ.
 - (٧) في ب: دينارا.
 - (٨) سقط في أ.
 - (٩) في أ: تثبت.
 - (١٠) سقط في أ.
 - (١١) سقط في أ.
 - (١٢) سقط في أ.
 - (١٣) في أ: تزيدني، وفي ب: تزيد لي.
 - (١٤) في ب: ومد.

الزيادة؛ لأن كلمة حتى كلمة غاية وحكم ما بعد الغاية يخالف حكم ما قبلها^(١)، فيكون نفيًا للإجازة قبل وجود الزيادة؛ وإثباتًا لها بعد وجوب الزيادة. ولو كان المولى قال: لا أجزى النكاح [ولكن زدني في الصداق خمسين دينارًا، أو قال: لا أجزى النكاح]^(٢) ولكن أجزى إن زدني خمسين. كان هذا من المولى نقضًا؛ لأن قوله: لا أجزى. حصل مطلقًا وقوله: ولكن زدني. كلام مبتدأ، وكذلك قوله: ولكن أجزى إن زدني خمسين دينارًا. كلام مبتدأ لا تعلق له بما قبل؛ لأن كلمة (ولكن) في مثل هذا للقطع والاستئناف فيبقى الأول مطلقًا. وقوله: لا أجزى. مطلقه للفسخ فيحمل عليه.

[فإن]^(٣) قيل: قوله: لا أجزى. إخبار عن عدم الإجازة والعقد^(٤) الموقوف لا يفسخ لعدم^(٥) الإجازة، إنما يفسخ بالفسخ، ولم يوجد الفسخ. قلنا: العقود إنما تعتبر لأحكامها إذ^(٦) هي المقصودة، والعقد الموقوف لا حكم له فقضية هذا [أن]^(٧) لا يعتبر وإنما اعتبر لما فيه من احتمال الإجازة على سبيل الغلبة؛ لأن الظاهر أن الفضولي لا يباشر العقد إلا لمن كان غالب رأيه أنه يجيز العقد. فإذا أخبر^(٨) عن عدم الإجازة فقد بطل ما اعتبر العقد لأجله وهي الإجازة الموجودة على سبيل الغلبة فبطل^(٩) العقد لعدم الفائدة في إبقائه وعدم^(١٠) الإجازة. [ثم]^(١١) في المسائل [المتقدمة]^(١٢) إن^(١٣) رضي الزوج بالزيادة حتى تم العقد

(١) في أ، ب: قبل الغاية.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: والعقد.

(٥) في ب: بعدم.

(٦) في ب: أو.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: أجزى.

(٩) في أ: فيبطل.

(١٠) في أ: لعدم.

(١١) سقط في أ.

(١٢) سقط في ب.

(١٣) في أ: إذا.

أو^(١) دخل بها الزوج أو مات عنها فلها الأصل مع الزيادة، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأصل ولا شيء لها من الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول: لها نصف الأصل ونصف الزيادة.

ولو كان المولى حين بلغه^(٢) النكاح بمائة درهم قال: أجزت العقد على خمسين دينارًا و^(٣) رضي به الزوج؛ جاز النكاح بخمسين دينارًا؛ لأن الموقوف على إجازة المولى العقد والتسمية جميعًا فإذا أجاز^(٤) النكاح ولم يجز التسمية جاز النكاح وبطلت التسمية، وبطلان التسمية لا يوجب بطلان النكاح وصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا، ثم إن المولى فرض لها مهرا خمسين دينارًا ورضي الزوج بذلك وذلك جائز وبه وقع الفرق بين هذا وبين ما إذا باع الرجل مال غيره بغير إذنه بمائة درهم فقال المولى أجزت البيع بخمسين دينارًا ورضي به المشتري حيث لا يجوز ذلك البيع؛ لأن المولى لما أجاز البيع ولم يجز التسمية بقي البيع بلا تسمية إلا أن خلو^(٥) البيع عن التسمية يوجب بطلان البيع بخلاف النكاح.

فإن دخل بها زوجها أو مات عنها فلها خمسون دينارًا، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة في قياس قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر - رحمهم الله - وفي قوله الأول^(٦): لها نصف خمسين دينارًا؛ لأن^(٧) على هذا القول المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد وهما قالا: الأول قد انتفى بنفيهما والثاني لم يكن مسمى في العقد فلا يتصف بالطلاق قبل الدخول، فيكون لها المتعة كنكاح لا تسمية فيه، وكل جواب عرفت في المولى مع الأمة كذلك الجواب في الولي يزوج المرأة البالغة بغير أمرها ثم بلغها الخبر فتخير في جميع ما بينا.

(١) في أ: لو.

(٢) في ب: يلزمه.

(٣) في أ، ب: أو.

(٤) زاد في أ: المولى.

(٥) في ب: خلف.

(٦) في أ: الآخر.

(٧) زاد في أ: الأب.

أكره الرجل ابنه على أن يوكله بتزويج ابنة لهذا الابن [فقال الابن]^(١) للأب من «أزتووافزفر زندي توييزارم هرجه خواهي» فذهب الأب وزوج الابنة، لا يجوز [هذا]^(٢) النكاح؛ لأنه لا يراد بهذا^(٣) التحقيق في فتاوي الفضلي.

وفي فتاوى أبي الليث: صبي تزوج امرأة وغاب الصبي، فلما حضر الصبي تزوجت المرأة بزواج آخر والصبي قد أجاز النكاح بعد البلوغ، فإن تزوجت المرأة قبل إجازة الصبي نكاحها جاز نكاحها، وإن تزوجت بعد إجازة الصبي فإن كان نكاح الصبي بمهر مثلها أو بما يتغابن الناس [فيه]^(٤) لا^(٥) يجوز نكاح الثاني، فإن كان نكاح الصبي بمهر كبير لا يتغابن [الناس]^(٦) في مثله، فإن كان للصبي أب أو جد فكذلك وإن لم يكن [له]^(٧) أب ولا جد جاز؛ لأن هذا النكاح لم يتوقف؛ لأنه لم يكن له مجيز حال وقوعه^(٨)؛ فإذا أجاز الصبي لم يصادف إجازته عقدا موقوفا فلم تعلم^(٩)، والله أعلم.



-
- (١) سقط في ب.
 (٢) سقط في ب.
 (٣) في ب: هذا.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) في أ: فلا.
 (٦) سقط في ب.
 (٧) سقط في أ.
 (٨) في ب: وقوفه.
 (٩) في أ: يعمل.

ومما يتصل بمسائل الإجازة:

رجل زوج ابنته الصغيرة من رجل كبير بغير أمره، خاطب عنه أبوه، ثم مات أب الصغيرة قبل أن يجيز الزوج النكاح، بطل النكاح؛ لأن لأب الصغيرة^(١) أن يفسخ هذا العقد؛ لأنه في هذا النكاح قائم مقام الصغيرة^(٢)، والصغيرة لو كانت كبيرة وزوجت نفسها من ابن كبير لرجل بغير إذنه خاطب عنه [أبوه]^(٣) كان لها أن تفسخ النكاح قبل أن يجيز الابن فيجعل موته بمنزلة رجوعه وفسخه، كذا ذكر المسألة في النوازل.

ولو كان مكان الصغيرة كبيرة زوجها بغير إذنها وباقي المسألة بحالها لا يبطل النكاح بموت الأب؛ لأن الأب لا يملك نقضه في هذه الصورة؛ لأنه بمنزلة^(٤) الفضولي^(٥).

وذكر في المنتقى: أن بموت الأب في المسألة الأولى لا يفسخ النكاح أيضًا. وصورة ما ذكر في المنتقى: رجل زوج ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات أب الصغيرة ثم بلغ الخبر إلى الغائب وأجاز النكاح جاز ولو انفسخ النكاح بموت الأب لما عمل^(٦) إجازته^(٧).

فما ذكر في المنتقى دليل على أن قيام الفضولي في باب النكاح ليس بشرط لعمل الإجازة، وفي باب البيع شرط؛ لأن في باب البيع الحقوق ترجع إلى العاقد، وفي باب النكاح لا. [والله أعلم]^(٨).

* * *

(١) في أ، ب: الصغير.

(٢) في أ: الصغير.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: بمعنى.

(٥) في أ: الفضولي.

(٦) في ب: تحمل.

(٧) في أ: بإجازته.

(٨) سقط في أ.

ومما يتصل بمسائل الإجازة أيضا:

إذا أذن لعبد أن يتزوج امرأة وقد كان العبد [قد]^(١) تزوج قبل ذلك بغير إذن مولاه، فأجاز العبد ذلك النكاح جاز استحسانا، ولا يجوز [إلا]^(٢) بإجازته، ولو عتق العبد ينفذ هذا النكاح من غير إجازته.

ووجه الفرق بينهما ظاهر، [وهو]^(٣) أن نكاح العبد [قبل العتق]^(٤) كان موقوفا على إجازة المولى لحق^(٥) المولى لا لحق^(٦) العبد؛ لأنه وجد الرضا من العبد بالتزام حكم النكاح، وقد صح ذلك منه؛ لأنه من أهل الرضا بالتزام حكم النكاح فإنه مكلف، وإنما التوقف لحق المولى؛ [إما]^(٧) لأنه حصل متصرفا^(٨) في ملك المولى حيث شغل مالية المولى بالمهر والنفقة؛ أو لأنه حصل متصرفا في حق المولى؛ لأن نكاح العبد حق المولى؛ وبالعتق زال حق المولى [عن العبد فبقي التوقف]^(٩) فنفذ على العبد بالرضا الذي وجد منه حال العقد، فأما بالإذن لم يبطل حق^(١٠) المولى عن العبد فبقي التوقف لقيام المانع من النفوذ، فلا ينفذ إلا بإجازة المولى أو بإجازة نائبه وهو العبد.

ثم فرق بين العبد و[بين]^(١١) الصبي، فإن الصبي إذا تزوج ثم بلغ لا ينفذ النكاح إلا بإجازته، والعبد إذا تزوج ثم عتق ينفذ من غير إجازته.

والفرق: أن في مسألة الصبي: امتناع النفاذ قبل البلوغ لحقه لا لحق الولي^(١٢)؛ لأن نفاذ النكاح على الإنسان يعتبر الرضا بالتزام أحكام النكاح وما وجد منه من

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في ب: بحق.
- (٦) في ب: بحق.
- (٧) سقط في ب.
- (٨) في أ: متصرف.
- (٩) سقط في: أ، ب.
- (١٠) في ب: لحق.
- (١١) سقط في ب.
- (١٢) في ب: المولى.

الرضا حالة العقد غير معتبر^(١) شرعاً؛ لأن التصرف دائر بين الضرر والنفع ورضا الصبي بالتصرفات الدائرة^(٢) بين النفع والضرر غير معتبر شرعاً فلا بد من الإجازة بعد البلوغ ليعمل رضاه بذلك.

فأما في مسألة العبد: امتناع النفاذ قبل العتق لحق المولى لا لحق العبد، فإنه قد رضي بالتزام حكم النكاح، ورضاه معتبر شرعاً لكونه أهلاً لذلك، وبالعتق زال حق المولى فزال المانع من النفاذ، فنفذ [والله أعلم]^(٣).



(١) في ب: معتبرة.

(٢) في أ: دائرة.

(٣) سقط في أ.

[ومما يتصل بمسائل الإجازة أيضا]^(١):

صبي عاقل تزوج امرأة وغاب فتزوجت المرأة بآخر، فحضر الصبي وقد بلغ فأجاز^(٢) الذي باشره في حال صغره.

ينظر: إن كانت المرأة قد تزوجت بآخر قبل بلوغ الصبي وإجازته صح النكاح الثاني، ويضمن إقدامها على النكاح الثاني فسحا للنكاح الأول، [وإن كانت]^(٣) قد زوجت نفسها بعد إجازة الصبي [وبعد]^(٤) بلوغه فإن^(٥) كان النكاح من الصبي بمهر المثل أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه لا يصح النكاح الثاني؛ لأن نكاح الصبي في هذه الصورة انعقد وعمل بإجازته^(٦) بعد البلوغ وصارت المرأة امرأة الصبي فلا يصح نكاحها مع^(٧) الثاني، وإن كان نكاح الصبي بأكثر من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن [الناس]^(٨) فيه فإن كان للصغير أب أو جد فكذلك؛ لأن نكاح الصغير منعقد في هذه الصورة أيضا موقوف على إجازة الأب أو الجد؛ لأنهما يملكان [مباشرة]^(٩) هذا العقد على الصغير فيملكان^(١٠) إجازته، وهذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي حنيفة - رحمه الله - على ما عرف، وإن لم يكن للصغير أب ولا^(١١) جد؛ فنكاحها مع الثاني صحيح؛ لأن نكاح الصبي في هذه الصورة لا ينعقد؛ لأنه [لا]^(١٢) مجيز له، ولا^(١٣) تعمل إجازته فيصح نكاحها مع الثاني، هذه الجملة في^(١٤) فتاوى الفقيه أبي الليث - رحمه الله - [والله أعلم]^(١٥).

- (١) سقط في ب.
- (٢) في ب: وأجاز.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في أ: بأن.
- (٦) في ب: إجازته.
- (٧) في ب: من.
- (٨) سقط في ب.
- (٩) سقط في ب.
- (١٠) في أ: فيما كان.
- (١١) في ب: أو.
- (١٢) سقط في أ.
- (١٣) في ب: فلا.
- (١٤) في ب: من.
- (١٥) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا الفصل :

نقض العاقد العقد الموقوف على الإجازة أيضًا .

قال محمد - رحمه الله - : إذا وكل [رجل]^(١) رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امرأة بغير إذنها، زوجها أبوها فلم يبلغها الخبر حتى نقض الوكيل النكاح بغير محضر منها ولا من أبيها ولا من زوجها جاز نقضه؛ لأنه على وكالته [بعد]^(٢)؛ لأن العزل لم يوجد ولم تنته الوكالة أيضا؛ إذ [الأمر باق]^(٣) بما وكله لتحصيله على التمام؛ لأنه وكله بالعقد النافذ وقد أتى بأصل العقد، وإذا بقي على [وكالته]^(٤) كان تصرفه كتصرف الموكل والموكل يقدر على إبطال ما يقبل البطلان من العقود فكذا الوكيل . وصار هذا كالوكيل بالبيع يملك البيع بشرط الخيار؛ لإطلاق التوكيل، ويملك فسخه في مدة الخيار لبقاء^(٥) [الوكالة]^(٦) وكونه بمنزلة الموكل حال قيام الوكالة كذا هاهنا .

فإن قيل : إنما يصح نقض الموكل فرازا عما يلزمه من الحقوق، فإن الحقوق تلزمه متى أجازت المرأة النكاح، فكان لها فسخ هذا النكاح فرازا عن ذلك، فأما الوكيل بالنكاح متى باشر عقدا موقوفا لا يلزمه الحقوق متى أجازت المرأة النكاح فلا يصح فسخه، فرازا عما يلزمه [من الحقوق]^(٧) ولم يوكل بالفسخ من جهة الموكل ليصح فسخه بحكم التوكيل فلا يصح فسخه وصار^(٨) كالفضولي في باب النكاح إذا فسخ النكاح الموقوف قبل الإجازة لا يعمل فسخه، وإنما لا يعمل لما قلنا كذا ها هنا .

قلنا : الموكل إنما يملك النقض^(٩) لما ذكرتم^(١٠) من العلة و[لعلة أخرى]^(١١) .

- (١) سقط في أ .
- (٢) سقط في ب .
- (٣) في أ : لم يأت .
- (٤) سقط في ب .
- (٥) في أ : كبقاء .
- (٦) سقط في ب .
- (٧) في ب : بالحقوق .
- (٨) زاد في د : هذا .
- (٩) في أ : التضمن .
- (١٠) في ب : ذكر ثم .

وهو أن الفسخ قبل الإجازة امتناع عن إتمام العقد من وجه، فإنه يمتنع عن إتمام^(١) الحكم فإنه غير ثابت، والمقصود^(٢) من العقد الحكم لا عينه إن كان فسخا من وجه، من حيث إنه تم العقد باعتبار الإيجاب والقبول، للوكيل^(٣) الامتناع عن^(٤) إتمام العقد، كما له الامتناع عن^(٥) مباشرة العقد كما في حالة المساومة.

إذا قال الوكيل للمرأة: زوجتك من فلان بألف درهم، فقبل أن تقول: قبلت، إذا رجع الوكيل صح الرجوع وانتقض ما وجد منه من الإيجاب وإن كان لا يحتاج بعد إيجاب الوكيل إلى منع من جهته؛ لأنه امتناع عن إتمام العقد فصح ذلك منه كذا هنا.

فإن قيل: لو صح النقص من الوكيل باعتبار هذا المعنى، [كان يجب أن يصح من الفضولي أيضا باعتبار هذا المعنى]^(٦)، فإن^(٧) له الامتناع عن إتمام العقد كما في حالة المساومة، ثم لم يكن للفضولي فسخ النكاح قبل الإجازة، واعتبر هذا منه فسحا لعقد غيره، ولم يعتبر منه^(٨) امتناعا من إتمام العقد فيجب أن يعتبر في حق الوكيل أيضا فسحا للنكاح لا امتناعا عن^(٩) إتمام العقد.

قلنا: نقض^(١٠) النكاح الموقوف قبل الإجازة فسخ العقد من وجه، وامتناع من إتمام العقد من وجه على ما بينا، والعمل بالشبهين^(١١) في حق الوكيل والفضولي متعذر لما بينهما من التنافي، فعملنا بشبه الفسخ في حق الفضولي فلم يجز ذلك منه؛ لأنه [لا]^(١٢) يفسخ عقد غيره وهو غير وكيل^(١٣) عنه بالفسخ، وعملنا بشبه

(١١) في أ: العلة الأخرى.

(١) في أ: إثبات.

(٢) في ب: في المقصود.

(٣) في ب: وللوكيل.

(٤) في أ: من.

(٥) في ب: في.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في ب: كان.

(٨) في ب: منها.

(٩) في أ، ب: من.

(١٠) في أ: بعض.

(١١) في ب: بالشبهين.

(١٢) سقط في أ.

الامتناع في حق الوكيل، وجوزنا ذلك منه، وإنما عملنا على هذا الوجه^(١)، ولم نعمل على العكس؛ لأننا لو عملنا بشبه الامتناع في [حق الفضولي وجوزنا ذلك منه لزمنا تجويزه]^(٢) في حق الوكيل من طريق الأولى؛ لأن الوكيل^(٣) نائب عن الموكل أعلى حالا من الفضولي، فما يصح من الفضولي يصح من الوكيل فحيث يتعطل العمل بالشبهين، ثم يصح نقض الوكيل سواء كان بمحضر من المرأة أو بغير محضر منها؛ وذلك لأننا صححنا الفسخ من الوكيل قبل الإجازة من حيث إنه امتناع عن إتمام العقد لا من حيث إنه فسخ، والامتناع عن^(٤) إتمام العقد صحيح من غير أن يتوقف على علم أحد كما في حالة المساومة.

إذا قال الوكيل: زوجتك من فلان، ثم قال: رجعت، قبل قبول المرأة صح ذلك من الوكيل، علمت المرأة بذلك أو لم تعلم؛ لأنه امتناع من^(٥) إتمام العقد [كذا هذا]^(٦).

قال: ولو أن الوكيل لم ينقض النكاح الأول، ولكن زوج الموكل أخت المرأة الأولى بإذن الأخت الثانية أو بغير إذنها وكان ذلك قبل أن يبلغ الأولى، كان هذا من الوكيل نقضا للنكاح الأول.

ولو كان^(٧) الوكيل زوجه امرأتين في عقد^(٨) بعد الأولى [أحدهما أخت]^(٩) الأولى، لم يكن ذلك منه نقضا للنكاح الأول. وفرق^(١٠) بين هذا، وبين ما إذا زوجه أخت الأولى وحدها.

(١٣) في ب: دليل.

(١) في ب: الفسخ.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في ب: وإنه.

(٤) في ب: من.

(٥) في أ: عن.

(٦) في أ: فكذا ها هنا.

(٧) في أ: أن.

(٨) في أ: عقدة.

(٩) في ب: إحدهما قبل.

(١٠) في أ: فرق.

والفرق: أنه متى زوجه^(١) أخت الأولى وحدها لو لم ينتقض النكاح الأول بالنكاح الثاني يصير الموكل جامعا بين الأختين عقداً؛ لأن النكاح الأول كان من وكيله، وعبرة الوكيل في النكاح منقولة^(٢) إلى الموكل، والنكاح الثاني أيضاً من وكيله؛ لأنه لم يخرج عن^(٣) الوكالة بالنكاح الأول؛ لأنه وكله^(٤) بالعقد النافذ، وقد أتى بأصل العقد، وقد امثل أمر^(٥) موكله في النكاح الثاني [لما]^(٦) زوجه امرأة واحدة، [فصار عبارة الوكيل في]^(٧) النكاح الثاني منقولة إلى الموكل أيضاً، فصار كأن الموكل تزوج الأولى بغير رضاها، ثم تزوج أختها بغير رضاها، فيصير جامعا بينهما^(٨)، لو لم ينتقض نكاح الأولى بنكاح^(٩) الثانية، وأمكن [رفع]^(١٠) الأول بالثاني؛ لأن الأول بمحل النقض.

فأما في المرأتين: متى لم ينتقض نكاح الأولى لا يصير الموكل جامعاً بين الأختين لا ملكاً ولا عقداً، أما ملكاً: لا شك أن^(١١) العقد الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك، وأما عقداً: فكذلك؛ لأن عبارة الوكيل في حق الأولى انتقل إليه؛ لأنه كان وكيلاً عنه في الأولى، وفي المرأتين مقصور عليه؛ لأنه فضولي في المرأتين؛ لأن الوكيل بتزوج امرأة واحدة لا يملك تزويج امرأتين، فلهذا لم ينتقض النكاح الأول بالنكاح الثاني، بل بقي [نكاح]^(١٢) الكل موقوفاً على الإجازة لما بينا. وكذلك لو زوجه أربعا في عقد لا قرابة بينهن وبين الأولى، كان نكاح الأولى

-
- (١) في أ: زوجها.
 - (٢) في ب: مقبولة.
 - (٣) في ب: من.
 - (٤) في أ: وكل.
 - (٥) في أ: بأمر.
 - (٦) سقط في أ.
 - (٧) في ب: وصار كعبارة الوكيل و.
 - (٨) زاد في أ: عقداً واحداً.
 - (٩) في ب: ونكاح.
 - (١٠) سقط في ب.
 - (١١) في ب: لأن.
 - (١٢) سقط في ب.

[على حاله]^(١) ويوقف نكاح الأربع على إجازته؛ [لأنه]^(٢) لو لم ينتقض نكاح الأولى بنكاح الأربع لا يصير الموكل جامعا بين الخمس لا ملكا ولا عقداً؛ لأن عبارة الوكيل [في]^(٣) الأولى منقولة إليه، فكأنه^(٤) تزوج بنفسه، وفي الأربع مقصور عليه؛ لأنه فضولي، وإذا لم يتحقق الجمع بين الخمس لا عقداً ولا ملكاً لم ينتقض الأول بالثاني، بل يبقى نكاح الأولى موقوفاً، ونكاح الأربع كذلك حتى يجيز أيهما شاء.

قال^(٥) محمد - رحمه الله -: ولو أن امرأة زوجت نفسها من رجل وقبل [عن]^(٦) الزوج فضولي، ثم إن هذا الفضولي نقض النكاح قبل أن يبلغ الخبر الزوج فنقضه باطل.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - [في الأمالي أنه قال: لا يجوز نقضه. وجه ما روي عن أبي يوسف]^(٧) في غير رواية الأصول: أن هذا فضولي باشر عقد^(٨) معاوضة فيملك نقضه قبل الإجازة قياساً على البيع. وجه ظاهر الرواية: وهو أن نقض العقد^(٩) الموقوف على الإجازة فسخ من وجه، وامتناع عن الإتمام^(١٠) من وجه على ما بينا فعملنا بشبه الفسخ في حق الفضولي، وعملنا بشبه الامتناع عن الإتمام في حق الوكيل، وأما الفضولي في باب البيع إنما صح فسخه لا لما قلتم أنه باشر عقد^(١١) معاوضة؛ بل لأن الفسخ قبل الإجازة مملوك [له]^(١٢)، في باب البيع اعتبرنا شبه الفسخ أو شبه الامتناع عن الإتمام،

- (١) سقط في ب.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) في أ: كأنه.
- (٥) في ب: وقال.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في أ، ب: عقده.
- (٩) في ب: العهد.
- (١٠) في أ: إتمام.
- (١١) في أ: عقده.
- (١٢) سقط في أ.

[و] ^(١) إن اعتبرنا شبه الفسخ فلأنه يرفع ^(٢) الحقوق عن نفسه فيملك الفسخ كما يملكه المالك، وإن اعتبرنا شبه ^(٣) الامتناع فكذلك أيضا كما في حق المساومة، فأما الفضولي في باب النكاح إن ملك الفسخ. قبل الإجازة من حيث إنه امتناع عن الإتمام لا يملك من حيث إنه فسخ؛ لأن بهذا ^(٤) الفسخ لا يرفع ^(٥) عن نفسه لا حقوق ^(٦) العقد ولا حكم العقد فلا ^(٧) يملك بالشك والاحتمال.

قال: وكذلك لو أن الفضولي زوجه أخت الأولى لا ينتقض نكاح الأولى ويتوقف [نكاح الثانية حتى إذا أجاز فلأن] ^(٨) نكاح الأولى أو الثانية صحت ^(٩) إجازته وينتقض الآخر.

فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوكيل المذكورة ^(١٠) في أول الفصل، فإن الوكيل لو زوجه أخت الأولى قبل إجازة ^(١١) الأولى نكاحها ينتقض نكاح الأولى بالثانية.

والفرق: وهو أن العاقد [متى كان] ^(١٢) وكيفا لو لم ينتقض نكاح الأولى بنكاح الثانية يصير الموكل جامعا بين الأختين عقداً إن لم يصر جامعا بينهما بملك ^(١٣) نكاح لما ذكرنا، والجمع بينهما عقدا حرام كالجمع بينهما [بملك النكاح] ^(١٤).
أما العاقد ^(١٥) إذا كان فضوليا لو ^(١٦) لم ينتقض [نكاح] ^(١٧) الأولى بالثانية لا يصير

(١) سقط في: أ، ب.

(٢) في أ، ب: يدفع.

(٣) في أ، ب: بشبه.

(٤) في ب: هذا.

(٥) في أ، ب: يدفع.

(٦) في ب: بحقوق.

(٧) في أ: ولا.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: صح.

(١٠) في ب: المذكور.

(١١) زاد في ب: الوكيل.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في أ، ب: ملك.

(١٤) في أ: بملك نكاح، وفي ب: ملك نكاح.

(١٥) في ب: العاقل.

من عقد العقد [له] ^(١) جامعا بين الأختين لا عقداً ولا ملك [نكاح] ^(٢)؛ لأن ^(٣) عبارة الفضولي مقصورة عليه .

قال محمد - رحمه الله - : فضولي زوج رجلا امرأة برضاها [أو] ^(٤) بغير إذن الزوج، ثم إن الزوج وكله أن يزوج [له] ^(٥) امرأة فأجاز ذلك النكاح، جاز استحسانا، والقياس ألا يجوز، فلو لم يجز ذلك ولكن نقضه بعدما وكله الزوج لم يصح نقضه .

ولو أنه زوجه أختها بعد ما وكله بغير رضا الأخت زوجها أبوها وهي كبيرة، كان هذا نقضا منه للنكاح ^(٦) الأول، وذلك؛ لأنه وكيل في نكاح الأخت الثانية، وعبارة الوكيل في النكاح فيما دخل تحت الوكالة منقولة إلى الموكل، فصار كأن الوكيل تزوج أختها، ولو تزوج أختها ^(٧) كان ينتقض الأول؛ لأنه متى لم ينتقض يصير الموكل جامعا بينهما عقداً من وجه؛ لأن النكاح الذي وجد ^(٨) من الوكيل قبل الوكالة دخل تحت الوكالة في حق الإجازة إن لم يدخل في حق النقض فيصير عقد الوكيل كعقده من وجه، فصار الموكل جامعا بينهما عقداً، والجمع [بينهما] ^(٩) عقداً حرام فانتقض النكاح الأول ليزول الجمع .

وكذلك لو أن الرجل ^(١٠) تزوج امرأة بغير إذنها زوجها إياه أبوها . ثم إن الزوج وكل رجلا أن يزوجه امرأة، فنقض الوكيل نكاح الزوج قبل أن تجيز المرأة فنقضه باطل .

(١٦) في أ: أو .

(١٧) سقط في أ، ب .

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في ب .

(٣) في أ: لأنه .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في ب .

(٦) في أ، ب: من النكاح .

(٧) في أ: أمها .

(٨) في أ: يوجد .

(٩) سقط في ب .

(١٠) في أ: الزوج .

قال: ولو أن الوكيل لم ينقض النكاح في هذه المسألة ولكن^(١) زوجه أختها بغير رضاها كان ذلك نقضا منه لنكاح الأولى.

قال: ولو أن رجلا وكل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه بغير إذنها زوجها أبوها، ثم^(٢) إن الوكيل زوجه أختها برضا الأخت لم ينتقض نكاح الأولى؛ لأن نكاح الثانية لم يدخل تحت التوكيل فصار تزويجه وتزويج أجنبي آخر سواء.

قال: ولو أن الوكيل قال قد فسخت النكاح الأول قبل أن تجيز المرأة الأولى صح ذلك منه؛ لأنه كان وكيلا في النكاح الأول، وقد ذكرنا أن الوكيل بالنكاح متى باشر نكاحا موقوفا على إجازة المرأة، ثم نقضه قبل إجازة المرأة، فإنه يصح نقضه، ولو أنه^(٣) أنكحها ثانيا بغير^(٤) المهر الأول، بأن كان النكاح الأول بمائة دينار والثاني بألف درهم كان هذا نقضا للنكاح الأول.

ولو أن رجلا زوج رجلا امرأة بألف درهم بغير أمر واحد منهما وخاطب عن المرأة أبوها وهي مكلفة حتى يتوقف النكاح على إجازتهما، ثم إنهما - يعني الفضولي وأبا المرأة - جددا نكاحا^(٥) على هذه المرأة بغير أمر الزوج وبغير أمرها بخمسين دينارًا.

ذكر: أنه يوقف^(٦) النكاحان^(٧) على إجازتهما على أن يجيزا أي النكاحين شاء، [إن شاء]^(٨) أجاز [الأول بألف درهم، وإن شاء الثاني بخمسين دينارًا فلا ينتقض الأول]^(٩) بالثاني، وإن كان الأول بمحل النقض؛ وذلك لأن النكاح الأول جرى من^(١٠) الفضوليين من جانب الزوج والمرأة، [وقد]^(١١) ذكرنا أن الفضولي في باب

(١) في أ، ب: ولكنه.

(٢) في ب: لا.

(٣) في ب: أنها.

(٤) في أ: بعد.

(٥) في أ: نكاحها.

(٦) في أ: يقف.

(٧) في ب: النكاح.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في ب: بين.

(١١) سقط في ب.

النكاح لا يملك نقض النكاح لا مقصودا بلسانه، ولا حكما للعقد، أو فعل يحدثه بعد ذلك، فلهذا لم ينتقض الأول بالثاني، فإن أجاز الثاني بطل الأول، وكذلك إن أجاز الأول بألف درهم يفسخ [النكاح]^(١) الثاني، هذا إذا جرى النكاحان جميعا بين الفضوليين.

وأما^(٢) إذا جرى النكاحان [جميعا]^(٣) بين الفضولي^(٤) والمرأة، فإن زوج الفضولي امرأة برضاها من رجل بغير أمره بألف درهم حتى توقف على إجازة الزوج، ثم إنهما جددا النكاح - يعني الفضولي و^(٥) المرأة - لذلك^(٦) الرجل بخمسين دينارا.

ذكر: أن النكاح الأول يفسخ بالثاني، حتى لو أجاز الزوج النكاح الأول لا تعمل إجازته ولو أجاز الثاني صح، وإنما^(٧) انفسخ الأول بالثاني؛ لأن المرأة قصدت تصحيح النكاح الثاني، ولا يمكن تصحيح [النكاح]^(٨) الثاني [إلا]^(٩) بفسخ النكاح الأول، وهي مالكة فسخ النكاح الأول؛ لأنها كانت مالكة في النكاح الأول ولم تكن فضولية فيما عقدت على نفسها، والمالك متى عقد على ملكه عقدا موقوفا على إجازة غيره فإنه يملك نقضه قبل الإجازة حتى لا يلزمه حكمه، وإذا كانت مالكة نقض النكاح الأول فلا صحة للثاني إلا بانفساخ الأول يفسخ الأول.

وإنما قلنا: [إنه]^(١٠) لا صحة للنكاح الثاني في حق المرأة إلا بعد فسخ الأول؛ لأن النكاح نافذ في حق المرأة، ولهذا لا يحتاج إلى إجازتها للنفذ لو^(١١) صح الثاني

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: فأما.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في أ: الفضوليين.
- (٥) في ب: أو.
- (٦) في أ: كذلك.
- (٧) في أ: وإذا.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) سقط في ب.
- (١١) في أ، ب: فلو.

مع بقاء الأول موقوفاً تصير المرأة في حق نفسها بائعة^(١) بضعها من الزوج وهي مملوكة للزوج، ويصير الزوج في حق المرأة مشترياً [بضعها، و]^(٢) هي مملوكة له، فهو معنى قولنا: إن الثاني لا يصح في حق المرأة إلا بعد انتقاض الأول، والمرأة مالكة نقض النكاح الأول قبل إجازة الزوج فانتقض الأول بالثاني، وإذا انفسخ الأول بالثاني لم يصح من الزوج إجازة الأول بخلاف الفضولين؛ لأن العقد الأول غير نافذ بوجه ما، لا في حق المرأة، [ولا في حق الزوج]^(٣)، ولهذا يحتاج النفاذ إلى الإجازة من جهتها، فمتى صح الثاني مع بقاء الأول موقوفاً على الإجازة لا تصير المرأة بائعة بضعها من الزوج وهي [غير]^(٤) مملوكة للزوج، ولا الزوج مشترياً بضعها [و]^(٥) هي ملكه فلم ينفسخ الأول بالثاني.

قال محمد - رحمه الله -: رجل أمر رجلاً أن يزوجه^(٦) امرأة على ألف درهم فزوجها إياه على خمسين ديناراً بإذنها أو بغير إذنها، ثم زوجها ثانياً بغير إذنها بألف درهم، فهذا فسخ للنكاح الأول؛ لأنه فضولي في النكاح [الأول]^(٧) فيتوقف على إجازته وإجازتها إن كان النكاح [بغير إذنها، أو]^(٨) على إجازته إن كان النكاح^(٩) بإذنها إلا أنه وكيل في العقد الثاني فصار مباشرته كمباشرة الموكل، ولو باشر الموكل العقد الثاني بنفسه كان ذلك فسخاً [للعقد الأول]^(١٠) [فكذا إذا]^(١١) باشر الوكيل. والمعنى في ذلك: أن الثاني وقع نافذاً من وجه؛ لأنه كان بإذن الزوج، ولو كان نافذاً من كل وجه يفسخ الأول؛ لأنه يتعذر إجازته؛ لأن الإجازة لها حكم النكاح

-
- (١) في أ: مانعة.
 - (٢) في أ: بضعاً.
 - (٣) سقط في ب.
 - (٤) سقط في أ.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) في ب: يزوج.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في أ: و.
 - (٩) سقط في ب.
 - (١٠) في أ، ب: للأول.
 - (١١) في ب: وكذا.

المبتدأ، و[النكاح]^(١) المبتدأ لا يجوز في منكوخته فكذا الإجازة، وإذا كان الحكم هكذا فيما إذا كان الثاني نافذا من كل وجه فكذا إذا كان نافذا من وجه؛ لأن المعنى يجمعهما.

قال: ولو كان الوكيل زوجها إياه النكاح الأول بألف درهم الذي هو مأمور به بغير أمرها حتى توقف على إجازتها، ثم زوجها إياه ثانياً بخمسين ديناراً بغير أمرها زوجها أبوها، فالنكاح الأول على حاله إن أجازته جاز؛ لأنه وكيل في النكاح الأول، فضولي في النكاح الثاني، ولو كان فضولياً في النكاحين جميعاً لكان [لا]^(٢) ينتقض الأول بالثاني فهذا أولى.

وهل يتوقف النكاح الثاني على إجازتها؟ لم يذكر [هذا في]^(٣) الكتاب. ويجب أن^(٤) يتوقف [النكاح]^(٥) لتعذر الإجازة؛ لأن الأول نافذ من وجه؛ لأنه نافذ في حق الموكل، ولو كان نافذاً من كل وجه، لا يتوقف الثاني لما مر فكذا إذا كان نافذاً من^(٦) وجه فإن زوجها أبوها النكاح الثاني بأمرها فهذا فسخ للنكاح الأول؛ لأنه لما زوجها أبوها بإذنها صار كأن المرأة زوجت نفسها منه بخمسين ديناراً، ولو [كان]^(٧) كذلك انفسخ الأول؛ لأن الثاني نفذ عليها وهي تملك فسخ العقد الأول فيتضمن ذلك فسخ الأول.

قال محمد - رحمه الله - في رجل زوج [امرأة رجلاً]^(٨) بغير إذنها بألف درهم، وخاطب عن الرجل رجل آخر بغير إذنه فكانا^(٩) فضولين، ثم إنهما جددا النكاح بخمسين ديناراً بغير إذنها حتى توقف النكاحان على إجازتهما على ما مر، ثم إن المرأة أجازت أحد النكاحين، [وأجاز الزوج أحد النكاحين]^(١٠)، فإن أجاز الزوج

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: في هذا.

(٤) زاد في ب: لا.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في ب: كل.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: رجلاً امرأة، وفي ب: امرأة.

(٩) في ب: فقاما.

(١٠) سقط في ب.

النكاح الذي أجازته المرأة بأن أجازت هي النكاح بألف، وأجاز الزوج ذلك أيضا [جاز النكاح]^(١) بألف درهم؛ لأن الزوجين اجتمعا على إجازة النكاح بألف [درهم]^(٢) وكان موقوفا على إجازتهما فتعمل إجازتهما فيه ويجب الألف من المهر، وينفسخ الثاني بعد الإجازة؛ لأن الإجازة بمنزلة عقد مبتدأ^(٣) على ما مر، وابتداء النكاح بخمسين دينارا بعد ما نفذ النكاح بألف لا يجوز فكذا لا تجوز الإجازة، وإن أجاز الزوج النكاح الآخر بأن أجاز النكاح بخمسين دينارا فإنه لا يجوز؛ لأن الإجازة لاقت عقدا مفسوخا؛ لأنه انفسخ بإجازة المرأة النكاح بألف؛ لأنه نفذ ذلك النكاح في حقها، وإن بقي موقوفا في حق الزوج، ولهذا لا يحتاج إلى إجازتها^(٤) بعد ذلك، ولو نفذ النكاح بألف في حقهما جميعا بأن أجازاه^(٥) [أو]^(٦) انفسخ الثاني لتعذر الإجازة، فكذا إذا نفذ^(٧) في حقهما انفسخ^(٨) الثاني لتعذر الإجازة على ما مر.

فإن اجتمعا بعد ذلك على إجازة الثاني لا يجوز؛ لأن العقد منفسخ على ما مر، وإن اجتمعا على إجازة الأول كان جائزا، وكان ينبغي ألا يجوز، ويجعل إجازة الزوج [و]^(٩) النكاح الثاني قبل ذلك ردا للنكاح الأول، كما جعل إجازة المرأة النكاح الأول ردا وفسخا للنكاح الثاني.

والجواب [في]^(١٠) النكاح الثاني إنما انفسخ بإجازة المرأة النكاح الأول؛ [لأن النكاح الأول]^(١١) قد نفذ على المرأة، ومن ضرورته انتفاض الثاني لتعذر الإجازة، فأما النكاح الثاني لم ينفذ على الزوج، فإجازته النكاح الأول حتى ينتقض

- (١) سقط في ب.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في أ: مبتدأه.
- (٤) في أ: أجازتهما.
- (٥) في ب: أجازا.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في أ: تعذر.
- (٨) في ب: ينفسخ.
- (٩) سقط في: أ، ب.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) سقط في أ.

[الأول]^(١) ضرورة تعذر الإجازة؛ لأن النكاح الثاني [قد انتقض بإجازة المرأة النكاح الأول فلهذا لم ينتقض الأول بإجازة الزوج النكاح الثاني]^(٢)، وكذلك لو أن المرأة بدأت فأجازت النكاح الثاني كان ذلك فسخاً للأول، حتى لو اجتمعا على الثاني يجوز، ولو اجتمعا على الأول لا يجوز، وكذلك لو بدأ الزوج فأجاز أحد النكاحين بطل الآخر لما قلنا، هذا الذي ذكرنا إذا علم المجاز أولاً من المجاز آخرًا.

أما إذا نسيا^(٣) المجاز الأول، ثم اجتمعا بعد ذلك على أحد النكاحين وتصادقا على ذلك بأن قالا: تذكرنا أن هذا هو المجاز أولاً، [فإنه]^(٤) جاز هذا النكاح؛ لأنه [صار]^(٥) معلوما بتصادقهما؛ لأن الإبهام كان منهما^(٦) فيعتبر بيانهما فيه.

والجواب في المعلوم كذلك على ما مر.

وإن لم يتذكرا المجاز أولاً وأجمعا^(٧) على أحد النكاحين من غير تذكر^(٨) المجاز أولاً لم يجز واحد منهما أبداً؛ لأن ما أجمعا^(٩) عليه يحتمل أنه هو المجاز^(١٠) أولاً فيجوز، ويحتمل أنه غيره فلا يجوز مع الاحتمال، هذا كمن طلق [إحدى]^(١١) امرأتيه ثلاثاً والأخرى واحدة وقد نسي المطلقة ثلاثاً من الأخرى، ثم عين إحداهما للثلاث من غير تذكر، [أو وطئ إحداهما من غير تذكر]^(١٢) لا يصح التعيين^(١٣) لما ذكرنا، فكذا هذا، ولو قالت المرأة ابتداء: أجزت النكاحين، كان للزوج أن يجز أي النكاحين شاء إما النكاح بألف وإما النكاح بخمسين، ويجوز ذلك ويلزم الزوج المسمى فيه.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: أنشأ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: منها.

(٧) في أ: وأجمعوا.

(٨) في ب: تذكير.

(٩) في ب: اجتمعا.

(١٠) في ب: المختار.

(١١) سقط في أ.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في أ: اليقين.

قال: ولا يكون إجازتهما النكاحين مما ينقض أحدهما صاحبه وكان ينبغي أن ينقض^(١) أحدهما صاحبه؛ لأنه متى أجاز أحدهما النكاحين فقد أجاز كل نكاح بعينه.

النكاح بالدراهم، والنكاح بالدنانير، وإجازة أحدهما أحد النكاحين بعينه ينقض الآخر، فإذا أجاز كل نكاح بعينه يجب أن ينتقض كل نكاح آخر^(٢).
والجواب^(٣): أن المنافاة بين العقدين ليست باعتبار المحل؛ لأن كل واحد من العقدين ورد على امرأة هي محل له، وإنما المنافاة باعتبار البدل فتصير هي بإجازة أحد العقدين، كامرأة قالت: زوجتك نفسي بألف درهم أو بخمسين ديناراً، [وهناك]^(٤) لو قبل الزوج أحدهما جاز كذا هاهنا.

وجواب آخر: أن إجازة أحدهما كلا النكاحين معاً إجازة لهما من حيث اللفظ، وإجازة لأحدهما لا بعينه من حيث المعنى؛ لأن النكاحين [جميعاً]^(٥) إن كانا مما يجتمعان انعقاداً وتوقفاً لا يجتمعان نفاذاً؛ لأنه لا ينفذ على امرأة واحدة في حالة واحدة إلا نكاح واحد.

فمن حيث إنه إجازة للعقدين لفظاً قلنا: إذا قال الزوج بعد ذلك: أجزت الأول أو الثاني، أو قال: أجزت أحدهما [لا]^(٦) بعينه، فقد اجتمعا على إجازة نكاح واحد فيزول التوقف، حتى لو أراد أن يفسخا بعد ذلك كلا النكاحين لا يقدران عليه.
ومن حيث إنه إجازة لأحدهما [لا بعينه]^(٧) من حيث المعنى لا ينقض أحدهما صاحبه كما لو قال أحدهما: أجزت أحد النكاحين^(٨) لا بعينه، بخلاف ما لو أجاز أحدهما النكاح بالدراهم، وأجاز الآخر [النكاح]^(٩) بالدنانير وخرج^(١٠) الكلامان

(١) في ب: ينتقض.

(٢) زاد في أ، ب: النكاح الآخر.

(٣) في أ: فالجواب.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، وفي ب: جمعا.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: النكاحين.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في ب: ويخرج.

منهما معا فإنه ينتقض النكاحان به جميعاً^(١)؛ لأن كل واحد منهما أجاز نكاحا بعينه من حيث [اللفظ والمعنى، وإجازة أحدهما نكاحا بعينه]^(٢) لفظاً ومعنى مما ينتقض الآخر، فإذا خرج الكلامان معا يجتمع^(٣) في كل نكاح فسخ وإجازة فيكون الفسخ أولى لما فيه من الاحتياط.

وإن أجاز كل واحد [منهما]^(٤) النكاحين جميعاً: وخرج الكلامان منهما معا، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أجاز كل واحد منهما النكاحين على التعاقب سواء، ينفذ أحد النكاحين لا محالة؛ لأنهما أجمعا على إجازة نكاح واحد وبقي أمر المهر مشكلاً فيكون الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا.

وإن أجاز أحدهما نكاحاً لا بعينه بأن قال الزوج مثلاً: أجزت [أحد]^(٥) النكاحين، أو قال: أجزت هذا أو^(٦) هذا، فإجازة^(٧) المرأة في هذه المسألة لا تخلو من أربعة أوجه:

إما أن قالت: أجزت ما أجازته الزوج، وخرج الكلامان معا، وفي هذا الوجه يجوز أحد النكاحين؛ لأنهما أجمعا على إجازة أحد النكاحين، إلا أن أمر المهر مشكل فيكون الجواب في حق المهر على التفصيل الذي ذكرنا.

وإن قالت^(٨): أجزت غير ما أجازته الزوج، وخرج الكلامان [منهما]^(٩) معا [انتقض النكاحان؛ لأن كل واحد منهما لما أجاز نكاحاً غير الذي أجازته صاحبه وقد خرج الكلامان معا]^(١٠)، فقد اجتمع في كل عقد فسخ وإجازة فانفسخ^(١١) بما ذكرنا.

(١) في ب: جمعا.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: يجتمع.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: و.

(٧) في أ: فأجازت.

(٨) في أ، ب: قال.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في ب.

(١١) في أ، ب: فانفسخا.

وإن قالت: أجزت النكاحين، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا قالت: أجزت ما أجازته الزوج، يجوز أحد النكاحين؛ [لأنهما أجمعا على إجازة نكاح واحد. وإن قالت: أجزت أحد النكاحين]^(١)، [أو قالت: هذا أو هذا، بمثل ما قاله الزوج وخرج الكلامان معا، ذكر أنهما لم يجيزا نكاحا بعد، ولهما أن يجتمعا على أحد النكاحين]^(٢) أيهما شاء، وإن شاء فسحا كلا العقدين؛ لأن قول كل واحد منهما: أجزت أحد النكاحين، يجوز أن يتناول ما أجازته صاحبه فيثبت اجتماعهما على إجازة نكاح واحد، ويجوز أن يتناول غيره، فلا يثبت اجتماعهما على إجازة نكاح واحد، فلا تثبت الإجازة بالشك والاحتمال^(٣)، وكذلك لا يثبت الرد بالشك والاحتمال، حتى [لا]^(٤) ينتقض النكاحان، فلهذا قال: ولهما أن يجتمعا على أحد النكاحين، [والله أعلم]^(٥).



(١) سقط في ب.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في ب: والاجتماع.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) سقط في أ، ب.

الفصل الخامس

في معرفة الأولياء

يجب أن يعلم بأن الولي [من] ^(١) كان من أهل الميراث وهو بالغ، عاقل، حتى لا تثبت الولاية للصبى والمجنون، ولا تثبت [ولاية الكافر] ^(٢) على المسلم، ولا للمسلم على الكافر، ولا تثبت الولاية للعبد. وبعد هذا يحتاج إلى معرفة ترتيبهم ^(٣)

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الولاية للكافر.

(٣) أثبت الحنفية الولاية لجميع الأقرباء غير أنهم مرتبون؛ فيتولى كل في رتبته؛ فيقدم العصبية على ذوي الأرحام، والعصبية بنفسه أنواع: البنوة، والأبوة، والأخوة، والعمومة، وهذه الأنواع مرتبة أيضاً: فالبنوة وإن سفلت مقدمة على الأبوة، والأبوة وإن علت مقدمة على الأخوة، والأخوة مقدمة على العمومة، وجهة العمومة مقدمة على مولى العتاقة، ومولى العتاقة مقدم على عصبته.

قال الكمال عند قوله: «والترتيب في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث: والأبعد محجوب بالأقرب؛ فتقدم عصبية النسب، وأولاهم الابن وابنه وإن سفل، ولا يتأني إلا في المعتوهة وهذا قولهما - يعني: قول أبي حنيفة وأبي يوسف - خلافاً لمحمد، فإنه يرى أن الأب مقدم على الابن إلى أن قال: ثم الأب ثم الجد وإن علا، ثم الأخ الشقيق ثم لأب.

وهذا الذي ذكره الكمال إشارة إلى الخلاف الواقع بين الحنفية في تقديم الابن على الأب في ولاية نكاح المجنونة؛ فإن لهم في هذا ثلاثة أقوال: القول الأول: يقدم ابن المجنونة وفروعه على الأب، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف.

القول الثاني: يقدم الأب على الابن، وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن. القول الثالث: أنهما سواء، فأيهما زوج فزواجه صحيح، وهو قول مروى عن أبي يوسف.

واستدل أبو حنيفة على تقديم الابن وفروعه على الأب في ولاية نكاح المجنونة - بأن ذلك هو الأصل في ترتيب العصبات في الميراث. واستدل محمد بن الحسن على تقديم الأب على الابن بأن الأب أوفر شفقة وأكثر خبرة؛ فكانت ولايته أقوى.

ولأن الأب تثبت له الولاية على النفس وعلى المال معاً، بينما الابن لا تثبت ولايته إلا على النفس - أي: التزويج - فقط فكان هذا دليلاً على أن صلة الأب من حيث الولاية أقوى، والعرف في كل الأعصار والأمصار على ذلك.

واستدل للقول المروى عن أبي يوسف بالتسوية بينهما بأن كل واحد منهما قام به سبب من أسباب الترجيح؛ فالأب أوفر شفقة وهو ولي المال، والابن أسبق في الميراث الذي هو

أمانة قوة التعصيب؛ فتعادلا فكانا في درجة واحدة وإذا اجتمعا قدم الأب. ويقول صاحب البدائع: «وعند الاجتماع الأفضل أن يفوض الابن الإنكاح إلى الأب؛ احتراماً للأب، واحترازاً عن موضع الخلاف».

ويرجع هاهنا ما ذهب إليه محمد بن الحسن؛ لأن مبنى الولاية على حسن النظر في اختيار الزوج، ووفور الشفقة على المرأة؛ وهذا يتوفران في الأب أكثر مما يتوفران في الابن، لا سيما أن كثيراً من الأبناء ينفرون من تزويج أمهاتهم. وقد اختلف الأحناف في مسألة أخرى تتعلق بترتيب الأولياء عندهم، ذكرها الكرخي، وهي أن الجد والأخ يشتركان في الولاية عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث.

والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقاً، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الأب كذلك الشقيق، ثم أبناءه ثم لأب ثم أبناءه، ثم عم الجد الشقيق ثم أبناءه، ثم عم الجد لأب ثم أبناءه، وإن سفلوا، ثم المعتق وإن كان امرأة، ثم بنوه وإن سفلوا، ثم عصبته من النسب على ترتيب عصابات النسب.

هذا وإن استواء بالجهة كان التقديم بقرب الدرجة، كأن ترك ابناً وابن ابن، فالولاية للابن.

وإن استواء في الجهة والدرجة كالأخوين والعمين الشقيقين - مثلاً - تثبت الولاية لكل واحد على السواء؛ لعدم المرجح؛ فلكل واحد من الأولياء والحالة هذه - أن يزوج، رضي الآخر أو سخط، لكن بشرط أن يكون الزواج بكفء وبمهر المثل. ومما سبق يمكن إجمال ترتيب العصابات النسبية والسببية الذين لهم ولاية النكاح عند أبي حنيفة في المراتب الآتية:

١ - الابن وابن الابن مهما نزل، ولا يتصور ذلك إلا في المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة.

٢ - الأب والجد أبو الأب مهما علا.

٣ - الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم أبناءهم.

٤ - الأعمام الأشقاء، ثم الأعمام لأب، ثم أبناءهم، ثم عم الجد لأبوين، ثم عم الجد لأب، ثم بنوهما.

٥ - مولى العتاقة، ويستوي فيه الذكر والأنثى، ثم عصبته الذكور.

وبعد هؤلاء العصابات تكون الولاية لذوي الأرحام؛ فتكون الولاية للأم، ثم لأم الأب، ثم للبنات، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت، وهكذا، ثم للجد الفاسد، ثم للأخت لأب وأم، ثم للأخت لأب، ثم لولد الأم ذكراً كان أو أنثى، ثم لولد الأخت لأب وأم، ثم لولد الأخت لأب، ثم لولد الأخ أو الأخت لأب، ثم للعمات، ثم للأخوال، ثم للخالات، ثم بنات الأعمام، ثم أولاد العمات، ثم أولاد الأخوال، ثم أولاد الخالات، ثم أولاد بنات الأعمام.

وبعضهم ذكر أن الأخت مقدمة على الأم؛ لأنها من قوم الأب، وقال بعضهم: نقدم أم =

الأب على الأم، ولكن جرّوا على ذكر الأم عقب العصابات. ونقل ابن عابدين عن الرملي: أن أم الأب مقدمة على أم الأم، وليس بعيد؛ لأن قرابة الأب لها حكم العصابة. وقال ابن عابدين وذكر في المستصفى أن الجد الفاسد مقدم على الأخت عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف الولاية لهما. قال الكمال: وقياس ما صحح في الجد والأخ من تقدم الجد على الأخ تقدم الجد الفاسد على الأخت.

فإذا لم يوجد للمرأة أحد من عصباتها، ولا من ذوي أرحامها - انتقلت الولاية إلى مولى الموالاة، فإن لم يكن انتقلت إلى السلطان، أو نائبه، أو القاضي؛ إذا شرط له الإمام في عهده تزويج الصغار، أو من لا ولي لها من النساء؛ كما سبق.

أما عند المالكية:

فالمولي عليها لا يخلو: إما أن تكون مجبرة، أو غير مجبرة، فإن كانت مجبرة قدم المالك؛ لأن الملك أقوى من الأبوة في التصرف؛ إذ المالك يجبر الصغيرة والكبيرة البكر، والثيب؛ لأنها مال من أمواله، وله أن يصلح ماله بأي وجه شاء، ثم بعد المالك الأب فمرتبته متأخرة عن مرتبة السيد عند عدمه، وأما مع وجود السيد فلا كلام للأب، وإذا كان الأب موليًا عليه فالمجبر حينئذ وليه، ثم بعد الأب وصي الأب وإن سفل بشروطه المتقدمة من أمر الأب له بالإجبار، أو تعيين الزوج... إلخ.

وإن كانت غير مجبرة قدم ابن ولو من زنى إن ثبت بنكاح صحيح أو فاسد درأ الحد ثم زنت فأنت به منه، فإن ثبت بزنى وأنت به منه، أو كانت مجنونة - قدم أبوها ووصيها على ابنها، ثم بعد الابن ابنه وإن سفل؛ لأنه عصابة في الميراث وغيره دون الأب، ثم الأب، ثم الأب الشرعي لا من خلقت من ماء زناه؛ لأن الزاني لا ولد له، ثم أخ لغير أمه ثم ابنه وإن سفل ثم الجد، ثم العم لغير أم ثم ابنه وإن سفل، وقدم الشقيق على الذي للأب في الإخوة وبنينهم والأعمام وبنينهم على الأصح عند ابن بشير، والمختار عند اللخمي، والقول بالتقديم هو قول مالك وابن القاسم وسحنون، ويقابل هذا القول رواية علي بن زياد عن مالك - رضي الله عنه - أن الأخ الشقيق، والأخ للأب في مرتبة واحدة فيزوجان معًا أو يقترعان عند التنازع، والخلاف منصوب في الأخوين فقط، والقول بتقديم الشقيق هو المعتمد، ولا ولاية للأخ لأم ولا للجد للأم؛ لأنهما من ذوي الأرحام، ولا ولاية لذوي الأرحام عند المالكية، على ما تقدم، ثم مولى أعلى، ثم كافل، ثم حاكم، ثم ولاية عامة مسلم.

وخلاصة ذلك: أن ترتيب الأولياء عند المالكية على النحو الآتي:

أ - يكون الترتيب في ولاية الإجبار على هذا النحو:

١ - المالك: ولو أنثى، وتوكل ذكرًا يزوج أمتها.

٢ - الأب، ثم الجد عند عدم الأب.

٣ - وصي الأب.

ب - يكون الترتيب في ولاية الاختيار على النحو الآتي:

١ - الابن، وابن الابن مهما سفل.

-
- ٢ - الأب .
- ٣ - العم الشقيق، ثم ابنه، ثم العم لأب، ثم ابنه .
- ٤ - الجد مهما علا .
- ٥ - عم الأب، ثم ابنه .
- ٦ - جد الأب .
- ٧ - مولى العتاقة، ثم عصبته، ثم مولى أبيها، ثم مولى جدها .
- ٨ - كافلها غير العاصب إن كانت دنيئة لا شريفة، سواء كان مستحقاً لها أو أجنبياً عنها؛ على النحو الذي أوضحناه في ولاية النكاح .
- ٩ - الحاكم .
- ١٠ - عامة المسلمين بالولاية العامة، ويعتبر الجد أبو الأم والأخ لأم من الولاية العامة . أما الشافعية فلا يقولون بثبوت الولاية للابن ولا لذوي الأرحام؛ ومن ثم جاء ترتيبهم للأولياء على هذا النحو:
- ١ - الأب والجد مهما علا .
- ٢ - الأخوة الأشقاء، والأخوة لأب، ثم أبناءهم مهما نزلوا .
- ٣ - الأعمام الأشقاء، والأعمام لأب، ثم أبناءهم مهما نزلوا .
- ٤ - ثم بقية العصبات كما في ترتيب الميراث، ولا يزوج الابن أمه بمجرد البنوة لعدم المشاركة بينهما في النسب، فإن كان ابن ابن عم لها زوجها بهذه القرابة .
- ٥ - مولى العتاقة، ثم عصبته من الذكور .
- ٦ - السلطان .
- ورتب الحنابلة الأولياء على هذا النحو:
- ١ - الأب، ثم الجد أبو الأب مهما علا .
- ٢ - الابن، وابن الابن وإن سفل .
- ٣ - الأخ الشقيق والأخ لأب سواء في المشهور في المذهب، وفي رواية أخرى: أن الأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب وهو الصحيح، ثم أبناءهم .
- ٤ - العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم أبناءهم، ثم عمومة الأب .
- ٥ - بنو جد الجد، ثم بنوهم .
- ٦ - مولى العتاقة، ثم أقرب عصبته منه .
- ٧ - السلطان أو القاضي الذي أقامه السلطان، أو من فوض إليه التوزيع .
- ٨ - من أسلمت على يده المرأة، وقد اختلفت الرواية عن أحمد، هل يقدم على السلطان أم لا؟ روايتان في المذهب: الأولى تقول: يقدم السلطان؛ لأن الآخر ليس من عصبته، ولا يُعقل عنها، ولا يرثها، فأشبه الأجنبي، والثانية تقول: يزوجها؛ لأنه أولى الناس بها بعد من ذكر من الأولياء .
- ٩ - رجل عدل من المسلمين، هذا إذا لم يوجد أحد ممن ذكر من الأولياء .
- ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٣٧)، المبسوط (٤/٢٢٠)، الشرح الصغير (٣/١٠٣-١٠٩، ١١٣-١١٩)، المجموع (٤٧/١٥)، نهاية المحتاج (٦/٢٣١-٢٣٢) .

فنقول: أقرب الأولياء إلى المرأة الابن، [ثم ابن الابن]^(١) وإن سفل، [ثم الأب]^(٢) ثم الجد، أبو الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم [الأخ لأب، ثم]^(٣) ابن الأخ لأب [وأم، ثم ابن الأخ لأب]^(٤) وإن سفلوا، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب وإن سفلوا، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم بنوهم على هذا الترتيب، ثم رجل هو أبعد العصابات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد، ثم^(٥) مولى العتاقة، ثم عصة مولى العتاقة، ثم الأم^(٦)، ثم ذوو الأرحام، الأقرب فالأقرب، وهذا^(٧) عند أبي حنيفة - رحمه الله - [وهو استحسان]^(٨) ذكر في حصر المسائل.

وللأم والخال وسائر^(٩) ذوي الأرحام تزويج الصغيرة والصغير عند أبي حنيفة - رحمه الله - عند عدم العصابات، خلافاً لمحمد - رحمه الله - .

وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة - رحمهما الله - في أكثر الروايات.

والكرخي ذكره مع محمد - رحمهما الله - .

وقال محمد: [لا ولاية]^(١٠) للأم وقومها ولا لأحد من ذوي الأرحام [ولاية.

وهو]^(١١) القياس.

وقول أبي يوسف مضطرب.

ذكر الطحاوي قوله مع أبي حنيفة، وذكر القدوري قوله مع محمد، والأصح أنه مع أبي حنيفة.

ثم مولى الموالاة، ثم السلطان، ثم القاضي ومن نصبه [القاضي]^(١٢)، إذا شرط

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: من.

(٦) في أ: أم.

(٧) في ب: وهو.

(٨) في ب: استحسانا و.

(٩) في ب: وبنات.

(١٠) في ب: ليس.

(١١) في أ: وهذا.

(١٢) سقط في ب.

تزويج الصغار والصغائر في عهده، وإذا لم يشترط فلا ولاية له. ثم إنما يحتاج إلى الولي في الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة. وإذا زال الصغر والمجنون تزول الولاية عندنا.

امرأة جاءت إلى القاضي وقالت: ليس لي ولي وإني أريد أن أزوج نفسي، فالقاضي يأذن لها في النكاح؛ لأنه لو علم [لها ولياً]^(١) يأذن لها بالنكاح. فقد صح رجوع محمد إلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - فهاهنا أولى كذا ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وسئل إسماعيل بن حماد^(٢) عن امرأة جاءت إلى القاضي وقالت: إني أريد أن أتزوج وليس لي ولي ولا يعرفني أحد، فإن القاضي يقول لها: إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات زوج ولا في عدة أحد قد أذنت لك.

فقد ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في كتاب المزارعة^(٣): لو أن امرأة جاءت إلى القاضي وقالت: إن فلانا يخطبني وليس لي ولي يزوجني^(٤) منه، فإن [شاء القاضي]^(٥) أن يكلفها إقامة البينة على ما ادعت، وإن شاء قال لها: زوجي نفسك إن كان الأمر كما وصفت، وبعد إقامة البينة يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار.

وإذا اجتمع للمجنونة أب وابن فالابن أولى في قول أبي حنيفة وإحدى الروائيتين عن أبي يوسف - رحمهما الله -.

وقال محمد: الأب أولى.

وعلى هذا الاختلاف الجدل مع الابن، هكذا ذكر القدوري.

وذكر شيخ الإسلام: أن عند أبي يوسف الابن أولى من الجد رواية واحدة.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا كان الرجل^(٦) مختلاً وله أب وابن

(١) في أ: لها، وفي ب: وليا.

(٢) هو: إسماعيل بن حماد بن الإمام أبي حنيفة النعمان، فقيه حنفي، من القضاة العلماء، صنف الجامع في الفقه على مذهب جده، والرد على القدرية. مات شاباً سنة اثنتي عشرة ومائتين.

ينظر: تاريخ بغداد (٦/٢٤٣)، تاج التراجم، ص (١٣٤، ١٣٥).

(٣) في ب: الزراعة.

(٤) في أ، ب: زوجني.

(٥) في أ، ب: للقاضي.

(٦) في ب: الزوج.

فالتزويج إلى الابن عند أبي حنيفة - رحمه الله - والبيع إلى الأب .
وذكر عين [هذه]^(١) المسألة في المنتقى ، وأجاب على نحو ما ذكرنا ثمة ، وهذا قول أبي يوسف .

وقال محمد هما جميعا إلى الأب .
وإذا اجتمع الجد والأخ لأب وأم أو لأب ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : الجد أولى .

وعندهما : يستويان [كما]^(٢) في الميراث .
قال [الشيخ الإمام الأجل]^(٣) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه :
الأصح عندي أن الجد أولى بالإنكاح عند الكل .
وإذا اجتمع الابن والأخ لأب وأم أو لأب ، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : الابن أولى .
وقال محمد - رحمه الله - : الأخ أولى .

وفي المنتقى : قال محمد - رحمه الله - : إذا كان للصغيرة والد ، أو جد ، لم يزوجهما القاضي ، وإن كان الأب فاسدا و^(٤) الجد ينبغي للقاضي أن يزوجهما للكفاءة .
وإذا زوج الصغير أو الصغيرة أبعد الأولياء ، فإن كان الأقرب حاضرا وهو من أهل الولاية توقف نكاح الأبعد على إجازته ، وإن لم يكن من أهل الولاية بأن كان صغيرا أو كبيرا مجنونا جاز ، وإن كان الأقرب غائبا غيبة منقطعة جاز نكاح الأبعد .
وتكلموا في حد الغيبة المنقطعة ، وأكثر المشايخ الكلام فيه ، وكذلك اختلفت الروايات فيه ، والأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفاءة الذي حضر فالغيبية منقطعة ، وإلى هذا أشار في الكتاب فقال : أرأيت لو كان في السواد ونحوه أما^(٥) كان [يستطلع^(٦) رأيه؟]^(٧) أشار إلى أن المعبر استطلاع الرأي .

- (١) سقط في أ .
- (٢) سقط في ب .
- (٣) سقط في ب .
- (٤) في ب : أو .
- (٥) في ب : أما إذا .
- (٦) في أ : يستطيع .
- (٧) في ب : يستطاع وأنه .

من المشايخ من لم يتجاوز عن هذا المقام، ومنهم من تجاوز عنه وقال: الكفء لا ينتظر أياما كثيرة ويبتظر قليلا، فلا بد من حد فاصل بينهما فقدرنا ذلك بثلاثة أيام ولياليها وهو قول أبي عصمة سعد بن معاذ المروزي، ومحمد بن مقاتل الرازي، فصار حد الغيبة المنقطعة على قولهم بثلاثة أيام ولياليها.

وهكذا كان يفتي القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغددي، فإنه سئل عن صغيرة زوجته^(١) أمها ولها ولي بنسف - وهذا السؤال كان ببخارى - قال: من بخارى إلى نسف مسيرة سفر، فهو غيبة منقطعة.

قال القاضي الإمام هذا - رحمه الله -: إذا زوج الولي الأبعد ولا يعرف [أن]^(٢) الولي الأقرب أين هو؟ يجوز، وإن ظهر أنه في ذلك المصر، وإن زوجها [الولي]^(٣) الأقرب من حيث هو اختلف المشايخ فيه.

وفي المنتقى عن محمد-رحمه الله -: المرأة إذا لم يكن لها ولي حاضر استحسنا أن تولي^(٤) رجلا فيزوجها، وهكذا جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما -. والرجل الذي يعول الصغير أو الصغيرة فلا ولاية له في إنكاحها^(٥)، وكذلك الوصي لا ولاية له في إنكاح [الصغير و]^(٦) الصغيرة سواء أوصى إليه^(٧) الأب بالنكاح أو لم يوص إلا إذا كان الوصي وليهما فحينئذ يملك الإنكاح بحكم الولاية. في مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن رجل غاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجها أختها لأب وأم أو لأب والأم حاضرة، قال: إن لم يكن لها عصة أولى من الأخت جاز النكاح، قيل له: ألا تكون الأم أولى من الأخت؟ قال: لا؛ لأن الأخت لأب وأم أو لأب من قوم الأب.

(١) في أ، ب: زوجها.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: توالي.

(٥) في ب: إنكاحهما.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) زاد في أ: لعله يدر إلى.

والنساء اللواتي من [قوم الأب]^(١) لهن ولاية التزويج عند عدم العصابات بإجماع بين أصحابنا، وهن الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم، فأما الأم والنساء اللواتي من [قبل الأم فلهن ولاية عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعند محمد - رحمه الله - : لا ولاية لهن]^(٢).

وهذا الذي ذكر شيخ الإسلام، أن النساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصابات بإجماع بين أصحابنا - رحمهم الله -، مستقيم في الأخت لا في العمة وبنت الأخ وبنت العم، لأنهن من جملة ذوي الأرحام، وولاية ذوي الأرحام مختلف [فيها]^(٣)، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لهم ولاية وهذا استحسان، وعند محمد لا ولاية لهم على ما مر.

وإذا زوج الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد ثم بلغا، فلهما الخيار عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - [على أصح الروايتين]^(٤)، [والمسألة معروفة. ولو زوجتها أمها فبلغت، فلها الخيار عند أبي حنيفة - رحمه الله - في أظهر^(٥) الروايتين]^(٦).

والقاضي إذا زوج الصغير أو الصغيرة ثم بلغا، فلهما الخيار في أظهر الروايتين عند أبي حنيفة، وهو قول محمد. إذا كان [الولي وصياً]^(٧) وزوج الصغير أو الصغيرة وبلغا، فلها الخيار [في أظهر الروايتين عند أبي حنيفة، وهو قول محمد]^(٨).

في العيون: معتوهة زوجها عمها أو أخوها ثم عقلت فلها الخيار، وإن كان زوجها أبوها أو جدها ثم عقلت فلا خيار لها، وإن زوج المعتوهة ابنها فلا رواية فيه عن أبي حنيفة - رحمه الله - ويجوز ألا يكون لها الخيار؛ لأن [عند أبي حنيفة

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: قبلها ففي ولايتهن خلاف بين أصحابنا. هكذا ذكر في مجموع النوازل.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: على أصح.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: الوصي ولياً.

(٨) سقط في ب.

- رحمه الله-^(١): إذا اجتمع الابن والأب في البالغة المعتوهة فولاية الإنكاح للابن وإن كان الابن مقدما على الأب عنده، ولا خيار لها في تزويج الأب جاز ألا يكون لها الخيار في تزويج الابن من طريق الأولى.

وكما يثبت^(٢) خيار البلوغ للأثني يثبت^(٣) للذكر، ولا تكون الفرقة فيه إلا بقضاء القاضي، ويبطل هذا الخيار في جانبها بالسكوت إذا كانت بكرا، ولا يمتد إلى آخر المجلس، حتى لو سكتت كما [لو]^(٤) بلغت وهي بكر يبطل خيارها، وإن كانت ثيبا في الأصل، أو كانت بكرا إلا أن الزوج قد بنى بها، ثم بلغت عند الزوج لا يبطل خيارها بالسكوت، ولا بقيامها عن المجلس، وإنما يبطل خيارها إذا رضيت بالإنكاح صريحا، أو يوجد منها فعل يستدل به على الرضا، وذلك نحو التمكين من الجماع أو طلب النفقة، أو ما أشبه ذلك. أما لو أكلت من طعامه، أو خدمته كما كانت [فهي على خيارها. وفي جانبه لا يبطل هذا الخيار بالسكوت، وإنما يبطل]^(٥) خياره بصريح الرضا، أو بما يدل عليه من قربان المرأة، أو تجهيزها، أو تسليم الصداق إليها.

وهذا الخيار يبطل بالجهل. وتفسير ذلك إذا علمت بالعقد ساعة ما بلغت، [لكن جهلت بثبوت الخيار فسكتت بطل خيارها، أما إذا لم تعلم بالعقد ساعة ما بلغت]^(٦) كان لها الخيار إذا علمت.

وإذا بلغت وسألت عن اسم الزوج، أو عن المهر المسمى، أو سلمت على الشهود بطل خيار البلوغ، وإذا وقعت الفرقة بخيار البلوغ إن لم يكن الزوج دخل بها فلا مهر لها. وقعت الفرقة باختيار الزوج أو باختيار المرأة، [وإن كان قد دخل بها ولها المهر كاملا، وقعت الفرقة [باختيار الزوج أو باختيار المرأة]^(٧) [في ذلك

(١) في ب: عنده.

(٢) في أ، ب: ثبت.

(٣) في أ: لا يثبت، وفي ب: ثبت.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: باختياره أو باختيارها.

النكاح استحساناً^(١).

اختلف المشايخ في أن خيار البلوغ هل يثبت للمملوك؟ بعضهم قالوا: يثبت، وبعضهم: قالوا لا يثبت.

صورة المسألة: المولى^(٢) إذا زوج عبده الصغير امرأة، ثم إن المولى أعتق [العبد، ثم بلغ]^(٣) هل يثبت له خيار البلوغ؟ قال بعضهم: يثبت.

وقال بعضهم: لا [يثبت]^(٤)، وهو الصحيح.

ولو كان مكان العبد أمة بأن [زوج المولى أمته الصغيرة]^(٥) من رجل، ثم أعتقها، ثم بلغت، فليس لها خيار بلا خلاف بين أصحابنا.

أما على قول من يقول في فصل العبد: خيار البلوغ لا يثبت [للعبد؛ فلأن]^(٦) المعنى ثمة: أن العقد صدر ممن له ولاية متكاملة وهذا المعنى موجود هاهنا. وأما على قول من قال ثمة بثبوت خيار البلوغ في العبد؛ فلأنه^(٧) يثبت للأمة خيار العتق، وخيار البلوغ لا يظهر مع خيار العتق، وستأتي المسألة في خيار العتق بعد هذا إن شاء الله تعالى في فصل على حدة.

إبراهيم عن محمد - رحمه الله - ينبغي للصغيرة أن تختار نفسها^(٨) مع رؤية الدم، قلت: فإن رأت الدم في جوف الليل؟ قال: ينبغي أن تقول بلسانها: قد فسخت النكاح، وتشهد إذا أصبحت وتقول: رأيت الدم الآن.

قال إبراهيم: قلت لمحمد - رحمه الله - : ويسعها ذلك؟ قال: نعم.

قال هشام سألت محمدا - رحمه الله - : عن الصغيرة التي زوجها عمها إذا حاضت؟ فقالت: الحمد لله قد اخترت، فهي على خيارها، فإن بعثت خادمها حين

(١) سقط في م.

(٢) في ب: الأولي.

(٣) في أ: العبد ثم بلغ العبد، وفي ب: ثم بلغ العبد.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: زوجها المولى وهي صغيرة.

(٦) في ب: للعقد فلا في.

(٧) في أ: فلا.

(٨) في أ: نصيها.

حاضت تدعو بشهود لتشهدهم فلم يقدر على الشهود وهي في موضع متقطع عن الناس فمكثت أياما لا تقدر على الشهود، قال: لزمها النكاح، ولم يجعل هذا عذرا. ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: [إذا]^(١) اختارت نفسها وأشهدت على ذلك ولم تتقدم إلى القاضي شهرين، فهي على خيارها ما لم تمكنه من نفسها. إذا زوج القاضي صغيرة لا ولي لها ولم يكن السلطان أذن للقاضي في تزويج الصغائر^(٢)، ثم أذن له في ذلك فأجاز ذلك النكاح لم يجز، وإن كان قد أذن له^(٣) قبل التزويج فزوج جاز.

هكذا ذكر في^(٤) فتاوى الفضلي.

وعلى قياس ما [قاله محمد]^(٥) في الجامع، العبد إذا تزوج امرأة بغير إذن المولى، ثم إن المولى أذن له في النكاح فأجاز ذلك النكاح، أنه يجوز استحسانا.

[قال]^(٦): الفضولي إذا زوج رجلا امرأة ثم إن الزوج وكله أن يزوجه امرأة فأجاز ذلك النكاح، [أنه يجوز] استحسانا، وينبغي في هذه المسألة أن يجوز وتعمل إجازته في ذلك النكاح]^(٧) [استحسانا]^(٨).

سئل شمس الأئمة الأوزجندی - رحمه الله - عن صغيرة لها أخ لا يزوجه فزوجها القاضي بغير أمر الأخ قال: لا يصح النكاح، إلا إذا كان الأخ غائبا، أو عاصلا، فحينئذ يجوز للأب^(٩) أو الجد أو غيرهما، إذا زوج الصغيرة من^(١٠) لا يكافئها، أو^(١١) زوج الصغير امرأة ليست بكفاء له، هذه المسألة تأتي في فصل الكفاءة إن

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: الصغير.

(٣) زاد في أ: في ذلك.

(٤) في أ: في كتاب.

(٥) في ب: ما قال.

(٦) سقط في أ.

(٧) من قوله: «استحسانا وينبغي...» إلى هنا، سقط في ب.

(٨) من قوله: «أنه يجوز استحسانا...» إلى هنا، سقط في أ.

(٩) في ب: الأب.

(١٠) في أ، ب: ممن.

(١١) في أ: و.

شاء الله تعالى .

وإذا زوج الأب أو الجد الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها، أو زوج الصغيرة بأقل من مهر مثلها، إن كانت الزيادة والنقصان بحيث يتغابن [الناس]^(١) في مثلها^(٢) يجوز بالاتفاق، وكذلك الجواب في غير الأب والجد من سائر الأولياء، وأما إذا كانت الزيادة والنقصان فاحشا بحيث لا يتغابن الناس في مثلهما، ففي الأب والجد قال أبو حنيفة - رحمه الله -: صح النكاح وصح الحط والزيادة .

[وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله-]^(٣): لا يجوز . ولم يثبتا^(٤) في الأصل ماذا لا يجوز النكاح، أو التسمية؟

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف-رحمه الله -: أن النكاح جائز والتسمية لا تجوز .

وذكر هشام عن محمد-رحمه الله -: أن النكاح جائز .

وفي الجامع الصغير عنهما: أن النكاح لا يجوز .

وأجمعوا على [أن]^(٥) غير الأب والجد لو زاد أو^(٦) نقص بحيث لا يتغابن الناس أنه لا يجوز النكاح، حتى لو أجاز بعد البلوغ لا تعمل إجازته .

وإذا جن الولي جنوناً مطبقاً تزول ولايته، فإن كان يجن ويفيق لا تزول ولايته، وينفذ تصرفه في حالة الإفاقة .

وفي الحد الفاصل بين المطبق وغير المطبق كلمات: ففي بعض المواضع عن أبي يوسف - رحمه الله -: قدر المطبق بأكثر السنة .

وفي قضاء النوازل، عن محمد-رحمه الله -: [أنه قدره بسبعة]^(٧) أشهر، وهو [قريب]^(٨) من قول أبي يوسف .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ، ب: مثلهما .

(٣) في ب: وقالوا .

(٤) في أ: يبين .

(٥) سقط في ب .

(٦) في ب: و .

(٧) في ب: قدر تسعة .

(٨) سقط في ب .

وروى أبو بكر الرازي عن أبي يوسف أنه قدره بأكثر من يوم وليلة .
وعن محمد: أنه قدره بشهر ثم قدره بسنة كاملة . هذا آخر قوله .
وفي بيوع واقعات الناطفي: عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه قدره بشهر .
وهكذا ذكره شيخ الإسلام في شرح المأذون .
وكان الصدر الشهيد يختار^(١) التقدير بشهر .
والحاصل^(٢): أن في تقدير الصلوات، المطبق مقدر بست صلوات، وفي حق
الصوم بالشهر^(٣)، وفي الزكاة وما سواها على [هذا]^(٤) الخلاف الذي ذكرنا .
وإذا عرفت حد الجنون المطبق، فغير المطبق ما دونه، وهو المراد من قوله في
الكتاب: يجن ويفيق .

وإذا كان الرجل يجن ويفيق هل تثبت ولاية الغير عليه [في حالة]^(٥) جنونه؟
ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في أدب القاضي في باب شهادة
الأعمى: إذا كان يجن يوماً أو يومين فهذا بمنزلة المغمى عليه لا تثبت للغير عليه
ولاية في حالة جنونه، وتقبل شهادته في حالة إفاقته . وأما الجنون المطبق يوجب
الولاية .

وذكر الفقيه أبو بكر في عين هذه المسألة خلافاً، فقال: الابن إذا بلغ عاقلاً ثم
جن أو عته، فعلى^(٦) قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا تعود ولاية الأب قياساً،
حتى لو تصرف في ماله أو زوجه امرأة لا يجوز، بل تعود الولاية إلى القاضي،
وعلى قول محمد - رحمه الله -: تعود الولاية إلى الأب استحساناً .
وقال الفقيه أبو بكر الميداني: تعود ولاية الأب عند علمائنا الثلاثة
- رحمهم الله - .

وقال زفر - رحمه الله -: لا تعود بل تعود إلى السلطان، والأب إذا عته لا تثبت
للابن ولاية التصرف في ملكه .

- (١) في ب: صار .
- (٢) في ب: فالحاصل .
- (٣) في ب: الشهر .
- (٤) في أ، ب: حال .
- (٥) في أ: فقي .
- (٦) في ب: والمعنى .

وهل تثبت له ولاية التزويج؟

ذكر شيخ الإسلام في آخر باب إذن الأب للصبي والمعتوه^(١): أن على قول من يقول: يثبت للأب ولاية التزويج للابن إذا جن الابن، يقول: تثبت الولاية للابن هاهنا، وعلى قول من يقول: لا تثبت للأب ولاية التزويج ثمة، يقول: [لا تثبت]^(٢) الولاية للابن هاهنا.

وقد ذكرنا الخلاف بين أبي حنيفة [وأبي يوسف، وبين محمد - رحمهم الله-]^(٣) فيما إذا كان للمعتوه أب وابن.

وفي فتاوى أبي الليث: زوج ابنه الكبير امرأة فلم يجز الابن حتى جن جنونا مطبقا فأجاز الأب ذلك النكاح، يجوز [والله أعلم]^(٤).

* * *

(١) في ب: وتثبت.

(٢) في ب: وصاحبيه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لأن.

ومما يتصل بهذا الفصل: مسألة النكاح بلا ولي:
الحرّة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها رجلاً وهو كفاء لها أو ليس بكفاء لها،
نفذ النكاح في ظاهر رواية أبي حنيفة - رحمه الله -، وهو قول أبي يوسف
- رحمه الله - آخرًا.

[إلا أن^(١)] الزوج إذا لم يكن كفؤًا فللأولياء حق الاعتراض.
وروى الحسن عن أبي الحنيفة - رحمه الله -: أن الزوج إذا لم يكن كفؤًا لها لا
ينفذ النكاح.

وكان أبو يوسف أولاً يقول: يتوقف النكاح [إلى أن يجيزه^(٢)] الولي أو الحاكم
على كل حال، وهو قول محمد - رحمه الله - وصح رجوع محمد إلى [قول أبي
حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله^(٣)] - آخرًا^(٤)، ذكره في كتاب الحيل.

وإذا قصرت في مهر مثلها فللأولياء حق المخاصمة الزوج حتى تبلغ تمام مهر
مثلها، أو يفرق القاضي بينهما، وإذا فرّق القاضي بينهما لا يجب لها إلا المسمى.
وعلى قول أبي يوسف: ليس للأولياء حق المخاصمة وجاز النكاح بما سمت.
وقول محمد - رحمه الله - أولاً لا يتأتى في هذه المسألة؛ لأن على قوله
[الأول^(٥)]: النكاح بغير ولي لا يجوز، وإذا لم يجز النكاح عنده لا يتصور التفريق.
وإنما يتأتى في مسألة أخرى، [وهي^(٦)]: أن السلطان إذا أكره رجلاً ليزوج وليته
كفؤًا بأقل من مهر مثلها ورضيت المرأة بذلك ثم زال الإكراه، فللولي حق الخصومة
مع الزوج حتى تبلغ مهر مثلها، أو يفرق القاضي بينهما.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا حق للولي في ذلك؛ لأن
هذا^(٧) [النكاح^(٨)] صدر من الولي فجاز إلا أنه لم يوجد منهم الرضا بنقصان المهر،

(١) في ب: على إجازة.

(٢) في أ: آخرًا.

(٣) في ب: قولهما آخرًا.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ، ب: هناك.

(٨) سقط في ب.

فكان للأولياء حق الاعتراض بسبب نقصان المهر عند أبي حنيفة خلافاً لهما .
وكذلك في مسألة الإكراه: إذا كانت المرأة مكرهة ثم زال الإكراه .
على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: حق الخصومة للمرأة مع الولي .
وعلى قولهما: حق الخصومة للولي لا غير، وهو بناء على أن الحق إلى تمام مهر
مثلها عند أبي حنيفة- رحمه الله - للمرأة وللأولياء كحق^(١) الكفاءة .
وعندهما: الحق للمرأة لا غير .

ثم إذا قصرت بأن زوجت نفسها على ألف درهم ومهرها ألوف^(٢) ولم يعلم
الأولياء بذلك حتى ماتت المرأة فليس لهم حق مطالبة الزوج بكامل المهر؛ وهذا
لأن حق الأولياء^(٣) حال حياتها ليس في تكميل المهر عينا، بل حقهم في أحد
شيئين: إما تكميل أو تفريق [القاضي]^(٤) . وبعد موت المرأة لا يمكن للقاضي
التفريق، فلو أثبتنا لهم حق تكميل المهر فقد أثبتنا له عينا وأنه^(٥) ليس بثابت عينا .
فإن أمرت رجلا حتى زوجها فهو على هذا الخلاف .

وإن طلقها الزوج ثلاثاً قبل إجازة الولي والحاكم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي
يوسف آخرًا: لا يحل له [أن يتزوجها قبل التزويج]^(٦) بزواج آخر، وكذلك على قول
محمد على القول المرجوع إليه، وعلى قوله الأول: يكره له التزويج بزواج آخر
ولكن لا يحرم .

وفي المنتقي: إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: صغيرة زوجها أمها رجلا ثم
طلقها الزوج قبل أن يدخل بها، له أن يتزوج أمها، [وإن كانت كبيرة فزوجت نفسها
أو زوجها أمها]^(٧) برضاها [ثم طلقها قبل أن يخلو بها، فليس له أن يتزوج بأمرها .
وعنه أيضًا: زوج أخته برضاها]^(٨) من غير كفاء، قال أبوها: قد أبطلت النكاح،

(١) في ب: حق .

(٢) فراغ بمقدار كلمة .

(٣) في ب: للأولياء .

(٤) سقط في ب .

(٥) في ب: لأنه .

(٦) في أ، ب: تزوجها قبل التزوج .

(٧) سقط في ب .

(٨) سقط في أ .

لا يكون إبطالا حتى يبطله القاضي .
وقال: للولي^(١) أن يجيز النكاح وليس له أن ينقضه، أشار إلى أن^(٢) النكاح
بغير^(٣) ولي يحتاج إلى إبطال القاضي ولا يكفيه إبطال الولي .
وفي فتاوى الفضلي: سئل عن امرأة زوجت نفسها بحضرة امرأتين وحضرة وليها
رجلا؟ قال: النكاح جائز على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - ويصير الولي شاهداً
مع المرأتين .
أكثر ما في الباب^(٤) أن الولي إذا اعتبر شاهداً كان هذا نكاحاً بلا ولي، إلا أن
النكاح بلا ولي جائز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ويجب أن يكون الجواب هكذا
على قول أبي يوسف آخرًا، وكذلك على قول محمد على القول المرجوع إليه .
في فوائد المشايخ المتأخرين ببخارى: أن القاضي إذا زوج الصغيرة من نفسه فهو
نكاح بلا ولي؛ لأنه رعية في حق نفسه، وإنما الحق للذي هو فوقه وهو الوالي^(٥)،
والوالي أيضًا في حق نفسه رعية، وكذلك الخليفة في حق نفسه رعية . والله أعلم .



(١) في ب: للمولى .
(٢) في ب: في .
(٣) في أ: من غير .
(٤) في ب: البلوغ .
(٥) في أ: الولي .

الفصل السادس

في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية والإشارة

أمرأة وكلت رجلا ليزوجها من نفسه فذهب الوكيل وقال لجماعة: اشهدوا أنني قد تزوجت فلانة، ولم يعرف الشهود فلانة، لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها؛ لأنها غائبة والغائب لا يعرف إلا بهذه الأشياء؛ ألا ترى أنه لو قال بين يدي الشهود: تزوجت امرأة قد وكلتني بنكاحها، لا يجوز، وإنما لا يجوز نكاحها لما قلنا، هكذا ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من واقعاته.

وذكر الخصاف في حيله مسألة تدل على أن [مثل]^(١) هذا التعريف يكفي لجواز النكاح.

وصورة ما ذكر الخصاف - رحمه الله -: رجل خطب امرأة إلى نفسها فأجابته إلى ذلك، وكرهت أن يعلم بذلك أولياؤها فجعلت أمرها في تزويجها إليه، واتفقا على المهر، وكره الزوج أن يسميها عند الشهود قال: ينبغي للزوج أن يقول بين يدي الشهود: إني خطبت امرأة إلى نفسها وبذلت لها من الصداق كذا وكذا فرضيت بذلك وجعلت أمرها إلي بأن أتزوجها فأشهدكم أنني قد تزوجت المرأة التي أمرها إلي على صداق كذا وكذا، فينقذ النكاح بينهما إذا كان كفوًا لها.

قال [الشيخ الإمام الأجل]^(٢) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: الخصاف كبير في العلم وهو من جملة من يصح الاقتداء به.

قال - رحمه الله -: وذكر في المنتقى أيضًا: أن مثل هذا التعريف يكفي فيتأمل عند الفتوى.

هذا إذا كان الشهود لا يعرفون فلانة، فأما إذا كانوا يعرفونها فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح وإن كانت غائبة، إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها؛ لأن المقصود هو التعريف، وقد حصل التعريف بمجرد ذكر الاسم.

وفي البقالي: إذا لم ينسبها الزوج ولم يعرفها الشهود وسعه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن كانت المرأة حاضرة إلا أنها منتقبة لا يعرفها الشهود فقال الزوج:

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

تزوجت هذه، وقالت المرأة: زوجت، جاز.
قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: هو المختار، وبه كان يقول كثير من المتأخرين
خلافًا لما يقوله نصير؛ لأنها حاضرة، والحاضر يعرف بالإشارة.
قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: والاحتياط أن يكشف وجهها أو يذكر أبوها
وجدها فيقع الأمن من أن يرفع^(١) الأمر إلى قاض فيميل إلى قول نصير فيبطل
النكاح.

وكان شمس الأئمة الأوزجندی لا يفتي^(٢) بالجواز إذا كانت منتقبة.
وبه كان يفتي ظهير الدين.

جارية لها اسم سميت به في صغرها فلما كبرت سميت باسم آخر فتزوج باسمها
الآخر جاز إن صارت معروفة بهذا الاسم.

في نكاح فتاوى أبي الليث: رجل له بنت واحدة اسمها فاطمة قال لرجل:
زوجت منك ابنتي عائشة، ولم تقع الإشارة إلى شخصها.

ذكر في فتاوى الفضلي: أنه لا ينعقد النكاح، [وإذا لم]^(٣) تقع الإشارة إلى
شخصها كان انعقاد النكاح^(٤) بالتسمية وليست له ابنة بهذا الاسم. ولو قال:
زوجت ابنتي منك، ولم يزد على هذا وله ابنة واحدة جاز؛ لأنه أمكن تصحيح
النكاح بدون التسمية.

وفي شرح عتاق الأصل: إذا قال لغيره: بعتك عبدي، أو قال: عبدًا لي، وليس
له إلا عبد واحد هل يجوز البيع؟ اختلف المشايخ فيه.

بعضهم قالوا: يجوز، كما إذا قال: بعتك عبدًا لي في مكان كذا وليس له في
ذلك المكان إلا عبد واحد. وذلك جائز بلا خلاف.

وبعضهم قالوا: لا يجوز، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في باب الشهادة على
العتق، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني، فيجوز أن تكون مسألة النكاح على
الاختلاف بين المشايخ كمسألة البيع.

(١) في أ: يرجع.

(٢) في أ: يقضي.

(٣) في ب: لأنه إذا ينعقد.

(٤) من قوله: «وإذا لم تقع الإشارة...» إلى هنا، سقط في ب.

ووقعت في زماننا من هذا الجنس واقعة وصورتها: مروى وارد ودختر است يكي باشوي ويكي بي شوي فقال أبو الاثنتين^(١) لرجل بالفارسية: من دختر و حوتش رايتو بزني داوم ونام ودخترني كفت.

فقد قيل: ينعقد النكاح؛ لأن الظاهر أن الأب يقصد بهذا النكاح الصحيح، ومحل النكاح الصحيح ابنة واحدة، فكأنه قال: زوجت ابنتي منك وله ابنة واحدة. وقيل: لا بد من ذكر اسم البنت؛ لأن أكثر ما فيه أنا نجعل كأن له ابنة واحدة؛ [ألا ترى]^(٢) من له ابنة واحدة إذا قال لغيره: زوجت ابنتي منك، ففيه شبهة اختلاف المشايخ على قياس مسألة بيع العبد الذي تقدم ذكره^(٣).

في فتاوى الفضلي: إذا^(٤) كان للرجل ابنتان كبرى واسمها فاطمة، وصغرى واسمها عائشة، فأراد أن يزوج الكبرى، وعقد النكاح باسم عائشة، بأن قال: زوجت منك ابنتي عائشة، ولم يشر [إلى]^(٥) إحداهما، ولم يقل: ابنتي الكبرى، ينعقد النكاح على عائشة، [وإن قال: زوجت منك ابنتي الكبرى عائشة]^(٦)، لم يذكر هذا الفصل ثمة.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: يجب ألا ينعقد النكاح أصلاً؛ لأنه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم.

إذا أراد أن يزوج أمته من إنسان، فقال: زوجت منك أمتي^(٧) فبلغ، أو قال: نفيسة، جاز إذا لم يكن له بهذا الاسم إلا أمة واحدة، وكذا إذا أراد أن يزوج امرأة من عبده، فقال: زوجتك من عبدي سقر، جاز، إذا لم يكن له غلام آخر. ألا ترى أنه لو أراد أن يزوج ابنته يقول: زوجت ابنتي فاطمة مثلاً، وإذا أراد أن يزوج ابنه^(٨) يقول: ابني أحمد مثلاً، ويجوز إذا لم يكن له ابن آخر، وابنة أخرى بهذا الاسم كذا

(١) في ب: الابنتين.

(٢) في أ: إلا أن.

(٣) في أ: ذكرها.

(٤) في ب: إلا إذا.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: ابنتي.

(٨) في أ: ابنة.

هاهنا .

وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن رجل قال لآخر: زوجت ابنتي فلانة من ابنك فلان بكذا، ولفلان ابنان، فقال فلان: قبلت لابني، ولم يقل: فلانا، لا يجوز النكاح. ولو قال: قبلت، ولم يقل: لابني، جاز النكاح للابن المسمى في التزويج؛ لأن في الفصل الثاني أمكن [أن يجعل]^(١) قوله: قبلت، جوابًا للإيجاب السابق؛ لأنه لم يزد على حرف الجواب فينعقد بالإيجاب وصار كأنه قال: قبلت لابني فلان.

أما في الوجه الأول: زاد على حرف الجواب، وقصر عن التمام فلا يمكن أن يجعل جوابا، فلا يتقيد بالإيجاب، فبقي [القبول مبهما]^(٢) فلا يصح. والحاصل: أنه إذا كان للمزوج ابنة واحدة، وللقابل ابن واحد. فقال: زوجت ابنتي من ابنك، يجوز على ما ذكره الفضلي.

وعلى قياس مسألة البيع المذكور [في العتاق]^(٣) يكون فيه اختلاف المشايخ. وإن كان للمزوج ابنة واحدة، وللقابل ابنان، فسمى المزوج الابنة والابن باسمهما، إن سمى القابل الابن باسمه صح النكاح للابن المسمى، وكذلك إذا لم يسمه واقتصر على قوله: قبلت، يجوز النكاح لابنه المسمى، ويجعل قول القابل: قبلت، جوابا فيتقيد بالإيجاب.

ولو ذكر القابل الابن إلا أنه لم يسمه باسمه بأن يقول: قبلت [لابني، لا يصح؛ لأنه لا يمكن أن يجعل جوابا؛ لأنه زاد على حرف الجواب، فإنه كان^(٤) يكفيه: قبلت]^(٥)، بخلاف ما إذا سمى الابن باسمه؛ لأنه إن زاد على حرف الجواب فما قصر عن التمام، وجنس هذا في الجامع في الأيمان.

* * *

(١) في أ، ب: جعل.

(٢) في أ: هاهنا.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: لا.

(٥) سقط في أ.

الفصل السابع

في الشهادة على النكاح

ذكر في شرح الطحاوي: أن كل من صلح وليا في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا في النكاح وما لا فلا.

ولا ينعقد النكاح بشهادة النائمين اللذين لا يسمعان كلام المتعاقدين، والأصميين^(١).

وهكذا ذكر في نظم الزندويستي.

وذكر القاضي الإمام الإسيجاني: أن النكاح ينعقد بشهادة الأصميين.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام على السغدي، في شرح متن الكنز في أبواب الأمان، هكذا: أن النكاح ينعقد بشهادة الأصميين.

والمسألة في الحاصل بناء على أن سماع الشهود كلام المتعاقدين هل هو شرط [انعقاد النكاح أم لا؟]^(٢) [وقد اختلف المشايخ فيه]^(٣).

بعضهم قالوا: ليس بشرط، وإنما الشرط حضرتهما، فهذا القائل يقول بانعقاد النكاح بشهادة الأصميين.

(١) الأصم: من به صمم، والصمم: فقدان السمع، ويأتي وصفا للأذن وللشخص، فيقال: رجل أصم، وامرأة صماء، وأذن صماء، والجمع صم. ولا يخرج استعمال الفقهاء عن المعنى اللغوي.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط السمع في شاهدي النكاح.

فيشترط الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن يكون شاهدا النكاح سميعين ولو برفع صوت؛ إذ المشهود عليه قول فلا بد من سماعه، أي سماع كلام المتعاقدين جميعا، حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر، أو سمع أحدهما كلام أحد المتعاقدين وسمع الآخر كلام المتعاقدين الثاني لا يجوز النكاح، قال الكاساني: لأن حضور الشهود شرط ركن العقد، وهو الإيجاب والقبول، فما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن.

وحكى الشمس الرملي في الأصم وجهها عند الشافعية أنه لا يشترط في الشاهد على النكاح السمع.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٥٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٦٧)، ومغني المحتاج (٣/١٤٤)، ونهاية المحتاج (٦/٢١٤)، ومطالب أولي النهى (٥/٨١).

(٢) في أ: انعقاد النكاح، وفي ب: أم لا.

(٣) سقط في ب.

وبعضهم قالوا: هو شرط، فهذا القائل لا يقول بانعقاد النكاح بشهادة الأصميين .
ونص القدوري في كتابه: أنه لا بد من سماع الشهود كلام المتعاقدين، وسيأتي
بعد هذا عن أبي يوسف - رحمه الله - ما يدل عليه إن شاء الله تعالى .

وأما فهم الشهود كلام المتعاقدين هل هو شرط؟
فقد ذكر البقالي في فتاويه: قيل: الاعتبار بسماع الشهود لفظ النكاح. وإن لم
يعرفوا تفسيره، قال: والظاهر خلافه .

وفي البقالي أيضًا عن محمد - رحمه الله - فيمن تزوج امرأة بحضرة هنديين لم
يفهما، ولم يمكنهما أن يعبرا ما^(١) سمعا، لم يجز .

وفي النوازل عن محمد - رحمه الله - عين هذه المسألة إن أمكنهما أن يعبرا ما
قالوا جاز النكاح .

في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل تزوج امرأة وسمع أحد الشاهدين
كلامهما، ولم يسمع الآخر^(٢) ثم أعاد^(٣) على الذي لم يسمع، [إن كان]^(٤) المجلس
واحد جاز استحسانا، وإذا كان متفرقا لا يجوز .

قال الحاكم أبو الفضل: وقد روي من وجه آخر عن أبي يوسف أنه لا يجوز حتى
يسمعا [معا]^(٥)، إذ لا يوجد عند كل واحد من النكاح إلا شاهد واحد .

وفي فتاوى أبي الليث في كتاب الشهادات: تزوج بمحضر رجلين أحدهما أصم،
فسمع السميع ولم يسمع الأصم حتى صاح صاحبه في أذنه أو غيره، لا يجوز النكاح
حتى يكون السماع معا .

وفي نظم الزندويستي: إذا سمع أحد الشاهدين كلام المرأة، وسمع الشاهد الآخر
كلام الزوج، ثم أعاد^(٦) العقد، فالذي سمع كلام الزوج في العقد الأول سمع كلام
المرأة في العقد الثاني لا غير، والذي سمع كلام المرأة في العقد [الأول]^(٧) سمع

(١) في ب: عما .

(٢) في أ: الشاهد الآخر .

(٣) في أ: أعادا .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: عاد .

(٧) سقط في أ .

كلام الزوج في العقد الثاني لا غير، فإن كان العقدان^(١) في مجلسين مختلفين لا يجوز بالاتفاق، وإن كانا في مجلس واحد.

قال عامة العلماء: لا ينعقد.

وقال بعضهم مثل أبي سهل الشرعي: إنه ينعقد.

[قال الزندويستي لا نأخذ بقول أبي سهل [الشرعي]^(٢) [٣] (٤)].

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رجل قال لقوم: اشهدوا أنني قد تزوجت هذه المرأة التي في هذا البيت، فقالت المرأة: قبلت، فسمع الشهود مقالتهما^(٥) ولم يروا شخصهما^(٦) فإن كانت في البيت وحدها جاز النكاح؛ لأنه لا جهالة، وإن كان معها في البيت أخرى، لا يجوز؛ لأن الجهالة متمكنة.

وكذا لو وكلت المرأة رجلاً فسمع الشهود قولها ولم يروا شخصها فهو على ما ذكر^(٧) من الوجهين.

وفي شهادات الفتاوى: رجل زوج ابنته من رجل في بيت، وقوم في بيت آخر يسمعون التزويج ولم يشهدوهم، إن كان من هذا البيت إلى ذلك البيت كوة رأوا الأب منها تقبل شهادتهم، وإن لم يروا الأب لا تقبل شهادتهم.

وإذا تزوج الرجل المسلم مسلمة بحضرة عبيدين، أو صبيين، أو كافرين، ومعهما شاهدان مسلمان، حران، بالغان، جاز، لأن هذا نكاح بشهود. فإن أدرك الصبيان، أو أعتق العبدان، أو أسلم الكافرين، وشهدا^(٨) أنه تزوجها، ذكر في الأصل مطلقاً أنه تقبل شهادتهما.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن المسألة على التفصيل: إن شهدا^(٩) أنه تزوجها

(١) في ب: العقد.

(٢) المحيط البرهاني (٢٩/٣).

(٣) سقط في أ.

(٤) من أول قوله: «قال الزندويستي...» إلى هنا، سقط في ب.

(٥) في ب: مقالتهما.

(٦) في ب: شخصها.

(٧) في أ، ب: ذكرنا.

(٨) في أ: شهدوا.

(٩) في أ، ب: شهدوا.

بحضرتنا وكان معنا رجلان حران مسلمان جازت شهادتهما، ولو شهدا وقالوا: لم يكن معنا [غير رجلين حرين مسلمين]^(١).

لا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بنكاح فاسد.

وإذا شهد شاهد أنه تزوجها أمس، وشهد آخر أنه تزوجها اليوم، فشهادتهما باطلة؛ لأن كل واحد منهما شهد بعقد بحضوره وحده وذلك عقد فاسد، فكان امتناع القضاء بهذه الشهادة لكون [المشهود]^(٢) به فاسدًا لاختلاف الوقت، لأن الشهادة قامت على القول، والشهادة القائمة على القول [لا]^(٣) يمنعها اختلاف الوقت كما في البيع.

حتى قالوا: لو شهد كل واحد أنه كان معه رجل آخر قضى بشهادتهما، لأن كل واحد شهد بنكاح صحيح، ولم يبق [إلا]^(٤) الاختلاف في الوقت وأنه لا يمنع [القبول]^(٥) متى قامت على القول^(٦)، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه المسألة في [شرح]^(٧) كتاب النكاح.

وذكر شمس الأئمة السرخسي معنى يقتضي^(٨) عدم القبول على كل حال، فقال: النكاح بمنزلة الأفعال، وهذا لأن النكاح وإن كان قولاً، إلا أنه يتضمن فعلاً، وهو إحضار الشهود، فصار النكاح^(٩) ملحقاً بالفعل من هذا الوجه، واختلاف^(١٠) الشهود في المكان والزمان في الأفعال يمنع قبول الشهادة، وفي حق هذا المعنى لا فرق بينهما إذا شهد كل واحد منهما أنه كان معه رجل آخر، ولم يشهد على هذا الوجه. وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشهادات.

(١) في أ: غيرنا.

(٢) في ب: الشهود شهدوا.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: قبول الشهادة.

(٦) في ب: الفوات.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: مقتضي.

(٩) في ب: كالنكاح.

(١٠) في ب: لاختلاف.

قال الشيخ الإمام الزندويستي في نظمه: وينعقد النكاح بشهادة الآخرين، إذا كانا سميعين، وإذا وقع التجاحد فلا شهادة لهما؛ لأنه لا لفظ لهما. وكذلك ينعقد النكاح بشهادة الأعمى^(١) والمحدود في القذف أو في الزنا^(٢)،

(١) اختلف الفقهاء في اشتراط البصر في شاهدي النكاح. فاشتراط الشافعية في شاهدي النكاح البصر؛ لأن الأقوال - وهي المشهود عليه في عقد النكاح - لا تثبت إلا بالمعينة والسماع. ولا يشترط الحنفية والمالكية والحنابلة وهو وجه عند الشافعية في شاهدي النكاح البصر، بل يجوز أن يكونا ضريرين إذا تيقنا الصوت تيقنا لا شك فيه، كالشهادة بالاستفاضة؛ ولأن العمى كما يقول الكاساني لا يقدح إلا في الأداء لتعذر التمييز بين المشهود عليه وبين المشهود له؛ ولأنه لا يقدح في ولاية الإنكاح ولا في قبول النكاح بنفسه ولا في المنع من جواز القضاء بشهادته في الجملة، فكان من أهل أن ينعقد النكاح بحضوره.

ونقل الخطيب الشربيني عن البحر أن الوجه بانعقاد النكاح بحضرة الأعمى حكي عن النص؛ لأن الأعمى أهل للشهادة.

ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي (١٧٩/٧)، ومنح الجليل (٣٩٦/٨ - ٣٩٨)، وحاشية الدسوقي (١٦٧/٤، ١٦٨)، والأم (٤٨/٧)، والمجموع، للنووي (٣٦٨/٩)، وأسنى المطالب (٣٦٤/٤)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣٢٨/٤)، والمغني، لابن قدامة (١٨٤/١٠، ١٨٥)، والإنصاف، للمرداوي (٦١/١٢، ٦٢)، والمنتقى شرح الموطأ (١٩٨/٥).

(٢) لا خلاف بين العلماء في شهادة القاذف إذا شهد قبل إقامة الحد وبعد التوبة، أو بعد إقامة الحد وقبل التوبة، فإن في الصورة الأولى تقبل شهادته إجمالاً، وفي الثانية لا تقبل إجمالاً، إنما الخلاف في شهادته بعد الحد وبعد التوبة:

فذهب الإمام الشافعي ومالك وأحمد والبيتي وإسحاق وأبو عبيدة وابن المنذر إلى قبول شهادة المحدود في القذف إذا تاب، وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه، وشريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري إلى رد شهادة المحدود في القذف وإن تاب، وروى هذا عن ابن عباس رضي الله عنهما.

ومنشأ هذا الاختلاف هو: اختلافهم في فهم الآية الكريمة ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٦٨﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾؛ اختلفوا في الاستثناء هل هو راجع إلى الكل أو إلى الأخيرة فقط؟ وهذه مسألة أصولية:

وهي أن الاستثناء إذا وقع بعد جمل متعاطفة بالواو ونحوها، أمكن رده للجميع وإلى الأخيرة خاصة بلا خلاف، وإنما الخلاف فيما هو ظاهر فيه: فالشافعية يقولون: ظاهر في الكل ولا يرجع للأخيرة فقط إلا بقريته، والحنفية يقولون: ظاهر في الأخيرة ولا يرجع للكل إلا بدليل.

وأبو الحسين كالشافعية، إلا أنه فصل في القرينة فقال: إن قامت قرينة على الإضراب عن الأول فهو للأخير، وظهور الإضراب يكون باختلاف الجملتين نوعاً بأن تكون إحداهما

خبيراً، والأخرى إنشأءاً أكرم، نحو: العلماء مكرمون، ولا تكرم الجهال إلا خالداً، أو تكون إحداهما أمراً والأخرى نهياً، نحو أكرم العلماء ولا تكرم الجهال إلا من دخل الدار، فالاستثناء من الأخير.

أو باختلافهما حكماً: بأن يكون مضمون إحداهما غير مضمون الأخرى، نحو: الرجال قائمون والعلماء جالسون إلا محمداً.

أو باختلافهما اسماً: بأن يكون الاسم في الأولى غير صالح لتعلق الاستثناء به، نحو: أكرم الرجال واعطف على النساء إلا هذه؛ ففي هذا كله يرجع الاستثناء إلى الأخير لظهور الإضراب، لكن محل هذا ما لم يكن الاسم في الجملة الثانية ضمير الاسم في الأولى، أو اتفقا في الغرض، وإلا كان الاستثناء راجعاً للكلمة مطلقاً وإن اختلفا نوعاً أو حكماً.

وأما الاختلاف في الاسم فلا يمكن معه رجوع الاستثناء للكلمة لعدم صلاحيته للتعلق بالكل.

مثال الأول: أكرم بني تميم، وهم مكرمون إلا بكرًا، فهما مختلفان نوعاً، لكن الاسم في الثانية ضمير الاسم الأول فيرجع للكل.

ومثال الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤، ٥] فقد اتحدا في الغرض وهو: الإهانة والانتقام وإن اختلفا نوعاً؛ فيرجع للكل.

وقال القاضي والغزالي: بالوقف.

وقال المرتضى: مشترك بين الكل والأخير.

ويرجع مذهب الوقف والاشتراك إلى قول الحنفية؛ لأن مذهب الوقف معناه: أن الاستثناء لا يعلم أهو موضوع للإخراج من الكل أو من الأخير، ومذهب المرتضى أنه مشترك بين الإخراج من الكل ومن الأخير؛ فيلزم الرجوع للأخير عليهما؛ لأنه إن كان موضوعاً للأخير فظاهر، وإن كان للكل ففي ضمنه الأخير.

استدل الحنفية على مذهبهم: بأن عمل الاستثناء ضروري أي: إفادته للإخراج ضروري لا وضعي، بل فهم ضرورة مخالفته لما قبله؛ فيقتصر فيه على قدر الضرورة، والإخراج من الأخيرة متفق عليه؛ فيحمل عليه.

وأبطل هذا: بأن عمل الاستثناء وضعي لا ضروري، وإلا كانت الحروف كلها غير موضوعة؛ فأدوات الاستثناء موضوعة لإخراج ما بعدها من حكم ما قبلها.

وردت الحنفية على هذا الإبطال بقولهم: إننا لو سلمنا أنه موضوع، فإن قلت إنه موضوع للإخراج مما يليه فهو المطلوب، وإن قلت: إنه للإخراج من الكل فممنوع؛ للاتفاق على أنه من الأخيرة، والتوقف فيما قبلها إلى الدليل.

واستدل القائلون بالوقف: بأن وقوع الشيء على أشكال وصور مختلفة يوجب الإشكال والإلباس فيه؛ فيتوقف.

ورد بأن الإشكال والصور إنما هي في الأولى فقط؛ إذ تارة يخرج منها البعض وتارة لا يخرج، وأما الأخيرة فلا إشكال فيها إذ إخراج البعض لازم متفق عليه.

واستدل الشافعية: بأن العطف يُصَيِّرُ المتعدد كالواحد، فالجمل المتعاطفة بمنزلة جملة

واحدة، ورد بأن هذا في عطف المفردات. وأجاب الشافعية: بأن العطف في الجمل إنما هو من المسند إليه أو من المتعلقات، فالاستثناء من المفردات.

ورد هذا بأن الجمل إنما تكون مثل المفردات إذا اتحدت جهة النسبة فيها؛ بأن كانت صلة لموصول أو خبرًا عن مبتدأ؛ وحينئذ يرجع الاستثناء للكل بوجود القرينة، وهي اتحاد جهة النسبة.

واستدل كلُّ بأدلة غير هذه، وكلها غير مسلمة. وقد استدل الحنفية بالآية الكريمة على عدم قبول الشهادة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] تدل على أنه لا تقبل شهادة المحدود في القذف وإن تاب. وجه الاستدلال: أنه الله تعالى نص على الأبد، وهو ما لا نهاية له، والتصبيص عليه ينافي القبول في وقت ما.

وأن معنى قوله تعالى: ﴿لَهُمْ﴾ في: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ﴾ [النور: ٤] للمحدود في القذف، وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودًا.

وأيضًا: العطف في: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ﴾ فإنه معطوف على الجدل، والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه، فإذا كان المعطوف عليه حدًا كان المعطوف من تمام الحد، وحيث إن الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط أيضًا. ولا يمنع من العطف أن يكون المعطوف نهائيًا، والمعطوف عليه أمرًا؛ فإن هذا كثير شائع: كما في قول الإنسان لغيره اجلس ولا تتكلم.

وأما قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] ليس بعطف، بل هو ابتداء، وبيانه: أن قوله تعالى: ﴿فَأَجِدُوهُمْ﴾ أمر بفعل، وهو خطاب للأمة، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ﴾ نهى عن فعل وهو خطاب للأمة أيضًا، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ إثبات وصف لهم فلا تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدمه.

وأيضًا: قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ بيان لجريمتهم، وما تقدم بيان للواجب بالجريمة، ولا يصح عطف الجريمة على الواجب بها.

بما روى أبو جعفر الرازي عن آدم بن فائد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا مَحْدُودٍ فِي الْإِسْلَامِ، وَلَا ذِي غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ»، وله عدة طرق إلى عمرو. رواه ابن ماجه عن حجاج بن أرطاة عن عمرو، ورواه البيهقي من طريق المشي بن الصباح عن عمرو.

قالوا: وروى يزيد بن أبي زياد الدمشقي عن الزهري عن عائشة ترفعه: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا مَحْدُودٍ فِي حَدٍّ، وَلَا ذِي غَمْرٍ لِأَخِيهِ وَلَا مُجْرَبٍ عَلَيْهِ شَهَادَةُ زُورٍ، وَلَا ظَنِينٍ فِي وِلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ» وروى عن سعيد بن المسب مرسلًا.

والقذف يتضمن جنابة على حق الله وحق الأدمي، وهو من أوفى الجرائم؛ فناسب تغليظ الزجر، ورد الشهادة من أقوى أسباب الزجر؛ لما فيه من إيلاام القلب، والنكاية في النفس؛ إذ هو عزل لولاية لسانه الذي استطال به على عرض أخيه وإبطال لها، ثم هو عقوبة في محل الجنابة، فإن الجنابة حصلت بلسانه؛ فكان أولى بالعقوبة، وقد رأينا

الشارع قد اعتبر هذا حيث قطع يد السارق؛ فإنه حد مشروع في محل الجنابة، ولا ينتقض هذا بأنه لم تجعل عقوبة الزاني بقطع العضو الذي جنى به؛ لأنه خفي مستور فلا يحصل به الاعتبار المقصود من الحد بقطعه، وفيه أيضًا انقطاع النوع الإنساني. قول الصحابة في شأن هلال بن أمية: الآن يجلد هلال؛ فتبطل شهادته في المسلمين. واستدل القائلون بقبول الشهادة بما يأتي:

أعظم موانع الشهادة الكفر والسحر، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، والزنى، ولو تاب من هذه الأشياء قبلت شهادته اتفاقاً؛ فالتائب من القذف أولى بالقبول. رد الشهادة في القذف مستند إلى العلة التي ذكرها الله عقيب هذا الحكم وهي الفسق، وقد ارتفع بالتوبة وهو سبب الرد؛ فيجب ارتفاع ما ترتب عليه، وهو المنع. قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي بكر: تُبّ تقبل شهادتك، أو إن تبت قبلت شهادتك.

الآية الكريمة، الاستثناء فيها عائد على جميع ما تقدم سوى الحد، فإن المسلمين مجمعون على أنه لا يسقط عن القاذف بالتوبة، وقد قال أئمة اللغة إن الاستثناء يرجع إلى جميع ما تقدم.

استدلوا بأن القاذف فاسق بقذفه حد، أو لم يحد، فكيف تقبل شهادته في حال فسقه، وترد شهادته بعد زوال فسقه؟!.

يرد على أدلة المانعين ما يأتي:

الأثار التي رويت فيها ضعف، فإن آدم بن فائد غير معروف، ورواته عن عمرو قسمان: ثقات وضعفاء، والثقات لم يذكر واحد منهم: «أو مجلوداً في حد»، وإنما ذكره الضعفاء: كالمثنى بن الصباح وآدم والحجاج.

وحديث عائشة فيه يزيد وهو ضعيف، ولو صححت الأحاديث، لحملت على غير التائب.

تغليظ الزجر لا ضابط له وقد حصلت مصلحة الزجر بالحد، وكذلك سائر الجرائم جعل الشارع مصلحة الزجر عليها بالحد، وإلا فلم لا تُطَلَّقُ نساؤه ولا يؤخذ ماله ولا تسقط روايته؛ لأنه أغلظ في الزجر؟!.

يرد على الدليل الرابع: أن قول المسلمين إنما كان قبل التوبة، أما فيما بعدها فتقبل؛ شأن القاذف شأن كل مرتكب لأي ذنب إذا تاب، ولم يعهد في الشريعة الإسلامية أن ذنباً كائناً ما كان هذا الذنب يتاب منه، ويبقى أثره المترتب عليه.

وورد على أدلة القابلين ما يأتي:

يرد على الدليل الأول، وهو قياس القذف بعد التوبة على الكفر والسحر وعقوق الوالدين... إلخ، بعد التوبة: أن هذا قياس في مقابلة النص وهو غير جائز.

يرد على الدليل الثاني: أن الفسق ليس هو العلة في رد الشهادة؛ لأن الثابت بالنص في خبر الفاسق إنما هو التوقف والتثبت من خبره، والمنصوص عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق؛ لكان في الآية عطف العلة على الحكم، وذلك لا يحسن في البيان.

يحمل قول عمر لأبي بكر: «تب تقبل شهادتك» على الديانات فقط، ألا يرى أن أبا بكر كان إذا استشهد في شيء قال: وكيف أشهد وقد أبطل المسلمون شهادتي؟! وهو أعلم بحاله من غيره.

وأيضاً: في ثبوت هذا نظر؛ لأنه من رواية عمرو بن قيس، ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضاً بما قاله لأبي موسى الأشعري: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في كذب».

يرد على الدليل الخامس: أنه قبلت شهادته قبل الحد؛ وذلك لاحتمال أن يكون صادقاً في خبره وقيم البيئة عليه، فإذا عجز عن إقامة البيئة وجلد، قطعنا بكذبه؛ فلا يعلم أنه كاذب إلا بإقامة الحد.

هذا، ولم يبق من الأدلة للطرفين إلا الاستدلال بالآية الكريمة، فالقابلون يقولون: إن الاستثناء راجع إلى جميع ما تقدمه حيث لم توجد قرينة تصرفه إلى بعض الجمل دون بعض، والمانعون يقولون: إن الاستثناء راجع إلى الأخيرة فقط حيث لم توجد قرينة ترجعه إلى الجميع.

وقد حاول بعض أجلاء الحنفية الانتصار لمذهبه فقال: إن في الآية قرينة تدل على أن الاستثناء راجع إلى الجملة الأخيرة وحدها، ويبان ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ جملة مستأنفة بصيغة الإخبار منقطعة عما قبلها، جيء بها لدفع ما عساه يخطر بالبال من أن القذف لا يصلح أن يكون سبباً لهذه العقوبة؛ لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب وربما كان ذلك حشبةً فكان ذلك الاحتمال شبهة، والشبهة تدرأ الحد فكان قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ دافعاً لذلك التوهم.

ومعناه: أنهم مع قيام هذا الاحتمال قد فسقوا بهتك عرض المؤمن بلا فائدة، حيث عجزوا عن الإثبات؛ فمن أجل ذلك استحقوا هذه العقوبة، وإذا كانت الجملة الأخيرة مستأنفة توجه الاستثناء إليها وحدها.

وكذلك حاول بعض أجلاء الشافعية الانتصار لمذهبه فجعل جملة: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ منقطعة عن الجملة التي قبلها؛ لأنها ليست من تنمة الحد، ويكون قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ اعتراضاً جارياً مجرى التعليل؛ لعدم قبول الشهادة غير منقطع عما قبله ولهذا جاز توسطه بين المستثنى والمستثنى منه ولا تعلق للاستثناء به.

ولكن القول بأن جملة: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ مستأنفة، بعيد كل البعد. ولا علينا بعد أن قدمنا هذه الأدلة أن نقول: إن رجوع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة وحدها في هذه الآية الكريمة، لا يكاد يظهر له فائدة؛ إذ ارتفاع الفسق عن المحدود في القذف بالتوبة مع رد شهادته لم يفده إلا نفى اسم الفاسق عنه، وهذه فائدة هي والعدم سواء، نعم، إن رمى المحصن أو المحصنة بالزنى فيه جرم وفيه شناعة، وهتك الأعراس العفيفة فيه قبح وفيه فظاعة؛ ولذلك أغلظ الشارع فيه العقوبة؛ فأمر بجلده ورد شهادته وسماه فاسقاً بقذفه مع عجزه عن الإثبات.

ولكن ما عهدنا مذنباً مهما كان ذنبه، يغتسل في نهر التوبة، ثم يبقى من ذنبه شيء «التائب من الذنب كمن لا ذنب له».

وكذلك ينعقد بشهادة ابنه لا منها^(١)، وبشهادة ابنها لا منه، وبشهادة ابنته^(٢) منها.

المرأة إذا زوجت بنتها البالغة بحضرتها برضاها بحضرة رجل وامرأة جاز النكاح، وإن كانت البنت غائبة لا يجوز، لأن البنت إذا كانت حاضرة يمكن أن تجعل هي مزوجة، لأن الأم معبرة عنها، فبقيت الأم مع المرأة الأخرى والرجل شهودًا، وأما إذا كانت غائبة فلا يمكن أن تجعل هي مزوجة فبقيت الأم مزوجة ووراءها رجل وامرأة، ولو كانت البنت صغيرة والمسألة^(٣) بحالها لا يجوز النكاح سواء كانت البنت حاضرة أو غائبة.

ومن هذا الجنس ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب الرهن.

وصورتها: وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه الوكيل امرأة بحضرة شاهد واحد، إن كان الموكل حاضرًا يجوز، وطريقه: أن الموكل يعتبر متزوجًا ويصير^(٤) الوكيل مع الشاهد الآخر شاهدًا، وإن كان الموكل غائبًا؛ لا يجوز. وأصل هذه [المسائل]^(٥) مسألة ذكرها في آخر الباب الأول من نكاح الجامع الصغير.

وصورتها: رجل أمر رجلا أن يزوجه بنتا له وهي صغيرة، فزوجها والأب حاضر جازت [شهادة المزوج]^(٦)، وإن كان الأب غائبًا^(٧)؛ لم تجز شهادة المزوج، وطريقه ما قلنا.

ثم إن رد الشهادة أبدًا تلزم منه مفسدة فوات الحقوق على أصحابها، والشارع له تطلع إلى حفظ الحقوق على مستحقيها بكل طريق وعدم إضاعتها؛ فالذي يظهر لنا أن المحدود في القذف إذا تاب قبل شهادته.

(١) في ب: منهما.

(٢) في أ: أبنية.

(٣) في أ، ب: وباقي المسألة.

(٤) في أ: ويعتبر.

(٥) في ب: المسألة تلي.

(٦) في ب: للزوج.

(٧) في ب: حاضرا.

ومن هذا الجنس [أيضًا]^(١)، مسألة ذكرت في مجموع النوازل سئل عنها الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - .
 وصورتها: امرأة وكلت رجلا [أن يزوجها رجلا]^(٢) فزوجها بحضرة امرأتين،
 والموكلة حاضرة، قال^(٣): يجوز النكاح، وتصير الموكلة هي المزوجة - .
 قيل^(٤): فإن أنكر الزوج أو المرأة الموكلة هذا العقد، هل تقبل شهادة الوكيل
 والمرأتين على النكاح؟ قال: نعم، إذا لم يقل الوكيل أنا زوجتها إياه بالوكالة .
 قيل له: فهل يكفيه أن يقول: هذه امرأة هذا؟ قال: لا بد من إثبات العقد .
 قال: ولو^(٥) قال: قائل إن الوكيل يشهد، ويقول: هذه امرأة هذا بعقد صحيح تام
 بتزويج من له ولاية التزويج وقبول من له ولاية القبول، لا ينعقد، ولكن لا أحفظ في
 [هذا رواية]^(٦) .

قال - رضي الله عنه -: والصواب أن يشهد الوكيل أن هذه امرأة هذا ويقبل
 القاضي ذلك، ولا حاجة إلى إثبات العقد .
 فقد حكى عن الفقيه أبي القاسم الصفار - رحمه الله - أنه سئل عن من تولى نكاح
 امرأة من رجل وقد مات الزوج، والورثة ينكرون النكاح، هل يجوز للذي تولى
 العقد أن يشهد؟ قال: نعم، وينبغي أن يذكر العقد لا غير، فيقول: هذه منكوحته،
 وكذلك قالوا في الأخوين إذا زوجا أختهما ثم أرادا أن يشهدا على النكاح، وينبغي
 أن يقولوا: هذه منكوحته، ولو قالوا: نحن زوجناها، لا تقبل شهادتهما .
 وإذا وكل الرجل رجلا أن يزوج عبده امرأة، فزوج الوكيل العبد امرأة بشهادة
 رجل واحد والعبد حاضر لا يجوز، لأنه لو جاز إنما يجوز بأن تنتقل عبارة الوكيل
 إلى العبد فيجعل كأن العبد تزوج بنفسه ولا وجه إليه؛ لأن الوكيل ليس بوكيل من
 جهة العبد، حتى تنتقل عبارته إلى العبد فبقي الوكيل مزوجا لا شاهدا .

(١) سقط في أ، ب .

(٢) سقط في ب .

(٣) في أ: فهل .

(٤) زاد في ب: له .

(٥) زاد في أ: كان .

(٦) في أ: هذه الرواية .

وإذا أذن المولى لعبده أن يتزوج امرأة فتزوج امرأة بشهادة المولى ورجل آخر . فقد قيل : لا يجوز النكاح ، لأن العبد وكيل من جهة المولى وعبرة الوكيل في باب النكاح تنتقل إلى الموكل ، فكأن المولى زوجه بنفسه ، ولكن هذا القول ليس بصواب وأنه مخالف أصل أصحابنا ، فمن أصلهم : أن العبد المأذون ليس بوكيل عن المولى بالتصرف ، والإذن ليس بتوكيل ، بل هو فك الحجر وتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية فتقتصر عبارته عليه ولا تنتقل إلى الموكل فيصلح المولى شاهداً . وإذا زوج المولى عبده البالغ العاقل امرأة والعبد حاضر بحضرة رجل واحد جاز العقد ، لأن العبد إذا كان حاضرًا يخرج [المولى]^(١) من أن يكون مزوجًا ويصير العبد كأنه باشر النكاح بنفسه .

والمولى يصلح شاهداً فيكون النكاح بحضرة شاهدين حتى لو كان العبد غائباً لا يجوز ، لأنه لا يمكن إخراج المولى من أن يكون مزوجاً في هذه الصورة فلا يصلح شاهداً ، وكذلك لو كان العبد حاضرًا إلا أنه غير عاقل لا يجوز ، لأنه لا يمكن أن يجعل كأن العبد باشر بنفسه ، لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل المباشرة ، وستأتي بعض^(٢) مسائل الشهادات بعد هذا إن شاء الله تعالى وحده العزيز . والله أعلم .



(١) سقط في أ .

(٢) زاد في أ : تفصيل .

الفصل الثامن

في الوكالة في النكاح

إذا وكل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه بأكثر من مهر مثلها، إذا كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس [في مثلها]^(١) يجوز بلا خلاف، وإن كانت الزيادة [بحيث]^(٢) لا يتغابن الناس في مثلها؛ فكذا [يجوز]^(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما^(٤): لا .

وهذا بناء على أن المطلق من الألفاظ يجعل على إطلاقه ما لم يوجد دليل القيد^(٥) .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في ب .

(٤) في ب: عند أبي يوسف ومحمد .

(٥) في أ: العبد .

وتنوعت آراء العلماء في موجب حمل المطلق على المقيد على مذاهب عدة:

الأول: مذهب يرى أن موجب الحمل هو اللغة مطلقاً .

الثاني: وذهب بعض علماء الشافعية إلى أن موجب الحمل هو اللغة فيما أوجبوا الحمل فيه، وهو صورة تعدد الحكم دون الحادثة .

الثالث: وذهب المحققون منهم إلى أن موجب الحمل هو القياس الصحيح .

الرابع: وذهب بعض الفقهاء إلى أن موجب الحمل هو العقل .

أما الذين ذهبوا إلى أن موجب الحمل هو اللغة مطلقاً، فقد استدلوا على مذهبهم بأن حمل المطلق على المقيد أسلوب من أساليب أهل اللغة؛ لأن العرب تحذف وتثبت في كلامها اعتماداً على ما هو مثبت في الكلام، وذلك نحو ما جاء من قول قيس بن الخطيم [المنسرح]:

نَحْنُ بِمَا عِنْدَنَا وَأَنْتَ بِمَا عِنْدَكَ رَاضٍ وَالرَّأْيُ مُخْتَلِفٌ

فنى أن الشاعر هنا قد حذف كلمة «راضون» في صدر البيت؛ لدلالة قوله في العجز «راض» على المحذوف، فالشاعر يريد أن يقول: نحن بما عندنا راضون، فحذف خبر المبتدأ «نحن» واكتفى بذكر خبر المبتدأ «أنت»؛ ليدل على خبر المبتدأ «نحن» .

ومن أمثلة ذلك قول عمرو بن أحمد الباهلي [الطويل]:

رَمَانِي بِأَمْرٍ كُنْتُ مِنْهُ وَوَالِدِي بَرِيئاً وَمِنْ أَجْلِ الطَّوِيِّ رَمَانِي

حيث حذف الشاعر هنا كلمة بأمر في عجز البيت؛ لدلالة الصدر عليه، فهو يريد أن يقول: من أجل الطوي رمانني بأمر .

فالمستقرب لأساليب العرب، يلّمح بوضوح أن الحذف إنما تستعمله العرب إذا دل دليل لفظي، أو غير لفظي على مراد المتكلم، والقرآن الكريم ذاخر بالشواهد والنماذج على ذلك؛ جريباً على أساليب العرب.

مثال ذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا﴾ [فصلت: ٤٦] أي: من عمل صالحاً فعمله لنفسه، ومن أساء فإساءته على نفسه، ومن ذلك أيضاً قوله عزّ وجلّ: ﴿وَأَلْتَمِسْ مِنْ الْمَجِيزِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: ٤] أي: واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر.

وأما علماء الشافعية الذين ذهبوا إلى وجوب حمل المطلق على المقيد في صورة تعدد الحكم دون الحادثة، تنازعوا في موجب الحمل، فقد ذهب طائفة منهم إلى أن موجب الحمل هو اللغة، من غير نظر إلى قياس أو دليل، وجعلوه من باب المحذوف، فإن أهل اللسان العربي يحذفون القيد في موضع؛ استناداً على دلالة ذكره في موضع آخر من الكلام، مثال ذلك في قوله عزّ وجلّ: ﴿وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ﴾ [الأحزاب: ٣٥] أي: والحافظات لها، ومثله أيضاً قوله عزّ وجلّ: ﴿وَالذَّكِرِينَ اللَّهُ كَثِيرًا وَالذَّكِرَاتِ﴾ [الأحزاب: ٣٥] أي: والذَكَرات لله كثيرًا، فقد دل عليه ما سبق.

وقد رد هنا بأن المراد بالآية الكريمة: ﴿وَالذَّكِرِينَ اللَّهُ﴾ حيث انصرف الكلام إلى ذكر الله مطلقاً، فلا يتأتى تقييده بصرفه إلى جميع أنواع الذكر؛ لأنّ الخطاب إنما ورد في سياق المدح لهن وإرشادهن إلى ذكر الله مطلقاً بغير قيد.

ومما ينبغي أن نذكره هنا أن طائفة من الفقهاء ينكرون حمل المطلق على المقيد من جهة اللغة ودلوا على ذلك بأن إطلاق المطلق يستلزم الأمر به وإيقاعه دون غيره، فلو قلنا بتقييده باللفظ المقيد، لكان من الواجب أن يكون بين المطلق والمقيد صلة، وإلا فإن تقييده ليس بأولى من إطلاقه، وترجع الصلة بين المطلق والمقيد إلى اللفظ أو الحكم أما صلة اللفظ فإنما تكون بالعطف أو الإضمار، وإن صلة كهذه غير موجودة بين المطلق والمقيد، بينما الصلة التي مرجعها الحكم فهي قسمان:

الأول: أن يتفق المطلق والمقيد في علة تقييد الحكم فيهما بالصفة، ولا علاقة لهذا بالتقييد باللفظ؛ لأنه من باب التقييد بالقياس.

الثاني: أن يكون الحكم فيهما مقيداً في كفارة، غير مقيد في كفارة أخرى مانعاً من التبعيد، فإن المصلحة قد تكون بإيجاب التقييد فيهما، وقد تكون المصلحة في اختلافهما بذلك التقييد، فلو جاز لنا حمل المطلق على المقيد مع عدم وجود الصلة بينهما، لجاز لنا إثبات البدل لأحدهما؛ لأن الآخر قد تحقق له البدل.

وأما أهل التحقيق من الشافعية، فقد قالوا بأن موجب الحمل هو القياس الصحيح الذي يقتضي التقييد، كما في تقييد الرقبة بالمؤمنة في آيتي الظهار والقتل.

قال الشيرازي: وإن لم يعارض المقيد مقيداً آخر كالرقبة في كفارة القتل، والرقبة في الظهار، قيدت بالإيمان في القتل بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وأطلقت في الظهار بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَبْذُرُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ [المجادلة: ٣] حمل المطلق على =

المقيد، فمن أصحابنا من قال: يحمل من جهة اللغة، أي: بمجرد ورود اللفظ من غير حاجة إلى جامع؛ لأن القرآن من فاتحته إلى خاتمته كالكلمة الواحدة، أي: أن بعضه يفسر بعضاً، فإذا قيدت الرقبة في كفارة القتل بالإيمان قيدت في كفارة الظهار به. وقال بعضهم: يحمل من جهة القياس أي: قياس المطلق على المقيد بجامع بينهما وهو اتحاد الحكم وهو الأصح.

وقال أصحاب الإمام أبي حنيفة: لا يجوز حمل المطلق على المقيد؛ لأن ذلك زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، وربما قالوا: لأنه حمل منصوص، والدليل على أنه لا يحمل من جهة اللغة أن اللفظ الوارد فيه التقييد وهو القتل، لا يتناول المطلق وهو الظهار، فلا يجوز أن يحكم فيه بحكمه من غير علة كلفظ الجُرِّ؛ لما لم يتناول الأرز، لم يجز أن يحكم فيه بحكمه من غير علة، فكذلك هنا، والدليل على أنه يحمل عليه بالقياس هو أن حمل المطلق على المقيد تخصيص عموم بالقياس، فصار كتخصيص سائر العمومات.

وذهب بعض العلماء إلى عدم جواز الحُمْل بالقياس، واستدلوا على فساد ذلك الحمل بحجج تثبت ما ذهبوا إليه، بينما رأى البعض أن موجب الحمل هو العقل، فالعقل عندهم هو الأصل في جواز الحمل، غير أنهم لم يسوقوا حجة تؤكد ما ذهبوا إليه، ولعل هذا الرأي هو أضعف الآراء في هذه القضية.

شُرُوطُ حُمْلِ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ:

لقد اشترط من قال بحمل المطلق على المقيد عدة شروط يجدر بنا أن نذكرها كالآتي:

١ - اشترطوا أن تكون الذوات ثابتة في كلٍّ من المطلق والمقيد، وأن يختص المقيد بكونه من باب الصفات حتى يحمل المطلق عليه، أما إذا كان في أحدهما زيادة أو عدد في أصل الحكم، فلا يجوز حمل أحدهما على الآخر، على سبيل المثال إذا أوجب الشارع غسل أربعة أعضاء عند الوضوء مع إيجابه المسح على عُضْوَيْنِ عِنْدَ التيمم، فقد انعقد الإجماع على عدم جواز حمل مطلق التيمم على مقيد الوضوء، فلا يلزم المكلف مسح أربعة أعضاء بدلاً من عضوين؛ حيث إن ذلك يعني إثبات حكم جديد، وإثبات حكم جديد يختص بالذوات دون الصفات، وجواز الحمل إنما يختص بالصفات دون الذوات، ومن الذين قالوا بهذا الشرط القفال الشاشي، وأبو حامد الإسفراييني، والماوردي، والرويانى، والأبهري من المالكية.

٢ - اشترطوا أيضاً أن يكون للمطلق أصل واحد فقط، وعلى سبيل المثال: اشترط عدالة اليهود في الوصية والرجعة، مع إطلاقها في البيوع وغيرها، فالشهادة شرط في الجميع، أما إذا وقع المطلق بين قيدتين متنافيين، فإن اختلف السبب لم يحمل المطلق على أحد القيدتين إلا بدليل، فيحمل على ما دل عليه القياس من باب أولى، أو يحمل على ما قَوِيَ دليل حكمه، وممن ذهب إلى هذا الشرط أبو إسحاق الشيرازي، ونقل القاضي عبد الوهاب الاتفاق عليه، ونقضه الزركشي في «البحر».

٣ - واشترطوا أن يكون حمل المطلق على المقيد في باب الأمر، أما في باب النهي والنفي فلا يصح الحمل؛ إذ يلزم في النهي والنفي الإخلال باللفظ المطلق، فلو قال =

غير أنهما يقولان: وجد دليل [القيّد]^(١) هاهنا وهو العرف.
وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: العرف مشترك.
وفرق أبو حنيفة بين الوكيل بالنكاح وبين الوكيل بالشراء إذا اشترى ما لا يتغابن

الشارع مثلاً: لا تعتق رقبة، ثم قال: لا تعتق رقبة كافرة ولا مؤمنة، لم يجزئه إعتاق واحدة منهما، وقد ذهب إلى هذا الشرط كل من الأمدى وابن الحاجب وهو الأصح، كما اعتبر ابن دقيق العيد هذا الشرط، وجعله شرطاً في بناء العام على الخاص، وذهب صاحب «المحصول» وصاحب «المنهاج» إلى التسوية بين الأمر والنهي، فإذا قال: لا تعتق مكاتباً، ثم قال: لا تعتق مكاتباً كافراً حمل الأول على الثاني، ويكون المنهي عنه هو إعتاق المكاتب الكافر، وأما الحمل عند الأصفهاني فإنه لا يقتصر على قسم من الكلام دون سائر الأقسام، بل هو جائز بإطلاق، ولعل الأصح في هذا الباب عدم جواز الحمل في النهي والنفي.

٤ - واشترطوا ألا يكون الحمل في باب الإباحة، وقد قال بهذا الشرط ابن دقيق العيد؛ لأنه ليس ثمة تعارض بين الدليلين حينئذ.

٥ - أن حمل المطلق على المقيد يكون إذا تعذر الجمع بين الدليلين المطلق والمقيد، أو عندما يتعذر العمل بكل منهما في موضعه الذي جاء فيه، أما إذا أمكن الجمع بين الدليلين: المطلق والمقيد، أو العمل بكل منهما في موضعه، فإنَّ عدم الحمل أولى من الحمل؛ لأنَّ الحمل يقتضي إلغاء العمل بأحد النصين، وإعمال النصين أولى من إهمال أحدهما، وقد قال بهذا الشرط ابن الرفعة.

٦ - ألا يرد مع المقيد أمر زائد يبينه الشارع على ما ذكره في المطلق؛ بحيث يقصد بالمقيد ذلك الأمر الزائد، ويذكر من أجله، فإذا ذكر المقيد ومعه زيادة مقصودة، فإن الحمل لا يصح؛ لأن ذكر القيّد حينئذ إنما هو لأجل ذلك الأمر الخاص.

٧ - ألا يرد دليل على عدم التقييد، فإن ورد دليل على ذلك فإن الحمل لا يصح، بل يعمل بكل واحد من الدليلين في موضعه الذي ورد فيه، أي يعمل بالمطلق حيثما ورد مطلقاً، ويعمل بالمقيد حيثما ورد مقيداً وهناك تفاصيل توجد في كتب علماء الأصول فلتنظر.

ينظر: البحر المحيط للزركشي (٣/٤١٥)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدى (٣/٣)، وسلاسل الذهب للزركشي (٢٨٠)، ونهاية السؤل للإسنوي (٢/٣١٩)، وزوائد الأصول للإسنوي (٢٩٨)، وغاية الوصول للشيخ زكريا الأنصاري (٨٢)، والتحصيل من المحصول، لسراج الدين الأموي، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبي زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م (١/٤٠٧)، والمستصمى للغزالي (٢/١٨٥)، وحاشية البناني (٢/٤٤)، والآيات البيّنات لابن قاسم العبادي (٣/٧٦)، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني (٢٦٢)، وحاشية العطار على جمع الجوامع (٢/٧٩)، والمعتمد لأبي الحسين (١/٢٨٨)، وتيسير التحرير لأمير بادشاه (١/٣٢٨)، وكشف الأسرار للنسفي (١/٤٢٢)، وحاشية التفتازاني والشريف على مختصر المنتهى (٢/١٥٥).

(١) سقط في أ.

الناس في مثله يصير مشترياً لنفسه .

والفرق: أن في مسألة الشراء أصل العقد مضاف إلى الوكيل؛ لأن الوكيل بالشراء استغنى عن إضافة [العقد]^(١) إلى موكله فيتمكن^(٢) في تصرفه أنه قصد الشراء لنفسه، فلما ظهر الغبن حوله إلى الأمر، فأما في مسألة النكاح، أصل العقد مضاف إلى الموكل؛ لأن الوكيل بالنكاح لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، فلا تتمكن التهمة في تصرفه فلهذا افترقا .

وإذا وكل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها^(٣) ببدل مسمى فزوجها الوكيل لنفسه بذلك البديل جاز النكاح للوكيل، بخلاف الوكيل بالشراء بشيء بعينه إذا اشترى ذلك الشيء لنفسه بذلك البديل حال غيبة الموكل حيث يصير مشترياً للموكل .

وإذا وكلت المرأة رجلاً أنه يزوجه فزوجها من نفسه لا يجوز، وكذلك إذا قالت: زوجني ممن شئت، فزوجها من نفسه، لا يجوز .

في باب نكاح المخاطبة من الجامع - : إذا وكله أن يزوجه امرأة ولم يسمها فزوجه امرأة هي ليس بكفء له، القياس: أن يجوز على الموكل، وبه أخذ أبو حنيفة - رحمه الله - عملاً بإطلاق التوكيل .

وفي الاستحسان: لا يجوز على الموكل، وبه [أخذاً؛ فهما]^(٤) يقيدان اللفظ المطلق بالعرف^(٥) .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: العرف مشترك فقد يتزوج الرجل من غير كفء، وعلى هذا [الخلاف]^(٦) إذا تزوجه امرأة عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة، أو معتوهة، ذكر الاختلاف في هذه الفصول في رواية أبي سليمان .

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لغيره زوجني فزوجه عمياء، أو مقطوعة اليدين أو الرجلين، لا يجوز، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف .

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: فتمكن التهمة .

(٣) في أ: بنفسها .

(٤) في أ: إحداهما .

(٥) المحيط البرهاني (٣/٣٣) .

(٦) سقط في أ .

ولو زوجه عوراء، أو مقطوعة إحدى اليدين، جاز. وإذا أمره أن يزوجه امرأة فزوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز، لأن اسم المرأة اسم جنس يتناول الصغيرة والكبيرة، وملك النكاح في الصغيرة يثبت حسب ثبوته في الكبيرة، وتأخر المجامعة لا يكون أكثر من عدمها^(١) بأن كانت رتقاء لا يمنع الجواز فكذا تأخرها.

وفي المنتقى أيضًا: رجل أمر رجلاً أن يزوجه^(٢) ابنته الصغيرة أو ابنة أخيه الصغيرة وهو وليها لا يجوز، وكذا كل من يلي أمرها بغير أمرها. قال: وذلك بمنزلة رجل أمر امرأة أن تزوجه [امرأة]^(٣) فزوجته نفسها، ولو زوجته ابنته الكبيرة برضاها ذكر في الأصل: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز، إلا أن يرضى بها الزوج.

وعلى قولهما: يجوز.

بناء على أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - بمطلق التوكيل لا يملك التصرف مع ولده للتهمة، فالتهمة دليل تقييد المطلق، وعندهما: يملك. ولو زوجه^(٤) أخته الكبيرة برضاها جاز بلا خلاف، لأنه لا تهمة في حق الأخت^(٥).

وروى ابن سماعة في الإملاء عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل أمر رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوجه ابنته الصغيرة، أو الكبيرة بإذنها لم يجز استحساناً.

إذا وكله أن يزوجه امرأة بألف درهم فأبى أن تزوجه حتى زادها الوكيل ثوباً من ثياب نفسه فالنكاح موقوف على إجازة الزوج، لأنه زاد على المسمى فصار مخالفاً، فهو بمنزلة ما لو وكله أن يزوجه بألف فزوجه بألف وخمسمائة.

[فإن قيل: إذا زوجه بألف وخمسمائة]^(٦) إنما يصير مخالفاً لأن الزيادة لو صحت كانت الزيادة على الوكيل^(٧)، لأن الوكيل [لم يضيفها إلى ماله أما هاهنا لو صحت

(١) زاد في أ: ثم عدمها.

(٢) زاد في أ: فزوجه.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: زوجته.

(٥) المحيط البرهاني (٣/٣٣).

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: الزوج.

الزيادة على الوكيل؛ لأن الوكيل^(١) أضاف الزيادة إلى ماله، فلا ضرر على الموكل في الزيادة.

قلنا: إن لم يتضرر الموكل في الحال يتضرر في الثاني بأن يهلك [الثوب]^(٢) قبل التسليم، أو استحق من يده، فإنه متى صحت الزيادة تجب قيمة ذلك على الزوج ولا تجب على الوكيل، [لأن الوكيل]^(٣) متبرع، فإذا هلك الثوب^(٤) لا تجب عليه قيمته فتجب على الزوج متى صحت الزيادة.

ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها إياه على عبد للزوج، فإن العبد لا يصير مهراً ما لم يرض الزوج به، لأن الزوج ما أمره بإزالة العبد عن ملكه [نصاً وإزالة العبد عن ملكه]^(٥) ليس من ضرورات ما أمره به أيضاً.

ثم القياس ألا يجوز هذا النكاح، لأنه صار مخالفاً بتسمية ما لم يؤمر بتسميته فكأنه أمره بالتزويج بألف فزوج بألفين.

وفي الاستحسان: يجوز النكاح، لأنه لم يخالف ما أمر به نصاً، فإنه [كما لم]^(٦) يؤمر بتسمية العبد لم ينه عنه أيضاً، لكن امتنع صحة التسمية في حق العين^(٧) لما ذكرنا، وذلك لا يمنع جواز النكاح، كما لو تزوج امرأة على عبد الغير فإنه يصح العقد وإن لم تصح التسمية في حق العين حتى لا يجب تسليم العين متى لم يرض به صاحب العين كذا هاهنا.

وفي^(٨) المنتقى: [إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في الوكيل بالنكاح من جانب الزوج إذا ضمن المهر للمرأة وكان الضمان بغير أمر^(٩) الزوج وأدى، رجع بما أدى على الزوج، فقد جعل الأمر بالنكاح على رواية المنتقى أمراً]^(١٠) بضمان المهر،

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الغير، وفي ب: العين.

(٥) سقط في أ، وفي ب: وإزالة العبد.

(٦) في أ: فإنه لم يكن، وفي ب: بأنه لم.

(٧) في أ: الغير.

(٨) في أ: ذكر في.

(٩) في ب: إذن.

(١٠) ما بين المعقوفين في أ: أمر.

حتى يثبت للوكيل الرجوع على الزوج، وإن لم يأمره الزوج بالضمان صريحًا. وفي الأصل: لم يجعل الأمر بالنكاح أمرًا بضمان المهر، حتى قال: لا يرجع الوكيل على الزوج بما ضمن من المهر. وفرق على رواية الأصل بين الأمر بالنكاح، وبين الأمر بالخلع، فجعل الأمر بالخلع أمرًا بالضمان حتى قال: المأمور بالخلع إذا ضمن بدل الخلع يرجع بما ضمن وإن لم تأمره المرأة بالضمان.

والفرق: وهو أن في باب الخلع: للوكيل بعد الوكالة مباشرة الخلع على وجه يوجب [البذل على الموكل ابتداءً بأن يرسل البذل، ويملك المباشرة على وجه يوجب^(١)] بدل الخلع على نفسه ابتداءً بأن يضيف البذل إلى نفسه، إما إضافة ملك، أو إضافة ضمان، وهو يملك هذا النوع بدون الوكالة لما عرف في أن الخلع ببذل على الأجنبي صحيح وإذا ملك هذا النوع بدون الوكالة وقد دخل هذا النوع تحت التوكيل بدون^(٢) إطلاق اللفظ، كانت فائدة دخوله تحت التوكيل بالرجوع^(٣) على الموكل بما أدى.

أما الوكيل بالنكاح لا يملك المباشرة على وجه يلزمه البذل ابتداءً، لأن النكاح ببذل على الأجنبي لا يصح، فكان لزوم البذل على الوكيل بطريق الكفالة، والكفيل إنما يرجع على المكفول عنه بما أدى إذا كانت الكفالة بأمره فلهذا افتراقا. وفي الجامع الكبير: لو أن رجلا وكل رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه الوكيل امرأة على عبد للوكيل، أو على عوض له صح التزويج ونفذ^(٤) ولزم الوكيل تسليمه، وإذا سلم لا يرجع على الزوج بشيء، ولو كان مكان النكاح خلعا يرجع على المرأة بقيمة ما أدى.

والفرق: ما ذكرنا.

ثم في باب النكاح: إذا لم يرجع على الزوج بشيء لا يظهر أن النكاح انعقد ببذل على غير الزوج، بل البذل على الزوج، لكن الوكيل تبرع عنه بالأداء، فإذا لم تقبض

(١) سقط في ب.

(٢) في أ، ب: بحكم.

(٣) في أ: بالعبد.

(٤) في ب: الرجوع.

المرأة العبد الذي هو مهر حتى هلك لا ضمان على الوكيل، وترجع المرأة بقيمة العبد على الزوج.

فرق بين هذا، وبين الوكيل بالخلع إذا خالغ على عبد الوكيل، وهلك العبد قبل التسليم، فإن الوكيل يضمن قيمته.

والفرق: في باب النكاح: تسليم المهر على الزوج بحكم العقد لا على الوكيل، إلا أن الوكيل يتبرع عنه بالأداء، فإذا عجز عن تسليمه بالهلاك بطل تبرعه فكان تسليم قيمته على الزوج.

أما في باب الخلع: تسليم العوض على الوكيل ابتداء بحكم الخلع، وأما الرجوع على المرأة بحكم الأمر فإذا هلك فقد عجز عن تسليمه، والسبب الموجب للتسليم في حقه قائم فيصير إلى قيمته.

ولو زوجه الوكيل امرأة بألف درهم من ماله بأن قال: زوجتك هذه المرأة بألف [درهم]^(١) من مالي، أو قال: زوجتك هذه المرأة بألفي [هذه]^(٢)، جاز النكاح والمال على الزوج، ولا يطالب الوكيل بالألف المشار إليه، وكان ينبغي أن يطالب لأن الوكيل متبرع والدرهم والدنانير يتعينان في التبرعات.

قلنا: هذا تبرع في ضمن المعاوضة، والدرهم والدنانير إذا كانت لا تتعين في المعاوضة فكذا لا تتعين فيما يثبت في ضمن المعاوضة، فلهذا لا يطالب^(٣) الوكيل بالألف المشار إليه ولا يطالب بألف آخر لانعدام الضمان.

إذا وكلت المرأة رجلاً أن يزوجه بأربعمائة درهم فزوجه الوكيل وأقام^(٤) الزوج معها مدة ثم زعم الزوج أن الوكيل زوجها منه بدينار وصدقه الوكيل في ذلك فهذا على وجهين. وإن أقر الزوج أن المرأة لم توكله بدينار كان الخيار لها إن شاءت أجازت النكاح بدينار وليس لها غير ذلك، وإن شاءت ردت ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة لها في العدة. وإن كان الزوج أنكر ذلك ووقع الاختلاف بين الزوج والمرأة فكذلك الجواب أيضاً لها الخيار، لأن القول قولها مع يمينها في فتاوى أبي

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) في أ: يطالبه.

(٤) في أ: وقام.

الليث - رحمه الله - وكذلك الجواب في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة .
وكذا إذا وكل الرجل رجلاً أن يزوجه امرأة بمائة، فزوجه بمائة وخمسين حتى
صار مخالفاً صار فضولياً في العقد وتوقف النكاح على إجازة الزوج، فإن أجازته
وجب مائة وخمسون، وإن رده وقد كان دخل بها ولم يعلم لزمه الأقل من المسمى
ومن مهر المثل كما في النكاح الفاسد.

وفي مجموع النوازل: رجل قال لرجل: زوجني امرأة على مائة، فزوجه امرأة
على ألف درهم ومهر مثلها ألف درهم ودخل بها، فلها ألف درهم لأنها رضيت
بألف درهم.

وفيه أيضاً: امرأة قالت لرجل: زوجني على ألف درهم، فزوجها على مائة
درهم، فدخل بها ومهر مثلها ألفا درهم، فلها ألفا درهم؛ لأن الوكيل لم يزوجهما
على ما رضيت به. والله أعلم.



الفصل التاسع

في الكفاءة^(١)

الكفاءة في المال معتبرة^(٢) في ظاهر الرواية؛ إلا رواية عن أبي يوسف

(١) الكفاءة لغة: النظير والمساوي - وهي أن يكون الزوج مساويًا للمرأة في حسبها، ودينها، ونسبها، وبيتها.

أما في اصطلاح العلماء فهي: «أمر يوجب عدمه عازًا».

وهذا التعريف يتناسب مع العرف الذي قد يتغير بتغير الزمان والمكان، فقد تكون الحرفة التي يعمل بها الزوج في مكان ما سببا في جلب العار للزوجة أو أوليائها، في حين لا تكون عازًا في مكان آخر، ولهذا قيل: هي التساوي بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث تتحقق السعادة الزوجية بينهما، ويندفع العار، أو الحرج عن المرأة، أو أوليائها.

ينظر: لسان العرب (٣٨٩٢/٥)، والتعاريف، للمناوي، ص (٦٠٦)، والتعريفات للجرجاني، ص (٣٢٧).

(٢) الكفاءة المالية أمر محل اعتبار عند الناس؛ إذ على أساسه تتحدد مقدرة الزوج على الاضطلاع بمؤون النكاح وتكاليفه من إعداد مسكن للزوجية، ودفع مهر الزوجة، ثم الإنفاق عليها وعلى ما عسى أن ينتج عن هذا النكاح من أولاد.

ومما لا شك فيه أن كل ولي أمر ينظر إلى الكفاءة المالية لمن يتقدم إلى من له عليها ولاية رجاء حياة سعيدة مستقرة.

والكفاءة المالية وإن كانت أمرًا نسبيًا يختلف باختلاف الظروف والأحوال، إلا أنها معتبرة في الجملة، وعلى الرغم من ذلك فإن الفقهاء قد اختلفوا في حالة ما إذا فُقد اليسار المالي، هل يكون الرجل كفئًا للمرأة التي لها من اليسار أم لا؟ للفقهاء في هذه المسألة مذهبان:

الأول: ذهب أبو حنيفة والشافعي في الصحيح، ورواية عن أحمد إلى أن اليسار معتبر في الكفاءة.

والثاني: ذهب مالك والشافعي في الأصح ورواية عن أحمد إلى أن اليسار غير معتبر في الكفاءة.

استدل أصحاب المذهب الأول بالقرآن الكريم والسنة النبوية:

أولاً: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾.

أثبتت الآية الكريمة القوامة للرجال على النساء بأمرين:

أولهما: تفضيل الله للرجال، وهذه منحة ربانية.

وثانيهما: التفضيل من جهة الإنفاق.

ثانيًا: السنة:

احتجوا بجملة الأحاديث التي توجب الكفاءة في اليسار ومن ذلك ما يلي:

١ - روى سَمُرَةُ بن جُنْدُب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الْحَسْبُ الْمَالُ، وَالكَرْمُ التَّقْوَى». [أخرجه أحمد (١٠/٥)، والترمذي (٣٦٣/٥) كتاب تفسير القرآن، باب: ومن سورة الحجرات (٣٢٧١)، وابن ماجه (١٤١٠/٢) كتاب الزهد، باب: الورع والتقوى (٤٢١٩)، والحاكم (١٦٣/٢)، والبيهقي (١٣٦/٧)، وأبو نعيم في الحلية (١٩٠/٦)، من طريق يونس بن محمد المؤدب عن سلام بن أبي مطيع، عن قتادة، عن الحسن، عن سَمُرَةَ. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث سلام بن أبي مطيع». اهـ. وقال ابن عدي في الكامل (٣٢٠/٤) في ترجمة سلام: «ولسلام عن قتادة عن الحسن عن سمرة أحاديث لا يتابع عليها، فمنها... «الحسب المال، والكرم التقوى»، وكذلك عن قتادة عن أنس أحاديث لا يتابع عليها غير ما ذكرت». اهـ.]

٢ - وما رواه بُرَيْدَةُ بن الحصيب - رضي الله عنه - عن أبيه: قال ﷺ: «إِنَّ أَحْسَبَ أَهْلِ الدُّنْيَا الَّذِينَ يَذْهَبُونَ إِلَيْهِ الْمَالُ».

٣ - وقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ».

دلت هذه الأحاديث على اعتبار اليسار حيث بيّن النبي ﷺ المراد بالحسب بأنه هو المال، ومثله في الحديث الثاني، كما دل الحديث الثالث على عدم موافقة النبي ﷺ على معاوية ليكون زوجا لفاطمة بنت قيس حينما ذهبت لتستشيره في أمر زواجها منه، معللا هذا الرفض بألا مال له.

كما أن عدم اليسار يعد نقصا في عرف الناس؛ لأنهم يتفاضلون بالمال كما يتفاضلون بالنسب، بل وأبلغ منه خاصة في زماننا هذا؛ ولأن للنكاح تعلقا بالمهر والنفقة تعلقا لازما، فإنه لا يجوز بدون المهر، والنفقة لازمة، ولا تعلق له بالنسب والحرية، فلما اعتبرت الكفاءة ثمة فلأن تعتبر ههنا أولى، وقد أنشد بعضهم قائلا:

سَأَلْتَانِي الطَّلَاقَ أَنْ رَأْتَانِي قَلَّ مَالِي قَدْ جِئْتَمَانِي بِنُكْرٍ
ويكأن من يَكُنْ له نَشَبٌ يُحِبُّ وَمَنْ يَفْتَقِرُ يَعِشْ عَيْشَ ضُرِّ

واحتج أصحاب المذهب الثاني القائل: إن اليسار غير معتبر في الكفاءة بأدلة من

الكتاب، والسنة النبوية.

أولاً: الكتاب:

احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِعُ عِلْمُهُ﴾ [سورة النور: ٣٢].

دلت هذه الآية بمفهومها على عدم اعتبار اليسار، إذ لو كان النكاح متوقفا عليه لنصت عليه.

ثانياً السنة:

احتجوا من السنة بما يلي:

١ - نكاح النبي ﷺ من السيدة خديجة بنت خُوَيْلِد رضي الله عنها.

٢ - ما روي من نكاح الزبير بن العوام من أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهم

جميعا. [صحيح البخاري باب: الغيرة (٣٩٧/٩)، حديث (٥٢٢٤) وفيه «قالت: تزوجني الزبير وما له في الأرض من مال...» الحديث].

وجه الدلالة: على عدم اعتبار المال شرطا من شروط الكفاءة، أن السيدة خديجة كانت من الموسرين، وكذلك في الحديث الثاني أبو بكر رضي الله عنه.

وقد روي أن امرأة مطلقة أتت الإمام مالك فقالت: إن لي ابنة في حجرى موسرة مرغوب فيها، فأراد أبوها أن يزوجه من ابن أخ له وهو فقير لا مال له، أفترى لي في ذلك تكلمًا؟ بمعنى: هل لي الاعتراض على هذا النكاح؟ فقال: نعم، لا أرى لك تكلمًا. ثم بين لها السبب في ذلك وهو أن اليسار، أو الغنى ليس من الأمور المعتبرة في الكفاءة.

وبالنظر إلى ما استدل به أهل المذهبين نجد أن لكل منهما وجهته على اعتبار أن اليسار أمر نسبي، كما أن بعض الأسر لا تنظر إلى غنى الزوج، وبعضهم ينظر إلى ذلك بل يعتبرونه السبب الوحيد في السعادة الزوجية، ومن خلال ذلك يمكن التنبيه على الآتي:

الأول: أن اليسار معتبر في الكفاءة، ولكن يحصر في المهر والإنفاق على الزوجة، أما بالنسبة للتساوي في الثراء فإنه يصح للرجل الفقير نكاح المرأة الغنية صاحبة الثراء.

الثاني: أن اليسار معتبر في جانب الزوج؛ ليمكن من الإنفاق على الزوجة إلا إذا علمت الزوجة بفقر زوجها، أو علم وليها بذلك وتم الرضا بحال الزوج فلا اعتبار للكفاءة هنا، إلا في حالة ما إذا غرر الزوج بالمرأة وادعى أنه غني ثم ظهر أنه فقير، فالأمر متروك حينئذ لاختيار الزوجة ووليها.

الثالث: أن الزوج مطالب شخصيا بمؤن النكاح وتكاليفه من إعداد مسكن للزوجية ودفع مهر الزوجة ثم الإنفاق عليها وعلى ما عسى أن ينتج عن هذا النكاح من أولاد، ويكون ذلك من ماله وبقدرته، لا بقدره أبيه أو أمه أو جده أو جدته، إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا عجز عن العمل نظرًا للبطالة فيمكنه الاستعانة بمال أبيه أو أمه أو جده أو جدته.

الحالة الثانية: إذا أدركه العمر ولم يتمكن من النكاح بسبب التكاليف فيمكنه أيضا الاستعانة بمال أبيه أو أمه.

وبناء على ما سبق بيانه من أن الكفاءة المالية لا عبء فيها بكثرة المال، وإنما يكفي فيها القدرة على المهر المتعارف على تعجيله، ونفقة شهر إذا كان الزوج غير محترف، أو القدرة على كفاية المرأة بتكسبه كل يوم إن كان محترفاً، فمن كان كذلك كان كفاً للغنية ولو كانت ذات أموال طائلة.

ولذلك فإننا نجد أن حد اليسار عند الفقهاء هو قدرة الزوج على المهر والنفقة؛ كما صرح به الحنفية، والشافعية، والحنابلة وما يفهم من كلام المالكية؛ لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه، وأما النفقة فهي قوام الزواج ودوامه، فالمرأة محبوسة لحق الزوج، وممنوعة بحسب الشرع عن الاكتساب لأجله فيكون حبسها عائداً إليه، من أجل ذلك صارت كفايتها عليه؛ لأنها إذا كانت ممنوعة من الخروج ولم تكن كفايتها عليه لهلكت من الجوع، والدين يأبى ذلك والعقل يرفضه، قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ

سَعْتِهِ وَمَنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا تَجَرَى اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿١﴾ وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ قيل: هو المهر والنفقة، وقد روي عن رسول الله ﷺ أن رجلا سأل النبي ﷺ: ما حق المرأة على الزوج؟ فقال ﷺ: «أَنْ يُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمَ، وَأَنْ يَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَى، وَلَا يَضْرِبَ الْوَجْهَ وَلَا يُقَبِّحَ، وَلَا يَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ». [أخرجه أحمد (٤/٤٤٧)، وأبو داود (٢/٢٤٤) في النكاح، باب: في حق المرأة على زوجها (٢١٤٢)، وابن ماجه (١/٥٩٣) كتاب النكاح، باب: حق المرأة على الزوج حديث (١٨٥٠)، وابن حبان (٩/٤٨٢)، رقم (٤١٥٧)، والحاكم (٢/٢٠٤) عن حكيم بن معاوية القشيري، عن أبيه. وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، وصححه ابن حبان].

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخلت امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ مِنْ جُنَاحٍ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكَ وَيَكْفِي بَنِيكَ». [أخرجه أحمد (٦/٥٠)، والبخاري (٤/٤٠٥) كتاب البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (٣/١٣٣٨) كتاب الأقضية، باب: قضية هند، الحديث (٧/١٧١٤)]. فلو لم تكن النفقة واجبة للمرأة على زوجها لما أذن لها رسول الله ﷺ أن تأخذ من ماله بغير إذنه.

وقد رأى أبو يوسف: أن المعتبر في اليسار هو النفقة دون المهر؛ لأنه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرًا عليه بيسار أبيه، والمراد بالمهر هو المعجل منه دون المؤجل؛ لأن هذا هو ما جرى عليه عرف الناس واعتادوا فعله والعمل به، أما المؤجل فلا يشرط تواجده وقت العقد؛ لأن العرف جرى على التسامح فيه بالتأخير إلى وقت اليسار. ومما تجدر الإشارة إليه أنه وقع خلاف في المذهب الحنفي في حالة ما إذا كانت الزوجة فائقة في الغنى واليسار وكان زوجها قادرًا على المهر والنفقة فقط؟ فذهب أبو حنيفة ومحمد ابن الحسن إلى اعتبار الغنى، فمن كانت فائقة في غناها لا يكافؤها القادر على المهر والنفقة؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويعيرون بالفقر.

وذهب أبو يوسف إلى عدم اعتبار الغنى؛ لأن المال غادٍ ورائح وهو عارية مستردة، وفقير اليوم قد يكون غني الغد، والله يبسط الرزق لمن يشاء من عباده ويقدر، ثم إن عدم الغنى لا يترتب عليه إخلال بمقاصد العقد، والله - سبحانه وتعالى - يقول: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَّمَنَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [سورة النور: ٣٢].

وأرى رجحان رأي أبي يوسف في عدم اعتبار الغنى اكتفاءً بالقدرة على الإنفاق؛ لأنه لم يثبت أن أحدًا من العلماء قال إن نكاح الفقير للموسرة باطل إن رضيت. وجدير بالذكر أيضا أن الشافعية يفرقون بين ما إذا اشترطت المرأة يسار الزوج وبين ما إذا لم تشترط ذلك، ففي الحالة الأولى قولان:

- رحمه الله - رواها ابن زياد عنه .
 والمعتبر في ظاهر الرواية: القدرة على المهر والنفقة، ولا تعتبر الزيادة على ذلك، حتى إن من كان قادرًا على المهر والنفقة كان كفؤًا لها، وإن كانت صاحبة أموال كثيرة، وهو الصحيح في المذهب .
 وإن كان يقدر على نفقتها بالتكسب ولا يقدر على مهرها، اختلف فيه المشايخ :
 عامتهم على أنه لا يكون كفؤًا لها .
 وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف: أنه يكون كفؤًا لها .
 وهكذا روى عن محمد - رحمه الله - .
 وروي [عن أبي يوسف رواية أخرى: أنه إذا كان يقدر على المعجل فهو كفؤ لها] (١) .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وهو الصحيح عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيه

الأول: أن العقد باطل؛ لأن اليسار صفة، والصفة مقصودة كالعين، واختلاف العين يبطل العقد، فكذلك اختلاف الصفة؛ ولأنها لم تُرَضْ بنكاح هذا الزوج فلم يصح، كما لو أذنت في نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة .
 الثاني: أنه يصح العقد، وهو الصحيح؛ لأن ما لا يفترق العقد إلى ذكره إذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر، وعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار؛ لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة، فإن خرج دونها فإن كان عليها في ذلك نقص ثبت لها الخيار؛ لأنه نقص لم ترض به، وإن لم يكن عليها نقص ففيه وجهان:
 الوجه الأول: لها الخيار؛ لأنها ما رضيت أن يكون مثلها .
 الوجه الثاني: لا خيار لها؛ لأنها لا نقص عليها في حق ولا كفاءة .
 أما في الحالة الثانية إذا لم تشترط المرأة اليسار ولكنها ظنته على صفة معينة، فلا يثبت لها الخيار؛ لأنها هي المقصرة بترك البحث والتحري عن حاله، ولا عبرة بالظن البين خطؤه .

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٣/٩٠)، والهداية (١/١٤٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٥٢٠)، ومجمع الأنهر (١/٣٤٢)، وحاشية الدسوقي (٢/٢٤٩)، وبداية المجتهد (٢/١٦)، ومغني المحتاج (٣/١٦٧)، والمغني، لابن قدامة (٦/٤٨٤، ٤٨٥)، وزاد المعاد (٤/٢٢)، وتفسير ابن كثير (١/٧٤١)، وشرح الزرقاني (٣/٢٠٣)، والأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، د. زكريا البري، كلية الحقوق، القاهرة، ص (٨٥)، وبحوث في نظام الأسرة في الفقه الإسلامي على مذهب أبي حنيفة، د. عبد الوهاب السيد الحواس، دار الفكر العربي، القاهرة، ص (١٣٦) .

(١) سقط في ب .

روايتان، ذكره البقالي في فتاويه.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا كان [الرجل يجد^(١)] ^(٢) المهر والنفقة لستة أشهر فهو كفؤ.

والقياس : نفقة شهر.

وفيه أيضًا عنه ^(٣) : إذا كان يجد نفقة المرأة ولا^(٤) يجد نفقة نفسه فهو كفؤ.

ثم [إنما تعتبر]^(٥) القدرة على النفقة إذا كانت المرأة كبيرة، أو صغيرة^(٦) تصلح للجماع، أما إذا كانت صغيرة لا تصلح للجماع لا تعتبر القدرة على النفقة، لأنه لا نفقة لها في هذه الصورة ويكتفي بالقدرة على المهر، وإليه أشار ابن رستم في نوادره.

وفي المنتقى : لو تزوجها وهو فقير فتركت [المرأة]^(٧) المهر فهذا ليس بكفؤ لها، وينبغي أن يقدر على مهرها ونفقتها يوم تتزوج.

وفي فتاوى أهل سمرقند^(٨) : زوج أخته وهي صغيرة وهو وليها من صبي ليس له طاقة المهر وقبل أبوه النكاح وهو غني جاز؛ لأن الصغير يعد غنيا في المهر بغنا الأب، ولا يعد غنيا في النفقة بغنا الأب، لأن العادة أن الآباء يتحملون المهر عن الأبناء ولا يتحملون النفقة.

وفي فتاوى الفضلي : سئل عن العم إذا زوج [الصغيرة]^(٩) من صبي صغير لا مال له ولأبيه مال كثير وللصغيرة مال كثير هل يكون هذا كفؤًا لها؟^(١٠) وهل يجوز النكاح؟

قال : اختلف المتأخرون فيه من علمائنا : منهم من لم يره كفؤًا لها، ومنهم من

(١) في أ : قادرًا على .

(٢) في ب : للرجل .

(٣) في أ : أنه .

(٤) في ب : ولم .

(٥) في ب : إنا نعتبر .

(٦) زاد في ب : لا .

(٧) سقط في أ ، ب .

(٨) زاد في أ : رجل .

(٩) سقط في ب .

(١٠) زاد في أ : ومنهم من جعلها كفؤًا لها .

جعله كفوًا لها، لأنه يعد غنيا بغنا أبيه، ولم يفصل بين المهر والنفقة.

قال - رحمه الله -: وقول من قال: إنه كفوٌ لها، أعجب إليه.

سئل شيخ الإسلام عن رجل زوج أخته الصغيرة من صبي له طاقة النفقة وليس له طاقة المهر فقبل الأب النكاح وهو غني جاز؛ لأنه يعد غنيا بغنا الأب في حق المهر دون النفقة، [و] ^(١) جرت العادة فيما بين الناس أنهم يتحملون المهر عن ^(٢) الأبناء الصغار دون النفقة.

وفي مجموع النوازل: رجل ملك ألف درهم وعليه دين ألف درهم، تزوج امرأة بألف درهم، ومهر مثلها ألف درهم جاز، وهذا الرجل كفوٌ لها، وإن كانت القدرة على المهر شرطاً فإن القدرة ثابتة هاهنا فإنه يقضي أي الدينين شاء بذلك المال. رجل زوج ابنته الصغيرة من رجل على ظن أنه مصلح لا يشرب الخمر فوجده الأب شريباً مدمناً وكبرت الابنة وقالت: لا أرضي بالنكاح، إن لم يعرف أبوها بشرب الخمر وغلبة أهل بيته صالحون فالنكاح باطل، أي يبطل: وهذه المسألة بالاتفاق.

والمسألة المختلفة بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله - فيما إذا علم الأب أن الزوج ليس كفوًا ^(٣) ومع هذا زوجها، لأنه إذا زوجها منه مع علمه أنه ليس بكفء علم أنه تأمل غاية التأمل، وعرف هذا العقد مصلحة في حقها، أما هاهنا ظنه كفوًا فالظاهر أنه لا يتأمل.

نظيره: السكران إذا قصر في مهر ابنته لا يجوز، والصاحي إذا فعل ذلك يجوز، لأن الظاهر من حال السكران أنه لا يتأمل، والظاهر من حال الصاحي أنه يتأمل. امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم [أنه] ^(٤) عبد أو حر، فإذا ^(٥) هو عبد مأذون [له] ^(٦) في النكاح ليس لها الخيار، والخيار للأولياء، ولو زوجها الأولياء

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ، ب: من.

(٣) في أ، ب: بكفو.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: إذا.

(٦) سقط في ب.

برضاها ولم يعلموا أنه عبد ثم علموا لا خيار لهم^(١)، وبمثله لو أخبر الزوج أنه حر وباقي المسألة بحالها كان لهم الخيار.

فهذا يدل على أن المرأة إذا زوجت نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم أنه كفاء أم لا، ثم علمت أنه غير كفاء لا خيار لها، وكذا الأولياء إذا زوجوها برضاها ولم يعلموا^(٢) عدم الكفاءة ثم علموا، أما إذا شرطوا، أو^(٣) أخبرهم بالكفاءة فزوجوها على ذلك، ثم ظهر أنه غير كفاء كان لها الخيار قبل باب الرضاع من كتاب النكاح.

وفي المنتقى: قال هشام: سألت محمدا - رحمه الله -: ما تقول في رجل خطير زوج ابنته من مملوك نفسه؟ قال: إن كانت كبيرة ورضيت به جاز، وإن كانت صغيرة لم يجز.

قلت: إن أبا يوسف أجازه، فلم يقبله مني. إذا زوجت نفسها من غير كفاء فللولي أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يفسخ، وإن لم يكن الولي ذا رحم محرم منها؛ لأن حق الفسخ إنما يثبت لدفع العار، والولي يلحقه العار، وإن لم يكن ذا رحم محرم منها. سئل شيخ الإسلام عن مجهول النسب هل يكون كفؤا لامرأة معروفة النسب؟ قال: لا.

والمعتق [أبوه]^(٤) أو جده لا يكون كفؤا لامرأة لها أبوان في الحرية عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف - رحمهم الله - في الجد. ومن كان له أبوان في الحرية [أو أكثر]^(٥) كان كفؤا لامرأة لها ثلاثة آباء في الحرية أو أكثر. والكلام في إسلام الآباء في الموالي نظير الكلام في حریتهم. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: المرأة إذا كانت أمها حرة الأصل ووالدها معتق، فالمعتق لا يكون كفؤا لهذه المرأة.

(١) في أ، ب: لأحدهم.

(٢) في ب: يعلم.

(٣) في ب: و.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ، ب.

وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : من كان له أب واحد في الإسلام وله فضل ودين ، فهو كفاء لامرأة لها أبوان في الإسلام وكذا في الحرية .
وروى المعلى عن أبي يوسف : أن من أسلم على يدي إنسان لا يكون كفؤاً لمولى العتاقة .

وذكر ابن سماعة عنه في الرجل يسلم والمرأة معتقه : أنه كفؤ لها .
وفي شرح الطحاوي : معتقة أشرف القوم تكون كفؤاً للموالي^(١) ؛ لأن لها شرف الولاة ، وللمولى^(٢) شرف إسلام الآباء ، ومولى^(٣) الوضيع لا يكون كفؤاً للمولى^(٤) أشرف القوم ، حتى أن معتق العربي^(٥) لا يكون كفؤاً لمعتقة الهاشمي ، وكان لمولاهما حق النقض .

وفي الحاوي : أن القروي كفؤ للمدني ، والعالم كفؤ للعلوية .
وذكر شيخ الإسلام : أن الفاسق لا يكون كفؤاً للعدل عند أبي حنيفة - رحمه الله - سواء كان معلن الفسق أو لم يكن .

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن الصحيح عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن الكفاءة في التقوى^(٦) غير معتبرة . وعن أبو يوسف - رحمه الله - [أنه]^(٧) اعتبر الكفاءة في الحسب ولم يعتبرها في التقوى .

وفسر الحسب فقال : هو مكارم الأخلاق ، حتى روى عنه أن الذي يشرب المسكر إن كان غير متهتك^(٨) يسكر^(٩) حيث يسكن كان كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات ، وإن كان يصير ضحكة حيث يسكر ويستهزأ به ويعربد ويتهتك لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني .

(١) في أ : للمولى .

(٢) في ب : وللموالي .

(٣) في ب : وموالي .

(٤) في ب : لموالي .

(٥) في أ : القري ، وفي ب : القرى .

(٦) زاد في أ ، ب : والحسب .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ : متمسك .

(٩) في م : يتمكن .

وذكر شمس الأئمة السرخسي عن محمد - رحمه الله -: أن الذي يسكر [فيخرج]^(١) ويستهزئ به الصبيان لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وكذلك أعوان الظلمة من يستخف بدمته^(٢) لا يكون كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: [إن]^(٣) الذي يشرب المسكر إن كان يستر^(٤) ذلك ولا يخرج سكران كان كفؤاً لامرأة صالحة من أهل البيوتات، وإذا^(٥) كان يعلن ذلك لا يكون كفؤاً لها.

فما ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - من قول محمد، يوافق ما ذكر شمس الأئمة الحلواني من قول أبي يوسف - رحمه الله - .
 قيل: وعليه الفتوى.

وأما الكفاءة في الحرف فقد اعتبرها أبو يوسف - رحمه الله -، ومحمد، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة - رحمهم الله - .

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه -: أن الناس بعضهم أكفاء لبعض إلا حائكاً أو حجاماً.

وفي رواية^(٦): أو دباغاً.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: ورابعهم الكناس.

فواحد من هؤلاء [الأربعة]^(٧) لا يكون كفؤاً للصيرفي^(٨) والجوهري، وعليه الفتوى.

(١) سقط في م .

(٢) في أ: به .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م: يشرب .

(٥) في م: وإن .

(٦) زاد في أ: بعضهم .

(٧) سقط في أ .

(٨) اشتق اسم الصيرفي من الصرف؛ لتصريفه الدراهم بالدنانير، أو الدنانير بالدراهم .

وتصريف الدراهم في البياعات يعني: إنفاقها .

ينظر: معجم مقاييس اللغة، ص (٥٩٠) .

يعد هذا المروي عن أبي يوسف أن الحرف متى تقاربت^(١) لا يعتبر التفاوت وثبت الكفاءة، فالحائك يكون كفؤاً للحجام، والدباغ يكون كفؤاً للكناس، والصفار يكون كفؤاً للحداد، والعطار يكون كفؤاً للبراز.

قال شمس الأئمة الحلواني: وعليه الفتوى.

وأما الكفاءة في العقل فإنها معتبرة عند بعض المتأخرين من المشايخ، حتى أن الزوج إذا كان مجنوناً لا يكون كفؤاً للمرأة العاقلة.

وعند بعضهم: غير معتبرة.

ثم المرأة إذا زوجت نفسها من [غير]^(٢) كفؤ^(٣) صح النكاح في ظاهر الرواية، عن أبي حنيفة - رحمه الله -، وهو قول أبي يوسف آخرًا، وقول محمد آخرًا، [أيضًا]^(٤).

حتى [قيل:]^(٥) إن التفريق يثبت فيه حكم الطلاق والظهار والإيلاء والتوارث وغير ذلك، ولكن للأولياء حق الاعتراض^(٦).

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن النكاح لا ينعقد، وبه أخذ كثير من مشايخنا، ولا يكون التفريق بذلك إلا عند القاضي.

يريد به: أنه ينبغي للولي^(٧) أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ^(٨) القاضي العقد بينهما، أما بدون فسخ القاضي لا يفسخ النكاح بينهما وتكون هذه فرقة بغير طلاق، حتى لو لم يكن الزوج دخل بها فلا شيء لها من المهر، وإن كان قد دخل بها فلها ما سمى لها من المهر وعليها العدة.

(١) في أ: تفاوتت.

(٢) سقط في أ.

(٣) ثبت في حاشية ب: قوله: من كفؤ غلط من الناسخ... حتى تستقيم المسألة ولا تخالف... رواية الحسن عن الإمام فإن رواية... لا تتعد في غير كفاء أما في الكفاء فينعقد النكاح، كذا ذكر صاحب الرواية... الكفاءة وصاحب الرواية... .

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب، م: إن قبل.

(٦) المحيط البرهاني (٣/٢٤).

(٧) في أ: للمولى.

(٨) في أ: يفسخ.

وإذا زوجها الولي من غير كفاء ثم فارقت ثم زوجت نفسها إياه بغير ولي كان للولي حق التفريق، ولا يكون رضاه بالنكاح الأول رضا بالنكاح الثاني.
 في نكاح الأصل: ولو طلقها طلاقاً [رجعياً]^(١) وراجعها بغير رضا الولي، لا يكون للولي حق التفريق في نظم الزندويستي.
 يريد به: إذا كان أصل النكاح برضا الولي. وإذا زوجت المرأة نفسها [من]^(٢) غير كفاء بغير رضا الولي^(٣)، فقبض الولي مهرها وجهازها [به]^(٤) فهذا منه رضا

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) تنوع أقوال الفقهاء في اعتبار الكفاءة، هل هي شرط في عقد النكاح أم لا؟ على مذهبين: المذهب الأول: أن الكفاءة ليست شرط صحة لعقد النكاح؛ فيعقد النكاح صحيحاً مع عدمها، فهي شرط نفاذ ولزوم فقط، يعطي الحق لمن له مصلحة في وجود الخيار في طلب الفسخ وإمضائه.

وإلى هذا ذهب مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، وأحمد في رواية، وهي التي رجحها ابن قدامة، وإليه ذهب أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين منهم: عمر، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، وحماد بن أبي سليمان، وابن سيرين.
 المذهب الثاني: يرى أصحابه القول باشتراط الكفاءة في صحة النكاح، بمعنى أن تخلفها عن الزوج يُبطل هذا العقد.

وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في الرواية الثانية، وهو مذهب الإمام سفيان الثوري.

وقد احتج أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة:

أولاً: الكتاب: احتجوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَنَكُمْ﴾.

أخبر الله - عز وجل - أن التفاضل عنده بالتقوى لا بالأحساب والأنساب؛ ومثل الآية في الدلالة على مدعاهم: ما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ قال: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَيُّ النَّاسِ أَكْرَمُ؟ قَالَ: «أَكْرَمُهُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ»، وَقَالَ: «خِيَارُكُمْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ خِيَارُكُمْ فِي الْإِسْلَامِ إِذَا فَهَّمُوا».

قال ابن كثير: وبهذه الآية الكريمة استدل من قال من الفقهاء بأن الكفاءة لا تُشترط في النكاح ولا يشترط سوى الدين.

ثانياً: السنة النبوية:

احتجوا من السنة على أنها ليست بشرط بما يلي:

١ - ما رواه أبو ذر - رضي الله عنه - قال: قَالَ: إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: «انظُرْ، فَإِنَّكَ لَيْسَ بِخَيْرٍ مِنْ أَحْمَرَ وَلَا أَسْوَدَ إِلَّا أَنْ تَفْضُلَهُ بِتَقْوَى». [أخرجه أحمد (١٥٨/٥)، وذكره الهيثمي في المجمع (٨٤/٨)، وقال: رواه أحمد ورجاله ثقات إلا أن بكر بن عبد الله المزني لم يسمع من أبي ذر].

وما رواه الطبراني بسنده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُسْلِمُونَ إِخْوَةٌ لَا فَضْلَ لِأَحَدٍ

عَلَى أَحَدٍ إِلَّا بِالتَّقْوَى». [أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٥/٤)، وذكره الهيثمي في =

مجمع الزوائد (٨/ ٨٣)، وقال: رواه الطبراني وفيه عبد الحميد بن عمرو بن حبله وهو متروك].

٢ - روت عائشة رضي الله عنها، زَوْجُ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّ أَبَا حُدَيْفَةَ، وَكَانَ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، تَبَنَّى سَالِمًا، وَأَنْكَحَهُ بِنْتَ أَخِيهِ هِنْدَ بِنْتَ الْوَلِيدِ بْنِ عُثْبَةَ، وَهُوَ مَوْلَى لِامْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ». [أخرجه البخاري كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين (٩/ ١٣٣)، ومسلم كتاب الرضاع، باب: رضاع الكبير (٢/ ١٠٧٩)، والحاكم في المستدرک کتاب النکاح (٢/ ١٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٣٧)].

في هذا الحديث: أنه لو كانت الكفاءة شرطاً في صحة النكاح لما تركها حذيفة.

٣ - وبما روت فاطمة بنت قيس، أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصِ طَلَّقَهَا أَلْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ، فَأُرْسِلَ إِلَيْهَا وَكَيْلُهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخَطْنُهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: «لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ»، فَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَّ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكٍ، ثُمَّ قَالَ: «تِلْكَ امْرَأَةٌ يَغْشَاهَا أَصْحَابِي، اغْتَدِّي عِنْدَ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى تَضَعِينَ ثِيَابِكَ، فَإِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي»، قَالَتْ: فَلَمَّا حَلَلْتُ ذَكَرْتُ لَهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِي سُفْيَانَ، وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَانِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَضُعْلُوكُ لَا مَالَ لَهُ، أَنْكِحِي أَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ فَكَرِهْتُهُ، ثُمَّ قَالَ: «انْكِحِي أَسَامَةَ»، فَتَكَحْتُهُ، فَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا، وَاعْتَبَطْتُ بِهِ. في هذا الحديث: جواز نكاح غير الكفاء إذا رضيت به الزوجة والولي؛ لأن فاطمة قرشيّة، وأسامة مولى، فلو كانت الكفاءة شرطاً في صحة النكاح، لما زوّجها ﷺ من أسامة.

٤ - وعن زينب بنت جحش - رضي الله عنها - قالت: خطبني عدّة من أصحاب النبي ﷺ، فأرسلت إليه أختي أشاوره في ذلك، قال: فأين هي ممن يُعلمها كتاب ربّها وسنة نبيّها؟! قالت: من؟ قال: زيد بن حارثة، فعصبت وقالت: تُزوّج ابنة عمك مؤلاک! ثم أتتني فأخبرتني بذلك، فقلت أشد من قولها، وغصبت أشد من غضبها، قال: فأنزل الله - عز وجل -: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾، قالت: فأرسلت إليه: زوّجني من شئت، قالت: فزوجني منه... [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٣٦)].

في هذا الحديث: أن النبي زوّج زينب لزيد بن حارثة، ولا خلاف بين العلماء في أن نسب زينب أشرف من نسب زيد؛ لأنها من الحرائر، وهو من الموالي، ومع ذلك أمر النبي ﷺ بنكاحها منه، وهو ﷺ لا يأمر بغير ما شرعه الله سبحانه، وما ثبت في حق زينب وفاطمة يثبت في حق جميع أمته بلا خلاف؛ لعدم وجود ما يدل على الخصوصية هنا. واحتج أصحاب المذهب الثاني بأن الكفاءة شرط في صحة عقد النكاح بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تُنْكَحُ النِّسَاءُ إِلَّا مِنَ الْأَكْفَاءِ، وَلَا يُزَوَّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ». [أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٩٨) رقم (١٩٥)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦١٣) رقم (١٠١٠) من طريق الدارقطني، به. وابن ماجه (١/ ٦٣٣) كتاب النكاح، باب: الأكفاء، الحديث (١٩٦٨)، والحاكم (٢/ ١٦٣)، والبيهقي (٧/ ١٣٣)، وابن حبان في

المجروحين (٢٢٥/١)، والخطيب في التاريخ (٢٦٤/١)، وابن الجوزي في العلل (٢/٦١٣) رقم (١٠٠٩) من طريق الحارث بن عمران، به، والحاكم (١٦٣/٢) من طريق عكرمة بن إبراهيم عن هشام بن عروة، به مثله. وصحح الحاكم إسناده، وتعقبه الذهبي بقوله: «قلت: الحارث متهم، وعكرمة ضعفه». اهـ. وذكره ابن أبي حاتم في العلل (١/٤٠٣، ٤٠٤)، وقال: قال أبي: الحديث ليس له أصل، وقد أخرجه مندل أيضاً، ثم قال: قال أبي: الحارث ضعيف الحديث وهذا الحديث منكر. اهـ. وذكره الخطيب من طرق كثيرة عن هشام، به. ثم قال: «وكل طرقه واهية. قال: وأخرجه أبو المقدم هشام بن زياد عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلًا، وهو أشبه بالصواب». اهـ. قال الزيلعي في نصب الراية (٣/١٩٧): «روي من حديث عائشة، ومن حديث أنس، ومن حديث عمر بن الخطاب، من طرق عديدة كلها ضعيفة». اهـ.

في هذا الحديث: أن النبي ﷺ نهى عن نكاح النساء لغير الأكفاء، والنهي يدل على فساد المنهي عنه؛ وعليه: إذا زُوجت المرأة من غير كفاء، كان النكاح فاسدًا. والمذهب الأول القائل بأن الكفاءة ليست من شروط الصحة هو الراجح لقوة أدلته وسلامتها من المعارض الراجح.

وإذا ثبت أن الكفاءة ليست شرطًا في صحة النكاح، فإن هذا لا يعني أن الكفاءة ليست معتبرة بإطلاق؛ وإنما المعنى: أن فقدان الكفاءة لا يُعد سببًا في الحكم بفساد عقد النكاح، وإن كان اعتبارها هو الأولى.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقهاء المشترطين للكفاءة قد اختلفوا في الحكم التكليفي لاعتبار الكفاءة في النكاح: فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يجب اعتبارها فيجب تزويج المرأة من الأكفاء، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفاء.

وذهبوا إلى أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال؛ لأن النصوص وردت باعتبارها في جانب الرجال خاصة، فإن النبي ﷺ لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب، وتزوج صفية بنت حبي رضي الله تعالى عنها، وقال: «ثَلَاثَةٌ يُؤْتُونَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ: الرَّجُلُ تَكُونُ لَهُ الْأُمَةُ، فَيُعَلِّمُهَا فَيُحْسِنُ تَعْلِيمَهَا، وَيُؤَدِّبُهَا فَيُحْسِنُ أَدَبَهَا، ثُمَّ يُعْتَقُهَا فَيَتَزَوَّجُهَا فَلَهُ أَجْرَانِ» [أخرجه البخاري (١/٢٢٩) كتاب العلم، باب: تعليم الرجل أمته (٩٧)، ومسلم (١/١٣٤، ١٣٥) كتاب الإيمان، باب: وجوب الإيمان برسالة محمد ﷺ (٢٤١/١٥٤) من حديث أبي موسى الأشعري]؛ ولأن المعنى الذي شرعت الكفاءة من أجله يوجب اختصاص اعتبارها بجانب الرجال؛ لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل، فهي المستفرشة، والزوج هو المستفرش، فلا تلحقه الأنفة من قبلها، إذ إن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدني، والزوج المستفرش لا تغيبه دناءة الفراش، وكذلك فإن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه.

ونقل عن أبي يوسف ومحمد: أن الكفاءة في جانب النساء معتبرة.

قال الكمال ابن الهمام: مقتضى الأدلة وجوب إنكاح الأكفاء، وهذا الوجوب يتعلق بالأولياء حقًا لها، وبها حقًا لهم، لكن إنما تتحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة؛

وتسليم، ولو قبضه ولم يجهزها فقد اختلف المشايخ فيه، [و^(١)] الصحيح أنه يكون رضا وتسليماً، وإذا لم يقبض مهرها ولكن خاصم زوجها في نفقتها وتقدير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليماً للعقد استحساناً، وهذا إذا كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاصمة الولي [إياه]^(٢)، فأما إذا لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً قبل ذلك عند القاضي لا يكون رضا بالنكاح قياساً واستحساناً.

في المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : في امرأة تحت رجل هو ليس

لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها، فهي تاركة لحقها، كما إذا رضي الولي بترك حقه حيث ينفذ.

وقال الحنابلة: يحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفاء بغير رضاها؛ لأنه إضرار بها وإدخال للعار عليها، ويفسق الولي بتزويجها بغير كفاء دون رضاها، وذلك إن تعمد، ويقول العلامة ابن قدامة مبيناً أن الكفاءة معتبرة بالرجل: «والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة، فإن النبي ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب، وتزوج صفية بنت حبي وتسرّى بالإماء، فعن أبي بردة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ كَانَتْ عِنْدَهُ وَوَلِيدَةٌ، فَعَلَّمَهَا فَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا، وَأَدَّبَهَا فَأَحْسَنَ تَأْدِيبَهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا فَلَهُ أَجْرَانِ» [أخرجه البخاري (٢٩/٩) كتاب النكاح، باب: اتخاذ السراي (٥٠٨٣)، ومسلم (١٣٥/١) كتاب الإيمان، باب: وجوب الإيمان برسالة محمد ﷺ (٢٤١/١٥٤)] فهذا الحديث يدل على عدم اعتبار الكفاءة في المرأة حيث بين النبي ﷺ أن من أعتق وليدته ثم تزوجها فله أجران؛ ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الأم.

فهو يحمل اسم أبيه وأجداده من ناحية أبيه ويدعى بهم دون أصول أمه.

واختلف الرأي عند المالكية: فقال خليل: للمرأة وللولي تركها. أي الكفاءة.

وقال الشافعية: يكره التزويج من غير كفاء عند الرضا إلا لمصلحة.

وقال العز بن عبد السلام: يكره كراهة شديدة التزويج من فاسق إلا رية تنشأ من عدم تزويجها له، كأن خيف زناه بها لو لم ينكحها، أو يسلط فاجراً عليها.

ينظر: بدائع الصنائع (٣١٧/٢، ٣٢٠)، ورد المحتار على الدر المختار (٣١٧/٢)، وفتح القدير (٤١٨/٢، ٤١٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٤٩/٢)، ومغني المحتاج (١٦٤/٣)، والمهذب (٣٨/٢)، والحاوي الكبير، للماوردي (٩/٢٥٤)، وشرح النووي على صحيح مسلم (١٠٧/١٠)، وحاشية القليوبي (٢٣٣/٣)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (١٦٤/٤)، وكشاف القناع (٧١/٢)، (٦٨/٥)، والمغني، لابن قدامة (٤٨٠/٦، ٤٨٧)، ومطالب أولي النهى (٨٤/٥)، وتفسير ابن كثير (٢١٩/٤).

(٤) سقط في أ، ب.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

بكفؤ لها خاصمها أخواها في ذلك وأبوها غائب عنه غيبة منقطعة، أو خاصمه ولي آخر غيره أولى منه وهو غائب عنه غيبة منقطعة، فادعى الزوج أن الولي الأول زوجته، يؤمر بإقامة البينة وإلا فرق بينهما، فإن أقام بينة^(١) على ذلك قبلت بينته، وأخذ بها على الأول، يعني: على الولي الذي هو أولى؛ لأن هذا خصم.

في نكاح المتتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل زوج أمة له وهي صغيرة رجلاً، ثم ادعى أنها بنته، يثبت النسب والنكاح على حاله إن كان الزوج كفؤاً، وإن لم يكن كفؤاً، فهو في القياس لازم. ولو باعها رجلاً ثم ادعى المشتري أنها بنته، وكذلك إذا كان الزوج كفؤاً، وإن كان الزوج غير كفؤ فالقياس كذلك.

وفي كتاب الطلاق من المتتقى: رجل تزوج امرأة مجهولة النسب، ثم ادعاها رجل من قریش وأثبت القاضي نسبها منه وجعلها بنتاً له وزوجها حجاماً، فلهذا الأب أن يفرق بينها، وبين زوجها، ولو لم يكن ذلك لكن أقرت^(٢) بالرق لرجل، لم يكن لمولاها أن يبطل النكاح بينهما.

إذا سمي رجل لامرأة بغير اسمه وانتسب لها إلى غير نسبه فلما^(٣) زوجت نفسها إياه علمت بذلك، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: [أن يكون النسب المكتوم أفضل وأظهر لها بأن أخبرها أنه عربي فإذا هو قرشي، وفي هذا الوجه]^(٤): لا خيار لها ولا لأوليائها.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أن لها الخيار، وكذا في المجرد.

وفي المتتقى: الحسن بن زياد: عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا تزوج امرأة على أنه مولى فإذا هو قرشي، فلها الخيار.

والوجه الثاني: أن يكون النسب المكتوم [دون^(٥) مما أظهر وأنه على قسمين:

إن كان مع هذا النسب المكتوم]^(٦) كفؤاً لها بأن تزوج عربية على أنه قرشي فإذا

(١) في ب: البينة.

(٢) في أ: لقربه، وفي ب: أقرب.

(٣) في ب: فإذا.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: أو دون.

(٦) سقط في أ.

هو عربي، وفي هذا القسم: لا خيار للأولياء. ولها الخيار عند علمائنا الثلاثة. وذكر الكرخي - رحمه الله - في جامعه: أنه لا خيار لها. القسم الثاني: إذا لم يكن مع هذا النسب المكتوم كفوًا لها بأن تزوج قرشية على أنه من قريش، فإذا تبين أنه عربي أو من الموالي، وفي هذا القسم: لها الخيار. ولو رضيت به كان للأولياء حق الخصومة، وهذا ظاهر. وإن كانت المرأة هي التي غرت الزوج وانتسبت إلى غير نسبها، فلما تزوجها^(١) علم بذلك، فلا خيار له، هكذا ذكر في الأصل من غير ذكر خلاف، وهذا إشارة إلى أن الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء. وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا تزوج امرأة على أنها قرشية فإذا هي نبطية، فله الخيار. وقال أبو حنيفة^(٢) - رحمه الله -: لا خيار له. [و]^(٣) في آخر باب الوكالة من كتاب النكاح، من الجامع الصغير: لو أن أميراً أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه [أمة لغيره]^(٤) قال أبو حنيفة - رحمه الله -: يجوز. وقالوا: لا يجوز. وقال مشايخنا: هذه المسألة دليل على أن الكفاءة من^(٥) جانب النساء للرجال معتبرة عندهما، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -. وفي وكالة الأصل: أن الكفاءة في النساء للرجال استحسان وليس بقياس. وفي المنتقى: الحسن بن زياد: إذا تزوج امرأة على أنه فلان ابن فلان فإذا هو أخوه أو عمه، فلها الخيار. وفي مجموع النوازل: السكران إذا زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بالإجماع، بخلاف الصاحي على قول أبي حنيفة - رحمه الله -. .

(١) في ب: زوجها.

(٢) في م: يوسف.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: امرأة بغية.

(٥) في أ، ب: في.

والفرق: أن أبا حنيفة إنما جوز ذلك من الصاحي لأنه ذو شفقة كاملة ورأي كامل، فالظاهر أنه تأمل غاية التأمل ورأي في نقصان مهرها منفعة تعود إليها تربو على هذا النقصان، وهذا المعنى لا يوجد في حق السكران؛ إذ ليس له رأي كامل^(١) فبقي النقصان ضررًا محضًا، والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) في م: الكامل.

الفصل العاشر

في نكاح الصغار والصغائر وتسليم المرأة وتصرف الولي في المهر
وفي أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - في باب المطالبة بالمهر: وللأب ولاية
مطالبة الزوج بمهر ابنته البكر وإن كانت كبيرة استحساناً، إلا إذا نهته^(١) عن القبض،
فحينئذ ليس له ولاية مطالبته، وليس لأحد من الأولياء ذلك إلا بوكالة منها، وإن
كانت ثيباً، [و]^(٢) إن كانت كبيرة فليس للأب [ولاية]^(٣) المطالبة بمهرها إلا بوكالة
منها.

وفي المتقى: إبراهيم عن محمد، وبشر عن أبي يوسف - رحمهم الله -: إذا أقر
الأب بقبض المهر، والابنة بكر صدق.

وفيه أيضاً: إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: رجل تزوج امرأة بكرًا، ودفع المهر
إلى الأب برئ، وليس للأب أن يأخذ الزوج بالمهر إلا بوكالة منها، ولو قبض الهبة
وهدية الزوج لم يكن قبضها، وللزوج أن يأخذ ذلك من الأب.

معنى المسألة: إذا وهب الزوج لامرأته قبل أن يني بها [هبة]^(٤)، أو أهدى إليها
بهدية فقبض الأب [ذلك]^(٥) والمرأة بكر فقبض^(٦) الأب لا يكون قبضا لها، حتى
كان للزوج أن يأخذ ذلك من الأب، بخلاف قبض [الأب]^(٧) المهر فإنه جعل قبضا
لها إذا كانت بكرًا [حتى]^(٨) برئ الزوج عنه.

امرأة زوجت ابنتها وهي صغيرة وقبضت صداقها ثم أدركت، فإن كانت الأم
وصيتها^(٩) فلبنت أن تطالب أمها بالصداق دون الزوج، وإن لم تكن وصيتها^(١٠)

-
- (١) في م: اتهمته.
 - (٢) سقط في ب.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في ب، م.
 - (٦) في أ: فقبضه.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في ب: وصيها.
 - (١٠) في ب، م: وصيا لها.

فلها أن تطالب زوجها، والزوج يرجع على الأم؛ لأنها قبضت وليس لها حق القبض، وهكذا الجواب في سائر الأولياء سوى الأب والجد.

ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من واقعاته.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا زوج الرجل ابنته وهي بكر وكان الزوج مقرا بالنكاح والمهر، فلأب أن يخاصم بالمهر والنفقة، وإن كان جاحداً بالمهر أو^(١) النكاح فليس له أن يخاصم إلا بالوكالة.

وفي فتاوى الفضلي: وللرجل أن يخاصم في مهر ابنته البكر البالغة بغير وكالة منها، كما أن له أن يقبض المهر.

وفي البقالي: وأما الشراء بالمهر فالأشبه أنه لا يجوز.

وقيل: يعتبر فيه العادة.

ثم الأب في حق البكر البالغة إنما يلي [قبض]^(٢) صداقها المسمى، [حتى إذا كان]^(٣) المسمى بيضا^(٤) لا يملك قبض السود. وكذلك على العكس. هكذا ذكر في أدب القاضي للخصاف في باب المطالبة بالمهر، وهذا تنصيص على أنه لا يملك قبض المصاغ^(٥) بدلا عن الدراهم.

وذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - أن الأب إذا قبض صيغة مهر ابنته البكر إن كان ذلك في بلد لم تجر العادة بدفع الصيغة بالمهر لم يجز؛ لأن هذا شراء^(٦) وليس بقبض للمهر، وليس للأب أن يشتري على ابنته البالغة، وإن كان في البلد^(٧) جرى التعارف بذلك جاز. وفي بلادنا جرى التعارف بذلك في الرساتيق، ولم يجز في البلد. وإن كانت الابنة صغيرة فأخذ الأب مكان المهر [المسمى]^(٨) صيغة فإن كان تساوي المهر جاز، وإن كان لا يتساوى^(٩) إن كان في بلد لم يجز التعارف أنهم

(١) في أ: و.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: قبضا.

(٥) في م: الضياع.

(٦) في ب: شرط.

(٧) في أ: بلد.

(٨) سقط في أ.

(٩) في ب: يساوي.

يأخذون^(١) الصيغة بالمهر بأضعاف قيمتها لم يجز، وإن كان في بلد جرى التعارف بذلك جاز، فما ذكر في الفتاوى أرفق بالناس وعليه الفتوى.

إذا قبض مهر ابنته من الزوج ثم ادعى عليه الرد ثانيًا، فإن كانت الابنة بكرًا لا يصدق إلا ببينة^(٢) لأن له حق القبض. وليس له حق الرد، وإن كانت ثيبًا يصدق لأنه ليس له حق القبض وليس له حق الرد، فإذا قبض بأمر الزوج كان أمانة في يده من جهة الزوج فيصدق في دعوى الرد على الزوج، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة، في نكاح فتاوى سمرقند^(٣).

وفي البقالي: وللقاضي أن يقبض مهر البكر البالغة كالأب والجد والوصي، رواه هشام عن محمد - رحمه الله - .

وأطلق الخصاف: أنه لا يقبض إلا الأب، يعني بغير وكالة منها. وفيه أيضًا: لا يجوز إقرار الأب بعد بلوغها بقبض المهر في صغرها ولا يضمن للزوج^(٤)؛ لأن الزوج قد صدقه، إلا أن يقول وقت القبض: اقبضه على أن أبرأتك من ابنتي.

معنى المسألة: إذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ثم أدركت وطالبت زوجها بالمهر فقال الزوج: دفعت إلى أبيك وأنت صغيرة، وصدقه^(٥) الأب في ذلك، فإن إقرار^(٦) الأب اليوم لا يجوز على ابنته، ولها أن ترجع على الزوج بالمهر، ولا يرجع به الزوج على الأب من قبل أنه مقرر أنه^(٧) دفعه إليه ودفعه جائز. وإن كان الأب قال: أخذ منك المهر على أن أبرأتك من ابنتي، وباقي المسألة بحالها، كان للزوج أن يرجع على الأب؛ لأنه قبضه على أن يرثه من صاحبه.

قال في المتقى: والحكم فيما [بين الوكيل والمديون] [ورب المال]^(٨).

(١) زاد في ب: من.

(٢) في أ: بالبينة.

(٣) زاد في ب: بأن.

(٤) في أ: الزوج.

(٥) في أ: وصدق.

(٦) في أ: أقر.

(٧) في أ: به.

(٨) سقط في أ.

فرب الدين في مثل هذا نظير الحكم فيما بين^(١) [المرأة والأب والزوج. وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة لا يستمتع بها فلأب أن يطالب الزوج بمهرها] ولا يطالب بالنفقة^(٢).

فرق بين المهر والنفقة.

والفرق: أن النفقة [بإزاء الاحتباس]^(٣) بحق الزوج وهي غير محبوسة بحق الزوج، لأن الزوج لا يستمتع بها بخلاف المهر، لأن المهر بإزاء الملك، [والملك]^(٤) ثابت.

وفي البقالي: قيل: ليس للأب أن يطالب الزوج بمهر ابنته الصغيرة إلى أن تصير بحال ينتفع بها.

ذكر الخصاص في أدب القاضي: لو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضي وقال: إني زوجت هذا ابنتي على صداق كذا وكذا بأمرها وهي بكر وأنا أريد صداقها، فإن أقر الزوج بالتزويج والمهر وقال: لم أدخل بها، أمره بدفع المهر إلى الأب، ولا يشترط إحضار المرأة للاستيفاء عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - وقال زفر - رحمه الله -: يشترط إحضارها.

وهو قول أبي يوسف آخرًا. هو يقول: بأن النكاح معاوضة فكان بمنزلة البيع، ثم البائع إنما يملك مطالبة المشتري بالثمن إذا أحضر^(٥) المبيع من نفسه ليسلمه عقيب قبض الثمن فكذا في النكاح.

وإنا نقول: جرت العادة فيما بين الناس بتسليم الصداق أولاً، وتجهيز الولي المرأة بذلك، ثم بتسليمها إلى الزوج مع جهازها فصار الزوج راضياً بتأخير^(٦) تسليم المرأة فلا معنى لاشتراط إحضارها ولا كذلك البيع.

فإن قال الزوج للقاضي: مر الأب فليقبض المهر مني وليسلم الجارية إلى

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: حضر.

(٦) في أ، ب: تأخير.

[القاضي]^(١)، قال له القاضي: اقبض المهر وادفع الجارية إليه، فإن قال الأب: ليس علي دفعها فهو يطلبها حيث هي فالقاضي يقول له إن المهر الذي تريد أخذه ثمن بضعها، وعليها إذا كانت كبيرة وقبضت المهر أن تسلم نفسها إلى الزوج، فإذا قبضت [أنت]^(٢) المهر لها كان عليك تسليمها إليه إن كانت في منزلك، فإن قال الأب: ليست هي في منزلي ولا أقدر عليها [فأنا أقبض]^(٣) المهر وهو يطلبها حيث هي، ليس له ذلك. وإن قال: هي في منزلي وإنما^(٤) أقبض المهر [وأجهزها به]^(٥)، وأسلمها إليه، فالقاضي يأمر الزوج بدفع المهر إليه. فإن قال الزوج: هو يدافعي عنها ويريد أن يأخذ المهر مني ولا يسلمها إلي فمره فليوثق [لي]^(٦) من المهر بكفيل، فللقاضي^(٧) [أن]^(٨) يأمر الأب أن يوثق من المهر للزوج بكفيل فيعطيه كفيلاً بالمهر. ويأمر الزوج بدفع المهر حتى إذا سلم الابنة إليه برئ الكفيل. وإن عجز عن ذلك توصل الزوج إلى حقه بالكفيل فيعتدل النظر من الجانبين.

وهكذا كان يقول أبو يوسف أولاً، ثم رجع وقال: القاضي يأمر الأب أن يجعل المرأة مهياًة للتسليم و[لم]^(٩) يحضرها، ويأمر الزوج بدفع المهر والأب بتسليم الابنة فيكون دفع الزوج المهر عند تسليمها نفسها إلى الزوج؛ لأن النظر لا يحصل للزوج بالكفالة وأنه^(١٠) لا يصل إلى المرأة لا محالة بالكفالة، وإنما النظر في تسليم المرأة بحضرتها.

قال الخصاف: وهذا أحسن القولين، فإن كان الأب قد قدم الزوج إلى قاضي الكوفة والخصومة بينهما على ما وصفنا فقال الأب: ابنتي بالبصرة وثمة كان^(١١)

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: فإن قبض.

(٤) في أ: أنا.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ، ب: فالقاضي.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، ب: لأنه.

(١١) في أ: كانت.

عقدة النكاح، أو قال: كانت ابنتي بالكوفة إلا أنها انتقلت إلى البصرة فأنا أسلمها إليه بالبصرة، فإن الأب لا يجبر على حملها إلى الكوفة، ولكن يقال للزوج: ادفع المهر إلى الأب، واخرج إلى البصرة مع الأب وخذ المرأة هناك من الأب، وقد ذكرنا قبل هذا أن إحضار المرأة ليس بشرط لتسليم المهر.

فإن اتهم الزوج الأب بما قلنا من قبل فالقاضي يأمر الزوج بأن يأخذ من الأب كفيلا بالمهر على أنه إن سلم الأب البنت بالبصرة برئ الكفيل، فإذا أتى البصرة وسلم الأب البنت إليه برئ الكفيل والأب، وإن عجز عن تسليم الابنة [إليه]^(١) يخاصم الكفيل ويستوفي حقه منه فيعتدل النظر من الجانبين. فإن قال الزوج: لا يمكنني الخروج إلى البصرة، ولكن أوجه وكيلا يحولها^(٢) إلى منزلي بالبصرة، فذلك له. وإن قال الزوج: يحملها وكيلي إلي، فإن كان الوكيل محرما فله ذلك بناء على أن المرأة إذا استوفت صداقها كان للزوج أن ينقلها حيث أحب، وستأتي المسألة بعد هذا مع قول الفقيه أبي القاسم الصفار إن شاء الله تعالى، وإن لم يكن الوكيل محرما لم يؤمر بالخروج مع البنت، وإن رضي الزوج بذلك؛ لأنه رضي بما لا يرضى به الشرع وهو خروج المرأة إلى السفر من غير محرّم، هذا هو الكلام في الأب.

جئنا إلى الوكيل بقبض المهر من جهة المرأة:

فنقول: إذا وكلت المرأة رجلا بقبض مهرها من الزوج، كان الأمر في اشتراط حضرة المرأة وأخذ الكفيل بالمهر من الوكيل عند التهمة، ورجوع أبي يوسف كالكلام في الأب، وهذه المسألة على هذا التفصيل استفيدت من جهة الخصاص. وإن كان الزوج قد دخل بامرأته فليس للأب أن يقبض مهرها إلا بوكالة منها، فإن طالب الأب الزوج بالمهر وقال: ابنتي بكر في منزلي، وقال الزوج: دخلت بها، فالقول في ذلك قول الأب، لأنه متمسك بالأصل وينكر العارض، فإن قال الزوج للقاضي: حلف^(٣) الأب أنه لم يعلم أنني قد دخلت بها، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه المسألة في الواقعات في الباب المعلمة بعلامة (النون)، وقال: لم يذكر

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: نحوها.

(٣) في ب: حقق.

جواب عين هذه المسألة في الكتاب ويحتمل أن يحلف؛ لأن^(١) الأب لو أقر بذلك صح إقراره في حق نفسه حتى لم يكن له أن يطالبه بالمهر وكانت المطالبة للابنة فكان التحليف مفيداً^(٢).

ونص الخصاف في أدب القاضي في باب المطالبة بالمهر؛ أنه لا يحلف، وإنما لا يحلف لوجهين:

أحدهما: ما أشار إليه الخصاف، فقال: لأنه لو أقر بالدخول لم يجز ذلك عليها [لأنه]^(٣) إقرار^(٤) على الغير إلا أنه يبطل حقه في القبض ما لم يوجد التوكيل منها^(٥)، وكان بمنزلة الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه أو استوفى الدين منه، وهناك لا يحلف الوكيل. وإن كان الإبراء أو الاستيفاء من الموكل لو ثبت يبطل حق الوكيل في القبض.

والثاني: أن الزوج لا يدعي على الأب شيئاً وإنما يدعي عليه^(٦) معنى وهو الدخول، حتى لو ثبت ذلك يسقط حق الأب في قبض الصداق. وهذا بمنزلة ما لو اشترى جارية ثم ادعى أنها ذات زوج وطلب يمين البائع لا يمين عليه لأنه لا يدعي على البائع شيئاً، وإنما يدعي عليها معنى وهو النكاح، حتى لو ثبت النكاح يثبت للمشتري حق الرد بالعيب وكذاها هنا.

فإن قال الزوج للقاضي: مر الأب بإحضارها وسلمها عما أقول من دخولي^(٧) بها، فإن كانت المرأة ممن تخرج في حوائجها أمره بإحضارها ليسألها عن دعوى الزوج. لأن الزوج لو ادعى عليها شيئاً آخر وهي ممن تخرج في حوائجها فالقاضي [يخرجها و]^(٨) يحضرها مجلسه كذاها هنا. وإن كانت ممن لا يخرج في حوائجها فالقاضي يبعث إليها أمينا من أمنائه ويدخل عليها الأب رجلين عدلين ممن يعرفها^(٩)

(١) في ب: أن.

(٢) في أ: مقيدا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: أقر.

(٥) في أ: منهما.

(٦) في أ، ب: عليها.

(٧) في ب: دخول.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: يعرفا.

مع الأمين والزوج، ويسألها الأمين عن دعوى الزوج فإن أقرت بذلك شهد^(١) الشاهدان بذلك عند القاضي وأجبرها القاضي على المصير إلى منزل زوجها ويطالبه بمهرها. ولو أنكرت الدخول فالقول قولها.

فإن قال الزوج لأمين القاضي: حلفها أنني لم أدخل بها، حلفها الأمين إن كان القاضي أمر الأمين باستحلافها إن أنكرت. وإن قال الزوج: قد دخلت بها برضاها، وقالت هي: لم أرض بذلك ولكنه استكرهني على نفسي، فالقول قولها مع يمينها على ذلك أنه لم يدخل بها برضاها [لأن حق حبس النفس كان ثابتاً لها، فالزوج يدعي سقوط ذلك الحق بالدخول [بها]^(٢) برضاها فكان القول قولها]^(٣).

وهو نظير ما إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن وادعى القبض برضا البائع وأنكر البائع ذلك كان القول قول البائع وطريقه ما قلنا.

وإن قالت المرأة: قد خلا بي إلا أنه لم يقع علي ولم أمكنه من ذلك حتى أقبض مهري، فالقول قولها، وليس للزوج أن يحتج على القاضي ويقول: إن الخلوة أقيمت مقام الجماع. ولو كانت قالت: جامعني أليس أنه يلزمها الذهاب إلى منزلي ثم تطالبي بالمهر؟ فهذا هنا كذلك. لأن [من]^(٤) حجة القاضي أن يقول: الخلوة ليس بجماع حقيقة وإنما أقيمت مقامه في حق بعض الأحكام دون البعض. ألا ترى أنه لو طلقها بعد الخلوة لا يملك مراجعتها^(٥) في^(٦) العدة.

طلب الأب مهرها وقال: هي صغيرة. وقال الزوج: أنا أدفع المهر إليه فمهره فليدفعها إلي فإنها تطيق الرجال وتصلح للجماع، فإن كانت المرأة ممن تخرج أخرجها القاضي وأحضرها ونظر إلى قامتها إن صلحت للرجال أمر بدفعها إلى الزوج وإن لم تصلح لم يأمر. وإن كانت ممن لا تخرج أمر من يثق بهن من النسوان أن ينظرن إليها. فإن قلن: إنها تطيق الرجال وتحتمل الجماع. قيل للأب: اقبض^(٧)

(١) في أ: شهدا.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: الرجعة.

(٦) زاد في أ: هذه.

(٧) في أ: تقبض.

مهرها وادفعها إليه . وإن قلن : لا تحتمل الرجال ، أجب الزوج على دفع المهر إلى الأب ولا يجبر الأب على تسليمها إلى الزوج ، في أدب القاضي في باب المطالبة بالمهر .

وإن ادعى الزوج أنها بلغت مبلغ النساء ، وقال الأب : هي صغيرة لم تبلغ ولم تحتمل الرجال وهي ممن يشك في بلوغها إذا قلن : إنها تحتمل الرجال ، دفعت إلى الزوج هذا الباب أيضًا . وإن أتى الزوج ببينة تشهد على سنها وقد عرفوا مولدها فإن كان أتى عليها خمس عشرة سنة دفعت إلى الزوج ؛ لأن الظاهر أن المرأة إذا بلغت هذا المبلغ تصلح للرجال فتدفع إليه إلا إذا تبين بخلافه . ألا ترى أن البالغة إذا كانت لا تحتمل لا يؤمر الأب بدفعها إليه وأجناس هذه المسائل في هذا الباب أيضا .
الوكيل بالنكاح من جهة المرأة إذا زوجه من رجل ، أو الأب إذا زوج ابنته الكبيرة بإذنها ، أو الصغيرة من رجل ، ثم أبرأ الوكيل أو الأب الزوج عن كل المسمى أو البعض على شرط الضمان .

ذكر المسألة في شهادات فتاوى الفضلي - رحمه الله - وقال : إذا لم تجز المنكوحة الهبة أو البراءة لم يلزمها الضمان ؛ لأن [ضمان الزوج]^(١) إنما يكون في ماله على غيره ، وهذا إنما ضمن له أن يدفع إليه مثل ما وهب له من مال نفسه ، ومثل هذا لا يجوز كمن قال لغيره : وضمنت لك أن أدفع إليك من مالي كذا [وكذا ، والله أعلم]^(٢) .



(١) في أ ، ب : الضمان للزوج .

(٢) سقط في أ .

الفصل الحادي عشر

في نكاح الأبكار وسكوتهن وما يتصل بذلك

السكوت من البكر البالغة إذن إذا كان المستأمر وليا، أما إذا لم يكن [المستأمر]^(١) وليا أو كان وليا إلا أن هناك وليا آخر هو^(٢) أقرب إلى المرأة من هذا الولي المستأمر فالسكوت لا يكون إذنا في حق الولي المستأمر إلا إذا كان المستأمر رسول الولي^(٣).

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: وهو.

(٣) ذهب الحنفية إلى أنه لا إيجاب للولي على البكر البالغة في الزواج؛ ولذا لا بد من إذنها، فقد جاء في الهداية وفتح القدير: ولا يجوز للولي إيجاب البكر البالغة على النكاح؛ لأنها حرة مخاطبة، فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة؛ لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ.

ومعنى الإيجاب: أن يباشر عقد الزواج فينفذ عليها شاءت أو أبت.

وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت، فهو إذن.

والمراد بالسكوت: هو السكوت الاختياري، فلو أخذها سعال أو عطاس، أو أخذ فمها، فتخلصت من ذلك، فردت ارتد.

ولا فرق بين العلم والجهل بأن السكوت رضا، حتى لو زوجها أبوها فسكتت، وهي لا تعلم أن السكوت رضا، جاز.

ولو تبسمت يكون إذنا في الصحيح، وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا. وإنما كان السكوت رضا؛ لأن جانب الرضا فيه راجح؛ لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد، بخلاف ما إذا بكت؛ لأنه دليل السخط والكراهة.

وعن أبي يوسف في البكاء أنه رضا؛ لأنه لشدة الحياء، وعن محمد: أنه رد؛ لأن وضعه لإظهار الكراهة.

والمعول عليه: اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكلت، احتيط للأمر، وإنما كان السكوت إذنا ورضا؛ لما تقدم، ولقوله ﷺ: «البكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت».

وإذا استأذنها غير الولي أو ولي غيره أولى منه: كالأخ مع وجود الأب لم يكن سكوتها ولا ضحكها إذنا ورضا، بل لا بد أن تتكلم بالإذن؛ لأن هذا السكوت لقلّة الالتفات؛ فلم يقع دلالة على الرضا، بخلاف ما إذا كان المستأمر أي المستأذن رسول الولي، فإن سكوتها حينئذ يكون إذنا؛ لأنه قائم مقام الولي.

وذهب المالكية إلى أن الولاية في تزويج البكر البالغة ولاية إيجاب لأبيها فلا ضرورة لإذنها إلا إذا كانت قد رشدت أو كان المزوج غير الأب ووصيه، فقد جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ما حصله: ثم جبر بعد المالك أب رشيد، وإلا فوليه وله

الجبر، أي: وإلا يكن رشيدا بل كان سفيفا فالذي يجبرها عليه، والمختار: أن عدم الرشد هنا فقد التمييز، وجبر الأب المجنونة المطبقة ولو ثيبا أو ولدت الأولاد، لا من تفيق فينتظر إفاقتها إن كانت ثيبا بالغا، فإذا أفاقت فلا تزوج إلا برضاها.

وأما إذا كانت بكرا فإنه يجبرها ولو كانت عانسا، ولا تنتظر إفاقتها لو كانت مجنونة تفيق أحيانا، إلا إذا زوجها لذي عاهة كخصي.

وما ذكر من جبر البكر ولو عانسا هو المشهور، خلافا لابن وهب حيث قال: للأب جبر البكر ما لم تكن عانسا؛ لأنها لما عنست صارت كالثيب.

ومنشأ الخلاف هو: هل العلة في الجبر البكارة، وهي موجودة، أو الجهل بمصالح النساء، وهي مفقودة.

ويجبر الثيب ولو بنكاح صحيح إن صغرت أو كبرت، بأن كبرت وثبتت بعارض كوثبة أو ضربة، أو بحرام: زنى أو غصب.

ولا يجبر بكرا رشدت بعد البلوغ؛ بأن قال لها: رشدتك، أو أطلقت يدك، أو رفعت الحرج عنك، أو نحو ذلك.

ثم لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرا يتيمة تحت حجره بعد السيد في تزويج الأمة، وبعد الأب ووصيه في تزويج الحرة وحيث لا يوجد من له ولاية الإيجاب، فتزوج بإذنها: فإن كانت بكرا كفى صمتها إلا ما استثني، وإن كانت ثيبا أعربت عن نفسها، والذي استثني هو البكر التي رشدت فلا بد من نطقها بأنها راضية بذلك الزوج والصداق، وبكر مجبرة عضلت أي: منعها أبوها من الزواج فرفعت أمرها للحاكم، فزوجها هو، أو بكر زوجت بعرض من عروض التجارة وهي من قوم لا يزوجون به، وذلك إذا كانت غير مجبرة بأن كانت يتيمة لا أب لها ولا وصي ينظر في حالها، وبكر زوجت برقيق، أو زوجت بزوجه ذي عيب، أو بكر غير مجبرة اقتيت عليها، بأن تعدى عليها الولي غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها، ثم وصلها الخبر، فرضيت بذلك، فلا بد من رضاها بالقول، ولا يكفي الصمت.

وذهب الشافعية إلى أنه إن كانت المنكوحة ثيبا، نظر: فإن ذهبت بكارتها بالوطء في نكاح أو ملك أو شبهة: فإن كانت بالغة، لم يجز لأحد من الأولياء إجبارها على النكاح، سواء كان الولي أباً أو جدّاً أو غيرهما؛ لما روي: أن خنساء بنت خِذَام الأنصارية زوّجها أبوها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فذكرت ذلك للنبي ﷺ؛ فرد النبي نكاحها.

وروي: أن النبي ﷺ قال: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيْبِ أَمْرٌ».

قال الشيخ أبو حامد: وهو إجماع لا خلاف فيه.

ولا يصح نكاحها إلا بإذنها، ولا يصح إذنها إلا بنطقها مع قدرتها على النطق؛ لقوله ﷺ: «وَالْبِكْرُ تُمْتَدُّنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»، فلما جعل إذن البكر الصمت، دل على: أن إذن الثيب النطق. ولقوله ﷺ: «الثيب تستنطق» فإن كانت خرساء، وأشارت إلى الإذن بما يفهم منها، صح تزويجها.

وإن كانت الثيب صغيرة، لم يجز لأحد من الأولياء تزويجها قبل البلوغ، سواء كان الولي أباً، أو جدّاً، أو غيرهما؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيْبِ أَمْرٌ» ولم يفرق.

ولأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع؛ فلم تجبر على النكاح، كالثيب الكبيرة.
 وقولنا: «حرة» احتراز من الأمة.
 وقولنا: «سليمة» احتراز من المجنونة.
 وقولنا: «بجماع» احتراز ممن ذهبت بكارتها بوثبة أو تعنيس.
 وإن ذهبت بكارتها بالزنى، فهو كما لو ذهبت بكارتها بالجماع في النكاح؛ فيكون حكمها حكم الثيب في الإذن.
 وفي شرح مختصر الجويني: أن أبا إسحاق حكى عن القديم: أن المصابة بالفجور حكمها حكم الأبكار، واختاره.
 والأول: أصح؛ لأنها حرة سليمة، ذهبت بكارتها بجماع؛ فهو كما لو ذهبت بكارتها بنكاح.

وإن ذهبت بكارتها بوثبة أو تعنيس، ففيه وجهان:
 أحدهما: حُكمها حكم الموطوءة بالنكاح؛ لأنها ثيب، وهو محكي عن ابن خيران وأبي علي بن أبي هريرة.

والثاني: حكمها حكم البكر في الإذن. وهو المذهب؛ لأن الثيب إنما اعتبر إذنها بالنطق؛ لذهاب الحياء بالوطء، وهذا الحياء لا يذهب بغير الوطء، بخلاف الزانية؛ فإنها إذا لم تستح من مباحضة الرجال على الزنى والإقدام عليه، لم تستح من النطق بالإذن.
 قال الصيمري: وإن خلقت المرأة لا بكارة لها، فهي كالبكر.

وحكي عن القاضي أبي حامد سماعاً: أن التي وطئت مجنونة، أو مكرهة، أو نائمة حكمها حكم الأبكار؛ لبقاء الحياء، وهذا خلاف ظاهر المذهب.

وفي المصابة في غير المأتى وجهان، أحدهما: أن حكمها حكم الأبكار.
 ولو ذكرت المرأة للولي أنها ثيبٌ قبل قولها، فإن لم يعلم لها زوج فهل يسألها عن سبب الثيوبه؟ قال الماوردي: «لا يسألها». وقال الشاشي: «عندي أنه يسألها هل وطئت أم لا؟ فإن ذكرت أنها وطئت فاتهمها حلفها».

قال مجلي: «والذي اختاره الشاشي إنما يجيء على قولنا: لا تأثير لذهاب البكارة بغير الوطء».

وقال الصيمري: وإن ادعت المرأة البكارة أو الثيوبه، فالقول قولها، ولا يكشف عن الحال؛ لأنها أعلم بحالها.

وقال ابن الحداد: إذا زوج الرجل ابنته البكر البالغ بغير إذنها، فلما بلغها ذلك، قالت: أنا أخته من الرضاع تعني: الزوج أو تزوجني أبوه قبله، أو غير ذلك من الأسباب المحرمة فالقول قولها مع يمينها، ويبطل النكاح.

وإن كانت ثيباً، فزوجها وليها بإذنها، أو زوجها أبوها وهي بكر بغير إذنها فمكنت الزوج من وطئها، ثم ذكرت سبباً يوجب التحريم لم يقبل قولها، كما قال الشافعي رحمه الله تعالى: فيمن ضل له عبداً، فأخذه الحاكم، ورأى المصلحة في بيعه فباعه، أو باعه الحاكم بدين عليه وهو غائب، ثم قدم وادعى: أنه كان قد أعتقه قبل ذلك قُبِلَ قوله فيه مع يمينه، ولو باعه المالك بنفسه، أو باعه الحاكم عليه وهو حاضر لدين عليه امتنع منه، ثم ادعى بعد البيع: أنه

كان أعتقه أو أوقفه لم يقبل قوله في ذلك .
 فمن أصحابنا من صوّب ابن الحداد، ومنهم من خطّاه، وقال: لا يقبل قولها بحال؛ لأن لها غرضًا في أعيان الأزواج، وربما كرهت زوجها وطلبت غيره؛ فلا تصدق على ما يوجب بطلان نكاحها، كما إذا أقر العبد بجناية خطأ، أو إتلاف مال، فإنه لا يقبل.
 وقال ابن الحداد: وإن قالت امرأة وهي بالغة عاقلة: زوجني أبي زيدًا بشهادة شاهدين، وصادقها زيد على ذلك، فأنكر الأب أو الشاهدان ذلك لم يُلتفت إلى إنكار الأب والشاهدين؛ لأن الحق للزوجين، ولا حق للأب ولا للشاهدين في ذلك؛ فهو كما لو قال رجل: باع وكيلي داري من فلان، وادعاه المشتري، فأنكر الوكيل: لم يُلتفت إلى إنكاره؛ فكذلك هذا مثله.

قال القاضي أبو الطيب: هذا على قول الشافعي الجديد: إن النكاح يثبت بتصادق الزوجين.
 وهو المشهور.

وأما على القول القديم: فإنه لا يثبت بتصادقهما إلا إن كانا غريبين.
 وإذا أقر الأب أو الجد بالنكاح حيث يملك الإجبار، فإقراره مقبول؛ لقدرته على الإنشاء.

وحكى أبو عبد الله الحنطاي وجهًا: أنه لا يقبل حتى تساعده البالغة. وهذا بعيد؛ فإن القواعد المطردة المنعكسة على ما حكاه الإمام في كتاب «الإقرار»، وفي باب «ما على الأولياء» من كتاب «النكاح»: أن من قدر على الإنشاء قدر على الإقرار، ومن لا فلا، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا مسائل:

إحداها: الوكيل بالبيع وقبض الثمن إذا أقر بذلك، وكذبه الموكل لا يقبل قول الوكيل، وإن كان قادرًا على الإنشاء.
 الثانية: إذا أقر الزوج بالرجعة في زمن العدة لا يقبل منه على وجه، وإن كان قادرًا على الإنشاء.

الثالثة: الشخص يقر على نفسه بالرق فيقبل، ولا يقدر على أن يرق نفسه، قالها الإمام في كتاب «الإقرار».
 الرابعة قالها أيضًا فيه: العبد المأذون إذا أقر بعد الحجر عليه يقبل على وجه، وإن لم يقدر على الإنشاء.

الخامسة: المرأة إذا أقرت بالنكاح، وصدقها الزوج قبل منها على الجديد، وإن كانت لا تملك الإنشاء، وعلى القديم يقبل إذا كانا غريبين، وإلا فيطالبان بالبينة.
 ثم حيث تكلمنا في هذا الفرع فلنتعرض لما قاله الأصحاب فيه تفرعًا على الجديد، فنقول: هل يكفي إطلاق الإقرار أم لا بد من التفصيل كما في الدعوى على رأي؟ فيه وجهان، والأصح الثاني.

ثم إذا كذبها الولي فهل يعمل بإقرارها؟ فيه وجهان:

أحدهما ويحكي عن القفال: لا.

وأظهرهما وبه أجاب ابن الحداد والشيخ أبو علي: نعم، ويعضده ما قاله الإمام في آخر =

النهاية، فيما إذا حلف الأب على عدم التزويج: إنها إذا أقرت قبل إقرارها على الصحيح. وعن القاضي الحسين التفريق بين العفيفة والفاسقة.

ويجري هذا الخلاف فيما إذا عينت شهودًا وكذبوها.

وعلى الأول لو كان الأب غائبًا حين الإقرار لم ينتظر حضوره، بل تسلم للزوج في الحال للضرورة، فإن عاد وكذب فيحال بينهما، أو يستدام ما سبق؟ فيه وجهان: فرجح في الوسيط الأول، ورجح غيره الثاني، وإذا فرعنا على القديم، فأقرًا في الغربية، ثم رجعا إلى الوطن فهل يحال بينهما؟ فيه هذا الخلاف.

وعلى القول بقبول إقرارها وإن كذبها الولي: إذا أقر الولي المجبر لشخص، وأقرت هي لآخر فالمقبول إقراره أو إقرارها؟ حكى أبو العباس العبادي فيه وجهين عن الحلبي عن القفال الشاشي والأودي.

وحكى الإمام قبل كتاب «الصداق» في ضمن فرع: «إذا زوج الرجل إحدى ابنتيه...» ترددًا ظاهرًا عن الأصحاب في قبول إقرار البكر، ومعها من يجبرها، قال: ويظهر في وجه القياس ألا يقبل إقرارها، ومن أصحابنا من قال: يقبل إقرارها إذا استقلت بالنكاح، وفي تفريع هذا عسر؛ فإنها لو أقرت بأنها زوجة فلان، وأقر الأب بأنه زوجها من غيره فإذا فرعنا على قبول إقرارها، فكيف نقول؟ وما الوجه؟ يجوز أن يقال: الحكم للإقرار السابق، ويجوز أن يحكم ببطلان الإقرارين إذا اجتمعا، ولو رددنا إقرارها لتخلصنا من هذا الخبط؛ فتحصلنا على أربعة احتمالات.

وإن كانت المنكوحة مجنونة، فإن كان وليها أبها أو جدها، زوجها على أية صفة كانت، صغيرة كانت أو كبيرة، بكرًا كانت أو ثيبًا؛ لأنهما يملكان إجبارها على النكاح، وإنما لم يجز لهما تزويج الثيب الصغيرة العاقلة؛ لأنه يُرجى لها أن تبلغ وتأذن، ولم يَجْزُ لهما تزويج الثيب البالغة إلا بإذنها؛ لأنها من أهل الإذن، والمجنونة ليست من أهل الإذن، ولا يُرجى لها حال تصير فيه من أهل الإذن.

وقال بعض الخرسانيين: لا تزوج الثيب الصغيرة المجنونة.

وقال بعض البصريين: لا تزوج الصغيرة المجنونة، وحيث تزوج فلا يشترط في حقها وجود الحاجة، بل يكفي ظهور المصلحة.

قال الإمام: اتفق عليه الأصحاب، بخلاف المجنون؛ لأن النكاح يفيد المهر والنفقة، ويغرم المجنون.

وإن كان ولي المجنونة غير الأب والجد من العصابات، لم يملك تزويجها؛ لأن تزويجها إجبارٌ، وهم لا يملكون إجبارها على النكاح.

وإن كان وليها الحاكم، قال الشيخ أبو حامد: بألا يكون لها ولي مناسب، أو كان لها ولي مناسب غير الأب والجد، فإنهم لا ولاية لهم عليها في هذه الحالة، وتنتقل الولاية إلى الحاكم. فإن كانت صغيرة، لم يجز للحاكم تزويجها؛ لأنه لا حاجة بها إلى التزويج في هذه الحال. وإن كانت كبيرة، جاز له تزويجها؛ لأن لها في ذلك حظًا؛ لأنها تحتاج إليه للنفقة، ويكسبها غناء، وربما كان لها فيه شفاء. والفرق بين الحاكم وبين غير الأب والجد من العصابات: أن الحاكم يزوجه حُكْمًا؛ ولهذا يجوز له التصرف في مالها، والعصابات غير

الأب والجد يزوجونها بالولاية، ولا ولاية لهم عليها. وإذا زوج الحاكم راجع أقاربها، وهذه المراجعة واجبة أو مستحبة؟ فيه وجهان: أحدهما: أنها واجبة، فعلى هذا لا يراجع إلا من تكون له الولاية عليها لو كانت عاقلة، قاله المتولى، فإن شاورهم فلم يسيروا بشيء استقل الحاكم. وهذا الوجه استضعفه الإمام، وذكر في التهذيب أنه الأصح.

وإذا قلنا: إنها مستحبة، شاور عصباتها، فإن لم يكن شاور أقاربها كالأخ، والعم من الأم، والخال، قاله المتولى.

وقيل: إنه لو كان لها ولي مناسب غير الأب والجد، فإنه أولى بتزويجها من الحاكم؛ لأن النسب أشفق وأولى من الحاكم، فعلى هذا لا ينفرد القريب، ولكنه يحتاج إلى مراجعة الحاكم، فيقوم إذن الحاكم مقام إزنها، فإن امتنع القريب زوج الحاكم.

ثم الحاكم أو القريب إنما يزوج عند ظهور الحاجة، وذلك بأن تبين مخايل الشهوة، أو يشير أرباب الطب بأن في تزويجها توقع الشفاء، ويكون إذ ذاك واجباً عليه.

وقال ابن الصباغ: لا يزوجه الحاكم إلا إذا قال أهل الطب: إن شفاءها في ذلك، فلو انتفى ذلك، وأراد التزويج لكفاية النفقة أو لمصلحة أخرى فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ كما أن الأب يزوج بمجرد المصلحة.

وأصحهما: المنع؛ لأن تزويجها يقع إجباراً، وغير الأب والجد لا يملك الإيجاب، وإنما يصار إليه للحاجة النازلة منزلة الضرورة، وإذا جمعت ما ذكرناه واختصرت، قلت: في تفسير الحاجة ثلاثة أوجه:

أحدها: توقع الشفاء ليس إلا.

الثاني: ذلك أو تبين مخايل الشهوة.

الثالث: ذلك أو كفاية النفقة.

ثم هذا كله فيما إذا بلغت مجنونة، فلو بلغت عاقلة ثم جُنَّت فهل يزوجه الأب والجد؟ قال مجلي وهو في الوسيط: فيه وجهان مرتبان على قولنا: إن ولاية المال لا تعود، منهم من قال: لا تعود ولاية النكاح كولاية المال، ومنهم من قال: تعود، وهو الأظهر؛ لأنهما كاملاً الشفقة، فكانا أولى من غيرهما.

وقال في «التتمة»: يزوجه الأب بلا خلاف، ولكن إذا قلنا بعدم ولاية المال، فهل ينفرد أو يحتاج إلى إذن السلطان؟ فيه وجهان.

ونقل العمراني عن الخراسانيين أن المجنونة المطبقة إن كانت بكرًا، فللأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة. وإن كانت ثيبًا، فإن بلغت مجنونة، فلها ذلك، وإن بلغت عاقلة ثم جُنَّت، فهل لهما تزويجها؟ فيه وجهان؛ بناء على أنه: هل تعود ولاية المال لهما؟ فيه وجهان. وإن كانت صغيرة ثيبًا، فوجهان.

وإن كان جنونها غير مُطْبِق وهي ثيب، فهل لهما تزويجها في يوم الجنون؟ على وجهين.

فأما غير الأب والجد من العصابات: فليس له تزويجها بحال، وللحاكم أن يزوجه إذا كانت بالغة، وهل يستأذن الحاكم غيره من العصابات؟ فيه وجهان. اهـ.

وقال في «التهذيب»: لو كانت تجن يوماً وتفيق يوماً، لا تزوج حتى تفيق وتأذن، وتبقى على الإفاقة حتى يفرغ الولي من التزويج.

وقيل: هو كالجنون المطبق حتى لو زوجها في يوم جنونها جاز. وإن كانت المنكوحه أمة، فللمولى أى: المطلق التصرف أن يزوجه بغير إذنها، صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة كانت أو مجنونة، ثيباً كانت أو بكرًا، قنة أو مدبرة أو معلقاً عتقها على صفة؛ لأن النكاح يرد على منافع البضع، وهي مملوكة له، وبهذا فارقت العبد. وأيضاً فإنه ينتفع بنكاح الأمة باكتساب المهر والنفقة.

فإن قيل: إذا قلت: إن السيد يزوج بحكم الولاية، فكيف يزوج الثيب بغير إذنها، وولاية الأب أقوى الولايات، وهو لا يملك تزويج الثيب بدون الإذن؟ فالجواب: أن ولاية المال أقوى، بدليل أنه يزوج مع حضور الأب، والأب كما كانت ولايته أقوى من ولاية غيره انفراداً بتزويج البكر بغير إذنها؛ فكذلك ولاية السيد لما كانت أقوى ظهر له فردية على الأب، حتى يجد الثيب دون غيره؛ كذا أشار إليه المتولي.

فإن دعت الأمة المولى إلى إنكاحها وامتنع: فإن كان يملك وطأها، لم يُجبر على إنكاحها؛ لأن عليه ضرراً في ذلك، وهو زوال استمتاعه بها، ولأنه يشوش عليه مقاصد الملك فينقص قيمتها.

وإن كانت لا يحل له وطؤها بأن كانت محرمة عليه تحريمًا مؤبداً: كأخته من النسب أو الرضاع، فهل يُجبر على إنكاحها؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يُجبر؛ لأنها تنقص قيمتها بالنكاح.

والثاني: يجبر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] ولأنه لا يملك الاستمتاع بها، ولا ضرر عليه في إنكاحها، بل يحصل له المهر وملك الولد.

ولأنها لا تتوقع منه قضاء الشهوة؛ فلا بد من إعافها. وحكى في الوسيط الوجهين من غير تقييد بكونها محرمة عليه. وإن كانت الجارية لامرأة، فطلبت الأمة الإنكاح، فامتنعت مولاتها فينبغي أن يكون في إجبارها وجهان، كما لو كانت لرجل لا يملك استمتاعها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة حكم الأمة القنة في ذلك.

وإن كانت له أمة نصفها حرًا، ونصفها مملوكًا، فلا يملك المولى إجبارها على النكاح؛ لما فيها من الحرية، ولا يجوز لها أن تتزوج بغير إذن مالك نصفها؛ لما فيها من الرق. فإن دعت إلى الإنكاح، وامتنع مالك نصفها، فهل يجبر؟ قال مجلي: لا يجب تزويجها.

وقال ابن الصباغ: ينبغي أن تكون على وجهين، كالتى لا تحل له. ومن الذي يتولى عقد النكاح عليها؟

قال ابن الحداد: يزوجه مالك نصفها برضا وليها من النسب، فإن كان وليها من النسب أباًها أو جدها وكانت بكرًا، يزوجه مالك نصفها برضا أبيها أو جدها، ولا يفترق إلى رضاها.

وإن كانت ثيبًا، أو كان وليها من النسب غير الأب والجد من العصبات، لم يزوجه مالك نصفها إلا برضا وليها من النسب ورضاها، وإن لم يكن لها ولي من النسب، لم يزوجه مالك نصفها إلا برضاها ورضا مُعتقها؛ لأن المالك لا حق له إلا في نصفها المملوك.

وقال أصحابنا: هذا على القول الذي يقول: إن من نصفها حرٌّ، ونصفها مملوك يرث عنها عصبتها ما ملكته بنصفها الحرِّ. وأما على القول الذي يقول: إن ما ملكته بنصفها الحرِّ إذا ماتت، كان لمالك نصفها، فمن ذا الذي يزوجه؟ فيه وجهان: أحدهما: يزوجه مالك نصفها وحده؛ لأنه لما ملك جميع ميراثها، ملك تزويجها، كعصبتها.

والثاني: أنه لا يزوجه إلا برضاها وبرضا وليها من النسب، أو برضاها وبرضا مُعتقها، كالقول الأول؛ لأن وليها ومعتقها وإن لم يرثا فإنما لم يرثا لما فيها من الرق، وأما النسب والولاء: فهو ثابت بينهما؛ فوجب أن يكون الإنكاح إليه. وإذا كان لعبد المأذون في التجارة أمة، إن لم يكن عليه دين جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على أصح الوجهين.

والثاني: لا، إلا أن يأذن العبد، أو يعيد السيد الحجر عليه. وإن كان عليه دين: فإن زوجها بإذن العبد والغرماء صح، وإن زوجها بإذن العبد دون الغرماء أو بالعكس لم يصح على أصح الوجهين. وأما المُكاتبَة: فإن أراد المولى إجبارها على النكاح، لم يكن له ذلك؛ لأن تصرفه قد انقطع عنها بالكتابة، فهي كالخارجة عن ملكه. وقيل: لا تزوج المكاتبَة أصلاً. وإن طلبت النكاح وامتنع السيد، فهل يجبر؟ فيه وجهان: أحدهما: يُجبر؛ لأن لها في ذلك منفعة؛ لأنه يحصل لها المهر والنفقة، فتستعين بالمهر على أداء الكتابة.

والثاني: لا يُجبر؛ لأن له في الامتناع فائدة، وهو أنها: ربّما عادت إليه بالتعجيز؛ فيكون لا يملك الاستمتاع بها؛ فتعود إليه ناقصة. قال ابن الرفعة: والأول أصح. ورجح النووي مقابله.

وذهب الحنابلة إلى أن البكر إذا كانت صغيرة فلا إذن لها معتبرًا، فهم فيها كأصحاب المذاهب الأخرى، أما إذا كانت كبيرة ففيها روايتان، فقد جاء في الشرح الكبير للمقدسي: فأما الإناث فلأب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف؛ إذ وضعها في كفاءة يجوز له ذلك مع كراهيتها وامتناعها، وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي بَيَّنَّ مِنَ الْمَجِصِّ مِنْ سَائِكِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق: ٤] فجعل للآئي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسح؛ فدل ذلك على تزويج وتطليق، ولا إذن لها يعتبر.

وقالت عائشة رضي الله عنها: «تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست، وبنى بي وأنا ابنة تسع» متفق عليه، ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنهما.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن المستأمر أو المخبر^(١) بالنكاح إذا لم يكن وليا ولم يكن رسول الولي فسكتت كان سكوتها رضا^(٢) في ظاهر الرواية .
 وذكر الكرخي - رحمه الله -: أنه لا يكون رضا .
 وفي البقالي : وأكثر المتأخرين على أن الرسول كالولي .
 وقيل عن أبي حنيفة - رحمه الله - خلافه في النوادر ، وهو ظاهر قول الكرخي .
 وقيل [في]^(٣) الرسول بعد النكاح : إنه كالولي .
 وفي مجموع النوازل : أن المخبر بالنكاح إذا كان أجنبيا فسكتت^(٤) هل يكون رضا؟ فيه اختلاف المشايخ ، والمختار أنه [يكون رضا]^(٥) .
 وفي فتاوى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ، وشمس الإسلام الأوزجدي - رحمه الله - : أنه لا يكون رضا .

وهذا الذي ذكرنا في حق الأولياء إذا سمي الزوج عندها^(٦) تسمية تقع بها^(٧) المعرفة ، وكان الزوج كفؤا ، والمهر وافرا ، أما إذا أبهم الزوج [لم يكن]^(٨) السكوت رضا ، وكذلك إذا سمي الزوج وسمي المهر والزوج ليس بكفء ، والمهر ليس بوافر ، أو^(٩) كان الزوج كفؤا ، والمهر ليس بوافر ، أو كان المهر وافرا إلا أن الزوج ليس بكفء ، فالسكوت لا يكون رضا في حق جميع الأولياء إلا في حق الأب

وفي البكر البالغة العاقلة روايتان :

إحدهما : له إجبارها على النكاح .

والثانية : ليس له ذلك ، واختارها أبو بكر ؛ لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ :
 « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا : يا رسول الله فكيف إذن؟ قال : « أن تسكت » ؛ ولأنها جائزة التصرف في مالها ؛ فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل .

(١) في أ : المجبر .

(٢) في ب : رضاها .

(٣) سقط في ب .

(٤) في أ : فسكتت .

(٥) سقط في أ ، ب .

(٦) في ب : عندنا .

(٧) في ب : لها .

(٨) في أ : ثم .

(٩) في أ : و .

والجد عند أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأنهما وليان في ذلك عنده أجنبيان عندهما والمسألة معروفة.

وقال بعض مشايخنا: إذا كان المخبر بالنكاح أجنبيا ليس بولي ولا رسول، فإن كان المخبر رجلين عدلين أو غير عدلين أو كان واحدا عدلا يثبت النكاح، حتى لو سكتت ولم ترده يلزمه النكاح، وإن كان^(١) المخبر رجلا واحدا غير عدل فإن صدقته بذلك ثبت النكاح، وإن كذبه لا يثبت وإن ظهر صدق المخبر عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: يثبت النكاح إذا ظهر صدق المخبر.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: البكر البالغة إذا استأمرها أبوها في التزويج فسكتت، فزوجها أبوها ثم قالت: لا أرضي، ينظر: إن كان الأب وقت الاستئثار لم^(٢) يذكر [ممن يزوجه ولم يذكر]^(٣) أنه بكم يزوجه لا ينعقد النكاح، ولها أن ترد، وإن كان [الأب]^(٤) ذكر الزوج، [والمهر جميعا]^(٥) نفذ النكاح [ولا يصح الرد، وإن كان ذكر^(٦) الزوج ولم يذكر المهر فإن وهبها نفذ النكاح]^(٧) بمهر المثل، وإن زوجها بمهر مسمى لا ينفذ^(٨) النكاح؛ لأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة بالزوج فيتم الرضا بهذا العقد. وإذا زوجها بمهر مسمى فتمام العقد بالزوج وبذكر البذل وهي غير عالمة بالبذل فلا^(٩) يتم الرضا بهذا العقد.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب النكاح: إن اشتراط تسمية المهر عند الاستئثار قول المتأخرين من المشايخ، لأن [رغبتها]^(١٠) تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة. فأما ما عليه إشارات محمد - رحمه الله -

(١) زاد في ب: الزوج.

(٢) في أ: ولم.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: ولم يذكر المهر فإن وهبها.

(٦) زاد في م: الأب.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: ينعقد.

(٩) في م: لا.

(١٠) سقط في ب.

في كتاب النكاح وتسمية^(١) المهر عند الاستئثار ليس بشرط إنما الشرط تسمية الزوج، فعلى ما عليه إشارات محمد - رحمه الله - ينفذ نكاح الأب في هذا الوجه وإن كان بمهر مسمى.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: أنه إذا لم يسم لها الزوج أو المهر فسكتت ففيه اختلاف المتأخرين، منهم: من رآه رضا.

ومنهم: من أبي مطلقاً من غير فصل بين ما إذا وهبها أو زوجها بمهر مسمى، هذا إذا أخبرها بالنكاح قبل العقد.

وأما إذا أخبرها [به]^(٢) بعد العقد فسكتت، ففيما إذا لم يذكر الزوج والمهر قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: لا ينفذ^(٣) وهو الصحيح وعليه الفتوى.

وفيما إذا ذكر الزوج والمهر ينفذ. وفيما إذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فالمسألة على التفصيل الذي ذكرنا.

وهو اختيار الصدر الكبير برهان الأئمة تغمده الله بالرحمة.

إذا قال لها الولي: أزوجك فلانا أو فلانا، [فسكتت]^(٤) فأيهما زوج جاز؛ لأن السكوت لما كان دليل الرضا [صار]^(٥) كأنها أذنته أن يزوجه أحدهما أيهما شاء.

ولو سمي جماعة مجملاً فقال: أزوجك من جبراني أو من بني عمي، فإن كانوا يحصون فهو إذن، وإن كانوا لا يحصون لا يكون إذناً، لأن من [يحصى يصير معلوما بالذكر فصار السكوت فيهم رضا، ومن لا يحصى]^(٦) لا يصير معلوما فكيف ترضى [به]^(٧) مع جهالته؟ هذه الجملة من القدوري.

ولو قال: (بهمسايه خویشان بزنی دهمت أو بيسره عم خویشان) وله جبران أو بنو عم فسكتت، لا يكون رضا وإن كانوا [يحصون، بخلاف قوله: من جبراني أو بني عمي، وهم يحصون؛ لأن هناك الاستئثار وقع بصفة العموم فيثبت الرضا بصفة

(١) في أ: وتسمية.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: ينعقد.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

العموم إن كانوا^(١) معلومين . أما هاهنا الاستثمار وقع باسم الوحدان وإنه مجهول فلا يثبت الرضا، فعلى هذا إذا قال لها الولي: (ترابه يعمران فلان يزني مي دهم) ولفلان [ابنان]^(٢) فسكتت، فهو إذن لو زوجها من أحدهما يجوز. ولو قال: (ترابه بسر فلان بزني مي دهم) وله ابنان فسكتت، لا يكون إذنا.

إذا بلغ الخبر إلى البكر فضحكت، ذكر خواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب النكاح في باب البكر، والقدوري في شرحه: أنه يكون رضا مطلقاً. وذكر شمس الأئمة في هذا الباب أيضاً: أنها إذا ضحكت كالمستهزئ به لما سمعت، لا يكون رضا، وذلك معروف بين الناس.

وأما إذا بكت، ذكر القدوري أن عن أبي يوسف روايتين، في رواية: لا يكون رضا، وهو قول محمد.

وبعض المتأخرين قال^(٣): إن كان الدمع حاراً فهو رد، وإن كان بارداً فهو رضا.

قالوا: وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - .

وبعضهم قالوا: إن كان البكاء^(٤) مع الصياح والصوت فهو رد، وإن كان مع السكوت فهو رضا، وهو الأوجه وعليه الفتوى.

إذا استأمر البكر الولي في التزويج من رجل فقالت: غيره أولى، لم يكن ذلك إذنا. ولو أخبرها به بعد العقد فقالت ذلك كانت إجازة.

في نكاح شرح القدوري: امرأة بالغة زوجها وليها فبلغها الخبر فقالت: لا أريد الزوج، أو قالت: لا أريد فلانا، ففي الوجه الأول [قالوا]^(٥): لا يكون رداً. وفي الوجه الثاني يكون رداً.

قال - رحمه الله - في واقعاته: والمختار أنه يكون رداً في الوجهين جميعاً. البكر إذا قالت للولي عند الاستثمار: لا تزوجني من فلان فإني لا أريده، فزوجها أبوها فبلغها فسكتت جاز النكاح، ولو قالت حين بلغها: قد كنت قلت إنني لا أريد

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فقالوا.

(٤) في ب: النكاح.

(٥) سقط في ب.

فلانا، ولم ترد على هذا لم يجز النكاح، لأنها أخبرت أنها على إباثها الأول. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: بكر بلغها الخبر بالنكاح فأخذها العطاس أو السعال فلما ذهب عنها قالت: لا أرضي، جاز الرد إذا قالت ذلك متصلاً. وكذلك إذا أخذ فمها ثم ترك، فقالت: لا أرضي.

في هذا الموضع أيضاً: البكر إذا دخل بها زوجها وهي مطاوعة ثم قالت: لم أرض، لم تصدق على ذلك، وإن دخل بها وهي مكرهة تصدق على ذلك في نكاح الكافي... في باب البكر، ولا يصدق الولي أنها قد رضيت.

في هذا الموضع أيضاً: إذا زالت بكارتها بالزنا معروف، فإن أخرجت وأقيم عليها الحد أو صار الزنا عادة لها، فالصحيح أنها تزوج بعد ذلك كما تزوج الثيب. ذكره شمس الأئمة في شرح هذا الباب أيضاً.

البكر إذا بلغها الخبر فقالت: لا أرضي، ثم قالت بعد ذلك: رضيت، فلا نكاح بينهما. ولو استؤمرت أولاً فزوجها الولي كذلك فبلغها الخبر فسكتت [كان] ^(١) ذلك رضا منها وكان ذلك جائزاً. كتبت هاتين المسألتين في نكاح الأصل، [والله أعلم] ^(٢).



(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا الفصل :

ذكر الخصاف في أدب القاضي في باب الشفعة: إذا زوج الرجل ابنته البكر البالغة، ثم خاصمت مع الزوج فقال الزوج: بلغك الخبر، [وسكت وقالت المرأة: بلغني الخبر]^(١) يوم كذا فرددت، فالقول قول المرأة. وبمثله لو قالت المرأة: بلغني الخبر^(٢) وقت كذا فرددت، أو قالت: علمت يوم كذا ورددت، وقال الزوج: لا، بل سكت، فالقول قول الزوج. وهكذا ذكر المسألة في كتاب الاستحسان.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - بخلاف هذا. وصورة ما ذكر ثمة قال: سألت محمد - رحمه الله - عن بكر زوجها وليها فقالت بعد سنة: قد [كان]^(٣) بلغني الخبر يوم زوجني فلم أسكت وقلت: لا أرضى، وادعى الزوج أنها كانت رضيت، فالقول قول المرأة؛ لأن أصل النكاح ليس بثابت، وليس هذا كادعاء الصغيرة بعد البلوغ أنها لم ترض حين أدركت؛ لأن أصل نكاحها كان صحيحًا، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - جواب المسألتين.

وفي نكاح المنتقى: البكر إذا زوجت فأقامت البينة أنها حين أخبرت سكتت فالبينة بينة المرأة. ولو شهد شهود^(٤) أنها حين أخبرت رضيت أخذت بينة الزوج. وفيه أيضًا: رجل أقام بينة أن أبا هذه المرأة زوجها إياه وهي بنت ثمان سنين، وأقامت هي البينة أنه تزوجها^(٥) وهي بنت عشرين، فالقول قولها والبينة بينتها. قال أبو الفضل - رحمه الله -: تأويله: أنهما اتفقا على وقت النكاح واختلفا في سنهما في ذلك اليوم فصارت بينتها أقدم.

قال أبو يوسف - رحمه الله - في امرأة زعمت أن أخاها زوجها من هذا وهي صغيرة كارهة له وأنه بنى بها وهي صغيرة كارهة ودخل بها، ثم جاءت تخاصمه وتريد فراقه وقالت: أدركت اليوم، وقال الزوج: بنيت بها وهي كبيرة ووطئتها وقد

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في أ: يوم كذا فرددت أو قالت.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: شهوده.

(٥) في أ: زوجها منه، وفي ب: زوجها.

أدركت، فالقول قول الزوج.

وفي العيون: لو كان عندها^(١) قوم حين بلغها الخبر فقالت: رددت النكاح حين بلغني لكن لم يسمعوا مني، لا يقبل قولها؛ لأنها ثبت سكوتها عند ذلك القول فيثبت الرضا ظاهراً، ولو كان زوجها في حالة الصغر وقالت بعدما أدركت: إني قد اخترت نفسي حين أدركت، لم يقبل قولها، لأن الملك ثابت عليها فهي بما قالت تريد إبطال الملك الثابت عليها فكانت مدعية صورة.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: [رجل]^(٢) زوج بنتا كبيرة بغير أمرها فجاءت تطلب الميراث، وقالت: كنت أجزت النكاح، لم تصدق إلا بيينة. وإن قالت: زوجني بأمرى، فالقول قولها.

وعنه أيضاً برواية خالد بن صبيح^(٣): رجل زوج أختا له وهي كبيرة وهو وليها قال الزوج بعد ذلك للمرأة: أنت قد علمت وما رضيت، وقالت المرأة: رضيت وأجرت [النكاح]^(٤)، لا يكون هذا القول من الزوج فرقة وهي امرأته والقول قولها. [وكذا إذا قال الزوج: لم تعلمي، فقالت المرأة: لا، بل علمت وأجرت، فالقول قولها]^(٥)، ولو مات الزوج قبل هذه المقالة فقالت الورثة وهم كبار: قد علمت وما

(١) في ب: عندهما.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: صبح.

وهو: خالد بن يزيد بن صالح بن صبيح ابن الخشخاش بن معاوية بن سفيان المري أبو هاشم الدمشقي، روى عن: الحسن بن عمار، ومكحول، ويونس بن ميسرة بن حليس وغيرهم، وروى عنه: الفرج بن فضالة، ونعيم بن حماد المروزي، والوليد بن مسلم وغيرهم. وثقه أبو حاتم، والعجلي، ودحيم. وقال النسائي: ليس به بأس. وقال الدارقطني: يعتبر به. وذكره ابن حبان في «الثقات». وقال ابن حجر: ثقة، من السابعة، مات سنة بضع وستين، وقد قارب التسعين، روى له أبو داود في «المراسيل»، وفي «القدر»، والنسائي، وابن ماجه.

ينظر: الجرح والتعديل (٣/٣٥٨)، سؤالات البرقاني للدارقطني، لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، كتب خانه جميلي، تحقيق: د. عبدالرحيم محمد أحمد القشقرى، باكستان، ط (١)، ١٤٠٤هـ (١/٢٨)، الثقات، لابن حبان (٦/٢٦٦)، تهذيب الكمال (٨/١٩٣)، تهذيب التهذيب (٣/١٠٨)، تقريب التهذيب، ص (١٩١).

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

رضيت، وقالت المرأة: لا، بل رضيت [وأجزت]^(١)، فالقول قولها، وهذه الرواية تخالف رواية ابن سماعة، ورواية فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

فقد ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - في هذه الصورة: أن القول قول ورثة الزوج، ولا مهر لها ولا ميراث، لأنهم اتفقوا [على]^(٢) أن النكاح وقع غير تام، فبعد ذلك المرأة بقولها رضيت تدعي الإتمام والورثة ينكرون، وإن كان ورثة الزوج قالوا للمرأة بعد موت الزوج: لم تعلمي^(٣)، لم ترث حتى تقيم البينة على سكوتها بعد العلم في حياته إن كانت بكراً، وعلى رضاها إن كانت ثيباً، هكذا روى خالد.

وإن كانت المرأة [لم تقل]^(٤): بلغني النكاح وأجزت، ولكن قالت: زوجني أخي بأمرى، صدقت ولها المهر والميراث وعليها العدة، هكذا روى خالد عن أبي يوسف - رحمه الله - وإنه يوافق رواية ابن سماعة [عنه]^(٥)؛ لأنهما اختلفا في وقوع العقد بصفة التمام، والأصل في عقود العقلاء التمام فالمرأة تدعي تمام [العقد]^(٦)، وهي في ذلك متمسكة بالأصل، ولو كانت المرأة هي الميتة، والمطالب للميراث هو الزوج، والأخ المزوج هو الوارث، فقال الأخ: لم تكن أمرتني ولم تعلم حتى ماتت، وادعى الزوج رضاها بهذا النكاح [أو أنها أمرته]^(٧) بذلك، فعلى الزوج البينة على ذلك.

رجل زوج ابنه البالغ امرأة ومات الابن فقال أب الزوج: كان النكاح بغير إذن الابن ومات قبل الإجازة، وقالت المرأة: لا، بل أجاز ثم مات.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - أن القول قولها، والبينة بينة الأب.

وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يكون القول [قول الأب]^(٨)؛ لأنهما اتفقا [على]^(٩) أن العقد وقع غير لازم، فالمرأة [تدعي للزوج]^(١٠) والأب ينكر، حتى لو

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ: نعم.

(٤) في أ: تقول.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: وإنها امرأته.

(٨) في أ: قوله.

(٩) سقط في ب.

كانت المرأة قالت: كان النكاح بإذن الابن^(١) كان القول قولها. وهكذا ذكرت^(٢) في المحيط في فصل^(٣) المتفرقات: أن القول قول الأب. الولي إذا زوج وليته فردت ثم اختلفا، فقال الولي إنها صغيرة والرد باطل، وقالت المرأة: أنا بالغة، فالقول قولها إن كانت مراهرة، لأن المخبر به يحتمل الثبوت وهي منكرة الملك عليها معنى.

إذا زوج الرجل ابنته فقالت: أنا بالغة والنكاح [لم يصح]^(٤)، وقال الأب: لا، بل [هي]^(٥) صغيرة، فإن كانت مراهرة فالقول قولها لما ذكرنا أنها تنكر ثبوت الملك عليها.

وقد قيل: القول قول الأب والأول أصح. وعلى هذا: إذا باع الرجل ضياع ابنه، فقال الابن: أنا بالغ، وقال المشتري والأب: إنه صغير، فالقول قول الابن لأنه ينكر زوال ملكه. وقد قيل بخلافه، والأول أصح. والله أعلم.



(١٠) في أ: تزعم.
 (١) في أ: الأب.
 (٢) في أ: كتبت.
 (٣) في أ: أصل.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في أ.

الفصل الثاني عشر في النكاح الموقوف

وفي نكاح الأصل: رجل تزوج أمة بغير إذن مولاهما ثم تزوج حرة، ثم أجاز مولى الأمة النكاح لم يجز؛ إما لأن الإجازة لاقت عقدا مفسوخًا؛ لأن نكاح الأمة واقع بعد نكاح الحرة باعتبار^(١) النظر إلى ما هو المقصود من العقد وهو الملك والحل فانفسخ نكاح الأمة بنكاح الحرة، أو لأنه اعترض بعد عقد الأمة قبل الإجازة ما يمنع ابتداء عقد الأمة فتمتنع الإجازة أيضًا. ألا ترى أنه لو تزوج امرأة نكاحًا موقوفًا ثم تزوج أختها، ثم إن [الأولى أجازت]^(٢) لم يجز، أرأيت لو تزوج أم هذه الأمة أو ابنتها وهي حرة قبل إجازة مولاهما أكان يجوز؟ لا شك أنه لا يجوز.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: عبد^(٣) [تزوج أمة ثم]^(٤) تزوج حرة ثم تزوج أمة ثم أجاز المولى نكاحهن [جاز نكاح]^(٥) الأمة الأخيرة، ولو كان دخل بكل واحدة منهن لم يجز نكاح [كل واحدة]^(٦) منهن.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: عبد تزوج أمة ثم حرة، بغير إذن المولى، فبلغ المولى فأجاز النكاحين فنكاح الحرة جائز ونكاح الأمة باطل، ولو كان تزوج حرة ثم أمة بغير إذن المولى فأجاز المولى، فنكاح الحرة جائز ونكاح الأمة باطل في فجاز فأجاز في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال^(٧) محمد - رحمه الله -: نكاح الأمة جائز ونكاح الحرة باطل؛ لأن محمدًا

- رحمه الله - يقول: نكاح الأمة في عدة الحرة جائز. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) في ب: فاعتبار.

(٢) في أ: المولى أجازة.

(٣) في ب: أنه.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: ثم أجاز.

(٦) في أ، ب: شيء.

(٧) في ب: وقول.

الفصل الثالث عشر

في انتقال الإجازة وعدم انتقالها

يجب أن يعلم أن العقد قد يتوقف على إجازة إنسان، ثم تنتقل الإجازة إلى غيره [ويصح بإجازته]^(١)، وقد لا تنتقل الإجازة إلى غيره.

بيان الأول: إذا زوج الرجل [ابنة]^(٢) أخيه من ابنه، وهما صغيران ولابنة أخيه أب مات الأب قبل إجازة النكاح، فأجاز العم هذا النكاح قبل بلوغها، صحت الإجازة ونفذ النكاح.

وكذلك إذا زوج الرجل ابنه البالغ بغير إذن الابن، فلم يبلغ الابن الخبر حتى صار^(٣) معتوها - يعني الابن [صار معتوها]^(٤) - فأجاز الأب ذلك النكاح، جاز.

وكذلك العبد إذا تزوج [بغير إذن المولى]^(٦) ثم خرج عن ملكه إلى ملك غيره [بالبيع]^(٧) [فأجاز الثاني النكاح، صحت إجازته ونفذ العقد.

وكذلك الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن المولى ثم خرجت عن ملكه إلى غيره^(٨) بالبيع^(٩) أو الهبة^(١٠) أو [الإرث]^(١١)، فإن لم يحل فرجها^(١٢) للمالك^(١٣) الثاني بأن ورثها جماعة أو ورثها ابنه وكان الميت وطئها أو باعها [أو وهبها]^(١٤) من جماعة

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: ابنه الصغير ابن.
 - (٣) زاد في م: الابن.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في ب.
 - (٦) سقط في أ.
 - (٧) سقط في ب، وفي م: ببيع.
 - (٨) في ب: ملك غيره.
 - (٩) سقط في أ، م.
 - (١٠) في أ: بالهبة، وفي م: هبة.
 - (١١) في أ: بالإرث أما الأمة، وفي م: إرث.
 - (١٢) في أ: فزوجها.
 - (١٣) في م: للملك.
 - (١٤) سقط في م.

أو من ابنه وكان الأب وطئها، فللوارث الإجازة.
 وبيان الثاني: إذا كانت الجارية تحل للثاني في هذه الصورة بأن وهبها من أجنبي أو باعها من أجنبي أو من ابنه، ولم يكن الأب وطئها أو ورثها ابنه ولم يكن الميت وطئها، فإنه لا تصح الإجازة من الثاني، فلا يصح النكاح بإجازة الثاني.
 والأصل في جنس هذه المسائل: أن الإجازة إنما لا يصح انتقالها إلى غير من توقف العقد عليه إذا ثبت الحل لذلك الغير، وهو معنى ما نقل عن المشايخ: أن الحل الثابت إذا طرأ على الحل الموقوف أبطله، أما إذا لم يثبت الحل لذلك الغير صح الانتقال إلى غير من وقف عليه العقد.
 وعن هذا قلنا: إن الجارية إذا زوجت نفسها من غير إذن المولى ووطئها الزوج ثم باعها المولى من رجل، صحت الإجازة من الثاني؛ لأن وطء الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري فلم يرتفع الحل الموقوف. والله أعلم.

* * *

الفصل الرابع عشر

في المهور^(١)

(١) المهور: جمع مهر، وللمهر أسماء كثيرة منها: الصداق والنحلة والأجر والفريضة، وأكثر ما يستعمل في الفقه واللغة (المهر).

وفي الاصطلاح: عند الحنفية: هو المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

عند المالكية: ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع بها.

عند الشافعية: اسم لمال واجب على الرجل بنكاح أو وطء شبهة أو موت، أو هو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً.

وعند الحنابلة: هو العوض في النكاح.

الأصل عند جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة أن كل ما جاز أن يكون ثمناً أو مثمناً أو أجراً، جاز جعله صداقاً. خلافاً للحنفية حيث قالوا: المهر ما يكون مالا متقوماً عند الناس، فإذا سما ما هو مال صحت التسمية وإلا فلا، وعليه فقد جعل الإسلام الصداق حقاً مالياً خالصاً للمرأة، حيث قال تعالى: ﴿وَأَوْأُ النِّسَاءِ صَدَقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ . وقال سبحانه: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ .

حيث أمر الله - سبحانه - في هاتين الآيتين بإتيان النساء ﴿صَدَقَتِهِنَّ﴾ ، ﴿أُجُورَهُنَّ﴾ ، والأمر للوجوب إلا أن تصرفه قرينة ولا قرينة هنا؛ ولهذا قال ابن كثير - رحمه الله تعالى - : يجب على الرجل دفع الصداق إلى المرأة حتماً، وأن يكون طيب النفس بذلك . ويؤكد ذلك من السنة النبوية المطهرة ما روي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - : أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله ﷺ، فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، قال: «كم سقت إليها» قال: زنة نواة من ذهب، قال رسول الله ﷺ: «أولم، ولو بشاة». [أخرجه مالك (٥٤٥/٢) كتاب النكاح، باب: ما جاء في الوليمة، حديث (٤٧)، والبخاري (١٢٨/٩) كتاب النكاح، باب: الصفرة، حديث (٥١٥٣)، ومسلم (١٠٤٢/٢) كتاب النكاح، باب: الصداق، حديث (٧٩/١٤٢٧)، وأبو داود (٢٣٥/٢، ٢٣٦) كتاب النكاح، باب: قلة المهر، حديث (٢١٠٩)، والنسائي (١١٩/٦)، والبيهقي (٢٥٨/٧)، والبغوي في شرح السنة (١٠٠/٥)].

وروي عن سهل بن سعد أن النبي ﷺ قال لرجل أراد الزواج: «فالتمس ولو خاتماً من حديد». [أخرجه البخاري (١٩٠/٩) كتاب النكاح، باب: السلطان ولي، حديث (٥١٣٥)، ومسلم (١٠٤١/٢) كتاب النكاح، باب: الصداق... حديث (١٤٢٥/٧٦)].

وروي عن ميمون الكردي عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أبما رجل تزوج امرأة على ما قل من المهر أو كثر، في نفسه أن يؤدي إليها حقها، خدعها فمات ولم يؤد إليها حقها، لقي الله يوم القيامة وهو زان». [أخرجه الطبراني في الأوسط (٢/٢٣٧)، رقم (١٨٥١)، وفي الصغير (٨٤/١)، رقم (١١١)، وأبو نعيم في معرفة الصحابة (٣٠٧٣/٦)، رقم (٧١٠١)].

قال الهيثمي في المجمع (١٣٢/٤): ورجاله ثقات.]

ويعد المهر مظهرًا من مظاهر تكريم الإسلام للمرأة؛ إذ يعبر الرجل من خلاله عن مشاعره وتقديره لزوجته، ورغبته في الارتباط بها، وبذله ما يستطيع في سبيلها، ثم هو تقوية معنوية لجانب المرأة، حيث يعوضها أدبيًا عما تستشعر من استيحاش حين تنتقل عن أسرتها وبيتها إلى قرين غريب عنها، وبيت لم تدرج فيه من قبل.

لكن الغرب المسيحي وأعداء الإسلام لم يفهموا هذه الحكمة السامية، وجرؤا على عادتهم في إثارة الشبهات؛ ففسروا المهر في الإسلام على أنه مقابل المتعة الجنسية البهيمية، وكأنه ثمن للمرأة، أو ثمن لجسمها يدفعه من يريد الاستمتاع به.

وقد اشترط الفقهاء شروطًا للمهر بيانها كالتالي:

أن يكون مما يجوز تملكه ويبيع من العين - الذهب، والعروض ونحوهما - فلا يجوز، بخمر وخنزير وغيرهما مما لا يملك؛ لحرمة أو لعدم الانتفاع به.

أن يكون معلومًا؛ لأن الصداق على عوض في حق معاوضة، فأشبه الثمن فلا يجوز بمجهول.

أن يسلم من الغرر.

أن يكون مقدورًا على تسليمه.

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه لا حد لأكثر الصداق، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِدَالَ زَوْجَ مَكَاتٍ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِهَتِّنًا وَوَأْتَمَّا مُيَسَّرًا﴾ الآية، وفي القنطار أقاليل كثيرة منها: أنه المال الكثير.

أما أقله، فقد اختلف فيه الفقهاء على قولين:

أحدهما: أنه لا حد لأقله؛ بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا، أو مبيعًا، أو أجرة، أو مستأجرًا، جاز أن يكون صداقًا، قل أو كثر، روي هذا عن عمر بن الخطاب وعبد الله ابن عباس - رضي الله عنهما - وهو قول الحسن البصري، وسعيد بن المسيب، وعطاء ابن أبي رباح، وعمرو بن دينار، وابن أبي ليلي، والثوري، والأوزاعي، والليث بن سعد، وإسحاق بن راهويه، وأبي ثور، وهو مذهب الإمام الشافعي، وأحمد بن حنبل.

الثاني: أنه مقدر الأقل، وإلى هذا ذهب سعيد بن جبيرة، وإبراهيم النخعي، وابن شبرمة، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة، ومالك.

إلا أن أصحاب هذا القول اختلفوا في هذا القدر، فذهب الإمام أبو حنيفة: إلى أن أقله عشرة دراهم فضة، أو دينار ذهب خالص وذهب الإمام مالك: إلى أن أقله ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يساوي أحدهما، وقال النخعي: أقله أربعون درهماً، وقال سعيد بن جبيرة: أقله خمسون درهماً، وقال ابن شبرمة: أقله خمسة دراهم.

وما ذهب إليه أصحاب القول الأول: هو الأولى لقوله ﷺ: «التمس ولو خاتماً من حديد»، ولقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف لما تزوج: «ما أصدقتها؟ قال نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك...»، والنواة اسم لخمس دراهم.

أنواع المهر وحالات وجوب كل نوع:

المهر الواجب نوعان:

مهر مسمى، ومهر مثل.

أما المهر المسمى: فهو العوض المسمى في عقد النكاح، أو المسمى بعده لمن لم يُسَمَّ لها في العقد بالتراضي، ويجب المسمى إذا كانت التسمية صحيحة، وكان العقد صحيحاً أيضاً سواء تمت التسمية في العقد أم بعده بالتراضي، وكذا يجب المسمى في النكاح الفاسد عند فقهاء المالكية، والحنبلة خلافاً للحنفية، والشافعية.

وأما مهر المثل: فهو القدر الذي يرغب به في أمثال الزوجة، ويجب في حالة التفويض وهو إبرام العقد بدون تعرض لتسمية المهر، وكذا يجب مهر المثل عند الاتفاق على عدم المهر، وكذا إن كانت التسمية فاسدة بأن لم يتحقق فيها شروط صحة المهر.

وقد اختلف الفقهاء فيما يعتبر به مهر المثل، فقال الإمام أبو حنيفة: هو معتبر بقرباتها من العصابات خاصة، فلا مدخل في ذلك لأهلها ولا لخالها إلا أن يكون من عشيرتها، وقال الإمام مالك: هو معتبر بأحوال المرأة في جمالها وشرفها ومالها دون أنسابها إلا أن تكون من قبيلة لا يزدن في صدقاتهن ولا ينقضن، وقال الإمام الشافعي: هو معتبر بعصباتها فإرعى أقرب من تنسب إليه، فأقربهن أخت لأبوين ثم لأب، ثم بنات أخ، ثم عمات كذلك، فإن فقد نساء العصابات، فأرحام، وهكذا. وقال الإمام أحمد: هو معتبر بقرباتها النساء من العصابات وغيرهن من ذوي الأرحام، والكل متفق على اعتبار السن، والعقل، واليسار، والبكارة، وغيرها من مثل هذه الأمور.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٤، ٢٧٧، ٢٨٠، ٢٨٧)، المبسوط للسرخسي (٥/٦١، ٧٦)، رد المحتار على الدر المختار (٣/١٥٠، ١٥١)، البحر الرائق (٣/١٥٢)، مجمع الأنهر (١/٣٥٦، ٣٥٧، ٥٠٨)، تبيين الحقائق (٢/١٣٦، ١٤٥)، تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/٢٠٠، ٢٠٢، ٢٠٧)، الهداية للمرغيناني (٢/١٨١، ١٨٨)، شرح فتح القدير (٣/٣١٧)، العناية بهامش فتح القدير (٢/٣٢٤)، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص (١٧٤، ١٧٥، ١٧٧)، الشرح الكبير (١/٤٨٢)، (٣/١٣٠)، الشرح الصغير (٢/٤٧٨)، التلقين، للقاضي عبد الوهاب، ص (٨٤)، أسهل المدارك (١/٣٩٠-٣٩٢، ٣٩٨)، شرح الخرشي على خليل (٤/٢٩٧، ٣١٨، ٣٣٧، ٣٤٤)، بداية المجتهد (١/٤٣)، الكافي، لابن عبد البر، ص (٢٤٩)، المعونة، للقاضي عبد الوهاب (١/٤٩٨)، الحاوي الكبير (٩/٣٩٦، ٣٩٧)، المهذب، للشيرازي (٢/٧٢، ٧٧، ٧٨)، حاشية البيجوري (٢/٢٢١)، مغني المحتاج (٣/٢٢٠، ٢٩٢)، نهاية المحتاج (٦/٣٥١)، النجم الوهاج، للدميمي (٧/٢٩٧، ٣٣٤، ٣٣٥)، البيان للعمراني (٩/٣٦٧، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٩٢)، روضة الطالبين (١/٢٤٩)، (٥/٥٧٥، ٦٠٢، ٦٠٨-٦٠٩)، جواهر العقود (٢/٣٧)، حلية العلماء، للقفال (٢/٨٨١)، الروض المربع، ص (٤٥٥، ٤٥٨، ٤٥٩)، المحرر في الفقه الحنبلي (٢/٣١، ٣٧)، كشاف القناع (٥/١٢٨، ١٤٣، ١٤٧، ١٥٠، ١٧٣، ١٧٧، ١٧٨)، (٦/١٥٢)، المغني، لابن قدامة (٦/٤٨١، ٤٨٦، ٥١١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٦٣، ٦٥)، المبدع، لابن مفلح (٦/١٩٢)، مسائل أحمد بن حنبل (٣٢٨)، الكافي لابن قدامة (٣/٦٣)، البحر الزخار، لأحمد بن يحيى المرتضى، تعليق/محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، منشورات بيضون، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م =

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن النكاح إذا أضيف إلى دراهم عين، لا يتعلق بعينها، وإنما يتعلق بمثلها دينا في الذمة، وإذا أضيف إلى دراهم دين^(١) في ذمة المرأة يتعلق بعينها ولا يتعلق بمثلها دينا في الذمة، وإنما كان كذلك؛ لأن المهر عوض من وجه من حيث إنه ملك بمقابلة شيء، صلة من وجه من حيث إنه لا مالية لما يقابله من كل وجه، حتى يجب [أن يكون]^(٢) الحيوان دينا في الذمة في النكاح، والدراهم تتعين في الصلح، ولا تتعين^(٣) في المعاوضات^(٤)، فعملنا بحقيقة المعاوضة إذا أضيف إلى دراهم عين فلم يتعلق بعينها بل تعلق بمثلها، وعملنا بعمل الصلة إذا أضيف إلى دراهم فيتعلق العقد بعينها عملا بالشبهين^(٥)، وهذا إذا كان المضاف إليه النكاح على المرأة، فأما إذا كان على غير المرأة، فالنكاح لا يتعلق بعين^(٦) ذلك الدين وإنما يتعلق بمثله.

بيان الأول: إذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم فتزوجها أحد الرجلين على حصته، لا يكون للساكت أن يتبع الزوج فيأخذ منه مائتين وخمسين؛ لأن النكاح^(٧) تعلق بعين الحصه لا بمثلها دينا في الذمة وسقط عن ذمتها عين حصه الزوج فصار كما لو سقط ذلك بالهبة والإبراء؛ وذكر هذه المسئلة في القدوري.

وذكر عن أبي يوسف فيها روايتين:

في رواية: يرجع على شريكه بنصف حصته.

وفي رواية: لا يرجع، وهو قول محمد - رحمه الله -.

ولو تزوجها على خمسمائة كان للشريك أن يتبع الزوج فيأخذ منه مائتين

= (٣/٩٩)، نيل الأوطار (٦/٣١٢)، اختلاف الأئمة العلماء (٢/١٥٥)، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (١/٥٨٩)، المصباح المنير، ص (٣٧٥) مادة (نوي).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: تتعين.

(٤) في ب: المعاوضة.

(٥) في أ: بالثمنين.

(٦) في أ: بتعين، وفي ب: بغير.

(٧) في أ: الدين

وخمسين؛ لأن النكاح ها هنا أضيف إلى خمسمائة مرسلة وللزوج عليها مثل ذلك، فالتقيا قصاصا وصار الزوج مقبضا^(١) نصيبه؛ لأنه صاحب أول الدينين، وصاحب أول الدينين يصير مقبضا^(٢) فيكون^(٣) لشريكه حق المشاركة معه، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - .

و[ذكر]^(٤) شمس الأئمة الحلواني: أنه ليس لصاحب الدين أن يتبع الزوج بشيء . بيان الثاني: [أنه]^(٥) إذا تزوج امرأة على أرش له على عاقلتها وأمرها بقبض ذلك، فالمرأة بالخيار: إن شاءت اتبعت الزوج، وإن شاءت اتبعت العاقلة . ولو تعلق النكاح بالدين المضاف عليه، لم يكن لها اتباع الزوج، وإنما كان كذلك [لأن الدين]^(٦) إذا كان على غير المرأة أو^(٧) تعلق العقد بعينها أدى إلى تملك الدين من غير من عليه الدين وإنه لا يجوز، هذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كان الدين على المرأة .

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل تزوج امرأة على الألف [التي له]^(٨) على فلان فالنكاح جائز، فإن شاءت أخذت الزوج بالألف، وإن شاءت أخذت [فلانا]^(٩) وتأخذ الزوج حتى يוכלها بقبضها منه . وعنه أيضا في رجل قال لامرأة: تزوجتك على الألف التي^(١٠) [لي]^(١١) على فلان إلى سنة، ورضيت بذلك، فإذا أخذت زوجها بالألف أخذته إلى سنة، والله أعلم .

(١) في أ، م: مقتضيا .

(٢) في أ، م: مقتضيا .

(٣) في أ: بصير .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في أ .

(٧) في ب: لو .

(٨) في أ: الذي لي .

(٩) سقط في ب .

(١٠) في أ: الذي .

(١١) سقط في ب .

نوع آخر في المهر يوجد على خلاف المسمى :

ذكر في [نكاح]^(١) الأصل : إذا تزوج امرأة على هذا العبد فإذا هو حر ، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر ، أو على هذه الشاة الذكية فإذا هي ميتة ، قال : أبو حنيفة - رحمه الله - : التسمية فاسدة ولها مهر المثل في المسائل .

وقال : أبو يوسف - رحمه الله - : التسمية صحيحة في المسائل كلها ولها في مسألة العبد قيمة الحر المشار إليها^(٢) لو كان عبداً ، و [قيمة الميتة]^(٣) في مسألة الشاة^(٤) المشار إليها^(٥) لو كانت ذكية ، وفي مسألة الخمر مثل ذلك الدن خل وسط ، هكذا ذكر في الأصل .

وفي القدوري ذكر : أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - في مسألة العبد ، لها مثل ذلك الحر عبد في الأوصاف ، ومثل تلك الشاة [شاة]^(٦) ذكية ، ومثل ذلك الدن دن وسط .

وقال : محمد - رحمه الله - في الحر والميتة كما قال أبو حنيفة - رحمه الله - ، وفي الخمر كما قال أبو يوسف - رحمه الله - .

وذكر الكرخي في الجامع الصغير الذي صنفه : أن من تزوج امرأة على هذا الدن من الخمر ، فإذا هو خل ، أو على هذه الشاة الميتة ، فإذا هي ذكية ، أو على هذا الحر فإذا هو عبد .

قال : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : أن لها العين المشار إليه ، في المسائل كلها ، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وروى محمد عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : [أن لها مهر المثل ، وهو قول محمد .

قال محمد : وهذا من أبي حنيفة - رحمه الله -]^(٧) ترك أصله .

(١) سقط في ب .

(٢) في أ : إليه .

(٣) سقط في أ .

(٤) زاد في أ : قيمة الشات .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في أ .

هكذا [روي]^(١) عن ابن سماعة، يريد به: أن أبا حنيفة اعتبر الإشارة في المسائل المتقدمة حتى أوجب مهر المثل؛ لأن المشار إليه لا يصلح مهراً؛ لأنه ليس بمال، فأوجب مهر المثل، وفي هذه المسألة المشار إليها يصلح مهراً؛ لأنه مال ومع هذا لم يعتبرها وأوجب مهر المثل، فهو معنى قوله: [هذا]^(٢) من أبي حنيفة ترك أصله. قال الكرخي: ورواية أبي يوسف - رحمه الله - عندي أصح حتى لا يلزم أبا حنيفة ترك أصله.

وذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: إذا تزوجها على هذين العبدین، فإذا أحدهما حر، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ليس لها إلا العبد الباقي^(٣) إذا كانت قيمة العبد الباقي [عشرة دراهم أو أكثر، وإذا كانت قيمة العبد الباقي]^(٤) [أقل]^(٥) من عشرة دراهم يكمل لها عشرة دراهم.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لها العبد الباقي وقيمة الحر، لو كان عبداً. وقال محمد - رحمه الله -: لها العبد الباقي، إلا أن يكون مهر مثلها أكثر فحيثئذ يبلغ إلى تمام مهر مثلها.

وذكر القدوري - رحمه الله - هذه المسألة في شرحه. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن لها المال المشار إليه لا غير.

وفي رواية أخرى عنه: يبلغ مهر المثل. وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب العلل: إذا تزوج الرجل امرأة على عبد بعينه فإذا هي جارية، أو على ثوب مروى بعينه فإذا هو «قوهي»، فإن^(٦) عليه عبداً بقيمة الجارية وثوباً مروياً بقيمة القوهي، فإذا تزوجها على هذا الدن من الخل، فإذا هو زيت أن عليه مثل ذلك الدن خلاً.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: الثاني.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

وعلل فقال: لأن هذه كلها أموال.
قال: وليس هذا بمنزلة ما إذا تزوج امرأة على عبد، فإذا هو حر، أو على دن من
خل فإذا هو خمر؛ لأن هاتين ليستا بمال. والله أعلم.

* * *

نوع آخر في المهر تدخله الجهالة:

الأصل أن جهالة المسمى إذا كانت جهالة جنس يمنع صحة التسمية ويجب مهر المثل، وإذا كانت جهالة صفة لا تمنع صحة التسمية، وللمرأة الوسط من ذلك: بيان الأول: إذا تزوج امرأة على دابة أو ثوب فلها مهر [مثلها]^(١) بالغاً ما بلغ وكذا إذا تزوجها على دار؛ لأن المسمى مجهول الجنس.

بيان الثاني: إذا تزوج امرأة على عبد، أو ثوب هروي ولم يصف، فالتسمية صحيحة ولها الوسط من ذلك، نظراً للجانبين^(٢) والزوج بالخيار إن شاء أعطاهما الوسط وإن شاء أعطاهما القيمة والوسط من العبد في زماننا أدنى التركي وأرفع الهندي، وتعتبر قيمة الوسط على قدر غلاء السعر والرخص عندهما [مطلقاً]^(٣) وهو الصحيح، وهذا إذا ذكر العبد والثوب مطلقاً غير مضاف إلى نفسه، فأما إذا ذكره مضافاً إلى نفسه بأن قال لامرأة: تزوجتك على عبدي، أو: على ثوبي، أو قالت المرأة لزوجها: اختلعت نفسي منك على عبدي، ثم أتى بالقيمة، لا تجبر على القبول. فالأصل أن الرقيق أو الحيوان إذا ذكر مضافاً إلى العاقد لا يكون للقيمة فيه مدخل، ذكره محمد - رحمه الله - في [كتاب]^(٤) السير في كتاب الأمان [على]^(٥) ما يدخل^(٦) فيه وما لا يدخل^(٧)، وهذا لأن الإضافة إلى نفسه وأنها من أسباب التعريف كالإشارة، ولو كان الرقيق أو الحيوان مشاراً إليه تستحق عينه ولا يكون للقيمة فيه مدخل، فكذا إذا كان مضافاً إليه.

فإن قيل: أليس أن الإضافة في باب الوصية لم يلحق بالإشارة حتى أن من أوصى لإنسان بعشرة من رقيقه وله رقيق فهلكوا واستفاد رقيقاً آخرين لا تبطل الوصية، و[لو]^(٨) ألحقت الوصية^(٩) بالإطلاق لا بالإشارة؛ إذ لو ألحقت بالإشارة لبطلت

(١) سقط في أ.

(٢) في م: إلى الجانبين.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في أ، ب: هو.

(٧) زاد في أ، ب: فيه.

(٨) سقط في أ.

(٩) في ب: الإضافة.

الوصية كما لو أشار إلى الرقيق في الوصية وهلك الرقيق؟
 قلنا: الإضافة بمنزلة الإشارة من وجه، من حيث إن كل واحدة وضعت
 للتعريف، إلا أنها بمنزلة الإطلاق من وجه، من حيث إنها لا تقطع الشركة من كل
 وجه، والعمل يشبه الإطلاق والإشارة متعذرة في جميع العقود لمكان التنافي^(١)،
 فعملنا^(٢) يشبه الإشارة في الأمان والنكاح والخلع، وعملنا بشبه الإطلاق في الوصية
 عملاً بالشبهين بقدر الإمكان^(٣).

وإذا زوجت نفسها بمثل مهر أمها، والزوج لا يعلم قدر مهر أمها، فالنكاح جائز
 بمقدار مهر أمها، [ولو طلقها الزوج قبل الدخول بها، فلها نصف ذلك، وللزوج
 الخيار إذا علم مقدار مهر أمها]^(٤)، كما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً ثم علم
 بوزنه، ولا خيار للمرأة.



(١) في أ: الباقي.

(٢) في م: فعلنا.

(٣) البحر الرائق (٣/١٧٦)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٤٩).

(٤) سقط في أ.

نوع آخر في المرأة تمنع نفسها بمهرها:

وللمرأة أن تمنع الزوج من الدخول بها، حتى يوفيهها جميع المهر^(١)، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله أو زيارة أهلها، حتى يوفيهها المهر، وإن كان المهر مؤجلا لم يكن لها أن تمنع نفسها منه، وله أن يمنعها من السفر وزيارة بعض أهلها بغير إذنه.

وقال أبو يوسف: القياس كذلك كما في البيع لكننا استحسننا وقلنا: لها أن تمنع نفسها منه، وهذا الآخر قوله، هكذا ذكر القدوري.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا كان بعض المهر حالا وبعضه مؤجلا فله أن يدخل بها إذا أعطها الحال.

(١) يجوز للزوجة قبل دخول الزوج بها ألا تسلم نفسها إلى زوجها، حتى تقبض جميع مهرها المعين الحال، سواء أكان بعضه أم كله. وإن انتقلت إلى بيت زوجها فالحكم كذلك لتعين حقها في البدل، كما يتعين حقه في المبدل.

ولا يتعين حقها إلا بالتسليم والانتقال إلى حيث يريد زوجها إن أراد، وهذا بلا خلاف. فإن سلمت نفسها بالدخول، أو بالخلوة الصحيحة، فمذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد: أنه لا يجوز لها أن تمنع نفسها؛ لأنها بالدخول أو بالخلوة الصحيحة سلمت جميع المعقود عليه برضاها، وهي من أهل التسليم، فبطل حقها في المنع.

ويرى أبو حنيفة: أن للزوجة أن تمتنع من زوجها حتى تأخذ المعجل لها من المهر، ولو دخل بها برضاها وهي مكلفة؛ لأن المهر مقابل بجميع ما يستوفى من منافع البضع في جميع أنواع الاستمتاع التي توجد في هذا الملك، ويكون رضاها بالدخول أو بالخلوة قبل قبض معجل مهرها إسقاطا لحقها في منع نفسها في الماضي، وليس لحقها في المستقبل، على الراجح عند الحنفية.

ويرى الشافعية في قول أن لها الامتناع حتى تستوفي مهرها، كما لو كان حالا ابتداء. والتسليم الواجب على المرأة يحصل في المكان الذي يتمكن فيه زوجها من استمتاعه بها، سواء أكان المكان بيت أبيها إن رضا معا بالإقامة فيه، أم كان مسكنا شرعيا أعده لها زوجها. ويترتب على تسليم نفسها لزوجها وجوب نفقتها عليه؛ لأنها محبوسة لحقه، وهذا بلا خلاف.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٨٨، ٢٩٨)، وفتح القدير (٣/٢١٥-٢١٦، ٢٤٨)، (٤/١٩٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٩٧، ٣٩٨، ٥٠٨)، وشرح المنهاج بحاشية القليوبي (٣/٢٧٧، ٢٧٨)، ونهاية المحتاج (٦/٣٣٣-٣٣١)، (٧/١٩١) وما بعدها، ومغني المحتاج (٣/٢٢٢) وما بعدها، المغني، لابن قدامة (٦/٧٣٧-٧٣٨)، (٧/٥٦٤).

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا كان المهر مؤجلا فلم يدخل بها الزوج حتى حل الأجل فمنعت نفسها عن الزوج حتى يوفىها المهر فليس لها ذلك، من قبل أن أصله لم يكن حالا، ثم لا خلاف لأحد أن تأجيل المهر^(١) إلى غاية معلومة نحو شهر أو سنة أنه صحيح، وإن كان لا إلى غاية معلومة فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: لا يصح.

وبعضهم قالوا: يصح، وهو الصحيح؛ وهذا لأن الغاية معلومة في نفسها وهو الطلاق أو الموت.

ألا ترى: أن تأجيل البعض صحيح وإن لم يتفقا^(٢) على غاية معلومة نحو الشهر أو السنة، وإنما صح بالطريق الذي قلنا.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: وفي عرف ديارنا ليس للمرأة أن تمنع نفسها من زوجها حتى تستوفي جميع المهر؛ لأن في عرفنا البعض معجل والبعض مؤجل، والمعجل يسمى «دست همان»، والمؤجل يسمى «كامن كردني»، والمعروف كالمشروط، فإن بينا مقدار المعجل [ومقدار]^(٣) المؤجل فهو على ما بينا، وإن لم بينا شيئا ينظر إلى المسمى وإلى [المرأة كم يكون]^(٤) لها مثل [هذا]^(٥) المسمى معجلا؟ [وكم يكون]^(٦) لها مؤجلا في العرف فيقضى بالعرف^(٧).

[وما ذكر]^(٨) في مجموع النوازل: أن يقضى^(٩) بنصف مهر معجل^(١٠)، فإنما ذلك بناء على عرف أهل سمرقند أنهم يعجلون النصف من المسمى، وهو اختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله - إلا أن ذلك يختلف باختلاف البلاد فالصحيح ما ذكرنا، وإن شرطا تعجيل الكل في العقد، فهو كما شرطا ووجب تعجيل الكل، ولا

(١) زاد في أ، ب: إذا كان.

(٢) في ب: نسا.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: أن مثل هذه المرأة لم يكن، وفي ب: أن مثل هذه المرأة كم يكون.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: وإن لم يكن.

(٧) في أ: بالمعروف.

(٨) سقط في أ.

(٩) زاد في أ: لها.

(١٠) في أ: معجلا.

معتبر بدلالة العرف إذا جاء الصريح^(١) بخلافها، ولو دخل بها الزوج أو خلا بها برضاها، فلها أن تمنع نفسها منه وتمنعه من السفر بها حتى تستوفي جميع المهر على جواب الكتاب^(٢) والمعجل في عرف ديارنا.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : ليس لها^(٣) ذلك .

وأجمعوا على أنه لو دخل بها كارها أو دخل بها وهي صغيرة أو مجنونة أنه لا يبطل حقها في المنع والحبس .

فوجه قولهما: أن المعقود عليه صار مسلماً بالوطئة الواحدة؛ ألا ترى أن المهر كله يتأكد بوطئة واحدة، فلو ثبت لها حق المنع تصير مستردة، والثابت لها حق المنع عند^(٤) التسليم لا حق الاسترداد بعد التسليم، ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن المستوفى بالوطء وإن كثر فهو مستحق بعقد النكاح ولا يجوز إخلاؤه عن العوض إبانة لخطره، إلا أن في حق تأكيد المهر أقيم وطئة واحدة مقام جميع الوطئات؛ لأنه لا يمكن تأكيده بقدره لأنه لا يعرف مقدار عدده^(٥)، ولكن إذا وجد وطئات آخر فالبدل مقابل الكل، فكانت ممتنعة عن تسليم ما يقابله البدل لا مستردة .

وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يفتي في السفر بقول أبي حنيفة - رحمه الله -، وفي منع النفس بقولهما - رحمهما الله -، واستحسن بعض مشايخنا اختياره .

في العيون: تزوج امرأة على ألف درهم إلى سنة، فأراد الزوج الدخول بها قبل السنة قبل أن يعطيها شيئاً، فإن كان شرط الزوج في العقد أن يدخل بها قبل السنة فله ذلك .

وليس لها أن تمنع نفسها منه بلا خلاف، وإن لم يشترط لها ذلك فكذلك في قول محمد .

وعلى قول أبي يوسف: ليس لها^(٦) ذلك استحساناً ولها أن تمنع نفسها منه .

(١) في أ: التصريح .

(٢) في أ: الكل .

(٣) في أ: لها .

(٤) في أ: عن .

(٥) في أ: عوده .

(٦) في أ: له .

وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما حكينا من القدوري قبل هذا.
قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: وبهذا نفتي وإنه حسن.
قال - رحمه الله -: وفي ديارنا إذا أدى المعجل ولم يؤد المؤجل فله أن يبني بلا
خلاف؛ لأن الدخول عند [أداء]^(١) المعجل مشروط عرفاً، فصار كما لو كان
مشروطاً نصاً، [فأما إذا كان الكل مؤجلاً فالدخول غير مشروط لا عرفاً ولا
نصاً]^(٢)، فلم يكن له أن يبني بها على قول أبي يوسف استحساناً.
قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: قال أبو يوسف - رحمه الله -: لو كان المهر
حالاً فأخرته مدة فأراد الدخول بها قبل مضي المدة فليس له ذلك ولها أن تمنع نفسها
منه، وهذا مستقيم على قول أبي يوسف - رحمه الله - آخراً وهو استحسان؛ لأن
الأجل لو كان مقارناً للعقد كان لها أن تمنع نفسها منه على قوله استحساناً، فكذا إذا
كان طارئاً^(٣).

وفي المنتقى: إذا كان المهر حالاً فأحالت عليه غريماً لها بالمهر، فلها أن تمنع
نفسها منه حتى يأخذ غريمها بمنزلة وكيلها، ولو أن الزوج أحالها بالمال على غريم
لها^(٤) على أن أبرأته من المهر.
ففي القياس: له أن يدخل بها.
وفي الاستحسان: ليس له أن يدخل بها حتى تأخذ المهر.
وعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان: روى الحسن بن زياد عنه: أن له أن يدخل
بها قبل ذلك.

وروى الحسن بن أبي مالك: أنه ليس له ذلك.
ولو باعها بالمهر متاعاً فلها أن تمنع نفسها منه حتى تقبض المتاع.
وقال أبو يوسف: إذا قبضت المهر فإذا هو «زيوف» أو دراهم لا تنفق، فلها أن
تمنع نفسها منه حتى يبدلها، ولو كان دخل بها برضاها ثم وجدت المهر المقبوض
«زيوفاً» أو ما أشبه ذلك أو كان متاعاً اشترته منه وقبضته فاستحق بعد ما دخل بها،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في ب.

(٣) المحيط البرهاني (١٠١/٣).

(٤) في أ: له.

فليس لها أن تمنع نفسها منه؛ لأن في أصله: أنها لو سلمت^(١) نفسها من غير قبض فليس لها حق المنع في الحبس فهانئا أولى.

وإذا تزوج امرأة بصداق مؤجل إلى آجال مجهولة نحو الحصاد أو الدياس أو إلى النيروز أو إلى المهرجان فلا رواية لهذه المسألة في الكتب الظاهرة.

وقد اختلف المشايخ فيه: قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: والصحيح أنه تثبت هذه الآجال في الصداق؛ لأن اشتراط هذه الآجال [لا يؤثر]^(٢) في أصل النكاح وإنما تأثيرها في تأخير المطالبة، ويجوز تأخير المطالبة إلى هذه الآجال كما في الكفالة.

ومن المشايخ من قال: لا تثبت هذه الآجال في الصداق، وفرق هذا القائل بين الصداق والكفالة.

والفرق: إنما هو المعقود عليه - وهو المرأة - لا يحتمل الجهالة كذا الأجل في البذل المشروط فيه، بخلاف الكفالة والأول أرجح^(٣) عندنا؛ لأن هذه الآجال إذا كانت لا تؤثر في أصل العقد بقي هذا أجلا في الدين المستحق بالعقد لا في العقد، والمهر يحتمل جهالة الصفة وجاهالة الأجل^(٤) أيضا.

وفي المنتقى: لو تزوج امرأة على ثوب^(٥) موصوف إلى أجل، فلما حل الأجل غصبت من الزوج ثوبا على تلك الصفة فهو قصاص، ولو تزوج امرأة على خادم وسط فغصبت منه خادما وسطا لم يكن قصاصا.



(١) في أ: مكنت.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: الأصح.

(٤) في ب: الأصل.

(٥) في ب: عبر.

نوع آخر: في مسائل السمعة:

وإذا تزوج امرأة على صداق في السر وسمع في العلانية بأكثر من ذلك فالمسألة على وجهين:

الأول: أن يتواضعا في السر على المهر ثم تعاقدوا في العلانية بأكثر. فنقول: إن كان ما تعاقدوا عليه في العلانية جنس ما تواضعا عليه في السر إلا أنه أكثر مما تواضعا عليه في السر، فإن اتفقا على المواضعة أو أشهد الرجل عليها وعلى وليها أن المهر هو المسمى في السر والزيادة سمعة فالمهر ما تواضعا عليه في السر، وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة في السر على الألف وأنكرت [المرأة]^(١) المواضعة على ذلك، فالمهر هو المسمى في العقد ويكون القول قول المرأة إلا أن تقوم للزوج بينة.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله -: إذا أشهد الزوج على نفسه في السر أن المهر الذي يريد أن يتزوج عليه ألف [درهم]^(٢)، ثم أشهد على نفسه من الغد ألفين^(٣).

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: المهر ألفان.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: [إذا شهد الشهود أنه]^(٤) قد أشهدنا في السر أن المهر ألف وأنه سمع بألفين فالمهر ألف. وهذا خلاف ما حكى عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الأصل: وإن كان ما تعاقدوا عليه في العلانية من خلاف جنس ما تواضعا عليه في السر، فإن لم يتفقا على المواضعة فالمهر هو المسمى في العقد، وإن اتفقا على المواضعة ينعقد النكاح بمهر المثل.

وفي كتاب الإكراه: إذا تواضع الرجل والمرأة في السر أن المهر دنانير وتزوجها في العلانية على ألا مهر لها كان مهرها الدنانير التي تواضعا عليها في السر لأنه لم يوجد ما يوجب الإعراض عن تلك الدنانير؛ لأن مهر المثل لم يصر مذكورا بمقتضى

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) فراغ بمقدار كلمة في ب.

(٤) في أ: أشهدت الشهود، وفي م: شهدت الشهود.

عقد النكاح لأنه نفى المهر، فهو كمن باع [بغير]^(١) ثمن لا يصير الثمن المذكورا بمقتضى عقد البيع لعله [حتى]^(٢) لا ينعقد البيع فكذا إذا تزوجها على ألا مهر لها، وإذا لم يوجد ما يوجب الإعراض عما تواضعا عليه صارت الدنانير التي تواضعا عليه المذكورا في النكاح فصار كأنه تزوجها على الدنانير، وإن تزوجها في العلانية على ألا يكون الدنانير مهرا لها أو تزوجها في العلانية وسكت عن المهر انعقد النكاح بمهر المثل في الوجهين جميعاً.

الوجه الثاني: أن يتعاقدا في السر على مهر ثم أقرأ^(٣) في العلانية بأكثر من ذلك فإن اتفقا على ما تواضعا^(٤) في السر أو^(٥) أشهد أن الزيادة في العلانية سمعة فالمهر [هو]^(٦) المذكور عند العقد في السر، فأما إذا لم يشهد أن الزيادة في العلانية سمعة ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر.

وعلى قول [أبي يوسف - رحمه الله-]^(٧): [المهر هو الأول]^(٨).

[وفي شرح مختصر الطحاوي: أن على قول أبي يوسف: المهر هو الأول، وعلى قول أبي حنيفة^(٩)]^(١٠) ومحمد - رحمهما الله -: المهر مهر العلانية ويكون زيادة على المهر الأول سواء كان من جنسه [أو من خلاف جنسه]^(١١) غير أنه إذا كان من خلاف جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الأول، وإن كان من جنسه فتقدر الزيادة على المهر الأول فتكون زيادة^(١٢).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أقرأ.

(٤) في أ، ب: صنعا.

(٥) في ب: و.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: صاحبيه: المهر مهر السر.

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في م: يوسف.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ، م.

(١٢) المحيط البرهاني (٩٧/٣).

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمهما الله - في هذه الصورة: أن المهر هو الأول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .
 وإنما تتأكد الزيادة إما بالدخول [بها]^(١)، أو بالخلوة الصحيحة، أو بموت أحدهما، حتى لو وقعت الفرقة بينهما قبل وجود واحد من هذه الأشياء بطلت الزيادة ويتنصف^(٢) الأصل دون الزيادة.

وذكر شيخ الإسلام: أنهما إذا تعاقدتا في السر بألف والمهر^(٣) في العلانية خلاف ذلك ثم اختلفا فقال الزوج: ما أقررت في العلانية هزل، وقالت المرأة: لا بل جد، فالقول قول المرأة والمهر هو المذكور في العلانية إلا أن يقيم الزوج بينة على ما ادعى، والله أعلم.



(١) سقط في ب.

(٢) في ب: ويتنصف.

(٣) في أ: أظهر، وفي ب: وأظهرا.

نوع آخر: في النكاح من غير تسمية المهر وفي نفي المهر:
وإذا تزوجها على ألا مهر لها، صح النكاح ووجب لها مهر المثل [المعتبر في مهر المثل]^(١).

والنساء التي يعتبر مهرها بمهورهن قوم أبيها، أخواتها لأبيها وأمها، أو لأبيها وعماتها، وبنات عمها، ولا يعتبر مهرها بمهر أمها وقوم أمها، إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت [ابنة عم]^(٢) أبيها، فحيثئذ يعتبر مهرها، وإنما يعتبر [بمهرها من عشيرتها من هو مثلها]^(٣) في الحسن [والجمال والسن]^(٤) والمال والبركة، وكذلك يعتبر أن تكون [تلك]^(٥) المرأة من بلدتها.

ومن المشايخ من قال: لا يعتبر الجمال في المرأة إذا كانت من أهل^(٦) الحسب والشرف.

فإن لم توجد من قوم أبيها امرأة بهذه الصفة ذكر شيخ الإسلام في أول باب المهر: أنه يعتبر مهرها بمهر مثلها من الأجانب في بلدها، ولا يعتبر بمهر مثلها من قوم أمها.

وذكر هو أيضا في مسألة اختلاف الزوجين في هذا الباب: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز تقدير مهرها بأقرانها من الأجانب، فكان المذكور في أول الباب قولهما.

وإذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا ثم سمى لها مهرًا أو فرض لها مهرًا ورافعته إلى القاضي ففرض لها مهرًا جاز ويكون ذلك تقديرًا بمهر المثل.

وفي الفتاوى: سئل أبو القاسم عن امرأة زوجت نفسها بغير مهر وليس لها مثل في قبيلة أبيها في المال والجمال، قال: ينظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها في المال فيقضي لها بمهر مثلها من نساء تلك القبيلة، وإنما يعتبر حالها في السن والجمال حال الزوج.

(١) سقط في ب، م.

(٢) في م: عمه.

(٣) في م: مهرها بعشيرتها من هؤلاء.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب، م: أهل بيت.

وذكر في بيوع المنتقى في باب الاختلاف قبل قوله الميمون أو بعده عن أبي يوسف في المرأة يموت عنها زوجها فتدعي مهرا هو مهر مثلها فالورثة يقولون: قد تزوجها على مهر لا ندري كم هو؟ قال: أجعل لها مهر مثلها.
قال ابن سماعة: وقد كان قال قبل ذلك بخلاف هذا في رجب سنة ثلاث وسبعين^(١) ومائة.



(١) في ب: وتسعين.

نوع آخر:

الأب إذا زوج ابنته من إنسان وطلبوا منه أن يقر بقبض شيء من الصداق، أو يهب شيئاً من الصداق، فالإقرار بالقبض باطل؛ لأن أهل المجلس يعرفون أنه كذب حقيقة، وأما الهبة فإن كانت الابنة كبيرة فالأب يقول: أهب بإذن البنت كذا وكذا، ثم يضمن للزوج عنها ويقول: إن أنكرت الإذن بالهبة ورجعت عليك فأنا ضامن لك عنها، ويكون هذا الضمان صحيحاً لكونه مضافاً إلى سبب الوجوب.

وإن كانت الابنة صغيرة، فالحيلة: أن يباشر العقد على ما وراء القدر الملتمس هبة فلا يحتاجان على الهبة، أو يحيل الزوج بعض الصداق على أب الصغير وتتفرغ ذمته إن كان أب الصغيرة أملى من الزوج إذا جعل الأب بعض مهر ابنته البالغة معجلاً والبعض مؤجلاً والبعض هبة كما هو المعهود ثم قال الأب: إن لم تجز الابنة الهبة فهي عليّ لا يلزم الأب بهذا شيء في شهادات فتاوى أبي الليث - رحمه الله -، والله أعلم.



نوع آخر: في ضمان الأب مهر امرأة ابنه:

إذا زوج ابنه الصغير امرأة وضمن عنه المهر، وكان ذلك في صحته جاز ومعناه إذا قبلت المرأة الضمان وإذا أدى الأب ذلك إن كان الأداء في حالة الصحة لا يرجع على الابن بما أدى استحسانا إلا إذا كان يشترط الرجوع في أصل الضمان.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله -: إذا أشهد^(١) عند الأداء أنه رجع في مال ابنه فله أن يرجع، و[إن لم يشهد]^(٢) على الرجوع حين ضمن.

وذكر إبراهيم هذه المسألة في نوادره ووضعها فيما إذا كبر الابن وأدى الأب وأشهد عند الأداء وذكر الجواب على نحو ما بينا^(٣).

وفي المنتقى في موضع آخر: إذا لم يشهد عند النقد لا يرجع، وإنما لم يرجع بدون الشرط بحكم العرف والعادة، فإن^(٤) الآباء يتحملون المهر عن الأبناء الصغار، وهو نظير ما لو أنفق على ابنه الصغير في طعامه وكسوته من مال نفسه فإنه لا يرجع في مال الصغير بذلك إلا إذا اشترط الرجوع وقت الإنفاق، وإنما لا يرجع بحكم العرف والعادة.

وهذا بخلاف ما لو اشترى لابنه الصغير شيئا آخر سوى الطعام والكسوة ونقد الثمن من مال نفسه فإنه يرجع على الصغير بذلك وإن لم يشترط الرجوع؛ لأنه لا عرف أن الآباء يتحملون الثمن عن الأبناء، ولو كان مكان الأب وصي وغيره من الأولياء وضمن المهر عن الصغير وأدى من ماله رجع في مال الصغير وإن لم يشترط الرجوع؛ لأنه لا عرف في الأوصياء والأباعد [من الأولياء]^(٥) أنهم يتحملون المهور عن الصغار، هذا إذا كان الضمان والأداء من الأب في حالة الصحة.

فأما إذا كان الضمان في حالة الصحة والأداء في حالة المرض: ذكر الخصاص - رحمه الله - في أدب القاضي: أنه لا يكون متبرعا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ويحتسب ذلك من ميراث الابن، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -

(١) في م: شهد.

(٢) في ب: وأن يشهد.

(٣) في ب: ذكرنا.

(٤) زاد في ب: العادة أن.

(٥) في ب: وإلا وحينما من الأباعد.

يكون متبرعا حتى لا يرجع هو ولا ورثته بعد موته على الابن بشيء، هذا إذا أدى الأب ذلك في صحته أو مرضه، فأما إذا لم يؤد الأب ذلك حتى مات الأب فهذه صلة لم تتم للابن ثم المرأة بالخيار: إن شاءت أخذت الصداق من الزوج، وإن شاءت أخذت من تركة الأب، فإن أخذت من تركة الأب رجعت سائر الورثة بذلك في نصيب الابن أو عليه إن كان قبض نصيبه عند أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله -، [ذكره] ^(١) في شرح الكافي في باب نكاح الصغير والصغيرة.

وذكر الخصاص أن على قول أبي يوسف - رحمه الله -: سائر الورثة لا يرجعون بذلك في نصيب الابن ولا عليه إن كان ^(٢) قبض نصيبه.

ووجه ذلك: أن هذا الضمان انعقد غير موجب للرجوع، ألا ترى أن الأب إذا أدى ذلك في حياته وصحته لا يرجع بذلك في مال الابن فلا يتقلب موجبا للرجوع بعد ذلك.

وأبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - قالوا: إذا حصل الأداء في مرض الموت أو بعد الموت صار متبرعا على وارثه في مرض الموت أو بعد الموت وكل ذلك باطل، ولا كذلك ما إذا حصل الأداء في حالة الصحة، وهذا كله إذا حصل الضمان في حالة الصحة، فأما إذا حصل الضمان في حال مرض الموت فهو باطل؛ لأنه قصد بهذا الضمان إيصال النفع إلى الوارث، والمريض محجور عليه عن ذلك فلا يصح، وكذلك كل دين ضمن عن وارثه في مرض موته فهو باطل لما قلنا.

وفي البقالي: إذا قال الأب: اشهدوا أنني قد زوجت ابني فلانة بألف درهم من مالي، لم يلزمه إلا أن يؤدي فتكون صلة، قال - رحمه الله -: كأنه عن أبي يوسف - رحمه الله -.



(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب، م: قد.

نوع آخر:

قال في كتاب الإكراه: لو أن رجلا أكره بوعيد قتل أو تلف [نفس^(١) أو]^(٢) عضو^(٣) أو ضرر^(٤) يخاف منه^(٥) تلف نفسه أو عضوه حتى يزوج امرأة على عشرة آلاف درهم ومهر مثلها ألف درهم، كان النكاح جائزاً والتسمية فاسدة ويكون للمرأة من العشرة الآلاف مهر مثلها ألف درهم ويبطل الفضل، وإن كان الإكراه بقيد أو حبس فهذا لا يكون إكراها في حق النكاح فيكون نكاح طائع، وإنما فسدت التسمية في الفصل [الأول]^(٦): لأن التسمية [لا تصح مع الهزل، فإذا فسدت التسمية^(٧) كان لها مهر مثلها ألف درهم لا غير، ولا يرجع الزوج على المكره بشيء، ولا تجبر^(٨) المرأة.

فرق بين هذا وبين ما إذا زوجت المرأة نفسها من رجل على أنه قرشي فإذا هو نبطي، فإنها تخير^(٩)، وها هنا قالوا: لا تخير^(١٠)، ولم يسلم لها ما شرط في المسألتين جميعاً.

وذكر الطحاوي: أنه يجب الزيادة على مهر المثل ويرجع الزوج بذلك على المكره.

ولو أن المرأة هي التي أكرهت في بعض ما ذكرنا حتى تزوجها الرجل على ألف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف درهم زوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكره، ثم هل للمرأة أو للأولياء حق الاعتراض على [هذه الوجه؟]^(١١) فالمسألة على وجهين:

- (١) في ب: نفسه.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في ب: عضوه.
- (٤) في م: ضربة.
- (٥) في م: منها.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) سقط في ب.
- (٨) في م: تخير.
- (٩) في ب، م: تجبر.
- (١٠) في ب، م: تجبر.
- (١١) في ب: هذا النكاح.

إما أن يكون الزوج دخل بها، أو لم يدخل، وكل وجه من هذا على وجهين: [إما أن ترضى المرأة بما سمي لها من الصداق، أو لم ترضى، وكل وجه من هذا على وجهين:

إما^(١) أن يكون الزوج كفؤا لها، أو لم يكن كفؤا لها.

فصارت المسألة في الحاصل على ستة أوجه:

فإن كان [الزوج]^(٢) لم يدخل بها وقد رضيت^(٣) بما سمي لها من الصداق، فإن كان الزوج كفؤا لها يكون للأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة - رحمه الله -، [وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله]^(٤) - ليس للأولياء حق الاعتراض؛ لأنها لما رضيت بالمسمى فكأنها زوجت نفسها في الابتداء من غير كفاء بأقل من مهر مثلها وهناك المسألة على الاختلاف، وأبو حنيفة - رحمه الله - يرى حق الاعتراض بسبب التقصير في مهر المثل، وهما لا يريان ذلك. وقد عرف ذلك في كتاب النكاح، إلا أنه في كتاب النكاح ذكر قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وسكت عن قول محمد - رحمه الله - . وهاهنا ذكر قول محمد مع أبي يوسف، هذا إذا كان الزوج كفؤا لها.

فأما إذا كان الزوج غير كفء لها، فللأولياء حق الاعتراض في حق هذا النكاح عندهم جميعا، هذا إذا رضيت المرأة بما سمي لها من المهر، [فأما إذا لم ترض المرأة بما سمي لها من المهر]^(٥)، فلها حق الاعتراض على هذا النكاح بسبب نقصان المهر عندهم جميعا، سواء كان الزوج كفؤا أو [غير كفء]^(٦) وهذا بلا خلاف بين أصحابنا - رحمهم الله -، وهل للأولياء حق الاعتراض في هذه الصورة؟ إن لم يكن الزوج كفؤا فلهم حق الاعتراض بلا خلاف عند أبي حنيفة - رحمه الله - بسبب عدم الكفاءة وتقصير في المهر، وعندهما: بسبب عدم الكفاءة، وإن كان

(١) في ب: أما إذا رضيت المرأة بما سمي لها من الصداق.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في ب: المرأة.

(٤) في ب: عندهما.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: لم يكن.

الزوج كفؤًا فلهم حق الاعتراض عند أبي حنيفة - رحمه الله - لتقصير في المهر، وعندهما: ليس لهم حق الاعتراض، ثم إذا كان الزوج كفؤًا، ورفعت الأمر إلى الحاكم يخير [زوجها]^(١) فيقول: إما أن تتم مهرها، أو فرقت بينكما، فإن أتم لها مهرها نفذ النكاح، وإن أبي الزيادة يفرق بينهما، ولا مهر لها. وعندهما: ليس له حق الاعتراض.

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن دخل بها، فأما إذا كان الزوج دخل بها فهذا على وجهين:

إما أنه دخل بها وهي مكرهة، أو طائعة، فإن دخل بها وهي مكرهة، فإن كان الزوج كفؤًا لها فلا اعتراض على هذا النكاح لأحد، وإن لم يكن الزوج كفؤًا لها فللأولياء وللمرأة حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة.

فأما إذا دخل بها وهي طائعة فقد رضيت بالمهر المسمى دلالة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا رضيت نصًا، فيكون للأولياء حق الاعتراض بسبب نقصان المهر عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما، وإن كان الزوج غير كفء فللأولياء حق الاعتراض على هذا النكاح، في قولهم جميعًا، عند أبي حنيفة - رحمه الله - لعدم الكفاءة ونقصان المهر، وعندهما: لعدم الكفاءة. والله أعلم.

* * *

(١) في ب: الحاكم الزوج.

نوع آخر: في الاختلاف الواقع بين الزوج والمرأة:

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - بعث إلى امرأة متاعاً، وبعث أب المرأة أيضاً متاعاً، ثم ادعى الزوج أن الذي بعث كان صداقاً، كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه هو المملك، فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بما بقي من المهر، وإن كان هالكا لا ترجع بالمهر، وأما الذي بعث أب المرأة إن كان هالكا لم يكن على الزوج شيء، وإن كان قائماً وقد بعثه [الأب]^(١) من مال نفسه فله أن يرجع فيه، لأن الواهب في هذه الصورة الأب، وإن كان بعث [ذلك]^(٢) من مال البنت برضاها، لم يكن له أن يرجع لأنه مال المرأة قد وهبت لزوجها.

وفي فتاوى أهل سمرقند: تزوج امرأة، وبعث إليها هدايا وعوضته المرأة على ذلك عوضاً، ثم زفت إليه ثم فارقها، وقال: إنما بعثت إليك عارية، وأراد أن يسترد ذلك، وأرادت المرأة أن تسترد العوض، فالقول [قوله]^(٣) في الحكم لأنه أنكر التملك، وإذا استرد ذلك من المرأة كان للمرأة أن تسترد منه ما عوضته عليه.

الاختلاف في متاع البيت:

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: اشترى لامرأته^(٤) [أمتعة]^(٥) بأمرها بعد ما بنى بها، ودفع إليها دراهم حتى اشترت هي أيضاً، ثم اختلفا فقال الزوج: هو من المهر، [وقالت المرأة: هدية، فالقول قول الزوج أنه من المهر]^(٦) إلا أن يكون شيئاً مأكولاً.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: والمختار أنه ينظر إن كان ذلك من متاع سوى ما يجب على الزوج، فالقول قوله أنه من المهر، وإن كان ذلك من متاع يجب على الزوج^(٧) من الخمار والدرع ومتاع الليل، فليس له أن يحتسب من المهر، لأن

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: له.

(٤) في م: لامرأة.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

الظاهر يكذبه، والخف والملاءة لا يجب عليه، لأنه ليس عليه أن يهيء أمر الخروج^(١).

(١) اختلف الفقهاء - فيمن يقبل قوله من الزوجين في ملكيته للشيء - على مذاهب كثيرة نجملها في خمسة مذاهب، على النحو التالي:

المذهب الأول: أن جميع المتاع يقسم بينهما نصفين بعد أن يتحالفا، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه، ويكون بينهما بالسوية سواء كان المتاع مما يصلح للرجال فقط - كالسلاح، وثياب الرجال، والعمائم، أو مما يصلح للنساء فقط - كالحلي، وثياب النساء وأدوات الزينة - أو مما يصلح للرجال والنساء - كالتقود، والفرش، والأواني، وغير ذلك - وسواء أكان المتاع في يدهما المشاهدة أم في يدهما الحكمية، وسواء كان هذا الاختلاف في حال الزوجية أو بعد البينونة، روى هذا عن عبد الله ابن مسعود - رضي الله عنه - وهو قول سفيان الثوري، والقاسم بن معاذ بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، وأبي سليمان، وعثمان البتي، والقاسم بن معن، وشريك بن عبد الله، وهو قول أبي ثور، وزفر في أحد قوليه من رواية الحسن، وهو مذهب الإمام الشافعي، وابن حزم الظاهري، وابن المنذر.

ومقتضى هذا المذهب: أن المتاع يقسم بينهما إذا استوت نسبة أيديهما إلى الدار، فلو كان فيها غرفة مقفولة ومفاتيحها مع أحدهما فقط، وهو الذي يستعملها وحده فهي له؛ لأن الظاهر أن اليد له فقط، كما أن مقتضى القسمة للمتاع إذا حلف الزوجان، أما إذا حلف أحدهما فقط ونكل الآخر، فإنه يقضي للذي حلف بما حلف عليه.

المذهب الثاني: أن القول قول المرأة في الكل إلا في ثياب بدن الرجل، وبهذا قال الحسن البصري، وحكي عنه: إلا سلاح الرجل ومصحفه، وعنه: إذا مات الزوج فللمرأة ما أغلق عليه بابها.

وقريب من هذا قول الزهري: البيت للمرأة إلا ما عرف أنه للرجل، وكذلك ما حكي عن شريح في قوله: «البيت للمرأة».

المذهب الثالث: أن القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها، والقول قول الزوج في الباقي، وإلى هذا ذهب أبو يوسف سواء كان ذلك في حال الحياة أو بعد الموت للورثة.

المذهب الرابع: يرى أصحابه تحكيم العرف ومن يشهد له الظاهر، فما كان مما يصلح للرجال - كالسلاح ونحوه - يكون القول فيه قول الرجل مع يمينه، وما كان مما يصلح للنساء - كالحلي ونحوه - يكون القول فيه قول المرأة مع يمينها، وما كان مما يصلح لهما - كالفُرُش ونحوها - فإنه يقسم بينهما نصفين، سواء كانت يدهما عليه مشاهدة أو حكمية، وسواء كان ذلك في النكاح أو بعد الطلاق، روى هذا عن علي [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠) / (٢٦٩)، ومعرفة السنن والآثار كتاب الدعوى، في متاع البيت يختلف فيه الزوجان (١٤) / (٣٧٨) رقم (٢٠٣٧١) وقال عنه: إنه منقطع، وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه (٨) / (٢٨٣)] - رضي الله عنه - وبه قال الثوري، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وعثمان البتي

في حكاية الطحاوي وابن حزم عنه، وعبيد الله بن الحسن، والحسن بن يحيى وزفر في أحد قوليه من رواية محمد، وهو قول المغيرة وابن وهب من المالكية، وهو مذهب

الإمام أحمد بن حنبل.
 وبهذا المذهب أيضًا: قال محمد بن الحسن الشيباني والإمام مالك - رحمهما الله إلا
 أنهما قالا: ما يصلح للرجال والنساء معًا - كالدنانير والمفارش والأواني - فالقول فيه قول
 الزوج مع يمينه، سواء كانت يدهما عليه من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء كان
 الاختلاف في النكاح أو بعد الطلاق، في الحياة أو بعد الموت مع الورثة وهو أيضًا مذهب
 إبراهيم النخعي وأبي حنيفة - رحمهما الله - إلا أنهما قالا: ما يصلح للرجال والنساء،
 فالقول للحمي منهما في موت أحدهما، وأما في الفرقة فهو للرجل مع يمينه. وبه قال
 الحكم، إلا أنه قال: ما صلح للرجال والنساء معًا فالقول فيه قول المرأة.
 وبه قال القاضي من الحنابلة إلا أنه قال: «إذا كان المتاع في يد أحدهما من طريق
 المشاهدة، فهو له مع يمينه».

المذهب الخامس: أن جميع المتاع للرجل في حال الحياة والموت إلا لباس المرأة الذي
 عليها، وبهذا قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى في رواية محمد عنه، وفي رواية أبي يوسف
 متاع البيت كله للرجل في الحياة والموت إلا الدرع والخمار وشبهه.

ينظر: البحر الرائق (٧/ ٣٨١، ٣٨٤-٣٨٥)، رد المحتار على الدر المختار (٦/ ١١٧)،
 الجوهرة النيرة، للزيدي (٢/ ٥١٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٨، ٣٠٩)، المبسوط،
 للسرخسي (٥/ ٢٠٠، ٢٠١)، الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (٣/ ٣٣٠)،
 لسان الحكام في معرفة الأحكام، للشيخ أبي الوليد إبراهيم ابن أبي اليمن محمد بن أبي
 الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفي، مطبوع مع معين الحكام، مطبعة مصطفى البابي
 الحلبي، القاهرة، ط (٢)، ص (٢٣٨)، المدونة، للإمام مالك (٢/ ١٩٦، ١٩٧)،
 القوانين الفقهية، لابن جزي، ص (١٨٥)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/
 ٩٨٣، ٩٨٤)، المعونة للقاضي عبد الوهاب (٢/ ٤٧١)، الأم، للشافعي (٥/ ١٣٩)،
 التهذيب في فقه الإمام الشافعي، لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء
 البغوي، تحقيق د. عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب
 العلمية، لبنان، بيروت، ط (١) ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م (٨/ ٣٥٠)، المهذب للشيرازي (٢/
 ٤٠٥)، الحاوي، للماوردي (١٧/ ٤٠٨، ٤٠٩)، البيان، للعمرائي (١٣/ ٢١٥، ٢١٦)،
 حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، للقفال (٣/ ١١٨٥)، المغني، لابن قدامة (٩/
 ٢٣٠، ٣٢٠، ٣٢١)، الكافي، لابن قدامة (٤/ ٣٣٧)، كشف القناع، للبهوتي (٦/
 ٤٩٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٢٢)، الهداية، لأبي الخطاب الحنبلي (٢/ ١٩٤)،
 المحلى لابن حزم (٨/ ٥١٨، ٥١٩)، الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد
 ابن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة
 مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (١/
 ٧٤)، مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، دار
 البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (٢/ ٣٤٥، ٣٤٦)،
 الديباج المذهب (٤/ ١٢٢٧)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جعفر بن
 الحسن الهذلي، مؤسسة مطبوعات إسماعيليان، ط (٢)، ١٤٠٨هـ (٤/ ١١٩، ١٢٠)،

بعث إلى امرأة ابنه ثيابا، ثم ادعى أنه بعث أمانة صدق، وكذلك لو ادعى بعد موت المرأة.

وفي مجموع النوازل: بعث إلى امرأته في أيام العيد دراهم، وقال: إنها عيدي، أو قال: «شيم شكر»، ثم ادعى أنه من المهر لا يصدق؛ لأنه صرح وقت البعث إليها أنها عيدي، أو «شيم الشكر»، فيصير متناقضا في دعواه بعد ذلك، أنه من المهر. وفي مجموع النوازل: رجل خطب امرأة من^(١) أبيها فقال الأب: إن نقدت المهر، وذلك كذا إلى خمسة أشهر، أزوجهها، فذهب الخاطب واشتغل بالنقد، وكان الخاطب يبعث إلى الأب هدايا، فمضى خمسة أشهر ولم يقدر الزوج على نقد المهر، ولم يزوج الأب ابنته، هل للزوج أن يسترد ما بعث؟ قال: في المنتقى: ما بعث على وجه الهدية فله أن يسترده، إن كان قائما، وإن كان هالكا فله أن يسترد مثله أو قيمته.

وفي المنتقى: إذا قالت المرأة لزوجها: تزوجتني بغير شيء، وقال الزوج: تزوجتك على هذا العبد، فإن كانت قيمة العبد مثل مهر مثلها أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت عين العبد، وإن شاءت أخذت قيمته، وإن كانت قيمة العبد أقل من مهر مثلها مقدار ما [لا]^(٢) يتغابن الناس فيه فلها مهر مثلها.

وفيه أيضا: قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - : رجل أقام بينة أنه تزوج هذه المرأة، وكانت عقدة النكاح على ألف درهم، وأقامت المرأة البينة أنه تزوجها وكانت عقدة النكاح على ألفين، قال: المهر ألف، قلت: ولم؟ وقد تكون أن تعقد^(٣) عقدة النكاح على ألف^(٤) ثم يزيدها، قال: حتى يقيم البينة على الزيادة. قال هشام: قاس^(٥) محمد - رحمه الله - بأن^(٦) القاضي لو كان حضر العقد على

= البحر الزخار (٤/٤٠١)، اختلاف العلماء للمروزي، ص (١٥٥).

- (١) في ب، م: إلى.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) في ب: تقع.
- (٤) في ب: ألفين.
- (٥) في ب، م: قايسني.
- (٦) في ب: أن.

ألف وجاءت المرأة بالبينة على ألفين .

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : وفي هذا الجواب نظر .

وذكر في المنتقى بعد هذه المسألة بورقة ما يشبه خلافه .

قال هشام : سألت محمداً - رحمه الله - عن امرأة ادعت أن هذا الرجل تزوجها

بالكوفة منذ سنة على ألفين ، وأقامت على ذلك بينة ، وأقام الرجل بينة أنه تزوجها

بالبصرة منذ سنتين على ألفين^(١) قال : البينة بينة المرأة ، قلت : وإن كان معها ولد

لأكثر من سنتين؟ قال : وإن كان .



(١) في ب : ألف .

نوع آخر: في بيان ما يستحق به جميع المهر:
المهر كما يتأكد بالدخول يتأكد بالخلوة الصحيحة عندنا^(١)؛ لأن البدل في عقود

(١) الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها، ووجبت عليها العدة، وإن لم يطق؛ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين، وزيد، وابن عمر، وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والأوزاعي وإسحاق وهو قول الإمام الشافعي في القديم، وذهب إليه من أئمة المذاهب الأربعة أيضاً كل من:

الحنفية: جاء في الهداية إذا خلا الرجل بامرأته، وليس هناك مانع حسي أو شرعي من الوطء، ثم طلقها فلها كمال المهر؛ لأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل؛ اعتباراً بالبيع.

وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمره، أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر؛ لأن هذه الأشياء موانع.

أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر، وقيل: مرض لا يعري عن تكسر وفتور.

واستدل الأحناف أيضاً بقول الله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]. وذكر السرخسي وجه الدلالة بقوله: نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة، فإن الإفضاء عبارة عن الخلوة، ومنه يسمى المكان الخالي فضاء.

الحنابلة: جاء في الكافي: يستقر الصداق بالخلوة بعد العقد قال في الإنصاف: على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب، وهو من المفردات؛ لما روى عن زرارة بن أوفى قال: «قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أنه من أغلق باباً وأرخى ستراً، فقد وجب الصداق والعدة». [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/٢٥٥٢٥٦)]، وهذه قضايا اشتهرت، فلم تنكر، فكانت إجماعاً؛ ولأنها سلمت نفسها التسليم الواجب عليها فاستقر صداقها، كما لو وطئها.

وحكي رواية: بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجرد بدونها الوطء، وأنكر الأكثرون هذه الرواية وحملوها على وجه آخر.

ويشترط للخلوة المقررة: أن تكون من بالغ مميز ولو كان كافراً أو أعمى، ذكراً كان أو أنثى، عاقلاً أو مجنوناً، وسواء كان الزوجان مسلمين أو كافرين أو الزوج مسلماً والزوجة كتابية، ولو كان الزوج الخالي بزوجه أعمى أو نائماً مع علمه بأنها عنده إن لم تمنعه الزوجة من وطئها، فإن منعه منه لم يتقرر الصداق؛ لأنه لم يحصل التمكين.

وإنما تكون الخلوة مقررة إن كان الزوج ممن يطق مثله، وهو ابن عشر وقد خلا بمن يوطأ مثلها، فإن كان دون عشر أو كانت دون تسع لم يتقرر؛ لعدم التمكين من الوطء.

ولا تقبل دعوى الزوج بعد أن خلا بزوجه عدم علمه بها، ولو كان أعمى إن لم تصدقه على ذلك؛ لأن العادة أنه لا يخفى عليه ذلك فقدمت العادة هنا على الأصل.

وإذا اختلفا في الوطء في الخلوة فإنه يقبل قول مدعى الوطء في الخلوة عملاً بالظاهر، سواء كانت بكراً أو ثيباً، وتقرره الخلوة المذكورة ولو لم يطق.

ولو كان بالزوجين مانع أو كان بأحدهما مانع حسى كجب ورتق أو مانع شرعي كإحرام وحيض ونفاس وصوم، ولو كانت في نهار رمضان ففيه ثلاث روايات: إحداهما: يستقر الصداق؛ لأن الخلوة نفسها مقررة للمهر؛ لعموم ما تقدم؛ ولأن التسليم المستحق قد وجد، والمنع من غير جهتها فلم يؤثر في المهر، كما لم يؤثر في إسقاط النفقة.

والثانية: لا يستقر؛ لأنه لا يتمكن من تسليمها، فلم يستقر مهرها، كما لو منعت نفسها. والثالثة: إن كان المانع هو صوم رمضان، لم يكمل الصداق، وفي معناه ما يحرم دواعي الوطء، كالأحرام، وما لا يمنع دواعي الوطء كسائر الموانع لا يمنع استقرار الصداق. وذهب الشافعي في الجديد إلى أنه لا تأثير للخلوة في تقرير المهر، ولا في وجوب العدة، ولا يستقر المهر إلا بالوطء، وبه قال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين وداود، وقال في المحلى: لا يستقر إلا بالوطء، وحكى ذلك عن ابن مسعود، وابن عباس، وروى نحو ذلك عن أحمد، وروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال: إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيَصِفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهذه طلقها قبل أن يمسه، وقال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، والإفشاء: الجماع؛ ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها. وروى ذلك أيضًا عن الظاهرية فقد جاء في المحلى: من طلق قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الذي سمي لها، وكذلك لو دخل بها ولم يطأها طال مقامه معها أو لم يطل. وقد اختلفوا فيه، فإن تعلقوا بما جاء في ذلك عن الصحابة فيمن أغلق بابًا أو أرخى ستيرًا: فلا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ؛ فوجب الرد عند التنازع إلى القرآن والسنة، فوجدنا القرآن لم يوجب لها بعدم الوطء إلا نصف الصداق.

استدل أصحاب القول القائل بثبوت المهر بالخلوة: بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لما روى عن زرارة بن أوفى قال: «قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أنه من أغلق بابًا وأرخى ستيرًا فقد وجب الصداق والعدة». وهذه قضايا اشتهرت، ولم يخالفهم أحد في عصرهم؛ فكان إجماعًا؛ ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها؛ فيستقر به البدل، كما لو وطئها أو كما لو أجزت دارها أو باعها وسلمتها.

وأما قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب، الذي هو الخلوة؛ بدليل ما ذكرناه. وأما قوله تعالى: ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] فقد حكى عن الفراء أنه قال: الإفشاء: أن يخلو بها وإن لم يجامعها. قال في المغني: وهذا صحيح؛ فإن الإفشاء مأخوذ من الفشاء وهو الخالي، فكأنه قال: وقد خلا بعضكم إلى بعض.

وقول الخرقى: «حكهما حكم الدخول في جميع أمورهما» يعني: في حكم ما لو وطئها من تكميل المهر، ووجوب العدة، وتحريم أختها، وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضي عدتها، وثبوت الرجعة له عليها في عدتها.

وقال الثوري وأبو حنيفة: لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها.
وقال مالك: لا تقرر الخلوة إلا بطول المدة، فإن المهر يستقر وإن لم يطاء، وقدر ابن القاسم طول هذه المدة بعام.

قال في الشرح الكبير: يتقرر جميع الصداق الشرعي المسمى أو صداق المثل في التفويض بسبب إقامة سنة بعد الدخول بلا وطء، بشرط بلوغه، وإطاعتها، مع اتفاقهما على عدم الوطاء؛ لأن الإقامة المذكورة تقوم مقام الوطاء، وصدقت في دعوى الوطاء في خلوة الاهتداء بيمين إن كانت كبيرة ولو سفيهة، بكرًا أو ثيبًا؛ إذا اتفقا على الخلوة وثبتت ولو بامرأتين، فإن نكلت حلف الزوج ولزمه نصفه إن طلق، وإن نكل غرم الجميع. فإن كانت صغيرة حلف لرد دعواها وغرم النصف، ووقف النصف الآخر لبلوغها فإن حلفت أخذته وإلا فلا، ولا يمين ثانية عليه.

وقد اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت: أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَكَاتٍ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠] الآية قال ابن رشد: وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلًا مسموعًا إلا انعقاد الإجماع على ذلك.

واختلفوا: هل من شرط وجوبه مع الدخول الميسس، أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة؟ وهو الذي يعنون بإرخاء الستور: فقال مالك، والشافعي في الجديد وداود: لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر، ما لم يكن الميسس.

وقال أبو حنيفة: يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً، وبه قال أحمد والشافعي في القديم.

وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب: وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحه: أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١].

ونص في المطلقة قبل الميسس أن لها نصف الصداق، فقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَلَيْكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحاليتين، أعنى: قبل الميسس وبعد الميسس، ولا وسط بينهما؛ فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب إلا بالميسس، والميسس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس، ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة لذلك.

وقال مالك: في العين المؤجل: إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق؛ لطول مقامه معها. فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق.

وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة، فهو أن من أغلق باباً، أو أرخى ستراً، فقد وجب عليه الصداق ولم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا.

وقال الفخر الرازي: والجواب: أن هذه الآية المذكورة ههنا مختصة بما بعد الجماع؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] وإفشاء بعضهم إلى البعض هو الجماع على قول أكثر المفسرين.

والدليل على صحة ذلك: أن أصل «أفضى» من «الفضاء» الذي هو السعة، يقال: فضا يفضو فضوا وفضاءً: إذا اتسع. قال الليث: أفضى فلان إلى فلان، أى: وصل إليه، وأصله: أنه صار في فرجته وفضائه.

وللمفسرين في الإفضاء في هذه الآية قولان: أحدهما: أن الإفضاء ههنا كناية عن الجماع، وهو قول ابن عباس ومجاهد والسدي واختيار الزجاج وابن قتيبة ومذهب الشافعي؛ لأن عنده الزوج إذا طلق قبل المسيس، فله أن يرجع في نصف المهر، وإن خلا بها. والقول الثاني في الإفضاء: أن يخلو بها وإن لم يجامعها.

قال الكلبي: الإفضاء: أن يكون معها في لحاف واحد: جامعها أو لم يجامعها، وهذا القول اختيار الفراء ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن الخلوة الصحيحة تقرر المهر. واعلم أن القول الأول أي: القائل بعدم تأثير الخلوة أولى، ويدل عليه وجوه: الأول: أن الليث قال: أفضى فلان إلى فلانة، أى: صار في فرجتها وفضائها. ومعلوم أن هذا المعنى إنما يحصل في الحقيقة عند الجماع، أما في غير وقت الجماع فهذا غير حاصل.

الثاني: أنه تعالى ذكر هذا في معرض التعجب، فقال: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] والتعجب إنما يتم إذا كان الإفضاء سبباً قوياً في حصول الألفة والمحبة، وهو الجماع لا مجرد الخلوة؛ فوجب حمل الإفضاء عليه. الثالث: وهو أن الإفضاء إليها لا بد وأن يكون مفسراً بفعل منه ينتهي إليه؛ لأن كلمة: «إلى» لانتهاه الغاية، ومجرد الخلوة ليس كذلك؛ لأن عند الخلوة المحضة لم يصل فعل من أفعال واحد منهما إلى الآخر؛ فامتنع تفسير قوله: ﴿أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] بمجرد الخلوة.

فإن قيل: فإذا اضطجعا في لحاف واحد وتلامسا فقد حصل الإفضاء من بعضهم إلى بعض؛ فوجب أن يكون ذلك كافياً، وأنتم لا تقولون به: قلنا: القائل قائلان:

قائل يقول: المهر لا يتقرر إلا بالجماع.

وآخر: إنه يتقرر بمجرد الخلوة.

وليس في الأمة أحد يقول: إنه يتقرر بالملامسة والمضاجعة؛ فكان هذا القول باطلاً بالإجماع؛ فلم يبق في تفسير إفضاء بعضهم إلى بعض إلا أحد أمرين: إما الجماع، وإما الخلوة، والقول بالخلوة باطل؛ فبقى أن المراد بالإفضاء هو الجماع.

الرابع: أن المهر قبل الخلوة ما كان متقررًا، والمشروع قد علق تقررته على إفضاء البعض إلى البعض، وقد اشبه الأمر في أن المراد بهذا الإفضاء، هو الخلوة أو الجماع، وإذا وقع الشك وجب بقاء ما كان على ما كان، وهو عدم التقرير.

ينظر: الهداية (١/٢٠٥٢٠٦)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٠٧٢٠٩)، وتبيين الحقائق (٢/١٤٢١٤٣)، الكافي (٢/٧١٩٧٢٠)، الإنصاف (٨/٢٨٣)، كشف القناع (٥/١٥١١٥٢).

المعاوضات يقدر بتسليم من له البدل والمبدل، لا بحقيقة استيفاء المبدل؛ ألا ترى أن البائع إذا خلى بين المبيع وبين المشتري، أو الأجر إذا خلى بين الأجر والمستأجر يتأكد البدل، وإن لم يوجد القبض حقيقة، والمعنى فيه: أنا لو وقعنا بقدر البدل على استيفاء المبدل حقيقة، فمن عليه البدل يمتنع عن الاستيفاء قاصدا للإضرار بمن له البدل، والضرر مدفوع شرعا.

* * *

[تعريف الخلوة وموانعها]^(١):

وتفسير الخلوة الصحيحة ألا يكون ثمة مانع يمنعها عن الجماع لا حقيقة ولا شرعا، حتى لو كان أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع لا تصح الخلوة، وإن كان مريضا مرضا لا يمنع الجماع تصح الخلوة.

والحاصل: أن المرض في جانبها ممنوع^(٢) بلا خلاف، وأما المرض من جانبه. فقد قيل: بأنه ممنوع^(٣) أيضا.

وقيل: إنه غير ممنوع^(٤)، وأنه يمنع صحة الخلوة على كل حال، جميع أنواعه في ذلك على السواء.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله -: هو الصحيح.

وكذا لو كان أحدهما محرما بحجة فرض، أو نافلة، أو كانت المرأة حائضا لا تصح الخلوة، وكذا إذا كان أحدهما صائما في رمضان لا تصح الخلوة.

واختلفت^(٥) الرواية في غير صوم رمضان.

قال القدوري - رحمه الله -: الصحيح أن صوم التطوع، والقضاء، والنذر لا يمنع صحة الخلوة. ولو كان معهما ثالث لا تصح الخلوة، إلا أن يكون الثالث ممن لا يشعر بذلك كصغير لا يعقل، أو مغمى عليه، [وإن كان الصبي يعقل فهو كالرجل، والمجنون كالصبي، وفي بعض المواضع وإن كان معها مجنون، أو مغمى عليه]^(٦) لا تصح الخلوة من غير فصل.

ولو كان معها أعمى أو نائم لا تصح الخلوة، ولو كان ثمة أمته كان محمد - رحمه الله - يقول أولا: تصح الخلوة، بخلاف ما لو كان ثمة أمتها، ثم رجع وقال: لا تصح الخلوة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

ولو خلا بها ومعها امرأة أخرى لهذا الزوج، فقد أفتى محمد - رحمه الله - بالرقعة:

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: متنوع.

(٣) في ب: متنوع.

(٤) في ب: متنوع.

(٥) في م: واختلفوا في.

(٦) سقط في م.

أنه خلوة، ثم رجع عنه وقال: ليس بخلوة.

قال هشام: كان محمد - رحمه الله - يقول أولاً: للرجل أن يطأ امرأته بين يدي امرأة أخرى له فجعل ذلك خلوة، ثم رجع وقال: ليس له أن يطأها بين يدي امرأة أخرى له، فلم يجعلها خلوة، والمكان الذي تصح فيه الخلوة: أن يأمنها فيه اطلاع غيرهما عليهما بغير إذنهما كالدار والبيت وما أشبهه، ولهذا لا تصح الخلوة في المسجد، والطريق الأعظم، والحمام.

وكان شداد يقول في المسجد والحمام: إنه يكون خلوة إذا كان في الظلمة؛ لأن الظلمة كالسترة إذ لا يراها أحد.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: رجل ذهب بامرأته إلى رستاق فرسخين، أو ما أشبه ذلك، وكان ذلك بالليل.

قال: إن سار بها في طريق الجادة لا يكون خلوة، ولو عدل بها عن الطريق في موضع خال كان خلوة. ولو حجج بها ونزل المنازل^(١) من غير خيمة فليس بخلوة. قال: وكذلك لو خلا بها في جبل، ولو خلا بها في بيت غير مسقف فهو خلوة، وكذلك لو خلا بها على سطح من الدار فهو خلوة.

ذكر مسألة السطح في المنتقى مطلقاً قالوا: إذا لم يكن على جوانب السطح ستر لا تكون خلوة.

وهكذا ذكر القدوري [في شرحه، ولفظ القدوري]^(٢): لو خلا بها على سطح لا حجاب عليه فليس بخلوة.

وعلى قياس ما قاله شداد^(٣) في مسألة المسجد والحمام: أنه يكون خلوة [إذا كان في ظلمة، يجب أن تكون خلوة]^(٤) في مسألة السطح، إذا كان في ظلمة أيضاً.

هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا خلا بها في بستان ليس عليه باب مغلق، فليس بخلوة، وإن كان له باب وغلق فهو خلوة. ولو خلا بها في محمل عليه قبة مضروبة ليلاً أو نهاراً فإن كان يقدر أن يطأها فهو خلوة.

(١) في ب: المفازة.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: الشداد.

(٤) سقط في م.

ولو خلا بها وبينهما وبين السائرين سترة من ثوب رقيق يرى منه قال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس هذا بخلوة .

قال: وكذلك لو كان سترة قصيرة قدر ما لو قام إنسان يراهم .
روى^(١) بشر: المرأة إذا دخلت على الزوج ولم يكن معه أحد، ولم يعرفها الزوج فمكثت ساعة ثم خرجت، أو الزوج إذا دخل عليها ولم يعرفها، لا يكون هذا خلوة ما لم يعرفها، هكذا اختار الفقيه أبو الليث - رحمه الله - ؛ لأن الخلوة إنما تقام مقام الوطاء إذا تحقق التسليم بالخلوة، وهذا لا يحصل بدون المعرفة .
وقال الفقيه أبو بكر - رحمه الله - : يكون خلوة، وكذلك إذا كانت نائمة، وإن عرفها الزوج ولم تعرفه فهو خلوة . هذه الزيادة في مجموع النوازل .

وفي مجموع النوازل أيضًا: سئل شيخ الإسلام علي السغدي - رحمه الله - عن تزوج امرأة فأدخلتها أمها عليه، وخرجت وردت الباب إلا أنها لم تغلقه، والبيت في خان يسكنها أناس كثيرة، ولهذا البيت طرائق مفتوحة، والناس قعود في ساحة الخان، ينظرون من بعيد . هل تصح هذه الخلوة؟

قالوا: إن كانوا ينظرون في الطابق يترصدون لهما، وهما يعلمان بذلك لا تصح الخلوة . فأما النظر من بعيد والقعود في الساحة فغير مانع من صحة الخلوة، فإنهما يقدران أن ينتقلا من هذا البيت إلى زاوية لا تقع أبصارهم عليهما .
فقد قيل: إن الزوجين إذا اجتمعا في بيت بابه مفتوح، والبيت في دار لا يدخل عليهما أحد إلا بإذن، فالخلوة صحيحة وإلا فلا . هذا جملة ما ذكر شيخ الإسلام السغدي - رحمه الله - .

وعلى قياس ما روى بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - في السترة القصيرة، ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان البيت والطوابق بحيث لو نظر فيهما إنسان رأهما، لا تصح الخلوة .

ولو كان معهما كلب عقور لا تصح الخلوة .
وقيل في الكلب إذا لم يكن عقورًا: إن كان كلب المرأة يمنع صحة الخلوة، وإن كان كلب الزوج، لا يمنع [صحتها]^(٢)، وإذا خلا بها ولم تمكنه من نفسها فقد

(١) في ب: رواه .

(٢) سقط في ب .

اختلف المتأخرون فيه .

وفي طلاق النوازل: إذا قال لامرأته: إن خلوت بك فأنت طالق، فخلا بها، وقع الطلاق، وعليه نصف المهر؛ لأن الطلاق وقع عقيب الخلوة بلا فصل، فلم يكن متمكناً من الوطء لقيام التمكّن مقام الوطء .
والخلوة بالرتقاء ليست بخلوة .

وخلوة المجهوب خلوة صحيحة عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما: ليست بخلوة، هكذا ذكر الكرخي في مختصره .

وفي المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه قال: لا يوجب في خلوة المجهوب بامرأته مهرًا تامًا إلا أن تجيء بولد، فإن جاءت بولد لزمه وعليه المهر؛ لأنهم زعموا أنه يحبل، وخلوة العين والخصي^(١) خلوة صحيحة .
ثم^(٢) أصحابنا - رحمهم الله - أقاموا الخلوة مقام الوطء في حق بعض الأحكام دون البعض .

أما الأحكام التي أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء: تأكد جميع المسمى إن كان في العقد تسمية، وتأكد مهر المثل إن لم يكن في العقد تسمية، وثبوت النسب، ووجوب العدة، ووجوب النفقة والسكنى في مدة^(٣) العدة، وحرمة نكاح أختها ما دامت في العدة قائمة، وحرمة نكاح أربع سواها، وحرمة نكاح الأمة عليها على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - في حرمة نكاح الأمة على الحرة في العدة عن طلاق بائن، ومراعاة وقت الطلاق في حقها .

وأما الأحكام التي ما أقاموا الخلوة فيها مقام الوطء: حق الإحصان، حتى لا يصير محصنًا بالخلوة، وحرمة البنات، والإحلال للزوج الأول، والرجعة، والميراث، حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لا ترث، وأما وقوع طلاق أخرى^(٤) في هذه العدة فقد قيل: لا يقع . وقيل: يقع، وهو أقرب إلى الصواب؛

(١) الخصي: اسم الفاعل من خصى يخصي، والخصية لغة: البيضة، وهو من سل أحد خصياه .

ينظر: المصباح المنير، ص (٩٦)، مادة (الخصية) .

(٢) زاد في م: إن .

(٣) في ب، م: هذه .

(٤) في ب: آخر .

لأن الأحكام لما اختلف يجب القول بالوقوع احتياطاً، ثم هذا الطلاق يكون رجعيًا، أو بائنًا؟

ذكر^(١) شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الطلاق في باب العنين: أنه يكون بائنًا.

وكما يتأكد جميع المهر بالدخول، وبالخلوة الصحيحة، يتأكد بموت أحدهما. ولو قتلت الحرة نفسها فلها المهر عندنا. ولو كانت أمة قتلها المولى، فلا مهر عند أبي حنيفة - رحمه الله -، [وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله-]^(٢): يجب المهر للمولى.

ولو قتلت الأمة نفسها، فعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان: في رواية: لا يجب.

وفي رواية: يجب، وهو قولهما.

وإذا تأكد المهر لم يسقط، وإن جاءت الفرقة من قبلها بأن ارتدت أو طاعت ابن زوجها بعد ما دخل بها، أو خلا بها.

وقيل: ذلك يسقط جميع المهر بمجيء الفرقة من قبلها، والله أعلم.



(١) زاد في ب: ذلك.

(٢) في ب: وعندهما.

نوع آخر: في بيان حكم المهر وما يجب للمطلقة بالطلاق قبل الدخول: وللمطلقة قبل الدخول بها نصف المفروض لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فُرِضَ﴾^(١) وإن لم يكن في النكاح مفروض، فلها المتعة^(٢)، وإن لم يكن في النكاح مفروض، وفرض لها بعد العقد مهراً، فرضيت أو رفعت الأمر إلى القاضي ففرض لها مهراً، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول: لها نصف المفروض بعد العقد، وهذا والمسمى في العقد سواء، ثم رجع وقال: لها المتعة، وهو قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٧ .

(٢) اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق فبين موجب لها بإطلاق، وموجب لنوع دون نوع آخر، وبين قول باستحبابها وعدم وجوبها، والخلاف على ثلاثة أقوال على النحو التالي. القول الأول: أن المتعة ليست واجبة لكل مطلقة بل تجب للبعض وتستحب للبعض الآخر، وهو ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وهو قول سعيد بن جبير، والزهرري، وعلى اتفاقهم ذلك إلا أنهم اختلفوا في تعيين من تجب لها هذه المتعة. وحاصل الخلاف في المسألة على قولين: القول الأول: وإليه ذهب الحنفية، والحنابلة أن المتعة الواجبة إنما هي لكل من طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهراً إلا إذا جاءت الفرقة من قبلها وأما من عدا ذلك فمستحب لها المتعة.

القول الثاني: وإليه ذهب المالكية وهو قول ابن أبي ليلى، والليث بن سعد أن المتعة للمطلقة مندوب إليها مستحبة لكل مطلقة مدخول بها أو غير مدخول بها إلا المطلقة قبل الدخول، والملاعبة، والمختلعة، وليست واجبة.

القول الثالث: المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً. كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئاً، وتجب المتعة كذلك للمفتدية، ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره، وهو قول أهل الظاهر.

ينظر: المسبوط (٦١/٦)، بدائع الصنائع (٣٠٢/٢)، العناية شرح الهداية (٣٣٧/٣)، الجوهرة النيرة (١٦/٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٤٢/١)، البحر الرائق (٣/١٦٦)، رد المحتار على الدر المختار (١١٠/٣)، فتح القدير (٣٣٥/٣)، بداية المجتهد (٩٧/٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٧٨٠/٢)، التاج والإكليل شرح مختصر خليل (٤١١/٥)، الأم، للشافعي (٣٢/٧)، مغني المحتاج (٣٩٨/٤)، أسنى المطالب (٢٢٠/٣)، تحفة المحتاج (٤١٥/٧)، نهاية المحتاج (٣٦٤/٦)، المقدمات الممهدة (٢٩٠/١)، المنتقى شرح الموطأ (٨٨/٤)، المغني، لابن قدامة (١٨٥/٧)، كشاف القناع (١٥٧/٥)، مطالب أولي النهى (٢٢١/٥)، المحلى بالآثار، لابن حزم الظاهري (٣/١٠)، سبل السلام (٢٢٥/٢)، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب (٦/١٣٧).

لأن المفروض^(١) يقدر بمهر المثل.

[وعلى^(٢)] اعتبار الطلاق قبل الدخول لا يجب عليه مهر المثل، فلا يجب نصف المفروض.

وعلى هذا إذا سمي لها مهرًا، ثم زاد لها في مهرها ثم طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف المسمى مع نصف الزيادة، وعلى قوله الآخر وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لها نصف المسمى في العقد، وبطل كل الزيادة بالطلاق قبل الدخول.

ثم المتعة واجبة^(٣) للمطلقة قبل الدخول [إذ لم يسم لها مهرًا، وكذا في كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول]^(٤) بها ولم يسم لها مهرًا، وأنها مستحبة لكل مطلقة، يريد به المطلقة بعد الدخول بها إذا لم يكن في النكاح تسمية، أو كان فيه تسمية، والمطلقة قبل الدخول بها، إذا كان في النكاح تسمية.

وفي القدوري: وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة فيها، وإن كان من قبل الزوج ففيها المتعة.

وفيه أيضًا: وكل فرقة من قبل الزوج بعد الدخول يستحب فيها المتعة، إلا أن يرتد أو يأبى الإسلام.

وفيه أيضًا: ولو خير امرأته فاختارت نفسها فهي فرقة من جهة الزوج. والمتعة ثلاثة أثواب: قميص، وملحفة^(٥)، ومقنعة^(٦) وسط لا جيد غاية الجود، ولا رديء غاية الرداءة، فيجب لها ذلك إلا إذا زاد ذلك على نصف مهر مثلها، فحينئذ [لها]^(٧) نصف مهر مثلها، وإن كانت لا يزيد ذلك على نصف مهر مثلها فلها

(١) في ب، م: الفرض.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فيه.

(٤) سقط في م.

(٥) الملحفة: إزار تلتحفه بالليل مثل الملاءة يقال تلحف فلان بملاءته إذا اشتمل بها.

ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لأبي منصور محمد الأزهرى، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ص (٢٣٣).

(٦) المقنعة والمقنع - بكسر الميم - من «التقنيع»، قال الجوهري: والقناع أوسع من المقنعة. والمقنعة بكسر الميم: ما تقنع به المرأة رأسها.

ينظر: مختار الصحاح، ص (٢٨٤)، مادة (ق ن ع).

(٧) في ب: فراغ بمقدار كلمة.

الأثوب إلا أن ينقص قيمتها عن خمسة دراهم^(١).
 والحاصل: أن لها أقل من نصف مهر المثل، ومن المتعة إلا أن تكون قيمة المتعة أقل من خمسة دراهم، فحينئذ لا تنقص عن خمسة^(٢)، وهذا لأن مهر المثل هو العوض الأصلي، ولكن يقدر بنصفه لجهالته فيصير إلى المتعة خلفا عنه، فلا يجوز أن تزيد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم، لأن المهر لا يكون أقل من عشرة دراهم.
 وإن كانت المتعة مثل نصف مهر المثل فلها المتعة، ويعتبر فيها حال الرجل^(٣)،

(١) اختلف الفقهاء في مقدار المتعة هل لها حد أعلى وأدنى أم لا؟، على النحو التالي.
 القول الأول: متعة الطلاق على قدر حال الرجل، والمرأة ولا حد في جنسها ولا قدرها، وهو قول المالكية، والظاهرية، وهو مروى عن عطاء.
 القول الثاني: وإليه ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وهو مروى عن الحسن، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والشعبي، وهو مروى عن عبد الله بن عمر، وابن عباس - رضي الله عنهما - إلى أن متعة الطلاق لها حد مقدر، إلا أنهم اختلفوا في تحديد أقلها وأكثرها على قولين:
 القول الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية أن متعة الطلاق ثلاثة أثواب درع، وخمار، وملحفة ولو أعطاهما قيمة الأثواب دراهم، أو دنانير تجبر على القبول؛ لأن الأثواب ما وجبت لعينها بل من حيث إنها مال، كالشاة في خمس من الإبل في باب الزكاة.
 القول الثاني: وإليه ذهب الشافعية وهو القول المروى عن الإمام أحمد، وعبد الله بن عمر، وابن عباس - رضي الله عنهما - أن متعة الطلاق يستحب أن تكون ثلاثون درهما أو ما قيمته ذلك ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل.
 القول الثالث: وإليه ذهب الحنابلة إلى أن أعلى المتعة خادم على زوج موسر، والخادم الرقيق ذكرا كان أو أنثى، وأدناها أي: المتعة كسوة تجزئ الزوجة في صلاتها وهي درع وخمار أو ثوب تصلي فيه بحيث يستر ما يجب ستره على معسر.
 ينظر: بدائع الصنائع (٢/٣٠٤)، تبين الحقائق (٢/١٤٠)، العناية شرح الهداية (٣/٣٢٦)، فتح القدير (٣/٣٢٦)، المقدمات الممهدة (١/٢٩٢)، الذخيرة في فروع المالكية (٤/٢٢١)، المنتقى شرح الموطأ (٤/٨٩)، أسنى المطالب (٣/٢٢٠)، حاشيتنا قليوبي وعميرة (٣/٢٩٢)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، القاهرة (٤/٢٠٥)، تحفة المحتاج (٧/٤١٦)، المغني، لابن قدامة (٧/١٨٦)، الفروع، لابن مفلح (٥/٢٩٠)، الإنصاف، للمرداوي (٨/٣٠١)، مطالب أولي النهى (٥/٢١٩، ٢٢٠)، المحلى بالآثار (١٠/٩).

(٢) زاد في ب: دراهم.

(٣) اختلف الفقهاء الموجبون للنفقة منهم من قال بوجودها، ومنهم من قال باستحبابها فيمن يعتبر حاله في تقدير وتقويم متعة المطلقة هل يعتبر تقديرها وتقويمها بحال الرجل فقط يسارا

لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ﴾^(١) وكان الكرخي - رحمه الله - يقول هكذا في المتعة المستحبة، أما في المتعة الواجبة يقول: يعتبر حالها، لأنها خلف عن مهر المثل، وفي مهر المثل، المعتبر حالها، فكذا في خلفه.

* * *

وإعسارا دون النظر إلى حال المرأة، أم أن المعتبر هو حال المرأة دون اعتبار حال الرجل؟، أم أن تقويم وتقدير المتعة يراعى فيه الجانبان معا يسارا وإعسارا؟ خلاف بين الفقهاء، على ثلاثة أقوال على نحو ما يأتي:

القول الأول: أن تقدير وتقويم المتعة معتبرة بحال الزوج فقط، في يساره وإعساره بغض النظر عن حال المرأة فلا يعتبر حالها ولا أثر له في تقدير وتقويم المتعة، وهذا هو القول الراجح عند الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو مذهب الظاهرية.

القول الثاني: أن تقدير متعة المطلقة معتبر بحال المرأة إذا وجبت المتعة دون النظر إلى حال الزوج، وهو قول الإمام الكرخي الحنفي، وقول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة.

القول الثالث: تقدير وتقويم المتعة معتبر بحال الرجل والمرأة معا، وهو قول عند الحنفية، والمالكية، وهو مذهب الشافعية عند التنازع في القيمة المقدرة، وهو قول عند الحنابلة.

ينظر: تبين الحقائق (٢/١٤٠)، بدائع الصنائع (٢/٣٠٤)، العناية شرح الهداية (٣/٣٢٧)، المبسوط (٦/٦٣)، رد المحتار على الدر المختار (٣/١١١)، التاج والإكليل شرح مختصر خليل (٥/٤١١)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/٨٨)، بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/٦١٦)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٤/١٩٤)، المنتقى شرح الموطأ (٤/٨٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/٢٩٢)، تحفة المحتاج (٧/٤١٧)، أسنى المطالب (٣/٢٢٠)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٤/٢٠٤)، المغني، لابن قدامة (٧/١٨٦)، الإنصاف (٨/٣٠٠)، الفروع، لابن مفلح (٥/٢٩٠)، مطالب أولي النهى (٥/٢٢٠)، المحلى بالآثار، لابن حزم الظاهري (١٠/١١).

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٦ .

نوع آخر: في سقوط كل المهر أو نصفه:

إذا جاءت الفرقة من قبل الزوج.

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين، يعني من قبل الزوج قبل الدخول بها. إن وقعت^(١) لفظًا وحكمًا، [أو حكمًا]^(٢) لا لفظًا، يوجب سقوط نصف الصداق، وإن وقعت بما هو فسخ من كل وجه بأن لم يوجد لفظ الطلاق ولا حكمه فيوجب سقوط [كل الصداق]^(٣)، وهذا لأن الفرقة من قبل الزوج قد تكون بما هو فسخ من كل وجه^(٤).

ألا ترى أن غير الأب والجد إذا زوج الصغير امرأة ثم بلغ قبل الدخول، واختار الفرقة وفسخ القاضي العقد بينهما كان ذلك فسخًا من كل وجه، حتى يسقط كل الصداق، وفي [كل موضع وجد الطلاق لفظًا، أو]^(٥) ثبت حكمه، كانت الفرقة بالطلاق فيسقط^(٦) نصف الصداق، وفي كل موضع لم يوجد الطلاق لفظًا، أو لم يثبت حكمه، كانت الفرقة بحكم الفسخ فتوجب سقوط كل الصداق، وصارت الفرقة الواقعة من قبل الزوج بحكم الفسخ، نظير الفرقة الجائية من قبل المرأة قبل الدخول فإنها فسخ من كل وجه، لأنه يقدر أن يجعل تلك الفرقة بالطلاق، لأنها لا تملك الطلاق^(٧) وتملك الفسخ، فإنها تفسخ النكاح بخيار البلوغ وعدم الكفاءة فاعتبر فسخًا من كل وجه، فتوجب سقوط كل الصداق، وهذا لأن سقوط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول عرف بخلاف القياس بالشرع، وأنه فسخ معنى.

لأنه ثمة يعود المعقود عليه إلى ملك العاقد، كما خرج عن ملكه من غير سبب جديد طلاق حقيقة وحكما فكل ما كان في معناه من كل وجه أو من وجه^(٨) يلحق به

(١) زاد في م: بالطلاق.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الطلاق.

(٤) المحيط البرهاني (٣/١١٤).

(٥) في ب: وجه الطلاق لفظًا لو.

(٦) في ب: فلم يسقط.

(٧) في ب: بالطلاق.

(٨) زاد في ب: ضمن وجه.

وما لا فلا ولهذا [قلنا]^(١): إنه إذا ارتد الزوج، أو قبل أم امرأته بشهوة قبل الدخول بها، سقط نصف الصداق؛ لأنه فسخ معنى، وطلاق حكمًا، فإن حكم الطلاق بثبوت^(٢) الحرمة، وقد ثبتت الحرمة. فالزوج يملك إثبات الحرمة بالطلاق فيعتبر طلاقًا في حق المرأة فيوجب سقوط النصف.

وإذا اشترى منكوحته قبل الدخول بها سقط كل [الصداق، والفرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها]^(٣) ومع هذا سقط الصداق كله، لأن الفرقة وقعت بما هو فسخ من كل وجه، لأنه لم يوجد الطلاق لا لفظًا ولا حكمًا، فإن الحرمة لم تثبت هاهنا. هذه الجملة في شرح الجامع.

وفي المنتقى: رجل وكل [رجلا]^(٤) بشراء امرأته، فاشتراها الوكيل من المولى، حتى فسد النكاح، فلا مهر للمولى على الزوج. ولو باعها المولى من رجل ثم إن الزوج اشتراها من المشتري، فعليه نصف المهر للمولى الأول؛ لأن في هذا الوجه لم يكن من قبله معونة على فساد النكاح، ولو وكل الرجل من يشتريها له، ووكل المولى من يبيعها فاشتراها وكيل الزوج من وكيل المولى، فقد بطل المهر ولو باعها المولى من أجنبي وخرج المشتري بها إلى بلدة أخرى، وعلى الزوج في السفر إليها مؤنة فلا مهر لها على الزوج حتى يؤتى بها في قول أبي حنيفة - رحمه الله -. وكذلك قول أبي يوسف - رحمه الله -، والله أعلم.



(١) سقط في ب.

(٢) في أ: ثبوت.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

نوع آخر: من هذا الفصل في المتفرقات:

تزوج امرأة على قطعة فضة تبر^(١) وزنها عشرة، إلا أنها لا تساوي عشرة مضروبة، جاز النكاح ولا يلزم الفضل، وبمثله في السرقة لا يجب القطع. قال لمطلقة: لا أتزوجك ما^(٢) لم تهبي ما لك علي من المهر، فوهبت مهرها على أن يتزوجها، فالمهر على الزوج، تزوجها أو لم يتزوجها، لأنها جعلت المال عوضاً عن التزويج، ولا يصلح أن يكون العوض على المرأة في النكاح. تزوج امرأة على الألف التي له^(٣) على فلان فالنكاح جائز، فإن شاءت أخذت الزوج بالألف وإن شاءت أخذت فلانا، وتأخذ الزوج حتى يوكلها بالقبض، فالنكاح إذا أضيف إلى دراهم هي دين في ذمة غير المرأة لا يتعلق بعينها، بل يتعلق بمثلها دينا في الذمة. ذكرناه في أول هذا الفصل فكان لها الخيار في هذا الوجه والمسألة مروية عن محمد - رحمه الله - برواية ابن سماعة.

وعنه أيضا: رجل قال لامرأته: تزوجتك على الألف التي لي^(٤) على فلان إلى سنة، فرضيت بذلك، فإذا أخذت زوجها بالألف أخذتها إلى سنة. وإذا وهبت المرأة المهر من زوجها، ثم إن زوجها جعل لها مهرًا، بأن أشهد أن لها عليه كذا من المهر. اختلف المشايخ فيه:

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: الأصح عندي [أن يصح]^(٥)، ويجعل كأنه زاد لها في المهر، فالزيادة في المهر بعد هبة المهر صحيحة. وعامة المشايخ على أنه لا يصح ولا يجعل زيادة في المهر إلا إذا نوى الزيادة، والزيادة في المهر بعد الفرق لا تصح، نص عليه شيخ الإسلام - رحمه الله -. في كتاب الإكراه: تزوج امرأة بدينار تلجئة^(٦) صح النكاح، ويجب لها الدينار مع

(١) التبر: فئات الذهب أو الفضة قبل أن يصاغا. ينظر: المعجم الوسيط (١/١٧٠).

(٢) في أ: إن لم.

(٣) في أ: هي.

(٤) في أ: هي.

(٥) سقط في أ.

(٦) يعرف بعض الحنفية بيع التلجئة بأنه: عقد ينشئه لضرورة أمر فيصير كالمدفع إليه. وعرفه صاحب الإنصاف بقوله: هو أن يظهرها يبيعا لم يريدها باطنا بل خوفا من ظالم ونحوه دفعا له.

تمام عشرة دراهم قيمتها خمسة دراهم ولا يجب مهر المثل؛ لأن وجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل إذا طلقها قبل الدخول بها تنتصف العشرة ويجب خمسة دراهم.

إذا طلق امرأته ثم راجعها هل لها أن تطالب الزوج في المهر المؤجل؟ فيه اختلاف المشايخ، وإذا ارتدت المرأة عن الإسلام ثم أسلمت وأقرت^(١) على النكاح مع زوجها الأول هل لها أن تطالب بالمهر المؤجل؟ فيه اختلاف المشايخ أيضا. أحالت المرأة إنسانا على الزوج على أن يؤدي إليه المهر ثم [وهبت المرأة المهر]^(٢)، لا يصح في حيل السمرقندي. والله أعلم.



وسماه الشافعية بيع الأمانة، وصورته كما ذكر النووي في المجموع أن يتفقا على أن يظهر العقد، إما للخوف من ظالم ونحوه، وإما لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهره لا يكون بيعا، ثم يعقد البيع.

وأما التلجئة التي أضيف هذا البيع إليها فترد في اللغة بمعنى: الإكراه والاضطرار. وأما في الاصطلاح: فيرجع معناها إلى معنى الإلجاء، وهو الإكراه التام أو الملجئ، ومعناه كما يفهم من حاشية ابن عابدين أن يهدد شخص غيره بإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح إذا لم يفعل ما يطلبه منه.

وتكون التلجئة في النكاح، كما إذا خطب من هو قاهر لشخص بعض بناته، فأنكحه المخطوب إليه، وأشهد شهود الاسترعاء سرا: أي إنما أفعله خوفا منه، وهو ممن يخاف عداوته، وأنه إن شاء اختارها لنفسه بغير نكاح، فأنكحه على ذلك فهو نكاح مفسوخ أبدا.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٨٠/٥)، بدائع الصنائع (١٧٦/٥)، الفتاوى الهندية (٢٠٩/٣)، أسنى المطالب (١١/٢)، المجموع (٣٣٤/٩)، الإنصاف (٤/٢٦٥)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، للبردوي (٣٥٧/٤).

(١) في أ، ب: وأجبرت.

(٢) في أ: وهبت المرأة بالمهر.

ومما يتصل بهذا الفصل من مسائل المهر:

امرأة وهبت مهرها من زوجها، وماتت بعد مضي مدة فطلب ورثتها مهرها من زوجها، وقالوا: كانت وهبتها في حالة المرض ولم يصح، وقال الزوج: لا، بل كانت الهبة في حالة الصحة، وقد صحت، فالقول قول الزوج، وكان ينبغي أن يكون القول قول ورثة المرأة، لأن المهر كان واجباً في ذمة الزوج فالزوج يدعي السقوط وهم ينكرون ذلك.

والجواب: نعم، كان الدين واجباً على الزوج، ولكن حقاً للمرأة لا حقاً لورثتها، فهم يدعون الاستحقاق [لأنفسهم ولم يعرف هذا الاستحقاق]^(١)، والزوج ينكر ذلك، فكان القول قول الزوج من هذا الوجه.

[وقال في فتاوى قاضيخان^(٢): وذكرنا في وصايا الجامع الصغير ما يدل على أن يكون القول قول الورثة، لأنهم أنكروا سقوط الدين، ولأن الهبة حادث فتحال إلى أقرب الأوقات]^(٣).



(١) سقط في أ.

(٢) هو: الحسن بن منصور بن أبي القاسم بن محمود بن عبد العزيز الأوزجندي، الفرغاني الإمام الكبير، المعروف بقاضيخان. ذكره أبو المحاسن محمود الحصري شيخ الإسلام، فقال: هو سيدنا القاضي الإمام، والأستاذ فخر الملة، ركن الإسلام، بقية السلف، مفتي الشرق. توفي ليلة الاثنين، خامس عشر رمضان، سنة اثنين وتسعين وخمسمائة، ودفن عند القضاة السعة. وله «الفتاوى» أربعة أسفار كبار، و«شرح الجامع الصغير».

ينظر: تاج التراجم (٢٢)، مفتاح السعادة (٢/٢٧٨)، كتابت أعلام الأخيار، برقم (٣٨١)، الطبقات السنوية، برقم (٧٢٥)، شذرات الذهب (٤/٣٠٨)، الفوائد البهية، ص (٦٤، ٦٥).

(٣) سقط في أ.

الفصل الخامس عشر

في دعوى النكاح والخصومة الواقعة فيه وإقامة البينة عليه

في المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - رجل أقام بينة على امرأة أنها امرأته، وأقامت المرأة^(١) بينة على رجل آخر أنها امرأته، وهو يجحد، فالبينة بينة الزوج، علل فقال: لأن شهود الزوج شهدوا عليها بالنكاح، وبه يثبت إقرارها بنكاح هذا الرجل وإقرارها على نفسها أصدق من بينتها، [قال: ^(٢) ألا ترى أنه لو أقام رجل بينة على رجل أني اشتريت [منك] ^(٣) ثوبك هذا، وأقام صاحب الثوب بينة على آخر [أنى] ^(٤) بعتك هذا الثوب، وهو يجحد، فالبينة بينة المدعي على صاحب الثوب وطريقه ما قلنا.

قال: ولو كانت المرأة حين أقامت البينة على ذلك الرجل ادعي الرجل نكاحها، كانت البينة بينة المرأة، وهي^(٥) كامرأة أقام عليها رجلان البينة على النكاح، ولم يوقتا^(٦) فأيهما صدقته، فهو زوجها. هذا هو لفظ المنتقى.

رجلان ادعيا نكاح امرأة، وهي تجحد، وليست في يد أحدهما، فأقام أحدهما البينة على النكاح وأقام الآخر البينة [على النكاح]^(٧) وعلى إقرار المرأة له بالنكاح، لا ترجح بينة من يدعي إقرارها بالنكاح؛ لأن الآخر ببينته أثبت نكاحها، وبه يثبت إقرارها بالنكاح الآخر، فاستوت البيتان في إثبات القرار معنى.

وقيل: ترجح بينة من يدعي إقرارها؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت [البينة]^(٨) عياناً، ولو [كان]^(٩) عايناً إقرارها؛ [لأن الثابت]^(١٠) لأحدهما بعدما أقاما

(١) في ب: هي.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، ب: وهو.

(٦) في أ: يوفيا.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ.

البينة، كان المقر له أولى وما^(١) يقول بأن الآخر أثبت إقرار المرأة، قلنا: نعم لكن في ضمن إثبات النكاح، وهذا أثبت إقرارها قسداً، ولا شك أن اعتبار القصدي أولى من اعتبار الضمني.

رجلان ادعيا نكاح امرأة، وهي ليست في يد أحدهما، وأقاما البينة من غير تاريخ، وسكتت المرأة عن ذلك، فلم تقر لأحدهما، حتى تهاترت البينتان، ثم أقام أحدهما البينة على إقرارها له بالنكاح، قضي له بالنكاح، كما لو أقرت لأحدهما بعدما أقاما البينة عياناً.

ادعى رجل نكاح امرأة، وهي ليست في يد أحد، وأقام بينة على دعواه، قضي له بالمرأة، فإن جاء رجل آخر، وأقام البينة^(٢) على مثل ذلك، لم أحكم له بها، إلا إذا شهد شهود [الثاني]^(٣) أنه تزوجها قبل الأول؛ لأن دعوى النكاح بمنزلة دعوى الشراء، [ومن ادعى الشراء]^(٤) في عين من رجل، قضي^(٥) له ثم ادعى آخر الشراء في ذلك العين من ذلك الرجل، لا يقضى للثاني إلا إذا شهد شهود الثاني أنه اشتراه قبل الأول، كذا هاهنا.

وفي الحاوي: إذا شهد الشهود بعد الدعوى والإنكار أنها امرأته وحلاله، ولم يقولوا: إنه تزوجها؟ قيل: لا تقبل الشهادة ما لم يشهدوا على العقد، قالوا: وفي كتاب الحدود إشارة أنها تقبل، فإن محمداً - رحمه الله - يقول: إذا قال المشهود عليه بالزنا: إني قد تزوجتها، أو قال: هي امرأتي، درى الحد، سوى بين الأمرين فدل [على]^(٦) أنهما واحد، فتقبل.

ادعى رجل نكاح امرأة [وهي]^(٧) في يد آخر، فأقرت المرأة للمدعي، ثم أقام البينة بدون التاريخ، بعض مشايخنا قالوا: يقضى للخارج بحكم الإقرار، بعضهم قالوا يقضى لصاحب اليد، فلو أنها ما أقرت للخارج حتى أقام الخارج بينة على

(١) في أ: ومما.

(٢) في م: بنية.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وقضي.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في أ.

النكاح وأرخ شهوده، وأقام ذو اليد بينة على النكاح مطلقاً من غير ذكر تاريخ، إن أقام ذو اليد البينة على أنها امرأته ومنكوحته، كانت بينة الخارج أولى كما في الملك، وإن أقام بينة على أنه تزوجها كانت بينة ذي اليد أولى. وإن لم يؤرخ، وكان يده دليل سبق نكاحه، هكذا حكى عن بعض مشايخنا.

وبعض مشايخنا قالوا: يجب أن تكون بينة ذي اليد أولى على كل حال؛ لأن السبب متعين في باب النكاح، فيصير مذكوراً لا محالة، ولأجل هذا المعنى قلنا: إن من ادعى على امرأة أنها امرأته بسبب النكاح، وشهد الشهود مطلقاً أنها امرأته، تقبل الشهادة؛ لأن السبب^(١) كان متعيماً في باب النكاح، صار هو مذكوراً في الشهادة. ولو أقام الخارج بينة على النكاح، وأرخ شهوده، وأقام بينة على إقرار ذي اليد أن نكاح ذي اليد كان في وقت كذا، وذكر وقتاً بعد تاريخ بينة الخارج، كانت بينة الخارج أولى، وتندفع به بينة ذي اليد، إلا إذا وقف ذو اليد فقال: تزوجتها قبل تزوج الخارج، ثم جددنا العقد بعد ذلك التاريخ، فحينئذ لا تندفع بينة ذي اليد [ببينة]^(٢) الخارج، وكانت بينة الخارج أولى.

رجل ادعى امرأة في يد^(٣) رجل أنها امرأته، وأقام على ذلك بينة، وأقام الذي في يده بينة أنها امرأته، قال بعض مشايخنا: إن ادعى كل واحد أنها امرأته مطلقاً، ولم يذكر كل واحد منهما أنه تزوجها، والشهود كذلك شهدوا؛ يقضى لصاحب اليد، [وهذا القائل قاس على هذا دعوى الملك فإن الخارج مع ذي اليد]^(٤).

إذا ادعى ملك عين ملكاً مطلقاً، وأقام^(٥) البينة على ذلك، يقضى للخارج، ولو ادعى الشراء من رجل واحد، وأقاما البينة يقضى لصاحب اليد، ومنهم من قال: يقضى لصاحب اليد على كل حال؛ لأن السبب متعين؛ وهو التزوج، وصار ذلك مذكوراً في الدعوى، ولا كذلك في ملك العين.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - سئل ابن سلمة^(٦) عن امرأة ادعت على رجل

(١) في ب: النسب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يدي.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: فأقام.

(٦) في م: سماعة.

أنه تزوجها، فأنكر، قال أبو يوسف - رحمه الله - يحلف بالله ما هي بزوجة له، وإن هي زوجة له، فهي طالق بائن، أما الاستحلاف على النكاح، فهو مذهبهما وهو المختار.

اختاره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - رفقا بالناس، وأما ضم الحلف بالطلاق إلى الحلف على [النكاح؛ فلأنه^(١)][^(٢)] يجوز أن يكون كاذبًا في الحلف [على النكاح]^(٣)، وبجحوده لا يقع الطلاق؛ فتبقى معلقة، ويضم إليه الحلف بالطلاق؛ حتى لا تبقى معلقة لو كان كاذبًا في الحلف على النكاح.

وفي الجامع [الأصغر]^(٤) قال: حلف متى حلف، ولا بينة لها، فالقاضي يقول: فرقت بينكما، وما لم يقل ذلك، لا تقع الفرقة؛ يعني: إذا لم يضم الحلف بالطلاق [إلى]^(٥) الحلف على النكاح.

ولو ادعى رجل على امرأة نكاحًا والمرأة في نكاح الغير، ولا بينة للمدعي، يستحلف الزوج والمرأة، ويبدأ بيمين الزوج فيحلف بالله ما يعلم أنها امرأة هذا المدعي، فإن حلف، انقطع دعوى المدعي^(٦)، وإن^(٧) نكل تحلف المرأة على البتات بالله ليست بامرأة لهذا المدعي، فإن نكلت قضي عليها بالنكاح.

وفي دعوى الفتاوى عن محمد - رحمه الله - فيمن تزوج امرأة وابنتها في عقدتين، ثم قال: لا أدري السابق منهما، وكل واحدة ادعت السابق؛ يحلف لكل واحدة منهما أنه ما تزوجها قبل صاحبتهما بأيتهما شاء بدأ، وإن شاء أقرع، فإن حلف لإحدهما، ثبت^(٨) نكاح الأخرى، وإن نكل لزمه، وبطل نكاح الأخرى.

وسئل نصير^(٩) عن رجلين ادعيا نكاح امرأة، فأقرت هي لأحدهما قال: ليس

(١) في م: فإنه.

(٢) في أ: نكاح فلانة.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: الملك.

(٧) في أ: فإن.

(٨) في أ: يثبت.

(٩) في م: نصر.

للآخر أن يحلفها ما لم يحلف الذي أقرت هي له [به]^(١)، فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين؛ يفرق بينهما، ثم تحلف المرأة، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين صارت زوجة له.

وفي المنتقى: بشر بن^(٢) الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا تزوج العبد حرة، ثم ادعى أن المولى لم يأذن له في النكاح، وقالت المرأة: قد أذن له فإنني أفرق بينهما؛ لإقراره بفساد النكاح قال: ولا أسلطه في إبطال المهر، وألزمه السعاية إن كان دخل بها، ولها النفقة ما دامت في العدة، وإن لم يدخل بها، جعلت عليه نصف المهر، وكذلك إذا قال: لا أدري أذن [لي]^(٣) أو لم يأذن.

وفي فتاوى الفضلي: سئل عمن مات، وشهد شاهدان أن هذه المرأة كانت امرأته، وشهد آخران^(٤) أنه كان طلقها قبل الموت قال: بينة النكاح أولى؛ لأنه يجعل كأنه طلقها ثم تزوجها.

وقال القاضي الإمام [ركن الإسلام]^(٥): علي السغدي - رحمه الله -: بينة الطلاق أولى؛ لأنها [ثبتت زيادة]^(٦) أمر، وهو الطلاق بعد النكاح.

وفي مجموع النوازل: إذا شهد أحد الشاهدين أنها زوجت نفسها منه، وشهد الآخر أن وليها زوجها [برضاها منه، والمدعي يدعي أن وليها زوجها منه]^(٧)، لا تقبل شهادة هذين الشاهدين؛ لاختلافهما لفظاً ومعنى، فلو ادعى هذا المدعي بعد هذه الدعوى أنها زوجت نفسها منه، ثم شهد بذلك شاهدان، تقبل؛ فلا يتحقق التناقض؛ لأنه يمكنه أن يقول: تزوجتها مرة بتزويج الولي إياها مني، و[تزوجتها]^(٨) مرة أخرى بتزويجها نفسها مني.

(١) سقط في أ، م.

(٢) في ب: عن.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: آخر.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: ثبتت بزيادة.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

وفيه أيضًا: إذا أقامت المرأة بينة على الطلقات^(١) الثلاث، وأقام الزوج [بينة]^(٢) في دفع دعواها عليها أنها أقرت أنها اعتدت بعد تطليقاته الثلاث، وتزوجت بزواج آخر، ودخل بها، ثم طلقها وانقضت عدتها، ثم تزوجته^(٣) وهي حلال له، هل تصح دعواه عليها على هذا الوجه؟

قال: [لا]^(٤)؛ لأن أكثر ما فيه أنه يثبت بهذه البينة أنها مبطلة في دعواها، إلا أن دعواها ليس بشرط لسماع البينة القائمة على الحرمة وصحتها.

قال: وهو نظير ما^(٥) لو أقامت عليه البينة أنه طلقها ثلاثًا، وادعى الزوج في دفع دعواها أنها [أقرت أنها]^(٦) استأجرت هؤلاء الشهود يشهدون^(٧) لها بذلك بزور، لا تبطل ما أقامت من البينة على الطلقات الثلاث؛ لأنه وإن ثبت ببينة الزوج بطلان دعواها وإقرارها بكذب الشهود، إلا أن دعواها ليست بشرط لسماع البينة على الحرمة.

ادعى على امرأة نكاحًا، فشهد الشهود بهذا اللفظ: ما هر دورارن وسوى دانسته أيم فالقاضي لا يقضي بشهادتهم؛ لأن هذا بمنزلة ما لو قالوا: نشهد فيما نعلم وذلك [غير]^(٨) مقبول عند أبي حنيفة.

وكذلك لو شهدوا فقالوا: إنسان جنان ماشدة أتدلي زنان وسويان باسند، لا تقبل شهادتهم.

ادعى على امرأة نكاحًا، وأقام على ذلك بينة، ثم إن المرأة ادعت عليه على وجه الدفع أنك أقررت في حال جواز إقرارك طائعًا أنك خالعتني ووقعت الفرقة بيننا بالخلع، ولم يبق بيننا نكاح، وأقامت على ذلك بينة، فهذا دفع صحيح، ويجعل كأن المدعي تزوجها، ثم خالعهما، وهذا من باب العمل بالبنتين، وسواء كان هذا الدفع

(١) في أ: الطلاق.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: تزوجت.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في ب: هو.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: يشهدوا.

(٨) سقط في أ.

قبل القضاء بالنكاح أو بعده؛ لأن إقامة البينة على الخلع تقرير للنكاح السابق. ادعى على امرأة نكاحا، وهي تنكر، وحلفت على دعواه لا يحل للزوج أن يتزوج بأختها وأربع سواها؛ لأن في زعم الرجل أن النكاح ثابت، وأن المرأة كاذبة في إنكارها وزعمه معتبر في حقه، وكذلك لو ادعت امرأة النكاح على رجل، وحلف لا يحل لها أن تتزوج [بزوج]^(١) آخر؛ لأن في زعم المرأة أن الزوج^(٢) كاذب وأنى منكوحته.

رجل ادعى على امرأة نكاحا والمرأة^(٣) تجحد نكاحه، وتقر بالنكاح لرجل آخر، فأقام المدعي بينة على دعواه، فلم تظهر عدالة الشهود، فالقاضي يسلم المرأة إلى المقر له، وهذا إذا قال المدعي: لا بينة لي سوى هذه البينة، أما إذا قال: لي بينة أخرى، فالقاضي لا يسلمها إلى المقر له، بل يحول بينها وبين المقر له إلى أن يظهر عجز المدعي عن إقامة البينة.

امرأة ادعت على رجل النكاح، والرجل يجحد، [وأقامت المرأة]^(٤) شاهدين، شهد أحدهما أن هذا الرجل أقر أن هذه المرأة امرأتي، وشهد الآخر أنه أقر أنها كانت امرأتي، تقبل هذه الشهادة، وكذلك إذا شهد أحدهما أنها كانت امرأته، وشهد الآخر أنها امرأته، أو شهد أحدهما^(٥) بالفارسية: (أي زن وي است)، وشهد [الآخر: (أي]^(٦) زن وي بودست)، تقبل؛ لأن الذي شهد أنها كانت امرأته شاهد أنها كانت امرأته للحال، ألا ترى أن في باب دعوى ملك الأعيان لو شهد أحد الشاهدين أن هذا العتيق^(٧) كان ملك هذا المدعي، وشهد الآخر أنه ملك هذا المدعي، تقبل شهادتهما.

ولو كان الزوج يدعي أنها كانت امرأته، وشهد الشهود أنها امرأته ينبغي ألا تقبل

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، ب: الرجل.

(٣) في ب: وهي.

(٤) في ب: فأقامت.

(٥) زاد في ب: أنها كانت امرأته.

(٦) في أ: الآخران.

(٧) في أ، ب: العين.

هذه الشهادة كما في دعوى ملك العتق^(١)، فإن من ادعى عينا في يد إنسان أنه كان ملكه، وشهد الشهود أنه له، لا تقبل هذه الشهادة عند أكثر المشايخ، وهو الأصح. رجل ادعى النكاح على امرأة، وهي تجحد، وتقول: إن لي زوجًا في بلد كذا وسمت ذلك الزوج أو لم تسم، فأقام الرجل بينة على دعواه، فالقاضي يقضي بالنكاح عليها، ولا يكون إقرارها بالنكاح لغير هذا المدعي مانعا من القضاء بينة المدعي.

تزوج امرأة بشهادة شاهدين، ثم أنكرت المرأة النكاح، وتزوجت بآخر، وقد مات شهود الأول، ليس للزوج الأول أن يخاصم المرأة؛ لأن المخاصمة للتحليف والمقصود من التحليف النكول الذي هو إقرار، ولو أقرت صريحًا بنكاح الأول بعدما تزوجت بالثاني، لا يصح إقرارها، ولكن الزوج الأول يخاصم الزوج الثاني ويحلفه، فإن نكل حتى صار مقرًا بطلان نكاحه إلا أن يخاصم المرأة ويحلفها، وقد ذكرنا تمام هذه المسألة قبل هذا.

وفي واقعات الناطفي: لو أقام رجل بينة على امرأة أن أباه زوجها منه [قبل بلوغها، وأقامت المرأة بينة أنه زوجها منه]^(٢) بعد البلوغ بغير رضاها فبيتها أولى؛ لأن البلوغ معنى حادث يثبت بيبتها، فكانت أكثر إثباتا، ثم يثبت فساد النكاح ضرورة.

وفي فتاوى الفضلي: تزوج الرجل امرأة، ودخل بها، ثم ادعت بعد الدخول أنها قد ردت النكاح حين زوجها الأب، وأقامت على ذلك بينة، تقبل بيبتها؟ [قال: الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: الأصح أنه لا تقبل بيبتها؛]^(٣) لأن التمكين قائم مقام الإقرار، ولو ادعت^(٤) الرد بعد الإقرار، لا تسمع دعواها الرد، ولا تقبل بيبتها على ذلك، كذا هاهنا.

وفي هذا الموضع أيضًا: إذا زوج الرجل وليته، وردت النكاح، فادعى الزوج^(٥)

(١) في أ، ب: العين.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: هذا.

(٥) في ب: الرجل.

أنها صغيرة، وادعت [هي]^(١) أنها بالغة، فالقول قولها إن كانت مراهقة؛ لأنها إن كانت مراهقة، فقد أخبرت عما هو محتمل الثبوت، فيقبل قولها؛ لأنها منكرة معنى، وإن كانت مدعية صورة؛ لأنها تنكر وقوع الملك عليها.

وتجوز الشهادة على النكاح بالشهرة والتسامع.

وفي المنتقى: الشهادة على المهر بالتسامع لا تجوز، وأما الشهادة على الدخول^(٢) بالشهرة والتسامع، فقد قيل: لا تجوز، وستأتي هذه المسألة مع أجناسها في كتاب الشهادات.

وإذا أرادت المرأة إثبات تأكد المهر ينبغي أن تثبت الخلوة [الصحيحة، وقد قيل: تجوز الشهادة على الدخول]^(٣) بالشهرة والتسامع، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

ادعى النكاح على امرأة، فشهد الشهود بهذا اللفظ كواهي من دهيم كرجان يراي وي بزني داد وادشت نكاح بذورا، قال بعض مشايخنا: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهم شهدوا على الرضا بالنكاح لا على النكاح، وهذا سهو ينبغي أن تقبل الشهادة؛ لأنهم شهدوا على النكاح، وعلى رضاها بالنكاح حيث قالوا: جان براي دي يزني داد. وإذا ادعى النكاح بمحضر من الشهود لا بد وأن يذكر سماع الشهود كلام المتعاقدين؛ [لأن بين العلماء اختلاف شرط في أن سماع كلام المتعاقدين]^(٤) هل هو شرط؟ والأصل^(٥) أنه شرط؛ فلا بد من ذكره لتصح الدعوى.

إذا شهدوا أنه زوج ابنته فلانة من هذا المدعي إلا أنهما قالوا: نحن لا نعرفها بوجهها فإن لم يكن له إلا ابنة واحدة، أو كانت له ابنتان أو ثلاث، إلا أنه ليس له^(٦) بهذا الاسم إلا واحدة، فالشهادة جائزة، وإن كانت له ابنتان كبرى وصغرى، فشهد شاهدان أنه زوج ابنته الكبرى من هذا، وقالوا: نحن لا نعرف الكبرى بوجهها،

(١) سقط في أ.

(٢) في م: الشهود.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، ب: والأصح.

(٦) في أ، ب: لها.

فالشهادة جائزة ويقضي القاضي بالنكاح. وإذا أحضر المدعي بعد ذلك امرأة، و[ادعى]^(١) أنها [هي]^(٢) الكبرى، فالقاضي يأمره بإقامة البينة على أنها هي الكبرى. وفي إقرار المنتقى: امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها، فقال الرجل: ما فعلت، ثم قال بلى فعلت، فهذا جائز، وكذلك لو ادعى الرجل النكاح، وأنكرت المرأة، ثم أقرت، ولو كانت المرأة بدأت بالدعوى، فقالت: زوجني إياك أبي، فقال: قد فعل^(٣) إلا أنني قد رددت النكاح، ثم قال بعد ذلك: قد كنت أجزت النكاح فلا نكاح بينهما، إلا أن تعود المرأة إلى تصديقه، فحينئذ يجوز، وليس إنكار النكاح كادعائه الفسخ، ألا ترى أنه لو أقامت بينة على رجل أن أباه زوجها إياه، وقد رضي بالنكاح، فقال الرجل^(٤): زوجني إياها إلا أنني قد فسخت النكاح، ولم أقبل، فإنني^(٥) أفرق بينهما، وألزمه نصف المهر، ولو بدأ الزوج، فقال زوجني إياك أبوك، فقالت: قد فعل إلا أنني قد رددت [النكاح]^(٦)، [أو قالت]^(٧): لم يفعل، ثم قالت: قد فعل، ورضيت لزمها في الوجهين.

وفي كتاب الدعوى من المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل تزوج^(٨) امرأة له منها أولاد، وهي [معه]^(٩) في منزله يطؤها، وتلد له بنين^(١٠)، ثم أنكرت أن تكون امرأته، قال: إذا أقرت أن هذا الولد ولده منها، فهي امرأته، وإن لم يكن بينهما ولد، وإنما كانت معه على هذا الحال، فالقول قولها. وفيه أيضًا: رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها، وأنكرت ثم مات الرجل، فجاءت تدعي ميراثه، فلها الميراث، وكذلك لو كانت المرأة ادعت النكاح، وأنكره^(١١)

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: فعلت.

(٤) في ب: الزوج.

(٥) في أ: وإني.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: أو قال، وفي ب: فقال.

(٨) في أ: مع.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: سنين.

(١١) في ب: وأنكر.

الزوج، ثم ماتت المرأة، فجاء الرجل يطلب ميراثها، وزعم أنه تزوجها، فله الميراث.

وفي إقرار الأصل: إذا أقر رجل أنه تزوج فلانة بألف وصدقته المرأة بعد ما مات عمل تصديقها حتى كان لها المهر والميراث، وسيأتي فصل تصديق المرأة الزوج في النكاح بعد موت الزوج في الفصل الذي يلي هذا الفصل بخلاف ما ذكر هاهنا. وإن أقرت امرأة أنها تزوجت فلانا بألف درهم، وصدقها الزوج بعد موتها، عمل تصديقه عندهما حتى يرث منها، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يعمل تصديقه حتى لا يرث منها.

ادعى أنها امرأته، وشهد الشهود أنه تزوجها في شهر كذا، تقبل وعلى العكس لا تقبل، وإذا شهد أحد الشاهدين أنه تزوجها، وشهد الآخر أنها وهبت نفسها منه، تقبل الشهادة؛ لأن لفظة الهبة صارت كناية عن التزويج مجازاً، وكذا إذا شهد أحدهما أنه تزوجها، وشهد الآخر أنه نكحها، تقبل شهادتهما، وقيل: لا تقبل؛ لأن النكاح يستعمل في الوطاء، وهذا القائل يقول: لو شهد أنه نكحها، وهو ادعى أنه تزوجها، لا تقبل الشهادة، وعلى القول الأول تقبل، وهو الصحيح.

ولو شهد أحدهما أنه نكحها وشهد الآخر بالفارسية داري زني خواست، لا تقبل هذه الشهادة، هكذا قيل وقيل: تقبل، وهكذا ذكر البقالي في فتاويه.

وإذا اختلفا في الزمان فقد ذكرنا^(١) هذا الفصل في صدر الكتاب في فصل الشهادة، وإذا اختلفا في المكان، لا تقبل هذه الشهادة، وكذا إذا اختلفا في الإنشاء والإقرار لا يقبل إقرارها بالنكاح و[تقبل الشهادة]^(٢).

وإذا ادعى على امرأة نكاحاً، وشهد الشهود على إقرارها بالنكاح تقبل الشهادة. ولو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها على ألف وخمسمائة، [وشهد أحد الشاهدين أنه تزوجها على ألف وخمسمائة]^(٣)، وشهد الشاهد الآخر أنه تزوجها على ألف، قبلت الشهادة على النكاح بألف؛ لأن المقصود والمبتغى^(٤) من جانب

(١) في أ: ذكر في.

(٢) في أ: ويقبل بالشهادة.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: والمنتقى.

الزوج ملك البضع وقد اتفقا^(١) عليه .
 ولو كانت الدعوى من جانب المرأة، فكذا الجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله -
 [وعندهما لا يقضى بالنكاح، وعن أبي يوسف في الأمالي مثل قول أبي حنيفة
 - رحمه الله-]^(٢) ولو شهد أحدهما أنه تزوجها على هذا العبد، وقيمتها ألف، وشهد
 الآخر أنه تزوجها على ألفٍ إن كانت الدعوى من جانب الزوج، قضى بالنكاح، وإن
 كانت الدعوى من جانب المرأة، [يجب]^(٣) أن تكون المسألة على الاختلاف ذكر
 في [باب]^(٤) دعوى النكاح من الكافي . والله أعلم .

* * *

(١) في ب: اتفقنا .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

الفصل السادس عشر

في اختلاف الزوجين في صحة العقد وفساده وما يتصل بذلك

امرأة قالت لزوجها: تزوجتني بغير شهود، وقال الزوج: لا بل تزوجتك بشهود، فالقول قول الزوج، ولو قالت المرأة: تزوجتني وأنا صبية، وقال الزوج تزوجتك وأنت بالغة. فالقول قولها.

الأصل في جنس هذه المسائل أن الزوجين إذا اختلفا في صحة العقد وفساده، فالقول قول من يدعي الصحة بشهادة الظاهر له، فبعد ذلك إن كان المدعي للصحة المرأة يفرق بينهما، وجعل كأن الزوج أقر بثبوت حرمة حالية، كأنه قال [لها]^(١): أنت علي حرام للحال، يفرق بينهما، ولها عليه نصف المهر، إن لم [يكن دخل]^(٢) بها، وجميع [المهر]^(٣) إن دخل بها، وعليها العدة.

وإذا اختلفا في [أصل وجود]^(٤) النكاح، فالقول قول من ينكر الوجود.

إذا ثبت هذا فنقول: في الفصل الأول^(٥): اختلفا في صحة العقد وفساده لا في وجود أصله؛ لأن الشهادة شرط صحة العقد لا شرط وجوده، وفي الفصل^(٦) الثاني اختلفا في وجود أصل العقد؛ لأن النكاح في حالة الصغر قبل إجازة الولي ليس بنكاح معني؛ لأن النكاح [في حالة الصغر قبل إجازة الولي]^(٧) تردد بين الضرر والنفع، وعبارة الصبي في مثل هذا التصرف ملحقه^(٨) بالعدم، وكانت^(٩) منكراً وجود العقد، فكان^(١٠) القول قولها.

وإذا اختلفا^(١١) القول قول الزوج في المسألة الأولى، وقضى القاضي بالنكاح

(١) سقط في أ

(٢) في أ، ب: يدخل.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: وجود أصل.

(٥) زاد في م: إذا.

(٦) في أ: الأصل.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: تلحقه.

(٩) في ب: فكانت.

(١٠) في أ: وكان.

(١١) في ب: جعلنا.

بينهما، وذكر أن [في]^(١) قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وسعها أن تدعه يجامعها، وإن مات الزوج، حل له أخذ الميراث، وإن كانت صادقة فيما قالت [قال]^(٢): وعلى قياس قول أبي يوسف الآخر؛ وهو قول محمد - رحمهما الله - إن كانت صادقة فيما قالت^(٣)، لا يسعها المقام معه، ولا يسعها أن تدعه يجامعها، ولا تأخذ ميراثها إلا أن ترجع عن هذا القول قبل موت الزوج، فهذه^(٤) المسألة فرع مسألة قضاء القاضي بشهادة الزور.

وكذلك إذا قالت المرأة لزوجها: تزوجتني وأنا معتدة فلان، وقال الزوج: تزوجتك^(٥) بعد انقضاء العدة، فالقول قول الزوج، ويقضى بالنكاح بينهما؛ لأن الاختلاف وقع في صحة العقد، والزوج يدعي صحته، فيكون القول قوله، وهل يسعها المقام معه، وأن تدعه يجامعها؟ إن علمت وقت القضاء أنها كانت منقضية العدة يسعها ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول - رحمهما الله -؛ لأن بالقضاء ثبت بينهما نكاح مبتدأ وهي في ذات^(٦) الوقت كانت خالية عن العدة محلاً للنكاح، وإن علمت أن وقت القضاء كانت في العدة لا يسعها ذلك بالاتفاق؛ لأن^(٧) بالقضاء إنما يثبت النكاح في محله، ومعتدة الغير ليست بمحل أصلاً.

وفصل أخذ الميراث على هذا: إن علمت أن وقت القضاء كانت منقضية العدة حل لها أخذ الميراث على هذا، وإن علمت أن وقت القضاء كانت في العدة، لم يحل لها أخذ الميراث، فإن عادت المرأة إلى تصديق الزوج، إن كان ذلك قبل الموت، ثم مات الزوج كان لها الميراث، وإن كان ذلك بعد موت الزوج، لم يكن لها الميراث؛ لأنها في التصديق بعد الموت متهمة؛ لكون ما بعد الموت وقت الميراث، ولا كذلك حالة^(٨) الحياة. وقد ذكرنا في الفصل المتقدم أن المرأة إذا

(١) سقط في م.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: وهذه.

(٥) في أ: تزوجتني.

(٦) في أ: هذه، وفي ب: هذا.

(٧) في أ: لأنه.

(٨) في أ: حال.

صدقت [الزوج]^(١) في دعوى النكاح بعد موت الزوج أن تصديقها يعمل .
وكذلك لو أن مجوسية أسلمت ، فادعى عليها رجل النكاح بعد الإسلام ، وقالت
المرأة: تزوجتني قبل الإسلام ، فالقول قول الزوج ، ويقضي القاضي بينهما بالنكاح ،
وهل يسعها المقام معه؟ فهو على ما ذكرنا .
وكذلك لو أن امرأة قالت لزوجها: إني أختك من الرضاع ، وقال الزوج: لا ، بل
أنت أجنبية ، فالقول قول الزوج ، ويقضي القاضي عليها بالنكاح ، وهل يسعها المقام
معه وأخذ ميراثه؟ فهو على ما ذكرنا . هذه الجملة في شهادة الجامع قبيل باب
الشهادة في الحائض المائل . والله أعلم .

* * *

(١) سقط في ب .

الفصل السابع عشر

في اختلاف الأمة إذا أعتقت^(١) بعدما زوجت

إذا أعتقت^(٢) الأمة بعد ما زوجها مولاها فلها الخيار^(٣)؛ لأن بالعتق ازداد الملك عليها؛ لأن قبل العتق [قد]^(٤) كان يزول ملكها بطلقتين^(٥)، وبعد العتق لا يزول إلا بالثلاث، فكان لها أن تدفع الزيادة عن نفسها، ولا يمكنها دفع الزيادة إلا برد أصل الملك؛ [فيثبت لها رد أصل الملك، وكما]^(٦) يثبت لها الخيار بالعتق [حال قيام الملك]^(٧)، فكذا يثبت [لها الخيار]^(٨) بالعتق في العدة عن طلاق رجعي. كذا ذكر

(١) في أ: عتقت.

(٢) في أ: عتقت.

(٣) إن أعتقت الأمة وزوجها عبد، ثبت لها الخيار في فسخ النكاح. وهو إجماع لا خلاف فيه، والأصل فيه ما روى: أن عائشة رضي الله عنها أعتقت بريرة، فخيرها رسول الله ﷺ، قالت: وكان زوجها عبدًا.

قال ابن عباس رضي الله عنهما: كان زوج بريرة عبدًا أسود لبني المغيرة يقال له: مغيث، كأني أنظر إليه وهو يدور خلفها في سكك المدينة، ويبكي ودموعه على خديه، فقال النبي ﷺ للعباس رضي الله عنه: «أَلَا تَعَجَّبُ مِنْ حُبِّ مُغِيثِ بَرِيرَةَ، وَبُغْضِ بَرِيرَةَ مُغِيثًا؟!» فقال لها النبي ﷺ: «لَوْ رَاجَعْتِيهِ؛ فَإِنَّهُ أَبُو وَلَدِكَ؟!»، فقالت: يا رسول الله، أبأمرِك؟ فقال ﷺ: «لا، إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ»، فقالت: لا حاجة لي فيه؛ ولأن المرأة إذا تزوجت رجلاً، فبان أنه عبد ولم تكن علمت به، ثبت لها الخيار في الفسخ، فإذا ثبت لها الخيار في ابتداء النكاح، ثبت لها في استدامته.

وإن أعتقت الأمة وزوجها حر، لم يثبت لها الخيار في الفسخ. وبه قال ابن عباس، وابن عمر، وعائشة رضي الله عنهم وابن المسيب، وسليمان بن يسار، ومالك، وابن أبي ليلى، وأحمد، وإسحاق، رحمة الله عليهم. وقال الشعبي، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه: يثبت لها الخيار.

واستدل الشافعية وغيرهم بما روي عن عائشة رضي الله عنها: أنها قالت خيّر رسول الله ﷺ بريرة، وكان زوجها عبدًا، ولو كان زوجها حرًا، ما خيرها رسول الله ﷺ. وعائشة لا تقول ذلك إلا بعد أن تعلم ذلك من رسول الله ﷺ قطعًا وقيينًا؛ لأن مثل هذا لا يجوز أن يقطع به عن النبي ﷺ من جهة الاستدلال؛ ولأنه لا ضرر عليها في كونها حرة تحت حر؛ ولهذا: لا يثبت لها الخيار في ابتداء النكاح؛ فلم يثبت ذلك لها في استدامته.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ، ب: بتطليقتين.

(٦) سقط في أ، وفي م: وكما.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

في المنتقى .

ويستوي أن تكون الأمة صغيرة أو كبيرة، غير أنها إن كانت صغيرة لا تتصرف بحكم هذا الخيار فسئًا وإجازة، ما لم تبلغ فسئًا بأن تختار نفسها، وإجازة بأن تختار زوجها؛ لأن هذا التصرف تردد بين النفع والضرر، والصغير لم يؤهل^(١) لذلك، وكذلك وليها لا يملك التصرف بهذا الخيار؛ لأن وليها قائم مقامها، فإذا بلغت، خيرها القاضي خيار العتق، ولا يخيرها خيار البلوغ.

قوله: لا يخيرها خيار البلوغ، يحتمل^(٢): يخيرها خيار البلوغ؛ لأنه^(٣) ليس لها خيار البلوغ، ويحتمل^(٤): يخيرها خيار البلوغ مع [أن]^(٥) خيار البلوغ ثابت؛ لأنه يثبت لها خيار العتق، وخيار العتق ينتظم خيار البلوغ؛ لأنه أعم من خيار البلوغ منهم من قال بالأول، وهو الأصح.

وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع في فصل العبد على ما يأتي بيانه بعد هذا؛ وهذا لأن العقد صدر ممن هو كامل الولاية؛ لأن ولاية المولى على مملوكه ولاية متكاملة [فلا تثبت]^(٦): لأن ولايته بسبب الملك، ولا نقصان في الملك وكانت ولايته متكاملة؛ فلا يثبت خيار البلوغ كما في الأب والجد، والكلام في خيار العتق [في فصول]:

أحدها: أن خيار العتق^(٧) يثبت للأنتى دون الذكر.

والثاني: أنه لا يبطل بالسكوت، ويبطل بقول أو فعل يدل على اختيارها النكاح، فقد ذكر الكرخي عن محمد - رحمهما الله - أن المعتقة إذا قالت: رضيت بالنكاح، يبطل خيارها.

والثالث: أنه يبطل بالقيام عن المجلس.

والرابع: أن الجهل بخيار العتق عذر حتى لو علمت بالعتق، ولم تعلم بالخيار لا يبطل خيارها، وإن قامت عن المجلس على ما عليه إشارات الجامع وهو قول

(١) في أ: يوكل، وفي ب: يؤمل.

(٢) في ب: محتمل لا.

(٣) في ب: لأنها.

(٤) زاد في ب: لا.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

الكرخي وجماعة من مشايخ بخارى، خلافا لما قاله^(١) الإمام القاضي أبو طاهر الدباس^(٢).

والخامس: أن الفرقة بخيار العتق فرقة بغير طلاق، ولأن [خيار العتق إنما يثبت للأئمة دون الذكر، والفرقة من جانب المرأة]^(٣) لا تكون طلاقاً.

قال في المنتقى: خيار العتق نظير خيار الطلاق، سوى بين الخيارين مطلقاً، وفي [الكتب الظاهرة]^(٤) بينهما فرق في حق بعض الأحكام، فإن الفرقة ثمة طلاق، والجهل ثمة ليس بعذر، إلى غير ذلك من الأحكام.

وإذا زوج الرجل عبده الصغير امرأة حرة، ثم إن المولى^(٥) أعتق العبد، ثم بلغ، فليس له خيار البلوغ، ولا خيار العتق. وبهذه المسألة تبين أن الصحيح في فصل الأمة قول من يقول: بأن خيار البلوغ غير ثابت لها، إلا أنه ثابت لكن ينتظمه خيار العتق، ألا ترى أن في حق العبد خيار العتق غير ثابت، ولم يثبت له خيار البلوغ والمعنى ما ذكرنا أن الإنكاح صدر ممن له ولاية كاملة، ولأن إنكاح المملوك حق المولى باعتبار ملكه، ولم يكن حقاً للعبد عليه بطريق النظر حتى يجب التخيير بطريق النظر، [بخلاف ما إذا أنشأ النكاح بعد العتق وهو صغير؛ لأنه حق على المولى بطريق النظر]^(٦).

قال البقالي في فتاويه: ومهر [مثل]^(٧) الأمة على قدر الرغبة فيها، وعن الأوزاعي ثلث قيمتها.

وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - في أمة تزوجت بغير إذن المولى^(٨) ثم وطئها المولى لم يكن ذلك نقضاً للنكاح، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يفسخ النكاح، ولو باعها على أنه بالخيار، فهو نقض للنكاح من قبل أن البيع ينفذ^(٩) إذا سكت عن نقضه حتى تمضي مدة الخيار. والله أعلم.

(١) في أ، ب: قال.

(٢) زاد في أ: وأحمد بن بغية، وفي ب: وأحمد بن قضا.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: النسب الظاهر.

(٥) في أ: الولي.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: الولي.

(٩) في م: عقد.

الفصل الثامن عشر

في بيان ما يجوز من الأنكحة وما لا يجوز

قال أصحابنا - رحمهم الله -: لا يجوز للرجل أن يتزوج بأمرأة دخل بها أو لم يدخل [بها]^(١)، وهذا لقوله - تعالى -: ﴿وَأَمَّهَتْ نِسَائِكُمْ﴾^(٢) حرم أمهات النساء مطلقاً^(٣).

(١) سقط في ب.

(٢) سورة النساء آية: ٢٣ .

(٣) استدلل المسلمون على تحريم نكاح الأم، بالنقل والعقل:

أما النقل: فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾.

قال بعضهم: إن هذه الآية لا تدل على تحريم نكاح الأمهات؛ وذلك لأن التحريم في الآية أضيف إلى الأمهات، والتحريم لا يمكن إضافته إلى الأعيان، وإنما يمكن إضافته إلى الأفعال، وذلك الفعل غير مذكور في الآية، فكما يحتمل أن يكون المراد منه النكاح يحتمل أن يراد منه الأكل أو الجلوس، فإذا تعين أن يكون المراد منه النكاح دون غيره بلا مرجح كان تحكما وترجيحا بلا مرجح.

وأجيب عن ذلك أولا: بأن هناك مرجحا؛ إذ تقدم قبل هذا قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾. فهذه قرينة دالة على أن المراد: النكاح.

وثانيا: أن هذا معلوم من الدين بالضرورة، فلا وجه للتخصيص عليه؛ لأن الأصل في ذلك أن الحرمة أو الإباحة إذا أضيفتا إلى الأعيان، فالمراد: الفعل المطلوب منهما في العرف.

وقد ورد على هذه الآية أيضا أنها ليست نصا في تحريم الأمهات على سبيل التأييد، فإن القدر المذكور في الآية يمكن تقسيمه إلى المؤبد والمؤقت، كأن الله تعالى يقول تارة: حرمت عليكم أمهاتكم إلى الوقت الفلاني فقط، وتارة أخرى يقول: حرمت عليكم أمهاتكم مؤبدا.

وإذا كان القدر المذكور صالحا؛ لأن يجعل موردا للتقسيم، لم تكن الآية نصا في التأييد.

فيجاب عنه أولا: بأن التحريم الذي ورد في الآية ورد مطلقا، فينصرف إلى الفرد الكامل منه، وهو التأييد حتى يرد دليل على التأييد، ولا دليل. ثانيا: أن المقرر في الفقه أن ذلك المنع لعله، وأنها لا تزال مستمرة إلى الأبد ففهم التأييد.

وأما العقل: فلأن ذلك يفضي إلى قطع الرحم، وقطع الرحم حرام؛ وذلك لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما، وهذه تفضي إلى قطع الرحم.

وأما الجدات، سواء أكن من قبل الأم أم الأب، وسواء كن أقارب أم أبعاد، فإن الأئمة =

وهو معنى قول ابن عباس - رضي الله عنهما - : أم المرأة مبهمة في القرآن^(١) ،

اتفقوا على تحريم نكاحهن :
وذلك إما بالنص ؛ لأن اللغة تقول : «أم كل شيء : أصله» فأم القرى : مكة ؛ لأنها
توسطت الأرض فيما زعموا ؛ لأنها قبلت الناس يؤمنونها ، أو لأنها أعظم القرى شأنًا .
وأم الكتاب : أصله ، أو اللوح المحفوظ .

ومنه قوله ﷺ : «الخمر أم الخبائث» . [أخرجه الطبراني في الأوسط (٣٦٦٧) من طريق
محمد بن حرب النشائي ، قال : نا محمد بن ربيعة الكلابي عن الحكم بن عبد الرحمن ، به .
وعزه الألباني في الصحيحة (١٨٥٤) إلى الواحدي في الوسيط ، والقضاعي «الجملة
الأولى منه» عن الحكم بن عبد الرحمن ، به .

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٧٥/٥) : أخرجه الطبراني في الأوسط ، عن شيخه
شباب بن صالح ، ولم أعرفه . وبقية رجاله ثقات ، وفي بعضهم كلام لا يضرب [أي :
أصلها ، فالأم على هذا من قبيل التواطؤ .

ويصح أن يكون تحريم الجدات بدلالة النص ؛ لأن الله تعالى حرم العمات والخالات ،
وهن أولاد الجدات ؛ فكانت الجدات أقرب إلينا منهن ؛ فكان تحريمهن تحريماً للجدات من
باب أولى ؛ كتحریم التأفیف نصاً ، يكون تحريماً للضرب والشم دلاله .

ينظر : الاختيار لتعليل المختار ، للموصلي (٨٤/٣) ، وفتح القدير ، للكمال ابن الهمام
(٢٠٩/٣) ، وكفاية الطالب الرباني (٤٤/٢) ، ونهاية المحتاج (٢٦٦/٦) ، ومطالب أولي
النهي (٨٧/٥ ، ٨٨) ، وجامع البيان في تفسير القرآن ، لأبي جعفر محمد بن جرير
الطبري ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م (٨٤١/٣) ، والكشاف عن حقائق
التنزيل وعميون الأقاويل في وجوه التأويل ، للزمخشري ، دار إحياء التراث العربي ،
ومؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ط (١) (٤٩٦/١) ، وتفسير الرازي (٣٨/١٠) ،
والجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي (١٢٢/٥) ، وروح المعاني (٢٦٠/٤) ، وفتح القدير ،
للسوكاني (٤٤٧/١) ، والتمهيد ، للكلوذاني (٢٣١/٢) ، وشرح الكوكب المنير (٣/
٤١٩) ، (١٥٠/١) ، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ص (٢٦٤) ،
والمختصر في أصول الفقه ، لابن اللحام ، ص (١٢٧) ، والإحكام في أصول الأحكام ،
للأمدي (١٢/٣) ، والمحصول ، للرازي (١٥٨/٢ ، ١٥٩) ، (١٦١/٣) ، وإرشاد
الفحول ، ص (٢٥٣) ، والمختصر مع شرح العضد (١٥٩/٢) ، وشرح تنقيح الفصول ،
ص (٢٧٥) ، وأحكام الفصول في أحكام الأصول ، أبو الوليد الباجي ، تحقيق :
عبد المجيد تركي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط (١) ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م ،
ص (٢٩١) ، وتيسير التحرير (٢٣٨/١) ، وفواتح الرحموت (٣٣/٢) ، والمعتمد
(٣٠٧/١) ، ونهاية الوصول إلى علم الأصول (٢/٢٦٢ ، ٢٦٣) ، والآيات البيئات
(١٤٧/٢) ، ونهاية السؤل (٢/٢١٤) .

(١) أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف (٤٨٥/٣) ، حديث (١٦٢٧٩) ، والبيهقي في السنن
الكبرى (١٦٠/٧) ، وينظر : تلخيص الحبير ، لابن حجر ، نشر : عبد الله هاشم اليماني ،
المدينة المنورة ، ط (٢) ، ١٩٧٠ م (١٦٦/٣) .

وقوله : مبهمة : أي لم يشترط في تحريم أم الزوجة الدخول كما اشترط في تحريم =

أي: مطلقة.

ولا يجوز أن يتزوج بابنة امرأته؛ إن كان دخل بها، وإن^(١) لم يدخل بها فلا بأس به^(٢)

الريبة، فقال تعالى: ﴿وَأَمَهَنْتُمْ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء آية: ٢٣]، فلا تجوز الأم بحال سواء دخل بالريبة أم لا، بل تحرم بالعقد. قال زيد بن ثابت رضي الله عنه: الأم مبهمة ليس فيها شرط، وإنما الشرط في الرئائب. ينظر: الموطأ للإمام مالك بن أنس، ومعه كتاب إسعاف المبطلأ برجال الموطأ للإمام جلال الدين السيوطي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، ط (٣) (٢/٥٣٣).

(١) في ب: أو.

(٢) هي المسماه بالريبة وهي لغة: هي ابنة امرأة الرجل من غيره، مشتقة من الرب، وهو الإصلاح؛ لأنه يقوم بأمورها ويصلح أحوالها، والجمع رباب.

واصطلاحاً: هي بنت الزوجة، وبنت ابنها، وبنت بنتها وإن سفلا من نسب أو رضاع وارثة أو غير وارثة، والابن ربيب؛ قال ابن الجوزي: «قوله تعالى: ﴿رَبِّبْتُكُمْ﴾ الربيبة: بنت امرأة الزوج من غيره، ومعنى الربيبة: مربوبة؛ لأن الرجل يرببها وخرج الكلام على الأعم من كون التربية في حجر الرجل لا على الشرط».

وقال ابن جرير الطبري: «الرئائب: جمع ربيبة وهي ابنة امرأة الرجل، قيل لها: ربيبة، لتربيته إياها، وإنما هي مربوبة صرفت إلى ربيبة كما يقال: هي قبيلة، من مقبولة، وقد يقال لزواج المرأة: هو ربيب ابن امرأته، يعني به: هو رأبه، كما يقال: هو جابر وجبير، وشاهد وشهيد».

وقال ابن العربي: «الرئائب: واحدتها ربيبة، فعيلة بمعنى مفعولة، من قولك: رببها يرببها، إذا تولى أمرها».

وقال القرطبي: «الربيبة بنت امرأة الرجل من غيره، سميت بذلك لأنه يرببها في حجره، فهي مربوبة، فعيلة بمعنى مفعولة».

والربيبة من المحرمات بشرط دخول الرجل بأمها، فإذا دخل الرجل بزوجه حرمت عليه ربيبته، سواء كانت في حجره أم لم تكن في قول عامة الفقهاء.

وحكى كثير من أهل العلم الإجماع على أن الرجل إذا تزوج من امرأة، ثم طلقها، أو ماتت، ولم يدخل بها، فله أن يتزوج بنتها، وهو قول مالك، والشافعي وأصحابه والحنفية وأحمد والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور.

وروي عن جابر بن عبد الله، وعمران بن حصين أنهما قالاً: إذا طلقها، ولم يدخل بها، يتزوج ابنتها.

وقد اختلفوا في معنى الدخول الذي يحرم بنت الزوجة: فذهب جماعة إلى أن المراد به الجماع، وهو الأصح من قول الشافعي، وروي ذلك عن ابن عباس، وقال به طاوس، وعمرو بن دينار.

وذهب آخرون إلى أن المراد به: الخلوة، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد.

وقال عطاء: يحرم ذلك التفقيس والقيود بين الرجلين.

وقال الأوزاعي: إن دخل بالأم فعرّأها ولمسها بيده أو أغلق بابا، وأرخى سترا فلا يحل له نكاح ابنتها.

وانفقوا على أن وطء الزوجة يحرم الربيبة، واختلفوا في غير الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج بشهوة أو بغير شهوة: هل ذلك يحرم الربيبة أم لا؟ فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد: إن اللمس بشهوة يحرمها، وهو أحد قولي الشافعي.

وقال داود، والمزني: لا يحرمها إلا الوطء، وهو الأصح عند الإمام الشافعي. والأصل في تحريم نكاح بنات الزوجات قوله تعالى: ﴿وَرَبِّبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾. وجه الدلالة من الآية:

أنه تعالى ذكر أمهات النساء، وعطف ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف العطف، ثم عقب الجمليتين بشرط الدخول، والأصل أن الشرط المذكور والاستثناء بمشيئة الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف، كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف إلى الكل لا إلى ما يليه خاصة ومن ثمّ ثبت تحريم نكاح بنات الزوجات.

ولم يسلم حكم تحريم نكاح الربيبة من الخلاف بين العلماء؛ إذ اختلفوا هل يشترط في تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أو لا؟ فذهب الجمهور إلى أنه لا يشترط ذلك في التحريم. وقال داود: يشترط في تحريمها أن تكون في حجره.

وسبب الخلاف في ذلك: هل قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ وصف له تأثير في الحرمة؟ أو ليس له تأثير فيها، وإنما هو وصف خرج مخرج الموجود الغالب؟ فمن قال: إنه وصف خرج مخرج الموجود الغالب وليس مؤثرا في الحرمة، قال بحرمة الربيبة مطلقا.

ومن قال: إنه شرط غير معقول المعنى مؤثر في الحرمة، قال: لا تحرم إلا إذا كانت في حجره.

وتفصيل هذا الخلاف: أن داود ومن تبعه من الظاهرية قد استدلوا على مذهبهم بالكتاب والسنة والأثر:

أولا: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله - تعالى - : ﴿وَرَبِّبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾. وجه الدلالة من الآية الكريمة: أنهم قالوا: إن الله سبحانه وتعالى حرم الربيبة بشرطين: أحدهما: أن تكون في حجر المتزوج بأمرها. والثاني: الدخول بالأم.

وقد عدم أحد الشرطين؛ فلا يوجد التحريم.

ثانيا: السنة: روت أم حبيبة بنت أبي سفيان، قالت: يا رسول الله، هل لك في أختي بنت أبي سفيان؟ فقال رسول الله ﷺ: فأعل ماذا؟ قالت: تنكحها، قال: أختك؟ قالت: نعم، قال: أو تُحِبِّينَ ذَلِكَ، قالت: نعم لست لك بمُخْلِيةٍ وَأَحَبُّ مِنْ شَرِكْتِي فِي خَيْرِ أُخْتِي، قال: فَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِي قَالَتْ: فَقُلْتُ: فَوَاللَّهِ لَقَدْ أُخْبِرْتُ أَنَّكَ تَحْطُبُ بِنْتَ أَبِي سَلَمَةَ، قَالَ:

بُنْتُ أُمَّ سَلَمَةَ، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: فَوَاللَّهِ لَوْ لَمْ تَكُنْ رَبِيبَتِي فِي حَجْرِي مَا حَلَّتْ لِي، إِنَّهَا لَأَبْنَةُ أُخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ أَرْضَعْتَنِي، وَأَبَاهَا ثُوْبَيْهٌ، فَلَا تَعْرِضْنِ عَلَيَّ بِنَاتِكِنَّ وَلَا أَخَوَاتِكِنَّ». [أخرجه البخاري (٦٢/٩) كتاب النكاح، باب: ﴿رَبِيبُكُمْ الَّذِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ الَّذِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ (٥١٠٦)، ومسلم (١٠٧٢/٩) كتاب الرضاع، باب: تحريم الربيبة وأخت المرأة (١٥ - ١٤٤٩)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن الرسول ﷺ قال ذلك لما عرضت عليه زينب بنت أم سلمة زوج النبي ﷺ؛ فدل ذلك على أن للحجر أثرا في التحريم، وإلا لما تعرض له الرسول ﷺ بالذكر.

ثالثا: الأثر: استدلل الظاهرية على ما ذهبوا إليه من الأثر بما رواه مالك بن أوس بن الأحدثان النصرى قَالَ: كَانَتْ عِنْدِي امْرَأَةٌ قَوْلَتْ لِي فَتُوْفِيَتْ فَوَجَدْتُ عَلَيْهَا، فَلَقِينِي عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ فَقَالَ: مَا لَكَ؟ فَقُلْتُ: تُوْفِيَتْ الْمَرْأَةُ، فَقَالَ عَلِيٌّ: إِنَّهَا ابْنَةٌ، قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: كَانَتْ فِي حَجْرِكِ. [أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٧٩/٦)، صححه الألباني في الإرواء (١٨٨٠)، قال ابن كثير في تفسيره (٢٣٨/٢): هذا إسناد قوي ثابت إلى علي بن أبي طالب على شرط مسلم وهو قول غريب جداً، كما صححه السيوطي في الدر المنثور (١٣٦/٢)].

وينظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل برواية ابن أبي الفضل صالح، الدار العلمية، الهند، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (٩١/٢).

وقد قيل للظاهرية في الآية: إن إضافة الرئب إلى الحجر إنما جرى على الأغلب؛ فإن الغالب أن تكون في حجر زوج أمها، لا أنهن لا يحرمن إذا لم يكن كذلك؛ فلا مفهوم للحجر هنا؛ إذ لو كان شرطاً كالدخول لما اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول، ولم يشترط نفي الحجر، فلم يقل: فإن لم تكونوا دخلتم بهن، ولم يكن في حجوركم، ولو كان شرطاً لما اكتفى بنفي الدخول في موضع الإحلال.

ويقال لهم في الأثر: إنه أخرجه صالح بن أحمد عن أبيه، وأخرجه أبو عبيد أيضاً، وقال ابن المنذر والطحاوي: إنه غير ثابت عن علي؛ فيه إبراهيم بن عبيد بن رفاعة: لا يعرف، وأكثر أهل العلم تلقوه بالدفع والخلاف.

وهو أيضاً معارض بقوله ﷺ: «لَمْ حَبِيبَةٌ: «فلا تعرضن علي بناتكن ولا أخواتكن» من غير تقييد بالحجر، فهذا يدل على أن الكون في الحجر غير معتبر في التحريم.

وأما الجمهور فقد استدلوا بالآية نفسها، وقالوا: إنها مطلقة، وذكر الحجر يجوز أن يكون خرج مخرج الغالب لا مخرج الشرط؛ إذ الغالب المعتاد أن يكن في حضنة أمهاتهن تحت حماية أزواجهن.

وفائدة وصفهن بالكون في الحجر تقوية علة الحرمة.

ويجوز أن يكون سبب ذكر الحجر: الاستهجان لفعلهم والتشجيع عليهم، لا لتعلق الحكم وهو التحريم به.

وذلك لما يحصل من إهدار قيمة الرحمة بالربيبة واللفظ الأبوي عليها، إذا كان يمكن أن تكون محلاً لرغبة زوج أمها فيها واشتهائه لها.

لقوله تعالى: ﴿رَبِّبْتُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمْ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(١).

وبمناقشة الأدلة نرى رجحان مذهب الجمهور القائل بتحريم الربيبة على زوج أمها المدخول بها، سواء أكانت في حجره أم لا، وأنه إذا عقد عليها كان النكاح فاسداً، يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا سيما أن الله - سبحانه وتعالى - إنما حرم الربيبة؛ لثلا يفضي نكاحها إلى قطيعة الرحم، وهي في هذا المعنى لا تختلف بين أن تكون في حجره أو في حجر غيره؛ فدل على أن الكون في الحجر غير معتبر في التحريم. فإن تزوج امرأة، ووطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطئ هو أمها أو بنتها بشبهة، انفسخ نكاحها؛ لأنه معنى يوجب تحريمها مؤبداً، فإذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع.

ينظر: لسان العرب، مادة (ربب) (٣٩٩/١)، مختار الصحاح (٢٦٧/١)، الأصل، لمحمد بن الحسن الشيباني (٣٦١/٤)، المسوط، للسرخسي (١٩٩/٤)، بدائع الصنائع (٢٥٩/٢)، (٤١٤/٣)، فتح القدير (٤٤٥/١)، اللباب في شرح الكتاب (٤/٣)، الجوهرة النيرة، (٣/٢)، بداية المجتهد (٢٥/٢)، (٥٧/٣)، الذخيرة، للقرافي (١/٢٩٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (٤٧٧/٧)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/٤٠٤)، الأم، للشافعي (٧/٢٩)، الحاوي الكبير (٩/٢٠٧، ٢٠٨)، حاشيتنا قليوبي وعميرة (٣/٢٤٣)، بحر المذهب، لعبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني، تحقيق: أحمد عز وعناية الدمشقي، دار إحياء التراث، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م (٩/٢٠٣)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للبغوي (٥/٣٥٢)، البيان، للعمراني (٩/٢٤١)، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم ابن علي الشيرازي، طبعة مصطفى الحلبي، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م، ص (١٦٠)، مختصر المنزني (٩/٢٠٨)، نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبي المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (١٢/٢٢٣، ٢٢٥)، المبدع (٧/٥٨)، المغني، لابن قدامة (٦/٥٦٩)، (٧/٨٦، ٩٢)، (٩/٥١٧)، الإنصاف (٨/١١٤-١١٥)، وكشاف القناع (٥/٧٠، ٨٩)، شرح الزرقاني (٣/٣٦٩)، زاد المسير في علم التفسير، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ (٢/٤٧)، تفسير الطبري (٤/٣٢٣)، أحكام القرآن، لابن العربي (١/٤٨٦)، تفسير القرطبي (٥/١١٢)، عمدة القاري، للعيني (٢٠/١٠٣، ١٠٤)، فتح الباري (٧/٢١٢)، المحلى (٩/٢٢٩)، شرح صحيح البخاري، لابن بطال، لأبي الحسن علي بن خلف بن بطال، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، تحقيق: ياسر إبراهيم، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م (٧/٢١٢، ٢١٣)، وتفسير أبي السعود المسمى بإرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، لأبي السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت (٢/١٦١).

وإذا جمع بين امرأتين في النكاح؛ فالأصل في جنس هذه المسائل أن كل امرأتين لو صورنا إحداهما من هذا الجانب أو من ذلك الجانب ذكراً لم يجز النكاح بينهما برضاع أو نسب، لم يجز الجمع بينهما، ولو جاز لواحد منهما أن يتزوج بالأخرى فالجمع جائز، كالجمع بين المرأة وابنة زوج كان لها من قبل وإن^(١) كانت ابنة الزوج، لو كان ذكراً لا يجوز النكاح بينهما، إلا أن امرأة الأب لو كانت ذكراً يجوز النكاح بينهما؛ وهذا لأن الأصل في هذا الباب ذوات رحم محرم، وهناك الحرمة ثابتة بين الجانبين، لو صورنا إحداهما رجلاً من أي جانب كان، فكل امرأتين هما في معنهما، يثبت هذا الحكم في حقهما، وما لا فلا، وكما^(٢) لا يجوز للرجل أن يتزوج بأخت امرأته في عدة أمرأته^(٣)، فكذا لا يجوز [أن يتزوج]^(٤) امرأة^(٥) من

(١) في ب: ولو.

(٢) في م: وكذا.

(٣) عدة المطلقة هي المانع الذي يمنع زواج الرجل من أختها حتى تنقضي؛ لأن المطلقة - رجعيًا خاصة - هي زوجة حكمًا، فحرم الجمع بينها وبين أختها.
وعلى هذا فإذا تزوج رجل بامرأة، ثم طلقها وأراد أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها، أو تزوج بأربع نسوة فطلقهن وأراد أن ينكح أربعًا غيرهن، أو طلق واحدة منهن وأراد أن يتزوج غيرها؛ فإن كان الطلاق قبل الدخول، صح تزوجه بلا خلاف؛ لأنه لا عدة له على المطلقة.

وإن كان بعد الدخول، فإن كان الطلاق رجعيًا، لم يصح تزوجه قبل انقضاء العدة؛ لأن المطلقة في حكم الزوجات.

وإن كان الطلاق بائنًا، صح تزوجه عند المالكية والشافعية قبل انقضاء العدة وبه قال زيد ابن ثابت - رضي الله عنه -.

وقال الحنفية والحنابلة: لا يصح.

وروي ذلك عن علي بن أبي طالب وابن عباس.

واحتج الشافعية لذلك بأن المطلقة بائن منه؛ فجاز له عقد النكاح على أختها، كالبائن قبل الدخول.

وقال الشافعي في الإملاء: فإن تزوج رجل امرأة فطلقها طلاقًا رجعيًا، ثم قال الزوج: قد أخبرتني بانقضاء عدتها، فأنكرت؛ لم يقبل قوله في إسقاط نفقتها وكسوتها وسائر حقوقها؛ لأنه حق لها، فلا يقبل قوله في إسقاطه.

وإن أراد أن يتزوج بأختها أو عمتها، وصادقته التي يتزوجها على ذلك، صح تزوجه؛ لأن الحق لله تعالى وهو مقدر فيما بينه وبينها.

ينظر: المبسوط (٢٠٢/٤-٢٠٨)، الهداية (١/١٩٣)، الاختيار (٣/٨٦)، نهاية المحتاج (٦/٢٨٠)، حلية العلماء (٦/٣٨٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/٢٤٦)، المحرر في الفقه (٢/٢١)، المبدع (٧/٦٨)، كشف القناع (٥/٨١)، الإنصاف =

ذوات محارمها في عدتها؛ لأنها^(١) في معنى الأختين في حرمة الجمع .
قال محمد - رحمه الله - في الجامع: [رجل]^(٢) وكل رجلا أن يزوجه امرأة،
ووكل رجلا آخر بمثل ذلك، فزوجه كل واحد منهما امرأة بغير أمرها، وهما أختان
من الرضاع، ووقع العقدان معًا، فهما باطلان، وإنما بطلا لجمع^(٣) وجد من
الموكل؛ لأن عبارة الوكيل في باب النكاح منقولة إلى الموكل، فإذا خرج الكلامان
منهما معا صار كأن الموكل خاطبهما بالنكاح.

فإن قيل: الجمع وجد في أحد شطري العقد، والمحرم هو الجمع في شطر
العقد؛ لأن المحرم هو الجمع المطلق، والجمع المطلق هو الجمع في شطري
العقد.

قلنا: الجمع في أحد شطري العقد كاف للفساد؛ لأنه إنما فسد إذا وجد الجمع
بين^(٤) الشطرين؛ لأنه جاز نكاح إحداهما، وفسد نكاح الأخرى، وليست إحداهما
بأن تعين للجواز والأخرى للفساد بأولى من الأخرى، ففسدا جميعًا، هذا المعنى
موجود إذا وجد الجمع في أحد شطري العقد، إما في الخطاب أو في القبول؛ [لأن
القبول]^(٥) في أحدهما جائز، وفي الأخرى فاسد، ولا يدرى، ففسد القبول فيهما،
وإذا فسد صار وجوده والعدم بمنزلة؛ فكأنه وجد أحد شطري العقد لا غير، ثم
استشهد محمد - رحمه الله - فقال: ألا ترى أن رجلا^(٦) تزوج حرة وأمة في عقدة

= (٨/١٢٤، ١٣١)، الإفصاح (٢/١٢٥)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٨٣)،
رؤوس المسائل، المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية، للعلامة جار الله أبي القاسم
الزمخشري، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان،
ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص (٣٨٦)، أحكام القرآن، لابن العربي (١/٣٨٠)،
أحكام القرآن، للجصاص (٢/١٣٢).

- (٤) سقط في م .
(٥) في أ، ب: أحدا .
(١) في م: لأنهما .
(٢) سقط في أ .
(٣) في أ: بجميع، وفي ب: بجمع .
(٤) في أ: في .
(٥) سقط في أ .
(٦) زاد في أ: لو .

[واحدة]^(١)؛ الأمة برضا مولها، والحره بغير رضاها، كان نكاح الأمة باطلا؛ لوجود [الجمع في أحد]^(٢) شطري العقد من جانب الزوج، [إلا]^(٣) أنه فسد نكاح الأمة لا غير؛ لأن الجمع في أحد الشطرين لا يكون أقوى من الجمع في الشطرين، والجمع في الشطرين^(٤) يوجب بطلان نكاح الأمة لا غير، فكذا في [أحد]^(٥) الشطرين، بخلاف الجمع بين الأختين، وهذا لأن في فصل الأمة المحرمة منهما متعينة وهي الأمة فحكمنا بفساد نكاحها لا غير، وفي فصل الأختين، المحرمة [غير]^(٦) متعينة فحكمنا بفساد النكاحين. أورد هذه المسألة ليعين أن الجمع في أحد شطري العقد يوجب فساد العقد كالجمع في شطري العقد.

قال محمد - رحمه الله -: رجلان لم يوكلا بنكاح، وكانا فضولين زوجا رجلا أختين [في] [عقدين]^(٧) متفرقين^(٨) برضا الأختين، وخاطب عن كل واحد منهما خاطب، ووقع العقدان معا، [فبلغ ذلك الزوج]^(٩)، وأجاز نكاح إحداهما، جاز؛ لأن كلامهما^(١٠) منفصل في الأصل، لكن بحكم الوكالة اجتمعت عبارتهما^(١١) لانتقال عبارتهما^(١٢) إلى الموكل، وقد انعدمت الوكالة هاهنا فبقيت عبارتهما منفصلتين فلم يوجد الجمع بينهما لا في العقد ولا في الحكم؛ فيتوقف^(١٣) على الإجازة، ولو أنهما زوجه في عقدين^(١٤) [بأن]^(١٥) [قال]^(١٦) كل واحد منهما:

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في أ: الشطر.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) في م: بعقدين.
- (٨) في أ: عقدتين تفرقتين.
- (٩) سقط في ب.
- (١٠) في أ: كلاهما.
- (١١) في ب: عبارتهما.
- (١٢) في ب: عبارتهما.
- (١٣) في أ: فيوقف، وفي م: فتوقفا.
- (١٤) في أ: عقدتان.
- (١٥) سقط في م.
- (١٦) سقط في أ.

زوجت فلانة وفلانة، وخاطب عنهما رجلان، لا يجوز شيء من ذلك .
قال محمد - رحمه الله - : ولو أن أختين قالت كل واحدة منهما لرجل واحد: قد
زوجت نفسي منك بكذا، وخرج الكلام منهما معا، فقبل الزوج نكاح إحداهما فهو
جائز؛ لأن الجمع لم يوجد لا من الأختين ولا من الزوج، أما من الأختين فإن كل
واحدة منهما زوجته نفسها على حدة، ولا ولاية لإحداهما على صاحبتها، حتى
يصير كلام كل واحدة منهما منقولاً إلى صاحبتها، حتى يثبت الجمع [من
الأختين]^(١)، ولم يثبت من الزوج، فإنه قبل نكاح إحداهما بعينها، فكان النكاح
جائزاً. ولو بدأ الزوج فقال: تزوجتكما كل واحدة منكما بألف درهم.
فقال إحداهما: رضيت، وأبت الأخرى أن ترضى، فنكاحهما باطل؛ لأن
الزوج جمع بينهما في الخطاب، فقد وجد الجمع في أحد شطري العقد، وإنه كاف
للفساد.

ثم قال: ألا ترى [لو]^(٢) أن رجلاً قال لخمس نسوة معا: قد تزوجتكن على ألف
درهم. فقالت إحداهن: رضيت. لا يجوز نكاحها؛ لوجود الجمع بين خمس نسوة
من جانب الزوج. أورد هذه المسائل ليسين أن تحقق الجمع في أحد شطري العقد
يوجب فساد العقد كالجمع في شطري العقد.

قال في الأصل: وإذا كان للرجل جارية يطؤها فاشتري أختها كان له أن يطأ
الأولى، وليس [له]^(٣) أن يطأ الثانية، ولو كان مكان الشراء تزوجاً بأن تزوج بالأخت
بعد ما وطئ الأولى ليس له أن يطأ الأولى.

والوجه في ذلك: أن الجمع بين [الأختين]^(٤) نكاحاً كما هو حرام فالجمع بينهما
وطئاً وجمعاً حرام.

قال: [و]^(٥) لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

أختين^(١).

(١) اتفق العلماء على أنه لا يجوز الجمع بين الأختين بعقد نكاح مطلقاً. وقد دل على ذلك الكتاب، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع: أولاً: الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾. وجه الدلالة من الآية: أن الواو للعطف، و«أن» حرف مصدري وناصب، تسبك مع ما بعدها بمصدر تقديره: وجمعكم بين الأختين، وهو مرفوع معطوف على ما قبله من المحرمات.

والأختان في الآية الكريمة مطلقتان، أي: سواء أكانتا شقيقتين، أم لأب، أم لأم، وسواء أكانتا من النسب أم من الرضاع.

ثانياً: السنة: روت أم حبيبة بنت أبي سفيان، قالت: يا رسول الله، هل لك في أختي بنت أبي سفيان؟ فقال رسول الله ﷺ: فأعل ماذا؟ قالت: تنكحها، قال: أختك؟ قالت: نعم، قال: أو تحيين ذلك، قالت: نعم لست لك بمخلية وأحب من شركتي في خير أختي، قال: فإنها لا تحل لي قال: فقلك: فوالله لقد أخبرت أنك تحطب بنت أبي سلمة، قال: بنت أم سلمة، قالت: نعم، قال: فوالله لو لم تكن ريبتني في حجرتي ما حلت لي، إنها لابنة أخي من الرضاة أضعفني، وأبأها ثويبة، فلا تعرض علي بناتك ولا أخواتك. [أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٨٢/٣) كتاب النكاح، باب: في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطأهما جميعاً، رقم (١٦٢٥٢)، عن علي به].

وجه الدلالة من الحديث: دل الحديث بظاهره على حرمة الجمع بين الأختين، وموطن الدلالة هو: أن أم حبيبة طلبت إلى النبي ﷺ أن يتزوج أختها بنت أبي سفيان، فقال النبي ﷺ: «إن ذلك لا يحل لي»؛ لما يلزم عليه من الجمع بين الأختين. ثالثاً: الإجماع: قال القاضي عياض: أجمع المسلمون على الأخذ بهذا النهي في الجمع بين الأختين.

قال ابن حزم: واتفقوا أن الجمع بين الأختين بعقد الزواج حرام. وأما الجمع بين الأختين بملك اليمين للخدمة فإنه جائز اتفاقاً، لا خلاف فيه بين الفقهاء.

وأما الجمع بينهما بملك اليمين للوطء فقد وقع فيه خلاف، وعامة الفقهاء على منعه، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ بطريق الدلالة؛ لاتحادهما في المدار، وعليه ابن مسعود، وابن عمر، وعمار بن ياسر.

واختلفت الرواية عن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - فقد روى ابن أبي شيبة عنه: أنه سئل عن رجل له أمتان أختان وطئ إحداهما، ثم أراد أن يطأ الأخرى، قال: لا، حتى يخرجهما من ملكه. [أخرجه البزار في المسند (٣٠٤/٢)، رقم (٧٣٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤٨٢/٣)، رقم (١٦٢٥٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٦٤/٧)، عن علي].

وروي من طريق أبي صالح عنه أنه قال في الأختين المملوكتين: أحلتها آية، وحرمتها آية، ولا أمر، ولا نهى، ولا أحل، ولا أحرم، ولا أفعله أنا ولا أهل بيتي.

وروى الإمام مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن رجلا سأل عثمان بن عفان عن الأختين من ملك اليمين هل يجمع بينهما؟ فقال عثمان: أحلتها آية وهي قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ كما قال ابن حبيب. [أخرجه مالك في الموطأ (٥٣٨/٢)، ومن طريقه الشافعي في مسنده (٢/رقم ٤٦ ترتيب)، ومن طريقهما معا أخرجه البيهقي في السنن (١٦٣/٧) عن الزهري، به].
وقال غيره: هي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ [٥] إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ. وقيل: هذا هو الأقرب.

وقيل: لو أراد ما قال ابن حبيب لقال: أحلتها آيتان.
وقال ابن عبد البر: أراد تحليل الوطاء بملك اليمين مطلقا؛ فيكون المراد من الآية: الجنس، وحرمتها آية، وهي قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ وأما أنا فلا أحب أن أصنع ذلك.
وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك، وعليه ابن عباس؛ روى عبد بن حميد عن ابن عباس أن الجمع بين الأختين بملك اليمين للوطء لا بأس به. [أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١/٤٤٦)، والبيهقي في السنن (١٦٤/٧) من طريق عكرمة عن ابن عباس، نحوه].
وحكي مثله عن عثمان، رضي الله عنه.

وذهب بعضهم إلى أن القائل بالحل من الصحابة رضي الله عنهم رجع إلى قول الجمهور. [أخرجه مالك في الموطأ (٥٣٨/٢)، وعبد الرزاق في المصنف (٧/١٨٩)، وابن أبي شيبة (٣/٤٨٣)].

ومبنى الخلاف معارضة عموم قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾؛ لعموم الاستثناء في آخر هذه الآية، وهو قوله جلَّ شأنه: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾؛ لأن الاستثناء يحتمل أن يرجع إلى جميع ما تضمنته الآية من التحريم، إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له؛ فيكون خارجا من عموم قوله جلَّ شأنه: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ ملك اليمين.

ويحتمل أن يرجع إلى أقرب مذكور، فيبقى قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ على عمومه، ولاسيما إن عللنا ذلك بعلّة الأخت أو بسبب موجود فيهما.
وقد ارتفع الخلاف واستقر الإجماع على التحريم. ولهذا حكى الإجماع القاضي عياض فقال: أجمع المسلمون على الأخذ بهذا النهي في الجمع بين الأختين، وفي الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، أو في الوطاء بملك اليمين، وقد كان في جمع الوطاء بملك اليمين اختلاف من بعض السلف استقر بعد الإجماع عليه، إلا طائفة من الخوارج لا يلتفت إلى قولهم قالوا: يجمع بين الأختين بملك اليمين.

وقال ابن عبد البر: وقد أجمع المسلمون على أن معنى قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَانُكُمْ وَعَمَّنَاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلْفِي أَرْضَعْتُمْ وَأَخْوَانُكُمْ مِنْ الرِّضَاعَةِ﴾ أن النكاح وملك اليمين في هؤلاء كلهن سواء،

فكذلك يجب أن يكون قياسا ونظرا الجمع بين الأختين والأمهات والربائب، فكذلك هو عند الجمهور، وهم الحجة المحجوج بها على من خالفهم وشذ عنهم والحمد لله. وقال ابن قدامة: والمذهب تحريمه؛ للآية المحرمة، فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعا، بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤها والعقد عليهن، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن، وهذه منهن؛ ولأنها امرأة صارت فراشا، فحرمت أختها كالزوجة.

واختلف الذين ذهبوا إلى منع الجمع بين الأختين بملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاح، والأخرى بملك يمين: فمنعه الإمام مالك، وأبو حنيفة، وأجازة الإمام الشافعي، فإذا تزوج أخت أمته الموطوءة له بملك اليمين، صح النكاح، وحرم عليه وطء واحدة منهما، بل يوقف عنهما حتى يحرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب، وحينئذ يحل له وطء المنكوحة؛ لعدم الجمع، وتحريم الموطوءة له بملك اليمين يكون بالبيع لها، والتزويج الصحيح، والهبة مع تسليمها للموهوب له، والإعتاق، والكتابة، ونحو ذلك.

فلو تزوج الأخت نكاحا فاسدا، لم تحرم عليه أمته الموطوءة له بملك اليمين، إلا إذا دخل بالمنكوحة، فحرم حينئذ الموطوءة؛ لوجود الجمع بينهما حقيقة. ولا يؤثر الإحرام، والحيض، والنفاس، والرهن، والصوم، والإجارة، والتدبير للموطوءة له بملك اليمين؛ لأن فرجها لا يحرم عليه بهذه الأسباب. وإذا رجعت الموطوءة إلى ملكه بعد إخراجها، سواء أكان الرجوع بفسخ، أو شراء جديد أم غير ذلك؛ لم يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب من الأسباب المبسوطة في الفقه.

ينظر: المسبوط (٥١/٤، ٢٠١)، بدائع الصنائع (٢/٢٦٣، ٢٦٤)، البحر الرائق (٣/١٠٢)، تبين الحقائق (٢/١٠٣)، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لعبيد الله ابن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (١/٤٢٣)، (٢/٦٤)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/٨٠٨)، الذخيرة، للقرافي (١/١٥٧)، (٤/٢٦٨)، (٣١٣)، المدونة (٢/٣٨١)، الكافي في فقه أهل المدينة (٢/٥٣٩)، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجرجاني، اعتنى به: أبو الفضل الدميطي، أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (٤/١٦)، العزيز شرح الوجيز، للإمام الرفاعي (٨/٤٣)، مغني المحتاج (٣/١٨٠)، الأم، للشافعي (٥/٣)، حلية العلماء (٦/٣٨٣)، الحاوي الكبير (٩/٢٠٢)، بحر المذهب (٩/١٩٨)، جواهر العقود (٢/١٧)، مختصر المنزني، ص (٢٤٥)، نهاية المطلب (١٢/٢٢٨)، المغني، لابن قدامة (٦/٥٨٤) وما بعدها، (٧/٩٥، ١٢٥)، إكمال المعلم بفوائد مسلم، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصب، تحقيق: الدكتور يحيى إسماعيل، دار الوفاء، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (٤/٥٤٧)، مراتب الإجماع، لابن حزم، دار الكتب العلمية، بيروت،

ص (٦٨)، المحلي، لابن حزم (٥٢١/٩)، الكشف، للزمخشري (٤٩٦/١)، التفسير الكبير (٣٨/١٠)، الجامع لأحكام القرآن (١٢٢/٥)، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٢٢٢/٢)، روح المعاني (٢٦٠/٤)، التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ١٩٩٧م (٣٥١/٤)، أحكام القرآن، للجصاص (٢/٨٦)، أحكام القرآن، للكنيا الهراسي الشافعي (٤٠١/٢)، أحكام القرآن، لأبي بكر بن العربي (٣٧٩/١)، الفصول في الأصول، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: د. عجيل جاسم النشمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط (١)، ١٤٠٥هـ (٤٠٣/١)، التقريب والإرشاد (٢٧٣/٣)، العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى (٤٩٤/٢)، شرح اللمع، للشيرازي (٣١٢/١)، التبصرة في أصول الفقه، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣هـ، ص (١٠٧)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م، ص (٦٦٣)، أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٢هـ (١/١٣٥)، المستصفي (١٤٨/٢)، المحصول، للرازي (٤١٠/٥)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدني (٢٠٢/٢)، التحصيل من المحصول، لسراج الدين الأرموي (٢٦١/٢)، شرح تنقيح الفصول، ص (٤٥٣)، شرح الورقات، لتاج الدين عبد الرحمن بن إبراهيم الفزاري المعروف بابن فركاح، تحقيق: سارة شافي الهاجري، دار البشائر، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص (٢٣١)، معراج المنهاج، للإمام شمس الدين محمد بن يوسف الجزري، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، مطبعة الحسين الإسلامية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (٢٥٩/٢)، كشف الأسرار، للنسفي (١٦٧/١)، شرح مختصر الروضة، لنجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (٧٣٧/٣)، الإشارات الإلهية إلى المباحث الأصولية، لأبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم، نجم الدين الطوفي، الفاروق الحديثة، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م (١٢/٢)، نهاية الوصول في دراية الأصول، لصفي الدين الهندي (٣٧٤٢/٨)، كشف الأسرار عن أصول الزدوي، لعلاء الدين البخاري (٣٠٢/١)، التوضيح لمتن التنقيح (١/٣٩)، الإبهاج، لتاج الدين السبكي (٢٣٠/٣)، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب له (٢٢٤/٣)، البحر المحيط للزرکشي (١٦٢/٨)، منهج العقول، للبدخشي (١٦١/٣)، إرشاد الفحول (٢٧٣/٢)، فواتح الرحموت (٢٦٣/٢)، حاشية الأزميري على مرآة الأصول، لسليمان بن عبد الله الأزميري (٣٥١/١)، الاستذكار (٤٨٧/٥).

إذا ثبت هذا^(١) فنقول: لو وطئ الأولى بعدما تزوج بأختها يصير جامعًا بينهما ماء؛ لأن رحم المتزوجة صار مشغولًا بمائه [حكماً]^(٢)؛ لأن النكاح ألحق بالوطء في حق ثبات النسب حكماً، وإذا صار رحم المتزوجة^(٣) مشغولًا بمائه حكماً لو وطئ الأولى يصير جامعًا بينهما ماءً وإنه لا يجوز، أما لو وطئ الأولى بعدما اشترى أختها لا يصير جامعًا بينهما ماء؛ لأن رحم المشتراة لا يصير مشغولاً بمائه حكماً بنفس الشراء؛ لأن الشراء ما ألحق بالوطء في حق ثبات النسب، ألا ترى أنها لو جاءت بالولد لا يثبت النسب منه بدون الدعوى؛ فلا يصير [بوطء الأولى]^(٤) جامعاً بينهما ماء ويظهر الفرق^(٥) بين فصل النكاح و[بين]^(٦) فصل الشراء.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا تتزوج الأمة في عدة الحرة، وقالوا: تتزوج في عدة المبتوتة، هما يقولان: المحرم إدخال الأمة [في نكاح الحرة، لا الجمع بينهما]^(٧) بدليل أن نكاح الأمة إذا كان سابقاً يجوز، ولا يتحقق الإدخال^(٨) إذا كانت الحرة مبتوتة.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: لأن العدة حق من حقوق النكاح، وأثر من آثاره فيتحقق الإدخال على الحرة من وجه، فيعتبر بالإدخال من كل وجه احتياطاً لأمر الحرة.

ولو تزوج أمة وحرّة، والحرّة في عدة من نكاح فاسد أو عن وطء بشبهة ذكر الحسن - رحمه الله - أنه على هذا الخلاف، وغيره قال: يجوز نكاح الأمة هاهنا

-
- (١) في م: نكاحا.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) في أ: المرأة.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في ب: الجمع.
 - (٦) سقط في ب.
 - (٧) سقط في ب، م.
 - (٨) سقط في أ.

بالاتفاق، وهو الأظهر والأشبه.

قال: أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - يجوز أن يتزوج امرأة حاملاً من الزنا ولا يطؤها حتى تضع^(١).

(١) اختلف الفقهاء في نكاح الحامل من الزنا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا حرمة للزنا في وجوب العدة منه، سواء كانت حاملاً من الزنا أو حائلاً، وسواء كانت ذات زوج، فيحل للزوج أن يطأها في الحال، أو كانت خلية عن زوج، فيجوز للزاني وغيره أن يستأنف العقد عليها في الحال، حاملاً كانت أو حائلاً، غير أنه يكره له وطؤها في حال حملها حتى تضع، وإلى هذا ذهب الشافعية.

القول الثاني: أنه إذا كانت المزني بها غير حامل، صح العقد عليها من غير الزاني ومن الزاني، وأنها لا تعتد، وذلك اتفاقاً في مذهب الحنفية، فإن نكحها الزاني نفسه، حل له وطؤها عند الحنفية اتفاقاً، والولد له إن جاءت به بعد النكاح لسته أشهر، فلو كان لأقل من ذلك لا يثبت النسب، ولا يرث منه، إلا أن يقول: هذا الولد مني، ولا يقول من الزنا، وأما إن كانت المزني بها حاملاً، جاز نكاحها عند أبي حنيفة ومحمد، ولكن لا يطؤها حتى تضع.

القول الثالث: أن الزانية لا يجوز نكاحها، وعليها العدة من وطء الزنا بالإقرار إن لم تكن حاملاً، ووضع الحمل إن كانت حاملاً، فإن كانت ذات زوج حرم عليه وطؤها حتى تنقضي عدتها بالإقرار أو الحمل، وهذا قول ربيعة والثوري والأوزاعي وإسحاق، وهو مذهب المالكية والحنابلة. وتستبرأ عند المالكية بثلاث حيضات، أو بمضي ثلاثة أشهر. وعند الإمام أحمد أنها تستبرأ بثلاث حيضات، ورأي ابن قدامة: أنه يكفي استبرأؤها بحيضة واحدة، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية. واشترط الحنابلة شرطاً آخر لحل الزواج بالزانية، وهو توبتها من الزنا.

احتج أصحاب القول الأول بالكتاب، والإجماع:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: دلت الآية بعمومها على صحة الزواج من الزانية؛ إذ لم تفرق الآية بين العفيفة والزانية.

ثانياً: الإجماع: استدل أصحاب القول الأول بالإجماع، فقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر وابن عمر وابن عباس وجابر رضي الله عنهم [المصنف عبد الرزاق (٧/٢٠٢-٢٠٧)، البحر الرائق (٣/١٠٧)، الكافي (١/٤٤٤)، المدونة الكبرى (٢/٢٤٩)، مواهب الجليل (٣/٤١٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢٠)، الأم (٥/١٢)، المهذب (٢/٥٥)، رحمة الأمة، ص (٢٧٠)، حلية العلماء (٦/٣٧٦)، المغني، لابن قدامة (٦/٦٠٣)، المبدع (٧/٦٩-٧٠)، المحرر (٢/٢١)، الإنصاف (٨/١٣٢)، الإشراف (٤/١٠١)، السنن الكبرى، للبيهقي (٧/١٥٥-١٥٧)، تفسير القرطبي (١٢/١٦٩)، أحكام القرآن، للجصاص (٣/٢٦٥)، نيل الأوطار (٦/٢٨٣)، كتاب الآثار، لأبي حنيفة برواية محمد بن الحسن، ص (٧٧)]، فقد روي عن أبي بكر قوله: «إذا

زنى رجل بامرأة لم يحرم عليه نكاحها». =
 أدلة القول الثاني: احتج الحنفية على صحة قولهم بحل نكاح الزانية بأدلة الشافعية
 المتقدمة، وأما ما استدلوا به من المنع على وطئها حتى تضع إن كانت حاملا من غيره
 بالسنة النبوية، والمعقول:

أولا: السنة: روى رُوَيْفَعُ بْنُ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «لَا يَحِلُّ لِأَمْرِي
 يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَشْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ» [أخرجه أحمد (١٠٨/٤، ١٠٩)، وأبو
 داود (٢٤٨/٢) كتاب النكاح، باب: في وطء السبايا، حديث (٢١٥٨)، والترمذي (٣/
 ٤٣٧) كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، حديث
 (١١٣١)، وابن حبان (٤٨٣٠) من حديث رُوَيْفَعِ بْنِ ثَابِتٍ.

وقال الترمذي: حديث حسن. [يعني: تحريم وطء الحبالى].
 ثانيا: المعقول: استدلوا من المعقول على صحة قولهم بأن حرمة الوطاء كانت لعارض
 يحتمل الزوال، فلا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس.
 أدلة القول الثالث: احتج المالكية على صحة قولهم بعدم جواز نكاح الزانية ولو من
 الزاني بالكتاب، والأثر، والمعقول:

أولا: الكتاب: احتجوا من الكتاب بما يلي:
 ١ - قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ
 ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: أن الله - عز وجل - أطلق على من تزوجت بزاني وصف زانية
 ثم ختم الآية بقوله: ﴿وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ فهذا كله يدل على تحريم الزواج بالزاني.
 ٢ - قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا
 ءَاتَيْنَهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَفِّحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: أن الله - عز وجل - اشترط لنكاح الحرائر العفيفات أن يكون
 الرجل محصناً غير مسافح ولا متخذاً أخداناً والزاني ليس كذلك فلا يجوز له نكاح العفيفة.
 ثانيا: الأثر: روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه: «إِذَا زَنَى الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ثُمَّ نَكَحَهَا بَعْدَ
 ذَلِكَ فَهَمَّا زَانِيَانِ أَبَدًا».

ثالثا: المعقول: احتجوا من المعقول بأن النكاح له حرمة، ومن حرمة ألا يُصب على
 ماء السفاح، فيختلط الحرام بالحلال، ويمتزج ماء المهانة بماء العزة.
 وأما الحنابلة فقد استدلوا على صحة قولهم بالسنة النبوية المطهرة والمعقول بما يلي:

أولا: السنة: احتجوا من السنة بما يلي:
 ١ - روى أبو سعيد الخدري - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ: «لَا
 تُوْطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً».
 وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث على وجوب المدعى بعمومه؛ لأنه عام
 يشمل كل الحوامل.

٢ - روى أبو الدرداء، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ أَتَى عَلَى امْرَأَةٍ مُجْبَعٍ عَلَى بَابِ فُشْطَاطٍ فَقَالَ:

«لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلِمَّ بِهَا؟» فَقَالُوا: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنَةً تَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرَهُ، كَيْفَ يُورَثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ؟! كَيْفَ يَسْتَحْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ?!» [أخرجه مسلم (٢/١٠٦٥) كتاب النكاح، باب: تحريم وطء الحامل المسيية (١٤٤١)، وأحمد في المسند (٤٤٦/٦)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ شنع على من نكح حاملاً، ومن ثم فلا يجوز نكاح الحامل.

ثانياً: المعقول: قالوا: العدة شرعت في الأصل لمعرفة براءة الرحم؛ ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً، فيكون نكاحها باطلاً، فلم يصح كالموطوءة بشبهة. واستدلوا على اشتراطهم التوبة بقوله تعالى: ﴿الزَّانِ لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ فهي قبل التوبة في حكم الزنا، فإذا تابت زال ذلك.

فالمراد بالآية: ﴿لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ المتزوج بها إن كان مسلماً فهو زان، وإن لم يكن مسلماً فهو كافر؛ لأن هذه تمكن من نفسها غير الزوج من وطئها. ولهذا كان زوج الزانية مذمومًا من الناس كما أنه مذموم عند الله. وإذا كان الله إنما أباح من المسلمين وأهل الكتاب نكاح المحصنات، والبغايا لسن محصنات؛ فلم يباح لله نكاحهن. ونوقشت أدلة الشافعية القائلين بالعموم من الآية بأن عموم الآية يخصه آيات وأحاديث أخرى حرمت نكاح الزانية. وأما اعتبار الحديث نصاً في عدم تحريم الزنا للنكاح، فإن النص عند الأصوليين، هو اللفظ الذي يدل على معناه المقصود أصالة من سوجه مع احتمال التأويل. فهل سيق هذا الحديث على معناه المقصود أصالة؟ ليس هناك دليل على ذلك. ونوقشت أدلتهم من الإجماع بأن الإجماع يحتاج لاستقصاء أقوال وفتاوى الصحابة، وهو ادعاء غير صحيح؛ لأنه ورد عن بعض الصحابة ما يخالف ذلك، بل وردت روايات مرفوعة إلى الرسول ﷺ منها عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الزَّانِي الْمَجْلُودُ لَا يَنْكِحُ إِلَّا مِثْلَهُ» [أخرجه أحمد (٢/٣٢٤)، وأبو داود (٢٠٥٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١١/٤٧٤)، وابن عدي في الكامل (٢/٨١٧)، والحاكم (٢/١٦٦) من طرق عن عبد الوارث بن سعيد، بهذا الإسناد. وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي]. وقد قال عنه ابن حجر: «رجاله ثقات».

وهذا الوصف خرج مخرج الغالب باعتبار من ظهر منه الزنا، وفيه دليل على أنه لا يحل للمرأة أن تتزوج من ظهر منه الزنا، وكذلك لا يحل للرجل أن يتزوج بمن ظهر منها الزنا، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿الزَّانِ لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾. فإنه صريح في التحريم.

وأولى هذه الأقوال بالقبول قول الحنابلة القائلين بتحريم نكاح الزانية حتى تستبرأ وتتوب من الزنا، سواء كان النكاح لها هو الزاني بها أو غيره.

وذلك لقوة أدلتهم وخلوها من المعارض الراجع.

ينظر: البحر الرائق (٣/١٠٧)، شرح فتح القدير (٣/٢٤١، ٢٤٢)، الكافي (١/

وقال أبو يوسف وزفر - رحمهما الله -: لا يصح النكاح، والفتوى على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وهذا لأن المنع من النكاح إذا كان [من الحمل] (١) لأجل الحق المحترم لصاحب الماء؛ كيلا يدخل على فراشه غيره، فأما فيما يرجع إلى الحمل بنفسه، فأثره في حق المنع من الوطء؛ كيلا يصير ساقياً زرع غيره بمائه (٢).

وفي مجموع النوازل: إذا تزوج امرأة قد زنى هو بها، وظهر بها حمل، فالنكاح جائز عند الكل، وله أن يطأها عند الكل، وتستحق النفقة (٣).
في المنتقى: قال هشام: سألت محمدا - رحمه الله - [عن] (٤) رجل تزوج امرأة لم يكن لها زوج قبل ذلك وبنى بها، فجاءت بولد تام لأقل من ستة أشهر من يوم [تزوجها قال] (٥): النكاح فاسد في قولي (٦)، وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - لأنه تزوجها وهي حامل.

وإن جاءت بسقط استبان خلقه أو بعض خلقه لأربعة أشهر منذ تزوجها [أو أكثر] (٧) فالنكاح جائز، وإن جاءت به لأقل من ذلك، فالنكاح فاسد. قال: لأنه بلغنا

٤٤٤)، مواهب الجليل (٣/٤١٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٢٢٠)، الشرح الصغير، للدردير (٢/٤١٠، ٢/٧١٧)، المبدع (٧/٦٩-٧٠)، المهذب (٢/٥٥)، رحمة الأمة، ص (٢٧٠)، حلية العلماء (٦/٣٧٦)، الحاوي، للماوردي (٩/١٨٩)، (١٩١)، مغني المحتاج (٥/٨٤)، الإنصاف (٨/١٣٢)، كشاف القناع (٥/٨٣)، المغني، لابن قدامة (٦/٦٠١، ٦٠٢)، المحرر (٢/٢١)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (٣٢/١١٠)، الجامع لأحكام القرآن (١٢/١٧٠)، المناهج الأصولية، فتحي الدريني، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق ط (٢)، ١٩٨٥م، ص (٥١)، نيل الأوطار (٦/١٦٣، ١٦٤).

(١) في ب: الحمل من النكاح.

(٢) المحيط البرهاني (٣/٧٩).

(٣) زاد في أ، ب: عند الكل.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) في أ: قالوا.

(٦) في أ: قول.

(٧) سقط في ب.

أنه يكون نطفة أربعين يوماً، ثم علقه أربعين يوماً، ثم مضغة أربعين يوماً، فإذا أسقطت لأربعة أشهر منذ تزوجها أو أكثر من ذلك فهو ابن^(١) الزوج، والنكاح جائز.

قال محمد - رحمه الله - والأربعة أشهر^(٢) وجب عندي في السقط^(٣) الذي استبان خلقه مثل الستة الأشهر^(٤) في الولد التام قال: ولا نحفظ عن أبي حنيفة - رحمه الله - في السقط الذي استبان خلقه شيئاً.

وإن نقص عدد الأربعة الأشهر من عشرين ومائة - يعني في السقط - لم أنظر فيه إلى الشهور، يعني: إلى الأهلة، إنما أنظر فيه [إلى عدد]^(٥) الأيام على ما جاء في الحديث، والوقت فيه تمام مائة وعشرين يوماً، وأما الولد التام فعلى عدد الشهور، فإن تزوجها على رأس عشرة أيام من شهر عدت لها عشرين يوماً من هذا الشهر وخمسة أشهر بالأهلة وعشرة أيام من الشهر السادس.

إذا تزوج الرجل حرة في عدة أمة عن طلاق رجعي، ثم راجع الأمة، جاز وكان ينبغي ألا يجوز؛ لأن النكاح بالطلاق الرجعي، وإن لم يزل ولكن صار معرضاً^(٦) للزوال، فإنه يزول بانقضاء العدة، فالزوج بالمراجعة يؤكد، وتبطل تلك العرضية [و]^(٧) للتأكيد حكم الإثبات، عرف ذلك في موضعه فصارت الرجعة لها حكم الإثبات والإنشاء، فيكون بالرجعة متزوجاً للأمة على الحرة من وجه، فينبغي ألا يجوز.

والجواب: أن الرجعة ليس لها حكم الإنشاء بوجه من الوجوه بل هي استدامة واستيفاء من كل وجه، ألا ترى أن الرجعة تصح من غير رضاها، ولو كانت إنشاء

(١) في أ: من.

(٢) في أ، ب: الأشهر.

(٣) السقط: الجنين يسقط من بطن أمه قبل تمامه ذكراً كان أو أنثى.

ينظر: المعجم الوسيط (١/٩٠٣).

(٤) في م: أشهر.

(٥) في ب: بعدد.

(٦) في أ، ب: يعرض.

(٧) سقط في م.

وإثباتاً بوجه من الوجوه لشرط رضاها.

وجواب آخر: إن سلمنا أن [في]^(١) الرجعة معنى الإثبات من وجه إلا أن الزوج [حين]^(٢) طلق الأمة طلاقاً رجعيّاً قد صارت الرجعة حقّاً مستحقّاً للزوج عليها، فمن حيث إن الرجعة إثبات إن كان يبطل حقه في المراجعة هاهنا، فمن حيث إنها [إبقاء]^(٣) واستدامة لا تبطل؛ لأنه من هذا الوجه لا يكون تزوّجاً على الحرة، فوقع الشك في بطلان حق الرجعة؛ فلا تبطل بالشك والاحتمال. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في م.

الفصل التاسع عشر

في بيان [أسباب] (١) التحريم

فقول: أسباب التحريم كثيرة، من جملة ذلك المصاهرة (٢) قال محمد

(١) سقط في أ.

(٢) المصاهرة في اللغة: مصدر صاهر، يقال: صاهرت القوم إذا تزوجت منهم. وقال الخليل: الصهر أهل بيت المرأة، قال: ومن العرب من يجعل الأحماء والأختان جميعاً أصهاراً.

وقال الأزهري: الصهر يشتمل على قرابات النساء ذوي المحارم وذوات المحارم، كالأبوين، والإخوة وأولادهم، والأعمام، والأخوال، والخالات، فهؤلاء أصهار زوج المرأة، ومن كان من قبل الزوج من ذوي قرابته المحارم فهم أصهار المرأة أيضاً. وقال ابن السكيت: كل من كان من قبل الزوج، من أبيه أو أخيه أو عمه، فهم الأحماء، ومن كان من قبل المرأة فهم الأختان، ويجمع الصنفين الأصهار.

وتطلق المصاهرة في الاصطلاح: على ما ذكر الحصكفي على كل ذي رحم محرم من عرسه، كأبائها، وأعمامها، وأخوالها، وأخواتها وغيرهم. فمن ثمّ فالمصاهرة أصناف محددة من الأقرباء، وهم أربعة أصناف، ويستوي في ذلك أن تكون قرابتهم بالنسب أو الرضاع، فيكونون بذلك ثمانية أصناف، وهم:

- ١ - فرع الزوجة، وهي الربيبة، وذلك بالنسبة إلى الزوج.
- ٢ - فرع الزوج، وذلك بالنسبة للزوجة.
- ٣ - زوجة الفرع، وذلك بالنسبة للأب.
- ٤ - زوجة الأصل، وذلك بالنسبة للابن.

ينظر: تهذيب اللغة (١٧٦/٥)، (٦٨/٦)، المغرب في ترتيب المعرب، ص (١٣٩)، لسان العرب (٤٧١/٤)، دستور العلماء، للقاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م (١٩٢/٣)، تاج العروس (٣٦٧/١٢)، العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، مؤسسة الأعلمي للطبوعات، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (٤١١/٣)، مجمل اللغة، لأحمد بن فارس، تحقيق الشيخ: هادي حسن حمودي، معهد المخطوطات العربية، الكويت، ط (١)، ١٩٨٥م، ص (٥٤٣)، مقاييس اللغة (٣/٣١٥)، التلخيص في معرفة أسماء الأشياء، لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، عني بتحقيقه: الدكتور عزة حسن، دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق، ط (٢)، ١٩٩٦م، ص (١٣٢)، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (٢٠٥)، المصباح المنير (١/٣٤٩)، المخصص (١/٣٣٣)، رد المحتار على الدر المختار (٥/٤٣٧).

- رحمه الله - في الأصل: إذا وطئ الرجل امرأة بنكاح أو ملك أو فجور، حرم عليه أمها^(١)،

(١) لا نعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم أم الزوجة على الرجل، لكن وقع الخلاف بينهم في هل التحريم بمجرد العقد أو بالدخول؟ على قولين:

القول الأول: أن العقد على البنت يحرم أمها دخل بالبت أو لم يدخل بها وإلى هذا ذهب عامة أهل العلم من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وبه قال إسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وابن المنذر.

وهو مروى عن عمر بن الخطاب، وابن عمر، وزيد بن ثابت، وابن مسعود، وابن عباس، وجابر بن عبد الله - رضي الله عنهم - والحسن البصري، وابن سيرين، وعكرمة، ومسروق، وعطاء، وطاوس، وقتادة، ومكحول، والزهري، والأوزاعي، والثوري، والفقهاء السبعة.

القول الثاني: يرى محمد بن شجاع الثلجي، وبشر المريسي، وأبو الحسن الصابوني من الشافعية أن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد ما لم يدخل ببنتها، وهو مروى عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما، من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها، أو ماتت فيجوز له أن يتزوج بأمها.

واحتج أصحاب القول الأول وهم الجمهور على أن العقد على البنات يحرم الأمهات دخل بها أم لا؛ بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾.

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على تحريم الأمهات سواء دخل بها أم لا عند العقد على البنات؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ معطوفاً على قوله - عز وجل -: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾، سواء كان دخل بزوجه أو لم يدخل، فالمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية.

قال ابن عباس - رضي الله عنهما -: أبهـموا ما أبهم القرآن يعني: عمموا حكمها في كل حال، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها. [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣/٤٨٥)، حديث (١٦٢٧٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/١٦٠)، وينظر: تلخيص الحبير (٣/١٦٦)].

ثانياً: السنة: احتجوا من السنة بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ نَكَحَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا، وَلَمْ تُحْرَمْ عَلَيْهِ بَنَاتُهَا». [أخرجه الترمذي (٣/٤١٦)، كتاب النكاح، باب: ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، رقم (١١١٧)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٧٣)، رقم (١٧٤١) من طريق الترمذي به.

وأخرجه الجصاص في أحكام القرآن (٣/٧١) من طريق قتبية بن سعيد عن ابن لهيعة به، وابن عدي في الكامل (٤/١٥١)، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح، باب ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتِكُمُ اللَّاتِي﴾ (٧/١٦٠).

هذا الحديث في إسناد ابن لهيعة، وجمهور المحدثين على تضعيفه، ولكن رواية العبادلة عنه يعتبر بها، وهذا الحديث ليس منها؛ فالإسناد ضعيف. وفيه أيضاً انقطاع؛ فإن ابن لهيعة لم يسمع من عمرو بن شعيب، قاله أبو حاتم الرازي كما في المراسيل =

(١١٤)، وقال الحافظ في التلخيص (٣/٣٤٣) بعد أن نقل كلام الترمذي: وقال غيره: يشبه أن يكون ابن لهيعة أخذه عن المثني ثم أسقطه.

وقد تابعه المثني بن الصباح، وهو ضعيف اختلط بآخره، قاله الحافظ في التقریب، ص (٩٢٠)؛ فهذه المتابعة لا تغني شيئاً؛ فالحديث ضعيف.

قال أبو عيسى: هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة، والمثني بن الصباح، عن عمرو بن الشعيب، والمثني بن الصباح وابن لهيعة يضعفان في الحديث والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم، قالوا: إذا تزوج الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حل له أن ينكح ابنتها، وإذا تزوج الرجل الابنة فطلقها قبل أن يدخل بها لم يحل له نكاح أمها؛ لقول الله تعالى: ﴿وَأَمَهْتُ نِسَائِكُمْ﴾ وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق].

هذا خبر، وإن كان في إسناده ما فيه، فإن في إجماع الحجة على صحة القول به مستغن عن الاستشهاد على صحته بغيره.

ثالثاً: المعقول: قالوا: هذا النكاح يفضي إلى قطع الرحم؛ لأنه إذا طلق بنتها، وتزوج بأمها حملها ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما، وقطع الرحم حرام، فما أفضى إليه يكون حراماً.

أدلة القول الثاني: احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأَمَهْتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبْتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمْ أَلَّتِي كَحَلَّتُمْ بِهِنَّ﴾.

وجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر أمهات النساء، وعطف ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف العطف، ثم عقب الجملة بشرط الدخول، والأصل أن الشرط المذكور والاستثناء بمشبهة الله تعالى عقب جملة معطوف بعضها على بعض بحرف العطف، كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف إلى الكل لا إلى ما يليه خاصة.

وبالنظر في أدلة أصحاب القول الثاني يتبين ضعفه؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأَمَهْتُ نِسَائِكُمْ﴾ كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده؛ لأنه معطوف على ما تقدم ذكره من قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ وَأَمَهْتُ نِسَائِكُمْ﴾ والمعطوف يشارك المعطوف عليه في خبره، ويكون خبر الأول خبراً للثاني؛ كقوله: جاءني زيد وجاءني عمرو؛ فكان معنى قوله تعالى: ﴿وَأَمَهْتُ نِسَائِكُمْ﴾ أي: وحرمت عليكم أمهات نساءكم، وإنه مطلق عن شرط الدخول، فمن ادعى أن الدخول المذكور في آخر الكلمات منصرف إلى الكل فعليه الدليل.

ومن ثم رجح عند أهل العلم تحريم أم الزوجة سواء دخل بها أم لا وذلك لقوة أدلتهم. وإذا عقد على المرأة، ثم طلقها قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها.

قال ابن المنذر: أجمع علماء أهل الأمصار على أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها، أو ماتت قبل أن يدخل بها، حل له تزوج ابنتها.

كذلك قال مالك ومن تبعه من أهل المدينة، والثوري وأصحاب الرأي، ومن وافقهم من أهل الكوفة، والأوزاعي ومن قال بقوله من أهل الشام، والشافعي وأصحابه، وأحمد،

وإسحاق، وأبو ثور ومن تبعهم من أهل الحديث. واحتجوا لهذا الاتفاق بالكتاب والسنة والمعقول: أولاً: الكتاب: احتجوا بقوله تعالى: ﴿رَبِّبْتُمْ أَلْتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نَّسَائِكُمْ أَلْتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾. وجه الدلالة من هذه الآية: أن الله - تعالى - أبهم أمهات النساء ولم يشترط لتحريمهن الدخول بالبنات، والمعقود عليها داخلة في النساء؛ فيدخل تحريم أمها في عموم الآية. أما الرائب فقد شرط لتحريمهن الدخول بالأمهات؛ ولذلك لا يحرم بمجرد العقد على أمهاتهن.

ثانياً: السنة: احتجوا من السنة على صحة ذلك بما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ ابْنَتِهَا وَإِن لَّمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَلْيُنْكَحْ ابْنَتَهَا، وَأَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ أُمَّهَا». [أخرجه ابن جرير الطبري (٢٢٢/٤)، والبيهقي (١٦٠/٧) كتاب النكاح، باب: ما جاء في قول الله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ رَبِّبْتُمْ أَلْتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نَّسَائِكُمْ أَلْتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾. من طريق ابن المبارك عن المثني بن الصباح، عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده به. قال البيهقي: هو غير قوي، وقال الطبري: في إسناده نظر. والمثني بن الصباح ضعيف].

وجه الدلالة: إن دلالة هذا الحديث جلية في أن العقد على الأم لا يحرم البنت إلا بوطء الأم، ووطء الأم يؤيد تحريم البنت. وقد اتفق المسلمون على أن مجرد العقد الصحيح على المرأة يحرمها على ولده، سواء أكانت منكوحاً الأب أمًا له أم ليست بأم له.

وأما لو كان النكاح فاسداً، فلا تحرم على الابن إلا إذا انضم إلى ذلك وطء، أو ما يجري مجراه مما يثبت به النكاح.

والحنفية يقولون: إذا كان النكاح فاسداً وحصل وطء أو ما في معناه من اللمس والتقبيل إلى غير ذلك، فالمحرم إنما هو الوطء وما يجري مجراه. أما الشافعية فيقولون: المحرم العقد.

ومنشأ الخلاف: أن الناس اختلفوا في مفهوم النكاح لغة، فقليل: هو مشترك لفظي بين العقد والوطء، وهو ظاهر كلام كثير من أهل اللغة. وقيل: حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وإلى هذا ذهب الحنفية.

وقد ورد النكاح مستعملاً في هذه المعاني: فمن استعماله في الوطء قوله ﷺ: «وُلِدْتُ مِن نِكَاحٍ لَا مِن سِفَاحٍ» [أخرجه الطبراني في الكبير (٣٩٩/١٠) برقم (١٠٨١٢)، والبيهقي في الكبرى (١٩٠/٧)، والبخاري في معالم التنزيل (٣٤١/٢)، من طرق عن أبي الحويرث عن ابن عباس مرفوعاً، بلفظ: «ما ولدني إلا نكاح ككناح الإسلام».

وابن سعد في الطبقات (٥٠/١، ٥١) من طريق عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - بلفظ: «خرجت من لدن آدم من نكاح غير سفاح». وفي الباب من حديث علي ابن أبي

طالب، وأم المؤمنين عائشة - رضي الله عنهما - .
 حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - : أخرجه ابن سعد في الطبقات (١/٥٠)،
 والطبراني في الأوسط (٨٠/٥)، رقم (٤٧٢٨)، وابن جرير في تفسيره (٦/٥٢٢)، رقم
 (١٧٥١٩)، والبيهقي في الكبرى (٧/١٩٠)، والسهمي في تاريخ جرجان، ص (٣٦١)،
 من طرق محمد بن جعفر بن علي بن الحسين، قال: أشهد على أبي لحدثني عن أبيه، عن
 جده، عن علي بن أبي طالب مرفوعاً بلفظ: «خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن
 آدم إلى أن ولدني أبي وأمي، لم يصبني من سفاح الجاهلية شيء».

حديث عائشة - رضي الله عنها - : أخرجه ابن سعد في الطبقات (١/٥١) من طريق
 الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «خرجت من نكاح غير
 سفاح». أي: من وطء حلال، لا من وطء حرام. ومنه أيضاً قول الشاعر:
 وَمِنْ أَيِّمٍ قَدْ أَنْكَحْتُنَا رِمَاحُنَا وَأُخْرَى عَلَيَّ خَالٍ وَعَمٍّ تَلَهَّفُ
 ينظر: البيت في المغني، لابن قدامة (٣/٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (٧/
 ٣٣٣)، مطالب أولي النهى (٤/٥).

ومن استعماله في العقد قول الأعشى:

فَلَا تُفْرَبَنَّ جَارَةٌ إِنْ سَرَّهَا عَلَيْنِكَ حَرَامٌ فَانْكِحْنِ أَوْ تَأْبَدَا
 ينظر: ديوان الأعشى، بيروت، ١٩٦٨م، ص (١٨٧)، ولسان العرب (٢/٦٢٥)، مادة
 (نكح)، وكتاب العين (٧/١٩٠)، وديوان الأدب، للفارابي، تحقيق: ماجد أحمد العربي،
 مطبعة الإيمان، بغداد، ط (١)، ١٩٧٠م (٢/١٥١)، وتاج العروس (٧/١٩٦)، مادة
 (نكح)، وبلا نسبة في المخصص (٥/١١)، وتهذيب اللغة (٤/١٠٢).

ومن استعماله في الأعم:

صَمَّمْتُ إِلَى صُدْرِي مُعَطَّرَ صَدْرِهَا كَمَا نَكَحْتَ أُمَّ الْغُلَامِ صَبِيَّهَا
 ينظر: البيت في تبيين الحقائق (٢/٩٥).

إلى غير ذلك، فمدعى الاشتراك اللفظي يقول: ورد النكاح مستعملاً في المعنيين،
 والأصل في الإطلاق الحقيقة، والشافعية ومن تبعهم يقولون: أطلق على الأمرين، وإذا
 كان ممكناً أن يكون في أحدهما حقيقة، وفي الآخر مجازاً يصار إليه؛ لأنه أولى من
 الاشتراك، وعند الإطلاق يتبادر منه العقد، والموضع الذي ورد فيه النكاح مراداً منه
 الوطء يفهم من قرينة في الكلام تدل عليه.

والحنفية قالوا: إن المتبادر عند الإطلاق الوطء، ولا ينصرف النكاح إلى العقد إلا
 بالقرينة.

والأصل في تحريم زوجات الآباء قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ إِنْ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ عَنْهُمْ فَحِشَّةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.

وسبب نزول هذه الآية قاض بالتحريم: قال الأشعث بن سوار توفي أبو قيس وكان من
 صالحى الأنصار، فخطب ابنه امرأة أبيه، فقالت: إني أعدك ولداً وأنت من صالحى قومك،
 ولكنى أتى رسول الله ﷺ أستأمره، فأنته فأخبرته فأنزل الله هذه الآية [أخرجه البيهقي في
 السنن الكبرى (٧/١٦١)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٦/٧)، وذكره السيوطي في =

الدر المنثور (٢/٢٣٩)، وزاد نسبه للفريابي وابن المنذر وقال البيهقي: هذا مرسل. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/٧) وقال: رواه الطبراني عن شيخه عبد الله بن محمد بن سعيد بن أبي مريم وهو ضعيف].

قال ابن عباس وجهور المفسرين: كان أهل الجاهلية يتزوجون بأزواج آبائهم فنهوا بهذه الآية [أخرجه الطبري في تفسيره (٨/١٣٣) من طريق عكرمة عن ابن عباس وذكره السيوطي في الدر المنثور (٢/٢٣٩) وزاد نسبه لابن المنذر].

قال أبو جعفر: قد ذكر أن هذه الآية نزلت في قوم كانوا يخلفون على حلائل آبائهم، فجاء الإسلام وهم على ذلك، فحرم الله تبارك وتعالى عليهم المقام عليهن، وعفا لهم عما كان سلف منهم في جاهليتهم وشركهم من فعل ذلك، فلم يؤاخذهم به، إن هم اتقوا الله في إسلامهم وأطاعوه فيه.

وعن ابن عباس [أخرجه الطبري في التفسير (٣/٦٦٠) (٨٩٣٩)] قال: كان أهل الجاهلية يحرمون ما يحرم إلا امرأة الأب، والجمع بين الأختين قال: فأنزل الله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ اللَّهِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾، ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾. والمعنى نفسه وبنظير ألفاظه ورد عن قتادة [أخرجه الطبري في التفسير (٣/٦٦٠) (٨٩٤٠)] في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ﴾، قال: كان أهل الجاهلية يحرمون ما حرم الله، إلا أن الرجل كان يخلف على حليلة أبيه، ويجمعون بين الأختين، فأنزل الله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ اللَّهِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

وعن عكرمة في [أخرجه الطبري في التفسير (٣/٦٦٠) (٨٩٤١)] قوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ﴾. قال: نزلت في أبي قيس بن الأسلت، خلف علي أم عبيد بنت صخر، كانت تحت الأسلت أبيه، وفي الأسود بن خلف، وكان خلف علي بنت أبي طلحة بن عبد العزى بن عثمان بن عبد الدار، وكانت عند أبيه خلف، وفي فاختة بنت الأسود بن المطلب بن أسد، وكانت عند أمية بن خلف، فخلف عليها صفوان بن أمية، وفي منظور بن زبّان، وكان خلف على مليكة ابنة خارجة، وكانت عند أبيه زبّان بن سيار. [أخرجه الطبري (٨/١٣٣)]، وينظر: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م (٢/٣٠)، تفسير القرطبي (٥/١٠٤)، اللباب في علوم الكتاب (٦/٢٧٩).

وعن ابن جريج قال: قلت لعطاء بن أبي رباح: الرجل ينكح المرأة، ثم لا يراها حتى يطلقها، أتحل لابنه؟ قال: هي مرسله، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ﴾، قال: قلت لعطاء: ما قوله: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾؟ قال: كان الأبناء ينكحون نساء آبائهم في الجاهلية. [أخرجه الطبري في التفسير (٣/٦٦٠) (٨٩٤٢)].

وصفة القول: أن الذي عليه جمهور أهل العلم أن المراد من الآية هو النهي عما كان فاشيا في الجاهلية ووقع في أول الإسلام من تزوج زوجات الآباء، وهو ما كان يسمى بنكاح المقت، وقد ذمه الله تعالى بمثل ما ذم به الزنا، فقال تعالى: ﴿إِنَّهُمْ كَانُوا فَجُورًا وَمَقْتًا

وَسَاءَ سَيِّئًا ﴿١٠﴾ .

كما أنه يتوافق مع المعقول؛ لنفور النفوس من هذا النكاح، وإنه لئن كان مما فشا في الجاهلية، فإنما جاء الإسلام بهذا التحريم ليرد الأنفس إلى ما يجب أن تكون عليه من طهر ونقاء.

وأما الجدات سواء أكن من قبل الأم أم الأب، وسواء كن أقارب أم أباعد؛ فإن الأئمة اتفقوا على تحريم نكاحهن.

ليس فقط لأنهن داخلات في قوله تعالى: ﴿مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ بل لأنهن أمهات للرجل، سواء بالمعنى اللغوي أم بالمعنى الاصطلاحي للذين عرضنا لهما فيما سبق. ولا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة ابنة، وابن ابنة، وابن بنته وإن سفل وقد دل على ذلك الكتاب والمعقول:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ .

وجه الدلالة من الآية: أن الحلائل جمع حليلة، وهي الزوجة، والرجل إحليل. ولفظ الحليلة إما أن يكون مشتقاً من الحل - بالفتح - أي حل الإزار، أو من الحلول أي حلول الفراش. أو من الحل - بالكسر - ضد الحرمة. وإما أن يكون اسم جنس للزوجة.

ولمزيد من التحديد لأجل رفع ما جاور المعنى الحقيقي للحلائل، فإنه بإمعان النظر نرى استبعاد أن يكون مشتقاً من الحل - بالفتح - ولا من الحلول؛ لأنه حينئذ يكون قاصراً على الموطوءة بملك اليمين، والموطوءة بعقد صحيح وبشبهة زنا، ولا يتناول المعقود عليها للابن ولم يكن وطئها ثمة مع أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء.

ولا جائز أن يكون مشتقاً من الحل - بالكسر -؛ لأنه يكون قاصراً على المعقود عليها بعقد صحيح، ولا يتناول المزني بها.

فالظاهر إذن أن يكون لفظ الحليلة اسم جنس للزوجة كما ذهب إليه الجصاص. ثانياً المعقول: وقد استدل العلماء لتحريم حليلة الابن من المعقول بأنه نظير لنكاح حليلة الأب، وإن نكاحها يورث ضغينة بين الابن وأقرب الناس إليه، وهو أبوه الذي كان سبباً في وجوده، وهو معنى ظاهر من معاني قطع الرحم الذي هو حرام، ويستوي في حرمة نكاح حليلة الابن أن يكون قد دخل بها أو لم يدخل، وذلك لإطلاق النص عن شرط الدخول. فحليلة الابن وهي زوجته تحرم على الأب سواء دخل بها الابن أو لا لإطلاق النص عن قيد الدخول.

ومما يعزز ذلك أن لفظ الحليلة اسم جنس للزوجة أنها لو كانت مشتقة وكان معناها ذات ما ثبت لها الحل لشمّل أمة الابن بمجرد شرائها وإن لم يطأها الابن فإنه يصدق عليها حليلة باعتبار ثبوت الحل لها مع أنها لا تحرم إلا بالوطء أو دواعيه.

وفي «البحر»: يجب أن يراد من الحليلة معنى أعم من الحل - بالفتح والكسر - حتى يكون الدليل، والأعلى حرمة الجميع، لكن ما هو ذلك الأعم؟ لم يعينه أحد.

وقد اختلف العلماء في ذكر الأصلاّب المذكورة في الآية.

فمن قائل يقول: إن هذا قيد لإخراج حليلة الابن من الرضاع؛ لأنه ليس ابناً من الصلب =

لا بالذات ولا بالواسطة، وقد ذكر في «المسوط» أن الشافعي ممن يقول بجواز نكاح حليمة الابن من الرضاع، بناء على أن لبن الفحل لا يحرم، وبناء على أن القيد خرج مخرج الشرط في الآية.

ولكن المروي عن الأئمة الأربعة أن حليمة الابن رضاعاً محرمة على أبيه من الرضاع. والقيد المذكور لإخراج حليمة المتبني وتحريمها لدخول الابن من الرضاع في الأبناء. فأما حديث: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» [أخرجه البخاري (٣٠٠/٥) كتاب الشهادات: باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض، حديث (٢٦٤٤)، ومسلم (١٠٦٨/٢) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، حديث (١٤٤٤)]. فليس وارداً على محل المناقشة، إذ أجاب من يقول بحل حليمة الابن من الرضاع: بأن المتبني ليس ابناً حقيقة ولا شرعاً ولا عرفاً، وقد بطل عرف الجاهلية بقوله - تعالى -: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾.

أو قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ فلا تحتاجوا إلى إخراجها بهذا القيد. فالحديث المذكور هو حجة على المستدلين به؛ لأن تحريم امرأة الابن ليست بالنسب وإنما هو بالمصاهرة، والحديث قد بين أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واقتصر على ذلك، فلو أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة لقال: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الصَّهْرِ» فيكون القيد لإخراج الابن من الرضاع؛ لأنه ليس من الصلب مباشرة ولا بالواسطة.

وقد انتصر ابن القيم لهذا الرأي وأطال في الاحتجاج له حتى أنه قال ما معناه: إن حليمة الابن من الرضاع لا تحرم؛ لأن الحديث الذي تمسك به الجمهور لا يدل على الحرمة؛ لأنه إنما حرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وليست زوجة الابن من المحرمات بالنسب بل بالمصاهرة. إذ المحرمات بالنسب سبع ليس منهن زوجة الابن.

وليس لهم أن يقولوا: إن المراد من الحديث أن يكون النسب له دخل في التحريم أعم من أن يكون علة تامة، كما في الأم والبنات، أو جزء علة كما في حليمة الابن من النسب. فإن العلة مركبة من أمرين: الزوجة، وكونها زوجة الابن، فكان للنسب دخل في التحريم، وحينئذ يكون قوله عليه الصلاة والسلام: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» علة تامة، حينئذ يكون مقتضياً للتحريم بنفسه بدون حاجة إلى شيء آخر.

ويدخل في تحريم حليمة الابن (أمة الابن) التي استمتع بها، إما لصدق اللفظ عليها بكل معنى، وقيل: من اشتقاقه، كما يقول الشافعي، وإما لأنها موطوءة الابن على رأي الحنفية. أما الأمة التي لم يستمتع بها الابن، فقد قالت الحنفية: إنه يجوز للأب التزوج بها. قالوا: لأنها ليست بحليمة، فإن الحليمة هي الزوجة لغة وليست بموطوءة.

وقال الشافعي: لا يجوز للأب أن يتزوجها. قال: لأن لفظ الحليمة يصدق عليها. إما على أن الاشتقاق من الحلول أو من الحل - بالكسر - فظاهر. وإما على أن الاشتقاق من الحل - بالفتح - فغير ظاهر؛ لأن الغرض أنه لم يستمتع بها. وإذا كان الأمر كذلك فلا يصدق عليها اسم الحليمة من كل وجه، على أن الله تعالى عبر عن الحلائل بلفظ الأزواج في آية أخرى، فقال: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى

الْمُؤْمِنِينَ حَرَجَ فِي أَرْوَاحِ أَدْعِيَائِهِمْ ﴿ فَإِنَّ آيَةَ فِي صَدَدِ حُلِّ أَزْوَاجِ الْأَدْعِيَاءِ بِخِلَافِ أَزْوَاجِ الْأَبْنَاءِ .

ينظر: الصحاح (٤١٣/١)، لسان العرب (٦٢٥/٢)، المصباح المنير (٩٦٥/٢)،
القاموس المحيط (٢٦٣/١)، معجم مقاييس اللغة (٤٧٥/٥)، الأصل، للشيباني (٤/
٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦٢)، الهداية (١٩١/١)، البحر الرائق (٩٣/٣)، بدائع الصنائع
(٢٥٨/٢، ٢٥٩، ٢٦٠)، (٢٦٠، ٢٣٣/٣)، (٤١٢، ٤١٩)، النتف في الفتاوى (٢٥٥/١)،
رد المحتار على الدر المختار (٣١/٣)، الاختيار (٨٥/٣)، تحفة الفقهاء (١٢٢/١)
(١٢٣/٢)، تبين الحقائق (٩٤/٢، ١٠٣)، شرح فتح القدير (٢٠٦/٣)، شرح مختصر
الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: د. عصمت الله
عنايت الله محمد، وآخرين، راجعه وصححه: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر
الإسلامية، ودار السراج، ط (١)، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م (٣٢٤/٤)، الغرة المُنيفة في
تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لأبي حفص عمر الغزنوي الحنفي، قدم له وعلق
عليه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة، بيروت، ط (٢)،
١٤٠٩هـ-١٩٨٨م، ص (١٣٨)، العناية شرح الهداية (٢١١/٣)، المبسوط (١٩٨/٤)-
٢٠٠، (٢٠٥)، النهر الفائق (١٨٨/٢)، شرح مختصر خليل (١٧٨/٤)، المدونة
الكبرى (٢٧٤/٢)، (١٢٧/٤)، بداية المجتهد (٢٥/٢، ٢٦)، (٥٧/٣)، القوانين
الفقهية، ص (٢٣١)، منح الجليل (٣/٢)، الفواكه الدواني (١٥/٢، ١٦، ٢١، ٣٨،
٣٩)، التاج والإكليل (٤٦٢/٣)، المعونة، للقاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي،
ص (٨١٤)، التبصرة، للخملي (٢٠٧٠/٥)، المقدمات الممهّدات (٤١١/١)، الشرح
الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٥١/٢، ٥٠٤)، الثمر الداني، ص (٤٤٨)، حاشية
العدوي (١٣٥/٢)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة،
لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وغيره، دار الغرب الإسلامي،
بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ (١٣٨/٥)، الأم، للشافعي (٢٦/٥، ٢٧، ١٦٠)، الحاوي
الكبير (١٩٩/٩)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٢٢١/١٢)، بحر المذهب،
لررواني (١٩٦/٩)، العزيز شرح الوجيز (٣٤/٨)، حلية العلماء (٣٧٤/٦)، المهذب
(٥٥/٢، ٤٣٩)، روضة الطالبين (١١١/٧، ١١٢)، مغني المحتاج (١٢٣/٣، ١٧٧،
٢٣٦)، (٢٩١/٤)، نهاية المحتاج (٢٧٤/٦)، كفاية النبيه في شرح التنبيه (١١١/١٣)،
أسنى المطالب (١٤٩/٣، ١٥٠)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر
ابن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي،
تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط (١)،
١٩٩٤م، ص (٣٦٤)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٤٢٤/٣)،
حاشيتا قلوبوي وعميرة (٢٤٣/٣، ٢٤٤)، الإقناع (٤١٩/٢)، المغني، لابن قدامة (٦/
٥٦٩)، (٣/٧، ٨٧، ٤٧٢، ٤٧٤)، المبدع (٨٢/٦، ٥٨/٧، ٥٩)، الإنصاف (٨/
١١٣، ١١٤)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه، لإسحاق بن منصور بن
بهرام الكوسج أبو يعقوب التميمي المروزي (١٥٤٧/٤)، مسائل أحمد بن حنبل رواية =

وابنتها وهو محرم لهما؛ لأنه لا يجوز له نكاحها^{(١)(٢)} وحرمت هي على آبائه وأبنائه، وكما تثبت هذه الحرمة بالوطء تثبت بالمس، والتقبيل، والنظر إلى الفرج بشهوة، سواء كان بنكاح أو ملك أو فجور عندنا، إذا كان المحل مشتبهة، ولا تثبت هذه الحرمة بالنظر إلى سائر الأعضاء، وإن كان عن شهوة^(٣).

ابنه عبد الله، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص (٣٣٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/٦٥٢، ٦٥٤)، كشاف القناع (٥/٧١)، المطلع (٣١٨)، الإشراف على مذاهب العلماء (٢/١٠٠)، (٤/٩٣، ٩٤)، المنتقى شرح الموطأ (٣/٣٠٣، ٣٠٥)، المحرر في الحديث، لمحمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد ابن عبد الهادي بن يوسف بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أبو عبد الله الجماعيلي، تحقيق: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدي الذهبي، دار المعرفة، لبنان، بيروت، ط (٣)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م (٢/١٩)، الكافي لابن قدامة (٢/٥١٩)، (٣/٢٨، ٣٧)، المحلي (٩/٥٢٧، ٥٣١)، المقنع في علوم الحديث، لابن الملتن، تحقيق: عبد الله يوسف الجريع، دار فواز للنشر، السعودية، ط (١)، ١٤١٣هـ (٣/٣٢)، تفسير الطبري (٣/٦٥٩) (٤/٢٢٢)، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٢/٤٧٠، ٤٧١)، (٣/٤١٤)، تفسير القرطبي (٥/١٠٦، ١٠٩-١١٣)، مختصر اختلاف العلماء (١٧٦، ١٧٧)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، عبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، تحقيق: مركز هجر للبحوث، دار هجر، مصر، (د. ط)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م (٣/٥٢٥)، تفسير الرازي (١/٣٥)، (١٠/١٥)، فتاوى ابن تيمية (٣٢/٦٥)، أحكام القرآن، للجصاص (٢/١٦٣)، أحكام القرآن، لابن العربي (١/٤٧٩)، زاد المعاد (٥/١١٣).

- (١) في أ: نكاحهما.
- (٢) لا خلاف بين الفقهاء على أن حرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح، وبالوطء الحلال بملك اليمين، وبالوطء في النكاح الفاسد.
- (٣) وبعبارة أخرى: بكل وطء لا حد فيه.

واختلفوا في ثبوتها بغير ذلك، والخلاف في هذا فرع الخلاف في معنى النكاح لغة: هل يطلق على العقد أم الوطاء وذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن الحرمة تثبت بالزنا والمس بشهوة، ولو من أحدهما، والنظر إلى فرج المرأة الداخل بشهوة، ولا تثبت بالنظر إلى ما سوى الفرج بشهوة ولا بمس لا عن شهوة، ولا فرق بين وطء الأم قبل التزويج، أو بعده في إيجاب تحريم البنت، نقله الجصاص وغيره، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، وأحمد، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وإسحاق بن راهويه، ومالك في رواية.

وقد روي هذا المذهب عن عمران بن حصين، وأبي هريرة، وابن عباس، وعائشة رضي الله عنهم، وعطاء، وسليمان بن يسار، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، وطاوس، وسعيد بن

المسيب، وعروة بن الزبير، والنخعي، والحسن، وعكرمة، والشعبي، والحكم بن عتيبة، وقتادة، ومجاهد، وجابر بن زيد، وحمام بن أبي سليمان، والأوزاعي، والثوري. المذهب الثاني: أن من زنا بامرأة لا تحرم عليه أمها، ولا ابنتها أي أن الزنا لا يحرم ما يحرمه النكاح، وإلى هذا ذهب الشافعي، وأبو ثور، ورواية عن مالك، وهو الصحيح من قوله.

وقد روي هذا المذهب عن علي بن أبي طالب، وابن مسعود، ومعاذ بن جبل، وابن عباس رضي الله عنهم، وسعيد بن جبيرة، وعروة بن الزبير، وسعيد ابن المسيب، ويحيى ابن يعمر، والشعبي، والزهري، وربيعه، والليث.

احتج أصحاب القول الأول بالكتاب، والسنة، النبوية والأثر: أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾. وجه الدلالة:

أن الوطء يسمى نكاحاً فيحمل في عموم الآية، وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء، فالنكاح هو الوطء حقيقة؛ ولذا حرم على الابن ما وطئ أبوه بملك اليمين، أو هو مجاز فيه فيجب الحمل عليه بقريظة قوله تعالى: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ وإنما الفاحشة الوطء لا نفس العقد.

ثانياً: السنة النبوية: احتجوا من السنة بما يلي:

١ - روى ابن وهب: «مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا» [أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٩٤/٧)، برقم (١٢٧٤٤)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (١٠١/١٠)، برقم (١٣٨٢٦)].

٢ - وعن أبي هانئ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُهْمُهَا، وَلَا ابْنَتُهَا» [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨١/٣)، برقم (١٦٢٣٥)، وابن حزم في المحلى (١٤٩/٩)، قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (١٥٦/٩): حديث ضعيف أخرجه ابن أبي شيبة من حديث أم هانئ مرفوعاً: وقال البيهقي: إسناده مجهول (٦٠/١١) كتاب النكاح، باب: ما يحل من النساء وما يحرم].

ودل هذان الحديثان على التحريم المباشر، وإذا كان التحريم بالنظر إلى فرج أم زوجته أو ابنتها حاصلاً بموجب هذا الحديث، فمن باب أولى أن يكون التحريم واجباً بالوطء. ثانياً: الأثر:

١ - عن عبد الله بن مسعود، قَالَ: «لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا» [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٦٩/٣)، برقم (١٦٢٢٨)، البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٥/٧)، وقال: ضعيف].

٢ - وعن عمران بن حصين قال في الذي يزني بأُمِّ امْرَأَتِهِ: «قَدْ حَرَمْنَا عَلَيْهِ جَمِيعًا» [أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٠٠/٧)، برقم (١٢٧٧٦)].

٣ - وعن عطاء، قال: «إِنْ زَنَى بِأُمِّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَتِهَا، حَرَمْنَا عَلَيْهِ جَمِيعًا» [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨١/٣)، برقم (١٦٢٣٧)، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٧/٧)،

- برقم (١٢٧٦٢).
 ٤ - وَعَنِ الْحَسَنِ، قَالَ: «إِذَا زَنَى الرَّجُلُ بِأُمَّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَةَ امْرَأَتِهِ، حُرِّمْنَا عَلَيْهِ جَمِيعًا»
 [أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٩٨/٧)، برقم (١٢٧٦٣)].
 ٥ - وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ، وَعَامِرٍ، فِي رَجُلٍ وَقَعَ عَلَى ابْنَةِ امْرَأَتِهِ قَالَا: «حُرِّمْنَا عَلَيْهِ كِلَاهُمَا»
 وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ: «وَكَاثِرًا: يَقُولُونَ إِذَا اطَّلَعَ الرَّجُلُ عَلَى الْمَرْأَةِ، عَلَى مَا لَا يَحِلُّ لَهُ، أَوْ
 لَمَسَهَا لِشَهْوَةٍ، فَقَدْ حُرِّمْنَا عَلَيْهِ جَمِيعًا» [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨١/٣)،
 برقم (١٦٢٣٦)].
 ٦ - وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: «إِذَا عَمَزَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ بِشَهْوَةٍ، لَمْ يَتَزَوَّجْ أُمَّهَا، وَلَا ابْنَتَهَا»
 [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨١/٣)، برقم (١٦٢٤٠)].
 دلت هذه الآثار على ما دل عليه الحديث السابق.

رابعا: القياس: قالوا: إن الزنا وطء، وهو سبب للولد، فيتعلق به التحريم. قياسا على
 الوطء الحلال، بجامع أن كلا منهما وطء يتسبب عنه الولد، بناء على إلغاء وصف الحل في
 المناط، والدليل على إلغاءه شرعا هو أن وطء الأمة المشتركة وأمة الابن والحائض والنساء
 حرام، مع أنه ثبتت به حرمة المصاهرة، فعلم أن المعبر في الأصل هو مجرد الوطء من غير
 نظر إلى كونه حلالا أو حراما.

واحتج أصحاب المذهب الثاني بالكتاب والسنة والمعقول:
 أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَأَمَهُتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبْتُكُمْ أَلَّتِي فِي
 حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ
 عَلَيْكُمْ﴾.

وجه الدلالة: أن التي زنا بها ليست من أمهات نسائه، ولا ابنتها من ربائبه.
 ثانيًا: السنة النبوية: احتجوا من السنة بما روت عائشة؛ أن النبي ﷺ سئل عن الرجل
 يتبع المرأة حرامًا، ثم ينكح ابنتها، أو يتبع الابنة، ثم ينكح أمها؟ قال: «لا يحرم الحرام
 الحلال» [أخرجه الدارقطني في السنن (٢٦٨/٣) كتاب النكاح، باب: المهر، رقم (٩٠)،
 وابن عدي في الكامل (٢٧١/٦)، وابن حبان في المجروحين (٩٨/٢، ٩٩)، والطبراني
 في الأوسط (٤٨٠٣) (٧٢٢٤)، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٧) من طريق إسحاق بن
 بهلول، به. وقال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن الزهري إلا عثمان، تفرد به:
 عبد الله بن نافع». قلت: وعثمان بن عبد الرحمن متروك الحديث، وقد ساق له ابن
 عدي وابن حبان هذا الحديث في مناكيره.

لكن روى ابن ماجه في سننه (٤٢٣/٣) كتاب النكاح، باب: لا يحرم الحرام الحلال
 (٢٠١٥)، والدارقطني (٢٦٨/٣) كتاب النكاح، باب: المهر، والبيهقي (١٦٨/٧) كتاب
 النكاح، باب: الزنى لا يحرم الحلال، والخطيب في تاريخه (١٨٢/٧)، من طريق عبد الله
 ابن عمر العمري عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «لا يحرم الحرام الحلال» وإسناده
 ضعيف؛ من أجل عبد الله العمري المكبر؛ فإنه ضعيف وبه أعل الحديث البوصيري في
 مصباح الزجاجة (١٢٤/٢) والألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، رقم (٣٨٥).

وجه الدلالة من هذا الحديث :
 أن النبي ﷺ أخبر أن الحرام لا يحرم الحلال، ومعلوم أن الزنى حرام؛ فلا يحرم به
 الحلال، وهو النكاح، وأن التحريم بالزنا تحريم للحلال بالحرام.
 ثالثاً: المعقول:

احتجوا من المعقول بأن الزنا وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً، فلا يحرم كوطء
 الصغيرة.

وأنه لا يوجب صداقاً، ولا عدة، ولا ميراثاً، فكذا لا يوجب حرمة.
 وقالوا: إن حرمة المصاهرة نعمة، فلا تنال بالمحذور، والزنا محذور. أما الصغرى
 فلأنها تلحق الأجنيات بالمحارم وتصير الأجنبية قريبة. وأما الكبرى فلأنه لا مناسبة بين
 الحكم الذي حرّمته المصاهرة وسببه الذي هو الزنا، إذ المناسبات للحظر النعمة لا
 النعمة؛ ألا ترى أنه لا يثبت النسب والعدة فكذا حرمة المصاهرة.
 وقالوا: إن الزنا لو كان مؤثراً لحلل المزني بها للمطلق ثلاثاً، والثاني باطل، فما أدى
 إليه من كون الزنا مؤثراً باطل فثبت المطلوب.

ونوقشت أدلة القول الثاني من جهة الحديث: بأن الحديث قد طعن فيه بأنه من كلام
 بعض قضاة أهل العراق. وقيل: من كلام ابن عباس، وخالفه كبار الصحابة فالتمسك به
 أوهى من التمسك بخبط العنكبوت.

على أن هذا الحديث إن صح فهو متروك العمل بظاهره، بدليل أن وطء أمة الابن ووطء
 الحائض والنفساء حرام، مع أنه يوجب حرمة المصاهرة اتفاقاً، فقد حرم الحرام الحلال.
 وأما قولهم: إن حرمة المصاهرة نعمة فهو ممنوع؛ لأننا نقول له. وما مرادك بالنعمة؟
 مجرد الحرمة فقط؟ أم مجموع الحرمة والمصاهرة؟ فإن كان الأول منعه، فإن الحرمة من
 حيث هي ليست بنعمة؛ لأنها تضييق ولذلك اتسع الحل لرسول الله ﷺ، وإن كان الثاني
 فنقول: إن المرتب على الزنا هو الحرمة فقط، ونمنع حصول المصاهرة في هذه الصورة.
 فالصهر زوج البنت لا من زنا بابنة الإنسان، وكيف يقال بثبوت المصاهرة في هذه الحالة
 مع انتفاء فائدتها وهي التعاضد والتناصر والتعارف؛ لأن الإنسان ينفر ممن زنا بابنته بل
 يعاديه ويكرهه.

وأما قولهم: إن الزنا لو كان مؤثراً لحلل المزني بها للمطلق ثلاثاً، فهو مردود بأن شرط
 التحليل هو وطء الزوج بالنص، والزاني ليس بزواج ولهذا فإن وطء المولى لا يحلل الأمة
 لزواجها، مع أنها تثبت به حرمة المصاهرة اتفاقاً.

وإذا ثبتت حرمة المصاهرة قبل العقد كان العقد مع قيامها باطلاً لا أثر له.

فإذا ثبتت بعد قيام العقد، فإنها تثبت حرمة مؤبدة بين الزوجين، في حدود ما يتناوله
 التحريم بالمصاهرة، بحسب ما أوضحناه، ولكن هل يحتاج هذا العقد إلى فسخ بسبب
 الحرمة الطارئة، بمتاركة أو قضاء بالفسخ؟

كان الجواب عن هذا التساؤل محللاً لخلاف بين الفقهاء فذهب الحنفية والمالكية إلى أن
 التحريم بالمصاهرة الطارئ على العقد يفسده، وعلى الزوجين بعد ذلك أن يبتعدا عن
 بعضهما لثبوت الحرمة، فإذا لم يبتعدا وجب على القاضي الحكم بفسخ الزواج،

وحد الشهوة أن تنتشر آتته بالنظر إلى الفرج أو المس إذا لم يكن منتشرًا قبل هذا، أو^(١) إذا كان منتشرًا، فإن كان يزداد قوة وشدة بالنظر والمس كان ذلك عن شهوة، وما لا فلا. وهذا إذا كان شابًا قادرًا على الجماع، فإن كان شيخًا أو عنيًا فحد الشهوة أن يتحرك قلبه بالاشتتهاء إن لم يكن متحركًا قلبه قبل ذلك، ويزداد الاشتهاء إن كان متحركًا، فهذا هو حد الشهوة الذي حكاه^(٢) البلخي عن أصحابنا

والتفريق بينهما جبرًا عنهما، رعاية لحق الشرع. فإذا لم يفترق الزوجان ولم يعلم القاضي بأمرهما، اعتبر اتصالهما بعد التحريم وطئًا بشبهة، حتى تحصل مشاركة منهما أو فسخ من قبل القاضي.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الزواج يفسخ حكمًا بحلول الحرمة، وكل وطء بعد التحريم زنا يستوجب الحد، ولا حاجة إلى مشاركة أو فسخ من قبل القاضي. اللهم إلا أن تقوم شبهة في الوطاء، فيدرأ الحد بها عندئذ.

ينظر: تبیین الحقائق (١٠٧/٢)، الجوهرة النيرة (٥/٢)، البحر الرائق (٩٨/٣)، (١٠٨)، مختصر الطحاوي، ص (١٧٦)، الهداية (١٩٢/١)، الاختيار (٨٨/٣)، مجمع الأنهر (٣٢٧/١)، رد المحتار على الدر المختار (٣٧٢/٦)، فتح القدير (٢٢٢/٣)، الفتاوى الهندية (٢٧٤/١)، بداية المجتهد (٥٧/٣)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ص (٨١٤)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى (١٧/٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي (٢٠٨/٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥١/٢)، وجواهر الإكليل (٢٨٩/١)، المدونة الكبرى (٢٧٧/٢)، القوانين الفقهية، ص (٢٣١)، البيان والتحصيل (١٣٣/٥)، الموطأ للإمام مالك (٢/٥٣٣، ٥٣٤)، الأم (١٦٤/٥)، مغني المحتاج (١٧٨/٣)، المهذب (٥٥/٢)، نهاية المحتاج (٢٧٥/٦)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣٦٧/٥)، العزيز شرح الوجيز (٣٦/٨)، كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٠٦/١٣)، الغرر البهية (١٣٥/٤)، تحفة المحتاج (٢٩٨/٧)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص (٢٧٠)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٩/٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (٤٧٦/٨)، المقنع في شرح المقنع (١٣١/٦)، (٦٠/٧)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي (٨/١٧٧، ٢٨٧)، شرح منتهى الإرادات (٦٥٤/٢)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (١٩/٢)، المغني، لابن قدامة (٥٧٦/٦)، أحكام القرآن، للجصاص (١١٣/٢)، عمدة القاري (٢٩٣-٢٩٤)، تفسير القرطبي (١١٤/٥، ١١٥)، فتح الباري (١٥٦-١٥٧)، الجوهر النقي، للعلامة علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركمان، بذيل السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥م (٧/١٦٩-١٧٠)، المحلى (١١٦/١٠).

(١) في أ، ب: و.

(٢) في أ، ب: الذي حكاه.

- رحمهم الله - . وإليه مال الشيخ الإمام [المعروف بخواهر]^(١) زاده، وشمس الأئمة السرخسي - رحمهما الله - ، وكثير من المشايخ - رحمهم الله - لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها .

وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي - رحمه الله - لا يعتبر تحرك القلب، وإنما يعتبر تحرك الآلة، فكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير، والعنين، والذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة .

وروى ابن رستم عن محمد - رحمه الله - أنه [قال]^(٢) : إذا لمسها بشهوة فلم ينتشر عضوه، أو كان منتشرًا فلم يزد انتشارًا حتى تركها، ثم ازداد انتشاره بعد ذلك، لم تثبت به الحرمة، وإنما تثبت الحرمة إذا انتشر بالمس وهو بعد لامسها^(٣) ، أو يزداد انتشاره وهو لامسها بعد حين إلى حد المشتهاة .

حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنها إذا كانت بنت تسع سنين أو أكثر فهي مشتهاة من غير تفصيل، وإن كانت بنت خمس سنين أو دونه، لم تكن مشتهاة، وإن كانت [بنت]^(٤) ست سنين أو [بنت]^(٥) سبع سنين أو [بنت]^(٦) ثماني سنين، ينظر: إن كانت عبلة صحيحة^(٧)، كانت مشتهاة، وما لا فلا .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في أيمان الفتاوى: المشايخ تكلموا في الثمان والسبع، والغالب أنها لا تشتهي ما لم تبلغ تسع سنين . قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب النفقات: وعليه الفتوى .

وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر - رحمه الله - هذا أنه كان يقول: ينبغي للمفتي أن يفتي في السبع والثمان أنها لا تحرم إلا إذا بلغ السائل أنها عبلة ضخمة وجسيمة فحينئذ يفتي بالحرمة .

(١) في ب: جواهر .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في أ: لمسها .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في ب .

(٧) في أ: ضخمة .

وفي الفتاوى: سئل الفقيه أبو بكر عمن قبل امرأة ابنه وهي بنت خمس سنين أو ست سنين عن شهوة قال: لا تحرم على ابنه؛ لأنها غير مشتبهة، وإن اشتهاها هذا فلا ينظر إلى ذلك. قيل له: فإن كبرت حتى خرجت عن حد الاشتهاء والمسألة بحالها قال: تحرم؛ لأن الكبيرة دخلت تحت الحرمة، فلا تخرج، وإن كبرت، ولا كذلك الصغيرة.

وسئل ابن سلمة عن امرأة أدخلت ذكر صبي في فرجها والصبي ليس من أهل الجماع قال: تثبت به حرمة المصاهرة.

قال أصحابنا - رحمهم الله -: وثبتت الحرمة بالتقبيل، والمس، والنظر إلى الفرج بشهوة في جميع النساء الرببية في ذلك وغيرها على السواء، بخلاف العقد ثم [إن] ^(١) المس إنما يوجب حرمة المصاهرة إذا لم يكن بينهما ثوب فإن كان صفيقاً لا يجد حرارة الممسوس لا تثبت حرمة المصاهرة وإن انتشرت آلته كذلك، وإن كان رقيقاً بحيث تصل حرارة الممسوس إلى يده تثبت حرمة المصاهرة.

وفي طلاق المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا لمس الرجل شيئاً من جسد أم امرأته من فوق الثياب عن شهوة، فإن كان يجد مس جسدها، حرمت عليه امرأته، وكذا إذا مس رجلها فوق الخف أو ساق الخف أو أسفل الخف.

ويعتبر في النظر النظر إلى داخل الفرج، وذلك إنما يكون إذا كانت متكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت حرمة المصاهرة، قال: شيخ الإسلام - رحمه الله - هو الصحيح.

وقال: أبو يوسف - رحمه الله -: في رواية ابن سماعة: النظر إلى المدخل والركب سواء، ويحرم بذلك [أمها] ^(٢) إذا كان بشهوة ^(٣).

روى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - أن النظر إلى موضع الجماع من الدبر في حرمة المصاهرة نظير النظر إلى الفرج، ثم رجع وقال: لا يحرم إلا النظر إلى الفرج من داخل.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) المحيط البرهاني (٣/٦٥).

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - أن النظر إلى دبر المرأة لا يوجب حرمة المصاهرة، وكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الزيادات في باب إتيان المرأة في غير الفرج .

والجماع في الدبر لا يوجب حرمة المصاهرة، وبه أخذ بعض مشايخنا، [وبعض مشايخنا]^(١) قالوا: يوجب حرمة المصاهرة، وبه كان يفتي شمس الأئمة الأوزجدي - رحمه الله - ووجه ذلك أن الجماع في الدبر لا يخلو عن المس [بشهوة]^(٢)، ومجرد المس بشهوة يثبت حرمة المصاهرة عندنا، فهذه الزيادة إن كان لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا فيها .

وما ذكر محمد - رحمه الله - أصح؛ لأن المس بشهوة إنما يوجب حرمة المصاهرة؛ لكونه سبباً مفضياً إلى الوطء في القبل الذي تحصل [به]^(٣) الحرمة، وبالإتيان في غير المأتى تبين أن ذلك المس لم يكن مفضياً إلى الوطء الذي تحصل به الحرمة؛ فلا تثبت به حرمة المصاهرة .

ألا ترى أن من مس امرأة بشهوة، وأمنى لا تثبت حرمة المصاهرة، وكذلك إذا نظر إلى فرج امرأة بشهوة، وأمنى لا تثبت حرمة المصاهرة؛ لأن المس المجرد والنظر المجرد إنما أوجب حرمة المصاهرة لكونه سبباً للوطء الذي هو سبب للحرمة، وباتصال الإنزال به تبين أن ذلك المس لم يكن بهذه الصفة؛ فلا تثبت به حرمة المصاهرة .

وإذا قبلها، ثم قال: لم يكن عن شهوة، أو لمسها أو نظر إلى فرجها، ثم قال: لم يكن عن شهوة، فقد ذكر الصدر الشهيد: أن في القبلة نفتي بثبوت الحرمة ما لم يتبين أنه قبل بغير شهوة؛ وفي المس والنظر إلى الفرج لا نفتي بالحرمة إلا إذا تبين أنه قبل بشهوة، لأن الأصل في التقبيل الشهوة بخلاف المس والنظر .

وفي بيوع العيون بخلاف هذا: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار، وقبلها أو نظر

(١) في ب: وبعضهم .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في أ .

إلى فرجها، ثم قال: لم يكن عن شهوة، وأراد ردها، فالقول قوله. ولو كانت مباشرة وقال: لم يكن عن شهوة لم يصدق.

ومن المشايخ من فصل في التقبيل بين ما إذا كان على الفم، وبين ما إذا كان على الجبهة والرأس فقال: إذا كانت القبلة على الفم يفتى بالحرمة، ولا يصدق أنه كان بغير شهوة، وإذا كان على الرأس أو على الذقن أو على الخد لا يفتى بالحرمة، إلا إذا ثبت أنه فعل بشهوة، ويصدق في أنه لم^(١) يكن عن شهوة، وهذا ذكر في مجموع النوازل.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يفتى بالحرمة في القبلة على الفم والذقن والخد والرأس، وإن كان على المقنعة، [كان يقول]^(٢): لا يصدق في أنه لم يكن بشهوة، وظاهر ما أطلق في [بيوع]^(٣) العيون يدل على أنه يصدق في القبلة سواء كان على الفم أو على موضع آخر.

وفي البقالي: ويصدق إذا أنكر الشهوة يعني: في المس إلا أن يقوم إليها منتشرًا فيعانقها، قال ثمة: وكذا قال في المجرد. وانتشاره دليل [على]^(٤) الشهوة، وهذا إشارة إلى أن في المس لا يفتى بالحرمة ما لم ينضم دليل آخر إليه يدل على الشهوة، وتقبل الشهادة على الإقرار بالمس بشهوة وعلى الإقرار بالتقبيل بشهوة.

وهل تقبل الشهادة على نفس اللمس والتقبيل عن شهوة؟ اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: لا يقبل، وإليه مال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - وهذا لأن الشهوة أمر باطن لا يوقف عليها عادة.

وقال بعضهم: يقبل، وإليه مال الشيخ [الإمام الجليل]^(٥) الزاهد علي البزدوي - رحمه الله - وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في نكاح الجامع؛ لأن الشهوة مما يوقف عليها في الجملة إما بتحريك العضو من الذي يتحرك عضوه، أو بأثر^(٦) آخر

(١) في أ: إذا لم.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: بأثار.

ممن لا يتحرك عضوه.

[روى] ^(١) ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل نظر إلى فرج ابنته من غير شهوة، فتمنى أن تكون له جارية، فوَقعت له الشهوة مع وقوع نظره، قال: إن كانت الشهوة منه على ابنته، حرمت عليه امرأته، وإذا كانت الشهوة وقعت على ما تمنى، لم يحرم؛ لأن النظر إلى فرج الابنة حيثئذ لا يكون عن شهوة.

وفي الواقعات للناطفي: إذا قصد أن يقيم امرأته عن فراشه؛ ليجامعها، وهي نائمة ومعها ابنتها المشتهاة فوصل يده إلى الابنة [فقرصها بإصبعه وظن أنها المرأة] ^(٢) إن وصل يده إلى الابنة ^(٣) وهو يشتهي لها، حرمت عليه امرأته، وإن كان يحسبها امرأته؛ لأنه مسها بشهوة، وإن كان لا شهوة له في وقت ملامستها، لا تحرم؛ لأنه لم يوجد مسها بشهوة [وإن كان لا شهوة له في وقت ملامستها، لا تحرم؛ لأنه لم يوجد مسها بشهوة] ^(٤) وإن اختلفا فالقول قول الزوج لأنه ينكر ثبوت الحرمة والقول قول المنكر.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: زوج جدة المرأة محرم لها إن كان قد دخل بالجدة سواء كانت الجدة من قبل أبيها، أو من قبل أمها، وزوج بنت البنت محرم للجدة دخل [الزوج] ^(٥) بها أو لم يدخل؛ لأن البنت لا تحرم بنفس نكاح الأم، فكذا بنفس نكاح الجدة، والأم تحرم بنفس نكاح البنت، فكذا بنفس نكاح بنت البنت.

أقر بحرمة المصاهرة يؤاخذ به، ويفرق بينهما، وكذا إذا أضاف ذلك إلى ما قبل النكاح؛ بأن قال لامرأته: كنت جامعك أمك قبل نكاحك، يؤاخذ به، ويفرق

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: إن كان.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

بينهما، [وكذا إذا أضاف ذلك إلى ما قبل النكاح]^(١) ولكن لا يصدق في حق المهر حتى لا يجب المسمى دون العقد ولكن إن كان قبل الدخول بها، [يجب نصف المسمى، وإن كان بعد الدخول بها]^(٢) يجب المسمى.

والإصرار على هذا الإقرار ليس بشرط في القضاء حتى لو أقر بجماع أم امرأته، أو مسها، ثم رجع عن ذلك، وقال: كذبت فالقاضي لا يصدقه، ولكن فيما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذباً فيما أقر، لا تحرم عليه امرأته، هكذا قيل، وفيه نظر، فقد ذكر في فتاوى [الشيخ الإمام]^(٣) نجم الدين النسفي - رحمه الله -: مس الأجنبية يوجب حرمة المصاهرة عندنا، إذا كان عن شهوة، ولا يشترط^(٤) شهوتها جميعاً، بل يكفي اشتهاؤ أحدهما إذا كان الآخر محل الشهوة، ولا يشترط بلوغهما^(٥)، ويشترط كون الممسوس محل الاشتهاؤ، واشتهاؤ أحدهما عند المس أيهما كان الذكر والأنثى الماس والممسوس.

ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب النكاح: إذا قال الرجل لامرأته: هذه أُمِّي من الرضاعة [أو قال: أختي من الرضاعة]^(٦)، ثم أراد أن يتزوجها بعد ذلك، وقال: أوهمت أخطأت، فله أن يتزوجها استحساناً. وستأتي تلك المسائل بعد هذا إن شاء الله تعالى. والدوام على المس ليس بشرط لثبوت الحرمة حتى قيل: إذا مد^(٧) يده إلى^(٨) امرأته بشهوة ف وقعت على كف^(٩) ابنتها، فزاددت^(١٠) شهوته، حرمت عليه

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: يشترط حرمتها.

(٥) في ب: بلوغها.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: أجر.

(٨) في أ: على.

(٩) في م: أنف.

(١٠) في أ: فإن زادت.

امراته، وإن نزع^(١) من ساعته والشهوة من أحد الجانبين، ففعل^(٢) المس يكفي لثبوت هذه الحرمة^(٣).

ذكر محمد - رحمه الله - في نكاح الأصل أن النكاح لا يرتفع بحرمة المصاهرة والرضاع، بل يفسد حتى لو وطئها الزوج قبل التفريق، لا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتهبه^(٤).

ومن جملة أسباب الحرمة الرضاع^(٥).

(١) في م: تزوج.

(٢) في م: في فصل.

(٣) المحيط البرهاني (٦٧/٣، ٦٨).

(٤) الدر المختار (٣٧/٣).

(٥) الرضاع لغة: مصدر «رضع» - بكسر الضاد -، يرضع: -بفتحها -، من باب: تعب، أو: «رضع» - بفتح الضاد -، يرضع - بكسرها -، من باب: ضرب يضرب بمعنى: شرب اللبن، قال ابن فارس: الرء والضاد والعين أصل واحد، وهو شرب اللبن من الضرع أو الثدي.

وقال الفيومي في المصباح: «رضع الصبي رضعاً، من باب: تعب، لغة لأهل نجد، ورضع من باب: ضرب، لغة لأهل تهامة، وأهل مكة يتكلمون بها، وعلى هذا فهو مصدر سماعي لا قياسي؛ لأن المصدر القياسي من الباب الأول: رضعاً، بفتح الرء والضاد مع القصر، والمصدر من الباب الثاني: رضعاً، بسكون الضاد».

وإذا أريد وصف المرأة بالرضاع يقال: مرضعة: بإثبات التاء، ومرضع بحذفها.

وقال الفراء: إن قصد حقيقة الوصف بالإرضاع فمرضع: بغير تاء، وإن قصد مجازه، يعني: أنها محل للإرضاع باعتبار ما كان، أو سيكون فبالهاء، وقوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَرَوْنَهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ﴾ على هذا النحو.

وقد خالف في ذلك الشيخ الشرقاوي حيث عكس المسألة، فقال: يقال للمرأة التي لم تباشر الإرضاع، وهي ذات ولد: مرضع، بحذف التاء، وللتي باشرتة: مرضعة، بالتاء.

ويجوز إبدال الضاد في الرضاع والرضاعة تاء فيقال: رتاع، ورتاعة.

والخلاصة من هذا كله: أن الفعل الماضي من هذه المادة تُكسر ضاده وتفتح، والمضارع تفتح ضاده وتكسر، والمصدر منها تفتح راؤه، وهو الأفتح، وتكسر مع فتح الضاد، ويجوز قلب ضاده تاءً، والتاء تحذف في آخره، وقد ثبت فيقال: رضاع ورضاعة، ورتاع ورتاعة، بفتح الرء، وكسرها في الجميع، ومعناه لغة: مص الثدي، وشرب لبنه. وأما الرضاع في اصطلاح الفقهاء:

فقد عرفه الحنفية بأنه: «مص الرضيع من ثدي الأدمية في وقت مخصوص».

وعرفه المالكية بأنه: «وصول لبن أدمي بمحل مظنة غذاء».

وعرفه الشافعية بأنه: «حصول لبن امرأة، أو ما حصل منه في معدة طفل، أو دماغه، بشروط».

وعرفه الحنابلة بأنه: «مص لبن أو شربه ونحوه، ثاب من حمل، من ثدي امرأة». وتدقيق النظر في هذه التعريفات يوقف أمام دورانها - في ظاهرها - حول معنى واحد؛ هو مص الرضيع لبن المرأة أو شربه من ثديها، غير أن اختلافهم في جوهرها، مثل مخالفة الشافعي وأصحابه للجمهور في عدم التحريم بلبن الميتة، وكاشتراط أحمد بن حنبل أن يكون اللبن عن حمل، وتعريف الحنفية أشمل وأرجح.

وقد استدلل الفقهاء على إنزال الرضاع في حرمة النكاح بسببه منزلة النسب بالكتاب، والسنة، والإجماع، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِمَّنْ أَرْضَعْتُمْ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: نص الله - تعالى - على هاتين؛ للتنبيه، لا لاختصاص الحكم بهما؛ فإن الأصل في النسب هاتان؛ لأن النسب مشتمل على قطب وجوانب، فالأمهات أصل القطب، فنص عليها، ونبه بها على من هو قطب النسب، والأخوات أصل الجوانب؛ لأنها أول فصل، فنص عليها، ونبه بها على من هو في جوانب النسب، وإلا فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فسمى الله تعالى المرضعة أمًا للرضيع وبنيتها أختاً فأعلمنا بذلك أن الرضاع كالنسب.

وإلى هذا أشار النبي ﷺ بقوله لعلي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - وقد قال له: يا رسول الله، هل لك في بنت عمك حمزة؛ فإنها أجمل فتاة في قريش؟: «أما علمت أن حمزة أخي من الرضاعة، وأن الله حرّم من الرضاعة ما حرّم من النسب؟!» [أخرجه مسلم (١٠٧١/٢) كتاب الرضاع، باب: تحريم ابنة الأخ من الرضاعة (١٢/١٤٤٧)].

ومن ثمّ ثبت أن الرضاع ينزل منزلة النسب.

ثانياً: السنة: احتجوا من السنة النبوية المطهرة على أن الرضاع ينزل منزلة النسب بما يلي:

- روت عُمَرَةُ بِنْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ، رَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَهَا، وَأَنَّهَا سَمِعَتْ صَوْتَ رَجُلٍ يَسْتَأْذِنُ فِي بَيْتِ حَفْصَةَ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا رَجُلٌ يَسْتَأْذِنُ فِي بَيْتِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَاهُ فَلَانًا لِعَمِّ حَفْصَةَ مِنَ الرَّضَاعَةِ» فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَوْ كَانَ فَلَانٌ حَيًّا لِعَمِّهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ أَدَخَلَ عَلَيَّ؟ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ إِنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا يَحُرِّمُ مِنَ الْوِلَادَةِ» [أخرجه مالك في الموطأ (٦٠١/٢)، في كتاب الرضاع، باب: رضاعة الصغير (١)، والبخاري (٤٣/٩) كتاب النكاح، باب: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (٥٠٩٩)، ومسلم (١٠٦٨/٢) كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاعة (١ - ١٤٤٤)].

- وَعَنْ عُرْوَةَ بِنِ الرُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ، رَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يَحُرِّمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحُرِّمُ مِنَ الْوِلَادَةِ» [أخرجه مالك في الموطأ (٦٠٧/٢) كتاب الرضاع، باب: جامع ما جاء في الرضاع (١٥)، ومسلم (١٠٦٨/٢) كتاب الرضاع، باب: يحرم من

الرضاع ما يحرم من الولادة (٢-١٤٤٤)، وأبو داود (٢/٢٢١) كتاب النكاح، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب (٢٠٥٥)، وابن ماجه (١/٦٢٣) كتاب النكاح، باب: ما يحرم من الرضاع (١٦٣٧)، وأبو داود (٢/٢٢١) كتاب النكاح، باب: ما يحرم من الرضاع (٣٣٠٣)، وأحمد في المسند (٦/٤٤ - ٥١)، والدارمي (٢/١٥٦)، والبيهقي في السنن (٦/٢٧٥، ١٥٩).

- وَعَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ، أَنَّهَا قَالَتْ: جَاءَ عَمِّي مِنَ الرِّضَاعَةِ، فَاسْتَأْذَنَ عَلَيَّ، فَأَبَيْتُ أَنْ أَدْنَ لَهُ حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَتْ: فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلْتُهُ، فَقَالَ: إِنَّهُ عَمُّكَ، فَأَذْنِي لَهُ، قَالَتْ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّمَا أَرْضَعْتَنِي الْمَوَاةَ وَلَمْ يُرْضِعْنِي الرَّجُلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّهُ عَمُّكَ فَلْيَلِجْ عَلَيْكَ وَذَلِكَ بَعْدَ مَا ضَرَبَ عَلَيْنَا الْجِحَابُ» [أخرجه مالك في الموطأ (٢/٦٠١) كتاب الرضاع، باب: رضاعة الصغير (٢)، والبخاري (٩/٢٤٩) كتاب النكاح، باب: ما يحل من الدخول (٥٢٣٩)، ومسلم (٢/١٠٧٠) كتاب الرضاع، باب: تحريم الرضاعة (٧-١٤٤٥)].

- وَعَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبِ بِنْتِ أُمِّ سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ حَبِيبَةَ بِنْتِ أَبِي سُفْيَانَ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَلْ لَكَ فِي أُخْتِي بِنْتِ أَبِي سُفْيَانَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: فَأَعِلْ مَاذَا؟ قَالَتْ: تَنْكِحُهَا، قَالَ: أُخْتُكَ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: أَوْ تُجَبِّنَ ذَلِكَ، قَالَتْ: نَعَمْ لَسْتُ لَكَ بِمُخْلِطَةٍ وَأُحِبُّ مَنْ شَرِكَنِي فِي حَبِيرِ أُخْتِي، قَالَ: فَإِنَّهَا لَا تَجُلُّ لِي قَالَتْ: فَقُلْتُ: فَوَاللَّهِ لَقَدْ أُخْبِرْتُ أَنَّكَ تَحْطُبُ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، قَالَ: بِنْتِ أُمِّ سَلَمَةَ، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: فَوَاللَّهِ لَوْ لَمْ تَكُنْ رَبِيبَتِي فِي جِجْرِي مَا حَلَلْتُ لِي، إِنَّهَا لَا بِنْتُ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ أَرْضَعْتَنِي، وَأَبَاهَا تُؤَيَّبَةُ، فَلَا تَعْرِضْنِ عَلَيَّ بِنَاتِكُنَّ وَلَا أُخَوَاتِكُنَّ [أخرجه الشافعي في المسند (٢/٢٠) (٦٠)، والبخاري (٩/٦٢) كتاب النكاح، باب: ﴿رَبِّبْتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُبُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ (٥١٠٦)، ومسلم (٩/١٠٧٢) كتاب الرضاع، باب: تحريم الربيبة وأخت المرأة (١٥ - ١٤٤٩)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلت هذه الأحاديث بظاهرها على أن الرضاع ينزل منزلة النسب.

ثالثا: الإجماع: أجمعت الأمة على أن الرضاع محرّم في الجملة، وأن له أثرًا في تحريم النكاح والمحرمة وجواز النظر والخلوة.

فبالإضافة إلى اشتراك الرضيعين في التكوّن الجسماني من مصدر واحد، هو لبن الأم التي أرضعتهما، بما يستتبع ذلك من المحاذير التي كشف عنها العلم الحديث والمخاطر المترتبة على التقارب في الزواج، فإن لتحريم هذا النكاح أوجهًا أخرى من الحكمة، منها الحفاظ على الألفة، والوفاق بين الزوجين، حتى لا يضيع الولد بينهما، ويتخلى عن الفضائل والكمالات، وذلك؛ لأن الشهوة بينهما ضعيفة جدًا حتى تكاد تكون معدومة، ولا يخفى أن هذا ينشأ عنه النفور والخلاف، ويبعدهما عن الوفاق والاتلاف، فيكتسب الولد منهما ذلك، فتفوت الحكمة من النكاح التي هي المودة والرحمة بين الزوجين المقتضيين لحياة العمران؛ قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ

قال: أصحابنا - رحمهم الله -: التحريم بالرضاع كما يثبت من جانب المرأة يثبت من جانب الرجل، وهو الزوج الذي نزل لبنها بوطئه ويسميتها الفقهاء لبن الفحل.

وبيانه: أن المرأة إذا أرضعت بلبن حدث من حمل رجل، وذلك الرجل أب الرضيع لا يحل لذلك الرجل نكاحها إن كانت أنثى، وكذلك إذا كان لرجل امرأتان وحملتا منه فأرضعت كل واحدة منهما صغيراً فقد صارا أخوين لأب، فإن كانت إحداهما أنثى لا يحل النكاح بينهما، وإن [كانتا]^(١) أنثيين لا يحل الجمع بينهما.

وإن كان لرجل امرأة واحدة، فحملت منه، فأرضعت صبيين صارا أخوين لأب وأم. وأخوات الزوج عمات المرضع، لا يحل له مناكحتهن، ويجوز له مناكحة أولادهن، وأم الزوج جدة المرضع، تحرم عليه ولا يحل لهذا المرضع أن يتزوج امرأة وطئها الزوج، ولا للزوج أن يتزوج امرأة وطئها المرضع، فهذا هو تفسير لبن الفحل.

وفي النكاح للحسن بن زياد في امرأة ولدت من زوج وأرضعت ولدها [ثم يبس]^(٢) ثم نزل لها اللبن بعد ذلك، وأرضعت صبيّاً أن لهذا الصبي أن يتزوج بابنة

أَزْوَاجًا لَتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ

ينظر: مقاييس اللغة (٤٠٠/٢)، المصباح المنير (٢٢٩/١)، مادة (رضع)، المطلع، ص (٣٥٠)، والقاموس المحيط (٣٠/٣)، ولسان العرب، مادة (رضع)، البحر الرائق (٣٨٧ ٣٨٦/٣)، تبیین الحقائق (١٨١/٢)، التاج والإكليل (٥٣٦/٥)، أسنى المطالب (٤١٥/٣)، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير، للشيخ زكريا الأنصاري، دار الكتب العربية الكبرى، القاهرة (٣٨/٢)، شرح البهجة الوردية، للشيخ زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٣١٣هـ (٣٧٣/٤)، مغني المحتاج (١٢٣/٥)، كشف القناع (٤٤٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢١٣/٣)، المغني، لابن قدامة (٤٤٥/٧)، شرح حدود ابن عرفة، لمحمد بن قاسم الرضاع، المكتبة العلمية، ط (١)، ١٣٥٠هـ، ص (٣٠٧، ٣٠٨)، الأحوال الشخصية، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، بيروت، ط (٣)، ١٩٦٤م، ص (٨٦-٨٧).

(١) في أ: كانا.

(٢) سقط في ب.

هذا الرجل من غير هذه المرأة. قال: وليس هذا بلبن الفحل. وكذلك إذا تزوج امرأة، ولم تلد منه قط، ثم نزل لها اللبن فإن هذا اللبن من هذه المرأة دون زوجها حتى لو أرضعت صبية لا تحرم على ولد هذا الزوج من غير هذه المرأة. ولو زنى بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني أن يتزوج بهذه الصبية، ولا لابنه ولا لأبيه، ولا لأبناء أولاده؛ لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني.

والرضاع الموجب للتحريم ما كان في حالة الصغر دون الكبير^(١).

(١) من شروط تحريم الرضاع: ألا يبلغ الرضيع حولين كاملين يقيناً في ابتداء الرضعة الخامسة؛ فلا أثر لرضاع من بلغهما، ولو بيسير من الزمن. فإن شك في بلوغه وعدمه حرم؛ لأن الشك لا أثر له مع اليقين الذي هو الأصل وهو بقاء المدة، ولو بلغهما في أثناء الرضعة الخامسة حرم، لكفاية ما وجد من هذه الرضعة في الحولين، ويعتبر الحولان بالأهله، فإن انكسر الشهر الأول تمم ثلاثين يوماً من الشهر الخامس والعشرين.

والسنة الهلالية وهي القمرية: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس، وسدس من اليوم، والسنة الشمسية: ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم إلا جزءاً من ثلاثمائة من اليوم، والفلكيون يعتبرونها ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً فقط إن كانت بسيطة، وستة وستين إن كانت كبيسة.

والسنة العددية: ثلاثمائة وستون يوماً لا تزيد ولا تنقص.

ومن ثم اتفق الفقهاء على أن الزمن الذي يثبت فيه التحريم هو ما كان في الصغر، ولهذا عد أكثر أهل العلم من شروط التحريم في الرضاع عدم بلوغ الرضيع حولين كاملين، وهو مذهب الإمامين مالك في إحدى الروايتين والشافعي، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، وبه قال من الصحابة عمر، وابنه عبد الله، وعلي وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة، وقال مالك في روايته الأخرى: مدته خمسة وعشرون شهراً.

وقال الإمام أبو حنيفة: مدته ثلاثون شهراً.

وقال زُفَرٌ: مدته ثلاثة أحوال، فهي ستة وثلاثون شهراً.

فكل هؤلاء يشترطون الصغر في الرضاع غير أنهم قد اختلفوا فيما بينهم في مدته.

وزهد بعض الفقهاء ومنهم الأوزاعي، وداود الظاهري: إلى تحريم رضاع الكبير، ونسب هذا أيضاً إلى الإمام الليث بن سعد، وهو مذهب أم المؤمنين عائشة - رضي الله تعالى عنها - وقال الجصاص: إنه قول شاذ.

واحتج الإمام مالك والشافعي والصاحبان على اعتبار الحولين في الرضاع بالكتاب، والسنة:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّئَ الرِّضَاعَةَ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: جعل الله تعالى تمام الرضاع مقدراً بحولين، وما حد في الشرع بغاية، كان حكم ما بعد الغاية مخالفاً له، وحكمه في الشرع هو التحريم في الحولين، فوجب أن يكون حكمه عدم التحريم بعد الحولين؛ ونظير هذا القصر، والأقراء في العدة. ٢ - وقوله تعالى: ﴿وَأَنْهَيْتُكُمْ اللَّيْلَةَ أَنْ تَرْضَعَكُمْ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: أن قوله تعالى: ﴿وَأَنْهَيْتُكُمْ﴾ يدل على أن المرضع رضيع، والرضيع في اللفظ اسم للصغير دون الكبير، حتى صار يسمى به وإن لم يرضع - والمأكول اسم لما يتغذى به وإن لم يؤكل - وإذا لم يسم الكبير رضيعاً لم تسم الأم مرضعة، ويعضد هذا علة الرضاع وهي وجود البعضية فيه، وذلك يتصور في الصغير؛ لأن كل جزء يحصل في جوفه ينمو به والكبير لا ينمو به.

ثانياً: السنة: احتجوا من السنة بما يلي:

١ - عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يُحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ» [أخرجه ابن عدي واللفظ له في الكامل (٣٩٩/٨)، والدارقطني (١٧٤/٤) كتاب الرضاع، برقم (١٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٦٢/٧) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في تحديد ذلك بالحولين، من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعاً، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٣/١) برقم (٩٨٠)، والدارقطني (١٧٣/٤) كتاب الرضاع، برقم (٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٦٢/٧) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - موقوفاً، وقد صحح البيهقي وقفه ورجحه ابن عدي وابن كثير كما في الروضة الندية لصديق خان (٣٢٨/٢)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث على أنه لا رضاعة إلا في الحولين والمعنى: لا رضاع محرم.

٢ - روت أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يُحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأُمَّعَاءَ فِي النَّدْيِ وَكَانَ قَبْلَ الْفُطَامِ» [أخرجه الترمذي (٤٦٦/٢) كتاب الرضاع (١١٥٢)، وابن حبان (٤٢٢٤)، والطبراني في الأوسط (٧٥١٣)، والخطيب في التاريخ (٥٥/٧)، وقال الترمذي: حسن صحيح].

وجه الدلالة من هذا الحديث: استفيد من هذا الحديث ومن سابقه قصر الرضاع المحرم على ما كان في الحولين، فعلم نفي التحريم بعدهما.

٣ - وروى جابر - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ فَصَالٍ، وَلَا يُثَمُّ بَعْدَ اخْتِلَامٍ» [أخرجه الطيالسي، ص (٢٤٣)، وابن عدي في الكامل (٤٤٧/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/٧)، (٣٢٠)].

وفى إسناده حرام بن عثمان، أعل ابن عدي الحديث به.

وأخرجه الطبراني في الأوسط (٣٣٧/٦)، رقم (٦٥٦٤)، والصغير (١٥٨/٢)، رقم (٩٥٢)، والخطيب في تاريخ بغداد (٢٩٩/٥)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٥١/١٦٣) من طريق موسى بن عقبة، عن أبان بن تغلب عن إبراهيم النخعي، عن علقمة بن قيس، عن علي].

وجه دلالة من هذا الحديث: أن الفصال ورد في القرآن مقدراً بحولين، قال تعالى: =

﴿وَفَصَلُّهُ فِي عَامَيْنِ﴾ فوجب الحمل على ما في الآية دفعا للمنافاة، ولهذا أفتى بعض الصحابة بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر مستدلا بهذه الآية، وآيتي ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصَلُّهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾. قال ابن كثير: إن استنباط أن مدة الحمل ستة أشهر من هذه الآيات استنباط قوي صحيح.

٤ - روى محمد بن إسحاق عن بعجة بن عبد الله الجهني قال: تَزَوَّجَ رَجُلٌ مِمَّا امْرَأَةٌ مِنْ جُهَيْنَةَ فَوَلَدَتْ لَهُ لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَنْطَلَقَ زَوْجُهَا إِلَى عُمَانَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَبَعَثَ إِلَيْهَا، فَلَمَّا قَامَتْ لِتَلْبَسَ ثِيَابَهَا بَكَتْ أَحْتَبًا، فَقَالَتْ: مَا يُبْكِيكِ؟ فَوَاللَّهِ مَا تَلْبَسُ بِي أَحَدٌ مِنْ خَلْقِ اللَّهِ غَيْرُهُ قَطُّ، فَيَفْضِي اللَّهُ فِيَّ مَا يَشَاءُ، فَلَمَّا أَتَى بِهَا عُمَانٌ أَمَرَ بِرَجْمِهَا، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَلِيًّا فَأَتَاهُ، فَقَالَ لَهُ: مَا تَصْنَعُ؟ قَالَ: وَوَلَدْتُ تَمَامًا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَهَلْ يَكُونُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ لَهُ: أَمَا تَقْرَأُ الْقُرْآنَ؟ قَالَ: بَلَى، قَالَ: أَمَا سَمِعْتَ اللَّهَ يَقُولُ: ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصَلُّهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، وَقَالَ: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ فَلَمْ تَجِدْهُ بَقِيَ إِلَّا سِتَّةُ أَشْهُرٍ، قَالَ: فَقَالَ عُمَانُ: وَاللَّهِ مَا فَطِنْتُ لِهَذَا، عَلِيٌّ بِالْمَرْأَةِ. فَوَجَدُوهَا قَدْ فُرِعَ مِنْهَا، قَالَ: فَقَالَ بَعْجَةُ: فَوَاللَّهِ مَا الْغَرَابُ بِالْغَرَابِ، وَلَا الْبَيْضَةُ بِالْبَيْضَةِ بِأَشْبَهَ مِنْهُ بِأَبِيهِ. فَلَمَّا رَأَاهُ أَبُوهُ قَالَ: ابْنِي وَاللَّهِ لَا أَشْكُ فِيهِ، قَالَ: وَأَبْلَاهُ اللَّهُ بِهَذِهِ الْفَرِحَةِ الْأَكْلَةَ، فَمَا زِلْتُ تَأْكُلُهُ حَتَّى مَاتَ [أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي حَاتِمٍ فِي التَّفْسِيرِ (٣٢٩٤/١٠)، وَذَكَرَهُ السِّيُوطِيُّ فِي الدَّرِّ الْمُنْتَوَرِ (٩/٦) وَعِزَاهُ لَابْنِ الْمُنْذَرِ وَابْنِ أَبِي حَاتِمٍ].

وفهم عبد الله بن عباس ذلك أيضًا: فعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه جيء بامرأة وضعت لسته أشهر، فشاور في رجمها، فقال ابن عباس: إِنَّ خَاصَمَتَكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ فَخَاصَمَتُكُمْ، ثُمَّ ذَكَرَ هَاتَيْنِ الْآيَتَيْنِ [أَخْرَجَهُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ فِي الْمَصْنُفِ (٣٥١/٧)، بِرَقْمِ (١٣٤٤٧)]، ذَكَرَهُ السِّيُوطِيُّ فِي الدَّرِّ الْمُنْتَوَرِ (٩/٦) وَعِزَاهُ لِعَبْدِ الرَّزَّاقِ وَابْنِ الْمُنْذَرِ. واحتج الحنفية على صحة ما ذهبوا إليه من أن مدته ثلاثون شهرًا بقوله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصَلُّهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.

وجه الدلالة: دلت الآية على أنه ليس المراد بالحمل: حمل الأحشاء؛ لأنه يكون في سنتين، بل المراد من الحمل: الحمل على الكف، وهو عبارة عن مدة الرضاع. وعورض هذا الاستدلال بأنه خلاف الظاهر من الكتاب، ويعارض بما قاله أجداء الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - فقد تقدم أن عليًا - رضي الله عنه - وابن عباس قالا: المراد بالحمل: حمل البطن من غير كبير.

وقد احتج زُفَرُ بْنُ الْهَذِيلِ بِالْكِتَابِ، وَالسَّنَةِ:

أولاً: الكتاب: احتج بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾.

وجه الدلالة: دلت الآية بإطلاقها على صحة ذلك؛ إذ ليس فيها تقييد بالحولين.

ثانياً: السنة: احتج بقول النبي ﷺ: «الرِّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ».

وجه الدلالة من الحديث: أن الثلاثة الأحوال سن يعتد فيها بالرضاع واللبن يسد فيها جوعته.

وأجيب: بأن الإطلاق الذي في الآية مقيد بما تقدم في الأحاديث الدالة على اعتبار الحولين فقط. على أنه إذا سلم الإطلاق، فما دليله على التقييد بما يدعيه، وهو ثلاث سنين.

وأجيب عن الحديث: بأن عمومه مخصوص بما تقدم أيضاً. وقوله: «إنها سن يعتد فيها بالرضاع...» إلخ منقوض بالشهر السابع والثلاثين؛ لأن الطفل يتغذى فيه باللبن أيضاً ولم يثبت بالرضاع فيه تحريم، وحيث ثبت أن الصغر في الاعتداد بالرضاع وتحريمه شرط، فلا فرق بين أن يستغني الرضيع بالطعام عن اللبن أم لا. وقال الإمام مالك: إنما يثبت التحريم بالرضاع إن لم يستغن عن اللبن بالطعام. ورد: بأن التقدير بالحولين يقتضي الاعتداد بالزمن من غير نظر إلى غيره؛ وبأن تعليقه بالحولين علم من طريق النص، وتقييد الحكم بعدم الاستغناء بالطعام علم من طريق الاجتهاد، وتعليق الحكم بالنص أولى من تعليقه بالاجتهاد. وأيضاً: فإن اعتبار الحولين فهم من عموم النص والاستغناء بالطعام خاص، والتعميم أولى؛ حملاً للنص على ظاهره واحتياطاً في الأحكام. وقد استدل من أثبت تحريم رضاع الكبير بالسنة النبوية المطهرة، وذلك على النحو التالي:

١ - رُوِيَ عَنْ زَيْنَبِ بِنْتِ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ: قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ لِعَائِشَةَ: إِنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْكَ الْغُلَامُ الْأَيْفَعُ الَّذِي مَا أَحْبُّ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيَّ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: أَمَا لَكَ فِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَشَوْهَ حَسَنَةً؟ وَقَالَتْ: إِنَّ امْرَأَةَ أَبِي حُدَيْفَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ سَالِمًا يَدْخُلُ عَلَيَّ، وَهُوَ رَجُلٌ، وَفِي نَفْسِ أَبِي حُدَيْفَةَ مِنْهُ شَيْءٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ حَتَّى يَخْرُجَ عَلَيْكَ» [أخرجه مسلم (١٠٧٦/٢) كتاب الرضاع، باب: رضاعة الكبير (١٤٥٣/٢٩)].

٢ - ورووت السيدة عائشة - رضي الله عنها - قالت: جَاءَتْ سَهْلَةَ بِنْتُ سَهْلٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَرَى مِنْ وَجْهِ حُدَيْفَةَ مِنْ دُخُولِ سَالِمٍ وَهُوَ خَلِيفَةُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ» قَالَتْ: كَيْفَ أَرْضِعُهُ وَهُوَ كَبِيرٌ؟ فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: «قَدْ عَلِمْتُ أَنَّهُ كَبِيرٌ» [أخرجه مالك (٦٠٥/٢، ٦٠٦) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، حديث (١٢)، والبخاري (١٣١/٩، ١٣٢) كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين، حديث (٥٠٨٨)، ومسلم (١٠٧٦/٢) كتاب الرضاع، باب: رضاعة الكبير، حديث (٢٦، ٢٧/٢٧، ١٤٥٣)، وأبو داود (٥٤٩/٢، ٥٥١) كتاب النكاح، باب: من حرّم به، حديث (٢٠٦١)، والشافعي (٢/، ٢٢ ٢٣) كتاب النكاح، الباب الرابع فيما جاء في الرضاع، حديث (٧٢)، وأحمد (٣٩/٦)، وعبد الرزاق (٤٥٩/٧)، والحميدي رقم (٢٧٨) من طرق عن عائشة، وابن الجارود، ص (٢٣١ ٢٣٢) كتاب النكاح، حديث (٦٩٠)، والبيهقي (٤٥٩/٧ ٤٦٠) كتاب الرضاع، باب: رضاع الكبير].

٣ - وروى الشافعي عن ابن شهاب: أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَضَاعَةِ الْكَبِيرِ، فَقَالَ: أَحَبُّنِي عُزْوَةُ بِنْتُ الزُّبَيْرِ: أَنَّ أَبَا حُدَيْفَةَ بَنَ عُثْبَةَ بِنَ رَبِيعَةَ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَقَدْ كَانَ شَهِدَ بَدْرًا، وَكَانَ قَدْ تَبَنَّى سَالِمًا الَّذِي يُقَالُ لَهُ: سَالِمٌ مَوْلَى أَبِي حُدَيْفَةَ كَمَا تَبَنَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَيْدَ بَنَ

حَارِثَةَ، فَأَنكَحَ أَبُو حُدَيْفَةَ سَالِمًا وَهُوَ يَزِي أَنَّهُ ابْنُهُ، فَأَنكَحَهُ بِنْتُ أَخِيهِ فَاطِمَةَ بِنْتُ الْوَلِيدِ بْنِ عُثْبَةَ وَهُوَ يَوْمِيذٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِ وَهِيَ يَوْمِيذٌ مِنْ أَفْضَلِ أَبَا مَي قُرَيْشٍ، فَلَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِي رَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ مَا أَنْزَلَ فَقَالَ: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَسْبَابِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْرُجُوا فِي الدِّينِ﴾. رَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ أَوْلِيائِكَ مَنْ تَبَيَّنَ إِلَى أَبِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَبَاهُ رَدَّ إِلَى الْمَوَالِي، فَجَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سَهِيلٍ وَهِيَ امْرَأَةُ أَبِي حُدَيْفَةَ، وَهِيَ مِنْ بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كُنَّا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا، وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيَّ وَأَنَا فَضْلٌ وَلَيْسَ لَنَا إِلَّا بَيْتٌ وَاحِدٌ فَمَاذَا تَرَى فِي شَأْنِهِ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِيمَا بَلَعْنَا: «أَرْضِعِيهِ حَمْسَ رَضَعَاتٍ فَيَحْرُمُ بِلَبْنِهَا»، فَفَعَلْتُ ذَلِكَ، وَكَانَتْ تَرَاهُ ابْنًا مِنْ الرِّضَاعَةِ، فَأَخَذْتُ بِذَلِكَ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِيمَنْ كَانَتْ تَخْتَارُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ، وَكَانَتْ تَأْمُرُ أُخْتَهَا أُمَّ كُلْثُومٍ وَبَنَاتِ أُخْتِهَا يُرِضِعْنَ لَهَا مِنْ أَحَبِّتِ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَأَبِي سَائِرٍ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَّ بِتِلْكَ الرِّضَاعَةِ أَخَذَ مِنَ النَّاسِ، وَقُلْنَ: مَا نَرَى الَّذِي أَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْلَةَ بِنْتُ سَهِيلٍ إِلَّا كَانَ رُحْصَةً فِي سَالِمٍ وَحَدَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَا يَدْخُلُ عَلَيْنَا بِهِذِهِ الرِّضَاعَةِ أَخَذَ [أَخْرَجَهُ مَالِكُ (٢/٦٠٥، ٦٠٦) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في الرضاعة بعد الكبير، رقم (١٢)، الشافعي في المسند (٣/٦٩)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلت هذه الأحاديث بظاهرها: أن سالمًا قبل الرضاع لم يكن محرماً لسهله، لا يجوز نظره إليها، ولا الخلوة بها؛ ولهذا كره أبو حذيفة دخوله، وتغير وجهه من ذلك، ولما رضع وهو كبير خصوصاً وأنه ثبت في بعض الروايات أنه ذو لحية صار من المحارم، فدل هذا على أن رضاع الكبير يثبت به التحريم، كالصغير، وهو المطلوب.

فإن قيل: كيف ساغ له الرضاع المستلزم للنظر والخلوة عادة، مع أن المحرمية لا تتحقق إلا بعد الرضعة الخامسة؟

أجيب: بأن هذا خصوصية لسالم، كما خص بثبوت محرميته بالرضاع، أو أنه يجوز أنها كانت تحلب اللبن في إناء ويشربه. والجواب عن هذه الأحاديث:

أولاً: أنها معارضة لظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾.

وجه الدلالة: أنه ليس المراد بإتمام الرضاعة عدم حاجة الصبي إليها؛ فإنه قد يستغني عنها قبل الحولين، ويحتاج إليها بعدهما لضعفه، بل المراد: أن الحكم المختص بالرضاع لا يثبت إلا عند حصوله في هذه المدة.

ثانياً: أن هذه الأحاديث معارضة لكثير من الأحاديث الدالة على اعتبار الصغر في الرضاع، مع إمكان الجميع، ومن هذه الأحاديث:

١ - روى ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: «لَا يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ إِلَّا مَا أَنْبَتِ اللَّحْمُ وَأَنْشَرَ الْعَظْمُ» [أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢/٢٢٢) كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير، حديث

(٢٠٦٠)، والدارقطني (١٧٢/٤) في باب الرضاع، والبيهقي (٤٦٠/٧، ٤٦١) كتاب الرضاع، باب: رضاع الكبير، ولا يكون هذا إلا في الصغير؛ لأن الكبير لا ينبت رضاعه لحمًا، ولا ينشز عظمًا.

٢ - وعن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَعِنْدِي رَجُلٌ فَقَالَ: مَنْ هَذَا؟ قُلْتُ: أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ، قَالَ: «يَا عَائِشَةُ، أَنْظِرُونِ مَنْ إِخْوَانُكُمْ؛ فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ».

فدل على أنَّ الرضاعة في الكبر لا أثر لها في التحريم، وإنما تؤثر في التحريم حين الصغر، ويرشد إلى هذا قوله ﷺ: «فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ»، فإن المعنى كما قاله المهلب: انظرون ما سبب هذه الأخوة، فإن مدة الرضاع إنما هي في الصغر، حيث يسد اللبن المجاعة، فإن الكبير لا يسد اللبن جوعته، ولهذا الحديث الذي روته السيدة عائشة - رضي الله عنها - قال بعضهم: إنها رجعت عن مذهبيها، كما رجح أبو موسى.

٣ - وروت أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ فِي الثَّدْيِ وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ».

والمراد بفتق الأمعاء: أن يشقها اللبن، ويسلك فيها، وهذا لا يكون إلا في الصغير، أما الكبير فقد جرى الطعام فيها ففتقها. وزمن الثدي: هو زمن الرضاع جريًا على عادات العرب، فيقولون «مات فلان في الثدي» أي: في زمن الرضاع، ومنه الحديث المشهور: «إِنَّ إِبْرَاهِيمَ مَاتَ فِي الثَّدْيِ، وَإِنَّ لَهُ مُرُضَعًا فِي الْجَنَّةِ تُبْتَمُ رَضَاعُهُ» [أخرجه أحمد (٤/٢٩٧، ٣٠٤)، وقال الهيثمي في المجمع (٩/١٦٥)]: رواه أحمد وفيه جابر الجعفي وهو ضعيف ولكن من رواية شعبة عنه ولا يروي عنه شعبة كذبًا وقد صح من غير حديث البراء].

٤ - وروى جابر عن النبي ﷺ قال: «لَا رَضَاعَ بَعْدَ فَصَالٍ، وَلَا يُتَمُّ بَعْدَ احْتِلَامٍ». والمراد بالفصال: الفطام في مدته؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَفَصَّلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾.

فكل هذه الأحاديث الشريفة دالة على اشتراط الصغر في تحريم الرضاع. ويكفي اعتمادًا على صحة هذا - أعني: اشتراط الصغر في تحريم الرضاع - أنه مذهب الكثير من أكابر الصحابة: كعلي كرم الله وجهه وابن عباس، وعبد الله بن عمر، وسائر أزواج النبي ﷺ غير عائشة، بل قيل: إنها رجعت عن ذلك، وروت ما يدل على عدم تحريم رضاع الكبير على ما تقدم؛ فعلم من هذا: أن ما دل على تحريم رضاعة الكبير من الأحاديث معارض بالآية، وبهذه الأحاديث المتقدمة الصحيحة الإسناد.

والدليلان إذا تعارضا تساقطا، ما لم يرجح جانب أحدهما، وهاهنا قد ترجح جانب ما دل على اشتراط الصغر في التحريم بالرضاع بتضافر الكتاب والسنة، وبأنه قول الكثير من أجلاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين.

ولنا جوابان آخران: يضافان على ما لهذا الرأي من قوة ورجحان ظاهرين: الأول: أن الأحاديث التي دلت على تحريم رضاعة الكبير منسوخة بالأحاديث المفيدة لاشتراط الصغر.

والدليل على دعوى النسخ: أن قصة سالم المذكورة كانت في أول الهجرة عند نزول قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ الآية، وقد دل حديث ابن عباس على اعتبار الصغر، ولم يقدم المدينة إلا قبل الفتح، وحديث أبي هريرة، ولم يسلم إلا في فتح خيبر، والمتأخر ينسخ المتقدم.

الجواب الثاني: أن هذا الحكم خاص بسالم؛ كما خص خزيمه بإقامته مقام رجلين في الشهادة، وخص أبو بردة بإجزاء الجذع من المعز في الأضحية. ويرشد لكونه خصوصية لسالم فهم أمهات المؤمنين ذلك، حيث قلن: «ما نرى الذي أمر به رسول الله ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده من رسول الله ﷺ»، ويؤيد ذلك أن السؤال حصل بعد نزول آية الحجاب، وهي أجنبية لا يصح إبداء زينتها لسالم، والرضاع يستدعي إبداء الزينة عادة، وهو حرام، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنَاتِ أَخْوَانِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّالِعَاتِ غَيْرِ أُولِي الْأَرْبَابَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الْوَالِدِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتَوَدُّوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾. وحيث أمر سالمًا بذلك، وكان في الشرع ما يعارضه وهو عموم الآية الدالة على حرمة إبداء الزينة التي يستلزمها الرضاع عادة علم أن هذا خاص به، وليس أمراً للجميع، وإلا لزم إهمال أحد الدليلين، وإعمال الدليلين حين الإمكان أولى من إهمال أحدهما، كما هو معلوم من علم الأصول.

ومن جميع ما سبق يتبين أن حرمة النكاح بسبب الرضاع إنما مدارها على حصول هذا الرضاع في الصغر، وليس على إطلاق الرضاع.

ينظر: المبسوط للسرخسي (١٣٦/٥)، بدائع الصنائع (٦/٤)، المحيط البرهاني في الفقه العماني (٧٠/٣)، الاختيار لتعليل المختار (١١٨/٣)، الذب عن مذهب الإمام مالك، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، تحقيق: د. محمد العلمي، مراجعة: د. عبد اللطيف الجيلاني، د. مصطفى عكلي، المملكة المغربية - الرابطة المحمدية للعلماء - مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث - سلسلة نواذر التراث (١٣)، ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م (٣٢٥/١)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٨٠٤/٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ص (٩٤٩)، المقدمات الممهدة (٤٩٣/١)، الأم، للشافعي (٣٠/٥)، الحاوي الكبير (١٠/١٩٨)، (٣٦٧/١١)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي (١٤٢/٣)، العزيز شرح الوجيز (٥٦١/٩)، كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٠٣/١٤)، (١٣١/١٥)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية (٣٧٤/٤)، تحفة المحتاج (٣٨٤/١)، (٢٨٨/٨)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (٢٤٦/٤)، الإنصاف (٣٣٤/٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٢٠/٣)، المبدع في شرح المقنع (١٢٣/٧)، (١٦٥/٨)، المغني، لابن قدامة

وقليل الرضاع وكثيره في إثبات التحريم سواء^(١).

(١) = (٥٤٢/٧)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٦٠/٣٤)، أحكام القرآن، للجصاص (١١٤/٢)، تفسير الطبري (٤٩٨/٢)، تفسير القرطبي (١٦٧/٣)، تفسير ابن كثير (١٥٧/٤)، (٦/٣٠١)، تفسير الرازي (٤٥٩/٦)، شرح تنقيح الفصول، ص (٤٢١)، ومنهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي ناصر الدين البيضاوي، ص (١٧١)، ونهاية الوصول في دراية الأصول (٣٦٦٢/٨)، والإبهاج (٢٢٥/٣)، ونهاية السؤل (١٥٨/٣)، والبحر المحيط، للزرکشي (١٤٨/٨)، وتشنيف المسامع (٤٩٢/٣)، والغيث الهامع (٨٣٦/٣).

المذهب الأول: أن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات، وإلى هذا ذهب الإمامان الشافعي وأحمد - رضي الله تعالى عنهما - وبه قال من الصحابة: عبد الله بن الزبير، وعبد الله بن مسعود، وأم المؤمنين عائشة - رضي الله عنهم - ومن التابعين: سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، ومن الفقهاء: أحمد، وإسحاق، وحكاه ابن القيم عن الليث بن سعد.

المذهب الثاني: يرى أن التحريم يثبت برضعة واحدة، وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية وبه قال من الصحابة: علي - كرم الله وجهه - وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، والأوزاعي، والثوري.

المذهب الثالث: يرى أن التحريم يثبت بثلاث رضعات، وإلى هذا ذهب داود الظاهري، وبه قال من الصحابة زيد بن ثابت، ومن الفقهاء: أبو ثور.

احتج أصحاب المذهب الأول بالسنة النبوية المطهرة وذلك على النحو الآتي:

١ - عن عائشة قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يُخرجن، ثم نُسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يُقرأ من القرآن» [أخرجه مالك (٦٠٨/٢) كتاب الرضاع، باب: جامع ما جاء في الرضاعة، حديث (١٧)، ومسلم (١٠٧٥) كتاب الرضاع، باب: التحريم بخمس رضعات، حديث (١٤٥٢/٢٤)، والشافعي (٢١/٢) كتاب النكاح، باب: فيما جاء في الرضاع، حديث (٦٦)، والدارمي (١٥٧/٢) كتاب النكاح، باب: كم رضعة تحرم، وأبو داود (٥٥١/٢) كتاب النكاح، باب: هل يحرم ما دون خمس رضعات، حديث (٢٠٦٢)، والترمذي (٤٥٦/٣) كتاب الرضاع، باب: ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، حديث (١١٥٠)، والنسائي (١٠٠/٦) كتاب النكاح، باب: القدر الذي يحرم من الرضاعة، وابن حبان (٤٢٠٧ - الإحسان)، والبيهقي (٤٥٤/٧) كتاب الرضاع، باب: من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات من طريق عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة به.

وأخرجه مسلم (١٠٧٥/٢) كتاب الرضاع، باب: التحريم بخمس رضعات، حديث (١٤٥٢/٢٥)، والشافعي في المسند (٢١/٢) كتاب النكاح، باب: فيما جاء في الرضاع، حديث (٦٧)، وسعيد بن منصور (٢٧٩/١)، رقم (٩٧٦)، وابن الجارود (٦٨٨)، والدارقطني (١٨١/٤) من طريق يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة به. وأخرجه ابن ماجه (٦٢٥/١) كتاب النكاح، باب: لا تحرم المصة والمصتان حديث

(١٩٤٢) من طريق القاسم بن محمد عن عمرة عن عائشة].

وجه الدلالة من هذا الحديث:

دل هذا الحديث بظاهره على إناطة التحريم بخمس رضعات، وأنها ناسخة لغيرها، وأن الأمر قد استقر على ذلك، فلو لم تكن هي مناط الحكم لما كانت ناسخة لغيرها، لكن التالي، وهو عدم كونها ناسخة لغيرها باطل؛ فبطل ما أدى إليه، وهو: عدم كونها مناط الحكم؛ فثبت نقيضه: وهو أنها مناطه، وهو المطلوب والملازمة ظاهرة؛ إذ لو نيط الحكم بغيرها، لكان هو الناسخ للعشر دونها.

أما بطلان التالي الذي هو عدم كونها ناسخة، فلمخالفته لصريح النص وهو «ثُمَّ نُسِخَ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ».

ويؤيد هذا المذهب: أنه لا يخالف ما دل على ربطه بغير الخمس من القليل والكثير، بل يكون تقييداً له لا ناسخاً، بخلاف القول بالتحريم بالقليل والكثير، فإنه يخالف ما دل على نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، وبخلاف القول بالتحريم بالثلاث، فإنه يخالف ما دل على الإناطة بالخمس، دون ما كان أقل منها.

واعترض هذا الدليل من وجوه:

الوجه الأول: نمنع كون ما نقل عن أم المؤمنين قرآناً؛ لعدم تواتره، وعدم إثباته في

المصاحف.

وأجيب: بأن عدم كونه قرآناً لانتفاء التواتر لا يمنع من وجوب العمل فإنه يكفي فيه الظن، وقد احتج الأئمة بخبر الواحد في مواضع كثيرة: فاحتج الإمام الشافعي، وأحمد - رضي الله تعالى عنهما - به في هذا الموضع.

واحتج أبو حنيفة به في وجوب التتابع في صيام كفارة اليمين، ولا سند له إلا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» واحتج به الإمام مالك والصحابة قبله - رضوان الله تعالى عليهم - في فرض السدس للواحد من ولد الأم «وله أخ أو أخت من أم» في قراءة أبي، وقد أجمع على هذا، وليس له سند سوى هذه القراءة.

وبالجملة: فعدم القرآنية لعدم التواتر لا ينافي وجوب العمل؛ لأن القرآنية لا يلزمها إلا انعقاد الصلاة به، وتحريم مسه على المحدث، وقراءته على الجنب، والتعبد بتلاوته والتحدي به، وليس من لوازمها الخاصة بها عدم وجوب العمل؛ لأن وجوب العمل قد يثبت بالأحاد الذي ليس بقرآن، وقول المعترض سنداً لمنعه لعدم إثباته في المصحف ممنوع؛ لأنه لا يثبت في المصاحف إلا ما بقيت تلاوته سواء نسخ حكمه أم بقي، بخلاف ما نسخت تلاوته، فلا يثبت فيها سواء نسخ حكمه أيضاً أو بقي، فالمدار في الإثبات في المصاحف على بقاء التلاوة فقط.

وظهر من هذا أن القرآن له جهة تلاوة وجهة حكم، وكل منهما إما منسوخ أو باق،

فالأقسام أربعة:

ياقي التلاوة والحكم كما في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ وهو كثير.

ومنسوخ التلاوة والحكم: كقول السيدة عائشة - رضي الله عنها-: «عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمُنَ».

ومنسوخ التلاوة دون الحكم: كما روى الإمام الشافعي - رضي الله عنه - من حديث سعيد بن المسيب عن عمر - رضي الله عنه-: «إِيَّاكُمْ أَنْ تَهْلِكُوا عَنْ آيَةِ الرَّجْمِ، أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ: لَا نَجِدُ حَدِيثًا فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَقَدْ رَجِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَوْلَا أَنْ يَقُولَ النَّاسُ: زَادَ عَمْرٌ فِي كِتَابِ اللَّهِ لَكَتَبْتُهَا: الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنِيَا فَأَرْجُمُوهُمَا الْبَيْتَةَ، فَإِنَّا قَدْ قَرَأْنَاهَا» [من حديث عمر أخرجه أحمد في المسند (٣٦/١)، ومالك في الموطأ (٨٢٤/٢) كتاب الحدود، باب: ما جاء في الرجم، حديث (١٠)، والشافعي في المسند (١٤٣١)، والترمذي في السنن (٣٨/٤) كتاب الحدود، باب: ما جاء في تحقيق الرجم، حديث (١٤٣١). من طريق سعيد بن المسيب عن عمر به. ومن حديث أبي أمامة بن سهل عن خالته العجماء قالت: لقد أقرأنا رسول الله ﷺ آية الرجم: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة بما قضيا من اللذة».

أخرجه النسائي في الكبرى (٢٧٠/٤، ٢٧١) كتاب الرجم، حديث (٧١٤٦، ٧١٤٧)، والطبراني في الكبير (٣٥٠/٢٤)، رقم (٨٦٧) وابن منده في «معرفة الصحابة» كما في تخريج المختصر (٣٠٤/٢).

وجود إسناده الحافظ ابن كثير كما في تحفة الطالب، ص (٣٨٤)، وحسن إسناده الحافظ ابن حجر كما في تخريج المختصر (٣٠٤/٢)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٨/٦): رجاله رجال الصحيح... وهذا النوع أي: منسوخ التلاوة دون الحكم يحفظه الله في صدور الأمة ويتوارثونه جيلا بعد جيل.

ومنسوخ الحكم دون التلاوة: كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوفٍ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ الآية، فإنها نسخت بآية: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ النِّسَاءَ يَرِثْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾.

وكآية الوصية نسخت بآية الموارث [نسخ الوصية للوالدين والأقربين بحديث «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ».

أخرجه أبو داود (٢٩٠/٣) كتاب الوصايا، باب: الوصية للوارث، حديث (٢٨٧٠)، والترمذي (٤٣٣/٤) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢١٢٠)، وابن ماجه (٩٠٥/٢) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢٧١٣)، وأحمد (٢٦٧/٥)، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: «إن الله تبارك وتعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه الترمذي (٤٣٤/٤) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، حديث (٢١٢١)،

والنسائي (٢٤٧/٦) كتاب الوصايا، باب: إبطال الوصية للوارث، وابن ماجه (٢/٩٠٥) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، وأحمد (٤/١٨٦)، (١٨٧)، والدارمي (٢/٤١٩) كتاب الوصايا، باب: الوصية للوارث، كلهم من طريق شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة؛ أن النبي ﷺ خطب على ناقته وأنا تحت جرانها، وإن لعبها يسيل بين كتفي، فسمعتة يقول: «إن الله عز وجل أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث».

قال الترمذي: حسن صحيح.

الوجه الثاني من أوجه الاعتراض:

قالت الحنفية: الحكم إنما يعلم من الدال عليه، وهو اللفظ فإذا نسخ اللفظ فمن أين يعلم؟

وأجيب: بأن نسخ التلاوة لا يستلزم إلا نفي لوازمها: كصحة الصلاة بها، وإثباتها في المصاحف، ولا يستلزم نفي الحكم؛ لجواز حفظه في صدور الأمة.

الوجه الثالث: قالت الحنفية: كيف ساغ الاستدلال بهذا مع أنه لم ينقل نقل الأخبار، بل نقل نقل القرآن ولم يثبت به لعدم تواتره.

وأجيب: بمنع أنه ليس بقرآن بأننا نلتزم أنه قرآن، ولا يشترط التواتر إلا فيما بقيت تلاوته بخلاف ما نسخت تلاوته كما هنا، سلمنا أنه ليس بقرآن، ولكن انتفاء قرآنيته لا يستلزم نفي حجتيه؛ لأنه يكفي فيها الظن كما تقدم.

وأجاب الشوكاني: بالتزام أنه سنة؛ لكونه مروى صحابي، وهو يستلزم التوقيف عنه ﷺ، وذلك كاف في الحجية [أخرجه أحمد في المسند (٦/٢٦٩)، وابن ماجه (١٩٤٤)، وأبو يعلى (٤٥٨٧، ٤٥٨٨) والطبراني في الأوسط (٧٨٠٥)، والدارقطني (٤٣٦٧)؛ من طريق محمد بن إسحاق، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة، وعن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه قال: قالت عائشة. ورواية أحمد بدون ذكر طريق ابن القاسم، وعنده تصريح ابن إسحاق بالتحديث. قال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن عبد الرحمن بن القاسم إلا محمد بن إسحاق.

ورواية ابن القاسم هذه: قد خولف فيها ابن إسحاق، خالفه حماد بن سلمة، فرواه عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عمرة عن عائشة، فزاد فيه عمرة، ورجح الدارقطني في العلل (١٥/١٥٣)، حديث (٣٩١٣) رواية حماد، فعاد الإسناد بذلك إلى طريق عمرة، عن عائشة.

وهذا حديث ضعيف، لتفرد ابن إسحاق به، حتى وإن صرح بالتحديث، وذلك لأنه ليس ممن يُعتمد عليه في أحاديث الأحكام إذا انفرد، وفيما يلي بعض من كلام العلماء في ابن إسحاق في حديثه عامة، وفي هذا الحديث خاصة:

أما عن أحاديثه في السنن والإحكام عامة:

فقال عبد الله بن أحمد بن حنبل كما في السير (٧/٤٦)-: قيل لأبي: يُحتج به - يعني

ابن إسحاق - قال: «لم يكن يحتج به في السنن» - وقيل لأحمد - كما في السير (٤٦/٧) -:
إذا انفرد ابن إسحاق بحديث تقبله؟ قال: «لا والله، إني رأيته يحدث عن جماعة بالحديث
الواحد، ولا يفصل كلام ذا من كلام ذا».

وقال أحمد كما في تاريخ ابن معين (٢٤٧/٣ - رواية الدوري) -: «وأما ابن إسحاق
فيكتب عنه هذه الأحاديث - يعني المغازي ونحوها - فإذا جاء الحلال والحرام أردنا قومًا
هكذا - قال أحمد بن حنبل - بيده وضم يديه وأقام الإبهامين».

وقال الذهبي في السير (٤١/٧) -: «وأما في أحاديث الأحكام فينحط حديثه فيها عن رتبة
الصحة إلى رتبة الحسن إلا فيما شذ فيه، فإنه يعد منكرًا».

قلت أحمد: وحديثه هنا يعتبر مما شذ فيه، ولذا أنكره العلماء، وفيما يلي توضيح
ذلك:

قال الجورقاني: «هذا حديث باطل، تفرد به محمد بن إسحاق، وهو ضعيف الحديث،
وفي إسناده هذا الحديث بعض الاضطراب. في خلاف ذلك».

ثم ساق الحديث من طريق مالك - وهو في الموطأ (٢٢٥٣ - الأعظمي) ومن طريقه:
الدارمي (٢٢٩٩)، ومسلم (١٤٥٢)، وأبو داود (٢٠٦٢)، والترمذي (١١٥٠)، والنسائي
(٣٣٠٧) - عن عبد الله بن أبي بكر، عن عمرة بنت عبد الرحمن، عن عائشة قالت: كان
فيما أنزل من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن. ثم نسخن بخمس معلومات. فتوفي
رسول الله ﷺ، وهن مما يقرأ من القرآن.

قال الجورقاني: «هذا حديث صحيح، أخرجه مسلم في الصحيح، عن يحيى بن يحيى،
عن مالك، ومالك أثبت عند أصحاب الحديث من محمد بن إسحاق».

وقال ابن قتيبة في تأويل مختلف الحديث، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الجيل،
بيروت، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٢م، ص (٤٤٣، ٤٤٤) -: «فأما رضاع الكبير عشرا، فنراه غلطا من
محمد بن إسحاق. ولا نأمن أيضا أن يكون الرجم الذي ذكر أنه في هذه الصحيفة، كان
باطلا؛ لأن رسول الله ﷺ قد رجم ماعز بن مالك وغيره، قبل هذا الوقت، فكيف ينزل
عليه مرة أخرى؟

ولأن مالك بن أنس، روى هذا الحديث بعينه، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عمرة، عن
عائشة، قالت: «كان فيما أنزل من القرآن . . . الحديث».

قال: «والألفاظ حديث مالك، خلاف ألفاظ حديث محمد بن إسحاق. ومالك أثبت عند
أصحاب الحديث، من محمد بن إسحاق».

وقد أشار الدارقطني أيضا إلى خلاف ابن إسحاق في ألفاظ الحديث، حيث سئل عن
الحديث - كما في علله (١٥٣/١٥) - من طريق عمرة عن عائشة، قالت: نزل القرآن
بعشر رضعات معلومات يحرم بهن، ثم صرن إلى خمس؛ فساق خلافا بين الرواة،
ومنهم ابن إسحاق، ثم قال في نهايته: «وحدث محمد بن إسحاق لفظا آخر، وهو: عن
عائشة: لقد نزلت آية الرجم، ورضاعة الكبير عشرا، فلما مات رسول الله ﷺ تشاغلنا
بموته، فدخل داجن فأكلها».

ومع ضعف الحديث ونكارتة نذكر أن التشريع الإسلامي في حياة النبي ﷺ مر بمراحل عدة حتى وفاته ﷺ، وانتقاله إلى الرفيق الأعلى، ومن ذلك وقوع النسخ لبعض الأحكام والآيات.

والنسخ ثابت لا ينكره إلا معاند خارج عن الملة المحمدية، والداجن: الشاة يعلفها الناس من منازلهم، وقد يقع على غير الشاة من كل ما يألف البيوت من الطير وغيرها. قال ابن حزم في المحلى بالآثار (١٧٧/١٢): «فصح نسخ لفظها، وبقيت الصحيفة التي كتبت فيها كما قالت عائشة رضي الله عنها فأكلها الداجن، ولا حاجة إليها. . إلى أن قال: وبرهان هذا أنهم قد حفظوها، فلو كانت مثبته في القرآن لما منع أكل الداجن للصحيفة من إنباتها في القرآن من حفظهم وبالله التوفيق».

وقال ابن قتيبة في تأويل مختلف الحديث، ص (٤٤٠): «فإن كان العجب من الصحيفة فإن الصحف في عهد رسول الله ﷺ أعلى ما كتب به القرآن؛ لأنهم كانوا يكتبونه في الجريد والحجارة والخزف وأشباه هذا.

وإن كان العجب من وضعه تحت السرير فإن القوم لم يكونوا ملوكًا فتكون لهم الخزائن والأقفال والصناديق، وكانوا إذا أرادوا إحراز شيء أو صونه وضعوه تحت السرير ليأمنوا عليه من الوطء وعبث الصبي والبهيمة، وكيف يحرز من لم يكن في منزله حرز ولا قفل ولا خزانة، إلا بما يمكنه ويبلغه وجده، ومع النبوة التقليل والبذاعة كان رسول الله ﷺ يرفع ثوبه، ويخصف نعله، ويصلح خفه، ويقول: «إنما أنا عبد أكل كما يأكل العبد».

وإن كان العجب من الشاة فإن الشاة أفضل الأنعام، فما يعجب من أكل الشاة تلك الصحيفة، وهذا الفأر شر حشرات الأرض، يقرض المصاحف ويبول عليها، ولو كانت النار أحرقت الصحيفة أو ذهب بها المنافقون كان العجب منهم أقل].

الوجه الرابع: قال النافي للعدد: تسليم هذا الاستدلال يؤدي إلى إثبات النسخ بعد زمن الرسول ﷺ؛ أولاً: لقول عائشة - رضي الله تعالى عنها - فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن.

وأجيب: بأن المراد بقولها - رضي الله تعالى عنها - «فتوفى... إلخ»، أن النسخ قد تأخر إنزاله إلى قرب وفاة الرسول ﷺ حتى إن من لم يبلغه النسخ لقرب عهده بالإسلام أو بعد داره كان يقرأها، فلما بلغه رجع؛ فصار إجماعاً على أنه لا يتلى؛ فلا نسخ بعد زمنه ﷺ.

الوجه الخامس: أن الاستدلال بهذا يؤدي إلى إثبات النسخ بخبر الواحد، وهو لا يثبت إلا بالتواتر.

وأجيب: بأنه ليس بنسخ بخبر الواحد، إنما هو نقل نسخ به، وشتان بينهما. الوجه السادس: قالت السيدة عائشة - رضي الله تعالى عنها - «كَانَ تَحْرِيمُ الرَّضَاعِ فِي صَحِيفَةٍ، فَلَمَّا تُوُفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ تَسَاءَلْنَا بَعْثِلَهُ، فَدَخَلَ دَاجِنٌ الْحَيِّ فَأَكَلَهَا»، فَلَوْ كَانَ قُرْآنًا لَكَانَ مَحْفُوظًا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾.

وأجاب الماوردي بما حاصله: أن داجن الحي أكل الصحيفة التي فيها رضاع الكبير،

وهو منسوخ، ولم يأكل ما يدل على العدد، ولئن سلمنا ذلك فيكفي الحفظ في الصدور، وقد وهبهم الله تعالى حافظة قوية؛ قال ﷺ: «أناجيل أمّتي في صدورها» [لم أقف عليه مسندًا إلا عند الماوردي. لكن ذكره ابن جرير في التفسير (١٣/١٢٤)، وعبد الرزاق في التفسير (٢/٩٠)، برقم (٩٣٩) موقوفًا، وقال الحافظ ابن كثير في التفسير (٢/٣٣١). قال قتادة: في قوله تعالى: ﴿أَخَذَ الْأَلْوَابِحَ﴾ قال: رب إنني أجد في الألواح أمة خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر فاجعلهم أمّتي..... إلى أن قال: رب إنني أجد في الألواح أمة أناجيلهم في صدورهم يقرؤونها وكان من قبلهم يقرؤون كتابهم نظرا حتى إذا رفعوها لم يحفظوا شيئا ولم يعرفوه وإن الله أعطاهم من الحفظ شيئا لم يعطه أحدا من الأمم قال: رب اجعلهم أمّتي قال: تلك أمة أحمد..... إلخ.

وذكره كذلك عن وهب (٣/٦٥٥).

وقال وهب بن منبه: إن الله تعالى أوحى إلى نبي من أنبياء بني إسرائيل يقال له شعيب: أن قم في قومك بني إسرائيل فإني منطلق لسانك بوحى وأبعث أميا من الأميين أبعثه ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب في الأسواق لو يمر إلى جنب سراج لم يطفئه من سكينته ولو يمشي على القصب لم يسمع من تحت قدميه أبعثه مبشرا ونذيرا... يصلون لي قياما وقعودا ويقاتلون في سبيل الله صفوفًا وزحوفًا ويخرجون من ديارهم ابتغاء مرضاتي ألوفا يطهرون الوجوه والأطراف ويشدون الثياب في الإنصاف قربانهم دماؤهم وأناجيلهم في صدورهم رهبان بالليل ليوث بالنهار وأجعل في أهل بيته وذريته السابقين والصدّيقين والشهداء والصالحين أمته من بعده يهدون بالحق وبه يعدلون..... إلى أن قال: رواه ابن أبي حاتم عن وهب بن منبه اليماني رحمه الله.

وله لفظ نحو هذا في صفته ﷺ وفيه..... وأمته الحمادون يأتزون على أنصافهم ويوضئون أطرافهم أناجيلهم في صدورهم يصفون للصلاة كما يصفون للقتال قربانهم الذي يتقربون به إلي دماؤهم رهبان بالليل ليوث بالنهار. ذكره السيوطي في الجامع وقال: (طب) عن ابن مسعود.

قال الشيخ الألباني: (ضعيف) ينظر: حديث رقم (٣٤٧٣) في ضعيف الجامع، وكذلك (٣٧٧٠) [الضعيف]، على أن المعتبر حفظ الحكم وهو محفوظ منقول إلينا.

٢ - عن أم المؤمنين السيدة عائشة - رضي الله تعالى عنها -: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ امْرَأَةً أَبِي حذيفة، فَأَزْضَعَتْ سَالِمًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ، وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا بِتِلْكَ الرِّضَاعَةِ [أَخْرَجَهُ أَبُو داود (٢/٢٢٣) كتاب النكاح، باب: فيمن حرم به (٢٠٦١)، وأخرجه البخاري مختصرًا (٩/٣٤) كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين (٥٠٨٨)، ومسلم (٢/١٠٧٦) كتاب الرضاع، باب: رضاعة الكبير (١٤٥٣، ١٤٥٤)].

وفى رواية: أن أبا حذيفة تبنى سالمًا، وهو مولى لامرأة من الأنصار، كما تبنى النبي ﷺ زيدًا، وكان من تبنى رجلا في الجاهلية دعاه الناس ابنه وورث ميراثه حتى أنزل الله عز وجل: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ

﴿مَوْلَيْكُمْ﴾ فَرُدُّوْا إِلَىٰ آبَائِهِمْ، فَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ لَهُ أَبٌ فَمَوْلَىٰ، وَأَخٌ فِي الدِّينِ، فَجَاءَتْ سَهْلَةٌ بِنْتُ سَهِيلٍ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كُنَّا نَرَىٰ سَالِمًا وَلَدًا، وَكَانَ يَأْوِي مَعِيَ وَمَعَ أَبِي حُدَيْفَةَ، وَيَرَانِي فَضَلِي، وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِيهِمْ مَا قَدْ عَلِمْتَ فَقَالَ: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ» فكان بمنزلة ولده من الرضاعة [أخرجه أحمد (٢٠١/٦)، وعبد الرزاق في المصنف (١٣٨٨٧)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بظاهره على ربط التحريم بالخمسة؛ إذ لو كان الأقل كافيًا لما كان لذكر الخمس فائدة، خصوصًا وأن إرضاع سهلة؛ لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

واعترض النافي للعدد هذا الدليل بقوله: هذا الدليل لتحريم رضاعة الكبير، وهو منسوخ؛ فلا يتمسك به في إثبات العدد لغير الكبير.

وأجيب: بأن الحديث قد اشتمل على حكمين، رضاعة الكبير، وإثبات العدد، ونسخ أحد الحكمين لا يستلزم نسخ الآخر؛ لاشتماله على المصلحة، ونظير هذا قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتْ يَاتِيكَ الْفَجِشَةُ مِنْ نِسَائِكَ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَنكِحُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ فقد اشتملت هذه الآية على حكمين: العدد المثبت للزنا، وحده، وهو الإمساك في البيوت، وقد نسخ هذا الأخير مع بقاء الأول.

وأجيب أيضًا: بأن رضاع الكبير لم ينسخ، بل هو غير محرم لعدم سببه ومقتضيه؛ وذلك لأن رضاع الكبير إنما حرّم بسبب سبق التبنّي المباح، فلما حرم التبنّي، ونسخ الله حكمه بقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَيْكُمْ﴾ سقط ما تعلق به من تحريم رضاع الكبير، ولهذا نظرًا: منها: فسخ الحج إلى العمرة في أشهر الحج عند نفورهم من العمرة في أشهره، فلما استقر هذا الحكم في نفوسهم سقط به فسخ الحج، ولم يفسخ وزال بزوال سببه.

٣ - وعن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «لَا تُحْرَمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ» [ورد من حديث عائشة وأم الفضل والزبير بن العوام وابنه وأبي هريرة والمغيرة بن شعبة]. حديث عائشة: أخرجه مسلم (١٠٧٣/٣) وأبو داود (٥٥٢/٢) كتاب النكاح، باب: هل يحرم ما دون خمس رضعات، حديث (٢٠٦٣)، والنسائي (١٠١/٦) كتاب النكاح، باب: القدر الذي يحرم من الرضاعة، والترمذي (٤٥٥/٣) كتاب الرضاع، باب: ما جاء لا تحرم المصّة ولا المصتان، حديث (١١٥٠)، وابن ماجه (٦٢٤/١) كتاب النكاح، باب: لا تحرم المصّة ولا المصتان، حديث (١٩٤٠)، وأحمد (٣١/٦)، (٩٥، ٩٦)، وسعيد بن منصور (٢٧٧/١)، رقم (٩٦٩)، ومحمد بن نصر المروزي في السنة، ص (٨٨)، رقم (٣١٢)، وأبو يعلى (٢٣٩/٨)، رقم (٤٨١٢)، وابن حبان (٤٢١٤) - الإحسان، والدارقطني (١٧٢/٤) كتاب الرضاع، رقم (٣)، والبيهقي (٤٥٥/٧) كتاب الرضاع، باب: من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات وابن الجارود (٦٨٩)

كلهم من طريق ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة أن رسول الله ﷺ: فذكرته .
 حديث أم الفضل: أخرجه مسلم (١٠٧٤/٣) كتاب الرضاع، باب: هل يحرم ما دون
 خمس رضعات، حديث (١٤٥١/١٨)، والنسائي (١٠٠/٦)، وكتاب النكاح، باب:
 القدر الذي يحرم من الرضاعة، وابن ماجه (٦٢٤/١) كتاب النكاح، باب: لا تحرم المصّة
 ولا المصتان، حديث (١٩٤٠)، والدارمي (١٥٧/٢) كتاب النكاح، باب: كم رضعة
 تحرم، وسعيد بن منصور (٢٧٧/١)، رقم (٩٨٠)، وأحمد (٣٣٩/٦)، وعبد الرزاق
 (٤٦٩/٧)، رقم (١٣٩٢٦)، والمروزي في السنة، ص (٨٨)، رقم (٣١١)، وأبو يعلى
 (٤٩٨/١٢)، رقم (٢٠٧٢)، وابن حبان (٤٢١٥ - الإحسان)، والدارقطني (١٧٥/٤)
 كتاب الرضاع، رقم (٢٧)، والطبراني في الكبير (٢٢/٢٥)، رقم (٢٨، ٢٩) والبيهقي
 (٤٥٥/٧) كتاب الرضاع، باب: من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات كلهم
 من طريق عبد الله بن الحارث عن أم الفضل أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول
 الله إني قد تزوجت امرأة وعندي أخرى فزعمت الأولى أنها أرضعت الحدث فقال: «لا
 تحرم الأملاجة ولا الأملاجتان».

حديث الزبير بن العوام: أخرجه أبو يعلى (٤٦/٢)، رقم (٦٨٨)، وابن حبان (١٢٥٢ -
 موارد) من طريق محمد بن دينار الطاحي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير
 عن الزبير عن النبي ﷺ قال: «لا تحرم المصّة والمصتان والأملاجة والأملاجتان».
 قال الترمذي (٤٥٥/٣): وهو غير محفوظ.

وأخرجه من هذا الوجه في العلل، ص (١٦٧، ١٦٨) وقال: سألت محمداً - يعني
 البخاري - عن هذا الحديث فقال: الصحيح عن ابن الزبير عن عائشة وحديث محمد بن
 دينار أخطأ فيه وزاد فيه (عن الزبير) إنما هو هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن
 الزبير عن النبي ﷺ.

والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٦٤/٤) وقال: رواه أبو يعلى والطبراني
 وفيه محمد بن دينار الطاحي وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان.
 حديث عبد الله بن الزبير: أخرجه عبد الرزاق (٤٦٩/٧)، رقم (١٣٩٢٥)، والنسائي
 (١٠١/٦) كتاب النكاح، باب: القدر الذي يحرم من الرضاعة، والشافعي (٢١/٢) كتاب
 النكاح، باب: ما جاء في الرضاع (٦٥)، والمروزي في السنة، ص (٨٨)، رقم (٣١٣)،
 (٣١٤)، والبعوي في شرح السنة (٦٣/٥) من طريق عروة بن الزبير عن عبد الله بن الزبير أن
 رسول الله ﷺ قال: «لا تحرم المصّة ولا المصتان».

والحديث صححه ابن حبان فأخرجه في صحيحه (١٢٥١-موارد).
 وذكره الترمذي في سننه (٤٥٥/٣) تعليقا ورجحه البخاري كما في العلل الكبير،
 للترمذي، ص (١٦٨) على حديث الزبير.

حديث أبي هريرة: أخرجه البزار (١٦٨/٢-كشف)، رقم (١٤٤٤)، ومحمد بن نصر
 المروزي في السنة، ص (٨٩)، رقم (٣١٨)، والبيهقي (٤٥٦/٧) من طريق جرير بن عبد
 الحميد عن محمد بن إسحاق عن إبراهيم بن عقبة قال: كان عروة بن الزبير يحدث عن

الحجاج بن الحجاج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحرم من الرضاعة المصّة والمصتان ولا يحرم منه إلا ما فتق الأمعاء». قال البزار: لا نعلمه بهذا اللفظ إلا بهذا الإسناد وحجاج بن حجاج روى عن أبيه وأبي هريرة.

وروى عنه عروة وهو معروف.

وقد سقط من إسناد البزار اسم عروة.

والحديث ذكره الهيثمي في المجمع (٢٦٤/٤).

وقال: رواه البزار وفيه ابن إسحاق وهو ثقة.

لكنه مدلس وبقيه رجاله ثقات.

حديث المغيرة بن شعبة: ذكره الهيثمي في المجمع (٢٦٤/٤) عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحرم العنقة» قال: المرأة تلد فيحضر اللبن في ثديها فترضع جارتها المرة والمرتين.

وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير والأوسط، ورجاله رجال الصحيح.

ومنها: ما روي عن أم الفضل أن رجلاً سأل النبي ﷺ: أتحرّم المصّة؟ فقال: «لا تُحرّم الرضعة والرضعتان، والمصّة والمصتان».

وفي رواية أخرى: دخل أعرابي على نبي الله ﷺ وهو في بيتي، فقال: يا نبي الله، إني كنت لى امرأة، فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت الحدي رضعة أو رضعتين؟ فقال النبي ﷺ: «لا تُحرّم الأملاجة ولا الأملاجتان».

دلت هذه الروايات بظاهرها على نفي التحريم بالرضعة والرضعتين؛ فلا يتعلق التحريم بقليل الرضاع وكثيره، كما هو مذهب الحنفية، ولا يؤخذ بمفهومها، وهو التحريم بالثلاث كما هو قول داود؛ للأحاديث الدالة على حصر التحريم بالخمسة، مثل ما رواه الشافعي رضي الله تعالى عنه في مسنده: «وَكَاَنَّ لَا يَدْخُلُ عَلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا إِلَّا مَنْ اسْتَكْمَلَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ» [أخرجه الشافعي في المسند، ص (٣٠٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٧٤٨)]، وما ثبت من رواية ابن ماجه: «لا يُحرّم إلا عَشْرُ رَضَعَاتٍ، أَوْ خَمْسُ مَعْلُومَاتٍ» [أخرجه ابن ماجه (٢/٦٠٨)، رقم (١٩٤٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢٠٦٤)، ومالك في الموطأ (٢/٦٠٨)]، خصوصاً لو جرينا على ما قاله الزمخشري من أن الإخبار بالجملة الفعلية يفيد الحصر.

واعترض هذا الدليل بثلاثة اعتراضات:

الأول: هذا استدلال بمفهوم العدد، والعدد لا مفهوم له.

وأجيب: بأنه لا يؤخذ بمفهوم العدد إلا إن دلت قرينة، والقرينة ههنا قائمة من نسخ العشر بالخمسة، وإلا لم يكن لذكرها فائدة. وأيضاً: الأحاديث المفيدة لحصر التحريم في الخمسة.

الثاني: هذه الأحاديث محمولة على ما إذا لم يصل اللبن إلى الجوف.

وأجيب: بأن الرضعة لا تطلق إلا على ما وصل إلى الجوف بالمص والازدراد، وأيضاً

على هذا لم يكن لذكر الرضعة فائدة؛ لأن الرضعة والمائة في نفي التحريم سواء. الثالث: قالت الحنفية والمالكية: إن مفهوم هذه الأحاديث يدل على التحريم بالثلاث، فكما أن منطوقه حجة علينا فمفهومه حجة عليكم.

وأجيب: بأن المفهوم مقيد بمنطوق الأحاديث الدالة على ربط التحريم بالخمسة. أدلة المذهب الثاني: احتج أصحاب المذهب الثاني النافون للعدد وأنه يثبت برضعة واحدة، وهم الحنفية والمالكية بالكتاب، والسنة، والقياس: أولاً: الكتاب: احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾. وجه الدلالة: دلت الآية على أن من أرضعت مرة واحدة يطلق على فعلها هذا الاسم: «الرضاعة»، ويقال لها: أم أرضعت؛ فتدخل في عموم الآية، وبهذا احتج ابن عمر على ابن الزبير حين قال: لا تحريم إلا بخمس رضعات. فقال: كتاب الله أولى من قضاء ابن الزبير. ثانياً: السنة:

١ - احتجوا من السنة بقوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ». وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بعمومه على نفي العدد فأطلق ولم يقيد بعدد.

٢ - وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْظُرُونَ مِنْ إِخْوَانِكُمْ؛ فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ» [أخرجه البخاري (١٤٦/٩) كتاب النكاح، باب: من قال: لا رضاع بعد حولين، حديث (٥١٠٢)، ومسلم (١٠٧٨/٢) كتاب الرضاع، باب: إنما الرضاعة من المجاعة، حديث (١٤٥٥/٣٢)، وأحمد (٩٤/٦)، والطيالسي (١٤١٢)، وسعيد بن منصور (٢٧٦/١)، رقم (٩٦٤)، والدارمي (١٥٨/٢) كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير، وأبو داود (٥٤٨/٢) كتاب النكاح، باب: في رضاعة الكبير، حديث (٢٠٥٨)، والنسائي (١٠٢/٦) كتاب النكاح، باب: القدر الذي يحرم من الرضاعة، وابن ماجه (٦٢٦/١) كتاب النكاح، باب: لا رضاع بعد فصال، حديث (١٩٤٥)، وابن الجارود ص (٢٣٢) كتاب النكاح، حديث (٦٩١)، والبيهقي (٤٦٠/٧) كتاب الرضاع، باب: رضاع الكبير].

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث على عدم اشتراط العدد في الرضاع؛ لأن الرضعة الواحدة تسد الجوعة.

٣ - وروي عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت امرأة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما. قال: فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأعرض عني، قال: فتنتحيت، فذكرت ذلك له، فقال: «وَكَيْفَ وَقَدْ رَعِمَتْ أَهْنًا قَدْ أَرْضَعْتَكُمَا» [أخرجه البخاري (١٥٢/٩) كتاب النكاح، باب: شهادة المرضعة، حديث (٥١٠٤)، والطيالسي، ص (١٩٠)، حديث (١٣٣٧)، وأحمد (٧/٤)، والدارمي (١٥٧/٢)، (١٥٨) كتاب النكاح، باب: شهادة المرأة الواحدة على الرضاع، وأبو داود (٢٧/٤)، (٢٨) كتاب الأقضية، باب: الشهادة في الرضاع، حديث (٣٦٠٣)، والترمذي (٤٥٧/٣) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع، حديث (١١٥١)،

والنسائي (١٠٩/٦) كتاب النكاح، باب: الشهادة في الرضاع، والبيهقي (٤٦٣/٧) كتاب الرضاع، باب: شهادة النساء في الرضاع من حديث عقبة بن الحارث].
وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بعمومه على عدم اشتراط العدد، فلو لم يكن مطلق الرضاع محرماً لسأل عن العدد، ولكن قد أمره بتركها بادئ الأمر.
ثالثاً: القياس:

احتجوا من القياس على نفي العدد بوجوه كثيرة:
منها: قياسه على الوطاء بشبهة وعقد النكاح، بجامع أن كلا يفيد التحريم المؤبد؛ فيعطى حكمه من عدم اعتبار العدد.

ومنها: القياس على الإفطار في رمضان بجامع الوصول إلى الجوف؛ فيعطى حكمه.
ومنها: القياس على حد الخمر بجامع أن كلا متعلق بالشرب؛ فلا يناط بالعدد.
ونوقشت أدلة أصحاب المذهب الثاني بما يلي:

- أما عن الآية فمطلقها مقيد بالأحاديث الدالة على اعتبار الخمس، ولا مانع من تقييد السنة للكتاب، وتقييد المطلق ببيان لا نسخ ولا تخصيص؛ قال تعالى: ﴿لَسَيْنَ لِلنَّاسِ مَا نَزَّلَ إِلَيْهِمْ﴾ وبهذا يعلم الجواب عن قول ابن عمر لابن الزبير؛ لأن ابن الزبير لم يقض برأيه، بل بالتوقيف.

قال المزني: قلت للشافعي: أسمع ابن الزبير من النبي ﷺ؟ قال: نعم، سمع، وله تسع سنين، ومن له تسع سنين يصح نقله وروايته؛ لأنه يضبط ما يسمعه.
وأما عن الأحاديث: فعن الأول منها: أن الأخبار التي وردت في شأن الرضاع على نوعين:

الأول: ما كان المقصود منها الحكم، وهو التحريم.
الثاني: بيان العدد المحرم، ولكل مقام، وهذا الحديث من النوع الأول على أن إطلاقه مقيد بما ذكر.
وعن الثاني: أن الرضعة الواحدة لا تسد الجوعة، خصوصاً إذا لم يصل إلى جوفه غير قطرة.

وعن الثالث: حمل مطلقه على المقيد؛ دفعاً لإهمال أحد الدليلين، ولم يقم ما يدل على النسخ، على أنه يحتمل أن يكون ترك الاستفصال؛ اعتماداً على بيانه من قبل، ولا حجة مع الاحتمال.
وأما عن القياس:

فالجواب عن الأول منه: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الأصل لم يعر عن جنس الاستباحة بخلاف الفرع.

وعن الثاني: أن العلة والحكمة التي كان لأجلها التحريم في الرضاع لم تتحقق في الإفطار، وهي التغذية؛ فهو قياس مع الفارق أيضاً.

وعن الثالث: بالمنع من الإلحاق؛ لأن الشارع حرم المسكر بدون تقييد بعدد؛ قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَصْبَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ

لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿﴾ ولا كذلك الرضاع؛ فإنه نص على العدد المحرم، ولا قياس مع النص. أدلة المذهب الثالث: احتج أصحاب المذهب الثالث القائلون بثبوت التحريم بثلاث رضعات من السنة النبوية، والمعقول: أولاً: السنة: احتجوا بقوله ﷺ: «لا تُحْرَمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ، وَلَا الرَّضْعَةُ وَلَا الرَّضْعَتَانِ».

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل الحديث على نفي التحريم بالرضعة وبالاثنتين؛ فدلّت هذه الأحاديث بمفهومها على تحريم الثلاث. ثانياً: المعقول: قالوا أيضاً: إن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه من الثلاث. وأيضاً: وإن هذا العدد، هو أول مراتب الجمع.

ونوقشت أدلتهم من السنة بأن مفهوم هذه الأحاديث مقيد بالأحاديث الصريحة الدالة على اعتبار الخمس، وقد جرى قوله ﷺ: «لا تُحْرَمُ الرَّضْعَةُ، وَلَا الرَّضْعَتَانِ، وَلَا الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ» مجرى قوله ﷺ: «إِنَّمَا الرُّبَا فِي النَّسِيئَةِ» [أخرجه البخاري (٧٤/٣) كتاب البيوع، باب: بيع الدينار بالدينار نساء، حديث (٢١٧٨)، ومسلم (١٢١٧/٣، ١٢١٨) كتاب المساقاة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، حديث (١٠١، ١٠٢، ١٥٩٦/١٠٣) من حديث ابن عباس عن أسامة بن زيد]؛ فإن مفهومه هو جواز الربا في المنجز، إذا كان مقيضة، وليس كذلك؛ للنصوص الأخرى الدالة على جريان الربا فيه.

أو يجاب: بأن هذه الأحاديث التي تمسكتم بها واردة على سؤال خاص، ورواية أم الفضل مصرحة بلفظ السؤال؛ فلا يدل على إثبات الحكم فيما عدا هذا السؤال. والجواب عن المعقول: أن النص رافع لهذه الاحتمالات.

وبهذا يتبين رجحان المذهب الأول وذلك لقوة أدلتهم وخلوها من المعارضة وضعف ما استدل به أصحاب المذاهب الأخرى، ويثبت أن حرمة النكاح بسبب الرضاع تنصرف إلى الرضاع من حيث مقداره إلى خمس رضعات كحد أدنى لما ثبتت به هذه الحرمة.

ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٢٥٥/٥)، المبسوط للسرخسي (١٣٤/٥)، تبين الحقائق (١٨١/٢)، البناية شرح الهداية (٢٥٦/٥)، المدونة (٣٠٢/٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ص (١٦٦٨)، الأم، للشافعي (٢٨/٥)، (٢٣٧/٧)، الحاوي الكبير (١١/٣٦٠ - ٣٦٢، ٣٦٤)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي (١٤٢/٣)، نهاية المطلب (٣٤٧/١٥)، بحر المذهب للرويانى (٣٩٨/١١)، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (١٦١٨/٤)، المسائل الفقهية من كتاب الروائتين والوجهين، للقاضي أبو يعلى (٢٣٢/٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢٢٠/٣)، الإنصاف (٣٣٤/٩)، ومنار السبيل (٢٩٣/٢)، والمفنع بحاشيته (٢٩٩/٣ - ٣٠٠)، التبصرة، للخمي (٢١٤١/٥)، المحلى بالآثار (١٩١/١٠)، أحكام القرآن، للجصاص (٣٧٣/٤)، أصول السرخسي (١/٢٦٩، ٣٣٣)، أصول الشاشي، ص (٢٧٢)، المحصول في أصول الفقه، لأبي بكر بن العربي، ص (١١٦)، التمهيد، لابن عبد البر (١١٥/٥)، شرح الزرقاني (٢٩٧/٤٠)، الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق:

وإذا صنع لبن المرأة في طعام وأكله صبي، فإن كان النار قد مسته، وأنضح حتى يتغير لا تثبت الحرمة، سواء كان اللبن غالبًا أو مغلوبًا، وإن كان النار لم تمسه، فإن كان الطعام هو الغالب، لا تثبت به الحرمة، وإن كان اللبن هو الغالب، فعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - تثبت الحرمة؛ اعتبارًا للغالب. وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - [لا تثبت وشرط القدوري على قول أبي حنيفة^(١) أن يكون الطعام مستبنيًا معناه، إذا كان بمنزلة الثريد، قيل: إنما لا تثبت الحرمة على قول أبي حنيفة [ومحمد]^(٢) - رحمه الله - إذا كان لا يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة، فأما إذا كان يتقاطر تثبت به الحرمة، [وقيل: لا تثبت الحرمة]^(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله - على كل حال، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله^(٤) - .

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - إنما لا تثبت الحرمة إذا أكل لقمة لقمة، أما إذا حسى حسوا تثبت الحرمة.

وقيل: إذا وصل اللبن منفردًا إلى حلقه، فلا خلاف، وإذا تناول الثريد فلا

د. عبد الفتاح بن ظافر كباره، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ص (٤٠١)، البرهان (١/٣٨٨، ٤٦٦)، الإحكام، للآمدي (٢/٦٥)، كشف الأسرار، لعلاء الدين البخاري (٢/٦٧٦)، وتقويم الأدلة في أصول الفقه، للإمام أبي زيد الدبوسي الحنفي، تحقيق: الشيخ خليل محيي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص (٢١٢)، معاني القرآن، للفراء، تحقيق: محمد علي النجار، دار الكتب والوثائق القومية بالقاهرة، ط (٣)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، وتفسير القرطبي (٨/٢٩٤)، وتفسير البحر المحيط، لمحمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، شارك في التحقيق د. زكريا عبد المجيد النوتي، د. أحمد النجولي الجمل، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م (٤/١٢)، نيل الأوطار (٦/٣٧٠)، التمهيد، للأسنوي (٢٥٢)، نهاية السؤل له (٢/٢٢١)، البحر المحيط، للزرکشي (٤/٣٧)، غاية الوصول، للشيخ زكريا الأنصاري، ص (٢٣٩)، حاشية البناني (١/٢٥١)، الآيات البيّنات (٢/٣٠)، حاشية العطار على جمع الجوامع (١/٣٢٨)، تيسير التحرير، لأمير بادشاه (١/١٠٠).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) المحيط البرهاني (٣/٧١).

خلاف .

وفي كتاب الرضاع للخصاف: إذا ثردت له خبزًا في لبنها حتى نشف الخبز ذلك اللبن، أو بلت به سويقًا أو نشأ^(١)، ثم أطعمته إياه، إن كان طعم اللبن يوجد، فهذا إرضاع، وهذا قول [أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله-]^(٢). هكذا ذكر صاحب الأجناس^(٣).

ولو خلط لبن المرأة بالماء، أو بالدواء، أو بلبن البهيمة، فالعبرة للغالب .
في المنتقى فسر الغلبة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف فقال: إذا جعل [في]^(٤) لبن المرأة دواء، فغير اللون، ولم يغير الطعم أو على العكس، فأوجرتة صبيًا، حرم، وإن غير اللون والطعم، فلم يوجد طعم اللبن، وذهب لونه، لم يحرم، وفسر الغلبة في رواية ابن الوليد عن محمد - رحمه الله - فقال: إذا لم يغيره الدواء من أن يكون لبنا تثبت
[به]^(٥) الحرمة^(٦).

وإذا خلط بلبن امرأة أخرى فكذا عند أبي يوسف - رحمه الله - يعني يعتبر الغالب، وعند محمد - رحمه الله - تثبت الحرمة منهما، وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وإذا طلق الرجل امرأته، ولها منه لبن فتزوجت بزواج آخر بعدما انقضت عدتها، ووطنها الثاني أجمعوا على أنها إذا ولدت من الثاني فاللبن من الثاني، وينقطع من الأول، وأجمعوا على أنها إذا لم تحبل من الثاني، فاللبن من الأول، وأما إذا حبلت من الثاني، لكن لم تلد منه قال: أبو حنيفة - رحمه الله - [إن علم أن]^(٧) اللبن من الأول، يكون من الأول حتى تلد من الثاني .

(١) في المحيط: شيئًا .

(٢) في ب: قولهما .

(٣) المحيط البرهاني (٧١/٣) .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في ب .

(٦) المحيط البرهاني (٧١/٣) .

(٧) سقط في أ .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - إن علم أن اللبن من الثاني بأمانة أو علامة، فهو من الثاني، وإن علم أنه من الأول [فهو من الأول] ^(١). وإن لم يعلم أنه من الأول أو من الثاني ^(٢)، فهو من الأول.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمهما الله - أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - اللبن من الثاني على كل حال.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن اللبن من الأول كما هو قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال محمد: اللبن منهما.

ولا فرق في التحريم بين الرضاع الطارئ والمتقدم ^(٣).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) لا تتعلق أحكام حرمة النكاح بسبب الرضاع بحصول الرضاع قبل النكاح، إذ قد يطرأ الرضاع على النكاح فيقطعه ويحرمه، مثله مثل الرضاع الحاصل قبل النكاح سواء بسواء؛ وذلك لأن أدلة التحريم لم تفرق بين رضاع مقارن وبين طارئ عليه، ثم قد يقتضي الرضاع الطارئ على النكاح مع القطع حرمة مؤبدة، وقد لا يقتضي ذلك. فإذا كانت عنده زوجة صغيرة فأرضعتها امرأة تحرم عليه بنتها؛ كأمه من النسب، أو الرضاع، أو جدته، أو بنته، أو حفيده، أو زوجة أبيه، أو زوجة ابنه، أو زوجة أخيه بلبانهم؛ رضاعاً محرماً؛ انفسخ النكاح، وحرمت عليه حرمة مؤبدة؛ لأنها صارت أخته، أو عمته، أو خالته، أو حفيده، أو بنت ابنه، أو ابنة أخيه.

أما إن كان اللبن من غير الأب، والابن، والأخ فلا يؤثر؛ لأن غايته أن تكون ربيبة لهم وليست بحرام عليهم.

وإن أرضعتها زوجة له أخرى فسد نكاح الكبيرة المرضعة في الحال، وحرمت عليه مؤبداً باتفاق الفقهاء؛ لأنها صارت أم زوجته، والأم تحرم بنكاح البنت لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ولم يشترط الدخول بها، أما الصغيرة فإن أرضعتها بلبن الزوج أو دخل بالمرضعة انفسخ النكاح، وحرمت عليه مؤبداً؛ لأنها صارت بنته بالرضاع، أو ربيبة دخل بأمرها.

أما إن أرضعت بلبن غيره ولم يدخل بالمرضعة، فلم تحرم عليه مؤبداً، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء؛ لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها. والله يقول: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ وانفسخ النكاح عند جمهور الفقهاء؛ لأن اجتماع الأم والبنت في نكاح ممتنع.

ومن ذلك حالة الرضاع إذا تزوج الرجل بكبيرة وصغيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، والحكم فيها أنه لو أرضعت زوجته الكبرى زوجته الصغرى، انفسخ نكاحهما معاً، دخل

بالكبرى أم لا؛ لأنه صار جامعا بين المرأة وبتنها، وحرمتا على التأييد إن دخل بالكبرى، وإلا لم تحرم الصغرى كما هو الشأن في الربائب. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وأكثر الفقهاء، رضي الله تعالى عنهم.

وقال الإمام أحمد والأوزاعي رضي الله تعالى عنهما: بطل نكاح الصغرى فقط إن لم يدخل بالكبرى، وهو مردود؛ لأنها صارت من أمهات نسائه لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾.

وحكى ابن بكير عن الإمام مالك: بطلان نكاح الكبرى إن لم يدخل بها وثبوت نكاح الصغرى؛ لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

وأجيب عن ذلك: بأن الأم لا تجتمع مع البنت في نكاح فينفسخ نكاحهما، كما لو صارتا أختين. هذا حكم النكاح.

- حكم إرضاع أم زوجته الكبرى الصغرى:

لو أرضعت أم الكبرى الصغرى انفسخ نكاحهما على الأظهر من أقوال الإمام لصيرورتهما أختين، ولا سبيل إلى الجمع، ولا أولوية لإحداهما فالتحريم تحريم جمع، فله نكاح من شاء بعد ذلك.

وقيل: إن الفسخ إنما هو للصغيرة؛ لأن الجمع حصل بإرضاعها فصار كنكاح الأخت. وأجيب بالفرق في النكاح: بأن الأخت النسبية لم تجتمع مع الأولى في نكاح لوقوع العقد فاسداً، فلم يؤثر في بطلان الأولى بخلاف ما هنا، فإن الكبيرة قد اجتمعت مع الصغيرة في نكاح فبطل نكاح كل لعدم المرجح. ثم إن الصغرى لها على الزوج نصف المهر المسمى إن كان صحيحاً، وإلا فنصف مهر المثل، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر المثل أو بجميعة.

- حكم إرضاع زوجته الكبرى ما تحته من الثلاث الصغائر:

لو أرضعتهن الكبرى انفسخ نكاح الجميع سواء ارتضعن معا بنحو إيجار أو مرتبا، فإن ارتضعن معا فظاهر؛ لصيرورتهن أخوات واجتماعهن مع الأم. وإن ارتضعن مرتبا حرمت الأولى للجمع وحرمت الثانية والثالثة بتمام رضاع الثالثة؛ لأن الجمع لا يتحقق إلا برضاعها، وحرمت الكبرى على التأييد، وحرمت اجتماع الصغائر فله جمع من شاء منهن بعد.

وإنما انفسخ نكاح الجميع لصيرورة الكبرى من أمهات نسائه والصغائر بناته إن ارتضعن للبنه، أو ربائب إن لم يرتضعن به، وحكم المهر ما تقدم فيغرم لكل واحدة نصف المسمى إن كان صحيحاً وإلا فنصف مهر المثل، ويرجع على الكبيرة بنصف مهر المثل لكل.

ولو نكحت مطلقة صغيراً فأرضعته بلبنه حرمت عليهما؛ لأنها زوجة ابن المطلق وأم الصغير وزوجة أبيه.

ولو أرضعت أجنبية زوجته الصغريتين انفسخ نكاحهما قطعاً إن رضعا معا لصيرورتهما أختين، وكذا إن رضعا مرتبا على القول الأظهر من المذهب الشافعي.

بيانه: إذا تزوج [امرأة]^(١) رضيعه، فأرضعتها [أمه]^(٢) حرمت عليه، وكذلك إذا

وقيل: يختص الفسخ بنكاح الثانية. وتحرم المرضعة على التأييد؛ لأنها صارت من أمهات نسائه.

ولو زوج السيد أم ولده عبده الصغير بناء على المرجوح من أن له الإيجاب فأرضعته بلبن السيد حرمت عليهما؛ لأنها صارت أم العبد ومطوعة أبيه وزوجة ابن السيد. أما لو أرضعته بلبن غير السيد حرمت على العبد فقط لا على السيد؛ لانتفاء سبب التحريم عليه.

ولو كان له زوجة صغيرة وثلاث زوجات كبار فارتضعت الصغرى من إحداهن حرمتا؛ لأن اللبن إن كان له فالصغيرة بنته، وإلا فربيبته والكبيرة أم الزوجة، وإن أرضعتها كبيرة أخرى حرمت الكبيرة؛ لأنها أم من كانت زوجة، وكذا لو أرضعتها الكبيرة الثالثة.

ولو أرضعتها خمس رضعات لم يصرن أما لها لعدم استكمال الخمس من كل فلا يحرم من عليه، وفي تحريم الصغيرة إذا كان له اللبن وجهان:

أحدهما: لا تحرم؛ لأن تحريم الرضاع ينتشر من المرضعة فلما لم يثبت في المرضعة لم يثبت في غيرها بالأولى.

ثانيهما: وهو الصحيح، أنها تحرم لصيرورتها بنتا له وإن لم تصر بنتا لهن؛ لأنها لم تستكمل الخمس من كل، وقد استكملتها من لبن الزوج فتحرم عليه الصغيرة دون الكبار.

وللصغيرة نصف مهرها المسمى إن كان صحيحًا، وإلا فنصف مهر المثل، ويرجع عليهن بنصف مهر المثل أو بجميعة على ما تقدم.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٦٢)، (٤/١٠ - ١١)، رد المحتار على الدر المختار (٢/٤١٠)، البحر الرائق (٣/٢٤٨)، النهر الفائق (٢/٣٠٦)، حاشية الدسوقي (٢/٥٠٥)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/٩٧٨)، الأم، للشافعي (٥/٣٥)، المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٣/١٤٦)، بحر المذهب (٧/٤٧٨)، (١١/٤١٤)، أسنى المطالب (٣/١٥٣، ٤١٩، ٤٢١)، روضة الطالبين (٩/٢٠، ٢٦)، الحاوي الكبير (١١/٣٨٦، ٣٨٧، ٣٩٠)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٤/٢٣٥)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/٤٣٥)، الوسيط في المذهب (٦/١٩٣)، العزيز شرح الوجيز (٨/٢٩٠)، (٩/٥٩٠، ٥٩٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/١٦٨)، (١٧٨-١٧٩)، كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٥/١٥٦)، النجم الوهاج في شرح المنهج (٨/٢١٧)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (٢/١٣٨)، تحفة المحتاج (٨/٢٩٦)، السراج الوهاج، محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص (٤٦٣)، كشاف القناع (٥/٤٤٧، ٤٤٨، ٤٥٠)، المغني، لابن قدامة (٧/٥٤٩)، (٥٥١)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/٢٢٤)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٢/١١٣)، المبدع في شرح المقنع (٧/١٣٦)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي (٨/٢٧٩)، شرح الزرقاني (٤/٢٤١).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

تزوج رضيعتين فأرضعتها امرأة واحدة^(١) بعد واحدة، حرمتا عليه، ويجب لها نصف الصداق، ويرجع الزوج على المرضعة بذلك إن تعمدت الفساد. وتفسيره: القصد مع العلم بالحكم وإن أخطأت أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع، لا يرجع عليها، وتصديق المرضعة أنها لم تتعمد الفساد، [و]^(٢) إذا لم يظهر خلافه في البقالي عن محمد - رحمه الله -: أنه يرجع عليها بكل حال.

ولو كانت تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة باننا^(٣)، وكذلك لو أرضعتها أخت الكبيرة، ولو أرضعتها عمه الكبيرة أو خالتها لم تبين واحدة منهما. وإن كانت تحت الرجل صغيرة وكبيرة، فطلق الكبيرة، ثم إن أخت الكبيرة أرضعت الصغيرة والكبيرة في العدة بعد، باننا الصغيرة.

ولو زوج رجل ابنه الصغير امرأة^(٤)، فارتدت وبانت من الصبي، ثم أسلمت وتزوجها رجل فحبلت منه فأرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها، حرمت على الزوج الثاني؛ لأن الصغير صار ابنا له من الرضاع، وكانت هذه امرأة ابنه؛ فتحرم عليه.

ولو زوج رجل أم ولده مملوكاً له، وهو صغير فأرضعته بلبن السيد، حرمت على زوجها وعلى مولاها؛ لأن الزوج صار ابنا للسيد من الرضاع، وحرمت على زوجها باعتبار كونها موطوءة أبيه^(٥) من الرضاع، وحرمت على السيد باعتبار أنها زوجة ابنه.

ولو تزوج صغيرة طلقها، ثم تزوج كبيرة فأرضعت هذه الكبيرة تلك الصغيرة بلبنه أو لبن غيره، حرمت عليه. والله أعلم.

* * *

(١) في ب: معا أو واحدة.

(٢) سقط في أ.

(٣) المسبوط للسرخسي (٢٩٨/٣٠).

(٤) زاد في ب: صغيرة.

(٥) في أ: ابنه.

ومما يتصل بهذا الفصل :

إذا قال الرجل : هذه المرأة أُمي من الرضاعة، أو قال : ابنتي، أو [قال]^(١) : أختي، ثم أراد أن يتزوجها بعد ذلك، وقال : أوهمت^(٢) أو أخطأت، أو نسيت وصدقته المرأة فهما مصدقان على ذلك، وله أن يتزوجها، وهذا استحسان. وإن ثبت على قوله الأول، وقال : هو حق كما قلت، ثم تزوجها، فرق بينهما قياسًا واستحسانًا.

وإذا أقرت المرأة أن هذا أبي من الرضاعة، أو أخي، أو ابن أخي، وأنكر الرجل، ثم أكذبت المرأة نفسها، وقالت : أخطأت، فتزوجها فالنكاح جائز، وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها.

ولو قالت المرأة بعد النكاح : قد كنت أقررت قبل النكاح أنك أخي، وقد قلت إن ما أقررت به [حق]^(٣) حين أقررت بذلك، وقد وقع النكاح فاسدًا، فإنه لا يفرق بينهما، ولو كان هذا القول من الزوج يفرق بينهما^(٤).

وإذا أقر الرجل أن هذه المرأة أخته من الرضاع، وثبت على ذلك، وأشهد^(٥) عليه شهودًا، ثم تزوجها ولم تعلم المرأة بذلك، ثم جاءت بهذه الحجة بعد النكاح فرق بينهما، ولو أقرًا بذلك جميعًا ثم أكذبا أنفسهما وقالوا : أخطأنا ثم تزوجها كان النكاح جائزًا. وكذلك هذا في النسب ليس يلزم من ذلك إلا ما ثبتا عليه؛ لأن الغلط والاشتباه فيه مما يتحقق.

ولو تزوج امرأة، ثم قال بعد النكاح : هي أختي من الرضاع أو ما أشبهه، ثم قال : أوهمت ليس الأمر كما قلت، لا يفرق بينهما استحسانًا، ولو ثبت على هذا المنطق وقال : هو حق كما قلت، فرق بينهما، ولو جحد بعد ذلك لا ينفعه جحوده. والحاصل أن مثل هذا الإقرار إنما يوجب الفرقة بشرط الثبات عليه، وإذا قال : أوهمت، فقد انعدم ما هو شرطه، ولا يوجب الفرقة، وإذا قال بعد الإقرار : هو حق

(١) سقط في أ.

(٢) في م: وهمت.

(٣) سقط في أ.

(٤) البحر الرائق (٣/٢٥١).

(٥) في ب: وأشهدوا.

كما قلت، فقد وجد الشرط وثبت الحكم، فلا ينفعه الجحود بعد ذلك.
 ولو قال: هذه أختي، أو هذه ابنتي، وليس لها نسب معروف، ثم قال: أوهمت
 يصدق، وهذا بخلاف ما لو قال لعبد: هذا ابني، أو قال لأمته: هذه ابنتي، ثم قال
 أوهمت، لا يصدق، ويحكم بعق العبد والأمة.
 ولو قال: هذه ابنتي من نسب، قال ذلك لامرأته، وثبت عليه، ولها نسب
 معروف لم أفرق بينهما، وكذلك إذا قال: هذه أمي وله أم معروفة وثبت على ذلك،
 لم يفرق بينهما.
 [ولو قال: هي^(١) ابنتي، وليس لها نسب معروف، ومثلها يولد لمثله وثبت على
 ذلك، يفرق بينهما]^(٢) فبعد ذلك إن صدقته المرأة أنها ابنته، ثبت النسب [منه]^(٣)،
 ولا يفرق بينهما [وما لا فلا، وإن كان مثلها لا يولد لمثله، لا يثبت النسب منه، ولا
 يفرق بينهما]^(٤). والله أعلم.

* * *

(١) في ب: هذه.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

الفصل المكمل عشرون

في النكاح [الفاسد] ^(١)

إذا ^(٢) وقع النكاح فاسدًا و ^(٣) فرق القاضي بين الزوج والمرأة، فإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها ولا عدة، وإن كان قد دخل بها فلها الأقل مما سمي لها، ومن مهر المثل إن كان ثمة مسمى، وإن لم يكن ثمة مسمى فلها مهر المثل بالغًا ما بلغ. وتجب العدة، وتعتبر العدة من حين يفرق بينهما عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -، ولكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ، وعند بعضهم إن لم يدخل بها.

وكذلك الجواب، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد، ولكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض، وإذا فرق القاضي بين الرجل وامرأته بحكم فساد النكاح، وكان ذلك بعد الدخول بها حتى وجبت عليها العدة، ثم تزوجها في العدة نكاحًا صحيحًا، ثم طلقها قبل الدخول بها فلها المهر الثاني كاملاً، وعليها عدة مستقبلية عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وعند محمد - رحمه الله -: يجب نصف المهر الثاني ويلزمها بقية العدة الأولى. وكذلك لو كان النكاح الأول صحيحًا وطلقها تطليقة ثانية ^(٤) بعدما دخل بها، ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها في النكاح الثاني قبل الدخول، فلها المهر الثاني كاملاً [عند أبي حنيفة و ^(٥) عندهما].

فالحاصل: أن الدخول في النكاح الأول دخول في النكاح الثاني [إذا حصل نكاح الثاني في العدة، وأجمعوا على أن النكاح الثاني] ^(٦) لو كان فاسدًا، وفرق بينهما قبل الدخول في النكاح الثاني ^(٧) لا يجب المهر الثاني.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: إذ لو.

(٣) في م: أو.

(٤) في ب، م: بائنة.

(٥) سقط في ب، م.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في ب: لو كان فاسدًا وفرق بينهما قبل الدخول في النكاح.

وفي^(١) فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، أو جاءت بولد إلى ستة أشهر يثبت النسب، فالنكاح الفاسد بعد الدخول في حق النسب بمنزلة النكاح الصحيح، وتعتبر المدة، وذلك ستة أشهر من وقت النكاح [عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله]^(٢) - ، وعند محمد - رحمه الله -: من وقت الدخول. قال: الفقيه أبو الليث: والفتوى على قول محمد - رحمه الله - .

وذكر في كتاب الدعوى من الأصل: إذا تزوجت الأمة بغير إذن المولى، ودخل بها الزوج وولدت لسته أشهر منذ^(٣) تزوجها فادعاه المولى والزوج، فهو ابن الزوج، فقد اعتبر العدة^(٤) من وقت النكاح لا من وقت الدخول، فإنه وضع المسألة فيما إذا ولدت لسته أشهر منذ تزوجها، ولم يحك فيه خلافًا.

قال [الشيخ الإمام]^(٥) شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد خلافًا لما يقوله بعض مشايخنا: إنه لا ينعقد إلا بالدخول.

[وذكر شيخ الإسلام: أن الفراش لا ينعقد إلا بالدخول في النكاح الفاسد]^(٦) . وتأويل هذه المسألة على ما ذكره شيخ الإسلام: أن الدخول كان عقيب النكاح بلا فصل، فتكون المدة من وقت النكاح ومن وقت الدخول [سواء]^(٧) . إذا تزوجها نكاحًا فاسدًا وخلا بها وجاءت بولد وأنكر الزوج الدخول، فعن أبي يوسف - رحمه الله - روايتان:

في رواية قال: يثبت النسب ووجب المهر والعدة.

وفي رواية قال: لا يثبت النسب ولا يجب المهر والعدة، وهو قول زفر - رحمه

(١) في ب: ذكر في .

(٢) في ب: عندهما.

(٣) في ب: من حين .

(٤) في ب: المدة.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط أ.

الله -، وإن لم يخل بها لا يلزمها^(١) الولد.
 في مجموع النوازل: الطلاق في النكاح الفاسد ليس بطلاق على الحقيقة بل هو
 متاركة حتى لا ينقص من عدد^(٢) الطلاق، والمتاركة في النكاح الفاسد لا تتحقق
 بعدم مجيء كل واحد منهما إلى صاحبه، وإنما تتحقق بالقول بأن يقول الزوج مثلاً:
 تركتك، [أو]^(٣) تركتها، خليت سبيلك، خليت سبيلها. والله أعلم.



(١) في ب: يلزمه.

(٢) في م: عدة.

(٣) سقط في م.

الفصل الحادي والعشرون

في بيان ما للزوج أن يفعل وما لا يفعل وفي بيان ما للمرأة أن تفعل وما لا تفعل

ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي في باب نفقة المرأة، وفي كتاب النفقات: إذا منع الرجل أم المرأة أو أباهما أو أحداً^(١) من أهلها من الدخول عليها في منزله فله ذلك، وكذلك إذا منعها عن الخروج إلى بيت الأبوية فله ذلك^(٢)، ولكن لا يمنعهم من النظر إليها وتعاهدها والتكلم معها فيقوموا على باب الدار والمرأة داخله^(٣)، هذا في حق الأبوين وكل ذي رحم محرم، ومن لا يتهمه الزوج، أما إذا لم يكن محرماً ويتهمه الزوج كان له أن يمنع من النظر إليها، وكذلك إذا^(٤) كان لها ولد من غيره ليس له أن يمنع بعضهم من أن ينظر إلى بعض.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن الزوج لا يملك أن يمنع الأبوين عن الدخول عليها للزيارة في كل شهر مرتين، [وإنما يمنعهما]^(٥) من الكينونة. وفي فتاوى أبي الليث عن الفقيه أبي بكر الإسكاف - رحمه الله -: أن الزوج لا يملك أن يمنع الأبوين عن الدخول عليها للزيارة في كل جمعة، وإنما يمنعها عن الكينونة^(٦) وعليه الفتوى.

وأما غير الأبوين من المحارم فقد ذكر الخصاف أيضاً في هذين الموضعين: أنه يمنعهم عن الدخول عليها، ولا يمنعهم من النظر إليها. وقال مشايخ بلخ: لا يمنعهم عن الزيارة في كل سنة [مرة]^(٧) وعليه الفتوى.

(١) في ب: الأبوين.

(٢) الصحيح أنه لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرها من المحارم في كل سنة وإنما يمنعهم من الكينونة عندها وعليه الفتوى كما في الخانية.

ينظر: البحر الرائق (٤/٢١٢).

(٣) في أ، ب: داخل الدار.

(٤) في ب: إن.

(٥) في أ: وأن يمنعها.

(٦) في أ: البيتوتة.

(٧) سقط في أ.

وأما إذا أرادت المرأة أن تخرج إلى زيارة المحارم نحو الخالة أو^(١) العمّة، أو إلى زيارة الأبوين فهو على هذا، يعني: لا يمنعها عن زيارة الأبوين في كل جمعة وعن زيارة المحارم في كل سنة.

وكان القاضي الإمام [ركن الإسلام]^(٢) على السغدي - رحمه الله - يقول: لا تخرج إلى زيارة الأبوين، ولكن الأبوين يحضران منزلها بحضرة الزوج في كل شهر أو شهرين مرة.

وفي نوادر فضل بن غانم عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنها [لا]^(٣) تخرج إلى زيارة المحارم والأبوين إذا كانا^(٤) يقدران على إتيانها، وإن كانا لا يقدران على إتيانها أذن لها في زيارتهما^(٥) في شهرين ونحوه مرة.

وذكر هذه المسألة في النوادر في موضع آخر وقال: تذهب إلى الأبوين لعيادة إن مرضا أو مرض أحدهما ولا يمنعها الزوج عن العيادة، وأما غير هذا فلا.

ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - أن للزوج أن يضرب امرأته على أربع خصال، وما هو في معنى الأربع:

أحدها: على ترك الزينة لزوجها [والزوج يريدتها]^(٦).

والثانية: على ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه.

والثالثة: على ترك الصلاة وعلى ترك الغسل.

والرابعة: على الخروج من المنزل.

وفي كتاب العلل: ليس للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلاة، وليس للأب أن يضرب ولده على ترك الصلاة^(٧).

وفي رواية: له ذلك.

وللرجل أن يأمر جاريته الكتابية بالغسل عن الجنابة ويجبرها على ذلك، والمرأة

(١) في ب: و.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: لا.

(٥) في ب: زيارة أبويها.

(٦) بياض في ب.

(٧) زاد في ب: في رواية.

الكتابية تكون تحت المسلم على هذا القياس .

قيل: وشتم الزوج في معنى الأربع .

إذا أراد أن يطلق امرأته بغير ذنب منها يسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيها مهرها ونفقة عدتها ويطلقها؛ لما روي عن الحسن بن علي - رضي الله عنهما - أنه كان كثير النكاح كثير الطلاق، فقيل له في ذلك فقال: إني أحب الغنى والله تعالى جمع الغنى في هذين، قال الله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^(١)، وقال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ﴾^(٢) .

وفي العيون: رجل له امرأة لا تصلي فطلقها حتى لا يصحب امرأة لا تصلي، فإن لم يكن له ما يعطي مهرها، فالأولى أن يطلقها .

قال الشيخ الإمام أبو حفص البخاري - رحمه الله -: إن لقي الله تعالى ومهرها في عنقه أحب إلي من أن يطاء امرأة لا تصلي .

المنكوحه أو المعتدة إذا امتنعت عن الطبخ والخبز إن كان بها علة لا تقدر على الطبخ أو الخبز، أو كانت من بنات الأشراف لا تجبر عليه، وعلى الزوج أن يأتيها بمن يخبز ويطبخ، وإن كانت ممن يقدر على ذلك وهي من جملة من يخدم نفسها تجبر عليه^(٣)؛ لأنها متعينة فإن النبي ﷺ جعل خدمة داخل البيت على فاطمة^(٤)

(١) سورة النور آية: ٣٢ .

(٢) سورة النساء آية: ١٣٠، وينظر: تبين الحقائق (٢/١٨٩) .

(٣) الإحدام عند الشافعية يجب في صورتين:

الأولى: أن تكون الزوجة ذات قدر، وذلك بأن تكون حرة مع جريان عادة البلد بأن مثلها لا يليق بها إلا أن تُخدَم في بيت أبيها، وإن لم تخدم بالفعل لبخل أبيها أو طَرَقَ إعساره أو نحو ذلك .

وفي هذه الصورة لا يجب أكثر من خادم واحد؛ لأنه يكفي لخدمتها .

الثانية: أن تحتاج للخدمة؛ لمرض أو زمانة، ولو كان شأنها أن تخدم نفسها، ولو كانت أمة .

وفي هذه الصورة يجب ما تدعو الحاجة إليه .

وشرط الخادم في الخدمة الباطنة، حل النظر من الجانيين؛ كأن يكون امرأة، أو مَحْرَمًا، أو مملوكًا، أو صبيًا غير مراهق .

ثم إن أخدمها بحرة، أو أمة بأجرة، فليس عليه سواها، وإن أخدمها بأمته، أنفق عليها، كما ينفق على سائر ممتلكه، وإن أخدمها بمن صحبها للخدمة، لزمه مؤنته اللاتفة به طعامًا وكسوة وفراشًا وغيره، ما عدا آلة التنظيف؛ لأن اللاتق به أن يكون أشعث، لثلا تمتد إليه =

الأعين، إلا إن كثر وسخه، أو تأذى بالقمل، فيجب حينئذ أن يرفه بما يزيله من نحو مشط ودهن.

ثم إن الواجب له من غير الكسوة يكون أقل من واجب الزوجة في النوع، ومن الكسوة يكون أقل في الجنس والنوع. ويجب من القوت مد وثلاث على الموسر؛ لأنه ثلثا ما يجب لزوجة الموسر، ومد على المتوسط؛ لأنه ثلثا ما يجب لزوجة المتوسط، ومد أيضًا على المعسر؛ لأنه لا تقع الكفاية بما دونه، ويجب من الأدم ما يناسب القوت.

قال ابن حزم الظاهري في «المحلى»: وليس على الزوج أن ينفق على خادم لزوجه، ولو أنه ابن الخليفة، وهي بنت خليفة، إنما عليه أن يقوم لها بمن يأتيها بالطعام والماء مهياً ممكناً للأكل غدوة وعشية، وبمن يكفيها جميع العمل من الكس والفرش، وعليه أن يأتيها بكسوتها كذلك؛ لأن هذه صفة الرزق والكسوة.

وقد خالف ابن حزم في ذلك فقهاء المذاهب الأربعة.

فمذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية فيما ذكر، إلا في أمرين:

أحدهما: أنهم لم يقولوا بتعدد الخادم.

ثانيهما: أنه لو أنفق على الخادم، فالواجب له مثل نفقة زوجة المعسر، ومعلوم أنه لا تقدير عندهم.

وذهب المالكية إلى وجوب الإخدام في صورتين:

إحدهما: أن يكون الزوج ذا سعة، والزوجة ذات قدر، وليس شأنها الخدمة.

ثانيهما: أن يكون الزوج ذا سعة وذا قدر، بحيث تزرى خدمة زوجته إياه.

قالوا: ولو احتاجت الزوجة لأكثر من خادم واحد في الصورتين، لزمه ذلك على المشهور؛ خلافاً لابن القاسم؛ حيث قال: لا يلزمه أكثر من خادم.

قالوا: ويحصل الإخدام بنفسه أو بمملوكته أو كراء خادم له، أو الإنفاق على خادمها.

وقال الحنفية: إذا كان الزوج موسراً، وكان للزوجة مملوك ملكاً تاماً، وكان يخدمها،

وكان واحداً فعلى الزوج نفقته، فإن كان الزوج معسراً، لم يجب عليه نفقة الخادم عند

الشيخين خلافاً لمحمد، وإن كان موسراً، ولم يكن لها مملوك لم يجب على الزوج

كراء من يخدمها؛ لكن يلزم أن يشتري لها ما تحتاجه من السوق، ويلزمه أيضاً أن يأتيها

بمن يكفيها الطبخ ونحوه، إذا كانت ممن لا تخدم أو لا تقدر.

وإن كان لها مملوك، ولكن لا تملكه ملكاً تاماً بأن كانت مكاتبه، أو تملكه ملكاً تاماً

ولكن لم يخدمها، لم تجب على الزوج نفقته، وإن كان متعددداً، لم تجب إلا نفقة

واحد؛ عند أبي حنيفة ومحمد، لكن إذا احتاجت لأكثر من واحد؛ لأجل أولاده فعليه

نفقة الجميع اتفاقاً.

وروى صاحب «الإملاء» عن أبي يوسف: أن المرأة إذا كانت ممن يجلب مقدارها عن

خدمة خادم واحد، أنفق على ما لا بد لها منه من الخدم، ورويت عنه روايات أخرى.

ثم الواجب للخادم هو ما يكفيه بالمعروف، ولكن لا تبلغ نفقته نفقتها؛ لأنه تبع لها.

هذه خلاصة كلام الفقهاء في الإخدام، ولا أرى داعياً إلى الإطالة بأدلة كل فريق على

- رضي الله عنها - وخدمة خارج البيت على علي - رضي الله عنه - .
 وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنها لا تجبر أصلاً ولكن لا يعطي لها^(١) الإدام حينئذ، وهو الصحيح .
 وفي المتقى عن عيسى بن أبان عن محمد - رحمه الله - : ليس للرجل أن يستخدم امرأته الحرة .
 وفيه عن إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : للمرأة ألا تخبز لزوجها ولا تطبخ [ولا تخدمه]^(٢) ولا تعمل له شيئاً .
 وفيه عن أبي حنيفة - رحمه الله - : للمرأة ألا تخبز لزوجها ولا تطبخ [له]^(٣) ،
 والزواج بالخيار إن شاء أعطاها^(٤) خبزاً، [وإن شاء أعطاها]^(٥) دقيقاً .
 إذا كان للرجل والدة أو أخت أو ولد من امرأة أخرى، أو إنسان ذو رحم محرم

= التفاصيل التي ذَهَبُوا إليها . وإنما أذكر هنا ما استدلوا به على أصل المسألة، فأقول :
 استدل ابن حزم على منع الإخدام بقوله : لم يأت نص قط بإيجاب نفقة خادمها عليه ،
 فهو ظلم وجور . اهـ . وفيه نظر .
 واستدل الجمهور على وجوب الإخدام ، ونفقة الخادم في الجملة بقوله تعالى :
 ﴿وَعَايَشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء : ١٩] ، ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها الزوج من
 يخدمها ، إذا كان ذلك معهوداً .

أقول : هذا دليل أوضح من أن يشك فيه أو يتنازع ، فإن القرآن رد الحكم في هذه الصورة
 إلى العرف ، فلم يحتج إلى نص خاص ؛ وحينئذ يستفتى العرف ، فإن قال : إن الزوجة ذات
 القدر أو المريضة تخدم في بيت زوجها بالنفقة أو الأجرة بخادم أو أكثر ، كان هذا عملاً
 بالقرآن ، وكان إنكاره من الشذوذ بمكان .
 (٤) هي : فاطمة بنت رسول الله ﷺ ، تكنى أم أيها ، وتعرف بالزهراء ، سيدة نساء المؤمنين ، لها
 ثمانية عشر حديثاً ، وافق البخاري ومسلم على حديث ، روت عن : النبي ﷺ ، وروى
 عنها : ابنها الحسن ، والحسين ، وأبوهما علي بن أبي طالب ، وعائشة ، وأنس ،
 وطائفة . عاشت فاطمة بعد رسول الله ﷺ ستة أشهر ، وتوفيت وهي بنت سبع وعشرين
 سنة .

ينظر : تهذيب الكمال (٢٤٧/٣٥) ، تقريب التهذيب (٦٠٩/٢) ، الثقات ، لابن حبان
 (٣٣٤/٣) .

- (١) في ب : الرجل .
- (٢) سقط في أ .
- (٣) سقط في ب .
- (٤) في ب : أعطى .
- (٥) في ب : أو .

من الزوج، وكانت المرأة نازلة معهم في منزل واحد فقالت المرأة للزوج^(١): أنا لا أنزل مع أحد من هؤلاء فصيرني في منزل [على حدة]^(٢).

فالمسألة على وجهين: إن كان في الدار بيوت فأعطى لها بيتا تغلق عليه وتفتح لم يكن [لها]^(٣) أن تطالبه بمنزل آخر، [وإن لم يكن في الدار إلا بيت واحد فلها أن تطالبه بمنزل آخر]^(٤) لوجهين: أحدهما: أنها^(٥) تخاف على أمتعتها.

والثاني: أنها تكره المجامعة ومعها في البيت غيرهما.

ذكر الخصاف - رحمه الله - المسألة في أدب القاضي في باب نفقة المرأة. [و]^(٦) إذا كان له امرأتان مسكنهما في بيت واحد فطلبت إحداها بيتا على حدة فلها ذلك؛ لأن في اجتماعهما في بيت واحد ضرراً لهما والزوج مأمور بإزالة الضرر عن المرأة، هكذا حكى عن الشيخ الإمام [الجليل]^(٧) أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -.

وهذا التعليل يشير إلى أن الدار وإن كانت مشتملة على البيوت وتسكن كل واحدة من المرأتين في بيت على حدة يغلق عليها ويفتح كان لها أن تطالب بمسكن آخر، فإن كان للرجل أمة فقالت المرأة: أنا لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة. قيل: ليس لها ذلك؛ لأن جارية الرجل بمنزلة متاعه، وأنه مشكل على المعنيين جميعاً، أما على المعنى الأول: فظاهر، وأما على المعنى الثاني: فلأنه يكره المجامعة بين يدي أمة الرجل، هذا هو قول محمد آخرا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله -.

وإذا شكت المرأة عند القاضي أن الزوج يضربها وطلبت من القاضي أن يأمره حتى يسكنها بين قوم صالحين، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت زجره عن ذلك

(١) في ب: لزوجها.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: أن يكون إنما.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب.

ومنعه من التعدي عليها، وإن لم يعلم فإن كان جيران هذه [الدار]^(١) قومًا صالحين أقرها هناك، ويسأل عنهم فإن ذكروا أنه^(٢) مثل ما ذكرت زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها تركها، وإن لم يكن في جواره من يوثق به أو كانوا يميلون إليه أمره أن يسكنها بين قوم صالحين، ويسأل عنهم وبين [الأمر]^(٣) على خبرهم في هذا الباب أيضًا.



(١) سقط في أ.

(٢) في ب: منه.

(٣) سقط في م.

الفصل الثاني والعشرون

في العنين والمجبوب والخصي والصبي والمعتوه

يؤجل العنين^(١) سنة^(٢)، وتعتبر السنة بالأيام عند بعض المشايخ، وهو رواية ابن

(١) العنين: مأخوذ من عن الشيء يعنى: إذا أعرض عنه وانصرف، وأيضاً: تطلق هذه الكلمة على من عجز عن الجماع لمرض يصيبه، ويقال: امرأة عنينة: لا تشتهي الرجال، والعنين أيضاً: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء من عن إذا حبس في العنة، وهي حظيرة الإبل، ولا فرق بين أن تقوم آتته أو لم تقم وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض، وبين أن يكون لمرض به، أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر.

ينظر: مختار الصحاح، ص (١٩٢)، المصباح المنير، ص (١٦٤)، المعجم الوسيط (٢/٦٣٢)، العناية (٤/١٢٧)، ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير، لقاضي زاده أحمد بن قودر، مطبوع مع فتح القدير، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت (٤/١٢٨)، الكفاية (٤/١٢٨).

(٢) إذا أقر الزوج بأنه عنين: أو أتت المرأة بينة تشهد على إقراره بالعنة، أو نكل الزوج عن يمينه حين إنكاره ثبتت عنته بهذه الطرق وإذا ثبتت عنته فإن القاضي يؤجله سنة كاملة يمهلها فيها، ولا يفرق بينهما في الحال في قول عامة أهل العلم.

قال الإمام الشافعي: «ولم أحفظ عن مُفَّتِ لقيته خلافاً في أن تؤجل امرأة العنين سنة، فإن أصابها، وإلا خيرت في المقام معه أو فراقه».

وقال ابن هبيرة في الإفصاح: «واتفقوا على أن المرأة إذا أصابت زوجها عنيئاً، فإنه يؤجل سنة».

والتقدير بالسنة مروى عن عمر - رضي الله عنه - فيما أخرجه الدارقطني والبيهقي من طريق سعيد بن المسيب أن عمر قال: «يؤجل العنين سنة» [أخرجه البيهقي (٧/٢٢٦) كتاب النكاح، باب: أجل العنين]، كما روى هذا التقدير عن عثمان، وعلي، وابن مسعود، وسعيد بن المسيب، وغيرهم رضي الله عنهم جميعاً حتى عد ذلك إجماعاً.

يرى الحنفية والحنابلة أنه يبدأ القاضي احتساب السنة من وقت الخصومة، والترافع أمام القضاء بينما يرى المالكية والشافعية أن حسابها يبدأ من يوم الحكم لا من وقت إقرار الزوج بعنته.

وما ذهب إليه الحنفية والحنابلة هو الموافق لقضاء عمر - رضي الله عنه - ومن تبعه من الصحابة والتابعين.

وهذه السنة: يحسبها القاضي سنة قمرية كما ذهب إليه الجمهور خلافاً لأبي حنيفة في رواية، حيث يرى أنها سنة شمسية.

ينظر: المبسوط للسرخسي (٥/٩٤، ٩٦)، تحفة الفقهاء للسمرقندي (٢/٣٣٧)، الجوهرة النيرة، للزبيدي (٢/١٤٤)، مجمع الأنهر (١/٤٦١، ٤٦٢)، رد المحتار على الدر المختار (٣/٥٤٦)، أدب القضاء شرح الخصاف، حسام الدين عمر بن عبد العزيز

سماعة عن محمد - رحمه الله -، والمذكور في [رواية ابن سماعة]^(١): يؤجل العينين سنة شمسية لا قمرية، والسنة الشمسية السنة بالأيام، و[السنة]^(٢) القمرية [السنة]^(٣) بالأهلة. والشمسية تزيد على القمرية بأحد عشر يومًا، فيجوز أن يوافق طبعه هذه الزيادة فلا بد من اعتبارها، وفي ظاهر الرواية: [أنه ذكر السنة مطلقة. قال صاحب الجامع الصغير^(٤): وأكثر أصحابنا اعتمدوا على ظاهر الرواية]^(٥). ولم يعتبروا هذه الزيادة، وكان الفقيه أبو جعفر لا يعتبر هذه الزيادة، وكان يقول: هذه الرواية عن محمد - رحمه الله - غير مشهورة، وكان يقول: [لو أن]^(٦) هذا البائس الفقير لم يزل^(٧) عجزه في السنة لم يزل في هذا القدر من الزيادة. ولا يكون التأجيل إلا عند سلطان يجوز قضاؤه، وابتداء هذا التأجيل من وقت المخاصمة، فإذا مضت سنة من وقت التأجيل وادعى الزوج أنه وصل إليها فإن كانت شيئًا فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن كانت بكرًا أراها النساء، والواحدة تكفي

= ابن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد، تحقيق/ محي هلال السرحان، العراق وزارة الأوقاف، إحياء التراث الإسلامي، الكتاب الثامن والعشرون، ص (٥١٩)، الشرح الكبير، للدردير (٣/ ١١٠، ١١١)، جواهر الإكليل (١/ ٤٢٢)، شرح الخرشي على خليل (٤/ ٢٧١)، المعونة، للقاضي عبد الوهاب (١/ ٥١٨)، الأم، للإمام الشافعي (٥/ ٦٤)، التهذيب للبخاري (٥/ ٤٦٥، ٤٦٦)، الحاوي، للماوردي (٩/ ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٢)، مغني المحتاج (٣/ ٢٧٢)، المهذب، للشيرازي (٢/ ٦٣)، العزيز شرح الوجيز، للرافعي (٨/ ١٦٤، ١٦٥)، حاشية قليوبي (٣/ ٢٦٤)، روضة الطالبين للنووي (٥/ ٥٢٩)، حاشية الشرقاوي (٢/ ٢٥٥)، المغني، لابن قدامة (٦/ ٤٧٢)، كشف القناع (٥/ ١١٧)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٣/ ٤٩)، المبدع، لابن مفلح (٦/ ١٦٦)، الكافي، لابن قدامة (٣/ ٤٤)، البحر الزخار، للمرتضي (٣/ ٦٦)، الإفصاح، لابن هبيرة (٢/ ١١٠)، الإشراف على مذاهب أهل العلم، لابن المنذر (١/ ٦٦، ٦٧)، الديباج في توضيح المنهاج، لمحمد بن بهادر بن عبد الله، الزركشي، المكتبة السليمانية، تركيا، استانبول (٢/ ٧٦١).

- (١) في ب: روايته.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) في ب: الأصغر.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في ب: يجر.

والمثنى أحوط، فإن قلن: هي ثيب، ثبت ثيابها^(١)، أما [إذا]^(٢) لم يثبت وصوله إياها فيكون القول في ذلك قول الزوج مع يمينه.

وإن قلن: هي بكر، يخيرها القاضي فإن اختارت الفرقة أمر القاضي زوجها أن يطلقها، فإن أبى فرق القاضي بينهما، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل. وفي^(٣) المنتقى: هشام عن محمد في العنين: إذا مضى سنة خير القاضي امرأته وصار كأن الزوج خيرها، فإن اختارت نفسها بانت منه، فعلى هذه الرواية لم يشترط قضاء القاضي لوقوع الفرقة إلا أنها تخالف رواية الأصل.

وفي المنتقى أيضاً: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: خيار امرأة العنين إذا تم الأجل وخيرها القاضي بمنزلة خيار الزوج، ذكره مطلقاً ولم يفسره. قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله -: تأويله عندي في القيام عن المجلس قبل أن تختار شيئاً، ثم رضاها بالمقام معه عند السلطان أو غيره يسقط حقها، واختيارها نفسها لا يكون إلا عند السلطان.

ثم إذا فرق القاضي بينهما على ما هو المذكور في الأصل كانت هذه تلبية بئنة ولها المهر كاملاً وعليها العدة^(٤).

وإذا وجدت زوجها محبوباً فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجدت زوجها عنيماً إلا في خصلة [واحدة، وهي]^(٥): أن الم محبوب لا يؤجل.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: امرأة الصبي إذا وجدت الصبي [محبوباً] فالقاضي يفرق بينهما بخصومتها في الحال، ولا ينتظر بلوغ الصبي، بخلاف ما إذا وجدت امرأة الصبي [الصبي]^(٦) عنيماً لا يصل إليها لا يفرق^(٧) بينهما بخصومتها في الحال بل ينتظر بلوغ الصبي، وهو نظير المريض إذا تزوج فوجدته المرأة لا يقدر على جماعها فرافعته إلى القاضي، فالقاضي لا يفرق بينهما في الحال بل ينتظر برؤه،

(١) في ب: ثيابتها.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وذكر في.

(٤) الأصل، للشيباني (٢٠٧/١٠).

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في ب: القاضي.

وبمثله لو وجدته مجبوبًا يفرق بينهما في الحال.

فإن قيل: يجب أن ينتظر بلوغ الصبي في الجب؛ لأن الفرقة بالجب فرقة بطلاق كالفرقة بسبب العنة، والصبي ليس من أهل الطلاق.

قلنا: الفرقة [بالجب]^(١) إذا كان الزوج من أهل الطلاق فرقة بطلاق، وإذا لم يكن^(٢) من أهل الطلاق بأن كان صبيًا فقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قال: هي فرقة بغير طلاق نظير^(٣) الفرقة بخيار البلوغ وهذا؛ لأن هذه الفرقة بحق المرأة، وحق المرأة في نفس الفرقة لا في الطلاق.

وبعضهم قال: هي فرقة بطلاق؛ لأن سبب الفرقة قد تحقق وهو الجب، والطلاق هو المعتبر^(٤) للفرقة شرعًا، فإذا استحقت الفرقة استحقت بما تعين لها شرعًا، ولا حاجة في الإيقاع إلى عبارة الصبي؛ لأن القاضي هو الذي يوقعه فصار الصبي في هذا كالبالغ، وصار كالصبي إذا ملك قريبه يعتق^(٥) عليه وإن لم يكن الصبي من أهل العتق؛ لأنه يتحقق سببه وهو ملك القريب ولا يحتاج فيه إلى عبارة الصبي فصار هو في حق عتق القريب كالبالغ، كذا هاهنا.

إلا أن القاضي لا يفرق بينهما ما لم يكن عنه خصم حاضر، فإن كان للصغير أب أو [وصي أو]^(٦) كان خصمًا عن الصغير في ذلك كما كان خصمًا في جميع مال الصبي وعليه، وإن لم يكن [له]^(٧) أب ولا وصي، فالجد أو وصيه خصمه فيه، فإن لم يكن له جد ولا وصي الجد فالقاضي ينصب عنه خصمًا، فإذا جاء الخصم بحجة يبطل حق المرأة من بينة يقيمها على رضاها بهذا العيب، أو [على]^(٨) علمها بهذا العيب وقت^(٩) النكاح لم يفرق بينهما، وإذا لم يكن للخصم بينة على ذلك فطلب

- (١) سقط في أ.
- (٢) زاد في أ: الزوج.
- (٣) في ب: نظر.
- (٤) في أ، ب: المتعين.
- (٥) في ب: فعتق.
- (٦) في ب: وصي أب.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) في ب: ووقت.

يمين المرأة تحلف المرأة، فإن نكلت لم يفرق بينهما، وإن حلفت فرق بينهما. وإن وجدت زوجها خصيا فإن كان بحال تنتشر آتته ويصل إلى المرأة لا خيار لها، وإن كان لا تنتشر آتته ولا يصل إلى المرأة فالجواب فيه كالجواب في العنين. وإن كانت المرأة صغيرة زوجها أبوها فوجدت زوجها مجبواً لا يفرق بينهما بخصومة الأب وينتظر بلوغها.

وإن كانت المرأة كبيرة فوكلت رجلاً بالخصومة مع زوجها المجهوب وغابت هل يفرق بينهما بخصومة الوكيل؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، وبعض مشايخنا قالوا: لا يفرق بينهما [بخصومة الوكيل بل ينتظر حضورهما^(١)] كما لا يفرق بخصومة الأب.

وبعضهم قالوا: يفرق بينهما^(٢) [٣].

ولو أن امرأة كبيرة زوجت نفسها من صبي وهو ليس بكفء لها بغير إذن وليها وقبل النكاح عن الصغير أبوه، ثم إن ولي المرأة رفع الأمر إلى القاضي فالقاضي يفرق بينهما ولا ينتظر بلوغ الصبي؛ لأن سبب الفرقة قد تحقق وهو عدم الكفاءة وأنه مما لا يرجى زواله ببلوغ الصبي، ولكن لا يفرق بينهما ما لم يكن عن الصغير خصم حاضر.

لو أن معتوها لا يرجى صحته زوجه وليه امرأة كبيرة فإذا هو مجبوب، فالقاضي يفرق بينهما [في الحال]^(٤) بمحضر^(٥) وليه، فلو لم يكن مجبواً إلا أنه لا يصل إليها، فالقاضي ينصب عنه خصماً إن لم يكن له [ولي]^(٦) ويؤجله، فإن لم يصل إليها فرق القاضي بينهما. والله أعلم.



(١) في ب: حضورها.

(٢) المحيط البرهاني (٣/١٧٥).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، م: للحال.

(٥) زاد في م: من.

(٦) سقط في ب.

الفصل الثالث والعشرون في الحضانة^(١) والانتقال بالولد

(١) الحضانة لغة: بفتح الحاء، مصدر حضنت الصبي حَضَانَةً: تحملت مؤنثه وتربيته، عن ابن القطاع، والحاضنة: التي تربي الطفل؛ سميت بذلك؛ لأنها تضم الطفل إلى حضنها، وهو: ما دون الإبط إلى الكَشْح، وهو الخصر.

قال زين الدين بن نجيم في «البحر الرائق»، شرح كنز الدقائق: «الحِضَانَةُ... بكسر الحاء وفتحها لغة تربية الولد».

«والحاضنة»: المرأة توكل بالصبي، فترفعه وتربيته، وقد حضنت ولدها حضانة من باب «طَلَب» وحضن الطائر بِيضَهُ حَضْنًا إذا جثم عليه بكَتْفِهِ يحضنه، كذا في «المغرب». والحضانة: مصدر الحاضن، والحاضنة.

والحاضن والحاضنة: الموكَّلان بالصبي يحفظانه، ويربيانه، والحِضْن ما دون الإبط إلى الكَشْح.

وقيل: هو الصدر والعُضْدَان وما بينهما، والكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع، والخاصرة هي وسط الإنسان.

وجمع الحضن: إحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء، وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها تحمله في أحد شقيها، وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام «خرج محتضناً إحدى ابني ابنته، أي: حاملاً له في حضنه، والحضن الجنب، وهما حضنان». انتهى ابن منظور في لسان العرب.

وقال علاء الدين الكاساني في «البدائع»: الحضانة لغة تستعمل في معنيين: أحدهما: جعل الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء إذا اعتزله، فجعله في ناحية منه.

ثانيهما: الفم إلى الجنب، يقال: حَضَنْتَهُ، واحتضنته إذا ضممته إلى جانبك.

والحضانة بمعنى الفم، هو المراد لمناسبته للمعنى الشَّرْعِي.

ينظر: المطلع على أبواب المقنع، ص (٣٥٥).

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تربية الطُّفْلِ ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.

وعرفها المالكية بأنها: حِفْظُ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه.

وعرفها الشافعية بأنها: تربية من لا يستقلُّ بأموره بما يصلحه، ودفع ما يضره.

وعرفها الحنابلة بأنها: حفظ صغير وغيره عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٢/٦٣٣)، المدونة (١٤/٢٢٤)، شرح الخرشي (٣/٣٤٧)، نهاية المحتاج (٧/٢١٤)، الروض المربع (٢/٣٢٨).

حكمة مشروعية الحضانة: من لطف الله تعالى بالصغير العاجز عن إقامة مصالحه، وتدبير شئونه، واحتياجه إلى من يقوم بأمره، وينظر في حوائجه أسند الله سبحانه =

وتعالى أمره إلى مَنْ هو مُشْفِقٌ عليه؛ لأن في تعهده بالعتاية والرعاية حقًا له على أبويه، أو من يقوم مقامهما.

ومن ذلك: «الحضانة» لما فيها من العتاية بالصغير، من غسل ثيابه ونظافة جسمه، وحاجاته الأولية، والقيام بكل ما يلزم لراحته وسعاده، وبذلك ينشأ نشئًا حسنًا سليم الجسم صالحًا لما يُطلَبُ منه في الحياة من أمر ديني أو دنيوي، وقد حتمت الشريعة الإسلامية على من يحضن الطفل أن يكون مستوفيًا لشروط تكفل مصلحته، وأحكامًا تدلُّ على العتاية به، والإهتمام بشأنه، وذلك من لَطْفِ الله تعالى ونعمه التي لا تعد ولا تحصى، قال تعالى: ﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تَحْصُوهَا﴾ [إبراهيم: ٣٤].

فمن الحقوق الواجبة للأبناء في الإسلام حق الحضانة، وذلك لكي ينشأوا ويتربوا في حضن أبويهم، وهذا في حالة وجود الوفاق بينهما، أو في حضن أحدهما عند وجود الشقاق بينهما، أو وفاة أحدهما أو في حضن من له الحق في الحضانة عند عدم وجودهما ممن تتوفر فيه الشفقة والرحمة، والعاطفة، وذلك بناء على ترتيب الفقهاء للمستحقين للحضانة بعد الأم.

فالحضانة حق مشترك بين المحضون والحاضن، كما أنها تتعلق أيضا بحق الله تعالى على عباده الذي أمر بحفظ الأنفس من الضياع، وعدم إلقائها إلى التهلكة.

والأبناء في سن الحضانة أحوج ما يكونوا إلى من يتولى أمر حضانتهم، وليس أحد أحق ولا أولى ولا أجدر من الأم بالاضطلاع بهذه الحضانة دون غيرها؛ لأنها أمهات الأبناء أبصر وأقوم من الرجال لزيادة شفقتهم وملازمتهم للبيوت.

وأول النساء في حق الحضانة الأم فهي أحق بحضانة الطفل والأصل في ذلك: ما روي عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن امرأة طلقها زوجها وأراد أن يتزوج ولدها منها فجاءت النبي ﷺ فقالت: «يا رسول الله كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وأراد أبوه أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تتزوجي» [أخرجه أحمد (١٨٢/٢)، وأبو داود (٢٨٣/٢) كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، حديث (٢٢٧٦)، والدارقطني (٣٠٥/٤) كتاب النكاح، باب: في المهر، حديث (٢٢٠)، وعبد الرزاق (٧/١٥٣) حديث (١٢٥٩٦، ١٢٥٩٧) ومن طريقه إسحاق بن راهويه لما في نصب الرية (٣/٢٦٥)، والحاكم (٢/٢٠٧)، والبيهقي (٤/٨، ٥) كتاب النفقات، باب: الأم نتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد ينتقل إلى حدته، كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي].

قالأم بمقتضى الحديث هي أولى بحضانة الولد من الأب ما لم يحصل مانع من ذلك كالنكاح لتقيده ﷺ للأحقية بقوله ما لم تتزوجي.

ومن الأثر: ما روي أنه لما طلق سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته أم عاصم، وتخاصما إلي سيدنا أبي بكر رضي الله عنه، قضى بحضانة الطفل لأمه، وقال لعمر: إن ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك.

فالأم هي الأولى بحضانة الطفل؛ لأنها أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر.

إذا أبت المرأة أن ترضع ولده وهي منكوحه^(١) أو مبانة، ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب أدب القاضي للخفاف: أنها تجبر على ذلك سواء كان الولد يأخذ من لبن غيرها أو لا يأخذ.

وفي ظاهر الرواية عن أبي يوسف - رحمه الله - أنها تجبر إذا لم يأخذ من لبن غيرها.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: في باب نفقات الصبيان من أدب القاضي: أنها تجبر إذا لم يأخذ الولد من لبن غيرها من غير خلاف^(٢).

ينظر: البحر الرائق (٤/١٨٠)، المبسوط للسرخسي (٥/٢٠٧)، البحر الرائق (٤/١٨١)، كشاف القناع (٥/٤٩٦)، عون المعبود (٦/٢٦٥).

(١) في أم: مكرهة.
(٢) اختلف الفقهاء في وجوب الإرضاع عليها قضاء على خمسة مذاهب وذلك على النحو التالي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى أنه لا يجب على الأم إرضاع ولدها قضاء، وإن كان يجب ديانة، فلا تجبر على إرضاع ولدها قضاءً إلا إذا تعينت للإرضاع ويتحقق هذا التعيين في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: ألا يوجد من ترضعه سوى الأم، سواء بأجر أو بدون أجر.
الحالة الثانية: إذا كان الأب في عسرة وفقير لا يجد معها مالاً ليستأجر به مرضعة لولده، ولم يكن للصغير مال يستأجر منه من ترضعه، ولم يوجد من تتبرع بإرضاعه.
الحالة الثالثة: إذا كان لا يلتقم سوى ثدي أمه، ويمتنع عن الرضاع من غيرها.
ففي الأحوال الثلاثة السابقة، تجبر الأم على إرضاع ولدها، محافظة عليه من الهلاك.
المذهب الثاني: ذهب المالكية إلى أن الأم يجب عليها إرضاع ولدها ديانة وقضاء بلا أجر إذا كانت متزوجة بأبي الرضيع أو مطلقة طلاقاً رجعيًا منه إلا إذا كانت من قوم ليس من عادة نسائهم القيام بإرضاع أولادهم فلا يلزمها إرضاعه، وإلا إن كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها، فإن أرضعته فلها الأجر.

ونص على ذلك القرطبي في تفسيره بعد أن بين أن الأصل إلزام كل أم بإرضاع ولدها بإخبار الله تعالى ثم قال: «إلا أن مالكا - رحمه الله تعالى - دون فقهاء الأمصار استثنى الحسينية، فقال لا يلزمها رضاعة فأخرجها من الآفة، وخصصها بأصل من أصول الفقه وهو العمل بالعادة، وهذا أصل لم يتفطن له إلا مالك والأصل البديع في أن هذا أمر كان في الجاهلية في ذوي الأحساب، وجاء الإسلام فلم يغيره، وتمادى ذوو الشروة والأحساب على تفرغ الأمهات للمتعة، بدفع الرضعاء للمراضع إلى زمانه - أي زمان مالك فقال به وإلى زماننا - أي زمان القرطبي - فتحققناه شرعا».

ومثل الشريفة المطلقة بائنا، فلا يلزمها إرضاع الصغير إلا في حالات الضرورة كما إذا كان الرضيع لا يقبل ثدي غيرها، وفي هذه الحالة يجب لها الأجرة في مال الصبي فإن عدم

وقال الضحاك^(١): ولو لم يكن للصبي مال وليس للأب مال تجبر الأم على ذلك وهو الصحيح؛ لأنها ذات يسار في اللبن.

= ففي مال الأب لعدم وجوب الإرضاع عليها.

المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى أنه يجب على الأم إرضاع ولدها اللبن، ولا تجبر بعد ذلك على الإرضاع وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتَ مِنْهُ فَسَرِّضْ لَهُ أُخْرَى﴾ [سورة الطلاق آية: ٦] يعني فإن تضايقتم في الإرضاع فامتنع الأب من الأجرة، أو الأم من فعله، فسترضع له أي للأب أخرى - لترضع ولده - ولا تكره الأم على إرضاعه، ولو رغبت الأم في إرضاعه ولو بأجرة مثله فليس للأب منعها؛ لأنها أشفق على الولد من الأجنبية ولبنها له أصلح وأوفق، وسواء كانت في نكاح الأب أم بائنة. وإن أراد منعها منه كان له ذلك؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها.

المذهب الرابع: ذهب الحنابلة إلى أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إيجاب أمه على رضاعه دينية كانت أو شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة، خلافاً، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا.

المذهب الخامس: ذهب الظاهرية إلى: أن الواجب على كل والدة حرة كانت، أو أمة أن ترضع ولدها أحبت أم كرهت، ولو أنها بنت الخليفة تجبر على ذلك إلا أن تكون مطلقة فإنها لا تجبر على إرضاع ولدها من الذي طلقها إلا أن تشاء هي ذلك فلها ذلك أحب أبوه أو كره، أحب الذي تزوجها بعده أم كره، فإن تعاسرت هي وأبو الرضيع أمر الوالد بأن يسترضع لولده امرأة أخرى ولا بد إلا ألا يقبل الولد غير ثديها فتجبر حينئذ أحبت أم كرهت. فإن مات أبو الرضيع، أو أفلس، أو غاب بحيث لا يقدر عليه أجبرت الأم على إرضاعه إلا ألا يكون لها لبن أو كان لها لبن يَضُرُّ به، فإن على الأب أن يسترضع له امرأة أخرى غيرها وكذا إن لم يقبل الصغير ثدي غيرها أجبرت على إرضاعه.

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٥٢٥)، الفواكه الدواني (٢/٦٥)، كفاية الطالب (٢/١٦٦)، الثمر الداني (١/٤٩١)، القوانين الفقهية لابن جزي، ص (١٤٧، ١٤٨)، روضة الطالبين (٩/٨٨)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ليحيى بن شرف النووي أبو زكريا، دار المعرفة، بيروت، ص (١٢٠)، الإقناع (٢/٤٨٢)، مغني المحتاج (٣/٥٨٩)، المهذب (٢/١٦٧)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر بن السيد بن محمد بن شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (٤/١٠٠)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (١٢٨)، إرشاد الفحول، ص (٢٧٣)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/١٧٢، ١٧٣)، المحلى (١٠/١٦٥) مسألة: (٢٠١٣).

(١) هو: الضحاك بن مزاحم الهلالي، مولاهم، الخراساني يكنى: أبا القاسم، وثقه أحمد وابن معين وأبو زرعة، وقال ابن حبان: في جميع ما رَوَى نظراً، إنما اشتهر بالتفسير، قال أبو نعيم: مات سنة خمس ومائة.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢/٥)، تهذيب التهذيب (٤/٤٥٣)، التاريخ الكبير، للبخاري (٤/٣٣٢).

فهو نظير ما قلنا في الرجل إذا غاب وترك امرأة وصغيره ولا مال للغائب، وللمرأة مال فالمرأة تجبر على الإنفاق على الصبي ثم ترجع على الأب كذا هاهنا. وإذا ماتت الأم وليس أحد من النساء للصغير ذا رحم محرم فحق الحضانة للرجال من العصابات على ترتيب الميراث، فإن لم يكن عصابة فهذا الحق يثبت لذوي الأرحام، في آخر نفقات الخصاف في باب حق الرجل^(١) في الولد^(٢).

الأم وغيرها من النسوان أولى بالولد ما لم تتزوج، فإذا تزوجت فالأب أولى إلا أن يتزوج بذوي رحم محرم من الولد، فحينئذ لا يكون الأب^(٣) أولى بالصغير، بل هي أولى.

مثاله: أم الصغير إذا تزوجت بعم الصغير لا يكون الأب أولى، فإذا عرفت هذا في العم فكذا إذا تزوجت بذوي رحم محرم آخر جدة الأم وهي أم أمها إذا اجتمعت مع الخالة.

ذكر في الجامع الصغير في^(٤) موضع آخر: أن الجدة وإن علت أولى، وهو الجواب الصحيح.

وذكر الخصاف في آخر النفقات: أن الخالة أولى.

أم أب الأب لا تكون بمنزلة من كان من قرابة الأم، هذه الجملة في نفقات الخصاف في الرواية أظهر، ولو كان للصغير إخوة لا غير فأصلحهم أولى، فإن كانوا سواء فأكبرهم سنًا في آخر النفقات.

المرأة إذا طلقت وهي أم ولد أو أمة أو مكاتبة، فليس لها حق إمساك الولد^(٥)، وحق الحضانة بعد ذلك ينظر: إن كان الولد حرًا لا يكون مولاهن أولى به، وإن كان رقيقًا كان مولاهن أولى به، وهذا الجواب في المكاتبة محمول على ما إذا ولدت قبل الكتابة. أما إذا ولدت بعد الكتابة [فهو^(٦) أولى به من غيرها؛ لأنه^(٧)] يدخل في

(١) في أ، ب: الرجال.

(٢) في أ: بالولد.

(٣) في أ: الولد.

(٤) في أ: و، وفي ب: وفي.

(٥) في أ: الصغير.

(٦) في ب: فهو.

(٧) في أ: فهو أولى به وهذا الجواب في غيرها لابن.

مكاتبها. في باب: الولد عند من يكون؟ من أدب القاضي.
وإذا ماتت الأم حتى وصلت الحضانة إلى أم الأم ليس لها أن تنتقل إلى مصرها
وإن كان العقد ثمة إنما هو حق الأم خاصة. في أدب القاضي في باب: المرأة يطلقها
زوجها فتريد أن تخرج، وليس لأم الولد إذا أعتقها مولاها أن تخرج بالولد من
المصر الذي فيه أبوه.

الابن^(١) إذا بلغ يخير بين أبويه، وقبل البلوغ الأب أحق إذا بلغ سبع سنين، فإن
أراد بعد البلوغ أن ينفرد له ذلك، وإن كان فاسداً [أو]^(٢) يخشى عليه شيء يلحق
للأب^(٣) بسبب ذلك ضمان أو عار فللأب أن يضمه إلى نفسه، وإن كانت بنتاً فأراد
الأب أن يضمها إلى نفسه إن كانت بكرًا له ذلك، وإن كانت ثيبًا أو كانت مأمونة ليس
له ذلك، وإن كانت غير مأمونة له ذلك. فإن^(٤) اختلف الأب والبنت البالغة يسأل^(٥)
عن حالها، وكذلك الغلام إذا بلغ عاقلاً زالت ولاية الأب، ولا حق للأب إن كان
مأموناً عليه، والله أعلم.



-
- (١) في أ: الأبوين.
(٢) سقط في ب.
(٣) في ب: الأب.
(٤) في ب: كأن.
(٥) في ب: فسأل.

الفصل الرابع والعشرون في المطلقة بثلاث تطليقات

ذكر في باب الإحصان من نكاح الأصل: إذا أقرت المطلقة بالثلاث^(١) بعد ما تزوجت بآخر وطلقها [الزوج الثاني. إن كان]^(٢) قد دخل بها حل للزوج الثاني أن يتزوجها^(٣)؛ لأنها أخبرت بزوال الحرمة التي هي حق الشرع، والعبد مصدق فيما

(١) في أ، ب: الثلاث.

(٢) في أ، ب: أن الزوج الثاني.

(٣) الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت زوجاً غيره فطلقها قبل أن يدخل بها أنها لا تحل للزوج الأول إذا لم يكن جامعها الزوج الآخر [سنن الترمذي (٤١٩/٣)].

وإلى هذا ذهب عامة أهل العلم وعدوه من الأئمة الفاسدة المحرمة، وأنه لا بد من دخول الثاني عليها لكي تحل لزوجها الأول.
واحتجوا لذلك بالكتاب، والسنة، والمعقول:
أولاً: الكتاب:

احتجوا من الكتاب بقوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.
وجه الدلالة من هذه الآية: دلت الآية على أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الأول حتى تزوج بزواج آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم بعد ذلك إن فارقها الأخير بالطلاق حل لزوجها الأول الزواج بها.
والآية وإن كانت مجملة ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ إلا أن الحديث جعل الوطاء شرطاً للحل فهو مفسر للآية.

ثانياً: السنة: احتجوا من السنة بما روى عروضة، عن عائشة، أنه سمعها تقول: جاءت امرأة رفاعَةَ الْقَرْظِيَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي، فَبِتَّ طَلَاقِي، فَتَزَوَّجْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزُّبَيْرِ بْنِ بَاطَا، وَإِنَّ مَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ، وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَأَبُو بَكْرٍ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، وَخَالِدُ بْنُ سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ بِالْبَابِ يَنْتَظِرُ أَنْ يُؤَدَّ لَهُ، فَتَنَادَى: يَا أَبَا بَكْرٍ أَلَا تَسْمَعُ مَا تَجْهَرُ بِهِ هَذِهِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ [أخرجه البخاري (٢٧٦/١٠) كتاب اللباس، باب: الإزار المهدب (٥٧٩٢)، وفي (٢٧٤/٩) كتاب الطلاق، باب: من جوز الطلاق الثلاث (٥٢٦١)، ومسلم (١٠٥٥/٢) كتاب النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره (١١١ - ١٤٣٣)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بظاهره على جعل الوطاء من الزوج الثاني شرطاً لحل المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول.
ثالثاً: المعقول:

احتجوا من المعقول بأن الغرض من زواج الثاني للمرأة المطلقة ثلاثاً عقوبة لزوجها الأول على ركوب المعصية وتعديه على ما جعل له، وأن يعلم أنه متى لم يكن له سبيل

إلى العود إلا على هذه الصفة وليس ذلك إلا في الوطء؛ لأن مجرد العقد لا عقوبة فيه . ولم يخالف هذا الاتفاق إلا سعيد بن المسيب رضي الله عنه، وقد نقل عنه الحافظ ابن حجر عن ابن المنذر ذلك فقال: قال ابن المنذر: أجمع العلماء على اشتراط الجماع لتحل للأول، إلا سعيد بن المسيب. ثم ساق - ابن المنذر - بسنده الصحيح عن سعيد بن المسيب قال: يقول الناس: لا تحل للأول حتى يجامعها الثاني، وأنا أقول: إذا تزوجها تزويجًا صحيحًا لا يريد بذلك إحلالها للأول فلا بأس أن يتزوجها الأول. قال ابن المنذر: لا نعلم أحدًا وافقه عليه إلا طائفة من الخوارج، ولعله لم يبلغه الحديث فأخذ بظاهر القرآن في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ . حيث جعل المقصود من النكاح هنا العقد لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ﴾ فأضاف النكاح إلى المرأة؛ لأن العقد منها كالرجل .

قال ابن قدامة ردًا على قول سعيد بن المسيب السابق: «وبعد ما ثبت في القرآن في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جماعة أهل العلم، منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم، وممن بعدهم من التابعين وغيرهم». ثم إن ابن نجيم الحنفي ذكر أن سعيد بن المسيب رجح عن فتواه هذه فقال: «وفي القنية أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه رجح عن مذهبه في أن الدخول بها ليس بشرط في صيرورتها حلالًا للأول» .

ثم اختلف العلماء في النكاح ليحلها لزوجها الأول على قولين: القول الأول: يجوز أن يتزوجها ليحلها للأول إذا لم يعلم بذلك الزوجان، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، والشافعي، وداود الظاهري، وأبو ثور، إلا أن الشافعي قال: صح النكاح مع الكراهة، وحلت بوطنه .

وهو مروى عن عطاء، والقاسم بن محمد، وعروة بن الزبير، والحكم، والشعبي، وابن سيرين، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وربيعه، وأبي الزناد. القول الثاني: أن الزوج الثاني إذا نوى تحليلها للزوج الأول لم تحل له بذلك، والنكاح باطل، وإلى هذا ذهب المالكية، والحنابلة، وبه قال إسحاق بن راهويه، وأبو عبيد. وهو مروى عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريرة رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، والحسن، وطاوس، والنخعي، وعبد الله بن يزيد بن هرمز، والوليد بن عبد الملك، وجابر بن زيد، وقتادة، والأوزاعي، والثوري [مصنف عبد الرزاق (٦/٢٦٥-٢٦٩)، مصنف ابن أبي شيبة (٤/٢٩٤-٢٩٦)، الإشراف (٤/٢٠٠)، المغني، لابن قدامة (٦/٦٤٦-٦٤٧)، عمدة القاري (١٧/١٥)، معالم السنن (٢/٥٦٢)، نيل الأوطار (٦/٢٧٦)، الفتح الرباني (١٦/١٩٥)].

أدلة القول الأول:

احتج أصحاب القول الأول بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أولاً: الكتاب:

احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلَ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرَاجَعَا﴾ .
وجه الدلالة من هذه الآية:

أباح الله في ظاهر كتابه للزوج الأول أن ينكحها إذا نكحها زوج غيره.
والمراد بالنكاح هاهنا الجماع؛ لأنه قال: ﴿زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ فقد تقدمت الزوجية فصار النكاح الجماع.

ثانياً: السنة النبوية: احتجوا من السنة بما روى عُرْوَةُ، عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّهُ سَمِعَهَا تَقُولُ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي، فَبِتَّ طَلْقِي، فَتَزَوَّجْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزُّبَيْرِ بْنِ بَاطَا، وَإِنَّ مَا مَعَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ: أَتُرِيدِينَ أَنْ تَزُوجِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ، وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَأَبُو بَكْرٍ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، وَخَالِدُ بْنُ سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ بِالْبَابِ يَنْتَظِرُ أَنْ يُؤَذَّنَ لَهُ، فَنَادَى: يَا أَبَا بَكْرٍ أَلَا تَسْمَعُ مَا تَجْهَرُ بِهِ هَذِهِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث على منع رسول الله ﷺ أن ترجع إلى الزوج الأول حتى يجامعها الزوج الثاني، فإذا جامعها حل للأول، وذلك أن كل من يتزوج مطلقاً ثلاثاً فإنه بوطئه لها محل، والمطلق محل له نوى ذلك أو لم ينوه.
فإن نوى الثاني على قصد أن يحللها للزوج الأول من غير أن يشترط ذلك في العقد صح النكاح، وبثبت الحل للأول إذا دخل بها الثاني وفارقتها.

ثالثاً: المعقول: احتجوا من المعقول بما يلي:

- ١ - قالوا: لأن العقد خلا عن شرط يفسده؛ فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال.
- ٢ - قالوا: لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد.

أدلة القول الثاني: احتج أصحاب القول الثاني بالسنة النبوية المطهرة والمعقول وذلك على النحو التالي:

أولاً: السنة النبوية: احتجوا من السنة بما يلي:

عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُحْلَلَّ وَالْمُحْلَلَّ لَهُ» [أخرجه أحمد (٤٤٨/١) والترمذي (٤٢٨/٣) والترمذي (٤٢٩) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١١٢٠)، والنسائي (١٤٩/٦) كتاب النكاح، باب: إحلال المطلقة ثلاثاً، والدارمي (١٥٨/٢) كتاب النكاح، باب: في النهي عن التحليل، والبيهقي (٢٠٨/٧) كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح المحلل من طرق عن سفيان عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن عبد الله بن مسعود قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأخرجه أحمد (٤٥٠/١، ٤٥١)، وأبو يعلى (٤٦٨/٨)، رقم (٥٠٥٤)، والبخاري في شرح السنة (٧٨/٥) من طريق عبد الكريم الجزري عن أبي واصل عن ابن مسعود به.
وفي الباب: عن علي، وأبي هريرة، عقبة بن عامر، وجابر، وابن عباس.

حديث علي: أخرجه أحمد (٨٧/١، ١٠٧، ١٢١، ١٣٣، ١٥٠، ١٥٨)، وأبو داود =

(٥٦٢/٢) كتاب النكاح، باب: في التحليل، حديث (٢٠٧٦)، والترمذي (٤٢٧/٣) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١١١٩)، وابن ماجه (٦٢٢/١) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١٩٣٥)، وأبو يعلى (٣٢٣/١)، رقم (٤٠٢)، والبيهقي (٢٠٨/٧) كتاب النكاح، باب: في نكاح المحلل، كلهم من طريق عامر الشعبي عن الحارث عن علي بن أبي طالب. قال: قال رسول الله ﷺ فذكره.

حديث عقبة بن عامر: أخرجه ابن ماجه (٦٢٣/١) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١٩٣٦)، والدارقطني (٢٥١/٣) كتاب النكاح، حديث (٢٨)، والحاكم (١٩٩/٢)، والبيهقي (٢٠٨/٧) كتاب النكاح، باب: نكاح المحلل، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٦٤٦/٢) من طريق الليث عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار وهو المحلل والمحلل له لعن الله المحلل والمحلل له».

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقال: وقد ذكر أبو صالح كاتب الليث عن ليث سماعه من مشرح.

ثم ساقه من طريقه عن الليث قال: سمعت مشرح به.

ثم قال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وقد أعلّ أبو زرعة هذا الحديث بعدم سماع الليث من مشرح فقال ابن أبي حاتم في العلل (٤١١/١)، رقم (١٢٣٢): سمعت أبا زرعة وذكر حديثاً رواه أبو صالح كاتب الليث وعثمان بن صالح قالوا: حدثنا الليث عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى. قال: المُحلل والمحلل له، فلعن الله الحالّ والمحلل له. قال أبو زرعة: وذكرت هذا الحديث ليحيى بن عبد الله بن بكير وأخبرته برواية عبد الله بن صالح وعثمان بن صالح فأنكر ذلك إنكاراً شديداً وقال: لم يسمع الليث من مشرح شيئاً ولا روى عنه شيئاً وإنما حدثني الليث بن سعد بهذا الحديث عن سليمان بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ... فذكر الحديث، قال أبو زرعة: الصواب عندي حديث يحيى، يعني: ابن عبد الله بن بكير. وقد أعلّ الإمام البخاري هذا الحديث بنفس العلة وهي عدم سماع الليث من مشرح بن هاعان.

فقال الترمذي في العلل الكبير، ص (١٦١، ١٦٢)، رقم (٢٧٤): سألت محمداً - يعني البخاري - عن حديث عبد الله بن صالح حدثني الليث بن سعد عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر... فذكره.

فقال: عبد الله بن صالح لم يكن أخرجه في أيامنا ما أرى الليث سمعه من مشرح بن هاعان؛ لأن حياة روى عن بكر بن عمرو عن مشرح.

ويرد هذا كله تصريح الليث بسماعه من مشرح عند ابن ماجه، فقال الليث: قال لي أبو مصعب مشرح بن هاعان، وعند الحاكم: من طريق أبو صالح عن الليث قال: سمعت مشرح، وعند البيهقي أيضاً.

ترتفع بذلك مظنة الانقطاع بين الليث ومشرح. والحديث ذكره البوصيري في الزوائد (١٠٢/٢) وقال: هذا إسناد مختلف فيه من أجل أبي مصعب. وأبو مصعب هو مشرح ابن هاعان.

قال الحافظ في التقریب (٢/٢٥٠): مقبول.

يعني عند المتابعة وإلا فلين الحديث.

حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد (٢/٣٢٣)، وابن الجارود (٦٨٤)، والبخاري (١٦٧/٢ - كشف)، رقم (١٤٤٢)، وابن أبي حاتم في العلل (١/٤١٣)، رقم (١٢٣٧)، والبيهقي (٢٠٨/٧) من طريق عبد الله ابن جعفر المخرمي عن عثمان بن محمد عن المقبري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ لعن الله المحلل والمحلل له.

وذكره الحافظ في التلخيص (٣/١٧٠) وزاد نسبه إلى إسحاق بن راهويه والترمذي في العلل وقال: وحسنه البخاري.

وقال الهيثمي في المجمع (٤/٢٧٠): رواه أحمد والبخاري وفيه عثمان بن محمد الأخنس وثقه ابن معين وابن حبان وقال ابن المديني: له عن أبي هريرة منكر.

وهنا لم يروه عن أبي هريرة ولكن رواه عن المقبري عن أبي هريرة.

حديث جابر: أخرجه الترمذي (٣/٤٢٧) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١١١٩) ومن طريقه ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/٦٤٧) من طريق مجالد ابن سعيد عن الشعبي عن جابر به.

وقال الترمذي: هذا حديث ليس إسناده بالقائم.

فإن مجالد بن سعيد قد ضعفه بعض أهل العلم منهم أحمد بن حنبل.

وقال ابن الجوزي: قال أحمد: مجالد ليس بشيء وقال يحيى لا يحتج بحديثه.

وقال ابن الجوزي أيضاً: وقد روي هذا المعنى من طريق صحاح عن ابن مسعود وغيره.

حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجه (١/٦٢٢) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١٩٣٤) حدثنا محمد بن بشار ثنا أبو عامر عن زمعة بن صالح عن سلمة بن وهرام عن عكرمة عن ابن عباس قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له.

قال البوصيري في الزوائد (٢/١٠٢): هذا إسناد ضعيف لضعف زمعة بن صالح.

رواه أبو يعلى في مسنده حدثنا أبو هشام حدثنا أبو عامر حدثنا زمعة ذكره بزيادة في آخره.

وقال ابن حجر في التلخيص (٣/١٧٠): وفي إسناده زمعة بن صالح وهو ضعيف.

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بمجموع طرقه بظاهره على تحريم التحليل؛ لأن اللعن إنما يكون على ذنب كبير، فدل على بطلان النكاح لمنافاته مقتضى النكاح ومقصوده؛ لأن المقصود به إباحة البضع لغير النكاح فوجب أن يفسخ.

قال ابن القيم في هذا الصدد: إن أربعة من سادات الصحابة - رضي الله عنهم - وقد شهدوا على رسول الله ﷺ بلعنة أصحاب التحليل، وهما: المحلل، والمحلل له، وهذا إما خبر عن الله فهو خبر صدق، وإما دعاء فهو دعاء مستجاب قطعاً، وهذا يفيد

هو حق الله تعالى، ولم يشترط في الكتاب أن يكون ثقة، وكذلك لو أخبر عنها بذلك ثقة يريد به: أنها إذا أرسلت رسولا بذلك كان الجواب كما قلنا. فقد شرط العدالة في الرسول ولم يشترط ذلك في المرأة.

وفي تجريد القدوري: إذا أتت^(١) المطلقة بالثلاث إلى زوجها وقالت: [قد]^(٢) تزوجت زوجا ودخل بي وانقضت عدتي جاز له أن يتزوجها، ويصدقها إذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة، ولو قالت له: حلت، لا يحل له أن يتزوجها ما لم يستفسرها، لاختلاف الناس في حلها للأول بمجرد^(٣) العقد الثاني قبل

أنه من الكبائر الملعون فاعلها، ولا فرق عند أهل المدينة، وأهل الحديث، وفقهائهم بين اشتراط ذلك بالقول أو بالتواطؤ، والقصد، فإن المقصود في العقود عندهم معتبرة، والأعمال بالنيات، والشرط المتواطأ عليه الذي دخل عليه المتعاقدان كالمفوض عندهم، والألفاظ لا تراد لعينها، بل للدلالة على المعاني، فإذا ظهرت المعاني والمقاصد فلا عبرة بالألفاظ؛ لأنها وسائل، وقد تحققت غاياتها، فترتب عليها أحكامها.

ثانياً: المعقول: احتجوا من المعقول بوجهين:

الأول: أن العقد إنما يبطل بنية الزوج؛ لأنه الذي إليه المفارقة والإمساك، أما المرأة فلا تملك رفع العقد، فوجود نيتها وعدمها سواء، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئاً من العقد، ولا من رفعه، فهو أجنبي كسائر الأجانب.

الثاني: ولأنه قصد به التحليل فلم يصح؛ كما لو شرطه.

ينظر: بدائع الصنائع (١٨٨/٣)، البحر الرائق (٦١/٤)، (٨٤/٥)، المبسوط (٩/٦-١٠)، الاختيار (١٥١/٣)، فتح القدير، لابن الهمام (١٨١-١٨٢/٤)، المعونة، للبغدادي (٨٣٠/٢)، القوانين الفقهية، ص (٢٣٣)، المدونة الكبرى (٢/٢٩٤-٢٩٦)، شرح الزرقاني (٢١٥/٣)، المنتقى للباهي (٣/٢٩٩-٣٠٠)، روضة الطالبين (٧/١٢٧)، المهذب (٦٠/٢)، مغني المحتاج (٣/١٨٣)، المغني، لابن قدامة (٦/٦٤٧-٦٤٨)، (٨/٤٧٢-٤٧٣)، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، لأحمد بن عبد الرحمن بن محمد البنا الساعاتي، دار إحياء التراث العربي، ط (٢) (١٩٥/١٦)، المبدع (٧/٨٥، ٨٦)، الإنصاف (٨/١٦١-١٦٢)، الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط (١)، (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ص (٦٥)، فقرة رقم (٤١٠)، فتح الباري (٩/٣٧٧)، الكافي (١/٤٣٧)، المحرر (٢/٢٣)، المحلى (١٠/١٨٣)، تفسير القرطبي (٣/١٤٨)، نيل الأوطار (٦/٢٧٥)، زاد المعاد (٥/١١٠).

(١) في ب: أبت.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: يكون.

الدخول، وإن كان الزوج هو الذي أقر بالدخول والمرأة ما أقرت بذلك لم يحل للزوج الأول أن يتزوجها، ولا يصدق الزوج الثاني عليها وإن كان قد دخل بها، ولو أنكرت [وادعت^(١) هي]^(٢) الدخول بعد ما تزوجها الأول فإقرارها لم يصدق في ذلك لكونها متناقضة فيه، وإن كان الزوج الأول بعدما تزوجها أنكرا أن يكون الزوج الثاني [قد]^(٣) دخل بها وادعت هي الدخول كان القول قولها؛ لأن إقدام الزوج الأول على النكاح بعد نكاح الثاني إقرار منه بالدخول [دلالة]^(٤)، ولو أقر بذلك صريحاً ثم أنكرا لا يلتفت إلى إنكار ذلك كذلك هاهنا.

يريد بقوله: لا يلتفت إلى قول الزوج الأول؛ أن بقوله لا يظهر فساد النكاح من الأصل إنما يفسد النكاح بقوله للحال حتى يجب عليه نصف المسمى إن لم يكن دخل بها، ذكر المسألة مفسرة.

وفيه أيضاً^(٥): قال الحسن بن زياد: إذا تزوجها ولم تخبره بشيء، ثم قالت: لم أتزوج أو لم [يدخل بي]^(٦) الثاني. وكذبها الأول^(٧)، فالقول قول المرأة في ذلك، ولو كان الزوج هو الذي قال: لم تتزوجي أو لم يدخل بك الثاني. وقالت المرأة: لا، بل كان [كذلك]^(٨)، فالقول قولها ويفسد النكاح بقوله، ولها عليه نصف المسمى إن لم يدخل بها، [والكل إذا دخل بها]^(٩).

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: المطلقة الثلاث إذا طلقها الزوج الثاني فاعتدت [منه وعادت]^(١٠) إلى الزوج الأول [بنكاح جديد، ثم ادعت أن الثاني لم يكن دخل بها، فإن كانت عالمة بشرائط الحل للأول]^(١١) لا تصدق، وله أن

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في أ، ب.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في أ، ب: تجريد القدوري.
- (٦) في أ: تدخل تحت.
- (٧) في أ: الزوج.
- (٨) سقط في ب.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) في م: حلت.
- (١١) سقط في أ.

يمسكها، وإن كانت جاهلة بالشرائط [صدقت؛ لأن إقدامها على النكاح مع العلم بشرائط الحل إقرار بوجود^(١) تلك الشرائط، فأما الإقدام مع الجهل بالشرائط]^(٢) لا يكون إقرارا بوجود الشرط.

وفي نكاح المنتقى قال هشام: سألت محمدا - رحمه الله - عن رجل طلق امرأته بعد الدخول بها ثم تزوجت بزواج آخر بعد الطلاق بيوم، فقال الزوج: تزوجتك ولم تنقض عدتك. وقالت: قد كنت أسقطت بعد الطلاق، فالقول قول الزوج، وإن بدأت^(٣) هي قبل أن تزوج نفسها من هذا الرجل أو بعد ذلك وقالت: قد كنت أسقطت بعد الطلاق وانقضت عدتي وتزوجت. قبل قولها، فإن قال الزوج بعد ذلك: كنت في العدة حين تزوجتك، [قال]^(٤): فسخت النكاح بينهما وقضيت لها بنصف المهر على الزوج.

وفي طلاق المنتقى: أبو سليمان عن أبي يوسف: رجل طلق امرأته ثلاثا فمكثت شهرين ثم تزوجها رجل^(٥) فقالت بعد النكاح: لم تكن عدتي [قد]^(٦) انقضت. لم تصدق المرأة وله أن يمسكها في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقولهما، وتزويجها نفسها إقرار بانقضاء العدة، ولو كان الزوج بعد الطلاق [في]^(٧) وقت لا تنقضي العدة في مثله قبل قولها، ولو تزوجها الزوج الأول بعد سنين من وقت الطلاق فقالت بعد ذلك: لم أتزوج غيرك، فالقول قولها، قال: وليس هذا كالعدة، وإذا عادت إلى الزوج الأول وزوجت نفسها منه وكان ذلك بعد مضي مدة يمكنها الاعتداد والتزوج بآخر والاعتداد من الثاني ثم قالت: من حلاله نكرده توذم، لم تصدق في ذلك، وإن كان أقل من ذلك ينبغي أن تصدق [في ذلك]^(٨). والله أعلم.

(١) في ب: يوجد.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بدت.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في أ: آخر.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ، م.

الفصل الخامس والعشرون

في النكاح بالكتابة والرسالة^(١) مع الغائب

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا كتب إليها يخطبها فزوجت نفسها منه كان صحيحًا.

والأصل في ذلك أن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، وقد صح أن النبي ﷺ كتب إلى النجاشي^(٢) يخطب أم حبيبة^(٣) فزوجها النجاشي منه^(٤). إلا أن الكتاب من [الغائب مع]^(٥) الخطاب من الحاضر يفترقان من وجه، فإن الحاضر إذا خطبها فلم تجبه في مجلس الخطاب وأجابته^(٦) في مجلس آخر لا يصح النكاح، وإذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك المجلس، وإنما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب يجوز النكاح.

وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوجت نفسي من فلان. وكان ذلك بمحضر من الشهود لا ينعقد النكاح، وإذا^(٧) بلغه الخبر وأجاز، جاز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -؛ لأن سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط انعقاد النكاح، والشهود إن سمعوا كلامها لم يسمعوا كلام الزوج، ولو قرأت الكتاب على الشهود و^(٨)

(١) زاد في أ: وفي النكاح زاد وفي ب: في النكاح.

(٢) هو: أصحمة النجاشي ملك الحبشة، أسلم في عهد النبي ﷺ وأحسن إلى المسلمين الذين هاجروا إلى أرضه، وتوفي ببلاده قبل فتح مكة، وصلى عليه النبي ﷺ بالمدينة وكبر عليه أربعا؛ وأصحمة اسمه، والنجاشي لقب له ولملوك الحبشة.

ينظر: تهذيب الأسماء اللغات (٢/٢٨٧)، العبر (١/١٠، ٤٢٠).

(٣) هي: رملة بنت أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية الأموي، أم حبيبة، زوج النبي ﷺ، أسلمت قديمًا، وأمها صفية بنت أبي العاص بن أمية، وهاجرت إلى الحبشة، فزوجها رسول الله ﷺ وهي هناك سنة ست، وقيل: سنة سبع. روت عن: النبي ﷺ، وعن زينب بنت جحش. وروى عنها: ابنتها حبيبة، وأخواها مُعَاوِيَةَ وعنيسة وغيرهم. قال أبو عبيد: توفيت سنة أربع وأربعين، وقيل غير ذلك.

ينظر: تهذيب الكمال (٣٥/١٧٥)، وتهذيب التهذيب (٧/٦٦٧)، وتقريب التهذيب

(٢/٥٩٨).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين (٤/٢١).

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وأجابت.

(٧) في م: وإن.

(٨) في ب، م: أو.

قالت: إن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أنني قد زوجت نفسي منه صح النكاح؛ لأن الشهود سمعوا كلامها بإيجاب العقد وسمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم إما بقراءة الكتاب أو العبارة عنه.

وإن جاء الزوج بالكتاب مختوما وقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا عليه. لا يصح في [قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-] ^(١) حتى يقرأ عليهم الكتاب أو يعلمهم ما في الكتاب، خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - .

ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جحد الزوج الكتاب فشهدوا ^(٢) أن هذا كتابه ^(٣) إلى فلانة ولم يشهدوا بما في الكتاب، لا تقبل الشهادة عندهما ولا يقضى بالنكاح.

وإذا أرسل إليها رسولا فالحر والعبد والصغير والكبير والعدل والفاستق في ذلك [على] ^(٤) السواء؛ لأن الرسالة تبليغ عبارة المرسل إلى المرسل إليه، ولكل واحد من هؤلاء عبارة مفهومة فيصح تبليغ الرسالة منهم، فإذا بلغ الرسالة وقال: إن فلانا يسألك أن تزوجني نفسك منه. فأشهدت أنها قد زوجت [نفسها منه] ^(٥) كان ذلك جائزاً، وإذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه البينة؛ لأن الرسول بلغها عبارة المرسل وكأن المرسل حضر بنفسه وعبر عن نفسه بين يدي الشهود، وإن كان الرسول قد خطبها وضمن لها المهر وقال: أمرني بذلك. فزوجت نفسها ثم حضر الزوج وصدق الرسول في الرسالة والأمر بالضمان صح النكاح ^(٦) والضمان إذا كان الرسول من أهل الضمان.

وإذا [أدى] ^(٧) الضمان يرجع بذلك على الزوج، وإن كذبه في الأمر بالضمان وصدقه في الرسالة، صح [الضمان وصح النكاح] ^(٨) فيما بين المرأة والرسول لا في حق المرسل، حتى [كان] ^(٩) للمرأة أن ترجع على الرسول بالصداق، ولا يرجع الرسول على الزوج بما أدى من ذلك، وإن كذبه في الرسالة والأمر بالضمان ولا بينة له على ذلك فالنكاح باطل ولا مهر على الزوج ولها أن تطالب الرسول بالمهر؛ لأن في زعمها أن النكاح صحيح وأن الضمان صحيح، بعد هذا اختلفت الروايات.

ذكر في نكاح الأصل، وفي بعض روايات كتاب الوكالة: أنها تطالب الرسول

- | | |
|-------------------------|------------------------------|
| (١) في ب: قولهما. | (٦) زاد في أ: صح. |
| (٢) في أ: فيشهدوا. | (٧) سقط في أ. |
| (٣) في م: كتبه. | (٨) في ب: صح النكاح والضمان. |
| (٤) سقط في ب. | (٩) سقط في م. |
| (٥) في أ: و، وسقط في ب. | |

بجميع المهر.

فقيل: في المسألة روايتان.

وقيل: اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وهو الصحيح.

موضوع ما ذكر في كتاب النكاح: أن القاضي فرق بينهما بطلبها ذلك حتى لا تبقى معلقة مظلومة فسقط نصف المهر عن الأصيل بزعمها، لكون الفرقة جائية من قبل الزوج قبل الدخول فيسقط عنه الضمان.

وموضوع^(١) ما ذكر في كتاب الوكالة: أن المرأة لم تطلب التفريق لكن قالت: أصبر حتى يقر بالنكاح أو أجد بينة على الأمر بالنكاح. فيبقى جميع المهر بزعمها على الأصيل فكذا على الكفيل، وإن قال الرسول: لم يأمرني فلان لكنني أزوجه وأضمن عنه المهر ففعل ثم أجاز الزوج النكاح جاز عليه ولزم الرسول الضمان، وإن أبى الزوج أن يجيز النكاح لم يكن على الرسول شيء من الضمان؛ لأن أصل السبب قد انتفى برد الزوج النكاح فينتفي حكمه وهو وجوب الصداق، وبراءة الأصيل حقيقة توجب براءة الكفيل.

وإذا عقد عقد النكاح واحد وهو ولي من الجانبين بولاية أصلية نحو الملك، أو^(٢) القرابة، أو بولاية عارضية غير^(٣) الوكالة صح العقد.

أما^(٤) بيان الأول: إذا زوج ابنة أخيه^(٥) الصغيرة لابن أخيه الصغير وليس لها ولي أقرب [منه]^(٦)، أو زوج ابنة عمه وهي صغيرة من نفسه لا ولي لها أقرب منه، ولو كانت ابنة العم كبيرة فقال [لها]^(٧): إني أريد أن أزوجك من نفسي، فسكتت وهي بكر [فذهب]^(٨) فتزوجها.

بيان الثاني: إذا وكله رجل أن يزوجه فلانة ووكلته فلانة أن يزوجه من ذلك الرجل، أو وكلت امرأة^(٩) رجلا أن يزوجه من نفسه فتزوجها. ولا يتوقف شرط العقد على ما وراء المجلس عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافا لأبي يوسف - رحمه الله - .

- (١) في م: وموضع. (٦) يسقط في أ، ب.
 (٢) في أ: و. (٧) في أ: له.
 (٣) في أ، ب: عن. (٨) سقط في ب.
 (٤) في ب: و. (٩) في أ: المرأة.
 (٥) في أ: أخته.

حتى [لو] ^(١) أن فضولياً قال ^(٢): زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل منهما أحد، أو قالت المرأة ^(٣): زوجت نفسي من فلان الغائب ولم يقبل منه [أحد، أو قال رجل] ^(٤): تزوجت فلانة [وهي غائبة] ^(٥) ولم يجب عنها أحد، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : لا يتوقف [هذا] ^(٦) على إجازة الغائب، وعلى قول أبي يوسف: يتوقف.

وكذلك إذا كان فضولياً من أحد الجانبين وكَيْلاً من الجانب الآخر ففي توقف كلامه اختلاف.

ولو قال فضولي: زوجت فلانة [من فلان] ^(٧)، وقبل عن فلان فضولي آخر، أو قال رجل: تزوجت فلانة، فقال رجل فضولي: [زوجتها منك، أو قالت امرأة: زوجت نفسي من فلان، فقال فضولي] ^(٨): قبلت عنه، ففي هذه المسائل يتوقف العقد على الإجازة بالاتفاق، هذا هو الكلام في [النكاح] ^(٩)، واتفق علماؤنا أن شطر العقد في باب البيع لا يقف على ما وراء المجلس، حتى إن الرجل إذا قال لقوم: اشهدوا أنني قد بعته عبيدي فلاناً، فبلغ ذلك فلاناً فقال: قد اشتريته، لم يجز بالاتفاق.

قال محمد - رحمه الله - لو كتب إلى رجل: بعني عبدك بألف درهم، فقال: بعته، كان جائزاً.

قال شيخ الإسلام: وهذا لا يكاد يصح؛ لأن الحاضر لو قال لغيره: بعني عبدك بكذا، فقال: بعته، لا يتم البيع ما لم يقل: قبلت، فكذا إذا كتب فلا بد من زيادة شيء وذلك بأن يكتب: قد اشتريت عبدك بكذا فبعه مني، فإذا قال الآخر: بعته، فحينئذ يتم البيع بينهما كما لو كان حاضراً.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وجه تصحيح ما ذكر محمد - رحمه الله - : أن ^(١٠) قول الحاضر: بعني، يكون استثناءً عادة وعرفاً، ومن الغائب إذا كتب أحد شطري العقد عادة، فإذا انضم إليه الثاني يتم البيع.

- | | |
|--------------------------------|---------------------|
| (١) سقط في ب. | (٦) سقط في ب. |
| (٢) في ب: لو قال. | (٧) سقط في أ، م. |
| (٣) في ب امرأة. | (٨) سقط في أ، م. |
| (٤) في ب: أحداً وقال. | (٩) سقط في ب. |
| (٥) في أ: تعني من فلان الغائب. | (١٠) زاد في م: على. |

الفصل السادس والعشرون

في مسائل الغزل والجهاز وهدية العدة

امراً غزلت^(١) قطن زوجها ثم وقع بينهما فرقة واختلفا في الغزل فقال كل واحد منهما: الغزل لي، فإن كان الزوج يباع القطن فالغزل لها وعليها مثل قطن الزوج، لأن الظاهر أنه اشترى القطن للتجارة لا لغزل المرأة فتصير المرأة غاصبة بالغزل، وإن لم يكن الزوج يباع القطن فالغزل له، لأن الظاهر أنه إنما حمل القطن إلى البيت لغزل المرأة والظاهر أن المرأة تغزل للزوج، وكذلك هذا الجواب فيما إذا طبخت المرأة القدر من اللحم الذي جاء به الزوج، ولو قال لها الزوج حين جاء بالقطن: اغزلي، فيكون [لي ولك]^(٢) منه الثوب والمتاع، فالغزل للزوج ولها أجرة مثلها؛ لأنه أستاذجرها ببعض ما يحصل من عملها، فإن اختلفا كان القول قول الزوج؛ لأن هذا الشرط وهو شرط الأجر يستفاد من قبله فيكون القول [قوله]^(٣) مع يمينه، هذه الجملة في فتاوى أهل سمرقند.

وفي نكاح فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: امرأة غزلت قطن زوجها بإذنه وكانا يبيعان من ذلك الكرباس^(٤) ويشتريان بالثمن أمتعة لحاجة بينهما، واتخذتا ببعض الكرباس ثياب البيت، فجميع ذلك من الكرباس، وما اشترى [به]^(٥) للزوج؛ لأن المرأة تعمل للزوج عادة فيكون ذلك للرجل إلا الأشياء التي اشترى لها، أو علم عادة أنه اشترى لها فيكون لها.

وفي بيوع فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: رجل كان يدفع إلى امرأته^(٦) ما يحتاج إليه، وكان يدفع إليها^(٧) أحياناً دراهم ويقول: اشترى بها قطننا واغزلي، كانت تشتري وتغزل ثم تباع وتشتري بثمنها أمتعة البيت كانت الأمتعة لها؛ لأنها اشترت من غير توكيل الزوج إياها بالشراء فتكون مشتريه لنفسها، ولو اشترى الزوج قطعاً فغزلته

(١) الغزل: الصوف أو القطن ونحوهما غزلا فتله خيوطا بالمغزل.
ينظر: المعجم الوسيط (٢/٢١٤).

(٢) في أ: ذلك ولي.

(٣) في أ: له، وفي ب: قول الزوج له.

(٤) في أ: للدباس. (٥) سقط في ب.

(٦) في ب: امرأة. (٧) في أ: إليه.

المرأة بإذنه أو بغير إذنه كان ذلك للزوج؛ لأن هذا من جملة خدمة البيت وكانت عاملة للزوج.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل اشترى قطناً وأمر امرأته أن تغزله فغزلته [قال: هو له، فإن وضعه في البيت فغزلته] ^(١) فهو لها دونه ^(٢) ولا شيء عليها؛ وهو بمنزلة الطعام وضعه في بيته فأكلته.

وفيه أيضاً: رجل جاء بقطن لتغزله امرأته ولم يقل لها: اغزليه، أو قال لها: اغزليه، وترك عندها نفقة لتأكلها وتتفجع بها ولم يفرض لها كل شهر نفقة فاشتريت منها قطناً وغزلته فهو للزوج في جميع هذه الوجوه، وإن فرض لها في كل شهر نفقة واشترت منها قطناً وغزلته، فهو لها، وإن كان له في بيته قطن فغزلته بغير أمره، فهو لها.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله -: رجل اشترى قطناً وغزلته ^(٣)، فقال لها الرجل: غزلتيه بغير أمري فالقول قوله، قال: لأن القطن له.

رجل جاء إلى معتدة الغير وقال: أنفق عليك ما دمت في العدة على ^(٤) أن تزوجي نفسك مني إذا انقضت عدتك، ورضيت به المرأة، فأنفق عليها حتى انقضت عدتها، كان له أن يرجع عليها بما أنفق، زوجت نفسها أو لم تزوج في فتاوي الفضلي.

وحكي عن بعض المشايخ: أن الزوج إنما يرجع إذا شرط الرجوع عند الإنفاق بأن قال: أنفق عليك بشرط أن تزوجي نفسك مني فإن لم تفعلي أرجع عليك بما أنفق، أما بدون شرط الرجوع [لا يكون له حق الرجوع] ^(٥). والأصح أنها إذا زوجت نفسها منه لا يرجع عليها بما أنفق، وإذا لم تزوج [نفسها منه] ^(٦) يرجع عليها بما أنفق، شرط الزوج الرجوع عند الإنفاق إذا لم تزوج نفسها منه أو لم يشترط؛ هذا إذا أنفق عليها بشرط الزوج، فأما إذا أنفق عليها من غير هذا الشرط ولكن علم عرفاً أنه ينفق بشرط أن تزوج نفسها منه، اختلف المشايخ فيه:

منهم من قال: يرجع على قياس ما ذكره الفضلي؛ لأن المعروف كالمشروط، وهو الأشبه عندنا.

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: دونها.

(٣) زاد في ب: المرأة.

(٤) في أ: إلى.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : [الصحيح] ^(١) أنه لا يرجع .
ومن هذا الجنس: إذا قال الرجل ^(٢): اعمل معي في كرمي هذه السنة حتى
أزوجك ابنتي، فعمل معه السنة كلها، ثم بدا للرجل أن يزوج ابنته منه، هل يجب
للعامل عليه [مهر المثل أو أجر مثل عمله] ^(٣) ؟
وقد اختلفت المشايخ فيه: بعضهم قالوا: [لا يجب .
وبعضهم قالوا] ^(٤) يجب، وهو الأشبه .

وكذلك اختلفوا فيما [إذا] ^(٥) عمل العامل ابتداء من غير [أمر] ^(٦) أب الابنة إياه
بالعمل بشرط التزويج، ولكن علم أنه إنما يعمل معه طمعاً في التزويج .
وعلى هذا؛ إذا قال الرجل ^(٧): اعمل معي في كرمي حتى أفعل في حقك كذا
وكذا، ثم أبقى أن [يفعل] ^(٨) .

رجل زوج ابنته وجهازها فماتت ابنته فزعم أبوها أن الذي دفع إليها من الجهاز ماله
وأنه لم يهبه لها ^(٩) إنما [إعارة منه إليها] ^(١٠) فالقول للزوج وعلى الأب [البينة] ^(١١) ؛
لأن الظاهر شاهد للزوج؛ لأن الظاهر أن الأب إنما ^(١٢) جهز ابنته فدفع ^(١٣) إليها ذلك
بطريق الملك . والبينة الصحيحة أن يشهد عند التسليم إلى الابنة: أنني إنما سلمت
هذه الأشياء إلى البنت بطريق العارية، أو يكتب نسخة معلومة ويشهد الأب على ^(١٤)
إقرارها أن جميع ما في هذه النسخة ملك والدي عارية في يدي منه، لكن هذا يصلح
للقضاء لا للاحتياط لجواز أنه إنما اشترى لها بعض هذه الأشياء في حالة الصغر،
فهذا الإقرار لا يصير للأب فيما بينه وبين الله تعالى . فالاحتياط أن يشتري منها ما في
هذه النسخة بثمن معلوم، ثم إن البنت تبرؤه عن الثمن .

وحكي عن القاضي الإمام ركن الإسلام علي السعدي - رحمه الله - : أن القول
قول الأب؛ لأن اليد استفيد من جهته فيكون القول قوله أنه أن بأي جهة أثبتها وبه

- | | |
|--------------------------|-------------------------|
| (١) سقط في أ . | (٨) سقط في ب . |
| (٢) في أ: لرجل . | (٩) في ب: منها . |
| (٣) في م: مثل أجر عمله . | (١٠) في ب: أعاره منها . |
| (٤) سقط في أ، م . | (١١) سقط في ب . |
| (٥) سقط في م . | (١٢) في ب: إذا . |
| (٦) سقط في م . | (١٣) في ب: يدفع . |
| (٧) في أ: لي رجل . | (١٤) في ب: في . |

أخذ بعض مشايخنا .

وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب السير في باب الوصية بالمال فقال: العارية تبرع، والهبة تبرع، والعارية أذناها فحمل على الأدنى.

وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: المختار للفتوى أن العرف إذا كان مستمرا أن الأب يدفع ذلك جهازا لا عارية كما في ديارنا فالقول قول الزوج، وإن كان العرف مشتركا فالقول قول الأب.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: امرأة ماتت واتخذت والدتها مأتما وبعثت زوج البنت إليها بقرة فذبحتها وأنفقتها أيام المأتم فطلب الزوج قيمة البقرة، فإن اتفقا أنه بعث إليها وأمرها أن تذبح وتطعم من اجتمع عندها ولم يذكر القيمة، ليس له أن يرجع عليها؛ لأنها فعلت ما فعلت بإذن الزوج من غير شرط القيمة، وإن اتفقا على أنه بعث إليها لتذبح وتطعم [من اجتمع]^(١) عندها ليرجع بالقيمة عليها، كان له أن يطالبها بالقيمة لاتفاقهما^(٢) على شرط القيمة، وإن اختلفا في ذلك فالقول قول أم الميتة؛ لأن حاصل اختلافهما في شرط الضمان، وأم الميتة تنكر ذلك.

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: لانفاقها.

نوع في مسائل المتفرقات:

إذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين في دار الإسلام عرض القاضي الإسلام على الآخر، فإن صرح بالإباء فالقاضي لا يعرض عليه الإسلام مرة أخرى ويفرق بينهما، فإن سكت ولم يقل شيئاً فالقاضي يعرض عليه الإسلام [مرة]^(١) بعد مرة حتى تتم الثلاث، واحتياطاً كتبه^(٢) في شرح السير في باب ما يكون إماماً وما لا يكون إماماً على شرط [اشتراط]^(٣).

ادعت امرأة على زوجها أنه صالحها من نفقتها على عشرة دراهم كل شهر، وقال الزوج: صالحتها^(٤) على خمسة دراهم كل شهر، فالقول قول من شهد له نفقة مثلها، إن كان نفقة مثلها عشرة أو أكثر فلها عشرة، وإن كانت خمسة أو أقل فلها خمسة دراهم.

ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الرجوع عن الشهادات: ولا نفقة للناشزة ما دامت على نشوزها^(٥) والمسألة معروفة، ويستوي أن [تكون]^(٦) نفقتها مفروضة أو [لا]^(٧) تكون مفروضة؛ لأن الناشزة إنما لا تستحق النفقة حالة النشوز؛ لأن النفقة إنما تجب إزاء الاحتباس في بيت الزوج، فبدون الاحتباس لا تجب في حق [هذا المعنى]^(٨) المفروضة وغير المفروضة على السواء، إليه أشار محمد - رحمه الله - في الجامع في الباب الثاني من كتاب القضاء.

تزوج رجل امرأة لأجل ابنه وبعث الرجل بهدايا^(٩) إلى المرأة، ثم مات الابن قبل تسليم المرأة إليه هل يرجع الأب بما بعث من الهدايا إليها؟ ينظر: إن كان [ما بعثه هالكا لا يرجع، وإن كان قائماً، إن كان]^(١٠) بعث الهدايا من مال الابن برضاه لا

(١) سقط في ب. (٢) في ب: كتبه.

(٣) سقط في أ. (٤) في ب: صالحتك.

(٥) النشوز معناه: معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النشز، وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعال عما أوجب الله عليها من طاعته -.

ينظر: المغني، لابن قدامة (٢٤١/٧)، جامع البيان، للطبري (٤/٦٩)، والتفسير الكبير

(١٠/٩٣)، والجامع لأحكام القرآن (٥/١٧٦)، وتفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٢/

٢٥٧)، وروح المعاني (٥/٢٤)، والتحريم والتنوير (٥/٤١).

(٦) سقط في أ. (٧) سقط في ب.

(٨) في أ: هذه المفروضة. (٩) زاد في ب: سوى الدبسي.

(١٠) سقط في أ.

يرجع، وإن [كان]^(١) بعث من مال نفسه يرجع.

في المنتقى: لو تزوج امرأة على ثوب موصوف إلى أجل فلما حل الأجل غضبت من الزوج ثوبا على تلك الصفة فهو قصاص، ولو تزوج امرأة على خادم وسط فغضبت منه خادما فهو ليس بقصاص.

تبرع رجل بالمهر عن الزوج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، عاد نصف المهر إلى ملك الزوج، ولو جاءت الفرقة من قبلها، عاد كل المهر إلى [ملك الزوج]^(٢).
[وفي كتاب النكاح من الزيادات: من قضي دين غيره بسبب]^(٣) فعند ارتفاع [ذلك]^(٤) السبب يعود المقضي به إلى ملك القاضي إن قضاه بغير [أمر]^(٥) المقضي عنه، وإن قضاه بأمر المقضي عنه يعود إلى ملك المقضي عنه.

ذكر في مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام - رحمه الله - عن رجل ادعى على امرأة أنها منكوحته وحلاله، وهي تقول: كنت امرأته طلقني وانقضت عدتي فتزوجت بهذا الرجل الثاني، والرجل الثاني يدعي ذلك ولم تقم لهذا المدعى بينة، فتوسط المتوسطون بين المدعي وبين هذه المرأة حتى اختلعت منه بمال واعتدت، هل تحل للزوج من غير تجديد العقد؟

قال: لا حاجة إلى تجديد العقد إلى الاعتداد عن المدعي ولا صحة لهذا الخلع؛ لأن نكاح المدعي لم يثبت فكيف يصح الخلع، وإقدامها على الخلع وإن جعل كإقرارها بالنكاح دلالة إلا أن إقرارها للأول صريحا بعد ما أقرت للثاني لا يصح، فكذا إقرارها^(٦) دلالة من طريق الأولى.

ادعت امرأة على رجل نكاحها وجحد، واستحلف على قولها فحلف، فعزمت على تلك الخصومة معه في النكاح، لا يفسخ النكاح حتى لو تزوجت بزواج لا يجوز؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ بخلاف البيع، فإن هناك إذا حلف [المدعى عليه وعزم]^(٧) المدعي [على]^(٨) ترك الخصومة يفسخ البيع، أما إذا عزم قبل التحليف لا يفسخ البيع. في باب: من البيع في العيب وغيره يكون إقالة، من بيوع الجامع، والله أعلم.

(٥) سقط في أ.

(١) سقط في ب.

(٦) في أ: إقرار هي.

(٢) في ب: الملك.

(٧) في أ: المدعي وحلف.

(٣) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

فهرس المحتويات

الفصل الثاني: في المأمور بالحج عن الغير .	١٣٣
الفصل الثالث: في وقت الحج والعمرة . . .	١٤٩
الفصل الرابع: في الطواف والسعي	١٥٤
الفصل الخامس: في الجمع بين الظهر والعصر، وفي الجمع المغرب والعشاء .	١٥٩
الفصل السادس: في بيان الأفضل في الحج	١٦٢
الفصل السابع: في معرفة فائت الحج	١٦٦
الفصل الثامن: في ارتكاب محظورات الإحرام	١٦٨
المحرم يشارك محرماً في قتل صيد . . .	١٧٠
المحرم إذا اضطر إلى أكل ميتة وصيد . .	١٧١
نوع في لبس المخيط	١٧٢
في الجماع وأنه حرام على المحرم . . .	١٧٥
المحرم ممنوع عن استعمال الدهن والطيب	١٧٧
الفصل التاسع: الوقوف بعرفة والشهادة عليه	١٨٤
الفصل العاشر: في الوصية بالحج	١٨٧
الفصل الحادي عشر: في المتفرقات	١٩٥
كتاب النكاح	
الفصل الأول: في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح وما لا ينعقد	٢٠٣
الفصل الثاني: في المخالفة بين الإيجاب والقبول	٢٢١
الفصل الثالث: في شروط الخيار في النكاح وإضافته إلى المستقبل	٢٢٤
الفصل الرابع: في بيان ما يكون إجازة للنكاح وما لا يكون	٢٢٦

كتاب العشر والخراج

مسائل العشر	٥
مسائل الخراج	٨
في بيان أنواع الخراج	١٠
في بيان مقدار الخراج	١٧
في بيان من يجب عليه الخراج ومن لا يجب عليه الخراج	٢٣
في بيان ما يسقط الخراج وما لا يسقط . .	٢٩

كتاب الصوم

الفصل الأول: في النية	٣٥
الفصل الثاني: في الشهادة على رؤية الهلال .	٤٣
الفصل الثالث: في بيان ما يفسد الصوم، وما لا يفسد الصوم، وما يوجب القضاء والكفارة، وما يوجب القضاء دون الكفارة	٥٣
في بيان إذا عالج ذكره بيده حتى أمنى . .	٥٣
إذا أكل ورق الشجر إن كان مما يؤكل . .	٦٢
الفصل الرابع: ما يكره من الصيامات وما لا يكره	٧٤
الفصل الخامس: في المجنون والمغمى عليه	٨١
الفصل السادس: فيما يكره للصائم أن يفعله	٨٤
الفصل السابع: في العذر الذي يجوز معه الفطر	٨٧
الفصل الثامن: في صدقة الفطر	٩٧
الفصل التاسع: في الاعتكاف	١١٠

كتاب الحج

الفصل الأول: من يجب عليه الحج ومن لا يجب عليه	١٢٣
---	-----

في بيان حكم المهر وما يجب للمطلقة	٢٥٦
٣٨٨ بالطلاق قبل الدخول	الفصل السادس: في تعريف المرأة والزوج
٣٩٢ في سقوط كل المهر أو نصفه	٢٧٤ في العقد بالتسمية والإشارة
٣٩٤ في المتفرقات	٢٧٨ الفصل السابع: في الشهادة على النكاح
الفصل الخامس عشر: في دعوى النكاح	٢٩٠ الفصل الثامن: في الوكالة في النكاح
والخصومة الواقعة فيه وإقامة البينة	٣٠٠ الفصل التاسع: في الكفاءة
٣٩٧ عليه	الفصل العاشر: في نكاح الصغار وتسليم
الفصل السادس عشر: اختلاف الزوجين في	٣١٨ المرأة وتصديق الولي في المهر
٤٠٩ صحة العقد وفساده وما يتصل بذلك	الفصل الحادي عشر: في نكاح الأبكار
الفصل السابع عشر: في اختلاف الأمة إذا	٣٢٧ وسكوتهن وما يتصل بذلك
٤١٢ أعتقت بعدما زوجت	الفصل الثاني عشر: في النكاح الموقوف
الفصل الثامن عشر: ما يجوز من الأنكحة وما	٣٤٤ الفصل الثالث عشر: في انتقال الإجازة وعدم
٤١٥ لا يجوز	انتقالها
٤٣٦ الفصل التاسع عشر: في بيان أسباب التحريم	٣٤٥ الفصل الرابع عشر: في المهور
٤٨٨ الفصل المكمل عشرون: في النكاح الفاسد	٣٤٧ النكاح إذا أضيف إلى دراهم عين وإلى
الفصل الحادي والعشرون: في بيان ما للزوج	٣٥٠ دراهم دين
٤٩١ والمرأة أن يفعلها وما لا يفعلها	٣٥٢ المهر يوجد على خلاف المسمى
الفصل الثاني والعشرون: في العنين	٣٥٥ المهر تدخله الجهالة
٤٩٨ والمحبوب والخصي والصبي والمعتوه	٣٥٧ المرأة تمنع نفسها بمهرها
الفصل الثالث والعشرون: في الحضانة	٣٦٢ في مسائل السمعة
والانتقال بالولد	٣٦٢ في النكاح من غير تسمية المهر وفي نفى
٥٠٣ الفصل الرابع والعشرون: في المطلقة بثلاث	المهر
٥٠٩ تطبيقات	٣٦٥ الأب إذا زوج ابنته وطلبوا منه أن يقر بقبض
الفصل الخامس والعشرون: في النكاح	شيء أو هبة شيء من الصداق
٥١٧ بالكتابة والرسالة مع الغائب	٣٦٧ في ضمان الأب مهر امرأة ابنه
٥٢١ الفصل السادس والعشرون: مسائل الغزل	٣٦٨ لو أن رجلاً أكره بوعيد حتى يزوج امرأة
والجهاز وهديّة العدة	٣٧٠ في الاختلاف الواقع بين الزوج والمرأة
٥٢٥ في مسائل المتفرقات	٣٧٣ في بيان ما يستحق جميع المهر
٥٢٧ فهرس المحتويات	٣٧٨

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم الحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الرابع

يحتوي على:

الطلاق - النفقات



دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts)

قياس الصفحات 17 x 24 cm

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H.

بلد الطباعة لبنان

طبعة الأولى

Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



ISBN 978-2-7451-9472-5

9 782745 194725

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الطلاق

هذا الكتاب يشتمل على خمسة وعشرين فصلا:

الفصل الأول: في بيان الطلاق السنّي وغير السنّي

فنعول: الطلاق السنّي من حيث الوقت أن يطلقها طاهراً من غير الجماع^(١)، أو

(١) قال العيني: «الطلاق السنّي: أن يطلق امرأته حالة طهارتها عن الحيض ولا تكون موطوءة في ذلك الطهر.

فمفهومه أنه إن طلقها في الحيض أو في طهر وطئها فيه أولم يشهد يكون طلاقاً بدعياً». وقال الحافظ في (الفتح): «وقد قسم الفقهاء الطلاق إلى سنّي وبدعي، وإلى قسم ثالث لا وصف له. فالأول: ما تقدم يرد أن يطلق امرأته في طهر، والثاني: أن يطلق في الحيض أو في طهر جامعها فيه ولم يتبين أمرها أحملت أم لا، ومنهم من أضاف له أن يزيد على طلقة، ومنهم من أضاف له الخلع».

وقال ابن رشد: «أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها، هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه في طلقة واحدة، وأن المطلق في الطهر الذي يمسه فيه غير مطلق للسنة».

ويدل عليه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقَتُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. وقد أخرج الطبري في تفسير هذه الآية آثاراً كثيرة عن ابن مسعود، وابن عباس، ما يدل على أن الطلاق للعدة: هو الطلاق في طهر من غير جماع، وما عدا ذلك فهو طلاق لغير العدة، أي طلاق غير مشروع وغير مأذون فيه.

قال الطبري: «وقال: يعني - تعالى ذكره - بقوله: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ﴾ يقول: إذا طلقتم نساءكم فطلقوهن لطهرهن الذي يحصينه من عدتهن، طاهراً من غير جماع، ولا تطلقوهن بحيضهن الذي لا يعتد به من قرئهن». ثم ذكر هذه الآثار: قال: حدثنا ابن بشار، قال: ثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن الأعمش، عن مالك بن الحارث، عن عبد الرحمن بن زيد، عن عبد الله ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ قال: «بالطهر في غير جماع».

وقال: حدثنا ابن بشار، قال حدثنا عبد الرحمن، قال: ثنا سفيان، عن منصور، عن ابراهيم، عن عبد الله ﴿إِذَا طَلَّقَتُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ يقول: «إذا طلقتم قال: الطهر في غير جماع».

وقال: حدثنا ابن حميد، قال: ثنا جرير عن منصور، عن ابراهيم، عن عبد الله ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ قال: «طاهراً من غير جماع».

وقال: حدثنا ابن وكيع، قال حدثنا يوسف بن بكير، عن محمد بن إسحاق، عن داود ابن حصين، عن عكرمة، عن ابن عباس: «أنه كان يرى طلاق السنة طاهراً من غير جماع، وفي كل طهر، وهي العدة التي أمر الله بها».

أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٣٢): من طريق أبي الأحوص، عن عبد الله بن مسعود قال: «من أراد أن يطلق للسنة كما أمر الله عزوجل، فلينظرها حتى تحيض ثم تطهر، ثم ليطلقها طاهراً من غير جماع، ويشهد رجلين، ثم لينظرها حتى تحيض ثم تطهر، فإن شاء راجع، وإن شاء طلق».

وقد جاء المراد من العدة مبينا ومفسرا في أحاديث كثيرة رواها الأئمة كالبخاري وغيره: روى البخاري بسنده عن إسماعيل بن عبد الله قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال حدثني مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - : أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمسه، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء». فتبين من الآية، والآثار كلها، وهذا الحديث: أن الطلاق للعدة هو الطلاق في طهر لا جماع فيه، وهو الطلاق المسنون والمأذون فيه شرعا، أما طلاق البدعة فهو الطلاق في الحيض كما دل عليه هذا الحديث، وكما فعل ذلك ابن عمر، وكذلك الطلاق في طهر جامعها فيه، كما جاءت الإشارة إليه في هذا الحديث بقوله ﷺ: «وإن شاء طلق قبل أن يمسه». وفي رواية لمسلم: «فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها».

فالبدعة في الطلاق في أمرين:

أن يطلقها في الحيض.

وأن يطلقها في طهر جامعها فيه.

هذا في المدخول بها، أما غير المدخول بها فلا بدعة في طلاقها، فيجوز أن يطلقها متى شاء، في الحيض أو في الطهر لعدم تعلق العدة بها.

«برهان ذلك قول الله عزوجل: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحَتِ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ فأباح عز وجل طلاق التي لم تمس بالوطء، ولم يحد في طلاقها وقتا ولا عددا، فوجب من ذلك أن هذا حكمها».

قال ابن القيم في زاد المعاد: «وأما من لم يدخل بها فيجوز طلاقها حائضا وطاهرا، كما قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحَتِ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]. وقد دل على هذا قوله تعالى: ﴿فَلْيَقْوَهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. وهذه لاعدة لها، ونبه عليه رسول الله ﷺ بقوله: «فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»، ولولا هاتان الآيتان اللتان فيهما إباحة الطلاق قبل الدخول، لمنع من طلاق من لا عدة له عليها».

ثم قال بعد ذلك: «فتضمنت هذه النصوص أن المطلقة نوعان: مدخول بها، وغير مدخول بها، وكلاهما لا يجوز تطليقها ثلاثا مجموعة، ويجوز تطليق غير المدخول بها طاهرا أو حائضا».

وأما المدخول بها فإن كانت حائضا أو نفساء، حرم طلاقها، وإن كانت طاهرا، فإن كانت مستبينة الحمل، جاز طلاقها بعد الوطء وقبله، وإن كانت حائلا لم يجز طلاقها =

بعد الوطاء في طهر الإصابة ويجوز قبله». وقال ابن عبد البر في التمهيد: «وأجمع العلماء على أن طلاق السنة إنما هو في المدخول بها، وأما غير المدخول بها فليس في طلاقها سنة ولا بدعة، وأن أمر الله عزوجل، ومراد رسول الله ﷺ في الطلاق للعدة، هو طلاق المدخول بها من النساء، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليهن ولا سنة، ولا بدعة في طلاقهن. قال الله عزوجل: ﴿يَتَأْتِيَنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

ويطلق غير المدخول بها زوجها في كل وقت متى شاء.

وقال ابن القاسم: يطلقها متى شاء - وإن كانت حائضا - وعليه الناس». وكذلك الحامل يجوز أن يطلقها متى شاء إذا استبان حملها، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في كلام ابن القيم.

وقال ابن عبد البر في الاستذكار: ولا نعلم خلافا أن طلاق الحامل إذا تبين حملها، طلاق سنة، إذا طلقها واحدة، وأن الحمل كله موضع للطلاق. قال ابن أبي ذئب: سألت الزهري عن ذلك؟ فقال: حملها كله وقت لطلاقها. ولم يختلفوا في ذلك.

والأصل فيه ما روى سعيد، وعبد الوارث قالا: حدثني قاسم، قال: حدثني محمد، قال: حدثني أبو بكر، قال: حدثني وكيع، عن سفيان، عن محمد بن عبد الرحمن مولى آل طلحة، عن سالم، عن ابن عمر: «أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمرُ للنبي ﷺ: فقال: «مره فليراجعها، ثم ليطلقها طاهرا، أو حاملا».

أخرجه البخاري (٣/٣٥٧)، ومسلم (٢/١٠٩٣) كتاب الطلاق: باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها حديث (١/١٤٧١)، وأبو داود (٢١٨١، ٢١٨٢)، والنسائي (٢/٩٤)، والترمذي (١/٢٢٠)، وابن ماجه (١/٦٥٢).

وقال ابن حزم: «فإن كانت حاملا منه أو من غيره فله أن يطلقها، وهو لازم، ولو إثر وطئه إياها».

وكذا الحكم في التي لم تحض، أو انقطع حيضها، يجوز طلاقهن متى شاء، لا بدعة في طلاقهن ولا سنة، وهذا الذي عبر عنه الشافعية بـ «لا سني ولا بدعي».

قال في (المجموع): «وأما طلاق من لا تحمل في الطهر المجامع فيه - وهي الصغيرة والآيسة من الحيض - فليس ببدعة؛ لأن تحريم الطلاق للندم على الولد، أو للريبة بما تعتد به من الحمل والأقراء، وهذا لا يوجد في حق الصغيرة والآيسة».

وقال ابن حزم: «فإن كانت لم تحض قط، أو انقطع حيضها، طلقها أيضا - كما قلنا في الحامل - متى شاء».

والطلاق في حالة الحيض أو في طهر جامعها فيه حرام شرعا منع منه الشرع، ويأثم الزوج إذا فعل ذلك.

قال النووي: «أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض الحائل بغير رضاها فلو طلقها أثم».

وقال ابن عبد البر: «أجمع العلماء على أن الطلاق في الحيض مكروه لمن أوقعه، وأن من فعله لم يطلقه للعدة التي أمر الله تعالى، والدليل على ذلك من أخبار الآحاد العدول تغيب رسول الله ﷺ حين فعل ذلك».

فقد أخرج مسلم (١٠٩٥/٢) في كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض (٤/١٤٧١) عن طريق عبد بن حميد، أخبرني يعقوب بن إبراهيم، حدثنا محمد - وهو ابن أخي الزهري - عن عمه، أخبرنا سالم بن عبد الله، أن عبد الله بن عمر قال: طلقت امرأتي وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ، فتغيب رسول الله ﷺ ثم قال: «مره فليراجعها حتى تحيض حيضة أخرى مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضتها قبل أن يمسه، فذلك الطلاق للعدة كما أمر الله». «وكان عبد الله يطلقها تطليقة واحدة فحسبت من طلاقها وراجعها عبد الله كما أمره رسول الله ﷺ».

وأخرجه أيضا أبو داود (٦٣٢/٢، ٦٣٤) كتاب الطلاق باب طلاق السنة حديث (٢١٧٩) والنسائي (١٣٨/٦، ١٣٩) كتاب الطلاق، باب: وقت الطلاق للعدة... عدا قوله: «وكان عبد الله... الخ».

قال الخطابي: «وفي الحديث دليل على أن الطلاق في الحيض بدعة». ومعلوم أن النبي ﷺ لا يغضب إلا إذا انتهكت حرمان الله وتعديت حدوده. وكذلك يدل عليه أمره ﷺ ابن عمر بمراجعة زوجته وإمسакها، فلو كان أمرا جائزا لأجازه رسول الله ﷺ ولم يأمره بالمراجعة.

ويدل على الحرمة أيضا أثر ابن عباس الذي رواه الدارقطني في سننه (٥/٤)، وابن حزم في المحلى (١٠/١٦٣)، قال الدارقطني: ثنا محمد بن أحمد بن أبي الثلج، نا محمد بن حماد الطهراني، نا عبد الرزاق، أخبرني عمي وهب بن نافع، قال: سمعت عكرمة يحدث عن ابن عباس، يقول: «الطلاق على أربعة وجوه: وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما الحلال فأن يطلقها طاهرا عن غير جماع، وأن يطلقها حاملا مستبينا حملها، وأما الحرام فأن يطلقها وهي حائض، أو يطلقها حين يجامعها لا تدري أشتمل الرِّجَم على الولد أم لا؟» [أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، حديث رقم (١٠٩٥٠)].

فوضف ابن عباس الطلاق في الحيض، أو في طهر بعد المجامعة بالحرمة، يدل على أن الطلاق على هذه الصفة حرام، لم يأذن به الشرع.

واختلف العلماء قديما وحديثا في هذه المسألة، فذهب قوم - ومنهم الأئمة الأربعة والجمهور - إلى أن الطلاق البدعي - وإن كان محرما شرعا - يقع ويُعتد به، وخالفهم في ذلك آخرون، وقالوا إن الطلاق البدعي لا يقع ولا يترتب عليه أثره ككل الأعمال المبتدعة والمنهي عنها، وذهب إلى هذا القول ابن حزم من الظاهرية، وابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة، وعزاه الشوكاني إلى الباقر والصادق، وقال النووي: «وشد بعض أهل الظاهر فقال لا يقع طلاقه؛ لأنه غير مأذون له فيه فأشبهه طلاق الأجنبية»، وقال ابن عبد البر: «ولا يخالف الجماعة في ذلك إلا أهل البدع، والجهل الذين يرون الطلاق

حاملًا قد استبان حملها، فهذا لأن الأصل في الطلاق الحظر والإباحة باعتبار الحاجة، ودليل الحاجة الإقدام على الطلاق في زمان كمال الرغبة فيها، وزمان كمال رغبة الزوج فيها زمان الحبل شفقة على الولد، وزمان الطهر الذي لم يجامعها فيه؛ لأنه لم يحصل مقصوده منها في هذا الطهر، أما زمان الحيض زمان نفرتة^(١) عنها طبعًا وشرعًا، والطهر الذي يجامعها فيه زمان قلة رغبته فيها لتحصيل مقصوده منها في هذا الطهر.

وكان الطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه، وفي حالة الحبل واقعًا عن حاجة فيكون سنيا، وفي الطهر الذي جامعها فيه، وفي زمان الحيض واقعًا لا عن حاجة فيكون بدعيًا.

ثم ظاهر ما ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل في هذه المسألة يدل على أنه يطلقها متى طهرت من الحيض.

فإنه قال: يطلقها إذا طهرت من الحيض قبل أن يجامعها.

واختار بعض مشايخنا - رحمهم الله - تأخير الإيقاع إلى آخر الطهر ليكون أبعد عن تطويل [مدة]^(٢) العدة، وهو رواية [عن]^(٣) أبي يوسف عن أبي حنيفة

= لغير السنة غير واقع ولا لازم، وقد روي ذلك عن بعض التابعين، وهذا شذوذ لم يعرج عليه أحد من أهل العلم.

وقال الحافظ: «وحكاية الخطابي: عن الخوارج والروافض، وحكاية ابن العربي وغيره: عن ابن عليه، يعني: إبراهيم بن إسماعيل بن عليه». وهذا هو اختيار الصنعاني، والشوكاني من المتأخرين.

ينظر: الاختيار (٣/١٢٢)، وبدائع الصنائع (٣/٩٤)، منح الجليل (٢/٢٠٢)، الأم، للشافعي (٥/١٨٧)، مغني المحتاج (٣/٢٨٠) وما بعدها، المجموع شرح المهذب (١٧/٧٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢٥١)، المغني، لابن قدامة (٧/٥٠٥)، شرح مسلم، للنووي (١٠/٦٠)، معالم السنن، الخطابي (٣/٢٣٢)، نيل الأوطار (٧/١٦)، ٩١، ٣٣١٤، ٣٣١٦، فتح الباري (٩/٣٠٣)، سبل السلام (٦/٢٠٢، ٢٠٦)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/١٩) وما بعدها، إعلام الموقعين (٣/٣٠)، جامع البيان (١٤/١٢٩)، المحلى، لابن حزم (١٠/١٦١، ١٦٧)، زاد المعاد (٥/١٩٨، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٢٠)، التمهيد، لابن عبد البر (١٥/٧٢، ٧٣)، الاستذكار (١٨/١٢)، (١٦-١٧).

(١) في أ: تنزيه.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

- رحمهما الله - .

ثم الطهر الذي لم يجامعها فيه إنما^(١) يكون وقتا للطلاق السني إذا لم يجامعها ولم يطلقها في الحيضة التي سبقت هذا الطهر فإن الجماع في حالة الحيض، والطلاق في حالة الحيض، يخرجان الطهر الذي عقبه من أن يكون محلا للطلاق السني، نص عليه في الزيادات .

وهذا إذا لم يراجعها حين طلقها في حالة الحيض، وأما إذا راجعها فقد ذكر في الأصل: أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء، وهذا إشارة إلى أن بالمراجعة لا يعود الطهر الذي عقبه الحيض محلا للطلاق السني .

وذكر الطحاوي: أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة، وهذا إشارة إلى أنه يعود محلا للطلاق السني .

قال أبو الحسن - رحمه الله - : ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة - رحمه الله - وما ذكر^(٢) في الأصل قولهما .

ولو طلقها^(٣) في حالة الحيض ثم تزوجها ثم أراد أن يطلقها في الطهر الذي يلي هذه الحيضة، فهذا الطلاق يكون سنيا بالاتفاق، وهذا كله إذا كانت المرأة مدخولا بها وهي ممن تحيض .

فإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو كبر طلقها متى شاء واحدة، وإن كان عقب الجماع، وكذلك الحامل .

وقال زفر - رحمه الله - : يفصل بين الطلاق والجماع في حق الأيسة والصغيرة [التي لا تشتهى]^(٤) بشهر .

والصحيح مذهب علمائنا؛ لأن الطلاق في حق ذوات الأقراء في الطهر الذي جامعها فيه إنما كان حراما؛ لأنه ربما يكون سببا للندم بأن يظهر بها حبل^(٥) فيندم على طلاقها .

(١) في أ: أن .

(٢) في ب: ذكره .

(٣) ثبت في حاشية ب: هذا يخالف ما هو المذكور في البداية وثمرة الجواب أنه لا يخالف إذ الخلاف في المراجعة لا في النكاح .

(٤) سقط في ب .

(٥) في ب: حمل .

وإنما يباح الإيقاع بشرط أن يأمن الندم، وهذا المعنى لا يتأتى في حق الآيسة والصغيرة.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : وكان شيخنا يقول: هذا إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل، فأما إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل، فالأفضل أن يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر. وفي الأصل: إذا طلق امرأته في طهر لم يجامعها فيه واحدة ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول فله أن يطلقها ثانيا في ذلك الطهر، وكان سنيا عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : لا يكون سنيا.

وعن^(١) محمد - رحمه الله - روايتان.

وعلى هذا الاختلاف إذا راجعها [في القبلة]^(٢) والملامسة، فأبو يوسف - رحمه الله - يقول: الشرط للفصل بين طلاقي السنة الحيضة الكاملة ولم يوجد ذلك ها هنا.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الفصل بالحيضة إنما يعتبر إذا كانت الثانية تقع في العدة، وبالمراجعة ارتفعت العدة فكانت الثانية بمنزلة ابتداء^(٣) الإيقاع وقد حصل في طهر لا جماع فيه فيكون سنيا، ثم الفقه لأبي حنيفة - رحمه الله - في المسألة: أن إيقاع الثانية حصل عن حاجة فيكون سنيا كما لو كان مكان^(٤) الرجعة نكاحا^(٥).

بيانه: أن الحاجة إلى إيقاع الثانية عليها حاجة الخلاص عنها عند عجزه عن الإمساك بالمعروف وقد تجددت هذه الحاجة بالمراجعة، فإنه عاد حقها في القسم فيجب عليه الإمساك بالمعروف، ذكر في المتتقى مسألة النكاح على الخلاف أيضا. وما ذكر ثمة: إذا قال لامرأته^(٦) ولم يدخل بها: أنت طالق ثلاثا للسنة. وقعت واحدة ساعة ما تكلم به، فإن تزوجها وقعت أخرى ساعة تزوجها في قول

(١) في ب: وعند.

(٢) في ب: بالقبلة.

(٣) زاد في ب: النكاح.

(٤) في أ: بين.

(٥) في أ: نكاح.

(٦) في ب: لامرأة.

أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يقع حتى يمضي شهر كامل من الطلاق الأول .
وكذلك لو كانت حاملا وقال لها: أنت طالق ثلاثا للسنة، حتى وقعت واحدة ساعة ما تكلم [به]^(١) لو وضعت حملها بعد ذلك بيوم وتزوجها .
وعلى هذا إذا لمسها بشهوة ثم قال لها في حالة الملامسة: أنت طالق ثلاثا للسنة . تقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب عند أبي حنيفة - رحمه الله - .
ولو كان راجعها بالجماع فإن لم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى . ولو حبلت فله أن يطلقها أخرى عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويكون سنيا .
وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس له أن يطلقها أخرى .
فأبو يوسف مرَّ على أصله أن الشرط للفصل بين طلاقي^(٢) السنة الحيضة الكاملة .
وأبو حنيفة - رحمه الله - فرق بين ما إذا حبلت، وبين ما إذا لم تحبل .
والفرق : أنها إذا لم تحبل فهذا طهر جامعها فيه . الطلاق عقيب الجماع في الطهر لا يكون سنيا لاحتمال حدوث الندم على ذلك لاشتباه الأمر، وهذا المعنى لا يتأتى إذا كان الحبل ظاهراً، ولو طلقها وهي صغيرة ثم حاضت وطهرت قبل مضي الشهر فله أن يطلقها أخرى في قولهم جميعاً؛ لأن الشهر إنما يعتبر للفصل بين الطلاقين في حق الآيسة والصغيرة بدلا عن الحيض، فإذا وجد الحيض سقط [حكم]^(٣) البدل، ولو طلقها وهي من ذوات الأقراء ثم أيست فله أن يطلقها أخرى حين تيأس عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يطلقها حتى يمضي شهر .

وإذا طلق امرأته التي لم يدخل بها ولم يخل بها في حالة الحيض لم يكن مكروهاً؛ لأنه إيقاع بحاجة؛ لأن جميع الأزمنة في حق غير المدخول بها زمان كمال الرغبة؛ لأنه لم يقض وطره منها، والمرء تواق إلى ما لم ينل، وبه فارق المدخول بها، ولو طلق غير المدخول بها ثلاثا [يكون]^(٤) بدعيًا .

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: طلاق .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في ب .

ففي حق العدد سوى بين المدخول بها وغير المدخول [بها].
 وفي حق الوقت فرق بينهما فجعل الطلاق في حالة الحيض^(١) مكروها في حق
 [المدخول بها، ولم يجعله مكروها في حق]^(٢) غير المدخول بها؛ لأن الجماع إنما
 كره لحسم باب النكاح وأنه لا يختلف.
 فأما الإيقاع في حق المدخول بها في زمان الحيض إنما كره؛ لأنه زمان النفرة
 عنها فيكون إيقاعا لا عن حاجة.
 وجميع الأزمنة في حق غير المدخول بها زمان كمال الرغبة فيها وكان الإيقاع عن
 حاجة فافترقا.
 والمرأة التي خلا بها زوجها في حق مراعاة وقت الطلاق بمنزلة المدخولة؛ لأن
 الخلوة أقيمت مقام الدخول في حق بعض الأحكام، فكذا في حق هذا الحكم
 احتياطا.
 والطلاق البائن ليس بسني في ظاهر الرواية.
 وفي زيادة^(٣) الزيادات: أنه سني، والخلع سني كان في حالة الحيض أو في غير
 حالة الحيض.
 و[ذكر]^(٤) في المنتقى مسألة الخلع بهذه الصورة: ولا بأس بأن يخلعها في
 الحيض إذا رأى منها ما يكره.
 وفيه أيضا: ولا بأس بأن يخير امرأته في حالة الحيض، ولا بأس لها أن تختار
 نفسها في الحيض.
 وفيه أيضا: أدركت واختارت نفسها، فلا بأس للقاضي أن يفرق بينهما في حالة
 الحيض.

* * *

(١) سقط في ب.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في ب: زيادات.
 (٤) سقط في أ، ب.

الفصل الثاني

في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع

وفي غضب النوازل: [أن]^(١) المعتوه: من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير^(٢) إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون^(٣).
طلاق الصبي غير واقع وكذا طلاق المجنون والمعتوه.

وقيل في الحد الفاصل بين المعتوه والمجنون والعاقل: أن العاقل: من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر، والمجنون ضده، والمعتوه: من يختلط كلامه وأفعاله فيكون هذا غالباً وذلك غالباً فكانا سواء^(٤).

وقيل أيضاً: المجنون من يفعل هذه الأفعال لا عن قصد.
والعاقل يفعل ما يفعله المجانين في [بعض]^(٥) الأحيان لكن لا عن قصد، يعني يفعل على ظن الصلاح، والمعتوه من يفعل ما يفعله المجانين في الأحيان لكن عن قصد، يعني يقصد فعله مع ظهور وجه الفساد.

المرأة إذا لفتت زوجها الطلاق بالعربية فطلقها وهو لا يعلم يقع الطلاق.
أصل المسألة ما ذكره محمد - رحمه الله - في طلاق الأصل: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق. وهو لا يعلم معنى قوله: أنت طالق، فإنه يقع الطلاق، وعلى هذا إذا أعتق عبده بالعربية أو دبره وهو لا يعلم معناه، وهذا بخلاف ما لو باع أو اشترى بالعربية وهو لا يعلم^(٦) لا يصح.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: إذا قال لامرأته: أنت طالق. ولا يعلم [أن]^(٧) هذا القول طلاق، طلقت في القضاء، ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى، وكذا العتاق.

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: الترتيب.

(٣) ينظر: تبين الحقائق (١٩٥/٢)، والبنية شرح الهداية (٢٩٨/٥).

(٤) تبين الحقائق (١٩٥/٢).

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في ب: حيث.

(٧) سقط في ب.

وفي [الجامع الصغير]^(١): نصر^(٢) عن ابن سماعة قال: سمعت محمدا - رحمه الله - يقول في رجل قال لامرأته وهو عربي اللسان: أنت طالق، فسمعه أعجمي فظن أنه لطف أو سب فقال مثل ذلك لامرأته، طلقت امرأته.

وحكي عن القاضي الإمام محمود الأوزجندي - رحمه الله - أنه سئل عن طلاقها لقتته امرأته فطلقها وهو لا يعلم بذلك.

قال: وقعت هذه المسألة بأوزجند فشاورت إخواني في ذلك واتفق رأينا أنه لا يفتى بوقوع الطلاق صيانة لأملاك الناس عن الإبطال بنوع تلبس، ولو لقتها أن تختلع نفسها منه بمهرها ونفقة عدتها فاختلعت وتخالع الزوج.

من المشايخ من قال: يصح، لكن ما لم يقبل الزوج لا يصح.

ومنهم من قال: لا يصح ما لم تعلم^(٣) به، وبه يفتى.

وكذا لو لقتها أن تبريه عن المهر ونفقة العدة، وهذا يدل على أن المديون إذا لقن رب الدين أن يبريه عن الدين بالعربية وأبرأه وهو لا يعلم لا يصح، ينظر في أول هبة النوازل.

وإذا قال لها: (ترا تلاقي) فهذا هنا خمسة ألفاظ: أحدها هذا، والثاني: (تلاع) بالتاء والعين، والثالث: (ترا تلاك) (بالتاء) و(الكاف)، والرابع: (ترا [طلاق] (بالكاف)^(٤)، والخامس: (ترا طلاع) (بالعين)، فلا يتأتى في هذا اللفظ غير الوجوه الخمسة.

فأما (التلاك) بـ (التاء) و(الكاف) فقد نقل عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه يقع الطلاق؛ لأن العرف بين الناس أنهم يقولون كذلك، وقل ما يحسنون أن يقولوا طلاق (بالتاء) و(القاف)، هذا هو المتعارف بين العوام والمعتاد.

(١) في أ: الجامع الأصغر.

(٢) هو: نصر بن يحيى البلخي، تفقه على يد: أبي سليمان الجوزجاني، واجتمع بأحمد بن حنبل وبحث معه، روى عن الحسن بن زياد اللؤلؤي، وروى عنه محمد بن محمد بن سلام. وأبو غياث، توفي سنة مائتين وثمان وستين هجرًا.

ينظر: الجواهر المضية (٣/٥٤٦)، الفوائد البهية (٣/٢٢١)، تاريخ بغداد (١٣/

٣٥١).

(٣) في أ: يعلم.

(٤) في أ: طلاق بالقاف.

وإن كان الرجل عربيا فكذلك أيضا؛ لأن من العرب من يبدل (الكاف) من (القاف) و(التاء) و(الطاء) من مخرج واحد.

قيل له: فإن تعمد ذلك وقصد ألا يفعل بهذا الطلاق.

قال: لا يصدق في ذلك في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى. إلا إذا أشهد قبل أن يتلفظ بذلك اللفظ ويقول: إن امرأتي تطلب مني الطلاق ولا ينبغي لي أن أطلقها فأتلفظ مثل هذه اللفظة قطعاً لغيها، وتلفظ كذلك وسمع الشهود كذلك وشهدوا بذلك، فحينئذ لا يحكم القاضي [بينهما]^(١) بالطلاق.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر هذا يقول أولاً: إذا كان الرجل مميزاً عالماً يعرف الفرق بين الطلاق [بالطاء]^(٢) وبين التلاق [بالتاء]^(٣) وبين (الكاف) و(العين) من الأنواع الخمسة التي ذكرناها، فإنه لا يقع [الطلاق]^(٤) في حقه. وإن كان جاهلاً لا يميز بينهما فإنه يقع في حقه.

ثم رجع عن ذلك وقال: يقع في حق الكل، ولا يميز بين العالم والجاهل بما ذكرنا أنهم قل ما يحسنون ذلك خصوصاً في حالة المشاجرة والخصومة.

ثم قال الشيخ الإمام أبو بكر -رحمه الله-: واستفتيت في تركي قال لامرأته: (ترا تلاك) ب (التاء) و(الكاف) وهو عندهم بالتركي: الضحاك^(٥)، فقال: أردت به الضحاك^(٦) وما أردت به الطلاق. فأفتيت أنه لا يصدق في القضاء لما ذكرنا أن التلاك والطلاق مما يجري على ألسنة الناس ولا يميزون في ذلك غالباً فكان الطلاق موجوداً ظاهراً، فهو بقوله: أردت به كذا وأردت به أنه لا يقع، يكون مدعياً خلاف الظاهر؛ فلهذا قلنا: إنه لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

وكذلك طلاق النائم غير واقع، وإذا طلق النائم امرأته في حالة النوم ثم قال بعدما انتبه: أجزت ذلك الطلاق. لا يقع شيء. ولو قال: أوقعت ذلك. تقع تطليقة. ولو

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وبين التاء.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: الطحال.

(٦) في أ: الطحال.

قال: أوقعت ما تلفظت به. لا يقع [شيء]، ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في آخر باب^(١) الطلاق.

وعلى هذا الصبي إذا طلق امرأته ثم قال بعدما بلغ: أجزت ذلك الطلاق. لا يقع، ولو قال: أوقعت ذلك. يقع.

وكذلك لو أن رجلاً طلق امرأة الصبي فقال الصبي بعد بلوغه: أوقعت الطلاق الذي أوقعه فلان. يقع. ولو قال: أجزت ذلك. لا يقع، ذكره محمد - رحمه الله - في شرح المأذون الكبير.

طلق امرأته أربعاً أو خمساً فقالت [امرأته: ثلاث]^(٢) تكفيني. فقال الزوج: أوقعت الزيادة على فلانة. لا يقع شيء على فلانة في شرح شيخ الإسلام في آخر باب الطلاق.

وكذلك لو قال الزوج في هذه المسألة: الثلاث لك والبواقي^(٣) لصواحبك. لا يقع على المرأة الأخرى [شيء]^(٤) في طلاق الواقعات. قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: وطلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر أو النبيذ، وهو مذهب أصحابنا.

وكان أبو^(٥) الحسن الكرخي - رحمه الله - يختار أنه لا يقع، وهو قول الطحاوي وأحد قولي الشافعي - رحمهما الله -.

ولو أكره على الشرب أو شرب الخمر عند الضرورة فذهب عقله فطلق امرأته فطلاقه^(٦) وقع، رواه هشام عن محمد - رحمه الله - وعلل فقال: لأن عقله إنما ذهب بيده.

قال: ولو ذهب عقله من ذا ليس بيده وطلق امرأته لا تطلق، وكذا لو شرب البنج وذهب عقله لا تطلق.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: المرأة الثلاث.

(٣) في ب: والباقي.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: أبو بكر.

(٦) في أ: فلانة.

وذكر عبد العزيز الترمذي^(١) رحمه الله قال: سألت أبا حنيفة وسفيان الثوري - رحمه الله - عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه وطلق امرأته قال: إن كان حين يشرب [لم]^(٢) يعلم أنه ما هو لا تطلق.

ولو شرب النبيذ فذهب عقله منه ولكن لم يوافقته فتصدع منه فزال عقله بالصداع دون الشرب، لم يقع طلاقه.

ولو شرب من الأشربة التي تتخذ من الحبوب أو من العسل أو من الشهد وسكر وطلق امرأته، لا يقع طلاقه عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف، خلافا لمحمد - رحمه الله -.

وطلاق الملاعب والهازل به واقع وكذلك الرجل يريد أن يتكلم بكلام فسبق لسانه بالطلاق فالطلاق واقع.

قال القدوري في كتابه: والطلاق والعتاق سواء في جميع ذلك في المشهور. وفي المنتقى: وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : ولا يجوز الغلط في الطلاق، ويجوز في العتاق، حتى أن الرجل إذا أراد أن يقول لامرأته: اسقني [فسبقه اللسان]^(٣) فقال: أنت طالق. قال: هي طالق. ولو قال ذلك في العتاق دين فيما بينه وبين الله تعالى حتى لا يعتق.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : هما سواء، ولا يجوز اللفظ في واحد منهما. وسوى أبو يوسف - رحمه الله - في الإماء بينهما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، لا يدين فيما بينه وبين الله تعالى فيهما^(٤) ويقع الطلاق والعتاق ديانة وقضاء. وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أنه لا يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى، ويقع العتق؛ لأن الطلاق يحتمل طلاق النكاح وطلاق الوثاق، فإذا لم يقصد طلاق النكاح لا يقع، أما العتاق لا يحتمل إلا وجهها واحدا.

(١) هو: عبد العزيز بن خالد بن زياد الترمذي، روى عن: أبيه، وروى عنه: محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال أبو حاتم: شيخ، وقال ابن حجر: مقبول.
ينظر: تهذيب الكمال (١٨/١٢٥)، وتهذيب التهذيب (٦/٣٣٤)، وتقريب التهذيب (٥٠٨/١).

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: فسبق لسانه فجرى على لسانه.

(٤) في ب: فيها.

وعن محمد - رحمه الله - [١]: يقع الطلاق والعتاق جميعا ديانة وقضاء، رواه أبو سليمان عنه .

وروى ليث بن مساور عن بعض أصحابنا: أن من أراد أن [يحلف على اللحم وتكلم] [٢] بشيء فقال: أنت طالق. لا يقع الطلاق. ولو ابتداء من غير إرادة غيره يقع [الطلاق] [٣].

وفي الجامع الصغير [٤]: سألت راشدا عن من أراد أن يقول: زينب طالق. فجرى على لسانه عمرة. أو أراد أن يحلف على اللحم فجرى على لسانه الخبز، قال: أما في الطلاق ففي القضاء تطلق التي سمى، وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما، وكذلك في الخبز مع اللحم.

وإذا اشترى منكوحته ثم طلقها لا يقع الطلاق؛ لأن الطلاق إنما يقع في النكاح أو في العدة، ولا نكاح ها هنا ولا عدة.

وكذلك لو قال لمنكوحته وهي أمة: أنت طالق للسنة، ثم اشتراها، ثم جاء وقت السنة لم يقع عليها شيء، فإن أعتقها ثم جاء وقت السنة وقع الطلاق؛ لأن حكم العدة يظهر بعد العتاق فكانت محلاً للطلاق.

وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاق، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع الطلاق.

ولو ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها، فإن عادت قبل الحيض لا يقع طلاق الزوج عليها عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقع.



(١) سقط في أ.

(٢) ما بين المعقوفين في ب: يتكلم.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: الأصغر.

الفصل الثالث

في إيقاع الطلاق

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في صريح الطلاق: إذا قال لامرأته: يا^(١) مطلقة. يقع الطلاق عليها، ولو قال: أردت به الشتم. دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء؛ لأنه وصفها بالطلاق، فإذا قال: أردت به الشتم. فقد نوى شيئاً ليس بوصف لها فيكون مدعياً خلاف الظاهر، ولا يصدق في القضاء.

ولو قال: أردت طلاق زوج كان [لها]^(٢) قبل ذلك. إن لم يكن لها زوج قبل ذلك، فلا يلتفت إلى قوله.

وكذا إذا كان لها زوج قبل ذلك وقد مات عنها زوجها لا يلتفت إلى قوله، وإن كان قد طلقها صدق ديانة باتفاق الروايات.

ويدين في القضاء في رواية أبي سليمان؛ لأنه وصفها بطلاق واقع، والطلاق لا يختص بإيقاع زوج دون زوج فيصدق في ذلك.

ولو قال لها: أنت مُطلّقة - بالتخفيف - فذلك على النية.

إذا قال لها في حالة الغضب في الخصومة: (أي هزاز طلاق برو) يقع ثلاث تطليقات؛ لأن هذا تفسير قوله: يا مطلقة؛ وكذلك إذا [قال]^(٣) (أي سه طلاقه) وكذلك إذا قال: (أي طلاق داه) وإذا قال: يا طالق، تطلق. في أيمن الجامع.

ولو قال لها: أنت طالق، [ونوى طلاقاً]^(٤) من [وثاق]. لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولو صرح وقال: أنت طالق من وثاق^(٥)، لا يقع في القضاء شيء، ولو قال: أنت طالق من قيد أو من غل. ذكر هذه المسألة في المنتقى في الموضوعين وأجاب في الموضوع الآخر: أنه^(٦) يقع الطلاق في القضاء.

(١) في أ: لا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) ما بين المعقوفين في أ: ميثاق.

(٦) زاد في ب: لا.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: أنت طالق من هذا القيد أو من هذا الغل. لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق [ثلاثا من هذا]^(١)، طلقت ثلاثا ولم يدين في القضاء. ولو قال [لها]^(٢): أنت طالق. وأراد به أنها طالق من العمل، لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما^(٣) يحتمله لفظه؛ لأن الطلاق بإزالة القيد وهي غير مقيدة^(٤) بالعمل.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه يدين؛ لأن الطلاق يذكر ويراد به التخليص عن العمل فكان ناويا ما يحتمله لفظه.

ولو قال: أنت طالق من هذا العمل، وقع الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى.

لأن المرأة إذا لم تكن مقيدة بالعمل كان قوله: من هذا العمل. بيان صورة لا حقيقة، ولا يصدق قضاء باعتبار الحقيقة، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لوجود البيان صورة.

ولو قال لها: أنت طالق. وقال: لم أعن الطلاق عن وثاق النكاح. فإنه يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى كما يقع في القضاء.

والوجه في ذلك: أن الطلاق في حقيقة اللغة وإن كان للإطلاق عن وثاق القيد إلا أنه صار للإطلاق عن وثاق النكاح حقيقة، والإطلاق عن القيد الحقيقي مجاز^(٥)؛ لأنه ثبت هذا الاسم للطلاق عن وثاق النكاح حقيقة عرفا وشرعا.

والاسم متى ثبت^(٦) ما وضع له عرفا وشرعا، فالاسم^(٧) يصير لذلك حقيقة ولما

(١) في ب: من هذا القيد أو من هذا الغل.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في ب: لا.

(٤) في أ: مقيد لا.

(٥) عرف الإمام ابن السبكي في (جمع الجوامع) (٣٠٥/١) المجاز بأنه: اللفظ المستعمل بوضع ثاب لعلاقة. وقال السعد في المطول، ص (٣٥٢): «والمجاز في الأصل مفعول من جاز المكان يجوزه إذا تعدها، نقل إلى الكلمة الجائزة، أي المتعدية مكانها الأصلي، أو الكلمة المجوز بها، على معين أنهم جاوزوا بها مكانها الأصلي».

(٦) زاد في ب: لغير.

(٧) زاد في ب: لا.

وضع له مجازا، والحقيقة من الكلام لا يندفع حكمه إلا بإرادة المجاز، أما بمجرد ترك نية الحقيقة من غير نية المجاز لا يندفع حكم الحقيقة؛ لأن النية ليست لشرط الثبوت ما هو حقيقة اللفظ، ولا يمنع ثبوت حكم الحقيقة بترك النية.

والحاصل: أن الكلام أنواع أربعة:

حقيقة باعتبار الوضع، وحكمه لا يندفع ما لم ينو المجاز.
ومجاز صار كالحقيقة وهو ما ثبت عرفا وشرعا، وحكمه لا يندفع أيضا ما لم ينو المجاز؛ لأنه ألحق بالحقيقة.

ومجاز متعارف، ومطلق اللفظ ينصرف إليه، ولكن إذا نوي ألا يثبت [ذلك لا يثبت وإن لم ينو غيره.

ومجاز غير متعارف، وأنه لا يثبت^(١) بمطلق الكلام إلا بالنية.
رجل قال لامرأته: (تراسه طلاق)، يقع الثلاث؛ لأن هذا بمنزلة قوله: أعطيتك ثلاث تطليقات، ألا ترى أنه لو قال لغيره: [لك]^(٢) هذا الثوب، كان هبة، فكان بمنزلة قوله: أعطيتك هذا الثوب، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله^(٣) - .
وفي هذا الباب أيضا: إذا تشاجر الرجل مع امرأته وقال لها بالفارسية: (هزاز طلاق ترا) ولم يزد على هذا يقع الثلاث، لأن هذا فارسية قوله: ألف تطليقة لك. ولو قال: ألف تطليقة لك، يقع الثلاث؛ لأنه لو قال: [لك]^(٤) ألف تطليقة، يقع الثلاث، فكذا إذا قدم المؤخر، هكذا ذكر الكرخي - رحمه الله - تعليلا للمستلثين مع جوابهما.

وفي فتاوى أهل سمرقند: (من طلاق تردادم)، فإن [نوى]^(٥) الإيقاع وقع، وإن نوى التفويض لا يقع؛ لأنه يحتمل التفويض وإن لم يكن له نية يقع؛ لأنه إيقاع ظاهر فينصرف إليه ما لم ينو شيئا آخر.

وفي فتاوى الفضلي: (ترا طلاق إيقاع طلاق ترا تفويض) إن طلقت نفسها في

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في أ: في باب النون.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

المجلس يقع .

وفي المتقى: رجل قال لامرأته: لك الطلاق. قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إن نوى الطلاق فهي طالق، وإن لم يكن له نية فلا شيء عليه .
وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن نوى الطلاق فطلاق، وإلا فالأمر بيدها .
ولو قال: عليك الطلاق، فهي طلاق إذا نوى .
وفيه أيضا: عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: لك الطلاق، أنها طالق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن عنى غير ذلك .
ولو قال لها: طلاقك عليك واجب، وقع .
كذا إذا قال لها: الطلاق عليك واجب .
ذكر البقالي في فتاويه: ولو قال لها: طلاقك علي، لا يقع .
ولو قال: طلاقك علي واجب، أو لازم، أو فرض، أو ثابت .
ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه فيه خلافاً بين المتأخرين:
منهم من قال: يقع واحدة رجعية نوى أو لم ينو .
ومنهم من قال: لا يقع نوى أو لم ينو .
ومنهم من قال: في قوله: واجب، يقع بدون النية، وفي قوله: لازم، لا يقع وإن نوى .

والفارق: العرف، وعلى هذا الخلاف .

إذا قال: إن فعلت كذا فطلاقك علي [واجب، أو]^(١) قال: لازم، أو قال: واجب أو ثابت، ففعلت .

وذكر القدوري في شرحه: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يقع الطلاق في الكل .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : إن نوى الطلاق يقع في الكل .
وعن محمد - رحمه الله - : أنه يقع في قوله: لازم، ولا يقع في قوله: واجب .
واختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - على الوقوع في الكل؛ لأن نفس الطلاق لا يكون واجبا ولازما وفرضا وإنما يكون حكمه واجبا، وحكم الطلاق لا يجب إلا بعد

(١) في أ: واجب، و، وسقط في ب .

الوقوع.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يفتي بعدم الوقوع في الكل.

وعن ابن سلام^(١) فيمن قال: إن فعلت كذا فثلاث تطليقات علي، أو قال: علي واجب، أنه تعتبر^(٢) عادة أهل البلد هل عليه^(٣) ذلك في أيمانهم.

ولو قال لامرأته: طلقك الله، طلقت وإن لم ينو؛ لأنه لا يطلقها الله إلا وهي طالق، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

وفي المنتقى، وفي العيون: شرط النية، والأول أصح.

ولو قال لها: (توسه طلاق باش)، أو قال: (بطلاق باش)، تحكم النية.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يفتي بالوقوع في هذه الصورة بلا نية. إذا قال لامرأته: أنت أطلق^(٤) من امرأة فلان، وهي مطلقة، فذلك على نيته، إلا أن يكون جواباً لمسألة الطلاق، هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه.

وصورة ذلك: أن المرأة إذا قالت لزوجها: قد طلق فلان امرأته فطلقني، فقال الزوج: أنت [أطلق]^(٥) منها، فهي طالق ولا يدين.

وكذا إذا قال: أنت أبين منها.

وسئل نصير عن ذلك فقال: يقع، ثم قال في اليوم الثاني: وجدت رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يقع.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: [معناه]^(٦): أنه لم ينو، وإذا نوى يقع، كذا

(١) هو: محمد بن محمد بن سلام البلخي أبو نصر من أقران أبي حفص الكبير روى عن يحيى ابن نصير البلخي بن قلت لأحمد بن حنبل ما الذي تنقم على هذا الرجل يعني أبا حنيفة قال الرأي قال فقلت له هذا مالك بن أنس ألم يتكلم بالرأي قال نعم ولكن رأي أبي حنيفة خلد الكتب فقلت قد خلد رأي مالك الكتب قال أبو حنيفة أكبر رأياً منه فقلت له فهلا تكلمتم في هذا بحصته وفي هذا بحصته قال فسكت مات سنة خمس وثلاث مائة.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١١٨/٢).

(٢) في أ: تعيين.

(٣) في أ: غلب.

(٤) في ب: طالق.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

روي عن أبي يوسف .

وفي الأمالي: إذا قال لامرأته: خذي طلاقك، يقع .

زاد في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : فقالت: أخذت .

وكذا إذا قال لها: أوجدت طلاقك، يقع .

وإذا قال لها: شئت طلاقك، ذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يقع الطلاق ولم

يشترط نية الإيقاع .

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: إذا قال: شئت

طلاقك، بنية الإيقاع يقع .

وذكر في المنتقى في باب الليف من كتاب الطلاق: قال لامرأته: شئت طلاقك،

وهو ينوي الطلاق، طلقت .

وذكر في باب الكنايات: إذا قال لها: شاء الله طلاقك، قضى الله طلاقك،

شئت طلاقك، أمضيت طلاقك، قضيت طلاقك . لا تطلق إلا أن ينوي .

ولو قال: هويت طلاقك، أحببت طلاقك، رضيت طلاقك، أردت طلاقك . لا

تطلق وإن نوى .

قال في المنتقى: والقياس في كل ذلك سواء غير إن شئت أشبهه^(١) بالطلاق

فاستحسنه وحده .

في البقالي: إذا قال لامرأته: تكونين غدا طالقا، لم يصح، بخلاف قوله: كوني .

وفي القدوري عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: كوني [طالقا، أو

طلقي]^(٢)، قال: أراه واقعا .

وكذا إذا قال لامرأته: كوني حرة، أو أعتقي .

وروى في قوله: تطلقين غدا أنه إيقاع في الغد وإن نوى العديدين أي ستطلقين .

وقيل في قوله: تصبحين غدا طالقا، أنها تطلق إذا جاء الغد .

وإذا قال لها: تقومين طالقا، تقعدين طالقا، فهو إيقاع للحال .

إذا قال لامرأته في حالة الغضب: إن فعلت كذا إلى خمس سنين تصيرين [مطلقه

(١) في أ، ب: ذا شبه .

(٢) في ب: طلاقا أو أطلقي .

مني، فأراد بذلك تخويفها، ففعلت ذلك الفعل قبل انقضاء المدة التي ذكرها، فإنه يُسأل الزوج هل كان حلف بطلاقها؟ فإن أخبر أنه كان حلف، يُعمل بخبره ويحكم بوقوع الطلاق عليها، وإن أخبر أنه لم يحلف به قبل قوله؛ لأن قوله: تصيرين مطلقة، يحتمل: تصيرين^(١) مطلقة بيمين قد سبقت، ويحتمل: تصيرين مطلقة بإيقاع مبتدأ يكون مني، معناه: إن فعلت كذا أطلقك لا محالة، فيقبل قوله في ذلك، هكذا حكى فتوى بعض المشايخ.

وفي فتوى شمس الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: إذا دخلت الدار صرت مطلقة، فدخلت، وقال الزوج: أردت تخويفها، لا يصدق. قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً، فأراد أن يطلقها فأمسك^(٢) إنسان فمه بيده فلما رفع يده قال «دام» فإنها تطلق ثلاثاً، هكذا حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندي. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال الرجل لامرأته: قولي طلقت نفسي ثلاثاً، فقالت: طلقت نفسي ثلاثاً، طلقت.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لامرأته: قولي أنا طالق، لا تطلق ما لم تقل. ولو قال لغيره: قل لامرأتي: إنك^(٣) طالق، طلقت امرأته وإن لم يقل لها ذلك، ولو قال له: قل لها: أنت طالق، لا تطلق ما لم يقل لها ذلك. وإذا قال لرجل: أخبر امرأتي بطلاقها، فهي طالق ساعة ما تكلم أخبرها ذلك الرجل أم لم يخبرها.

وكذلك إذا [قال]^(٤): بشرها بطلاقها، أحمل إليها طلاقها، [أخبرها]^(٥) أنها طالق، قل لها إنها طالق. بخلاف ما لو قال له: قل لها: أنت طالق، فإنه لا يقع الطلاق هناك ما لم يطلقها.

وفي البقالي إذا قال لها: إن لم تطلقني نفسك فأنت طالق، فهذا تمليك. مرا طلاق ده فقال الزوج: [هرسه]، ثم قالت: دادي، فقال: (دام نه)، إن قال

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: فأخذ.

(٣) في ب: إنها.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

مثقلا فإنه يدل على الرد لا يقع، وإن قال مخففا يقع^(١)؛ لأنه ذكر الإيقاع دون الوقوع.

امرأة قالت لزوجها: طلقني فضربها، وقال [لها]^(٢): ابنك طلاق، لا يقع [شيء]^(٣)؛ لأنه لم يوجد الإضافة.

ولو قال: أينكت طلاق، يقع. كذا حكى عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله

- وفي مجموع النوازل في كتاب الأيمان: سئل شيخ الإسلام عن امرأة قالت لزوجها عند المشاجرة: (مرا طلاق ده مردجوب برداست ومني ردوسي لعب دار طلاق)، قال: لا تطلق.

وسئل الإمام أحمد القلانسي - رحمه الله - عن امرأة قالت لزوجها: طلقني، فوكزها وقال: (أينك يك طلاق)، قال: تطلق ثلاثا.

قال: ولو كان قال لها: (أينك باكي اتبك دواسك سه) ولم يتلفظ بالطلاق، لا تطلق.

قال نجم الدين النسفي - رحمه الله - : جواب شيخ الإسلام في المسألة الثانية كجوابه في المسألة الأولى يعني لا تطلق، وجواب القلانسي في المسألة الأولى كجوابه في المسألة الثانية يعني تطلق.

شيخ^(٤) الإسلام سمى الضربة طلاقا فيبطل^(٥).

والقلانسي يقول: تلفظ بالطلاق فيقع.

سئل الفقيه أبو جعفر عن من قال لامرأته: (هزاز طلاق بدامنت دركردم)، قال: إن كان هذا في مذاكرة الطلاق طلقت ثلاثا، وإن لم يكن في مذاكرة الطلاق [وأراد الطلاق، وكذلك]^(٦) وإن لم يرد الطلاق فالقول قوله مع يمينه.

(١) في أ، ب: هرج يابن حانه اندر طلاقت تراءم لا يقع شيء، إذا قال لها: تراسه طلاق داد سفند لا يقع شيء.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في م: فشيخ.

(٥) في م: فبطل.

(٦) في ب: فكذلك.

إذا قال لها: (طلاق توبجادر كوشه دركوسه توبستم قومي والبسي الملحفة)، لا يقع الطلاق عليها لا في الحال ولا بعد ما لبست الملحفة.
وكذا لو قال لها: (طلاق توبخورستان برنهاده أست).
وقد قيل بخلاف ما ذكرنا في المسئلتين جميعا وهو الأظهر والأشبه؛ لأن هذا يقتضي وجود الطلاق.

ورأيت فتوى نجم الدين النسفي - رحمه الله - في قوله: (سه طلاق يذكر جادر توربستم) أنه يقع الطلاق.
قال لها (دار طلاق)، ينوي بعدم الإضافة إليها.
وقيل: يقع من غير نية وهو الأشبه؛ لأن قوله: دار في العادة وقوله: خذ، سواء.

ولو قال لها: خذي طلاقك، يقع من غير نية كذا ما هنا.
سئل شمس الأئمة الأوزجندي - رحمه الله - عن امرأة قالت لزوجها: إن كان الطلاق بيدي طلقت نفسي ألف تطليقة، فقال الزوج: (نيز هزار دادم)، ولم يقل: (دادم ترا)، قال: يقع الطلاق، لأن كلامه خرج جواباً.
امرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثا، فقال الزوج: (إنك هزار)، لا تطلق من غير نية لأن قوله: (إنك هزار)، كلام محتمل.

ولو قال: (آن زن كه مرا بخانه است بسه طلاق)، وليست امرأته في بيته وقت هذه المقالة، تطلق امرأته؛ إذ ليس المراد [من البيت المذكور في هذه الصورة حقيقة البيت، إنما المراد]^(١) بيت^(٢) النكاح، فكأنه قال: المرأة التي في نكاحي طالق.
ولو قال: (ابن زن كه مرا بخانه اندر است بسه طالق)، وليست امرأته في ذلك البيت وقت هذه المقالة، لا تطلق امرأته؛ لأن المراد من اسم البيت عند تعيين البيت حقيقة لا بيت النكاح.

رجل طلق امرأته فقبل له في ذلك فقال: (دامش هزار ديكن)، تطلق ثلاثا من غير نية؛ لأن (ديكن) يقتضي الزيادة على ما سمي^(٣) أولاً وهو الطلاق، فصار كأنه قال:

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: يثبت.

(٣) زاد في ب: عليه.

دارمش هزار طلاق ديكن) امرأة قالت لزوجها: (من برتوسه طلاق أم)، فقال الزوج: (بيشي، أو قال: سه طلاق بيشي) أو قال: (سه مكوجه صدكو)، فهذا كله إقرار منه بالثلاث، فيقع عليها ثلاث تطلقات.

سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن قال لامرأته: (هزار طلاق توبكي كردم)، قال: يقع ثلاث، كأنه قال: طلقت ألفا بدفعة.

وكذا إذا قال: (هزار طلاق ترايكي كنم)، ونوى الطلاق تطلق ثلاثا؛ لأنه يراد بمثل هذا الكلام الإيجاب.

وقيل في الصورة الأولى ينوي الزوج؛ لأنه^(١) يحتمل: (هزار طلاق توبكي كردم)، فيكون هذا وعدا في الإيقاع فينوي لهذا.

وقيل في الصورة الثانية: لا تطلق وإن نوى؛ لأن هذا وعد، ولا يحتمل الإيقاع في الحال.

امرأة سألت من زوجها الطلاق فقال الزوج [لها: أنت طالق خمس تطليقات، فقالت المرأة: الثلاث تكفيني، فقال الزوج]^(٢): الثلاث لك والباقي^(٣) لصواحبك، وله سواها امرأة أو امرأتان، يقع على المخاطبة ثلاث تطليقات، ولا يقع على غيرها شيء؛ لأن الزيادة على الثلاث لغو شرعا، فقد صرف إلى غير المخاطبة ما هو لغو شرعا فلا يعمل.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله تعالى - امرأة قالت لزوجها: كيف لا تطلقني؟ فقال لها بالفارسية (تواز سرتا بأي طلاق كرده) قال: يسأل الزوج عن مراده؛ لأنه أخبر عن الطلاق فيسأل عن مراده.

قالت لزوجها: طلقني، فقال الزوج: (سه طالق بردا رورفتي) إن نوى طلاقها يقع الطلاق، ولو قال: (سه طلاق خود [بردا رورفتي]^(٤))، يقع الطلاق من غير نية.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل قال لامرأته: إن قلت لك أنت طالق فأنت طالق، ثم قال لها: قد طلقتك، فقال: تطلق أخرى.

(١) في أ: لا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: والبواقي.

(٤) سقط في ب.

قال: وإن عني أن يكون الطلاق معلقا باللفظ وهو قوله: وأنت طالق، لا يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

وسئل نجم الدين عمن قالت امرأته: طلقني، فقال لها: (نه ترا طلاق ما نده أست نكاح بر خيز وره كير) قال: هذا إقرار أنه قد طلقها ثلاثا.

سئل نجم الدين عمن قالت له امرأته: (مرايرك باتوباشيدن نيست مرا طلاق ده)، فقال الزوج: (جون توري طلاق داده شد)، وقال: لم أنو الطلاق، هل يصدق؟ قال: نعم، ووافقه في هذا الجواب^(١) بعض الأئمة.

وعنه أيضا إذا قال لها: اذهبي إلى أبيك، فقالت: طلقني حتى أذهب، فقال: (دتور ومرا طلاق دومادم توفرستم)، قال: لا تطلق بهذا القدر.

سئل نجم الدين عمن قال لغيره: إن لم أفعل كذا غدا (بدانك اين زن كه مابخانه است بطلاق است) فلم يفعل ذلك الفعل غدا فهي طالق، ولا فرق بين قوله: (بدانك بطلاق أست) وبين قوله: فهي طالق [فلم يفعل ذلك الفعل غدا فهي طالق]^(٢).

وفي فتاوي أهل سمرقند: إذا قال لها: (توطلاقي)، يقع عليها [تطليقة]^(٣)؛ لأن معناه: (توطلاقي).

* * *

(١) في ب: الواجب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

نوع آخر في: تكرار الإيقاع في المدخول بها، وفي غير المدخول بها:
 وفي الواقعات: إذا طلق امرأته ثم قال لها: قد طلقتك، أو قال بالفارسية (طلاق دادم مرا طلاق)، يقع تطليقة ثانية.
 ولو قال: قد كنت طلقتك، أو قال بالفارسية (طلاق داده أم ترا)، لا يقع شيء بالكلام الثاني.
 وفي الأصل في باب الطلاق: إذا قال لامرأته: قد طلقتك أمس، وهو كاذب، كانت طالقا في القضاء.
 ولو قال لها: أنت طالق قد طلقتك، ثم قال: عنيت الأولى، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء.
 ومن هذا الجنس ما ذكر في الفتاوي: إذا قال لامرأته: (بيك طلاق دست بازد اشتم) أو قال: (دست بازد اشتم بيك طلاق)، فقالت امرأته: (بازكوى تاكواهان بشموند أد كعب اكريا ددوم حبي كعب دست بارداشته أم لويد دست باردايكم)، يكون واحداً، وإن قال: (دست بارداشت بيك طلاق)، يقع أخرى، إلا إن قال: عنيت بالثاني الإخبار، فيصدق ديانة.
 وفي الأصل، والجامع: إذا قال لها: أنت طالق [أنت] ^(١) طالق [أنت طالق] ^(٢)، وقال: عنيت بالأول الطلاق [وبالثاني والثالث] ^(٣) أن أفهمها، صدق ديانة لا قضاء. وفي القدوري أيضاً: إذا قال لها: أنت طالق [طالق] ^(٤)، أو قال: طلقتك طلقتك، أو قال: أنت طالق قد طلقتك؛ ثم قال: عنيت الأول، دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء.
 ولو قال لها: أنت طالق، فقال له الرجل: ما قلت؟ فقال: طلقتها، أو قال: قلت: هي طالق، فهي واحدة في القضاء؛ لأن قوله في المرة الثانية خرج جواباً فيكون إخباراً عن الإيقاع الأول فيتحقق جواباً، بخلاف المسئلة المتقدمة؛ لأن قوله في المرة الثانية خرج على سبيل الابتداء فكان إيقاعاً هذه الجملة.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وبالباقي.

(٤) سقط في ب.

وفي شرح القدوري - رحمه الله - : ولو قال لها: أنت طالق، ثم قال لها: يا مطلقة، لا تقع أخرى؛ لأنه صادق في مقالته.

امرأة قالت لزوجها: طلقني [وطلقني]^(١) وطلقني، وقال الزوج: طلقتك، طلقتك ثلاثا، نوى الزوج الثلاث أو لم ينو.

ولو قالت بغير حرف (الواو): طلقني طلقني طلقني، فقال الزوج: قد طلقتك، فإن نوى الثلاث طلقت ثلاثا، وإن نوى واحدة أو لم ينو شيئا تقع واحدة؛ لأن بدون حرف (الواو) يحتمل تكرار الأول ويحتمل الابتداء فأى ذلك نوى الزوج صححت نيته، هكذا ذكر في عيون المسائل.

وفي المنتقى: إذا قالت: طلقني طلقني طلقني، بدون حرف (الواو) فقال الزوج: قد طلقتك، أنه يقع ثلاث تطليقات، ولم يشترط نية الزوج الثلاث.

إذا قال لها قبل الدخول بها: أنت طالق وطالق [وطالق]^(٢)، أو قال: فطالق، أو قال: [ثم طالق، أو قال]^(٣): أنت طالق^(٤) طالق، تقع واحدة، بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا، فإنه يقع الثلاث.

وكذلك لو قال لها: أنت طالق ثنتين، فيقع ثنتان.

الوجه في ذلك: أن في هذه الصورة أول الكلام يتوقف على آخره؛ لأن في آخر الكلام ما يغير حكم أوله؛ لأن قوله: أنت طالق لا يحتمل عندنا العدد ولهذا لا تصح نية العدد فيه إذا توقف أول الكلام على آخره [كان الوقوع عند آخره]^(٥) فيصادفها آخر الكلام وهي منكوحته، بخلاف ما إذا كرر لفظة الطلاق بحرف العطف وبغير حرف العطف؛ لأن هناك ليس في آخر كلامه ما يغير حكم أوله فلم يتوقف أوله على آخره فطلقت بأول الكلام وبانت لا إلى عدة فيصادفها الكلام الثاني وهي مبانة فلغت.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لها قبل الدخول بها: (اكرتوزن منى يك طلاق ودو

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: أو قال ثم.

(٥) سقط في أ.

طلاق دست بارداشته)، يقع ثلاث تطليقات، ولو لم يقل: (دست بارداشته)، تقع واحدة؛ لأن في الوجه الأول الكلام إنما يتم عند قوله (دست بارداشته)؛ لأنه صار مقرا^(١) للأول فيتوقف فيقع الثلاث جملة، وفي الثاني الأول كلام تام فبانت به لا إلى عدة.

قال لامرأته المدخول بها (يك طلاق دادمت ودو طلاق دادمت ودو طلاق دادمت ودو طلاق دادمت)، يقع عليها ثلاث تطليقات؛ لأن هذا في الفارسية عطف بمنزلة قوله: وتبين، في العربية.

ولو [قال]^(٢): (دو) بغير حرف (الواو) فإن نوى العطف يقع الثلاث، وإن لم ينو العطف يقع واحدة.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : إذا قال لامرأته المدخول بها: (ترايك طلاق، ترايك طلاق)^(٣)، فهذا يمين بمنزلة قوله: أنت طالق [أنت طالق]^(٤).

ولو قال لها: (دادمت يك طلاق) وسكت، ثم قال: (ود وطلاق)، قال: يقع ثلاث تطليقات؛ لأن الكلام الثاني بناء على الأول بدليل إدخال حرف العطف والمجلس واحد، ولا يصير قوله: (ودو)، كلاما مبتدأ غير مضاف إلى المرأة، وإن ذكر بغير حرف العطف بأن قال بعد ما سكت (دو طلاق)، فإن نوى العطف طلقت ثلاثا، وإن لم ينو العطف تقع واحدة.

وإن قال لها (ترايك طلاق أكرمن باين خانه أندر آيم ودووسه).

قال شيخ الإسلام أبو الحسن - رحمه الله - : يقع الثلاث عند وجود الشرط. وقال الشيخ الإمام محمد بن علي القواس: يقع واحدة.

قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق «طالق» إن دخلت الدار، بانت بالأولى ولم تتعلق الثانية بالدخول ولو كان معطوفا فقال أنت طالق وطالق إن دخلت الدار، أو فطالق إن دخلت الدار، تعلقا جميعا بالدخول؛ لأنه لما ذكر بحرف (الواو) وعلم أن غرض الزوج من الأول التعليق والأول ناقص في معنى التعليق فتوقف أول الكلام

(١) في ب: معبرا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: ترايك طلاق.

على آخره تعلق الكل بالشرط دفعة واحدة. وفيما إذا لم^(١) يذكر حرف العطف لم يظهر أن غرض المتكلم من الأول التعليق فبقي الأول تنجيذا فبانت بالأول لا إلى عده ولغت الثانية لأن تعليقها حصل في غير الملك.

إذا قال [لها]^(٢) ولم يدخل بها: إن دخلت الدار فأنت طالق [فطالق فطالق]^(٣)، فدخلت الدار، يقع واحدة عند أبي حنيفة - رحمه الله - .
وعندهما: يقع الثلاث.

ولو قدم الجزاء فقال: أنت طالق [فطالق فطالق]^(٤) إن دخلت الدار، فدخلت [الدار]^(٥)، يقع الثلاث بلا خلاف، والمسألة معروفة.

ولو قال لها: أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - يقع عليها واحدة للحال وتبين بها ويطل ما بعد ذلك من الكلام. وعندهما: يتوقف الكل على وجود الشرط، وإذا وجد الشرط يقع الثلاث، هكذا ذكر المسألة في النوازل.

وذكر القدوري - رحمه الله -: أن على قولهما إنما يقع الثلاث عند وجود الشرط إذا وجد^(٦) الشرط بعد ما دخل الزوج بها، أما إذا وجد الشرط قبل أن يدخل الزوج بها تقع واحدة، وهو الأشبه.

وجه قولهما: أن كلمة (ثم) من حروف العطف ك(الواو) و(الفاء) إلا أنه يقتضي العطف [على التراخي]^(٧)، فلاقتضائه العطف قلنا: يتعلق الكل بالشرط، وباعتبار اقتضائه التراخي، قلنا: تتأخر^(٨) الثانية والثالثة عن الأولى وقوعًا.

ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن خاصية هذه الكلمة التراخي وقد دخلت على اللفظ فيجب إظهار^(٩) التراخي في نفس اللفظ وذلك بأن يتراخي تعليق الثاني عن

(١) في ب: قال .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ب: وطالق .

(٤) في ب: وطالق وطالق .

(٥) سقط في ب .

(٦) زاد في ب: بعد .

(٧) سقط في أ .

(٨) في م: بتأخير .

(٩) في م: إدخال .

الأول، وعلى هذا الاعتبار يقع الفصل بين الأول والثاني فصار كما لو فصل بينهما بالسكوت، فهناك الجواب كما قلنا فهذا كذلك.

فالحاصل: [أنهما]^(١) يظهران التراخي في الوقوع دون التعليق وأبو حنيفة - رحمه الله - أظهر التراخي في التعليق دون الوقوع.

ولو قدم^(٢) الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق^(٣)، تعلق الأول بالدخول ووقعت الثانية ولغت الثالثة عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: يتوقف الكل على وجود الشرط، وإذا وجد الشرط يقع واحدة.

والكلام في هذا الفصل بناء على ما ذكرنا في الفصل المتقدم إنما يظهران التراخي في الوقوع، وأبو حنيفة - رحمه الله - يظهر التراخي في التعليق.

إذا قال: (أكر فلانة رابخواهم يكي طلاق ودو وسه طلاق) فتزوجها تطلق ثلاثاً، هكذا حكى عن نجم الدين النسفي.

وليس هذا كقوله: (أكر فلانه اتربي كتم دي أرمن ييكي طلاقاً ودووسه طلاق) فتزوجها فإن هناك تقع تطليقة واحدة عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

والفرق: أن قوله: (من ييكي) كلام مبهم يحتاج إلى التفسير، وكذلك (سه دوو) والتفسير بذكر الطلاق، وعند ذكر الطلاق الأعداد قد اجتمعت فصار كقوله: أنت طالق ثلاثاً.

ولو قال: (اركدخز فلان مراد هندورا طلاق)، فتزوجها لا تطلق، أما قوله: (أرمن نيك طلاق) كلام مفسر ويترتب عليه الثاني والثالث فينزلان عند الشرط والأول يكون في الملك فيقع، وما وراء ذلك لا يكون في الملك فلا يقع^(٤).

رجل قال لامرأته: «برخيز ويخانه» ما درروسه ماه عده من دار، ثم قال: (دادمت يك طلاق ثم أين سخن بدان كفتم كه بنا يدكه معني سخن أول ندا شته باشي).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: قدر.

(٣) زاد في أ: ثم طالق.

(٤) المحيط البرهاني (٣/٣٧٨).

فقد قيل: يقع عليها ثلاث تطليقات.
وقد قيل: [يقع]^(١) تطليقتان، [تقع]^(٢) إحداهما بقوله: (برخيز)، والثاني
بالصريح، ولا تقع بقوله: (بخانه ما در).
وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل له امرأتان
لم يدخل بواحدة منهما فقال: امرأتي طالق امرأتي طالق، ثم قال: أردت واحدة
منهما، لا أصدقه وأبينهما منه.
وكذلك لو قال: امرأتي طالق [وامرأتي طالق]^(٣)، ولو كان دخل بهما وباقي
المسألة بحالها، فله أن يوقع الطلاق على إحداهما.

* * *

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في أ، ب.
(٣) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا النوع:

رجل قال لامرأته: هذه طالق هذه لامرأة أخرى، طلقت الأولى لا غير. ولو قال: هذه^(١) طالق، طلقت الأخرى لا غير. ولو قال: [ذلك]^(٢) لامرأة واحدة، لا يقع إلا واحدة في الوجهين، هكذا ذكر في النوازل.

وذكر في المنتقى: إذا قال: هذه طالق، هذه لامرأة أخرى، طلقنا. وكذلك لو قال: هذه، أو فهذه.

وفي العيون: إذا قال لامرأته: أنت طالق أنت، أو قال: أنت طالق وأنت، يقع واحدة. ولو قال ذلك لامرأة أخرى، يقع على كل واحدة تطليقة. وعن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأة واحدة: أنت طالق وأنت، يقع تطليقتان.

وما ذكر في العيون فيما إذا قال لامرأته: أنت طالق أنت لامرأة أخرى، أنه يقع على كل واحدة تطليقة. يوافق ما ذكر في المنتقى في قوله: هذه طالق هذه لامرأة أخرى، ويخالف ما ذكر في النوازل.



(١) في أ: هذا.

(٢) سقط في ب.

نوع آخر: في إيقاع الطلاق بطريق الإضمار، وفي ترك الإضافة والتسمية، ومما يتصل بذلك:

ولو قال لامرأته: (تراسه).

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: حكى عن أبي القاسم الصفار: أنها لا تطلق؛ لأن الفارسية ليس لها إضمار بخلاف العربية.

قال الصدر الشهيد: وأنا أفتي أنه يقع إذا نوى؛ لأن قوله: (تراسه)، يحتمل الطلاق وغيره، فيتعين الطلاق بالنية، هذا من باب تعيين أحد محتملي اللفظ [بالنية]^(١) لا من باب الإضمار.

وقيل: المحكي عن أبي القاسم - رحمه الله - كذلك، لكن في قوله: (توييكي توسه)، لا في قوله: (تراسه).

وفي الجامع الصغير^(٢): عن أبي نصر الدبوسي - رحمه الله - فيمن قال (أين زن كه مراست سه لا يقع) وقال أبو بكر العياضي - رحمه الله -: تطلق إذا أراد بذلك طلاقاً.

وقال أبو بكر الدرستي: طلقت امرأته.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله -: رجل اتهمته امرأته بشيء وطلبت منه أن يحلف على ذلك بطلاقها فحلف بهذا اللفظ: (اكر فلان كاركرده أم توسه) وأجاب: أنها [لا]^(٣) تطلق.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لها: أنت مني ثلاثاً، إن نوى الطلاق [وقع وطلقت]^(٤)؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن قال: لم أنو الطلاق، لم يصدق إذا كان الحال حال مذاكرة الطلاق.

قالت لزوجها: طلقني، فأشار إليها بثلاث أصابع يريد بذلك ثلاث تطليقات، لا تطلق ما لم يقل بلسانه؛ لأنه لو وقع وقع بالضمير، والطلاق لا يقع بالضمير. إذا قال لها في حالة الغضب: (اكرتوزن مني سه طلاق)، لا يقع شيء؛ لأنه

(١) سقط في ب.

(٢) في أ، ب: الأصغر.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: طلقت.

حذف (الباء) فلم يكن مضيفاً إليها فلا يكون موجبا.
وعلى هذا فصل التعليق إذا قال: (هرزني كه يزني كنم سه طلاق)، فتزوج امرأة لا يقع الطلاق وهو الصحيح.
وسئل أبو نصر عن سكران قال لامرأته: أتريدين أن أطلقك؟ فقالت: نعم، فقال بالفارسية: (أكر توزن مني يك طلاق ودو طلاق وسه طلاق قومي واخرجي من عندي) وهو يزعم أنه لم يرد به الطلاق، فالقول قوله.
قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: لأنه لم يضيف الطلاق إلى المرأة ولم يذكر الإيقاع.

رجل اتهم امرأته برجل ثم رأى ذلك الرجل في بيته فغضب وقال: (إن عزرا طلاقه دادم).

قيل: يقع الطلاق إذا نوى.

وقيل: بالوقوع من غير نية.

رجل جمع أصدقاءه وأمر امرأته أن تتخذ لهم طعاما فلم تفعل وذهبت من بيت الزوج فقال الزوج: (زئيکه دوست ودئمن مرائيو دار من بسه طلاق) ذكر في مجموع النوازل: أنه تطلق امرأته.

رجل قال لخدمه وهم يذكرون امرأته بسوء: (جندان كرد يدكه بسه طلاق كرديدش)^(١)، يقع الطلاق عليها.

سألت المرأة زوجها أن يطلقها واحدة، فقال الزوج: (دادم يكي ودو وسه) فقالت: (جه يكي وجه دو وجه سه) فلم يجبه بشيء، فقد قيل: تطلق ثلاثا. وظهر سبق سؤال العدد في الطلاق أنه أراد بالعدد الطلاق بهذه المقالات.

رجل له امرأتان طلق إحداهما ثم أراد أن يتزوجها فقالت: لا أزوجك نفسي حتى تطلق الأخرى، فقال طلقتهما، ثم قال بعد ذلك: أردت غيرها، لم يصدق قضاء؛ لأن كلامه خرج جوابا، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال.
رجل قال: طلقت امرأتي، أو قال: امرأة طالق، ثم قال: لا أعني امرأتي، يصدق.

(١) زاد في أ: أو قال: حمد ان كرد سكه سه طلاق كرديدس.

ولو قال: عمرة طالق، وامرأته عمرة، وقال: لم أعن امرأتي، لم يصدق قضاء؛ لأن في الوجه الأول: لم تعرف امرأته أصلاً، وفي الوجه الثاني: عرفها بالاسم. ذكر^(١) في فتاوي أهل سمرقند: سئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - عن رجل عادته إذا رأى صبياً أن يقول له: (أي ما درت شش طلاق)، فسكر فجاءه ابنه فقال الرجل له (رواي ما درت شش طلاق)، وهو لم يعرفه، قال: تطلق امرأته ثلاثاً إذا قال ابنه فلان طالق نسب امرأته إلى أبيها ولم يسمها أو نسبها إلى أمها أو إلى أخيها أو ما أشبه ذلك ولم يذكر اسمها طلقت امرأته إذا كانت كذلك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال: عمرة بنت صبيح طالق، وامرأته [عمرة]^(٢) بنت حفص ولا نية له، لم تطلق امرأته، فإن كان صبيح زوج أمها وكانت في حجره وكانت تنسب إليه وإنما أبوها حفص فهو يعلم نسبها أو لا يعلم فقال^(٣) مثل ما قلنا ولا نية له لم يدين في القضاء ويقع الطلاق، وأما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان يعرف نسبها لا يقع الطلاق، وإن كان لا يعرف يقع الطلاق، وإن نوى في هذه الوجوه امرأته طلقت امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى.

وإن كان لا يريد اسم امرأته وإنما يريد الاسم الذي سمي على النسب الذي أضافها إليه وهو يعرف نسبها، لم تطلق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى. ولو قال: امرأته الحبشية طالق، ولا نية له في طلاق امرأته وامرأته^(٤) ليست بحبشية لا يقع عليها.

وعلى هذا امرأته السنديّة وغلّامه السندي.

وعلى هذا إذا سماها بغير اسمها ولا نية له في طلاق امرأته، وإن نوى طلاق امرأته في هذه الوجوه طلقت امرأته، وإن سمي امرأته [كلها]^(٥) باسم أبيها بأن قال: امرأتي عمرة بنت صبيح بن فلان، أو قال: أم هذا الرجل التي في وجهها الخال [أنها]^(٦) طالق، طلقت امرأته سواء كان في وجهها الخال أو لم يكن؛ لأنه

(١) في ب: ذكره.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: أو قال.

(٤) في ب: وهي.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

وصفها باسمها ونسبها فتمت المعرفة الشرعية فلا حاجة إلى ذكر شيء آخر [ويجعل ذكر شيء آخر كعدمه]^(١).

إذا قال الزوج: فلانة بنت فلان من نسائي طالق، وله امرأتان بهذا الاسم، فقال الزوج: لم أعن إحداهما بعينها، [و]^(٢) لا رواية لهذه المسألة في الكتب. قال مشايخنا: وينبغي ألا يحل له وطء المرأتين اللتين بهذا الاسم والنسبة كما لو طلق إحداهما بعينها ونسبها.

ووجه ذلك: أن الطلاق أضيف إلى المعرفة؛ لأنه وجد الاسم والنسبة في المضاف إليها^(٣) الطلاق، وأنهما وضعا للتعريف كالإشارة فصار الطلاق مضافا إلى المعرفة، إلا أن هذه المعرفة لم تعرف، فهو بمنزلة ما لو طلق إحداهما [بعينها ثم نسبها، وهناك كان الجواب كما قلنا، والعناق على هذا.

استخرجت هذه المسألة من مسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في باب الخيار في الأيمان في السير [الكبير]^(٤).

وفي المنتقى: رجل تزوج امرأة فقالت إني أسماء بنت عبد الله القرشية، والرجل لا يعرفها، فقال الرجل بعد ما تزوجها: كل امرأة لي طالق غير أسماء بنت عبد الله القرشية، واسم هذه المرأة كانت زينب النبطية، فهي طالق في القضاء، ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى.

قال في الجامع: ولو قال: كنت طلقت امرأة كانت لي، أو قال: كنت طلقت امرأة تزوجتها، أو قال: كانت لي امرأة فطلقتها، وادعت المعروفة أنها هي، وقال الزوج: كانت لي امرأة أخرى غير المعروفة وإياها طلقت، فالقول قول الزوج؛ لأن الزوج لم يقر بالإيقاع للحال في هذه الصورة، وإنما أقر بالإيقاع فيما مضى في نكاح ما مضى؛ لأن قوله: كنت، إخبار عن الماضي، والإقرار بالإيقاع فيما مضى في نكاح قد كان لا يستدعي محلا قائما للحال حتى تتعين المعروفة لهذا الطلاق بحكم الظاهر، فيصير الزوج ناقلا الطلاق عن محل ظاهر إلى محل خفي، بل يكون منكرا

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في م: إليهما.

(٤) سقط في أ.

وقوع الطلاق على المعروفة، فكان القول قوله. فإن قيل: هذا الكلام لا يستقيم في قوله: فطلقتها^(١)؛ لأن قوله: طلقها^(٢)، إيقاع للحال، والإيقاع للحال يستدعي محلا دائما للحال ولا يعرف للزوج محل قائم للحال إلا للمعروفة، فتصير المعروفة متعينة لهذا الطلاق بحكم الظاهر، فيصير الزوج ناقلا للطلاق عن محل ظاهر فلا^(٣) يصدق.

قلنا: قوله: فطلقتها^(٤)، عطف على قوله: كانت لي امرأة، وذلك إخبار عن نكاح ماض، فيصير قوله: فطلقتها^(٥)، إخبار عن طلاق ماض بحكم العطف؛ لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه فلهذا كان الجواب كما قلنا.

فإن قيل: هذا يشكل بما لو قال: كانت لي امرأة وذلك إخبار عن نكاح إلي فاشهدوا أنها طالق، وادعت المعروفة أنها هي فالقول قول المعروفة حتى تطلق المعروفة، وقوله: إنها طالق، معطوف على نكاح ماض، ثم لم يجعل إخبارًا عن طلاق ماض بحكم العطف.

قلنا: قوله: إنها طالق، معطوف على قوله: فاشهدوا، وقوله: فاشهدوا، إسهاد للحال، فقوله: إنها طالق، يكون إنشاء للطلاق للحال، ولو قال: طلقت امرأة لي، أو قال امرأة لي طالق، أو قال: امرأة من نسائي طالق، وباقي المسألة بحالها يقع الطلاق على المعروفة في الحكم؛ لأن هذا الكلام إيقاع للحال فاستدعى [محلا]^(٦) قائما للحال، والمعروفة تعينت لذلك من حيث الظاهر، فيصير الزوج بدعوى إرادة غيرها صارفا للطلاق عن محل ظاهر إلى محل خفي فلا يصدق.

وكذا لو قال: كنت طلقت امرأتي، أو قال: كنت طلقت إحدى نسائي، أو قال: كنت طلقت امرأة لي، وباقي المسألة بحالها طلقت المعروفة في الحكم؛ لأنه وإن أضاف الطلاق إلى الماضي إلا أنه أضاف إلى الماضي طلاق المرأة مضافة إليها للحال، والمرأة المضافة إليها في الحال من حيث الظاهر المعروفة، فكان هذا إقرارًا من حيث الظاهر بتطبيق المعروفة من قبل، إلا أن من أقر بتطبيق امرأته من قبل

(١) في أ: فطلقها.

(٢) في أ: طلقها.

(٣) في أ: قال.

(٤) في أ: فطلقها.

(٥) في أ: فطلقها.

(٦) سقط في أ.

يحكم بوقوع الطلاق في الحال فلا يصدق في دعوى الإسناد. وكذلك لو قال: طلقت: أول امرأة قد كنت تزوجتها أو قال: طلقت امرأة قد كنت تزوجتها، أو قال: طلقت امرأة كانت لي، وباقي المسألة بحالها، تطلق المعروفة في الحكم؛ لأن قول الزوج: طلقت، إيقاع للحال، والإيقاع في الحال يستدعي محلاً قائماً في الحال والمحل القائم في الحال في الظاهر المعروفة، فانصرف الإيقاع إليها ووقع الطلاق عليها بحكم الظاهر فلا يصدق الزوج في صرف الطلاق عنها.

إذا قال: نساء أهل الدنيا طالق، أو قال: نساء أهل الري، وهو من أهل الري، أو قال: نساء أهل بغداد، وهو من أهل بغداد؛ لا تطلق امرأته عند أبي يوسف - رحمه الله - إلا أن ينويها؛ لأن هذا أمر عام.

عن محمد - رحمه الله - روايتان: روى ابن سماعة عنه: أنها تطلق امرأته من غير النية، وروى هشام عنه: أنها لا تطلق امرأته إلا أن ينويها.

وذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن في قوله: جميع نساء الدنيا طالق، جميع نساء أهل العالم طالق، أنه تطلق امرأته من غير نية.

ولو قال: نساء أهل هذه السكة طالق، وهو من أهل [هذه] (١) السكة، طلقت امرأته.

وكذا إذا قال: نساء أهل هذه الدار طالق، وهو من أهل هذه الدار، طلقت امرأته بلا خلاف.

ولو قال: نساء أهل هذه القرية طالق، فقد اختلف المشايخ فيه:

منهم من ألحقه بالبيت والسكة.

ومنهم من ألحقه بالمصر.

وجه عدم الوقوع في قوله: نساء أهل الري، نساء أهل الدنيا، أنه لو وقع الطلاق على امرأته إنما يقع إذا اعتبر هذا الكلام إنشاء في حق هذا القائل، فإذا اعتبر إنشاء في حق هذا القائل يعتبر إنشاء في حق الكل وتعذر اعتبار هذا الكلام إنشاء في حقه بكل؛ لأنه إذا اعتبر إنشاء [في حق الكل] (٢) لا بد وأن يتوقف على إجازتهم، وإجازة أهل الدنيا متعذرة يخرج على هذا فصل السكة والقرية على قول بعض المشايخ.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر: في إيقاع الطلاق بالعقود:
 إذا قال لامرأته: وهبت لك ثلاث تطليقات. يقع الثلاث في الحال في فتاوى
 الفضلي في تعليل المسألة.
 وهكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في قوله: وهبتك طلاقك.
 أنه يقع.
 وذكر القدوري - رحمه الله - إذا قال لها: وهبتك طلاقك. ينوي أن يكون
 الطلاق في يدها لم تدين في القضاء.
 قال: روي عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا يقع الطلاق.
 وبهذا أخذ بعض المشايخ.
 ولو قال لها: أعرتك الطلاق. يصير الطلاق بيدها في النوازل.
 وهكذا ذكر البقالي في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.
 وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في قوله: وهبتك، إلى أنه لا
 رواية لها في المبسوط.
 وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه يقع الطلاق.
 وروي هشام عن محمد - رحمه الله - أنه لا يقع.
 ولو قال: أقرضت طلاقك. يقع.
 ولو قال لها: بعتك طلاقك. فقالت: اشتريت. يقع رجعيًا، بخلاف قوله: بعتك
 طلاقك بمهرك. بخلاف قوله: بعته نفسك منك. فقالت: اشتريت. حيث يقع
 بائناً^(١).
 ولو قال: بعتك. لا يقع ما لم تقل: اشتريت.
 وكذلك لو قال: (فروختم). لا يقع ما لم يقل: (خريدم). ويسقط المهر عنه
 وإن لم يذكر البدل في النوازل.

* * *

(١) في أ: ثانياً.

نوع آخر في: الإيقاع بالإضافة إلى بعض المرأة:

إذا قال لامرأته: رأسك طالق. فالأصل في جنس هذه المسائل أن كل جزء يعبر به عن جميع البدن نحو الرأس والرقبة والفرج والوجه يصح إضافة الطلاق إليه، وكل جزء لا يعبر به عن جميع البدن^(١) إن كان جزءا لا يستمتع به نحو الدمع والريق والدم، لا يصح إضافة الطلاق إليه بالاتفاق، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرحه.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ولو نوى جميع ما في بدنها من الدم ينبغي أن تطلق.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في أول باب الطلاق: أنه إذا أضاف الطلاق إلى دمها ففيه روايتان: على رواية كتاب العتاق لا تطلق، وعلى رواية كتاب الكفالة تطلق.

وإن كان جزءا يستمتع به نحو اليد والرجل لا يصح إضافة الطلاق إليه عندنا. قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : إذا قال لها: رأسك طالق، وعنى اقتصار الطلاق على^(٢) الرأس، لا يبعد أن يقول: لا تطلق. ولو قال لها: يدك طالق، وأراد به العبارة عن جميع البدن، لا يبعد أن يقول^(٣): تطلق^(٤).

وفي البقالي: أنه لا يقع الطلاق بالإضافة إلى اليد وإن نوى. وإذا قال لها: نصفك طالق.

ذكر شمس الأئمة [السرخسي - رحمه الله]^(٥) - في شرحه: أنه لا يقع. وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: أنه يقع.

وهكذا ذكر في بعض النسخ.

وإن قال: ظهرك طالق أو بطنك طالق، ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -

(١) من أول قوله: «بعينها ثم نسبها...» إلى هنا، سقط في ب.

(٢) في ب: عن.

(٣) زاد في ب: بأنها.

(٤) في أ: لا تطلق.

(٥) سقط في ب.

في شرحه: أن الأصح أنه لا يقع، واستدل بمسألة ذكرها في الأصل .
إذا قال لها: ظهرك علي كظهر أمي، أو قال بطنك علي كبطن أمي، أنه لا يصير
مظاهرا .

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه: أن الأشبه بمذهب
أصحابنا - رحمهم الله - [أنه يقع الطلاق .

قال: وهو نظير ما قال مشايخنا فيما إذا أضيف عقد النكاح إلى ظهر المرأة أو إلى
بطنها أن الأشبه بمذهب أصحابنا^(١) أنه ينعقد النكاح .

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي - رحمه الله - : أن الأصح أنه
يقع .

وإذا قال لها: دبرك طالق، فالمحفوظ عن أصحابنا أنه^(٢) لا تطلق، بخلاف
قوله: فرجك طالق . والله أعلم .



(١) سقط في أ .

(٢) في ب: أنها .

نوع آخر في: تشبيه الطلاق بشيء آخر:

إذا قال لها: أنت طالق مثل عظم رأس الإبرة، أو قال: مثل الجبل، أو قال: حبة الخردل.

فالأصل عند أبي حنيفة - رحمه الله - في جنس هذه المسائل: أنه إذا شبه الطلاق بشيء عظيم أو صغير يقع بائنا أي شيء كان المشبه به سواء ذكر العظيم أو لم يذكر.

والأصل [عند زفر - رحمه الله -]: أنه متى شبه الطلاق بشيء عظيم يكون بائنا، ومتى شبه بشيء صغير حقيقير يكون رجعياً ذكر العظيم أو لم يذكر.

والأصل^(١) عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: أنه متى ذكر العظيم باللفظ يكون بائنا وإن كان المشبه به شيئاً صغيراً، ومتى لم يذكر العظيم باللفظ وشبه بشيء عظيم أو بشيء حقيقير صغير، فإن كان له جدة يكون بائنا، وإن لم يكن له جدة يكون رجعياً.



(١) سقط في ب.

بيانه في مسائل :

إذا قال لها: أنت طالق عظم السمسم^(١)، أو عظم الخردل، فعندهما: تقع تطليقة بائنة اعتبارا للعظم ذكرا.
وعند زفر - رحمه الله - : تقع واحدة رجعية في المسألتين باعتبار الصغر المسمى .

ولو كان^(٢) مثل رأس الإبرة، تقع واحدة بائنة عندهما.
ولو [قال]^(٣) : مثل السمسم تقع واحدة رجعية .
وعند زفر - رحمه الله - : تقع واحدة رجعية في المسألتين جميعا.
ولو قال: مثل الأساطين، أو التراب، أو الجبال، عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : تقع تطليقة رجعية .
وعند زفر: تقع تطليقة بائنة .
وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : تقع تطليقة بائنة في هذه الفصول كلها للأصل الذي مر .

ذكر بعض مشايخنا قول محمد - رحمه الله - مع قول أبي يوسف على نحو ما بينا .

وذكر بعضهم قول محمد مع أبي حنيفة - رحمهما الله - .
وإذا قال لها أنت طالق مثل سنجة دائق، وفارسيته: (دانك سنكي برا طلاق)،
تقع واحدة .

ولو قال: مثل سنجة دائق ونصف وفارسيته: (دانك ونيم ينك)، يقع ثنتان .
ولو قال: (نيم ددم ينك) تقع واحدة .
ولو قال: (جهاز دانك نيم ددم سنك) تقع ثلاث تطليقات .
والحاصل: أن التعويل على عدد السنجات المتعارفة فيما بين الناس .
ولو قال لها: أنت طالق هكذا، وأشار بأصبع واحد فهي واحدة، وإن أشار ثنتين فهما ثنتان، وإذا أشار بالثلاث فهي ثلاث .

(١) في أ: السمين .

(٢) في أ: قال .

(٣) سقط في أ .

وإن أشار بثلاث أصابع وقال: عنيت بهذه الإشارة الشبه بالكف دون الأصابع، لا يصدق قضاء.

ومن المتأخرين من قال: إذا جعل ظهر الكف إليها والأصابع إلى نفسه صدق قضاء، فإن قال: عنيت اثنتين بالأصبعين اللتين عقدتهما، لا يصدق في القضاء ويقع ثلاث تطليقات.

بعض مشايخنا قالوا: إنما لا يصدق قضاء إذا كانت الأصابع كلها معقودة قبل الإشارة نصب ثلاثاً منها وقال: أنت طالق هكذا، وقال: عنيت بها الأصابع المعقودة، أما إذا كانت الأصابع كلها منشورة عقد اثنتين منها وقال: أنت طالق هكذا، وقال: عنيت به الأصابع المعقودة، يصدق قضاء.

ولكن هذا خلاف رواية محمد - رحمه الله -، فقد قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا قال: عنيت اثنتين بالأصبعين اللتين عقدت، لا يصدقه القاضي، وقوله: عقدت، يقتضي أنها كانت منصوبة من قبل، وإن أشار بالأصابع كلها وقال: أنت طالق ولم يقل هكذا تقع واحدة. والله أعلم.

* * *

نوع آخر: في بيان ما يقع به الثلاث، وما يقع به الواحدة:
 وإذا قال لها: أنت طالق لونين من الطلاق، فهما تطليقتان يملك الرجعة.
 ولو قال: ثلاثة ألوان، فهي ثلاثة.
 وكذلك إذا قال: ألوانا من الطلاق، فهي طالق ثلاثا.
 فإن قال: نويت ألوان الحمره والصفرة، فله نيته فيما بينه وبين الله تعالى.
 وكذلك إذا قال: ضروبا، أو أنواعا، أو وجوها من الطلاق.
 وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا قال لها: أنت طالق
 واحدة تكون ثلاثا أو تصير ثلاثا أو تعود ثلاثا، فهو ثلاث. وكذلك إذا قال: هم
 ثلاث.

ولو قال لها: أنت طالق تمام ثلاث أو ثالث ثلاثة، فهي ثلاث.
 ولو قال لها: أنت طالق آخر ثلاث تطليقات، فهي واحدة.
 ولو قال لها: طلقتك آخر ثلاث تطليقات، طلقت ثلاثا.
 إذا قال لها: (تراسا طلاق)، ولا نية له تقع تطليقتان، هكذا ذكر في فتاوى أهل
 سمرقند.

وفي البقالي: إذا قال لها: أنت [طالق]^(١) عامة الطلاق، أو قال: جل الطلاق،
 فهما تطليقتان، ولو قال: أكثر الطلاق، فهو ثلاث. ولو قال: كل الطلاق، فهي
 واحدة. ولو قال: أكثر الطلاق، فهو ثنتان. ولو قال: أنت طالق الطلاق كله، فهو
 ثلاث. وكذلك إذا قال: كل طلقة. ولو قال: عددا من الطلاق، فهو ثنتان. وكذلك
 إذا قال: عدد الطلاق، فهو ثلاث. ولو قال: أنت طالق وأخرى، فهي واحدة.
 ولو قال: أنت طالق واحدة وأخرى، فهي ثنتان. ولو قال: أنت طالق غير
 واحدة، فهي ثنتان. ولو قال: غير ثنتين، فهي ثلاث.
 وروي [عن]^(٢) ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في قوله: أنت طالق
 غير واحدة، أنها واحدة إلا أن ينوي.
 ولو قال لها: أنت طالق لا قليل ولا كثير، حكى عن الشيخ الجليل الإمام أبي

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : أنه يقع واحدة .
وهكذا حكى عن أبي بكر البلخي - رحمه الله - : أن الطلاق لا يوصف بالقلة والكثرة فلغا ذكر القلة والكثرة .

واختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - على أنه يقع الثلاث ؛ لأنه لما قال أولاً : لا قليل . فقد قصد إيقاع الثلاث ؛ لأن الثلاث هو الكثير فلا يعمل قوله : ولا كثير . بعد ذلك .

قال - رضي الله عنه - : وعلى هذا لو قال : لا كثير ولا قليل ، يقع واحدة .
وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - : أنه يقع ثنتان ؛ لأنه لما قال : لا قليل . فقد قصد إيقاع الثنتين ؛ لأن الثنتين كثير على ما بيّننا فلا يعمل قوله : ولا كثير . بعد ذلك .

وهذا القول أقرب إلى الصواب .

ولو قال لها أنت : طالق ما بين واحدة وثلاث ، فهي واحدة ، هكذا روى عن أبي يوسف - رحمه الله - ، بخلاف قوله : إلى ثلاث .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأته : أنت طالق واحدة حتى تبيني بثلاث ، وهو ينوي ثلاثاً طلقت ثلاثاً واحدة بعد أخرى .

ولو قال لها : أنت طالق حتى تبيني ، فإن نوى بقوله : حتى تبيني - العدة - فهي واحدة ، وإن نوى : حتى تبيني بثلاث ، فهي ثلاث فيما أظن ، الشك من هشام .

وفي باب الليف من [المتفرقات من] ^(١) المنتقى : أنت طالق حتى تحرمي ، حتى تبيني ، لكي ^(٢) تبيني ، لتبيني ^(٣) . أنها واحدة ، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لها : أنت طالق حتى تستكمل ثلاث تطليقات ، [أو كى تستكمل ثلاث تطليقات ، أو قال : أنت طالق تستكمل ثلاث تطليقات] ^(٤) ، فهي طالق ثلاثاً ولا يدين ^(٥) في القضاء على إبطال ذلك .

(١) سقط في ب .

(٢) في أ : لكن .

(٣) في ب : كتبيني .

(٤) سقط في ب .

(٥) في ب : تدين .

وابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لامرأته : أنت طالق وبائن ، أو قال : أنت طالق ثم بائن ، وقال : لم أنو بقولي : بائن شيئاً . فهي طالق تطليقة رجعية ، ولو ذكر بحرف (الفاء) وباقي المسألة بحالها ، فهي طالق تطليقة بائنة^(١) . وفي المنتقى : إذا طلق امرأته ولم يدخل بها ثنتين ، ثم قال : كنت طلقته واحدة قبل الثنتين . فإني لا أبطل عنه الثنتين وألزمه [أنه لا يقر]^(٢) بها ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وفي المنتقى أيضاً رواية ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لها : أنت طالق واحدة تكون ثلاثاً أو تصير ثلاثاً أو تعود ثلاثاً أو تتم ثلاثاً . فهو ثلاث ، والله أعلم .



(١) في أ: ثانية .
(٢) في ب: التي أقر .

نوع آخر في: تغيير صفة الواقع:

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعيًّا ثم قال: جعلت هذه التطليقة بائنة^(١)، أو قال: ثلاثاً، فإن كانت المرأة في العدة، تصير بائنة^(٢) [وثلاثاً عند أبي حنيفة - رحمه الله^(٣)].

وعند أبي يوسف: تصير بائنة^(٤) [٤]^(٥) باتفاق الروايات.

وهل تصير ثلاثاً؟ فعنه روايتان: [روى^(٦)] بشر والحسن عنه: أنه لا يصير ثلاثاً. وفي رواية أخرى عنه: أنه يصير ثلاثاً.

فعلى رواية بشر فرق أبو يوسف - رحمه الله - بين البائن وبين الثلاث. وأشار إلى الفرق فقال: العدة [إذا]^(٧) انقضت كانت التطليقة بائنة^(٨) من غير كلام فلا يكون ثلاثاً. هكذا كلام أبي يوسف - رحمه الله -.

وعند محمد - رحمه الله - : لا تصير ثانية ولا ثلاثاً، وإن قال ذلك بعد انقضاء العدة لم يلزمه بهذا القول شيء.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لامرأته: إذا طلقتك واحدة، فهي بائن، أو ثلاث فطلقها واحدة لم تكن بائناً ولا ثلاثاً قال من قبل: إنه قدم القول قبل نزول الطلاق. وكذلك إذا قال لها: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: جعلت هذه التطليقة بائناً أو ثلاثاً وكان ذلك قبل أن تدخل الدار.

وفي المنتقى: إذا طلق امرأته واحدة ثم قال في العدة: ألزمت امرأتي ثلاث تطليقات بتلك التطليقة، أو قال: ألزمتها تطليقتين بتلك التطليقة، فإنه يقع عليها^(٩) في الصورة الأولى: تطليقتان مع الأولى [فيكون ثلاثاً، وفي الصورة الثانية: يقع

(١) في أ: ثانية.

(٢) في أ: ثانية.

(٣) الدر المختار (٣/٣٠٥).

(٤) في أ: ثانية.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ثانية.

(٩) زاد في أ: واحدة.

عليها تطليقه مع الأولى] ^(١) فيكون ثنتان .

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن طلق امرأته واحدة ثم قال: جعلتها بائنا رأس الشهر، قال: إن لم يراجعها فهي بائن، وإن راجعها فيما بين ذلك لا يتحول إلى البينونة .

ولو طلقها تطليقة رجعية، ثم قال: جعلتها ثلاثا [رأس الشهر] ثم راجعها ^(٢)، قال: يكون رأس الشهر ثلاثا ^(٣)، قال: وليس يشبه قوله: جعلتها بائنا، [قوله: جعلتها ثلاثا] ^(٤) قال: وقال أبو يوسف - رحمه الله - بعد ذلك: لا يكون ثلاثا ويكون واحدة بائنة .



(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في ب .

(٤) سقط في م .

نوع آخر في: نية الثلاث وما يتصل بها:

فإذا نوى الثلاث في قوله: أنت طالق، ذكر في شرح الطحاوي رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يصح: وعن أبي يوسف - رحمه الله - أيضا أنه [يصح]^(١) نية الثلاث في قوله: أنت طالق. قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: هو قوله الأول قال [لها]^(٢): تر طلاق، أو قال: دادم طلاق، ونوى الثلاث، يصح في أول باب صريح الطلاق من طلاق الطحاوي - رحمه الله -، بخلاف قوله: أنت طالق، والفرق أن قوله: طالق نعت فرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد، أما الطلاق مصدر، والمصادر أسماء الأجناس، واسم الجنس يتناول الأدنى، ويحتمل الكل، فعند انعدام النية يصرف إلى الواحدة وإذا نوى الثلاث، فقد نوى ما يحتمله لفظه. وإذا قال لها: طلقي نفسك، ونوى الثلاث، صحت نيته؛ لأن معنى كلامه: افعلي فعل التطلق، أو قعي [الطلاق]^(٣) على نفسك، كما أن معنى قوله: اضرب افعل فعل الضرب والطلاق مصدر، والتقريب ما ذكرنا.

وفي القدوري عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا يصح نية الثلاث في قوله: أنت طالق طلاقا، وفي ظاهر الرواية يصح، ولو نوى الثنتين في قوله: أنت طالق الطلاق لا يصح وإن كان طلقها واحدة، إلا أن تكون أمة ولو كانت حرة، وقال: عنيت بقولي أنت طالق واحدة، وبقولي الطلاق أخرى، صدق. وفي الطحاوي والقدوري: ولو نوى الثلاث في قوله: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة، لا يكون إلا واحدة رجعية في شرح الطحاوي.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

نوع آخر في: إيقاع بعض التولية:
 إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاث أنصاف تطليقتين، يقع عليها ثلاث تطليقات
 هكذا ذكر في الجامع الصغير.
 واعلم بأن من هذا الجنس مسائل:
 إحداها: إذا قال: أنت طالق نصفي تولية يقع تولية واحدة، لأن نصفي تولية
 تكون تولية واحدة كنصفي درهم يكون درهما واحدا.
 الثانية: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف تولية، يقع تطليقتان؛ لأن ثلاثة
 أنصاف تولية [تقع]^(١) تولية ونصف فكأنه قال: أنت طالق تولية ونصفاً^(٢).
 الثالثة: أن يقول لها: أنت طالق أربعة أنصاف تولية، يقع تطليقتان؛ لأن أربعة
 [أنصاف تولية تطليقتان، كما أن أربعة]^(٣) أنصاف درهم؛ درهما فصار كأنه قال
 أنت طالق تطليقتين.
 الرابعة: أن يقول لها: أنت طالق نصف تطليقتين، فهي واحدة؛ لأن نصف
 التطليقتين^(٤) طلقة، فكأنه قال لها: أنت طالق تولية وذكر في موضع آخر أنه يقع
 تطليقتان.
 والخامسة: إذا قال لها: أنت طالق نصفي تطليقتين، يقع تطليقتان؛ لأن نصفي
 تولية طلقة [فتكون نصفي تطليقتين تطليقتان]^(٥).
 السادسة^(٦): إذا قال لها: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، وهي مسألة الجامع
 الصغير والجواب فيها ما ذكرنا أنه يقع ثلاث تطليقات؛ لأن للتطليقتين^(٧) نصفاً وهو
 تولية، فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاثاً ضرورة.
 والسابعة: إذا قال لها: أنت طالق نصف ثلاث تطليقات، يقع تطليقتان؛ لأن
 نصف الثلاث تولية ونصف، فكأنه قال لها: أنت طالق تولية ونصفاً.

- (١) سقط في أ.
- (٢) في ب: تولية.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في أ: تطليقتين.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) سقط في أ: السادس.
- (٧) في أ: التطليقتين.

الثامنة: إذا قال لها: أنت طالق [توليقيه]^(١) نصفي ثلاث تولىقات، طلقت ثلاثاً؛ لأن للثلاث تولىقات نصفاً، وذلك طلقة ونصف وطلقة ونصف مرتين يكون ثلاث تولىقات.

وإذا قال لها: أنت طالق نصف تولىقة، وثلاث تولىقة، وسدس تولىقة، يقع ثلاث تولىقات؛ لأن النكرة إذا كررت كانت الثانية غير الأولى، فيكون^(٢) موقعا ثلث^(٣) تولىقة أخرى وسدس تولىقه أخرى.

ولو قال: نصف تولىقة وثلاثها. [وسدسها]^(٤) يقع واحدة؛ لأنه أضاف الثلث والسدس والنصف إلى الواحدة الموقعة، والواحدة الموقعة تقع بجميع أجزائها فلا يتصور إيقاع شيء منها مرة أخرى، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله -.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: إذا قال لها: أنت طالق نصف تولىقة، وثلاث تولىقة وربع تولىقة، يقع ثنتان، وهو المختار؛ لأنه متى جمع هذه الأجزاء تزداد على الواحدة، فعلى قياس ما ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - ينبغي في قوله: أنت طالق نصف تولىقة، وثلاث تولىقة، وسدس تولىقة أن^(٥) تقع تولىقة واحدة؛ لأنه متى جمع بين هذه الأجزاء لا يزداد على الواحدة.

ولو قال لها: نصف تولىقة وثلاثها وربعها. وقعت ثنتان، هكذا ذكر الحسن بن زياد - رحمه الله -؛ لأنه إذا زاد^(٦) على أجزاء الواحدة لا بد وأن تكون الزيادة من طلقة أخرى، وبعض مشايخنا قالوا: يقع واحدة، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

ولو قال لها: أنت طالق واحدة ونصفاً. أو قال: واحدة وربعاً، أو ما أشبه ذلك

(١) سقط في م.

(٢) في أ، ب: فيصير.

(٣) في أ، ب: ثلاث.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: أنه.

(٦) في أ، ب: أراد.

يقع ثنتان، ولو قال: واحدة ونصفها. أو قال: واحدة وربعها. يقع واحدة، والفرق أن في المسألة الأولى ذكر نصفاً مطلقاً، وربعاً مطلقاً فاقضى ذلك تطليقة ثانية^(١)، وفي المسألة الثانية ذكر النصف والربع مضافاً إلى الواحدة الموقعة؛ لكون الهاء كناية عن المذكور أولاً، وقد وقعت الأولى بجملتها؛ فلا يتصور إيقاعها ثانياً^(٢). والله أعلم.

* * *

(١) في أ، ب: واحدة.
 (٢) المحيط البرهاني (٣/٢٢٥).

نوع آخر: في الرجل يوقع الطلاق على امرأته ثم يقول: لي امرأة أخرى والمطلقة^(١) هي:

في المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا قال الرجل: زينب امرأته طالق وخاصمته [زينب]^(٢) إلى القاضي في الطلاق فقال: لي امرأة أخرى [أقيمها]^(٣) ببلدة [كذا]^(٤) اسمها زينب، وإياها عنيت ولم يقم على ذلك بينة، فإن القاضي يطلق هذه المرأة، ويبينها منه إن كان الطلاق بائنا، فإن أحضر تلك واسمها زينب، وعرفها القاضي بذلك، فإنه يوقع الطلاق عليها، ويرد عليه الأولى، ويبطل طلاقها، وكذا هذا في العتق.

وعن أبي يوسف: أنه يطلقهما جميعا ويعتقهما جميعا.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - إذا قال الرجل: امرأته طالق. فاستعدت عليه امرأته فقال: لي امرأة أخرى غائبة، إياها عنيت قال: إن أقام البينة أن له امرأة أخرى غائبة سواها، وقفت الأمر، ولم يوقع الطلاق حتى تقدم [إلي]^(٥) الغائبة. وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال: امرأته طالق، وله امرأة معروفة، فقال: لي امرأة أخرى، وجاءت امرأة أخرى وادعت أنها امرأة، وصدقها الزوج في ذلك وقال: إياها عنيت. أو قال: اخترت أن أوقع الطلاق على هذه، فإن أقام بينة على التزوج^(٦) بالمجهولة قبل الطلاق، صرفت الطلاق^(٧) عن المعروفة، وإن لم تقم بينة على ذلك وقضى القاضي بطلاق المعروفة، ثم قامت له بينة على التزوج بالمجهولة قبل الطلاق أو^(٨) قبل أن يقضي القاضي بطلاق المعروفة^(٩)، وقال الزوج: عنيت بالطلاق المجهولة، فالقاضي يبطل ما قضى به من طلاق المعروفة،

(١) في ب: فالمطلقة.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: التزويج.

(٧) في ب: الصداق.

(٨) في ب: آخر.

(٩) سقط في أ.

ويردها إليه ويوقع الطلاق على المجهولة، وكذلك لو كانت المعروفة قد تزوجت. وفي المتنقى أيضا إذا قال: لامرأتي علي ألف درهم، وله امرأة معروفة ثم قال: لي امرأة أخرى والدين لها، فالقول قوله. ولو قال: امرأته طالق على ألف درهم، فالطلاق والمال على امرأته المعروفة، ولا يصدق في صرفها إلى غيرها، ولو قال: امرأتي طالق، ثم قال: لامرأتي علي ألف درهم، وله امرأة معروفة، ثم قال: لي امرأة أخرى وإياها عنيت، صدق في حق المال ولم يصدق في حق الطلاق. وفي طلاق الأصل في باب الشهادة في الطلاق: إذا قال: فلانة بنت فلان طالق، سمى امرأته ونسبها، ثم قال: عنيت بذلك امرأة أجنبية هي على هذا الاسم. لم يصدق قضاء.

وإن قال: هذه المرأة التي عنيتها امرأتي، وصدفته في ذلك [وقع] ^(١) الطلاق عليها بإقراره، ولم يصدق في حق صرف الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاح هذه المرأة [قبل الإيقاع] ^(٢) أو على إقرار الرجل وهذه المرأة بالنكاح، أو على إقرار المرأة المعروفة بذلك، حينئذ يؤمر الزوج بالبيان أنه أوقع الطلاق على أيتها شاء. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: بالنكاح.

الفصل الرابع

في الكنايات

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه في قوله: أنت عليّ حرام. ومما يتصل به إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام^(١)، فإنه يسأل عن نيته، هذا هو المذكور في كتب

(١) من قال لزوجته: أنت علي حرام يسأل عن نيته، فإن قال: أردت الكذب، فهو كما قال؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. وقيل: لا يصدق في القضاء؛ لأنه يمين ظاهر؛ لأن تحريم الحلال يمين بالنص، وهو قول الله تبارك وتعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ لِمَ حُرِّمَ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾، إلى قوله: ﴿قَدْ فُضَّ اللَّهُ لَكُمْ فَحْلًا أَئِمِّنْكُمْ﴾ فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر، وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى.

وإن قال: أردت الطلاق، فهي تطليقة بائنة، إلا أن ينوي الثلاث.
وإن قال: أردت الظهار فهو ظهار، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ليس بظهار، لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه، ولهما أنه أطلق المحرمة، وفي الظهار نوع حرمة، والمطلق يحتمل المقيد.

وإن قال: أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً، فهو يمين يصير به مولياً، وصرف بعض الحنفية لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس في زماننا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق. قال بذلك أبو الليث.
وإن قال لها: أنا عليك حرام وينوي الطلاق: فهي طالق.

وإن قال لها: أنت علي حرام كظهر أمي ونوى به طلاقاً أو إبلاء: لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وقالوا: هو على ما نوى؛ لأن التحريم يحتمل كل ذلك، غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً، ولأبي حنيفة أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره.

أما إذا كان بلفظ الظهار صريحاً كأن قال لها: أنت علي كظهر أمي، فلا ينصرف لغير الظهار، وبه حرمت عليه، فلا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها، حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ إلى قوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾.

فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى، ولا يعود حتى يكفر، لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة: فاعتزلها حتى تكفر عنك [أخرجه أبو داود (٦٦٦/٢) وحسنه ابن حجر في الفتح (٤٣٣/٩)] ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه.

ولو قال: أنت علي حرام كأمي يحتمل الطلاق والظهار.
فإن قال: أردت الظهار أو الطلاق فهو على ما نوى؛ لأنه يحتمل الوجهين: الظهار لمكان التشبيه، والطلاق لمكان التحريم. وإن لم تكن له نية: فعلى قول أبي يوسف إبلاء، وعلى قول محمد ظهار.

هذا وتحريم الزوجة بأربعة طرق: الطلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار. وهذا ما قال به الحنفية.

وعند المالكية: لو قال لزوجته: أنت علي حرام فهو البتات (البيئونة الكبرى). ولو قال لها: أنت علي ككل شيء حرمه الكتاب، فإنه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير، فهو بمنزلة ما لو قال لها: أنت كالميتة والدم، فيلزمه البتات، وهو مذهب ابن القاسم وابن نافع.

وفي المدونة: قال ربيعة: من قال: أنت مثل كل شيء حرمه الكتاب، فهو مظاهر، وهو قول ابن الماجشون.

وقال الشافعية: إذا قال لزوجته: أنت علي حرام أو حرمتك، ونوى طلاقاً أو ظهاراً حصل المنوي، وهم كالحنفية، والحنابلة في المشهور عن أحمد فيما إذا نوى الطلاق يكون طلاقاً إلا أنه يكون رجعيًا. فإن نوى عدداً فإنه يقع ما نواه وهم ك رأي أبي حنيفة إذا نوى الظهار يكون ظهاراً عندهم، كما هو ظهار عنده.

فإن نواهما: أي الطلاق والظهار معا تخير وثبت ما اختاره منهما. وقيل: الواقع طلاق؛ لأنه أقوى بإزالته الملك، وقيل: ظهار؛ لأن الأصل بقاء النكاح، ولا يثبتان جميعاً؛ لأن الطلاق يزيل النكاح، والظهار يستدعي بقاءه.

وإن نوى تحريم عينها أو فرجها أو وطئها لم تحرم عليه، وعليه كفارة يمين. إن أطلق قوله: أنت علي حرام ولم ينو شيئاً فقولان:

أظهرهما: وجوب الكفارة. وقوله: أنت علي حرام صريح في لزوم الكفارة. والثاني: لا شيء عليه، وهذا اللفظ كناية في لزوم الكفارة.

وإن قال لها: أنت علي حرام. أنت علي حرام ونوى التحريم. فإن قال ذلك في مجلس أو قاله في مجالس ونوى التأكيد فعليه كفارة واحدة.

وإن قاله في مجالس ونوى الاستئناف تعددت الكفارة على الأصح، وقيل: عليه كفارة فقط.

وإن أطلق فقولان.

ولو قال: أنت علي حرام كالميتة والدم والخمر والخنزير، وقال: أردت الطلاق أو الظهار صدق، وإن نوى التحريم لزمته الكفارة، وإن أطلق فظاهر النص أنه كالحرام فيكون على الخلاف.

وعند الحنابلة: إذا قال لزوجته: أنت علي حرام وأطلق، فهو ظهار؛ لأنه تحريم للزوجة بغير طلاق، فوجب به كفارة الظهار، كما لو قال: أنت علي حرام كظهر أمي.

وإن نوى غير الظهار، فعن أحمد في رواية جماعة: أنه ظهار، نوى الطلاق أو لم ينوه. وقيل: إذا نوى بقوله: أنت علي حرام اليمين كان يميناً، وعليه كفارة يمين. فعن ابن

عباس رضي الله عنهما: إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها. وقال: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ لِرَحْمٍ مَّا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْنَعِي مَرْصَاتٍ آتُوكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ ١٠٠ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ فجعل الحرام يميناً.

وإن قال: أعني بأنت علي حرام الطلاق فهو طلاق، وهو المشهور عن أحمد. وإن نوى =

محمد - رحمه الله - ، فإن نوى الطلاق ، يسأل كم نوى فإن نوى ثلاثا فثلاث ، وإن نوى واحدة ، فهي واحدة بائنة ، وإن نوى ثنتين ، فهي واحدة بائنة أيضا ، ولو كانت المرأة أمة ، فإنه يصح نية الثنتين ، ولو طلق امرأته الحرة واحدة ، ثم قال لها: أنت عليّ حرام ، ينوي ثنتين ، لا تصح نيته ، ويقع ، ولو نوى الثلاث في هذه الصورة يصح نيته [ويصح^(١)] تطليقتان أخريان .

وإن نوى الطلاق في قوله: أنت عليّ حرام . ولم ينو العدد ، فهي واحدة ، وإن لم ينو الطلاق ، فهي يمين نوى اليمين أو لم ينو ؛ لأن تحريم الحلال يمين ، غير أن

به ثلاثا فهي ثلاث ؛ لأنه أتى في تفسيره للتحريم بالألف واللام التي للاستغراق ، فيدخل فيه الطلاق كله . وإن قال : أعني به طلاقا فهو واحدة ؛ لأنه ذكره منكرا فيكون طلاقا واحدا . وإن قال : أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا ؛ لأنه صريح في الظهار ، ولا ينصرف إلى غيره ، فلم يصح كناية في الطلاق ، كما لا يكون الطلاق كناية الظهار . وإن قال : أنت علي كالميتة والدم ، ونوى به الطلاق كان طلاقا ، ويقع به من عدد الطلاق ما نواه ، وإن لم ينو شيئا وقعت واحدة . وإن نوى الظهار : وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها ، احتمل أن يكون ظهارا ، واحتمل ألا يكون ظهارا .

وإن نوى اليمين : وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها فهو يمين . وإن لم ينو شيئا لم يكن طلاقا ؛ لأنه ليس بصريح في الطلاق ولا نواه به . وهل يكون ظهارا أو يمينا؟ على وجهين . أحدهما يكون ظهارا ، والثاني يكون يمينا .

وإن نوى بقوله : أنت علي حرام الظهار فهو ظهار على ما قاله به جمهور الفقهاء (أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وأحمد) وإن نوى به الطلاق فهو طلاق ، وإن أطلق ففيه روايتان : إحداهما هو ظهار ، والأخرى يمين .

وإن قال : أنت علي حرام ، ونوى الطلاق والظهار معا كان ظهارا ولم يكن طلاقا ؛ لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهارا وطلاقا ، والظهار أولى بهذا اللفظ ، فينصرف إليه ، وعند بعض أصحاب الشافعي يتخير ، فيقال له : اختر أيهما شئت كما سبق القول . ولا خلاف بين عامة الفقهاء في أنه يحرم على المظاهر وطء امرأته قبل التكفير عن ظهاره .

ينظر : فتح القدير (٧١/٣ ، ١٨٢-١٨٤ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ٢٢٦ - ٢٢٨ ، ٢٣١ ، ٢٣٣) ، جواهر الإكليل (٣٤٦/١) ، ومواهب الجليل (٥٧/٤ ، ٥٨) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٤٢/٢ - ٤٤٤) ، منهاج الطالبين وحاشية قليوبي عليه (٣/٣٢٦) ، وروضة الطالبين (٢٨/٨ ، ٢٩ ، ٣١ ، ٢٤٣) ، والمغني ، لابن قدامة (٧/١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٦٨) .

اليمين في الزوجات إيلاء فإن أقر بها، فإن عليه الكفارة، وإن لم يقر بها حتى مضت أربعة أشهر، بانت بالإيلاء.

وكذلك هذا الحكم في جانب المرأة إذا قالت لزوجها: أنت عليّ حرام، أو قالت: أنا عليك حرام، كان يمينا وإن لم تنو، كما في جانب الزوج حتى ولو مكنت زوجها حثت في يمينها، ولزمتها^(١) الكفارة، محفوظ عن أصحابنا - رحمهم الله - في النوادر.

ومشايخنا أفتوا في قوله: أنت عليّ حرام حلال (نوبر حرام هرح حلا لست مراير) من حرام أنه ينصرف إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف، وكذلك إذا قال: حلال الله عليّ حرام أو قال: حلال أنود عز وجل برما حرام^(٢) المسلمين، فهذا كله طلاق بائن بالاتفاق.

فعند ذلك ينظر: إن كانت له امرأة وقت الحلف طلقت واحدة بائنة، فإن لم يكن له امرأة وقت الحلف كان يمينا؛ لأنه تعذر صرفه إلى المرأة فيجعل يمينا؛ لأن تحريم الحلال يمين، حتى إن من قال لغيره: حرامست بايوسخن هير كان يمينا، حتى لو كلمه يلزمه كفارة [فكذا هاهنا يكون يمينا تلزمه الكفارة]^(٣) إذا حث، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته وبه كان يفتي القاضي الإمام الأوزجندی - رحمه الله -، وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: إذا لم يكن له امرأة وقت اليمين، وتزوج امرأة تطلق، ويصير تقدير كلامه: كل امرأة أتزوجها فهي طالق.

وكان نجم الدين النسفي - رحمه الله - يقول: إذا لم يكن له امرأة وقت اليمين يبطل الكلام، ولا يجعل هذا يمينا، ثم على قول من يقول بأنه يكون يمينا إذا لم يكن له امرأة وقت هذه المقالة إذا عنى التعليق حتى يصير تقدير كلامه: إن تزوجت، فهي طالق، إن فعلت كذا هل يصدق في ذلك وهل تصح عنايته؟ قالوا: ينبغي أن تصح، وهكذا حكى فتوى شمس الإسلام - رحمه الله -.

وحكي عن الإمام أبي الحسن الرستغفني - رحمه الله - أنه كان يقول فيمن قال:

(١) في أ: ولزمته.

(٢) زاد في أ، ب: أو قال حلال خدائي برما حرام إن فعلت كذا أو قال: حلال.

(٣) سقط في ب.

حلال المسلمين عليّ حرام، ونوى الطلاق، وله امرأتان أنه يقع على كل واحدة تطليقة.

وفي فتاوى أئمة بخارى فيمن قال: حلال الله عليّ حرام، وله امرأتان، قال محمد بن الفضل - رحمه الله - : إن لم يكن له نية طلقها، وإن نوى أن تطلق إحداهما يدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء^(١).

وحكى فتوى القاضي الإمام شمس الأئمة الأوزجدي، وشيخ الإسلام الخطيب مسعود بن الحسين الكششاني - رحمهما الله - أنه يقع الطلاق على واحدة منهن والبيان إلى الزوج، وهو الأظهر والأشبه.

إذا قال: [هرجة بدست راست كيرم بروي حرام]، فهذا طلاق بائن بحكم العرف، وقوله: (هرجه بدست راست كرفت أم) نظير قوله: هرجه بدست راست كيرم^(٢) وسيأتي بعد هذا بخلافه.

ولو قال: (هرجه بدست حب كيرم) أو قال: (كرفته أم لا) [تكون]^(٣) طلاقاً؛ لانعدام العرف، ولو قال: (هرجه بدست كيرم) فقد قيل: يجب أن يكون طلاقاً. وسئل نجم الدين - رحمه الله - عن قال: (هرجه بدست راست كرفت يروي حرام كه فلان كارنكند وكرد) تطلق امرأته، وقيل: لا يكون طلاقاً.

سئل نجم الدين [أيضاً]^(٤) عن رجل خلع امرأته، ثم تزوجها بعد ذلك، ثم قال لها بعد ذلك: (توبر من حرام بأن خلع) قال تحرم. قيل له: ماذا يجب لها بحكم هذا النكاح المسمى أو مهر المثل؟ قال: المسمى في هذا النكاح.

وإذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام ألف مرة، يقع واحدة.

سئل نجم الدين أيضاً عن امرأة قالت لزوجها: (حلال خدای برتوا حرام قال أرى أين زن يدوي حرام شوديتك طلاق قال شوديم) في قوله: حلال الله وأجناسه إذا وقع الطلاق بغير نية، كان الواقع بائناً.

وحكى عن شيخ الإسلام عليّ الإسبيجاني - رحمه الله - أنه كان يقول في جنس

(١) المحيط البرهاني (٣/٢٢٩).

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

هذه المسائل: ينبغي للمفتي أن ينظر إلى سؤال السائل، إن كان سأل أي قد قلت: كذا هل يكون طلاقاً يكتب في الجواب [نعم إن نويت الطلاق، وإن كان سأل أي قلت: كذا، لم يقع من الطلاق، يكتب في الجواب]^(١) أنه يقع واحدة ولا يتعرض للنية وأنه حسن.

وفي واقعات الناطفي - رحمه الله - إذا قال لها أنت معي في الحرام فهو كقوله: أنت علي حرام. إذا قال لها: أنت علي حرام، والحرام عنده طلاق، [ولكن]^(٢) لم ينو الطلاق فهي طالق على قول من لم يشترط نية الطلاق في هذا اللفظ لأنه لما كان الحرام عنده طلاقاً، كان ذكره وذكر الطلاق سواء، فكما يصح إضافة التحريم إلى المرأة، تصح إضافته إلى الرجل؛ بأن يقول الرجل: أنا عليك حرام، وحرمت نفسي عليك، غير أن إضافة التحريم إلى المرأة صحيحة^(٣) من غير ذكر الزوج حتى لو قال لها: حرمتك. ونوى الطلاق، يقع الطلاق وإن لم يقل حرمتك على نفسي.

وإضافة التحريم إلى الزوج لا يصح من غير ذكر المرأة حتى لو قال لها: حرمت نفسي، أو قال: أنا حرام، ولم يقل: عليك، ونوى الطلاق لا يقع. وكذلك يصح إضافة البينونة إلى الرجل كما تصح إضافتها إلى المرأة غير أن إضافة البينونة إلى المرأة صحيحة من غير ذكر الرجل؛ حتى إن الرجل إذا قال للمرأة: أنت بائن، ولم يقل: مني، يقع الطلاق إذا نوى، ولو قال: أنا بائن، [ولم يقل]^(٤): منك. لا يقع الطلاق وإن نوى.

وإذا قال لها: أنت علي [كمتاع فلان، ينوي الطلاق أو الإيلاء، فهذا ليس بشيء. ولو قال لها: أنت علي]^(٥) كالخمر والخنزير فهذا وما لو قال: أنت علي حرام سواء على التفاصيل التي قلنا.

والحاصل أن التشبيه إذا حصل بما هو محرم العين نحو الخمر والخنزير والميتة، فالحكم فيه كالحكم في قوله: أنت علي حرام، إلا أن في قوله: أنت علي حرام إذا

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: الصحيحة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

لم ينو شيئاً، كان يمينا بلا خلاف بين المشايخ، وهاهنا إذا لم ينو شيئاً، فقد اختلف المشايخ فيه أنه هل يكون يمينا؟
امرأة قالت لزوجها: أنا حرام عليك أو حلال لك؟ فقال: أنت عليّ مثل ما أنت على جميع أهل المصر، أو قال بالفارسية: (مراحبايي كه باهمه شهر) أو قال (يا مرحبا بي كي ناهمه شهر) فهي طالق إذا نوى الطلاق.

* * *

نوع آخر في قوله: اعتدّي اذهبي وما^(١) يتصل به في هبة المرأة وإباحتها وفي أمرها بالتزوج، وفتح الطريق عليها، وردّها بالعيب:

واعلم أن في قوله: اعتدي لا يكون الواقع إلا واحدة يملك الرجعة، وفي قوله: اذهبي، اخرجي اغربي، تقنعي استبرئي، تخمري، تصح نية الثلاث.

وإذا قال لها: وهبتك لأهلك. فهو من جملة الكنايات لا يقع الطلاق فيه إلا بالنية، ويستوي إن قبلوها أو لم يقبلوها.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إذا قال لها: وهبتك لأهلك أو لابنك أو لأبيك، أو للأزواج، فهو طلاق إذا نوى، ولو قال: وهبتك لأختك^(٢) أو ما أشبه ذلك، فليس بطلاق وإن نوى.

وإذا قال: وهبتك نفسك منك، فهو من جملة الكنايات إن نوى به الطلاق يقع وما لا فلا، ولو قال: أبحتك، لا يقع وإن نوى.

وإذا قال لها: (جهار راه برتو كشادة أشت) لا يقع الطلاق وإن نوى ما لم يقل: خذي أيها شئت. [عند أكثر المشايخ وأنه منقول عن محمد - رحمه الله^(٣)] -^(٤).

ولو قال لها: اذهبي، وتزوجي، لا يقع الطلاق إلا بالنية، وإن نوى [فهي واحدة بائنة وإن نوى]^(٥) الثلاث فهي ثلاث.

وإن قالت لزوجها: طلقني فقال: لا أفعل فقالت إن لم تطلقني أذهب فأتزوج، فقال الزوج: (شوى كتم خواهي يكني خواهي دو خواهي سه) لا يقع الطلاق في واقعات الصدر الشهيد - رحمه الله - ولو قال لها: اذهبي فيبيعي الثوب. أو قال: اذهبي فتقنعي، أو ما أشبه ذلك، وأراد بقوله الطلاق لا تطلق^(٦).

وفي مجموع النوازل: (دست ادمن بدار) فقال لها: اذهبي إلى جهنم يقع الطلاق.

(١) في أ: ومما.

(٢) في ب: لأخيك.

(٣) زاد في ب: وإذا قال لها: جهار رواه برتور برتوكه دم يقع الطلاق إذا نوى وإن لم يقل: خذي أيها شئت.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) المحيط البرهاني (٣/٢٣٣).

سئل نجم الدين عمن قال لامرأته: (ادمت سرخويش كير وروزي خويش طلب كن) قال: الطلاق الأول رجعي فإن لم ينو بقوله (سرخويش كير طلاقا آخر) بقي الأول رجعيا ولا يقع بهذا القول شيء، وإن نوى به الطلاق، كان طلاقا بائنا فيصير الأول مع الثاني بائنين.

امرأة قالت لزوجها: (مرا حنين کران بخريدي بعيب بازده) فقال الزوج: (يازداد)، وهو ينوي الطلاق، قال شيخ الإسلام أبو الحسن - رحمه الله - : لا تطلق، قيل له وإن [قال له] ^(١) أب المرأة (كران خريدة أ زمن يمن بازده قال يازداد) ونوى الطلاق، قال: تطلق ويكون هذا بمنزلة قوله لامرأته: الحقي بأهلك وهو ينوي الطلاق. والله أعلم.



(١) في ب: كان.

نوع آخر في قوله: بهشتم وما يتصل به:

الأصل في هذا النوع من الألفاظ أن يقال: كل لفظ في الفارسية يستعمل في الطلاق، ولا يستعمل في غيره، فهو كصريح الطلاق بالعربية، وإن كانت اللفظة مستعملة في الطلاق وغيره، فهو بمنزلة كنايات العربية.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا قال الرجل لامراته: بهشتم ترا اززني فاعلم بأن هذا اللفظ استعمله أهل خراسان وأهل العراق في الطلاق وأنه صريح عند أبي يوسف - رحمه الله -، حتى كان الواقع به رجعيًا ويقع بدون النية.

وأما إذا قال: بهشتم ترا، ولم يقل أرزني، فإن قال في حالة غضب أو مذاكرة الطلاق فواحدة يملك الرجعة، وإن نوى بائناً أو ثلاثاً فهو كما نوى، وقول محمد في هذا كقول أبي يوسف - رحمه الله -.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان، في رواية الحسن يقع الطلاق بلا نية، ويكون رجعيًا وبه أخذ الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني - رحمه الله -.

وفي رواية ابن رستم لا يقع الطلاق إلا بالنية، ويكون بائناً، وبه أخذ الفقيه أبو نصر أحمد بن سهل - رحمه الله -.

وذكر القدوري في شرحه قال أبو حنيفة - رحمه الله - في فارسي قال لامراته: بهشتم ترا بهشتم أرزني أنه لا يكون طلاقاً إلا بالنية، وأنه يوافق رواية ابن رستم، ثم قال: فإن نوى الطلاق، ولم ينو البينونة ولا عدداً فهي واحدة يملك الرجعة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، وإن نوى بائناً، كان بائناً. قال القدوري - رحمه الله -: فصارت هذه اللفظة ملحقمة بكنايات العربية من حيث اعتبار أصل النية، وصحت نية الثلاث ولم تلحقه في حق صفة البينونة إذا لم ينو البينونة.

قال القدوري: وأثبت المغايرة بين العربية والفارسية من وجه آخر فقال: لو قال في حالة مذاكرة الطلاق بالعربية خلتك أنه يكون طلاقاً، ويتعين بدلالة الحال ولو قال بالفارسية في حال مذاكرة الطلاق، أو [في حالة] الغضب: بهشتم، لم يقع شيء حتى ينوي.

ولو قال: بهشتم ترا فيه اختلاف الشيخين على نحو ما ذكرنا في قوله بهشتم. ولو قال: دست بازداشتم ترا ففيه اختلاف الشيخين، ولكن على عكس ما ذكرنا في قوله بهشتم: ولو قال: بأي كشادة كردم ترا يقع الطلاق، بلا نية، ويكون رجعيًا

باتفاق الشيخين. ولو قال: خنر بارد ادستم فهو نظير قوله: داست برادستم ومن المتأخرين من مشايخ بخارى من جعل الثلاث الأول تفسيراً لقوله: طلقت عن ماض يقع بلا نية وجعل الرابع والخامس تفسيراً لقوله: خليت سبيلك حتى لا يقع الطلاق إلا بالنية، ويكون الواقع بائناً وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يفتي بقوله بهشتم بالوقوع بلا نية، ويكون الواقع رجعيًا^(١) ويفتي فيما سواها باشتراط النية، ويكون الواقع بائناً.

وعن شمس الأئمة الأوزجندی - رحمه الله - أنه كان يقول: صريح الطلاق في ديارنا طلقتك طلاق دامت باى كشاده كردمت، وفي بلاد عراق بهشتم.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - إذا قال: بیک طلاق بازدا شتمت، فهي واحدة بائنة، ولو قال: بیک طلاق دست بازداشتم ترا فهي واحدة رجعية؛ لأن قوله دست بازداشتم صفة المرأة، فكأنه قال: خليتك، وأما قوله: دست بازداشتم من غير ياء المخاطبة صفة الطلاق، فكأن هذا فارسية قوله: خليت سبيل [طلاقك]^(٢).

وكذا إذا قال: رها كردمت أويله كردمت بیک طلاق، فهي واحدة بائنة. وإذا قالت مرارها كن، فقال رها كرد، فهو بمنزلة قوله: رها كردمت في فتاوى النسفي - رحمه الله -.

إذا قالت وإذا قال دست بازداشتمی مرا فقال داشتتم، فهذا بمنزلة ما لو قال دست بازداشتم.

وإذا قالت: مرادر كان خدای کن، فقال الزوج ترادر کار خدای کردم أو قالت مرا یحدای بخش، فقال الزوج بخشیدم إن نوى الطلاق يقع، وإن لم ينو، لا يقع استدلالاً بما لو قال لعبده: أنت لله أو جعلتك لله فإن هناك إن نوى العتق يقع العتق، وإلا فلا ويصدق في أنه لم ينو الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء سواء كان ذلك في حالة الغضب، أو في حالة الرضا أو في جواب [كل منهما]^(٣).

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال الرجل لامرأته دست أزمن بازدار، فقالت المرأة: بازداشتم بسه طلاق، فقال الزوج من تیزادتو بازداشتم آرتو، فإن نوى الزوج

(١) في ب: الوقوع.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: كلامها.

واحدة أو ثلاثا فكما نوى، وإن لم ينو، لا يقع شيء.
وهذا الجواب يوافق قول الفقيه محمد بن إبراهيم - رحمه الله - أما على قول
الفقيه ابن^(١) سهل - رحمه الله - يقع الطلاق وإن لم ينو.

* * *

(١) في أ: أبي.

نوع آخر: في قول الرجل لامرأته لست لي بامرأة فتدخل فيه البراءة عنها والبراءة عن نكاحها:

إذا قال: (مرايكار نيستي، وكرر) هذا القول، ونوى به الطلاق، لا يقع الطلاق. وكذا إذا قال: لم يكن بيننا نكاح، أو قال: لم أتزوجك ونوى الطلاق، [لا]^(١) يقع بالإجماع، ولو قال: لست لي بامرأة، أو ما أنا بزوجك، ونوى الطلاق فطلاق عند أبي حنيفة - رحمه الله -، خلافا لهما.

وإذا سئل الرجل ألك امرأة؟ فقال: لا، ونوى الطلاق، فهو على هذا الخلاف، فرق أبو حنيفة - رحمه الله - بين قوله: لست لي بامرأة وبين قوله لم يكن بيننا نكاح، ولم أتزوجك.

ولو قال: لا نكاح بيني وبينك، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته أنه إذا نوى الطلاق يقع، ولم يحك فيه خلافا. قيل: وينبغي أن يكون هذا قول أبي حنيفة [بناء]^(٢) على ما إذا قال: لست لي بامرأة، ونوى به الطلاق.

وعلى هذا إذا قال: ليس بيني وبينك نكاح، ونوى الطلاق ولو قال: لم يبق بيني وبينك شيء ونوى به الطلاق، لا يقع.

ولو قالت لزوجها: لست [لي]^(٣) بزوج فقال الزوج: صدقت، قال الفقيه أبو نصر - رحمه الله - : أخاف أن يقع عند أبي حنيفة - رحمه الله - كما في قوله: ما أنا بزوجك ونوى الطلاق.

ولو قال: والله ما أنت لي بامرأة، أو قال: علي حجة إن كنت لي بامرأة، لم يكن طلاقا بلا خلاف وإن نوى، هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في كتابه، ومن مشايخنا من قال: هذه المسألة على الخلاف أيضاً.

وذكر الناطفي - رحمه الله - في طلاق الهداية إذا قال: ما لي امرأة ونوى الطلاق، لا يكون طلاقا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ولو قال: لست لي بامرأة، ولم يواجهها، لا يقع به الطلاق عند أبي حنيفة - رحمه الله -، [وإن نوى]^(٤).

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: ولو قال.

في هذا الموضوع [أيضا]^(١) إذا قال: [لها]^(٢): لست لي بامرأة إن دخلت الدار ونوى به الطلاق يكون طلاقا قال الناطفي - رحمه الله - : هو قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

ولو قال لها: فسخت النكاح الذي بيني وبينك، ونوى الطلاق، فهو طلاق، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا قال لها: لا حاجة لي فيك، فليس بطلاق وإن نوى . وفي مجموع النوازل: امرأة قالت لزوجها: أخرزن توام قال الزوج نه توونه زن تو [لا يقع به شيء]^(٣) .

وفيه أيضا: رجل قال لامرأته: مراييكار نيسي لا يقع الطلاق . رجل قال لامرأته: [برئت من طلاقك أو قال]^(٤) برئت إليك من طلاقك إن لم ينو الطلاق، لا يقع وإن نوى، فقد اختلف المشايخ فيه، واختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله - أنه لا يقع شيء .

ولو قال: أنا بريء من نكاحك، يقع الطلاق . وفي مجموع النوازل: امرأة قالت لزوجها: أنا بريء منك [فيه نظر، وينبغي أن يلحق بقول]^(٥) الزوج: أنا بريء منك أيضا، فقالت: انظر ماذا يقول، فقال الزوج: ما نويت الطلاق، قال: لا يقع الطلاق؛ لعدم النية .

وفي فتاوى شمس الأئمة الأوزجندی - رحمه الله - إذا قال لها: أبرأتك عن الزوجية، يقع الطلاق من غير نية في حالة الغضب وغيره .



(١) سقط في ب، م .

(٢) سقط في م .

(٣) في ب: الطلاق .

(٤) سقط في ب .

(٥) في ب: فقال .

نوع آخر في قوله: داده كير ونظائره في الطلاق والخلع واليمين:

امرأة قالت لزوجها: مرا طلاق رد، فقال الزوج: داده كير أو قال: داده باد ينوي، فإن نوى الإيقاع، يقع الطلاق، وإن لم ينو الإيقاع، لا يقع شيء، وإذا نوى الإيقاع^(١)، يقع الطلاق ويكون رجعياً، ويجوز أن يشترط النية، ويكون الواقع رجعياً.

وكذا إذا قال: كرده كير، أو كرده باد، وإن قال داده ست وكرده ست، يقع الطلاق نوى أو لم ينو.

ولو قال: داده إنكار وكرده [إنكار]^(٢)، لا يقع الطلاق وإن نوى.

ولو قالت: مرا طلاق ده، فقال الزوج كفته^(٣) كير [لا]^(٤)، يقع الطلاق وإن نوى.

ولو قالت: مرا بدار، فقال الزوج: نادا شته كير يقع الطلاق إذا نوى، ويكون بائناً وكذلك إذا قالت: دست أ زمن بازدار، فقال الزوج: بازداشته كير، يقع الطلاق إذا نوى، ويكون بائناً.

ولو قالت: بروتو بطلاقم، فقال الزوج: همحنان كير، ذكر في مجموع النوازل أنها تطلق، وفيه اختلاف المشايخ.

ولو قال: همحنان ولم يقل: كير لا تطلق؛ لأنه ليس [بتام]^(٥) في الجواب؛ والتام أن يقول: همحننا ست همحناني همحنان كير.

قال لامرأته: أنت طالق، فقالت: لا أكتفي بواحدة^(٦)، فقال الزوج: دو كير فإن نوى الزوج بقوله: دو كير إيقاع الطلاق، تطلق ثلاثاً، ويكون قوله: دو كير، إيقاع الشنتين ابتداءً، وقد سبقها طلقة فطلقت ثلاثاً.

لهذا قال مولانا - رضي الله عنه - وفيه نظر، وينبغي أن تقع تطليقتان ولو قالت:

(١) زاد في أ، ب: حتى.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ما دابة.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: إلا واحدة.

مرايه كن، أو قالت رهاكن، فقال الزوج: يله کرده كير أو قال رها کرده كير، فهو على ما قلنا أنه إن نوى الإيقاع يقع.

ولو قال: خویشن خریدم أرتو بفروش، فقال الزوج: فروخته كير، فقد قيل: ينبغي أن يصح الخلع، وهذا إذا^(١) أراد به التحقيق.

ولو قالت: سوکند خور بطلاق من که فلان کار نکنم، فقال: خورده كير حکى فتوى شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - بأنها لا تطلق، وعلى قياس المسائل المتقدمة ينبغي أن تطلق إذا نوى التحقيق.

امرأة قالت لزوجها: من بیکشوی توبیکسوی، فقال الزوج: همحنان کير، لا تطلق.

امرأة قالت لزوجها: توبر من جرا آمده که من زن تونه، فقال الزوج: نه [کير، لا]^(٢) تطلق.

رجل دعا امرأته إلى الفراش فأبت، فقال لها: اخرجي من عندي، فقالت: طلقني حتى أذهب، فقال الزوج: اکرار زوی توجنتتین است جنین کير، ولم يقل شيئاً، وقامت، لا تطلق في أيمن مجموع النوازل.

* * *

(١) زاد في أ: قال.

(٢) في م: كير له.

الفصل الخامس

فيما يكون جواباً في الطلاق والخلع [وما لا يكون]^(١) وما يكون إقراراً بالحرمة وما لا يكون

قيل لرجل: زن أرتوسه طلاق كه أين كار نكرده، فقال هزار طلاق، كان قوله بهزار طلاق جواباً، حتى إنه لو لم يكن فعل ذلك الفعل لا يقع الطلاق.

وفي كتاب العلل إذا قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثاً، وقال لها: طلقتك، كان ثلاثاً ولو قال لها: أنت طالق، ونوى ثلاثاً، لا يكون ثلاثاً.

والفرق: أن قولها: طلقني أمر بالتطليق، وقوله: طلقتك تطليق، فيمكن أن يجعل جواباً، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، فكأنه قال لها: طلقتك ثلاثاً. أما قوله: أنت طالق ليس بتطليق، بل هو إخبار عن صفة قائمة بالمحل كقوله: جالس وقائم، وإنما يثبت التطليق اقتضاء تصحيحاً لهذا الوصف.

والثابت اقتضاء ثابت بطريق [الضرورة]^(٢) فيثبت التطليق في حق صحة^(٣) هذا الوصف، ولا يثبت في حق ضرورة^(٤) هذا الكلام جواباً، وإذا لم يثبت التطليق في حق الجواب، بقي^(٥) قوله: أنت طالق كلاماً مبتدأً وإنه لا يحتمل الثلاث؛ فلهذا لم يقع الثلاث.

وفي الجامع الصغير^(٦): إذا قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً، فقال الزوج: فعلت، فهي ثلاث.

وفي المنتقى: إن قول الزوج: طلقتك عقيب سؤال المرأة وقوله: فعلت جواب، ويقع الثلاث كما ذكر في [الجامع الصغير]^(٧).

وكان نصير بن يحيى يقول: إذا قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً، فقال الزوج: أنت طالق أنه تقع ثلاث تطليقات، وكان البلخي - رحمه الله - يقول: تقع واحدة.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: صفة.

(٤) في أ: صيرورة.

(٥) في ب: ففي.

(٦) في أ، ب: الأصغر.

(٧) في أ: العلل والجامع الأصغر، وفي ب: العلل في الجامع الأصغر.

وكان شاذان يقول: يسأل الزوج، فإن قال: نويت جوابها تقع الثلاث.
 وإن قال: نويت واحدة فواحدة.
 وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في عين هذه الصورة أنه تقع
 واحدة رجعية، هكذا^(١) روى هشام عن محمد - رحمه الله -، وأشار إلى المعنى،
 وقال: لأن هذا ليس بجواب، ثم قال: وإن عنى الجواب في قوله: [أنت طالق]^(٢)
 أستحسن أن أجعلها ثلاثا.
 إذا [قالت طلقني طلقني، فقال الزوج: [طلقتك]^(٣) طلقتك ثلاثا.
 ولو^(٤) قالت: طلقني ثلاثا، فقال الزوج: قد أبنتك، فهذا جواب، وهي ثلاث.
 وكذلك إذا قال: أنت بائن.
 قالت لزوجها: مرا [طلاق كن]^(٥) مرا طلاق كن مرا طلاق كن، قالت ذلك ثلاث
 مرات، فقال الزوج: كردم كردم [كردم]^(٦) تطلق ثلاثا، هكذا حكى [فتوى السيد
 الإمام الأشرف و]^(٧) نجم^(٨) الدين النسفي - رحمهما الله -، [وقيل]^(٩): تطلق
 واحدة، والأول أصح.
 وعن نجم الدين [هذا]^(١٠) رجل قال لغيره: (زن تو بر بهزار طلاق أست) فقال
 ذلك الغير: (أن تویز برتو جیاز)^(١١) است، فهذا إقرار.
 وعنه أيضا امرأة قالت لزوجها: (حلال [الله]^(١٢) خدای برتو حرام)^(١٣) أو قال
 رجل ذلك لرجل آخر فقال: أرى حرمت عليه بتطليقة.

- (١) في ب: وهكذا.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في ب.
- (٥) في ب: كن طلاق.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) في ب: السيد الإمام الأشرف وفتوى.
- (٨) في ب: شمس.
- (٩) سقط في ب.
- (١٠) سقط في ب.
- (١١) في ب: جبين.
- (١٢) سقط في ب.
- (١٣) في ب: و.

قال لامرأته: سرم به مي داري كي حرام كيرو كيار مر مي كردي، فهذا إقرار من الزوج بالحرمة.

سئل نصر^(١) - رحمه الله - عن قال لامرأته: طلاق ترادادم خريدي فقال^(٢) خريدم وخويشتن راسه بار هشتم ارذني، فقال لها الزوج: رشتي قال: إن أراد بقوله رشتي الإجازة، وقع الثلاث، وإن لم يرد به الإجازة، تقع واحدة رجعية.

سئل نجم الدين - رحمه الله - عن قال لامرأته: نجدد النكاح بيننا احتياطاً، فقالت المرأة: بين وجه الحرمة حتى أعرف، ونازعته في ذلك وقالت: لم تكتم الحرمة، فقال الزوج: سزاي ابن زنكان انيست كه همخنان حرام ميداري، هل يكون هذا إقراراً^(٣) بحرمة هذه [قال نعم].

ولو قال: سزای زنکان آنست که حرام بداري، لا يكون إقرار^(٤) بحرمة هذه^(٥).

طلق امرأته تطليقة، ثم قال بعد ذلك: [تو بر من]^(٦) حرام است، يسأل الزوج يقال: عنيت بقولك: [تو بر من]^(٧) حرامست الحرمة بتلك التطليقة، أو هذا الكلام مبتدأ؟ إن [قال: عنيت الحرمة بتلك التطليقة أو هذا الكلام مبتدأ]^(٨) [قد^(٩) جعل الطلاق الرجعي بائناً، والمسألة [قد]^(١٠) مرت من قبل، وإن [قال]^(١١): هذا كلام مبتدأ]^(١٢) فهذا طلاق آخر بائن.

إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : رجل قال لغيره: أطلقت امرأتك ثلاثاً؟

(١) في ب: نجم الدين.

(٢) في ب: فقالت.

(٣) في ب: إقرار.

(٤) كذا في نسخ المخطوط، والصواب: إقراراً.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: رن ترمي.

(٧) في ب: رن ترمي.

(٨) في ب: قالت.

(٩) في ب: وقد.

(١٠) سقط في ب.

(١١) سقط في أ.

(١٢) سقط في م.

قال: نعم [واحدة]^(١)، قال: في القياس تقع الثلاث^(٢)، ولكننا نستحسن ونجعلها واحدة.

وفي نوادر هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قالت لزوجها: طلقني إن تزوجت فلانة عليّ، فقال الزوج^(٣): أنت طالق، وهو ينوي الجواب، ومعناه: أنت طالق [إن]^(٤) تزوجت، فهذا ليس بجواب في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى [يسعه أن]^(٥) يمسكها. والله أعلم.



(١) سقط في ب .
 (٢) في أ: ثلاثا .
 (٣) في ب: الرجل .
 (٤) سقط في ب .
 (٥) في ب: معناه .

الفصل السادس

في إضافة الطلاق إلى الأوقات

في المنتقى: إذا قال لها في يوم من الأيام: أنت طالق إذا جاء هذا اليوم، فإن كان نوى^(١) اليوم الذي مثله إذا دار في أيام الجمعة، فهو كما نوى وإن نوى يومه ذلك، فالطلاق باطل، وإن لم يكن [له]^(٢) نية، فهو على اليوم المستقبل، ولا يدين في القضاء إذا نوى يومه ذلك، ويدين في اليوم فيما بينه وبين الله تعالى. وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لها: إذا كان ذو القعدة، فأنت طالق، وقد مضى بعضه قال: هي طالق ساعة تكلم.

قال لها يوم الخميس: أنت طالق (يوم الخميس)، أو في يوم الخميس، فهو على يوم^(٣) الخميس القائم أكرامسال زن خواهم [دي را]^(٤) طلاق فهذا يقع في^(٥) انسلاخ ذي الحجة؛ لأن قوله: امسال إشارة إلى السنة القائمة؛ فتصير عبارة عما بقي من السنة في الباب الأول من واقعات الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وفي الجامع الصغير^(٦) إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم غدًا أو [قال]^(٧): غدًا اليوم، فهو بأول الوقتين [الذي تفوه]^(٨) به، يريد به أن في قوله: أنت طالق اليوم غدًا^(٩) يقع الطلاق في اليوم، ويلغو ذكر الغد.

و[في]^(١٠) قوله: أنت طالق غدًا اليوم يقع الطلاق [غدًا]^(١١) ويلغو ذكر اليوم. والأصل في جنس هذه المسائل أن الزوج متى أضاف الطلاق إلى وقتين، وليس

- (١) في أ: يوم.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) في ب: اليوم.
- (٤) في ب: وى وا
- (٥) في أ: على.
- (٦) في أ: الأصغر.
- (٧) سقط في ب زاد في أ: لها أنت طالق.
- (٨) في أ: مقولا.
- (٩) زاد في ب: اليوم.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) سقط في أ.

بينهما حرف العطف، فإنه يتعلق بأولهما لفظاً، ويصير الثاني حشواً [و] (١) لغواً من الكلام، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق الساعة غداً، يقع الطلاق في الحال فإن قال: عنيت بهذه الساعة الساعة من الغد، لا يصدق قضاءً؛ لأنه ادعى خلاف الظاهر؛ لأنه ذكر الساعة بلام التعريف والمعرف هي الساعة القائمة؛ لأنه لا يزاحمها غيرها في القيام، فكانت هي أولى باسم المعرفة من الساعة من الغد؛ لأن تلك الساعة مجهولة لا تدرى ولكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ [لأنه] (٢) لما نوى ساعةً مجهولة، فقد جعل اللام للجنس لا للتعريف، وإنه يحتمل ذلك إلا أنه خلاف الظاهر.

وإذا قال لها: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فهي طالق غداً حين يطلع الفجر؛ لأن قوله: أنت طالق اليوم إيقاع للحال، وقوله: إذا جاء غد تعليق؛ فقد أتى بالإيقاع والتعليق والجمع بينهما متعذر، فلا بد من اعتبار أحدهما [فاعتبرنا التعليق] (٣)؛ [لأن في اعتبار التعليق إلغاء كلمة واحدة، وهي اليوم، وفي اعتبار اليوم إلغاء كلمات وهو قوله: إذا جاء غداً] (٤)، ولا شك أن إلغاء كلمة واحدة أهون، وإذا اعتبرنا التعليق (٥) [صار] (٦) تقدير مسألتنا: أنت طالق إذا جاء غد (٧).

وإذا قال لها: أنت طالق الساعة وغداً، يقع في الحال، ولا تقع [في] (٨) غد (٩) أخرى، وكذا إذا قال لها: أنت طالق اليوم وغداً، تقع في اليوم تطليقة، ولا تقع أخرى إذا جاء غد؛ لأن قوله: أنت طالق إيقاع الواحدة من حيث الحقيقة، فلو وقع الأخرى في الغد، إنما تقع كيلاً يلغو ذكر الغد ولا يلغو ذكر الغد إذا لم تقع أخرى في الغد؛ [لأنه] (١٠) جعل الغد ظرفاً لكونها طالقاً وإذا وقعت واحدة في اليوم، فالغد

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: فاعتبر بالتعليق.

(٤) في ب: غد.

(٥) في ب: بالتعليق.

(٦) سقط في أ.

(٧) المحيط البرهاني (٣/٣٠٩).

(٨) سقط في أ، ب.

(٩) في ب: غدا.

(١٠) سقط في أ.

يكون ظرفًا لكونها طالقًا في الغد.

فإن قيل: الغد معطوف على اليوم وحكم المعطوف والمعطوف عليه [واحد. والمعطوف عليه]^(١) ظرف لشيئين، للإيقاع ولكونها طالقًا فيه يجب أن يكون الغد كذلك، ولا يمكن أن يجعل الغد ظرفًا للإيقاع الموجود في اليوم؛ لأن ذلك كلام قد مضى [و]^(٢) إنما بقي حكمه، وهو صيرورتها طالقًا؛ فافتضى إيقاع طلاق آخر في الغد؛ ليصير [الغد]^(٣) ظرفًا للإيقاع ولكونها طالقًا، قلنا: اليوم ما كان ظرفًا لكونها طالقًا]^(٤) من حيث اللفظ، فإنه قال: أنت طالق اليوم، وإنما صار ظرفًا للإيقاع ضرورة إيقاعها^(٥) بكونها طالقًا، فإنه ما لم يقع عليها الطلاق لا تتصف بكونها طالقًا [في الغد بدون الإيقاع]^(٦)، وهذه الضرورة^(٧) معدومة^(٨) في الغد؛ لأنه متى وقع الطلاق عليها في اليوم تتصف بكونها طالقًا في الغد؛ بدون الإيقاع في الغد فلا حاجة إلى إيقاع جديد في الغد.

بخلاف قوله: أنت طالق اليوم، وإذا جاء غد، فإنه تقع عليها تطليقتان: إحداهما اليوم، والأخرى إذا جاء الغد؛ لأن قوله: وإذا جاء الغد لا تصلح^(٩) ظرفًا لشيء^(١٠)؛ لأنه فعل، والفعل لا يصلح ظرفًا؛ فيكون شرطًا محضًا، والشرط لا صحة له بدون الجزاء والطلاق الواقع في اليوم لا يمكن أن يجعل جزاءً بمجيء الغد؛ لأن الواقع مما لا يقبل التعليق، وإذا لم يمكن أن يجعل الطلاق الواقع جزاءً في اليوم بمجيء الغد، احتجنا أن نضمّر إيقاعًا لذلك الشرط إيقاعًا آخر تصحيحًا لذلك الشرط، وصار تقدير يمينه: أنت طالق اليوم، وأنت طالق إذا جاء غد، ولو كان نوى في الصورة الأولى وقوع تطليقة أخرى في الغد، صحت نيته.

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) سقط في ب.
- (٥) في ب: اتصافها.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) في أ: الصورة.
- (٨) في ب: مصروفة.
- (٩) في أ: تصح.
- (١٠) في أ: للشيء.

قال لها وقد دخل بها: أنت طالق غدا واليوم، طلقت الساعة واحدة [وغدا أخرى، وإن لم يكن دخل بها، طلقت الساعة واحدة]^(١) فإن تزوجها قبل مجيء الغد طلقت أخرى [إذا جاء الغد]^(٢) وإن لم يتزوجها قبل مجيء الغد، طلقت أخرى إذا جاء الغد وإن لم يتزوجها اليوم حتى جاء الغد، ثم تزوجها، لم تطلق. [و]^(٣) إذا قال لها: أنت طالق رأس كل شهر، فإنها تطلق ثلاثاً في [رأس]^(٤) كل شهر واحدة.

ولو قال لها: أنت طالق في كل شهر [واحدة]^(٥)، طلقت واحدة؛ لأن في الأول بينهما فصل في الوقوع، ولا كذلك في الثاني. ولو قال لها: أنت طالق أمس واليوم، تقع واحدة، ولو قال: اليوم وأمس، تقع ثنتان كأنه قال لها: أنت طالق واحدة قبلها [واحدة]^(٦) هذه الجملة من المنتقى. والله أعلم.



-
- (١) سقط في أ.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) سقط في ب.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في أ، ب.
 (٦) سقط في ب.

نوع آخر في^(١): إذا كان مع الإضافة ذكر المال:

رجل قال لامرأته: أنت طالق الساعة واحدة وغداً أخرى بألف درهم فقبلت وقع عليها واحدة في الحال بنصف الألف [وأخرى غداً بغير شيء؛ أما وقوع الواحدة في الحال بنصف الألف]^(٢) فظاهر، وأما وقوع الواحدة غداً بغير شيء؛ لأن شرط وجوب البذل بالطلاق زوال الملك به وقد زال الملك بالطلقة الأولى؛ فلا يزول بالطلقة [الثانية]^(٣) ولكن هذا لا يمنع وقوع الطلاق؛ [لأن وقوع الطلاق]^(٤) على مال شرط قبول المال لا وجوبه، وإن تزوجها قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد، يقع عليها تطليقة أخرى بخمسمائة؛ لوجود الشرط، وهو زوال الملك بها.

رجل قال لامرأته وقد دخل بها: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغداً الأخرى^(٥) بألف درهم، فقبلت ذلك، وقع عليها تطليقة للحال بغير شيء^(٦)؛ لأنه قرن بالتطليقة الأولى ما ينافي أن يكون بمقابلته^(٧) بدل، وهو قوله: أملك الرجعة فإن الطلاق ببذل لا يكون رجعيًا فعرّفنا أنه أراد^(٨) صرف البذل إلى التطليقة المضافة إلى الغد فإذا جاء الغد، وقعت تطليقة أخرى بألف؛ لأن الألف مقابل بها^(٩) وقد وجد شرط وجوب البذل بمقابلتها وهو زوال الملك بها؛ لأن الطلقة الأولى رجعية^(١٠)، وبالطلاق الرجعي لا يزول الملك بخلاف المسألة الأولى على ما مرّ. قال: وكذلك لو قال لها: أنت طالق اليوم تطليقة بائنة وغداً أخرى بألف درهم، وقع للحال تطليقة بائنة بغير شيء؛ لأنه قد قرن بالتطليقة الأولى ما ينافي أن يكون بمقابلتها بدل، وهو جعلها بائنة بصريح الإبانة؛ لأنه إنما يحتاج لكونه بائناً إلى

(١) في أ، ب: من هذا الفصل.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، ب: أخرى.

(٦) في أ: شرط.

(٧) في ب: المقابلة.

(٨) في م: إذا.

(٩) في ب: لها.

(١٠) المحيط البرهاني (٣/ ٣٣١).

صريح الإبانة إذا لم يكن بمقابلتها شيء، وكلام العاقل يحمل على ما يحتاج إليه، لا على ما لا يحتاج إليه فعرفنا أنه أراد به صرف البدل إلى التطبيقه البائنة^(١)، فإذا جاء الغد وقع عليها تطبيقه [ثانية]^(٢) أخرى بغير شيء؛ لأن شرط وجوب المال في التطبيقه الثانية لم يوجد وهو زوال الملك عنها^(٣) لزوال الملك بالتطبيقه الأولى؛ لكونها بائنة.

فإن قيل: لما تبين أنه لا يمكن إيجاب البدل بمقابله التطبيقه الثانية، عرفنا أنه أراد به صرف البدل كله إلى التطبيقه الأولى، ولا يمكن صرفه إلى التطبيقه الأولى إلا بإلغاء لفظه الإبانة^(٤) [فتلغو لفظه الإبانة]^(٥).

قيل: لا بل يمكن إيجاب البدل بمقابله الطلقة الثانية إذا وجد شرطه، وهو تزوجها قبل مجيء الغد حتى إذا فعل ذلك، ثم جاء الغد وقع عليها تطبيقه أخرى بألف درهم فقال: فإن^(٦) لم يجب البدل عند انعدام شرطه، ولا يصير ذلك دلالة الصرف إلى التطبيقه الأولى.

قال: وكذلك لو قال لها: أنت طالق اليوم تطبيقه بغير شيء، [وغداً أخرى بألف، وقع في الحال تطبيقه رجعية بغير شيء؛ لأنه]^(٧) قرن بها ما ينافي أن يكون بمقابله^(٨) بدل، وهو قوله: بغير شيء، فإن الواقع بصريح اللفظ بغير جعل يكون رجعيًا، وكونه رجعيًا ينبغي^(٩) أن يكون بمقابله شيء، فإذا جاء الغد وقعت عليها تطبيقه أخرى بألف درهم؛ لوجود شرط وجوب البدل، وهو زوال الملك عنها به. قال: ولو قال لها: أنت طالق واحدة، وأنت طالق أخرى بألف درهم فقبلت، وقعت [الطقتان بألف، وانصرف البدل إليهما، وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم

(١) في أ، ب: الثانية.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في ب: بها.

(٤) في ب: الإباحة.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: فبان.

(٧) سقط في أ.

(٨) في ب: بمقابله.

(٩) في ب: ينفي.

واحدة وغداً أخرى بألف درهم^(١) فقبلت، [وقع]^(٢) في اليوم الواحدة^(٣) بنصف الألف [وغداً أخرى بنصف الألف]^(٤) إن [تحلل الزوج]^(٥)؛ لأنه انصرف البديل إليهما.

ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة أو بغير شيء، أو بائنة، وطالق أخرى بألف درهم، كان المال على القول الآخر، وقعت^(٦) تطليقة في الساعة بغير شيء وطلقت أخرى بألف درهم؛ لأنه^(٧) قرن بالأول ما ينافي أن يكون له بدل فانصرف البديل إلى الثاني؛ فتطلّق تطليقة أخرى بألف^(٨) إلا في فصل واحد، وهو قوله: أنت طالق الساعة واحدة بائنة وطالق أخرى بألف درهم، فإن في هذا الفصل طلقت أخرى بغير شيء؛ لأن شرط وجوب البديل^(٩) بالطلاق الآخر لم يوجد، وهو زوال الملك؛ لأن الملك قد زال بالأول^(١٠)، ولا يتصور تحلل الزوج ها هنا؛ لأنه ليس بينهما زمان.

ولو قال [لها]^(١١): أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة، [وغداً أخرى أملك الرجعة]^(١٢) بألف درهم، ينصرف البديل إليهما.

وكذلك^(١٣) إذا قال: أنت طالق الساعة ثلاثاً، وغداً أخرى بائنة بألف درهم أو قال: أنت طالق الساعة واحدة بغير شيء، وغداً أخرى بغير شيء بألف درهم، فالبديل ينصرف إليهما، ويكون كل تطليقة بخمسائة؛ فيكونان بائنتين فيقع في الحال واحدة

(١) في ب: وقعت في اليوم الواحد بألف درهم وغدا الآخرة بنصف الألف.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: واحدة.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: تخلل الزوج.

(٦) في ب: ووقعت.

(٧) في ب: لأن.

(٨) في ب: بالألف.

(٩) في أ: الفصل.

(١٠) في ب: بالأولى.

(١١) سقط في أ، ب.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في ب: وكذا.

بنصف الألف، وغدا أخرى مجاناً^(١) إلا أن يتزوجها قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد فحينئذ تقع الثانية غدا بنصف الألف، وإنما انصرف البديل إليهما [جميعاً]^(٢)؛ لأنه لا بد من إلغاء أحدهما، إما الوصف المنافي، وإما البديل، وإلغاء المنافي أولى؛ لأنه ذكر المنافي أولاً وذكر البديل آخرًا والآخر أبداً يكون ناسخاً للأول.

ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة، أو بائة [أو]^(٣) بغير شيء، وغدا أخرى بألف درهم، فالبديل ينصرف إلى [الطلقة غدا؛ لأنه قرن بالتطبيق الأولى وصفاً منافياً للبديل؛ فينصرف إلى]^(٤) الطلقة الثانية^(٥).

ولو قال: أنت طالق اليوم واحدة وغداً أخرى أملك الرجعة بألف، ينصرف البديل إليهما؛ لأنه قرن بالتطبيق الثانية وصفاً منافياً للبديل، وفي مثل هذا ينصرف البديل إلى التطبيقيتين فإن قيل: كان^(٦) ينبغي أن ينصرف البديل إلى الأولى؛ لأنه قرن بالثانية ما ينافي أن يكون له بدل.

قيل: ولا يمكن صرف البديل إلى الطلقة^(٧) الأولى مع اعتبار الوصف المنافي للبديل المقترن بالطلقة الثانية؛ [لأننا إذا صرفنا]^(٨) البديل إلى الطلقة [الثانية]^(٩)، تصير بائة^(١٠) ومع كون الأولى بائة لا يتصور أن تكون الثانية رجعية، لا بد من إلغاء المنافي، وإذا ألغينا المنافي صارت الثانية والأولى سواء؛ ولأنه [لما]^(١١) ذكر البديل عقيب الطلقة الثانية لا يجوز إلغاؤها عن البديل وصرفها إلى الطلقة الأولى؛ لأنها أقرب فلا بد من إلغاء المنافي، وعند ذلك تصير الثانية والأولى سواء. [والله أعلم]^(١٢).

- (١) في ب: مجازاً.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في ب.
- (٥) في ب: البائة.
- (٦) في ب: مكان.
- (٧) في ب: التطبيقية.
- (٨) في ب: لأنه إذا صرفها.
- (٩) في أ، ب: الأولى.
- (١٠) في أ: ثانية.
- (١١) سقط في ب.
- (١٢) سقط في أ.

نوع آخر من^(١) هذا الفصل^(٢):

الأصل فيه أن الطلاق إذا أضيف إلى وقت موصوف بصفة ينصرف إلى وقت في المستقبل لا فيما مضى؛ حتى إن من قال لامرأته: أنت طالق [في]^(٣) يوم الجمعة ينصرف إلى الجمعة الآتية لا إلى الجمعة الماضية؛ لأن المقصود من الإضافة تأخير الحكم إلى وجود الوقت المضاف إليه، وإنما يحصل هذا المقصود إذا انصرفت الإضافة إلى وقت في المستقبل لا في الماضي؛ لأن الماضي لا يصلح مؤخرًا، وصار هذا كالتعليق بالشرط، فإن المقصود من التعليق بالشرط لما كان تأخير الحكم إلى وقت وجود الشرط، وهذا المقصود لا يحصل إلا بشرط في المستقبل انصرف إلى الشرط^(٤) في المستقبل.

كذا في الإضافة، وإذا وجد أصل الوقت في المستقبل، ولم توجد الصفة التي ذكرها الحالف لا يقع الطلاق؛ لأنه ما التزم الطلاق إلا في وقت موصوف بصفة فلو وقع الطلاق بدون تلك الصفة، فقد لزمه ما لم يلزمه، ولإنه لا يجوز.

وإذا وجد الوقت المضاف إليه الطلاق مع الصفة التي ذكرها الحالف، يجعل المضاف والمرسل إذا صحت الإضافة كما في المعلق بالشرط يجعل عند وجود الشرط والمرسل، فبعد ذلك ينظر: إن كان المضاف والمعلق طلاقًا صحيحًا قابلاً للوقوع كان المرسل طلاقًا صحيحًا فيقع، وإن كان المعلق والمضاف طلاقًا باطلاً، لا يقبل الوقوع، كان المرسل طلاقًا باطلاً ضرورة؛ إذ الواقع عند الشرط والوقت المضاف إليه غير^(٥) المعلق والمضاف؛ فلا يقع، هذا أصل اعتبره الكرخي وعمامة مشايخ ما وراء النهر - رحمهم الله -.

وكان القاضي أبو حازم - رحمه الله - ينقض هذا الأصل بمسألتين:

إحدهما: أن من قال لامرأته وهو صحيح: [أنت طالق يوم الجمعة]^(٦) أو قال:

(١) في م: في.

(٢) في م: التفصيل.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في ب: شرط.

(٥) في ب: عين.

(٦) في ب: أنت يوم الجمعة طالق.

إذا جاء يوم الجمعة فأنت طالق، فجاء يوم الجمعة وهو مجنون، فإنه يقع^(١) الطلاق، ولو كان المضاف والمعلق عند وجود الوقت المضاف^(٢) إليه وعند وجود الشرط كالمرسل، ينبغي ألا يقع الطلاق كما لو أرسل.

المسألة الثانية: إذا قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو قال لها: أنت طالق غدا فتزوجها بعد ذلك ودخلت الدار أو جاء الغد، لا يقع الطلاق.

ولو كان المعلق والمضاف كالمرسل عند وجود الشرط وعند وجود الوقت المضاف إليه، ينبغي أن تطلق كما لو أرسل.

والجواب عن المسألة الأولى أن^(٣) نجعل المضاف والمعلق عند وجود الوقت وعند وجود الشرط كالمرسل لأشياء أخرى^(٤)، والمعلق والمضاف كان كلام صحيح لا كلام مجنون، فيصير المرسل كلام صحيح، لا كلام مجنون حتى [يصير]^(٥) المضاف والمعلق مرسلًا [لأشياء أخرى]^(٦)؛ فيجعل كأنه أرسل وهو صحيح، ولو أرسل وهو صحيح يقع، فهاهنا كذلك.

والجواب عن المسألة الثانية أن المعلق والمضاف يجعل كالمرسل عند وجود [الشرط] و^(٧) الوقت إذا صح التعليق والإضافة، وثمة التعليق والإضافة باطلة؛ لأن صحة الإضافة والتعليق يعتمد الملك والإضافة إلى الملك أو بسبب^(٨) الملك ولم يوجد شيء من ذلك أو نقول: المضاف والمعلق هناك طلاق باطل فيجعل المرسل عند وجود الشرط والوقت طلاقًا باطلا لا طلاقًا صحيحًا، ثم إذا وجد الشرط ووجد الوقت المضاف إليه الطلاق فكان^(٩) المعلق والمضاف طلاقًا صحيحًا، فالطلاق

(١) في ب: يوقع.

(٢) في أ: أضيف.

(٣) في ب: إنما.

(٤) في ب: آخر.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: إلا شيئًا آخر، وفي ب: لأشياء آخر.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ، ب: إلى سبب.

(٩) في ب: وكان.

يبدل^(١) عقيب الشرط وعقيب الوقت [لا في]^(٢) الحكم مؤخر عن سببه، وإنما يوجب السبب بعد وجود الشرط بعد الوقت.

وأما المعلق والمضاف كل واحد منهما ليس بسبب للحال عندنا على ما عرف وإنما يصير سبباً عند وجود الشرط^(٣) وعند وجود الوقت وإذا كانت المسببة^(٤) معلقة بوجود الشرط [والوقت]^(٥) كان السبب متأخراً عن الشرط، والوقت والحكم متأخر^(٦) عن السبب فيكون متأخراً عن الشرط والوقت ضرورة أن ثبوت الحكم بسببه والسبب متأخر. والله أعلم.

* * *

-
- (١) في ب: ترك.
 (٢) في ب: لأن.
 (٣) زاد في ب: والوقت.
 (٤) في ب: السببية.
 (٥) سقط في ب.
 (٦) في ب: تأخر.

نوع آخر في: إضافة الطلاق إلى أحد الوقتين، وفي الإضافة إلى وقتين وفي التعليق بأحد الفعلين، وفي التعليق بالفعلين وفي الجمع بين الوقت والفعل وفي الإضافة إلى أحدهما أو^(١) إليهما:

الأصل أن الطلاق المضاف إلى أحد الوقتين يقع [عند]^(٢) آخرهما؛ لأن الزوج وصفها بالطلاق في أحد الوقتين، ولو وقع [الطلاق]^(٣) عند أولهما كانت موصوفة بالطلاق في وقتين؛ لأن الموصوفة بالطلاق أمس موصوفة بالطلاق اليوم، و^(٤) الموصوفة بالطلاق اليوم موصوفة بالطلاق غدا، هذا هو عبارة عامة المشايخ، وكان القاضي الإمام أبو سعيد البردعي^(٥) رحمه الله يقول: إنما يقع الطلاق عند أحدهما؛ لأن الزوج أوقع الطلاق بأحد الوصفين الأخف والأغلظ، وهو التعجيل^(٦) والتأخير، فإن المؤخر أخف^(٧) من المعجل، والأصل في مثل هذا أن يتعين الأخف للزوج؛ لأنه متيقن ولهذا قلنا: إن من قال لامرأته: أنت طالق بائن أو رجعي، يقع الرجعي، وكذلك إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا أو واحدة، يقع واحدة وطريقه ما قلنا.

بيان هذا الأصل إذا قال لامرأته: أنت طالق غدا [أو]^(٨) بعد غد، يقع الطلاق لآخر الوقتين، والمعنى ما [ذكرنا]^(٩) إلا إذا نوى أن تقع بكل وقت تطلقه، فحيث

(١) في أ: و.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: ولأن.

(٥) هو: أحمد بن الحسين القاضي أبو سعيد البردعي. أخذ عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده، وأخذ عن أبي علي الدقاق عن موسى بن نصر الرازي عن محمد عن أبي حنيفة، وتفقه عليه أبو الحسن الكرخي وأبو طاهر الدباس وأبو عمرو الطبري وناظر داود الفقيه ببغداد حين قدمها حاجا. قتل مع الحجاج سنة ٣١٧هـ في وقعة القرامطة.

ينظر: طبقات الفقهاء، للشيرازي، ص (١٤١)، والفوائد البهية، ص (١٩-٢٠)، والأعلام (١/١١٤).

(٦) في م: المستعجل.

(٧) في ب: يخف.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في م.

تقع تطليقة غدا وتطليقة بعد غد؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه بإضمار^(١) كلمة (في)، ويصير تقدير المسألة: أنت طالق في غد وفي بعد غد، وهناك تقع بكل وقت تطليقة لما تبين، كذا هاهنا.

والمضاف إلى الوقتين يقع عند وجود أولهما؛ لأن الزوج وصفها بكونها طالقا في الوقتين، وإنما تكون موصوفة بالطلاق في الوقتين إذا وقع الطلاق عند وجود أولهما، أما إذا وقع عند وجود آخرهما، كانت موصوفة بالطلاق في أحد الوقتين، [ثم]^(٢) إذا وقع الطلاق عند وجود أولهما لا يقع عند وجود آخرهما شيء إذا لم يكن أحد الوقتين كائنا، [أو كان أحدهما]^(٣) كائنا، وبدأ بالكائن، ففي الحالين جميعا يقع طلاق واحد عند وجود أولهما.

وبيان هذا الأصل: فيما إذا لم يكن أحد الوقتين كائنا وبدأ بالكائن أن يقول لها اليوم: أنت طالق اليوم وغدا يقع الطلاق ساعة ما قال هذه المقالة، ولا يقع عليها في الغد شيء؛ لأنه وصفها بالطلاق في الوقت^(٤) الكائن والآتي، وهي بالطلقة الواقعة في الوقت الكائن والآتي [يتصف بالطلاق^(٥) الكائن]^(٦)، فلا ضرورة إلى إيقاع طلاق آخر في الوقت الآتي.

وعلى هذا إذا قال لها في الليل: أنت طالق في ليلك ونهارك، يقع عليها الطلاق ساعة ما قال هذه المقالة، ثم لا يقع في النهار شيء؛ لما قلنا، وهذا إذا لم يكن له نية، فإن نوى، تقع بكل وقت تطليقة كما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه بإضمار كلمة (في) وفيه^(٧) تغليظ وتشديد عليه، فتصح نيته، فأما إذا كان أحد الوقتين كائنا والآخر آتيا وبدأ بالآتي بأن قال لها في الليل: أنت طالق في نهارك وليلك، يقع [طلاق واحد]^(٨) ساعة ما قال هذه المقالة، ويقع آخر^(٩) إذا طلع الفجر، لأنه وصفها

(١) في أ: باحتمال.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: الوقتين.

(٥) زاد في م: في الوقت.

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: وقته.

(٨) في أ: الطلاق واحدة.

(٩) في أ: أخرى.

بكونها طالقا في الوقت الآتي والكائن، [وهي^(١) بالطلاق الواقع في الوقت الآتي لا يتصف بالطلاق في الوقت الكائن].

ولو قال لها: أنت طالق في ليلك وفي نهارك، قال ذلك ليلا، أو قال: لها أنت طالق في نهارك و[في]^(٢) ليلك قال ذلك نهارا، طلقت في كل وقت تطليقة، فإذا^(٣) نوى تطليقة واحدة دين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه إما بحرف كلمة [في]^(٤) أو يجعلها قائمة مقام كلمة مع، حتى يصير تقديره: أنت طالق في نهارك مع ليلك، وكل ذلك سائغ في اللغة.

جئنا إلى المعلق فنقول: المعلق بأحد الفعلين يقع بأولهما؛ لأنه جعل أحد الفعلين شرطا لوقوع الطلاق وإنما يكون أحدهما شرطا إذا وقع بأولهما.

بيانه: إذا قال لها: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان فأيهما وجد أولا يقع الطلاق، ثم لا يقع عند الآخر شيء؛ لأن المعلق طلاق واحد إلا أن ينوي لكل فعل تطليقة، فيكون كما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن (أو) قد تذكر بمعنى الواو؛ قال الله تعالى: ﴿وَقَالُوا لَنْ نُؤْمِنَ بِكَ حَتَّىٰ تَفْجُرَ لَنَا مِنَ الْأَرْضِ يَنْبُوعًا ۝٩٠ أَوْ تَكُونَ لَكَ جَنَّةٌ مِّنْ نَّخِيلٍ وَعِنَبٍ . . .﴾ معناه: وتكون لك جنة، فيصير كأنه قال لها: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، وإذا قدم فلان فأنت^(٥) طالق، ولو قال هكذا تعلق بكل فعل تطليقة على حدة كذا هاهنا.

جئنا إلى المعلق بالفعلين وإنه على ثلاثة أوجه:

إما أن قدم الجزاء على الفعلين، أو وسط الجزاء، أو آخر [الجزاء]^(٦).
الوجه الأول: فيما إذا قدم الجزاء فقال: أنت طالق إذا قدم فلان، وإذا قدم فلان آخر [فأنت طالق]^(٧) و^(٨) ذكر بكلمة (إن) أو ذكر بكلمة (متى) فأيهما ما قدم فإنه

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فإن.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: كانت.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: أو.

يقع الطلاق، ولا يقع بالثاني شيء إلا إذا نوى ذلك، وإنما كان كذلك؛ لأن قوله: أنت طالق، إذا قدم فلان هذا كلام تام، لأنه ذكر الشرط والجزاء، ولزمه^(١) على وجه لا يمكنه الرجوع عنه، فلا يمكنه تغييره بضم^(٢) الشرط الثاني إليه، فكان قوله: وإذا جاء فلان ابتداء ذكر الشرط ولم يذكر له جزاء فصار جزاء الأول لجزاء للثاني بحكم العطف؛ إذ العطف يقتضي المشاركة بين المعطوف وبين المعطوف عليه فيما هو ناقص، فصار كأنه قال: أنت طالق إذا قدم فلان، وإذا قدم فلان آخر فأنت طالق^(٣) بتلك^(٤) التطليقة، ولو نص على هذا، كان الجواب كما قلنا فكذا هاهنا. فرق بين هذا وبين ما لو قال: أنت طالق إذا قدم فلان وفلان، فإن هناك يشترط قدومها لوقوع الطلاق؛ لأن هناك لم يذكر للثاني^(٥) حرف الشرط، فكان ناقصا في معنى الشرطية، كما هو ناقص في معنى الجزائية وقد عطفه على الأول بحرف الجمع، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار شرط الأول وجزاء الأول شرطا وجزاء للثاني، فصار كأنه قال: [أنت طالق]^(٦) إذا قدما، أما هاهنا ذكر للثاني حرف الشرط، ولم يذكر له الجزاء فصار جزاء الأول لجزاء للثاني بحكم العطف؛ فلهذا افترقا.

الوجه الثاني: فيما إذا وسط الجزاء فقال: إذا قدم [فلان، فأنت طالق وإن قدم فلان كان الجواب كما ذكرنا فيما إذا قدم الجزاء]^(٧)؛ لأن قوله: إذا قدم فلان فأنت طالق يمين تامة. وإذا قال: وإذا قدم فلان، فقد ذكر له حرف الشرط، ولم يذكر له حرف الجزاء، فصار جزاء الأول لجزاء للثاني بحكم العطف؛ فلهذا [كان الجواب]^(٨) كما قلنا.

الوجه الثالث: فيما إذا آخر الجزاء فقال: إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق فما لم يوجد قدومها، لا يقع الطلاق، لأن قوله: إذا قدم فلان ليس بكلام تام،

(١) في ب: وضمته.

(٢) في ب: فضم.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: تلك.

(٥) في م: الثاني.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

بل^(١) هو ذكر شرط محض يصح الرجوع عنه^(٢)، ويتمكن الحالف من إبطاله بالسكوت عليه ويتمكن من ضم شرط آخر إليه.

فإذا قال: وإذا قدم فلان، فهذا أيضا شرط محض، فإذا قال: فأنت طالق عقيهما صار جزاء لهما فيتعلق نزوله بوجودهما [فما لم]^(٣) يوجد لا يترك الجزاء، بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسط الجزاء؛ لأن هناك الكلام الأول يمين تامة، فإذا [قال]^(٤) وإذا قدم فلان فقد أفرد الثاني بالشرطية ولم يذكر له جزاء فصار جزاء الأول جزاء للثاني، وصار حكم اليمين الثانية حكم اليمين الأولى، أما هاهنا الكلام الأول ليس بيمين تامة على ما مر فلهذا افترقا.

ومتى جمع بين الوقت والفعل، وأضاف الطلاق إلى أحدهما بأن قال لها: أنت طالق رأس الشهر أو إذا قدم فلان، فإن وجد الفعل أولا بأن قدم فلان في هذه الصورة أولا، يقع الطلاق، ويجعل كأن المضموم إليه فعل فكان هذا طلاقا معلقا بأحد الفعلين، فيقع بأولهما وإن جاء رأس الشهر أولا لا يقع الطلاق ما لم يقدم فلان، ويجعل كأن المضموم إليه وقت، فكان^(٥) الطلاق مضافا^(٦) إلى أحد الوقتين، فيقع بأخرهما^(٧) وهذا لأن الجمع بين قضية الفعل وقضية الوقت متعذر لما بين الجمعين التعليق والإضافة من التضاد، فوجب القول بالترجيح، فرجحنا بالسبق؛ لأن السابق لا مزاحم له فيعطي له حكمه ويجعل كأن المضموم إليه فعل آخر، وقد علق الطلاق بأحدهما.

وإن وجد الوقت أولا جعل الآخر تبعا له، كأنه من جنسه فإن وجد الفعل أولا، جعل كأن المضموم إليه وقت آخر، وقد أضاف الطلاق إلى أحدهما.

واستشهد محمد - رحمه الله - في الزيادات لإيضاح هذه المسألة بمسألة فقال: [ألا]^(٨) ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق غدا أو إن شئت، فشئت الساعة، يقع

(١) في ب: هل.

(٢) في ب: فيه.

(٣) في أ: فمتى لو.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: فكان.

(٦) في ب: مصادفا.

(٧) في ب: أحدهما.

(٨) سقط في ب.

الطلاق، ولا ينتظر مجيء الغد، ويجعل كأن المضموم إلى المشيئة فعل آخر، وكان الطلاق معلقاً بأحد الفعلين كما في مسألتنا إلا أن بين مسألتنا و[بين]^(١) مسألة الاستشهاد [نوع فرق في أن مسألة الاستشهاد]^(٢) إذا قامت عن مجلسها قبل أن تشاء، طلقت غداً، وفي مسألتنا إذا جاء رأس الشهر قبل أن يقدم فلان لا تطلق ما لم يقدم فلان.

والفرق: أن في مسألة الاستشهاد التعليق بالمشيئة قد بطل بقيامها عن المجلس قبل المشيئة بقي الطلاق مضافاً إلى الغد لا غير، فإذا جاء الغد وقع الطلاق [قبل المشيئة]^(٣) أما في مسألتنا بانعدام القدوم للحال لا يبطل التعليق بالقدوم، فبقي الطلاق معلقاً فما لم يوجد القدوم لا يقع الطلاق.

ومتى جمع بين الوقت والفعل وأضاف الطلاق إليهما بأن قال: أنت طالق غداً وإذا قدم فلان فهاتان التخليقتان تطلق غداً واحدة، وإذا قدم فلان تطلق أخرى؛ لأن قوله: أنت طالق غداً إضافة الطلاق إلى الغد، وقوله: إذا قدم فلان [تعليق]^(٤) بالفعل ولا مجانسة بين الفعل وبين الوقت، حتى يصير جزاء الأول جزاء للثاني بحكم العطف؛ إذ المشاركة إنما تثبت في جنس واحد، لا في جنسين وقد ذكر^(٥) للثاني حرف الشرط ولم يذكر له جزاء فكان ناقصاً في معنى الجزاء فاستدعى أن يكون له جزاء فإذا تقرر^(٦) جعل الجزاء الأول جزاء للثاني استدعى [الثاني جزاء آخر، فصار كأنه قال: أنت طالق غداً وإذا قدم فلان فأنت]^(٧) طالق تطليقه أخرى، بخلاف ما إذا ذكر فعلين أو وقتين؛ لأن هناك الثاني من جنس الأول، فصار جزاء الأول جزاء للثاني بحكم العطف فلا^(٨) يستدعي للثاني جزاء آخر، فكان التعليق بالثاني غير التعليق بالأول لا طلاقاً آخر؛ فلهذا افترقا.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: ذكرنا.

(٦) في ب: تعذر.

(٧) في ب: الجزاء الثاني.

(٨) في ب: فلم.

الفصل السابع

في بيان من يدخل تحت قوله أملكه وفي بيان صفة هذه الصيغة أنها للحال أو للاستقبال

وإذا قال الرجل: كل امرأة^(١) أملكها فهي طالق إن دخلت الدار، أو قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أملكها فهي طالق، وفي ملكه امرأة يوم الحلف^(٢) فتزوج امرأة قبل الدخول وامرأة بعد الدخول، طلقت التي في ملكه يوم الحلف لا غير، وهذا استحسان، والقياس أن تطلق التي ملكها في المستقبل، ولا تطلق التي في ملكه يوم الحلف.

وجه القياس في ذلك: أن صيغة أفعل للاستقبال حقيقة؛ [لأن الألف من حروف الاستقبال ألا ترى أن الرجل يقول: أسافر وأتزوج ويريد به الاستقبال، وإذا كانت حقيقة للاستقبال، صار كأنه صرح وقال: كل امرأة أملكها فيما أستقبل، ولو قال هكذا لا تطلق الحالية، وكذلك ها هنا.

وجه الاستحسان: أن صيغة أفعل للاستقبال حقيقة وللحال حقيقة^(٣) لأنها مستعملة فيهما جميعا في الحال كقول الشاهد بين يدي القاضي: أشهد، وكقولنا: أشهد ألا إله إلا الله، وفي الاستقبال كقول الرجل: أسافر [و]^(٤) أذهب أتزوج، [و]^(٥) أشرب، فهذا لأن الأزمنة ثلاث: ماض وحال ومستقبل، ولا اسم للحال غير هذا، فكانت هذه الصيغة حقيقة للحال كما هي حقيقة للاستقبال، والجمع بينهما متعذر لمكان التنافي؛ فإن الحال عبارة عن موجود قائم، والاستقبال عبارة عن معدوم سيوجد وبينهما تناف بعد هذا اختلفت عبارة المشايخ بعضهم قالوا: هي للحال أحق؛ إذ ليس للحال صيغة سوى هذا، أما للاستقبال صيغة أخرى، وهي سأفعل سوف أفعل. وإذا كانت هذه الصيغة للحال أحق، فعند الإطلاق ينصرف إليه.

(١) زاد في أ: أتزوجها.

(٢) زاد في أ: لا غير وهذا استحسان.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

وبعضهم قالوا: لما كان حقيقة لهما تعين لأحدهما بالعرف وعليه الاستعمال كما يتعين الاستقبال في قوله: أتزوج أسافر، وتعين للحال في قوله: أشهد، فنقول: في [الأملاك غلب]^(١) استعمال هذه الصيغة للحال، يقول الرجل: أنا أملك كذا وكذا، وفلان يملك كذا وكذا، ويراد به الحال فإذا غلب استعماله في الأملاك للحال، صار الحال كالمنصوص عليه، فصار كأنه قال: كل امرأة أملكها للحال طالق إن دخلت الدار، ولو نص على هذا، ودخل الدار، تطلق كل امرأة كانت في ملكه يوم الحلف لا غير، كذا هنا فإن قيل: وضع للحال اسم غير هذا، وهو قوله: أنا مالك لهذا، قلنا: هذا اسم الفاعل وحاجتنا إلى إثبات الاسم للحال والاسم^(٢) للفعل^(٣)، وليس ذلك إلا ما ذكرنا.



(١) في ب: الأمر الأغلب.

(٢) في أ، ب: للاسم.

(٣) في ب: الفعل.

الفصل الثامن

في كلمة (في)

يجب أن تعلم أن كلمة (في) حقيقتها للظرفية فإذا دخلت على ما يصلح ظرفاً، حملت على الظرفية عملاً بالحقيقة، وإذا دخلت على ما لا يصلح [ظرفاً، تحمل] (١) على الشرط لمناسبه (٢) بين الظرفية (٣) وبين الشرطية؛ لأن الظرف يشتمل على المظروف من جوانبه، ويثبت الاتصال بينه وبين المظروف، وبين الشرط والمعلق [به] (٤) نوع اتصال فيحمل على الشرطية؛ لمكان المناسبة من الوجه الذي ذكرنا عند تعذر العمل بحقيقتها؛ صيانة لها عن الإلغاء، إذا حملت على الشرطية يجعل ما كان ظرفاً شرطاً، وما كان مظروفاً جزءاً، وعند تعذر [جعل] (٥) الظرف شرطاً، تلغو كلمة (في).

وبيان هذا الأصل إذا قال لامرأته: أنت طالق في دخولك الدار لا تطلق حتى تدخل.

ولو قال: فيها دخولك الدار طلقت ساعة ما تكلم؛ لأن في الفصل الأول جعل الطلاق مظروفاً وجعل الدخول ظرفاً، لأنه (٦) ذكر (في) بدون حرف الهاء، فيصير (٧) صيغة (٨) للمذكور أولاً وهو الطلاق، والدخول لا يصلح ظرفاً لأنه فعل والفعل لا يصلح ظرفاً، فصلح (٩) شرطاً، فصار الطلاق معلقاً بدخول الدار؛ فلا يقع ما لم يدخل الدار.

أما في قوله أنت طالق فيها دخولك الدار جعل الطلاق ظرفاً والدخول مظروفاً

(١) في ب: فحمل.

(٢) في أ، ب: لمناسبة.

(٣) في ب: النظر فيه.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: لأن.

(٧) في ب: يصير.

(٨) في أ، ب: صفة.

(٩) في أ: فجعل.

لأنه ذكر في مع^(١) حرف الهاء فيصير صفة للمذكور آخرًا وهو الدخول، والطلاق لا يصلح ظرفًا للدخول ولا يمكن جعل الطلاق شرطًا أيضًا لأن الطلاق لا يصلح شرطًا للدخول، أما الدخول فيصلح شرطًا للطلاق إلا أن عند تعذر العمل بالظرفية ما كان مظروفًا يجعل جزاء وما كان ظرفًا يجعل شرطًا والظرف هاهنا الطلاق؛ لأنه^(٢) لا يصلح شرطًا فتعذر العمل بالظرفية والشرطية^(٣) فلغا كلمة في وبقي قوله أنت طالق فيقع الطلاق في الحال، والله أعلم.



(١) في ب: جميع .

(٢) في أ: وأنه .

(٣) في ب: والظرفية .

الفصل التاسع

في كلمة (بعد) و(قبل) و(مع)

إذا ذكرت بين الطلاق والوقت مع حرف الهاء وبدون حرف الهاء .
وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق تطليقة بعدها يوم الأضحى، طلقت للحال، ولو قال: بعد يوم الأضحى، [لم تطلق حتى يمضي يوم الأضحى]^(١) والفرق أن في الفصل الأول البعدية صفة المذكور آخرا، وهو يوم الأضحى، فبقي الطلاق خاليا عن الوقت، فيقع في الحال، ويكون الواقع في الحال تطليقة بعدها يوم الأضحى، فيكون الوقوع كما أوقعه، أما في الفصل الثاني البعدية صفة المذكور أولا، وهو الطلاق، فقد أوقع الطلاق بعد يوم الأضحى؛ فلا يقع إلا كما أوقعه.

ولو قال لها: أنت طالق قبل يوم الأضحى، يقع الطلاق للحال وهذا الجواب ظاهر في قوله أنت طالق تطليقة قبل يوم الأضحى، مشكل في قوله أنت طالق تطليقة قبلها يوم الأضحى؛ لأن القبلية هاهنا صفة المذكور آخرا، وهو يوم الأضحى، ومن ضرورة تقدم يوم الأضحى على الطلاق تأخر الطلاق عنها، ولكن الوجه في هذا أن يقال بأن تأخر^(٢) الطلاق ليس بمذكور صريحا لو ثبت التأخر في الطلاق، إنما يثبت ضرورة وصف يوم الأضحى بالتقدم عليه، وهذا الوصف منه باطل؛ لأن الوقت مما لا يقبل التقدم والتأخر وإذا بطل وصف التقدم ليوم الأضحى لم يثبت وصف التأخر للطلاق، فبقي الطلاق خاليا عن الصفة فيقع للحال.

والحاصل: أن الطلاق إذا أضيف إلى وقت، لا يقع ما لم يوجد الوقت المضاف إليه الطلاق، وإذا أضيف الوقت إلى الطلاق يقع الطلاق ساعة ما تكلم به المتكلم. واختلفت عبارة المشايخ في ذلك قال بعضهم: الطلاق مما يحلف به، ويصح تعليقه بالشروط، فإذا أضافه إلى وقت، يتعلق بمجيء ذلك الوقت، فما لم يوجد ذلك الوقت، لا يقع الطلاق، فأما الوقت فلا يحلف به، ولا يصح تعليقه بالشروط فمتى^(٣) أضافه إلى الطلاق لم يثبت بينهما^(٤) تعلق فيقع للحال.

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: آخر.

(٣) في أ: فما.

(٤) في أ: فيهما.

وبعضهم قالوا: إذا أضاف الطلاق إلى الوقت فقد استعمل الإضافة في محلها؛ لأن الإضافة إنما تستعمل في الواقع، والطلاق هو الواقع فتصح الإضافة، ويتعلق [الواقع]^(١) بذلك الوقت.

وإذا أضاف الوقت إلى الطلاق فقد استعمل الإضافة في غير موضعها، فلغت الإضافة، ولم يثبت التعليق، فوقع للحال وإذا أردت^(٢) معرفة إضافة الطلاق إلى الوقت من إضافة الوقت إلى الطلاق انظر إلى حرف الهاء إن^(٣) دخلت على الوقت أو على الطلاق، إن دخلت على الوقت، كان الوقت مضافا إلى الطلاق، كما في قوله: [أنت]^(٤) طالق قبلها يوم الأضحى، ففي هذه الصورة الوقت مضاف^(٥) إلى الطلاق فكأنه^(٦) جعل يوم الأضحى قبل الطلاق، فلغت الإضافة وصار كأنه قال: أنت طالق وسكت.

وإن دخل حرف الهاء على الطلاق، كان الطلاق مضافا إلى الوقت، كما في قوله: أنت طالق^(٧) بعد يوم الأضحى، ففي هذه الصورة الطلاق مضاف إلى الوقت فإنه جعل هذه التعليلة بعد يوم الأضحى، فتصح الإضافة، ويتعلق الطلاق [بمجيء]^(٨) يوم الأضحى.

وأما إذا قال لها: أنت طالق مع يوم الأضحى، طلقت حين تطلع الشمس من يوم^(٩) الأضحى؛ لأن (مع) للقران، وقد ذكرها بدون حرف الهاء؛ فصار صفة للمذكور أولا وهو الطلاق، فكانت داخلة على الطلاق وصار الطلاق مضافا إلى يوم الأضحى على سبيل المقارنة، ولا مقارنة إلا بطلوع الفجر من يوم الأضحى.

ولو قال: معها يوم الأضحى، يقع الطلاق ساعة ما تكلم به؛ لأن (مع) هاهنا ذكرت مع حرف الهاء، وصارت صفة للمذكور آخرا، وهو الوقت فكانت داخلة

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: أرادت.

(٣) في ب: إنها.

(٤) سقط في م.

(٥) في ب: مضافة، وفي م: مضافا.

(٦) في ب، م: فإنه.

(٧) زاد في ب: هذا.

(٨) سقط في أ.

(٩) في ب: اليوم.

على الوقت وصار الوقت مضافا إلى الطلاق، فبطلت الإضافة^(١) وبقي الطلاق مرسلا، فإن قيل: كلمة (مع) كلمة وصل ومقارنة، والسبيل في المقترنين أن يجتمعا ولا يقع الفرق بينهما إذا قرن [هذا بذلك أو قرن]^(٢) ذلك بهذا، ألا ترى أن في قوله: أنت طالق مع كل تطليقة استوى^(٣) الحال بينما^(٤) ذكر مع حرف الهاء، [أو بدون حرف]^(٥) الهاء [فها هنا]^(٦) يجب أن يكون كذلك، ولا يقع الطلاق إلا بعد يوم الأضحى سواء ذكر مع حرف الهاء أو بدون حرف الهاء]^(٧).

والجواب: إنما وقع الفرق في هذه المسألة؛ لأن الطلاق ملكه وفعله، والوقت ليس ملكه ولا فعله، والإنسان يملك وصل^(٨) ملكه وفعله بما ليس بفعله ولا^(٩) يملك [فصل]^(١٠) ما ليس من فعله بفعله؛ إذ ليس في وسع الإنسان ذلك، فإذا قال لها: أنت طالق مع يوم الأضحى، فقد وصل فعله بما ليس بفعله، وذلك في وسعه، فاتصل به فلم تطلق^(١١) للحال، وإن^(١٢) قال لها: أنت طالق تطليقة معها يوم الأضحى، فقد وصل ما ليس من فعله بفعله، وذلك ليس بوسعه فلم يتصل بفعله وطلقت^(١٣) للحال، بخلاف مسألة الطلاق؛ لأن الطلقة الأولى كما هي ملكه وفعله، فالثانية^(١٤) كذلك، والثالثة كذلك وسواء وصل هذا بتلك أو تلك بهذه، فقد وصل ملكه وفعله بملكه وفعله؛ فثبت الاتصال في الحال. [والله أعلم بالصواب]^(١٥).

- (١) في ب: الإمامة.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: استواء.
- (٤) في أ: بينهما.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في ب: فهنا.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في ب: فصل.
- (٩) في ب: إما لا.
- (١٠) سقط في ب.
- (١١) في ب: نطق.
- (١٢) في ب: وإذا.
- (١٣) في ب: فطلقت.
- (١٤) في أ: في الثانية، وفي ب: فالثابتة.
- (١٥) سقط في ب.

الفصل العاشر

في التعليقات

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في تعليق الطلاق بالملك:

وإذا قال إن تزوجت فلانة، فهي طالق، وإن أمرت من يزوجنيها، فهي طالق فأمر إنسانا فزوجها منه، طلقت؛ لأن هذا يمينان: إحداهما: على الأمر.

والأخرى: على التزوج، فانهلال إحداهما لا يوجب انهلال الأخرى. ولو قال: إن تزوجت وإن أمرت من يزوجنيها، فهي طالق، فأمر فزوجها منه، [لم تطلق]^(١)؛ لأن اليمين واحدة، والشرط شيان الأمر والتزوج، فبمجرد الأمر لا تنحل اليمين، وكذلك لو تزوجها من غير أن يأمر أحدًا بذلك، لا تطلق؛ لأنه بعض الشرط فإن أمر بعد ذلك رجلا، فقال: زوجني فلانة، وهي امرأته على حالها، طلقت؛ لأنه كمل الشرط^(٢).

وإذا قال الرجل: إن خطبت فلانة أو تزوجتها، فهي طالق، فخطبها، ثم تزوجها لا تطلق؛ لأن شرط حثه أحد شيئين؛ إما الخطبة أو التزوج، فمتى خطبها، فقد وجد شرط الحنث، والمرأة ليست في نكاحه، فانحلت اليمين لا إلى حنث، فإذا تزوجها بعد ذلك فقد تزوجها، واليمين منحلة فلا تطلق. في حيل الكافي قبل باب الأيمان.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: وهو بمنزلة ما لو قال: إن قبلت فلانة أو تزوجتها، فهي طالق، فقبلها ثم تزوجها، لا تطلق؛ لما ذكرنا من المعنى، وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - وأشار أبو يوسف إلى المعنى، وقال: لأنه حنث بالخطبة، فهذا يدل على [أن]^(٣) اليمين منعقدة؛ إذ لو لم تكن منعقدة، لما حنث بالخطبة، وهذا رد على من يقول: اليمين غير منعقدة، لأن

(١) في ب، م: طلقت.

(٢) البحر الرائق (٤/١٠).

(٣) سقط في أ.

الشرط أحدهما، وأحدهما بعينه صالحة والآخر لا، فإنه نص على الحنث بالخطبة وبدون الانعقاد لا يتصور الحنث.

فإن [تزوجها قبل الخطبة بأن زوجها]^(١) منه فضولي، فبلغها فأجازت، طلقت؛ بمنزلة ما لو قال: إن قبلتها وتزوجتها، فهي طالق، فتزوجها قبل أن يقبلها، طلقت، وكان ينبغي ألا يقع الطلاق ها هنا؛ لأن شرط وقوع الطلاق التزوج، وقد وجد قبل الملك فينبغي أن^(٢) تنحل اليمين لا إلى حنث. قلنا: نعم شرط الحنث التزوج، لكن التزوج إنما يمنع بإجازتها وعند ذلك هي في نكاحه^(٣).

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : وبهذه المسألة تبين أن من قال: إن خطبت فلانة أو كل امرأة أخطبها فهي طالق أن يمينه لا ينعقد؛ لأن الخطبة غير العقد وهي تسبق العقد؛ فلا يكون هو بهذا اللفظ مضيئاً للطلاق إلى الملك، فلا تنعقد، وهذا في لسان العربية.

فإن عقد يمينه بالفارسية بأن قال أكر فلانة زانجواهم، أو قال: هرزني راکه بخواهم، ففي كل موضع يكون هذا اللفظ بينهم تفسيراً للخطبة لا ينعقد اليمين أيضاً.

وفي كل موضع يريدون بهذا اللفظ التزوج تنعقد اليمين، إذا كان مراده هذا، ويقع الطلاق إذا تزوجها، هذه الجملة في كتاب الحيل. وفي عرف ديارنا قوله: بخواهم تفسير قوله نكحت أو تزوجت فينعقد اليمين؛ فلا يحنث بالخطبة فإذا تزوجها يقع الطلاق.

ولو كان الرجل عارفاً بحقيقة هذه اللفظة أنها للخطبة فقال عنيت بها الخطبة لا يصدق قضاء ويصدق ديانة؛ لأنه خلاف الظاهر والمجاز المتعارف يلحق بالحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة لا يصدق في القضاء.

ولو قال: اكر فلان راخواهند كي كنم فهذا تفسير الخطبة في عرفنا فلا تنعقد اليمين ولو تزوجها بعد ذلك، لا يقع الطلاق.

ولو قال: أكر فلانة رابخواهم خواشتي يا لخوامم وي رايه طلاق فتزوجها لا يقع الطلاق لأن قوله فلانه رابخواهم خواشتن ينصرف إلى إرادة التزوج، وقوله:

(١) في أ: تزوجه.

(٢) زاد في أ: مما.

(٣) المحيط البرهاني (٣/٣٩٧).

يالخوامم إلى حقيقة التزوج وإرادة التزوج تسبق فانحلت اليمين بالإرادة فلا يقع الطلاق بالتزوج، كما في مسألة الخطبة.

ومن جنس مسألة الخطبة إذا قال: إن تزوجت فلانة أو أمرت إنسانا أن يزوجه مني، فهي طالق فأمر غيره فزوجها منه لا تطلق؛ لأنه حث بالأمر، وهذه المسألة دليل أيضا [على] ^(١) أن اليمين منعقدة.

قال لوالديه: إن زوجتاني امرأة، فهي طالق فزوجاه امرأة [بأمره] ^(٢)، لا تطلق لأن التعليق لم يصح لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح؛ لأن تزويج الوالدين بغير أمره غير صحيح وهو لم يذكر الأمر فلم يصح هذا التعليق.

في فتاوى الفضلي قال بالفارسية: أكردختر فلان مراد هند وايرا طلاق فتزوجها، لا تطلق ولو قال: أكرويرا بزني دهند بمن، والمسألة بحالها تطلق هكذا ذكر الفضلي - رحمه الله - في فتاويه وقال غيره من المشايخ: لا تطلق في الوجهين؛ لأن اليمين انحلت بالتزويج قبل الدخول في نكاحه، فصار كما لو قال لامرأة: إن جلست في نكاحك فأنت طالق فجلس ثم تزوجها لا تطلق؛ لأنه حث قبل التزوج وعلى هذا إذا قال أكرفلانه اكرويرا بزني داده شوددي را طلاق، فتزوجها، لا تطلق؛ لأن اليمين انحلت بالتزوج ^(٣) قبل الدخول في نكاحه، وأنا أقول ينبغي أن تطلق؛ لأن شرط الحنث وإن كان هو التزوج ^(٤) ولكن تمام التزوج ^(٥) بتزوجه وعند ذلك هي في نكاحه، ألا ترى أن في مسألة كتاب الحيل التي كتبنا قبل هذا جعلنا ^(٦) إجازتها من تمام تزوجها فكذا في هذا الجانب، فيتأمل عند الفتوى.

أكر من دختر رابكس دم باروادارم كي وي رابكس دهند، فامرأته طالق ثم ندم على ذلك وأراد أن يتزوج من غير أن يقع الطلاق على امرأته فالحيلة في ذلك أن توكل البنت رجلا أن يتزوجها إن كانت بالغة، ويقول الأب: لا أجز ما تصنعون، فيجوز النكاح ولا تطلق امرأته. والله أعلم.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ب: بالتزويج.

(٤) في ب: التزويج.

(٥) في ب: التزويج.

(٦) زاد في ب: هذا.

نوع آخر من هذا الفصل :

إذا قال: إن كلمت فلانا كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة قبل الكلام وامرأة^(١) بعد الكلام طلقت المتزوجة بعد^(٢) الكلام، وصار الكلام في هذه الصورة شرط انعقاد اليمين، والتزوج شرط انحلال اليمين فالتى تزوجها قبل الكلام تزوجها قبل انعقاد اليمين فلا [تطلق]^(٣)، والتى تزوجها بعد الكلام تزوجها بعد انعقاد اليمين فتطلق.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق إن كلمت فلانا إن نص على الوقت بأن قال: كل امرأة أتزوجها أبداً أو إلى ثلاثين سنة تطلق المتزوجة قبل الكلام والمتزوجة بعد الكلام. وإن لم ينص على الوقت؛ بأن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت [فلاناً]^(٤) تطلق المتزوجة قبل الكلام ولا تطلق المتزوجة بعد الكلام، وصار التزوج في هذه المسألة شرط انعقاد اليمين والكلام شرط انحلال اليمين فالتى تزوجها بعد الكلام تزوجها قبل انعقاد اليمين فلا تطلق ولو [كلم]^(٥) فلانا مرة أخرى هل تطلق المتزوجة بعد الكلام الأول؟

[ذكر]^(٦) في الجامع أنها لا تطلق [وهذا]^(٧) لأنها لو طلقت إما أن طلقت بالكلام الأول ولا وجه إليه لأنه وجد قبل انعقاد اليمين أو بالكلام الثاني ولا وجه إليه لأن الكلام يصير شرطاً متكرراً وقد ذكر الكلام بكلمة إن وإنها لا توجب التكرار. وذكر بعض مشايخنا أن المذكور في الجامع يخالف المذكور في القدوري فقد ذكر في القدوري أن من قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق [إن دخلت الدار]^(٨) فدخل الدار ثم تزوج امرأة لا يقع عليها الطلاق فإن دخل الدار ثانياً وقع عليها الطلاق.

(١) في ب: وامرأته.

(٢) في ب: قبل.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

قال الصدر الشهيد: قال والدي تاج الدين رحمه الله: وليس الأمر كما زعموا لأن موضع المذكور في القدوري أنه دخل الدار قبل التزوج أصلاً والدخول قبل التزوج لم ينعقد عليه اليمين ولا يصير شرطاً في اليمين أصلاً فجاز أن يقع الطلاق بدخول آخر يوجد بعد التزوج إذ الدخول حينئذ لا يصير شرطاً متكرراً^(١) وموضع ما ذكر في الجامع أنه تزوج امرأة قبل الكلام وتزوج امرأة بعد^(٢) الكلام ثم تكلم مرة أخرى والكلام الأول انعقد عليه اليمين فصار شرطاً في حق المتزوجة قبل الكلام بحكم اليمين حتى وقع الطلاق على المتزوجة قبل الكلام الأول^(٣) وإذا صار الكلام الأول شرطاً بحكم هذه اليمين [لا يمكن جعل الكلام الثاني شرطاً لأن الكلام بحكم هذه اليمين]^(٤) غير مكرر.

[بخلاف]^(٥) ما ذكر القدوري لأن الدخول الأول فيما ذكر القدوري لم يصير شرطاً أصلاً حتى لو صار شرطاً بأن تزوج امرأة قبل دخول الدار وتزوج امرأة بعد دخول الدار لا يقع الطلاق إلا على المتزوجة بعد دخول الدار وإن دخل الدار ثانياً كما ذكر في الجامع.

وفي مسألة الجامع لو لم يصير الكلام الأول شرطاً بأن لم يتزوج امرأة أصلاً حتى كلم فلانا ثم تزوج امرأة يقع الطلاق عليها إذا كلم فلانا مرة أخرى بعد ذلك فإذن لا مخالفة بين ما ذكر القدوري وبين ما ذكر هاهنا من حيث المعنى وإنما المخالفة من حيث الصورة لاختلاف الوضع^(٦).



-
- (١) في أ: متأكداً.
 (٢) في ب: قبل.
 (٣) زاد في ب: بالكلام.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) في ب: الموضع.

نوع آخر في: التعليق بحرف الشرط وفي [الإضافة إلى مسمى موصوف بصفة: الأصل أن^(١)] الحالف متى علق الجزاء بحرف من حروف الشرط يتعلق وجوده بوجود ما دخل عليه حرف الشرط ومتى لم يعلقه بحرف من حروف الشرط، ولكن أضافه إلى مسمى موصوف بصفة إن كان المسمى معرفاً^(٢) بالإشارة أو بالإضافة أو بالنسبة^(٣) لا يتعلق بتلك الصفة بل يلغو ذكر الصفة لأن الصفة بدون حرف الشرط [تذكر للتعريف]^(٤) والمسمى معرف بالإشارة أو^(٥) بالإضافة أو النسبة، فلا حاجة إلى التعريف وإن لم يكن المسمى معرفاً بهذه الأشياء يتعلق بتلك الصفة لأن الصفة ها هنا محتاج إليها للتعريف فيعتبر وهو معنى ما نقل عن المشايخ أن الصفة في الغائب معتبرة، وفي الحاضر لغو، ثم إذا لغا ذكر الصفة في حق المعرف صار ذكرها وعدم ذكرها بمنزلة ولو انعدم ذكرها وقع الجزاء للحال فكذا إذا صار ذكرها وعدم ذكرها بمنزلة. وإذا اعتبر ذكر الصفة في غير المعرف صارت الصفة في المسمى بمعنى الشرط؛ لأن الشرط ما يكون ملفوظاً به، وهو على خطر الوجود ويقف نزول الجزاء على وجوده وقد وجد ذلك فيما نحن فيه، إلا أنه يستقيم ذكر الجزاء ها هنا بحرف الفاء وبغير حرف [الفاء]^(٦)؛ لأن الصفة ليست بشرط حقيقة فظاهر، وأما لفظاً؛ لأنه لم يذكرها مقرونة بحرف الشرط بل هي للتعريف حقيقة إلا أنها صارت شرطاً معنى لوجود معاني الشرط فيهما؛ فمن حيث إنها شرط^(٧) معنى استقام^(٨) ذكر الجزاء [بحرف الفاء ومن حيث إنها ليست بشرط حقيقة ولفظاً استقام^(٩) ذكر الجزاء]^(١٠) بدون حرف الفاء عملاً بهما.

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: معروفاً.

(٣) في ب: بالتسمية.

(٤) في أ، م: بذكر التعريف.

(٥) في م: و.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: من شرط.

(٨) في أ: استقام.

(٩) في ب: استفهام.

(١٠) سقط في ب.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا قال الرجل : المرأة التي أتزوجها طالق [فتزوجها لا تطلق]^(١) [أو قال : فهي طالق فتزوج امرأة، تطلق، ولو قال : هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لا تطلق]^(٢) لأن في المسألة الأولى المسمى غير معرف بالإضافة ولا بالإشارة ولا بالنسبة فيتعلق بالحكم بالصفة التي ذكرها فيها وهو التزوج وصار التزوج بمعنى الشرط كأنه قال إن تزوجت امرأة فهي طالق، ولو قال هكذا، فتزوج امرأة تطلق كذا هاهنا، أما في المسألة الثانية المسمى معرف بالإشارة ولا يتعلق بالحكم بالصفة التي ذكرها فيها وهو التزوج، بل يجعل ذكرها والعدم بمنزلة، وإذا صار ذكر الصفة والعدم بمنزلة صار كأنه قال : هذه طالق ومن قال لأجنبية : هذه طالق ثم تزوجها لا تطلق كذا هاهنا .

ولو قال : فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق، فتزوجها، لا تطلق لأنه عرفها بالاسم والنسب والتعريف بالاسم والنسب كالتعريف بالإشارة، ولو عرفها بالإشارة، لا يصح ذكر الصفة فيها ولا يتعلق بالحكم بها كذا ها هنا فإن قيل التعريف بالاسم ليس بشرط نظير التعريف بالإشارة بدليل ما ذكر في الجامع : رجل اسمه محمد بن عبد الله وله غلام فقال : إن^(٣) كلم غلام محمد بن عبد الله هذا أحدًا^(٤) فامرأته طالق أشار الحالف إلى الغلام لا إلى نفسه ثم إن الحالف كلم الغلام بنفسه تطلق ولو كان التعريف بالاسم كالتعريف بالإشارة لكان لا تطلق امرأته كما لو أشار إلى نفسه .
قلنا في الفرق : إن الاسم والنسب وضعاً لتعريف الغائب لا لتعريف الحاضر، [بل لتعريف الحاضر بالإشارة]^(٥) كما في الشهادة، فإنها إذا قامت على غائب أو ميت يشترط الاسم والنسب وإذا قامت على حاضر يشترط الإشارة وإذا ثبت هذا فنقول في مسألة محمد بن عبد الله : الحالف حاضر فيشترط لتعريفه الإشارة أو بالإضافة بالكتابة^(٦) ولم يوجد فلم يصير معرفاً أصلاً، بل بقي منكراً فيدخل تحت اسم النكرة .

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ب : له .

(٤) في أ، ب : أحد .

(٥) في أ : وتعريف الحاضر بالإشارة .

(٦) في ب : بالكفاية .

وفي مسألة الطلاق الاسم والنسب في الغائب لا في الحاضر فيحصل بهما التعريف، وتلغو الصفة، حتى إن في مسألة الطلاق لو كانت فلانة حاضرة عند الحلف فتذكر اسمها ونسبها، لا يحصل التعريف، ولا تلغو الصفة ويتعلق الطلاق بالتزوج هكذا ذكر شيخ الإسلام في الجامع وبعض مشايخنا قالوا في الفرق: أن التعريف بالإضافة والإشارة لا يحتمل التنكير بوجه صار التعريف بالاسم [والنسب]^(١) يحتمل التنكير وبهذا يحسن أن يقال من محمد بن عبد الله حتى يزداد في تعريفه، فيقال: الفلاني، وإذا احتمل التعريف بالنسب جهة التنكير يحمل عليه إذا دل الدليل عليه وقد دل الدليل في مسألة محمد بن عبد الله على التنكير وهو الإعراض عن الإضافة مع أنه أقصر عبارة وأتم معان من غير ضرورة، وهذا أمر معتاد فيما بين الناس، فإن الرجل إذا أراد أن يلتبس ملكه على غيره يقول: هذا ملك عبد الله، ويريد نفسه، فهاهنا كذلك يحتمل اختياره على التنكير فبقي الحالف منكراً فدخل تحت اسم النكرة.

فأما في مسألة الطلاق لم يوجد دليل يدل على اختياره جهة التنكير؛ لأن الإتيان بالنسبة إنما كان ضرورة أنها لم تكن، حاضرة والغائب إنما يعرف بالاسم والنسبة [إذا لم يوجد دليل على التنكير والاسم والنسبة]^(٢) وضعا للتعريف، و^(٣) الأصل حمل على التعريف، فصارت المرأة معرفة فالصفة في المعرف لغو، فصار ذكرها والعدم بمنزلة. فكانه قال للأجنبية: هذه طالق ثم تزوجها.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها ما دامت عمرة حية أو قال: حتى تموت عمرة فهي طالق فتزوج عمرة، ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب أنها لا تطلق، عامة المشايخ على أن تأويل المسألة أن عمرة كانت مشاراً إليها [بأن قال: ما دامت عمرة هذه حية، فأما إذا لم تكن مشاراً]^(٤) إليها تطلق وتدخل تحت اسم النكرة وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام ينبغي أن يقال: إذا كانت عمرة حاضرة، تطلق، وإذا كانت غائبة، لا تطلق.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: في.

(٤) في أ: فلو كانت غير مشار.

ولو قال لنسائه: المرأة التي تدخل منكن الدار طالق، فدخلت امرأة من نسائه الدار، طلقت، ولا تطلق واحدة منهن قبل الدخول.

ولو قال: امرأته فلانة التي تدخل الدار طالق طلقت فلانة حين ما قال هذه المقالة دخلت الدار أو لم تدخل؛ لأن في المسألة الأولى المسمى غير معرف فتعلق الحكم بصفة المذكورة وصارت بمعنى الشرط، كأنه قال: إن دخلت امرأة من نسائي الدار فهي طالق، ولو صرح بذلك تطلق التي تدخل ولا تطلق واحدة منهن قبل الدخول.

وعلى قياس مسألة عمرة ينبغي أن يقال على قول عامة المشايخ أنها تطلق فلانة للحال، إذا كانت مشاراً إليها؛ لأن التعريف لا يحصل بالاسم من كل وجه فلا يلغو ذكر الصفة وعلى قياس ما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - يجب أن يقال إذا كانت فلانة حاضرة لا تطلق فلانة [للحال]^(١) لأنه إذا كانت حاضرة لا تصير معرفة بالاسم فلا يلغو ذكر الصفة [وفي المسألة الثانية المسمى معرفة بالنسبة فلغا ذكر الصفة]^(٢) فيها والتحقق بالعدم، كأنه قال: فلانة طالق، ولو صرح بذلك طلقت فلانة للحال كذا هاهنا قال محمد - رحمه الله - وإذا قال الرجل: [فلانة بنت فلان طالق إن دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخل بخلاف ما لو قال]^(٣) فلانة بنت فلان^(٤) التي تدخل الدار طالق والفرق أن قوله: إن دخلت الدار صريح في الشرط، ومن حكم الشرط أن المعلق به لا يترك إلا عند وجود الشرط، وفي حق هذا المعنى المعروف والمنكر سواء فأما النسبة فليست بصريح في الشرط وكذا الصفة لكن تعتبر الصفة والنسبة شرطاً إذا صح ذكرهما وإنما صح^(٥) ذكرها في المنكرة دون المعرفة فلهذا افترقا.



-
- (١) سقط في أ.
 (٢) سقط في ب.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) زاد في أ، ب: طالق.
 (٥) في م: يصح.

نوع آخر في : معرفة عمل [كلمة]^(١) (كل) و(كلما) وفي تعليق الطلاق بالكلمتين العربية والفارسية :

الأصل أن كلمة (كل) إذا أضيفت إلى اسم منكر متعر^(٢) عن الصفة إن كان لجملة ذلك المسمى غاية معلومة تنصرف هذه الكلمة إلى جملته، وإن [لم يكن لجملته]^(٣) غاية معلومة ينصرف^(٤) إلى الواحد من ذلك الاسم؛ وهذا لأن كلمة (كل) تعم الأسماء قال الله تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾^(٥) وقال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾^(٦) وقال تعالى: ﴿اللَّهُ خَلِقُ كُلِّ شَيْءٍ﴾^(٧) والعمل بحقيقة الاسم واجب ما أمكن فإذا كان لما دخل عليه هذه الكلمة غاية معلومة، والعمل بحقيقة هذه الكلمة وهو العموم ممكن؛ فوجب العمل بالحقيقة، وانصرف كلمة كل^(٨) إلى جميع ما دخلت عليه من هذا الاسم وإذا لم يكن لما دخل عليه هذه الكلمة غاية معلومة والعمل^(٩) بحقيقة هذه [الكلمة]^(١٠)، وهو العموم غير ممكن، فتصرف هذه الكلمة إلى الواحد من ذلك الاسم؛ وهذا لأن عند^(١١) تعذر العمل بالحقيقة يقع التعارض بين المقادير وليس البعض أولى من البعض فينصرف إلى المتيقن، وهو الأقل^(١٢). والذي يؤيد هذا الأصل مسألة الإجارة، [ومسألة النفقة؛ أما مسألة الإجارة]^(١٣) فإن من قال لغيره: أجزتك هذه الدار كل شهر بكذا تنعقد الإجارة على شهر واحد في الحال حتى كان له أن يفسخ الإجارة على رأس الشهر الثاني لأنه أضاف الإجارة إلى شهر منكر متعر عن الصفة، وليس بجملة ما أضيف إليه هذه الكلمة وهو الشهر

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: متغير.

(٣) في ب: يحتمله.

(٤) في أ: مصرفا.

(٥) سورة الرحمن آية: ٢٦ .

(٦) سورة آل عمران آية: ١٨٥ .

(٧) سورة الرعد آية: ١٦ .

(٨) في ب: ذلك.

(٩) في أ: فالعمل.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: عزم.

(١٢) في أ: الأولى.

(١٣) سقط في ب.

غاية معلومة؛ لأن غايته بقيام الساعة ولا يعرف قيام الساعة إلا الله تعالى فانصرفت الإجارة إلى شهر واحد.

وبمثله لو قال: أجزتلك هذه الدار سنة، كل شهر بعشرة دراهم، تنصرف الإجارة إلى جميع شهور السنة في الحال حتى لا يكون له أن يفسخ الإجارة رأس الشهر الثاني، لأن كلمة (كل) في هذه الصورة أضيفت إلى ما له غاية معلومة وهو شهور سنة واحدة وأما مسألة النفقة فإن من قال لامرأة غيره: كفلت لك بنفقة كل شهر كذا يصير، كفيلا بنفقة شهر واحد.

ولو قال لها: كفلت لك بنفقة سنة كل شهر بكذا يصير كفيلا بنفقه جميع^(١) السنة والفرق ما ذكرنا في مسألة الإجارة.

ولا يلزم على ما قلنا إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فإن يمينه ينصرف إلى جميع نساء العالم وإن لم يكن للجمله غاية معلومة؛ لأننا قلنا: كلمة (كل) إذا أضيفت إلى اسم منكر متعر عن الصفة وثمة كلمة كل ما^(٢) أضيفت إلى اسم منكر متعر عن الصفة لأنه ذكر المرأة موصوفة بصفة التزوج، والمرأة الموصوفة بصفة التزوج لها غاية معلومة فانصرفت هذه الكلمة إلى جملتها.



(١) في ب: بجميع.

(٢) في ب: إذا.

بيان هذا الأصل :

إذا قال لامرأته: أنت طالق تطليقة مع كل تطليقة، فهي طالق ثلاثاً لأن كلمة كل في قوله: مع كل تطليقة دخلت على اسم منكر متعر عن الصفة وهو التطليقة، وللطلاق^(١) حد معلوم، وهو الثلاث إذا كانت المرأة حرة فانصرفت هذه الكلمة إلى الثلاث، وصار كأنه قال لها: أنت طالق تطليقة مع كل تطليقة من الثلاث فصار موقفاً ما زاد على الثلاث إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث وقوفاً فتبطل الزيادة فيقع الثلاث.

ولو قال لغيره: لك علي درهم مع كل درهم، أو قال: لك علي مع كل درهم درهم لزمه درهمان لأن كلمة كل في هذه الصورة في قوله مع كل درهم دخلت على ما ليس له غاية [معلومة]^(٢) وهو [الدراهم فانصرف على الواحدة منه.

أما في مسألة الطلاق كلمة (كل) دخلت على ما له غاية معلومة، وهو^(٣) الطلاق فتعم الطلاق وزاد^(٤) مسألة الدراهم من مسألة الطلاق ما إذا نظر إلى دراهم معدودة بأن نظر إلى عشرة [دراهم]^(٥) مثلاً، وقال: لفلان علي مع كل درهم من هذه الدراهم درهم، وهناك تلزمه عشرون درهماً لأن كلمة (كل) دخلت على ما له غاية معلومة في هذه الصورة فتناول جميع الدراهم المشار إليها، وصار مقراً على نفسه بجميع الدراهم المشار إليها مع كل درهم منها درهم؛ فيلزمه عشرون درهماً.

فرق بين هذا وبينما إذا كان للرجل نسوة، قال لواحدة منهن بعينها: أنت طالق مع كل امرأة لي، فإن هناك لا يتعدد الطلاق على المعينة بتعدد النسوة، بل يقع عليها طلقة واحدة، وفي مسألة الدراهم يتعدد الدراهم حتى قال: يلزمه عشرون درهماً. وفي الحقيقة لا فرق؛ لأن في مسألة الطلاق وصف المعينة بكونها طالقا مع كل امرأة [وهي بالطلقة الواحدة تتصف^(٦) بكونها طالقا مع كل امرأة، وهي بالطلقة

(١) في ب: والطلاق.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وزان.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: تنصرف.

الواحدة فلا^(١) حاجة إلى تعديد الطلاق في حقها، أما في مسألة الدراهم التزم مع كل درهم من الدراهم المعينة درهما منكرا وإنما يلزمه مع كل درهم من الدراهم المعينة درهما منكرا إذا تعددت الدراهم المنكرة حسب تعدد الدراهم المعينة حتى قلنا: إن في مسألة الدراهم لو عين درهما ثم نظر إلى العشرة الدراهم وقال: لفلان علي مع كل درهم من هذه الدراهم، هذا الدرهم لا يلزمه إلا أحد عشر درهما. وإذا قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق، فهذا على كل امرأة لكن مرة واحدة حتى لو تزوج امرأة وطلقت لو^(٢) تزوجها ثانيا لا تطلق، ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فهذا على كل امرأة كل مرة حتى تستوفي ثلاث تطبيقات، حتى لو تزوج امرأة وطلقت لو^(٣) تزوجها ثانيا وثالثا تطلق أيضا هكذا ذكر في الأصل. وفي طلاق المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت فإن تزوجها ثانيا لم تطلق ولا يحنث في هذا مرتين وهذا مثل قوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : وليس هذا كقوله: كلما تزوجتك إذا خاطبها بعينها فإن هناك [يقع]^(٤) عليها الطلاق كلما تزوجها.

والحاصل أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - على رواية كتاب المنتقى: كلمة (كلما) إذا دخلت على المعين أو على المخاطب تقتضي التكرار، وإذا دخلت على غير المعين وعلى غير المخاطب لا تقتضي التكرار. وأوضح ذلك في الكتب بمسائل منها إذا قال: كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة وكلما ركبت هذه الدابة فعلي صدقة كذا، فإنه تلزمه في كل دفعة ما التزم.

وإذا قال: كلما اشتريت ثوبا كلما ركبت دابة فعلي صدقة كذا لا يلزمه ما التزم [إلا مرة واحدة]^(٥).

إذا قال لها كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق، فدخلت الدار ثلاث مرات حتى

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب: أو.

(٣) في ب: أو.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: و.

وقع ثلاث تطليقات فتزوجت هذه المرأة بزواج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول، فدخلت الدار لا يقع شيء لأن اليمين انعقدت على تطليقات الملك الذي حلف عليه وقد استوفاهما بكمالها، فارتفعت اليمين فعادت إلى الزوج الأول واليمين مرتفعة وأما إذا أضاف الطلاق إلى الملك الثاني، أو إلى كل ملك صريحا حيث يوجد الفعل أبداً نحو أن يقول: كلما تزوجت [امرأة]^(١) فدخلت هذه الدار، فهي طالق في أول أيمن القدوري.

ثم في المسألة الأولى، وهو^(٢) إذا قال لها: كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار مرة أو مرتين، ولم تدخل بعد ذلك حتى انقضت عدتها فتزوجت بزواج آخر وعادت إلى الزوج الأول حتى عادت بثلاث تطليقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لو دخلت الدار ثلاث مرات وقع ثلاث تطليقات عندهما ينظر في باب المشيئة في طلاق الكافي في مسألة أنت طالق كلما شئت.

وإذا قال: كل امرأة لي طالق لا تدخل فيه المبانة بالخلع والإيلاء، إلا أن يعينها في باب الخلع في^(٣) شرح شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وفي أيمن فتاوى النسفي - رحمه الله - إذا قال أين زن من سه طلاق قال ذلك للمختلعة، طلقت؛ لأنه أشار وسمى فتكون العبرة للإشارة، كأنه قال: [هذه]^(٤) طالق وهي محل لصريح الطلاق وهو نظير ما لو قال اكرين فاطمة رايحواهم أزمان بطلاق [وأشار]^(٥) إلى امرأة فإذا تبين أن اسمها عائشة تطلق، وكانت العبرة للإشارة.

وإذا قال: كلما أكلت اللحم فكذا، لزمه الحنث بكل لقمة أكل؛ لأن كل لقمة أكل [شرط]^(٦)، ولو قال: كلما شربت الماء، فكذا لزمه الحنث بكل نفس لأن كل نفس شرب [على حدة]^(٧)، ولا يلزمه الحنث في نفس واحد أكثر من مرة واحدة

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: وهي ما.

(٣) في أ، ب: من.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: إشارة.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: حدث.

يعني لا يلزمه الحنث بكل مص^(١)؛ لأن الكل شرب واحد.
ولو قال لغيره: كلما قعدت عندك فكذا، فقعد عنده ساعة لزمه الحنث ثلاث
مرات لأن الدوام على القعود بمنزلة قعود مستقبل.

إذا قال: هر زنى كه وي رايو داتاسي سال، فهي طالق فإن لم ينو شيئاً يقع
الطلاق على التي تزوجها ولا يقع [الطلاق]^(٢) على التي عنده وقت اليمين؛ لأن
قوله: هر زنى كه وي رايود، صار عبارة عن قوله: هر زنى كه بزنى عيد ودا عرفا،
وكذلك الجواب فيما إذا نوى ما يستفيد من النسوة، وإن نوى [عين]^(٣) الحالية وما
يستفيد ينصرف إليهما، [وإن نوى الحالية]^(٤) غير ما يستفيد ينصرف إليهما، وأما إذا
قال: [هرزنى كه ويراد يود باشد، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا قال]^(٥): هرزنى
كه وي في [هذا الوجه]^(٦)، وأما إذا قال: هرزنى وي رايودو باشد، قال مشايخ بلخ
ومشايخ بخارى - رحمهم الله - : الجواب في هذه المسألة [كالجواب فيما تقدم في
الوجه كلها؛ لأن قوله: باشيد تأكيد لقوله يود.

وذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه لا ينعقد اليمين في المسألة]^(٧) على قياس قول
أبي حنيفة - رحمه الله - لأن قوله يود دباشد يرجعان إلى معنى واحد فصار الثاني
حشواً، فصار فاصلاً.

أصل المسألة ما إذا قال لعبد أنت حر وحر إن شاء الله تعالى ولو قال هرزنى كه
بكند ويود باشدوى را طلاق اكر فلان أو قال هرزنى كه بخواهد ويود دباشد فهانها
أحد الألفاظ يصير لغواً بالاتفاق فيصير فاصلاً هكذا حكى عن الصدر الشهيد حسام
الدين - رحمه الله - .

وإذا قال إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق وله امرأة فدخل الدار
وطلق امرأته ثم تزوجها طلقت ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها
فهي طالق فدخلت الدار وطلقها زوجها ثم تزوجها تطلق أيضاً.

(١) في أ: نص.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: وفي الحالية.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: هذه الوجوه.

(٧) سقط في أ.

وروى هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - أنها لا تطلق، روي عنه أيضًا إذا قال لامرأته: إن طلقك فكل امرأة أتزوجها فهي طالق وطلقها ثم تزوجها لا تطلق وعلل فقال: لأن اليمين إنما وقعت بفعل فيها بالنكاح على غيرها.

وروى عنه أيضًا إذا قال: إن طلق فلانة فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فهذا على غيرها.

وجه ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنها صارت معرفة [بالكنية بالإضافة]^(١) ويذكر الاسم فلا يدخل تحت اسم النكرة.

كما لو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها ما دمت حية فهي طالق فطلق امرأته ثم تزوجها لا تطلق لأنها صارت معرفة بالإضافة بالكنية فلم تدخل تحت اسم النكرة.

وجه ما ذكرنا أنها تطلق أن قوله لامرأته: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يمينان^(٢) معنى، إن كان يمينا واحدة صورة؛ لأن قوله: إن دخلت الدار شرط وجزاؤه قوله وكل امرأة أتزوجها فهي طالق وقوله: فكل امرأة [أتزوجها]^(٣) فهي طالق يمين تامة، فعلم أنه يمينان^(٤) معنى [فصيرورتها]^(٥) معرفة في اليمين الأولى لا يمنع دخولها تحت اسم النكرة في اليمين الثانية ألا ترى أن الرجل إذا قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها، فهي طالق وفلانة هذه وأشار إلى المرأة التي في نكاحه، فدخل الدار حتى وقع الطلاق على فلانة ثم تزوج فلانة طلقته وهل لأحد أن يقول إن^(٦) فلانة صارت معرفة بالإشارة إليها فلا يدخل تحت اسم النكرة ولكن قيل: الموجود هاهنا يمينان فصيرورتها معرفة في أحدهما يمنع دخولها تحت اسم النكرة في الأخرى.

والدليل على صحته ما قلنا ما ذكره الفضلي في فتاويه إذا قال الرجل إن فعلت كذا ما لم أتزوج فاطمة، فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ففعل ذلك الفعل ثم تزوج فاطمة تطلق لأن عند ذلك الفعل يصير قائلا: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فيقع الطلاق على فاطمة وإن صارت معرفة بقوله: ما لم أتزوج فاطمة ولكن قيل: هذا يمينان

(١) في أ: بالإضافة بالكنية.

(٢) في م: يمين.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: يمينان.

(٥) في م: فتصير صورتها.

(٦) في أ: لأن.

معنى فصيورتها معرفة في اليمين الأولى لا يمنع دخولها تحت اسم النكرة في اليمين الثانية .

وحكي عن شمس الإسلام^(١) الأوزجدي - رحمه الله - أنه سئل عن من قال لامرأته أكرترايزنم هرزني كه مراد باشد ازمن بطلاق، فضربها وطلقها وتزوجها بعد ذلك أنها لاتطلق لأنه أوقع الطلاق على امرأة منكرة وهي صارت معرفة بالخطاب وصار الحاصل أن في كل موضع كان الموجود يمينين، فالمعرف في شرط إحداهما يدخل تحت اسم النكرة في اليمين الأخرى وإذا كانت يمينا واحدة فالمعرفة في الجزء [تدخل تحت اسم]^(٢) الشرط إذا كان الشرط باسم النكرة، كما لو قال لامرأته: إن دخل داري هذه أحد فأنت طالق فدخلت المرأة الدار طلقت .

وإن صارت معرفة في الجزء ولم يمنع ذلك دخولها تحت الشرط المذكور باسم النكرة والمعرفة في الشرط تدخل تحت الجزء إذا كان الجزء باسم النكرة بيانه فيما ذكر في النوادر إذا قال لامرأته: إن فعلت كذا فنسائي طواق، ففعلت ذلك الفعل وقع الطلاق عليها وعلى غيرها .

وذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله - إذا قال لامرأته: إن وطئتك فكل امرأة لي طالق، ثم وطئها، طلقت هي ولو قال إن وطئتك فأنت طالق وكل امرأة لي طالق فوطئها وقع عليها تطليقتان فلو كانت له امرأة أخرى وقع عليها تطليقة والمعرف في الشرط لم يدخل تحت اسم النكرة المذكورة في الشرط بيانه فيما إذا قال: إن دخل داري هذه أحد فامرأتي طالق فدخلها الحالف، لا تطلق امرأته، لأنه صار معرفا في الشرط بإضافة الدار إلى نفسه فلا يدخل تحت اسم النكرة وهو قوله أحد فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قالت المرأة لزوجها: إنك تزوجت علي فقال الرجل: كل امرأة لي طالق ثلاثا، طلقت المخاطبة وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنها لا تطلق لأن غرض الزوج من هذه اليمين تطيب نفسها وتسكين قلبها من كل وجه وذلك إنما يحصل إذا أراد الزوج إيقاع الطلاق على امرأة أخرى . وإنا نقول: يحتمل أن يكون غرض الزوج ما قلتم ويحتمل أن يكون غرضه

(١) في أ: الأئمة .

(٢) في أ: يجب .

مغايظتها^(١) بإيقاع الطلاق عليها لما أنها بالغت في الخصومة والمشاجرة فأغضبه كلامها فأراد^(٢) أن يطلقها مع غيرها مغايظة لها فتساقطت الدلالاتان فبقيت العبرة لعموم اللفظ .

وحكي عن بعض المتأخرين من مشايخنا أنه ينبغي أن نحكم الحال في هذا فإن كان قد جرى بينهما قبل ذلك مشاجرة أو خصومة تدل على أن ذلك أغضب الزوج وأن الزوج قال ذلك على سبيل الغضب فيقع الطلاق عليها وإن لم يجر بينهما قبل ذلك خصومة أو مشاجرة تدل على أن ذلك أغضب الزوج لا يقع الطلاق عليها قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : وهذا القول حسن عندي .

وكذلك إذا قالت : إنك تريد أن تتزوج [علي]^(٣) فقال الزوج كل امرأة أتزوجها فهي طالق فطلق المخاطبة، ثم تزوجها تطلق ولو قيل لرجل ألك امرأة غير هذه المرأة فقال كل امرأة لي فهي طالق لا تطلق هذه، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

فرق بين هذا وبين ما إذا قالت المرأة لزوجها : إنك تزوجت علي [امرأة]^(٤) فقال : كل امرأة لي [فهي]^(٥) طالق حيث تطلق المخاطبة والفرق أن كلام الزوج في المسألتين بناء على سؤال السائل وإنما يدخل في كلام الزوج ما يجوز أن يكون داخلا في سؤال السائل، والمذكور في المسألة الأولى قول المرأة : إنك تزوجت علي امرأة واسم المرأة يتناولها كما يتناول غيرها فجاز أن تدخل هي تحت قول الزوج، أما المذكور في المسألة الأخرى في سؤال السائل [في]^(٦) غير هذه المرأة^(٧) وقوله : غير هذه [امرأة]^(٨) لا يحتمل هذه المرأة ولا يدخل تحت قول الزوج .

قال لامرأته : كل امرأة أتزوجها باسمك فهي طالق، فطلق هذه المرأة ثم تزوجها

(١) في ب : مغايظتهما .

(٢) في ب : فإن أراد .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في أ .

(٧) زاد في ب : ثم تزوجها .

(٨) سقط في أ .

لا تطلق وإن نواها عند اليمين .

وسئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - عن قال لامرأته [عند اليمين]^(١):
اكريخانه بذرتوا درانم هرزنيك كه بزني كنم دي را طلاق، فدخل دار أبيها ثم إنها
حرمت عليه بعد ذلك بزمان، ثم تزوجها هل تطلق؟ قال: لا [وهذا]^(٢) ليس
بصحيح إلا على رواية أبي يوسف - رحمه الله - .

قال: كل امرأة تكون لي ببخارى فهي طالق ثلاثا، فتزوج امرأة إن تزوج ببخارى
طلقت ثلاثا وإن تزوج في غير بخارى ثم نقلها إلى بخارى، لا تطلق لأن قوله يكون
في العرف يصير عبارة عن التزوج في الباب الأول من طلاق الواقعات .
كل امرأة أتزوجها في قرية كذا فهي طالق، إن أخرجها من تلك القرية فتزوجها لم
تطلق لأنه لم يتزوجها في القرية وكذلك لو لم يخرجها وتزوجها في غير تلك القرية
لا تطلق أيضا؛ لما قلنا .

ولو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا حيثما تزوج امرأة من تلك القرية في هذا
الباب أيضا فعلى قياس ما ذكر من التعليل في المسألة الأولى، لو تزوج امرأة في
المسألة الأولى في تلك القرية، والمرأة من غير أهل تلك القرية تطلق، وهاهنا ألفاظ
أخرى اكر وهمي وهميسه وهروفت وهربار وهرزمان وهركاه ففي الثلاث الأول لا
تقع إلا مرة واحدة .

وأما الباقي فقال الناطفي - رحمه الله - في واقعاته: تشبه (كل)^(٣) فلا يحنث إلا
مرة واحدة وتشبه (كلما) فيحنث بكل مرة، ورجح المشابهة بـ (كلما) حتى قال:
يحنث بكل مرة .

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته وقال^(٤): لا يحنث إلا مرة واحدة
إلا في قوله: هربار، وقال فيه يحنث بكل مرة، ولم يذكر وجه الفرق .
[أي امرأة أتزوجها هركرام أرجرجا زربالي في كتاب الأيمان إن شاء الله]^(٥) .

(١) سقط في أ، ب .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ب: ذلك .

(٤) زاد في ب: مرة ولم يذكر .

(٥) سقط في ب .

نوع آخر من هذا الفصل في: اختلاف حكم التعليق لاختلاف المحل المضاف إليه التعليق:

قال [في] ^(١) الجامع: إذا قال الرجل لامرأة لا يملكها: إن نكحتك، فأنت طالق تنصرف يمينه إلى العقد.

وإذا قال ذلك لامرأته أو جاريتها ينصرف إلى الوطاء حتى لو طلق امرأته أو أعتق أمته، ثم تزوجها، لا يحنث في يمينه، والفرق أن النكاح للوطء حقيقة وللعقد مجازاً؛ لأن النكاح في اللغة عبارة عن الضم [والضم] ^(٢) في الوطاء دون العقد إلا أن العقد لما كان وسيلة إلى الوطاء الذي فيه ضم ^(٣) وسبباً له، سمي نكاحاً مجازاً.

إذا ثبت هذا فنقول: في المنكوحة والمملوكة العمل بالحقيقة ممكن فانصرف يمينه إلى الحقيقة وفي الأجنبي العمل بالحقيقة غير ممكن لأنه ممنوع عن الوطاء حقاً للشرع فانصرف يمينه إلى المجاز، واختلف حكم اليمين؛ لاختلاف المحل المضاف إليه اليمين، وهو نظير ما لو قال لامرأته: إن راجعتك فكذا ينصرف يمينه إلى الرجعة الحقيقية لا إلى العقد حتى لو طلقها ثم تزوجها لا يحنث في يمينه، ولو طلقها ثم راجعها، يحنث.

ولو قال لأجنبية: إن راجعتك فعبدي حر، ينصرف يمينه إلى العقد لأن في الأجنبية العمل بالرجعة الحقيقية غير ممكن؛ فلم تنصرف يمينه إلى الحقيقة بل انصرف إلى المجاز.

قال في الجامع أيضاً: إذا تزوج امرأة لا يحل له وطؤها، ثم قال لها: [إن طلقتك] ^(٤) فعبدي حر فهذا على المتكلم بالطلاق.

ولو قال لامرأة لا تحل له: إن طلقتك فعبدي حر ثم قال لها في الحال أنت طالق لا يعتق عبده عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وإنما يعتق إذا تزوجها ثم طلقها؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - النكاح ينعقد على المحارم على سبيل الشبهة ويتصور

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: وطاء.

(٤) في أ: أنت طالق.

في هذا المحل [طلاق يقطع النكاح على سبيل الشبهة]^(١) فلا ضرورة إلى صرفه إلى التكلم بالطلاق. ولو قال لامرأة تحل له: إذا طلقك فعبدي حر لا يحنث في يمينه ما لم يتزوجها نكاحاً صحيحاً ويطلقها لأن حقيقة الطلاق ها هنا متصور لغة وشرعاً بأن تزوجها نكاحاً صحيحاً ثم طلقها، فانصرف يمينه إليه عملاً بالحقيقة، وصار تقدير يمينه؛ إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر.

قال في الجامع أيضاً: إذا قال لامرأة لا يحل له [وطؤها]^(٢) وهو يعلم ذلك: إن تزوجتك إن نكحتك فكذا هذا^(٣) على صورة النكاح، وهو النكاح اللغوي لأنه هو المتصور، ولو قال: إن تزوجت [الجدار إن تزوجت]^(٤) الحمار فكذا لا تنعقد اليمين أصلاً؛ لأن هناك لا يتصور التزوج أصلاً لا لغة ولا شرعاً، فلا يسمى ذلك تزوجاً لغة، ولهذا لا يصح إضافة التزوج إلى الجدار والحمار لغة، والتعليق بما لا يتكون نفيًا للحكم، أما في المرأة التي لا يحل التزوج^(٥) متصور لغة، ولهذا يصح إضافة التزوج إليها فانعقد اليمين عليه^(٦).

وفي القدوري: إذا حلف ليتزوجن هذه المرأة اليوم، ولها زوج هذا على النكاح الفاسد إذ لا يتصور العقد الصحيح في اليوم فانصرف إلى النكاح الفاسد حتى لو أطلق الكلام ولم يقيد باليوم بأن حلف ليتزوجن هذه [المرأة]^(٧) كان يمينه على النكاح الصحيح؛ لأنه إذا لم يقيد يمينه باليوم كان يمينه على التزوج في العمر، والتزويج الصحيح فيها في العمر متصور، فلا ضرورة إلى صرف اليمين إلى النكاح الفاسد.

وقيل: فيما إذا قيد اليمين باليوم إنما ينصرف يمينه إلى النكاح الفاسد إذا كانت المرأة مدخولاً بها من جهة زوجها ولم تكن حاملاً، أما إذا لم تكن مدخولاً بها أو كانت مدخولاً بها إلا أنها حامل، [كان يمينه على النكاح الصحيح لأنها إذا لم تكن

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في ب: هو.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: النكاح.

(٦) المحيط البرهاني (٤/٢٥٦).

(٧) سقط في أ.

مدخولا بها أو كانت إلا أنها حامل^(١)، فالنكاح الصحيح متصور في اليوم، فلا ضرورة إلى صرفه إلى النكاح الفاسد.

وفي القدوري: إذا حلف الرجل لبيعن أم ولده، أو هذه المرأة الحرة أو هذا الحر المسلم، فباعهم، بر في يمينه عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقال أبو يوسف - رحمه الله - في الحر المسلم كذلك فأما في أم الولد والحرة فاليمين على الحقيقة أن يرتدا فبسببها فيبيع^(٢) وقول محمد - رحمه الله - يجب أن يكون [كقول]^(٣) أبي يوسف - رحمه الله^(٤) - .

أصل المسألة ما ذكر في الجامع إذا قال الرجل لامرأة حرة: إذا ملكتك فأنت حرة [أو قال لها: إذا اشتريتك فأنت حرة]^(٥) فارتدت ولحقت بدار الحرب، وسببت فملكها الحالف، عتقت عندهما، وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا تعتق فيهما على خلاف الردة واللحاق والسبي المذكورة في^(٦) مسألة الجامع تصحيحًا لإيجاب الحرية إذا ثبت هذا فنقول في مسألة القدوري: إذا عقد اليمين على [أم]^(٧) ولده أو على حرة، أمكن حمل يمينه على البيع حقيقة عندهما بإدراج الوساطة^(٨) التي ذكرنا فلا ضرورة إلى حمل يمينه على البيع صورة وفي الحر لا يمكن [حمله]^(٩) على الحقيقة لأن الحر لا يسبى فيحمل على البيع صورة وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول في مسألة الجامع تعليق العتق إنما يصح إذا حصل التعليق في ملك القائم أو بالإضافة إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عند وجوده وها هنا لم يوجد التعليق في الملك القائم، وإنه ظاهر؛ لأن تعليق العتق في الملك القائم تعليق عتق المملوك له في الحال ولم يوجد بالإضافة إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عنده أيضا لأنه أضافها إلى ملكها مطلقا

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: فيبيع.

(٣) سقط في ب.

(٤) المحيط البرهاني (٢٥٨/٤).

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وفي.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ، م: الوسائط.

(٩) سقط في أ.

وإنما يملكها بالنكاح والإجارة وهذا الملك لا يقبل^(١) الحرية حقيقة ويملكها بعد وجود هذه الوسائط التي ذكرتم وأنه تقبل الحرية حقيقة وهو ما أضاف العتق^(٢) إلى ملكها بعد وجود هذه الوسائط ليكون مضيفا العتق إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عنده فهو معنى قولنا إن تعليق العتق ها هنا ما حصل في الملك القائم ولا مضافا إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عند وجوده فلا يفيد صحة التعليق ويزول الجزاء عند وجود الشرط .

وما قاله أنه يجعل هذه الأشياء مذكورة تصحيحًا لإيجاب الحرمة قلنا اختلفت عبارة المشايخ في جوابه، بعضهم قالوا: كلام العاقل إنما يصحح بطريق يحتمل أنه قصد الصحة بذلك الطريق ونحن نعلم ببديهة العقل أن الحالف لم يقصد الصحة بالطريق الذي قلمت وهو ردة المسلمة^(٣) ولحوقها بدار الحرب ثم سببها ولم يسبق فهمه إليه، فلا يصح هذا الطريق، وبعضهم قالوا غير المذكور إنما يجعل المذكورا تصحيحا للمذكور إذا لم يكن للمذكور صحة بدونه بحال، وللمذكور ها هنا صحة بدونه في الجملة بالصرف إلى ما يليق بظاهر حالها وهو ملك النكاح والحرية عنه بالطلاق فلا ضرورة إلى جعل غير المذكور مذكورا، يوضحه أنه أضاف الملك إلى الحرية^(٤) وملك الحرية ملك نكاح وشراء الحرية نكاح، ولهذا لو اشترى الحرية منها كان نكاحًا فالنكاح ينعقد بلفظ البيع والشرط^(٥)، عرف ذلك في كتاب النكاح فانصرف يمينه إليه فلا يدخل تحت الملك الحقيقي. ألا ترى أنه لو قال لمنكوحته نكاحا فاسدًا: إن طلقتك فعبدني حر، ينصرف يمينه إلى الطلاق مثلها كذا ها هنا إذا ثبت هذا.

جئنا [إلى تخريج]^(٦) مسألة القدوري فنقول: إن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يلتفت إلى هذه الوسائط وبدونها لا يمكن حمل يمينه على البيع حقيقة فانصرف يمينه

(١) في أ: يفيد.

(٢) في أ: الملك.

(٣) في ب: المسألة.

(٤) في ب: الحرية.

(٥) في أ، ب: والشرء.

(٦) في أ: إلى، وفي ب: تخريج.

إلى البيع [صورة]^(١)، ولو [كان قال]^(٢) في مسألة الجامع: إذا ارتدت ولحقت بدار الحرب وسبيت وكان كذلك عتقت عندهم^(٣) جميعا، أما عندهم فظاهر وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ أما على العبارة الأولى فلأنه لما نص على هذه الوسائط فقد أضاف اليمين بالعتق^(٤) إلى ملك يوجب تيقن الجزاء عنده فوجد شرط صحة التعليق فصح، وأما [على]^(٥) العبارة الثانية؛ فلأنه لما صرح بهذه الوسائط، علمنا أن قصد الصحة بهذا الطريق، وأما [على]^(٦) العبارة الثالثة، فلأنه [لما]^(٧) صرح بهذه الوسائط، علمنا أنه ما أراد به ما يليق بظاهر حالها وإنما أراد به الملك الحقيقي، فانصرف يمينه إليه وهذه المسألة دليل على أن اليمين بالعتق ينعقد على الحرة فأولى أن تبقى على الحرة وبه بطل قول من قال ببطلان اليمين بالعتق ببطلان المحلية.



-
- (١) سقط في أ.
(٢) في أ: قال هي.
(٣) في أ: عندهما.
(٤) في أ: والملك.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: فكلما.

نوع آخر في: تعليق الطلاق بالتطليق أو بوقوع الطلاق:
 إذا قال لامرأته وقد دخل بها: كلما وقع طلاقي عليك، فأنت طالق، فطلقها
 واحدة طلقت ثلاثا، ولو قال لها: [كلما]^(١) طلقتك فأنت طالق فطلقها واحدة
 طلقت ثنتين والفرق أن في المسألة الأولى الطلاق معلق بالوقوع؛ فيتكرر الطلاق إلا
 أن الطلاق لا يزيد على الثلاث؛ فيقتصر [الوقوع]^(٢) على الثلاث.
 أما في المسألة الثانية الطلاق معلق بالإيقاع، ولم يوجد الإيقاع إلا مرة فيقع
 تطليقتان إحداهما بحكم الإيقاع، والأخرى بحكم التعليق. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر: فيما يكون شرطا في يمينين:

إذا قال لامرأته إن حضت حيضة، فأنت طالق، وإذا حضت حيصتين، فأنت طالق فحاضت حيضة، طلقت باليمين الأولى وإذا حاضت حيضة أخرى تطلق أخرى باليمين الثانية وكانت الحيضة الثانية^(١) كمال الشرط في اليمين الأولى، وبعض الشرط في اليمين الثانية، وبمثله لو قال: إذا حضت حيضة، فأنت طالق ثم إذا حضت حيصتين، فأنت طالق يشترط لوقوع الطلاق بحكم اليمين^(٢) الثانية وجود حيصتين بعد الحيضة الأولى.

* * *

(١) في أ: الأولى.

(٢) في أ: اليمينين.

نوع آخر في: دخول شخص واحد تحت اليمين:
 إذا قال إذا تزوجت فلانة، فهي طالق ثم قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج
 فلانة طلقت تطليقتين بحكم اليمين^(١)؛ لأنها فلانة وامرأته.
 وكذلك إذا قال لامرأته: إن كلمت فلانا فأنت طالق، وإن كلمت إنسانا، فأنت
 طالق فكلمت فلانا تطلق تطليقتين بحكم اليمينين. والله أعلم.

* * *

(١) في أ: اليمينين.

نوع آخر في: وجود بعض الشروط^(١) في النكاح ووجود^(٢) البعض في غير النكاح:

إذا كان الطلاق معلقا بشرطين، فوجد الشرط الأول، وهي في نكاحه [ووجد الشرط الثاني [وهي ليست في نكاحه]^(٣)، ولا في عدته بأن^(٤) أبانها بواحدة بعد الشرط الأول وانقضت عدتها ووجد الشرط الثاني^(٥)، ثم^(٦) تزوجها لا يقع الطلاق عندنا.

ولو وجد الشرط الأول، وهي ليست في نكاحه ولا عدته، ووجد الشرط الثاني وهي في نكاحه بأن تزوجها بعد ذلك يقع الطلاق عندنا خلافا لزفر - رحمه الله^(٧) - .

وإذا كان الطلاق معلقا بشرط واحد، فوجد بعض الشرط في نكاحه ووجد البعض وهي ليست في نكاحه [[ولا عدته ثم تزوجها بعد ذلك، إن وجد أول الشرط في نكاحه]^(٨) ووجد آخر الشرط^(٩) [بعد ما أبانها وانقضت عدتها، ثم تزوجها لا]^(١٠) يقع الطلاق، [وإن وجد أول الشرط بعد ما أبانها وانقضت عدتها، ووجد الشرط]^(١١) بعد ذلك يقع الطلاق]^(١٢) مثال الأول إذا قال لها: إذا ولدت ولدين فأنت طالق، أو قال لها: إن كلمت^(١٣) زيدًا أو عمرًا فأنت طالق.

ومثال الثاني: إذا قال: لها إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فأبانها وانقضت

(١) في أ، م: الشرط.

(٢) في م: ودخول.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فإن.

(٥) من أول قوله: «هي ليست في نكاحه...» إلى هنا، سقط في م.

(٦) في أ: في.

(٧) المحيط البرهاني (٣/٣٩٦).

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: ووجد آخر الشرط في نكاحها ووجد آخر الشرط.

(١٠) في أ: ووجد آخر الشرط بعد ذلك.

(١١) من أول قول: «بعد ما أبانها وانقضت...» إلى هنا، سقط في م.

(١٢) سقط في أ.

(١٣) في م: كلمك.

عدتها فأكلت عامة الرغيف، ثم تزوجها بعد ذلك [ثم أكلت الباقي، طلقت ولو أكلت عامة الرغيف وهي في نكاحه ثم أبانها وأنقضت عدتها ثم أكلت الباقي ثم تزوجها بعد ذلك، لا تطلق]^(١) وتامم هذه المسائل في باب الطلاق من شرح شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .



(١) سقط في ب.

نوع آخر في: عطف الخاص والعام في التعليق:
قال الخطاب: الخاص لا يمنع الدخول في الخطاب العام حتى إنه لو قال لامرأته: أنت ومن دخلت الدار من نسائي طالق، كانت المخاطبة طالقا للحال فإن دخلت الدار وهي في العدة طلقت أخرى.
ولو قال: أنت وفلانة طالق إن دخلت فلانة الدار، لم تطلق واحدة منهما حتى تدخل فلانة الدار.

ولو قال: كل امرأة من نسائي تدخل الدار، فهي طالق وفلانة، طلقت فلانة للحال ولو دخلت الدار وهي في العدة، طلقت أخرى هكذا ذكر في المتقى.
قال أبو الفضل - رحمه الله - : هذا خلاف ما قال في الجامع: وعبد من عبيدي حر ولو قال: كلما دخلت امرأة من نسائي الدار، فهي طالق وأنت قال ذلك لامرأة أخرى لزمها الطلاق ساعة ما سكت، وإن دخلت الدار لزمها أخرى ما دامت في العدة.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة، طلقت فلانة للحال ولا ينتظر التزوج.
ولو قال لامرأته: أنت طالق وفلانة إن تزوجتها^(١)، لا تطلق امرأته حتى يتزوج فلانة.

وفي المتقى: أي امرأة أتزوجها، فهي طالق وعمرة. وعمرة امرأة الحالف فتزوج امرأة طلقت هي وعمرة، فإن تزوج امرأة أخرى بعد ذلك، طلقت هي ولا تطلق عمرة ولا يعود الحنث في عمرة مرتين. وكذلك إذا قال: [كل امرأة أتزوجها] فهي طالق^(٢)، وعمرة.

وفيه أيضا إذا قال^(٣): إن دخلت الدار، فكل امرأة أتزوجها فهي طالق وأنت قال^(٤) ذلك لامرأته [كان]^(٥) كما قال، ولا يقع الطلاق على امرأته ما لم يدخل الدار، وإذا دخل الدار، وقع الطلاق على امرأته ولا ينتظر [التزوج بامرأة]^(٦) ولو قال

(١) في أ: تزوجها.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: طالق.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: تزوج امرأة.

ما استفدت من امرأة أو ما ملكت من امرأة فهي طالق وأنت، ثم قال^(١) ذلك لامرأته، أو قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق وأنت طالق لا تطلق امرأته؛ حتى يستفيد أخرى إلا أن يعني التي في ملكه الآن.

وفيه أيضا: كل امرأة أتزوجها فهي ونسائي طالق، وقع الطلاق على نسائه الساعة، ولو قال لعبده: أنت حر ومن دخل الدار من عبيدي، عتق المخاطب للحال فإن عني^(٢) تعلق عتق الأول بدخول الدار لا يدين قضاء.

وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال: إن دخلت هذه الدار أنت^(٣) طالق، وهذه طالق قال لامرأة أخرى، لم تطلقا^(٤) حتى تدخل الأولى الدار. ولو قال لها: وأنت طالق مكان قوله: وهذه طالق، فالثانية تطلق في القضاء؛ لأن قوله: وأنت طالق انصراف عن المخاطبة الأولى.

وفي المنتقى: إذا قال لامرأته: أنت طالق غدا وهذه، كانا جميعا على الغد ولو قال: هذه طالق غدا وهذه [طالق]^(٥) طلقت [الثانية]^(٦) ساعتئذ^(٧).

وكذلك هذا في عتاق العبدین، وكذلك^(٨) في^(٩) عتق وطلاق بأن قال لامرأته: أنت طالق غدا وهذا حر وأشار إلى عبد له، كان العتق على الغد.

وفيه أيضا: لو قال لامرأتين له إحداهما زينب والأخرى عمرة: أنت يا عمرة طالق، ويا زينب، لم تطلق زينب إلا أن ينويها.

قال: كل امرأة أتزوجها باسمك، فهي طالق، فطلق^(١٠) هذه المرأة ثم تزوجها لا تطلق، وإن كان نواها [عند اليمين]^(١١).

(١) زاد في ب: بعد.

(٢) في أ: عتق.

(٣) في أ: فأنت.

(٤) في ب: يطلقها.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: وساعة.

(٨) في ب: وكذا.

(٩) في أ: من.

(١٠) في ب: وطلاق.

(١١) في أ: عنها ليمين.

نوع آخر في: تعليق الطلاق بالفعلين: صورة ومعنى، وبالفعلين صورة، وبفعل واحد معنى:

إذا قال الرجل لامرأتين له: إذا ولدتما ولدا، إن ولدتما ولدًا، فأنتما طالقان، فولدت إحداهما ولدا، فإنهما يطلقان، وهذا استحسان، والقياس ألا تطلق واحدة منهما، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا قال لهما: إذا حضتما حيضة، فأنتما طالقان، فحاضت إحداهما، فإنهما يطلقان استحسانا، والقياس ألا تطلق واحدة منهما أبدا، وللقياس^(١) عبارتان:

إحداهما: أن الزوج علق الطلاق بفعلهم^(٢)، فلا يقع بفعل أحدهما لأنه بعض الشرط وبوجود بعض الشرط لا ينزل^(٣) المعلق، ألا ترى أنه لو قال لهما: إن ولدتما فأنتما طالقان إذا حضتما [فأنتما طالقان إذا ولدتما ولدين، فأنتما طالقان إذا حضتما]^(٤) حيضتين فأنتما طالقان فولدت إحداهما وحاضت إحداهما، لا يقع الطلاق وإنما [لم]^(٥) يقع لما قلنا.

العبارة الثانية: أنه علق الطلاق بما لا يكون، وهو ولادتهما ولدا واحدا وحيضتهما^(٦) حيضة واحدة، فإنه قال: إن ولدتما ولدا أو حضتما حيضة والتعليق بما لا يكون نفي للحكم [من الأصل]^(٧) كالتعليق بولوج الجمل في سم الخياط وما أشبهه.

وجه الاستحسان: أن الطلاق معلق بفعل إحداهما، فإذا ولدت إحداهما، أو حاضت إحداهما فقد وجد شرط وقوع الطلاق عليهما؛ فيقع بيانه وهو أن الزوج وإن ذكر فعلهما إلا أنه تعذر العمل بحقيقته؛ لأن ولادتهما ولدا واحدا أو حيضتهما^(٨) حيضة واحدة مستحيل، وأمكن جعله مجازًا عن فعل إحداهما، فإن ذكر الاثنين

(١) في أ: والقياس.

(٢) في أ: بفعلها.

(٣) في أ: يترك.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: وحضتما.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: وحضتما.

وإرادة الواحد^(١) سائغ في اللغة ومستعمل فيما بين أهل اللسان قال الله - تعالى - : ﴿يَمَعَشَرُ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ﴾^(٢) أضاف الرسل إلى الجن والإنس والرسل كان من الإنسان دون الجن .

وقال الله - تعالى - في قصة موسى - عليه السلام - : ﴿نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾^(٣) أضاف النسيان إليهما والنسيان كان من الواحد، وهو يوشع - عليه السلام - ألا ترى أنه قال : ﴿فَأَنبَى نَسِيْتُ الْحَوْتِ﴾^(٤) وقال - عليه السلام - لمالك بن الحويرث وابن عم له «إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤم أكثركما قرآنا» أضاف الأذان والإقامة إلى الاثنين والأذان والإقامة يكون من الواحد دون الاثنين؛ فدل أن ذكر الاثنين وإرادة الواحد سائغ والمعنى في ذلك، وهو أنه ليس في ذكر الاثنين وإرادة^(٥) الواحد إلا إرادة الخصوص من العموم والعام يحتمل الخصوص، وإنما جاز ذكر الاثنين وإرادة الواحد في هذه المواضع بهذا الطريق، وهذا الطريق ها هنا موجود؛ فجعلنا ذكر الاثنين مجازاً عن ذكر الواحد.

وصار تقدير هذه اليمين كأنه قال: إذا ولدت إحداكما ولدًا، إذا حاضت إحداكما حيضة فأنتما طالقان، ولو قال هكذا، فولدت إحداهما ولدًا أو حاضت إحداهما حيضة طلقت كذا^(٦) هذا.

وبهذا^(٧) تبين أن التعليق حصل بفعل واحد منهما لا بفعلهما؛ فكان^(٨) فعل واحدة منهما كل الشرط [لا بعض الشرط]^(٩) وتبين أيضا أن التعليق حصل بما يتكون؛ إذ ولادة [الولد]^(١٠) الواحد من إحداهما يتكون، بخلاف ما إذا قال: إذا

(١) في ب: الواحدة.

(٢) سورة الأنعام آية: ١٣٠ .

(٣) سورة الكهف آية: ٦١ .

(٤) سورة الكهف آية: ٦٣ .

(٥) في ب: فإرادة.

(٦) زاد في م: في .

(٧) في م: ولو .

(٨) في م: وكان .

(٩) سقط في م .

(١٠) سقط في م .

ولدتما، أو قال: ولدتما ولدين؛ لأن الشرط في الصورة الأولى ولادتهما مطلقا لا ولادتهما ولدًا واحدًا، وولادتهما متصورة^(١).

وفي الصورة الثانية: الشرط ولادتهما ولدين وذلك متصور أيضا بأن تلد كل واحدة منهما ولدًا فالعمل بالحقيقة ممكن هناك، فلا يصار إلى المجاز، وصار الشرط بفعلهما فلا يترك الجزاء بفعل إحداهما، ولذلك^(٢) في قوله: إن حضمتا حيضتين. العمل بالحقيقة ممكن على نحو ما قلنا في فصل الولادة فصار الشرط فعلهما، أما ها هنا بخلافه.

فإن قيل: اجتماع المرأتين على ولادة ولد واحد إن كان مستحيلا، فاجتماعهما على ولادة الولدين ليس بمستحيل، فلماذا لا^(٣) يحمل عليه، وقد أمكن ذلك؛ لأن الولد اسم جنس، وأنه يحتمل العموم؟ قلنا: اسم الجنس يحتمل الكل، والأدنى ما لا يحتمل العدد، والاثنان^(٤) عدد فلا يمكن الحمل عليه.

قال: ولو قال لامرأتين له: إن حضمتا حيضتين فأنتما طالقان، فحاضت إحداهما حيضتين لم تطلق واحدة منهما؛ لأن الزوج علق الطلاق بفعلهما وذلك متكون بينهما^(٥) فلا يكتفى بوجود الفعل من واحد منهما.

وكذلك إذا قال لهما: إذا ولدتما ولدين، فأنتما طالقان فولدت^(٦) إحداهما ولدين لا تطلق واحدة [منهما]^(٧) لما قلنا، ولو حاضت كل واحدة منهما حيضة أو ولدت كل واحدة منهما ولدًا طلقنا ولا يشترط ولادة كل واحدة منهما ولدين كما في قوله: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان إذا دخلت كل واحدة منهما دارًا طلقنا ولا يشترط دخول كل واحدة منهما الدارين.

والمعنى: أن هذا جمع قويل بالجمع فيعتبر آحادًا في حق الآحاد، وعلى قياس

(١) في ب: متصور.

(٢) في ب: وكذا.

(٣) في ب: ما.

(٤) في أ: والآتيان.

(٥) في أ: عندهما.

(٦) في أ: ولدت.

(٧) سقط في أ، م.

رواية أبي يوسف - رحمه الله - في الأمالي في مسألة الدخول أنه يشترط لوقوع الطلاق عليهما دخول كل واحدة منهما الدارين، ينبغي أن يشترط لوقوع الطلاق عليهما [ها هنا]^(١) أن تحيض كل واحدة حيضتين، وأن تلد كل واحدة^(٢) ولدين. وإذا قال لهما: إن أكلتما هذا الرغيف فأنتما طالقان، لا يقع الطلاق ما لم يأكلا جميعًا؛ لأنه علق الطلاق بفعل يتكون^(٣) منهما، وهو اجتماعهما على الأكل [فلا يقع الطلاق ما لم يوجد الفعل منهما كما إذا قال: إن ولدتما إن حضتما.

فإن قيل: كما علق الطلاق بفعل يتكون منهما وهو اجتماعهما على الأكل^(٤) فعلا يتكون^(٥) منهما يجب مراعاة الاسم أيضًا؛ ألا ترى أن من قال لرجلين: إن ملكتما عبدًا فجاريتي حرة، فاشترى عبدًا لا تعتق الجارية وإن تملكا العبد؛ لأنه لم يملك كل واحد منهما عبدًا إنما تملك^(٦) بعض العبد، وشرط الحنث تملك كل واحد منهما العبد وها هنا إذا أكلا الرغيف إن وجد الأكل منهما لم يوجد من كل واحدة منهما أكل كل الرغيف [وها هنا إذا أكلا الرغيف]^(٧) إنما وجد أكل بعض الرغيف من واحدة منهما، وإذا أكلت إحداهما جميع الرغيف إن لم يوجد الأكل منهما، فقد وجد أكل جميع الرغيف من واحدة منهما فلم كان مراعاة جانب الفعل أولى من مراعاة جانب الاسم؟ قلنا: إنما يجب مراعاة الأمرين عند الإمكان، أما عند عدم الإمكان فلا.

وفي المسألة التي استشهد بها الإمكان ثابت إن سلمنا تلك المسألة؛ لأن الشرط ملكهما عبدًا مطلقًا لا عبدًا بعينه، وتملك كل واحدة^(٨) منهما عبدًا مطلقًا ممكن، فيجب مراعاتهما، كيف وإن تلك المسألة ممنوعة، فقد ذكر محمد - رحمه الله -

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: منهما.

(٣) في أ: يكون.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: يكون.

(٦) في أ: ملك.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: واحد.

في الجامع: أن الجارية تعتق إذا^(١) اشترى عبداً، أما هنا الإمكان غير ثابت؛ لأن أكل واحدة منهما جميعاً هذا الرغيف معاً أو على التعاقب غير ممكن، فلا يجب مراعاتهما، وإنما يجب مراعاة إحداهما دون الآخر.

فنقول: مراعاة جانب الفعل أولى؛ لأننا^(٢) إذا راعينا الاسم وجعلنا الشرط أكل إحداهما جميع الرغيف سقط مراعاة فعل إحداهما من كل وجه، فقد^(٣) شرط فعلهما جميعاً، ومتى راعينا جانب الفعل، وجعلنا شرط الحنث وجود الفعل منهما لا يسقط مراعاة جانب الاسم في حق واحدة منهما، بل يتمكن الخلل في بعض الاسم؛ لأن كل واحدة منهما صارت آكلة بعض الرغيف، [إن لم تصر آكلة كل الرغيف]^(٤)، ولا شك أن إلغاء بعض الاسم أهون من إلغاء فعل واحدة منهما من كل وجه، فجعلنا شرط الحنث أكلهما بهذا وصار تقدير هذا اليمين كأنه قال: إن أكلت كل واحدة منكما بعض هذا الرغيف فأنتما طالقان.

ولو قال: أكثر من الأخرى. طلقنا؛ لأن الشرط أكل كل واحدة منهما مطلقاً لا بعضاً مقدراً [وقد]^(٥) وجد ذلك من كل واحدة منهما أكل بعض الرغيف، فإن اسم البعض كما ينطلق على الشرط ينطلق على القليل حتى لو أكلت إحداهما مقداراً لا ينطلق عليه اسم البعض، فإن أكلت كسرة خبز لا يقع عليها شيء لانعدام الشرط وهو أكل كل واحدة منهما بعض الرغيف. والله أعلم.

* * *

-
- (١) في أ: إن.
 (٢) في ب: فإننا.
 (٣) في أ: وقد.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) سقط في ب.

نوع آخر في: تعليق الطلاق بعدم الفعل في محلين في وقت معين:
 إذا قال: إذا^(١) لم أدخل هذين الدارين اليوم، فامرأته طالق، أو قال: إن لم
 أضرب فلانا سوطين اليوم، فامرأته طالق فدخل إحدى الدارين أو ضرب أحد
 السوطين حتى مضى اليوم، حنث في يمينه، وإنما يحنث لأن شرط البر دخول
 الدارين وضرب السوطين ولم يوجد ففات شرط البر، وعند فوات شرط البر يتعين
 الحنث، ولذلك^(٢) إذا قال: إن لم أكلم فلانا وفلانا اليوم فعبدته حر فكلم أحدهما
 دون الآخر حتى مضى اليوم، حنث في يمينه وصار الأصل أن اليمين متى عقدت
 على عدم الفعل في محلين ينظر فيهما إلى شرط البر، وعند فوات شرط البر يتعين
 الحنث في أيمن الجامع في باب من الأيمان مما يوجب الرجل على نفسه.

وقد وقعت في زماننا من هذا الجنس مسألة فإن رجلا ادعى على آخر أنني اشتريت
 منك محدودًا بعشرين دينارًا أو وهبت مني من ذلك خمسة دنانير فأقر البائع البيع^(٣)
 وأنكر هبة خمسة دنانير وتخاصما إلى الحاكم فقال المشتري: إن لم أحضر بعد
 خمسة أيام في اليوم السادس خمسة عشر دينارًا ولم أقم البينة على هبة خمسة دنانير
 فقد وكلت الحاكم بإقالة هذا البيع فأحضر بعد اليوم الخامس خمسة عشر دينارًا ولم
 يقم البينة على هبة خمسة دنانير حتى مضى اليوم السادس فأقال الحاكم [البيع]^(٤)
 بينهما فأفتينا أن الإقالة صحيحة لأن التوكيل بالإقالة معلق بعدم^(٥) الفعل في محلين
 فيكتفي بإحدهما لنزوله.

ولو قال: إن لم أدخل الليلة المدينة ولم ألق فلانا فامرأته طالق فدخل ولم يصادفه
 في منزله فلم يلقيه إلى أن أصبح فإن كان عالما بأنه غائب^(٦) عن المنزل وقت الحلف
 حنث^(٧) في يمينه وإن لم يكن عالما بذلك وقت الحلف لا يحنث في يمينه هكذا ذكر
 في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

- (١) في ب: إن .
- (٢) في ب: وفي .
- (٣) في ب: بالبيع .
- (٤) سقط في ب .
- (٥) في ب: بعد .
- (٦) في ب: غاب .
- (٧) في ب: يحنث .

وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن يحنث في يمينه ها هنا أيضا؛ لما ذكرنا من المعنى ثم إن اليمين متى عقدت على عدم الفعل في محلين ينظر^(١) فيها إلى شرط البر وعند فوات شرط البر يتعين الحنث، وشرط البر ها هنا أن يدخل البلدة الليلة^(٢) ويلقى فلانا فإذا دخل الليلة [البلدة]^(٣) ولم يلق فلانا لم يتم شرط البر فيتعين الحنث فليتأمل عند الفتوى .

ومن هذا الجنس: إن لم تذهبي ولم تأتي^(٤) إليّ بذلك الحمام، فأنت طالق، فذهبت^(٥) لتأتي به فطار الحمام، يقع الطلاق. والله أعلم.



(١) في ب: فينظر.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) كذا في م.

(٥) في ب: فتذهب.

ومن المسائل التي ينظر فيها إلى شرط البر :

وهب لرجل مالا فقال الواهب: امرأتي طالق ثلاثا إن أنفقت هذا المال الذي وهبت لك إلا [على] ^(١) أهلك، ثم إن الموهوب له أنفق بعض الهبة على أهله، وقضى بالباقي دينًا أو حجًّا، أو تزوج، لا تطلق امرأة الواهب.

ذكر خواهر زاده - رحمه الله - هذه المسألة في شرح كتاب الحيل في باب قبيل باب البيع والشراء وعلل فقال: شرط بره إنفاق جميع الهبة على ^(٢) أهله فيكون شرط حثه صد ذلك وهو إنفاق جميع الهبة على غير أهله، ولم يوجد ذلك هاهنا وهو نظير ما لو حلف [لا يأخذ] ^(٣) ما له على فلان إلا جميعًا وأخذ البعض دون البعض، لا يحث؛ لأن شرط بره أخذ جميع الدين جملة، فيكون شرط حثه ضد ذلك، وهو أخذ جميع الدين متفرق ولم يوجد ذلك [كذا] ^(٤) هاهنا.



(١) سقط في ب.
 (٢) واد في ب: غير.
 (٣) في ب: ليأخذ.
 (٤) سقط في ب.

نوع آخر في: التعليق بما صار للشرط^(١) عرفا:

رجل قال: امرأته طالق ثلاثا كه إنكار ميكند، فإن لم يتعارفوا التعليق بقوله (كه) يقع الطلاق للحال، وإن لم يتعارفوا التعليق إلا بقوله (كه) لا يقع الطلاق للحال، وإن تعارفوا التعليق بقوله (كه) وبصريح الشرط كما في ديارنا، ذكر الفضلي - رحمه الله - في فتاويه أنه يقع الطلاق للحال، وقال غيره من المشايخ: لا يقع للحال، وهو الأصح.



(١) في ب: صرف الشرط.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

في القدوري عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار، ولم تعطني ثوب كذا، فأنت طالق، فدخلت الدار قبل إعطاء الثوب طلقت أعطته الثوب بعد ذلك أو لم تعطه ولو أعطته، ثم دخلت الدار، لم تطلق؛ لأن الواو في مثل هذا [للحال]^(١) كقوله: إن دخلت الدار، وأنت راكبة فصار شرط الحنث الدخول حال عدم الإعطاء، فإن سبقه الإعطاء لم يوجد شرط الحنث وإن لم يسبقه وجد شرط الحنث.

ولو قال: إن لم تعطني هذا الثوب، ودخلت الدار، لم يقع الطلاق حتى يجتمع الأمران: دخول الدار وعدم الإعطاء إنما يتحقق بموت أحدهما أو بهلاك الثوب فإذا مات أحدهما أو هلك الثوب ودخلت الدار فقد اجتمع الأمران فتطلق؛ لأن قوله: إن لم تعطني، شرط، وقوله: ودخلت، شرط آخر معطوف عليه، فيتعلق^(٢) الحنث بوجودهما فلا يقع الحنث ما لم يوجد.

ولو قال: إن لم تعطني هذا الثوب اليوم ودخلت هذه الدار فأنت طالق فإن أعطته الثوب في اليوم قبل الدخول أو بعده، لم تطلق.

إذا قال لامرأته إن دخلت دار فلان فأنت طالق فمات صاحب الدار فدخلت، فإن لم يكن على الميت دين أصلاً أو لم يكن مستغرقاً للتركة لا تطلق وإن كان عليه دين مستغرق للتركة اختلف المشايخ فيه واختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله - أنها لا تطلق.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا علق الطلاق بفعل في وسعها إقامته، لا يقع الطلاق إلا في آخر جزء من أجزاء حياتها، وإن كان فعلاً ليس في وسعها إقامته وقع الطلاق للحال إلا إذا وقت لذلك وقتاً؛ فحينئذ لا يقع الطلاق إلا بعد مضي ذلك الوقت، أو قال لامرأته: إن لم تكوني غسلت هذه القطعة فأنت طالق، وكانت المرأة أمرت خادمها [بغسل القطعة]^(٣) فغسلت الخادمة إن كان [من]^(٤) عادة المرأة أنها

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فتعلق.

(٣) في ب: يغسلها.

(٤) سقط في ب.

تغسل بنفسها لا غير يقع الطلاق، وإن كان من عاداتها^(١) أنها لا تغسل إلا بخادمها، وعرف الزوج ذلك لا يقع الطلاق، وإن كان من عاداتها أنها تغسل بنفسها وبخادمها أيضا فالظاهر أنه يقع إلا إذا عنى الزوج الأمر بالغسل، فحينئذ لا تطلق في الباب الأول من طلاق الواقعات وأجناس هذا في أيمان الكافي.

و[في]^(٢) أيمان القدوري إذا قال لامرأته: إن ذهبت إلى قرية كذا، فأنت طالق، فذهبت المرأة إلى قرية أخرى ومرت بضياح تلك القرية ولكن لم تدخل عمران تلك القرية لا تطلق، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - لأن شرط وقوع الطلاق الذهاب إلى عمران تلك القرية، فالقرية اسم للعمران، هكذا روي عن محمد - رحمه الله - والرواية في شفعة القدوري إذا قال: اكرا مسأل زن بخواهم، فهي طالق ثلاثا، فهذا يقع على انسلاخ ذي الحجة؛ لأن قوله أمسال إشارة إلى السنة التي هو فيها فيصير عبارة عما بقي من السنة في الباب^(٣) الأول من طلاق الواقعات. أراد الرجل أن يجامع امرأته فقال لها: إن لم تدخلني معي في البيت، فأنت طالق، إن دخلت بعد ما سكنت [شهوته، وقع عليها الطلاق؛ لأن شرط الحنث عدم الدخول لقضاء]^(٤) شهوته منها وقد تحقق عدم الدخول لقضاء تلك الشهوة، ويعرف من هذه المسألة كثير من المسائل في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

رجل خرج من بخارى إلى سمرقند، وقال لامرأته: اكريس من بيردن بناني مع فلانة فأنت طالق ثلاثا فلم تخرج المرأة حتى رجع الزوج من سمرقند ينظر إن كانت فلانة خرجت ولم تخرج امرأته، وقع الطلاق على امرأته، وإن كانت فلانة لم تخرج أيضا، فإن أراد الزوج بقوله: إن لم تخرجي مع فلانة أن يكون عدم خروجها شرطا لوقوع الطلاق، فإذا لم تخرجها وقع الطلاق، وإن أراد الزوج بذلك^(٥) الكلام [و]^(٦) إن خرجت فلانة ولم تخرجي معها على أثري، فإذا رجع الزوج قبل خروج فلانة لا

(١) في ب: عادة المرأة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في م: كتاب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: بذكر.

(٦) سقط في ب.

يقع الطلاق ويسقط هذا اليمين في الباب الأول من طلاق الواقعات .
ويعرف من هذه المسألة كثير من المسائل .

خرجت امرأة إلى قرية أخرى للضيافة فقال لها: إن مكثت هناك أكثر من ثلاثة أيام فأنت طالق فرجعت في اليوم الثالث إلى قرية زوجها، فلم تدخل القرية ثم رجعت هناك ومكثت أكثر من ثلاثة أيام فهذا على وجهين أما إن دخلت في عمران قرية زوجها ثم رجعت أو لم تدخل حتى رجعت، ففي الوجه الأول لا يقع الطلاق وفي الوجه الثاني يقع لأن شرط الحنث المكث هناك أكثر من ثلاثة أيام في هذا الخروج بدلالة الحال، ففي الوجه الأول: هذا^(١) مكث في خروج آخر، وفي الوجه الثاني: يكون في الخروج الأول، في الباب الثاني من طلاق الواقعات .

حلف بالطلاق ألا يرتكب حراما، فهذا على الزنا في حل الأصل وعلى اللواط وإتيان المرأة في الدبر أيضا، وفي الباب الأول من طلاق الواقعات وعلى الجماع فيما دون الدبر أيضًا .

قال القدوري - رحمه الله - : وإن كان الحالف خصيا أو مجبوبا، فهو على قبلة

الحرام .

أكر فلان كاركني دامت سه طلاق، فهذا يكون تعليقا لا تنجيًا .

إذا قال: لا أجلس في نكاح ابنتي ولا أتكلم في ذلك بالخير والشر ثم قال: إن جلست في نكاح ابنتي أو تكلمت في ذلك بالخير والشر فامرأتي طالق، فلم يجلس في نكاح ابنته، ولكن تكلم بالخير والشر تطلق امرأته؛ لأن اليمين قوله: إن جلست أو تكلمت فكذا وأنه مذكور تكلمه، أو فيتناول أحدهما والكلام السابق إن ذكر بالواو إلا أنه ليس بيمين حتى يعتبر الجلوس والكلام جملة .

إن^(٢) تركت صلاة فأنت طالق، أو قال: إن تركت صلاة، فامرأتي طالق، فترك صلاة [أو تركت]^(٣) ثم قضاها هل يقع الطلاق؟ اختلف المشايخ فيه قال الشيخ الإمام سيف الدين عبد الرحمن الكرمني - رحمه الله - : لا يقع الطلاق؛ لأن ترك الصلاة أن يتركها مطلقا ولا يقضيها .

(١) في ب: هكذا .

(٢) في ب: وإن .

(٣) سقط في م .

وقال القاضي الإمام علي السعدي - رحمه الله - : يقع الطلاق، وهو الأشبه؛ لأن ترك الصلاة أن يتركها عن وقتها ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتب إذا قضى المتروكة من ترك صلاة يوم وليلة^(١) قضاها من الغد.

إن أجبت سلام فلان امرأتي طالق، فتكلم معه بكلام غير جواب السلام، لا تطلق امرأته؛ لأن الأصل في باب الأيمان أن يراعى الألفاظ إلا فيما صار الغرض مراداً كما في [الوضع المتقدم]^(٢)، ولم يوجد ذلك ها هنا فتعلق اليمين باللفظ.

اكراز سرجيك توبخورم دم ترا طلاق أين زن كندم حیده خودرا فروحب وكندم ديكر خريد بيهاني وي وشوي أن كندم خويده خرد، لا يقع الطلاق.

قال بالفارسية: اكرسيكي حورم ومقامري كنم وكبوتر تردارم، فامرأتي طالق كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يعتبر كل واحد شرطاً على حدة؛ لأنه هو المراد عند الناس، وغيره من المشايخ اعتبر الكل شرطاً واحداً عملاً بحرف الواو.

قال لأجنبية: إن طلقتك، فعبدني حر، صح، ويصير كأنه قال: إن تزوجتك وطلقتك، في^(٣) أيمان الجامع الصغير في باب العتق على سبيل الاستشهاد.

ولو قال: إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً. لم يصح هذا اليمين مذكورة ثمه أيضاً. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال: إن طحنت على هذا الماء، فامرأته طالق، فحول هذا الماء من هذا النهر إلى نهر آخر، وعلى ذلك النهر طاحونه فطحن الحالف بها، إن كان الماء الذي حلف عليه أقل لا يحنث؛ لأنه لم يطحن على هذا الماء الذي حلف عليه، وهذا الجواب يستقيم على قول أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنه يعتبر الغالب في خلط الجنس بالجنس، [أما محمد - رحمه الله - لا يعتبر الغالب في خلط الجنس بالجنس]^(٤) عرف ذلك في كتاب الأيمان، فينبغي أن يحنث على قوله سواء كان الماء الذي حلف عليه أقل أو أكثر.

إذا قال: إن تركت فلانا يدخل في هذه الدار فامرأتي طالق. فإن كان الحالف

(١) زاد في ب: و.

(٢) في ب: وضع القدم.

(٣) في ب: و.

(٤) سقط في ب.

يملك هذه الدار، فشرط بره أن يمنعه عن الدخول بالقول والفعل، هكذا ذكر الصدر الشهيد في واقعاته.

وفي النوازل: شرط [بره]^(١) ملك المنع ولم يتعرض لملك الدار فقال: إن كان الحالف يملك منعه عن الدخول فهو على النهي والمنع جميعا، وإن كان لا يملك منعه فهو على النهي دون المنع، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين - رحمه الله - يعتبر ملك المنع وعليه الفتوى.

وفي فتاوي أهل سمرقند: إذا حلف ألا يدع فلانا يمر على القنطرة، فإن كان لا يملك المنع إلا بالقول، فإذا قال: لا تمر فقد بر في يمينه.

وفي طلاق النوازل: إذا حلف الرجل ألا يترك ابنه يعمل مع فلان، ثم نهاه، فلم يمتنع فإن كان الابن بالغا لا يقوى معه الأب، لا يحنث في يمينه؛ لأن يمينه على القول.

وفي فتاوي النسفي - رحمه الله - : اكر فلان راما نم تابای باين در اندر نهدر زن أزمن بطلاق، ثم إن الحالف رآه في الكرم، ولم يره حال ما دخل فيه، فتركه ولم يخرج، طلقت امرأته^(٢)؛ لأن مقصود الحالف منعه عن الدخول إذا كان يراه يدخل ومنعه عن الكون إذا لم يره حال الدخول، ورآه بعد ما دخل، فإذا رآه بعد ما دخل وتركه ولم يمنعه عن الكون بعد الدخول فقد تحقق شرط الحنث فيحنت في يمينه. وقد حكى لنا أن رجلا كان حلف في زمان شيخ الإسلام علي الإسيجايي بهذه اللفظة: «زن بر من سه طلاق أكبر فلانة راخانه خویش اند رراه دنم»، فدخل فلان على الحالف وهو في داره فأفتى شيخ الإسلام أنها لا تطلق.

«اكربي همدا سیابی وي آمده باشد»، وأفتى نجم الدين النسفي أنه لا تطلق امرأته.

«اكرهما ساعة كه درامدبيرن كردس»، فشيخ الإسلام جعل قوله: «رآه دنم» عبارة عن قوله: «اندرادم». ونجم الدين جعل قوله: «راه دنم» عبارة عن قوله: «وی راد رخانة امنم».

(١) سقط في ب.

(٢) المحيط البرهاني (٣/٥٠٧).

وفي المنتقى^(١): إذا قال الرجل: إن لم أكن جامعاً امرأة فلان فامرأتي طالق. وقد كان الحالف جامع امرأة فلان قبل أن يتزوجها فلان، فهو حانث في القضاء، ويسعه فيما بينه وبين ربه إن أراد ذلك الذي فعل.

وفيه أيضاً: إذا قال لامرأته: أنت طالق إن جامعتك إلا من عذر، أو بلية أو ضرورة، وكان بعد ذلك يأتيها فيما دون الفرج، فأخطأ فخالطها فهذا عذر إذا كان معه على الخطأ، وهو لا يريد ذلك.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال: كل امرأة أتزوجها تشرب السويق، فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها تلبس المعصفر فهي طالق، فهذا على أن تشرب السويق أو تلبس المعصفر بعد التزوج، إلا أن يكون نيته على ما قبله، والله أعلم.



(١) زاد في ب: فتاوى.

نوع آخر في: إخبار المرأة عما هو شرط الحنث في اليمين بالطلاق:
قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال الرجل لامرأته: إن حضت حيضة فأنت طالق، فمكثت عشرة أيام، ثم قالت: حضت حيضة فطهرت واغتسلت، وكذبها زوجها في ذلك، فالقول في ذلك قولها.
الأصل في جنس هذه المسائل أن المرأة إذا أخبرت عما هو شرط الحنث في اليمين بطلاقها، وكذبها الزوج في ذلك، ينظر: إن كان ذلك الشرط مما يطلع عليه غيرها لا يقبل قولها إلا بحجة؛ لأنها تدعي طلاقاً على الزوج، والزوج ينكر. وإن كان ذلك الشرط مما لا يطلع عليه غيرها، كالطهر والحيض فالقول قولها في حق طلاقها، إذا كان ما ادعت من الشرط قائماً وقت الإخبار، وإن لم يكن قائماً وقت الإخبار، لا يقبل قولها، والقياس ألا يقبل قولها في الحالين؛ لأنها تدعي طلاقاً على الزوج والزوج ينكر لكن تركنا القياس فيما إذا كان الشرط قائماً وقت الإخبار في حق طلاقها لأنها مؤتمنة في الإخبار عن الحيض والطهر؛ لأن الشرع علق بالطهر والحيض أحكاماً فيما بين الزوج والمرأة يجب إقامتها ولا يوقف على ذلك إلا من جهتها فصارت مؤتمنة شرعاً فيما تخبر عن الطهر والحيض لإقامة ما تعلق بهما من الأحكام، والأحكام المتعلقة بهما قائمة حال قيامهما، فكان الائتمان قائماً والمؤتمن حال قيام الائتمان إذا أخبر عما أوتمن فيه، قبل قوله، [فإن]^(١) كذبه في ذلك صاحب الأمانة أو صدقه كالمودع إذا قال: رددت الوديعة، وحال زوال الأحكام المتعلقة بهما [يزول]^(٢) بزوال سبب الائتمان، فلا تبقى مؤتمنه فلا تصدق فيما تخبر إذا كذبها الزوج كما لو ادعت عليه شرطاً يطلع [عليه غيرها]^(٣) وهذا بخلاف الوديعة فإن المودع إذا قال: رددت الوديعة أو قال: هلكت فإنه يصدق، فلا يشترط تصديقه فيما أخبر قيام الأمانة لأن المودع صار أميناً من جهة صاحب المال صريحاً، وابتداء لا ضرورة إلى إقامة الأحكام، وصاحب المال ائتمنه مطلقاً، أما المرأة إنما صارت أمينة فيما تخبر من الحيض والطهر من جهة الشرع ضرورة إقامة

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: عليها.

الأحكام المتعلقة بهما، فما دامت الأحكام قائمة، كان الائتمان قائما من جهة الشرع، فتصدق، وإذا كانت الأحكام منقضية، كان الائتمان فائتا، فلا تصدق. وإذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: إنما قبل قولها في هذه المسألة لأنها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال قيامه؛ لأن شرط وقوع الطلاق في هذه المسألة [الطهر]^(١)، فإنه قال: إن حضت حيضة، والحيضة اسم للكامل منها، ولا كمال إلا بوجود الجزء الأول من الطهر، فإذا أخبرت عن الطهر والطمهر قائم، فقد أخبرت عما هي مؤتمنة فيه حال قيام الائتمان، فيجب^(٢) قبول خبرها، وإذا قبل خبرها ثبت المخبر به، فثبت^(٣) ما يترتب عليه من الطلاق وغيره من أحكام الطهر. ولو قالت: حضت وطمهرت، وأنا الآن حائض بحيضة أخرى، لا يقبل قولها ولا يقع عليها الطلاق؛ لأنها أخبرت [عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها، فلا تصدق ولا يقع الطلاق إلا إذا أخبرت]^(٤) عن الطهر بعد انقضاء [هذه الحيضة]^(٥) فحينئذ يقع الطلاق لإخبارها]^(٦) عما هو شرط وقوع الطلاق حال قيامها. وإذا قال لها: إن حضت فأنت طالق فمكثت^(٧) خمسة أيام ثم قالت قد حضت منذ خمسة أيام، وأنا للحال حائض، صدقت ووقع عليها الطلاق؛ لأنها أخبرت عما [هو]^(٨) شرط وقوع الطلاق [حال قيامها]^(٩)، وهو درور الدم فإن الشرط في هذه الحالة نفس الحيض والحيض عبارة عن درور الدم، ولو قالت في هذه الصورة: حضت وطمهرت لا تصدق وإذا كذبها الزوج؛ لأنها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق [حال]^(١٠) فواته.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فيجوز.

(٣) في ب: فيثبت.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: ولو.

(٦) في أ: لأنها أخبرت.

(٧) في ب: فمكث.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في أ.

وإذا كان للرجل أربع نسوة طلقت^(١) واحدة منهن، وقال الزوج: التي أطلقت طالق ثم ادعت واحدة منهن أنها هي التي أطلقت وأنكر الزوج ذلك ذكر في الأصل أن القول قول الزوج.

وذكر في^(٢) السير الكبير إذا حاصر الإمام أهل حصن وقال لهم: ليخرج إلينا هؤلاء الأربعة أشار إليهم بأعيانهم حتى تراضوهم^(٣) على الصلح وهم آمنون، فخرج إليهم أربعة وأشكل على الإمام أهم أولئك الأربعة، فسألهم الإمام فقالوا نحن أولئك الأربعة، قبل قولهم، فمن المشايخ من قال ما ذكر في السير [الكبير]^(٤) تصير رواية في الطلاق وأن القول قول المرأة؛ لأن منفعة الطلاق تحصل للمرأة كما أن منفعة الأمان تحصل للحربي.

ومن المشايخ من فرق بين المسألتين، ووجه ذلك [أن]^(٥) في مسألة الطلاق المرأة تدعي أمراً عارضاً والزوج ينكر، وهو في إنكاره متمسك^(٦) بما عرف ثبوته وهو النكاح، فكان القول قوله [و]^(٧) في مسألة الأمان يدعي أمراً عارضاً وهو الرق وهم ينكرون ذلك وهم في إنكارهم متمسكون^(٨) بما عرف ثبوته، فإن الحرية أصل في بني آدم، وكان^(٩) القول قولهم. والله أعلم.



-
- (١) في ب: أطلقت.
 (٢) زاد في أ: الأفعال.
 (٣) في أ: تراضواهم.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) في أ: متمسك.
 (٧) سقط في ب.
 (٨) في ب: متمسكون.
 (٩) في أ: فكان.

نوع آخر في: ذكر الشرطين يتعقب أحدهما الآخر عادة:
 في نوادر [هشام]^(١) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار وخرجت منها، فأنت طالق، فاحتملها إنسان وأدخلها، وهي كارهة ثم خرجت بنفسها ودخلت ولم تخرج، وقع الطلاق؛ لأن الواو لا تقتضي الترتيب وإنما تقتضي الجمع، وكان^(٢) الشرط وجودهما، وقد وجد، وكذلك القيام والقعود والصوم والإفطار وما أشبه ذلك، ولو قال لها وهي حائض: إذا حضت وطهرت، فأنت طالق فطهرت من هذا الحيض، ثم حاضت، لم يقع الطلاق حتى تطهر.
 وكذلك لو قال لها وهي حبلى: إذا حبلى، وولدت، فأنت طالق فولدت ثم حبلى، لم تطلق ما لم تلد كما في الحيض والطهر.
 وكذا الزرع والحصاد بأن قال: إن زرعت أرضي هذه، وحصدت والأرض مزروعة نظير الحيض والطهر، والأصل في ذلك أن كل شيء في العادة يتعقب^(٣) أحد الأمرين فيه الآخر يعتبر فيه الترتيب.
 فرع على مسألة الزرع، فقال: لو لم تكن الأرض مزروعة فزرعها الحالف بنفسه وحصد غيره، ثم زرع غيره، وحصد هو بنفسه لا يحنث واليمين على أن يحصد [ما زرع]^(٤) بنفسه.
 ولو قال لها: إذا توضأت وصليت، فأنت طالق، فصلت، وهي على غير وضوء ثم توضأت وقع الطلاق قبل أن تصلي.
 قال الفقيه أبو العباس - رحمه الله -: الصواب عندي أن يقال: صلت^(٥) على وضوء كان قبل اليمين، ثم توضأت.
 ولو قال لها: إن غزلت ثوبا، ونسجته فأنت طالق، فنسجت ثوبا من غزل غيرها، ثم غزلت ثوبا، ولم تنسجه، لا تطلق ما لم تغزل وتنسج ذلك الغزل، وهذا مثل الحبل والولادة، ولو قال لامرأته: إن تزوجتك وطلقتك^(٦)، فعبدي حر، فطلقها واحدة بائنة^(٧) ثم تزوجها عتق عبده، وهذا [مثل]^(٨) الدخول والخروج.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: فكان.

(٣) في أ: لا يتعقب.

(٤) في ب: يحصدها.

(٥) في م: صليت.

(٦) في أ: فطلقتك.

(٧) في أ: ثانية.

(٨) سقط في ب.

نوع آخر في: التنجز^(١) في صورة التعليق:

إذا قالت المرأة لزوجها: يا قلتبان، فقال لها الزوج أكرمن قلتبا ثم ترى طلاق قال الفضلي - رحمه الله - ينوي الزوج فإن أراد به المجازاة والمكافأة وفارسيته خشم راندن يقع الطلاق، وإن لم يكن الزوج بتلك الصفة وإن أراد به التطليق^(٢) لم يقع ما لم يكن الزوج كذلك ثم قال إن قال ذلك في حالة الغضب فالأغلب أنه على المجازاة.

وقال نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة أيهما [نوى صحت نيته، وإن لم يكن نوى^(٣) فعند محمد بن سلمة^(٤)] هو على المجازاة؛ لأن الظاهر هذا وعند نصير [هو]^(٥) على الشرط؛ لأن الصيغة صيغة الشرط.

وفي الجامع الصغير^(٦) قال الفقيه أبو جعفر: إذا قالت المرأة لزوجها شيئاً من السب أو الشتم نحو قرطبان وسفلة ونحوهما، فقال الزوج: إن كنت كما قلت، فأنت طالق ثلاثاً، طلقت امرأته سواء أكان الزوج كما قالت أو لم يكن، لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا [أن]^(٧) يؤذيها بالطلاق، كما آذته بإسماع ما أسمعته.

وقال أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - فيمن قالت له امرأته: يا قرطبان، فقال الزوج: إن أنا قرطبان، فأنت طالق، فقال: تطلق فإن قال: أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله - تعالى - خاصة.

وفي فتاوى الحجواني^(٨) أن فتوى أهل بخارى على أنه على المجازاة دون الشرط^(٩).

والمختار للفتوى أنه إن كان في حالة الغضب، فهو على المجازاة، وإلا فهو على

(١) في أ: التخيير.

(٢) في م: التعليق.

(٣) في أ: ينوي.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، ب: الأصغر.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: الحجواي.

(٩) تبين الحقائق (٢/٢٣٧)، البحر الرائق (٤/٣)، رد المحتار على الدر المختار (٣/٣٤٣).

الشرط، وتكلموا في تفسير القرطبان^(١).
فقال^(٢) بعض المشايخ: هو^(٣) الذي يرى مع امرأته أو بعض محارمه رجلا فيدعه خاليا بها^(٤) ولا يغار.

وقال أبو القاسم: هو المتسبب بين اثنين بمعنى^(٥) غير محمود.
وقيل: من يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه إلى الضيعة، أو يأذن له بالدخول على امرأته حال غيبته.

وحكى أن امرأة جاءت إلى أبي عصمة فقالت: إن زوجي يأمرني كل يوم بالطبخ وأدخل على اللحم فقلت له كشخانا^(٦) إلى متى أطبخ فقال: إن كنت كشخانا^(٧) فأنت طالق، فقال أبو عصمة: إن كان [إذا]^(٨) سمع أن رجلا مد يده إليك بسوء، ولم يبال بذلك^(٩) فهو كشخان، وإن لم يرض بذلك، فليس بكشخان والماجن من لا يبالى [بما]^(١٠) صنع.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : فارسيته^(١١) تيب سيب وأما السفلة^(١٢) فعن محمد - رحمه الله - أن السفلة^(١٣) هو الذي لا حسب^(١٤) ولا نسب

(١) قال ثعلب: القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على نسائه.
وفي المصباح: القرطبان الذي تقوله العامة للذي لا غيره له فهو مغير عن وجهه قال الأصمعي أصله كلتان من الكلب، وهو القيادة.
ينظر: تبين الحقائق (٢٠٨/٣).

- (٢) في أ: قال.
- (٣) في أ: وهو.
- (٤) في أ: به.
- (٥) في أ، م: لمعنى.
- (٦) في أ: كشحانا.
- (٧) في أ: كشحانا.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في أ: ذلك.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) زاد في أ: قالت.
- (١٢) في أ: السفلفة.
- (١٣) في أ: السفلفة.
- (١٤) زاد في أ: له.

[له] ^(١) ويسرق شيئاً لا خطر له .

قال ابن المبارك - رحمه الله - السفلة هو الذي يسفل ليفجر الناس به .

وقال بعضهم: السفلة هو الحائك والحجام والدباغ والسماك ^(٢) .

وقال بعضهم: [هو] ^(٣) الذي لا يخاف الله تعالى، وهو موافق لحديث عمر -

رضي الله عنه -، وقال سفيان: هو الذي يختلف إلى القضاة. وقال غيره: هو

الطفيلي، وقال بعض مشايخ بلخ: هو الذي يمنع النوايب .

ولو قالت: أي كوسه، فقال: أكر ^(٤) من كوسه أم ترا طلاق، روي عن أبي

حنيفة - رحمه الله - أنه يعد أسنانه، فإن كانت ثمانياً وعشرين يقع الطلاق، لأن

من كانت أسنانه ثمانياً وعشرين يكون كوسجاً، وقال بعضهم: إن كانت لحيته خفيفة

غير متصلة ^(٥) فهو الكوسج، ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح

الديات، وفي الوقعات اختار ^(٦) الأخير. والله أعلم.



(١) سقط في أ .

(٢) تبين الحقائق (٣/٢٠٨) .

(٣) سقط في ب .

(٤) في أ: كر .

(٥) في أ، ب: متصل .

(٦) في ب: اختيار .

الفصل الحادي عشر

في إيقاع الشك في الطلاق أو عدده وفي ضم غير امرأته

إلى امرأته في الإيجاب المبهم

إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً أو لا شيء، أو^(١) قال: أنت طالق واحدة أو لا شيء، أو قال: [أو]^(٢) لا، تقع واحدة عند محمد، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -، ثم رجح أبو يوسف وقال: لا يقع شيء، وأما إذا قال: أنت طالق، ولم يذكر عدداً ثم قال: أو لا، أو قال: لا^(٣) شيء، فإن قال: أو لا، [لا]^(٤) يقع شيء باتفاق الروايات، وإن قال: أو لا^(٥) شيء، ذكر في رواية أبي سليمان: أنه لا يقع شيء من غير ذكر خلاف، وذكر في رواية أبي حفص: أنه على الاختلاف الذي تقدم^(٦). وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في مختلفاته، وهذه الجملة ذكرها شيخ الإسلام [في شرحه، والصحيح ما ذكر في رواية أبي سليمان]^(٧): أنه لا يقع شيء بلا خلاف.

وجه^(٨) قول محمد - رحمه الله - : أن كلمة الشك^(٩) دخلت على الواحدة والثلاث لأنها ذكرت عقبيها^(١٠) بقيت كلمة الإيقاع [وهو قوله: أنت طالق بلا شك،

(١) في م: و.

(٢) سقط في ب، م.

(٣) في ب: أو لا.

(٤) سقط في ب.

(٥) زاد في أ: لا.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٣١٧).

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: فوجه.

(٩) يطلق الشك مجازاً - كما يطلق لغة - على مطلق التردد الشامل للظن والوهم، ومن ذلك قول الفقهاء: من يقين طهراً أو حدثاً وشك في حذره عمل بيقينه.

وهذا صريح في أن المراد بالمجاز هنا المجاز العرفي الخاص، وإن كان استعمال الشك في مطلق التردد حقيقة لغوية. وفي المصباح المنير، ص (١٦٧): «قال أئمة اللغة: الشك خلاف اليقين: فقولهم خلاف اليقين التردد بين شيئين سواء استوى طرفاه، أو رجح أحدهما على الآخر». ينظر: غاية الوصول، ص (٣٥).

(١٠) في أ: عقبيها.

فيقع به واحدة، بخلاف قوله: أنت طالق أو لا؛ لأن هناك كلمة الشك دخلت في الإيقاع^(١) ولا وقوع مع^(٢) الشك في الإيقاع.

ولأبي يوسف - رحمه الله - أن هذا الكلام إيقاع الواحدة أو الثلاث، لا أن يكون إيقاعاً وواحدة^(٣) وثلاثاً، وقد أدخل عليه كلمة الشك فكان الشك داخلاً في الإيقاع.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا شك أنه طلق واحدة أو ثلاثاً، فهي واحدة حتى يستيقن أو [يكون]^(٤) أكبر ظنه على خلافه، فإن قال الزوج: عزمت على أنها ثلاث، أو: هي عندي على أنها ثلاث، أضع الأمر على أشده، فإن أخبره عدول حضروا ذلك المجلس، وقالوا: كانت واحدة، قال^(٥): إذا كانوا عدولاً أصدقهم وأخذ بقولهم.

وعن هشام قال: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل حلف بطلاق امرأته ولا يدري بثلاث حلف أو^(٦) بواحدة؟ قال: يتحرى الصواب فإن استوى ظنه عمل بأشد ذلك.

ذكر القدوري - رحمه الله - : إذا ضم إلى امرأته [ما لا]^(٧) يقع عليه الطلاق مثل الحجر والبهيمة وقال: إحدكما طالق، أو قال: هذه طالق أو هذه، طلقت امرأته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : لا تطلق؛ لأن كلمة (أو) إذا دخلت بين الشئيين توجب الشك، فصار في حق المرأة كأنه قال: أنت طالق أو غير طالق.

ولهما: أن الشك إنما يقع بحكم كلمة (أو) إذا صح ضم غير المنكوحة إلى المنكوحة، والضم لم يصح هاهنا، لانعدام المحلية في حق المضموم أصلاً فصارت

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: من.

(٣) في أ: وواحدة.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: قالوا.

(٦) في أ: أم.

(٧) في ب: فلا.

المنكوحه متعينة للإيقاع^(١) ولو جمع بين منكوحته وبين رجل، وقال: إحداكما طالق، أو قال: هذه، أو هذا، لم يقع الطلاق على منكوحته في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقع؛ لأن الرجل ليس بمحل للطلاق فكان كالبهيمة^(٢).

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الرجل محل إضافة الطلاق إليه في الجملة، ألا ترى أنه لو أضاف الإبانة إلى نفسه بأن قال لامرأته: أنا منك بائن ونوى الطلاق، صح والإبانة طلاق، وكذلك حكم الطلاق وهو الحرمة يثبت في حقه، وإذا جاز وصف الرجل بالطلاق [لم]^(٣) يكن الضم لغوا من كل وجه.

ولو ضم إلى امرأته امرأة أجنبية وقال: إحداكما طالق أو قال: هذه طالق أو: هذه، لم تطلق امرأته إلا بالنية؛ لأن الأجنبية محل لذلك خبرا إن لم يكن محلا له إنشاء وهذه الصيغة [بحقيقته إخبار، وإن كانت الأجنبية محلا لما وضعت هذه الصيغة]^(٤) له من طريق الحقيقة صح الضم فوقع الشك، ولو قال في هذه الصورة طلقت إحداكما طلقت امرأته من غير نية، ذكره في طلاق الأصل، وإذا قال: إحدى امرأتي طالق وليس له إلا امرأة واحدة يقع عليها الطلاق.

ذكر الصدر الشهيد في باب الشهادة في الطلاق من شرح الكافي: [و]^(٥) إذا قال: (زن مرا) طلاق وله امرأتان أو ثلاث، حكى فتوى شمس الأئمة الأوزجندی - رحمه الله - : أنه يقع على كل واحدة تطليقة.

قال: لأن (زن) اسم جنس بالفارسية.

وغيره من المشايخ قالوا: تطلق امرأة واحدة منهن وللزوج خيار التعيين وهو الصحيح، والرواية في المنتقى، والله أعلم.

(١) في ب: الإيقاع.

(٢) في أ: كالهبة.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

الفصل الثاني عشر في بيان ما يلحق^(١) العدد بالإيقاع

قال محمد - رحمه الله - : رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق واحدة. فمات^(٢) بعد قوله: طالق، قبل قوله: واحدة، لم يقع عليها شيء؛ لأن العامل هاهنا الواحدة المذكورة؛ لأن الزوج وصل لفظة الطلاق بذكر العدد، فيكون العامل هو العدد؛ لأن قوله: أنت طالق^(٣) ثنتين، يقع ثنتان، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا، يقع الثلاث، ولو كان العامل قوله: أنت طالق [فقد بانت بقوله: أنت طالق لا إلى عدة، لا يقع عليها الزيادة على الواحدة فعلم أن العامل في مثل هذه الصورة: الواحدة المذكورة وقد صادفها وهي ميتة، فلا يقع شيء، وعلى هذا إذا قال لها: أنت طالق^(٤) ثلاثا، فماتت بعد قوله: طالق، قبل قوله: ثلاثا، لا يقع عليها شيء؛ لما قلنا.

قال في الكتاب: وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا إن شاء الله. فماتت بعد قوله: طالق ثلاثا قبل قوله: إن شاء الله، لا يقع عليها شيء؛ لأن قوله: إن شاء الله إذا اتصل بالكلام يبطله، وقد اتصل هاهنا بالإيقاع فأخرجه من أن يكون إيقاعا وإيجابا، والموت ينافي بإيجاب الطلاق ولا ينافي ما يبطل به الطلاق بل يلائمه. ولم يذكر في الكتاب ما إذا قال لها: أنت طالق، وهو [يريد]^(٥) أن يقول: ثلاثا. فأمسك رجل على فيه فلم يقل شيئا، أو مات الزوج قبل أن يقول: ثلاثا. وذكر الأصل أنه يقع واحدة؛ لأن لفظة الطلاق هاهنا لم يتصل به العدد ليكون العامل العدد، وكان^(٦) العامل قوله: أنت طالق، ونية الثلاث لا تعمل في قوله: أنت [طالق، أنت طالق]^(٧).

(١) في ب: ما يمنع إلحاق.

(٢) في ب: فماتت.

(٣) زاد في ب: ألا ترى أنه لو قال لها قبل الدخول بها: أنت طالق ألا ترى.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: فكان.

(٧) سقط في أ.

وفي الأصل إذا قال لها: أنت طالق وأنت طالق، فماتت المرأة قبل أن يتكلم بالثاني، كانت طالقا واحدة؛ لأن كل كلام عامل في الوقوع فإنما يعمل ما صادفها وهي حية.

ولو قال: أنت طالق وأنت طالق [وأنت طالق]^(١) إن دخلت الدار، فماتت المرأة عند الأول أو عند الثاني، لا يقع شيء؛ لأن الكلام المعطوف بعضه على بعض^(٢) إذا اتصل الشرط بآخره يخرج من أن يكون إيقاعاً^(٣) كما إذا اتصل به الاستثناء وقد وجد اتصال الشرط به بعد الموت. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.
 (٢) في ب: البعض.
 (٣) في أ: إيقاع.

الفصل الثالث عشر

في العطف على الإيقاع بعد السكوت

وإن^(١) قال لها: دادمت بل طلاق. وسكت، ثم قال: ودو طلاق وسد طلاق، طلقت ثلاثاً؛ لأن الثاني والثالث بناء على الأول و^(٢) المجلس واحد فلا ينقطع الفور، وهو نظير ما ذكر القدوري - رحمه الله - في كتاب الأيمان في باب الرجل يعطف على اليمين بعد السكوت^(٣) وقال: هذه، طالق، ثم قال: وهذه بعد ما سكت، طلقت الثانية وكذلك [المعتق]^(٤).

فأما إذا قال: برأتك طلاق. وسكت ثم قال: دو طلاق، بغير حرف العطف. قيل: إن نوى العطف يقع الثالث، [و]^(٥) إن لم ينو العطف، يقع واحدة. ولو قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فسكت سكتة ثم قال: وهذه لامرأة أخرى، دخلت الثانية في اليمين والأصل في جنس هذه المسائل ما ذكر القدوري - رحمه الله - في كتاب الأيمان في الباب الذي تقدم ذكره.

عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لم يصح كالاستثناء، وذلك بأن يقول: أنت طالق إن دخلت هذه الدار [ثم قال بعد ما سكت: وهذه الدار الأخرى، وإن كان فيه تشديد عليه بأن قال: إن دخلت هذه الدار]^(٦) فأنت طالق، ثم قال بعد ما سكت: وهذه، لامرأة أخرى، فإنه يصح. وذكر في الفتاوى لحسام الدين - رحمه الله -: الحالف إذا ألحق بيمينه شرطاً^(٧) آخر بعد ما سكت، إن كان الشرط الملحق له لا يلتحق بالإجماع. كما ذكر^(٨) القدوري - رحمه الله - في الفصل^(٩) الأول، وإن كان الشرط عليه كما في الفصل

(١) في ب: وإذا.

(٢) في أ: في.

(٣) في أ: النكول.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: شرط.

(٨) زاد في ب: في.

(٩) في ب: الأصل.

الثاني هل يلتحق؟ فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يلتحق.
قال ثمة: لأن هذا أقرب إلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - لأن تعلق السكتات
عنده يمنع تعلق الجزاء بالشرط.

* * *

الفصل الرابع عشر

في إيقاع الطلاق على المبانة والمطلقة بصريح الطلاق

فيدخل^(١) فيه بيان وجوه العرف التي يقع بها الطلاق، والتي^(٢) لا يقع. أجمع العلماء على أن الصريح يلحق الصريح ما دامت في العدة، وكذا^(٣) البائن يلحق الصريح، والصريح يلحق البائن ما دامت في العدة عندنا؛ لأن بعد الإبانة محلية الطلاق باقية [به]^(٤) ما دامت العدة باقية؛ لأن محلية الطلاق بقيام القيد. وبعد الإبانة القيد باق ما بقيت العدة بدليل بقاء الأثر المختص به وهو المنع عن الخروج والبروز والتزوج بزواج آخر، والبائن لا يلحق البائن إلا أن يتقدم سببه بأن قال لها: إن دخلت الدار فأنت بائن. ونوى به الطلاق ثم أبانها ثم دخلت الدار وهي في العدة، وقعت عليها تطليقة بالشرط عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - خلافا لزفر - رحمه الله -.

فوجه^(٥) قول زفر: أن التعليق بالشرط عند الشرط كالمرسل، ولو أرسل البائنة^(٦) عند دخول الدار بعدما أبانها، لا يصح فلا يبرأ^(٧) بحكم التعليق، والدليل عليه أنه إذا علق بدخول الدار ظهراً أو إيلاء ثم أبانها ثم دخلت الدار لا ينزل الظهر والإيلاء، وطريقه ما قلنا.

ولنا أن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولكن لما تعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط طلاق بائن لا مجرد الإبانة [فينزل عند الشرط طلاق بائن لا مجرد الإبانة]^(٨)، كأنه قال لها عند الشرط: أنت طالق بائن. ومن قال لمبانتته وهي في العدة: أنت طالق بائن، تطلق، كذا ها هنا.

(١) في ب: ويدخل.

(٢) في ب: والذي.

(٣) في ب: وكذلك.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وجه.

(٦) في ب: الإبانة.

(٧) في ب: ينزل.

(٨) سقط في ب.

وإنما قلنا: إن المعلق بالشرط طلاق بائن. إن قوله: أنت بائن قد صح لمصادفته^(١) المنكوحه وأنه يصلح صفة للمرأة ويصلح^(٢) صفة للطلاق، يقال: طلاق بائن وامرأة بائنة فيجعل صفة للطلاق فيثبت^(٣) السبب أولاً؛ لأن الأصل ثبوت السبب أولاً، وثبوت الحكم عقبيه، والصفة تقتضي ذكر الموصوف فيصير في التقدير كأنه قال لها: أنت طالق بائن، فينزل عند الشرط أنها^(٤) طالق بائن، والتقريب ما ذكرنا.

وهذا بخلاف ما لو قال لمبأنته: أنت بائن ابتداء، حيث لا يصح^(٥)، ولا [يجعل]^(٦) كأنه قال: أنت طالق بائن؛ لأنه إنما يجعل كذلك إذا صح قوله: أنت بائن.

وقوله للمبأنة: أنت بائن، لم يصح لعدم مصادفته محلها؛ لأن محل الإبانة [من قام به الاتصال؛ لأن الإبانة]^(٧) لقطع الوصلة قد انقطعت بالإبانة السابقة، فهذا هو الفرق بين الصورتين.

وهكذا يقول في فصل الظهر المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، إلا أنه لو أرسل الظهر بعد البيونة، لا يصح؛ لأن حكم الظهر ليس هو الطلاق، بل حكمه حكم حرمة المتعة لشبهة المحللة بالحرمة، والحرمة تثبت بالبيونة فلا تثبت بالظهر.

وأما مسألة الإيلاء فغير مسلم لو آلى منها ثم طلقها واحدة بائنة، ثم مضت مدة الإيلاء قبل أن تنقضي عدة الطلاق يقع عليها تطليقة أخرى بالإيلاء؛ لأن الإيلاء متى صح كان بمنزلة ما لو قال لها: إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق. فيكون المعلق بمضي أربعة أشهر لم يقربها فيها الطلاق لا البيونة ولا الحرمة، وعلى هذا إذا قال: أنت بائن مني غداً. ونوى به الطلاق ثم أبانها ثم جاء الغد يقع عليها تطليقة بالشرط

(١) في ب: لمصادفة.

(٢) في ب: و.

(٣) في ب: يثبت.

(٤) في ب: أنت.

(٥) في أ: يصلح.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

عندنا .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : ينبغي^(١) على قياس هذه المسألة أنه [إذا]^(٢) قال لها: إن كلمت فلانا فأنت بائن، ينوي به الطلاق ثم دخلت الدار، وقعت عليها تطليقة واحدة، ثم كلمت فلانا بعد ذلك يقع عليها تطليقة .

وإذا قال لها: إذا جاء غد فاختاري، ثم أبانها ثم جاء الغد فاختارت نفسها لا يقع الطلاق، كما لو نجز التخيير، وكذا إذا قال لها: اختاري، ولم يقل إذا جاء غد، ثم اختارت نفسها بعدما أبانها لم يقع عليها شيء؛ لأن قولها: اخترت، إيقاع مبتدأ منها وليس بإيجاد لشرط وقوع الطلاق الواقع بقولها: اخترت البيونة، فإنه من جملة الكنايات، فصار كما لو قال [لها]^(٣): أنت بائن. ابتداء، وهناك لا يقع به شيء فهاهنا كذلك، فأما^(٤) الدخول في مسألة التعليق [إيجاد شرط وقوع الطلاق، والوقوع مضاف إلى التعليق]^(٥) السابق ووقت التعليق، كان النكاح قائما فصح قوله: أنت بائن، و صار بمنزلة قوله: أنت طالق بائن .

ولو قال لمختلعة: اعتدي ينوي الطلاق، أو قال لها: استبرئي رحمك . أو قال لها: أنت واحدة، يقع عليها تطليقة .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يقع بها شيء لأنها من جملة الكنايات، ولهذا يحتاج فيها إلى النية ولا يقع بها شيء كسائر الكنايات]^(٦) .

ولهما: أن هذه الألفاظ في حكم الصريح على معنى أن الواقع بها رجعي، وإنما اعتبرت النية لأنه يحتمل وجودها إحراما بعد ما نوى كان الواقع صريحا والصريح يلحق بالخلع بالإجماع .

وإذا قال لمبانتة: أبنتك بتطليقة، لا يقع عليها شيء، ولا يلغو قوله: أبنتك بخلاف ما لو قال لها: أنت طالق بائن، فإنه يقع عليها تطليقة ويلغو قوله: بائن؛ لأن

(١) في ب: وينبغي .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في ب .

(٤) في أ: تماما .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في ب .

في قوله: أنت طالق بائن، لو ألغينا قوله: بائن، يبقى قوله: أنت طالق، ولأنه كلام مفيد في الإيقاع فألغيناه تصحيحاً للإيقاع.

أما في قوله: أبنتك بتطليقة، لو ألغينا قوله: أبنتك، يبقى قوله: بتطليقة، وإنه غير مفيد للإيقاع، وعلى هذا إذا قالت المختلعة لزوجها: «حولين حريد بدم ابط بين ونفقة عدت». فقال الزوج: «مرحوثم سل طلاق»، لا يقع شيء، ولا يلغو قوله: «مرحوثم». لأننا لو ألغيناه يبقى قوله: «سل طلاق». وإنه لا يفيد شيئاً.



ومما يتصل بهذه المسائل :

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: كل فرقة توجب التحريم مؤبدا فإن الطلاق لا يلحق بالمرأة لأنه لا يظهر له أثر، وإذا وقعت الفرقة بخيار البلوغ أو بعدم الكفاءة فطلقها الزوج وهي في العدة لا يقع الطلاق عليها، وكذلك إذا وقعت الفرقة بخيار العتق فطلقها الزوج وهي في العدة لا يقع^(١) الطلاق.

المسائل المذكورة في الجامع الصغير للكرخي، والمنتقى، وفي كتاب الطلاق للقاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري.

وإذا وقعت الفرقة بسبب العنة فطلقها الزوج وهي في العدة يقع الطلاق، [وكذلك إذا وقعت الفرقة بسبب اللعان فطلقها الزوج وهي في العدة يقع الطلاق]^(٢)^(٣).

والحاصل: أن كل فرقة هي فسخ من كل وجه لا يقع الطلاق فيها وإن كانت في العدة، وكل فرقة [ليست بفسخ من كل وجه]^(٤) يقع [الطلاق فيها]^(٥) إذا كانت في

(١) زاد في ب: في.

(٢) سقط في ب.

(٣) اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الحاصلة باللعان هل هي فسخ أم طلاق على قولين:

القول الأول: وإليه ذهب أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن إلى أن فرقة اللعان طلاق. واستدلوا على ذلك: بما روي أن رسول الله ﷺ لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا، وفي بعض الروايات كذبت عليها إن لم أفارقها فهي طالق ثلاثا متفق عليه.

وجه الاستدلال: أن صار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين؛ لأن عويمر طلق

زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله ﷺ فأنفذها عليه رسول الله ﷺ فيجب على كل ملاعن أن يطلق فإذا امتنع ينوب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقا كما في العنين.

ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج؛ لأنه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة إلى القذف السابق وكل فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقا كما في العنين والخلع والإيلاء ونحو ذلك.

القول الثاني: وإليه ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن فرقة اللعان فسخ.

واستدلوا على ذلك: بأنها فرقة توجب تحريما مؤبدا، فكانت فسحا، كفرقة الرضاع.

ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق، ولا نوى به الطلاق، فلم يكن طلاقا، كسائر ما يفسخ به النكاح؛ ولأنه لو كان طلاقا، لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة.

ينظر: تبين الحقائق (١٨/٣)، العناية شرح الهداية (٢٨٦/٤)، بدائع الصنائع (٣/

٢٤٥، ٢٤٦)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (١٠٩/٢)، مواهب

الجليل (١٣٨/٤)، مغني المحتاج (٧١/٥)، المغني، لابن قدامة (٥٣/٨)، شرائع

الإسلام في مسائل الحلال والحرام (٧٧/٣).

(٤) في أ: هي طلاق.

العدة .

وفي هذا المقام يحتاج إلى بيان الفرقة^(١) التي هي طلاق والتي ليست بطلاق . فنقول: الفرقة بسبب الجب والعنة فرقة بطلاق عندنا إن كان الزوج من أهل الطلاق [بلا خلاف بين المشايخ، وإذا لم يكن الزوج من أهل الطلاق]^(٢) بأن كان صبيًا، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هي فرقة بغير طلاق . وقال بعضهم: هي فرقة بطلاق، ويكون طلاقا بائنا ولها المهر كاملا وعليها العدة . وهذه الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي .

والفرقة بخيار البلوغ، وإنها فسخ على قول من يقول بخيار البلوغ، فإن لم يكن الزوج دخل بها فلا مهر لها سواء كانت الفرقة جائية من قبل الزوج أو من قبل المرأة، وإن كان قد دخل فلها المسمى سواء كانت الفرقة جائية من قبل الزوج أو من قبل المرأة، وهذه الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي أيضا، وأيهما مات قبل البلوغ أو بعد البلوغ قبل تفريق القاضي يرثه الحي .

والفرقة بسبب عدم الكفاءة والتقصير في المهر، وإنها فسخ فليس بطلاق، فإن لم يكن الزوج دخل بها فلا شيء لها من المهر، فإن^(٣) دخل بها [أو خلا بها]^(٤) فلها المهر كاملا وعليها العدة، وأيهما مات قبل تفريق القاضي ورثه الحي ولها ما سمي لها من المهر كاملا .

والفرقة في إسلام أحد الزوجين فإنه إذا أسلم أحد الزوجين يعرض الإسلام على الآخر، فإن أسلم بقيا^(٥) على النكاح^(٦)، وإن أبى أن يسلم فرق [بينهما القاضي]^(٧)،

(٥) في ب: فيها الطلاق .

(١) في ب: الفرق .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ب: وإن .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ: أبقيا .

(٦) إذا أسلم الزوج وحده، فإن كانت زوجته كتابية فزواجهما باق على حاله متى كان زواجهما في ابتدائه مما يقره الإسلام، وهذا لأن زواج المسلم بالكتابية يحل ابتداء، فكذا بقاء؛ لأنه أسهل من الابتداء؛ ولأن في القول ببقاء العقد بينهما في مثل هذه الحالة ترغيب للناس في الدخول في الإسلام، وفتح السبيل إلى اعتناقه .

أما إذا كانت الزوجة غير كتابية بأن كانت مجوسية أو وثنية، فحكمه حكم ما إذا أسلمت

الزوجة وكان زوجها كتابياً أو غير كتابي فإن الحكم فيهما كالآتي:
ذهب ابن حزم من الظاهرية وابن عباس وعمر بن الخطاب وداود وأبو ثور إلى أن العقد يفسخ في الحال، وتقع الفرقة بين الزوجين بمجرد إسلام من أسلم، حتى إن أسلم المتأخر من الزوجين بعد ذلك لا يحل الوطاء إلا بعقد جديد.

وذهب الحنفية إلى القول بعرض الإسلام على من لم يسلم، إن كان بالغاً أو صبياً يعقل الأديان فإن أسلم بقي العقد بينهما، وإن أبي من تأخر عن الإسلام أو التدين بدين آخر فرق القاضي بينهما. وأما إذا كان المتأخر عن الإسلام صبياً لا يعقل الأديان انتظر عقله، وإن كان مجنوناً عرض الإسلام على أبويه.

وذهب الشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد إلى أنه إن أسلم أحدهما قبل الدخول بطل العقد في الحال، وإن كان بعده وأسلم المتأخر قبل انقضاء العدة فالنكاح باقٍ على حاله، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة بطل النكاح ووقعت الفرقة.
وذهب مالك إلى أنه إذا أسلمت الزوجة دون زوجها، وكان ذلك قبل الدخول - إلى القول بطلان النكاح، فإن كان بعد الدخول فلا يعرض على المتأخر الإسلام، لكن إن أسلم الزوج في عدتها كانت له وإلا فلا.

أما إذا تقدم الزوج المجوسي أو الذمي بالإسلام وكانت زوجته مجوسية، فإن كان ذلك قبل الدخول - بطل النكاح في الحال، وإن بعد الدخول يعرض الإسلام على المرأة فإن أسلمت - بقي النكاح بينهما، وإن أبت عن الإسلام انفسخ النكاح ساعة إبانها، فإن غفل عن العرض إلى أن تطاول الزمن كشهراً مثلاً قال ابن القاسم: إنه قد برىء؛ فتقع الفرقة. وقال أشهب: لا يفرق حتى تنقضي العدة بدون إسلامها.

وذهب ابن شبرمة إلى أنه إن أسلم الزوج، وزوجته وثنية، فإن أسلمت بعده قبل تمام العدة فهي امرأته، وإن لم تسلم حتى انقضت العدة تقع الفرقة بانقضائها. وإن أسلمت الزوجة قبل الزوج، يعرض الإسلام على زوجها، فإن لم يسلم وقعت الفرقة وإلا بقي النكاح.

استدل ابن حزم: بأن إسلام أحد الزوجين في محل النزاع سبب من الأسباب الموجبة لفسخ النكاح بينهما، وحيث إن تحقق السبب مستتبع لتحقيق المسبب تقع الفرقة بمجرد وجود السبب كسائر الأسباب الأخرى من طلاق ورضاع وخلع.
ونوقش: بتسليم ذلك لو لم ترد النصوص بتراخي وقوع الفرقة، لكنها وردت كما يأتي مفصلاً فلا قياس في مقابلة نص.

واستدل الشافعية والحنابلة لمذهبهم: بأن النكاح لما كان غير متأكد قبل الدخول، فلو وقع إسلام أحد الزوجين في تلك الحال يكون اختلاف الدين مؤثراً في عدم بقاء الزوجية متى كان الأمر على وجه يمتنع معه ابتداء النكاح؛ فتقع الفرقة في الحال.

وبقياس اختلاف الدين بين الزوجين في تلك الحالة على الطلاق قبل الدخول بجامع أن كلاً منهما سبب طارئ على النكاح قبل تأكده، فحيث تقع الفرقة في الحال، ويرتفع النكاح من غير تراخ في الطلاق قبل الدخول من غير انتظار تمام عدة أو غير ذلك؛ تقع باختلاف الدين كذلك.

أما دليلهم على الانتظار إلى تمام العدة، وعدم الحكم بوقوع الفرقة في الحال فيما لو أسلم أحدهما بعد الدخول فمن وجهين:

الوجه الأول: ما روى الإمام أحمد وأبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ رَدَّ ابْنَتَهُ زَيْنَبَ عَلَى أَبِي الْعَاصِ بْنِ الرَّيْبِ بِالنِّكَاحِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يُعْدِثْ شَيْئًا» وروي الحديث بروايات كثيرة دلت جميعها على عدم تعجل الفرقة عند إسلام الزوجة بعد الدخول، وإلا لما رد رسول الله ﷺ على زوجها بعد مضي زمن كبير بدون تجديد العقد بينهما.

ونوقش هذا الدليل: بأن الحديث من رواية ابن إسحاق عن داود عن عكرمة عن ابن عباس وابن إسحاق. قال فيه يحيى القطان: أشهد أنه كذاب. وقال فيه أحمد: هو كثير التدليس. وقال يحيى بن معين: ابن إسحاق ليس بذلك. وقال ابن المديني: ما روى داود عن عكرمة منكر. وقال سفيان بن عيينة: كنا نتقي حديثه. قال أبو زرعة: فيه لين قال أبو داود: أحاديثه عن عكرمة مناكير. قال ابن حبان: كان يذهب مذهب الشراة «أي الخوارج» كعكرمة. وقد ضعف هذه الرواية كثير من علماء الحديث.

ومما يزيد في وهن هذا الاحتجاج أمور، منها: أن في بعض الروايات «رَدَّهَا بَعْدَ سِتِّ سِنِينَ» مع اتفاق الفقهاء على أن المرأة لا ترد لزوجها بعد انقضاء عدتها، وعلى عدم جريان العادة بقاء العدة ست سنين. ومنها: أن الراوي لهذا الحديث وهو ابن عباس قد عمل بخلافها، وذهب إلى القول بإيقاع الفرقة بمجرد إسلام أحد الزوجين يؤيد ذلك ما روى خالد عن عكرمة عن ابن عباس في اليهودية تسلم قبل زوجها أنها أملك لنفسها. ومخالفة الراوي لروايته دليل تركه إياها لثبوت ما هو أقوى لديه. ومنها: أن رواية ابن عباس متعارضة مع رواية عمرو بن شعيب فقد روى عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ رَدَّ ابْنَتَهُ عَلَى أَبِي الْعَاصِ بِمَهْرٍ جَدِيدٍ وَنِكَاحٍ جَدِيدٍ» ورواية عمرو أولى لكونها أخبرت عن حدوث عقد ثان بعد إسلام أبي العاص، بخلاف رواية ابن عباس فإنها على فرض صحتها أخبرت عن صيرورة زينب زوجة لزوجها بعد إسلامه فكانت رواية عمرو أولى لكونها مثبتة والأخرى نافية. أما كونها مثبتة فلاخبارها عن معنى حادث قد علمه الراوي. وكون الأخرى نافية لإخبارها عن ظاهر الحال. ومنها: ما ادعاه الطحاوي في «مختصر الآثار» من النسخ حيث قال: حديث ابن عباس منسوخ.

واستدلوا ثانياً: بما رواه الموطأ عن ابن شهاب الزهري أنه بلغه أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية، فأسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها صفوان بن أمية، من الإسلام فبعث إليه رسول الله ﷺ أماناً وشهد حنيئاً والطائف وهو كافر، وامرأته مسلمة، فلم يفرق رسول الله ﷺ بينهما حتى أسلم صفوان واستقرت عنده بذلك النكاح. قال ابن شهاب: وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام زوجته نحواً من شهر.

وبما رواه الموطأ عن ابن شهاب أن أم حكيم ابنة الحارث بن هشام أسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت على زوجها باليمن، فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم على رسول الله ﷺ فبايعه، فثبتا على نكاحهما ذلك. قال ابن شهاب: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله وإلى رسوله

وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجرًا قبل أن تنقضي عدتها.

دلت الروايتان على أن إسلام الزوجة غير موجب لفسخ النكاح في الحال، إذ لو كان كذلك لفرق الرسول عليه السلام بين صفوان وامرأته، ولما بقي نكاحه مع إسلامه بعدها، ولفرق أيضًا بين أم حكيم وزوجها عكرمة، لكن تركه لهما والإبقاء على نكاحهما دليل الانتظار بالتفريق مدة أوضحها قول ابن شهاب: إلا أن يقدم زوجها مهاجرًا قبل أن تنقضي عدتها.

وإذا كان هذا حكم الزوجة حين تسلم قبل زوجها وهو أشد خطرًا من إسلام الزوج قبل زوجته غير الكتابية، فلأن يكون الحكم كذلك في الثاني من باب أولى؛ لأن خطر المسلمة على الكافر أغلظ من خطر الكافرة على المسلم. فالمسلمة لا تحل للكافر بحال بخلاف المسلم فإنه يحل له التزوج بالكافرة الكتابية.

ونوقشت هذه الروايات: بأنها مرسلة عن ابن شهاب ومراسيله لا يحتج بها، والشافعي - وهو من المستدلين بها لمذهبه - لا يقبل الاحتجاج بمرسل إلا بعد توفر شروط يبعد أنها توفرت ها هنا.

حتى لو سلمت صحتها في السند فهي في غير محل النزاع؛ لأنها في إسلام أحد الزوجين وتباين الدارين، فلا دلالة فيها على المطلوب الذي هو إسلام أحد الزوجين وهما بدار الإسلام.

واستدل مالك لمذهبه: بما تقدم من أدلة الشافعية والحنابلة فيما إذا أسلمت الزوجة دون زوجها.

وكذا فيما إذا أسلم الزوج قبل زوجته، وكان هذا قبل الدخول، أما فيما بعده فدليلة كدليل الحنفية الذي نوره فيما سيأتي.

ووجه تفرقة الإمام مالك بين إسلام الزوج وإسلام الزوجة، حيث جنح إلى عرض الإسلام على الزوجة عند تقدم إسلام زوجها، وإلى الانتظار إلى انقضاء العدة فيما لو تقدم إسلام الزوجة هو أن العدة لما كانت في الأصل حقًا لارتجاع المعتدة، وجب أن تعتبر فيما فيه الرجعة من قبل الزوج إذ يكون له الارتجاع وعدمه. ولا يكون هذا إلا في حالة إسلام الزوجة.

أما إذا أسلم الزوج أولاً فالارتجاع وعدمه يكون بيد الزوجة باختيارها الإسلام أو امتناعها عن الدخول فيه. وهذا لا يوجب مراعاة العدة؛ لأنها لها لا عليها.

ونوقش: بعدم استقامة هذا الفرق؛ لأن مبناه اعتبار العدة ولم يقدّم دليل على اعتبارها يطمئن إليه، فإنه لم يعهد في الشرع اعتبار عدة بدون فرقة؛ لأن القائلين بها يذهبون إلى أنه إذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة بقيا على النكاح الأول، ولم يحصل بالإسلام فرقة بطلاق ولا فسخ. وإذا لم يسلم المتأخر حتى انقضت العدة وقعت الفرقة بانقضاء العدة وهي إنما تجب بارتفاع النكاح لا مع بقائه، مع أنه ليس هناك ما يدعو إلى ارتكاب هذا المحظور.

وما رُدَّت به التفرقة المتقدمة ترد به تفرقة ابن شبرمة الذي قدمنا مذهبه، والذي لم أعثر

على دليل له، ولعل حجته أنه قال بعرض الإسلام على الزوج في حالة تقدم إسلام المرأة ليظهر وينكشف ضمير الزوج. فإذا ما أبي تحققنا عدم إرادته الإبقاء على النكاح وعدم رغبته في إمساك الزوجة، وحينئذ تقع الفرقة حيث يقوم هذا مقام تلفظه بالفرقة. واستدل الحنفية أولاً: بالأثر: ما روى عبد الله بن يزيد الخطمي أن نصرانيًا أسلمت امرأته فخيرها عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن شاءت فارقته، وإن شاءت أقامت عليه. وما روى يزيد بن علقمة أن عبادة بن النعمان التغلبي كان ناكحًا بامرأة من بني تميم فأسلمت، فقال له عمر بن الخطاب إثمًا أن تُسَلِّمَ وإثمًا أن تنتزعها منك، فأبى؛ فنزعها عمر منه.

وما روي أن دهقانًا أسلم على عهد علي رضي الله عنه فعرض الإسلام على امرأته فأبت؛ وفوّق بينهما.

دلت هذه الروايات الواردة عن عمر وعلي على أن الإسلام إذا حصل من أحد الزوجين قبل الآخر لم يكن سببًا في التفرقة، ويعرض الإسلام على المتأخر حتى إذا ما أبي فرق القاضي بينهما، كذا فعل عمر وعلي بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليهما أحد منهم - فكان إجماعًا.

ونوقش: بأن المروري أولاً عن عمر فيه يزيد بن علقمة وهو مجهول.

والمروري ثانيًا عنه فيه إسحاق الشيباني، وهو لم يدرك عمر.

ثم هذه الآثار المروية عن عمر وعلي قد روي عنهما ما يخالفها، وعلى تسليم صحتها، فعدم الإنكار من الصحابة غير مسلم فقد وقع من ابن عباس، وردت بذلك الرواية مصرحة على خلاف المروري عن عمر وعلي، وعليه فالمسألة مختلف فيها بينهم فلا يعدو الاحتجاج بتلك الآثار عن قولها قول صحابي غير حجة باتفاق.

واحتجوا ثانيًا: بأن النكاح قبل إسلام أحد الزوجين كان صحيحًا فلا ترتفع تلك الصحة إلا بناء على سبب تضاف إليه الفرقة، ومحمّل أن يكون السبب إما إسلام المسلم، أو إصرار المصّر على الكفر، أو اختلاف الدين بين الزوجين، أو إباء الكافر عن الإسلام بعد عرضه عليه. وغير جائز أن يكون أحد الثلاثة الأولى؛ لأن الإسلام طاعة وهي لا تكون مفوتة لنعمة الزوجية. وقد عرف الإسلام عاصمًا للأملوك ومؤكّدًا لثبوتها، فلا يصلح أن يكون سببًا لتفويتها، كما أن الكفر من المصّر حاصل وموجود في الزوجين الكافرين ولم يمنع من الزواج بينهما ابتداء، فكان أولى بعدم المنع بقاء، وإلا لما بقيت الزوجية عند إسلام الزوج وزوجته كتابية.

كذا اختلاف الدين بين الزوجين لا يصلح سببًا في المنع ابتداء حيث صخّ زواج المسلم بالكتابية، فلا يصلح سببًا في المنع بقاء.

وحيث لم تصلح الثلاثة الأولى للسببية، نبين الأمر الرابع وهو إباء من عرض عليه الإسلام؛ لأن يكون هو السبب الذي تصح إضافة الفرقة إليه، كيف لا وهو معصية تناسب زوال عصمة الزوجية.

ونوقش: بأن اختلاف الدين بين الزوجين مانع ابتداء من الزواج في بعض الأحوال، كما إذا كانت الزوجة مشركة والزوج مسلمًا، أو الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم. فلذا كان

صالحًا لإضافة الفرقة إليه في البقاء، ثم لا يضر كون بعض الاختلاف غير مانع كاختلاف المسلم والكتابية؛ لأن مثل ذلك خارج عن محل الخلاف فلا يصح للنقض. وأيضًا لا مانع من إضافة الفرقة إلى إسلام المسلم لا باعتبار إسلامه بل باعتبار ما يترتب عليه من تفويت لمقاصد النكاح المشروع لأجلها في الأصل، وعلى ذلك فلا تصح دعوى تعين إباء من عرض عليه الإسلام لإضافة الفرقة إليه، وإذن فلا ضرورة محوجة إلى عرض الإسلام على المتأخر.

وأجيب: بأن الإسلام لما كان سببًا في استباحة النكاح بدليل أن الزوج الكافر إذا أسلم تحل له المسلمة التي كانت حرامًا عليه من قبل، فلا يصح أن يكون سببًا في الفرقة المنافية لأصله؛ لأن ما كان سببًا في إباحة المحظور لا يكون سببًا في منعه، وإلا لعاد الشيء على موضوعه بالنقض وهو غير جائز.

هذه أدلة الأقوال في المسألة لم تسلم أكثريتها من المناقشة مما جعل ابن القيم يتركها جميعًا ويرى في المسألة رأيًا جديدًا صرح به في «زاد المعاد» فقال: «الذي دلّ عليه حكمه ﷺ أنّ النكاح موقوف فإن أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته، وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شئت، وإن أحببت انتظرت، فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح، ولا نعلم أحدًا جدّد نكاحه بعد الإسلام ألبتة، بل كان الواقع أحد أمرين: إما افتراقهما ونكاحها غيره، وإما بقاءها عليه وإن تأخر إسلامها أو إسلامه. وأما تخيير الفرقة، أو مراعاة العدة فلا نعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواجدةٍ منهما مع كثرة من أسلم في عهده من الرجال وأزواجهم، وقرب إسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه.

ولولا إقراره ﷺ الزوجين على نكاحهما وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر بعد صلح الحديبية وزمن الفتح - لقلنا بتعجيل الفرقة بالإسلام من غير اعتبار عدة لقوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ جُنُودٌ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وقوله: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا بِعِصْمِ الْكُوفَرِ﴾ [الممتحنة: ١٠].

ونستخلص من كلام ابن القيم السابق أنه يرى العدة صالحة لإنهاء النكاح متى أرادت الزوجة بدليل أنه صحح لها التزوج بالأزواج بعد انقضائها، فإذا لم ترد بقي الأمر على حاله كما كان قبل انقضائها، ثم إذا أسلم الزوج بعد استمرار النكاح الأول لكن قضية تصحيح زواجها بالغير بعد تمام العدة تفيد أن انتهاء العدة كان سببًا في تقرر الفرقة وحل المرأة للأزواج وهو ما بينا ضعف دليله وقلنا: أنه لم يعهد في الشرع اعتبار عدة من غير وجود فرقة ثم إننا بعد ذلك نقول: متى علم أنه لم يثبت عن رسول الله ﷺ قاطع في المسألة وأنه في الإمكان حمل الذي ورد على حدوثه في صدر الإسلام قبل نزول آية تحريم المسلمات على المشركين، وبالعكس جريا على سياسة الإسلام الحكيمة في بادئ أمره ومسيرة التدرج في التشريع إذ لم يُرد أن يفاجأ من يدخل في الإسلام من حرمانه زوجته. ولا تدخل فيه بفرقتها من بعلمها وتشتيت أولادها حتى لا يرجعون على أعقابهم ناكسين.

ولكن بعد أن ثبتت أركان الإسلام وأقيمت دعائمه وقويت شوكته، وانتشرت دعوته ورسخ في قلوب أهله، وجدنا الخليفيتين عمر وعلي يعرضان الإسلام على من تأخر =

ويكون طلاقاً إن كان الكافر هو الزوج والمرأة أسلمت والزوج من أهل الطلاق، وإذا لم يكن من أهل الطلاق بأن كان صبياً إلا أنه عقل الإسلام وعرض عليه الإسلام، [فإن أبي]^(١) أن يسلم ففيه اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: هي فرقة بطلاق عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - كما في البالغ إذا أسلمت امرأته وأبي^(٢) هو الإسلام.

وقال بعضهم: هي فرقة بغير طلاق إجماعاً.

وإن كان الكافر هي المرأة وهي مجوسية والزوج المسلم وعرض عليها الإسلام فأبت أن تسلم فرق القاضي بينهما سواء كانت المرأة [كبيرة أو صغيرة عاقلة]^(٣) وتكون هذه الفرقة بغير طلاق إجماعاً، وهذه الفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي [أيضاً]^(٤).

ثم التفريق في هذين الفصلين إذا كان الزوج صغيراً أو كانت المرأة صغيرة قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -؛ لأن على قولهما ردتها عن الإسلام صحيحة وإبائها^(٥) إنكار^(٦) بعد الإقرار فأولى أن يصح إبائها وإنها امتناع عن القبول. فأما على قول أبي يوسف فقد اختلف المشايخ فيه، منهم: من لم يصح إبائها على قوله [وسوى بين الإباء وبين الردة حتى أن على قول هؤلاء لا يفرق بينهما. ومنهم: من صحح إبائها وفرق بين الإباء والردة]^(٧) على قوله، فعلى قول هذه القائل يفرق بإبائها على قوله^(٨).

= إسلامه فإذا ما أبي حكماً بالتفريق. وهذا رأي ثاقب صادر عن فكر سديد. ينظر: فتح القدير على الهداية (٥٠٦/٢)، والشرح الكبير للدسوقي (٢٦٧/٣)، وشرح الخرشي (٢٢٧/٣)، وبداية المجتهد (٤١/٢)، والمحلى (٥١٢/٥)، ونيل الأوطار (٦/١٦١).

(٧) في ب: القاضي بينهما.

(١) في ب: فأبي.

(٢) في ب: وقد أبي.

(٣) في ب: صغيرة أو كبيرة عاقلة.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وإنها.

(٦) في أ: أنكر.

(٧) المحيط البرهاني (١٤٦/٣).

(٨) سقط في أ.

والفرقة باللعان وإنها فرقة بطلاق، وهذه الفرقة لا تقع إلا بقضاء [أيضا، فإنهما بعدما تلاعننا لا تقع الفرقة بينهما إلا بقضاء] ^(١) القاضي [عندنا] ^(٢) خلافا للشافعي - رحمه الله - .

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: هذا الجواب على قول أبي يوسف لا يستقيم، فإنه يقول: البائن باللعان حرمة مؤيدة كحرمة الرضاع والمصاهرة، والحرمة بسبب الرضاع والمصاهرة لا تتوقف على قضاء القاضي .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : ما ذكر من الجواب مستقيم على قول أبي يوسف أيضا؛ لأن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة المصاهرة والرضاع بل يفسد، حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشته، نص عليه محمد - رحمه الله - في نكاح الأصل .
والفرقة في النكاح الفاسد لا تقع إلا بتفريق القاضي أو الزوج .

قال: وإذا خرجت الحربية مسلمة إلى دار الإسلام ولم ^(٣) يخرج زوجها، ولكن طلقها في دار الحرب قبل أن يسلم لم يقع طلاقه عليها .

أما ^(٤) على قول أبي حنيفة ^(٥) - رحمه الله - فلأنها وإن كانت في عدته إلا [أن هذه] ^(٦) عدة لا نفقة على صاحب العدة فيها ولا سكنى، فإنه ما دام حربيا في دار الحرب والمرأة في دار الإسلام لا يجب عليه النفقة ولا السكنى فأشبه العدة من النكاح الفاسد، والمعتمدة [من النكاح الفاسد] ^(٧) لا يقع عليها طلاق الزوج .

وهذا بخلاف ما لو أسلم وطلقها بعد ما أسلم في دار الحرب أو بعد ما خرج إلى دار الإسلام حيث يقع طلاقه عليها عند محمد - رحمه الله-؛ لأنه إذا أسلم فقد وجب عليه النفقة والسكنى، فشابه هذه العدة العدة من النكاح الصحيح فيقع طلاقه

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في ب .

(٣) في ب: فلم .

(٤) في ب: أبدا .

(٥) في ب: يوسف .

(٦) في م: أنها .

(٧) في ب: عن نكاح فاسد .

عليها كما يقع طلاق الزوج على معتدته نكاحًا صحيحًا؛ ولأن محل الطلاق بقضية الأصل النكاح؛ لأن الطلاق وضع لقطع النكاح، وإنما يقع في المواضع التي يقع تشبها بحالة النكاح، فإذا خرجت المرأة إلينا مسلمة والزوج كافر في دار الحرب ولا نظير لهذا من النكاح؛ إذ لا يجوز أن تكون المرأة المسلمة في دار الإسلام زوجة لحربي [و] ^(١) هو في دار الحرب، فلا يمكن إيقاع طلاقه عليها تشبها بحالة النكاح، فأما بعد ما أسلم زوجها وخرج إلى دار الإسلام [و] ^(٢) هو في دار الحرب فله نظير من النكاح؛ إذ لا يجوز أن يكون للمرأة المسلمة في دار الإسلام زوج مسلم في دار الحرب فيمكن إيقاع طلاقه عليها ما دامت العدة باقية تشبها بحالة النكاح.

وهذا عندهما: نظير حرة تحت عبد اشترت زوجها لا يقع طلاق الزوج عليها، وإذا باعته أو أعتقته وهي في العدة بعد ما يقع طلاقه عليها.

أما على الوجه الأول: فلأنه ما دام عبدا لها [فلا نفقة لها عليه ولا سكنى فلا يقع طلاقه عليها، وبعدها باعته أو أعتقته فلها النفقة والسكنى عليه ويقع طلاقه عليها. وأما على الوجه الثاني: فلأنه ما دام عبداً لها] ^(٣) فهذه حالة لا نظير لها من النكاح؛ لأن حالة النكاح أن يكون الزوج قواما على امرأته والمرأة هاهنا هي القوامة على زوجها فلا يمكن إيقاع الطلاق عليها في هذه الحالة تشبها ^(٤) بحالة النكاح، ولا كذلك بعدما باعته أو أعتقته.

ونظير هذه عندهما أيضا: الرجل إذا ارتد عن الإسلام ولحق بدار الحرب كانت على امرأته العدة، فإن طلقها المرتد وهو في دار الحرب لم يقع طلاقه عليها، ولو أسلم ثم طلقها في دار الحرب أو بعد ما خرج إلى دار الإسلام وقع طلاقه عليها، وإنه يخرج على [الوجهين جميعا فكذا] ^(٥) في مسألتنا.

وإذا كانت المرأة معتدة بعدة الوطاء لا بعدة الطلاق لا يقع طلاق الزوج عليها، إنما يقع طلاق الزوج على المعتدة إذا كانت معتدة بعد الطلاق، بيان هذا: إذا طلق

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: أو.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: تشبها.

(٥) في أ: وجهين وكذا.

امراته واحدة بائنة أو ثنتين، أو طلقها ثم وطئها في العدة من غير دعوى الشبهة ومع العلم بالحرمة استأنف^(١) العدة بكل وطأة وتتداخل مع العدة الأولى لثلا تنقضي الأولى، وإذا انقضت الأولى [و]^(٢) بقيت الثانية والثالثة [كانت الثانية والثالثة]^(٣) عدة الوطء لا عدة الطلاق، فلو أن الزوج طلقها في هذه العدة لا يقع عليها الطلاق ولو ارتدت المرأة ولم تلحق بدار الحرب وطلقها الزوج وهي في العدة وقع عليها الطلاق، ولو خالعها لا يقع الطلاق؛ لأن بالارتداد بانة والمبانة يلحقها صريح الطلاق أما لا يلحقها الخلع.

* * *

(١) في ب: يستأنف.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

الفصل الخامس عشر

في تفويض الطلاق إليها أو إلى أجنبي

هذا الفصل يشتمل على أنواع، نوع منها: في تفويض الطلاق إليها، أو إلى أجنبي بقوله لها: أمرك بيدك. أو للأجنبي^(١): أمر امرأتي بيدك. إذا قال الرجل لامرأته: أمرك بيدك. ينوي الطلاق، فإن كانت تسمع فأمرها بيدها ما دامت في مجلسها، وإن لم تسمع فأمرها بيدها إذا علمت أو بلغها. والأصل في هذا: أن الزوج يملك إيقاع الطلاق بنفسه فيملك التفويض إلى غيره ويتوقف عمله على العلم؛ لأن تفويض طلاقها إليها يتضمن معنى التملك؛ لأنها فيما فوض إليها من طلاقها عاملة لنفسها يكون^(٢) مالكا ولا يكون نائبا عن الغير، وعمل التمليكات يقف على علم من يقع التملك منه ولأجل ذلك اقتصر الجواب على المجلس كما في سائر التمليكات، إلا أن هذا التملك مفارق سائر التمليكات من حيث إنه تبقى إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة، وسائر التمليكات لا يبقى إلى ما وراء المجلس؛ لأن هذا التملك يضمن معنى التعليق فإن الإيقاع [و]^(٣) إن صدر من غير الزوج، إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج، فلا بد من اعتبار معنى التعليق، فقلنا: ببقاء^(٤) الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة، واعتبرنا معنى التملك، فقلنا: بالاختصار على مجلس العلم، عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

والذي ذكرنا فيما إذا جعل أمرها بيد أجنبي، إذا^(٥) كان الأجنبي يسمع كلامه فأمرها بيد الأجنبي ما دام في مجلسه، وإن لم يسمع فأمرها بيده إذا علم، ثم الأمر باليد قد يكون مرسلا وقد يكون معلقا بالشرط، بأن قال: إذا قدم فلان فأمر امرأتي بيدها. أو قال: بيد فلان، فإن كان مرسلا فهو على وجهين: إن كان مطلقا غير مؤقت فحكمه ما ذكرنا أن المفوض إليه إن كان يسمع فأمرها بيده إذا علم أو بلغه ما

(١) في ب: لأجنبي.

(٢) في ب: فيكون.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: يبقى.

(٥) في ب: إن.

دام في ذلك المجلس، وإن لم يسمع أو كان غائبا فإنما يصير الأمر بيده إذا علم أو بلغه الخبر، ويكون الأمر في يده ما دام في مجلس العلم، والقبول في المجلس ليس بشرط، ولكن إذا رد المفوض إليه ذلك يرتد برده، وهذا لما ذكرنا أن الأمر باليد يتضمن معنى التملك ومعنى التعليق، والقبول في التعليقات ليس بشرط فاعتبرنا معنى التعليق فلم يشترط القبول من المفوض إليه، فاعتبرنا^(١) معنى التملك فقلنا: يرتد بالرد عملا بالمعنيين بقدر الإمكان.

فأما إذا^(٢) كان مؤقتا بوقت، فإن علم المفوض إليه بالأمر مع بقاء شيء من الوقت فله الخيار في بقية الوقت ولا يبطل بالقيام عن المجلس، وإن مضى الوقت قبل علم المفوض إليه بذلك ينتهي الأمر؛ لأنه خص التفويض بزمان فلا يبقى بعد مضي ذلك الزمان.

فأما^(٣) إذا كان الأمر معلقا بالشرط فإنما يصير الأمر في يد المفوض إليه إذا جاء الشرط، فإذا جاء الشرط فإن كان الأمر مطلقا غير موقت [بوقت]^(٤) صار الأمر في يده في مجلس علمه، والقبول في ذلك المجلس ليس بشرط لكن يرتد بالرد، وإن كان موقتا فعلم المفوض إليه بالأمر مع بقاء شيء من الوقت فالأمر في يده ما دام ذلك الوقت باقيا، فإذا مضى الوقت قبل العلم ينتهي الأمر.

وإذا قال لها: أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة، فلها الأمر من تلك الساعة إلى استكمال المدة التي ذكر ولا يسقط بالقيام عن المجلس ولا بشيء آخر، وهذا لما ذكرنا أن في هذا التفويض معنى التعليق، والتوقيت يلائم التعليق فصح من حيث إنه يتضمن التعليق، وإذا صح التوقيت صار الطلاق بيدها في هذه المدة، فلو بطل الأمر بعد ذلك بقيامها عن المجلس أو بشيء آخر لم يكن للتأقيت حينئذ فائدة ويكون الشهر هاهنا بالأيام؛ لأن التفويض حصل في بعض الشهر، فلا يمكن اعتبار الأهلة فيه، فيعتبر الأيام بالإجماع. ولو عرف فقال: هذا اليوم أو [قال]^(٥): هذا الشهر أو

(١) في ب: واعتبرنا.

(٢) في ب: إن.

(٣) في ب: وأما.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

قال: هذه السنة كان له الخيار في بقية اليوم والشهر والسنة، ويكون الشهر هاهنا على الهلال.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال [لها]^(١): أمرك بيدك هذا اليوم، فهذا على اليوم كله.

ولو قال: في هذا اليوم، كان على مجلسها؛ لأن في الفصل الأول جعل كل اليوم وقتاً للأمر باليد، فعم الوقت، وفي الفصل الثاني جعل الأمر بيدها في جزء من اليوم؛ لأنه جعل اليوم ظرفاً، وذلك لا يقتضي التعميم، فإن المظروف قد يشغل جزءاً من الظرف، ألا ترى أنه لو قال: لله علي صوم عمري، يلزمه صوم العمر، ولو قال: في عمري، يلزمه صوم يوم من العمر، [فهذا يبين]^(٢) لك الفرق بين اللفظين.

وذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا قال لها: أمرك بيدك رأس الشهر، كان الأمر بيدها الليلة التي يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل، ولو قال لها: أمرك بيدك في رأس الشهر، كان لها مجلسها حتى تغرب الشمس. قال: ألا ترى أنه لو قال لها أمرك بيدك غداً. كان لها الغد كله. ولو قال: في غد، كان على المجلس حتى تغرب الشمس من الغد.

وذكر إبراهيم عن محمد - رحمه الله - ما يخالف هذا، فقد روي عنه: إذا قال [لها]^(٣): أمرك بيدك رمضان، أو قال: في رمضان، فهما سواء، والأمر بيدها^(٤) رمضان كله، وكذلك إذا قال لها: أمرك بيدك غداً أو في غد، فهما سواء.

وفي القدوري روى عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا^(٥) قال لها: أمرك بيدك إلى رأس الشهر، فلها أن تطلق نفسها مرة واحدة في الشهر، وليس لها أن تطلق أخرى في الشهر؛ لأنه جعل الشهر وقتاً للطلاق فإذا طلقت مرة واحدة فقد استوفت ما جعل إليها، فلا تملك إيقاع العدد، ولا يخرج الأمر من يدها بتبدل المجلس

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: فبهذا يتبين.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: في يده.

(٥) في ب: أنه إذا.

ليكون التأقيت مقيداً.

ولو قالت: اخترت زوجي، بطل خيارها في اليوم، ولها أن تختار نفسها من الغد في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : خرج الأمر من يدها في الشهر كله .
ذكر القدوري - رحمه الله - الخلاف في هذه المسألة على هذا الوجه، وذكر الخلاف في مثل هذه المسألة على عكس هذا في جميع الشهر عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يبطل خيارها في مجلس آخر .
وجه قول من قال بأن خيارها لا يبطل في مجلس آخر: [أن] ^(١) ردها كقيامها عن المجلس، فإذا لم يبطل قيامها اختيارها في المجلس الثاني، كذا الرد .
وجه قول من يقول ببطلان الخيار في المجلس الثاني: أن الأمر متحد في نفسه، وقد صادفه الرد صريحاً فيبطل في نفسه، بخلاف القيام عن المجلس؛ لأنه ليس برد صريحاً، وإنما هو امتناع عن الاتحاد فبقي في نفسه، إذ لو لم يبق في نفسه لم يكن التوقيت ^(٢) مفيداً .

ولو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد غد، [لم] ^(٣) يدخل الليل في ذلك، حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع، وإن ردت الأمر في [يدها بعد غد .
وإن قال: أمرك بيدك اليوم وغداً . وردت الأولى اليوم] ^(٤)، بطل أمر ذلك اليوم وغداً دخلت الليلة تحت الأمر، وإن ردت الأمر في يومها ذلك، لم يكن لها الأمر في الغد، هكذا ذكر محمد ^(٥) - رحمه الله - المسألة في الجامع الصغير .

وإنما لم تدخل الليلة في الفصل الأول؛ لأن كل واحد من اليومين ذكر منفرداً ^(٦)، واليوم المنفرد لا يستتبع ما يآزاه من الليل، وإنما دخل الليل في الفصل

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: التأقيت .

(٣) سقط في ب .

(٤) في ب: يومها .

(٥) زاد في ب: في .

(٦) في ب: مفرداً .

الثاني؛ لأنه جمع بين اليوم والغد في الفصل الثاني بحرف الجمع فينزل منزلة الجمع بلفظ الجمع، فكأنه قال: يومين، وهناك يدخل الليلة [لما عرف أن اسم اليومين يستتبع الليلة]^(١). وإنما كان لها الأمر بعد الغد في الفصل الأول الموجود أمران؛ لأن بمجيء الغد ينقطع الأمر الأول لما يدخل الليلة في الأمر، والأمر إذا انقطع لا يعود إلا بتجديد الأمر، فاقضى ذكر ما بعد الغد معطوفا على اليوم أمرا آخر حتى يصح العطف؛ فثبت أن الأمر متعدد بإبطال^(٢) أحدهما لا يكون إبطالا للآخر، كما لو قال لها: أمرك بيدك اليوم، وأمرك بيدك بعد غد، بخلاف المسألة الأولى.

[و]^(٣) على قول من يقول ببطلان الخيار في جميع الشهر إذا قالت: اخترت زوجي؛ لأن هناك الأمر واحد؛ لأن الوقت واحد ما لم يتخلله وقت لا خيار فيه؛ ولهذا دخلت الليالي، وإذا كان الأمر واحدا [فإن أبطل]^(٤) بالرد لا يبقى في نفسه. أما^(٥) الفصل الثاني: الموجود أمر واحد؛ لأنه جمع بين الغد أو اليوم بحرف الجمع، فصار كأنه جمع بينهما بلفظ الجمع، وهناك [الأمر واحد]^(٦) فهنا كذلك فإذا أبطلته في اليوم بطل في نفسه.

وذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا قال لها: أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد، وكذلك إن ردت اليوم^(٧) فلها الخيار بعد الغد، ثم رجع عن هذا أو قال: إن أردت^(٨) اليوم، بطل الأمر كله.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا قال لها: أمرك بيدك هذه السنة، فاختارت نفسها، ثم تزوجها، لم يكن لها خيار في باقي السنة؛ لأن الأمر واحد إلا أنه ممتد^(٩)، فإذا استوفت مرة لا يبقى في نفسه.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: بإبطال.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: فإذا بطل.

(٥) زاد في ب: في.

(٦) في ب: يكون الأمر واحداً.

(٧) زاد في ب: غداً.

(٨) في ب: ردت الأمر.

(٩) في أ: مقيد.

قال أبو يوسف: وقياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - إن ثبت لها خيار آخر، ولم يظهر لنا وجه القياس.

ولو طلقها زوجها ولم يكن دخل بها ثم تزوجها في تلك السنة فلها الخيار في قول أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأنها لم تستوف موجب الخيار، وتطبيقات ذلك الملك باقية فيبقى موجب التخيير^(١).

وقال أبو يوسف: لا خيار لها لأن الزوج أزال بنفسه عين ما جعل إليها إزالته فيخرج الأمر من يدها؛ كالموكل بالبيع إذا باع عين ما وكل ببيعه، غير أن هذا مشكل؛ لأن التخيير ينصرف إلى تطبيقات هذا الملك، فإذا بقي شيء من تطبيقات هذا الملك يبقى^(٢) موجب التخيير.

إذا قال لها: أمرك بيدك في تطليقة فهي تطليقه رجعية؛ لأنه جعل أمرها بيدها في تطليقة والتطليقة معقبة الرجعية بالكتاب. المسألة في القدوري.

وفي المنتقى: إذا قال لها: أمرك بيدك في ثلاث تطبيقات، فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين فهي رجعية.

إذا قال لامرأته: أمري بيدك، فطلقت نفسها، قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : المختار أنه يقع الطلاق؛ لأن هذا أبلغ في التفويض من جعل أمرها بيدها.

وفي البقالي عن محمد - رحمه الله - : أنه لا يقع الطلاق.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا جعل الرجل أمر امرأته بيد صبي أو مجنون أو عبد أو كافر، فهو في يده^(٣) قبل أن يقوم من ذلك المجلس، وليس له أن يخرج عن ذلك الأمر ما دام في ذلك المجلس كما لو فوض ذلك إلى المرأة.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : ولا إشكال أن التفويض إلى الكافر والعبد صحيح؛ لأن العبد والكافر من أهل التملك، وكذلك الصبي الذي يعقل من أهل التملك، و[إنما]^(٤) الإشكال في الصبي الذي لا يعقل والمجنون؛ لأنهما ليسا من أهل التملك، فينبغي ألا يصح جعل الأمر بيدهما؛ لأن

(١) في ب: الخيار.

(٢) في ب: بقي.

(٣) في ب: يديه.

(٤) سقط في ب.

جعل الأمر باليد تمليك؛ ألا ترى أنه لا يصح^(١) سائر التمليكات منهما، فكذا هذا النوع من التمليكات.

ولكن الوجه في ذلك: أن التفويض إلى الصبي والمجنون إذا كان لا يصح باعتبار التمليك، يصح باعتبار التعليق؛ لأن في التفويض تعليقا معني، فكأنه قال لامرأته: إن كان قال لك: هذا الصبي أو هذا المجنون [في هذا المجلس]^(٢): أنت طالق، فأنت طالق. ولو صرح بذلك، ثم قال ذلك الصبي أو ذلك المجنون لها: أنت طالق، أليس أنها تطلق كذا هاهنا، إلا أنه يقتصر على المجلس، وإن كان جوازه باعتبار التعليق؛ لأن [هاهنا]^(٣) التعليق إنما كان في ضمن التمليك، والتمليك يقتضي جوابا في المجلس، وأمكن اعتبار الاقتصار على المجلس، ألا ترى أنه لو قال لها: إن قال لك هذا المجنون في هذا المجلس: أنت طالق، [فأنت طالق]^(٤)، فإنه يصح ويقتصر على المجلس، كذا^(٥) هاهنا.

وعن هذا التعليق استخرجنا جواب مسألة صارت واقعة [للفتوى فصورتها]^(٦): إذا قال لامرأته وهي صغيرة: أمرك بيدك، ينوي الطلاق فطلقت نفسها، صح ووقع الطلاق؛ لأن تقدير كلامه كأنه قال لها: إن طلقت نفسك فأنت طالق، ولو صرح بذلك وطلقت نفسها أليس إنها تطلق، كذا هاهنا.

إذا جعل أمر امرأته بيدها فقال الزوج: أنت علي حرام، أو أنت مني بائن، أو أنا عليك حرام، أو أنا منك بائن، فهذا كله باطل^(٧).

ولو قال: أنت حرام، ولم يقل: علي، أو قال: أنت بائن، ولم يقل: مني فهو باطل.

ولو قال: أنا حرام، ولم يقل: عليك، أو قال: أنا بائن، ولم يقل: منك. فهذا كله باطل.

(١) زاد في ب: جعل الأمر.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: فكذا.

(٦) في ب: الفتوى في صورتها.

(٧) في ب: طلاق.

وفي المنتقى: إذا قال لامرأته: طلقي نفسك. فقالت: أنا حرام، أو خلية، أو برية، أو بته. [وهي بائن]^(١) فهذا كله طلاق.

والأصل في هذا: أن كل شيء يكون من الزوج طلاقاً فيما يقوله إذا سألته المرأة فأجابها، فإذا أوقعت المرأة مثل ذلك على نفسها بعدما صار الطلاق بيدها يقع الطلاق.

والمرأة لو قالت لزوجها: طلقني، فقال الزوج: أنت حرام، أو أنت بائن، كانت طالقا. فإذا قالت المرأة مثل ذلك بعدما صار الطلاق بيدها^(٢) يكون طلاقاً أيضاً. ولو قالت لزوجها: طلقني، فقال لها: الحقي بأهلك. وقال: لم أنو به الطلاق، كان مصدقا ولا يقع الطلاق، فإذا قالت المرأة مثل ذلك بعدما صار الطلاق مفوضاً إليها بأن قالت: ألحقت نفسي بأهلي، لا تطلق.

رجل جعل أمر امرأته بيدها فقالت: «دست بارداسم». ولم يقل: «حويين ذالاشنين». ولو قالت: عنيت نفسي، إن كان المجلس قائماً، صدقت؛ لأنها تملك الإنشاء، وإن تبدل المجلس لا تصدق، وإنما لا تبين في الصورة الأولى لأنها لم تصف الإبانة إلى نفسها، فصار كما لو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت. هكذا ذكر في فتاوى الفضلي.

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: ينبغي أن يقع استدلالاً بمسألة الجامع فإنه إذا قيل للمرأة: «حولى حريرى»، فقالت: «حردم» ثم قيل للزوج: تزوجني. فقال: «فروحتم». يتم الخلع، وإن لم توجد الإضافة إلى المرأة.

ولا يستقيم الاستدلال بمسألة الخيار؛ لأن^(٣) ثمة لم توجد الإضافة إلى نفسها من الجانبين، حتى لو قال لها: اختاري نفسك، فقالت: اخترت، يقع الطلاق. وهاهنا وجدت الإضافة إليها من جانب الرجل حين جعل أمرها بيدها، وذلك كاف لوقوع الطلاق. وستأتي مسألة الخيار وتفصيلها بعد هذا^(٤) إن شاء الله تعالى.

ولو قالت: (افكندم تسأل ماذا فكندي). إن قالت: الطلاق، تطلق وما [لا]^(٥)

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: في يدها.

(٣) في أ: لأنه.

(٤) في أ: ذلك.

(٥) سقط في ب.

فلا. وإن قالت: (طلاق الكندم). تطلق، نوى الطلاق أم لا، [وكذا إذا قالت: (امرا فكندم). تطلق، نوى الطلاق أو لا] (١)؛ لأن هذا اللفظ بحكم العرف تعين لإيقاع الطلاق. يقال: (رن فلان أمرا فكندو) يفهم فيما بين الناس أنها تطلق نفسها. وإذا جعل أمر امرأته [بيد أبيها، فقال أبوها: قبلتها. طلقت، وكذلك إذا جعل أمرها] (٢) بيدها، فقالت: قبلت نفسي. طلقت.

سئل الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - عن رجل جعل أمر امرأته بيدها على أنه إن غاب عنها شهرين فهي تطلق نفسها متى شاءت، فغاب شهرين إلا يوما وحضر في اليوم الآخر فغيبت المرأة نفسها حتى مضى شهران ثم طلقت نفسها، [فأجابه: بأن] (٣) يقع الطلاق، وفيه نظر تأمل يعرف إن شاء الله تعالى. إذا جعل أمر امرأته بيدها على أنه متى (٤) غاب عنها عن بخارى [شهرين فهي تطلق نفسها متى شاءت، فغاب عن بخارى شهرين] (٥) وكان ذلك قبل أن يني بها فطلقت المرأة نفسها.

فقد قيل: بأنها لا تطلق؛ لأن الغيبة عنها قبل البناء لا تتحقق؛ لأن الغيبة إنما تتحقق من الحاضر، وقبل البناء بها هو غائب عنها فلا تتحقق الغيبة. رجل جعل أمر امرأته بيدها على أنه متى ضربها بغير جناية فهي تطلق نفسها [متى شاءت] (٦)، فخرجت من البيت بغير إذن الزوج فضربها هل يصير الأمر بيدها؟ [فقد قيل: لا يصير الأمر بيدها] (٧) إن أوفى صداقها المعجل، وإن لم يوفها ذلك يصير الأمر بيدها (٨)؛ لأنه إذا لم يوفها المعجل فلها أن تذهب لبيت أبيها من غير إذنه وتمنع نفسها لاستيفاء المعجل فلا يكون الخروج جناية. وكان [الإمام] (٩) ظهير الدين المرغيناني يفتي بأن الأمر لا يصير في يدها من غير

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فأجاب أن.

(٤) في ب: إن.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: في يدها.

(٩) سقط في ب.

تفصيل .

وكان يقول: خروجها من البيت جناية مطلقة؛ إذ ليس لها ولاية الخروج عن بيت الزوج بغير إذن الزوج تمنع نفسها منه لأجل الصداق، فإنه يمكنها منع نفسها عنه في بيته .

والأول أصح، فقد ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه في كتاب النكاح: وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله حتى يوفيهما جميع المهر. جعل أمرها بيدها على أنه متى ضربها بغير جناية فهي تطلق نفسها، ثم قال لها الزوج: (لعت بربوباد). فقالت: (لعت خود بربوباد).

تكلموا فيه، بعضهم قالوا: هذا ليس بجناية منها؛ لأنها [ثانية وليست] ^(١) ببائنة. وعامتهم: على أن هذا جناية منها، وهو الأصح؛ إذ ليس فيها ^(٢) قصاص في الشرع، حتى لا يكون الثاني جانياً.

وعلى هذا إذا قال لها: (أي ما درساها). فقالت المرأة: (ما درب أست ستاهه). فعلى قول الأولين: هذا جناية؛ لأنها بائنة ^(٣).

والعامة تكلموا فيما بينهم، قال بعضهم: إن كانت أم الزوج حية فهذا ليس بجناية منها على ^(٤) حقه، وإن كانت أمه ميتة فهذا جناية منها في حقه ^(٥).

وبعضهم قالوا: لا يصير الأمر بيدها سواء كان أم الزوج حية أو ميتة؛ لأن الزوج ذكر الجناية مطلقاً ^(٦) وما ذكر الجناية في حقه.

ألا ترى أنها لو تركت الصلاة في هذه الصورة فضربها لا يصير الأمر بيدها. قلنا: وشتمه جناية سواء كانت ^(٧) أمه حية، إذا جعل أمرها بيدها على أنه متى ضربها بغير جناية فهي تطلق نفسها فلازمت الزوج لأجل الكسوة فضربها صار الأمر

(١) في أ: تنادسه، وفي ب: بائنة وليس .

(٢) في ب: في هذا .

(٣) في أ: ثانية .

(٤) في ب: في .

(٥) المحيط البرهاني (٣/٢٤٤).

(٦) في ب: مطلقة .

(٧) في ب: كان .

بيدها؛ لأن هذه ليست بجناية؛ لأن^(١) لصاحب الحق حق الملازمة، فلو كانت تعلقت به وأخذت لحيته فهذا منها جناية؛ إذ ليس لها ذلك شرعاً. ولو قالت: (مرادهاد) فهذا جناية منها، وكذلك إذا قالت: (له لي حراي دلت) فهذا جناية منها، ولو قالت: (برحد). فإن كان كذلك فهذا ليس بجناية [منها]^(٢)، وإن لم يكن كذلك فهو جناية منها. ولو قال لها: لا تفعلي هكذا. فقالت: (حوس من ادم). إن كان قال ذلك في فعل هو معصية، فهذا منها جناية، وإن كان قال في فعل هو ليس بمعصية، فهو ليس بجناية.

ولو كشفت عن غير محرم زوجها فقد قيل: هذا جناية. وقد قيل: [ليس هذا]^(٣) بجناية.

والتكلم ورفع الصوت مع غير المحرم جناية بلا خلاف. وإذا جعل أمر امرأته بيدها على أنه متى ضربها بغير جناية منها فهي تطلق نفسها متى شاءت، فخاصمته المرأة إلى القاضي وقالت: إنه ضربني بغير جناية وطلقت نفسي، وطالبته ببقية المهر، فسأل القاضي الزوج لماذا^(٤) ضربتها؟ فقال الزوج: (نعصدي ردم)^(٥). فقالت المرأة للقاضي: إنه أقر بالضرب وأقر بشرط صحة إيقاع الطلاق فمره بتسليم بقية مهري إليّ، فجاء الزوج بعد ذلك عند القاضي، وادعى أنه ضربها بجناية كانت منها وقامت على ذلك بينة، فاستفتوا عن صحة دعواه فاتفتت الأجوبة على فساده لمكان التناقض.

ووجه ذلك: أن المرأة ادعت الضرب بغير جناية؛ [لأن كلامه صريح]^(٦) والقاضي سأله عن ذلك؛ لأن القاضي إنما يسأل المدعى عليه عما يدعيه المدعي، فإذا أقر بالضرب فقد أقر بالضرب بغير جناية؛ [لأن كلامه]^(٧) خرج جواباً لسؤال

(١) في ب: فإن.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: هذا ليس.

(٤) في ب: لما.

(٥) في ب: يقصد به ردم.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: لأنه خلافه.

القاضي، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فيصير بدعوى الضرب بالجناية بعد ذلك متناقضا فلا يسمع دعواه، فيمكن أن يقال: يسمع دعواه ولا تناقض فيه؛ لأنه ما أقر أولا بالضرب بغير جناية؛ لأن القاضي لم يسأله عن الضرب بغير جناية [نصاً]^(١) بل سأله عن الضرب مطلقا، وسؤاله عقيب دعواها الضرب بغير جناية؛ [لا يدل على تقييد السؤال بالضرب بغير جناية]^(٢) إذ يجوز أن يسأله عن أصل الضرب حتى إذا جحد الضرب أصلا فأمرها بإقامة البينة على الضرب، ولو أقر بالضرب يسأله: أكان الضرب بجناية، أو كان بغير جناية؟ فلا يتقيد السؤال عن الضرب بغير جناية بالشك، فلا يصير الزوج بما تكلم مقرا بالضرب بغير جناية، فلا يتحقق التناقض في دعواه الضرب بجناية بعد ذلك. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

قسم آخر من هذا النوع في بيان ما يبطل الأمر باليد وما لا يبطل :
إذا جعل أمر امرأته بيدها أو بيد أجنبي، ثم إنها ردت الأمر، أو رده الأجنبي، لا يبطل الأمر؛ لأن هذا تمليك شيء لازم فيبقى^(١) لازماً، والمسألة^(٢) مروية عن أصحابنا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا جعل أمر امرأته بيدها، فقالت: أعطني كذا إن طلقتني، فقال الزوج: لا أدري ما هذا. فقالت المرأة: إن جعلت أمري بيدي فقد طلقت نفسي، لا تطلق؛ لأنها لما تكلمت بكلام زائد وهو قولها: أعطني كذا إن طلقتني، وقولها: إن جعلت أمري بيدي، فقد قطعنا المجلس.

وفيه أيضاً: رجل قال لامرأته: أمر ثلاث تطليقاتك^(٣) بيدك. فقالت له: لم لا تطلقني بلسانك؟ ثم قالت: طلقت نفسي، طلقت؛ لأن قولها: لم لا تطلقني بلسانك؟ ليس برد للتمليك، فكان لها أن تطلق نفسها بعد ذلك، وفيه نوع نظر؛ لأنه يتبدل به المجلس من حيث إنه كلام زائد إن كان لا يريد به التمليك.

وفي واقعات الناطفي إذا قال لامرأته: أمرك بيدك وأمر امرأتي [الأخرى هذه]^(٤) بيدك، فقالت: قد طلقت فلانة، ثم طلقت نفسها، طلقتا؛ لأن بتطبيق الأولى لم يتبدل المجلس ولم يوجد منها الرد.

إذا قال لامرأته: إن دخلت دار فلان فأمرك بيدك، فدخلت دار فلان ثم طلقت نفسها، إن طلقت نفسها قبل [أن]^(٥) تزايل المكان الذي فيه سميت داخلة طلقت؛ لأنها طلقت والأمر في يدها؛ وإن^(٦) مشت خطوتين ثم طلقت نفسها لا تطلق؛ لأنها طلقت نفسها بعد ما خرج الأمر عن يدها، ثم إذا صار الأمر بيدها كانت على خيارها ما دامت في المجلس، وإن تناولت يوماً أو أكثر؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر، وهذا حكم توقت بالمجلس، ولا يفترق الحال بين أن يطول المجلس وبين

(١) في ب: فيقع.

(٢) في ب: فالمسألة.

(٣) في أ: تطليقات.

(٤) في ب: هذه الأخرى.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: فإن.

أن يقصر؛ ألا ترى أن حكم قبض بدل الصرف والسلم لما توقت بالمجلس لم يفترق الحال بين أن يطول المجلس أو يقصر، وإن قامت عن مجلسها بطل الخيار؛ لأن هذا دليل الإعراض، والأمر باليد يبطل بصريح الإعراض فكذا بدليله، وكذلك إن أخذت في عمل آخر يعلم أنه قطع لما كانت فيه، بطل خيارها، وإن كانت قائمة فقعدت لا يبطل خيارها؛ لأن القعود دليل الإقبال لا دليل الإعراض؛ لأن هذا أمر يحتاج فيه إلى الرأي، والقعود أجمع للرأي، بخلاف ما إذا كانت قاعدة فقامت. ولو كانت قاعدة فاضطجعت أو اتكأت، ذكر شمس الأئمة السرخسي أن عن أبي يوسف روايتين.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في فصل الاضطجاع: أنها إذا وضعت وسادة واضطجعت ووضعت عليها رأسها ففيه اختلاف المشايخ - رحمهم الله -، منهم من قال: لا يبطل خيارها. ومنهم من قال: إذا هيأت [الوسادة]^(١) كما يفعل للنوم فهذا منها تهاون بالأمر وإعراض عنه، فيبطل خيارها. وذكر^(٢) - رحمه الله - فيما إذا كانت قاعدة فاتكأت: أن في ظاهر الرواية لا يبطل خيارها.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يبطل. وإن كانت تمشي حين جعل الزوج أمرها بيدها، فلما سمعت التفويض أجابت في خطوتها ذلك وأسرعت في ذلك حتى سبق جوابها خطوتها بانته منه، وإن [كان]^(٣) سبق خطوتها جوابها لم تبني منه.

وإن جعل أمرها بيدها، فقالت: ادع أبي أستشيره. أو قالت: ادع شهوداً أشهدهم^(٤). فهي على خيارها؛ لأن هذا من باب الإقبال، ودليل الإقبال دون الإعراض، حتى إذا اختارت نفسها ووقعت الفرقة، فالزوج لا ينكرها، وكذا إذا لبست ثياباً من غير قيامها عن المجلس لا يبطل خيارها، وإن لم تجد أحداً يدعو

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: شمس الأئمة.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: أستشهدهم.

الشهود^(١) فقامت بنفسها ولم تنتقل لتدعو بشهود هل يبطل خيارها؟
 اختلف فيه المشايخ، قال بعضهم: لا يبطل خيارها؛ لأنه لم يوجد منها
 الإعراض لا نصًّا، ولا دلالة، فإن هذا القيام ليس دليل^(٢) الإعراض.
 وقال بعضهم: يبطل خيارها؛ لأنه يبطل المجلس إن لم يوجد منها الإعراض،
 وتبطل المجلس يوجب بطلان الخيار، سواء كانت معذورة أو غير معذورة. ألا ترى
 أن الزوج لو أخذ بيدها وأقامها من^(٣) مجلس الخيار بطل خيارها، وإنما يبطل لتبطل
 المجلس لا لوجود الإعراض منها كذا هاهنا.
 ولو جعل أمرها بيدها ثم طلقها طلاقاً بائناً خرج الأمر من يدها، هكذا ذكر في
 ظاهر الرواية.

وفي النوادر: روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما -: أنه لا
 يخرج الأمر عن^(٤) يدها.

ولو طلقها طلاقاً رجعيًّا لا يخرج الأمر عن يدها، قالوا: وهذا إذا كان الأمر
 منجزاً؛ أما إذا كان معلقاً بأن قال: «اكر بردا برمم» - أو ما أشبه ذلك - فأمرك
 بيدك. ثم إنه خالعهما أو طلقها طلاقاً بائناً لم يبطل الأمر حتى لو تزوجها ثم ضربها
 صار الأمر بيدها سواء تزوجها في العدة أو بعد ما انقضت العدة.
 قالوا: والرواية في الممتقى.

وفي الأمالي: إذا قال لها: أمرك بيدك إذا شئت، ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها
 فاختارت نفسها، طلقت عند أبي حنيفة - رحمه الله -، خلافاً لأبي يوسف - رحمه
 الله -.

ولو جعل أمر امرأته بيد امرأة أخرى [له]^(٥)، ثم إنه طلق المرأة المفوض إليها
 طلاقاً بائناً أو خالعهما، لا يخرج الأمر من يدها. والله أعلم.

(١) في ب: بالشهود.

(٢) في ب: بدليل.

(٣) في ب: عن.

(٤) في ب: من.

(٥) سقط في ب.

نوع آخر في تفويض صريح الطلاق إليها أو إلى أجنبي:

إذا^(١) قال الرجل لامرأته: طلقي نفسك، فليس له أن يرجع عنه، فإن قامت عن مجلسها، بطل الأمر؛ لأن قوله: طلقي نفسك. يتضمن معنيين: معنى التعليق، ومعنى التمليك. فاعتبر معنى التمليك حتى اقتصر على المجلس، واعتبر معنى التعليق فلم^(٢) يصح الرجوع عنه، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

ولو قال لأجنبي: طلق امرأتي، ثم أراد الرجوع عنه، صح. ولو قام عن مجلسه لا يبطل الأمر ما لم ينهه عنه صريحاً؛ لأن مطلق الأمر للأجنبي [توكيل؛ لأنه يعمل للغير لا لنفسه، والتوكيل]^(٣) لا يتقيد بالمجلس كسائر الوكالات، وهذا لأن الأمر مستعين والمأمور معين، وقد يتيسر على المعين الإعانة في المجلس، وقد لا يتيسر فلم يقتصر على المجلس، ولا يمكن الرجوع عنه تحقيقاً لمقصود الأمر.

وقيل: الرجوع عنه دفعا لضرر المنة عن نفسه.

[قال]:^(٤) ولو قال لأجنبي: طلق امرأتي إن شئت، يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع عنه؛ لأننا وجدنا في لفظه ما يدل على التمليك، وهو التنصيب على المشيئة، فالمالك^(٥) هو الذي يتصرف عن مشيئة^(٦)، فأما الوكيل يتصرف عن أمر، والأمر معناه في أصل الوضع: الإيجاب والإلزام لا التمليك، وفي الموضع الذي لم يلزمه إنما يلزمه لقصور ولاية الأمر؛ لأن الأمر لا يصلح له.

فالحاصل: أن في حق المرأة قوله: طلقي نفسك تمليك، ذكر المشيئة أو لم يذكر؛ لأن معنى المالكية في حقها لازمة، وهو أنها تتصرف لنفسها برفع القيد والملك عن نفسها ولا يحتاج [فيه]^(٧) إلى ذكر المشيئة ليصير تمليكا، وإلا فالصيغة صيغة إنابة وتوكيل.

وكذلك قوله لامرأته: طلقي صاحبك. توكيل حتى لا يقتصر على المجلس؛ لأنها في حق صاحبها أجنبية.

(١) في ب: وإذا.

(٢) في ب: ولم.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: فإن المالك.

(٦) في ب: مشيئته.

(٧) سقط في ب.

نوع آخر في الجمع بين التفويضين :

وفي الجامع الصغير : إذا قال الرجل لرجل : أمر امرأتي بيدك ، فطلقها الوكيل قبل أن يقوم عن المجلس فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي الزوج ثلاثاً ، ولو قام ^(١) الرجل عن مجلسه قبل أن يطلقها بطل الأمر ؛ لأن بقول ^(٢) الزوج : فطلقها ، عقيب قوله : أمر امرأتي بيدك ، علم أنه أراد بما سبق جعل الأمر إليه في الطلاق ، فكان هذا تفويض الطلاق إليه ، والتفويض مقصور على المجلس .

وكذلك لو قال : طلقها ^(٣) فأمرها بيدك ، كان هذا وما تقدم سواء .

ولو قال له : طلق امرأتي فقد جعلت ذلك إليك ، أو قال : جعلت طلاق امرأتي إليك فطلقها ، فهذا والفصل الأول سواء ، يريد به أنه يقتصر على المجلس .

وإذا طلقها في المجلس كان الواقع رجعيًا بخلاف الفصل الأول ؛ لأن في الفصل الأول : التفويض حصل بقوله : أمر امرأتي بيدك ، وإنه من جملة الكنايات فيكون المفوض إليه تطليقة بائنة ، والتفويض هاهنا حصل بقوله : طلقها ، وإنه صريح الطلاق .

وقوله : فقد جعلت ذلك إليك [إشارة إلى ما سبق ذكره صريح الطلاق ، فكأنه قال : جعلت إليك] ^(٤) صريح الطلاق فطلقها ، ولو نص على ذلك كان المفوض إليه طلقة رجعية ، كذا هاهنا .

وفي المنتقى : إذا قال لغيره : طلق امرأتي وقد جعلت أمرها بيدك . فطلقها ، فهذا على المجلس والطلاق بائن .

ولو قال له : طلق امرأتي وقد جعلت أمرها بيدك ، فإن طلقها في المجلس طلقت تطليقتين لا يملك الرجعة بعد ذلك . ولو قام عن مجلسه وطلقها يقع واحدة رجعية ؛ لأن قوله : طلق امرأتي ، توكيل بصريح الطلاق .

وقوله : قد جعلت أمرها بيدك ، هذا تفويض آخر ليس بحكم الأول ؛ لأن حرف

(١) في ب : أمام .

(٢) في ب : قول .

(٣) في ب : طلقها .

(٤) سقط في ب .

(الواو) لا يحتمل ذلك، وقد صار الحال حال مذاكرة الطلاق بما سبق ذكره وهو قوله: طلق امرأتي، فكان هذا توكيلاً بصريح الطلاق وتفويضاً للطلاق إليه. وإذا^(١) قالت في المجلس: طلقها، صار جواباً لها، ولا رجعة مع البيونة فلهذا قال: إن وقعت تطليقتان لا يملك الرجعة.

* * *

(١) في ب: فإذا.

نوع آخر:

إذا قال لامرأته إذا تزوجت عليك امرأة فأمر تلك المرأة بيدك، ثم خلعها أو طلقها بائناً أو ثلاثاً، ثم تزوج امرأة أخرى لا يصير أمرها بيدها.
وإذا قال لها: إذا تزوجت امرأة فأمر تلك المرأة بيدك.
ولم يقل: عليك. ثم إنه طلقها بائناً أو ثلاثاً أو خلعها ثم تزوج امرأة، يصير أمرها بيدها.

لأن في الفصل الأول: الشرط التزوج عليها.

وفي هذا الفصل الشرط التزوج مطلقاً.

وإذا^(١) قال لها: إن تزوجت عليك في هذا النكاح فأمرك بيدك، أو قال: فأمرها بيدك، ثم إنه طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها ثم تزوج امرأة أخرى لا يصير الأمر بيدها؛ لأن الشرط التزوج عليك في ذلك النكاح، وهذا نكاح آخر.

* * *

(١) في ب: ولو.

نوع آخر:

رجل جعل أمر امرأته بيدها إن لم يعطها كذا في وقت كذا فهي تطلق نفسها متى شاءت، فمضى ذلك الوقت [فطلقت نفسها، ثم اختلفا فقال الزوج: أعطيتها بذلك في الوقت] (١). فأنكرت (٢) المرأة ذلك، فالقول قول الزوج في حق الطلاق حتى لا يحكم بوقوع الطلاق عليها؛ لأنه منكر وقوع الطلاق، والقول قول المرأة في حق عدم وصول ذلك الشيء إليها؛ لأنها منكرة وصول ذلك الشيء إليها.

أصل المسألة مسألة ذكرها في المنتقى وصورتها: رجل قال لأب امرأته: إن لم أتك إلى أربعين يوما فأمر امرأتي بيدها (٣). فإذا مضى أربعون يوما بلياليها من الساعة التي تكلم فيها فأمرها بيدها ما دام في مجلسه، فإن قال الزوج بعد ذلك: قد أتيتك، وقال أبو المرأة: لم تأتني، فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر صيرورة الأمر بيده.

ونظير هذا مسألة الجامع الصغير، إذا قال الرجل: عبده حر إن لم أحج العام، فمضى العام فقال المولى: حججت، وقال العبد: لم تحج. فالقول للمولى (٤)؛ لأنه ينكر العتق، وعلى هذا إذا جعل أمرها بيدها أنه متى ضربها بغير جنابة فهي تطلق نفسها، فضربها ثم اختلفا، فقال الزوج: ضربتها بجنابة، فالقول قول الزوج لما ذكرنا.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الكفالة مسألة تدل على أن القول قول المرأة.

وصورتها: رجل قال لغيره: إن مات فلان قبل أن يعطيك الألف التي لك عليه فأنا الكفيل (٥) بها، ثم وقع الاختلاف بين الكفيل وبين الطالب بعد موت المطلوب فقال الطالب: لم يعطني وصرت كفيلا. وقال الكفيل: قد أعطاك ولم أصر كفيلا، ذكر أن القول قول الطالب وهذا استحسان؛ لأنه ينكر الاستيفاء.

فإن قيل: إن كان ينكر الاستيفاء صورة يدعي الكفالة على الكفيل معنى، والكفيل

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وأنكرت.

(٣) في ب: بيدك.

(٤) في ب: قول المولى.

(٥) في ب: كفيل.

ينكر الكفالة، فلم كان اعتبار الصورة أولى من اعتبار المعنى؟ ألا ترى أن من قال لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم، فأنت حر، فمضى اليوم فقال العبد: لم يدخل وعتقت. وقال المولى: لا بل دخلت الدار ولم تعتق، فالقول قول المولى؛ لأنه بدعوى الدخول ينكر ثبوت العتق فكان^(١) منكرًا معنى إن كان مدعيًا صورة كذا هاهنا.

والجواب: وهو أن الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة لا يعتبر المنازعة من حيث المعنى، وفي مسألة الكفالة أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف من حيث الصورة؛ لأن الاختلاف من حيث الصورة وقع في إيفاء الدين، والمنازعة في إيفاء الدين معنى في الجملة، ويكون القول قول من ينكر الإيفاء، ألا ترى أنه لو لم يكن بالمال كفيلاً ووقع الاختلاف بين رب الدين وبين المديون في الإيفاء فالقاضي يلتفت إلى منازعتهم ويجعل القول قول رب الدين، فهو^(٢) معنى قولنا: أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه^(٣) الاختلاف من حيث الصورة، فلا يعتبر المنازعة من حيث المعنى، [و]^(٤) باعتبار الصورة الطالب منكر.

وفي مسألة اليمين تعذر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة وهو الدخول وعدم الدخول. [ألا ترى أنه لو وقعت المنازعة في الدخول وعدم الدخول]^(٥) ابتداء من غير أن يكون فيه تعليق العتق لا يعتبر المنازعة أصلاً، فاعتبرنا المنازعة في المعنى ومن حيث المعنى المولى منكر للعتق.

وخرج على هذه^(٦) مسألة الجامع الصغير؛ لأن هناك [تعذر اعتبار]^(٧) المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف [صورة]^(٨) وهو الحج وعدم الحج، ألا ترى أنه لو وقع

(١) في ب: إن كان.

(٢) في ب: فهي.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: هذا.

(٧) في ب: بعد واعتبار.

(٨) سقط في ب.

الاختلاف فيه ابتداء من غير أن يكون فيه تعليق العتق لا يعتبر المنازعة فيه أصلاً ورأساً، فاعتبرنا المنازعة من حيث المعنى.

جئنا إلى مسألة الأمر باليد فنقول: أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة وهو إعطاء النفقة وعدم الإعطاء، ألا ترى أنه لو وقع الاختلاف فيه ابتداء بأن قال الزوج للمرأة: أعطيت نفقتك، فقالت المرأة: لم تعطني، كان القول قول المرأة، فقد أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف صورة، وباعتبار الصورة المرأة [منكرة]^(١)، فيكون القول قولها.

وخرج على هذه مسألة المنتقى أيضاً؛ لأن في تلك المسألة تعذر اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الاختلاف من حيث الصورة، وهو الإتيان وعدم الإتيان، ألا ترى أنه لو وقع الاختلاف فيه ابتداء بأن قال الرجل لأبي المرأة ابتداء: أتيتك. وقال أبو المرأة: لم تأتني، لا يعتبر هذه المنازعة أصلاً ورأساً، فاعتبرنا المعنى، ومن حيث المعنى الزوج منكر صيرورة الأمر بيد الأب.

إلا أن هذا الأصل يشكل بمسألة ذكرها في النوادر صورتها: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه، وقال الطالب: إن لم أجد غداً مجلس القاضي وآخذه منك فأنت بريء، ثم اختلفا من بعد الغد، فالقول قول الكفيل: إني قد جئت ولم تجيء أنت، والمنازعة في المجيء وعدم المجيء غير معتبرة في نفسها، لو لم يتعلق بعدم المجيء براءة الكفيل، فينبغي أن يعتبر المقصود وهو براءة الكفيل وعدم براءته، فاعتبار^(٢) المقصود الطالب منكر والكفيل مدع يجب أن يكون القول قول الطالب مع هذا جعل القول قول الكفيل.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وباعتبار.

نوع آخر:

إذا قال لها: أمرك بيدك كلما شئت، فلها أن تختار نفسها كلما شئت في ذلك المجلس وغيره حتى تبين بثلاث؛ لأن [كلمة] ^(١) (كلما) تقتضي تكرار الأفعال فتكرر التفويض بتكرار ^(٢) المشيئة إلا أنها لا تطلق نفسها في كل مجلس أكثر من واحدة؛ لأن كلمة (كلما) اقتضت التكرار، صار كأنه قال لها في كل مجلس: أمرك بيدك، فإذا اختارت نفسها مرة فقد استوفت موجب ذلك الأمر من التطبيق، وإنما يتجدد له الملك عند مشيئة مستقبلية، وإذا استوفت ثلاث تطبيقات ثم عادت ^(٣) إليه بعد زوج آخر فلا خيار لها؛ لأنها استوفت ذلك ^(٤) الملك بتمامه والمفوض إليها ذلك إذ هو المملوك للزوج، هكذا ذكر المسألة في بعض الكتب.

وفي الجامع الصغير: ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة عند أبي حنيفة - رحمه الله -، إما أن فوض إليها الواحدة في كل مشيئة، أو لأنه فوض إليها المشيئة مرة بعد مرة، فإذا شئت الثلاث، لم يقع شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: يقع واحدة، كما لو قال لها: [طلقي نفسك واحدة]. فطلقت نفسها ثلاثا.

ولو قال لها: ^(٥) أمرك بيدك إذا شئت، أو متى شئت، فلها أن تختار نفسها مرة واحدة في ذلك المجلس وغيره.

أما الاختصار على المرة؛ لأن (إذا) و(متى) لا يقتضيان التكرار، وأما التعدي إلى ما بعد المجلس؛ لأن كلمة (إذا) و(متى) توجبان تعميم الوقت ^(٦)، فقد جعل لها مشيئة عامة في الأوقات كلها، كأنه قال لها: في أي وقت شئت.

ولو اختارت زوجها خرج الأمر من يدها؛ لأنها ردت ما جعل إليها، هذه الجملة

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: بتكرر.

(٣) في ب: عاد.

(٤) في ب: دون.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: تقسيم.

من القدوري - رحمه الله - .

ولو قال لامرأته: أمر فلانة بيدك لتطليقها^(١) متى شئت، فهذه مشورة والأمر بيدها في ذلك المجلس. ذكره في المنتقى. والله أعلم.

* * *

(١) في ب: لتطلقها.

نوع آخر في تعليق الطلاق بالمشيئة وفي تعليق التفويض بالمشيئة .
 إذا قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، فذلك إليها ما دامت في مجلسها^(١)؛ فإن شاءت في مجلسها وقع الطلاق؛ لأن هذا في معنى الخيار من حيث إن المشيئة عمل قلبها كالاختيار ويكون الواقع رجعياً؛ لأن الوقوع بصريح الطلاق وهو قول الزوج: أنت طالق. وكذلك إذا قال لها: طلقي نفسك إن شئت. أو لم يقل: إن شئت. فذلك إليها في مجلسها. وقد مرت هذه المسألة، إلا أن هاهنا لا تطلق ما لم تطلق نفسها، بخلاف المسألة الأولى، فإن هناك إذا شاءت طلاقها تطلق، وإن لم تطلق نفسها؛ لأن هاهنا المعلق بالمشيئة التطلق، وهناك المعلق بالمشيئة الطلاق.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، فقالت: شئت واحدة. فهو باطل؛ لأن معنى قوله: إن شئت: [إن]^(٢) شئت الثلاث، فصار الطلاق معلقاً بمشيئتها الثلاث. وعلى هذا إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء؛ لأن معنى كلامه: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت: الثلاث، فإذا طلقت نفسها واحدة فقد شاءت واحدة دون الثلاث.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إذا شئت، فقالت: أنا طالق، لا يقع، إلا أن تقول: أنا طالق ثلاثاً. إذا قال لها: طلقي نفسك إن شئت، فقالت^(٣): قد طلقت نفسي، يقع الطلاق؛ لأنها شاءت حيث طلقت.

إذا قال لها: إن شئت فأنت طالق غداً، كانت المشيئة إليها في الحال. ولو قال لها: إن^(٤) جاء الغد^(٥) فأنت طالق إن شئت، كان لها المشيئة في الغد. لأن في الفصل الأول: علق الطلاق بمشيئتها، ثم جعل المعلق بمشيئتها مضافاً إلى الغد، فلا بد من اعتبار مشيئتها أولاً لتصح الإضافة إلى ما بعد الغد. وفي الفصل الثاني: علق الطلاق بمجيء الغد، وجعل المعلق بمجيء الغد معلقاً

(١) في ب: مجلس.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في ب: المرأة.

(٤) في ب: إذا قال لها إذا.

(٥) في ب: غد.

بمشيئتها، فلا بد من مجيء الغد أولاً ليتعلق ذلك بمشيئتها. هكذا ذكر المسألة في الزيادات.

وذكر في الأصل: إذا قال لها: أنت طالق غدا إن شئت، فلها المشيئة في الغد. ولو قال: إن شئت فأنت طالق غدا، فلها المشيئة في الحال. ولم يذكر في المسألة خلافاً.

قالوا: وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن لها المشيئة في الغد في المسألتين. وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لها: أنت طالق غدا إن شئت، أو أنت طالق إن شئت غدا. فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: لها المشيئة غدا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن قدم المشيئة فلها المشيئة في الحال، وإن أخرها فهو على ما قال أبو حنيفة - رحمه الله - .

وعلى هذا إذا قال: اختاري غدا إن شئت، اختاري إن شئت غدا، أمرك بيدك غدا إن شئت، أمرك بيدك إن شئت غدا، فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعلى هذا إذا قال لها: طلقي نفسك غدا [إن شئت، طلقي نفسك إن شئت غدا، إن شئت تطلق نفسك غدا]^(١). لم يكن لها أن تطلق نفسها حتى يجيء غد في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

[وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله -]^(٢): إن قدم المشيئة فلها أن تطلق نفسها في الحال، فتقول في الحال: طلقت نفسي غدا.

وذكر هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: أنت طالق غدا على ألف إن شئت، فقالت في الحال: شئت. لا يقع الطلاق حتى يقول الزوج: قبلت؛ لأن الإيجاب من الزوج مضاف إلى الغد، فالمشيئة من المرأة قبل مجيء الغد يصير ابتداءً، ولو ابتدأت^(٣) مشيئة الطلاق على ألف يتعلق بقبول الزوج فهنا كذلك.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وقال.

(٣) في ب: تبدلت.

ولو قال لها: إن شئت الساعة فأنت طالق غدا، أو نوى ذلك ولم يقل: الساعة. فقالت: شئت أن أكون غدا طالقا، وقع الطلاق في الغد. ولو قال: شئت أن يقع الطلاق في اليوم، فإنه لا يقع الطلاق في اليوم ويخرج الأمر من يدها. وفي المنتقى: داود بن رشيد عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، أنت طالق ثنتين إن شئت، فقالت: قد شئت واحدة، قد شئت ثنتين، قال: إذا وصلت فهي طالق ثلاثا.

إذا قال لامرأته: أنت طالق إن شئت وأبيت، لا تطلق بهذه اليمين أبدا؛ لأنه جعل المشيئة والإبء شرطا واحدا، فيشترط اجتماعهما في حالة واحدة، وإنه لا يتصور، هكذا ذكره في المنتقى.

وفي النوازل، وفي العيون: أنها إن^(١) شاءت تطلق، وإن أبت^(٢) فكذلك تطلق، ولا يكون الإبء إلا بكلامها. والصحيح ما ذكر في المنتقى وفي^(٣) النوازل.

وكذلك إذا قال: إن شئت وأبيت فأنت طالق، وكذلك إن^(٤) قال: إن شئت ولم تشائي.

ولو قال: أنت طالق إن شئت ولم تشائي، فإن شاءت في مجلسها طلقت بحكم المشيئة، وإن قامت عن مجلسها طلقت أيضا؛ لأنها لم تشأ، وهذا لأنه جعل المشيئة وعدم المشيئة كل واحد منهما شرطا على حدة لوقوع الطلاق، فأيهما ما يوجد^(٥) يقع الطلاق.

وكذلك الجواب فيما إذا قال لها: أنت طالق إن شئت أو لم تشائي، إن شاءت في المجلس طلقت بحكم المشيئة، وإن قامت عن مجلسها طلقت أيضا لما قلنا. وإنما إذا قال لها: إن شئت وإن لم تشائي فأنت طالق، لا تطلق بهذه اليمين أبدا؛ [لأنه لما أخر]^(٦) الطلاق لم يكن قوله: إن شئت، كلاما تاما فتوقف على ذكر

(١) في ب: إذا.

(٢) في ب: أبا.

(٣) في ب: و.

(٤) في ب: إذا.

(٥) في ب: وجد.

(٦) في ب: لأنها لما أخرجت.

الطلاق، فإذا^(١) قال: وإن لم تشائي، صار شرطاً واحداً فيشترط اجتماعهما في حالة واحدة، وإنه لا يتصور.

ثم ما ذكر من الجواب في قوله: أنت طالق إذا شئت^(٢)، على رواية المنتقى، فكذلك فيما إذا لم يكن للزوج نية، فإن نوى إيقاع الطلاق عليها على كل حال يريد به: إنك طالق [إن شئت وأبيت]^(٣)، أنت طالق إن شئت وإن أبيت، أنت طالق إن شئت وإن لم تشائي، فهو^(٤) على ما نوى ويقع الطلاق عليها لا محالة.

بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشائي واحدة، فقامت من مجلسها قبل أن تشاء شيئاً طلقت ثلاثاً، وإن شاءت واحدة قبل أن تقوم لزمته تطليقة واحدة.

فكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا أن تريدي واحدة، إلا أن تهوي واحدة، إلا أن تحبي واحدة.

وكذلك لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء فلان واحدة^(٥)، أو إلا أن يهوى، أو إلا أن يحب واحدة، أو إلا أن يريد واحدة، فهو مثل ذلك، وإن لم يكن فلان حاضر، فله ذلك إذا علم به في المجلس الذي يعلم فيه.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يرى فلان غير ذلك، فهذا على المجلس، فإن قام فلان عن المجلس قبل أن يرى غير ذلك طلقت المرأة ثلاثاً، وهذا وما لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن لم ير فلان غير ذلك، سواء. وذلك يقتصر على المجلس؛ لأن عدم الرؤية صفة من صفات القلب، والتعليق كما هو من صفات القلب يقتصر على المجلس؛ ألا ترى أنه لو علق الطلاق بالرؤية بأن قال: أنت طالق ثلاثاً إن رأى فلان ذلك يقتصر على المجلس كذا هاهنا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أن أرى غير ذلك، فهذا لا يقتصر على المجلس، حتى لو قال بعد ما قام عن المجلس: رأيت غير ذلك، لم^(٦) يقع الثلاث. وكذلك

(١) في ب: وإذا.

(٢) زاد في ب: أو أنت.

(٣) في ب: شئت أو أبيت.

(٤) في ب: فهذا.

(٥) في ب: واحداً.

(٦) في ب، م: لا.

إذا قال: إلا أن أشاء [أنا]^(١) غير ذلك، فهذا لا يقتصر على المجلس.
 إذا قال لامرأته: أنت طالق إن^(٢) شاء فلان، أو^(٣): [إن]^(٤) أحب، [أو: إن]^(٥)
 رضي، [أو: إن هوى]^(٦)، أو: إن أراد، فبلغ ذلك فلاناً، فله مجلس علمه،
 بخلاف ما إذا قال: إن شئت أنا، إن أحببت أنا، حيث لا يقتصر على المجلس.
 والفرق: أن قضية القياس في الأجنبي ألا يقتصر على المجلس كسائر الشروط،
 ولكن تركنا القياس في الأجنبي؛ لأنه تملك معنى، وجواب التملك يقتصر على
 المجلس، هذا المعنى لا يتأتى في حق الزوج؛ لأن الزوج كان مالكا للطلاق قبل
 هذا [إذ لا]^(٧) يتأتى منه التملك، فبقي هذا الشرط في حق الزوج ملحقاً بسائر
 الشروط، فإذا^(٨) لم يقتصر على المجلس في حق الزوج إذا قال: إن شئت أنا،
 فالزوج كيف يقول حتى يقع الطلاق؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في
 شيء من الكتب.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وينبغي أن يقول: شئت الذي شئته^(٩) ولا يشترط
 نية الطلاق عند قوله: شئت، ولا يشترط أن يقول: شئت، وإنما يقع بالكلام
 السابق، إلا أن الطلاق بالكلام السابق معلق بمشيئته، ومشيئته اعتبرت شرطاً
 محضاً، فعند قوله: شئت، يقع الطلاق بالكلام السابق، فلهذا لم يشترط نية الطلاق
 ولا ذكر الطلاق عند قوله: شئت.

والحاصل: أن تعليق الزوج طلاق المرأة بصفة من صفات قلب غيره تفويض
 وتمليك معنى فيقتصر على المجلس، وتعليقه طلاقها بصفة من صفات قلب نفسه
 ليس بتفويض وتمليك بوجه من الوجوه.

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في ب، م: إذا.
 - (٣) في م: و.
 - (٤) سقط في ب.
 - (٥) في م: فلان و.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في ب: فلا.
 - (٨) في ب: وإذا.
 - (٩) في ب: الذي جعلته إلى.

ولو قال لها: أنت طالق إن لم يشأ فلان، فقال فلان في المجلس: لا أشاء، طلقت. ولو قال ذلك لنفسه ثم قال: لا أشاء، لا تطلق حتى يموت.

والفرق: أن بقول الأجنبي: لا أشاء، يقع اليأس عما هو شرط البر، وهو مشيئة طلاقها في المجلس؛ لأن المجلس قد تبدل من حيث الحكم والاعتبار لقوله: لا أشاء؛ لاشتغاله بما لا يحتاج إليه في الإيقاع، فإنه يكفي في الإيقاع السكوت عن المشيئة حتى يقوم عن المجلس، فإنه لو قام عن المجلس، ولم^(١) يقل: شئت طلاقها، يقع الطلاق، والمجلس يتبدل حكمًا إذا اشتغل المفوض إليه بما لا يحتاج إليه. أما بقول الزوج: لا أشاء، لا يقع اليأس عما هو شرط البر؛ لأن المجلس ولو^(٢) تبدل من حيث الحكم والاعتبار إلا أن شرط البر في حق الزوج عدم المشيئة في العمر، والعمر باق، فلهذا [لا]^(٣) يقع الطلاق.

* * *

(١) في ب: فلم.

(٢) في ب: وإن.

(٣) سقط في ب.

الفصل السادس عشر

في الاستثناء في الطلاق

يجب أن يعلم بأن الاستثناء^(١) يصح موصولاً ولا يصح مفصلاً^(٢)، وشرطه أن

(١) الاستثناء: لغة: مصدر استثنى يستثنى. والاستثناء هو المحاشاة. ومنه يقال: استثنيت الشيء من الشيء، أي: حاشيته، والثنية: ما استثنى به.

واصطلاحاً: الإخراج بإلا غير الصفة ونحوها. هذا تعريف البيضاوي. وعرفه الآمدي بأنه: عبارة عن لفظ متصل بجمله لا يستقل بنفسه دال بحرف (إلا) أو أخواتها على أن مدلوله غير مراد مما اتصل به، ليس بشرط، ولا صفة، ولا غاية. وعند الرازي هو: إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ (إلا) أو ما أقيم مقامه.

ينظر: لسان العرب (٣/٥٠)، مادة (ثني)، الإحكام في أصول الأحكام (٢/٣٩٠)، ونهاية السؤل (١/٤٩٣) والمحصول للرازي (٢/٥٤٠).

(٢) يشترط في الاستثناء أن يكون متصلاً بالمستثنى منه، ولا يكون مفصلاً بما يعد في العادة فاصلاً. فلو كان مفصلاً بتنفس أو سعال أو نحوهما لم يمنع الاتصال، وكذلك إن حال بين المستثنى والمستثنى منه كلام غير أجنبي، ومنه النداء؛ لأنه للتنبية والتأكيد. أما إن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه، أو فصل بكلام أجنبي، أو عدل إلى شيء آخر استقر حكم المستثنى فلم يرتفع، بخلاف ما لا يمكن، كما لو أخذ أخذ بضمه فمنعه الكلام. هذا هو القول المقدم عند الأصوليين والفقهاء، ويشترط لتحقيق الاتصال أن ينوي الاستثناء في الكلام السابق، فلو لم ينو إلا بعد فراغ المستثنى منه لم يصح. وعند المالكية: العمدة مجرد الاتصال سواء نوى أول الكلام، أو أثناءه، أو بعد فراغ المستثنى منه.

وقد نقل خلاف هذا عن قوم. فعن ابن عباس يجوز الاستثناء إلى شهر، وقيل أبداً. وعن سعيد بن جبير: إلى أربعة أشهر، وعن عطاء والحسن: يجوز في المجلس، وأوماً إليه أحمد في الاستثناء في اليمين، وعن مجاهد: إلى سنتين. وقيل: ما لم يأخذ في كلام آخر. وقيل: إن نوى الاستثناء في أثناء الكلام جاز التأخير بعده. ونسب هذا القول إلى الإمام أحمد.

وقيل: يجوز التأخير في كلام الله تعالى خاصة.

وما ورد أن النبي ﷺ لما حرم مكة، وقال: لا يخلت شوكتها، ولا يعضد شجرها، قال العباس: يا رسول الله إلا الإذخر، فإنه لقينهم وبيوتهم، فقال: إلا الإذخر [أخرجه البخاري فتح الباري ١٢/٢٠٥] فهذا ظاهره أنه استثناء منفصل. فحمل على أنه استثناء من محذوف مقدر.

فكأنه كرر القول، فلا يتعلق بالكلام المذكور أولاً.

وحجة الجمهور القائلين بوجوب الاتصال؛ أن القول بجواز الاستثناء غير المتصل يستلزم ألا يجزم بصدق أو كذب في شيء من الأخبار لاحتمال الاستثناء، وكذلك لا يثبت عقد من العقود، وإجماع أئمة اللغة على وجوب الاتصال. فلو قال: له عشرة، ثم زاد بعد شهر: إلا ثلاثة يعد لغواً.

يتكلم بالحروف سواء كان مسموعاً أو لم يكن عند الشيخ أبي الحسن الكرخي - رحمه الله - .

وكان الفقيه أبو جعفر يقول: لا بد وأن يسمع نفسه، وبه كان يفتي الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - .

قال الكرخي في كتابه: كلمة (إن شاء الله) إذا وصلت^(١) بالكلام ترفع حكمه أي تصرف .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول: كلمة (إن شاء الله) إذا دخلت على ما يختص باللسان نحو الطلاق والعتاقة والبيع ترفع حكمه، وإذا

ولعل ما روي عن ابن عباس، ومن قال شبه قوله، إنما قصد به أن نسي أن يقول: «إن شاء الله» يقوله متى تذكر ذلك، ولو بعد مدة طويلة، امثالاً للآية، وليس في الاستثناء الموجب رفع حكم المستثنى كما تقدم.

الشرط الثاني: ويشترط في الاستثناء ألا يكون المستثنى مستغرقاً للمستثنى منه، فإن الاستثناء المستغرق للمستثنى منه باطل اتفاقاً، إلا عند من شذ.

وادعى البعض الإجماع عليه. فلو قال: «له علي عشرة إلا عشرة» لغا قوله: «إلا عشرة» ولزمه عشرة كاملة. وممن شذ ابن طلحة المالكي في المدخل، نقل عنه القرافي أنه قال فيمن قال لزوجته: «أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً»: لا يقع عليه طلاق.

وعند الحنفية في ذلك تفصيل، فهم يوافقون على بطلان الاستثناء إن كان بعين لفظ المستثنى منه، كقوله: عبيدي أحرار إلا عبيدي، أو بلفظ مساو له، كقوله: نسائي طوالت إلا زوجاتي.

أما إن كان بغيرهما كقوله: ثلث مالي لزيد إلا ألفاً، والثلث ألف. فيصح الاستثناء ولا يستحق زيد شيئاً.

فالشرط عند الحنفية إبهام البقاء لا حقيقته، حتى لو طلقها ستاً إلا أربعاً صح، ووقع ثنتان. وإن كانت الستة لا صحة لها من حيث الحكم؛ لأن الطلاق لا يزيد عن ثلاث، ومع هذا لا يجعل كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً، فكأن اعتبار اللفظ أولى.

وجعل صاحب المغني من الحنابلة من الاستثناء المستغرق أن يقول مثلاً: «له علي ثلاثة دراهم ودرهمان إلا درهمين» فلا يصح الاستثناء، ويلزمه جميع ما أقر به، وهو في مثلنا خمسة دراهم.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٤/٤٥٨)، حاشية الدسوقي (٢/٣٨٨)، المغني، لابن قدامة (٥/١٥٩، ١٦٠)، روضة الناظر، ص (١٣٢)، شرح مسلم الثبوت (١/٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٤)، تفسير القرطبي (١٠/٣٨٥)، وشرح جمع الجوامع وحاشية البناي (٢/١٠) وما بعدها، جمع الجوامع وشرحه (٢/١٤).

(١) في أ: وصل.

دخلت [على] ^(١) ما لا يختص باللسان لا يرفع حكمه .
وكان يقول: إذا قال الرجل: نويت أن أصوم غداً إن شاء الله، كانت نيته صحيحة، حتى لو صام بتلك النية غداً يجوز؛ لأن النية لا تختص باللسان وإنما تختص بالقلب.

وفي الفتاوي ^(٢): إن كلمة (إن شاء الله) إذا دخلت على الأمر ^(٣) لا ترفع حكمه .
وفي الجامع ما يدل على أنها ترفع حكم الأوامر أيضاً .
وإذا قال لها: أنت طالق إن شاء الله فهذا استثناء، وكذلك [إذا قال] ^(٤): أنت طالق ما شاء الله، فهو استثناء، وكذلك إذا قال: إلا أن يشاء الله، ولو قدم الاستثناء فإن ذكر الطلاق بحرف (الفاء) بأن قال: إن شاء الله فأنت طالق، فهذا استثناء صحيح، وكذلك إذا قال: إن شاء الله فوالله لا أدخل هذه الدار، فهذا استثناء صحيح، ولو دخل الدار لا يحنث في يمينه؛ ألا ^(٥) ترى أنه لو ذكر مكان (إن شاء الله) شرطاً آخر بأن قال مثلاً: إن دخلت [إن شاء الله] ^(٦) الدار فأنت طالق كان تعليقاً صحيحاً، وإن ذكر الطلاق بدون حرف (الفاء) بأن قال: إن شاء الله أنت طالق، فهذا استثناء صحيح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .
وقال محمد - رحمه الله - : هذا استثناء منقطع ^(٧) . والطلاق واقع في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن كان أراد به الاستثناء .

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: فتاوى .

(٣) في ب: الأوامر .

(٤) سقط في ب .

(٥) زاد في ب: إن .

(٦) سقط في ب .

(٧) الاستثناء إما متصل وإما منفصل .

فالاستثناء المتصل: ما كان فيه المستثنى بعض المستثنى منه نحو جاء القوم إلا زيدا .
والاستثناء المنقطع: (ويسمى المنفصل أيضاً) ما لم يكن فيه المستثنى بعض المستثنى منه، مثل قوله تعالى: ﴿مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا أَنْبَاءَ الظَّنِّ﴾ فإن اتباع الظن ليس علماً .
ويتبين من هذا أن الاستثناء المنقطع لا إخراج به، ولا يكون من المخصصات؛ لأن المستثنى لم يدخل أصلاً . هذا ولا بد للاستثناء المنقطع من المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه بوجه من الوجوه، فيما يتوهم فيه الموافقة . والفائدة فيه دفع هذا التوهم، وهو في ذلك شبيه بـ (لكن)، فإنه للاستدراك، أي دفع التوهم من السابق . وأشهر صور المخالفة: أن ينفي عن المستثنى الحكم الذي ثبت للمستثنى منه، نحو: جاءني =

ذكر الخلاف على هذا الوجه في القدوري .
 وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال : إن شاء الله أنت طالق ، فهذا استثناء .
 وعنه أيضا أنه ليس باستثناء .
 وعنه أيضا إذا قال : [أنت طالق وإن شاء الله ، أو قال]^(١) : أنت طالق
 فإن شاء الله ، فهذا ليس باستثناء .
 وفي المنتقى : إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ما شاء الله ، أنها تطلق واحدة .
 قال ثمة : وأصل^(٢) الاستثناء على الأكثر ، وذكر بعد ذلك مسائل أنت طالق ثلاثا
 إلا ما شاء الله ، أنت طالق ثلاثا إلا أن يشاء الله وذكر أنه لا يقع الطلاق أصلا .
 وإذا قال لها : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، ولا يدري أي شيء أن يشاء الله ، لا
 يقع الطلاق ، لأن الطلاق مع الاستثناء ليس بإيقاع فعلمه وجهله يكون فيه سواء ، ألا
 ترى أن سكوت البكر لما جعل رضا شرعاً استوى فيه العلم والجهل ، حتى لو
 زوجها أبوها فسكتت وهي لا تعلم أن السكوت رضا يجوز النكاح ، ولم يعتبر
 جهلها .
 ولو قال لها : أنت طالق ، فجرى على لسانه من غير قصد : إن شاء الله ، وكان
 قصده إيقاع الطلاق ، لا يقع الطلاق ؛ لأن الاستثناء قد وجد حقيقة والكلام مع
 الاستثناء لا يكون إيقاعاً ، فهو نظير ما لو قال : أنت طالق فجرى على لسانه : أو غير
 طالق ، ولو ضم مع مشيئة الله تعالى مشيئة غيره كان استثناء بأن قال : أنت طالق إن
 شاء الله وشئت أو قال : إن شاء الله وشاء فلان ، ولو شرط مشيئة من لا يعلم مشيئته
 نحو^(٣) أن يقول : [إن]^(٤) شاء جبريل أو الملائكة أو الشياطين كان استثناء وبطل
 الكلام ، وهذا وما لو شرط مشيئة الله تعالى سواء .

=
 المدرسون إلا طالبا ، فقد نفينا المجيء عن الطالب بعدما أثبتناه للمدرسين .
 ولما كان الاستثناء المنقطع لا إخراج به ، فإنه لا يكون استثناء حقيقة ، بل هو مجاز .
 قال المحلي : هذا هو الأصح ، بدليل أنه يتبادر إلى الذهن المتصل دون المنقطع .
 وعلى هذا جاء حد الاستثناء فيما سبق ، فقد عرف بما لا يشمل المنقطع .
 ينظر : كشف اصطلاحات الفنون (١/١٨٤) ، وشرح مسلم الثبوت (١/٣١٦) ، شرح
 جمع الجوامع وحاشية البناني (٢/١٢) .

- (١) سقط في م .
- (٢) في ب : وإذا جعل .
- (٣) في ب : يجوز .
- (٤) سقط في ب .

وفي النوازل: إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم واحدة إن شاء الله وإن لم يشأ الله فثنتين، فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثتان؛ لأن الله تعالى لو شاء الواحدة من طلاقها لطلقها قبل مضي اليوم، فلما لم يطلقها علم أنه لم يشأ الواحدة [من طلاقها]^(١)، وقد علق بعدم مشيئة الواحدة تطليقتين، فلهذا قال: إذا مضى اليوم ولم يطلقها طلقت تطليقتين، وإن طلقها واحدة قبل مضي اليوم لا يقع عليها إلا تلك الواحدة؛ لأن وقوع ما زاد على الواحدة تعلق بعدم مشيئة الله تعالى الواحدة اليوم، وقد شاء ذلك حتى [لو]^(٢) طلقها الواحدة قبل مضي اليوم ولم يقدره^(٣) باليوم فقال لها: أنت طالق واحدة إن شاء الله وأنت طالق ثنتين إن لم يشأ الله، لا يقع شيء، أما بالكلام الأول فلمكان الاستثناء، وأما بالكلام الثاني لأنه [لو وقع]^(٤) الطلاق يثبت مشيئة الله تعالى، فوجود الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى بخلاف ما إذا قيد باليوم، وهو بالكلام الثاني علق وقوع الطلاق بعدم مشيئة الله تعالى لا بمشيئة الله فبطل الإيقاع ضرورة.

وذكر هذه المسألة في المنتقى ووضعها في الثنتين والثلاث، فقال لها: أنت طالق اليوم ثنتين إن شاء الله تعالى وإن لم يشأ الله في اليوم فأنت طالق ثلاثا، فمضى اليوم ولم يطلقها، طلقت ثلاثا وإن لم يكن وقت في اليمينين جميعًا فهو إلى الموت، وإذا لم يطلقها طلقت قبل الموت بلا قصد، هذه الزيادة من^(٥) المنتقى، وإنه بخلاف^(٦) ما ذكر في النوازل.

وذكر في المنتقى أيضًا قبل هذه المسألة إذا قال لها: أنت طالق إن لم يشأ الله طلاقك، لا تطلق بهذه اليمين أبدًا وإنه موافق ما ذكر في النوازل.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لها: طلقتك أمس إن شاء الله تعالى أنه لا يقع الطلاق.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: يفسره.

(٤) في ب: لوقوع.

(٥) في ب: في.

(٦) في ب: يخالف.

نوع آخر في بيان: ما يقع به الفصل بين الإيجاب والاستثناء وما لا يقع: عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن^(١) حلف بالطلاق واستثنى وتنفس بين الاستثناء وبين الطلاق، ووجد من التنفس بدا أو لم يجد بداً، قال: إذا وصله فهو استثناء.

قال في الجامع الصغير: إذا قال لامرأته: يا زانية أنت طالق إن شاء الله، كان استثناءه على الطلاق ويصير قاذفاً للحال.

ولو قال لها: أنت طالق يا زانية بنت الزانية إن شاء الله والاستثناء على الكل حتى لا يقع الطلاق، ولا يلزمه حد ولا لعان؛ لأن النسبة إنما تذكر لتعريف المنادى وتفهمه وإعلامه ويصير من جملة النداء، والنداء لا يصير فاصلاً فكذا ما هو من جملة النداء.

فإن قيل: التعريف يقع بالنسبة إلى الأب دون الأم، فلم يكن قوله: بنت الزانية محتاجاً إليه لتعريف المنادى. فيجب أن يصير فاصلاً.

قلنا: النسبة إلى الأم مما^(٢) يقع بها^(٣) التعريف إلا أن الأم لا تذكر في النسبة لأن التعريف بها لا يقع؛ لأن الانتساب إلى الآباء؛ ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق يا عمرة بنت فاطمة إن دخلت الدار، لا يكون قوله: بنت فاطمة، فاصلاً، كما لو قال يا عمرة بنت عبد الله، وطريقه ما قلنا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله، يصرف الاستثناء إلى الكل حتى لا يقع شيء من الطلاق.

وعن [أبي]^(٤) حنيفة - رحمه الله - أنه يقع ثلاث تطليقات، ويصير قوله: يا طالق. فاصلاً بين الثلاث.

فعلى هذه الرواية فرق أبو حنيفة - رحمه الله - بين هذه المسألة، وبين ما إذا قال لها: أنت طالق يا زانية - إن دخلت الدار، حتى لا يصير قوله: يا زانية. فاصلاً بين الطلاق والشرط حتى يتعلق الطلاق بالدخول، وهاهنا قال: يا طالق. يصير فاصلاً.

(١) زاد في ب: إذا.

(٢) في ب: ما.

(٣) في ب: به.

(٤) سقط في ب.

والفرق أن قوله: يا طالق، [إن كان نداء بصيغته فهو إيقاع معنى، ولهذا إذا قال لها: يا طالق]^(١) تطلق كما لو قال لها: أنت طالق، وإذا كان هذا إيقاعاً معنى صار كأنه قال لها: أنت طالق ثلاثاً أنت طالق إن شاء الله، ولو قال هكذا كان قوله: [أنت طالق]^(٢)، فاصلاً بين الثلاث وبين الاستثناء كذا هاهنا.

أما قوله: يا زانية، إخبار عن صفة قائمة لها وليس بإيقاع فبقي نداء والنداء لا يصير فاصلاً بين الشرط والجزاء.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن قوله: يا طالق، نداء بصيغته وليس بإيقاع، وإنما ثبت الوقوع بقوله: يا طالق، بطريق الضرورة، ليصير^(٣) اللفظ نداء بمعنى قائم بالمنادى لا بموجب الصيغة، وهاهنا لا ضرورة إلى القول بالوقوع بطريق الاقتضاء، ولا يمكن القول به لما كان الاستثناء متصلاً بقوله: يا طالق فكان نداء بصورته كقوله: يا فاطمة، يا عائشة، والنداء لا يصير فاصلاً.

وفي المنتقى: إذا قال [لها]^(٤): أنت طالق يا عمرة بنت عبد الرحمن إن شاء الله، تطلق، فالنسبة إلى الأبوين، وأكثر من ذلك فاصل بين الإيقاع والاستثناء، والنسبة إلى أب واحد ليس بفاصل.

وفي نوادر [بشر]^(٥) بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - : وإذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله، فالاستثناء على الآخر، وهو القذف، ويقع الطلاق، [وكذلك]^(٦) إذا قال لها: أنت طالق يا طالق إن شاء الله، ولو قال لها: أنت طالق يا خبيثة إن شاء الله، كان الاستثناء على الكل، فلا^(٧) يقع الطلاق كأنه قال: يا فلانة. وذكر ثمة أصلاً فقال: المذكور في آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق أو يجب به حد فالاستثناء عليه نحو قوله: يا زانية ويا طالق، وإن كان لا يجب به حد ولا يقع به طلاق فالاستثناء على الكل وذلك نحو قوله: يا خبيثة، وإذا قال لها: أنت طالق ثلاثاً

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فيصير.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: ولا.

وثلاثاً إن شاء الله، فالاستثناء باطل، والثلاث واقع عند أبي حنيفة - رحمه الله - .
وعندهما: يصح^(١) الاستثناء ولم يقع عليها شيء .

وعلى هذا إذا قال لعبده: أنت حر وحر إن شاء الله، عتق عبده عند أبي حنيفة .
وعندهما^(٢): لا يعتق .

وعلى هذا إذا قال: أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله، ولو قال: أنت طالق
واحدة وثلاثاً إن شاء الله، صح الاستثناء في قولهم جميعاً في تجريد القدوري مسألة
العتق في إقرار الأصل، والطحاوي .

وفي أيمن الجامع: إذا قال الرجل: إن دخلت هذه الدار هذه الدار فعبدي حر
والدار واحدة، فالقياس أنه لا يحنث حتى تدخل دخلتين .
وفي الاستحسان يحنث بدخول واحد .

وكذلك إذا قال: إن كلمت فلاناً فعبدي حر، وفلان رجل فهو على القياس،
والاستحسان الذي ذكرنا في مسألة الدخول، وطريق الاستحسان أن يجعل الشرط
الثاني تكراراً وإعادة للشرط الأول فيكون هنا تعليقاً بدخول واحد معني .

فإن قيل: لو جعل الشرط الثاني تكراراً وإعادة للشرط الأول ينبغي أن يثبت العتق
في الحال على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ويصير الشرط الثاني فاصلاً كما في
قوله: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، أنت حر وحر إن شاء الله، ومع هذا تعلق
وهو طعن الكرخي في هذه المسألة .

والجواب: وهو أن الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - بين هذه المسألة وبين تلك
المسألة أن قوله: حر، ثانياً، إن كان تكراراً معني فهو ليس بتكرار لفظاً؛ لأن [الثاني
عطف الأول]^(٣)، والشيء لا يعطف على نفسه، وإنما يعطف على غيره، والعبرة
في هذا الباب للفظ، وإذا لم يكن تكراراً لفظاً كان حشواً فيصير فاصلاً، أما في
مسألتنا الكلام الثاني غير معطوف على الأول فأمكن أن يجعل الثاني تكراراً فكأننا
شيئاً واحداً من حيث المعنى فلا يصير فاصلاً .

(١) في ب: وصح .

(٢) في ب: وقالوا .

(٣) في ب: عطف الثاني على الأول .

وزان مسألتنا من تلك المسألة ما إذا قال: عبده^(١) حر إن شاء الله تعالى، ولو قال هكذا لا يعتق العبد ولا يصير فاصلاً، ولا رواية في هذا الفصل عن أبي حنيفة - رحمه - الله فيمنعه على قياس مسألة هذا الكتاب.

وهذا الفرق يؤيد قول مشايخ سمرقند في قول الرجل: (نقور لوله وعرا بوناسد فكذا) أن هذه اليمين لا تنعقد؛ لأن قوله: (لوله وناسد) يرجعان إلى معنى واحد، والثاني ليس بتكرار؛ لاختلاف اللفظ فلا يجعل شيئاً واحداً فيصير الثاني فاصلاً. ولو قال لها: أنت طالق ألبتة إن شاء الله، أو قال لها: أنت طالق بائن إن شاء الله، فالاستثناء صحيح ولا يصير قوله: ألبتة، فاصلاً؛ لأن الطلاق قد يكون بائناً وقد يكون غير بائن، إذا قال: ألبتة، أو قال: بائن. فقد وصف الطلاق بوصف يليق به، فلا يصير فاصلاً، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق ثلاثاً ألبتة. أو قال: ثلاثاً بوائن إن شاء الله، فإن هناك لا يصح الاستثناء ويصير قوله: ألبتة، وبوائن، فاصلاً على ظاهر الرواية؛ لأن الثلاث لا يكون إلا بائناً فيلغو هذا الوصف ويصير فاصلاً.

وعن محمد - رحمه الله - : لا يصير فاصلاً.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً ألبتة إن شاء الله، لا يصح الاستثناء بلا خلاف.

* * *

(١) في ب: عبده.

نوع آخر في إيقاع عدد من الطلاق واستثناء بعضه:
 إذا قال لها: أنت طالق [أنت طالق]^(١) إلا واحدة. بطل الاستثناء ووقع الثلاث -
 في باب الطلاق من الكافي قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة و^(٢) واحدة،
 وقع الثلاث وبطل الاستثناء عند أبي حنيفة - رحمه الله - تعالى .
 وعند أبي يوسف - رحمه الله - يقع واحدة، ذكره أبو يوسف في الأمالي .
 وهكذا ذكر القدوري في شرحه قول أبي حنيفة في باب الرجل يوقع عددا من
 الطلاق ثم استثنى بعضه .

قيل: وقول محمد في هذه المسألة نظير^(٣) قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
 وقال هشام: سألت محمدا عن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة
 وواحدة، قال: وقع الطلاق وبطل الاستثناء في قول أبي حنيفة .
 وفي قولهما: تطلق ثنتين .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنها تطلق واحدة .
 فالأصل أن استثناء البعض من الكل صحيح قل الاستثناء أو كثر، وإنما ينظر في
 هذا إلى اللفظ لا إلى الحكم، ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق أربعاً إلا ثلاثاً، صح
 الاستثناء، وإن كان هذا استثناء الكل من الكل من حيث الحكم؛ لأن ذكر الأربع
 ذكر الثلاث؛ لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث اعتباراً للفظ، وسيأتي شيء من هذا
 في آخر هذا النوع .

واستثناء الكل من الكل باطل، بلا خلاف بين أصحابنا، واختلف ألقاظ المشايخ
 فيه :

بعضهم قالوا: الاستثناء جار مجرى التخصيص، والتخصيص لا يرد على الكل .
 وبعضهم قالوا: الاستثناء إذا دخل في الكلام يصير تكلماً بالباقي، ولا بد وأن
 يكون الكلام باقياً بعد الاستثناء .

قال أبو يوسف [ومحمد]^(٤) -رحمهما الله - : الكلام يحمل على الصحة ما
 أمكن، وذلك في مسائلنا في اقتصار الاستثناء على الأولى والثانية عند أبي يوسف ،

(١) سقط في أ .

(٢) في ب: أو .

(٣) في ب: يصير .

(٤) سقط في ب .

وعلى الأولى عند محمد - رحمه الله - ، وعند ذلك لا يتحقق استثناء الكل من الكل .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول : أول الكلام يتوقف على آخره إذا وجد في آخره ما يغير حكم أوله ويذكر الثالثة بغير الحكم في الأولى والثانية ؛ لأن الكل إذا اعتبر جملة يلغو الاستثناء ؛ لأنه يصير كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا . ولو قال : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا بطل الاستثناء ؛ لأنه استثنى الكل . ولو قال لها : أنت طالق ثنتين وواحدة إلا ثنتين ، فهي ثلاث . وكذلك الجواب فيما إذا بدأ بالواحدة فقال : أنت طالق واحدة وثنيتين إلا ثنتين ، فهي ثلاث . أما إذا بدأ بالواحدة ؛ لأن الأصل في الاستثناء أن ينصرف إلى ما يليه فيصير مستثيا لكل ما تكلم به نظرا إلى ما يلي الاستثناء فيلغو .

وأما إذا بدأ بالثنتين ؛ لأنه لا يمكن صرف الاستثناء إلى الثنتين المذكورتين في صدر الكلام ، إما لأنه يصير^(١) مستثيا جميع ما تكلم به ، وإما لأن الواحدة فاصلة ولا يمكن صرف الاستثناء إلى جملة الكلام ؛ لأنه يصير مستثيا الواحدة المفردة بتمامها فيصير مستثيا جميع ما تكلم به نظرا إلى الواحدة المفردة .

ولو قال [لها]^(٢) : أنت طالق واحدة وثنيتين إلا واحدة ، يقع ثنتان ويصير مستثيا الواحدة من الثنتين وإنه استثناء البعض من الكل ، فيصح .

ولو قال : أنت طالق ثنتين وثنيتين إلا واحدة^(٣) ، صح الاستثناء ووقعت ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، ويجعل مستثيا من كل [ثنتين]^(٤) تطلقه تصحيحا لكلام العاقل بقدر الممكن ، هكذا ذكر القدوري في شرحه .

وذكر شيخ الإسلام هذه المسألة في شرحه ، وذكر أنه ينوي الزوج فإن عني استثناء إحدى الثنتين بكماله إما الأول وإما الآخر كان الاستثناء باطلا ، وإن نوى واحدة من الثنتين الأوليين وواحدة من الثنتين الأخريين كان الاستثناء صحيحا ويقع ثنتان عندهما .

وروي عن محمد - رحمه الله - إذا قال لها : أنت طالق ثنتين وثنيتين إلا ثلاثا

(١) في ب : يصير .

(٢) سقط في ب .

(٣) في ب : ثنتين .

(٤) سقط في ب .

قال: هي ثلاث والاستثناء باطل، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثنتين وأربعاً إلا خمسا هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - .

وفي المنتقى إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعاً فهي ثلاث في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - ، ويصير قوله: وثلاثا ثانيا، فاصلا بين الأول وبين الاستثناء .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إنها تطلق ثنتين، وهو الظاهر من قول محمد - رحمه الله - ، فلا يصير قوله: وثلاثا. ثانيا. فاصلا، وإذا لم يصير الثاني فاصلا عندهما .

ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه ينوي هذا الرجل إن قال: عنيت اثنتين^(١) من الثلاث الأول واثنتين^(٢) من الثلاث الأخر، يصح الاستثناء وما لا فلا، ولم يشترط هذه النية في المنتقى .

وكذلك لم يشترط شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - هذه النية على قولهما . وصار حاصل مذهبهما كأنه قال [لها:]^(٣) أنت طالق أنت طالق ستا إلا أربعاً . وروى ابن سماعه عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لامرأته: أنت طالق ثنتين وثنيتين إلا أربعاً، فهي طالق ثنتين، ومن حيث المعنى هذه المسألة والمسألة المتقدمة سواء .

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين، ثم مات قبل أن يختار واحدة أو ثنتين فهي واحدة، ويجعل الاستثناء على الأكثر .

ذكر القدوري في شرحه: إذا وقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من جملة الكلام لا من جملة الثلاث التي يحكم بوقوعها، نحو أن يقول: أنت طالق عشرا إلا تسعا وقعت واحدة . ولو قال: إلا ثمانيا وقعت ثنتان، ولو قال: إلا سبعا وقع الثلاث، فقد صح الاستثناء في هذه الصورة وإن كان هذا استثناء الكل من الكل؛ لأن هذا استثناء البعض من البعض لفظا، وقد مر شيء من هذا قبل هذا . ومن هذا الجنس ما روي عن محمد - رحمه الله - في النوادر إذا قال: نسائي طوالت إلا فلانة وفلانة وفلانة، وليس له من النسوة سواهن، صح الاستثناء .

(١) في ب: الثنتين .

(٢) في ب: الثنتين .

(٣) سقط في ب .

ولو قال: نسائي طوالق إلا نسائي، لا يصح، وما افترقا إلا باعتبار اللفظ.
وفي البقالي إذا قال: كل امرأة لي طالق إلا هذه، وليس له غيرها لم تطلق.
ولو قال: نسائي طوالق فلانة وفلانة وفلانة إلا فلانة. فالاستثناء جائز؛ لأن قوله:
فلانة، تفسير لقوله: نسائي طوالق، فيكون الحكم لقوله: نسائي طوالق.
ولو قال: نسائي إلا فلانة، يصح الاستثناء كذا هاهنا.
ولو قال: فلانة طالق إلا فلانة، لا يصح الاستثناء، وكذلك [إذا قال له]^(١): هذه
وهذه إلا^(٢) هذه، كان الاستثناء باطلا.
وفي المنتقى: إذا قال [لها]^(٣): أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو لا شيء، فهذا لم
يستثن شيئا فطلقت ثلاثا.
ولو قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة، فاعلم أن الطلقة لا تتجزأ في
طرف الإيقاع، وهل تتجزأ في طرف الاستثناء؟
فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - لا تتجزأ.
وعن محمد - رحمه الله - روايتان، حتى إن في هذه المسألة يقع ثنتان عند أبي
يوسف، وإحدى الروايتين عن محمد - رحمه الله -، ويصير كأنه قال: أنت طالق
ثلاثا إلا واحدة، وفي رواية أخرى: تتجزأ [يمينه]^(٤) في طرف الاستثناء، حتى إن
في هذه المسألة يقع الثلاث على هذه الرواية؛ لأنه لما صح استثناء النصف صار
تقدير كلامه: أنت طالق تطليقتين ونصف، فتكاملت الطلقة الثالثة.
وعلى هذا إذا قال: أنت طالق واحدة ونصف إلا واحدة ونصف، فعلى قول أبي
يوسف يقع ثنتان.
وعن محمد روايتان:
في رواية: يقع ثنتان كما هو قول أبي يوسف - رحمه الله - .
وفي رواية: يقع واحدة.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: و.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

نوع آخر:

وكما يصح الاستثناء من أصل الكلام يصح الاستثناء من الاستثناء، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا آءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ﴾ (٥٩) إِلَّا أَمْرَاتَهُ (١) استثنى آل لوط من جملة الناس واستثنى امرأته (٢) من آله.

بيان هذا: إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين إلا واحدة، تقع ثنتان. والأصل في جنس هذه المسائل: أن المستثنى ثانيا يجعل مستثنى من الاستثناء الأول، ثم ينظر إلى ما بقي من الاستثناء الأول فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام.

إذا ثبت هذا فنقول: الاستثناء الثاني واحدة، فيجعل مستثنى من الاستثناء الأول وهو ثنتان، بقي من الاستثناء الأول واحدة، فيجعل ذلك مستثنى من أصل الكلام وهو الثلاث (٣) فيبقى من أصل الكلام ثنتان فهو (٤) الواقع.

[وعلى هذا إذا قال: أنت طالق ثلاثا [إلا ثلاثا] (٥) إلا واحدة، يقع واحدة ويجعل الواحد مستثنى من الاستثناء الأول وهو الثلاث، يبقى من الاستثناء الأول ثنتان، يجعل ذلك مستثنى من الأصل وهو الثلاث فتبقى واحدة فهي الواقع. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا ثنتين إلا واحدة، وقعت واحدة، والوجه ما ذكرنا.

ومن المشايخ من اعتبره بنوع تفويت (٦) فقال: ينبغي أن يعقد العدد الأول بيمينك، والثاني بيسارك، والثالث بيمينك، والرابع بيسارك، ثم أسقط ما في يسارك مما في يمينك فما بقي فهو الواقع، والله الموفق [٧].

(١) سورة الحجر الآيتان: ٥٩، ٦٠ .

(٢) في ب: امرأة لوط .

(٣) في ب: الثالث .

(٤) في ب: فهي .

(٥) سقط في ب .

(٦) في ب: تقريب .

(٧) ما بين المعقوفين سقط في م .

نوع آخر في دعوى الزوج الاستثناء، وفي إخبار غير الزوج بالاستثناء. إذا ادعى الزوج التكلم بالاستثناء، [أو لم يتكلم بالشرط^(١)] في الخلع، أو^(٢) ادعى التكلم بالاستثناء أو الشرط في الطلاق فالقول قول الزوج، فإن شهد الشهود بخلع أو طلاق بغير استثناء، لم يقبل قول الزوج بعد ذلك ويقضي القاضي بالطلاق والخلع.

وإن شهدوا بالخلع أو بالطلاق^(٣) وقالوا: لم نسمع منه غير كلمة الخلع والطلاق، والزوج يدعي الاستثناء، فالقول قول الزوج، ولا يقضى القاضي بالطلاق إلا إذا ظهر منه^(٤) دليل صحة الخلع من قبض البدل أو ما أشبه ذلك. كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح السير في باب ما يصدق فيه الرجل من الردة فلا تبين منه امرأته. وفي باب الخلع من الكافي، وفي مختصر عصام^(٥): إذا خالع، ثم قال: لم أعن الطلاق، إن كان أخذ جعلاً على الخلع لم يصدق قضاء.

قال مشايخنا - رحمهم الله -: والمراد من أخذ الجعل ذكر الجعل لا حقيقة الأخذ، فعلى هذا إن ذكر البدل وقت الطلاق والخلع، لا يصدق قضاء في دعوى الاستثناء، وإن لم يذكر البدل يصدق قضاء في دعوى الاستثناء. وذكر نجم الدين النسفي في فتاويه عن شيخ الإسلام أبي الحسن - رحمهما الله -: أن مشايخنا - رحمهم الله - استحسنا في دعوى الاستثناء في الطلاق ألا يصدق الزوج إلا ببينة؛ لأنه خلاف الظاهر، وقد فسد أحوال الناس فلا يؤمن التليس.

وحكي عن شمس الأئمة الأوزجدي - رحمه الله - أنه كان^(٦) يقول: إن عرف الطلاق بإقراره يسمع دعوى الاستثناء منه، فإن^(٧) عرف بالبينة لا يسمع منه دعوى الاستثناء.

(١) في ب: والتكلم.

(٢) في ب: و.

(٣) في ب: الطلاق.

(٤) زاد في ب: ما هو.

(٥) في ب: العصام.

(٦) في ب: إذا كان.

(٧) في ب: وإن.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول: لو قال: طلقت واستثنيت، لا يصدق قضاء، ولو قال: قلت لها: أنت طالق واستثنيت، يصدق قضاء. وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الإقرار في باب الإقرار بالعتق: لو قال لبعده: أعتقتك أمس، وقال: إن شاء، صدق ولا يعتق العبد. وذكر في باب الإقرار بالنكاح: إذا قال الرجل لامرأته: تزوجتك أمس، وقلت: إن شاء الله وقالت المرأة: ما استثنيت، فالقول قوله. قال: وكذلك العتق والطلاق.

والفتوى على ما ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن دعوى الاستثناء في الطلاق صحيح وكذلك في الخلع، إلا إذا ظهر منه ما هو دليل صحة الخلع. وقد وجدت الرواية في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - [أنه]^(١) لو قال: طلقها ولكن كنت نائما، ألزمه^(٢) الطلاق.

ولو قال: طلقها ثم استثنيت، لم يكن مستثيا في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله - ، [وبهذه الرواية يتبين أن ما ذكر في الأصل قول محمد]^(٣). وإذا طلق الرجل امرأته فشهد عنده شاهدان: إنك استثنيت موصولا بالطلاق، ولا يتذكر هو ذلك.

ينظر: إن كان هو بحال إذا غضب يجري على لسانه ما لا يحفظ بعده، جاز له الاعتماد على قول الشاهدين بناء على الظاهر، وإن لم يكن بهذه الحالة لا يعتمد؛ لأنه يخالف الظاهر.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: ألزمته.

(٣) سقط في ب.

نوع آخر من الاستثناء:

هذا النوع ينبنى^(١) على أصلين:

أحدهما: أن المتكلم بكلام مقرون بالاستثناء إذا ذكر عقيبه وصفا يليق بالمستثنى ولا يليق بالمستثنى منه يجعل وصفا للمستثنى حتى يبطل بطلانه، وإذا ذكر وصفا يليق بالمستثنى منه ولا يليق بالمستثنى فقد اختلفت عبارة المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يجعل وصفا للمستثنى منه حتى يثبت بثبوتة تصحيحا له بقدر الإمكان.

وبعضهم قالوا: يجعل وصفا لكل تحقيقا لدخوله على الكل، وتحقيقا للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه، فإن المستثنى من جنس المستثنى منه في الظاهر. وإذا ذكر وصفا يليق بالمستثنى وبالمستثنى منه، فقد اختلفت عبارة المشايخ فيه أيضا:

بعضهم قالوا: يجعل وصفا لكل تحقيقا لدخوله على الكل، أو تحقيقا للمجانسة فيبطل المستثنى بوصفه ويبقى المستثنى منه بوصفه.

وبعضهم قالوا: يجعل وصفا للمستثنى منه لا غير؛ لأنه لو جعل وصفا للمستثنى منه اعتبر، ولو جعل وصفا للمستثنى بطل، والوصف إنما يذكر للاعتبار لا للإبطال، وهذا كله إذا ذكر وصفا زائدا، أما إذا وصف وصفا أصليا لا يعتبر أصلا ويجعل ذكره ولا يذكر سواء.

الأصل الثاني: أن الوصف المذكور على سبيل التأكيد لا يصير فاصلا بين الطلاق والاستثناء ولا بين الطلاق والشرط، حتى إن من قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا يا فلانة إلا واحدة، يقع ثنتان، ولا يصير قوله: يا فلانة، فاصلا لما كان لتأكيد تعريف المحل.

وإذا قال لامرأته قبل الدخول بها: أنت طالق بائن إن دخلت الدار، لا تطلق ما لم تدخل الدار، ولا^(٢) يصير قوله: بائن، فاصلا بين الطلاق والشرط لما ذكره لتأكيد تعريف الواقع.

(١) في ب: يشتمل.

(٢) في ب: فلا.

جئنا إلى المسائل .

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة للسنة، كانت طالقا ثنتين للسنة عند كل طهر تطليقة؛ لأن وصف السنة يليق بالمستثنى منه واقع، أما المستثنى فغير واقع فجعلناه صفة للمستثنى منه، وصار كأنه قال: أنت طالق ثنتين للسنة، أو نقول: يجعل وصفا للكل ويصير كأنه قال أنت طالق ثلاثا للسنة إلا واحدة. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة إذا حضت وطهرت، أو: إن كلمت فلانا، أو: إن دخلت الدار، كانت التطليقتان معلقتين بالحيض والطهر في المسألة الأولى، وبالكلام في المسألة الثانية، وينصرف الشرط إلى المستثنى منه دون المستثنى؛ لأنه يليق بالمستثنى منه ولا يليق بالمستثنى؛ لأنه إنما يحتاج إلى الشرط فيما يقع، والذي يقع المستثنى^(١) منه دون المستثنى، أو يقول: ينصرف الشرط إلى الكل ويصير معلقا الثلاث بالشرط مستثنى واحدة منها. ولو قال لها: أنت طالق ثلاثا ألبتة إلا واحدة، أو قال: بائنة إلا واحدة، كانت طالقا تطليقتين رجعتين، ولا يصير قوله: ألبتة البائنة، فاصلا بين الاستثناء وبين الإيجاب؛ لأن كل واحدة منها صفة أصلية للثلاث، لا يوجد الثلاث إلا وأن تكون [بئة]^(٢) بائنة، فصار ذكرها ولا ذكر سواء، فكأنه قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة^(٣).

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة بائنة ألبتة، طلقت تطليقتين رجعتين [أيضا]^(٤).

وذكر هشام - رحمه الله - في نوادره عن محمد - رحمه الله - : أن من قال لامرأته: أنت بائن إلا واحدة، ونوى بالبائن الثلاث، قال: هي طالق واحدة؛ لأن نية الثلاث إلا واحدة نية الثنتين، ومن قال لامرأته: أنت بائن، ينوي ثنتين، يقع واحدة.

[وعند أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لامرأته: أنت طالق واحدة]^(٥) ألبتة

(١) في ب: بالمستثنى .

(٢) سقط في أ .

(٣) المحيط البرهاني (٣/٢٩٣).

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في ب .

إلا واحدة، ونوى بالبتة الثلاث [يقع تطليقتان بائنتان؛ لأنه لما نوى البتة الثلاث]^(١) علم أنه ما جعلها صفة للواحدة؛ لأن الواحدة لا تحتمل نية الثلاث، فلما ذكر الواحدة وصار كأنه قال: أنت طالق ألبتة إلا واحدة، وقد نوى بالبتة الثلاث، وهناك الجواب كما قلنا، وإنما ألغينا الواحدة لأننا لو لم نلغها بطل الاستثناء، وهو أصل مكان إلغاء الواحدة وهي نعت أولى.

قال في الزيادات: إذا قال لها: أنت طالق اثنتين ألبتة إلا واحدة، فهي طالق واحدة بائنة؛ لأن ألبتة تصلح صفة للثنتين؛ لأن الثنتين لا تكون بتة بنفسها فيصح وصفها بالبتة وقد استثنى واحدة منهما فيقع واحدة بائنة^(٢)، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثنتين إلا واحدة [ألبتة]^(٣)، فهي طالق واحدة بائنة، لأن ألبتة لا تصلح صفة للمستثنى [لأنه لا يقع فيجعل صفة للمستثنى]^(٤) منه، أو يجعل صفة للكُل وصار كأنه قال: أنت طالق ثنتين [ألبتة]^(٥) إلا واحدة [بائنة]^(٦)، وهي المسألة المتقدمة. ولو قال لها: أنت طالق [ثنتين إلا واحدة بائنة، أو قال: إلا واحدة بائنة، فهي طالق]^(٧) واحدة رجعية؛ لأن البائن لا تصلح صفة للمستثنى منه، فإنه لا يقال: تطليقتان بائن، وإنما يقال: تطليقتان بائنتان، ويصلح صفة للمستثنى فيجعل صفة للمستثنى فيبطل ببطلان المستثنى، بخلاف قوله: ألبتة؛ لأنه يصلح صفة للتطليقتين، فإنه يستقيم أن يقال تطليقتان ألبتة.

قال في الكتاب: إلا أن ينوي أن يكون البائن صفة الثنتين فحينئذ تطلق واحدة بائنة؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه بالثنائية قد تنعت الواحدة، قال الله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرِ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانَا رَتْقًا فَفَنَقَّهُمَا^(٨)﴾. ولم يقل: «كانتا رتقتين». والله أعلم.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: بتة.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) سورة الأنبياء آية: ٣٠.

الفصل السابع عشر

في دعوى المرأة الفرقة على الزوج بالردة أو بالطلاق

قال محمد - رحمه الله - : وإذا أسر المشركون رجلاً من المسلمين، ثم إنه انقلب ورجع إلى دار الإسلام فرافعته زوجته إلى القاضي وقالت: إن زوجي هذا ارتد عن الإسلام حين أسره المشركون، وقد بنت منه. وقال الزوج: إن ملك أهل الحرب أكرهني على ذلك وقال: لأقتلنك أو لتكفر بالله ففعلت ذلك مكرها، وكذبتة المرأة في الإكراه، فالقول قول المرأة؛ لأن الزوج لما أقر بالكفر، فقد أقر بالسبب الموجب للبينونة؛ إذ الكفر سبب البينونة، ثم بدعوى الإكراه يدعي معنى يمنع حكم السبب فيصدق في الإقرار بالسبب؛ لأنه أمر عليه، ولا يصدق في دعوى المانع؛ لأن ذلك أمر له، كما إذا أقر بالبيع ثم ادعى الإكراه عليه، أو^(١) ادعى شرط الخيار، يوضحه أنه أضاف سبب الفرقة إلى حالة لم يعرف ذلك منه وهو الإكراه، وفي مثل هذا لا يقبل قوله، كما إذا قال: طلقت امرأتي، وأنا مجنون. ولم يعرف منه جنون في وقت، فإن هناك لا يقبل قوله كذا هاهنا.

فإن قيل: الزوج ما أقر بكفر يوجب الفرقة بينهما فلم لا يجعل هذا بمنزلة الزوج طلقها ثلاثاً في المرض فإنه لا يحرم عن الميراث؟ وهل لأحد أن يقول بأنها أقرت بالسبب الموجب بحرمان الميراث وهو الطلقات الثلاث؟ ثم بدعوى كون الثلاث في المرض ادعت مانعاً يمنع، فتكون مصدقة في الإقرار بالسبب مكذبة في دعوى المانع، فينبغي أن تحرم عن الميراث ولكن قيل بأنها ما أقرت بطلاق يوجب حرمان الميراث فلا تصير محرومة.

قلنا: ليس مسألتنا نظير تلك المسألة؛ لأن في تلك المسألة المرأة تقول: طلقني^(٢)، إلا أنه كان طلاقاً لا يوجب حرمان الميراث، وهاهنا نقول: الردة لم تكن بعد ما أقر بالتكلم بها، فصار كمن يقول: تكلمت بالبيع. ولم يكن يباع. [و]^(٣) إن جاء الزوج بشهود شهدوا أن الملك قال له: لتكفرن بالله أو لأقتلنك.

(١) زاد في ب: لو.

(٢) في ب: طلاقي طلاق.

(٣) سقط في ب.

ولا يدري أكفر أو لم يكفر، وقال الزوج: فإني كفرت حينئذ ولم أكفر قبل ذلك ولا بعده، فإن القول قول الزوج مع يمينه^(١) ولا تبين امرأته؛ لأنه أثبت المانع عن حكم السبب بالحجة وكأنه^(٢) أضاف السبب إلى حالة معهودة فيه وهو الإكراه؛ لأن بشهادة الشهود صار الإكراه [معهودًا له، والزوج أقر بسبب الفرقة وأضافه إلى حالة معهودة]^(٣) تمنع وقوع الفرقة، كان القول قوله ولا يقع الطلاق، كما لو قال لامرأته: طلقتك وأنا صبي.

وإن لم يكن للزوج بينة على الإكراه ولكن صدقته المرأة في دعواها فإنه لا يعتبر تصديقها؛ لأنهما أقرتا بما يوجب الفرقة وتعلق به حق الشرع من غير حجة وليس لهما هذه الولاية.

وإن كان المدعي على الزوج غير امرأته بأن جاء واحد من المسلمين عند القاضي وقال: إن هذا كفر في دار الحرب وهو مقيم على امرأته فانظر في أمره، فأقر الرجل أن أهل الحرب أكرهوه على ذلك وصدقته المرأة على ذلك ولا يعلم الإكراه إلا بقولهما، فإن^(٤) القاضي يفرق بينهما حتى يقيم الزوج البينة على الإكراه؛ لأن الباب باب الفرج، والتفريق بحق الشرع، فلكل أحد أن يتكلم فيه بطريق الحسبة، ويكون تصديقها وتكذيبها في ذلك على السواء، ألا ترى أنه تقبل الشهادة على الطلاق [بطريق الحسبة]^(٥) من غير دعواها؛ لأنه حق الشرع.

ولو أن مسلمًا ادعت عليه امرأته أنه طلقها ثلاثًا أو^(٦) أنه ارتد عن الإسلام فبانت منه، فسأل القاضي الزوج فقال: أصابني جنون فكان ذلك مني وأنا مجنون، أو قال: أصابني برشام وذهب عقلي، أو قال: أصابني وجع أذهب عقلي، فإن عرف أن ذلك أصابه، فالقول قوله؛ لأن الجنون صار معهودًا له فقد أضاف الطلاق إلى حالة معهودة عرفت منه، والطلاق في تلك الحالة لغو فصار كما لو قال: طلقتك وأنا

(١) في أ: بيمينه.

(٢) في ب: ولأنه.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: قال.

(٥) في ب: حسبة.

(٦) في ب: و.

صبي، وهناك لا يقع الطلاق كذا هاهنا. والمعنى في ذلك: أن إضافة الطلاق معنى، والقول قول المنكر في الشرع، وبهذا الطريق إذا قال لها: طلقتك قبل أن أخلق، أو قبل أن أتزوجك، لا يقع الطلاق، [وإن لم يعلم أن ذلك إضافة فإنه يقع الطلاق]^(١)، إلا إذا أقام بينة على ذلك كما في دعوى الإكراه.

ولو قال: طلقته وأنا نائم، كان القول قوله، صدقته المرأة في ذلك أو كذبتة؛ لأن النوم معهود لكل أحد^(٢)، والطلاق في حالة النوم لغو، فصار كما لو إذا قال: طلقتك وأنا صبي.

وفي المنتقى: [أنه لا يقبل قوله إذا قال: طلقتك وأنا نائم، وكذلك]^(٣) إذا قال: شربت بنجا فذهب عقلي، أو قال: ضربت نفسي، أو قال: ضربني غيري فغشي علي فذهب عقلي فتكلمت بذلك وأنا ذاهب العقل، فإن كان عرف أن ذلك أصابه فالقول قوله ولا يقع الطلاق؛ لأن هذه حالة الطلاق فيها لغو، فكان نظير قوله: طلقته وأنا مجنون، طلقته وأنا صبي، وإن لم يعلم أن ذلك أصابه لا يصدق ويقع الطلاق لما ذكرنا.

ولو قال: شربت حتى سكرت فذهب عقلي فطلقته وأنا ذاهب العقل، وصدقته المرأة في ذلك أو كذبتة، فإن كان علم أنه شرب حتى ذهب عقله بسبب الشرب طلق امرأته؛ لأن السكر من الشراب لا يمنع وقوع الطلاق، فقد أضاف الطلاق إلى حالة لا تمنع وقوع الطلاق فلا يكون منكرًا للطلاق، بخلاف ما إذا قال: شربت بنجا، وهذا لأن السكر من الشراب لا يزيل العقل ولكن يغلب على الرؤوس^(٤) فيمنعه عليه السرور عن استعمال عقله ويجعله غائبًا عن نفسه، كما أخبر الله تعالى عن صواحبات يوسف: ﴿فَلَمَّا رَأَيْنَهُ أَكْبَرْنَهُ وَقَطَّعْنَ أَيْدِيَهُنَّ﴾^(٥) وإنما فعلن ذلك في حالة^(٦) غلبة الرؤوس^(٧) حتى غبن عن أنفسهن، وإذا لم يذهب عقله بالسكر لم يصر

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: كالصغير.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: السرور.

(٥) سورة يوسف آية: ٣١.

(٦) في ب: حال.

(٧) في ب: السرور.

بمنزلة المجنون فيقع^(١) الطلاق، بخلاف البنج؛ لأنه يزيل العقل فيصير كالمجنون. ولو كان مكان دعوى الطلاق دعوى الردة، بأن ادعت امرأة على زوجها أنه ارتد - والعياذ بالله - فقال الزوج: شربت حتى ذهب عقلي فتكلمت بذلك وأنا ذاهب العقل.

فالقياص: أن تبين منه امرأته.

وفي الاستحسان: لا تبين امرأته، بناء على أن السكر يمنع وقوع الفرقة بالردة استحساناً، فقد أضاف الردة إلى حالة تنافي وقوع الفرقة.

وهذا إذا عرف منه السكر في وقت بهذه الصفة، فأما إذا لم يعلم منه السكر في وقت بهذه الصفة فإنه تبين منه امرأته قياساً واستحساناً؛ لأنه ما أضاف الردة إلى حالة معهودة، وهذا في الحكم، وأما فيما بينه وبين الله^(٢) تعالى فهي امرأته إذا كان صادقاً فيما قال، وفي جميع ما ذكرنا أن القاضي لا يصدقه لا يسع المرأة أن تصدقه، وفيما يصدقه القاضي وسعها أن تصدقه.

ولو قالت امرأة للقاضي: إني سمعت زوجي يقول: المسيح ابن الله، فبنت منه، فسأل القاضي الزوج عن ذلك فقال: إنما قلت ذلك حكاية عمن يقوله، فإن أقر أنه لم يكن قبل هذا الكلام ولا بعده كلام قد بانت منه وصدفته فيما قال؛ لأنه ظهر بإقراره كلام [هو كفر، فإن قوله: المسيح ابن الله، إذا لم يكن قبله كلام ولا بعده كلام]^(٣) كلمة الكفر، والتكلم بما هو كفر يوجب الفرقة، فهو بقوله^(٤): أردت الحكاية عمن يقول ذلك، يريد إخراج الكلمة عن الكفر وإبطال البيئونة^(٥)، وليس^(٦) لها على ذلك دليل فلا يصدقه فيه، ألا ترى أنه إذا تكلم بالطلاق وقال: عنيت به الطلاق عن الوثاق، لا يصدق، وإنما لا^(٧) يصدق لما قلنا.

(١) في ب: ويقع.

(٢) في ب: ربه.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: يقول.

(٥) في ب: البيئنة.

(٦) في ب: فليس.

(٧) في ب: قلنا.

وإن قال: وصلت بكلامي: النصارى يقولون المسيح ابن الله^(١) فلم تسمع المرأة أول كلامي، أو قلت: المسيح ابن الله قول النصارى فلم تسمع المرأة آخر كلامي، كان القول في ذلك قول الزوج مع يمينه؛ لأن قوله: المسيح ابن الله مع هذه الزيادة ليس بكلمة كفر، فإن^(٢) ادعى التكلم بهذه الزيادة فيما أقر بكلمة الكفر و^(٣) أنكر التكلم بالكفر فكان القول قوله مع يمينه.

وهو نظير ما لو ادعت المرأة على زوجها أنه قال لها: أنت طالق، وقال الزوج؛ قلت لها: أنت طالق إن دخلت الدار، وقلت لها: أنت طالق إن شاء الله؛ كان القول قول الزوج؛ لأن قوله: أنت طالق مع الشرط ومع الاستثناء ليس بإيقاع، فالزوج بدعوى الشرط أو الاستثناء ينكر الإيقاع فيكون القول قوله.

وكذلك إذا قال الزوج: أظهرت قولي المسيح ابن الله وأخفيت قولي النصارى يقولون [المسيح ابن]^(٤) الله [فسمعت المرأة قولي المسيح ابن الله ولم تسمع قولي النصارى يقولون]^(٥) وقد تكلمت بذلك ووصلت ذلك بكلامي، كان القول قول الزوج لما قلنا. فإن كان شهد عليه شهود أنهم سمعوه قال: المسيح ابن الله ولم يقل غير ذلك، فالقاضي يقبل شهادتهم وتبين امرأته منه؛ لأن الشهود أثبتوا الكفر بشهادتهم، وقوله بمقابلة الشهادة مردود.

فإن قيل: كيف يقبل قول الشهود ولم يقبل شيئاً غير ذلك، وهو شهادة على النفي؟

قلنا: اختلف عبارة المشايخ فيه.

بعضهم قالوا: هذا بيان أن هذه الزيادة كانت في ضميره وأنه إثبات وما في ضمير الإنسان لا يصلح ناسخاً لما^(٦) صرح به، فيعمل بالمصرح وإنه يوجب الفرقة. وبعضهم قالوا: إن كان هذه شهادة على النفي إلا أن الشهادة على النفي إنما لا تقبل إذا لم يكن موصولاً بالإثبات يقبل، ألا ترى أن الشهود على الوراثة إذا قالوا:

- (١) في ب: مريم.
- (٢) في ب: فإذا.
- (٣) في ب: بل.
- (٤) سقط في ب.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) في ب: لمن.

نشهد أن هذا وارث الميت لا نعلم له وارثا غيره، فالقاضي يقبل قولهم: لا نعلم له [وارثا]^(١) غير هذا، حتى يدفع المال إلى الشهود له من غير تلوم وأنه بقي مع هذا. قيل: لما كان موصولا بالإثبات كذا هاهنا.

وبعضهم قالوا: الشهادة على النفي إنما لا تقبل لأنه ما لا يوقف عليه، وعلى هذا وقوف لا يمكن للشهود أن ينظروا إليه وقت التكلم ويتأملون فاه، فإذا رأوه لم يحرك لسانه وشفتيه فقد تيقنوا أنه لم يتكلم بالزيادة.

ولو قال الشهود: سمعناه قال المسيح ابن الله ولم نسمع غيره ولا ندري أقال النصرارى يقولون أو لم يقل، وقال الزوج: لا، بل قلته ووصلته بكلامي إلا أن الشهود لم يسمعوا [ذلك]^(٢) مني، فالقول قول الزوج والمرأة امرأته؛ لأنهم لما قالوا: لا ندري أقال هذه الزيادة أم لا، كأنهم^(٣) قالوا: لا ندري أكفر أم لا، فهذا منهم شك في كفره والشهادة مع الشك لا حكم لها.

وعلى هذا إذا ادعى التكلم بالاستثناء في الخلع، أو الطلاق، أو ادعى التكلم بالشرط بالطلاق، وشهد الشهود على الخلع والطلاق بغير استثناء، قبلت شهادتهم ويقضي القاضي بالخلع والطلاق.

وإن قال الشهود: لم نسمع منه غير كلمة الطلاق والخلع، فالقاضي لا يفرق بينهما، وكان القول في ذلك قول الزوج إلا أن يظهر منه دليل صحة الخلع من قبض البدل وما أشبه ذلك فحينئذ لا يقبل قوله، وقد ذكرنا مسألة الطلاق والخلع في الفصل المتقدم.

ولو أن رجلا عرف أنه جن مرة فقالت امرأته: إنه ارتد البارحة، أو قالت: طلقني ثلاثا. وقال الزوج: عاودني الجنون البارحة فتكلمت بذلك وأنا مجنون، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن الجنون متى حدث في الآدمي لا يزال^(٤) أبدا، ألا ترى أنه إذا وجد مرة في حالة الصغر أو الكبر كان عيبا لازما أبدا، نقل عن الأطباء أنهم قالوا: من نظر من أهل البصر في حماليق عين المجنون يظهر له بقاء أثره. فإذا قال:

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فكأنهم.

(٤) في ب: يزول.

عاودني الجنون، فقد أضاف كلامه إلى حالة معهودة.

وإن لم يعرف بالجنون مرة، لم يقبل قوله، ويفرق بينه وبين امرأته؛ لما قلنا. وإن لم يفرق القاضي بينه وبين امرأته [حتى جن ثم أفاق فقال: كنت هكذا البارحة، ولم يعلم ذلك إلا بقوله، فإنه لا يقبل قوله ويفرق بينه وبين امرأته]^(١)؛ لأن الجنون قد يحدث بعد إذ^(٢) لم يكن، ألا ترى أن العبد إذا جن في يد المشتري لم يرده على البائع ما لم يثبت أنه كان جن في يد البائع، فحدوثه اليوم لا يدل على أنه كان من قبل فلا يصدق بالإسناد^(٣)، فأما بعدما، وجد مرة لا يزول على وجه لا يبقى أثره.

فلهذا قبلنا قوله ثمة، ولم نقبل قوله هنا.

وكذلك اليوم لو ادعت المرأة أنه طلقها ثلاثا وقت العصر، فقال الزوج: كنت نائما في تلك الحالة فتكلمت بالطلاق وأنا نائم، فالقول قوله؛ لأن النوم يعتري المرأ عادة في كل وقت وإنه مما يذهب ويعود فقد أضاف كلامه إلى حالة معهودة فيقبل قوله.

ولو علمت^(٤) أنه سكر منذ شهر حتى ذهب عقله فقالت المرأة: إنه ارتد البارحة، أو قالت: طلقني ثلاثا، فقال الزوج: سكرت البارحة كما سكرت منذ شهر فتكلمت بذلك وأنا لا أعقل، فإنه لا يقبل قوله، ويفرق بينه وبين المرأة؛ لأن السكر بعد زواله لا يعود، وإنما يحدث له السكر بعد ذلك باكتساب سببه، وهو الشرب ولم يعلم منه الشرب البارحة إلا بقوله، فلا يقبل قوله في ذلك إلا بحجة.

وكذلك لو علم أن المشركين أكرهوه على الكفر مرة وكفر، ثم ادعت امرأته أنه كفر بعد ذلك، وأنها قد بان من فصدقها بالكفر الثاني وادعى أنهم أكرهوه ثانيا، فإنه لا يصدق وبانت منه امرأته؛ لأن الإكراه ليس بأمر لازم فإنه إذا زال لا يعود إلا بإحداث فعل آخر من المكروه، وحدوث الفعل من المكروه لم يعرف إلا بقوله، فلا يصدق فيه كما لا يصدق في دعوى حدوث السكر.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: أن.

(٣) في ب: في الإسناد.

(٤) في ب: علم.

وكذلك إذا علم أنه كان مبرسماً منذ سنة وذهب عقله ثم قال: أصابني ذلك البارحة وذهب عقلي فتكلمت بالكفر أو بالطلاق، وأنا ذاهب العقل، لا يقبل قوله؛ لأن البرسام ليس بأمر لازم؛ فإنه إذا زال لا يعود إلا بسبب حادث وحدوث ذلك السبب لم يعلم إلا بقوله.

وكذلك لو علم أنه شرب البنج منذ سنة ثم قال: شربت البارحة وذهب عقلي، فإنه لا يصدق على نحو ما ذكرنا في البرسام، وكذلك على هذا الغشي؛ لأن كل واحدة من هذه الأشياء ليس بأمر لازم، وكل قول من هذا لا يصدق فيه وتبين امرأته، فإن القاضي يجعل ذلك منه إسلاماً حين جحدته، ويجعل كأنه ارتد ثم تاب؛ لأن جحوده^(١) الكفر توبة، والله أعلم.



(١) في ب: جحود.

الفصل الثامن عشر

في إيقاع الطلاق على مال

وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم، [فقبلت، يقع الطلاق، بمنزلة ما لو قال لها: أنت طالق على ألف درهم]^(١)؛ لأن هذا إيجاب الطلاق بجعل، وليس بتعليق بشرط الإعطاء، بمنزلة قوله: بعت منك هذا العبد على ألف درهم فيكتفى بقبولها لوقوع الطلاق، فعلى هذا إذا قال بالفارسية: (برا طلاق بان شروكي فلان حي يمي وهي)، فقبلت، يقع الطلاق.

ولو قال لها: إن أعطيتني ألف درهم، إن جئتني بألف [درهم]^(٢)، متى أعطيتني ألفاً، لا يقع الطلاق ما لم يوجد الإعطاء؛ لأن هذا تعليق بالشرط صريحا، والمعلق بالشرط عدم قبل الشرط، بخلاف قوله: على ألف درهم. فإن هناك إذا قبلت يقع الطلاق ولا يتوقف الوقوع على الإعطاء، ثم في قوله: إن أعطيتني ألفاً، إن جئتني بألف درهم، لا يقع الطلاق ما لم يوجد الإعطاء في المجلس؛ لأن هذا تعليق صورة، ومعاوضة معنى؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بمال، وهذا هو حد المعاوضة، فاعتبرنا معنى التعليق فقلنا: لا يقع الطلاق إلا بعد وجود الإعطاء، واعتبرنا معنى المعاوضة فقصرنا الإعطاء على المجلس.

وفي قوله: متى أعطيتني يقع الطلاق إذا وجد الإعطاء، سواء وجد في المجلس أو خارج المجلس.

وإذا قال لامرأته: أنت طالق و عليك ألف درهم، فقبلت، أو قال لعبدته: أنت حر و عليك أن تقبل، عتق العبد و طلقت المرأة و لا شيء عليهما. في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

[وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله-]^(٣): على كل واحد منهما ألف درهم؛ لأن قوله: و عليك ألف درهم يستعمل في معنى المعاوضة، يقال: احمل هذا المتاع إلى منزلك و عليك ألف درهم أخيط هذا الثوب لك و عليك درهم، بعتك

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وقالوا.

هذا الثوب وعليك درهم، وكان بمنزلة قوله: بدرهم، فصار تقدير مسألتنا: أنت طالق بألف درهم.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - (الواو)^(١) قد تجيء بمعنى العطف، وقد تجيء بمعنى الابتداء، فلو حملناه^(٢) على العطف يجب المال، ولو حملناه على الابتداء، لا يجب، فلا يجب بالشك. وفي البيع والإجارة حمل على العوض بدلالة العقد، فإن كل واحد من العقدين معاوضة فذكرهما يكون كذكر العوض.

وقوله: وعليك ألف درهم، يكون بيانا لذلك.

وفي مسألة الحمال والنخيط، يحمل على العوض؛ لأن مثل هذا العمل عرفا لا يعمل إلا بعوض، فأما الطلاق فقد يوقع بعوض وقد يوقع بغير عوض.

وعلى الخلاف إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ولك ألف درهم، فطلقها، فلا شيء له عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما.

ولو قال لها: أنت طالق بألف درهم على أنني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت، فالخيار باطل إذا كان للزوج، وهو جائز إذا كان للمرأة.

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - : الخيار باطل في الوجهين جميعا.

وإذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثا بألف، فطلقها واحدة، وقعت واحدة^(٣)

بأثثة بثلاث الألف.

ولو قالت له: طلقني ثلاثا على ألف درهم، فطلقها واحدة، وقعت واحدة رجعية

بغير [شيء]^(٤)، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

[وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله -]^(٥): يقع^(٦) واحدة بأثثة بثلاث

الألف.

فأبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - قاسا كلمة «على» على حرف «الباء» من

(١) في ب: أن الواو.

(٢) في ب: حملنا.

(٣) في ب: الفرقة.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وقلا.

(٦) في ب: لا يقع.

حيث إن كل واحد منهما يستعمل في المعاوضات استعمالاً واحداً، يقول الرجل لغيره: بعت منك بألف درهم وبعث منك على ألف درهم.

وأبو حنيفة يقول: كلمة «على» للشرط في وضع اللغة وأمكن العمل بحقيقتها في باب الخلع؛ لأن تعليق بدل الطلاق جائز تبعاً للطلاق؛ لأن البدل يكون بيعاً للمبدل في المبادلات كالثمن يبيع للمثمن، وإذا صح تعليق بدل الخلع للطلاق جعلنا وجوب الألف معلقاً بإيقاع [الطلاق] فما لم يوجد إيقاع^(١) الثلاث لا يوجد الشرط بكماله فلا ينزل شيء من الجزاء، فأما في باب البيع والإجارة فالعمل بحقيقة الشرط غير ممكن؛ لأن كل واحد من البديلين في باب البيع والإجارة لا يقبل التعليق فجعل «على» مجازاً عن حرف «الباء»، والبدل ينقسم على المبدل إذا كان متعددًا.

وإذا قالت المرأة لزوجها: طلقني وضررتي على ألف درهم. فطلق ضررتها أو طلقها، يجب نصف الألف إذا كان مهر مثلها^(٢) على السواء، كما لو قالت: طلقني وضررتي بألف درهم، وإن كان مهر مثلها^(٣) على التفاوت تجب [حصّة المطلقة من الألف]. من مشايخنا من قال: هذا على قولهما^(٤)، أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجب عليه شيء.

ومنهم من قال: هذا على [قولهما، أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -]^(٥) قول الكل، والأول أصح.

وأما إذا قالت: طلقني وضررتي على ألف، فطلق إحداهما فلا رواية في هذه الصورة.

ولقائل أن يقول: يلزمها حصتها من الألف.

ولقائل أن يقول: لا يلزمها شيء من الألف ما لم يطلقها جملة.

وإذا كان للرجل امرأتان سألتاه أن يطلقهما على ألف درهم أو بألف درهم، فطلق إحداهما، لزم^(٦) المطلقة حصتها من الألف، فإن طلق الأخرى لزمها حصتها أيضاً

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: مثلها.

(٣) في ب: مثلها.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: لزم.

إن كان طلقها في المجلس .

وفي الأصل: في امرأة قد كان طلقها زوجها ثنتين قالت لزوجها: طلقني ثلاثا على أن لك ألف درهم، فطلقها واحدة لزمه الألف كلها .
والأصل في هذه المسائل وأجناسها أنها إذا التزمت مالا [في مقابلة]^(١) طلاق يقع، [وفي مقابلة]^(٢) طلاق لا يقع، يجعل الكل بمقابلة طلاق يقع، كما لو قالت له: طلقني وهذا الحمار بألف درهم، فطلقها، فإنه يجب عليها جميع الألف .
وفي القدوري: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني واحدة بألف، فقال لها: أنت طالق ثلاثا، ولم يقل: بألف، وقع الطلاق الثلاث مجانا، عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما: يجب جميع الألف .

وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - الثلاث لا يصلح جوابا للواحدة، فكان مبتدئا بالإيقاع .

وعندهما: الزوج أتى بما سألته فيلزمها ما التزمت من الألف .
ولو قالت: طلقني واحدة بألف . فقال الزوج: أنت طالق ثلاثا بألف . وقف على قبولها عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، فإن قبلت جاز، وإلا بطل .
وعندهما: يقع الثلاث واحدة بألف والثنتان بغير شيء، بناء على الأصل الذي تقدم .

وحكى أبو الحسن عن أبي يوسف أنه رجع إلى أبي حنيفة - رحمه الله - في هذه المسألة .

ووجه الرجوع: أن الزوج جعل الألف بمقابلة ثلاث تطليقات، وهذا غير ما سألته، بخلاف المسألة المتقدمة .

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني واحدة بألف، فقال لها: أنت طالق ثلاثا بألف، فإن قبلت فهي ثلاث بالألف^(٣)، وإلا لم يقع شيء .

(١) في ب: بمقابلة .

(٢) في ب: وبمقابلة .

(٣) في ب: بألف .

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : وكان محمد - رحمه الله - يقول أولاً في هذه الصورة: إنه يقع واحدة بثلاث الألف وإن لم تقبل المرأة، ولا يقع الثنتان إلا إذا قبلت، وإذا قبلت وقعنا بغير شيء.

وكان يقول: هذا بمنزلة رجل قالت له امرأته: طلقني واحدة بألف ففعل، ثم قال لها: أنت طالق ثنتين بألف، فلا يقعان حتى تقبل، وإذا قبلت وقعنا بغير شيء. ثم رجع وقال: إن قبلت المرأة ما قال الزوج، وقع الثلاث بألف، وإن لم تقبل لا يقع شيء، كما هو رواية ابن سماعة، وبهذه الجملة يثبت رجوع محمد إلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - في هذه المسألة أيضاً.

وفي نوادر [ابن هشام]^(١): بشر عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاث بألف درهم، أنت طالق ثلاثا بمائة دينار، فقالت: قد قبلت، فهو جواب عن الكلام الآخر.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه يلزمها المالان. وعن أبي يوسف أيضاً: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثا بألف درهم، طلقني ثلاثا بمائة دينار، فقال لها: أنت طالق ثلاثا بالجعل^(٢) الأول أو بالجعل الثاني، فهو كما قال، وإن طلقها ثلاثا ولم يتعرض للجعل فهو جواب الكلام الآخر حتى لو كان الكلام الآخر، بغير جعل يقع الثلاث ولا يلزمها شيء، وإن كان الكلام الأول بغير شيء والكلام الثاني بجعل، لزمه الجعل.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في رواية أخرى: أنه فرق بين جانب الزوج وبين جانب المرأة فقال: لو كانت المرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثا بألف درهم، طلقني ثلاثا بمائة دينار، فقال: طلقتك بالجعل الأول، يتوقف قولها؛ لأن هذا ابتداء الإيجاب من الزوج، وليس بجواب.

بيانه: أن الإيجاب الثاني رجوع عن الإيجاب الأول، وإقامة الإيجاب الثاني مقام الإيجاب الأول، وقد صح رجوعها؛ إذ الإيجاب من جانبها لا يقع لازماً، لما عرف أن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة، والرجوع في المعاوضة قبل قبول الآخذ صحيح، وعلى هذا لو كان الزوج قال لها في هذه الصورة: طلقتك بالجعلين، يتوقف على قبولها؛ لأن هذا ابتداء الإيجاب^(٣) في حقها وليس بجواب.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: بجعل.

(٣) في ب: ايجاب.

ولو كان الزوج قال لها: أنت طالق ثلاثا بألف درهم، أنت طالق ثلاثا بمائة دينار، فقبلت الثلاث^(١) بالجعل الأول أو الثلاث الآخر بالجعل الثاني صح؛ لأن الطلاق على مال من جانب الزوج يمين وتعليق، والتعليق يقع لازما لا على وجه لا يصح الرجوع عنه، فيبقى الإيجاب الأول ويصح الثاني، فأى ذلك اختارت أو اختارتهما^(٢) فقد اختارت إيجابا قائما فصح.

وإذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثا بألف درهم، فطلقها ثلاثا متفرقا في مجلس واحد، فالقياس: أن يقع تطليقة بثلاث الألف، وتقع الأخریان بغير شيء. وفي الاستحسان يقع ثلاث تطليقات بألف^(٣) درهم.

من مشايخنا من قال: ما ذكره^(٤) من جواب الاستحسان محمول على ما إذا وصل الطلقتان^(٥) بعضها ببعض، أما إذا فصل^(٦) بين كل تطليقة بسكوت لا يجب جميع الألف، وإن حصل الإيقاع في مجلس واحد، [القياس أن يقع تطليقة]^(٧)، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد - رحمه الله - في باب المشيئة إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا إن شئت، فقالت: شئت واحدة وواحدة وواحدة، موصولا، [لا]^(٨) يقع الثلاث، ويصير كأنها قالت: شئت الثلاث، ولو قالت: شئت واحدة، وسكتت، ثم قالت: وواحدة، وسكتت، ثم قالت: وواحدة، فإنه لا يقع الثلاث وإن كان المجلس واحدا، واعتبر مع اتحاد المجلس الوصل وكذا هاهنا.

ومنهم من يقول: إذا كان المجلس واحدا لا يشترط الوصل، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد - رحمه الله - بعد هذه المسألة إذا قالت المرأة للزوج^(٩): سألتك أن تطلقني ثلاثا بألف درهم فطلقني واحدة فلك ثلث الألف، وقال الزوج: لا، بل

(١) زاد في ب: الأول.

(٢) في ب: اختارها.

(٣) في ب: بالألف.

(٤) في ب: ذكر.

(٥) في ب: الطلقات.

(٦) في ب: وصل.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) في ب: لزوجها.

طلقتك ثلاثا ولي عليك جميع الألف. فالتقول قول الزوج إذا كان في المجلس، فقد اعتبر اتحاد المجلس ولم يعتبر الوصل في التطليقات.

وهذا القائل يفرق بين هذه المسألة ومسألة المشيئة، وهو الصحيح. وفي قوله: طلقني ثلاثا على ألف درهم، إذا طلقها ثلاثا متفرقا في مجلس واحد، فالمسألة على قولهما على القياس والاستحسان كما في حرف (الباء). وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يقع ثلاث تطليقات قياسا واستحسانا بخلاف حرف (الباء)، أما إذا طلقها ثلاثا [متفرقا]^(١) في مجالس مختلفة، فعلى قولهما: يجب ثلث الألف، كما في حرف (الباء).

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يستوجب عليها شيء. والجواب في قولهما: طلقني ثلاثا على أن لك علي ألف درهم، نظير الجواب في قولها^(٢): طلقني ثلاثا على ألف درهم.

ذكره الشيخ الإمام سيف الدين عبد الرحيم الكرسي - رحمه الله - في شرح الجامع في الباب الثاني من كتاب المكاتب: أن من طلق امرأته على ألف درهم على فلان الغائب فإنه يتوقف وقوع الطلاق على قبول فلان الغائب الألف. ولو قبل رجل آخر الألف، وقع الطلاق.

وإذا قال لها: أنت طالق في ريان مني. فمعناه: أنت طالق على أني بريء من مهرك، فإن قبلت ذلك يقع الطلاق ويسقط الصداق عن ذمة الزوج، وإن لم تقبل لا يقع الطلاق.

ووقعت واقعة من جنس هذا صورتها: إذا قال لها إن فعلت كذا فأنت طالق على أني بريء من مهرها، فانفتحت أجوبة الفتاوى أنه يشترط قبولها، ولكن بعدما قبلت ذلك الفعل؛ لأن هذا تعليق الطلاق بشرط البراءة بمباشرة ذلك الفعل، فيصير عند مباشرة ذلك الفعل قائلا لها: أنت طالق على أني بريء من مهرك، فيشترط^(٣) القبول في ذلك الوقت.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: قولهما.

(٣) في ب: ويشترط.

الفصل التاسع عشر

في الخلع^(١)

(١) الخلع لغة: التزُّع، وهو استعارة من خلع اللباس؛ لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فكأن كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها مُخالعةً إذا افتدت منه، وطلَّقها على الفدية.

واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح، بلفظ الخلع. وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض.

وعرفه الشافعية بأنه: فوقة بين الزوجين بعوض، بلفظ طلاق أو خلع.

وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته، بعوض يأخذه الزوج، بألفاظ مخصوصة. ينظر: لسان العرب (١٢٣٢/٢)، المصباح المنير (١/٢٤٣)، المطلع (٣٣١)، تبيين الحقائق (٢/٢٦٧)، رد المحتار على الدر المختار (٣/٤٢٢)، شرح فتح القدير (٤/٢١٠)، الشرح الصغير، للدردير (٣/٣١٩)، بداية المجتهد (٢/٩٨)، الكافي (٢/٥٩٧)، مغني المحتاج (٣/٢٦٢)، كشف القناع (٥/٢١٢)، المغني، لابن قدامة (٧/٥٣٦). وأجمع العلماء على مشروعيته، إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي: فقد ذهب: إلى أنه غير مشروع.

أدلة القائلين بالمشروعية: استدلوا أولاً: بما جاء في الكتاب الكريم في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] أي: لا حرج على الزوجة فيما بذلت: من عوض، لتختلع من زوجها، ولا عليه في أخذه في مقابلة الخلع.

وفي قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَيْبَةً مَرْيَاتًا﴾ [النساء: ٤]. فأجاز للزوج: أن يأخذ من زوجته ما تهبه له من مهرها، من غير أن تحصل في مقابله على شيء، فإذا بذلت ذلك في مقابلة الخلع الذي تصبر بسببه مالكة لنفسها، كان أولى.

واستدلوا ثانياً: بما جاء في السنة عن ابن عباس: «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ، فقالت: «يا رسول الله، إنني ما أعيتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: «أترددين عليه حديثه؟». قالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «أقبل، وطلَّقها تطليقة». رواه البخاري والنسائي.

استدلوا ثالثاً: بالإجماع، فقد أجمعت الصحابة عليه، وكذا العلماء، ولم يعرف من خالف في جوازه غير بكر بن عبد الله المزني.

استدلوا رابعاً: بالقياس، ففاسوا الخلع على البيع، والنكاح على الشراء، فقالوا: إنه لما جاز أن يملك الزوج ضاع بالبيع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض الشراء والبيع. أما القائلون بأنه غير مشروع: فقد استدلوا: بما رواه الحجاج عن عقبه بن أبي الصهباء: «قال: سألت بكر بن عبد الله عن رجل تُرِيدُ مِنْهُ امْرَأَتَهُ الخُلع؟، قال: لا يحلُّ لَهُ مِنْهَا شَيْئًا. قُلْتُ لَهُ: يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] قال: هَذِهِ نَسِخَتْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه في بيان صفته وكيفية .
 قال علماؤنا - رحمهم الله - : «الخلع طلاق»^(١) بائن ينتقص به من عدد الطلاق به . ورد الأثر عن رسول الله ﷺ عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود - رضي الله عنهم أجمعين - .
 وقال الشافعي - رحمه الله - : «فسخ لا ينتقص من عدد الطلاق»^(٢) .
 وهو قول ابن عباس - رضي الله عنه - .
 وتكلم أصحابنا - رحمهم الله - فيما إذا قضى القاضي بكونه فسحا هل ينفذ قضاؤه؟ منهم من قال: ينفذ، ومنهم من قال: لا ينفذ .
 وتكلم المشايخ في لفظ البيع والشراء هل ، لابن عباس فيه قول كما في الخلع؟ قال بعضهم: ليس له فيه قول، وهو طلاق بائن بالاتفاق .

فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴿النساء: ٢٠﴾، فهو يستدل بهذه الآية، ويدعي نسخها؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾، وهو مردود: بظاهر الكتاب، وبالسنّة، والإجماع، كما سبق. وأما دعوى النسخ، فمردودة؛ لأنه ليس في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ﴾ الآية. ما يوجب نسخ قوله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية؛ لأن كل واحدة منهما مقصورة الحكم على حال مذكورة فيها؛ فإنما حرم الخلع إذا كان النشوز من قبله، وأراد استبدال زوج مكان زوج، وأباحه إذا خافا ألا يقيما حدود الله، بأن تكون مبغضة له سيئة الخلق، أو كان هو سيئ الخلق، ولا يقصد الإضرار بها، لكنهما يخافان ألا يقيما حدود الله من حسن العشرة، وتوفية ما ألزمهما الله من حقوق الزوجية، وظاهر أن هذه الحالة غير تلك، فليس في أحد الآيتين ما يعترض به على الأخرى، ولا ما يوجب نسخها، ثم يرده أيضا: أن من شروط النسخ، العلم بتأخر الناسخ، وهو هنا منتف.

(١) اختلف الفقهاء في الصفة الشرعية للخلع هل هو طلاق أو فسخ؟ على مذهبين: المذهب الأول: إن الخلع طلاق، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية - في الجديد - والحنابلة - في رواية - .

المذهب الثاني: أن الخلع فسخ، وهذا مذهب الشافعي في القديم، وإليه ذهب الحنابلة في الرواية المشهورة، وهو اختيار ابن تيمية وابن قيم الجوزية .

ينظر: بدائع الصنائع (٣/٢٢٦)، الاختيار (٣/٥٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢١٦)، المهذب (٢/٧٦)، مغني المحتاج (٣/٢٦٨)، المغني، لابن قدامة (٨/١٧٥)، شرح منتهى الإرادات (٣/٧٥)، الإقناع (٤/٨٥)، مجموع الفتاوى (٣٢/٣٥٥)، زاد المعاد (٥/١٩٦) .

(٢) ينظر: مغني المحتاج (٣/٢٦٨)، الإقناع، للشرييني (٢/٦١٠)، حاشية الشرقاوي (٢/٢٩٢، ٢٩١) .

وقال بعضهم: خلافه في كل موضع عدم فيه لفظ الطلاق، وإنه من جملة الكنايات، حتى لا يقع به الطلاق بدون النية ويصح نية الثلاث فيه. وإذا قال الزوج: لم أنو به الطلاق، فإن لم يذكر بدلا، صدق ديانة وقضاء، وإن ذكر بدلا بأن قال لها مثلا: خالعتك على ألف درهم، ثم قال: لم أعن به الطلاق، لا يصدق، ويعتبر من جانب الزوج يمينا وتعليقا للطلاق بقبولها، حتى لو قال لها: خالعتك على كذا، ثم رجع عنه قبل قبول المرأة، لا يصح رجوعه، وكذلك لا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المرأة، وكذلك لا يتوقف على حضورها، بل^(١) يجوز إذا كانت غائبة، فإذا بلغها، فلها خيار القبول في مجلسها.

ويصح التعليق بالشرط والإضافة إلى الأوقات، نحو أن يقول: إذا جاء غد، فقد خالعتك على ألف درهم، وإذا قدم فلان، فقد خالعتك، كان القبول إليها بعد مجيء الوقت، وقدوم فلان، ومن جانب المرأة يعتبر بالإيجاب والقبول في باب البيع، حتى إنه إن كانت^(٢) البداية من جانب المرأة بأن قالت^(٣) له: اخلعتني على كذا، صح رجوعها قبل قبوله، ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه، [و]^(٤) لا يتوقف حال غيبة الزوج، ولا يجوز التعليق منها بشرط، ويبنى على هذا ما قال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا^(٥) خالعتها وشرطت المرأة لنفسها خيارا جاز.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: لا يجوز. ولو شرط الزوج الخيار لنفسه لا يجوز إجماعا؛ فهما قاسا جانب المرأة بجانب الزوج، وأبو حنيفة - رحمه الله - يفرق بينهما؛ إذ^(٦) الخلع من جانب الزوج يمين، واليمين غير قابلة للخيار، ومن جانب المرأة معاوضة، والمعاوضة قابلة للخيار. وإذا قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها فقد بعث طلاقها منك بكذا، ثم تزوج امرأة فالقبول إليها بعد التزوج فإن قالت بعد التزوج: قبلت، أو قالت: اشتريت طلاقها. يقع الطلاق، وإن قالت قبل التزوج: قبلت، فهذا ليس بشيء؛ لأن هذا الكلام من

(١) في ب: ثم.

(٢) في ب: كان.

(٣) في ب: قال.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وإذا.

(٦) في ب: إن.

الزوج خلع بعد التزوج فإنما يشترط القبول بعده.
 ذكر في فتاوى سمرقند بأن قال لامرأته: إن دخلت الدار فقد خالعتك على ألف
 درهم، وتراضيا^(١) عليه، ففعلت، صح الخلع، هكذا^(٢) ذكر، وينبغي أن يعتبر
 قبولها بعد دخول الدار على قبول ما ذكرنا قبل هذا.

* * *

(١) في ب: فتراضيا.
 (٢) في ب: وهكذا.

نوع آخر وإذا أمر الرجل امرأته بالخلع فهو على أربعة أوجه:
الأول: أن يقول: اخلعي نفسك بألف درهم، أو على ألف درهم مثلاً، وفي هذا الوجه إذا خلعت نفسها ولم يقل الزوج بعد ذلك: خلعت. ففيه روايتان عن أصحابنا والمختار أنه يتم الخلع بناء على أن الواحد هل^(١) يتولى طرفي الخلع إذا كان البدل مقدراً.

ففي^(٢) رواية: يتولى، وهو المختار، وتصير المرأة وكيلة من جانب الزوج، لأنه يمكنها الامتثال، وحقوق العقد لا ترجع إليها حتى يقال يؤدي إلى الفساد^(٣) في حق الأحكام، وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بمال ولم يقدر المال، أو قال: بما شئت، فقالت: خلعت نفسي على كذا، ففي ظاهر رواية أصحابنا: لا يتم الخلع بقول المرأة، وفي رواية ابن سماعة يتم.

وبعض مشايخنا أخذوا برواية ابن سماعة.

وهذا بناء على أن الواحد [هل]^(٤) يتولى طرفي الخلع إذا لم يكن البدل مقدراً معلوماً؟ ففي ظاهر الرواية: لا يتولى؛ لأن التفويض لا يصح؛ لأنه لا بد من التسمية وإذا لم يكن البدل مقدراً معلوماً لا تدري هي أي قدر سمي^(٥)؛ فتعجز عن الامتثال؛ فلا يصح الأمر [ولا يصير وكيلاً]^(٦) من جهة الزوج، فلا يتم الخلع بمجرد قولها: اختلعت؛ فإن^(٧) المال إذا لم يكن^(٨) مذكوراً [لو صارت وكيلاً أدى]^(٩) إلى أن يصير الواحد مستزيداً ومستقصاً في عقد واحد وأنه لا يجوز.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بغير مال، فقالت: قد خلعت، يتم الخلع بقولها؛ لأن الخلع يعتبر بدل طلاق بائن، كأنه قال لها: طلقتي نفسك تطليقة بائنة،

(١) في ب: لا.

(٢) في ب: وفي.

(٣) في ب: التضاد.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: تسمي.

(٦) في ب: وكيلة.

(٧) في ب: ولأن.

(٨) زاد في ب: من جهة الزوج.

(٩) في ب: وصارت وكيلة يؤدي.

فقلت: طلقت، وهناك يقع الطلاق فهاهنا كذلك.

فأما إذا قال لها: اخلعي نفسك ولم يزد على هذا، ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه يتم الخلع بقول المرأة: [قد]^(١) اخلعت. للمعنى الذي ذكرنا في قوله: اخلعي نفسك بغير مال.

وحكي عن [شيخ الإسلام]^(٢) أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : أنه كان يقول: اخلعت الروايات في هذا الفصل، فعن محمد - رحمه الله - : أن هذا بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بمال، وعن أبي حنيفة: أن هذا بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بغير شيء، وما ذكر شيخ الإسلام وهو المروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - على ما [ذكره الفضلي]^(٣) يشكل بما إذا قال لغيره: اخلع امرأتي، فخلعها بغير عوض، فإنه لا يصح، ولم يجعل كأنه قال له: طلق امرأتي طلاقاً بائناً.

والجواب: أن الخلع طلاق بعوض عرفاً إلا أن في حق المرأة إذا لم يكن البدل مذكوراً تعذر حمله على الوكالة؛ لما ذكرنا أن الواحد يصير مستزيداً ومستنقصاً في عقدة واحدة، أما في حق الوكيل أمكن حمله على الوكالة ببدل شيء الوكيل؛ لأن العقد لا يتم به، بل به وبالمراة، فلا^(٤) يؤدي إلى أن يصير الواحد مستزيداً ومستنقصاً.

وإذا سألت المرأة من زوجها أن يخلعها، فهو على أربعة أوجه أيضاً:
الأول: أن تقول: اخلعني من نفسك مثلاً بألف درهم، أو على ألف درهم.
وفي هذا الوجه: إذا خلعها على ذلك يتم الخلع بقول الزوج، ولا يحتاج إلى قول المرأة: اخلعت، قبلت.

وفي رواية: وهو المختار، ويصير الزوج وكيلاً عن المرأة بالاختلاع.
الوجه الثاني: [أن [تقول]^(٥): اخلعني]^(٦) من نفسك بمال، أو قالت^(٧): علي

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الشيخ الإمام.

(٣) في ب: ذكرنا الفصل.

(٤) في ب: ولا.

(٥) سقط في ب.

(٦) في م: يقول اخلعي.

(٧) في م: قال.

مال، ولم يسمه ولم يعين^(١) مقداره.

وفي هذا الوجه: إذا خالعهما على شيء، لا يقع الخلع بمجرد قول الزوج ما لم تقل المرأة: اختلعت، أو قبلت في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة - رحمه الله - [يتم]^(٢) ومعنى قولنا: (لا يتم الخلع في ظاهر الرواية): أن بدل الخلع لا يجب عليها و^(٣) هل يقع الطلاق؟

اختلف المشايخ [فيه]^(٤) بعضهم قالوا: يقع، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - .

وبعضهم قالوا: لا يقع، وهو الأظهر والأشبه.

والوجه الثالث: أن تقول: اخلعني بغير مال.

وفي هذا الوجه: إذا قال الزوج: خلعت، يقع الطلاق؛ لأن تقدير المسألة كأن المرأة قالت: طلقني طلاقاً بائناً، فقال الزوج: طلقت.

الوجه الرابع إذا قالت: اخلعني، ولم تزد على هذا.

وفي هذا الوجه: ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أنه يقع الطلاق بقول الزوج:

خلعت، وعلى قياس ما حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - [أنه يقع الطلاق بقول الزوج: خلعت]^(٥) فيما إذا أمر الزوج المرأة بالخلع يجب أن يكون في المسألة روايتان، هذا إذا تلفظ بلفظة الخلع، فأما إذا تلفظ بلفظة البيع والشراء بأن قال لها: (حو نسي أن هن بحر بكذا)، أو قال لها: اشتر نفسك مني بكذا، فقالت: (حرندم اشترت)، يتم الخلع بقولها في رواية هو المختار.

وإن قال لها: اشتر نفسك مني بمال، ولم يبين مقداره ولم يسمه، أو قال لها:

(هو لسس ارمن بحر بمال)، أو قال: (نخامة). فقالت: (اشترت خريدم)، لا يتم^(٦) الخلع بقولها في ظاهر الرواية.

(١) في ب، م: يبين.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: ثم.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: يسمى.

وإن قال: (حو لسنن بحر ارمن بغير مال)، أو قال: اشتر نفسك مني بغير مال، فقد رأيت مكتوبا بخط الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - عقيب ذكرنا مسألة أمر الزوج المرأة بالخلع عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -: وكذلك لو تلفظ بلفظة البيع والشراء في الفصول كلها فهو على ما وصفنا، فهذا إشارة إلى أن في هذه المسألة يقع الطلاق بقولها: (خريدم). كما في قوله: اخلعي نفسك بغير شيء ولم ينقل عن غيره في هذا الفصل بخلافه. وأما إذا قال: (حو لسين ارمن بحر اشتر نفسك مني)، فعلى ما ذكره الشيخ الإمام الجليل أبو بكر: يجب أن يكون في المسألة روايتان.

وذكر الصدر الشهيد أن من قال لامرأته: (حوسس ارمن بحر). نحو: اشتريني نفسك مني، فقالت: (حرندم اشتريت)، لم تطلق ما لم يقل الزوج: فروحتم بعت. وفرق بين هذا وبين قوله: اخلعي.

والفرق: أن قوله: اخلعي، أمر بالطلاق بلفظ الخلع، والزوج يملك أمرها بذلك ببدل و^(١) بغير بدل، فصح الأمر، وإن لم يكن البديل المذكورا.

أما قوله: (حولسين بحر اشتريني نفسك) أمر بالمعاوضة، والأمر بالمعاوضة لا يصح إذا لم يكن البديل مقدرا معلوما.

وإذا قالت المرأة لزوجها: (بر مرا فروس)، أو قالت: (مرا فروس)، أو قالت بالعربية: بعني نفسي. فهو على أربعة أوجه على حسب ما ذكرنا فيما إذا قالت لزوجها: اخلعي.

وإذا قال لامرأته: (هو لسين بحر بعد مر وكاس) فقالت: (خريدم). وقال الزوج: (من لي فروحتم). صح الخلع؛ لأن الخلع يتم بقولها بعد قول الزوج: (بحر). وعلى هذا إذا قال لها: (حو لسن بحر بعدت وكاس). فقالت: (حرندم). فقال الزوج بعد ذلك: (مر بكى طلاق دادم) يقع عليها طلاقان: أحدهما بالخلع، والثاني بالتطليق.

وإذا قال لها: (حولسن خريدم ارمن بمهرك ونفقة عدتك)، فقالت: (خريدم). ولم يقل الزوج: (حرو حيم)، قال بعض مشايخنا: يتم الخلع.

(١) في ب: أو.

وقال بعضهم: لا يتم.

وقال الفقيه^(١) أبو جعفر - رحمه الله - : يسأل الزوج أنه أراد بقوله: (خریدم) التحقيق أو السوم؟ إن قال: أردت السوم لا يتم الخلع، وإن قال: أردت التحقيق. يتم.

وعن الفقيه أبي الليث - رحمه الله - ما هو قريب من هذا، فإنه قال: لا يتم الخلع إلا إن أراد بقوله: (خریدی) التحقيق.

وحكي عن شيخ الإسلام الأوزجندی عن شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أنه كان يقول: يتم الخلع وإن لم يقل الزوج: (فروحتم)؛ لأن تقدير كلامه: (حو لي حريري كي من فروحتم).

ولو قال: (خریدی) ولم يقل: بمهرک و نفقة عدتك، ولا (بفهمه حقها)، قالت: (خریدی)^(٢). لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج: (فروحتم)، ولو قال لها: (حوسس من جرا بكذا) فقالت: (خریدم)، لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج: (فروحتم) وهذا باتفاق الأقوال؛ لأن هذا للسوم خاصة ولا يحتمل التحقيق، وكذا إذا قالت: (حوسسيت مي حرم). فقال الزوج: (فروحتم)، لا يتم الخلع.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قالت المرأة لزوجها: (خويشتين حرمي [أر هو أيما]^(٣) أعطيتني). فقال الزوج: (فروحتم)، يتم الخلع ولا ينوي أنها أرادت العدة أو الإيجاب، وإن قالت: (حريم)، لا يصح ولا ينوي؛ لأن في الفارسية: [الإيجاب لفظا هو]^(٤) قولها: (حرم)، والعدة لفظا وهو قولها: (أحرم) ولا ينوي.

وفيه أيضا إذا قالت: (حويس حرمي ازتوا بمهري و نفقة عدتي فروحتي). فقال الزوج: (أرا)، يتم الخلع؛ لأن قولها بالفارسية: (حرمي) إيجاب. وقول الزوج: (أرا). جواب، فصار كأنه قال: (فروحتم). ولو قال: (أريسم)، لا تقع الفرقة^(٥).

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : إن قولها [بالفارسية]^(٦): (حرمي) [ليس

(١) في ب: الشيخ.

(٢) في ب: خریدم.

(٣) في ب: ازتوا بما.

(٤) في ب: للإيجاب لفظا وهو.

(٥) المحيط البرهاني (٣/٣٣٨).

(٦) سقط في ب.

بإيجاب^(١) حتى لو قالت: (خويشتين حرمي) فقال الزوج: (فروحتم)، لا يتم الخلع، ذكر الجعل أو لم يذكر؛ لأنه للاستفهام.

إذا قالت لزوجها: (مر حقي له مرابد تواست خويشتين خريدم) فقال الزوج: (فروحتم) لا يكون خلعا^(٢) بذلك المال، ولو جرت العادة فيما بين الناس أنهم يريدون (مر حقي مهر حقي [خريدم]). فقال الزوج: (فروحتم مهر حقي)^(٣) يجب أن يصح الخلع، والفتوى أنه لا يصح إلا أن يكتب في الفتوى؛ كذا جرت العادة فحينئذ يفتي بالصحة.

وفي موضع آخر: لو قالت: (هر حقي له مرار ازتواهي بايد خويشتين خريدم ازتوا) أو قالت: (خويشتين خريدم ازتوا) فقال الزوج: (فروحتم) يكون خلعا، ويلغو قولها: (هر حقي كه مرا ازتوامي بايد) يصير كأنها ابتدأت فقالت: (حر ليس خريدم ازتوا).

أو إذا قالت المرأة: اختلعت بمهري و نفقة عدتي. ولم تقل: منك. فقال الزوج: خلعت. ولم يقل: خلعتك، لا يكون هذا خلعا صحيحا، وكذا إذا قالت بالفارسية: (حوسيس خريدم)، وقال الزوج: (فروحتم)، لا يكون خلعا صحيحا^(٤).

ولو قال: (مروحيتم)، فهذا خلع صحيح، هكذا ذكر في مجموع النوازل عن شيخ الإسلام السعدي - رحمه الله - قال: لا بد من ذكر الإضافة من أحد الزوجين، وقاسه على ما إذا قال لها: اختاري، فقالت: اخترت، لا يقع شيء^(٥). ولو قال: اختاري، فقالت: اخترت نفسي، أو قال: اختاري نفسك، فقالت: اخترت، وقع الطلاق^(٦).

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا جرت مقدمات الخلع بين الزوجين، فقالت المرأة بعد ذلك: (خويشتين خريدم بعدت وكاسي)، وقال الزوج:

(١) سقط في أ.
 (٢) في أ: خلعتها.
 (٣) سقط في م.
 (٤) المحيط البرهاني (٣/٣٣٩).
 (٥) السابق.
 (٦) السابق.

(فروحتم)، [يصح]^(١)، وإن لم يقل: منك، وعلى هذا البيع والنكاح. وحكي عن نجم الدين النسفي - رحمه الله - أنه قال: اتفق المشايخ في زماننا أن الخلع صحيح بغير الإضافة إلى أحدهما؛ لكثرة الاستعمال من العامة، وعندهم هذا خلع صحيح، فصار بمنزلة قولهم: (هرح ندست راست كبير مرير من حرام). وبمنزلة البيع والشراء إذا قال البائع: بعث هذا، وقال المشتري: اشترت هذا، فإن هناك يتم البيع كذا هاهنا.

وإن^(٢) قالت المرأة لزوجها: (حوسيس خريدم ازتواا بكاس ونفقة عدة)، فقال الزوج: قد رضيت وأجزت، فقد تم الخلع.

وكذا إذا قال الزوج لامرأته: (بن فروحتم كاسن ونفقة عدة نو)، فقال الزوج: أجزت، رضيت، قبلت، فقد تم الخلع.

أصل [هذه]^(٣) المسألة مسألة ذكرها في المنتقى وصورتها: إذا قالت المرأة لزوجها: خلعت نفسي منك بألف درهم، خلعت نفسي منك بألف درهم، خلعت نفسي منك بألف درهم، قالت ذلك ثلاث مرات، فقال الزوج: رضيت وأجزته^(٤)، كان ثلاثا بثلاثة آلاف درهم.

ولو قال الزوج للمرأة: قد خلعت على مالك علي من المهر، قال^(٥) ذلك ثلاث مرات، ولم يسم شيئا، فقالت المرأة: قبلت ورضيت. طلقت.

وعن الفقيه أبي الليث - رحمه الله - : إذا قالت المرأة لزوجها: (حوسيس خريدم ازتوا ابعدت وكاسن)، فقال الزوج: قبلت، لا يقع الخلع؛ لأن كلام الزوج لا يصلح جوابا، فجعل ابتداء.

رجل قال لامرأته: (من حوسيس ازتوا بعتدت وكاسن خريدم)، ونوى الطلاق، وقالت المرأة: (فروحتم) فقد قيل: صح الخلع، كمن قال لامرأته: أنا منك بائن، ونوى الطلاق، فإن هناك تطلق المرأة، وأكثر المشايخ على أنه لا يصح الخلع؛ لأنه

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وإذا.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: وأجزت.

(٥) في ب: قالت.

ليس للزوج مهر ولا نفقة حتى يصح قوله: (خريدم بكاسن). وهو نظير ما لو قال لعبده: (حوسيسن ازتوا خريدم). وقال العبد: (فروحتم)، فإنه لا يعتق العبد، كذا قالوا، والمعنى الصحيح لمن يقول بعدم الصحة أنه أضاف الشراء إلى غير محله؛ لأن الشراء لإثبات الملك، وإنما يصح إضافته إلى محل لا ملك فيه للمشتري، والزوج مالك نفسه فكيف يصح منه شراء نفسه؟ والله أعلم.



نوع آخر:

وإذا قال لها: خالعتك، ولم يذكر المال أصلاً فقالت: قبلت، لا يسقط شيء من المهر، هذا جواب ظاهر الرواية.

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في أول إقرار الكافي: إذا قال لها: خالعتك، فقالت: قبلت، يقع الطلاق وتقع البراءة للزوج عن المهر إن كان عليه مهر، وإن لم يكن عليه مهر، يجب عليها رد ما ساق إليها من المهر؛ لأن المال المذكور عرفاً بذكر الخلع.

وهكذا ذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني - رحمه الله - في شرحه. وإذا قالت بالفارسية: (خويشتين خريدم ازتوا). أو قال الزوج: (فروحتمت)، يقع تطليقة بائنة ولا يرد ما قبضت من المهر، وإن لم تقبض برئ الزوج من المهر؛ لأن الخلع يوجب البراءة، هكذا ذكر الصدر الشهيد في واقعاته.

ورأيت في بعض الكتب: أن^(١) براءة الزوج عن المهر إذا لم يذكر في الخلع شيئاً روايتان عن أبي حنيفة - رحمه الله -، والأصح هو البراءة.

وفي شرح الكافي: أن الزوج يبرأ عن المهر عند أبي حنيفة، وإن لم يذكر في الخلع شيئاً، ولا يسقط نفقة العدة إلا بالذكر.

وإذا قال لها: خالعتك، ونوى الطلاق، يقع^(٢) الطلاق، ولا يبرأ الزوج عن المهر بالاتفاق.

وإذا قال لها بالعربية: بعتك، لا يقع الطلاق ما لم تقل: اشتريت.

وإذا قالت: اشتريت، حتى وقع الطلاق فحكم المهر ما ذكرنا فيما إذا قال لها بالفارسية: (مرومت) هذا إذا خالعتها ولم يذكر المال أصلاً، وأما إذا خالعتها على مهرها فهذا على وجهين:

إن خالعتها على جميع مهرها والمهر مقبوض، وذلك ألف درهم مثلاً، والمرأة مدخول بها كان عليها رد ما قبضت من المهر، أو رد مثله.

وإن كان غير مقبوض، سقط عن الزوج جميع المهر؛ لأنه وجب للزوج عليها

(١) زاد في ب: في.

(٢) في ب: ويقع.

ألف درهم، لأنه خالعتها على مهرها، ومهرها ألف درهم، وكان للمرأة على الزوج مثل ذلك فيلتقيان قصاصاً، ولا يبيع أحدهما [صاحبه]^(١) بشيء من المهر بسبب الطلاق في^(٢) الفصلين جميعاً.

وإن لم يكن الزوج دخل بها فخالعتها والمهر مقبوض، فالقياس: أن يرجع الزوج عليها بألف وخمسمائة ألف بدل الخلع، وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول.

وفي الاستحسان: يرجع عليها بألف درهم لا غير، خمسمائة بدل الخلع، وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول.

وإن كان المهر غير مقبوض، فالقياس: أن يرجع الزوج عليها بخمسمائة. وفي الاستحسان: لا يرجع [الزوج]^(٣) عليها بشيء، ويبرأ عن جميع المهر. وبيان وجه الاستحسان: أنه أضاف الخلع إلى مهرها، ومهرها ما يجب لها بالنكاح، والواجب لها بالنكاح متى ورد الطلاق قبل الدخول نصف المهر وذلك خمسمائة، فكأنه خالعتها على خمسمائة، ولو خالعتها على خمسمائة إن كان المهر غير مقبوض، فالزوج لا يرجع عليها بشيء؛ لأنه وجب للزوج عليها خمسمائة بعد الطلاق قبل الدخول فالتقيا قصاصاً، وإن كان مقبوضاً، يرجع الزوج عليها للدخول^(٤)، كذا هذا إن خالعتها في^(٥) جميع مهرها، وإن خالعتها على بعض مهرها بأن خالعتها^(٦) على عشر مهرها مثلاً والمهر مقبوض وذلك ألف^(٧)، والمرأة مدخول بها فللزوج [يرجع]^(٨) عليها من المهر مائة بدل الخلع والباقي سالم لها، وإن كان بلا خلاف، وتسقط التسعمائة الباقية بسبب الخلع عند أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأن الخلع عنده يوجب براءة كل واحد منهما عن صاحبه عن حقوق النكاح، سمي

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: من.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: الدخول.

(٥) في ب: علي.

(٦) في ب: طلقها.

(٧) زاد في ب: درهم.

(٨) سقط في ب.

ذلك في الخلع أو لم يسم.

وعندهما: لا يسقط التسعمائة الباقية؛ لأن عندهما لا يسقط بالخلع إلا ما سميا فيه.

وإن لم يكن الزوج دخل بها والمهر مقبوض، فالقياس: أن يرجع الزوج عليها بستمائة [درهم، مائة]^(١) بدل الخلع والخمسمائة^(٢) بالطلاق قبل الدخول بها، تبين أن مهرها خمسمائة، وأن عشر مهرها خمسون فكأنه خالعهما على خمسين.

وإن كان المهر غير مقبوض فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - على جواب الاستحسان: [لا ترجع المرأة على الزوج بشيء].

وعلى قولهما على جواب الاستحسان^(٣): يسقط عن الزوج خمسون درهما بسبب الخلع، ويرجع عليها بأربعمائة وخمسين^(٤) بناء على الأصل الذي مر.

وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل، هذا إذا خالعهما على جميع مهرها أو على بعض مهرها، وإن بارأها جميع مهرها أو على بعض مهرها، فعند محمد - رحمه الله - : الجواب فيها كالجواب في الخلع لا يسقط إلا ما سميا فيها.

وعندهما: الجواب فيها كالجواب في الخلع على قول أبي حنيفة - رحمه الله - حتى برئ كل واحد منهما عن صاحبه عن جميع حقوق النكاح.

وأما إن^(٥) خالعهما على مال مسمى معروف سوى الصداق، فإن كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع، ولا يتبع أحدهما^(٦) صاحبه بعد الطلاق بشيء، وإن كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلمه^(٧) إلى الزوج بدل الخلع، ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما، بناء على الأصل الذي قلنا.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وخمسمائة.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: وخمسون.

(٥) في ب: إذا.

(٦) زاد في ب: عن.

(٧) في ب: تسلم.

وأما إن^(١) كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض، فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع، ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وبهذا الفصل تبين أن ما ذكر من جواب الاستحسان فيما إذا خالعتها على مهرها والمرأة غير مدخول بها، والمهر مقبوض قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، وإن لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع، وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما .

وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر، فالجواب فيه عند محمد - رحمه الله - كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وأما نفقة العدة ومؤنة السكنى إذا^(٢) شرط ذلك في الخلع والمبارأة، تقع [المبارأة عندنا]^(٣) للزوج بلا خلاف، وإن لم يشترط ذلك في الخلع والمبارأة، لا تقع المبارأة^(٤) بالإجماع .

أما على قولهما: فلا يشترط^(٥) .

وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فلأن عنده الخلع إنما يوجب البراءة عن حقوق قائمة وقت الخلع، ونفقة العدة تجب شيئاً فشيئاً، والخلع لا يمنع ثبوت حق بعده بسبب يوجد بعده .

وأما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع فلا تقع البراءة عنها إن لم يشترط ذلك في الخلع والمبارأة بالإجماع وإن شرط، إذا^(٦) وقت لذلك وقتاً بأن قال: إلى سنة، أو ما أشبه ذلك، جاز، وإن لم يوقت، لا يجوز ولا تقع البراءة عنها [إن لم يشترط ذلك في الخلع]^(٧) وسيأتي بعد هذا بخلافه .

وأما دين آخر سوى المهر فلا يقع البراءة عنه في الخلع والمبارأة بدون الشرط في

(١) في ب: إذا .

(٢) في ب: إن .

(٣) في ب: البراءة عنهما .

(٤) في ب: البراءة .

(٥) في ب: يشكل .

(٦) في ب: إن .

(٧) سقط في ب .

ظاهر الرواية^(١) عن أبي حنيفة .

وفي رواية الحسن عنه : [تقع البراءة عنه]^(٢) بدون الشرط^(٣) .

وإذا قالت : (حوسن خريدم مهر حقي كه مرامربواست) . لا تقع البراءة عن نفقة العدة ؛ لأن نفقة العدة ليست لها في الحال ، وإن شرطا البراءة عن السكنى في الخلع لا يصح ؛ لأن السكنى في بيت العدة حق الله تعالى ، وإسقاطها لا يعمل في حق الله تعالى .

وأما إذا طلقها بمال آخر سوى المهر فالجواب فيه عندهما كالجواب في الخلع .
وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فقد روى الحسن عنه : أن كل واحد منهما يبرأ عن حقوق النكاح ، وبه أخذ الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - .
وفي ظاهر الرواية عنه : لا يبرأ ، وبه أخذ عامة المشايخ .
وأما إذا كان العقد بلفظ البيع بالعربية أو الفارسية ، فعلى قولهما : الجواب فيه كالجواب في الخلع .

وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فقد اختلف المشايخ فيه .

قال مشايخ بخارى : يوجب براءة كل واحد منهما عن حقوق النكاح ، وإذا خالعا بما لها عليه من المهر ؛ ظنا منه أن لها عليه نفقة المهر ، ثم علم أنه لم يبق لها عليه [شيء]^(٤) من المهر ، وقع الطلاق على [مهر مثلها]^(٥) فيجب عليها أن ترد المهر ؛ لأنه طلقها [بطمع ما نقص]^(٦) عليه فلا يقع الخلع مجانا .

ونظير هذا ما لو قال لها : خالعتك على عبدك الذي لك عندي ، أو على متاعك الذي في يدي^(٧) ، فإذا ليس في يده شيء وقع الخلع على مهرها ، وإن لم تقبض المهر برئ الزوج عنه ، وإن قبضت ردت المهر عليه .

(١) زاد في م : رواية .

(٢) سقط في م .

(٣) المحيط البرهاني (٣/٣٤٢) .

(٤) سقط في ب .

(٥) في ب : مهرها .

(٦) في ب : بطمع ما نص .

(٧) في ب : يدك .

وأما إذا علم الزوج أنه^(١) لا مهر لها وباقي المسألة بحالها يصح ولا ترد على الزوج شيئاً، بمنزلة ما لو خالعتها على ما في هذا البيت من المتاع، والزوج يعلم أنه لا متاع فيه، ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من الوقعات. وعلى هذا إذا قال: بعتك تطليقك^(٢) بمهرك، والزوج يعلم أنه لم يبق لها عليه شيء من المهر فاشتريت هي، يقع الطلاق رجعيًا مجاناً.

وإذا تزوج امرأة على مهر مسمى، ثم طلقها بائناً، ثم تزوجها^(٣) على مهر [آخر]^(٤)، ثم اختلعت من زوجها على مهرها يبرأ عن المهر الثاني دون الأول؛ لأن الخلع وقع في هذا النكاح فيصرف إلى مهر هذا النكاح، [كذلك لو]^(٥) قالت بالفارسية: (حويسن خريدم ازتواا مكاس وبهمه حقها كي مرابر بواست)، لا يبرأ عن المهر الأول.



(١) في ب: أن.
 (٢) في ب: تطليقة.
 (٣) زاد في ب: بائناً.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) في ب: ولو.

نوع آخر: إذا اختلعت المرأة من زوجها على شيء آخر سوى المهر، فهذا على وجوه:

الأول: أن يسمى في الخلع شيئاً لا قيمة له [أصلاً]^(١) نحو الخمر، والخنزير، والميتة، والدم.

وفي هذا الوجه: الخلع واقع، ولا شيء للزوج على المرأة؛ لأن الزائل بالخلع عن الزوج منافع البضع، ومنافع البضع غير مقبوضة في الأصل؛ لعدم المماثلة فلا تصير متقومة بنفس الخلع؛ لأن الخلع بغير المال جائز، وإنما تصير متقومة إذا سمي في الخلع ما هو مال من كل وجه، والخمر وما أشبهها مال من وجه دون وجه؛ لأنها إن كانت مالا عند غيرنا فليس بمال عندنا، فلا يثبت التقويم^(٢) بتسميتها فوق الخلع مجاناً، لهذا.

الوجه الثاني: أن يسمى في الخلع ما احتمال أن يكون مالا وألا يكون مالا بأن اختلعت على ما في بيتها أو على ما في يدها من شيء، فإن اسم الشيء كما يتناول المال يتناول غير المال.

وفي هذا الوجه ينظر: إن كان في يدها أو في بيتها في تلك الساعة شيء، فذلك للزوج، وإن لم يكن في بيتها ولا في يدها شيء، فلا شيء للزوج، وهذا لأن البدل في العقود لا يثبت إلا بالتسمية، أو بمقتضى العقد، أو بالإشارة، ولم يوجد هنا تسمية المال لا نصاً وهذا ظاهر، ولا مقتضى العقد، فإن الخلع بغير مال صحيح؛ وكذلك لم توجد الإشارة إلى المال فلم يثبت ذكر المال أصلاً، فلهذا يقع الخلع مجاناً.

وكذلك إذا اختلعت على ما في بطون غنمها^(٣) أو جاريتها ولم ينص على الولد، فإن ما في البطن قد يكون مالا، وقد لا يكون [مالاً]^(٤) بأن يكون ربحاً.

الوجه الثالث: إذا سمت في الخلع ما هو مال إلا أنه ليس بموجود في الحال، وإنما يوجد في الثاني، بأن اختلعت على ما يثمر نخيلها العام، [أو على ما يلد

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: التقويم.

(٣) في ب: غنمها.

(٤) سقط في ب.

أغنامها العام، أو على ما يكسب العام^(١)، وفي هذا الوجه: وجب عليها رد ما قبضت من المهر وجد ذلك أم لا؛ لأن المعدوم لا يصح ذكره عوضا في شيء من العقود، فيبقى مجرد تسمية ما هو مال متقوم، وذلك يوجب رد ما قبضت من المهر على الزوج لما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

الوجه الرابع: إذا سمت في الخلع ما هو مال لا يتعلق وجوده بالزمان إلا أنه لا يتوقف على قدره بأن اختلعت على ما في بيتها أو في يدها من المتاع، أو اختلعت على ما في نخيلها من الثمار، أو^(٢) اختلعت على ما في بطون غنمها من ولد، أو على ما في ضروع غنمها من لبن.

وفي هذا الوجه: إن كان هناك^(٣) ما سمت في الخلع فللزوج ذلك، وإن لم يكن هناك شيء لزمها رد ما قبضت من المهر؛ لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية ما هو مال، فلا يمكن الرجوع إلى قيمة البضع، لأنه [لا]^(٤) قيمة للبضع عند الخروج عن ملك الزوج، فوجب الرجوع إلى ما قام على الزوج، وذلك ما أعطها من المهر. الوجه الخامس: إذا سمت في الخلع ما هو مال وله مقدار معلوم، بأن اختلعت على ما في يدها من دراهم أو دنانير أو فلوس، فإن أقل ما ينطلق عليه اسم الدراهم ثلاثة فكان مقداره معلوما.

وفي هذا الوجه ينظر: إن كان في يدها ثلاثة دراهم فصاعدا فللزوج ذلك، وإن لم يكن في يدها شيء من ذلك فله ثلاثة وزنا من الدراهم أو الدنانير [أو عددا]^(٥) من الفلوس، وإنما أوجبنا [له]^(٦) أقل ما ينطلق عليه اسم الدراهم والدنانير؛ لأنها تلتزم ذلك بمقابلة ما ليس بمال متقوم فكان^(٧) هذا في حقها قياس الإقرار والوصية، ومن أقر لغيره بدراهم أو وصى له بدراهم فإنه يلزمه ثلاثة دراهم، وإن كان في يدها درهمان تؤمر بإتمام ثلاثة دراهم؛ لأنها ذكرت ما التزمت باسم الجمع، والمثنى وإن

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: إذا.

(٣) زاد في ب: شيء.

(٤) سقط في ب.

(٥) في م: وعدد.

(٦) سقط في ب، م.

(٧) في ب: وكان.

كان فيه معنى الجمع فليس بجمع مطلق فإن التثنية غير الجمع .
فإن قيل^(١): ذكرت في كلامها كلمة «من» وإنما للتبعيض، والدرهمان بعض
الجمع ولا^(٢) يلزمه الزيادة عليها.

قلنا: كلمة «من» إنما تذكر للتبعيض في كل موضع كان الكلام صحيحاً بدونها،
أما في [بعض]^(٣) موضع كان الكلام مختلاً بدونها، وكلمة «من» تكون صلة
تصحيحاً [لكل كلام]^(٤)، وهذا الكلام يختل بدون «من»^(٥) فإنها تصير قائلة:
اخلعتني على ما في يدي دراهم. وهذا مختل، فجعلناها صلة فبقي لفظ الجمع في
الدراهم معتبراً.

جواب آخر: أن كلمة «من» في مسألتنا عملت في التمييز مرة لأنها دخلت على
العام وهو قولها: ما في يدي، فقولها: من الدراهم، ميزت الدراهم من غيرها، وإذا
عملت في التمييز مرة لا تعمل في التبعيض مرة أخرى، وإذا لم تعمل هذه الكلمة في
تبعيض الدراهم صار ذكرها في حق الدراهم ولا ذكر بمنزلة، ولو لم تذكر كلمة
«من» وقالت: اخلعتني على الدراهم التي في يدي، لزمها ثلاثة دراهم؛ لأنها أقل ما
ينطلق عليه هذا الاسم.

الوجه السادس: إذا سمت في الخلع ما هو مال وأشارت إلى ما ليس بمال، بأن
اختلعت على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر.
وفي هذا الوجه: إن علم الزوج بكونه خمرًا، فلا شيء له وإن لم يعلم، رجع
عليها، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - .
وعندهما: له مثل ذلك الدن من الخل كما في الصداق، والله أعلم.

* * *

(١) زاد في ب: قد.

(٢) في ب: فلا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: للكلام.

(٥) في ب: كلمة.

نوع آخر في بيان ما يصلح جوابا وما لا يصلح:

رجل قالت له امرأته: اخلعني، أو قالت: (حويستن خريدم ازتوا بعدت وكاس)، فقال الرجل: أنت طالق، أو طلقتك، تقع تطليقة بائنة، لأن هذا خرج مخرج الجواب، وإنه يصلح جوابا [فيجعل جوابا]^(١) في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

وفي مجموع النوازل عن شيخ الإسلام أبي الحسن - رحمه الله - :
أنه يقع تطليقة رجعية، ولم يجعله جوابا، والصحيح هو الأول.
وهكذا كان يفتي شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - وجماعة من مشايخ زمانه.

وهل يبرأ الزوج عن المهر على قول هؤلاء؟ اختلفوا فيما بينهم:
قال بعضهم: يبرأ.

وقال بعضهم لا يبرأ، وهو الأصح.

وكذلك إذا قال لها: بعث منك طلاقك بمهرك الذي لك علي، فقالت: طلقت نفسي، يقع طلاق بائن، بمنزلة قولها: اشتريت، لأن هذا جواب فيجعل جوابا، بخلاف ما إذا قالت: بعث منك تطليقة، فقال: اشتريت. فإن هناك تقع تطليقة واحدة رجعية.

إذا قالت لزوجها: (حويستن خريدم ازتواا بعدت وكاس)، فقال الزوج: (من بكى طلاق رجعي دادم)، تقع تطليقة رجعية؛ لأن هذا ابتداء لأنه لا يصلح جوابا، بخلاف قوله: (من بكى طلاق دادم)؛ لأن ذلك يصلح جوابا فيجعل جوابا.

قالت: (حزيستن خريدم بعدت وكاس)، فقال الزوج: (منك طلاق رجعي برا فروحتم)، فهذا جواب، ويقع طلاق بائن؛ لأنه لا بد من إلغاء أحد اللفظين.
أما قوله: (فروحتم)، وإلغاء قوله: طلاق رجعي، أولى؛ لأن المرأة سألت جواب كلامها، وجواب كلامها: (مرويحتم) لا الطلاق الرجعي. والله أعلم.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : إذا قالت المرأة لزوجها: (حويستن جرنند فر)^(٢) ازتوا كاس ونفقة عدت)، فقال الزوج: (من دست كوباه كردم) أنه لا يكون جوابا.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

وقيل: ينبغي أن يكون جوابا إذا نوى [الجواب]^(١)، أو نوى الطلاق. قال لها: بعث منك تطليقة بمهرك ونفقة عدتك، فقالت المرأة: (بحار حرندم)، يصح الخلع ويقع الطلاق؛ لأن هذا جواب على سبيل المبالغة؛ كقولها: (يارب وحرندم). المتوسطون إذا قالوا للمرأة: (مير حقى كي ريان در كرد دن سويان لود نسك طلاق حويستن خريدي). فقالت: (حرندم)، فقال الزوج: (من بك طلاق نس واديم)، والمرأة مدخول بها، تقع تطليقة رجعية؛ لأنه لو وقع تطليقة بائة لا يكون سنة فيكون هذا ابتداء كلام من الزوج لا جواب سؤالها، هكذا ذكر في فتاوى سمرقند، إلا أن هذا الجواب إنما يستقيم على رواية الأصل؛ لأن على رواية الأصل: البائن ليس بسني، أما على رواية زيادات الزيادات البائن سني، فلا يستقيم هذا الجواب على تلك الرواية.

إذا قال لامرأته: (مهر حقى كي ريان براير كردن سويان برد حو لسن ارمى حرندي)، فقالت: (حرندم). فقال الزوج: (رواكتوب)، لا يقع الطلاق؛ لأن قوله: (رواكتوب) يحتمل إظهار النفرة عنها لما علم من مقالتها، فلا يقع الطلاق إلا بالنية في هذا الموضع أيضا.

وهذا الجواب إنما يستقيم على قول من يقول: في قوله: (حو ليس حرندي)، فقالت: (حرندي حرام). لا يتم الخلع، أما على قول من يقول: يتم الخلع، لا يستقيم هذا الجواب. وكذلك إذا قالت: (حولس حرندم ازتوامكاس ونفقة عدة). فقال الزوج بطريق الاستهزاء: (رو)، لا يقع الخلع، ولا يكون قوله: (رو) جوابا إلا بالنية.

امرأة قالت لزوجها: (حولسين حرندم). فقال الزوج بطريق الاستهزاء: (دار هان مروحيتم)، فقد قيل: الخلع صحيح، والجد والهزل والقصد وغير القصد فيه سواء.

وإذا قالت لزوجها: (حوليس حرندم بعدت وكاس)، فقال الزوج: (فروحم لسه طلاق)، فهذا ابتداء كلام من الزوج وليس بجواب فيتوقف على قبولها، فإن قبلت

(١) سقط في ب.

يقع الثلاث وإلا فلا يقع شيء، [إلا]^(١) إذا كانت المرأة نوت الشراء بثلاث تطليقات فحينئذ يصح الخلع ويكون كلام الزوج جواباً فيقع الثلاث.

وكانت واقعة الفتوى امرأة قالت لزوجها: (حولس حرندم ازتواا بيلي حانا نادي). فقال الزوج: (من بكى كرده فروحتم) فإن قبل، إن كانت (الكرده) مثل (الحانادي) أو أصغر منه يكون جوابا، وإن كانت أزيد منه لا يكون جوابا، بل يكون ابتداء فيحتاج فيه إلى قبول المرأة، وإن كانت (الكردات) مختلفة يسأل الزوج (كرام كرده حراسسى) ويبنى الحكم عليه.

وإن قالت: لم أرد نوعا منها. إن قيل: لا يجعل جوابا، فله وجه، وإن قيل: بعينه، يجعل جوابا ويصرف كلامه إلى أصغر الأنواع، فله وجه أيضا.

قال لها: (حويستن بحر بعدت وكاس)، فقالت: (مكاس)، لا يصح^(٢) الخلع ما لم يقل الزوج: بعث، لأن هذا الكلام من المرأة ليس بجواب؛ لأنها زادت على حرف الجواب، فإنها يكفيها أن تقول: (حرندم). ولو قالت: (حرندم بعدت وكاس)، يقع الخلع وإن لم يقل الزوج: بعث، ويجعل ذلك منها جوابا وإن زادت على حرف الجواب، إلا أنها ما قصرت عن التمام، بل أعادت جميع ما في السؤال، والزيادة على حرف الجواب إنما تمنع الجواب إذا قصر المجيب عن التمام بأن لم يعد جميع ما في السؤال، أما إذا أعاد جميع ما في السؤال لا يمنع الجواب، وهذا أصل معروف في [الجامع]^(٣).

امرأة قالت لزوجها: (حويستن حرندم مروس)، فقال الزوج: فروس قبلت^(٤)، يكون خلعا، ولو لم يقل^(٥): (فروس)، لا يكون خلعا، هكذا قيل، وفيه نظر.

وفي فتاوى الأصل: امرأة قالت لزوجها: اختلعت منك بكذا، وهو ينسج الكرياس، فجعل ينسج ويخاصم ثم قال: خالعتك. إن لم يطل، فهذا جواب، وقيل: هو جواب، وإن طال إذا كان كلماتهم تتعلق بالخلع.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: يقع.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: فعلت، وفي م: فقلت.

(٥) زاد في م: الزوج.

وحكي عن شمس الأئمة الأوزجندی - رحمه الله - : أنه سئل عن امرأة قالت لزوجها: اشتريت رأسي بكذا. فقال الزوج بعدما اشتغل بكلمات: بعت. قال: إن كان كلامهم يتعلق بالخلع لا يتبدل المجلس.

وفي مجموع النوازل إذا قالت المرأة: (حولت حردم بعدت وكاس). فقال الزوج: (بيك أمر)، فهذا ليس بجواب.

وفيه أيضا: (خويستن حردم ازتوا بكابين و نفقة عدت) فقال الزوج: (فروحتم بائن وسد عطر هي ونكي) فقالت المرأة: أمر. فهذا خلع بأمر؛ لأن كلامها الأول وقع معتبرا، وكلام الزوج جواب يشترط^(١) الزيادة، وقولها: (أمر) دليل الرضا بالزيادة فلماذا تم الخلع.

قالت: (حولت حردم بمهري و نفقة عدتي). فقال الزوج: (فروحتم بحكم حولس). فهذا خلع تام.

وإذا قالت: (حولس حردم بعدت مكاس)، فقال الزوج: (مرحه كر). فهذا خلع تام، وهذا إذا أراد الزوج التحقيق.

إذا قالت المرأة: (خويستن ازتواا بكذا، أو كذا حردم). فقال الزوج: (فروحتم)، وقال: عنيت غيرها، لا يصدق قضاء؛ لأن قوله^(٢) خرج جوابا لسؤالها، فالجواب يتقيد بالسؤال، وهي إنما سألت بيع نفسها فانصرف كلام الزوج إلى نفسها ظاهرا، فإذا قال^(٣): عنيت غيرها، فقد ادعى أمرا بخلاف الظاهر فلا يصدق القاضي.

طلبت الطلاق من الزوج فقال الزوج: أبرئني عن كل حق لك حتى أطلقك. فقالت: أبرأتك عن كل حق للنساء^(٤) على الأزواج، فقال الزوج في فور ذلك: طلقتك واحدة. والمرأة كانت مدخولا بها، يقع عليها طلاق بائن؛ لأن هذا طلاق بعوض وهو الإبراء دلالة^(٥) في باب الخلع بعلامة^(٦) السبق.

(١) في ب: بشرط.

(٢) في ب: كلامه.

(٣) في ب: قالت.

(٤) في ب: النساء.

(٥) الدر المختار (٣/٤٥٤).

(٦) في أ: بدلالة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: جرى بين الزوجين كلام فقالت بالفارسية: (بوار مرحه في حواهي ارا ارحه مرادر كسردى بواست سرا كردمن . دمست ارمى ياوار)، فقال لها على الفور: (بيك طلاق باي كساي ده كردمن). أنها تسأل، فإن قالت: لم أجعل البراءة عوضا عن الطلاق، فالواقع رجعي والزوج بريء عن المهر دون النفقة، وإن قالت: جعلتها عوضا عن الطلاق، يسأل الزوج، فإن قال: أردت جوابها وجعلت الطلاق عوضا عن الطلاق عما سألت، فالواقع بائن، وإن قال: ما أردت جوابها. فعليه المهر^(١)، والواقع رجعي.

قال لها: بعث منك تطليقك بمهرك ونفقة عدتك. فقالت: (بحاب حرندم)، أو قالت: (بادر وحرندم) يقع الطلاق.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : خلع امرأته بتطليقة واحدة. [فقالت له]^(٢) بالفارسية: (ريكر بده). فقال^(٣): (دادم) يقع أخرى في هذا الموضع أيضا.

امرأة قالت لزوجها: (خويستن حرندم ازتوا بعدت وكاس) فقال الزوج لرجل آخر: (مل فروحتم)، فقال ذلك الرجل: (فروحتم). تم الخلع بينهما، سواء أخرج الزوج الكلام مخرج الوكالة^(٤)، أو مخرج الرسالة؛ لأن الوكيل في باب الخلع سفير ومعبّر فتكون عبارته كعبارة الزوج على كل حال، والله أعلم.

* * *

(١) في ب: مهرها.
 (٢) في ب: فقال له رجل.
 (٣) في ب: فقالت.
 (٤) في ب: الكفالة.

نوع آخر:

ذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به إذا ولدته سنتين^(١)، فذلك جائز؛ فإن ولدته فمات أو لم يكن في بطنها ولد منه، فإنها ترد قيمة الرضاع^(٢)، قال بعد هذا: ولو مات الولد أو ماتت بعد سنة، فعليها قيمة رضاع سنة.

ولو شرطت أنها إن ولدته ثم مات قبل الحولين فهي بريئة من قيمة الرضاع، فذلك جائز، وهذا مما يجوز في الخلع.

زاد في نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : إذا شرطت أنها إذا ماتت أو مات الولد فلا شيء عليها، فهذا الشرط جائز.

قال بعد هذا: وكذلك لو قالت: على أن أحملك على دابتي هذه إلى مكة، فإن بدا لك أن تخرج فلا حرج علي، فهو جائز.

وفي الإملاء: رواية ابن بشر بن عتاب: قال أبو يوسف - رحمه الله - : لو خالغ امرأته على رضاع ولده سنتين على أنه إن مات الصبي، فلا شيء عليها، فالشرط باطل وعليها قيمة الرضاع في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، [قال]^(٣): وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الشرط جائز.

وفي نوادر^(٤) بشر بن الوليد: امرأة اختلعت من زوجها على أن ترضع الولد، إن كان في بطنها ولد، فإن ولدت جاز، وإن لم تلد فعليها رد مهرها.

روى أبو سليمان عن محمد عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما في المرأة تختلع من زوجها بنفقة ولد له منها ما عاشوا، فإن عليها أن ترد المهر الذي أخذت منه.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - فيمن خلع امرأته على رضاع ابنه ولم يسم لذلك وقتاً، قال: هو جائز وهو على سنتين، ولو خلعها على رضاع ابنه سنتين، وعلى نفقة ابنه هذا عشر سنين يعني بعد الفطام، قال: هو جائز. قلت: أليس هذا مجهولاً؟ قال: هذا يجوز في الطلاق.

(١) في ب: ثنتين.

(٢) زاد في أ: فإن.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: ابن.

وعلى هذا إذا خلعتها [على]^(١) أن تمسك الولد سنتين، وعلى أن تكسوه من مالها في هاتين السنتين، فالخلع جائز بهذا الشرط، وإن كانت الكسوة مجهولة لما ذكرنا، [وإذا جاز الخلع بهذا الشرط فطلبت من الزوج كسوة الولد لم يكن لها ذلك، وإن لم يشترط ذلك في الخلع فلها أن تطالب بكسوة الولد.

وفي كتاب الطلاق للحسن بن زياد - رحمه الله - : امرأة حامل اختلعت من زوجها بصداقها وبرضاع ما في بطنها سنتين وبنفقته بعد الفطام عشر سنين، فذلك جائز، ولو ولدت ميتا كان له أن يرجع بأجرة الرضاع سنتين ونفقة عشر سنين التي وقع عقد الخلع عليها، ولو خلعتها على مهرها وعلى أن ترضع الصبي في الحولين كل شهر بدرهم جاز، وتؤخذ المرأة على الرضاع يعني: تجبر؛ لأنه لو لم يذكر للرضاع بدلا معلوما جاز فهذا أولى.

وفي النوازل: اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ست سنين بنفقتها، فلما مضى عليها أيام ردت الولد على الزوج، أجبرت هي على إمساك الولد؛ لأن الخلع بهذا الشرط قد صح فيجب عليها الوفاء بالشرط، وإن تركته على الزوج وتوارت وهربت، فللزوجة أن يأخذ قيمة النفقة منها؛ لأنها امتنعت عن إيفاء بدل الخلع فوجب عليها قيمة البدل، كما لو اختلعت على عبد ووارث^(٢) العبد، كان عليها قيمة العبد كذا هاهنا.

وإذا طلقها على أن تمسك ولده إلى وقت الإدراك ثم إنها أبت إمساك الولد، أجبرت عليه، وإن أبت فعليها أجر مثل إمساكه إلى وقت الإدراك. وبعض مشايخنا قالوا: إذا وقع الخلع على إمساك الولد وهو رضيع إن بين المدة، يصح، وإن لم يبين المدة لا يصح، وإنه يخالف رواية هشام عن محمد - رحمه الله - على ما ذكرنا وكذلك قالوا: إذا وقع الخلع على إمساك الولد وهو فطيم بنفقتها، لا يجوز وإن بين المدة، وإنه يخالف رواية هشام عن محمد، ويخالف المذكور في مجموع النوازل.

وإذا اختلعت من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز والشرط باطل في باب الولد عند من يكون في الفرقة. والله أعلم.

(١) سقط في م.

(٢) في ب: وولدت.

نوع آخر:

إذا أراد الرجل أن يخلع ابنته من زوجها وهي صغيرة أو كبيرة، ينبغي أن يخلعها بشيء من ماله، أو يضمن بدل الخلع، ويجوز الخلع، وأما إذا خالعتها على الصداق فإن كانت كبيرة، فإن كان الخلع بإذنها، جاز ذلك عليها، وإن كان بغير إذنها فإن لم يضمن الأب الصداق لا يجوز الخلع، ولا يقع الطلاق، إلا أن ترضى إذا بلغها فإذا أجازت وقع الطلاق، وبرئ الزوج [من الصداق]^(١)، وإن لم تجز لا يقع الطلاق ويبقى الصداق في ذمة الزوج على حاله.

وأما^(٢) إذا ضمن الأب الصداق للزوج، [أو كان مكان الأب أجنبيا يضمن الصداق للزوج]^(٣) فإنه يقع الطلاق، واعتبر^(٤) معاوضة فيما بين الزوج والمخالع وطلاقا بغير بدل في حق المرأة، فبعد ذلك إذا بلغها الخبر إن أجازت نفذ عليها وبرئ الزوج من الصداق، وإن لم تجز، كان لها أن ترجع على الزوج بصداقها، ثم الزوج يرجع على الأب بحكم الضمان، ويصير تقدير هذا الخلع كأن المخالع قال للزوج: إن بلغها الخبر فأجازت فالبدل عليها، وإن لم تجز فالبدل علي، فما يجب على المخالع من الضمان إنما يجب بحكم الفقد لا بحكم الكفالة، فأما إذا كانت صغيرة وقد حصل الخلع على صداقها، فإن ضمن المخالع الصداق للزوج صح الخلع ووقع الطلاق سواء كان العاقد أبا أو أجنبيا، فإذا بلغت كان لها أن تأخذ الزوج بنصف الصداق إن لم يكن الزوج دخل بها، وإن كان دخل [بها]^(٥) أخذته بكل الصداق، ثم الزوج يرجع بذلك على الضامن بحكم الضمان.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إنه ترجع البنت على الأب بنصف الصداق في الفصل الأول، وبكل الصداق في الفصل الثاني ولا ترجع على الزوج.

قال - رحمه الله - : إن عند بعض المشايخ تأويل هذه المسألة: إذا خالعتها على

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: أما.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: هذا الخلع.

(٥) سقط في ب.

مال مثل صداقها، فأما إذا خالعا على الصداق لا يجوز الخلع أصلا .
قال - رحمه الله - : والصحيح أن الخلع على صداقها وعلى مثل صداقها
صحيح ، وأما إذا لم يضمن المخالع الصداق للزوج لا شك أنه لا يسقط صداقها لهذا
الخلع .

ولكن هل تقع البينونة؟ إن قبلت الصغيرة هذا الخلع وكانت من أهل ذلك، بأن
كانت تعقل العقد وتجزئ^(١) يقع الطلاق بالاتفاق، وإن لم تقبل الصغيرة عند الخلع
هل تقع البينونة؟

ينظر: إن كان العاقد لذلك أجنبيا، لا تقع البينونة بالاتفاق.
ولكن تكلموا أنه هل يتوقف ذلك على إجازتها إذا بلغت؟
قال بعضهم: لا يتوقف.
وقال بعضهم: يتوقف.

ونص على هذا الخصاص في شروطه في باب الخلع، وإليه أشار في حيل
الأصل، حيث قال: لا يصح الخلع إلا إذا ضمن الأب أو غيره الدرك، والدرك في
الصداق إنما يتحقق إذا لم يجز ذلك.

فأما إذا كان العاقد أبا ولم يضمن الصداق للزوج هل يقع الطلاق؟
ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الطلاق: أن فيه اختلاف
المشايخ.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله : - أن فيه
روايتين:

في رواية: لا يقع.

وفي رواية يقع، وإن لم يسقط^(٢) الصداق.

قال - رحمه الله - : وإليه أشار في الشرط، فإنه ذكر في الشروط [في]^(٣) هذه
الصورة أنه يقع الطلاق، ولم يتعرض لضمان الأب، فهذا دليل على أن ذلك ليس
بشرط لوقوع الطلاق، إلا أنه نص في حيل الأصل: أنه لا يقع الطلاق ما لم يضمن

(١) في ب: وتعتبر.

(٢) في ب: يشترط.

(٣) سقط في ب.

الأب الدرك .

قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده في شرح حيل الأصل : ما ذكر في كتاب الشروط محمول على ما إذا ضمن الأب الدرك للزوج فيحمل على هذا توفيقاً بين رواية كتاب الشروط وبين رواية كتاب الحيل ، فأما إذا اختلعت الصغيرة من زوجها وهي تعقل العقد وتعتبر عن نفسها فإنها [لا] ^(١) تبين بالاتفاق ، ولكن لا يجب المال ولا يسقط صداقها إن حصل الخلع على الصداق بالاتفاق .

وأما إذا وكلت الصغيرة رجلاً بالخلع فخلعها الوكيل بصداقها ، إن ضمن للزوج ذلك ، تقع البيئونة بالاتفاق ، وإن لم يضمن ، ذكر في كتاب الوكالة أنها تبين من زوجها ، وذكر في النوادر ^(٢) أنها لا تبين .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : وقال مالك بأن الأب إذا خالها على صداقها ورأى الخلع خيراً لها بأن علم أنها لا تحسن العشرة مع زوجها ، فإن الخلع يصح والصداق يزول عن ملكها ، فإذا قضى بذلك قاض نفذ قضاؤه ؛ لأن هذا قضاء في فصل مجتهد فيه .

والأمة إذا اختلعت من زوجها أو طلقها على جعل ، فإنه يقع الطلاق ولا تؤاخذ بالجعل في الحال ، وإنما تؤاخذ به بعد العتق ، وإن اختلعت بإذن المولى تؤاخذ به للحال ، وتباع فيه إلا أن يفديها المولى كما في سائر الديون ، والأمة تفارق العاقلة إذا اختلعت من زوجها فإنها لا تؤاخذ ببذل الخلع بعد البلوغ كما لا تؤاخذ به في الحال ، والمدبرة وأم الولد في ذلك كالأمة إلا أنها لا تحتل البيع فتؤدي البذل من كسبها إذا التزمت بإذن المولى ، والمكاتبة لا تؤاخذ ببذل الخلع إلا بعد العتق سواء اختلعت بإذن المولى أو بغير إذنه .

وإذا اختلعت الأمة من زوجها بمهرها بغير إذن مولاها ، يقع الطلاق ولكن لا يسقط المهر ؛ لأن مهرها حق المولى فلا يسقط إلا برضا المولى .

* * *

(١) سقط في ب .

(٢) في ب : النوازل .

نوع آخر:

ينبغي على أصل أن خطاب الخلع متى جرى بين الزوج وبين المرأة كان القبول إلى المرأة سواء كان البدل مرسلا، أو مضافا إلى المرأة، أو إلى الأجنبي إضافة ملك، أو إضافة ضمان.

أما إذا كان البدل مرسلا؛ فلأن هذا الخطاب لو جرى بين الزوج وبين أجنبي، وكان البدل مرسلا كان القبول إلى المرأة، فإذا جرى بين الزوج والمرأة أولى. وأما إذا كان البدل مضافا إلى المرأة؛ فلأن البدل لو كان مرسلا في هذه الصورة أو مضافا إلى الأجنبي، كان القبول إلى المرأة، فإذا كان مضافا إلى المرأة أولى. وأما إذا كان البدل مضافا إلى الأجنبي؛ فلأن شروع المرأة في الخلع والبدل يسلم لها بسبب الخلع، بمنزلة اشتراط الضمان على نفسها دلالة؛ لأن البدل يقتضيه الأصل إنما يجب على من يسلم له المبدل فقد وجد من المرأة اشتراط الضمان على نفسها دلالة يقتضيها^(١) الأصل، ووجد إضافة البدل إلى الأجنبي أيضا صريحا، وكل واحد منهما يجوز أن يكون عاقدا في باب الخلع، أما المرأة فظاهر، وأما الأجنبي بدليل أنه يجب عليه بدل الخلع بحكم العقد على ما يتبين، وإذا صلح كل واحد منهما عاقدا كان جعل المرأة عاقدة حتى يشترط قبول المرأة أولى؛ لأننا إذا جعلنا الأجنبي عاقدا، نحتاج إلى إثبات عقد جديد من جهته مع أنه لم يوجد منه العقد حقيقة، [ولو جعلنا المرأة عاقدة، لا نحتاج إلى إثبات عقد جديد، وأن العقد وجد منها حقيقة]^(٢) فجعلناها عاقدة وشرطنا قبولها، وجعلنا الأجنبي كفيلا [عنها]^(٣) حتى لا يبطل إضافة الضمان إليه، وصار تقدير المسألة كأن الزوج قال لها: خالعتك على ألف درهم على أن فلانا كفيل عنك بذلك، ولو نص على هذا كان القبول إلى المرأة، كذا هاهنا.

وأما إذا جرى خطاب الخلع بين الأجنبي وبين الزوج، فإن [كان]^(٤) البدل مرسلا فالقبول إلى المرأة، وصورته أن يقول أجنبي للزوج: اخلع امرأتك فلانة على ألف

(١) في ب: يقتضيه.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

درهم. فالقبول إلى المرأة؛ لأن الأجنبي يجوز أن يكون هو العاقد بأن أراد بقوله: على ألف، والمرأة يجوز أن تكون هي العاقدة بأن أراد بقوله: بألف درهم على المرأة، وكان جعل المرأة عاقدة والمنفعة تحصل لها أولى^(١).

وإن كان البدل مضافا إلى الأجنبي إضافة ملك أو إضافة ضمان لا يشترط قبول المرأة، ولا تجعل المرأة عاقدة، وصورتها أن يقول أجنبي للزوج: خالغ امرأتك على ألف درهم علي أو على ألف على أي ضامن. أو يقول: خالغ امرأتك على [ألقي أو على]^(٢) ألف من مالي، وهذا لأننا لو جعلنا المرأة عاقدة يحتاج إلى إثبات عقد جديد من جهة المرأة، والعقد لم يوجد منها حقيقة، ولو جعلنا الأجنبي عاقدا لا يحتاج إلى إثبات عقد جديد، فجعلنا الأجنبي عاقدا، وصار تقدير هذا الخلع كأن الأجنبي قال للزوج: خالغ امرأتك بألف يجب علي لا على المرأة، ولو صرح بهذا لا يشترط قبول المرأة؛ لأن القبول إنما يشترط لوجوب^(٣) البدل لا لوقوع الطلاق، بيان هذا الأصل من المسائل ما ذكرها محمد - رحمه الله - في نكاح الجامع^(٤). رجل قال لغيره: اخلع امرأتك على هذا العبد، أو على هذه الدار، أو على هذه الألف، فالقبول إلى المرأة؛ لأن خطاب الخلع وإن جرى بين الأجنبي وبين الزوج، ولكن البدل مرسل، وفي مثل هذه الصورة العاقد المرأة.

ونظير هذا: إذا قال الرجل لغيره: بع عبدك هذا من فلان بألف درهم، أو قال: بهذا^(٥) العبد، يوقف على قبول فلان، وطريقه ما قلنا إلا أن البيع يقف^(٦) على قبول فلان في المجلس، ولا يقف^(٧) على قبول^(٨) بعد المجلس، والخلع يقف على

(١) في ب: أولا.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: لوجود.

(٤) في ب: الخلع.

(٥) في ب: هذا.

(٦) بدل ما بين المعقوفين: من قوله: «وإذا جاز الخلع...» إلى هنا، في م: نوع آخر: فإذا جرى خطاب الخلع بين الأجنبي وبين الزوج، فإن كان البدل مرسلا فالقبول إلى المرأة بأن يقول أجنبي للزوج: اخلع امرأتك فلانة على كذا ألف درهم، فالقبول للمرأة، فإن قبلت كان الخلع جائزا، وإذا جاز الخلع بهذا الشرط فطلبت.

(٧) في ب: يقفا.

(٨) في ب: قبوله.

مجلس علم المرأة، والفرق معروف، ثم إذا قبلت المرأة الخلع كان عليها أن تسلم إلى الزوج ما سمي في عقد الخلع إن قدرت على تسليمه؛ لأنها هي العاقدة، وإن عجزت عن تسليم ذلك بالاستحقاق أو بسبب آخر، فعليها تسليم المثل في المثلي وتسليم القيمة في غير المثلي، والبيع في هذا يخالف الخلع؛ لأن البيع يفسخ بالاستحقاق، فلا يبقى السبب الموجب للتسليم فيصير إلى المثل أو القيمة، فأما الخلع لا يفسخ بالاستحقاق فيبقى السبب الموجب للتسليم، فعند العجز عنه يصار إلى القيمة أو المثل.

ولو كان قال للزوج: خالع امرأتك على عبدي هذا، أو على داري هذه، أو على ألفي هذه، ففعل، فالخلع واقع ولا يحتاج إلى قبول المرأة؛ لأن العاقد في هذه الصورة الأجنبي؛ لأن خطاب الخلع جرى منه، والبدل مضاف إليه إضافة ملك، ثم يتم بقول الزوج: فعلت، ولا يحتاج إلى قبول الأجنبي؛ لأن الواحد يصلح عاقداً في باب الخلع من الجانبين، والعاقد من الجانبين إذا كان واحداً يتم الخلع بقوله: فعلت، كالأب إذا باع مال ابنه من نفسه فإنه يتم العقد بقوله: بعته، ثم إذا وقع الخلع وجب على الأجنبي تسليم ما سمي في الخلع لالتزامه ذلك.

ولو قالت المرأة لزوجها: اخلعني على عبد فلان، أو قالت: على دار فلان، ففعل، تم الخلع، ولا يحتاج في هذا إلى قبول صاحب العبد والدار؛ لأن العاقد في هذه الصورة المرأة؛ لأن خطاب الخلع جرى منها، ولم يشترط في الكتاب قبول المرأة لتمام الخلع، وكذلك لم يشترط قبول المرأة في هذه الصورة في كتاب الوكالة.

وفي نوادر ابن سماعة - رحمه الله - : شرط قبول المرأة، فعلى رواية هذا الكتاب يحتاج إلى الفرق بين ما إذا كانت البداية من المرأة، وبين ما إذا كانت البداية من الزوج بأن^(١) قال لامرأته: خالعتك على دار فلان، أو على عبد فلان، فإن هناك يشترط قبول المرأة لتمام الخلع.

والفرق: أن الخطاب إذا كان من جانب المرأة فالزوج مأمور بالخلع من جهة المرأة فيجعل عاقداً من جهة نفسه بطريق الأصالة، ومن جهة المرأة بطريق النيابة

(١) في ب: فإن.

عنها فيتم الخلع بالزوج فلا يسقط^(١) قبولها ثانياً، فأما الخطاب إذا كان من جهة الزوج، فالزوج غير مأمور من جهة المرأة، فلهذا يشترط قبول المرأة.

قال: وعلى المرأة تسليم الدار والعبد إن أجاز ذلك صاحب الدار والعبد، وإن لم يجز فعليها تسليم القيمة.

هذا إذا ابتدأت المرأة بالخطاب، فأما إذا ابتدأ الزوج بالخطاب بأن قال لها: طلقتك على عبد فلان أو خالعتك على عبد فلان، كان القبول إلى المرأة؛ لأنها هي العاقدة، ولو أن الزوج خاطب صاحب العبد والمرأة حاضرة فقال: يا فلان قد خلعت امرأتي بعبدك، فالقول إلى صاحب العبد، لأن خطاب الخلع جرى بين الزوج وبين صاحب العبد.

ولو أن أجنبياً قال للزوج: خالعتك على عبد فلان هذا، فالقبول إلى صاحب العبد، كذلك لو قال الأجنبي للزوج: خالعتك على ألف على أن فلان ضامن لها، فالقبول إلى فلان لما ذكرنا.

ولو قالت المرأة لزوجها: خالعتك على ألف درهم على أن فلانا [ضامن]^(٢) لها، ففعل^(٣)، يتم الخلع ولا يلتفت إلى قبول الضمين.

فبعد ذلك ينظر: إن قبل فلان المال كان للزوج الخيار: إن شاء أخذ المرأة [بذلك]^(٤) بحكم الأصالة، وإن شاء أخذ الضمين بحكم الكفالة، وإن لم يقبل الضمين ذلك، لا شيء عليه، ولا يبطل الخلع.

ثم الأصل لنا بعد هذا الأصل: أن جواز^(٥) إيجاب الخلع إنما يصح مما تناوله خطاب الإيجاب، فإن تعذر اعتبار الخطاب بأن كان الزوج [لم]^(٦) يخاطب أحداً، يعتبر الجواب ممن يلزمه حكم الخطاب، فإن استوى اثنان في لزوم حكم الخطاب، يعتبر الجواب ممن كان الحكم أكثر اتصالاً.

بيانه: فيمن قال لامرأته: أنت طالق بصدائقك الذي لك علي، فقالت: لا أقبل.

(١) في ب: يشترط.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: ففعل.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: جواب.

(٦) سقط في ب.

وقال أبوها: قبلت وضمنت الصداق، لا يقع الطلاق؛ لأن الزوج خاطبها^(١) ولم يخاطب الأب.

وكذلك إذا قال لرجل: امرأتي طالق على عبدك هذا، فإن قبل لزمه الطلاق، وكان له العبد، ولو قبلت المرأة ولم يقبل صاحب العبد لا يقع الطلاق؛ لأن الخطاب تناول الأجنبي دون المرأة، ولو قال: امرأتي طالق على ألف درهم، فقبلت المرأة يقع الطلاق، ولو قبل أجنبي لا يقع؛ لأن الخطاب لم يوجد فيعتبر الحكم، والحكم إنما يتصل بالمرأة؛ لأنه يحصل لها الخلاص عن حيالة الزوج.

* * *

(١) زاد في أ: وإن.

نوع آخر:

قال في الجامع: امرأة وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها بألف درهم، ففعل الوكيل، فهذا على وجهين:

أما إن^(١) أرسل الوكيل البدل بأن قال: خالع امرأتك على ألف درهم، أو قال: على هذه الألف، أو أضاف البدل إلى نفسه إضافة ملك أو إضافة ضمان بأن قال: اخلع امرأتك على ألف درهم من مالي، أو قال: على ألف درهم على أي ضامن، وفي الوجهين جميعا يتم الخلع بقبول الوكيل؛ لأن الوكيل نائب عن المرأة فيكون قبوله كقبولها، وينبغي أن يتم الخلع بقول الزوج: فعلت، ولا يحتاج إلى قبول أحد، بدليل مسألة كتبناها في آخر هذا النوع، وبدليل مسألة تقدم ذكرها على رواية الجامع، فبعد ذلك ينظر: إن كان البدل مرسلا فالبديل عليها، وهي المطالب به؛ لأن الوكيل في باب الخلع سفير، وحقوق العقد ترجع إلى من وقع العقد له لا إلى السفير، ودلالة كونه سفيرا أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى المرأة لا بد وأن يقول للزوج: خالع امرأتك. وفي مثل هذا: الوكيل سفير كما في النكاح.

وإن كان البدل مضافا إلى الوكيل إضافة ملك أو إضافة ضمان، فالوكيل هو المطالب بالبديل دون المرأة، ويرجع الوكيل بما أدى على المرأة، وإنما كان كذلك؛ لأن ما يجب على الوكيل بالخلع متى كان البدل مضافا إليه إضافة ملك أو ضمان يجب ابتداء بحكم العقد لا بحكم الكفالة عن المرأة؛ لأن ما ملكه^(٢) الوكيل من الخلع قبل الوكالة نوعان:

نوع يوجب البدل على المرأة بأن يرسل الوكيل إرسالا. ونوع يوجب البدل على أجنبي ابتداء بحكم الخلع لا بحكم الكفالة عن المرأة، بأن يخاطب الأجنبي الزوج بالخلع ويضيف البدل إلى نفسه إضافة ملك أو إضافة ضمان.

وإذا كان ما يملكها الوكيل من الخلع قبل الوكالة نوعان وقد أمرته بالخلع مطلقا انصرف الأمر المطلق إلى النوعين، وكان فائدة الأمر - وإن كان مالكا لهذا قبل

(١) في ب: إذا.

(٢) في ب: يملكه.

الوكالة - الرجوع بما ضمن على الموكل كما في الوكيل بالشراء، وإذا كان ما يلزم الوكيل من الضمان متى كان البدل مضافا إليه إضافة ملك أو إضافة ضمان يلزمه ابتداء الخلع لا بحكم الكفالة، وقد دخل هذا الخلع تحت الأمر كان^(١) له أن يرجع بما ضمن على موكله، وكانت المطالبة على الوكيل خاصة كما في الوكيل بالشراء، ولهذا كان للوكيل الرجوع على المرأة قبل الأداء كالوكيل بالشراء؛ لأنه يرجع بحكم الخلع ابتداء لا بحكم الكفالة.

وإذا وكلت رجلا بأن يخالعهما^(٢) من زوجها فخلعها على عوض له - يعني: الوكيل - وهلك^(٣) العوض في يد الوكيل قبل التسليم إلى الزوج، فإن الوكيل يضمن قيمة ذلك؛ لما^(٤) ذكرنا: أن ما يجب على الوكيل من بدل الخلع إذا كان البدل مضافا إليه يجب ابتداء بحكم الخلع لا بحكم الكفالة، فيصير^(٥) الوكيل في هذا بمنزلة المرأة، والمرأة لو اختلعت من زوجها على عوض^(٦) لها [وهلك العوض]^(٧) كان عليها تسليم العوض كذا هاهنا.



-
- (١) في ب: بان .
 (٢) في ب: يخلعها .
 (٣) في ب: وهكذا .
 (٤) في ب: كما .
 (٥) في ب: فصار .
 (٦) في ب: عرض .
 (٧) في ب: وتملك العرض .

نوع آخر في الخلع في المرض :

وإذا اختلعت في مرضها بمهرها الذي كان تزوجها عليه، فهذا على وجهين :
إما أن يكون الزوج [قريب أهلها]^(١) بأن كان ابن عم لها، أو أجنبيا، وكل وجه على وجهين :

أما إن كانت المرأة مدخولا بها، أو غير مدخول بها، ومتى كانت مدخولا بها، إما أن تموت هي في العدة أو بعد انقضائها، فإن كان الزوج أجنبيا والمرأة مدخولا بها وماتت بعد انقضاء العدة، فإنه ينظر إلى المسمى في بدل الخلع وإلى ثلث مالها، فإن كان المسمى مثل ثلث مالها أو أقل، فللزوجة ذلك، وإن كان أكثر من ثلث مالها، فليس للزوج الزيادة على ثلث مالها إلا بإجازة باقي الورثة؛ وهذا لأن الخلع منها بمنزلة التبرع؛ لأنها تبذل مالا بإزاء ما لا يتعلق به حق الورثة، وهو منافع بضعها من غير حاجتها إلى ذلك، فإنها غير محتاجة إلى الخلع حاجة أصلية، والتبرع من المريض إذا حصل مع الأجنبي يصح بقدر الثلث من غير إجازة الورثة، ويقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة.

والتبرع هنا حصل مع الأجنبي لما ماتت بعد انقضاء العدة؛ لأنه لم يبق وارثا لها في هذه الحالة لانقطاع سبب الورثة، وهو النكاح بعد انقضاء العدة من كل وجه، ثم ما ذكر من الجواب إنما يستقيم إذا كان لها أموال تخرج المسمى من الثلث، وأما إن^(٢) لم يكن لها إلا المهر الذي تزوجها عليه فإنه يعتبر الثلث من المهر.

وفرق بين الخلع وبين الصلح عن القصاص، فإن المريضة إذا صالحت عن قصاص وجب عليها على مال، فإنه يصح من جميع المال وقد بذلت مالا بإزاء ما لا يتعلق به حق الورثة؛ لأن الصلح من حوائجها الأصل؛ لأنها تحيي بذلك حقها، فإنها إن لم تصالح قبلت فأشبهه النفقة والنكاح، فإن المريض إذا تزوج امرأة يصح النكاح من جميع المال؛ لأن في النكاح إحياءه معنى، فإن به يحصل الولد الذي يحيا به اسم الأب، وحق المريض في الحوائج الأصلية مقدم على^(٣) حق الورثة.

(١) في ب: قريبا منها.

(٢) في ب: إذا.

(٣) في ب: في.

وفرق أيضا بين الخلع وبين الاستتجار، فإن المريضة إذا استأجرت دارا بدراهم هي أجرة مثلها تصح الإجارة من جميع المال، وإن بذلت المال بإزاء ما لا يتعلق به حق الورثة وهو منافع الدار؛ لأن استتجار الدار من الحوائج الأصلية الذي يتعلق به الحياة، فإن الحي لا بد له من السكنى كما لا بد له من المأكل والملبوس.

هذا إذا كان الزوج أجنبيا والمرأة مدخولا بها وماتت بعد انقضاء العدة وباقي المسألة بحالها^(١) ينظر إلى بدل الخلع، وإلى قدر ميراثه منها:

فإن كان بدل الخلع بمنزلة التبرع، والمريض محجور عن التبرع مع الوارث؛ وذلك لأن المريض إنما^(٢) حجر عن التبرع مع الوارث لما فيه من إبطال حق الباقيين عن الزيادة على ميراثه، وليس في قدر الميراث إبطال الحق على الباقيين فلم تصر محجورة عن هذا التبرع مع الوارث.

فأما إذا كان بدل الخلع أكثر من ميراثه منها، فإنه لا يسلم له الزيادة على ميراثه إلا بإجازة بقية الورثة؛ لأن حق الباقيين بطل^(٣) على الزيادة على قدر الميراث، وقد حجرت عن ذلك في حالة المرض بسبب النكاح، والنكاح وإن ارتفع بالخلع فالعدة باقية، وكل حجر يثبت بالنكاح يبقى ما بقيت العدة على ما عرف، بخلاف ما بعد انقضاء العدة؛ لأن الحجر عن التبرع فيما زاد على قدر حقه في الميراث إلى تمام الثلث إنما كان بسبب النكاح، والنكاح انقطع أثره فيزول المنع.

وصار حاصل التفاوت بين^(٤) ما قبل انقضاء العدة، إذ^(٥) بعد انقضاء العدة لا ينظر إلى قدر حقه في الميراث وإنما ينظر إلى الثلث، فيسلم للزوج قدر الثلث من بدل الخلع، وإن كان ذلك أكثر من حقه في الميراث، وقبل انقضاء العدة لا ينظر إلى الثلث، وإنما ينظر إلى قدر حقه في الميراث، فيسلم الزوج قدر حقه في الميراث من بدل الخلع، ولا يسلم له قدر ثلث مالها، [أما]^(٦) إذا كان ثلث مالها أكثر من حقه في الميراث، والفرق ما مر.

(١) زاد في أ: لا .

(٢) في ب: إذا .

(٣) في ب: يبطل .

(٤) في ب: في .

(٥) في ب: إن .

(٦) سقط في ب .

وإن كان الزوج ابن عم لها، فإن كان لا يرث منها بحق القرابة بأن كان له عصبية أخرى أقرب منه، فهذا وما لو كان أجنبيا سواء، وإن كان يرث منها بحق القرابة وقد ماتت بعد انقضاء العدة، فإنه ينظر إلى بدل الخلع وإلى قدر ميراثه منها بحق القرابة: فإن كان بدل الخلع قدر ميراثه منها أو أقل فله ذلك، وإن كان أكثر فالزيادة على قدر ميراثه منها لا يسلم له إلا بإجازة باقي الورثة، هذا الذي ذكرنا إذا كانت المرأة مدخولا بها.

فأما إذا كانت غير مدخول بها وقد اختلعت من زوجها بمهرها، فإن النصف يعود إلى الزوج بحكم الطلاق لا بحكم الوصية، ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول بها، ولم يختلع منها إلى الزوج ذلك، فلا يعتبر ذلك النصف إلى الزوج من جهة المرأة حتى يكون متبرعا من جهتها، فأما النصف الآخر وصل إليه^(١) من جهتها فإنه بدون الخلع لا يسلم له ذلك فتعتبر متبرعة في ذلك النصف، فبعد ذلك ينظر: إن كان زوجها أجنبيا فهذا تبرع على الأجنبي؛ لأن النكاح انقطع بأمره، فيسلم ذلك النصف للزوج من الثلث، وإن لم يكن لها مال سوى المهر، يسلم للزوج ثلث ذلك النصف.

وإن كان الزوج ابن عم لها ويرث منها، فله الأقل من ميراثه منها ومن نصف المهر على ما بينا في الكل، هذا إذا ماتت من ذلك المرض. وإن برئت منه يسلم للزوج جميع ما سمت له بمنزلة ما لو وهبت له شيئا وبرئت من مهرها.

وإن^(٢) اختلعت من زوجها وهي صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى، قل ذلك أو أكثر؛ لأنها وإن صارت متبرعة إلا أنها صحيحة، والتبرع من الصحيح نافذ ولا ميراث بينهما سواء ماتت قبل انقضاء العدة أو بعد ذلك؛ لوجود الرضاء من كل واحد منهما ببطان حقه.

وإن تبرع أجنبي باختلاعها من الزوج بمال ضمنه للزوج وكان ذلك من الأجنبي في مرض موت الأجنبي، فالخلع جائز والطلاق واقع، ويعتبر بدل الخلع من ثلث

(١) في ب: إليها.

(٢) في ب: ولو.

مال الأجنبي؛ لأن الخلع عد تبرعا من المرأة، مع أنه يحصل لها بالخلع نوع فائدة فلأن يعد تبرعا [من الأجنبي]^(١) أولى.

وإن كان الزوج مريضا حين تبرع الأجنبي باختلاعها، فلها الميراث إن مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترض بهذا الطلاق فيعتبر الزوج قَارًا^(٢)، والله أعلم^(٣).



(١) سقط في ب.

(٢) في أ: أمرا.

(٣) البحر الرائق (٤/٨٢).

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

وإذا اختلف الزوج والمرأة كم كان بينهما من الخلع؟ فقال الزوج: كان الخلع بيننا مرتين، وقالت المرأة: لا، بل كان ثلاثا، فالقول قول من حكى فتوى شيخ الإسلام علي بن محمد الإسيبجي - رحمه الله - : أن القول قول الزوج .

وحكي عن نجم الدين النسفي - رحمه الله - أنه كان يقول: إن كان هذا بعد نكاح جرى بينهما فقالت المرأة: النكاح لم يصح؛ لأن النكاح بعد الخلع الثالث . وقال الزوج: لا، بل صح النكاح؛ لأنه بعد خلعين، فالقول قول الزوج .

وأما إذا اختلفا بعدما انقضت عدتها عن الخلع^(١) والزوج يقول: هذا هو الخلع الثاني، ويريد أن يتزوجها، والمرأة تقول: هذا هو الخلع الثالث وليس لك أن تتزوجني، فالقول قولها، ولا يجوز النكاح بينهما .

وإن^(٢) جرى بين الرجل وبين امرأته خلع صحيح، فسأله رجل: (بادى حداى كردست). فقال: نعم. فهذا إقرار منه بالحرمة، وإقراره حجة عليه .

وإذا خالعه على ثوب [أو^(٣) عبد]^(٤)، فإن كان بعينه جاز الخلع، وإن كان الزوج عين ذلك، وإن كان بغير عينه، ففي العبد يجوز، وفي الثوب لا يجوز، وإن كان العبد بعينه إلا أنه لم يره، فليس فيه خيار الرؤية .

وإن وجد به عيبا إن كان يسيرا لا يرده، وإن كان فاحشا يرده، والخلاف في هذا وفي النكاح سواء .

والعيب اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، ومعناه: أنه يقوم صحيحا بعشرة وقد يقوم مع هذا العيب بعشرة .

وقعت في زماننا: أن رجلا وكل رجلا بخلع امرأته وقال بالفارسية: (تو وكيل مني بخلع باذن مني حون زن من قباء من بتوده) فدفعت قباء [لرجل]^(٥) إلى الوكيل وجرى الخلع بينهما، وكتب خط البراءة كما هو الرسم فيه، فنظر الزوج إلى القباء

(١) في ب: خلع .

(٢) في ب: وإذا .

(٣) زاد في م: على .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في م .

فوجده بلا بطانة، فقيل: لا يصح، ولو كان له بطانة إلا أنه لا كمين لها أو لم يكن له أحد الكمين^(١).

فقيل: إذا لم يكن له كمان إنه لا يصح، وفيما إذا لم يكن له أحد الكمين أن الخلع صحيح.

وقيل: يصح الخلع وإن لم يكن له كمان، واستدل هذا القائل بما ذكر محمد - رحمه الله - في أيمان الأصل: إذا حلف الرجل لا يلبس ثوبا فلبس ثوبا ليس له كمان يحنث في يمينه.

وقد قيل: ينظر إن كان في زعم الزوج^(٢) أن قباهه مع البطانة ومع الكمين كان التوكيل بشرط دفع القباه مع البطانة والكمين، فلا يصح الخلع إذا ظهر أنه لا بطانة أو^(٣) لا كم له، وكان في زعم الرجل^(٤) أن قباهه بدون البطانة أو بدون الكمين، [كان التوكيل بشرط]^(٥) دفع القباه الذي لا بطانة له أو لا كم له وقد وجد فيصح الخلع وهو الأظهر والأشهر.

وسئل نجم الدين عمن قال لامرأته: (همه ران خویشان ارمن دار حریر يد می حولس ازتوا می حرندم حروسی رن کنت اکبر طلاق درست کم مس است دارمت لسه هر الطلاق مرد کعب طلاق دارمت طلاق دار مت طلاق داد مسومی کوند امسوس نوسی حواسم درد سحن وی دادسه طلاق امید)؛ لأن صيغته صيغة التطلق، وينبغي أن يقال: إن غير النعمة يجب يعلم أنه أراد به: (مرسوس رن ورد سحر وی)، لا تطلق، وقد مر شيء من هذا فيما تقدم.

إذا قالت المرأة لزوجها: (خویشان خریدم بعدت وكاس). فقال الزوج: (دست كونه كردم)، لا يقع الخلع.

إذا اختلعت المرأة [من]^(٦) زوجها على أن يعتق أباه، ففعل فالتعتق عنها، فإن

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٤٨٢).

(٢) في ب: الرجل.

(٣) في م: و.

(٤) في م: الزوج.

(٥) في م: يشترط.

(٦) سقط في ب.

العتق عن الزوج؛ لأن في الفصل الثاني يقع التمليك منه فيعتق على ملكه، ولا كذلك في الفصل الأول.

ثم في الفصل الأول إذا لم يقع العتق عن الزوج هل يرجع الزوج لأنه شرط عليها بما ساق إليها؟

اختلف فيه المشايخ: قال بعضهم: يرجع؛ لأنه شرط عليها منفعة الولاء لنفسه ولم يقل (١) ذلك.

والأصح أنه لا يرجع عليها بشيء؛ لأن الولاء ليس بمال متقوم فصار كما لو خلعها على خمر، وهناك لا يرجع عليها بشيء فهنا كذلك، كتبه في آخر عتاق الميراث (٢).

امرأة قالت لأجنبي: (حورسوى مرشح دسار سوهده مرا على طلاق باى كساده كرسوى ينم دسار بأجنبي دارا حبي باسوى خلع رن كردنر كاس ونفقة عدة كاس ونفقة عدت سود ساقط سود حواب است كي سود). لأن قولها للأجنبي: (باى فدسك طلاق كساده كى) توكيل لها بالخلع معلقا بإعطاء الدنانير الخمسة إليها، والخلع لا يكون إلا ببدل، وبدله عرفا بقية المهر ونفقته، وكأنه (٣) قالت: (مرا باسبرى مر خلع كن بركاس ونفقة عدت).

وإذا وكل الرجل رجلا بطلاق امرأته، فطلقها بمهرها ونفقة عدتها و (٤) خالعتها على ذلك.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : يجوز ذلك، كانت المرأة مدخولا بها، أو غير مدخول بها؛ لأن الغالب من عادات الناس أنهم يريدون بالتوكيل بالطلاق الطلاق بجعل، لكن هذا الوجه غير مختار؛ لأن هذا [يقتضي أن يكون الوكيل بالطلاق إذا طلق مطلقا أنه لا يجوز، وهذا] (٥) بعيد.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - مرة: لا يجوز من غير تفصيل بين

(١) في ب: نيل.

(٢) في ب: المستزاد.

(٣) في ب: فكأنه.

(٤) في ب: أو.

(٥) سقط في ب.

المدخول بها وغير المدخول بها؛ لأنه وكله بالتخيير وقد أتى بالتعليق، وهذا التعليل يوجب البيئونة بين المدخول بها [وغير المدخول بها].

وبه^(١) كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - .
وهو اختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله - .

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - مرة أخرى: إن كانت المرأة مدخولا بها لا يجوز، وإن كانت غير مدخول بها يجوز.

[و]^(٢) هكذا حكى عن الفقيه أبي القاسم الصفار - رحمه الله - .
وهو اختيار الصدر الشهيد في واقعاته .

والوجه في ذلك: أن المرأة إذا لم يكن مدخولا بها، فهذا من الوكيل خلاف إلى خير؛ لأنه وكل^(٣) بطلاق يقع بقطع النكاح مجانا، وقد أتى بطلاق لا يقطع، فهذا من الوكيل خلاف إلى شر؛ لأنه وكله بطلاق لا يقطع^(٤) النكاح بغير عوض، والطلاق بغير عوض في المدخول بها لا يقطع النكاح، وقد أتى بطلاق قطع النكاح، فهذا كان خلافا إلى شر فاعتبر خلافا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل قال لغيره: طلق امرأتي على أن تخرج من البيت فلا تخرج منه شيئا، ففعل، ثم اختلفا، فقال الزوج: أخرجت، وقالت المرأة: لم أخرج. فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر شرط وقوع الطلاق.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: في المسألة نوع إيهام؛ لأنه^(٥) أراد بقوله: طلق امرأتي على شرط ألا تخرج من البيت، علق طلاقها بشرط أن تخرج من البيت ولا تخرج [منه]^(٦) شيئا، فهذا صحيح؛ لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، فالزوج بقوله: أخرجت شيئا من البيت، أنكر شرط وقوع الطلاق، فيكون القول قوله.

-
- (١) في ب: وبين .
(٢) سقط في ب .
(٣) في ب: وكله .
(٤) زاد في أ: فهذا من الوكيل .
(٥) زاد في ب: إن .
(٦) سقط في ب .

فإن أراد بقوله: طلقها على شرط ألا تخرج من البيت شيئاً، فهذا الجواب غير صحيح.

قال لها: أنت طالق على ألا تخرجي من البيت شيئاً، فهذا الجواب غير صحيح؛ فإنها^(١) إذا قبلت ينبغي أن يقع الطلاق للحال أخرجت شيئاً أو لم تخرج؛ فإن الرواية محفوظة فيما إذا قال: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم، فقبلت، تطلق وإن لم تعط الألف؛ لأنه استعمل الإعطاء استعمال العوض، وكان الشرط قبوله لا وجوده. قال في الزيادات: إذا وكلت المرأة رجلاً بالخلع ثم رجعت من غير علم الوكيل لا يعمل رجوعها.

فرق بين هذا، وبين ما إذا قالت: خلعت نفسي من زوجي بألف درهم فاذهب يا فلان إلى زوجي وأخبره بذلك. فلما ذهب الرسول شهدت^(٢) أنها قد رجعت عن ذلك، ثم بلغ الرسول^(٣) ذلك فقبل كان قبوله باطلاً حتى لا يقع الخلع، علم الرسول بالرجوع أو لم يعلم، وكذلك لو رجعت بعد تبليغ الرسالة قبل قبول الزوج، صح رجوعها أيضاً وإن لم يعلم الرسول بذلك، وكذلك هذا الجواب في البيع والعتق والنكاح والإجارة إذا رجع الرسول^(٤) قبل قبول المرسل إليه صح رجوعه وإن لم يعلم الرسول به.

وإذا قالت لزوجها: اخلعني على ألف درهم، ثم رجعت من غير علم الزوج، لا يصح رجوعها.

قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها فقد بعثت طلاقها منك بدرهم، ثم تزوج امرأة، فالقبول إليها بعد التزوج، فإن قالت بعد التزوج: قبلت، أو اشترت طلاقها، أو طلقته، يقع، وإن قبلت قبل التزوج فهذا ليس بشيء؛ لأن هذا الكلام من الزوج خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعد التزوج، في الباب الأول من خلع الواقعات. قال لامرأته: (حويستن عن). فقالت: (حريده باد). فقال الزوج: (فروخته بادن تونا) يقع الخلع، وما لا فلا، والله أعلم.

(١) في ب: لأنها.

(٢) في ب: أشهدت.

(٣) في ب: الزوج.

(٤) في ب: المرسل.

الفصل المكمل عشرين

في مسائل العدة^(١)

- (١) العدة: بكسر العين لَعَّةٌ تطلق على معان:
- منها: الإحصاء يقال: «عد الراعي غنمه عدة» أي: أحصاها إحصاء.
- ومنها: المعدود.
- ومنها: أيام أقرء المرأة.
- ومنها: تربصها المدة الواجبة عليها.
- ومنها: المصدر.
- وَشَرَعًا: عرفها الحنفية: بأنها تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته.
- وعرفها الكسائي: بأنها أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح.
- وقيل: هي اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، أو الفراش.
- وعرفها المالكية: بأنها مدة منع النكاح لفسخه، أو موت الزوج، أو طلاقه.
- وقيل: هي المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم لفسخ النكاح، أو موت الزوج، أو طلاقه.
- وعرفها الشافعية: بأنها اسم لمدة تتربص فيها المرأة، لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبّد، أو لتفجّعها على زوجها.
- وعرفها الحنابلة: بأنها التربص المحدود شرعاً.
- وشرع الله العدة لحكم كثيرة ومصالح جمّة؛ منها العلم ببراءة الرحم، وألا يجتمع ماء الواطئين، فأكثر في رحم واحد، فتختلط الأنساب، وتفسد، وفي ذلك ما تمنعه الشريعة الغراء.
- ومنها إظهار شرف النكاح، وحرمة العقد وخطورته، وأنه ليس من الأمور التي يُشْتَهَانُ بها، ويجعل ألعوبة بين المرأة حتى يتسنى لها بمجرد أن تنحل عقدتها من الرجل أن تفتش لغيره من ساعته، بل لا بد من الإنتظار والتربص، وإظهار أثر النكاح بما يترتب عليه من العدة إعلماً بأن هذا النكاح من ذوي الشأن، والميزات من بين العقود، وما أجله من سيرٍ عند ذوي الأفهام الثاقبة، والقرائح المتوقدة.
- ومنها قضاء حق الزوج وإظهار تأثير فقده في المنع من التزيّن والتجمل، ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد، فلو لم يكن ثمة عدة، وتزوجت بغيره فوراً، لكان هذا من أعظم هضم لحقوق الزوج الذي طالما أمدها بنعمه، وغرس في هيكل جسمها بذور نعمائه؛ فلذلك شرعت لرعاية حرمة، وحفظاً لناموس كرامته. ومنها تطويل زمان الرجعة للملطق، لعله أن يتذكر فيندم، ويتفكر طول عسرتها معه، فيتحسر ويتألم ويشعر بخدمتها له، فيرجع إليها، فيتهدب ويتعلم.
- ومنها بالأخذ بالأحوط لمصلحة الزوج والزوجة، والقيام بشئون الولد، لعلها بعد تفرقها من بعلمها، وهي ذات ولد أن ترجع عما يهجس بخاطرها من الغضب والغطرسة، فترجع إلى زوجها لتربية ولدها في عزّ أبيه وصوله والده، فتكون قد أحسنت لنفسها ولزوجها وولدها، وأنعم بها حكمة، وأكرم بها مصلحة.

عدة الوفاة لا تجب إلا في النكاح الصحيح، حتى إن المنكوحه نكاحا فاسدا إذا مات عنها زوجها تعتد بثلاث حيض، وإذا وجبت العدة بالشهور في الطلاق أو الوفاة فإن اتفق ذلك في غرة الشهور اعتبرت الشهور بالأهلة، وإن نقص العدد عن ثلاثين يوما، وإن اتفق ذلك في خلال الشهر فإن عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإحدى الروایتين عن أبي يوسف - رحمه الله - : يعتبر في ذلك عدد الأيام تسعون يوما في الطلاق، وفي الوفاة يعتبر مائة^(١) وثلاثين يوما.

وعند محمد وإحدى الروایتين عن أبي يوسف - رحمه الله - : يحتسب الشهر الأول بالأيام ويكمل من الشهر الأخير وباقي الشهور بالأهلة.

وذكر الصدر الشهيد في فتاوى الصغرى: أن في باب العدة يعتبر الشهور بالأهلة بالإجماع، وإذا وجبت العدة في النكاح الفاسد يعتبر العدة من حين يفرق بينهما. هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه، وفيه اختلاف المتقدمين والمتأخرين: قال أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : تجب العدة من وقت الوطء الأخير.

وقال أبو بكر [الإسكاف]^(٢): من وقت الفرقة.

وبه كان يقول الفقيه أبو جعفر.

وهو قول أبي يوسف.

وجواب أبي القاسم قول زفر.

[وفي حكاية الفقيه أبي]^(٣) الليث عن اختلاف زفر - رحمه الله - ويعقوب.

والشهور بدل^(٤) الحيض فيمن لا تحيض لصغر، أو كبر، أو فقد حيض يعني به الآيسة، ولا تقدير بالسنين في حق الآيسة في رواية، وإياسها على هذه الرواية أن تبلغ من السن ما لا يحيض مثلها، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم يحكم بإياسها، فإن رأت بعد ذلك دما يكون حيضا في هذه الروايات ويظهر كونها حيضا في حق

= ينظر: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني (٢/٣٤٥)، كشف القناع

(٤١١/٥).

(١) في أ: ثمانية.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: حكاة الفقيه أبو.

(٤) في ب: عن.

بطلان الاعتداد بالأشهر، وفي حق فساد الأنكحة.

وفي رواية: فيها تقدير.

واختلفت الأقاويل في التقدير:

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والمختار خمس وخمسون سنة وعليه أكثر

المشايع،

فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم بإياسها، فإن رأت الدم بعد ذلك هل يكون حيضا على هذه الرواية؟ فقد اختلف المشايخ فيما بينهم.

قال بعضهم: لا يكون حيضا ولا يبطل به الاعتداد بالأشهر، ولا يظهر به فساد الأنكحة.

وقال بعضهم: يكون حيضا ويبطل الاعتداد بالأشهر؛ لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين أو نحوه كان بالاجتهاد، وإذا^(١) رأت الدم والنص يقتضي كون المرئي حيضا وجد النص بخلاف الاجتهاد، فبطل الحكم بالإياس الذي ثبت بالاجتهاد، حتى إن على قول هؤلاء إنما يكون حيضا إذا رأت الدم أسود أو أحمر، أما إذا رأت دما أخضر أو أصفر لا يكون حيضا؛ لأن كون هذا حيضا يثبت^(٢) بالاجتهاد.

وقال بعضهم: إن كان القاضي قضى بجواز ذلك النكاح ثم رأت الدم لا يقضي بفساد ذلك النكاح، وطريق القضاء أن يدعي أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة، فيقضي القاضي بجوازه وبانقضاء العدة بالأشهر.

وكان الصدر الشهيد حسام الدين عمر - رحمه الله - يقضي^(٣) بأنها لو رأت الدم بعد ذلك على أي صفة رأت يكون حيضا، ويفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر وبفساد الأنكحة إن كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالأشهر [ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالأشهر، إن كانت رأت الدم يفتي]^(٤) بجواز الأنكحة أم لا؟

وإذا خالغ الرجل امرأته بتطليقة وحاضت حيضة أو حيضتين ثم غلب^(٥) عليها

(١) في ب: فإذا.

(٢) في أ: ثبت.

(٣) في ب: يفتي.

(٤) في ب: قضى.

(٥) في ب: خالغها.

الزوج ووطئها مع الإقرار بحرمتها فعليها أن تستقبل العدة؛ لأن الخلع من كنيات الطلاق، والكنيات عند بعض الصحابة رواجع، فأورث ذلك شبهة في المحل، ولأجل ذلك لا يجب الحد بهذا الوطاء وكان بمنزلة الوطاء في النكاح فيبطل الاعتماد، فيجب عليها الاستقبال،

وكذلك لو طلقها تطليقة بائنة أو تطليقتين بائنتين، ثم وطئها في العدة مع الإقرار بالحرمة، كان عليها أن تستقبل العدة استقبالا [بكل وطأة] (١) وتتداخل مع الأولى لا أن تنقضي الأولى، وإذا انقضت الأولى وبقيت الثانية والثالثة، كانت الثانية والثالثة عدة الوطاء، حتى لو طلقها في هذه الحالة لا يقع طلاق آخر،

فالأصل أن المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطاء لا يلحقها الطلاق، وأما المطلقة ثلاثا إذا جامعها زوجها في العدة مع علمه أنها حرام عليه (٢)

(١) سقط في ب.

(٢) يحرم على الرجل التزوج بمعتدة غيره قبل انقضاء عدتها بأي سبب كانت الفرة، وعلى هذا جرى عامة أهل العلم، فإذا حصل فالعقد باطل ويفرق بينهما، ودل على ذلك الكتاب، والإجماع، والمعقول:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب على تحريم نكاح المعتدة بما يلي:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَالطَّلَاقُ يَرْبِضُ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾.
- ٢ - وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾.
- ٣ - وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآيات: دلت هذه الآيات على تحريم نكاح المعتدة؛ إذ المعنى لا تعقدوا النكاح حتى تتم العدة؛ فالواجب على المرأة التريص بعد زوال نكاحها مدة ذلك الأجل المضروب، فلا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها؛ وذلك لأن وجوب العدة على المرأة: إما لتعريف براءة الرحم، وإما لإعطاء الزوج فرصة يتمكن فيها من مراجعة زوجته، وإما للإحداذ على الزوج المتوفى؛ ولهذا تم الإجماع على أنه لو عقد على معتدة الغير في عدتها كان العقد فاسدا، ووجب التفريق بينهما إن لم يتفرقا.

ثانياً: الإجماع: أجمع أهل العلم على أن من نكح امرأة في عدتها من غيره ودخل بها فإنه يفرق بينهما وأن العقد لا يصح.

ثالثاً: المعقول: احتجوا من المعقول بأن العدة واجبة لحفظ النسب، فإذا حصل فيها النكاح اختلطت الأنساب، فلذلك يحرم النكاح فيها.

واختلف الفقهاء فيما إذا تزوجت المرأة في عدتها من رجل آخر ودخل بها الثاني، فهل تستأنف عدة جديدة من يوم الوطاء الفاسد وتهدم عدتها الأولى؛ على قولين:

القول الأول: أن المرأة إذا تزوجت في عدتها من رجل آخر ودخل بها الثاني، فإنها

تستأنف عدة جديدة من يوم الوطاء الفاسد، وتنهدم عدتها الأولى، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية.

القول الثاني: أن المرأة تكمل عدتها من الأول، ولا يحتسب فيها مقامها عند الثاني: ثم تعتد بعد انتهاء عدة الأول لوطء الثاني، وإلى هذا ذهب الشافعية، والحنابلة.

احتج أصحاب القول الأول من المعقول بما يلي:

١ - أن القصد من العدة معرفة براءة الرحم، واستئناف المرأة عدة جديدة تحصل به براءة الرحم منهم جميعاً.

٢ - لو كانت معتدة لشخص واحد أو أشخاص وهي حامل، فإن أجلها ينقضي بوضع الحمل إجمالاً فكذلك هنا.

٣ - أن العدة مجرد أجل والآجال إذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كرجل عليه ديون إلى أجل، فبمضي الأجل حلت كلها، والدليل على أنه أجل قوله - تعالى -: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، وقوله: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ فَمَسْكُونٌ﴾، وقوله: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكَرْبُ أَجَلَهُ﴾.

واحتج أصحاب القول الثاني بالأثر، والمعقول:

أولاً: الأثر: احتجوا من الأثر على صحة قولهم بما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها أئبته فنكحت في عدتها فصرنها عمر وصرب زوجها بالدرّة صرّبات وفرّق بينهما ثم قال عمر: أئبنا امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لم ينكحها أبداً، قال ابن المسيب: ولها مهرها بما استحلّ منها [أخرج مالك في الموطأ (٥٣٦/٢) كتاب النكاح، باب: جامع ما لا يجوز من النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٤١/٧) كتاب العدد، باب: اجتماع العدتين، وذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٢٣٥/٣، ٢٣٦)، وسكت عنه]. وقد وافقه علي رضي الله عنه.

قال ابن قدامة بعد أن أورد قول عمر وعلي رضي الله عنهما: «وهذا قول سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف».

ثانياً: المعقول: احتجوا من المعقول بوجهين:

١ - قالوا: لأنهما حقان مقصودان لآدميين، فلم يتداخل كالدينين واليمينين.

٢ - قالوا: لأنه حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يجوز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة.

وبالنظر في أدلة القولين يتبين رجحان القول الثاني، حيث قال به عمر وعلي رضي الله عنهما، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف.

وقد أوجب لها الفقهاء الصداق، وعلى هذا جرى عامة الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وقولهم هنا محمول على جهل المرأة بتحريم الزواج في العدة أو جهل كونها في عدة، وقد صرح بهذا الشافعية، والحنابلة.

أما إذا كانت عالمة بذلك فلا مهر لها؛ لأنه زنى.

واختلفوا أيضًا هل تعد محرمة عليه أبدًا أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى جواز اجتماع من تزوج امرأة في عدتها بعد أن يفرق بينهما وتنتهي عدة المرأة، وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

القول الثاني: تحريم اجتماعهما أبدًا، وإلى هذا ذهب المالكية.

احتج أصحاب القول الأول بالكتاب والمعقول:

أولاً: الكتاب: قال تعالى: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَمَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ﴾.

وجه الدلالة: بعد أن ذكر الله تعالى المحرمات من النساء ذكر هذه الآية فدللت بعومها على جواز اجتماع المرأة التي تزوجت في عدتها مع من نكحها حال العدة بعد أن تنتهي من عدتها منه من ذلك النكاح الباطل، وليس هناك دليل يحرم اجتماعهما.

ثانيًا: المعقول: احتجوا من المعقول بأن تحريمها عليه إما أن يكون بالعقد الفاسد، أو الوطء فيه أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم كما لو نكحها بلا ولي؛ ولأنها لا تحرم على الزاني على التأييد فهذا أولى.

أدلة القول الثاني: احتج أصحاب هذا القول بالأثر، والقاعدة الفقهية:

أولاً: الأثر: احتجوا من الأثر على صحة قولهم بما روى سعيد بن المسيّب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ألبته فنكحت في عدتها فصرنهما عمر وصرن زوجها بالدرّة صرّبات وفرّق بينهما ثم قال عمر: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبًا من الخطاب، وإن كان دخل فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لم ينكحها أبدًا. قال ابن المسيّب: ولها مهرها بما استحلّ منها.

ونوقش بأن عمر - رضي الله عنه - رجع عن التفريق المؤبد بينهما، وجعل لهما أن يجتمعا إن أَرادا ذلك.

ثانيًا: القاعدة الفقهية: احتجوا بالقاعدة المشهورة: (من تعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه)، قياسًا على القتل العمد الذي يعد مانعًا من موانع الميراث.

ونوقش بأنه يلزم على هذه القاعدة أن من غصب مال مورثه أن يحرم عليه في الأبد؛ لأنه استعجله قبل وقته، ويلزم منه كذلك أن المرأة إذا سافرت في عدتها أن يحرم عليها السفر أبدًا، ومن مس طيبًا في إحصانه أن يحرم عليه أبدًا؛ لأن كل هؤلاء تعجلوا أشياء قبل وقته، ولا يقول بذلك أحد، فبطل قول: (أن من تعجل شيئًا قبل أوانه عوقب بحرمانه)، أما القاتل فإن صح حرمانه من الميراث فليس لتعجله ميراثه قبل وقته وإنما لغير ذلك.

وبعد هذا يتبين رجحان المذهب الأول لقوة ما استدلووا به وسلامته مما يعارضه؛ ولأن ما استدلل به أصحاب المذهب الثاني لا يسلم من المناقشة.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٦٨، ٢٦٩، ٢٨٧)، رد المحتار على الدر المختار (٣/٥١٩)، تبیین الحقائق (٢/١٥٢، ٣/٣١، ٣٣)، اللباب في شرح الكتاب (٣/٢٢)، شرح الزرقاني على مختصر خليل (٣/١٦٥، ١٦٦)، شرح الخرشبي على مختصر خليل =

ومع إقراره بالحرمة لا تستأنف العدة، ولكن يرجم الزوج والمرأة كذلك إذا قالت: علمت بالحرمة ووجد شرائط الإحصان.

وإن ادعى الشبهة بأن قال: ظننت أنها تحل لي فتستأنف العدة بكل وطأة، وتتداخل مع الأولى لا أن تنقضي الأولى، وإذا انقضت الأولى وبقيت الثانية والثالثة، كانت هذه عدة الوطء حتى لا تستحق النفقة في هذه الحالة، فالمعتدة بعدة الطلاق تستحق النفقة، أما المعتدة بعدة الوطء لا تستحق النفقة.

وهذا الذي ذكرنا إذا جامعها مقرا بطلاقها، فإذا جامعها منكرا طلاقها فإنها تستقبل العدة، وكذا من طلق امرأته ثلاثا أنه طلق امرأته منذ كذا، فإن كذبه المرأة في الإسناد أو قالت: لا أدري، تجب العدة من وقت الإقرار.

قالوا: هذا الجواب في حق النفقة والسكنى، أما في حق حل الزوج بأختها وأربع سواها يعتبر العدة من وقت الطلاق، وهكذا ذكر في الجامع^(١) في باب نكاح المخاطبة.

وذكر شيخ الإسلام في شرح إقرار الأصل: أن في حق الزوج بأختها وأربع سواها يعتبر العدة من وقت الإقرار أيضا فيتأمل عند الفتوى.

وإن صدقته المرأة في الإسناد، قال محمد - رحمه الله - في الأصل: تجب العدة من وقت الطلاق.

واختيار مشايخ بلخ على أنه تجب العدة من وقت الإقرار، عقوبة عليه جزاء على كتمانها الطلاق، ولكن لا يجب لها نفقة العدة، ولا مؤنة السكنى؛ لأن ذلك حقها

(٤/١٧٣)، المقدمات الممهدة (٢/٣٧١)، منح الجليل (٤/٧٥٣)، مواهب الجليل (٣/٤١٥، ٤٤٨)، الشرح الكبير (٢/٢١٧، ٢١٨)، بداية المجتهد (٢/٣٥)، المجموع (١٦/٢٤٠)، مغني المحتاج (٣/٢٣٣، ٣٩١-٣٩٢)، نهاية المحتاج (٦/٣٥٣)، (٧/١٣٩، ١٤١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢٢٤، ٢٢٦)، كشاف القناع (٥/١٦٢، ٤٢٦-٤٢٧)، المغني، لابن قدامة (٧/٢٨٢، ٤٨٠، ٤٨٢)، (٨/١٠٠)، المحلى (٩/٤٧٨، ٤٨٠)، الجامع لأحكام القرآن (٣/١٢٧)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٣٣/١٨)، تفسير ابن كثير (١/٢٨٨)، التنقيح، ص (٢٢٨)، شرح المجلة، لسليم رستم باز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (٣)، مادة (٨١) (١/٦٢)، المنشور في القواعد، للزركشي (٣/٢٠٥)، والقواعد، لابن رجب الحنبلي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، ط (٢)، ١٩٩٩م، ص (٢٣٠).

(١) في ب: الخلع.

وقد أقرت هي بسقوطه؛ فينبغي على قول هؤلاء ألا يحل له التزوج بالأخت وأربع سواها ما لم تنقضي العدة من وقت الإقرار.

وحكي عن شيخ الإسلام أبي الحسن الرُّسْتُعْفَنِيّ - رحمه الله - أنه كان يقول: ما ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أن العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا مفترقين من^(١) الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الإسناد.

قال محمد - رحمه الله - : وعلى هذا إذا فارق الرجل امرأته زمانا، ثم قال لها: طلقتك منذ كذا، والمرأة لا تعلم بذلك، يصدق، وتعتبر عدتها من ذلك الوقت. وفي نكاح فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : طلق امرأته ثلاثا وكتّم طلاقها عن الناس، فلما حاضت حيضتين وطئها فحبلت ثم أقر بطلاقها، كان لها النفقة ما لم تضع.

وإذا بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فالعدة من يوم مات أو طلق؛ لأن العدة اسم لمدة ضربت لتأخير علم الطلاق، أو لانتهاه النكاح من كل وجه بالموت، ومضي المدة لا يتوقف على العلم.

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا بعدما دخل بها، فلم يعدلا حتى مضى أيام ثم عدلا وقضى القاضي بالفرقة بينهما، تعتبر العدة من يوم الشهادة لا من يوم القضاء.

في الباب الثاني من قضاء الجامع: إذا طلق الرجل امرأته وهي صغيرة لم تحض وقد دخل بها، فعليها أن تعتد بثلاثة أشهر، هذا هو جواب الكتاب.

حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - : إذا كانت [الصغيرة]^(٢) مراهقة يجمع مثلها، وقد كان دخل بها الزوج، فعدتها لا تنقضي بالأشهر، بل يوقف أمرها إلى أن يظهر أنها هل حبلت بذلك الوطاء أم لا؟ فإن ظهر أنها حبلت كان انقضاء العدة بوضع الحمل، وإن ظهر أنها لم تحبل كان انقضاء عدتها ثلاثة أشهر، ولو حاضت في الأشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض.

(١) في ب: في.

(٢) سقط في ب.

ذكر النسفي في فتاويه: اختلف مشايخنا - رحمهم الله - في إطلاق إيجاب العدة على الصغيرة، أكثر مشايخنا - رحمهم الله - لا يطلقون لفظ الوجوب، لأنها غير مخاطبة، لكن ينبغي أن يقال: (عدت باندداستن).

وفي نكاح فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل تزوج صبية بنت عشر سنين ودخل بها، وقال: لم أدخل بها ثم فارقتها.

قال الفقيه أبو القاسم [الصفار]^(١) رحمه الله: أحب إلي أن تعد بثلاثة أشهر. وفي الفتاوى: امرأة بلغت فرأت يوما دما، ثم انقطع عنها الدم حتى مضت سنة، ثم طلقها زوجها، فعدها بالأشهر؛ لأن ما رآته لم يكن حيضا فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ﴾^(٢) وإن^(٣) كانت المعتدة حاملا فولدت ولدين انقضت العدة بآخرهما؛ لأن الله تعالى جعل الأجل في حق الحامل وضع الحمل، والحمل اسم للكل.

وقيل في الرجعية: إذا ظهر منها أكثر الولد، بانت ولا تحل للأزواج احتياطا، فمن مشايخنا من قال: ينبغي أن^(٤) تحل للأزواج؛ لأن الحل للأزواج معلق بانقضاء العدة، وقيام حق الرجعة مقيد بشرط قيام العدة، فإذا انقضت الرجعة دل ذلك على انقضاء العدة فتحل للأزواج.

ومنهم من فرق بينهما؛ لأن الأكثر إنما يقام مقام الكل في حق انقطاع الرجعة احتياطا، والاحتياط في ألا يقام مقام كلها في حق حلها للأزواج.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا طلقها وهي حامل، فإذا خرج الولد من قبل الرجلين، أو من قبل الرأس النصف من البدن سوى الرجلين، أو سوى الرأس، فقد انقضت العدة.

قال محمد - رحمه الله - والبدن هو من الشنية إلى منكبیه. ويجب على الكتابية إذا كانت تحت مسلم ما^(٥) يجب على المسلمة، الحرة

(١) سقط في ب.

(٢) سورة الطلاق آية: ٤ .

(٣) في ب: وإذا.

(٤) زاد في ب: لا.

(٥) في ب: وما.

كالحرّة والأمة كالأمة، وإن كانت تحت ذمي فلا عدة عليها في موت ولا فراق في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - : عليها العدة؛ لأن في العدة حق الزوج إن كان فيها حق الشرع، والكتائية مخاطبة بحقوق العباد.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن العدة لو وجبت على الكتائية، إما أن تجب لحق الشرع ولا وجه إليه؛ لأنهم لا يخاطبون بحقوق الشرع، وإما أن تجب لحق الزوج، ولا وجه إليه أيضاً؛ لأنه لا يعتقد ذلك [بخلاف ما إذا كان الزوج مسلماً؛ لأن هناك العدة تجب لحق الزوج؛ لأنه يعتقد ذلك، بخلاف ما إذا كان للزوج]^(١).

فرع على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فقال: إذا كانت حاملاً تمنع من لزوج إذا كان كذلك في دينهم هكذا وقع في بعض النسخ.

وفي بعض النسخ: إذا كانت حاملاً تمنع من الزوج على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ولم يذكر إذا كانت كذلك في دينهم.

وإن كانت الرواية تمنع عن التزوج من غير ذكر تلك الرواية، فوجهه: أن المنع من التزوج على قول أبي حنيفة ما كان لوجوب العدة؛ بل لأن في بطنها ولداً ثابت النسب، ألا ترى أن المولى إذا تزوج أم ولده وهي حامل، فإنه لا يجوز، وإن لم يكن عليها عدة؛ لأن في بطنها ولداً ثابت النسب.

وإن كانت الرواية: إذا كان كذلك في دينهم، يجوز أن يقال: إن المنع عن التزوج لوجوب العدة؛ لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يرى وجوب العدة على الذمية لحق زوجها الذمي إذا كان زوجها يدين بذلك، ولا عدة على المهاجرة في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقالوا: [لا]^(٢) يجب، يعني المسلمة الحربية إذا هاجرت إلى دار الإسلام مسلمة.

فوجه قولهما: أن الفرقة وقعت في دار الإسلام وهي مسلمة فكانت كسائر المسلمات.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتُوا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾^(١) أباح التزوج بالمهاجرات مطلقاً ولم يشترط انقضاء العدة، فهذا دليل على أن العدة غير واجبة؛ ولأن العدة أثر من آثار النكاح، وتباين الدارين حقيقة وحكما ينافي النكاح على ما عرف في موضعه فينافي أثره وهو العدة.

فإن كانت حاملاً فعن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان: روى أبو يوسف عنه أنه يجوز النكاح ولا يطؤها حتى تضع، وهو اختيار الكرخي. وروى محمد عنه: أنه لا يتزوجها.

وجه رواية أبي يوسف - رحمه الله -: أن المنع عن التزوج في الحامل إذا كانت مسلمة لحق صاحب الفراش ولا حرمة لحق الحربي.

وجه رواية محمد - رحمه الله -: أن النكاح وضع لإثبات الفراش الذي هو أساس النسب، ولما كان في بطنها ولد ثابت النسب كان عليها فراش لصاحب النسب؛ فلا يستقيم إيراد نسب الفراش لغيره.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - ما يدل على أنه لا عدة على المهاجرة، فإنه قال: إذا خرجت وتركت زوجها في دار الحرب وهي حامل فتزوجت، جاز.

وإن جاء الزوج مسلماً وتركها في دار الحرب فلا عدة لها في قولهم جميعاً؛ فقد فرقوا بين الذمية والحربية، فأوجبوا العدة على الذمية من المسلم ولم يوجبوها على الحربية.

والفرق: أن الذمية من أهل دار الإسلام، والخطاب قد شاع في دار الإسلام فأقيم الشيوع مقام البلوغ، فأما الحربية في دار الحرب ولا شيوع في دار الحرب، و^(٢) لا يقوم مقام البلوغ، وبدون البلوغ لا يثبت حكم النكاح، والخلو الصحيحة توجب العدة في النكاح الصحيح دون الفاسد؛ لأن الخلو إنما أقيمت مقام الوطاء؛ لوجود التمكن من الوطاء، ولا^(٣) يمكن في النكاح الفاسد، ولا تقام الخلو مقامه،

(١) سورة الممتحنة آية: ١٠ .

(٢) في ب: فلا .

(٣) في ب: فلا .

والخلوة الفاسدة على ضربين، وكل خلوة يتمكن بها من الوطء حقيقة وهو ممنوع بحق الشرع تجب العدة كما لو كان أحدهما صائما أو محرما أو حائضا، وكل خلوة لا يمكن [معها]^(١) الوطء كخلوة المريض الدنف أو الصغير أو الصغيرة، فلا عدة، هكذا ذكر القدوري في شرحه، والخصي كالفحل في حق الولد والعدة. كذا ذكر في الأصل.

ولو خلا بها وهي رتقاء فلا عدة عليها، هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - . وفي المنتقى، وفي الأصل: أن عليها العدة؛ لأن الوطء مقصود بالعتق. ولو خلا بها وهو محبوب فعليها العدة في قول أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأن احتمال نزول الماء بالسحق قائم، وفي العدة حق الولد وحق الله تعالى فيحتاط فيها.

وأما على قولهما: ذكر أبو الحسن - رحمه الله - : أن العدة واجبة على قولهما أيضا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لو^(٢) كان ينزل فعليها العدة وإن كان لا ينزل، فلا عدة عليها.

وإذا طلق امرأته في مرض الموت^(٣) ثلاثا، أو طلقها بائنا ثم مات قبل انقضاء العدة فورثت، اعتدت بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض في قول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف: عليها ثلاث حيض وكذلك كل معتدة ورثت، يريد به: إذا ارتد الزوج ثم قتل أو مات في الردة ورثت وعليها من العدة ما بينا على الاختلاف. وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن النكاح قد انقطع فيما بينهما قبل الموت بالطلاق البائن والطلقات الثلاث، ولهذا يجب الحد إذا وطئها ولم يدع شبهة ولا ينتهي بالموت، وعدة الوفاة إنما تجب بانتهاء النكاح بالموت، يبقى هذا القدر أنها ترث.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: إن.

(٣) في ب: موته.

قلنا: إنما تترث باعتبار العدة لا باعتبار النكاح؛ لأن الزوج لما قصد الفرار رد الشرع عليه قصده، وأقام العدة مقام النكاح [في حق الإرث، فالإرث باعتبار العدة لا باعتبار النكاح]^(١).

ولهما: أن الزوجية في حق الإرث باق؛ لأن جريان الإرث فيما بين الزوجين عرف بالنص، والنص أوجب الإرث باسم الزوج، فهذا يدل على أن متعلق الإرث الزوجية، فإذا بقي الإرث دل على بقاء الزوجية في حق [الإرث ينتهي]^(٢) بالموت في حق الإرث فتجب عدة الوفاة بانتهاء النكاح، وقد كان عدة الطلاق واجبة بانقطاع النكاح بينهما في حق أحكام آخر، فجمعنا بينهما احتياطاً.

وإذا كان الطلاق رجعيًا في صحة أو مرض، فعدتها^(٣) أربعة أشهر وعشر فقد^(٤) بطل عنها الحيض في قولهم جميعاً؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح عندنا وكانت الزوجية قائمة، والله تعالى جعل كل الواجب على المرأة عند موت الزوج التربص بأربعة أشهر وعشر، وكان من ضرورته سقوط الاعتداد بالحيض. وإذا مات الصبي عن امرأة وهي حامل فعدتها أن تضع حملها في قول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : عدتها بالشهور.

وجه قوله: ؛ أن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾^(٥) يقتضي وجوب الاعتداد بالأشهر على كل متوفى عنها زوجها من غير فصل بينهما إذا كان الزوج بالغاً أو صبيّاً، لكن ترك ظاهر الآية فيما إذا كان الزوج بالغاً بالإجماع، ولا إجماع فيما إذا كان الزوج صغيراً يبقى على ظاهره.

وهما يقولان: إن ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٦) يقتضي تقدير العدة في حق الحامل بوضع الحمل [مطلقاً]^(٧) من غير فصل بينهما إذا

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فعليها.

(٤) في ب: وقد.

(٥) سورة البقرة آية: ٢٣٤ .

(٦) سورة الطلاق آية: ٤ .

(٧) سقط في ب.

كان الزوج صغيرا أو بالغاً.

وإن كان الحبل حادثاً بعد الموت فعدتها الشهر في قولهم جميعاً؛ لأن العبرة في حق وجوب العدة لحال وجوبها، وحال وجوبها عند الموت، فإذا لم تكن حاملاً عند الموت وجبت العدة بالأشهر بالآية فلا [يتغير بحدوث الحمل]^(١) بعد ذلك.

قال أبو الحسن - رحمه الله - : العدة تنقضي بحملها ظاهراً كان عند الموت أو غير ظاهر، والذي لا تنقضي به العدة، الحادث، وهذا صحيح؛ لأن شرط الدخول تحت قوله: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ﴾ قيام الحبل^(٢) لا كونه ظاهراً عند الناس.

قال أبو الحسن - رحمه الله - : وإن حملت التي عدتها الحيض بعد الطلاق حملاً حادثاً فعدتها أن تضع حملها، وإن كان لأكثر من سنتين؛ لأن الاعتداد بالحيض إنما شرع ليعرف براءة الرحم، ومع قيام الحمل لا يحصل يعرف براءة الرحم فشرط وضع الحمل لانقضاء العدة.

وقال محمد - رحمه الله - : إذا حبلت بعد الطلاق، ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين حملنا أمرها على أنها تزوجت بعد انقضاء العدة حملاً لأمرها على الصلاح. فرق بين المطلقة إذا حبلت بعد الطلاق، وبين المتوفى عنها زوجها إذا حبلت في العدة، فإن عدة المتوفى عنها زوجها إذا حبلت بالشهور.

والفرق: أن المقصود من عدة الطلاق تعرف براءة الرحم، ووضع الحمل دل على تعرف براءة الرحم، فكان اعتباره أولى.

أما المقصود من عدة الوفاة ليس تعرف براءة الرحم، ألا ترى أنها تجب قبل الدخول، وإنما المقصود منها إظهار التأسف، وفي حق هذا المقصود لا يتفاوت. وإذا قال زوج المعتدة: أخبرني أن عدتها قد انقضت، وذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة، لا يقبل قوله، وكذلك لا يقبل قولها إن أخبرت بذلك بنفسها، وهذا معروف.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إلا أن يفسر بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق أو نحوه فحينئذ يقبل قولها.

[و]^(٣) إذا أخبر عن إخبارها عن انقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة

(١) في أ: يعتبر حدوث الحبل.

(٢) في ب: الحمل.

(٣) سقط في ب.

وكذبت^(١) المرأة، فهي خلافية معروفة.

وإذا أخبر عن انقضاء عدتها ولم يسند الخبر إليها، فهو على الخلاف أيضا، نص عليه شيخ الإسلام في آخر الباب الأول من شرح كتاب النكاح.

وإذا وجبت العدتان من جنس واحد، كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني يفرق بينهما، أو من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة تداخلت واعتدت بما رأته [من الحيض]^(٢) في الأشهر، وإنما كان كذلك لأن العدة في الأصل إنما وجبت ليعرف براءة الرحم لحاجة الأزواج إلى صيانة مياهم عن الاختلاط، وهذا المعنى وهو تعرف براءة الرحم يجعل لكل واحد من صاحبي العدة عدة واحدة على الكمال، فلا حاجة إلى اشتراط عدتين.

وعدة أم الولد ثلاث حيض إذا أعتقها مولاهما أو مات عنها.

وإذا زوج الرجل أم ولده، ثم مات عنها، وهي تحت زوج فلا عدة عليها يعني من المولى؛ لأن العدة إنما تجب من المولى لزوال فراشه، ولا فراش للمولى عليها إذا كانت تحت زوج [آخر]^(٣) أو في عدة من زوج، فإن طلقها الزوج بعد الإعتاق فعدتها عدة الحرائر، وإن طلقها أولا ثم أعتقها المولى، فإن كان الطلاق رجعيا انتقلت إلى عدة الحرائر، وإن كان^(٤) بائنا لا تنتقل، وإذا انقضت عدتها من الزوج ثم مات المولى فعليها ثلاث حيض عدة المولى؛ لأنها عادت فراشا للمولى بانقضاء عدة الزوج؛ فإن مات المولى والزوج، ولا يعلم أيهما مات أولا، فإن كان بين موتها شهران وخمسة أيام فصاعدا، فعليها أربعة أشهر وعشر^(٥) تستكمل فيها ثلاث حيض، وإن كان بين موتها أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر لا يعتبر فيها الحيض، فإن لم يعلم كم بين موتها ولا أيهما مات أولا، فعليها أربعة أشهر وعشرا لا حيض فيها في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
وقالا: تستكمل فيها ثلاث حيض.

(١) في ب: وكذبت.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: كانت.

(٥) في ب: وعشرة.

المريض إذا قال لامرأته: كنت طلقتك في صحتي ثلاثا وانقضت عدتك،
وصدقته المرأة، كان لها أن تتزوج في الحال في باب طلاق^(١) المريض، ولكن لا
ميراث لها.

المعتدة إذا أنكرت انقضاء العدة بالحيض، فالقول قولها مع يمينها في باب نفقة
المطلقة من أدب القاضي للخصاف.

تزوج منكوحة الغير وهو لا يعلم أنها منكوحة الغير، لا تجب العدة بالدخول
حتى لا يحرم على الزوج وطؤها، وبه يفتي في أول الرجوع شيخ الإسلام خواهر
زاده - رحمه الله - . والله أعلم.

* * *

(١) في ب: الطلاق.

نوع آخر: في معرفة المدة التي تصدق المرأة في انقضاء العدة فيها:
يجب أن يعلم أن أقل المدة التي تصدق المرأة في انقضاء العدة فيها شهران في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - : تسعة وثلاثون يوماً؛ لأنها أمانة في الإخبار عما في رحمها فيجب قبول قولها إذا أخبرت بما هو محتمل، وما قالته محتمل بأن يكون طلاقها في آخر الطهر، وطهرها أقل الأطهار خمسة عشر يوماً، وحيضها أقل الحيض ثلاثة أيام، فيكون انقضاء عدتها بطهرين وذلك ثلاثون يوماً، وثلاث حيض وذلك تسعة أيام فجملته تسعة وثلاثون يوماً.

واختلفت الروايات عن أبي حنيفة - رحمه الله - في تخريج قوله: فعلى ما ذكره محمد - رحمه الله - : يجعل كأن الطلاق كان في أول الطهر تحرزا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع، ويجعل طهرها خمسة عشر [يوماً]^(١)، ويجعل حيضها خمسة وهي الوسط، فتتقضي عدتها بثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر، وبثلاث حيض كل حيضة خمسة، وجملة ذلك ستون يوماً.

وعلى ما رواه الحسن عنه: يجعل [كأن]^(٢) الطلاق كان في آخر الطهر تحرزا عن تطويل العدة عليها، وطهرها خمسة عشر وحيضها عشرة؛ لأنه لما وجب^(٣) تقدير الطهر بأقل الطهر نظرا للمرأة، وجب تقدير الحيض بأكثر الحيض نظرا للزوج، فتتقضي عدتها بطهرين كل طهر خمسة عشر، [وثلاث حيض كل حيض عشرة]^(٤)، فجملة ذلك ستون يوماً.

وأما الأمة فعلى قولهما تصدق في أحد وعشرين [يوماً؛ لأن عدتها تنقضي بحيضتين كل حيضة ثلاثة وبطهر واحد، وذلك خمسة عشر، فجملة ذلك أحد وعشرون]^(٥).

وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - على الوجه الذي خرجه محمد - رحمه الله - :

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) في ب: أوجب .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في م .

تصدق في أربعين؛ لأنه يجعل كأن الطلاق كان في أول الشهر [فيحتاج إلى طهرين كل طهر خمسة عشر، وإلى حيضتين كل حيضة خمسة عشر فجملة ذلك أربعون يوماً].

وعلى الوجه الذي خرج الحسن بن زياد - رحمه الله - : تصدق في خمسة وثلاثين؛ لأنه يجعل الطلاق واقعا في آخر الطهر فيحتاج إلى حيضتين كل حيضة عشرة وإلى طهر واحد خمسة، فجملة ذلك خمسة وثلاثون^(١).

وفي مجموع النوازل: المطلقة بثلاث تطليقات إذا جاءت بعد أربعة أشهر وقد كانت تزوجت فيما بين ذلك بزوج آخر وقالت: انقضت عدتي من الزوج الثاني. وأرادت أن تعود إلى الزوج الأول [هل]^(٢) تصدق عند أبي حنيفة - رحمه الله -؟ أجب بعض أئمة سمرقند: أنها تصدق.

وأجاب الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفي - رحمه الله - : أنها لا تصدق، وهو الصحيح؛ لأن الأربعة الأشهر مدة العدتين عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، فلا بد من زمان آخر لنكاح الزوج الثاني ووطئه إياها.

وفيه أيضا: معتدة رجل أقرت بعد أربعين يوماً من وقت الطلاق أنها ما حاضت إلا مرة واحدة، ثم قالت بعد عشرة أيام: انقضت عدتي، هل للزوج المطلق أن يخاصمها ويرفع الأمر إلى القاضي؟

قال: نعم، ويأمرها القاضي بإتمام العدة إذا ثبت إقرارها عند القاضي صيانة لماء الزوج عند طلب ذلك، ولو كانت تزوجت بزوج آخر فالقاضي يفرق بينها وبين الزوج الثاني إذا ثبت إقرارها بذلك، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

نوع آخر في انتقال العدة:

الصغيرة إذا اعتدت ببعض الشهور ثم رأت الدم انتقلت إليه بينونة كانت أو رجعية، وكذا الأيسة إذا اعتدت ببعض الشهور بعد ذلك انتقلت إليه. هكذا ذكر القدوري في شرحه، وهذا^(١) على الرواية التي لم تقدر الإياس فيها، وعلى الرواية التي قدر الإياس فيها على قول بعض المشايخ. ولو اعتدت بحيضة أو حيضتين ثم أيست استقبلت العدة بالشهور.

ولو طلق الأمة ثم أعتقت، فإن كان الطلاق رجعياً انتقلت إلى عدة الحرائر، وإن كانت بائناً لم تنتقل.

والفرق: أن الطلاق إذا كان رجعياً فالعتق حلها، وملك النكاح قائم، لما عرف أن بالطلاق الرجعي لا يزول ملك النكاح عندنا، فتشرفت بالعتق، والملك الشريف لا يزول بعد الطلاق إلا بمضي ثلاثة أقرء أو ثلاثة أشهر كما في الحرة الأصلية، أما بالطلاق البائن زال ملك النكاح مطلقاً إلا في حق الفراش، ولما زال مطلقاً لا يتصور تشرفها، والله أعلم.



(١) في ب: وهكذا.

نوع آخر:

فيه تسع مسائل تنبني على أصل أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولا في النكاح الثاني أم لا؟
فعند محمد - رحمه الله - : لا يكون .
وعندهما : يكون .

المسألة الأولى : إذا تزوجت المرأة بغير كفؤ ودخل بها فرفع الولي إلى القاضي حتى فرق بينهما وألزمه المهر وألزمه العدة، ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بغير الولي وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها، كان لها عليه المهر الثاني كاملا، وعليها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - استحسانا .

وقال محمد - رحمه الله - : لها في العقد الثاني نصف المهر [وعليها نفقة العدة. وقال زفر - رحمه الله - : لها نصف المهر]^(١) في العقد الثاني و[لا]^(٢) تجب العدة .

الثانية : إذا تزوجت امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة قبل أن يدخل بها، فعلى هذا الخلاف .

الثالثة : تزوج صغيرة ودخل بها فبلغت فاختارت نفسها، ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعلى هذا الخلاف .

الرابعة : تزوج صغيرة ودخل بها، ثم طلقها بائنا، ثم تزوجها في العدة، ثم بلغت واختارت نفسها قبل أن يدخل بها، فعلى هذا الخلاف .

الخامسة : تزوج امرأة ودخل بها، ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى ووقعت الفرقة بينهما، ثم أسلمت فتزوجها في العدة، ثم ارتدت قبل أن يدخل بها .

السادسة : تزوج امرأة ودخل بها، ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة، ثم طلقها قبل أن يدخل بها .

السابعة : تزوج أمة ودخل بها، ثم عتقت فاختارت نفسها، ثم تزوجها في العدة،

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في ب .

ثم طلقها [قبل أن يدخل بها].
 الثامنة: تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها^(١) [بائنا، ثم تزوجها في العدة، ثم عتقت
 فاختارت نفسها قبل الدخول].
 التاسعة: تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق القاضي بينهما، ثم تزوجها في
 العدة نكاحا صحيحا، ثم طلقها قبل الدخول^(٢) بها.
 وأكثر هذه المسائل في باب الأكفاء [من نكاح شمس الأئمة السرخسي - رحمه
 الله]-^(٣).

* * *

(١) سقط في ب.
 (٢) في ب: أن يدخل.
 (٣) سقط في ب.

الفصل الحادي والعشرون

في معرفة حد البلوغ

البلوغ يكون تارة بالسن، وتارة يكون بالعلامة، والعلامة في الجارية: الحيض والاحتلام والحبل^(١)، وأدنى المدة تسع سنين هو المختار، واختاره شمس الأئمة

(١) يرى الحنفية أن بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم ثماني عشرة سنة. وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل؛ فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة؛ وهذا عند أبي حنيفة؛ وقال أصحابه: إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة، فقد بلغا.

وحد البلوغ عند مالك - رحمه الله - في الرجال الاحتلام أو الإنبات أو يأتي عليه من الزمان ما يعلم أنه لا يبلغه إلا محتلماً وحد البلوغ في النساء الحيض أو الاحتلام أيضاً أو الإنبات أو الحمل أو يأتي عليها من الزمان ما يعلم به أنها قد بلغت في الأغلب. وقد روي عن مالك: أن الحدود لا تقام إلا بالإنبات ما لم يحتلم الرجل أو تحيض المرأة أو يبلغ أحدهما من السن

ما يعلم أن مثله لا يبلغه حتى يحتلم فيكون عليه حينئذ الحد إذا أتى ما يجب فيه الحد. وقال أصبغ بن الفرج أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكا يقول: العمل عندنا على حديث عمر بن الخطاب: «لو جرت عليه المواسي لحدته» قال أصبغ: قال لي ابن القاسم: وأحب إلي ألا يقام عليه الحد إلا باجتماع الإنبات والبلوغ قال أصبغ: والذي نقول به أن حد البلوغ الذي تلزم به الفرائض خمس عشرة سنة وذلك أحب ما فيه إلي وأحسنه عندي؛ لأنه يسهم فيه في الجهاد لمن حضر القتال واحتج بحديث ابن عمر إذ عرض عليه يوم الخندق وكان ابن خمس عشرة سنة فأجيز ولم يجز يوم أحد؛ لأنه كان ابن أربع عشرة سنة. وعند الشافعي - رحمه الله - أن البلوغ استكمال خمس عشرة سنة - الذكر والأنثى في ذلك سواء - إلا أن يحتلم الرجل، أو تحيض المرأة قبل ذلك فيحكم ببلوغهما حينئذ ولو لم يبلغا خمس عشرة سنة.

ويتحقق البلوغ عند الحنابلة بخروج المنى، والإنبات، أو بلوغ خمس عشرة سنة، والذكر والأنثى في هذه الأمور سواء، وتختص الأنثى بأمرين آخرين، هما: الحيض والحمل.

وقد نقل ابن قدامة ما وقع عليه الإجماع أو جرى فيه الخلاف من هذه الأمارات، فقال: «يحصل - يعني: البلوغ - في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى، فأولها خروج المنى من قبله، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، فكيفما خرج في يقظة أو منام، بجماع، أو احتلام، أو غير ذلك، حصل به البلوغ. لا نعلم في ذلك اختلافاً؛ لقول الله تعالى: ﴿يَلْعَلُ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْهَادُونَ فَلْيَسْتَنْذِرُوا﴾، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَلْعَنُوا أَلْهَامَ مِنْكُمْ﴾، وقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث؛ عن الصبي حتى يحتلم». وقوله - عليه السلام - معاذ: «خذ من كل حالم ديناراً». رواهما أبو داود.

وقال ابن المنذر وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتمل العاقل، وعلى المرأة بظهور الحيض منها.

وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل، أو فرج المرأة، الذي استحق أخذه بالموسى، وأما الزغب الضعيف، فلا اعتبار به، فإنه يثبت في حق الصغير. وبهذا قال مالك والشافعي في قول، وقال في الآخر: هو بلوغ في حق المشركين، وهل هو بلوغ في حق المسلمين؟ فيه قولان.

وقال أبو حنيفة لا اعتبار به؛ لأنه نبات شعر، فأشبهه نبات شعر سائر البدن. ولنا، أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، حكم بأن تقتل مقاتلتهم، وتسي ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤازرتهم، فمن أنبت، فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت، ألحقوه بالذرية.

وقال عطية القرظي: عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة، فشكوا في، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي، هل أنبت بعد، فنظروا إلي، فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية. متعلق على معناه. وكتب عمر - رضي الله عنه - إلى عامله، ألا تأخذ الجزية إلا من جرت عليه الموساسي. وروى محمد بن يحيى بن حبان، أن غلاما من الأنصار شيب بامرأة في شعره، فرفع إلى عمر، فلم يجده أنبت، فقال: لو أنبت الشعر لحددتك؛ ولأنه خارج يلزمه البلوغ غالبا، ويستوي فيه الذكر والأنثى، فكان علما على البلوغ، كالاتحلام؛ ولأن الخارج ضربان، متصل، ومنفصل، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ، كان كذلك المتصل.

وما كان بلوغا في حق المشركين، كان بلوغا في حق المسلمين، كالاتحلام، والسن. وأما السن، فإن البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة. وبهذا قال الأوزاعي، والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال داود: لا حد للبلوغ من السن، لقوله - عليه السلام -: «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يحتلم». وإنبات البلوغ بغيره يخالف الخبر. وهذا قول مالك وقال أصحابه: سبع عشرة، أو ثماني عشرة.

وروي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان. إحداهما، سبع عشرة، والثانية، ثماني عشرة. والجارية سبع عشرة بكل حال؛ لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف، أو اتفاق، ولا توقيف في ما دون هذا، ولا اتفاق.

ولنا، أن ابن عمر قال: «عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني في القتال، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة، فأجازني». متفق عليه. وفي لفظ: عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني، ولم يرني بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة، فأجازني. فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز، فكتب إلى عماله: ألا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة. رواه الشافعي في «مسنده»، ورواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه، وأخذت منه الحدود».

ولأن السن معنى يحصل به البلوغ، يشترك فيه الغلام والجارية، فاستويا فيه، كالإنزال. وما ذكره أصحاب أبي حنيفة، ففيما رويناه جواب عنه، وما احتج به داود لا يمنع إنبات

السرخسي - رحمه الله - في كتاب السرقة .
والعلامة في الغلام: الاحتلام والإحبال، وأدنى المدة اثنتا عشرة سنة .
وأما بالسن: ففي الغلام إذا دخل في التاسع عشر، وفي الجارية إذا دخلت في
السابعة عشرة، ذكره في أخريات العدة من شرح الكافي .
وفي بعض الروايات عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه اعتبر نبات الشعر، وهو
قول مالك - رحمه الله - .

ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب السرقة^(١) .
وتمام الكلام ينظر في أول ما يقع به الفرقة من مختلفات الفقيه أبي الليث - رحمه
الله - .

وذكر القدوري - رحمه الله - في باب من أحق بالإمامة: أن حد البلوغ بالسن في
الغلام ثمان عشرة سنة، وفي الجارية سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة - رحمه الله - .
[وعندهما: خمس عشرة سنة فيهما جميعا .
وعن أبي حنيفة - رحمه الله -]^(٢): في الغلام تسع عشرة سنة ومعناه أنه طعن
فيها .

وعن محمد - رحمه الله - : أنه قال بالسرقة في الغلام خمس عشرة سنة، وفي
الجارية سبع عشرة^(٣)، والله أعلم .

=
البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل، ولهذا كان إنبات الشعر علما .
وأما الحيض فهو علم على البلوغ، لا نعلم فيه خلافا، وقد قال النبي ﷺ: « لا يقبل الله
صلاة حائض إلا بخمار» . رواه الترمذي وقال: حديث حسن . وأما الحمل فهو علم على
البلوغ؛ لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة .
قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ
وَالرَّأْيِ ﴿٧﴾ ﴾ . وأخبر النبي ﷺ بذلك في الأحاديث، فمتى حملت، حكم ببلوغها في
الوقت الذي حملت فيه» .

ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدى (٢٨/٣)، الكافي في فقه أهل المدينة (١/٣٣١)،
(٣٣٢)، الأم، للشافعي (٢٢٠/٣)، المغني، لابن قدامة (٤/٣٤٥، ٣٤٦) .

(١) في ب: السير .

(٢) سقط في ب .

(٣) الأصل، للشيباني (٧/٢٦٩) .

الفصل الثاني والعشرون

في طلاق المريض

وإذا طلق امرأته طلاقاً رجعيًا ورثت ما دامت في العدة^(١)، ولو طلقها طلاقاً بائناً

(١) لا فرق في وقوع الطلاق بين الصحيح والمريض، ولو مرض الموت، سواء كان الطلاق ثلاثاً أو دونها، خلافاً للشعبي؛ فإنه قال: لا يقع لأجل التهمة، وهو مردود؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولم يفرق بين الصحيح والمريض؛ فكان على عمومه. ولقول النبي ﷺ: «ثَلَاثُ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالْعَتَاقُ» والمريض لا يخلو أن يكون جادا، أو هازلا؛ فيحكم بوقوع طلاقه. ولأن عقد النكاح أغلظ من حله، ونكاح المريض يصح؛ فحله بالطلاق أولى. ولأنه لما صح منه الظهار والإيلاء كان أولى أن يصح منه الطلاق؛ لأن حكمهما أغلظ. إذا صح ما ذكر من طلاق المريض فاعلم: أنه في التوارث بين الزوجين ينقسم ثلاثة أقسام:

قسم لا يقطع التوارث بينهما، وهو الطلاق الرجعي، سواء كان في الصحة أو في المرض؛ فيرث كل منهما الآخر، ما لم تنقض العدة؛ لبقاء آثار الزوجية في الرجعية بلحوق الطلاق بها، فإذا انقضت العدة فلا توارث بينهما.

وقسم يقطعه، وهو الطلاق البائن في الصحة أو في مرض غير مخوف فلا يرثها، ولا ترثه، سواء كان الموت في العدة أو بعدها؛ لارتفاع النكاح بينهما، وهذان القسمان إجماع. وقسم مختلف فيه، وهو الطلاق البائن في المرض المخوف إذا اتصل بالموت، ولم يمت بعراض كقتل ونحوه، فإن ماتت الزوجة لم يرثها إجماعاً، وإن مات هو ففي ميراثها منه خلاف بين الفقهاء، وللشافعي فيه قولان، نص عليهما في الرجعة والعدد: القول الأول: لا ترثه، سواء كان في العدة، أو بعدها، سألته الطلاق، أو لم تسأله، وبه قال عبد الله بن الزبير، وربما أضيف إلى عبد الرحمن بن عوف، وهو قول ابن أبي مليكة، وكثير من أهل الآثار، وقال به المزني وداود، وهذا أقيس القولين.

ودليله: ما رواه سعيد المكي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا تَرِثُ الْمَبْتُوتَةُ» [أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦٢/٧)، حديث (١٢١٩٢)، والشافعي (١٩٩) ترتيب المسند، والبيهقي (٣٦٢/٧) عن ابن الزبير في حديث طويل قال: «أما أنا فلا أرى أن ترث المبتوتة» وهذا إن صح نص لا يسوغ خلافه.

ولأنها فرقة تقطع إرثه منها؛ فوجب أن تقطع إرثها منه؛ كالفرقة في الصحة. ولأنه إرث ينقطع بالفرقة في حال الصحة؛ فوجب أن ينقطع بالفرقة في حال المرض، أصله إرث الزوج.

ولأن للنكاح أحكاماً من طلاق وظهار وإيلاء، وتحريم الجمع بينها وبين أختها وعمتها وخالتها، وثبوت الميراث وعدة الوفاة، فلما انتفى عن هذه المبتوتة في المرض أحكام النكاح في غير الميراث انتفى عنها حكم النكاح في الميراث. وتحريره قياساً: أنه حكم

يختص بالنكاح؛ فوجب أن ينتفى عن المبتوتة في المرض؛ كسائر أحكام النكاح. القول الثاني ينسب إلى القديم: أنها ترث، ما لم تختار طلاق نفسها، وبه قال من الصحابة: عمر، وعثمان، وعلي؛ ومن الفقهاء: ربيعة والليث بن سعد، والأوزاعي، وسفيان الثوري، وأبو حنيفة وأصحابه، وأحمد بن حنبل. فإن اختارت طلاق نفسها لم ترثه خلافاً لمالك؛ فإنه قال: «ترث وإن اختارت الطلاق». واختيارها للطلاق يكون بأشياء، منها: أن تسأله الطلاق فيطلقها، أو يعلقه بمشيتها فتشاء، أو يعلقه بفعل لها تجد منه بدا: كقوله: إن دخلت الدار أو إن كلمت زيدا، أو لبست هذا الثوب، فأنت طالق، فتفعل شيئاً من ذلك؛ فيدل على اختيارها للطلاق؛ لأنها تجد من ذلك بدا، فلا تدخل الدار ولا تكلم زيدا، ولا تلبس الثوب. وأما إن علقه بفعل لا تجد منه بدا: كقوله: إن أكلت أو شربت أو نمت فأنت طالق، وفعلت ذلك عند الحاجة، فهي غير مختارة للطلاق، فلها الميراث، وإن فعلته قبل وقت الحاجة، ففيه وجهان: أحدهما: يجري عليها حكم الاختيار؛ اعتباراً بوقت الفعل؛ لأنها تجد من تقديمه قبل وقت الحاجة بدا.

ثانيهما: يجري عليها حكم عدم الاختيار؛ لأنها لا تجد من فعله بدا. واستدل القائلون بالثاني: بالإجماع المنقول عن الصحابة، وهو ما روى عن عمر أنه قال في المبتوتة في المرض: ترث. وروى عن عثمان أنه ورث تماضر بنت الأصبح الكلبية، وقد طلقها عبد الرحمن ابن عوف في مرضه.

وروى أن علياً ورث زوجة عثمان، وقد طلقها حينما حوصر. وليس يعرف لهذه القضايا من الصحابة مخالف إلا قول عبد الله بن الزبير: «لو كنت أنا لم أر أن ترث مبتوتة»، فقيل: معناه لم يبلغ اجتهادي أن ترث مبتوتة، كما يقول القائل: ولو كنت أنا لم أهتد إلى هذا؛ فكان ما ذكرنا مع عدم المخالف إجماعاً.

ويرد بأن الإجماع غير ثابت؛ لقول ابن الزبير وهو صحابي من أهل الاجتهاد وسيما في أيام عثمان: «لو كنت أنا لم أر أن ترث مبتوتة»، ولما روى أن عبد الرحمن بن عوف قال: «والله لا أورث تماضر» ثم طلقها في مرضه، فقيل له: أفررت من كتاب الله تعالى فقال: «ما فررت إن كان لها فيه ميراث فأعطوها» فصالحها عثمان من ربع الثمن على ثمانين ألفاً، ولو كانت وارثة لما صولحت؛ فخرج عن أن يكون إجماعاً، ولكن لاحتمال الأمر عند عثمان صالحها.

وفي ميراثها منه على هذا القول ثلاثة أقاويل:

أولها مذهب أبي حنيفة: أنها ترث إذا كانت في عدتها، وهي عدة الطلاق بالأقراء، فإن انقضت العدة لم ترث؛ لأن بقاء العدة من بقايا عقد النكاح وأحكامه؛ فتبعها الإرث، وسقط بانقضائها.

ثانيها مذهب أحمد بن حنبل وابن أبي ليلى: أنها ترث ما لم تتزوج، فإن تزوجت لا ترث؛ لأن تزويجها رضاه منها بطلاقها.

أو ثلاثاً، ثم مات وهي في العدة فكذلك عندنا ترث، ولو انقضت عدتها ثم مات، لم ترث.

والحاصل: أن الزوج بالطلاق في حال مرضه قصد إبطال حقها؛ لأنه قصد إبطال الزوجية، والزوجية من الوجه الذي هو متعلق الإرث حقها فيرد عليه إبطاله وذلك لإبقاء الزوجية من الوجه الذي هو متعلق الإرث ما دام إمكان الإبقاء ثابتاً، وما دامت العدة باقية فالإمكان ثابت؛ لأن الشرع ورد بتأخير عمل الطلاق إلى وقت انقضاء العدة في كثير من الأحكام فكذا في حق هذا الحكم، أما بعد انقضاء العدة فالإمكان غير ثابت؛ لأن الشرع لم يرد بتأخير عمل الطلاق بعد انقضاء العدة في حق حكم ما فيعمل الطلاق عمله وارتفع النكاح من كل وجه؛ فلهذا لا يرث، وهذا إذا طلقها من غير سؤالها، فأما إذا طلقها بسؤالها فلا ميراث لها، وذلك إذا وقعت الفرقة بمعنى من قبلها فلا ميراث لها؛ لأننا إنما بقينا النكاح في حق الإرث مع وجود القاطع صيانة لحقها، وقد رضيت ببطلان حقها بسؤال الطلاق ومباشرة^(١) سبب الفرقة فعمل القاطع عمله.

وعن هذا قلنا: إن امرأة العينين إذا اختارت نفسها في مرض الزوج فلا ميراث لها،

ثالثها مذهب مالك: أنها ترث، وإن تزوجت؛ لأنه حق لها؛ فلم يسقط بالتزوج؛ كسائر الحقوق.

وإذا أقر في مرضه أنه طلقها في صحته ثلاثاً، يقبل إقراره؛ لأنها حالة يملك فيها إيقاع الطلاق؛ فيصح منه الإقرار بالطلاق، ويكون طلاقاً في الصحة دون المرض، لا ترث به قولاً واحداً، لكنها تعتد من وقت إقراره، ولا يقبل قوله في سقوط نفقتها. ونقل عن أبي حنيفة ومالك: أنها ترث للحقوق التهمة في إقراره كالحقوق في طلاقه. ويرد بأن المقر بالطلاق غير مطلق في حال الإقرار؛ ألا ترى لو حلف لا يطلق، فأقر بالطلاق لم يحنث؛ فلم يجز أن يضاف طلاق الصحة إلى حال المرض وإن كان مقراً به في المرض.

ولو قال لها في صحته: إذا قدم الحاج أو أهل رمضان فأنت طالق، فقدم الحاج أو أهل الشهر في مرضه طلقت، ولا ترثه قولاً واحداً وإن كان وقوع الطلاق في المرض؛ لعقده في الصحة، وانتفاء التهمة عنه، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: ترث؛ لأنها مطلقة في المرض، ويرد بما ذكر من انتفاء التهمة عنه.

ولو قال لها في صحته: أنت طالق في مرضي، طلقت فيه، وكان لها الميراث على ما

ذكر من القولين.

(١) في ب: وبمباشرة.

وإذا جامعها ابن المريض مكرهة لم ترث؛ لأن الفرقة غير مضافة إلى الزوج وبقاء الإرث بعد الفرقة بسبب الفرار^(١)، وذلك عند إضافة العمل إليه، فإذا لم يوجد الفعل لا يبقى الميراث.

قال في الأصل: إلا أن يكون الأب أمر الابن بذلك؛ لأنه حينئذ ينتقل فعل الابن إلى الأب في حق الفرقة كأنه باشر ذلك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا قالت لزوجها: طلقني، فطلقها ثلاثاً [وهي في العدة ورثت استحساناً؛ لأنها سألت الواحدة فطلقها ثلاثاً]^(٢) فقد طلقها بغير رضاها ترث وجد المرض الذي يصير الزوج بالطلاق فيه ناداً، ولا يصح من المريض تبرعاته أن يكون صاحب فراش قد أضناه المرض، فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فليس بمريض ولا فار^(٣)، وإن كان يشتكي مع ذلك ويحم، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - .

وهكذا ذكر القدوري في شرحه، فقد شرط أن يكون صاحب فراش. وبه أخذ بعض مشايخ بلخ، [وبعض مشايخ]^(٤) ما وراء النهر، حتى إن على قول هؤلاء: من أخذه^(٥) وجع البطن لا يكون مريضاً مرض الموت.

واختلفوا فيما بينهم في معنى قوله: وأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه. قال مشايخ بلخ - رحمهم الله - : [إن]^(٦) أراد به الذهاب إلى حوائجه خارج^(٧) البيت من مشيه إلى الخلاء وأشبهه ذلك.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : أراد به الذهاب إلى حوائجه خارج البيت، حتى إن على قول مشايخنا: إذا أمكنه الذهاب إلى حوائجه في البيت ولكن لا يمكنه الذهاب إلى [حوائجه]^(٨) خارج البيت فهو مريض. وهو الصحيح وهذا الذي ذكرناه

(١) في أ: القرار.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: نار.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: أخذ.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في ب: في.

(٨) سقط في ب.

في حق الرجل .

فأما المرأة لا تحتاج إلى الخروج من البيت في حوائجها، فلا يعتبر هذا الحد في حقها، ولكن إذا كانت بحيث لا يمكنها الصعود على^(١) السطح فهي مريضة .
وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك على طريق الغلبة لا كونه صاحب فراش، فإنه قال: إذا خرج الرجل للقصاص أو للرجم فهو في حكم المريض، وكذا^(٢) إذا بارز وخرج عن الصف فهو في حكم المريض، ولو كان محصوراً أو محبوساً في حد أو قصاص، أو واقفاً في صف القتال، فهو في حكم الصحيح؛ لأن الهلاك غالب في الذي أخرج للقتل أو خرج للبراز وليس بغالب في المحبوس والواقف في صف القتال، والمرأة في حالة الطلق في حكم المريض وإن لم تكن صاحب فراش؛ لأن التلف في هذه الحالة غالب. ذكره القدوري - رحمه الله - .

وإذا نزل في مسبعة أو ركب سفينة فهو في حكم الصحيح؛ لأن الهلاك في حقها ليس بغالب، وإذا أخذ السبع بفيه أو انكسرت السفينة وبقي على لوح فهو في حكم المريض؛ لأن الهلاك^(٣) في حقها غالب .

وفي الجامع الصغير أيضاً ما يدل على أن الشرط خوف الهلاك على طريق الغلبة، فإنه قال في المشلول والمقعد والمفلوج: ما دام يزداد ما به فهو في حكم المريض؛ لأنه ما دام يزداد ما به من العلة والغالب^(٤) أن آخرها^(٥) الموت، فإن^(٦) صار قديماً لا يزداد فهو بمنزلة الصحيح؛ لأنه لا يخاف منه الهلاك، وكذلك الموقوف على هذا.

وبه أخذ بعض المشايخ - رحمهم الله - .

وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة .

والصدر الشهيد حسام الدين - رحمهما الله - .

(١) في ب: إلى .

(٢) زاد في ب: قال .

(٣) في ب: في باب .

(٤) في ب: فالغالب .

(٥) في ب: آخره .

(٦) في ب: وإن .

ومن المشايخ من قال: إذا خرج للرجم فهو في حكم المريض، وإذا خرج للقصاص فهو في حكم الصحيح.

وفي المنتقى: أبو سليمان عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن المبارز طلاقه كطلاق الصحيح، وهذا خلاف ما ذكرنا في مسائل الأصل.

[ثم^(١)] في كل موضع صار في حكم المريض وطلقها ومات وهي في العدة ورثت، مات لهذه الجهة أو لجهة أخرى، هكذا ذكر في الجامع الصغير؛ لأنه لما ثبت له حكم مرض الموت صار الموت الواقع عقبيه وعقيب سبب آخر مضافاً إليهما كالموت الواقع عقيب جرحين صالحين لحصول الزهوق، [وإن كانا]^(٢) على التعاقب والترادف؛ ولهذا قال في الأصل: المريض الذي هو صاحب فراش إذا طلق امرأته ثلاثاً ثم، قتل: إنها ترث.

وإذا قال الرجل لامرأته في مرضه: قد كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي، أو قال: جامعت أم امرأتي، أو قال: أخت امرأتي، أو قال: تزوجتها بغير شهود، أو قال: كان بيننا رضاع قبل النكاح، أو قال: تزوجتها في العدة، وأنكرت المرأة ذلك، بانت فيه ولها الميراث إن مات وهي في العدة.

أما إذا قال: طلقتك في صحتي؛ فلأنه أقر بالطلاق في المرض وادعى الإسناد إلى حالة الصحة، ولم يصدق في دعوى الإسناد صيانة لحقها في الميراث. بقي الإقرار بالطلاق في المرض.

وأما إذا قال: [جامعت أم امرأتي أو بنت امرأتي]. أما إذا قال: فعلت ذلك في المرض. فظاهر؛ لأنه باشر سبب الفرقة في المريض، وأما إذا قال^(٣): فعلت في الصحة؛ فلأنه لا يصدق في دعوى الإسناد لما ذكرنا.

بقي الإقرار هنا بمباشرة سبب الفرقة في المرض.

وأما إذا قال: كان بيننا رضاع، أو قال: تزوجتها في العدة، فلأنه أقر بفساد النكاح من الأصل، والإقرار بفساد النكاح [من الأصل]^(٤) من الزوج جعل إنشاء

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وإذا كان.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

للحرمة في الحال على ما عرف في كتاب النكاح.

وإذا مات الرجل فقالت امرأته: قد كان طلقني ثلاثا في مرض موته ومات وأنا في العدة ولي الميراث، وقالت الورثة: طلقك في صحته ولا ميراث لك، فالقول قولها؛ لأن الظاهر شاهد لها؛ لأنها تدعي بقاء النكاح بعد الموت في حق الميراث، والنكاح ثابت^(١) والظاهر في الثابت البقاء وكان الظاهر شاهدا لها، وهذا بخلاف ما إذا قالت امرأة الرجل بعد موته: قد كنت أعتقت قبل أن يموت زوجي ولي الميراث، وقالت الورثة: لا بل اعتقت بعد موته. أو قالت امرأة مسلمة وهي يهودية أو نصرانية بعد موته: أسلمت قبل موته. وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته. فالقول قول الورثة؛ لأن هناك الظاهر شاهد للورثة؛ لأن العتق عارض والإسلام عارض والأصل في العوارض أن يحال حدوثها إلى آخر ما ظهر أما هنا بخلافه.

وإذا طلق امرأته ثلاثا في مرض موته ومات، وهي تقول: لم تنقض عدتي. قبل قولها: مع اليمين وإن تناولت المدة؛ لأنها أمينة أخبرت عما هو محتمل؛ لأن مدة^(٢) العدة قد تطول، فإذا حلفت أخذت الميراث، وإن نكلت فلا ميراث لها، كما لو أقرت بانقضاء العدة ثم أنكرت الانقضاء، وإن لم تقل شيئا ولكنها تزوجت بزواج آخر في مدة تنقضي في مثلها العدة، ثم قالت: لم تنقض عدتي من الأول. فإنها لا تصدق على الثاني وهي امرأة الثاني ولا ميراث لها من الأول، وجعل إقدامها على التزوج إقرارا منها بانقضاء عدتها دلالة، ولو لم تتزوج ولكن قالت: أيست من الحيض^(٣) واعتدت بثلاثة أشهر ثم مات الزوج وحرمت على الميراث، ثم تزوجت بعد ذلك بزواج وجاءت بولد أو حاضت فلها الميراث من الأول والنكاح الآخر فاسد. ولو جاءت الفرقة من المرأة في مرضها أو في حال طلقها بردة ورث الزوج منها؛ لأن حق الزوج متعلق^(٤) بمالها في مرضها، كما أن حق الميراث يتعلق بماله في مرضه، وكما يمنع الزوج من^(٥) إبطال حقها ويرد عليه إبطاله في حقها، فكذلك

(١) في ب: كان ثابتا.

(٢) في ب: هذه.

(٣) في ب: المحيض.

(٤) في م: يتعلق.

(٥) في ب: عن.

يرد على المرأة إبطالها في حق الزوج ويبقى النكاح في حق ميراثه عنها، فإن قيل: كيف يمكن إبقاء النكاح مع الردة والردة تنافي النكاح؟ قلنا: الردة تنافي الحال أما لا تنافي الميراث فإن المسلم يرث من المرتد فيمكن إبقاء النكاح في حق الميراث إن كان لا يمكن إبقاؤه في حق الحل، والله أعلم بالصواب.

* * *

الفصل الثالث والعشرون

في مسائل الرجعة^(١)

(١) الرجعة، قال في «المصباح» بالفتح بمعنى الرجوع، وفلان يؤمن بالرجعة، أي بالعود إلى الدنيا. وأما الرجعة بعد الطلاق، ورجعة الكتاب فبالفتح والكسر، وبعضهم يقتصر في رجعة الطلاق على الفتح، وهو أفصح.

قال ابن فارس: والرجعة مراجعة الرجل أهله، وقد تكسر، وهو تمليك الرجعة على زوجته، وطلاق رجعي بالوجهين أيضًا. ١. هـ.

وفيه رجعت المرأة إلى أهلها بموت زوجها أو طلاقه، فهي راجع.

ومنهم من يفرق فيقول: المطلقة مردودة، والمتوفى عنها راجع.

قال صاحب «المختار»: رجع الشيء بنفسه من باب «جلس» ورجعه غيره من باب «قطع»، وقوله تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ الْقَوْلَ﴾ [سبأ: ٣١] أي: يتلاؤمون. والرجوعي: الرجوع.

وكذا المرجع، ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَى رَبِّكَ مَرْجِعُكُمْ﴾ [الزمر: ٧] وهو شاذ؛ لأن المصادر من فعل إنما تكون بالفتح.

ورجعة بفتح الراء وكسرها، والفتح أفصح، والراجع المرأة يموت زوجها، فترجع إلى أهلها.

وأما المطلقة: فهي المردودة.

والرجع: المطر، قال تعالى: ﴿وَأَلْتَمَّتْ ذَاتِ الرَّجْعِ﴾ [الطارق: ١١].

وقيل: معناه: النفع.

والمراجعة المعادة، يقال: راجعه الكلام، وراجع امرأته. فهي لغة: المرأة من الرجوع. واصطلاحًا: عرفها الحنفية بأنها: استدامة الملك القائم في العدة، برد الزوجة إلى زوجها، وإعادتها إلى حالتها الأولى.

وعرفها المالكية بأنها: عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.

وعرفها الشافعية بأنها: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة، على وجه مخصوص.

وعرفها الحنابلة بأنها: إعادة المطلقة غير بائن، إلى ما كانت عليه بغير عقد.

ينظر: الاختيار، ص (١٠٠)، الباب في شرح الكتاب، ص (٥٦)، حاشية الدسوقي (٤١٥/٢)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (١٧٥/٢)، كشف القناع (٣٤١/٥).

وحكمة التشريع التي يمكن أن تتعرفها العقول. وتصل إليها المدارك في شريح الله: الرجعة بعد وقوع الطلاق، هي: أن الزوج الذي أقدم على ذلك الحلال المبعوض، رُبما يكون قد استوثقت بينه وبين مطلقته أصرة من المودة، والإيلاف، فقد أفضى بعضهم إلى بعض، وكانت لباسًا له، كما كان لباسًا لها، وربما احتمل العلوق، أو يكون قد خرج من بينهم ذرية ضعاف يخاف عليهم الضياع والشّتات.

ولا يغيب عن البال أن الأبناء والذرية الذين يتربون في غير أحضان الآباء والأمهات معًا، تكلاً لهم أعينهم، ويحوظهم الحفظ من السقوط في حمأة التّشرد، لا شك يكونون شراً

إذا أراد أن يراجع امرأته فالأحسن أن يراجعها بالقول؛ لأن صحة الرجعة بالقول متفق عليها^(١) وصحة الرجعة بالفعل مختلف فيها ويستحب أن يعلمها بالرجعة كيلا

= مستطيروا، ونواة سيئة في المجتمع الذي يعيشون فيه، وإنما لا ننكر أن الأم من الضعف، وعدم القدرة على صيانة الولد خارج المنزل، فالله عالم به، وربما دفعها فوط الشفقة عليه، وشدة الحنان، والحدب عليه إلى التغاضي عن سيئته، وقد لا تدري ما العاقبة الوخيمة؟ وما نتيجة هذا التفریط؟.

وكثيراً ممنهن جاهلات لا يعرفن من أمور الحياة وشئون تربية الأبناء إلا كونهن آلة تقوم بتنظيف المسكن، وإنضاج الطعام، وغسل الملابس، ولا تعرف لابنها إلا أن تلقمه ثديها رضيعاً، وتقدم إليه كسر الخبز والطعام بعد فطامه، وفي يفاعه.

وأيضاً قد يتزوج كل من الأبوين بعد انفصام عقدة النكاح، وهنا الطامة تطم على الأبناء. فالأم منصرفة عن ابنها إلى الزوج الجديد، والأب لاه بزوجته، وربما كانت الزوجة عامل إفساد تربية هؤلاء الصغار، من أجل ذلك كله شاء ربك الحكيم ألا يهمل أمر هؤلاء الصغار وألا تتوتر أسرة المحبة، والإيلاف بين الزوجين، وشاء ألا يندم الزوج على ما فوط منه، فشرع الرجعة، وملكها الزوج، حتى لا يطول ندمه، ولا تطول محنة الأبناء.

وأيضاً قد تكون الزوجة لا عائل لها، وليس ثمة من يرغب في نكاحها، فكان بالرجعة مجال الدرء ما عساه أن يقع، ولدفع الفاقة عن البائسات.

(١) اختلف الفقهاء في الرجعة بالفعل إلى مذهبين:

الأول: تصح الرجعة بالفعل: كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة وغيرها، على اختلاف في التفصيل.

وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة.

الثاني: لا تصح الرجعة بالفعل وهذا مذهب الشافعية، والظاهرية.

أولاً: أدلة القائلين بعد ثبوت الرجعة بالفعل:

استدل الشافعية ومن وافقهم بعدم صحة الرجعة بالفعل من ثلاثة أوجه:

إن الفعل محرم، فلا تحل به، ولعدم دلالة على الرجعة؛ ولأن الوطء يوجب العدة فكيف يقطعها.

ولأن الله تعالى ذكر الإشهاد في الرجعة، قال - تعالى - : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾، ولا إشهاد إلا على القول.

ولأنها استباحة يضع مقصود أمر بالإشهاد فيه، فلم تحصل من القادر بغير قول كالنكاح؛ ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق.

ثانياً: أدلة القائلين بثبوت الرجعة بالفعل:

واستدل الحنفية - ومن وافقهم - على صحة الرجعة بالفعل من وجهين:

الوجه الأول: بقياس الرجعية على المولى منها، فكما يحل وطء المولى منها وينتهي به الإيلاء، فإنه يحل وطء الرجعية أيضاً، وتحصل به الرجعة.

الوجه الثاني: أن الزوجية قائمة حكماً بدليل ثبوت التوارث بينهما.

ينظر: المبسوط (٢١/٦، ٢٢)، الهداية، ص (٦١٢)، بداية المجتهد (٢/٨٥)، مغني

تقع في المعصية، فإنها ربما تتزوج إذا انقضت عدتها بناء على زعمها فتقع في المعصية. والجماع في العدة رجعة، إذ لو لم يجعل ذلك رجعة لظهر في الآخرة أنه وطئها حراما؛ لأنها تنبئ عن انقضاء العدة من وقت الطلاق، والتحرز عن ذلك ممكن بأن يجعل ذلك من الزوج دليل استيفاء الملك، وإذا ظهر الكلام في الجماع ظهر الكلام في التقبيل واللمس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة؛ لأن هذه الأشياء من دواعي الجماع، فيكون حكمها حكم الجماع.

وقيد شيخ الإسلام - رحمه الله - النظر بالنظر إلى داخل الفرج، والنظر إلى دبرها موضع الجماع منه بشهوة لم يكن رجعة في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - هكذا ذكر [في] (١) القدوري - رحمه الله -؛ لأن هذه السبل عنده لا تجري مجرى الفرج، ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده. وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : أن النظر إلى الدبر ليس برجعة، وإذا لاط بالمطلقة طلاقا رجعيا.

فقد قيل: إنه ليس برجعة. وإليه أشار القدوري - رحمه الله - في كتابه. وفي بعض الكتب: ليس له أن يسافر بها، والسفر بها ليس برجعة وليس لها أن تخرج بنفسها أيضا للسفر، وما دونه سواء؛ لأن النص المحرم لخروجها مطلق، قال الله تعالى: ﴿وَأَتَقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ (٢) الآية. وقال أبو حنيفة - رحمه الله - في الطلاق إملاءً: إذا طلق امرأته واحدة يملك الرجعة لا يحل لها أن تسافر معه.

قال ثمة: ليس ذلك من قبل أنه غير زوج وهو زوج، وهو بمنزلة المحرم ولكن الله تعالى قال: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ الآية. وفي المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إن كان الزوج طلقها طلاقا يملك الرجعة فخرج بها زوجها خرجت معه فقد أباح لها الاجتماع بالمسافرة ويكره أن يراها متجردة إذا لم يرد الرجعة، وكذلك يكره التقبيل واللمس بغير شهوة ولأنه لا

= المحتاج (٣/ ٣٣١، ٣٣٥) وما بعدها، روضة الطالبين، للنووي (٨/ ٢١٧)، المغني، لابن قدامة (٨/ ٤٧١) وما بعدها، المحلى (٧/ ٢٥١) وما بعدها.

(١) سقط في ب.

(٢) سورة الطلاق آية: ١.

يأمن أن يشتهي فيصير مراجعا لها، فأما إذا لم يكن من قصده الرجعة فطلقها من ساعته فيؤدي إلى تطويل العدة عليها وذلك منهي عنه، وإن كانت المرأة قبلته بشهوة أو لمستته بشهوة أو نظرت^(١) إلى فرجه بشهوة، فإن كان ذلك بتمكين من الزوج فهو رجعة، ومعنى تمكين الزوج هنا أن الزوج علم بذلك منها فتركها حتى فعلت ذلك، وإن فعلت [ذلك]^(٢) اختلاسا لا بتمكين من الزوج.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وشيخ الإسلام خواهر زاده: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، [وشيخ الإسلام]^(٣)، ومحمد: يصير مراجعا، خلافا لأبي يوسف - رحمة الله عليه -.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن على قول أبي حنيفة: يصير مراجعا، وعن محمد - رحمه الله -: روايتان، والظاهر من قول أبي يوسف أنه مع قول أبي حنيفة. ثم إنما تثبت الرجعة بفعلها إذا أقر الزوج أنها فعلت ذلك بشهوة، فإذا^(٤) أنكر الزوج ذلك.

قال محمد بن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله -: لو شهد الشهود على القبلة واللمس بشهوة لا أقبل شهادتهم فالشهوة غيب لا تجوز الشهادة عليها. وذكر في نكاح الجامع: أن الشهادة على اللمس والتقبيل بشهوة، جائزة. وفي القدوري: إن فعل المرأة لا يثبت [به الرجعة]^(٥) عند محمد. وفي نوادر ابن سماعة - رحمه الله -: أن فعلها رجعة إذا صدقها الزوج في الشهوة، أو مات الزوج وصدقها ورثة الزوج. فصار عن محمد - رحمه الله - روايتان كما ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -.

قال في نوادر ابن سماعة: وكذا قبلته وهو نائم أو معتوه ثم مات وصدقها الورثة في الشهوة.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في الأمالي: أن المرأة إذا لمستته بشهوة وأقر

(١) في ب: نظر.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: فإن.

(٥) في ب: بالرجعة.

الزوج أنها فعلت بشهوة فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: هذه رجعة، وإن نظرت إلى فرجه بشهوة فإني لا أحفظ فيها قولاً وهو في القياس مثل ذلك، ولكن هذا فاحش قبيح لا يكون رجعة^(١). ولو ابتدأت وهو مكره ثم تركها^(٢) عليه فهو رجعة. وفي نوادر [ابن]^(٣) هشام عن محمد - رحمه الله -: إذا قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق، فجامعها. قال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا أخرج ذكره ثم أدخله فهو رجعة. إذا تزوج الرجل المطلقة طلاقاً رجعياً، يصير مراجعاً لها.

قال الصدر الشهيد في الباب الأول من واقعاته: هو المختار؛ لأن العمل بحقيقة التزوج إن لم يكن أمكن العمل بمجازه، بأن يجعل مجازاً عن الرجعة. وكتب في المستزاد: أن على قول محمد يصير مراجعاً، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يصير مراجعاً.

قال لمطلقاته طلاقاً رجعياً: أنت عندي كما كنت، وقال: أنت امرأتي. فإن نوى الرجعة يصير مراجعاً، وإن نوى في حكم الميراث وغيره أو لم يكن له نية لا يصير مراجعاً في هذا الموضع أيضاً.

وفي فتاوى الأصل: إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم راجعها وقال: زدت في مهرك، لا يصح؛ لأن الزيادة مجهولة، ولو قال: راجعتك بمهر ألف درهم، إن قبلت المرأة ذلك صح، وما لا فلا؛ لأن هذه زيادة في المهر فيشترط قبولها، وهذا بمنزلة ما لو جدد النكاح.

قال في الجامع الصغير: وإذا طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال: لم أجامعها، فله عليها الرجعة؛ لأننا قضينا بثبات النسب منه، وثبات النسب منه دليل وجود الوطاء منه، فيثبت الوطاء منه حكماً بدليل شبهي^(٤)، وإذا وجد الوطاء منه تأكد الملك في البضع، والملك المتأكد في البضع لا يبطل بنفس الطلاق فتثبت الرجعة. وقول محمد - رحمه الله - في الكتاب: أو ولدت منه. معناه: ولدت منه قبل الطلاق، وأما إذا ولدت منه بعد الطلاق، تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة. والله أعلم.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٤٢٤).

(٢) في أ: نزلها.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: شرعي.

الفصل الرابع والعشرون

في الإيلاء

الإيلاء^(١): هو اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً^(٢)؛ لأن كتاب الله تعالى قيده بأربعة أشهر، حتى لو عقد يمينه على ترك وطء المنكوحة أقل

(١) في ب: والإيلاء.

(٢) الإيلاء لغة: بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمدة بعد الهزمة، يؤلي إيلاءً، وتألّى وأتلى، والألئية، والألئية، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها ألياء: بوزن خطايا، قال الشاعر: [الطويل] قليل الألياء حافظ ليمينه وإن سبقت فيه الأليّة برّت والألوة بسكون اللام، وتثليث الهزمة: اليمين أيضاً.

ينظر: الصحاح (٢٢٧/٦)، المغرب، ص (٢٨)، لسان العرب (١١٧/١)، المصباح المنير (٣٥/١).

واصطلاحاً: عرفه الحنفية هو: عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر، أو أكثر.

وعرفه المالكية بأنه: حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطء زوجته غير الموضع أكثر من أربعة أشهر، أو شهرين للعبد تصريحاً، أو احتمالاً قيد، أو أطلق وإن تعليقاً.

وعرفه الشافعية بأنه: هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقاً، أو فوق أربعة أشهر لأن؛ المرأة يعظم ضررها إذا زاد على ذلك؛ لأنها تصبر عن الزوج أربعة أشهر، وبعد ذلك يفنى صبرها أو، يقل. روى البيهقي عن عمر أنه خرج مرة في الليل في شوارع المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه وأزقني ألا خليل الأعبه
فوالله لولا الله تخشى عواقبه لحرك من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي، والحياء يصدني وأخشى لبعلي أن تنال مراتبه

فقال عمر لابنته حفصة: كم أكثر ما تصبر المرأة عن الزوج؟ وروي أنه سأل النساء فقلن له تصبر شهرين، وفي الثالث يقل صبرها، وفي آخر الرابع يفقد صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد ألا تحبسوا رجلاً عن امرأته أكثر من أربعة أشهر، وقولها: من هذا السرير أردت نفسها؛ لأنها فراش الرجل فهي كالسرير الذي يجلس عليه.

وعرفه الحنابلة بأنه: حلف الزوج القادر على الوطء بالله تعالى، أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لَلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية؛ وإنما عدى فيها بمن، وهو إنما يعدي بعلى؛ لأنه ضمن معنى البعد كأنه قال: للذين يؤلون مبعدين أنفسهم من نسائهم، وهو حرام للإيذاء.

ينظر: تبين الحقائق (٢/٢٦١)، الشرح الصغير (٢/٢٧٨، ٢٧٩)، مغني المحتاج (٣/٣٤٣)، تحفة المحتاج (٨/١٨٨)، المطلع (٣٤٣)، شرح المحلى على المنهاج (٢٤).

من أربعة أشهر لا يكون إيلاء، بل يكون يمينًا، وأنه على نوعين: أحدهما: أن يكون باسم الله تعالى وأنه يمين بالله تعالى؛ لأن صورة اليمين بالله تعالى قوله: والله لا أفعل كذا، وصورة الإيلاء إن^(١) كان الإيلاء باسم من أسماء الله تعالى أن يقول لامرأته: والله لا أقربك أربعة أشهر.

والثاني: أن يكون بطلاق أو عتاق أو^(٢) ما أشبهه، وأنه يمين بالطلاق والعتاق؛ لأن صورة اليمين بالطلاق والعتاق: إن فعلت كذا فامرأته فلانة طالق، إن فعلت كذا فعبدتي فلان حر، وصورة الإيلاء إن^(٣) كان الإيلاء بطلاق أو عتاق أن يقول لامرأته: إن قربتك فعبدتي فلان حر، إن قربتك فامرأتي فلانة طالق.

وحكم الإيلاء شيان:

أحدهما: يتعلق بالحنث، بأن يقربها في مدة الإيلاء، وهو لزوم الكفارة إن كان الإيلاء باسم من أسماء الله تعالى، ولزوم ما جعل حرًا إن كان الإيلاء بغير الله تعالى.

والثاني: يتعلق بالبر، بأن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء، وهو وقوع تطليقة بائنة^(٤)، فالإيلاء يوافق سائر الأيمان في حق حكم الحنث وهو وجوب الكفارة لوجود المحلوف عليه وهو القربان إن كان الإيلاء بالله، ولزوم ما صار جزاء على المحلوف عليه وهو الطلاق و^(٥) العتاق، إن كان الإيلاء بالطلاق أو العتاق، ويخالف سائر الأيمان في [حق]^(٦) حكم البر.

فإن في سائر الأيمان لا يلزمه بالبر شيء، وفي الإيلاء يلزمه بالبر تطليقة بائنة، وصار تقدير الإيلاء في حق حكم البر كأنه قال: إن مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق تطليقة بائنة، عرف ذلك بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٧) جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر»^(٨).

(١) في ب: إذا.

(٢) في ب: و.

(٣) في ب: إذا.

(٤) في م: ثانية.

(٥) في ب: أو.

(٦) سقط في ب.

(٧) سورة البقرة آية: ٢٢٧.

(٨) لم أقف عليه مرفوعا وإنما أخرجه موقوفاً عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن =

وهكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهم أجمعين - أنهم قالوا: عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر.

قال القدوري - رحمه الله -: ولا يكون إيلاء إلا بالحلف على الجماع في الفرج خاصة؛ لأن الإيلاء إنما صار طلاقاً بواسطة الظلم لمنع حقها المستحق، وحقها في الجماع في الفرج.

وروي عن محمد - رحمه الله -: إذا حلف لا يمس جلدي جلدك؛ لا يكون إيلاء، لأنه يحنث بغير الجماع، والإيلاء ما يوقف الحنث على الجماع. زاد في البقالي: إلا أن ينوي الجماع، وكذلك إذا قال: والله لا أمسك، لا يكون.

زاد في البقالي: إلا أن ينوي الجماع.

وفي الفتاوى: إذا قال: والله لا يمس فرجي فرجك، فهو مول.

قال محمد - رحمه الله -: إذا قال: إن اجتمع رأسي ورأسك، وعنى به الجماع فهو مول، وإن لم يعن الجماع فليس بمول، وله أن يجامعها بغير اجتماع على الفراش، ولا شيء يجمع رأسهما عليه، ولو اجتمعا على شيء واجتمع رأسهما من غير جماع حنث في يمينه. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا قال لامرأته: اكر بانوا حم فأنت طالق، فإن لم يكن [له] ^(١) نية فهو مول؛ لأن اليمين على الجماع وقعت عرفاً، وإن نوى اليوم فهو ليس بمول، ويمينه على المضاجعة، إن ضاجعها حنث في يمينه وإن لم يجامعها وبدون المضاجعة لا يحنث.

ولو ^(٢) قال لامرأته: اكر بانوا حسم يابا نور أودم يا عم سب ترا طلاق. هل ينعقد هذا التصرف إيلاء حتى لو تركها أربعة أشهر وبارى في حصاو بادي دخول من ابور، هل يقع عليها الطلاق بحكم الإيلاء؟ والجواب أنه لا ينعقد إيلاء؛ لأنه لا يمكن حمل قوله: حسم على الدخول هنا؛ لأنه كما قال: دخول أودم، فيعلم ضرورة أنه لم يرد بقوله: حسم الدخول، وإنما أراد به المضاجعة، فقد أدخل كلمة ما بين

= مسعود، وزيد بن ثابت، مالك في الموطأ (١/١٩٥)، وعن ابن عباس أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/٤٥٤)، برقم (١١٦٤٠)، وأبو يوسف في الآثار (١/١٤٩).

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وإن.

قوله: حسم، وبين قوله: دخول أورد، فكان المراد أحدهما، فإن كان المراد أحدهما حقيقة المضاجعة لا ينعقد؛ لأن الإيلاء هو اليمين على ترك وطء المنكوحه لا اليمين على ترك مطلق الفعل، فلا ينعقد الإيلاء بالشك.

إذا قال لامرأته بالفارسية: المرار المون بانك ركمرد تركردم هو صلالي نحواهم بمرحرام باربا ايردب محنب كردخوان اسب الرئيس اركر سعرجهارباه وقت سوكير صحنب كرده باسددن، حرم بحكم إيلاء لأن الزوج في هذه الصورة صار موليا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

أصل المسألة: إذا قال لامرأته: إن قربتك فكل مملوك أملكه فيما أستقبل، فهو حر، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق؛ يكون موليا عندهما.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا يكون موليا؛ لأنه لا يلزمه بالقربان شيء [فيكون موليا]^(١)، وبعد القربان يتمكن أيضًا من دفع الطلاق والعتاق عن نفسه بألا يتملك مملوكًا بعده ولا يتزوج امرأة.

ولهما: أنه لا يتمكن من قربانها إلا بيمين يلزمه فيكون موليا، كما لو قال: إن قربتك فهذا العبد حر إن دخل الدار وهذا لأن الإنسان يمتنع عن التزام اليمين بالطلاق والعتاق كما يمتنع عن التزام موجب اليمين؛ لأن اليمين إذا لزم الإنسان يحتاج إلى ممتنع^(٢) من تحصيل الشرط كيلا يقع الطلاق والعتاق فيكون خوف لزوم ليكون مانعًا له عن القربان، وهذا في قوله: كل مملوك أملكه فيما أستقبل حر أظهر؛ لأن الملك في المستقبل قد يحصل له من غير صيغة بالميراث قال: وقال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : إذا قال: إن قربتك فعبدي حر، فهو مول، وروى عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يكون موليا فإنه يمكنه قربانها في المدة من غير شيء يلزمه بأن يبيع العبد، وجه ظاهر الرواية أنه لا يمكنه قربانها إلا بعق يلزمه فيكون موليا، ولا يعتبر تمكنه من البيع؛ لأن البيع لا يتم به وحده، وربما لا يجد في المدة مشتريا يشتريه^(٣) منه، وإذا آلى من امرأته المدخول بها ولم يقربها حتى مضت

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: أن يمتنع.

(٣) في ب: فيشتره.

أربعة أشهر وبانت منه بتطليقة ووجب^(١) عليها العدة ثم مضت أربعة أشهر أخرى لم^(٢) يقربها وهو في العدة.

بأن امتد طهرها لا يقع عليها تطليقة أخرى عند عامة المشايخ، وإليه مال الكرخي - رحمه الله - وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الجامع في باب من اليمين في الإيلاء على إحداها دون الأخرى، وقال بعض مشايخنا: يقع عليها تطليقة أخرى، وأجمعوا على أنه لو تزوجها بعد ما بانت منه بمضي أربعة أشهر، ثم مضت أربعة أشهر من غير قربان، أنه يقع عليها تطليقة أخرى، وكذلك في الكرة الثالثة وأجمعوا على أنها لو عادت إليه بعد الزوج الثاني، ومضت أربعة أشهر من غير قربان أنه لا يقع عليها تطليقه أخرى.

وجه قول بعض مشايخنا^(٣): أن بعد وقوع الطلاق بحكم الإيلاء فالإيلاء^(٤) باق، ألا ترى أنه لو تزوجها ثم مضت أربعة أشهر من غير قربان أنه [لا]^(٥) يقع عليها تطليقة أخرى بالإجماع، فإذا مضت أربعة أشهر بعد ذلك فقد مضت مدة الإيلاء حال قيام الإيلاء وأنه يوجب وقوع الطلاق، ولو لم يقع الطلاق إنما لا يقع لقيام البيونة في المحل، إلا أن قيام البيونة لا يمنع وقوع الطلاق بحكم الإيلاء، ألا ترى أنه لو آلى منها ثم أبانها بتطليقة ثم مضت مدة الإيلاء وهي معتدة يقع عليها تطليقة بحكم الإيلاء.

وجه^(٦) قول عامة المشايخ بالإيلاء: لما بانت بالإيلاء مرة يحتاج إلى استئناف مدة الإيلاء عليها، والمبانة ليست بمحل لابتداء الإيلاء فلا يكون محلاً لاستئناف المدة؛ لأن استئناف المدة^(٧) يعتبر باستئناف الإيلاء؛ لأن للمدة أثرًا في إيقاع الطلاق كما لابتداء الإيلاء، بخلاف ما إذا آلى منها ثم أبانها؛ لأن هناك انعقدت المدة من وقت الإيلاء وقع الشك في إبطالها بالبيونة إن أمكن إبطالها [من حيث إن النكاح دار

(١) في ب: وجب.

(٢) في ب: ولم.

(٣) في ب: المشايخ.

(٤) في ب: الإيلاء.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: ووجه.

(٧) زاد في ب: الإيلاء.

من وجه لا يمكن إبطالها من^(١) حيث إن النكاح بقي من وجه فلا يبطل بالشك على أن المدة إنما تستأنف ليقع الطلاق بمضيها دفعا لظلم الزوج بمنع حقها في هذه المدة، وبعد البينونة لم يبق لها حق قبل الزوج في الجماع فلا يتحقق الظلم، فلا حاجة إلى استئناف المدة فلم تنعقد المدة الثالثة^(٢) فلا يقع الطلاق، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الثانية.

الفصل الخامس والعشرون

في اللعان

يجب أن يعلم بأن اللعان مشروع^(١) فيما بين الأزواج ثبت شرعة بقوله تعالى:

(١) اللعان لغة: المباحة، ومنه: لعنه الله، أي أبعده وطرده؛ وسمي بذلك لبعث الزوجين من الرحمة، أو لبعث كل منهما من الآخر فلا يجتمعان أبداً.

تعريف اللعان في الاصطلاح:

اللعان يطلق ويراد به كلمات مخصوصة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به.

أو هو شهادة مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن وبالغضب، وأنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنى.

أو هو شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب، قائمة مقام حد قذف، أو تعزير، أو حد زنى في جانبها.

والمتمامل في العلاقة الزوجية يجد لها من الخصوصية والأهمية ما ليس لسائر العلاقات الأخرى؛ فالزوجية علاقة تبدأ بطرفين يثول بهما الأمر ليصبحا كياناً واحداً، ولا يتحقق ذلك إلا بأن يؤدي كل طرف من طرفي هذه العلاقة ما عليه من واجبات تجاه الطرف الآخر؛ فلا بد للزوج من أن يؤدي واجباته تجاه أسرته وزوجته، وفي الوقت ذاته له من الحقوق ما لا بد أن تعطيه إياها زوجته.

فإذا كان الأمر كذلك، فهل يستطيع الزوج إذا تيقن فساد فراشه، وزنا امرأته أن يحسن معاشرتها؟! أو أن يقسط إليها؟! وهل يستطيع الزوج أن ينفق على مولود تأكد أنه ليس منه؟! وهل يتوقع أحد أن ينال هذا المولود أدنى رعاية من هذا الرجل المصاب في عرضه وكرامته?!.

إن العقل بلا تردد يجيب بالنفي عن كل تلك الأسئلة، بل إنه ليتصور لاستمرار علاقة من هذا النوع فساداً أي فساداً!! وخطراً أي خطراً!!

لذا فإن العقل يحتم أن تكون هناك وسيلة للخلاص من هذه العلاقة المدمرة، وقد كان اللعان هو تلك الوسيلة المبتغاة للتفريق بين الزوجين؛ إذا ما حصل عند الزوج يقين بزنا امرأته وإفسادها لفراشه، وكفى بذلك دليلاً عقلياً على مشروعية اللعان.

مشروعية اللعان:

أجمع أهل العلم والدين منذ عهد الصحابة إلى عصرنا الحاضر على مشروعية اللعان كوسيلة لخلاص الزوج من زوجته الزانية، ولانتفائه من نسب مولود ينسب إليه بهتاناً وزوراً، نقل الإجماع عليه الكثير من العلماء: كالإمام النووي في شرحه لصحيح الإمام مسلم بن الحجاج، وكذلك نقله ابن رشد في البداية.

أما دليل مشروعية اللعان من القرآن الكريم، فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ وَنَرَى بِيْنَهُمْ شَهَادَةً إِلَّا أَنفُسَهُمْ فَشِهَادَةُ أَحْبَبِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقُرْآنِ وَاللَّعْنَةُ عَلَى الْكَافِرِينَ ﴿٩٦﴾ [سورة النور: ٦-٩].
وقد قيل في بيان سبب نزول هذه الآية: أن أنصارياً أتى رسول الله ﷺ فقال: لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، فتكلم جلدتموه، أو قتل قتلتموه، وإن سكت سكت على غيظ؟!. فقال النبي ﷺ: «اللَّهُمَّ افْتَحْ»؛ فنزلت هذه الآية. [أخرجه مسلم (١١٣٣/٢) كتاب اللعان (١٠/١٤٩٥)].

وحدث أن ابتلي ذلك السائل بما سأل؛ فأتى النبي ﷺ ومعه امرأته؛ فتلاعنا، فلما أن أتم الرجل لعانه، جاءت المرأة لتلعن؛ فقال لها نبي الله ﷺ: «مه»، فأبت ولاعنت، فلما أدبرا قال رسول الله ﷺ: «لَعَلَّهَا أَنْ تَجِيءَ بِهَ أَسْوَدَ جَعْدًا» فأنت به على الوصف الذي ذكره ﷺ. وروى ابن عباس رضي الله عنه: أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء؛ فقال النبي ﷺ: «الْبَيْتَةُ أَوْ الْحَدُّ فِي ظَهْرِكَ»؛ فقال: يا رسول الله، إذا رأيت رجلاً على امرأته يلمس البينة؟! فجعل النبي ﷺ يقول: «الْبَيْتَةُ وَإِلَّا حَدُّ فِي ظَهْرِكَ»؛ فقال هلال: والذي بعثك بالحق، إنني لصادق، ولينزلن الله عز وجل في أمري ما يبئني ظهري من الحد؛ فنزلت ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ زَوْجَهُمْ﴾ الآية؛ فقال النبي ﷺ: «أَبْشُرُوا يَا هَلَالُ، فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا» فقال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي، عز وجل. [أخرجه البخاري (٣٨١/٩ - الفتح) كتاب التفسير، باب: ﴿وَيَذُرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ﴾ [النور: ٨] الآية، حديث (٤٧٤٧)، من طريق هشام بن حسان عن عكرمة عن ابن عباس].

وعلى هذا إذا اعترفت الزوجة لزوجها بأنها قد زنت، أو رآها بنفسه وهي تزني أو أخبره ثقة بذلك، أو انتشر بين الناس أن فلانا يزني بها، ثم رأى الزوج ذلك الشخص المذكور يخرج من عند زوجته في أوقات الشك والريب، ولم يكن هناك نسب يلحقه، فللزوجة في كل ذلك قذف امرأته كما يجوز له السكوت وعدم القذف.

أما إذا لم يكن سبب من هذا، ولا قامت بينة على زنا المرأة فإنه يحرم على الرجل قذف زوجته؛ لقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [سورة النور].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [سورة النور].

وقوله سبحانه وتعالى في قصة الإفك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا نَحْسِبُهُمْ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُمْ خَوِيفٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَمْ يُعَذِّبْهُمُ اللَّهُ بِمَا كَانُوا يَكْفُرُونَ﴾ [سورة النور: ١١].
﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ بَأْسُهُمْ خَبَرٌ وَاقِلُوا هَذَا إِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ شَاقِقِينَ﴾ [سورة النور: ١٢].
﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ بَأْسُهُمْ خَبَرٌ وَاقِلُوا هَذَا إِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ شَاقِقِينَ﴾ [سورة النور: ١٣].

وإن وجد الرجل عند زوجته رجلاً، ولم يشتهر عن ذلك الرجل أنه يزني بتلك المرأة حرم على الزوج قذف الزوجة في هذه الحالة؛ لأنه يجوز أن يكون قد وُجِدَ عندها لحاجة ما، أو دخل عندها هرباً من عدو أو نحوه، أو يكون قد دخل إليها يبتغي الزنا بها بالفعل، لكنها لم تجبه إلى مراده؛ فأصبح بذلك أمر الزنا أمراً محتملاً؛ فلا يجوز القذف حينئذ. وكذلك إن أتاه خبر زناها ممن لا يوثق بقوله؛ فإنه يحرم عليه قذفها أيضاً بخلاف ما لو أخبره بذلك ثقة؛ إذ خبر الثقة يغلب على الظن صدقه، أما غير الثقة فلا.

وإن اشتهر بين الناس أن شخصاً ما يزني بامرأة، ولكن زوج هذه المرأة لم ير ذلك الرجل عندها ففي جواز قذفه لها وجهان:

أولهما: لا يجوز للزوج قذف زوجته في هذه الحالة؛ لأنه ربما يكون ما استفاض واشتهر بين الناس من الزنا الواقع بين المرأة ومن اتهمت به إشاعة عدو شائئ لهما، أشاع ذلك عليهما.

ثانيهما: يجوز له قذفها؛ لأنه يجوز له قذفها بخبر الثقة، والاستفاضة أقوى منه؛ فجاز القذف بالاستفاضة والشهرة.

وأيضاً: فإن الاستفاضة تثبت القسامة في القتل؛ فلأنَّ يجوز القذف بها أولى.

وانضح مما سبق أن الظن القوي المبني على القرائن والأدلة يلحق بالعلم اليقيني الذي يسوغ للزوج قذف زوجته، وما يترتب عليه من آثار، وقد خالف المالكية في ذلك، فذهبوا إلى اشتراط رؤية الزنا أو تيقنه عن طريق الاستبراء؛ حتى يتمكن الزوج من قذف زوجته ولعانها.

فقد جاء في المدونة: قال ابن وهب: أخبرني عبد الله بن عمر أنه سأل عبد الرحمن: ما يوجب اللعان بين المرأة وزوجها؟ قال: لا يجب اللعان إلا بين رؤية أو استبراء.

وروى أيضاً أن الليث روى عن يحيى بن سعيد أنه قال: التلاعن بين الزوجين لا يكون إلا بإنكار الولد، فإنه يقول إن شاء: ما وطئتها منذ كذا وكذا، أو يقول: رأيت معها رجلاً؛ ففي ذلك التلاعن. وروى في هذا حديثاً عن ابن عباس بالسند المتصل أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته، وكانت حبلى، وقال زوجها: والله ما قربتها منذ عرفنا النخل، فقال رسول الله ﷺ: «اللَّهُمَّ بَيِّنْ»؛ فجاءت بسلام أسود، وكان الذي رميت به ابن السحماء.

[أخرجه البخاري (٣٨١/٩) الفتح] كتاب التفسير، باب: ﴿وَيَذُرُّهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ﴾ [النور: ٨] الآية، حديث (٤٧٤٧)، من طريق هشام بن حسان عن عكرمة عن ابن عباس].

وقالوا بعد هذه الروايات: إذا نفى الحمل أو الولد وجب أن يدعى استبراء أو رؤية، وإن قال: هي زانية ولم أر معها، رجلاً جُلِدَ حد القذف.

وهذا الذي ذهبوا إليه يمكن أن يرد عليه بأن العبرة في جواز قذف الزوج زوجته هو حصول العلم اليقيني عنده بزناها، ويلحق به أيضاً غلبة الظن المبني على القرائن والأدلة، وذلك يحصل بطرق عدة: كإخبار ثقة، أو رؤية رجل عندها استفاض بين الناس زناه بها، أو حصول حمل مع عدم وجود اتصال بين الزوجين... إلخ؛ فلا يقتصر الأمر إذن على رؤية الزوج لزوجته حال الزنا، وهذا هو الأليق والأظهر في العقل؛ وإلا فإن اشتراطنا الرؤية، فماذا يصنع الأعمى إذا ما ابتلي بزوجة زانية؟! هل نعطي لزوجته سندا أن تزني كيف شاءت، ونجعلها مكتوف الأيدي واللسان لا يستطيع أن يتفوه بكلمة؛ لأنه أعمى لم ير الزوجة تزني، فإن تكلم جلدناه؟! أم نبيح له قذف زوجته ولعانها إذا ما حصل له العلم بزناها من أي طريق أخرى موثوق بها؟! إن العقل لا يقبل إلا ثاني الأمرين، ويؤيده أن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بِحَيْثُ شَهِدَتْ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الْكَافِرِينَ﴾ (٧) ﴿وَيَذُرُّهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ (٨) ﴿وَالْحَمِصَةَ﴾

إن كان من الكاذبين (٧) ويذُرُّهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْحَمِصَةَ =

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾^(١) الآية .

وبما روي أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني^(٢) وبين امرأته، وبين هلال بن أمية^(٣) وبين امرأته^(٤).

أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيَّهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ الآيات، عام في البصير والأعمى؛ فجاز للأعمى قذف زوجته ولعانها كما جاز للبصير، واشترط الرؤية يعطل هذا.

وأما ما استدلوا به من الحديث، فإنه ليس فيه دليل لما ذهبوا إليه؛ إذ ليس في الحديث أن الرسول ﷺ أجاز للعجلاني قذف زوجته ولعانها لقوله فيها: «ما قربتها منذ عفرنا النخل»؛ حتى يجعل قوله هذا شرطا في جواز القذف؛ بدليل قوله ﷺ: «اللَّهُمَّ بَيِّنْ».

إن التشريع الإسلامي كرم المرأة أعظم تكريم وأعطى لها صداقتها رغم أن زوجها رآها بعينه على فرض التقدير كان صادقا أو كان كاذبا؛ فقد أعطى لها كامل صداقتها إن كان قد تزوجها وإن كان لم يدخل بها فيعطيها نصف مهرها بدون بخس لحقها، وهذا ما عني به الشرع حتى لا يكون وسيلة لأكل حقها.

كما أن المرأة إن كانت شريفة وصادقة تخرج من بيت زوجها وهي قد دفعت التهمة عنها، وكذلك دفعت عن نفسها الرجم فهذا تكريم من الشرع جعل للمرأة شخصية تدافع عن نفسها وتحترم حقوقها.

كما أن اللعان له حكمة عظيمة وهو حفظ الأنساب وحفظ المال كي لا يرثه غير مستحقه وكذلك دفع المعرة عن الأزواج.

فإذا وقعت الملاعنة بين الرجل وزوجته فرق بينهما، قال العلامة ابن قدامة: «أنها تحرم عليه باللعان تحريما مؤبدا، فلا تحل له، وإن كذب نفسه، في ظاهر المذهب. ولا خلاف بين أهل العلم، في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له، إلا أن يكون قولاً شاذاً».

ينظر: لسان العرب (٣/٣٦٧)، والمصباح المنير (٢/٧٦١)، بدائع الصنائع (٥/٢١٥٠)، حاشية رد المحتار (٢/٩٦٣)، مجمع الأنهر (١/٤٥٤)، بداية المجتهد (٢/١٩٤)، (٣/١٣٣)، بلغة السالك (١/٤٩٢)، المدونة الكبرى، لمالك بن أنس (٢/٣٦٠)، حاشية الجمل على المنهج (٤/٤٢٤)، وحاشية البيجوري (٢/١٦٨)، الإقناع (٢/٣٣٥)، المجموع (٢١/٢٩٨، ٢٩٩)، كشاف القناع (٥/٣٨٩)، المغني، لابن قدامة (٧/٢٦١)، (٨/٦٦)، شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/١١٩)، المحلى، لابن حزم (١١/١٩٩)، التبصرة، للخمي (٥/٢٤٤٨).

(١) سورة النور آية: ٦ .

(٢) هو: عويمر بن الحارث بن زيد بن حارثة بن الجد العجلاني وهو الذي رمى زوجته بشريك ابن سحماء وهو صاحب اللعان المعروف.

ينظر: الإصابة (٣/٤٥)، أسد الغابة (٤/٣٦٧).

(٣) هو: هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصاري الواقفي، شهد بدرًا وأحدا، كان يكسر أصنام بني واقف، وكانت معه رايتهم يوم الفتح، هو أول من لاعن في الإسلام، وهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك.

ينظر: أسد الغابة (٥/٤٠٦)، والإصابة (٣/٦٠٦).

(٤) أخرجه البخاري (٩/٣٨١) كتاب التفسير، باب: ويدراً عنها العذاب (٤٧٤٧).

وسببه: قذف الرجل امرأته بالزنا، وصورته ما قال محمد - رحمه الله - في الأصل: أن يبدأ القاضي بالزوج فيقول له: قم فالتعن^(١). فيقوم الرجل ويقول أربع مرات: أشهد بالله إنني لصادق فيما رميتها من الزنا. ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كنت كاذبا فيما رميتها به من الزنا. ثم تقوم المرأة وتقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لكاذب فيما رماني [به]^(٢) من الزنا وتقول في المرة الخامسة: غضب الله عليها إن كان صادقا فيما رماني به من الزنا.

وهذا الترتيب استفيد من كتاب الله تعالى، ومحمد - رحمه الله - ذكر قيامها عند اللعان وأنه ليس بأمر لازم، ألا ترى أن كتاب الله تعالى لم يتعرض له. وعن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه يحتاج إلى لفظة^(٣) المواجهة، وهو أن يقول: فيما رميتك من الزنا؛ لأنه إذا ذكر بلفظة المعاينة يتمكن فيه شبهة واحتمال وقال أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - : إذا ذكر بلفظة المعاينة وأشار كفى لأن بالإشارة ينقطع الاحتمال.

وفي القدوري: إذا قذفها بالزنا ونفى الولد، ذكر في اللعان، وفي كتاب العلل: إذا التعن بولد يقول: أشهد بالله إنني لصادق فيما رميتها من نفي الولد، وكذا في جانب المرأة، وأهله عندنا من كان من أهل الشهادة، حتى أن اللعان لا يجري بين الزوجين عندنا إذا كانا محدودين في القذف أو أحدهما، أو كانا رقيقين^(٤) أو أحدهما، أو أخرسين أو أحدهما، أو صبيين أو مجنونين أو أحدهما كافرين، وفيما عدا ذلك يجري اللعان.

وحكمه: حرمة الاستمتاع إذا فرغا من اللعان من غير حكم القاضي، حتى أن بعد التلاعن لا يحل لأحدهما الاستمتاع بصاحبه، نص عليه محمد - رحمه الله - في المنتقى، إلا أن الفرقة لا تثبت إلا بقضاء القاضي بالفرقة بينهما، وإنما تثبت هذه الحرمة بنفس اللعان^(٥) بالحديث، قال عليه السلام: «المتلاعنان لا يجتمعان

(١) في ب: والتعن.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: لفظ.

(٤) زاد في ب: أو مجنونين أو أحدهما كافرين.

(٥) اختلف الفقهاء في الوقت الذي يقع فيه التفريق على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تقع الفرقة بتمام لعان الزوج وحده سواء لاعت المرأة أم لم تلعن، وإلى =

هذا ذهب الشافعية.

القول الثاني: تقع الفرقة بلعانهما جميعاً، فإذا تمت الملاعنة بينهما حصلت الفرقة، وإلى هذا ذهب المالكية ورواية عن أحمد في المشهور والظاهرية.
القول الثالث: تقع الفرقة في اللعان بتمام لعانهما وتفريق الحاكم وهو مذهب الحنفية ورواية عن أحمد.

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول من المعقول: بأن الرسول ﷺ فرق بين المتلاعنين وألحق الولد بالمرأة، ونفي الولد بيمين الزوج ولعانه، لا بيمين المرأة ولعانها؛ لأنها بلعانها إنما تدرأ الحد عن نفسها فقط.
أدلة القول الثاني: احتج أصحاب القول الثاني على صحة قولهم إن التفريق يكون بعد فراغهما من اللعان من السنة النبوية والمعقول:

أولاً: السنة: عن سهل بن سعد الساعدي، قال: حَضَرْتُ الْمُتْلَاعَيْنِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأَنْفَذَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ مِمَّا صَنَعَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سُنَّةً، فَمَضَتْ السُّنَّةُ بَعْدَ فِي الْمُتْلَاعَيْنِ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا. [أخرجه البخاري في الطلاق (٥٣٠٩) باب: التلاعن في المسجد، وفي الأحكام (٧١٦٥، ٧١٦٦) باب: من قضى ولاعن في المسجد، وفي الاعتصام (٧٣٠٤)، ومسلم في اللعان (١٤٩٢)، وأبو داود في الطلاق (٢٢٤٧، ٢٢٤٨، ٢٢٥١) باب: في اللعان، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٦٦) باب: اللعان، والبيهقي في الكبرى (٣٩٩/٧-٤٠١) من طرق عن الزهري، عن سهل بن سعد].

ثانياً: المعقول: قالوا: إن سبب الفرقة قد وجد، وهو اللعان، ويقتضي التحريم المؤبد فلا حاجة إلى تفريق الحاكم، ولا يكونان متلاعنين بلعان الزوج وحده.

أدلة القول الثالث: احتج أصحاب القول الثالث بالسنة النبوية كما يلي:

١ - عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال: «سَأَلَ فُلَانٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ أَنْ لَوْ وَجَدَ أَحَدُنَا امْرَأَتَهُ عَلَى فَاحِشَةٍ، كَيْفَ يَصْنَعُ؟! إِنْ تَكَلَّمَ تَكَلَّمَ بِأَمْرِ عَظِيمٍ، وَإِنْ سَكَتَ سَكَتَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ؟ فَلَمْ يُجِبْهُ، فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ أَتَاهُ، فَقَالَ: إِنَّ الَّذِي سَأَلْتُكَ عَنْهُ قَدْ ابْتُلِيتَ بِهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ الْآيَاتِ فِي سُورَةِ التَّوْبَةِ، فَتَلَاهُنَّ عَلَيْهِ وَوَعظُهُ، وَذَكَرَهُ، وَأَخْبَرَهُ أَنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ، قَالَ: لَا، وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا كَذَّبْتُ عَلَيْهَا، ثُمَّ دَعَاهَا، فَوَعظَهَا كَذَلِكَ، قَالَتْ: لَا، وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ إِنَّهُ لَكَاذِبٌ، فَبَدَأَ بِالرَّجُلِ، فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ، ثُمَّ نَتَى بِالْمَرْأَةِ، ثُمَّ فَوَّقَ بَيْنَهُمَا». [أخرجه مسلم (١١٣١/٢) كتاب اللعان: حديث (١٤٩٣/٤)].

٢ - عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم ابن عدي الأنصاري، فقال له: يا عاصم أرايت لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقلته، فقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي عن ذلك يا عاصم رسول الله ﷺ، فسأل عاصم رسول الله ﷺ عن ذلك، فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ، فلما رجع عاصم إلى أهله، جاءه عويمر، فقال: يا عاصم، ماذا قال لك رسول الله ﷺ، فقال عاصم لعويمر: لم تأتيني بحير، قد كره =

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَسْأَلَةَ الَّتِي سَأَلْتُهُ عَنْهَا، فَقَالَ عُؤَيْمِرٌ: وَاللَّهِ لَا أَنْتَهِي حَتَّى أَسْأَلَهُ عَنْهَا، فَجَاءَ عُؤَيْمِرٌ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَسَطَ النَّاسِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: قَدْ أَنْزَلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَيْكَ، فَادْهَبْ فَأْتِ بِهَا، فَقَالَ سَهْلٌ، فَتَلَاعَنَا وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَلَمَّا فَرَغَا مِنْ تَلَاعِنِهِمَا، قَالَ عُؤَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَمْسَكْتُهَا، فَطَلَقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ مَالِكٌ: قَالَ ابْنُ شَهَابٍ: فَكَانَتْ تِلْكَ سُنَّةَ الْمُتَلَاعِنِينَ. [أخرجه مالك في الموطأ (٥٥٦/٢ - ٥٦٧) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في اللعان، والبخاري (٢٧٤/٩) كتاب الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث (٥٢٥٩)، ومسلم (١١٢٩/٢) كتاب اللعان (١ - ١٤٩٢)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أقره على ذلك، فلو كان التفريق باللعان كافياً لما أقره على طلاقه الثلاث.

وبعد بيان المسألة وأدلتها نرى أن الراجح من هذه الأقوال هو القول الثاني القائل بأن الفرقة لا تحصل إلا بلعان الزوجين جميعاً، فإن تمت الملاعنة بينهما بالصفة المشروعة، حصلت الفرقة، ولا يعتبر تفريق الحاكم لازماً؛ لأن فرقة اللعان تستند إلى حكم الله ورسوله ﷺ سواء رضي الحاكم والمتلاعنان التفريق أم أبوه، فإنها فرقة من الشارع الحكيم بغير رضا أحد منهم أو اختياره؛ لذا تقع الفرقة بعد تلاعنها معاً. والله أعلم.

هذا الحكم في زوجة الملاعن، أما نكاح بنت الملاعنة فلا تباح للملاعن عند عامة العلماء، وليس فيه إلا نزاع شاذ، مع أن نسبها ينقطع من أبيها، ولكن لو استلحقها للحقته، وهما لا يتوارثان باتفاق الأئمة.

وهذا لأن النسب تتبع بعض أحكامه، فقد يكون الرجل ابناً في بعض الأحكام دون بعض، فابن الملاعنة ليس بابن؛ لا يرث ولا يورث، وهو ابن في باب النكاح.

فلو كان للملاعن بنت من امرأة أخرى، وأراد أن يزوجه لمن نفى نسبه باللعان أو لابنه فلا يحل هذا الزواج؛ لأن الولد يجوز أن يكون ابناً للملاعن، خصوصاً وأن الفراش الذي يثبت النسب به كان موجوداً وقت ولادته، ومع هذا الاحتمال لا يحل الزواج شرعاً.

ونص الشافعية على أن المنفية باللعان حكمها أنها تحرم على نافيها ولو لم يدخل بأمرها؛ لأنها لا تنتفي عنه قطعاً لدليل لحوقها به لو أكذب نفسه؛ ولأنها ربيبة في المدخول بها، وتتعدي حرمتها إلى سائر محارمه.

ينظر: بدائع الصنائع (٢٤٨/٣)، المبسوط (٤٠/٧)، الهداية (٢٢٤/٢)، رد المحتار على الدر المختار (٩٧٥/٢)، شرح فتح القدير (٢٥٦/٤)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (١٠٩/٢)، مواهب الجليل (١٣٨/٤)، التاج والإكليل (١٣٨/٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق محمد أبو الأحفان، وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ (٢٥٣/٢)، الكافي في فقه أهل المدينة (٦١٤/٢)، بداية المجتهد (٢/١٢٣)، الأم، للشافعي (٢٧٢/٥)، مغني المحتاج (١٧٥/٣)، روضة الطالبين (٨/٨).

أبدا»^(١).

وفي إباحة الاستمتاع اجتماع فيحرم الاستمتاع، وإنما توقف وقوع الفرقة [على]^(٢) الحرمة بينهما على قضاء القاضي لحديث العجلاني: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا. ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ مقالته. ولو كانت الفرقة تقع بنفس اللعان لأنكره، وعن عمر - رضي الله عنه - أنه سئل عن البينة بين المتلاعنين فقال: التفريق بينهما متى فرغا من اللعان.

ثم العلماء اختلفوا في صفة الحرمة التي تثبت بينهما بنفس اللعان. قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : تثبت حرمة مؤقتة إلى غاية تكذيب أحدهما نفسه.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : تثبت حرمة مؤبدة مثل حرمة الرضاع والصهرية.

وشمة الخلاف تظهر فيما إذا كذب الملاعن نفسه بعدما فرق القاضي بينهما ثم أراد أن يتزوجها.

قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : له أن يتزوجها.

وقال أبو يوسف وزفر - رحمهما الله - : ليس له أن يتزوجها.

حجة أبي يوسف وزفر - رحمهما الله - : قوله - عليه السلام - : «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا»^(٣).

= (٣٥٦)، الحاوي الكبير (٧٤/١١)، كفاية الأختار في حل غاية الإختصار (١٢٣/٢)، الإقناع، للخطيب الشربيني (٤٦٣/٢)، المغني، لابن قدامة (٥٢/٨)، المبدع (٨/٩٢)، كشف القناع (٢٠٤/٥)، الإنصاف (١٨٤/٩)، الروض المربع، ص (٤٢٠)، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، ص (٢٦٩)، المحلى (١٤٤/١٠)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية (١٣٩/٣٢).

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٦/٣) كتاب النكاح، باب: المهر، حديث (١١٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٠٩/٧) كتاب اللعان، باب: ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد وحد المرأة إن لم تلتعن، من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - ولفظه: المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً.

(٢) سقط في ب.

(٣) تقدم.

حجة أبي حنيفة ومحمد: أن الثابت بالنص اللعان بين الزوجين، والثابت بالإجماع أصل الحرمة، [فمن أثبت الحرمة] ^(١) المؤبدة فقد أثبت الزيادة على النص والإجماع، وأنه لا يجوز، والمعنى أن اللعان غير موضوع للفرقة، وإنما حكم بالفرقة لفوات الإمساك بالمعروف من جهة الزوج وتعين التسريح بالإحسان وقيام القاضي مقامه عند امتناعه عن التسريح بالإحسان، ومثل هذا يكون طلاقاً؛ لأن فعل القاضي بنيابته كفعله بنفسه، وإذا ثبت أنه طلاق فالحرمة الواقعة بالطلاق لا تتأبد، والحديث لا حجة ^(٢) فيه، والنبي ﷺ نفى اجتماع المتلاعنين [هنا] ^(٣)، وحقيقة هذا الاسم أن يكون مشغولاً باللعان ومجازاً لمن نفى اللعان في حقه حكماً، وعندنا لا يجتمعان ما بقي اللعان بينهما حكماً، وإنما يجتمعان إذا زال اللعان حكماً بالإكذاب؛ لأنه وجب عليه حد القذف بإكذابه نفسه، ومن ضرورته بطلان اللعان، ولو كذب ^(٤) نفسه وجب الحد، ولو صدقته المرأة فلا حد ولا لعان، ثم إذا فرغ من اللعان فرق القاضي بينهما ولزم الولد أمه.

روي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن القاضي يفرق بينهما ويقول: ألزمته أمه وأخرجته من نسب الوالد؛ لأنه ليس من ضرورة اللعان والتفريق به نفي النسب، كما بعد موت الولد يفرق بينهما ويبقى نسب الولد فلا بد أن يصرح القاضي بنفي الولد لهذا، وكل نسب يثبت بإقرار أو بطريق الحكم لا ينتفي بعد ذلك باللعان، أما إذا ثبت بإقراره فلا أن الإنكار بعد الإقرار غير مسموع، وأما إذا ثبت من طريق الحكم بيانه فيما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه فلم يلاعنها حتى [إذا] ^(٥) قذفها أجنبي بالولد فحينئذ يثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك؛ لأنه لما حد قاذفها فقد حكم بكذبه، وذلك حكم لثبات النسب، والنسب المحكوم به لا ينتفي.

ولو نفى ولد زوجته وهما ممن لا لعان بينهما لا ينتفي؛ لأن المثبت للنسب وهو الفراش قائم [والقاطع] ^(٦) والقطع باللعان، فإذا امتنع اللعان انعدم القاطع فيثبت

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: له.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: أكذب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

النسب، وكذلك لو كان العلوق في حال لا لعان بينهما ثم صارا بحال يتلاعنان، نحو أن كانت المرأة أمة أو كتابية حالة العلوق فأعتقت أو أسلمت، فإنه لا يلاعن ولا ينتفي نسب الولد؛ لأن ثبات النسب وقت العلوق كان على وجه لا يمكن قطعه ولا إبطاله فلا يتغير هذا الحكم بعد ذلك.

ولو نفى ولد حرة فصدفته فلا حد ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على النفي؛ أما لا حد ولا لعان لمكان التصديق، وأما لا يصدقان على نفي نسب الولد؛ فلأن نسب الولد قد ثبت بحكم الفرائش، والقاطع هو اللعان، واللعان ممتنع، والله أعلم.



نوع آخر:

يجب أن يعلم أن ولد المتلاعنة في حق بعض الأحكام ألحق بالنسب، حتى قالوا: شهادة ولد المتلاعنة لأبيه لا يعمل بها، وكذلك شهادة الرجل لولد المتلاعنة لا تقبل، وكذلك لو وضع الرجل زكاة ماله في ولد المتلاعنة، أو وضع ولد المتلاعنة زكاة له له في أبيه لا يجوز، وكذلك لو كان لولد^(١) المتلاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى فتزوج ذلك الابن تلك البنت أو كان ولد المتلاعنة بنتا وللزوج ابن من امرأة أخرى فتزوج ذلك الابن هذه البنت لا يجوز، وكذلك إذا ادعى إنسان هذا الولد لا يصح، وإن صدقه الولد في ذلك، وفي حق بعض الأحكام ألحق بالأجانب حتى قال: لا يرث كل واحد منهما من صاحبه، ولا يستحق كل واحد منهما النفقة على صاحبه.

واختلفت عبارة المشايخ - رحمهم الله - في ذلك:

فعبارة بعضهم: أن نسب هذا الولد كان ثابتا من الزوج؛ لأنه ولد على فراشه، وقد قال النبي ﷺ: «الولد للفراش»^(٢) وتعلق به أحكام.

منها: امتناع قبول الشهادة، وهذا أمر عليه.

ومنها: حرمة وضع الزكاة، وحرمة المناكحة. وهذه الأحكام تدل عليه أيضا، إذ هو حق الشرع.

ومنها: فساد دعوة الغير، وهذا أمر هو حق الولد حتى لا يشتبه نسبه.

ومنها: استحقاق الإرث والنفقة من الجانبين؛ وذلك أمر له وعليه، فهو بهذا القذف واللعان يريد إبطال هذه الأحكام فلا يقدر على إبطال ما عليه وما هو حق الشرع، وما هو حق الولد وهي امتناع قبول الشهادة وحرمة وضع الزكاة وحرمة المناكحة، وفساد دعوة الغير للولد^(٣)، فأما استحقاق الإرث والنفقة كما هو عليه فهو له فيبطل^(٤) بإبطاله ما له ثم ما يبطل ما عليه ضرورة أن النسب لا يثبت من أحد الجانبين.

(١) في ب: لولده.

(٢) أخرجه البخاري (٩/٥) كتاب البيوع، باب: تفسير المشبهات، برقم (٢٠٥٣)، ومسلم (٢/١٠٨٠) كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش، برقم (١٤٥٧/٣٦).

(٣) في ب: الولد.

(٤) في ب: ويبطل.

وعبارة بعضهم: أن نسب هذا الولد كان ثابتا من الزوج [و^(١)] تعلق به أحكام وهو: امتناع قبول الشهادة، وحرمة وضع الزكاة، وفساد دعوة الغير الولد، وباللعان انقطع نسب الولد في حق بعض الأحكام بإجماع الأمة، والتحق في حقه بالأجانب وهو الإرث واستحقاق النفقة، ونفي النسب في حق بعض الأحكام وهو فساد دعوة الغير بإجماع الأمة نفي امتناع قبول الشهادة، وحرمة وضع الزكاة وحرمة المناكحة فينا أن ينظر: إن هذه الأحكام نظير الإرث والنفقة، فيلحق في حق هذه الأحكام بالأجانب، أو نظير فساد دعوة الغير لنسبه^(٢)، فيلحق في هذه الأحكام بالنسب. فنقول: [إن^(٣)] هذه الأحكام نظير فساد دعوة الغير لا نظير النفقة والإرث؛ لأن فساد دعوة الغير من الأحكام المختصة بالنسب بحيث لا ينفك النسب عنه بحال؛ فإنه لا يتصور أن يكون الولد ثابت النسب من إنسان، ويصح دعوة غيره نسب الولد. فأما النفقة والميراث ليس من الأحكام المختصة بالنسب بحيث لا ينفك النسب عنه بحال، بل ينفك، فإن [الأب إن^(٤)] كان حرًا والابن [عبدا، أو كان الأب^(٥)] مسلما والابن كافرا، لا يجري الإرث بينهما، ولا يستحق أحدهما النفقة على صاحبه.

قلنا: وامتناع قبول الشهادة وحرمة وضع الزكاة... إلخ من الأحكام المختصة بالنسب بحيث لا ينفك النسب عنه بحال، وكانت هذه الأحكام ملحقه بفساد دعوة الغير، والقطع باللعان لا يعمل في فساد دعوة الغير فلا يعمل في حق هذه الأحكام. والله أعلم.



(١) سقط في ب.
(٢) في ب: نسبه.
(٣) سقط في ب.
(٤) في ب: الإرث إذا.
(٥) في ب: إذا كان الإرث.

الفصل السادس والعشرون

في المتفرقات

إذا قال: إن فعلت كذا فحلل الله علي حرام. ثم قال: إن فعلت كذا فحلل الله علي حرام، وذكر فعلا آخر ثم فعل أحد الفعلين حتى وقع الطلاق على امرأته ثم فعل الفعل الآخر، وهي في العدة، هل يقع طلاق آخر عليها بحكم اليمين الأخرى؟ فقد قيل: إنه^(١) لا يقع؛ لأن تقدير قوله: إن فعلت كذا فحلل الله علي حرام إن فعلت كذا فامرأته طالق تطليقة بائنة فإن^(٢) فعل الفعل الأول بانت منه امرأته، كأنه قال عند مباشرة الفعل الأول: امرأته طالق تطليقة بائنة، فعند مباشرة الفعل الثاني يصير قائلا أيضا: امرأته طالق تطليقة بائنة، ومن قال: امرأته^(٣) طالق، وله امرأة مبانة، لا يقع عليها الطلاق؛ لأنه أوقع الطلاق [في العدة]^(٤) على امرأة مضافة إليه على الإطلاق، والمبانة لا تضاف إليه على الإطلاق.

ومنهم من قال: يقع عليها طلاق آخر، وهو الأطهر والأشبه. والوجه في ذلك: أن النازل عند الشرط عين ما تعلق بالشرط لا شيء آخر، والمتعلق بالشرط كلام صحيح يقع به الطلاق، فإن الزوج لو قال وقت مباشرة اليمين: امرأته طالق أو^(٥) حلل الله علي حرام، يقع الطلاق على امرأته مباشرة فعند مباشرة الفعل الثاني ينزل كلام صحيح يقع [به]^(٦) الطلاق. ألا ترى ما ذكرنا قبل هذا أن من قال لامرأته وهو صحيح: أنت طالق يوم الجمعة، فجاء يوم الجمعة وهو مجنون فإنه يقع الطلاق.

ولو قال لها وهو مجنون: أنت طالق، يقع الطلاق، ولكن قيل بأن المضاف كلام صحيح يقع الطلاق فيجعل المرسل كلاما صحيحا كأنه أرسل وهو صحيح أليس أنه يقع الطلاق؟ فكذا نجعل المرسل كلاما صحيحا يقع به الطلاق كما تعلق، فكذا في

(١) في ب: أن.

(٢) في ب: فإذا.

(٣) في ب: لامراته.

(٤) سقط في ب.

(٥) زاد في ب: قال.

(٦) سقط في ب.

مسألتنا يجعل النازل عند وجود الفعل الثاني كلاما صحيحا يقع به الطلاق، فلهذا يقع طلاق آخر.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: حر تزوج مكاتبة بإذن سيدها على جارية بعينها، فلم تقبض المكاتبة الجارية حتى زوجها من زوجها على مائة درهم جاز النكاحان، فإن طلق الزوج المكاتبة أولاً، ثم طلق الأمة، وقع الطلاق على المكاتبة ولا يقع على الأمة؛ لأن بطلاق المكاتبة تنصف الأمة وعاد نصفها إلى الزوج بنفس الطلاق، ومن ملك شيئاً من امرأته يفسد النكاح فقد فسد نكاح الأمة قبل ورود الطلاق عليها فلم يعمل طلاقها ويبطل جميع مهر الأمة عن الزوج، وكان ينبغي أن يبطل نصف صداقها لا غير؛ لأن الفرقة بين الأمة وبين الزوج جاءت من جهة الزوج قبل الدخول بها؛ لأن هذه الفرقة إنما وقعت بسبب طلاق المكاتبة، وطلاقها كان من قبل الزوج، والفرقة متى جاءت من جهة الزوج قبل الدخول بها بأي سبب كانت يسقط لها نصف الصداق لا غير، [والجواب هكذا إذا وقعت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول بالطلاق]^(١).

أما إذا وقعت بالفسخ من كل وجه فإنها توجب سقوط كل الصداق، ألا ترى أن غير الأب والجد إذا زوج الصغير امرأة ثم بلغ قبل الدخول بالمرأة وفسخ النكاح يختار البلوغ فإنه يبطل كل المهر، وإن جاءت الفرقة من قبل الزوج قبل الدخول^(٢)؛ لأنها جاءت بما هو فسخ من كل وجه.

قلنا: والفرقة في مسألتنا وقعت بما هو فسخ من كل وجه؛ لأنه لا يمكن أن يجعل هذه الفرقة بالطلاق؛ لأنه لم يوجد الطلاق لا لفظاً ولا حكماً، أما لفظاً فظاهر، وأما حكماً فلأن حكم الطلاق الحرمة إما خفيفة أو غليظة، ولم يثبت بملك الزوج امرأته لا حرمة خفيفة ولا حرمة غليظة، وإنما لا يحل للزوج وطء الجارية في مسألتنا للشركة لا للفرقة، وإن تعذر أن يجعل هذه الفرقة محالاً بها على الطلاق حقيقة وحكماً كانت محالاً بها على الفسخ، وهذا كما قلنا فيمن اشترى منكوحته قبل الدخول بها أنه يسقط الصداق كله والفرقة جاءت من قبل الزوج؛ لأن فساد نكاح

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: بها.

الزوج حكم معلق بالملك، وكل حكم تعلق بالملك فإنه يحال به على قبول المشتري، لا على إيجاب البائع كالعبد إذا كان بين شريكين باع أحدهما نصيبه من قريب العبد والمشتري موسر، فإن الساكت يضمن المشتري نصيبه لا البائع؛ لأن^(١) عتق القريب معلق بالملك فأضيف إلى قبول المشتري، كذا في مسألة النكاح. مع هذا سقط؛ كل الصداق؛ وإنما يسقط لأن الفرقة إنما وقعت بحكم الفسخ من كل وجه، كذا هنا.

وكذا إذا ورثت منكوحته سقط الصداق كله وإن لم يوجد صنع من واحد؛ لأن الفرقة وقعت بحكم الفسخ، وصار من هذا الوجه نظير الفرقة الواقعة من قبل المرأة قبل الدخول بها، فإنها^(٢) فسخ؛ لأنه تعذر أن يجعل هذه الفرقة بالطلاق؛ لأنها لا تملك ذلك؛ وتملك الفسخ فإنها تفسخ النكاح بخيار البلوغ وعدم الكفاءة فاعتبر فسخا من كل وجه فأوجب سقوط كل المهر فكذا^(٣) هنا.

بخلاف الطلاق قبل الدخول؛ لأنه فسخ معنى، فإنه^(٤) عاد المعقود إلى ملك العاقد كما خرج عن ملكه من غير سبب جديد، وطلاق حقيقة وحكما، فأسقطنا النصف وأبقينا [النصف عملا بهما، وكذلك إذا ارتد الزوج أو قبل امرأته بشهوة، سقط]^(٥) [نصف الصداق]^(٦)؛ لأنه فسخ معنى، وطلاق حكما، فإن حكمه ثبوت الحرمة، وقد ثبتت الحرمة، والزوج يملك إثبات الحرمة بالطلاق، فيعتبر طلاقا في حق المرأة، فيوجب سقوط نصف الصداق.

إذا قال لمختلعه تطليقة واحدة: (أكر بدم سوائم بر طلاق) فتزوجها. فقد قيل: إن قال هذه المقالة بعد انقضاء عدتها لا ينعقد اليمين؛ لأنها ما حصلت في الملك ولا مضافا إلى سبب الملك؛ لأن: (بدم وي رمس) ليس بسبب يملكها، فإن قال هذه المقالة حال قيام عدتها ينعقد اليمين؛ لأنها حصلت حال يملك الرجل

(١) في ب: فإن.

(٢) في ب: وإنها.

(٣) في ب: كذا.

(٤) في ب: كأنه.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب، م.

إيقاع الطلاق عليها، فإن المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت [في] ^(١) العدة، فإذا تزوجها فإن سبق منه طلب نكاحها وهي في العدة بعد، فقد وقع عليها الطلاق بذلك الطلب؛ لأن بذلك الطلب: (بدم وى أصد) فقد وجد شرط وقوع الطلاق عليها وهي في عدته فيقع عليها طلاق آخر وانحلت اليمين، فإذا تزوجها بعد ذلك لا يقع عليها شيء؛ لأن تزوجها (اكر بدم وى اصر له ليست) لا يكون شرط وقوع الطلاق في هذه اليمين، إلا أن هذه اليمين قد انحلت، وقد عقد بلفظ لا يوجب التكرار.

وإن كان طلب [نكاحها] ^(٢) بعدما انقضت عدتها وتزوجها، هل ^(٣) يقع الطلاق بانقضاء عدتها؛ خرجت من أن تكون محلا لوقوع الطلاق عليها، فانحلت اليمين بذلك الطلب لا إلى آخر، فإذا تزوجها بعد ذلك، لا يقع عليها شيء بالطريق الذي قلنا.

إذا قال لامرأته: (اكر نو بدك ادم فكذا)، يحنث في يمينه؛ لأن قوله: (اكر بربو بدك ادم)، بحكم العرف عبارة عن قوله: (اكر برسو رن مر بي كرم).
رجل له امرأتان فقال بالفارسية: (صرح بدست راست كيرم سوى حود مما ذكر فلان كدم كسم). ثم حلف فقال: (حلال بريم حرام اكر فلان كاركم). ذكر عين الفعل الذي ذكره في اليمين الأولى، ثم خالع من إحدى امرأتيه، ثم تزوجها ثانيا، ثم خالع معها ثانيا، ثم تزوجها، ثم فعل ذلك الفعل، انحلت اليمينان وطلقت المختلعة ثلاثا، وطلقت الأخرى ثنتان، والمسألة واقعة الفتوى ^(٤) تحتاج لمعرفة هذه المسألة إلى مقدمة:

إن كان له نسوة فقال: (هرحه ندب كدم وسر حرام اكر فلان كاكم وكراية)، يقع على كل امرأة تطليقة؛ لأن قوله: (هر)، كلمة فارسية، وهذا الحلف بحكم [العرف حلف بطلاق المرأة، فصار تقدير يمينه هو: (ربي لي هرا ست ارمن بطلاق] ^(٥) اكر

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: لا.

(٤) في ب: للفتوى.

(٥) في ب: الفرق خلاف تطليق.

فلان كاركم)، وهناك إذا فعل ذلك الفعل يقع على كل امرأة تطليقة كذا هاهنا. ومن قال: (حلال برمس حرام اكر فلان كاركم)، وله نسوة ففعل ذلك الفعل تطلق واحدة، وإليه التعيين؛ [لأن قوله: (حلال برمس حرام). بمنزلة قوله: امرأته طالق. ومن قال: امرأته طالق إن فعل كذا وله نسوة ففعل ذلك الفعل تطلق امرأته واحدة وإليه التعيين]^(١).

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألتنا فنقول: إن^(٢) كان الشرط قولاً^(٣) واحداً، فإذا فعل ذلك الفعل انحلت اليمينان ووقع بحكم إحدى اليمينين^(٤) على كل امرأة تطليقة، وصارت المختلعة مرتين مطلقة بثلاث، والأخرى بواحدة، بقيت تطليقة أخرى التي كانت دائرة بينهما، وقد زالت مزاحمة المختلعة للأخرى فتتعين الأخرى لكل^(٥) التطليقة؛ فلهذا قال: طلقت المختلعة ثلاثاً والأخرى ثنتين.

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل لامرأته: إن شربت نبيذاً، أو قال: خمراً حتى أسكر، فشهد عليه شاهدان أنهما وجداه سكرانا ووجدنا منه رائحة الخمر، أو جاءوا به إلى الحاكم على تلك الحال، فإنه يحده ويفرق بينهما^(٦)، ولا يحمل هذا على أنه [أوجر، إنما هذا على أنه شربه.

قال: ألا ترى أنه إذا وجد الرجل سكرانا، أو وجد منه ريح الخمر أو الشراب أنه يحده، ولا يحمل هذا على أنه^(٧) أكره عليه.

قال أبو الفضل - رحمه الله - : يحتمل أن يكون هذا قول محمد، فقد قال في الأصل: لا يحد بالريح ولا بالسكر.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا قال لامرأته: أنت طالق إن شربت نبيذاً حتى سكرت. فشهد عليه شاهدان أنه سكر، وقالوا: لم نجد منه ريح الشراب ولا ندري

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: إذا.

(٣) في ب: فعلاً.

(٤) في ب: اليمين.

(٥) في أ: لذلك.

(٦) في ب: بينه وبين امرأته.

(٧) سقط في ب.

من أي شيء سكر. فأمضى القاضي عليه الحكم بالطلاق، ثم رفع إلى [آخر]^(١) انتقض قضاؤه.

وفي نوادر هشام قال: سألت محمدا - رحمه الله - عن رجل ادعى قبل رجل مالا فحلف بطلاق امرأته ما له قبله شيء، فشهد شاهدان أن له عليه ألف درهم. فألزمه القاضي الألف. على قول أبي يوسف - رحمه الله - يحنث، وعلى قولهما لا يحنث.

قال: وكذلك لو قال: كان له علي ألف فقبضها، يحتمل أن يكون بيانا أن هذا الفصل على الخلاف، ويحتمل أن يكون تفريعا على قول محمد خاصة. فرأيت في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - أن المدعى عليه إن كان جحد أصل الدين فقال: لم يكن عليه شيء، وأقام المدعي بينة على الدين، طلقت امرأة المدعى عليه. وإن قال: كان له علي ألف فأوفيته، لم تطلق امرأته.

وفي المنتقى أيضا عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل حلف بطلاق امرأته على دار في يديه أنها له، فأقام الرجل البينة أن الدار داره، وقضى القاضي بالدار للمدعي فإن الزوج يحنث، وتطلق امرأته في القضاء، وإن كان الزوج أقر فقال: قد كانت لفلان إلا أنني اشتريتها منه، فإن فلانا يحلف بالله ما بعثها منه. فإن حلف قضى بها له والزوج مصدق في يمينه ولا تطلق امرأته قال: المقر في هذا مخالف للجاحد. وفي نوادر هشام قال: سألت محمدا - رحمه الله - عن رجل ادعت عليه امرأة أنها امرأته فحلف الرجل بطلاق امرأة له أخرى: ما هي بامرأة لي. فأقامت المرأة البينة^(٢) أنها امرأته. فقال: كانت امرأتي فطلقتها [لا يحنث في يمينه، فأما إذا لم يقل: كانت امرأتي وطلقتها]^(٣) هل يحنث في يمينه؟ لم يذكر هذا الفصل، وعلى قياس مسألة الدين: يجب ألا يحنث أيضا على قوله.

قال هشام - رحمه الله -: قلت لمحمد: إن ادعى مملوك له أنه أعتقه، أو ادعى غلامه أنه ابنه ولد على فراشه، وجحد هو ذلك، وحلف بالطلاق ما هذا ابنه، وما أعتق هذا، وأقام المدعي بينة أنه ابنه أو أنه أعتقه، وأمضى القاضي ذلك، قال في

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: بينة.

(٣) سقط في ب.

هاتين المسألتين: يحث.

وإذا طلق امرأته ولم يدخل بها، ثنتين ثم قال: قد كنت طلقتهما واحدة قبل الثنتين فأني لا أبطل عنه الثنتين وألزمه التي أقر بها ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره. وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - قال لامرأته: إن قلت لك أنت طالق [فأنت طالق]^(١)، ثم قال: لها: قد طلقتك، قال: تطلق أخرى، وإن عني أن يكون الطلاق معلقا باللفظ وهو قوله: أنت طالق، يدين بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء.

المعلى عن أبي يوسف: رجل قال لامرأته: إن حرمت نفسك علي فأنت طالق، فقالت: حرمت نفسي عليك، لا تطلق.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل طلق امرأته فدخلت عليه أخت امرأته وعاتبته، وقالت: طلقته أختي [فلانة]^(٢) تطليقتين ولم تحفظ حق أينا. فقال الرجل^(٣): هذه ثالثة، أو قال: فهذه ثالثة، لزمه الثلاث وإن لم يذكر الطلاق في مقابله، وباقي المسألة بحالها، فقوله: هذه ثالثة ليس بشيء إلا أن ينوي به الطلاق.

إذا قال: كل امرأة لي طالق إن فعلت كذا، وليس له امرأة وقت اليمين لا ينعقد اليمين إلا إذا عني به كل امرأة أتزوجها، تصح عنيته ويصير تقدير كلامه: كل امرأة [تكون لي]، [كل]^(٤) امرأة^(٥) أتزوجها تشرب السويق، أو قال: تلبس المعصفر، فهي طالق، فهذا على أن تشرب السويق وتلبس المعصفر بعد التزوج، إلا أن تكون نيته على ما قبله.

رجل طلق امرأته واحدة فقال له بعض جيرانه: (انر لي بركدى حرى سبت. أو قال: بل طلاق حرى بست. فقال الزوج: أكثر بل طلاق حرى لسب بنية طلاق دادمي).

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: الزوج.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في م.

ف قيل في الجواب: يقع تطليقتان أخروان، وليس هذا بتعليق بل هو تنجيز، ومعناه: (حرنكي راين ديما عظم بسب هرسه طلاق دادمس [ونلي ارس ونامنم ربي سوى دامر كونه حولس من حرام ازتوا سوى رن راکعت اکو حوسنت ارمى بحري برانك طلاق). .

فقال: (هولس ازتوا حرندم). ولم يقل الزوج: (فروحتم). هل يقع ذلك الطلاق المعلق؟

قيل: ينبغي ألا يقع، وإنما يقع إذا قال الزوج: (مرحم مردى سوکيد حورد بطلاق له أن دوکار دل در دست ويلى ملك روى). .
فقد قيل: ينبغي ألا يقع الطلاق^(١).

قال لامرأته: (بل دسار سودسد حولس خريدي نفدت وكاس) وأراد به التحقيق، فقالت: (حرندم).

فقيل: هذا خلع تام منجز؛ لأن معناه: (حولس حرندي بعرب وكاس سكد ساركى سور بك).

طلق امرأته طلاقاً رجعيًا لا يثبت لها حق المطالبة بالمهر؛ لأن المهر مؤجل وأجله أحد سببين: بالموت، أو وقوع الفرقة، ولم يوجد الموت ولم تقع الفرقة؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح عندنا.

قال لمنكوحته وهي أمة: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثلاثاً، فأعتقت، فدخلت الدار، تطلق ثلاثاً.

رجل زوج ابنة البالغ امرأة بغير أمره، فأخبر الابن بذلك فقال: أكوندر فلانة رازا فهرمن حواسه سه وراسه طلاق، يكون هذا إجازة للنكاح ويقع عليها ثلاث تطليقات.

رجل قال ل نسوة له: من دخل منكن الدار فهي طالق، فدخلت امرأة مرارا، طلقت بكل مرة تطليقة؛ لأن الفعل [و]^(٢) هو الدخول في قوله: من دخلت منكن أضيف إلى جماعة، والفعل إذا أضيف إلى جماعة يراد به في عرف الاستعمال تعميم

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

الفعل مرة بعد أخرى، فلا يراد به الفعل مرة واحدة، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعِدًّا﴾^(١) فإنه دخل فيه عموم الصيد؛ لأن الفعل وهو القتل أضيف إلى الجماعة.

والدليل عليه ما ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا قال الأمير للعسكر: من قتل منكم قتيلا فله سلبه، فقتل رجل قتيلين يستحق سلبهما؛ لأن القتل أضيف إلى العامة فأوجب تعميم القتل مرة بعد مرة، فكذا في مسألتنا.

(عردى بسعر من دصت در العنب أكر بل ما داد دوى من مراته وين برنو أما مره بايتم ما نفقه من نویر سده یاسد امر موسد سبس نومها ده باسم باهر حونا برب باي صود كساده كي نفسي اذكر نهى بل باه نفقه رشيد أما نرد ساهل امر سوس رب لي سود بل باه ترتب رب دو حرى با امدل ونفقه بامر ساده).

فقد قيل: ينبغي ألا يقع الطلاق؛ لأن شرط بره ألا يكون كلاهما ملكا له، فيكون له شرط حثه ضده، وهو أن يكون كلاهما ملكا له، وكلاهما ليسا ملكا له فلم يتحقق شرط الحث فلا يحث.

رجل قال: (اكر في دا ما كارمان بكوم مراكي رب منحه سنه طلاق قرا كاروان درمت).

فقد قيل: ينبغي أن يقع؛ لأن شرط بره (رمورى باكاد) وإنه متصور، فانعقد [به]^(٢) يمينه على ذهابه ولم يوجد فيحث في يمينه.

وقد قيل: ينبغي ألا يحث؛ لأن مراد الزوج بحكم العرف والعادة (اكرى ذا كاروان برود ومس باكاروان مى روم)، فصار شرط حثه بحكم العرف والعادة عدم ذهابه مع ذهاب (كاروان)، ولم يوجد فلا يحث.

مردى رد مطلقة (حولس رالب لي سام نورنى مرق كتم ار ريد طلاق وساهورى رى فاطمة بسبب ميلارى حواسيب لى اررى رايام ناف فاطمة اسب وحالى سام دنكرمى خوايد بطلا قسود دست انك ابام باو افي انست بابن بام رركريا ظل سى نود رين رن رادو بام است بلى فاطمة، شرط وقوع طلاق نامسم رن رد العب لن اكي

(١) سورة المائدة آية: ٩٥ .

(٢) سقط في ب.

امست بخار مرسالي ومراعات كرد لين امارن بخارى مرد سامد باست لمدست).
فقد قيل: تطلق، وهو الأشبه؛ لأن شرط البر في هذه المسألة (مراعات كرنند
رمرن سوار العدابي امرن عارسبي سوى)، هذا هو المفهوم. من هذا الكلام، ولم
يوجد ذلك هنا ففات شرط البر فيتعين الحنث.

ولو قال لها: (أنت طالق لي ريان مر) فمعناه: أنت طالق على أي بريء من
مهرک، فإن قبلت ذلك يقع الطلاق ويسقط الصداق عن ذمة الزوج، وإن لم تقبل لا
يقع الطلاق.

وقعت واقعة من جنس هذا وصورتها:

إذا قال لها: إن فعلت كذا فأنت طالق على أي بريء من مهرک، فأفتينا [أنه
يشترط قبولها]^(١)، ولكن بعدما فعلت ذلك الفعل؛ لأن هنا علق الطلاق بشرط
البراءة بمباشرة ذلك الفعل فيصير قائلاً عند مباشرة ذلك الفعل أنت طالق على أي
بريء من مهرک فيشترط القبول في ذلك الوقت.

رجل قال لامرأته: (برا طلاق دارم يشترط أن له حول ارمن هذي بير فلان كمس
لايبا سي واكر فلان رايان من صار في طلاقه ست كرون أنه فلايا ريانا من طلاق واقع
سب)، وهذا ليس بطلاق معلق بشرط عدم التزوج، بل هذا في معنى الطلاق بشرط
الخيار للزوج، واشترط الخيار في الطلاق لا يصح ويقع الطلاق. والله أعلم
بالصواب.

* * *

(١) سقط في ب.

كتاب النفقات

هذا الكتاب يشتمل على [خمسة]^(١) فصول:

الفصل الأول

في نفقة^(٢) الزوجات

[الأصل في نفقة الزوجات] قول الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾^(٣).

[وفي قراءة عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم^(٤)] ^(٥).

- (١) سقط في ب.
- (٢) قال الجوهري في الصحاح: «نَفَقَ البَيْعُ نَفَاقًا، بالفتح أي راج. والنَّفَاق بالكسر، فغل المنافِق. والنَّفَاق أيضًا، جمع النفقة من الدراهم» ثم قال: «وقد أنفقت الدراهم من النفقة». وقال المجد في القاموس: «النَّفَقَةُ، ما تُنْفِقُهُ من الدراهم ونحوها» ثم قال: «وَأَنْفَقَ» افتقر، وماله: أنفده، كاستنْفَقه».
- وقال ابن منظور في لسان العرب: «أنفق المال: صرفه، وفي التنزيل: «وإذا قيل لهم: أنفقوا مما رزقكم الله» أي أنفقوا في سبيل الله وأطعموا، وتصدقوا. واشتَنَفَقَهُ: أذهبهُ. والنَّفَقَةُ: ما أنْفَقَ والجمع، نَفَاقٌ» ثم قال: «وقد أنْفَقْتُ الدراهم، من النَّفَقَةِ. والنَّفَقَةُ: ما أنْفَقْتُ، واشتَنَفَقْتُ على العيال، وعلى نفسك».
- ويستفاد من هذه النصوص، أن النفقة اسم لما تصرفه من الدراهم، أو نحوها على نفسك، أو غيرك.
- وإصطلاحًا: عند الحنفية: في تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار: هي الطعام والكسوة والسكنى. وعرفًا: هي الطعام.
- وعند المالكية: في شرح «الخرشي على مختصر خليل»: النفقة مطلقًا: ما به قوام معتاد حال آدمي دون سَرَفٍ.
- وعند الشافعية: قال الشرقاوي في حاشيته على شرح التحرير: النفقة: طعام مقدر لزوجته وخادمها على زوج، ولغيرهما من أصل وفرع، ورقيق، وحيوان ما يكفيه.
- وعند الحنابلة: في «الإقناع والمنتهى»: هي كفاية من يمونه، خيرًا، وأدما وكسوة، ومسكنًا، وتوابعها.
- ينظر: الصحاح (٥٦٠/٤)، والمغرب (٣١٩/٢)، والقاموس المحيط (٢٩٦/٣)، وأنبس الفقهاء، ص (١٦٨).
- (٣) سورة الطلاق آية: ٦.
- (٤) تأويلات أهل السنة (٦٤/١٠)، وروح المعاني (٣٣٥/١٤).
- (٥) سقط في ب.

وقراءته لا بد وأن تكون مسموعة عن النبي ﷺ فدل ذلك على وجوب النفقة .
وقال عليه الصلاة والسلام: «أوصيكم بالنساء خيرا . . .»^(١) إلى أن قال «وأن لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف»^(٢) .

(١) أخرجه البخاري (٤١٨/٦) كتاب الأنبياء، باب: خلق آدم وذريته (٣٣٣١)، وفي (٩/١٦٠، ١٦١) كتاب النكاح، باب: المداراة مع النساء (٥١٨٤)، وفي (٩/١٦١) كتاب النكاح، باب: الوصاة بالنساء (٥١٨٦)، ومسلم (٢/١٠٩٠) كتاب الرضاع، باب: الوصية بالنساء (١٤٦٨)، وأحمد في المسند (٢/٤٤٩)، والبيهقي في السنن (٢/٢٩٥) كتاب القسم والنشوز، باب: حق المرأة على الرجل، والدارمي (٢/١٤٨) كتاب النكاح، باب: مداراة الرجل أهله، والبغوي في شرح السنة (٥/١٢١) كتاب النكاح، باب: المداراة مع النساء (٢٣٢٥) عن أبي هريرة من طرق قال: قال رسول الله ﷺ: «استوصوا بالنساء فإن المرأة خلقت من ضلع وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه فإن ذهبت تقيمه كسرته وإن تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء» .
وهذا لفظ البخاري في أحاديث الأنبياء (٣٣٣١) .
وللحديث شاهد عن عائشة .

رواه أحمد (٦/٢٧٩) حدثنا عامر بن صالح قال حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «المرأة كالضلع إن أقمتهما كسرتها وهي يستمتع بها على عوج فيها» .

قال الهيثمي في المجمع (٤/٣٠٧): «رواه أحمد والطبراني في الأوسط والبخاري ورجال البزار رجال الصحيح» .
وشاهد من حديث سمرة .

رواه الإمام أحمد في المسند (٨/٥) حدثنا محمد بن جعفر ثنا عون قال وحدثني رجل قال سمعت سمرة يخطب على منبر البصرة وهو يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول إن المرأة خلقت من ضلع وإنك إن ترد إقامة الضلع تكسرها فدارها تعش بها .

وأخرجه الطبراني في الكبير (٧/٣١١) (٥١/٧)، وابن حبان (٤/٢٤٧)، (٨٠٨ - موارد)، والبزار كما في كشف الأستار (٢/١٨٢) (١٤٧٦، ١٤٧٧) .

وقال الهيثمي في المجمع (٤/٣٠٧): «رواه أحمد والبزار بإسنادين ورجال أحدهما رجال الصحيح وسمي الرجل أبا رجاء العطاردي والطبراني في الكبير والأوسط» .
وشاهد ثالث من حديث أبي ذر .

أخرجه أحمد في المسند (٥/١٥٠، ١٥١، ١٦٤/٥)، والبزار كما في كشف الأستار (٢/١٨٣) (١٤٧٨) .

قال الهيثمي في المجمع (٤/٣٠٦): «رواه أحمد والبزار ورجال الصحيح خلا لعيب بن قعب وهو ثقة» .

(٢) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم (٢/٨٨٦) كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ (١٤٧) - (١٢١٨)، والترمذي (٣/٤٦٧) كتاب الرضاع، باب: ما جاء في حق المرأة (١١٦٣)، وابن ماجه (١/٥٩٤) كتاب النكاح، باب: حق المرأة (١٨٥١) .

وقال عليه الصلاة والسلام لهند^(١) امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف»^(٢).

والمعنى فيه أن المرأة محبوسة عند الزوج بمنفعة تعود إلى الزوج فتكون كفايتها في مال الزوج، كالقاضي لما حبس نفسه لأعمال المسلمين كانت نفقته في مال بيت المال وكعامل الصدقات لما حبس نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في مالهم. ثم هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: في بيان من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحق.

قال: وإذا تزوج الرجل امرأة كبيرة فطلبت النفقة وهي في بيت الأب بعد، [فلها]^(٣) ذلك إذا لم يطالبها^(٤) الزوج بالنقطة، لأن النفقة مستحقة لها على الزوج لما ذكرنا من الدلائل.

وكل أحد يتمكن من المطالبة بحقه، وهذا لأن النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فإذا لم يطالبها بالنقطة فقد ترك حقه، وهذا لا يوجب بطلان حقها. وقال بعض المتأخرين من أئمة «بلخ» رحمهم الله: لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت الزوج.

والفتوى على جواب الكتاب.

فإن كان الزوج قد طالبها بالنقطة، فإن لم تمتنع عن الانتقال [إلى بيت زوجها فلها النفقة أيضا وأما إذا امتنعت عن الانتقال]^(٥) فإن كان الامتناع بحق فإن امتنعت

(١) هي: هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف، صحابة قرشية عالية الشهرة، وهي أم الخليفة الأموي معاوية بن أبي سفيان - رضي الله عنه، كانت فصيحة، جريئة، صاحبية رأي وحزم ونفس وأنفة، تقول الشعر الجيد، وأكثر ما عرف من شعرها: مراثيها لقتلى بدر من مشركي قريش قبل أن تسلم. كانت لها تجارة في خلافة عمر، وشهدت اليرموك، وحرضت على قتال الروم. توفيت سنة أربع عشرة هـ.

ينظر: طبقات ابن سعد (١٧٠/٨)، والروض الأنف، للسهيلى، طبعة شقرون، ١٣٩١هـ (٢٧٧/٢).

(٢) أخرجه البخاري (٤٠٥/٤) كتاب البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١)، ومسلم (١٣٣٨/٣) كتاب الأفضية، باب: قضية هند، الحديث (١٧١٤/٧).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: يطلبها.

(٥) سقط في ب.

لستوفي مهرها فلها النفقة، لأن إيفاء المهر واجب على الزوج، ولها حق حبس نفسها عن الزوج إلى أن تستوفي المهر، فإنما^(١) حبست نفسها بسبب منعه مهرها، فيكون فوات الاحتباس محالاً على الزوج، فلا يسقط حقها في النفقة، كالفرقة إذا جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها لا يسقط حقها عن المهر كذا ههنا.

فأما إذا كان الامتناع بغير حق بأن كان أوفاه المهر، أو كان المهر مؤجلاً، أو وهبته منه فلا نفقة لها، لأن فوات الاحتباس ها هنا لمعنى من جهتها، والنفقة بإزاء الاحتباس [على ما تبين فتجازى بمنع ما جاز بإزاء الاحتباس]^(٢) وهي النفقة^(٣).
ألا ترى أن الفرقة إذا جاءت من قبلها قبل الدخول بها [تجازى]^(٤) بمنع جميع البدل وهو المهر كذا ههنا.

وإن كانت المرأة صغيرة بأن كان مثلها توطأ وتصلح للجماع فلها النفقة، وإن كان مثلها لا توطأ ولا تصلح للجماع فلا نفقة لها عندنا حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع [فيها]^(٥) سواء كانت في بيت الأب أو في بيت الزوج.
فرق بين نفقة الزوجه ونفقة المملوك، فإن نفقة المملوك تجب على المالك وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع.

والفرق: وهو أن نفقة النكاح إنما تجب بسبب الاحتباس المستحق بعقد النكاح، فإنما تجب إذا حصل للزوج منفعة من منافع النكاح على سبيل الخصوص، وهذا لأن الاحتباس ما كان مطلوباً لعينه، وإنما كان مطلوباً لغيره وهو منافع النكاح، فكان المعتمد حصول منافع النكاح على الخصوص، [ومنافع النكاح على الخصوص]^(٦) هو الجماع والدواعي إلى الجماع، والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعي الجماع أيضاً.

فكان فوات منفعة الاحتباس لمعنى جاء من جهتها فصار كما لو نشزت، بخلاف

(١) في ب: فإن.

(٢) سقط في ب.

(٣) المحيط البرهاني (٣/٥٢٠).

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

ما إذا كانت تصلح للجماع .
فأما نفقة المملوك تجب^(١) لأجل الملك فقط وذلك لا يختلف بالصغر والكبر .
قال : وإن كانت المرأة تصلح للجماع والرجل^(٢) لا يطبق عليها النفقة إذا لم تكن مانعة نفسها ، لأن منفعة الاحتباس هنا إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج فلا يسقط حقها في النفقة كما لو حبست نفسها لاستيفاء المهر .

قال : ولو كانا صغيرين لا يطبقان الجماع ، لا نفقة لها حتى تصير المرأة إلى الحالة التي تطبق الجماع ؛ لأن المنع جاء لمعنى [من جهتها ، فأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من جهتها فلا منع ، فالمنع من قبلها قائم]^(٣) . [ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة]^(٤) .

فالحاصل في جنس هذه المسائل : أن ينظر إلى المرأة إن كانت لا تصلح للجماع لا نفقة لها سواء كان الزوج يطبق [الجماع أو لا يطبق ، وإن كانت تصلح للجماع تستحق النفقة سواء كان الزوج يطبق الجماع]^(٥) أو لا يطبق .

وعن هذا قلنا : إذا^(٦) تزوج امرأة صغيرة لا تصلح للجماع [لا تفرض لها النفقة ، ولو تزوج امرأة تصلح للجماع تفرض لها النفقة ، وإن كان الزوج لا يقدر على الجماع في الوجهين لهذا .

والمعنى : أن المرأة في الفصل الأول : لا تصلح للجماع ، لا نفقة لها]^(٧) ؛ وفي الفصل الثاني : تصلح ، فعلم أن [العبرة لما]^(٨) قلنا .

قال : ولو زوج رجل ابنه وهو صغير لا يجامع مثله ولا يحبل امرأة كبيرة فجاءت بولد ، لم يلزمه الولد لاستحالة الإحبال من الطفل .

قال : ولا ترد المرأة النفقة التي كان أبو الزوج ينفق عليها من ابنه ، لأن الحبل لا

(١) في أ: لا تجب .

(٢) في ب: الزوج .

(٣) في ب: يستحق النفقة .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: ولو .

(٧) سقط في ب .

(٨) في ب: المعتبرة كما .

يمنع وجوب النفقة لها، حتى لو أقرت أنها زنت فحبلت يكون عليه النفقة أيضا، لأن الحبل من الزنا إن كان يمنع من الوطء لا يمنع من دواعي الوطء، وكذلك من الوطء بما دون الفرج وهذا كاف لوجوب النفقة.

قال: ولو أقرت أنها حين تزوجت كانت حبلى ردت نفقة ستة أشهر، وهذا لأننا نحمل حبلها على أنه كان من الوطء الحلال حملا لأمرها على الصلاح، وعلى هذا التقدير كان الحبل ثابت النسب ويكون النكاح فاسداً، ولا نفقة في النكاح الفاسد. فإذا أقرت بالحبل وقت النكاح، فقد أقرت بشيئين: بفساد النكاح وإنه إقرار على الزوج، [وأقرت أنه لا نفقة لها مدة الحمل]^(١) وإنه إقرار على نفسها، فتصدق في حق نفسها، ولا تصدق في حق الزوج، وقد أخذت نفقة ستة أشهر فترد ذلك.

ثم الأصل: أن المرأة إذا كانت كبيرة وهي غير مانعة نفسها عن الزوج بغير حق تستحق النفقة على الزوج وإن تعذر وطؤها بعارض [أمر]^(٢) نحو: «الرتق» والقرن، والحيض، والمرض، سواء حصل هذا العارض في بيت الأب قبل الانتقال إلى بيت الزوج أو بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج، حتى إن المرأة الكبيرة إذا مرضت في بيت الزوج مرضاً لا يقدر الزوج معه على جماعها [تستحق النفقة استحساناً، وكذلك الكبيرة إذا مرضت في بيت الأب - مرضاً لا يقدر الزوج معه على جماعها]^(٣) وزفت إلى بيت الزوج كذلك أو لم تزف إلى بيت الزوج إلا أنها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق، تستحق النفقة.

وكذلك المرأة إذا كانت رتقاء أو قرناء أو صارت مجنونة أو أصابها بلاء يمنعه عن الجماع، أو كبرت حتى لا يمكن وطؤها بحكم كبرها، كانت لها النفقة سواء أصابها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبل ذلك إذا لم تكن مانعة نفسها من الزوج بغير حق.

وهذا الذي ذكرنا في هذه المسائل جواب ظاهر الرواية.

والوجه في هذه المسائل ما ذكرنا: أن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس منفعة ينتفع بها الزوج انتفاعاً مقصوداً بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي إلى الجماع،

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

والانتفاع من حيث الدواعي في هذه المسائل حاصل .

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في الرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤهما أنه لا نفقة لهما قبل أن ينقلهما الزوج إلى بيت نفسه وإن انتقلتا^(١) إلى بيت الزوج من غير رضی الزوج فللزوج أن يردهما إلى أهلهما، فأما إذا نقلهما الزوج بنفسه مع علمه بذلك فليس له أن يردهما إلى أهلهما بعد ذلك، ولهما النفقة .

ووجه ذلك: أن^(٢) التسليم الذي اقتضاه^(٣) العقد تسليم من غير مانع يمنع من الوطاء وذلك غير موجود هنا، فكان في التسليم نوع قصور وخلل^(٤) فلا تستحق [النفقة]^(٥) .

فإذا نقلهما الزوج إلى بيته [مع علمه بذلك]^(٦) فقد رضي بالخلل فكان عليه النفقة، ولا يجوز ردها برضاها^(٧) بالتسليم القاصر، بخلاف الصغيرة التي لا تصلح للجماع، لأن هناك المنفعة فائتة فكان له أن يردها ولا تجب نفقتها، أما هنا بخلافه، حتى لو كانت الصغيرة بحال تصلح لمنفعة الخدمة والاستئناس فنقلها الزوج إلى بيت نفسه ليس له أن يردها، وتستحق النفقة عند أبي يوسف - رحمه الله - فكأنه اعتبر منفعة الاستئناس على هذه الرواية .

وروي عن محمد - رحمه الله - في الرتقاء: أنه لا يلزم الزوج نفقتها قبل أن ينقلها الزوج بنفسه إلى بيته كما هو قول أبي يوسف .

ثم فرق أبو يوسف بين ما إذا حولت إلى بيت الزوج مريضة، وبين ما إذا مرضت في بيت الزوج فقال: إذا حولت إلى بيت الزوج مريضة فللزوج أن يردها ولا نفقة عليه، وإذا مرضت في بيت الزوج بعدما حولت إليه صحيحة فليس له أن يردها وينفق عليها إلا أن يتناول، قال: لأن النكاح يعقد للصحة والألفة^(٨) وليس من

(١) في أ: نقلت .

(٢) في ب: إلى .

(٣) في ب: و .

(٤) في أ: فلذلك .

(٥) سقط في أ، ب .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ: برضاه .

(٨) في ب: والإلف .

الألفة أن يمتنع من الإنفاق أو يردها بقليل مرض فإذا تطاول ذلك فهو بمنزلة الرتق الذي لا يزول عادة، فصار كما لو كانت صغيرة لا يجمع مثلها فتسقط نفقتها.

وفي كتاب الأفضية: إذا تزوج رتقاء [أو مريضة]^(١) فلها النفقة.

علل فقال: لأن الرتقاء قد يقدر على جماعها فيما دون الفرج، وكذلك المريضة، فكان الاحتباس لمنفعة مطلوبة من النكاح فتجب النفقة.

قالوا: فعلى قول هذا التعليل إذا كانت [الصغيرة]^(٢) مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج، تجب النفقة.

قال: إذا حبست المرأة في دين قبل النقلة، فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة.

وإن كانت في موضع لا يقدر الزوج على الوصول إليها فلا نفقة لها. وهذا لأنها إذا قدرت على أن توصل الزوج إلى نفسها فقد قدر الزوج على الاستمتاع بها وفوات الاحتباس في بيت الزوج ما كان من جهتها فلا يسقط حقها. فأما إذا لم تقدر أن توصله إلى نفسها لم يتمكن الزوج من الاستمتاع بها فلا تستحق النفقة.

فأما إذا حبست [نفسها]^(٣) بعد النقلة وبعد ما فرض لها القاضي النفقة لا تبطل نفقتها، لأن التسليم قد وجد والمنع حصل بعارض أمر غير مضاف إليها فلا يؤثر في إسقاط حقها كالحيض، وهذا كله إذا كانت محبوسة في دين لا تقدر على الأداء، وإن قدرت على الأداء فلم تفعل فلا نفقة لها لحصول المنع مضافا إليها، وهذا كله قول أبي يوسف، وهو اختيار القاضي الإمام علي السغدري - رحمه الله - «لها النفقة».

فالحاصل: أن على رواية أبي يوسف وهو اختيار القاضي الإمام - رحمه الله - :
[لها النفقة]^(٤).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

وذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الكبير، وفي الأصل^(١): أنها إذا حبست فلا نفقة لها. من غير تفصيل.

وذكر الخصاص في أدب القاضي: إنها إذا حبست فكانت قادرة على أداء الدين أو لم تكن، أو حبست ظلما بغير حق، فلا نفقة لها. وكذلك لو هرب بها هارب لم تستحق النفقة على رواية الأصل، والجامع، ورواية الخصاص.

وعلى رواية أبي يوسف - رحمه الله -، وهو اختيار القاضي الإمام علي السغددي: المعتبر لفوات النفقة فوات الاحتباس من جهتها، ولم يوجد ذلك هنا. وعلى رواية الجامع، والأصل، ورواية الخصاص: المعتبر لسقوط النفقة فوات الاحتباس [عنها]^(٢) لا من جهة الزوج، وقد فات الاحتباس هنا لا من جهة الزوج. وهذا هو الصحيح.

والمعنى في ذلك: أن النفقة إنما تجب عوضا عن الاحتباس في بيت الزوج، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة الزوج أمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا. أما إذا كان الفوات لا لمعنى من جهة الزوج لا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا، وبدونه لا يمكن إيجاب النفقة.

وهو نظير ما قلنا في الغاصب إذا غصب المستأجر من يد المستأجر [لا تجب [الأجرة]^(٣) للأجر على المستأجر لهذا لأنه فات التمكّن من الانتفاع لا من جهة المستأجر]^(٤) كذا هنا.

قال: وإن حبس الزوج وهو يقدر على الأداء، أو لا يقدر، أو حبس ظلما، أو هرب، أو نشز كانت لها النفقة، لأن الاحتباس هنا فات لمعنى من جهة الزوج. [قال: ولو حجت]^(٥) المرأة حجة الإسلام، فإن كان قبل أن تسلم نفسها فلا نفقة لها، ولو كان الزوج بني بها ثم حجت مع محرّم، فلها النفقة في قول أبي يوسف.

(١) في ب: الفصل.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: الأجر.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: قالت.

وقال محمد - رحمه الله - : لا نفقة لها، هكذا ذكر في القدوري .
 وذكر الخصاف: لا نفقة لها، ولم يذكر فيه خلافاً، فيحتمل أن يكون ما ذكر
 الخصاف قول محمد - رحمه الله - .

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن الزوج لما بنى بها فقد وجد التسليم،
 والمانع أداء الفرض، وهي مضطرة في ذلك، بخلاف ما لو [لم بين] ^(١) بها؛ لأن
 هناك لم يوجد التسليم أصلاً.

وجه قول محمد - رحمه الله - أن منفعة الاحتباس [قبل هذا] ^(٢) فاتت لمعنى من
 جهة المرأة فتوجب سقوط النفقة لما قلنا قبل هذا، بخلاف ما لو صلت أو صامت
 عن رمضان .

فرع على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقال: يفرض لها نفقة الإقامة دون
 السفر .

يعني يعتبر ما كانت قيمة للطعام في الحضر لا ^(٣) ما كانت قيمة له في السفر، لأن
 هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج، كالمريضة لا
 تستحق المداواة على الزوج .

وليس على الزوج أن يكتري لها، لأن هذا ليس من نفقة الحضر، فيكون في
 مالها .

ولو أقامت هناك مدة لا يحتاج إليها بطلت نفقتها؛ لأنها غير مضطرة في ذلك
 فصارت كالناشزة .

ولو طلبت من الزوج نفقة مدة الذهاب والمجيء، لم يكن لها ذلك ولكن يعطيها
 نفقة شهر؛ لأن الواجب لها نفقة الإقامة دون السفر، ونفقة الإقامة تفرض لها شهراً
 فشهراً . ثم قال: فإن عادت أخذت ما بقي، هكذا ذكر في القدوري . وفيه نظر؛ فإن
 نفقة الزوجات لا تصير دينا إلا بالقضاء أو بالتراضي على ما يتبين بعد هذا إن شاء
 الله تعالى . ولم يذكر القضاء ولا التراضي هنا فكانت المسألة متأولة .

قال: فإن حج الزوج معها فلها النفقة على الزوج بالاتفاق، ولكن تجب نفقة

(١) في أ: بنى .

(٢) سقط في أ، ب .

(٣) في أ: إلا .

الحضر ولا يجب [غلاء السعر]^(١) ولا مؤنة السفر^(٢) لما قلنا.
 وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن المرأة إذا أرادت حجة الإسلام يؤمر
 الزوج أن يخرج معها في حجها وينفق عليها.
 قال في كتاب الأفضية: امرأة خرجت إلى^(٣) حجة الإسلام مع زوجها أو لم يكن
 معها زوجها، فإن كان دخل بها فلها النفقة، وإن لم يكن دخل بها فلا نفقة لها، ألا
 ترى أنها لو صامت رمضان لم يمنعه ذلك من النفقة، فكذلك حجها بعد دخوله بها
 وهي فريضة في ذمتها ليس له أن يمنعه منه، وليس عليه نفقة الحج، إنما عليه نفقة
 الطعام والشراب في المقام على قدر السفر في الموضع الذي هما فيه مقيمان كنفقتها
 في بيتها ليس عليه أن يعطيها على قدر سفر مكة والطريق، وإذا لم يدخل بها فلا نفقة
 لها في الحج، لأنها غائبة عن الزوج فلا نفقة لها حتى ترجع ويقدر على ضمها إليه.
 فقد سوى بين الجواب، لأنه ذكر في الابتداء، وسوى بين ما إذا كان معها زوجها
 أو لم يكن في الفصلين جميعاً، و[في]^(٤) المدخولة وغير المدخولة، وذكر في آخر
 المسألة: وإذا لم يدخل بها فلا نفقة لها، لأنها غائبة عن الزوج، فهذا إشارة إلى أن
 [في]^(٥) غير المدخول بها عدم وجوب النفقة؛ لأنه لم يكن معها زوجها.
 وتعليله لوجوب النفقة في ابتداء المسألة: أن الحج فريضة عليها والاستشهاد
 بصوم رمضان في وجوب نفقتها على الزوج دليل على أن الحكم لا يختلف بكون
 الزوج وعدمه.

والحاصل: أن الفرق بين ما قبل الدخول بها وبعده كان باعتبار أن الظاهر أن
 زوجها لا يذهب معها قبل الدخول بها، بدليل قوله: لأنها غائبة عن الزوج وعلى ما
 ذكرنا في ابتداء المسألة فهو دليل على أن فيه روايتين في هذه المسألة، في هذه
 الرواية لا تسقط نفقتها وإن خرجت وحدها، بخلاف ما ذكر في ظاهر الرواية، فوجه
 ما ذكر هنا أن الحج فريضة عليها كالصوم والصلاة، ثم لا تسقط نفقتها بالامتناع عن

(١) في أ: على السفر.

(٢) في أ: القبض.

(٣) زاد في ب: الحج.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

الاستمتاع بها لمكان الصوم والصلاة، كذا هنا.

وجه ظاهر الرواية: أن الامتناع إذا كان منها يوجب سقوط النفقة عاصية كانت أو مطيعة، لفوات الاحتباس الذي وجبت النفقة باعتباره، وقد وجد هنا، فأوجب سقوط النفقة، وفي الصوم والصلاة إمكان الاستمتاع ثابت^(١) لأنه لا يشترط كونه ممكنا من الاستمتاع في جميع الأزمان، ولكن الاحتباس لأجل الاستمتاع بها لما كان ثابتا^(٢) والمحل محل الاستمتاع، كفى لوجوب النفقة.

في الصوم والصلاة المحل قابل للاستمتاع والاحتباس ثابت فوجبت النفقة. فأما في الخروج إلى الحج فات الاحتباس فلا يمكن القول بإيجاب النفقة.

وإذا تزوج الحر أو العبد أو المكاتب أو المدبر بأمة رجل، كان لها على الزوج النفقة بقدر ما يكفيها لكن بعدما بوأها^(٣) بيتا.

أما بدون التبوئة^(٤) لا تستحق النفقة.

وتفسير التبوئة: أن يخلي المولى بين الأمة وزوجها في منزل الزوج، ولا يستخدمها؛ [وهذا]^(٥) لأن المعتبر في استحقاق النفقة تفرغها نفسها للقيام بمصالح الزوج وذلك لا يحصل إلا بما قلنا.

قال في الكتاب: وكذلك العبد أو المكاتب أو المدبر إذا تزوج امرأة حرة [قد بوئت]^(٦) معه بيتا تفرض عليه نفقتها.

فقد شرط التبوئة في الحرة أيضا، هذا لا يكاد يصح؛ لأن الحرة مهيأة للقيام بمصالح الزوج؛ إذ ليس هنا من يستخدمها ويمنعها من الزوج بخلاف الأمة.

فينبغي أن تستحق الحرة النفقة في هذه المسائل إذا لم تكن مانعة نفسها من زوجها وإن لم توجد التبوئة^(٧)، ألا ترى أن الحر إذا تزوج بحرة تستحق النفقة وإن [لم]^(٨)

(١) في أ: بانة.

(٢) في أ: بائنا.

(٣) في أ: ناولها.

(٤) في أ: البيتوتة.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: فديرت.

(٧) في أ: البناء.

(٨) سقط في أ.

توجد التبوئة إذا لم تكن مانعة نفسها^(١) من الزوج، كذا هنا.
قال: والمدبرة وأم الولد نظير الأمة؛ إذ المعنى لا يوجب الفصل بينهما.
ثم قال: والتبوئة غير واجبة على المولى، لأن حق المولى في الاستخدام باق،
فلو كلفنا المولى التبوئة فقد أبطلنا حقه في الاستخدام، وهذا مما وجه له ولا سبيل
[إليه]^(٢).

ولو بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا أن حق المولى في
الاستخدام باق فلا يسقط بالتبوئة^(٣) كما لا يسقط بالإنكاح.
ثم إذا استخدمها المولى بعد ذلك ولم يخل بينها وبين الزوج فلا نفقة لها، لأنه
فات ما كان يجب نفقتها وهو التبوئة من جهة من له الحق فشابهت الحرة الناشزة.
قال: ولو بوأها المولى فكانت تسير إلى المولى في بعض الأوقات وتخدمه من
غير أن يستخدمها، لم تسقط نفقتها، لأن التبوئة ما فاتت من جهة المولى، والنفقة
إنما تجب حقا للمولى فلا تسقط بصنع يوجد من غير المولى، بخلاف ما إذا
استخدمها المولى، على ما مر.

قال: ولو جاءت إلى بيت المولى في وقت^(٤) والمولى ليس في البيت فاستخدمها
[أهل البيت]^(٥) ومنعوها من الرجوع إلى بيته [فلا نفقة لها]^(٦)، لأن استخدام أهل
المولى إياها بمنزلة استخدام المولى وفيه تفويت التبوئة.

قال: وإذا تزوجت المكاتبه بإذن المولى فهي كالحرة، ولا تحتاج إلى التبوئة
لاستحقاق النفقة، لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها ومنافعها
بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة فلا يحتاج في
حقها إلى التبوئة.

وهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا في الحرة إذا كانت تحت عبد، أو مكاتب، أو مدبر.

(١) في أ: نفقتهما.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: في التبوئة.

(٤) في أ: الوقت.

(٥) في أ: أهله.

(٦) في ب: تسقط نفقتها.

ثم فرع [على]^(١) مسألة العبد فقال: إذا تزوج العبد بإذن المولى وفرض القاضي عليه النفقة، فالنفقة تتعلق بمالية رقبته، لأن دين النفقة ظهر في حق المولى، لأن سببه وهو النكاح كان برضا المولى، فإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن الأداء يباع فيه إلا أن يفديه المولى، ثم إذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع العبد ثانياً. قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة إلا النفقة، وهذا لأن النفقة يتجدد وجوبها بمضى الزمان وذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون.

قال: وإن مات العبد بطل ما اجتمع عليه من النفقة لا يؤاخذ المولى بشيء، لأن محل الاستيفاء قد فات.

قال: فإن قتل العبد كانت النفقة في قيمته.

قال الشيخ أبو الحسين القدوري - رحمه الله - في شرحه: هذا ليس بصحيح، وإنما الصحيح أن تسقط؛ لأن النفقة [تسقط]^(٢) بالموت؛ لأن النفقة في معنى الصلة على ما يأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى، والصلوات تبطل بالموت قبل القبض، والقيمة إنما تقام مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت [لا]^(٣) في دين سقط بالموت. هذا الذي ذكرنا في العبد، وأما المدير إذا تزوج بإذن المولى فالنفقة تتعلق بكسبه؛ لأن الاستيفاء من الرقبة هنا متعذر لعدم جواز بيعه فتعلق بكسبه كسائر الديون.

وكذلك نفقة امرأة المكاتب تتعلق بكسبه ما دام مكاتباً لتعذر الاستيفاء من الرقبة، فإذا عجز بيع فيها لإمكان الاستيفاء من الرقبة بعد العجز.

وهذا الذي ذكرنا إذا تزوج العبد أو المكاتب أو المدير بإذن المولى.

فأما إذا تزوجوا بغير إذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر؛ لأن وجوب النفقة والمهر يعتمد صحة العقد، ونكاح هؤلاء بغير إذن المولى لا يصح. فإن عتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق لسقوط [حق]^(٤) المولى ويجب المهر عليه والنفقة في

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

المستقبل .

قال: ومعتق البعض عند أبي حنيفة - رحمه الله - بمنزلة المكاتب .
وعندهما: بمنزلة حر عليه دين، بناء [على]^(١) أن العتاق عندهما لا يتجزأ، وعند
أبي حنيفة - رحمه الله - يتجزأ وكان بمنزلة المكاتب، إلا أن الرد في الرق بالعجز
هنا لا يتصور، وفي المكاتب يتصور، أما قبل العجز فحالهما^(٢) واحد .

قال: وإذا زوج الرجل أمته من عبده وبوأ لها بيتا أو لم ييؤ فنفقتها على المولى
لأنهما جميعا ملك المولى، ونفقة المملوك على المالك .
وسياتي الكلام في نفقة الممالك بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وإن زوج الرجل ابنته من عبده فطلبت النفقة كان لها النفقة على العبد، لأن النفقة
في معنى سائر الديون من وجه، [والبنت تستحق الدين]^(٣) على الأب فكذلك على
عبد الأب .

وإذا كان للرجل نسوة بعضهن حرائر مسلمات وبعضهن إماء ذميات فهن في النفقة
سواء، لأن النفقة مشروعة للكفاية، وذلك لا يختلف باختلاف الدين والرق
والحرية، إلا أن الحرة تستحق [نفقة]^(٤) خادمها - على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله
تعالى - والأمة [لا]^(٥)، لأن الحرة تستخدم الأمة، فأما الأمة خادمة في نفسها فلا
تستحق نفقة الخادم .

قال: ولا نفقة في النكاح الفاسد ولا في العدة منه، لأنه لم يحصل للزوج بهذا
الاحتباس منفعة من منافع النكاح وهو الوطاء [أو^(٦) الداعي]^(٧) لأنه ممنوع شرعا
فصارت بمنزلة الصغيرة التي لا يجامع مثلها .

قال: ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض القاضي لها النفقة وأخذت

(١) سقط في ب .

(٢) في أ: فحالها .

(٣) في أ: والبيت يستحق .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في أ .

(٦) في ب: و .

(٧) في أ: والدواعى .

ذلك شهراً، ثم ظهر فساد النكاح بأن شهد الشهود أنها أخته من الرضاعة^(١) وفرق القاضي بينهما، رجع الزوج على المرأة بما أخذت لأنها تبين أنها أخذت ذلك بغير حق، وهذا إذا فرض القاضي لها النفقة.

فأما إذا أنفق الزوج عليها مسامحة من غير فرض القاضي لها النفقة لم يرجع عليها بشيء، كذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح أدب القاضي.

وذكر في الحاوي في الفتاوى: أن الرجل إذا اتهم بامرأة، ثم ظهر بها حبل فزوجت من هذا الرجل، فإن لم يقر هذا الرجل بأن هذا الحبل منه فإن النكاح فاسد عند أبي يوسف ر - رحمه الله - فلا تستحق النفقة.

وعندهما: النكاح الصحيح فتستحق النفقة.

وذكر في موضع آخر: أن على قولهما لا تستحق النفقة أيضاً؛ لأن النكاح إن كان صحيحاً عندهما إلا أن الزوج ممنوع عن وطئها.

وأما إذا أقر الزوج أن الحبل منه فالنكاح صحيح بالاتفاق وهو غير ممنوع من وطئها فتستحق النفقة عند الكل.

وفي فتاوى النسفي في منكوحة تزوجت بزواج آخر ودخل بها الزوج الثاني وفرق بينهما حتى وجبت العدة، ففي الحالة التي تعتد لا نفقة لها^(٢) على الزوج الأول ولا على الزوج الثاني.

أما على الزوج الثاني؛ فلأن النكاح الثاني فاسد.

وأما على الزوج الأول؛ فلأنها صارت ناشزة عن الأول فلا تستحق النفقة عليه.

قال: ولا نفقة للناشزة^(٣) ما دامت على تلك الحالة، لأنها إنما تستحق النفقة

(١) في ب: الرضاع.

(٢) زاد في ب: إلا.

(٣) في بدائع الصنائع للكاساني (٤/٢٢): «والنشوز: أن تمنع المرأة نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله، بأن خرجت بغير إذنه أو غابت أو سافرت»، وجاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي (٥/٢٠٥): «والنشوز: أن تخرج إلى أوليائها بغير إذنه أو تمنعه من الوطء»، وجاء في مغني المحتاج للشرييني (٣/٥٧٢): «وتسقط نفقة كل يوم بنشوز أي: خروج عن طاعة الزوج بعد التمكين والعرض على الجديد وقبله على القديم»، وجاء في المغني لابن قدامة (٧/٤٠٩) «والنشوز: هو معصية الزوجة لزوجها فيما له عليها مما أوجب له النكاح».

قال ابن هبيرة في الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة (٢/١٥٢): «واتفقوا على أن الناشز لا نفقة لها».

بتسليمها نفسها إلى الزوج، وتفريغها نفسها لمصالح الزوج فإذا امتنعت عن ذلك صارت ظالمة، فقد فوتت ما كان يستحق النفقة.

وقد صحح أن شريحاً^(١) - رحمه الله - سئل أن الناشزة هل تستحق النفقة؟ قال: نعم. فقيل: كم؟ قال: جوالق من تراب. يعني لا نفقة لها.

ثم فسر الخصاف الناشزة فقال: الناشزة هي الخارجة عن منزل زوجها، المانعة نفسها منه.

لأنها إذا كانت مقيمة مع الزوج في منزله، الظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها فلا يوجب ذلك بطلان نفقتها.

وكذلك لو كان المنزل ملكاً للمرأة والزوج يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها [لم يكن]^(٢) لها نفقة ما دامت على تلك الحال، لأنها لما منعت من الدخول عليها^(٣) فقد حبست نفسها منه فصارت كأنها نشزت إلى موضع آخر.

[فقال]^(٤) في الكتاب: إلا أن تكون سألته أن يحولها إلى منزله أو يكتري لها منزلاً آخر يصيرها فيه، وتقول: إني أحتاج إلى منزلي، ومنعته من الدخول عليها، فلها ذلك وعليه النفقة، لأن منفعة الاحتباس هنا إنما فاتت لمعنى من جهة الزوج فلا توجب بطلان النفقة.

ثم في كل موضع تسقط نفقة المرأة لأجل النشوز، لو تركت النشوز كانت لها النفقة، لأن المسقط للنفقة هو النشوز، فإذا تركت النشوز ارتفع المسقط فصار الحال بعد ترك النشوز كالحال قبل النشوز.

وذكر في الفتاوى عمن أوفى مهر امرأته وهو يسكنها في أرض الغصب فامتنعت

(١) هو: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكندي، أبو أمية الكوفي القاضي، ويقال: كان من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، وقال ابن معين: كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه، استقضاه عمر على الكوفة، وأقره عليّ، وأقام على القضاء بها ستين سنة، وقضى بالبصرة سنة، وقال العجلي: كوفي تابعي ثقة. قال أبو نعيم: مات سنة ثمان وسبعين زمن مصعب بن الزبير وهو ابن مائة وثمانين سنة، بعدما عُزل عن القضاء بستين.

ينظر: تهذيب الكمال (١٢/٤٣٥)، تقريب التهذيب (١/٣٤٩)، والإصابة (٢/١٤٦).

(٢) في ب: لكن.

(٣) من قوله: «لم يكن لها نفقة ما دامت...» إلى هنا، سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

هي منه قال: لها النفقة، لأنها محقة وليست ناشزة.
قال: وإذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أبت أن تتحول معه إلى منزله أو حيث يريد من البلدان وقد أوفاهها مهرها، فلا نفقة لها عليه لأنها مبטلة في هذا المنع فكانت ناشزة.

وإن كان لم يعطها مهرها وباقي المسألة بحالها فلها النفقة، لأنها محقة في هذا المنع. هذا إذا لم يدخل بها.

وإن دخل بها فكذا الجواب في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وفي قولهما: لا نفقة لها سواء أوفاهها المهر أم لا.

وهذا بناء على أن بعد ما دخل الزوج بها ليس لها أن تمتنع حتى يوفيهما الزوج المهر عندهما. وعند أبي حنيفة: لها ذلك، وكانت مبטلة في هذا المنع عندهما فلا نفقة لها.

قال الفقيه أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : هذا كان في زمانهم، أما في زماننا فلا يملك الزوج أن يسافر بها وإن أوفى صداقها، لأن في زمانهم الغالب في الناس الصلاح، وأما في زماننا فسد الناس، فالمرأة إذا كانت بين عشيرتها فالزوج لا يقدر على أن يظلمها، ومتى نقلها إلى بلد آخر ظلمها، فقليل [له]^(١): أن يخرجها من البلد إلى القرية أو على العكس.

قال: ذلك ليس بسفر وإخراجها إلى بلد آخر سفر.
والنفقة المفروضة تسقط بالنشوز كغير المفروضة، ذكر المسألة في الجامع، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

النوع الثاني: في كسوة المرأة.

والأصل في ذلك قوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١).
والمعنى الذي أوجب النفقة للمرأة على الزوج وهو كونها محبوسة في بيت الزوج لمنفعة تعود إلى الزوج توجب الكسوة أيضا على الزوج.
إذا عرفنا هذا:

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: الكسوة للمرأة على المعسر^(٢) في الشتاء «درع يهودي» «وَمَلْحَفَةٌ زُطِّيٌّ»^(٣) وَخِمَارٌ سابوري [كأرخص ما يكون مما يذفنها]^(٤).
وعلى الموسر في الشتاء «درع يهودي» أو هروي^(٥) وملحفة دينورية^(٦) وخمار إبريسم وكساء أذربيجاني^(٧).

ولها في الصيف «درع سابوري»^(٨)، وملحفة كتان، «وخمار إبريسم» فقد أوجب لها في الشتاء أكثر مما أوجب في الصيف، لأن الحاجة إلى الكسوة في الشتاء لدفع أذى^(٩) البرد [وفي الصيف لدفع أذى الحر، ويحتاج لدفع أذى البرد ما]^(١٠) لا

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٣ .

(٢) في أ: المعتبر.

(٣) في القاموس: (الزُطُّ) بالضم: جيل من الهند، مُعَرَّبٌ «جَتَّ» بالفتح والقياس يقتضى فَتْحَ مَعْرَبِهِ أيضا، الواحدُ زُطِّيٌّ.

ينظر: القاموس المحيط، ص (٦٦٨)، ومفاتيح العلوم، لأبي عبد الله محمد بن أحمد ابن يوسف الكاتب الخوارزمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص (٧٤).
(٤) المحيط البرهاني (٥٢٧/٣).

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ، ب: ديرودية.

(٧) في أ، ب: أيبجاني.

وتقع أذربيجان شمال غرب إيران، وهي تطل على بحر قزوين شرقا.

ينظر: أطلس الحديث النبوي من الكتب الصحاح الستة، لشوقي أبي خليل، دار الفكر، دمشق، ط (١)، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ص (٢٨).

(٨) في أ، ب: سابري.

وسابور: مدينة بينها وبين شيراز خمسة وعشرون فرسخا: كورة مشهورة مدينتها النوبندجان.

ينظر: مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع (٦٨٠/٢).

(٩) في ب: آداء.

(١٠) سقط في ب.

يحتاج لدفع أذى^(١) الحر.

فقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: للمرأة الدرع. والخصاف ذكر^(٢) القميص، وهما سواء، غير أن الدرع مما يلبس للشتاء وهو أن يكون مجيباً^(٣) من قبل الصدر، والقميص ما يكون مجيباً^(٤) من قبل الكتف. توسع الخصاف وأجاز ذلك للشتاء، وذكر الملحفة، وتكلموا في تفسيرها فقال بعضهم: غطاء الليل يلبس في الليل.

وقال بعضهم: الملاءة التي تلبسها المرأة عند الخروج. وقال الخصاف في كتابه: الملحفة تشبه الرداء، غير أن الملحفة أعرض^(٥) من الرداء، فتكون أستر للمرأة.

ثم لم يوجب للمرأة الإزار، والخصاف أوجب الإزار لها في [كسوة الشتاء]^(٦) لا في كسوة الصيف.

ومحمد - رحمه الله - [لم]^(٧) يوجب لها الإزار أصلاً.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إنما لم يوجب محمد باعتبار أن الإزار إنما يحتاج إليه للخروج، والمرأة منهيّة عن الخروج، مأمورة بأن تكون مهياً لنشاط الزوج، فلا يكون على الزوج أن يتخذ ما يحول بينه وبين حقه، فهذا التعليل إشارة إلى أنه لا يفرض للمرأة الإزار في ديارنا أيضاً، وقال غيره من المشايخ: هذا بناء على عرف ديارهم، فإن في عرف ديار محمد - رحمه الله - : المرأة تمكث في بيت الزوج بلا سراويل، وتلبس درعا طويلاً، وفي عرف ديار الخصاف وهو ديار العراق تمكث المرأة في البيت مع السراويل لكن في الصيف لا يمكنهن ذلك لشدة الحر، وفي الشتاء يمكنهن فهذا في عرف ديارهم.

أما في عرف ديارنا يجب لها الإزار وثياب آخر يحتاج إليها في الشتاء، الجبة وما

(١) في ب: آذاء.

(٢) في أ: و.

(٣) في ب: محينا.

(٤) في ب: محينا.

(٥) في أ: أعز.

(٦) في أ: الكسوة للشتاء.

(٧) سقط في أ.

أشبه ذلك .

ولم يوجب^(١) للمرأة المكعب والخف، لأن كل واحد منها [آلة الخروج]^(٢)، والمرأة لا تحتاج إلى الخروج والبروز.

قال: ويجب لها في الشتاء لحاف أو قطيفة إن لم يكن يحتمل لحافا. وكذلك يجب لها فراش تنام عليه، لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها، وهو منهي عن إلحاق الضرر والأذى بها.

قال في الكتاب: ويجعل لها القاضي ما تنام عليه مثل الفراش والمضربة أو المرقعة^(٣)، وفي الشتاء لحاف تغطي بها.

ذكر لها فراشا على حدة ولم يكتف لهما بفراش واحد.

لما روي عن النبي ﷺ [أنه]^(٤) قال: «الفراش ثلاث، فراش لك، وفراش لأهلك، وفراش^(٥) للشيطان»^(٦).

ثم ما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب من الثياب فهو بناء على عاداتهم^(٧) وذلك يختلف باختلاف الأماكن في شدة الحر والبرد، وباختلاف العادات فيما يلبسه الناس في كل وقت، فيجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض في كل وقت ومكان.



(١) زاد في أ: ذلك.

(٢) في أ: للخروج.

(٣) في أ: المرققة.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: وثالث، في ب: والثالث.

(٦) ذكره المصنف في المحيط البرهاني (٣/٥٢٨)، ولم أقف عليه مرفوعًا (٣/٥٢٨)، وفي البناية (٥/٦٨٠): وفي «خزانة الأكمل»: قول القاضي: استديني عليه كذا فرض عليه. ولو قال الزوج: استديني، لا يصير فرضًا ما لم تقل علي، وينبغي أن يكون لها فراش على حدة، ولم يكتف بفراش واحد لهما؛ لأنه قد تغير لهما في الحيض والمرض، وقد جاء فراش لك وفراش لأهلك وفراش لطفلك، والرابع: للشيطان.

(٧) في ب: عاداتهم.

النوع الثالث: في فرض القاضي نفقة المرأة وكسوتها:

قال: وإذا طالبت المرأة زوجها بالنفقة وهي امرأته على حالها وقالت: إنه يضيق علي ويضرني^(١)، فالقاضي يأمره بالنفقة عليها، لأن الله تعالى أمر الزوج بالإمسك بالمعروف.

قال الله تعالى: ﴿فَأَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٢).

وليس من المعروف ترك التوسع في النفقة.

والزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا أن يظهر للقاضي مطله أنه يضر بها ولا ينفق عليها، حينئذ يفرض القاضي لها نفقة عليه كل شهر وأمر أن يعطيها لتنفق [هي]^(٣) على نفسها نظراً لها^(٤).

فإذا لم يعطها وقدمته مرارا ولم يقبل نصح القاضي ولم ينجح فيه وعظه، حبسه القاضي لظهور مطله وظلمه.

وسياتي الكلام في الحبس بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال: وإذا طلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها نفقة على الزوج، فالمسألة على وجهين: إما إن كان الزوج حاضراً أو غائباً.

فإذا كان حاضراً أو كان الزوج صاحب مائدة فالقاضي لا يفرض لها النفقة وإن طلبت، لأنها متعنتة في طلب النفقة، لأن الرجل إذا كان بهذه الصفة ينفق على من ليس عليه نفقته، فلا يمتنع من الإنفاق على من عليه نفقتها، فلا يفرض لها القاضي النفقة إلا إذا ظهر للقاضي أنه [يضر بها]^(٥) ولا ينفق عليها، فحينئذ يفرض لها [القاضي]^(٦) النفقة.

وإن لم يكن الزوج صاحب مائدة فالقاضي يفرض لها النفقة^(٧) كل شهر ويأمره أن يعطيها.

(١) في ب: ويضر بني.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٣١.

(٣) سقط في أ.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٢٨).

(٥) في أ: يصرفها.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: نفقة.

هكذا ذكر في الكتاب، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يكون الزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا إذا ظهر للقاضي مطل الزوج وظلمه على ما ذكرنا فحيثذا يفرض [لها]^(١).

قال: وليس في النفقة عندنا تقدير لازم^(٢)، لأن المقصود من النفقة الكفاية،

(١) سقط في ب.

(٢) اختلف الفقهاء في تقدير النفقة على قولين:

القول الأول: وإليه ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو أن نفقة الزوجة غير مقدرة بقدر معين وإنما باعتبار كفاية الزوجة وحاجتها، على ما يرى من قدرها وقدر زوجها من اليسر والعسر، إن لم يمكنها هو بنفسه، فيفرض لها القاضي إن خاصمته في النفقة، كل شهر ما يكفيها بالمعروف في ذلك؛ لأن النفقة مشروعة بالكفاية، فإنما يفرض بمقدار ما يعلم أنه تقع به الكفاية، ويعتبر المعروف في ذلك، وهو فوق التقدير ودون الإسراف؛ لأنه مأمور بالنظر من الجانبين وذلك في المعروف، وكذلك يفرض لها من الكسوة ما يصلح لها للشتاء والصيف فإن بقاء النفس بهما، وكما لا تبقى النفس بدون المأكول عادة لا تبقى بدون الملبوس عادة كذلك، والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف الأوقات والأمكنة فيعتبر المعروف في ذلك.

واستدلوا على ذلك بالقرآن، والسنة، والمعقول.

أما القرآن الكريم: فقول الله - تعالى - : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. ووجه الدلالة من الآية: أنها جاءت مطلقة عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص؛ ولأنه أوجها باسم الرزق ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب، وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مد أو من رطلي خبز إنفاق بالمعروف، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب، والسنة. وأما السنة المطهرة: فما سبق من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - في قصة هند بنت عتبة.

فنص رسول الله ﷺ على الكفاية فلم يقدر لها ما تأخذ لولدها ونفسها، فثبت أنها غير مقدرة وأنها على قدر كفايتها؛ لأنه ﷺ أمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، ورد الاجتهاد في ذلك إليها، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين، بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص.

وفي صحيح مسلم من حديث جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «... وإن لهن عليكم نفقتهن، وكسوتهن بالمعروف».

إذا كان الواجب هو الكفاية بالمعروف فمعلوم أن الكفاية بالمعروف تتنوع بحالة الزوجة في حاجتها، وتنوع الزمان والمكان، وتنوع حال الزوج في يساره وإعساره، وليست كسوة القصيرة الضئيلة ككسوة الطويلة الجسمية، ولا كسوة الشتاء ككسوة الصيف، ولا طعام البلاد الحارة كالباردة، ولا المعروف في بلاد التمر والشعير، كالمعروف في بلاد الفاكية. كما أن تقدير النفقة لم يكن معروفا في زمن النبي ﷺ، ولا الصحابة، ولا التابعين ولا تابعيهم.

وذلك مما يختلف فيه طباع الناس وأحوالهم، ويختلف باختلاف الأوقات أيضًا، ففي التقدير بمقدار إضرار بأحدهما^(١).

وأما المعقول: فلأن النفقة وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب.
القول الثاني: وإليه ذهب الشافعية، وهو قول القاضي أبي يعلى من الحنابلة أن نفقة الزوجة مقدرة بنفس ما وجبت منه، وتقديرها على الموسر مدين وعلى المعسر مد، وعلى المتوسط مد ونصف.
واستدلوا على ذلك بالقرآن، والقياس.

أما القرآن الكريم: فقول الله - تعالى - : ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ عَلَيْهِ رِزْقُهُ﴾
أي: قدر سعته فدل أنها مقدرة.

ونوقش: بأن الآية حجة عليهم؛ لأن فيها أمر الذي عنده السعة بالإففاق على قدر السعة مطلقاً عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييداً لمطلق فلا يجوز إلا بدليل، وهذا أيضاً يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعاً، وإنما تتقدر بحسب الحالة من المنفق، والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة.

واستدلوا بالقياس: وهو اعتبار النفقة بالكفارة بجامع أن كلا منهما مال يجب بالشرع ويستقر في الذمة، وأكثر ما وجب في الكفارة لكل مسكين مدان وذلك في كفارة الأذى في الحج، وأقل ما وجب له مد في نحو كفارة الظهار فأوجبوا على الموسر الأكثر وهو مدان؛ لأنه قدر الموسع وعلى المعسر الأقل، وهو قولان المد الواحد يكتفي به الزهيد ويتقنع به الرغبة، وعلى المتوسط ما بينهما؛ لأنه لو أزم المدين لضره، ولو اكتفي منه بمد لضره فلزمه مد ونصف.

ونوقش: بأن اعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار، ولا هي مقدرة بالكفاية، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر، ولهذا لا يجب فيها الأدم.

ينظر: بدائع الصنائع (٢٣/٤)، المبسوط (١٨/٥)، الجوهرة النيرة (٨٣/٢)، البحر الرائق (١٨٨/٤)، رد المحتار على الدر المختار (٥٧٥/٣)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٧٨٣/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥١٣/٢)، شرح مختصر خليل، للخرشي (١٨٩/٤)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٧٣٨/٢)، نهاية المحتاج (١٨٧/٧)، مغني المحتاج (١٥٢/٥)، أسنى المطالب (٤٢٦/٣)، المغني، لابن قدامة (١٥٧/٨)، كشف القناع (٤٦٠/٥)، الإقتان والإحكام المعروف بشرح ميارة (٢٦٠/١)، أحكام القرآن، لابن العربي (٢٤٩/٤)، شرح ابن بطال على صحيح البخاري (٤٣٦/٧)، المنتقى شرح الموطأ (١٢٨/٤)، الفتاوى الكبرى (٢٢٩/٣)، (٣٨٢)، إعلام الموقعين (٢٧٣/٤)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، دار الفكر، د. ط، د. ت (٤٨٨/٤).

(١) في أ: أحدهما.

والذي قال في الكتاب: إن كان الزوج معسرًا فرض القاضي لها النفقة كل شهر أربعة دراهم، فهذا ليس بتقدير لازم، لأن هذا يختلف باختلاف الأسعار في الغلاء والرخص واختلاف الأوقات، فكان في التقدير بالدراهم إضرار بأحدهما فلا يعتبر ذلك، إلا أن محمداً - رحمه الله - ذكر التقدير بالدراهم على ما شاهد في زمانه. فأما الذي يحق على القاضي في زماننا اعتبار الكفاية بالمعروف فيما يفرض في كل وقت ومكان.

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لهند: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١).

والمعنى في ذلك: أن [في]^(٢) النفقة معنى^(٣) الصلة، والصلوات شرعت على وجه يكون فيه نظر من الجانبين وذلك أن يتقيد بالمعروف بلا سرف ولا تقتير. قال: وكما يفرض القاضي لها قدر الكفاية من الطعام، فكذا من الإدام والدهن. أما الإدام، فلأن الخبز لا يتناول عادة إلا مأدوماً. وأما الدهن، فلأنه لا يستغنى عنه، [خصوصاً في ديار الحر، فهو من أصول الحوائج.

قالوا: واللحم ليس من الإدام^(٤) خصوصاً على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - فإنه لم يجعل اللحم من الإدام في اليمين، ولكن ننظر: إن كانت المرأة مفرطة اليسار تأكل الحلو وما أشبه ذلك، والزوج كذلك يفرض عليه مثل ذلك.

وإن كانا من أوساط الناس فعلى حسب ما يأتدمون في عاداتهم يفرض على الزوج.

قال: والجواب في الكسوة كالجواب في النفقة، يريد به أن القاضي يفرض لها من الكسوة للشتاء والصيف ما يكفيها بالمعروف لقوله تعالى: ﴿رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ

(١) تقدم.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: بمعنى.

(٤) سقط في ب.

بِالمَعْرُوفِ ﴿١﴾ .

والمعنى فيه: أن بقاء النفس عادة بهما، والحاجة إلى ذلك تختلف باختلاف الأوقات فيقضي لها في كل وقت ما تحتاج إليه بالمعروف .
غير أن الكسوة تفرض لها في كل ستة أشهر؛ لأن حاجاتها إلى الكسوة مما يختلف باختلاف الشتاء والصيف فيقضي لها في كل فصل بقدر الحاجة، والنفقة تفرض لها في كل شهر وتدفع إليها، لأنه يتعذر على القاضي أن يفرض لها النفقة [في] ^(٢) كل ساعة، ويتعذر عليه أن يفرض لها النفقة في جميع مدة النكاح؛ لأن ذلك مجهول فقدرناه بكل شهر لأنه أقل الآجال المعتاد فيما بين الناس .
فرع على هذا فقال: إذا فرض القاضي لها نفقة شهر «فلم يدفع الزوج ذلك» فأرادت المرأة أن تطلب كل يوم وإنما تطلب عند المساء؛ لأن حصة كل يوم معلوم فيمكنها المطالبة بذلك، ولا كذلك ما دون اليوم لأنه مقدر بالساعات فلا يمكن اعتبارها .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: ما ذكر [محمد] ^(٣) - رحمه الله - أن النفقة تفرض لها شهرًا [شهرًا] ^(٤) ليس بتقدير لازم إنما ذلك بناء على عاداتهم .

وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا: يعتبر في ذلك حال الرجل، فإن كان محترفًا تفرض عليه النفقة [يوما فيوما، وإن كان من التجار تفرض عليه النفقة] ^(٥) شهرًا فشهرًا .

وإن كان من الدهاقين تفرض عليه النفقة سنة فسنة، لأن الأداء على الدهاقين إنما يتيسر ^(٦) عند إدراك الغلة في كل سنة . وعلى التاجر عند اتخاذ غلة الحوانيت وغيرها في كل شهر، وعلى المحترف بالاكْتِسَاب كل يوم .

في ثم ظاهر الرواية: الأصل المعتبر في فرض النفقة حال الزوج في اليسار

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٣ .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

(٦) في ب: يثبت .

والإعسار، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، وهذا لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُسِيحِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا﴾^(٣).

وذكر الخصاف - رحمه الله - في النفقات: أنه يعتبر حالهما في اليسار والإعسار حتى لو كانا موسرين كانت لها نفقة الموسرين. ولو كانا معسرين فلها نفقة المعسرين.

وإن كانت موسرة والزوج معسرًا يفرض لها فوق ما يفرض لو كانت معسرة فيقال له: تكلف أن تطعمها خبز^(٤) البر وبأجّة أو بأجّتين.

وإن كان الزوج موسرًا مفرط اليسار نحو أن يأكل [الحلو واللحم]^(٥) المشوي والبأجات، والمرأة فقيرة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير، لا يؤخذ الزوج أن يطعمها [ما يأكل]^(٦) بنفسه، ولا ما كانت تأكل المرأة في بيت أهلها، ولكن يطعمها فيما بين ذلك، ويطعمها خبز البر وبأجة أو بأجتين، وهذا هو معنى اعتبار حالها. وإشارة الخصاف في أدب القاضي متعارضة.

في بعضها يشير إلى أنه يعتبر حال الزوج، وفي بعضها يشير إلى أنه يعتبر حالهما. قال مشايخنا - رحمهم الله - والمستحب للزوج إذا كان موسرًا مفرط اليسار والمرأة فقيرة أن يأكل معها ما يأكل بنفسه، لأنه مأمور بحسن العشرة معها، وذلك في أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء.

قال في الكتاب: وكل جواب عرفته في فرض النفقة من اعتبار حال الزوج، أو اعتبار حالهما فهو الجواب في الكسوة؛ إذ المعنى لا [يختلف]^(٧).

قال: وإذا فرض القاضي للمرأة ما تحتاج إليه من الدقيق وسائر المؤن فقالت: أنا لا أعمل ولا أخبز ولا أطبخ ولا أعالج شيئًا منها، فإنها لا تجبر على ذلك، وعلى

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٦ .

(٢) سورة الطلاق آية: ٧ .

(٣) سورة الطلاق آية: ٧ .

(٤) في أ: بخبز .

(٥) في ب: الحلواء والحمل .

(٦) سقط في ب .

(٧) سقط في أ .

الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل الطبخ والخبز وما أشبهه، وهذا لأن الواجب^(١) لها على الزوج^(٢) الطعام، [قال الله تعالى: ﴿مَنْ أَوْسَطَ مَا نَطَعُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^(٣)] والطعام ما يمكن تناوله، [والحنطة]^(٤) والدقيق [لا يمكن تناولهما فوجب على الزوج أن يجعل الحنطة والدقيق]^(٥) مهياة، وذلك بالخبز والطبخ. كذا ذكر الخصاص في أدب القاضي والنفقات.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في نكاح^(٦) الفتاوى: هذا إذا كانت المرأة [بها علة]^(٧) لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت المرأة من الأشراف.

أما إذا كانت المرأة تقدر على هذه الأعمال وهي ممن تخدم بنفسها، لا يجب على الزوج أن يأتيها بمن يعمل هذه الأعمال لأنها متعنتة في ذلك. قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إذا امتنعت المرأة من الطبخ والخبز وأعمال البيت كان للزوج أن يمتنع من الإدام أيضا ويعطيها خبز البر مما يمكن أكلها وحده ويقول: هو طعام، وليس علي سوى الطعام. وكذلك إذا طلبت الفواكه كان للزوج أن يمتنع عن بعض الفواكه. وإن أعطاها خبز الشعير لا بد من الإدام، لأنه لا يمكن تناوله، ولكن [لا]^(٨) يجبر على ذلك في الحكم.

ومتى أقامت هذه الأعمال في البيت فالزوج يؤدي هذه الأشياء إليها ويؤمر بذلك ديانة لا جبرا ولا حكما.

ثم على ظاهر الرواية فرق بين نفقة المرأة وبين نفقة خادماتها. فإن خادماتها إذا امتنعت عن هذه الأعمال لا تستحق النفقة على زوج مولاتها.

(١) في م: الجواب.

(٢) في م: الجواب.

(٣) سورة المائدة آية: ٨٩ .

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: كتاب.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

والفرق: وهو أن نفقة الخادم [إنما تجب] ^(١) بإزاء ^(٢) الخدمة فإذا امتنعت عن هذه الأعمال لم يوجد ما تستحق هي النفقة بمقابلتها. فأما نفقة المرأة إنما تجب بإزاء التمكين وقد مكنت فلا تجب عليها هذه الأعمال.

هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الزوج حاضراً.

فأما إذا كان الزوج غائبا وله مال حاضر في بيته فطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة [في ذلك المال] ^(٣)؛ [فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة في ذلك المال] ^(٤) لأن هذا إيفاء لحق المرأة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة، لأن النفقة واجبة على الزوج بحكم الزوجية قبل قضاء القاضي، والقاضي عرف قيام الزوجية ههنا، إنما الحاجة إلى الإيفاء، والإيفاء لا يمتنع بسبب الغيبة، ألا ترى أن من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب صاحب الدين من ذلك [قضى له به، من ذلك] ^(٥) حديث هند على ما عرف.

ولكن ينبغي للقاضي أن ينظر للغائب وذلك في أن يحلفها أنه لم يعطها النفقة لجواز ^(٦) أن يكون أعطاها النفقة [قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانياً. فإذا أعطاها النفقة يأخذ] ^(٧) منها كفيلاً.

هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - [في شرحه.

وذكر في] ^(٨) أدب القاضي للخصاف: أن القاضي إذا استوثق منها ^(٩) بكفيل فحسن، وإن لم يأخذ كان جائزاً.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والصحيح ما ذكر شمس الأئمة السرخسي

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: بأدائه.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: نحو.

(٧) في ب: وأخذ.

(٨) في ب: شرح.

(٩) في أ: منه.

- رحمه الله - لأن القاضي نصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر لنفسه بنفسه فيجب على القاضي أن ينظر له، ونظره هنا في أخذ الكفيل لجواز^(١) أن يحضر فيقيم بينة أنه كان أوفاهها النفقة، أو يقيم بينة أنه أرسل إليها بالنفقة^(٢).

وفي كتاب الأفضية: أن القاضي [لو]^(٣) لم يأخذ منها كفيلا دفع إليها النفقة. فهذا إشارة إلى أن أخذ الكفيل نوع احتياط، لا [أن]^(٤) يكون لازما. فإن حضر الزوج وقال: كنت أوفيت النفقة أو أرسلت إليها بالنفقة فالقاضي يقول له: أقم [البينة]^(٥).

فإن أقام أمرها القاضي [برد ما أخذته]^(٦)، لأنه ظهر عند القاضي أنها أخذت بغير حق، وللزوج الخيار إن شاء أخذها بذلك وإن شاء أخذ الكفيل، لأنها إذا أخذت وأنفقت على نفسها صار دينها عليها، وفي الدين الذي به كفيل لرب الدين الخيار على [هذا]^(٧) الوجه. كذا هنا.

وإن لم يكن للزوج بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شيء على الكفيل. وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها، وللزوج الخيار على ما قلنا. فقد ذكر في هذه المسألة نكول المرأة، ونكول الكفيل، ونكول المرأة أمر لازم، أما نكول الكفيل ليس بلازم، بل إذا نكلت المرأة فذلك يكفي لثبوت الخيار للزوج وإن لم ينكل الكفيل، لأن النكول إقرار، والأصيل إذا أقر بالمال لزم الكفيل وإن جحد الكفيل ذلك.

هذا إذا كان النكاح بينهما معلوما للقاضي.

فأما إذا لم يكن النكاح معلوما للقاضي فأرادت المرأة أن تقيم البينة على النكاح لم يقبل القاضي ذلك منها، ولا يعطيها النفقة عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله

(١) في أ: نحو.

(٢) زاد في ب: إليها.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: بردها أخذت.

(٧) سقط في ب.

تعالى - لأن هذا قضاء على الغائب، [لأن دفع]^(١) ماله إليها لتنفق^(٢) على نفسها لا يكون إلا بعد القضاء بالنكاح والزوجية فيكون قضاء على الغائب فلا يجوز. وعند زفر: يسمع القاضي البينة منها ولا يقضي بالنكاح، ويعطيها النفقة من مال الزوج.

وإن لم يكن للزوج مال يأمرها بالاستدانة، فإن حضر الزوج وأقر بالنكاح أمره بقضاء الدين، وإن أنكر ذلك كلفها القاضي إعادة البينة، فإن لم تعد أمرها برد ما أخذت ولم يقض لها بشيء مما استدان على الزوج. فهذا قول زفر، وهو قول أبي يوسف.

ذكر الخصاص قول أبي يوسف [في النفقات، فيحتمل أن ما ذكره الخصاص في النفقات قول أبي يوسف]^(٣) الأول، كما نص عليه في مختصر الكافي، وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول أولاً: يقضي بالنفقة على الغائب، وهو قول إبراهيم، ثم رجع إلى قول شريح فقال: لا يقضي، وعند محمد: لا يقضي، قولاً واحداً. وما يفعله القاضي في زماننا من قبول البينة من المرأة، وفرض النفقة على الغائب إنما ينفذ لا لأنه قول علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية، لكن لكونه [مختلفاً فيه، إما مع زفر أو مع أبي يوسف على ما ذكره الخصاص، فنفذ لكونه]^(٤) قضاء في فصل مجتهد فيه، وهو أرفق بالناس.

ثم على قول من يقول بفرض النفقة في هذه المسألة، لا تحتاج المرأة إلى إقامة البينة أن الزوج لم يخلفها النفقة.

الدليل عليه أن الخصاص ذكره في أدب القاضي: أنها إذا ادعت أنها زوجة فلان، [ولم يخلفها [نفقة...]]^(٥) ثم قال: إن أقامت بينة أنها زوجة فلان]^(٦) فالقاضي يفرض لها عند أبي يوسف - رحمه الله -، ولم يقل بإقامة البينة أن الزوج لم يخلفها نفقة.

(١) في أ: لأنه يدفع.

(٢) زاد في ب: هي.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) من قوله: «ولم يخلفها نفقة ثم قال...» إلى هنا، سقط في ب.

هذا الذي ذكرناه كله إذا كان المال في بيت الغائب .
 فإن أحضرت المرأة غريما للزوج أو^(١) مودعا في يده^(٢) مال الزوج ، فإن كان
 القاضي يعلم بالنكاح وبالوديعة وبالدين ، سأل المرأة هل عجل لها نفقة ، فإذا قالت :
 لا ، استحلفها ، فإن طلقت يقضي لها بالنفقة - [لما]^(٣) قلنا .
 فإن أنفق المودع على امرأة المودع ، والمدين^(٤) على امرأة رب الدين ، يضمن
 [ولا يبرأ]^(٥) المديون . ولكن [لا]^(٦) يرجع المنفق على من أنفق [عليه]^(٧) وإن لم
 يكن الحال معلوما سألها القاضي عن الوديعة والدين ، فإن كان المودع و^(٨)
 المديون مقرين بالزوجية والمال سأل المرأة هل عجل لها النفقة ؟
 فإن قالت : لا ، يستحلفها ، فإذا حلفت أمرهما القاضي بإعطاء النفقة من ذلك ،
 لأنه ثبت النكاح والمال للغائب بتصادقهم جميعاً فوجب على القاضي إيفاء حقهما^(٩)
 من ذلك المال كما لو كان^(١٠) المال في بيت الزوج .
 وهذا بخلاف دين آخر على الغائب ، فإن صاحب الدين لو أحضر غريما أو مودعا
 للغائب لم يأمره القاضي بقضاء الدين وإن كان مقرا بالمال وبدينه .
 والفرق : وهو أن القاضي إنما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه
 عليه ، [وفي الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه عليه]^(١١) ، وليس في قضاء
 الدين من ماله حفظ ملكه عليه ، بل فيه قضاء عليه بقول الغير ، وهذا لا يجوز .
 وإن جحد المال للغائب ، أو جحد النكاح ، أو جحد كلاهما ، لم تقبل بيئتها^(١٢)

-
- (١) في ب : و .
 (٢) في أ : يدها .
 (٣) سقط في ب .
 (٤) في أ ، ب : المديون .
 (٥) في أ : ولاية .
 (٦) سقط في ب .
 (٧) سقط في أ .
 (٨) في ب : أو .
 (٩) في ب : حقها .
 (١٠) زاد في ب : هذا .
 (١١) سقط في ب .
 (١٢) في أ : بيئتها .

على شيء من ذلك .

أما على المال، فلأنها بهذه البينة تثبت الملك للغائب، وهي ليست بخصم في إثبات الملك للغائب .

أما على الزوجية، فما ذكر في الكتاب: أنه لا تقبل بيبتها، قول محمد - رحمه الله - وهو قول أبي حنيفة الآخر^(١)، وأبي يوسف الآخر - رحمهما الله - أما على قول أبي حنيفة الأول وهو قول أبي يوسف الأول: تقبل منها البينة، ولكن على قول أبي حنيفة الأول: [يقضي النكاح]^(٢) بينهما، وعلى قول أبي يوسف الأول: لا يقضي .

هكذا ذكر الخصاف في نفقاته .

وذكر القدوري قول أبي حنيفة - رحمه الله - الأول والآخر كما ذكر الخصاف ولم يتعرض لقول أبي يوسف - رحمه الله - .

وإنما لا تقبل هذه البينة منها على النكاح، لأنها^(٣) بهذه البينة تثبت^(٤) النكاح على الغائب، والمودع والمديون ليسا بخصم في إثبات النكاح على الغائب . ثم إذا أمر القاضي المودع أن يدفع نفقتها فدفعها^(٥)، وحضر الغائب وأنكر النكاح، أو أقام البينة أنه عجل النفقة لها فإن القاضي يضمنها ما أخذت، ولا ضمان على المودع؛ لأن أمر القاضي بالدفع إليها قد صح؛ لأن القاضي نصب [ناظر الكفاية]^(٦) ونظر الغائب في إيفاء امرأته ليقى^(٧) حقه في نكاحها، وإذا صح أمر القاضي صار كأمر المودع، ولو دفع بأمر المودع أليس أنه لا يضمن؟ فكذا إذا دفع بأمر القاضي .

فأما المرأة ضامنة لأنها أخذت ما ليس لها أخذه .

(١) زاد في أ: وقول .

(٢) في ب: يقضى بالنكاح .

(٣) في أ: لأن .

(٤) في أ: يثبت .

(٥) في أ: فدفع .

(٦) في ب: ناظرا للغائب .

(٧) في أ: لينفي .

قال: ألا ترى أنه لو قال المودع: أمرني [المودع]^(١) ألا أدفع لها شيئاً، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ويأمره بأن ينفق عليها، ولا ضمان عليه إن جحد رب الوديعة. فهذا يبين لك أن أمر القاضي قد صح هنا^(٢). وإن كان للغائب دين أو^(٣) وديعة، والمودع والمديون كل واحد منهما مقر بالوديعة أو الدين، وبالنكاح، فالقاضي يأمر بالإنفاق أولاً من الوديعة. ولا ذكر لهذا الفصل في الأصل. وذكر في السير الكبير: أنه يأمر أولاً بالإنفاق من الوديعة؛ لأن القاضي نصب ناظرًا، ونظر الغائب في البداية من الوديعة؛ لأن الوديعة تحتل الهلاك بخلاف الدين.

هذا الذي ذكرنا [كله] إذا كان للزوج مال حاضر. فأما إذا لم يكن للزوج مال حاضر فطلبت من القاضي أن يسمع بيبتها على النكاح، ويفرض النفقة على الغائب فيأمرها^(٤) بالاستدانة، لم يجبهها إلى شيء من ذلك، لأن هذا قضاء على الغائب، وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

أما على قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر: يجيئها إلى [ذلك]^(٥). ذكر قول أبي حنيفة الأول في السير الكبير، وكان لأبي حنيفة - رحمه الله - في جواز القضاء على الغائب روايتان. فكان هذا فصلاً مجتهداً فيه فكان للقضاء فيه مجال.

وذكر في أدب القاضي للخصاف: إذا لم يكن للزوج مال حاضر والقاضي يعلم^(٦) بالنكاح فطلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة، لا يجيئها إلى ذلك، خلافاً لزفر - رحمه الله - فكان هذا فصلاً مجتهداً فيه، وكان للقاضي فيه مجال والذي ذكرنا في النفقة كذلك في الكسوة.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: لها.

(٣) في ب: و.

(٤) في ب: ويأمرها.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: يعمل.

[وهذا الذي ذكرنا كله إذا كان مال الغائب في بيته، وما كان وديعة عند إنسان من جنس حقها، بأن كان دراهم، أو كان ثيابا من جنس كسوتها - أو كان - طعاما له، فأما إذا كانت الوديعة]^(١)، والمال الذي في بيت الزوج من خلاف جنس حقها، ليس لها أن تباع شيئا من ذلك في نفقة نفسها.

وكذلك القاضي لا يبيع ذلك في نفقتها عند الكل.

أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأن البيع إنما يكون عن طريق الحجر، والحجر عند أبي حنيفة على الحر البالغ لا يصح.

وأما [على]^(٢) قولهما فكذلك الجواب، لأن عندهما إنما يبيع القاضي على الحاضر الممتنع، فأما الغائب فلا نعلم امتناعه، [فلا يبيع ما له]^(٣).

وينفق القاضي عليها من غلة الدار والعبد الذي هو الغائب [لأن ذلك]^(٤) من جنس حقها ولكن ينظر للغائب على الوجه الذي قلنا قبل هذا.

قال في الكتاب عقيب هذه المسائل: وفي كل موضع كان للقاضي أن يقضي لها بالنفقة في مال الزوج، فلها أن تأخذ من مال الزوج ما يكفيها بالمعروف من غير قضاء.

قال النبي - عليه السلام - لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٥).

قال: وإذا طلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها النفقة على زوجها، وكان للزوج على المرأة دين، فقال الزوج: احسبوا لها نفقتها منه، كان له ذلك، لأن الدينين من جنس واحد، فتقع المقاصة كما في سائر الديون، [إلا أن في سائر الديون]^(٦) تقع المقاصة تقاصا أو لم يتقاصا، وهنا يحتاج إلى رضا الزوج لوقوع المقاصة.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: قال.

(٤) في ب: وإن كان.

(٥) تقدم.

(٦) سقط في أ.

وإنما كان هذا، لأن دين النفقة أنقص من سائر الديون، فإن سائر الديون لا تسقط بالموت ودين النفقة يسقط، على ما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى. وكان دين الزوج أقوى فلا تقع المقاصة إلا برضا الزوج كما لو كان أحد الدينين جيداً والآخر رديئاً.

فأما إذا قال الزوج: احسبوا لها نفقتها منه، فقد رضي بوقوع^(١) المقاصة. [قال]^(٢) وإذا فرض القاضي للمرأة الكسوة فهلكت أو سرقت أو خرقتها قبل الوقت، فليس عليه أن يكسوها حتى يمضي الوقت الذي تبقى إليه الكسوة، هكذا قال في الكتاب.

والأصل في هذه المسألة: أن القاضي متى ظهر له الخطأ في التقدير [يرده، فإذا لم يظهر ذلك لا يرده. وهذا لأنه إذا لم يظهر الخطأ في التقدير]^(٣) بقي التقدير معتبراً، [فما لم]^(٤) يمض الوقت [الذي]^(٥) قدره القاضي لا يقضي لها بكسوة^(٦) أخرى، أما لو ظهر الخطأ في التقدير جعل هذا التقدير وعدمه بمنزلة، فكأن القاضي قضى لها بالكسوة ولم يؤقت لها وقتاً فتخرقت [الكسوة]^(٧) من غير إسراف، وهناك يقضي [لها]^(٨) بكسوة أخرى. كذا هنا.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا هلكت الكسوة أو سرقت قبل الوقت ولم يتبين خطأ^(٩) فيمضيه ولا يقضي بكسوة أخرى حتى تمضي تلك المدة. وإن تخرقت الكسوة بالاستعمال قبل مضي الوقت ينظر: إن تخرقت بخرق استعمالها لم يتبين الخطأ في التقدير فيمضيه ولا يقضي بكسوة أخرى حتى يمضي ذلك [الوقت]^(١٠).

(١) في ب: برجوع.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فلم.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: الكسوة.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) في أ: خطؤه.

(١٠) سقط في ب.

وإن تخرقت بالاستعمال المعتاد تبين الخطأ في التقدير، لأنه وقت وقتا لا تبقى الكسوة إلى ذلك الوقت، فيقضي لها بكسوة أخرى.
وكذلك الجواب في النفقة إذا ضاعت أو سرقت أو أكلت، وأسرفت أو لم تسرف وكان ذلك قبل مضي الوقت فهو كما قلنا في الكسوة.
فرق بين كسوة الزوجات ونفقتهن، وبين كسوة الأقارب ونفقتهم.
فإن القاضي إذا فرض للأقارب الكسوة أو النفقة فضاقت من أيديهم قبل مضي الوقت، فإن القاضي يفرض لها مرة أخرى.
والفرق: وهو أن نفقة الأقارب إنما تستحق باعتبار الحاجة، ولهذا لا تستحق مع الغنى، ومتى ضاعت الكسوة أو النفقة^(١) [قبل الوقت]^(٢) فقد تجددت الحاجة.
أما نفقة المرأة لا تستحق باعتبار الحاجة، ولهذا تستحق المرأة النفقة مع الغنى، وإنما تستحق الكفاية. وبالضياح قبل مضي المدة لا يتبين أنها لم تكن كافية في تلك المدة.

فإذا مضت المدة وكسوة المرأة باقية، فإن لم تستعمل تلك الكسوة أصلا حتى مضى الوقت، يفرض القاضي لها كسوة أخرى إذا لم يظهر خطأ القاضي في التقدير.
وإن استعملت تلك الكسوة، فإن استعملت معها كسوة أخرى في تلك المدة [يفرض لها كسوة أخرى، لأنها لما استعملت مع هذه الكسوة كسوة أخرى في تلك المدة]^(٣) لم يظهر خطأ القاضي في التقدير.
[وإن لم تستعمل]^(٤) مع هذه الكسوة كسوة أخرى، لا يفرض لها كسوة أخرى، لأنه ظهر خطأ القاضي في التقدير، حيث وقت وقتا تبقى الكسوة وراء ذلك الوقت.
فرق بين هذا وبين ما إذا فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء حيث يفرض لها القاضي في التقدير [عشرة أخرى.
والفرق: أن في باب النفقة لم يظهر خطأ القاضي في التقدير]^(٥) بيقين^(٦) لجواز

(١) من قوله: «قال الله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾» إلى هنا، سقط في م.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: وإن استعملت يفرض لها كسوة أخرى؛ لأنها لما استعملت مع هذه الكسوة كسوة أخرى.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: ويتعين، وفي ب: تعيين.

أنه إنما بقي من العشرة شيء لتقدير وجد منها في الإنفاق على نفسها فبقي التقدير معتبراً فيقضي القاضي لها بعشرة أخرى.

أما في باب الكسوة إذا لبست جميع المدة ولم تتخرق فقد ظهر خطأ القاضي في التقدير^(١)، لأننا تيقنا أنه لم يوجد [منها التقدير]^(٢) في اللبس. فرق بين نفقة الزوجات وكسوتهن، وبين نفقة المحارم وكسوتهم، فإن في الأقارب إذا مضى الوقت وبقي شيء من الدراهم ما ذكرنا، أو بقيت الكسوة فالقاضي لا يقضي بأخرى في الأحوال كلها.

والفرق: ما ذكرنا أن نفقة الأقارب وكسوتهم إنما تستحق باعتبار الحاجة، وما بقي شيء من الدراهم أو بقيت الكسوة، فالقاضي لا يقضي بأخرى في الأقوال كلها، و^(٣) [لا حاجة [للأخرى]^(٤) من وجه.

والقاضي إنما جعل [هذا المال عوضاً عن الاحتباس في بيت الزوج من وجه، والقاضي إنما جعل]^(٥) هذا المال عوضاً عن احتباس مقدر.

فإذا لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين جاء احتباس آخر لم تأخذ بإزائه عوضاً، فيقضي لها بأخرى. فهذا هو الفرق بينهما.

قال: وإذا فرض القاضي لها ما [لا]^(٦) يكفيها فلها أن ترجع عن ذلك، لأنه ظهر خطأ القاضي حيث قضى بما لا يكفيها، فعليه أن يتدارك الخطأ بالقضاء لها بما يكفيها.

وكذلك إذا فرض على الزوج زيادة على ما [يكفيها]^(٧) فله أن يمتنع عن الزيادة، لأنه ظهر خطأ القاضي حيث فرض لها زيادة على ما يكفيها.

وذكر في الحاوي في الفتاوى: أن القاضي إذا فرض لها بالأقل من الدراهم

(١) زاد في أ: بيقين.

(٢) في أ: منه التعيين.

(٣) سقط في ب، م.

(٤) في أ: إلى الأخرى.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: ذكر لها.

لرخص الطعام فغلا [السعر]^(١)، أو كان على العكس، كان لها أن [تطلب الزيادة]^(٢)، وله أن يمتنع عن الزيادة.

قال: وإذا فرض على المعسر نفقة المعسرين ثم أيسر تفرض عليه نفقة الموسرين عند طلبها، لأن النفقة تجب شيئا فشيئا، على ما يأتي بعد هذا [إن شاء الله تعالى]^(٣) فيعتبر^(٤) حاله في كل وقت فكما لا يستأنف القضاء بنفقة المعسرين بعد اليسار، لا يستديم ذلك بالقضاء أيضا [والله أعلم]^(٥).



(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: تطالب بالزيادة.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فتعين.

(٥) زاد في ب: والله أعلم.

النوع الرابع: في نفقة خادم الزوجة:

قال في الكتاب: وإذا كان زوج المرأة موسراً وللمرأة خادم واحد، فرض على الزوج نفقة ذلك الخادم، لأنه لا بد لها من خادم واحد يقوم بخدمتها وتهيئ أمور^(١) بيتها حتى تنفرغ المرأة لحوائج الزوج.

وكان ذلك من حوائج المرأة، ومنفعته تعود إلى الزوج، فيكون ذلك على الزوج؛ ألا ترى أنه كما يفرض للقاضي كفايته في مال بيت [المال]^(٢) تفرض كفاية خادمه أيضاً، كذا هنا.

وهذا إذا كانت المرأة حرة.

وإن كانت أمة لا تستحق نفقة الخادم.

وفي كتاب الأقضية جعل المسألة على وجهين:

الأول: أن تكون المرأة ممن تخدم نفسها. وأنه على وجهين أيضاً:

أحدهما: أن يعطيها الطعام مهيناً.

وفي هذا الوجه لا يفرض لها نفقة الخادم، لأنها لا حاجة لها إلى الخادم في هذه الصورة.

وإن أعطاها الطعام غير مهين فإنه يفرض^(٣) لها نفقة الخادم، لأنها في هذه الصورة تحتاج إلى الخادم ليهيئ لها الطعام، فإن ذلك ليس عليها.

وإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها، فإنه يفرض^(٤) لها نفقة الخادم لا محالة. كان لها خادمان أو أكثر.

على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يفرض^(٥) لها نفقة أكثر من خادم واحد.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يفرض لها نفقة الخادمين؛ لأنها تحتاج إلى خادمين^(٦) إحداهما بأمر داخل البيت، والأخرى بأمر خارج البيت.

(١) في ب: أمر.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: يفترض.

(٤) في ب: يفترض.

(٥) في ب: يفترض.

(٦) في ب: الخادمين.

ولهما: إن حاجة المرأة ترتفع بخادم واحد عادة، وما زاد على ذلك للزينة والتجمل، ووجوب النفقة على الزوج للكفاية دون الزينة والتجمل.

فرق أبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله - بين الزوجة والأولاد. فإنه إذا كان للرجل الموسر أولاد لا يكفيهم خادم واحد يفرض^(١) عليه^(٢) نفقة الخادمين.

والفرق: وهو أن المرأة الواحدة يكفيها خادم واحد عادة، والزيادة على الواحد غير محتاج إليها عادة، أما الأولاد إذا كثروا لا يكفيهم خادم واحد فجاز أن يفرض عليه نفقة خادمين أو أكثر، مقدار ما يكفيهم.

والاختلاف في هذه المسألة نظير اختلافهم في الغازي إذا قاد فرسين لا يسهم^(٣) له إلا لفرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - [يسهم لفرسين]^(٤).

وذكر في فتاوى [أهل]^(٥) سمرقند: أن المرأة إذا كانت من بنات الأشراف ولها [خدم كثيرة]^(٦) يجبر الزوج على نفقة خادمين؛ لأن مثل هذه المرأة تحتاج إلى خادمين لتقوم إحداهما بأمر داخل البيت، والأخرى بأمر خارج البيت من الرسالة وغيرها.

وعن أبي يوسف -رحمه الله - في رواية أخرى: إذا كانت فائقة بنت فائق^(٧) زفت إلى بيت زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلها على الزوج. وهكذا روى هشام، عن محمد - رحمه الله - .

فإن قال الزوج لامرأته: لا^(٨) أنفق على أحد من خدمك، ولكن أعطي خادما من خدمي ليخدمك، فأبت المرأة، لم^(٩) يكن للزوج ذلك.

(١) في ب: يفترض.

(٢) في أ: عليهم.

(٣) في أ: سهم.

(٤) في أ: سهم الفرسين.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ، ب: خادم كبيرة.

(٧) في أ: فائدة.

(٨) في أ: على.

(٩) في أ: ولم.

ويجبر على نفقة خادم واحد من خدم المرأة؛ لأن المرأة عسى لا يتهياً لها الاستخدام من خدم الزوج.

وعن بعض مشايخنا أنه قال: للزوج ذلك.

قال: وإن لم يكن للمرأة خادم لا يفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة -رحمهم الله - لأن استحقاقها نفقة الخادم [باعتبار ملك الخادم، فإذا لم يكن لها خادم فكيف^(١) تستوجب نفقة الخادم؟]^(٢).

وهو نظير القاضي إذا لم يكن له خادم، لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هاهنا.

هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الزوج موسراً.

فأما إذا كان معسراً، لم تفرض عليه نفقة الخادم في رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان لها خادم.

[وعن محمد - رحمه الله - تفرض]^(٣).

وجه قول محمد: أنه إذا كان لها خادم^(٤)، فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب على الزوج^(٥) نفقة خادمها، كما في حالة^(٦) اليسار.

وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن المرأة قد تكتفي بخدمة نفسها، واستعمال الخادم لزيادة الترفه وذلك معتبر في حالة اليسار دون [حالة]^(٧) الإعسار؛ لأن المعسر يلزمه أدنى الكفايات، ولا يلزمه الزيادة على ذلك.

ثم اختلف مشايخنا في الخادم، [أي]^(٨) خادم المرأة تستحق النفقة على الزوج؟ منهم من قال: المملوكة لها، حتى لو كانت حرة، أو لم تكن مملوكة لها لا تستحق.

(١) في أ: كيف.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: الزوجة.

(٦) في م: حال.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

ومنهم من قال: كل من يخدمها، حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها، تستحق النفقة.

قال: ولا تقدر نفقة الخادم بالدراهم على ما ذكرنا في نفقة المرأة، [بل] ^(١) يفرض لها ما يكفيها بالمعروف، ولكن لا تبلغ نفقة خادمها نفقتها؛ لأن الخادم تبع للمرأة، فتنقص نفقة الخادم عن نفقتها حتى تظهر مزيته ^(٢) على الخادم.

لم يرد بقوله: تنقص نفقة الخادم عن نفقتها، النقصان في الخبز؛ لأن النفقة بقدر الكفاية، وعسى يستوفي الخادم من الخبز في الأكل أكثر مما تستوفي المرأة، وإنما أراد به النقصان في الإدام.

[قال: فإن] ^(٣) كان للمرأة ممالك كثيرة حتى وجب على الزوج نفقة خادم واحد عند أبي حنيفة [ومحمد] ^(٤) - رحمهما الله - فقالت المرأة للزوج: أنفق عليهم من مهري. ففعل. فقالت هي: لا أحسب من مهري لأنك استخدمتهم.

قال في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : ما أنفق عليهم بالمعروف فهو محسوب عليها ^(٥)؛ لأنه إذا ^(٦) ما وجب على المرأة بأمر المرأة وللمرأة على الزوج المهر، فبقدر ^(٧) ما أنفق عليهم بالمعروف يكون [محسوبا منه] ^(٨).

قال في الكتاب: وفي كل موضع يفرض القاضي نفقة الخادم على الزوج يفرض الكسوة للخادم [أيضا] ^(٩).

والكسوة للخادم على المعسر في الشتاء قميص وكرباس وإزار، وكساء كأرخص ما يكون.

وفي الصيف قميص مثل ذلك، وإزار.

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: مرتبتها.
- (٣) في أ: وإن.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في أ، ب: عنه.
- (٦) في ب: أدى.
- (٧) في أ: بقدر.
- (٨) في أ، ب: محبوسا عنه.
- (٩) سقط في أ.

[و] ^(١) على الموسر في الشتاء قميص زطي، وإزار كرايس، وكساء رخيص، وفي الصيف قميص مثل ذلك وإزار. فقد أوجب لها في الشتاء من الكسوة أكثر مما أوجب [لها] ^(٢) في الصيف وإنما فعل كذلك لما قلنا في المرأة. ثم لم يفرض للخادمة الخمار، وفرض للمرأة ذلك؛ لأن الحاجة إلى الخمار لستر الرأس، ورأس المرأة عورة، أما رأس الجارية ^(٣) ليس بعورة، وفرض لها الإزار، لأن الخادم تحتاج إلى الخروج لتهيئ أمور خارج البيت فتحتاج إلى الإزار. وقد ذكر اختلاف المشايخ في إزار المرأة. قال في الكتاب: ولخادم المرأة المكعب أو الخف بحسب ما يكفيها. فقد فرض للخادم المكعب أو الخف ولم يفرض للمرأة ذلك لأنه لا حاجة للمرأة إلى ذلك فإنها لا تحتاج للخروج ^(٤) والبروز، والخادم تحتاج. قال مشايخنا -رحمهم الله - : وما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب من ثياب الخادم فهو [بناء] ^(٥) على عاداتهم وذلك يختلف باختلاف الأمكنة في شدة الحر والبرد وباختلاف العادات في كل وقت، فعلى القاضي اعتبار الكفاية في نفقة الخادم فيما يفرض في كل وقت ومكان على ما ذكرنا في كسوة المرأة، إلا أنه لا تبلغ كسوة الخادم كسوة المرأة كما ^(٦) ذكرنا في ^(٧) النفقة، والله أعلم.



-
- (١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، ب: الخادمة.
(٤) في ب: إلى الخروج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: لما.
(٧) في أ: من.

النوع الخامس: في الخصومة في نفقة الأزمنة الماضية:

فيدخل فيه بيان الأسباب التي تسقط بها النفقة المفروضة.

قال: وإذا خاصمت المرأة زوجها في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي لها النفقة وقبل أن يتراضيا على شيء، فإن القاضي لا يقضي لها بنفقة ما مضى عندنا.

وعند الشافعي - رحمه الله - : يقضي.

أجمعوا أن بعد فرض القاضي لها النفقة، أو بعد تراضيهما على شيء نفقة كل شهر وغاب الزوج عنها شهرًا أو حبس، أو كان حاضرًا، أو امتنع عن الإنفاق، وقد استدان على الزوج أو أكلت من مال نفسها، كان لها أن تأخذ الزوج بنفقة ما مضى.

وأصل المسألة: أن نفقة الزوجات تصير دينًا بقضاء القاضي، أو بتراضيهما على شيء معلوم لكل^(١) شهر بالاتفاق.

أما قبل قضاء القاضي، أو قبل تراضيهما على شيء معلوم، لا تصير دينًا عندنا. وعند الشافعي - رحمه الله - : تصير دينًا^(٢).

وجه قولنا: إن النفقة عوض من وجه وصلة من وجه؛ لأن النفقة بإزاء الاحتباس، [وفي الاحتباس]^(٣) إن كان حق الزوج من حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة منها وإصلاح أمر المعيشة، ففيه حق الشرع من حيث تحصيل الولد، وصيانة كل واحد منهما عن الزنا.

فمن حيث إن الاحتباس حق الزوج، إن أمكن جعل النفقة عوضًا عنه، فمن حيث إنه حق الشرع - وإقامة حق الشرع مستحق على كل إنسان لا يصلح أن يكون عوضًا عنه، فكان^(٤) عوضًا من وجه، وصلة من وجه.

فمن حيث إنها^(٥) صلة لا تصير دينًا من غير قضاء ولا رضا، كنفقة الأقارب،

(١) في أ: ذلك.

(٢) بحر المذهب، للرويانى (٤٦٧/١١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٣١٦/٦).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وكان.

(٥) في أ: إنه.

ومن حيث إنها عوض تصير دينا إذا وجد القضاء أو الرضا، عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

وكذلك لو استدان المرأة على زوجها^(١) نفقة مثلها قبل فرض القاضي وقبل التراضي منهما على شيء، فإنها لا ترجع بذلك على الزوج؛ لأنها لو رجعت إما أن ترجع بحكم أنها صارت مستدينة على الزوج، ولا وجه إلى ذلك؛ لأنها ليس لها ولاية إيجاب الدين على الزوج.

وإما أن ترجع بحكم أن نفقتها صارت دينا في ذمته، ولا وجه إليه [أيضا]^(٢)؛ لما ذكرنا أن نفقة الزوجة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي أو التراضي، ولم يوجد شيء من ذلك هنا.

وتفسير الاستدانة على الزوج يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح النكاح في باب النفقة في الطلاق: إن^(٣) هذا الجواب قول أبي حنيفة [الظاهر]^(٤) الآخر، أما على قوله الأول: كان لها أن ترجع بنفقة مثلها على الزوج.

فكان [على]^(٥) قول أبي حنيفة - رحمه الله - الأول: نفقة الزوجة تصير دينا على الزوج قبل قضاء القاضي وقبل التراضي منهما، كما هو قول الشافعي - رحمه الله -.

قال: إذا فرض القاضي لها على الزوج كل شهر كذا أو^(٦) تراضيا على نفقة كل شهر فمضت أشهر ولم يعطها شيئا من النفقة، وقد كانت استدان فأنفقت^(٧) أو أنفقت من مال نفسها ثم مات الزوج أو ماتت المرأة، سقط ذلك كله عندنا، بناء على أن النفقة عندنا تستحق [كاستحقاق الصلات]^(٨) من وجه، والصلوات^(٩) تسقط

(١) في ب: الزوج.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وأن.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: و.

(٧) في أ: وأنفقت.

(٨) في أ: استحقاق الصلاة.

(٩) في أ: والصلوة.

بالموت قبل القبض .

وشبه هذا في الكتاب بمن^(١) وجبت عليه الجزية ثم مات، وهناك لا تستوفي الجزية من تركته، كذا هنا .

وكذلك لو طلقها الزوج في هذا الوجه سقط^(٢) ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي، كذا حكى عن القاضي الإمام أبي [على]^(٣) الحسين ابن الخضر النسفي - رحمه الله - وكان يقول: وجدنا رواية هذه المسألة في كتاب الطلاق، وبه كان يفتي الصدر الشهيد والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمهم الله - وشبهه بالذمي إذا اجتمع عليه خراج رأسه ثم أسلم، يسقط عنه كان اجتمع عليه .
ووجه الشبه به: أن الذمي [إنما]^(٤) كان يؤخذ منه خراج الرأس لإصراره على الدين الباطل، وقد زال ذلك المعنى بالإسلام فتسقط الجزية، كذا ها هنا المرأة إنما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما، وتلك الوصلة قد انقطعت بالطلاق .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا وقعت الخصومة بين الزوجين في أمر النفقة فتوسط أبو الزوج وأعطاهما شيئاً ثم طلقها الزوج، ليس للأب استرداد ما تطوع به .

هذا الذي ذكرنا إذا فرض لها القاضي النفقة ولم يأمرها بالاستدانة .
[فأما إذا]^(٥) أمرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما، لا يبطل ذلك، هكذا ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في مختصره .
وذكر الخصاف - رحمه الله - : أنه يبطل أيضاً .

والصحيح ما ذكر في المختصر؛ لأن استدانتها بأمر القاضي، وللقاضي ولاية عليهما، [فصار]^(٦) بمنزلة استدانة الزوج بنفسه، ولو أن الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما - كذا هنا .

وكذلك في مسألة الطلاق يجب أن يكون الجواب هكذا، يعني المستدانة هل

(١) في أ: فمن .

(٢) في أ: يسقط .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في ب .

(٥) في أ: فإذا .

(٦) سقط في أ .

تسقط؟ يجب أن تكون المسألة على الروائتين، في الرواية: لا يسقط، وهو الصحيح.

جئنا للنشوز فنقول: المفروضة تسقط بالنشوز، هكذا في قضاء الجامع، وهكذا ذكر في كتاب الصلح، والمستدان^(١) هل تسقط بالطلاق^(٢)؟ يجب أن يكون على الروائتين على أصح الروائتين لا تسقط. والله أعلم.

* * *

(١) في أ: المستدانة.

(٢) في أ: بالنشوز.

ومما يتصل بهذا الفصل :

ما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب: لو^(١) عجل الزوج لها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل مضي المدة، لم يرجع عليها ولا في تركتها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : يرجع عنها بحصة ما مضى، ويجب رد الباقي إن كان قائما، وقيمة الباقي إن كان مستهلكا .

وجه قول محمد - رحمه الله - : أنها أخذت ذلك من مال الزوج لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود له، فكان [له]^(٢) أن يستردها منها، كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فماتت قبل أن يتزوجها .

ولهما: أنها صلة من وجه على ما ذكرنا، وحق الاسترداد في الصلوات ينقطع بالموت، كالرجوع في الهبة .

وروي [عن]^(٣) محمد - رحمه الله - أنها إذا قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء، وكذلك إذا قبضت نفقة أشهر كثيرة فمات أحدهما قبل مضي المدة، والباقي من المدة شهر أو دونه، لا يرجع عليها؛ [لأن الشهر فما دونه في حكم اليسير]^(٤) فصار كنفقة الحال . وهذا استحسان .

قال محمد - رحمه الله - : وإن كان أكثر من الشهر فعلى ما بينا من الاختلاف . وفي كتاب الأفضية: لو أعطها نفقة سنة أو كساها ثوبا ثم ماتت المرأة، والدرهم قائمة بعينها، والكسوة قائمة، فهي ميراث عنها استحسانا، وهو قول أبي يوسف الآخر .

والقياس: أن يسترد منها نفقة ما بقي من المدة، وهو قول محمد، وأبي يوسف الأول، وإن كانت استهلكت الدراهم يضمن بحصة ما بقي عند محمد وأبي يوسف الأول، وعند أبي يوسف آخرا: لا ضمان .

وجه قول محمد - رحمه الله - ، وهو القياس: أن النفقة وجبت بإزاء الاحتباس

(١) في أ: أو .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ، ب: ولا في الحكم اليسير .

وقد وجد الاحتباس في بعض المدة دون البعض، فيسترد بحصة [ما لم]^(١) يوجد فيه الاحتباس، كما لو نشزت.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - الآخر، وهو الاستحسان: أن النفقة اعتبرت عوضاً متى فات الاحتباس من قبلها [بسبب هي عاصية في ذلك، كما لو نشزت، واعتبرت صلة متى فات الاحتباس من قبلها]^(٢) بسبب هي محقة في ذلك، كما في خيار العتق ونحوه.

وهنا الفرقة بحق فاعتبرت النفقة صلة، فإذا تمت بالتسليم لا يبقى لصاحبها الاسترداد، كما في سائر الصلوات، وفيما إذا نشزت اعتبرت عوضاً، والعوض لا يسلم بدون سلامة المعوض.

قال في الأفضية: وحكم النفقة في الطلاق والموت سواء.
قال ثمة^(٣): وهذا إذا طلقها قبل الدخول بها حتى أوجب سقوط النفقة، كما في الموت.

فأما في الطلاق بعد الدخول، النفقة واجبة، فلا يتأتى هذا. وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج، الجواب على هذا التفصيل الذي ذكرنا.
هكذا ذكر ثمة والله أعلم.

قال في شرح الأفضية: واختلف المشايخ فيما إذا مات الزوج.
قال بعضهم: الخلاف فيهما واحد.

وقال بعضهم: إذا مات الزوج لا يسترد منها شيء بلا خلاف، فعلى قول هذا القائل يحتاج إلى الفرق لمحمد - رحمه الله -.

والفرق له: أن بموت المرأة يفوت الاحتباس من كل وجه فيما بقي من المدة، فيعود ما بإزائه إلى ملكه.

[و]^(٤) بموت الزوج لا يفوت الاحتباس ما لم تنقض^(٥) العدة. والله أعلم.

(١) في أ: ما.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: محمد.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: تبقى.

النوع السادس: في الاختلاف الواقع بين الزوجين في دعوى اليسار والإعسار: قال في الكتاب: روي أن امرأة اختصمت مع زوجها في نفقتها^(١). فقال الزوج: ليس عندي نفقة، فقال لها أبو يوسف: خذي عمامته وأنفقيها على نفسك.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : يحتمل أن أبا يوسف - رحمه الله - عرف أن له عمامة أخرى، فأما لو لم يكن له عمامة أخرى، لا يجب عليه أن يبيع هذه العمامة في النفقة ولا في سائر الديون^(٢).

وفي شرح أدب القاضي للخصاف: أنه لا يجب عليه أن يبيع مسكنه ولا خادمه؛ لأن هذا من أصول حوائجه، وحاجته مقدمة على سائر الديون ويبيع ما سوى ذلك. ومن المشايخ من قال: لا يجب عليه بيع الإزار؛ لأن به حاجة إلى الإزار وهي الحاجة إلى ستر العورة، فأما ما سوى الإزار يجب عليه أن يبيع إلا إذا كان موضع برد فحينئذ يترك لنفسه ما يدفع به ضرر البرد ويبيع ما سوى ذلك.

ومن المشايخ من قال: يترك لنفسه دستا من الثياب ويبيع ما سوى ذلك. وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

ومن المشايخ من قال: يترك لنفسه دستين ويبيع ما سوى ذلك.

وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا لأن الحاجة ماسة إلى دستين من الثياب، فإنه إذا غسل إحدهما يحتاج إلى الأخرى.

فأما إذا كانت له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دون ذلك، يبيع ثيابه ويشترى بالبعض ثوبا يكفيه، وبالباقى [يقضي]^(٣) الدين وينفق على زوجته، به ورد الأثر^(٤).

هكذا ذكر في أدب القاضي للخصاف^(٥) في باب الملازمة.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٤٠).

(٢) البحر الرائق (٤/٢٠٢).

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٥/٨٧)، وأحمد (٢/٢٥١، ٤٧١)، أبو داود (٢/٣٢٠ - ٣٢١)

كتاب الزكاة، باب: في صلة الرحم (١٦٩١)، والنسائي (٥/٦٢) في الزكاة، باب: تفسير

ذلك، وابن حبان (٨/١٢٦)، برقم (٣٣٣٧)، وأبو يعلى في مسنده (١١/٤٩٣) برقم

(٦٦١٦)، والحاكم (١/٥٧٥) كتاب الزكاة، والبيهقي في شرح السنة (٣/٤٣٥) في الزكاة،

باب: فضل الصدقة على الأولاد والأقارب، برقم (١٦٧٩).

(٥) في أ: الخصاف.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: وإذا فرض القاضي نفقة المرأة على الزوج فامتنع الزوج من الإنفاق وقال: أنا معسر، وقالت المرأة: لا بل [هو]^(١) موسر، وطلبت المرأة من القاضي أن يحبسها بالنفقة لا يحبسها القاضي أول مرة؛ لأن الحبس عقوبة لا يستوجبها إلا الظالم، ولم يظهر ظلمه من^(٢) أول مرة، فلا يحبسها ولكن يأمره بالإنفاق ويخبره أن يحبسها إن عادت، فإذا عادت إليه مرتين أو ثلاثة حبسه لظهور ظلمه، وإذا حبسه لا تسقط عنه النفقة، وتؤمر بالاستدانة حتى ترجع على الزوج [بها]^(٣) إذا ظهر له مال.

وإنما كان هكذا؛ لأن هذا حبس بحق، وقد وجد المنع من جهته فتلزمه النفقة لما يستقبل وهو في الحبس.

فإن ماطلها بالنفقة فسألت القاضي أن يفرض لها عليه نفقة، فعليه ذلك، ويكون ما اجتمع عليه من النفقة بعد الفرض دينا مع الصداق، فيستديم الحبس إلى أن يوفي الكل، على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فإن قال الزوج للقاضي: احبسها معي فإن لي موضعا في الحبس خاليا، فالقاضي لا يحبسها معه، ولكنها تصير في منزل الزوج، ويحبس الزوج لها. ثم إذا حبس القاضي، إن علم أنه محتاج خلى سبيله، لأنه مستحق للنظر^(٤) إلى ميسرة بالنص.

قال: وينبغي للقاضي إذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة في نفقة أو [في]^(٥) دين [أن يسأل]^(٦) عنه، وفي بعض المواضع ذكر: أربعة أشهر، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ستة أشهر، وفي رواية الطحاوي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : شهر.

والحاصل أنه ليس في [ذلك]^(٧) تقدير لازم؛ لأن الحبس للإضجار، وذلك مما

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: في.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: النظرة.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: أو يسأله.

(٧) سقط في أ.

يختلف فيه أحوال الناس، فيكون ذلك مفوضاً إلى رأي القاضي، فإن وقع في رأي القاضي أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له مال، سأل عن حاله بعد ذلك.

وذكر هشام - رحمه الله - في نوادره عن محمد - رحمه الله - : أن للقاضي أن يسأل عن حاله بعد ذلك، ولم^(١) يعتبر في ذلك مدة، فإذا سأل عنه فقامت البيعة على عسرته أخرجته القاضي من الحبس ولا يحتاج^(٢) إلى لفظة الشهادة، بل إذا أخبر بذلك يكفي.

قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : هذا السؤال من القاضي بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب، لأن الشهادة بالفقر شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة، فكان للقاضي ألا يسأل ويعمل برأيه، ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط وأنفى للتهمة عن القاضي.

ثم إذا أخبر أنه معسر وخلق سبيله لا يحول بين الطالب وبين ملازمته عندنا؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لصاحب الحق يد ولسان»^(٣).
والمراد باليد: الملازمة^(٤).

وإن أقام المحبوس بيعة على عسرته وأقام صاحب الحق بيعة على يساره أخذ بيعة صاحب الحق؛ لأن بيئته تثبت أمراً عارضاً ليس بثابت، وبيعة المحبوس [تثبت]^(٥) أمراً أصلياً وهو الفقر فكانت^(٦) بيعة صاحب الحق أكثر إثباتاً فكان^(٧) أولى بالقبول.

(١) في ب: فلم.

(٢) في أ: يحتاط.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٣٢/٤)، وابن عدي في الكامل (٢٧٨/٦) من طريق محمد ابن معاوية، ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عتبة الخولاني، به مرفوعاً.
قال ابن طاهر في ذخيرة الحفاظ (١٩٣٧/٤): هذا منكر، ومحمد معاوية: متروك الحديث.

والحديث بلفظ «دعوه فإن لصاحب الحق مقالا» أخرجه البخاري (٦٩/٥)، في الاستقراض، باب: استقراض الإبل (٢٣٩٠)، ومسلم (١٢٢٥/٣)، في المساقاة، باب: من استسلف شيئاً ف قضى خيراً منه (١٦٠١/١٢٠).

(٤) في أ: والملازمة.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وكان.

(٧) في أ: وكان.

وإن قامت البينة على عسرته قبل الحبس هل يقبل القاضي ذلك؟ فيه روايتان: في إحدى الروايتين: تقبل، وبه كان يفتي [الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - .

وفي رواية أخرى: لا تقبل، وبه كان يفتي^(١) [عامة المشايخ. وهو الصحيح.

قال: وإن كان المحبوس غنيا أدام القاضي حبسه حتى يؤدي النفقة والدين. فإن لم يؤدي؛ إن كان ماله من جنس النفقة والدين، أدى القاضي ذلك من ماله. وإن كان ماله عروضاً أو عقاراً، فالقاضي لا يبيع شيئاً من ذلك، لا في النفقة ولا في الدين [إلا]^(٢) برضاه؛ [وهذا على قول أبي حنيفة]^(٣) - رحمه الله - .

وعلى قولهما: يبيع عروضه في الدين والنفقة رواية واحدة ويبيع عقاره^(٤) أيضاً على أظهر الروايتين عنهما. ذكر قولهما في العروض في ظاهر الرواية، وفي العقار وجميع الأموال في أدب القاضي للخصاف في باب الحبس في الدين.

ثم إذا ثبت للقاضي ولاية البيع، عندهما: يبدأ بالعروض، فإذا لم يف ثمن العروض بالدين والنفقة فينتقل^(٥) حينئذ ببيع العقار.

وترتيب الأموال في قضاء الدين في زكاة الجامع على [سبيل]^(٦) الاستقصاء، ثم قال خواهر زاده - رحمه الله - في شرحه: فيما ذكر في ابتداء هذه المسألة إشارة إلى أن القول قول المرأة في أنه قادر على الإنفاق؛ فإنه لو كان القول قول الزوج إنه عاجز [ما كان يحبسه]^(٧) القاضي وإن عادت إليه مراراً.

وذكر في كتاب الحوالة [و]^(٨) الكفالة: أنه إذا وجب المهر على إنسان ولم يؤدي وادعى أنه معسر، وادعت المرأة أنه قادر على الإنفاق، فالقول قول المرأة حتى

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وقال أبو حنيفة.

(٤) في أ: العقار.

(٥) في أ: فيستعمل.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: لكان يجلسه.

(٨) سقط في أ.

يحبسه القاضي إذا عادت إليه مرتين أو ثلاثاً.

فقد سوى في ظاهر الرواية بين النفقة والمهر والقرض وضمن المبيع .
وذكر الخصاص في أدب القاضي عن أصحابنا في النفقة والمهر: [القول قول
الزوج، حتى لا يحبس الزوج ما لم تثبت المرأة يساره، فصار في النفقة والمهر
روایتان].

[فعلى ظاهر الرواية بين النفقة والمهر والقرض وضمن المبيع .
وذكر الخصاص في أدب القاضي عن أصحابنا في النفقة والمهر: «القول قول
الزوج، حتى لا يحبس الزوج ما لم تثبت المرأة يساره فصار في النفقة والمهر»^(١)
روایتان]^(٢).

فعلى ظاهر الرواية: جعل الإقدام على النكاح إقراراً بالقدرة على النفقة والمهر .
وعلى رواية الخصاص - رحمه الله - : لم^(٣) يجعل .
هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - .
وذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا وقع الاختلاف بين المرأة والزوج،
فقال الزوج: أنا معسر وعلي نفقة المعسرين .

وقالت المرأة: بل أنت موسر وعليك نفقة الموسرين .
فالقول قول الزوج [مع]^(٤) يمينه، [وعلى المرأة البينة، لأن الفقر في الناس
أصل، فالزوج يتمسك بما هو الأصل فيكون القول قوله مع يمينه]^(٥) وهكذا ذكر
شيخ الإسلام في شرحه ولم يذكر أن هذه المسألة على الرويتين .
وإنما كان هكذا؛ لأن الإقدام على النكاح يمكن أن يجعل إقراراً بالقدرة [على
أصل النفقة، أما لا يمكن أن يجعل إقراراً]^(٦) بالقدرة على نفقة الموسرين، فلهذا
كانت هذه المسألة على رواية واحدة .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في ب .

(٣) في ب: ولم .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في ب .

ومن المتأخرين من قال في المسألة الثانية: يحكم فيه زيه .
فإن كان عليه زي الأغنياء لم يقبل قوله: إنه معسر^(١)؛ لأن الزي علامة على
غناه، وما ظهر من العلامة يجعل حكما عند انعدام دليل قوله، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ
أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُوا لَهُ عِدَّةً﴾^(٢)، وقال تعالى: في قصة يوسف - عليه السلام - :
﴿إِنْ كَانَتْ فَمِصْمُهُ قَدْ مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾^(٣).

ففي هذا دليل على أن ما ظهر من العلامة يجعل حكما، فيجعل الزي حكما إلا
في حق الفقهاء والعلوية^(٤)، فإنهم يتكلفون الزي مع العسرة ليعظمهم الناس، فلا
يجعل الزي في حقهم حكما لظهور العادة بخلافه .

فعلى هذا العود إن كان على الزوج زي الفقراء وادعت المرأة أن هذا غير زيه
فكان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القضاء فإن القاضي يسألها [البينة]^(٥).

فإن أقامت البينة على ذلك سمع القاضي وجعل القول قولها، وإن لم يمكنها إقامة
البينة للحال، يحكم زيه في الحال وجعل^(٦) القول قول الزوج .

ثم فرع [على]^(٧) المسألة الثانية فقال^(٨):

على ظاهر الرواية: إذا لم يكن للمرأة بينة على يساره فتسأل القاضي أن يسأل عن
يسار الزوج في السر، فليس على القاضي ذلك؛ لأن القاضي وجد دليلا يعتمد
لفصل الحكم وهو التمسك بالأصل فليس عليه أن يطلب دليلا [آخر]^(٩).

وإن سأل فأتاه عنه أنه موسر، لا يفرض القاضي عليه نفقة الموسرين إلا أن يخبره
رجلان عدلان أنه موسر، ويكونان بمنزلة الشاهدين يشهدان على يساره، ولا يحتاج

(١) في أ: معتبر .

(٢) سورة التوبة آية: ٤٦ .

(٣) سورة يوسف آية: ٢٦ .

(٤) العلوية هو: أول العراق شرقي دجلة .

ينظر: العناية شرح الهداية (٣٢/٦).

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: ويجعل .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ: فقلا .

(٩) سقط في أ .

إلى لفظة الشهادة؛ لأن^(١) في النفقة حق الله -تعالى- وحق المرأة، وحق الله -تعالى- يثبت بقول الواحد، شهد بذلك أو أخبر.

وحق العبد لا يثبت إلا بقول اثنين بلفظة الشهادة.

فإذا^(٢) كان بين حق الله -تعالى- و[بين]^(٣) حق العبد عملنا^(٤) بهما، فشرطنا العدد من حيث إنه حق العبد، واكتفينا بالخبر من حيث إنه حق الله تعالى عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

وإن قالوا: بلغنا أنه موسر، [وسمعنا أنه موسر]^(٥)، لا يثبت اليسار بذلك لأنهما ما قالوا: علمنا، وإنما قالوا: بلغنا وسمعنا. وقد يبلغ الإنسان الباطل كما يبلغه الحق، وكذلك الكذب يسمع كما يسمع الصدق، فلا يثبت اليسار بمثل هذا الخبر.

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن حال الزوج في العسر^(٦) معلوما للقاضي، فأما إذا كان ذلك معلوما للقاضي فالقاضي لا يحبس؛ لأن الحبس جزاء الظلم، ولم يظهر الظلم هنا.

ولا يفرق بينهما أيضاً عندنا [خلافًا للشافعي -رحمه الله- والمسألة معروفة - . ثم إذا لم يفرق القاضي بينهما عندنا]^(٧) ولم يحبس الزوج، ماذا يصنع؟ يأمر المرأة بالاستدانة على الزوج حتى ترجع عليه إذا أيسر.

فرق بين هذا وبين سائر الديون، فإن في سائر الديون من عليه الدين إذا عجز عن قضاء الدين، لا يؤمر صاحب الدين بالاستدانة عليه.

وهنا بعد ما فرض القاضي لها النفقة، تؤمر بالاستدانة على الزوج.

[ووجه الفرق بينهما: أن المرأة لو لم تؤمر بالاستدانة على الزوج]^(٨) بعد فرض القاضي، عسى تموت هي^(٩) أو يموت الزوج فتسقط نفقتها، على ما مر، وإذا سقط

(١) في ب: كان.

(٢) في أ: فإن.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: علمنا.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: العسرة.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) في ب: هو.

لا يفيد القضاء بالنفقة لها شيئاً، فتؤمر هي بالاستدانة حتى لا يبطل حقها بموت أحدهما، فكان الأمر بالاستدانة من القاضي بعد فرض النفقة لتأكيد حقها في النفقة، وهذا المعنى معدوم في سائر الديون فلهذا افترقا.

وإذا أمرها القاضي بالاستدانة على الزوج ترجع بذلك على الزوج إذا أيسر؛ لأن استدانتها بأمر القاضي على الزوج، وللقاضي ولاية كاملة [عليها]^(١) كاستدانتها بأمر^(٢) الزوج.

فقد ذكر محمد - رحمه الله - الاستدانة على الزوج ولم يبين تفسيرها. وذكر في أدب القاضي للخصاف: أن تفسير الاستدانة على الزوج الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج.

قال^(٣) مشايخنا - رحمهم الله -: وليست فائدة الأمر بالاستدانة بعد فرض القاضي إثبات حق الرجوع^(٤) للمرأة على الزوج؛ لأن بعد فرض القاضي صارت النفقة دينا للمرأة على الزوج، ويثبت لها حق الرجوع بالنفقة على الزوج، سواء أكلت من مال نفسها أو استدانته بأمر القاضي أو بغير أمر القاضي.

ولكن فائدة الأمر بالاستدانة أنها إذا استدانته على الزوج بأمر القاضي^(٥) كان لرب الدين أن يرجع بذلك على الزوج، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع بذلك على الزوج، ولكن يرجع رب الدين على المرأة، ثم^(٦) المرأة ترجع بما فرض لها القاضي على الزوج.

وهذا لأن الاستدانة على الزوج إيجاب الدين في ذمة الزوج، فإذا حصل بأمر القاضي فقد [حصل]^(٧) إيجاب الدين في ذمة الزوج ممن له ولاية تامة على الزوج. أما إذا حصل لا بأمر القاضي فقد حصل إيجاب الدين في ذمة الزوج من المرأة، وليس لها على الزوج هذه الولاية.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: من.

(٣) في أ: وقال.

(٤) في أ: الزوج.

(٥) زاد في أ: أو بغير أمر القاضي.

(٦) في ب: و.

(٧) سقط في ب.

وذكر في تجريد القدوري أن فائدة الأمر بالاستدانة أن تحيل المرأة الغريم^(١) على الزوج وإن لم يرض الزوج بذلك وبدون الأمر بالاستدانة^(٢) ليس لها ذلك إلا برضا الزوج.

وذكر الحاكم الشهيد في المختصر: أن فائدة الأمر بالاستدانة بعد فرض القاضي أنه إذا مات أحدهما بعد الأمر بالاستدانة يرجع بذلك على الزوج وفي ماله، وبدون الأمر بالاستدانة لا يرجع، على ما مر قبل هذا. وإذا كان الزوج معسراً، [ولها]^(٣) ابن موسر، ستأتي بعد هذا هذه المسألة في فصل نفقة ذوي الأرحام في النوع الثالث.

* * *

(١) في ب: العديم.

(٢) في أ: انه.

(٣) سقط في ب.

ومما يتصل بهذا النوع:
إذا فرضت النفقة للمرأة على الزوج، [ولها على الزوج بقية]^(١) المهر، فأعطاها الزوج شيئاً، ثم اختلفا.
فقال الزوج: هو من المهر.
وقالت: لا، بل هو من النفقة.
فالقول قول الزوج، لأن التملك [وجد من جهة الزوج، والقول في بيان جهة التملك]^(٢) قول المملك.
وكذلك هذا في جميع قضاء الديون إذا كان من وجوه مختلفة.
قال الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : هذا إذا كان المؤدى شيئاً يعطى في المهر عادة، أما إذا كان شيئاً لا يعطى في المهر عادة، كقصعة ثريد، ورغيف، وطبق فاكهة، وما أشبه ذلك، لا يقبل قول الزوج، لأن الظاهر يكذبه.
وكذلك إذا بعث إليها دراهم فقال: نفقة. وقالت المرأة: هدية. فالقول قول الزوج لما بينا.
وكذلك إذا بعث إليها بثوب وقالت: هي هدية، وقال الزوج: هو من الكسوة، فالقول قول الزوج مع يمينه، لما قلنا، إلا أن تقيم المرأة البينة على ما ادعت.
وإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج، لأن البينتين استويا في بيان جهة^(٣) الملك للمرأة، إلا أن بينة الزوج ترجحت بزيادة إثبات، لأن بينة الزوج مع إثبات جهة الملك أثبتت البراءة للزوج عما وجب عليه من النفقة والكسوة، وبينة المرأة تنفي ذلك، فكانت بينة الزوج أكثر إثباتاً وكانت^(٤) أولى بالقبول.
وكذلك إن أقام كل واحد منهما بينة على إقرار الآخر بما ادعاه، لأن الزوج هو المدعي للقضاء فيما عليه من الحق، فمعنى الإثبات في بينة الزوج أكثر فكانت أولى بالقبول.

(١) في ب: يعيد.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: حصة.

(٤) في ب: فكانت.

وكذلك لو اصطالحا على أن يعطيها الزوج كل شهر خمسة عشر درهما، والزوج بدفع ذلك ينوي إيفاء مهرها، ومضى على ذلك زمان، ثم اختلفا فالقول قول الزوج، لما قلنا.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : ومتى جعلنا القول قول الزوج أن المدفوع من المهر، كان للمرأة أن تأخذ من الزوج قدر ما فرض لها القاضي، وقدر ما اصطالحا عليه من وقت الفرض والاصطلاح إلى هذا الوقت الذي اختلفا فيه، لأن باصطلاحها وبقضاء القاضي صارت النفقة دينا في الذمة، فكان لها أن تطالبه بذلك الدين .

قال: وإذا وقع الاختلاف بين المرأة والزوج فيما وقع الصلح عليه، أو فيما وقع الحكم به في الجنس أو القدر، فالقول قول الزوج، والبينة بينة المرأة، لأنها مدعية الزيادة، فيحتاج إلى إثباتها والزوج منكر لذلك، فالقول قوله مع يمينه. بعد هذا ينظر: إن كان ما أقر به الزوج وحلف عليه يكفيها، فبها.

وإن كان لا يكفيها^(١) يبلغ [به]^(٢) الكفاية في الموسر^(٣) كما لو ثبت الصلح أو^(٤) الحكم بذلك القدر باتفاقهما. وقد مر هذا من قبل.

قال: وإذا وقع الاختلاف^(٥) بين الزوج والمرأة فيما مضى من المدة من وقت الفرض أو من وقت الصلح. فالقول قول الزوج، والبينة بينة المرأة، لأنها تدعي زيادة دين، والزوج ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه.

قال: وإذا ادعى الزوج الإنفاق وأنكرت المرأة، فالقول قولها مع اليمين كما في سائر الديون. والله أعلم.



(١) في أ: وهو.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: المرتب.

(٤) في ب: و.

(٥) في ب: الخلاف.

النوع السابع: في الكفالة في النفقة وفي الإبراء عنها:

قال: ولا يؤخذ من الزوج كفيل بالنفقة^(١).

ومعناه: أن الزوج لا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفقة، لا قبل صيرورة النفقة دينا على الزوج، ولا بعد ذلك.

هكذا ذكر الحاكم^(٢) في المختصر.

وذكر الخصاص في أدب القاضي: أن المرأة إذا أخذت زوجها بنفقتها وهو يريد أن يغيب فقالت: أقم لي كفيلا بنفقتي شهراً فشهراً، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجبر على إعطاء الكفيل.

وعلى قول أبي يوسف^(٣) يجبر على إعطاء الكفيل بنفقة شهر واحد.

وذكر الخصاص في النفقات: أن على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يجبر على إعطاء الكفيل بنفقة شهر واحد.

ولم يذكر الخلاف في المختصر، بل ذكره مطلقاً: أنه لا يجبر.

وإنما لا يجبر؛ لأن^(٤) إعطاء الكفيل تبرع، والمرء^(٥) لا يجبر^(٦) على التبرعات،

فصار كالدين المؤجل إذا أراد صاحب الدين أن يأخذ^(٧) كفيلا قبل حلول الأجل مخافة أن يغيب^(٨) عند حلول الأجل، فإنه لا يجبر على ذلك^(٩). كذا هنا.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه كتاب النكاح: وقد روي

عن أبي يوسف أنه قال: إذا قالت المرأة: إنه يريد أن يغيب ولا يترك لي نفقة، أمره القاضي أن يجعل لها نفقة شهر، أو يعطيها كفيلا بنفقة شهر.

وذكر الخصاص عن أبي يوسف - رحمه الله - أيضاً: أن القاضي يسأل الزوج،

(١) الأصل، للشيباني (١٠/٣٣٥).

(٢) زاد في أ: الشهيد.

(٣) زاد في أ: ومحمد رحمهما الله.

(٤) في أ: على.

(٥) في أ، ب: والمرأة.

(٦) في المحيط: تجبر.

(٧) زاد في أ: منه.

(٨) في أ: يضيع عنه.

(٩) المحيط البرهاني (٣/٥٤٥).

أنك كم تغيب؟ فإن قال: شهرًا، يأخذ منه كفيلا بنفقة شهر، وإن قال: شهرين، يأخذ منه كفيلا بنفقة شهرين، وهكذا.

وفي كتاب الأقضية في رجل ضمن لامرأة غيره النفقة والمهر عن زوجها، قال: ضمان النفقة باطل، لأنه ضمن مالا غير واجب - لأن النفقة لم تجب بعد. قال: إلا أن يسمي لكل شهر شيئًا.

ومعناه: أن الزوج مع المرأة يصطلحان على شيء مقدر لنفقة كل شهر، ثم يضمه رجل، فحينئذ يجوز الضمان؛ لأن بهذا الاصطلاح تجب النفقة، فيصح الضمان، ولكن لا يلزمه تضمين أكثر من شهر؛ لأن العمل بحقيقة كلمة (كل) هنا متعذر، لأنه لا يمكن صرفها إلى الأبد، لأنهما لا يعيشان إلى الأبد، ولا يمكن القول بتجديد الكفالة عند الشهر الثاني، كما في الإجارة إذا أجر داره كل شهر، لأنه ليس مبنى الكفالة على التجديد، لأنها تضم الذمة إلى الذمة في حق المطالبة، والذمة لا تجدد ساعة فساعة، فإذا تعذر العمل بحقيقة كلمة (كل) لغت، فصار كأنه ضمن لها نفقة شهر، ولو كان كذلك لا يلزمه أكثر من شهر واحد، كذا هنا. وهذا معنى قول أبي حنيفة: أن كلمة (كل) إذا أضيفت إلى ما لا يدرك متناه يكون المراد به الواحد.

وشبه في الكتاب هذا برجل ضمن لامرأة فرض لها القاضي على زوجها من النفقة كل شهر، فإن ذلك يلزمه لشهر واحد، ووجهه ما ذكرنا، إلا أن يقول: ما دامت امرأته، أو عشرة أشهر. فحينئذ يلزمه كما التزم.

قال: وإن أعطاهما الزوج كفيلا بالنفقة كل شهر عشرة.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يقع كل شهر واحد.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : يقع ذلك على الأبر ما دام زوجين، هكذا ذكر

الخصاف في النفقات، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح نكاحه.

وذكر الحاكم في المختصر: أن الكفالة تنصرف إلى شهر واحد من غير ذكر

خلاف فيحتمل أن يكون المذكور في المختصر قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن المطلق فيما يحتمل التأيد ينصرف إلى

الأبد، وكأنه نص على الأبد فقال: كفلت بنفقة كل شهر عشرة أبدًا أو ما دمتما

زوجين، يقع على الأبد ما دام زوجين وتصح الكفالة، كذا هاهنا.

وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - : أن العمل بكلمة (كل) متعذر في الكفالة، لأن كلمة (كل) إذا أضيفت إلى جملة من الأعداد فلا تتناول كل عدد من تلك الجملة على سبيل الانفراد.

ألا ترى أنه لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، يحث بنكاح كل امرأة تزوجها، كأنه عقد اليمين عليها لا غير فلا يشترط نكاح الجماعة لوقوع الحث، وإذا كان يتناول كل عدد من تلك الجملة على سبيل الانفراد، لو صححنا الكفالة له في الشهر الثاني والثالث وقد تناولت الكفالة الشهر الثاني والثالث كما تناولت الشهر الأول لأثبتنا بلفظ واحد عقدين مختلفين، أحدهما مرسل والآخر مضاف، وبين المرسل والمضاف تضاد وتناف، وإذا تعذر العمل بكلمة (كل) لغت كلمة (كل)، فصار كأنه قال: كفلت بنفقة شهر.

ونظيره في الإجارة إذا أجر داره كل شهر بعشرة تنصرف الإجارة إلى شهر واحد، كأنه قال: أجرتك شهرًا.

ولهذا كان لصاحب الدار أن يخرج متى جاء رأس الشهر الثاني [كذا هنا]^(١) بخلاف ما لو قال: كفلت لك بنفقة كل شهر عشرة أبدًا ما عشت، كان الضمان صحيحًا كما قال، لأن هناك المذكور وقت واحد وهو العمر، فيكون الثابت عقدًا واحدًا، فصحت الكفالة بنفقة جميع العمر فكان^(٢) ذكر العمر كأنه^(٣) اسم لوقت واحد بمنزلة ذكر السنة أو ما أشبه ذلك.

ولو قال: كفلت لك بنفقة سنة أو عشرة أشهر. صحت الكفالة وانصرفت إلى الوقت المذكور ولكون الوقت واحدًا، كذا هنا.

أما في قوله: كل شهر. المذكور أوقات مختلفة، فكان الثابت عقودًا مختلفة. قال: وإن كفل بنفقتها على زوجها أبدًا أو ما دام زوجين، فإن ذلك جائز، وأراد بالأبد ما دام على النكاح، لأن لفظة الأبد فيما بين الزوجين تقع على انتهاء النكاح، حتى لو مات أحدهما أو انقطع النكاح بينهما فلا نفقة لها على الكفيل. هكذا ذكر في أدب القاضي للخصاف.

وذكر الخصاف في نفقاته: أن هذا يتناول زمن العدة أيضا، وهذا لأنه كفيل

(١) في ب: هذا.

(٢) في ب: وكان.

(٣) في ب: وأنه.

بنفقتها ما دام النكاح باقيا، والنكاح هنا باق من وجه، [و] ^(١) إنما صحت الكفالة في هذه المسألة إلى وقت انتهاء النكاح من كل وجه؛ لأن الوقت هنا واحد، فكان العقد واحداً.

فرق بين هذه المسألة [وبين] ^(٢) ما إذا كفل لها بنفقة ولدها أبداً مطلقاً، كان باطلا وإن كان الوقت واحداً، لأن نفقة الأولاد [لا] ^(٣) تجب على التأييد ما دام حيا، [فإنه إذا] ^(٤) بلغ تسقط النفقة عن الأب، وكذلك إذا أيسر.

أما نفقة المرأة تجب على التأييد ما دام النكاح قائما موسرة كانت أو معسرة، فلهذا افترقا.

وفرق بين هذه المسألة أيضا وبين ما إذا كفل بنفقة خادمها ما عاش حيث لا يجوز، لأن نفقة الخادم لا تجب ما عاش، لأن استحقاق الخادم النفقة باعتبار الحاجة إلى الخدمة، وربما تستغني المرأة عنها ساعة فساعة فكان مجهولا، أما نفقة المرأة فتجب ما بقي النكاح.

وذكر في الفتاوي في امرأة قالت لزوجها: أنت بريء عن نفقتي أبداً ما كنت امرأتك. لا يصح هذا الإبراء.

لأن صحة الإبراء تعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك ها هنا على ما يأتي في نوع الصلح عن النفقة - إن شاء الله تعالى.

وبعد ما فرض لها القاضي نفقة كل شهر، لو قالت ذلك قبل أن يمضي زمان من وقت الفرض، برئ من نفقة الشهر الأول لا غير.

ولو قالت بعد ما مضى أشهر، صحت البراءة لما مضى دون ما بقي واعتبرت ^(٥) بالإبراء عن أجره الغلام الذي أجره سنة ومضى على ذلك بعض السنة، صح الإبراء لما مضى دون ما بقي.

وكذلك لو أجره كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا، ثم أبرأه عن الأجرة، صح للشهر الأول وللسنة الأولى. كذا هنا والله أعلم.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فإذا.

(٥) في أ: واعتبره.

النوع الثامن: في الصلح عن النفقة:

قال: وإذا صالحت المرأة زوجها عن نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر فهو جائز^(١).

وكان^(٢) ينبغي ألا يجوز، لأن الصلح من نفقتها إبراء بعوض^(٣) فيعتبر بالإبراء بغير عوض، وذلك لا يصح لما أن النفقة للحال ليست بواجبة، وإنما تجب شيئاً فشيئاً.

والجواب هذا إنما يستقيم أن لو كان جواز الصلح عن النفقة بطريق المعاوضة، وجواز هذا الصلح ليس بطريق المعاوضة إنما كان بطريق أنه تقدير لنفقتها كل شهر بشيء معلوم، جائز.

وهذا بخلاف الآجر إذا أبرأ المستأجر عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة حيث يجوز؛ لأن هناك سبب الوجوب وهو العقد موجود، فقام مقام حقيقة الوجوب في حق صحة الإبراء [فكان إبراء]^(٤) بعد الوجوب، أما هنا سبب وجوب النفقة في المستقبل هو الاحتباس في المستقبل وأنه غير موجود للحال.

ثم الأصل^(٥) في جنس مسائل الصلح عن النفقة: أن الصلح عن النفقة من الزوجين متى يحصل بشيء، يجوز للقاضي أن يفرض على الزوج في نقتها بحال يعتبر الصلح منهما [تقديرًا للنفقة]^(٦) ولا يعتبر معاوضة، سواء كان هذا الصلح قبل فرض القاضي النفقة وقبل تراضي الزوجين على شيء لكل شهر، أو كان هذا الصلح بعد فرض القاضي لها النفقة أو بعد تراضيها على شيء لكل شهر.

وإذا وقع الصلح على شيء لا يجوز للقاضي أن يفرضه على الزوج في نفقتها بحال - كما لو وقع الصلح على ثوب أو على عبد، ينظر: إن كان الصلح منهما قبل قضاء القاضي لها بالنفقة وقبل تراضيها على شيء لكل شهر، يعتبر هذا الصلح

(١) الأصل، للشيباني (٣٢٩/١٠)، المبسوط، للسرخسي (١٨٥/٥).

(٢) في ب: ولا.

(٣) في ب: للعوض.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: الصلح.

(٦) في ب: تقدير النفقة.

منهما [تقديرًا].

وبعد تراضيهما على شيء لكل شهر يعتبر هذا الصلح منهما^(١) معاوضة .
 وفائدة اعتبار التقدير، أنه يجوز الزيادة على ذلك والنقصان عنه .
 وفائدة اعتبار المعاوضة، ألا يجوز الزيادة على ذلك، ولا يجوز النقصان عن ذلك .

فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل .
 قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم لكل شهر، فقالت المرأة: لا يكفيني هذا القدر، كان لها أن تخاصمه حتى يزيد ما مقدار ما يكفيها إذا كان الزوج موسرًا .

وإنما كان هكذا؛ لأن صلحها لا يكون أقوى من قضاء القاضي، والقاضي لو قدر لها نفقتها في كل شهر مقدار ما لا يكفيها كان لها أن تطالبه بتمام كفايتها، فهنا أولى .
 قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم نفقة كل شهر، ثم قال الزوج، لا أطيق ذلك، فإنه لا يصدق في ذلك، لأنه التزمه باختياره، وذلك دليل على كونه قادرًا على أداء ما التزم، فإذا قال: لا أطيق، فقد ادعى خلاف ما كان بائنًا فلا يصدق، ويلزمه جميع ذلك .

قال في الكتاب: إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس، فإذا أخبروه أنه لا يطيق ذلك، نقص عنه وأوجب على قدر طاقته .

ألا ترى أن في الابتداء لو علم القاضي أن الزوج لا يطيق هذا المقدار لا يفرض عليه ذلك المقدار ويفرض عليه بقدر طاقته؟ .

فإذا علم في الانتهاء يرفع عنه الزيادة على قدر طاقته أيضًا، أو تبرئه المرأة بنفسها، لأن النفقة حق المرأة فكان لها أن ترضى بدون حقها، أو يرخص السعر فيكفيها دون ذلك، فالقاضي يرفع عنه قدر الزيادة .

وهذا لما ذكرنا [أن]^(٢) المعتبر في النفقة مقدار الكفاية، والكفاية حاصلة بدون الزيادة فيرفع عنه الزيادة .

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في أ .

قال: فإن لم يمض شيء من الشهور^(١) حتى صالحها من هذه الدراهم على شيء، إن كان شيئاً يجوز للقاضي أن يفرض في نفقتها بحال، نحو ما إذا صالح من هذه الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بعينه أو بغير عينه، يعتبر هذا الصلح تقدير النفقة.

وإن كان شيئاً لا يجوز للقاضي أن يفرض في نفقتها بحال، يعتبر الصلح الثاني معاوضة.

وأثر اعتبار التقدير والمعاوضة قد ذكرنا قبل هذا.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب عقيب هذه المسألة: ولا يشبه هذا الديون. يريد به: إذا كان لرجل على آخر ثلاثة دراهم فصالحه من الدراهم على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينها، لا يجوز الصلح.

والفرق: أن في سائر الديون الصلح فيها^(٢) معاوضة؛ لأن الدين كان واجبا وقت الصلح، فاعتبر الصلح معاوضة فكان هذا بيع دين بدين فلا يجوز إلا أن يدفع^(٣) الدقيق في المجلس، فأما هنا قبل مضي الشهر فالنفقة لا تعتبر ديناً فلم يكن الصلح الثاني معاوضة، بل كان تقديراً للنفقة حتى لو مضى^(٤) الشهر، وصارت الثلاثة دراهم ديناً ثم صالحته^(٥) على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينها، لا يجوز الصلح أيضاً لما قلنا.

قال: وإذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم نفقة كل شهر، ثم إن الزوج أعطاها كفيلاً ببدل الصلح، جاز، لأن الكفالة [ببدل الصلح -، والصلح منهما تقدير للنفقة - كفالة بالنفقة، والكفالة بنفقة المرأة جائزة إذا حصلت الكفالة]^(٦) بعد فرض القاضي، أو بعد اصطلاح الزوجين على شيء؛ لأن نفقة الدين تصير ديناً بقضاء [القاضي]^(٧) وباصطلاحهما على شيء لكل شهر، فالكفالة حصلت بدين واجب

(١) في ب: شهر.

(٢) في أ: منها.

(٣) في أ: يوقع.

(٤) في أ: فرض.

(٥) في أ: صالحه.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

فيجوز.

وكذلك الصلح على نفقة الأقارب على هذا، لأن النفقة تستحق بالزوجية مرة وبالقرابة^(١) [مرة]^(٢) أخرى وكان الجواب في نفقة الأقارب كالجواب في نفقة الزوجة، وهذا على الرواية التي تقول: بأن نفقة الأقارب [تصير]^(٣) دينا بقضاء القاضي أو بالاصطلاح على شيء مقدر.

أما على الرواية التي لا تصير دينا، لا تجوز الكفالة؛ لأن الكفالة حصلت بما ليس بواجب.

قال في الكتاب: والذي ذكرنا من الجواب والصلح عن النفقة وكذلك الصلح عن الكسوة للحاجة، والمعتبر فيها الكفاية^(٤) كما في النفقة.

قال: وإذا صالح الرجل امرأته من كسوتها على درع يهودي وملحفة زطي وخمار سابوري ولم يسم طوله وعرضه ورقعته جاز، لأن الثوب عين حقها لأن حقها في المطعوم والملبوس، وأنه وجب بدلا عما ليس بمال وهو الاحتباس المستحق عليها بسبب النكاح.

والثوب إذا كان معلوم الجنس يجوز أن يجب دينا في الذمة مجهول الوصف بدلا عما ليس بمال كما في الخلع والنكاح.

وإذا صالح امرأته من نفقة سنة على ثوب دفعه إليها فهو جائز على ما ذكرنا، فإن استحق الثوب بعد ذلك ينظر:

إن وقع الصلح على الثوب بعد ما فرض القاضي لها النفقة أو بعد ما اصطلحا على شيء نفقة كل شهر، ثم وقع الصلح عن ذلك على هذا الثوب، فإنها ترجع بما فرض لها القاضي من النفقة وبما وقع الصلح عليه أول مرة؛ لأن النفقة صارت دينا على الزوج بمضي المدة، فإذا أخذت ثوبا^(٥) بمقابلة النفقة صارت مشتريه لهذا الثوب بما وجب لها على الزوج من المال، وسواء فيما يفسخ باستحقاق الثوب

(١) في أ: وبالفرقة.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الكفالة.

(٥) في أ: يوما.

وبالرد بالعيب، فيثبت لها الرجوع بثمنه، وذلك ما فرض لها.
وأما إذا وقع ابتداء الصلح على الثوب، فإنها ترجع بقيمة الثوب، لأن ابتداء الصلح إذا وقع على الثوب، فالثوب إنما ملك بإزاء ما ليس بمال، وهو الاحتباس المستحق عليها بعقد النكاح، والثوب إذا ملك بإزاء ما ليس بمال، فعند الاستحقاق يثبت الرجوع بقيمة الثوب كما في النكاح والخلع، وهو نظير ما إذا وقع الصلح عن نفقة المرأة على وصيف وسط ولم يجعل له أجلاً أو جعل له أجلاً.
فإن كان قبل فرض القاضي وقبل اصطلاحهما جاز، لأن النفقة غير واجبة في هذه الحالة فيكون الوصيف بدلا عن الاحتباس الذي ليس بمال، والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال حالا ومؤجلاً.
وإن كان هذا الصلح بعد فرض القاضي أو بعد اصطلاحهما لا يجوز، لأن الحيوان هنا بدل عن النفقة، والنفقة مال، وحيوان لا يجب دينا في الذمة بدلا عما هو مال.

قال: وإن كان للرجل امرأتان، إحداهما حرة والأخرى أمة بوأها^(١) المولى بيتا فصالحهما عن النفقة، [و]^(٢) قد شرط للأمة أكثر مما شرط للحرة [جاز، لأن المعتمر في النفقة مقدار الكفاية، وقد يكفي للحرة]^(٣) ما لا يكفي للأمة.
فرع في الكتاب على مسألة الأمة فقال: إذا [بوأ لها]^(٤) المولى بيتا فكما يجوز صلح الأمة على النفقة فكذا يجوز صلح مولى الأمة، وهذا لأن كل واحد منهما ذو حظ من النفقة.

أما الأمة فظاهر، وأما المولى؛ فلأن في النفقة إحياء مال المولى، فكان كل واحد منهما ذا حظ من النفقة، فأيهما صالح فإنما صالح عن حقه فيجوز، بخلاف ما لو صالحت الأمة زوجها على المهر حيث لا يجوز؛ لأن مهرها حق المولى من كل وجه، وصلاح الإنسان عن حق غيره من كل وجه لا يجوز؛ بخلاف النفقة على ما مر.

(١) في أ: بوأ لها.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: بوأها.

فإن كان المولى لم يبوئها بيتا فصالح زوجها عن نفقتها لم يجز هذا الصلح، وكان له أن يرجع عن ذلك، لأنها صالحت عما ليس بحق لها، فإنه لا نفقة لها متى لم يبوئها المولى بيتًا.

وكذلك إذا صالح الرجل امرأته عن نفقتها ونكاحها فاسد، لا يجوز، لأنه صالحها عما ليس بحق لها، فإن النفقة لا تستحق بالنكاح الفاسد.

والحاصل: أن الصلح عن النفقة في كل موضع لا نفقة ثمة، باطل.

قال: وإذا صالحت المرأة زوجها عن نفقتها كل شهر على أكثر من [نفقتها زيادة]^(١) لا يتغابن الناس في مثله فإن الزوج يلزمه نفقة مثلها ولا تلزمه الزيادة على ذلك، لأن الزوج في الزيادة على نفقة مثلها متبرع فإن شاء أمضى تبرعه وإن شاء لم يمس.

قال: وإذا كانت المرأة مكاتبة بوأ لها المولى بيتا صالحت زوجها عن نفقتها أو مهرها، جاز؛ لأنها صالحت عما هو حقها.

وكذلك العبد المحجور [عليه]^(٢) إذا صالح عن نفقة امرأته وقد تزوج بإذن المولى، جاز، لأن الإذن بالنكاح إذن بالإِنفاق لأنه لا بد منه، فإذا كان له الإِنفاق كان له الصلح عن النفقة؛ لأن في الصلح أيضًا النفقة.

وكذلك المكاتب إذا صالح امرأته عن نفقة كل شهر، جاز كما جاز عن العبد المحجور بطريق الأولى، والله أعلم.



(١) في أ: النفقة.

(٢) سقط في أ، ب.

النوع التاسع: في إيجاب النفقة في النكاح الذي لم يعرف ثبوته:
قال: رجل ادعى نكاح امرأة وهي تجحد وأقام عليها شهوداً، لم يكن على الزوج
النفقة، لأنه تبين أنها منكوحة ممنوعة عن الزوج لا بفعل الزوج.
وإن ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وهو يجحد ذلك، فأقامت عليه بينة،
والقاضي لا يعرف الشهود، واحتاج إلى المسألة، لا تجب لها النفقة؛ لأن النفقة لم
تكن واجبة لها بيقين، ولا تجب بالشك.
فرق بين هذا، وبين ما لو شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً، وقد كان
دخل بها، وهي تدعي الطلاق أو تنكره، والقاضي^(١) لا يعرف الشهود، منع القاضي
الزوج من الدخول على المرأة على ما عرف.
ويقضي القاضي لها على الزوج [بالنفقة إذا طلبت ذلك، لأن النفقة كانت مستحقة
لها على الزوج]^(٢) بيقين، والآن وقع الشك في السقوط، [و]^(٣) إن كانت مطلقة لا
تسقط، وإن كانت منكوحة تسقط، لأنها ممنوعة لا بفعل الزوج، فلا تسقط بالشك.



(١) في ب: فالقاضي.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

فرع على مسألة النكاح فقال: إن رأى القاضي أن يقضي لها بالنفقة لما رأى من المصلحة، ينبغي أن يقول لها: إن كنت امرأته فقد فرضت لك نفقة كل شهر كذا، ويُشهد على ذلك.

فإذا مضى شهر، وقد استدان على الزوج، إن عدلت تلك البينة أخذته بنفقة تلك الأشهر منذ فرض لها، لأنه إذا عدلت الشهود تبين أنها كانت منكوحة ممنوعة عن الزوج بفعل الزوج، وهو الجحود، وإن لم تعدل الشهود لم يكن لها عليه شيء. قال: ولو أن أختين ادعت كل واحدة منهما أن هذا الرجل زوجها، وهو يجحد ذلك، فأقامت كل واحدة منهما شاهدين على النكاح [ولم تؤقت^(١)] البيتان وقت النكاح، لكن أقامت إحدهما بينة على إقراره أنه تزوجها على ألف درهم وأنه دخل بها.

وأقامت الأخرى بينة على إقراره أنه تزوجها على مائة دينار، وأنه دخل بها، والقاضي في مسألة الشهود، فطلبتا النفقة، جعل القاضي لهما نفقة امرأة واحدة، هكذا ذكر في الكتاب.

[و]^(٢) على قياس المسألة الأولى ينبغي ألا يفرض، لأنه وقع الشك في وجوب نفقة كل واحدة منهما، مع هذا فرض لهما نفقة امرأة واحدة بينهما. إنما كان كذلك لأن إحدى البيتين تعدل^(٣) غالباً، فكان نكاح إحدهما ثابتاً غالباً، فلا يقع الشك في^(٤) الوجوب، بخلاف المسألة الأولى.

وإذا قضى القاضي بنفقة امرأة واحدة، وليست إحدهما بأولى من الأخرى، كان ذلك بينهما.

قال: فإن عدلت البيتان حكم لكل واحدة منهما بالمال الذي أقامت عليه البينة استحساناً.

والقياس: أن يحكم لكل واحدة منهما بنصف المال الذي قامت عليه البينة، وبالأقل من نصف المال الذي قامت عليه البينة ومن نصف مهر مثلها.

(١) في أ: ولو قرنت.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: فقد.

(٤) في أ: به.

وإن أقامت إحداهما بيّنة على إقراره بالدخول بها دون الأخرى، قضى للمدخل
بها بالمهر الذي قامت عليه البيّنة.
ولو لم تدع كل واحدة الدخول أصلاً. والشهود لم يتعرضوا لإقرار الزوج بذلك،
يفرق بينه وبينهما، ويكون لهما نصف المالين بينهما.
وفي كل موضع وجبت النفقة، وجبت السكنى مع ذلك، وهو:

* * *

النوع^(١) العاشر من هذا الفصل:

وهذا لأن الله - تعالى - أوجب السكنى مقرونة بالنفقة قال الله - تعالى - :
﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾^(٢) [وفي قراءة ابن مسعود - رضي الله عنه - :
«أسكنوهن من حيث سكنتم»]^(٣) وأنفقوا عليهن من وجدكم^(٤) ولأنها محتاجة إلى
السكنى كحاجتها إلى النفقة^(٥).

قال: وللزوج أن يسكنها حيث أحب لكن بين جيران صالحين، لأن الزوج لو
كان أرمل ينبغي [له]^(٦) أن يسكن بين قوم صالحين، فإذا كان ذا زوجة كان أحوج
إلى جيران صالحين.

قال: فإن أراد الزوج أن يسكنها مع أحد من أقربائه وطلبت المرأة منزلاً على
حدة، فلها ذلك.

وقد ذكرنا هذه المسألة مع فروعها في كتاب النكاح من هذه النسخة.
قال: فإن أسكنها في منزل ليس معها أحد، فشكت إلى^(٧) القاضي أن الزوج
يضرها ويؤذيها وطلبت من القاضي أن يأمره بأن يسكنها بين قوم صالحين يعرفون
إحسانه وإساءته، فهذه المسألة ذكرناها في كتاب النكاح أيضاً. والله أعلم.



(١) في ب: الفرع.

(٢) سورة الطلاق آية: ٦ .

(٣) سقط في ب.

(٤) تقدم.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٥١).

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: أن.

الفصل الثاني في نفقة المطلقات

هذا الفصل يشتمل على أنواع أيضًا:

النوع الأول: في بيان من تستحق النفقة من المطلقات، ومن لا تستحق: أجمع العلماء على أن المطلقة طلاقاً رجعيًا تستحق النفقة والسكنى ما دامت العدة قائمة، سواء كانت حاملاً أو حائلاً، وهذا لأن بعد الطلاق الرجعي النكاح قائم، وإنما أشرف على الزوال عند انقضاء العدة^(١).

وذلك غير مسقط للنفقة كما إذا آلى أو علق طلاقها بمضي شهر. وأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى أيضاً ما دامت في العدة حائلاً كانت أو حاملاً وهذا مذهبنا.

وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - : لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً^(٢).

والمبتوتة هي التي طلقها الزوج ثلاثاً أو طلقها بعوض حتى وقع الطلاق بائناً عندهم جميعاً.

حجة الشافعي - رحمه الله - في ذلك: ما روي عن فاطمة بنت قيس^(٣). قالت: طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى وقال: «لو كنت حاملاً كانت لك النفقة»^(٤).

إلا أنا تركنا ظاهر هذا الحديث في حق السكنى بالإجماع، ولا إجماع في النفقة فبقي على ظاهره^(٥).

(١) المبسوط للسرخسي (٥/١٧)، المحيط البرهاني (٣/٥٥٣).

(٢) الأم، للشافعي (٥/٢٥٤)، الحاوي الكبير (٩/١٢٥).

(٣) هي: فاطمة بنت قيس بن خالد الأكبر بن وهب بن ثعلبة بن وائلة، الفهرية، صحابية، روى عنها الأسود بن يزيد، وعروة، قال ابن عبد البر: كانت من المهاجرات الأول. ينظر: تهذيب التهذيب (١٢/٤٤٤)، خلاصة تهذيب الكمال (٣/٣٨٩).

(٤) ذكره المصنف في المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٥٣).

(٥) اختلف الفقهاء في نفقة البائن الحائلي، وشكناها على أربعة أقوال:

الأول: أنه يجب لها النفقة والشكنى جميعاً، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه. وبه قال عُمَرُ بن الحَطَّابِ، وعبد الله بن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، وابن شبرمة، وابن أبي

ليلي، والبيتي، والعنبري، والحسن بن صالح، وهو أحد روايات ثلاث عن أحمد.
الثاني: أنه لا يجب لها نفقة، ولا سكنى، وهو ظاهر مذهب أحمد، وبه قال علي، وابن عباس، وجابر، وفاطمة بنت قيس، وعطاء وطاوس، والحسن، وعكرمة، والشَّعْبِيُّ، والأوزاعي، وميمون بن مهران، وعمرو بن ميمون، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وسائر أهل البيت.

الثالث: أنه يجب لها السُّكْنَى دون النفقة، وهو مذهب مالك والشافعي، وبه قال ابن عمر، وعائشة، وفقهاء المدينة السبعة، وهو رواية عن أحمد.
الرابع: أنه يجب لها النفقة دون السُّكْنَى، وهو مذهب الهادي، والمؤيد بالله. وإليك أدلة كل قول:

استدل الحنفية ومن وافقهم على وجوب النفقة والسكنى لها بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية. [الطلاق: ٦] وهذه الآية تدل على وجوب النفقة والسكنى للبائن الحائل بطريقتين:

أحدهما: أن قوله سبحانه: ﴿مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] متعلق بمحذوف، تقديره «وأنفقوا عليهن»؛ لأن الوجد هو السعة والغنى، وذلك راجع إلى ما يملك، فلا يتعلق بالإسكان، إذ الإسكان قد يكون في غير ما يملك، وإنما يتعلق بالإفناق لأنه خاص بما يملك، وبذلك جاءت قراءة عبد الله بن مسعود المروية عن رسول الله ﷺ، حيث قرأ: «وأنفقوا عليهن من وجدكم» وهي إن لم تكن قرآناً كانت تفسيراً للقرآن، فكان كل من النفقة والسكنى واجباً للحائل.

ثانيهما: أنه عز وجل قال: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ ثم قال: ﴿وَلَا تُضَارَّوهُنَّ﴾ والإضرار يتحقق بترك النفقة، كما يتحقق بترك الإسكان، فكان كلاهما واجباً.

(ويرد على الوجه الثاني) أن قوله سبحانه: ﴿وَلَا تُضَارَّوهُنَّ﴾ لا يتناول إلا ترك ما وجب، أو فعل ما حرم، والنفقة محل نزاع، فعليكم أن تثبتوا وجوبها أولاً ليكون تركها من قبيل المضارة.

(ويرد على الوجه الأول أمور): أحدها: أن الآية خاصة بالرجعيات بدلالة السياق، أو السبر والتقسيم كما تقدم في الفصل الثاني. (ويجاب) بما أجيب به هناك مما يدل على أن الآية عامة.

ثانيهما: أن قوله تعالى: ﴿مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ بدل من قوله: ﴿مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ كما قال المفسرون، وقولكم: إن الوجد لا يكون إلا فيما يملك. فيه أن المسكن تملك منفعةه بالإجارة ونحوها، وإن لم تملك عينه، فلا وجه لتقدير محذوف، وقراءة ابن مسعود المذكورة لم يشبوا سندها، ولا منزلتها من القوة. ولو صححت لكان من المحتمل أن تكون تفسيراً منه بالرأي لا بالرواية، فلا حجة فيها.

ثالثها: أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَىٰ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ بَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] يفيد انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، ما لم يوجد معارض، ولا معارض هنا.
ويجاب: بأن هذا الانتفاء إنما هو من قبيل مفهوم المخالفة، والحنفية لا يقولون به.

وفيه: أنه ليس من قبيل المفهوم، بل هو من قبيل تعليق الحكم بالشرط، وهو يفيد العلية، وإذا انتفت العلة انتفى المعلول، على أنه يجب أن يكون للشرط فائدة، وأي فائدة فيه إذا استوى حكم الحوائل والحوامل.

فإن قالوا: إن فائدته خوف توهم أن الإنفاق على الحوامل ينتهي بثلاثة أشهر، أو بمقدار ثلاثة أقرأ.

قيل لهم: لا توهم هنا أصلاً؛ إذ تبين في السورة قبل ذلك أن أجل أولات الأحمال وضع الحمل. وأيضاً قد تقل عدة الحامل عن الأشهر والأقراء، فربما تضع بعد الطلاق بيوم واحد أو، أقل.

وأما السنة: فمنها ما جاء في مسلم عن أبي إسحاق قال: «كنت مع الأسود بن يزيد جالساً في المسجد، ومعنا الشعبي؛ فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس: «أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى» ثم أخذ الأسود كفاً من حصي فحصبه به، وقال: ويلك! تحدث بمثل هذا؟! قال عمر رضي الله عنه: لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة، لا تدري أحفظت أم نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرَجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبِينَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

فهذا الحديث يدل على أن عمر رضي الله عنه فهم أن كتاب الله تعالى، وسنة نبيه ﷺ يدلان على وجوب السكنى والنفقة للبائن الحامل.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ الآية [الطلاق: ١]. فهي عامة في الرجعيات، والبوائن، دالة على وجوب السكنى، كما هو ظاهر وعلى وجوب النفقة؛ لأن المنع من الإخراج، والخروج، حبس لصيانة ماء المطلق، فعليه جزاؤه وهو النفقة، إذ لولاها لهلكت.

وأما السنة: فلا بد أن تكون حديثاً عرفه عن النبي ﷺ في ذلك فقول الصحابي: من السنة كذا في حكم المرفوع، فكيف بقوله: «سنة نبينا»؟

ومما يؤيد هذا ما رواه الطحاوي، والدارقطني، وفيه زيادة قول عمر رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة ثلاثاً النفقة والسكنى».

ويرد على ذلك: أن قول عمر رضي الله عنه: «كتاب ربنا»، إن كان يعني به الآية المذكورة، فبعد تسليم أنها عامة في الرجعيات والبوائن، إنما تدل على وجوب السكنى، ولا يلزم منها وجوب النفقة؛ لأنها إنما تلزم لو كان الاحتباس لحق الرجل، لكن هذا الاحتباس لحق الله تعالى، فنفتها واجبة على من تجب عليه نفقتها لولا الزواج. ولا يلزم الهلاك؛ إذ لو لم يمكنها التكسب إلا بالخروج جاز لها ذلك للضرورة. والضرورات تبيح المحظورات.

وإن كان يعني به: ﴿أَسْكُنُوهُنَّ﴾ فقد سبق البحث فيها، وأنها لا تدل على وجوب النفقة للحائل.

هذا، ويجوز أن يكون عمر رضي الله عنه، إنما فهم من الآيتين وجوب الإسكان فقط، فأنكر على فاطمة بنت قيس؛ لأنها نفت وجوب الإسكان والنفقة جميعاً، والجملة التي في آخر الحديث، وهي: «لها السكنى والنفقة» لا يتعين أن تكون من كلامه، بل يجوز أن تكون

من كلام الأسود.

وقوله: «وسنة نبينا» لا يعني به رواية حديث مخصوص عن النبي ﷺ، وإنما يعني به: ما دلت عليه سنته من اتباع كلام الله تعالى علي ما فهمه منه.

وأما الحديث الذي رواه الطحاوي والدارقطني، وفيه التصريح بالسماع من النبي ﷺ فهو مروى عن حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن عمر رضي الله عنه ولا حجة فيه. قال ابن القيم ما خلاصته: «نحن نشهد بالله شهادة نسأل عنها إذا لقيناه أن هذا كذب علي عمر رضي الله عنه، وكذب علي رسول الله ﷺ، وينبغي ألا يحمل الإنسان فرط الانتصار للمذاهب، والتعصب لها على معارضة سنن رسول الله ﷺ الصحيحة الصريحة بالكذب البحت، فلو كان هذا عند عمر رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ لخرست فاطمة وذووها، ولم يبرزوا بكلمة، ولا دعت فاطمة إلى المناظرة، ولما فات هذا الحديث أئمة الحديث، والمصنفين في السنن، والأحكام المتصرين للسنن فقط، لا لمذهب، ولا لرجل».

هذا قبل أن نصل إلى إبراهيم، ولو قدرنا وصولنا به إلى إبراهيم لانقطع نخاعه، فإن إبراهيم لم يولد إلا بعد موت عمر رضي الله عنه بسنين. فإن كان مخبر أخير به إبراهيم عن عمر رضي الله عنه، وحسبًا به الظن، كان قد روى له قول عمر رضي الله عنه بالمعنى، وظن أن رسول الله ﷺ هو الذي حكم بثبوت النفقة، والسكنى للمطلقة، حتى قال عمر رضي الله عنه: «لا ندع كتاب ربنا لقول امرأة»، فقد يكون الرجل صالحًا، ويكون مغفلًا، ليس تحمّل الحديث، وحفظه، وروايته من شأنه وبالله التوفيق»، وسيأتي تمام البحث في حديث فاطمة بنت قيس.

وأما المعقول، فوجهان:

أحدهما: أن المعنى الذي من أجله وجبت النفقة للرجعية، والبائن الحامل موجود بعينه في البائن الحائل، فوجبت النفقة لها.

وهذا المعنى هو الاحتباس لحق مقصود بالنكاح، وهو: الولد. فإن الله عزّ وجلّ إنما شرع العدة لصيانة الولد.

ويرد عليه: أن الولد في البائن الحائل غير محقق فوجب الإسكان حتى تتحقق البراءة منه، ولا يلزم وجوب النفقة كما سيأتي. بخلاف البائن الحامل، فإن الولد فيها محقق، فوجبت النفقة؛ لاشتغال رحمها به، كما وجبت في حال الزوجية للاحتباس لمتنته. وأما الرجعية، فهي تحت سلطان الزوج، يجوز له في كل لحظة من عدتها أن يراجعها، ثم يستمتع بها، فهي كالزوجة، فافتقرت البائن الحائل عنهما جميعًا.

ثانيهما: أن البائن الحائل وجبت لها السكنى بقوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ﴾، وهو حق مالي وجب للاحتباس، فتجب لها النفقة.

ويرد عليه: أنه لا يلزم من وجوب السكنى وجوب النفقة إلا في الزوجة والرجعية، حيث وجب كل منهما لهما للاحتباس لحق الزوج، والبائن الحامل، حيث وجب كل منهما لها للاشتغال بصيانة الولد المحقق.

وأما البائن الحائل، فتجب لها السكنى منعًا للاشتباه في أمرها؛ إذ لو خرجت، ثم ظهر =

بها حمل لساء بها الظن، وهذا المعنى حق الله تعالى، فلا يوجب النفقة. =
على أن بعض الفقهاء منع السكنى أيضًا، وحمل الآية على الرجعية كما سيأتي.
واستدل أحمد ومن معه على عدم وجوب النفقة والسكنى لها بالسنة والمعقول:
أما السنة فحديثان:
أحدهما: ما رواه أحمد ومسلم عن فاطمة بنت قيس عن النبي ﷺ: في المطلقة ثلاثًا،
قال: «ليس لها سكنى، ولا نفقة».
ثانيهما: ما رواه مسلم وغيره عن فاطمة بنت قيس، قالت: «طلقني زوجي ثلاثًا، فلم
يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى، ولا نفقة».
وهذا الحديث الثاني في قصة فاطمة بنت قيس ذكر بروايات كثيرة مطولًا، ومختصرًا،
والمقصود منه هنا: أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى، ولا نفقة، وهي بائن حائل.
ولا يقال: إن هذا مخصوص بفاطمة؛ لأننا نقول: إن الحديث الأول الذي روته عن
النبي ﷺ، ليس خاصًا بها، بل هو عام في كل مطلقة ثلاثًا.
ويرد على الحديثين: أن شرط قبول خبر الواحد، سلامته من طعن السلف فيه، ومن
معارضة ما يجب تقديمه، ومن الاضطراب. وهذان الحديثان، لم يسلم مضمونهما من
شيء مما ذكر.
أما طعن السلف فيه: فقد ثبت في الآثار الصحيحة طعن عمر، وعائشة، وأسامة بن
زيد، ومروان ابن الحكم، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والأسود بن يزيد،
وأبي سلمة بن عبد الرحمن، وإليك بعض هذه الآثار.
طعن عمر رضي الله عنه:
روى مسلم عن أبي إسحاق: قال: كنت مع الأسود بن يزيد الحديث الذي تقدم قريبًا
وفي آخره: قال عمر: «لا نترك كتاب ربنا، وسنة نبينا لقول امرأة لا تدري، أحفظت أم
نسيت».
وروى النسائي: أن الأسود بن يزيد سمع الشعبي يحدث بحديث فاطمة بنت قيس،
فأخذ كفاً من حصباء فحصبه؛ وقال: ويلك! لم تفتي بمثل هذا؟ قال عمر بن الخطاب:
إن جئت بشاهدين يشهدان أنهما سمعاه من رسول الله ﷺ، وإلا لم نترك كتاب ربنا
لقول امرأة».
طعن عائشة رضي الله عنها:
روى الشيخان من حديث هشام بن عروة عن أبيه: قال: تزوج يحيى بن سعيد بن العاص
بنت عبد الرحمن بن الحكم، فطلقها، فأخرجها من عنده، فعاب ذلك عليهم عروة؛
فقالوا: إن فاطمة قد خرجت، قال عروة: فأتيت عائشة رضي الله عنها، فأخبرتها
بذلك، فقالت: ما بفاطمة بنت قيس خيرٌ إن تذكر هذا الحديث.
وفي صحيح البخاري، وسنن أبي داود عن عائشة رضي الله عنها؛ قالت: إن فاطمة
كانت في مكان وحسن، فخيف علي ناحيتها، فلذلك أرخص النبي ﷺ لها.
وروى إسماعيل بن إسحاق القاضي، قال: حدثنا نصر بن علي، قال: حدثني أبي عن
هارون عن محمد بن إسحاق، قال: أحسبه عن محمد بن إبراهيم، أن عائشة رضي الله =

.....

عنها، قالت لفاطمة بنت قيس: «إنما أخرجك هذا اللسان».

طعن أسامة بن زيد رضي الله عنه:

روى عبد الله بن صالح كاتب الليث عن محمد بن أسامة بن زيد أنه كان يقول: كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئاً من ذلك يعني انتقالها في عدتها رماها بما في يده.

طعن مروان بن الحكم:

روى مسلم في صحيحه من حديث الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: أرسل مروان قبيصة بن ذؤيب إلى فاطمة الحديث الذي تقدم في الكلام على البائن الحامل وفي آخره: أن قبيصة حدث به مروان، فقال مروان: لم نسمع هذا إلا من امرأة، سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها.

طعن سعيد بن المسيب:

روى أبو داود في سننه من حديث ميمون بن مهران، قال: قدمت المدينة إلى سعيد بن المسيب، فقلت: فاطمة بنت قيس طلقت، فخرجت من بيتها؟، فقال سعيد: تلك امرأة فتنن الناس، إنها كانت امرأة لسيئة، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم.

طعن سليمان بن يسار:

روى أبو داود في سننه عنه أنه قال، في خروج فاطمة: «إنما كان من سوء الخلق».

طعن الأسود بن يزيد:

سبق في بيان طعن عمر رضي الله عنه.

طعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف:

قال الليث: حدثني عقيل عن ابن شهاب؛ قال: أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن، فذكر حديث فاطمة؛ ثم قال: فأنكر الناس عليها ما كانت تحدث به من خروجها قبل أن تحل.

وأما معارضة ما يجب تقديمه: فقد تبين من الآثار السابقة أن ما تضمنه هذان الحديثان معارضٌ بالكتاب والسنة، وما هو معروف مشهور عن الصحابة، فهو بمنزلة الحديث الشاذ، ومعلوم أن الثقة إذا شذ لا يقبل ما شذ فيه.

وأما الاضطراب: ففي بعض الروايات: أنه طلقها، وهو غائب، وفي بعضها: أنه طلقها، ثم سافر، وفي بعض الروايات: أنها ذهبت إلى رسول الله ﷺ فسألته، وفي بعضها: أن خالد بن الوليد، ذهب في نفر، فسأله ﷺ وفي بعض الروايات سمي الزوج: أبا عمرو بن حفص، وفي بعضها: أبا حفص ابن المغيرة.

إذا تبين هذا تبين أنه لا حجة فيما أفاده الحديثان من عدم السكنى، والنفقة للبائن الحائل.

وجلالة شأن فاطمة بنت قيس لا تمنع رد روايتها المخالفة لما هو معروف مشهور، فالثقة قد يقع في الوهم. ولعل منشأ وهمها أن الرسول ﷺ أجاز لها الخروج لوحشتها: أو منازعتها أحماءها ولم يوجب لها النفقة؛ لأن زوجها كان غائباً، ولم يترك مالا سوى الشعير الذي بعث به إليها، فلم ترض به، وطالبت أهله، فلم يحكم لها رسول الله ﷺ بنفقة عليهم؛ إذ لا يلزمهم شيء، فظنت أن البائن لا نفقة لها، ولا سكنى.

وأجيب عن ذلك: بأن ما تضمنه هذان الحديثان لا اضطراب فيه، ولا يعارض بما يجب تقديمه عليه، والطعن فيه لا يوجب ردّه، وإنما يوجب النظر فيه، وفيما طعن عليه به، والموازنة بينهما بالعرض على أصول الشرع.

أما عدم الاضطراب: فظاهر: إذ الروايات كلها متفقة على هذا المعنى، وهو: أنها طلقت ثلاثاً، ولم يجعل لها رسول الله ﷺ سكنى، ولا نفقة، واختلافها في غيره لا يضر. على أنه لا اختلاف عند التأمل، فرواية أنه طلقها، وهو غائب، وأنه طلقها ثم سافر. لا معارضة بينهما؛ إذ يجوز أنه طلقها، وهو غائب عن المنزل، ثم سافر، ورواية أنها سألت رسول الله ﷺ لا معارضة بينها، وبين رواية أن خالد بن الوليد مع نفر سألوه؛ إذ يحتمل حصول الأمرين جميعاً، وما في بعض الروايات من أن اسم زوجها: أبو عمرو بن حفص بن المغيرة، فهو المذكور في روايات الجمهور كمسلم في الصحيح وغيره، وخطأ بعض الروايات في الاسم، لا يرد الحديث.

وأما عدم المعارض الذي يجب تقديمه، فيسظهر من الجواب الآتي عن الطعون. وأما الطعون الواردة عن الصحابة والتابعين، فلا أثر لها؛ وذلك أنها تتلخص في أربعة أمور الأول: مخالفة كتاب الله تعالى، الثاني: مخالفة سنة رسول الله ﷺ، الثالث: أنها امرأة فلا بد أن تأتي على روايتها بشاهدين، الرابع: أنها أخطأت حيث ظنت سقوط السكنى، والواقع أنها خرجت من المنزل لفحش من لسانها، أو لغير ذلك. أما الأول: وهو مخالفة كتاب الله تعالى، فيجاب عنه: بأن الآية، إن كانت عامة في الرجعيات، والبوائن، فليس هذا أول موضع خصص فيه الكتاب بالسنة، فأية الموارث مثلاً خصصت بالسنة الدالة على أن الكافر والقاتل لا يرثان.

وإن كانت خاصة بالرجعيات، فلا مخالفة بينها، وبين حديث فاطمة بنت قيس. وأما الثاني: وهو مخالفة سنة رسول الله ﷺ فلا نجد سنة مخالفة لحديث فاطمة إلا روايتين عن عمر رضي الله تعالى عنه إحداهما: قوله: لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا، وهذا له حكم المرفوع، والثانية: قوله: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لها السكنى والنفقة».

أما الرواية الأولى: عن عمر، فقد قال فيها الإمام أحمد رضي الله عنه: لا يصح ذلك عن عمر رضي الله عنه، وقال أبو الحسن الدارقطني: قوله: «وسنة نبينا» هذه زيادة غير محفوظة، لم يذكرها جماعة من الثقات، بل السنة بيد فاطمة بنت قيس قطعاً، ومن له إمام بسنة رسول الله ﷺ، يشهد شهادة الله، أنه لم يكن عند عمر رضي الله عنه سنة عن رسول الله أن للمطلقة ثلاثاً السكنى والنفقة.

وأما الرواية الثانية: فلم يخرجها فيما أعلم إلا ابن حزم، والجصاص عن حماد عن إبراهيم... إلخ. ومعلوم أن إبراهيم لم يوجد إلا بعد وفاة عمر بسنين، فالخبر منقطع، وقد أنكره علماء الحديث، وصرّح ابن القيم أنه مكذوب على عمر، كما سبق في أدلة الحنفية.

وأما الثالث: وهو أنها امرأة لم تأت بشاهدين، فذلك ليس جرحاً ترد له الرواية، ولم يشترط أحد في الرواية نصاباً، ولم يكن طلب عمر الشهادة على الرواية، وكذلك تحليف =

عليّ كرم الله وجهه، إلا تبييناً منهما رضي الله عنهما، حتى لا يركب الناس الصعب، والذلول في الرواية عن رسول الله ﷺ، وقد نقل مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه في حديث أبي موسى في الاستئذان حتى شهد له أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، وفي حديث المغيرة بن شعبة في إملاص المرأة حتى شهد له محمد بن مسلمة. كل ذلك كان تبييناً منه رضي الله عنه، وتحذيراً من الإكثار عن رسول الله ﷺ، لا أنه كان يعتبر الشهادة شرطاً في قبول الرواية، وإلا فقد قبل خبر الضحّاك بن سنان الكلابي وحده، وقبل لعائشة رضي الله عنها أخباراً تفردت بها. وبالجملة فلا يقول أحد: إنه لا يقبل قول الراوي العدل حتى يشهد له شاهدان، لا سيما إن كان من الصحابة رضي الله عنهم.

وأما الرابع: وهو أنها أخطأت حيث ظنت سقوط السكنى، والواقع أنها خرجت من المنزل لفحش لسانها، كما في رواية عائشة، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، أو للخوف عليها لوحشة المكان، كما في رواية عائشة أيضاً. فجوابه: أن رواية عائشة، أنها قالت لفاطمة: إنما أخرجك هذا اللسان، ساقطة من جهتين.

الأولى: أن محمد بن إسحاق شك فيمن روي عنه؛ فقال: أحسبه عن محمد بن إبراهيم.

الثانية: أن محمد بن إبراهيم لم يسمع من عائشة، فهو متقطع. ورواية سعيد بن المسيب: أنها كانت لسنة، ورواية سليمان بن يسار، أنها خرجت لسوء خلقها، لا حجة فيهما؛ لأنهما تابعيان، ولم يذكرنا من أخبرهما بذلك، فلعله رأى أراداً أن يوفقا به بين حديث فاطمة، وبين ما فهماه من قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

ورواية عائشة أن فاطمة كانت في مكان وحش فحيف على ناحيتها: رواها أبو داود موصولة، والبخاري معلقة عن أبي الزناد عن هشام عن أبيه عن عائشة، وابن أبي الزناد ضعيف. قال ابن حزم: وأول من ضعفه جداً: مالك بن أنس. اهـ.

ومما يرد على دعوى سوء الخلق، وفحش اللسان، وغير ذلك من الأعدار، أن فاطمة بنت قيس من خيار الصحابة، ومن المهاجرات الأول ممن لا يحملها رقة الدين على فحش يوجب إخراجها من دارها، ومنع حقها الذي جعله الله لها، ولو كان بها ذلك لنهاها رسول الله ﷺ عن ذلك، أو يبين لها، أنه هو الداعي إلى إخراجها، ولو كان المانع فحش اللسان، أو الوحشة لم يعدل عنه إلى قوله: «لا نفقة ولا سكنى، إنما النفقة والسكنى إذا كان لزوجها عليها الرجعة». فهذا صريح في أن المانع هو عدم ملك الرجعة لا غير.

أقول: قد عرضت هنا خلاصة ما أورده القائلون بوجود السكنى والنفقة جميعاً، ولو تأملنا كلام الفريقين أمكننا أن نقول: إنه لا يصح رد القصة من أصلها لمكان فاطمة بنت قيس، ولا إغفال كلام الصحابة الأجلاء الطاعنين عليها، لما ينطوي عليه ردّهم من العلم، لمخالفة فاطمة لما يجزمون به من فهم كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ.

فالذي يقتضيه النظر الصحيح: أن القصة صحيحة، لكن النبي ﷺ لم يجعل لها سكنى =

في منزل العدة؛ لما نالها من الوحشة، ولم يكن زوجها حاضرًا، حتى يحكم عليه بإسكانها في منزل آخر، ولم يجعل لها نفقة؛ لأنها ليست حاملًا. والطاعنون أنكروا عليها أنها أطلقت في موضع التقييد، فظنت أنه لا سكني للمبتوتة سواء كان لها عذر أم لا. فإن قيل: إن التعليل بالوحشة إنما جاء في رواية ابن أبي الزناد عن عائشة، وهو ضعيف، كما قال ابن حزم.

أجبت: بأنه تعقبه الحافظ بن حجر، بأنه ليس متفقًا على ضعفه، بل هو مختلف فيه، وأن من طعن فيه، لم يذكر ما يدل على تركه، وقد جزم يحيى بن معين بأنه أثبت الناس في هشام بن عروة، وهذا الأثر إنما هو من رواية عن هشام، ولذا أخرجه البخاري في صحيحه، وإن كان من قبيل التعليق.

فإن قيل: إن النبي ﷺ علّل عدم السكني، والنفقة بالبينونة حيث قال: «إنما النفقة والسكني للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة».

أجبت: بأن هذا أخرجه أحمد من طريق الشعبي عن فاطمة في آخر حديثها مرفوعًا، لكنه في أكثر الروايات موقوف عليها، وقد بيّن الخطيب في المدرج: أن مجالد بن سعيد تفرد برفعه، وهو ضعيف ومن أدخله في رواية غير مجالد عن الشعبي، فقد أدرجه. وأما المعقول، فأوجه:

أحدها: أن المرأة إذا بانت من زوجها، صارت أجنبية منه، ولم يبق إلا مجرد اعتدادها، وهو لا يوجب لها نفقة ولا سكني، كالموطوءة بشبهة.

ويرد عليه: أن بينها وبين الموطوءة بشبهة فرقًا من جهة أن البائن محتبسة احتباسًا عن أمر مقصود، والموطوءة بشبهة محتبسة احتباسًا ناشئًا عن غلط، فوجب السكني للأولى، لسبق العلة المشروعة، ولا كذلك الثانية.

على أنه قد يقال بوجوب السكني للموطوءة بشبهة، كما ذهب إليه المالكية. وثانيها: أن النفقة والسكني إنما تجبان في مقابلة التمكين من الاستمتاع، والبائن لا يمكن الاستمتاع بها، فلا نفقة ولا سكني لها.

ويرد عليه: أن النفقة والسكني اللذين في مقابلة التمكين من الاستمتاع، أو الاحتباس له، إنما هما للزوجة.

وهذا لا يلزم من نفيهما عن البائن؛ إذ يجوز أنها تجب لها السكني لعدة أخرى، وهي الاحتباس لعدة النكاح.

واستدل الشافعية، ومن وافقهم على وجوب السكني للبائن الحائل دون النفقة بالمنقول والمعقول:

أما المنقول، فقولُه جلّ شأنه: ﴿أَسْكُنُوهُنَّ﴾ الآية.

وجه الدلالة: أن الضمائر في هذه الآية راجعة إلى النساء المطلقات، فهي عامة شاملة للرجعيات والبوائن، فالأمر بالإسكان عام لهما سواء أكرّ حوامل، أو حوائل، والأمر بالإنفاق عند الحمل عام لهما أيضًا. وفيه تعليق الحكم وهو: وجوب الإنفاق بالشرط، وهو: كونهن حوامل، وهو يقتضي التعليل، فيفيد أنه إذا انتفى الشرط وهو الحمل انتفى

الحكم، وهو وجوب الإنفاق. لكن صد عن ذلك في الرجعية الإجماع على وجوب النفقة لها عند عدم الحمل؛ لأنها زوجة ترضى، وتورث، ويلحقها الطلاق، ويجوز للرجل في كل لحظة أن يراجعها، فيستمتع بها، فصار النفي خاصاً بالبائن، وأورد على ذلك من قبل المانعين للسكنى: أن الآية خاصة بالرجعيات، بل السورة كلها من أولها، وأورد من قبل الموجبين للنفقة أن قوله: «من وجدكم» متعلق بمحذوف تقديره: «وأنفقوا عليهن» وأيضاً قوله: «وإن كن أولات حمل» لا يدل على عدم الإنفاق عند عدم الحمل إلا بطريق مفهوم المخالفة. ونحن لا نقول به؛ وعلى فرض القول به هو معطل هنا؛ لأنه قد وجبت السكنى لمعنى هو بعينه موجب للنفقة، وهو الاحتباس لصيانة الولد، فلزم القول بوجوبها بمفهوم الموافقة لا المخالفة.

(والجواب عن كل ذلك) قد سبق فلا حاجة لإعادته.

وأما المعقول، فهو أن البائن محتسبة لتحصيل الماء، لكن لهذا الماء صفتان الأولى: أنه ناشئ عن فعل مقصود شرعاً بخلاف وطء الشبهة الثانية أنه لم يتحقق انعقاد ولد منه بخلاف الحامل، ولهذا وجب إسكانها محافظة على هذا الماء المقصود الذي لم يتحقق حتى يتحقق فيما بعد اشتغالها به، أو خلوها عنه، ولم تجب نفقتها؛ لأنه لا استمتاع كما في الزوجة، ولا اشتغال بولد محقق كما في البائن الحامل.

واستدل الهادوية، والمؤيدية على ما ذهبوا إليه من وجوب النفقة للبائن الحائل دون السكنى بما يأتي:

دليل وجوب النفقة، قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١]. قالوا: إن «المتاع» بعمومه يشمل النفقة، وقد جعله الله حقاً ثابتاً للمطلقات على أزواجهن، ودعاهم إليه بداعية التقوى، ودفع الضرر والإيذاء، كما أرشد إليه النهي عن المضارة.

ودليل عدم وجوب السكنى، أن الله تعالى قال في المطلقات: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ﴾، والبائن لا يجوز سكنها حيث يسكن الزوج، فوجب اختصاصها بالرجعية، فلا تجب للبائن سكنى.

(ويرد على ذلك) أولاً: أن قوله عز وجل: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١] إما أن يراد «بالمطلقات» منه العموم، وإما أن يراد خصوص اللاتي لم يفرض لهن، ولم يدخل بهن أزواجهن كما في الآية التي سبقتها بعدة آيات، وهي قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لهنَّ فَرِيضَةً وَمَعُوهُنَّ عَلَى التُّبُوعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فعلى الخصوص تكون مؤكدة لها ببيان أن التمتع من التقوى، لا من الإحسان الزائد الذي قد يتساهل المرء فيه، وعلى العموم تكون دالة على طلب المتاع لكل المطلقات. وعلى كلا الحالين ليس فيها إيجاب لنفقة العدة؛ لأن قوله تعالى: «متاع» نكرة في سياق الإثبات غير مقيد إلا بالمعروف، وإذا رجع الأمر إلى المعروف، فهل المعروف للبائن الحائل الإنفاق عليها مدة العدة؟ إن ثبت ذلك، صح الاستدلال بالآية عليه، وإلا فالمطلوب أن يعطيه شيئاً من المال يغير

وحجتنا في ذلك ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى^(١).

وهذا نص في الباب.

وما روي من الحديث قد طعن فيه الأكابر من الصحابة والتابعين، فلا يكون حجة.

العرف أنه كافٍ في تخفيف مصابها، وثانياً أن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ لا يستوجب النفقة.

وثالثاً: أن قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، أمر عام للرجعيات والبوائن. وقولهم: إنه يقتضي الاختلاط، فيختص بالرجعيات غير مسلم؛ فإن الرجعية تحرم الخلوة بها، والنظر إليها كالبائن، فلو صح ما قالوه، لما صلحت الآية للرجعية، ولا البائن.

وحيث يجب أن يقال: إن معناها: «أسكنوهن في بعض المواضع الصالحة لسكناكم»، فيكون في ذلك إشارة إلى إسكانهن في مواضع تليق بالأزواج يساراً وإعساراً، وليس فيها إشارة إلى أن تسكن في الموضع الذي فيه الزوج بالفعل.

لكن قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ يدل على أنه يجب بقاؤهن في المسكن الذي طلقن فيه، سواء أكان هو مسكن الزوج، أم مسكن أهلها، أم مسكناً خاصاً بهن، والأخيران لا شبهة فيهما، والأول يجب على الزوج فيه أن يمتنع من الخلوة والنظر، فإن أمكنه ذلك بدون خروجه فيها، وإلا، وجب عليه أن يخرج هو، ولا يسكنها ولا يداخلها.

ينظر: فتح القدير (٣/٣٣٩)، والمحلى (١٠/٢٩٢)، وزاد المعاد (٢/٣٥٢).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٧/٥) كتاب الطلاق، باب: من قال في المطلقة ثلاثا لها النفقة، والدارمي (٢/٢١٩)، والبيهقي (٧/٤٧٥)، والطحاوي في شرح المعاني (٣/٦٧)

من طريق حفص بن غياث، ومحمد بن فضيل عن الأعمش عن إبراهيم، به. قال البيهقي: «وكذلك أخرجه أسباط بن محمد عن الأعمش موقوفاً، وأخرجه أشعث

عن الحكم وحماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر رضي الله عنه وأشعث بن سوار ضعيف». قال صاحب التعليق المغني: بهذا ادعى بعض الحنفية أن للمطلقة ثلاثا:

السكنى، والنفقة. ورده ابن السمعاني بأنه من قول بعض المجازفين، فلا تحل روايته. وقد أنكر أحمد ثبوت ذلك عن عمر أصلاً؛ ولعله أراد الانتقاع؛ لأن إبراهيم لم يلق

عمر رضي الله عنه وقد بالغ الطحاوي في تقرير مذهبه، فقال: خالفت فاطمة سنة رسول الله ﷺ؛ لأن عمر روى خلاف ما روت؛ فخرج المعنى الذي أنكر عليها عمر،

وبطل حديث فاطمة فلم يجب العمل به أصلاً، وعمدته على ما ذكر من المخالفة ما روى عمر بن الخطاب؛ فإنه أورده من طريق إبراهيم النخعي عن عمر قال: سمعت

رسول الله ﷺ يقول: «لها السكنى والنفقة». وهذا منقطع لا تقوم به حجة؛ قاله الحافظ. اهـ.

والمعنى في ذلك، أن المرأة ما دامت في العدة فهي محبوسة بحق الزوج، فإن منفعة الحبس تعود إليه، وهو صيانة مائه فكانت محبوسة بحقه، فتكون نفقتها عليه كما في حق قيام النكاح.

فرق بين [هذه]^(١) المطلقة وبين المتوفى عنها زوجها، فإن المتوفى عنها زوجها لا تستحق النفقة في تركه زوجها، والمطلقة تستحق النفقة على الزوج. وموضع الفرق طلاق المبسوط^(٢).

قال في الكتاب: والنفقة واجبة للمعتدة طالت العدة أو قصرت، ويكون القول في العدة أنه لم تنقض، قولها مع يمينها، لأنها أمانة في الإخبار عما في رحمها، وقول الأيمن مقبول، وإليه أشار أبي بن كعب في قوله: من الأمانة أن تؤمن المرأة على ما في رحمها^(٣).

فإن أقام الزوج بينة على إقرارها [بانقضاء العدة برئ من النفقة؛ لأن ثبوت إقرارها]^(٤) بالبينة كثبوته بالمعينة.

وإن ادعت حبلاً، أنفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ يوم طلقها، لأن عدة الحامل إنما تنقضي بوضع الحمل، والولد يبقى في البطن إلى سنتين، فإن مضت سنتان ولم تلد، انقطعت النفقة، لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين.

فإن قالت: كنت أظن أنني حامل ولم أحض، تعني [أنها ممتدة]^(٥) الطهر إلى هذه الغاية، وأظن أن هذا الذي في ريح وأنا أريد النفقة حتى تنقضي عدتي.

وقال الزوج: قد ادعت الحبل، وأكثر مدة الحبل سنتان. فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ويلزمه النفقة ما لم تنقض العدة، لأن هذا أمر يشتهه، فإن معرفة ما في الأرحام لله - تعالى - قال الله - تعالى - : ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ﴾^(٦).

وتكون معذورة في ذلك، فكان لها النفقة حتى تنقضي عدتها، وعدتها تنقضي

(١) سقط في أ.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٥٤).

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٥٤)، وأصول السرخسي (٢/٢٠٢).

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: أن مدة.

(٦) سورة لقمان آية: ٣٤.

بثلاث حيض أو بدخولها في حد اليأس ومضي ثلاثة أشهر بعد ذلك .
[فإن حاضت في هذه الأشهر الثلاثة استقبلت العدة بالحيض ؛ لأنه تبين أنها لم تكن آيسة، والنفقة واجبة لها في جميع ذلك]^(١) ما لم يحكم بانقضاء العدة، لأنها محتبسة بعدتها منه .

وسئل أبو بكر عن من طلق امرأته وكنتم عن الناس فلما حاضت حيضتين وطئها فحملت ثم أقر بطلاقها .

قال: لها النفقة ما لم تضع حملها^(٢)، لأن انقضاء عدتها بوضع الحمل .
قال: وإن طلق الزوج امرأته وهي صغيرة ولم تحض بعد، وقد دخل بها ومثلها يجماع، فعدتها ثلاثة أشهر على ما عرف في «كتاب الطلاق» وينفق عليها ما دامت العدة قائمة لما ذكرنا، وهذا إذا لم تكن المرأة مراهقة .

فأما إذا كانت مراهقة، فعدتها لا تنقضي بثلاثة أشهر، بل يتوقف في حالها إلى أن تظهر أنها هل حبلت بعد الوطاء أم لا؟ فينبغي أن يدر عليها النفقة ما لم يظهر فراغ رحمها^(٣) .

هكذا حكى عن الشيخ الجليل الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - فلو أنها حاضت في هذه الأشهر الثلاثة تستأنف العدة بالحيض، ويكون لها النفقة حتى تنقضي عدتها، لما ذكرنا .

قال: ويعتبر في هذه النفقة ما يكفيها . وهو الوسط من الكفاية، [وإن كان الزوج غائبا فاستدان عليه، ثم قدم بعد انقضاء العدة، يقضى عليه بنفقة مثلها، وهو قول أبي حنيفة الأول، ثم رجع وقال: لا يقضي، كما في نفقة النكاح]^(٤) .

وأما إذا استدان بغير أمر القاضي، أو لم تستدن أصلا، هل ترجع بذلك على الزوج أم لا [وهو غير مقتدر؛ لأن هذه النفقة نظير نفقة النكاح فيعتبر فيها ما يعتبر في نفقة النكاح، ثم نفقة العدة إيفاء لنفقة النكاح حال قيام النكاح .

وكل امرأة تستحق النفقة حال قيام النكاح تستحق النفقة حال قيام العدة، وكل

(١) سقط في أ .

(٢) المبسوط للسرخسي (٥٧/٥)، بدائع الصنائع (٣/٢١٥) .

(٣) في ب: رحمهما .

(٤) سقط في أ .

امرأة لا تستحق النفقة حال قيام النكاح لا تستحق النفقة حال قيام العدة، فإن المولى إذا بوأ الأمة بيتا لما استحقت النفقة حال قيام النكاح استحقت أيضا بعد الفرقة، [ومتى لم يبوئها المولى بيتا كما لم تستحق النفقة حال قيام النكاح، لا تستحق النفقة بعد الفرقة أيضًا]^(١).

إذا ثبت هذا فنقول: المعتدة إذا لم تخاصم في نفقتها ولم يفرض القاضي لها شيئاً حتى انقضت العدة فلا نفقة لها، لأن النفقة في حالة العدة لا تكون أوجب من نفقة النكاح.

وإن كان الزوج غائباً فاستدانت عليه، ثم قدم بعد انقضاء العدة، يقضى عليه بنفقة مثلها، وهو قول أبي حنيفة الأول، ثم رجع وقال: لا يقضى، كما في نفقة النكاح]^(٢).

وأما القاضي لها النفقة في حالة العدة وقد استدانت على الزوج أو لم تستدن، ثم انقضت عدتها قبل أن تقبض شيئاً من الزوج، فإن استدانت بأمر القاضي، كان لها أن ترجع على الزوج بذلك، لأن استدانة المرأة بأمر القاضي، وللقاضي ولاية متكاملة، بمنزلة استدانة الزوج بنفسه.

وإما إذا استدانت بغير أمر القاضي، أو لم تستدن أصلاً، هل ترجع بذلك على الزوج أم لا؟

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح أدب القاضي: فيه كلام. قال الشيخ الإمام الأجل الشهيد - رحمه الله -: والظاهر عندي أنه لا يسقط. وأشار شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - إلى أنه يسقط، حيث علل فقال: سبب استحقاق هذه النفقة العدة، والمستحق بهذا السبب في حكم الصلة، فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة، ألا ترى أن الذمي إذا أسلم وعليه خراج رأسه لم يطالب بشيء منه، فكذا هنا وهو الصحيح.

قال الخصاص في نفقاته: وكل نكاح كان الزوجان يتوارثان عليه لو مات أحدهما فطلقها فيه الزوج وقد دخل بها، فإن لها عليه النفقة والمهر بدخوله بها.

(١) سقط في أ.

(٢) من أول قوله: «وهو غير مقتدر...»، إلى هنا سقط في ب.

قال - رحمه الله - في شرحه: وهذا الأصل غير سديد على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فإن الذمي إذا تزوج بأمة فإنها تستحق النفقة عنده، ولا يتوارثان لو مات أحدهما.

وكما تستحق المعتدة النفقة، تستحق الكسوة، لأن المعنى يجمعهما، وهي الحاجة.

غير أن في الكتاب لم يذكر كسوتها، لأنها لا تبقى في العدة مدة تحتاج إلى الكسوة غالبًا، حتى لو احتاجت يفرض لها ذلك أيضًا.

الدليل على أن المعتدة تستحق الكسوة: أنها تستحق النفقة، واسم النفقة كما يتناول الطعام يتناول الكسوة.

قال هشام في نوادره: قلت لمحمد - رحمه الله - : النفقة هي الطعام وحده؟ قال: لا، لكن الطعام والكسوة.

قال في الكتاب: وفي كل موضع وجبت على الزوج نفقة العدة تجب عليه مؤنة السكنى، فعليه أن يسكنها فيها.

وإن لم يكن للزوج منزل مملوك يكتري منزلًا لها، ويكون الكراء على الزوج، لأن الإسكان عليه.

وإن كان الزوج معسرًا، تؤمر المرأة أن تستدين الكراء وتؤدي ثم ترجع على الزوج إذا أيسر، كما هو الحكم في النفقة حال قيام النكاح.

ثم الأصل لما بعد هذا: أن الفرقة متى وقعت بين الزوجين.

ينظر: إن كانت الفرقة من جهة الزوج فلها النفقة، سواء كانت الفرقة بمعصية أو

بغير معصية.

وإن كانت الفرقة من جهة المرأة.

إن كانت بحق، فلها النفقة.

وإن كانت بمعصية، فلا نفقة لها.

وإن كانت الفرقة بمعنى من جهة غيرهما، فلها النفقة.

وهذا لأن النفقة صلة، وعصيان من لا يستحق الصلة لا يؤثر في بطلان الصلة.

أما عصيان من يستحق الصلة يؤثر في ذلك.

واعتبر هذا بالوارث إذا قتل المورث.

إن كان بحق لا يحرم عن الميراث .
 وإن كان بغير حق، يحرم، كذا هنا .
 إذا عرف هذا الأصل فنقول: الملاعنة لها النفقة والسكنى، لأن الفرقة باللعان
 فرقة بطلاق، فكانت جائية من قبل الزوج .
 وكذلك البائنة بالخلع، والإيلاء، وردة الزوج، ومجامعة الزوج لأنها تستحق
 النفقة، لأن هذه الفرقات^(١) كلها من قبل الزوج بعد أن كانت مستحقة للنفقة في
 أصل النكاح، فيبقى هذا الحق ببقاء العدة .
 وامرأة [العنين]^(٢) إذا اختارت الفرقة فلها النفقة والسكنى . وكذلك المدبرة وأم
 الولد إذا أعتقا وهما عند الزوج قد بوا لهما بيتا فلهما النفقة والسكنى .
 وكذلك الصغيرة إذا أدركت فاخترت نفسها فلها النفقة والسكنى، وإن جاءت
 الفرقة من قبل المرأة في هذه المسائل، إلا أن الفرقة ما جاءت بسبب هو معصية .
 وكذلك إذا وقعت الفرقة بسبب عدم الكفاءة بعد الدخول فلها النفقة لأن الفرقة
 جاءت بحق مستحق .
 والمنكوحه إذا ارتدت أو طأعت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة، لا نفقة لها .

* * *

(١) في أ: ففرقة .

(٢) سقط في أ .

وفرق بين النفقة وبين المهر:

فإن الفرقة إذا جاءت من قبل المرأة قبل الدخول يسقط المهر، سواء كانت عاصية في ذلك أو محقة.

والفرق: وهو أن المهر عوض عن كل وجه، ولهذا لا يسقط بموت أحدهما، فإن [فات العوض]^(١) بمعنى جاء من جهة من له العوض، يسقط حقه في العوض؛ إذ العوض لا يستحق بدون المعوض، كاليمين في باب البيع، أما نفقة الزوجات فعوض من وجه وصلة من وجه، فإذا كان بين العوض والصلة اعتبرناه عوضاً متى جاءت الفرقة بسبب هي في ذلك عاصية، والعوض يسقط متى فات المعوض من جهة من له الحق في العوض، كما في المهر، ومن حيث إنها صلة لا يسقط [العوض]^(٢) وإن فات المعوض من جهتها إذا كانت في ذلك محقة، والصلوات تجب بلا عوض، كنفقة الأقارب.

ثم قال في الكتاب: والمنكوحة إذا ارتدت حتى وقعت الفرقة لا نفقة لها، أصرت على ذلك أو رجعت عن الردة وتابت.

فرق بين هذا وبين ما إذا نشزت فطلقها الزوج تم تركت النشوز، فإنها تستحق النفقة ما دامت العدة باقية.

وهناك قال: إذا أسلمت والعدة باقية لا تستحق النفقة.

والفرق: وهو أن [في الردة]^(٣) المسقط للنفقة فرقة جاءت من قبلها بسبب هو معصية، وهذا لا يرفع^(٤) السقوط.

فأما في تلك المسألة، المسقط هو النشوز دون الفرقة الجائية من قبلها، لأن الفرقة^(٥) لا تقع بالنشوز، فإذا عادت إلى بيت الزوج ارتفع النشوز، فارتفع المسقط، فعاد حقه في النفقة.

ثم ما ذكر^(٦) في الكتاب: أن المختلعة تستحق النفقة، فذلك إنما يكون إذا وقع

(١) في أ: مات المعوض.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: يرتفع، وفي أ: يقع.

(٥) في ب: النفقة.

(٦) في ب: ذكرنا.

الخلع مطلقاً، وإذا^(١) شرط في الخلع ألا سكنى لها ولا نفقة، فلها المسكن^(٢) ولا نفقة لها، ولأنها بهذا الشرط أسقطت النفقة والسكنى، والنفقة حق المرأة، والسكنى في بيت العدة كما هو حقها فهو حق الشرع، فإسقاطها إن عمل في حقها لا يعمل في حق الشرع، حتى لو شرط الزوج في الخلع ألا يكون عليه مؤنة السكنى ورضيت المرأة أن تسكن في بيت نفسها أو تلتزم مؤنة السكن من مالها بأن كانا يسكنان في بيت بكراء، صح، ويجب الأجر عليها؛ لأن ذلك محض حقها، ثم فرق بين هذا وبين ما إذا أبرأت المرأة زوجها عن النفقة قبل أن تصير النفقة ديناً في الذمة، فإنه لا يصح ذلك بالاتفاق.

وإذا شرط في عقد الخلع براءة الزوج عن النفقة صح.

والفرق: هو أن الإبراء إذا شرط في الخلع كان إبراء بعوض، والإبراء بعوض يكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه؛ لأن العوض قائم مقام ما وقعت البراءة عنه، والاستيفاء قبل الوجوب جائز، فإنها إذا أخذت نفقة شهر جملة جاز.

فأما في غير الخلع، الإبراء إنما حصل بغير عوض، فيكون إسقاطاً محضاً، وإسقاط الشيء قبل الوجوب لا يصح بالاتفاق.

وكذلك الجواب في نفقته^(٣) وهو مؤنة الولد وهو مؤنة الرضاع، لا تسقط بسبب الخلع إن لم يشترط ذلك في الخلع.

وإن شرط في الخلع بأن قال: إلى سنة أو سنتين أو ثلاث، جاز، وما لا فلا.

وقد ذكرنا هذه المسألة مع ما فيها من اختلاف الروايات في كتاب الطلاق في^(٤)

فصل الخلع.

وإذا وقعت حتى جاز.

إن مات الولد قبل تمام المدة فالزوج يرجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع

إلى تمام المدة، هكذا ذكر في الكتاب.

والحيلة في ذلك حتى لا يرجع: أن تقول المرأة للزوج حتى يقول لها الزوج على

(١) في أ: فأما إذا.

(٢) في ب: السكنى.

(٣) في أ: نفقة.

(٤) في ب: و.

هذا الوجه: خالعتك على أني بريء من نفقة الولد إلى سنتين، وإن مات في بعض السنتين فلا رجوع لي عليك.

قال في الكتاب: وفي فصل الخلع في كل موضع لم يصح الإبراء عن السكنى ينظر: إن كان المنزل ملكا للزوج ينبغي أن يخرج الزوج من المنزل ويعتزل عنها ويتركها في ذلك المنزل إلى أن تنقضي عدتها. وكذلك إن كان المنزل بكراء.

وإن استكرى لها منزلاً آخر يجوز، لكن الأفضل أن يتركها في المنزل الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق.

هذا^(١) هو الكلام في الطلاق [البائن]^(٢).

فأما إذا كان الطلاق رجعياً، فقد ذكر الخصاص في نفقاته: أنه يسكنها في المنزل الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق، لأنه لا يجب على الزوج أن يعتزل عنها، فكان له أن يسكنها في ذلك المنزل وهو فيه، وفي الطلاق البائن يسكنها أيضاً في ذلك المنزل. لكن الزوج يخرج عن ذلك المنزل أو يعتزل في الناحية. قال: وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً وهي أمة، وقد كان بواها المولى بيتاً، فعلى الزوج النفقة.

فإن أخرجها المولى لخدمته وكانت في العدة لا نفقة لها، فإن أعادها إلى بيت الزوج وترك استخدامها فلها النفقة، وهذا لأن النفقة في العدة معتبرة بنفقة النكاح، والجواب في نفقة النكاح على هذه التفاصيل، فكذا في نفقة العدة.

فأما إذا كانت قبل الطلاق في بيت المولى، ولم تعد إلى بيت الزوج حتى طلقها الزوج، ثم عادت إلى بيت الزوج بعد الطلاق فلا نفقة لها عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

فرقوا بين هذا وبين الحرة إذا كانت ناشرة وقت الطلاق ثم عادت إلى بيت الزوج، فإنها تستحق النفقة.

والفرق: أن في حق الأمة، النكاح حالة الطلاق لم يكن سبباً لوجوب النفقة؛ لأنه

(١) في ب: هكذا.

(٢) سقط في أ.

لم يكن سببا لوجوب الاحتباس؛ ولهذا لو أراد الزوج أن يعيدها إلى منزله من غير رضى المولى لم يكن له ذلك، وبالطلاق زال النكاح من وجهه وبقي من وجهه، فإذا عادت إلى بيت الزوج وتحقق الاحتباس، إن^(١) صار النكاح سببا من الوجه الذي هو باق، فمن الوجه الذي هو زائل لا يصير سببا، فلا يصير سببا بالشك والاحتمال. أما في الحرة، النكاح حالة الطلاق كان سببا لوجوب النفقة؛ لأنه كان سببا لوجوب الاحتباس، ولهذا لو [أراد]^(٢) الزوج أن يعيدها إلى بيته كان له ذلك شاءت أو أبت، إلا أنها بالنشوز فوتت الاستيفاء على الزوج فجوزيت بالمنع من [استيفاء]^(٣) ما عليه^(٤) أيضًا.

[فإن^(٥) عادت إلى بيت الزوج فقد تمكن الزوج من استيفاء ما عليها، فتمكن المرأة من استيفاء ما عليه أيضًا]^(٦).

فرق بين هذا وبين ما لو أخرجها المولى من بيت الزوج بعد الطلاق ثم أعادها كان لها النفقة، لأن النكاح حالة الطلاق كان سببا لوجوب النفقة، لكن السقوط كان بعارض^(٧)، فإذا زال العارض، ارتفع المسقط، فيرتفع السقوط، أما هنا بخلافه على ما مر.

قال: ولو أن رجلا تزوج بأمة^(٨) رجل بإذن المولى ولم يبوئها المولى بيتا حتى طلقها الزوج طلاقا رجعيا، فإن للسيد أن يأخذ الزوج حتى يبوئها بيتا. يعني للمولى أن يخلي بينها وبين الزوج في بيت واحد وينفق الزوج عليها حتى تنقضي العدة، لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، فإن كان الطلاق بائنا فليس للسيد أن يأخذ الزوج حتى يبوئها منزلاً. يعني لا يخلي بينها وبين الزوج^(٩) في بيت واحد، لأن الطلاق

(١) في أ: أي.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: الاستيفاء.

(٤) في ب: الاستيفاء.

(٥) في ب: عليها.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في ب: أمرا.

(٨) في أ: أمة.

(٩) في أ: زوجها.

البائن يحرم الوطاء.

وهل للمولى أن يطالب الزوج بالنفقة ما كانت معتدة؟
ذكر الخصاف في نفقاته: أن له ذلك.

قال الصدر الشهيد برهان الأئمة - رحمه الله - : إنه ليس لها النفقة وما ذكرنا من المسألة قبل هذه المسألة تصير رواية لما قاله - رحمه الله - .
وهذا لأنه لا يستحق النفقة حال قيام النكاح قبل التبوئة^(١)، وكل من لا يستحق النفقة حالة النكاح لا يستحق بعد الطلاق، وقد ذكرنا هذا الأصل قبل هذا.
فرع على هذه المسألة فقال: ولو طلقها الزوج طلاقاً رجعياً ثم أعتقها المولى، كان لها أن تطالب الزوج حتى يبوئها بيتاً وينفق عليها، لأنها ملكت أمر نفسها، وإن كان الطلاق بائناً فالزوج لا يخلو بها في بيت واحد لما قلنا، وهي لا تأخذه بالسكنى.

وهل لها أن تأخذه بالنفقة؟

ذكر الخصاف: أن ذلك لها، والصحيح أنه ليس لها ذلك لما قلنا.
قال: إذا أعتق أم ولده لا نفقة لها في العدة؛ لأن ما به تستحق النفقة وهو ملك اليمين قد زال كله فسقطت النفقة الواجبة قبل العدة، ولو وجبت النفقة وجبت ابتداءً، والعدة لا تصلح لإيجاب نفقة لم تكن.
وكذلك لو مات المولى حتى عتقت أم الولد بموته، لا نفقة لها في تركة الميت، ولكن إن كان لها ولد فنفتقتها تكون في نصيب الولد، لأن الأم إن كانت معسرة، فنفتقتها على الولد وإن كان الولد صغيراً. على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.
قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: وإذا أقر الرجل بحرمة امرأته وقد دخل بها وفرق بينهما، فلها المسمى من المهر ونفقة العدة.

ومعنى هذه المسألة: أن الزوج [ادعى]^(٢) فساد النكاح من الأصل، إذا أقر بالحرمة، وأسند الحرمة إلى زمان في الماضي، وهذا لأن الزوج أقر على نفسه

(١) في أ: البينونة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: أو.

بالحرمة وعليها بسقوط المسمى والنفقة، فيصدق في حق نفسه لا في حقها.
وإذا فرض القاضي لها نفقة العدة، فقالت المرأة: لم تنقض عدتي، وقال الزوج:
قد انقضت عدتك، فالقول قول المرأة مع يمينها، لأنها أمانة في الإخبار عما في
رحمها، والقول قول الأمين مع يمينه فيما جعل أمينًا.
فإن حلفت أخذت النفقة.
وإن نكلت صارت مقرة أنه لا نفقة لها، وإقرارها حجة في حقها. والله أعلم.

* * *

نوع آخر: في الأسباب المسقطه لهذه النفقة:

قال محمد - رحمه الله - : المعتدة إذا وجبت لها النفقة كانت هي في العدة بمنزلة الزوجة التي لم تطلق، فما وجب للزوجة التي لم تطلق من النفقة فكذلك للمعتدة ما دامت في العدة، [وما حرمت به من النفقة وهي زوجة تحرم به إذا كانت في العدة]^(١).

والمراد به: إذا ارتدت عن الإسلام في عدتها فحبست حتى تتوب، أو حبست المعتدة في الدين، أو خرجت إلى الحج، لأنه لما فات حقيقة الاحتباس بهذه الأسباب فات منفعة صيانة ماء الزوج، فلا تستحق النفقة.

فأما إذا لم يفت الاحتباس في العدة، بأن ارتدت في العدة ولكن لم تحبس بعد إنما هي في بيت الزوج، أو قبلت ابن الزوج أو ما أشبه ذلك، فإنه لا يسقط نفقتها متى حصلت في العدة، وإن كان يسقط النفقة حال قيام النكاح.

وإنما كان كذلك، لأن في حال قيام العدة إذا لم يفت الاحتباس بسبب هذه الأفعال كانت منفعته وهي صيانة الماء حاصلة للزوج، فكان ما هو المقصود حاصلاً للزوج فتستحق النفقة.

أما في حالة قيام النكاح، فوتت الاحتباس الذي هو مطلوب بالنكاح، وهو الاحتباس لمنفعة الوطاء ودواعيه، فجوزيت بالحرمان.

فرع على ما إذا ارتدت وحبست حتى سقطت النفقة فقال: لو رجعت إلى^(٢) الإسلام فلها النفقة والسكنى، لأن استحقاق النفقة كان ثابتاً لها، لكن السقوط كان بعارض وهو الحبس بالردة حتى تتوب، فإذا أسلمت زال العارض فيعود الاستحقاق، كما لو نشزت ثم عادت إلى بيت العدة.

فرق بين هذا وبين ما إذا ارتدت وهي منكوحة حتى وقعت الفرقة وسقطت النفقة ثم أسلمت بعد ذلك، فإن النفقة لا تعود.

والفرق: أن الفرقة في ارتداد المنكوحة إنما وقعت بمعنى مضاف إليها وهو معصية، فسقطت النفقة أصلاً فلا تعود بعد ذلك.

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: دار.

أما إذا ارتدت وهي معتدة، فسبب الوجوب قد تقرر، لكن امتنع الوجوب في بعض المدة بعارض أمر وقد زال ذلك، فيزول المنع، كما في النشوز. قال: فإن كانت المعتدة^(١) حين ارتدت لحقت بدار الحرب ثم أسلمت بعد ذلك، أو سببت واعتقت فلا نفقة لها، لأنها لما لحقت بدار الحرب مرتدة فقد سقطت العدة بمضي المدة^(٢).

وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات^(٣) الثلاث.

جئنا إلى الطلاق [الرجعي فنقول:

المعتدة بالطلاق]^(٤) الرجعي إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهي مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس، فلا نفقة لها، لأن في الطلاق الرجعي الفرقة ما وقعت بالطلاق، فيكون وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية، فيوجب ذلك سقوط النفقة، ولا كذلك في الطلاق البائن والطلقات^(٥) الثلاث.

قال: المعتدة إذا خرجت عن بيت العدة تسقط نفقتها.

هكذا روي عن الضحاك مطلقاً^(٦).

وهذا عندنا ما دامت على النشوز، فإن عادت إلى بيت الزوج كان لها النفقة والسكنى كما في حال قيام النكاح ثم الخروج عن بيت العدة على سبيل الدوام ليس بشرط لسقوط النفقة، فإنها إذا خرجت زماناً، وسكنت زماناً لا تستحق النفقة.

هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أدب القاضي للخصاف في شرح أحاديث باب^(٧) إثبات الوكالة.

قال: وإذا كانت ناشزة وقت الطلاق، ثم عادت إلى بيت الزوج بعد الطلاق، تستحق النفقة. وهذا لما ذكرنا أن نفقة العدة إبقاء^(٨) لنفقة النكاح، فتكون هذه الحالة

(١) في ب: معتدة.

(٢) في ب: العدة.

(٣) في ب: والطلاق.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: والطلاق.

(٦) البحر الرائق (٤/٢١٧).

(٧) زاد في: أحداث.

(٨) في أ: إيفاء.

معتبرة بحالة قيام النكاح، والجواب على حال قيام النكاح على هذا الوجه، فكذا حال قيام العدة.

وفي فتاوى النسفي: المعتدة عن طلاق بائن إذا تزوجت في العدة ووجد الدخول، وفرق بينهما، ووجبت عليها العدة منهما، لا نفقة لها على الزوج الثاني، لأن النكاح من الزوج الثاني فاسد.

وإنما نفقتها على الزوج الأول، لأنها لا توصف بالنشوز [بمنعها]^(١) نفسها منه هنا، لأن الطلاق بائن والحل زائل. هكذا ذكر هنا.

وتأويل المسألة: ما إذا تزوجت وهي في العدة لم تخرج من بيت العدة، أما إذا خرجت من بيت العدة، لا تستحق النفقة لما قلنا. والله أعلم.

(١) سقط في أ.

نوع آخر: في الصلح عن نفقة العدة:

قال: وإذا صلح الرجل امرأته عن نفقتها ما دامت في العدة على دراهم مسماة لا يزيدا عليها حتى تنقضي العدة، ينظر: إن كانت عدتها بالحيض، لا يجوز الصلح. وإن كانت بالأشهر، جاز.

وإنما كان هكذا؛ لأن العدة إذا كانت بالحيض فهذه النفقة مجهولة، فلا ندري حصة كل يوم من المصالح عليه، وإنما تحتاج استيفاء حصة كل يوم بعد الصلح؛ لأن كل يوم مضى فنفقة ذلك اليوم تصير دينا لها على الزوج فيكون لها استيفاء ذلك لا محالة، فإذا لم تكن حصة كل يوم معلومة تقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم، ومثل هذه الجهالة تمنع جواز الصلح، كما لو صالحت عن نفقتها مع الزوج ما دامت زوجة له على مال معلوم، كان الصلح باطلاً، فكذا هنا.

بخلاف ما إذا كانت عدتها بالأشهر، لأن مدة النفقة معلومة وهي ثلاثة أشهر، فتكون حصة كل يوم يمضي من وقت الصلح معلومة فكان الصلح جائزاً.

قال: وإذا خلع الرجل امرأته أو طلقها بائناً ثم صالحها من السكني على دراهم، فإن هذا لا يجوز، لأن [السكني حال]^(١) قيام العدة إن^(٢) كان من حقوق الزوج ففيه حق الله - تعالى - أيضاً، فلو جاز هذا الصلح أدى إلى إبطال حق الله تعالى^(٣) - فلا يجوز.

فإن صالحها من النفقة على دراهم، إن لم يشترط في الخلع براءته عن النفقة جاز الصلح.

وإن شرط في الخلع براءته عن النفقة لا يجوز الصلح، لأن البراءة عن النفقة متى كانت مشروطة في الخلع صحيحة، فهي إنما صالحت عما ليس بحق لها فلا يجوز. استشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أن المنكوحة نكاحاً فاسداً إذا صالحت زوجها من النفقة على دراهم لا يجوز؛ لأنها صالحت عما ليس بحقه لها فكذا هنا.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وإن.

(٣) زاد في ب: أيضاً، فلو جاز هذا الصلح.

نوع آخر: في اختلاف الزوجين في وقوع الطلاق، وبيان أحكام^(١) النفقة: قال الخصاص في نفقاته: ولو أن رجلاً قدمته امرأة إلى القاضي، وطالبتة بالنفقة، فقال الرجل للقاضي: كنت طلقته منذ سنة وانقضت عدتها في هذه المدة وجحدت المرأة الطلاق، فإن القاضي لا يقبل قوله، لأن الطلاق ظهر لقوله في الحال، وهو في الإسناد يريد إسقاط النفقة عن نفسه، فلا يصدق إلا بيته.

فإن شهد له شاهدان بذلك، والقاضي لا يعرفهما فإنه يأمره بالنفقة عليها، لأن وقوع الطلاق في ذلك الوقت لم يظهر بعد، فإن عدلت الشهود، وأقرت أنها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة، فلا نفقة لها عليه.

فإن كانت أخذت منه شيئاً ردت عليه، لأنه ظهر أنها أخذت مال الغير بغير حق. قال: ولو شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً، وهي تدعي الطلاق أو تنكره، فإنه ينبغي للقاضي أن يمنع الزوج من الدخول عليها والخلوة بها ما دام القاضي مشغولاً بتزكية الشهود؛ لأن الشهود يحتمل أن يكونوا صدقة، وعلى هذا التقدير كانت المرأة أجنبية، ويحتمل أن يكونوا كذبة، وعلى هذا التقدير كانت منكوحة، فوجب المنع احتياطاً.

ولا يخرجها القاضي في هذا الوجه من منزل زوجها، نص في الجامع، ولكن يجعل معها امرأة أمينة تمنع الزوج من الدخول عليها وإن كان الزوج عدلاً. فرق بين هذا وبين ما إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً ومنزله ضيق، فجعل بينهما سترًا حائلاً، فإنه يكفي، ولا يحتاج إلى امرأة أمينة إذا كان الزوج عدلاً. والفرق عرف في موضعه.

ونفقة الأمينة هنا في بيت المال، لأنها مشغولة بمنع الزوج عن الدخول عليها حق الله - تعالى - احتياطاً لأمر الفرج، فكانت عاملة لله - تعالى - فتكون نفقتها في مال الله - تعالى -، وهو مال بيت المال.

فإن طلبت المرأة من القاضي النفقة وهي تقول: طلقني، أو تقول: لم يطلقني، أو تقول: لا أدري أطلقني أم [لم يطلقني]^(٢) فهذا على وجهين: إن لم يكن الزوج

(١) في ب: أحكام النفقة.

(٢) في ب: لا.

دخل بها فالقاضي لا يقضي لها بالنفقة، لأنه إن وقع الطلاق عليها فهي مبانة من غير عدة، فلا تجب لها النفقة، وإن لم يقع الطلاق عليها فهي محبوسة عن الزوج، والمنكوحة متى حبست عن الزوج لا تستحق النفقة.

وإن كان قد دخل بها، فالقاضي يقضي لها بمقدار نفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود، لأنه إن وقع عليها فلها نفقة العدة، وإن لم يقع لا نفقة لها، لأنها منكوحة محبوسة عن الزوج، فإذا احتمل يقضي لها بنفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود. فإن تطاولت المسألة عن الشهود حتى انقضت العدة لم يرد لها القاضي على نفقة العدة شيئاً، لأننا تيقنا أنه لا نفقة لها بعد مضي مدة العدة، لأنه إن وقع الطلاق عليها فقد انقضت عدتها، وإن لم يقع الطلاق عليها فهي ممنوعة من^(١) الزوج.

بعد هذا إن زكيت الشهود، فرق بينهما وسلم لها ما أخذت من النفقة، لأنه تبين أنها معتدة أخذت نفقة العدة، فيكون أخذها بحق، فيسلم لها.

وإن لم تزك الشهود وجب عليها أن ترد على الزوج ما أخذت من النفقة، لأنه تبين أنها منكوحة محبوسة عن الزوج لا بفعل الزوج فلم يكن لها نفقة النكاح فكان أخذها بغير حق، فيجب عليها الرد.

استشهد في الكتاب لإيضاح هذه المسألة فقال: ألا ترى أن القاضي إذا فرق بينهما بشهادة الشهود فمكثت زماناً، وقد كانت للمرأة على الزوج فريضة نفقة معلومة لكل شهر فكانت المرأة تأخذ ذلك حالة العدة، ثم علم أن الشهود [كانوا عبداً أو محدودين]^(٢) في القذف، فردت شهادتهم، وردت المرأة على زوجها، يجب عليها رد ما أخذت في هذه المدة لأنه تبين أنها [منكوحة في هذه المدة]^(٣) ممنوعة عن الزوج لا بمعنى من جهة الزوج، كذا هنا. والله أعلم.

* * *

(١) في ب: عن.

(٢) في ب: عبید أو محدودون.

(٣) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا الفصل :

المعتدة إذا أنفق عليها إنسان ليتزوجها، ثم لما انقضت العدة أبت أن تزوج نفسها منه فهذا على وجهين :

الأول: أن يشترط الزوج وقت الإنفاق، بأن يقول لها: أنفق عليك ما دمت في العدة على أن تزوجي نفسك مني إذا مضت عدتك.

وفي هذا الوجه: للزوج أن يرجع عليها بما أنفق سواء زوجت نفسها منه أو لم تزوج، لأنه أنفق عليها بشرط فاسد، وفيه نظر.

وذكر في فتاوى الفضلي في هذا الوجه: أن الزوج إذا كان أعطاها دراهم فله أن يرجع عليها إذا أبت أن تزوج نفسها منه إلا أن يكون أعطاها دراهم على وجه الصلة.

الوجه الثاني: أن ينفق عليها من غير شرط التزويج، لكن علم عرفاً أنه ينفق بشرط أن تزوج المرأة نفسها منه ثم لم تزوج، وفي هذا الوجه اختلف المشايخ.

بعضهم قالوا: يرجع؛ لأن المعروف كالمشروط.

وبعضهم قالوا: لا يرجع.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وهو الصحيح؛ لأنه أنفق على قصد التزويج لا على شرط التزويج، وفيه نظر، والله أعلم.

* * *

الفصل الثالث

في نفقة ذوي الأرحام

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: فيما يجب على الأب والأم من رضاع الصغير ونفقته:
والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيْمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَكَرُ وَاوِدَةٌ يَوْلَدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلَدُهُ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَشَاوِرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا ءَاتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْقَوْا اللَّهَ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^(١).

ولأهل العلم في معنى أول الآية إلى آخرها كلام.

أما قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ اختلفوا فيه:

قال بعضهم: هذا [مجرد]^(٢) خبر أن الوالدات كذا يفعلن في العام الغالب، وليس فيه إيجاب الإرضاع^(٣) على الأمهات.

وقال بعضهم: فيه إيجاب الإرضاع^(٤) على الأمهات وإن كان بصيغة الخبر كقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾^(٥).

وعن هذا قلنا: إن حال قيام النكاح لا يجوز لها أن تأخذ الأجر بالإرضاع^(٦)؛ لأنه يجب عليها الإرضاع^(٧) دينا، وإن كان لا تجبر على ذلك في الحكم.

وأخذ الأجرة بإزاء ما يجب عليها من الدين لا يجوز، ألا ترى أنه لا يجوز لها أخذ الأجر من الزوج بسبب أعمال داخل البيت، لهذا إن أعمال داخل البيت واجبة عليها دينا. كذا هنا.

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٣.

(٢) في أ: الرضاع.

(٣) في أ: الرضاع.

(٤) في أ: الرضاع.

(٥) سورة البقرة آية: ٢٢٨.

(٦) في أ: الرضاع.

(٧) في أ: الرضاع.

وفي الجبر على الإرضاع كلام واختلاف يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى .
وأما قوله تعالى : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ فيه اختلاف ظاهر أن مدة الرضاع في حق
التحريم ماذا؟

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : ثلاثون شهرًا، إن وجد الرضاع في هذه المدة
تثبت الحرمة، فطم على رأس الحولين أو لم يطم، وإن وجد بعد هذه المدة لا
تثبت الحرمة، فطم على رأس هذه المدة أو لم يطم.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : [حولين .

وهذا قول الشافعي - رحمه الله - .

وقال زفر - رحمه الله-^(١) : ثلاث سنين .

والحجج معروفة في المبسوط .

ثم لمدة الرضاع ثلاثة أوقات : أدنى، وأوسط، وأقصى .

فالأدنى : حول ونصف .

والأوسط : حولان .

والأقصى : حولان ونصف .

حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططا، ولو زاد على الحولين لا يكون
تعديًا، والوسط هو الحولان .

فلو كان الولد يستغني عنها دون الحولين ففطمته في حول ونصف بالإجماع يحل
ولا تأثم، ولو لم يستغن عنها بحولين يحل لها أن ترضعه بعد ذلك - عند عامة
العلماء إلا عند خلف بن أيوب .

إنما الكلام في ثبوت الحرمة واستحقاق الأجر .

عند أبي حنيفة - رحمه الله - : تثبت حرمة الرضاع إلى ثلاثين شهرًا، وعندهما :
إلى حولين .

وأما الكلام في استحقاق الأجر^(٢)، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني

(١) سقط في ب .

(٢) ذهب الحنفية والمالكية والظاهرية أن الأم لا تستحق أجره على رضاع ولدها إن كانت
الزوجية قائمة، أو في عدة الطلاق الرجعي، لأن النفقة واجبة على الزوج لزوجته وهو
يكلف بذلك بقدر كفايتها، فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع، حتى لا تجتمع نفقتان =

- رحمه الله - : و^(١) على هذا الخلاف حتى إن من طلق امرأته، فأرضعت بعد الحولين، وطلبت الأجر، عند أبي حنيفة - رحمه الله - تستحق الأجر إلى تمام حولين ونصف، وعند صاحبيه لا تستحق الأجر فيما وراء الحولين.
وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى [لا]^(٢) تستحق المطلقة أجرة الرضاع بعد الحولين

= على الزوج في آن واحد فيضرب به؛ ولأن الله أمر الوالدات بالإرضاع، بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ﴾.

وذهب الشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن الأم تستحق أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو بعدها؛ لأنها مقابل عمل علي منفعة، فاستحققت الأجرة على إرضاعها، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَضَعْنَ لَكُمْ فَنَأُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ وتقدير الأجرة بحسب التراضي.

واتفق الفقهاء على أن الأم تستحق أجرة الرضاع، إن كانت في عدة الطلاق البائن أو في عدة الوفاة، أو بعد انقطاع العدة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَضَعْنَ لَكُمْ فَنَأُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمَّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾ وتقدير الأجرة بحسب التراضي، وبمقدار أجرة المثل - وهي الأجرة التي تقبل أخرى أن ترضع مقابلها - ولو طلبت الأم من الأجرة أكثر من أجرة المثل فلا تجاب إلى طلبها.

وإذا رفضت الأم المرضعة أن ترضع الطفل أو طلبت أجرة على الرضاع أكثر من أجرة المثل فقد تعاسرا، فلأب أن يستأجر من ترضع ولده، ويدفع لها أجرة بحسب التراضي؛ لأنه عقد إجارة وتبدأ من وقت إرضاعها الطفل، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاوَنَّا فَسُورَةُ لَكُمْ أُخْرَى﴾ أي في أجرة الرضاع، إذا أبى الزوج أن يعطي الأم أجرة رضاعها، وأبت الأم أن ترضعه، أو طلبت أكثر من أجرة المثل فليس له إكراهها، ويستأجر مرضعة غير أمه وهذا عند عامة الفقهاء اتفق الفقهاء على أن مدة استحقاق أجرة الرضاع مُقَدَّرٌ بحولين، لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ﴾ حتى أن المطلقة إذا طلبت بعد الحولين أجرة الرضاع فأبى أبو الصغير، لا يجبر، ويجبر في الحولين.

ينظر: الهداية (٤٥/٢، ٤٦)، شرح فتح القدير (٤٢٥/٣)، (٢٧٢/٤)، الفتاوى الهندية (٣٤٣/١، ٥٦١)، المدونه الكبرى (١٠٩٤/٣)، مواهب الجليل (٢١٢/٤)، (٢١٣)، المجموع شرح المذهب (٣١٠/١٨، ٣١٢)، مغني المحتاج (٤٥٠/٣)، نهاية المحتاج (٢٢٢/٧)، الحاوي الكبير (٤٩٦/١١)، المبدع شرح المقنع (٢٢١/٨)، الروض المربع، ص (٤٣٦)، المغني، لابن قدامة (٨٦/١)، (٣١٣/٩، ٣١٤)، كشف القناع (٥٤٣/٣)، المحلى (٣٣٥/١٠، ٣٣٦)، البحر الزخار (٢٧٨/٣)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (١٤٠/١٤)، تفسير القرطبي (٣/١٦٣)، تفسير فتح القدير (٢٤٥/٥).

(١) في ب: هو.

(٢) سقط في ب.

بالإجماع، و^(١) تستحق في الحولين بالإجماع.
وأما قوله تعالى: ﴿لَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُيَمِّمَ الرِّضَاعَةَ﴾^(٢) يعني من أراد تمام الرضاع يرضع
حولين كاملين لا ينقص عن ذلك، ولكن إذا نقص عن ذلك وكان الولد يستغني عن
ذلك يجوز، وقد مر هذا.

وأما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣). سنين معناه بعد
هذا إن شاء الله تعالى.

قال أصحابنا - رحمهم الله - : ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها، لأن الإرضاع^(٤)
بمنزلة النفقة، [ونفقة الأولاد]^(٥) تجب على الآباء لا على الأمهات فكذا الإرضاع.
فإن كان الصبي لا يأخذ لبن غيرها، ولا يوجد من ترضعه، هل تجبر الأم على
الإرضاع؟

ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح أدب القاضي للخصاف في
باب نفقة الصبيان: أن في ظاهر الرواية عن أصحابنا لا تجبر.

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - في النوادر: أنها تجبر.
وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح أدب القاضي للخصاف:
أنها^(٦) تجبر. من غير ذكر خلاف.

وهكذا ذكر في شرح القدوري. وهذا لأنها لو لم تجبر، والولد لا يأخذ لبن
غيرها أدى إلى تلف الولد، وهي ممنوعة عن إتلاف الولد.
وجه ما ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أن الولد يغذى بالدهن،
وغيره من المائعات، فلا يؤدي هذا إلى تلف الولد.

قال الضحاك: إذا لم يكن للصبي أو الأب مال. أجبرت الأم على الإرضاع، وهو
الصحيح؛ لأنها ذات يسار في اللبن، فصار [هذا قياس ما قال أصحابنا في الأب]^(٧)

(١) زاد في ب: لا.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٣٣.

(٣) سورة البقرة آية: ٢٣٣.

(٤) في أ: الرضاع.

(٥) في ب: والنفقة.

(٦) زاد في ب: لا.

(٧) في أ: كالأب.

إذا غاب وليس له مال، وترك امرأة وصغيرًا، وللمرأة مال، فالمرأة تجبر على الإنفاق على الصبي ثم هي ترجع عليه كذا هذا.

ثم إرضاع الصغير إذا كان يوجد من يرضعه إنما يجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال.

أما إذا كان له مال - بأن ماتت أمه فورث مالا أو استفاد مالا بسبب آخر، تكون مؤنة الرضاع في مال الصغير.

وكذلك نفقة الصبي بعد الفطام إذا كان له مال في ماله، لا تجب على الأب. فرق بين نفقة الابن^(١) وبين نفقة الزوجات، فإن المرأة وإن كانت موسرة فنفقته على الزوج.

والفرق: وهو أن نفقة الزوجات إنما تجب بإزاء التمكين^(٢) من الاستمتاع، فكان^(٣) شبيهه البدل، والبدل يجب وإن كان من يستحقه غنيا، فأما نفقة الولد لا [تجب بإزاء التمكين من الانتفاع، وإنما تجب لأجل الحاجة، فلا]^(٤) تجب بدون الحاجة كنفقة المحارم.

فإن كان للصغير عقر أو أردية أو ثياب، واحتيج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه، لأنه غني بهذه الأشياء، ونفقة الصبي تكون في ماله إذا كان غنياً.

فإن كان مال الصغير^(٥) غائبًا، يؤمر الأب أن ينفق من ماله على أن يرجع في مال الولد إذا حضر ماله، ولكن إن أشهد على ذلك فله أن يرجع في الحكم، وإن أنفق بغير إسهاد لكن على نية الرجوع، ليس له أن يرجع في الحكم، لأن الظاهر أن الإنسان يقصد فيما ينفق على ولده التبرع، والقاضي لا يطلع إلا على الظاهر، أما الله مطلع على الضمائر والظواهر^(٦) فكان له أن يرجع إذا كان قصده عند الإنفاق

(١) في ب: الولد.

(٢) في ب: التمكين.

(٣) في ب: وكان.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: الولد.

(٦) في ب: والظاهر.

الرجوع.

فأما^(١) إذا لم يكن للصبى مال فالنفقة على والده لا يشاركه أحد في ذلك، لأنه إنما يستحق النفقة على الوالد لكونه منه، ولانتسابه إليه، وغيره لا يشاركه في هذا المعنى، فلا يشاركه في النفقة عليه.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن النفقة على الأب والأم أثلاثا على حسب ميراثهما.

إلا أن في ظاهر الرواية جعل الكل على الأب، لأن النفقة نظير الإرضاع^(٢)، فكما لا يشارك الأب في مؤنة الإرضاع أحد، فكذا في النفقة.

قال: فإن كان الأب معسرًا والأم موسرة، أمرت أن تنفق من مالها على الولد فيكون ديناً على الأب [حتى ترجع عليه إذا أيسر؛ لأن نفقة الصغير على الأب]^(٣). وإن كان معسرًا بنفقة^(٤) نفسه، فكانت الأم قاضية حقا واجبا عليه بأمر القاضي، فترجع عليه إذا أيسر، كما إذا أدت^(٥) بأمه.

ثم جعل الأم أولى بالتحمل من سائر الأقارب، حتى لو كان الأب معسرًا والأم موسرة وللصغير جد موسر، تؤمر الأم بالإنفاق من مال نفسها ثم ترجع على الأب، ولا يؤمر الجد بذلك، لأنه وقعت الحاجة إلى الاستدانة، فكانت الاستدانة من مالها وهي أقرب [إلى الصغير]^(٦) أولى.

قال: رجل له صغير، وأمّه في نكاحه، فطلبت من زوجها أجره الإرضاع^(٧)، لا تستحق، وإن استأجرها الزوج على ذلك، لما ذكرنا من المعنى.

ومعنى آخر: أن نفقة النكاح واجبة على الزوج، فلو أوجبنا عليه [أجره الرضاع تجتمع]^(٨) أجره الرضاع مع نفقة النكاح في مال واحد، وهذا لا يجوز.

(١) في ب: أما.

(٢) زاد في ب: فلا يشارك الأب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: كنفقة.

(٥) في أ: لزم.

(٦) في أ: للصغير.

(٧) في ب: الرضاع.

(٨) سقط في أ.

هذا إذا لم يكن للصغير مال .

فأما إذا كان له مال هل يجوز أن تفرض أجرة الرضاع في ماله؟

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في أول شرح النفقات للخصاف أنه روي عن

محمد: أنه يفرض في مال الصبي .

وهكذا ذكر في إجازات القدوري .

قال - رحمه الله - في أول شرح النفقات: وليس فيه اختلاف الروايتين، ولكن

ما روي عن محمد - رحمه الله - أنه يفرض في مال الصبي، تأويله: إذا لم يكن

للأب مال .

وما ذكر أن الزوج إذا استأجرها على إرضاع ولده لا يجوز، تأويله: إذا فرض

أجرة الرضاع في مال نفسه، فلا تستحق ذلك؛ كي لا تؤدي إلى اجتماع أجرة

الرضاع مع نفقة النكاح في مال واحد. وهذا المعنى لا يتحقق إذا فرض لها في مال

الصغير، فقلنا: إنها تستحق [ذلك].

قال: وإذا^(١) كانت الأم معتدة عن طلاق رجعي لا تستحق^(٢) أجر الرضاع على

الزوج أيضاً، لأن بالطلاق الرجعي النكاح لم يزل، فصارت هذه الحالة حالة قيام

النكاح.

فأما^(٣) إذا كانت الأم معتدة عن طلاق بائن [أو]^(٤) طلاقات ثلاث هل تستحق أجر

الرضاع؟

فيه روايتان^(٥):

وجه الرواية التي قال تستحق: أنها بالطلقات^(٦) الثلاث، والطلاق البائن التحقت

بسائر الأجنبية، ثم الأجنبية تستحق أجر الرضاع، فكذا هذه المرأة.

وجه الرواية الأخرى: أن العدة من أحكام النكاح، ولهذا تجب النفقة ما بقيت

(١) في أ: وإن .

(٢) سقط في ب .

(٣) في أ: وأما .

(٤) سقط في أ .

(٥) زاد في ب: أيضاً .

(٦) في أ: بالطلاق .

العدة .

والدليل عليه أن الرجل إذا دفع زكاة ماله إلى معتدته^(١) عن طلاق بائن أو ثلاث أو شهد لمعتدته عن طلاق بائن أو ثلاث لا يجوز رواية واحدة .

فعلم أن هذه الحالة معتبرة بحال قيام النكاح، فلا تستحق أجر الرضاع كما في حال قيام النكاح .

أما بعد انقضاء العدة تستحق أجر الرضاع باتفاق الروايات؛ لأن هذه الحالة ليست بحال قيام النكاح أصلاً فكانت في هذه الحالة ملحقة بالأجنبيات من كل وجه .
فرع على هذه المسائل في كتاب الصلح فقال: لو صالحت المرأة زوجها على أجر الرضاع على شيء .

إن كان [الصلح]^(٢) حال قيام النكاح أو في العدة عن طلاق رجعي، لا يجوز وإن كان الصلح في العدة عن طلاق بائن أو عن طلاقات ثلاث جاز على إحدى الروايتين؛ لأن الصلح على أن يعطيها شيئاً لترضع ولدها استتجار لها على إرضاع ولده منها، وذلك على هذه التفاصيل على ما ذكرنا، كذا هنا .

وإذا جاز الصلح بعد الطلاق البائن على إحدى الروايتين [كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا استأجرها على عمل آخر من الأعمال .
ولو استأجرها على عمل آخر من الأعمال على دراهم، إذا صالحها عن تلك الدراهم على شيء بعينه جاز .

وإن صالح عن تلك الدراهم على شيء بغير عينه لا يجوز، إلا أن يدفع ذلك في المجلس حتى لا يكون هذا بيع دين بدين، كذا هنا .

وفي كل موضع جاز الاستتجار ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج، لأنها أجرة وليست بنفقة .

ثم إذا لم تجب أجرة الرضاع حال قيام النكاح من كل وجه، وفي العدة عن طلاق رجعي أو طلاق بائن أو ثلاث على إحدى الروايتين، كان لها أن تمتنع من الإرضاع ولا تجبر على ذلك . ولكن بالشرائط^(٣) التي ذكرنا قبل هذا .

(١) في ب: معتدة .

(٢) سقط في ب .

(٣) في أ: بالشرط .

وإذا لم تجبر ولم يكن للصبي مال، كان على الأب أن يكتري امرأة ترضعه عند الأم، ولا ينزع عن الأم لأن الأمة اجتمعت على أن الحجر لها. لكن لا يجب على الظئر أن تمكث في بيت الأم إذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد. وكان الولد يستغني عن الظئر في تلك الحالة، بل لها أن ترضع وتعود إلى منزلها.

وإن لم يشترط أن ترضع عند الأم - عند العقد - كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها أو تقول: أخرجوه، فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الولد على الوالدة إلا أن يكون شرط عند العقد أن الظئر تكون عند الأم فحينئذ يلزمها الوفاء بذلك الشرط. فإن قالت الأم: أنا أرضع الولد بمثل تلك الأجرة.

ففي كل موضع تستحق هي أجرة الرضاع كما في العدة عن طلاق بائن أو ثلاث على إحدى الروايتين، أو بعد انقضاء العدة على الروايات كلها، كانت هي أولى. بخلاف ما إذا كانت تطلب زيادة على ما ترضعه غيرها، حيث لا يكون هي أولى.

والفرق: هو أن إرضاع الأم أنفع للصغير، فإذا كانت ترضعه بما يرضعه غيرها، فالأب في انتزاع الولد منها متعنت محض، قاصد للإضرار بالولد. فكانت الأم أولى.

أما إذا طلبت الزيادة على ما ترضعه غيرها، لم يكن الزوج في انتزاع الولد منها متعنتا، وكان للزوج ذلك. والي هذا وقعت الإشارة في الكتاب قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسَازِغُوا لَهُمْ خَيْرًا﴾^(١) جاء في التفسير أن التعاسر: أن يجري بينهما المشاحة في الأجر.

قال: ولو أن رجلا له أولاد صغار، بعضهم رضيع، وبعضهم فطيم، وأمهم زوجته وليس للأولاد مال، فخاصمته أمهم في نفقتهم، فالقاضي يفرض لهم النفقة على الأب ما داموا صغارا، لأن نفقة الأولاد الصغار تكون على الأب بالإجماع. فإن شكت الأم تضييقه وتقصيره في النفقة عليهم، فينبغي للقاضي أن يسمع شكايها ويدفع بعض نفقة الأولاد إليها، لأن الأب إذا كان يضيق عليهم ربما يموتوا

جوغاً، فيدفع بعض نفقة الأولاد إليها، لأنها أرفق بالأولاد فلا تضيق عليهم.
 فإن قال الأب: إنها تأخذ مني نفقة الأولاد ولا تنفق ذلك على الأولاد وتمنعهم،
 لا يقبل قوله عليها، لأنها أمينة، ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع من غير حجة.
 فإن قال للقاضي: سل جيرانها عنها، فالقاضي يسأل جيرانها احتياطاً وإنما يسأل
 عن ذلك كل من يداخلها، لأنه إنما يعرف عن^(١) حالها [من يداخلها]^(٢).
 فإن أخبر جيرانها مثل الذي ادعى الأب، زجرها القاضي ومنعها عن ذلك، لأنه
 نصب ناظرًا للمسلمين، ونظر الصغار في هذا.

ومن مشايخنا من قال: إذا وقعت المنازعة بين الزوجين في هذا الباب، وظهر
 قدر النفقة، فالقاضي بالخيار، إن شاء دفعها إلى ثقة يدفعها إليها صباحاً ومساءً ولا
 يدفع إليها جملة، وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد.

قال: وإن صالحت المرأة زوجها عن نفقة الأولاد الصغار صح، سواء كان الأب
 معسرًا أو موسرًا، لأن نفقة الصغار من الأولاد لا تسقط بعسرة^(٣) الأب.

ثم اختلفت عبارة المشايخ [في ذلك]^(٤) أن بأي طريق جاز هذا الصلح؟
 قال بعضهم: إنما جاز؛ لأن الأب هو العاقد من الجانبين، فالأب يصلح أن
 يكون عاقدًا من الجانبين ألا ترى أن الأب يبيع مال نفسه من الصغير ويشترى من مال
 الصغير لنفسه ويكون هو العاقد من الجانبين؟.

وقال بعضهم: إنما جاز؛ لأن العاقد من جانب الأب الأب، و[العاقد]^(٥) من
 جانب الصغار الأم، ونفقة الصغير من أسباب التربية والحضانة، وكان للأم في ذلك
 ولاية، وإنما جاز هذا الصلح بولاية الأب وولايتها.

وبعد هذا نظر:

إن كان ما وقع الصلح عليه أكثر من نفقتهم:
 فإن كانت الزيادة مما يتغابن^(٦) الناس فيه بأن كانت الزيادة [زيادة]^(٧) تدخل تحت

(١) من قوله: «كان الجواب فيه كالجواب...» إلى هنا، سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: بعسر.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: يتعلق.

(٧) سقط في أ.

تقدير المقدرين في مقدار كفايتهم فإنه يكون عفواً، لأنه لا يمكن التحرز عنه. وإن كانت الزيادة بحيث لا تدخل تحت تقدير المقدرين، فإنه يطرح عنه، لأن الواجب مقدار الكفاية، فما زاد على قدر الكفاية لا سبب له، فيبطل. وإن كان المصالح عليه أقل من نفقتهم، بأن كان لا يكفيهم، يبلغ إلى مقدار كفايتهم، لأن الواجب على الأب مقدار ما يكفيهم. فرق بين نفقة الأولاد وبين نفقة الأقارب، فإن المعسر إذا صالح قريبه عن النفقة لا يجوز الصلح، لأن نفقة الأقارب لا تجب إلا على الموسر على ما يأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - فهذا الصلح إنما وقع عما ليس بحق للقريب فلا يصح. أما نفقة الأولاد، واجبة على الأب، فإن كان الأب معسراً، فالصلح إنما وقع عما هو حق للأولاد، فصح.

قال: رجل له أولاد صغار، لا مال له ولا مال للصغار أيضاً، هل تفرض النفقة على الأب؟

فإن كان الأب قادراً على الكسب تفرض عليه فيكتسب وينفق عليهم، لأن نفقة الأولاد الصغار لا تسقط بالعسرة، قال الله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾^(١) ثم قال تعالى: ﴿مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ والوجد هو الطاقة^(٢). على أن هذه النفقة لا تسقط بالإعسار ولكن يفرض عليه مقدار طاقته لما تلونا من النص.

فإن أبى أن يكتسب وينفق عليهم، يجبر على ذلك، ويحبس، بخلاف سائر الديون، فإن الوالدين وإن علوا لا يحبسان^(٣) بديون الأولاد، وفي هذا الدين قال: يحبس.

والفرق: وهو أن [في]^(٤) الامتناع عن الإنفاق هنا إتلاف النفس، والأب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف الولد، كما لو عدا على ابنه بالسيف كان للابن أن يقتله، بخلاف سائر الديون.

(١) سورة البقرة آية: ٢٣٦ .

(٢) الأصل، للشيباني (٣٢٨/١٠)، شرح مختصر الطحاوي، للجصاص (٥/٢٨٧).

(٣) في ب: يحبس.

(٤) سقط في ب.

فإن كان الأب عاجزًا عن الكسب لما به من الزمانة، أو كان مقعدًا، يتكفف الناس وينفق عليهم. هكذا ذكر في نفقات الخصاف.

ومن المتأخرين من قال: تكون نفقة الأولاد في هذه الصورة في بيت المال؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة تكون نفقته في بيت المال، فكذا نفقة أولاده.

وذكر الخصاف في أدب القاضي؛ أن في هذه الصورة القاضي يفرض النفقة على الأب، ويأمر المرأة بالاستدانة على الزوج، سواء التمسست المرأة ذلك من القاضي أو لم تلمس، فإذا أيسر وقدر عليه، طالبته المرأة بما استدانت.

وكذلك لو كان الأب واجدًا للنفقة لكنه امتنع عن النفقة على الصغير فرض القاضي على الأب نفقة الأولاد، فامتنع الأب عن الأداء، فالقاضي يأمرها أن تستدين عليه وتنفق على الصغير لترجع بذلك على الأب.

قال: وكذلك إن فرض القاضي النفقة على الأب فغاب الأب وتركهم بلا نفقة فاستدانت^(١) بأمر القاضي وأنفقت عليهم، فإنها ترجع على الأب بذلك [لأن]^(٢) الإنفاق [على الصغير بأمر القاضي، كالإنفاق^(٣)]^(٤) عليهم بأمر الأب.

وكذلك هذا الحكم في مؤنة الرضاع إذا كان الأب معسرًا فالقاضي يأمر الأم^(٥) بالاستدانة، فإذا أيسر ترجع^(٦) عليه بالقدر الذي أمرها القاضي بالاستدانة، لما قلنا.

وإن لم تكن المرأة استدانت بعد الفرض لكنهم كانوا يأكلون من مسألة الناس لم ترجع على الأب بشيء، لأنهم إذا سألوا وأعطوا صار ذلك ملكًا لهم، فوقع الاستغناء عن نفقة الأب، واستحقاق هذه النفقة باعتبار الحاجة فإذا وقع الاستغناء لهم ارتفعت الحاجة فتسقط النفقة عن الأب.

فإن كانوا أعطوا مقدار نصف الكفاية، سقط نصف النفقة عن الأب، وتصح الاستدانة في النصف بعد ذلك، وعلى [هذا]^(٧) القياس فافهم.

(١) في أ: واستدانت.

(٢) في أ: فإن.

(٣) ما بين المعقوفين في ب: والإنفاق.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: المرأة.

(٦) في أ: رجع.

(٧) سقط في أ.

وليس هذا في حق الأولاد خاصة، بل في نفقة جميع المحارم، إذا أكلوا من مسألة الناس لا يكون لهم حق الرجوع على الذي توجب نفقتهم عليه.

ولقب المسألة أن نفقة الأقارب لا تصير ديناً بقضاء القاضي، بل تسقط بمضي المدة، بخلاف نفقة الزوجات، والفرق قد مر قبل هذا.

وذكر في أبواب زكاة الجامع أن نفقة المحارم تصير ديناً بقضاء القاضي.

واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع.

فموضوع^(١) ما ذكر في الجامع: إذا استدان المقضي له بالنفقة وأنفق من ذلك،

فتكون الحاجة قائمة لقيام الدين.

وموضوع ما ذكر في سائر المواضع: إذا أنفق من مال صدقة تصدق بها عليه، فلا

تبقى الحاجة بعد مضي المدة.

وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب النكاح.

وقال بعضهم: ما ذكر في سائر المواضع محمول على ما إذا طالت المدة، أما إذا

قصرت تصير ديناً. وكيف لا تصير [وأن القاضي مأمور بالقضاء بالنفقة؟

ولو لم تصر]^(٢) ديناً أصلاً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة معنى فائدة.

لكن لا بد من حد فاصل بين القصير والمديد، فقدروا^(٣) القصير بما دون الشهر.

وذكر في الحاوي في الفتاوى هذه المسألة، وفرق بين نفقة الصبي وبين نفقة سائر

[المحارم فقال: نفقة الصبي تصير ديناً على الأب بقضاء القاضي، ونفقة سائر]^(٤)

الأقارب لا تصير ديناً بقضاء القاضي.

قال: فإن كان القاضي [بعد ما]^(٥) فرض لها نفقة الأولاد أمرها بالاستدانة

فاستدانت حتى ثبت^(٦) لها حق الرجوع على الأب فمات الأب قبل أن يؤدي إليها

هذه النفقة، هل لها أن تأخذ من ماله إذا ترك ما لا؟

ذكر الخصاف في نفقاته: أنه ليس لها ذلك.

(١) في ب: فموضع.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فقد روى.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: لما.

(٦) في أ: يثبت.

وذكر في الأصل: أن لها ذلك. وهو الصحيح، لأن استدانة المرأة بأمر القاضي، وللقاضي ولاية كاملة، بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو استدان الزوج بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين، كذا هنا.

هذا إذا استدانت بأمر القاضي.

فأما إذا فرض القاضي نفقة الأولاد، لكن لم يأمرها بالاستدانة فاستدانت، ثم مات الزوج قبل أن يؤدي ذلك إليها، ليس لها أن تأخذ من ماله إن ترك مالا بالاتفاق. وقد مر جنس هذه الفصول في باب نفقة الزوجات.

ثم قدر محمد - رحمه الله - نفقة الصغير وكسوته على المعسر بالدراهم، وهذا ليس بتقدير لازم، إنما المعتبر ما يحصل به الكفاية.

لكن إن كان موسراً يؤمر بأن يوسع على الأولاد [في النفقة والكسوة على حسب ما يرى الحاكم، وقد مر نظيره^(١) في نفقة الزوجات]^(٢) أيضاً.

قال: وأما^(٣) الذكور من الأولاد إذا بلغوا حد الكسب ولم يبلغوا في أنفسهم فأراد الأب أن يسلمهم^(٤) في عمل ليكتسبوا وينفق عليهم من ذلك، فله ذلك.

وكذلك لو أراد الأب أن يؤجره في عمل أو خدمة فذلك له؛ لأن فيه منفعة للصغير؛ لأنه يتعلم الكسب، إما قبل أن يتعلم أو بعد ما تعلم، ولكنه [لا]^(٥) يحسن العمل ونفقته على الأب؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل لا يستعمل في الأعمال غالباً وظاهراً، فكأنه لم يتعلم أصلاً.

وأما إذا كان الولد من الإناث فليس للأب أن يؤجرها في عمل أو خدمة؛ لأن المستأجر يخلو بها، وذلك منهي في الشرع.

ثم في الذكور إذا سلمهم في عمل، واكتسبوا أموالاً^(٦)، فالأب يأخذ كسبهم وينفق عليهم من كسبهم، لأن ذلك ملكهم، ونفقة الولد في ماله إذا كان له مال وما

(١) في أ: نظائره.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: فلما.

(٤) في أ: يشملهم.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: مالا.

فضل من نفقتهم فالأب يحفظ ذلك عليهم إلى وقت بلوغهم كسائر أملاكهم .
فإن كان الأب مبدراً لا يؤمن على ذلك، فالقاضي يخرج من يده ذلك ويجعله في يد أمين ليحفظه لهم، فإذا [بلغوا]^(١) سلم إليهم .
وهذا لا يختص بهذا المال، بل هذا هو الحكم في جميع أموال الصبيان .
قال: وإذا^(٢) جاءت الأمة المشتركة^(٣) بولد، فادعاه المولى، فنفقة الولد عليهما، وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما .
[وهذا يشكل على أصل أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - فإنهما^(٤) يقولان:
الأب أحدهما، حتى قال: لا ينفرد أحدهما بالتصرف، مع هذا استحق كل واحد منهما^(٥) نفقة أب كامل .
إنما كان [ذلك]^(٦) كذلك، لأننا [لو]^(٧) أوجبنا نفقة أب واحد، إما [أن]^(٨)
تصرف إليهما، أو إلى أحدهما، لا وجه إلى الأول؛ إذ لا يصل إلى الأب كفايته .
ولا وجه إلى الثاني؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر . فلم يبق هنا وجه سوى ما قلنا، ولهذا قلنا: لا ينفرد أحدهما بالتصرف حتى لا يكون المتصرف غير الأب .
والله أعلم .



-
- (١) سقط في أ .
 - (٢) في أ: وإن .
 - (٣) في ب: المشتركة .
 - (٤) في أ: قالهما كما .
 - (٥) سقط في ب .
 - (٦) سقط في أ .
 - (٧) سقط في أ .
 - (٨) سقط في أ .

ومما يتصل بهذا الفصل: الكبار الذين ألحقوا^(١) بالصغار:

قال: الرجل البالغ إذا كان زمنا، أو مقعدًا، أو أشل اليدين لا ينتفع بهما، أو معتوها، أو مفلوجا، فإن كان له مال تجب النفقة في ماله، وإن لم يكن له مال وكان له أب موسر وأم موسرة تجب النفقة على الأب، لأن الله - تعالى - أوجب النفقة على الوالد^(٢) مطلقًا.

قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾^(٣). إلا أنه خص عن هذا النص من كان له مال، أو من كان قادرًا على الكسب، فبقي^(٤) ما عداه على ظاهر النص. وإذا طلب من القاضي أن يفرض له النفقة على الأب^(٥) أجابه القاضي إلى ذلك. ويدفع ما فرض لهم إليهم، لأن ذلك حقهم، ولهم ولاية الاستيفاء لحقوقهم، وكذلك الإناث من الأولاد نفقتهن بعد البلوغ على الآباء ما لم يزوجن إذا لم يكن لهن مال، لأن بهن عجزا عن الاكتساب^(٦) فكن بمنزلة الزمنى من الذكور. ثم ما ذكر أن نفقة البالغين من الذكور [الزمنى، ومن]^(٧) الإناث على الأب، فذلك^(٨) جواب المبسوط.

أما على ما ذكر الخصاص في نفقاته: تجب على الأب والأم أثلاثًا، ثلثاها^(٩) على الأب، وثلثها على الأم.

وجه ما ذكر في المبسوط: أن البالغ إذا لم يكن من أهل أن ينفق على نفسه صار هو والصغير سواء.

وجه ما ذكر الخصاص: وهو الفرق بين البالغ الزمن والصغير.

وهو أن للأب على الصغير ولاية كما له على نفسه ولاية فكان الصغير بمنزلة

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الولد.

(٣) سورة البقرة آية: ٢٣٣.

(٤) في أ: فنفي.

(٥) زاد في أ: أو.

(٦) في أ: الكسب.

(٧) في ب: والزمنى من.

(٨) في أ: فذاك.

(٩) في أ: ثلثاه.

نفسه، وغير الأب لا يشارك الأب في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير. فأما البالغ فليس للأب عليه ولاية ليصير في معنى نفسه، فاعتبر بسائر المحارم فتكون نفقته باعتبار ميراثه، وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذا النفقة.

ثم ذكر في الكتاب ما إذا كان الابن البالغ عاجزاً عن الكسب وله أب موسر وأم موسرة وأوجب جميع النفقة على الأب على رواية المبسوط ولم يذكر ما إذا كان الأب معسراً إلا أنه قادر على الكسب والابن الكبير عاجز عن الكسب، والأم موسرة. هل تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع بذلك على الأب؟

فمن مشايخنا من قال: على قياس ما ذكر في الكتاب تؤمر الأم^(١) بذلك حتى ترجع على الأب. فإنه قال في الكتاب: الولد الكبير إذا كان عاجزاً عن الكسب فهو بمنزلة الصغير، والصغير إذا كان له أب معسر قادر على الكسب، وله أم موسرة تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع الأم على الأب إذا أيسر فكذا هنا.

ومن المشايخ من قال: لا ترجع الأم على الأب هنا بما أنفقت. وفرق هذا القائل بين الصغير والكبير الذي لا يقدر على الكسب، وهكذا روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

ووجه الفرق: وهو أن نفقة الولد الصغير على الأب وإن كان معسراً إلا أنه لا يمكن جبر الأب على الكسب فتؤمر الأم بالتحمل عنه، فكانت الأم قاضية ديناً واجباً على الأب فترجع بذلك على الأب، فأما^(٢) نفقة الابن الكبير فليست على الأب إذا كان معسراً فلم تصر الأم مؤدية حقاً واجباً على الأب، فلا ترجع بذلك على الأب. فلهذا افترقا.

قال: والصحيح الذي به قوة العمل إلا أنه لا يحسن العمل فنفقته على الأب؛ لأنه إذا كان لا يحسن العمل فالناس لا يأمرونه بالعمل فصار هو كالعاجز عن الكسب.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : الرجل الصحيح قد لا يقدر على الكسب لخرقه^(٣) أو لكونه من أهل البيوتات فيكون عاجزاً عن الكسب، فإذا كان

(١) في ب: الأب.

(٢) في أ: وأما.

(٣) في أ: بحرفة، وفي ب: بخرقه.

هكذا كانت نفقته على الأب [بمنزلة الزمن والأنثى]^(١).
وهكذا قالوا في طالب^(٢) العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب، لا تسقط نفقته عن
الأب بمنزلة الزمن والأنثى.
هذا الذي ذكرنا كله إذا كان الأب حاضرًا.
وإن كان الأب غائبًا أو مفقودًا، فقد قال في الكتاب: لا يقضي بالنفقة في مال
أحد إذا كان رب المال غائبًا إلا الوالدين^(٣) والولد والزوجة إذا كان المتروك من
جنس حقهم، وهذا ينبني على أصل معروف أن القضاء على الغائب باطل.
وإيفاء حق واجب على الغائب من ماله جائز.
والقضاء بنفقة الوالدين والمولودين^(٤) [والزوجة]^(٥) إيفاء لما وجب على الغائب
وليس بقضاء على الغائب؛ لأن القضاء إيجاب ما لم يكن واجبا قبل [القضاء]^(٦).
ونفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء حتى إذا ظفر واحد من
هؤلاء بجنس حقهم كان لهم الأخذ من غير رضا ولا قضاء، وأما^(٧) نفقة سائر
الأقارب لا تجب إلا بالقضاء أو بالرضا حتى لو ظفر واحد من الأقارب بجنس حقهم
لم يكن لهم الأخذ إلا بقضاء أو رضا.
ولما كانت [نفقة]^(٨) الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء، كان
القضاء من القاضي [إيفاء لما وجب عليه لا إيجابا مبتدأ فجاز]^(٩).
أما نفقة سائر الأقارب لما لم تكن واجبة قبل القضاء، كان القضاء من القاضي
إيجابًا مبتدأ، والقضاء على الغائب باطل.
قال في كتاب المفقود: والقاضي متى أعطى النفقة لهؤلاء من مال الغائب إن

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: طلب.

(٣) في أ: للوالدين.

(٤) في أ: الزوجين.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: فأما.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في ب.

استوثق بكفيل من الآخذ فحسن لجواز أن هؤلاء أخذوا^(١) النفقة من الغائب حال حضرته، أو بعث الغائب بالنفقة إليهم، فينظر القاضي للغائب حال عجز الغائب عن النظر لنفسه بنفسه، وإن لم يأخذ منه كفيلاً فهو مستقيم أيضاً؛ إذ ليس هنا خصم يطلب من القاضي أخذ الكفيل، وإنما يجب على القاضي أخذ الكفيل عند طلب الخصم ذلك.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب النكاح: أن زوجة الغائب إذا طلبت النفقة من القاضي وللغائب مال حاضر. والقاضي يعلم بذلك كله فرض لها القاضي النفقة بعد أن يحلفها أنه لم يعطها النفقة.

فإذا حلفت أعطها^(٢) النفقة وأخذ منها كفيلاً، وهو الصحيح، وقد ذكرنا وجه ذلك في باب نفقة الزوجات.

فرع على هذا فقال: إن كان للغائب عند الوالدين أو المولودين^(٣) أو الزوجة مال هو من جنس حقوقهم فأنفقوا على أنفسهم جاز ولم يضمنوا، لأنهم ظفروا بجنس حقهم، وكانت لهم ولاية الآخذ بمقدار حقهم.

فإن كان^(٤) عند غيرهم فأعطاهم بأمر القاضي حتى أنفقوا على أنفسهم، لم يضمن^(٥) صاحب اليد.

وإن كان أعطاهم بغير أمر القاضي كان ضامناً له، لأن صاحب اليد مأمور بالحفظ^(٦)، ودفعه إلى غيره لينفق على نفسه ليس من الحفظ في شيء، فيصير [به]^(٧) مخالفاً ضامناً. وهو نظير المودع إذا قضى دين المودع بالوديعة كان ضامناً كذا هنا.

وكان الحاكم الإمام أبو إسحاق النوقدي^(٨) - رحمه الله - يقول في المودع إذا

(١) في أ: أخذ.

(٢) في أ: أعطى لها.

(٣) في ب: الولد.

(٤) زاد في ب: من.

(٥) في أ: يضمنوا.

(٦) في أ: بحفظه.

(٧) سقط في ب.

(٨) هو: محمد بن منصور بن مخلص أبو إسحاق الحاكم النوقدي قال في الأنساب الإمام الزاهد =

قضى الدين^(١) المودع بالوديعة: أنه [لا]^(٢) يضمن.
والصحيح أنه يضمن: وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب الوديعة.
هذا إذا كان ما تركه الغائب من جنس حقهم.
فإذا لم يكن من جنس حقهم فأرادوا أن يبيعوا شيئاً من مال الغائب [في نفقتهم]^(٣)، أجمعوا [على]^(٤) أن سوى الولد المحتاج لا يملك بيع عقار الغائب ولا بيع عروضه بالنفقة.
وأما الأب المحتاج يملك [بيع]^(٥) المنقول بالنفقة استحساناً ولا يملك بيع العقار إلا إذا كان الولد الغائب صغيراً، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - في كتاب المفقود، وكذلك قياس قوله في [كتاب] المفقود.
والقياس ألا يملك الأب البيع على ابنه الكبير الغائب في العقار ونحوه كما لا يملك غير الأب.
وأجمعوا على أن حال حضرة من تجب عليه النفقة ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار.
وجه القياس في ذلك: وهو أن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيداً إلا فيما يبيعه تحصيناً لولده الغائب، فإن الابن إذا بلغ وهو غائب فللأب ووصي الأب ينبغي [أن يلحق]^(٦) بيع عروضه تحصيناً على الغائب، وهنا هو لا يبيع تحصيناً على الغائب، وإنما يبيع لنفسه، وليست له هذه الولاية.
وجه الاستحسان: وهو أن ولاية الأب وإن زالت بالبلوغ لكن بقي أثره؛ ولهذا

= صائم الدهر المدرس المفتي بسمرقند تفقه عليه أبو يعقوب يوسف بن منصور بن إبراهيم السيارى وتلقف عنه المختلف لأبي القاسم الصفار وروى عن القاضي أبي اليسر محمد بن محمد بن الحسين البزدوي.

ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/١٣٤، ١٣٥).

- (١) في ب: دين.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) في أ: بنفقتهم، وفي ب: نفقتهم.
- (٤) سقط في ب.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في ب.

صح منه الاستيلاء في جارية الابن، فلبقاء^(١) الولاية أثبتنا له ولاية بيع العروض؛ لأن بيع العروض من الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التلف وحفظ [العروض و]^(٢) الثمن أيسر، وولاية الحفظ تثبت لمن لا يثبت له ولاية التصرف كما قلنا في الوصي في حق الوارث الكبير الغائب، فكذلك الأب.

وبعد البيع؛ الثمن من جنس حقه فله أن يأخذ منه مقدار النفقة. فأما العقار محصنة بنفسها فلم يكن بيعها لحق الحفظ بل^(٣) كان بحق الولاية وقد زالت الولاية بالبلوغ عن عقل.

بخلاف الأم وسائر الأقارب؛ لأنه [لم يكن]^(٤) لهم ولاية التصرف حالة الصغر ليقى أثر تلك الولاية بعد البلوغ فلم يجز بيعهم، أما هنا بخلافه. ثم ذكر هنا أن الأب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب، والأم لا تملك. وذكر في الأقضية جواز بيع الأبوين.

وهكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه، فإنه أضاف البيع إليهما إما أن يكون في المسألة روايتان، على رواية الأقضية والقدوري: الأم تملك البيع كالأب؛ لأن معنى الولادة يجمعهما، وهما في استحقاق النفقة على السواء.

ولئن كانت المسألة على الاتفاق أن الأم لا تملك فتأويل ما ذكر في الأقضية والقدوري: أن الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما، فأضاف البيع إليهما من حيث إن منفعة البيع تعود [إليهما]^(٥) وهو الظاهر أن الأب يملك البيع والأم لا تملك، ولكن بعد ما باع الأب فالثمن يصرف إليهما في نفقاتهما، فأما إذا أراد القاضي أن يتولى البيع في هذه الصورة [بنفسه]^(٦) ليس له ذلك عند الكل، لا في العروض ولا في العقار، لا في النفقة ولا في سائر الديون. يريد به إذا لم يكن السبب^(٧) معلوماً للحاكم.

(١) في أ: فلسبب البقاء، وفي ب: فبقاء أثر.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: لو.

(٤) في ب: لا يمكن.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: النسب.

وإن كان معلومًا ولكن حاجة الأب لم تكن معلومة، أو إن كانت معلومة إلا أنه يحتمل أن الابن أعطاهما^(١) النفقة، ففي^(٢) هذه الوجوه كلها لا يبيع؛ لأنه لو باع القاضي وصرف الثمن إليه لا يكون ذلك الثمن مضمونًا عليه؛ لأنه قبض بأمر القاضي، فيتضرر [به]^(٣) الغائب؛ فلهذا لا يبيعه القاضي، ولكن يفوض الأمر إلى الأب، ويقول له: إن كنت صادقًا فيما تدعي، وإلا فلا أمرك بشيء، وعلى هذا الوجه لا يتضرر الغائب. والله أعلم.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الحال معلوما للقاضي.

فأما إذا لم يكن، فالقاضي ماذا يصنع؟

فوجوه ذلك قد مرت^(٤) في نفقة الزوجات أيضًا.

هذا الذي ذكرنا حال حياة الأب.

فإن كان الأب قد مات وترك أموالا وأولادًا صغارًا كانت نفقة الأولاد من

أنصبتهم، لأنهم أغنياء.

وكذلك من يكون وارثًا فنفقته في نصيبه.

وكذلك امرأة الميت تكون نفقتها في حصتها من الميراث، حاملاً كانت أو

حائلاً.

بعد هذا ننظر: إن كان الميت قد أوصى إلى رجل، فالوصي ينفق على الصغار

من أنصبتهم.

وإن كان الميت لم يوص إلى أحد، فالقاضي يفرض لكل واحد من الصغار [في

نصيبه]^(٥) بقدر ما يحتاج إليه من النفقة على قدر سعة أموالهم وضيقتها^(٦)، ويشترى

للصغير خادمًا إن كان يحتاج إلى خادم^(٧)؛ لأنه من جملة مصالحه، والقاضي نصب

(١) في ب: أعطها أن.

(٢) في ب: وفي.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: مر.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وبيعتها.

(٧) في أ: الخادم.

لإقامة مصالح كل من عجز عن الإقامة بنفسه^(١)، وكذلك ما كان من المصالح، فالقاضي يشترى ذلك للصغير من نصيبه، ولم يذكر في هذه المسألة أن القاضي ينصب لهم وصيا إذا لم يكن الميت أوصى إلى أحد، وذكر في [هذه]^(٢) المسألة التي تلي هذه المسألة، وذكره^(٣) في تلك المسألة يكون ذكراً هنا.

قال: وإن كان الميت لم يوص إلى أحد، وله أولاد كبار وصغار، فنفقة كل واحد منهم تكون في نصيبه لما ذكرنا، وينصب القاضي وصيا في ماله؛ لأن للقاضي أن ينصب الوصي في مال الميت في ثلاثة مواضع:

أحدها: أن يكون على الميت دين.

والثاني: أن يكون الميت أوصى بوصايا.

والثالث: أن يكون في الورثة صغار.

فكان للقاضي أن ينصب وصيا فإن لم يكن في البلد قاض فأنفق الكبار على الصغار من أنصباء الصغار، كانوا متطوعين في هذه النفقة، لأنه لا ولاية [لهم]^(٤) على الصغار في ماله^(٥)، وهذا في الحكم، فأما فيما بينهم وبين الله - تعالى - لا ضمان عليهم؛ لأنهم أحسنوا فيما فعلوا.

ونظير هذا ما ذكر في كتاب الوديعة: أن المودع إذا باع اللبن من غير استطلاع رأي القاضي، وفي المصر قاض، ضمن وإن كان خيراً.

وذكر في النواذر: إذا لم يكن في موضع يمكنه استطلاع رأي القاضي^(٦) يضمن استحساناً.

وكذا قال مشايخنا - رحمهم الله - في الرجلين كانا في سفر، فأغمي على أحدهما، فأنفق الآخر على المغمى عليه من مال المغمى عليه لم يضمن استحساناً. وكذا إذا مات فجهزه صاحبه من ماله لم يضمن. استحساناً.

(١) في ب: بنصيبه.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وذكر.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: ماله.

(٦) زاد في ب: لا.

وكذا العييد^(١) المأذون [لهم]^(٢) في التجارة إذا كانوا في البلاد فمات مواليتهم فأنفقوا في الطريق لم يضمنوا استحسانا.

وكذا روي عن مشايخ بلخ أنهم قالوا: إذا كان للمسجد أوقاف، ولم يكن لها متول، فقام واحد من أهل المحلة في جمع^(٣) الأوقاف، وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه من الحصير والحشيش، لا يضمن استحسانا فيما بينه وبين الله - تعالى - .

وحكي عن محمد بن الحسن - رحمه الله - أنه مات واحد من تلامذته^(٤)، فباع محمد - رحمه الله - كتبه^(٥) وأنفق على^(٦) تجهيزه. فقيل له: إنه لم يوص بذلك إلى أحد^(٧)، فتلا محمد - رحمه الله - قول الله - تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾^(٨) فما كان على قياس هذا الأصل لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله - تعالى - استحسانا، فأما^(٩) في الحكم، ضامن، لما قلنا.

قال: فلو أن الكبار أنفقوا على الصغار ثم لم يقرأوا بذلك وأقرأوا ببقية نصيبهم، وسعهم ذلك. ولو حلفوا على ذلك، قال في الكتاب: رجوت ألا يكون عليهم شيء.

نظير هذا إذا عرف الوصي الدين على الميت فقضاه ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضي ولا الورثة، لا يآثم فيما فعل.

وكذا إذا كان لرجل عند رجل^(١٠) وديعة، وعلى صاحب الوديعة مثل تلك الوديعة دين والمودع يعلم أنه مات ولم يقض دينه، يسع المودع أن يقضي ذلك الدين بماله ولا يقر به.

-
- (١) في ب: العبد.
 - (٢) سقط في ب.
 - (٣) في ب: جميع.
 - (٤) في ب: تلاميذه.
 - (٥) في ب: كسبه.
 - (٦) في ب: في.
 - (٧) عيون المسائل، للسمرقندي الحنفي، ص (٣٤٧)، المبسوط، للسرخسي (١١/١٢٦)، تبين الحقائق (٣/٦٥).
 - (٨) سورة البقرة آية: ٢٢٠.
 - (٩) في ب: أما.
 - (١٠) زاد في أ: دين.

وكذلك^(١) إذا كان على زيد وعمرو دين، وعلى عمرو مثل ذلك الدين لرجل آخر، فمات عمرو، وزيد يعرف أن عمروًا لم يقض دينه، يسع لزيد أن يقضي دين عمرو بما لعمرو على زيد، ولا يخبر ورثته بذلك.

وكذلك إذا مات الرجل ولم يوص إلى أحد وله أولاد صغار، وله مال وديعة عند رجل، ليس للمودع في الحكم أن ينفق عليهم ويحتسب بذلك من مال الميت، لكن إذا فعل وحلف أنه ليس لهم عليه حق رجوت ألا يكون عليه شيء - إن شاء الله - تعالى - لأنه لم يرد به إلا الإصلاح^(٢)، وأنه موافق لما روينا عن محمد - رحمه الله - والله أعلم.



(١) في ب: وكذا.
(٢) في ب: الصلاح.

النوع الثاني: فيما لا يجب على الآباء من نفقة الأولاد:

قال: وإذا تزوج العبد أو المدبّر أو المكاتب امرأة بإذن المولى فولدت امرأته أولادًا لا يجبر على نفقة الأولاد، سواء كانت أمهم حرة أو مدبّرة أو أمة أو أم ولد أو مكاتبة؛ لأن ما يستحق الولد من النفقة [صلة محضة، وما كان صلة محضة لا يستحق على هؤلاء، وهذا بخلاف نفقة المرأة؛ لأنها]^(١) صلة من وجه عوض من وجه، وما كان صلة من وجه عوضا من وجه جاز أن يستحق على هؤلاء من حيث إنه عوض.

فرع على هذا في الكتاب فقال: إذا لم تجب على الأب نفقة الأولاد، على من تجب؟

ففيما إذا كانت المرأة مكاتبة فنفقة الأولاد عليها، لأن الولد [تابع للأم]^(٢) في كتابتها فكان^(٣) كالمملوك لها، ألا ترى أن كسبه لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه إن مات لها؟ وإذا كان كالمملوك لها كانت نفقته عليها كسائر عبيدها.

وفيما إذا كانت المرأة مدبّرة، أو أم ولد فأولادهما بمنزلتها، فتكون نفقتهم على مولاهما^(٤) وهو مولى أم الولد والمدبرة.

وفيما إذا كانت أمة رجل آخر فنفقة الأولاد على مولى الأمة.

وفيما إذا كانت المرأة حرة فنفقة الأولاد على الأم إن كان للأم مال، وإن لم يكن لها مال فنفقة الأولاد على [من يرث الأولاد]^(٥) الأقرب فالأقرب.

وكذلك الحر إذا تزوج أمة أو مكاتبة أو أم ولد أو مدبرة، فالجواب فيه كالجواب في العبد والمدبر والمكاتب على ما ذكرنا.

فرع على مسألة الحر فقال: إن كان مولى الأمة وأم الولد والمدبرة فقيرا وأبو الأولاد غنيا، هل يؤمر الأب بالإنفاق؟

فإن كان الولد من الأمة [لا]^(٦) يؤمر الأب بذلك، لأن ابنه مملوك مولى الجارية

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: بأم.

(٣) في ب: وكان.

(٤) في ب: مولاهما.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

فإما أن يبيعه مولاه أو يتفق عليه، على ما يأتي بعد هذا في موضعه إن شاء الله تعالى .

وإذا كان الولد من أم الولد أو المدبرة، فإن هنا يؤمر الأب بالإنفاق عليهم، لأن هنا لا يمكن أن يجبر المولى على بيعهم، فتعين طريق إيصال النفقة إليهم أمر الأب بذلك .

قال: رجل كاتب عبده وأمته، فزوجها منه، فولدت ولدا، فنفقة الولد على الأم دون الأب، لما ذكرنا أن ولدها كالمملوك لها .

وهذا بخلاف ما لو وطئ المكاتب أمة نفسه فولدت له ولداً، فإن نفقة ذلك [الولد]^(١) على المكاتب لأنه^(٢) داخل في كتابته، حتى كان كسبه له، وأرش الجناية عليه [له]^(٣) أيضاً [و]^(٤) ليس للأم، فكان^(٥) الولد كالمملوك للمكاتب^(٦)، فتكون نفقته على المكاتب .

قال: وإذا تزوج المكاتب أمة رجل فولدت منه ولداً أو لم تلد حتى اشتراها فولدت ولداً، فنفقة الأولاد على المكاتب؛ لأن الأمة صارت كسباً للمكاتب وأولاده [من كسبه]^(٧) مكاتبون عليه، فصاروا بمنزلة أرقائه^(٨) . والله أعلم .



-
- (١) سقط في أ .
(٢) في أ: فإنه .
(٣) سقط في أ، ب .
(٤) سقط في أ، ب .
(٥) في أ: وكان .
(٦) في ب: المكاتب .
(٧) سقط في أ .
(٨) في ب: أقربائه .

النوع الثالث: فيما يجب على الأولاد نفقة الآباء والأمهات:

قال [محمد]^(١) - رحمه الله - : ويجبر الرجل المוסر على نفقة أبيه وأمه إذا كانا محتاجين^(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا﴾^(٣) فقد أوجب^(٤) على الولد الإحسان بوالديه، رأس الإحسان لوالديه في إحيائهما وذلك بالإنفاق عليهما. قال النبي - عليه السلام - : «إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وإن ولده من

(١) سقط في ب.

(٢) يجب على الأولاد نفقة الوالدين - أي: بكسر الدال - وإن علوا، ذكورًا كانوا أو إناثًا؛ أي إذا كانوا أحرارًا.

الأصل في وجوب نفقة الأبوين من الكتاب آيات: منها قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، ومن المعروف القيام بكفائتهما. وقوله: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت: ٨]، ومن الإحسان إليهما النفقة. وقوله: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَمْرًا﴾ [الإسراء: ٢٣] مبالغة في برهما.

ومن السنة: ما روى الأعمش، عن إبراهيم، عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «أَطْيَبُ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَوَلَدُهُ مِنْ كَسْبِهِ» [أخرجه أحمد (٦/٢٢٠، ٤٢)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٨٤٨/٢) برقم (١٥٠٧)، والنسائي (٧/٢٤١) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٧٢٣/٢) كتاب التجارات، باب: الحث على المكاسب، برقم (٢١٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٨٠)] يدل عليه قوله تعالى: ﴿مَا آتَيْنَاهُ مِنْهُ مَالًا وَمَا كَسَبَ﴾ [المسد: ٢]، يعني: ولده.

وبعضه أنه روى ذلك في متن الحديث، وفيه: «فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ». [أخرجه أحمد (٦/٢٠٢، ١٢٦)، وأبو داود (٢/٣١١) كتاب الإجارة، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٢٩)، والحاكم (٢/٥٢) كتاب البيوع، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - .

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وروى حماد، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ هِبَةٌ مِنَ اللَّهِ لَكُمْ، يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ، وَأَمْوَالُهُمْ لَكُمْ إِذَا احْتَجْتُمْ إِلَيْهَا». [أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (١٠/٣٢٨٠) برقم (١٨٤٩١)، والحاكم (٢/٣١٢) كتاب التفسير، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، والماوردي في الحاوي الكبير (١١/٤٨٦).

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه هكذا إنما اتفقا على حديث عائشة: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه».

(٣) سورة الأحقاف آية: ١٥ .

(٤) في أ: يوجب.

كسبه، كلوا من كسب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف»^(١).
ولأن للأب في مال الابن حق الملك.
قال - عليه الصلاة والسلام - : «أنت ومالك لأبيك»^(٢).

(١) أخرجه الحاكم (٢/٢٨٤)، وصححه، ووافقه الذهبي، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٨٠)، ومن طريق آخر أخرجه أحمد (٦/٢٢٠، ٤٢)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٢/٨٤٨) برقم (١٥٠٧)، والنسائي (٧/٢٤١) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٢/٧٢٣) كتاب التجارات، باب: الحث على المكاسب، برقم (٢١٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، والقضاعي في مسند الشهاب (٢/١٢٠) برقم (١٠١٢)، من طريق الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ... الحديث.

وأخرجه أحمد (٦/١٢٧)، وأبو داود (٢/٣١١) كتاب الإجارة، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٢٨)، والترمذي (٣/٦٣٠، ٦٣١) كتاب الإحكام، باب: ما جاء في أن الوالد يأخذ من مال ولده، برقم (١٣٥٨)، والنسائي (٧/٢٤٠) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٢/٧٦٨) كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، برقم (٢٢٩٠)، وابن حبان (١٠/٧٢) برقم (٤٢٥٩)، والحاكم (٢/٤٦)، من طريق عمارة بن عمير عن عمته عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ... الحديث.
ولفظ الترمذي وابن ماجه: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم».
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وصححه أبو حاتم وأبو زرعة الرازيان فيما نقله ابن أبي حاتم في (العلل) (١/٤٦٥)، وابن حبان، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٢) ورد هذا الحديث عن جماعة من أصحاب النبي ﷺ وهم جابر بن عبد الله وعبد الله بن عمرو وعمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وسمرة بن جندب وعبد الله بن مسعود وأبو بكر الصديق وعائشة ورجل من الأنصار.

حديث جابر: أخرجه ابن ماجه (٢/٧٦٩) كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده حديث (٢٢٩١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٥٨) كتاب القضاء والشهادات، باب: الوالد هل يملك مال ولده أم لا، وفي «مشكل الآثار» (٢/٢٣٠)، وابن عدي في الكامل (٧/١٦٥) كلهم من طريق يوسف بن أبي إسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال: أنت ومالك لأبيك. قال البوصيري في «الزوائد» (٢/٢٠٢): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري، وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/٣٣٧): قال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله ثقات، وقال في «التنقيح» ويوسف بن أبي إسحاق من الثقات المنخرج لهم في الصحيحين... وقد توبع يوسف على هذا الحديث. تابعه عمرو بن أبي قيس: أخرجه السهيمي في «تاريخ جرجان» (ص ٣٨٥) من طريق عمرو بن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن

النبي ﷺ قال: أنت ومالك لأبيك. وتابعه أبان بن تغلب.
 حديث عبد الله بن عمرو: أخرجه أحمد (٢/٢١٤)، وأبو داود (٣/٨٠١، ٨٠٢) كتاب
 البيوع والإجازات، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، حديث (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢/
 ٧٦٩) كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، حديث (٢٢٩٢)، وابن الجارود في
 «المنتقى»، رقم (٩٩٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/١٥٨) كتاب القضاء
 والشهادات، باب: الوالد هل يملك مال ولده أم لا، والبيهقي (٧/٤٨٠)، والخطيب
 في «تاريخ بغداد» (١٢/٤٩)، وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (٢/٢٢) من طرق عن
 عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: أتى أعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن أبي يريد
 أن يجتاح مالي قال: أنت ومالك لوالدك إن أطيبت ما أكلتم من كسبكم وإن أموال
 أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئًا.

حديث عمر بن الخطاب: أخرجه البزار (٢/٨٤ - كشف) رقم (١٢٦١)، وابن عدي في
 «الكامل» (٣/٣٧٥، ٣٧٦) من طريق سعيد بن بشير عن مطرف عن عمرو بن شعيب عن
 سعيد بن المسيب عن عمر أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يأخذ مالي قال:
 أنت ومالك لأبيك. قال البزار: لا نعلمه عن عمر مرفوعًا إلا من هذا الوجه وقد رواه غير
 مطرف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال ابن عدي: ولا أدري تشويش هذا
 الإسناد ممن هو؛ لأن هذا الحديث يرويه جماعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن
 جده، ولا أعلم رواه عن سعيد بن المسيب عن عمر إلا من حديث سعيد بن بشير هذا
 وسعيد بن بشير له عند أهل دمشق تصانيف؛ لأنه سكنها وهو بصري ورأيت له تفسيرًا
 مصنفًا من رواية الوليد عنه ولا أرى بما يروى عن سعيد بأسًا ولعله يهيم في الشيء بعد
 الشيء ويغلط والغالب على حديثه الاستقامة والغالب عليه الصدق.

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/١٥٤) وقال: رواه البزار وسعيد بن
 المسيب لم يسمع من عمر.

حديث عبد الله بن عمرو: أخرجه أبو يعلى (١٠/٩٩) رقم (٥٧٣١) من طريق أبي حريز
 عن أبي إسحاق عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك. وذكره
 الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه أبو حريز وثقه أبو زرعة
 وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره وبقية رجاله ثقات. قلت: قال ابن أبي حاتم
 في «المراسيل»، ص (١٤٦) عن أبيه قال: لم يسمع أبو إسحاق عن ابن عمر إنما رآه رؤية.
 وللحديث طريق آخر عن ابن عمر: أخرجه البزار (٢/٨٤ - كشف) رقم (١٢٥٩) من
 طريق ميمون ابن يزيد عن عمرو بن محمد عن أبيه عن ابن عمر قال: جاء رجل يستعدي
 على والده فقال: إنه يأخذ مالي فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك من كسب أبيك. قال
 البزار: لا نعلمه عن ابن عمر مرفوعًا إلا بهذا الإسناد وفي «نصب الراية» (٣/٣٣٩) قال
 البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عمر إلا بهذا الإسناد وعمر بن محمد فيه لين. والحديث
 ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط
 وفيه: الولد من كسب الوالد وميمون بن زيد لينه أبو حاتم ووهب بن يحيى شيخ البزار

ولو كان له فيه حقيقة الملك، كانت نفقته في ماله، فكذا إذا كان [له]^(١) فيه حق الملك.

ثم شرط في الكتاب يسار الابن لإيجاب النفقة للوالدين عليه؛ لأن نفقة الأقارب صلة محضنة، والصلات المالية ما شرعت إلا على أهل الثروة واليسار، واعتبره

لم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات. =

حديث سمرة بن جندب: أخرجه البزار (٨٤/٢ - كشف) رقم (١٢٦٠)، والعقيلي في «الضعفاء» (٢/٢٣٤)، والطبراني في «الكبير» (٧/٢٧٨، ٢٧٩) رقم (٦٩٦١) كلهم من طريق عبد الله بن إسماعيل أبو مالك الجوداني ثنا جرير بن حازم عن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك. قال البزار: لم يسنده غير أبو إسماعيل، قال العقيلي: منكر الحديث لا يتابع على شيء من حديثه... وفي الباب أحاديث من غير هذا الوجه وفيها لين وبعضها أحسن من بعض. والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وفيه عبد الله ابن إسماعيل الجوداني قال أبو حاتم: لين وبقية رجال البزار ثقات.

حديث عبد الله بن مسعود: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/٤٠٢)، والطبراني في «الصغير» (١/٨)، وفي «الكبير» (١٠/٩٩) رقم (١٠٠١٩) من طريق معاوية بن يحيى عن إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حمية عن غيلان بن جامع عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله أن النبي ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.

قال الطبراني: لا يروى عن ابن مسعود إلا بهذا الإسناد تفرد به ابن ذي حمية وكان من ثقات المسلمين. وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه الطبراني في الثلاثة وفيه إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حمية ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات. وقد وثقه الطبراني كما تقدم.

حديث أبي بكر الصديق: أخرجه البيهقي (٧/٤٨١) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، من طريق المنذر بن زياد ثنا إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال: حضرت أبا بكر الصديق فقال له رجل: يا خليفة رسول الله هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويحتاحه فقال أبو بكر: إنما لك من ماله ما يكفيك فقال: يا خليفة رسول الله ﷺ أليس قال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك، فقال أبو بكر: أرى بما رضي الله به قال البيهقي: والمنذر بن زياد ضعيف، والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٨، ١٥٩) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه المنذر بن زياد الطائي وهو متروك.

حديث عائشة: أخرجه ابن حبان (١٠٩٤ - موارد) من طريق عطاء عن عائشة أن رجلاً أتى النبي ﷺ يخاصم أباه في دين عليه فقال النبي ﷺ: أنت ومالك لأبيك.

حديث الرجل من الأنصار: أخرجه ابن أبي عمر العدني في «مسنده» كما في «المطالب العالية» (٢/٣٧٥) رقم (٢٥٠٩) من طريق الشعبي عن رجل من الأنصار أنه جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي غصبني مالي قال: أنت ومالك لأبيك.

بصدقة الفطر والأصاحي، هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده، والشيخ الإمام الزاهد شمس الأئمة السرخسي - رحمة الله عليهما - والخصاف - رحمه الله - في كتابه اعتبر القدرة على الإنفاق ولم يعتبر اليسار حتى قال: إذا كان في كسب الابن فضل عن قوته يجبر الابن على أن ينفق على أبيه من ذلك الفضل، وهو موافق لقوله - عليه السلام - : «كلوا من كسب أولادكم»^(١). قال: وإن كان الأولاد ذكوراً، وإنثاً موسرين فنفقة الأبوين عليهما^(٢) بالسوية في أظهر الروايتين.

وروى الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثاً، على قياس الميراث، واعتبره بنفقة ذوي الأرحام. وجه الرواية الأخرى وهو الأصح: أن استحقاق الأبوين باعتبار حق الملك لهما في مال الولد لما روينا من الحديث.

وفي هذا الذكور والإناث سواء، ولهذا ثبت لهما [هذا]^(٣) الاستحقاق مع اختلاف الملة^(٤) عندنا، [وإن انعدم التوارث بسبب اختلاف الملة]^(٥). ثم تفرض على الابن نفقة الأب إذا كان محتاجاً والابن موسراً، [سواء]^(٦) كان الأب قادراً على الكسب أو لم يكن، هكذا ذكر الشيخ الإمام خواهر زاده في شرح الأصل.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح أدب القاضي للخصاف: أن الأب إذا كان كسوبا والابن أيضاً كسوب، يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح أدب القاضي للخصاف: أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب إذا كان الأب قادراً على الكسب، واعتبره بذوي

(١) سقط في أ.

(٢) تقدم.

(٣) في أ: عليهم.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: المسألة.

(٦) سقط في أ.

الرحم المحرم، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبه ولا على قريبه الموسر إذا كان هو كسوبًا، وهذا لأن استحقاق النفقة على الأقارب عند الفقر والحاجة. فإذا كان قادرًا على الكسب كان غنيا باعتبار الكسب، فلا ضرورة إلى إيجاب النفقة على القريب^(١).

على ما ذكر الشيخ الإمام خواهر زاده، وشمس الأئمة السرخسي -رحمهما الله - يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد وبين نفقة الوالد، [فإن^(٢) الولد]^(٣) إذا كان ذكرًا بالغًا وهو قادر على الكسب لا تجب على الأب نفقته.

والفرق: وهو أن استحقاق النفقة للأقارب باعتبار الحاجة، وللأب زيادة فضيلة على الولد في الاستحقاق باعتبار الحاجة، فإنه يستحق مال ولده بالحاجة الضرورية - وهي الحاجة إلى النفقة [وتعتبر الحاجة الضرورية كالأستيلاد، والولد لا يستحق مال الوالد بالحاجة الضرورية وهي الحاجة إلى النفقة]^(٤) فلو شرط عجز الأب عن الكسب لاستحقاق النفقة على الابن كما شرع في حق الابن لوقعت المساواة بينهما في الاستحقاق بسبب الحاجة، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه.

فالحاصل^(٥): أن [في]^(٦) نفقة الوالدين يعتبر الفقر لا غير على ما هو ظاهر الرواية، إلا على قول شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -.

قال: رجل معسر له ابنان، أحدهما موسر مكثر، والآخر متوسط الحال، كانت النفقة عليهما، يجعل على الموسر المكثر من ذلك أكثر مما يجعل على الآخر. هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي، وفي نفقاته.

وذكر محمد - رحمه الله - في المبسوط وقال: يكون بينهما على السواء؛ لأن العبرة ليسار، وكل واحد منهما موسر، فكانت النفقة عليهما على السواء.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة^(٧) الحلواني - رحمه الله - : قال مشايخنا

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، ب: الغريم.

(٣) زاد في ب: نفقة.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: والحاصل.

(٧) سقط في أ.

- رحمهم الله - : إنما تكون النفقة عليهما على السواء إذا تفاوتا [في اليسار]^(١)
تفاوتا يسيرا، أما إذا تفاوتا تفاوتاً فاحشاً، يجب أن يتفاوتا في قدر النفقة .

ثم إذا قضى القاضي بالنفقة عليهما فأبي أحدهما أن يعطي للأب ما يجب عليه
فالقاضي يأمر الآخر بأن يعطي كل النفقة ثم يرجع على الأخ بحصته ، لأنه لو لم يكن
إلا هو كان كل النفقة عليه ، فإذا وقع العجز عنها من جهة الأخ يؤخذ كل ذلك منه ثم
هو يرجع على الأخ بحصته .

قال : وإن كان للرجل المعسر زوجة ليست أم ابنه الكبير ، لم يجبر الابن على أن
ينفق على امرأة أبيه^(٢) .

وكذلك أم ولده وأمه ، لا يجبر الابن على نفقة هؤلاء ، وهذا لأن نفقة الأب إنما
وجبت بسبب القرابة ، ولا قرابة بينه وبين امرأة أبيه ، وبين أم ولده وأمه ، فلا يجبر
على النفقة عليهما^(٣) إلا أن يكون بالأب علة لا يقدر على خدمة نفسه فيحتاج إلى
خادم يقوم بشأنه وبخدمته^(٤) ، فحينئذ يجبر الابن على نفقة خادم الأب منكوحة
كانت أو أمة ، لأن الأب لا يستغني عنها ، فصار ذلك من فروض حاجة الأب فصار
كنفقة الأب ، فجاز أن يستحق بقرابة الأب ، هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في
أدب القاضي .

فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بين امرأة الأب وبين امرأة الابن ، فإن الابن إذا كان
معسراً وكان عاجزاً عن خدمة نفسه ، بأن كان زمناً أو صغيراً بحيث لا يأكل وحده
ولا يشرب وحده ، تفرض نفقة خادمه على الأب .

وإن كان صحيح البدن يمكنه خدمة نفسه ، لا تفرض كما في الأب .
وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه تفرض نفقة امرأة الأب
على ابنه إذا كانت المرأة عنده مطلقاً .

فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين امرأة الأب ، وبين امرأة الابن .
ووجه الفرق بينهما : أن نفقة الأب تشبه نفقة المرأة من وجه حتى تستحق مع

(١) زاد في أ: السرخسي .

(٢) سقط في ب .

(٣) في أ: ابنه .

(٤) في أ ، ب : عليها .

ضرب غنية بأن كان الأب قادرًا على الكسب، ثم تفرض نفقة خادم المرأة على الزوج على كل حال، فكذا نفقة خادم الأب.

أما نفقة الابن صلة محضه، لا تشبه نفقة المرأة بوجه ما، حتى لا تستحق [مع]^(١) ضرب غنية بأن كان الابن قادرًا على [الكسب]^(٢)، فكان نفقة الولد نظير نفقة سائر الأقارب، وفي سائر الأقارب تجب نفقة القريب ولا تجب نفقة الخادم. كذا هنا. قال: ولو أن امرأة معسرة^(٣) لها ابن موسر، ولها زوج معسر وليس هو أبا للابن، كانت نفقتها على زوجها، لأن نفقة الزوجة لا تسقط بالإعسار فتجب النفقة عليه على ما مر في نفقة الزوجات.

إلا أن هنا يؤمر الابن^(٤) أن يقرضها على زوجها، فإذا أيسر الزوج رجع عليه بما أقرضها، لأن الزوجية تسقط النفقة عن ذوي المحارم.

ألا ترى أن الأب تفرض عليه نفقة ابنته المراهقة، وإذا زوجها تسقط نفقتها. ألا [ترى]^(٥) أن الزوج هنا معسر ونفقة الزوجة لا تسقط بالإعسار فتجب النفقة عليه لكن يؤمر الابن بالإقراض لأنه أقرب إليها، وهي محتاجة إلى الاستدانة، فتستدين من أقرب الناس إليها.

فإن أبى الابن أن يقرضها النفقة.

قال الخصاصف - رحمه الله - في أدب القاضي: قال الحسن بن زياد: فرضت عليه^(٦) نفقتها وأخذته بذلك ويكون ديناً على الزوج [ويؤخذ به]^(٧) إذا أيسر.

قالوا: والمراد من القرض المذكور في هذا هو الجبر على الإقراض لا الفرض بطريق الإيجاب، لأن الزوج لما كان معسرًا وأبى الابن الإقراض، كان الزوج بمنزلة الميت فيفرض على الابن النفقة.

(١) في ب: ويخدمه.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: موسرة.

(٥) في ب: الأب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: على الابن.

وإنما ذكر قول الحسن - رحمه الله- ؛ لأنه لم يحفظ في هذا رواية^(١) عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وذكر الخصاص هذه المسألة في نفقاته، إلا أن هناك وضع المسألة في الزوج مع الأخ، وفي الزوج مع الأب، وذكر هناك أن الأخ الموسر، أو الأب الموسر إذا امتنع عن الإقراض [يحبس]^(٢) لأن هذا من المعروف، لأن كل نفقة معروف وصلة، فيجوز أن يحبس^(٣) في الأمر بالمعروف .

وفي المنتقى في عين^(٤) هذه الصورة: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - : القاضي لا يفرض نفقة المرأة على الأخ .

وعلى قول محمد - رحمه الله - : يفرض [ويكون ذلك]^(٥) دينا على الزوج يرجع^(٦) به الأخ على الزوج إذا أيسر .

ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين: أنه يعتبر القرب والجزئية^(٧) ولا يعتبر الميراث، وإذا استويا في القرب تجب على من له نوع رجحان، وإذا لم يكن لأحدهما رجحان فحينئذ تجب النفقة بقدر الميراث .

بيان هذا الأصل :

إذا كان للفقير والد^(٨)، وابن ابن [موسرين، فالنفقة على الوالد لأنه أقرب .
وإذا كان للوالد^(٩) بنت، وابن ابن^(١٠)، فالنفقة على^(١١) البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما، لأن البنت أقرب .

(١) في أ: ولو أخذتهما، وفي ب: ولو أخذته .

(٢) في أ: الرواية .

(٣) سقط في أ .

(٤) في ب: يجبر .

(٥) في أ: غير .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ: ويرجع .

(٨) في أ: والحربة، وفي ب: الحزوبة .

(٩) في أ: ولد .

(١٠) في أ: له .

(١١) سقط في ب .

وإذا كانت له بنت بنت، أو ابن بنت، وأخ لأب وأم، فالنفقة على ولد البنت ذكراً كان أو أنثى، وإن كان الميراث للأخ لا لولد البنت، فعلم أن العبرة لقرب القرابة والجزئية.

وإن سفّل ولد الولد وكانوا ولد بنت أو ولد ابن، فهم سواء في النفقة عليهم دون الأخ. لما قلنا.

ولو كان له والد وولد، وهما موسران، فالنفقة على ولده، وإن استويا في القرب، إلا أن الابن ترجح باعتبار تأويل ثابت له في مال ولده. ولو كان له جد وابن ابن، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، على الجد السدس، والباقي على ابن الابن.

ثم استشهد في الكتاب لبيان أن العبرة في نفقة الوالدين والمولودين للقرب والجزئية دون الإرث بمسائل منها:

أن [المسلم]^(١) المعسر إذا كان له ابنان موسران أحدهما مسلم والآخر ذمي فنفته عليهما جميعاً بالسوية، وإن كان الإرث لا يجري بين المسلم والكافر.

وكذلك إذا كان للرجل الفقير بنت وأخت لأب وأم، وهما موسران، فالنفقة على البنت، وإن كانا يستويان في الميراث.

وكذلك إذا كان للفقير المسلم^(٢) ابن نصراني، وله أخ مسلم، وهما موسران، فالنفقة على الابن وإن كان الميراث للأخ.

وكذا إذا كان للفقير بنت ومولى عتاقة، وهما موسران، فالنفقة على البنت، وإن كانا يستويان في الميراث.

قال: الرجل إذا كان محتاجاً وله ابن كبير فطلب الأب منه النفقة ونازعه في ذلك إلى القاضي [فقال الابن للقاضي: أنا فقير أيضاً وما عندي ما أنفقه على أبي]^(٣)، فإن القاضي لا يجبر الابن على نفقة الأب إلا أن يعلم أنه يطيق، وفي بعض النسخ: إلا أن يعلم أنه مضطلع لذلك أي قادر عليه.

وهذا لأن شرط وجوب الإنفاق القدرة على الإنفاق، فالأب يدعي على الابن

(١) زاد في أ: بنت.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في م: الزمن.

النفقة بواسطة شرط، وهو ينكر، فعلى الأب أن يثبت الشرط بالحجة. فإن قال الأب: إنه يكتسب ما يقدر على أن [ينفق منه^(١)]، فإن القاضي ينظر في كسب الابن، فإن كان فيه فضل عن قوته يجبر الابن على أن^(٢) ينفق على أبيه^(٣) من ذلك الفضل، لأن شرط وجوب النفقة على الولد القدرة على الإنفاق وقد وجد. وإن لم يكن في ذلك فضل عنه فلا شيء عليه في الحكم، لكن يؤمر من حيث الديانة بالأب يضيع والده.

وقال بعض العلماء: يجبر الابن على أن يدخل الأب في قوته إذا كان ما يصيب الابن من ذلك القوت يقوم معه بدنه ولا يضره إضرارًا يمنعه من الكسب. وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن على الابن في هذه الصورة أن يضم الأب إلى نفسه، لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد، فالإنسان لا يهلك على نصف بطنه.

إلا أن في ظاهر الرواية عن أصحابنا - رحمهم الله - : لا يجبر على ذلك، لقوله عليه الصلاة والسلام: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»^(٤). هذا الذي ذكرنا إذا كان الابن وحده.

فأما إذا كان للابن زوجة وأولاد صغار وباقي المسألة بحالها، فالقاضي يجبر الابن على أن يدخل الأب في كسبه ويجعله كأحد العيال الذي ينفق عليهم، ولا يجبره أن يعطي له شيئاً على حدة.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الابن وحده على ظاهر الرواية. والفرق: وهو أن الابن إذا كان يكتسب ما يكفي له ولزوجته وأولاده الصغار، فإذا دخل الأب في طعامهم يقل الضرر، لأن طعام الأربعة إذا فرق على الخمسة لا

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في ب: على منه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ابنه.

(٥) أخرجه الشافعي في الأم (١٥/٨) عن مسلم وعبد المجيد عن ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابراً يقول فذكر قصة المدبر وقال فيه: - إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن كان له فضل فليبدأ مع نفسه لمن تعول.

وأما لفظ المصنف فذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣٥٤/٢) وقال: لم أره

يتضرر كل واحد منهم ضررًا فاحشًا، أما إذا دخل الواحد في طعام الواحد يتفاحش الضرر.

[فإن قال الأب: إن^(١) ولدي هذا كسوب، يقدر على أن يكتسب مقدار ما يكفيه ويكفيني، ولكنه يدع العمل عمدًا كيلا يفضل ما يعطيني شيئًا منه، يريد بذلك عقوبي، نظر القاضي فيما قال، وطريق النظر أن يسأل من أهل حرفته، لأن لهم نظرًا في هذا الباب، فإن ظهر للقاضي أن الأمر على ما قاله الأب، أجبر الابن على نفقة أبيه وأخذ بذلك لأنه قصد الإضرار بالأب.

وهذا كله إذا لم يكن الأب كسوبًا.

فأما إذا كان كسوبًا، هل يجبر الابن على الكسب والنفقة؟

فقد ذكرنا فيه الاختلاف قبل هذا فلا نعيده.

فإن كان للأب مسكن أو دابة، فالمذهب عندنا: أن يفرض النفقة على الابن، إلا أن يكون في المسكن فضل، نحو أن يكفيه أن يسكن ناحية منه، فحيث يؤمر الأب ببيع^(٢) الفضل والإنفاق على نفسه.

فإذا آل الأمر إلى الناحية التي يسكنها الأب، تفرض نفقته حيثئذ على الابن. وكذلك إذا كان للأب دابة نفيسة يؤمر أن يبيع، ويشترى الأوكس وينفق الفضل^(٣) على نفسه، فإذا آل الأمر إلى الأوكس يفرض النفقة على الابن.

ويستوي في هذا [الأمر]^(٤) الوالدان والمولودون وسائر المحارم، وهو الصحيح من المذاهب.

فإن^(٥) فرض القاضي نفقة الأب على الابن الموسر كل شهر كذا، أو فرض الكسوة للأب على الابن كل سنة فتحرقت الكسوة ولم تبق النفقة قبل مضي الوقت، أو بقيت الكسوة وشيء من النفقة بعد مضي الوقت، فقد مر [هذا]^(٦) في الفرق بين نفقة الأقارب وكسوتهم، وبين نفقة الزوجات وكسوتهن في باب نفقة الزوجات فلا نعيد.

هكذا.

(١) في ب: فإذا قال الإنسان.

(٢) في أ: أن يبيع.

(٣) زاد في ب: وينفق.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: فإذا.

قال: فإن طلب الأب النفقة من ولده، فقال الولد: هو غني .
وقال الأب: أنا فقير .
قال في المنتقى: روي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يسأل عن حال الأب،
فإن أخبر أنه فقير، يجعل عليه النفقة .
وإن قالوا: لا ندري، لا يجعل على الابن النفقة ما لم يقم الأب بينة أنه فقير^(١) .
فلم يحكم بقبول قول الأب إنه فقير وإن كان الظاهر شاهداً للأب، فإن الأصل
في الأدمي هو الفقر، إلا أن الأب بهذا الظاهر يريد إثبات الاستحقاق على الابن،
والظاهر لا يصلح حجة لإثبات الاستحقاق .
وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة [الأب]^(٢) ؛ لأن بينة الأب تثبت الاستحقاق
على الابن^(٣) ، وبينة الابن^(٤) تنفي ذلك، فكانت بينة الأب أولى بالقبول .
وذكر في شرح القدوري في الأب: إذا أنفق من مال الابن حال غيبة الابن، ثم
حضر الابن، فقال الابن للأب: كنت موسراً وقت الإنفاق من مالي، وقال الأب:
كنت معسراً، نظر إلى حال الأب وقت الخصومة، لأن الحال يصلح دليلاً على
الماضي، وله أمثلة في الشرح كمسألة الطاحونة وغيرها .
فإن أقاما البينة، فالبينة بينة الابن، لأن شهود الابن يشتون الرجوع على الأب بما
أنفق، وشهود الأب ينفون ذلك، والإثبات أولى من النفي في باب البيئات .

* * *

(١) سقط في ب .
(٢) في ب: معسر .
(٣) سقط في أ .
(٤) في أ: الأب .

النوع الرابع: في نفقة الأجداد وأولاد الأولاد:

قال في الكتاب: الجد بمنزلة الأب في حق استحقاق^(١) النفقة عليه إذا كان الأب ميتاً، أو كان الأب حياً إلا أنه فقير، لأن الفقير يلحق بالميت في حق استحقاق النفقة على الموسر^(٢).

وفيه كلمات، أن من يلحق بالميت ومن لا يلحق؟ وسيأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ويعتبر في حق الجد لاستحقاقه النفقة، الفقير لا غير، على ما هو ظاهر الرواية كما في حق الأب.

والجد^(٣) من قبل الأم كالجد من قبل الأب.

وكذا تفرض نفقة الجدات من قبل الأم، ونفقة الجدات من قبل الأب. ويعتبر في حق الجدات ما يعتبر في حق الأجداد أيضاً.

قال: فإن مات الأب فالنفقة على الجد؛ لأنه قائم مقام الأب.

فإن كان للصغير أم وجد، فالنفقة على الأم والجد على قدر ميراثهما أثلاثاً، بخلاف الأب في ظاهر الرواية.

والفرق: وهو أن اتصال النافلة بالجد بواسطة الأب كاتصاله بالأخ، ثم في الأخ والأم، النفقة عليهما على قدر ميراثهما أثلاثاً، فكذا في الجد والأم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : على الجد، وهذا - لأن^(٤) النفقة كلها - أليق بمذهب أبي حنيفة - رحمه الله - في الميراث، فإنه يلحق الجد بالأب مطلقاً حتى قال: والجد أولى من الإخوة والأخوات.

قال: فإن كان للفقير أولاد صغار وجد موسر، لم تفرض النفقة على الجد، لأن النفقة لا تجب على الجد حال قيام الأب، ولكن يؤمر الجد بالإنفاق صيانة لولد الولد، ويكون ذلك دينا على والد الصغار أمره بذلك.

هكذا ذكر هذه المسائل في القُدوري فلم يجعل النفقة على الجد حال عسرة الأب.

وقد ذكرنا في أول هذا الفصل: أن الأب الفقير يلحق بالميت في استحقاق النفقة

(١) في أ: الأب.

(٢) في أ: استحقاقه.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٨٢).

(٤) في أ: والجدات.

على الجد، وهذا هو الصحيح من المذهب. وما ذكر القدوري قول الحسن بن صالح^(١)، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في أدب القاضي للخصاف.

قال: وإن كان الأب زمنا، قضى بنفقة الصغار على الجد ولم يرجع على أحد بالاتفاق؛ لأن نفقة الأب في هذه الحالة على الجد فكذا نفقة الصغار. وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في صغير له والد [محتاج]^(٢) وهو زمن: فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون أمه. وكل من يجبر على نفقة الأب يجبر على نفقة الغلام.

فإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بالنفقة على أبيه وأمرت قرابة [الأم]^(٣) بالاتفاق فيكون ذلك دينا على الأب، وهذا لأن قرابة الأم لا يجوز أن تجب عليهم نفقة الولد لما عرف أن الأب لا يشاركه غيره في نفقة الصغير.

فإذا لم يكن للأب قرابة لم يبق هنا وجه سوى أن يقضي بالنفقة على قرابة الأم ويكون ذلك دينا على الأب كيلا يشارك الأب غيره في نفقة الولد.

فأما قرابة الأب [فهم]^(٤) تلزمهم نفقة الأب، فجاز أن تلزمهم نفقة الغلام لتكون نفقة ولده^(٥) جاريا مجرى نفقته. هكذا ذكر هذه المسألة في شرح القدوري، وهذا الجواب إنما يستقيم إذا لم يكن في قرابة الأم من يكون محرما للصغير ويكون أهلا للإرث، لأن شرط وجوب النفقة في غير قرابة الأولاد المحرمية [وأهلية الإرث، على ما يأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - فأما]^(٦) إذا كان في قرابة الأم من كان محرما للصغير وهو أهل للإرث تجب عليه النفقة، ويلحق الأب المعسر بالميت^(٧)، لما ذكرنا قبل هذا.

(١) في ب: أن.

(٢) هو: الحسن بن صالح بن مسلم بن حيان، ولقبه حَيٌّ بن شُقَيٍّ: الهمداني الثوري، أبو عبد الله الكوفي الفقيه، أحد الأعلام. قال ابن معين والنسائي: ثقة، قال أبو نعيم: توفي سنة تسع وستين ومائة.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/ ٢١٤)، تهذيب التهذيب (٢/ ٢٨٥)، التاريخ

الكبير، للبخاري (٢/ ٢٩٥).

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: نفقته.

(٧) سقط في ب.

النوع الخامس: في نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوي الأرحام: والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(١) والمراد [من]^(٢) الوارث: الذي هو ذو رحم محرم، وهو قول عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه - وهكذا كان يقرأ، وبه أخذ أصحابنا، حتى لا تجب النفقة على ابن العم وإن كان وارثاً، لأنه ليس بمحرم للصغير^(٣).

والمراد من الوارث المذكور في هذه الآية كونه: [أهلاً للإرث^(٤) - لا كونه]^(٥) وارثاً حقيقة، وبه أخذ أصحابنا، حتى إنه إذا اجتمع الخال وابن العم فالنفقة على الخال عندنا^(٦) [وإن كان الميراث لابن العم، لأن الخال ذو رحم محرم وهو أهل للإرث، وابن العم]^(٧) وإن كان وارثاً، ليس بمحرم للصغير. فالحاصل: أن هذه النفقة لا تجب إلا على ذي رحم محرم هو أهل للإرث سواء كان وارثاً في هذه الحالة أو لم يكن.

وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجح من كان وارثاً حقيقة في هذه الحالة، حتى إنه إذا كان له عم وخال فالنفقة على العم لأنهما استويا في المحرمية، وترجح العم على الخال في هذه الحالة لكونه وارثاً حقيقة، وكذلك إذا كان له عم

(١) في ب: بالبت.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٣٣ .

(٣) سقط في أ.

(٤) تجب نفقة الوالدين على الأولاد، ونفقة الأولاد على الوالدين باتفاق، وكذلك تجب للأجداد والجندات والأحفاد عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وقصرها المالكية على الوالد والولد فقط؛ لأن الجد ليس بأب حقيقي وكذلك ولد الولد. أما بقية الأرحام غير الأصول والفروع، فلا تجب لهم نفقة ولا تلزمهم إلا عند الحنفية والحنابلة، غير أن الحنفية أوجبوها لذي الرحم المحرم دون غيره، وتوسع الحنابلة في ذلك فأوجبوها لكل وارث، وفي غير الوارث روايتان، هذا إن كانوا من غير ذوي الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، فإن كان منهم فلا تجب له نفقة، ولا تلزمه إلا عند أبي الخطاب من الحنابلة عند عدم العصبة وأصحاب الفروض.

ينظر: رد المحتار على الدر المختار (٦٤٤/٢)، ومواهب الجليل (٢١١/٤)، وبلغت السالك (٥٢٥/١، ٥٢٦)، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٦٦/٤)، وكشاف القناع (٣١٠/٣)، والمغني، لابن قدامة (٥٨٢/٧) وما بعدها.

(٥) في أ: للوارث.

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: عندهما.

وعمة وخالة فالنفقة على العم الموسر لا غير، لأنه ساواهما في المحرمية، والعم هو الوارث دونهما فتكون النفقة عليه.

ولو كان العم معسرا فالنفقة على العمة والخالة أثلاثا على قدر ميراثهما ويجعل العم كالمت.

إذا ثبتت هذه الجملة فنقول:

هذه النفقة [لا تجب إلا على الموسرين، فلا يجب على الفقراء قليل ولا كثير؛ لأن هذه النفقة]^(١) تجب بطريق الصلة، والصلوات تجب على الأغنياء دون الفقراء لمكان التعارض.

ثم لا بد من معرفة حد اليسار الذي تعلق به وجوب هذه النفقة.

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه اعتبر^(٢) نصاب الزكاة. وروى هشام عن محمد - رحمه الله - : أنه إذا كان له نفقة شهر لنفسه وعياله وفضل^(٣) عن ذلك يجبر على نفقة الأقارب.

وإن لم يكن [له]^(٤) شيء ويكتسب كل يوم درهما، ويكفيه أربعة دوانق ينفق الفضل عليهم.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : أن^(٥) المعتبر يسار محرم للصدقة، بأن ملك ما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتي درهم فصاعدا، وهو الصحيح.

وهذا لأنه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجبا للزكاة وإنما شرط غنى محرماً للصدقة، فكذا في حق إيجاب النفقة، لأن النفقة بصدقة الفطر أشبه منه بالزكاة، لأن في صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة، فإذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجبا للزكاة، وهي صدقة من وجه [مؤنة من وجه]^(٦) فلأن لا يشترط

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: يعتبر.

(٤) زاد في ب: وفضل.

(٥) سقط في ب.

(٦) زاد في ب: الميراث.

[لوجوب النفقة]^(١) غنى موجبا للزكاة وأنها مؤنة من كل وجه، كان أولى .
 قال: ولا يقضي بنفقة لأحد من ذوي الأرحام إذا كان غنيا .
 وأما إذا كان الكبار أصحاء، فلا يقضي لهم بنفقتهم على غيرهم وإن كانوا فقراء
 إلا الأبوين والجد والجددة مع عدمهما . وقد ذكرنا فيما تقدم .
 وتجب نفقة الإناث^(٢) الكبار من ذوي الأرحام وإن كن صحیحات البدن إذا كان
 لهن حاجة إلى النفقة، وقد ذكرنا مثل هذا في نفقة الأولاد .
 ثم الأصل في نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوي الرحم المحرم: أنه
 ينقسم على قدر الميراث، لأن الله - تعالى - أوجب النفقة باسم الوارث قال الله
 تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٣) فقد أوجب باسم الوارث فوجب التقدير به .
 ولهذا قلنا: إن الرجل إذا أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم
 على قدر الميراث، ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه على السواء .
 فعلى هذا تخرج جنس هذه المسائل .
 قال: وإذا كان للصغير أم وعم، أو^(٤) أم وأخ لأب وأم، كل واحد منهما^(٥)
 موسر، فالنفقة عليهما^(٦) على قدر الميراث .
 وكذلك الرضاع عليهما أثلاثا، لأن الرضاع نفقة الولد فيكون عليهما على قدر
 الميراث، كنفقة الولد بعد الفطام .
 [وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن في النفقة بعد الفطام]^(٧)،
 الجواب هكذا .
 وكذلك فيما يحتاج إليه من النفقة قبل الفطام، فأما الرضاع كله على الأم لأنها
 موسرة باللبن، والعم معسر في ذلك .
 ولكن في ظاهر الرواية: قدرة العم على تحصيل ذلك بماله يجعله موسرًا فيه

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في ب .

(٣) زاد في أ: و .

(٤) سورة البقرة آية: ٢٣٣ .

(٥) في أ: و .

(٦) في أ: منهم .

(٧) في أ: عليهم .

فلهذا كان عليهما أثلاثاً.

فإن كان العم فقيراً والأم غنية، فالرضاع والنفقة على الأم، لما ذكرنا أن المعسر يجعل كالمعدوم في حق إيجاب النفقة على الموسر.
وإن كان له أم، وأخ لأب وأم، أو أخ لأب، وعم أغنياء، فالرضاع على الأم والأخ أثلاثاً بحسب الميراث، لأن العم ليس بوارث في هذه الحالة فيترجح الأخ على العم^(١) لكونه وارثاً حقيقة.

قال: وإذا كان للفقير الزمن ابن صغير معسر أو كبير زمن، ولهذا المعسر ثلاثة إخوة متفرقين أهل يسار، فنفقة الرجل على الأخ من الأب والأم، والأخ من الأم أسداساً، لأن الابن الصغير أو المعسر يجعل كالمعدوم في حق إيجاب النفقة على الغير لما ذكرنا أن نفقة ما عدا الوالدين والمولودين تجب على وارث ذي رحم محرم، وما لم يجعل الابن كالمعدوم لا يصير الإخوة ورثة فيتعذر^(٢) إيجاب النفقة عليهم حال قيام الابن^(٣) [فيجعل الابن]^(٤) كالمعدوم^(٥)، [ويجعل الميراث بين^(٦) الأخ لأب وأم، وبين الأخ لأم أسداساً فكذا النفقة.

ولو كان مكان الابن بنت، فنفقة الأب على الأخ لأب وأم خاصة، لأننا لا نحتاج إلى أن نجعل البنت كالمعدوم في حق إيجاب النفقة على الإخوة لأنه يرث مع البنت الأخ لأب وأم، وقد تعذر إيجاب النفقة على البنت، فتجب على الأخ لأب وأم، [فأما]^(٧) نفقة الصغير فعلى^(٨) العم لأب وأم خاصة؛ لأن الأب المعسر في حق النفقة جعل كالمعدوم^(٩).

وبعد الأب ميراث الولد للعم لأب وأم خاصة، فكذا نفقة الولد تجب على العم لأب وأم.

- (١) سقط في ب.
- (٢) في ب: الأخ.
- (٣) في أ: لتعذر.
- (٤) في ب: الدين.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) زاد في ب: لا تصير.
- (٧) في ب: من.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) زاد في ب: فتجب على الأخ.

قال: فإن كان مكان الإخوة أخوات متفرقات، فإن كان الولد ذكراً، فنفقة الأب على الأخوات أخماساً، لأن أحداً من الأخوات لا يرث مع الابن فلا بد أن يجعل الابن كالمعدوم؛ ليتمكن إيجاب النفقة على الأخوات. وبعد الابن ميراث الأب بين الأخوات أخماساً، ثلاثة أخماسه للأخت لأب وأم، وخمسة للأخت لأب^(١) وخمسة للأخت لأم فرضاً ورداً، فالنفقة عليهم بحساب ذلك.

ونفقة الولد على الأخت لأب وأم خاصة عندنا، لأن الوالد^(٢) المعسر جعل كالمعدوم، وعند عدم الوالد، ميراث الولد للعممة لأب وأم خاصة عندنا، فالنفقة^(٣) تكون عليها^(٤) أيضاً.

وإن كان الولد بنتاً فنفقة الأب على الأخت لأب وأم خاصة؛ لأنها وارثة مع البنت، فإن الأخوات مع البنات عصبية، فلا تجعل البنت كالمعدوم هنا، ولكن لو مات الأب كان نصف ميراثه للبنت والباقي للأخت لأب وأم، فكذا النفقة على الأخت لأب وأم.

ونفقة البنت على العممة لأب وأم خاصة عندنا، لأن الأب [المحتاج]^(٥) [جعل]^(٦) كالمعدوم، وعند انعدام الولد، فميراث البنت يكون للعممة لأب وأم خاصة عندنا، [فكذا النفقة]^(٧) عليها أيضاً عندنا.

وصار الأصل في إيجاب نفقة^(٨) من سوى الوالدين والمولودين من ذوي الأرحام: أنه إذا اجتمع الموسرون والمعسرون من قرابته ينظر إلى المعسر: فإن كان المعسر بحال يحوز كل الميراث فلا يرث معه أحد من الموسرين، كالإخوة والأخوات مع الابن، يجعل هذا المعسر كالميت، ثم^(٩) ينظر إلى

(١) البحر الرائق (٤/٢٢٩).

(٢) زاد في ب: وأم.

(٣) في أ: الولد.

(٤) في ب: والنفقة.

(٥) في أ: عليهما.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: فالنفقة تكون.

(٩) في ب: النفقة إيجاب.

الموسرين فتجب النفقة عليهم على قدر ميراثهم.
 وإن كان هذا المعسر لا يحوز كل المال^(١) كالبتت مع الإخوة والأخوات لا يلحق
 هو بالميت، بل يعتبر هو حياً، ويقسم الميراث بينهم على سهامهم، ثم تجب كل
 النفقة على الموسرين، ولكن على السهام التي كانت تصيبهم^(٢) من الميراث.
 بيان هذا الأصل:

إذا كان للصغير أم وثلاث أخوات متفرقات، والأخت^(٣) من الأب والأخت من
 الأم معسرتان، والأم والأخت لأب وأم موسرتان، فكل النفقة تجب على الأم وعلى
 الأخت لأب وأم، ولكن على أربعة أسهم، ثلاثة أسهم على الأخت لأب وأم،
 وسهم على الأم، لأن ميراث الصغير بينهم ينقسم على ستة [أسهم]^(٤)، ثلاثة أسهم
 للأخت لأب وأم، وسهم [للأخت لأب، وسهم]^(٥) للأخت لأم^(٦) فكان للأم من
 ميراث الصغير سهم، وللأخت لأب وأم ثلاثة [أسهم]^(٧) فتكون النفقة عليهما
 أرباعاً^(٨) [أيضاً]^(٩).

ولو كانت الأخت لأب، والأخت لأم ملحقتين بالأموات، كان [ميراث]^(١٠)
 الصغير بين الأم، والأخت لأب وأم أخماساً فرضاً ورداً، فينبغي^(١١) أن [تكون]^(١٢)
 النفقة عليهما أخماساً أيضاً، [فحيث لم يكن هكذا]^(١٣) علم أن المعبر ما قلنا.
 فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل. والله أعلم.

-
- (١) في ب: و.
 (٢) في أ: الميراث.
 (٣) في ب: نصيبهم.
 (٤) في أ: والأخوات.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) سقط في ب.
 (٧) زاد في ب: وسهم للأم.
 (٨) سقط في أ، ب.
 (٩) في أ: أخماساً.
 (١٠) سقط في ب.
 (١١) سقط في أ.
 (١٢) في ب: ينبغي.
 (١٣) سقط في أ.

الفصل الرابع

في نفقات أهل الكفر

[قال: (١)] ولا يجبر المسلم على نفقة الكفار من قرابته، ولا الكافر على نفقة المسلمين من قرابته، لأن استحقاق النفقة متعلق بصفة (٢) الوراثة.

قال الله - تعالى - : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (٣) واختلاف الدينين يمنع الوراثة فيمنع القضاء بالنفقة، إلا (٤) الزوجة والوالدين والولد.

أما الزوجة: فلأن استحقاق الزوجة النفقة بحكم العقد، وذلك متحقق مع اختلاف الدينين.

وأما الوالدان (٥) والولد: فالقياس ألا يثبت لهم استحقاق النفقة مع اختلاف الدين، لأن استحقاق الوالدين والولد النفقة بطريق الصلة كما في سائر الأقارب. ولكن في الاستحسان (٦) يثبت الاستحقاق إذا كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، لقوله - تعالى - : ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ (٧).

وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتقلب في نعمة الله - تعالى - ويتركهما يموتان جوعاً؛ ولأن الاستحقاق فيما بين الوالدين والمولودين متعلق (٨) بالولادة، وذلك لا يختلف باختلاف الدين، وفي (٩) سائر الأقارب الاستحقاق (١٠) تعلق بالوراثة وذلك (١١) يختلف باختلاف الدين.

قال: والنوافل بمنزلة الأولاد، والأجداد والجندات من قبل الأم والأب بمنزلة الوالدين، لأن استحقاق هؤلاء باعتبار الولاد كاستحقاق الأبوين.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) في أ: قضية.

(٤) سورة البقرة آية: ٢٣٣.

(٥) في أ: إلى.

(٦) في ب: الوالدين.

(٧) في ب: الاستحقاق.

(٨) سورة لقمان آية: ١٥.

(٩) في ب: يتعلق.

(١٠) في ب: وعلى.

(١١) في ب: استحقاق.

قال: ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة والديه وولده من أهل الحرب وإن كانا مستأمنين في دار الإسلام، لأنها صلة، وقد نهينا عن صلة [الحربي؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ﴾^(١).

وكذا^(٢) الحربي الذي دخل إلينا بأمان لا يجبر على نفقة والديه^(٣) إذا كانا مسلمين أو كانا من أهل الذمة.

قال: ولا يجبر أهل الذمة على أن ينفقوا على أحد من ذوي أرحامهم إذا^(٤) كانوا على غير دينهم، يريد [به]^(٥) دينا هو غير دين الإسلام.

إلا على الوالدين والأجداد والأولاد، هكذا ذكر الخصاص في نفقاته.

قال الصدر الشهيد في شرح النفقات: ما ذكر الخصاص إن كان محمولا على ما إذا كانوا من دارين مختلفين، يعني إذا كان الذمي ذا رحم محرم هو من أهل الحرب، فهذا الجواب صحيح لما ذكرنا قبل هذا.

فأما إذا كان هذا الجواب مجرى على الإطلاق، فالصحيح ما ذكر في المبسوط أنهم يجبرون، لأن الكفر ملة واحدة، ولهذا يتوارثون فيما بينهم إذا كانوا من أهل دار الإسلام، وتقبل شهادة بعضهم على البعض.

فأما نفقة المرأة فتجب وإن كانت على غير دينه لما ذكرنا أنها تستحق النفقة بالعقد، وذلك لا يختلف باختلاف الدين.

قال: ولو أن مستأمننا في دارنا تزوج ذمية ودخل بها ثم طلقها فلها النفقة في قول من يوجب على الذمي العدة، وهو [قول أبي]^(٦) يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وقد عرف هذا في كتاب المبسوط في النكاح في باب نكاح أهل الحرب.

قال: والذمي إذا تزوج بمحارمه - وذلك نكاح في دينهم - فطلبت منه نفقة النكاح، وعلى قياس قولهما: لا يقضى^(٧)، بناء على أن لهذا^(٨) النكاح حكم الصحة

(١) في ب: وكذلك.

(٢) سورة الممتحنة آية: ٩ .

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في أ: وولده.

(٥) في ب: أو.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، ب: أبو.

(٨) في أ: يفرض.

عند أبي حنيفة - رحمه الله - حتى قال: إذا طلب أحدهما الفرقة من القاضي فالقاضي لا يفرق بينهما ما لم يطلب الآخر، والمرأة تستحق النفقة في النكاح الصحيح.

وعندهما: لهذا^(١) النكاح حكم الفساد، حتى قالوا: يفرق بينهما إذا طلب أحدهما، وفي النكاح الفاسد لا يثبت [حكم]^(٢) استحقاق النفقة.

وأجمعوا على أن في النكاح بغير شهود تستحق هي النفقة، لأن هذا النكاح محكوم بالصحة فيما بينهم عند الكل، فتستحق النفقة لهذا^(٣).

قال: وإذا أسلم الذمي وامرأته من غير أهل الكتاب فأبى الإسلام يفرق بينهما ولا نفقة لها في العدة، لأن منفعة الاحتباس فاتت من جهتها، ولهذا يسقط^(٤) [٥] جميع المهر متى كان قبل الدخول بها، ومنفعة الاحتباس متى فاتت من جهتها توجب سقوط النفقة كما لو نشزت.

وأما إذا أسلمت المرأة وأبى الزوج الإسلام يفرق بينهما، سواء كان الزوج كتابيا أو غير كتابي، على ما عرف في كتاب [النكاح في المبسوط]^(٦) وكان لها النفقة والسكنى إذا كان بعد الدخول بها، لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت بمعنى من جهة الزوج، فيكون محسوبا عليه، كما لو طلقها بعد الدخول بها.

قال: وإذا خرج الحربي وامرأته إلينا بأمان فطلبت النفقة، فالقاضي لا يفرض لها ذلك، هكذا ذكر الخصاص في نفقاته.

وعلى فقال: لأن هذا من أحكامنا ولم يرضوا بأحكامنا [إلا أن يصيروا ذميين، فحينئذ القاضي يقضي لها بالنفقة، لأنهم رضوا بأحكامنا]^(٧).

قال: وإذا خرج أحد الحربيين^(٨) مسلما، ثم خرج الآخر بعده فلا نفقة لها عليه،

(١) في ب: بهذا.

(٢) في ب: بهذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: لذا.

(٥) في ب: وبهذا سقط.

(٦) من قوله: «ويجعل الميراث بين...» إلى هنا، سقط في م.

(٧) في ب: المبسوط في نكاح المبسوط.

(٨) سقط في أ.

لأن الزوج إن كان هو الخارج أولاً فلا عدة عليها بالاتفاق. وإن كانت المرأة هي الخارجة فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا عدة عليها.

وعندهما: إن كان عليها العدة إلا أن وجوب [نفقة العدة]^(١) باعتبار ملك الحبس الثابت للزوج عليها في حالة العدة، وتباين الدارين كما يقطع عصمة النكاح، يقطع ملك الحبس الثابت بالنكاح أيضاً.

قال في السير الكبير: لو فرض القاضي نفقة الزوجة والوالدين والولد في مال مسلم أسر في دار الحرب، فقامت بينة على ردة الأسير قبل فرض القاضي نفقة المرأة، ضمنت ما أخذت من النفقة، لأنه تبين أنها أخذت [بغير]^(٢) حق. فإن قالت: حاسبوا لي من نفقة عدتي. يقول لها الحاكم: لا نفقة لك، لأن ردة الزوج [حصلت]^(٣) في دار الحرب، فكان بمنزلة الموت، ولو مات الزوج لا نفقة لها [فكذا]^(٤) ههنا.

فإن قبضت نفقة شهر، ثم قامت بينة على ردة الزوج بعد مضي عشرة أيام من الشهر، كان كل ذلك للمرأة في قياس قول أبي يوسف.

وفي قياس قول محمد - رحمه الله - : لها مقدار ما وجب لها قبل الردة. وهذا بناء على ما لو أعطى الزوج امرأته نفقة شهر، ثم مات أحدهما قبل مضي المدة، لم يرجع عليها ولا في تركتها في قول أبي يوسف - رحمه الله - . وفي قول محمد - رحمه الله - : يرجع عليها بحساب ما مضى ويجب رد الباقي.

ووجه البناء: وهو أن الردة حصلت في دار الحرب فكان بمنزلة الموت. والله أعلم.



(١) في ب: الزوجين.

(٢) في أ: النفقة.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

الفصل الخامس

في نفقة المالك

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول:

ظاهر مذهب أصحابنا -رحمهم الله - : أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق، الحيوانات وغير الحيوانات في ذلك على السواء، غير أن في سائر الحيوانات يفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق، وفي غير الحيوانات كالدور والعقار لا يفتى به أيضًا، إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال يكون مكروهًا. عن أبي يوسف^(١) - رحمه الله - : أنه يجبر على الإنفاق على البهائم^(٢)، كما يجبر على الإنفاق على الرقيق، وهو قول الشافعي^(٣) رحمه الله، فأبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - احتجا وقالوا: بأن في عدم الجبر على الإنفاق على البهائم تعذيب الحيوان بلا فائدة، وذلك منهى عنه، وقاساه على الرقيق. وإنا نفرق بينهما.

ووجه الفرق: وهو أن إجبار القاضي المولى على [الإنفاق على]^(٤) مملوكه نوع قضاء، والقضاء لا بد له من مقضي^(٥) له هو من أهل الاستحقاق، وهذا يوجد في الرقيق؛ لأن الرقيق من أهل أن تستحق حقوقها على المولى وعلى غيره في الجملة. ألا ترى أن بالكتابة يستحق حقوقًا على المولى [ولا يوجد في الحيوان]^(٦) فلا يصلح مقضيًا^(٧) له، فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء.

ثم الأصل في نفقة الرقيق^(٨): أن من كان مملوك المنافع والمكاسب؛ يجبر

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: حنيفة.

(٣) شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣٣٣/٥)، المحيط البرهاني (٥٨٨/٣).

(٤) نهاية المطلب في دراية المذهب (٣٠/٨)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص (٤٤٠).

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: مقتض.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: مقتضيا.

المولى على نفقاته، ومن كان غير مملوك المنافع؛ لا يجبر المولى على نفقاته^(١).
إذا ثبت هذا فنقول: رجل له عبد، أو أمة، أو مدبرة، أو مدبر، أو أم ولد؛ يجبر
المولى على نفقتهم.

فإن أبي المولى الإنفاق، فلا يجبر على نفقته، فكل من يصلح للإجارة يؤاجر
وينفق عليه من أجرته، ومن لا يصلح لذلك بعذر الصغر أو ما أشبهه، ففي العبد
والأمة يجبر^(٢) المولى بأن ينفق عليهما أو يبيعهما.

وفي المدبر وأم الولد، يجبر المولى على الإنفاق لا غير، لأنه لا يمكن بيعهما.
وأما المكاتب، فالمولى لا يجبر على نفقاته، لأنه غير مملوك المنافع
والمكاسب.

ثم فرق بين نفقة الرقيق وبين نفقة الزوجة من وجهين:
أحدهما: أن الرقيق وإن كان صغيراً تجب النفقة على المولى، والزوجة إذا كانت
صغيرة لا تشتهى لا تجب النفقة على الزوج.

والثاني: أن المولى إذا أبى الإنفاق على الرقيق يجبر على البيع، والزوج إذا عجز
عن الإنفاق على المرأة لا يفرق بينهما.
أما الفرق الأول: فقد ذكرناه في أول نفقات الزوجات.

وأما الفرق الثاني: وهو أن المولى إذا أجبر على البيع دفعاً للظلم عن المملوك
يزول ملكه إلى خلف وهو الثمن، ولو لم يجبر يفوت حق المملوك في النفقة. لا
إلى خلف، لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً على المولى بحال من الأحوال فكان
الجبر على البيع أقل ضرراً.

أما في باب النكاح، لو أمر الزوج بالتفريق دفعاً للظلم عن المرأة، يزول ملك
الزوج بغير خلف، ولو لم يجبر، يفوت حق المرأة في الحال إلى خلف، فإن نفقة
الزوجة تصير ديناً بقضاء القاضي، فكان ما يلحق الزوج من الضرر أكثر فكان أولى
بالدفع.

قال: أمة أو عبد في يد رجلين تنازعا فيه، وكل واحد منهما يدعي أنه له، فإنهما

(١) تحفة الفقهاء (٢/١٦٨)، بدائع الصنائع (٤/٣٨)، العناية شرح الهداية (٤/٤٢٧).

(٢) في أ: إنفاقه.

يجبران على النفقة عليه، لأنه لما كان في أيديهما فالظاهر أنه ملكهما. ولو [كان]^(١) مكان العبد والأمة دابة؛ لا يجبران، لأنهما لو كانت ملكهما لا يجبران، فكذا إذا كانت في أيديهما.

قال: ولا تجب نفقة المعتق على المعتق، وإن كان المعتق عاجزاً عن الكسب لصغر أو زمانة أو ما أشبهه، ولكن ينفق عليه من بيت المال، لأنه مسلم - ليس له قرابة - غير غني، ومال بيت المال معد لذلك.

قال: ولو أن رجلاً في يديه صغير قال لآخر: هذا عبدك أودعتني وجحد الآخر، يستحلف بالله ما أودعه، فإذا حلف قضى بالنفقة على صاحب اليد، لأن الغلام إذا كان صغيراً لا يكون هو في يد نفسه، فكان القول في رقه وحرثته قول من هو في يده، وقد اعترف ذو اليد برقه، فصح اعترافه، ثم أقر أن ذلك الرق لغيره، فبقي على حكم ملكه ما لم يصدقه ذلك الغير.

ولو كان الغلام كبيراً لم يستحلف المدعى عليه، لأن الكبير في يد نفسه، فكان القول في الرق والحرية قوله، فيكون الإنفاق واجبا على من يدعي الغلام أنه عبده. [إذا ثبت ذلك، دون من يقوله ذو اليد؛ لأن النفقة إنما تجب على من تحصل له المنفعة.

فكل من حصلت له المنفعة، كانت النفقة عليه سواء كان هو مالك الرقبة أو لم يكن.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا أوصى بأمته لرجل وبما في بطنها لآخر، فإن نفقة الجارية على الموصى له برقبته؛ لأن منفعتها تحصل له.

[ولو أوصى بدار لرجل وبسكنها لآخر وهي تخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب السكنى؛ لأن المنفعة تحصل له]^(٢).

فرع على مسألة السكنى فقال: لو انهدمت الدار كلها قبل أن يقبضها فقال صاحب السكنى: أنا أبنيتها وأسكنها، كان له ذلك، ولا يصير متطوعاً، لأنه لا يصل إلى حقه إلا بهذا، وهو مضطر فيه، فصار كصاحب العلو مع صاحب السفلى إذا انهدم السفلى

(١) في أ: يؤمر.

(٢) سقط في ب.

فامتنع صاحب السفل عن بنائه فبناه صاحب العلو، لا يصير متطوعًا، ويرجع على صاحب السفل، لكن بماذا يرجع؟

فيه كلام يأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - فكذا هنا لا يصير متطوعًا. فإذا انقضت السكنى ينظر: إن اجتمعا على أن يكون البناء لصاحب الرقبة ويعطيه قيمتها يجوز؛ لأن البناء كان ملك صاحب السكنى، فإذا باعه من صاحب الرقبة يجوز.

وإن لم يجتمعا كان له أن ينقض بناءه، كما في المشتري إذا بناه ثم جاء الشفيع، كان الجواب على هذا الترتيب، كذا هنا.

قال: ولو أوصى لرجل بنخل ولآخر بثمرته^(١) أبدًا فإن الوصية جائزة، وتكون النفقة على صاحب الثمرة، لأن المنفعة تحصل له.

ومن هذا الجنس، إذا أوصى لرجل بتبن هذه الحنطة وأوصى لآخر بالحنطة فإن بقي من الثلث شيء فالتخليص يكون في ذلك المال، وإن لم يبق فالتخليص يكون عليهما، لأن المنفعة تحصل لهما^(٢).

فرق بين هذا وبين ما إذا أوصى لرجل بدهن هذا السمسم، وأوصى لآخر بكسبه، فإن أجر التخليص على صاحب الدهن.

والفرق: [[وهو]^(٣) أن الدهن^(٤)] هنا خفي وقعت الحاجة إلى إظهاره، فأما الكسب فظاهر، فكان التخليص عملاً لصاحب الدهن فيكون أجره عليه.

فأما الحنطة فحاصلة غير أنها مستورة كالتبن حاصل [غير]^(٥) أنه [غير]^(٦) متميز، فكان التخليص عملاً لهما فكان الأجر عليهما.

وكذا الزيت والزيتون على هذا القياس.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بثمره.

(٣) في أ: فيهما.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

قال محمد - رحمه الله - : لو أن رجلا ذبح شاة ثم أوصى لرجل بلحمها ولآخر بجلدها، فالتخليص عليهما إذا لم يبق من الثلث شيء كما في الحنطة والتبن. فإن كانت الشاة حية وباقي المسألة بحالها، فأجر الذبح على صاحب اللحم؛ لأن اللحم لا يحصل إلا بالذبح، فأما الجلد حاصل من غير ذبح، لأنها وإن كانت ميتة يحصل الجلد. وأجر السلخ^(١) عليهما، لأن منفعة السلخ تحصل لهما. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.

نوع آخر: في الإنفاق على الملك الموقوف:
 وإذا شهد شاهدان على رجل في يديه أمة أن هذه الأمة حرة، قبل القاضي هذه الشهادة، ادعت الأمة بذلك أو جحدت.
 ويضع القاضي الأمة على يدي عدل ما دام في مسألة الشهود.
 هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي.
 وذكر محمد - رحمه الله - في الجامع: أن القاضي يضعها على يدي امرأة ثقة، ويستوي فيه أن يكون المولى عدلاً أو غير عدل. كما في طلاق المرأة على ما مر قبل هذا.

فإن طلبت النفقة بعد ما وضعها القاضي على يدي عدل، فرض القاضي لها النفقة على الذي كانت في يديه، وهو المولى الظاهر، لأن نفقتها كانت واجبة عليه [قبل] ^(١) قيام البينة.

فإن كانت البينة صدقة، سقطت نفقتها عنه.
 وإن كانت كاذبة، لا تسقط.

وإن صارت ممنوعة عن المولى، فإن نفقة المملوك لا تسقط عن المولى وإن كان ممنوعاً عن المولى على ما يأتي بعد هذا.

و[قد] ^(٢) وقع الشك في سقوط النفقة فلا تسقط بالشك.

وقول محمد - رحمه الله - في الكتاب: أن القاضي يفرض لها النفقة، ليس المراد منه الفرض حقيقة، لأن مولاها ظاهر. ونفقة المملوك لا تصير دينا على المولى فيما مضى وإن اتصل بها القاضي؛ إذ ^(٣) المملوك لا يستحق ^(٤) على مولاه دينا، ولكن المراد منه أن القاضي يقدر لها نفقة ويجبره على أدائها.

فالفرض هو التقدير. قال الله تعالى: ﴿فِيصِفُ مَا قَوَّضْتُمْ﴾ أي: قدرتم.

ثم قال: فإن أخذت نفقتها شهراً ثم لم تزك الشهود وردت الأمة على مولاها، لا يرجع المولى عليها بما أنفق.

(١) في ب: السلاخ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: إذا.

وفي المنكوحه إذا كانت مدخولا بها وفرض القاضي لها النفقة فلم ترك الشهود وردت المرأة على الزوج، فالزوج يرجع عليها بما أنفق.

وفي المسألتين جميعاً يتبين^(١) أن كل واحدة منهما منكوحه ومملوكه منعنا عن الزوج [والمولى]^(٢)، إلا أن المنكوحه إذا منعت عن الزوج لا لمعنى من جهة الزوج [تسقط نفقتها]^(٣) لما مر قبل هذا.

والمملوكه إذا منعت عن المولى لا لمعنى من جهة المولى، لا تبطل نفقتها؛ لأن نفقة المملوك نفقة الملك، والملك باق في هذه الحالة.

وإن زكيت الشهود، فإن أنفق المولى عليها على وجه التبرع، أو^(٤) أكلت في بيت المولى بإذن المولى، فلا رجوع له عليها، كما في سائر التبرعات.

وإن أجبر القاضي المولى على ذلك، أو أكلت في بيت المولى بغير إذن المولى، يرجع عليها بخلاف الطلاق.

والفرق: وهو [أن]^(٥) الاستحقاق ها هنا بحكم الملك، وتبين أنه لا ملك في ذلك الوقت، إذ القاضي إنما يقضي بحريتها من الوقت الذي شهد به الشهود فتبين أنها أخذت بغير حق، وثمة الاستحقاق باعتبار كونها محبوسة بحق الزوج، وتبين أنها محبوسة بحق الزوج في العدة.

ويستوي في جميع ما ذكرنا إن شهد الشهود بحريتها من الأصل، أو^(٦) بحريتها بإعتاق وُجِدَ من المولى؛ إذ المعنى لا يوجب الفصل.

قال ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في رجل في يديه عبد وأمة، ادعيا أنهما حران، أو ادعاهما رجل وأقام المدعي البينة على ما ادعى: فإنني أجعل الأمة على يدي عدل وأدع^(٧) العبد في يده حتى يحضر الشهود فيشهدون عليه بعينه، أما حكم ترك العبد في يده فظاهر؛ لأن الاستحقاق لم يثبت بعد، وأما الحيلولة في الأمة

(١) في أ: يستوجب.

(٢) في أ: تبين.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: و.

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: و.

فمشكل؛ لأن الحجة لم تقم على استحقاق عين الجارية، لأنه وضع المسألة فيما إذا كانوا شهدوا حال غيبة العبد والأمة، بدليل أنه قال: حتى يحضر الشهود فيشهدون عليه بعينه، والشهادة على الأمة حال غيبتها لا تنفيذ^(١) الاستحقاق بحال ما، ومع هذا أوجب الحيلولة.

وإنما كان كذلك؛ لأن هذه الشهادة تفيد نوع حكم في حقها وهو استحقاق الإحضار^(٢) إلى مجلس القضاء، حتى لو امتنع عن ذلك حبس به، وأمر الفرج^(٣) يحتاط فيه^(٤) فجاز أن تثبت الحيلولة بمثل هذه الشهادة، ولا يوجد لهذه المسألة رواية إلا هاهنا.

قال: أمة في يدي رجل، ادعى رجل أنها له وأقام شاهدين، فالقاضي يضعها على يدي عدل ما دام في مسألة الشهود^(٥)، لما قلنا.

فإن طلبت النفقة وفرض لها القاضي النفقة ثم لم تترك الشهود وردت الجارية على المولى، فالمولى لا يرجع بما أنفق على أحد، لما قلنا.

وإن زكيت الشهود وقضى القاضي بالجارية للمدعي، لم يكن للمشهد عليه أن يرجع على المدعي، لأنه أنفق على جارية الغير بغير إذن ذلك الغير.

وهل يرجع بذلك على الجارية؟

على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يرجع.

وعلى قولهما: يرجع، فيكون ذلك ديناً في ذمة الجارية تباع فيه، إلا أن يفديها المقضي له.

لأن القاضي لما قضى بالجارية للمدعي ظهر أن المدعي عليه كان غاصباً في حال ما أنفق عليها لأنها في يد العدل، ويد العدل يد المدعي عليه، ولهذا لو هلك في يد العدل ضمن المدعي عليه قيمتها، فتبين أن الجارية استهلكت شيئاً من مال الغاصب.

(١) في ب: وادعى.

(٢) في ب: تنفيذ.

(٣) في أ: الاستحضار.

(٤) في أ: الفروج.

(٥) في أ: فيها.

ومن أصل أبي حنيفة - رحمه الله - : أن جناية المغصوب على مال الغاصب هدر؛ كجناية المملوك على مال المالك .

وعندهما: معتبر، كالجناية على مال الأجنبي، وهي من مسائل الديات، ثم عندهما: إذا بيعت أو فداها المقضي له، يرجع على المقضي عليه بالأقل من قيمتها ومن الفداء .

وكذلك لو رافعته إلى القاضي وهي في يده ففرض لها نفقة أو أكلت شيئاً من ماله بغير إذنه ثم استحقت، فهذا والأول سواء. يعني لم يصير ديناً في رقبته عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما .

قال: وإن كان مكان الجارية عبد، وباقي المسألة بحالها، لا يضع العبد على يدي عدل إلا إذا كان المدعى عليه لا يجد كفيلاً بنفسه وكفيلاً بالعبد وكان المدعى لا يقدر على ملازمته، فكان المدعى عليه مخوفاً على ما في يده بالإتلاف، فحيثئذ يضعه القاضي على يدي عدل بخلاف الأمة. والفرق عرف في موضعه، وكذا إذا كان المدعى عليه فاسقاً معروفاً بالفجور مع الغلمان، فالقاضي [يضعه]^(١) على يدي عدل. وهذا لا يختص بالدعوى والبينة، بل في كل موضع كان صاحب الغلام معروفاً بالفجور مع الغلمان تخرج الغلمان عن يده ويضعه على يدي^(٢) عدل بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وإذا وضع القاضي العبد على يدي عدل، أمره أن يكتسب وينفق على نفسه إذا كان قادراً على الكسب كما قبل الوضع على يدي^(٣) العدل. بخلاف الأمة لأنها عاجزة عن الكسب عادة، حتى^(٤) لو كانت الأمة قادرة على الكسب معروفة بذلك بأن كانت خبازة أو غسالة تؤمر بالكسب أيضاً .

هكذا قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - ، والفقيه أبو إسحاق الحافظ - رحمه الله - .

وإن كان العبد عاجزاً عن الكسب لمرضه أو صغره، يؤمر المدعى عليه بالنفقة

(١) في أ: الشهادة.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يد.

(٤) في أ: يد.

لأنه الآن بمنزلة الأمة.

قال: وإن كان مكان العبد دابة، والمدعى عليه لا يجد كفيلاً^(١) وهو مخوف على ما في يده، والمدعى لا يقدر على ملازمتهم، فالقاضي يقول للمدعى: [أنا لا]^(٢) أجبر المدعى عليه على الإنفاق ولكن إن شئت أن أضعها على يدي عدل [فأنفق عليها، وإلا لا أضع على يدي العدل. بخلاف العبد والأمة. وهذا لأن المقصود من الوضع على يدي العدل]^(٣) صيانة حق المدعى وهو القضاء له بالمدعى به متى زكيت الشهود، وهذا المقصود يفوت في الدابة متى أبى المدعى الإنفاق، لأن المدعى عليه لا يجبر على إنفاقه وإن كان هو المالك ظاهرًا، على ما عليه ظاهر الرواية عن أصحابنا.

فلو لم ينفق المدعى على الدابة تتلف الدابة، فلا يحصل ما هو المقصود للمدعى من وضع الدابة على يدي عدل بخلاف العبد والأمة، لأن المدعى عليه يجبر على إنفاقهما، فإن وضعاً على يدي^(٤) عدل فلا ضرورة إلى أمر المدعى بالإنفاق. والله أعلم.



(١) في ب: كما.

(٢) في ب: الكفيل.

(٣) في أ: أفلا.

(٤) سقط في أ.

نوع آخر: في الإنفاق على العين المشترك:

قال: دابة بين رجلين امتنع أحدهما من الإنفاق عليها، وطلب الآخر من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يصير متطوعاً، فالقاضي يقول [للأبي^(١)]: [إما] أن تبيع نصيبك أو تنفق عليها، هكذا ذكر الخصاص في نفقاته، فقد فرق بين [هذا وبين]^(٢) ما إذا كانت الدابة كلها له، فإن هناك إذا امتنع عن الإنفاق عليها لا يجبر على ذلك^(٣).

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب المزارعة: أن هنا لا يجبر الأبى [على]^(٤) الإنفاق أيضاً.

والفرق على رواية الخصاص: [أن الدابة]^(٥) إذا كانت كلها لرجل، فليس في ترك الإنفاق إتلاف ملك [الغير، بل فيه إتلاف ملك]^(٦) نفسه، فلو وجب الإنفاق وجب بملكه، وملكه دابته وأنها ليست من أهل [الاستحقاق، وأما هنا في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، وهو ملك صاحبه، وصاحبه من أهل]^(٧) الاستحقاق فجاز الجبر.

قال: نهر مشترك بين قوم وهو شرب لهم ولأراضيهم، احتاج هذا النهر إلى الكري فأبى بعض أهل النهر الكري، فالكلام هنا في مواضع:

أحدهما: في النهر الأعظم: فنقول:

النهر الأعظم إذا احتاج إلى الكري فالسلطان يكرها من مال بيت المال وكذلك إذا احتيج إلى إصلاح مُسَنَّاتِه^(٨).

ويصرف في هذا الكري مال الخراج والجزية وما يجري مجراهما.
ولا يصرف فيه الصدقات والعشر.

(١) في أ: يد.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) المحيط البرهاني (٣/٥٩٣).

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

وإن لم يكن في بيت المال شيء، فالإمام يجبر الناس على الكري، من كان يطيق الكري منهم، [ثم^(١)] يجعل مؤنتهم على الأغنياء المياسير الذين لا يطيقون الكري بأنفسهم.

وأما النهر الذي دخل [ماؤه]^(٢) تحت القسمة إلا أن الشركة فيها عامة كالكلأ وما أشبهه، فكري^(٣) هذا النهر على أهلها.

وإن أبى بعضهم الكري، يجبر الأبى على الكري.

وأما النهر الخاص^(٤) بين قوم من كل وجه، فكريه على أهل النهر.

فإن أبى بعضهم الكري، هل يجبر الأبى على الكري؟

اختلف فيه المشايخ:

قال بعضهم: يجبر، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

[و]^(٥) قال بعضهم: لا يجبر، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - بل يرفع

الأمر إلى الإمام، حتى إن الإمام يأمر الباقيين بكري نصيب الأبى [على أن يستوفوا

نصيب الأبى]^(٦) من الشرب مقدار ما يبلغ قيمته ما أنفقوا في نصيبه [من]^(٧) الكري .

هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - هذه المسألة

في كتاب الشرب.

وبه يتبين أن ما ذكر الخصاف في نفقاته: أن في النهر الخاص بين قوم يجبر

الممتنع على الكري، فذاك قول بعض المشايخ.

ثم على قول بعض المشايخ: الذين يؤدون^(٨) الكري، إذا لم يرفعوا إلى القاضي

يرجعوا^(٩) على الأبى بقسطه من النفقة.

(١) مُسْتَأْتَه أَي: سده. ينظر: الأصل، للشيباني (١٥٢/٨).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وكري.

(٥) في أ: الحاضر.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ: يريدون.

وهل يمنع الآبي من الشرب حتى^(١) يؤدي ما عليه من النفقة؟
ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح نفقات الخصاص أن فيه اختلاف المشايخ .

وذكر في عيون المسائل: أن على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف -رحمهما الله - يمنع .

ولم يأخذ بهذا شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .
وأما إذا خيف أن ينبثق^(٢) النهر الخاص وأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم، فإن كان في هذا ضرر عام بأن كان الماء يخرج إلى طريق المسلمين وإلى أراضيهم لو لم يصلحوا، يجبر الآبي على ذلك^(٣) .

وإن لم يكن فيه ضرر عام، لا يجبر .
وأما إذا اتفق أهل النهر الخاص على ترك الكري في هذا النهر، لا يجبرهم الإمام على ذلك في ظاهر المذهب .

وقال بعض المتأخرين من مشايخنا - رحمهم الله - : يجبرهم الإمام على ذلك لحق أصحاب الشفة^(٤) في النهر، هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده^(٥) - رحمه الله - في شرح كتاب الشرب .

وبه يتبين أن ما ذكر الخصاص في نفقاته: أن صاحب النهر الخاص وصاحب البئر يجبر على كري النهر وعلى إصلاح البئر لحق أصحاب الشفة، قول بعض المتأخرين من المشايخ وليس بجواب ظاهر الرواية .



(١) في أ: يرجعوا .
(٢) زاد في أ: لا .
(٣) في أ: يكتسوا .
(٤) الأصل، للشيباني (١٥٨/٨) .
(٥) في ب: الشقة .

فرع على هذه المسائل في كتاب الشرب فقال: إذا أنفق أهل النهر الخاص على الكري.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : مؤنة الكري على الكل [من أعلى النهر، فإذا جاوزوا أرض رجل يرفع عنه مؤنة الكري]^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الكري عليهم جميعا من أول النهر إلى آخره بحصص الشرب والأرضين.

وأما إذا جاوزوا فوهة^(٢) [أرض]^(٣) رجل هل يرفع^(٤) مؤنة الكري عند أبي حنيفة - رحمه الله-؟

فالصحيح أنه لا يرفع ما لم يجاوز^(٥) [الكري أرضه]^(٦).

وعلى هذا الخلاف^(٧) إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتي هذا النهر.

وأما إذا كان النهر عظيما عليه قرى يشربون منه وهي التي تدعى بالفارسية (كام)، فأنفقوا على كري هذا النهر فبلغوا فوهة نهر قرية، هل يرفع^(٨) عنهم مؤنة الكري؟ لا رواية لهذه المسألة في المبسوط.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : ذكر هذه المسألة في النوادر أنه يرفع الإنفاق^(٩) وعلى قياس المسألة الأولى: ينبغي أن يشترط لرفع^(١٠) مؤنة الكري مجاوزة الكري أراضي هذه القرية.

قال: زرع بين رجلين أبي أحدهما أن ينفق عليه، لا يجبر على ذلك لما قلنا، لكن يقال للآخر: أنفق أنت وارجع بنصف [القيمة]^(١١) في حصة شريكك.

(١) من قوله: «إذا ثبت ذلك، دون من يقوله ذو اليد...» إلى هنا، سقط في م.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: مؤنة.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: تدفع.

(٦) في ب: يتجاوز.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: الاختلاف.

(٩) في ب: يدفع.

(١٠) في ب: بالإنفاق.

(١١) في ب: لدفع.

وكذا الحمام إذا كان بين [رجلين]^(١) عابت القدر أو الحوض أو شيء من الحمام، فأبى أحدهما [أن ينفق]^(٢)، لا يجبر عليه ولكن يؤمر الآخر بالإنفاق ثم يرجع بحصة صاحبه في الغلة.

وأما إذا انهدم الحمام كله فأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر، تقسم أرض الحمام، لأنه إن كان لا يمكنه أن يبني الحمام فيه يمكنه أن يبني شيئاً آخر^(٣).

قال: البئر إذا كان بين رجلين وهو شرب لماشيتهما فامتنع أحدهما عن إصلاحه وقال: أنا لا أسقي ماشيتي منها، لا يجبر على ذلك لما قلنا.

وإذا أصلح الآخر، لا يكون له [أن يرجع]^(٤) على الأبى.

[فلم]^(٥) يذكر الرجوع هنا على الأبى، وذكر الرجوع في المسائل المتقدمة.

فيحتمل أن الذي أصلح البئر أصلح بغير أمر القاضي، وفي تلك المسائل: إذا كان الإنفاق بغير أمر القاضي لا يكون للمنق ولاية الرجوع أيضاً على الأبى.

ويحتمل أن يكون أصلح بأمر^(٦) القاضي.

فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين المسائل المتقدمة.

والفرق: وهو أن النفقة ههنا إنما تجب بإزاء المنفعة، فإذا امتنع عن الانتفاع لم يكن عليه شيء. أما فيما تقدم: إن تعذر الإيجاب بإزاء المنفعة أمكن الإيجاب بإزاء ملك الرقبة، [والرقبة لهم]^(٧).

قال: دار وحنوت بين اثنين لا يمكن قسمتهما تشاجرا فيه، فقال أحدهما: لا أكرى ولا أنتفع، وقال الآخر: أنا أريد أن أنتفع، فإن القاضي يأمر بالمهاياة، ثم يقال للذي لا يريد الانتفاع بها في يديه: إن شئت فانتفع بها وإن شئت فأغلق الباب؛ لأن في امتناعه من المهاياة إلحاق الضرر بصاحبه.

قال: العبد إذا كان مشتركا بين رجلين، غاب أحدهما فأنفق الآخر بغير أمر

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: الإنفاق.

(٤) المحيط البرهاني (٣/٥٩٥).

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: بغير أمر.

القاضي، وبغير أمر صاحبه، فهو متطوع في النفقة. وكذا الزرع إذا كان مشتركاً بين رجلين، غاب أحدهما فأنفق الآخر بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه، فهو متطوع في النفقة، لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمر ذلك الغير، وبغير أمر من يلي عليه، وهو غير مضطر في ذلك فإنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي حتى يرجع بما أنفق في حصته ويحيي ملك نفسه، فكان بمنزلة المودع إذا أنفق على الوديعة، أو الملتقط إذا أنفق على اللقطة^(١) بغير أمر القاضي، وكالأجنبي إذا قضى دين غيره بغير أمر من عليه [الدين]^(٢)، وهناك كان متبرعاً، كذا هنا. وكذلك الدار المشتركة إذا استرمت^(٣)، فأنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضي، فهو متطوع.

وهذا بخلاف ما لو أوصى برقبة نخله لإنسان، وبثمرته لآخر، ثم غاب صاحب الثمرة فأنفق صاحب الرقبة على النخيل بغير أمر القاضي، لم يكن متبرعاً حتى كان له أن يستوفي ما أنفق عليه من الغلة. وموضع الفرق [في]^(٤) باب العذر في المزارعة في شرح خواهر زاده - رحمه الله

فرع على هذه المسألة فقال: إن لم يخرج النخيل من الغلة فيما يستقبل مثل ما أنفق، لا يكون لصاحب النخيل أن يرجع بما بقي من نفقته على صاحب الغلة، ولكن يبيع^(٥) الخارج في السنة الأخرى حتى يستوفي نفقته. فرق بين هذا وبين الزرع المشترك بين رجلين إذا أنفق أحدهما بأمر القاضي حتى كان للمنفق ولاية اتباع الخارج دون المزارع إذا استوفى حصة المزارع من الخارج وبقي [من]^(٦) نفقته شيء، لا يكون له أن يبيع^(٧) الخارج في السنة الأخرى بما بقي من النفقة.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الملتقط.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: اشترت.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: يتبع.

(٧) سقط في أ، وفي ب: دون.

وإن كان الإنفاق بأمر صاحبه في مسألة الزرع، أو بأمر صاحب الغلة في مسألة النخيل، كان له أن يرجع على صاحبه وعلى صاحب الغلة بجميع ما أنفق ولا يعتبر الخارج.

والفرق في هذا الباب أيضًا.

ثم الأصل في النفقة على^(١) العين المشتركة: أن كل نفقة يجري الجبر عليها إذا امتنع أحد الشريكين من الإنفاق، وأنفق الآخر بأمر القاضي أو بأمر الأبى، فالمنفق يرجع بنصف النفقة على الأبى بالغًا ما بلغ، سواء بقى نصيب الأبى سالما له أو هلك، كالعبد الصغير إذا كان بين شريكين ولم يقدر [أحدهما]^(٢) على الإنفاق، فأنفق الآخر بأمر القاضي أو بأمر صاحبه، رجع المنفق على صاحبه بحصته من النفقة بالغًا ما بلغ سواء بقى الصبي أو هلك.

وكل نفقة لا يجري الجبر عليها، [كما في نفقة الدابة المشتركة]^(٣) إذا أنفق [أحدهما بأمر القاضي، لم يكن للمنفق أن يرجع على شريكه فيما زاد على قيمة نصيبه، لا قبل هلاك الدابة ولا بعد هلاك الدابة.

وكل نفقة لا يجري الجبر عليها إذا أنفق^(٤) عليها أحدهما بأمر صاحبه، يرجع على صاحبه بجميع حصته بالغًا ما بلغ، بقى ذلك الشيء أو هلك.

فعلى هذا الأصل تخرج جنس هذه المسألة من الزرع المشترك وغير ذلك. وذكر في كتاب المزارعة: إذا مات رب الأرض في وسط المدة، وقال المزارع^(٥): أنا أقلع الزرع [وأنفق على]^(٦) ورثة رب الأرض بأمر القاضي، رجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدراً بحصته.

ولو انقضت [مدة]^(٧) الزراعة وأنفق رب الأرض بأمر القاضي، فإنه يرجع بنصف النفقة مقدراً بحصته.

- (١) في ب: يتبع.
- (٢) في أ: في.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) زاد في أ: على.
- (٧) في أ: وانفق.

ولو كانت المزارعة قائمة وعجز المزارع عن الإنفاق عليه لعسرتة، فأنفق صاحب الأرض [على الزرع بأمر القاضي حتى بلغ الزرع، فإن صاحب الأرض]^(١) يرجع على المزارع بما أنفق بالغة ما بلغت غير مقدرة بالحصة. ولهذه المسائل تفاصيل وتفريعات في المزارعة كثيرة في باب [العذر في]^(٢) المزارعة، بعضها في شرح خواهر زاده - رحمه الله -، وبعضها في شرح شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

نوع آخر: في نفقة [العبد]^(١) الآبق:

[قال]^(٢): رجل أخذ عبداً أبقاً^(٣) وطلب صاحبه فلم يجده^(٤)، فجاء إلى القاضي وأخبره بالقصة، وطلب من القاضي أن يأمره بالإفناق عليه، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله قبل إقامة البينة، وبعد ما أقام البينة كان للقاضي الخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل، كما في اللقيط واللقطة.

وبعد ما قبل القاضي البينة، إن كان الإفناق أصح لصاحبها أمره بذلك، وإن كان ترك الإفناق أصح بأن^(٥) خاف أن تأكلها النفقة أمره ببيعها وإمساك الثمن^(٦).
وتمام هذه المسائل في اللقيط، واللقطة، والإباق، وكذلك الحكم فيما إذا ادعى أن هذا الشيء ودیعة وأقام البينة، أو لم يقم، فهو على ما قلنا.
والله أعلم [بالصواب. وإليه المرجع والمآب]^(٧) ^(٨).



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) الآبق هو: الهارب أو الفار أو الشارد من كل شيء، وغالبا ما تستخدم في إباق العبيد، وهو من الكبائر. ينظر: فتح القدير (٣٠٧/١).

(٥) في أ، ب: يقدر عليه.

(٦) في ب: فإن.

(٧) في ب: الثمرة.

(٨) زاد في ب: تم كتاب النفقة من الذخيرة البرهانية وهو آخر الجزء الثاني من الكتاب بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه ويمنه في التاسع والعشرون من شهر المحرم سنة ست وعشرين وسبعمائة، أحسن الله تقصيصها على المسلمين في خير وعافية، غفر الله لكتابه ولمستنسخه ولمؤلفه ولمن كان السبب في كتابته ولجميع المسلمين. اللهم آمين.

فهرس المحتويات

كتاب الطلاق

- ٣ الفصل الأول: في بيان الطلاق السُّني وغير السُّني
- ١٢ الفصل الثاني: في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع
- ١٨ الفصل الثالث: في إيقاع الطلاق
- ١٨ في صريح الطلاق
- ٢٩ في تكرار الإيقاع في المدخول بها وفي غير المدخول به
- في إيقاع الطلاق بطريق الإضمار، وفي ترك الإضافة والتسمية ومما يتصل
- ٣٦ بذلك
- ٤٢ في إيقاع الطلاق بالعقود
- ٤٣ في الإيقاع بالإضافة إلى بعض المرأة
- ٤٥ في تشبيه الطلاق بشيء آخر
- ٤٨ في بيان ما يقع به الثلاث، وما يقع به الواحدة
- ٥١ في تغيير صفة الواقع
- ٥٣ في نية الثلاث وما يتصل بها
- ٥٤ في إيقاع بعض التطلقة
- ٥٧ في الرجل يوقع الطلاق على امرأته ثم يقول: لي امرأة أخرى
- ٥٩ في قوله أنت عليّ حرام
- ٥٩ الفصل الرابع: في الكنايات
- في قوله: اعتدي . . اذهبي وما يتصل به في هبة المرأة وإباحتها وفي أمرها
- ٦٦ بالتزوج، وفتح الطريق عليها، وردها بالعيب
- ٦٨ في قوله: بهتتم وما يتصل به
- في قول الرجل لامرأته لست لي بامرأة فتدخل فيه البراءة عنها والبراءة عن
- ٧١ نكاحها
- ٧٣ في قوله: داده كبير ونظائره في الطلاق والخلع واليمين

٧٥	إقرارًا بالحرمة وما لا يكون
٧٩	الفصل السادس: في إضافة الطلاق إلى الأوقات
٨٣	إذا كان مع الإضافة ذكر المال
٨٧	إذا أضيف إلى وقتٍ موصوف بصفة
٩٠	في: إضافة الطلاق إلى أحد الوقتين، وفي الإضافة إلى وقتين وفي التعليق بأحد الفعلين، وفي التعليق بالفعلين وفي الجمع بين الوقت والفعل وفي الإضافة إلى أحدهما أو إليهما
٩٦	الفصل السابع: في بيان من يدخل تحت قوله أملكه وفي بيان صفة هذه الصيغة أنها للحال أو للاستقبال
٩٨	الفصل الثامن: في كلمة (في)
١٠٠	الفصل التاسع: في كلمة (بعد) و(قبل) و(مع)
١٠٣	الفصل العاشر: في التعليقات
١٠٣	في تعليق الطلاق بالملك
١٠٨	في التعليق بحرف الشرط وفي الإضافة إلى مسمى موصوف بصفة
١١٢	في معرفة عمل كلمة (كل) و(كلما) وفي تعليق الطلاق بالكلمتين العربية والفارسية
١٢٢	في اختلاف حكم التعليق لاختلاف المحل المضاف إليه التعليق
١٢٧	في تعليق الطلاق بالتطليق أو بوقوع الطلاق
١٢٨	فيما يكون شرطاً في يمينين
١٢٩	في دخول شخص واحد تحت اليمين
١٣٠	في وجود بعض الشروط في النكاح ووجود البعض في غير النكاح
١٣٢	في عطف الخاص والعام في التعليق
١٣٤	في تعليق الطلاق بالفعلين: صورة ومعنى، وبالفعلين صورة، وبفعل واحد معنى
١٣٩	في تعليق الطلاق بعدم الفعل في محلين في وقت معين
١٤٢	في التعليق بما صار للشرط عرفاً

- ١٤٣..... في المتفرقات
- ١٤٩..... في إخبار المرأة عما هو شرط الحنث في اليمين بالطلاق
- ١٥٢..... في ذكر الشرطين يتعقب أحدهما الآخر عادة
- ١٥٣..... في التنجيز في صورة التعليق
- الفصل الحادي عشر: في إيقاع الشك في الطلاق أو عدده وفي ضم غير امرأته
- ١٥٦..... إلى امرأته في الإيجاب المبهم
- ١٥٩..... الفصل الثاني عشر: في بيان ما يلحق العدد بالإيقاع
- ١٦١..... الفصل الثالث عشر: في العطف على الإيقاع بعد السكوت
- ١٦٣..... الفصل الرابع عشر: في إيقاع الطلاق على المبانة والمطلقة بصريح الطلاق
- ١٧٨..... الفصل الخامس عشر: في تفويض الطلاق إليها أو إلى أجنبي
- ١٩٣..... في تفويض صريح الطلاق إليها أو إلى أجنبي
- ١٩٤..... في الجمع بين التفويضين
- ١٩٦..... إذا قال لامرأته إذا تزوجت عليك امرأة فأمر تلك المرأة بيدك
- رجل جعل أمر امرأته بيدها إن لم يعطها كذا في وقت كذا فهي تطلق نفسها
- ١٩٧..... متى شاءت
- ٢٠٠..... إذا قال لها: أمرك بيدك كلما شئت
- ٢٠٢..... في تعليق الطلاق بالمشيئة وفي تعليق التفويض بالمشيئة
- ٢٠٨..... الفصل السادس عشر: في الاستثناء في الطلاق
- ٢١٣..... في بيان: ما يقع به الفصل بين الإيجاب والاستثناء وما لا يقع
- ٢١٧..... في إيقاع عدد من الطلاق واستثناء بعضه
- ٢٢١..... كما يصح الاستثناء من أصل الكلام يصح الاستثناء من الاستثناء
- ٢٢٢..... في دعوى الزوج الاستثناء، وفي إخبار غير الزوج بالطلاق
- ٢٢٤..... من الاستثناء
- ٢٢٧..... الفصل السابع عشر: في دعوى المرأة الفرقة على الزوج بالردة أو بالطلاق
- ٢٣٥..... الفصل الثامن عشر: في إيقاع الطلاق على مال
- ٢٤٢..... الفصل التاسع عشر: في الخلع
- ٢٤٣..... في بيان صفته وكيفيته

- وإذا أمر الرجل امرأته بالخلع فهو على أربعة أوجه ٢٤٦
- إذا قال لها: خالعتك، ولم يذكر المال أصلاً ٢٥٤
- إذا اختلعت المرأة من زوجها على شيء سوى المهر، فهذا على وجوه ٢٦٠
- في بيان ما يصلح جواباً وما لا يصلح ٢٦٣
- في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده ٢٦٨
- إذا أراد الرجل أن يخلع ابنته من زوجها وهي صغيرة أو كبيرة ٢٧٠
- ينبغي على أصل أن خطاب الخلع متى جرى بين الزوج وبين المرأة كان
القبول إلى المرأة سواء كان البدل مرسلًا ٢٧٣
- امرأة وكلت رجلاً بأن يخلعها من زوجها بألف درهم، ففعل الوكيل، فهذا
على وجهين ٢٧٨
- في الخلع في المرض ٢٨٠
- في المتفرقات ٢٨٤
- الفصل المكمل عشرين: في مسائل العدة ٢٨٩
- في معرفة المدة التي تصدق المرأة في انقضاء العدة فيها ٣٠٥
- في انتقال العدة ٣٠٧
- تسع مسائل تنبني على أصل أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولا
في النكاح الثاني أم لا ٣٠٨
- الفصل الحادي والعشرون: في معرفة حد البلوغ ٣١٠
- الفصل الثاني والعشرون: في طلاق المريض ٣١٣
- الفصل الثالث والعشرون: في مسائل الرجعة ٣٢١
- الفصل الرابع والعشرون: في الإيلاء ٣٢٦
- الفصل الخامس والعشرون: في اللعان ٣٣٢
- من أن يعلم أن ولد المتلاعنة في حق بعض الأحكام الحق بالنسب ٣٤٢
- الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات ٣٤٤
- كتاب النفقات**
- الفصل الأول: في نفقة الزوجات ٣٥٥
- في بيان من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحق ٣٥٧

٣٧٣	في كسوة المرأة .
٣٧٦	في فرض القاضي نفقة المرأة وكسوتها
٣٩٤	في نفقة خادم الزوجة
٣٩٩	في الخصومة في نفقة الأزمنة الماضية
٤٠٥	في الاختلاف الواقع بين الزوجين في دعوى اليسار والإعسار
٤١٦	في الكفالة في النفقة وفي الإبراء عنها
٤٢٠	في الصلح عن النفقة
٤٢٦	في إيجاب النفقة في النكاح الذي لم يعرف ثبوته
٤٢٩	في أن الله تعالى أوجب السكنى مقرونة بالنفقة
٤٣٠	الفصل الثاني: في نفقة المطلقات
٤٣٠	في بيان من تستحق النفقة من المطلقات، ومن لا تستحق
٤٥٢	في الأسباب المسقطه لهذه النفقة
٤٥٥	في الصلح عن نفقة العدة
٤٥٦	في اختلاف الزوجين في وقوع الطلاق، وبيان أحكام النفقة
٤٥٩	الفصل الثالث: في نفقة ذوى الأرحام
٤٥٩	فيما يجب على الأب والأم من رضاع الصغير ونفقاته
٤٨٤	فيما لا يجب على الآباء من نفقة الأولاد
٤٨٦	فيما يجب على الأولاد نفقة الآباء والأمهات
٤٩٩	في نفقة الأجداد وأولاد الأولاد
٥٠١	في نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوى الأرحام
٥٠٧	الفصل الرابع: في نفقات أهل الكفر
٥١١	الفصل الخامس: في نفقة المماليك
٥١١	في أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق
٥١٦	في الإنفاق على الملك الموقوف
٥٢١	في الإنفاق على العين المشترك
٥٢٩	في نفقة العبد الأبق
٥٣١	فهرس المحتويات

AD-ḌAḤĪRA AL-BURHĀNIYYA

BY
AL-IMAM BURHAN ADDIN MAHMOUD
BEN AHMAD IBN MAZA
AL-MARGHINANI AL-BUKHARY
(D. 616 H.)

EDITED BY
DR. ABU AHMAD AL-ADILY - IBRAHIM MOHAMMED SALIM
OSAMA KAMAL OBAYD - ARABI IBRAHIM ABDULLAH
FAHIM AL-SAYED FAHIM AL-TAHYAWI - SABER YUSUF TOAYMA



الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم التحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الخامس

محتوي على:

العقاق - المكاتب - الولاء - الأيمان



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: **AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA**

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



[بسم الله الرحمن الرحيم، رب يسّر^(١)]

كتاب العتاق

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

الفصل الأول

في الألفاظ التي يقع بها العتق، والتي لا يقع

يجب أن يعلم أن الألفاظ التي يقع بها العتق^(٢) نوعان: صريح^(٣) وكنائية، فالصريح^(٤) لفظة العتق والحرية، وهما لفظان [موضوعان]^(٥) لا يعتبر فيهما النية؛ لأن النية إنما تعتبر فيما كان مراد المتكلم مشتبهًا ولا اشتباه في الموضوعات، فإن استعمال اللفظ لما وضع له أصل، ويثبت العتق بهذين اللفظين سواء ذكرهما على سبيل الإخبار نحو قوله: أعتقتك وحررتك، أو على سبيل الصفة نحو قوله: أنت حر، أنت عتيق. أو على سبيل النداء نحو قوله: يا حر، يا عتيق. أو على سبيل

(١) سقط في م.

(٢) العتق لغة: الحرية، يقال منه: عتق عتقا وعتقا: بكسر العين وفتحها، عن صاحب «المحكم» وغيره، وعتيقة وعتاقا وعتاقة فهو عتيق، وعتاق، حكاها الجوهري، وهم عتقاء، وأمة عتيق، وعتيقة، وإماء عتائق، وحلف بالعتاق، بفتح العين، أي: بالإعتاق. قال الأزهري: هو مشتق من قولهم: عتق الفرس: إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ: إذا طار واستقل، لأن العبد يتخلص بالعتق، ويذهب حيث يشاء. قال الأزهري، وغيره: إنما قيل لمن أعتق نسمة: إنه أعتق رقبة، فحُصِّت الرقبة دون سائر الأعضاء، مع أن العتق يتناول الجميع، لأن حكم السيد عليه، وملكه له كحبل في رقبته، وكالغل المانع له من الخروج، فإذا أعتق، فكأن رقبته أطلقت من ذلك.

ينظر: ترتيب القاموس (١٢٩/٣).

وإصطلاحًا: عرفه الحنفية بأنه: خروج الرقيق عن الملك لله تعالى.

وعرفه المالكية بأنه: خلوص الرقيق من الرق بصيغة.

وعرفه الشافعية بأنه: إزالة الرق عن الأدمي.

وعرفه الحنابلة بأنه: تحرير الرقيق وتخليصه من الرق.

ينظر: البحر الرائق (٢٣٨/٤)، تبيين الحقائق (٦٦/٣)، بلغة السالك (٤٤١/٢)،

الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٣٧١/٢)، مغني المحتاج (٤٩١/٤)، كشاف

القناع (٥٠٨/٤).

(٣) في ب: تصريح.

(٤) في ب: فالتصريح.

(٥) سقط في ب.

الإشارة نحو قوله: هذا حر، هذا عتيق.
قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا قال لعبده: أنت حر لوجه الله، عتق.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : ذكر وجه الله ليس على سبيل الشرط، بدليل أن محمدا - رحمه الله - ذكر في الكتاب إذا قال لعبده: أنت حر لوجه الشيطان أنه يعتق، والأصل فيه قول عمر - رضي الله عنه - : من تكلم بطلاق أو عتاق، فهو جائز عليه^(١) من غير فصل، لكن ذكر وجه الله كان لبيان أنه قصد بالعتق القرية. وفي المنتقى قال هشام: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن من قال لعبده في صحته أو مرضه أو في وصيته: جعلتك لله. وقال: لم أنو [به]^(٢) العتق، أو مات قبل أن يقول شيئا، قال: هو عبد^(٣).

وفيه: محمد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - فيمن قال لمملوكه: أنت لله، أنه باطل.

قال محمد - رحمه الله - : وأما أنا أرى أنه إذا أراد الحرية فهو حر. وعنه في قوله: أنت لوجه الله أنه باطل.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : من أشهد أن اسم عبده حر ثم ناداه: يا حر، لا يعتق، ولو دعاه بالفارسية: يا زاد، يعتق؛ لأن في الوجه الأول دعاه باسمه، وفي الوجه الثاني دعاه بغير اسمه، هذا لو سماه ازاد ثم دعاه يا ازاد لا يعتق. ولو سماه يا حر، يعتق.

رجل بعث عبده إلى بلدة وقال له: من استقبلك فسألك فقل: أنا حر، فاستقبله رجل وسأله: فقال: أنا حر، يعتق، ولا يعتق قبل ذلك؛ ألا ترى أنه لو قال لعبده ابتداء: قل: أنا حر، لا يعتق ما لم يقل: أنا حر.

(١) أخرجه محمد بن الحسن في الأصل (٦٥/٥).

(٢) سقط في ب، م.

(٣) في أ: حر، وينظر: بدائع الصنائع، (٥٣/٤).

وإذا قال ذلك يعتق كذا هاهنا، إلا أن يكون المولى سماه حرا، ثم قال له: من استقبلك فقل: أنا حر.

فقال ذلك حينئذ لا يعتق.

وكذلك إذا بعث غلامه مع جماعة وقال: من استقبلكم وسألكم عنه فقولوا: «وي ازاداست»، فقالوا ذلك يعتق، وبدون لأذلك لا يعتق، وكأن المولى جعل اسمه «ازاد» واسمه على ذلك، ثم قال: من استقبلكم فقولوا: «وي ازاداست»، فقالوا ذلك، لا يعتق بدون^(١) مقالتهما لما قلنا.

قال لعبده: أنت حر من عمل كذا، أو قال: أنت حر من هذا العمل عتق في القضاء، و[لكن]^(٢) فيما بينه وبين الله تعالى إن لم يرد به العتق لا يعتق؛ لأنه يحتمل^(٣) أن يكون مراده: لا أكلفك اليوم هذا العمل^(٤)، والله تعالى مطلع على ما في ضمائره، ولكن خلاف الظاهر فإنه جعل الحرية صفة له في الظاهر فلا يصدقه القاضي، هكذا ذكر في الأصل.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - برواية بشر إذا قال لأمته: أنت حرة من هذا العمل، يعني قد أعتقتك منه، فهي حرة في القضاء ولا يشبه هذا قوله لامرأته: أنت طالق من وثاق.

وعنه أيضا إذا قال لأمته: فرجك حر عن الجماع، عتق في القضاء.

وفي المنتقى: رجل له عبد قد حل له دمه بالقصاص فقال له: قد أعتقتك ثم قال: عنيت^(٥) العتق عن الدم، فإنه في القضاء على الرق، ويلزمه العفو بإقراره أنه عناه، ولو لم يقل: عنيت العتق عن الدم، لم يلزمه العفو؛ ألا ترى أنه لو قال: عنيت العتق^(٦) عن الرق، كان له أن يقتله؛ لأن وجه الكلام على ذلك، كذا هنا.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: محتمل.

(٤) زاد في أ: عتق في القضاء.

(٥) في ب: نويت.

(٦) في ب: العفو.

ولو أعتقه لوجه الله تعالى عن القصاص بالدم كان كما قال . ولو كان له على رجل حر قصاص فقال له : قد أعتقتك فهو عفو^(١) استحسانا . ولو قال له : [قد]^(٢) أعتقتك عن القصاص أو عن القتل فهو عفو قياسا واستحسانا .

وإذا قال لعبده : يا حر ، أو^(٣) لأمته : يا حرة .

وقال : أردت به اللعب ، يعتق ديانة وقضاء ؛ لأن الجدة واللعب في العتق على السواء .

ولو قال : أردت به الكذب ، لا يتعلق به حكم ، إلا أن القاضي لا يصدقه في دعوى الكذب ؛ لأنه دعوى أمر بخلاف الظاهر ؛ لأن الظاهر في الخبر الصادر عن عقل ودين أن يكون صدقا ، أما الله تعالى مطلع على الضمائر والظواهر جميعا ، والخبر في نفسه محتمل للصدق والكذب فيصدق ديانة لهذا ؛ إلا أن احتمال الكذب إنما يتأتى في الإخبار لا في الإيجاب^(٤) .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - سئل أبو بكر الإسكافي عن رجل قال لعبده : تواری تواری منی^(٥) ، قال : لا يعتق ؛ لأنه ثم أراد به التشبيه ؛ ألا ترى أنه لو قال لآخر : أنت أزنى الناس لا يكون قاذفا؟

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : هذا إذا لم ينو العتق ، أما إذا نوى العتق يعتق ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه ؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته : أنت أطلق من فلانة . وفلانة مطلقة ونوى الطلاق تطلق كذا هاهنا .

وقيل : يجب أن يعتق بدون النية .

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - ما يدل على أنه يعتق وإن لم ينو ،

(١) في ب : حر .

(٢) سقط في ب .

(٣) زاد في ب : قال .

(٤) في أ : الإنجاز ، وينظر : المحيط (٥/٤) .

(٥) في م : وارد بوarmi .

وصورته^(١) إذا قال لعبده: أنت أعتق من فلان، يعني به عبداً آخر [له]^(٢)، وعنى به: أنت أقدم في ملكي، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في القضاء، ويعتق. ولو قال: أنت أعتق من هذا في ملكي أو [قال]^(٣) في السن، لم يعتق أصلاً، وكذلك إذا قال له: أنت عتيق السن^(٤).

ولو قال له: أنت حر النفس، يعني: في الأخلاق^(٥)، عتق قضاء.

ولو قال: أنت حر النفس في أخلاقك وأفعالك، لم يعتق أصلاً.

وفيه أيضاً إذا قال الرجل لغيره: قل لغلامي إنك حر، أو قال: قل له إنه حر، عتق في القضاء ساعة تكلم.

ولو قال: قل له أنت حر، لم يعتق حتى يقول له: أنت حر، وهذا على الوكالة كأنه وكله بعنته.

قيل^(٦) لرجل: أعتقت هذا العبد؟ فأشار برأسه أي: نعم. لا يعتق، فرق بين هذا وبين ما إذا كان في يد رجل صبي فقيل له: أهو ابنك؟ فأشار برأسه أي: نعم. فإنه تثبت النسبة^(٧) منه.

والفرق: أن العتق ثبوته يفتقر إلى العبارة، والإشارة لا تقوم مقام العبارة حالة القدرة، والنسب لا يفتقر ثبوته إلى العبارة فجاز أن يثبت بالإشارة.

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل قال: كل مملوك في هذا المسجد حر، أو قال: كل مملوك ببغداد فهو حر، لا يعتق عبده، وإن كان عبده [ببغداد أو في المسجد إلا أن ينوي عبده]^(٨)، ويقوله أخذ عصام بن يوسف.

(١) في م: وصوابه.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب: للسن.

(٥) في ب: أخلاقك.

(٦) في م: قال.

(٧) في ب: النسب.

(٨) سقط في ب.

وذكر ابن سماعة أيضا عن محمد - رحمه الله - فيمن قال: عبيد أهل بغداد أحرار، وهو من أهل بغداد، عتق عبده، وكذلك إذا قال: كل عبد في هذا المسجد - يعني المسجد الجامع - يوم الجمعة، وعلى هذا الخلاف الطلاق. وكذلك إذا قال: كل عبد يدخل هذه الدار حر، [ثم دخل] ^(١) عبده يعتق، وبه ^(٢) أخذ شداد.

ولو قال: كل مملوك في هذه الدار حر، وعبده فيها عتق عبده بالاتفاق. ولو قال: قد أعتق ^(٣) كل رجل عبده ثم اشتري عبدا لا يعتق هذا العبد بهذا القول منه بالاتفاق.

وأشار محمد - رحمه الله - إلى الفرق بين هذا وبين ما تقدم فقال في هذه المسألة: لأنني أعلم أنه فيه كاذب وأن علمه لم يحط به، وأما الذي قبله فيمن أوقع به العتق فأوقع به ما أوقعه منه على عبده.

وفي المنتقى: إذا قال لعبده: ذكرك حر يعتق، كما لو قال: فرجك حر. وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله -: لا عتق [في النداء] ^(٤) إلا في خصلتين ^(٥) يا حر، يا حرة، يا مولاي، يا مولاتي قال: وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ^(٦).

وفي المنتقى: إذا قال لعبده: اذهب حيث شئت، أو قال [له] ^(٧) توجه أينما شئت من بلاد الله، لا يعتق وإن نوى به العتق.

قال لعبده: «ابن كوجه من سب» اختلف المشايخ فيه:

(١) في ب، م: فدخل.

(٢) في ب: وقوله.

(٣) في أ: أعتقت.

(٤) سقط في م.

(٥) في ب: الخصلتين.

(٦) عيون المسائل، للسمرقندي، ص (٤٠١).

(٧) سقط في ب.

[قال بعضهم^(١)]: لا يعتق وهو اختيار الصدر الشهيد برهان الأئمة - رحمه الله -؛ ألا ترى أنه يقال في العرف: «ابن كو مكان ابن دفة ايد».

إذا قال لعبده: «أي حان ندر» لا يعتق.

وفي «فتاوى أبي الليث» - رحمه الله - في باب تسمية المحب^(٢) إبراهيم عن محمد - رحمه الله - إذا قال لمملوكه: أنت غير مملوك لا يكون هذا عتقا منه ولكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك، وإن مات لا يرثه بالولاء وإن قال المملوك بعد ذلك: إني مملوك له وصدقه^(٣) كان مملوكا له^(٤).

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال لعبده بالفارسية «يا بوسره من تودی يعداب تواندر بودم واكنون به يعداب توادرم» يعتق في القضاء؛ لأنه أقر بالعتق والصحيح أنه لا يعتق بدون النية عند أبي حنيفة - رحمه الله - كما في قوله: لست لي بامرأة وما أشبهه؛ لأنه ليس من ضرورة ألا يكون عبدا له أن يكون حرًا ويؤيد هذا القول في المسألة المتقدمة إذا قال لعبده: يا سيدي يا سيد، أو قال لأمته: يا سيدة يا سيدتي، [أو قال له: «ما أراد فرد» لو قال: «ما أراد مرد من» أو قال لها: «يا رادن» أو قال: «يا أراد درس» أو قال لها: «يا كدنا توى»^(٥)] ^(٦) فإن نوى العتق في هذه المسائل ثبت العتق بلا خلاف، وإن لم ينو [العتق]^(٧) اختلف المشايخ فيه واختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله - أنه لا يعتق؛ لأنه يراد ببعض^(٨) هذه المسائل

(١) في ب: بعضهم قالوا.

(٢) هكذا في المخطوط.

(٣) في ب: فصدقه.

(٤) البناية شرح الهداية (٩/٦).

(٥) في المحيط (٩/٤): إذا قال لعبده (باسدا)، وقال: (باسدين) أو قال لأمته: (باسده) أو قال لها: (يا سيدف) أو قال له: (بالواد مردا) أو قال: (بامرادمرد من) أو قال لها: (يا ازادون) أو قال: (يا ارادرن من) أو قال لها: (يا كدبا نواياكد ترى من).

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: بعض.

الألفاظ^(١) وبيعها الإنشائية وليس فيه ذكر مما^(٢) يختص بإعتاقه إياه .
ولو قال لعبده^(٣) يا زاد مرد بدون حرف الألف لا عتق وإن نوى العتق هكذا حكى
عن الفقيه أبي بكر - رحمه الله- .

هشام عن أبي يوسف في رجل قال لرجل : أنا مولى أبيك أعتقني وجحد الوارث
أن يكون [أعتقه أبوه]^(٤) قال : هو مملوكه ، وإن قال : أنا مولى أبيك ولم يعتقني^(٥)
قال : هو حر ؛ لأنه قد يكون مولاه من قبل جده .

إذا قال لعبده : أنت حر قبل أن أشتريك ، أو قال : قبل أن تولد ، عتق في القضاء ؛
لأنه أقر بحريته ، فإن نوى في قوله : قبل أن أشتريك ، عتاقاً من قبله وسعه أن يسترقه
فيما بينه وبين الله تعالى .

[و]^(٦) في نوادر هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال الرجل لعبده : أنت
مولى فلان ، فهذا ليس بشيء .

وفي المنتقى : إذا قال : كل ما لي حر ، وله رقيق لا يعتق واحد منهم ؛ لأن محل
التحرير الرقيق لا مطلق المال ، فهذا الكلام لم يلاق محله فلا يصح .

رجل قال لعبده : وهبت لك نفسك ، بعت منك نفسك ، عتق وإن لم يقبل نوى أو
لم ينو ، وكذلك إذا قال له : وهبت لك رقبتك فقال : لا أريد ، عتق .

وذكر مسألة هبة الرقبة في موضع آخر وقال : لا يعتق والأول أصح ؛ لأن الهبة
والبيع يقتضيان زوال الملك ، إلا أنه إذا أوجب الإنسان يكون مزيلا للملك إليه ،
فيشترط قبوله ، وإذا أوجب للعبد يكون مزيلا للملك بطريق الإسقاط فلا يشترط
القبول .

(١) في أ : اللطف ، وفي م : اللفظ .

(٢) في ب : ما .

(٣) في ب : لغلامه .

(٤) في ب : أبوه أعتقه .

(٥) في ب : يقل أعتقني .

(٦) سقط في ب .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - رجل قال له غلامه بعني نفسي فقال: قد فعلت، عتق ويسعى في قيمته.

إذا قال لأمته: فرجك علي حرام يريد به العتق، لا يعتق؛ لأنه حرم المتعة على نفسه وتحريم المتعة بجامع الرق؛ ألا ترى أنه لو اشترى أخته من الرضاع أو اشترى جارية وطئ أمها صح وإن كانت المتعة حراما عليه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - [فيمن قال]^(١) لأمته: ألف نون تاء حاء راء، أو قال لامرأته: ألف نون تاء طاء ألف لام قاف، أنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة وتعتق الأمة، فهذا^(٢) بمنزلة الكناية؛ لأن هذه الحروف يفهم منها ما هو المفهوم من صريح الكلام إلا أنها لا تستعمل كذلك فصار كالكناية^(٣) في الافتقار إلى النية.

وإذا قال لعبده: هذا ابني ومثله يولد لمثله، عتق العبد سواء كان العبد معروف^(٤) النسبة^(٥) أو مجهول النسبة^(٦) وإن كان مثله لا يولد لمثله، عتق العبد عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما واحتج محمد - رحمه الله - على [قول]^(٧) أبي حنيفة - رحمه الله - وقال: ألا ترى أنه لو قال لغلامه [هذا ابني]^(٨) أو قال لجاريتته [هذه ابنتي]^(٩) فإنه لا يعتق^(١٠) من مشايخنا من قال: هذه المسألة على الخلاف أيضا، ومحمد - رحمه الله - كثيرا ما استشهد بالمختلف على المختلف، ويكون غرضه نقل الكلام إلى ما هو أوضح. ومنهم من قال: لا بل تملك المسألة على

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وهذا.

(٣) في م: كالكلام.

(٤) في: معرف.

(٥) في ب، م: النسب.

(٦) في ب، م: النسب.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: هذه ابنتي.

(٩) في ب، م: هذ ابني. وكذا في المحيط.

(١٠) في ب، م: لا يعتق. وكذا في المحيط.

الوفاق؛ وهو الأظهر.

وإذا قال لعبده: يا ابني ذكر في النوادر: يعتق، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يعتق، وهو الصحيح فعلى ما ذكر في النوادر لا يحتاج إلى الفرق بين قوله: يا ابني وبين قوله: يا حر، وعلى رواية الحسن يحتاج إلى الفرق والفرق: وهو أن النداء لاستحضار المنادى، وذلك بذكر ما هو وصف له يقتضيه الأصل حتى يعلم أنه هو المقصود بالنداء، فإذا ناداه بوصف يملك إيجابه فيه كما في قوله: يا حر، يجعل ذلك بمنزلة الإيجاب؛ ليكون النداء بما وصف له، وإذا ناداه بوصف [لا يملك إيجابه فيه كما في قوله يا ابني، لا يمكن أن يجعل ذلك بمنزلة الإيجاب ليكون النداء بما هو وصف له]^(١) فيكون الاستحضار بصورة اللفظ ووقع^(٢) العتق بقوله: يا ابني باعتبار هذا اللفظ وهو البتة لا باعتبار الصورة؛ فلهذا لا يقع الإعتاق.

ولو قال لغلامه: يا أخي، يا عمي، أو قال لأمته: يا أختي، يا عمتي، لا يعتق وهو بناء على ما قلنا.

ولو قال لغلامه: هذا عمي، ذكر في بعض النسخ أنه لا يعتق ومن مشايخنا من قال: يعتق، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه. وفي مجموع النوازل: لو قال لغلامه: هذا عمي، أو^(٣) هذا خالي، [أو قال لأمته: هذه عمتي هذه خالتي يعتق، ولو قال: هذا أخي]^(٤) هذه أختي، لا يعتق؛ لأن الأخ اسم مشترك يذكر ويراد به الأخ من حيث الدين، ويذكر ويراد به الأخ من حيث النسب، والمشارك لا يكون حجة بدون البيان حتى لو قال: هذا أخي لأبي، أو قال لأمي، يعتق عليه ولا كذلك اسم العم واسم الخال.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: ووقع.

(٣) زاد في ب: قال.

(٤) سقط في ب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في قوله: هذا أخي هذه أختي أنه يعتق.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال لغلامه: هذا ولدي الأكبر، عتق في القضاء؛ لأنه أقر بالبنوة، والإقرار بالبنوة إقرار بالعتق، ولا يعتق ديانة؛ لأن هذه الكلمة تستعمل للصفة^(١) والتشبيه.



(١) في ب: للطف.

الفصل الثاني في تعليق العتق

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول [في]^(١) تعليق العتق بالملك والشراء:

ذكر في المنتقى: إذا قال لمملوكه: إن ملكتك فأنت حر، عتق حين سكت، والملك الحادث بعد اليمين ملك، وهذا كقوله: إن صححت وهي صحيحة. وفي المنتقى: رجل قال: إن اشتريت عبد فلان، فقد صار حرًا أو فقد جرى فيه العتق فاشتراه عتق، ولو قال: إن اشتريت عبد فلان عتق، أو قال جرى فيه عتق واشتراه، لا يعتق.

رجل قال لعبد رجل: إن وهبك مولاك مني فأنت حر فوهبه منه فهذا على

وجهين:

أما إذا^(٢) كان العبد في يد الواهب، وفي هذا الوجه لا يعتق العبد قبل أو لم يقبل، سلم إليه أو لم يسلم^(٣)؛ لأنه انحلت اليمين بنفس الهبة، ولا ملك في تلك الحالة؛ لانعدام القبول، وهذا إنما يتأتى على قول عامة المشايخ؛ لأن على قول عامة المشايخ الملك لا يثبت في باب الهبة بدون القبول، أما على قول بعض المشايخ [الملك]^(٤) يثبت بنفس الهبة ولا يحتاج فيه إلى القبول فيعتق العبد لقيام الملك وقت انحلال اليمين، وأما إذا كان العبد ودبعة في يد الموهوب له، وهو الحالف، فإنه على وجهين:

إن بدأ الواهب فقال: وهبته منك لا يعتق قبل الموهوب له أو لم يقبل؛ لأن

اليمين انحلت بنفس الإيجاب، ولا ملك، وإن بدأ الموهوب له وهو الحالف فقال:

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: إن.

(٣) زاد في ب: إليه.

(٤) سقط في م.

هبه مني . فقال صاحب العبد: وهبته منك، عتق العبد؛ لأن القبول لما سبق والعبد مقبوض يثبت الملك كما وهبه منه فتنحل اليمين بالهبة والملك ثابت؛ فلهذا عتق، ذكره الصدر الشهيد في باب العتق .

وفي النوازل: إذا قال الرجل: كل عبد اشتراه، فهو حر، فاشترى عبداً شراء فاسداً ثم اشتراه ثانيا شراء صحيحا، لا يعتق؛ لأن اليمين انحلت بالشراء الفاسد؛ لأن الشراء الفاسد شراء حقيقة، لكن لم يعتق العبد؛ لانعدام الملك؛ لانعدام شرطه وهو القبض، فلا تنحل^(١) بشراء الصحيح، وهذا بخلاف ما إذا^(٢) قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم تزوجها ثانيا نكاحا صحيحا، تطلق؛ لأن هناك اليمين لا ينحل بالنكاح الفاسد؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة^(٣) وإذا لم ينحل اليمين بالنكاح الفاسد تنحل بالنكاح الصحيح؛ فلهذا افترقا .

رجل قال: كل جارية أشتريها ما لم أشتري فلانة - يسمى جارية بعينها - فهي حرة، فغابت تلك الجارية المسماة أو ماتت فاشترى جارية أخرى ففي فصل الغيبة تعتق كل جارية يشتريها، وفي فصل الموت لا يعتق عند أبي حنيفة - رضي الله عنه-؛ لأن في فصل الموت اليمين سقطت عنده لعدم تصور الغاية، ولا كذلك فصل الغيبة .

وفي الأصل إذا قال: إن اشتريت فلانا فهو حر، فاشتراه شراء فاسدا، لم يعتق إذا كان العبد في يد البائع وقت الشراء؛ وهذا لأن الشراء الفاسد ينعقد عندنا قبل القبض، إلا أنه لا يفيد الملك قبل القبض فتنحل اليمين بنفس الشراء وفي تلك الحالة لا ملك؛ فلهذا لا يعتق، ولو كان في يد المشتري وقت الشراء فإن كان مضمونا عليه بضمان القيمة كالمغصوب وغيره يعتق، ويصير قابضا له بنفس الشراء؛

(١) في أ: يتخلف .

(٢) في ب: لو .

(٣) في ب: حقيقة .

لأن مثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء، فيصير مملوكاً له بنفس الشراء فيعتق،
فأما إذا لم يكن مضموناً عليه أصلاً كالوديعة والعارية أو كان مضموناً عليه إلا أنه لم
يكن مضموناً عليه بالقيمة كالرهن، لا يعتق؛ لأن مثل هذا القبض لا ينوب عن قبض
الشراء فتتحل اليمين بالشراء، ولا ملك في تلك الحالة، فلا يعتق [عليه]^(١).

* * *

(١) سقط في ب.

النوع الثاني: في تعليق العتق بأداء المال:

إذا قال لعبده أد إلي ألف درهم وأنت حر، ذكره بـ «الواو» فإنه لا يعتق ما لم يؤد. ولو قال: [أد إلي ألف درهم وأنت حر، ذكره]^(١) بـ «الفاء» فإنه يعتق في الحال. وأشار شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - إلى الفرق فقال: جواب الأمر بحرف «الواو» يعني^(٢) الحال معناه أنت حر في حال أدائك، فلا يعتق قبل الأداء، فأما جواب الأمر بحرف «الفاء» بمعنى التعليل، معناه أد إلي ألفاً لأنك حر، كقول الرجل أبشر فقد أتاك الغوث، معناه [لأنك]^(٣) أتاك الغوث.

وقد ذكرنا في السير الكبير: إذا قال الإمام لأهل القلعة افتحوا الباب وأنتم آمنون، فإنهم لا يأمنون ما لم يفتحوا الباب. ولو قال: فأنتم آمنون، كانوا آمنين فتحوا الباب أو لم يفتحوا والمعنى ما ذكرنا.

وأشار شيخ الإسلام - رحمه الله - إلى الفرق فقال: كلامه في الحالين من خرج جواباً للأمر إلا أن جواب الأمر يذكر بحرف «الواو»، ولغة لا بحرف «الفاء» فإذا ذكر بحرف «الفاء»، لم يصلح^(٤) جواباً، وبقي كلاماً مبتدأً فكأنه قال [له]^(٥): أد إلي ألفاً وسكت، ثم قال: فأنت حر، [ومن قال لعبده: فأنت حر]^(٦) على سبيل الابتداء، يعتق، فأما إذا ذكر بحرف «الواو» صح جواباً، وإنما يكون جواباً للأمر إذا تعلق بالأمر، أما إذا لم يتعلق بالأمر، كان ابتداءً كلام، و[لو]^(٧) لم يكن جواباً، ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في المأذون الكبير على نحو ما بينا، وفرق بين حرف «الواو» و[بين حرف]^(٨) «الفاء»، ولم يذكر في المسألة خلافاً.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: بمعنى.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: يصح.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

[وبعض مشايخنا]^(١) قالوا: ما ذكر في هذا الكتاب من الجواب فيما إذا ذكر بحرف «الواو»، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : ينبغي أن يعتق في الحال قبل الأداء؛ وجعلوا هذه المسألة فرعا لمسألة ذكرها في كتاب الطلاق أن المرأة إذا قالت لزوجها: طلقني ولك ألف درهم، فطلقها يقع الطلاق بغير شيء عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ولم يتعلق الطلاق بالألف، وإن خرج جوابا للأمر.

ومنهم من قال: ما ذكر في المأذون قولهم، وفرق هذا القائل لأبي حنيفة - رحمه الله - بين مسألة الطلاق و[بين]^(٢) مسألة العتق.

والفرق: أن قضية القياس في المسألتين جميعا أن جواب الأمر يتعلق بالأمر عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - كيلا يصير ابتداء ويخرج من أن يكون جوابا، إلا أن في مسألة العتق المتعلق بالأمر وهو أداء الألف الحرية وتعليق الحرية بسائر الشروط جائز فيصح تعليقها^(٣) بهذا الشرط أيضا.

فأما^(٤) في مسألة الطلاق: المعلق بالأمر، وهو^(٥) الطلاق المال، [والمال]^(٦) مما [لا]^(٧) يصح تعليقه بسائر الشروط، فكذا بهذا الشرط فلم يتعلق بالأمر، وإن وجد التعليق.

فإن قيل: أليس أن من قالت لزوجها: إن طلقني فلك ألف درهم صح التعليق حتى لا يلزمها شيء بدون التطلق، والمعلق بالتطبيق المال ومع هذا صح، وإنما صح تبعا للطلاق [فكذا إذا ذكر المال جوابا للأمر يجب أن يصير جوابا للأمر تبعا

(١) في م: بعض المشايخ.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ، ب: تعلقها.

(٤) في م: قلنا.

(٥) في ب: وهذا.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

للطلاق^(١).

قلنا: المال في باب الطلاق ليس بتبع من كل وجه، بل هو أصل من وجه من حيث إنه عوض عن الطلاق، والمعاوضة لا تقوم بأحد العوضين؛ ولهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - اشترط الخيار في جانب المرأة جائز، ولو كان المال تبعا للطلاق من كل وجه، لكان لا يجوز اشترط الخيار كما في الطلاق، ولذلك لا يجب بدل الطلاق مع الكره^(٢) بالإجماع، وهذا دليل على كونه أصلا.

وإذا ثبت أن المال في باب الطلاق أصل من^(٣) وجه تبع من وجه، فنقول: لو كان أصلا من [كل]^(٤) وجه لم يجز^(٥) تعليقه بما تقدم حصل التعليق بما هو جواب الشرط [أو بما]^(٦) هو جواب الأمر كما لو حصل التعليق بشيء آخر سوى الطلاق بأن قال لغيره: إن دخلت الدار، فلك ألف درهم، ادخل الدار ولك ألف درهم، فإنه لا يتعلق الألف بالدخول في الحالين جميعا، ولو كان تبعا للطلاق من كل وجه لصح تعليقه بما تقدم، فحصل التعليق بما هو جواب الشرط أو بما هو جواب الأمر كالطلاق فإذا كان أصلا من وجه تبع من وجه وفرنا على الشبهين حظهما فمن حيث إنه تبع للطلاق، قلنا بتعلقه متى حصل التعليق بجواب الأمر عملا لهما بقدر الإمكان.

وزان مسألة الطلاق من مسألة العتق ما إذا قال الزوج لامرأته: أد إلي ألف درهم وأنت طالق، وهناك يتعلق الطلاق بأداء الألف؛ لأنه جواب الأمر، فالطلاق يصح تعليقه بسائر الشروط، فكذا بهذا الشرط.

وزان مسألة العتق من مسألة الطلاق ما إذا قال العبد للمولى: أعتقني ولك ألف

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الكبيرة.

(٣) زاد في أ: كل.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: يجب.

(٦) في ب: وإنما

درهم، فهناك لا يصح التعليق عند أبي حنيفة - رحمه الله - أيضا حتى لو أعتقه يعتق بغير شيء.

ولو قال لعبده: إن أديت إلي ألفا وأنت حر، يعتق للحال؛ لأن جواب الشرط يكون بحرف «الفاء»، فإذا ذكر بحرف «الواو» لم يصر جوابا، وصار ابتداء كأنه قال: إن أديت إلي ألفا وسكت، ثم قال: وأنت حر، ومن قال لعبده: وأنت حر على سبيل الابتداء يعتق في الحال كذا هاهنا.

وفي المنتقى إذا قال [لعبده: أنت حر وأد إلي ألف درهم قال: هو حر لا شيء عليه ولو قال]^(١) أد إلي ألفا وأنت حر، لم يعتق حتى يؤدي. إذا قال لعبده: إن أديت إلي ألف درهم وأنت^(٢) حر ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أنه على المجلس.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يتقيد بالمجلس، ولو قال: متى أديت فهذا مما لا يتقيد بالمجلس بالإجماع؛ لأن «إذا» و«متى» للوقت فعم الأوقات كلها. ولو باع المولى هذا العبد [ثم]^(٣) اشتراه فأدى المال مشروطا إليه لا يجبر على القبول عند محمد، ولكن إن قبل: يعتق.

وعند أبي يوسف أنه يجبر على القبول.

وروي بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل قال لعبده: إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر فأدى إليه ألف درهم إلا درهما، ثم باعه المولى، ثم اشتراه، ثم جاء العبد بالدرهم أجبر المولى على القبول، وحكم بعته.

إذا أدى العبد إلى المولى من مال اكتسبه قبل هذه المقالة عتق في الحالين؛ لوجود الشرط غير أن الأداء لو كان من كسب اكتسبه قبل هذه المقالة رجع المولى عليه بمثله، ولو كان المؤدى^(٤) من كسب اكتسبه بعد هذه المقالة، لا يرجع عليه

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: فأنت.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: الأداء.

بشيء؛ لأن مقصود المولى من هذا التصرف أن يجبر العبد على الكسب؛ ليؤدي من كسب اكتسبه بعد ذلك، فيملك المولى ما لم يكن مملوكاً له قبل ذلك، وهذا المقصود لم يحصل إذا أدى من كسب اكتسبه قبل هذه المقالة وحصل إذا أدى من كسب اكتسبه بعد هذه المقالة.

ولو حط المولى شيئاً من المال المشروط، لم يعتق بأداء الباقي بخلاف الكتابة، والفرق أن بدل الكتابة واجب شرعاً؛ لأن الكتابة معاوضة في الحال؛ والواجب شرعاً يحتمل الإسقاط، أما المال المشروط في قوله: إن أدت إلي ألفاً، ليس بواجب، ولكن أداؤه شرط العتق، وشرط العتق لا يحتمل الحط.

إذا قال لعبد: إن^(١) أدت إلي ألفاً فأنت حر فاستقرض العبد من رجل ألفاً، ودفعها [إلى مولاه]^(٢) عتق العبد ورجع غريم العبد على المولى فيأخذ منه الألف؛ لأنه أحق بها من المولى من قبل^(٣) أنه عبد مأذون له في التجارة وغرماء العبد المأذون أحق بماله حتى تستوفى ديونهم.

ولو كان العبد استقرض من رجل ألفي درهم، وقيمه ألفاً درهم فدفع [أحد الألفين المستقرض إلى مولاه]^(٤) وعتق بها [وأجل ألفاً]^(٥) فإن للمقرض أن يأخذ من المولى الألف التي دفعها العبد إليه، ويضمن المولى أيضاً للغريم ألف درهم؛ لأن المولى [يمنع العبد بعتقه]^(٦) من أن يباع بما عليه من الدين، وإن شاء المقرض^(٧) اتبع العبد بجميع دينه أيضاً، ولو أن المولى أخذ من العبد [ما اكتسبه العبد]^(٨) [بعد هذه المقالة من غير أن يؤديه العبد]^(٩) إليه جاز ذلك؛ لأنه ماله ولا

(١) في ب: إذا.

(٢) في ب: إليه.

(٣) زاد في ب: ديونهم.

(٤) في م: فدفع الألف الواحد إلى سيده من المال المستقرض.

(٥) سقط في ب.

(٦) في م: يبتغي العتق.

(٧) في ب: المستقرض.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في ب.

يعتق العبد لانعدام الشرط . ذكر هذه المسألة في المنتقى .
ولو قال لعبده : إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ، فأدى خمسمائة يجبر المولى
على القبول .



النوع الثالث: في تعليق العتق بالخدمة:

روى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل قال لغلامه: اخدمني سنة وأنت حر، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يعتق الساعة ولا شيء عليه .
وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يعتق إلا بالخدمة قبل أو لم يقبل .
ولو قال: أنت حر وخدمني سنة، [أو]^(١) أنت حر وأعطني ألفاً فإن قبل ذلك، فهو حر الساعة، وعليه أن يخدمه سنة، ويؤدي الألف إن كان العتق على الألف .
وفيه أيضاً: رجل قال لأمته: أنت حرة على أن تخدمي فلانة فقبلت، فهي حرة وعليها أن ترد قيمتها قال: لأن الخدمة مجهولة .
ولو قال: علي أن تخدمي فلاناً شهراً فإن أبا يوسف - رحمه الله - قال: ترد قيمتها .

وقال محمد: ترد قيمتها شهراً .

وفيه أيضاً بشر عن أبي يوسف رجل قال لعبده: أنت حر على أن تخدم فلانا سنة، فالقبول إلى فلان، فإن قبل، عتق وإن لم يخدمه، رد العبد قيمته^(٢) .



(١) سقط في ب .

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٣٠) .

نوع آخر:

قال: إذا قال^(١) أنت حر على أن تحج عني فلم يحج فعليه قيمة حجة وسط.
سئل^(٢) الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن رجل قال لعبده: صم عني يوما وأنت حر، أو قال صل عني ركعتين، وأنت حر، قال: عتق العبد صام أو لم يصم، صلى أو لم يصل.

ولو قال: حج عني وأنت حر، لا يعتق حتى يحج عنه، وأشار نجم الدين النسفي - رحمه الله - إلى الفرق فقال: الصوم والصلاة مما لا يجري فيهما النيابة والحج مما يجري فيه النيابة؛ ولأن الصوم والصلاة لا مؤنة فيهما، فلا يدل على اشتراطه ذلك بدلا عنه، والحج فيه مؤنة فيدل على أنه شرط ذلك بدلا كما في قوله: خذ هذا الثوب ولك درهم.



(١) زاد في أ: وفيه أيضا عن أبي يوسف - رحمه الله.
(٢) في ب: وسئل.

نوع آخر:

في مجموع النوازل: رجل قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر فأقام أشهرًا ثم شرب الخمر قبل أن يعتق، بطل عتقه، وإن رفع الأمر إلى القاضي بعد موت المولى قبل أن يشرب الخمر فأمضى فيه العتق، ثم شرب الخمر بعد ذلك لم يرد إلى الرق.

ولو قال لعبده: أنت حر على أن [لا]^(١) تشرب الخمر، فهو حر شرب أو لم يشرب.

* * *

(١) سقط في ب.

نوع آخر:

في مجموع النوازل: رجل قال لعبده: إذا سقيت الحمار فأنت حر فذهب العبد بالحمار إلى الماء، فلم يشرب الماء عتق [العبد]^(١)؛ لأنه قد سقاه.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل قال: إن اشتريت من هذا العبد شيئاً فهو حر ثم اشتراه هو وأبوه فإنه يعتق بالقرابة ولا يقع عتق الحالف عليه؛ لأن السبب قد تقدم الملك وتقدم عتق الحالف.

وفي المنتقى: رجل قال لعبده: إن اشتريتك أنا وأبوك، فأنت حر فاشترياه، عتق [على]^(٢) الأب بالقرابة عند أبي يوسف، وعتق باليمين عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد - رحمه الله - رجل قال لغلام في يدي رجل: إن اشتريته فهو حر، ثم أقر أنه لفلان. ثم اشتراه كان للمقر له ولا يعتق. والله أعلم.



(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

الفصل الثالث

في شراء بعض العبد وفي بيع نفسه

عبد دفع إلى رجل مالا وقال له: اشتريني من مولاي وأعتقني، ففعل، قال الحسن البصري - رحمه الله - : البيع باطل والعتق مردود، ولا يفعل هذا إلا فاسق. وكذا قال ابن سيرين - رحمه الله-^(١).

وعن إبراهيم النخعي - رحمه الله - : أن البيع والعتق نافذان، وعلى المشتري الثمن مرة أخرى، وبه نأخذ^(٢).

في عتاق النوازل، وفي المنتقى ابن سماعة في نوادره إذا قال لغلامه: بعتك نفسك وهذه الألف في يديك بألف درهم فقبل فهو حر، ويأخذ المولى الألف التي في يد العبد، ولا يكون على العبد شيء من الألف الأخرى وإنما هو بمنزلة ما لو أعتقه بغير شيء.



(١) مجمع الضمانات، ص (١١).

(٢) السابق.

الفصل الرابع

في تفويض العتق إلى الغير

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - في الإملاء : رجل قال لغيره : جعلت عتق عبدي إليك فليس له أن ينهاه وهو إليه في مجلسه . وكذلك إذا قال : أعتق أيَّ عبدي هذين شئت .

قال : وكذلك العتاق^(١) بجعل^(٢) .

ولو قال لرجل في [صحته أو مرضه]^(٣) : إذا مت فأعتق عبدي هذا إن شئت ، أو قال : إذا مت فأمر عبدي هذا في العتق بيدك أو قال : جعلت عتق عبدي هذا بيدك بعد موتي ، فلم يقبل الذي جعله إليه ذلك في مجلسه حتى قام عنه ، كان له أن يعتقه بعد ذلك من ثلاثة .

وكذلك لو قال : عبدي هذا حر بعد موتي إن شئت ، كان حرًا بعد موته إن شاء ذلك الذي جعل إليه بعد الموت ، فإن قام من مجلسه بعد موت المولى قبل أن يقول شيئًا ، ثم قال بعد ذلك : قد شئت ، وجبت الوصية ، ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضي ؛ لأنه وصية ولو نهاه عنه قبل موته ، جاز نهيه ، والله أعلم .



(١) في م : العتق .

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٦٢) .

(٣) في ب : صحة أو مرض .

الفصل الخامس

في أمر الرجل غيره بإعتاق عبده ينزل على الأمر

إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدك عن نفسك بألف علي فأعتق، لا يلزم الأمر المال وإذا أدى، كان له الاسترداد، فرق^(١) بين هذا وبين ما إذا قال لآخر: طلق امرأتك بألف علي وطلق فإنه يلزمه المال، وإذا أدى لا يكون له الاسترداد. وقوله: طلق امرأتك بألف علي، بمنزلة قوله: طلقها عن نفسك، فإنه لا يتصور أن يكون الطلاق واقعا عن الأمر، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك عني، فطلق يقع الطلاق عن المأمور دون الأمر، [ثم]^(٢) في فصل الطلاق لزم الأمر المال، وفي فصل العتاق لم يلزمه.

والوجه في ذلك: أن قول الرجل لغيره: أعتق عبدك^(٣) عن نفسك بألف علي^(٤)، بمنزلة قوله: كل طعامك بعوض تجب علي، وهناك إذا أكل لا يلزم الأمر شيء؛ وهذا لأن تمليك الإنسان ماله من غيره إنما يكون بأحد الوصفين: إما بالتبرع، أو بالمعوضة، ولم يوجد التبرع من الأمر؛ فإنه لم يهب من المأمور ما شرط له، وإنما شرط له ذلك وأعطاه على سبيل العوض، ولا يمكن أن يجعل مملوكا كالأكل^(٥) بعوض؛ لأن المعوضة إنما تثبت بأحد الطريقتين: إما بزوال المأكول عن ملك المأمور إلى ملك الأمر كما في البيع والإجارة، أو بزواله عن المأمور من غير أن يدخل في ملك الأمر كالاغتياض عن الطلاق جائز؛ لأن بالاغتياض يزول ملك النكاح عن الزوج من غير أن يصير للأمر، وكذلك في قضاء الدين.

قلنا: وفي أكل الطعام لا يحصل للأمر شيء ولا يزول المأكول عن ملك المأمور اعتبارًا؛ لأن العين وإن زال عن ملكه حقيقة ولكن بمنفعة حصلت له وهو الشبع

(١) في ب: و فرق.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: عبدي.

(٤) مجمع الضمانات، ص (١١).

(٥) في ب: للأكل.

وتقوية البدن، والزوال بلا عوض كلا زوال وبدون الزوال من الجانبين لا يتحقق المعاوضة، وهذا الطريق يتأتى في قوله: أعتق عبدك عن نفسك بألف علي فإنه^(١) لا يمكن أن يجعل المشروط والمؤدى ملكا للمأمور لا بطريق التبرع، وإنه ظاهر، ولا بطريق المعاوضة؛ [لأنه ما زال بالعتق لم يدخل في ملك الضامن ولم يزل من ملك المضمون له من حيث الاعتبار]^(٢) لأن ما زال عن ملكه بالعتق زال بعوض وهو الولاية في الدنيا والثواب في الآخرة والزوال بعوض كلا زوال، وإذا لم يتحقق زوال شيء عن ملك^(٣) المضمون لم توجد هذه المعاوضة، فلا يمكن أن يجعل المشروط ملكا للمأمور لا بطريق التبرع، ولا بطريق المعاوضة، فلا يلزم الأمر أداء المشروط وإذا أدى، يكون له حق الاسترداد.

أما في الطلاق وقضاء الدين عن الغير أمكن أن يجعل المشروط ملكا؛ لأن الدين زال عن ملك رب الدين من غير منفعة [حصلت]^(٤) له سوى العوض الذي [له ضمن الضامن]^(٥) وفي الطلاق زال ملك النكاح عن الزوج بلا عوض حصل له في الدنيا والآخرة سوى ما ضمن له الضامن فقد تحقق معنى المعاوضة؛ لأن حقيقة المعاوضة أن يزول شيء من ملك الإنسان ويحصل له بإزائه شيء آخر.

وقد وجد ذلك؛ ألا ترى أنه لو جرى هذا بين المرأة وبين زوجها كان معاوضة، وإن لم يدخل شيء بمقابلة ما حصل له من العوض في ملكها؛ لزوال المقبوض، وهو ملك النكاح عن ملك الزوج، كذا هنا والله الموفق.



(١) في ب: أنه.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: ملكه.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: ضمن.

الفصل السادس

في المدبر^(١) والمكاتب^(٢) وأم الولد^(٣)

يجب أن يعلم بأن المدبر نوعان:

مطلق ومقيد، فالمطلق من تعلق عتقه بمطلق موت المولى كقوله لعبده: أنت حر بعد موتي، [أو]^(٤) إذا مت فأنت حر، دبرتك أنت مدبر، وإنه يمنع جواز البيع.

(١) المدبر: لغة: اسم المفعول من دبّر يدبّر تدبيراً، وهو النظر في العواقب، سميت التدبير تدبيراً، لأن الموت دبر الحياة. والمراد به: العبد المدبر.
ينظر: لسان العرب (٢٠٩/٥)، مادة (دبر)، والمصباح المنير، ص (١٠٤)، مادة (دبر).

وإصطلاحاً: اسم لمن يعتق دبر موته. أو هو: تعليق عتق بالموت، ولهذا لا يفتقر إلى إعتاق بعد الموت.

ينظر: شرح فتح القدير (١٨/٥، ١٩)، مغني المحتاج (٦٤٤/٤)، وتحفة المحتاج (٤/٤٩٤)، وحاشية الجبرمي (٤٥٤/٥).

(٢) المكاتب: اسم مفعول من كاتب عبده مكاتبه وكتائباً، وفي الصحاح: المكاتبه والتكاتب: بمعنى. يقال: كاتب صديقه، وتكاتباً.

أما الكتابة فهي اسم مصدر بمعنى المكاتبه. قال الأزهري: الكتابة: لفظة وضعت لعتق على مال منجم إلى أوقات معلومة، يحل كل نجم لوقته المعلوم، وأصلها من الكُتِبَ: الجمع؛ لأنها تجمع نجوماً.

وأما المكاتب في الاصطلاح، فيظهر من تعريفات الفقهاء للكتابة:

ف عند الحنفية: هي تحرير المملوك يداً في الحال ورقبة في المآل.

وعند المالكية: المكاتب هو: من له التصرف في العبد ولا حجر عليه.

وعند الشافعية عقد الكتابة هو: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر.

وعند الحنابلة: الكتابة هي: بيع سيد رقيقه، نفسه أو بعضه، بمال مؤجل في ذمته مباح معلوم يصح فيه السلم منجم، يعلم قسط كل نجم.

ينظر: الصحاح (٢٠٩/١)، المغرب في ترتيب المعرب (٢٠٦/٢)، تاج العروس، مادة (كتب) (١٠٦/٤)، مقاييس اللغة (١٥٨/٥)، أنيس الفقهاء، ص (١٧٠)، البحر الرائق (٧٢/١)، شرح حدود ابن عرفة (٧٤٢، ٧٤٣)، حاشية الجمل على المنهج (٥/٤٥٧)، كشاف القناع (٥٣٩/٤).

(٣) أم الولد: في اللغة كل من ولد لها ولد، وخصه الفقهاء بالأمة التي ولدت من سيدها.

ينظر: مواهب الجليل (٣٥٥/٦)، المغني، لابن قدامة (٤١١/١٠).

(٤) سقط في ب.

والمقيد: من لا يكون عتقه معلقا بمطلق موت المولى كقوله لعبده: إن مت من مرضي هذا، إن مت من مرض كذا، فأنت حر، وهذا التدبير لا يمنع جواز البيع، ولكن إذا لم يبعه ووجد الشرط، يعتق.

وإذا قال لعبده: أنت^(١) مدبر على ألف فقبل، فهو مدبر، والمال ساقط، وإنما سقط المال؛ لأن المدبر ملك المولى، والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا؛ فيسقط المال ضرورة بخلاف ما لو أعتقه على مال؛ لأن هناك [المال]^(٢) يجب على المعتق، والمولى يستوجب على معتقه مالا، كتبت هذه المسألة في عتاق المستزاد. وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل قال لعبده: أنت مدبر على ألف درهم، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - القبول إليه بعد الموت وللمولى أن يبيعه قبل الساعة أو لم يقبل، فإذا مات وهو في ملكه فإن قال: قبلت أدى الألف وعتق، وكأنه قال: [أنت حر]^(٣) بعد موتي بألف درهم.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن لم يقبل الساعة، فليس له أن يقبل بعد ذلك، وإن قبل الساعة، كان مدبرا وعليه ألف درهم إذا مات سيده، وإن لم يكن له مال غيره يسعى في الأكثر من الألف ومن ثلثي القيمة.

ذكر في الأصل إذا^(٤) قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن شئت، فإن المولى ينوى في ذلك؛ لأن قوله إن شئت يجوز أن يكون المراد منه المشيئة في الحال ويكون المراد بعد الموت، فإن كان المراد الساعة صحت نيته؛ لأنه ما نوى ما يحتمله لفظه؛ فإذا قال العبد ساعتئذ شئت، يصير مدبرا، ويصير تقدير المسألة: أنت حر بعد موتي إن شئت الساعة، وهناك إذا شاء الساعة يصير مديرا؛ لأن^(٥) بعد المشيئة يصير عتقه معلقا بمطلق موت المولى، وإن كان أراد المشيئة بعد الموت صحت نيته أيضا

(١) زاد في ب: حر.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: لو.

(٥) في ب: لأنه.

وتكون له المشيئة بعد الموت، وكذلك إذا لم يكن له نية تكون المشيئة بعد الموت؛ لأنه لم يذكر للمشيئة وقتاً من حيث النص، ولا بد للمشيئة من وقت، فكان جعل وقتها بعد الموت في هذين الفصلين ذكر أنه لا يكون مدبراً يريد به لا يكون مدبراً مطلقاً لا يجوز بيعه؛ لأنه ما تعلق عتقه بمطلق موت المولى بل بموته وبمشيئة العبد بعد ذلك، والمدبر المطلق من تعلق عتقه بمطلق موت المولى^(١)، وهنا المتعلق بموت المولى الإيصاء بالعتق لا وقوع العتق، وهذا اللفظ يشير إلى أن^(٢) العبد لا يعتق وإن شاء العتق بعد موت المولى ما لم يعتقه الوصي وهو اختيار الفقيه أبي بكر الرازي، وهكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -.

ووجه ذلك: أنه تعذر تعليق وقوع العتق بمشيئة توجد بعد الموت؛ لأن العتق لو وقع بمشيئة توجد بعد موت المولى، إما أن يقع بحكم التدبير ولا وجه إليه؛ لأن العتق [لو وقع بمشيئة]^(٣) التدبير يقع بمجرد موت المولى.

وإما أن يقع بحكم التدبير ولا وجه إليه^(٤) أيضاً؛ لأن العتق حينئذ يكون مضافاً إلى حال زوال الملك، وإنه لا يصح وإذا تعذر تصحيح التدبير واليمين جعلناه إيصاء بالعتق متى شاء العبد؛ لأن في التدبير وصية بالعتق فصار كأنه قال: أعتقوا عبدي بعد موتي إن شاء ولو صرح به يصح.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه أنه إذا مات المولى، فشاء العبد عتقه، فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا بالتدبير، وهذا تنصيب على أن المعلق بمشيئة العبد بعد الموت العتق لا الإيصاء بالعتق.

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا قال لعبده: إذا مت فأنت حر إن شئت. فالمشيئة بعد الموت.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: المشيئة على المجلس الساعة.

(١) زاد في ب: أو نقول: المدبر من تعلق عتقه بمطلق موت المولى.

(٢) زاد في ب: هذا.

(٣) في ب: في.

(٤) في ب: له.

وقال محمد - رحمه الله - : وكذلك إذا قال : إن شئت فأنت حر بعد موتي فالمشيئة بعد الموت . قال : ألا ترى أنه لو قال : إذا جاء غد فأنت حر إن شئت ، أليست المشيئة إليه بعد طلوع الفجر من الغد؟ فكذا في الموت ، فسوى^(١) بين تقديم المشيئة وتأخيرها .

وذكر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - في الإملاء : رجل قال لعبده : أنت حر بعد موتي إن شئت ، أو قال : إن شئت فأنت حر بعد موتي . فالمشيئة للعبد فيهما جميعًا بعد الموت في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا قدم المشيئة فالمشيئة للعبد الساعة ، وإذا أخر ، فالمشيئة له بعد الموت .

وفي المنتقى أيضًا عن محمد - رحمه الله - إذا قال لعبده : أنت حر بعد موتي إن شئت ذلك^(٢) ، فقام عن مجلسه الذي علم بموت المولى فيه ، لم يبطل ما جعله إليه حتى يقول : قد أبطلت الوصية والمشيئة في ذلك ، وإن نهاه عن ذلك في حياته ، بطل .

وفي الأصل : لو قال له : أنت حر بعد موتي إن دخلت الدار ، لا يصح هذا التصرف عندنا أصلاً ، بخلاف ما إذا قال : أنت حر بعد موتي إن^(٣) شئت .

والفرق : أن في فصل المشيئة صححنا تصرفه بطريق الوصية ، وتعليق الوصية [بدخول الموصي له بالمشيئة]^(٤) صحيح وتعذر تصحيح هذا التصرف بطريق الوصية ؛ لأن تعليق الوصية بدخول الموصي له الدار باطل .

وإذا قال لعبده : أنت حر بعد موتي بيوم ، أو قال : بشهر ، فهذا لا يكون مدبراً ، وهذا التصرف أيضاً بالعتق حتى لا يعتق بعد موت المولى بمضي يوم أو [بمضي]^(٥)

(١) في ب : وسوى .

(٢) زاد في ب : بعد موتي .

(٣) في ب : وإن .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في ب .

شهر ما لم يعتقه الوصي .

إذا ادعى المكاتب أن الكتابة وقعت فاسدة بأن ادعى أن الكتابة وقعت على ألف درهم ورطل من خمر، وأنكر المولى اشتراط الخمر، فالقول قول المولى، ويلزم المكاتب الكتابة؛ لأنهما اتفقا على وجود العتق، واختلف في جوازه وفساده، فكان القول قول من يدعي الجواز، هكذا ذكر في مكاتب الأصل، وكان ينبغي ألا يقضي بجواز الكتابة بقول المولى؛ لأنه لا يفيد؛ لأن للمكاتب أن يعجز نفسه، ويفسخ الكتابة؛ ألا ترى إلى ما ذكر في الشهادات إذا أقام [المولى] ^(١) البينة على العبد أنه كاتبه بألف درهم، وأنكر العبد ذلك، فالقاضي لا يقضي بينة المولى؛ لأن القضاء بينة المولى لا يفيد؛ لأن للمكاتب أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة .

والجواب: ما ذكر هنا محمول على الرواية التي تقول بأنه ^(٢) ليس للمكاتب أن يفسخ الكتابة متى أعجز نفسه من غير قضاء القاضي، فتكون الكتابة عقداً لازماً حالة العجز على هذه الرواية، فتكون كالبيع، وما ذكر في كتاب الشهادات محمول على الرواية التي تقول بأن للمكاتب فسح الكتابة إذا أعجز نفسه من غير قضاء القاضي فتكون الكتابة غير لازمة حالة العجز على هذه الرواية بمنزلة الوكالة. والرواية الأولى رواية كتاب المكاتب، والرواية الثانية رواية كتاب العتاق.

قال: وعتق المدبر يعتبر من ثلث المال مطلقاً كان أو مقيداً، وهو مذهب علي، وسعيد بن المسيب ^(٣)، وشريح، والحسن، وابن سيرين - رضي الله عنهم أجمعين - ^(٤).

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: أنه.

(٣) هو: سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عابد بن مخزوم، المخزومي، أبو محمد، المدني الأعور، رأس علماء التابعين وفردهم وفاضلهم وفقههم. قال قتادة: ما رأيت أعلم بالحلال والحرام منه، وقال أحمد: مراسلات سعيد صحاح. قال أبو نعيم: مات سنة ثلاث وتسعين، وقال الواقدي: سنة أربع وتسعين.

ينظر: تهذيب التهذيب (٤/٨٤)، والثقات (٤/٢٧٣)، وخلاصة تهذيب تهذيب الكمال (٣٩٠-٣٩١).

(٤) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المدبر يعتق من ثلث المال بعد موت المولى؛ لأنه تبرع بعد =

وقد صح برواية عمر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ جعل المدبر من الثلث^{(١)(٢)}.

الموت، فكان من الثلث كالوصية، ويفارق التدبير العتق في الصحة، فإن التدبير لم يتعلق به حق غير المعتق، فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة.

وإن ضاق الثلث عن قيمة المدبر عتق منه مقدار الثلث وبقي سائر رقيقاً.

ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٢٣)، القوانين الفقهية، ص (٣٧٦)، روضة الطالبين (١٢/١٩٨)، المغني، لابن قدامة (٩/٣٨٧).

(١) في ب: في ثلثي.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/٨٤٠) كتاب العتق، باب: المدبر، حديث (٢٥١٤)، والدارقطني (٤/١٣٨)

كتاب المكاتب، حديث (٤٩)، وابن عدي في الكامل (٥/١٨٨)، والبيهقي (١٠/٣١٤)

كتاب المدبر، باب: المدبر من الثلث، والخطيب في تاريخ بغداد (١١/٤٤٤) كلهم من طريق علي بن زبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث».

قال ابن ماجه: سمعت عثمان يعني ابن أبي شيبة يقول: هذا خطأ.

وقال ابن ماجه: ليس له أصل.

وقال ابن عدي في ترجمة علي بن زبيان: الضعف على حديثه بين.

والحديث ذكره ابن أبي حاتم في العلل (٢/٤٣٢)، رقم (٢٨٠٣)، وقال: سئل أبو

زرعة عن حديث رواه علي بن زبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال:

قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث»، فقال أبو زرعة: هذا حديث باطل، وامتنع من قراءته.

قلت: يروي خالد بن إلياس عن نافع عن ابن عمر قال: المدبر من الثلث قول ابن عمر.

وروى الخطيب في «تاريخه» (١١/٤٤٤) عن علي بن المديني قال: كان علي بن زبيان

حدثنا بثلاثة أحاديث مناكير كلها عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «المدبر من الثلث».

والحديث ذكره الحافظ البوصيري في الزوائد (٢/٢٨٩)، وقال: هذا إسناد ضعيف علي

ابن زبيان ضعفه ابن معين، وأبو حاتم، والبخاري، والنسائي، وأبو زرعة، وابن حبان وغيرهم... قال المزي: رواه الشافعي عن ابن عمر موقوفاً.

أما الموقوف: فأخرجه الشافعي، ومن طريقه ابن عدي في الكامل (٥/١٨٧) من طريق

علي بن زبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: «المدبر من الثلث».

قال الشافعي: قال لي علي بن زبيان: قد كنت أرفعه، فقال لي بعض أصحابي: لا ترفعه

وكان يحدث به مرفوعاً.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر مرفوعاً:

أخرجه الدارقطني (٤/١٣٨) كتاب المكاتب، حديث (٥٠) من طريق عبيدة بن حسان

عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب وهو

حر من ثلث المال».

قوله في الكتاب: عتق المدبر يعتبر من ثلث المال أراد بعد الدين، حتى إنه إذا كان على الميت دين مستغرق لمالية المدبر، فالمدبر يسعى في جميع قيمته للغرماء؛ لأن عتقه بطريق الوصية، والوصية مؤخرة عن الدين؛ فيجب رد عتقه، وذلك بإيجاب السعاية عليه.

وإن لم يكن على الميت دين فهو حر من ثلث ماله، حتى إنه إذا لم يكن له مال آخر سوى المدبر يسعى على قيمته مدبراً للورثة، ومعرفة قيمة المدبر تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وتصرفات المولى [في المدبر]^(١) كل تصرف يقع في الحر نحو الإجارة والاستخدام والتزويج لا يمنع في المدبر والمدبرة، حتى إن المولى يملك إجارة المدبر والمدبرة، واستخدامهما وتزويجهما.

وكل تصرف لا يقع في الحر نحو البيع والإمهار [لا يقع]^(٢) في المدبر والمدبرة، حتى إن المولى لا يملك بيعهما وإمهارهما؛ وهذا لأن المدبر باق على حكم ملك المولى إلا أنه انعقد سبب الحرية في حقه، فكل تصرف يبطل هذا السبب يمنع المولى [عنه]^(٣) صيانة لحق المدبر عن البطلان، وكل تصرف لا يبطل هذا السبب فالمولى يكون مطلقاً فيه، بحكم ملك الرقبة.

إذا ثبت هذا فنقول: الإجارة، والنكاح، والاستخدام لا يبطل هذا السبب فلا يمنع المولى [بحكم]^(٤) التدبير، وتجوز كتابته أيضاً؛ لأن بالكتابة^(٥) لا تبطل السبب

قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وإنما هو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر من قوله.

قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٨٥): وقال ابن القطان في «كتابه»: عبيدة هذا قال فيه أبو حاتم: منكر الحديث وأبو معاوية عمرو بن عبد الجبار الجزري راويه عنه مجهول الحال، وقد رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر من قوله، وهو الصحيح لثقة حماد وضعف عبيدة.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: يمنع.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: الكتابة.

المنعقد حقاً للمدبر، بل بالكتابة يتعجل عند أداء بدل الكتابة ما كان مؤجلاً إلى يوم الموت، ولا يجوز رهنه؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء، واستيفاء الدين من مالية المدبر غير ممكن؛ لأن استيفاء الدين من المالية يكون بطريق البيع، وبيع المدبر لا يجوز، وإذا تعذر حقيقة الاستيفاء من مالية المدبر لا يثبت يد الاستيفاء. وأكساب المدبر والمدبرة للمولى وكذلك إرثهما^(١) ومهرهما للمولى؛ لأنهما بقيا على حكم ملك المولى كالأمة وولاؤهما للذي دبر لا ينتقل عنه، حتى إن المدبر إذا كان بين اثنين أعتقه أحدهما، وهو موسر وضمن قيمة نصيب شريكه، عتق المدبر [ولم يتغير الولاء؛ لأن العتق هاهنا ثبت من جهة المدبر]^(٢) في الحقيقة لا من جهة الذي أعتقه؛ لأن المعتق بأداء الضمان لا يملك^(٣) نصيب الشريك هاهنا؛ لأن المدبر لا يقبل الانتقال^(٤) من [ملك إلى ملك]^(٥)، وإنما وجب الضمان لإثبات الحيلولة بين المدبر والمولى.

أما أن يقال بأن المعتق يتملك نصيب صاحبه من المدبر فلا، ولما كان [طريق العتق]^(٦) هذا كان العتق في نصيب المدبر من جهته لا من جهة المعتق فيكون الولاء للمدبر بهذا.

* * *

-
- (١) في ب: أرشهما.
 (٢) سقط في ب.
 (٣) في ب: يمنع.
 (٤) زاد في ب: بأداء الضمان.
 (٥) في ب: مالك إلى مالك.
 (٦) في ب: بطريق.

مسائل أم الولد

يجب أن يعلم بأن جواز بيع أم الولد كان مختلفاً فيه في الصدر الأول فعمر وعلي - رضي الله عنهما - كانا لا يجوزان بيعها، ثم رجع [علي - رضي الله عنه - عن قوله وقال بجواز بيعها، ثم أجمع^(١) المتأخرون على أنه لا يجوز بيعها وترك قوله^(٢) - رضي الله عنه - آخرًا^(٣).

وقد صح عن النبي ﷺ أنه: «قضى بعقق أمهات الأولاد وأن لا يبعن»^(٤)، والمعنى في ذلك أنه يثبت لها بالاستيلاء حتى أن تعتق بموت المولى، قال النبي ﷺ: «أيا أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر»^(٥).

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: قول علي.

(٣) بيع أم الولد باطل في قول الجمهور، وكان بشر المريسي وداود ومن تبعه من أصحاب الظواهر ممن يجوزون بيعها؛ لأن المالية والمحلية قبل الولادة معلوم فيها بيقين فلا يرتفع إلا بيقين مثله، وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين، ولكننا نقول في معارض هذا الكلام: لما جلبت من المولى امتنع بيعها بيقين فلا يرتفع ذلك إلا بيقين مثله ولا يقين بعد انفصال الولد.

وأما اختلاف الصحابة في بيع أم الولد فعند عمر لا يجوز وعند علي يجوز. والصحيح أو المختار في المذهب الحنفي أنه لا يشترط لانعقاد الإجماع عدم اختلاف السابق. قال ابن ملك: وهذا مذهب أكثر مشايخنا وكذا عند علمائنا الثلاثة وهو مختار فخر الإسلام وتبعه المصنف أي مصنف المنار. منار الأنوار، ص (٢٥٦).

ورد ابن ملك من ذهب إلى منع الانعقاد باختلاف السابق بقوله: ويمكن أن يجاب عنهم بأن الاختلاف في المسألة بناء على أن الإجماع المتأخر إجماع مختلف فيه إذ عند أكثر العلماء هو ليس بإجماع، وفيه شبهة عند من جعله إجماعاً حتى لا يكفر جاحده، فتصادف قضاء القاضي ببيع أم الولد محلاً مجتهداً فيه غير مخالف للإجماع القطعي فينفذ قضاؤه لا بناء على أنه يشترط عدم الاختلاف السابق لانعقاد الإجماع اللاحق.

ينظر: المبسوط، للسرخسي (١٤٩/٧)، المجموع (٢٩١/٩)، المغني (١٠/١٨٥١).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٤/١٠) كتاب عتق أمهات الأولاد، باب: الرجل يظأ أمته بالملك فتلد له. وذكره ابن سلطان القاري في مرقاة المفاتيح (٥١٩/٦)، وذكره الزيلعي في نصب الراية، ثم قال: (قلت: غريب)، والغريب في اصطلاح الزيلعي: ما لا أصل له. نصب الراية (٢٨٨/٣). «أمر رسول الله ﷺ بعقق أمهات الأولاد من غير الثلث، وقال لا يبعن في دين».

(٥) أخرجه ابن ماجه (٨٤١/٢) كتاب العتق، باب: أمهات الأولاد، رقم (٢٥١٥)، والحاكم

فقد أثبت رسول الله ﷺ بالاستيلاء حقاً [على أنها] ^(١) تعتق بموت سيدها، وفي البيع إبطال حق هذا العتق عليها، أو نقول: بالاستيلاء يثبت لها حق العتق في الحال.

قال - عليه السلام - لمارية القبطية ^(٢) حين ولدت إبراهيم: «أعتقها ولدها» ^(٣)، وهذا يوجب حقيقة العتق للحال، فإن لم يثبت حقيقة العتق في الحال فلا أقل من أن يثبت حق العتق، وفي البيع إبطال هذا الحق عليها، ولو قضى قاض بجواز بيعها لا ينفذ قضاؤه، بل يتوقف على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالاً؛ وهذا لأن العلماء

= (١٩/٢)، وأحمد (٣١٧/١)، والدارقطني (١٣٢/٤، ١٣٣) كتاب المكاتب، رقم (٢٤)، (٢٥)، والبيهقي (٣٤٦/١٠) كتاب عتق أمهات الأولاد، باب: الرجل يطاء أمته بالملك فتلد له، والدارمي (٢٥٧/٢) كتاب البيوع، باب: في بيع أمهات الأولاد، قال البوصيري في الزوائد (٢٩١/٢): هذا إسناد ضعيف؛ حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس تركه المدني وأحمد بن حنبل والنسائي، وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة، وقال البخاري: يقال: إنه يتهم بالزندقة.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقد تابعه أبو بكر بن أبي سبرة القرشي. وتعبه الذهبي وقال: فيه حسين بن عبد الله وهو متروك.

قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤٠١/٤) رقم (٢٧٣٨): في إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي، وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً «أم الولد حرة وإن كان سقطاً»، وإسناده ضعيف أيضاً، والصحيح أنه من قول عمر. قال البيهقي: حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس الهاشمي وضعفه أكثر أصحاب الحديث.

(١) في ب: حق أن.

(٢) هي: مارية القبطية أم ولد رسول الله ﷺ إبراهيم. بعث المقوقس صاحب الإسكندرية إلى رسول الله في سنة سبع من الهجرة بمارية وأختها سيرين وألف مثقال ذهباً وعشرين ثوباً لينة، وماتت سنة ست عشرة هجرية في خلافة عمر بالمدينة.
ينظر: الإصابة (٥٣٧/٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٨٤١/٢) كتاب العتق، باب: أمهات الأولاد، حديث (٢٥١٦)، والحاكم (١٩/٢) كتاب البيوع، باب: بيع أمهات الأولاد، والدارقطني (١٣١/٤) كتاب المكاتب، حديث (٢١، ٢٣)، وابن سعد في الطبقات (١٧٣/٨)، وابن عدي في الكامل (٢٩٧/٧)، والبيهقي (٣٤٦/١٠) كتاب أمهات الأولاد، باب: الرجل يطاء أمته فتلد منه، وابن عساکر في تاريخ دمشق (٣١٢/١ - تهذيب) كلهم من طريق حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال: لما ولدت أم إبراهيم قال رسول الله ﷺ: «أعتقها ولدها»، وهذا إسناد ضعيف لأجل حسين بن عبد الله.

= قال أحمد: له أشياء منكورة، وقال ابن معين: ضعيف، وقال البخاري: قال علي: تركت

اختلفوا في جواز بيع أمهات الأولاد هل هو على الخلاف؟ بعضهم قالوا: ليس هو على الخلاف؛ وهذا لأن الصحابة رضوان الله عليهم وإن اختلفوا فيه، ولكن أجمع من بعدهم على أنه لا يجوز بيعهن، والإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم، فلم تبق المسألة مختلفا فيها.

وبعضهم قالوا: لا، بل هو مختلف فيها، وهذا القائل يقول: الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف المتقدم؛ فبقيت المسألة مختلفاً فيها، والعلماء إذا اختلفوا في حادثة أنها على الخلاف أو على الوفاق، يتوقف فيها على القضاء على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالا.

ثم اختلف مشايخنا أن هذا الخلاف بين علمائنا أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف؟ قال بعضهم: على قول محمد: يرفع الخلاف المتقدم، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لا يرفع، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -.

وقال بعضهم: لا خلاف بين أصحابنا بأن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وإنما ينفذ قضاء القاضي ببيع أمهات الأولاد بإمضاء قاض آخر على قول هذا القائل على قول علمائنا؛ لأن المسألة مختلفة بين علمائنا، بل إن بعض العلماء يخالف علمائنا في انعقاد الإجماع من المتأخرين مع الاختلاف في الصدر الأول، فيبعد^(١) الإمضاء لشبهة^(٢) اختلاف غيرهم إياهم في انعقاد هذا الإجماع لا لمكان الاختلاف بين علمائنا - رحمهم الله -.

وأم الولد التي لا يجوز بيعها الجارية التي استولدها الرجل بملك اليمين أو بملك

حديثه، وقال أبو زرعة: ليس بقوي، وقال أبو حاتم: ضعيف، يكتب حديثه ولا يحتج به، وقال النسائي: متروك، وقال في موضع آخر: ليس بثقة. وقال الحافظ في التقریب (١/ ١٧٦): ضعيف. وينظر: تهذيب التهذيب (٢/ ٣٤١، ٣٤٢).

(١) في م: فبعد.

(٢) في م: بشبهة.

النكاح، أو بشبهة^(١) ثم يشتريها بعد ذلك أو يملكها بسبب آخر وهذا مذهبنا، وقال الشافعي - رحمه الله - : إذا استولدها بحكم النكاح ثم اشتراها لا تصير أم ولد له . وهو قول زفر - رحمه الله-^(٢) .

وفي الاستحسان تصير أم ولد له، وهو قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله- . وكذلك لو قال: تزوجت هذه الجارية وولدت مني . ولا يعلم ذلك إلا بقوله، وأنكر ذلك المولى الذي هي له، فإذا ملكها الذي أقر بهذا فإنها تصير أم ولد عند علمائنا .

وإذا أسقطت امرأة الرجل سقطا استبان خلقه أو بعض خلقه، صارت أم ولد له، وإن لم يستتب شيء من خلقه لا تصير أم ولد له، وهذا^(٣) مذهبنا . وقال إبراهيم النخعي^(٤) : تصير أم ولد له في الفصلين جميعاً^(٥) . وفي المنتقى: قال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا أقر الرجل أن جاريته هذه قد أسقطت منه، فهذا إقرار أنها أم ولد له .

قال: إنما يقع اسم السقط على ما يتبين خلقه، أما إذا لم يتبين خلقه فلا يسمى سقطاً؛ لأنه لا يدري ما هو؟

وعتق أم الولد يعتبر من جميع المال بخلاف [عتق]^(٦) المدبر فإنه يعتبر من الثلث، وفي كل ذلك اتبعنا الأثر، والمعنى في ذلك أن التدبير إضافة العتق إلى ما بعد الموت^(٧)، وإن جعلناه سبباً للحال ضرورة أنه لا يمكن اعتباره إعتاقاً بعد الموت، إلا أن العتق يتأخر إلى ما بعد الموت وكان المدبر مملوكاً للمولى من كل

(١) في م: بصفة.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧٥/٤).

(٣) زاد في ب: هو.

(٤) في المحيط: إبراهيم البلخي.

(٥) المبسوط، للسرخسي (٢٠٤/٧)، بدائع الصنائع (٢٠٣/٣)، المحيط البرهاني في الفقه

النعماني (٧٦/٤).

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في ب: نحن.

وجه وقت الموت، فيعتبر عتقه من الثلث بخلاف أم الولد؛ لأن الأصل في الاستيلاء أن يوجب العتق للحال؛ لأنه سببه وقد صح بلا تعليق [فيه كما] ^(١) ينبغي أن يكون حكمه معلّقاً إلا فيما انعقد الإجماع عليه، والإجماع انعقد على تعليق الحرية في حق الاستخدام والاستمتاع دون غيره من الأحكام، فلا يظهر كونها مملوكة للمولى وقت موته فيما عدا الاستخدام والاستمتاع، فلا يعتبر عتقها من الثلث.

وإذا أقر ^(٢) في صحته أن أمته قد ولدت منه فإنها تصير أم ولد له، ويكون عتقها من جميع المال، سواء كان معها ولد أو لم يكن، وإن أقر بذلك في مرضه إن كان معها ولد، فكذلك الجواب تصير الجارية أم ولد له، وتعتق من جميع المال، وإن لم يكن معها ^(٣) ولد لم يصح الإقرار في الاستيلاء، بل يعتبر وصية حتى تعتق من ثلث المال.

وإذا استولد الرجل مدبرته صح الاستيلاء وبطل التدبير، ومعنى قوله: بطل التدبير أنه لا يظهر حكم التدبير بعد ذلك؛ لأن حكم التدبير أن تعتق من الثلث وفيها ^(٤) تعتق من جميع المال، فكان في الاستيلاء ما في التدبير وزيادة فلا يظهر حكم التدبير وإذا لم يظهر حكم التدبير فكأنه بطل إذا كانت على شيء بعينه ففي جوازه روايتان.

في بيوع شرح الكافي: المكاتب إذا مات لا [يمكن وفاؤه] ^(٥)، قال أبو بكر الإسكاف: تنفسخ الكتابة حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة ^(٦) بعد موته لا يقبل منه. وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : لا ينفسخ ما لم يقض القاضي بعجزه، وتنفسخ الكتابة حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة قبل قضاء القاضي بالعجز جاز

(١) في ب: منه مما.

(٢) في أ: أخير.

(٣) في ب: لها.

(٤) في ب: وهذا.

(٥) في ب: عن وفاء.

(٦) زاد في ب: منه.

عنه ويعتق .

في النوازل رجل قال: هذه أمتي إن احتجت إلى بيعها أبيعها وإن بقيت بعد موتي، فهي حرة. فباعها جاز. وهكذا أفتى الصدر الشهيد - رحمه الله - والمشايخ بسمرقند - رحمهم الله - .

* * *

معرفة قيمة أم الولد والمدبر والمكاتب:

تكلم المشايخ في قيمة المدبر، [بعضهم]^(١) قالوا: ينظر بكم يستخدم هذا مدة عمره؛ لأن الثاني بعد التدبير ملك الخدمة لا غير.

وبعضهم قالوا: يقوم فائت المنافع التي تفوت بالتدبير. قالوا: وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - في بعض الكتب.

وبعضهم قالوا: يعتبر نصف قيمته لو كان قنًا؛ لأن الانتفاع بالمملوك نوعان: انتفاع بالعين، وانتفاع ببدله، وهو الثمن، والانتفاع بالعين قائم، والبدل وهو الثمن لإمكان^(٢) نصف قيمته^(٣). وإلى هذا مال الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله-.

وبعضهم قالوا: يعتبر ثلثا قيمته لو كان قنا؛ لأن في المملوك ثلاثة منافع: الاستخدام، والاسترباح بواسطة البيع، وقضاء الدين بعد موت المولى وبالبيع^(٤) يفوت الاسترباح، أما لا يفوت الاستخدام ولا قضاء الدين بعد موت المولى، فإن المدبر يسعى بعد موت السيد، وبعضهم قالوا: يسأل عن المتقومين أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع المدبر بكم يشتري هذا؟ على أن المشتري أحق بمنافعه دون رقبته وعلى أن يعتق بموته، فإن قالوا بمائة يجب ذلك القدر.

وتكلموا أيضًا في قيمة أم الولد، قال بعضهم: نصف قيمتها قنة.

وقال بعضهم: ثلث قيمتها قنة؛ لأنه فات في حقها من المنافع الثلاث منفعتان منفعة الاسترباح، ومنفعة قضاء الدين بعد الموت، فإنها لا تسعى وبقيت منفعة واحدة، وهي منفعة الافتراض^(٥).

وقال بعضهم: يسأل عن المتقومين أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع أم الولد

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: المكاني.

(٣) في ب: قيمة القن.

(٤) في ب: وبالتدبير.

(٥) في ب: الاستفراش.

على نحو ما ذكرنا في المدبر، وأما معرفة قيمة المكاتب فلم ينقل عن المتقدمين فيها شيء، وأشار محمد - رحمه الله - في جنايات الجامع إلى أن قيمة المكاتب مثل قيمة القن .

وأشار أيضا في جنايات الجامع، وفي الجامع الصغير إلى أن قيمته أقل من قيمة القن، ولكن لم يبين مقداره .

قيل: وينبغي أن يكون نصف قيمته قنا؛ لأن الانتفاع بالمملوك نوعان: انتفاع بعينه، وانتفاع ببدله . وأحد الانتفاعين باق وهو الانتفاع بالعين على تقدير العجز، والانتفاع بالبدل على تقدير الأداء .

وقيل: يسأل عن المتقومين أن العلماء لو اتفقوا على جواز البيع فبكم^(١) يشتري هذا؟ على أن يعود رقيقًا بالعجز فيسلم له عينه، ويعتق بالأداء ويسلم له بدله . والله أعلم .



(١) في ب: بكم .

الفصل السابع في الشهادة على العتق

أمة بين رجلين، شهد رجلان على أحدهما بعينه أنه أعتقها، وكذبت الأمة، وادعت على آخر العتق، وجحد الآخر وحلف عند القاضي أنه ما أعتقها، فإنها تعتق بشهادة الشهود، وإن لم توجد منها الدعوى بما^(١) شهد الشهود به، فقد عرف أن الشهادة القائمة على عتق الأمة تقبل بدون الدعوى؛ ألا ترى أن الأمة لو كانت كلها للمشهود عليه، كانت تعتق بالشهادة بدون الدعوى.

فإن قيل: الأمة إذا كانت كلها للمشهود عليه إنما تقبل الشهادة بدون الدعوى؛ لأنها توجب حرمة الفرج، وهذه الشهادة لا توجب حرمة الفرج لأن حرمة الفرج قبل الشهادة ثابتة.

قلنا: لا، بل هذه الشهادة أوجبت الفرج؛ لأن قبل هذه الشهادة لم يكن فرجها حراماً على المعتق حرمة توجب الحد لو وطئها، وبعد هذه الشهادة حرم فرجها عليه حرمة توجب الحد لو وطئها، فكانت هذه الشهادة قائمة على تحريم الفرج من هذا الوجه.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: رجل ادعى أمة وقال: هي أمي. وقالت هي: لا، بل أنا حرة. فصالحها المدعي عن ذلك على مائة تدفعها إلى المدعي، فهو جائز، فإن أقامت بعد ذلك بينة أنها حرة الأصل، أو أنها كانت أمة لهذا المدعي أعتقها عام أول^(٢) [و]^(٣) تريد الرجوع بالمائة على المدعي، قبلت بيئتها وبطل الصلح، وإن أقامت بينة أنها كانت أمة لفلان أعتقها عام أول، وهو أعتقها في ذلك الوقت لا تقبل بيئتها، ولو كان مكان الأمة عبداً وأقام بينة بعد الصلح على حرية الأصل أو على أن المصالح أعتقه عام أول وهو بملكه، إن

(١) في ب: لما.

(٢) في ب: الأول.

(٣) سقط في ب.

كان الصلح مع العبد على إنكاره الرق للمدعي، قبلت بينته، ورجع بالمائة على المولى؛ لأنه غير متناقض فيما ادعى، وإن كان الصلح مع إقرار العبد [بالرق فكذلك الجواب عندهما يقبل بينة العبد]^(١) على ذلك؛ لأن العبد وإن صار متناقضاً بطل دعواه إلا أن البينة على عتق العبد عندهما تقبل من غير دعوى^(٢)، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا تقبل بينة العبد؛ لأن عنده الدعوى شرط قبول البينة على العتق في العبد، وفي الأمة تقبل البينة بكل^(٣) حال عند الكل، وإن صارت متناقضة في فصل الإقرار وبطل دعواها، [إلا أن دعوى الأمة ليست بشرط لقبول البينة على عتقها. هذا^(٤) جملة ما]^(٥) ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -، فقد سوى في المسألة بين حرمة الأصل وبين حرمة العتق العارض عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وجعل الدعوى من العبد شرطاً لقبول البينة عليهما، وجعل التناقض مانعاً صحة الدعوى فيهما، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة - رحمه الله - بعضهم قالوا: دعوى العبد في حرية الأصل ليس بشرط عند أبي حنيفة - رحمه الله - لقبول الشهادة عليها، والتناقض فيها ليس بمانع قبول الشهادة عليها كما هو قولهما. وإنما الخلاف في العتق العارض وبعضهم^(٦) قالوا: دعوى العبد عند أبي حنيفة - رحمه الله - شرط في حرية الأصل وفي العتق العارض، إلا أن التناقض لا يمنع صحة [دعوى حرية الأصل فلا يمنع قبول الشهادة، وقد يمنع صحة]^(٧) الدعوى [في]^(٨) العتق العارض فيمنع قبول الشهادة. وبعضهم قالوا: دعوى العبد عند أبي حنيفة - رحمه الله - شرط في حرية

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الدعوى.

(٣) في ب: على كل.

(٤) في م: هذه.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: فبعضهم.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

الأصل، والعتق العارض والتناقض فيهما مانع صحة الدعوى^(١)، وإليه ذهب شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح على ما ذكرنا، والأصح أن دعوى العبد عند أبي حنيفة - رحمه الله - شرط فيهما^(٢)، والتناقض لا يمنع صحة الدعوى فيهما^(٣)، لأن طريقيهما طريق الخفاء^(٤)، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى؛ ألا ترى أن المرأة إذا اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها، ثم أقامت بعد ذلك بيعة أن الزوج قد كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع قبلت بينتها، وإن كانت^(٥) متناقضة في دعوى الطلقات الثلاث بالإقدام على الخلع؛ لأن الزوج ينفرد بإيقاع الطلاق من غير علم المرأة، وكان^(٦) طريقه طريق الخفاء، [وما كان طريقه طريق الخفاء]^(٧) لا يمنع صحة الدعوى فيجعل^(٨) التناقض فيه عفوًا.

أو نقول: التناقض إنما يؤثر فيما يحتمل النقض بعد ثبوته، وحرية الأصل لا تحتمل النقض بعد ثبوته وكذلك العتق العارض لا يحتمل النقض بعد ثبوته فالتناقض فيهما لا يمنع صحة الدعوى وقبول البيعة؛ ألا ترى أن التناقض في دعوى النسب لا يمنع صحته، حتى إن الملاعن إذا أكذب^(٩) نفسه يثبت النسب منه^(١٠)، كذا هنا والله أعلم.



(١) زاد في ب: فيهما.

(٢) في ب: فيها.

(٣) في ب: فيها.

(٤) في م: الخيار.

(٥) في ب، م: صارت.

(٦) في ب: فكانت، وفي م: فكان.

(٧) سقط في ب.

(٨) في م: فيحمل.

(٩) في أ: كذب.

(١٠) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٥٠).

الفصل الثامن

في إعتاق العبد المشترك

عبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه، فإن كان المعتق موسراً فللشريك الساكت خيارات ثلاث، وإن كان معسراً فله خياران عند أبي حنيفة - رحمه الله - . [وقال أبو يوسف ومحمد]^(١) - رحمهما الله - إن كان المعتق موسراً ضمن نصيب شريكه، وإن كان معسراً سعى العبد في نصف قيمته للشريك والمسألة معروفة، وإنما أوردنا هذه المسألة لتفريعاتها.

ومن جملة ذلك: معرفة قدر اليسار في ضمان العتق فنقول: المروي عن محمد في ذلك أن يكون المعتق مالاً مقدار قيمة نصيب الشريك من المال والعروض، وبه أخذ عامة المشايخ؛ وهذا لأن الحاجة إلى تخلص العبد عن السعاية أو إلى دفع ضرر الإفساد عن الشريك [واجب]^(٢) فيعتبر القدرة عليه، ومن المشايخ من اعتبر يساراً محرماً الصدقة^(٣).

وفي المنتقى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن الموسر الذي [له ما]^(٤) يساوي نصف القيمة سوى المنزل والخادم ومتاع البيت^(٥).
ومن جملة ذلك: أن قيمة العبد في الضمان والسعاية [يعتبر يوم]^(٦) الإعتاق^(٧) فتعتبر القيمة في ذلك [الوقت]^(٨) كما في الغصب^(٩).
ومن جملة ذلك: أن حالة المعتق في [اليسار والعسار تعتبر]^(١٠) يوم الإعتاق.

(١) في ب: وقال.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: للصدقة.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: وثياب جسده.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في م: لأن سبب الضمان الإعتاق. وهكذا في المحيط.

(٨) سقط في ب.

(٩) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٤٠).

(١٠) في م: معتبر.

ومن جملة ذلك: أنه إذا اختار الساكت تضمين المعتق إذا كان المعتق موسراً ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويستسعى العبد، فله ذلك ما لم يقبل المعتق الضمان أو يحكم به الحاكم. وهذه رواية ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة.

وذكر في الأصل أنه إذا اختار التضمين، لم يكن له اختيار السعاية من غير تفصيل، ولو اختار استسعاء العبد، لم يكن له اختيار التضمين بعد ذلك، رضي العبد بالسعاية أو لم يرض، باتفاق الروايات، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، أما على قولهما للساكت الضمان إذا كان المعتق موسراً ليس له غير ذلك، وله السعاية إذا كان المعتق معسراً ليس له غير ذلك.

فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في الأصل محمول على تفصيل ابن سماعة؛ لأن سقوط حقه في الاستسعاء مبني^(١) على تقرر حقه في الضمان، وحقه في الضمان لا يتقرر ما لم يتم تمليك نصيبه من المعتق، وذلك إنما يكون بالقضاء أو بالرضاء. وكان أبو بكر الرازي - رحمه الله - هكذا يقول في الغاصب مع غاصب الغاصب إذا اختار المالك تضمين أحدهما فقبل^(٢) القضاء والرضاء أراد أن يرجع عن ذلك ويضمن الآخر فله ذلك، بخلاف ما إذا اختار استسعاء العبد، إذ ليس فيه تمليك من أحد^(٣)، بل فيه تقرير لملكه^(٤) وإبراء للمعتق عن الضمان، وهذا أمر^(٥) لا يتوقف على القضاء والرضاء.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان: وجه رواية ابن سماعة ما مر، وجه ما ذكر في الأصل: أن اختياره تضمين المعتق يتضمن إبراء العبد عن السعاية، وتمليك المضمون من المعتق، والمملك في المضمون إن كان يتوقف على القضاء أو^(٦) الرضاء كإبراء العبد عن السعاية يتم بالشراء فلا يبقى له حق في السعاية بعد ذلك.

(١) في ب: بناء.

(٢) في ب: وقبل.

(٣) في ب: أحدهما.

(٤) في أ: ذلك.

(٥) في ب: مما.

(٦) في ب: و.

ومن جملة ذلك: إذا مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً، فأراد تضمين المعتق، فله ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - في المشهور، وروي عنه في غير رواية الأصول أنه ليس له ذلك.

ومن جملة ذلك: العبد إذا كان بين جماعة فأعتق أحدهم نصيبه، واختار بعض الساكتين السعاية في نصيبه، واختار البعض الإعتاق، والبعض الضمان، فلكل واحد ما اختار في نصيبه عند أبي حنيفة - رحمه الله -، فإن مات بعض الساكتين بعد ذلك، واختار بعض ورثته الضمان، والبعض السعاية، والبعض العتق، روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - ذلك أنه ليس لهم إلا أن يضمّنوا جميعاً أو يعتقوا أو يستسعوا^(١)؛ لأنهم بمنزلة الميت، وما كان للميت حال حياته تبعض الاختيار. وروى محمد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن لهم ذلك؛ لأن نصيب الميت انتقل إليهم حكماً فصاروا كالشركاء في الأصل.

ومن جملة ذلك: المعتق مع الساكت إذا اختلفا في قيمة العبد يوم الإعتاق، إن كانت المدة قريبة من وقت الإعتاق إلى وقت الخصومة ينظر إلى حال العبد، وتعرف قيمته من حاله، وإن كانت المدة بعيدة فالقول قول المعتق لإنكاره الزيادة، ولا يحكم الحال، وهذا إذا اتفقا أن العتق كان قبل الخصومة بمدة، فأما إذا اختلفا فقال أحدهما: العتق كان الساعة. وقال الآخر: لا، بل كان قبل ذلك بسنين^(٢). وقد عرف أن قيمة العبد في ذلك الوقت ألف وقيّمته اليوم خمسمائة. يحكم الحال؛ لأن العتق حادث فيحال بحدوثه إلى أقرب أوقات ظهوره، وعلى هذا إذا وقع الاختلاف بين العبد وبين الساكت في قيمة العبد يوم الإعتاق، ينظر إلى المدة، وكذلك إذا وقع الاختلاف بين المعتق والساكت في حال العتق يوم الإعتاق في اليسار والإعسار^(٣) فهو على التفصيل الذي قلنا، إن كانت المدة بعيدة لا يحكم الحال، وإن كانت المدة

(١) في ب: يستحقوا.

(٢) في ب: بستين.

(٣) في ب: العسار.

قريبة يحكم [الحال]^(١). هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - .
وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - إذا أعتق^(٢) منذ سنة فقال المعتق: كنت
[يوم]^(٣) أعتقته معسرًا وقال الآخر: كنت يومئذ موسرًا أنه يحكم الحال، فكأنه جعل
السنة [قريبة]^(٤).

ومن جملة ذلك: إذا صالح الساكت مع المعتق على أكثر من قيمة نصيبه دراهم
أو دنانير لا يجوز [إذا كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، وإن كانت
الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز]^(٥)، وكذلك إذا كان الصلح على عوض
هو أكثر [من]^(٦) قيمته جاز. وإن كان المعتق مريضًا مرض الموت وهو موسر فمات
سقط عنه ضمان العتق؛ فلا يستوفى ذلك من تركته، بل يسعى العبد للمولى عند أبي
حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: لا يسقط ضمان المعتق ويستوفى ذلك من تركته.
وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: عبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو
معسر حتى وجبت السعاية على العبد، فإن أبي أن يسعى، فهو بمنزلة حر عليه دين
أبي أن يقضيه، والحكم في حر هذا حاله أنه [إن]^(٧) كان ممن يعمل بيده أو له عمل
معروف يؤجر^(٨) من رجل ويؤخذ أجره ويقضى منه دينه.

وفيه أيضًا: عبد صغير بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر، وأراد الآخر أن
يؤاجره، فإن كان العبد يعقل ورضي بذلك، جاز [واعتق عليه]^(٩) وكان الأجر للذي
لم يعتق حصاصًا^(١٠) من حقه. والله أعلم.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: أعتقه.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: يؤاجر.

(٩) في أ: عتق.

(١٠) في ب، م: قصاصا.

الفصل التاسع

في المتفرقات

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا قال الرجل لأمته: أمرك بيدك، ينوي به العتق يصير العتق في يدها حتى لو أعتقت نفسها في المجلس عتقت .
ولو قال لها: اختاري، ينوي العتق، لا يصير العتق في يدها، فقد فرق بين الأمر باليد وبين قوله: اختاري في باب العتق، وسوى بينهما في الطلاق .
وفي الأصل أيضًا: إذا ادعى العبد أو الأمة العتق على مولاه وليس لهما بينة حاضرة، فإنه يدفع إلى مولاه ولا يحال بينه وبين المولى حتى لا تزال يد المولى عنه بمجرد الدعوى، وإن أقام شاهدًا واحدًا، فإنه ينظر إن كان الشاهد فاسقًا لا يحال بينهما، العبد والأمة في ذلك [على السواء]^(١)، وإن كان^(٢) عدلاً فكذلك لا يحال بينهما هكذا ذكر محمد - رحمه الله - [في الكتاب]^(٣) .

قالوا: وهذا الجواب مستقيم في العبد غير مستقيم في الأمة، فقد ذكر محمد - رحمه الله - أن المرأة إذا ادعت طلاقًا على زوجها، وأقامت على ذلك شاهدًا واحدًا عدلاً يحال بينها وبين زوجها؛ لأن المقلب في الطلاق حق الله تعالى، وهذا المعنى موجود في الأمة، فتجب الحيلولة اعتبارًا لحق الله تعالى؛ فلا يجب القضاء؛ لأن فيه حق العبد كما في الطلاق .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : ولهذا إذا ادعت أن شاهدها الآخر حاضر بخلاف العبد؛ لأن المقلب في عتق العبد حق العباد؛ فلا تجب الحيلولة كما لا يجب القضاء .

وإن أقام شاهدين فإن كانا مستورين فهذا على وجهين: إن كان المولى فاسقًا مخوفًا عليه [يحال بينهما في العبد والأمة جميعًا، وإن لم يكن المولى فاسقًا مخوفًا

(١) في ب: سواء .

(٢) زاد في ب: الشاهد .

(٣) سقط في أ .

عليه^(١) ففي الأمة يحال، وفي العبد لا يحال. وإن كان الشاهدان فاسقين ففي الأمة يحال على كل حال، وأما في العبد اختلاف الروايتين، ذكر في رواية أنه لا يحال، [وذكر في رواية أخرى أنه يحال]^(٢) إذا كان المولى مخوفًا على العبد.

وعن محمد - رحمه الله - إذا قال لعبده: شئت عتقك أو رضيت جاز. قال ابن رستم: يعني يعتق.

وروى بشر عن أبي يوسف قوله: شئت عتقك، ويشترط النية فيه لوقوع العتق. وفي البقالي إذا قال لعبده: أنت حر أمس. وإنما ملكه اليوم فهو حر قضاء وديانة، إلا أن ينوي عتقًا من جهته فيدين، وكذلك إذا قال: اشتريتك بخلاف قوله: أعتقتك قبل أن أشتريك.

وفي طلاق المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لعبده: أنت حر أمس. وقد اشتراه اليوم أنه يعتق، قال: ولا يشبه هذا الطلاق، [قال]^(٣): وصار تقدير مسألة العتاق كأنه قال: أنت حر الأصل.

وإذا قال: كل مملوك لي حر، وله عبيد وأمهات أولاد ومدبرون ومكاتبون، عتقوا جميعًا من غير نية، [إلا المكاتبون فإنهم لا يعتقون إلا بالنية وإنما لا يعتق المكاتبون من غير نية]^(٤)، إما لأن في ملكهم قصورًا فإنهم أحرار أبدا، أو لأن^(٥) في نسبتهم إلى المولى قصور.

ولو قال: كل مملوك لي حر، ونوى الرجال دون النساء، أو نوى النساء دون الرجال صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه أراد الخصوص من العموم، ومن نوى الخصوص من العموم لا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين ربه^(٦)؛ لأنه

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: كان.

(٦) في ب: الله تعالى.

نوى ما يحتمله لفظه فالعام يحتمل الخصوص .

ولو قال: ممالئكي كلهم أحرار، ونوى الرجال دون النساء أو النساء دون الرجال، لم يذكر هذا الفصل في الكتاب .

قالوا: وينبغي ألا يصدق ديانة هنا، وإن نوى الخصوص من العموم، والأصل في هذا أن كلمة «كل» إذا ذكرت بعد الاسم العام منعت الخصوص كما في قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾^(١) وإذا ذكرت قبل الاسم العام لا تمنع الخصوص كما في قوله تعالى: ﴿تَدْمُرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾^(٢) وكان قائلاً للتخصيص؛ لأنه لم يدمر كثيرًا من الأشياء فإنه لم يدمر السموات والأرض، والمعنى في ذلك أن بعد الاسم العام كلمة «كل» لا تذكر للتعميم فإن التعميم ثابت بالاسم وإنما تذكر للتأكيد [وإنما يمنع]^(٣) الخصوص، وأما قبل الاسم العام لا يذكر للتأكيد؛ [لأن التأكيد]^(٤) صفة في الاسم فلا يتصور قبل ذكر الموصوف فيكون اسمًا عامًّا كغيرها من الأسماء فيكون قابلاً للتخصيص .

إذا ثبت هذا فنقول: في قوله: ممالئكي أحرار كلهم . كلمة «كل» ذكرت بعد الاسم العام فمنعت الخصوص فيكون ناويًا للخصوص في لفظ لا يحتمل الخصوص، فلا يصدق ديانة كما لا يصدق قضاء، بخلاف قوله: كل مملوك لي حر؛ لأن هناك كلمة «كل» ذكرت قبل الاسم العام فلا يمنع الخصوص، فقد نوى الخصوص في لفظ يحتمله فيصدق ديانة .

ثم إن محمدا - رحمه الله - يقول في هذه المسألة في عتاق الأصل: إذا نوى الرجال دون النساء أو [نوى]^(٥) النساء دون الرجال صدق ديانة لا قضاء .

في أيمن الأصل قال: إذا نوى الرجال دون النساء وأجاب بما أجاب في العتاق،

(١) سورة الحجر آية: ٣٠ .

(٢) سورة الأحقاف آية: ٢٥ .

(٣) في ب: ولمنع .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في ب .

ولم يذكر ما إذا نوى النساء دون الرجال.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله - أنه كان يجعل في المسألة روايتين، وكان يقول: إذا نوى النساء دون الرجال لا يصدق ديانة في^(١) رواية [الأيمان، وعلى رواية]^(٢) العتاق يصدق، وإن نوى الرجال دون النساء يصدق ديانة على الروايات كلها.

وجه ما ذكر في العتاق ظاهر أنه نوى الخصوص من العموم يصدق ديانة، كما لو نوى الرجال دون النساء.

وجه ما ذكر في الأيمان: أن كلمة «كل» دخلت على المملوك والمملوك اسم للذكر يقال للأثني: مملوكة إلا أن الأثني تدخل في هذا الاسم تبعاً، لأننا لو صححنا نية النساء فقد جعلنا ما هو الثابت باللفظ تبعاً أصلاً والتبع في شيء لا يصير أصلاً في ذلك الشيء، وبه فارق ما إذا قال: نويت الرجال دون النساء، والصحيح أنه لا يجعل في المسألة روايتان، لكن أشبع محمد - رحمه الله - الجواب في العتاق وأواخر الأيمان.

ووجه ذلك ما ذكرنا: أنه نوى الخصوص من العموم، وما قال من المعنى فاسد؛ لأن المملوك مشتق من ملك يملك لا من الذكورة والأنوثة؛ ألا ترى أن هذا الاسم يقع على الدار والخشب والبيوت لوجود الملك، وإن كان لا يوجد الذكورة والأنوثة.

قلنا: والملك لا يختلف بالذكورة والأنوثة فكان كاسم الآدمي يقع على الذكر والأنثي؛ لأنه اسم مشتق من كونه ولد آدم والذكر والأنثي في هذا على السواء، فعلى^(٣) هذا لا يتأتى ما ذكر من الاستحالة، فإن قال: لم أعن المدبرين، ذكر في إعتاق^(٤) الأصل أنه لا يصدق قضاء ولم يتعرض للديانة، وذكر في أيمان الأصل أنه

(١) في ب: على.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وعلى.

(٤) في ب، م: عتاق.

لا يصدق قضاء ولا ديانة؛ فمن مشايخنا [من]^(١) لم يجعل في المسألة روايتين، وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله -.

ومنهم من جعل في المسألة روايتين، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي والأول أظهر، ووجه ذلك: أنه نوى تخصيص ما ليس في لفظه؛ لأنه نوى تخصيص الوصف فإن التدبير في المماليك صفة، ولهذا [يقال]^(٢): قال مملوك مدبر ومملوك غير مدبر، وصفة المملوك غير ملفوظ بها وإنما تثبت اقتضاء ضرورة، إذ^(٣) المسمى لا ينفك عن الصفة فتكون نية التخصيص فيما يثبت اقتضاء، والمقتضى غير ملفوظ فهو معنى قولنا: إنه نوى تخصيص ما ليس في لفظه، ونية التخصيص فيما ليس بملفوظ غير صحيحة قضاء وديانة؛ ولأن^(٤) القياس ألا يصح نية تخصيص الأنوثة والذكورة من هذا اللفظ؛ لأن الذكورة والأنوثة من صفة المماليك [و]^(٥) لا ذكر لهذا لفظاً وإنما يثبت اقتضاء، إلا أنا تركنا القياس [ثمة لضرورة]^(٦)، وبيان الضرورة^(٧)

(١) في أ: أنه، وسقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: أن.

(٤) في ب: وإن كان.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: بهذه الضرورة.

(٧) أي: البيان الذي يقع بسبب الضرورة من باب إضافة الحكم إلى سببه. وهذا النوع من البيان أيضاً لم يجعله القاضي أبو زيد من أقسام البيان وجعله فخر الإسلام وشمس الأئمة وموافقهما من أقسامه. وبيان الضرورة نوع من البيان يحصل بغير اللفظ للضرورة، وهو على أربعة أنواع:

النوع الأول: ما يكون في حكم المنطوق، وذلك بأن يدل النطق على حكم المسكوت عنه. وقد مثلوا له بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وِلْدٌ وَوَرَثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّهِ أُلْتُكُ﴾ فإنه لما أضاف الميراث إليها في صدر الكلام، ثم بين نصيب الأم، كان ذلك بياناً أن للأب ما بقي، فلم يحصل هذا البيان بترك التخصيص على نصيب الأب، بل بدلالة صدر الكلام بصير نصيب الأب كالمنصوص عليه.

النوع الثاني: هو السكوت الذي يكون بياناً بدلالة حال المتكلم، نحو سكوت صاحب الشرع عند معاينة شيء عن تغييره يكون بياناً لحقيقته باعتبار حاله، مثل ما شاهد النبي ﷺ من بياعات ومعاملات كان الناس يتعاملونها فيما بينهم، فأقرهم عليها، ولم ينكرها عليهم، فدل أن جميعها مباح في الشرع؛ إذ لا يجوز من النبي ﷺ أن يقر الناس

أن العام قابل للمخصوص [وصفًا بالنية]^(١)، ولا يمكن التخصيص إلا باعتبار الوصف، فإن المخصوص لا يمتاز عن الاسم العام إلا باعتبار الوصف، فلو لم تصح نية التخصيص في الوصف أصلاً ما أمكن تخصيص عام أبداً وهو وضع قابل^(٢) للتخصيص فيعود على^(٣) موضوعه بالنقض وإنه لا يجوز، وهذه الضرورة تندفع متى صححنا نية التخصيص باعتبار الأوصاف الأصلية التي لا يخلو المسمى عنها في أصل الخلقة، فبقي التخصيص باعتبار الأوصاف العارضة على أصل القياس. إذا ثبت هذا فنقول: الذكورة والأنوثة من الأوصاف الأصلية، وأما التدبير من الصفات العارضة، وعلى قول ما ذكرنا يجب أن يصح نية التخصيص في السواد والبياض؛ لأن السواد والبياض من الأوصاف^(٤) الأصلية التي لا يخلو المسمى عنها في أصل الخلقة. وعلى قياس ما روي عن محمد - رحمه الله - في غير رواية الأصول [أنه]^(٥) لا

على منكر محذور.

النوع الثالث: هو السكوت الذي جعل بيانا، ضرورة دفع الغرور، مثل الأب إذا رأى ولده المميز يبيع ويشترى، فسكت عن النهي، كان سكوته إذنا له في التجارة؛ لضرورة دفع الغرور عمن يعامله، فإن في هذا الغرور إضرارا بهم، والضرر مدفوع. بهذا قال الحنفية. وقال الشافعي: لا يكون السكوت إذنا لأن سكوت الأب عن النهي محتمل، قد يكون للرضا بتصرفه، وقد يكون لفرط الغيظ، أو قلة الالتفات، والمحتمل لا يكون حجة. النوع الرابع: هو السكوت الذي جعل بيانا لضرورة الكلام كما إذا قال رجل: لفلان علي مائة ودرهم، أو مائة ودينار، فإن العطف جعل بيانا للأول، وجعل الأول من جنس المعطوف. بهذا يقول الحنفية.

وقال الشافعي: يلزمه المعطوف، والقول في بيان جنس المائة قول المقر؛ لأنها مجملة فإليه بيانها، والعطف لا يصلح بيانا؛ لأنه لم يوضع له.

ينظر: كشف الأسرار، للبخاري (٣/١٤٧)، والتقريب والتحبير (٣/٤٠)، وأصول

السرخسي (٢/٥٠).

(١) في أ: ومنعاً للتسمية.

(٢) في ب: قابلاً.

(٣) في ب: إلى.

(٤) في ب: الصفات.

(٥) سقط في ب.

يصح نية التخصيص في السواد والبياض يجب أن تكون نية التخصيص في الذكورة والأنوثة [فيصير في تصحيح] ^(١) نية التخصيص باعتبار الوصف الأصلي روايتان .
ولو ^(٢) قال: أحد عبدي حر أو أحد عبدي حر، وليس له إلا عبد واحد، عتق ذلك العبد.

وإذا قال الرجل في وصيته: أعتقوا عبدي الذي هو قديم الصحبة، [فقديم الصحبة] ^(٣) تكلموا فيه، روي عن محمد - رحمه الله - أنه قال: من صحبه ثلاث سنين، واختار الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - أن ^(٤) يكون صحبه سنة، وهو قول بعض العلماء، وبه كان يفتي محمد بن مقاتل.

مريض قال لورثته: أعتقوا فلانًا بعد موتي إن شاء الله تعالى، صح الإيضاء وبطل الاستثناء. ولو قال: هو حر بعد موتي إن شاء الله تعالى، بطل الإيجاب، وهذا استحسان أخذ به محمد - رحمه الله -.

فالحاصل: أن الاستثناء في الأمر ^(٥) باطل حتى إن [من] ^(٦) قال لغيره: بع عبدي إن شاء الله تعالى، كان الاستثناء باطلاً، وكان للمأمور أن يبيعه، و[أن] ^(٧) الاستثناء في الإيجاب صحيح، والفرق أن الإيجاب يقع ملزماً بحيث لا يقدر على إبطاله بعد ذلك فيحتاج إلى الاستثناء فيه حتى يلزمه حكم الإيجاب، والأمر لا يقع لازماً فإنه يقدر على إبطاله بعزل المأمور فلا يحتاج إلى الاستثناء فيه.

وفي القدوري: فأما كلمة «إن شاء الله» إذا وصلت بالكلام ترفع حكمه أي: تصرف كان.

إذا قال لمولاه: أعتقني حتى أعطيك ما تريد. فأعتقه وجب على العبد قيمته؛

(١) في م: فيصح فيه.

(٢) في ب: وإذا.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: أنه.

(٥) في ب: الأمور.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

لأن هذا سؤال العتق على بدل مجهول، وفي مثل هذا يجب قيمة العبد؛ لأن المولى ما رضي بعتقه مجاناً، وتعذر إيجاب البدل، فيجب رد العبد على المأمور، وتعذر رده صورة فيجب رده معنى بإيجاب قيمة العبد عليه.

رجل قال لغيره: جاريتي هذه لك على أن تعتق عني عبدك فلانا، ورضي بذلك، ودفع الجارية إليه، لا تكون الجارية له حتى يعتق العبد، كذا ذكر خلف بن أيوب عن محمد - رحمه الله-؛ لأنه طلب منه تملك العبد مقتضى طلبه^(١) الإعتاق مقابلاً بتمليك الجارية، [فما لم]^(٢) يوجد إعتاق العبد لا يوجد تملك العبد؛ فلا يتملك الجارية، وفيه نظر وينبغي أن يكتفي بمجرد القبول، كما في قوله لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم، وأجناسه^(٣).

وسئل أبو القاسم عن من قال: لله علي أن أعتق عبداً، فأعتق عبداً أبقاً لا يجوز، كما لا يجوز في الأعمى، قال الفقيه - رحمه الله - : في قياس قول علمائنا يجوز؛ فقد ذكروا في كتاب جعل الأبق: إذا أعتق أبقاً عن كفارته يجوز إن كان حيناً وقت الإعتاق.

ولو قال: أعتق عبدك عن نفسك بألف علي، فأعتق، لا يلزمه المال؛ لأن العتق هنا لا يقع عن^(٤) الأمر وبدونه لا يلزمه المال؛ والطلاق في هذا يخالف العتاق، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك بألف علي، فإنه يصح.

وقوله: طلق امرأتك بألف علي، بمنزلة قوله: طلق عن نفسك؛ لأنه لا يتصور أن يكون الطلاق واقعاً عن الأمر، فإن من قال لغيره: طلق امرأتك عني. فطلق، يقع الطلاق عن المأمور لا عن الأمر.

ثم قال: في الطلاق يلزمه المال، وفي العتاق لا يلزمه المال. وكذلك إذا قال: أعتق عبدك على ألف درهم أضمنها لك. ففعل، لم يكن العتق عن الأمر. والله أعلم بالصواب.

(١) في ب: طلب.

(٢) في ب: فلم.

(٣) في أ: وأجابته.

(٤) في ب: علي.

كتاب المكاتب

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول:

[الفصل^(١) الأول]

في بيان شرط جواز الكتابة^(٢) وحكمها والألفاظ التي تقع بها الكتابة

فنقول: شرط جواز الكتابة على الخصوص قيام الرق في المحل، وكون المسمى معلوم الجنس، والقدر شرط أيضاً إلا أنه ليس من شرطها على الخصوص، وكونه^(٣) مؤجلاً [أو]^(٤) منجماً ليس بشرط عندنا ولب المسألة أن الكتابة حالة هل يجوز؟ فعند علمائنا - رحمهم الله - يجوز.

وحكمها من جانب العبد في الحال ثبوت حرية العبد^(٥) حتى يصير [أحق]^(٦) برقبته ومنافعه وكسبه يتصرف في منافعه وكسبه^(٧)، ويذهب حيث شاء للتجارة، ولو أراد المولى أن يمنعه عن السفر لا يكون له ذلك، ولو شرط المولى عليه ألا يخرج من البلدة كان الشرط باطلاً.

وحكمها من جانب العبد في الثاني ثبوت حرية الرقبة إذا أدى بدل الكتابة،

(١) سقط في م.

(٢) الكتابة: مصدر كاتب يكاتب كتابة ومكاتبه، وهي لغة: الضم والجمع لأن فيها ضم نجم إلى نجم. والنجم يطلق على الوقت الذي يحل فيه مال الكتابة. والمراد به العبد المكاتب. ينظر: لسان العرب (١٨/١٣)، مادة (كتب).

والمكاتبية اصطلاحاً: هي عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين أو أكثر. أو عقد يوجب عتقا على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه.

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٨٨)، تحفة المحتاج (٤/٥٠٠)، وحاشية البجيرمي (٥/٤٦٢)، ومغني المحتاج (٤/٤١٦).

(٣) في ب: وكونها.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: اليد.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: ومكاسبه.

وحكمها من جانب المولى في الحال ثبوت حق المطالبة ببدل الكتابة، وفي الثاني حقيقة الملك في البديل إذا قبضه، ثم المكاتب يعتق عند أداء بدل الكتابة سواء قال له المولى في عقد الكتابة: على أنك إن أديت إلي كذا فأنت حر، أو لم يقل كذلك واقتصر على قوله: كاتبك، ثم إن كانت الكتابة حالة للمولى أن يطالبه بأداء جميع بدل الكتابة كما فرغ من العقد.

وإن كانت مؤجلة منجمة فإنما^(١) يطالبه عند كل نجم بما يخص ذلك النجم، والله أعلم.

جئنا إلى بيان الألفاظ قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال الرجل لعبده: قد جعلت عليك ألفا تؤديها إليّ نجوماً أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر، وإن عجزت عنها فأنت رقيق، فهذا^(٢) مكاتب وهو جائز. وفي الوصايا إذا قال لعبده: أد إلي ألف درهم في كل شهر مائة وأنت حر، قال: هذا مكاتب وهو جائز.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في الإملاء إذا قال لعبده: إن^(٣) أديت إليّ ألف درهم كل شهر مائة فأنت حر، أول النجم كذا، وآخره كذا، فقبل ذلك فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: [هذا مكاتب]^(٤)، قال: هذا وقوله: إذا أديت إلي ألف درهم، ولم يسم الشهور سواء، وينبغي أن يكون مكاتباً^(٥) [كله أو لا يكون مكاتباً]^(٦) حتى يقع اسم الكتابة، يعني حتى يأتي بلفظ الكتابة ولكنه أخذ بالاستحسان والله أعلم.



(١) في ب: فإننا.

(٢) في ب: فهو.

(٣) في ب: إذا.

(٤) في ب: هذه مكاتب.

(٥) في ب: مكاتب.

(٦) سقط في ب.

الفصل الثاني

في بيان ما تصح الكتابة [به] ^(١) وما لا تصح

الأصل أن جهالة البدل متى كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية في العقود كلها سواء كان عقد ^(٢) معاوضة مال بمال كالبيع والإجارة وأمثالهما، أو عقدًا هو معاوضة مال بما ليس بمال كالخلع والكتابة وأشباههما، وجهالة البدل متى كانت جهالة الوصف منعت صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بمال، ولا تمنع صحة التسمية في عقد هو معاوضة مال بما ليس بمال.

فرق بين معاوضة المال بالمال وبين معاوضة المال بما ليس بمال، المال ليس بمقصود وباختلاف الوصف إنما تختلف المالية، فإذا لم تكن مقصودة فهذه الجهالة لا تخل بالمقصود فصار وجودها والعدم بمنزلة، فأما في معاوضة المال بالمال المالية مقصودة وباختلاف الوصف تختلف المالية فتخل بالمقصود فيجب اعتبارها. بيان هذا الأصل من المسائل ما ذكر في الزيادات:

رجل قال لعبد: كاتبك على عبد، فقبله العبد جازت الكتابة؛ لأن الكتابة معاوضة المال بما ليس بمال، وقد ذكرنا أن جهالة وصف البدل في مبادلة المال بما ليس بمال لا يمنع صحة التسمية، قال: وينصرف إلى العبد الوسط؛ لأن التسمية إذا صحت وجب العبد دينًا في الذمة، والأصل في الحيوان المجهول إذا وجب دينًا في الذمة أنه ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية والوصية، والمعنى في ذلك أن في الصرف إلى الوسط بين الجيد والرديء نظر للجانيين، والوسط عند أبي حنيفة - رحمه الله - الذي قيمته أربعون درهمًا، وقالوا: هو على قدر غلاء السعر والرخص، والمسألة معروفة ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب؛ لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب، فقد جعل العبد ^(٣) هنا جنسًا واحدًا.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: عقدًا هو.

(٣) في م: العقد.

وذكر في كتاب الوكالة فيما إذا وكل رجلاً بشراء عبد وجعله أجناساً مختلفة وكأنه عمل بالشبهين فألحقه بالجنس الواحد إذا سمي^(١) في عقد هو معاوضة المال بما ليس بمال وألحقه بالأجناس المختلفة إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بالمال . وكذلك لو كاتبه على حنطة أو شعير وسمى مقداراً معلوماً، إن وصف ذلك بصفة بأن شرط الجيد أو الرديء أو الوسط يعقد العقد على ذلك الوصف، وإن لم يصف ذلك بصفة انصرف إلى الوسط لما ذكرنا في العبد .

ولو كاتبه^(٢) على ثوب ولم يبين هروياً ولا مروياً كانت التسمية فاسدة؛ لأن الثياب أجناس مختلفة، ولهذا لو وكل رجلاً بأن يشتري له ثوباً لا يجوز، ولو كاتبه على دراهم، فقبله العبد كانت التسمية فاسدة؛ لأن المسمى مجهول القدر جهالة فاحشة لا وسط يقدرها حتى ينصرف إليه، والصرف إلى الأقل والأكثر متعذر؛ لأن إيجاب قيمة المبدل ممكن؛ لأن العبد متقوم في نفسه والأصل في الأشياء قيمتها، وإنما يعدل عنها عند صحة التسمية ولم تصح بفوته التسمية فبقي حكم الأصل، وهو معنى قولنا: تعذر الصرف إلى الأقل والأكثر فبقي مجهول القدر جهالة فاحشة، وجهالة القدر نظير جهالة الجنس، وجهالة الجنس مانعة صحة التسمية في العقود كلها.

وقال في الأصل [في]^(٣) مسألة الثوب: وإذا فسدت الكتابة فإذا أدى إلى المولى ثوباً لا يعتق، ولو كاتبه على قيمته كانت الكتابة فاسدة؛ لأن البدل مجهول القدر؛ لأن القيمة إنما تعرف بالحزر والظن فرب مقوم^(٤) يقومه بألف وعشرة ورب مقوم يقومه بألف، ورب مقوم [يقومه]^(٥) بألف إلا عشرة، وإذا [كانت القيمة محتملة لهذه

(١) زاد في ب: المختلفة .

(٢) في أ: كاتب .

(٣) سقط في ب .

(٤) في ب: مقوم .

(٥) سقط في ب .

المقادير، فإذا كاتبه على قيمته فكأنه^(١) كاتبه على أحد هذه المقادير، وهناك تفسد الكتابة لجهالة قدر البدل، كذا هاهنا.

فرق بين هذا وبين ما إذا كاتبه على عبد فإنه يجوز وإن كان يجب بهذه التسمية قيمة عبد وسط، ولهذا لو أتى بقيمة العبد يجبر المولى على القبول وهي مجهولة القدر.

والفرق: أن القيمة بتسمية العبد تجب حكمًا لا قصدًا فإنه نص على تسمية [العبد وهنا تسمية القيمة تثبت قصدًا فإنه نص على تسمية]^(٢) القيمة وكانت^(٣) مقصودة وقد ثبت [حكم]^(٤) الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدًا فإن أدى قيمته إلى المولى وقبل المولى يعتق.

فرق بين هذا وبين ما إذا كاتبه على ثوب وأدى إلى المولى ثوبًا حيث لا يعتق، وفي الموضوعين جميعًا الكتابة قد فسدت.

والفرق: أن في الكتابة شيئين معاوضة وتعليق عتق بأداء العوض، فأما معاوضة فلوجود العوض من الجانبين، وأما تعليق العتق بأداء العوض فإن حد^(٥) التعليق أن يتعلق [بزوال الجزاء]^(٦) بشرط يوجد في المستقبل، وفي الكتابة تعليق وقوع العتق بأداء ما صار عوضًا قلنا: والقيمة تصلح عوضًا؛ لأنهما معلومة الجنس وتصير معلومة القدر عند الأداء، وإذا صلح عوضًا؛ لأنها معلومة الجنس ويصير معلوم القدر عند الأداء وإذا صلح عوضًا وهو ملفوظ به تعلق العتق بأدائه، فأما الثوب لا يصلح عوضًا؛ لأنه مجهول الجنس والقدر، وما لا يصلح عوضًا في المعاوضات لا يتعلق العتق بأدائه في الكتابة؛ لأن عتق المكاتب يتعلق بأداء العوض؛ لأن التعليق

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فكانت.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: حق.

(٦) في ب: بنزول الجزاء. في المحيط: بنزول الحر.

يثبت بالمعاوضات^(١)؛ فيتعلق بأداء ما هو عوض فلا يعتق بأداء الثوب .
ثم فيما إذا كاتبه على قيمته ذكر أنه يعتق بأداء القيمة، ولم يذكر أن أداء القيمة
بماذا يثبت؟ قالوا: أداء القيمة إنما يثبت بأحد أمرين، إما أن يتعارفا^(٢) على أن ما
أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتعارفهما^(٣) لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما،
وصار كضمان الغصب والبيع الفاسد .

وإن اختلفا يرجع إلى تقويم المقومين فإن اتفق اثنان على شيء يجعل ذلك قيمة
له، وإن اختلفا قوم أحدهما بألف والآخر بألف وعشرة، لا يعتق ما لم يؤد أقصى
قيمه .

ثم^(٤) فصل الثوب فرق بين الكتابة وبين ما إذا قال له: إن أديت إلي ثوبًا فأنت
حر، فأدى إليه ثوبًا يعتق، وإن^(٥) كاتبه على ثوب فأدى إليه ثوبًا لا يعتق، والكتابة
تعليق العتق بأداء المسمى كقوله: إن أديت .

والفرق: أن التعليق في الكتابة إنما يثبت بعقد المعاوضة، فإنما يثبت التعليق بأداء
ما يصلح عوضًا والثوب لا يصلح عوضًا لكونه مجهول الجنس والقدر فلم يتعلق
العتق بأدائه، فأما في قوله: إن أديت، التعليق ثابت نصًا لا بالمعاوضة، فيتعلق بما
سمى؛ لأنها تصلح عوضًا وقد سمي ثوبًا فيتعلق العتق بأدائه .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - فيما إذا كاتبه على ثوب أنه إن^(٦) أدى قيمة نفسه
هل يعتق أم لا؟ وذكر أنه^(٧) إذا كاتبه على حكمه أو على حكم العبد أنه لا يجوز
الكتابة وإن^(٨) أدى قيمته لا يعتق .

(١) في ب: بالمعاوضة .

(٢) في ب: يتصادقا .

(٣) في ب: بتصادقهما .

(٤) في ب، م: في .

(٥) في ب: وإذا .

(٦) في ب: إن .

(٧) في ب: فيما .

(٨) في ب: وإذا .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : لا فرق بين المسألتين ؛ لأن في المسألتين جميعًا ما سمي لا يصلح عوضًا ؛ لأنه مجهول القدر والجنس ، ثم قال في تلك المسألة : إنه لا يعتق بأداء القيمة فكذا في مسألة الثوب .

قال - رحمه الله - : وهذا الذي ذكر قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - فإن على قول علمائنا الثلاثة متى كان المسمى لا يصلح عوضًا لجهالة^(١) القدر أو لجهالة الجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ، ولا تنعقد هذه الكتابة أصلًا ؛ لا على المسمى ولا على القيمة^(٢) .

وكذلك لو قال له : كاتبك ، وسكت عن ذكر البديل لا تنعقد الكتابة أصلًا عند علمائنا الثلاثة ؛ وهذا لأن في الكتابة شيئين معاوضة ، وتعليق عتق بأداء ما يصلح عوضًا ، [فباعبار معنى]^(٣) المعاوضة إن كان موجب^(٤) انعقادها على القيمة وإن لم تكن القيمة ملفوظا بها ؛ كما في البيع الفاسد فمعنى التعليق يمنع انعقادها على القيمة إذا لم تكن القيمة ملفوظا بها ؛ لأن التعليق بالشرط لا يثبت في موضع ما من غير لفظ ، فإن أدنى حد الشرط أن يكون ملفوظًا بها ، فباعبار أحد المعنيين يوجب الانعقاد ، والآخر يمنع الانعقاد والانعقاد لم يكن ثابتًا فلا يثبت بالشك بخلاف البيع ؛ لأن البيع معاوضة من كل وجه والعوض ما يثبت في المعاوضات من غير شرط كما في الغصب ، وكما لو أكل طعام غيره حالة المخمصة ، فأما شرط العتق في موضع ما لا يثبت من غير لفظ^(٥) .

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب المكاتب أن المسمى في الكتابة إذا لم يكن مالاً متقومًا لا تنعقد الكتابة أصلًا ، كما إذا كاتبها على حكمه أو^(٦) حكم

(١) في م : بجهالة .

(٢) تبين الحقائق (١٥٥/٥) .

(٣) في أ : ومعنى . في المحيط : واعتبار معنى .

(٤) في ب : لو وجب . في المحيط : يوجب .

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٩٥/٤) .

(٦) في م : و .

(٧) في م : بعين .

العبد، فإن حكمه قد يكون بغير^(١) المال، أو كاتبها على ميتة لا تنعقد الكتابة أصلاً، لا على المسمى ولا على القيمة؛ فلا تعتق بأداء القيمة، وإذا كان المسمى في الكتابة مالاً متقومًا إلا أنه مجهول الجنس أو القدر ينعقد^(٢) العقد على القيمة ويعتق بأداء القيمة، وإذا كاتبه على مال معين لغير المكاتب بأن كاتبه مثلاً على عبد بعينه، أو على عرض بعينه هو لغير المكاتب، فقد ذكر في الجامع الصغير مطلقاً أنه لا يجوز^(٣).

وفي الحاصل: المسألة على الوجهين [في أنه]^(٤) إن لم يجزه صاحب العين أو أجزاه، إن لم يجزه لا تجوز الكتابة؛ لأن الكتابة من حيث إنها عقد يقال وينسخ نظير^(٥) البيع، ولو اشترى شيئاً بعرض لغيره ولم يجزه صاحب العوض فإن الشراء لا يفسخ^(٦) فكذلك الكتابة، وهذا بخلاف ما لو تزوج امرأة على عرض لغيره فلم يجزه صاحب العرض فإن النكاح يجوز، وكان [على المرأة]^(٧) أن ترجع على الزوج بقيمة العرض، والكتابة لا تجوز وذلك لأن النكاح مما لا يفسخ بهلاك الصداق قبل القبض، فكذلك بالاستحقاق لا يفسخ، وإذا لم يفسخ النكاح بقي السبب الموجب لتسليم العرض والزوج عاجز عن ذلك فكان عليه تسليم قيمته.

فأما الكتابة مما يحتمل الفسخ بالإقالة فكان كالبيع، وفي باب البيع إذا لم يجز صاحب العرض فإن البيع لا يجوز؛ فكذلك الكتابة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الأصول وأصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يجوز حتى إنه إن ملك دين الغير^(٨) فأداه إلى المولى عتق، فإن عجز عن أدائه رده المولى في الرق؛ لأن المسمى مال متقوم

(١) في أ: فينعقد.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٩٥/٤).

(٣) في ب: إما.

(٤) في م: بطريق.

(٥) في ب: يصح.

(٦) في ب: للمرأة.

(٧) في أ: العين.

وقدرته على التسليم مما يحدث له فيه من الملك موهوم فتصح التسمية كما في الصداق إذا سمي عبد غيره فإنه تصح التسمية، بهذا الطريق.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : أنه إذا ملك ذلك الغير وأدى، لا يعتق إلا أن يكون المولى قال له: إذا أديت إليّ فأنت حر. فحينئذ بحكم التعليق يعتق؛ لأن ملك الغير^(١) لم يصير بدلا في هذا العقد بتسميته؛ لأنه غير مقدور التسليم له، وإذا لم يسم شيئا آخر معه لم ينعقد العقد أصلا فلا يكون العتق بحكم العقد، وإنما يكون باعتبار التعليق بالشرط، فإذا لم يصرح بالتعليق قلنا: إنه لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو مئة.

وأما إذا أجازته صاحب العرض، قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : يجب أن تكون المسألة على روايتين: في رواية يجوز، وفي رواية لا يجوز؛ لأنه متى أجازته^(٢) صاحب العرض صار مقرضا العرض من العبد كما في البيع، فيصير العرض من كسبه والمولى متى كاتب عبده على عين في يده وهو من كسبه [بأن كان عبداً مأذوناً في التجارة في يده عين حصلت من كسبه]^(٣) هل تصح الكتابة أم لا؟ قالوا: فيه روايتان:

في رواية: يجوز، وهي رواية كتاب الشرب، فقد ذكر في كتاب الشرب: إذا كاتب عبده على أرض في يده جازت الكتابة.

وفي رواية: لا تجوز.

وبعض مشايخنا قالوا: وقفنا على رواية الجواز في كتاب الشرب ولم نقف على

رواية الفساد.

وعامتهم قالوا: وقفنا على رواية الفساد وهو^(٤) آخر كتاب المكاتب في الأصل.

(١) في أ: العين.

(٢) في ب: أجاز.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: وهي.

وقيل: أشار في نكاح الأصل إلى هذه الرواية.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله نصًّا أنه لا يجوز فصار في المسألة روايتان، واتفقت الروايات أنه لو كاتب على دراهم في يد العبد من كسبه فإن^(١) الكتابة جائزة، وجه الرواية التي قالت: لا تجوز، وهي^(٢) أنا متى جوزنا الكتابة على العين لا يخلو إما أن نجعل العبد أحق بهذه^(٣) العين أو لا، ثم نجعله بدل الكتابة بعد ما صار أو لا نجعله أحق به، فإن لم نجعله أحق به لم تجز هذه الكتابة؛ لأنها لا تفيد شيئاً، فإن العين قبل [هذه]^(٤) الكتابة مملوكة للمولى رقبة ويدا، فمتى بقي كذلك بعد الكتابة ولم يصير العبد أحق به لم يستفد المولى بهذه الكتابة شيئاً لا ملك الرقبة، ولا ملك التصرف، وكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً من العبد المأذون ولا دين عليه. وإن جعلناه أحق به لا يجوز أيضاً، وإن كان لو جاز لأفاد فإن المولى يستفيد به^(٥) التصرف؛ وذلك لأننا متى جوزنا الكتابة على العين بهذا الطريق لا يتحقق معنى الكتابة؛ لأن تفسير^(٦) الكتابة شرعاً إيجاب حريتين على سبيل التعاقب والترادف وهو إثبات حرية اليد، ثم حرية الرقبة على ما بينا، ومتى جوزنا الكتابة على العين تثبت الحريتان معاً لا على سبيل التعاقب فيكون إعتاقاً على ما قال، فلا يكون كتابة. بيانه: أن العبد إذا صار أحق بالعرض أو لا يصير العرض مملوكاً للمولى على الحقيقة بنفس العقد، كما لو اشترى منه بعد الكتابة عرضاً يصير مملوكاً للمولى [على الحقيقة]^(٧) بنفس الشراء، حتى لو اشترى امرأته من المكاتب فسد النكاح بنفس الشراء، وإذا ملكه بنفس العقد يعتق العبد كما فرعنا بين^(٨) العقد فثبتت حرية

(١) في ب: أن.

(٢) في ب: وهو.

(٣) في ب: بهذا.

(٤) سقط في ب.

(٥) زاد في ب: ملك.

(٦) في ب: تصيير.

(٧) في ب: حقيقة.

(٨) في ب: من.

اليد والرقبة معًا لا على سبيل الترادف فيكون إعتاقًا على مال حينئذ لا كتابة، فإذا تجويز [الكتابة على] ^(١) العتق متعذر بخلاف ما لو كاتبه على الدراهم التي في يده، فلأنا ^(٢) لو جوزنا الكتابة على هذه الدراهم جعلنا ^(٣) العبد أحق به، فإن العقد لا يتعلق بعينه حتى يملكه المولى حقيقة بنفس العقد، وإنما يتعلق العقد بمثله دينًا في الذمة؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا، وما ثبت دينًا في ذمة العبد للمولى فإنه يملكه المولى على الحقيقة بالقبض، ولهذا لم تصح الكتابة ^(٤) بها، وإذا توقف حقيقة الملك في الدين على القبض، يتحقق معنى الكتابة فإنه يثبت حرية اليد للحال، وحرية الرقبة في الثاني، إذا صار بدل الكتابة مملوكًا للمولى على الحقيقة، فأما إذا كان عينًا فإن المولى يملكه على الحقيقة بنفس العقد كما لو اشترى منه.

وأما وجه الرواية التي [قال] ^(٥) بأنه يجوز لأن الكتابة على دراهم في [يد] ^(٦) العبد تجوز، ويصير العبد أحق به، فكذا [لا] ^(٧) [يجوز على عين في يده ويصير المكاتب أحق به، ومتى صار أحق به إن] ^(٨) أفادت الكتابة فائدتها فيجوز قوله، وإن صار أحق به، لا تجوز الكتابة على العين؛ لأنه يثبت الحرّيتان معًا فيكون عتقًا ^(٩) على مال لا كتابة.

قلنا: هذا هكذا أن لو جعلنا بدل الكتابة رقبة العرض ^(١٠)، فيقال: يثبت الملك للمولى في رقبة العرض ^(١١) بنفس [العقد] ^(١٢) كما لو اشترى فثبت الحرّيتان معًا لا

- (١) سقط في ب.
- (٢) في ب: لأنا.
- (٣) في ب: وجعلنا.
- (٤) في ب: الكفالة.
- (٥) سقط في ب، م.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) سقط في ب.
- (٩) في أ: عتقًا.
- (١٠) في أ: العوض.
- (١١) في أ: العوض.

على سبيل التعاقب والترادف ونحن لا نجعل بدل الكتابة رقبة العرض^(١)، بل نجعل بدل الكتابة ملك التصرف في العرض^(٢) فيثبت للمولى بعقد الكتابة ملك التصرف في العرض^(٣)، وملك الرقبة كما يصلح عوضاً^(٤) في المعاوضات فملك التصرف يصلح عوضاً؛ ألا ترى أنه إذا اشترى رب المال من المضارب ولا ربح في مال المضاربة، صح الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف، وإذا صلح ملك اليد والتصرف عوضاً كما يصلح ملك الرقبة عوضاً جعلنا بدل الكتابة ملك التصرف لا ملك الرقبة بل تبقى الرقبة [عوضاً]^(٥) على ملك المولى، وإنما فعلنا هكذا تصحيحاً للكتابة؛ وهذا لأننا متى جعلنا البديل ملك الرقبة لا تصح الكتابة؛ لأنه يثبت الحريتان معاً لا على سبيل الترادف.

وإذا جعلنا البديل ملك اليد والتصرف تصح الكتابة؛ لأنه تثبت الحريتان على سبيل الترادف؛ لأن ملك التصرف إنما يصير للمولى بعد العتق، فتثبت للمكاتب حرية اليد بنفس العقد، وتثبت حرية الرقبة بعدما ثبت ملك الرقبة للمولى بالقبض فتثبت الحريتان على سبيل الترادف فجعلناه كذلك تصحيحاً للكتابة بقدر الممكن بخلاف البيع، وذلك أننا إذا جعلنا هناك ملك الرقبة معقوداً عليه مع ملك التصرف لا يؤدي إلى فساد، فجعلنا كلا الأمرين معقوداً عليه كما لو اشترى من الحر.

وإن قال: كاتبك على ألف فلان هذه، فإن الكتابة تجوز، وذلك لأن الدراهم والدنانير مما لا يتعينان بالتعيين في عقود المعاوضات عندنا، حتى لا يتعلق العقد بعين ما أضيف إليه، وإنما يتعلق بمثله ديناً في الذمة، وإذا لم يتعينا بالتعيين صار وجود هذا التعيين وعدمه بمنزلة.

(١٢) سقط في ب.

(١) في أ: العوض.

(٢) في أ: العوض.

(٣) في أ: العوض.

(٤) في م: عرضاً.

(٥) سقط في ب.

ولو عدم التعيين بأن قال: كاتبك على ألف درهم جاز، [فكذلك] ^(١) إن ^(٢) وجد ولم يكن له غيره، فإن أدى إليه تلك الألف بعينها لا شك أنه يعتق. وإن أدى ألفاً غيرها فكذلك.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال لعبده: إن أديت إلي ألف فلان فأنت حر. فأدى غيرها فإنه لا يعتق.

وفي الكتابة تعليق عتق ^(٣) كما في قوله: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر. قال: إذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة؛ لأن الخمر والخنزير كل واحد منهما ليس بمال متقوم في حق المسلم، وتسمية ما ليس بمال متقوم في عقد يحتاج فيه إلى التسليم يوجب فساد العقد كالبيع، فإن أدى ذلك قبل أن يترافعا إلى القاضي عتق وعليه قيمة نفسه؛ لأن الكتابة قد فسدت، والمعقود عليه في العقود الفاسدة مضمون بالقيمة.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن عند زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه؛ لأن البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة، وإنما يعتق المكاتب بأداء البدل، وعند أبي يوسف - رحمه الله - [أنه إذا] ^(٤) أدى المشروط أو قيمة نفسه، فإنه يعتق؛ لأن البدل صورة هو المشروط والعتق معلق بأدائه، ومن حيث المعنى البدل هو القيمة، وأيهما أدي، يعتق.

وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في الكتابة إذا كانت فاسدة بأن حصلت على ألف ورطل من خمر أو على عبد لرجل أو ما أشبه ذلك، وأدى المكاتب ما شرط إلى المولى في عقد الكتابة عتق ويسعى ^(٥) في تمام قيمته. قال: وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: إن قال مولى المكاتب في عقد الكتابة: إن

(١) سقط في م.

(٢) في ب، م: إذا.

(٣) في ب: يمين.

(٤) في ب: بما.

(٥) في ب: وسعى.

أديت إلي فأنت حر، عتق عند الأداء وعليه تمام قيمته، وإن لم يقل ذلك في عقد الكتابة لم يعتق.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ينبغي في قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا قال: إن أديت إلي فأنت حر أنه إذا أدى عتق ولا شيء عليه.

وإذا كاتب الرجل عبده على ألف درهم وفي يد العبد ألف درهم أو أقل أو أكثر، [كانت الكتابة جائزة، وكان ينبغي ألا تجوز إذا كان في يده أكثر]^(١) من ألف أو أقل؛ لأنه ربا.

ألا ترى أنه إذا اشترى^(٢) ألفاً بألفين بعد الكتابة فإنه لا يجوز، إنما لا يجوز لمكان الربا.

والفرق: أن حكم هذا الربا أخف عنده من حكمه بعد الكتابة؛ لأن العقد هنا يوجد مع العبد، ولا ربا بين المولى [وبين العبد]^(٣) وحكمه هنا يقع بعد الكتابة، والربا يجري بين المولى ومكاتبه، فباعتبار العقد لا يكون هذا ربا، وباعتبار الحكم يكون ربا، فكان ربا من وجه دون وجه، فيشبه من هذا الوجه الاعتياض عن الأجل؛ لأن ذلك ربا عند بعض الفقهاء، وليس بربا عند البعض، وكان ربا من وجه دون وجه فجاز فكذا هذا، بخلاف^(٤) ما لو وجد مع المكاتب هذا العقد بعد الكتابة؛ لأنه ربا باعتبار العقد والحكم جميعاً فكان ربا من كل وجه، والمولى مع المكاتب فيما كان ربا من كل وجه ملحق بالحر، وفيما كان ربا من وجه دون وجه يلحق بالعبد المأذون؛ لأن المكاتب بين الحر والعبد. والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: منه.

(٣) في ب: وعبده.

(٤) في ب: الحلاف.

الفصل الثالث

في الشرط والخيار في الكتابة

قال محمد - رحمه الله - : إذا كاتب الرجل عبده على أن يخدمه شهرًا القياس ألا يجوز.

وفي الاستحسان يجوز، وجه القياس أن الحرية مجهولة الجنس فقد يكون في البيت وإنها مختلفة، وقد تكون طبخًا وقد تكون كنسًا، وقد تكون خارج البيت، وإنها مختلفة أيضًا، وقد تكون سقيا، وقد تكون كسر حطب، وشراء شيء والتفاوت الكثير يوجب اختلاف الجنس، وجهالة الجنس توجب فساد الكتابة.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : ذكر القياس في الكتابة يكون ذكرًا في الإجارة، فيقال فيما إذا استأجر رجلاً ليخدمه شهرًا إنه لا يجوز قياسًا من طريق الأولى؛ لأن الكتابة أسرع جوازًا من الإجارة.

وجه الاستحسان: أن أعمال الخدمة معلومة فيما بين الناس [عرفًا، والمعروف فيما بين الناس]^(١) كالمشروط؛ ولهذا جازت الإجارة وإن لم يبين نوع الخدمة، وينصرف مطلق اسم الخدمة إلى ما يعتاد خدمة فيما بين الناس في البيت وخارج البيت، فكذا هنا وبل أولى؛ لأن الكتابة أسرع جوازًا من الإجارة.

وكذلك إذا كاتبه على أن يخدم فلانًا شهرًا صح استحسانًا لا قياسًا. ولو كاتب عبده على ألف درهم على أن يؤديها المكاتب إلى غريم له، كانت الكتابة جائزة.

فرق بين الكتابة وبين البيع فإنه إذا باع عبده بألف درهم على أن يؤديها^(٢) المشتري إلى غريم البائع كان البيع فاسدًا، وقد شرط في الموضوعين شرطًا لا يقتضيه [العقد؛ لأن العقد في الموضوعين لا يقتضي^(٣) الأداء إلى غير العاقد، وللمولى

(١) زاد في ب: وإن لم يبين.

(٢) في ب: يؤدي.

(٣) سقط في ب.

والبائع في هذا الشرط فائدة؛ لأنه أسقط عن نفسه مؤنة القضاء إلى غريمه، والناس يتفاوتون في الاستيفاء، فمع^(١) هذا يحكم^(٢) بفساد البيع ولم يحكم بفساد الكتابة. والوجه في ذلك: أن البيع بمثل هذا الشرط إنما يفسد بسبب الربا؛ لأنه شرط على المشتري لنفسه منفعة ليس بإزائها عوض، والربا ما ملك بالبيع وخلا عن العوض، والربا يفسد البيع وفي الكتابة لا يصير ربا؛ لأنه حال ما يشترط عليه هذه الزيادة المكاتب عبده؛ لأن العقد يجري بينهما، وهو عبده، وحكمه يثبت وهو مكاتب فكان ربا من وجه باعتبار الحكم، ولم يكن ربا من وجه العقد، ومثل هذا لا يفسد الكتابة، كما لو كاتب عبداً له على نفسه وما في يده من المال بألف درهم [وفي يد العبد ثلاثة آلاف درهم. وكذلك لو كاتب عبده]^(٣) على أن يضمها لرجل عن سيده فكتابته^(٤) جائزة، ولو كان مكان المكاتبه بيعة بأن باع عبداً من رجل بألف درهم على أن يضم المشتري الثمن عنه لغريم البائع، فالبيع فاسد والفرق ما ذكرنا [قال]^(٥): والضمان جائز أيضاً وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجوز.

ولو قال العبد للمولى: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان، تجوز هذه الكتابة، وطريقه أنهما وإن شرطاً في الكتابة شرطاً لا يقتضيه [عقد الكتابة إلا أنه لا منفعة للمولى في هذا الشرط؛ لأن الألف من ماله ومن مال فلان في حق المولى على السواء واشتراط ما لا يقتضيه]^(٦) العقد إذا لم يكن للمشروط^(٧) فيه منفعة لا توجب فساد العقد عرف ذلك في كتاب البيع^(٨)، ويجوز من اشتراط الخيار

(١) في ب: مع.

(٢) في ب: حكم.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: فالكتابة.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: للمشتري.

(٨) في ب: البيوع.

في الكتابة ما يجوز في البيع؛ لأنها^(١) عقد يحتمل الفسخ والإقالة فيحتمل الخيار كالبيع.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز اشتراط الخيار في الكتابة لا للمولى ولا للمكاتب.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز اشتراط الخيار للمولى، ويجوز [اشتراط الخيار]^(٢) للمكاتب.

وفي ظاهر الرواية يجوز على نحو ما بينا.

وإن شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لم يجز عند أبي حنيفة - رحمه الله - كما في البيع، فإن أجاز صاحبه الخيار في الثلاثة، جاز وإن لم يمضها حتى مضت الثلاث، بطلت الكتابة عنده كما في البيع بشرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا لم يمض من له الخيار حتى مضت الثلاث، فإنه يبطل البيع عند أبي حنيفة كذا هنا.



(١) في أ: لأنهما.

(٢) سقط في ب.

الفصل الرابع

في عجز المكاتب وفسخ الكتابة بسبب عجزه

إذا عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة وأراد المولى أن يفسخ عقد الكتابة ويرده في الرق، إن رضي المكاتب بالفسخ لا شك أنه يفسخ العقد بفسخهما أيضاً، كالبيع والإجارة وأشباههما، وإن لم يرض المكاتب بالفسخ، ففسخ^(١) المولى العقد بنفسه ففيه روايتان:

في رواية: لا يصح فسخه ويحتاج^(٢) إلى قضاء قاض، وإنما كان للمولى حق فسخ الكتابة عند عجز المكاتب؛ لأنه^(٣) يمكن الخلل في مقصود المولى، ويتمكن الخلل في مقصود العاقد بعدم تمام الرضا^(٤) في العقد المحتمل للفسخ يمنع لزومه، وكل عقد هو ليس بلازم، فللعاقد فسخه بشرائط؛ لأن^(٥) هذا بمنزلة العيب من حيث إنه يوجب تمكن الخلل في مقصود العاقد، وبالعيب يفسخ كل عقد يحتمل الفسخ، فهذا أمر متفق عليه.

بعد هذا اختلفت الروايات في اشتراط قضاء القاضي لصحة هذا الفسخ، وجه الرواية التي قال: قضاء القاضي ليس بشرط أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد بالأداء؛ لأن [تمام الكتابة بالأداء؛ لأن تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فيشبه من هذا الوجه لو وجد المشتري معيباً قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ، ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي فهنا كذلك.

ووجه الرواية الأولى أن هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض لأن^(٦) المكاتب بعقد الكتابة صار في يده فيشبه^(٧) من هذا الوجه ما لو وجد المشتري

(١) في ب: فيفسخ.

(٢) زاد في ب: فيه.

(٣) في ب، م: أما إنه لا.

(٤) زاد في أ: وعدم تمام.

(٥) في ب: ولأن.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: فأشبهه.

بالمشترى عيبًا بعد القبض، فهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ كذا هنا.
 وإن أراد المكاتب أن يعجز نفسه، وقال المولى: لا أعجزك هل تفسخ الكتابة؟
 روي عن الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله - قال: سمعت أبا نصر محمد بن
 محمد^(١) بن سلمة عن أبيه محمد بن سلمة - رحمهم الله - أنه قال: إذا أباى المولى
 أن يعجزه، فله ذلك ولا تفسخ الكتابة بتعجيزه، وكان يقول: للمولى أن يقول له: إن
 أعجزتك فلي أن أستكسبك وأستغلك بالكسب ويكون الكسب لي خاصة، ولي ألا
 أعجزك وأستكسبك فيكون^(٢) الكسب لي ولك^(٣).

وقال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله -: وهذا^(٤) خلاف ما ذكر أصحابنا في
 كتبهم فإنهم قالوا: للعبد أن يعجز نفسه؛ وذلك لأن النفقة بعد التعجيز وفسخ الكتابة
 تكون على المولى، وكذلك جنايته تكون على المولى، وفي حالة الكتابة كل ذلك
 على العبد، فللعبد أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة حتى لا يلزمه ذلك.

فالحاصل: أن الكتابة من جانب المكاتب على قول محمد بن سلمة لازمة،
 وعلى ما يقوله أصحابنا في كتبهم غير لازمة، وإن كانت الكتابة مؤجلة [منجمة]^(٥)
 فكسر المكاتب نجمًا واحدًا قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى -: يرد في
 الرق.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا يرد ما لم يكسر نجمين.
 فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أن النجم الثاني جعل وقتًا لأداء ما وجب
 عليه بالأول، فلا يتم عجزه عن النجم الأول إلا بالثاني، ولهما ما ذكرنا من الوجهين
 إن^(٦) تمكن الخلل في مقصود المولى، وإن^(٧) هذا بمنزلة العيب، ومعنى آخر أن

(١) في ب: نصر.

(٢) في ب: ويكون.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/١٠٥).

(٤) في ب: وإنه.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: أنه.

(٧) في ب: أن.

النجم الأول لما مضى صار ذلك القدر حالاً فلا يؤجل ثانيًا بعد حلوله، وفي التأخير إلى الثاني تأجيل له، إلا أن^(١) يؤخر يومين أو ثلاثة أيام إذا كان له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه، ثم إذا كسر نجمًا أو نجمين، يرد في الرق، وإن لم يشترط المولى ذلك في العقد؛ لأن الفسخ والرد في الرق عند العجز من قضية عقد الكتابة شرعًا لما ذكرنا، وما يقتضيه العقد شرعًا، يثبت من غير شرط.



(١) في ب: أنه.

الفصل الخامس

في بيان ما يملك المكاتب وما لا يملك

قال محمد - رحمه الله - : مكاتب كاتب عبدًا له من اكتسابه، فهو جائز، وهذا استحسان أخذ به علماءنا - رحمهم الله - والقياس ألا يجوز، وهو قول الشافعي - رحمه الله - وهو أن الكتابة تعليق العتق بأداء المال في الحال وإعتاق في الثاني متى أدى، وأي الأمرين ما اعتبرنا لا يملكه المكاتب فإنه إذا قال لعبده: إذا أدت إليّ ألفًا، فأنت حر، أو أعتق عبده على مال لا يصح.

وجه الاستحسان: أن المكاتب بالكتابة استفاد حرية اليد للحال؛ ولهذا صار أحق بمكاسبه في حرية الرقبة في الثاني عند الأداء فيملك إثباته لغيره؛ ألا ترى أن العبد المأذون يملك إذن عبده في التجارة، وألا ترى أن الحر يملك إيجاب الحرية لعبده؛ لأن حقيقة الحرية ثابتة له للحال بخلاف العتق على مال؛ لأنه إيجاب حفظه العتق للحال وهذا غير ثابت للمكاتب للحال، فلا يمكن^(١) إثباته [لغيره]^(٢)، بخلاف^(٣) ما لو قال لعبده: إذا أدت إليّ ألفًا؛ لأنه تعليق عتق [بشرط^(٤) مقصود]^(٥)، وهذا غير ثابت للمكاتب مقصودًا، وإنما يثبت له هنا لثبوت فك الحجر عن الإكساب بالكتابة؛ فلا يملك إثباته مقصودًا لغيره؛ لأنه غير ثابت له مقصودًا، ويملك إيجابه تبعًا؛ لأنه ثابت له، والإنسان إنما يملك إيجاب الشيء لغيره بعد ما يثبت له.

ثم إذا جازت^(٦) كتابة المكاتب لو أدى المكاتب الثاني مكاتبته عتق؛ لأن الكتابة عندنا صحت من المكاتب، وما صح من المكاتب، كان المكاتب فيه كالحر، وإذا عتق الثاني بأداء مكاتبته ينظر: إن كان الأول مكاتبًا حال عتق الثاني فإن الولاء يثبت

(١) في م: يملك.

(٢) في م: له للحال.

(٣) في ب: وبخلاف.

(٤) في م: بالشرط.

(٥) في ب: بالشرط مقصودًا.

(٦) في ب: صارت.

لمولى المكاتب الأعلى وإن كان حرًّا فالولاء يثبت للمكاتب الأعلى لا لمولاه؛ وهذا لأن المكاتب الأعلى لما^(١) صار مكاتبًا للثاني، فمولاه^(٢) صار مكاتبًا للثاني من وجه؛ لأن لكل واحد منهما حق الملك في كسب المكاتب، فالكتابة داخلة تحت كتابة الأول فتكون حاصلة بإذن المولى فبقدر ما للمولى^(٣) من حق الملك في كسبه يصير منقولاً^(٤) إلى المولى فيصير المولى مكاتبًا له من وجهه، وبقدر^(٥) ما للمكاتب الأول يصير مكاتبًا له إلا أن حق المكاتب في كسبه أرجح من حق المولى؛ لأن له حق الملك^(٦) وحق التصرف، وللمولى حق الملك، وليس له حق التصرف، فإذا أمكن إثباته منهما^(٧) بأن كان الأول من أهل الولاء^(٨) حال عتق الثاني كان إثبات الولاء منه أولى؛ لرجحان حقه على حق المولى، وإذا لم يكن المولى من أهل الولاء بأن كان مكاتبًا أثبتاه من مولاه، وإذا ثبت الولاء للمولى إذا أدى المكاتب الأول بعد ذلك [واعتق، لا يتحول الولاء إلى المكاتب الأول، وإن عجز الأول]^(٩) ورد في الرق ولم يؤد الثاني مكاتبته بعد، بقي الثاني مكاتبًا على حاله؛ لأن كتابة الثاني قد صح من المكاتب وكل تصرف صح من المكاتب لا يبطل بعجز المكاتب، ونظيره العبد المأذون إذا أدى لعبده في التجارة، ثم حجر المولى على الأول يبقى الثاني مأذونًا، وإذا بقي الثاني مكاتبًا يصير مملوكًا للمولى على الحقيقة حتى لو أعتقه نفذ عتقه على الحقيقة، ولو أن الأول لم يعجز، ولكن مات قبل الأداء ولم يؤد الثاني مكاتبته أيضًا بعد هذا، فهذا على وجهين:

-
- (١) في ب: كما.
 - (٢) في ب: فولأؤه.
 - (٣) في ب: للمملوك.
 - (٤) زاد في ب: لا.
 - (٥) في أ: فبقدر.
 - (٦) في ب: تملك.
 - (٧) في ب: بينهما.
 - (٨) زاد في ب: من.
 - (٩) سقط في ب.

إما إن مات الأول، وترك أموالاً كثيرة سوى ما تركه على المكاتب الثاني^(١) من بدل الكتابة وبه وفاء بدل^(٢) كتابته وفي هذا الوجه لا تنسخ^(٣) كتابته على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى؛ فيؤدي مكاتبته، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، وما تبقى يكون لورثته الأحرار إن كانت له ورثة أحرار وإذا لم يكن، يكون لمولاه، ويبقى الثاني مكاتباً على حاله ويؤدي مكاتبته إلى وارث المكاتب الأول، ويعتق، وإذا أدى وعتق، كان ولاؤه للمكاتب الأول؛ حتى يرثه المذكور من ورثته.

الوجه الثاني: إذا مات الأول ولم يترك مالا سوى ما تركه على المكاتب الثاني من بدل الكتابة، وإنه لا يخلو إما إن كان مكاتبه الثاني أقل من مكاتبه الأول، وفي هذا الوجه تنسخ كتابة الأول ويكون عبداً، ويبقى الثاني مكاتباً للمولى ويؤدي إليه مكاتبته، ويعتق. وإن كان مكاتبه الثاني مثل مكاتبه الأول أو أكثر منه فلا يخلو: إن حلت المكاتب الثانية وقت موت الأول، ويحكم بحرية الثاني للحال، وبحرية الأول في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي من مكاتبه الثاني يكون لورثة المكاتب الأول الأحرار إن^(٤) كان له ورثة أحرار، ويكون ولاء الثاني للمكاتب الأول لا للمولى المكاتب الأول، وإن حلت^(٥) المكاتب على الثاني بعد موت المكاتب الأول، إن لم يطلب المولى الفسخ من القاضي حتى حلت، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا مات الأول لأجل، وقد^(٦) حل على الثاني وقت موته، وإن طلب من القاضي الفسخ، فالقاضي يفسخ كتابة الأول؛ لأن المكاتب^(٧) حلت على الأول، وماله على الثاني قد حل فيعتبر بما لو حل مكاتبه الأول حال حياته، وله على الناس ديون مؤجلة، وهناك

- (١) في ب: المولى.
- (٢) في ب: بين.
- (٣) في ب: تصح.
- (٤) في ب: وإن.
- (٥) في ب: تحل.
- (٦) في ب: فقد.
- (٧) في ب: مكاتبته.

إذا طلب المولى من القاضي الفسخ يفسخ، كذا هنا.
قال: ولو زوج أمة له، جاز؛ لأنه اكتساب فيملكه المكاتب كالكتابة، وهذا استحسان، والقياس: أنه لا يجوز، ذكر القياس والاستحسان في الأصل.
ولو وكل بذلك وكيلاً يجوز أيضاً؛ لأنه يملك المباشرة بنفسه، فيملك التفويض إلى غيره، وإن زوج عبداً فإنه لا يجوز؛ لأن تزويج العبد ليس بتجارة ولا اكتساب مال، وإنما هو إتلاف مال من غير عوض يحصل له، فإن رقبة العبد تصير مشغولة بالمهر والنفقة من غير مال يحصل له، ولا يتوقف هذا العقد أيضاً حتى لو^(١) أعتق المكاتب وأجازه، لا ينفذ؛ لأنه لا مجيز له حال وقوعه.

ولو وكل المكاتب بذلك رجلاً لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا يملك المباشرة بنفسه فلا يملك التفويض إلى غيره، فإن زوجه الوكيل قبل عتق المكاتب، لم يجز، ولم يتوقف، وإن زوجه بعدما عتق المكاتب، يتوقف على إجازة المكاتب؛ لأن الإجازة^(٢) مجهولة بعد العتق، فإن قال المكاتب للوكيل [بعدهم أعتق]^(٣): أجزت وكالتك رضيت بوكالتك، جاز، ويكون هذا توكيلاً، فالتوكيل ينعقد بلفظة الإجازة. وإن تزوج المكاتب امرأة بنفسه، يتوقف على إجازة مولاه، وكذلك لو وكل وكيلاً [بذلك]^(٤) فزوجه [الوكيل]^(٥)، يتوقف على إجازة المولى، فإن عتق المكاتب قبل إجازة [المولى]^(٦)، نفذ ذلك النكاح على المكاتب؛ فلا يحتاج إلى إجازته. وإن زوج أمته من عبد له، فذلك لا يجوز.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه يجوز.
وجه رواية أبي يوسف - رحمه الله - أن تزويج الأمة من [عبد له]^(٧) اكتساب

(١) زاد في ب: كان.

(٢) في ب: الكتابة.

(٣) في ب: بعد عتق.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: عبده.

مال من غير ضرر يلحقه، فيكون جائزاً كتزويج الأمة، وإنما قلنا: إنه اكتساب مال؛ لأنه اكتساب الولد من غير ضرر يلحقه؛ لأن المهر لا يجب على المولى ونفقتها كانت عليه قبل النكاح، فليس في هذا النكاح زيادة ضرر لم يكن، وفيه اكتساب مال؛ فيجوز.

وجهه^(١) ما ذكر في ظاهر الرواية وهو أن الداخل تحت الكتابة تجارة واكتساب مال، وتزويج العبد أمته ليس بتجارة ولا اكتساب مال للحال، وإنما يصير اكتساب مال إذا حصل الولد، والولد قد يحصل وقد لا يحصل؛ فليس فيه اكتساب مال للحال، وفيه نوع ضرر؛ وذلك لأنه ربما يبيع الأمة فلا يبطل النكاح، فيجب على العبد نفقتها وهي أمة الغير، فإن قيل: يبيعهما جملة حتى لا يلحقه هذا الضرر، قلنا: في بيعهما جملة زيادة ضرر ملحقة.

وإذا أذن لعبدته بالتجارة، جاز؛ لأنه لو كاتبه، جاز فإن استدان العبد ديناً يلزمه؛ لأن الإذن صح من المكاتب، وما صح من المكاتب، فالمكاتب في ذلك بمنزلة الحر، فإن جاء الغرماء يطلبون العبد بالدين يباع بالدين إلا أن يؤدي عنه المولى؛ لأن ما صح من المكاتب فالمكاتب فيه بمنزلة الحر، فلو أدى المكاتب دينه حتى لا يباع العبد بدينه إن كان ما أدى مثل قيمته، فإنه لا شك أنه يجوز عندهم جميعاً؛ لأن العبد بعد لحوق الدين صار مستحقاً للغرماء، فالمولى بالفداء صار كالمشتري منهم، وشراء المكاتب بمثل قيمته جائز بلا خلاف، فكذلك^(٢) هذا.

فأما إذا كان ما فدي عن العبد أكثر من قيمته، إن كانت الزيادة على [قيمة العبد]^(٣) زيادة يتغابن الناس في مثلها، [جاز بلا خلاف، كما لو اشترى، وإن كانت الزيادة على قيمة العبد بحيث لا يتغابن الناس في مثلها]^(٤)، أشار في الأصل أنه يجوز؛ لأنه لم يفصل بينما إذا كانت الزيادة على القيمة زيادة يتغابن الناس فيها أو لا

(١) في ب: ووجهه.

(٢) في ب: وكذلك.

(٣) في ب: القيمة.

(٤) سقط في م.

يتغابن فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتابة قولهم جميعًا؛ لأن العبد صار كالمرهون بدين الغرماء.

ولو كان مرهونًا بدين المكاتب، ثم إنه افتك الرهن بقضاء الدين، جاز، وإن كان ما أدى أكثر من قيمته فكذلك هذا.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة - رحمه الله -، فأما على قولهما فلا يجوز؛ لأنه صار كالمشتري لهذا العبد بقضاء الدين.

ولو اشترى بغبين فاحش كانت المسألة على الاختلاف على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى فكذلك هنا بخلاف الرهن؛ لأن الزيادة على القيمة كانت واجبة على المكاتب، لا يمكنه التخلص عنها إلا بالقضاء، فأما هذا الدين ليس على المكاتب إنما الدين على العبد، [ولا يمكنه]^(١) التخلص عن الزيادة ببيع هذا العبد، فإن^(٢) التزم كان بمعنى الشراء بغبين فاحش لا بمعنى افتكك الرهن.

ولا تجوز هبة المكاتب وصدقته وكفالته؛ لأن هذه التصرفات لم تدخل تحت الكتابة؛ لأنها ليس بتجارة ولا اكتساب مال بل هي تبرع، وما لم يدخل تحت الكتابة فالحال فيه بعد الكتابة كالحال قبلها.

وشراؤه وبيعه جائز؛ لأنه تجارة والتجارة داخلة تحت الكتابة، وما دخل تحت الكتابة كان المكاتب في ذلك بمنزلة الحر وإن حابى في ذلك محاباة فإن^(٣) كانت يسيرة بحيث يتغابن الناس في مثلها^(٤)، جاز عندهم جميعًا؛ لأن هذا يجوز من المأذون فمن المكاتب أولى، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس في مثلها^(٥)، فكذلك يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما لا يجوز، والجواب فيه كالجواب في المأذون إذا باع واشترى بغبين فاحش يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما

(١) في ب: فإذا التزم كان بمعنى الشراء ويمكنه.

(٢) في ب: فإذا.

(٣) في ب: إن.

(٤) في ب: مثله.

(٥) في ب: مثله.

لا يجوز والمسألة في المأذون.

ولو حط من الثمن بسبب عيب ادعي عليه كان جائزاً؛ لأن الحط بسبب العيب تجارة، وما كانت تجارة كانت داخلة تحت الكتابة؛ ألا ترى أن الحط عن بعض الثمن بسبب العيب جائز من المأذون فمن المكاتب^(١) أولى، وإن حط عن بعض الثمن بغير^(٢) عيب لا يجوز؛ لأنه تبرع؛ ألا ترى أنه لا يجوز من المأذون، فكذا من المكاتب.

وكل ما أقر به من دين فهو جائز؛ لأنه من صنيع التجارة، فإن من اشترى شيئاً ولزمه الثمن لا بد له من الإقرار به، ومتى لم يصح إقراره لا يتجر معه الناس، فكان الإقرار من صنع التجار، وإن لم يكن تجارة على الحقيقة فيكون داخلاً تحت الإذن؛ ألا ترى أن الإقرار بالدين من المأذون جائز^(٣) فمن المكاتب أولى.

وإن رهن أو ارتهن فهو جائز؛ لأن الرهن إيفاء والارتهان استيفاء، وذلك داخل تحت الكتابة؛ ألا ترى أن المأذون يملك هذا فالمكاتب^(٤) أولى، فإن^(٥) أجر أو استأجر، فهو جائز؛ لأن الإجارة تجارة، لأن التجارة مبادلة المال بالمال والمنافع مال؛ ألا ترى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عن المنافع.

وليس له أن يقرض؛ لأن القرض تبرع، والتبرع غير داخل تحت الكتابة؛ ولهذا لم يملكه الأب والوصي في مال اليتيم، وإنما جعل تبرعاً وإن كان يستوجب بدلاً؛ لأن ما اقترض^(٦) يخرج عن ملكه للحال ببدل يجب في ذمة المفلس؛ لأن الاستقراض لا يكون إلا من المفلس، وما يجب في ذمة المفلس كالتاوي من وجه في الغائب، وإن استقرض، جاز؛ لأنه تبرع عليه والتبرع على المكاتب جائز؛ ألا ترى أن استقراض المأذون جائز فلأن يجوز من المكاتب أولى.

(١) في ب: المأذون، والمثبت هو المناسب للسياق.

(٢) في ب: من غير.

(٣) في ب: صحيح.

(٤) في ب: والمكاتب.

(٥) في ب: وإن.

(٦) في ب: أقرع.

وإن^(١) أعار دابة جاز، لأن الإعارة وإن لم تكن تجارة إلا أنه من صنيع التجار^(٢)، لا بد للتجارة منه وما لا بد للتجارة^(٣) منه يكون داخلاً تحت الأمر؛ ألا ترى أنه يجوز من المأذون فمن المكاتب أولى.

وله أن يدفع المال؛ لأن المأذون^(٤) يملك ذلك فالمكاتب أولى، وإنما قلنا: [إنه]^(٥) لا بد للتجارة^(٦) منه؛ لأنه إذا باع شيئاً في ظرف ربما لا يمكنه تسليم ما باع إلا بتسليم الظرف فيصير معيراً للظرف، وكذلك من يشتري^(٧) شيئاً لا بد له من أن يجلس في دكانه أو على بساطه ويستعار منه السنجات فهذا^(٨) لا بد للتجارة^(٩) منه. وكذلك إذا أهدى هدية بالمطعموم أو دعا إلى طعام فلا بأس به، وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجوز؛ لأنه تبرع والتجارة مندوبة في الجملة لكن جوز ذلك بالآثار، وهو: ما روي أن النبي - عليه السلام - قبل هدية سلمان حال كونه مكاتباً^(١٠)، وروي أنه - عليه السلام - [قبل هدية بريرة وهي مكاتبته^(١١)]، وروي أنه عليه السلام^(١٢) «كَانَ يَزْكِبُ الْحِمَارَ وَيُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ»^(١٣).

(١) في ب: وإذا.

(٢) في ب: التجارة.

(٣) في ب: للتجار.

(٤) في ب: المال.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: للتجار.

(٧) زاد في ب: منه.

(٨) زاد في ب: ما.

(٩) في ب: للتجار.

(١٠) أخرجه أحمد (٤٤٣/٥) من حديث سلمان، وقال الهيثمي في المجمع (٣٣٦/٩): رجاله رجال الصحيح غير محمد بن إسحاق وقد صرح بالسماع.

(١١) أخرجه البخاري (٣١٥/٩)، كتاب الطلاق، باب: لا يكون بيع الأمة طلاقاً (٥٢٧٩)، مسلم (١٤٤/٢، ١٤٥) كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٥/١٤).

(١٢) سقط في ب.

(١٣) أخرجه الترمذي (٣٣٧/٣) كتاب الجنائز (١٠١٧)، وابن ماجه (١٣٩٨/٢) كتاب الزهد،

باب: البراءة من الكبير والتواضع (٤١٧٨)، والحاكم في المستدرک (٤٦٦/٢) كتاب التفسير، تفسير سورة «ق»، وقال: صحيح الإسناد، وأقره الذهبي، والبيهقي في دلائل النبوة (٢٠٤/٤)، جماع أبواب مغازي رسول الله ﷺ، عن مسلم الأعمور، قال: =

وروي عن أبي سعيد^(١) مولى أبي أسيد^(٢) أنه قال: «عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله ﷺ وفيهم أبو ذر^(٣)، فلما حضر وقت الصلاة فقدموني فصليت بهم»^(٤). فتركنا القياس بالآثار، والآثار إنما وردت بالمطعوم فيرد غير المطعوم من الدراهم والثياب إلى ما يقتضيه [القياس]^(٥)، والجواب في المأذون على هذا.

وإذا باع بيعاً وأقال، جاز؛ لأن الإقالة تجارة؛ ألا ترى أنه يجوز من المأذون فمن المكاتب أولى.

سَمِعْتُ أَنَسًا، يُحَدِّثُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ كَانَ يُعَوِّدُ الْمَرِيضَ، وَيَتَّبِعُ الْجِنَازَةَ، وَيُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ، وَيَزَكِّي الْجِمَارَ، لَقَدْ رَأَيْتُهُ يَوْمَ حَبِيرٍ عَلَى جِمَارٍ خَطَّامُهُ لَيْفٌ.

(١) أبو سعيد الساعدي: هو مولى أبو أسيد الأنصاري، روى عن عمر وعلي، وروى عنه أبو نضرة، حدثنا أبو نضرة قال: سمعت أبا سعيد مولى أبي أسيد الأنصاري، يقول: كان في بيتي أبو ذر وعبد الله بن مسعود وحذيفة بن اليمان فحضرت الصلاة فتقدم أبو ذر فجدبه حذيفة، فالتفت إلى ابن مسعود، فقال: كذلك يا ابن مسعود؟ قال: نعم، قال فقدموني وكنت أصغرهم فصليت بهم، قال ابن المعتمر: وكان مملوكاً يومئذ.
ينظر: الثقات، لابن حبان (٥٨٨/٥، ٥٨٩)، الطبقات الكبرى، لابن سعد (١٤٧/٨)، الإصابة (٩٥/٣).

(٢) هو: أبو أسيد هو مالك بن ربيعة بن البدن بن عمرو الساعدي الأنصاري هو صحابي. روى عن النبي ﷺ وروى عنه عبد الملك بن سعيد بن سويد الأنصاري وغيره. شهد بدرًا وأحدا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ ومات بالمدينة سنة ستين في العام الذي مات فيه معاوية وقيس بن سعد.

ينظر: تهذيب الكمال (١٣٨/٢٧، ١٣٩)، الاستيعاب، لابن عبد البر (٤٠٧/٣).
(٣) هو: أبو ذر الغفاري، الصحابي، أحد النجباء؛ في اسمه أقوال، أشهرها: جُنْدَب بن جُنَادَةَ، له مائتا حديث وأحد وثمانون حديثاً، اتفق البخاري ومسلم على اثني عشر، وانفرد البخاري بحديثين، ومسلم بتسعة عشر، روي مرفوعاً: «ما أظلت الخضراء، ولا أقلت الغبراء، أصدق لهجة من أبي ذر»، حسنه الترمذي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وقال أبو داود: كان يوازي ابن مسعود في العلم. ومناقبه كثيرة. قال ابن المدائني: مات بالرَّبَذة سنة اثنتين وثلاثين.

ينظر: تهذيب الكمال (٢٩٤/٣٣)، وخلاصة تهذيب تهذيب الكمال (٢١٥/٣).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٠/٢) رقم (٦١٠٤).

(٥) سقط في ب.

وله أن يدفع المال مضاربة؛ لأنه من التجارة، ولأنه استئجار للمضارب ببعض الربح.

وله الاستئجار ويأخذ المال مضاربة؛ لأنه تجارة؛ ألا ترى أن المأذون يملك ذلك، ولأنه يؤجر نفسه بما شرط له من الربح وله أن يؤجر^(١) نفسه، ولا يبضع؛ لأنه توكيل لغيره بالبيع والشراء وله ذلك؛ لأنه من التجارة ويستبضع، وإن كان إعانة للغير؛ لأنه من صنيع التجارة^(٢) لا بد للتجارة^(٣) منه فيكون داخلاً تحت الإذن؛ ألا ترى أن المأذون يملك هذه الأشياء فالمكاتب أولى.



(١) في ب، م: يؤاجر.

(٢) في ب: التجار.

(٣) في ب: التجار.

الفصل السادس

في ملك المكاتب ولده^(١) أو بعض ذي رحم محرم أو^(٢) امرأته وفي المكاتب يموت عن وفاء وفي أولاد المكاتب

قال محمد - رحمه الله - : المكاتب إذا اشترى ابنه، صح الشراء ويصير الابن مكاتبًا بمثل^(٣) حاله، سواء اشتراه بإذن المولى أو بغير إذنه، وكذلك إذا اشترى والده أو والدته، وإذا اشترى أخاه أو أخته أو ذات رحم محرم منه سوى الوالدين والمولودين نحو العم والعمة وأشباههما، فالقياس أن هؤلاء يتكاتبون عليه حتى لم يكن له بيعهم، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

وفي الاستحسان: لا يتكاتبون عليه حتى كان له بيعهم، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وأجمعوا على أنه إذا اشترى ابن عمه أنه لا يكاتب عليه .
وجه القياس: أنه ملك ذا رحم محرم منه فيصير بمثل حاله، كالأب والابن ولما^(٤) كان المشتري لهؤلاء حرًا فإن هؤلاء يصيرون بمثل حال المشتري أحرار؛ فكذا في المكاتب .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: علة صيرورة حال المملوك بمنزلة حال المالك^(٥) شيثان: قرابة محرمة للنكاح، وحقيقة الملك. على ما قال النبي عليه السلام: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، عَتَقَ عَلَيْهِ»، وفي رواية: «فهو حر»^(٦) جعل

(١) في ب: وولده.

(٢) في ب: و.

(٣) في ب: مثل.

(٤) في ب: كما لو.

(٥) زاد في ب: يوجب.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٦٠، ٢٥٩/٤) كتاب العتق، باب: من ملك ذا رحم، حديث (٣٩٤٩)،

والترمذي (٦٤٦/٣) كتاب الأحكام، باب: من ملك ذا رحم محرم، حديث (١٣٦٥)،

والطيالسي (٢٤٥/١ - منحة)، حديث (١٢٠٥)، وابن الجارود في «المنتقى»، رقم

(٩٧٣)، والطبراني في «الكبير»، رقم (٦٨٥٢)، والحاكم (٢١٤/٢) كتاب العتق، باب:

من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والبيهقي (٢٨٩/١٠) كتاب العتق، باب: من يعتق بالملك

(٥/٢٦١، ٢٦٢) كلهم من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعًا.

العلة شيئين: القرابة المحرمة للنكاح، وحقيقة الملك. وهذه العلة وجدت في حق الحر سواء ملك أخاه أو ابنه أو أباه؛ لأن الحر له ملك حقيقة، وقد وجدت القرابة المحرمة للنكاح، وإذا تمت علة العتق من الحر في حق هؤلاء يثبت العتق في حقهم، فأما في المكاتب وجدت^(١) علة العتق فيما إذا كان المشتري ابنه أو والده؛

قال الترمذي: لا نعرفه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة وقد روى بعضهم هذا الحديث عن قتادة عن الحسن عن عمر شيئًا من هذا. ومن هذا الوجه أخرجه أبو داود (٣٩٥٠) من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن عمر بن الخطاب من قوله. وقال أبو داود: سعيد أحفظ من حماد. وقال الحافظ في «التلخيص» (٢١٢/٤): قال الترمذي: لم يروه إلا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلًا وشعبة أحفظ من حماد.

والحديث أخرجه ابن ماجه (٨٤٣/٢) كتاب العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، حديث (٢٥٢٤)، والترمذي (٦٤٦/٣)، والحاكم (٢١٤/٢) من طريق محمد بن بكر البرساني عن حماد عن قتادة وعاصم الأحول كلاهما عن الحسن عن سمرة به. وقال الترمذي: لا نعلم أحدًا ذكر في هذا الحديث عاصمًا الأحول عن حماد بن سلمة غير محمد ابن بكر.

وقد اختلف في سماع الحسن من سمرة أيضًا. لكن للحديث شاهد من حديث ابن عمر، أخرجه النسائي في «الكبرى» (١٧٣/٣) كتاب العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم، حديث (٤٨٩٧)، وابن ماجه (٨٤٤/٢) كتاب العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، حديث (٢٥٢٥)، وابن الجارود في «المنتقى» (٩٧٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب العتاق، باب: من ملك ذا رحم محرم منه، والحاكم (٢/٢١٤) كتاب العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، والبيهقي (٢٩٠/١٠) كتاب العتق، باب: من يعتق بالملك، كلهم من طريق ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمثل حديث سمرة.

وقال النسائي: هذا حديث منكر. وقال البيهقي: إنه وهم فاحش والمحمفوظ بهذا الإسناد حديث النهي عن بيع الولاء وعن هبته. أما الحاكم فقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه ابن حزم في «المحلى» (٢٠٢/٩)، وعبد الحق الإشبيلي وابن القطان كما ذكر ذلك الزيلعي في «نصب الراية» (٣/٢٧٩).

قال ابن التركماني في «الجواهر النقي» (٢٩٠/١٠): ليس انفراد ضمرة به دليلًا على أنه غير محفوظ ولا يوجب ذلك علة فيه؛ لأنه من الثقات المأمونين لم يكن بالشام رجل يشبهه كذا قال ابن حنبل وقال ابن سعد: كان ثقة مأمونًا لم يكن هناك أفضل منه وقال أبو سعيد بن يونس: كان فقيه أهل فلسطين في زمانه. والحديث إذا انفرد به مثل هذا كان صحيحًا ولا يضره نفرده فلا أدري من أين وهم في هذا الحديث راويه كما زعم البيهقي، قال ابن حزم: هذا خبر صحيح تقوم به الحجة كل رواته ثقات وإذا انفرد به ضمرة كان ماذا ودعوى أنه أخطأ فيه باطل؛ لأنها دعوى بلا برهان.

(١) في أ: وجد.

لأنه وجدت القرابة المحرمة للنكاح وهذا ظاهر، ووجدت حقيقة الملك أيضًا حكمًا واعتبارًا، إن لم يوجد من حيث الحقيقة؛ لأنه انضم إلى حق الملك الولاد، وللولاد زيادة أثر في إيجاب الصلة بين^(١) ذلك بمجرد القرابة المحرمة للنكاح، حتى إن الأب يستحق النفقة وإن كان كسوبًا، ويستحق النفقة عند اختلاف الدين، وإذا انضم إلى حق الملك ما له زيادة أثر في إيجاب الصلة، التحق الحق بالحقيقة، ومن حكم حقيقة الملك أن يصير المملوك مثل حال المالك، إذا كان ذا رحم محرم منه كذا هنا.

وفيما إذا كان المشتري أخًا لم توجد علة العتق في حق المكاتب؛ لأنه إن وجدت القرابة المحرمة للنكاح لم توجد حقيقة الملك لا حقيقة ولا حكمًا [ولا]^(٢) اعتبارًا. أما حقيقة فلا إشكال، وأما اعتبارًا فلأنه لم ينضم إلى حقيقة الملك ما له أثر في إيجاب زيادة الصلة؛ لأن الموجب لزيادة الصلة الولاد وقد انعدم الولاد في قرابة الأخ، فلم يلتحق الحق بالحقيقة، بل بقي مجرد الحق مع القرابة المحرمة للنكاح، وإنه ليس بعلة تامة لصيرورة المشتري بمثل حال المشتري.

وإذا اشترى المكاتب امرأته إن لم تكن ولدت منه، كان له أن يبيعها، [ألا ترى أن الحر لو اشترى امرأته، ولم تكن ولدت منه كان له أن يبيعها]^(٣) فالمكاتب أولى، وإن ولدت منه ولدًا إن ملكها مع الولد، فإنه ليس له أن يبيعها بالإجماع، وإن ملكها وحدها قال أبو حنيفة - رحمه الله - : له أن يبيعها. وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : ليس له أن يبيعها.

وإذا اشترى المكاتب ابنه حتى يكاتب عليه أو ولد له في كتابته، ثم مات المكاتب عن وفاء يؤدي منه بدل الكتابة، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، ويحكم بحرية الولد في ذلك الوقت أيضًا فتبين^(٤) أن هذا حر مات عن ابن حر، فورثه.

(١) في ب: ليس.

(٢) في ب: و.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: فيتبين.

هذا الذي ذكرنا إذا مات المكاتب عن وفاء، فإذا^(١) مات لا عن وفاء، ولكن ترك ولدًا^(٢)، فإن كان الولد مولودًا في كتابته، فإنه يسعى على نجوم أبيه^(٣) عند علمائنا - رحمهم الله -، وإن كان الولد مشتري فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يسعى على نجوم [أبيه، وكذلك إذا كان مكان الولد أبا اشتراه المكاتب يسعى على نجوم]^(٤) المكاتب عندهما، وعلى قول أبي حنيفة لا يقبل من الأب بدل الكتابة ويبيع كسائر أكسابه، ويقال للولد المشتري: إما أن تؤدي بدل الكتاب للحال أو ترد في الرق، ولا يمكن من السعاية على نجوم الأب. فأبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - ذهبوا في ذلك إلى أن الولد المشتري والأب ساويا الولد المولود في الكتابة حال حياة المكاتب حتى حرم بيعهما حال حياة المكاتب كما حرم بيع الولد المولود في الكتابة وكذلك بعد موت المكاتب وجب أن يساويا الولد المولود في حالة الكتابة والولد المولود في حالة الكتابة يسعى على نجوم الأب فكذا الولد المشتري والأب.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الكتابة في هؤلاء إنما تثبت بسبب التبعية للمكاتب الأصلي لا مقصودًا؛ لأنه لم يوجد فيهم [كتابة مقصودة فيثبت فيهم]^(٥) حكم الكتابة بقدر التبعية؛ لأن الحكم يثبت أبدًا بقدر ثبوت السبب والتبعية للولد [المولود أكثر من التبعية للولد المشتري]^(٦) فيثبت حكم الكتابة للولد المولود أكثر مما يثبت للولد المشتري، ويثبت للولد المشتري أكثر مما يثبت للأب [والأم]^(٧)،

(١) في ب: فإن .

(٢) في ب: والدًا .

(٣) في ب: ابنه .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ: المولى أكبر من التبعية للوالدة، وفي ب: والتبعية للولد المشتري أكثر من التبعية للولد المشتري .

(٧) سقط في ب .

وإنما قلنا: إن التبعية للولد المولود [في الكتابة]^(١) أكثر؛ وذلك لأن التبعية للولد المولود في الكتابة ثابتة^(٢) في الملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت ثبوت العقد ووقت ثبوت حكم الكتابة، أما بالملك فلأن الولد المولود في الكتابة [كالمملوك للأم]^(٣) حتى كان لها استكساب الولد كما لو كان مشتري، والمملوك تابع للمالك حتى يصير مسافراً بسفره ومقيماً بإقامته، وسرت الكتابة بالبعضية الثابتة بينهما حقيقة وحكماً فإن الولد ينفصل من الأم والأم مكاتبه، وتبعية الولد المشتري دون تبعية الولد المولود؛ لأن تبعية الولد المشتري ثابتة بالملك والبعضية الثابتة بينهما من حيث الحقيقة؛ لأن بعد الانفصال لا بعضية بينهما من حيث الحقيقة، وإنما يثبت حكماً بسبب حرمة المناكحة فإنما حكم البعضية بالتبعية في المشتري يثبت بالملك والبعضية الثابتة من حيث الحكم والاعتبار لا من حيث الحقيقة، فكان تبعية الولد المشتري دون تبعية الولد المولود في الكتابة، وتبعية الأب والأم دون تبعية الولد المشتري؛ لأن الأب والأم صارا تابعين لهما بسبب الملك لا بسبب البعضية فإن الأب ليس ببعض من الابن وكذلك الأم فدل أن تبعية الأم والأب للمكاتب الأصل دون تبعية الولد المشتري، وتبعية الولد المشتري دون تبعية الولد المولود في الكتابة، ولما^(٤) كانت تبعية الولد المولود في الكتابة أكثر وحكم الكتابة ثابت بسبب التبعية فيثبت^(٥) فيه جميع أحكام كتابة الأصل، فقلنا^(٦) بحرمة تبعيته حال حياته وقبول بدل الكتابة منه على نجوم الأم.

ولما كان الولد المشتري دونه في التبعية [ولكن فوق الأب في التبعية]^(٧) قلنا: يحرم بيعه حال حياته^(٨). وقبل منه بدل الكتابة بعد موته حالاً ولم^(٩) يمكن من

- (١) سقط في ب.
- (٢) في ب: ثابت.
- (٣) في ب: كالملك في الأم.
- (٤) في ب: فلما.
- (٥) في ب: يثبت.
- (٦) في ب: وقولنا.
- (٧) سقط في ب.
- (٨) في ب: حياة المكاتب.
- (٩) في ب: ولا.

السعاية على نجوم الأب حتى يظهر نقصان حاله عن حال المولود في التبعية .
ولما كان الأب دون الولد المشتري في التبعية قلنا : يحرم بيعه حال حياته، ولم يقبل منه بدل الكتابة بعد موته لا حالا ولا مؤجلاً ليظهر نقصان رتبته في التبعية عن الولد المشتري وعن الولد المولود في الكتابة فذكرنا أن الولد المولود في حال الكتابة يدخل في كتابة الوالد تبعاً والأم تدخل في كتابة الولد تبعاً له؛ فإذا مات المكاتب عن وفاء، وأديت مكاتبته، وحكم بحرية المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته، يحكم بحرية الولد والوالدة في ذلك الوقت أيضاً، وإذا مات لا عن وفاء وسعى الولد والأم في بدل الكتابة على نجوم المكاتب، يحكم بحرية الولد والأم، ويحكم بحرية المكاتب مقصوداً على الحال .

والحاصل: أن في الوفاء يستند العتق إلى آخر جزء من أجزاء حياة المكاتب، وفي سعاية الولد مع الأم وأدائهما لا يستند العتق إلى آخر جزء من أجزاء حياة المكاتب، بل يقتصر على وقت الأداء، وإنما جاء الفرق باعتبار أنه إذا مات عن وفاء، فقد مات لا عن خلف؛ لأن المال لا يصلح خلفاً عنه، والولد لا يصلح خلفاً حال بقاء المال؛ ولهذا لا تبقى النجوم بل تنحل الكتابة، فلا يعطى للميت حكم الحياة وقت الأداء، فمست الضرورة إلى الاستناد .

وإذا مات لا عن وفاء، فقد مات عن خلف؛ لأن الولد يصلح خلفاً عنه حال انعدام المال؛ ولهذا بقي البديل منجماً فأعطي الميت حكم الحياة إلى حين الأداء، فعتق للحال تبعاً للحي .

ولو أعتق المولى ولدها المولود في الكتابة أو المشتري، فإنه ينفذ عتقه استحساناً .

والقياس ألا ينفذ، وجه القياس في ذلك أن ولدها بمنزلة عبد من كسبها بدليل أن لها استكتاب ولدها كما لها استكتاب عبد من أكسابها؛ فوجب ألا ينفذ عتقه في [ولدها؛ كي لا يبطل عليها حقها في الاستكتاب ما لا ينفذ عتقه في] ^(١) عبد هو من

(١) سقط في ب .

كسبها.

وجه الاستحسان: أن ولدها مملوك للمولى من كل وجه؛ لأنه بعض منها، وورقتها مملوكة للمولى من كل وجه، حتى ينفذ عتقه في الأم، فكذا ولدها يكون مملوكًا للمولى رقبة من كل وجه، إنما لها الانتفاع بالولد من حيث الاستكساب، وقيام حق الغير في المنفعة لا يمنع نفاذ^(١) عتق الملك كما في المستأجر وهذا بخلاف عبد آخر من كسبها؛ لأن كسبها غير مملوك للمولى رقبة من كل وجه إنما له حق الملك كما للمكاتب، وحق الملك لا يكفي لنفاذ العتق كما للمكاتب؛ فامتنع العتق في كسبها من المولى؛ لعدم الملك في رقبته حقيقة لا من حيث إن لها الملك في منفعة هذا الكسب، فأما هاهنا للمولى حقيقة ملك في رقبة الولد؛ ولهذا صار مكاتبًا بعقده فأشبهه الأم من هذا الوجه.



(١) في ب: إنفاذ.

الفصل السابع

في العبد الذي يكون بين رجلين فكاتبه أحدهما

قال محمد - رحمه الله - : وإذا كان العبد بين رجلين فكاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه، صحت الكتابة في نصيبه، واقتصرت عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن في الكتابة معاوضة وتعليق عتق بالأداء، وأي ذلك ما اعتبر صح من أحدهما في نصيبه، فإنه لو باع أحدهما نصيبه، جاز ولو علق نصيبه بأداء المال أيضًا، يجوز، وكان للشريك الساكت الخيار؛ إن شاء فسخ هذه الكتابة، وإن شاء رضي بها عند علمائنا - رحمهم الله - خلافاً لابن أبي ليلى .

وأجمعوا على أنه لو باع أحدهما، أو أعتق، أو دبر، أو علق عتق نصيبه بأداء المال أنه ليس للساكت أن يفسخه .

والوجه في ذلك أن المكاتب بكتابة نصيب نفسه وإن تصرف في خالص ملكه إلا أنه ألحق [لغيره]^(١) - وهو الساكت - ضرراً فإن بسبب كتابته يبطل على الساكت حق البيع في نصيبه؛ لأن نصيب الساكت بالكتابة صار حرّاً يداً للحال، وحرية اليد مانعة جواز البيع كحرية الرقبة؛ وهو معنى قولنا: أضر بالساكت .

والكتابة قابلة للفسخ وكل تصرف صدر من المالك وقد وقع إضراراً بالغير وإنه محل الفسخ - كان لمن توجه عليه الضرر فسخه؛ ألا ترى أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفؤ، كان للأولياء حق الاعتراض، وإن تصرفت في خالص ملكها؛ لأنها ألحقت بما تصرفت ضرراً بالأولياء فكذا هنا بل أولى؛ لأن الكتابة أقبل للفسخ من النكاح، فإن النكاح لا يفسخ إلا بقصور في الولاية للعاقد، والكتابة تفسخ بتراضيها من غير قصور في ولاية العاقد، وليس كما لو باع أحدهما نصيبه؛ لأنه ليس في بيع أحدهما نصيبه ضرر على صاحبه؛ لأن سبب هذا البيع لا يبطل حق صاحبه في البيع في نصيبه حتى إن في موضع كان [في]^(٢) بيع أحدهما نصيبه ضرراً

(١) في أ: الضرر بغيره .

(٢) سقط في ب .

لصاحبه كان لصاحبه حق فسخ بيعه، فإن الدار إذا كانت بين اثنين باع أحدهما نصف بيت معلوم من رجل كان للآخر حق الفسخ، حتى لا يتفرق نصيبه في الدار زيادة تفرق، وليس كما لو عتق أحدهما نصيبه أو دبره؛ لأن كل واحد منهما لا يقبل الفسخ، وليس كما لو علق [عتق]^(١) نصيبه بأداء المال؛ لأنه يحتمل الفسخ؛ [لأنه يمين]^(٢).

ثم إن عامة المشايخ لم يشترطوا لصحة هذا الفسخ القضاء أو الرضا، والشيخ الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - في شرح الشافعي - رضي الله عنه - شرط القضاء أو الرضا، وأشار إلى المعنى وقال: إنه^(٣) تصرف في ملكه فإن فسخ الساكت الكتابة، عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل الكتابة، وإن لم يفسخ حتى يؤدي^(٤) العبد مكاتبته، فإنه يعتق نصيب المكاتب، واقتصر العتق على نصيبه عند أبي حنيفة - رحمه الله - وللساكت خيارات ثلاث^(٥): إن كان المكاتب موسراً، وإن كان معسراً فله خياران؛ لأن المكاتب صار معتقاً نصيبه عند الأداء.

والحكم في عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه عند أبي حنيفة - رحمه الله - ما ذكرنا، ثم يرجع الساكت على شريكه، فيأخذ^(٦) منه نصف ما أخذه من العبد، ويأخذ من العبد نصف ما بقي في يده من الكسب؛ لأن الكتابة لما اقتضت على نصيب الساكت عند أبي حنيفة - رحمه الله - كان هذا كسب عبد نصفه للمكاتب ونصفه للساكت، ثم يرجع المكاتب على العبد بما أخذ منه الساكت.

فرق أبو حنيفة - رحمه الله - بين هذا وبين ما إذا كاتب أحدهما جميع العبد بغير إذن شريكه، وأدى العبد الكتابة^(٧) إلى المكاتب ورجع الساكت على المكاتب،

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: لأنه.

(٤) في ب: أدى.

(٥) في ب: ثلاثة.

(٦) في ب: فيراجع.

(٧) في ب: المكاتب.

وأخذ منه نصف ذلك لا يكون للمكاتب أن يرجع على العبد بشيء؛ لأن هناك جعل البدل المسمى بإزاء كل العبد، فكان بإزاء نصفه نصف المسمى، وقد سلم له نصفه المسمى بكماله.

أما هذا^(١) جعل البدل بمقابلة نصيبه وصح ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لاقتصار الكتابة على نصيبه عنده، فصار جميع المسمى بإزاء نصيبه لا غير، فإذا استحق شيء منه، كان له حق الرجوع بذلك القدر، فهذا هو الفرق له.

جئنا إلى بيان مذهب أبي يوسف ومحمد - رحمهم الله - فنقول: إذا أدى المكاتب بدل الكتابة، عتق جميع العبد عندهما؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، وكان للساكت حق تعيين^(٢) المكاتب إن كان موسراً أو حق استسعاء العبد إن كان معسراً، ويرجع السكات على المكاتب فيأخذ منه نصف ما أخذ من العبد، ويأخذ أيضاً [نصف]^(٣) ما بقي في يد العبد بعد أداء بدل الكتابة، وكان ينبغي ألا يرجع على المكاتب بشيء عندهما؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ فيصير الكل مكاتباً على المكاتب، ويصير متملكاً على الساكت نصيبه، فيكون جميع المؤدى كسب مكاتبه فينبغي أن يسلم له ذلك.

ولكن الوجه في ذلك أن يقال: إن نصيب الساكت [لا يعتبر مكاتباً]^(٤)، بل يعتبر مأذوناً له في التجارة، أما في حق المكاتب يعتبر مملوكاً ومكاتباً للمكاتب، والكتابة تخالف العتق والتدبير والاستيلاء عندهما، فإن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه، أو دبر، أو استولد يتملك نصيب صاحبه بالضمان، ويظهر ذلك في حق الكل.

والوجه في ذلك أن يقال: بأن مال الغير لا يتملك إلا بضرورة، ولا تتحقق الضرورة في فصل الكتابة إلا بملك نصيب الساكت، [وأما ليس من ضرورة حرية

(١) في ب: هنا.

(٢) في م: تضمين.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

اليد في حق الاكتساب التصرف في نصيب الساكت^(١)، أما في فصل الإعتاق والتدبير والاستيلاء ضرورة.

وبيان ذلك في فصل الكتابة لو صار متملكاً نصيب الساكت إنما يصير متملكاً ضرورة أن الكتابة لما نفذت في نصيب المكاتب لا بد من إتيان حكمها فيه، وهو حرية اليد في حق الأقسام والتصرف، فلا يمكن إثبات حرية اليد في نصيب المكاتب إلا بإثبات الحرية في نصيب الساكت [فيصير متملكاً نصيب الساكت]^(٢) بهذه الوسائط.

قلنا: من ضرورة حرية اليد في حق الأقسام والتصرف في نصيب المكاتب حرية اليد في حق الأقسام والتصرف في نصيب الساكت ترك تملك نصيب الساكت، وجعل نصيب الساكت مملوكاً للمكاتب في حق الساكت؛ لأن هذا المقصود يحصل في نصيب الساكت إذا صار نصيبه مأذوناً في التجارة، فجعلنا نصيب الساكت مأذوناً في التجارة في حق الساكت، مكاتباً في حق المكاتب، وإذا بقي نصيب الساكت مأذوناً له في التجارة في حق الساكت مكاتباً في حق المكاتب كان هذا كسب عبد مشترك^(٣)، وكان للساكت أن يأخذ نصيبه.

أما في الإعتاق والتدبير والاستيلاء تحققت الضرورة إلى تملك نصيب الساكت لأن الإعتاق والتدبير والاستيلاء لما صح في نصيب المباشر ولا بد من إثبات حكمها في نصيبه، ولا يمكن إثبات حكمها في نصيبه إلا بإثبات حكمها في نصيب صاحبه؛ لأنه لا يتجزأ، ولا يمكن إثباته في نصيب الساكت بسبب آخر غير العتق.

وكذلك^(٤) حكم التدبير لا يثبت بسبب آخر غير التدبير؛ لأنه لإثبات حق العتق بالرقبة حتى لا يجوز عن كفارة يمينه، وحكم حقيقة العتق لا تثبت بسبب آخر دون

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فكان.

(٤) في ب: وكذا.

العتق، فكذا حكم حق العتق [فأثبتنا حكم حقيقة العتق وحكم حق العتق]^(١) في نصيب الساكت بالعتق والتدبير في نصيب الساكت لا يصح إلا بعد أن يصير مملوكاً له، وصار متملكاً نصيب الساكت.

فأما^(٢) الثابت بالكتابة للحال حرية^(٣) اليد في حق التصرف لا حقيقة الحرية، ولا حق الحرية؛ ولهذا قبل الفسخ وجاز صرفه إلى الكفارة، وحرية اليد كما تثبت بالكتابة تثبت بالإذن، فيمكننا إثبات حرية اليد في نصيب الساكت بجعل نصيبه مأذوناً في التجارة، ثم إذا أخذ الساكت من المكاتب نصف الكتابة^(٤) لا يرجع المكاتب على العبد بشيء عندهما؛ لأن إضافة الكتابة إلى البعض، والكتابة عندهما لا تتجزأ في حق المكاتب بمنزلة الإضافة إلى الكل، ولو أضاف الكتابة إلى الكل، يصير نصيب الساكت مكاتباً في حق المكاتب؛ لأنه أمر عليه حتى ينقسم البدل على النصيبين فلا يرجع على العبد إذا أخذ منه الساكت شيئاً، وفي حق الساكت يعتبر مأذوناً لا مكاتباً كذا هاهنا.

هذا جملة ما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله -.

وطريقة أخرى لبيان أن الساكت يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من العبد ويأخذ من العبد نصف ما بقي في يده، وعلى هذه الطريقة نسلم أن نصيب الساكت صار مكاتباً كما هو أصلها^(٥) في عدم تجزؤ الكتابة.

ووجه ذلك: أن الكل وإن صار مكاتباً إلا أن للساكت قبل أداء بدل الكتابة أن يفسخ الكتابة، ويأخذ نصف الرقبة ونصف الكسب، [و]^(٦) بعد الأداء إن تعذر الفسخ في الرقبة ما تعذر في الكسب، فيفسخ^(٧) الساكت العقد في نصف الإكساب،

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وأما.

(٣) في ب: كحرية.

(٤) في ب: المكاتب.

(٥) في ب: أصلهما.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: يفسخ.

وعند ذلك يعود نصف الكسب إلى ملكه، فيأخذه بطريق فسح الكتابة، ثم لا يرجع المكاتب على العبد بشيء، وليس للمكاتب أن يحاج العبد ويقول: قد استحق علي بعض ما أدت فلي أن أرجع عليك بذلك؛ لأن من^(١) حجة العبد أن يقول له: قد ضمنت [لي]^(٢) سلامة جميع الكسب عندهما؛ لأن الكتابة لا تتجزأ عندهما؛ فإذا استحق عليك بعض ما أخذت لو رجعت به علي كان لي أن أرجع عليك بما رجعت علي؛ لأن ذلك كسبي، وقد ضمنت لي سلامة كسبي، ولم يسلم، فكان لي حق الرجوع عليك كما رجعت به علي، فلا يفيد الرجوع.

هذا الذي ذكرنا إذا كاتب نصيبه من العبد، فأما إذا كاتب جميع العبد بغير إذن شريكه وقد أدى المكاتب جميع المسمى فالجواب فيه عند أبي حنيفة - رحمه الله - كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه لا غير، إلا في فصل، وهو أن الساكت إذا أخذ من المكاتب نصف المؤدى، فإن المكاتب لا يرجع على العبد بما إذا أخذ منه الساكت، فأما فيما عدا ذلك فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه.

وعلى قولهما الجواب فيه كالجواب فيما إذا كاتب نصيبه؛ لأن إضافة الكتابة إلى نصيبه إضافة إلى الملك^(٣).

وفي نوادر أبي سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - : عبد بين رجلين كاتب أحدهما بغير إذن شريكه، فلم يرد ذلك شريكه حتى أدى المكاتب وعتق قال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يرجع الذي لم يكاتب على الذي كاتب بشيء فيما قبض من الكتابة؛ لأن المكاتب قد ثبتت وصار الكسب للمكاتب يوم كاتبه فيما قبض من المكاتب؛ لأن الذي كاتب خالص حق المكاتب لا حق الذي لم يكاتب فيه، فلا يرجع فيه ولكن يضمن الذي لم يكاتب الذي كاتب نصف قيمته إن شاء وإنه خلاف المذكور في الأصل.

(١) في ب: في.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: الكل.

الفصل الثامن

في الرجل يكاتب شقص^(١) مملوكه

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا كاتب الرجل نصف عبده، جاز فإن أدى عتق نصفه وسعى في نصف قيمته عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وإن اكتسب أموالاً قبل الأداء، فنصفه له؛ [لأن نصفه]^(٢) مكاتب، ونصفه للمولى؛ لأن النصف الآخر ليس بمكاتب عنده بل هو مأذون له.

وعلى قولهما: إذا أدى عتق كله، ولا شيء للمولى من كسب اكتسبه قبل الأداء؛ لأن كله مكاتب عندهما لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ، وما اكتسب بعد الأداء، فكله له؛ لأنه حر عندهما مستسعى عند أبي حنيفة - رحمه الله -، والمستسعى بمنزلة المكاتب، وكسب المكاتب له.

فرع على قول أبي حنيفة في الأصل فقال^(٣): إذا كاتب نصفه ثم أراد أن يحول بينه وبين العمل والطلب والكسب والسعاية في مكاتبته، ليس له ذلك؛ لأن العبد بكتابة النصف استحق عتق النصف بأداء بدل الكتابة، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب والطلب، فمتى^(٤) منعه عن الاكتساب والطلب، فقد أراد أن يفوت عليه ما أثبت له من حق العتق بالكتابة، فلا^(٥) يكون له ذلك، كما لو كاتب كله ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب والعمل، ليس له ذلك؛ كيلا يبطل على العبد حق العتق.

فأما لو أراد هذا العبد أن يسافر فأراد المولى أن يمنعه، فله ذلك قياساً على قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وفي الاستحسان: ليس له ذلك.

(١) الشَّقْص: القطعة من الأرض. والطائفة من الشيء. والنصيب.
ينظر: مختار الصحاح، ص (٣١٢)، مادة (شَقْص)، المعجم الوسيط (١/٤٨٩)، مادة (شَقْص).

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وقال.

(٤) في ب: فإذا.

(٥) في ب: ولا.

وجه القياس: وهو أن المكاتب يشتري رقبة من المولى وإذا كاتب نصفه، فقد اشترى من المولى نصف رقبة، فيعتبر بما لو اشترى بغيره، ولو اشترى نصف رقبة غيره إذا أراد المشتري أن يسافر بالعبد فمنعه البائع، كان له ذلك، فكذلك هذا. والمعنى في المسألة، وهو الفرق [بين ما^(١) إذا منعه عن السفر^(٢) وبين ما إذا منعه عن أصل الطلب والكسب؛ فإنه ليس له ذلك قياساً واستحساناً؛ لأن في ذلك إبطال حق العبد في العتق بيقين، وليس في منعه من المسافرة إبطال حقه في العتق لا محالة؛ لأنه يمكنه أداء بدل الكتابة باكتساب بدل الكتابة في المصر.

وجه الاستحسان: أن المولى بالكتابة أثبت للعبد حق أن يعتق بأداء بدل الكتابة، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب، وربما لا يمكنه الاكتساب إلا بالمسافرة فمتى أطلقنا له المنع من المسافرة، وربما لا يمكنه أداء ما عليه من بدل الكتابة بدون المسافرة، كان في ذلك إبطال حق على العبد عسى، وكما لا يكون للمولى إبطال ما ثبت له من الحق بالكتابة بيقين، لا يكون له مباشرة ما يتوهم بسببه إبطال حق العبد عسى. ثم إن محمداً - رحمه الله - ذكر القياس والاستحسان في المسألة في ثلاثة مواضع:

أحدها: في المسافرة.

والثاني: [في^(٣) الاستخدام إذا أراد المولى أن يستخدمه يوماً ويخليه للكسب يوماً، فالقياس أن يكون له ذلك، وفي الاستحسان لا يكون له ذلك.

[والثالث: إن أراد أن يستسعيه^(٤) لنفسه يوماً ويخليه يوماً القياس أن يكون ذلك

(١) في ب: بينهما.

(٢) في ب: المسافرة.

(٣) سقط في ب.

(٤) الاستسعاء لغة: سعي الرقيق في فكاه ما بقي من رقه إذا عتق بعضه، فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه إلى مولاه. وسعى المكاتب في عتق رقبة سعاية، واستسعيت في قيمته: طلبت منه السعي، واستسعى العبد: كلفه من العمل ما يؤدي به عن نفسه إذا أعتق بعضه ليعتق به ما بقي.

ينظر: لسان العرب (٣٨٧/١٤)، مادة (س ع ي).

وفي اصطلاح الفقهاء: سعي العبد في قيمته في حياة مولاه لتلخيص رقبته من الرق. =

وفي الاستحسان لا يكون له ذلك^(١).

وجه^(٢) القياس في ذلك ما ذكرنا أن المكاتب في النصف بمنزلة المشتري لنصف رقبته عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

ولو اشترى نصف رقبته مشتر آخر ثبت للبائع حق التهايو مع المشتري، فكذلك هاهنا؛ وهذا لأنه ليس في التهايو إبطال حق على السيد^(٣)؛ لأنهما متى تهايئا، احتاج المكاتب إلى كسب المسمى، ومتى لم يتهايئا احتاج إلى كسب ضعف المسمى، ولا فرق في حق العبد بين أن يأخذ المولى نصف منفعته، وبين أن يأخذ نصف كسبه.

وفي الاستحسان: لا يكون له حق المهايأة؛ لأن القول بثبوت حق المهايأة للمولى قد يصير سبباً لفوات حق العبد في نصف المنفعة بغير عوض أصلاً، ومتى لم يثبت للمولى حق المهايأة في المنفعة، وجعلنا المكسوب بين العبد والمولى نصفين، لا يصير ذلك سبباً لإبطال حق المولى بغير عوض في نصف منفعة العبد؛ لأنه يأخذ نصف الكسب مكان نصف المنفعة، وبالمهايأة قد يبطل حق العبد.

بيان ذلك: أن الأسواق تكون رائجة في بعض فصول السنة وكاسدة في بعض الفصول على هذا عادة الأسواق في حق كل تجارة وصناعة، فمتى لم يثبت للمولى حق المهايأة أمكن للعبد كسب ضعف المسمى في [جميع السنة، فقد لا يمكنه كسب مثل المسمى في]^(٤) نصف السنة ومتى لم يمكنه كسب المسمى في نصف السنة، يرد في الرق فيفوت حق العبد عن العتق أصلاً بالمهايأة، وفي القول بترك المهايأة لا يتوهم فوات حق المولى عن المنفعة بغير عوض أصلاً، فكان النظر في

= ولعله أراد: لتخليص ما بقي في رقبته من الرق؛ حيث إن السعاية تكون فيما إذا عتق بعض العبد.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/١٦٤).

(١) سقط في ب، م.

(٢) في ب: ووجه.

(٣) في ب: العبد.

(٤) سقط في ب.

الجانيين في بدل المهايأة وفي قسمة المكسوب، وليس كما لو اشترى نصف العبد غير العبد؛ لأنه ليس في المهايأة توهم فوات حق أحد الشريكين فوجب القول بقسمة المنفعة بالمهايأة.

فأما القول بقسمة المنفعة هنا بالمهايأة قد يصير سببًا لفوات حق العبد، والقول بقسمة المكسوب لا يصير سببًا لفوات حق المولى بغير عوض أصلاً، فكان القول بقسمة المكسوب أولى من القول بقسمة حقيقة المنفعة بالمهايأة.

ولو كاتب نصف جاريتته، فولدت ولدًا فولدها بمنزلتها، ويكون نصف كسب الولد للمولى؛ لأن نصف الولد مملوك له كنصف الأم، ونصف كسبه للأم؛ لأنه داخل في كتابة الأم، فإن ادعت عتق نصفها وعتق نصف الولد معها ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته؛ لأن كلاً^(١) منهما معتق البعض وكل واحد منهما مقصود في هذه السعاية، وما اكتسب الولد بعد ذلك، فهو له دون أمه ومولاه؛ لأنه صار كالمكاتب بما لزمه من السعاية في نصف قيمته مقصودًا.

وإن ماتت الأم قبل أن تؤدي شيئًا من كتابتها، سعى الولد^(٢) في الكتابة^(٣)؛ لأن نصفه تابع للأم في الكتابة فيقوم مقامها بعدها في السعاية وفي المكاتبه، فإن أداها عتق نصف الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها، وعتق نصف الولد أيضًا كما لو أدت في حياتها ويسعى بعد ذلك في نصف قيمته، ولا يسعى في نصف [قيمة أمه؛ لأن في السعاية في نصف القيمة كل واحد منهما مقصودًا فلا يجب عليه ما كان عليها من السعاية]^(٤) لأن ذلك إنما يكون بحكم السعاية^(٥) ولا تبعية^(٦) بينهما في ذلك النصف، وهو بمنزلة رجل أعتق نصف جاريتته ونصف ولدها، ثم ماتت الأم، فلا سعاية على الولد من قبل الأم.

(١) في ب: كل واحد.

(٢) في ب: العبد.

(٣) في ب: المكاتبه.

(٤) في ب: ولا يسعى في نصف قيمة.

(٥) في ب، م: التبعية.

(٦) سقط في أ.

ولو كان أعتق نصف أمه وهي حبلى فولدت بعد ذلك، وحملت^(١) بعد العتق فهذا الولد يسعى فيما على أمه إذا ماتت؛ لأن جميع الولد تبع لها؛ ألا ترى أنه ليس عليه شيء من السعاية مقصودًا فيسعى فيما عليها بعد موتها. والله أعلم.



(١) في ب، م: أو حبلت.

الفصل التاسع

في الاختلاف الواقع بين المولى وبين المكاتب

إذا كاتب الرجل عبده، ثم اختلف المولى والعبد في بدل الكتابة، قال العبد: كاتبتي على ألف درهم، وقال المولى: كاتبتك على ألفين، واختلفا في جنس المال، كان أبو حنيفة - رحمه الله - أولاً [يقول: يتحالفان. وهو قولهما؛ لأنهما اختلفا في بدل عقد يقال ويفسخ، فصار كالبيع والإجارة، ثم رجع وقال: القول قول العبد مع يمينه، وعلى المولى البينة؛ لأن التحالف في^(١) البيع عرف بالنص والكتابة ليست في معنى البيع، فالنص الوارد في البيع لا يكون وارداً في الكتابة. ثم إذا جعل القاضي القول قول المكاتب مع يمينه، وألزمه ألف درهم، [فإن]^(٢) أقام المولى بعد ذلك بينة على أنه كاتبه على ألفين، لزمه ألفان ويسعى فيهما؛ لأنه لا قوام لليمين إذا جاءت البينة بخلافها.

وإذا^(٣) لم يقيم المولى بينة على ذلك، وأدى العبد ألف درهم وقضى القاضي بعثقه ثم أقام السيد البينة بعد ذلك على أنه كاتبه على ألفين، فالقياس ألا يعتق ما لم يؤد ألفين؛ لأنه ظهر بالحجة أن عتقه معلق بأداء الألفين.

وفي الاستحسان: هو حر، وعليه ألف درهم أخرى؛ لأن قضاء القاضي يعد ظاهر؛ لأنه^(٤) صدر عن دليل شرعي، وهو اليمين وقد وقع الشك في نقضه؛ لأن شهود المولى شهدوا بكتابة العبد على ألفين لا غير.

ومن الجائز أنه كاتبه على ألفين أنه حر متى أدى ألفاً، والألف الأخرى عليه بعد العتق، وعلى هذا الاعتبار لا يجوز نقض القضاء، ومن الجائز أنه لم [يقبل: إنه حر]^(٥) متى أدى ألف درهم، وعلى هذا الاعتبار يجوز نقض القضاء.

(١) زاد في ب: باب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وإن.

(٤) في م: إلا؛ لأنه.

(٥) في أ: يقبل على أنه.

ومطلق الشهادة بالكتابة يحتمل كلا الأمرين فهو معنى قولنا: وقع الشك في نقض القضاء فلا ينقض بالشك بخلاف ما لو أقام المولى البينة قبل قضاء القاضي بالعتق؛ لأن هناك عند أداء الألف الحاجة إلى إيجاب القضاء بالعتق إن كاتبه على ألفين على أنه متى أدى [إليه]^(١) ألف درهم، فهو حر، والألف الأخرى عليه بعد العتق، يجب القضاء بالعتق، وإن لم يقل: على أنه متى أدى ألف درهم، فهو حر، لا يجب القضاء [بألفين فلا يجب القضاء بالعتق]^(٢) بالشك والاحتمال.

ولو قال المولى: كاتبك على ألفين، [وأقام البينة على ذلك، وأقام العبد البينة على أنك كاتبتي على ألف درهم إن أديتها فأنا حر، فالقاضي يقضي على العبد بألف درهم وإذا أدى ألف درهم فإنه يعتق وعليه ألف درهم أخرى]^(٣) بعد العتق، ولو أقام العبد بينة أن المولى كاتبه بألف درهم ولم يقل: إن أديتها فأنا حر، وباقي المسألة بحالها وقضى القاضي على العبد بألفي درهم، فإنه لا يعتق ما لم يؤد ألفي درهم، ويجب أن يعتق في الفصل الثاني بأداء الألف أيضاً؛ لأنه لما كاتبه على ألف درهم فقد قال له: إن أديتها فأنت حر؛ لأن معنى الكتابة وحكمها هذا.

والجواب وهو الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى بينة العبد ما قبلت عن الكتابة بألف درهم؛ لأننا لو قبلناها^(٤) على الكتابة بألف درهم، احتجنا إلى إثبات عقدين كتابة: بألف درهم بيينة العبد، وكتابة بألف^(٥) درهم بيينة المولى فلا وجه إليه؛ لأن الكتابة الثانية تفسخ الأولى لا محالة.

وإن^(٦) تعذر القضاء بالعقدين وجب القضاء بأحدهما، فقضينا بالعقد الذي ادعاه المولى بينته؛ لأن بينته أكثر إثباتاً، وأثبتنا بيينة العبد.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: قبلنا ما.

(٥) في ب: بألفي.

(٦) في ب: وإذا.

قول المولى: إذا أديت إلي ألف درهم [فأنت حر]^(١) لا أصل العقد، وجعلنا كأن المولى كاتبه على ألف درهم وقال له: إذا أديت إلي ألف درهم، فأنت حر، وعليك ألف درهم أخرى بعد العتق.

وفي المسألة الثانية لا يمكن إثبات قول المولى: إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر بيينة العبد؛ لأن شهود العبد لم يشهدوا بذلك صريحاً، لو ثبت ذلك إنما يثبت مقتضى ثبوت العتق^(٢) بألف درهم بيينته ولا وجه إليه؛ لأن بيينة العبد على أصل العقد غير مقبولة على ما ذكرنا.

وإذا كاتب الرجل عبداً واختلفا في المعقود عليه، فقال المكاتب: كاتبني على نفسي ومالي على ألف درهم، وقال السيد: بل كاتبك على نفسك دون مالك، فالقول قول السيد عندهم جميعاً، ولا يتحالفان هاهنا بالإجماع؛ لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه، واتفقا على البدل.

ولو اختلفا على هذا الوجه في باب البيع بأن قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: لا بل اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف درهم، لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري البيينة، فإن أقاما البيينة فالبيينة بيينة المكاتب؛ لأنها أكثر إثباتاً.

ولو قال المولى: كاتبك يوم كاتبك وهذا المال في يدك وهو مالي، وقال المكاتب: بل هو لي أصبته بعد ما كاتبني، فالقول قول المكاتب؛ لأنه صاحب يد، فهو مستحقه ظاهراً والمولى مدعيه فكان على المولى البيينة.

فإن أقاما البيينة فالبيينة بيينة المولى؛ لأن الدعوى في مطلق الملك والمولى خارج^(٣) حتى لو كان المال في يد المولى كانت بيينة العبد أولى؛ لأن الخارج هو العبد في هذه الصورة.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: العقد.

(٣) في أ: المولى الخارج.

ولو اختلفا في أصل الأجل، فالقول قول المولى مع يمينه .
 فرق بينه وبين السلم . والفرق: [أن]^(١) في السلم الأجل شرط جواز العقد،
 والذي يدعي الأجل يدعي صحة العقد، والظاهر يشهد له، أما هاهنا الأجل ليس
 بشرط لجواز هذا العقد ليصير مدعي الأجل مدعيًا جواز العقد، وإنما يدعي شرطًا
 [جائزًا]^(٢) زائدًا والمولى ينكره^(٣)، والقول قول المنكر .

ولو اختلفا في مقدار الأجل، فالقول قول المولى؛ لأنه ينكر زيادة الأجل .
 ولو اتفقا على أصل الأجل ومقداره لكن^(٤) اختلفا في مضيه، فالقول قول العبد؛
 لأن المولى يدعي على العبد إيفاء حقه بعدما أقر له بالحق، والعبد ينكر الاستيفاء،
 فيكون القول قول العبد .

ولو ادعى العبد أنه كاتبه على ألف درهم، ونجم عليه كل شهر مائة وقال
 المولى: بل^(٥) نجمت عليك كل شهر مائتين، فالقول قول المولى؛ لأن حاصل
 اختلافهما في مقدار الأجل، فالمولى يقول خمسة أشهر، والعبد يقول عشرة أشهر .
 وإذا وقع الاختلاف بين المولى وبين المكاتبه في ولدها فقال المولى: ولدته قبل
 أن أكاتبك، وقالت المكاتبه: بل ولدته بعدما كاتبني، فإن كان الولد في يد المولى،
 فالقول قول المولى، وإن كان الولد في يد المكاتبه ولا يعلم متى ولدت، فالقول
 قولها اعتبارًا لليد في الفصلين .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا كان الولد في أيديهما .
 وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أن القول قول المولى .
 وإن أقاما البينة فالبينة بينة المكاتبه؛ لأن في بينتها زيادة إثبات حرية ليست في بينة
 المولى، وهي حرية الولد عند أداء بدل الكتابة، وهو نظير ما لو ادعت أمة على

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في ب .

(٣) في أ: منكره .

(٤) في ب: ولكن .

(٥) في ب: لا بل .

مولاهما أنه أعتقها وولدها، والمولى يقول: أعتقتها، وأقام البينة وهناك البينة بينة الجارية؛ لأن فيها زيادة إثبات حق^(١) كذا هنا.

وإذا ادعى المكاتب أن الكتابة وقعت فاسدة بأن ادعى أن الكتابة وقعت على ألف درهم ورطل من خمر، وأنكر المولى اشتراط الخمر، فالقول قول المولى، ويلزم المكاتب الكتابة^(٢)؛ لأنهما اتفقا على [وجود]^(٣) العقد واختلفا في جوازه وفساده، فكان القول قول من يدعي الجواز، هكذا ذكر في مكاتب الأصل، وكان ينبغي ألا يقضي بجواز الكتابة بقول المولى؛ لأنه لا يفيد؛ لأن للمكاتب أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة؛ ألا ترى [إلى]^(٤) ما ذكر في كتاب الشهادات^(٥): إذا أقام المولى البينة على العبد أنه كاتبه [على ألف]^(٦) درهم، وأنكر العبد ذلك، فالقاضي لا يقضي ببينة المولى؛ لأن القضاء ببينة المولى لا يفيد؛ لأن للمكاتب أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة.

والجواب ما ذكر هاهنا محمول على الرواية التي تقول بأنه ليس للمكاتب أن يفسخ الكتابة متى أعجز نفسه من غير قضاء القاضي فتكون الكتابة عقدًا لازمًا حالة العجز على هذه الرواية، فيكون كالبيع، وما ذكر في كتاب الشهادات محمول على الرواية التي تقول بأن للمكاتب فسخ الكتابة متى أعجز نفسه من غير قضاء القاضي، وتكون الكتابة غير لازمة حالة العجز على هذه الرواية فتكون بمنزلة الوكالة، والرواية الأولى رواية كتاب المكاتب، والرواية الثانية رواية كتاب العتاق.

* * *

- (١) في ب: عتق.
- (٢) في ب: المكاتب.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في ب: الشهادة.
- (٦) في ب: بألف.

كتاب الولاء

هذا الكتاب يشتمل على أربع^(١) فصول:

الفصل الأول

في ولاء^(٢) العتاقة

اعلم أن بين العلماء اختلافاً في سبب هذا الولاء^(٣)؛ بعضهم قالوا: سببه الإعتاق، واستدل هذا القائل بقول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق»^(٤). وعامتهم على أن السبب هو العتق على الملك، وهو الصحيح؛ ألا ترى أن من ورث قريبه حتى عتق عليه، كان ولاؤه له، ولم يوجد الإعتاق هنا؛ إنما وجد العتق على الملك؛ فعلم أن السبب هذا فنقول: كل من حصل له العتق من جهة إنسان يثبت ولاء العتق منه سواء شرط الولاء أو لم يشترط، أو تبرأ عنه، وسواء كان الإعتاق ببدل أو بغير بدل، وسواء حصل العتق بالإعتاق، أو القرابة، أو بالكتابة عند الأداء أو التدبير أو الاستيلاء بعد الموت، وسواء كان العتق حاصلًا ابتداءً أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها؛ لأن ظاهر قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»^(٥) يتناول مطلق الإعتاق، وسواء كان المعتق رجلاً أو امرأة؛ لأن ظاهر قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» عام؛ لأنه ذكر^(٦) بكلمة «من».

ويتعلق بهذا الولاء أحكام من جملتها الإرث فنقول: مولى العتاقة من جملة

(١) كذا في أ، ب: والصواب: أربعة.

(٢) في ب: ولاية.

(٣) الولاء قسمان: ولاء العتاقة: وهو عصوبة متراخية عن عصوبة النسب تقتضي للمعتق ولعصبته الذكور من بعده الإرث، والعقل، وولاية أمر النكاح، والصلاة على من أعتقه. وولاء الموالاة: وهو أن يعاهد شخص شخصاً آخر على أنه إن جنى فعليه أرشه، وإن مات فميراثه له.

ينظر: كشف اصطلاحات الفنون (٤/٣٨٩)، قواعد الفقه، للبركيتي، ص (٥١٣).

(٤) أخرجه البخاري (٤/٤٤٠) في كتاب البيوع، باب: إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل (٢١٦٩)، ومسلم (٢/١١٤١) في العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق (٥/١٥٠٤).

(٥) تقدم.

(٦) في ب: ذكره.

الورثة، عرف ذلك بالآثار، والمعنى في ذلك: أن المعتق بالإعتاق يحيي المعتق حكمًا؛ لأن الرقيق هالك^(١) حكمًا؛ ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلق بالأحياء نحو القضاء والشهادة، والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشبه ذلك، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه؛ فكان الإعتاق سببًا لثبوت أحكام الأحياء في حقه، فكان المعتق بمنزلة الأب له حكمًا فكان إحياء حكمًا فيرث منه كما يرث الأب، وإنه مؤخر عن سائر العصابات مقدم على ذوي الأرحام، والولاء [لا]^(٢) يورث، ويكون لأقرب الناس عصابة من المعتق حتى إنه لو مات المعتق وترك ابنًا وابنة، ثم مات المعتق كان الميراث لابن المعتق ولا يكون لابنته شيء^(٣).

ولو مات المعتق وترك ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك ابنًا ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتق لا لابن ابن المعتق.

والحاصل: أن وارث المعتق من هو أقرب الناس عصابة إلى مولى العتاقة فينظر عند موت المعتق أن مولى العتاقة لو كان حيًّا في هذه الحالة ومات من يرثه من عصابته [ومن هو]^(٤) أقرب الناس إليه عصابة فيرث ذلك الشخص من المعتق.

ثم ما ذكرنا أن الولاء [لا]^(٥) يورث ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يورث ويقسم بين الابن والبنت على سهام الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وهكذا روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في رواية، وبه أخذ إبراهيم النخعي وشريح القاضي - رحمهما الله -.

وإذا مات المعتق، ولم يترك إلا بنت المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله -، وميراث المعتق لبيت المال، وبعض مشايخنا كانوا

(١) في أ: ميتين.

(٢) سقط في ب.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/١٧٥).

(٤) في ب: وهو.

(٥) سقط في ب.

يفتون في هذه المسألة بدفع المال إلى ابنة المعتق لا بطريق الإرث؛ [بل] ^(١) لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال؛ ألا ترى أنها لو كانت ذكراً [كان] ^(٢) يستحق المال كيف وإنه ليس في زماننا بيت المال، وإنما كان بيت المال في زمن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين.

ولو صرف ذلك إلى سلطان الوقت أو ^(٣) القاضي فالظاهر أنهم لا يصرفون ذلك إلى مصارفه، وهكذا كان يفتي القاضي الإمام أبو بكر الزرنجيري والقاضي الإمام صدر الإسلام - رحمهما الله -.

وذكر القاضي الإمام عبد الواحد الشهيد في فرائضه: أن الفضل ^(٤) عن سهام الزوج والزوجة لا يوضع في بيت المال اليوم، وأشار إلى المعنى الذي قلنا بل يدفع إليهما؛ لأنهما ^(٥) أقرب إلى الميت من غيرهما من جهة النسب وكان الصرف إليهما ^(٦) أولى.

قال محمد - رحمه الله - : وكذا الابن والبنت من الرضاع إذا لم يكن للميت غيرهما يصرف ماله إليهما، وكما يثبت للمعتق ولاء معتقه يثبت له ولاء معتق معتقه، حتى إن من أعتق عبداً ثم إن العبد ^(٧) أعتق أمة، ثم مات العبد، ثم مات الأمة فميراث الأمة [يكون لابن] ^(٨) معتق العبد؛ لأن ولاء الأمة ^(٩) قد ثبت لمعتق العبد فيكون لأقرب الناس إليه عصبه، والمرأة في ذلك كالرجل، يريد به أنه كما يثبت للرجل ولاء معتق معتقه يثبت لها ولاء معتق معتقها.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: و.

(٤) في ب، م: الفاضل.

(٥) في أ: إليها.

(٦) في ب: إليها.

(٧) زاد في ب، م: المعتق.

(٨) في ب، م: لمعتق العبد وكذلك لو مات.

(٩) في أ: أمه.

ولو أن المرأة اشترت أبها حتى [عتقت]^(١) عتق [عليها]^(٢)، فإن مات الأب عن هذه البنت المشتريّة وابنة أخرى له، فالثلثان لهما بحكم الفرض، والباقي للمشتريّة بحكم الولاء.

ولو كان الأب [بعده أعتق على ابنته]^(٤)^(٥) عبداً ثم مات الأب، ثم مات معتق الأب، وبقيت البنت المشتريّة، كان الميراث للمشتريّة؛ لأنها معتقة [بعثت هذا المعتق]^(٦)، ويرث ابن المعتق من ولد المعتق؛ لأنه عصبة معتق ابنه^(٧)، فيرث منه كما يرث من ابنه المعتق، [وإذا مات المعتق عن صاحب فرض وعن معتق أو عصبة المعتق]^(٨) فإنه يعطى لصاحب الفرض فرضه أولاً والباقي للمعتق أو عصبته، والله أعلم.



-
- (١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في ب، م: ثم.
 (٤) زاد في م: أعتق.
 (٥) في ب: بعدما عتق على ابنتها.
 (٦) في ب: معتقة هذا العبد.
 (٧) في ب، م: أبيه.
 (٨) سقط في ب.

نوع آخر:

وإذا مات المعتق وترك عصابة عصابة المعتق، فإنه لا يرثه، فعصبة عصابة المعتق فخالف عصابة المعتق في هذا الحكم.

بيانه: في امرأة أعتقت عبداً وماتت^(١) المرأة، وتركت ابناً وزوجاً أبا هذا الابن، ثم مات المعتق فالميراث لابنها^(٢)؛ لأنه عصبتها، ولو كان قد مات الابن وترك أبا هو ابن زوج المعتقة^(٣) ثم مات المعتق، فلا ميراث لزوج المعتقة، وزوج المعتقة عصابة ابنه وأبيه يعصبه عصابة المعتقة^(٤) فهذا عصابة عصابة المعتق، ومع هذا لم يرث.

وإذا أعتق الرجل عبداً ثم إن العبد أعتق عبداً آخر، ثم إن المعتق الثاني أعتق عبداً ومات المعتق الثالث، وترك عصابة المعتق الأول، يرثه وإن كان هذا في صورة عصابة عصابة المعتق، ولكن من حيث المعنى ليس كذلك؛ لأن المعتق الأول جر ولاء هذا الميت ويرثه عصابة المعتق الأول؛ لقيامه مقام المعتق الأول؛ لأنه عصابة عصابة المعتق الأول، قال النبي عليه السلام: «ليس للنساء [من الولاة]^(٥) إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو^(٦) كاتب من كاتبن أو جررن ولاء معتقهن أو معتق معتقهن»^(٧)، وبهذا كله أخذ علماؤنا - رحمهم الله -.

صورة جر ولاء المعتق:

امرأة اشترت عبداً فتزوج العبد بمعتقة قوم بإذن المرأة وحدث له منها أولاد،

(١) في م: ثم ماتت.

(٢) في م: لأبيها.

(٣) في أ: المعتق.

(٤) في أ: المعتق.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: من.

(٧) قال الزيلعي في نصب الراية (١٥٤/٤) غريب، قلت: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩/

٣٦) بلفظ: «لا ترث النساء من الولاة إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن، أو جر من أعتقن

وإلا فهو يحرزهن». وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/٢٠٠)، والبيهقي في سننه (١٠/

٣٠٦).

فولاء الولد يكون لموالي الأم؛ لأنه تعذر إثبات الولاء من جانب الأب حينئذ^(١) فيثبت من جانب الأم، فلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه، وجرت [ذلك هي]^(٢) إلى نفسها، وهذا لأن الأصل في ولاء الولد الأب؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وإنما يثبت ولاء الولد في هذه الصورة من ولاء^(٣) الأم بعجزها عن إثباته من الأب؛ لكونه عبدًا، فإذا أعتقه^(٤) الأب ارتفع العجز فيجب إثباته من الأب، كما في حقيقة النسب إذا أكذب المملعن نفسه.

وصورة جر ولاء معتق المعتق:

امرأة اشترت عبدًا وأعتقته ثم إن هذا العبد المعتق اشترى عبدًا، ثم إن العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم وحدث له منها أولاد، فإن ولاء الأولاد لموالي الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها فالأب يجر ولاء الولد إلى نفسه بالإجماع. وأما الجد هل يجر ولاء حافده؟ وفي ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - : لا يجر سواء كان الأب حيًّا أو ميتًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه يجر.

وصورة ذلك: عبد تزوج بمعتقة قوم، وحدث له منها أولاد، ولهذا العبد أب حي، فأعتق^(٥) الأب بعد ذلك وبقي العبد عبدًا على حاله، ثم مات العبد وهو أبو هذا الولد، ثم مات الولد ولم يترك وارثًا يحوز ميراثه، كان ميراثه لموالي الأم، ولو جنى عليه كان عقله على موالى الأم عند علمائنا - رحمهم الله -، ولم يجر الولد ولاء حافده إلى موالىه، وإنما كان كذلك؛ لأنه تعذر إثبات الولاء من الجد لما ذكرنا أن الولاء ألحق بالنسب شرعًا، والنسب إنما يثبت من الجد إذا ثبت من الأب؛ ألا

(١) في ب: يكون الأب عبدًا.

(٢) في ب: هي ذلك.

(٣) في ب: موالى.

(٤) في ب: عتق.

(٥) في ب: وأعتق.

ترى أن نسب ولد الزنا [إذا لم]^(١) يثبت من الزاني لا يثبت من الجد، وهنا لا يثبت نسب ولد الولد من أبيه؛ لكونه عبدًا فلا يثبت من جده ثم إن الأب إذا أعتق إنما يجر ولاء الولد إلى نفسه [و]^(٢) إذا لم يجر على الولد عتق مقصودًا أما إذا جرى عليه عتق مقصودًا فلا.

ولهذه المسألة صور كثيرة من جملتها^(٣): عبد تزوج بأمة قوم، وحدث له منها ولد، فأعتق الولد [كان ولاؤه]^(٤) لموالي الأم، فإن أعتقه^(٥) الأب بعد ذلك، فالأب لا يجر ولاء الولد إلى نفسه، بل يكون لموالي الأم على حاله؛ وإنما كان كذلك؛ لأنه [إذا]^(٦) جرى على الولد^(٧) عتق مقصود، فقد صار الولد أصلًا في الولاء وبعد ما صار أصلًا في الولاء لا يمكننا أن نجعله تابعًا لغيره في الولاء إلا بعد أن يفسخ [ما ثبت له]^(٨) من الولاء؛ لأنه لا يتصور أصلًا وتبعًا في الولاء، والفسخ متعذر لأن فسخه يفسخ نسبه، وهو العتاق [وفسخ العتاق]^(٩) متعذر لما تعذر فسخ ما ثبت له من الولاء تعذر جعله تبعًا لابنه في الولاء، فأما إذا لم يجر على^(١٠) الولد^(١١) عتق مقصود حتى عتق الأب فإنما يجر الأب ولاءه مع [أن]^(١٢) ولاءه يثبت للأم بسبب حرية الأم، والحرية لا تقبل الفسخ؛ لأن هناك لم يثبت الولد ولاء نفسه، بل كان تابعًا في الولاء للأم إلى نقل ذلك إلى الأب، وبعدما ينقل^(١٣) ذلك الولاء إلى الأب

(١) في ب: إنما.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: جملة ذلك.

(٤) في أ: فإن أولاده.

(٥) في ب، م: أعتق.

(٦) سقط في ب.

(٧) في م: العبد.

(٨) في أ: بما ثبت لنا.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في أ: عن.

(١١) في ب: العتق.

(١٢) سقط في ب.

(١٣) في ب: نقل.

يكون تابعًا في الولاء أيضًا، أما إذا ثبت له ولاء^(١) نفسه مقصودًا لا يمكن إثباته لغيره إلا بعد فسخ ما يثبت له، [وفسخ ما يثبت له]^(٢) متعذر؛ فلهذا افترقا. والله أعلم.

* * *

(١) في ب: ولاية.

(٢) سقط في ب.

نوع آخر من هذا الفصل^(١):

رجل مات وترك مالا^(٢) ولم يترك وارثا، فادعى^(٣) رجل أنه وارثه بالولاء وجاء بشاهدين شهدا أن الميت كان مولاه وأن هذا الرجل وارثه، فالقاضي لا يقضي بشهادتهما حتى يفسر المولى؛ لأن المولى اسم مشترك قد يجيء بمعنى الناصر قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ﴾^(٤) أي: لا ناصر لهم، وقد يجيء بمعنى ابن العم قال الله تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾^(٥)، وقد يكون بسبب العتق، وقد يكون بسبب الموالاتة، فلا يثبت عند القاضي كون المدعي وارثا.

وكذلك إذا شهدا أن هذا مولاه مولى عتاقة؛ لأن اسم مولى العتاقة كما يتناول الأعلى يتناول الأسفل، [والأسفل لا يرث من الأعلى]^(٦) إلا على مذهب الحسن بن زياد - رحمه الله -، ولعل الشاهدين اعتقدا مذهب الحسن وشهدا بوراثته بناء على ذلك؛ فلا يثبت عند القاضي كون المدعي وارثا بهذه الشهادة.

ولو شهدا أن هذا المدعي أعتق هذا الميت وهو يملكه، وأنه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره تقبل شهادتهما، وقضي بالميراث لهذا المدعي؛ لأنهم لما فسرا يثبت كون المدعي معتقا ووارثا، فقد شرط أن يقولوا: أعتقه وهو يملكه، وإنه شرط لازم؛ لأن الإعتاق بدون الملك لا حكم له أصلا، وشرط أن يقولوا: وأنه وارثه، لأن مولى العتاقة يصير محجوبا بالعصبة من جهة النسب وبمجرد قولهما: إنه أعتقه لا يثبت [عند القاضي كونه]^(٧) وارثا.

وكذلك لو شهدا أن هذا الميت كان مقررا لهذا المدعي بالملك، وهذا المدعي قد أعتقه، فالقاضي يقبل شهادتهما ويقضي بالميراث للمدعي؛ لأنه لو ثبت إقرار الميت

(١) في ب: القبيل.

(٢) في ب: أموالا.

(٣) في ب: فادعاه.

(٤) سورة محمد آية: ١١ .

(٥) سورة مريم آية: ٥ .

(٦) في ب: الأعلى وارث والأسفل ليس بوارث.

(٧) في ب: كون المدعي.

بالرق للمدعي عند القاضي، وثبت إعتاق المدعي إياه عنده معاينة كان يقضي له بميراث الميت، فكذا إذا ثبت ذلك بالبينة.

ولو شهدا أن أب المدعي هذا أعتق أب الميت هذا، وهو يملكه، ثم مات المعتق، وترك [ابنه هذا، وهو] ^(١) المدعي ثم مات المعتق، وترك ابنه هذا الميت، وقد ولد من امرأة حرة، قضي بالميراث لهذا المدعي؛ لأن المعتق لو كان حيًا كان ميراث ابن معتقه له، فإذا كان ميتًا، كان ميراثه لأقرب ^(٢) العصابات إلى المعتق، وهو ابنه المدعي هذا، وشرط في «الكتاب» أن يكون ابن المعتق من امرأة حرة؛ لأنه لو كان من أمة، وقد أعتقه مولى الأمة كان ميراثه لموالي ^(٣) الأمة، بشرط أن يكون من امرأة حرة؛ ليكون ميراثه لموالي ^(٤) الأب.

ولو شهدا بذلك ولكن قالوا: نحن لم ندرك أب هذا المدعي المعتق، ولكن علمنا ذلك، فالقاضي لا يقبل شهادتهما عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-؛ لأنهما شهدا على الولاء بالتسامع، والشهادة على الولاء بالتسامع غير مقبولة عندهما.

وإذا اختصم رجلان في ميراث ميث وأقام كل واحد بينة أنه أعتق الميت، وهو يملكه، وأنه وارثه لا وارث له غيره، ولم توقت البيتان وقتًا، قضي بالميراث بينهما؛ لأنهما استويا في الدعوى والحجة، ولم يتيقن ^(٥) القاضي كذب إحدى البيتين؛ لجواز أن كل واحد من الفريقين عين سببًا يطلق له أداء الشهادة، وهو التصرف في العبد وإعتاق العبد بعد ذلك، والمشهود به مما يحتمل الاشتراك، فيقضى بينهما نصفين كما في الأملاك، هذا إذا لم توقت البيتان، فإن وقتنا ووقت إحداهما أسبق يقضى لأسبقهما.

وإن جاء أحد المدعين أولاً وأقام البينة أنه أعتق الميت، وهو يملكه [وقضى

(١) في ب: هذا.

(٢) زاد في ب: الناس.

(٣) في ب: لمولى.

(٤) في ب: لمولى.

(٥) في ب: يتغير.

القاضي بيئته ثم جاء المدعي الآخر وأقام البينة أنه أعتق الميت^(١) فالقاضي لا يقضي للثاني ولو جاء معاً وادعيا، وأقاما البينة على دعواهما، قضى بالولاء بينهما، والفرق أنه إذا قضى بالعتق من أحدهما، وبالولاء له، أولا نفذ قضاؤه ظاهراً فلو قضى للثاني بعد ذلك، يحتاج إلى فسخ العتق عن الأول في النصف، والعتق النافذ لا يحتمل الفسخ، وإذا جاء معاً لا يحتاج إلى فسخ العتق في شيء؛ لأنه لم يقض [بالعتق بعد]^(٢)، وإنما الحاجة إلى القضاء بالعتق والولاء بينهما، وإنه متصور بأن يكون العبد بينهما أعتقاه.

وإذا مات الرجل وترك أموالا في يدي رجل، جاء رجل وادعى أنه أعتق هذا الميت وهو يملكه وأنه وارثه لا وارث له غيره، وأقام على ذلك بينة، وأقام ذو اليد بينة بمثل ذلك، قضى بالمال بينهما نصفين، وكان ينبغي ألا يقضى بالمال بينهما؛ لأن أحدهما خارج والآخر صاحب [اليد]^(٣)، فإما أن يجعل هذا كبينة الخارج مع ذي اليد في دعوى الملك المطلق، فيقضي بيئته الخارج، أو يجعل هذه كبينة ذي اليد مع الخارج في دعوى تلقي الملك من الواحد فيقضي بيئته ذي اليد. أما القضاء بينهما نصفان فلا وجه له.

والجواب: أن كل واحد منهما بيئته أثبت الولاء إذ هو المقصود في هذه الدعوى واستحقاق المال ينبنى عليه، وهذا لأن الولاء حق مقصود في نفسه يمكن إثباته بالبينة وإن لم يكن ثمة مال وإنما يثبتان الولاء على الميت وهما في إثبات ذلك على السواء، والولاء ليس يرد عليه اليد ليعتبر أحدهما فيه خارجاً والآخر صاحب اليد، بل كلاهما خارجان فيه، فيقضى به بينهما، وبعد أن يسلم المقصود من هذه الدعوى المال يقول: إنما^(٤) ادعيا تلقي الملك من هذا المال من جهة واحدة وهو الميت وهما في دعوى التلقي على السواء ولا رجحان لأحدهما على الآخر، بخلاف ما لو

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في م: إنها.

ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة بالشراء، وأحدهما صاحب اليد؛ لأن هناك لصاحب اليد رجحاناً على الخارج؛ لأن يده تدل على سبق شرائه الذي هو السبب المتيقن للملك أما هنا يد صاحب اليد لا تدل على إعتاقه فضلاً عن سبقه، ولأن السبب هناك يتأكد بالقبض فذو اليد يثبت شراء متأكداً باليد، فاليد على المال لا تأثير لها في تأكيد الإعتاق، فلم تكن بينة ذي اليد أكثر ثباتاً فلهذا قضي بينهما.

* * *

نوع آخر من هذا الفصل: فيه بعض مسائل جر الولاء:

قال محمد - رحمه الله - : معتقة قوم تزوجت رجلاً، وحدث بينهما ولد، فهذا على وجوه:

أما إن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب رجل، وفي هذا الوجه ولاء الولد لموالي الأم فإن أعتق الأب بعد ذلك كان ولاء الولد لموالي الأب وجر الأب ولاء الولد إلى مواليه، وقد مر هذا من قبل، فإن كانت عاقلة الأم عقلوا عن الولد، ثم عتق الأب لا يرجعون على عاقلة الأب بذلك؛ لأن الولاء وإن انجر إلى الأب، فإنما انجر في الحال، فلا يتبين أن ما عقل عنه عاقلة الأم، لم تكن عاقلة الأم عاقلة له.

وأما إن زوجت نفسها من معتق قوم، وفي هذا الوجه ولاء الولد لموالي الأب؛ لأنه استوى الجانبان في الولاء؛ فكان في كل جانب ولاء عتاقة، والأب هو الأصل في الولاء فكان الإثبات من جانب الأب أولى.

وأما إن زوجت نفسها من عربي، وفي هذا الوجه ولاء الولد لموالي الأب أيضاً، والكلام في هذا الوجه أظهر؛ لأنه ما استوى الجانبان في هذا الوجه؛ لأن في جانب الأم شرف ولاء العتاقة، وفي جانب الأب شرف نسب العرب فوق شرف ولاء العتاقة، حتى لا يكون مولى العتاقة كفوًا للعربي. ولو استوى الجانبان في الشرف كان^(١) إثبات الولاء من جانب الأب أولى.

وأما إن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب، ووالى رجلاً أو لم يوال، وفي هذا الوجه قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : ولاء الولد يكون لموالي الأم، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان للأب موالى [فولاء الولد لموالي الأب، وإن لم يكن للأب موالى فولاء]^(٢) الولد للأب.

وأما إذا زوجت نفسها من عجمي له^(٣) أباً في الإسلام، وفي هذا الوجه ولاء

(١) في ب: فإن.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في أ: ولد.

الولد لقوم الأب عند أبي يوسف - رحمه الله-؛ لأن في المسألة المتقدمة [لما]^(١) ترجح جانب الأب [عنده لشرف]^(٢) حرية الأصل، فلأن^(٣) يترجح جانب الأب هاهنا، وقد انضم إلى شرف حرية الأصل شرف إسلام الآباء أولى.

وأما على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - فقد اختلف المشايخ، حكى عن الفقيه أبي بكر الأعمش، وأبي القاسم الصفار - رحمهما الله - : أن ولاء الولد لمولى^(٤) الأب على قولهما^(٥)، وغيرهما قالوا: لموالي الأم.

رجل له أمة زوجها من عبد أخيه لأب وأم، أو لأب، ثم إن مولى الأمة أعتق الأمة، فجاءت بعد ذلك بولد لسته أشهر من حين عتقها^(٦)، كان ولاء هذا الولد لمعتق الأمة؛ لأنه تعذر إثبات ولاء الولد من جهة الأب؛ لأن الأب عبد والعبد ليس من أهل الولاء، وإذا تعذر إثبات الولاء من جانب الأب أثبتناه من جانب الأم، كما في ولد الملاعة؛ فكذلك^(٧) في الولاء، فلو أن مولى العبد بعد ذلك أعتق العبد وهو أخو معتق الأمة لأب وأم أو لأب، ثم مات معتق العبد ولم يترك وارثاً عصبة سوى أخيه الذي أعتق الأم، ثم مات الولد ولم يترك وارثاً، فإن ميراث الولد يكون لمعتق الأم؛ لأنه عصبة معتق العبد وولاء الولد يكون^(٨) لمعتق العبد بسبب الجر؛ لأنه إنما كان الولاء لمعتق الأم لأن الأب كان عبداً، فحين أعتقه مولاه، فقد جر ولاء ولده إلى نفسه، فيكون الولاء لمعتق العبد، فيكون لعصبة معتق العبد إذا كان معتق العبد ميتاً وعصبته أخوه [لأم وأب]^(٩) أو لأب وهو معتق الأم، فيكون ميراث

(١) سقط في م.

(٢) في أ: على شرف.

(٣) في أ: فكان.

(٤) في ب: إلى.

(٥) زاد في ب: أيضاً.

(٦) في ب: أعتقها.

(٧) في ب: فكذا.

(٨) في أ: كان.

(٩) في ب: الأب وأم.

الولد المعتق لمعتق الأم بولاء الأب لا بولاء الأم^(١)، هذا إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدًا، فأما إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر، فميراث الولد لمعتق الأم أيضًا لا بولاء الأب، ولكن لأنه معتق الولد؛ لأنه جرى منه في الولد عتق مقصود بيقين لما ولدت لأقل من ستة أشهر؛ لأن هذه مدة لا يحدث في مثلها الحبل.

* * *

(١) في أ: ألاخ.

نوع آخر: في توقيف الولاء:

رجل اشترى عبداً من رجل، ثم إن المشتري شهد أن البائع كان أعتقه قبل أن يبيعه، فالعبد حر، وولائه موقوف إذا كان البائع يجحد ذلك؛ لأن المشتري يقر [بولائه للبائع]^(١) وبائعه يتبرأ منه، فإن صدق البائع المشتري بعد ذلك، لزم البائع الولاء، ورد الثمن على المشتري وهذا ظاهر، وكذلك إن صدق المشتري ورثة البائع بعد موت البائع، فهذا وما لو صدق البائع المشتري في حياته سواء، وهذا استحسان، والقياس ألا يعتبر تصديقهم له لزوم الولاء؛ لأنهم يلزمون الميت ولاءه، وليست لهم هذه الولاية، وفي حق رد الثمن يعتبر تصديقهم؛ لأن رد الثمن يجب من التركة، والتركة حقهم ولكن استحسن واعتبر تصديقهم في جميع ذلك؛ لأنهم قائمون مقام المورث فكان تصديقهم كتصديق المورث.

وإن أقر المشتري [أن]^(٢) البائع [قد]^(٣) كان دبره فهو موقوف؛ فإن مات البائع بعد ذلك، عتق العبد؛ لأن المشتري مالك^(٤) ظاهرًا وقد أقر أن عتقه معلق بموت البائع، فيكون ولاؤه موقوفًا، فإن صدق ورثة البائع المشتري يعتبر تصديقهم في حق لزومهم^(٥) الولاء للبائع، وفي حق رد الثمن استحسانا على نحو ما بينا في العتق. عبد بين رجلين شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق، فالعبد يخرج إلى الحرية بالسعاية، ويسعى لهما موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا، ويكون الولاء بينهما؛ لأن العبد عتق عليهما فيكون^(٦) بينهما، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وعلى قولهما: العبد حر وولائه موقوف بينهما؛ لأن كل واحد منهما يقر أن العبد كله عتق على صاحبه وجميع الولاء له وصاحبه ينكر.

(١) في ب: بالولاء لبائعه.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: مالكة.

(٥) في ب: لزوم.

(٦) زاد في ب: الولاء.

أمة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها ولدت من صاحبه، وينكر صاحبه فإن الجارية تكون أم ولد موقوفة؛ لأنهما تصادقا على كونها أم ولد، فإن في زعم كل واحد منهما أن نصيبه من الجارية صار لصاحبه، وصارت أم ولد له، وهذا أمر عليه وزعم كل إنسان فيما عليه معتبر وتكون موقوفة؛ لأن كل واحد منهما يقر لصاحبه وصاحبه يتبرأ عنها فتكون موقوفة إلى أن يموت أحدهما، فإذا مات أحدهما عتقت فيكون ولاؤها موقوفاً بلا خلاف.

وإذا كاتب أمته لرجل معروف فولدت من غيره ولدًا فقال رب الأمة للمستولد: بعتكها بألف درهم، وقال المستولد: لا بل زوجتنيها بمائة، فإن الجارية تصير أم ولد موقوفة؛ لأن المولى يقول: بعته من المستولد، والمستولد يقول [ما]^(١): اشتريتها. وبقي^(٢) ملك المولى وقد أقر لها المولى بحق الحرية، ونفذ إقراره فقد تصادقا على ثبوت حق الحرية [له]^(٣)، فصارت بمنزلة أم الولد، [و]^(٤) تكون موقوفة لا يستخدمها أحد ولا يطؤها ولا يستعملها^(٥)؛ لأن أبا الولد يتبرأ عنها بإنكاره الشراء، والمولى يتبرأ عنها بادعائه البيع على المستولد، والولد حر؛ لأنهما اتفقا على حريته، فإن^(٦) مات المستولد عتقت الجارية؛ لأن مولاها قد أقر بعقتها عند موت المستولد، والمستولد كان مقرا بنفاذ إقراره فقد تصادقا على عتقها عند موت المستولد وولاؤها موقوف؛ لأن كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، ويأخذ البائع العقد من أبي الولد قصاصا بالثمن^(٧)؛ لأنهما تصادقا على وجوب هذا المقدار. وإذا أقر الرجل أن أباه أعتق عبده في مرضه أو صحته، ولا وارث له غيره،

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: ونفى.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: يستغلها.

(٦) في ب: فإذا.

(٧) في أ: اليمين.

فولأؤه موقوف، ولا يصدق على الأب؛ لأن الولاء^(١) بمنزلة النسب [ثم النسب]^(٢) لا يثبت من الميت بإقرار أحد الورثة، فكذا الولاء.

وفي الاستحسان: الولاء يكون للابن، ولا يكون موقوفًا؛ لأنه لا يخلو إما إن كان الابن صادقًا فيما قال أو كاذبًا، إن كان صادقًا كان الولاء له، وإن كان كاذبًا يعتبر هذا إنشاء عتق في حق العبد ويكون ولأؤه له حتى لو مات العبد فالابن يرثه، ولم يذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الولاء أن عاقلة الأب هل تعقل عنه؟

مشايخنا - رحمهم الله - فصلوا الجواب فيه تفصيلاً فقالوا: إن كان عصبه الابن وعصبته واحدًا بأن أعتقهما رجل واحد وقومهما من حي واحد، كان عقله على عاقلة ابنه؛ لأنه يملك إلزام العقل عليهم بإنشاء العتق، فإنه لو أعتق عبدًا، كان عقل معتقه عليهم فيملك ذلك بالإقرار أيضًا، فأما إن^(٣) كانت عصبه الابن غير عصبه الأب بأن أعتق الأب رجلًا وأعتق الابن رجلًا آخر، لا يكون عقله على عاقلة الأب؛ لأنه لا يملك إلزام الولاء عليهم بإنشاء العتق، فلا يملك بالإقرار أيضًا، ويكون^(٤) العقل موقوفًا فصار الجواب في حق العقل على التفصيل، وفي الميراث لا تفصيل بل الميراث للابن على كل حال.

هذا إذا لم يكن مع الابن المقر وارث آخر، فأما إذا كان معه وارث آخر وقد كذبه في هذا الإقرار، كان للمكذب أن يستسعى العبد في حصته؛ لأن إقرار أحدهما بعتق أمة^(٥) [كإقرار ابنه لإقراره]^(٦) بعتق صاحبه.

ولو أقر أن صاحبه أعتق العبد وصاحبه ينكر، فالعبد يسعى للمشهود عليه بلا خلاف، وإنما الخلاف في حق الشاهد، [فكذا المكذب]^(٧) مشهود عليه في حصته.

(١) في ب: المولى.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: إذا.

(٤) في ب: وقد يكون.

(٥) في م: أبيه.

(٦) في ب، م: كإقراره.

(٧) في أ: وهذا الكذب.

ثم عند أبي حنيفة - رحمه الله - ولاء هذا النصف الذي هو حصة المستسعى للمستسعى؛ لأنه يدعيه، ويزعم أنه عتق على ملكه بأداء السعاية، وولاء النصف الذي هو حصة المقر للميت كما لو كان الكل له، وأقر أن الأب أعتقه. وعندهما النصف الذي هو حصة المقر للميت، وولاء النصف الذي هو حصة المستسعى موقوف؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ، فقد^(١) زعم المستسعى أن كل العبد عتق على المقر بإقراره، والولاء للمقر والمقر يتبرأ عنه، ويكون^(٢) موقوفاً على قولهما؛ لهذا.

وفي كل موضع قلنا: يتوقف الولاء إذا مات المعتق، فميراثه يوضع في بيت المال إلى أن يظهر مستحقه كاللقطة، وعقله على نفسه لا يعقل عنه بيت المال؛ لأن هذا مال له مستحق إلا أنه غير معلوم وكل مال هذا حاله يوضع في بيت المال؛ لأن بيت المال ليس عاقلته؛ لأنه لا يرث منه؛ وهذا لأن بيت المال إنما يرث إذا لم يكن الميت مولى أحد وقد تيقنا أن هذا الميت مولى أحد وإذا لم يرثه بيت المال لا يعقل عنه أيضاً. والله أعلم.



(١) في ب: وقد.

(٢) في ب: فيكون.

نوع آخر من هذا الفصل :

ذمي أعتق عبداً ذميّاً كان ولاء العبد له ، فإن مات المعتق ، إن مات على الكفر ، فميراثه للذمي المعتق ؛ لأن الذمي يرث من الذمي بالنسب ؛ فكذا بالولاء الذي هو لحمة كلحمة النسب ، ويستوي أن يكون العبد والمولى يهوديين أو نصرانيين ، أو كان المولى يهودياً والعبد نصرانياً أو على العكس ، وإن كان المعتق^(١) قد أسلم أو كان مسلماً في الأصل فميراثه لبيت المال إن^(٢) لم يكن للمعتق عصابة من المسلمين ، أما إذا كان له عصابة من المسلمين فميراثه لعصبته ، وعقل المعتق عليه ؛ لأنه تعذر إيجابه على بيت المال ؛ لأن بيت المال ليس عاقلة مولاه ، فلا يكون عاقلته ، وقد تعذر إيجابه على المعتق وعاقلته ؛ لأن العقل إنما يكون بالتناصر ، والتناصر في غير العرب^(٣) إنما يكون باتفاق الملة^(٤) ؛ فيتعين أن يكون عليه .

نصراني من العرب أعتق عبداً مسلماً ثم مات العبد ، فميراث العبد لأقرب العصابات إلى المعتق من المسلمين وعقله على قبيلة المعتق ، وإن كان المعتق كافراً . فرق بين هذا وبين ما إذا كان المعتق رجلاً من الموالي ، وهو كافر والعبد مسلم ، فإن هناك عقل العبد على نفسه ، والفرق أن العقل إنما يجب بالتناصر إلا أن التناصر فيما بين العرب بالقبيلة لا باتفاق الملة ، والمعتق [بالإعتاق]^(٥) صار من قبيلة المعتق ؛ لأن الولاء بمنزلة النسب فصار المعتق ناصرًا له باعتبار القبيلة ؛ فيصير عاقلة للعبد وتصير عاقلة المعتق عاقلة للعبد أيضاً ، فأمكن إيجاب العقل على العاقلة ومهما أمكن إيجاب العقل على العاقلة لا يجب على الجاني ، أما التناصر فيما بين غير العرب باتفاق الملة لا بالقبيلة ، هكذا جرت العادة فيما بينهم ، فإذا لم يكن بين المعتق والمعتق اتفاق الملة لا يصير المعتق ناصرًا له ، فلا تصير عاقلة المعتق عاقلة

(١) في ب : المسلم .

(٢) في ب : إذا .

(٣) في ب : المسألة .

(٤) في ب : العرف .

(٥) سقط في ب .

له؛ لأن عاقلة المعتق إنما تصير عاقلة للمعتق بواسطة المعتق فتعذر إيجاب العقل على العاقلة فيجب في مال الجاني .

حربي دخل دار الإسلام بأمان، فاشترى عبداً وأعتقه، كان ولاؤه له فإن رجع المولى إلى دار الحرب، وسبي فإنه يكون عبداً وولاء العبد المعتق على حاله؛ لأن ولاءه ثبت بسبب عتقه، وعتقه باق بعد سبي الحربي .

فإن قيل: أليس إن المعتق إذا سبي يخرج من أن يكون من أهل الولاة فيما إذا لم يبطل الولاة .

وهنا قلنا: المعتق بالسبي لا يخرج من أن يكون أهلاً للولاة؟ لأن الولاة بمنزلة النسب، والعبد من أهل بيان النسب، فيكون أهلاً للولاة، فإن مات المعتق فإن ميراثه لبيت المال فعقله على نفسه، وقد مر نظيرها .

حربي اشترى عبداً في دار الإسلام وأعتقه، ثم رجع إلى دار الحرب، وسبي، ثم اشتراه^(١) ذلك العبد المعتق وأعتقه، فولاء كل واحد منهما لصاحبه؛ لأنه وجد من كل واحد منهما اكتساب يثبت^(٢) الولاة، وهو الإعتاق فلا منافاة هنا بين الولاةين؛ ألا ترى أن مثل هذا يجوز في النسب حتى إن الأخوين ينسب^(٣) كل واحد منهما إلى صاحبه؟ فكذا في الولاة؛ لما ذكرنا أن الولاة بمنزلة النسب .

* * *

(١) في ب: استرده .

(٢) في ب: بسبب .

(٣) في ب: يثبت .

الفصل الثاني

في ولاء الموالاة

تفسير ولاء الموالاة: أن يسلم الرجل على يدي رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره: واليتك على [أني]^(١) إن مت، فميراثي لك، وإن حييت فعقلي عليك وعلى عائلتك، وقبل الآخر منه، فهذا هو تفسير ولاء الموالاة.

وإذا جنى الأسفل جنابة، فعقله على عاقلة المولى الأعلى، وإن مات الأسفل يرثه الأعلى، وإن مات الأعلى، لا يرث الأسفل منه، ولا تثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة.

ومولى الموالاة مؤخر عن العصابات وعن ذوي الأرحام بخلاف مولى العتاقة، فإنه مقدم على ذوي الأرحام، [والقياس أن يكون مولى العتاقة مؤخرًا عن ذوي الأرحام]^(٢) كما هو مذهب علي؛ لأن المعتقد بمنزلة القريب من وجه، وبمنزلة الأجنبي من وجه من حيث إنه أحياء حكمًا لا حقيقة، وذوي الأرحام قريب من كل وجه [فينبغي أن يكون القريب من كل وجه]^(٣) مقدمًا، لكن تركنا القياس في مولى العتاقة بالآثار والأثر الوارد في مولى العتاقة لا يكون واردًا في مولى الموالاة؛ لأن مولى الموالاة دون مولى العتاقة؛ [لأنه وجد من مولى العتاقة الإعتاق أصلًا؛ ولأن ولاء الموالاة]^(٤) قابل للفسخ، وولاء العتاقة ليس بقابل للفسخ، وإذا مات الأسفل والأعلى ميت، فميراثه لأقرب الناس عصابة إلى الأعلى كما في ولاء العتاقة ولكل واحد منهما أن يفسخ هذا العقد بمحضر من صاحبه، وليس له ذلك بغير محضر من صاحبه؛ [لأن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه]^(٥) يتضمن إضرارًا لصاحبه^(٦).

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: فصاحبه.

أما إذا كان الفسخ من الأسفل؛ لأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثاً له، فيتصرف فيه فيصير مضموناً عليه.

وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل ربما يعتقد على حسابان^(١) أن عقل عبده على مولاه، ولو صح الفسخ، يجب العقل عليه، [فيتضرر؛ ولأجل]^(٢) هذا المعنى شرط أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - في المشروط^(٣) له الخيار أن يكون الفسخ بمحض من صاحبه، حتى يصح الفسخ، وللمولى الأعلى أن ينقض عقد الموالاة، وليس له أن يتحول بالولاء إلى غيره، فإنه لو قال: جعلت ولأئي لفلان، لا يصير له بجعله، وللأسفل أن يتحول بالولاء [إلى غيره]^(٤) كما له أن ينقض الولاء قصداً، فإن له أن يوالي^(٥) مع آخر وينتقض العقد مع الأول، إذا عقد مع غيره، غير أن النقض من الأسفل إن وجد مقصوداً يشترط لصحته حضرة الأعلى، وإن والى مع غيره ينتقض العقد مع الأعلى، وإن كانت الموالاة مع غيره يعينه الأعلى [ما إذا عقل عنه الأعلى بخلاف هذا؛ لأن الموالاة عقد تبرع فكان]^(٦) بمنزلة الهبة وللواهب الرجوع قبل حصول العوض [وليس له الرجوع بعد حصول العوض، وقبل العقد لم يحصل له العوض]^(٧) وبعد العقد حصل [له]^(٨) العوض.



-
- (١) في ب: حساب.
 - (٢) في ب: فيصير لأجل.
 - (٣) في ب: الشرط.
 - (٤) سقط في ب.
 - (٥) في أ، م: يولي.
 - (٦) سقط في ب.
 - (٧) سقط في ب.
 - (٨) سقط في ب.

نوع آخر من هذا الفصل :

إذا أسلم الرجل على يدي رجل، وعاقده عقد الموالاة، ثم ولد له ابن من امرأة أسلمت على يدي [رجل وعاقده عقد الموالاة إلى] ^(١) آخر، وواليه ^(٢)، فولاء الولد لموالي الأب؛ لأن الولد ^(٣) في جانب [الأب] ولا يساوي هو لولاء ^(٤) الذي في جانب الأم والأصل في الولاء هو ^(٥) الأب فيترجح جانبه كما في ولاء ^(٦) العتاقة، وكذلك إن كانت أسلمت ووالته وهي حبلى، ثم ولدت بعد ذلك، فإن ولاء الولد لموالي ^(٧) الأب، وهذا بخلاف ولاء العتاقة؛ فإنها إذا أعتقت وهي حبلى، يكون لموالي الأم.

والفرق: أن بالعتق يصير الجنين مقصودًا بالإعتاق وبالولاء؛ لأنه محل لإضافة العتق إليه، وبعد ما صار مقصودًا بالولاء لا يمكن أن يجعل تابعًا لغيره في الولاء إلا بعد فسخ ما ثبت له مقصودًا وذلك متعذر، أما هاهنا لا يثبت للجنين ولاء نفسه، وإن كان موجودًا في البطن؛ لأنه ليس [بمحل عقد الموالاة] ^(٨) عليه؛ لأن تمام عقد الموالاة بالإيجاب والقبول، وليس لأحد ولاية الإيجاب والقبول على الجنين، فكان ^(٩) [تابعًا في الولاء فيجعل] ^(١٠) تابعًا للأب؛ لأن الأب هو الأصل في الولاء، ولو كان لهما أولاد صغار ولدوا قبل الإسلام، فأسلم الأب على يدي رجل، ووالاه، ثم أسلمت المرأة على يدي رجل والته، فإن ولاء الأولاد لموالي الأب بالإجماع؛ لأن الأب حين عقد الولاء على نفسه فقد عقده على ولده الصغير تبعًا

(١) سقط في م.

(٢) في ب: فواليه، وفي م: وولاته.

(٣) في ب: للولد.

(٤) في ب: ولا انشا هؤلاء.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: جانب.

(٧) في ب: لمولى.

(٨) في أ، م: له محل يعقد للموالاة.

(٩) في ب: وكان.

(١٠) سقط في ب.

له، وله مباشرة العقد على الصغير، وصار الصغير مولى لموالي الأب بطريق التبعية، وبعد إسلام الأم وموالاتها رجلاً آخر، يبقى ولاء الأولاد [كذلك]^(١) ولا وجه إليه. أما على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فلأنه ليس للأم ولاية مباشرة عقد الموالاة على الصغير؛ فصار وجود هذا العقد من الأم والعدم [بمنزلة. وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فلأن الأم]^(٢) وإن كانت تملك مباشرة عقد الموالاة على الصغير إلا أن ولاء الصغير إذا كان ثابتاً للصغير بعقد^(٣) الأم بأن أسلمت قبل الأب^(٤) ووالته رجلاً، [فإذا أسلم]^(٥) الأب بعد ذلك ووالته رجلاً، ينجر ولاء الولد إلى الأب، فإذا كان ولاء الصغير ثابتاً أولاً لأن^(٦) يبقى كذلك على حاله بعد إسلام المرأة وموالاتها رجلاً آخر كان أولى.

وإذا أسلمت امرأة^(٧) على يدي رجل ولها ولد صغير، ووالته، فإن ولاءها وولدها [يكون لموالها عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما ولاؤها لموالها وولدها لا]^(٨) يكون لموالها.

فمن مشايخنا من قال: هذه المسألة فرع مسألة ولاية الإنكاح فإن^(٩) للمرأة أن تنكح ابنتها الصغيرة عند أبي حنيفة - رحمه الله - [فإنه يكون]^(١٠) لها أن تعقد عليها عقد الموالاة، وهذا القائل يقول: يجب أن يكون لأبي يوسف - رحمه الله - في هذه المسألة قول أول، وآخر، ويكون قوله الآخر مع أبي حنيفة - رحمه الله - كما في مسألة النكاح، وإلى هذا القول مال شيخ الإسلام - رحمه الله -.

- (١) سقط في ب.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) في ب: بعد.
- (٤) في أ: الأم.
- (٥) في ب: فأسلم.
- (٦) في ب: كأن.
- (٧) في ب: المرأة.
- (٨) سقط في ب.
- (٩) في م: فلأن.
- (١٠) في ب: فيكون.

ومنهم من قال: هذه المسألة مبتدأة وإلى هذا القول مال شيخ الإسلام السرخسي - رحمه الله -، فأبو^(١) حنيفة قاس ولاء الموالاة على [ولاء العتاقة]^(٢) وولاء العتاقة يثبت للولد من جهة الأم، إذا لم يكن له ولاء من جهة الأب، وهما يقولان: عقد الموالاة عقد متردد بين النفع والضرر، وليس للأُم ولاية مباشرة مثل هذا العقد على الصغير.

وإذا أسلم الرجل على يدي صغير أو عبد، ووالاه^(٣)، لم يجز، وإن^(٤) كان الأب أذن للصبي^(٥) بذلك، أو كان المولى أذن للعبد بذلك، جاز، غير أن في فصل الصبي يصير مولى للصبي، وفي فصل العبد يصير مولى لمولى العبد، والفرق أن العبد ليس من أهل [أن يثبت له الولاء؛ لأن من حكم الولاء الإرث والعبد ليس من أهل]^(٦) الإرث، وإذا لم يكن العبد من أهل الولاء، جعلنا الولاء لمن هو أقرب الناس إليه، وهو مولاه، فأما الصبي من أهل أن يثبت له الولاء؛ لأنه من أهل حكمه وهو الإرث؛ ألا ترى كيف يثبت له ولاء العتاقة، فكذا ولاء الموالاة. والله أعلم.

* * *

(١) في ب: وأبو.
 (٢) سقط في ب.
 (٣) في ب: فولاه.
 (٤) في ب: فإن.
 (٥) زاد في ب: يصير.
 (٦) سقط في ب.

الفصل الثالث

في الإقرار بالولاء

وإذا أقر الرجل أنه مولى عتاقة لفلان بن فلان من فوق، أو تحت، وصدقه فلان في ذلك فإنه يصير مولى له يعقل عنه ويرثه؛ ألا ترى أنه لو أقر أنه ابن فلان، أو أبو فلان، وصدقه فلان في ذلك يثبت النسب منه، [فكذا إذا]^(١) أقر بالولاء؛ لأن الولاء بمعنى النسب، وكذا إذا^(٢) أقر أنه مولى موالاة فلان^(٣)، وصدقه فلان في ذلك، يصير مولى [موالاة لفلان]^(٤).

وإذا كان للرجل امرأة هي أم الأولاد، فقالت المرأة: أنا مولى عتاقة لفلان، وصدقها فلان، وقال الرجل: أنا مولى عتاقة لفلان الآخر^(٥) وصدقه^(٦) فلان الآخر، فإن كان [واحدًا منهما]^(٧) مصدقًا فيما أقر له، ويكون ولاء الولد لموالي الأب؛ لأن الثابت بتصادقهم كالثابت معاينة، ولو عاينا أن كل واحد منهما مولى عتاقة للذي أقر له، إذا حدث بينهما أولاد، كان الأولاد موالى لموالي الأب كذا هاهنا.

وإذا كان الرجل من العرب له زوجة لا تعرف، ولدت منه أولادًا، ثم ادعت أنها موالاة، أعتقها فلان، وصدقها فلان بذلك، فإنها مصدقة في حق نفسها، ولا^(٨) تصدق على ولدها؛ لأن الولد بما له من النسب يستغني عن الولاء، واعتبار قولهما على الولد باعتبار المنفعة، فإذا انعدمت^(٩) المنفعة، لا يعتبر قولها عليه، وإن كذبها فلان في العتق وقال: هي أمتي وما أعتقتها، فهي أمته؛ لأنها أقرت على نفسها بالرق

(١) في ب: وكذا إن.

(٢) في ب: إن.

(٣) في ب: لفلان.

(٤) في ب: طلاق.

(٥) في ب: آخر.

(٦) في ب: وصدقها.

(٧) في ب: كل واحد منهما يكون.

(٨) في ب: فلا.

(٩) زاد في ب: هنا.

له، ثم ادعت الحرية عليه؛ فتصدق فيما أقرت، ولا تصدق فيما ادعت، ولا تصدق على الولد الموجود في البطن وقت الإقرار، وأما الولد الذي يحدث بعد ذلك، فإنها تصدق عليه عند أبي يوسف - رحمه الله - حتى يحدث رقيقاً، ولا تصدق عند محمد - رحمه الله - حتى يحدث حرّاً.

امرأة في يديها ولد لا يعرف أبوه، [أقرت]^(١) أنها معتقة فلان، وصدقها فلان في ذلك، لم تصدق على الابن؛ [لأن]^(٢) عند أبي حنيفة - رحمه الله - الأم تملك مباشرة عقد الولاء على الصغير، فتملك الإقرار به، وإنما فارق هذه المسألة المسألة المتقدمة على قول أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأن موضوع هذه المسألة في أنه ليس للصغير نسب معروف؛ فلم يصر مستغنياً عن الولاء؛ فاعتبر قولها عليه، وموضوع المسألة المتقدمة في أن للولد أباً معروفاً من العرب، وصار^(٣) مستغنياً بما له من النسب عن الولاء؛ فلم يعتبر قولها عليه عند أبي حنيفة، - رحمه الله-.

وإذا أقر الرجل وقال^(٤): أنا مولى فلان، وفلان أعتقني [فأقر به]^(٥) أحدهما وأنكر الآخر، فهو بمنزلة عبد بين الشريكين يعتقه أحدهما.

ولو قال: أنا مولى فلان أعتقني، ثم قال: لا بل أنا مولى فلان الآخر، أعتقني هو، وادعياه جميعاً، فهو مولى الأول.

وإن قال: أعتقني فلان أو فلان، وادعى كل واحد منهما جميعاً أنه هو المعتق، لا يلزم العبد شيء؛ لأنه لو لزمه إنما يلزمه بحكم إقراره لا بدعواهما، وهذا الإقرار وقع باطلاً؛ لأنه أقر بالمجهول، وإن أقر لأحدهما^(٦) بعينه بعد ذلك [أو لغيرهما فهو جائز، ويصير مولى للمقر له؛ لأن هذا الإقرار لما وقع باطلاً صار وجوده كعدمه

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فصار.

(٤) في ب: فقال.

(٥) في ب: وأقر.

(٦) في ب: بأحدهما.

فكان له أن هذا بعد ذلك^(١) لمن شاء .

من مشايخنا - رحمهم الله - من قال: ما ذكر^(٢) في الكتاب أنه إذا أقر لغيرهما، يجوز إقراره، يجب أن يكون قولهما، فأما^(٣) على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز إقراره؛ لأن الإقرار بالولاء إقرار بالنسب ومن أقر بالنسب لإنسان ثم أقر بعد ذلك بالنسب لآخر، لا يصح إقراره للثاني عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن لم يثبت النسب من الأول؛ بأن كذبه الأول، فكذا إذا أقر بالولاء .

ومنهم من قال: هذا على قول الكل؛ لأن الإقرار هنا وقع باطلا، لكونه واقعا للمجهول، أما في تلك المسألة الإقرار وقع للمعلوم^(٤)، فلم يقع باطلا .
وإذا أقر الرجل أنه مولى امرأة أعتقته، وقالت المرأة: [لم أعتقك]^(٥)، ولكن أسلمت على يدي وواليتني [فهو مولاها؛ لأنهما]^(٦) اتفقا على ثبوت الولاء له إلا أنهما اختلفا في سببه، والاختلاف في سبب ثبوت الحق^(٧) لا يمنع ثبوت الحق على ما عرف في كتاب الإقرار، فإن أراد التحول عنها إلى غيرها ففي قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - : ليس له ذلك، وعلى قياس قولهما: له ذلك، وهذا بناء على أن [الثابت عندهما]^(٨) ولاء الموالاة، وولاء الموالاة يقبل النقل والتحويل، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - الثابت ولاء العتاقة، وولاء العتاقة لا يقبل: النقل والتحويل، فوجه قولهما: أن الولاء هنا يثبت بتصديق المرأة، فإنما يثبت بقدر ما وجد منها^(٩) من التصديق .

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن المقر يعامل في إقراره كأن ما أقر به هو حق،

(١) سقط في ب .

(٢) في أ: ذكرنا .

(٣) في ب: أما .

(٤) في ب: لمعلوم .

(٥) في ب: أعتقتك .

(٦) في ب: فهي ومولاها .

(٧) في ب: الولاء .

(٨) في ب: الثبات ماذا عندهما الثابت .

(٩) في أ: منهما .

وفي زعمه أن عليه ولاء العتاقة .
 وإن أقر أنه أسلم على^(١) يديها ووالاها وقالت هي : بل أعتقتك ؛ فهو^(٢) مولاها ،
 وله أن يتحول بالولاء إلى غيرها ؛ لأن الثابت هاهنا ولاء الموالاة بلا خلاف ؛ لأن
 الثابت عند تصديق المقر له مقدار ما أقر به والمقر أقر بولاء الموالاة ، وذلك لا يمنع
 التحول ما لم يتأكد بالعقل .

* * *

(١) في ب : في .

(٢) في ب : فهي .

الفصل الرابع

في الاستحلاف في هذا الباب

وإذا ادعى رجل على رجل أنني كنت عبداً له و[أنه]^(١) أعتقني، وقال المدعى عليه: أنت عبدي كما كنت وما أعتقتك. فالقول قول المولى، فإن أراد العبد أن يحلفه فله ذلك؛ لأن الدعوى هنا وقعت^(٢) في العتق، والاستحلاف يجري في العتق بلا خلاف.

وإن قال المدعى عليه: أنت حر الأصل، وما كنت عبداً لي قط وما أعتقتك وأراد استحلافه، [لا يستحلف]^(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأن الاختلاف هنا في الولاية عند أبي حنيفة.

وكذلك إذا ادعى على ورثة حر ميت مات وترك بنتاً، وقال: إني كنت أعتقت الميت ولي نصف الميراث معك أيتها^(٤) البنت، لا يستحلف^(٥) على الولاية ويستحلف على المال بالله ما تعلم لهذا [في ميراث أبيك حقاً]^(٦)، وهو نظير ما لو ادعى رجل على الميت أنه ابن الميت، وادعى الميراث لنفسه [لا تستحلف]^(٧) البنت على النسب عنده، وتستحلف على الميراث بالله ما يعلم لهذا حقاً في ميراث أبيك.

وولاية المولاة في هذا الولاية العتاقة لا يستحلف عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما؛ فإن عاد المدعى عليه إلى تصديق المدعي بعدما أنكر دعواه، فهو مولاة، ولا يكون إقراره نقضاً للولاية؛ لأن النقض تصرف في العقد بالرفع بعد الثبوت، وإنكار أصل الشيء لا يكون تصرفاً فيه.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: وقع.

(٣) في ب: استحلف.

(٤) في ب: أما.

(٥) في ب: يستحق.

(٦) في ب: حقا في ميراث أبيك.

(٧) في ب: استحلف.

وإذا ادعى رجل من الموالي على عربي أنه مولاه، أعتقه والعربي غائب، ثم بدا للمدعي فادعى ذلك على آخر، وأراد استحلافه^(١)، لا يستحلف عند أبي حنيفة - رحمه الله - لوجهين:

أحدهما: أن الدعوى على الآخر لم تصح؛ لأنه أقر [به]^(٢) للأول. والثاني: أن الدعوى وقع في الولاء، وهو لا يرى الاستحلاف في الولاء. ولو أقر المدعى عليه الثاني للمدعي بما ادعاه، لم يكن مولى للمدعى عليه الثاني عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعندهما: الأمر موقوف إن قدم الغائب، وصدق المدعي فيما ادعاه، لا يثبت الولاء من الثاني، وإن كذبه، يثبت الولاء من الثاني. والله أعلم بالصواب.



(١) في ب: استحلافهما.

(٢) سقط في ب.

كتاب الأيمان^(١)

(١) الأيمان لغة: جمع يمين، واليمين لغة: الجهة، والجارحة. والمؤنثة: اليمنى، واليمين: القسم.

وقيل: سمي الحلف يميناً؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ على يديه فسمي باسم مجاوره مجازاً مرسلأ، وقيل: لأنه يحفظ الشيء كما تحفظه اليد، فهو استعارة مصرحة، وقيل: لأن الحالف غالباً يصفق بيمينه، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢] بفتح الهمزة: جمع يمين، أي: لا مؤثِق بيمين؛ لأنهم ينقضون العهد. وأما الأيمان اصطلاحاً:

فاليمين عند الحنفية هي: عقد قوي به عزم الحالف على الفعل، أو الترك. وعند المالكية هي: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته. وعند الشافعية هي: تحقيق أمر غير ثابت، ماضياً كان أو مستقبلاً، نفيًا أو إثباتاً، ممكناً أو ممتنعاً، صادقة كانت أو كاذبة، مع العلم بالحال أو الجهل به. وعند الحنابلة هي: تأكيد الحكم المحلوف عليه؛ بذكر مُعْظَم على وجه مخصوص. ينظر: عمدة الحفاظ (٤/٤١٢)، والصحاح (٦/٢٢٢٠)، مختار الصحاح، ص (٥٢٢)، المطلع، ص (٣٨٧)، وتبيين الحقائق (٧/١٠٧)، البناية في شرح الهداية (٥/١٥٦)، حاشية ابن عابدين (٣/٤٥)، شرح العناية مع شرح فتح القدير (٥/٥٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١٢٦)، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل (٣/٤٩)، حاشية الشرقاوي على التحرير (٤/٤٥٢)، كشاف القناع (٦/٢٢٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٤١٩)، الإنصاف (١١/٣).

والأصل في الأيمان الكتاب والسنة والإجماع:
أما الكتاب: فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصَلِّحُوا بَيْنَ النَّاسِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٤]. أما العرضة في كلام العرب، ففيها وجهان:

أحدهما: أنها القوة، والشدة.
والثاني: أن يكثر ذكر الشيء حتى يصير عرضة له، ومنه قول الشاعر:
فلا تجعلني عرضة للوائم
وأما العرضة في الأيمان، ففيها تأويلان:
أحدهما: أن يحلف بها في كل حق وباطل؛ فيبتذل اسمه، ويجعله عرضة.
ينظر: تفسير الرازي (٦/٦٥).
والثاني: أن يجعل يمينه علة يتعلل بها في بره، وفيها وجهان:
أحدهما: أن يحلف: لا يفعل الخير، فيمتنع منه لأجل يمينه.
والثاني: أن يحلف: ليفعلن الخير، فيفعله لبره في يمينه لا للرغبة في ثوابه. وفي قوله:
﴿أَنْ تَبَرُّوا﴾ تأويلان:
أحدهما: أن تبروا في أيمانكم.
والثاني: أن تبروا أرحامكم.

وفي قوله: ﴿وَتَقَوُّوا﴾ تأويلان: أحدهما: أن تتقوا المعاصي. والثاني: أن تتقوا الخبث، ﴿وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٤] لأيمانكم ﴿عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٤] بافتقاركم. وقال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٥]. وفي ترك المؤاخذة باللغو وجهان: أحدهما: لا يؤاخذ فيه بالكفارة. والثاني: لا يؤاخذ فيه بالإثم. وفي قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]. تأويلان: أحدهما: ما قصدتم من الأيمان. والثاني: ما اعتمدتم من الكذب، ﴿وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٥]. لعباده فيما لغوا من أيمانهم ﴿حَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٥]. في ترك معاجلتهم بالعقوبة على معاصيهم. وقال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩]. وفي تشديد قوله: ﴿عَقَدْتُمُ﴾ [المائدة: ٨٩] تأويلان: أحدهما: تغليظ المأثم بتكرارها. والثاني: أن تكرارها في المحلوف عليه إذا كان واحداً لم يلزم فيه إلا كفارة واحدة. ثم قال تعالى: ﴿كَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ [المائدة: ٨٩]. فيه وجهان: أحدهما: أنها كفارة ما عقدوه من الأيمان؛ قاله الحسن، وقتادة. والثاني: أنها كفارة الحنث بعد عقد الأيمان، ولعله قول ابن عباس، وسعيد بن جبير، قال الماوردي: والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين: أن يعتبر حال اليمين في عقدها وحلها، فإنها لا تخلو من ثلاث أحوال: أحدها: أن يكون عقدها طاعة، وحلها معصية. كقوله: والله لا قتل نفساً خيرة، ولا شربت خمراً. فإذا حلف، فقتل النفس، وشرب الخمر، فكانت الكفارة لتكفير مأثم الحنث دون عقد اليمين.

والحال الثانية: أن يكون عقدها معصية، وحلها طاعة. كقوله: والله لا صليت ولا صمت. فإذا حنث بالصلاة والصيام، كانت الكفارة لتكفير مأثم اليمين دون الحنث.

والحال الثالثة: أن يكون عقدها مباحاً، وحلها مباحاً. كقوله: والله لا لبست هذا الثوب، ولا دخلت هذه الدار. فالكفارة تتعلق بهما، وهي بالحنث أحق؛ لاستقرار وجوبها به. وقال تعالى: ﴿وَأَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وفيه ثلاثة تأويلات: أحدها: احفظوها أن تحلفوا. والثاني: احفظوها أن تحتثوا.

والتالث: احفظوها؛ لتكفروا.

وأما السنة: فروى أبو أمامة الحارثي وهو إياس بن ثعلبة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَقْتَطَعَ يَمِينَهُ مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ، وَأَوْجِبَ لَهُ النَّارَ» قيل: وإن كان شيئاً يسيراً؟ قال: «وإن كان سِوَاكَ مِنْ أَرَاكٍ».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه» [أخرجه مسلم (١٢٧١/٣)، (١٢٧٢)] كتاب الأيمان، باب: نذب من حلف يميناً، فرأى غيرها خيراً منها أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه، حديث [(١٦٥٠/١١)].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «اليمين حنث أو مندمة» [أخرجه ابن ماجه (٤٨٤/٣)] كتاب الكفارات، باب: اليمين حنث أو ندم (٢١٠٣)، وابن حبان (٤٣٥٦)، والطبراني في الصغير (١٠٨٣)، والقضاعي (٢٦٠)، (٢٦١)، والحاكم (٣٠٣/٤)، والبيهقي (٣٠/١٠) من حديث ابن عمر بلفظ: «إنما الحلف حنث أو ندم» واللفظ لابن ماجه.

وأخرجه البيهقي (٣١/١٠) عن عمر بن الخطاب قال: اليمين أئمة أو مندمة.
قال البيهقي: قال البخاري: وحديث عمر أولى [وقد حلف رسول الله ﷺ عام الفتح، فقال: «والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً، والله لأغزون قريشاً»، وروي أنه قال: «إن شاء الله». وروي أنه كان إذا أراد أن يحلف قال: «لا والذي نفس أبي القاسم بيده» [أخرجه أحمد (٣٣/٣)، (٤٨)، وأبو داود (٢٤٥/٢)] كتاب الأيمان والنذور، باب: ما جاء في يمين النبي ﷺ (٣٢٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦/١٠) من حديث أبي سعيد الخدري، ولفظ أبي داود «لا» [وروي أنه كان يقول: «لا ومقلب القلوب» [أخرجه البخاري (٥٣١/١١)] كتاب الأيمان والنذور، باب: كيف كانت يمين النبي ﷺ رقم (٦٦٢٨)، (٣٨٨/١٣)] كتاب التوحيد، باب: مقلب القلوب، وقول الله تعالى: ﴿وَنَقَلُبُ أَقْدَامَهُمْ وَأَبْصَرَهُمْ﴾ رقم (٧٣٩١)، وأبو داود (٢٤٥/٢)] كتاب الأيمان والنذور، باب: ما جاء في يمين النبي ﷺ ما كانت، رقم (٣٢٦٣)، والترمذي (١١٣/٤)] كتاب النذور والأيمان، باب: ما جاء كيف كان يمين النبي ﷺ رقم (١٥٤٠)، والنسائي (٧/٢) كتاب الأيمان والنذور، باب (١)، رقم (٣٧٦١)، وفي باب الحلف بمصرف القلوب، رقم (٣٧٦٢)، وأحمد (٢٥/٢)، (٢٦)، (٦٧)، (٦٨)، (١٢٧)، والدارمي (٢/١٨٧) كتاب النذور والأيمان، باب: بأي أسماء الله حلفت، والبيهقي (٢٧/١٠) كتاب الأيمان، باب: الحلف بالله عز وجل أو باسم من أسماء الله عز وجل، والطبراني (٣٩٦/١٢)، (٣٩٧) رقم (١٣١٦٣ - ١٣١٦٦)، وأبو نعيم في الحلية (١٧٢/٨)، (٩/٣٨)، والخطيب في تاريخ بغداد (٣٢٥/٤).

وفي بعض روايات الحديث: «لا، ومصرف القلوب»، وينظر: الحاوي (٢٥٢/١٥) -

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلا:

الفصل الأول

في ألفاظ اليمين

وإنه أنواع:

نوع في الحلف بأسماء الله تعالى:

[يجب أن يعلم أن الحلف باسم من أسماء الله تعالى يمين، جميع أسامي الله تعالى]^(١) [في]^(٢) ذلك على السواء، تعارف الناس الحلف به، أو لم يتعارفوا هو الظاهر من مذهب أصحابنا - رحمهم الله -.

ومن أصحابنا [من يقول: كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى؛ كقوله: الله، الرحمن، فهو يمين، وما يسمى به غير الله تعالى، كالحكيم والعالم فإن أراد به اليمين كان يمينا، وإن لم يرد به اليمين لم يكن يمينا.

وكان بشر المريسي - رحمه الله - يقول: [إذا قال: [و]^(٤) الرحمن، إن أراد به اسم الله تعالى فهو يمين، وإن أراد به سورة الرحمن لا يكون يمينا. وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - [في فتاويه، والصحيح ظاهر مذهب أصحابنا - رحمهم الله -.

ولو قال: بالله لا أفعل، هكذا - كسر الهاء - في (الله)، أو رفعه، أو نصبه، فهو يمين في فتاوى النسفي، - رحمه الله-]^(٥).

ولو قال: الله، يكون يمينا اتفق على هذا أهل اللغة [والنحو، إلا أن أهل اللغة]^(٦) اختلفوا في إعرابه، [فعند أهل البصرة، إعرابه]^(٧) عند حذف [حرف]^(٨)

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

القسم، النصب، وعند أهل الكوفة إعرابه الخفض^(١).
ولو قال: لله^(٢) يكون يمينا، ولو قال: بالله العظيم «كي برر كسرين بابرانسته»
أفعل كذا، أو قال: لا أفعل كذا، أنه يكون يمينا ويتعلق بالفعل، ولا يصير قوله:
بزر كترازين نامس نیست فاصلاً، وكذلك إذا قال: بزر كترازين سوكند نیست أو
بزر كترين ناميست كه [أفعل، أو لا أفعل فهو يمين]^(٣).
وسئل شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - عن قال: بالله اكراین
كارنكم.

قال: اختار أستاذي، ألا^(٤) يكون يمينا، ثم رجع وقال: يكون يمينا^(٥).
ولو قال: [والحق]^(٦)، لا أفعل كذا، فهو يمين، وعن أبي نصر: [أنه]^(٧) إن أراد
بقوله: والحق، اسم الله [يكون يمينا، وإذا لم يرد به اسم الله]^(٨) لا يكون يمينا.
ولو قال: وحق الله لا أفعل كذا، لم يكن يمينا في قول أبي حنيفة ومحمد
- رحمهما الله - و[في]^(٩) إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -، هكذا
ذكر القدوري في شرحه، وهو الصحيح.

ولو قال: وحقا^(١٠) لا أفعل كذا، لم يذكره^(١١) محمد - رحمه الله - في شيء

(٨) سقط في ب.

(١) ينظر: الكتاب (٢/١٩٥، ٣/٤٩٨)، والمخصص (١٧/١٣٤)، والأمامي، لابن الشجري،
تحقيق: محمود محمد الطناحي، مطبعة الخانكي، القاهرة، (د. ط)، (د. ت) (٢/١٤)،
والبيان في غريب إعراب القرآن، لأبي البركات الأنباري، تحقيق: د. طه عبد الحميد،
الهيئة العربية العامة للكتاب، ١٤٠٠هـ (١/٣٢).

(٢) في أ: الله.

(٣) سقط في أ، ب، م.

(٤) في ب: لا.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ، م: وحق الله.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في ب، م.

(١٠) في ب: وحق.

(١١) في ب، م: يذكر.

من الكتب، وقد اختلف المشايخ [فيه]^(١)، بعضهم قالوا: يكون يمينا، وبعضهم قالوا: لا يكون يمينا كما لو قال: وصدقًا.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : إذا^(٢) قال وحرمة الله لا أفعل كذا فهو^(٣) نظير قوله: وحق الله لا أفعل كذا.

وفي فتاوى النسفي^(٤) - رحمه الله - إذا قال: بحرمة شهد الله ولا إله إلا الله ألا أفعل كذا، فإنه لا يكون يمينا.

وإذا^(٥) قال: واسم الله لا أفعل كذا، ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -، في تعليل قوله: والحق، أنه يكون يمينا.

ولو قال بسم الله: [ذكر الصدر الشهيد في واقعاته]^(٦)، اختلف المشايخ فيه قال - رحمه الله - : والمختار أنه لا يكون يمينا.

وفي القدوري: إذا قال: بسم الله فهو ليس بيمين إلا أن ينويه.

وفي المنتقى روى ابن رستم عن محمد - رحمه الله - أنه يمين مطلقا، فتأمل عند الفتوى.

ولو قال: الطالب الغالب لا أفعل كذا، فهو يمين وهو متعارف أهل بغداد، ولو قال: ووجه الله، فهو يمين.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنها ليست بيمين، وتأويله: أنه إذا قصد به الجارحة.

ولو قال: لعمر الله، يكون يمينا.

ولو قال: أقسم بالله^(٧)، أو أشهد بالله، [أو أعزم، أو أعترم^(٨) بالله]^(٩)، فهو

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ، ب، م: وإذا.

(٣) في ب: فهذا.

(٤) في ب: المنتقى.

(٥) في ب: ولو.

(٦) سقط في أ، ب، م.

(٧) زاد في ب: أو أقسم.

يمين .

[ولو قال: علي يمين، [أو: يمين]^(١) الله، فهو يمين .
 وفي المنتقى: إذا قال: علي يمين لا كفارة لها [يريد به الإيجاب، فعليه يمين]^(٢)
 لها كفارة]^(٣)، رواه عن أبي حنيفة - رحمه الله- .
 وفيه أيضاً عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا^(٤) قال: لله علي يمين، [وهو]^(٥)
 يريد [به]^(٦) أن يوجهها^(٧) على نفسه، ولم يقل: إن فعلت كذا فليس عليه شيء،
 وكذلك إذا قال: لله علي يمين غداً، وهذا^(٨) مثل قوله: [والله، ولم يقل شيئاً .
 ولو قال: [إن فعلت [غداً، وهذا مثل قوله: والله ولم يقل شيئاً]^(٩)]-^(١٠)^(١١) .
 ولو قال: إن فعلت كذا، فعلي يمين إن شاء فلان، ففعل ذلك الفعل، وشاء فلان
 لزمه كما قال، ولو قال: إن كلمت فلاناً فعلي [من الأيمان]^(١٢) ما شاء فلان، فكلم
 فلاناً، وشاء الرجل أن يلزمه من الأيمان ثلاثة، أو أقل أو أكثر، لم يلزمه ذلك .
 ولو قال: علي يمين الله إن شئت، لزمه هذا، مثل قوله: علي يمين إن كلمت
 فلاناً .

وكذا إذا قال: علي عهد الله، أو ميثاقه، أو ذمته، فهو يمين .

(٨) في ب، م: أعزم .

(٩) في أ: أو اشهدوا إلى الله، أو أعزم بالله .

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في ب .

(٤) في أ: وإذا .

(٥) سقط في أ، م .

(٦) سقط في أ، ب، م .

(٧) في ب: يوجهها .

(٨) في ب: وهو .

(٩) سقط في م .

(١٠) في ب: لله علي يمين إذا جاء غد فهذا مثل قوله إن فعلت .

(١١) سقط في م .

(١٢) في أ، م: يمين .

[وإذا قال]^(١): بدر فتم با خدائي كه أوهریده موکه ساري رحم يد خورم، فقد قيل: إنه يكون يمينًا إذا نوى اليمين، والأصح أنه يمين بدون النية، فإن قوله: بدر فتم وعهد كروم، سواء وذلك يمين فهذا كذلك.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في - شرحه: أورد في غير رواية الأصول - إذا قال: علي يمين محلوفة وتفسيره: سوکند ميخورم [که اینکار نکند فهو يمين.

[قال]^(٢) - رحمه الله - : وإذا قال: سوکند خورم]^(٣) لا يكون يمينًا.

ولو قال: خورم، أو قال: خورمي، يكون يمينًا.

وقيل: سوکند حورم يمين أيضًا، مذکور في فتاوي النسفي - [رحمه الله - وكذلك إذا قال: سوکند خورم يكون يمينًا، ولو قال: سوکند دام]^(٤) إن [كان صادقًا]^(٥) كان يمينًا، وإن كان كاذبًا فلا شيء عليه.

وفي الواقعات في باب السنن^(٦): ولو^(٧) قال: سوکند خورم بخدائي إن فعلت كذا [يكون يمينًا]^(٨)، بخلاف قوله سوکندا خورم بطلاق، حيث لا يكون يمينًا.

ولو قال: بر من سوکندا است که من اینکار مکنم، فهو يمين، وهو بمعنى قوله: علي يمين.



-
- (١) في أ: وإن، وسقط في م.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) سقط في م.
 (٤) في ب: وكذلك إذا قال: سوکند خورم ده ام.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في م: السير.
 (٧) في أ، ب، م: وإذا.
 (٨) في أ، ب، م: فهو يمين.

ومما يتصل بهذه المسائل ، وإن لم يكن من هذا الجنس :
 لو^(١) قال : مرسوكند بطلاق است كه شراب نخورم ، فشرب ، طلقت امرأته وإن
 لم يكن حلف ولكن قال : قلت لرفع^(٢) تعرضهم ، لا يصدق [قضاء]^(٣) وإذا قال :
 مرا سكوکند خانه است كه مرار نخورم وشرب ، طلقت امرأته ، ذكره في فتاوى
 النسفي - رحمه الله - ولم يشترط فيه نية المرأة .
 والشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - كان يشترط النية
 لوقوع الطلاق ، والأصح^(٤) أنه لا يشترط .
 وفي فتاوى الأصل : إذا قال لامرأته : لا تخرجي من الدار بغير إذني ، فإني قد
 حلفت بالطلاق ، فخرجت بغير إذنه لا تطلق .
 [وروي عن]^(٥) محمد - رحمه الله - إذا قال : آليت لا أفعل كذا ، فهو يمين ولو
 قال : لا إله إلا الله ، أفعل كذا ، أو سبحان الله ، أفعل كذا ، فليس بيمين إلا أن
 ينويه ، والله أعلم .

* * *

(١) في ب ، م : ولو .

(٢) في ب : ارفع .

(٣) سقط في أ .

(٤) في ب : لا يصح .

(٥) في ب : وروي محمد .

نوع آخر:

قال مشايخ العراق^(١) - رحمهم الله - : إذا حلف بصفة من صفات الذات فهو يمين^(٢)، وإن حلف بصفة من صفات الفعل، [فليس يمين، وجعلوا الفاصل بين صفات الذات، وبين صفات الفعل علامة]^(٣)، فقالوا: كل صفة يوصف الله تعالى بها وبضدها، فهي من صفات الفعل، كالرضا، والغضب، والرحمة، والسخط، فهذه الصفات مما يوصف الله تعالى بها وبضدها، فإن^(٤) الله تعالى يرحم المؤمنين، ولا يرحم الكافرين^(٥)، ويرضى عن المتقين، ويغضب على المنافقين. وكل صفة يوصف الله تعالى بها، ولا يوصف بضدها فهي من صفات الذات كالعظمة والعزة^(٦).

قالوا: والقياس أن يكون قوله: وعلم^(٧) الله^(٨) يمينًا، إلا أنا تركنا القياس فيه وقلنا: بأنه لا يكون يمينًا.

ومشايخ ما وراء النهر - رحمهم الله - قالوا: إن حلف بصفة تعارف الناس [الحلف]^(٩) بها فهو يمين، وإذا حلف بصفة لم يتعارف الناس الحلف بها لا يكون يمينًا إذا عرفنا^(١٠) هذه الجملة^(١١) جئنا إلى تخريج المسألة:

(١) في م: عراق.
(٢) الصفات الذاتية هي: الملازمة للذات وهي ثمانية: القدرة والإرادة والعلم والحياة والسمع والبصر والكلام والبقاء.

الشرح الميسر على الفقهاء الأيسر والأكبر، لأبي حنيفة النعمان، تحقيق: د. محمد عبد الرحمن الخميس، مكتبة الفرقان، عجمان، ط (١)، ١٩٩٩م، ص (١٦)، وكفاية الطالب الرباني (١/٦٣).

(٣) ما بين المعقوفين في أ: بلانية.

(٤) في ب: يقال.

(٥) في ب: الكفار.

(٦) في أ: والقوة.

(٧) في ب: وحكم.

(٨) زاد في أ، ب: يكون.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ: عرفت.

(١١) زاد في ب: والله أعلم.

إذا قال: ورحمة^(١) الله لا أفعل كذا، لا يكون يمينًا.
وكذلك إذا قال: وغضب الله، أو قال: وعذاب الله، أو قال: وسخط الله، أو
قال: ورضا الله، أو قال: وثواب الله، لا يكون يمينًا.
ولو قال: وقدرة الله يكون يمينًا.
ولو قال: وسلطان الله، ذكر في القدوري: أنه إن أراد به القدرة كان يمينًا، [وإن
أراد به المقدر]^(٢) لا يكون يمينًا.



(١) في أ: رحمة.
(٢) في ب: ولو قال: وقدرة الله، يكون يمينا، وإن أراد به القدر.

نوع آخر:

إذا قال: ودين الله لا أفعل كذا، فهذا ليس بيمين، وكذلك إذا قال: [وشرائعه، أو قال: وحدوده]^(١)، أو قال: وعبادته، أو قال: بأنيائه، [أو قال: وملائكته، أو قال: وعرش الله، أو قال: وبيت الله، أو قال: بالكعبة]^(٢)، أو قال: بالصفاء والمروة، أو قال: بالصلاة، أو قال: بالصيام، أو قال: بالقرآن، أو قال: بالمصحف، أو بسورة من القرآن، فليس ذلك بيمين وعلى هذا جنس هذه المسائل.



(١) في ب: وطاعة الله، أو قال: وشرائعه، وحدود الله.
 (٢) سقط في ب.

نوع آخر:

إذا قال: دخول الدار عليّ حرام، كان يمينًا؛ لأنه حرم الحلال على نفسه، وتحريم الحلال يمين عندنا.

وفي العيون إذا قال: هذا الرغيف حرام علي، كان يمينًا.

وكذلك^(١) إذا قال بالفارسية: حرام است يا موسىخن كفتن، كان يمينًا.

وروى الحسن بن زياد، عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا قال: كلام فلان وفلان علي حرام، فكلم أحدهما يحنث.

ولو قال: هذا الخمر حرام علي، ثم شربها، اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - فيما بينهما:

قال أحدهما: هو ليس بيمين، ولا تلزمه الكفارة.

وقال الآخر: هو يمين وتلزمه الكفارة.

وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: المختار للفتوى أنه إذا أراد به التحريم تجب الكفارة، وإن أراد به الإخبار، أو^(٢) لم يكن له نية لا تلزمه الكفارة.

وإن كان في يده دراهم، فقال: هذه الدراهم حرام علي، ينظر: إن اشترى بها شيئًا يحنث في يمينه، وإن وهبها أو تصدق بها لا يحنث في يمينه؛ لأن تحريم

الحلال وإن كان يمينًا، إلا أنه لا يراد بهذا التحريم، تحريم الهبة والصدقة، وإنما يراد به تحريم الشراء كمن قال: كل حل علي حرام، لا يراد به تحريم كل حلال،

ولا تنصرف يمينه إلى^(٣) كل حلال إنما^(٤) تنصرف إلى الطعام والشراب.

حاصله: لو أكل طعامًا أو شرب شرابًا يحنث في يمينه، ولو وطئ امرأته، أو

جاريته أو لبس ثوبًا، أو ركب دابة لا يحنث في يمينه كذا هذا.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في هذه المسألة: أنه إذا أنفقها بوجه من

(١) في أ: فعلى هذا.

(٢) في أ: و.

(٣) في ب: في.

(٤) في ب: وإنما.

الوجوه، بأن اشترى بها شيئاً، أو وهبها أو تصدق بها، أو أعطها في أجرة بيت، أو ما أشبه ذلك، فعليه كفارة يمين، رواه بشر بن الوليد - رحمه الله - [قال]^(١):
والمخرج منه أن يجيء رجل من أهله فينفقها.

وفي البقالي: لو حرّم طعاماً أو نحوه فهو يمين، [على ما يتناوله في]^(٢) المعتاد أكلاً في المأكول، ولبسا في الملبوس إلا أن يعني [غير ذلك]^(٣) وكذلك سائر التصرفات في الأشياء.

قال: ولا يعتبر استيعاب الطعام بالأكل، ولو قال: لا يحل لي أن أفعل كذا، فإن نوى تحريمه عليه فهو يمين.

وفيه أيضاً: إذا قال: الخنزير حرام، فهو ليس بيمين، إلا أن يقول^(٤) [علي حرام]^(٥) إن أكلته^(٦)، وعلى قياس مسألة الخمر يجب أن يكون فيه خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وعلى ما اختاره الصدر الشهيد - رحمه الله - في مسألة الخمر يجب أن تكون مسألة الخنزير كذلك.

وفي البقالي أيضاً: إذا قال: إن أكلت هذا الطعام، فهو علي حرام، فهذا^(٧) ليس بيمين حتى لو أكله لا تلزمه الكفارة.

ولو قال: والله لا آكل هذا الطعام فإن أكلته فهو علي حرام، فأكل منه لزمته^(٨) الكفارة.

وفي المنتقى: إذا قال [لغيره]^(٩): كل طعام آكله في منزلك، فهو علي حرام ففي

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: على ما قلنا وله، وفي ب: على ما يتناوله.

(٣) في ب: غيره قال.

(٤) في أ: يكون.

(٥) في ب: حرام علي.

(٦) في ب: كلمته.

(٧) في ب: فهو.

(٨) في أ: لزمه.

(٩) سقط في ب.

القياس، لا يحنث إذا أكله، وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - .
 وفي الاستحسان: يحنث، ويكون هذا على معاني كلام^(١) الناس^(٢)؛ [لأنهم]^(٣)
 يريدون بهذا أن أكله حرام.
 وفي الحيل: إن^(٤) أكلت عندك طعاماً أبداً، فهو عليّ حرام فأكل، لم يحنث،
 ولو قال: هذا الثوب عليّ حرام إن لبسته، فلبسه ولم ينزعه حنث في يمينه.
 امرأة قالت لزوجها: أنت عليّ حرام، أو قالت: حرمتك على نفسي فهذا يمين،
 حتى لو طأعته في الجماع تلزمها الكفارة، وكذلك لو أكرهها على الجماع تلزمها
 الكفارة، بخلاف ما إذا حلف لا يدخل دار فلان.
 وفي المنتقى إذا قال: حرام عليّ قتل فلان إن قتلته، فقتله ولم يكن له نية حين
 حلف، كان يميناً.



(١) زاد في ب: القياس.

(٢) في أ، ب: والناس.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: إذا.

نوع آخر:

إذا قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي، إن فعل كذا، أو قال: هو بريء من الله، أو قال: هو بريء من الإسلام إن فعل كذا، فهو يمين عندنا حتى لو فعل ذلك الفعل يلزمه الكفارة.

وهل يصير كافرًا؟ اختلف المشايخ فيه:

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : المختار للفتوى إن كان عنده أنه يكفر متى أتى بهذا الشرط، ومع هذا أتى به، يصير كافرًا لرضاه بالكفر، وكفارته أن يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله، وإن كان عنده أنه إذا أتى بالمشروط لا يصير كافرًا، لا يكفر وهكذا إذا حلف بهذه الألفاظ على أمر في الماضي، بأن قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي إن كان فعل كذا أمس، وهو يعلم أنه [قد كان] ^(١) فعل لا شك أنه لا يلزمه الكفارة عندنا؛ لأنها يمين غموس، وهل يصير كافرًا؟ اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يصير كافرًا.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : والمختار للفتوى أنه إن كان عنده أن هذا يمين، ولا يكفر، متى حلف به، لا يكفر، وإن كان [عنده] ^(٢) أنه يكفر متى حلف به يكفر؛ لرضاه بالكفر. وأما إذا قال: يعلم الله أنه قد فعل كذا ^(٣)، وهو يعلم [أنه] ^(٤) لم يفعل، أو قال: يعلم الله أنه [لم يفعله] ^(٥)، وقد علم أنه فعل، اختلف المشايخ فيه، عامتهم على أنه يصير كافرًا.

ولو قال: هو يأكل الميتة إن فعل كذا، لا يكون يمينًا وكذلك إذا قال: هو يستحل الميتة، أو يستحل الخمر والخنزير إن فعل كذا، لا يكون يمينًا.

والحاصل: أن كل شيء هو حرام حرمة مؤبدة، بحيث لا تسقط حرمة بحال من الأحوال، كالكفر وأشبهه، فاستحلاله معلقًا بالشرط يكون يمينًا وكل شيء هو حرام

(١) في أ: كان قر.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: هذا وهو يعلم أنه قد فعل هذا.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: فعل كذا.

بحيث تسقط حرمة بحال كالميتة والخمر، وأشبه ذلك، فاستحلاله معلقًا بالشرط، لا يكون يمينًا.

ولو قال: إن فعل كذا، فاشهدوا علي بالنصرانية، فهو يمين، ذكره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه.

وفي [مجموع النوازل]^(١) إذا قال: أنا شر من المجوسي إن فعلت كذا، فهو يمين، ولو قال: [أنا شريك النصراني، أو قال: أنا شريك الكفار، إن فعلت كذا، كان يمينًا، ولو قال: [أزهزار مع وترسابذ ترم إن فعلت كذا، كان يمينًا، ولو قال: الراس ويولخوهم مرا مرع حوانيت وجهود حوانيت وسكن ببار كتب ثم تزوجها لا يلزمه شيء.

في فتاوى النسفي - رحمه الله - لو قال: هرجه مغان معنی کرده اد وجهودان جهودي کرده اندر کرده ابن كه اينكار نكرده است، وقد [كان]^(٣) فعل ذلك؛ لا يلزمه شيء. وإذا قال: هرجه مسلماني کرده ام بكافر ان دارم اكر اينكار نكنم، إن فعلت كذا، لا يكون يمينًا^(٤)، [وإذا قال]^(٥): مسلماني بكرده أم أكبر فلات كتم، فهذا ليس بيمين إلا إذا ادعى^(٦) أن ما صام وصلى [لم يكن حقًا إن فعلت كذا، أو أن ما علمت]^(٧) لم يكن حقًا إن فعلت كذا، فحيثئذ يكون يمينًا.

فعلى هذا القياس إذا قال بالفارسية: ما قال الله تعالى^(٨) كذب إن دخلت الدار، كان يمينًا في آخر الباب الأول من أعيان الوقعات.

وإذا قال بالفارسية: هراميدي كه ان بخدادارم نا ايديم اكر اينكار نكنم إن فعلت كذا، فهذا يمين، في أيمن النوازل. والله أعلم.

(١) في أ: ما.

(٢) سقط في ب، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: شيئًا.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب، م: عنى.

(٧) سقط في ب.

(٨) ثبت في حاشية ب: تعالى فهو يمين ولو قال إن فعلت كذا.

نوع آخر:

إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله تعالى ورسوله، فهو يمين واحدة، ولو قال: فأنا بريء من الله تعالى، وبريء من رسوله، ففعل، لزمه كفارتان هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله-.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال: إن فعلت كذا، فأنا بريء من الله ورسوله، والله ورسوله بريئان منه [ففاعل]^(١)، فعليه أربع كفارات، قيل: ما ذكر في فتاوى أهل سمرقند ليس بصحيح، وإنما الصحيح ما ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله-.

ولو قال: أنا بريء من الله، إن كنت فعلت كذا أمس، وقد كان فعل وهو يعلم اختلف المشايخ فيه، والمختار للفتوى ما ذكرنا في قوله: هو يهودي [أنه إن كان في زعمه أن مثل هذا الحلف كفر يكفر.

ولو قال: إن كنت فعلت كذا فأنا بريء من القرآن فهو يمين، ولو قال: [٢] إن كنت فعلت كذا^(٣) فأنا بريء من^(٤) المصحف [فهذا ليس بيمين، بخلاف ما إذا قال: فأنا بريء مما في المصحف]^(٥) حيث^(٦) يكون يمينًا.

ولو قال: إن فعلت كذا، فأنا بريء من كل آية في المصحف، فهو يمين واحدة. في العيون، وكذلك إذا قال: از سيصدر وشعت قرآن بيزاراست، فهو يمين واحدة. ولو قال: إن فعلت كذا فهو بريء من الكتب الأربعة فهو يمين واحدة، وكذلك إذا قال: إن فعلت كذا، فأنا بريء من القرآن والزبور [والتوراة]^(٧) والإنجيل، فحنث

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ، ب.

(٣) زاد في ب: أنه إن كان في زعمه أن مثل هذا الحلف كفر يكفر، ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من القرآن فهو يمين، ولو قال: إن فعلت كذا.

(٤) في ب: مما في.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: حنث.

(٧) سقط في ب.

لزمه كفارة واحدة، ولو قال: فأنا بريء من القرآن، وبريء من التوراة، وبريء من الإنجيل، وبريء من الزبور، فهي أربعة أيمان، [إذا حنث يلزمه أربع كفارات]^(١).
ولو قال: إن كنت فعلت كذا أمس، فأنا بريء من القرآن وقد كان فعل وعلم [به]^(٢) فالجواب المختار فيه كالجواب فيما إذا قال: فهو بريء من الله تعالى.
ولو رفع كتاب الفقه أو دفتر الحساب فيه مكتوب: بسم الله الرحمن الرحيم، وقال: أنا بريء مما فيه، إن فعلت كذا فهذا يمين^(٣).
إذا قال: ان حداى سرارم وان لا إله إلا الله سرارم وان شهر الله سرارده إن فعلت كذا، ففعل فعلية كفارات.

إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من صوم رمضان أو من الصلاة يريد به صلاة الفرض فهو يمين، ولو [قال: أنا بريء من هذه [الثلاثين]^(٤) يوماً، يعني: من شهر رمضان إن فعلت كذا، إن نوى البراءة من فرضها يكون يميناً، كما لو]^(٥) قال: أنا بريء من الإيمان إن فعلت كذا، وإن نوى البراءة عن أجرها^(٦) لا يكون يميناً، وإن لم يكن له نية لا يكون يميناً في الحكم لمكان الشك، وفي الاحتياط يكفر.
ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من حجتي التي حججت، أو من صلاتي التي صليت، فهذا لا يكون يميناً بخلاف ما إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من القرآن الذي تعلمت حيث يكون يميناً.

ولو قال: إن فعلت كذا، فأنا بريء من القبلة، ذكر في الفتاوى لأبي الليث - رحمه الله - أنه يكون يميناً.

وذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه ليس بيمين، والصحيح أنه يمين، والبراءة عن

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في أ: اوحدای عرم لا إله إلا الله سيرارم إن شهر سيرارم إن فعلت كذا ففعل فعلية كفارتان.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: آخرها.

الإسلام يمين، ذكره في الفتاوى الصغرى المريسية^(١) وأحاله إلى آخر الباب الثاني والعشرين من أيمان الجامع.

ولو قال: أنا بريء من المغلطة إن فعلت كذا، فهذا ليس بيمين، ولو قال: عما في المغلطة فقد قيل: إنه ليس بيمين، وقيل: بأنه يمين، ولو قال: إن فعلت كذا، فأنا بريء من الشفاعة، ذكر في مجموع النوازل أنه يمين، وقد قيل: إنه ليس بيمين وهو الأصح^(٢).

وفي فتاوى ما وراء النهر إذا قال: إن فعلت كذا فلا إله لي في السماء، قال أبو الأسد [وعبد الله الكرمني]^(٣) - رحمهما الله - : إنه يمين عندنا، ولا يكفر^(٤).



(١) في م: المرتبة.
 (٢) في ب: الصحيح.
 (٣) في م: عبد الكريم.
 (٤) المحيط البرهاني (٢٠٨/٤).

نوع آخر:

ذكر [عن^(١)] إبراهيم النخعي - رحمه الله - أنه قال: اليمين على نية الحالف إن كان مظلوماً، وإن كان ظالماً، فعلى نية المستحلف، وبه أخذ أصحابنا - رحمهم الله^(٢) - .

مثال الأول: إذا أكره الرجل على بيع عين [في يديه]^(٣)، فحلف المكره بالله أنه دفع إلى هذا الشيء فلان يعني به بئعه حتى يقع عند المكره أن ما في يده ملك غيره فلا يكرهه^(٤) على بيعه^(٥)، ويكون كما نوى ولا يكون ما حلف يمين غموس لا حقيقة ولا معنى.

(١) سقط في أ.

(٢) والحاصل أن اليمين على نية الحالف في كل الأحوال إلا إذا استحلفه القاضي أو نائبه في دعوى توجهت عليه فتكون على نية المستحلف.

ينظر: بدائع الصنائع (٣/٢٠، ٢١)، حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٣/٩٩)، شرح مسلم، للنووي (١١٧/١١)، المتشور في القواعد (٢/٤٣١).

وقال ابن رشد: فإنهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوي واختلفوا في غير ذلك مثل الأيمان على المواعيد فقال قوم: على نية الحالف. وقال قوم: على نية المستحلف. وثبت أن رسول الله ﷺ قال: «اليمين على نية المستحلف» وقال عليه الصلاة والسلام: «يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك» خرج هذين الحديثين مسلم. ومن قال: اليمين على نية الحالف. وإنما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ. وفي هذا الباب فروع كثيرة. لكن هذه المسائل الأربع هي أصول هذا الباب إذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعاً إلى الاختلاف في هذه. وذلك في الأكثر مثل اختلافهم فيمن حلف ألا يأكل رؤوساً فأكل رؤوس حيتان هل يحنث أم لا؟ فمن راعى العرف قال: لا يحنث ومن راعى دلالة اللغة قال: يحنث. ومثل اختلافهم فيمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل شحماً فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقي قال: لا يحنث ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق على ما يتولد منه قال: يحنث

وبالجمله فاختلافهم في المسائل الفرعية التي في هذا الباب هي راجعة إلى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة إلى اختلافهم في دلالات الألفاظ التي يحلف بها وذلك أن منها ما هي مجتمعة ومنها ما هي ظاهرة ومنها ما هي نصوص.

ينظر: بداية المجتهد (١/٣٠٤، ٣٠٥).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: يكره.

(٥) في أ: نفعه.

أما حقيقة فلائنه نوى ما يحتمله لفظه فيجعل ما نوى كالمصرح^(١) به ولو صرح بما نوى كان صادقاً فكذا إذا أضمر ذلك بقلبه .

وأما معنى: فلأن يمين الغموس ما ينقطع^(٢) بها حق امرئ مسلم، ولم يوجد ذلك هنا؛ لأن الحالف لم يقطع حق غيره وإنما دفع الظلم عن نفسه .

مثال الثاني: إذا ادعى عينا في يدي رجل أني^(٣) اشتريت منك هذا العين بكذا، وأنكر الذي في يديه الشراء، فأراد المدعي أن يحلف المدعى عليه بالله ما وجب عليك تسليم هذه العين إلى هذا المدعي فيحلف المدعى عليه [بالله]^(٤) على هذا الوجه، ويعني التسليم إلى هذا المدعي بالهبة والصدقة لا بالبيع وهذا إن^(٥) كان صادقاً فيما حلف، ولم يكن فيما حلف يمين غموس [حقيقة؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه]^(٦)، فهو يمين غموس معنى؛ لأنه قطع بهذا اليمين حق امرئ مسلم فلا تعتبر [نيته؛ لهذا كان]^(٧) المعنى في ذلك أن المدعى عليه إذا كان ظالماً فاليمين مشروعة، لحق المدعي ليمتنع المدعى عليه عن اليمين فيصل [المدعي]^(٨) إلى حقه، وإن حلف كاذباً يهلك بسبب اليمين الكاذبة كما أهلك حقه فيكون إهلاكاً بإزاء إهلاك كالقصاص، وإنما يحصل هذا المعنى إذا اعتبرنا نية المستحلف .

أما إذا لم يكن المدعى عليه ظالماً فاليمين مشروعة لحق المدعى عليه حتى تنقطع منازعة المدعي معه من غير حجة فتعتبر نية الحالف في ذلك ولهذا يعتبر في اليمين على الحالف ما قال عليه السلام: «من حلف على يمين لا يستثنى فالبر والإثم فيها على علمه»^(٩) يعني: إذا حلف .

(١) في ب: كالصريح .

(٢) في ب: يقطع .

(٣) في ب: أن .

(٤) سقط في أ .

(٥) في ب: وإن .

(٦) سقط في ب .

(٧) في أ: لهذا نية لهذا .

(٨) سقط في أ .

(٩) ذكره المصنف في المحيط البرهاني (٤/٢٠٩) .

وعنده: أن الأمر كما حلف عليه ثم تبين خلافه لم يكن أثماً في يمينه ويعتبر فيه ما عند صاحب الحق.

قال الشيخ الإمام الزاهد شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : وهذا الذي ذكرنا في اليمين بالله تعالى .

فأما إذا استحلف بالطلاق أو العتاق، وهو ظالم أو مظلوم فنوى خلاف الظاهر، بأن نوى الطلاق عن الوثاق، أو نوى العتاق عن عمل كذا، أو نوى الإخبار فيه كاذباً فإنه يصدق فيما بينه وبين ربه حتى لا يقع الطلاق ولا العتاق فيما بينه وبين ربه؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، والله تعالى مطلع عليه إلا أنه إن كان مظلوماً لا يأثم إثم الغموس؛ لأنه ما قطع بهذا اليمين حق امرئ مسلم، وإذا كان ظالماً يأثم إثم الغموس، وإن كان ما نوى صدقاً حقيقة؛ لأن هذا اليمين غموس معنى؛ لأنه قطع بها حق امرئ مسلم.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: ما نقل عن إبراهيم: أن اليمين على نية المستحلف إن كان الحالف ظالماً فهو [صحيح في الاستحلاف على الماضي؛ لأن الواجب باليمين كاذباً الإثم فمتى كان ظالماً فهو]^(١) آثم في يمينه، وإن نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه توصل بهذا اليمين إلى ظلم غيره، وهذا المعنى لا يتأتى^(٢) في اليمين على أمر في المستقبل فتعتبر فيه نية الحالف على كل حال.

رجل قال لآخر: والله لا أجيء إلى ضيافتك، فقال رجل آخر للحالف: ولا تجيء^(٣) إلى ضيافتي أيضاً، قال: نعم، يصير حالاً في حق الثاني بقوله: نعم حتى لو ذهب إلى ضيافة الأول أو^(٤) إلى ضيافة الثاني حث في يمينه في مجموع النوازل. والله أعلم.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يبالي.

(٣) في أ: أجيء.

(٤) في أ، م: و.

نوع آخر: في تكرار الاسم ما يكون يمينًا واحدًا أو يمينين:
قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال الرجل: والله والرحمن لا أفعل
كذا، كانا يمينين، حتى إذا حنث بأن فعل^(١) ذلك الفعل كان عليه كفارتان، في ظاهر
الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنها يمين واحدة.
والأصل في جنس هذه المسائل: أن الحالف بالله تعالى إذا ذكر اسمين، وبني
[عليهما الحلف]^(٢)، فإن كان الاسم الثاني يصلح نعتًا للاسم الأول، ولم يذكر
بينهما حرف العطف كانا يمينًا واحدة، باتفاق الروايات كلها كما في قوله: والله
الرحمن لا أفعل كذا؛ لأن الثاني لما صلح نعتًا للأول، لا بد وأن يجعل نعتًا، كما
في قوله: مررت [بالرجل الصالح كان]^(٣) الصالح نعتًا، قلنا: والنعت مع المنعوت
شيء واحد.

وإن كان الاسم الثاني يصلح نعتًا للأول^(٤) وذكر بينهما حرف العطف كانا يمينين
في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة، - رحمه الله - أنها يمين
واحدة^(٥).

بيانه: في قوله: والله والرحمن لا أفعل كذا.
وجه هذه الرواية: أن هذه «الواو» تجوز أن تكون «واو» العطف فيكون الخبر
المذكور للاسم الثاني خبرًا للأول فيكونا^(٦) يمينين على هذا الاعتبار ويجوز أن تكون
واو القسم [لا واو العطف؛ لأن واو القسم غير واو العطف فإن^(٧) واو القسم]^(٨)

(١) في أ: كان.

(٢) في ب: عليه الحالف، وفي م: عليهما الحالف.

(٣) في م: بالزيد الصالح.

(٤) في ب: للاسم الأول.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢١٠).

(٦) في أ، ب، م: فيكون.

(٧) في م: لأن.

(٨) سقط في ب.

مما يتبدأ به، وحرف العطف مما لا يتبدأ به، وعلى هذا التقدير يصير [تاركًا]^(١) القسم^(٢) بالاسم الأول، مبتدئًا القسم بالاسم الثاني كأنه قال: والله، وسكت، ثم قال: والرحمن لا أفعل كذا، فيكون يمينًا واحدة وقع الشك في ثبوت ما زاد على اليمين [الواحدة]^(٣) فلا تثبت الزيادة بالشك^(٤).

وجه ظاهر الرواية: أن هذا «الواو» إذا احتتم أن يكون واو العطف، واحتمل أن يكون «واو» القسم، حمل على «واو» العطف عند الإطلاق لأن «الواو» يحتاج إليه للعطف، إذ العطف بدونه لا يصح غير محتاج إليه [للقسم]^(٥)؛ لأن القسم بدون «الواو» صحيح فكان جملة ما يحتاج إليه أولى.

وإذا حملنا [على]^(٦) «واو» العطف صار الخبر المذكور للاسم الثاني المذكور للاسم الأول فكانا يمينين، هذا إذا كان الاسم الثاني يصلح نعتًا للأول. أما^(٧) إذا كان الاسم الثاني لا يصلح نعتًا للأول، وذكر بينهما حرف العطف كما في قوله: والله، والله لا أفعل كذا كانا يمينين في ظاهر الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أنها يمين واحدة، وهكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في المنتقى، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية كما قلنا في قوله - والله والرحمن، وإن لم يذكر بينهما حرف العطف كانت يمينًا واحدة باتفاق الروايات، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في [شرح]^(٨) الجامع. بيانه في قوله: والله والله، ويكون ذكر [«الله»]^(٩) الاسم الثاني على سبيل

(١) سقط في أ.

(٢) في م: كالقسم.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢١٠).

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في م: فأما.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في ب، م.

التكرار والإعادة للأول.

وفي المنتقى إذا قال: والله، والله، والله لا أفعل كذا، قال محمد - رحمه الله - :
فذلك ثلاث أيمان في القياس بمنزلة قوله والله، [و] ^(١) الرحمن، [و] ^(٢) الرحيم لا
أفعل كذا.

وفي الاستحسان: يكون يمينًا واحدة.

[ولو قال: والله والله لا أفعل كذا، القياس [أن] ^(٣) يكون يمينين.

وفي الاستحسان: أن يكون يمينًا واحدة] ^(٤) قال ^(٥): هذا بمعاني كلام الناس،
[ومعنى هذا] ^(٦) الكلام: أن الناس في عرفهم وعاداتهم يريدون بذلك يمينًا واحدة إلا
أنهم يكررون ذلك للتأكيد.

وذكر محمد - رحمه الله - في الجامع لبيان أن الحالف باسم من أسماء الله
تعالى إذا ذكر اسمين ولم يذكر بينهما حرف عطف ^(٧) والثاني يصلح نعتًا للأول أنها
يمين واحدة فقال: ألا ترى أن القاضي يستحلف المدعى عليه بالله الذي لا إله إلا
هو الطالب الغالب الذي يعلم من السر كما ^(٨) يعلم من العلانية ما لهذا عليك كذا،
وكان ذلك يمينًا واحدة، إذ ليس للقاضي أن يستحلف المدعى عليه في خصومة
[واحدة] ^(٩) أكثر من يمين واحدة.

ثم اختلف المشايخ [في] ^(١٠) أن القاضي لأي ^(١١) معنى يذكر هذه الزوائد في

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) زاد في ب: على، وفي م: فإن.

(٦) في م: وهو معنى.

(٧) في ب: العطف.

(٨) في م: ما.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

(١١) في ب: لا في.

اليمين، بعضهم قالوا: ليكون ذلك أبلغ في المنع عن اليمين الواحدة^(١)، وبعضهم قالوا: ليقع الأمن [عن التحريف]^(٢)، فإنه لو اقتصر على قوله: بالله، والله تحالف^(٣) من الحالف أن يذكر الله ممدودًا بالخفض فيريد اللاهي، من اللهو أو يذكره مقصورًا بقوله [ملة من الإسلام]^(٤)، فيذكر هذه الزيادة^(٥) نفيًا للتبديل والتحريف.

وفيه أيضًا: إذا قال: والله لا أفعل كذا، والله [لا أفعل كذا]^(٦)، فهما يمينان وكذلك^(٧) إذا قال: والله لا أفعل كذا، لا أفعل كذا فهما يمينان. وكذلك [إذا قال]^(٨): هو يهودي أو^(٩) نصراني إن فعل كذا، وهو^(١٠) نصراني إن فعل كذا، [فهما^(١١) يمينان، ولو قال: هو يهودي أو^(١٢) نصراني إن فعل كذا]^(١٣)، فهو يمين واحدة.

وفي القدوري عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله تعالى - فيمن حلف في مقعد واحد بأيمان قال: عليه^(١٤) لكل يمين كفارة، والمجلس والمجالس سواء وإن عني بالثانية الأولى، لم يستقم ذلك في اليمين بالله؛ [لأن] [في]^(١٥) وجوب

-
- (١) في أ: الواحد.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) في ب: يخاف.
 - (٤) في ب: بده من الإهلاك، وفي م: بل من الابتلاء.
 - (٥) في م: الزوائد.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في أ، م: كذا.
 - (٨) سقط في ب.
 - (٩) في أ، م: و.
 - (١٠) في أ: فهو.
 - (١١) في م: فهذا.
 - (١٢) في م: و.
 - (١٣) سقط في أ.
 - (١٤) زاد في أ: السلام، وزاد في م: الصلاة والسلام.
 - (١٥) سقط في م.

الكفارة في^(١) اليمين بالله^(٢) يذكر الاسم، والثاني غير الأول في الذكر، وهو ليس بإخبار عن الأول.

قال: وإن كان حلف بحج أو عمرة، فهذا مستقيم؛ لأن [الصيغة صيغة]^(٣) إخبار، [فتستقيم إرادته للإخبار]^(٤) عن الأول.

وفي أيمان الأصل في باب من الأيمان: إذا حلف الرجل على أمر^(٥) لا يفعله أبدًا، ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لا يفعله^(٦) أبدًا، إن نوى بالثانية يمينًا مبتدأة، ونوى^(٧) التخليط والتشديد على نفسه، أو لم ينو شيئًا كانتا يمينين، حتى إذا حث كان عليه كفارة يمينين^(٨)، وإن نوى بالثانية^(٩) الأولى كان عليه كفارة يمين واحدة.

وفي البقالي عن ابن سلام إذا قال: أنا أعقد الزنار^(١٠) على نفسي، كما يعقده^(١١) النصراني وأنا بريء مما أتى به جبريل - عليه^(١٢) السلام - أنهما يمينان - والله أعلم.

(١) في م: كمجيء.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الصفة صفة.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الأمر.

(٦) في ب: يفعل.

(٧) في أ: وإلا نوى.

(٨) في م: يمين.

(٩) زاد في م: يمينًا.

(١٠) الزنار: ملبوس الكافر الخاص به وهو خيط غليظ يشد في الوسط.

ينظر: حاشية الصاوي على الجلالين، للعلامة أحمد بن محمد الصاوي المصري

الخلوتي المالكي، دار الفكر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م (٤/٤٣)، حاشية البجيرمي على شرح

منهج الطلاب المسماة التجريد، لنفع العبيد، المكتبة الإسلامية محمد أزدمير ديار بكر

تركيا (٤/٢٧٩).

(١١) في أ، م: يعقد.

(١٢) زاد في م: الصلاة.

الفصل الثاني في أنواع اليمين

يجب أن يعلم بأن اليمين نوعان: يمين بالله، ويمين بغير الله، واليمين بالله نوعان أيضاً: نوع في الإثبات، ونوع في النفي، وكل نوع^(١) من ذلك على وجهين: مطلق، ومؤقت^(٢).

أما المطلق في الإثبات بأن قال [مثلاً]^(٣): والله لآكلن هذا الطعام، والله لأشربن هذا الشراب، ولم يقل اليوم، ولا ما أشبهه، فالبر فيه: إنما يكون بتحصيل الأكل [أو الشرب]^(٤) في العمر، وفوات^(٥) البر بهلاك الحالف أو المحلوف عليه، حتى [إنه^(٦) في]^(٧) هذه المسألة إذا هلك الطعام، بأن احترق أو أكله غيره، أو ما أشبه ذلك، أو مات الحالف يقع الحنث وتلزمه الكفارة؛ لأن شرط الحنث [قد وجد، واليمين باقية، [و]^(٨) لأن شرط الحنث]^(٩) في هذه المسألة، [وهو]^(١٠) فوات الأكل أو الشرب^(١١) غير مقدر بالوقت؛ لأنه لم يذكر ليمينه وقتاً؛ ألا ترى أنه لو هلك الطعام من ساعته يحنث في يمينه، وهنا^(١٢) بهلاك الطعام أو الماء فات الأكل والشرب، واليمين قائمة؛ لأنها لم تنحل قبل ذلك، وكذلك بهلاك الحالف يفوت الأكل واليمين [قائمة]^(١٣)؛ لأن الأكل يفوت إذا وقع اليأس عن فعله^(١٤) في آخر

- (١) في م: فرع.
- (٢) في م: وموقوف.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: والشراب.
- (٥) في أ: وقول.
- (٦) في أ: أن.
- (٧) في م: أن.
- (٨) سقط في ب.
- (٩) سقط في أ، م.
- (١٠) سقط في أ، ب، م.
- (١١) في م: المشروب.
- (١٢) في م: وهناك.
- (١٣) سقط في أ.

جزء من أجزاء حياته، واليمين قائمة؛ [فيكون^(١)] القول بالحنث^(٢)، وإيجاب الكفارة.

وأما إذا وقت لذلك وقتًا بأن قال مثلاً: والله لأأكلن^(٣) هذا الطعام اليوم، والله لأشربن هذا الشراب اليوم، فالبر فيه إنما يكون بتحصيل^(٤) الأكل أو^(٥) الشرب في اليوم، وفوات البر بمضي اليوم مع بقاء الطعام أو الشراب وبقاء الحالف، ولا يفوت البر بموت الحالف قبل مضي اليوم، حتى [لا]^(٦) يحنث في يمينه بالاتفاق.

وهل^(٧) يفوت البر بهلاك الطعام أو الشراب قبل مضي اليوم؟ أجمعوا على أنه لا يفوت قبل مضي اليوم حتى لا تلزمه الكفارة قبل مضي اليوم، واختلفوا فيما إذا مضى اليوم:

قال أبو يوسف - رحمه الله - : يفوت البر وتجب الكفارة.

وقال أبو حنيفة ومحمد، - رحمهما الله - : لا يفوت ولا تجب الكفارة.

وعلى هذا الاختلاف [إذا قال]^(٨): والله لأقضين حق فلان غدا ففضاه اليوم أو أبرأه [الطالب]^(٩) اليوم ثم جاء الغد ومضى، فالمسألة على [هذا]^(١٠) الاختلاف. [وعلى هذا الخلاف]^(١١): إذا]^(١٢) حلف ليقضين حق فلان يوم الجمعة، أو قال:

(١٤) زاد في أ: إذا وقع.

(١) في م: فيمكن.

(٢) في أ: قيمة الحنث.

(٣) في أ: لأأكل.

(٤) في أ: عند.

(٥) في أ: و.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وهذا.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في م.

(١١) في ب: الاختلاف.

(١٢) في م: أو.

[إن^(١)] لم أَدفع إليك حَقك يوم الجمعة فكذا^(٢)، فمات فلان قبل يوم الجمعة بطلت^(٣) اليمين عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وحاصل الخلاف راجع إلى [حرف أن^(٤)] بهلاك المحلوف عليه قبل مضي

اليوم، أو بهلاك الحالف قبل مضي اليوم هل تنحل اليمين؟

عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : تنحل^(٥)؛ لأن بهلاكهما يفوت محل

اليمين، وهو خبر محتمل للصدق والكذب فمحل اليمين عندهما خبر محتمل

للصدق والكذب؛ ألا ترى أن عندهما لا ينعقد اليمين ابتداء إذا لم يكن الخبر

محتملاً للصدق [والكذب]^(٦) حتى إن من حلف وقال: لأشربن الماء الذي في

هذا^(٧) الكوز ولا ماء فيه لا تنعقد اليمين [عندهما]^(٨) .

وإنما قلنا: إن بهلاك الحالف أو^(٩) المحلوف عليه [يفوت]^(١٠) الخبر الذي هو

محتمل للصدق؛ [لأن تحقيق الصدق]^(١١) فيما أخبر بعد هلاكهما لا يتصور .

وإذا انحلت اليمين بهلاك أحدهما فشرط الحنث وهو عدم الأكل وجد واليمين

منحلة، فلا يقع الحنث .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : بهلاكهما لا تنحل اليمين؛ لأن بهلاكهما قبل

مضي اليوم لا يفوت محل اليمين عنده؛ لأن محل اليمين عنده خبر [في

المستقبل]^(١٢)، وكونه محتملاً للصدق فصل في الباب؛ ألا ترى أن كون الخبر في

(١) سقط في أ .

(٢) زاد في ب: إذا حلف ليقضين .

(٣) في ب: وطلب .

(٤) في أ، ب: حرفين .

(٥) زاد في م: اليمين .

(٦) سقط في أ، م .

(٧) في أ: نصف .

(٨) سقط في ب .

(٩) في أ، م: و .

(١٠) سقط في أ .

(١١) سقط في أ .

(١٢) سقط في أ .

المستقبل محتملاً للصدق ليس [بشرط]^(١) لانعقاد اليمين ابتداءً، حتى إن في مسألة الكوز تنعقد اليمين عنده فكذا كون الخبر محتملاً للصدق لا يكون شرطاً لبقاء اليمين، فيوجد^(٢) شرط الحنث، واليمين باقية فيقع الحنث، فيثول^(٣) الكلام إلى الابتداء.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن القدرة على تحقيق الصدق ليست بشرط لانعقاد اليمين؛ استدلالاً [بمسألة مس]^(٤) السماء، وتحويل الحجر ذهباً، [فإن من حلف وقال: [والله]^(٥) لأمسن السماء، [والله]^(٦) لأحولن الحجر ذهباً، فإنه ينعقد يمينه.

وكذلك إذا حلف ليقتلن^(٧) فلانا، وفلان ميت [وهو يعلم]^(٨)-^(٩)، فإنه ينعقد يمينه، وإن كان عاجزاً عن تحقيق الصدق، وإذا^(١٠) لم تكن القدرة على تحقيق الصدق فيما أخبر شرطاً لانعقاد اليمين لا يكون [كون]^(١١) الخبر محتملاً للصدق شرطاً أيضاً؛ لأن المقصود من كون الخبر محتملاً للصدق تحقيق الصدق فيما أخبر؛ لأن البر به يقع وهو المقصود من اليمين.

وأبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - قالوا: اليمين [في الأصل]^(١٢) شرعت لإيجاب الصدق في الخبر فيكون محله خبراً يحتمل الصدق؛ لأن محل الصدق^(١٣)

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) في ب: ويوجد.
 - (٣) في م: فيزول.
 - (٤) في م: بمس.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: لأقتلن.
 - (٨) سقط في أ.
 - (٩) في م: ويعلم بموته.
 - (١٠) في م: وإن.
 - (١١) سقط في ب، م.
 - (١٢) سقط في أ.
 - (١٣) في م: العقد.

ما يتصور فيه [حكم العقد كمحل البيع، فإن محل البيع ما يتصور فيه]^(١) حكم البيع وهو عين [هو]^(٢) مال؛ لأن البيع شرع لإيجاب المال، فكذا اليمين شرعت لتحقيق الصدق فيما أخبر، وتحقق الصدق فيما أخبر إنما يكون في خبر يحتمل الصدق، والصدق إنما يتحقق فيما أخبر بالأكل والشرب، [والأكل والشرب]^(٣) لا يتحقق، والمأكول والمشروب معدومان، فالفعل بدون محله لا يتصور، والصدق إنما يتصور بتصور الفعل^(٤).

وأما إذا حلف ليقتلن فلاناً وفلان ميت.

قلنا: ذكر محمد - رحمه الله - مسألة القتل في الأصل على التفصيل - فقال: إذا كان الحالف يعلم بموته وقت الحلف، يحنث بالإجماع، وإذا كان لا يعلم بموته، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا ينعقد يمينه، وعلى قول أبي يوسف ينعقد.

وفي مسألة الكوز لم يفصل [بين ما]^(٥) إذا علم الحالف وقت الحلف أنه ليس في الكوز ماء، وبين ما إذا لم يعلم.

فمن مشايخنا من قال: مسألة الكوز على هذا التفصيل؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل، ومنهم من فرق بينهما.

وإطلاق محمد في مسألة الكوز يدل على الفرق.

والفرق: هو^(٦) أن في القتل شيئين، إزالة الروح والبضع، والجرح، فمتى لم يعلم الحالف بموت فلان فقد^(٧) عقد يمينه على الأمرين، على الجرح وإزهاق

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: الفور.

(٥) في أ، م: بينهما.

(٦) في أ، ب: وهو.

(٧) في أ: فقبل.

الروح القائم وقت الحلف، [وإزهاق الروح القائم] ^(١) وهو ميت مستحيل الكون، فلم ينعقد يمينه، وإذا علم بموته فقد عقد يمينه على [ما يتأتى فيه، وهو الجرح، فإن جرحه فقد بر في يمينه، وما لا فلا، وفي مسألة الكوز عقد يمينه على اتخاذ] ^(٢) الشرب في الماء المشار إليه، واتخاذ الشرب في الماء المشار إليه بدون الماء مستحيل الكون، فقد عقد يمينه على ما هو مستحيل [الكون] ^(٣) فلا ينعقد، فلهذا افترقا.

وذكر في طلاق المنتقى مسألة القتل على خلاف ما ذكر في الأصل فقال: إذا قال الرجل: [عبده حر] ^(٤) إن لم أقتل فلاناً، وفلان ميت، فإن كان يعلم بموته حين حلف، فهو بمنزلة يمينه على شرب الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه؛ فلا يحث عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأنه لم يحلف على شيء، وإن كان لا يعلم بموته حين حلف، فهو حانث.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يحث في الوجهين.

ولو قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز، فعبده حر، أو قال: فامرأته طالق، فأريق الماء، أو ^(٥) مات الحالف، إن لم يوقت لذلك وقتاً، [لزمه الحنث، وطلقت المرأة وعتق العبد.

وإن وقت لذلك وقتاً] ^(٦)، بأن قال: اليوم، إن أريق الماء قبل مضي اليوم، [لا يلزمه الحنث قبل مضي اليوم] ^(٧)، بالإجماع، وهل يلزمه الحنث بعد مضي اليوم؟ على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يلزمه، وعلى قول أبي يوسف ^(٨): يلزمه، وإن مات

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

(٣) ما بين المعقوفين في أ: اتحاد.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: عنده.

(٦) في أ: و.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) في ب: حنيفة.

الحالف قبل مضي اليوم، لا يلزمه الحنث بالإجماع، وإن لم يكن في الكوز ماء، [فهو على الخلاف]^(١) الذي مر، وإن قال: لأفعلن^(٢) كذا. وذكر لذلك^(٣) وقتا بأن قال: شهرا أو يوماً أو ما أشبه ذلك، أو لم يذكر له وقتا فله أن يفعل ذلك الفعل متى شاء ولا يلزمه الفعل من وقت اليمين، وإذا قال: لا أفعل. فهو من وقت اليمين.



(١) في أ: فعلى الإطلاق.

(٢) في أ: لا أفعلن.

(٣) في أ: له كذلك.

جئنا إلى النوع الثاني:

وهو اليمين بغير الله تعالى فنقول: هذا النوع ينقسم أقسامًا:
قسم في بيان صفته، وكيفيته، وشرائط صحته.

فنقول: اليمين بغير الله تعالى ذكر شرط وجزاء يحلف به عادة؛ لأن اليمين بغير الله تعالى [ذكره]^(١) إنما تعرف بالجزاء إذا كان الجزاء مما [لا]^(٢) يحلف به لم يكن التعليق يمينًا، وتعليق الجزاء بالشرط على الحقيقة؛ ألا ترى أنه لو علق بشرط^(٣) الإذن أو الوكالة أو ما أشبه ذلك لا يكون ذلك يمينًا على الحقيقة وطريقه ما قلنا. والشرائط تصح في الملك وفي غير الملك، والجزاء لا يصح إلا في الملك، أو أثره، أو مضافًا إلى الملك أو^(٤) إلى سببه.

ولو قال لها: أنت طالق إن، [و]^(٥) لم يذكر بعده فعلا، لم يذكر محمد هذه المسألة في الكتب الظاهرة، وفي النوادر، والمسألة معروفة مذكورة على الخلاف على قول محمد - رحمه الله - يقع^(٦) الطلاق للحال، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يقع والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب، م: بالشرط.

(٤) في ب: و.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: يصح.

قسم آخر في بيان حروف الشرط:

يجب أن يعلم أن حروف الشرط إن [وإذا^(١)] [لو^(٢)] [و^(٣)]، [و^(٤)] إذا ما، ومتى، [ومهما^(٥)]، ومن، وما، وكل، وكلما، هذا هو المذكور في كتب عامة المشايخ. وذكر القدوري - رحمه الله - أن شروط الأيمان ستة: إن، وإذا، وإذا ما، ومتى، [ومتى ما^(٦)]، [وكل^(٧)]، [وكلما^(٨)].

قال: والأصل أن [كلمة «إن» فهي^(٩)] شرط محض وما سواها ففيها معنى الوقت.

قال: وهذه الحروف تتعلق بالأفعال المستقبلية دون الماضي وتختص بالأفعال دون الأسماء.

[قال^(١٠)]: ويستوي إن دخل على فعله^(١١) أو فعل غيره، وأما لفظة (كه)^(١٢) بأن قال: امرأته طالق ثلاثاً: كه ابتكار ميكند، فقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الطلاق، وذكرنا أنهم إن تعارفوا التعليق بهذا وبصريح الشرط ذكر الفضلي - رحمه الله -: أنه يقع الطلاق للحال، وغيره من المشايخ، قالوا: لا يصح، وهو الأصح.

فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إذا قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت [الدار]^(١٣) فإن لم تكن داخل الدار تطلق، وإن كانت داخل

- (١) في أ: وإذا.
- (٢) في ب: وإذا.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في م: وبينما.
- (٦) في ب: ومهما.
- (٧) سقط في م.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) في ب: من.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) في أ: العلة.
- (١٢) في أ، م: له.
- (١٣) سقط في أ، ب.

الدار لا تطلق، وهذا وما لو قال: أنت طالق إن [لم] ^(١) أكن دخلت الدار، سواء.
 فقد اعتبر قوله: إن دخلت الدار [شرطاً ولفظة «كه» ^(٢) ترجمة قولهم: [إن
 دخلت] ^(٣) الدار.



(١) زاد في ب: إن، وسقط في م.

(٢) في أ: لد.

(٣) في أ، م: لدخلت.

قسم آخر:

في الألفاظ التي يقع بها التعليق، ما يكون خاصًا وما يكون عامًا:
 قال: إذا علق طلاق امرأته بفعل إن حصل التعليق بكلمة إن، وإذا، وإذا ما،
 ومتى، [ومتى ما]^(١)، ومهما، فهذه^(٢) على مرة واحدة، حتى لو فعلت ذلك الفعل
 مرة ووقع الطلاق، وفعلت مرة أخرى ذلك الفعل لا يقع الطلاق.
 وإن حصل التعليق بكلمة «كلما»، فكلما تكرر [ذلك]^(٣) الفعل يتكرر الطلاق
 حتى يستوفي طلاق الملك^(٤) الذي حلف عليه، حتى [إنه]^(٥) إذا قال لامرأة: كلما
 تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها مرة بعد مرة وقع عليها ثلاث تطبيقات لم يبطل
 اليمين حتى لو تزوجت بزواج آخر وعادت إلى الزوج الأول تطلق.
 ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج نسوة طلقن، ولو تزوج امرأة
 واحدة [مرارا]^(٦) لم تطلق إلا مرة واحدة، وقد ذكرنا مسائل «كلما» و«كل» والتعليق
 بهما بالعربية والفارسية في كتاب الطلاق.
 ولو قال: أي امرأة أتزوجها فهي طالق، يقع [الطلاق]^(٧) على امرأة واحدة، إلا
 أن ينوي العموم، هكذا قيل.

وذكر في المنتقى أن كلمة «أي» تتناول كل امرأة، وصورة ما ذكر [في
 المنتقى]^(٨). إذا قال: أي امرأة أتزوجها [فهي طالق]^(٩)، وعمرة امرأة الحالف،
 [فتزوج]^(١٠) امرأة طلقت هي وعمرة، فإن تزوج امرأة أخرى بعد ذلك طلقت هي

(١) سقط في أ، ب، وفي م: بينما..

(٢) في أ، م: فهذا.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: ذلك.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب، م.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في ب.

ولا تطلق عمرة، ولا يعود الحنث في عمرة مرتين. ولو قال: هر كدام زن كه بزني كنم^(١)، [فهذا]^(٢) يقع على كل امرأة مرة واحدة.

[كذا ذكر الفضلي - رحمه الله - في فتاويه وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته أنه يقع على كل امرأة مرة واحدة]^(٣).

و[لو]^(٤) قال: هرجه زن برزني كنم، [فهي طالق فهذا على]^(٥) امرأة^(٦) مرة واحدة [إلا أن ينوي التكرار]^(٧).

وقيل: يقع على كل امرأة مرة واحدة.

وإذا قال: كل^(٨) امرأة زوجت نفسها مني، فهذا [يقع]^(٩) على كل امرأة مرة واحدة، بخلاف قوله: أية امرأة أتزوجها، والله أعلم.

* * *

-
- (١) زاد في أ: وهذا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ب.
(٥) في أ: يقع على كل.
(٦) زاد في م: واحدة.
(٧) سقط في أ، ب، م.
(٨) في أ: لي، وفي ب: أي.
(٩) سقط في ب، م.

نوع آخر في «لو» و«لولا» إذا جعلاً^(١) شرطاً:
إذا قال لامرأته: أنت طالق لو دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخل الدار، لأن «لو»
بمعنى الشرط، فإنه يستعمل لأمر متوقف، فصار بمعنى الشرط، الذي هو متوقف
الثبوت فيتوقف الثبوت عليه.

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: أنت طالق لولا^(٢) دخولك الدار،
فهذا استثناء، ولا يقع الطلاق عليها، وكذلك لو قال: لولا^(٣) مهرک علي.
والأصل في جنس هذه المسائل: أن «لولا» يستعمل في امتناع الشيء لوجود^(٤)
غيره، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾^(٥) فيصير تقدير كلامه^(٦) أن امتناع^(٧)
[وقوع]^(٨) الطلاق عليك لمكان مهرک علي، ولمكان دخولك الدار.
وقول محمد - رحمه الله - في الكتاب: «استثناء» معناه: أن هذا بمعنى
الاستثناء، فإنه يمنع ثبوت موجب الكلام كالأستثناء.

(١) في أ، م: جعل.

(٢) في أ: لا ولا.

(٣) في أ: لا.

(٤) في أ: بوجود.

(٥) سورة هود آية: ٩١ .

(٦) في أ: كل منه.

(٧) في أ: بامتناع.

(٨) سقط في أ، م.

نوع آخر في حرف الاستثناء^(١) إذا جعل شرطاً:
 إذا قال لامرأته: أنت [طالق]^(٢) إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني، أو قال: [إلا
 برضائي، أو قال:]^(٣) إلا بعلمي، أو قال لها: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار
 [من غير]^(٤) إذني فهما سواء، لأن كلمة (إلا)، و(غير) للاستثناء.
 والجواب فيهما: أن بالإذن مرة لا تنتهي اليمين، حتى لو أذن لها بالخروج مرة
 وخرجت، ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه طلقت، وإنما كان كذلك لأن كلمة
 [الاستثناء دخلت على الخروج، لا على [الحرمة الثابتة]^(٥) باليمين؛ لأن محل]^(٦)
 الاستثناء ما هو متعدد؛ لأن الاستثناء موضوع لاستخراج البعض، وذلك إنما يتحقق
 فيما^(٧) هو متعدد، أما [الحرمة الثابتة]^(٨) غير متعددة، فإذا قال لها: إن خرجت فقد
 منعها من جميع الخرجات واستثنى خروجاً موصوفاً بإذن، فإن وجد الخروج بإذن
 [كان]^(٩) مستثنى عن اليمين فلا تطلق، وإن وجد الخروج بغير إذن لم يكن مستثنى
 عن اليمين فتطلق^(١٠).

وهو نظير ما لو قال لها: إن خرجت من هذه الدار إلا^(١١) بملحفة فأنت طالق،
 فخرجت بغير ملحفة طلقت، وطريقه ما قلنا.
 والحيلة للزوج في ذلك أن يقول لها: كلما شئت الخروج فقد أذنت لك، فإن أذن
 لها بالخروج في كل مرة، ثم نهاها عن الخروج؟

(١) في أ: التاء، وفي ب: الباء.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب، م: بغير.

(٥) في أ: الجهة الثانية.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: بما.

(٨) في أ: الثانية.

(٩) سقط في أ.

(١٠) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٣٦٧).

(١١) في أ: لا.

قال محمد - رحمه الله - : يعمل نهييه .
 وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يعمل نهييه .
 وأجمعوا على أنه لو أذن لها بالخروج مرة ثم نهاها أنه يعمل نهييه .
 ولو قال ^(١) : أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى آذن [لك] ^(٢) فأذن لها مرة
 بالخروج ينتهي اليمين ، حتى لو خرجت [بعد ذلك] ^(٣) بغير إذن لا تطلق ، لأن
 (حتى) كلمة غاية ، وقد دخلت ^(٤) على ما يقبل التأقيت ، [فإن اليمين يقبل
 التأقيت] ^(٥) بوقت ؛ ألا ترى أن من قال لامرأته : أنت طالق إن خرج فلان من هذه
 الدار حتى الليلة ، أو قال : إلى الليلة ، كانت اليمين مؤقتة .
 إذا ثبت هذا فنقول : الزوج جعل ليمينه غاية ^(٦) وهو الإذن ، فإذا وجد الإذن مرة
 فقد وجدت الغاية فينتهي اليمين ولا تطلق بعد ذلك ، وإن خرجت بغير إذنه ، فإن
 عنى بقوله : حتى آذن إلا بإذني ، صحت [نيته فيما] ^(٧) بينه وبين الله تعالى ، وفي ^(٨)
 القضاء ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه ^(٩) وفيه تغليظ عليه ، وإن عنى بقوله : إلا بإذني :
 حتى آذن ، صحت [نيته فيما] ^(١٠) بينه وبين الله تعالى ، ولا تصح [نيته] ^(١١) في
 القضاء .

وذكر المسألة في الجامع من غير خلاف .

وذكر القدوري - رحمه الله - : أن على قول أبي حنيفة [ومحمد - رحمهما الله -

(١) في ب : جمعول .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في أ ، م .

(٤) زاد في أ : ما .

(٥) سقط في م .

(٦) في ب : عادة .

(٧) سقط في أ ، وفي م : فيما .

(٨) في م : دون .

(٩) في م : لفظه .

(١٠) سقط في م .

(١١) سقط في م .

تصح نيته^(١).

و[في]^(٢) إحدى الروایتين عن أبي حنيفة^(٣) تصح نيته [في القضاء]^(٤)، و[في]^(٥) إحدى الروایتين عن^(٦) أبي يوسف - رحمه الله - : لا تصح نيته في القضاء.

والوجه لهم أن التكرار ما ثبت بصريح اللفظ بل بدلالة حرف (باء)^(٧) فإذا نوى مرة واحدة فقد نوى بصريح لفظه فيصدق القاضي في ذلك.

ولو قال لها: إن خرجت من الدار إلا بإذني فكذا فخرجت بغير إذن حتى حث لو خرجت بعد ذلك بغير إذن لا يحث في فتاوى أهل سمرقند.

ولو قال لها: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك، فهذا وما لو قال لها: [حتى آذن لك، سواء حتى ينتهي اليمين بالإذن مرة.

ولو قال لها]^(٨): إن خرجت^(٩) إلا بإذني فكذا، ثم قال لها في غضب: اخرجي، ولا نية له، كان على الإذن إلا إذا عني به: اخرجي حتى تطلقني.

ولو قال لغيره: ائذن لها [في الخروج]^(١٠) فأذن لها في الخروج فخرجت حث.

وكذلك [على]^(١١) هذا إذا قال لعبده: إن خرجت إلا بإذني، ثم قال لغيره: ائذن

له في الخروج، فأذن [له] [في الخروج]^(١٢)^(١٣) فخرج يحث.

وكذلك لو قال ذلك الرجل للعبد: إن مولاك قد آذن [لك]^(١٤)، ولو قال

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يوسف.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: التاء.

(٨) سقط في ب.

(٩) زاد في م: من الدار.

(١٠) في ب: بالخروج.

(١١) سقط في م.

(١٢) سقط في ب، م.

(١٣) سقط في م.

(١٤) سقط في ب.

المولى: قد أذنت له في الخروج فبلغه فخرج لم يحنث، ولو قال [المولى] ^(١): إن فعلت كذا فقد أذنت لك، لم يكن إذناً.

ولو ^(٢) قال لها: إن خرجت من هذه الدار، من غير إذني فأنت طالق، فأذن لها بالعربية وهي لا تعرف فخرجت تطلق؛ لأن العلم شرط تحقق ^(٣) الإذن ولم يوجد، ونظير هذا ما لو أذن لها وهي نائمة أو غائبة، هكذا ذكر في النوازل ^(٤).

وفي أيمان القدوري: إذا أذن لها وهي نائمة فهو إذن.

وفي أيمان الأصل: إذا أذن لها من حيث لا تسمع لم يكن إذناً، وإن خرجت بعد ذلك [طلقت] [في قول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله -، وقال أبو يوسف - رحمه الله - هو إذن ولو خرجت بعد ذلك] ^(٥) لا تطلق.

أبو يوسف - رحمه الله - [يقول: ^(٦) الإذن يقوم ^(٧) بالإذن وحده، وقد وجد، فهو بمنزلة ما لو أذن لها وهي نائمة.

وهما يقولان ^(٨): الإذن مشتق من الأذان وهو الإعلام، ومعنى الإعلام لا يحصل إلا بوصول الكلام إلى سمعها بخلاف ما إذا أذن لها وهي نائمة، لأن هناك وصل الكلام إلى سمعها إلا أنه لم يحصل لها العلم لمانع فهو بمنزلة ما لو أذن لها وهي غافلة.

وحكي عن ابن شجاع أنه لا خلاف في هذه المسألة، وإنما الخلاف في الأمر إلا أن أبا سليمان حكى الخلاف في الإذن.

وفي المنتقى إذا قال لامرأته: أنت طالق، إن خرجت إلا بأمرى، فالأمر أن

(١) سقط في ب.

(٢) في م: إذا.

(٣) في أ، ب: فتنحقق.

(٤) في أ: النوادر.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في أ: مقام.

(٨) في ب: قالوا.

يسمعا الأمر بنفسه أو رسوله، وإن أشهد قومًا على ذلك لم يكن أمرًا. قال ثمة: وهذا بخلاف الإذن^(١) على أصله؛ لأن حكم الأمر^(٢) قد لا يثبت إلا بعد علم المأمور كأوامر الشرع، بخلاف الإذن؛ لأن المقصود من الإذن ألا يكون الخروج مع كراهته^(٣)، وانعدام كراهته^(٤) لا يتوقف على علمها، فلو أن هؤلاء الذين أشهدهم الزوج على الأمر بلغوها أن الزوج قد أمر لها بالخروج، إن لم يأمرهم أن يبلغوها فخرجت [فهي طالق، وأن أمرهم أن يبلغوها فخرجت]^(٥) بعد ذلك [لا]^(٦) تطلق.

وفي الإرادة والهوى والرضا لا يشترط سماعها رضاه وإرادته، حتى لو خرجت بعد ما قال: رضيت، أردت، هويت، لا تطلق، وإن لم تسمع ذلك بلا خلاف، وإنما الخلاف في الإذن والأمر.

وفي المنتقى^(٧): إذا قال لها: إن فعلت كذا، إلا بأمرى يشترط الأمر في كل مرة ولو قال: إلا أن أمر يكتفي بأمره مرة واحدة.

وفي المنتقى: إن شربت نبيذا، إلا أن أكره، فشرب مرة مكرها، ثم شرب غير مكره^(٨) يحنث، ولو قال: إلا أن أكره عليه، والمسألة بحالها لم يحنث، وعلى هذا إذا قال: إن دخلت هذه [الدار]^(٩) إلا أن أكره. أو قال: إلا أن أكره عليه.

وفيه أيضا إذا قال: إن دخلت هذه [الدار]^(١٠) يأمرني بها فلان، فلا بد من الأمر في كل مرة.

(١) في أ: الأمر.

(٢) في أ: الإذن.

(٣) في أ: كراهية.

(٤) في أ: كراهية.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) في أ: البيع.

(٨) زاد في أ: لم.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في أ.

والحاصل^(١) في جنس هذه المسائل: أنه إذا وصل الأمر بالفعل المحلوف به بحرف (الباء) يشترط الأمر في كل مرة، وإذا ذكر الأمر مطلقاً يكتفي بالأمر مرة [واحدة]^(٢) في هذا الموضع أيضاً.

إذا قال لها: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فأنت طالق، ثم سمع سائلاً فقال لها: أعط هذا السائل هذه الكسرة، فإن كان السائل بحيث لا تقدر المرأة على دفع ذلك إليه [إلا بالخروج]^(٣)، فهو إذن لها بالخروج.

وإن كان السائل وقت الأمر بالإعطاء بحيث تقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج، وهذا لا يكون إذناً لها بالخروج وإن كان السائل وقت الأمر بالإعطاء بحيث تقدر المرأة على دفع ذلك إليه من غير خروج ثم خرج السائل إلى الطريق فخرجت إليه، وأعطته طلقت، ولو دعت فجاء [حتى]^(٤) صار بحال تقدر المرأة على الدفع إليه من غير خروج فلم تدفع إليه حتى انصرف فخرجت [إليه]^(٥) ودفعت ذلك إليه، طلقت أيضاً.

ولو حلف بطلاق امرأته على جاريته ألا تخرج من الدار إلا بإذنه، وهي تشتري [له]^(٦) الحوائج فقال لها: اشترى [لي]^(٧) بهذه الدراهم لحماً فهو إذن لها بالخروج، وإذا خرجت بعد ذلك لا تطلق امرأته.

وفيه أيضاً: إذا قال لامرأته: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق فاستأذنته بالخروج إلى أبيها^(٨) فأذن لها [بالخروج]^(٩) فخرجت إلى منزل أختها لا تطلق، من قبل أنه قد أذن لها بالخروج فلا أبالي ذهبت إلى الذي أمرها به أو إلى غيره من قبل أن اليمين

(١) في ب: فالحاصل.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: من غير.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: ابنتها.

(٩) سقط في ب.

هاهنا على الإذن والخروج .

ولو قال: إن خرجت إلى أحد إلا بإذني فأنت طالق، فاستأذنته في الخروج إلى بعض أهلها فأذن لها فلم تخرج، [فخرجت إلى أختها طلقت .
وفي النوازل إذا قال لها: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق^(١)، فاستأذنته للخروج إلى بعض أهلها، فأذن لها فلم تخرج]^(٢)، إلى ذلك، لكنها كانت تكنس الدار فخرجت إلى باب الدار لتكنس الباب وقع الطلاق؛ لأنها خرجت بغير إذن؛ لأنه إنما أذن لها في الخروج إلى بعض أهلها فإن تركت الخروج ثم خرجت في وقت آخر إلى بعض أهلها، الذي أذن لها في الخروج، قال^(٣): أخاف أن يقع الطلاق عليها؛ لأن هذا إذن بالخروج^(٤) في هذا الوقت عادة .

وفي الممتقى: إذا قالت المرأة لزوجها: ائذن لي في الخروج إلى بيت أبي، [فقال: إن أذنت لك في ذلك، فأنت طالق، ثم قال لها: أذنت لك في الخروج]^(٥)، ولم يقل: إلى بيت أبيك لا يحنث في يمينه، وهذا بخلاف ما لو استأذن لغلام مولاه في تزويج أمة رجل، فقال له المولى: إن أذنت لك في تزويجها، فامرأته طالق .
ثم قال بعد ذلك: قد أذنت لك في تزويج النساء، أو قال: [قد]^(٦) أذنت لك في التزويج، حنث في يمينه .

وعلل ثم في الفرق فقال: لأنه لا يكون متزوجًا غير امرأة، وقد تكون خارجة من الدار إلى غير منزل أحد .

ومعنى هذا: أن التزويج إذا كان لا يكون إلا بالمرأة فإذا أذن له في التزويج مطلقًا يثبت الإطلاق في النسوة، ضرورة^(٧) ثبوت الإطلاق في^(٨) التزويج فكان نكاح هذه

(١) في أ: كذا .

(٢) سقط في ب .

(٣) في ب: وقال .

(٤) في ب: في الخروج .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في ب .

(٧) زاد في أ: النسوة .

(٨) في أ: صورة .

المرأة داخلا تحت الإذن، فأما الخروج فقد يكون لا إلى منزل أحدهم، فلم يكن من ضرورة الإطلاق [في التزوج فكان في] ^(١) الخروج، في جهة [إلى] ^(٢) الخروج فلا يكون الخروج لا إلى منزل أبيه داخلا تحت الإذن فلهذا لا يحنث.

وإذا قال لعبده: إن اشتريت هذا العبد بإذني فامرأتي طالق، ثم أذن له في التجارة فاشترى هذا العبد [طلقت امرأة المولى، ولو قال له: أذنت لك في شراء البر فاشترى هذا العبد] ^(٣)، لا تطلق امرأة المولى؛ لأن الأول إذن عام أو مطلق فيتناول شراء العبد بعمومه أو بإطلاقه.

فأما الثاني إذن خاص مقيد بالبر ولا يتناول الرقيق بحقيقة، ولكن صار مأذوناً في التجارات كلها حكماً لا بإذن صدر منه حقيقة فلا يتحقق شرط الحنث نظراً إلى الحقيقة.

المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل حلف بطلاق امرأته ألا يشرب نبيذاً، إلا بإذن فلان أو ^(٤) لا يأكل طعاماً إلا بإذن فلان، فإنما هذا الإذن ^(٥) على شربة واحدة، أو ^(٦) على لقمة واحدة.

إن عملت لك كذا إلا أن يأمرني فلان فهذا على الأمر مرة ولو قال: إلا أن يأمرني به فلان فلا بد من الأمر ^(٧) في كل مرة، وقد ذكرنا جنس هذه المسألة فيما تقدم. وفي القدوري: قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فأنت طالق، ثم قال لها: أطيعي فلاناً في كل ^(٨) ما أمرك لم يأذن لها بالخروج، ولو [قال] ^(٩) الزوج:

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: و.

(٥) في أ: الأمر.

(٦) في ب: و.

(٧) في ب: الاذن.

(٨) في ب: جميع.

(٩) سقط في أ.

ما أمرك به فلان فقد أمرتك [به]^(١)، فأمرها فلان بالخروج، فخرجت طلقت. قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار بغير علمي فأنت طالق^(٢)، فخرجت وهو يراها فمنعها أو لم يمنعها لم تطلق؛ لأنها خرجت بعلمه. وفي المنتقى: إذا قال [لها]^(٣): إن خرجت من هذه الدار بغير علمي فأنت طالق فأذن لها في الخروج فخرجت بغير علمه، لا تطلق؛ لأن غرضه ألا تخرج بغير رضاه.

وفي القدوري إذا قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فأنت طالق ثم قال لها: إن فعلت كذا، فقد أذنت لك، لا يكون إذناً. ولو قال لها^(٤): أذنت لك أبداً أو الدهر، أو كلما شئت فهو إذن لها في كل مرة، ولو قال لها: أذنت لك عشرة أيام، كان لها أن تخرج في العشرة^(٥) ما شاءت، ولو غضب، وتهيات للخروج فقال الزوج: دعوها تخرج ولا نية له لم يكن إذناً إلا إذا نوى الإذن.

ولو حلف على امرأته بطلاقها ألا تخرج من الدار^(٦) إلا بإذنه، [أو حلف السلطان رجلاً بطلاق امرأته ألا تخرج من البيت إلا بإذنه]^(٧)، [أو حلف صاحب الدين مديونه ألا يخرج من البلدة إلا بإذنه]^(٨)، فاليمين بحال قيام الزوجية والسلطنة والدين فإن بان^(٩) المرأة، وعزل السلطان وسقط الدين سقطت اليمين، ثم لا تعود أبداً وإن عادت الولاية للزوج والسلطان وعاد الدين.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) في أ: كذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في ب: إن فعلت.

(٥) في ب: عشرة أيام.

(٦) في ب: البلدة.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: ماتت.

وفي المنتقى: عن أبي يوسف - رحمه الله - حلف رجلاً ألا يخرج من هذا المسجد إلا بإذنه ثم عزل السلطان فقد سقطت [اليمين]^(١)، وإن مات فاليمين على حالها.

رجل خرج مع الوالي وحلف بالطلاق ألا يرجع إلا بإذنه فسقط منه شيء فرجع لذلك، لا تطلق؛ لأن هذا الرجوع لا يراد باليمين عرفاً.

عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن حلف بطلاق امرأته، ألا تخرج امرأته من بغداد إلا بإذنه، فقال الرجل: لم أذن لك وادعت المرأة الإذن، فالقول قول الزوج. ولو قال: امرأته طالق^(٢) إن خرجت من الدار إلا بإذن فلان، فمات فلان قبل الإذن بطلت اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله -.

فالأصل عندهما أن اليمين إذا انعقد على فعل في المستقبل وفات المعقود عليه أن اليمين تبطل وعند أبي يوسف لا تبطل.

وفي الفتاوى: إذا قال لها: إن خرجت من هذه الدار بغير إذني فأنت طالق، فقالت المرأة للزوج: تريد أن أخرج حتى أصير مطلقة، فقال الزوج: نعم، فخرجت تطلق؛ لأن هذا تهديد وليس بإذن.

وإذا قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها^(٣) بغير إذنك، فهي طالق، فطلق امرأته بائناً أو ثلاثاً ثم تزوج امرأة بغير إذنها طلقت ثلاثاً، ولم يتقيد^(٤) يمينه بحال قيام نكاح امرأته؛ لأنه إنما يتقيد كذلك أن لو كانت المرأة تستفيد ولاية المنع عن التزوج، وولاية الإذن تمت^(٥) بحكم النكاح، ولا تستفيد ذلك بخلاف قيام النكاح.

وبهذا يقع الفرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا قال لامرأته: إن خرجت من هذه

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: كذا.

(٣) في أ: يتزوجها.

(٤) في ب: ننعقد.

(٥) في ب: به.

الدار بغير إذني، أو قال: إلا بإذني، فكذا، فإن ذلك يتقيد بحال قيام النكاح؛ لأن الزوج يستفيد [ولاية] ^(١) المنع عن الخروج والإذن به لحكمه ^(٢)، وعلى هذا رب الدين مع المديون، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ.
 (٢) في ب: بحكمه.

نوع آخر: في عطف الشروط بعضها على البعض:

يجب أن يعلم بأن الحالف إذا ذكر شرطين، وذكر بينهما جزاء، تقرر كل شرط في موضعه، ويعتبر الشرط الأول شرطاً لانعقاد اليمين، والشرط الثاني شرطاً لانحلال اليمين، ونزول^(١) الجزاء لأن الشرط الأول إذا ذكر يستحق الجزاء؛ لأن الشرط بدون الجزاء لا يعتبر؛ لأنه لا يفيد، وإنما يصير مفيداً^(٢) بالجزاء، والجزاء ما يذكر عقب حرف الفاء، والمذكور عقب حرف (الفاء) يمين تامة، وهي الشرط، والجزاء فيجعل جزاءً للشرط الأول إذ اليمين التامة تصلح جزاءً للشرط، وإذا صارت جزاءً للشرط [الأول]^(٣) توقف وجود اليمين وانعقادها على وجود الشرط الأول، فإذا وجد الشرط [الأول]^(٤) انعقد اليمين وتعلق الجزاء بالشرط الثاني حتى ينزل بوجوده، فهو [في]^(٥) معنى قولنا [إن]^(٦) الشرط الأول يعتبر شرطاً لانعقاد اليمين، والشرط الثاني يعتبر شرطاً لانحلال اليمين، ونزول الجزاء^(٧).



-
- (١) في أ: ويجوز.
 (٢) في أ: مقيدا.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) المحيط البرهاني (٣/٣٨٢).

بيان هذا الأصل :

فيما إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلاناً، فتزوج امرأة قبل الكلام، وامرأة بعد الكلام تطلق المتزوجة قبل الكلام ولا تطلق المتزوجة بعد الكلام عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - هكذا ذكر المسألة في الجامع، وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه تطلق المتزوجة قبل الكلام.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في الأمالي قول أبي يوسف أولاً، وما ذكر في الجامع قول أبي يوسف [آخراً، وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان عن أبي يوسف - رحمه الله -] (١) وهذا (٢) إذا (٣) لم يؤقت لذلك وقتاً.

فأما إذا وقت لذلك [وقتاً] (٤) بأن قال: كل امرأة أتزوجها أبداً، أو قال: إلى ثلاثين سنة، تطلق المتزوجة قبل الكلام، والمتزوجة بعد (٥) الكلام وهذا إذا قدم ذكر الوقت [بأن قال: إن كلمت فلاناً] (٦).

فأما إذا قدم ذكر الكلام بأن قال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها أبداً أو إلى ثلاثين سنة فهي طالق، تطلق المتزوجة بعد الكلام، ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام (٧).

وإنما وقع الفرق بين تقديم الوقت وتأخيريه؛ لأنه إذا قدم ذكر الوقت فقد أوقع الطلاق على كل امرأة يتزوجها في ذلك الوقت [ولا يمكن إيقاع الطلاق على كل امرأة يتزوجها في ذلك الوقت] (٨) إلا أن يجعل الكلام شرطاً لنزول (٩) الجزاء في حق

(١) سقط في ب.

(٢) من قوله: «في قول أبي حنيفة، ومحمد...»، إلى هنا سقط في م.

(٣) في م: إن.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: قبل.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في أ: ولو قال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ففي هذه الصورة تطلق

المتزوجة بعد الكلام ولا تطلق المتزوجة قبل الكلام.

(٨) في ب: فقد أوقع الطلاق.

(٩) في ب: لترك.

المتزوجة قبل الكلام، [وشرطاً لانعقاد اليمين في حق المتزوجة بعد الكلام، وإذا قدم ذكر الكلام]^(١) فقد أوقع الطلاق على كل امرأة يتزوجها بعد الكلام أبداً، وأمکن القول بوقوع الطلاق على كل امرأة يتزوجها بعد الكلام أبداً من غير [تعيين إذ]^(٢) يعتبر الشرط الواحد شرطاً لانعقاد اليمين ولنزول^(٣) الجزاء فاعتبرنا الكلام شرطاً لانعقاد اليمين لا غير، وصار^(٤) كأنه قال عند الكلام: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فيقع الطلاق على كل امرأة يتزوجها [بعد الكلام]^(٥)، ثم إذا لم يذكر الوقت حتى لم تطلق المتزوجة بعد الكلام لو كلم فلائاً مرة أخرى، هل تطلق؟ ذكر في الجامع أنها لا تطلق.

وقد زعم بعض مشايخنا: أن هذا الجواب بخلاف ما ذكره القدوري - رحمه الله -، وقد ذكرنا وجه ذلك في كتاب الطلاق. ولو قال: إن كلمت فلائاً فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، ففي هذه الصورة تطلق المتزوجة بعد الكلام، ولا تطلق المتزوجة قبل^(٦) الكلام. وهذا كله إذا ذكر الحالف شرطين وذكر بينهما جزاءً. وأما إذا ذكر شرطين، ولم يذكر بينهما جزاء، وإنما ذكر الجزاء عقبيهما، فإن ذكر بين الشرطين حرف العطف يتعلق الجزاء بهما ويصيران في معنى شرط واحد. بيانه: فيما إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار [وهذه الدار]^(٧) فأنت طالق، فإنها لا تطلق ما لم تدخل الدارين.

وإن [لم]^(٨) يذكر بينهما حرف العطف يجعل الشرط الأول شرط نزول الجزاء

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: ومن غير أن، وسقط في م.

(٣) في ب: ولترك.

(٤) في ب: فصار.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: بعد.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ، م.

وانحلال^(١) اليمين، ويجعل الشرط الثاني شرط انعقاد اليمين.
 بيانه: في قوله: كل امرأة أتزوجها إن دخلت الدار فهي طالق، فتزوج امرأة قبل
 الدخول وامرأة بعد الدخول، تطلق المتزوجة بعد الدخول ولا تطلق المتزوجة قبل
 [الدخول]^(٢)، ويصير تقدير المسألة: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي
 طالق، وهو معنى قول محمد - رحمه الله - في الكتاب: الشرط^(٣) إذا اعترض على
 الشرط قبل مجازاة الأول بشيء يجعل المقدم مؤخرًا والمؤخر مقدمًا.
 وإن ذكر شرطين، وقدم^(٤) الجزاء عليهما، إن جمع بينهما بحرف الجمع يتعلق
 الجزاء بهما أيضًا.

بيانه: فيما إذا قال لها: أنت طالق، إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، فإنها لا
 تطلق ما لم تدخل الدارين.

وإن لم يجمع بينهما بحرف الجمع، يجعل الشرط الثاني شرط انعقاد اليمين.
 بيانه: فيما إذا قال لأجنبية: أنت طالق إن تزوجتك، إن كلمت فلانًا، فكلم فلانًا
 ثم تزوجها تطلق، ولو تزوجها أولاً ثم كلم فلانًا لا تطلق، هذا إذا لم يذكر كل شرط
 بصريح حرف الشرط.

أما إذا ذكر كل شرط بصريح حرف الشرط، فإن ذكر الجزاء بينهما تقرر كل شرط
 في موضعه، ويعتبر الشرط الأول شرطًا لانعقاد اليمين، ويعتبر الشرط الثاني شرطًا
 لانحلال اليمين، ونزول^(٥) الجزاء.

بيانه: فيما إذا قال [لها]^(٦): إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، إن [كلمت فلانًا
 فدخلت الدار ثم كلمت فلانًا تطلق، ولو]^(٧) كلمت فلانًا [أولاً]^(٨) ثم دخلت الدار

(١) في أ: إحلال.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: المشروط.

(٤) في ب: تقدم.

(٥) في م: ويزول.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

لا^(١) تطلق.

وإن ذكر الجزاء أولاً، إن جمع بين الشرطين بحرف الجمع، فإنه يعتبر كل شرط شرطاً لنزول الجزاء [ولا يشترط اجتماعهما، وإذا وجد أحدهما ونزل الجزاء]^(٢) يبطل اليمين.

بيانه: فيما ذكر القدوري - رحمه الله - إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، [وإن دخلت هذه الدار]^(٣) الأخرى، فدخلت إحدى الدارين طلقت وبطلت اليمين؛ لأنه لما أعاد حرف الشرط لم يكن عطفاً على الأول في الشرطية، بل كان شرطاً على حدة، وصار جزاء الأول مضمراً فيه كأنه قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار، أنت طالق إن دخلت هذه [الدار]^(٤) الأخرى تلك التظليقة، وهناك يقع الطلاق بدخول إحدى الدارين وتبطل اليمين؛ لأن جزاء الثاني لم يبق، كذا هذا. وكذلك الجواب فيما إذا قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار وإن كلمت فلائناً. وإن^(٥) لم يجمع بينهما بحرف الجمع، يجعل الشرط الآخر مقدماً على الجزاء، حتى يصير الجزاء بين الشرطين^(٦)، [ويعتبر^(٧) الشرط الأول شرطاً لانعقاد اليمين، ويصير الشرط الثاني شرطاً لانحلال اليمين].

بيانه فيما ذكر في الجامع: إذا قال: عبدي حر إن دخلت هذه الدار، إن كلمت فلائناً، فدخل الدار أولاً، ثم كلم فلائناً لا يعتق عبده، ولو كلم فلائناً أولاً ثم دخل الدار عتق؛ لأن الشرط الثاني، وهو الكلام صار مقدماً على الجزاء. وصار تقدير المسألة: إن كلمت فلائناً فعبدني حر إن دخلت الدار، وهناك كان الجواب كما قلنا فهنا كذلك.

(١) في أ: أولاً.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: وإذا.

(٦) زاد في أ: الأول.

(٧) في م: ويصير.

وإن ذكر الجزاء [آخراً]^(١) إن جمع بين الشرطين بحرف الجمع، ففي قول محمد - رحمه الله - : يعتبر كلاهما شرطاً واحداً، ويشترط وجودهما لنزول الجزاء، وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - : يعتبر كل شرط [شرطاً]^(٢) لنزول الجزاء، ولا يشترط وجودهما لنزول الجزاء.

بيانه: فيما ذكر القدوري: إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت هذه الدار الأخرى، فأنت طالق، فعلى قول محمد - رحمه الله - : لا تطلق إلا بدخول [إحدى]^(٣) الدارين، [وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : تطلق بدخول إحدى الدارين]^(٤)، فأبو^(٥) يوسف [يقول]^(٦): لا فرق في الأيمان بين تقديم الجزاء وتأخيره، ومحمد - رحمه الله - فرق بينهما.

وإن لم يجمع بين الشرطين بحرف الجمع، يجعل الشرط الأول مؤخرًا عن الجزاء، حتى يصير [الجزاء بين الشرطين، ويصير]^(٧) الشرط الأول شرط انحلال اليمين، والشرط الثاني^(٨) شرط انعقاد اليمين.

بيانه فيما ذكر في الجامع: إذا قال: إن دخلت هذه الدار، إن كلمت فلاناً فعبدي حر، فدخل الدار أولاً ثم كلم فلاناً لا يعتق عبده، ولو كلم فلاناً أولاً ثم دخل الدار عتق عبده؛ لأن الشرط الأول وهو الدخول صار مؤخرًا عن الجزاء، وصار تقدير المسألة: إن كلمت فلاناً فعبدي حر إن دخلت الدار، وهناك لا يعتق العبد ما لم يوجد الكلام قبل الدخول كذا هنا.

وروي عن محمد - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وأبو.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في م.

(٨) في ب، م: الآخر.

والتأخير في الشرط [المعترض على الشرط]^(١)، فذكر^(٢) كل شرط في موضعه، وأضمر حرف العطف حتى صار تقدير [هذه المسألة فيما إذا [قدم الجزاء: إن دخلت الدار وإن كلمت فلائناً، وصار تقدير]^(٣) المسألة فيما إذا أخر^(٤) [الجزاء: عبدي حر إن دخلت الدار وإن كلمت فلائناً.

وصار تقدير المسألة في قوله: كل امرأة أتزوجها إن دخلت الدار فهي طالق، فتطلق المتزوجة قبل الدخول، ولا تطلق المتزوجة بعد الدخول.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - أن الحالف إذا ذكر شرطين مرتبين فعلاً من حيث العرف، إن دعوتني، [إن أجبتك]^(٦)، فعبدي حر، [إن أكلت إن شربت فعبدي حر]^(٧)، فإنه يعتبر هذا الترتيب الظاهر، ويقدر كل شرط في موضعه، [فلو^(٨) شرب أولاً ثم أكل]^(٩) لا يعتق عبده، ولو أكل^(١٠) أولاً ثم شرب عتق عبده؛ لأن الأكل يتقدم على الشرب فعلاً من حيث [العرف]^(١١).

فأما إذا ذكر شرطين غير مرتبين فعلاً من حيث العرف، نحو قوله: إن أكلت، إن كلمت فلائناً، ونحو قوله: إن شربت، إن أكلت، يجعل^(١٢) المقدم مؤخرًا والمؤخر مقدمًا كما هو [ظاهر]^(١٣) مذهب محمد - رحمه الله -.

ولو قال [لها]^(١٤): إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار، فإنها لا تطلق ما

- (١) سقط في أ.
- (٢) في ب: بل قدر، وفي م: قدر.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في ب: قال.
- (٥) في أ، م: قال.
- (٦) في أ: إذن جئتك.
- (٧) سقط في ب.
- (٨) في م: حتى إذا.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) في ب: حتى إذا شرب.
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) في ب: لأجل.
- (١٣) سقط في م.
- (١٤) سقط في م.

لم تدخل الدارين؛ لأن قوله: [وهذه^(١)] لا^(٢) يصلح عطفًا على الجزاء، فيجعل عطفًا على الشرط وتخلل^(٣) الجزاء بينهما [لا^(٤)] يمنع صحة العطف، هكذا ذكر القدوري في كتابه.

ولو عطف أحد الشرطين على الآخر بحرف الفاء بأن قال: إن دخلت هذه الدار، [فهذه الدار]^(٥) يشترط لوقوع الطلاق دخول الدارين، كما لو عطف بحرف (الواو)، إلا أن في هذه المسألة يجب أن يكون دخول الدار الثانية^(٦) بعد دخول^(٧) الدار الأولى؛ لأن حرف (الفاء) للتعقيب فاقضى أن يكون دخول الدار الثانية عقيب [دخول]^(٨) الدار الأولى، وكذلك إذا عطف بكلمة (ثم)، بأن [قال]^(٩): إن دخلت هذه الدار، ثم هذه الدار؛ لأن كلمة (ثم) للتراخي، فاقضى أن يكون دخول الدار الثانية متراخيًا عن دخول الدار الأولى.

ولو قال: إن دخلت هذه الدار، ودخلت هذه الدار، أو قال: فدخلت هذه الدار يشترط دخول الدارين في الحرفين جميعًا إلا أن في حرف (الواو) لا يعتبر الترتيب وفي حرف (الفاء) يعتبر الترتيب؛ لما مرَّ.

وروي عن محمد - رحمه الله - إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار، فدخلت هذه الدار، فأبانها فدخلت الأولى ثم تزوجها فدخلت الثانية لم تطلق فإنه^(١٠) جعل دخول الدار الأولى شرط انعقاد اليمين الثانية، بخلاف قوله: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار.

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) في م: ويجعل.
 - (٤) سقط في أ.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) في ب: الثاني.
 - (٧) في ب: دخوله.
 - (٨) سقط في أ، م.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) في م: كأنه.

وروي عن أبي يوسف مثل ذلك في مسألة أخرى أنه إذا قال لامرأتين له: إذا غشيت هذه فغشيت هذه الأخرى فعبدني حر، فليس الحلف على الأولى ويكون موليا من الثانية إذا غشى الأولى فقد جعل غشيان الأولى شرط انعقاد اليمين في حق الثانية، ثم قال: و(الفاء) في هذا الموضع لا يشبهه (الواو).

وقال في الجامع: إذا قال: إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدني حر، والدار واحدة، فالقياس ألا يحنث حتى يدخل دخليتين.

وفي الاستحسان: يحنث بدخلة^(١) واحدة.

وكذلك إذا قال: [إن كلمت فلاناً]^(٢) إن كلمت فلاناً، وفلان رجل واحد، كانت المسألة على القياس، والاستحسان على نحو ما ذكرنا في الدخول، ثم على جواب الاستحسان علق العتق بالدخول في المسألة الأولى وبالكلام في المسألة الثانية من غير ذكر خلاف.

وكان الكرخي من أصحابنا يقول: على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يثبت العتق في الحال ولا يتعلق.

وجعل [هذه]^(٣) المسألة فرعاً لمسألة أخرى ذكرت في كتاب الإقرار، وهو ما إذا قال لعبده: أنت حر وحر إن شاء الله، فعلى قول أبي حنيفة لا يعمل الاستثناء ويقع العتق للحال؛ لأن قوله: وحر في المرة الثانية يكون تكراراً وصار فاصلاً بين الجزاء^(٤) وبين الاستثناء فمنع عمل الاستثناء، فكذا هنا قوله في المرة الثانية: إن دخلت هذه الدار تكرار الأول؛ فتصير فاصلاً بين العتق وبين الدخول.

وغيره من المشايخ قالوا: لا بل ما ذكر من الجواب^(٥) صحيح على قول الكل، وفرقوا بين هذه المسألة وبين مسألة كتاب الإقرار.

(١) في م: بدخوله.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: العتق.

(٥) في م: الجامع.

والفرق: أن في مسألة الإقرار قوله: وحر^(١) في المسألة^(٢) الثانية إن كان تكرارًا من حيث المعنى والاعتبار لأن حريتين لا يتصور ثبوتهما في عبد واحد، فمن حيث اللفظ ليس بتكرار؛ لأنه عطف الثاني على الأول، والشيء لا يعطف على نفسه إنما يعطف على غيره، والعبرة في هذا الباب اللفظ وباعتبار اللفظ هذا ليس بتكرار وإذا^(٣) لم يكن تكرارًا كان حشواً من الكلام فاعتبر فاصلاً، فأما في مسألتنا لم يعطف أحد الشرطين على الآخر كأنه لم يذكر بينهما حرف العطف فأمكن جعل الثاني تكرارًا، وإذا جعلنا الثاني تكرارًا كانا^(٤) شيئًا واحدًا من حيث المعنى والاعتبار؛ فلا يعتبر فاصلاً وزان تلك المسألة من مسألة الجامع ما لو قال: عبدي حر [حر]^(٥) إن شاء الله، ولو قال هكذا لا يعتق العبد عند أبي حنيفة - رحمه الله - أيضا ولا يصير قوله: حر ثانياً فاصلاً، ولا رواية لهذه المسألة عن أبي حنيفة.

قلنا: إن يمنع على قياس مسألة الجامع وزان مسألتنا من تلك المسألة ما لو قال لها: إن دخلت هذه الدار [وإن دخلت هذه الدار]^(٦) فعبدي حر، ولو قال هكذا^(٧) يعتق العبد للحال على قياس قول أبي حنيفة، ويصير قوله: وإن دخلت هذه الدار ثانياً فاصلاً. والله أعلم.



-
- (١) في م: حر .
 (٢) في م: المرة .
 (٣) في م: وإن .
 (٤) في م: كان .
 (٥) سقط في م .
 (٦) سقط في م .
 (٧) في م: هذا .

نوع آخر في الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال:

إذا قال لامرأته وهي حائض: إن حضت، أو قال لها وهي مريضة: إن مرضت فأنت طالق، فهذا [على]^(١) الحيض والمرض في المستقبل، وإن نوى ما يحدث من هذا الحيض أو من هذا المرض فهو على ما نوى؛ لأن الحيض ذو أجزاء، والمرض كذلك، فإذا نوى الجزء الذي يكون في المستقبل فقد نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته.

ولو قال لها: إن حضت غدًا فأنت طالق، [وهو يعلم أنها]^(٢) حائض، فهذا^(٣) على [هذه]^(٤) الحيضة، فإذا دام حتى انشق الفجر من الغد طلقت بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثلاث أو زائدًا عليه؛ وهذا لأنه إذا كان عالمًا بحيضها لا يكون من قصده تعليق الطلاق [بحدوث حيضة أخرى؛ لأن ذلك مستحيل فكان قصده تعليق الطلاق]^(٥) باستمرار^(٦) ذلك، وإنما اعتبرنا^(٧) تمام الثلاث، [أو زائدًا عليه]^(٨)؛ لأن الدم إذا انقطع فيما دون الثلاث لا يكون حيضًا، وإن كان لا يعلم بحيضها فهذا على حدوث الحيضة [في]^(٩) الغد.

وكذلك إذا قال لها: إن حممت، وهي محمومة، أو قال^(١٠): إن صدعت، وهي مصدوعة، فهو على التفصيل الذي قلنا في الحيض والمرض.

ولو قال [لها]^(١١) وهي صحيحة: إن صححت فأنت طالق؛ وقع الطلاق حين

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) في أ: وهي، وفي م: وهو أنها.
 - (٣) في أ، ب، م: فهذه.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في أ، م.
 - (٦) في ب: استمرار.
 - (٧) في أ، ب: اعتبر.
 - (٨) سقط في ب، م.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) زاد في أ: لها.
 - (١١) سقط في ب، م.

سكت، يعني في الحال، وكذلك إذا قال [لها]^(١): إن أبصرت^(٢)، إن سمعت، فأنت طالق، وهي بصيرة وسميعة وقع [للحال]؛ لأن هذا ليس بمعنى حادث فيتعلق اليمين بوجودها.

قال: وأما^(٣) القيام والقعود والركوب والسكنى فهو على أن يمكث ساعة بعد اليمين، وأما الدخول فلا يكون^(٤) إلا على دخول في المستقبل، وكذلك الخروج لا يكون إلا على خروج مستقبل^(٥) لأن الدخول هو الانفصال من خارج إلى داخل، والخروج هو الانفصال من داخل إلى خارج^(٦).

وكذلك الحبل، إذا قال للحبلى: إن حبلى، فهذا على حبل مستقبل؛ لأن الحبل هو ابتداء العلق، وكذلك الشرب والأكل على الحادث بعد اليمين، ولو قال: أنت طالق ما لم تحيضي، أو ما لم تحبلي، وهي حائض أو حبلى فهي طالق، حين سكت، إلا أن يكون ذلك منها حين سكوتها، فإن^(٧) نوى ما هي فيه من الحيض والحبل دين في الحيض فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يدين في [الحبل]^(٨) [لأن الحيض]^(٩) ذو أجزاء وما يزداد^(١٠) يسمى حيضًا والحبل لا يزداد، هذه الجملة من القدوري. والله أعلم.

* * *

-
- (١) سقط في م.
 (٢) في ب: انصرفت.
 (٣) سقط في م.
 (٤) في أ: يمكن.
 (٥) في ب: في المستقبل.
 (٦) زاد في ب: وهذا المعنى لا يبقى.
 (٧) في أ: كأن.
 (٨) سقط في ب.
 (٩) سقط في أ.
 (١٠) في م: يزداد.

ومما يتصل بمسائل الحيض وإن لم يكن من جنس هذا النوع:
 ذكر في الأصل: إذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، وإذا حضت
 حيضتين فأنت طالق، فحاضت حيضتين وقع عليها تطليقتان^(١)، وكانت الحيضة
 الأولى كمال الشرط في اليمين [الأولى، وبعض الشرط في اليمين]^(٢) الثانية.
 ولو قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق
 فحاضت حيضة حتى وقع عليها الطلاق باليمين^(٣) الأولى، لا يقع عليها الطلاق
 باليمين الثانية ما لم تحض بعد ذلك حيضتين أخريين^(٤)، عملاً بكلمة (ثم)، وقد
 ذكرنا هذه المسألة في كتاب الطلاق، [وإنما أوردناها]^(٥) هاهنا لزيادة تفرع^(٦) لم
 يذكرها ثمة.

صورتها: أنه لو قال: عنيت به الأولى^(٧) صدق ديانة لا قضاء؛ لأن ثمة قد لا
 يكون للتعقيب فكان ناوياً ما يحتمله لفظه [إلا أنه]^(٨) خلاف الظاهر، وينبغي أن
 يصدق قضاءً لأن فيه تغليظاً عليه.

وفي البقالي: إذا قال لها: إذا حضت فأنت طالق، ثم قال: كلما حضت حيضتين
 فأنت طالق، وقع بأول الحيضة طلاق وبانقضائها، وبيحيضة^(٩) أخرى بعدها يقع
 تطليقة أخرى.

وفي الجامع: إذا قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، لا تطلق ما لم تحض
 وتطهر؛ لأن الحيضة مع الهاء^(١٠) اسم للكامل^(١١) منها وكماها^(١٢) بالطهر.

(١) في أ: تطليقتين.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: فاليمين.

(٤) في أ، ب: أخراوين.

(٥) في أ: وإذا أوردنا.

(٦) في م: التفرع.

(٧) في أ، ب: الأول.

(٨) سقط في م.

(٩) في ب: وحيضه.

(١٠) في أ، ب: مع أنها.

(١١) في أ: للقابل.

(١٢) في ب: وبكماها.

ولو قال لها: إذا حضت نصف حيضة فكذا الجواب لا تطلق ما لم تحض وتطهر؛ لأن الزوج ذكر النصف مطلقاً، واسم النصف عند الإطلاق يقع على التابع، وذلك لا يوجد حتى ينتهي، ولو قال لها: إذا حضت نصف حيضة [فأنت طالق]^(١)، وإذا حضت نصفها الآخر فأنت طالق، فحاضت حيضة، طلقت ثنتين؛ لأنه وجد كلا النصفين شائعاً، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

نوع آخر في الشرط الذي يكون على الفور أو على التراخي:
 عن محمد - رحمه الله - فيمن قال لغيره: إن ضربتني ولم أضربك فهذا على
 الفور، قال: ولم يكن على وجهين: على قبل وبعد، فإذا كان على بعد [فهو على
 الفور، وإذا كان على قبل فهو على ذلك.

وقوله: إن ضربتني ولم أضربك فهذا على الماضي^(١) كأنه قال: إن ضربتني ولم
 أكن ضربتك^(٢) قبل ضربك إياي فكذا، فإن نوى بعد^(٣) فهو على ما نوى ومعناه:
 إن ضربتني ابتداءً ولم أضربك بعد ذلك فكذا، فهذا على ما نوى ويكون على الفور.
 والحاصل: أن هذه الكلمة، وهي: (ولم) قد تقع على الأبد، وذلك نحو قوله:
 إن أتيتني^(٤) ولم آتك، [و]^(٥) إن زرتني ولم أزرك، فهذا على الأبد، وقد تقع على
 الفور، والمعتبر في حمله على أحدهما^(٦) معاني كلام الناس.

وكذلك هذه الكلمة قد تقع على (قبل)^(٧)، وقد تقع على (بعد)، والمعتبر في^(٨)
 حمله على أحدهما معاني كلام الناس، أو يوجد منطوق يستدل به [عليه]^(٩)، وما
 [كان شبيهاً]^(١٠) نحو قوله: إن كلمتك ولم تكلمني، فهذا على قبل وبعد، فإن نوى
 شيئاً من ذلك فهو على ما نوى، [وإن لم ينو شيئاً]^(١١) فأيهما فعل برّ في يمينه.
 ولو قال: إن كلمتني ولم أجبك، فهو على^(١٢) المستقبل والفور، أما على

(١) زاد في أ، ب: عندنا.

(٢) في ب: أضربك.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب: ألمتني.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: أحد.

(٧) في أ: القبل.

(٨) في ب: على.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في أ: يسعها.

(١١) سقط في ب.

(١٢) زاد في أ: أجله فهو على.

المستقبل؛ فلأن الجواب لا يصح بتقديم^(١) السؤال، وأما على الفور فباعتبار العادة. وعن محمد - رحمه الله - فيمن قال: [كل]^(٢) جارية اشتريتها، ولا أطؤها فهي حرة؛ فهذا على الوطاء ساعة الشراء^(٣)، ولو قال: فإن لم أطأها^(٤)، فهذا على ما بينه وبين الموت، ومتى قربها بر في يمينه، وهذا لأن الشرط^(٥) لا يقتضي التعجيل. وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لغلامه: إن لم تأتني [حتى]^(٦) أضربك فكذا، فأناه^(٧)، قال: متى ما ضربه بر في يمينه، إلا أن [ينوي أن]^(٨) يضربه ساعة ما يأتي، وكذلك إذا لم يأت ساعة ما أمره وأتاه في وقت آخر؛ لأنه ليس في لفظه^(٩) ما ينبئ عن^(١٠) التعجيل، فلا يحمل على الفور إلا بدلالة.

[وعن محمد - رحمه الله -، فيمن قال: إن [لم]^(١١) أشتري اليوم عبداً، فأعتقه، فعلي^(١٢) كذا فاشتري عبداً فوهبه ثم اشتري الآخر وأعتقه، قال: اليمين على العبد الأول، وحث في يمينه؛ لأن تقدير كلامه: أشتري اليوم عبداً وأعتقه، فإن لم أعتقه فكذا، فإذا اشتري عبداً فقد انعقد عليه اليمين؛ لأنه لا مزاحم له فلا يدخل غيره تحت اليمين]^(١٣).

وعن محمد - رحمه الله - فيمن قال لغيره: إن بعثت إليك فلم تأتني فكذا، فبعث إليه فأناه، ثم بعث إليه فلم يأته يحنث في يمينه.

- (١) في أ: فتقدير.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في ب، م: يشتري.
- (٤) في أ: يطأها.
- (٥) في أ: إن شرط.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) في ب: فأتى.
- (٨) سقط في م.
- (٩) زاد في أ، ب: معنى.
- (١٠) في أ: على.
- (١١) سقط في ب.
- (١٢) في ب: أفعل.
- (١٣) سقط في م.

وروى المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لغيره: إذا فعلت كذا، فلم أفعل كذا، [فامرأته طالق، فلم يفعل ما قال على إثر المحلوف عليه طلقت امرأته، ولو قال: إن فعلت كذا [ثم لم أفعل كذا] (١) [٢)، فهذا على الأبد.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : هما سواء وهو على الفور.
وعن أبي يوسف فيمن قال: إذا أخذت فلاناً لأضربنه مائة سوط فأخذه وضربه سوطاً أو سوطين قال: هو على الأبد.

وذكر (٣) ابن سماعه في نوادره عن محمد - رحمه الله - إذا قال الرجل لغيره: إن رأيت فلاناً فلم أتك به فكذا، فراه الحالف، حنث الساعة؛ لأنه لا يستطيع أن يأتيه به.

ولو قال: إن رأيت فلاناً فلم أعلمك به فكذا، فراه (٤) أول ما رآه مع هذا الرجل الذي قال له: فلم أعلمك به، لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله-؛ لأنه ليس هنا موضع إعلام.

وفي قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - يحنث، وهو نظير ما [لو] (٥) قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز غداً فانصب الماء قبل مجيء الغد، ولم يتضح لنا (٦) وجه الفرق بين المسألتين على قول أبي حنيفة - رحمه الله-.

وروي إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل خرج إلى الصيد فلقي رجلاً فقال له: اخرج معي إلى الصيد فقال: نعم أذهب بما معي إلى البيت فأضعه وآتيك، فقال له: احلف بالطلاق فحلف بالطلاق ليأتيه، ولم يقل اليوم، فأتاه بعد ما رجع عن الصيد، قال: هو حانث.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: وذكره.

(٤) في أ: إقراره.

(٥) سقط في ب.

(٦) في م: له.

وفي المنتقى إذا قال لغيره: ادخل هذه الدار اليوم، فقال: إن دخلت اليوم فكذا [هو] ^(١) على تلك الدار دون غيرها، وكذلك إذا قال له: كلم هذا الرجل اليوم، فقال: إن كلمت، فهو على كلام ذلك الرجل. ولو قال لغيره: تزوج ^(٢) فلانة، فقال: إن تزوجت أبدًا فكذا، فتزوج غير فلانة حنث في يمينه.

وعلى قياس مسألة التزوج فينبغي أن [يقال] ^(٣) في مسألة الدخول والكلام: لو [كان] ^(٤) قال: [ادخل] ^(٥) هذه الدار ولم يقل: اليوم، [أو كان قال: كلم فلانًا ولم يقل اليوم] ^(٦) أن يمينه يقع على تلك الدار وغيرها وعلى ذلك الرجل وغيره.



-
- (١) سقط في أ.
 (٢) في أ: تزوجت.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) سقط في أ.

نوع آخر في بيان كلمة (أو):

الأصل أن كلمة أو^(١) إذا دخلت بين اسمين، أو^(٢) أسامي فيها^(٣) إباحة، كان بمنزلة «الواو» و^(٤) كان له عموم، وكذلك إذا دخلت بين اسمين أو أسامي في التحريم أو في النفي، كان بمعنى [الواو]^(٥)، وكان له عموم.

وإذا دخلت هذه الكلمة بين اسمين، وبين أسامي في الإيجاب، فالمبتدأ لا يكون بمعنى (الواو)، وكان الثابت أحد المسميين، وكذلك إذا دخلت بين اسمين، أو بين أسامي في الإخبار ممن يجوز عليه الشك^(٦).

أما إذا دخلت في الإباحة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يُدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءَ بُعُولَتِهِنَّ﴾^(٧)، [كلمة «أو» في هذه الآية دخلت بين أسامي في الإباحة، لأن قوله إلا لبعولتهن]^(٨) استثناء من التحريم، والاستثناء من التحريم إباحة، وكانت بمعنى (الواو) حتى أوجبت العموم، فإنه يجوز إبداء الزينة الباطنة لجميع المذكورين في الآية، كأن الله تعالى قال: ولا يدين زينتهن الباطنة إلا لبعولتهن وآبائهن وآباء بعولتهن.

فيقول الرجل: كل هذا السمن أو هذا العسل، ويكون (أو) بمعنى (الواو)، وحتى يفيد العموم كأنه قال: كل هذا السمن وهذا العسل^(٩).

وأما^(١٠) في التحريم، قال الله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ﴾^(١١)، كلمة (أو) في هذه

(١) في ب: إذا.

(٢) في ب: و.

(٣) في أ، ب: في.

(٤) في أ: أو.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في م: لا يكون بمعنى الواو وكان الثابت أحد المسميين لكن على سبيل الشك.

(٧) سورة النور آية: ٣١.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) زاد في ب: ويكون بمعنى الواو.

(١٠) في أ: وما.

(١١) سورة الأنعام آية: ١٤٥.

الآية دخلت بين أسامي في التحريم؛ لأن قوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً﴾، استثناء من الإباحة الثابتة بقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا آجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾، والاستثناء من الإباحة تحريم، وكان بمعنى (الواو) حتى أفادت تحريم جميع هذه الأشياء المذكورة في الآية.

وأما في النفي^(١) قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَطْعَمُ مِنْهُمْ مَيْتًا أَوْ كُفْرًا﴾^(٢)، كلمة «أو» في هذه الآية [دخلت]^(٣) بين الاسميين في^(٤) النفي، وهو الآثم والكفور جميعاً^(٥).
وأما إذا دخلت هذه الكلمة بين أسامي في الإيجاب، قال الله تعالى: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ﴾^(٦)، كلمة (أو) دخلت في هذه الآية^(٧) [بين أسامي في الإيجاب وكان المراد أحد الأنواع الثلاثة المذكورة في هذه الآية.

وأما إذا دخلت هذه الكلمة بين أسامي في الإخبار، يقول للرجل: رأيت^(٨) زيداً أو عمراً، يفهم منه الإخبار عن رؤية^(٩) أحدهما، ولا يفهم منه رؤيتهما.
والفقه في ذلك أن كلمة (أو) في حقيقة اللغة الخصوص، فإنه يذكر هذه الكلمة لبيان [أن]^(١٠) الثابت أحدهما، إلا أنه ترك هذه الحقيقة في الإباحة لعرف الاستعمال، كما في قوله: كل السمن أو العسل، وفي التحريم والنفي، لعرف الاستعمال والضرورة.

أما الاستعمال فإنه إذا قال: [لا]^(١١) أكلم فلاناً أو^(١٢) فلاناً، حتى يحث في

(١) في ب: المتقي.

(٢) سورة الإنسان آية: ٢٤ .

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: و.

(٥) في أ: جميعهما.

(٦) سورة المائدة آية: ٨٩ .

(٧) زاد في ب: دخلت.

(٨) في أ: رأيت.

(٩) في أ: رؤيته.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

يمينه إذا كلم كل واحد منهما.

[وأما للضرورة فلأن المقصود من التحريم النفي، وهو أنه^(١) لا يوجد المحرم والأدنى لا يصير منفيًا إلا بنفي الكل كقوله: ما رأيت رجلاً، لا ينتفي رؤية الواحد إلا بنفي رؤية الكل، هذه الضرورة^(٢) والاستعمال^(٣) معدومان^(٤) في الإيجاب، والإخبارات، فيعمل فيها بالحقيقة وهو الخصوص.

* * *

(١٢) في م: ولا.
 (١) في م: أن.
 (٢) في أ، م: الصورة.
 (٣) في م: والعرف.
 (٤) في ب: معروفان.

نوع آخر:

مسائل هذا النوع تبنى على أصل: أن المعرف^(١) من كل وجه لا يدخل تحت اسم النكرة، وهو قوله: أحد وما أشبهه، والمعرف^(٢) من وجه يدخل تحت اسم النكرة، والمعرف^(٣) من كل وجه بما لا يشارك^(٤) غيره في ذلك كالمشار إليه، وكالمضاف بالكناية، فالمشار إليه نحو قولك^(٥): هذه الدار، [وهذا العبد فإنه لا يدخل تحت قوله هذه الدار]^(٦) وهذا^(٧) العبد غير المشار إليه.

والمضاف بالكناية نحو قولك: داري وعبدي، دار فلان، وعبد فلان. وأما المعرف^(٨) بالاسم نحو قولنا محمد بن عبد الله، والمضاف إلى الاسم نحو قولنا دار محمد بن عبد الله، يدخل تحت اسم النكرة؛ لأنه معرف من وجه، لأن التعريف بالاسم، والإضافة إلى الاسم لا تقطع الشركة من كل وجه؛ لأن المسمى محمد بن عبد الله كثير، ولهذا يحسن الاستفهام فيقال: من محمد بن عبد الله، فيحتاج إلى زيادة تعريف فبقي فيه نوع تنكير إن صار معرفاً من وجه بالاسم، ومن حيث إن الأسمي في الأصل وضعت للتعريف، فمن حيث [إنه]^(٩) معرفه^(١٠) إن كان يخرج عن اسم النكرة، ومن حيث إنه نكرة لا يخرج فلا يخرج بالشك والاحتمال.

بيان هذا الأصل في مسائل ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال الرجل: إن دخل داري هذه أحد، فامرأته طالق، فدخلها الحالف بنفسه لا تطلق

(١) في أ، ب: المعروف.

(٢) في أ، ب: المعروف، وزاد في م: والعرف.

(٣) في أ، ب: المعروف، وزاد في م: والعرف.

(٤) في م: يشاركه.

(٥) زاد في م: داري.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: وهو.

(٨) في أ، ب: المعروف.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: معرف.

امراته إن لم يكن له نية وقت اليمين؛ لأن شرط وقوع الطلاق دخول شخص منكر والحالف صار معرفاً من كل وجه بإضافة الدار إليه بالكنية، وإن نوى الحالف نفسه صحت نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن (أحدًا) اسم لشخص من بني آدم نكرة، فإذا نوى نفسه فقد نوى شخصاً من بني آدم معرفة فقد وجد بعض معاني الحقيقة، فكان ناوياً المجاز من كلامه، وفيه تغليظ عليه؛ لأنه [لا]^(١) يحث بدخوله بإرادته ويحث بدخول غيره بالظاهر في القضاء^(٢).

قال: رجل اسمه محمد بن عبد الله [وله غلام، فقال: إن كلم غلام محمد بن عبد الله]^(٣) هذا أحد فامراته طالق، أشار الحالف إلى الغلام لا إلى نفسه، ثم إن الحالف كلمه بنفسه أو كلم غيره تطلق امرأته، وإنما وقع الطلاق بكلام الحالف وإن صار الحالف معرفاً بالاسم؛ لأنه صار معرفاً من وجه، وقد ذكرنا أن المعرف من وجه يدخل تحت اسم النكرة.

فإن قيل: بل التعريف بالاسم تعريف من كل وجه بدليل أن من قال: فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق، لا يتعلق الطلاق بالتزوج؛ لأنها صارت معرفة بالاسم فلغت الصفة؛ إذ الصفة في المعرف لغو ضائع، وصار التعريف بالاسم كالتعريف بالإشارة في هذه الصورة فهأنا يجب أن يكون كذلك، ولو عرف الحالف نفسه بالإشارة إلى نفسه لا يدخل تحت اليمين، فكذا إذا عرف نفسه بالاسم.

والجواب عن هذا الإشكال من وجهين:

أحدهما: لا بل التعريف بالاسم تعريف من وجه على ما مر فصار الحالف معرفاً من وجه دون وجه، وحاجتنا إلى إخراجه عن قوله: أحد، فمن حيث إنه معرف إن كان يخرج فمن حيث إنه منكر لا يخرج [فلا يخرج]^(٤) بالشك والاحتمال في مسألة الطلاق.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ، ب، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

فإن قيل: ما ذكرتم كما لو قال: كل امرأة أتزوجها ما دامت عمرة حية، أو قال: حتى تموت عمرة فهي طالق، فتزوج عمرة لا تطلق، وقد صارت عمرة معرفة بالاسم فينبغي أن تدخل تحت اسم النكرة، وهو قوله: كل امرأة حتى تطلق إذا تزوجها ومع هذا لا تطلق.

قلنا: عامة المشايخ على أن تأويل المسألة أن عمرة كانت مشاراً إليها بأن قال: ما دامت عمرة هذه حية، فأما إذا لم تكن مشاراً إليها تطلق وتدخل تحت اسم النكرة. الجواب الثاني: أن الاسم والنسبة وضعا لتعريف الغائب لا لتعريف الحاضر بالإشارة، كما في الشهادة، فإنها إذا قامت على غائب أو ميت، يشترط^(١) الاسم والنسبة، وإذا قامت على حاضر يشترط^(٢) الإشارة.

إذا ثبت هذا، فنقول: [الحالف]^(٣) هاهنا حاضر، فيشترط لتعريفه الإشارة، والإضافة بالكناية ولم يوجد، فلم يصير معرّفًا بل بقي منكرًا فيدخل تحت اسم النكرة.

وفي مسألة الطلاق الاسم والنسب في الغائب لا في الحاضر فيحصل بهما التعريف وتلغو الصفة؛ حتى لو كانا في الحاضر، فإن كانت فلانة حاضرة لا يحصل بهما التعريف ولا تلغو الصفة، ويتعلق الطلاق بالتزوج، هكذا ذكر في الجامع^(٤). وإذا قال لنسائه: المرأة التي تدخل منكن الدار طالق، فدخلت امرأة من نسائه الدار طلقت، ولا تطلق واحدة منهن قبل الدخول.

ولو قال: امرأته فلانة التي تدخل الدار طالق، تطلق للحال، ولا يتعلق طلاقها بدخول الدار؛ لأن في المسألة الأولى المسماة غير معرفة، فتعلق الحكم بالصفة المذكورة، فصارت بمعنى الشرط، كأنه قال: إن دخلت امرأة من نسائي الدار فهي طالق. وفي المسألة الثانية المسماة معرفة بالنسبة.

(١) في أ: بشرط.

(٢) في أ: بشرط.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: شيخ الإسلام.

قلنا: ذكر الصفة فيها والتحقت بالعدم كأنه قال: فلانة طالق.
وعلى قياس مسألة عمرة ينبغي أن يقال: على قول عامة المشايخ - رحمهم الله - :
إنما تطلق فلانة للحال إذا كانت فلانة مشارًا إليها؛ لأن التعريف لا يحصل بالاسم من
كل وجه فلا تلغو الصفة فيها.

وعلى ما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - يجب أن يقال: لو كانت فلانة
حاضرة [لا تطلق فلانة للحال؛ لأنها حاضرة]^(١) فتعريفها بالإشارة فلا تصير معرفة
بالاسم]^(٢) فلا يلغو ذكر الصفة فيها.

ولو قال: فلانه بنت فلان طالق، إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، بخلاف
ما لو قال: فلانه بنت فلان^(٣) التي تدخل الدار طالق.

والفرق: أن قوله: إن دخلت صريح في الشرط ومن حكم الشرط أن المعلق به لا
ينزل^(٤) إلا عند وجوده، وفي حق هذا المعنى المعرف والمنكر سواء، فأما النسبة
أو الصفة ليس بصريح في الشرط^(٥) ولكن تعتبر النسبة والصفة شرطًا، [حتى]^(٦) إذا
صح ذكرهما، وإنما يصح ذكرهما في النكرة دون المعرفة.

إذا قال: المرأة التي أتزوجها طالق، فتزوج امرأة طلقت، ولو قال: هذه المرأة
التي [أتزوجها]^(٧) طالق، فتزوجها لا تطلق؛ لأن في المسألة الأولى المسماة غير
معرفة أصلاً فتعلق الحكم بالصفة المذكورة، وصارت شرطًا كأنه قال: إن تزوجت
امرأة، وفي المسألة الثانية المسماة معرفة بالإشارة فلغت الصفة المذكورة، فالتحقت
بالعدم وكأنه قال: هذه طالق، ومن قال لأجنبية: هذه طالق ثم تزوجها لا تطلق.
وإذا قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، وله امرأة فدخل

(١) سقط في م.

(٢) من أول قوله: «بين أسامى...»، إلى هنا سقط في ب.

(٣) في ب: فلانة.

(٤) في م: يترك.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

[الدار]^(١) وطلقت امرأته ثم تزوجها طلقت؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند الشرط، فيصير قائلاً عند دخول الدار: كل امرأة أتزوجها فهي طالق. ومن قال: كل امرأة أتزوجها طالق، وله امرأة فطلقها ثم تزوجها تطلق، [ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، فدخلت الدار فطلقها زوجها ثم تزوجها تطلق]^(٢) أيضاً.

وروي هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنها لا تطلق. وروي عنه أيضاً: إذا قال لامرأته: إن طلقتك فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، فطلقها ثم تزوجها لا تطلق وعلل فقال: لأن اليمين إنما وقعت بفعل فيها بالنكاح على غيرها.

وروي عنه أيضاً: إذا قال: إن طلقك فلانة، فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، فهذا على غيرها.

وجه ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنها صارت معرفة بالإضافة بالكناية^(٣)، وبذكر الاسم، فلا تدخل تحت اسم النكرة، كما لو قال لامرأته: [إن دخل داري هذه أحد، فأنت طالق، فدخلت المرأة الدار طلقت، وإن صارت معرفة في الجزاء، ولم يمنع ذلك دخولها تحت الشرط المذكور باسم النكرة.

بيانه فيما ذكر في النوازل: إذا قال لامرأته: إن فعلت كذا فنسائي طواق ففعلت ذلك الفعل، وقع الطلاق عليها وعلى غيرها.

[ذكر في المنتقى عن محمد أن]^(٤) كل امرأة^(٥) أتزوجها ما دمت حية فهي طالق، فطلق امرأته ثم تزوجها لا تطلق؛ لأنها صارت معرفة بالإضافة بالكناية فلم تدخل تحت اسم النكرة.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) في م: بالكتابة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

وجه ما ذكرنا: أنها تطلق، أما قوله لامرأته: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يمينان معنى إن كانت [يميناً]^(١) واحدة صورة؛ لأن قوله: إن دخلت الدار شرط، وجزاؤه قوله: فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، وقوله: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، يمين تامة، فعلم أنه يمينان معنى، فبصيرورتها معرفة في اليمين الأولى، لا يمنع دخولها تحت اسم النكرة في اليمين الثانية؛ ألا ترى أن الرجل إذا قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة هذه - وأشار إلى المرأة التي في نكاحه - فدخل الدار حتى وقع الطلاق على فلانة، ثم تزوج فلانة طلقت، وهل لأحد أن يقول بأن فلانة صارت معرفة بالإشارة إليها؛ فلا تدخل تحت اسم النكرة. ولكن قيل: الموجود ههنا يمينان فبصيرورتها معرفة في إحدهما لا يمنع دخولها تحت اسم النكرة في الأخرى.

والدليل على صحة ما قلنا: ما ذكر الفضلي في «فتاواه» فقال: إذا قال الرجل: إن فعلت كذا ما لم أتزوج فاطمة فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، ففعل ذلك الفعل ثم تزوج فاطمة تطلق؛ لأن عند ذلك الفعل يصير قائلاً: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، يقع الطلاق على فاطمة، وإن صارت معرفة بقوله: ما لم أتزوج فاطمة، ولكن قيل: هذان يمينان معنى فبصيرورتها معرفة في اليمين الأولى لا يمنع دخولها تحت اسم النكرة في اليمين الثانية.

وحكي عن شمس الإسلام الأوزجدي - رحمه الله - أنه سئل عن من قال: امرأته «أكر ترا ترنم زني كه مرابو دو باشد آزمن بطلاق»، فضربها وطلقها وتزوجها بعد ذلك أنها لا تطلق؛ لأنه أوقع الطلاق على امرأة منكرة وهي صارت معرفة بالخطاب، وفتواه توافق... .

وصار الحاصل: أن في كل موضع كان الموجود يمينان فالمعروف في شرط إحدهما تدخل تحت اسم النكرة في اليمين الأخرى، وإن كانت يميناً واحدة؛ والمعرفة في الجزاء تدخل تحت اسم الشرط^(٢) إذا كان الشرط باسم النكرة، كما لو

(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: إن.

قال لامرأته: إن دخل داري هذه أحد فأنت طالق، فدخلت المرأة الدار طلقت، وإن صارت معرفة في الجزاء ولم يمنع ذلك دخولها تحت الشرط المذكور باسم النكرة، والمعرفة في الشرط تدخل تحت الجزاء إذا كان الجزاء باسم النكرة. بيانه فيما ذكر في «النوادر»: إذا قال لامرأته: إن فعلت كذا فنسائي طوالق، ففعلت ذلك الفعل وقع الطلاق عليها وعلى غيرها.

وذكر في «المتقى»: عن محمد - رحمه الله - إذا قال لامرأته: إن وطئتك فكل امرأة لي طالق، ثم وطئها طلقت هي، ولو قال: إن وطئتك فأنت طالق وكل امرأة لي طالق فوطئها وقع الطلاق عليها تطليقتان، ولو كانت له امرأة أخرى وقع عليها تطليقة، والمعرف في الشرط لا يدخل تحت اسم النكرة المذكورة في الشرط. بيانه: فيما إذا قال: إن دخل داري هذه أحد فامرأتي طالق، فدخلها الحالف لا تطلق امرأته؛ لأنه صار معرفاً في الشرط بإضافة الدار فلا تدخل تحت اسم النكرة، وهو قوله: أحد، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قالت المرأة لزوجها: إنك تزوجت علي [امرأة]^(١) فقال الرجل: فكل امرأة لي طالق ثلاثاً، طلقت المخاطبة. وروي عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنها لا تطلق؛ لأن غرض الزوج من هذه اليمين تطيب نفسها، وتسكين قلبها من كل وجه، وذلك إنما يحصل إذا أراد الزوج إيقاع الطلاق على امرأة أخرى، وإنما يقول: يحتمل أن يكون غرض الزوج ما قلتم ويحتمل أن يكون غرضه مغايرتها بإيقاع الطلاق عليها، لما أنها بالغت في الخصومة والمشاجرة فأغضبه كلامها، فأراد أن يطلقها مع غيرها مغايرة^(٢) لها فتساقطت الداللتان^(٣) فبقيت العبرة لعموم اللفظ.

وحكي عن بعض المتأخرين من مشايخنا أنه قال: ينبغي أن يحكم الحال في

(١) سقط في م.

(٢) في أ: معاوضة.

(٣) في أ: الذي تبيان.

هذا، فإن كان قد جرى بينهما [قبل ذلك]^(١) مشاجرة وخصومة تدل على أن ذلك أغضب الزوج، وأن الزوج قال ذلك على سبيل الغضب، يقع الطلاق عليها، وإن لم يجز بينهما قبل ذلك خصومة ومشاجرة تدل على [أن ذلك أغضب]^(٢) الزوج لا يقع الطلاق عليها.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : وهذا القول حسن عندي .
وكذلك إذا قالت : إنك تريد أن تتزوج علي ، فقال الزوج : كل امرأة أتزوجها فهي طالق تطلق^(٣) المخاطبة^(٤) ، ولو قيل لرجل : ألك^(٥) امرأة غير هذه المرأة ، فقال : كل^(٦) امرأة لي فهي طالق لا تطلق هذه ، هكذا ذكر في فتاوى [أبي الليث - رحمه الله-]^(٧) .

فرق بين هذا، وبين ما إذا قالت المرأة لزوجها : إنك تزوجت علي امرأة ، فقال : كل امرأة لي فهي طالق حيث تطلق المخاطبة .

والفرق : أن كلام الزوج في المسألتين بناء على سؤال المرأة ، وإنما يدخل تحت كلام الزوج ما يجوز أن يكون داخلاً تحت^(٨) سؤال المرأة ، والمذكور في قول المرأة : إنك تزوجت علي امرأة ، و^(٩) اسم المرأة [يتناولها كما]^(١٠) يتناول غيرها ، فجاز أن تدخل هي تحت قول الزوج .
وأما المذكور في المسألة [الأولى في]^(١١) سؤال المرأة غير هذه ، وقوله : غير

-
- (١) سقط في ب .
 - (٢) في أ : ذلك غضب .
 - (٣) في م : فطلق .
 - (٤) زاد في م : ثم تزوجها تطلق المخاطبة .
 - (٥) في أ ، ب : لك .
 - (٦) في م : لا .
 - (٧) سقط في ب .
 - (٨) في م : في .
 - (٩) في أ : أو .
 - (١٠) سقط في م .
 - (١١) في أ ، م : الأخرى .

هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة، فلا تدخل تحت قول الزوج.
[قال]^(١) لامرأته: كل امرأة أتزوجها باسمك فهي طالق، فطلق هذه المرأة، ثم
تزوجها، لا تطلق وإن نواها عند اليمين.

* * *

(١) سقط في أ.

نوع آخر:

إذا قال: امرأته^(١) طالق إن أكل كذا، أو شرب كذا، أو كلم فلاناً، أو قال: إن أكل كذا و^(٢) شرب و^(٣) كلم فلاناً فامرأته طالق، [فما]^(٤) لم تجتمع هذه الأمور لا [يقع الطلاق]^(٥) إلا أن ينوي شيئاً آخر، هكذا حكى عن الفقيه أبي القاسم الصفار - رحمه الله -.

وإن كرر حرف الشرط فقال: إن أكل وإن شرب وإن كلم فلاناً، إن قدم الجزاء فأى شيء وجد من هذه الأشياء، يقع الطلاق، ويرتفع اليمين، وإن أخرج الجزاء لا يقع الطلاق ما لم توجد الأمور كلها، وهذا يجب أن يكون [على]^(٦) قول محمد - رحمه الله -.

فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: إذا وجد واحد من هذه الأشياء، يقع الطلاق ويرتفع اليمين، والخلاف على هذا [الوجه]^(٧) مذكور في قوله: إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت هذه الدار الأخرى بطلاق سوكند جوردي يومض فلان أيد رسي ثم ويكيه مه خشتم فدخل الأرض ولم يلتقط القطن، طلقت^(٨)؛ لأن كل واحد منهما منفي بنفي على حدة، فصار كل واحد منهما شرطاً على حدة، وإذا حلف بطلاق امرأته ألا يذوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما، طلقت امرأته، وكذلك إذا حلف ألا يأكل كذا، ولا كذا فأكل أحدهما.

وكذلك إذا حلف ألا يكلم فلاناً ولا فلاناً فكلم أحدهما.

[وأما إذا قال: لا أذوق طعاماً وشراباً، فذاق أحدهما]^(٩) لا يحث، هكذا ذكر

(١) في أ: لامرأته.

(٢) في م: أو.

(٣) في م: أو.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: تطلق امرأته.

(٦) سقط في أ، ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) زاد في م: امرأته.

(٩) سقط في ب.

محمد - رحمه الله - في أيمان الأصل .
 وعن الفقيه أبي القاسم الصفار - رحمه الله - : أنه يحث اعتبارًا للعرف، وفي
 العرف يراد به نفي كل واحد منهما .
 وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله يقول: ينوى
 الزوج فإن لم يكن له نية فالجواب كما قال [محمد - رحمه الله]^(١) .
 إذا قال: رب أروي بطلاق الرستكي حدود ومغامري كند وكو مردر، حكي عن
 الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنه قال: كل واحد من
 هذه الأشياء شرط على حدة [وغيره من المشايخ قالوا: الكل^(٢) شرط واحد، ولو
 قال: «سيكي ني خورد ومقامري بكند وكبوتر ني دارد»، فكل واحد شرط على
 حدة]^(٣)، بلا خلاف. والله أعلم.



(١) في أ، ب، م: الكتاب .

(٢) في ب، م: لكل .

(٣) سقط في أ .

الفصل الثالث

في اليمين إذا جعل لها غاية

إذا جعل الحالف ليمينه غاية وفاتت الغاية بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، حتى إن من قال لغيره: والله لا أكلمك حتى يأذن لي فلان أو قال لغيره: والله لا أفارقك حتى تقضيني حقي فمات فلان قبل الإذن، أو برئ من المال، فاليمين ساقطة في قولهما خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله -، وعلى هذا إذا حلف ليوفين فلاناً ماله اليوم فأبرأه الطالب، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل. إذا قال: إن فعلت كذا ما دمت ببخارى فكذا فخرج من بخارى [ثم رجع و]^(١) فعل ذلك الفعل.

يجب أن يعلم بأن كلمة ما زال، وما دام، وما كان غاية ينتهي اليمين بها، فإذا حلف لا يفعل كذا ما دام ببخارى فخرج تنتهي يمينه بالخروج، فإذا عاد [عاد]^(٢) واليمين منتهية، فإذا فعل ذلك الفعل لا يحنث [في القدوري]. وعلى هذا إذا حلف لا يشرب النبيذ ما دام ببخارى، فخرج ثم عاد، لا يحنث]^(٣) في يمينه في فتاوى الفضلي - رحمه الله -.

وعلى هذا إذا حلف لا يصطاد ما دام فلان في هذه البلدة، وفلان أمير هذه البلدة، فخرج الأمير إلى بلدة أخرى لأمر، فاصطاد [الحالف قبل رجوعه، أو بعد رجوعه لا يحنث في يمينه؛ لأن اليمين انتهت بخروج الأمير في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

إذا حلف لا يدخل دار فلان ما دام فلان فيها، فخرج فلان بأهله ثم عاد ودخل الحالف لا يحنث في يمينه؛ لأن اليمين انتهت بخروجه في العيون. وعلى هذا إذا حلف لا يكلم فلاناً ما دام في هذه الدار]^(٤) فخرج بمتاعه وأثاثه ثم

(١) في ب: ورجع ثم.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

عاد وكلمه، لا يحنث [في يمينه؛ [لأن اليمين انتهت بخروجه] (١) [في (٢) القدوري، والمعنى ما ذكرنا.

ثم في بعض هذه المسائل ذكر خروجه [بأهله ومتاعه، وفي بعضها ذكر خروجه] (٣) ولم يذكر إخراج أهله ومتاعه أو عياله.

[و] (٤) نص في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - في مسألة [أخرى: أن] (٥) إخراج أهله ومتاعه [أو عياله] (٦) شرط، فإنه [قال: (٧) إذا قال لآخر: والله لا أكلمك ما دمت في هذه الدار فهو على ما كان ساكنًا فيها، ولا يسقط يمينه [إلا بانتقال] (٨)، يبطل السكنى؛ لأن قوله: «ما دمت في هذه الدار»، عبارة عن قوله: «ما سكنت» وإنما ينتهي اليمين ببطلان السكنى، وذلك بانتقاله بأهله [ومتاعه وأثائه على ما يأتي بيانه في فصل السكنى إن شاء الله تعالى.

ونص الفضلي - رحمه الله - في فتاويه: أن نقل أهله] (٩) ومتاعه ليس بشرط، وخروج الحالف (١٠) بنفسه يكفي لانتهاء اليمين؛ فإنه قال في مسألة الشرب: ولو خرج من بخارى بنفسه لا غير، ثم عاد وشرب لا يحنث إلا إذا عني بقوله: ما دمت (١١) ببخارى أن تكون بخارى وطنًا له.

وفي القدوري: إذا قال: والله لا أكلم فلانًا ما دام عليه هذا الثوب، أو ما كان عليه، أو ما زال عليه، فنزعه ثم لبسه، [لم] (١٢) يحنث، ولو قال: لا [أكلمك

(١) من أول قوله: «في يمينه...» إلى هنا، سقط في أ، م.

(٢) من أول قوله: «لأن اليمين انتهت بخروجه...» إلى هنا، سقط في ب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في أ: ونص، وسقط في ب، م.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: الانتقال.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ، ب: المحلوف.

(١١) في ب: دامت.

(١٢) في م: لا.

وعلي^(١) هذا الثوب فنزعه ثم لبسه^(٢) وكلمه حنث؛ لأن [في]^(٣) هذه الصورة ما جعل اليمين مؤقتاً بوقت، بل قيده بصفة فتبقى اليمين ما بقيت تلك^(٤) الصفة. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال لأبويه: إن تزوجت ما دمتما حيين فكذا، فتزوج [امرأة]^(٥) في حياتهما وحنث لو تزوج امرأة أخرى في حياتهما [لا]^(٦) يلزمه الحنث.

ولو كان قال: كل^(٧) امرأة أتزوجها ما دمتما حيين، أو قال بالفارسية: هوري، يلزمه الحنث بكل امرأة يتزوجها ما داماً حيين، فإن مات أحدهما روي عن محمد - رحمه الله - أنه يسقط اليمين، حتى لو تزوج امرأة بعد ذلك لا يلزمه حكم الحنث؛ لأن شرط الحنث التزوج ما داماً حيين، ولا يتصور ذلك بعد موت أحدهما، فيسقط [اليمين ضرورة].

وفي المنتقى رواية مجهولة إذا قال لأبويه: كل امرأة أتزوجها فهي طالق حتى تموتا فمات أحدهما لا تسقط اليمين^(٨) ولو قال: كل امرأة أتزوجها مادمتما حيين فمات أحدهما تسقط اليمين حتى لو تزوج امرأة بعد ذلك لا يلزمه الحنث. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال لامرأته: والله لا أكلمك ما دام أبواك حيين، فكلمها بعد ما مات أحدهما لا يحنث؛ لأن اليمين تسقط^(٩) بموت أحدهما.

وفي [هذا]^(١٠) الموضوع: إذا حلف لا يأكل هذا الطعام ما دام في ملك فلان،

(١) في م: أكلمه وعليه.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: بذلك.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: لكل.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) في م: قد سقط.

(١٠) سقط في أ.

فباع فلان بعضه، ثم أكل الحالف الباقي لا يحنث؛ لأن اليمين قد انتهت ببيع البعض.

وإذا قال لغيره: إن لم أخبر فلاناً بما صنعت حتى يضربك فعبدي حرّاً، أو^(١) قال: فامرأتي طالق، فأخبر فلاناً^(٢) بما صنع فلم يضربه حتى مات، لا يحنث في يمينه.

الأصل: أن كلمة «حتى» [تجيء]^(٣) [٤] في كلام العرب بمعنى الغاية، قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ﴾^(٥) وتجيء بمعنى لام السبب، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ﴾^(٦) [المعنى]^(٧): ليسمع كلام الله.

وتجيء بمعنى العطف، يقال: جاءني القوم حتى زيد، أي: وزيد معهم، غير أنها في الأصل للغاية فتحمل على الغاية ما أمكن، وشرط إمكان حملها على الغاية أن يكون ما دخلت عليه كلمة «حتى» قابلاً للامتداد، وأن يكون ما دخلت عليه كلمة حتى^(٨) مقصوداً ومؤثراً في إنهاء المحلوف عليه وفي تركه، فإن [تعذر]^(٩) حملها على [الغاية تحمل]^(١٠) على لام السبب، وشرط إمكان حملها على لام السبب أن يكون العقد معقوداً على فعلين، أحدهما من جهته، والآخر من جهة غيره، ليصلح أحدهما جزاء للآخر، فإن تعذر حملها على لام السبب تحمل [على]^(١١) العطف،

(١) في أ: و.

(٢) في أ، ب، م: فلان.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: إن.

(٥) سورة البقرة آية: ١٨٧.

(٦) سورة التوبة آية: ٦.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

(١١) سقط في م.

ومن حكم الغاية أن يشترط وجودها [للبر] ^(١)، فإن أقلع عن الفعل قبل الغاية يحنث في يمينه، [ومن حكم لام السبب] ^(٢) أن يشترط وجود ما يصلح سببًا لا وجود المسبب، ومن حكم العطف أن يشترط وجودهما [للبر] ^(٣).

إذا ثبت هذا، جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: شرط البر في هذه المسألة الإخبار مطلقاً ^(٤)، لا إخبار ينتهي بالضرب ^(٥)؛ لأن الإخبار مما لا يمتد، ولهذا لا يضرب له مدة، ولا يقال: أخبرته ^(٦) يومًا أو شهرًا أو ما أشبه ذلك، فلا يمكن حمل كلمة «حتى» على الغاية، فيحمل على [لام] ^(٧) السبب، وأمكن ذلك لأن الإخبار يصلح سببًا للضرب؛ لأنه بالإخبار بما صنع أغراه ^(٨) على الضرب، فحمل ^(٩) عليه كأنه قال: إن لم أخبر فلانًا بما صنعت ليضربك، فهذا ^(١٠) وقوله: إن [لم] ^(١١) أسبب ^(١٢) [لم] ^(١٣) لضربك سواء، فإذا أخبر فقد تسبب لضربه فيبر ^(١٤) في يمينه، وهو نظير ما لو حلف ليهن لفلان ^(١٥) ثوبًا حتى يلبسه أو دابة حتى يركبها، فوهب ^(١٦) بر في يمينه لبسه [فلان] ^(١٧) أو لم يلبسه، ركبها أو لم يركبها، وكذلك [لو] ^(١٨) حلف

- (١) سقط في أ، م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) زاد في م: لا إخبار مطلق.
- (٥) في م: إلى الضرب.
- (٦) في أ: آخرته.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في أ: أغرا.
- (٩) في أ: محمد.
- (١٠) في أ: في هذا، وفي م: وهذا.
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) في ب: سبب.
- (١٣) في م: تسببت.
- (١٤) في أ: قد بر.
- (١٥) زاد في أ: طعاما أو، وفي م: فلانا.
- (١٦) في م: فوهبه.
- (١٧) سقط في م.
- (١٨) سقط في م.

ليشهدن عليه بكذا بين يدي القاضي حتى يقضي به عليه، فشهد [به] ^(١) عليه ولم يقض القاضي به برّ في يمينه.

ولو قال: إن لم أضربك [حتى تضربني فكذا، فضربه الحالف برّ في يمينه، ضربه المحلوف عليه أو لم يضربه؛ لأن الضرب وإن كان يمتد حتى يضرب له] ^(٢) مدة، إلا أن ضرب المحلوف عليه الحالف لا يصلح غاية؛ لما ذكرنا أن غاية الشيء ما يؤثر في إنهائه، وضرب المحلوف عليه الحالف يدعوه إلى زيادة الضرب لا إلى تركه وإنهائه، فلا يصلح غاية، أما [ما يصلح] ^(٣) جزاءً فيحمل عليه.

قال: إن لم أضربك حتى يدخل الليل، أو حتى يشفع لك فلان، أو حتى تصبح، أو حتى تشتكي يدي، فأقلع عن الضرب قبل هذه الأشياء يحث في يمينه؛ لأن هذه الأشياء تصلح غاية للضرب؛ لأن الإنسان يمتنع عن الضرب بهذه الأمور، فصار شرط البرّ الضرب ممتداً إلى هذه [الأشياء فإذا أقلع قبل هذه] ^(٤) الأشياء لم يوجد شرط البر، فيقع الحث ضرورة.

وكذلك إذا قال لغريمه: إن لم أأزمك حتى تقضيني ^(٥) حقي ^(٦)، فتركه قبل أن يقضيه [حقه] ^(٧) حث؛ لأن الملازمة مما تمتد، [وإنما تنتهي عند] ^(٨) وجود الأداء عادة، فحملت كلمة (حتى) على الغاية، وصار شرط البر ملازمة ممتدة إلى وقت الاستيفاء ^(٩).

ولو قال: عبده حر إن لم آتك اليوم حتى أتغدى عندك، أو قال: إن لم تأتني اليوم حتى [تتغدى عندي، أو قال: إن لم آتك حتى أغديك، أو قال: إن لم تأتني

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يصح.

(٤) سقط في م.

(٥) في ب: تقضي.

(٦) في م: ديني.

(٧) سقط في ب، م.

(٨) في أ: وبه ينتفي عنه.

(٩) في أ: الاستقبال.

[حتى^(١)] تغديني، أو قال: إن لم آتک اليوم حتى أضربك، كان وجودهما شرطاً للبر؛ لأنه لا يمكن [حمل^(٢)] كلمة (حتى) على الغاية؛ لأن الإتيان مما لا يمتد، وإنه ظاهر، ولا على لام السبب؛ لأنه عقد اليمين على فعلين من وجه واحد، وفعل الإنسان لا يصلح جزاءً لفعله^(٣)، فحمل على العطف، وصار تقدير يمينه: إن لم آتک وأتغدى عندك، ولو نصَّ على هذا كان وجودهما شرطاً للبر كذا هنا.

وإن أطلق الكلام إطلاقاً فقال: إن لم آتک حتى أتغدى عندك فكذا، فأتاه ولم يتغدى عنده، [ثم تغدى عنده^(٤)] في يوم آخر من غير أن يأتيه برٌّ في يمينه؛ لأنه لما أطلق الكلام إطلاقاً كان شرط البر وجودهما في الجملة، وسواء^(٥) اتصل أحدهما [بالآخر] أو لم يتصل^(٦)^(٧)، أو انفصل عنه يتحقق البر؛ إذ لا فرق بين وجود شرطي^(٨) البر معا وبين وجودهما على التعاقب. هذه الجملة من الزيادات.

وفي المنتقى عن ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في رجل قال لغريمه: والله لا أفارقك حتى تعطيني^(٩) حقي اليوم، ونيته ألا^(١٠) يترك لزومه حتى يعطيه حقه^(١١) فمضى^(١٢) اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه: لا يحنث، فإن فارقه بعد مضي اليوم^(١٣) يحنث.

وكذلك إذا قال: لا أفارقك حتى أقدمك إلى السلطان اليوم، أو حتى يخلصك

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لقوله.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب، م: فسواء.

(٦) في أ: بالجزاء.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: شرط.

(٩) في ب: تعطينه.

(١٠) في أ: أن.

(١١) في ب: حقي.

(١٢) في م: بمضي.

(١٣) في أ، ب: المدة.

السلطان مني، فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يقدمه إلى السلطان، ولم يخلصه السلطان فهو سواء لا يحنث إلا بتركه، ولو قدم اليوم فقال: لا أفارقك اليوم، حتى تعطيني^(١) حقي، فمضى اليوم ولم يفارقه، ولم يعطه حقه، لم يحنث.

[وإن فارقه بعد مضي اليوم لا يحنث]^(٢)؛ لأنه وقت للفراق ذلك اليوم. وفي بعض النوادر: إذا قال لغريمه: إن^(٣) لم أأزمك حتى تقضيني^(٤) حقي فكذا، فلازمه ثم تركه قبل أن يقضيه، حنث في يمينه؛ لأن الملازمة فعل مستدام، ولهذا يضرب لها مدة، فيقال: لازمه شهرًا.

وما دخل عليه كلمة (حتى) يصلح غاية للملازمة؛ لأن الملازمة تنتهي عند وجود القضاء عادة، فأمكن جعل كلمة (حتى) غاية لنفس الفعل، فجعلناه كذلك، فصار شرط البر ملازمة تمتد إلى الاستيفاء، ولم يوجد حتى فارقه قبل الاستيفاء فإن عني بقوله: [حتى تقضيني]^(٥): لتقضيني^(٦) [دين]^(٧) فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الملازمة تصلح سببًا للقضاء، ولا^(٨) يدين في القضاء؛ لأنه تخفيف^(٩) بخلاف الظاهر.

أما إذا قال لغريمه بالفارسية: «اكر فردا ساي ما معاملت من بيرون تيري» فكذا، فقال ذلك الغريم: «فردا أمدًا [معاملت بير دين مال تي كرفت بامطالت] فقد برّ في يمينه؛ لأن يمينه على الإتيان عند الأجل»^(١٠) معاملت بيرون برون فقد جاء لأجله. وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا قال: والله لا أحج حتى

(١) في أ: تقضيني.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: إذ.

(٤) في أ، ب: تعطيني.

(٥) في ب: تقضي.

(٦) في أ: ديني.

(٧) سقط في أ.

(٨) في ب: فلا.

(٩) في م: تحقيق.

(١٠) سقط في م.

أعتمر، فأحرم بعمرة في حجة، ومضى فيها حتى أتمها لا يحنث في يمينه^(١)؛ لأنه اعتمر قبل الحج، وإنما يكون حاجًّا حتى يقف.

[وفيه]^(٢) أيضًا: إذا حلف لا يعطي فلانًا ماله حتى يقضي عليه قاض، فقضى القاضي بذلك على وكيله، فهذا قضاء عليه، [حتى]^(٣) لو أعطاه بعد ذلك لا يحنث. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل دعا جاريته إلى فراشه فأبت عليه، فقال: إن لم تجيئني الليلة حتى أجامعك مرتين، فأنت حرة، فجاءته من ساعتها، فجامعها مرة لم يزد عليها، قال: تعتق.

وروى عيسى بن أبان عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: إن لم تجيئني الليلة حتى أغشاك، فأنت طالق، فأتته من تلك الليلة، فلم يغشها، قال: لا حنث عليه، قال: وإنما كان اليمين على مجيئها إليه، ولم تكن على غشيانه لها، فإذا أتته فقد بر في يمينه، فإن شاء غشيانها، وإن شاء تركها.

قال الفقيه أبو العباس: قال أبو يوسف - رحمه الله - : في مسألة الجارية: إنها تعتق، فيحتمل أن يكون في المسألة اختلاف بينهما، ويحتمل أن هناك [مع]^(٤) ذكر الجماع ذكر عدد، وليس هنا^(٥) ذكر عدد.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال الرجل: إن خرجت من هذه الدار حتى أكلم الذي فيها^(٦) فكذا، وليس فيها أحد، فخرج، حنث في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وفي قول: لا يحنث، وهذا الجواب مشكل على القولين جميعًا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا حلف الرجل لا يكلم فلانًا إلى [قدوم

(١) زاد في ب: قال.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: هناك.

(٦) في أ، ب، م: فيه.

الحاج، فقدم واحد منهم انتهت اليمين، وكذلك لو حلف لا يكلم فلانًا إلى^(١) الحصاد، فحصد واحد من أهل بلدته انتهت اليمين.

وعلى هذا القياس جنس هذه المسائل.

إذا حلف لا يكلم فلانًا [تأبرف نيفتد]^(٢)، فهذا على وجهين:

إما إن نوى حقيقة وقوع الثلج، [أو نوى وقت وقوع الثلج]^(٣)، ففي الوجه الأول: لا [يقع الحنث]^(٤) ما لم يقع الثلج حقيقة على الأرض، ويشترط الوقوع^(٥) في البلد الذي الحالف فيه، لا في بلد آخر، حتى لو كان الحالف في بلد، لا يقع الثلج [هناك كانت اليمين باقية أبدًا].

أو^(٦) إن نوى وقوع الثلج حقيقه، [فحقيقة [وقوع الثلج]^(٧)] [أو^(٨)] [أن يحتاج إلى كنسه، ولا يعتبر ما طار في الهواء وما لا يستبين^(١٠)، إلا على رأس^(١١) حائط أو حشيش.

[وفي الوجه الثاني:]^(١٢) إن نوى وقت^(١٣) وقوع الثلج [لا يكلمه ما لم يدخل وقته]^(١٤)، وهو أول الشهر الذي يقال له بالفارسية آدار، وإن لم تكن له نية لم يذكر هذا الوجه في هذه المسألة. وإنما ذكره^(١٥) في مسألة أخرى، وقال يمينه على وقت

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: للثلج ينعقد.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب، م: يكلمه.

(٥) زاد في ب: على الأرض.

(٦) في م: و.

(٧) ما بين المعقوفين في ب: حقيقة فحقيقة.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: فحقيقته.

(١٠) زاد في أ، م: على الأرض.

(١١) في م: اثنين.

(١٢) سقط في أ، ب، م.

(١٣) في أ: وجب.

(١٤) سقط في أ، ب، م.

(١٥) في أ، م: ذكر.

الوقوع؛ لأنه هو المراد من اليمين عادة.
وإذا حلف لا يكلم فلاناً إلى الموسم، قال محمد - رحمه الله - : يكلمه إذا أصبح يوم النحر.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يكلمه إذا [ما]^(١) زالت الشمس يوم عرفة .
وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال الغريم للمطالب: والله لأقضين دينك إلى يوم الخميس، فلم يقضه حتى طلع الفجر من يوم الخميس، حث.

ولو قال: إلى خمسة أيام، وبأقي المسألة بحالها، لا يحث حتى تغرب الشمس من اليوم الخامس؛ لأن الغاية في الصورة الأولى يوم الخميس، وقد وجد بمطلع^(٢) الفجر من يوم الخميس.

وفي الصورة الثانية الغاية خمسة أيام، ولا توجد الأيام الخمسة [إلا بعد غروب^(٣)]^(٤) الشمس من اليوم الخامس، ولو حلف لا يكلم فلاناً إلى عشرة أيام يدخل اليوم العاشر في اليمين.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل: إن تزوجت امرأة إلى خمس سنين، فهي طالق، فتزوج في السنة الخامسة تطلق؛ لأن السنة الخامسة داخله في اليمين [على ما ذكرنا؛ ألا ترى أنه لو استأجر داراً إلى خمس سنين دخلت]^(٥)، تحت الإجارة السنة^(٦) الخامسة كذا ها هنا.

وكتبت في المستزاد في مسألة البيع بشرط الخيار إلى الغد أو [إلى]^(٧) الليل: في حجة أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : أن الليل والغد لا يدخلان تحت الخيار؛ ألا ترى أن من حلف لا يكلم فلاناً إلى شهر رمضان لا يدخل شهر رمضان

-
- (١) سقط في ب، م.
 - (٢) في أ، ب: كما طلع.
 - (٣) في ب: بغروب.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في ب.
 - (٦) في أ: للسنة.
 - (٧) سقط في ب.

تحت اليمين .

وكتبت^(١) في حجة أبي حنيفة: وأما مسألة اليمين فقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن شهر رمضان [إنما]^(٢) يدخل [تحت اليمين بحكم العرف]^(٣)، [و]^(٤) في ظاهر الرواية لا يدخل^(٥).

ولأبي حنيفة - رحمه الله - على ظاهر الرواية: أن شهر رمضان إنما [لم]^(٦) يدخل تحت اليمين بحكم العرف^(٧)، فإن الناس في عرفهم لا يريدون إدخال شهر رمضان في اليمين .

وقعت واقعة من هذا الجنس صورتها: «سوكند جورد بالفارسية أكدتا سفر سلٍ هور داروي بطلاق دراوول ما صفر سلي صورتها: «فأفتينا أنها لا تطلق .

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا قال: إن أكلت من خبز والدي^(٨) ما لم أتزوج فاطمة فكل امرأة أتزوجها فهي طالق، فأكل ثم تزوج فاطمة طلقت؛ لأن عند الأكل قبل التزوج يصير قائلاً: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، ولو قال هكذا وتزوج فاطمة طلقت كذا هنا . والله أعلم .

* * *

-
- (١) في أ: وثبت .
 (٢) سقط في أ .
 (٣) سقط في م .
 (٤) سقط في أ .
 (٥) زاد في م: الغد .
 (٦) سقط في م .
 (٧) سقط في ب .
 (٨) في ب: والدتي .

الفصل الرابع

في الشرط الذي يحمل على معناه دون لفظه، وما يعتبر^(١) فيه اللفظ المرأة إذا حملت^(٢) [إلى بيت]^(٣) زوجها وقراً من الحطب، ومثلاً من اللحم، فقال الزوج: (أكرم من أورده ودابه نخورم)، فأنت طالق ثلاثاً، فأكل شيئاً من ذلك اللحم، تطلق المرأة، وإن لم يأكل (دابه أورده ري)، لم يتقيد اليمين باللفظ واعتبر الغرض.

[والأصل في جنس هذه المسائل اعتبار اللفظ [ما أمكن وعند تعذر اعتبار اللفظ]^(٤) يعتبر الغرض^(٥) والدليل عليه ما ذكر في فتاوى الفضلي - رحمه الله - إذا قال لامرأته: (اكرسي ابرس خانه ريدان مرمسي مروريد ديرا طلاق)، فأخرج من ذلك شيء غير^(٦) ما سمى، لا تطلق المرأة.

وكذلك إذا قال لامرأته: (اكرما لكرسي مري حرم برا طلاق)، فاشترى لها شيئاً بالدرهم لا يحنث، واعتبر اللفظ في هاتين المسألتين؛ لأن اعتبار اللفظ ممكن فيهما، فإن الشراء بفلس واحد ممكن^(٧).

وكذلك [ذكر في]^(٨) باب الخروج في أيمان الأصل: إذا حلف لا تخرج امرأته من باب هذه الدار، فخرجت من غير الباب لا يحنث، وغرض الحالف المنع من الخروج عن الدار وذلك لا يتفاوت، واعتبر اللفظ؛ لأن اعتبار اللفظ ممكن. وفيما إذا قال: (اكررا بدارا ورده نخورم) إنما اعتبر^(٩) الغرض ولم يعتبر اللفظ؛

(١) في أ: يتعين.

(٢) في م: دخلت.

(٣) في أ: تسند.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في م.

(٦) في ب: عليه.

(٧) زاد في ب، م: وكذلك إخراج ديدان برلس.

(٨) في أ: ذكروا.

(٩) في أ: لا يعتبر.

لأن [اعتبار اللفظ]^(١) غير ممكن^(٢)؛ لأن اللحم لا يكون له غاية، فاعتبر الغرض والمقصود، وغرضه المبالغة في امتناعه عن تناول ما أورد به وحملته قليلاً كان أو كثيراً.

وإذا قال: إن كفلت أحداً بدرهم عدلي، أو قال: بنصف درهم عدلي فكذا، فكفل رجلاً بعشرة دراهم غطريفية لا يحنث، ولم يعتبر^(٣) الغرض؛ لأن اعتبار اللفظ ممكن، وفيما صار اللفظ مجازاً عن غيره، لا يعتبر اللفظ بحقيقته وينصرف إلى المجاز كما في وضع القدم في الدار، وكما في وضع اليد على الدور، إلا إذا وجد دليل يدل على عدم إرادته المجاز فحينئذ يعتبر الحقيقة.

ألا ترى [إلى ما]^(٤) ذكر في طلاق الفتاوى، إذا قال الرجل لامرأته: [إن]^(٥) ارتقيت^(٦) هذا السلم، أو وضعت رجلك عليه فأنت كذا، فوضعت رجلها عليه^(٧)، ولم ترتق، [فإنه يقع]^(٨) الحنث، وإن صار وضع الرجل على السلم مجازاً عن الارتقاء عرفاً ولم ينصرف إلى المجاز؛ لأنه دل دليل على عدم إرادته المجاز، وهو عطف الوضع على الارتقاء؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، فعلمنا بدلالة العطف أن الزوج لم يرد به المجاز، وإنما أراد به الحقيقة.

وإذا قال: «أكر جسم مي بدرر اصدي فلان كاربكند، فكذا» فتكلم معها ونام في الليل بحيث لم يقع بصره^(٩) عليها لا تطلق؛ لأن اعتبار اللفظ ممكن هاهنا، وهذا اللفظ لم يصير مجازاً عن النوم والتكلم معها.

(١) في م: اعتباره.

(٢) زاد في ب: فيما إذا قال: اكرا وابه أر أورد.

(٣) في أ: يعتبروا.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: رقيت.

(٧) في أ: عليها.

(٨) في أ: فاندفع.

(٩) في م: أمره.

وإذا قال لامرأته: إن^(١) لم أبعث نفقتك من كرمينية إلى عشرة أيام فكذا، فبعث النفقة قبل مضي عشرة أيام، ولكن من موضع آخر حث في يمينه، ولم يعتبر الغرض، وهو وصول النفقة إليها^(٢)؛ لأن اعتبار اللفظ ممكن.

وإذا قال لامرأته: «اكر فورابان وكوست آرم ترا طلاق»، فبعث بيد^(٣) غيره، فقد قيل: إن كان الرجل ممن يأتي باللحم والخبز بنفسه إلى بيته في العادة والغالب لا يحث، وإن كان ممن لا يفعل ذلك بيد نفسه، إنما يفعل [بيد غيره يحث]^(٤). وقد قيل: إن كان غرض الزوج نفس الإتيان بالخبز لا يحث، وإن كان غرضه ألا يصل إليها ذلك يحث.

[سئل]^(٥) نجم الدين - رحمه الله - عن تزوج امرأة وحلف^(٦) قبل أن يحملها إلى بيته بالفارسية وقال: (اكر وراخانه آرم)، فهي طالق، فحملها غيره إلى بيته بغير أمره ورضاه.

قال: إن عنى حقيقة الحمل بنفسه لا تطلق، وإن عنى الإمساك في بيته، فإن خلاها في بيته، ولم يخرجها ولم يمنعها تطلق.

قال في القدوري: إذا حلف الرجل ليضربن [امراته]^(٧)، حتى يقتلها^(٨) أو ترفع ميتة، فهذا على أشد الضرب.

وفيه أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لامرأته: إن لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة، فهذا على الضرب الوجيع.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال لامرأته: إن لم أضرب اليوم ولدك [على

(١) في أ: إذا.

(٢) في أ: إليه.

(٣) في ب: يريد.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: وحملت.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: يدخلها.

الأرض^(١) حتى ينشق نصفين فأنت طالق ثلاثاً، فضربه على الأرض، فلم ينشق، طلقت امرأته؛ لانعدام شرط البر، وإنه يخالف رواية القدوري في قوله: حتى يقتلها أو ترفع^(٢) ميتة.

وفي البقالي عن محمد - رحمه الله - إذا قال: لأقتلنك، يريد أن يوجعه ضرباً، صح، وهو قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وفي المتقى: إذا قال لها: [والله]^(٣) لأضربنك بالسياط حتى أقتلك، فهذا [على الضرب الوجيع، ولو قال: لأضربنك بالسيف^(٤) حتى تموتي فهذا على الموت، عرف مراده بقران السيف بالضرب ولو حلف ليضربنها^(٥) حتى يغشى عليها أو تبول، [أو حتى تبكي]^(٦)، أو تستغيث، فهو على ما قال.

وعن محمد - رحمه الله - في قوله: حتى تبول ونحوه: أنه وقف. ولو حلف ليقتلن فلاناً ألف مرة، وقال: عنيت [أن]^(٧) آتي على نفسه بالقتل، دين في القضاء.

ولو حلف أنه سمع فلاناً طلق امرأته ألف مرة وقد سمعه^(٨) طلقها [ثلاثاً، دين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن حكم الثلاث وحكم الألف واحد. وكذلك لو حلف أنه لقي فلاناً ألف مرة، وقد^(٩) لقي [فلاناً]^(١٠) مراراً، وأراد كثرة اللقاء دون العدد دين.

حلف امرأته أنها قبلته البارحة من القسوة^(١١). ذكر في مجموع النوازل [أن

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: توقع.
- (٣) سقط في ب.
- (٤) زاد في أ، ب: ضربة.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في ب: سمعته.
- (٩) سقط في ب.
- (١٠) سقط في أ، م.
- (١١) في أ: السوداء.

هذا^(١) على المبالغة عرفا، فإن كانت قد قست^(٢) وأصابه أذى كثير بحيث لم يمكنه الصبر^(٣) حتى نام على الأرض، لا يحنث في يمينه^(٤).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال: لأدقن يد غلامي على رجله، أنه على الضرب إلا أن ينوي الكسر^(٥).

وعن محمد - رحمه الله - إذا قال: لأكسرن يد هذا على رجله، أنه على الضرب إلا أن ينوي الكسر^(٦).

وإذا قال الرجل لأهل سكة: «اكرابن كوى راتر كستان نكلنم، فامرأته طالق ثلاثاً» فسلط على أهل تلك السكة^(٧) [أتراكاً كثيرة، فقد]^(٨) برّ في يمينه، على هذا معاني كلام الناس.

وإذا قال لامرأته: (اكرلعه باي لو لوسه ندهم في ساعت، فأنت طالق ثلاثاً)، فقبل^(٩) باطن كفها وقدمها إلى الكعب، تطلق اعتباراً للفظ عند الإمكان.

رجل تشاجر مع أخيه وأخته، وقال لهما: (اكرمن نشارا يكون خراندر نكنم)، فامرأته طالق ثلاثاً اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: لا تطلق امرأته ما عاشوا؛ لأنه متصور فلا يتحقق شرط الحنث إلا بالموت.

ومنهم من قال: تطلق امرأته؛ لأن [به]^(١٠) العجز متحقق عادة إلا إذا نوى القهر، والغلبة والتضييق عليهما، فتصح نيته^(١١)، فلا يقع الطلاق، ما لم يمت الحالف أو

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: فنيت، وفي ب: لبست.

(٣) في ب: للضرر.

(٤) المحيط البرهاني (٢٣٤/٤).

(٥) في ب، م: الكثير.

(٦) في م: الكثير.

(٧) زاد في ب: عدل.

(٨) في م: أثرا كثير.

(٩) في أ: فقبل.

(١٠) سقط في أ، م.

(١١) في أ: بنيته.

المحلولف عليهما^(١)، قبل أن يفعل^(٢) بها^(٣) ما نوى، وبه كان يفتي الصدر الشهيد - رحمه الله - .

إذا قال لامرأته: (اكرترا بخون ندر نكنم)، فكذا فضربها على أنفها، حتى خرج الدم وتلطخت ثيابها، فإن كان مراده هذا القدر، أو لم يكن له نية، فلا يحنث؛ لأن الظاهر أنه لا يراد بهذا الكمال. [اكرزا اتى د دربي كم كه بيرون اهده ترا طلاق مرادس أن ندلى جهان تروي بند كند وعبس تروى تلج لد ونحو زى حماها كيد اكرامن جيرها كند طلاق بقيد]^(٤).

[وإذا]^(٥) قال لامرأته: «اكرمن نكنم باتوا مروز آنكم في بايد كرون، فأنت طالق» فمضى اليوم، ولم يعمل معها شيئاً لا إحساناً ولا إساءة، فإن الزوج يسأل عن مراده ونيته، فإن كانت^(٦) نيته أنه لم يفعل بها ما ينبغي أن يفعل مع الناس من ترك الأذى والجفاء [لا تطلق امرأته]^(٧).

وإن كان مراده أن يسيء إليها بضرب أو شتم، جزاء على ما شاجرته، فإذا لم يفعل^(٨) ذلك طلقت امرأته، وإن لم يكن له نية^(٩) لا تطلق امرأته. والله أعلم.



(١) في ب: عليها.

(٢) في أ، ب: عليهما.

(٣) في م: بهما.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ، ب: كان.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: تفعل.

(٩) زاد في أ: بينة.

[ومما يتصل بهذا الفصل مسائل^(١)]:

باب المساومة المذكورة في الجامع الكبير^(٢) و[أنها تبنى]^(٣) على أصلين: أحدهما: أن العام من لفظ الحالف يجوز تخصيصه بالعرف، ولا يجوز زيادة شرط [ليست]^(٤) في لفظ^(٥) الحالف ولا [يحملها لفظ^(٦) الحالف، ولا]^(٧) يقتضيها لفظه بالعرف.

أما تخصيص اللفظ العام بالعرف^(٨) إنما جاز لأن التخصيص بنية المتكلم وإرادته جائز بالإجماع، و[العرف إرادة الجملة، وإرادة المتكلم داخلة في إرادة الجملة]^(٩)، فإذا جاز التخصيص بإرادة الواحد، فلأن يجوز بإرادة الجماعة أولى.

وأما الزيادة على لفظة^(١٠) الحالف بالعرف^(١١) إنما لا يجوز لما ذكرنا أن العرف إرادة الجملة، فلو زدنا شرطاً في اليمين ليس ذلك في لفظ الحالف ولا يحتمله لفظه، ولا يقتضيه لزدنا يميناً أخرى بالإرادة، واليمين لا تتعقد بمجرد الإرادة

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الصغير.

(٣) في أ: وأنها تبنى.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: لفظة.

(٦) في أ: لفظة.

(٧) سقط في م.

(٨) اتفق العلماء على تخصيص العام بالعرف القولي، وذلك أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى، كإطلاق لفظ الدابة على الحمار.

أما العرف العملي، وهو العمل الذي تعارف عليه قوم، وجرى عليه العمل عندهم، وذلك كإطلاق الطعام على البر، فإن كان على عهد رسول الله ﷺ وعلم به وأقره، أو كان بعد عصره وأجمعوا عليه كان مخصصاً للعام، وإن لم يكن كذلك فهو مخصص للعام عند الحنفية، وغير مخصص عند الجمهور.

ينظر: تيسير التحرير (٣١٧/١) وما بعدها، والتقريب والتحبير (٢٨٢/١)، وفواتح الرحموت (٣٤٥/١)، ونهاية السؤل شرح منهاج الوصول (١٢٨/٢).

(٩) سقط في ب.

(١٠) في ب، م: لفظ.

(١١) في ب: بالشرط.

[والنية، بخلاف تخصيص العام؛ لأن اللفظ يساعد هذه الإرادة]^(١)؛ ألا ترى أن [اللفظ كان مشتملاً]^(٢) عليه، إذ العام ما يكون مشتملاً على مسميات^(٣) [كثيرة]^(٤)، وبالعرف تبين^(٥) أن الحالف أراد هذا المسمى [دون ذلك المسمى]^(٦)، فعمل الإرادة في قصر عمل اللفظ، على [بعض]^(٧) ما يتناوله اللفظ لا في إثبات شيء^(٨) بها. مثال الأول: إذا حلف لا يشتري رأسًا، فاشتري رأس عصفور، أو رأس جرادة، لا يحث في يمينه، وإنما يحث إذا اشترى رأس الغنم بالإجماع، أو رأس البقر والإبل عند أبي حنيفة - رحمه الله - والرأس اسم عام^(٩)، وقد خصصناه^(١٠) [ببعض الرؤوس، و]^(١١) [إنما خصصناه]^(١٢) بدلالة العرف.

وكذلك إذا اشترى بألف درهم ينصرف إلى نقد البلد، والدرهم اسم عام ومع هذا خصصناه بنقد البلد، وإنما خصصناه [بدلالة العرف]^(١٣).

ومثال الثاني: إذا قال لعبد لا يملكه: إذا دخلت الدار فأنت حر، أو قال لأجنبية: إذا دخلت الدار فأنت طالق، [فإنه]^(١٤) لا يصح ولا يراد: وأنت في ملكي في المسألة الأولى، وأنت في نكاحي في المسألة الثانية، وإن كان المتعارف فيما بين الناس ذلك.

-
- (١) سقط في ب.
 - (٢) في أ: اللفظان مشتملان.
 - (٣) في أ، ب: مسماه.
 - (٤) سقط في أ، م.
 - (٥) في ب: يتبين.
 - (٦) سقط في ب.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في م: ما سمى.
 - (٩) في أ: غانم.
 - (١٠) في أ: خصصنا.
 - (١١) سقط في أ.
 - (١٢) سقط في م.
 - (١٣) في أ: بالعرف.
 - (١٤) سقط في م.

وأصل آخر: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان^(١) قياساً في حكم الربا، [حتى]^(٢) جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً [ولو كانا جنساً واحداً لما جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً]^(٣) [كما لا يجوز بيع الدراهم بالدراهم متفاضلاً]^(٤)، وكما لا يجوز بيع الدنانير [بالدنانير]^(٥) متفاضلاً جنساً واحداً [فيما]^(٦) عدا حكم الربا استحساناً، ولهذا يكمل نصاب [أحدهما]^(٧) بالآخر.

والقاضي في قيم المتلفات بالخيار، إن شاء قوم المتلف بالدراهم، وإن شاء قومه بالدنانير، والمكروه على البيع [بالدراهم إذا باع]^(٨) بالدنانير كان بيعه بيع المكروه، كما لو باعه بالدراهم، وصاحب الدراهم إذا ظفر بدنانير المديون، كان له أن يأخذها بحقه^(٩). دل أن الدراهم والدنانير فيما [عدا]^(١٠) حكم الربا اعتبر^(١١) جنساً واحداً، عامة المشايخ - رحمهم الله - ذكروا [أن]^(١٢) هذا الأصل في هذا الباب على هذا الترتيب.

وذكر محمد - رحمه الله - في وكالة الأصل: إذا وكل الرجل رجلاً بأن يشتري له جارية بعينها بألف درهم أو بمائة دينار، وقبل الوكيل الوكالة، ثم إن الوكيل اشتراها لنفسه، فإن اشتراها بجنس آخر غير ما أمره؛ بأن أمره بالشراء بالدراهم، فاشتراها بالدنانير أو على العكس، جاز، وتصير الجارية للوكيل، وإن اشتراها بذلك

(١) في ب: يختلفان.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) في ب: بحصته.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: غير.

(١٢) سقط في أ، م.

الجنس وبذلك القدر، ولكن صرح بالشراء^(١) لنفسه، فإن كان بحضرة الموكل يصير مشترياً لنفسه، وإن كان بغيته لا يصير مشترياً لنفسه، [بل يصير مشترياً للموكل]^(٢). فقد^(٣) جعل محمد - رحمه الله - الدراهم والدنانير جنسين مختلفين في هذه المسألة، ولم يجعلهما جنسًا واحدًا؛ إذ لو جعلهما جنسًا واحدًا [لصار]^(٤) الوكيل مشترياً للأمر [فيما إذا]^(٥) وكله بالدراهم، وقد اشترى بالدنانير أو على العكس، [وتبين بما]^(٦) ذكر في كتاب الوكالة أنهما^(٧) اعتبرا جنسين مختلفين]^(٨) [فيما وراء حكم الربا أيضًا.

وكذلك في باب الشهادة اعتبرا جنسين مختلفين]^(٩) حتى إن أحد الشاهدين إذا شهد بالدراهم والآخر بالدنانير، [أو شهدا بالدراهم والمدعي يدعي الدنانير]^(١٠) أو على العكس، لا تقبل الشهادة.

وكذلك^(١١) في باب الإجارة اعتبرا جنسين مختلفين حتى إن من استأجر من آخر دارًا^(١٢) بدراهم وأجرها من غيره بدنانير أو على العكس، وقيمة الثاني أكثر من الأول تطيب الزيادة.

فما^(١٣) ذكروا في الجامع: أنهما جعلًا جنسًا واحدًا فيما عدا حكم الربا على الإطلاق غير صحيح.

-
- (١) في أ: الشراء.
 - (٢) سقط في ب.
 - (٣) في م: هذا.
 - (٤) سقط في أ.
 - (٥) في أ: إذ لو.
 - (٦) سقط في ب.
 - (٧) في أ: إنما.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) سقط في أ، م.
 - (١١) في أ: وكذا.
 - (١٢) في أ: دراهم.
 - (١٣) في أ، م: فيما.

وكتبت^(١) في مضاربة الجامع في تعليقي: أن في باب القسمة اعترا جنسين مختلفين حتى لا يجمع نصيب أحد الشريكين في أحد المالين.

وكتبت في السمرقنديات: أن القاضي إذا ظفر بدراهم المديون والدين دنائير أو على العكس، كان للقاضي أن يصارفه بجنس حق صاحب المال ويعطي صاحب المال حقه من ثمنه استحساناً عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان هو لا يرى بيع مال المديون؛ لأن هذا إن كان بيعاً صورة^(٢) فهو إيفاء معنى، وللقاضي ولاية الإيفاء.

بيانه: [أن]^(٣) الدراهم والدنانير في [حق إيفاء]^(٤) الحقوق جعلاً جنساً واحداً حتى كان للقاضي أن يقوم المتلف بأيهما شاء، وتقويم المتلف مشروع لإيفاء الحق، وإذا جعلاً جنساً واحداً في إيفاء الحقوق، كان بيع القاضي أحدهما بالآخر إيفاءً معنى والعبرة بالمعنى.

إذا عرفنا هذا قال محمد - رحمه الله - : رجل ساوم رجلاً بثوب وأبى البائع أن ينقصه من اثني عشر، فقال^(٥) المشتري: عبده حر إن اشتراه باثني عشر، ثم اشتراه بعد ذلك بثلاثة عشر، يحنث في يمينه، وكان ينبغي ألا يحنث لوجهين: أحدهما: أن شرط الحنث الشراء باثني عشر.

والثاني: أن شرط الحنث شراء كل الثوب باثني عشر، فإذا اشتراه^(٦) بثلاثة عشر فقد اشترى [اثني عشر]^(٧) جزءاً من الثوب باثني عشر.

والجواب: أما الإشكال الأول.

(١) في أ: وكتب.

(٢) في م: ضرورة.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: إثبات.

(٥) في أ: قال.

(٦) في ب: اشترى.

(٧) سقط في أ.

قلنا: لا [بل]^(١) شرط الحنث قد وجد؛ لأن الحالف وإن ذكر الشراء فقد أراد به التزام الثمن عرفاً وعادة [لا نفس الشراء؛ لأن الذي دعاه وحمله على اليمين عرفاً]^(٢)، وعادة ألا يلتزم اثني عشر درهماً بسبب^(٣) هذا الشراء حتى ينقصه البائع لا نفس الشراء، فصار قوله: «إن اشتريت هذا الثوب باثني عشر درهماً» مجازاً عن قوله: «إن التزمت اثني عشر [درهماً]^(٤) بسبب هذا الشراء»، وقد جاز ذلك؛ لأن الشراء بيان^(٥) عقد والتزام الثمن^(٦)، فنحن إذا جعلنا الشراء مجازاً عن التزام الثمن عرفاً وعادة فقد خصصنا منه العقد، ونفي^(٧) الداخل تحت اليمين^(٨) الالتزام، ويكون هذا إثبات التخصيص فيما يلفظ به الحالف بدلالة العرف، وذلك جائز، وإذا صار الشراء مجازاً عن الالتزام صار كأنه صرح فقال: إن التزمت اثني عشر درهماً بسبب هذا الشراء فعبدني حر، فإذا اشترى [الثوب]^(٩) بثلاثة عشر درهماً فقد التزم بسبب شراء هذا الثوب اثني عشر وزيادة، والزيادة على شرط الحنث لا تمنع الحنث، وقد خرج الجواب عن قوله: «إن الشراء بثلاثة عشر غير الشراء باثني عشر»؛ لأننا ما علقنا اليمين^(١٠) بالشراء، إنما علقناه بالالتزام بطريق التخصيص، والالتزام بثلاثة عشر التزام اثني عشر وزيادة.

وأما الإشكال الثاني:

قلنا: المشتري التزم اثني عشر درهماً بإزاء كل الثوب، لا بإزاء بعض الثوب؛ لأنه [قابل ثلاثة]^(١١) عشر درهماً [بالثوب]^(١٢)، واسم الثوب لا ينطلق على

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: نصيب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، م: بيان.

(٦) في أ، م: يمين.

(٧) في أ، ب: بقينا، وفي المحيط: وبعثنا.

(٨) زاد في م: من.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: الثمن.

(١١) في أ، م: قابله بثلاثة.

البعض، وإنما ينطلق على الكل فيصير كل جزء من أجزاء ثلاثة عشر مقابلًا بجميع الثوب، لا مقابلًا ببعض أجزاء الثوب.

والدليل عليه: أن البائع إذا حط عن المشتري نصف الثمن، يبقى الباقي من الثمن ثمنًا للكل، حتى لا يفسد العقد في شيء من المبيع، ولو كان كل جزء من أجزاء الثمن مقابلًا ببعض المبيع يبقى نصف المبيع خاليًا عن الثمن، وإنه مفسد للعقد، وكان ينبغي أن يفسد العقد في نصفه^(١)، ولم يفسد بالإجماع، علمنا أن كل جزء من أجزاء الثمن [مقابلًا بجميع أجزاء المبيع، وإذا ثبت أن كل جزء من أجزاء الثمن]^(٢) يقابل جميع الثوب صار اثني عشر بمقابلة جميع الثوب^(٣)، لا بمقابلة بعضه فيتحقق شرط الحنث، بخلاف ما إذا اشترى نصف الثوب باثني عشر؛ لأن هناك ما قابل اثني عشر بإزاء جميع الثوب، إنما قابله بالنصف صريحًا فلا يمكن أن يجعل ملتزمًا اثني عشر بمقابلة جميع الثوب أما هنا بخلافه، إلا أن في حالة الاستحقاق، يجعل بعض الثمن بمقابلة المستحق، إذ^(٤) قضية العقد المطلق أن يكون كل جزء من أجزاء الثمن بمقابلة جميع الثوب بطريق الضرورة؛ كيلا يلزم المشتري جميع الثمن بإزاء بعض الثوب، وهو لم يرض به، أما في غير حالة الاستحقاق فلا ضرورة فيبقى كل جزء من أجزاء الثمن مقابلًا بجميع الثوب، وكذلك لو اشتراه باثني عشر درهما ودينارًا وثنوبًا يحنث في يمينه؛ لما قلنا، ولو [كان]^(٥) اشترى الثوب بأحد^(٦) [٦]^(٧) عشر درهماً و^(٨) دينارًا، أو بأحد عشر درهماً وثنوبًا لا يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن يحنث؛ لأن غرض الحالف ألا يلتزم اثني عشر درهماً أو ما يبلغ قيمته اثني عشر درهماً بسبب

(١٢) سقط في م.

(١) في أ: نصيبه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الثمن.

(٤) في أ: أن، وفي ب: مع أن.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: باثني.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: أو.

شراء هذا الثوب عرفًا وعادة لا نفس الشراء فيجب أن يجعل هذا كالمذكور [في يمينه؛ إذ المعروف فيما بين الناس كالمذكور]^(١)، كأنه قال: إن التزمت اثني عشر درهما أو ما يبلغ قيمته اثني عشر [درهمًا بسبب شراء هذا الثوب ما يبلغ قيمته اثني عشر]^(٢) وزيادة، فينبغي أن يحنث في يمينه.

[والجواب: إنما يحنث في يمينه]^(٣) بسبب هذا الشراء إذا زدنا في ثمنه^(٤)، أو ما يبلغ قيمته اثني عشر درهما من مال آخر سوى الدراهم، ولو زدنا ذلك لزدنا بمجرد العرف والقصد؛ لأن اسم الدراهم لا يحتمل مالا آخر وقد ذكرنا أن إثبات الزيادة في اليمين بمجرد العرف والقصد [لا يجوز]^(٥)، وكان بمنزلة ما لو حلف ألا يشتري هذا الثوب بدرهم، فاشتراه بدينار، لا يحنث في يمينه، مع أن الدينار أكثر من الدرهم، ومن^(٦) رغب عن شراء شيء بدرهم، كان أرغب عنه بما يبلغ قيمته درهمًا وزيادة، مع هذا لا يحنث إنما يحنث؛ لأنه لو حنث إنما يحنث إذا زدنا في يمينه: أو ما يبلغ قيمته درهمًا أو زيادة ولو زدنا [ذلك]^(٧) لزدنا^(٨) بمجرد العرف، وإنه لا يجوز. ثم ما ذكر من الجواب فيما إذا اشتراه بأحد عشر درهمًا ودينارًا أنه لا يحنث جواب القياس.

أما [على]^(٩) جواب الاستحسان: ينبغي أن يحنث في يمينه؛ لأن الدراهم والدنانير جعلًا جنسًا واحدًا استحسانًا، وصار كما لو باعه باثني عشر. [الاستحسان والقياس]^(١٠) قال مشايخنا^(١١): ذكر القياس والاستحسان في

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) سقط في م.
- (٤) زاد في أ: بسبب هذا الشراء.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في م: ومتى.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في م: الزيادة.
- (٩) سقط في أ، م.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) سقط في أ.

آخر الباب .

ذكر هاهنا قال: لو أن البائع هو الذي حلف، [فقال]^(١): عبده حر إن باعه بعشرة دراهم، فباعه بأحد عشر درهمًا [أو بعشرة دراهم]^(٢) ودينار، أو ثوب لا يحنث في يمينه، وكان ينبغي أن يحنث؛ لأنه جعل شرط الحنث^(٣) البيع بعشرة، [وقد باعه بعشرة]^(٤) وزيادة، والزيادة في شرط الحنث لا تمنع تحقق الحنث؛ ألا ترى أن في جانب المشتري جعلنا الشراء بثلاثة عشر، أو باثني عشر وثوبا يستوي بعشرة، فكذا في جانب البائع يجب أن يكون كذلك .

[والجواب]^(٥) وهو [أن]^(٦) الفرق بين جانب البائع، و[بين]^(٧) جانب المشتري أن حقيقة البيع والشراء للعقد [و]^(٨) في جانب البائع العبرة للحقيقة، وهو المتوقع من جهته؛ إذ ليس في ضمنه التزام من جهته، حتى يجعل العقد عبارة عنه، [و]^(٩) باعتبار الحقيقة البيع بأحد عشر غير البيع بعشرة فلم يكن آتياً بشرط الحنث .

أما في [جانب]^(١٠) المشتري العبرة للالتزام، لا للحقيقة على ما ذكرنا، والملتزم لثلاثة عشر ملتزم لاثنى عشر وزيادة، وكان آتياً بشرط الحنث فيحنث [فلهذا افترقا]^(١١) .

الثاني: القياس في جانب البائع الحنث؛ لأن البائع بأحد عشر بائع بعشرة، كما أن المشتري بثلاثة عشر مشترياً بائعاً عشر، إلا أننا^(١٢) تركنا القياس في جانب البائع

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في م .

(٣) في ب: الحلف .

(٤) سقط في ب، م .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في ب، م .

(٧) سقط في ب .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في أ .

(١٠) سقط في م .

(١١) سقط في أ، ب، م .

(١٢) في أ: أنا إذا، وفي م: أنا .

بحكم العرف والعادة.

وبيان ذلك: أن البيع بعشرة نوعان: بيع بعشرة مفردة، [وبيع بعشرة وزيادة، وغرض البائع عرفاً وعادة منع النفس عن البيع بعشرة مفردة]^(١)؛ لأن البائع مستزيد، فإنما يحلف عرفاً وعادة ليزيد المشتري على العشرة فخصصنا من يمينه البيع بعشرة وزيادة بحكم العرف، وبقي البيع بعشرة مفردة داخلاً تحت اليمين [فيحنت]^(٢)، وتخصيصه ما يحتمله اللفظ بحكم العرف جائز.

وأما^(٣) في جانب المشتري لا عرف؛ لأن المشتري متنقص^(٤)، فإنما^(٥) يخرج عن يمينه الشراء بما هو أنقص من اثني عشر، فأما الشراء باثني عشر مفرداً وباثني عشر وزيادة [يبقى داخلاً تحت اليمين فيحنت المشتري إذا اشتراه باثني عشر مفرداً أو باثني عشر وزيادة، ولا^(٦) يحنت البائع]^(٧) إذا باعه بعشرة^(٨) وزيادة، ويحنت إذا باعه بعشرة مفردة، لهذا قال: ولو أن البائع باعه بتسعة دراهم لا يحنت في يمينه، [وكان ينبغي أن يحنت]^(٩)؛ لأن البائع إنما منع نفسه عن البيع بعشرة لما فيها من النقصان، والنقصان في التسعة أكثر، فيجعل هذا كالمصرح به وصار كأنه قال: إن بعث هذا الثوب بعشرة أو بتسعة فعبدى حر، ولو صرح بذلك، كان الجواب كما قلنا فهانئاً كذلك.

والجواب: لو حنت في يمينه، إنما يحنت إذا زدنا في يمينه: أو بتسعة، ولو زدنا ذلك لزدنا بمجرد العرف [لا بلفظه]^(١٠)؛ لأن لفظه لا يحتمل التسعة؛ لأن لفظه

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب، م.

(٣) في أ: فأما.

(٤) في أ، م: مستنقص.

(٥) في م: فإنه.

(٦) في م: لم.

(٧) في أ: لم يحنت البائع ثم.

(٨) في م: باثني عشر.

(٩) سقط في أ، وزاد في م: في يمينه.

(١٠) في أ، ب، م: بما يلفظه.

عشرة، واسم العشرة لا يحتمل ما دونها، [والزيادة على لفظ الحالف بالعرف لا يجوز؛ لأن العرف ليس إلا إرادة الجملة، واليمين لا تثبت بمجرد إرادة الحالف، فكذا الزيادة على اليمين]^(١).

وإذا ساوم الرجل رجلاً بعبد، فأراد البائع ألفاً، وسأله المشتري بخمسمائة، فقال البائع: هو حر إن حطت عنك عن الألف شيئاً، ثم قال: بعث ذلك العبد بخمسمائة، فقبل المشتري أو لم يقبل، حنث البائع وعتق العبد، وكان ينبغي ألا يعتق العبد؛ لأن عتقه معلق بالحط، والحط هو الإسقاط، [والإسقاط]^(٢) يعتمد تقدم الوجوب.

والجواب عنه: أن البائع وإن ذكر الحط، إلا أنه لم يرد به [الإسقاط]^(٣)، وإنما أراد [به التبعض والحط كما يشتمل على معنى الإسقاط يشتمل على معنى التبعض]^(٤)، فذكر الحط وأراد به^(٥) بعض ما يشتمل عليه الحط لا كله.

وبيان ذلك: أن البائع ذكر الألف عند ذكر الحط معرّفًا بالألف واللام، فإنه قال: إن حطت عنك عن الألف شيئاً، والألف واللام لتعريف المعهود، والألف المعهود هي الألف المذكورة عند المساومة فانصرف الحط إليه، والحط عن الألف المسمى عند المساومة، [لا يتصور بالإسقاط، وإنما يتصور بالتبعض، فانصرفت يمينه إليه، وصار كأنه قال: إن نقصت شيئاً من الألف المسمى عند المساومة]^(٦) فعبدي حر، ولو صرح بذلك كان إذا باعه بخمسمائة يحنث في يمينه؛ لأنه نقص عن الألف المسمى وقت المساومة، فقد تحقق شرط الحنث^(٧) والعبد في ملكه فعتق، فإذا قبل المشتري العقد بعد ذلك، فإنما قبله في الحر، فلا يصح.

(١) في أ، ب، م: وقد ذكرنا أن الزيادة بمجرد العرف لا تجوز.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ، م: وأراد.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في أ: والبعض.

ولو أن البائع قال قبل المساومة: هذا العبد حر، [إن]^(١) حطت عن ثمنه شيئاً أبداً، ثم باع العبد بألف أو خمسمائة، لا يحنث في يمينه؛ لأن شرط الحنث هاهنا الحط عن [الثن، والثن]^(٢) اسم للواجب بالعقد، ولم يحط شيئاً من الواجب بالعقد هنا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن شرط الحنث هناك الحط عن الألف المسمى وقت المساومة أما هاهنا [بخلافه، ولو أنه حط عنه من ثمنه شيئاً بعد ذلك انحلت اليمين، ولكن لا يعتق العبد.

أما انحلال اليمين فلوجود شرطه وهو الحط عن^(٣) الواجب بالعقد، وأما عدم عتق العبد، فلأنه زائل عن ملكه، وكان انحلال اليمين [هنا]^(٤) لا إلى جزاء، [و]^(٥) اليمين كما ينحل إلى جزاء [ينحل لا إلى جزاء]^(٦)، حتى لو كان المعلق به عتق عبد آخر، أو طلاق امرأته يثبت^(٧) ذلك.

وكذلك لو وهب له بعض الثمن^(٨) في هذه الصورة قبل القبض أو بعده^(٩)، يحنث في يمينه؛ لأن هبة بعض [الثن^(١٠) والحط]^(١١) سواء، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب حيث قال: الحط أن يحط أو يهب شيئاً، وهذا الجواب ظاهر في الهبة قبل القبض؛ لأن قبل^(١٢) القبض^(١٣) الثمن قائم في ذمة المشتري فبالهبة يسقط بعضه عن ذمة المشتري، كما يسقط بالحط^(١٤)، فكانت الهبة

- (١) سقط في م.
- (٢) في أ: اليمين واليمين.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في أ: فثبت.
- (٨) في أ: اليمين.
- (٩) في ب، م: بعض القبض.
- (١٠) في أ: اليمين.
- (١١) في ب: الحط والثن.
- (١٢) في ب: قبض.
- (١٣) سقط في م.
- (١٤) في أ: الحط.

نظير الحط، وفي الهبة بعد القبض مشكل؛ لأن الثمن بعد القبض لا يبقى في ذمة المشتري، فلا يتصور [إسقاطه]^(١).

والجواب: أن الثمن بعد القبض باق في ذمة المشتري؛ لأن ما قبضه البائع من المشتري ليس عين الثمن؛ لأن الثمن دين، وهذا عين، بل هو^(٢) مثل الثمن^(٣)؛ إلا أن البائع لا يطالب المشتري به بعد القبض؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه وجب للمشتري على البائع مثل ذلك، فالبائع لو طالب المشتري، كان للمشتري أن يطالب البائع، فلا تفيد المطالبة، فلم يظهر قيامه في حق المطالبة لعدم الفائدة، فأما إظهاره في حق الهبة مفيد فأظهرناه.

ولو أبرأه^(٤) عن شيء من الثمن^(٥)، إن كان قبل القبض و^(٦) الحط والإبراء

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: هنا.

(٣) في أ: اليمين.

(٤) الإبراء في اللغة: التنزيه من التلبس بشيء، وفي الشريعة: إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر كإسقاط الدائن ديناً له في ذمة مدينه بقوله له: أبرأتك من ديوني أو ما يفيد ذلك المعنى، يريد بذلك إسقاط ما في ذمته من دين له. وقد يكون الإبراء في صورة إخبار به مثل أن يقول الدائن: أبرأت فلاناً من ديني، في معرض إقراره بذلك، وقد يكون في صورة هبة كأن يقول الدائن لمدينه: وهبتك ما لي في ذمتك من دين، وقد يكون في وصية كأن يقول الدائن لمدينه: أوصيت لك بما في ذمتك من دين لي فلا يبرأ بذلك إلا بعد وفاته. وقد يكون في صورة إقرار كما في إبراء الاستيفاء. والإبراء كما يظهر من التعريف به إسقاط لحق شخص قبل شخص آخر؛ ولذا كان ضرباً أو نوعاً من الإسقاط؛ لأن الإسقاط كما يكون تركاً لحق في ذمة شخص واطراحاً له كما في إسقاط الدين تشغل به ذمة المدين يكون لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة آخر كما في إسقاط الشفيع حقه في الشفعة، وكما في إسقاط الموصى له بسكنى دار حقه في سكنها، وعلى ذلك يكون كل إبراء إسقاطاً وليس كل إسقاط إبراء، ومع ظهور هذا المعنى فيه على هذا التفسير فإنه يحتمل تفسيراً آخر يجعله من قبيل التمليك؛ ذلك لأن صاحب الدين لا يستطيع محو دينه الثابت في ذمة مدينه وإنما يستطيع تركه واطراحه، وذلك ما يعني تركه للمدين وتمليكه إياه وعدم مطالبته به. وعلى هذا الأساس البادي من التأويلين السابقين ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية إلى أنه يحمل معنيين: معنى الإسقاط بالنظر إلى الدائن إذ قد تخلى عنه فلم يبق من عناصر ثرائه وانقطعت مطالبته به، ومعنى التمليك بالنظر إلى المدين إذ قد تملكه فزاد ثراؤه بقدره، ألا ترى أنه كان مطالباً بانتقاص قدره من ماله في سبيل الوفاء به فاستبقى له ذلك، وذلك ما يعني تملكه إياه، وقد كان لهذين المعنيين فيه أثر فيما أعطى من أحكام؛

سواء، وإن [كان]^(١) بعد القبض لا يحنث في يمينه، ولا يعتق العبد، بخلاف ما لو وهب أو حط بعد القبض.

والفرق أن الإبراء كما^(٢) يستعمل في الإسقاط، يستعمل في الاستيفاء، [ألا ترى أنه يكتب في الصكوك^(٣): قبض فلان البائع الثمن، واستوفاه فأبرأه المشتري منه براءة قبض واستيفاء]^(٤).

قلنا: وشرط الحنث براءة تثبت للمشتري بسبب [الإبراء، [لا إبراء]^(٥) يثبت]^(٦) له بسبب القبض والاستيفاء.

وإذا كان الإبراء مستعملاً فيهما، فإذا قال بعد القبض: أبرأتك، يحتمل أنه أراد به البراءة بالاستيفاء، ويحتمل أنه أراد به البراءة بالإبراء فوق الشك في وجود شرط الحنث، فلا يثبت الحنث بالشك، بخلاف الحط والهبة، فإنهما^(٧) لا يستعملان في البراءة الحاصلة [بالقبض وإنما يستعملان في البراءة الحاصلة]^(٨) بالإسقاط والإبراء، فحنث^(٩) في الهبة والحط بعد القبض، كما حنث بهما قبل القبض.

= فأعطى بعض أحكام التملك تعليلاً لهذه الناحية فيه، وأعطى بعض أحكام الإسقاط تعليلاً لهذه الناحية فيه، كما كان من قبيل التبرع؛ لأنه يتم لا في نظير عوض.
ينظر: تكملة ابن عابدين (٣٤٧/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٩٩/٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (١٨٧)، كشاف القناع (٤٧٧/٢).

(٥) في أ: اليمين.

(٦) في أ: أو.

(١) سقط في م.

(٢) في ب: لا.

(٣) جمع صك، والصلُّ: الكتاب الذي تُكتب فيه المعاملات والتقارير.

ينظر: لسان العرب، مادة (صكك) (٢٤٧٤/٤)، المصباح المنير، مادة (صكك) (٤٠٨)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص (٤٥٩).

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: ألا ترى أن.

(٦) في أ: فيثبت.

(٧) في م: فإنه.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) في ب: يحنث.

ولو حط عنه جميع [الثلث أو وهب منه جميع الثلث]^(١) لا يحنث ولا يعتق العبد؛ لأن هذا ليس بحط؛ لأن الحط ينبئ عن النقصان لغة، ونقصان الشيء بذهاب البعض، وبقاء البعض.

إلى هذا أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب، حيث قال في تعليل المسألة: هذا ليس بحط، إنما الحط أن يهب، أو يحط بعض الثلث. والله أعلم.



(١) سقط في م.

الفصل الخامس

في الرجل يحلف فينوي التخصيص

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: [إذا قال: ^(١)] إن لبست فامرأتي طالق، ونوى ثوبا دون ثوب، لا تصح نيته [في] ^(٢) القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في النوادر أنه تصح [نيته] ^(٣) فيما بينه وبين الله تعالى، وهو قول الشافعي - رضي الله عنه - وبه أخذ الخصاف من أصحابنا - رحمهم الله - .

وعلى هذا إذا قال: إن شربت، ونوى شرابًا [دون شراب] ^(٤)، أو قال: إن أكلت، ونوى طعامًا [دون طعام] ^(٥)، لم تصح نيته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى في ^(٦) ظاهر مذهب أصحابنا إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - أخذ بها الخصاف.

ولو قال: إن لبست ثوبًا، أو قال: إن شربت شرابًا، إن أكلت طعامًا، ونوى ثوبًا بعينه، أو شرابًا بعينه، أو طعامًا بعينه، دين فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف. وجه رواية أبي يوسف - رحمه الله - أنه نوى تخصيص ما ثبت ^(٧) مقتضى لفظه؛ لأنه نوى تخصيص الملبوس، والمشروب، والمأكول، وهذه الأشياء المذكورة بمقتضى لفظه؛ لأن ذكر الأكل والشرب واللبس، ولا وجود لهذه الأفعال إلا بالمأكول والمشروب والملبوس، ذكر لهذه الأشياء، فهو معنى قولنا: نوى تخصيص ما هو المذكور مقتضى لفظه، والثابت اقتضاءً كالثابت نصًا، ولو ثبت ذكر

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب، م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: وفي.

(٧) في م: يثبت.

هذه الأشياء نصًّا بأن قال: إن لبست ثوبًا، وكذلك نظائره تصح نية التخصيص، فكذلك فيما بينه وبين الله تعالى إذا ثبت ذكرها اقتضاء بهذا الطريق.

قلنا: إذا قال إن خرجت فعبدني حر، ونوى خروجًا دون خروج [نيته]^(١) فيما بينه وبين الله تعالى.

ولظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - عبارتان:

إحدهما: أن النية إنما تعمل في المذكور والملفوظ؛ لأن النية لتعيين ما احتمله اللفظ مرادًا باللفظ، وبعد ما تعين^(٢) فالحكم يثبت باللفظ، فمتى لم يكن اللفظ محتملاً لما نوى لا يتعين ما نوى بلفظه، ولو تعين تعيين بنيته^(٣)، ومجرد النية لا أثر لها في إثبات الحكم.

إذا ثبت هذا فنقول: الملبوس والمشروب والمأكل غير مذكور لا نصًا، وهذا ظاهر، ولا مقتضى لفظه؛ لأن مقتضى اللفظ ما لا صحة للملفوظ بدونه، والملفوظ هاهنا يصح بدون ذكر هذه الأشياء؛ لأن اليمين إنما عقدت لمنع^(٤) فعل الأكل والشرب واللبس، فلا حاجة عند منع نفسه من^(٥) هذه الأفعال إلى وجود هذه الأشياء^(٦)، [إنما يحتاج إلى وجود هذه الأشياء عند مباشرة هذه الأفعال]^(٧)، وإذا^(٨) لم تصر هذه الأشياء مذكورة أصلاً، فلو صحت نية التخصيص صحت في غير الملفوظ ولا وجه إليه.

[ولئن سلمنا [أن]^(٩) هذه الأشياء صارت مذكورة]^(١٠) اقتضاء، لكن إنما صارت

(١) سقط في أ.

(٢) في م: تبين.

(٣) في أ: بنية.

(٤) في م: بمنع.

(٥) في م: عن.

(٦) في ب: الأفعال.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: وإنما.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في أ.

مذكورة بطريق الضرورة من حيث إن هذه الأفعال^(١) لا بد لها من هذه المحال، [إلا أن]^(٢) الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، ولا ضرورة في حقيقة^(٣) التعميم^(٤)؛ لأن لهذه الأفعال بدا من التعميم، فلم يثبت ذكر هذه الأشياء في حق التعميم، فلا يصح نية التخصيص، لأن نية التخصيص فيما لا عموم له باطلة.

العبارة الثانية: أن نيته لو صحت إما أن تصح في الملفوظ وهو قوله: إن لبست أو شربت أو أكلت أو فيما يثبت مقتضى الملفوظ وهو الملبوس والمشروب والمأكول، ولا وجه إلى الأول؛ لأنه لو صحت نيته في قوله: إن لبست. إما أن تصح من حيث إنه نوى الخصوص على العموم، ولا وجه إليه؛ لأن قوله: إن لبست فعل، والفعل لا عموم له، إنما العموم للأسماء، هكذا حكى عن سيبويه، وهذا لأن الاسم يشتمل على أعيان كثيرة، ويكون له عموم، فأما الفعل إنما يقع على معنى واحد، فلا يكون له عموم؛ ولأن الفعل وجوده بالباشرة فيتقدر بقدر الباشرة، وإما أن تصح من حيث إنه أحد نوعي الفعل ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن اللبس غير متنوع لغة، وإنما التنوع في محل اللبس ولا وجه [إليه]^(٥) أن تصح نيته فيما ثبت^(٦) مقتضى الملفوظ، وهو الملبوس لوجهين على ما بينا في العبارة الأولى.

وفيما إذا قال: إن لبست ثوبًا، إن شربت شرابًا، إن أكلت طعامًا، إنما صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الثوب والطعام والشراب مذكور نصًا، على سبيل النكرة في موضع الشرط، الذي في^(٧) موضع النفي، [والنكرة في موضع النفي تعم]^(٨).

(١) في م: الألفاظ.

(٢) في م: لأن.

(٣) في ب: حق.

(٤) في أ: الشهر.

(٥) سقط في ب، م.

(٦) في م: يثبت.

(٧) في ب: هو.

(٨) سقط في م.

فإذا نوى شيئاً دون شيء فقد نوى التخصيص من اللفظ العام، وإرادة الخصوص من اللفظ العام جائز، ولكنه خلاف الظاهر [ولأجل الجواز يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولمكان أنه خلاف الظاهر]^(١) فلا يصدقه القاضي.

ومن هذا الجنس ذكر في الجامع الكبير وصورتها: رجل قال: إن اغتسلت الليلة فعبدني حر، ثم قال: عنيت به الاغتسال من جنابة لا يصدق قضاء وديانة، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يصدق ديانة، وإنما لا تصح نيته قضاءً وديانة على ظاهر الرواية؛ لأنه لو صحت نيته، إما أن تصح في الملفوظ، وهو قوله: إن اغتسلت، ولا وجه إليه لا من حيث إنه نوى الخصوص عن العموم، لأن قوله: إن اغتسلت، فعل، والفعل لا عموم له، ولا من حيث إنه نوى أحد نوعي الفعل؛ لأن الاغتسال غير متنوع؛ لأنه عبارة عن إمرار الماء، وإنما التنوع في الأسباب التي يقع بها الاغتسال، فأما أن تصح نيته فيما يثبت بمقتضى الملفوظ [ضرورة]^(٢) وهو الاغتسال ولا وجه إليه؛ لأن الاغتسال هاهنا إنما يثبت ضرورة صحة الفعل؛ لأن الفعل لا بد له من المصدر، وهو المفعول والثابت بالضرورة [يتقدر بقدر الضرورة، والضرورة]^(٣) في إثباته في حق صحة الفعل، أما لا ضرورة في حق التعميم؛ لأن الفعل [لا بد له]^(٤) من التعميم، فكان ذكر المصدر عدماً في حق التعميم، فلا تصح نية التخصيص فيه، وفي قوله: إن اغتسلت اغتسالاً، نيته صحت في الاغتسال الذي هو مصدر، والاضغسال المذكور أيضاً، والمصدر قائم مقام الاسم، والاسم له عموم فتصح نية التخصيص فيه.

وإن قال: إن خرجت، فقد ذكر هذه المسألة في الجامع، وجعلها على وجهين:

أحدهما: أن يقول: إن خرجت خروجاً.

والثاني: إن خرجت.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، ب: له بد.

وكل وجه من ذلك على وجوه.

أما أن لم ينو شيئاً، وفي هذا الوجه يمينه على السفر وما دونه في الوجهين؛ لأن الخروج ذكر^(١) مطلقاً غير مقيد بالسفر وما دونه.

وإن نوى السفر و^(٢) ما دون السفر صدق ديانة ولا يصدق قضاء، ذكر الجواب هكذا في الوجهين، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا قال: إن خرجت خروجاً؛ لأنه نوى الخصوص عن العموم فيما هو ملفوظ به، وهو الخروج فإنه قال: خروجاً، والخروج مصدر، والمصدر قائم مقام الاسم، والاسم له عموم، ونية الخصوص عن العموم فيما هو ملفوظ صحيحة ديانة لا قضاء.

مشكل فيما إذا قال: إن خرجت ولم يقل خروجاً؛ لأن الخروج إذا لم يكن مذكوراً فنية خروج دون خروج يكون نية تخصيص ما ليس بملفوظ وذلك لا يصح كما لو قال: إن اغتسلت ونوى اغتسالاً دون اغتسال.

حكى عن القاضي أبي الهيثم^(٣) عن القضاة الثلاثة - رحمهم الله - أنهم كانوا يقولون: [لا تصح نيته في هذه الصورة، وكانوا يقولون]^(٤): ما ذكر محمد - رحمه الله - من الجواب جواب قوله: [إن خرجت خروجاً، لا جواب قوله: إن خرجت]^(٥).

ومن المشايخ: من قال: ما ذكر من الجواب جواب قوله^(٦): إن خرجت أيضاً، وهذا القائل يفرق بين قوله: إن خرجت، وبين قوله: إن اغتسلت.

(١) في ب: ذكره.

(٢) في أ، ب: أو.

(٣) هو: أبو الهيثم القاضي الإمام الكبير فقيه نيسابور محمد بن جعفر بن إسماعيل أخذ الفقه عن قاضي الحرمين وعنه أخذ فقهاء نيسابور والقاضي أبو محمد الناصحي والقاضي أبو العلاء صاعد بن محمد الأستوائي وهو خال نصر بن أحمد الحامدي.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٦٩).

(٤) سقط في أ، م.

(٥) المحيط البرهاني (٣/٣٦٣).

(٦) سقط في ب، م.

والفرق أن الخروج في نفسه متنوع^(١) لغة، خروج مديد يسمى سفرًا، وخروج قصير يسمى خروجًا، فتصح نيته في قوله: إن خرجت من حيث إنه نوى أحد نوعي الفعل.

فأما الاغتسال في نفسه غير متنوع على ما مرّ، فإن نوى الخروج إلى مكان بعينه بأن نوى الخروج إلى بغداد أو إلى الري، لا تصح نيته في المسألتين جميعًا، لا قضاءً ولا ديانة؛ لأنه [نوى]^(٢) تخصيص المكان؛ لأن الخروج والمكان ليسا في لفظه، ونية تخصيص ما ليس في لفظه لا يصح لا ديانة ولا قضاء.

ومن هذا الجنس إذا قال: إن اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدي حر، وقال: عنيت فلانًا لا تصح نيته؛ لأنه نوى تخصيص الفاعل، والفاعل ليس بمذكور. ولو قال: إن [اغتسل في]^(٣) هذه الليلة في هذه الدار أحد، وقال: عنيت فلانًا: صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الفاعل مذكور، فإنه عام فقد نوى تخصيص العام المذكور فيصح نيته.

وفي الأصل: إذا حلف لا يسكن دارًا فلان و[نوى بأجر]^(٤)، ولم يكن قبل ذلك كلام فسكنها بغير أجر فإنه يحنث، ولا تصح نيته؛ لأنه نوى تخصيص السكنى، والسكنى الذي هو اسم غير مذكور، إنما المذكور هو الفعل، وهو قوله: لا يسكن فلا يصح نية التخصيص في الفعل^(٥)، كما لو حلف لا يأكل ثم قال: عنيت طعامًا دون طعام، فإنه لا يصح نيته؛ لأن الطعام غير مذكور، إنما المذكور فعل الأكل. فرق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يسكن دارًا [اشتراها فلان ثم قال: عنيت دارًا]^(٦) اشتراها لنفسه فإنه يكون مصدقًا، وقد نوى تخصيص الشراء، والشراء ليس

(١) في أ: معتبر.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: اغتسلت.

(٤) في أ: وهو نوى ما أجر.

(٥) في أ، ب: الاسم.

(٦) سقط في أ.

في لفظه؛ لأنه ذكر فعل الشراء، ولم يذكر الاسم وهنا قال: لا تصح^(١) نية التخصيص في السكنى؛ لأن السكنى غير ملفوظ، إنما الملفوظ هو الفعل.

ووجه الفرق بينهما أن نية الشراء ما صحت من حيث [إنه نوى التخصيص، وإنما صحت من حيث]^(٢) إنه نوى أحد نوعي الشراء، فإن الشراء نوعان: ما يوجب الملك له، وما يوجب الملك لغيره، وهما مختلفان حكماً، فلا بد من أن يكونا نوعين، وبيان النوع جائز، وإن لم يذكر اسم ذلك النوع وإنما ذكر الفعل لا غير، كما لو حلف لا يخرج، ولم يقل خروجاً ثم قال: عنيت الخروج إلى السفر أو إلى ما دون السفر فإنه يصح، وإن لم يذكر اسم هذا الفعل، وإنما^(٣) ذكر الفعل لا غير؛ لأنه بيان نوع^(٤)، لا بيان تخصيص [بخلاف السكنى؛ لأن السكنى كله جنس واحد؛ لأن حكم الكل واحد، وهو كينونته^(٥) في الدار]^(٦)، إنما تختلف الصفة لا غير فإنه يكون بأجر وبغير أجر، وباختلاف الصفة لا يصير الشيء نوعاً آخر، وجنساً آخر كالتركي مع الهندي، فيكون الجنس واحداً فتكون هذا نية التخصيص، ونية التخصيص [لا تصح]^(٧) إذا لم يكن الاسم ملفوظاً.

فإن قيل: لو صحت نية الشراء لنفسه [من حيث إنه بيان نوع لا بيان تخصيص^(٨) كان يجب أن تصدق في القضاء كما في الخروج.

وفي قوله: أنت بائن قلنا: نية الشراء لنفسه^(٩) بيان نوع من وجه وتخصيص من وجه، عام من وجه في حق الحقوق^(١٠)، تخصيص عام؛ لأن الشراء لنفسه ولغيره

(١) في ب: تصلح.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لهما.

(٤) في أ، ب: لنوع.

(٥) في م: لثبوته.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) زاد في أ: لنفسه.

(٩) سقط في م.

(١٠) زاد في أ: تخصيص عام.

في حق الحقوق على السواء^(١) فيكون من هذا الوجه شيئاً واحداً له عموم، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصاً، ولكن في حق الملك بيان نوع؛ لأنهما مختلفان^(٢) في حق الملك فوفرنا على الشبهين حفظهما.

فقلنا: من حيث إنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظاً، ومن حيث إنه تخصيص لم يصح في القضاء، توفيراً على الشبهين حفظهما، بخلاف الخروج؛ لأنه بيان نوع من كل [وجه]^(٣)، وبخلاف الطعام؛ لأنه تخصيص من كل وجه، وإن كان قبل^(٤) هذا كلام^(٥) يدل عليه بأن استأجرها منه أو استعارها منه فأبى فحلف وهو ينوي السكنى بالإجارة فسكن بالعارية أو كان على العكس، لا يحث.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لرجل قائم: والله [لا]^(٦) أكلم هذا الرجل ينوي ما دام قائماً، ولم يتكلم بالقيام، كانت نيته باطلة؛ لأنه ليس في لفظه، ولو^(٧) حلف لا يكلم هذا القائم يعني ما دام قائماً دين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه خص ما في لفظه، [وكذلك]^(٨) لو قال: والله لأضربن فلاناً خمسين وهو ينوي سوطاً بعينه لم تصح نيته.

ولو قال: إن تزوجت فعبدني حر، وقال: نويت به فلانة أو امرأة من أهل الكوفة، لا تصح نيته؛ لأن [المرأة غير المذكورة]^(٩).

ولو قال: إن تزوجت امرأة، وقال: عنيت [به]^(١٠) فلانة صححت نيته فيما بينه

- (١) في أ: الشراء.
- (٢) في ب: يختلفان.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في أ: مثل.
- (٥) في ب: الكلام.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في ب: وإن.
- (٨) في أ: ذلك.
- (٩) في أ: المذكورة.
- (١٠) سقط في أ.

وبين الله تعالى؛ لأن المرأة مذكورة وقد ذكرت في موضع الشرط الذي هو [في]^(١) موضع النفي فكانت [عامّة]^(٢)، فقد نوى تخصيص المذكور العام فتصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

وروي عن محمد - رحمه الله - فيمن حلف لا يتزوج امرأة، ونوى كوفية أو بصرية لم تصح نيته، وإن نوى عربية أو حبشية صحت نيته، فجوز تخصيص الجنس [ولم يجوز تخصيص الوصف، وأجرى العربية والحبشية مجرى الجنس]^(٣).
ولو قال: والله [لا]^(٤) أتزوج امرأة على وجه الأرض، ينوي امرأة بعينها دين فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو قال: لا أشتري جارية وعنى مولدة، أو عني معينة، أو حلف لا يشتري عبداً، وعنى أبقا بنيته، فإن نيته^(٥) باطلة؛ لأنها^(٦) تخصيص وصف، لا تخصيص جنس.

وفي أيمان فتاوى أهل سمرقند إذا قال لامرأته: إن أعطيت من حنطتي أحداً فأنت طالق، وعنى به أمها صحت نيته ديانة لا قضاء.

ولو قال بالفارسية: (أكرشي دهني) وعنى أمها خاصة لا تصح نيته أصلاً؛ لأن إرادة الخاص من العام بالعربية لا تصح بالفارسية.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته: (أكرشي راردا خص دهني) ونوى أمها خاصة صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى [ولو قال: أكر هيج كشي رادهو]^(٧) لا تصح نيته؛ لأن في الأول ذكر الكش فإنه لفظ خاص يتناول كل واحد بإطلاقه؛ فإذا نوى الأم فقد نوى الخاص من لفظ الخاص فتصح

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) كذا في المحيط.

(٦) في ب: لأنه.

(٧) في م: رادهي.

نيته فيما بينه وبين الله تعالى^(١).

وفي الوجه الثاني [ذكره فتيح كشي]^(٢) وإنه لفظ عام [بالفارسية]^(٣) فإذا نوى الأم فقد نوى الخاص من العام ونية الخاص من العام بالفارسية غير صحيحة. والله أعلم.



(١) سقط في ب.

(٢) في م: ذكر هيج كمن.

(٣) سقط في أ.

الفصل السادس

تقييد اليمين المطلقة بالدلالة

إذا أرادت المرأة الخروج من الدار، فقال الزوج: إن خرجت فأنت طالق، فجلست ساعة ثم خرجت، لا تطلق.

وكذلك لو أراد رجل أن [يضرب عبده]^(١)، فحلف رجل أن يضربه، فهذا على تلك الضربة حتى لو مكث ساعة ثم ضربه لا يحنث، ويسمى هذا يمين الفور، وهذا لأن الخرجة التي قصدت والضربة التي قصدت هي المقصود بالمنع عنها عرفاً وعادة، فيتعين ذلك بالعرف والعادة.

وإذا دخل [الرجل على الرجل]^(٢) فقال له: تعال تغد معي، فقال: والله لا أتغدى، فذهب إلى بيته فتغدى مع أهله، لا يحنث.

وكذلك إذا قال الرجل لغيره: كل مع فلان، فقال: والله لا أكل. ووجه ذلك: أن يمينه عقدت على غداء معين، وهو الغداء الذي دعاه^(٣) إليه؛ لأن قوله: والله لا أتغدى خرج جواباً لسؤال المخاطب، وأمکن جعله جواباً؛ لأنه لم يزد على حرف الجواب فيجعل جواباً، والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، والسؤال وقع [على]^(٤) غداء بعينه بدلالة قوله: تغد معي، أي [من]^(٥) هذا الغداء، فيجعل ذلك كالمصرح به في السؤال كأنه قال: تغدى معي [من]^(٦) هذا الغداء، وإذا ثبت هذا في السؤال بدلالة الحال، ثبت في الجواب؛ لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، وليس كما لو ابتدأ اليمين؛ لأن كلامه لم يخرج جواباً حتى يتقيد، بل خرج ابتداء وهو مطلق عن القيد فينصرف إلى كل [غداء]^(٧) [هذا]^(٨) بخلاف ما لو

(١) في أ، م: يضربه.

(٢) في ب: رجل على رجل.

(٣) في أ، ب: دعي.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، وفي م: إلى.

(٧) سقط في ب.

قال: والله لا أتغدى معك؛ لأنه زاد على حرف الجواب، [ومع الزيادة على حرف الجواب]^(١) لا يمكن أن يجعل جوابًا فجعل ابتداءً، ولا قيد فيه.

[وإذا قال لغيره: كلم زيدًا اليوم في كذا، فقال: والله لا أكلمه، فهذا تخصيص^(٢) باليوم؛ لأنه خرج جوابًا عن الكلام السابق فيتضمن إعادة ذلك]^(٣).

وعلى هذا: إذا قال: ائتني اليوم، فقال: امرأته طالق إن أتاك، قال القدوري - رحمه الله - في شرحه: [إلا]^(٤) إذا تخلل بين السؤال والجواب ما يقطع الجواب عنه^(٥). والله أعلم.

* * *

(٨) سقط في أ، وفي م: و.

(١) سقط في م.

(٢) في م: يختص.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) ينظر: المحيط البرهاني (٤/٢١٩).

الفصل السابع

في العطف على اليمين بعد السكوت

الحالف إذا ألحق باليمين المعقودة بعد سكوته شرطاً، إن كان الشرط له، لا^(١) يلتحق [بالإجماع وإن كان الشرط عليه، هل يلتحق؟ قال محمد - رحمه الله - : لا يلتحق]^(٢)، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - ذكر القدوري رواية أبي يوسف في شرحه، واللفظ المروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أن الرجل إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لم يصح كالاستثناء وإن كان فيه تشديد صح. بيان الأول: إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، فسكت سكتة [ثم قال]^(٣): وهذه الدار الأخرى، لم تدخل الدار الثانية في اليمين، وبقي الطلاق معلقاً بدخول الدار الأولى؛ لأنه قصد بهذا تغيير^(٤) اليمين، فإن بدون قوله: وهذه الدار الأخرى، إذا دخلت الدار الأولى تطلق، ومتى دخلت الدار الثانية في اليمين لا تطلق بدخول الدار الأولى وحدها، وهو لا يملك تغيير اليمين.

ومثال الثاني: إذا قال لها: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، فسكت^(٥) سكتة، ثم^(٦) قال: وهذه، لامرأة أخرى دخلت الثانية في اليمين، وكذلك إذا قال: وإن دخلت هذه الدار الأخرى، دخلت الدار الأخرى في اليمين حتى إن في المسألة الأولى: لو^(٧) دخلت المرأة الأولى الدار طلقنا.

وفي المسألة الثانية: لو دخلت المرأة [الدار]^(٨) الأولى أو^(٩) الدار الأخرى

(١) في ب: ألا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: فقال.

(٤) في ب: غير.

(٥) في أ: ثم سكت.

(٦) في أ: و.

(٧) في أ: و.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: الأولى أو، وسقط في ب.

أيتهما دخلت طلقت على رواية أبي يوسف - رحمه الله - وهو اختيار نصير بن يحيى - رحمه الله - إذ ليس فيه تغيير اليمين، فإن بدون^(١) قوله: وهذه، لامرأة أخرى في^(٢) المسألة الأولى لو^(٣) دخلت [المرأة]^(٤) الأولى تطلق، وبعد قوله: وهذه، طلقت أيضاً، وفي المسألة الثانية، بدون قوله: وإن دخلت الدار الأخرى لو^(٥) دخلت الدار الأولى، طلقت، وبعد قوله: وإن دخلت هذه الدار الأخرى، لو دخلت هذه الدار الأولى أيضاً طلقت، ولو نجز فقال: هذه طالق، ثم قال: وهذه، بعدما سكت طلقت الثانية، وكذلك العتق، والله أعلم.

* * *

(١) في أ: تدرؤن.
 (٢) في ب، م: و.
 (٣) في أ، ب: ولو.
 (٤) سقط في أ: المرأة.
 (٥) في ب: أو.

الفصل الثامن

في الرجل يحلف على شيء فيتغير عن حاله

إذا حلف الرجل لا يدخل هذه الدار، فصارت صحراء، فدخلها الحالف يحنث في يمينه، [وكذلك لو بنيت دارًا أخرى فدخلها يحنث في يمينه]^(١).

ولو حلف لا يدخل دارًا فدخل دارًا قد انهدم بناؤها وصارت صحراء، لا يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فهدمت وصارت صحراء ثم بنيت مسجدًا أو حمامًا، ودخلها لا يحنث في يمينه.

وكذلك [لو هدم المسجد وصار صحراء، فدخلها لا يحنث، وكذلك]^(٢) لو بنيت بعد ذلك دارًا فدخلها الحالف لا يحنث في يمينه.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن الاسم يعتبر في المعين، حتى إن اليمين إذا عقدت على عين باسم تبقى اليمين تبعًا للاسم، وتزول بزوال الاسم.

وهذا بناء على أصل آخر، أن الكلام [إنما]^(٣) يعتبر إذا [أفاد، فأما]^(٤) إذا لم يفد فلا، والاسم مقيد في العين، [وفي غير^(٥) العين]^(٦) لأن في غير^(٧) العين يفيد التعريف، وفي العين إذا كان لا يفيد التعريف؛ لأن التعريف حاصل بالإشارة^(٨) يفيد تعلق اليمين به، حتى لا يبقى اليمين بعد زوال الاسم، والصفة في غير العين [معتبرة على كل حال؛ لأنها تفيد معنى التعريف، وفي العين^(٩)]^(١٠) غير معتبرة؛ لأنها لم

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: عين.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: عين.

(٨) في أ: بعد.

(٩) في م: التعيين.

(١٠) سقط في ب.

تفد^(١) التعريف، وفائدة الصفة التعريف.

وعن هذا قلنا: إذا حلف الرجل لا يكلم صبيًا فكلم شيخًا لا يحث في يمينه، إلغاء للصفة في العين، هذا هو عبارة عامة المشايخ.

وبعض المحققين من مشايخنا - رحمهم الله قالوا: الصفة في العين إنما لا تعتبر إذا لم تكن داعية إلى اليمين، فأما إذا كانت داعية إلى اليمين، فهي معتبرة.

ألا ترى أن من حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرًا لا يحث في يمينه، وقد اعتبرت الصفة في العين؛ لأن صفة الرطوبة داعية إلى اليمين؛ لأن الإنسان قد يضره أكل الرطب، ولا يضره أكل اليابس فاعتبرت الصفة وتعلق اليمين بالعين والصفة.

وخرج على هذا مسألة [الصبي]^(٢) [لأن صفة الصبي]^(٣) غير داعية إلى اليمين؛ لأنها لا تدعو إلى هجران الكلام، بل تدعو إلى المبرة والرحمة، قولاً وفعلاً فسقط اعتبارها في العين، وتعلق اليمين بالعين كأنه قال: لا أكلم هذا.

وعامة المشايخ - رحمهم الله - قالوا: الصفة إذا لم تكن داعية إلى اليمين إنما لا تعتبر في العين إذا ذكرت على^(٤) وجه التعريف، أما إذا ذكرت على وجه الشرط تعتبر، وهو الصحيح؛ ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار راكبة فهي طالق، فدخلتها ماشية لا تطلق، واعتبرت الصفة في العين لما ذكرت على سبيل الشرط.

وما قاله بعض المحققين من المشايخ يشكل، كما^(٥) إذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ فإن هناك يحث، وصفة الشاب تصلح داعية إلى اليمين ولم تتقيد اليمين بها.

(١) في أ: تفد.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في ب: بيان.

(٥) في م: هذ وبما. ولعلها تصحيف (بين هذا وبين ما).

فالصحيح في الفرق بين هذه المسائل أن يقال^(١): في مسألة الرطب إذا صار تمرًا، وفي مسألة العنب إذا صار زبيبا، فأكله إنما لا يحث في يمينه؛ لأنه أكل بعض ما عقد عليه اليمين؛ لأن العنب اسم لأجزاء هذا^(٢) الذات، [وللرطوبة التي]^(٣) فيه، [وكذلك الرطب اسم لأجزاء هذه^(٤) الذات وللرطوبة التي^(٥) فيه]^(٦)، فإذا أكله بعد ما زالت الرطوبة وإنما أكل بعض ما عقد عليه اليمين فلا يحث في يمينه؛ ألا ترى أن قبل الجفاف لو حلف لا يأكل هذا العنب، فأكل بعضه لا يحث في يمينه كذا هاهنا، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا [[الصببي أو حلف لا يكلم هذا]^(٧) الشاب]^(٨) فكلمه بعد ما شاخ، أو حلف لا يأكل [لحم]^(٩) هذا الحمل فأكله بعد ما صار كبشًا؛ لأن هناك العين التي عقد عليه اليمين قائم على حاله لم يتبعض^(١٠)، بل ازداد، والزيادة في شرط الحث لا تمنع الحث، فهذا هو الفرق الصحيح وعليه الاعتماد. ثم إذا عقدت اليمين باعتبار الاسم، وزال الاسم [حتى بطلت اليمين، ثم عاد^(١١) الاسم، هل يعود اليمين؟

ينظر: إن عاد الاسم بسبب جديد في العين لا تعود؛ لأن الاسم إذا عاد^(١٢) بسبب جديد يجعل كاسم آخر [نظرًا إلى سبب آخر]^(١٣)، واليمين لم تنعقد على هذا

-
- (١) في م: هناك.
 - (٢) في م: هذه.
 - (٣) في أ: والرطوبة الذي.
 - (٤) في م: هذا.
 - (٥) في أ: الذي.
 - (٦) سقط في ب.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في أ، ب.
 - (١٠) في أ، ب: ينتقص.
 - (١١) زاد في أ: اليمين.
 - (١٢) سقط في ب.
 - (١٣) سقط في أ، م.

الاسم؛ ألا [ترى] ^(١) أن في الأعيان ^(٢) إذا اختلف سبب ^(٣) الملك يجعل ذلك بمنزلة اختلاف الملك حكمًا كذا هاهنا، وإن عاد ذلك الاسم لا بسبب جديد يعود اليمين؛ لأن الاسم لم يختلف لا حقيقة ولا حكمًا.

إذا عرفنا هذا الأصل، جئنا إلى تخريج المسائل، فنقول:

إذا حلف لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء فدخلها يحنث في يمينه، واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة، فعبارة بعضهم أن اسم الدار لغة ^(٤): اسم للعرصة، فإنهم يسمون العراص دورًا، [وبعد زوال] ^(٥) البناء العرصة ^(٦) باقية، فكان سمي الدار باقية، ولكن هذه العبارة غير صحيحة؛ لأن ^(٧) اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء، وإذا بنيت تسمى دارًا، ولكن بعدما بنيت فالعرصة أصل في حق إطلاق هذا الاسم، والبناء بمنزلة الصفة؛ ألا ترى أنه يسمى دارًا بعد زوال البناء [قال: فالدار] ^(٨) دار وإن زالت حوائطها، والدليل عليه أن الدار توصف به، يقال: دار مبنية ودار مهدومة، ودار معمورة ^(٩)، ودار خربة، وإن كان البناء بمنزلة الصفة. بعد هذا قال عامة المشايخ: الصفة في العين غير معتبرة، فلا يتعلق اليمين بها، وإنما يتعلق بالاسم، واسم الدار باقية بعد الانهدام، فإذا دخلها حنث في يمينه، وبعض المحققين من مشايخنا قالوا: الصفة في العين، إذا لم تكن داعية إلى اليمين فهي غير معتبرة، وصفة البناء للعرصة غير [داعية إلى المنع من الدخول فيها باليمين، فيتعلق اليمين بالاسم، والاسم] ^(١٠) باق بعد الانهدام.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: الإعتاق.

(٣) في أ، م: بسبب.

(٤) في م: لا يقع على.

(٥) في أ: وتعذروا إلى.

(٦) في أ: للعرصة.

(٧) في أ: إن.

(٨) في ب: فإن الدان، وفي م: قال لهم الدار.

(٩) في أ: معدومة.

(١٠) سقط في ب.

وأما إذ قال: والله لا أدخل دارًا، فدخل دارًا ذهب بناؤها، وصارت صحراء لا يحنث في يمينه؛ لأن الصفة في غير المعين معتبرة، فيتعلق اليمين بالعين والصفة، وصار كأنه قال: والله لا أدخل دارًا مبنية.

وإذا قال: والله لا أدخل هذه الدار فهدمت، وصارت صحراء ثم بنيت مسجدًا فدخلها لا يحنث في يمينه؛ لأن اليمين انعقدت باسم الدار، وبعدما بنيت مسجدًا أو حمامًا لا تسمى دارًا؛ ألا ترى أنه^(١) حدث اسم آخر، فلو هدم المسجد أو^(٢) الحمام بعد ذلك وعاد^(٣) صحراء [ثم]^(٤) دخلها لا يحنث؛ لأنه بالانهدام لا يعود اسم الدار؛ إذ لا يزول اسم المسجد؛ ألا ترى أنه يقال: مسجد خراب، وحمام خراب، وإن بنيت بعد ذلك دارًا ودخلها لا يحنث أيضًا؛ لأنه إنما عاد بسبب جديد فنزل ذلك [بالاسم]^(٥) منزلة^(٦) آخر.

ولو قال: والله لا أدخل هذه، [وأشار]^(٧) إلى الدار إلا أنه لم يسم الدار فدخلها على أي صفة كانت دارًا أو مسجدًا، أو حمامًا أو بستانًا حنث في يمينه؛ لأن اليمين عقدت على العين دون الاسم، والعين باق فيبقى اليمين، بخلاف ما لو قال: هذه الدار؛ لأن هناك اليمين عقدت على الاسم، وبخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الشاب، فكلمه بعد ما شاخ [حيث]^(٨) يحنث وإن عقد اليمين على الاسم؛ لأن الاسم هناك لم يزل، فإن الشاب صفة للذات يقال: رجل شاب، ورجل شيخ، وإذا كان الشباب صفة يصير الرجل المذكورًا بذكره، فكأنه قال: والله لا أكلم هذا الرجل، وهناك لو كلمه بعد ما شاخ يحنث في يمينه، وبخلاف مسألة الرطب [لأن

(١) في ب: أن ما.

(٢) في أ: و.

(٣) في م: وصارت.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الاسم.

(٦) في أ: الاسم، وزاد في م: اسم.

(٧) في أ: إشارة.

(٨) سقط في م.

الرطب^(١) اسم للعين، وليس بصفة ولهذا لا يقال^(٢): تمر رطب، وإذا كان [له]^(٣) اسم عين، كان اليمين منعقدًا على الاسم وبعد ما صار تمرًا زال الاسم. وإذا حلف: لا يدخل هذا المسجد، فهدم وصار صحراء، ثم بنى دارًا، ثم هدمت وبني مسجدًا فدخله الحالف، لا يحنث في يمينه، وإن عاد الاسم؛ [لأنه إنما عاد بسبب جديد في العين فنزل منزلة^(٤) الاسم]^(٥).

قال في الجامع: إذا حلفت المرأة لا تلبس هذه الملحفة، فخيط جانبها وجعلت درعًا، وجعل لها جيب وكمان فلبستها، لا [تحنث في يمينها]^(٦)؛ لأن هذه^(٧) لا تسمى ملحفة، فالاسم الذي عقد عليه اليمين قد زال، فلم يبق اليمين، فلو نقضت الخياطة ونزع عنها الكمان والجيب حتى عادت ملحفة فلبستها [حنثت في يمينها]^(٨)؛ لأنه عاد الاسم لا بسبب جديد قائم بالعين؛ لأن بعض^(٩) الصفة لا يكون صفة^(١٠) فيعود اليمين، وهذا بخلاف ما لو قطعت الملحفة وخطت قميصًا ثم نقضت الخياطة والتركيب، وخط بعضها ببعض حتى عادت ملحفة ولبستها، [حيث]^(١١) لا تحنث؛ لأن هناك الاسم إنما عاد لصفة^(١٢) جديدة قائمة بالعين، ولا كذلك الباب الأول.

واستشهد في الجامع بمسألة السفينة فقال: ألا ترى [أن]^(١٣) من حلف لا يركب

- (١) سقط في أ.
- (٢) زاد في م: غير.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) في أ: بمنزله ببدل.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) في أ، ب: يحنث في يمينه.
- (٧) في ب: هذا.
- (٨) في أ، ب: حنث في يمينه.
- (٩) في ب: نقضي.
- (١٠) في ب: صيغة.
- (١١) سقط في م.
- (١٢) في ب: بصيغة.
- (١٣) سقط في أ.

هذه السفينة فنزعت ألواحها، ونقض المركب^(١) حتى صار خشبًا ثم اتخذت من ذلك الخشب سفينة أخرى فركبها، لا يحنث في يمينه، وإن عاد الاسم؛ لأنه إنما^(٢) عاد لصفة جديدة قائمة بالعين^(٣).

ومن جملة ذلك إذا حلف لا يجلس على هذا البساط فخيط جانباه وجعل خرجًا فجلس عليه، لا يحنث؛ لأن اليمين عقدت [عليه هو]^(٤) باسم البساط، وبعد ما خيط جانباه لا يسمى بساطا، وإنما يسمى خرجًا، فإن نقضت الخياطة حتى عاد بساطًا فجلس عليه، حنث؛ لأن الاسم^(٥) عاد لا بصفة جديدة قائمة بالعين؛ لأن [اليمين^(٦) لإبطال^(٧)] الصفة وليس بصفة^(٨) ولو كان قطع البساط، وجعله خرجين ثم فتقهما وخاط القطع، وجعلهما بساطا ثانيًا ثم^(٩) جلس [عليه]^(١٠) لم يحنث، وإن عاد الاسم؛ لأنه إنما عاد بصفة^(١١) جديدة قائمة بالعين؛ ألا ترى أن بمجرد^(١٢) الفتق لا يعود اسم البساط، بل يحتاج إلى خياطة القطع، وإنما جلس على بساط آخر غير الذي عقد عليه اليمين.

قال مشايخنا: هذا إذا كان [الخرجان بحيث لو فتق]^(١٣) كل واحد منهما لا يسمى بساطًا على الانفراد لصغره، فأما إذا كان كل واحد منهما يسمى بساطا فإذا فتقهما وخاط أحدهما بالآخر، وجلس عليه يحنث؛ لأن بالفتق عاد اسم البساط لكل

(١) في م: التركيب.

(٢) في ب: لما.

(٣) في ب: للعين.

(٤) في م: على.

(٥) في ب: اسمه.

(٦) في أ: الفتق.

(٧) في ب، م: العتق إبطال.

(٨) في ب: بصنعة.

(٩) في ب: و.

(١٠) سقط في أ، م.

(١١) في ب: بضعة.

(١٢) في أ: مجرد.

(١٣) في ب: خرجا إذا فتق بحيث كان.

[واحد]^(١) منهما لا بصفة^(٢) جديدة قائمة بالعين، فإذا خيط أحدهما بالآخر، فقد خيط بساط بساط.

وإذا قال: والله لا أدخل هذا البيت فدخل فيه بعدما صار صحراء لا يحنث في يمينه؛ لأن بالانهدام يزول اسم البيت؛ لأنه مشتق من البيوتة، ولا يبات فيه بعد ما زال البناء، فكان البناء أصلاً في إطلاق اسم البيت عليه.

والدليل عليه قول القائل: والبيت ليس بيت بعد تهديم.

وقد ذكرنا أن الاسم معتبر في العين فلا يبقى اليمين بعد زوال الاسم، ولو رفع سقف البيت وبقي حيطانه فدخل حنث؛ لأن اسم البيت لا يزول بمجرد رفع السقف؛ إذ البيوتة فيه بعد رفع السقف ممكن؛ فلا يبطل اليمين برفع السقف، أو نقول: اسم البيت ثابت بهذه البقعة لأجل الحيطان والسقف جميعاً؛ لأنه بالكل^(٣) يصير محلاً للبيوتة، فإذا زال السقف، وبقي الحيطان فقد زال الاسم من وجهه وبقي من وجهه، واليمين كانت منعقدة على [هذه]^(٤) العين حاجتنا إلى الإبطال والانحلال، فلا يبطل ولا ينحل بالشك والاحتمال.

ولو حلف لا يدخل بيتاً ولم يعينه فدخل بيتاً هدم سقفه وبقي حيطانه، فعلى قياس العبارة الأولى يحنث؛ لأن اسم البيت لم يزل برفع السقف، وعلى قياس العبارة الثانية لا يحنث؛ لأن اسم البيت من وجه [دون وجه]^(٥)، وحاجتنا إلى عقد اليمين على هذا العين فلا تنعقد عليه بالشك والاحتمال.

وفي القدوري: إذا حلف لا يأكل هذا الحمل فصار كبشاً فأكله، حنث.

وكذا لو حلف لا يجامع هذه الصبية، فجامعها بعد ما صارت امرأة يحنث، وفيه أيضاً: إذا حلف على فسطاط لا يدخله أو على قبة من العيدان لا يدخلها فقلعت

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: بصنعة، وفي م: بصيغة.

(٣) في أ: الكل.

(٤) في أ: هذا، وسقط في ب.

(٥) سقط في أ، وفي م: من دون وجه.

وضربت في موضع آخر فدخلها الحالف حنث؛ لأن الاسم لم يتبدل بالنقل من مكان إلى مكان ولو حلف لا يجلس على هذه الأستوانة، وهي مبنية فنقض وبني بالنقض ثانيًا لم يحنث، وكذلك الحائط، وإن كان الاسم يعود بالبناء؛ لأنه إنما يعود بسبب جديد.

وكذلك لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه [ثم كتب] ^(١) به ^(٢) لا ^(٣) يحنث؛ لأن بالكسر ^(٤) صار بحال خرج من أن يكون قلمًا، وإنما صار قلمًا بسبب جديد، [وكذلك لو حلف على مقص أو سكين أو نصاب السكين وأعيد] ^(٥) فيه مسمى ^(٦) آخر و ^(٧) نصاب آخر [حنث لأن السكين اسم الحديد] ^(٨).

وفي المنتقى: [لو] ^(٩) حلف لا يلبس هذا القميص أو هذه الجبة أو هذا القباء أو هذه القلنسوة، أو هذين الخفين، فنقضه واستأنف خياطته، ثم لبسه حنث؛ لأن هذا ذلك بعينه؛ ألا ترى أنه يقال: قميص مفتوق، وقباء مفتوق فالحياطة ^(١٠) في هذه الأشياء بمنزلة الصفة واليمين لا يتغير بتغير الصفة مع بقاء الاسم.

قال: والشرح نظير هذه الأشياء وهذه الأجوبة بخلاف جواب الجامع في ^(١١) المسائل التي تقدم ذكرها.

وإذا حلف على قميص لا يلبسه فصنعه جبة محشوة، ولبسها لا يحنث؛ لأن الاسم قد زال.

(١) في ب، م: فكتب.

(٢) في ب: لم.

(٣) في م: لم.

(٤) زاد في ب: نفحا و.

(٥) سقط في ب.

(٦) في م: مسمار.

(٧) في م: أو.

(٨) في ب: حيث السكين اسم للحديد.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: والحياطة.

(١١) في م: و.

وفي القدوري: حلف على شقة خز بعينها لا يلبسها فنقضت وغزلت وجعلها^(١) شقة أخرى فلبسها، لم يحنث؛ لأن الاسم قد زال^(٢) بالنقض. ولو حلف لا يقرأ في هذا المصحف [فخطه ألف]^(٣) ورقة وخرز دفتيه وقرأ فيه، حنث.

وفي المنتقى: لو حلف لا ينام على هذا الفراش فنقضه [وغسله ثم]^(٤) حشاه بحشوة وخاطه ونام عليه، يحنث. وجواب هاتين المسألتين على خلاف ما في الجامع أيضًا.

وإذا حلف لا ينام على [هذا]^(٥) الفراش، وأخرج منه الحشو ونام عليه لا يحنث؛ لأن بعد إخراج الحشو لا يسمى فراشًا، ولو رفع الظهارة ونام على الحشو لا يحنث أيضًا؛ لأن بدون الظهارة لا يسمى فراشًا بل يسمى بالفارسية حيعوب.

ولو حلف على نعل لا يلبسه فقطع شركاه، وشركه بغيره، ثم لبسه، حنث؛ لأن اسم النعل بعد قطع الشرك باق.

حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد الماء فأكل من الجمد لا يحنث؛ لأن الاسم قد زال عنه لما انجمد، فإن ذاب بعد ذلك وشرب منه، حنث؛ لأنه عاد الاسم من [غير]^(٦) سبب جديد، والله أعلم.



(١) في م: وجعلت.
 (٢) زاد في ب: وفي القدوري.
 (٣) في ب: وجعله ثم ألف ألف، وفي م: فجعله ثم ألف.
 (٤) في ب: ثم غسله و.
 (٥) سقط في ب.
 (٦) سقط في ب.

الفصل التاسع

في الجمع بين الحقيقة^(١) والمجاز^(٢)

(١) الحقيقة في اللغة: فعيلة، من حَقَّ الشيء، أي: ثبت، ومنه قوله - تعالى -: ﴿الْحَقَّاهُ ۝١﴾ مَا الْحَقَّاهُ ۝٢﴾، أي: إنها ثابتة كائنة لا محالة.

وأما في الاصطلاح: فقد قيل: إن الحقيقة هي: ما انتظم لفظها ومعناها من غير زيادة ولا نقصان، ولا نقل. وقيل: هي ما أفيد بها ما وضعت له. وقيل: هي كل لفظ أفيد به ما وضع له في أصل الاصطلاح الذي وقع به التخاطب. وقيل: هي ما أريد من التكلم بها ما وضع واضع اللغة الكلام له. وقيل: هي: ما استقر في محله الموضوع له. وهذه العبارات وإن اختلفت ألفاظها فهي متحدة في المعنى؛ إذ تعني أن الحقيقة هي الاسم الثابت المستقر على ما وضع له، وهو يلتقي مع المعنى اللغوي للحقيقة في الاستقرار والثبات.

ينظر: تاج العروس، مادة (حقوق) (١٦٧/٢٥)، ترتيب القاموس، مادة (حقوق) (١/٩٧٦)، ميزان الأصول (١/٥٢٧)، واللمع في أصول الفقه، ص (٥)، المحصول (١/٣٩٩)، والإيضاح في علوم البلاغة، للقزويني، ص (١٥٣)، وعمدة الحفاظ (١/٧٠٤، ٧٠٥)، مادة (ح ق ق)، وشرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، للقرافي، ص (٣٨)، والمطول في شرح تلخيص المفتاح لمسعود بن عمر، لسعد الدين التفتازاني، ص (٣٤٨)، وشذا العرف في فن الصرف، ص (١٠٧).

(٢) المجاز في اللغة مَفْعَل من الجواز الذي هو التَّعَدِّي والمجازة. وهو على رأي عبد القاهر الجرجاني، مصدر ميمي بمعنى اسم الفاعل كالعَدْل بمعنى العادل، أو بمعنى اسم المفعول كالخلق بمعنى المخلوق، ثم نُقِلَ إلى الكلمة الجائزة أي التي تعدت معناها الحقيقي، أو إلى الكلمة المَجْزُورَ بها على معنى أنهم جازوا بها عن معناها الحقيقي. واستظهر الخطيب القزويني أنَّ المجاز في الأصل اسم مكان من قولهم: جعلتُ كذا مجازاً إلى حاجتي أي: طريقاً لها، على أن معنى جاز المكان: سلكه، ثم نُقِلَ إلى الكلمة لأنها جعلت طريقاً لفهم معناها الذي نقلت إليه.

ينظر: أسرار البلاغة، لعبد القاهر الجرجاني، صححها محمد رشيد رضا، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص (٣٤٢)، والإيضاح في علوم البلاغة، ص (١٥٤)، وعمدة الحفاظ (١/٥٨١)، والمصباح المنير، ص (٧٢)، والمطول في شرح تلخيص المفتاح، ص (٣٥٢)، ونهاية السؤل (١/٢٨٠ - ٢٨١)، وشرح الكوكب المنير (١/١٥٤ - ١٥٣).

وأما في اصطلاح الأصوليين:

فعره ابن جُزَي بقوله: اللفظ المستعمل في غير معناه، لعلاقة بينهما. ثم قال: والمراد بالمعنى هنا: ما يُعَيَّن العرف الذي وقع به التخاطب. . . .

وقال التاج السبكي في جمع الجوامع، ص (٣٠): المجاز: اللفظ المستعمل بوضع ثانٍ لعلاقة. وهذا التعريف وما شابهه يشمل: المجاز اللغوي، والشرعي، والعرفي بنوعيه: العام والخاص. فاللفظ الواحد بالنسبة إلى المعنى الواحد، قد يكون حقيقةً باصطلاح، مجازاً باصطلاح آخر؛ فمثلاً: لفظ الصلاة بالنسبة إلى الدعاء حقيقة لغوية في اصطلاح =

ويدخل فيه معرفة المجاز المتعارف، ويدخل عليه^(١) أيضًا الحالف على الشرب من الأنهار والأواني، ويدخل [فيه]^(٢) اختلاف حكم اليمين لاختلاف المحل المضاف إلى اليمين.

الأصل أن الجمع بين الحقيقة [والمجاز ممتنع لما بينهما من التضاد والتنافي، فالحقيقة^(٣)] هي^(٤) اللفظ المقرر في موضعه، والمجاز [هو]^(٥) اللفظ المنقول عن موضعه، وبين كون اللفظ [مقررًا]^(٦) في موضعه وبين كونه منقولاً عن موضعه [تضاد^(٧) وتناف^(٨)].^(٩)

وبعض المتأخرين من مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: هذا الأصل على قول أبي حنيفة - رحمه الله - أما على قولهما فالجمع بين الحقيقة والمجاز جائز، وهذا ليس بصواب إذ لم ينقل^(١٠) هذا الاختلاف عن المتقدمين، ولكن المتأخرين نظروا إلى اختلافهم في التفرعات فظنوا أنه [بني]^(١١) على اختلافهم في هذا الأصل وليس الأمر

أهل اللغة، ومجاز شرعي في اصطلاح أهل الشرع، وهو بالنسبة إلى العبادة المخصوصة بالعكس.

هذا، وتحسن الإشارة في هذا المقام إلى أنه: على القول بنفي ما عدا الحقيقة اللغوية فإنه ليس ثمة إلا مجاز لغوي، وعلى هذا فيمكن تعريفه - أخذاً مما ذكره الشوسي في حاشيته على قرة العين - بأنه: لَفْظٌ تُعَدِّيٌّ به في الاستعمال عن موضعه اللغوي لعلاقة. ينظر: تقريب الوصول إلى علم الأصول، ص (٦٥، ٦٦)، وتشنيف المسامع (١/ ٤٤٨ - ٤٤٩)، قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين، لأبي عبد الله محمد بن محمد المالكي، المعروف بالحطاب، مطبعة التليلي، تونس، ط (٤)، ١٣٦٨هـ، ص (٦١، ٦٢).

- (١) في م: فيه.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) في م: إذ الحقيقة.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في أ، ب، م: هو.
- (٦) سقط في أ، م.
- (٧) سقط في أ، وفي م: مقررًا.
- (٨) في ب: تضاف.
- (٩) في أ: روايتين، وزاد في ب: فصار آيتين.
- (١٠) في أ: ينتقل.
- (١١) في م: بناء.

كما ظنوا على ما يأتي^(١) بيانه في خلال المسائل إن شاء الله تعالى .
 وإذا ثبت أنه لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد فنقول: إن كانت
 الحقيقة مستعملة، والمجاز غير مستعمل، [أو كان المجاز مستعملاً]^(٢) أيضاً إلا أن
 الحقيقة أغلب استعمالاً، أو كانا في الاستعمال على السواء فالعبرة للحقيقة، أما إذا
 كان المجاز غير مستعمل، أو كان مستعملاً إلا أن الحقيقة أغلب استعمالاً؛ لأنهما
 لو استويا في الاستعمال كانت العبرة للحقيقة فهنا أولى، وأما إذا استويا في
 الاستعمال فلأن الأصل [في الكلام]^(٣) هو الحقيقة فإذا استويا في الاستعمال لم
 يوجد ما يعارض هذا الأصل فيجب العمل به .

وإن كان المجاز أغلب استعمالاً فعند أبي حنيفة - رحمه الله - العبرة للحقيقة،
 وعندهما [أن]^(٤) العبرة للمجاز، [فوجه قولهما أن المرجوح بمقابلة الراجح ساقط
 الاعتبار، فكانت الحقيقة مهجورة، [ولو]^(٥) كانت الحقيقة مهجورة]^(٦) والمجاز
 مستعملاً كانت العبرة للمجاز فكذا هنا .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الأصل في الكلام هو الحقيقة فيجب العمل
 بالحقيقة ما أمكن، وإذا كانت الحقيقة مستعملة فالعمل ممكن فيجب العمل بها، ولا
 يصار [إلى المجاز]^(٧) إلا بدليل يوجب ترجيح المجاز، وعلته^(٨) الاستعمال لا
 تصلح مرجحة؛ لأن العلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فكان الاستعمال في حد
 التعارض، فبقيت العبرة للحقيقة، بخلاف ما إذا كانت الحقيقة مهجورة غير
 مستعملة، والمجاز مستعمل لأن هناك^(٩) لا تعارض في الاستعمال فجاز أن يقع^(١٠)

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) في أ: والكلام .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في أ .

(٨) في ب: وعلته .

(٩) في أ: هنا .

الترجيح أما هاهنا بخلافه .

ومحمد - رحمه الله - يذكر في الكتاب إذا كانت الحقيقة مهجورة والمجاز متعارفًا فالعبرة للمجاز، ولم يذكر ماذا أراد من المتعارف، واختلف المشايخ - رحمهم الله - فيه: قال مشايخ بلخ: أراد به التعارف بالتعامل .
[وقال مشايخ العراق: أراد به التعارف بالتفاهم والأقوال]^(١)، وقال مشايخ ما وراء النهر: ذكر في الجامع الصغير مسألة تدل على أن ما قاله مشايخ العراق قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وما قاله مشايخ بلخ قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

صورة تلك المسألة إذا حلف لا يأكل لحمًا فأكل لحم الآدمي أو^(٢) [أكل]^(٣) لحم الخنزير، حنث عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأن التفاهم والقول يقع عليه فإنه يسمى لحمًا، ولا يحنث عندهما؛ لأن التعامل لا يقع [عليه]^(٤)؛ لأن لحم الخنزير لا يؤكل وكذا لحم الآدمي .

ولهذا جاز الوقف عندهما؛ لأنه وجد فيه التعارف بالتعامل ولم يجز عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يوجد التعارف بالأقوال والتفاهم؛ لأن الآثار^(٥) اختلفت فيها بعضها ورد بجوازها^(٦) وبعضها ورد بفساده والتعارف بالتعامل ليس بحجة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما، وإنما جاز الاستصناع^(٧) عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن لم يجز فيه التعارف بالأقوال؛ لأن الأخبار لم ترد بفساده .

إذا عرفنا هذا^(٨)، قال محمد - رحمه الله - : إذا حلف الرجل ألا يشرب من

(١٠) زاد في ب، م: به .

(١) سقط في ب .

(٢) في أ: و .

(٣) سقط في ب .

(٤) سقط في أ .

(٥) في ب، م: الأخبار .

(٦) في أ: بجوازها .

(٧) في ب: الاستبضاع .

(٨) في أ: هذه .

الفرات أبداً، فشرب منه اغترافاً أو من الإناء لا يحنث عند أبي حنيفة - رحمه الله -، حتى يكرع في الفرات كرعاً، وعندهما يحنث.

من مشايخنا من قال: هذا اختلاف عصر وزمان^(١)، لا اختلاف حجة وبرهان؛ كان الكرع^(٢) معتاداً في زمن أبي حنيفة - رحمه الله - كما كان الشرب في الإناء [معتاداً وكان لا يعيب بعضهم بعضاً بالشرب كرعاً، والكرع حقيقة، والشرب في الإناء]^(٣) مجاز على ما نبين إن شاء الله تعالى.

وقد ذكرنا^(٤) أن الحقيقة إذا كانت مستعملة والمجاز [أيضاً]^(٥) مستعمل كانت العبرة للحقيقة^(٦)، فمطلق الكلام ينصرف إليها^(٧)، وفي زمن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - [لم يبق الكرع معتاداً بل تركوه، وكان يعيب بعضهم بعضاً بالشرب كرعاً].

وقد ذكرنا أن^(٨) الحقيقة إذا كانت مهجورة، والمجاز مستعملاً كانت العبرة للمجاز، فمطلق الكلام ينصرف إليه.

ومنهم من قال: هذا اختلاف حجة وبرهان.

ووجه ذلك أن الشرب من الفرات حقيقة، [هو الشرب منه كرعاً، فإن الشرب من الشيء]^(٩) حقيقة أن يضع [فاه]^(١٠) عليه فيشرب منه بغير واسطة وهذه حقيقة مستعملة في العرف مقدره في الشرع حتى [روي]^(١١) أن رسول الله ﷺ مر بفناء قوم

(١) في أ: وبيان.

(٢) في ب، م: الكراع.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: ذكر.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: للمجاز.

(٧) في ب: إليه.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

[فقال: «هل عندكم»^(١) ماءً باتَّ في شَنٍّ^(٢)، وَإِلَّا كَرَعْنَا^(٣) في الوادي كَرَعًا^(٤)، إلا أن^(٥) الغالب يراد به الشرب باليد أو بالإناء، وإنه مجاز فالحقيقة في هذا الباب مستعملة والمجاز [أيضاً مستعمل إلا أن المجاز أغلب استعمالاً فمطلق الكلام ينصرف إلى الحقيقة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإلى المجاز]^(٦) عندهما كما مر في أصل الباب.

ثم على قولهما: إذا شرب منه كَرَعًا، هل يحنث في يمينه؟ لم يذكر هذه المسألة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: لا يحنث؛ لأن المجاز هنا صار مراداً^(٧) بالإجماع، فلا^(٨) تبقى الحقيقة مرادة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد.

وبعضهم قالوا: يحنث في يمينه، وهذا القائل ظن جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد، وليس^(٩) الأمر كما^(١٠) ظن، وليس طريق الحنث عندهما في هذه الصورة^(١١) لو صح^(١٢) [مذهبهما]^(١٣) الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ

-
- (١) سقط في م.
(٢) الشنان: الأسقية الخلقة، واحدها شن وشنة، وهي أشد تبريدا للماء من الجدد.
النهاية في غريب الحديث والأثر (٥٠٦/٢).
(٣) الكرع: هو تناول الماء بالفم من موضعه، يقال: كرع الرجل في الماء، أو في الإناء: إذا مد عنقه نحوه ليشربه.
ينظر: القاموس المحيط، مادة (كرع)، ص (٦٨٣)، النهاية في غريب الحديث والأثر (كرع) (٤/١٦٤)، كشف الأسرار، للبخاري (١٧٣/٢).
(٤) أخرجه البخاري (١٠٨/١٠) كتاب الأشربة، باب: الكرع في الحوض، حديث (٥٦٢١) بنحوه.
(٥) زاد في م: في.
(٦) سقط في م.
(٧) في م: مجازاً.
(٨) في أ: أي لا.
(٩) زاد في أ، م: من.
(١٠) في أ: ما.
(١١) في م: الضرورة.
(١٢) زاد في م: من.
(١٣) في ب: من هذه بينهما.

واحد، إنما الطريق العمل بعموم المجاز.

بيانه: أن المنصوص عليه في اليمين الشرب من الفرات، والشرب من [الفرات]^(١) لا يتصور؛ لأنه اسم لمكان يجري فيه الماء، فجعل مجازًا عن شرب الماء الذي يجري في الفرات لكون^(٢) الفرات محلاً له، ولقيام المجاورة بينهما حال كونه فيه.

قلنا: ولشرب^(٣) الماء الذي يجري في الفرات، ومجاورة^(٤) الفرات طريقان:

أحدهما: الكرع، والثاني: الاغتراف.

فبأي طريقة شرب منه باليد أو بالإناء يحث في يمينه لعموم معنى المجاز لا الجمع بين الحقيقة والمجاز.

وصار كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان، لما صار وضع القدم مجازًا عن الدخول حث بأي طريق حصل الدخول؛ بأن دخل راكبًا أو راجلاً بحذاء أو بغير حذاء [يحث]^(٥)؛ لعموم [المجاز]^(٦) كذا هنا، وهذا كله إذا لم يكن له نية.

فإن نوى الكرع صحت نيته على قولهما في القضاء [و]^(٧) فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، [وإن نوى الاغتراف]^(٨) صحت نيته على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فيما بينه وبين ربه، لكن لا [يصدق القاضي]^(٩)؛ لأنه نوى المجاز من كلامه، هذا إذا شرب من الفرات كرعًا أو اغترافًا، [فأما إذا شرب من نهر آخر يأخذ [الماء]^(١٠) من الفرات كرعًا أو اغترافًا]^(١١) لا يحث عندهم

(١) سقط في م.

(٢) في أ: لكن من.

(٣) في م: وكشرب.

(٤) في أ: ويجاوره.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب، وفي م: أو.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: يصدق قضاء.

(١٠) سقط في ب.

(١١) سقط في أ.

جميعًا .

أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - : فلأن يمينه انصرف إلى الحقيقة وهو الشرب من الفرات كرعًا، وأما عندهما: عدلا عن الحقيقة لمكان العرف فإن الشرب من الفرات في العرف يراد به الاغتراف من الفرات أو الكرع، أما لا يراد به الشرب من نهر آخر [مستمد من الفرات، فلا يكون الشرب من نهر آخر]^(١) داخلًا في يمينه؛ فلا يحث بالشرب من نهر آخر .

ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات، [فشرب من الفرات]^(٢) كرعًا، أو اغترافًا، بيد أو آنية يحث عندهم جميعًا؛ لأنه عقد يمينه على [شرب]^(٣) ماء الفرات، وقد شرب [ماء الفرات]^(٤) بأي طريق شرب .

بخلاف المسألة الأولى، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : [لا إشكال فيه؛ لأنه]^(٥) [هناك]^(٦) عقد يمينه على [الشرب من الفرات، والشرب من الفرات حقيقة بالكرع منه، والعبرة عنده للحقيقة فلا يحث بالاغتراف باليد والآنية .

وكذلك لو شرب من نهر آخر، يأخذ الماء من الفرات يحث عندهم جميعًا، وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا إشكال فيه؛ لأنه عقد يمينه على^(٧) شرب ماء الفرات، [وقد شرب ماء الفرات]^(٨)، لأن [ماء الفرات]^(٩) ماء جارٍ بين حافتي الفرات^(١٠) .

(١٢) سقط في م .

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: الشرب من .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: لأن .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في أ .

(٨) سقط في م .

(٩) سقط في ب .

(١٠) زاد في ب: وهذا ما جرى بين حافتي الفرات .

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك عقد يمينه على الشرب من الفرات والشرب من الفرات حقيقة بالكرع منه.

وإنما الإشكال على قولهما، فإنهما حكما بالحنث في هذه المسألة، ولم يحكما بالحنث في المسألة الأولى، [فإنهما^(١)] جعلاً قوله: من الفرات في المسألة الأولى^(٢)] كناية عن ماء الفرات.

[والفرق بينهما^(٣)]: أن في المسألة الأولى ما عقد اليمين على ماء الفرات^(٤)، [وإنما عقدها على الفرات^(٥)]، ولكن جعلنا اسم الفرات [في المسألة الأولى^(٦)] مجازاً عن ماء الفرات وما جعلنا اسم الفرات مجازاً عن مطلق ماء الفرات، بل عن الماء الذي يجري في الفرات، لكون^(٧) الفرات محلاً للماء^(٨)، ولقيام المجاورة [بينهما حال كونه فيه، وقد زالت المجاورة^(٩)] بجريانه في نهر آخر، فلا يمكن أن يجعل مجازاً عنه، ولا مجاورة بينهما للحال، والمجاورة المبعضة^(١٠) لا تصلح طريقاً للمجاز فلا يمكن صرف اليمين إليه.

أما في المسألة الثانية: إنما^(١١) عقد يمينه على ماء الفرات [وماء^(١٢) الفرات^(١٣)] حقيقة [ماء جرى بين [حافتي النهر [الفرات^(١٤)]^(١٥)]، وبعدما جرى في نهر آخر،

(١) في م: مع أنهما.

(٢) سقط في ب.

(٣) في م: لهما.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: لكن من.

(٨) في م: لهما.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: المقتضية.

(١١) في ب: إذا.

(١٢) في ب: وصار.

(١٣) سقط في ب.

(١٤) سقط في ب.

(١٥) في م: دفتي الفرات.

فهو ماء جرى بين حافتي الفرات، فكان ماء الفرات حقيقة^(١)، وإنما حث في يمينه بطريق الحقيقة لا بطريق المجاز.

روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول: أنه إذا شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات في المسألة الثانية لا يحث في يمينه؛ لأنه عقد يمينه على [الشرب من]^(٢) ماء مضاف إلى الفرات وبعدهما جرى في نهر آخر لا يضاف إلى الفرات، وهو نظير ما لو حلف لا يشرب من ماء المطر فسال^(٣) ماء المطر في دجلة ثم شرب، لا يحث، [وإنما لا يحث]^(٤) لما قلنا.

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب، أو من هذا البئر، أو من هذه الجرة، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الكتاب.

وحكي عن أبي سهل الشرعي - رحمه الله - أنه كان يقول: إذا كان الجب أو البئر^(٥) أو الجرة ملآن، يمكن الكرع منه، فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة - رحمه الله، وعندهما على الاغتراف بلا خلاف، وفي الكرع اختلاف المشايخ على حسب ما ذكرنا في الفرات.

وإن لم يكن ملآن يحث بالاغتراف، أما عندهما فظاهر.

وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأن العمل بالحقيقة غير ممكن هنا بوجه من الوجوه، فكانت الحقيقة مهجورة فينصرف يمينه إلى المجاز فإن تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل البئر أو من أسفل الجب اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لا يحث؛ لأن الحقيقة لما كانت مهجورة وقت اليمين انصرف يمينه إلى المجاز وقت وجوده، فلا ينصرف إلى الحقيقة بعد ذلك، وإذا قال الرجل لامرأة لا يملكها: إن نكحتك فأنت طالق، ينصرف يمينه إلى العقد، ولو قال ذلك لامرأة ينصرف إلى

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: الشرب، وفي ب: شرب.

(٣) زاد في م: من.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: في.

الوطء، حتى لو طلق امرأته أو أعتق أمته ثم تزوجها، لا يحنث.
والفرق: هو أن النكاح للوطء حقيقة، وللعقد مجازًا، لما عرف أن النكاح في اللغة عبارة عن الضم، والضم [في] ^(١) الوطاء دون العقد، إلا أن العقد لما كان وسيلة إلى الوطاء الذي فيه ضم وسببًا له سمي نكاحًا مجازًا.
إذا ثبت هذا فنقول في المنكوحة والمملوكة: العمل بالحقيقة [ممكن، فانصرف يمينه إلى الحقيقة، وفي الأجنبية العمل بالحقيقة] ^(٢) غير ممكن ^(٣)؛ لأنه ممنوع عن وطء الأجنبية ^(٤) حقًا للشرع فلا يقصد نية ^(٥) ذلك فانصرف يمينه إلى المجاز، واختلف حكم اليمين لاختلاف المحل المضاف إليه اليمين.
وهو نظير ما لو قال لمنكوحته: إن راجعتك فأنت طالق، تنصرف يمينه إلى الرجعة الحقيقية، لا إلى العقد، حتى لو طلقها ثم تزوجها، لا يحنث ولو راجعها يحنث.

ولو قال لأجنبية: إن راجعتك فعبدي حر تنصرف يمينه إلى العقد؛ لأن في الأجنبية العمل بالحقيقة غير ممكن، فانصرف يمينه إلى المجاز، وفي المنكوحة العمل بالحقيقة ^(٦) ممكن فلا ينصرف يمينه إلى المجاز. والله أعلم.



-
- (١) سقط في م.
(٢) سقط في ب، م.
(٣) في أ: ممكنة.
(٤) في أ: حقيقة.
(٥) في أ، م: يمينه.
(٦) زاد في أ: غير ممكن فانصرف يمينه إلى المجاز، وفي المنكوحة العمل بالحقيقة.

الفصل العاشر

في الجمع المضاف إلى الجمع أو إلى الواحد

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل لامرأتين [له]^(١) : إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان، فدخلت إحداهما دارًا، ودخلت الأخرى الدار الأخرى، طلقت كل واحدة منهما استحسانًا، وكذلك إذا قال لهما: إن دخلتما هذه الدار، وهذه [الدار]^(٢) الأخرى [فأنتما طالقان فدخلت إحداهما دارًا، ودخلت الأخرى [الدار الأخرى]^(٣)، وهذا استحسان.

والقياس في المسألتين: ألا تطلق واحدة منهما حتى يدخلها هذه الدار، ويدخلا هذه الدار الأخرى]^(٤)، و[هو رواية عن أبي يوسف في الأمالي]. ولو قال لهما]^(٥): إن دخلتما هذه الدار ودخلتما هذه الدار الأخرى فأنتما طالقان، لا تطلق واحدة منهما ما لم يدخلها هذه الدار، ويدخلا هذه الدار الأخرى قياسًا واستحسانًا.

والأصل في جنس هذه المسائل أن الجمع المضاف [إلى الواحد]^(٦) يعتبر جمعًا في حق الواحد المضاف إليه، ولا يعتبر واحدًا؛ ألا ترى أن من قال لامرأته: إن لبست ثيابك، إن ركبت دوابك، إن دخلت دورك، فأنت طالق، فلبست ثوبًا واحدًا أو ركبت دابة واحدة، أو دخلت دارًا واحدة، لا يحنث.

والمعنى في ذلك: أن الحالف أضاف الجمع إلى الواحد، وما أضاف الواحد إلى الواحد، ففي اعتبار الواحد بالواحد إبطال العقد الذي ذكره المتكلم، وفيه إبطال غرضه، وإنه لا يجوز فيجب اعتبار الجمع في^(٧) حق الواحد، إلا إذا لم يمكن

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ: لواحد.
- (٧) في أ: وفي.

اعتباره جمعاً في حق الواحد؛ فحيثُ يُعتبر واحداً كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى﴾^(١)، هذا جمع مضاف إلى الواحد، ولم يعتبر جمعاً في حق الواحد حتى لا يشترط للتحريم اجتماع الناس على زنا واحد، [بل إذا وجد الزنا من واحد كان حراماً؛ لأن هناك الإمكان غير ثابت؛ لأن اجتماع الناس على زنا واحد]^(٢) غير ممكن.

وأما الجمع المضاف إلى الجمع يعتبر أحاداً في حق الآحاد [استحساناً، ولا يعتبر جمعاً في حق الآحاد]^(٣)؛ لأن في اعتبار الجمع في حق الآحاد إبطال القيد^(٤) الذي ذكره الحالف، وهو إضافة الجمع إلى الجمع، وليس في اعتبار الآحاد بالآحاد إبطال هذا القيد^(٥)؛ لأن الآحاد إذا اعتبرت بالآحاد، كان الجمع مضافاً إلى الجمع.

والدليل على صحة ما قلنا، قوله تعالى: ﴿جَعَلُوا أَصَبِعَهُمْ فِي آذَانِهِمْ وَأَسْتَعْشَوْا ثِيَابَهُمْ﴾^(٦)، معناه: جعل كل واحد منهم أصبعه في أذنه، واستعشى ثوبه، ويقال: ركب القوم دوابهم، ولبسوا ثيابهم، معناه: ركب كل واحد دابته، ولبس كل واحد ثوبه، ولكن إنما يعتبر أحاداً في حق الآحاد، إذا كان سبباً قابلاً للخصوص [بأن كان عاماً كالدواب والثياب؛ لأن العام يذكر ويراد به الخصوص].

أما إذا لم يكن [قابلاً]^(٧) للخصوص^(٨) لا يعتبر أحاداً في حق الآحاد بل يعتبر جمعاً في حق الآحاد؛ لأنه يكون في ذلك إثبات الخصوص، [وإنه لا يحتمل الخصوص]^(٩)، [ألا ترى أن من قال لثلاث نسوة: أنتن طوالق ثلاثاً يقع على كل واحدة منهن ثلاث تطلقات، وهذا جمع مضاف إلى الجمع، ولم يعتبر أحاداً في

(١) سورة الإسراء آية: ٣٢ .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في ب .

(٤) في أ، ب: العقد .

(٥) في أ، ب: العقد .

(٦) سورة نوح آية: ٧ .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في م .

حق الآحاد؛ لأن الثلاث لا تحتمل الخصوص [١]؛ لأنه اسم عدد، واسم العدد لا يحتمل الخصوص إلا بالاستثناء، فإن من سمى عشرة، وقال: أردت ثمانية، أو تسعة، لا يصح.

وإن لم يكن [قابلاً] (٢) للخصوص لم يعتبر آحاداً في حق الآحاد، بل اعتبر جمعاً في حق الآحاد، فيقع على كل واحدة منهن ثلاث تطبيقات.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا قال لهما: إذا دخلتما هاتين الدارين، فهذا جمع مضاف إلى جمع؛ لأنه أضاف دخولهما (٣) إلى الدارين فيعتبر آحاداً في حق الآحاد.

وصار تقدير المسألة: إن دخلت هذه إحدى الدارين ودخلت هذه الدار الأخرى فأنتما طالقان، ولو نص على هذا فدخلت كل واحدة داراً طلقنا، كذا هنا.

فهذا هو وجه الاستحسان في هذه المسألة، وهذا بخلاف ما لو قال: إن دخلتما هذه الدار ودخلتما [هذه الدار؛ لأن هناك] (٤) الجمع [مضاف إلى الواحد] (٥) في كل

كلام [فيعتبر الجمع بالواحد في كل كلام] (٦)، والله أعلم.

* * *

-
- (١) سقط في أ.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في أ: دخولهم.
 (٤) سقط في ب.
 (٥) في ب: بالواحد.
 (٦) سقط في أ، ب.

الفصل الحادي عشر

في عموم النكرة وخصوصها

الأصل أن النكرة في الإثبات تخص، إذا ذكرت خالية عن الصفة^(١)، [قرنت بالواحد، أو لم تقرن؛ لأن صيغة النكرة صيغة فرد، وصيغة الفرد إذا ذكرت خالية عن الصفة]^(٢) تتناول الواحد^(٣) قرنت بالواحد^(٤)، أو لم تقرن.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^(٥) لما ذكرت الرقبة منكرة في الإثبات خالية عن الصفة خصت، وتناولت رقبة واحدة؛ ألا ترى إلى قول الرجل: رأيت اليوم رجلاً، لما [ذكر]^(٦) الرجل منكراً في الإثبات [حصراً اقتضى]^(٧) رؤية الواحد. فإن قيل: النكرة الخالية عن الصفة في موضع الإثبات قد تعم؛ ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿أَوْ مَنْ كَانَ مَيِّتًا﴾^(٨) قد^(٩) تناول جميع الميتات.

قلنا: العموم هناك ما عرف بهذه الآية، وإنما عرف بآية أخرى، وهو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ﴾^(١٠).

وإذا^(١١) ذكرت النكرة موصوفة^(١٢) بصفة [عامه]^(١٣)، ولم توصف

(١) قال الإمام الزركشي في البحر المحيط (٤/١٥٨): إن كانت النكرة مثبتة لم تعم. هذا هو المشهور وحكاها الأستاذ أبو منصور عن الأكثرين. وقال أصحابنا: ليس الاعتبار بالنفي ولا الإثبات، ولكن كل نكرة لا تحتمل الاستثناء فهي غير عامة على الاستغراق، وإن صح عمومها على البدل، وكل نكرة تحتمل الاستثناء فهي عامة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: الواحدة.

(٤) في ب: الواحدة.

(٥) سورة المائدة آية: ٨٩.

(٦) في ب: رأيت.

(٧) في م: خص.

(٨) سورة الأنعام آية: ١٢٢.

(٩) في أ: وقد.

(١٠) سورة المائدة آية: ٣.

(١١) في أ: وإنما.

(١٢) في أ: موصفاً.

(١٣) سقط في م.

بالوحدة، تعم بعموم الصفة، وكذلك إذا أضيفت إلى اسم عام، تعم بعموم^(١) المضاف إليه.

أما إذا وصفت بصفة عامة؛ فكقوله تعالى: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾^(٢) وقد تناول جميع الدماء، وإن ذكر الدم نكرة في موضع^(٣) الإثبات، لما^(٤) ذكرت موصوفة بصفة عامة.

وقال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَدَرَةٍ عَنِ تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾^(٥).

وقد تناول جميع التجارات عن تراض، وإن ذكرت التجارة نكرة في موضع الإثبات لما^(٦) ذكرت موصوفة بصفة عامة وهي التراضي.

وأما إذا أضيفت إلى اسم عام، فكقوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمٍ خِزِيرٍ﴾^(٧).

وقد تناول جميع [لحوم]^(٨) الخنازير، لما ذكر مضافاً إلى اسم عام، والمعنى فيه [وهو]^(٩) أن النكرة تتناول واحداً من الجملة غير معين، ويتعين ذلك الواحد [مراداً]^(١٠)، بتعيين^(١١) المتكلم، فإذا وصف^(١٢) بصفة فقد بين أن المراد الموصوف بهذه الصفة، فإذا كانت الصفة عامة فكل من اتصف بهذه الصفة كان مراداً فكان عامّاً، وله^(١٣) ولاية التعميم حتى لو قرن بها النفي تعم.

-
- (١) في أ: العموم.
 - (٢) سورة الأنعام آية: ١٤٥ .
 - (٣) في أ: جميع.
 - (٤) في م: كما.
 - (٥) سورة النساء آية: ٢٩ .
 - (٦) في م: كما.
 - (٧) سورة الأنعام آية: ١٤٥ .
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في ب.
 - (١٠) سقط في م.
 - (١١) في أ، م: بتعين.
 - (١٢) في م: وصفه.
 - (١٣) في م: ولا.

فإذا وصفها بصفة عامة، فقد عمها ووجب أن تعم وتبين أنه أراد بصيغة الفرد فردًا واحدًا هو كلُّ الجنس؛ فإن الجنس من حيث إنه جنس واحد معنى.

وكذلك إذا أُضيفت إلى اسم عام؛ لأن الإضافة [تجري مجري الصفة؛ لأن الإضافة]^(١) للتعريف كما أن الصفة للتعريف، فقد عرف بالإضافة إلى الاسم العام أن كل مضاف إلى ذلك الاسم مراد فيعم ضرورة فقد جعلها عامة، وله ولاية التعميم.

والدليل على أن النكرة في موضع الإثبات إذا وصفت بصفة عامة ولم توصف بالوحدة^(٢) أنها تعم أن من قال: والله لا أكلم الناس إلا رجلاً كوفيًا، كان له أن يكلم [جميع]^(٣) رجال الكوفة، والمستثنى رجل [منكر]^(٤) في الإثبات، ولكن لما وصفه بكونه كوفيًا وهذه صفة توجد في أشخاص^(٥) كثيرة، ولم يصفه بالوحدة عمت، [حتى]^(٦) كان المستثنى عامًا، فثبت أن النكرة في موضع الإثبات إذا وصفت بصفة عامة، ولم توصف بالوحدة أنها تعم.

و[أما]^(٧) إذا وصفت بالوحدة فإنها لا تعم؛ لأن الوحدة مضادة^(٨) للعموم، فإذا اتصفت بالوحدة امتنع اتصافها بالعموم لما فيه من الجمع بين المتضادين في محل واحد، وإنه لا يجوز.

ألا ترى أنه لو قال: والله لا أكلم الناس إلا رجلاً واحدًا كوفيًا، كان المستثنى رجلاً [واحدًا]^(٩) كوفيًا، وكذلك إذا لم تتصف بالوحدة إلا أنه تعذر اعتبار معنى

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: بالوجه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: الأشخاص.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: مضافة.

(٩) سقط في م.

العموم فإنها لا تعم، حتى إن من قال: والله ما كلمت إلا رجلاً كوفيّاً، لا يكون المراد به جميع رجال الكوفة.

وإن وصفت النكرة بصفة عامة، ولم توصف بالوحدة؛ لأنه تعذر العمل بعمومه؛ لأننا متى عملنا^(١) بعمومه يلزمه الكذب فيما أخبر؛ لأننا نعلم يقيناً أنه ما كلم جميع رجال الكوفة. والله أعلم.



(١) في أ: علمنا.

الفصل الثاني عشر

في تعليق الحكم بالجمع المنكر والمعرف

الأصل أن الحكم إذا علق بجمع منكر، نحو قوله: يا عبيد، ورجال ونساء، يتعلق وقوعه بأدنى الجمع الصحيح، وهو الثلاثة دون المثني^(١)؛ [لأن [الجمع]^(٢)]-^(٣) في حقيقة اللغة عبارة عن ضم شفع إلى وتر، لا عن ضم وتر إلى وتر، وهذا لأن الجمع الصحيح ما يوجد فيه الواحد والتثنية، وهذا لا يوجد إلا في ثلاثة، والدليل عليه أنه يجوز نفي اسم الجمع عن الثنتين، يقال: ثنتان، وليس بجمع.

وإذا ثبت أن^(٤) الجمع الصحيح هو الثلاثة، فعند الإطلاق يتعلق الحكم به، ومتى علق بجمع معرف^(٥) بالألف واللام، نحو قولنا: العبيد، والرجال، والنساء، يتعلق وقوعه بأدنى [ما ينطلق عليه]^(٦) ذلك الاسم عند عامة المشايخ إذا لم يكن ثمة معهود؛ لأنه مع الألف واللام يصير للجنس حقيقة، ولا يبقى للجمع^(٧) حقيقة، والحكم المعلق باسم الجنس يتعلق وقوعه بأدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم عند عامة المشايخ إذا لم يكن ثمة معهود.

(١) الجمع المنكر هو: لفظ وضع وضعاً واحداً لكثير غير محصور، غير مستغرق لجميع ما يصلح له. وعلى هذا فالجمع المنكر يصلح لكل عدد على سبيل البدل، كالمفرد المنكر يصلح لكل على سبيل البدل، فكما أن لفظ «رجل» حقيقة في كل فرد على سبيل البدل، فكذلك لفظ «رجال» حقيقة لكل جمع على سبيل البدل لا الاستغراق، فهو ليس من قبيل الخاص؛ لتعدد معناه الموضوع له، ولا من قبيل العام؛ لكونه غير مستغرق لجميع الأفراد، هذا على رأي من يشترط في العام كونه مستغرقاً لجميع ما يصلح له، وأما عند من لا يشترط ذلك، فإن الجمع المنكر يكون من قبيل العام.
ينظر: شرح التلويح على التوضيح (١/٧٣).

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: لأنه.

(٤) زاد في ب: اسم.

(٥) في ب: معلق.

(٦) سقط في م.

(٧) في ب: للجمع.

وإنما قلنا: إنه مع الألف واللام [يصير]^(١) للجنس، ولا يبقى للجمع^(٢)، لأن الألف واللام إنما يدخلان في الكلام للتعريف، [ولو بقي]^(٣) الجمع^(٤) ولم يصير للجنس^(٥) يبطل معنى التعريف من كل وجه، إذ ليس للجمع معهود [يعرفه، ولأنه بدون الألف واللام ينصرف إلى الثلاث [وإنه]^(٦) مجهول فيبطل]^(٧) معنى التعريف من كل وجه.

ولو صار للجنس^(٨)، ولم يبق للجمع^(٩) لا يبطل معنى الجمعية من كل وجه. وإن كان من حكم الجمع أن ينصرف إلى الثلاثة، لأن الواحد من الثلاث بعضه، فكان حمله على الجنس وليس فيه إبطال معنى الجمعية من كل وجه أولى من حمله على الجمع، وفيه إبطال معنى التعريف من كل وجه.

وإذا ثبت أن الجمع المعرف بالألف واللام يصير للجنس فنقول^(١٠): من حكم الجنس أن ينصرف إلى المعهود إذا كان ثمة معهود لما ذكرنا أن الألف واللام للتعريف، والصرف إلى المعهود أبلغ في معنى التعريف، فيصرف^(١١) إليه.

وإذا لم يكن ثمة معهود يصرف [إلى]^(١٢) كل الجنس، عند بعض المشايخ، لأن كمال التعريف في الصرف إلى كل [الجنس [أدنى]^(١٣)]^(١٤)، فينصرف إليه، إلا إذا

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) في أ: الجمع.
 - (٣) في أ: ولم يبق.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في أ: للجمع.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في أ: الجنس.
 - (٩) في أ: الجمع.
 - (١٠) في أ: فيقول.
 - (١١) في ب، م: فينصرف.
 - (١٢) سقط في أ.
 - (١٣) في أ: الأدنى الجنس، وفي ب: الجنس.
 - (١٤) سقط في م.

تعذر.

وعند عامة المشايخ ينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه ذلك الاسم؛ لأن اسم الجنس كما هو حقيقة للكل فهو حقيقة للأدنى؛ ألا ترى أنه لو عدم ما وراء الأدنى من ذلك الجنس، كان الأدنى^(١) كل الجنس.

ألا ترى أن آدم عليه السلام حين لم يكن إلا هو [كان]^(٢) كل الجنس وإنما صار بعضاً لمزاحمة أمثاله، لا من حيث الحقيقة، فعلم أن الاسم حقيقة لهما.

ولأن اسم الجنس^(٣) اسم فرد، فإنه اسم معنى [يقوم]^(٤) بالذات، يتميز به من سائر الأجناس، [كاسم الرجل، فإن اسم الرجل للذات [باعتبار]^(٥) معنى قائم به يتميز به من سائر الأجناس]^(٦)، وذلك المعنى واحد وإنه موجود في الواحد، وفي الكل، فكان اسم الجنس حقيقة للواحد وللكل باعتبار المعنى، غير أن عند الإطلاق ينصرف إلى الأدنى وهو الواحد.

أما على [العبرة]^(٧) الأولى فلأنه متيقن.

(١) في أ: للأدنى.

(٢) سقط في أ.

(٣) يتنوع اسم الجنس إلى إفرادي وجمعي، فالإفرادي هو: ما صدق على القليل والكثير، ولم يفرق بينه وبين واحده بالياء أو التاء، وذلك نحو: تراب، وعسل، وذهب، وقد تدخل المصادر في هذا النوع. وأما اسم الجنس الأحادي فهو: ما أريد به واحد غير معين، وذلك نحو: أسد وذئب. وأما اسم الجنس الجمعي فهو: ما دل على ثلاثة فأكثر، وفرق بينه وبين واحده بالياء، كعرب - عربي، أو بالتاء كغنم - غنمة، وهو في الحالين لا ترد ألفاظه على أوزان الجموع المعروفة، وهذا ما يفرقه عن الجمع القياسي. وقد رأي فيه كذلك أنه خال من الدلالة على الأفراد، وأنه موضوع للماهية صالحاً للقليل أو الكثير. وعند إرادة التنصيص على الوحدة يفرق بينه وبين مفرده بالياء أو بالتاء كما تقدم، وقد عد الكوفيون اسم الجنس الجمعي ضمن جموع التكسير ولكن رد عليهم هذا الرأي بما يتقصه لا من أدلة لفظية ومعنوية.

ينظر: معجم المصطلحات النحوية والصرفية، د. محمد سمير نجيب البلدي، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، ط (٣)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، ص (٥٢، ٥٦).

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

وأما على العبارة الثانية، فلأن الواحد فرد من حيث الذات والمعنى والكل فرد من حيث الذات، وهذا الاسم^(١) فرد فكان الفرد ذاتاً ومعنى أحق به.
فإن [قيل]^(٢): قول عامة المشايخ يشكل بقول الله تعالى: ﴿يَنْسَاءَ الَّتِي مَن يَأْتِ مِنْكَ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾^(٣) فإن النساء المذكورة فيه جمع معرف بالإضافة، ويتناول جميع أزواج النبي ﷺ.

قلنا: لا يشكل؛ لأننا نقول: لا بل يتناول الواحدة، ولهذا أوجب العذاب ضعفين بوجود الفاحشة من واحدة منهن، فلا يشترط وجود الفاحشة من الكل إلا أن هذا لا يرتفع^(٤) إذا وجب العذاب بوجود الفاحشة من واحدة منهن، حتى لو وجدت الفاحشة من الأخرى، يجب العذاب كذلك؛ لأن الجزاء في الآية المذكورة بحرف الكناية، حيث قال: ﴿يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ﴾ والكناية [لا]^(٥) تستقل بنفسها، فيؤخذ حكمها من المذكور في الشرط، [والمذكور في الشرط عاماً]^(٦) معنى، فكذا المذكور في الجزاء، فيتعدد الإيجاب بتعدد الأجوبة والشرط فارتفاع البعض^(٧) لا يوجب ارتفاع الباقي، والله أعلم.

* * *

(١) زاد في ب: اسم.

(٢) سقط في أ.

(٣) سورة الأحزاب آية: ٣٠.

(٤) في م: يرفع.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: عامة.

(٧) في أ: النقص.

الفصل الثالث عشر [في الحلف]^(١) على الأقوال

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: في الكلام وما يتصل به.

إذا حلف لا يكلم فلانًا أبدًا، ولم يقل: أبدًا، فهذا على الأبد، في أي وقت كلمه حنث، وإن [نوى]^(٢) شيئًا دون شيء، بأن نوى يومًا أو يومين أو ثلاثة^(٣) أو نوى بلدًا أو منزلًا أو ما أشبه ذلك، لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه [نوى]^(٤) تخصيص ما ليس بملفوظ، [ولا]^(٥) يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين، منقطع عنها.

فإن كان موصولًا لم يحنث، نحو أن يقول: إن كلمتك فأنت طالق، فذهبي، أو فقومي. هكذا ذكر في القدوري؛ لأن هذا من تمام الكلام الأول، فلا يكون مرادًا باليمين، وكذلك إذا قال: وذهبي، إلا أن يريد بهذا كلامًا مستأنفًا. وفي مختصر الكرخي - رحمه الله - : إن أراد بقوله: فذهبي، طلاقًا مبتدأ طلقت به واحدة، وباليمين الأخرى؛ لأنه صار مستأنفًا.

وفي المنتقى إذا قال لامرأته: إن كلمتك إلى سنة فأنت طالق، اذهبي يا عدوة الله، فقد كلمها [بكلام آخر]^(٦)، [ولو قال: اذهبي فذهبي، أو قال: وذهبي، لا تطلق ما لم يكلمها بكلام آخر.

ولو قال]^(٧): اذهبي طلقت؛ لأن هذا كلام منقطع عن اليمين، والأول متصل

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، ب: ثلاثًا.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في ب.

باليمين فكان تكملة^(١) اليمين، فلا بد من كلام آخر بعد ذلك للحنث. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - إذا قال لغيره: والله لا أكلمك اليوم أو غدًا، حنث في الحال؛ لأنه كلمه بعد اليمين بقوله: أو غدًا. ولو قال: والله لأتركن كلامه اليوم، أو غدًا، فترك كلامه [اليوم]^(٢) وكلمه غدًا لم يحنث.

إذا قال لامرأته: إن كلمتك فأنت طالق إن كلمتك، ولم يزد عليه هل تطلق بحكم تلك اليمين؟ لا رواية في هذا الفصل عن محمد - رحمه الله -، وقد اختلف المشايخ فيه، كتبه في الباب الأول من أيمان الجامع.

ولو حلف لا يكلم فلانًا شهرًا، تعتبر المدة من وقت الحلف. ولو حلف لا يتكلم، ولا نية له، فصلى وقرأ فيها، أو سبح أو^(٣) هلل، لم يحنث استحسانًا؛ لأن هذا وإن كان [كلامًا حقيقة]^(٤)، من حيث إن كلام العباد اسم لحروف [منطوقة بصوت]^(٥) صوت مسموع إلا أنه ليس بكلام حكمًا، ولهذا لا تفسد به الصلاة، فكان ناقصًا في معنى الكلام.

أو نقول^(٦): هذا ليس بكلام عرفًا، وأما إذا قرأ خارج الصلاة أو سبح أو هلل يحنث عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : هذا إذا عقد [يمينه]^(٧) بالعربية، فأما إذا عقد يمينه بالفارسية لا يحنث في يمينه بالقراءة والتسبيح والتهليل خارج الصلاة، كما^(٨) لا يحنث بها في الصلاة؛ لأن أهل الفارسية في عرفهم لا يسمون القارئ

(١) في أ: كلم، وفي ب، م: له حكم.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ، م: و.

(٤) في أ: كلام خفيف.

(٥) في أ، م: منظومة وبصوت.

(٦) في أ: يقول.

(٧) سقط في م.

(٨) في ب: كذا.

والمسيح والمهمل متكلماً.

ولو حلف لا يكلم فلائناً فسلم الحالف على قوم والمحلوف عليه فيهم، حنث. قالوا: إلا ألا يقصده بالسلام، فيصدق ديانة، ولا يصدق قضاء، حتى لا يحنث ديانة ويحنث قضاء.

وفي مجموع النوازل، إذا سلم على قوم والمحلوف عليه فيهم، [فقال]^(١): السلام عليكم، إلا على واحد، لا يحنث، هذا إذا سلم خارج الصلاة، وأما إذا سلم [وهما في الصلاة - يعني الحالف، والمحلوف عليه في]^(٢) الصلاة - فهذا على وجهين:

إن كان الحالف إماماً والمحلوف عليه على يمينه لا يحنث؛ لأن التسليم الأول كلام [حصل]^(٣) في الصلاة وبه لا يقع الحنث.

وإن كان المحلوف عليه على يساره فقد اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: يحنث.

ومنهم من قال: لا يحنث؛ لأنه كلام حصل في الصلاة من وجه؛ ألا ترى أن سجدة السهو يؤتى بها بعد التسليمة الثانية عند بعض المشايخ. وفي شرح القدوري فيما إذا كان الحالف إماماً، [وسلم: أنه لا يحنث مطلقاً من غير تفصيل.

وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - [فيما]^(٤) إذا كان الحالف إماماً]^(٥): أنه يحنث بالسلام إذا نواه وإن كان على يمينه.

وفي الشافي^(٦) في هذه الصورة: أنه يحنث إلا أن ينوي وقت السلام غيره من غير

(١) سقط في م.

(٢) في ب: داخل.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: التنافي.

فصل^(١) بين جانب اليمين واليسار.

وأما إذا كان الحالف مؤتمًا، فالجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله كالجواب في الإمام؛ لأن سلام الإمام لا يخرج المؤتم عن حرمة الصلاة عندهما. وقد ذكرنا في الإمام إذا كان [الإمام]^(٢) هو الحالف والمؤتم على يمينه لا يحنث، بلا خلاف بين المشايخ، وإذا كان على يساره ففيه اختلاف المشايخ، فكذا في حق المؤتم.

وعلى قول محمد - رحمه الله - يحنث على كل حال؛ لأن بسلام الإمام خرج المؤتم عن الصلاة، فقد كلمه بكلام خارج الصلاة. ولو كتب إليه كتابًا أو أرسل إليه رسولاً، لا يحنث؛ لأن الكلام على المشافهة [وستأتي المسألة و^(٣) أجناسها إن شاء الله تعالى]^(٤)، وكذلك^(٥) إذا أشار إليه بإشارة أو أومأ إليه لم^(٦) يحنث.

ولو حلف لا يكلم فلانًا فناداه من بعيد، فإن كان بحيث يسمع صوته إن أصغى إليه أذنه، يحنث، ولو لم يسمع لعارض^(٧) أمر كأن كان مشغولاً بشيء، أو كان أصم.

[و]^(٨) إن كان لا يسمع صوته لو أصغى إليه أذنه لشدة البعد، لا يحنث. فأما إذا ناداه وهو نائم فأيقظه، لا شك أنه يحنث، وإن لم يتبته ففيه روايتان: يريد [به]^(٩): إذا كان النداء من موضع لو كان يقظان يسمع نداءه.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب السير: إذا نادى المسلم أهل الحرب

(١) في م: تفصيل.

(٢) في أ: المؤتم، وسقط في ب.

(٣) في م: مع.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: وكذا.

(٦) في م: لا.

(٧) في أ، ب: بعارض.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) سقط في أ.

بالأمان، من موضع يسمعون صوته إلا أن غالب الرأي أنهم لم يسمعوا بأن كانوا [نيامًا أو كانوا]^(١) مشغولين بالحرب، فذلك أمان، فقد شرط لثبوت الأمان أن يكون النداء بالأمان من موضع يسمع منه الصوت لا حقيقة السماع.

[قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : [وبما ذكر في السير تبين أن الصحيح في مسألة^(٢) الأيمان الحنث وإن لم يوقظه.

وقال شيخ الإسلام - رحمه الله]^(٣) - : إن كان الصحيح في مسألة الأيمان الرواية التي قال فيها: إنه إذا ناداه ولم يوقظه أنه^(٤) يحنث لا يحتاج إلى الفرق بين مسألة الأيمان وبين مسألة الأمان، وإن كان الصحيح في مسألة الأيمان أنه إذا ناداه ولم يوقظه أنه لا يحنث، يحتاج إلى الفرق.

والفرق: أن الأمان^(٥) مما يحتاط في [إثباته؛ لأن حكم الأمان^(٦) حرمة القتل، وحرمة السبي، فإذا ثبت من وجه يجب إثباته]^(٧) احتياطًا لأمر الحرمة. فأما الحنث إنما يحتاط في نفيه لا في إثباته، فإذا انتفى من وجه ينتفي من كل وجه احتياطًا.

ومن المشايخ من قال: على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يحنث. وعلى قياس قولهما: لا يحنث؛ لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يجعل النائم كالمتنبه كما في مسألة الصيد، وهما لا يجعلان كذلك. ولو حلف لا يكلم فلانًا، فدق [فلان]^(٨) عليه الباب، فقال: من هذا؟ أو قال: من أنت؟ حنث. هكذا ذكر القدوري في الأصل.

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: مثل.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: لا.

(٥) في أ: الأيمان.

(٦) في أ: الأيمان.

(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: انتهائه.

(٨) سقط في أ.

وفي النوازل: إذا دق المحلوف عليه باب الحالف، فقال الحالف بالفارسية: (كيست)، لا يحنث، ولو قال^(١): (كئي تو)، يحنث، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - .

إذا حلف لا يكلم فلاناً، ثم إن المحلوف عليه ناداه فقال: لبيك، أو قال: (كي)، يحنث.

وفي القدوري: إذا حلف لا يكلم امرأته، فدخل الدار وليس فيها غيرها، [فقال: من وضع هذا؟ أو: من أين هذا؟ حنث، وإن كان في الدار غيرها] [لا]^(٢) [٣] يحنث.

ولو قال: ليت شعري، من فعل كذا؟ لا يحنث، وإن لم يكن في الدار غيرها لم يحنث.

وفي مجموع النوازل: إذا حلف لا يتكلم فجاءته امرأته وهو يأكل الطعام، فقال لها: [ها]^(٤)، حنث.

قال لامرأته: (اكرين سخنبافلان كوي)، فأنت طالق، ثم إن المرأة (آن سخن يا فلان كفت)، ولكن بعبارة (كه آن فلان ندا نست)، طلقت امرأته، [كمن]^(٥) حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بعبارة لم يعرفها فلان، فهناك يلزمه الحنث، كذا هنا. وسيأتي بعد هذه المسألة مسائل تدل على أن من حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بعبارة لم يفهمها^(٦) فلان أنه لا يحنث.

حلف ألا^(٧) يكلم فلاناً ثم إن المحلوف عليه أراد أن يكلم^(٨) إنساناً، فأراد

(١) زاد في م: الحالف.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: لم.

(٤) سقط في أ، وفي م: كلي.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: يفهم.

(٧) في أ: لا.

(٨) في م: يشتم.

الحالف أن يقول له: لا تفعل، فقال له [الحالف]^(١) بالفارسية: مك، [ثم تذكر يمينه لم]^(٢) يقل بعد ذلك شيئاً آخر، فقد قيل: لا يحنث، وقيل: يحنث؛ لأنه كلام حقيقة وإن لم يكن مفهوماً، والداخل تحت اليمين مطلق الكلام.

والدليل عليه مسألة مجموع النوازل التي تقدم ذكرها.
وحكي عن القاضي الإمام أبي سعيد البردعي^(٣) - رحمه الله - ما يؤيد القول الأول، [فإنه قال]^(٤) في الباب الأول من أيمان الجامع في تعليل المسألة الأولى: الكلام المطلق ينصرف إلى [كل]^(٥) ما يفيد [لا إلى ما لا يفيد]^(٦).
قلنا: [وغير المفهوم لا يفيد]^(٧).

إذا حلف لا يكلم فلاناً فمر المحلوف عليه بالحالف، فقال الحالف: اصنع كذا يا حائط، لأمر^(٨) قد وقع، ووجد إسماع المحلوف عليه، لا يحنث^(٩).
وإذا حلف لا يكلم فلاناً فاقتدى الحالف بالمحلوف عليه، فسها المحلوف عليه، فسبح له الحالف أو فتح عليه بالقراءة، لم يحنث، [ذكره القدوري، ولو علمه القرآن خارج الصلاة يحنث.

وعلى ما اختاره الفقيه أبو الليث - رحمه الله، فيما إذا حلف لا يتكلم بالفارسية،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فلم، وفي ب: فتذكر.

(٣) هو: أحمد بن الحسين أبو سعيد البردعي سكن بغداد أحد الفقهاء الكبار وأحد المتقدمين من مشائخنا ببغداد تفقه على أبي علي الدقاق وموسى بن نصر الرازي تفقه عليه أبو الحسن الكرخي وأبو طاهر الدباس القاضي وأبو عمرو الطبري، وأقام ببغداد سنين كثيرة يدرس ثم خرج إلى الحج فقتل في وقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٦٦).

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: الأمر.

(٩) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢٣٨).

فقرأ القرآن خارج الصلاة^(١) ألا يحنث، ينبغي أنه^(٢) إذا عقد اليمين بالفارسية هنا ألا يحنث.

إذا حلف الرجل ألا يكلم فلانًا وفلانًا فكلم أحدهما لا يحنث، هذا هو المذكور في الأصل.

وفي القدوري: ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه المسألة في الباب الأول من أيمان الواقعات، وجعلها على ثلاثة أوجه:

إما أن ينوي أن^(٣) يحنث بكلام كل واحد منهما، وفي هذا الوجه يحنث بكلام كل واحد منهما، وإما [أن ينوي ألا يحنث حتى يكلمهما، وفي هذا الوجه لا يحنث ما لم يكلمهما.

وإما^(٤) إن لم يكن له نية، وفي هذا الوجه اختلف المشايخ:

قال - رحمه الله - : والمختار أنه لا يحنث حتى يكلمهما.

أما من قال: [يحنث، قال]^(٥): المتعارف ألا يراد بهذا الجمع.

فأما من قال: لا يحنث، قال: الجمع متعارف أيضًا، إلا أنه دون الأول، فلا يترك حقيقة اللفظ، وحقيقة الجمع.

وعلى^(٦) هذا إذا حلف لا يكلم هذا وهذا، ولو حلف لا يكلمهما، أو حلف بالفارسية، (باين دوتن سخن نكويم)، ونوى الحنث بكلام واحد منهما، لا تصح نيته، وإذا كلم واحدًا منهما لا يحنث؛ لأن [في]^(٧) قوله: فلانًا وفلانًا، هذا وهذا، أمكن تصحيح نيته بإدخال حرف النفي بينهما فيصير تقدير المسألة كأنه قال: لا أكلم فلانًا ولا فلانًا، وعند ذلك يحنث بكلام كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما صار

(١) سقط في أ، ب.

(٢) زاد في أ: يحنث.

(٣) في م: أنه.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: وحكي.

(٧) سقط في أ، م.

منفيًا بنفي على حدة، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه، فيما إذا قال: لا أكلمهما، فلهذا لا تصح نيته.

إذا قال: والله لا أكلمك اليوم ولا غدًا، ولا بعد غد، فله أن يكلمه في الليلتين المتخللتين؛ لأن هذه ثلاثة أيمان، كل يمين معقودة على يوم [واحد]^(١) كأنه قال: والله لا أكلمك اليوم، والله لا أكلمك غدًا، والله لا أكلمك بعد غد.

واليوم المفرد لا يستتبع ما بإزائه من الليلة، فلا تدخل الليالي تحت اليمين، بخلاف ما لو قال: والله لا أكلمك اليوم، وغدًا وبعد غد؛ لأن ذلك يمين واحدة عقدت على ثلاثة أيام^(٢)، [كأنه قال: والله لا أكلمك ثلاثة أيام]^(٣).

والأيام باسم الجمع تستتبع ما بإزائها من الليالي، فدخلت الليلتان المتخللتان في اليمين كما دخلت الأيام فيها.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا تدخل الليلتان [المتخللتان]^(٤) في اليمين في هذه الصورة أيضًا؛ لأن اليمين عقدت على بياض النهار، ولا ضرورة إلى إدخال الليل فيها، ولو قال: والله لا أكلمك في كل يوم من أيام هذه الجمعة، [أو قال: لا أكلمك كل يوم من أيام هذه الجمعة]^(٥)، لم يحث حتى يكلمه في كل يوم سماه، فيكون قد كلمه سبع مرات، وإن ترك كلامه يومًا واحدًا لا يحث، وإذا كلمه في كل يوم لا يحث إلا مرة واحدة، ثم في قوله: لا [أكلمك كل]^(٦) يوم، دخلت الليلة حتى لو كلمه ليلاً أو نهارًا يحث.

وفي قوله: في كل يوم، لا تدخل الليلة حتى لو كلمه ليلاً لا يحث. ولو قال: [والله لا أكلمك يومًا ويومًا، فهذا وما لو قال]^(٧): لا أكلمك يومين،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ايمان.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب، م.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) في أ: أكلمه في.

(٧) سقط في أ.

سواء فتدخل فيه الليلة المتخللة.

ولو قال: والله لا أكلمك يومًا [و^(١)يومين]^(٢)، تقديره: لا أكلمك ثلاثة أيام فتتقضي^(٣) [اليمين]^(٤) بمضي اليوم الثالث.

ولو قال: لا أكلمك يومًا ولا يومين، فهذا على يومين، إن كلمه في اليوم الثالث، لا يحث في رواية الجامع الكبير والرواية في باب الدور.

وذكر القدوري عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن هذا بمنزلة قوله: لا أكلمك ثلاثة أيام، حتى لو كلمه في اليوم الثالث يحث على قول أبي يوسف - رحمه الله - فأبو يوسف سوى بين قوله: لا أكلمك يومًا ويومين، وبين قوله: يومًا ولا يومين، من حيث إنه في الصورتين جميعًا^(٥) عطف [اليومين على اليوم، والمعطوف]^(٦) غير المعطوف عليه.

وعلى رواية الجامع فرق بين الصورتين:

والفرق: أن في الصورة الثانية نفي المدة الثانية نفي^(٧) على حدة، حيث قال: ولا يومين، فلا يحتاج في صحة الكلام الثاني إلى عطفه على الأول، بل يجعله قائمًا بنفسه في حكم النفي كأنه أفرد اليمين على كل واحدة من المديتين فقال: والله لا أكلم فلانًا يومًا، والله لا أكلم فلانًا يومين؛ ألا ترى أن من قال: والله لا أكلم زيدًا [ولا]^(٨) عمرا، تقديره: والله لا أكلم زيدًا، والله لا أكلم عمرا، حتى لو كلم زيدًا أو^(٩) عمرا، يحث.

(١) في م: أو.

(٢) في ب: ولا يومين.

(٣) في أ: فيقضي.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: جمع ما.

(٦) في أ: اليمين على المعطوف.

(٧) في أ، م: بنفي.

(٨) في ب: والله لا أكلم.

(٩) في أ: و.

والمدة تتعين^(١) من وقت اليمين على ما عرف فصار اليوم الأول مشتركاً محسوباً من المديتين^(٢)، واليوم الثاني لليمين الثانية خاصة فينتهي اليمينان بمضي اليوم الثاني.

أما في الصورة الأولى ما نفى المدة الثانية بنفي على حدة فمست الضرورة^(٣) إلى جعلها معطوفة على المدة الأولى ليصير نفي الكلام^(٤) نفياً في المدة الثانية تصحيحاً للمدة الثانية، والمعطوف^(٥) غير المعطوف عليه، فقوله^(٦): ويومين، لا يتناول اليوم الأول، وإنما يتناول يومين بعده فكأنه قال: والله [لا [أكلم فلاناً]^(٧)] [ثلاثة أيام، والصورة الأولى بالفارسية (سخن تكريم باء هلال فيكه روري دورو).

ولو قال: والله لا أكلم [فلاناً]^(٩) [يوماً]^(١٠)، والله لا أكلمه يومين، والله لا أكلمه ثلاثة أيام، فاليمين [الأولى من حين فرغ]^(١١) انعقدت على اليوم الأول ثلاثة أيمان، واليوم الثاني عليه يمينان، واليوم الثالث عليه يمين واحدة.

وإذا قال الرجل لغيره في بعض النهار: والله لا أكلمك يوماً، لم يكلمه ساعة ما حلف حتى تجيء تلك الساعة من الغد، وإن كلمه في شيء من ذلك ليلاً أو نهاراً حنث؛ لأن اليوم [اسم لثنتي عشرة ساعة من بياض النهار، أو أقل أو أكثر على حسب اختلاف الفصول؛ فكأنه نص على اثنتي عشرة ساعة من بياض]^(١٢) النهار،

(١) في م: تعتبر.

(٢) في أ: المدة.

(٣) في ب: الصورة.

(٤) زاد في أ: هنا له.

(٥) في ب: العطف.

(٦) في أ: وقوله.

(٧) في أ، م: أكلمه.

(٨) في ب: يوماً والله لا أكلمه يومين والله لا أكلمه.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: من جنس واحد.

(١٢) سقط في م.

وهذا القدر إنما يتم إذا جاءت تلك الساعة من الغد، وتدخل [تلك]^(١) الليلة، هكذا ذكره في الجامع.

وفي النوازل: أنه لا يدخل لأن الليل لو دخل هنا، إنما يدخل بذكر اليوم ولا وجه إليه؛ لأنه ذكر اليوم مفردًا، واليوم المفرد لا يستتبع ما بإزائه من الليل. وجه [ما]^(٢) ذكر في الجامع أنه لو اقتصر^(٣) على قوله: والله لا أكلم فلانًا، وقع يمينه على الأبد، فيكون ذكر الوقت لإخراج ما وراءه عن اليمين، فيبقى الليل داخلًا بمطلق اليمين لا بذكر اليوم.

ولو قال ذلك ليلاً لم يكلمه حتى تغيب^(٤) الشمس من يوم تلك الليلة؛ لأن اليوم الكامل موجود هنا، فلا حاجة إلى إدخال شيء من اليوم الآخر. واختلف مشايخنا - رحمهم الله - أنه لو كلمه بعد اليمين قبل طلوع الفجر، فالصحيح أنه يحنث، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب، حيث قال: لم يكلمه حتى تغيب^(٥) الشمس من الغد [معناه: لم يكلمه بعد اليمين حتى تغيب الشمس من الغد]^(٦).

وفي المنتقى نص عليه فقال: إذا قال في نصف الليل: والله لا أكلمك يومًا، ترك كلامه من ساعته بقية الليل والغد حتى تغرب الشمس. ولو قال: والله لا أكلم فلانًا يومين، فعليه ألا يكلمه يومين بليتيهما^(٧)؛ لأن بذكر اليومين يدخل ما بإزائهما من الليالي^(٨).

وفي خلاف المنتقى: إذا قال لغيره: لا أكلمه ثلاثة أيام سوى هذا اليوم، أو قال:

(١) سقط في ب، م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: نص.

(٤) في أ: بقيت.

(٥) في أ: بقيت.

(٦) سقط في ب.

(٧) في م: بليتيهما.

(٨) في أ: الثاني.

غير هذا اليوم، كان حالفاً ألا يكلمه [يومين بعد يومه ذلك؛ [لأن^(١)] بقوله: إلا هذا اليوم^(٢)، استثنى هذا اليوم من الليلة.

وفي الجامع: والله لا أكلمك في اليوم الذي يقدم فيه فلان، فكلمه في أول [اليوم، وقدم^(٣)] فلان في آخر ذلك اليوم، حنث.

ولو قدم فلان في أول اليوم^(٤)، وكلمه في آخر [ذلك^(٥)] اليوم، وقع في بعض نسخ الزعفراني - رحمه الله - أنه يحنث، وعامة المشايخ [على^(٦)] أنه لا يحنث، ولا ذكر لهذه المسألة في الكتاب عن محمد - رحمه الله -.

والوجه في ذلك: أن القدوم وإن كان في معنى الشرط، من حيث إنه ملتزم على خطر الوجود إلا أنه ليس بشرط حقيقة وصورة؛ لأن الحالف ما جعله شرطاً؛ لأنه [ما^(٧)] قرنه بحرف الشرط وما عطفه على الشرط بل جعله معرّفًا بشرط الحنث^(٨)، وهو الكلام، وإنما يكون معرّفًا للشرط إذا وجد الشرط قبله، لأن من شرط المعرف للشيء أن يكون ذلك الشيء سابقاً عليه حتى يحصل التعريف بوجود نفس المعرف، فعملنا بالمعرفة^(٩) فقلنا: إذا وجد القدوم قبل الكلام، لا يحنث^(١٠).

وعملنا بالشرط^(١١) فقلنا: إذا وجد القدوم بعد الكلام، يقع الحنث، مقصوراً عليه، عملاً بالمعنيين جميعاً بقدر الإمكان.

سئل الإمام شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - عن حلف لا يكلم أحداً

(١) سقط في ب.

(٢) في م: ثلاثة أيام مستقبلة بعد هذا اليوم.

(٣) في أ: يوم وقد قدم.

(٤) في أ، ب: يوم.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: يحنث.

(٩) في ب: بالمعريف.

(١٠) المحيط البرهاني (٤/٢٤٢).

(١١) في ب، م: بالشرطية.

فجاء كافر يريد الإسلام، قال: يبين صفة الإسلام والذي يصير الكافر [به]^(١) مسلمًا ولا يكلمه، فلا يحنث.

رجل قال لامرأته: (اكربخانه فلان رومي وباوي سخن كريم)، فأنت كذا، فلم^(٢) يذهب إلى بيته، ولكن كلمه في موضع آخر لا يحنث في يمينه.

ولو قال: (اكربخانه فلان مروم بادي سخن نكوين)، فأنت طالق، وباقي المسألة بحالها، [حنث [في يمينه]^(٣)] [٤]، وطلقت امرأته، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وفتوى ركن الإسلام علي السغددي - رحمه الله - لأن في الوجه الأول: شرط الحنث سببان^(٥): الذهاب إلى بيته، والكلام معه، وقد وجد أحدهما [دون الآخر [فلا]^(٦) يقع الحنث.

وفي الوجه الثاني: [٧] شرط البر سببان^(٨): الذهاب^(٩) إلى بيته، وأن يكلمه، وقد وجد أحدهما، فانعدم^(١٠) شرط البر، فقد فات البر ومن ضرورته تعين الحنث، وقد ذكرنا في كتاب الطلاق: أن اليمين إذا عقدت على عدم الفعل في مجلس، ينظر فيه إلى شرط البر، فهذا بناءً على ذلك.

رجل قال لامرأته وقد كانت ذكرت إنسانًا بين يديه: إن أعدت عليّ ذكر فلان، فأنت طالق، [فقلت]^(١١): لا أعيد عليك [ذكر]^(١٢) فلان، لا يحنث؛ لأنها ما

(١) سقط في م.

(٢) في م: ولم.

(٣) في ب: ويحنث.

(٤) سقط في م.

(٥) في ب: شيثان.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: شيثان.

(٩) في م: أن يذهب.

(١٠) في أ: ما بعد، وفي م: فإن تقدم.

(١١) سقط في م.

(١٢) سقط في م.

ذكرت فلانًا [إنما [تلفظت و] (١)] (٢) وصفت أنها منتهية عما أمرها أن تنتهي عنه .
وكذلك إذا قالت : إذا نهيتني عن ذكر فلان فأنا لا أذكره، ولو قالت : لم (٣) نهيتني
عن ذكر فلان؟ أو قالت : لم تنهني (٤) عن ذكر فلان، فقد ذكرته فيحنت .
في المتقى : إذا حلف لا يكلم امرأة، فكلم صبية، فقد حكي عن بعض المشايخ
أنه يحنت، فكأنه قاس هذه المسألة على [ما إذا حلف لا يتزوج امرأة فتزوج صبية
يحنت في يمينه، ولكن هذا] (٥) الجواب يخالف الرواية، والرواية في المتقى .
وفي المتقى : إذا قال : والله لا أكلمك شهرًا بعد شهر، فهو بمنزلة قوله :
شهرين .

وكذلك، إذا قال : والله لا أكلمك سنة بعد سنة، فهو بمنزلة قوله : سنتين، ولو
قال : والله لا أكلمك شهرًا بعد هذا الشهر، فله أن يكلمه في هذا الشهر .
وفيه أيضًا : إذا قال لقوم : كلامكم علي حرام، فأبهم (٦) كلمه (٧) حنت، ولو
حلف لا يكلمهم، لا يحنت حتى يكلمهم جميعًا .
وفي طلاق المتقى، إذا قال لغيره : والله لا أكلمك ثلاثة أيام سوى هذا اليوم (٨)،
أو قال : غير هذا اليوم، كان حالفًا ألا يكلمه ثلاثة أيام مستقبلة بعد هذا [اليوم، ولو
قال : والله لا أكلمك ثلاثة أيام إلا هذا اليوم، كان حالفًا ألا يكلمه يومين بعد يومه
ذلك؛ لأن بقوله : إلا هذا اليوم، استثنى هذا] (٩) اليوم من الثلاثة .
قال في الجامع : إذا قال الرجل لغيره : إن ابتدأتك بالكلام فعبدي حر، فالتقيا

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في م .

(٣) في ب، م : إن .

(٤) في م : نهيتني .

(٥) سقط في ب .

(٦) في ب : فأبهم، وفي م : فإن .

(٧) في م : كلمهم .

(٨) زاد في أ : ولو قال لا أكلمك .

(٩) سقط في م .

وسلم كل واحد منهما على صاحبه، لم يحنث الحالف فيه؛ لأن شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداية، [والبداية]^(١) بالسبق وللحالف أن يكلمه بالسلام إلا أنه لم يسبقه.

قال: ويسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث أبدًا بحكم [هذا]^(٢) اليمين؛ لوقوع [اليأس عن كلامه]^(٣) بصفة البداية؛ لأن كل كلام^(٤) يوجد [من]^(٥) الحالف بعد هذا فإنما يوجد بعد كلام^(٦) المحلوف عليه.

وعن هذه المسألة قلنا: إن الرجل إذا قال لامرأته: إن ابتدأتك بكلام [فأنت طالق، وقالت المرأة له: إن ابتدأتك بكلام فجاريتي]^(٧) حرة، ثم إن الزوج كلمها بعد ذلك، لا يحنث؛ لأن المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت: إن ابتدأتك بكلام، فلا يكون الزوج مبتدئًا لها، ثم تكلمه المرأة، ولا تحنث في يمينها^(٨) أيضًا؛ لأنها ما ابتدأت بالكلام، وإن كان اليمين منهما معًا، ينبغي أن يكلم كل واحد منهما صاحبه [معًا]^(٩)، فلا يحنث واحد منهما.

وكذلك إذا قال لغيره: إن كلمتك قبل أن تكلمني فعبدني حر، فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه، وخرج الكلامان معًا، لا يحنث في يمينه؛ لأن شرط الحنث كلام موصوف بصفة السبق، وكلام الحالف [ليس بسابق]^(١٠).
ولو قال: إن كلمتك إلا أن تكلمني أو حتى تكلمني، فتكلمنا معًا حنث في يمينه، وذكر في الجامع هكذا.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: الناس عن كلام.

(٤) في أ: ما عُدَّ منهما، وفي م: واحد منهما.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: الكلام.

(٧) في أ: فجاريتي.

(٨) في أ: يمينه.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ، م: يمين سابق.

وذكر القدوري في شرحه: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يحنث، وعلى قول محمد - رحمه الله - : [يحنث في يمينه]^(١).

[ويتبين بما ذكر في القدوري أن ما ذكر في الجامع قول محمد - رحمه الله - . قال في القدوري]^(٢): وعلى هذا سائر الأفعال، نحو أن يحلف لا يدخل^(٣) هذه الدار، حتى يدخلها فلان فدخلًا معًا، وكلام محمد - رحمه الله - في المسألة ظاهر؛ لأن شرط الحنث هنا كلام مطلق، إلا أن الحالف^(٤) عقد يمينه، إلى غاية وهو كلام^(٥) المحلوف عليه معه، فقبل كلام المحلوف عليه معه اليمين باقية، فإذا كلمه الحالف فقد وجد شرط الحنث حال بقاء اليمين؛ فيحنث في يمينه.



(١) في أ: قال في القدوري .
 (٢) سقط في أ .
 (٣) في ب: يفعل .
 (٤) في أ: الحانث .
 (٥) في م: الكلام .

نوع آخر من هذا الفصل: في قراءة القرآن:

إذا حلف لا يقرأ القرآن، فقرأ في الصلاة أو خارج الصلاة، يحنث في يمينه، وإذا حلف على هذا الوجه، فالحيلة له أن يصلي الفرائض بالجماعة ولا يحنث في يمينه [فإن] ^(١) فاتته ^(٢) ركعة فلا حيلة في ذلك، وإذا قضاها، قضاها بقراءة وحنث في يمينه، وفي الوتر ^(٣) ينبغي أن يقتدي بمن يوتر أيضًا، والمرأة إذا حلفت على ذلك تقتدي بزوجها أو بغيره من محارمها.

ولو حلف لا يقرأ [كتاب فلان] ^(٤)، فنظر فيه، حتى أتى على آخره، لم يحنث عند أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال: محمد - رحمه الله -: يحنث.

فأبو يوسف - رحمه الله - اعتبر الحقيقة، فقال: القراءة عمل اللسان وذلك في التفكير والنظر لا يوجد.

ومحمد - رحمه الله - اعتبر المقصود [فقال: المقصود] ^(٥) من قراءة الكتاب فهم ما فيه، وهذا المقصود يحصل بالتفكير والنظر، بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ القرآن فنظر فيه؛ لأن المقصود من [قراءة] ^(٦) القرآن الثواب، والثواب لا يحصل بمجرد التفكير.

وعن محمد - رحمه الله - أنه وقف فيه بعد ذلك.

ولو حلف لا يقرأ القرآن، لا يحنث بالتسمية ^(٧)، إلا أن ينوي [التي] ^(٨) في سورة النمل، وعن محمد - رحمه الله: أنه [لا] ^(٩) يحنث إلا أن يذكر بعد شيء أصابه.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: وإذا.

(٣) في ب: النوم.

(٤) في أ، م: القرآن.

(٥) في م: والمقصود.

(٦) سقط في م.

(٧) في ب: بالفتحة، وثبت في حاشية ب بالسملة ظ.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

ولو حلف لا يقرأ سورة من القرآن، فترك حرفاً منها حنث، ولو ترك آية طويلة، لم يحنث، والله أعلم^(١).

قال في الجامع الصغير: إذا قال الرجل لغيره: إن أخبرتني أن فلاناً قدم فامرأتي طالق، أو قال: فعبدي حر، فأخبره بذلك كاذباً حنث في يمينه، وعتق العبد؛ لأن شرط الحنث مطلق [الخبر]^(٢)، ومطلق الخبر يتحقق بالصدق والكذب؛ ألا ترى أن الناس في عرفهم وعاداتهم يقولون: أخبرنا فلان كاذباً، كما يقولون: أخبرنا فلان صادقاً.

[وهذا]^(٣) بخلاف ما لو قال: إن أخبرتني بقدم فلان، فأخبره بذلك كاذباً [حيث]^(٤) لا يحنث في يمينه، ولا يعتق عبده؛ لأن شرط الحنث في هذه المسألة إخبار ملصق بالقدم؛ لأن حرف [الباء لغة للإلصاق]^(٥)، والخبر إذا كان كذباً لا يكون ملصقاً بالقدم، فلا يتحقق شرط الحنث.

واستشهد في^(٦) الكتاب فقال: ألا ترى أنه لو قال: لغيره إن أخبرتني أن^(٧) امرأتي في الدار فكذا، فأخبره بذلك كاذباً يحنث. ولو قال: إن أخبرتني بمكان امرأتي في الدار، لا يحنث، في يمينه، والفرق ما أشرنا إليه.

ولو قال: إن بشرتني أن فلاناً قد قدم، أو قال: إن بشرتني بقدم فلان، [فكذا]^(٨) فبشره بذلك كاذباً، لا يحنث في يمينه؛ لأن البشارة لغة اسم لخبر سار صادق، ليس عند المبشر [به]^(٩) علمه؛ لأنها مأخوذة من البشرى، وهو ما يظهر في

(١) زاد في م: الفصل الرابع عشر في العقود.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: المبالغة للإطلاق.

(٦) في أ: به.

(٧) في أ: بمكان.

(٨) سقط في ب، م.

(٩) سقط في أ.

[بشرة الوجه من فرح أو حزن لكن كثر استعماله فيما يظهر في بشرة الوجه من فرح، فصار الاسم لما يظهر في] ^(١) بشرة الوجه من الفرح بحكم غلبة الاستعمال كالحقيقة، [والكلام بحقيقته] ^(٢) ^(٣) يقتضيه الأصل وإنما يظهر الفرح في بشرة الوجه إذا كان الخبر صدقًا ولا يكون للمبشر به علم به.

ولو قال: إن أعلمتني أن فلانًا قد قدم، أو قال: إن أعلمتني بقدوم فلان فكذا، فأخبره بذلك كاذبًا، لا يحنث؛ لأن شرط الحنث: الإعلام، والإعلام إيقاع العلم المنافي للجهل للعبد، وبالخبر الكذب لا يحصل العلم فلا يتحقق شرط الحنث، وإن أخبره بذلك صادقًا، ولكن بعد ما علم الحالف، لا يحنث أيضًا؛ لأن العلم لم يحصل للحالف بهذا الخبر، فلا يكون هذا الخبر إعلامًا.

بخلاف ما لو قال: إن أخبرتني فأخبره به بعد ما علم الحالف به، فإنه يحنث في يمينه؛ لأن بمطلق الإخبار يتحقق، وإن كان للمخبر به علم بالمخبر به.

وإن عنى بقوله: أعلمتني، أخبرتني حنث الحالف، وإن كان الإخبار بعد ما حصل العلم للحالف بما أخبر به؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه، ففي الإعلام إخبار وزيادة فيجوز إطلاق اسم الإعلام على الإخبار بطريق المجاز.

وهو معنى قولنا: نوى ما يحتمله لفظه، وينبغي أن تصح نيته ديانه وقضاء لأن فيما نوى تغليظًا وتشديدًا عليه [بذلك] ^(٤) فيصدق] ^(٥).

ولو قال له: إن كتبت إلي أن فلانًا قد قدم فكذا، فكتب إليه بذلك كاذبًا يحنث ^(٦)؛ لأن شرط الحنث [مطلق الكتابة، ومطلق الكتابة يتحقق بالكذب] ^(٧)؛ ألا ترى أن في العرف يقال: كتب إلى فلان بالباطل، كما يقال: كتب فلان بالصدق

(١) سقط في م.

(٢) في م: بحقيقة.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في ب: لا يحنث.

(٧) في أ: الكذب.

لم^(١) يقع الحنث في هذا اليمين الكتابة لا وصول الكتابة .
ولو قال: إن كتبت إلي بقدم فلان فكذا، فكتب إليه كاذبًا لا يحنث؛ لأن شرط
الحنث^(٢) هنا كتابة ملصقة بالقدم، وذلك لا يكون إلا بعد القدم.
[ولو كتب إليه في هذه الصورة أن فلانًا قد قدم، وقد كان فلان قد قدم قبل الكتابة
إلا أن [يكون]^(٣) الكاتب لم يعلم بذلك، حنث الحالف في يمينه؛ لأن شرط الحنث
في هذه الصورة كتابة ملصقة بالقدم لا علم الكاتب بالقدم، وقد وجد هنا كتابة
ملصقة؛ فتحقق شرط الحنث]^(٤).

قال في الزيادات: إذا حلف الرجل لا يظهر سر فلان لفلان أبدًا، فأخبره به
بكتاب كتبه إليه، أو بكلام، أو سأله فلان: أكان سر فلان كذا؟ فأشار برأسه،
[أي]^(٥): نعم، حنث في يمينه، لأن الإظهار عبارة عن فعل يحصل به الظهور، وقد
حصل الظهور بهذه الأشياء.

وكذلك لو حلف لا يفشي سر فلان إلى فلان، أو حلف لا يعلم فلانًا بسر فلان
أو بمكان فلان، ففعل شيئًا مما ذكرنا؛ حنث في يمينه؛ [لوجود شرط الحنث]^(٦)،
وهو الإفشاء، فإن^(٧) الإفشاء والإعلام يحصل بهذه الأشياء وكذلك لو حلف ليكتمنه
سره أو ليخفيه أو ليسترنه ففعل شيئًا من ذلك، حنث في يمينه؛ لأن شرط البر
الإخفاء، والكتمان، والستر، فكان الشرط^(٨) الحنث ضد ذلك وهو الإظهار، [وقد
تحقق الإظهار]^(٩) بما فعل، فتحقق شرط الحنث.

وكذلك إذا حلف لا يدل على فلان، ففعل شيئًا من ذلك حنث؛ لأن الدلالة

(١) في أ: ثم.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ، وفي م: لوجوده.

(٧) في م: لأن.

(٨) في م: لشرط.

(٩) سقط في أ.

بمعنى الإظهار والإعلام، وإن عني في هذه الوجوه كلها الإخبار بالكلام والكتابة والرسالة دون الإشارة، ذكر في الكتابة أنه يدين، ولم يزد على هذا، ولا شك أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الإظهار والإفشاء والإعلام وإن كان يحصل بالإشارة، فهي بالكتابة والكلام أتم، فإذا نوى ذلك فقد نوى ما هو أكمل الوجوه من محتملات لفظه، والله تعالى مطلع على ما في ضميره.

وهل^(١) يصدق في القضاء؟ ذكر عن الحاكم أبي نصر^(٢) [محمد]^(٣) بن مهرويه - رحمه الله - : أنه يصدق، وعامة المشايخ - رحمهم الله - : أنه لا يصدق. ثم إذا حلف بهذه الأشياء [وطلب]^(٤) الحيلة والمخرج عن ذلك، فالحيلة أن يقال: إنا^(٥) نذكر أماكن وأشياء من السر، [مما ليس]^(٦) بمكان فلان، ولا بسر^(٧)، فإذا^(٨) تكلمنا بسر^(٩) أو مكانه فاسكت، فإذا فعل ذلك، واستدلوا على سره ومكانه لا يحنت؛ لأن هذه الأشياء ليس بإظهار، ولا إفشاء، ولا إعلام، ولا دلالة؛ لأن هذه الأشياء لا بد لها من قول أو فعل، ولم يوجد منه إلا السكوت، وإنه ليس بقول، ولا فعل بل هو ترك الفعل، إلا أنهم استدلوا بسكوته على مرادهم، واستدلوا لهم فعلهم، فلا يصلح شرطاً للحنث.

وإذا حلف لا يستخدم فلانة، فأوماً إليها بخدمته^(٩)، فقد استخدمها، [والاستخدام بالإشارة متعارف خصوصاً من الملوك والأكابر، ويستوي إن خدمته فلانة، أو [لم]^(١٠) تخدمه؛ لأن اليمين عقدت على الاستخدام]^(١١).

- (١) في م: وقد.
- (٢) في ب: نصير.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في أ: بطلت.
- (٥) في أ: إنما.
- (٦) في ب: فالسر.
- (٧) زاد في أ، ب: فقل: لا.
- (٨) في أ، ب: إذا.
- (٩) في م: بالخدمة.
- (١٠) سقط في ب.
- (١١) سقط في أ.

والاستخدام: طلب الخدمة، وقد تحقق طلب الخدمة، وإن لم تخدمه فلانة، وإذا حلف لا يخبر فلاناً بسر فلان، أو بمكانه، ففعل ذلك بكتاب أو رسالة يحنث؛ لوجود الشرط، فإن الإخبار كما يكون بالكلام يكون بالكتاب والرسالة، وكذلك لو حلف لا يبشر فلاناً بكذا، ففعل ذلك بكتاب أو رسالة يحنث.

ولو قيل له: أكان الأمر كذا؟ أفلان في موضع كذا؟ فأوماً برأسه، أي: نعم، فهذا ليس بإخبار، ولا بشارة فلا يحنث؛ ألا ترى أنه بعد هذه الأشياء^(١) يستحسن^(٢) ذلك الرجل أن يقول: ما أخبرني فلان، ولا بشرني به، إنما أشار برأسه.

وإن عني بالإخبار وبالبشارة، الإشارة بالرأس وغير ذلك صدق [بيمينه]^(٣) ديانة وقضاء؛ لأنه نوى معنى الإخبار والبشارة، وفيه تغليظ وتشديد عليه فيصدق.

وإذا حلف لا يقر لفلان بمال، فقيل له: أفلان عليك كذا وكذا؟ فأشار برأسه أي نعم، لا يحنث؛ لأن الإقرار لا يتحقق بالإشارة؛ لأنه إخبار عن دين سابق، وقد ذكرنا أن الإخبار لا يحصل بالإشارة؛ ألا ترى [أنه]^(٤) لو قرأ عليه صك إقرار، وقيل: أهو هكذا، فأشار برأسه، أي: نعم، لا يكون إقراراً حتى لا يحل^(٥) للشهود أن يشهدوا عليه بذلك المال، كذا هنا.

فإن قيل: أليس أن الأخرس إذا أقر بالإشارة فإنه يصح ويقضي القاضي به ولو كان الإقرار مما لا يحصل بالإشارة ينبغي ألا يصح؟.

قلنا: الجواب من وجهين:

أحدهما: أن شرط جواز القضاء ليس هو الإقرار ولا الإشارة، [وإنما الشرط علم القاضي بوجود الحق، والعلم حاصل له بالإشارة]^(٦)، [وإن لم]^(٧) يكن إقراراً

(١) في أ: الإشارة.

(٢) في م: يستخبر.

(٣) سقط في ب، م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: يجعل.

(٦) سقط في أ، ب، م.

(٧) في ب: ولم.

أما^(١) شرط الحنث غير^(٢) الإقرار، والإقرار لا يحصل بالإشارة.
والثاني: أن في حق الأخرس قامت الإشارة بحكم العجز مقام الإقرار، وجاز^(٣)
القضاء [لوجود ما قام]^(٤) مقام الإقرار في حق الأخرس لا^(٥) لوجود الإقرار فأما
شرط الحنث [بالإقرار]^(٦).

فإن قال: عنيت أن الإقرار بالإشارة فهو كما عني؛ لأنه [نوى]^(٧) معنى الإقرار،
وفيه تغليظ وتشديد عليه.

وإن حلف ألا يتكلم بسر فلان، لا يحنث بالكتابة^(٨)، والرسالة والإشارة؛ لأن
الكلام ما يكون مشافهة ببيان يسمى متكلمًا؛ ألا ترى أن موسى - صلوات الله عليه
وسلامه - كان مخصوصًا من جملة^(٩) الرسل بكلام الله تعالى مع استوائهم في
الكتاب والرسالة.

ولو قيل له: أكان سر فلان كذا؟ أو قيل له: أفلان بمكان^(١٠) كذا؟ فقال: نعم،
يحنث؛ لأن (نعم) جواب لما سبق من السؤال، والجواب يتضمن إعادة ما في
السؤال، فكأنه [صرح، وقال]^(١١): نعم سر فلان كذا، [فلان]^(١٢) في مكان كذا،
ولو صرح بهذا، أليس إنه يحنث؟ فكذا هنا.

والجواب في قوله^(١٣): لا يحدث بسر فلان، نظير الجواب في قوله: لا يتكلم

(١) في م: ما.

(٢) في م: عن.

(٣) في م: و صار.

(٤) في أ، ب، م: لوجوده.

(٥) في أ: إلا مقام الإقرار.

(٦) في ب: الإقرار، وفي م: الإقرار مقام الإقرار.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: بالكتاب.

(٩) في أ: جهة.

(١٠) في ب: كان.

(١١) في أ، ب، م: قال.

(١٢) سقط في ب.

(١٣) زاد في م: أن.

بسر فلان، ولو حلف على هذه الأيمان كلها، ثم خرس الحالف وصار بحيث لا يقدر على التكلم كانت يمينه على الإشارة والكتابة [إلا] ^(١) في خصلة ^(٢) واحدة، [أنه] ^(٣) إذا حلف ^(٤) لا يتكلم بسر فلان، أو حلف لا يحدث بسر فلان، لم يحدث بالإشارة والكتابة، وإن كانت الإشارة [والكتابة] ^(٥) بعد الخرس، وهذا لأن الخرس ينافي الكلام والحديث، ولا ينافي ^(٦) ما سوى ذلك من الإقرار والإخبار والبشارة، على حسب ما يليق بحاله.

وكل ^(٧) ما ذكرنا أنه يحدث بالإشارة إذا [قال] ^(٨): أشرت، وأنا لا أريد الذي حلفت عليه، فإن كان جواباً لشيء سئل ^(٩) عنه، لم يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه، وبين الله تعالى؛ لأن ما يقوله محتمل، بأن أراد بالإشارة الابتداء، إلا أنه خلاف الظاهر؛ لأن الجواب يتقيد بالسؤال، [فلمكان الاحتمال] ^(١٠) يدين فيما بينه وبين الله تعالى، ولما أنه خلاف الظاهر لا يصدق [في القضاء] ^(١١).

وإذا قال: لا أقول لفلان كذا، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الجامع، ولا في الزيادات وروى عنه في النوادر ^(١٢): أنه مثل الخبر والبشارة، حتى يحدث بالكتاب والرسالة.

قال: ألا ترى أنك تقول: قال الله تعالى لنا: كذا، ولا تقول: كلمنا، في أيمانه، وهكذا ذكر القدوري.

- (١) سقط في أ.
- (٢) في م: جملة.
- (٣) سقط في م.
- (٤) زاد في م: أنه.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في أ: بيئاً في.
- (٧) في ب: وكان.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) في أ: ينتقل.
- (١٠) في م: فلما كان الاختلاف.
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) في أ: الزيادات.

وإذا حلف لا يدعو فلانًا، فدعاه بكتاب أو رسالة، روى هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يحنث، وفي ظاهر الرواية يحنث؛ لأن في العرف الدعاء بالرسالة والكتاب كالدعاء بالمشافهة، يقال: دعا السلطان أمير بلدة كذا إلى بابه، وإن كتب إليه، أو أرسل إليه، والرسول - عليه السلام - بعث داعيًا لكل إلى الله تعالى، وقد دعا البعض بالمشافهة، والبعض بالرسالة والكتاب، [[وكان داعيًا في حق الكل]]^(١)، والله الموفق^(٢).



(١) سقط في ب.
 (٢) سقط في أ، م.

نوع آخر من هذا الفصل: في السب والشتيمة وما يتصل بهما:
إذا حلف لا يشتم فلاناً، فشتمه في موضع لا يسمع المحلوف عليه شتمه، فلا
رواية في هذه المسألة عن محمد - رحمه الله -.

وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يحنث، وقاس الشتم على الكلام.
وقال بعضهم: يحنث، وفرق بين الشتم والكلام.
والفرق: من حيث العرف، فإنه يقال في العرف: شتم فلان فلاناً اليوم، وإن
شتمه بغيبته، ولا يقال: كلم [فلان]^(١) فلاناً، إلا إذا كلمه مشافهة.
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل جرى بينه وبين والدته مشاجرة،
فقال الرجل لوالدته: (اركموا بركر، فامرأتي طالق)، وخرج من المنزل، فقالت
والدته: (مه توباش ومه زن توه)، فسمع الرجل هذه المقالة طلقت امرأته؛ لأن (هذا
أتردر كندب).

وفيه أيضاً: إذا حلف لا يشتم أحداً، فقذف أو شتم ميتاً، يحنث في يمينه.
وفيه أيضاً: قال لامرأته: إذا شتمت أمي، أو ذكرتها بسوء فأنت طالق، فقالت
له: كانت أمك ساسية أو مكذبة، طلقت امرأته^(٢).
إذا قال لعبده: إن شتمت فأنت حر، ثم قال: لا بارك الله تعالى [فيك]^(٣)، لا
يعتق. [وهكذا ذكر في أيمان الجامع الصغير]^(٤).

وفيه أيضاً: إذا قال لعبده: لا أنت ولا أهلك ولا مالك أن هذا شتم^(٥).
وإذا حلف لا يقذف فلاناً، ثم قال له: يا ابن الزانية، فقد اختلف المشايخ فيه:
قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والمختار أنه يحنث؛ لأن هذا قذف له بحكم
العرف والعادة.

(١) سقط في أ، ب.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢٥٠).

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في ب: لا وفيه أيضاً.

في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل قال لامرأته: إن لم أضربك، أو قال: إن لم أسؤك فأنت طالق ثلاثاً، فغاب عنها شهراً^(١)، لم ينفق عليها، وتزوج عليها، فقال لها أهلها: قد أساءك زوجك، وأضر بك، فقالت: ما أساءني وما أضرنني^(٢)، فالقول قول المرأة، ولا حنث عليه.

ولو قال: إن [ضاررتك]^(٣)، أو [قال: إن]^(٤) أسأتك، فأنت طالق، ففعل ذلك قاصداً إضرارها، حنث.

امرأة كانت تمن على زوجها بشيء صنعت في حقه، فقال الزوج: (اكرمنا تلبس سرر بي وكذا)، فامتنعت عن ذلك في وجه الزوج، ولكن كانت تذكر عند غيبته مع غيره، فلا حنث إذا كان مراده ذكرها ذلك بين يديه. هكذا فتوى نجم الدين النسفي - رحمه الله-.

رجل قال لامرأته: «ناقودة رسنام بدهي تراث بكي وسام بدهم براو حلف عليها» ثم إنها شتمت زوجها عشر مرات وهو لم يشتمها^(٥) أو سمعها^(٦) ثم إن الزوج شتمها في وقت آخر لم تسمعه^(٧) في ذلك الوقت، لا يحنث؛ لأنه جعل ليمينه على شتمها غاية، وهو شتمها إياه عشر مرات [حيث قالوا]^(٨): (ما فوده سام [بدهي مرات دا كتمه) عشر مرات، فقد انتهت يمينه فلا يحنث متى شتمها بعد ذلك.

ولو قال: (حركاه لي مراده وسنان)^(٩) بدهي) يعني: قبل شتمك إياي عشر مرات، (واكي بدهم) فكذا، ففي أي وقت شتمها ولم تكن هي شتمته سابقاً على

(١) في أ: أشهراً.

(٢) في م: ضربني.

(٣) في م: لم أضرار بك.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: يسمعها.

(٦) في أ: شتمها.

(٧) في أ: تشتمه.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في م.

شتمته إياها عشر مرات طلقت؛ لأنه^(١) في هذه الصورة ما جعل ليمينه غاية، بل جعل شرط الحنث في يمينه شتمه إياها في عموم الأوقات قبل شتمتها إياه.

ولو قال: (حركاه مسائل ما تحاح تنود بابو مراده دسام بدهي من برايك دسام بدهم) فهنا لا ينتهي اليمين للزوج بوجود^(٢) الشتم منها مرة. هكذا حكى فتوى نجم الدين النسفي - رحمه الله -، وهذا إشارة إلى أن قوله: (حركاه) يقع على كل مرة، وقد ذكرنا اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - فيه أنه يقع على مرة واحدة. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - سكران قال لامرأته: إن لم يكن فلان أوسع دبرًا منك، فأنت طالق.

قال أبو بكر الإسكاف: هذا شيء غير مفهوم ولا مقدور على معرفته فلا يقع به الطلاق.

وفي أيمان العيون، رجل حلف أن فلانًا ثقيل، وهو عنده ثقيل، وهو عند الناس ليس [بثقيل، لم]^(٣) يحنث إلا أن ينوي ما عند الناس.

سئل أبو نصر - رحمه الله - عن تشاجر مع امرأته من قبل أخت له، فقال لها: إن تكلمت بين يدي [من كلام] [أختي، أو سببتها]^(٤) بين يدي فأنت طالق ثلاثًا ثم إن الزوج دخل بيته، وهي تشاجر أخته، وتسبها وهو يسمع ذلك قال: إن كانت تسبها وهو يراها وهي تراه فقد^(٥) سبها بين يدي الأخ فتطلق ثلاثًا.

سئل نجم الدين [النسفي]^(٦) - رحمه الله - عن حلف بطلاق امرأته ألا يشتم أباهًا ثم قال لامرأته: (أي اريد ترد) هل تطلق امرأته؟ قال: نعم، هذا شتم لأبيها. وعنه فيمن حلفه أولياء امرأته بطلاقها، (كه يروي جرم نهبي وويرا يجيزي تهمت

(١) في م: لأن.

(٢) في م: أخت من كلام حتى أو.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: أجنبي أو سبها.

(٥) في م: لوجود.

(٦) سقط في أ.

نكنى)، فحلف على ذلك، ثم قال لها [بعد ذلك]^(١): (خدادا نداتا توجه كرده)، هل تطلق بهذا فقال: لا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال لها: إن شتمتني^(٢) فأنت طالق، وإن لعنتني^(٣) فأنت طالق، [فلعنته]^(٤).

قال محمد بن سلمة^(٥) - رحمه الله - : يقع تطليقتان؛ لأن في كل لعنة شتم؛ ألا ترى أن من قال لامرأته: إن شتمتني^(٦) فأنت طالق، فلعنته طلقت امرأته.

وقال نصير: تقع تطليقة واحدة، ولو قالت [له]^(٧): لا بارك الله فيك، لا تطلق. وكذلك لو قالت له: يا جاهل، يا حمار، يا أبله: لا تطلق.

ولو قال لها: إن شتمتك فأنت طالق، فقال: (أي عراي ببا هذه) فهذا شتم عرفاً.

ولو قال لها: إن شتمتني^(٨) فأنت طالق، فقالت المرأة لولدها الصغير منه: (أي

بلا به يجه)، ينظر: إن قالت ذلك لكرهه عن الولد، لا يقع الطلاق.



(١) سقط في أ.

(٢) في م: شتمتيني.

(٣) في م: لعنتيني.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: سماعة.

(٦) في م: شتمتيني.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: شتمتيني.

نوع آخر: في الطلاق والعتاق:

ويدخل فيه بعض [مسائل^(١)] تعليق الطلاق، وبعض مسائل النكاح. قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا تزوج الرجل امرأة^(٢)، ثم قال لها: إن طلقتك فعبدي حر، فهذا على التكلم بالطلاق، وهذه المسألة مع أجناسها، ذكرناها في كتاب الطلاق، في وقوع^(٣) اختلاف [حكم^(٤)] التعليق لاختلاف المحل المضاف إليه التعليق، فلا نعيد.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: إذا حلف الرجل لا يطلق امرأته، أو لا يعتق عبده، فوكل رجلاً بالطلاق أو^(٥) العتاق، فطلق الوكيل أو أعتق يحنث. وكذلك لو وكل رجلاً أن يعتق عبده، أو يطلق امرأته، ثم حلف ألا^(٦) يطلق أو لا يعتق، ثم طلق الوكيل، أو أعتق حنث؛ لأن عبارة الوكيل في هذه الصورة منقولة [إلى الموكل]^(٧)؛ لكونه سفيراً، فكأن الموكل أعتق بنفسه، فتحقق شرط الحنث، فلهذا حنث في يمينه.

ولو قال: عبده حر إن دخل هذه الدار، أو قال: امرأته طالق إن دخلت هذه الدار، ثم حلف ألا يطلق، أو^(٨) لا يعتق، ثم دخل عبده أو امرأته [الدار]^(٩)، حتى وقع الطلاق والعتاق، حنث قياساً.

وفي الاستحسان: لا يحنث؛ لأن شرط الحنث تطليق وإعتاق بعد اليمين، لما عرف أن الأيمان تقتضي شروطاً في المستقبل، والتطليق والإعتاق هنا [وجد]^(١٠)

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: لا تحل له.

(٣) في أ، م: نوع.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: و.

(٦) في م: أن.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ، م: و.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ.

قبل اليمين لوجود كلمة الإيجاب^(١) قبل اليمين، وهذا لأن الإعتاق ليس إلا التلفظ بلفظ يقع به [العتق، والتطليق ليس إلا التلفظ بلفظ^(٢) يقع به]^(٣) الطلاق، وهو قوله: أنت حر، وقوله: أنت طالق، وقد وجد هذا اللفظ من الحالف قبل اليمين، فلا يصلح شرطاً للحنث، ولو وجد الإعتاق والتطليق بعد اليمين، [ولكن]^(٤) بكلام أنشأه [قبل اليمين، وشرط الحنث تطليق وإعتاق [بغير اليمين بكلام أنشأه]^(٥)]^(٦) بعد اليمين ليتمكنه الامتناع^(٧) عنه، فلهذا لم يحنث.

فلو حلف ألا يطلق امرأته، أو لا يعتق عبده، ثم قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، أو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم دخلت المرأة أو العبد [الدار]^(٨) حتى وقع العتق أو الطلاق يحنث؛ لوجود الإعتاق والتطليق بعد اليمين، لوجود كلمة الإيجاب^(٩) بعد اليمين على العبارة الأولى، ولوجود التطليق والإعتاق بعد اليمين بكلام أنشأه بعد اليمين على العبارة الثانية.

حلف ألا يطلق امرأته فألقى منها، ومضت أربعة أشهر من غير قربان، حتى وقع عليها طلاق الإيلاء، هل يقع عليها تطليقة أخرى باليمين؟
قال نصير - رحمه الله - : يقع .

وغيره قال: لا يقع .

وفي اختلاف زفر ويعقوب: أن على قول زفر: لا تطلق أخرى باليمين .

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : تطلق .

(١) في أ: الاتحاد .

(٢) في ب: التلفظ .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م: شتميني .

(٥) سقط في ب .

(٦) في م: شتميني .

(٧) في أ: الانتفاع .

(٨) سقط في ب .

(٩) في م: الأيمان .

ولو حلف وهو عنين، وفرق^(١) القاضي بينهما [لحكم^(٢) العنة]^(٣) لا يحنث، هكذا ذكر في النوازل.

والفرق بين فصل الإيلاء والعنة أن [في]^(٤) فصل الإيلاء الزوج صار مطلقاً بعد اليمين؛ لأن تقدير الإيلاء: إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق، وفي العنين لم يصير مطلقاً، ووقوع الطلاق ما كان بفعل الزوج، بل القاضي ألزمه حكم الطلاق وجعله مطلقاً حكماً.

وفي المنتقى: إذا آلى منها، أو بانت بالإيلاء، أو كان عنيّاً فخاصمته إلى القاضي، وفرق بينهما، فكل شيء من ذلك يكون طلاقاً، فإنه يحنث به الزوج الحالف، فهذا إشارة إلى [أن في]^(٥) فصل العنة يقع الحنث أيضاً، فإن الفرقة في فصل العنة طلاق.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل قال لامرأته: إن قلت لك: أنت طالق، فأنت طالق، ثم قال لها: قد طلقتك. قال: تطلق أخرى. [قال]^(٦): وإن عني^(٧) أن يكون الطلاق معلقاً باللفظ وهو قوله: أنت طالق، لا يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

وسئل أبو نصر - رحمه الله - عن من قال لامرأته: إن تزوجت عليك امرأة فأنت طالق [واحدة]^(٨) فقالت: لا أرضى تطليقة، فقال: أنت طالق ثلاثاً إن لم ترضي بواحدة. قال: هذا الكلام يراد به الشرط، ولا يراد به الابتداء، ولا يقع في الحال شيء.

-
- (١) في م: ففرق.
 - (٢) في م: بحكم.
 - (٣) سقط في أ.
 - (٤) سقط في أ.
 - (٥) سقط في ب.
 - (٦) في م: شتمتيني.
 - (٧) في أ: عين.
 - (٨) سقط في أ، م.

ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال: كل امرأة أتزوجها تشرب السويق فهي طالق، أو قال: كل امرأة [أتزوجها]^(١) تلبس المعصفر فهي طالق، فتزوج امرأة، فهذا على أن تشرب السويق وتلبس المعصفر بعد العقد إلا أن يكون نيته على ما قبله.

[المعلی عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل قال لامرأة: كل امرأة أتزوجها غيرك إلا أن تزوجيني نفسك فهي طالق، ثم إن المحلوف عليها أبت أن تزوج نفسها منه، فتزوج الرجل امرأة أخرى، ثم إن المحلوف عليها زوجت نفسها منه، قال: إذا تزوج هذه طلقت كل امرأة تزوجها بعد اليمين.

اكرساك زن نحوا هدا فهي طالق ثلاثا، فهذا يقع على انسلاخ ذي الحجة. سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن قال: (اكرمرا هر كزهر أم فلانه زن باشد، وسماها [هزار طلاق دازه)، فأراد]^(٢) أن يتزوج غيرها، قال: ينبغي أن يبدأ فيتزوج امرأة [سوى الذي]^(٣) يريد نكاحها بمهر قليل، فتطلق ثلاثاً ويلزمه نصف المهر، ثم يتزوج التي يريد نكاحها بما أحب [من المهر]^(٤) فلا تطلق، إن لم يكن له^(٥) نية كل امرأة يتزوجها^(٦).

وهذه المسألة تشير إلى أن اليمين بهذه اللفظة تنعقد على امرأة.

سئل نجم الدين - رحمه الله عن له مطلقة قد انقضت عدتها، فحلف وقال: (اكرمرا بزني كنم حلال أبرميروي حرام) [اكر زير من زن يزني كني ارزتو]^(٧)، ثم تزوجها، قال: لا تطلق^(٨).

(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: أ زمن فهذا طلاق ثم أراد، وفي المحيط: أ زمن مهداز طلاق ثم أراد.

(٣) في أ، ب: غير ذلك.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: للحالف.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٤٩٥).

(٧) سقط في أ.

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥١٥).

وهذا الجواب غير صحيح إلا على رواية أبي يوسف - رحمه الله - .
وعنه أيضًا في امرأة قالت لزوجها: اكرر مومن ري بزني كنم أربود طلاق، قال:
يده طلاق، فتزوج امرأة قال: تطلق^(١) ثلاثًا، لأن كلام الزوج خرج جوابًا،
والجواب: يتضمن إعادة ما في السؤال، فكأن الزوج^(٢) قال لها: إن تزوجت عليك
امرأة، فهي طالق بعشر تطليقات .

إذا قال لامرأته: إن لم أطلقك اليوم ثلاثًا، فأنت طالق ثلاثًا، فالحيلة في ذلك أن
يقول لها: أنت طالق ثلاثًا على ألف، فتقول المرأة: لا أقبل، فإن في هذه الصورة لا
يقع الطلاق في رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وبه أخذ كثير من المشايخ، وفي
ظاهر الرواية: هذا لا يصلح حيلة، وتقع التطليقات الثلاث .

ولو قال لها: [إن لم أطلقك اليوم ثلاثًا على ألف فكذا؛ فهو ما، قال: فإن قال
لها]^(٣): أنت طالق ثلاثًا على ألف، فقالت: لا أقبل، لا يلزمه الحنث، وهذا
الجواب يجب أن يكون على الروايات كلها .

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لها: إن سألتني الليلة طلاقك، فلم أطلقك فأنت
طالق ثلاثًا، فقالت المرأة: إن لم أسألك الليلة طلاقك فجميع مالي صدقة في
المساكين، فسألت المرأة الطلاق في الليلة . فقال لها الزوج: أنت طالق إن شئت،
فقالت: لا أشاء، ومضت الليلة، لا تطلق .

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فمضت الليلة، طلقت ثلاثًا .
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا قال لها بالفارسية: (ارتو فردازن من
باشي)، فأنت طالق ثلاثًا، فخالعها بعد ما طلع الفجر من الغد، ينظر: إن كان مراد
الزوج من كلامه السابق منع كونها امرأة له في شيء من الغد، فإذا أخرج الخلع إلى ما
بعد طلوع الفجر، طلقت ثلاثًا .

(١) في ب: لا تطلق .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في ب .

وإن لم تكن له نية إذا خالعتها قبل غروب الشمس من الغد [لا تطلق بحكم اليمين^(١)، فإن خالعتها]^(٢) قبل غروب الشمس من الغد^(٣)، ثم تزوجها قبل غروب الشمس [طلقت بحكم اليمين^(٤)].

ولو خالعتها قبل غروب الشمس ثم تزوجها^(٥) في [اليوم الجائي]^(٦) لا تطلق بحكم اليمين^(٧).

وفي فتاوى سمرقند: إذا قال لامرأته بالفارسية ليلا: (اكرترا امشب دارم توسه طلاق)، فأنت طالق ثلاثاً، فطلقها في الليلة تطليقة بائنة^(٨) ومضت الليلة ثم تزوجها في الغد لا تطلق.

وكذا إذا قال لها نهاراً: (اكرترا جزا مروز دارم)، فطلقها تطليقة بائنة في هذا اليوم ومضى اليوم، لا تطلق.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت بزواج آخر ودخل بها الزوج [الثاني]^(٩) وفارقها، فقبل للزوج الأول: لِمَ لا تتزوجها؟ فقال بالفارسية: (اكر كارمت ناو تيكو اسود اكر حيانيت فتح مروسه أسب)، فهي طالق ثلاثاً ثم تزوجها، قال: إن كان أراد بقوله (تيكو سود) أن يصير حلالاً لها، وهذا الجواب مستقيم فيما إذا أراد الزوج بقوله: (حلال سود) حل الزوج، أما إذا أراد به^(١٠) حل الوطاء لا التزوج بالزوج^(١١) ينبغي أن تطلق.

(١) قال في المحيط: لأنَّ البر إنما يتحقَّق في آخر النهار، وهي ليست امرأته في آخر النهار.

(٢) في أ: تزوجها.

(٣) سقط في م.

(٤) قال في المحيط: لأنها امرأته قبل غروب الشمس.

(٥) سقط في أ، ب، م.

(٦) في م: الحال.

(٧) قال في المحيط: لأنها لم تكن امرأته قبل غروب الشمس من الغد.

(٨) في م: ثانية.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: بقوله.

(١١) في أ، ب: بالتزوج.

وإذا قال لامرأته: إذا طلقك فأنت طالق، [وإذا لم أطلقك فأنت طالق]^(١)، فلم^(٢) يطلقها حتى مات طلقت ثنتين، ولو [قال]^(٣): إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقك، وإن طلقك فأنت طالق، فمات قبل أن يطلق [فهي طالق]^(٤) واحدة.

وفي جامع إسماعيل بن حماد - رحمه الله - إذا قال لها: أنت طالق إن لم أطلقك وإن طلقك فأنت طالق، فهي امرأته حتى تموت، فإن طلقها طلقت ثنتين، وإن لم يطلقها طلقت واحدة، إذا مات أو ماتت.

سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن ترمذي^(٥) تزوج ببلخ امرأة بلخية ثم إنها ذهبت إلى ترمذ بحيث لا يعرف زوجها، ثم قيل له: إن لك بترمد امرأة، فقال: إن كان لي بترمد امرأة فهي طالق ثلاثاً، قال أبو نصر^(٦) - رحمه الله - لا تطلق.

وبه قال أبو يوسف^(٧) - رحمه الله - .

وقال غيره: تطلق.

وبه قال محمد، وقال: وهذا أحب إلي.

ثم^(٨): إن أخذ بقول أبي نصر^(٩) ^(١٠) فعلى هذا إذا تلفت امرأة، فقيل لرجل: هذه امرأتك، ثم قيل له: احلف بالطلاق^(١١) الثلاث إذا كان لك امرأة سواها فحلف، [فإذا المتلففة أجنبية]^(١٢)، هل تطلق امرأته؟ فالمسألة تكون على الخلاف.

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: ولم.

(٣) في ب، م: بدأ فقال.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: من.

(٦) في أ: منصور.

(٧) زاد في ب: ومحمد.

(٨) زاد في أ: قال.

(٩) في م: نصير.

(١٠) زاد في أ: أخذ، وفي م: نصر.

(١١) في ب، م: الطلقات.

(١٢) سقط في أ.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : المختار [في الفتوى]^(١) أنها تطلق في الفصلين^(٢) قضاء لا ديانة، وهو نظير ما لو لقت المرأة زوجها طلاقها فطلقها وهو لا يعلم به .

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا قال لأجنبية^(٣) : إن تزوجت عليك فأنتما طالقان، أو قال: فأنت^(٤) وهي طالق، ثم تزوجها ثم تزوج عليها طلقا .
إذا قال لابنته^(٥) بالفارسية: (اكراز سوى بيرون آمدي ما درم طلاق)، فخلعها الأب أو غيره بغير أمرها فأجازت، حكى فتوى بعض المشايخ أنها لا تطلق أمها؛ لأن الخلع من جانبها بيع، ومن حلف ألا يبيع لا يحنث بإجازة بيع الفضولي ماله، إلا أن يكون ممن لا يتولى البيع بنفسه (وبدون أمرى صرق أر سوى بخلع قود) لأن هذا عبارة عن فرقة إليها^(٦) ومسائل الخطبة^(٧) ذكرناها في كتاب الطلاق، والله أعلم .



(١) في ب، م: للفتوى .
 (٢) في أ: القضاء .
 (٣) في م: لامرأة .
 (٤) زاد في ب: طالق .
 (٥) في أ: لابنته .
 (٦) في م: أبيها .
 (٧) في م: الحنطة .

الفصل الرابع^(١) عشر في الحلف على العقود

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في النكاح:

بعض مسائل هذا النوع قد تقدم ذكره^(٢) في كتاب^(٣) الطلاق، ومن جملة ما لم يتقدم ذكره ما قال في الجامع: إذا حلف الرجل ألا يتزوج [اليوم]^(٤) امرأة فتزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، لم يحنث؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل والتام. وتمام السبب وكمالها بإفادته^(٥) الحكم المختص به المقصود منه والحكم المقصود المختص بالنكاح [الحل، والنكاح]^(٦) الفاسد لا يفيد الحل؛ فلم يكن تامًا فلا يوجد شرط الحنث، ولأن السبب إنما ينعقد بصفة التمام إذا لم يكن في المحل ما ينافيه، وفي المحل ما ينافي النكاح من وجه؛ لأن النكاح يقتضي المملوكية، والحرية تنافي المملوكية فلا يكون محلاً من وجه، ومن حيث إنها [أنثى]^(٧) من المحللات^(٨) يقتضي أن يكون محلاً، فكانت^(٩) محلاً من وجه دون وجه، وإنما سقط اعتبار المنافي باعتبار الحاجة والحاجة تندفع^(١٠) بالجائز، فلا حاجة إلى الفاسد.

كيف وإن الحاجة تندفع^(١١) بالفاسد أصلاً؛ لأنه لا يفيد الحل^(١٢)، ثم هذا

(١) في م: الخامس.

(٢) في م: ذكرها.

(٣) في ب: باب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: بإرادته، وفي م: بإعارته.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، وفي م: التي.

(٨) في أ: المحللات.

(٩) في أ: فكان.

(١٠) في أ: تنتفع.

(١١) في ب: لا تندفع.

(١٢) في م: الفعل.

التعليل إشارة إلى أن النكاح الفاسد منعقد، ولكن لا بصفة التمام. [وهذا فصل اختلف فيه المشايخ: بعضهم قالوا: ينعقد ولكن لا بصفه التمام]^(١).

وبعضهم قالوا: لا ينعقد أصلاً؛ لأن في^(٢) المحل ما ينافي النكاح، وإنما سقط اعتبار المنافي لحاجة ولا حاجة إلى النكاح الفاسد؛ إذ لا تندفع الحاجة بالنكاح الفاسد فلا يسقط اعتبار المنافي في حق النكاح الفاسد [فالنكاح الفاسد]^(٣) لم يصادف محله، فلم ينعقد أصلاً.

ومنهم من قال: ينعقد بمقتضى الإقدام على الوطاء ضرورة ألا يضيع ماء^(٤) الزوج ولا ضرورة في حق الحنث [فلا يظهر الانعقاد في حق الحنث]^(٥).

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير: أن الصواب [أن]^(٦) يحنث عند أبي حنيفة بالنكاح الفاسد.

وفي شرح الجامع الصغير أيضاً: أن التوكيل بالنكاح مطلقاً ينصرف إلى النكاح الصحيح والفاسد عند أبي حنيفة.

وفي وكالة الجامع الكبير: أن التوكيل بالنكاح مطلقاً ينصرف إلى الفاسد، ولم يحك^(٧) فيه خلافاً.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : هو الصحيح، قال - رحمه الله - : وما ذكر فخر الإسلام فذلك قوله، ولا يفتى به.

هذا إذا عقد [يمينه]^(٨) على المستقبل، فلو عقد يمينه على الماضي بأن قال: إن

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: مال.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في ب.

(٧) في م: يجذ.

(٨) سقط في ب.

كنت تزوجت أمس فكذا، وكان تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا [حنت]^(١)، واسم النكاح مطلقًا في المستقبل ينصرف إلى الجائر [والفاسد جميعًا].

والقياس^(٢) في الماضي أن ينصرف إلى الجائر أيضًا؛ لما ذكرنا أن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل والتام، ولكن تركنا القياس في الماضي بحكم العرف، فإن في العرف يراد بالإخبار عن أمر ماضٍ^(٣) الحكاية عن الوجود، ولا يراد به^(٤) المقصود الذي شرع له.

قلنا: والصحيح والفاقد في حق صحة الحكاية عنه على السواء، ومثل هذا العرف لم يوجد في المستقبل فيعمل فيه^(٥) بقضية القياس، ولأن مطلق الاسم لما انصرف إلى الجائر بالدليل الذي قلنا صار الجواز^(٦) كالمنصوص عليه في الماضي والمستقبل؛ لأنه^(٧) لو صرح بالجواز في الماضي يحنت بالفاقد؛ لأن النكاح في الماضي صار عينًا بالأداء، والصفة في العين^(٨) لغو، ولو صرح بالجواز في المستقبل لا يحنت بالفاقد؛ لأن النكاح في المستقبل لم يصير عينًا والصفة في غير العين معتبرة، وإن نوى الجائر^(٩) في الماضي، أو نوى الفاسد في المستقبل دين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء.

وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - : [إذا قال:]^(١٠) إن كنت تزوجت اليوم امرأة فعبدني حر، وقد كان تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا لا يحنت، وهذا خلاف ما ذكر في الجامع.

- (١) سقط في م.
- (٢) في ب: دون الفاسد و.
- (٣) في أ، ب: الماضي.
- (٤) زاد في م: الحكم أو.
- (٥) في أ، م: به.
- (٦) في م: الحق.
- (٧) في م: إلا أنه.
- (٨) زاد في ب: الفاسد.
- (٩) في أ: الحالف.
- (١٠) سقط في أ.

ولو قال: إن لم أكن تزوجت اليوم امرأة فعبدني حر، وقد كان تزوجها نكاحًا فاسدًا، لا يحنث.

ولو حلف لا يتزوج امرأة فتزوج امرأة بغير أمرها بأن زوجها [منه]^(١) فضولي، لا يحنث.

فرق بين نكاح الفضولي وبين بيع الفضولي، ولا فرق بينهما من حيث الصورة؛ لأن نكاح الفضولي يفيد الحكم في^(٢) الجملة فإنه يفيد الحل عند إجازة المرأة، كما أن بيع الفضولي يفيد الحكم وهو الملك عند إجازة المالك، فكان كاملاً كالبيع فيتناوله مطلق اسم الزوج، ومع هذا فرق بينهما، فقال في النكاح: لا يحنث، وقال في البيع: يحنث^(٣).

والفرق: أن نكاح الفضولي ليس بمنعقد على سبيل التمام؛ لأن في المحل ما ينافيه على ما مر، ولا يكون تامًّا فلا يتناوله مطلق الاسم، إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في حالة مخصوصة وهي حالة رضاها فيخالفان النكاح، وفيما عدا هذه الحالة لا يسقط اعتباره فلا يتم الانعقاد، والتقريب ما مر، بخلاف البيع [لأنه بيع]^(٤) الفضولي تام إذ ليس في المحل ما ينافيه.

فإن قيل^(٥): الحكم في حق الأمة نظير الحكم في حق الحرة، وليس في الأمة ما ينافي الانعقاد.

[قلنا: لا، بل في الأمة ما ينافي الانعقاد]^(٦) لأن بالرق ذهب نصف الحل، وبقي النصف كما كان قبل الرق، ففي النصف الثاني الجواز باعتبار الحرية وبهذا استحقت القسم [كما قبل الرق]^(٧) فلو^(٨) أن المرأة أجازت النكاح في اليوم حنث؛ لأن

(١) سقط في أ، م.

(٢) في ب: من حيث.

(٣) في أ: لا يحنث.

(٤) في ب: الفضولي.

(٥) في م: قيد.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في ب: و.

بالإجازة ينعقد العقد بصفة التمام فيتم السبب، وكذلك إن أجازت في الغد يحنث، وكان ينبغي ألا يحنث؛ لأن النكاح إنما يتم^(١) في الغد، فشرط الحنث نكاح تام في اليوم.

والجواب: النكاح وإن تم في الغد إلا أن التمام صفة النكاح، والصفة تقوم بالموصوف ويستند إلى وقت النكاح؛ [ولهذا شرطت الشهادة وقت النكاح]^(٢) لا وقت الإجازة، وإذا استند التمام إلى وقت النكاح، كان النكاح تاماً في اليوم فلهذا حنث.

قال في الكتاب: ألا ترى أن من حلف ألا يتزوج امرأة بالكوفة، [فتزوج امرأة]^(٣) بالكوفة بغير رضاها فبلغها وهي بالبصرة فأجازت نكاحها، حنث وإن كان تمام النكاح بالإجازة، [والإجازة]^(٤) وجدت بالبصرة.

ولكن قيل: بأن التمام يستند إلى وقت العقد، والعقد وجد^(٥) بالكوفة.

وبهاتين المسألتين يستدل بعض مشايخنا فيمن حلف بطلاق امرأة إن تزوجها، فزوجه رجل تلك المرأة بغير أمره^(٦) وأجاز قولاً أو فعلاً، أو حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فزوجه رجل امرأة بغير أمره وأجاز قولاً أو فعلاً؛ أنها لا تطلق؛ لأنه عقد يمينه على التزوج، والإجازة ليست بتزوج ولا تزويج [ألا ترى أن محمداً - رحمه الله - لم يجعل الإجازة في هاتين المسألتين تزويجاً؛ إذ لو جعلها تزويجاً لكان لا يحنث إذا أجازت في الغد، وإذا أجازت بالبصرة.

لهذا^(٧) اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا تطلق إجازة^(٨) [قولاً أو فعلاً]^(٩).

(١) في أ، م: إتمام.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: قد وجد.

(٦) في أ: أمرها.

(٧) في ب: وهذا الفصل.

(٨) في م: أجازت.

واختلفوا فيما بينهم في العلة، منهم من قال: لأن الإجازة ليست بتزويج ولا تزوج فعرفنا أن الإجازة ليست بتزويج ولا تزويج^(١) كما لو تزوجها [في الغد وكما لو تزوجها]^(٢) بالبصرة فلا يتحقق شرط وقوع الطلاق.

ومنهم من لم يتعرض للإجازة أنها تزويج [أو^(٣) تزوج^(٤)] أو ليست بتزويج ولا [أو^(٥) تزوج؟ مع هذا يقول: لا تطلق المرأة؛ لأنها لو طلقت إنما طلقت إذا علمت إجازتها وصار متزوجاً إياها، ولو علمت^(٦) إجازتها يصير متزوجاً إياها من وقت مباشرة العقد فتطلق من ذلك الوقت؛ لأن الطلاق معلق بالتزويج والإجازة وجدت^(٧) بعد ذلك الوقت فتبين أن الإجازة وجدت ولا نكاح بينهما [أصلاً]^(٨) [فتبين أنها وقعت باطلة، وأنه لم يصر متزوجاً إياها، وأن^(٩) الطلاق لم يقع^(١٠)] ففي إيقاعه^(١١) ابتداء إبطاله انتهاء^(١٢) فلا يقع الطلاق [ويجعل في حق وقوع الطلاق كأن]^(١٣) الإجازة لم توجد أصلاً.

وبعضهم قالوا: إن^(١٤) أجاز بالقول تطلق^(١٥)، وإن أجاز بالفعل، لا تطلق. [وبعضهم قالوا: [تطلق]^(١٦) بالقول أو بالفعل]^(١٧)؛ لأن الإجازة في الانتهاء

(٩) في ب: فعلا أو قولاً.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: و.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: عملت.

(٧) في أ: فوجدت.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: ولأن.

(١٠) سقط في م.

(١١) في ب، م: إيقاع.

(١٢) في أ: إنهاء.

(١٣) في ب: فإن.

(١٤) في أ: إنما.

(١٥) في أ: وطلق.

(١٦) سقط في أ.

كالإذن في الابتداء، من حيث إن العاقد بالإجازة^(١) يصير نائباً عنه من ذلك الوقت، وفعل النائب كفعل المنوب عنه؛ فيصير متزوجاً من ذلك الوقت، وخرج على هذا ما ذكر من المسألتين هنا؛ لأن المرأة بالإجازة صارت مزوجة [من وجه]^(٢) نفسها في ذلك الوقت الذي عقد الفضولي كما لو أذنت بذلك في الابتداء؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء؛ فلهذا حث في المسألتين.

وفي المنتقى إذا قال الرجل: والله لأتزوجن بالكوفة، فزوجه رجل وليته الكبيرة ببغداد فبلغها الخبر، فأجازت وهي بالكوفة، فقد برّ في يمينه؛ لأنه إنما صار متزوجاً يوم أجازت النكاح.

وعلى هذا إذا قال: لأتزوجن يوم الجمعة، فزوجه رجل وليته يوم الخميس وأجازت يوم الجمعة، فعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي ألا يبر؛ لأن عمل^(٣) الإجازة في إتمام النكاح، والتام مستند^(٤) إلى وقت المباشرة فيصير متزوجاً ببغداد وفي يوم الخميس فلا يبر.

وفي العيون: إذا حلف الرجل [ليتزوجن]^(٥) سرّاً فأشهد شاهدين فهو سر؛ لأن النكاح لا يتصور له بدون الشاهدين، ولو أشهد^(٦) ثلاثة، حث؛ لأن هذا علانية؛ لأن النكاح يتصور بدون الثلاثة فيصير علانية.

إذا حلف بالفارسية: (اكرزن كنم)، أو قال: (اكرزن نحواهم)، أو قال: (اكرزن آرم)، فقله: (اكرزن كنم)، وقوله: (اكرزن نحواهم)، فارسية قوله: إن تزوجت، فيقع يمينه على العقد.

(١٧) من قوله: «وبعضهم»، إلى: بالفعل» في ب: بالفعل أو بالقول.

(١) في ب: في الإجازة.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: على.

(٤) في ب: استند.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: شهد.

وقوله: (اكرزن أرم) اختلفت المشايخ فيه، بعضهم قالوا: [هو على العقد، وقال بعضهم]^(١): هو على الفعل، وهو: أوزدن، وهو الأظهر والأشبه، وإذا حلف ألا يتزوج امرأة، فوكل وكيلاً حتى يزوجه منه فزوجه منه، حنث في يمينه. وكذلك إذا وكل رجلاً أن يزوجه له امرأة بعينها، ثم حلف ألا يتزوج فزوجه الوكيل تلك المرأة يحنث في يمينه؛ لأن الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر، فتصير عبارته منقولة^(٢) إلى الموكل فكأن الموكل تزوجه بعد اليمين، ولأجل هذا المعنى كانت العهدة^(٣) على الموكل دون الوكيل، ذكره في الزيادات. وفي المنتقى: إذا حلف لا يتزوج امرأة فتزوج صبية، حنث. وفيه أيضاً: إذا حلف الرجل وهو ببغداد ألا يتزوج من نساء بغداد فبعث^(٤) إلى واسطية بواسطة ليتزوجها فحضرت الواسطية [بغداد وتزوجها، قال: إن كانت الواسطية]^(٥) حين دخلت بغداد وطنت ببغداد، ثم تزوجه الحالف، يحنث؛ لأنها صارت من نساء بغداد.

وهذا الجواب يجب أن يكون على قول أبي حنيفة بدليل مسألة [تأتي]^(٦) بعد هذا.

وإن كانت حين دخلت بغداد قالت: إن تزوجني فلان أقمت ببغداد [وإلا انصرفت إلى واسط، فهذه ليست من نساء بغداد ولا يحنث بتزوجها. قال]^(٧)؛ ألا ترى أنها تصلي صلاة المسافرين في هذه الصورة، وفي الصورة الأولى صلاة المقيمين.

-
- (١) سقط في م.
 (٢) في ب: مقبولة.
 (٣) في أ، م: العدة.
 (٤) في ب: وتزوجها.
 (٥) سقط في ب.
 (٦) سقط في م.
 (٧) في أ: ولا يحنث بتزوجها.

إذا حلف الرجل ألا يتزوج [امرأة فُجِّنَ فزوجه أبوه، لا يحنث، هكذا ذكر في الفتاوي.

وفي القدوري: إذا حلف لا يتزوج امرأة^(١) فصار معنوهاً فزوجه أبوه امرأة، يحنث؛ لأن الحقوق تعود إليه فكان هو المتزوج.

عبد حلف ألا يتزوج امرأة فزوجه المولى امرأة على كره [منه]^(٢)، لا يحنث؛ لأنه لم يتزوج، ولو أكرهه المولى حتى تزوج بنفسه، يحنث؛ لأنه قد تزوج. وفي العيون: إذا حلف الرجل لا يتزوج من نساء أهل البصرة فتزوج جارية قد ولدت بالبصرة ونشأت بالكوفة ووطنت^(٣) بها، يحنث عند أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأنه يعتبر الولادة. وبهذه المسألة تبين أن ما تقدم من مسألة الواسطية إذا وطنت ببغداد قولهما لا قول أبي حنيفة.

وإذا حلف لا يتزوج قروية، فقد قيل: من كان خارج الربض فهو قروي. وهذا الجواب لا يستقيم [فيمن]^(٤) سكن في فناء المصر؛ ألا ترى أن من يسكن ببخارى أو^(٥) تركستان أو في رباط وليان^(٦) لا يسمى قروياً، ولو ذهبت امرأة مصرية إلى قرية وولدت ثمة ولدًا فالولد قروي على قياس قول أبي حنيفة، وإن ذهبت إلى كرم وولدت ثمة [ولدًا]^(٧) فالولد لا يكون قروياً.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا حلف لا يتزوج من يراد^(٨) فلان فتزوج ابنه ابنته [يحنث، ولو قال: من أهل بيته فتزوج ابنه ابنته]^(٩) لا يحنث؛ لأن ابنته من يراده^(١٠)

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب، م: وأوطنت.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: في.

(٦) في م: دليان.

وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢٥٤).

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: بنات.

(٩) سقط في أ، م.

أما ليست من أهل بيته؛ لأن المراد^(١) من هذا البيت بيت النسب والنسب إلى الآباء. وأما إذا قال لامرأة: إن جلست في نكاحك فامرأته طالق، فتزوجها، لا تطلق؛ لأن المفهوم من هذا الكلام جلوسه في نكاحها مع غيره لا مع نفسه. وفي النوازل^(٢): إذا قال: والله لا أتزوج من أهل هذه الدار وليس للدار أهل، ثم سكنها قوم فتزوج منهم أو قال: والله لا أتزوج من بنات فلان، وليس لفلان ابنة ثم ولد له ابنة فتزوجها، لا يحنث.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: ما ذكر هاهنا يوافق قول محمد - رحمه الله -، و^(٣) لا^(٤) يوافق قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، فقد ذكر في الجامع الصغير: أن من حلف لا يكلم امرأة فلان وليس لفلان امرأة ثم تزوج امرأة [وكلمها الحالف، حنث في يمينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد. ولو قال: والله لا أتزوج من أهل الكوفة وتزوج امرأة]^(٥) لم تكن ولدت يومئذ، حنث^(٦).

وفي القدوري: إذا حلف لا يتزوج ابنة فلان، فولدت له ابنة فتزوجها لم يحنث، ولو قال: بنتاً لفلان أو بنتاً من بناته، حنث، ويلزمه اليمين في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال أسد بن عمرو^(٧): لا يحنث، وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن حلف

(١٠) في ب: يراد.

(١) في أ: المر.

(٢) في م: النوادر.

(٣) في م: وأما.

(٤) في أ: أما.

(٥) سقط في م.

(٦) في ب: يحنث.

(٧) هو: أسد بن عمرو بن عامر بن عبد الله بن عمرو بن عامر بن أسلم أبو المنذر، وقيل: أبو عمرو، القشيري، الجلي، الكوفي. صاحب الإمام، وأحد الأئمة الأعلام. سمع الإمام الأعظم أبا حنيفة، ومطرف بن طريف، وحجاج بن أرطأة، وغيرهم. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/١٤٠)، الطبقات السننية في تراجم

لا يزوج ابنته الصغيرة فأمر رجلاً فزوجها، فهو حانث، وكذلك إذا زوجها فضولي [فأجاز]^(١) فهو حانث؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فانصرفت اليمين إلى الإجازة، ويتقيد الحكم به وقد وجد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أيضاً: في الرجل [إذا]^(٢) حلف لا يزوج عبده امرأة فزوجه غيره وأجاز هو أنه يحنث.

وعن محمد - رحمه الله - في فصل الفضولي: أنه لا حنث على الأب؛ لأن الإجازة ليست بتزويج.

وإذا حلف لا يزوج ابناً له كبيراً فأمر رجلاً فزوجه، وأجاز الابن لا يحنث؛ لأنه لم يوجد منه العقد ولا الإجازة.

وعن محمد في امرأة حلفت^(٣) ألا تزوج نفسها فزوجها رجل بأمرها أو بغير أمرها، فأجازت، حنثت^(٤) وهذه الرواية في الإجازة مخالفة للرواية المتقدمة.

وكذلك البكر إذا حلفت ألا تزوج نفسها فزوجها رجل بغير أمرها فبلغها الخبر فسكتت، فهي حائثة.

ولو حلفت البكر ألا تأذن أحداً حتى يزوجه فزوجها رجل، وبلغها الخبر فسكتت، فلا رواية في هذا الفصل عن محمد، وإنما الرواية في الرجل [إذا]^(٥) حلف لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يبيع ويشترى، فسكتت، فهو حانث.

وعن أبي يوسف أنه لا يحنث في المسألتين؛ لأن الإذن تصرف قولي لا يوجد إلا باللسان، وذكر مسألة البكر في المنتقى رواية مجهولة أنها^(٦) تحنث.

= الحنفية، ص (١٦٩).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، ب، م.

(٣) في أ: حلف.

(٤) في ب: حنث.

(٥) سقط في أ، ب.

(٦) زاد في ب: لا.

وفي النوازل^(١) عن أبي يوسف: إذا حلف لا [يتزوج فلاناً]^(٢) فأمر رجلاً فزوجه^(٣) لا يحنث، ولو حلف لا يتزوج فأمر رجلاً فزوجه، يحنث^(٤)، والله أعلم.

* * *

(١) في ب، م: النوادر.

(٢) في ب، م: فلانة.

(٣) في م: فزوجها.

(٤) في ب: حنث.

نوع آخر: من هذا الفصل في البيع والشراء والملك:
قال محمد في الجامع: إذا حلف الرجل لا يبيع فباع بيعًا فاسدًا، يحنث في يمينه^(١).

وعن أبي يوسف: أنه لا يحنث، والصحيح ما ذكره^(٢) في الجامع.
ووجه ذلك: أن البيع الفاسد بيع تام؛ إذ ليس في المحل ما ينافي انعقاده، ألا [ترى]^(٣) أنه تراخى حكمه وهو الملك، وإنه لا يدل على نقصان فيه؛ كالبيع بشرط الخيار فيبقى هذا القدر أنه لا [يفيد الحل]^(٤)؛ لا في الحال ولا في التالي^(٥).
قلنا: نعم، إلا أن الحل ليس بحكم مقصود من البيع، وإنما المقصود منه [والمختص به الملك، والبيع الفاسد يفيد الملك في الجملة، وكمال السبب بإفادته الحكم المختص به والمقصود منه]^(٦) لا بإفادته^(٧) الحكم الزائد.
ولو حلف لا يشتري اليوم فاشترى [عبدًا بخمر أو خنزير]^(٨) حنث، وعن أبي يوسف: أنه لا يحنث، هكذا ذكر المسألة في الجامع.
وذكر مسألة الشراء في موضع آخر، وذكر فيها القياس والاستحسان، وذكر القياس والاستحسان في مسألة الشراء.

[ذكر في مسألة الشراء]^(٩): لو اشترى [بميتة أو دم]^(١٠) لا يحنث؛ لأن الشراء مبادلة المال^(١١) بالمال، والميتة والدم ليسا بمال وكذلك إذا حلف لا يبيع فباع

(١) زاد في ب، م: في النوادر.

(٢) في ب، م: ذكر.

(٣) سقط في أ، ب، م.

(٤) في م: يبقى بقيد الحل الحال.

(٥) في أ، م: الثاني.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: لإفادته، وفي ب: بإفادته.

(٨) في أ، م: خمراً أو خنزيراً.

(٩) سقط في أ، وفي م: البيع.

(١٠) في أ: ميتة أو دمًا.

(١١) في ب: المثل.

بالميتة أو الدم لا يحنث لما ذكرنا.

ولو حلف لا يشتري [فاشتري]^(١) مكاتبًا أو مدبرًا أو أم ولد، لا يحنث [هكذا ذكر المسألة]^(٢)، فكان ينبغي أن يحنث؛ لأن شراء هؤلاء يفيد الملك في الجملة بأن يجيز المكاتب بيع نفسه، والقاضي يقضي بجواز بيع المدبر وأم الولد في رواية فيكون نظير البيع الفاسد، والبيع بشرط الخيار [للمشتري]^(٣) من الفضولي.

والجواب: السبب إنما ينعقد بصفة التمام إذا لم يكن في المحل ما ينافي الانعقاد كما في المسائل التي ذكرها، فإن [في]^(٤) تلك المسائل ليس في المحل ما ينافي انعقاد البيع؛ لأن المحل مال متقوم من كل وجه فانعقد البيع بصفة التمام، وإن تراخى حكمه وأثر^(٥) القبض والإجازة هناك في ثبوت الحكم لا^(٦) في إزالة المنافي^(٧) عند^(٨) السبب، وفي المكاتب والمدبر وأم الولد ما ينافي انعقاد السبب وهو الحرية من الوجه الذي يعبر عنها بحق الحرية فلم يكن الانعقاد ثابتًا بصفة التمام، وأثر إجازة المكاتب إن سلمنا أن بيعه يجوز برضائه في إزالة المنافي عن السبب لا في إثبات الحكم، وإذا وجدت الإجازة [والقضاء زال]^(٩) المنافي عن السبب، فينعقد بصفة التمام ويقع الحنث حينئذ، أما قبل ذلك فلا يحنث.

فإن قيل: أليس إن محمداً ذكر في كتاب البيوع: إذا جمع الرجل بين مدبر وقن في البيع فالبيع ينعقد في حق القن صحيحًا، ولو لم ينعقد العقد في حق المدبر لما انعقد في حق القن؛ لأن بيع القن حينئذ يكون بيعًا بالحصّة.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ، ب، م.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وإبراء.

(٦) في أ: إلا.

(٧) في أ: الثاني.

(٨) في ب، م: عن.

(٩) في أ: واقتضاء.

قلنا: نحن لا ننكر انعقاد العقد في حق هؤلاء أصلاً، وإنما ننكر انعقاده في حقهم بصفة التمام، وهذا لأن امتناع انعقاد العقد في حق المدبر بسبب^(١) المنافي وهو الحرية، [والحرية في حقه]^(٢) ثابتة من وجه دون وجه، فكان المنافي قائماً من وجه دون وجه فيمتنع الانعقاد من وجه دون وجه، والانعقاد من وجه في حق المدبر كالانعقاد^(٣) في حق القن بصفة الصحة؛ لأن الانعقاد في حق القن حينئذ لا يكون بالحصة^(٤).

هذا إذا اشترى هذه الأشياء [ولو اشترى شيئاً بهذه الأشياء]^(٥) لم يذكر محمد هذا الفصل.

وحكي عن بعض مشايخنا: أنه يحنث كما لو اشترى بالخمير أو الخنزير. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب المأذون: أن من حلف ألا يبيع فباع المدبر، لا يحنث، علل فقال: لأن بيعه غير منعقد. ولو اشترى عبداً من رجل قد علم المشتري أن العبد لغير البائع وأنه فضولي في البيع، ولم يأمره صاحب العبد به، حنث؛ لوجود شرط الحنث وهو الشراء بصفة التمام، فإن الشراء من الفضولي منعقد بصفة التمام؛ إذ ليس في المحل ما ينافي انعقاده، وإنه يفيد الحكم في الجملة فصار بمنزلة الشراء الفاسد، فإن كان عقد يمينه على الماضي بأن قال: إن كنت اشتريت اليوم، أو قال: إن كنت بعت اليوم، وقد كان اشترى [شراءً]^(٦) فاسداً أو باع بيعاً فاسداً، يحنث؛ لأنه لما وقع الحنث بالفاسد في المستقبل، فلأن^(٧) يقع الحنث به في الماضي أولى.

(١) في أ: بصفة.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب، م: كاف للاعتقاد.

(٤) في أ: الحصة.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: لا.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: إذا قال: لو^(١) لم أبع هذا العبد فكذا فأعتق العبد أو دبره، حنث؛ لأن الحنث معلق بترك البيع، وقد ثبت الترك بالإعتاق والتدبير، فصار كموت^(٢) الحالف أو موت العبد قبل البيع.

ولو كانت هذه المقالة للجارية وباقي المسألة بحالها، فمن مشايخنا من قال: لا يحنث؛ لأن احتمال البيع قائم بأن تترد وتلتحق بدار الحرب فتسبى فلا يحنث، والصحيح أنه [لا]^(٣) يحنث؛ لأنه عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد امتنع ذلك بالإعتاق والتدبير.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا قال لأمته: إن لم أبعك فأنت حرة، فدبرها أو استولدها عتقت في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وكان أبو يوسف يقول أولاً: [لا]^(٤) تعتق، وكان يقول: لا أدري لعله يعتقها ثم تترد فتسبى فيشتريها ويبيعها، ثم رجع وقال بقول أبي حنيفة - رحمه الله -.

قال محمد في الجامع الصغير: إذا قال الرجل: هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق العبد؛ لأن البيع قد وجد^(٥) بصفة التمام؛ لوجود حده وهو الإيجاب والقبول مضافاً إلى محل قابل للملك إلا أن الملك غير ثابت، ولكن الملك حكم البيع، وشرط الحنث نفي^(٦) البيع لا حكمه، وإذا وجد البيع وجد بشرط الحنث والعبد في ملكه، والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، فصار كأنه قال: [بعد]^(٧) البيع هذا العبد حر، ومن باع عبداً بشرط الخيار لنفسه ثم أعتقه يعتق العبد وينفسخ البيع كذا هنا.

(١) في أ: أو، وفي ب: إن.

(٢) في أ: بكون.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في أ، ب، م.

(٥) في ب: دخل.

(٦) في م: نفس.

(٧) سقط في أ، وفي م: بيع.

وكذلك لو قال المشتري: إن اشتريته فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فإنه يعتق، ولو كان المشتري قال: إن اشتريته فهو حر ثم اشتراه على أن البائع بالخيار لا يعتق العبد؛ لأن شرط العتق وإن وجد إلا أن العبد ليس في ملكه، وليس له ولاية إسقاط الخيار ليسقط^(١) الخيار، ويثبت الملك له مقتضى^(٢) نزول العتق بخلاف ما إذا اشترى بشرط الخيار لنفسه.

وذكر القدوري في شرحه أن من حلف ألا يبيع، فباع بيعًا فيه خيار البائع^(٣) أو المشتري، حنث في قول محمد، ولم يحنث في قول أبي يوسف؛ لأن شرط الحنث البيع المطلق، والبيع بشرط مقيد، وتبين^(٤) بما ذكر القدوري أن ما ذكر في الجامع الصغير قول محمد.

وإذا حلف لا يشتري صوفًا فاشترى شاة على ظهرها صوف، لم يحنث. الأصل في جنس هذه المسائل: أن المحلوف عليه إذا دخل^(٥) في الشراء تبعًا لغير المحلوف عليه، لا يقع به الحنث [وإن دخل مقصودًا^(٦) يقع به الحنث]^(٧) وخرج على هذا مسألة الشاة؛ لأن الصوف الذي على ظهرها يدخل في البيع تبعًا لا أصلًا، ولو اشترى شاة حية [على ظهرها صوف]^(٨) منفصل يحنث؛ لأن الصوف الذي على ظهر الشاة في هذه الصورة يصير مقصودًا بالبيع ويأخذ قسطًا من الثمن، ولهذا شرط الاعتبار في هذا العقد، هكذا ذكر المسألة في المنتقى في موضع. وذكر في موضع آخر: إذا حلف لا يشتري صوفًا، فاشترى إهابًا عليه صوف، لم يحنث.

(١) في ب: يسقط، وفي م: فيسقط.

(٢) في م: بمقتضى.

(٣) في ب: للبائع.

(٤) في ب: ويتبين.

(٥) في ب: أدخل.

(٦) زاد في ب: لم.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: بصوف.

وكذلك إذا^(١) اشترى شاة بصوف، فصار في مسألة بيع الشاة التي على ظهرها صوف بالصوف المنفصل روايتان.

ولو حلف لا يشتري بقلًا فاشترى أرضًا فيها بقل وشرط البقل، يحنث.
وكذلك إذا حلف لا يشتري ثمرة فاشترى نخلًا فيها ثمرة وشرط الثمرة يحنث؛ لأن الثمرة والبقل دخلا في البيع في هذه الصورة مقصودًا بالذكر لا تبعًا [إلا]^(٢) أن^(٣) بدون الذكر لا يدخلان في البيع.

وفي المنتقى: إذا حلف لا يشتري فضة فاشترى خاتمًا فيه فضة يحنث في يمينه.
ولو اشترى سيفًا مفضضًا، لا يحنث.
ولو حلف لا يشتري فصًا فاشترى خاتمًا فيه فص [لا يحنث في القياس] في المنتقى^(٤).

وذكر في المنتقى أيضًا بعد هذه المسألة بمسائل منها: إذا حلف لا يشتري فصًا فاشترى خاتمًا فيه فص^(٥) يحنث.

فكان ما ذكر^(٦) بعد هذه المسألة جواب الاستحسان، قال ثمة: يحنث وإن كان ثمن الفص أقل من ثمن الحلقة.

إذا حلف، وقال: والله ما اشترت اليوم شيئًا، وكان قد اشترى في ذلك اليوم شيئًا بالتعاطي فقد قيل: يحنث، وهو اختيار ظهير الدين المرغيناني.

وفي مجموع النوازل وضع المسألة في طرف البيع، فقال: إذا حلف الرجل ألا يبيع الخبز فجاء رجل وأعطاه دراهم لأجل الخبز ودفع [هو]^(٧) إليه الخبز قال: لا يحنث.

(١) زاد في ب: حلف لا يشتري صوفًا.

(٢) في م: ألا ترى.

(٣) في ب: ترى.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: في.

(٧) سقط في أ، ب.

وذكر^(١) في شهادات القدوري [ما يؤكد]^(٢) ما ذكر في مجموع النوازل فقال: لا ينبغي [لمن عاين]^(٣) ذلك أن يشهد على البيع بل يشهد على التعاطي. وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو منصور الماتريدي يفتي بعدم الحنث، وهو اختيار جدي.

ونص في المنتقى أيضًا على عدم الحنث. باع من رجل عبدًا وسلمه إليه، ثم حلف البائع ألا يشتريه منه ثم أقاله المشتري وقبل، لا يحنث، وهذا استحسان. والقياس: أن يحنث؛ لأن الإقالة بيع جديد في حق الثالث، والعبد ثالثهما. فتعتبر الإقالة بيعًا جديدًا في حق [العبد فيتحقق شرط عتقه. وجه الاستحسان: أن الإقالة إن كانت بيعًا جديدًا في حق]^(٤) الثالث فهو فسخ في حقهما، فكانت عقدًا من وجه، وشرط^(٥) [العقد]^(٦) من كل وجه. أو نقول: عقد مبتدأ معنى فسخ صورة، وشرط الحنث العقد المطلق وهو العقد صورة ومعنى؛ ولأن مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف لا تسمى الإقالة بيعًا ولا شراءً، ذكرت^(٧) هذه المسألة في فوائد شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -، وذكر أن من المشايخ من قال بعدم الحنث، ومن المشايخ من وقف فيه. وروى المعلى عن أبي يوسف: إذا حلف الرجل لا يبيع متاعه هذا إلا بربح [كبير فباعه]^(٨) بربح، نسأل التجار الذين يعالجون هذا المتاع عن هذا الربح، فإن قالوا: هذا الربح في هذا المتاع قليل يحنث، وإن قالوا: كثير، لا يحنث.

(١) في أ: وقال.

(٢) سقط في أ، وفي م: ما يؤيد.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب، م.

(٥) زاد في م: العتق.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: ذكر.

(٨) في أ: يسير فباع.

قال لامرأته: إن اشترت جارية، فدخلت عليك الغيرة، فأنت طالق، فهذا على وجود الغيرة وقت الشراء لا بعده.

قال الفقيه أبو الليث: ويشترط لوقوع الطلاق أن تظهر الغيرة بلسانها، أما لو دخلت في قلبها غيرة ولم تظهرها بلسانها لا تُطلق.

وفي فتاوى ما وراء النهر: إذا قال الرجل لامرأته: إن اشترت بالخبز ماء فأنت طالق، فجاء السقا بالماء إلى بيتها فاشترت منه الماء بالخبز، تُطلق، ولو كانت دفعت الخبز إلى السقا أولاً ليحمل إليها الماء بهذا لا تُطلق. وقيل: تُطلق؛ لأنه شراء عرفاً.

وسئل أبو نصر عن رجل قال لامرأته: إن أعطيتك دراهم تشتري بها شيئاً فأنت طالق، فدفعت إليها دراهم وأمرها أن تعطي فلانة لتشتري بها شيئاً ثم تذكر يمينه واسترد الدراهم منها، هل تطلق امرأته؟

قال: إن كانت امرأته هي التي تشتري الأشياء بنفسها لا تطلق، وإن كانت [لا]^(١) تتولى شراءها [بنفسها]^(٢) أخاف أن يقع عليها الطلاق.

قال صاحب مجموع النوازل: سألت نجم الدين عن معنى هذا الجواب، فقال: لأنها إذا كانت تشتري بنفسها وقعت يمينه على حقيقة فعلها، فما [لم]^(٣) تشتري، لا يحنث.

وهذا الجواب مستقيم فيما إذا دفع إليها الدراهم، ولم يأمرها أن تدفعها^(٤) إلى فلانة لتشتري بها [فأما إذا أمرها أن تدفع إلى فلانة لتشتري بها]^(٥) فينبغي^(٦) ألا تُطلق امرأته على كل حال.

-
- (١) سقط في أ.
 (٢) سقط في أ، م.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) في ب: تدفع.
 (٥) سقط في أ، م.
 (٦) في ب، م: فلا ينبغي.

رجل له امرأتان أعطته إحداهما دراهم ليشتري بها حنطة لأجل البيت فاشترى بها حنطة وأعطى تلك الدراهم في ثمن الحنطة إلا درهماً واحداً فإنه صرف ذلك الدرهم إلى حاجة أخرى، ثم دفع بعد ذلك درهماً [آخر من مال] (١) نفسه في ثمن الحنطة، عوضاً عن الدرهم الذي صرفه إلى حاجة أخرى، فقالت [له] (٢) المرأة الأخرى: إنك اشتريت لتلك المرأة الحنطة فاشتر لي مثلها، فقال الزوج: اشتريتها بدراهمها وحلف على ذلك بالطلاق، لا يقع الطلاق، [وكذلك لو كان قال: أعطيت في شراء هذه الحنطة دراهمها] (٣) وحلف على ذلك بالطلاق لا يقع الطلاق (٤).

ولو كان قال: (سيهم خویش بداده أم)، إن أراد به كل الثمن لا يقع الطلاق أيضاً، وإن أراد به: (حيري سيهم خویش درهاي ابن كندم بداده أم) تطلق امرأته. إذا قال: إن اشتريت فلاناً فهو حر، فاشتره لغيره هل تنحل يمينه؟ لم يذكر محمد هذه المسألة في شيء من الكتب.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال: لقائل أن يقول: تنحل يمينه، ولقائل أن يقول: لا تنحل، وهو الأشبه؛ لأنه إنما يراد بمثل هذا اليمين عرفاً الشراء [لنفسه لا الشراء] (٥) لغيره؛ لأن العتق من جهة الحالف لا يقع إلا بالشراء لنفسه، وصار تقدير المسألة كأن القائل قال: إن اشتريتك لنفسي فأنت حر، ولو صرح بذلك فاشتره لغيره لا تنحل يمينه كذا هذا.

ولهذا الحرف يقع الفرق بين هذا وبين ما إذا قال لامرأته: إن اشتريت فلاناً فأنت طالق، فاشتره لغيره أن اليمين تنحل؛ لأن هناك لم يوجد ما يدل على إرادته الشراء لنفسه، فإن الطلاق من قبله يقع على امرأته اشتراه لنفسه أو لغيره، أما هنا بخلافه. والله أعلم.

(١) في أ: إلى.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: دراهم.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بل.

جئنا إلى المسائل التي هي متعلقة بالمملك:

قال في الجامع: إذا قال الرجل: كل جارية أملكها إذا جاء غد فهي حرة، انصرفت يمينه إلى التي في ملكه وقت اليمين؛ لأن قوله: (أملك) للحال على ما مر في كتاب الطلاق.

حتى لو اشترى جارية بعد اليمين قبل [مجيء] (١) الغد لا تعتق.

فإن قيل: أليس أن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل؟ ولو قال: عند مجيء الغد: كل جارية أملكها فهي حرة، يعتق ما اشتراه بعد اليمين قبل [مجيء] (٢) الغد، فها هنا يجب أن يكون كذلك.

قلنا: بلى (٣) المعلق بالشرط عند مجيء الشرط (٤) كالمرسل، إلا أن المعلق بمجيء الغد هنا عتق الجارية التي في ملكه وقت اليمين لا عتق الجارية التي [بملكها] (٥) بعد اليمين فيجعل هذا كالمرسل، ولو قال: في الغد كل جارية كانت لي (٦) وقت اليمين فهي حرة، لا يعتق ما اشتراها بعد ذلك، فكذا هنا.

بيان (٧) ما قلنا: إن قوله: كل جارية أملكها [شرط] (٨)، وقوله: إذا جاء غد شرط أيضاً، وليس بوقت، بل هو فعل، والفعل لا يصح تعليقه بالفعل [إنما يتعلق الجزاء] (٩) به فينصرف قوله: إذا جاء غد (١٠) إلى الجزاء، ويصير (١١) تقدير كلامه: كل جارية أملكها فهي حرة إذا جاء غد؛ وإذا انصرف قوله: إذا جاء غد إلى الجزاء

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في م: بل.

(٤) في أ: الغد.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: في.

(٧) زاد في أ: هذا أن المعلق.

(٨) سقط في م.

(٩) في ب: أما معلق الجزاء.

(١٠) في أ: الغد.

(١١) في ب: ويصرف.

بقي^(١) قوله: أملكها مطلقاً على الوقت فيتناول الحال.
فإن قيل: أليس أن هذا شرط اعترض على الشرط، ولم يذكر بينهما حرف
العطف فيجعل المقدم مؤخرًا، ويصير تقدير كلامه^(٢): إذا جاء غد فكل جارية
أملكها فهي حرة.

قلنا: وإن جعلناها كذلك^(٣) كان الجواب كما قلنا؛ لأن قوله: (أملكها) متى كان
مطلقاً عن الوقت يتناول الحال فيجعل الحال كالمنصوص عليه ويصير كأنه قال: إذا
جاء الغد^(٤) فكل جارية أملكها في الحال فهي حرة، ولو قال هكذا يعتق بمجيء
الغد ما كان يملكها في الحال، ولا يعتق ما كان يملكها^(٥) بعد ذلك فكذا هنا.
ولو قال: كل جارية أملكها غدًا فهي حرة، وفي ملكه جارية وقت اليمين وقد
استفاد جارية قبل الغد، وجارية بعد الغد، عتقن^(٦) جميعًا عند محمد، وعند أبي
يوسف عتقت المستفاد في الغد لا غير.

أجمعوا على أنه لو قال: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة فهو حر أن يمينه على
من يملكه في المستقبل لا على من يملكه [في]^(٧) وقت اليمين.
فقد قيل: على قياس هذه المسألة ينبغي أن يقال: [إذا قال]^(٨): كل جارية أملكها
[إلى الغد فهي حرة، أن على قول محمد: تعتق كل جارية ملكها]^(٩) في المستقبل
إلى أن تغرب الشمس من اليوم، ولا تعتق التي في ملكه وقت اليمين.
وهذا القائل يذكر لمحمد أصلاً في جنس هذه المسائل، أن قوله: (أملك) إذا ذكر

-
- (١) في ب: ففي.
(٢) في ب: كلامي.
(٣) في ب: كذا.
(٤) في ب: غد.
(٥) زاد في أ: في الحال.
(٦) في ب: عتق.
(٧) سقط في أ، ب.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في م.

مطلقاً يراد به الحال عرفاً، وإذا ذكر مضافاً إلى وقت [إن]^(١) تخلل بين الملك وبين الوقت الذي يراد به الاستقبال عرفاً كما في قوله: كل جارية أملكها اليوم، يقع يمينه على من يملكها في [الحال وفي]^(٢) المستقبل [غير أن في قوله غداً يعتق]^(٣) من يملكها في اليوم وفي الغد، وقوله^(٤): إلى غد، يعتق من يملكها في اليوم إلى غروب الشمس، ولا يعتق من يملكها في الغد، وهذا القائل يقول: لمحمد [رحمه الله بأنه]^(٥) أضاف الملك إلى وقت قائم وإلى وقت سيوجد فيدخل^(٦) تحته ملك قائم للحال وملك سيوجد بعد ذلك، كما في قوله: كل جارية أملكها اليوم. يبانه: أنه أضاف الملك إلى الغد وتسميته^(٧) الغد لا تستقيم إلا باعتبار اليوم، فإنه ما لم يوجد اليوم لا يكون ما يليه غداً فكأن تسمية الغد [تسمية اليوم]^(٨) من حيث الاعتبار، ولو ثبت تسمية اليوم والغد من حيث الحقيقة بأن قال: كل جارية أملكها اليوم وغداً فهي حرة، كان الجواب كما قلنا فهنا كذلك، وهذا المعنى يشمل الفصلين.

بخلاف قوله: كل جارية أملكها إلى شهر أو إلى سنة أو إلى ثلاثين سنة حيث يقع [يمينه]^(٩) على من يستفيدها لا غير؛ لأن الشهر [والسنة]^(١٠) يكون شهراً أو سنة من غير اعتبار^(١١) الوقت القائم؛ ألا ترى أنه يقال: سنة ماضية وشهر ماض، وإذا

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

(٣) بدل ما بين المعكوفين في ب: إلى أن تغرب الشمس وقيل على قول محمد في الفصلين جميعاً وهو ما إذا قال: كل جارية أملكها غداً، أو قال: إلى الغد، أن يمينه على من كانت في ملكه وقت اليمين وعلى.

(٤) في ب: وفي قوله.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: فيوجد.

(٧) في م: وتسمية.

(٨) في ب: لليوم.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

(١١) في أ، م: اختيار.

[كان]^(١) اسم الشهر والسنة مما يثبت بدون وقت قائم لم يصر مضيئاً الملك إلى وقت قائم للحال، بل كان مضيئاً إلى وقت في المستقبل لا غير؛ فانعقد يمينه على ملك سيوجد في المستقبل لا غير.

ولأبي يوسف - رحمه الله - : أنه أضاف الملك إلى ملك في المستقبل من كل وجه؛ لأنه أضاف^(٢) إلى الغد، والغد اسم لزمان لم يوجد بعد فكان مضيئاً الملك إلى وقت سيوجد من كل وجه، بخلاف قوله: كل جارية أملكها اليوم، حيث ينصرف إلى الملك القائم^(٣) وإلى ما يستفيده إلى أن تغرب الشمس من اليوم؛ لأن هناك أضاف^(٤) الملك إلى وقت قائم وإلى وقت سيوجد [من كل وجه بخلاف قوله: كل جارية أملكها اليوم، حيث ينصرف إلى الملك القائم وإلى وقت سيوجد]^(٥) إلى وقت الغروب فصار الحال والاستقبال مراداً؛ لأن اليوم اسم لهما لا بعلّة^(٦) تخلل إلى ما بين الملك وبين الوقت كما أشار إليه محمد في العلة الأولى.

وما أشار إليه في العلة الثانية مشكل بما إذا قال لعبد: أنت غداً حر، فإنه لا يعتق ما لم يجيء الوقت، ولو كانت الإضافة إلى غد إضافة [إلى]^(٧) اليوم يعتق للحال على مذهب محمد، كما لو قال: أنت حر اليوم وغداً.

ولا يلزم أبا يوسف إذا قال: كل جارية أملكها إذا جاء غد [فهي حرة]^(٨)؛ لأن هناك ما أضاف الملك إلى وقت في المستقبل من كل وجه، وذكر الغد في تلك المسألة ما كان لإضافة الملك إليه بل لبيان مجيء ما تعلق به العتق على ما مر.

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: أضافه.

(٣) في أ: القديم.

(٤) في ب: انصرف.

(٥) في أ: لأن اليوم اسم لجميع هذا الزمان من وقت طلوع الشمس إلى غروبها فصار مضيئاً الملك إلى وقت قائم وإلى وقت سيوجد.

(٦) في أ: يقبله.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في ب.

قال في الجامع: إذا قال: إن ملكت عبدًا فهو حر فملك نصف عبد وباعه ثم ملك النصف الآخر، القياس: أن يعتق النصف الآخر، وفي الاستحسان لا^(١) يعتق. ولو قال: إن ملكت هذا العبد فهو حر، فملك نصفه وباعه ثم ملك النصف الآخر عتق النصف الآخر قياسًا واستحسانًا.

وكذلك إذا قال: إن اشتريت عبدًا فهو حر، فاشترى نصفه، وباعه ثم اشترى النصف الآخر [أو قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشترى نصفه وباعه ثم اشترى النصف الآخر]^(٢) عتق النصف الآخر قياسًا واستحسانًا.

والفرق: على جواب الاستحسان بين المعين وغير المعين في الملك، وبين الملك والشراء [العرف]^(٣) فإن الإنسان يستجيز من نفسه أن يقول: والله ما ملكت مائتي درهم، وإن ملك أكثر من ذلك على التفاريق [ولا يستجيز من نفسه أن يقول: ما ملكت هاتين المائتين^(٤)، إذا ملكها^(٥) على التفاريق]^(٦)، [ويستجيز أن يقول: فلان اشترى ألف جارية، وإن اشتراهن على التفاريق]^(٧) فغير الاجتماع في فصل الملك في غير المعين ثابت في العرف فصار كالمصرح به، فصار كأنه قال: إن ملكت عبدًا جملة، واجتمع في ملكي فهو حر، ولا عرف في المعين في فصل الملك أنهم يريدون الاجتماع [وكذلك لا عرف في فصل الشراء أنهم يريدون الاجتماع]^(٨) فعمل فيهما^(٩) بإطلاق اللفظ، واللفظ تناول مطلق الملك ومطلق الشراء، وقد ملك العبد واشترى فوجد شرط نزول العتق، لكن لا يمكن إنزال العتق

(١) في ب: ألا.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: الفرق، وسقط في م.

(٤) في ب: المسألتين.

(٥) في ب: ملكهما.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: فيها.

في النصف [الذي باعه فأنزله في النصف الآخر]^(١).
 وفي عتاق الأصل: إذا قال: إن ملكت عبداً فهو حر، فملك نصف عبد وباعه ثم
 ملك النصف الآخر، فالقياس: أن يعتق النصف الآخر.
 وفي الاستحسان: لا يعتق، وبما ذكر في الأصل تبين أن المذكور في الجامع
 جواب^(٢) الاستحسان لا جواب^(٣) القياس، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في م.
 (٢) في م: جواز.
 (٣) في م: جواز.

نوع آخر في الهبة، والصدقة، [والإجارة، والاستئجار، والعارية، والشركة]^(١)،
والقرض، والاستقراض، والكفالة، والوصية، والاستدانة:
قال في الجامع: إذا قال: لا يهب لفلان شيئاً، فوهبه شيئاً فلم يقبل، حنث في
يمينه استحساناً، وهو قول علمائنا [الثلاثة]^(٢) رحمهم الله.
وعلى هذا الصدقة والهبة^(٣) والنُّحْلَى.

ووجه ذلك: وهو أن الهبة عبارة عن التملك بغير شيء؛ لأنه [لا تملك فيه]^(٤)
إلا من جانب الواهب، وذلك في قوله: (وهبت) لا تعلق له بالقبول، وإنما القبول
لثبوت الملك، والملك حكم الهبة، وشرط الحنث نفس^(٥) الهبة لا حكمها، ولأن
غرض الواهب من هذه اليمين منع النفس عن إظهار الجود، وبفرض الإيجاب يحصل
إظهار الجود فكان الحنث متعلقاً بالإيجاب من هذا الوجه.

وإذا ثبت هذا في الهبة ثبت في النحلى والصدقة؛ لأن كل ذلك في معنى الهبة؛
لأنه تملك بغير شيء كالهبة.

وينبغي^(٦) على هذا ما إذا قال: وهب لي فلان ألف درهم، وسكت، ثم قال: لم
أقبل الهبة، صدق؛ لأن الهبة لما كانت هبة بدون القبول [عارية]^(٧) لا يكون
الإقرار بالهبة إقرارًا [بالقبول]^(٨) فيصح منه دعوى عدم القبول، والعارية بدون القبول
عارية^(٩).

وإذا حلف لا يعير فلاناً شيئاً فأعاره ولم يقبل [منه]^(١٠) حنث عند علمائنا

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) زاد في ب: أو الهدية.

(٤) في أ: تملك فمناه.

(٥) في أ، ب: تعيين.

(٦) في أ: وينبغي.

(٧) سقط في ب، م.

(٨) سقط في م.

(٩) من قوله: «عارية لا يكون...» إلى هنا، سقط في أ.

(١٠) سقط في ب.

الثلاثة - رحمهم الله-.

وأما القرض فليس بقرض بدون القبول في قول محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله-؛ لأنه تمليك [بعض يجب في الثاني وصار بعض نظير^(١) البيع].

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن القبول ليس بشرط^(٢). فإذا حلف لا يقرض فأقرض ولم يقبله المستقرض لا يحث عند محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وفي رواية أخرى عنه: أنه يحث.

[و^(٣) الاستقراض دون^(٤) الإقراض استقراض، فإذا حلف لا يستقرض من فلان شيئاً فاستقرض ولم يقرضه، فلا يحث في يمينه، والإجارة بدون القبول ليس بإجارة في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه إجارة.

فالحاصل: أن كل عقد فيه بدل مالي^(٥) فالحلف عليه لا يوجب الحث بدون القبول، [وما لا بدل فيه مالي^(٦) فالحلف عليه يوجب الحث بدون القبول]^(٧) في قول محمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عنه لا يوجب. والرهن بدون القبول ليس برهن.

وإذا قال: أقرضني فلان ولم أقبل، لا يصدق، وهذا إنما يتأتى^(٨) على قول من يقول: بأن القرض بدون القبول ليس بقرض.

وإذا حلف لا يهب عبده من فلان، فوهب رجل عبد الحالف من ذلك الرجل بغير

(١) في أ، ب: بعض.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في م: بدون.

(٥) في أ: حالي.

(٦) في أ: حالي.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ: ينافي.

أمره وأجاز الحالف^(١) حنث. هكذا رواه ابن سماعة عن محمد.

ولو حلف لا يهب عبده لفلان، ثم وهبه له على عوض، حنث^(٢).

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا قال الرجل: إن وهب لي فلان هذا العبد، فهو حر، فقال فلان: قد وهبته لك، فقال: قد قبلته وقبضت، لم يعتق [العبد]^(٣).

رجل أكره امرأته^(٤) على هبة مهرها فوهبته، ثم ادعى الزوج عليها الهبة هل يسعها أن تحلف بالله ما وهبته؟

قال الصدر الشهيد: المختار ما قاله الفقيه أبو الليث: أنه ينبغي لها أن تقول للقاضي: سله أيدعي^(٥) هبة بالطوع أو بالكره، فإن قال: أدعي هبة بالطوع، كان لها أن تحلف بالله ما وهبته منه؛ لأنها صادقة فيه.

رجل قال لآخر: والله لأهبنك هذا اليوم مائة درهم، فوهب مائة على رجل وأمره بقبضها، برّ في يمينه، ولو مات الواهب ولم يقبض الموهوب له المائة لا يمكن من أخذها؛ لأنها صارت ملكاً للورثة.

في مجموع النوازل، وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا حلف لا يؤجر^(٦) هذه الدار من فلان وقد كان أجرها قبل اليمين كل شهر بدرهم، ثم تركها في يده وجعل آخر [يتقاضاه]^(٧) كل شهر يسكنها^(٨) لا يحنث؛ لأنها على الإجارة التي كانت قبل اليمين، ولو سأله أجره كل شهر، ولم يسكنها بعد، يحنث؛ لأنها ليست على الإجارة التي كانت قبل اليمين؛ لأن بحكم الإجارة الأولى لم يملك مطالبته بأجرة شهر لم يسكنها فتكون هذه الإجارة مبتدأة.

(١) زاد في ب: ذلك.

(٢) في أ: حلف.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: امرأة.

(٥) في أ: فأدعي.

(٦) في أ، ب: يؤاجر.

(٧) سقط في أ.

(٨) في ب، م: قد سكنها.

سئل شيخ الإسلام عن رجل له مستغلات حلف بطلاق امرأته^(١): (كه أين [مستغلتها رابغة نهد)، فأجرت]^(٢) امرأته المستغلات وقبضت الأجرة وأنفقتها أو^(٣) أعطت زوجها، لا يحنث؛ لأن شرط الحنث عقد الإجارة، وهو لم يعقد الإجارة.

قيل: أليس أنه وضع المسألة في المستغلات، والمستغل^(٤) ما يكون معداً للاستغلال وبتركه إياها في أيديهم، لماذا لا يقع الحنث؟ قال: لأن اليمين عقدت على العقد، ولم يوجد منه العقد، فإن كان الزوج قال للمستأجرين: اقعدوا في هذه المنازل، فهذا الفصل لم ينقل عن شيخ الإسلام. وقيل: ينبغي أن يكون إجارة ويحنث، و[كذلك إذا تقاضى منهم أجرة شهر لم يسكنوا فيها فهذا منه إجارة، ويحنث]^(٥)، وإن تقاضى أجرة شهر قد سكنوا فيها فهذا ليس بإجارة فلا يحنث.

رجل حلف لا يستعير من فلان شيئاً فأردفه على دابته، لا يحنث. إذا حلف لا يعير ثوبه من فلان فبعث المحلوف عليه وكيلاً ليستعير وليقبض المستعار فأعاره، اختلف زفر ويعقوب، على قول أحدهما: يحنث. قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى؛ لأن الوكيل في باب الاستعارة رسول، وهذا إذا أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة بأن قال: إن فلاناً يستعير منك كذا، فأما إذا لم يقل ذلك، لا يحنث. وإذا حلف لا يستدين ديناً فتزوج امرأة، لا يحنث وإن أخذ دراهم في سلم، حنث.

وسئل شمس الإسلام الأوزجدي عن من وهب من آخر شيئاً في حال السكر،

(١) في ب: امرأة.

(٢) في أ: لم يستغلها رابعة بمهر فأخذت.

(٣) في م: و.

(٤) في أ: والمستغلات.

(٥) سقط في أ.

وحلف ألا يرجع في هذه الهبة، ولا يأخذ منه، ثم إن الموهوب له وهب ذلك الشيء من آخر وأخذه الواهب الحالف منه، قال: لا يحنث، وإنما كان كذلك؛ لأن شرط الحنث الرجوع، والأخذ بطريق الرجوع، وبعد ما وهب [له] ^(١) الموهوب لا يبقى ^(٢) للواهب حق الرجوع، فلا يكون هذا الأخذ بطريق الرجوع، بل يكون بطريق الغصب، فلا يحنث.

إذا حلف لا يستعير من فلان شيئاً ينصرف إلى كل موجود تصح إعارته [وكان] ^(٣) ذلك عيناً ينتفع به مع ^(٤) بقاء عينه، فإن دخل دار المحلوف عليه ليستقي من بئرهِ فاستعار منه الرشاء والدلو، اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: يحنث.

ومنهم من قال: لا يحنث؛ لأنه لم يثبت يده عليهما؛ لأنهما في يد صاحب الدار، فلا يكون مستعيراً، وهذا إشارة إلى أن الإعارة لا تتم [إلا بالتسليم] ^(٥) وهذا هو الطريق فيما [إذا] ^(٦) أردفه على دابته، فعلى قياس هذا التعليل إذا استعار منه الرشاء والدلو ليستقي [من بئر] ^(٧) ليس في ملك المحلوف عليه يحنث.

ذكر الصدر الشهيد في شرح الكافي في باب اليمين في الأكل: إذا حلف لا يشارك فلاناً، ثم إن الحالف [شاركه] ^(٨) بمال لابنه الصغير فالشريك هو الابن دون الأب؛ لأنه لا ربح للأب في المال.

إذا حلف الرجل: والله لا أشارك فلاناً، فهو على ما عليه كلام الناس من الشركة في التجارات، فإن اشترى عبداً، لم يحنث.

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: يقع.

(٣) سقط في ب، م.

(٤) في ب: من.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: ممن.

(٨) سقط في أ.

ولو قال: والله لا يكون بيني وبينه شركة في شيء فاشترى عبدًا أو ما أشبهه، حنث.

وكذلك إذا قال: والله، لا أشرك فلانًا في شيء، فاشترى^(١) عبدًا أو دارًا بينهما، حنث، وإن ورثاه وقد حلف لا يشاركه في شيء لم يحنث؛ لأنه لم يشاركه، إنما لزمه هذا أحب أم كره، هذه الجملة في أيمان المتتقى.

إذا حلف لا يشارك فلانًا في هذه البلدة فخرج^(٢) عن حد البلدة وتشارك ثم دخلا البلدة وعملا، فإن أراد باليمين عقد الشركة لا يحنث، وإن أراد به العمل بشركته يحنث، وإذا دفع أحدهما إلى صاحبه مالا مضاربة فكذلك؛ لأن المضاربة نوع من أنواع الشركة. في الباب الأول من أيمان الواقعات.

وإذا حلف لا يعمل مع فلان شيئًا في القسارة أو غيرها فعمل مع شريكه يحنث، ولو عمل مع عبده المأذون لا يحنث، ولو حلف لا يشارك فلانًا فشارك شريكه لا يحنث في هذا الباب أيضًا.

وإذا حلف لا يشارك أخاه ثم [بدا له]^(٣) فالحيلة في ذلك إذا كان للحالف ابن كبير أن يدفع الحالف ماله إلى ابنه مضاربة بنصيب قليل يأذن له أن يعمل فيه برأيه ثم إن الابن يشارك عمه [فإذا عملا كان الربح الذي للابن على ما شرط؛ لأن الحالف لم يشارك أخاه]^(٤) فلا يحنث ويحصل مقصود الحالف وهو الربح.

رجل حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت شيئًا، لا يحنث؛ لأن ذلك ليس بوصية لكن أعطى الشرع لها حكم الوصية فلا يظهر في [حقه حكم]^(٥) الحنث.

رجل قال: (أكرين جيزي رابكسي بعارث دهم فكذا)، فأعطى بعض الناس

(١) في ب، م: ثم اشترى.

(٢) في أ: فخرج.

(٣) في أ: بداه.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: حق.

ومنع البعض، لا تطلق امرأته؛ لأنه ما أعطى هو (رابكسي).
 وإذا^(١) حلف ألا يكفل، أو نذر فقال: إن كفلت بمال أو نفس فله عليّ أن
 أتصدق بفلس، فكفل لزمه الوفاء به؛ لأن هذا النذر معلق بالشرط فيصير مرسلاً عند
 الشرط، وهذا هو الحيلة لمن أراد ألا يكفل أن يعلق النذر بشيء يسير بالكفالة،
 ويقول: لي^(٢) نذر ألا أكفل، وإذا أراد أن يكفل يفى بالنذر ولا يلحقه كبير ضرر.
 في النوازل: المكفول له إذا حلف الكفيل (باين لفظكي زن بوار بكسه طلاق كه
 أرمن بكسي)، فحلف ثم إن الكفيل [أو الأصل]^(٣) أدى الدين بطل اليمين في فتاوى
 النسفي - رحمه الله-.



(١) زاد في ب: رجل.

(٢) في أ، م: في.

(٣) سقط في م.

الفصل الخامس عشر في الحلف على الأفعال

وهو يشتمل على أنواع، نوع منه في الصلاة، والصوم، والحج .
إذا حلف^(١) لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير وضوء^(٢) مثلاً لا يحنث
استحساناً؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من التصرفات والأفعال
[ما يفيد]^(٣) حكمها، وحكم الصلاة سقوط الفرض وحصول الثواب، وكل ذلك لا
يحصل بالصلاة الفاسدة، ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء؛ لأن الصلاة الفاسدة
صلاة صورة لا معنى، وإطلاق اسم الشيء على صورته جائز مجازاً فقد [نوى]^(٤) ما
يحتمله لفظه، وفيه تغليظ عليه؛ لأن بهذه^(٥) النية يحنث بالجائز والفاسد جميعاً،
وبدون هذه النية يحنث بالجائز دون الفاسد، وليس طريق الحنث بالجائز [والفاسد
جميعاً في هذه الصورة الجمع]^(٦) بين الحقيقة والمجاز]^(٧) وإنما طريقه أنه وجد في
الصحيح ما في الفاسد وزيادة على شرط الحنث [فلا]^(٨) يمنع الحنث]^(٩) .
ولو كان عقد يمينه على الماضي بأن قال: إن كنت صليت، فهذا على الجائز
والفاسد جميعاً، وإن نوى الجائز في الماضي خاصة، صحت نيته فيما بينه وبين الله
تعالى وفي القضاء .

ولو قال: عبده حر إن صلى اليوم صلاة، فصلى ركعة ثم قطعها لا يحنث؛ لأن
المتنفي^(١٠) باليمين فعل الصلاة وأن يكون المفعول صلاة، ومطلق الاسم ينصرف

(١) زاد في ب: أن .

(٢) في ب: طهارة .

(٣) سقط في ب .

(٤) سقط في أ .

(٥) في ب، م: مع هذه .

(٦) في م: للجمع .

(٧) سقط في ب .

(٨) في ب: لا .

(٩) سقط في م .

(١٠) في م: المتنفي .

إلى الكامل، والركعة الواحدة ليست بصلاة كاملة؛ لأنها لا تفيد حكم الصلاة؛ لأنها غير جائزة فإن النبي ﷺ «نهى عن البتراء»^(١) [والبتراء]^(٢) «^(٣)»

(١) بتره: قطعه قبل الإتمام. وبابه نصر، والانبتر: الانقطاع، والأبتر: المقطوع الذنب، وبابه: طرب. وفي الحديث: «ما هذه البتراء»، والأبتر أيضاً الذي لا عقب له، وكل أمر انقطع من الخير أثره فهو أبتر. ينظر: مختار الصحاح، ص (٤٦)، مادة (بتر).

(٢) سقط في ب.

(٣) الحديث رواه ابن عبد البر في التمهيد (٢٥٤/١٣): حدثنا عثمان بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن حدثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن البتراء أن يصلي الرجل ركعة واحدة يوتر بها هو عثمان بن محمد بن أبي ربيعة بن عبد الرحمن قال العقيلي: الغالب على حديثه الوهم. ينظر: فتح الباري (٤٨٦/٢)، عمدة القاري (٦٥/٣).

وفي ميزان الاعتدال في نقد الرجال (٤٢/٨): عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ نهى عن البتراء أن يصلي الرجل ركعة واحدة يوتر بها، قال ابن القطان: والحديث من شاذ الحديث الذي لا يعرج على رواية ما لم تعرف عدالتهم وليس دون الدراوردي من يغمض عنه، انتهى. وقد ذكر الذهبي هذا الحديث في الميزان في ترجمة عثمان بن محمد.

وفي الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢٠٨/١): حديث النهي عن البتراء ذكره عبد الحق في الأحكام من جهة ابن عبد البر بسنده إلى أبي سعيد بلفظ أن النبي ﷺ نهى عن البتراء أن يصلي الرجل ركعة واحدة يوتر بها وفي سنده عثمان بن محمد ربيعة قال: والغالب على حديثه الوهم، وروى البيهقي في المعرفة منصور مولى سعد بن أبي وقاص قال: سألت عبد الله بن عمر عن وتر الليل، فقال: يا بني هل تعرف وتر النهار؟ قلت: نعم، هو المغرب، قال: صدقت وتر الليل واحدة بذلك أمر رسول الله ﷺ قلت: يا أبا عبد الرحمن إن الناس يقولون هي البتراء، قال: يا بني ليس تلك البتراء إنما البتراء أن يصلي الرجل الركعة يتم ركوعها وسجودها وقيامها ثم يقوم إلى الأخرى فلا يتم لها ركوعاً ولا سجوداً ولا قياماً فتلك البتراء، وقال النووي في الخلاصة: حديث محمد بن كعب في النهي عن البتراء مرسل ضعيف، كذا قال ولم يعزه، وقد تقدم شيء من الكلام عليه في الوتر.

وقال صاحب عمدة القاري (٤/٧): وروى الطحاوي عن أنس قال: الوتر ثلاث ركعات وروى أيضاً عن المسور بن مخرمة قال: دفنا أبا بكر ليلاً فقال عمر رضي الله تعالى عنه: إني لم أوتر فقام وصفقنا وراءه فصلى بنا ثلاث ركعات لم يسلم إلا في آخرهن، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص بن عمر عن الحسن قال: أجمع المسلمون على أن الوتر ثلاثة لا يسلم إلا في آخرهن. وقال الكرخي: أجمع المسلمون إلى آخره نحوه، ثم قال: وأوتر سعد بن أبي وقاص بركعة فأنكر عليه ابن مسعود وقال: ما هذه البتراء التي لا نعرفها على عهد رسول الله ﷺ، وعن عبد الله بن قيس قال: قلت لعائشة: بكم كان رسول الله ﷺ يوتر؟ قالت: كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن

ركعة واحدة.

ولو قال: عبده حر إن صلى اليوم، ولم يقل: (صلاة) فصلى ركعة حنث، هكذا ذكر في الجامع؛ لأن المنفي^(١) باليمين هنا فعل الصلاة لا كون المفعول صلاة، وإذا صلى ركعة واحدة فقد فعل فعل الصلاة فوجد^(٢) شرط الحنث، إلا أنه إذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة، ولكن بعد صحته، والانتقاض إنما يظهر في حق حكم يقبل الانتقاض، والحنث بعد تحققه^(٣) لا يقبل الانتقاض.

يوتر بأقل من سبع ولا بأكثر من عشر، رواه أبو داود فقد نصت على الوتر بثلاثة ولم تذكر الوتر بواحدة فدل على أنه لا اعتبار للركعة البتراء، وقال النووي: وقال أصحابنا: لم يقل أحد من العلماء إن الركعة الواحدة لا يصح الإيتار بها إلا أبو حنيفة والثوري ومن تابعهما. قلت: عجباً للنووي كيف ينقل هذا النقل الخطأ ولا يرده مع علمه بخطئه وقد ذكرنا عن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أن الإيتار بثلاث ولا تجزئ الركعة الواحدة، وروى الطحاوي عن عمر بن عبد العزيز أنه أثبت الوتر بالمدينة بقول الفقهاء ثلاث لا يسلم إلا في آخرهن واتفاق الفقهاء بالمدينة على اشتراط الثلاث بتسليمه واحدة يبين لك خطأ نقل الناقل اختصاص ذلك بأبي حنيفة والثوري وأصحابهما، فإن قلت: ما تقول في قوله ﷺ: «فإذا خشيت الصبح فأوتر بركعة» قلت: معناه متصله بما قبلها؛ ولذلك قال: توتر لك ما قبلها ومن يقتصر على ركعة واحدة كيف توتر له ما قبلها وليس قبلها شيء، فإن قلت: روي أنه قال: «من شاء أوتر بركعة ومن شاء أوتر بثلاث أو بخمس» قلت: هو محمول على أنه كان قبل استقرارها لأن الصلاة المستقرة لا يخير في أعداد ركعاتها. وكذا قول عائشة: كان يسلم بين كل ركعتين ويوتر بواحدة يعارضه ما روى ابن ماجه عن أم سلمة رضي الله تعالى عنها: أنه كان يوتر بسبع أو بخمس لا يفصل بينهما بتسليم ولا كلام، فيحمل على أنه كان قبل استقرار الوتر، ومما يدل على ما ذهبنا إليه حديث النهي عن البتراء «أن يصلي الرجل واحدة يوتر بها» أخرجه ابن عبد البر في التمهيد عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن البتراء، وممن قال يوتر بثلاث لا يفصل بينهما عمر وعلى وابن مسعود وحذيفة وأبي بن كعب وابن عباس وأنس وأبو أمامة وعمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة وأهل الكوفة، وقال الترمذي: ذهب جماعة من الصحابة وغيرهم إليه وعند النسائي بسند صحيح عن أبي بن كعب: «كان رسول الله ﷺ يوتر بسبح اسم ربك الأعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ولا يسلم إلا في آخرهن» وعند الترمذي من حديث الحارث عن علي رضي الله تعالى عنه: «كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث».

(١) في م: المنتفى.

(٢) في ب: فقد وجد.

(٣) في م: تحقيقه.

فإن قيل: شرط الحنث فعل الصلاة، وبالركعة الواحدة لا يصير فاعلاً فعل الصلاة؛ لأن الصلاة اسم لأفعال مجموعة من جملة ذلك القعدة ولا قعدة في الركعة الأولى.

قلنا: بل فيه قعدة^(١) بعدما رفع رأسه من السجدة الأخيرة يقعد لا محالة، إلا أن هذه القعدة لا تجزئ عن فعل الصلاة، لكن المنفي^(٢) باليمين الإتيان بفعل الصلاة لا الإتيان بفعل يجزئ عن^(٣) الصلاة.

فإن قيل: هذا المعنى ليس بصحيح فإن بنفس السجود يقع الحنث وإن لم يرفع رأسه.

قلنا: لا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا - رحمهم الله -.

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا بد للحنث من رفع الرأس من السجود ليصير إتياناً^(٤) بالعود فيصير إتياناً بجميع أفعال الصلاة. وقال بعضهم: لا يشترط رفع الرأس؛ لأن الساجد ساجد وقاعد، والسجود سجدة وقعدة، ولكن بصفة أخرى فقد اتفق المشايخ على اشتراط القعدة وإن اختلفوا في كفيته.

ولو كان حلف^(٥) لا يصلي ولم يقل: (صلاة) فإنما يحنث إذا قيد الركعة بالسجدة حتى إنه إذا افتتح الصلاة وركع ولم يسجد لم يحنث؛ لأن بما دون الركعة لا يصير فاعلاً فعل الصلاة، ولهذا لا يقال: صلى قياماً صلى ركوعاً صلى سجوداً، هذه الجملة من الجامع.

وفي نوادر^(٦) ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لعبده: إن صليت

(١) زاد في ب: فإن.

(٢) في م: المتنفى.

(٣) زاد في ب: فعل.

(٤) في أ: إثباتاً.

(٥) زاد في ب: أن.

(٦) زاد في م: بشر.

ركعة فأنت حر. فصلى ركعة بسجودها ثم تكلم، قال: لم يعثق؛ لأنها ليست بصلاة، وإن صلى ركعتين وقعد [قدر التشهد]^(١) عثق بتمام الركعة، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، فأبو يوسف - رحمه الله - لم يجعل الركعة بانفرادها صلاة، وتبين برواية ابن سماعة، أن المذكور في الجامع قول محمد - رحمه الله - .
وفي المنتقى: إذا حلف لا يصلي خلف فلان فأمة فلان فقام^(٢) الحالف عن يمينه، قال: هو حانث إن لم يكن له نية، وإن نوى أن يكون خلفه لم يدين في القضاء.

وفي نوارد بشر عن أبي يوسف: رجل قال: والله لا أصلي معك [فصلياً خلف]^(٣) إمام، يحنث، إلا أن يكون نوى أن يصلي معه ليس معهما غيره.
وفي العيون^(٤): إذا حلف لا يؤم أحداً فافتتح الصلاة لنفسه يعني نوى ألا يؤم أحداً فجاء قوم واقتدوا به، حنث قضاء لا ديانة.

ولو أشهد قبل الصلاة ألا يصلي بنفسه والمسألة بحالها، لم يحنث أصلاً.
وكذا لو صلى هذا الحالف بالناس يوم الجمعة ونوى أن يصلي لنفسه^(٥) الجمعة، جازت الجمعة استحساناً وحنث قضاء لا ديانة، ولو أمهم في صلاة الجنازة أو في سجدة التلاوة لم يحنث أصلاً في [هذه المواضع أيضاً].

وفيه أيضاً^(٦) ابن سماعة عن محمد: رجل حلف فقال: والله ما صليت اليوم [صلاة]^(٧) يعني صلاة جماعة، أي: أن الصلاة في غير جماعة ليست بصلاة كانت نيته على هذا تسعه فيما بينه وبين الله تعالى.

[وكذلك لو قال: ما صليت اليوم ظهرًا، يعني: ظهر أمس، أو ظهر أول أمس،

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: فأقام.

(٣) في أ: فصلى خلفه.

(٤) في أ: الحضر.

(٥) في أ: بنفسه.

(٦) في ب: هذا الموضع أيضًا وفيهما.

(٧) سقط في م.

فإنه يسعه^(١) فيما بينه وبين الله تعالى .

ولو قال: والله ما صليت الظهر - أي^(٢): في جماعة- لم تسعه النية في هذا .
ولو صلى الظهر في سفر ثم قال: ما صليت ظهر مقيم، فإن النية تسعه [فيما بينه وبين الله تعالى]^(٣) .

وإذا حلف لا يصلي صلاة، فصلى ركعتين، ولم يقعد قدر التشهد، فقد قيل:
يحنث، و[قد]^(٤) قيل: [لا]^(٥)؛ لأن المنفي^(٦) فعل الصلاة وكون^(٧) المفعول صلاة، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والركعتان بدون القعدة ليست بصلاة [كاملة]^(٨) على ما ذكرنا في الركعة [الواحدة]^(٩) .

وقد قيل: إن عقد يمينه على النفل^(١٠)، لا يحنث، وإن عقد يمينه على الفرض وهي من ذوات الأربع يحنث، وهو الأظهر والأشبه .

وإذا حلف الرجل فقال: والله ما أخرت صلاة عن وقتها، وقد كان نام عن صلاة [حتى خرج وقتها فصلاها، فقد قيل: يحنث، وقد قيل: لا يحنث؛ لأن ذلك وقتها قال النبي ﷺ: «من نام عن صلاة^(١٢) أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها»^(١٣) .

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: يعني .

(٣) في ب: في هذا .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في أ، وزاد في م: يحنث .

(٦) في م: المتنفى .

(٧) في م: ويكون .

(٨) سقط في ب .

(٩) سقط في ب .

(١٠) في أ: الفعل .

(١١) في ب: المفروض .

(١٢) سقط في م .

(١٣) أخرجه البخاري (٧٠/٢) كتاب المواقيت، باب: من نسي صلاة (٥٩٧)، ومسلم (١) =

وإذا حلف لا يصلي بأهل هذا المسجد ما دام فلان يصلي فيه، فمرض فلان ثلاثة أيام فلم يصل فيه، أو كان فلان صحيحًا فلم يصل فيه، فصلى الحالف بعد ذلك فيه، لا يحنث.

حلف لا يصلي في هذا المسجد فزيد فيه فصلى في موضع الزيادة^(١)، يحنث، [ولو حلف لا يصلي في مسجد بني فلان فزيد فيه فصلى في موضع الزيادة يحنث]^(٢) هكذا قيل.

وقياس هذه المسألة على ما إذا حلف لا يدخل هذا المسجد، فزيد فيه فدخل في موضع الزيادة [لا]^(٣) يحنث، [وكذا لو حلف لا يدخل مسجد بني فلان فزيد فيه فدخل في موضع الزيادة]^(٤) حنث.

رجل قال لامرأته: إن لم تصل اليوم ركعتين فأنت طالق، فحاضت قبل أن تشرع في الصلاة، أو بعد ما^(٥) صلت ركعة، حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أنه كان يقول: إن كان بين^(٦) وقت الحلف إلى وقت الحيض مقدار ما يمكنها أن تصلي ركعتين ينعقد اليمين عند [الكل وتطلق، وإن كان أقل من ذلك لا ينعقد اليمين عند]^(٧) أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، ولا تطلق، و[على

= (٤٧٧) كتاب المساجد، باب: قضاء الصلاة الفائتة (٣١٤/٦٨٤)، وأبو داود (١/١٧٤) كتاب الصلاة، باب: من نام عن صلاة أو نسيها (٤٤٢)، والترمذي (١/٣٣٥، ٣٣٦) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الرجل ينسى الصلاة (١٧٨)، والنسائي (١/٢٩٣) كتاب المواقيت، باب: فيمن نسي الصلاة (٦١٣)، وابن ماجه (١/٢٢٧) كتاب الصلاة، باب: من نام عن الصلاة أو نسيها (٦٩٥، ٦٩٦)، والدارمي (١/٢٨٠) كتاب الصلاة، باب: من نام عن صلاة أو نسيها، وأبو عوانة (٢/٢٦٠، ٢٦١)، وابن أبي شيبة (١/١٨٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/٢٣٠)، وأحمد (٣/٢١٦، ٢٤٣، ٢٦٧، ٢٨٢).

(١) زاد في ب: لا.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في م: أن.

(٦) في م: من.

(٧) سقط في ب.

قول^(١) [أبي يوسف - رحمه الله - : ينعقد اليمين وتُطلق على قياس مسألة الكوز، والصحيح أن اليمين تنعقد عند الكل على كل حال، ويقع الطلاق.

[أصل المسألة]^(٢): ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الكبير في باب الحنث في الوقت الذي يكون قبل الفعل الذي يحلف عليه إذا قال الرجل: والله لأصومن اليوم الذي يقدم فيه فلان، [فقدم فلان]^(٣) بعد ما أكل أو قبله ولكن بعد الزوال يحنث عندهم جميعاً؛ لأن اليمين معلق بقدوم فلان معنى، فيعتبر بالمرسل عند القدوم.

[ولو أرسل اليمين عند القدوم]^(٤) فقال: والله لأصومن هذا اليوم، وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال، صح يمينه، أما عند أبي يوسف - رحمه الله -: فلأن عنده شرط صحة اليمين الإضافة إلى فعل في المستقبل وقد وجد.

وعندهما: الشرط الإضافة إلى فعل في المستقبل [وقيام محل الفعل وقد وجد، أما]^(٥) الإضافة إلى فعل في المستقبل فظاهر، وأما قيام محل الفعل؛ فلأن محل فعل الصوم اليوم والشخص؛ لأن الصوم إنما يوجد بالوقت، والإمساك إنما يكون من الحالف فانعقدت اليمين، إلا أنه وقع الحنث كما انعقدت بعجزه عن الأداء بفوات شرط البر عن الأداء، كما وقع الحنث بقوله^(٦): لأمسن السماء أو لأحولن هذا الحجر ذهباً، إذا ثبت هذا الحكم في مسألة الصوم يثبت في مسألة الصلاة؛ لأنه وجدت^(٧) الإضافة إلى فعل في المستقبل و^(٨) محل الفعل؛ لأن [محل]^(٩) فعل

(١) في ب: وعند.

(٢) في ب: ما.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وقد وجد وعندهما الشرط على.

(٦) في ب، م: في قوله.

(٧) في ب: وجد من.

(٨) في ب: في.

(٩) سقط في أ.

الصلاة الوقت والشخص؛ لأن الصلاة إنما توجد بالوقت وأفعال مخصوصة، والأفعال المخصوصة إنما تكون من الشخص فانعقدت اليمين عندهما أيضًا، كما في مسألة الصوم.

فإن قيل: الإضافة إلى فعل في المستقبل وقيام محل الفعل إنما يكفي لصحة اليمين عندهما بطريق القيام مقام الفعل، فلا بد من أن يكون للفعل تصور لقيام هذا مقامه، ولا تصور للفعل في المسألتين جميعًا.

قلنا: الصوم بعد الزوال وبعد الأكل متصور، فإن الله تعالى لو شرع الصوم بعد الأكل وبعد الزوال لا يكون مستحيلًا؛ ألا ترى كيف شرعه بعد الأكل ناسيًا، إلا أنه لم يشرع، وكذلك الصلاة مع الحيض متصور؛ لأن الحيض ليس إلا درور الدم وإنه لا ينافي شريعة الصلاة.

ألا ترى أن في حق المستحاضة ومن بمعناها الصلاة مشروعة فعلم أن درور الدم لا ينافي شرع الصلاة إلا أنها لم تشرع، ولكن شرط إقامة الدليل مقام المدلول^(١) التصور لا الوجود بخلاف مسألة الكوز؛ لأن هناك محل الفعل ليس بقائم؛ لأن محل فعل الشرب الماء، وليس في الكوز ماء، أما الموجود هناك الإضافة إلى فعل في المستقبل لا غير، وإنها لا تكفي انعقاد اليمين عندهما.

فإن قيل: قد قلتم: إن اليمين قد انعقدت وحنث الحالف فيها [كما لو انعقدت]^(٢) لعجزه عن الأداء لفوات شرط، الأداء وهناك^(٣) العجز مقارن اليمين، وجب أن يمنع انعقاد اليمين؛ لأن ما يرفع الشيء بعد صحته يمنع ثبوته من طريق الأولى؛ لأن المنع أسهل.

قلنا: الرافع لليمين هو العجز عن الفعل الواجب [باليمين باعتبار وقوع الناسي عن البر، ولزوم البر في اليمين إنما يثبت بعد اليمين فوجب الفعل ليكون الفعل بعد

(١) في أ: المذكور.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: وهنا.

تمام اليمين .

والعجز عن الفعل الواجب^(١) بعد تمام اليمين لا يتصور مقارناً لليمين .
فإن قيل: يجب أن تنصرف^(٢) يمينه إلى الصوم اللغوي وهو الإمساك فإنه هو المتصور بعد الأكل وبعد الزوال، واليمين إنما يتعقد على الفعل في محل بحسب ما يتصور فيه؛ ألا ترى أن اليمين المعقودة على النكاح فيمن لا يحل له انصرف^(٣) إلى النكاح اللغوي .

قلنا: اسم الصوم عند الإطلاق ينصرف إلى الصوم الشرعي؛ لأنه هو الكامل، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والحالف لا يعلم أن فلاناً يقدم في يوم أكل فيه أو بعد الزوال، واحتمال أن يقدم قبل الأكل وقبل الزوال قائم فلا يكون يمينه قاصداً^(٤) الصوم اللغوي فأمكن صرفه إلى الصوم الشرعي، والدليل يوجب ذلك؛ فينصرف إليه فيصير كأنه نص على الصوم الشرعي فقال: والله لأصومن اليوم الذي يقدم فيه فلان صوماً شرعياً .

بخلاف مسألة النكاح؛ لأن الحالف علم بكونها محرمة فعلم بأن المحل لا يقبل إلا النكاح اللغوي، وكان قصده النكاح اللغوي فانصرف يمينه إليه، حتى لو لم يعلم بالحرمة ينصرف يمينه إلى النكاح الشرعي إذ هو الكامل، على ما عرف .

فإن قيل: أليس أنكم قلت^(٥): المعلق عند وجود الشرط كالمرسل، [ولكنه على الوجه الذي كان^(٦)]، وإن أرسل اليمين بعد الزوال وبعد الأكل، وقال: والله لأصومن هذا اليوم ينصرف يمينه إلى الصوم اللغوي .

قلنا: المعلق يجعل كالمرسل ولكن على الوجه الذي كان معلقاً، والمعلق وقت

(١) سقط في م .

(٢) في أ: يتصور .

(٣) في أ، م: الصرف .

(٤) في أ: قصد .

(٥) في أ: تقولون، وزاد في م: أليس .

(٦) سقط في م .

التكلم باليمين الصوم الشرعي، فيصير كأنه أرسل اليمين بالصوم الشرعي بعد الأكل وبعد الزوال، ولو قال: [هكذا تنعقد يمينه وحنث لما فرغ من اليمين كذا هنا، بخلاف ما إذا ابتداء بعد الأكل وبعد الزوال.

ولو قال^(١): والله لأصومن هذا اليوم حيث ينصرف يمينه إلى الصوم اللغوي؛ لأنه هو المتصور في هذا المحل وهو عالم [به]^(٢) فكان قصده الصوم اللغوي [في هذا المحل]^(٣).

وعلى^(٤) هذا قال مشايخنا - رحمهم الله - : إذا قال: والله لأصومن^(٥) هذه الليلة، ينعقد يمينه على الصوم اللغوي؛ لأنه هو المتصور^(٦) في هذه الصورة فكان قصده ذلك.

رجل قال لامرأته: إن لم تصبحي غداً، ولم تصل فأنت طالق، فأصبحت وشرعت في الصلاة فطلعت الشمس، أفتى شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - بعدم الوقوع.

وأفتى ركن الإسلام علي السعدي - رحمه الله - بالوقوع. وقول ركن الإسلام أظهر؛ لأن هذا طلاق معلق بعدم الفعل في مجلس^(٧) فينظر فيه إلى شرط البر، وشرط البر أن تصبح وتصلي وقد أصبحت ولم تصل ففات^(٨) شرط البر فتعين^(٩) الحنث، وقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه في كتاب الطلاق. وإذا حلف لا يصوم اليوم يعني به اليوم الآتي فأصبح صائماً ثم أفطر لا يحنث في

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) في م: وعن.

(٥) في ب: لا أصوم.

(٦) في ب: المقصود.

(٧) في ب: محلين.

(٨) في م: فغاب.

(٩) في م: فيتعين.

يمينه؛ لأن الصوم فعل ممتد وقد أضيف إلى وقت، والفعل الممتد إذا أضيف إلى وقت كان الوقت معيارًا له وإنما يكون اليوم معيارًا للصوم إذا وجد الصوم في جميع اليوم، وأما إذا وجد الصوم في بعض اليوم كان المعيار بعض اليوم، فصار شرط الحنث الصوم الموجود في جميع اليوم ولم يوجد الصوم في جميع اليوم. وكذلك إذا حلف لا يصوم يومًا فأصبح صائمًا ثم أفطر لا يحنث؛ لأن شرط الحنث صوم يوم، ولم يوجد صوم يوم. ولو حلف لا يصوم يومًا فأصبح صائمًا ثم أفطر، لم يذكر محمد -رحمه الله- هذا الفصل في كتبه.

وذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه: أنه لا يحنث؛ لأنه ذكر الصوم مطلقًا فينصرف إلى الكامل، وهو الصوم المعتد^(١) بحكمه وهو الصوم من أول اليوم إلى آخره.

وحكي عن القاضي أبي الهيثم - رحمه الله - : أنه إذا نوى المصدر، يحنث وإن لم ينو المصدر، لا يحنث.

وعن بعض مشايخ العراق: أنه يحنث وإن لم ينو المصدر؛ لأن صيام ساعة مما يتقرب به إلى الله تعالى في الجملة؛ ألا ترى أن العلماء قالوا: يستحب للرجل أن يصوم يوم العيد حتى يصلي صلاة العيد، فكان صومًا كاملًا فينطلق عليه اسم الصوم، ولو حلف لا يصوم فأصبح صائمًا ثم أفطر يحنث عن يمينه؛ لأن شرط الحنث هاهنا فعل الصوم [وبهذا القدر يصير فاعلاً فعل الصوم]^(٢)؛ لأن الصوم في اللغة عبارة عن الإمساك المجرد، وفي الشرع عبارة عن الإمساك مع النية، وكما شرع في الصوم بنية^(٣) الصوم فقد وجد ذلك وما زاد عليه تكرار^(٤) للمحلف عليه

(١) في م: المفيد.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: نية.

(٤) في أ: تكرار.

[وتكرار المحلوف عليه]^(١) ليس بشرط الوقوع^(٢).
 وإذا حلف لا يحج أو لا [يحج]^(٣) حجة فأحرم بالحج، لم يحنث حتى يقف
 بعرفة، رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - .
 وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يحنث حتى يطوف أكثر من
 طواف الزيارة، ولو حلف لا يعتمر^(٤) عمرة، لم يحنث حتى يحرم بالعمرة ويطوف
 أربعة أشواط، رواه بشر عن أبي يوسف .

* * *

(١) سقط في ب، م .
 (٢) في م: لوقوع .
 (٣) سقط في م .
 (٤) زاد في ب، م: أو لا يعتمر .

نوع آخر في الوضوء والغسل:

إذا حلف لا يتوضأ من الرعاف فرعف، ثم بال، ثم توضأ أو بال، ثم رعف وتوضأ فالوضوء منهما جميعاً، ويحنت. هكذا ذكر في المنتقى.

وفيه أيضاً: إذا حلف الرجل لا يغتسل من امرأته هذه من جنابة فأصابها، ثم أصاب امرأة أخرى، ثم أصاب المحلوف عليها واغتسل، فهذا اغتسال منهما^(١)، فيحنت.

وكذلك المرأة إذا حلفت ألا تغتسل من جنابة أو من حيض، فأصابها زوجها و^(٢) حاضت فاغتسلت، فهو اغتسال منهما، وتحنت في يمينها، هذه الجملة من المنتقى.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن قال: إذا اغتسلت من زينب فهي طالق، وإن اغتسلت من عمرة فهي طالق، فجامع زينب ثم جامع عمرة، فهذا الاغتسال منهما، ويقع الطلاق عليهما.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الرحيم الكرمني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة في باب الغسل للحيض والجنابة: أن الحائض إذا أجنبت لا يجب عليها الاغتسال حتى تطهر من الحيض، وإذا طهرت واغتسلت، فظاهر الجواب أن الاغتسال منهما.

وقال أبو عبد الله الجرجاني - رحمه الله -: يكون من الأول دون الثاني. وكذلك الرجل إذا رعف ثم بال فالوضوء يكون من الأول عند أبي عبد الله الجرجاني.

فالحاصل: أن على قول أبي عبد الله: إذا اجتمع الحدثنان فالوضوء بعدهما يكون من الأول إذا اتحد الجنس أو اختلف.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: إن اتحد الجنس بأن بال ثم بال أو رعف ثم

(١) في ب: منها.

(٢) في م: ثم.

رعف وأشبه ذلك، فالوضوء من الأول، وإن اختلف الجنس بأن بال ثم رعف، أو رعف ثم بال، [فالوضوء يكون منهما].

وقال الشيخ الإمام الزاهد عبد الرحيم - رحمه الله - : كنا نظن أن الوضوء من الحديثين إذا استويا في الغلظ والخفة، وإذا كان أحدهما أغلظ فالوضوء من أغلظهما كما إذا رعف ثم بال^(١) ثم أجنب، وقد ذكرنا^(٢) الرواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الوضوء يكون منهما فرجعنا إلى قوله .

وفائدة [هذا]^(٣) الاختلاف^(٤) إنما تظهر في مسألة الحلف الذي^(٥) ذكرنا .

وإذا حلف لا يتوضأ من الرعاف، فرعف ثم بال وتوضأ، حنث في يمينه بلا خلاف، أما على قول أبي عبد الله الجرجاني: فلائنه يعتبر الوضوء من أول^(٦) الحديثين والأول الرعاف .

وعلى قول أبي جعفر: الوضوء منهما عند اختلاف الجنس، وقد اختلف الجنس .

وعلى ظاهر الجواب: الوضوء من الحديثين جميعاً في الأحوال كلها فيعتبر^(٧) متوضئاً من الرعاف، وهو شرط الحنث .

وإذا بال أولاً ثم رعف وتوضأ فعلى قول [أبي حنيفة]^(٨) : لا يحنث؛ لأن الوضوء عنده وقع عن البول لا عن الرعاف؛ لأن البول أولهما .
وعلى ظاهر الجواب يحنث؛ لأن الوضوء عنهما .

وكذلك على قول الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : يحنث؛ لأن الوضوء عنهما

(١) سقط في ب .

(٢) في ب: وجدنا .

(٣) سقط في ب .

(٤) في م: الخلاف .

(٥) في ب: التي .

(٦) في ب: أقل .

(٧) في ب، م: فيصير .

(٨) في ب: عبد الله الجرجاني .

لما^(١) اختلف الجنس .

وإذا حلف لا يغتسل من امرأته هذه فأصابها، ثم أصاب امرأة أخرى، ثم اغتسل حنث بلا خلاف، أما على قول الفقيه أبي عبد الله الجرجاني - رحمه الله-؛ لأن الاغتسال عن المرأة المحلوف عليها عنده^(٢) وأما على ظاهر الجواب [فلا؛ لأن]^(٣) الاغتسال وقع عنهما فوجد شرط الحنث وزيادة، على هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل، والله أعلم.

* * *

(١) في أ: و .
 (٢) زاد في ب، م: أيضًا .
 (٣) في ب، م: فلأن .

نوع آخر من هذا الفصل في الأكل:

هذا النوع ينقسم أقسامًا:

القسم الأول: في حد الأكل.

إذا حلف الرجل لا يأكل، فالأكل [أن يوصل]^(١) إلى جوفه ما يتأتى فيه المضغ والهشم سواء مضغه ثم ابتلعه أو ابتلعه غير ممضوغ.

حتى إن من حلف لا يأكل هذه البيضة [أو هذه الجوزة]^(٢) فابتلعهما كذلك حنث، فالمضغ ليس بشرط، وإنما الشرط أن يكون بحيث يتأتى فيه [المضغ، فإذا كان [في]^(٣) فمه^(٤) شيء فحلف ألا يأكل فابتلع ذلك الشيء]^(٥) الذي كان [في فمه]^(٦) ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - مسألة تدل على الحنث، وسيأتي بيانها في الشرب، إن شاء الله تعالى.

وذكر الزندويستي - رحمه الله - في نظمه في كتاب الطلاق: أن الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق، والذوق عبارة عن عمل [الشفاه دون الحلق]^(٧)، والمص^(٨) عبارة عن عمل اللهاة خاصة.

فعلى ما ذكر الزندويستي: ينبغي ألا يحنث بابتلاع ما كان في فمه^(٩) وقت اليمين.

ولو حلف على [أكل شيء لا يتأتى فيه المضغ بنفسه فأكل مع غيره فإن كان ما يؤكل كذلك حنث، نحو إن حلف]^(١٠) لا يأكل هذا اللبن فأكل [بخبز أو تمر]^(١١)،

(١) في أ: إذا وصل.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ب: فيه.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: فيه.

(٧) في أ، م: الحلق دون الشفاه.

(٨) في أ: والمضغ.

(٩) في ب: فيه.

(١٠) في أ: الأكل بأن.

(١١) في أ: خبزاً أو تمرًا.

أو حلف لا يأكل هذا العسل فأكله كذلك يحنث؛ لأن هذا [يسمى أكلاً في العادة وإن صب على ذلك ماء فشرب لم يحنث؛ لأن هذا شرب وليس بأكل، وكذلك لو حلف لا يأكل هذا]^(١) السويق فشربه شرباً لا يحنث؛ [لأن هذا]^(٢) ليس بأكل. وفي القدوري: إذا حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمضغه^(٣) ويرمي تفله وابتلع ماءه، لم يحنث في الأكل ولا في الشرب؛ لأن هذا يسمى مصاً ولا يسمى أكلاً ولا شرباً.

وعن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل رمانة فمص رمانة، لم يحنث. وكذا روي عن محمد فيمن حلف لا يأكل سكرًا فجعلها في فيه وابتلع ماءها حتى ذابت، فهذا ليس بأكل فقد وصل إلى جوفه ما لا يتأتى فيه المضغ. ولو حلف لا يأكل هذا العنب أو هذه الرمانة فعصر العنب والرمانة ولم يشرب ماءه وشرب القشر والحصرم حنث؛ لأن العنب نفسه مأكول، وكذلك الرمانة نفسها مأكولة، ولو مضغه وابتلعه كذلك يصير أكلاً، وإنما يصير أكلاً بابتلاع القشر والحصرم لا بابتلاع الماء.

ذكر القدوري [هذه]^(٤) المسألة على هذا الوجه في شرحه، وإنه مشكل^(٥)؛ لأن العنب اسم للأكل، وكذلك الرمانة اسم للأكل، فإذا أكل القشر والحصرم فقد أكل بعض ما عقد عليه اليمين فلا يحنث؛ ألا ترى [أن من]^(٦) حلف لا يأكل هذا العنب، فأكله بعد ما صار زبيباً، لا يحنث، وإنما لا يحنث لما قلنا.

وفي العيون هذه المسألة المذكورة في صورة أخرى، فقال: إذا حلف لا يأكل هذا العنب فلاكه^(٧) ورمى بقشره وحبه [وبلع]^(٨) ماءه لم يحنث، ولو رمى بقشره وابتلع

(١) سقط في م.

(٢) في ب: لأنه.

(٣) في ب: يمضغه.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: مثله.

(٦) في ب: أنه لو.

(٧) في م: فأكله.

(٨) في م: وابتلع.

ماءه وحبه^(١) يحنث .

وعلل الصدر الشهيد في واقعاته، فقال: لأن العنب اسم لهذه الأشياء الثلاثة، ففي الوجه الأول: أكل الأقل فلا يصير أكلاً للعنب، وفي الوجه الثاني: أكل الأكثر فيصير أكلاً للعنب، إذ للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ب.

نوع^(١) آخر:

وإذا عقد يمينه على^(٢) مأكول بعينه ينصرف يمينه إلى أكل عينه^(٣) فإذا عقد يمينه على أكل [ما]^(٤) ليس بمأكول بعينه، أو عقد يمينه على أكل ما هو مأكول بعينه إلا أنه [لا]^(٥) يؤكل كذلك عادة، ينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازًا.

والأصل^(٦) في جنس هذه المسائل: العمل بالحقيقة عند الإمكان، وعند تعذر العمل بالحقيقة، أو^(٧) عند وجود العرف بخلاف الحقيقة ترك الحقيقة؛ ألا ترى أن من باع شيئًا بدراهم تنصرف [يمينه]^(٨) إلى [دراهم هذه]^(٩) البلد بدلالة العرف، وفي الصرف إلى نقد البلد ترك حقيقة اسم الدراهم من وجه فعلم^(١٠) أنه كما ترك الحقيقة للتعذر ترك لأجل العرف.

وإذا ثبت هذا فنقول: إذا عقد يمينه على أكل ما هو مأكول بعينه [فالعمل]^(١١) بالحقيقة^(١٢) ممكن فينصرف إلى أكل عينه، وإذا عقد يمينه على ما ليس بمأكول بعينه أو هو مأكول بعينه إلا أنه لا يؤكل كذلك عادة فالعمل بالحقيقة غير ممكن فينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازًا.

بيان هذا الأصل من المسائل: إذا حلف لا يأكل من هذه الشاة شيئًا فأكل من لبنها أو سمنها لا يحنث؛ لأن عين الشاة مأكول، وينعقد اليمين بالعين؛ [لأنهما]^(١٣) مما

(١) في أ: قسم.

(٢) زاد في ب: ما هو، وزاد في م: أكل.

(٣) في أ: علم.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: والأكل.

(٧) في م: و.

(٨) سقط في أ، ب، م.

(٩) في ب، م: نقد.

(١٠) في م: يعلم.

(١١) في أ: لعمل، و.

(١٢) في أ: لعمل الحقيقة.

(١٣) في أ: لأنها.

يتولد^(١) من العين، وكذلك إذا حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من زيبه، أو عصيره لا يحنث؛ لأن العنب مأكول فانعقد يمينه على أكل عينه باسمه.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من شيراز^(٢) لا يحنث^(٣)؛ لأن عينه مأكول فلا ينعقد اليمين على ما يتخذ منه، وكذلك إذا جعل اللبن جنبًا أو أقطًا وأكل منه، لا يحنث لما قلنا، وكذلك إذا حلف لا يذوق من هذا الخمر، فذاقه بعدما صار خلًا لا يحنث [لما قلنا]^(٤).

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل مما خرج منها لا يحنث، والمعنى في الكل ما ذكرنا.

قال في الجامع: وإذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئًا فأكل من ثمرها أو طلعتها أو بسرها أو دبسها حنث؛ لأن عين النخلة غير مأكول فينصرف يمينه إلى ما يخرج منه مجازًا، وأراد بالدبس ما يسيل من الرطب.

وإن اتخذ من الدبس ناطفًا أو نبيذًا لا يحنث؛ لأن يمينه انصرف إلى ما يخرج من النخلة، والنبيذ والناطف لم يخرجوا من النخلة كذلك فلا يحنث بأكله، وكذلك إذا حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئًا، فأكل من عنبه أو زيبه أو عصيره حنث؛ لأن عين الكرم ليس بمأكول؛ لأنه شجر العنب فينصرف يمينه إلى ما يخرج منه كما في النخلة، وهذه الأشياء خارجة من الكرم، أما العنب والزبيب فظاهر، وأما العصير فلأنه ماء العنب إلا أنه [كان]^(٥) منكنمًا^(٦) بالقشر، ولو أكل من خله لا يحنث؛ لأنه ليس بخارج منه بهذه الصفة، وإذا حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه

(١) في م: لا بما.

(٢) في أ: شرابه، وفي م: أسراه.

والشيراز هو: اللبن الخائر إذا استُخرج منه ماؤه. ينظر: المغرب في ترتيب المعرب،

مادة (شرز).

(٣) الأصل، للشيباني (٢٩٩/٣).

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: منكنم.

[حنث]^(١)؛ لأن الدقيق وإن كان مأكولاً بعينه إلا أنه لا يؤكل كذلك عادة، فينصرف يمينه إلى ما يتخذ منه مجازاً.

وفي النوازل: لو اتخذ منه خبيصاً أخاف أن يحنث، وخبز القطائف^(٢) يكون كذلك.

وإن أكل عين الدقيق هل يحنث؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: لا يحنث لأن المجاز وهو ما يتخذ منه صار مراداً فلا تبقى الحقيقة مراداً^(٣) ولو كان حين حلف أخبر أنه عنى به عين الدقيق لا يحنث بأكل الخبز؛ لأنه نوى عين ما يقتضيه حقيقة كلامه وظاهره فيتقيد به اليمين.

وإذا [حلف لا يأكل من هذه الحنطة وهو ينوي ألا يأكلها حبة حبة]^(٤) صحت نيته ولو أكل من خبزها، لا يحنث؛ لأنه نوى حقيقة كلامه والعمل بالحقيقة ممكن؛ لأن الحنطة مأكول عينها [فيتقيد اليمين بالحقيقة، وإن نوى ألا يأكل مما يتخذ منها صحت نيته أيضاً حتى لا يحنث بأكل عينها]^(٥)، وإن لم يكن له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة.

[وعندهما: يحنث.

ولو أكل عينها^(٦) حنث عند أبي حنيفة]^(٧)، أما عندهما هل يحنث؟ أشار في أيمان الأصل: [إلى أنه لا يحنث فإنه قال في أيمان الأصل]^(٨): إذا أكل من خبزها حنث إلا أن ينوي الحب بعينه فإنما ينصرف يمينه إلى العين بالنية فدل أنه

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الطائف.

(٣) في أ: منه إذا.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: عليها حبة.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في أ.

من غير النية ينصرف إلى الخبز.

وأشار في الجامع الصغير إلى أنه يحنث، فإنه قال ثمة: إذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل من خبزها، لا يحنث عند أبي حنيفة، وإن قضمها حبًّا حبًّا حنث. وقال [أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله-] ^(١): يحنث إذا أكل من خبزها أيًّا، فهذا إشارة إلى أنه [لو أكل الخبز يحنث، وإذا] ^(٢) أكل العين يحنث، والصحيح ما ذكر في أيمان الأصل.

وجه قولهما: أن الحنطة متى ذكرت مقرونة بالأكل يراد به في عرف الاستعمال خبزها [يقال: فلان يأكل الحنطة وأهل بلده كذا يأكلون الحنطة ويريدون خبزها] ^(٣) ومطلق الاسم من غير نية ينصرف إلى المتعارف وصار تقدير يمينه: لا أكل من خبز هذه الحنطة. ولو قال هكذا، إذا أكل من خبزها يحنث، وإذا أكل من عينها، لا يحنث، كذا هاهنا.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن الحنطة عينها مأكول فإنها تغلي ^(٤) وتؤكل ويتخذ منها الهريسة، فقد عقد يمينه على ما هو مأكول، فلا ينصرف يمينه إلى ما هو متخذ منه.

ومن ^(٥) يقول بأن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها [ما] ^(٦) يتخذ منها [في العرف] ^(٧).

قلنا: هذا العرف موجود في حنطة بغير عينها لا في حنطة بعينها، والخلاف في أيمان الأصل وفي الجامع الصغير مسطور في حنطة بعينها، وإذا كان عين ^(٨) الحنطة

(١) في ب: صاحبه.

(٢) في م: متي.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في ب: تغلي.

(٥) في م: وما.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: وما.

(٨) في أ: غير.

مأكولاً أمكن العمل بالحقيقة فلا يعدل عنها إلا بالنية أو بالعرف ولم يوجد .
 فعلى هذا^(١) التعليل : إذا حلف على أكل حنطة لا بعينها يجب أن يكون الجواب
 فيه عند أبي حنيفة كالجواب عندهما، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح أيمان
 الأصل .

وإذا أكل من سويقها، ذكر في بعض الروايات: أنه لا يحنث [في قول أبي
 حنيفة وأبي يوسف، وذكر في بعض الروايات أنه لا يحنث]^(٢) ولم يذكر فيه خلافاً،
 وفي المنتقى عن أبي يوسف أنه يحنث]^(٣) بأكل السويق، والله أعلم .
 إذا حلف: (أكرأ دريرس وسرين ابن باع تخورم فكذا)، فأكل من حصرمه وعنبه
 لا يحنث، ولو قال: (أكرأ سرين ابن زر تخورم فكذا)، فأكل من عنبه^(٤) لا يحنث،
 وإنما يحنث إذا أكل من الرب^(٥) الذي يتخذ من ماء العنب^(٦) .



(١) زاد في أ، م: قول .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: عينه .

(٥) في أ: بحرف .

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥١٣/٣) .

قسم في الحلف [على أكل الخبز]^(١):

إذا حلف لا يأكل خبزًا ولا نية له، فهذا على خبز الحنطة والشعير، وعلى ما يتعارف في ذلك البلد اتخاذ الخبز منه، وإنما وقع اليمين على خبز الحنطة والشعير؛ [لأن الذي يعتاد أكله من الخبز في جميع البلدات خبز الحنطة والشعير]^(٢) ومطلق اليمين ينصرف إلى المعتاد حتى لو تصور موضع لا يأكل أهله خبز الشعير، لا يحث بأكل خبز الشعير أيضًا، ولو أكل خبز الأرز فإذا كان من^(٣) أهل بلد خبزهم ذلك ينصرف يمينه إليه، وما لا فلا.

وإذا حلف لا يأكل خبزًا ولا نية له، فأكل كليجة أو جوزينجا أو نواله بريدا.

قال محمد بن سلمة: إنه لا يحث في الوجوه كلها^(٤).

قال الفقيه أبو الليث: [المختار أنه]^(٥) يحث إذا^(٦) أكل الكليجة^(٧) أو النواله المقطوعة، أما الكليجة فلأنها خبز حقيقة وعرفاً، واختصاصها باسم خاص للزيادة لا للنقصان، فلا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم، أما النواله المقطوعة فإنها^(٨) خبز انضم إليه أشياء أخرى، وأما الجوزينج فلا يحث بأكله فإنه يسمى خبزاً مقيداً، يقال: خبز الجوزينج، كما يقال بالفارسية: (نان زر دالو).

وإذا حلف لا يأكل هذا الخبز فحففه ودقه، ثم شره بماء، لا^(٩) يحث؛ لأن هذا

شرب وليس بأكل، ولو أكله مبلولاً يحث؛ لأنه وجد الأكل حقيقة.

وعن أبي حنيفة^(١٠) فيمن قال لامرأته: إن أكلت من هذا الخبز فأنت طالق،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في م: عادة.

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٩١/٣٠).

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وإذا.

(٧) في م: كليجة المختار.

(٨) في ب: فلأنها.

(٩) في ب، م: لم.

(١٠) في م: يوسف.

فطلبت حيلة، حتى تأكل ولا^(١) تطلق، قالوا^(٢): ينبغي لها أن تدق ذلك الخبز وتلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكًا فتأكل العصيدة فلا تُطلق.

* * *

(١) في ب، م: فلا.

(٢) في ب، م: قال.

قسم آخر من هذا النوع في مسائل اللحم والشحم:
ولو حلف لا يأكل لحما ولا نية له، فأكل لحم سمك لا يحنث، هكذا ذكر في
الأصل، وفي^(١) الجامع الصغير.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من
المسمى بذلك الاسم صورة ومعنى، ولا ينصرف إلى الناقص^(٢) منه معنى إلا
بالدليل^(٣) وإنما كان كذلك؛ لأن الكامل من المسمى معنى مع الناقص من المسمى
معنى ينزل منزلة المجاز مع الحقيقة؛ لأن حد المجاز أن يوجد فيه^(٤) بعض معاني
الحقيقة.

قلنا: ومطلق الاسم ينصرف إلى الحقيقة، ولا ينصرف [إلى]^(٥) المجاز إلا
بدليل.

إذا ثبت هذا فنقول: إن لحم السمك ناقص في معنى اللحمية؛ ألا ترى أنه لا
يستعمل استعمال اللحم، وألا ترى أنه لا يجيء منه المرق كما يجيء من سائر
اللحمان؛ وهذا لأن اللحم يتولد من الدم، والسمك يتولد من الماء، والدم [من
إيراث]^(٦) القوة فوق الماء، فكذا المتولد منه، فكان ناقصاً في معنى اللحمية وهو
التقوي والتغذي ولو^(٧) أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث؛ لأنه لحم حقيقة؛ لأنه
ينشأ من الدم إلا أنه حرم أكله، ولكن الحل والحرمة من أحكام الشرع، والاسم
حقيقة لا يتغير بأحكام الشرع، وكذلك لو أكل لحم البقر أو لحم الغنم أو لحم الإبل
[يحنث]^(٨)؛ لأن جميع ذلك لحم حقيقة.

(١) في ب: وذكر في.

(٢) في أ: الباقيين.

(٣) في ب، م: بدليل.

(٤) في أ: منه.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: في أبواب.

(٧) في ب: وهو.

(٨) سقط في ب.

والحاصل: أن اللحم اسم يتناول^(١) اللحم كلها وإن كانت اللحم أجناسًا مختلفة^(٢).

وفي القدوري: إذا حلف لا يأكل لحمًا، فهذا على الحيوان الذي يعيش في البر محرمة كانت أو غير محرمة، وهو إشارة إلى ما قلنا: إن^(٣) الحل والحرمه أحكام شرعية فلا يتغير^(٤) به الاسم حقيقة؛ ألا ترى أن من حلف لا يشرب شرابًا ولا نية له فشرب الخمر أنه يحنث؛ لأنه [شراب حقيقة وإن كان حرامًا كذا هنا].

قال في القدوري: أما^(٥) لحم ما يعيش في الماء كالسمك وغيره فإنه لا يحنث بأكله، ثم يستوي إن أكل هذه اللحم مطبوخًا أو مشويًا أو صفيقًا^(٦)، ولو أكل النبيء لم يذكر هذا الفصل في شيء من الكتب نصًا^(٧).

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح أيمان الأصل: ينبغي ألا يحنث. قال: [وأشار إليه محمد - رحمه الله - في الأصل، فقد ذكر في الأصل]^(٨): إذا حلف لا يأكل لحما ولا نية له، فأى لحم أكل لحم بقر، أو لحم غنم أو طير، مشويا كان أو مطبوخا أو قديدا، يحنث فهذا من محمد - رحمه الله - إشارة إلى أنه يحنث بأكل النبيء^(٩). وذكر في فتاوى أبي الليث عن أبي بكر الإسكاف - رحمهما الله. وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -: عندي أنه يحنث، والأشبه والأظهر أنه لا يحنث؛ لأنه عقد بيمينه على ما [لا]^(١٠) يؤكل كذلك عادة، فينصرف يمينه إلى الأكل المعتاد، والمعتاد في اللحم الأكل بعد الطبخ، ولو أكل ما يكون في الجوف

(١) في م: فيتناول.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢٨٢).

(٣) في ب: لأن.

(٤) في ب: يعتبر.

(٥) سقط في ب.

(٦) صوابه: قديداً.

(٧) في أ: أيضا.

(٨) سقط في ب.

(٩) الأصل، للشيباني (٢/٣١٥).

(١٠) سقط في أ، م.

[من] ^(١) الكرش والكبد والطحال [يحنث] ^(٢)، وهذا بناء على ما عرف أهل الكوفة، فإن هذه الأشياء في عرفهم كانت تباع مع اللحم، وتستعمل استعمال اللحم، فأما في عرفنا لا يحنث؛ لأن هذه الأشياء لا تسمى لحما، ولا تباع مع اللحم.

[ولو أكل شحم البطن لا يحنث؛ لأنه لا يسمى لحماً، ولا يستعمل استعمال اللحم، وكذلك إذا أكل الألية لا يحنث لهذه] ^(٣) العلة، ولو أكل شحم الظهر يحنث؛ لأنه يسمى لحماً، يقال: لحم سمين، ويستعمل استعمال اللحم، [ويباع مع اللحم] ^(٤) وكذلك أكل] ^(٥) شحم البطن والألية، ولو أكل رؤوس الحيوان يحنث؛ لأن ما على رؤوس الحيوان لحم حقيقة.

ولو حلف لا يأكل لحم شاة، فأكل لحم عنز يحنث، هكذا ذكر في الجامع. وعن بعض مشايخ بلخ: أن الحالف إن كان مصرئياً لا يحنث؛ لأنهم يفرقون بينهما، وإن كان قروياً يحنث؛ لأنهم لا يفرقون بينهما. وذكر الفقيه أبو الليث في فتاويه أنه لا يحنث سواء كان الحالف مصرئياً أو قروياً.

قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى؛ لأنهم يفرقون بينهما [عادة] ^(٦). ولو حلف لا يأكل شحمًا، فأكل شحم البطن حنث بلا خلاف، ولو أكل شحم الظهر وهو الذي يخالطه لحم، على قول أبي حنيفة لا يحنث. [وعلى قولهما: يحنث] ^(٧).

والصحيح مذهب أبي حنيفة؛ لأن شحم الظهر ليس بشحم، بل هو لحم؛ ألا

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لأن.

(٤) سقط في م.

(٥) في ب: وكذلك إذا أكل الألية لا يحنث لهذا؛ لأنه لا يسمى لحما ولا يستعمل استعمال اللحم، ولو أكل شحم اللحم يحنث؛ لأنه يسمى لحما، يقال: لحم سمين ويستعمل استعمال اللحم ويباع مع اللحم ولا كذلك.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب.

ترى أن من حلف لا يأكل لحمًا فأكل شحم الظهر يحنث، وإذا كان لحمًا لا يكون شحمًا؛ لأنهما اسمان مختلفان لا يتناولان مسمى واحدًا، ولو عزل شحم الظهر وأكله لا رواية في هذا عن أبي حنيفة، ولقائل أن يقول: لا يحنث عنده والله أعلم.

* * *

قسم آخر من هذا الفصل في اليمين على أكل الفاكهة:
 إذا حلف^(١) لا يأكل فاكهة ولا نية له، أجمعوا على أنه إذا أكل تينًا أو مشمشًا أو
 خوخًا أو سفرجلًا^(٢) أو إجاصًا^(٣) أو كمثرى أو تفاحًا، أنه يحنث.
 وأجمعوا على أنه إذا أكل خيارًا أو قثاء أو جزرًا أنه لا يحنث.
 وأما إذا أكل عنبًا أو رمانًا أو رطبًا فعلى قول أبي حنيفة: لا يحنث.
 وعلى قولهما يحنث.

وفي القدوري: ثمر الشجر كلها فاكهة، إلا الرمان والعنب والرطب في قول أبي
 حنيفة.

وقال [أبو يوسف ومحمد]^(٤): كل ذلك فاكهة.

فمن المشايخ من قال: هذا اختلاف عصر وزمان، كان الناس في زمن أبي حنيفة
 لا يتفكهون بهذه الأشياء، ولا يعدون هذه الأشياء من الفواكه [وكانوا في زمنهما
 يتفكهون بهذه الأشياء ويعدون هذه الأشياء من الفواكه]^(٥)، فأفتى كل واحد منهم
 على حسب ما شاهد في زمانه.

ومنهم من قال: هذا اختلاف حجة وبرهان.

فوجه قولهما: أن الفاكهة اسم لما يتفكه به أي: يؤكل على سبيل التفكه^(٦)
 وذهاب الملاحة، وهذه الأشياء بهذه المثابة فكانت فاكهة، والدليل عليه إذا نوى هذه
 الأشياء صحت نيته بلا خلاف، وتدخل هذه الأشياء تحت اليمين؛ لأنها^(٧) فاكهة

(١) زاد في ب: الرجل.

(٢) السفرجل: شجر مثمر من الفصيلة الوردية التي تشمل معظم أشجار الفواكه، كالنفاح
 واللوز، والمشمش، والكرز، وغيرها. ينظر: قاموس الغذاء والتداوي بالنبات، لأحمد
 قدامه، موسوعة غذائية صحية عامة، دار النفائس، ط (١)، ١٩٨١م، ص (٢٧٤).

(٣) الإجاص: شجر مثمر من الفصيلة الوردية يعرف ثمره في مصر باسم البرقوق.
 ينظر: قاموس الغذاء ص (١٢).

(٤) في أ، ب: صاحبه.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: التلهي.

(٧) في ب، م: ولولا أنه.

وإلا لما دخلت تحت^(١) اليمين.

ولأبي حنيفة: أن الفاكهة اسم لما يؤكل على سبيل التلهي وذهاب الملالة. ولهذا سمي المزاج فاكهة؛ لأنه يؤكل على سبيل التلهي وذهاب الملالة وهذه الأشياء كما تؤكل على سبيل التلهي تؤكل لغرض آخر، والعنب والرطب يؤكلان للشبع، وقد يكتفى بهما في بعض الأماكن وفي بعض الأزمنة، والرمان يؤكل للتداوي، فكانت هذه الأشياء ناقصة في معنى التفكه بها فلا يدخل تحت مطلق اسم الفاكهة، والدليل عليه [أنه]^(٢) إذا أكل الناسي من هذه الأشياء لا يحنت؛ لأنه ناقص في معنى التفكه فلا يدخل تحت مطلق الاسم، كذا هنا.

وإذا أكل خيارًا أو جزرًا أو قثاء إنما لا يحنت؛ لأن هذه الأشياء ليست بفاكهة، وإنما هي البقول أو التوابل [بعضها يوضع على المائدة مع البقول، وبعضها يجعل في القدر مع التوابل]^(٣).

قال محمد في الأصل: والتوت^(٤) فاكهة، وهكذا ذكر الكرخي في كتابه؛ لأنه يسمى فاكهة في العرف، ويؤكل على سبيل التلهي وذهاب الملالة لا لغرض،

(١) في أ: حجة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) التوت: جنس شجر من الفصيلة القرّاصية والقبيلة التوتية، تزرع لثمرها يأكله الإنسان، ولورقها يأكله دود القز، واسمه أيضًا: «توت» و«فؤصاد». وأشجار التوت أنواع منها الكبير والصغير، وثمره التوت أنواع أيضًا، منها: توت أبيض وتوت أسود شامي، وتوت أحمر: فشجرة التوت الأبيض صغيرة، وثمارها بيض أو قرمزية، وموطنها الأصلي: آسيا، وأدخلت إلى أوروبا وأمريكا لأوراقها التي تغذي دود الحرير، وثمارها قليلة القيمة، وتستخرج في أوروبا من جذور شجرها صبغة صفراء. وشجرة التوت الأحمر ويعرف بالرومي أو الصبغي هي أكبر أنواع التوت، وثمارها حمر فاقعة أو مائلة إلى السواد، ولا تأكلها غير الحيوانات، ويستفاد من خشبها الجيد، ويستخرج من مائه صبغة حمراء. وشجرة التوت الأسود وهو المعروف بالشامي هي من أشجار الزينة، وثمرتها حمراء أو سوداء محمرة، وموطنها الأصلي آسيا الصغرى وإيران، ونقلت إلى أوروبا في القرن الثاني عشر ووطنت في أوروبا وأمريكا، وتكثر زراعتها في الولايات الجنوبية الأمريكية.

ينظر: قاموس الغذاء، ص (١١٩).

[آخر] ^(١).

وعن أبي يوسف: أن اللوز ^(٢) فاكهة.

وفي الأصل: أن الجوز فاكهة.

وكل ذلك صار مستفادًا من قول القدوري: ثمر الشجر كلها فاكهة، إلا الرمان

والعنب والرطب، وإنما يستثنى الأشياء الثلاثة لا غير على قول أبي حنيفة.

وعن محمد: أن الجوز اليابس [ليس] ^(٣) فاكهة، وهو نظير العنب والرمان

والرطب فإن رطب هذه الأشياء فاكهة واليابس منها ليس بفاكهة، والبطيخ من

الفاكهة، هكذا ذكر القدوري، ورواه الحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي يوسف.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أن البطيخ ليس من الفواكه؛ لأنه ذكر

أن ما لا يكون يابسه ^(٤) فاكهة، فرطبه لا يكون فاكهة كالبطيخ، وهذا القياس غير

مستقيم، فإن الرطب من العنب، والرمان فاكهة عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما

الله -، واليابس منهما ليس بفاكهة.

والخوخة فاكهة أيضًا، وكل ^(٥) ما كان نضيجه فاكهة فله ^(٦) أيضًا يكون فاكهة.

وفي المنتقى: وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: ليس الباقلا ^(٧) والسَّمْسَم من

الثمار.

والحاصل: أن العبرة ^(٨) في جميع ذلك العرف والعادة فما ^(٩) يؤكل على سبيل

التفكه عادة، ويعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين، وما لا فلا.

(١) سقط في أ، م.

(٢) زاد في ب: والعناب، وفي م: العنب.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: ما يشبه.

(٥) في ب: قيل.

(٦) في أ، ب: فنه.

(٧) في أ: الفلأفلاء.

(٨) في ب: المعنى.

(٩) في أ، م: فيما.

وعن محمد: إذا حلف لا يأكل من فاكهة العام، أو ثمار العام، فإن كان في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب، وإن أكل اليابس، لم يحنث، وإن كان في غير وقتها فهذا على^(١) اليابس، وهذا استحسان للتعارف، وهذا لما ذكرنا أن اليمين ينصرف إلى المتعارف، [والمعتاد]^(٢)، والمعتاد التفكه بالرطب في أيام الرطب، والتفكه باليابس في أيام اليابس، فمطلق اليمين ينصرف إليه. والله أعلم.



(١) زاد في ب: الرطب وإن كان.
 (٢) سقط في أ، م.

قسم آخر من هذا النوع:

وإذا حلف لا يأكل تمرًا، فأى نوع من التمر أكله، حنث؛ لأن التمر اسم جنس، فيتناول الأنواع كلها، ولو أكل حيسًا يحنث؛ لأن الحيس اسم لتمر يلقي في اللبن حتى يتنفخ فيؤكل، وإنما حنث بأكله؛ لأنه هو التمر بعينه، ولم يغلب عليه غيره، وكذلك إذا أكل عصيدة اتخذت من التمر يحنث، وكان ينبغي ألا يحنث بأكل العصيدة؛ لأن اسم التمر قد زال عنه فبطل اليمين؛ ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل هذا الرطب، فأكله بعد ما صار تمرًا لا يحنث؛ [وإنما لا يحنث]^(١) لما قلنا.

والجواب: أن الاسم^(٢) الأول لم يزل وإنما^(٣) حدث اسم آخر مع بقاء الاسم الأول؛ ألا ترى أنه يقال: عصيدة تمر، بخلاف مسألة أكل الرطب إذ^(٤) هناك الاسم الأول زال من كل وجه؛ ألا ترى أنه يقال: رطب تمر، والاسم^(٥) إذا زال يزول اليمين.

وفي المنتقى رواية هشام عن محمد: فيما إذا حلف لا يأكل [هذا التمر فأكله بعدما جعله عصيدة أنه لا يحنث، وإذا حلف [لا]^(٦) يأكل]^(٧) ملحًا فأكل طعامًا فيه ملح، إن لم يكن ملحًا ويقال بالفارسية: (شور)، لا يحنث، وإن كان ملحًا يحنث.

وصار كما لو حلف لا يأكل^(٨) فلفلًا فأكل طعامًا فيه فلفل، إن كان يوجد فيه طعم الفلفل^(٩) يحنث، وإن كان لا يوجد، لا يحنث، هكذا ذكر في المسألة في العيون.

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: اسم.

(٣) في أ: إذا.

(٤) في م: لأن.

(٥) في ب: والا.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: أكل.

(٩) الفلفل: نبات من الفصيلة الفلفلية من نباتات البلاد الحارة يستعمل مسحوق ثماره في الطعام. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٣١٥).

وكان الفقيه أبو الليث يقول: [في الملح]^(١) لا يحنث ما لم يأكل عينه مع الخبز أو مع شيء آخر، إلا إذا كان وقت اليمين دلالة على ذلك؛ لأن عين الملح مأكول وعين الفلفل لا.

وكان الصدر الشهيد يختار هذا القول.

وإذا حلف لا يأكل [لبناً]^(٢) فطبخ اللبن مع الأرز وأكله، لا يحنث، وإن لم يجعل [فيه الماء]^(٣) ونوى عين اللبن، وهو نظير ما لو حلف على خل لا يأكله فاتخذ منه [سكباجة، لا يحنث.

[و]^(٤) على قياس ما إذا حلف على تمر لا يأكله فاتخذ منه^(٥) عصيدة أو حيساً^(٦) وأكلها يحنث في مسألة اللبن إذا طبخ بالأرز^(٧)؛ لأن اسم اللبن [بهذا الصنع]^(٨) لم يزل، إنما حدث له اسم آخر مع بقاء الاسم الأول؛ ألا ترى أنه يقال بالفارسية: (سركرح)، وخرج على هذا مسألة الخل؛ لأن هناك اسم الخل يزول باتخاذ سكباجة أما هاهنا بخلافه، وإذا حلف بالفارسية: (بزعفران، نحورد، مان كال مرد دى زعفران بارسد نحورد) يحنث؛ لأن عين المحلوف قائم فإنه يرى ويوجد طعمه. وعلى هذا إذا حلف: (جعدان حورد تكماح بعجراد حورد) يحنث؛ لأنه يرى عين (الجعرات) والاسم لم يزل؛ ألا ترى أنه يقال: (تكماح بعجرات حورد). ولو حلف ألا يأكل حوسبانا فأكل عصيدة فيها حوسبان قال [أبو]^(٩) إبراهيم: لا يحنث؛ لأن الحاسبان مغلوب، إلا أن يكون قائماً بعينه على وجه العصيدة، فحينئذ

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: خيصا.

(٧) في أ، م: مع الأرز.

(٨) سقط في ب، وفي م: لهذا الطبخ.

(٩) سقط في ب.

فالمراد من أصل المسألة عصيدة ماء^(١)، والمراد من الاستثناء عصيدة [صلبة]^(٢)،
والله أعلم.



(١) في ب، م: شياه.
(٢) في أ، ب: سييد، وسقط في م.

نوع آخر: وهو قريب من النوع [المتقدم]^(١):

وإذا حلف لا يأكل سمناً فأكل سويقاً ملتوتاً بسمن، فإن كان يرى فيه لون السمن ويوجد طعمه يحنث، وكذلك كل شيء أكله وفيه سمن، وإن كان لا يوجد طعمه فيه ولا يرى لونه، لا يحنث [وكذلك إذا كان يوجد طعمه ولا يرى لونه لا يحنث]^(٢).
وصار الأصل: أن الحالف إذا أكل المحلوف عليه بعد ما خلطه بخلاف جنسه، ينظر: إن صار المحلوف عليه هالِكاً من كل وجه أو من وجه لا يحنث، وإن لم يصر هالِكاً أصلاً وكان قائماً من كل وجه يحنث، إلا أنه أثبت القيام في السمن ببقاء رؤية اللون، [وأثبت الهلاك بزوال رؤية اللون]^(٣).

وإذا حلف على حنطة لا يأكلها فأكلها مع غيرها من الحبات، أو حلف على شعير لا يأكله فأكله مع غيره من الحبات إذا أكل [حبة حبة]^(٤) فإن كانت [الغلبة للمحلوف عليه، يحنث.

وإن كانت]^(٥) الغلبة لغير المحلوف عليه، لا يحنث، وإن كانا سواء فالقياس أن يحنث، وفي الاستحسان^(٦): لا يحنث.

وإن أكل حبة حنث على كل حال.

وذكر مسألة السمن في النوادر: وشرط للحنث شرطين^(٧) أبداً على ما ذكرنا، فقال: إن كان يرى لون السمن ويوجد طعمه فكان إذا عصر سال السمن يحنث.

وفي المنتقى رواية هشام عن محمد: إذا حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصاً إلا أنه فيه يرى لون السمن ويوجد طعمه أنه يحنث، والله أعلم.

(١) سقط في ب، م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب، م: حفنة حفنة.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في ب: أن.

(٧) في ب: شرطان.

قسم آخر من هذا النوع [في اليمين]^(١) يقع على جميع ما حلف عليه أو على بعضه:

إذا حلف لا يأكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين، [يحنث]^(٢) استحساناً؛ لأن أكل الرمانة هكذا يكون فإنه^(٣) لا يمكن أكلها على وجه لا يسقط منها شيء؛ ولأن العادة فيما بين الناس أن عند أكل الرمانة يتركون الحبة والحبتين، وإن ترك أكثر من ذلك مما لم تجر العادة أن يتركه الآكل، لم يحنث.

وكذلك لو حلف لا يأكل هذا السويق فأكله^(٤) إلا حفنة أو حفتين تركهما فإنه يحنث؛ لما ذكرنا في الرمانة، ولو حلف لا يأكل لحم هذا الجزور، [فهذا على بعضه، [لو أكل بعضه]^(٥) يحنث بخلاف ما إذا حلف لا يبيع لحم هذا الجزور^(٦)]^(٧)، فباع بعضه حيث لا يحنث؛ لأن الأكل لا يتأتى على الكل^(٨) بدفعة واحدة فينعدد اليمين على بعضه، فأما البيع يتأتى على الكل بدفعة [فينعدد اليمين على كله.

وإذا حلف لا يأكل هذا الطعام فإن كان يقدر على أكله بدفعة^(٩) لم يحنث بأكل بعضه، وإن كان لا يقدر على أكله بدفعة واحدة يحنث بأكل بعضه.

وكذلك إذا عقد يمينه على شرب مشروب بعينه، وهو يقدر على شربه بدفعة واحدة [لم يحنث بشرب بعضه وإن كان لا يقدر على شربه بدفعة واحدة]^(١٠) فيمينه على شرب بعضه؛ لأن المقصود من اليمين في الصورة^(١١) الأولى الامتناع عن

- (١) سقط في ب.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في أ، م: لأنه.
- (٤) في ب: فأكل.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في م: الخروف.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في أ، ب: الملك.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) في ب: المسألة.

جميعه، والمقصود من اليمين في الصورة الثانية الامتناع عن أصله لا عن شرب^(١) جميعه؛ لأن ما يمتنع فعله^(٢) في العادة والغالب لا يقصد في اليمين.

وفي المنتقى: إذا حلف ليأكلن^(٣) هذا التمر اليوم، فأكل بعضه، فإن كان التمر لا يستطيع أكل كله في يوم، يبر بأكل بعضه، وما لا فلا.

ولو حلف لا يأكل هذه البيضة، لا يحث بأكل بعضها؛ لأنها^(٤) تؤكل كلها بدفعة واحدة فينقده اليمين على الكل، وكذلك لو حلف لا يأكل هاتين البيضتين لم يحث حتى يأكلهما جميعًا.

وفي المنتقى: لو حلف لا يأكل هذه الخابية من الزيت فأكل بعضها، يحث؛ لأنه لا يؤكل كلها بدفعة واحدة فينقده يمينه على البعض، ولو كان مكان الأكل بيعة فباع بعض الخابية، لا يحث؛ لأنه يباع كلها بدفعة واحدة فلا ينقده اليمين [على البعض]^(٥).

وفي المنتقى أيضًا: إذا حلف لا يشرب لبن هذه الشاة فشرب شيئًا منه يحث، ولو قال: لا أكل من لبن هاتين الشاتين أو من تمر هاتين النخلتين أو من هذين الرغيفين فأكل من أحدهما يحث، وكذلك إذا حلف لا يأكل [لبن]^(٦) هذا الغنم فأكل من لبن شاة واحدة، وكذلك إذا حلف لا يشرب من ماء هذه الأنهار فشرب من ماء نهر واحد حث؛ [لأن (من) للتبويض]^(٧) فكانت اليمين متناولة بعض المذكور وقد وجد.

ولو قال: لا أشرب لبن هاتين الشاتين لم يحث حتى يشرب من لبن كل شاة؛ لأنه عقد اليمين عليهما فلا يحث بشرب أحدهما، ولو كان اللبن مخلوبًا فحلف لا

(١) في أ: أصله عن.

(٢) في أ: فعلي.

(٣) في م: لا يأكل.

(٤) في أ، م: لأنه.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: لا من التبويض.

يشربه؛ فهذا على بعضه إن^(١) كان لا يقدر على شربه بدفعة واحدة، وقد مر هذا. ولو قال: لا أشتري من هذين الرجلين، لم يحنث حتى يشتري منهما، ولا يشبه هذا قوله: لا أكل من هذين الرغيفين؛ لأن في مسألة الأكل أمكن اعتبار حقيقة كلمة (من) للتبعيض، وفي مسألة الشراء [لا يمكن؛ لأن البيع^(٢) لا يتبعض، فكانت كلمة (من) في [فصل]^(٣) الشراء صلة^(٤) من الكلام، وإذا حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل الكل إلا شيئاً قليلاً يحنث، فإن^(٥) نوى أكل الكل دين فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يصدق قضاء؟ فيه روايتان، والله تعالى أعلم.



(١) في ب: وإن.
(٢) في أ، م: البائع.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في ب.
(٥) في أ: إن.

قسم آخر من هذا النوع في الحلف على الأكل من كسب فلان أو^(١) من ميراثه وما يتصل به:

حلف لا يأكل من كسب فلان، فاعلم أن الكسب ما صار له بفعله كأخذ المباحات، أو كقبوله في العقود، فأما الميراث فلا^(٢) يكون كسبًا؛ لأن الملك في الميراث يثبت حكمًا من غير صنع فلا يضاف إلى كسبه.

فإذا حلف لا يأكل من كسب فلان، فورث المحلوف عليه شيئًا وأكله الحالف، لا يحنث، ولو اشترى شيئًا أو وهب له شيء أو تصدق عليه بشيء وقبل فأكله الحالف حنث، ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فاشترى الحالف من المحلوف عليه مما كسبه^(٣) المحلوف عليه، أو وهب المحلوف عليه ذلك من الحالف وأكله، لا يحنث؛ لأن شرط الحنث أكل مكسوب فلان، وهذا أكل مكسوب نفسه فلا يحنث. رواه إبراهيم عن محمد - رحمه الله -.

وقال هشام: سمعت محمدًا يقول فيمن حلف لا يأكل من كسب فلان فوهب المحلوف عليه شيئًا من كسبه من الحالف أو تصدق به عليه وأكله، حنث، ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فاكسب المحلوف عليه مالا ومات وورثه رجل فأكله الحالف، حنث؛ لأن الثابت للوارث عين ما كان ثابتًا للمورث، وكذلك لو ورثه الحالف، [وأكل]^(٤) يحنث، بخلاف ما لو انتقل إلى غيره بغير الميراث بشراء أو وصية حيث لا يحنث؛ لأنه صار كسبًا للثاني؛ لأن المشتري والموصى له لا يملك على حكم ملك الأول، ولو حلف لا يأكل ميراث فلان فمات المحلوف عليه، ثم مات وارثه وورثه غيره فأكله الحالف، لم يحنث؛ لأن بالإرث الثاني يفسخ حكم الإرث الأول، فلم يصر آكلًا من ميراث المحلوف عليه.

(١) في أ: و.

(٢) في أ: ما.

(٣) في أ: اكتسبه.

(٤) سقط في م.

وإذا^(١) حلف لا يأكل من ميراث أبيه^(٢) شيئًا فاشترى بما ورث طعامًا وأكله، حنث، ولو اشترى بالميراث شيئًا واشترى بذلك الشيء طعامًا وأكله لم يحنث. وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا لم يعين الميراث وقال: لا آكل ميراثًا يكون لفلان؛ فكيف ما غيره وأكله حنث؛ لأنه في [العادة يقال: ما في]^(٣) يدي الإنسان إنه ميراث وإن غيره.

وروى ابن سماعة هذه الرواية غير مفسرة، فقال: إذا حلف [وقال]^(٤): والله لا أكل من ميراثك شيئًا، فورث دراهم واشترى بالدراهم طعامًا وأكله، يحنث. وفي رواية أخرى عنه في هذه الصورة: أنه لا يحنث. وعن أبي يوسف أيضًا فيمن حلف لا يطعم فلانًا مما^(٥) ورث عن أبيه^(٦)، فورث دراهم واشترى [بها]^(٧) طعامًا^(٨) [فأطعمه حنث]^(٩)، وإن^(١٠) اشترى بها طعامًا فأطعمه لم يحنث؛ لأنه أمكن اعتبار الحقيقة فيه، وهذا الذي اشترى ليس بموروث حقيقة.

وعن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل هذه الدراهم، فاشترى بها طعامًا وأكله حنث؛ لأن الدراهم لا تؤكل عينها فينصرف يمينه إلى ما يشتري بها، ولو أبدلها بغيرها واشترى بالبدل طعامًا وأكله، لا يحنث، وعلى هذا حلف لا يأكل من ثمن هذا العبد.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - في رجل معه دراهم فحلف ألا يأكلها

(١) في أ: ولو.

(٢) في أ: ابنه.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: بما.

(٦) في أ: ابنه.

(٧) سقط في ب.

(٨) زاد في ب: حنث وإن ورث طعامًا.

(٩) سقط في ب.

(١٠) زاد في أ: ورث طعاما فأطعمه حنث.

فاشترى بها دنانير، أو فلوسًا، ثم اشترى بالدنانير أو الفلوس فاكهة وأكل، حنث. ولو اشترى بالدرهم عرضًا واشترى بذلك العرض طعامًا، وأكل، لا يحنث في يمينه، وكذلك لو اشترى بالدرهم شعيرًا ثم اشترى بذلك الشعير طعامًا وأكله، [لا] ^(١) يحنث في يمينه.

وفي المنتقى: إذا حلف على [ما] [لا] ^(٢) يؤكل ^(٣) ألا يأكله ثم اشترى بما يؤكل وأكله، لم يحنث، بخلاف ما لو حلف على ما ^(٤) يؤكل ألا يأكله ثم اشترى به ما يؤكل وأكله، يحنث في يمينه.

وإذا حلف لا يأكل من ملك فلان أو مما ملكه فلان فخرج شيء من ملكه إلى ملك غيره وأكله [الحالف] ^(٥)، لا يحنث؛ لأن شرط الحنث أكل ما هو مضاف إلى فلان بالملك وقت الأكل، ولم يوجد وكذلك على هذا [إذا] ^(٦) حلف لا ^(٧) يأكل [طعام فلان] ^(٨)، وإذا حلف لا يأكل مما يشتري فلان فاشترى لنفسه أو لغيره وأكله الحالف، يحنث، ولو أن المحلوف عليه باع ما ^(٩) يشتري لنفسه أو باع ما يشتري لغيره بأمر المشتري له، ثم أكل الحالف، لا يحنث ^(١٠)؛ [لأن شراء الثاني يفسخ شراء الأول] ^(١١).

وإذا حلف لا يأكل من مال فلان، فغصب منه حنطة فطحنها أو دقيقًا فخبزه وأكله، حنث، هكذا ذكر في موضع من المنتقى، وذكر في موضع آخر منه أنه لا

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ، ب.
- (٣) في م: مأكول.
- (٤) زاد في ب: لا.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في م: ألا.
- (٨) في م: طعامًا.
- (٩) في م: مما.
- (١٠) زاد في ب: في يمينه.
- (١١) في م: بشراء الأول.

يحنث .

ولو [قال: لا آكل من طعام فلان، فغصبه منه وأكل، حنث، ولو حلف لا يأكل مما زرع فلان]^(١) فباع فلان زرعه وأكله الحالف، يحنث؛ لأن الزراعة لا يفسخها الشراء فإن بذر المشتري ما اشترى وزرعه فأكل الحالف من [ذلك الزرع، لم يحنث؛ لأن الأول قد انعدم بالثاني، وإذا حلف لا يأكل من]^(٢) طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه، فصنعه وباعه، فأكل الحالف منه، حنث .

وكذلك إذا حلف لا يلبس [ثوبا نسجه فلان فنسجه ثم باعه، لم يفسخ نسجه بالبيع إلا إذا نقضه وغزل ثانيا]^(٣) .

إذا حلف لا يلبس ثوبًا]^(٤) لبسه فلان، أو حلف لا يلبس ثوبًا مسه فلان، فلبس ثوبًا قد مسه فلان وباعه، يحنث، ولو حلف لا آكل من طعام فلان، وفلان بائع الطعام فاشترى منه وأكل، حنث، ولو قال: لا آكل طعامك هذا فأهداه له فأكل، لم يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يحنث .

وهذه المسألة فرع مسألة أخرى^(٥) هذه صورتها: إذا حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان فدخلها الحالف، وإذا حلف لا يأكل من غلة أرضه فأكل من ثمن الغلة، حنث؛ لأن هذا في العرف يسمى آكلًا غلة أرضه، وإن نوى أكل نفس ما يخرج منها دين [في القضاء]^(٦) فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، والله أعلم .



(١) في ب: حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان .

(٢) سقط في أ، م .

(٣) في ب: فأما .

(٤) سقط في أ .

(٥) زاد في أ، م: قبل هذا .

(٦) سقط في أ .

قسم آخر في اليمين على ألا يفعل في محل مضاف إلى شخص بعينه ففعل الفعل في مجلس مشترك بينه وبين غيره:

وإذا حلف لا يأكل من طعام يشتريه فلان، فأكل من طعام اشتراه فلان، [وآخر معه، يحنث الحالف، فرق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يدخل دارا اشتراها]^(١) فدخل دارًا اشتراها فلان وغيره، فإنه لا يحنث، أو حلف لا يلبس ثوبًا اشتراه فلان فلبس ثوبًا اشتراه فلان وغيره، لا يحنث.

والفرق: أن اسم الطعام ينطلق على القليل والكثير، فالقدر الذي اشتراه فلان يسمى طعامًا فقد أكل طعامًا اشتراه فلان، أما اسم الدار واسم الثوب لا يقع على البعض، فإذا دخلها أو لبسه فما دخل دارًا وما^(٢) لبس ثوبًا اشتراه [فلان]^(٣)؛ فلا يحنث، وعلى هذا إذا حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره يحنث في يمينه.

ولو^(٤) حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل من خبز بينه وبين آخر يحنث، بخلاف ما لو^(٥) حلف لا يأكل من رغيف فلان، فأكل من رغيف بينه وبين آخر، لا يحنث؛ لأن اسم الخبز ينطلق على القليل والكثير، ولا كذلك^(٦) اسم الرغيف.

ولو حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بين الحالف وبين فلان، لا يحنث؛ لأن ما أكل الحالف هو من حصته، هكذا ذكر في المنتقى، وإذا حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضًا بينه وبين غيره، حنث؛ لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضًا، ولا كذلك الدار والثوب، فكل^(٧) جزء من الدار لا يسمى دارًا، وكذلك كل جزء من الثوب لا يسمى ثوبًا، والله أعلم.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أو.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: إذا.

(٥) في أ، م: إذا.

(٦) في ب: قليل.

(٧) في ب، م: فإن كل.

قسم آخر من هذا النوع:

إذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة فأخذ غصنًا من أغصانها وركبها على شجرة أخرى فأدرك ذلك الغصن وأثمر فأكل، من تلك الثمرة، رأيت هذه المسألة في شرح السير الكبير، وذكر فيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: يحنث؛ لأن هذا غصن الشجرة المحلوف عليها، لو كان على تلك الشجرة وأثمر وأكل منه، يحنث، فكذا إذا ركبها على غيرها.

وقال بعضهم: قالوا: لا يحنث؛ لأنه لما ركب على الشجرة [الأخرى]^(١) واتصل بها صار تبعًا للشجرة الأخرى؛ ألا ترى أنه يحيا بحياة أصل تلك الشجرة وييس إذا يس أصل تلك الشجرة.

ولو حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فوصل بها غصن شجرة [أخرى، بأن حلف على شجرة التفاح فوصل بها غصن شجرة]^(٢) الكمثرى؛ ينظر: إن سمي الشجرة باسم ثمرها مع الإشارة في اليمين بأن قال: [لا]^(٣) آكل من هذه الشجرة التفاح، أو قال بالفارسية: (أر درحب سرسه حورم)، لا يحنث، وإن اقتصر على الإشارة [ولم يسم]^(٤) الشجرة باسم ثمرها بأن قال: لا آكل من هذه الشجرة، وباقي المسألة بحالها [يحنث، هكذا]^(٥) سمعت من فيه [وهو]^(٦) يقول: الرواية هكذا، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يكون فيه اختلاف المشايخ؛ لأن [تلك المسألة ذكرت مطلقة من غير فصل بين ما إذا اتحد اليمين^(٧) أو اختلف، وعلى القياس هذه المسألة يجب أن يكون تأويل]^(٨) تلك المسألة أن يكون اليمين^(٩) متحدة، والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ، ب: وتسمية، وفي م: وسميت.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: الثمر.

(٨) سقط في م.

(٩) في ب: الثمرة.

قسم آخر من هذا النوع:

إذا حلف الرجل لا يأكل مع فلان طعامًا فأكل الحالف في إثناء والمحلوف عليه في إثناء آخر في ذلك المجلس، ذكر الصدر الشهيد في شرح مختصر عصام في باب كفارة اليمين في الشرب: أنه لا يحنث.

وذكر في شرح الكافي: أنهما إذا أكلا من مائدة واحدة، حنث، وإن اختلف مضغهما وطعامهما فيتأمل [عند]^(١) الفتوى، والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) سقط في ب.

قسم آخر من هذا النوع في المتفرقات :

إذا حلف: (أزدك كردة تونة خورم)، أو حلف لا يأكل من قدر تطبخين أنت، فإن أوقدت هي النار فهي طابخة، سواء حصل الإيقاد بعد ما وضع القدر على الكانون^(١) [أو في التنور، أو قبل ذلك، وسواء حصل وضع القدر على الكانون]^(٢) منها أو من غيرها، وإن حصل الإيقاد من غيرها فهي ليست بطابخة، وإليه أشار القدوري - رحمه الله - في كتابه، حيث قال: فالطابخة هي التي توقد النار دون التي تنصب القدر وتصب الماء وتلقي الأباذير^(٣).

واختيار الفقيه أبي الليث أنها تكون طابخة إذا وضعت القدر على الكانون أو في التنور بعد إيقاد النار، وإن حصل الإيقاد من غيرها؛ ألا ترى أن في العادة، [إذا كان في المسألة توقد النار فيها امرأة واحدة، ثم وضع كل امرأة قدرها في]^(٤) التنور^(٥) ويعد ذلك من كل واحدة منهن طبخًا.

وإذا قال: (كردة تونة بخته خورم) [فكذا]^(٦) [فاعلم بأن الخابزة هي التي تضرب^(٧) الخبز في التنور بعد التي تعجنه]^(٨) وتهيئه، فإن أكل من خبز ضربته في

(١) زاد في ب: منها.

(٢) سقط في أ.

(٣) قال الجوهري: الإبزاري والأبازير: التوابل. ثم قال في باب اللام: التابل والتابل، وأخفى توابل القدر، يقال منه: توبلت القدر، حكاه أبو عبيد في (مصنفه)، وهذا أيضا غير مقنع، ولكن يعلم من قوله: توبلت القدر أن المراد من التوابل هي الحوائج التي ترمى في القدر مع اللحم. قوله: من التوابل كما في الرمان أو من الأقوات كما في يابس العنب والرطب، ويؤيد قول أبي حنيفة - رحمه الله - قوله تعالى: ﴿فَأَيُّتْنَا فِيهَا جَبًّا﴾ [عبس: ٢٧] إلى قوله: ﴿وَأَيُّ﴾ [عبس: ٣١]. ينظر: البناية شرح الهداية (٦/١٨٢).

(٤) سقط في أ.

(٥) التنور لغة: هو الذي يخبز فيه وافقت فيه لغة العرب لغة العجم، وقال أبو حاتم: ليس بعربي صحيح والجمع التناوير، وقال علي كرم الله وجهه ورضي عنه: هو وجه الأرض. ينظر: المعجم الوسيط (١/٨٩)، المصباح المنير، ص (٣٣)، مختار الصحاح، ص (٣٠).

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: تصرف.

(٨) سقط في ب.

التنور يحنث وما لا فلا، ولو حلف بالفارسية: (كرم في حور دكرمحه حورد)، أو على العكس، فقد قيل: يحنث، و[قد]^(١) قيل: لا يحنث، وقد قيل: إن قال: (كرم محورد كرمحه حورد)، يحنث؛ لأن (كرمحه كرم) مقيد، والمقيد يدخل تحت اسم المطلق، أما المطلق لا يدخل تحت اسم المقيد.

ولو حلف لا يأكل من طبخ فلانة فسخت له قدرًا طبخها غيرها لم يحنث، وإذا حلف بالفارسية: ([أدريك تونة خورم])، فهو كقوله: (بخته تو)، لا يحنث، ولو حلف لا يأكل بقلًا، فمن أي صنف أكل مما يسمى بقلًا، يحنث^(٢) وإن أكل بصلاً لم يحنث، هكذا ذكر القدوري.

وذكر في فصل البقل^(٣) في المنتقى، وقال: لا يحنث [إلا]^(٤) أن يكون بقلًا عندهم، أشار إلى أن العبرة في ذلك العرف.

وإذا حلف لا يأكل حرامًا فاضطر إلى ميتة فأكل منها، روى ابن رستم عن محمد: أنه يحنث؛ لأن الشرع سماه رخصة، والرخصة استباحة المحظور مع قيام علة الحرمة فبقي محظورًا^(٥) أطلق في تناوله.

وذكر أبو الحسن الكرخي عن محمد: أنه لا يحنث؛ لأن الحرمة لا تبقى من كل وجه مع إطلاق الشرع، ومطلق اسم الحرام يتناول ما هو حرام من كل وجه، ولو أكل لحم قرد أو لحم كلب أو حداة، قد اختلف المشايخ فيه فقال محمد: لو اشترى بدرهم غصبه طعامًا وأكله، لم يحنث.

وفي واقعات الناطفي: ولو أكل خبزًا أو لحمًا غصبه يحنث، ولو باع الخبز المغصوب أو اللحم المغصوب بشيء وأكل ذلك الشيء، لا يحنث؛ لأن الأول

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: اكرام ورد بك بخنه بخورم فكذا باسكا رهور بده رى حورد لا بحنث، وإذا قال: ارديك نو بحورم فكذا فسخت قدرًا طبخها غيرها يحنث.

(٣) في ب: البصل.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: محصورًا.

حرام مطلق والثاني لا؛ لأنه ملكه.

ولو غضب برًا وطحنه إن أعطى مثله قبل أن يأكله، لم يحنث [بأكله]^(١)، وإن أكله قبل أن يعطي مثله يحنث؛ لأنه وإن ملكه إلا أنه ملكه بسبب خبيث، والخبث باق من كل وجه قبل أداء البدل، وإذا أدى البدل يزول الخبث أو يقل، وهذه المسائل بتمامها تأتي في كتاب الغضب إن شاء الله تعالى.

قال القدوري في كتابه: والحرام ما كان محرماً لعينه لا لحق آدمي^(٢).

وفي أيمان الجامع الأصغر: قال الفقيه أبو الليث: كل شيء في أكله اختلاف لا يحنث بأكله، قال صاحب الجامع الأصغر: ما أحسن ما قاله أبو الليث؛ لأن ما في أكله اختلاف فهو ليس بحرام مطلق، فلا يحنث إلا بالنية؛ لأن الحالف ذكر في يمينه الحرام مطلقاً.

إذا حلف لا يأكل من مال فلان شيئاً، هذا وفارسيته: سيم برا كندند وجيزي خريد ند وخوردند، لا يحنث في يمينه؛ لأن في العرف يسمى أكلاً مال نفسه، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث، وهذه المسألة توافق مسألة الطعام التي تقدم ذكرها. وإذا حلف لا يأكل من مال ابنه وكان بين الابن والحالف حب من خل، وأكل منه، يحنث؛ لأنه أكل من مال الابن، وهذه المسألة تخالف مسألة الطعام التي تقدم ذكرها.

إذا قال لوالديه: إن أكلت من مالكما فكذا، فأكل بعد موتهما، لم يحنث؛ لأنه لم يأكل من مالهما، فلو^(٣) قال: إن أكلت من مالكما بعد موتكما، وباقي المسألة بحالها، يحنث في يمينه؛ لأنه لما نص على [ما]^(٤) بعد موتهما، علمنا أنه أراد به الميراث، وأراد بالنسبة المجاز، والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ب.

(٢) في م: الأدمي.

(٣) في م: وإن.

(٤) سقط في ب.

نوع آخر من هذا الفصل في مسائل الشرب:

قال القدوري - رحمه الله - في شرحه: الشرب أن يوصل إلى جوفه ما لا يتأتى [فيه]^(١) الهشم في حال وصوله مثل الماء والنيبذ^(٢) واللبن، فإذا حلف لا يشرب هذا اللبن فأكله لا يحنث، ولو شربه يحنث، وأكل اللبن أن يثرد فيه الخبز، ويأكله، وشربه أن يشرب كما هو، ولو حلف لا يشرب هذا العسل فأكله [كذلك]^(٣) لا يحنث؛ لأنه يسمى أكلاً ولا يسمى شرباً، ولو صب عليه ماء وشربه حنث؛ لأنه شرب حقيقة.

إذا حلف ألا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئاً، قال محمد بن سلمة - رحمه الله -: يحنث في يمينه؛ [لأنه قصد به المنع]^(٤) عن جميع المأكولات، يُقال بالفارسية: أزخانه فلان هيچ جيزنخورم.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: المختار عندي أنه لا يحنث، إلا أن ينوي جميع المأكولات [لأن اللفظ في باب الأيمان مراعى، وإذا نوى جميع المأكولات]^(٥) حيثنذ يحنث؛ لأنه نوى ما يراد به في العرف فتصح نيته.

وقد قيل: إن كانت اليمين بالعربية، لا يحنث بأكل المأكولات، وإن كانت اليمين بالفارسية يحنث؛ لأن فارسية الأكل والشرب واحد، وهو نظير ما قيل [فيما]^(٦): إذا حلف لا يأكل هذا السوق فشربه شرباً أنه إن كانت اليمين بالعربية لا يحنث، وإن كانت [اليمين]^(٧) بالفارسية يحنث، وطريقه ما قلنا.

ولو حلف لا يشرب مع فلان فشربا في مجلس واحد، حنث في يمينه، وإن^(٨)

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: والسمن.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: لأنه قصد بالمنع، في ب: لأن قصده المنع حدا.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) في م: ولو.

كان الإناء الذي يشربان فيه مختلفًا، وكذلك إن شرب الحالف من شراب والآخر من شراب آخر، وإذا حلف لا يشرب [شربًا] ^(١) [ولا نية له، فأى شراب شرب] ^(٢) من ماء أو غيره يحنث، هكذا ذكر في أيمان الأصل.

وفي حيل الأصل: إذا حلف لا يشرب الشراب ولا نية له فهو على الخمر، قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : فإذا في المسألة روايتان.

وفي فتاوى أهل سمرقند: أنه لا يحنث بشرب الماء؛ لأنه لا يسمى شرابًا عرفًا. وحكي [عن] ^(٣) شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ما هو قريب من هذا، فإنه قال في عرف الفارسية من حلف شراب (نخورم) لا يقع ذلك على الماء واللبن، وإذا حلف لا يشرب لبنًا فصب الماء في اللبن، فالأصل في هذه المسألة وأجناسها أن الحالف إذا عقد يمينه على مائع فاختلط بمائع آخر من خلاف جنسه إن كانت الغلبة للمحلوف عليه [يحنث، وإن كانت الغلبة لغير المحلوف عليه، لا يحنث، وإن كانا على السواء فالقياس أن يحنث.

وفي الاستحسان [أن] ^(٤) لا يحنث.

وفسر ^(٥) أبو يوسف - رحمه الله - الغلبة فقال: أن يستبين لون المحلوف عليه يوجد ^(٦) طعمه.

وقال محمد - رحمه الله - : تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالإجزاء، فإذا حلف لا يشرب اللبن فصب فيه الماء، فإن كان يوجد طعم اللبن ويُرى لونه فهو غالب فيحنث عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وبدون ذلك لا يحنث.

وأما إذا اختلط بلبن آخر فعند أبي يوسف - رحمه الله - هذا والأول سواء يعني

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: وقراً.

(٦) في ب: ووجود.

يعتبر الغالب، غير أن الغلبة من حيث^(١) اللون والطعم لا يمكن اعتبارها فهاهنا يعتبر بالقدر، وعند محمد - رحمه الله - يحنث هاهنا بكل حال^(٢)؛ لأن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه، وإنما يصير مستهلكاً بخلاف جنسه وإذا لم يصير مستهلكاً وجد^(٣) الفعل، يلزمه الحنث.

قالوا: وهذا الاختلاف فيما يمتزج ويختلط بالمزج، [والخلط أما ما]^(٤) لا يمتزج بالخلط كالدهن، وكان الحلف على الدهن يحنث^(٥) بالاتفاق؛ لأن الدهن يكون منفصلاً ممتازاً فيصير بشرب المخلوط شارباً المحلوف عليه على كل حال، فيحنث في يمينه.

وفي القدوري إذا حلف على قدر من ماء زمزم لا يشرب منه شيئاً فصبه في آخر [حتى]^(٦) صار مغلوباً وشرب منه [يحنث، عند محمد لما بينا من [أن]^(٧) أصله أن الشيء لا يصير مستهلكاً بجنسه، ولو صبه في بئر أو حوض عظيم وشرب منه]^(٨) لا يحنث لأنني لا أدري لعل عيون البئر تغور بما صب فيها، والحوض إذا عظم فلعل ذلك القدر من الماء لم يختلط بالكل.

ولو حلف لا يشرب هذا الماء العذب وصبه في [ماء]^(٩) مالح فغلب عليه وشرب لم يحنث؛ لأنه قيده بوصف [ولم يبق ذلك الوصف]^(١٠) بعد الخلط فعلم أنه صار مستهلكاً بالخلط، وكذلك لو حلف لا يشرب لبن ضأن فخلط^(١١) بلبن معز.

(١) زاد في م: أن يكون.

(٢) المحيط البرهاني (٤/٢٩٦)، والبحر الرائق (٤/٣٥٧).

(٣) في أ: وحكمه.

(٤) في أ: والمخلط بالماء.

(٥) في أ، ب: حنث.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

(١١) في ب: فخلطهما.

[وإذا^(١) حلف لا يشرب لبن هذه الشاة، وهي مخلطة^(٢) بلبن معز، فلا]^(٣) تعتبر الغلبة؛ لأن في هذه المسألة اليمين وقعت على اللبن وليس فيه ضأن ولا معز، وفي المسألة الأولى اليمين وقعت على لبن الضأن.

[رجل حلف لا يشرب خمراً فمزجها بغير جنسها]^(٤)، كالبكني^(٥) أو الآخسة، فعلى قياس ما ذكر في الحيل، لا يحث في يمينه، وهو موافق للعرف. وإذا حلف لا يشرب نبيذاً فاعلم بأن النبيذ اسم لما ألقى فيه تمر أو زبيب أو سكر أو فأنبذ، وغلى واشتد ولو شرب العصير الذي صار خمراً أو السكر، لا يحث هكذا ذكر في الأصل.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : أن يمينه على النبيء من ماء العنب. قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: المختار للفتوى أن يمينه على المسكر^(٦) من ماء العنب نياً كان أو مطبوخاً؛ لأن اسم النبيذ في العرف يقع على هذا، ويسمى لمن شرب هذا نبيذ حرارة، ولا يسمى بهذا الاسم غيره. وكان شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول: اسم النبيذ بالفارسية يقع على كل مسكر.

وإذا حلف على سيكى حورم فيمينه على كل مسكر لكن من ماء العنب [لأن الناس في العرف والعادة يسمون شارب كل مسكر من ماء العنب]^(٧) سيكى حورم. وفي فتاوى النسفي: أن اسم السيكى يقع على كل مسكر سواء كان من ماء العنب أو من غيره، كالبكني والآخسة^(٨) ونحوهما قل أو كثر حلالاً كان ذلك أو حراماً،

(١) في م: ولو.

(٢) في م: ضأن فخلطها.

(٣) ما بين المعقوفين في ب: حث ولا.

(٤) في أ، ب: وإذا حلف قشراب في خورم فشرب.

(٥) في م: البكني.

(٦) في ب: السكر.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في المحيط البرهاني: كاليكي والأجسة.

حتى لو شرب المثلث الذي يجوز شربه، يحنث في يمينه^(١).
والصحيح أن اسم سيكى يقع على المسكر من ماء العنب لا غير، نياً كان أو مطبوخاً، فأما اسم الخمر وفارسيته [مي]^(٢) فبعض مشايخ سمرقند جعل هذا بمنزلة اسم سيكى^(٣) وبعضهم قالوا: إن نوى المسكر فيمينه على النبيء والمطبوخ جميعاً، والصحيح أن هذا على النبيء من ماء العنب لا غير.

وإذا قال: قشراب ني خورم، فقد قيل: إن يمينه لا يقع على المتخذ من الحبوب؛ لأن شرب ذلك حلال عند أبي حنيفة - رحمه الله -، والسكر منه ليس بسكر على الحقيقة بمنزلة السكر من البنج، ولبن الرمكة وأشباه ذلك؛ ولهذا لو سكر منه لا يحد.

ولو طلق في السكر^(٤) لا يقع طلاقه، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - فصل الحد والطلاق فعلى قياس ما ذكر من عدم وجوب الحد [ومن عدم]^(٥) وقوع الطلاق بناء على أن السكر الحاصل من هذه الأشربة ليس بسكر على الحقيقة فينبغي ألا يحنث في يمينه في قوله: قشراب ني خورم.

وبعض المشايخ قالوا: يحنث في يمينه والصحيح أنه يعتبر فيه العرف إن كان في العرف يسمى الشراب المتخذ من هذه الأشياء [مستكره يحنث في يمينه]^(٦)، وما لا فلا.

إذا حلف لا يشرب نبيذ زبيب فشرّب نبيذ كشمش، يحنث في يمينه؛ لأن الكشمش نوع من الزبيب.

وإذا حلف بالفارسية: أكرس رانيذ دهم، فسقى رجلاً نبيذاً، إن كان له نية وقت

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٢٩٧).

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: لسيكي.

(٤) زاد في م: منه.

(٥) في م: وعدم.

(٦) ما بين المعقوفين في ب: مسكرة.

الحلف، فهو على ما نوى، إن نوى السقي لا يحنث بالإهداء، وإن نوى الإهداء [لا يحنث بالسقي والإهداء]^(١) جميعًا؛ لأنه يتحقق شرط الحنث في كل واحد منهما، وهو إعطاء النبيذ.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا حلف لا يشرب شرابًا يسكر منه [فصب شرابًا يسكر منه]^(٢) في شراب لا يسكر منه، فشرب منه، ذكر في فتاوى أهل سمرقند أن هذا المخلوط إن كان بحال لو^(٣) شرب منه الكثير يسكر، يحنث؛ لأنه شرب شرابًا مسكرًا.

وإذا حلف لا يشرب المسكر فصب المسكر في حلقه فإن دخل^(٤) حلقه بغير فعله لا يحنث، ولو شرب بعد ذلك يحنث^(٥)؛ لأن اليمين لم ينحل بعد و[لو]^(٦) دخل حلقه بفعله، يحنث في يمينه؛ لأنه قد شرب، هكذا قيل.

وعلى قياس ما ذكر الشيخ أبو الحسن الرستغفني و[الزندوستي]^(٧) في طلاقه: [أن]^(٨) الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه حتى قال: من حلف لا يأكل وفي فمه شيء فابتلعه، لا يحنث؛ لأنه لم يعمل الشفاه في ذلك فينبغي ألا يحنث في هذه المسألة وإن دخل المسكر حلقه بفعله؛ لأنه لم يعمل الشفاه فيه، وكذلك إذا حلف لا يشرب وفي فمه رمانة فمضغها وابتلع ماءها، لم يحنث؛ لأنه لم يعمل الشفاه في ذلك فعلى قياس هذه المسألة ينبغي ألا يحنث في مسألة المسكر وإن وصل إلى حلقه بفعله.

ولو حلف لا يشرب من قدح فلان فصب الحالف الماء من قدح فلان على يده

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: في.

(٥) زاد في ب: في يمينه.

(٦) سقط في أ، وفي م: وإن.

(٧) سقط في ب، م.

(٨) سقط في أ.

وشرب، لا يحنث؛ لأنه لم يشرب من قده فلان.

حلف لا يشرب من هذه القرية فشرب من كرومها، لا يحنث في فتاوى [الأصل وفي فتاوى]^(١) شمس الإسلام؛ لأن القرية اسم للعمران حتى لو كان^(٢) الكروم في العمران يحنث أيضًا.

إذا قال: إن شربت الخمر قبل أن أرى الورد الأحمر فكذا فرأى الورد الأحمر في الشتاء وشرب الخمر، طلقت امرأته.

إذا حلف بالفارسية، [وقال:]^(٣) من نخورم وبدست نكيرم، فأخذه بيده ونقله إلى موضع آخر، ذكر في مجموع النوازل أنه إن لم ينو بقوله: بدست نكيرم الشرب يحنث؛ لوجود شرط الحنث، وهو الأخذ حقيقة، وقد قيل لا يحنث؛ لأن الشرط هو الأخذ والشرب، فلا يحنث بأحدهما، والصحيح أن يحنث؛ لأن كل واحد منهما ينتفي بنفي على حدة [فصار كل واحد شرطاً على حدة]^(٤) وقد مر جنس هذا في كتاب الطلاق.

وفي أيمن المتقى: رجل عوقب على شرب الخمر فحلف ألا يشرب ما يخرج من هذا الكرم فشرب من خمره، يحنث؛ لأنه معاني كلام الناس.

رجل قال: إن شربت المسكر تصير امرأتي مطلقة، ويصير عبدي حرًا، فشرب المسكر بعد ذلك، تطلق امرأته ويعتق عبده، ولا يصدق أنه لم يرد به الطلاق والعتاق، وإنما أراد به دفع أصحابه عن نفسه.

حلف ألا يشرب المسكر ثلاثة أشهر^(٥)، فقالت له [امرأته]^(٦): أربعة أشهر، فقال الزوج: أربعة أشهر كثير، فقد قيل: تصير المدة أربعة أشهر، وقيل: لا تصير المدة أربعة أشهر، وهذا بناء على أن الحالف إذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يشدد

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في م: ذلك.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: أيام.

(٦) في أ: امرأة، وسقط في ب.

على نفسه أنه يلتحق بيمينه عند أبي يوسف .

وإذا عطف على يمينه بعد سكوته ما يوسع على نفسه لا يلتحق بيمينه .
ثم اختلف المشايخ في هذه الصورة، أن في ذكر المدة الثانية تشديداً عليه أو
توسعة عليه؟

فقيل^(١): تشديد [عليه]^(٢)؛ حيث إنه يقع الطلاق بالشرب في الشهر الرابع،
والأصح^(٣) إذا عقد يمينه على [شرب ما لا]^(٤) يشرب ويخرج منه^(٥) ما يشرب
فيمينه على شرب ما يخرج منه .

بيانه فيما ذكر في المنتقى: إذا حلف لا يشرب من هذا التمر فشرب من نيذه،
يحنث في يمينه، وهذا هو الأصل في تخريج جنس هذه المسائل .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الكبير: إذا حلف الرجل ألا يشرب من
الفرات أبداً فشرب منه اغترافاً أو من إناء، لا يحنث^(٦) عند أبي حنيفة - رحمه الله -
حتى يكرع في الفرات كرعاً، وعندهما يحنث، وعلى قولهما إن شرب كرعاً هل
يحنث في يمينه؟ لم يذكر هذه المسألة في الكتاب .

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يحنث .

وبعضهم قالوا: يحنث في يمينه .

وهذا كله إذا لم يكن له نية، فإذا نوى الكرع صحت نيته على قولهما في القضاء
وفيما بينه وبين الله تعالى، وإن نوى الاغتراف، صحت نيته على قول أبي حنيفة فيما
بينه وبين الله تعالى، لكن لا يصدقه القاضي هذا إذا شرب من الفرات كرعاً أو
اغترافاً، فأما إذا شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات كرعاً أو اغترافاً، لا يحنث

(١) في ب: فقد قيل .

(٢) سقط في أ، وفي م: من .

(٣) في ب، م: وهو الصحيح .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في م .

(٦) زاد في ب، م: في يمينه .

في يمينه عندهم جميعًا.

ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات [فشرب من [ماء]]^(١) الفرات كرعًا أو اغترافًا بيد أو آنية، يحنث^(٢) عندهم جميعًا وكذلك لو شرب من نهر آخر يأخذ الماء من الفرات]^(٣) يحنث عندهم جميعًا في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه إذا شرب من نهر آخر يأخذ [الماء]^(٤) من الفرات، لا يحنث، وإذا حلف لا يشرب من ماء الفرات فصب ماء الفرات في واد لم يتخذ من الفرات إن كان ماء الفرات غالبًا، يحنث، وإن كان ماء الفرات مغلوبًا لم يحنث، هكذا ذكر المسألة في الجامع من غير ذكر خلاف.

وذكرنا في أول هذا النوع أن المحلوف عليه إذا اختلط بجنسه فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - هو كالجنس^(٥) يعتبر الغالب في ذلك.

وقال محمد: يحنث وإن كان مغلوبًا، فيحمل ما ذكر في الجامع على أنه قول أبي يوسف، أو على رجوع^(٦) محمد إلى [قول]^(٧) أبي يوسف.

ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز أبدًا فصب الماء الذي في الكوز في كوز آخر وشرب منه، [لا يحنث بالإجماع.

ولو قال: لا أشرب من ماء هذا الكوز، فصب الماء الذي في الكوز في كوز آخر وشرب منه]^(٨)، يحنث في يمينه؛ [لأنه عقد يمينه]^(٩) على الماء الذي في الكوز

(١) سقط في ب، م.

(٢) زاد في ب، م: في يمينه.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في أ: كالجنسين.

(٦) زاد في أ، م: قول.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في م.

بأن^(١) صب في كوز آخر لا يخرج من أن يكون ذلك الماء بخلاف قوله: [لا أشرب]^(٢) من هذا الكوز؛ لأن هناك عقد يمينه على الشرب من الكوز ولم يشرب من ذلك الكوز.

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب أو من هذا البئر، ذكر في القدوري مسألة الجب وذكر أنه لا يحنث عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - حتى يكرع كرعاً، وذكر مسألة البئر، وذكر أنه إذا استقى وشرب، يحنث.

و[حكى]^(٣) عن أبي سهل الشرعي أنه كان يقول: إن كان الجب والبئر ملائ^(٤) يمكن الكرع فيهما^(٥) فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة وعندهما على الاعتراف وفي الكرع اختلاف المشايخ على قولهما على حسب ما ذكرنا في الفرات.

قال: وإن لم يكن ملائ فيمينه على الاعتراف، وإن لم يكلف [في]^(٦) هذه الصورة وكرع من أسفل البئر أو من أسفل الجب اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث^(٧).

وإذا حلف لا يشرب بغير إذن فلان فأعطاه فلان بيده وناوله ولم يأذن له باللسان وشرب، ينبغي أن يحنث؛ وهذا ليس بإذن، بل هو دليل الرضا.

قال لرجل: (أمن أمست برًا محاله فلان في مرم ومي في دهم أن أوسه طلاق) فذهب به إلى دار فلان ولم يسقه الخمر، قال: تطلق امرأته.

رجل حلف رجلاً وهما بالكسانية، بهذه اللفظة: (رن أربوسه طلاق كي مي حوري با الكاه كي بأزيكستان نعائم ويرامي بدهم)، وحلف ذلك الرجل على هذا الوجه، ثم ذهب المستحلف إلى سمرقند واتبعه الحالف فسقاه الخمر بسمرقند

(١) في م: فإن.

(٢) في أ: لأننا نشرب.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب: مما.

(٥) في ب، م: فيه.

(٦) سقط في ب.

(٧) المبسوط للسرخسي (١٨٨/٨).

فشرب قال: تطلق امرأته ثلاثاً.

رجل قال: (أربوس وسعر براس باع لي حورم وأريحورم رن من بطلاق)، فأكل من حصرمه وعنبه تطلق امرأته، ولو قال: (أرسيرلي ابن رويي حورم)، فأكل من عنبه لا تطلق، وإنما تطلق إذا شرب من [الرب]^(١) الذي يتخذ من ماء العنب.

رجل قال بالفارسية: (من ابن سرماه ابن الكورها ابن ررامي كم وما مارن هيجبا يحورم ويحياة في يوم والريحانة يوم رن أروى نسه طلاق)، فجعل كلها خمراً وشرب بعضها^(٢) مع أصحابه هنا وحمل غيره بغير أمره بعضها^(٣) إلى بيته قال: إن كان مراده ألا يحمل كلها إلى بيته بنفسه، لا يحنث بحمل البعض، ولا بحمل غيره بغير أمره، وإن كان مراده أن يشرب الكل هاهنا ولا يترك شيئاً للحمل إلى بيته يحنث، وإن لم يكن له نية، فكذا يحنث.

وقيل: ينبغي ألا تطلق امرأته [في]^(٤) هذين الوجهين أيضاً، وهو الصحيح.

رجل قال: (أرمي حورم داد باكم حلال حدا يروي حدام وهرج بدست راست كيرد بروي حرام مي حورد ولكن وفي يكورد)، قال: تطلق طلقتين.
رجل خالغ امرأته ثم خطبها فأبت إلا أن يحلف ألا يشرب الخمر، فحلف بهذه اللفظة: (حلال حداي يرمن حرام يداكر باسنس ماه مي حورم) ثم إنه تزوجها (وليس أرسس ماه من حورد)، قال: لا تطلق.

سئل أبو القاسم عن رجل قال لامرأته: إن شربت شيئاً من المسكر إلى سنة فأنت طالق، فرآه الناس سكران خارج مجلس الشراب، وجحد هو أن يكون شرب، فشهدوا عند الحاكم قال: ينبغي للحاكم أن يحتاط لنفسه، ولا يقبل شهادة من لا يعاين الشرب، وينبغي للمرأة أن تحتاط لنفسها من مفارقتها بالفداء.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: بعينها.

(٣) في أ: بغيها، وفي م: نفسها.

(٤) سقط في أ.

وفي آخر حدود المنتقى عن محمد، إذا قال الرجل: امرأته طالق إن شرب^(١) نبيذًا، أو قال: خمراً حتى يسكر، فشهد عليه شاهدان أنهما وجداه سكران ووجد^(٢) منه رائحة الخمر وجاءا به إلى الحاكم على تلك الحالة، قال: الحاكم يحده ويفرق بينه وبين امرأته، ولا يحمل هذا على أنه أكره^(٣) إنما هذا على [أنه]^(٤) شربه، قال ثمة: ألا ترى أنه إذا وجد الرجل سكران أو وجد منه ريح الخمر أو الشراب أنه يحده، ولا يوضع أنه أكره عليه^(٥).

قال الحاكم أبو الفضل: يحتمل أن يكون هذا قول محمد، فقد ذكر في الأصل: أنه لا يحده بالريح ولا بالسكر عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
وفي هذا الموضع أيضاً قال محمد: إذا قال: امرأتي [طالق]^(٦) إن شربت نبيذاً حتى سكرت، فشهد عليه شاهدان أنه سكر، وقالوا: لم نجد منه رائحة السكر^(٧)، ولا ندري من أي شيء سكر، فأمضى القاضي عليه الحكم بالطلاق، ثم رفع^(٨) إلى حاكم آخر لم ينقض قضاءه، والله تعالى أعلم.

* * *

-
- (١) في ب: شربت.
(٢) في م: ووجد.
(٣) في أ، م: أوجر، وفي ب: وجر.
(٤) سقط في ب.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٤٩٠).
(٦) سقط في أ.
(٧) في ب: الشرب.
(٨) في أ، م: رجع.

نوع آخر في الذوق:

إذا حلف الرجل لا يذوق طعامًا، [فأكل شيئًا من الطعام، يحنث، وكذا إذا حلف لا يذوق شرابًا، فشرب شيئًا من ذلك، يحنث ولو حلف لا يأكل طعامًا]^(١) أو لا يشرب شرابًا فذاق شيئًا من ذلك لا يحنث.

والفرق: أن في الفصل الأول عقد يمينه على الذوق، وفي الأكل والشرب ذوق وزيادة، وفي الفصل الثاني عقد يمينه على الأكل والشرب، وإنه لا يتحقق بالذوق. بيانه: أن الأكل والشرب لا يتحققان إلا بالإيصال إلى الجوف، والذوق يتحقق بدون الإيصال إلى الجوف؛ لأن الذوق إدخال الشيء في فمه لاستبانه طعمه، والإدخال في الجوف ليس بلازم فيه.

وإذا حلف لا يذوق طعامًا وعنى بالذوق الأكل، [أو حلف لا يذوق شرابًا وعنى بالذوق الشرب]^(٢)، ذكر في الأصل: أنه لا يحنث حتى يأكل أو يشرب. وذكر القدوري أنه تصح نيته فيما بينه وبين ربه تعالى، ولا تصح نيته في القضاء؛ لأنه نوى خلاف الحقيقة.

وروى هشام عن محمد: أن من حلف لا يذوق في منزله طعامًا ولا شرابًا فذاق فيه شيئًا أدخله في فمه، ولم يصل إلى جوفه، حنث و^(٣) يمينه على الذوق حقيقة إلا أن يكون تقدمه كلام.

وتفسير ذلك: أن من يقول له غيره: تعال تغد عندي اليوم، فحلف لا يذوق في منزله طعامًا ولا شرابًا، فهذا على الأكل والشرب جميعًا.

وعن محمد فيمن حلف لا يذوق الماء [فتمضمض]^(٤) للصلاة لا يحنث^(٥)؛ لما ذكرنا أن الذوق إدخال الشيء في فمه لاستبانه طعمه، والمضمضة إدخال الماء في

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: في.

(٤) في أ: فمضمض.

(٥) زاد في م: وهذا.

الفم للتطهير لا لاستبانة طعمه .

وإذا قال: لا أذوق طعامًا ولا شرابًا فذاق أحدهما، حنث، وكذلك إذا قال: لا أكل كذا ولا [كذا] فأكل أحدهما، حنث، وكذلك إذا قال: لا [١] أشرب كذا ولا كذا [٢] فشرب أحدهما، ولو قال: لا أذوق طعامًا وشرابًا فذاق أحدهما، لم يحنث .

وكان أبو القاسم الصفار يقول: يحنث إذا ذاق أحدهما، وكان يقول: أعتبر العرف في هذا، و[في] [٣] العرف يراد به نفي كل واحد منهما .
وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يقول: ينوى الحالف .
فإن لم يكن له نية، فالجواب [فيه] [٤] كما قال في الكتاب، وقد مر جنس هذا فيما تقدم، والله أعلم .



(١) سقط في م .
(٢) سقط في ب .
(٣) سقط في أ .
(٤) سقط في أ، م .

نوع آخر في الجماع والزنا وما يتصل به من المضاجعة وغيرها، ويدخل في هذا النوع النوم معها وما يتصل به، و^(١) الخلوة وأشباه ذلك:

إذا حلف الرجل لا يقرب امرأته فاستلقى على قفاه^(٢) فجاءت المرأة وقضت حاجتها منه، لا يحنث في يمينه، هكذا ذكر في أيمان النوازل. وذكر في حدود النوازل: أنه يحنث في يمينه.

قال الصدر الشهيد: الفتوى على الحنث.

وقيل: إذا كان بتمكين منه حنث، وما لا فلا، وإن كان نائمًا، لا يحنث. وفي النوازل أيضًا: إذا قال الرجل: امرأته طالق إن لم يكن جامع فلانة ألف مرة، فهذا على كثرة العدد [لا على كمال العدد]^(٣)؛ لأن الألف يذكر ويراد بها الكثرة ولا تقدير فيه، قالوا: والسبعون كثير، [قال الله تعالى: ﴿إِنْ تَسْتَعْفِفْ هُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً﴾^(٤) وأراد به الكثرة]^(٥).

وفي آخر أيمان القدوري: إذا حلف ألا يرتكب^(٦) حرامًا فهذا على الزنا، وإن كان الحالف خصيًا أو مجبوبًا فهو على القبلة الحرام وما أشبهها.

قال لامرأته: (اكرماكس حرام كي برا طلاق)، ثم إن هذا الرجل طلقها واحدة بائنة وجامعها في عدتها، فعلى قياس [قول أبي حنيفة ومحمد: يقع الطلاق، وعلى قياس]^(٧) قول أبي يوسف: لا يقع؛ بناء على أن عند أبي يوسف: العبرة في باب الأيمان الغرض، والغرض من هذه اليمين فعلها مع غيره والحامل عليه هذا، وهما يعتبران عموم اللفظ.

(١) في ب: من.

(٢) في م: ظهره.

(٣) سقط في أ.

(٤) سورة التوبة آية: ٨٠.

(٥) سقط في ب.

(٦) في م: يركب.

(٧) سقط في م.

قيل: وينبغي ألا يقع الطلاق في هذه الصورة بالاتفاق؛ لأن الطلاق معلق بالحرام، والحرام إذا ذكر مطلقاً ينصرف إلى الزنا، ووطء الزوج في العدة ليس بزنا. وفي عيون المسائل: امرأة اتهمت زوجها بالغلطان فحلفته ألا يأتي حراماً، فقبل غلاماً أو لمس به شهوة، لا يحنث، ولو جامعها فيما دون الفرج، يحنث وإن لم ينزل؛ لأنه يراد بالحرام هنا الجماع عرفاً في الفرج وفيما دون الفرج.

وقيل: ينبغي ألا يحنث هنا؛ لأن مثل هذه الأفعال مع غلامه مباح عند مالك، فتمكن الشبهة، ومع الشبهة لا يتمحض الفعل حراماً، واليمين عقدت على الحرام مطلقاً، وإنما يدخل تحتها فعل تمحض حراماً مطلقاً.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لامرأته: (كه بالله كه حرام نكردستم، طلاق) وقد كانت قبلت رجلاً غير محرم أو جامعها فيما دون الفرج لا تطلق؛ لأنه يراد بهذا الجماع في الفرج عادة، وهذه الرواية تخالف رواية العيون.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل اتهم بصبي، فقال بالفارسية: (أكرمن بالوحفاظي كردم فامرأته كذا)، وقد كان قبله، طلقت امرأته؛ فإذا قال لامرأته: إن جامعتك فكذا، فيمينه على الجماع في الفرج، حتى لو جامعها فيما دون الفرج لا يحنث في يمينه. هكذا ذكر في أيمان الجامع.

وهذا لأنه غلب استعمال الجماع المضاف إلى المرأة في الجماع في الفرج [فصار الجماع المضاف إلى المرأة بحكم غلبة الاستعمال صريحاً في الجماع في الفرج]^(١) فمطلقه ينصرف إليه، وإن قال: عنيت الجماع فيما دون الفرج صدقه القاضي في إدخال الجماع فيما دون الفرج تحت اليمين، ولا يصدقه في إخراج الجماع في الفرج عن اليمين، وكان ينبغي أن يصدقه القاضي في إخراج الجماع في الفرج عن اليمين؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن الجماع مأخوذ من الجمع وقد وجد معنى الجمع في الجماع فيما دون الفرج، ومن نوى حقيقة كلامه يصدق ديانة وقضاء، وإن كان ما نوى خلاف الظاهر؛ ألا ترى أن من قال: عبده حر [يوم]^(٢) يقدم فلان، وعنى

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

بياض النهار صدق، وطريقه ما قلنا.

والجواب، وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن الكلام إذا كان له حقيقة ومجاز وهو ينصرف إلى المجاز عند الإطلاق بحكم غلبة الاستعمال فنوى المتكلم حقيقته، فالقاضي يصدقه كما في مسألة القدوم، فإن اليوم في حقيقة اللغة لبياض النهار، والوقت مجاز يعرف بالاستعمال متى ذكر مقرونًا بفعل لا يتقدر باليوم، فإذا نوى بياض النهار، فقد نوى حقيقة كلامه فيصدقه القاضي.

فأما إذا كان للكلام حقيقتان، وهو ينصرف إلى إحدهما بحكم غلبة الاستعمال فنوى المتكلم الحقيقة الأخرى، فالقاضي لا يصدقه؛ لأن الحقيقة التي انصرف إليها الكلام عند الإطلاق ترجحت على الأخرى بحكم غلبة الاستعمال، فسقط اعتبار الأخرى وصار الأخرى كالمجاز من حيث الاعتبار، ولو كان مجازًا حقيقة لا يصدقه القاضي في دعواه، فكذا إذا صار مجازًا من حيث الاعتبار.

وفي آخر أيمان القدوري: إذا حلف لا يظأ امرأة وطئًا حرامًا فوطئ امرأته وهي حائض، أو كان ظاهر منها، لم يحنث إلا أن ينوي ذلك؛ لأن الوطء في نفسه ليس بحرام، وإنما تثبت الحرمة بعارض.

إذا قال لها: إن حللت التكة^(١) بالحرام منذ أنت امرأتي؛ فأنت طالق، وقد كان أخذها رجل قبل ذلك ووطئها على كره منها.

قال: إن كان الإكراه بحال لا يقدر على الامتناع منه [لا تطلق امرأته؛ لأنه لم يوجد منها الفعل، وإن كان الإكراه بحال يقدر على الامتناع منه]^(٢) تطلق [امرأته]^(٣)؛ لأنه وجد منها الفعل. هكذا ذكر في النوازل.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال: إن اغتسلت من الحرام فامرأتي طالق، فعانق أجنبية وأنزل، لا يحنث؛ لأن هذا يقع على الجماع.

(١) في أ: الليلة.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ، م.

وفي العيون: إذا قال لامرأته: إن اغتسلت منك من جنابة فأنت طالق، فجامعها، وقع الطلاق وإن لم يغتسل؛ لأن هذا اللفظ صار كناية عن الجماع فكأنه قال: إن جامعتك، فأنت طالق.

وفي موضع آخر، إذا قال لها: إن اغتسلت منك إلى شهر فكذا، فجامعها في المفازة وتيمم، يحنث؛ لأن يمينه وقعت على الجماع.

وفي النوازل: سكران دعا امرأته إلى الفراش فأبت [عليه]^(١)، فقال السكران: إن امتثلت أمري وساعدتني وإلا فأنت طالق ثلاثاً، [فإن ساعدته]^(٢) بعد أن دعاها في المستقبل، [لم يحنث، وإن لم تساعده بعد أن دعاها في المستقبل]^(٣) حنث؛ لأن قوله: إن امتثلت أمري يمين، واليمين يقتضي شرطاً في المستقبل، فكان شرط وقوع الطلاق [ترك الامتثال]^(٤) لأمر يوجد منه في المستقبل.

قال لامرأته بالفارسية: (اكر بابك سال دبدراي بنم، فكذا) [ثم]^(٥) جامعها فيما دون الفرج، لا يحنث، [لأنه يراد]^(٦) بهذا الجماع عادة، وقد مرت.

وفي فتاوى الفضلي: إذا حلف لا يفتح [السراويل]^(٧) على امرأته، فإن أراد الجماع فيمينه على الجماع، وإن لم يرد الجماع، إن فتح السراويل لأجل البول ثم جامعها، لا يحنث؛ لأنه لم يفتح السراويل عليها؛ لأن فتح السراويل [عليها]^(٨) أن يفتح ليجامعها.

إذا قال لامرأته وهي في بيت أمها: إن لم تجيئي بيتي الليلة حتى أجامعك فكذا، فجاءت بيته ولم يجامعها.

(١) سقط في أ.

(٢) في ب: فساعده.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في ب: ترك الامتثال.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: لأن، وفي م: ولا يراد.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

قال أبو يوسف: يحنث.

وقال محمد: لا يحنث.

حلف ألا يحل التكة، [ينظر: (١)] إن نوى عين حل التكة، لا يحنث، ويصدق ديانة وقضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وإن نوى الجماع يجب أن يحنث. وفي العيون: إذا حلف بطلاق امرأته ألا ينظر إلى حرام، فنظر إلى وجه امرأة أجنبية، لا يحنث؛ لأن النظر إلى وجه أجنبية ليس بحرام. وإذا حلف لا يقبل [فلاناً فقبل يده أو رجله] (٢)، فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يحنث، وهو على الوجه خاصة.

ومنهم من فصل بين الملتحي وغير الملتحي فقال: إن عقد يمينه على [ملتح يحنث، وإن عقد يمينه على] (٣) غير ملتح [لا يحنث] (٤).

ومنهم من قال: إن عقد يمينه بالفارسية، لا يحنث إلا بالتقبيل على الوجه؛ [لأنه لا يتفاهم منه الناس بالفارسية إلا التقبيل على الوجه] (٥) وإن عقد يمينه بالعربية، فهو على التفصيل بين الملتحي وغير الملتحي، والأول أظهر وأصح؛ لأن من قبل يد إنسان لا يقال: قبله.

قال لامرأته: إن قبلت أحداً فأنت طالق، فقبلته تطلق.

رجل حلف لرجل (٦) أن يطيعه في كل ما يأمره وينهاه، فنهاه بعد ذلك عن جماع امرأته، فجماع، لم يحنث إذا لم يكن هناك سبب يدل عليه؛ لأن الجماع لا يراد بهذا اليمين عرفاً وعادة.

رجل قال لامرأته: (أكرم احرار بولس سكا وأمر بأسد، فأنت طالق ثلاثاً)، فهذا

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: فاها فقبل يدها أو رجلها.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ، ب: رجلا.

على الوطاء حلالاً كان أو حراماً، حتى لو كان زني بامرأة ووطئها بنكاح طلقت امرأته.

رجل قال لآخر: (أكرىو باكسي حرام كنى، فكذا)، ثم إن ذلك الرجل طلق امرأته، ثم إن الحالف جامعها^(١)، حكى فتوى شمس الإسلام^(٢) الأوزجندی: أنه إن فعل ذلك قبل انقضاء العدة، يحنث، وإن فعل بعد انقضاء العدة، لا يحنث. سئل شمس الإسلام هذا عن رجل دعا امرأته إلى الفراش فأبت، فقال الزوج: إن بت معك إلى الخريف [فكذا]^(٣) فنام معها قبل الخريف.

قال: إن نام معها وجامعها طلقت، وإن لم يجامعها لا تطلق، وهذا بناء على أن يمينه وقعت على الجماع عرفاً وعادة، فقد ذكرنا في مسائل الأيمان أن من قال لامرأته: (أكر من بابو حسم، فأنت طالق ثلاثاً) ولم ينو نفس اليوم أنه يبر^(٤). إذا قال لامرأته ولم يدخل بها: إن خلوت بك فأنت طالق، فخلا بها، طلقت وعليه نصف المهر، [وكذا روي عن]^(٥) محمد.

قال لامرأته: إن لم أشبعك من الجماع فأنت طالق، فقد قيل^(٦): إنه لا يعرف ذلك إلا بقولها.

[قال الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبو حفص البخاري: إن جامعها ودام على ذلك حتى أنزلت فقد أشبعها، ولا تطلق]^(٧)، قال الفقيه: وبه نأخذ. وفي فتاوى الفضلي إذا قال لها: إن لم أطأك كالدر فأنت طالق، [فهذا على]^(٨) المبالغة في الجماع، فإن بالغ، لم تطلق، وإلا تطلق^(٩).

(١) في ب: حاربها.

(٢) في أ، م: الأئمة.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في أ: يركى، وفي ب، م: مولى.

(٥) في ب: هكذا ذكر.

(٦) زاد في أ: فيه.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: فهذه.

(٩) المحيط البرهاني (٣/٣٧٣).

رجل قال لامرأته بعد ما أصبح: إن لم أجامعك هذه الليلة فأنت طالق، فإن كان يعلم أنه أصبح فيمينه على الليلة القابلة، وإن كان لا يعلم وكان^(١) ينوي [تلك الليلة]^(٢) لم تطلق عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف، وهي مسألة الكوز. رجل قال: كلما وطئت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة ووطئها، لا تطلق.

حلف بطلاق امرأته أن^(٣) لا يجامعها فأتاها في دبرها، ذكر هذه المسألة في مجموع النوازل في موضعين، وأجاب في أحد الموضوعين بالحنث [وفي الآخر بعدم الحنث]^(٤) ولو كان حلف بطلاق امرأته ألا يزني بها فأتاها في دبرها أو أتى امرأة أجنبية في دبرها، حكى عن الفقيه أبي القاسم أنه قال: يمينه على الجماع في الفرج. حلف بالفارسية وقال: (أكر من سرر ياليز تونهم سرير بالش)، [فأنت طالق ثلاثاً]^(٥)، ثم [إن]^(٦) الحالف نام على فراش وجاءته امرأته ووضعت رأسها على وسادته، قال: إن كان الزوج عنى بهذه المقالة الجماع فهو إيلاء، إن قربها في الأربعة [الأشهر]^(٧) طلقت ثلاثاً، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر، طلقت واحدة بائنة بالإيلاء، وإن لم ينو شيئاً، فاليمين^(٨) على أن يضع رأسه على وسادتها سواء كان [الزوج]^(٩) معها أو وحده.

قال لامرأته: (اكرمامي سه لسر يدق ولم يرا) طلاق، فإن لم ينو الجماع لا يصير مولياً، حتى لو جامعها من غير أن يدخل في فراشها لا تطلق، ولو نوى القربان صدق في حق تعليق [الطلاق باقترابها]^(١٠) ولا يصدق في حق صرف الطلاق عن

(١) في ب، م: وهو.

(٢) في ب: ذلك.

(٣) في أ: لأن.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: طلاق، وسقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ، م: باليمين.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) في ب، م: طلاقها بقربانها.

دخوله فراشها من غير قربان .

قيل له : أيقع الطلاق بمجرد دخوله في فراشها وهي ليست في الفراش أو يتقيد اليمين بدخوله في فراشها وهي في الفراش؟

قال : إن كان الحامل له على اليمين كراهة استعمال فراشها تطلق بدخوله في فراشها بدونها ، وإن كان الحامل كراهة مضاجعتها لا يحنث [إلا]^(١) بدخوله في فراشها ، وهي فيه^(٢) .

وإذا حلف لا يوطأ جاريتيه إلا بإذن زوجته ، فقالت له : طأها في عينها ، فعن أبي يوسف : أنه لا يكون إذناً ، قال : أرأيت لو قالت له : طأها في رجلها ، أكان^(٣) إذناً؟ وعن محمد : أنه إذن .

وفي المنتقى : إذا قال : إن لم أكن جامعاً امرأة [فلان]^(٤) فكذا ، وقد كان الحالف فعل ذلك بامرأة فلان قبل أن يتزوجها ، قال : هو حانث في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ، إذا^(٥) أراد ذلك الذي فعل ، والله أعلم .

* * *

(١) سقط في م .
 (٢) في أ ، ب : فيها .
 (٣) في ب ، م : كان .
 (٤) في م : فلا يكون .
 (٥) في ب ، م : إن .

نوع آخر في اللبس [ويدخل]^(١) فيه مسائل الغزل والنسج والكسوة:
إذا حلف لا يلبس ثوبًا، أو حلف لا يشتري ثوبًا، فيمينه على كل ملبوس يستر
العورة، وتجاوز الصلاة فيه؛ لأن الثوب لغة اسم لما يلبس؛ [إلا أنه إذا أطلق]^(٢) هذا
الاسم [يراد]^(٣) به الملبوس [الذي]^(٤) يستر العورة وتجاوز الصلاة معه، فكل^(٥)
ملبوس هو بهذه الصفة كان داخلًا تحت اليمين، حتى لو اشترى مسحًا أو بساطًا أو
طنفسة ولبسها، لا يحث في يمينه؛ لأن البساط والمسح يفرش ولا يلبس، ولا
يدخل تحت اسم الثوب.

ولو اشترى كساء خز أو طيلسان خز ولبسهما، يحث في يمينه؛ لأنهما مما يلبس
فيدخل تحت اسم الثوب، هكذا ذكر المسألة في الأصل.
وذكر في المنتقى: إذا حلف لا يشتري [ثوبًا أو حلف لا يلبس]^(٦) ثوبًا فاشترى^(٧)
طنفسة أو وسادة ولبسهما، يحث في الشراء، ولا يحث في اللبس، فرواية المنتقى
في فصل الشراء تخالف رواية الأصل.

ولو اشترى فروًا أو لبس فروًا يحث في يمينه، واسم الثوب ينطلق على الفرو،
ذكره في الأصل، وفي السير الكبير في باب الاستثناء في النفل.
ولو اشترى قلنسوة^(٨) لا يحث في يمينه؛ لأن اسم الثوب لا ينطلق عليه، ولو
اشترى ثوبًا صغيرًا، يحث في يمينه، هكذا ذكر في الأصل.

قالوا: أراد بهذا أن تكون إزارًا أو سراويل تستر العورة، وتجاوز الصلاة فيه، وكذا
إذا اشترى خرقة لا تكون نصف ثوب^(٩)، لا يحث؛ لأنها^(١٠) لا تستر العورة، وإن

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: لأنه أطلق.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) سقط في أ، ب، م.
- (٥) في ب، م: وكل.
- (٦) سقط في م.
- (٧) زاد في ب، م: مسحاً.
- (٨) زاد في ب، م: أو لبس قلنسوة.
- (٩) في أ: الثوب.

اشترى أكثر من نصف [ثوب] ^(١) يحنث؛ لأنه يستر به العورة.
وفي القدوري: إذا حلف لا يلبس ثوبًا من غزل فلانة فقطع بعضه، فإن بلغ ما قطع إزارًا أو رداءً أو سراويل، حنث بلبسه، وإن كان بخلافه، فلا يحنث، والمعنى ما ذكرنا.

قال ثمة: وكذلك المرأة إذا حلفت ألا تلبس ثوبًا، فلبست خمارًا أو مقنعة لا تحنث إذا لم تبلغ مقدار الإزار، وإن بلغ حنث، وإن لم يستر به العورة، وعلى هذا إذا حلف لا يشتري لامرأته ثوبًا أو حلف بالفارسية: (زن خویش راجامه نخرد)، فاشترى لها خمارًا أو ^(٢) مقنعة، لا يحنث في يمينه.

وإذا حلف لا يلبس ثوبًا فلبس لفافة، لا يحنث في يمينه؛ لأن اللفافة لا تسمى ثوبًا، وعلى قياس مسألة الخمار ينبغي أن يحنث إذا كانت اللفافة تبلغ مقدار الإزار، وإن لبس عمامة روى ابن سماعة عن محمد: أنه لا يحنث ولا يجزئ في الكفارة. وروى بشر عن أبي يوسف: أنه لا يحنث إلا أن تكون عمامة إن ^(٣) يقطعها كان إزارًا أو رداءً أو يقطع من مثلها سراويل فهنا يحنث، ويجزئ في الكفارة، وهكذا ذكر القدوري في كتابه.

وروى هشام عن أبي يوسف الحنث في العمامة من غير فصل، ويجوز أن تكون رواية هشام محمولة على عمامة تبلغ إزارًا أو رداءً، ورواية ابن سماعة عن محمد محمولة على عمامة لا تبلغ إزارًا أو رداءً.

وفي السير الكبير في باب الاستثناء في النفل ^(٤) أن اسم الثوب لا ينطلق على العمامة والقلنسوة والخف.

وذكر شيخ الإسلام ^(٥) أن هذا الجواب في العمائم ^(٦) في عمائم العرب؛ لأنها

(١٠) في أ: لأنه.

(١) في أ: الثوب، وسقط في ب، م.

(٢) في أ: و.

(٣) في ب: أو.

(٤) في ب: الثوب.

(٥) زاد في ب: في شرحه.

صغيرة لا يجيء منها ثوب كامل، فأما في عمائمنا فبخلافه. وإذا حلف لا يلبس قميصًا، فاتزر بقميص، لا يحنث في يمينه. فالأصل^(١) في جنس هذه المسائل: أن من حلف على لبس ثوب لا بعينه، [لا يحنث ما لم يوجد منه اللبس المعتاد فيه، وإذا حلف على لبس ثوب بعينه]^(٢) فعلى أي حال لبسه، يحنث في يمينه، وهذا بناء على أصل معروف: أن الوصف في غير المعين معتبر، وفي [المعين لغو]^(٣)، ولبس^(٤) القميص بصفة مخصوصة متعارف، و^(٥) المتعارف كالمنصوص عليه، فإذا لم يعين قميصًا، انصرف يمينه إلى اللبس المعتاد اعتبارًا للصفة في غير المعين، فما لم يوجد اللبس المعتاد، لا يحنث في يمينه، وإذا عين القميص انصرف يمينه إلى اللبس المطلق إلغاء للوصف في المعين، [فعلى]^(٦) أي حال لبسه، يحنث في يمينه.

وعلى هذا إذا حلف لا يلبس هذه العمامة فألقاها على عاتقه يحنث، ولو كانت العمامة بغير عينها، لا يحنث، ذكر مسألة العمامة والقميص في الجامع. وفي الأصل: إذا حلف لا يلبس ثوبًا فوضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث؛ لأنه حامل وليس بلبس، فهذه^(٧) المسألة تخالف رواية الجامع في مسألة القميص. إذا حلف لا يلبس قباء، أو هذا القباء فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه فيه، ففي الوجه الأول: اختلف المشايخ فيه.

بعضهم قالوا: لا يحنث على قياس ما ذكروا في المناسك أن المحرم إذا فعل هذا لا كفارة عليه، والاستدلال به أن محمدا لم يجعله لابسًا؛ إذ لو جعله لابسًا لوجب

(٦) في م: العمامة.

(١) في أ: في الأصل.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: غير معتبر، وفي م: المعتبر يعتبر.

(٤) في أ: المعتبر معتبر.

(٥) في ب: في.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، م: في هذه.

عليه الكفارة.

وبعضهم قالوا: يحنث في يمينه؛ لأن القباء هكذا^(١) يلبس أيضًا. وفي الوجه الثاني: يحنث بلا خلاف؛ لأن اللبس المعتاد في المشار إليه غير معتبر على ما مرّ.

وإذا حلف [لا يلبس قباء أو حلف]^(٢) لا يلبس هذا القباء فوضعه على اللحاف حالة النوم، لا يحنث، هكذا حكى ظهير الدين فتوى عمه شمس الإسلام - رحمه الله -، وجوابه في المعين يخالف الرواية.

قال - رحمه الله -: وأراد باللحاف الذي يسمى بالفارسية: [كسر] دون الدثار^(٣)، وفارسيته: (فواكيد) فإنه لو جعل القباء على الدثار^(٤) حالة النوم، يحنث.

وعن الفقيه أبي القاسم: أن المعتبر^(٥) اللبس المعتاد وإنه بخلاف^(٦) المذكور هنا.

وإذا حلف لا يلبس قميصًا [فلبس قميصًا]^(٧) ليس له كم^(٨) [ولم يكن له نية]^(٩) حين حلف فإنه يحنث، وكان يجب ألا يحنث؛ لأن الكم صفة من أوصاف القميص والصفة في الغائب معتبرة، حتى إن من حلف لا يدخل دارًا [فدخل دارًا]^(١٠) مهدومة لا يحنث في يمينه؛ لأن البناء صفة من أوصاف الدار.

(١) في أ: هذا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في ب.

(٤) الدثار: بالكسر، كل ما كان من الثياب فوق الشعار، وقد تدثر: أي: تلفف في الدثار. ينظر: المصباح المنير (٢١٨/١)، مادة (دثر).

(٥) زاد في أ: يعتبر، وفي ب: في المعين يعتبر.

(٦) في ب، م: يخالف.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: نية، وفي ب، م: كمان.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في م.

ووجه الفرق بينهما: أن اسم القميص يثبت للثوب، وإن لم يكن له كمان في الأصل فإنه يقال: قميص ذو كمين، وقميص لا كم له، ويقال: اشترى القميص^(١) سماه قميصاً، وإن لم يكن له كم، وإذا لم يكن وجود الكم في القميص شرطاً لثبوت هذا الاسم في الابتداء فعدمه^(٢) لا يوجب زوال الاسم بوجه فكان الاسم بدون الكم قائماً^(٣) من كل وجه، فيحنت في يمينه بخلاف الدار؛ وذلك لأن اسم الدار للأرض لا يثبت بدون البناء، فإن الأرض التي^(٤) لم يكن عليها^(٥) بناء^(٦) في الأصل لا تسمى [داراً، وإنما تسمى]^(٧) أرضاً، فإذا كان وجود البناء شرطاً لثبوت اسم الدار [فزواله يوجب]^(٨) نقصاناً في الاسم ولا يدخل تحت مطلق الاسم.



-
- (١) زاد في م: كان.
 (٢) في أ: فوجوبه، وفي ب: فزواله.
 (٣) في أ: فإنها.
 (٤) في ب: الذي.
 (٥) في أ، ب: عليه.
 (٦) زاد في أ، م: الدار.
 (٧) سقط في م.
 (٨) في ب: فجوابه، وفي م: فزواله.

مسائل الغزل

إذا حلف لا يلبس [ثوباً] ^(١) من غزل فلانة، ولا نية له، فلبس ثوباً نسج [من] ^(٢) غزل فلانة، يحث في يمينه؛ لأنه عقد يمينه باللبس على عين غير ملبوس فينصرف يمينه إلى ما يصنع منه مجازاً، وإن كان نوى عين الغزل، لا يحث بلبس الثوب؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وصحت نيته، وصارت الحقيقة مراده فلا يبقى المجاز مراداً، ولو لبس عين الغزل، لا يحث إلا أن يعينه؛ لأن اليمين انصرف إلى غزل منسوج إذا ^(٣) لم يكن له نية، وعلى هذا إذا حلف لا يلبس قطعاً ^(٤) ولا نية له فلبس ثوب قطن، يحث في يمينه، ولو لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن، لم يحث إلا أن ينويه؛ لأن اليمين انصرف إلى قطن منسوج، وما في القباء ليس بمنسوج، فلا يحث إلا أن ينوي عين القطن فحينئذ يحث كما في مسألة الغزل.

ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوباً من غزل فلانة وغزل غيرها، يحث في يمينه، وهذا بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة [فلبس ثوباً من غزل فلانة وغيرها] ^(٥)، [حيث لا] ^(٦) يحث في يمينه.

والفرق: أن في قوله: لا ألبس من غزل فلانة، شرط الحث [أن يلبس من غزلها وقد لبس من غزلها]؛ لأن اسم الغزل ينطلق على القليل كما ينطلق على الكثير، وفي قوله: لا ألبس ثوباً من غزل فلانة، شرط الحث ^(٧) لبس ثوب من غزل فلانة، ولم يلبس من غزل فلانة إنما لبس ثوباً بعضه من غزل فلانة، فلهذا لم يحث.

وفي المنتقى: بالغ في بيان هاتين المسألتين، فروى عن محمد أنه: إذا حلف لا يلبس من غزل فلانة فخلط غزلها بغزل غيرها في ثوب ولبسه، قال: يحث، وإن لم

(١) سقط في أ، ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: وإذا.

(٤) زاد في ب: فلانة.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في م.

يكن فيه من غزلها إلا [جزء من مائة]^(١) جزء .

ولو قال: لا ألبس ثوبًا من غزل فلانة، لم يحنث، وإن كان فيه من غزل غيرها جزء من مائة جزء .

وعن أبي يوسف: إذا حلف لا يلبس ثوبًا من غزل فلانة [فلبس ثوبًا من غزل فلانة]^(٢) فيه من غزل غيرها رقعة، حنث، وكذلك لو لبس قميصا من غزل فلانة فيه لبنة من غزل غيرها، أو إزاره من غزل غيرها]^(٣)، وكذلك لو لبس ثوبا من غزلها وعليه علم من غزل غيرها، ولو [نسج ثوب]^(٤) من [غزلها وغزل غيرها]^(٥) إلا أن غزل غيرها في آخر الثوب أو في أوله فقطع غزلها من ذلك، ولبس القطعة التي من غزل المحلوف عليها، فإن كانت تبلغ إزارًا أو رداء يحنث، وإن كانت لا تبلغ ذلك، لا يحنث، وإن قطعه سراويل ولبسه، يحنث، وإن لبس ذلك الثوب قبل [ما قطع]^(٦) منه ما نسج من غزل غيرها، لا يحنث، ولو كان من غزل المحلوف عليها كله إلا قدر شبر فإنه من غزل غيرها فإنه لا يحنث، قال: ولا يشبه هذا العلم .

وإذا حلف لا يلبس من غزل فلانة، فلبس ثوبًا خيط من غزل فلانة لا يحنث في يمينه، [وكذلك لو لبس ثوبًا فيه سلكة من غزل فلانة، لا يحنث في يمينه، و[كذلك]^(٧)]^(٨) لو لبس تكة من غزلها، لم يحنث عند محمد، وعند أبي يوسف يحنث .

قال الصدر الشهيد: وبقول محمد: يفتى؛ لأنه لا يعد لابسًا بلبس التكة .
ورأيت في المنتقى رواية إبراهيم عن محمد، أنه يحنث في التكة وفي الزر

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) في ب: لبس ثوبًا .

(٥) في ب: غيرها وغزلها .

(٦) في م: أن يقطع .

(٧) سقط في ب .

(٨) سقط في م .

والعروة، ويقال بالفارسية: (أنكله وسابكجة)، لا يحنث، وكذلك في الزيق واللبنة، ويقال بالفارسية: (حسبك وره كريبان)، لا يحنث، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث رواه عن محمد.

[وذكر في المنتقى رواية مجهولة: أن في اللبنه يحنث [وفي الزيق لا يحنث،^(١).

وروي عن محمد^(٢) نسا: أن في الرقعة [التي يقال^(٣) بالفارسية: (سيان) أنه^(٤) إذا كان من غزلها يحنث [في يمينه^(٥).

والصدر الشهيد في واقعاته اختار الحنث في الزيق والتكة^(٦)؛ لأنه لا لبس لهما قياسًا^(٧) على مسألة الرقعة.

وذكر شيخ الإسلام في [شرح^(٨) أيمان الأصل أن في الدخريص^(٩) واللبنه يحنث [في يمينه^(١٠) لأن الدخريص يصير ملبوسًا بلبس القميص [واللبنه كذلك، وأما الزر والعروة لا يصير ملبوسًا بلبس القميص^(١١). ولهذا افترقا.

وعن أبي يوسف: إذا رقع في ثوبه من غزل فلانة [شبرًا في شبر^(١٢) حنث. وفي فتاوى أبي الليث: إذا أخذ الحالف من غزل فلانة خرقة قدر شبرين ووضع على عورته لا يحنث؛ لأنه بهذا لا يسمى لابسًا [لهما^(١٣)، ولو لبس قلنسوة أو

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: يقال، وفي ب، م: ويقال.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ، م: واللبنه.

(٧) في ب، م: وقاسه.

(٨) سقط في ب.

(٩) زاد في م: والزيق.

(١٠) سقط في أ، ب.

(١١) سقط في م.

(١٢) في م: قدر شبر.

(١٣) سقط في ب، م.

شبكة ويقال بالفارسية: (كلتوه)^(١)، يحنث؛ لأنه^(٢) يسمى لابسا لهما.
إذا حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها فبلغ الذيل إلى السرة ولم يدخل يديه في كميته، ورجلاه تحت اللحاف حنث في يمينه.
وفي فتاوى أبي الليث: إذا حلف لا يلبس هذا الثوب فألقي عليه وهو نائم، قال محمد: أخشى أن يحنث.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: [والمختار أنه]^(٣) لا يحنث؛ لأنه ملبس وليس بلباس، وهو نظير ما لو حلف لا يدخل دار فلان فأدخل وهو نائم، فإن انتبه فوجد حرارة الثوب، إن ألقاه كما انتبه لا يحنث [في يمينه]^(٤)، وإن تركه^(٥) فاستقر [عليه]^(٦) بعد الانتباه حنث، علم أنه الثوب المحلوف عليه أو لم يعلم، [وكذا إذا ألقى عليه وهو منتبه إن ألقاه عن نفسه، كما ألقى عليه، لا يحنث، وإن تركه يحنث، علم أنه الثوب المحلوف عليه، أو لم يعلم]^(٧).

وإذا حلف لا يلبس السراويل أو حلف لا يلبس الخفين فأدخل إحدى رجله في الخف أو في السراويل لا يحنث؛ لأنه لا يسمى لابس الخفين ولا بس السراويل بإدخال إحدى الرجلين فيه^(٨).

سئل نجم الدين النسفي فيمن قال: أكر رسيد رن حونس يوسم رن أرمن بطلاق سده دبراد، قال: إن فعل ذلك على وجه العمامة حنث؛ لأنه لبس غزلها، وقد قيل: لا يحنث؛ لأن لبس الغزل على هذا الوجه ليس بمعتاد، واليمين عقدت على لبس غزل غير^(٩) مشار إليه فينصرف^(١٠) إلى اللبس المعتاد.

(١) في م: كلوته.

(٢) زاد في ب، م: لا.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: ترك.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٣١٢).

(٩) في ب: غيره.

وإذا قال لامرأته بالفارسية: أكرر ستة بويرين من أندر، فكذا فوضع يده على غزلها أو خاط به ثوبًا، لا يحنث [في يمينه]^(١) في فتاوى أبي الليث.

وفي المنتقى: إذا حلف لا يلبس ثوبًا من نسج فلان فلبس ثوبًا نسجه فلان مع غيره، يحنث، ولو قال: ثوبًا من نسج فلان^(٢) وغيره لا يحنث، إذا كان الثوب مما ينسجه واحد، وإن كان لا ينسجه إلا اثنان، يحنث^(٣) في يمينه.

وفيه أيضًا: لو حلف لا يلبس ثوبًا [من نسج فلان، فلبس ثوبًا]^(٤) نسجه غلمانه، وفلان هذا هو المعيل عليهم فإن كان فلان [يعمل بيده، لا يحنث إلا أن يلبس من عمله وإن كان فلان لا]^(٥) يعمل بيده، يحنث وكذلك على هذه^(٦) الأعمال كلها.

ووقعت في زماننا أن رجلاً حلف ألا يلبس من غزل فلانة، فلبس من غزل امرأة أخرى أمرتها فلانة بالغزل، فأفتى بعض مشايخنا بالحنث مطلقًا، وأفتى بعضهم بالحنث على التفصيل الذي مرّ في مسألة النسيج وهو الصحيح، وما ذكر في المنتقى عقيب مسألة النسيج وكذلك على [هذه الأعمال]^(٧) كلها تدل عليه.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لها بالفارسية: أكرر بسمان يومرا يكاد كيد وما شو زيانه من درايد برا فكذا، فباعث غزلها، فاشترت بثمنها الفقاع من غير علم الزوج وسقت^(٨) الزوج، لا يحنث؛ لأنه لم يدخل عين الغزل في شوازيانه لما ريبا مذا كريد يدل وي نكار آمد، فلا يحنث، وهكذا في جميع هذا النوع من المسائل.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال لها بالفارسية: أكرر سنتي توباكار كرده شوزيانه

(١٠) زاد في م: يمينه.

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في م: فلبس ثوبا نسجه فلان.

(٣) في م: لا يحنث.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: هذا.

(٧) في ب: هذا الأفعال.

(٨) في ب: وشرب.

من أندرايد، [فأنت طالق ثلاثاً]^(١) فغزلت المرأة وكست نفسها وصيانتها لا يحنث؛ لأن الدخول في شوزيانه الدخول في الملك ولم يوجد، وإن قضت ديناً على الزوج لا تطلق أيضاً؛ لأنه لم يدخل في ملك الزوج أيضاً.

وإذا حلف لا يدخل ثمن غزلها في شوزيانه فباع [ثوباً لها]^(٢) واشترى بثمنه كسوة لابنه الصغير، إن اشترى ثوباً^(٣) يقضي بذلك حقاً عليه بأن اشترى كسوة مثله حنث، سواء اشترى الثوب بإذنها أو بغير إذنها؛ لأن شراءه كان واجباً عليه فصار كأنه اشترى لنفسه، والمشتري عوض عن الثوب الأول معني؛ لأنه عوض عن عوضه، فإن اشترى أفضل من كسوة مثله، فإن اشترى [بإذنها، لا]^(٤) يحنث؛ لأن الشراء يقع للمرأة^(٥) حقيقة وتقديراً وإن اشترى بغير إذنها، حنث؛ لأن الشراء يقع لنفسه حقيقة ومعني، ذكرت هذه المسألة في فتاوى الفضلي، قال الصدر الشهيد في واقعاته: في المسألة إشكال.

وإذا حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة، فباع غزلها ووهبت الثمن لابنها، ثم إن الابن وهبه للحالف، فاشترى به الحالف شيئاً فأكله، لا يحنث، وإن اشترت هي قبل^(٦) أن تهب فأكل الحالف منه، يحنث.

في فتاوى أهل سمرقند: امرأة تريد أن تقطع قباء لزوجها، فقال الزوج بالفارسية: أكر اين قباكه تومر أمي بري أكنون من بيوشم، فكذا فقطعت بعد هذه السنة فلبس الحالف، لزمه الحنث؛ لأن هذا ليس بفور.

قال لامرأته: إن غزلت ما دمت في بيتي فكذا، فقد قيل: ينوى الزوج إن أراد بقوله: ما دمت في بيتي كونها في بيته^(٧)، فإذا خرجت عن البيت سقطت اليمين،

(١) زاد في أ: وعن الغزل، وفي ب، م: فكذا.

(٢) في أ: ثوبها.

(٣) زاد في م: بذلك.

(٤) في ب: بغير إذنها.

(٥) في ب: لنفسه.

(٦) في م: من قبل.

(٧) في م: بيتي.

وإن أراد بقوله: ما دمت في بيتي كونها في نكاحه، فما لم تقع الفرقة بينهما لا^(١) يقع^(٢) اليمين.

حلفت المرأة [أن]^(٣) لا تلبس المكعب فلبست [اللالك فقد قيل: إن كان يسمى اللالك]^(٤) في العرف والعادة مكعبًا، يلزمها الحنث وما لا [فلا]^(٥).

حلف ألا يلبس ثوبها^(٦) ثم إن الزوج اشترى قطنًا [وغلزلت المرأة القطن]^(٧) ودفع الزوج الغزل إلى النساج حتى ينسجه بأجر أعطاه الزوج ثم لبسه الزوج فقد قيل: ينوى الزوج إن كان أراد بقوله: من ثوبها^(٨) من ثوب: رشته وي ساخنه وي، يلزمه الحنث، وما لا فلا^(٩).

وفي فتاوى ما وراء النهر: إذا حلف الرجل لا يلبس من غزل امرأته، فلبس قباء ظهارته من غزلها وبطانتها من غزل غيرها، فإنه يحنث في يمينه، وهذا ظاهر.

وفي مجموع النوازل: إذا حلف: (فراكيذ رن بريفيكيذ فراكيذر انعناید واسر لو أكيدر انقياد واستر فراكيذ سعكد في إير موس حسو بوكيد بكردن بياند)، إذا قال: إن لبست قميصين فكذا ولا نية له، فلبس قميصًا ونزعه ثم لبس قميصًا آخر، لا يحنث في يمينه، وهذا استحسان.

والقياس أن^(١٠) يحنث عملاً بإطلاق اللفظ. ألا ترى أنهما لو كانا معينين، يقع الحنث بما فعل كذا هنا.

وجه الاستحسان: أن اللفظ وإن كان مطلقاً إلا أنه يقيد بالعرف، وإن العرف فيما

(١) في أ: لأنه.

(٢) في ب، م: يرتفع.

(٣) سقط في ب.

(٤) في أ: الملاك.

(٥) يسقط في أ.

(٦) في ب: يومها، وفي م: من برمها.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ، ب، م: برمها.

(٩) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/٣١٤).

(١٠) زاد في ب، م: لا.

بين^(١) الناس أن اللبس إذا أضيف إلى قميصين بغير أعيانهما [أنه يراد به المظاهرة بينهما ولبسهما]^(٢) معًا [لا يتفرقان]^(٣).

ألا ترى أن الرجل يستجيز من نفسه أن يقول: ما لبست قميصين منذ خلقت. وإن كان قد لبس قميصًا كثيرة إذا لم يظهر بينهما لفرقه ولمعنى من المعاني، ومثل هذا العرف لم يوجد في المعينين^(٤)؛ لأن الإنسان لا يستجيز من نفسه أن يقول: ما لبست هذين القميصين منذ خلقت. إن كان لبسهما على التعاقب فيعمل [في المعينين]^(٥) بإطلاق اللفظ.

وفي المنتقى: إذا حلف لا يلبس هذا الثوب فاتخذها قلنسوة ولبسها، لا يحنث [في يمينه]^(٦)؛ لأن اسم الثوب لا يبقى، ولو قطع منه قميصًا ففضل منه فضلة وفي^(٧) القميص رقعة صغيرة قدر لبنة، ولبس القميص، يحنث؛ لأن [اسم الثوب]^(٨) باق وما بقي لا يعتد به فكان لابسًا جميع الثوب، وصار كما لو حلف لا يأكل رمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين، يحنث استحسانًا، وطريقه ما قلنا.

وفي القدوري: ذكر هذه المسألة وزاد عليها فقال: ولو اتخذ جوارب ولبسه، لا يحنث؛ لأن اسم الثوب ليس بباق.

وإذا قال لامرأته: رثته وي نبو شم، وله ثياب اتخذ^(٩) من غزلها قبل الحلف، وثياب اتخذ بعد الحلف، فيمينه [عليهما]^(١٠) لإطلاق اللفظ.

وإذا قال لامرأته: يا عمر هنست أكر رثته بونبو شم يراسه طلاق فلبس بعد ذلك

(١) في ب: بينه وبين الله تعالى.

(٢) في ب: إن أراد به المصاهرة بينهما ونسبهما.

(٣) في م: متفرقا.

(٤) في أ: المعتبر.

(٥) في أ، م: في المعينين، وفي ب: بالمعينين.

(٦) سقط في ب.

(٧) في م: عن.

(٨) في ب: الاسم للثوب.

(٩) في م: اتخذت.

(١٠) سقط في ب.

رشته وي حتى طلقت ثلاثاً، ثم تزوجها ثم لبس رسته وي، لا تطلق؛ لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار.

وقوله: يا عمر هنست لبيان أن المنع مقيد^(١) وليس بمطلق، وإذا حلف لا يلبس سلاحاً فتقلد سيفاً أو تنكب قوساً^(٢) أو ترساً، لم يحنث، قالوا: إذا كانت اليمين بالفارسية بأن قال: سلاح نبوشم، يحنث بهذه الأشياء، ولو لبس درعاً من حديد يحنث، ولو حلف: لا يلبس شيئاً فلبس درعاً من حديد أو خفين أو قلنسوة، يحنث [في يمينه]^{(٣)(٤)}.

ولو حلف لا يكسو فلاناً شيئاً، ولا نية له، فأعطاه دراهم ليشتري بها ثوباً، لا يحنث، ولو أرسل إليه بثوب كسوة، حنث، ولو كساه قلنسوة أو خفين أو جوربين، حنث.

وعن محمد - رحمه الله - أن الكسوة عبارة عما يجزئ في كفارة اليمين، ولو حلف لا يكسو فلاناً ثوباً فكساه قلنسوة أو خفين، لا يحنث بلا خلاف. والله تعالى أعلم.



(١) في م: بمؤبد.

(٢) تنكب القوس: ألقاها على منكبه. ينظر: المغرب، مادة (نكب).

(٣) سقط في ب.

(٤) الأصل للشيباني (٢/٣٣٤).

نوع آخر في الدخول:

إذا قال: إن دخلت هذه الدار فكذا، وهو داخل فيها فدام على ذلك، لم يحنث استحساناً، والقياس أن يحنث؛ لأن اسم الدخول يقع على دوامه؛ ألا ترى أنه لو نوى بالدخول الدوام صحت نيته، ونص عليه محمد - رحمه الله - في الأصل.

وجه الاستحسان: أن الدخول فعل لا يمتد فلا^(١) يعطى لدوامه حكم الابتداء [وهذا هو الأصل في جنس الأفعال أن ما لا يمتد من الأفعال لا يعطى لدوامه حكم الابتداء، وما يمتد من الأفعال [يعطى لدوامه حكم الابتداء]^(٢)، والفارق بين الممتد وغير الممتد من الأفعال]^(٣) صحة قران المدة به وعدم صحته [فكل فعل]^(٤) يصح قران المدة [به]^(٥) فهو مما يمتد، وذلك كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقيام والقعود، فإنه يصح أن يقال: سكن في الدار يوماً [ولبس يوماً]^(٦) ونظر إلى فلان يوماً، وقعد في مكان كذا يوماً، وقام يوماً، وكل فعل لا يصح قران المدة به، فهو مما [لا]^(٧) يمتد، وذلك كالدخل والخروج، فإنه لا يستقيم أن يقال: خرج يوماً من الدار، ودخل يوماً في الدار، والدليل عليه أنه [لا يستقيم أن يقال للدخل في الدار دخل و]^(٨) لا يستقيم أن يقال للخارج منها: خرج منها.

وإذا حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل إحدى رجله في الدار، ولم يدخل الأخرى، لا يحنث في يمينه هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

وبعض مشايخنا قالوا: هذا إذا كان الجانبان مستويين فأما إذا كان الداخل أسفل يحنث [في يمينه وبعضهم قالوا: العبرة الاعتماد [على الرجل للدخل، يحنث]^(٩)،

(١) في ب: ولا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: وذلك بعمل.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في أ، م.

وإن كان الاعتماد على الرجل [الخارج]^(١) [لا]^(٢) يحنث، إلا أن في ظاهر الرواية عن أصحابنا لا يصير داخلاً بإدخال إحدى الرجلين، وبه أخذ الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني، والشيخ الأجل شمس الأئمة السرخسي، هذا إذا كان يدخل^(٣) قائماً، وأما إذا كان مستلقياً على ظهره أو بطنه أو جنبه فتدحرج حتى صار بعض بدنه داخل [الدار، فإن صار الأكثر داخل الدار]^(٤) يصير داخلاً، وإن كان ساقاه خارج الدار هكذا روي عن محمد.

ولو أدخل رأسه دون قدميه، لم يحنث، وكذلك لو تناول شيئاً بيده، وإذا حلف لا يدخل دار فلان فاحتمله إنسان وأدخله وهو كاره، لم يحنث. قالوا: وهذا على وجهين: إما إن كان بحال لا يمكنه الامتناع عنه أو يمكنه الامتناع عنه، [فإن كان لا يمكنه الامتناع عنه، لا يحنث]^(٥) في يمينه؛ لأن [شرط]^(٦) الحنث وهو دخوله لم يوجد لا حقيقة ولا تقديرًا، وإن كان يمكنه الامتناع عنه، فقد اختلف المشايخ فيه، وينبغي على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لا^(٧) يحنث؛ لما نبين^(٨) بعد هذا إن شاء الله تعالى.

هذا إذا احتمله وأدخله مكرهًا، وأما إذا هدده بالدخول فدخل [بقدميه]^(٩) فقد اختلف المشايخ فيه أيضًا، [بعضهم قالوا: لا يحنث، و]^(١٠) بعضهم قالوا: يحنث، وبعضهم قالوا: إن أمكنه الامتناع عن الدخول، ومع هذا دخل، حنث، وإن لم يمكنه الامتناع عنه، لا يحنث.

(١) سقط في ب، وفي م: الداخل.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: يدخلها.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: ألا.

(٨) في أ، ب: يتبين.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في ب.

ولو احتمله إنسان وأدخله وهو راض بقلبه إلا أنه لم يأمره بذلك فقد اختلف المشايخ فيه، ووجدت في المنتقى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحنث، فعلى قياس هذه المسألة يجب أن يكون قولهما فيما إذا أدخل^(١) مكرهاً ألا يحنث، وإن كان أمره بذلك، يحنث؛ لأنه وجد الدخول منه اعتباراً، وإن كان يمر بين يدي الدار فزلق رجله فحصل في الدار، لم يذكر محمد هذا الفصل في شيء من الكتب [وقد اختلف المشايخ]^(٢) فيه قال بعضهم: يحنث؛ لأن حصوله في الدار [مضاف إلى فعله].

وقال بعضهم: لا يحنث؛ لأنه حصل في الدار^(٣) مكرهاً لا باختياره فصار كما لو احتمله إنسان وأدخله في الدار مكرهاً، وإن دخلها على الدابة، حنث، إلا أن تكون الدابة قد انفلتت وهو راكبها ولا يستطيع إمساكها فدخلت الدار، فإنه لا يحنث في يمينه؛ لأنه صار مسلوب الاختيار لما انفلتت ولم يمكنه إمساكها. ولو حلف لا يدخل بيتاً فدخل دهليز بيت، لم يحنث^(٤)؛ لأن الدهليز ما بنى للبيتة فيه، والبيت اسم لما يتخذ للبيتة فيه.

قال مشايخنا^(٥): إذا كان الدهليز بحال لو أغلق الباب يبقى خارج البيت؛ فأما إذا بقي داخل البيت وهو مسقف يجب أن^(٦) يحنث في يمينه؛ لأنه يصلح للبيتة، ولو دخل ظلة باب الدار ذكر في الكتاب أنه لا يحنث، وأراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء؛ لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت؛ لأنه لا يبات فيه، وكذلك إذا كان فوقه بيت إلا أن يفتحه إلى الطريق الأعظم أو إلى السكة لا يحنث، إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه؛ لأنه ليس من جملة بيته.

(١) في أ، م: دخل. وفي ب: أدخله.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في م: في يمينه.

(٥) زاد في ب: هذا.

(٦) في م: ألا.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال [الرجل]^(١): إن دخلت دار فلان فكذا، فمات فلان فدخل داره، فهذا على وجهين: إن لم يكن على صاحب الدار دين أصلاً، أو^(٢) كان عليه دين غير مستغرق، فلا يحنث بلا خلاف؛ لأن الدار تصير ملكاً للوارث بلا خلاف، وإن كان عليه دين مستغرق قال محمد بن سلمة: يحنث، وقال الفقيه أبو الليث: لا يحنث.

قال الصدر الشهيد: والفتوى على قول الفقيه أبي الليث؛ لأن التركة المستغرقة بالدين إن لم يملكها الورثة لا تبقى على ملك الميت حقيقة؛ لأن الميت ليس من أهل الملك، فلو بقي على ملكه لبقى حكماً فلم يدخل دار فلان مطلقاً فلم يتحقق شرط الحنث.

إذا قال: إن وضعت قدمي في دار فلان فكذا، فوضع إحدى رجله في [دار فلان]^(٣) لا يحنث [على ما هو جواب ظاهر الرواية؛ لأن وضع القدم في هذه الصورة صار مجازاً عن الدخول، فإنه قال: إن دخلت دار فلان فكذا، وهناك إذا أدخل إحدى رجله في دار فلان لا يحنث في يمينه]^(٤) كذا هنا.

وإذا حلف لا يدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن فيها، لا يحنث؛ لأن الدار تنسب إلى الساكن، والساكن هو (الكذخداي) في فتاوى أهل سمرقند. وفي المنتقى: إذا قال: والله لا أدخل دار فلان [وهو]^(٥) ساكن فيها مع امرأته والدار لها، حنث، وكذلك إذا^(٦) قال: والله لا أدخل دار فلانة فدخل عليها وهي في دار زوجها^(٧) ساكنة معه، يحنث، فهذه الرواية تخالف ما ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

(١) سقط في ب، م.

(٢) في أ: و.

(٣) في ب، م: داره.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، وفي ب، م: فدخل دارا فيها وفلان.

(٦) في ب: لو.

(٧) في م: لزوجها.

وفي فتاوى الفضلي: إذا حلف لا يدخل دار فلان [فدخل دار فلان]^(١) وهو فيها ساكن والدار لامرأته، ذكر فيها تفصيلاً فقال: إن لم يكن لفلان دار تنسب إليه سوى هذه الدار، يحنث؛ لأن الحالف أراد هذه الدار، وإن كان له دار أخرى^(٢) تنسب إليه لا يحنث، وهذا الجواب بخلاف ما ذكر في المنتقى [فإنه ذكر المسألة في المنتقى]^(٣) من غير تفصيل.

ورأيت في موضع آخر: إذا حلف لا يدخل [دارًا لفلانة]^(٤) فدخل دارًا لزوج فلانة، وهي ساكنة معه أنه إن لم يكن لفلانة دار أخرى تنسب إليها يحنث، وإلا فلا يحنث، ولم يذكر هذا التفصيل في المنتقى.

وإذا حلف لا يدخل دار فلان وفلان ساكن مع أبيه^(٥) في الدار بالغلة، والأب هو الذي استأجر الدار فقد قيل: إنه لا يحنث، وعلى قياس ما ذكر [في المنتقى ينبغي أن يحنث بلا تفصيل، وعلى قياس ما ذكر في فتاوى]^(٦) [الفضلي - رحمه الله-]^(٧) يجب أن تكون المسألة على التفصيل إن كان للابن^(٨) دار أخرى تنسب إليه سوى هذه، لا يحنث، وإلا فيحنث.

ذكر محمد في كتاب «العلل»: [إذا]^(٩) قال الرجل: إن دخلت دار عبد الله فعبدي حر، وإن دخلت دار زيد فامرأتي طالق، فدخل دارًا هي [ملك زيد]^(١٠) وهي في يد عبد الله بإجارة، عتق العبد، وطلقت المرأة؛ لأن شرط الحنث في اليمين قد تحقق، وهو دخول دار مضاف إلى زيد وإلى عبد الله.

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) زاد في م: سوى هذه.
 - (٣) سقط في ب.
 - (٤) في ب: دارا لفلان.
 - (٥) في أ: ابنه.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في ب: أبي الليث.
 - (٨) في أ: للمأتي.
 - (٩) سقط في ب.
 - (١٠) في ب: لزيد.

فإن قيل: هذا عمل بالحقيقة والمجاز.

قلنا: هذا ممنوع، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا على الصفحة التي تلي هذه المسألة، ولئن سلمنا أنه عمل بالحقيقة والمجاز لكن في يمينين، وإنه جائز. قال: وهذا إذا لم يكن [له نية]^(١) يريد بذلك إذا لم ينو الإضافة بملك الرقبة ولا بالسكنى، فأما إذا نوى أحدهما؛ كانت العبرة لما نوى [فيحنت لما نوى]^(٢) ولا يحنت بغيره^(٣)؛ لأن ما نوى محتمل كلامه فيجعل كالمصرح به. وما ذكر من^(٤) الجواب في كتاب العلل أنه يحنت في اليمينين^(٥) جميعًا قول محمد خاصة، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يحنت في يمين العتق على ما اختاره بعض المشايخ، فيما إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا قد أجزها فلان من غيره، وهو إحدى الروايتين عن محمد، على ما قال محمد على ما ذكر القدوري في تلك المسألة، والمسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو قال: إن دخلت دار زيد هذه فعبدني حر، وإن دخلت دار عمرو [هذه فامرأتني طالق]^(٦) وهما داران متلازمان^(٧)، فباع عمرو شيئًا من داره من زيد، وجعل زيد باب هذا البيت إلى دار نفسه، فدخل الحالف في هذا البيت الذي اشتراه زيد من عمرو، عتق عبده، ولا تطلق امرأته؛ لأن شرط الحنث إنما وجد في اليمين [بالتعق أما لم يوجد في اليمين]^(٨) بالطلاق؛ لأن البيت الذي اشتراه زيد من عمرو وجعل بابه إلى داره صار مضافًا إلى [زيد وقت دخول الحالف ولم يبق مضافًا إلى]^(٩) عمرو

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: لغيره.

(٤) في ب، م: في.

(٥) في ب: اليمين.

(٦) في ب: فعبدني حر.

(٧) في م: متلازمتان.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

[لا] ^(١) إضافة ملك [و] ^(٢) لا إضافة سكنى .

ولو حلف لا يشتري دار زيد هذه، ولا دار عمرو هذه، ثم إن زيداً اشترى بيتاً من دار عمرو، وجعل باب هذا البيت إلى دار نفسه، ثم إن الحالف اشترى بقية دار عمرو، لا يحنث في يمينه، وفي اليمين المعقودة على السكنى [والدخول إذا دخل في بقية دار عمرو و ^(٣) سكن فيها، يحنث في يمينه] ^(٤) والقياس في السكنى والدخول أن ^(٥) لا يحنث ما لم يدخل جميع الدار، ويسكن جميع الدار؛ [لأن اسم] ^(٦) الدار اسم لمقدر، لكن تركنا القياس في الدخول والسكنى بضرورة؛ لأن الدخول والسكنى لا يتأتیان في جميع الدار] ^(٧) إنما يتأتى في بعضها ^(٨) فتركنا القياس فيهما، وأوقعنا اليمين على البعض بهذه الضرورة، وقد وجد الدخول والسكنى في بعض الدار فتحقق شرط الحنث، ومثل هذه الضرورة لا تتحقق ^(٩) في الشراء؛ لأن ^(١٠) شراء جميع الدار دفعة واحدة متصور فعملنا في فصل الشراء بالقياس وأوقعنا اليمين [على] ^(١١) شراء جميع الدار ولم يوجد فلم يتحقق شرط الحنث، فهذا هو الفرق بين فصل الشراء [والدخول] ^(١٢) والسكنى .

ثم فرق أصحابنا بين ما إذا حلف الرجل لا يدخل بيتاً لفلان أو لا يدخل [دار فلان] ^(١٣) ولم يسم بيتاً بعينه، ولم ينوه ولم يسم داراً بعينها ولم ينوها، فدخل داراً

- (١) سقط في أ .
- (٢) سقط في أ .
- (٣) في م : أو .
- (٤) سقط في ب .
- (٥) في ب : لأن .
- (٦) سقط في ب .
- (٧) سقط في م .
- (٨) في أ : بعضه .
- (٩) في ب ، م : يتأتى .
- (١٠) في ب : إلا أن .
- (١١) سقط في ب .
- (١٢) في أ : بالدخول .
- (١٣) في أ : داراً لفلان .

أو بيتًا يسكنه فلان بإجارة أو عارية، وبين ما إذا حلف لا يركب دابة فلان أو^(١) لا يستخدم عبد فلان، فركب دابة و^(٢) استخدم عبدًا هو في يد فلان بإجارة أو إعارة^(٣) فقالوا في مسألة الركوب والخدمة: لا يحنث في يمينه، وقالوا في مسألة الدار والبيت: يحنث، والوجه لعلمائنا أنه عقد يمينه على بيت مضاف إلى فلان إضافة مطلقة فتصرف يمينه إلى الدار المضافة إلى فلان بملك الرقبة، وبملك المنفعة جميعًا؛ إذ إضافة العقار بملك المنفعة [حقيقة كما أن إضافته بملك الرقبة حقيقة؛ لأن إضافة العقار بملك المنفعة]^(٤) ثابتة شرعًا وعرفًا، أما شرعًا فلما روي أن رسول الله ﷺ مرَّ بِحَائِطٍ فَأَعْجَبَهُ فَقَالَ: «لِمَنْ هَذَا؟» فقال رافع بن خديج^(٥): لي استأجرته، فرافع أضاف المستأجر إلى نفسه ولم ينكر رسول الله ﷺ^(٦).

وأما عرفًا فلأن في العرف يقال: هذا منزل فلان، وإن كان فلان يسكن فيها بإجارة أو إعارة^(٧) وإذا كانت إضافة العقار بملك المنفعة ثابتة [عرفًا وشرعًا كانت حقيقة [الاسم^(٨) ومتى ثبت للشيء عرفًا وشرعًا]^(٩) كان حقيقة]^(١٠) كاسم الصلاة فيثبت أن هذه الإضافة في العقار حقيقة فينصرف اليمين إليها و[لا]^(١١) كذلك العبد

(١) زاد في أ، م: حلف.

(٢) في م: أو.

(٣) في ب، م: عارية.

(٤) سقط في ب.

(٥) هو: رافع بن خديج بن رافع بن عدي بن جشم بن حارثة بن الحارث، شهد أحدًا والخندق، له ثمانية وسبعون حديثًا، اتفق البخاري ومسلم منها على خمسة. قال خليفة: مات سنة أربع وسبعين. ينظر: تهذيب الكمال (٢٢/٩)، تقريب التهذيب (٢٤١/١)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣١٤/١).

(٦) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٦٣/٤) رقم (٤٣٥٤).

(٧) في ب، م: عارية.

(٨) في أ: بالاسم.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في م.

(١١) سقط في م.

والدابة؛ لأن إضافة العبد والدابة بملك المنفعة ليست بحقيقة بل هي مجاز؛ لأنها غير ثابتة شرعاً وعرفاً.

ولو حلف لا يدخل بيتاً^(١) لفلان فدخل بيتاً قد أجره من غيره ذكر بعض مشايخنا في شرحه أن فيه اختلاف المشايخ، وذكر بعضهم عن أصحابنا فيه روايتان: في رواية: يحنث من غير نية.

وفي رواية: لا يحنث إلا بالنية.

ف قيل: ما روي أنه لا يحنث إلا بالنية قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وما روي أنه يحنث من غير نية: أنه قول محمد.

وذكر في القدوري روايتين عن محمد، ولم يذكر قول غيره، ولو كان للمحلولف عليه دار يسكنها ودار غلة، فدخل دار الغلة، لم يحنث إذا لم يدل الدليل على دار الغلة؛ لأن داره مطلقاً دار يسكنها، في فتاوى أبي الليث.

وإذا حلف لا يسكن حانوتاً لفلان، فسكن حانوتاً قد أجره من غيره فإن كان المحلولف عليه ممن يسكن حانوتاً، لم يحنث بسكنى هذا الحانوت على إحدى الروايتين، كما ذكر في البيت، وإن كان ممن لا يسكن حانوتاً؛ يحنث لما عرف من مقصود الحالف، فإن من حلف لا يسكن حانوت الأمير يعلم^(٢) كل واحد [أن]^(٣) مراده حانوت هو ملك الأمير.

وفي القدوري: إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مشتركاً بينه وبين غيره، فإن كان المحلولف عليه ممن يسكن الدار يحنث، وإن كان [ممن لا]^(٤) يسكنها، لا يحنث، فالإضافة باعتبار الملك، والملك في الكل غير مضاف إليه، وإذا^(٥) كان الدار مشتركاً بين المحلولف عليه وبين غيره وكل واحد منهما يسكن بيتاً منها على

(١) زاد في ب: قد.

(٢) في أ، ب: فعلم.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب، وفي م: لا.

(٥) في ب: وإن.

حدة، فدخل الحالف صحن الدار أو دهليزه، لا يحنث في يمينه، هكذا قيل .
وفي المنتقى عن محمد: إذا قال لغيره: والله لا أدخل دارك وللمحلو ف عليه دار
ملك يسكنها، والحالف لم ينو هذه الدار بعينها، ثم إن المحلو ف عليه تحول من
هذه الدار إلى دار أخرى وسكنها بإجارة أو إعارة^(١) فدخل الحالف عليه، يحنث .
وإن كانت نية الحالف على دار هي ملك للمحلو ف عليه وباقي المسألة بحالها،
لا يحنث .

وفيه عن أبي يوسف: إذا قال لغيره: لا أدخل منزلك فهذا على المنزل الذي هو
فيه، فإن تحول إلى منزل آخر فدخل عليه، [لم]^(٢) يحنث، وإذا دخل دار المحلو ف
عليه غير الدار [التي]^(٣) المحلو ف عليه ساكن فيها يوم حلف، لم يحنث .
وفيه: إذا حلف لا يدخل منزل فلان، ثم إن الحالف مع المحلو ف عليه اكرتيا
منزلاً فيه أبيات والحالف في أبيات منها على حدة، والمحلو ف عليه في أبيات منها
على حدة، فالحالف حانث، وكل واحد منهما داخل في منزل صاحبه؛ لأن الساحة
بينهما، وهذا بخلاف مسألة الدار المشتركة [التي تقدم ذكرها، وهي ما إذا دخل
الحالف صحن الدار المشتركة]^(٤) التي يسكن الحالف في بيت منها وشريكه في بيت
منها؛ لأن هناك عقد اليمين^(٥) باسم الدار، واسم الدار لا ينطلق على بعضه، وهنا
عقد اليمين باسم المنزل، والمنزل مشتق [من]^(٦) النزول والنزول يتأتى في البعض
كما يتأتى في الكل .

سئل الفقيه أبو القاسم: عمن حلف و^(٧) قال: إذا^(٨) أدخلت فلاناً بيتي فكذا،

-
- (١) في م: عارية .
 - (٢) سقط في م .
 - (٣) سقط في أ .
 - (٤) سقط في ب .
 - (٥) في ب: يمينه .
 - (٦) سقط في أ .
 - (٧) في م: و .
 - (٨) في ب، م: إن .

قال: هذا على أن يدخل فلان بيته بأمره علم أو لم يعلم، ولو قال: إذا دخل فلان بيتي، فهذا على أن يدخل فلان بيته بأمره وبغير أمره، بعلمه وبغير علمه، [ولو قال: إن تركت فلانا يدخل بيتي، فهذا على أن يدخل بعلمه]^(١) ولا يمنع.

سئل أبو نصر عمن قال لامرأته: إن دخل فلان دارك ودخلت دار فلان، فأنت طالق، فدخلت دار فلان، ولم يدخل فلان [دارها] أو دخل فلان دارها^(٢) ولم تدخل هي دار فلان^(٣)، قال: طلقت؛ لأنه لا يراد بهذا الجمع وإنما يراد به ألا يفعل ذلك واحد منهما؛ [لأن]^(٤) الغرض هو المنع عن المخالطة بالكلية.

حلف لا يدخل دار امرأته فباعته المرأة الدار من رجل، واستأجرها الحالف من المشتري ثم^(٥) دخلها، فإن كانت كراهية الدخول لأجل الدار يحنث؛ لأن اليمين انعقدت على عين الدار وذكر المرأة للتعريف، وإن كانت كراهية الدخول لأجل المرأة، لا يحنث؛ لأن اليمين انعقدت لأجل النسبة، وقد انقطعت النسبة، وستأتي هذه المسألة بعد هذا في فصل الحلف [على]^(٦) ما يقع على الملك [القائم وما يقع على الملك]^(٧) الحادث.

وإذا قال: إن وضعت قدمي في دار فلان فكذا، فدخلها ركبًا أو ماشيًا بحذاء أو بغير حذاء، حنث في يمينه؛ لأن وضع القدم [في عرف الاستعمال صار]^(٨) عبارة عن الدخول مجازًا^(٩) فصار كأنه قال: والله لا أدخل [هناك، فبأي]^(١٠) طريق دخل يحنث في يمينه كذا هنا، وإن نوى حين حلف ألا يضع قدمه فيها ماشيًا، صحت

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ، ب: أو.

(٦) سقط في أ، ب، م.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) زاد في ب: وإذا صار عبارة عن الدخول مجازًا.

(١٠) في ب: وهناك بأي.

نيته^(١)، وإذا دخلها راكبًا [لا]^(٢) يحنث في يمينه؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، [ومن نوى حقيقة كلامه]^(٣) يصدق ديانة وقضاء.

وإذا حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له، فدخل في صحن داره، لا يحنث حتى يدخل البيت؛ لأن شرط الحنث الدخول في البيت، وهو لم يدخل البيت، هكذا ذكر في الأصل.

قالوا: وهذا على عرف ديارهم، فأما^(٤) في عرف ديارنا الدار والبيت واحد، فإذا دخل [صحن]^(٥) الدار يحنث، وعليه الفتوى.

وإذا حلف لا يدخل [دارًا]^(٦) في هذه السكة، فدخل دارًا في تلك^(٧) السكة قال الفقيه أبو بكر الإسكاف: هذا إلى عدم [الحنث]^(٨) أقرب.

وقال الفقيه أبو الليث: هذا إلى الحنث أقرب.

وإذا حلف لا يدخل سكة فلان، فدخل مسجدًا في السكة ولم يدخل السكة ذكر هذه المسألة في فتاوى أبي الليث، وقال: لا يحنث، ولم يذكر فيها الخلاف [كما ذكر في المسألة الأولى وهكذا ذكر المسألة من غير ذكر الخلاف]^(٩) في فتاوى الفضلي.

ورأيت مسألة الدار في موضع آخر أنه إذا كان للدار التي دخل فيها باب في السكة المحلوف عليها أنه يحنث في يمينه، ويؤيد هذا القول مسألة ذكرها في واقعات الناطفي، وصورتها: إذا حلف لا يدخل محلة [أردان، فدخل دارًا لها بابان

(١) في م: يمينه.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب: قلنا.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: ذلك.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ، م.

أحدهما^(١) مفتوح إلى محلة أردان، والباب الآخر مفتوح على محلة دود يحنث في يمينه؛ لأن الدار تنسب إلى المحلتين جميعًا، ولمسألة^(٢) السكة تفرجات ذكرناها في متفرقات طلاق المحيط^(٣).

إذا حلف لا يدع فلائًا يدخل هذه الدار، فإن كان يملك هذه الدار منعه^(٤) بالقول وبالفعل، وإن كان لا يملك [يمنعه]^(٥) بالقول لا غير، في الباب الأول من أيمان الواقعات، وسيأتي بعد هذا الجنس إن شاء الله تعالى.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا حلف لا يدخل هذه الدار فزيد فيه طريق^(٦) من الدار إلى جنبها^(٧) فدخل الموضع الذي زيد فيه، يحنث.

وفي النوازل: إذا حلف لا يدخل الري أو [قال: مدينة الري]^(٨)، أو حلف لا يدخل بلخ^(٩)، أو حلف لا يدخل قرية كذا، فهذا على العمران، وكذا إذا حلف لا يشرب الخمر في هذه القرية، فهذا على العمران حتى لو شرب في ضياعها أو في كرومها، لا يحنث في يمينه.

قال ثمة: وهذا بخلاف ما لو حلف لا يدخل [كورة كذا أو رستاق]^(١٠) كذا فدخل في أراضيتها، حيث يحنث.

وقد قيل: إن الكورة اسم للعمران أيضًا، [وهو الأظهر، والبلد اسم للعمران أيضًا]^(١١)، واختلف المشايخ في بخارى، والفتوى في زماننا على أنه اسم للعمران،

(١) في ب: أراد أن يقول دارا لها بأن أحد بابيها.

(٢) في ب: والمسألة.

(٣) في أ، م: محيط.

(٤) في ب: فمنعه، وفي م: يمنعه.

(٥) في ب: فيمنعه، وسقط في م.

(٦) في ب، م: طائفة.

(٧) في أ: أختها.

(٨) في أ: مدينة أو قال: مدينة ري، وزاد في م: أو قال: مدينة بلخ.

(٩) زاد في ب: أو قال مدينة.

(١٠) في أ: كورة.

(١١) سقط في ب، م.

وأما سام اسم للولاية^(١) وكذلك خراسان، وكذلك الأرمينية حتى لو حلف على واحدة من هذه المواضع لا يدخلها فدخل قرية من قراها، يحنث، وكذلك [فرغانة، وسعد، وتركستان، كل ذلك اسم للولاية.

وفي القدوري^(٢): لو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً، فدخلها وهو لا يريد الجلوس، لا يحنث؛ لأنه دخل على الوصف المستثنى، ولو دخل يعود مريضاً ومن رأيه [الجلوس]^(٣) عنده، حنث؛ لأنه دخل على غير الوصف المستثنى، فإن^(٤) دخل لا يريد الجلوس [ثم بدا له]^(٥) بعد ما دخل فجلس، لم يحنث؛ لأن الدخول وجد على الوصف المستثنى وبعد ذلك هو مكث والمكث ليس من الدخول.

قال: وكذلك لو حلف لا يدخل هذه الدار إلا عابر سبيل إلا أن ينوي [أن]^(٦) لا يدخلها يريد النزول فيها؛ لأنه يقال: رجل^(٧) عابر سبيل إذا لم يستقر.

وفي المنتقى من هذا الجنس: إذا حلف لا يدخل السوق إلا مجتازاً فدخل ومن رأيه أن يشتري شيئاً من غير أن يجلس، لم يحنث، فإن بدا له فجلس أيضاً لا يحنث، وإن دخل ومن رأيه الجلوس، يحنث.

ولو حلف لا يدخل دار فلان فأشعر المحلوف عليه بيتاً من داره واتخذ حانوتاً، وليس له باب في الدار يدخله الحالف، يحنث؛ لأنه من جملة ما أحاطت به الدار. وعن أبي يوسف: فيمن حلف لا يدخل دار فلان فدخل بيتاً من هذه الدار قد^(٨) أشعر إلى الطريق وليس له باب إلى الدار، لا يحنث.

إذا حلف لا يدخل دار فلان فعمد [فلان]^(٩) إلى بيت فسد بابه من قبل داره

(١) في ب: الولاية.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب، م: وإن.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: دخل.

(٨) في م: وقد.

(٩) سقط في م.

وجعله إلى دار الحالف فدخله الحالف^(١) لا يحنث في يمينه؛ لأنه صار منسوبًا إلى الدار الأخرى.

ومن هذا الجنس: إذا حلف لا يدخل هذه الدار فاشتري صاحب الدار بيتًا إلى جنبها وفتح باب البيت إلى هذه الدار وجعل طريقه فيها، وسد باب البيت الذي كان في الدار الأخرى، فدخل الحالف هذا البيت من غير أن يدخل الدار التي حلف عليها، حنث [في يمينه]^(٢)؛ لأنه لما أضاف البيت إلى الدار صار من جملة الدار، ذكر المسألة في المنتقى، وقد ذكرنا رواية ابن سماعة قبل هذا عن محمد - رحمه الله - في مسألة الزيادة^(٣) في الدار أنه لا يحنث.

إذا حلف لا يدخل دار فلان فاستعار المحلوف عليه دارا لاتخاذ الوليمة فيها فدخلها الحالف، لا يحنث، [إلا أن ينتقل المعير من تلك الدار ويسلمها إلى المستعير، والمستعير ينقل متاعه إليها، فإذا دخلها الحالف، حينئذ يحنث في يمينه]^(٤)، هكذا ذكر في فتاوى النسفي.

وإذا قال: لا أدخل دار فلان، فدخل بستان داره ذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه إذا كان البستان من الدار يحنث، وإن لم يكن من الدار، لا يحنث، وأما كون البستان من الدار أن يكون بحال إذا ذكرت الدار عرفت ببستانها، ومعناه أن يفهم البستان بذكر الدار^(٥)، فإذا خرجت المرأة إلى البستان فالزوج لا يكره ذلك فإن وجدت هاتان العلامتان كان البستان من الدار.

وفي نوادر هشام - رحمه الله - قال: سألت أبا يوسف عن رجل حلف بطلاق أو غيره ألا يدخل دار فلان، فدخل بستانًا في تلك الدار، قال: لا يحنث، قلت^(٦):

(١) في ب: مخالف.

(٢) سقط في ب.

(٣) في م: الزيادات.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: لا يحنث.

(٦) في ب: قلنا.

فإن باع الدار ولم يسم^(١) البستان، قال: البستان منها، وإن لم يسم، قلت^(٢): فإن كان للبستان بابان أحدهما داخل الدار والآخر خارج الدار، قال: هو منها. قال هشام: وسمعت أبا يوسف يقول: البستان ليس من الدار إلا أن يسميه أو يكون وسط الدار.

قال هشام: وسألت محمداً عن رجل حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بستانها وباب البستان إلى بيوت [في]^(٣) هذه الدار، وليس للبستان طريق غيره وعلى الدار والبستان حائط واحد محيط بهما فدخل البستان، قال: لا يحنث، وكذلك إن كان البستان أصغر من الدار أو أكبر منها، ولو كان البستان وسط الدار، ومعناه أن تكون الدار محدقة بالبستان، يحنث.

وفي القدوري: إذا دخل بستاناً في تلك الدار فإن كان متصلاً بها لا يحنث، وإن كان^(٤) وسطها حنث، وسيأتي من هذا الجنس في نوع الخروج. وإذا حلف لا يدخل هذا الخباء فالعبرة للعيان واللبد. وقد قيل: العبرة للعيان، وقيل: [العبرة]^(٥) للبد، وعلى القول الثاني إذا استبدل اللبد^(٦) والعيان على حاله فدخله، يحنث، ولو كان على العكس، [لا يحنث، وعلى القول الثالث إذا استبدل العيان، واللبد على حاله، لا يحنث ولو كان^(٧) العكس]^(٨) يحنث، والأول أصح. وفي الفتاوى الصغرى: إذا قال لامرأته: ادخلي الدار [وأنت]^(٩) طالق فهذا وقوله إذا دخلت الدار، فأنت طالق سواء، ولم يذكر ثمة ما إذا ذكر بحرف (الفاء) فقال:

(١) في ب: يسلم.

(٢) في ب: قلنا.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: في.

(٥) سقط في ب.

(٦) في أ: باللبد.

(٧) في أ، ب: أن.

(٨) سقط في ب.

(٩) في ب: فأنت.

فأنت طالق، والجواب: فيه أنه يقع^(١) الطلاق في الحال.
وهو نظير ما إذا قال لعبد^(٢): أَدُّ إِلَيَّ [ألف درهم]^(٣) فأنت حر، ذكره بـ (الفاء)
فإنه يعتق في الحال ذكر المسألة على هذا الوجه في المأذون.
واختلفت عبارة المشايخ في ذلك، قال بعضهم: جواب الأمر بحرف الواو
يعني^(٤) الحال معناه^(٥): أنت حر في حال أدائك، فلا يعتق قبل الأداء، فأما جواب
الأمر بحرف (الفاء) بمعنى التعليل، أَدُّ إِلَيَّ أَلْفًا لِأَنَّكَ حَرٌّ، يقول الرجل لغيره: أبشر
فقد أتاك الغوث، [معناه: أبشر؛ لأنه أتاك الغوث]^(٦).
وبعضهم قالوا: جواب الأمر يذكر بحرف (الواو) لغة لا بحرف (الفاء) فإذا ذكر
بحرف (الفاء) لم يصح جوابًا، وبقي كلامًا مبتدأ فكأنه قال: أَدُّ إِلَيَّ أَلْفًا، وسكت،
ثم قال: فأنت حر، ومن^(٧) قال لعبد: فأنت حر على سبيل الابتداء يعتق، فأما إذا
ذكر^(٨) بحرف (الواو) صح جوابًا للأمر وإنما يكون جوابًا للأمر إذا تعلق بالأمر، أما
إذا لم يتعلق بالأمر كان ابتداء الكلام، ولم يكن جوابًا.
وبعض مشايخنا قالوا: ما ذكر محمد - رحمه الله - في مسألة العتق من الجواب
فيما إذا ذكر بحرف (الواو) قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة ينبغي
أن يعتق قبل الأداء، وجعل هذا القائل هذه المسألة فرعًا لمسألة ذكرها في طلاق
الأصل أن المرأة إذا قالت لزوجها: طلقني ولك الألف فطلقها يقع الطلاق بغير شيء
عند أبي حنيفة - رحمه الله - [ولم يتعلق الطلاق بالألف، وإن خرج جوابًا للأمر.
ومنهم من قال: لا بل ما ذكر في مسألة العتق قول الكل، وفرق هذا القائل لأبي

(١) في أ: يصح.

(٢) في أ: لغيره.

(٣) في ب: أَلْفًا.

(٤) في م: بمعنى.

(٥) في م: المعتاد.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في أ: ثم.

(٨) في م: ذكره.

حنيفة^(١) بين مسألة العتق وبين مسألة الطلاق، والفرق أن قضية القياس في المسألتين أن جواب الأمر يتعلق بالأمر، كيلا يخرج من أن يكون جواباً، ويصير ابتداءً لأن^(٢) في مسألة العتق المتعلقة بالأمر وهو أداء الألف للحرية وتعليق الحرية بسائر الشروط جائز، فيصح تعليقها بهذا الشرط أيضاً، فأما في مسألة الطلاق فالمعلق بالأمر وهو الطلاق المال، والمال مما^(٣) يصح تعليقه بسائر الشروط فكذا بهذا الشرط فلم يتعلق بالأمر وإن وجد التعليق.

إذا قال الرجل: امرأته طالق إن لم يكن فلان دخل هذه الدار أمس^(٤) حلف باليمينين على رجل واحد وعلى دار واحدة ولا يدري أدخل فلان الدار أو لم يدخل؟ ذكر في الجامع أنه تطلق امرأته ويعتق عبده، قال ثمة: [و]^(٥) من العلماء من قال: لا يعتق عبده، ولا تطلق امرأته.

وعن أبي يوسف [في النوادر أنه تطلق امرأته ولا يعتق عبده. وفي القدوري: أن أبا يوسف^(٦) كان يقول أولاً بالحنث^(٧) في اليمينين كما ذكر في الجامع] ثم رجع عن هذا، وقال: إذا قال بعد الأول: أوهمت أو غلظت، حنث^(٨) في اليمين الأولى، ولم يلزمه الثانية. حلف بطلاق امرأته: (كي باس رن بدا يكوريد رويد وتعصى در وبدن أست)، وهو عند الحريف للنقل إلى التنور طلاق (بد هد).

رجل حلف وقال بالفارسية: (بادرين روبك عرب باتكور مابده أست أكرمن نوى أيدرام ردار من سية طلاق بكمورد)، وهو يريد الوقت (حويس ريحانة مرمد) لكن

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: إلا.

(٣) زاد في ب: لا.

(٤) زاد في م: حر.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب.

(٧) في ب: يحنث.

(٨) سقط في م.

لا بد من أن يبقى على العرائش حبات في عناقيد أو حبات واقعات على الأرض [لا يمكن]^(١) نقلها عن الكرم، قال: لا تطلق امرأته استحساناً^(٢).

رجل حلف وقال: (أكر بلا وأمانم باباي درين)، فأمرأته طالق ثلاثاً، ثم إن الحالف رآه في الكرم ولم يره حال ما دخل فيه فلم يخرججه وتركه فيه، تطلق امرأته، هكذا ذكر في مجموع النوازل.

ومن هذا الجنس إذا قال: (رن ارمن لسه طلاق اكر فلان راماس حانه حونس أيدرواه دهم)، فدخل فلان عليه وهو في داره، أفتى شيخ الإسلام علي الأسبيجبي - رحمه الله - أنه لا تطلق امرأته.

(أكرى همداماتي أندر أمره باسد).

وأفتى نجم الدين النسفي: أنه لا تطلق امرأته، (اكر لي همان سلفت لي دار مده برون كردس)، وما قاله نجم الدين أظهر، هكذا قيل.

وسئل نجم الدين النسفي عن قال: (اكر درسه بان [حانه درايد بلركسي من ورا دست كيرم واندرام)، فامرأته طالق ثلاثاً، (دمت تلي مرد كريب أين مرد واندر اورد انكيار، أبو بعد أن مارد بلراكس لي وي إيدرامند)، قال: (رن تروي لي سوده)، ولو كان قال: (أكر درسه بابن حانه أيدر ملركي من دست كيرم وايدرا وارم ودست يلي مرد كرمب وايدراورد بكتار أكثر يارد بكرهس مردر رايد رني وي) قال: (يروى طلاق سور)^(٣).

والفرق: أن في الفصل الأول الشخص الذي يأخذ الحالف بيده صار مستثنى عن اليمين^(٤) والمستثنى خارج عن اليمين، وإذا خرج هذا الرجل عن اليمين كيف يقع الحنث بدخوله [بعد ذلك، أما في المسألة الثانية الشخص ليس بمستثنى، بل

(١) سقط في أ.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/٥٠٦).

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: اليمينين.

المستثنى دخول^(١) يكون بإدخال الحالف، والدخول الثاني ليس بهذه الصفة فيقع به الحنث.

وعنه أيضًا فيمن حلف بطلاق امرأته أن^(٢) لا يدخل بيت صهره، [وصهره]^(٣) مستأجر بيتًا في خان. فدخل الخان، ولم يدخل البيت الذي فيه صهره، أو دخل بيت جار له يسكنه بإجارة، لا تطلق امرأته.

[ولو جلس على دكان متخذ على باب بيت استأجره الصهر مع البيت، فإن كان الدكان تبعًا للبيت ينتفع به مستأجر البيت، تطلق امرأته]^(٤)، هكذا حكى عنه، وإنه مشكل؛ ألا ترى أن من حلف لا يدخل دار فلان فقام على أسكفة الباب [فإن كان]^(٥) الباب إذا أغلق كانت الأسكفة خارج الباب، لا يحنث، وإن كانت داخل الباب يحنث، ولا شك أن تبعية الأسكفة الدار فوق تبعية الدكان المتخذ على باب الدار، ثم لا يقع الحنث بالقيام على أسكفة الباب إذا كانت الأسكفة تبقى خارج الدار إذا أغلق الباب، فهنا أولى.

وفي الحاوي: إذا حلف لا يدخل الحمام فدخل المسلخ، لا يحنث في يمينه، حكاه عن مشايخ بلخ - رحمهم الله -، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في أ.
 (٢) في م: أنه.
 (٣) سقط في ب.
 (٤) سقط في أ، م.
 (٥) في أ: فكان هذا.

نوع آخر في السكنى:

إذا حلف الرجل لا يسكن هذه الدار، فخرج منها، وأهله ومताعه فيها، وهو يريد ألا يعود إليها، قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: يحنث في يمينه. يجب أن يعلم أن السكنى في مكان أن يسكن بنفسه ونقله^(١)، [ومتاعه]^(٢) ما يتأث به وبأهله إن كان له أهل؛ لأن السكنى هو الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام، فإن من جلس في المسجد أو بات فيه لا يُعد ساكنًا، والكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام يكون^(٣) بهذه الأشياء. وإذا حلف لا يسكن هذه الدار، وهو ساكنها ولا نية له، ثم أقام فيها يومًا أو أكثر، يحنث في يمينه؛ لأن الدوام على السكنى [له حكم الابتداء وإن أخذ في النقلة من متاعه، لا يحنث في يمينه]^(٤) عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - ومن هذا الجنس مسائل:

إحداها: إذا عقد يمينه على الدار فقال: والله لا أسكن هذه الدار، فخرج من الدار بنفسه، وترك أمتعته وأقمشته وأهله في الدار، ولم يشتغل بالنقل، يحنث عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - لأن يمينه انعقدت على السكنى الذي كان، والسكنى كان بالنفس^(٥) والأمتعة والأهل.

والحكم الثابت بعله يبقى ببعضها، والعرف يشهد لما قلنا، فإن^(٦) الناس في عاداتهم يقولون: فلان يسكن في محلة كذا، وإن كان جملة^(٧) نهاره [في السوق]^(٨) وهذا إذا كان الحالف (كدخيائيا)، فإن كان في عيال غيره أو كان ابنًا كبيرًا يسكن

(١) في أ: وثقله.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لا يكون.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: باليقين.

(٦) زاد في أ، م: من.

(٧) في ب، م: عامة.

(٨) في ب: بالسوق.

مع^(١) أبيه أو كانت امرأة فحلف ألا يسكن بهذه^(٢) الدار فخرج^(٣) بنفسه وترك قماشه^(٤) فيها، لا يحنث، وكذلك إذا^(٥) كان الحالف^(٦) (كدخائياً)^(٧)، وكان اليمين بالفارسية إذا خرج بنية أن^(٨) يعود؛ لا يحنث في يمينه، وإن ترك أمتعته، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته هكذا واعتمد عليه، وهو اختيار الفقيه أبي الليث - رحمه الله -، وحكي عن شيخ الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - أنه كان يفتي هكذا.

وكثير من المشايخ في زماننا أفتوا بخلاف هذا، ثم إذا كان الحالف (كدخائياً) وكانت اليمين بالعربية لو منع من التحول وأن يخرج بنفسه ومنعوا متاعه وأوثقوه وقهروه أياماً، لا يحنث في يمينه؛ لأنه مسكن وليس بساكن. ولو أراد أن يخرج فوجد باب الدار مغلقاً بحيث لم يمكنه الخروج فلم يخرج، قد اختلف المشايخ فيه؛ بعضهم قالوا: لا يحنث، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وبه أخذ الصدر الشهيد، وهذا بخلاف ما إذا حلف، وقال: إن لم أخرج من هذا المنزل [اليوم]^(٩) فامرأته طالق^(١٠)، فقيده ومنع من الخروج، حيث^(١١) تطلق امرأته، وكذلك لو قال لامرأته، وهي في منزل والدها: إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق، فمنعها الوالد عن الحضور فإنها تطلق، وهو المختار، وإن كان فيه اختلاف المشايخ.

(١) في ب: مسكن.

(٢) في ب: هذه.

(٣) في ب: فخرجت.

(٤) في ب، م: قماشته.

(٥) في ب: إن.

(٦) زاد في ب: له.

(٧) في ب: خدایا، وفي م: كدا خدایا.

(٨) في م: ألا.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) في أ، ب: كذا.

(١١) في أ، ب: يحنث.

والفرق أن في قوله: لا يسكن هذه الدار شرط الحنث [فعله]^(١) وهو السكنى، [وإنما تكون السكنى]^(٢) فعله إذا كان باختياره، أما في قوله: إن لم أخرج من هذا المنزل، وفي قوله لامرأته: إن لم تحضري الليلة منزلي، شرط الحنث عدم الفعل، والعدم يتحقق بدون الاختيار، فإن لم يمنعه أحد عن التحول وعن نقل الأمتعة فخرج من ساعته لطلب مسكن آخر، [وكان في طلب مسكن آخر]^(٣) وترك الأمتعة أيامًا فقد اختلف فيه؛ بعضهم قالوا: لا يحنث، وهكذا ذكر القدوري في شرحه، وهو الصحيح؛ لأن طلب المسكن^(٤) من عمل النقل والتحول فإن المعتاد فيما بين الناس النقل من منزل إلى منزل، فأما طرح الأقمشة في السكك^(٥) فليس بمعتاد فيصير مدة طلب [المنزل]^(٦) مستثنى^(٧) إذا لم يفرض في الطلب، وكذلك إذا بقي في نقل الأمتعة أيامًا كثيرة ولم يستأجر لذلك حمالين بل جعل ينقل بنفسه^(٨) شيئًا فشيئًا، لم يحنث إذا لم يفرض [في الطلب]^(٩) لأن المعتبر هو الانتقال^(١٠) المعتاد لا الانتقال على أسرع وجه^(١١) فما دام في نقل المعتاد لا يحنث في يمينه.

وفي القدوري يقول: إذا كان النقلات لا تفتر لم^(١٢) يحنث^(١٣).

وفي المنتقى يقول: إن نقل كما ينقل الناس لا يحنث، وإن نقل على غير ما ينقل الناس يحنث، وإن خرج بنفسه ونقل بعض الأمتعة إلى منزل آخر، وترك البعض في

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب، م: المنزل.

(٥) في ب: السكة.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ب: المستثنى.

(٨) في أ، م: لنفسه.

(٩) سقط في أ، ب، م.

(١٠) في أ، ب، م: الانتقال.

(١١) في م: الوجوه.

(١٢) في ب: لا.

(١٣) البناية (١٥٦/٦)، درر الحكام (٤٦/٢)، النهر الفائق (٦٩/٣).

هذا المنزل اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقاويل :

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يحنث في يمينه إن ترك شيئاً من الأمتعة ، وإن قل .
وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن نقل الأكثر وترك الأقل ، لا يحنث ، وإن نقل
الأقل وترك الأكثر ، يحنث .

وقال محمد - رحمه الله - : إن ترك من المتاع [مقدار ما يتأتى له السكنى بذلك
القدر من المتاع]^(١) في هذا المنزل ، فإنه يحنث ، وإن ترك مقدار ما لا يتأتى]^(٢) به
السكنى بذلك في هذا المنزل فإنه لا يحنث .

وقال بعض مشايخنا : ما ذكر في الجواب على قول أبي حنيفة - رحمه الله - :
فكذلك إذا كان الباقي مما يقصد بالسكنى ، أما إذا لم يكن بهذه الصفة بأن كان وتدًا
أو مكبسة^(٣) أو قطعة حصير ، لا يحنث .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه : والفتوى في هذه المسألة على
قول أبي يوسف .

وفي المنتقى رواية إبراهيم عن محمد - رحمه الله - أنه إذا نقل العمامة من متاعه
حتى يُقال : قد انتقل ، ولم يبق إلا الشيء اليسير ، لم يحنث في قولنا ، وأما في قول
أبي يوسف ، فهو حانث حتى ينقل كله .

وفي الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كان المتاع المتروك يشغل بيتًا
يحنث ، وإن كان لا يشغل بيتًا ولا طائفة منه ، لا يحنث ، ولست أجد في ذلك حدًا ،
وإنما هو على ما يتعارفه^(٤) الناس ، وإن أخرج الأمتعة^(٥) كلها إلى السكة أو إلى
المسجد ، ولم ينقل إلى منزل آخر هل يبقى ساكنًا حتى يحنث في يمينه؟ اختلف
المشايخ فيه ، وهذا إذا لم يكن في طلب منزل آخر ، فأما إذا كان في طلب منزل

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) في أ : مكبسة .

(٤) في أ ، م : يتعارف .

(٥) في أ ، م : المتاع .

آخر، لا يحنث بالإجماع، هذا هو الكلام في الأمتعة.
 أما الكلام في الأهل فنقول: نقل جميع الأهل شرط بالإجماع، هذا إذا عقد يمينه على الدار أو على البيت، وأما إذا عقد يمينه على المصر فخرج بنفسه وترك أهله ومتاعه فيه، لا يحنث^(١)، بخلاف ما إذا عقد يمينه على الدار أو على البيت، والفارق هو العرف فإن من يكون ببصرة^(٢) لا يقال: هو ساكن ببغداد وإن كان أهله ونقله ببغداد، فأما في المصر من يكون في السوق يقال: هو ساكن في محلة كذا إذا كان أهله ونقله في تلك المحلة.

وإذا عقد يمينه على القرية، فقد اختلف المشايخ فيه:
 قال القدوري - رحمه الله - : القرية في هذا بمنزلة المصر.
 وإذا قال: اندرين ده نباشم، فذهب بنية ألا يعود ثم عاد وباشر^(٣) يحنث.
 قالوا: هذا إذا عاد للسكنى والقرار، أما إذا عاد للزيارة أو ليسكن أياً ما لينقل متاعه لا للسكنى والقرار؛ لا يحنث، وإذا عاد للسكنى والقرار يكتفى بالسكنى ساعة للحنث، ولا يشترط الدوام عليه.
 وإذا قال: (أدير كرى يروم فكذا فرين صد يا سيدي ويا سند سكنى) وحكم السكنى قد مر.

وإذا حلف: لا يسكن في دار فلان فسكن في دار بين فلان و[بين]^(٤) غيره؛ يحنث في يمينه، قل نصيب ذلك الغير أو أكثر.
 وقد ذكرنا في مسائل الدخول: إذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مشتركة بينه وبين غيره، فإن كان المحلوف عليه يسكن^(٥) الدار؛ يحنث، وإن كان لا يسكنها، لا يحنث فيتأمل عند الفتوى.

(١) زاد في ب، م: في يمينه.

(٢) في م: بمصر.

(٣) في ب: وباشير.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ، ب: سكن.

وإذا قال لامرأته: إن^(١) سكنت هذه الدار، فأنت طالق، وكانت اليمين بالليل فإنها معذورة حتى تصبح؛ لأنها في معنى المُكره في هذه السكنى؛ لأنها تخاف ليلاً، ولو قال ذلك في حق نفسه لم يكن معذوراً؛ لأنه لا يخاف بالليل، حتى لو تحقق الخوف في حقه أيضاً من جهة اللصوص أو ما أشبه ذلك كان معذوراً.

إذا قال: (اكر من امشب درين شهر باشم) [فامرأته كذا]^(٢) فأصابته الحمى وصار بحال لا يمكنه الخروج حتى أصبح؛ يحنث.

فرق بين هذا وبين ما إذا قيد، والفرق: أن المقيد في معنى المُكره والمريض لا؛ لأنه يمكنه أن يستأجر من ينقله عن البلد، والمقيد لا يمكنه ذلك؛ لأن الذي قيده يمنعه حتى لو لم يمنعه كان المقيد كالمريض أيضاً، وهو الصحيح.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال: إن سكنت هذه الدار (بكراسده وشومك) فكذا، وهو فيها فهذا على الإتيان للزيارة أو الضيافة حتى إنه إذا ذهب بأهله ومتاعه من ساعته، ثم جاء زائراً أو ضيفاً؛ لا يحنث.

[رجل نزل]^(٣) في خان فحلف بالفارسية (اكرامش بنجاياشم) فكذا، ينوى أنه أراد بقوله بنجاياشم^(٤) الحجرة التي نزل فيها في الخان ويحتمل أنه أراد به المصر، وإن لم يكن له نية، فيمينه على الخان.

وإذا حلف الرجل لا يسكن بيتاً ولا نية له، فهذا على وجهين إن كان الحالف مصرياً فسكن [في بيت]^(٥) من شعر أو فسطاط أو خيمة، لا يحنث، وإنما يحنث إذا سكن في بيت مبني من مدر، وإذا كان الحالف بدوياً فسكن في بيت من مدر أو سكن في بيت [من]^(٦) شعر؛ يحنث؛ لأن البدوي يتعارف [كلا النوعين بيتاً]^(٧)،

(١) في م: إذا.

(٢) في ب، م: فكذا.

(٣) في أ: دخل.

(٤) في أ، ب: لأنه محتمل أنه أراد بقوله البحار.

(٥) في ب: بيتاً.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) في أ: غير بيت.

فأما المصري فلا .

وإذا حلف لا يسكن هذه الدار، وهو ساكنها مع زوجته فخرج وخالفته زوجته وأبت الخروج، فإن عليه أن يجتهد في ذلك، فإذا صارت غالبية بمنزلة الغاصب^(١)، لم يحنث، وإن خاصم إلى السلطان، أو لم يخاصم فهو سواء .
وفي مجموع النوازل، إذا قال: والله لا أسكن هذه الدار فخرج بنفسه، فقال: عنيت بقولي لا أسكن بنفسى دون أهلي ومتاعي، صحت نيته .
وفي القدوري: أنه لا يصدق قضاء .

وإذا حلف الرجل لا يسكن فلاناً فاعلم أن المساكنة هو القرب والاختلاط وأنها على ميزان المفاعلة^(٢) فيشترط للحنث وجود فعل السكنى من كل واحد منهما على سبيل المخالطة، والسكنى في مكان إنما يثبت بنفسه ومتاعه ونقله وأهله إن كان له أهل، فإذا سكننا في بيت واحد كل واحد بأهله ونقله ومتاعه، فقد سكننا على سبيل المخالطة؛ فيتحقق شرط الحنث، وهو المساكنة فيحنث، وكذلك إذا سكننا في دار وكل واحد في بيت على حدة، يحنث في يمينه؛ لأن جميع الدار مسكن واحد، وإن كان في الدار مقاصير [وحجر]^(٣) فسكن كل واحد في حجرة^(٤) مقصورة [على حدة]^(٥) لا يحنث^(٦) هكذا ذكر في الأصل .

وذكر القدوري: لو ساكنه في دار، هذا في حجرة، وهذا في حجرة، أو هذا في منزل وهذا في منزل، يحنث إلا أن تكون الدار كبيرة فيها مقاصير ومنازل، وهذا قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : لا يحنث إلا أن يساكنه في حجرة واحدة .

(١) في م: الغالب .

(٢) في أ: المعالجة، وفي م: المخالطة .

(٣) سقط في ب .

(٤) في م: أو .

(٥) سقط في أ .

(٦) زاد في م: في يمينه .

وفسر أبو يوسف الدار الكبيرة فقال: كدار الوليد بالكوفة.
وقال شمس الأئمة السرخسي: وهو كدار نوح ببخارى، فمحمد جعل الحجرتين
كالدارين؛ فإن كل واحدة منهما منقطعة عن الأخرى حقيقة وحكمًا، أما حقيقة
فظاهر.

وأما حكمًا فبدليل أن^(١) الساكن في إحدى الحجرتين إذا سرق من الحجرة
الأخرى، يُقطع.

و[قال]^(٢) أبو يوسف: جعل الحجرتين كالبيتين من دار واحدة باعتبار القرب^(٣)
والاختلاط إلا أن تكون الدار كبيرة عظيمة فتكون [كدارين في محلتين]^(٤)، ولو
حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن أحدهما حجرة، والآخر حجرة، حنث؛ لأن
الدار جمعتهما.

ولو حلف لا يساكنه [فساكنه]^(٥) في حانوت من السوق يعملان فيه عملاً، لم
يحنث واليمين على المنازل التي [هي المأوى]^(٦)؛ لأن المراد من السكنى الكون^(٧)
في المكان الذي يأوي إليه؛ ألا ترى أنه [لا]^(٨) يقال: فلان يسكن بالسوق وإن كان
يتجر فيه إلا إذا كان هناك دلالة [تدل]^(٩) على [أن]^(١٠) المراد به [ترك
المساكنة]^(١١) في السوق [فحينئذ]^(١٢) تحمل يمينه عليها [بالدلالة وكذلك إذا نوى

(١) زاد في أ: الظاهر.

(٢) سقط في ب، وفي م: أما.

(٣) في أ: العرف.

(٤) في ب: كالدارين والمحلتين.

(٥) سقط في م.

(٦) في ب، م: تهيأ للمأوى.

(٧) في م: السكنون.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ، م.

(١١) في أ، ب: ترك للمساكنة.

(١٢) سقط في أ.

المساكنة في السوق تحمل يمينه عليها^(١)؛ لأنه شدد الأمر على نفسه .
ولو حلف لا يساكن فلاناً بالكوفة، فهو على المساكنة في دار بالكوفة، حتى لو
سكن الحالف في دار والمحلوف عليه في دار أخرى، لا يحنث^(٢)؛ لأن المساكنة
هي المخالطة، وذلك لا يوجد إذا سكنا في دارين، وتخصيص الكوفة بالذكر
كتخصيص^(٣) اليمين بها حتى لا يحنث بالمساكنة في غيرها إلا إذا نوى ألا يسكن هو
والمحلوف عليه بالكوفة، فحينئذ يكون على ما نوى؛ لأنه شدد الأمر على نفسه .
وكذلك إذا حلف لا يساكن فلاناً في هذه القرية فهو على أن يساكنه في تلك القرية
في دار واحدة، وكذلك لو حلف لا يساكنه بخراسان، وكذلك إذا حلف لا يساكنه
في الدنيا، ولو حلف لا يساكنه فساكنه في سفينة مع كل [واحد أهله ومتاعه واتخذها
منزلاً، يحنث في يمينه، وهذا مساكنة في حق الملاحين، وكذلك أهل البادية إذا
جمعتهم^(٤) خيمة^(٥) واحدة، وإن تفرقت الخيام، لم يحنث وإن تقاربت؛ لأن
الخيام في حق أهل البادية كالدور في حق أهل الحصن، وكذلك السفن في حق
الملاحين .

ولو حلف لا يساكنه فنوى في بيت أو حجرة واحدة، أو منزل واحد كان كما
نوى، ولا يحنث ما لم يساكنه فيما نوى، وهذا مشكل؛ لأن المسكن ليس بملفوظ،
ونية التخصيص لا تعمل فيما ليس بملفوظ .

والجواب: [إنما لا تصح]^(٦) نيته في تخصيص المسكن، وإنما تصح^(٧) في
تعيين المساكنة .

(١) سقط في أ، ب .

(٢) عيون المسائل، للسمرقندي، ص (١٨١)، بدائع الصنائع (٣/٧٤) .

(٣) في ب، م: لتخصيص .

(٤) في أ: جمعه .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ: أنا لا نصحح .

(٧) في أ: نصحح .

بيانه: وهو أن الفعل يقتضي المصدر [فيصير المصدر]^(١) وهو المساكنة بذكر الفعل كالمذكور لغة، وإنها نوعان كاملة، وهي أن يجتمعا^(٢) في بيت واحد مع متاعهما ونقلهما وأهلها إن كان لهما^(٣) أهل وما دونها^(٤) ناقصة بمقابلتها^(٥) والناقص من الكامل من نوع آخر فتصح النية [وتُعتبر]^(٦) المساكنة لا في تخصيص المسكن [حتى لو نوى بيتا بعينه لا تصح نيته؛ لأنه نوى تخصيص المسكن]^(٧).

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا حلف الرجل لا يساكن فلاناً فنزلاً منزلاً ومكثاً فيه يوماً أو يومين أو ما أشبه ذلك، لا يحث في يمينه، ولا يكون [مساكناً له]^(٨) حتى يقيم معه في منزل خمسة عشر يوماً مقدار ما لو نوى الإقامة فيه أكمل الصلاة.

قال: وهذا بمنزلة رجل قال: والله لا أسكن الكوفة فمر بها مسافراً و^(٩) نوى أن يقيم أقل من خمسة عشر يوماً، لا يكون ساكناً، وإن نوى أن يقيم خمسة عشر يوماً، كان ساكناً والمذكور في الجامع بخلاف ما ذكر ابن سماعة، فقد ذكر في الجامع: إذا قال الرجل: إذا ساكنت فلاناً في هذه الدار في شهر رمضان فكذا، ولا نية له فساكنه ساعة من شهر رمضان، يحث في يمينه.

وفرق بين المساكنة على رواية الجامع وبين الصوم قال: إذا حلف لا يصوم شهر رمضان بالكوفة [فصام يوماً أو ساعة من شهر رمضان بالكوفة]^(١٠).

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: يجمعهما.

(٣) في أ: له.

(٤) في ب: دونهما.

(٥) في ب، م: بمقابلتهما.

(٦) في ب: في تعيين.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) في أ: ساكناً به.

(٩) في ب: أو.

(١٠) سقط في أ.

والفرق: أن المساكنة مما^(١) يختص جوازها بالوقت، ومثل هذا الفعل متى أضيف إلى وقت، كان ذكر^(٢) الوقت للظرف لا لتقدير الفعل به، فأما الصوم [فعل]^(٣) يتعلق صحته بالوقت، فإنه يصح بالأيام دون الليالي، ومثل هذا الفعل متى أضيف إلى وقت كان ذكر الوقت لتقدير الفعل به لا لكونه^(٤) ظرفاً فيشترط وجود الفعل في جميع المدة، فإن كان الحالف قال في مسألة المساكنة: عنيت مساكنة فلان [في]^(٥) جميع شهر رمضان على سبيل الدوام، دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين في القضاء، هكذا ذكر في الجامع.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش البلخي، والشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل البخاري - رحمهما الله - يقولان: ينبغي أن يدين في القضاء، والصحيح ما ذكر في الجامع، هذا إذا عقد يمينه على المساكنة.

وإذا عقد يمينه على السكنى بأن قال: إن سكنت هذه الدار شهر رمضان فعبدني حر، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الجامع، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لا يحث ما لم يسكن فيها جميع الشهر.

وبعضهم قالوا: يحث، إذا سكن فيها ساعة؛ لأن الحامل له على اليمين معنى في الدار ومغايرة صاحب الدار وذلك [يحملة]^(٦) على منع النفس من أصل السكنى [فيحث بالسكنى ساعة]^(٧) كما في مسألة المساكنة وإلى هذا مال القاضي الإمام أبو عاصم العامري.

وفي القدوري: إذا كان ساكناً مع رجل فحلف ألا^(٨) يساكنه ثم إن الحالف وهب

(١) زاد في ب: لا.

(٢) في أ: ذلك.

(٣) سقط في ب.

(٤) في م: كونه.

(٥) سقط في ب، م.

(٦) سقط في ب.

(٧) في أ: وصحت السكنى بساعة.

(٨) في م: لا.

متاعه للمحلوف عليه وسلمه إليه، وخرج من ساعته وليس من رأيه العود، فليس بمساكن له؛ لأنه انتقل، وليس له في ذلك المنزل متاع [وكذلك إن]^(١) أودعه المتاع أو أعاره، ثم خرج وهو لا يريد العود؛ لأن المال في يد المستودع والمستعير فصار الساكن هو المستودع والمستعير، وخرج رب المال من أن يكون ساكنًا.

وروى إبراهيم عن محمد مثل [هذا]^(٢) في الزوجة فقال: إذا قال لها: فأنت [طالق]^(٣) إن ساكنتك في هذا المنزل، فأودعها متاعه أو^(٤) باعها متاعه، ثم خرج يطلب منزلاً فبقي في ذلك يومين أو ثلاثة لا يقدر على منزل، قال: إذا كان لا يريد العود إليها، فليس [بمساكن لها]^(٥).

إذا حلف لا يساكن فلاناً فدخل دار^(٦) الحالف غصباً فإن لم يأخذ الحالف في النقلة، حنث.

إذا حلف لا يساكن^(٧) فلاناً هذه الدار وهو ساكنها، فتركه فيها، أو لم يتركه وقاتله ليخرج فأبى أن يخرج، فهو حنث.

ولو حلف لا يسكنها إياه^(٨) هذه السنة وقد كان أجراها منه فأبى^(٩) المستأجر أن يخرج بحق إجارته، لم يحنث، وكذلك لو لم يخاصمه.

[وإن كان حلف [على رب الدار]^(١٠) لا يتركه، فتركه ولم يخاصمه]^(١١) يحنث، وإن خاصمه ففضي عليه، لم يحنث.

(١) في أ: وذلك بأن، وفي م: وكذلك إذا.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: و.

(٥) في أ: يمينا أن لها.

(٦) في م: بدار.

(٧) في أ، م: يسكن.

(٨) زاد في ب: في.

(٩) في أ: فأما.

(١٠) في أ: رب الدين.

(١١) سقط في ب.

وكذلك إن^(١) قال له: اخرج، فأبى أن يخرج فقد بر في يمينه، إنما يمينه^(٢) على السكوت عنه.

ولو كان الإجارة مشاهرة كل شهر بأجر مسمى فحاله إذا حلف في بعض الشهر مثل حاله في السنة، ولو كان الحالف في^(٣) رأس الشهر إن سكت عنه، حنث، وإن قال له: اخرج، فأبى، وصار بحال يكون غاصبًا لأن^(٤) رب الدار [الآن]^(٥) غير مسكن ولا تارك.

وفي الجامع: إذا قال الرجل: عبدي حر إن لم أساكنك شهرًا فترك مساكنته يومًا أو أكثر، لا يحنث في يمينه حتى يتركها شهرًا من حين حلف، وإنما كان كذلك؛ لأن اليمين انعقدت على نفي^(٦) المساكنة [صورة فقد عقدت على إثبات المساكنة]^(٧) في الشهر الذي [يلي]^(٨) اليمين معنى؛ لأن تقدير يمينه: أساكنك هذا الشهر، وإن لم أساكنك فعبدي حر، فكان البر متعلقًا بالمساكنة والحنث بترك المساكنة، ولو تعلق الحنث بالمساكنة بأن قال: إن ساكنتك شهرًا، حنث بوجود المساكنة [في ساعة]^(٩) فإذا تعلق البر بالمساكنة وجب أن يبر [بوجود المساكنة في ساعة أيضًا]. وإنما اعتبرنا شرط البر بشرط الحنث؛ لأن البر يحصل بما أوجبه باليمين والحنث ترك ذلك، وإذا تعلق البر بوجود المساكنة^(١٠) ساعة، فنقول: ما دام الشهر باقياً فشرط البر وهو المساكنة في ساعة واحدة موجود، ومع رجاء شرط البر لا يمكن القول بوقوع الحنث، فإذا مضى الشهر ولم يساكنه، فقد فات شرط البر، فيقع الحنث.

- (١) في م: إذا.
- (٢) في أ: يمينه.
- (٣) في م: على.
- (٤) في ب: كما أن.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) في م: نفس.
- (٧) سقط في ب.
- (٨) سقط في ب.
- (٩) في م: من ساعته.
- (١٠) في أ: بالمساكنة.

قال محمد - رحمه الله - : ألا ترى أنه لو أطلق اليمين حتى انعقدت يمينه على العمر، كان شرط الحنث ترك المساكنة في جميع العمر ما دام حيًّا، لا يحنث لتوهم وجود شرط البر، وهو المساكنة في ساعة واحدة من العمر كذا هنا ويعتبر الشهر من وقت اليمين؛ لأن اليمين عقدت^(١) على النفي صورة^(٢) وتعتبر بما^(٣) لو عقدت على الإثبات صورة بأن قال: إن ساكنتك فهناك تعتبر المدة من وقت اليمين، فإن^(٤) لم يساكن فلانا^(٥) حتى مضى شهر من حين حلف إلا أنه لم يحول متاعه ونقله من الموضوع الذي يسكنان فيه هل يحنث؟

ولم يذكر هذا الفصل في الجامع، ويجب ألا يحنث؛ لأنه ما دام نقله ومتاعه هناك يعتبر ساكنًا فيه وإن لم يكن هو هناك؛ ألا ترى لو عقد يمينه على المساكنة بأن قال: إن ساكنتك شهرًا فعبدني حر، فذهب بنفسه إلا أنه لم يحول نقله ومتاعه، يحنث في يمينه، ويعتبر مساكنًا حتى يحنث في يمينه، [فهنا^(٦) يجب أن يعتبر مساكنًا حتى يبر في يمينه]^(٧).

والذي ذكرنا من الجواب في قوله: إن لم أساكنك فهو الجواب في قوله: إن لم أكلمك شهرًا، إن لم أجالسك شهرًا إذ المعنى لا يوجب الفصل، وصار الأصل في جنس هذه المسائل: أن النفي صورة يعتبر بالإثبات صورة [فكما^(٨) كان شرطًا للبر في الإثبات، كان شرطًا للحنث في النفي]^(٩) وما كان شرطًا للحنث^(١٠) في الإثبات كان شرطًا للبر في النفي فعلى هذا القياس جنس هذه المسائل.

(١) في م: انعقدت.

(٢) في أ: ضرورة.

(٣) في م: كما.

(٤) في م: فإنه.

(٥) في م: فلان.

(٦) في ب: فهذا.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: فما.

(٩) سقط في ب.

(١٠) في ب: البر.

ولو حلف لا يسكن دار فلان^(١) فباعها فلان فسكنها الحالف، فالمسألة على ثلاثة أوجه: إن كان نوى باليمين عين الدار، فإنه يحنث في يمينه، وإن كان نوى باليمين الإضافة، لا يحنث، وإن لم يكن له نية قال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمه الله - : لا يحنث، وقال محمد - رحمه الله - : يحنث.

ولو حلف لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلاً منها، حنث في يمينه، وإن نوى ألا يسكنها كلها، لم يحنث حتى يسكنها كلها، وكذلك لو حلف في هذا بعثق أو طلاق، لا يحنث ويكون مصدقاً في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى.

ولو حلف لا يسكن دار فلان، وهو يعني بأجر أو عارية فسكنها على غير ما نوى، ولم يكن قبل ذلك كلام، فإنه يحنث ولا [يعمل بنيته]^(٢)؛ لأنه نوى التخصيص في السبب الذي يتمكن به من السكنى، وإنه ليس بملفوظ، وإن كان قبل ذلك كلام يدل عليه بأن استأجرها منه أو استعارها منه، فأبى فحلف وهو ينوي السكنى بالإجارة فسكن بالعارية أو على العكس، لا يحنث.

رجل قال: يا فلان (ناسد رين دنة نا من) وحلف على ذلك، فلم يدخل فلان ومكث الحالف أياماً ثم ارتحل، حنث في يمينه؛ لأن معنى كلامه: (اكر فلان باسد فلان باسد ووي سباسد [فشرط حنثه باسیدن]^(٣)) (فتحقق شرط حنثه، فيحنث. ولو حلف لا يسكن هذه الدار سنة فسكن فيها ساعة، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في قوله: [إن]^(٤) سكنت هذه الدار شهر رمضان، والفتوى على الحنث، وذكر السنة لبيان تأقيت اليمين حتى لا يبقى اليمين بعد مضي السنة. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) زاد في ب: هذه.

(٢) في م: تعمل نيته.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

نوع آخر: في الخروج والإتيان والمجيء والذهاب، والعود والقيود والصعود والنزول والرد:

قال القدوري - رحمه الله - : الخروج من الدار المسكونة أن يخرج بنفسه ومتاعه وعياله، والخروج من البلدة والقرية أن يخرج ببدنه خاصة. زاد في المنتقى: إذا خرج ببدنه، فقد بر أراد سفرًا أو لم يرد. ولو حلف لا يخرج وهو في بيت فخرج إلى صحن الدار [لم يحنث؛ لأن الدار مكان واحد والخروج إلى صحن الدار]^(١) لا يُعد^(٢) خروجًا. وإذا حلف لا يخرج من هذه الدار فأخرج إحدى رجله من الدار، لا يحنث^(٣) هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

بعض مشايخنا قالوا: إذا كان خارج الدار أسفل يحنث في يمينه. وبعضهم قالوا: إذا كان الاعتماد على الرجل الخلفية^(٤) يحنث، وإن لم يكن خارج الدار أسفل إلا أن في ظاهر الرواية عن أصحابنا: لا يحنث على كل حال، وبه أخذ شمس [الأئمة الحلواني، وشمس]^(٥) الأئمة السرخسي - رحمهما الله -، هذا إذا كان يخرج قائمًا بالقدم.

فأما إذا كان قاعدًا فأخرج قدميه وبدنه في البيت، لا يحنث في يمينه، إلا إذا قام على قدميه، فيحنث في يمينه.

وأما إذا كان مستلقيًا على ظهره أو على بطنه أو على جنبه فتدحرج حتى صار بعض بدنه خارج الدار، وصار الأكثر خارج الدار، يصير خارجًا، وإن كان ساقاه في الدار؛ لأن القاعد والقائم لا يسمى خارجًا من الدار إلا بالقيام على القدمين خارج الدار، فأما المستلقي والمضطجع يسمى خارجًا بخروج أكثر الأعضاء.

(١) سقط في أ، م.

(٢) في ب: يعود.

(٣) زاد في ب، م: في يمينه.

(٤) في أ، ب، م: الخارج.

(٥) سقط في ب.

وإذا حلف لا يخرج من هذه الدار أو من هذا المسجد فأمر إنساناً فحمله حتى أخرجته، يحنث، وإن أخرجته مكرهاً، لا يحنث، ومسألة الخروج في هذه الصورة على التفاصيل التي ذكرنا^(١) في مسألة الدخول قبل هذا.

وإذا حلف لا يخرج امرأته من هذه الدار فخرجت من [أي]^(٢) موضع خرجت، إما من باب الدار، وإما من فوق الحائط، وإما من نقب نقبه، يحنث في يمينه؛ لأن شرط حنثه خروجها من الدار، وقد خرجت [من أي موضع خرجت، وأما إذا حلف لا تخرج من باب هذه الدار]^(٣) فمن أي باب خرجت، حنث سواء خرجت من باب قديم أو باب حديث^(٤) أحدثه بعد ذلك؛ لأن شرط حنثه الخروج من باب هذه الدار أي باب كان فإنه لم يعين باباً، وإن خرجت من باب الحائط أو من نقب نقبه، لا يحنث؛ لأنه ما خرجت من باب هذه الدار، هكذا ذكر بعض مشايخنا في شرح أيمان الأصل.

وذكر في الحيل: إذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار، فخرج من السطح إلى دار بعض الجيران أو فتح باباً آخر لهذه الدار وخرج من ذلك الباب، لا يحنث في يمينه.

قال أبو نصر الدبوسي - رحمه الله - : الصحيح أنه يحنث؛ لأن الكل باب هذه الدار، وأما إذا حلف لا يخرج من هذه الدار]^(٥) من هذا الباب، فخرج من باب آخر غير^(٦) الذي عينه، ذكر في أيمان الأصل أنه لا يحنث.

وذكر شمس الإسلام في [شرح كتاب]^(٧) المضاربة أنه يحنث، وهو اختيار الفقيه أبي القاسم الصفار.

(١) في ب: ذكرها.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: جديد.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في ب: الباب.

(٧) في م: باب شرح.

ووجه ذلك: أن التعيين^(١) غير مفيد؛ لأن الخروج من الباب الذي عينه الزوج ومن باب آخر من حيث إنه يغيب^(٢) الزوج سواء.

والجواب: لا، بل التعيين مفيد؛ لأن الباب الذي يعينه الزوج ربما يكون إلى الطريق الأعظم والآخر إلى السكة، وخروجها إلى الطريق الأعظم قد يغيب الزوج، وخروجها إلى السكة لا يغيبه^(٣) فكان التعيين مفيداً فيجب اعتباره.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : كان نصر [بن يحيى]^(٤) ومحمد بن سلمة فيما أظن ومن أدركهما من مشايخنا - رحمهم الله - يروونه حائثاً.

ويصرفون اليمين إلى الخروج من الدار.

قال محمد - رحمه الله - : وهو الأشبه إذا كان سبب يمينه كراهية خروجها من

الدار، ولا يرون الباب شرطاً.

وعن محمد بن [عبد الله ومحمد بن]^(٥) أحيد^(٦) الإسكاف أنهما كانا يفتيان بالحنث أيضاً إذا كان سبب يمينه كراهية الخروج، وإن كان سبب يمينه معنى في الباب من مسامير حديد تشق ثيابها، أو قوم جلوس على الباب يكره أن ينظروا إليها فإنها لو خرجت من غير هذا الباب، لا يحنث في يمينه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار، وهو ينوي [باب الخشب فوقع الباب ثم خرج من ذلك الموضع، لا يحنث، ولو لم يرد]^(٧) باب الخشب، يحنث؛ لأنه إذا نوى باب الخشب، فاليمين وقعت على عين الباب، وإن لم ينو، فاليمين وقعت على موضع الباب.

(١) في م: التغيير.

(٢) في أ: يعطيه.

(٣) في ب: يجوز.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: أجند.

(٧) سقط في ب.

وإذا حلف^(١) وقال: إن خرجت إلى مكة فعبدي حر، فخرج من مصره يريد مكة، ثم رجع [قال: قد حنث في يمينه.
واعلم بأن هنا ثلاثة ألفاظ:

أحدها: لفظة الخروج، والجواب فيها ما ذكرنا: أنه يحنث إذا خرج من مصره يريد مكة ثم رجع^(٢) لأن الخروج عبارة عن الانفصال من الداخل [إلى الخارج]^(٣) فإذا انفصل عن وطنه قاصداً مكة فقد خرج إليها، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(٤)، والمراد من الآية الذي مات قبل الوصول إلى مكة، ويشترط للحنث في هذه المسألة أن يجاوز عمران مصره فلو رجع لا يحنث وإن كان على هذه النية؛ لأن^(٥) الخروج إلى مكة سفر والإنسان لا يصير^(٦) مسافراً ما لم يجاوز عمران مصره.

اللفظة الثانية: لفظة الإتيان بأن حلف [لا يأتي]^(٧) مكة، والجواب فيها أنه لا يحنث ما لم يصل إلى مكة؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول، قال الله تعالى: ﴿فَأْتِيَاهُ فَقُولَا﴾، والمراد هو الوصول إليه، ويقال في العرف: أتينا بلدة كذا، والمراد هو الوصول^(٨).

اللفظة الثالثة: الذهاب بأن حلف لا يذهب [إلى]^(٩) مكة وقد اختلف فيه نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة، قال نصر - رحمه الله - : إنه بمنزلة [الإتيان فلا يحنث ما لم يصل إلى مكة.

(١) زاد في م: الرجل.

(٢) ما بين المعقوفين في أ: حنث، وسقط في م.

(٣) سقط في ب.

(٤) سورة النساء آية: ١٠٠ .

(٥) في ب: أن.

(٦) في م: يعد.

(٧) في أ: لآتي.

(٨) زاد في أ: في.

(٩) سقط في أ.

وقال محمد بن سلمة - رحمه الله - : إنه بمنزلة^(١) الخروج .
قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته : وهذا أصح ؛ لأن الذهاب
والخروج يستعملان استعمالاً واحداً ، يقال في العرف : ذهب فلان إلى مكة اليوم إذا
خرج على قصد أن يأتيها ، كما يقال : خرج .

وقد وجدت في المنتقى رواية عن محمد - رحمه الله - أن الذهاب بمنزلة
الخروج هذا^(٢) إذا لم يكن له نية ، فإذا نوى بالذهاب الإتيان فهو على ما نوى [حتى
لا يحنث]^(٣) بمجرد الخروج ؛ لأن الذهاب يحتمل معنى الإتيان ، قال تعالى :
﴿أَذْهَبًا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ﴾^(٤) ، إلا أن الذهاب للخروج أصل على أصح القولين
فيحمل عليه عند الإطلاق ، وإذا نوى الإتيان ، تصح نيته في الخروج إذا كان الشرط
مجرد الخروج ، وفي الذهاب كذلك على أصح القولين بشرط الخروج عن قصد ،
وفي الإتيان إذا كان الشرط هو الوصول لا يشترط القصد إذا وصل ، حنث وإن لم
يقصد .

ولو حلف لا يخرج إلى جنازة فلان وهو في منزل من داره ، فخرج على نية
الخروج إلى جنازته ، ثم رجع قبل أن يخرج من باب الدار ، لا يحنث في يمينه [ولو
رجع بعدما خرج من باب الدار ، يحنث في يمينه]^(٥) .

ولو حلف لا يخرج من الري إلى الكوفة فخرج من الري يريد مكة ، وطريقه
على^(٦) الكوفة قال محمد^(٧) رحمه الله : إن كان [حين]^(٨) خرج من الري نوى أن
يمر بالكوفة ، فهو حانث ، وإن كان نوى ألا يمر بها ، ثم بدا له بعدما خرج وصار^(٩)

(١) سقط في م .

(٢) في م : وهذا .

(٣) في م : لا يحنث من يحنث .

(٤) سورة طه آية : ٤٣ .

(٥) سقط في ب .

(٦) في م : إلى .

(٧) زاد في م : بن سلمة .

(٨) سقط في أ .

(٩) في م : ووصل .

إلى الموضوع الذي تقصر فيه الصلاة، فمر بالكوفة، لا يحنث؛ لأن الخروج عبارة عن الانفصال فتعتبر النية حالة الانفصال، وإن كانت نيته حين حلف بألا يخرج إلى الكوفة خاصة، ثم بدا له في الحج فخرج من الري ونوى^(١) أن يمر بالكوفة، لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى.

ولو حلف لا يخرج من الدار إلا إلى المسجد، فخرج يريد المسجد، ثم بدا له إلى غير المسجد، لا يحنث لما ذكرنا أن الخروج عبارة عن الانفصال [فتعتبر النية حالة الانفصال]^(٢).

وإذا حلف لا يخرج إلى مكة ماشياً فخرج من عمران مصره ماشياً يريد مكة ثم ركب، حنث؛ لأنه وجد الشرط وهو الخروج ماشياً ولو خرج من عمران مصره راكباً ثم نزل ومشى، لا يحنث؛ لأنه لم يوجد الشرط.

ولو حلف لا يأتي بغداد ماشياً فركب حتى دنا منها ونزل^(٣) ودخلها ماشياً يحنث؛ لأنه قد أتاها ماشياً؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول.

وفي المنتقى: إذا حلف الرجل ألا تأتي امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة [حتى مضى العرس، لا يحنث، هكذا ذكر في المنتقى، وعلل ثمة]^(٤) فقال: لأنها ما أتت العرس بل العرس أتاها.

ولو حلف لا يأتي فلاناً فهو على أن يأتي منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه. وإن أتى مسجده لم يحنث؛ رواه إبراهيم عن محمد - رحمه الله -.

وفي المنتقى: رجل لزم رجلاً وحلف الملتزم ليأتيه غداً فأتاه في الموضوع الذي لزمه فيه، لا يبر حتى يأتي منزله، فإن كان لزمه في منزله فحلف ليأتيه غداً فتحول الطالب من^(٥) منزله فأتى الحالف المنزل [الذي كان فيه الطالب فلم يجده، لا يبر

(١) في أ: ولو نوى.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: ومشى.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، ب: في.

حتى يأتي المنزل^(١) الذي تحول إليه .

ولو قال : إن لم آتك غدًا في موضع كذا فعبدني حر ، فأتاه فلم يجده فقد بر ؛ إنما هذا على إتيان ذلك الموضع ، وهذا بخلاف ما إذا قال : إن لم أوافك غدًا في موضع كذا ، فأتى الحالف ذلك الموضع فلم يجده ، حيث يحنث ؛ لأن هذا على أن يجتمعا .

حلفت المرأة ألا تخرج إلى أهلها ولها أبوان [وأخوان]^(٢) فأهلها أبواها وليس أحد سواهما [بأهلها]^(٣) ولو^(٤) زفت إلى زوجها [من]^(٥) منزل أخيها وأبواها حيان كان مثل ذلك ، فإن لم يكن لها أبوان فأهلها كل ذي رحم محرم منها ، وإن كان الأب متزوجًا والأم متزوجة ، ولكل واحد منهما منزل على حدة فالأهل منزل الأب لا منزل الأم ، في المنتقى .

وفيه أيضًا : إذا حلف ليعودن فلانًا أو ليزورنه فأتى بابه فلم يؤذن له فرجع ولم يصل إليه ، لا يحنث في يمينه ، وإن أتى بابه ولم يستأذن قال : يحنث في يمينه ما لم يصنع الزائر والعائد ، قيل : وعلى قياس قوله : إن لم أخرج من هذا المنزل الليلة فممنع ، يجب أن يحنث في الوجهين .

وفيه أيضًا : إذا قال لامرأته : إن لم أرسل إليك هذا الشهر نفقتك ، فأنت طالق ، فأرسل بها^(٦) على يدي إنسان وضاعت من يد الرسول ، لا يحنث ؛ لأنه قد أرسل ، وكذلك إذا قال : إن لم أبعث إليك بنفقة هذا الشهر .

رجل قال لامرأته : (اكربرا ابريچار أبو يواصي وي بدون سولي) فكذا ، ثم إن الزوج ذهب إلى سمرقند ، وبعث إليها أصحاب السلطان حتى أخرجوها على كره

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) زاد في ب ، م : كانت .

(٥) سقط في أ .

(٦) في م : لها .

منها وذهبوا بها إلى زوجها بسمرقند بأمر^(١) الزوج، هل يحنث الزوج في يمينه؟
فقيل: ينبغي أن يحنث على ظاهر جواب الكتاب فللزواج أن ينقل امرأته من بلدة
إلى بلدة من بعد ما أوفى، (دسيتها) بها وصح الأمر بالإخراج من الزوج وانتقل فعل
المخرج إلى الزوج فكأن الزوج أخرجها بنفسه، فأما على ما هو اختيار الفقيه أبي
الليث [أنه]^(٢) ليس للزوج أن ينقلها من بلدة إلى بلدة، لم يصح الأمر من الزوج،
ولم ينتقل فعل المخرج إلى الزوج، فلا يحنث في يمينه.

وفي مجموع النوازل: إذا قال لامرأته: إن تركتك تخرجين من الدار فأنت طالق،
ثم قال لها: تركتك، ثم أبي^(٣) أن يدعها، قال: وقد [خرجت]^(٤) [حنث]^(٥) حين
قال لها تركتك.

وفي فتاوى أبي الليث: رجل وامرأته في الغرفة أو على السطح أرادت أن تنزل
وتذهب إلى بيت أخيها، فقال لها الزوج: إن نزلت من السلم وذهبت إلى بيته فأنت
طالق، فنزلت وما ذهبت، لا تُطلق، وإن نزلت من جانب آخر لا من السلم وذهبت
إلى بيت أخيها، تطلق.

إذا قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني فكذا، فسمع السائل يسأل
فقال لها: أعط السائل شيئاً، فإن كان السائل بحيث لا تقدر المرأة على الدفع إليه إلا
بخروجها من الدار، كان إذناً لها بالخروج من الدار، [وإن كانت تقدر على الدفع
بدون الخروج، لا يكون إذناً لها بالخروج]^(٦)، وإن كان السائل وقت إذن الزوج
بحيث تقدر المرأة على الدفع إليه بدون الخروج [من الدار بعد ذلك]^(٧) لا يكون إذناً
لها بالخروج.

(١) في ب: بأهل.

(٢) سقط في ب.

(٣) في م: أراد.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في ب.

في عيون المسائل: رجل كان جالسًا مع والدته في كرم من كروم قرية فتشاجرا فقال الرجل: (اكرييس من اينجا اريم) فامرأته كذا.

فقد قيل: يمينه على الكرم.

وقد قيل: ينظر إلى سابقة [أمرها] [إن كان]^(١) كلامهما يدل على إرادته المجيء إلى [الكرم فيمينه على الكرم، وإن كانت سابقة]^(٢) كلامهما تدل على إرادته المجيء إلى^(٣) القرية، فيمينه على القرية، وإن لم يدل سابقة كلامهما على شيء، فيمينه على الكرم.

امرأة أخذت ثوبًا من ثياب زوجها، فقال لها الزوج: إن لم تردي ثوبي الساعة فأنت طالق، فذهبت لترده فلحقها الزوج، وهي تأخذ الثوب من العيبة وأخذ الزوج من العيبة، أو منها قبل أن تدفع هي، لا يحنث، كذا اختاره^(٤) الفقيه أبو الليث - رحمه الله -.

وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا أن اللفظ مراعى في باب الأيمان ينبغي أن يحنث. رجل قال لامرأته: إن لم تذهبي وتجيئي بفلان فأنت طالق، فذهبت لتجيء به فجاء فلان من جانب آخر، فقد حكى^(٥) فتوى شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - أن فلانًا إن جاء بدعوتها^(٦) تطلق، وقد قيل: ينظر إن كان غرض الحالف نفس مجيء فلان، لا تطلق إذا جاء فلان بدعوتها^(٧).

عن ابن مقاتل أنه سئل عن رجل قال لامرأته: إن لم تجيئيني غدًا بمتاع كذا فأنت طالق، فبعثت به مع إنسان، قال: إن كان مراده وصول عين المتاع إليه، لا يحنث، وإن كان غرضه أن تحمل بنفسها، يحنث.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب: اختار.

(٥) زاد في ب: في.

(٦) في ب، م: دعواها.

(٧) في م: بدعواها.

رجل قال لامرأته: (اكرأ فلان حبراً ارحانه يبردن ساري اليوم) فأنت طالق، ولم يكن ذلك السكن^(١) (درحانة) لا تُطلق امرأته عند أبي حنيفة.

حلف بالفارسية: (فرد اقدرسراي والى روم يا فلان تهمني لي برمن بهاده است درست وفردايدرسراي والى زفت إلا أنك أن فلائاً نكير) حنث.

فقد قيل: انعقد يمينه مؤقتاً بأن قال: يا فلان (تهمني كي يرمن بهاره است فرداد رست ليد) لا يحنث في يمينه عندهما (فاكر سوكند تطلق حوره است سو كيد بكردن) وقاسوه على مسألة الكوز، والصواب أنه لا يحنث.

وفي الباب الأول من طلاق الواقعات: رجل خرج من بخارى إلى سمرقند وقال لامرأته: (اكرأ رلس من بيرل بابي) مع فلانة فأنت طالق ثلاثاً، ولم تخرج المرأة حتى رجع الزوج من سمرقند؛ ينظر إن كان فلانة خرجت ولم تخرج امرأته معها، وقع الطلاق على امرأته وإن كانت فلانة لم تخرج أيضاً، [فإذا أراد]^(٢) الزوج بقوله: (إن لم تخرجي مع فلانة) أن يكون عدم خروجها شرطاً لوقوع الطلاق، فإن لم يخرجها وقع الطلاق على امرأته، وإن أراد الزوج بذلك إن خرجت فلانة ولم تخرجي معها على إثري فإذا رجع قبل خروج فلانة، لا يقع الطلاق وسقطت اليمين.

إذا قال الرجل لأصحابه: إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فامرأته طالق، فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم، لا تطلق امرأته، هكذا حكى عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -.

قال الفقيه أبو الليث: هذا الجواب يوافق قولهما في [مسألة]^(٣) الكوز، وقد مر في أول النوع اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - في جنس هذه المسألة^(٤) بخلاف هذا.

وسئل نصر بن يحيى - رحمه الله - عن قال لامرأته: إن لم تقومي الساعة

(١) في ب، م: الشيء.

(٢) في ب: فأراد، وفي م: وإن أراد.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: المسائل.

[وتجئني]^(١) إلى دار والدتي، فأنت طالق، فلبست الثياب وخرجت من الدار، ثم رجعت وجلست [ثم ذهبت]^(٢) إلى دار والدته، قال: [لا]^(٣) تطلق [ما دامت]^(٤) في نيتها الذهاب، ورجوعها وجلوسها ما دامت في نيتها الذهاب لا يكون تركاً للفور، وكذلك لو أخذها البول فبالت ثم لبست الثياب لا تطلق امرأته، قال: ألا ترى أن رجلاً لو قال لامرأته: إن لم تجيئي هذه الساعة إلى الفراش فأنت طالق، وهما في تشاجر ذلك [الأمر]^(٥) حتى طال غيابها أنها لا تطلق، ولا ينقطع الفور، قيل له: رأيت إن خافت ذهاب وقت الصلاة فصلت قال: الصلاة عمل آخر فهي قطع للفور.

رجل قال لامرأته: إن صعدت [على هذا]^(٦) السطح فأنت طالق، فارتقت مرقنتين أو ثلاثة.

فقد قيل: يجب أن يكون في المسألة اختلاف بين نصير وبين محمد بن سلمة - رحمهما الله - بناء على أن من قال لامرأته: إن ذهبت إلى قرية كذا فأنت طالق فخرجت إليها، قال أحدهما: يحنث بنفس الخروج، وقال الآخر: لا يحنث بنفس الخروج، ما لم تأتها، فهاننا يجب أن يكون كذلك.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : عندي أنه لا يقع الحنث هاننا بالاتفاق. سئل شيخ الإسلام أبو الحسين السغدي - رحمه الله - عن من قال لامرأته: اذهبي إلى فلان واستردي منه كذا واحمليه إلي الساعة، فإن لم تحمليه فأنت طالق ثلاثاً، فذهبت ولم تقدر على الاسترداد، فرجعت ثم استردته في يوم آخر فحملته، فقال: قد وقع عليها ثلاث تطليقات.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في ب، وفي م: هذا.

قيل: وينبغي ألا يقع الطلاق، ويكون عجزها عن الاسترداد بمنع فلان إياها عن ذلك عذرًا كما في المسألة التي تقدم ذكرها، وهو ما إذا حلف بالفارسية (اكرامست ايدرین شهر باشم) فكذا، فتوجه للخروج فأخذ وحبس، فإنه لا يلزمه الحنث، وجعل عجزه عن الخروج بمنعهم إياه عن الخروج عذرًا والأول أشبه.

سئل [شيخ الإسلام]^(١) أبو الحسن السعدي عن سكران ضرب امرأته فهربت منه، فقال: إن لم تعد هي إلي، فهي طالق ثلاثًا، [وكان ذلك عند العصر، فعادت إليه عند العشاء الآخرة قال: هي طالق ثلاثًا]^(٢) لأن هذا يمين فور^(٣)، قيل له: هل يصدق إن لم يرد الفور؟ قال: لا، قيل: [بما تقدر مدة]^(٤) الفور، قال: بساعة، واستدل بما ذكر في الجامع الصغير إذا قال لامرأته حين أرادت أن تخرج: إن خرجت فأنت طالق، فعادت وجلست ثم خرجت بعد ذلك بساعة، لا تُطلق.

سئل نجم الدين^(٥) رحمه الله عن قال: (اكر ارحد بيرون روم رن أرمن حسه طلاق) قال: هذا على أن يجاوز قراها (ولو قال: اكرار شهر يحسب بيرون روم) فهذا على أن يجاوز عمران المصر.

قال لامرأته: (اكرها كمت بايحانه فلان رومي نوار من نهارار) طلاق فاستأذنته للذهاب إلى (حانة) فلان فأذن لها فذهبت، طلقت (واين رها كروود سور).

رجل قال لامرأته: (اكر ما محمي دوي في دستوي من نوسة طلاق بدوك اليسادمت دستوي سوي حولس نال اكر بخانة هسا به رويت وبران حا حسد من جمع سده است ارريان وهرلس دول حر بمين مي رسيد) لا تطلق (أما اكر حدا ولله خانة ربان ديكر راحوا ابدا است باروي وي ريد) تطلق.

رجل حلف بالطلاق أنه لا يذهب إلى وليمة [فلان وللحالف غريم فلما كان يوم

(١) في م: شمس الأئمة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: قد، وفي ب، م: قدر.

(٤) في ب: فإذا تقدر.

(٥) زاد في م: عمر.

الوليمة ذهب الغريم إلى^(١) دار الوليمة واتبعه الطالب ودخل دار الوليمة ليخرجه، فمنع صاحب الوليمة الغريم من الخروج فمكث الطالب هناك ليحفظ^(٢) الغريم، فكتب شيخ الإسلام علي الأسبيجاني - رحمه الله - على الفتوى: أنه لا تطلق امرأة الحالف.

وكتب نجم الدين علي الفتوى: (رب حالف بطلاق في سواد أحوى حالف بخانة سورار همت سور بيامده است).

رجل قال لامرأته: (اكرسه حر بدن روي) فأنت طالق ثلاثا، فذهبت هي مع امرأة أخرى إلى القطان، واختارت^(٣) شيئاً من ذلك واشترت المرأة الأخرى، هل تطلق هي إذا لم تشتتر بنفسها؟ قال: نعم.

قال لامرأته: (اكر في دستوري مرهلا كاي روم) فأنت طالق، فاستأذنها وألح عليها في ذلك فقالت: (هو كحا حرا هي روكه من دستوري نهى دهم) فذهب إلى ذلك الموضع؛ قال: لا تطلق امرأته.

وقيل: تطلق، وهو الأشبه؛ لأن قوله: هر كحا حرا هي رو مقرونًا بقوله: (من دستوري من دهم) لا يكون إذناً.

قال لامرأته: (اكر لي دستوري من ارين خانه بيرون أي نوار من لسه)، طلاق، [وكانت رهنت محدودًا لها رجلاً بمال]^(٤) وتحتاج إلى أن تخرج إليه وتقضي دينه وتفك رهنها، فطلبت الإذن من الزوج بذلك فقال لها: (بر وسيم بده ركر ويمروان ار)، فذهبت فلم تجده واحتاجت إلى الخروج مرارًا حتى تم الأمر، وخرجت [كل مرة]^(٥) بغير إذن الزوج، قال: لا تطلق. والله أعلم.

(١) في ب: واتبعه الطالب ودخل.

(٢) في أ: لحفظ.

(٣) زاد في ب: هي.

(٤) في المحيط البرهاني (٣/٥١٥): وكانت ذهبت تجدد إليها رجلاً بمال.

(٥) سقط في ب.

نوع آخر في الضرب والتعذيب والحبس والأذى:

وإذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة سوط [ولا نية له، فضربه مائة سوط وخفف، فإنه يبر في يمينه؛ لوجود شرط البر، وهو ضرب مائة سوط]^(١).
قالوا: وهذا إذا ضربه ضربًا يتألم به، أما إذا ضربه بحيث لم يتألم به لا يبر؛ لأنه صورة لا معنى والعبرة للمعنى، ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة [كل مرة]^(٢) تقع الشعبتان على بدنه، بر في يمينه؛ لأنه [صار ضاربًا]^(٣) مائة سوط لما وقعت الشعبتان على بدنه في كل مرة؛ ألا ترى أن الإمام يصير مقيمًا حد الزنا بهذا المقدار، وكذا الحالف يصير بارًا في يمينه.

وإن جمع الأسواط جميعًا وضربه بها ضربة، إن ضربه بعرض الأسواط، لا يبر؛ لأن كل الأسواط لم تقع على بدنه، وإنما يقع البعض، وإن ضربه برأس الأسواط ينظر: إن كان قد سوى رؤوس الأسواط قبل الضرب حتى إذا ضربه ضربًا أصابه رأس كل سوط، بر في يمينه، وأما إذا اندس^(٤) في الأسواط [شيء]^(٥) لا يقع به البر، عليه عامة المشايخ.

ومن المشايخ من شرط للبر مع تسوية رؤوس الأعواد أن يكون كل عود بحال لو حصل به الضرب حالة الانفراد توجع له المضروب.

ومنهم من قال: إذا ضربه بالأعواد وتوجع المضروب بها، بر في يمينه سواء أصابه رأس كل عود أو اندس البعض في البعض، وسواء كان كل عود بحال لو حصل به الضرب حالة الانفراد توجع [به]^(٦) المضروب أو لم يتوجع.

وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال، والفتوى على قول عامة المشايخ

- رحمهم الله -.

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ، م: ضارب.
- (٤) في أ: اندرس.
- (٥) سقط في ب، م.
- (٦) سقط في أ.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا حلف الرجل لا يضرب عبده فوجأه أو قرصه أو مد شعره، وزاد في الجامع الصغير: العض، وأجاب في الكل بالحنث؛ لأنه قد ضربه؛ لأن الضرب اسم لفعل^(١) يتصل بالحي فيحصل به الوجد والألم وهذه الأفعال بهذه الصفة فكانت ضربًا.

قالوا: وهذا إذا كانت هذه الأفعال في حالة الغضب على قصد الانتقام، فأما إذا فعلها على سبيل التمازحة فأوجعها أو أصاب [رأس أنفها فأدماها]^(٢) لا يحنث [في يمينه]^(٣)؛ لأنه لا يُعد هذا ضربًا فيما بين الناس، ولا يكون هذا مقصود المولى باليمين^(٤).

وبعض مشايخنا قالوا: إذا عقد يمينه [بالفارسية، لا يحنث في يمينه بهذه الأفعال؛ لأن هذه الأفعال بلسان الفارسية لا تسمى ضربًا، ولو حلف العربي]^(٥) بالفارسية بذلك ينبغي أن يسأل العربي، فإن أراد به ما يريد بالضرب في العربية ووضع لفظ [ردن موضع لفظ]^(٦) الضرب فهو كما لو حلف [فارسي بالعربية]^(٧)، وإن أراد به بالعربية ما يريد به بالفارسية، فهو كما لو حلف [به الفارسي، وإن لم يعلم، حينئذ تعتبر اللغة التي حلف بها.

وكذلك إذا حلف]^(٨) فارسي بالعربية إذا قال: إن ضربتك فأنت طالق، فضرب أمته فأصابها، ذكر في مجموع النوازل: أنه يحنث؛ لأن عدم القصد لا يعدم الفعل، وبهذا كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني.

وقيل: إنه لا يحنث؛ [لأنه]^(٩) لا يتعارف هذا، والزوج لا يقصده بيمينه، وهكذا

(١) زاد في ب: لم.

(٢) في أ: أنفها وأذنيها.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: بأنه يمين.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، ب، م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في ب.

ذكر البقالي في فتاويه، وهو الأظهر والأشبه.

وإذا حلف لا يضربها فنفض ثوبه فأصاب وجهها فأوجعها، ذكر في فتاوى أبي الليث أنه لا يحنث؛ لأنه لا يتعارف هذا [ضرباً]^(١) ولا يقصده بيمينه، وهذه المسألة تؤيد قول من قال بعدم الحنث في المسألة المتقدمة.

وإذا حلف لا يضربها فرماها بحجارة، لا يحنث في يمينه؛ لأن هذا رمي وليس بضرب، هكذا ذكر في المنتقى.

وفيه [أيضاً]^(٢): إذا قال: والله لأضربنك بالسيف، ولا نية له فضربه بعرض السيف، بر في يمينه، وإن كانت نيته على الحد فهو على الضرب بالحد، وإن ضربه في غمده ولا نية له، لم يبر في يمينه [وإن قطع السيف غمده وجرح المحلوف عليه، بر في يمينه]^(٣).

وإذا حلف لا يضرب فلاناً بالفأس، فضربه بمقبض الفأس وفارسيته (دسته بين) لا يحنث؛ لأنه [لم يضربه]^(٤) بالفأس.

إذا قال لها: كلما ضربتك فأنت طالق، فضربها بكفه، ف وقعت الأصابع متفرقة، لم تطلق إلا واحدة؛ لأن الأصل في الضرب الكف، والكف واحد، ولو ضربها بيديه^(٥) طلقت تطليقتين؛ لأن الضرب اثنان^(٦)، وعلى هذا القياس فافهم^(٧)، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وإذا قال لامرأته: إن لم أضربك اليوم، فأنت طالق، وقالت المرأة: إن مس عضوك عضوي فجاريتي حرة، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن الحيلة أن تبيع المرأة جاريتها من رجل تثق به، ثم يضربها الزوج ضرباً خفيفاً، فيبر في يمينه، وسقط يمين

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ما ضربه.

(٥) في ب: بيده.

(٦) في أ: إتيان.

(٧) في ب، م: يفهم.

المرأة، ثم تشتري المرأة الجارية من مشتريها ولا تعتق^(١)، قالوا: ولا حاجة في هذه المسألة إلى [هذه]^(٢) الحيلة في هذه الصورة؛ لأنه يمكن للزوج ضربها بالخشبة ولا تعتق الجارية عليها؛ لأنه لم يمس عضوها، وإنما يحتاج إلى هذه الحيلة إن لو كانت المرأة قالت: إن ضربتني فجاريتي حرة.

وفي واقعات الناطفي: إذا قال لغيره: إن لقيتك فلم أضربك فكذا، فرآه من قدر ميل أو على ظهر بيت لا يصل إليه، لا يحنث في يمينه؛ لأن يمينه تقيد^(٣) بموضع الضرب عادة؛ [كأنه]^(٤) قال: إن لقيتك في موضع أتمكن من ضربك فلم أضربك، فكذا.

وهو نظير ما لو قال لغيره: إن لقيت فلاناً فلم أعلمك، فعبدي حر، فلقية معه فلم يعلمه؛ لا يحنث في يمينه؛ لأن يمينه مقيد بموضع الإعلام، وهذا ليس موضع الإعلام.

وإذا حلف لا يضع يده على جاريته فضررها، لا يحنث إذا كانت اليمين لأجل المرأة.

رجل قال لامرأته: [والله]^(٥) لو أخذت فلاناً لأضربنه مائة سوط، فأخذه فضربه سوطاً أو سوطين، قال: هذا على الأبد، ولا يحنث في يمينه في الحال. وإذا حلف لا يعذب فلاناً فحبسه، لم يحنث، إلا أن ينوي ذلك، هكذا ذكر في الفتاوى، وهذا لأن الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت اليمين.

وفي الفتاوى أيضاً: إذا دعا امرأته إلى الفراش فأبت وقالت: إنك تعذبني، فقال: إن عذبتك فأنت طالق، ثم جاءت إلى الفراش فجامعها، فإن جامعها على كره منها، فقد عذبها، فتطلق، وإن كانت طائعة إذنه، لا تطلق.

(١) زاد في أ: كما.

(٢) سقط في أ، ب، م.

(٣) في ب: لقيتك.

(٤) سقط في م.

(٥) لفظ الجلالة سقط في أ.

وإذا قال: إن لم أحبس فلانًا غدًا جائعًا فكذا، فحبسه جائعًا في الغد فجاء آخر وأطعمه، يحنث في يمينه؛ لأنه ما حبسه جائعًا.

رجل قال لامرأته: إن ضربتك بغير جناية، فأنت طالق، فأتى بخبز قد اشتراه فقالت: (ياتي اوردري حسن كون بارك ساه بليروهلان حونس اندريسار) فضربها بهذا، قال: لا تطلق امرأته، وهكذا حكى فتوى الصدر الشهيد، [و] ^(١) حسام الدين - رحمه الله -.

وفي غير هذه الصورة لو جاءت المرأة بقصعة مرقعة تضعها على المائدة الموضوعة بين يدي الزوج فمالت القصعة فانصب بعض المرقعة على رجل الرجل، وهي حارة فأذته، فضربها قال: لا تطلق.

(حلف بطلاق امرأته) ألا يؤذيها فتنجس ثوبه، فأمرها أن تغسله فأبت فقال: (زهرة دلت بدر سايد ستين) هل يكون هذا إيذاء، وهل تطلق امرأته؟ [قال: لا] ^(٢). والله أعلم.

* * *

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

نوع آخر في السرقة وما هو بمعناها من الرفع والنقب وغير ذلك وفي الرد والأداء:
 في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل قال لامرأته: إنك تسرقين من
 دراهمي، فقالت: تبت، فقال لها: لو رفعت من دراهمي فأنت طالق، فوجدت صرة
 مطروحة حين كنت البيت فرفعت ووضعت في ناحية أخرى وأخبرت^(١) الزوج،
 فقال: إن رفعت لا لتحبس^(٢) عن زوجها أرجو^(٣) ألا تطلق؛ لأن سياق الكلام
 يوجب تقييد الرفع بالسرقة وهو الرفع لتحبسها عنه.
 وقد قيل: ينبغي أن يحنث، والأول أظهر وأشبه^(٤).

رجل ادعى على آخر أنه سرق ثوبه فأخذ المدعى عليه، وقال: امرأته طالق (ني
 من حامه يويبره ده اشبه أم) فقد قيل: لا تطلق امرأته إن لم يكن سرق ثوبه؛ لأن
 كلامه خرج^(٥) جوابًا بالكلام المدعى، والمدعى ادعى السرقة فيتقيد يمينه على الرفع
 بطريق السرقة.

وقيل: تطلق قضاء، اعتبارًا لصورة الشرط، والأول أظهر.

وفي فتاوى أبي الليث أيضًا: أن من قال لامرأته: إن رفعت من كيسي دراهم،
 فأنت طالق فحلت رأس الكيس، وأمرت ابنتها فرفعت، قال: أخاف أن تطلق؛ لأن
 رفع الاثنين الدراهم من الكيس هكذا يكون؛ ألا ترى أن جماعة لو دخلوا دار رجل
 وأخذوا المتاع وحمل المتاع واحد منهم، صار الكل سارقًا؛ لأن سرقة الجماعة
 كذلك تكون.

وقيل: ينبغي ألا يحنث؛ لأن صورة الشرط مراعى، والعمل بحقيقة اللفظ
 ممكن.

رجل حلف على سرقة شيء مسمى فحلف أنه لم يسرقه ولم يره، وقد كان يراه
 قبل ذلك، فلا حنث عليه إن لم يسرق ذلك الشيء؛ لأن الحال أوجب تقييد النظر

(٤) في ب، م: والأشبه بالصواب.

(٥) في ب: جرى.

(١) في أ: وأخرجت.

(٢) في م: لتختلس.

(٣) في أ: زجوا.

بالنظر بالسرقة .

الأكار والوكيل إذا حلف ألا يسرق، فأخذ شيئاً لصاحب الكرم فيه نصيب من الفواكه أو العنب، ولم يخبر به [صاحب الكرم]^(١)، إن أخذ ليأكل أو ليحمل إلى منزله للأكل [فلا]^(٢) حث عليه؛ لأن الناس لا يعدون هذا سرقة، وإن أخذ سوى ما يأكل أو يحمل إلى منزله للأكل، ولم يخبر صاحب الكرم ولم يكن من رأيه أن يخبره، فهو حانث؛ لأن هذا يُعد سرقة .

وأما غلة خباز الحبوب فكل ما أخذ شيئاً من ذلك لا على وجه الحفظ بل لينفرد به، يحنث؛ لأنه سرقة . وغير الوكيل والأكار إن أخذ شيئاً من ذلك خفية، يحنث؛ لأنه سرقة .

قصار ذهب من حانوته ثوب من ثياب الناس فاتَّهم القصار أجيره فحلف الأجير بالفارسية (اكر من ترازيان كردم) فامرأتي طالق ثلاثاً وقد كان الأجير أخذ ذلك الثوب، طلقت امرأته، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - (ورحند زيان بكرد وبر) إلا أن الثوب المأخوذ لغير القصار؛ لأن المراد بهذا السرقة والخيانة، وقد خانه .

رجل له ثوب سرقة منه سارق فحلف صاحب الثوب [وقال]^(٣): إن كان لي ثوب كذا فسمى ذلك فامرأته طالق، فإن عرف أن ذلك الثوب قائم، طلقت امرأته، وإن عرف أنه هالك لا تطلق، وإن لم يعرف حال الثوب أنه قائم أو هالك، تطلق امرأته، ويجعل الثوب قائماً؛ لأن القيام أصل .

ونظير هذا إذا باع الرجل ثوب غيره بغير أمره، وسلم الثوب وقبض [الثلث]^(٤) وأجاز المالك البيع فإن علم وقت الإجازة أن الثوب قائم، صحت الإجازة وإن علم أنه هالك وقت الإجازة، لم تصح الإجازة، وإن لم يعلم حاله تصح الإجازة، ويجعل قائماً، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند .

(١) في أ: صاحبه .

(٣) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٤) في أ: الثوب، وسقط في م .

وفي فتاوى أبي الليث في مسائل شتى:

رجل سرق من رجل ثوبًا ثم إن السارق دفع الدراهم إلى المسروق منه فجحده المسروق منه وحلف، قال الفقيه أبو القاسم الصفار: إن كان الثوب قد ذهب من يد السارق لا شك أن المسروق منه لا يحنث؛ لأنه صادق؛ لأن بالهلاك وجب الضمان على السارق، ووقعت المقاصة بين ما وجب لرب الثوب على السارق وبين ما وجب للسارق على رب الثوب بالجحود، وإن كان قائمًا فلا أقول: إنه حانث؛ لأن بعض الناس يقولون: له حبه حتى يأخذ حقه، وغيرهم قالوا: إذا كان الثوب قائمًا، فلا شك أنه يكون حانثًا، وإن كان قد ذهب من يد السارق ينبغي أن يحنث أيضًا، فالمذهب عندنا أن المسروق إذا هلك في يد السارق بعد القطع، أنه لا ضمان عليه باتفاق الروايات، وإن استهلكه ففيه روايتان، وإن هلك المسروق في يد السارق قبل القطع؛ إن اختار المالك الضمان، فله ذلك [وإن اختار القطع، فله ذلك]^(١) ولا ضمان قبل القطع، فالضمان موقوف على اختيار المالك، وليس بثابت على الثياب فكيف تقع المقاصة، أو نقول: حق المالك لا ينتقل عن الثوب إلى القيمة بنفس الهلاك، بل يتوقف على قضاء القاضي خصوصًا على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - .

ولهذا قال: الغاصب مع المغصوب منه إذا اصطلحا على أكثر من قيمة الثوب^(٢) أنه يجوز ويجعل كأن الثوب قائم، وبعد أن تجاوزا^(٣) على هذا لا ندري أن حقه انتقل من الثوب إلى الدراهم أو إلى الدينانير؛ لأن الدراهم^(٤) تصلح قيمة وإنما يتعين أحدهما بقضاء القاضي، فقبل القضاء^(٥) لا يتعين، فكيف يمكن القول بالمقاصة والمقاصة تعتمد الجنسية لا محالة.

قال لامرأته بالفارسية: (ارازدم من فرداري) فأنت طالق، ثم إنها وجدت دراهم زوجها في منديل فرفعت^(٦) المنديل وأعطت امرأة وقالت لها: ارفعي منها شيئًا،

(١) سقط في أ.
 (٢) في ب: المغصوب.
 (٣) في أ: تجاوزوا.
 (٤) زاد في أ، ب: كما.
 (٥) في م: القاضي.
 (٦) في أ: فدفعت.

فرفعت المأمورة بعض الدراهم ودفعته إلى المرأة.

فقد قيل: يقع الطلاق؛ لأن عين الرفع^(١) غير مقصود إنما المقصود الأخذ، وقد أخذت بعض دراهمه.

و[فد]^(٢) قيل: لا تطلق؛ لأن اللفظ في الأيمان مراعى.

إذا قال: إن سرقت من مالي شيئاً فأنت طالق، ثم دفع إليها دراهمه لينظر إليها فرفعت^(٣) من ذلك شيئاً من غير إذن الزوج، ثم قال لها الزوج: أرفعت من الدراهم؟ فقالت: نعم، لا على وجه السرقة وردته على الزوج، فإن رده^(٤) بعدما فارقتة طلقت، وإن رده قبل أن تفارقه لا تطلق، وإن أنكرت طلقت؛ لأن هذا يسمى سرقة عند الناس بخلاف ما إذا لم تنكر.

رجل قال لابنه: إن سرقت من مالي شيئاً فأملك طالق، فسرق من داره^(٥) أجرة، ينظر: إن كان الرجل الحالف يبخل [عليه]^(٦) بذلك القدر، حنث، وما لا فلا.

امرأة أخذت من كيس زوجها درهماً واشترت به لحماً وخلط اللحم الدرهم^(٧) بدراهمه، وقال لها الزوج: إن لم تردي علي [ذلك]^(٨) الدرهم اليوم فأنت طالق ثلاثاً، فمضى اليوم، وقع الطلاق لوجود الشرط، وهو عدم الرد، والحيلة في ذلك أن تأخذ المرأة كيس اللحم وترده على الزوج، فيبر في يمينه، هذا إذا قيد اليمين باليوم فإن لم يقيدها باليوم، وسألت المرأة القصاب عن الدرهم فقال: غاب عني، لا تطلق ما لم يعلم أن ذلك الدرهم أذيب [أو]^(٩) ألقي في البحر؛ لأن شرط الحنث وهو عدم الرد مطلقاً لا يتحقق إلا بأحد هذين الوجهين.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال الرجل لعبده: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر، فجاء العبد بالألف ووضعها [حيث يقدر المولى]^(١٠) وقال: والله ما أدى

(١) في م: الدفع.
 (٢) سقط في ب.
 (٣) في ب: فدفعت.
 (٤) في أ: ردت.
 (٥) في ب: مراده.
 (٦) في م: عنه.
 (٧) في ب: الدراهم.
 (٨) سقط في م.
 (٩) سقط في أ.
 (١٠) في م: حلف.

إليّ كان حائثًا .

إذا قال المولى لأجنبي: إذا أديت إلي ألفًا فعبدني^(١) حر، فجاء [بها الرجل إلى] ^(٢) المولى وقال: هذه الألف فخذها، فأبى المولى أن يقبلها وهو بحيث يقدر المولى على قبضها لا يعتق العبد، وإذا حلف المولى [أنه]^(٣) ما أدى إليه، لا يحنث .

وإذا كان للرجل على رجل^(٤) ألف درهم فقال الذي له المال: إذا أدى إلي فلان الألف التي لي عليه فكذا، فجاء فلان فقال للذي عليه^(٥) المال: هذه الألف فخذها، وقال الذي له المال: لا آخذها، فهو حانث، وإذا حلف فقال: ما أدى إليّ^(٦) فهو حانث .

وفي البقالي^(٧) إذا حلف لا يغصب من [مال]^(٨) فلان شيئًا، فسرق^(٩) منه لم يحنث إلا أن يكابره، وإذا حلف لا يسرق^(١٠) منه فكابره، حنث، ولو حلف لا يسرق منه و^(١١) لا يغصب منه فقطع الطريق عليه، حنث في الغصب دون السرقة، والله أعلم^(١٢) .

نوع آخر فيما يجري بين صاحب المال وبين غريمه :

وإذا حلف ليأخذن من فلان، أو قال: ليقبضن فأخذ بنفسه أو أخذ وكيله فقد بر في يمينه؛ لأن الوكيل يقبض الدين نائب محض، ولهذا يرجع على الموكل بما لحقه^(١٣) من العهدة، وفعل النائب كفعل المنوب عنه، فكأن الموكل قبض بنفسه، وإن عنى أنه يباشر ذلك بنفسه صدق ديانة وقضاء؛ لأنه [نوى ما]^(١٤) يحتمله

(٩) في أ، م: فشرب .

(١٠) في أ: يشرب .

(١١) في م: أو .

(١٢) زاد في م: تم الجزء الأول من الذخيرة

ليلة يسفر صباحها من النهار الثلاثاء سابع

عشري شهر ذي القعدة

(١٣) في أ: ثمنه .

(١٤) في أ: مما .

(١) في ب، م: فأنت .

(٢) في ب: العبد الرجل .

(٣) سقط في أ، م .

(٤) في م: الرجل .

(٥) زاد في أ: له .

(٦) في أ: ألف .

(٧) في ب: المتقى .

(٨) سقط في م .

[لفظه]^(١)، وفيه تشديد عليه.

ونص في كتاب الحيل: أن الحالف لا يصير قابضًا بقبض الوكيل^(٢)، وكذلك لو أخذها من وكيل المطلوب، فقد بر في يمينه؛ لأن الوكيل بالقضاء نائب محض فكأنما قبضها من المطلوب، وكذلك لو أخذها من رجل كفل بالمال عن المديون بأمر المديون، أو من رجل أحاله المديون عليه، فقد بر في يمينه، هكذا ذكر في القدوري.

وذكر في العيون مسألة تدل على أنه لم يبر^(٣) إذا قبض من كفيل المديون أو المحتال^(٤) عليه.

وصورة ما ذكر في العيون: إذا حلف الرجل لا يقبض ماله من المطلوب اليوم فقبض من وكيل المطلوب، يحنث؛ لأن الوكيل بقضاء الدين نائب محض، وإن قبضه من متطوع، لم يحنث، وكذلك لو قبضه من كفيله^(٥) [أو من المحال^(٦) عليه لم يحنث؛ لأنه لم يقبض من نائبه فلم نجعل القبض من الكفيل والمحتال عليه]^(٧) قبضًا من المديون [حتى]^(٨) لم يحنث، فكذا في هذه المسألة لا يجعل^(٩) القبض من الكفيل والمحتال عليه قبضًا من المديون حتى لا يصير الحالف بارًا، [قاله في]^(١٠) القدوري.

وكذا لو حلف المديون ليقضين فلانًا حقه فأمر^(١١) غيره بالأداء أو أحاله فقبض [بر]^(١٢) في يمينه، وإن قضى عنه متبرع لا يبر، وإن عنى أن يكون ذلك بنفسه صدق ديانة وقضاء^(١٣).

وفيه أيضًا: لو حلف المطلوب [أن]^(١٤) لا يعطيه وأعطاه على أحد هذه الوجوه،

- | | |
|----------------------|--|
| (١) سقط في أ. | (٩) في أ: يحصل. |
| (٢) في أ، م: الموكل. | (١٠) في م: قال. |
| (٣) في ب: يؤمر. | (١١) في أ: فأمره. |
| (٤) في أ: احتال. | (١٢) سقط في ب. |
| (٥) في ب: وكيله. | (١٣) البحر الرائق (٤/٣٩٨)، وعيون المسائل، ص (١٧٤). |
| (٦) في م: المحتال. | (١٤) سقط في أ. |
| (٧) سقط في أ. | |
| (٨) سقط في م. | |

حنت، وإن عنى أن يعطيه بنفسه لم يدين في القضاء .
وعلى قياس ما ذكر في العيون: ينبغي ألا يحنت في فصل الحوالة .
وفي العيون: إذا حلف الرجل لا يقبض^(١) ما له على غريمه [فأحال الطالب رجلاً
ليس له على الطالب شيء على غريمه]^(٢) وقبض ذلك الرجل حنت في يمينه؛ لأنه
وكيل الطالب في القبض، وإن كانت الحوالة قبل اليمين فقبض المحتال عليه بعد
اليمين، لا يحنت .

وعلى [قياس]^(٣) هذا: إذا وكل رجلاً بقبض الدين من المديون ثم حلف ألا
يقبض^(٤) ما له عليه فقبض الوكيل بعد اليمين، [لا يحنت]^(٥) .

وقيل: ينبغي أن يحنت في يمينه، وهذا القائل قاس هذه المسألة على ما إذا وكل
رجلاً أن يزوجه امرأة أو وكله أن يطلق امرأته، ثم حلف ألا يتزوج أو حلف ألا يطلق
ثم فعل الوكيل ذلك حنت في يمينه؛ لأن الموكل مُتمكن من عزل الوكيل، فإذا لم
يعزله فكأنه أنشأ^(٦) الوكالة بعد اليمين، وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في آخر
الجامع، وسيأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وفي النوازل: إذا قال المديون لرب الدين: والله لأقضين مالك اليوم فأعطاه ولم
يقبل، قال: إن وضعه حيث تناله يده لو أراد، لا يحنت؛ لأنه قضاء، وإذا^(٧) قال:
إن [لم]^(٨) أقض دراهمك التي لك علي اليوم فعبدني حر، فباعه بها عبداً وسلمه
إليه، فقد قضاه وبر في يمينه، هذا هو لفظ الجامع .

وهذا لأن طريق قضاء الدين المقاصة أن يصير ما يقبضه رب الدين من المديون
مضموناً عليه ولرب الدين على المديون مثله فيلتقيان قصاصاً، وهاهنا وقعت
المقاصة بين يمين العبد وبين الدراهم، وصار ثمن العبد قضاء للدراهم لما عرف أن

(٥) سقط في ب .

(٦) في أ: أثبت .

(٧) في أ: وإن .

(٨) سقط في أ .

(١) زاد في م: من .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في أ، م .

(٤) زاد في م: من .

آخر الدينين يصير قضاء لأولهما وآخر الدينين ههنا^(١) ثمن العبد^(٢) [فصار ثمن]^(٣) العبد قضاء للدراهم من هذا الوجه، فلهذا بر في يمينه، وإنما شرط تسليم العبد مع أن اليمين يجب بنفس البيع لأن^(٤) تعرض السقوط وتقرره بقبض المشتري فشرط تسليم العبد لهذا.

وفي آخر الجامع وضع المسألة في جانب^(٥) الطالب.

إذا حلف الطالب فقال: [إن]^(٦) لم أقبض ما لي عليك من الدراهم فكذا، فأخذ به ثوبًا أو عبدًا، فقد قبض الألف وبر في يمينه، وكذلك إذا قال: إن لم آخذ ما لي عليك من الدراهم فكذا، فأخذ به ثوبًا أو عبدًا فقد قبض الدراهم، وبر في يمينه، وكذلك إذا حلف إن لم آخذ ما لي عليك، أو قال: إن لم أستوف ما لي عليك فأخذ به ثوبًا أو عبدًا، فقد بر في يمينه والمعنى ما ذكرنا.

وإذا حلف الطالب ليقبضن ما له على الغريم اليوم، ثم إن الحالف استهلك شيئًا من مال الغريم، فإن كان المستهلك مثلًا، لا يبر في يمينه، وإن كان غير مثلي فإن كان في قيمته وفاء بالدين، بر في يمينه؛ لأنه وجبت القيمة وهو [من]^(٧) جنس^(٨) الدين فتقع المقاصة ولكن بشرط أن يكون غصبه أولاً ثم استهلكه وإن استهلكه، ولم يقبضه، لم يبر هكذا ذكر في العيون.

وذكر المسألة في القدوري ولم يشترط هذا الشرط فقال: إذا غصب الحالف مالاً مثل دينه أو استهلك عليه عرضاً أو دينارًا، فقد بر في يمينه.

وجه ما ذكر^(٩) في العيون: أن شرط البر القبض فإن [قبض]^(١٠) غصب أولاً ثم استهلك كان هذا القبض موجبًا للمقاصة وبالمقاصة يقع القبض فأمكن أن يجعل هذا قبضًا لدينه، فأما إذا استهلكه ولم يقبضه^(١١) لم^(١٢) يوجد القبض حقيقة ليجعل

- | | |
|--------------------|----------------------|
| (١) في أ: قضاء. | (٧) سقط في أ، م. |
| (٢) في أ: العبدين. | (٨) زاد في م: الثوب. |
| (٣) في أ: قضاء و. | (٩) في أ، ب: ذكرنا. |
| (٤) في أ، م: لأنه. | (١٠) سقط في أ. |
| (٥) في أ: حديث. | (١١) في ب: يغصبه. |
| (٦) سقط في ب. | (١٢) في أ: ولم. |

[قضاء الدين]^(١) معنى؛ ألا ترى أن الرجلين لو كان بينهما مال على رجل فغصب أحدهما ثوبا للمديون واستهلكه رجع عليه شريكه؛ لأن في الوجه الأول صار قابضًا، وفي الوجه الثاني لا يصير قابضًا.

وفي المسألة نوع إشكال، خصوصًا على أصل أبي حنيفة - رحمه الله -، فإن من مذهبه أن حق المغصوب منه لا ينقطع عن العين بمجرد الاستهلاك ما لم يقض القاضي على الغاصب بالقيمة فقبل قضاء القاضي بالقيمة كيف تقع المقاصة؛ ولأنه^(٢) يجوز أن يقضي القاضي بالقيمة دراهم، والدين يكون دنانير، أو يقضي بالقيمة دنانير والدين يكون دراهم، فكيف يمكن القول بالمقاصة قبل قضاء القاضي؟ وفي المنتقى: إذا غصب الحالف منه مالاً مثل ذلك فهذا قبض، فيبر، وكذلك لو كان له عنده ودیعة فأنفقها فقد بر.

وفي أيمان النوازل: رجل له على آخر دراهم ثمن مبيع فحلف ألا يأخذ منه شيئاً فأخذ مكانه حنطة أو شعيراً، يحنث في يمينه؛ لأنه أخذ [عوضاً له]^(٣) فصار أخذاً له معنى؛ ألا ترى أنه لو كان له شريك في ذلك الثمن كان^(٤) للشريك أن يأخذ نصف المقبوض^(٥) فعلم أنه ثمن معنى، قاله في الأصل.

إذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي [ما عليه]^(٦) فلزمه، ثم إن الغريم فر منه، لا يحنث؛ لأنه لم يفارق غريمه إنما فارقه الغريم، ولو كان حلف [على]^(٧) ألا يفارقه غريمه، وباقي المسألة بحالها، يحنث، وإذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه فقعد مقعداً حيث يراه حتى لا يفوته ويحفظه فهو ليس بمفارق له، وإن حال بينهما سترة أو عماد من عمد المسجد، فليس بمفارق له أيضاً، وكذلك، إذا جلس أحدهما خارج المسجد والآخر داخل المسجد والباب مفتوح بحيث يراه فليس بمفارق له، وإذا توارى عنه بحائط المسجد والآخر داخله [فهو مفارقه]^(٨)،

(٥) فراغ بمقدار كلمة في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

(١) في ب: قبضا للدين.

(٢) في أ: لأنه.

(٣) في ب، م: عوضه.

(٤) زاد في أ: عليه.

وكذلك إذا كان بينهما باب مغلق والمفتاح بيد الحالف [والحالف]^(١) خارج الباب قاعد على الباب، هذه الجملة من المنتقى.

وفي الحيل: إذا نام الطالب، أو غفل عن المطلوب، أو شغله إنسان بالكلام فهرب المطلوب، لا يحنث في يمينه، ولو لم ينم^(٢) ولم يغفل عنه، فذهب ولم يذهب معه الطالب ولم يمنعه مع^(٣) الإمكان، يحنث في يمينه؛ لأنه لما لم يمنعه ولم يذهب معه مع الإمكان صار كالمفارق له، فيحنث، وبما ذكر في الحيل تبين أن مسألة الأصل التي تقدم ذكرها على التفصيل.

وفيه أيضًا: لو منعه إنسان عن الملازمة^(٤) حتى هرب المطلوب، لا يحنث في يمينه.

وإذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه فأخذ به رهناً أو كفيلاً، حنث إلا إذا هلك الرهن قبل الافتراق وقيمه مثل الدين أو أكثر فحيثنث لا يحنث.

وإذا جاء الطالب إلى باب مديونه، وحلف ألا يذهب من هذا الموضع حتى يأخذ حقه فجاء^(٥) المديون ونحاه عن ذلك الموضع [وفارسيته: (نسيوخلتش وإنجا تليداخنس)]^(٦) ثم ذهب بنفسه قبل أن يقبض حقه، فقد قيل: يحنث في يمينه.

[وقيل: (اكر حنان نسبو خنش ارا نجابي بوديكي حيدكام بيرون ايدا حيس بي ابك تقدم خويس برفتي)]^(٧).

وقيل^(٨): لا يحنث؛ لأنه ما ذهب من بابه، بل ذهبوا به. وذكر في العيون ما^(٩) يدل على الحنث في فصل الرهن إن^(١٠) هلك الرهن في يده. ووجه ذلك: أن شرط البر قبض يفيد ملك الرقبة واليد، وذلك لا يتحقق في فصل الرهن^(١١) وإن هلك الرهن^(١٢) في يده.

- | | |
|---------------------|--------------------|
| (١) سقط في م. | (٧) سقط في أ. |
| (٢) في أ: بير. | (٨) في ب: ثم ذهب. |
| (٣) في م: عن. | (٩) في ب: مسألة. |
| (٤) في ب: المطالبة. | (١٠) في م: فإنه. |
| (٥) في أ: من. | (١١) في ب: الراهن. |
| (٦) سقط في أ. | (١٢) في ب: الراهن. |

وفيه أيضًا: إذا حلف المطلوب ليقضين^(١) فلائًا حقه غدًا فلم يتهيأ له ذلك، فالحيلة بأن يبيع [من]^(٢) الطالب عرضًا بحقه ثم يقيله البيع فيه فيعود الدين على حاله.

وفيه أيضًا: إذا حلف لا يتقاضى فلائًا فلزمه ولم يتقاضه، لا يحنث؛ لأن الملازمة لا تسمى تقاضيًا.

إذا حلف المطلوب ليقضين حق فلان غدًا فغاب المحلوف عليه ولم يجده المطلوب ليقضي حقه، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أنه لا حنث^(٣) عليه. وفي النوازل: أنه يدفع إلى القاضي، ولا يحنث في يمينه، ويكون الدفع إلى القاضي في هذه الصورة كالدفع إلى المحلوف عليه نظرًا للحالف، وعليه اختيار الصدر الشهيد.

وذكر هذه المسألة في واقعات الناطفي وقال: ينصب القاضي وكيلًا ويأمره بالدفع إليه، فإذا دفع إليه، لا يحنث.

وفي نوادر ابن سماعة - رحمه الله - عن أبي يوسف - رحمه الله - في عين^(٤) هذه الصورة: أن المطلوب إذا جاء بالمال إلى الحاكم، وأعلمه بذلك فجعل الحاكم وكيلًا وأمره بقبض الدراهم وأشهد المطلوب بالبراءة و^(٥) أشهد على الغائب أنه قبض، فهذا باطل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله -.

وفي فتاوى أهل سمرقند من هذا الجنس: جابي الخراج إذا حلف بهذه اللفظة (أكر فلان أزوره درن بمن راست بكنى فلا حاي هرز في كه اريسه طلاق) وحلف ذلك الرجل على هذا الوجه، ثم إن الحالف جاء بالدراهم إلى ذلك الموضع في ذلك اليوم، ولم يجد الجابي حتى مضى ذلك اليوم ثم تزوج امرأة قال: لا تطلق. وفي فتاوى أهل سمرقند: السلطان إذا حلف أهل القرية على أن يؤدوا خراج تلك

(١) في ب: ليعطين.

(٤) في م: غير.

(٢) سقط في ب.

(٥) في ب: أو.

(٣) في أ: يحنث.

القرية إلى وقت كذا، فأدى الخراج كله رجل من غير أهل تلك القرية بغير أمر أهل تلك القرية، فلا حنث عليهم في قول أبي حنيفة - رحمه الله-؛ لأنه لما أدى خراجهم وقبل السلطان ذلك من المؤدي، لم يبق الخراج عليهم فلا يتصور البر واليمين [مؤقتة]^(١) فيبطل عندهما.

وإذا قال: والله لا أدع ما لي عليك اليوم وقدمه إلى القاضي وحلف^(٢) فقد بر، وكذلك لو لم يقدمه إلى القاضي ولازمه إلى الليل.

سئل شمس الإسلام الأوزجندی عن صاحب الدين: إن لم أقض حنك يوم العيد فكذا، فجاء^(٣) يوم العيد إلا أن قاضي هذه البلدة لم يجعله عيداً ولم يصل فيه صلاة العيد بدليل عنده، وقاضي بلدة أخرى جعله عيداً وصلى فيه، قال: إذا حكم قاضي بلدة بكونه عيداً يلزم ذلك قاضي بلدة أخرى إذا لم تختلف المطالع كما في الحكم [بالرمضانية]^(٤).

وفي فتاوى ما وراء النهر: سئل أبو نصر الدبوسي عن حلف غريمه أن يأتي منزله غداً ويريه وجهه فأتاه ولم يجده وقد غاب، لا يحنث في يمينه، والله أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ.

(٢) في ب، م: وحلفه.

(٣) في أ: في.

(٤) سقط في أ.

فصل في تعليق الأجزئية^(١) المختلفة بالشرط

إذا قال الرجل: إن دخلت الدار فامرأته طالق، وعنده حر، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى^(٢) إن كلمت فلاناً، كانتا^(٣) يمينين في ظاهر الرواية، وتعلق الطلاق والعتاق بالدخول^(٤)، وتعلق الحج بالكلام؛ لأنه ذكر الأجزئية^(٥) الثلاثة عقيب الشرط الأول متصلًا^(٦) بحرف العطف؛ وهذا يقتضي تعلق الكل^(٧) به بحكم العطف.

ألا ترى أنه لو اقتصر على الشرط الأول ولم يذكر الشرط الثاني تعلق الكل بالشرط الأول، فلا يقطع^(٨) شيء فيها^(٩) عن الشرط الأول إلا لضرورة، وإذا ذكر الشرط الثاني جاءت الضرورة وهي ضرورة صيانة الشرط الثاني عن الإلغاء، وهذه الضرورة تندفع بتعليق الجزء الثالث بالشرط الثاني، فلا يقطع الجزء الثاني^(١٠) عن الشرط الأول.

وعلى هذا إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار، فأنت طالق وطالق وطالق إن كلمت فلاناً، تعلق الطلاق الأول والثاني بالشرط الأول، وتعلق الثالث بالشرط الثاني. ولو قال: امرأته^(١١) طالق إن دخل الدار، وعنده حر، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن كلم فلاناً، فهما يمينان في ظاهر الرواية، وتعلق الطلاق بدخول الدار، وتعلق العتاق والحج بالكلام، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هاهنا ذكر الأجزئية متقطعة [إلا أنه]^(١٢) ذكر بين^(١٣) الأجزئية الشرط، وليس الشرط من جنس الجزء فلا يلحق بالأول إلا لضرورة ولا ضرورة بحق الثاني؛ لأنه أمكن إلحاقه بالثالث. ولو قال: امرأته طالق إن دخل الدار وعنده حر، فالحرية تتعلق بالدخول.

(٨) في م: يقع.
 (٩) في ب: منهما.
 (١٠) في م: الثالث.
 (١١) في ب: لامرأته.
 (١٢) في ب، م: لأنه.
 (١٣) في أ: من.

(١) في أ: الأجوبة.
 (٢) في م: الحرام.
 (٣) في ب: كان.
 (٤) في م: بدخوله.
 (٥) في أ: الأجوبة.
 (٦) زاد في أ، م: به.
 (٧) في ب: الحكم.

وطريقه: أن يجعل قوله: (وعبده حر) مقدمًا على الدخول؛ لأن غرض الحالف التعليق لوجود دليله وهو الشرط، وإنما يتعلق العتق بالدخول إما بتقديم العتق على الدخول ليصير تقدير المسألة: امرأته طالق وعبده حر إن دخل الدار، أو يتأخر [الطلاق عن الدخول]^(١)؛ وعند ذلك يحتاج إلى إضمار حرف (الفاء) ليصير تقدير المسألة: إن دخل الدار فامرأته طالق وعبده حر، [فأخبر بالتقديم]^(٢) لأن التقديم أهون من الإضمار، والله أعلم^(٣).

ذكر^(٤) القدوري: إذا قال الرجل: عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى، فدخلها ناسيًا، ثم دخلها ذاكراً [لم يحنث، ولو قال: [لا أدخل]^(٥) هذه الدار إلا ناسيًا [فكذا]^(٦) فدخلها ناسيًا ثم دخلها ذاكراً]^(٧) حنث. والفرق: أن كلمة (إلا) [أن]^(٨) كلمة غاية، وقد دخلت على ما يقبل التأقيت، وهو اليمين فيجعل غاية.

إذا ثبت هذا فنقول: الحالف جعل ليمينه غاية، وهو النسيان، فإذا نسي فقد وجدت الغاية وانتهت اليمين، فلا يحنث بعد ذلك بالدخول، وإن دخلها [ذاكراً]^(٩) وأما كلمة (إلا) ليست كلمة غاية، بل هي كلمة استثناء فقد حرم الدخول على نفسه باليمين، واستثنى دخولاً موصوفاً بصفة النسيان، وكل دخول يكون بهذه الصفة [لا]^(١٠) يكون داخلاً^(١١) في اليمين [وما لا يكون بهذه الصفة يكون داخلاً في اليمين]^(١٢).

ذكر في أيمان الأصل في باب من الأيمان إذا قال: والله لا أفعل كذا إلا أن أستطيع وجعله على ثلاثة أوجه: إن عنى به عدم استطاعة تكون بسبب القضاء والقدر

(١) في أ: الدخول عن الطلاق.

(٢) في ب: فاخترنا التقديم، وفي م: فتأخير التقديم.

(٣) زاد في م: الفصل الخامس عشر: في الأيمان التي يكون فيها الاستثناء.

(٤) زاد في م: في.

(٥) في أ، م: إن دخل.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) سقط في ب، م.

(١٠) سقط في أ، وفي م: أنها.

(١١) سقط في ب.

(١٢) سقط في ب، م.

بأن كان في قضاء الله تعالى وقدره بخلاف ما^(١) حلف عليه، ففي هذا الوجه نيته صحيحة، وإذا فعل ذلك الفعل، لا تلزمه الكفارة؛ لأن تقدير يمينه: والله لا أفعل كذا إلا أن يكون [قضى الله تعالى به، فإذا فعل تبين أن]^(٢) الله تعالى قد قضى به^(٣)، ولو كانت اليمين بالطلاق والعتاق فالقاضي لا يصدقه، وإن عني به عدم استطاعة تكون بسبب [أمر]^(٤) عارض يحدث فيه فإنه تصح نيته ويصير تقدير يمينه كأنه قال: والله لا أفعل كذا إلا عند إكراه السلطان أو ما أشبهه، فإن فعل قبل أن يعرض له ذلك، حث، وإن فعل بعدما عرض له ذلك لا يحث، وإن لم يكن له نية في الاستطاعة فهو على أمر يحدث، ولا يكون على القضاء والقدر.

وفي الجامع الصغير: إذا قال لغيره: إذا لم آتك غداً إن استطعت فكذا، فهذا على ثلاثة أوجه أيضاً: أن ينوي به الاستطاعة بانعدام الموانع من مرض أو سلطان يمنعه أو حابس يحبس، وفي هذا الوجه إن مضى الغد ولم يأته ولم يعترض مانع من هذه الأشياء، حث في يمينه؛ لأن الاستطاعة تذكر ويراد بها [سلامة الآلات و]^(٥) الأسباب، ويصير [تقدير يمينه]^(٦): إن لم آتك من غير اعتراض هذه العوارض. وإن نوى استطاعة [قدرة]^(٧) فهو مصدق فيما بينه وبين الله تعالى، ومعناها القدرة الحقيقية التي يجريها^(٨) الله تعالى للعبد حالة الفعل لا يتقدم الفعل [عليه]^(٩) ولا يتأخر عنه، فإذا نوى ذلك ولم يأت، لا يحث في يمينه، ويكون ذلك بمنزلة الاستثناء وإنما لا يحث؛ لأن هذه الاستطاعة لو وجدت يوجد^(١٠) الفعل معها، وهل يصدق في القضاء؟ فيه روايتان، وإن لم يكن له نية فهو على الاستطاعة بانعدام الموانع من مرض أو^(١١) ما أشبهه، فإذا لم يأت ولم يعترض هذه الموانع، حث في يمينه.

(٧) سقط في ب، م.
 (٨) في م: يحدثها.
 (٩) سقط في أ، م.
 (١٠) في أ: لوجد.
 (١١) في أ، م: و.

(١) زاد في أ: لو.
 (٢) ما بين المعقوفين في ب: قضاء.
 (٣) زاد في م: وشاء.
 (٤) سقط في ب، م.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في م: يمينه.

وفي المنتقى: إذا قال الرجل لأجنبية: كل امرأة يتزوجها غيرك إلا أن [لا]^(١) تزوجيني نفسك فهي طالق، ثم إن هذه المرأة أبت أن^(٢) تزوج نفسها من هذا الرجل الحالف، فتزوج الرجل بامرأة، ثم إن المحلوف لأجلها زوجت نفسها منه، قال: إذا تزوج هذه، طلقت كل امرأة تزوجها بعد اليمين.

إذا قال [الرجل]^(٣) لامرأته: أنت طالق إلا أن يقدم فلان^(٤)، لم تطلق حتى ينظر أيقدم فلان^(٥) أو لا يقدم؟ فإن قدم لا تطلق، وإن مات قبل أن يقدم تطلق [امرأته]^(٦).

الأصل أن كلمة (إلا أن) كلمة^(٧) غاية، فيجب حملها على الغاية ما أمكن، وإنما يثبت الإمكان بدخولها على ما يقبل التأقيت، فأما إذا دخلت على ما لا يقبل التأقيت لا يمكن جعلها غاية؛ لأن ما لا يقبل التأقيت [لا يكون له غاية؛ لأن ضرب الغاية توقيت، فحيثئذ يجعل مجازًا [عن غيره]^(٨) على حسب ما يليق به.

إذا ثبت هذا فنقول في مسألتنا هذه: الكلمة دخلت على ما لا يقبل التأقيت^(٩)، وهو الطلاق؛ [إذ]^(١٠) الواقع في [وقت واقع في]^(١١) الأوقات كلها فيجعل مجازًا عن الشرط لمقارنته بين الشرط وبين الغاية في المعنى الخاص من حيث إن المقصود له الغاية لا يبقى بعد [وجود الغاية، والمعلق بالشرط أيضًا لا يبقى بعد]^(١٢) وجود الشرط إذا حمل على الشرط، فصار تقدير المسألة: أنت طالق إن لم يقدم فلان. قال مشايخنا - رحمهم الله - : والجواب في قوله: (حتى يقدم فلان) نظير الجواب في قوله: (إلا أن يقدم فلان)، وإن لم يذكر محمد - رحمه الله - (حتى) هاهنا [لأن (إلا أن) للغاية]^(١٣) و(حتى) للغاية أيضًا.

- | | |
|------------------|------------------------------|
| (١) سقط في م. | (٨) في أ: لغيره. |
| (٢) في ب: ألا. | (٩) سقط في أ. |
| (٣) سقط في م. | (١٠) سقط في م. |
| (٤) في م: زيد. | (١١) سقط في ب. |
| (٥) في م: زيد. | (١٢) سقط في ب. |
| (٦) سقط في م. | (١٣) في ب: لا إلا أن الغاية. |
| (٧) سقط في أ، م. | |

ولو قال لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان، قال ذلك لإنسان آخر فكلم الأول قبل أن يقدم فلان، طلقت امرأته قدم فلان بعد ذلك أو لم يقدم، ولو قدم فلان، ثم كلم الأول، لم تطلق امرأته؛ لأن قوله: أنت طالق إن كلمت فلاناً، يمين تامة، وقد أدخل عليها كلمة (إلا أن)، واليمين قابلة للتأقيت فيمكن جعل كلمة (إلا [أن])^(١) غاية [فقد جعل غاية]^(٢) يمينه قدوم فلان، فإذا كلم الأول قبل قدوم فلان، فقد وجد شرط الحنث واليمين باقية، فإذا قدم فلان أولاً انتهت اليمين، فإذا كلم الأول بعد ذلك، فقد وجد الشرط واليمين منتهية، والجواب في قوله: أنت طالق إلا أن أدخل^(٣) الدار نظير الجواب في قوله: أنت طالق إلا أن يقدم فلان.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يرى فلان غير ذلك، إن كان فلان حاضراً وسمع مقالة الحالف، وقام عن المجلس قبل أن يرى غير ذلك، فالمرأة طالق، وإن كان غائباً، فله مجلس العلم؛ لأن كلمة (إلا إن) دخلت على ما لا يقبل التأقيت، وهو الإيقاع فإن قوله: أنت طالق ثلاثاً إيقاع فيجعل كناية ومجازاً عن الشرط، وهو قوله: إن لم ير فلان [غير ذلك]^(٤)، وإذا قام عن المجلس قبل رؤيته غير ذلك، فقد تحقق الشرط وهو عدم الرؤية غير ذلك.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب عقيب هذه المسألة: وذلك بلسانه دون قلبه، يريد به أن شرط البر والحنث في هذه المسألة يعتبر باللسان دون القلب، حتى لو قال في المجلس: رأيت غير ذلك صواباً، لا يقع الطلاق وإن لم ير^(٥) ذلك بقلبه، وإن رأى ذلك بقلبه، ولم يقل بلسانه شيئاً حتى قام عن المجلس [لا يقع]^(٦) الطلاق؛ لأن ما كان من أعمال القلب فالحكم المعلق به معلق بالإخبار عنه، كما لو قال لامرأته: إن كنت تحبين النار فأنت طالق فقالت: أنا أحبها.

ولو قال لها: أنت طالق إلا أن أرى غير ذلك، فهذا لا يقتصر على المجلس حتى

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: يرد.

(٦) في أ: يقع.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: تدخل.

لو قال [لها]^(١) بعد القيام^(٢) عن المجلس: رأيت غير ذلك، لا يقع الطلاق، وكذلك إذا قال: إلا أن أشاء^(٣) غير ذلك بخلاف ما إذا قال: إلا أن يرى فلان غير ذلك، إلا أن يشاء فلان غير ذلك، فإن ذلك يقتصر على المجلس [والفرق: أن قضية القياس في الأجنبي ألا يقتصر على المجلس]^(٤) كما في سائر الشروط.

تركنا القياس في الأجنبي؛ لأن ذلك تملك معنى؛ لأنه صفة من صفات قلبه فيكون تملكاً وتفويضاً كما لو حصل التعليق بالرؤية، وجواب التملك يقتصر على المجلس بهذا الطريق كان للمخيرة المجلس، وهذا^(٥) المعنى لا يتأتى في حق الزوج؛ لأن الزوج كان مالاً للطلاق قبل هذا، فلا يكون هذا تملكاً منه فلا يفارق هذا سائر الشروط والأفعال [في حق الزوج، والعدم^(٦) في سائر الشروط والأفعال]^(٧) لا يتحقق إلا بانقضاء عمره كذا هاهنا.

وإن ماتت الزوجة^(٨) في هذه الصورة قبل أن يقول الزوج: رأيت غير ذلك، لا يقع عليها^(٩) من الثلاث شيء؛ لأن بموت المرأة لا يقع [اليأس]^(١٠) ما دام الزوج حيّاً؛ لأنه يمكن للزوج أن يقول: رأيت غير ذلك، بخلاف ما إذا مات الزوج قبل أن يقول: رأيت غير ذلك؛ لأن بموت الزوج يقع [اليأس عن البر]^(١١) لأن رؤيته غير ذلك بعد موته لا يتصور، وهذا هو الطريق فيما إذا قال لها: إن [لم آت]^(١٢) البصرة فأنت طالق، فماتت المرأة قبل الإتيان، لا يقع الطلاق [ولو مات الزوج، يقع]^(١٣)، والله أعلم.

- | | |
|----------------------------|-----------------------------|
| (١) سقط في ب. | (٨) في أ: المرأة. |
| (٢) في ب: ذلك قيام. | (٩) في ب: الطلاق. |
| (٣) زاد في ب: أنا. | (١٠) في أ: شيء، وسقط في ب. |
| (٤) سقط في أ، م. | (١١) في أ: الثاني عن اللغو. |
| (٥) زاد في أ: المجلس وهذا. | (١٢) في ب: آتي. |
| (٦) في ب: والمعدم. | (١٣) سقط في م. |
| (٧) سقط في م. | |

فهرس المحتويات

كتاب العتاق

٣	الفصل الأول: الألفاظ التي يقع بها العتق والتي لا يقع
١٤	الفصل الثاني: في تعليق العتق
١٤	في تعليق العتق بالملك والشراء
١٧	في تعليق العتق بأداء المال
٢٣	في تعليق العتق بالخدمة
٢٤	قال لعبده: أنت حر على أن تحج عني
٢٥	قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر
٢٦	قال لعبده: إذا سقيت الحمار فأنت حر
٢٧	الفصل الثالث: في شراء بعض العبد وفي وبيع نفسه
٢٨	الفصل الرابع: في تفويض العتق إلى الغير
٢٩	الفصل الخامس: في أمر الرجل غيره بإعتاق عبده ينزل على الأمر
٣١	الفصل السادس: في المدبر والمكاتب وأم الولد
٤٧	الفصل السابع: في الشهادة على العتق
٥٠	الفصل الثامن: في إعتاق العبد المشترك
٥٤	الفصل التاسع: في المتفرقات

كتاب المكاتب

٦٣	الفصل الأول: في بيان شرط جواز الكتابة وحكمها والألفاظ التي تقع بها الكتابة
٦٥	الفصل الثاني: في بيان ما تصح الكتابة به وما لا تصح
٧٧	الفصل الثالث: في الشرط والخيار في الكتابة
٨٠	الفصل الرابع: في عجز المكاتب وفسخ الكتابة بسبب عجزه
٨٣	الفصل الخامس: في بيان ما يملك المكاتب وما لا يملك
	الفصل السادس: في ملك المكاتب ولده أو بعض ذي رحم محرم أو امرأته
٩٣	وفي المكاتب يموت عن وفاء وفي أولاد المكاتب
١٠٠	الفصل السابع: في العبد الذي يكون بين رجلين فكاتبه أحدهما
١٠٦	الفصل الثامن: في الرجل يكاتب شقص مملوكه
١١١	الفصل التاسع: في الاختلاف الواقع بين المولى وبين المكاتب

كتاب الولاء

١١٧	الفصل الأول: في ولاء العتاقة
١٢١	إذا مات المعتق وترك عصبة عصبة المعتق
١٢٥	يموت الرجل ويترك مآلاً ولا يترك وارثاً
١٢٩	بعض مسائل جزّ الولاء

١٣٢	في توقيف الولا
١٣٦	غير المسلم يعتقد عبداً ليس بمسلم فيكون ولاؤه له
١٣٨	الفصل الثاني: في ولاء الموالاة
١٤٠	إذا أسلم الرجل على يدي رجل، وعاقده عقد الموالاة
١٤٣	الفصل الثالث: في الإقرار بالولاء
١٤٧	الفصل الرابع: في الاستحلاف في هذا الباب

كتاب الأيمان

١٥٢	الفصل الاول: في ألفاظ اليمين
١٥٢	في الحلف بأسماء الله تعالى
١٥٨	إذا حلف بصفة من صفات الذات فهو يمين
١٦٠	إذا قال: ودين الله لا أفعل كذا، فهذا ليس بيمين
١٦١	إذا قال: دخول الدار عليّ حرام، كان يميناً
١٦٤	إذا قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي، إن فعل كذا فهو يمين
١٦٦	إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله تعالى ورسوله، فهو يمين
١٦٩	اليمين على نية الحالف مظلوماً، وإن كان ظالماً على نية المستحلف
١٧٢	في تكرار الاسم ما يكون يميناً واحداً أو يمينين
١٧٧	الفصل الثاني: في أنواع اليمين
١٧٧	اليمين بالله تعالى
١٨٤	اليمين بغير الله تعالى
١٨٩	في «لو» و«لولا» إذا جعل شرطاً
١٩٠	في حرف الاستثناء إذا جعل شرطاً
٢٠١	في عطف الشروط بعضها على البعض
٢١١	في الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال
٢١٥	في الشرط الذي يكون على الفور أو على التراخي
٢١٩	في بيان كلمة "أو"
٢٢٢	المعرف من كل وجه لا يدخل تحت اسم النكرة
٢٣١	إذا قال: إن أكل كذا وشرب وكلم فلاناً، فامرأته طالق، لم يقع الطلاق
٢٣٣	الفصل الثالث: في اليمين إذا جعل لها غاية
٢٤٥	الفصل الرابع: في الشرط الذي يحمل على معناه دون لفظه وما يعتبر فيه اللفظ
٢٦٦	الفصل الخامس: في الرجل يحلف فينوي التخصيص
٢٧٦	الفصل السادس: في تقييد اليمين المطلقة بالدلالة
٢٧٨	الفصل السابع: في العطف على اليمين بعد السكوت
٢٨٠	الفصل الثامن: في الرجل يحلف على شيء فيتغير عن حاله
٢٩٠	الفصل التاسع: في الجمع بين الحقيقة والمجاز
٣٠١	الفصل العاشر: في الجمع المضاف إلى الجمع أو إلى الواحد
٣٠٤	الفصل الحادي عشر: في عموم النكرة وخصوصها
٣٠٨	الفصل الثاني عشر: في تعليق الحكم بالجمع المنكر والمعرف

٣١٢	الفصل الثالث عشر: في الحلف على الأقوال
٣١٢	في الكلام وما يتصل به
٣٢٩	في قراءة القرآن
٣٣٨	في السب والشتيمة وما يتصل بهما
٣٤٢	في الطلاق والعنق
٣٥٠	الفصل الرابع عشر: في الحلف على العقود
٣٥٠	في النكاح
٣٦٢	في البيع والشراء والملك
	في الهبة، والصدقة، والإجارة، والاستئجار، والعارية، والشركة، والقرض،
٣٧٧	والاستقراض، والكفالة، والوصية، والاستدانة
٣٨٤	الفصل الخامس عشر: في الحلف على الأفعال
٣٨٤	في الصلاة والصوم والحج
٣٩٧	في الوضوء والغسل
٤٠٠	في الأكل
٤٠٣	إذا عقد يمينه على مأكول بعينه ينصرف يمينه إلى أكل عينه
٤٢١	الحالف يأكل المحلوف عليه بعدما خلطه بخلاف جنسه
٤٣٥	في مسائل الشرب
٤٤٧	في الذوق
	في الجماع والزنا وما يتصل به من المضاجعة وغيرها، ويدخل في هذا
٤٤٩	النوع النوم معها وما يتصل به، والخلوة وأشبه ذلك
٤٥٧	في اللبس ويدخل فيه مسائل الغزل والنسج والكسوة
٤٧١	في الدخول
٤٩١	في السكنى
	في الخروج والإتيان والمجيء والذهاب، والعود والقعود والصعود
٥٠٦	والنزول والرد
٥١٩	في الضرب والتعذيب والحبس والأذى
٥٢٤	في السرقة وما هو بمعناها من الرفع والنقب وغير ذلك وفي الرد والأداء
٥٢٨	فيما يجري بين صاحب المال وبين غريمه
٥٣٦	فصل في تعليق الأجزية المختلفة بالشرط
٥٤٢	فهرس المحتويات

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزيب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم التحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد السادس

يحتوي على:

تتمّة كتاب الأيمان - الحدود - السرقة - السير



دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الإيمان]

الفصل السادس عشر

في الإيمان على الأفعال في المكان والزمان

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل : عبده حر إن صام شهر رمضان بالكوفة ، وكان بالكوفة شهر رمضان ، إلا أنه كان مريضاً فلم يصمه ، لا يحنث في يمينه ؛ لأن شرط حنثه أن يصوم رمضان بالكوفة ولم يصم .
ولو قال : عبده حر [إن أفطر]^(١) بالكوفة فكان يوم الفطر وهو بالكوفة ، إلا أنه لم يأكل في يومه ذلك ، يحنث .

علل محمد - رحمه الله - في الكتاب فقال : لأنه مُفطر وإن لم يأكل ، ومعنى هذا الكلام أن الفطر كما يثبت بالأكل يثبت بترك نية الصوم ؛ لأنه [لا]^(٢) يكون صائماً بدون النية ، وإذا لم يكن صائماً يكون مفطراً ؛ إذ لا واسطة بينهما .
وفائدة^(٣) هذا التعليل أنه لو أصبح [صائماً]^(٤) يوم الفطر بالكوفة [أنه]^(٥) لا يحنث ، ومن وجه آخر أن الفطر كما يذكر ويُراد به الخروج عن الصوم بتناول ما يوجب الفطر يذكر ويراد [به قبل دخول الفطر ، قال النبي ﷺ : «إذا أقبل الليل من هاهنا وأدبر النهار من هاهنا فقد أفطر الصائم»^(٦) ، معناه دخل]^(٧) وقت الفطر ، وقد قام الدليل على أن المراد هنا دخول وقت الفطر ، فإن الفطر أُضيف إلى مكان عام ، والفطر إذا أُضيف إلى مكان عام يُراد به دخول وقت الفطر ، فإن العيد إذا أقبل

(١) زاد في م : إن لم يفطر . (٢) سقط في ب .

(٣) في أ ، ب : ويؤيد . (٤) سقط في ب .

(٥) سقط في ب .

(٦) أخرجه البخاري (٢٣١/٤) كتاب الصوم ، باب : متى يحل فطر الصائم ، حديث (١٩٥٤) ،

ومسلم (٧٧٢/٢) كتاب الصيام ، باب : بيان وقت انقضاء الصوم وخروج النهار ، حديث

(١١٠٠/٥١)

(٧) سقط في ب .

يقولون: أفطرنا في بلد كذا، ويريدون بذلك دخول وقت الفطر وكيونتهم^(١) في ذلك البلد يوم الفطر فحمل [عليه بحكم]^(٢) العرف وصار تقدير يمينه: إن كنت يوم الفطر بالكوفة فعبدي حر.

وفائدة^(٣) هذا التعليل أنه لو أصبح يوم [الفطر بالكوفة]^(٤) صائماً أن يحنث في يمينه؛ لأن شرط الحنث على هذا الوجه كونه بكوفة يوم الفطر.

[ولو قال:]^(٥) عبده حر إن رأى هلال الشهر الداخل بالكوفة، فأهل الهلال وهو بالكوفة وعلم به، يحنث في يمينه، وإن لم ير الهلال بنفسه، واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة.

بعضهم قالوا: شرط الحنث كينونته بالكوفة يوم يرى الناس الهلال، فالعرف الظاهر فيما بين الناس أنهم يقولون: رأينا الهلال ببلدة كذا وإن لم يروا بأنفسهم ويريدون [به]^(٦) الكينونة [بتلك البلدة يوم رؤية الهلال، وصار تقدير يمينه: إن كنت بالكوفة]^(٧) يوم رأى الناس الهلال بها، فعبدي حر.

وبعضهم قالوا: شرط الحنث العلم بالهلال بالكوفة؛ لأن الرؤية كما تذكر [ويراد بها الرؤية بالعين، تذكر]^(٨) ويراد بها العلم بالقلب، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ الْأَظْلَمَ﴾^(٩)، المراد هو العلم [وقال ﷺ]: «صوموا لرؤيته»^(١٠) والمراد

(١) في أ: ولتفويتهم.

(٢) في أ: على تحكم.

(٣) في أ، ب: وفود.

(٤) في أ: بكوفة، وفي ب: الفطر بكوفة.

(٥) في أ: وقوله.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في م.

(٩) سورة الفرقان آية: ٤٥.

(١٠) تقدم.

هو العلم^(١)، إلا أنه غلب استعمالها عند الإطلاق في العلم، فالأعمى يقول: رأيت الهلال، ويريد العلم، والناس يقولون في عاداتهم: رأينا الهلال ببلدة [كذا، وإن لم]^(٢) يروه بأنفسهم ويريدون العلم، فعند الإطلاق حمل عليه بحكم غلبة الاستعمال، وصار تقدير يمينه: إن علمت بالهلال بالكوفة فعبدني حر، وإن نوى النظر بالعينين فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وهذه حقيقة مستعملة.

ولو قال: عبده حر إن ضحى العام بالكوفة، وكان بالكوفة يوم الأضحى إلا أنه لم يضح، لا يحنث في يمينه؛ لأن التضحية إقامة النسك بإراقة دم شيء من الأنعام ولم يوجد عرف بخلاف هذه الحقيقة [بل العرف شاهد للحقيقة]^(٣) فإنه لا يقال: فلان ضحى إلا إذا ذبح، فصار شرط الحنث الذبح^(٤) بالكوفة في أيام الضحية^(٥) ولم يوجد، وإن نوى الكينونة بالكوفة وقت التضحية فهو على ما نوى [فيما]^(٦) بينه وبين الله تعالى وكذا في القضاء؛ لأنه نوى المجاز من كلامه وفيه تغليظ عليه.

ولو قال: عبده حر إن أفطر الليلة عند فلان، فغربت الشمس والحالف في منزله، ثم ذهب إلى بيت المحلوف عليه وأكل عنده، حنث في يمينه، ولو أكل في منزله لقمة أو شربة ماء ثم ذهب إلى بيت المحلوف عليه وأكل عنده، لا يحنث في يمينه، وكذلك إذا لم يأكل ولم يشرب في منزله وذهب إلى بيت المحلوف عليه ولم يأكل هناك أيضًا، لم يحنث [في يمينه]^(٧) أيضًا فقد حمل الإفطار هاهنا على الأكل الذي هو نقيض الصوم.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في ب: بالذبح.

(٥) في م: التضحية.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في م.

[وفي مسألة الكوفة لم يحمله على الأكل الذي هو نقيض الصوم]^(١) حتى [لو]^(٢) قال: لو كان بكوفة يوم الفطر ولم يأكل، يحنث.

أما على المعنى الأول: فلأن الفطر إنما يثبت بترك نية الصوم في محل يقبل الصوم لا في محل لا يقبل الصوم، [والليل لا يقبل الصوم]^(٣) فلا يجعل مفطرًا فيه بترك نية الصوم، فحمل^(٤) الفطر على الأكل الذي يثبت بفعله، فأما اليوم يقبل الصوم فيمكن أن يجعل مفطرًا فيه بترك نية الصوم، فلا ضرورة إلى حمل الفطر على الأكل.

وأما المعنى الثاني: فلأننا إنما حملنا الفطر هناك على دخول وقت الفطر بحكم العرف، والعرف فيما إذا أضيف الفطر إلى مكان عام، فأما إذا أضيف إلى مكان خاص، فلا عرف أنه يراد بذكر الفطر دخول وقت الفطر، بل العرف بخلافه، فإن الرجل يقول لغيره: أفطر الليلة عندي، ويريد به الأكل دون دخول وقت الفطر، ويقول الرجل: أفطرت البارحة^(٥) عند فلان، ويريد به حقيقة الأكل، وإذا صار^(٦) الفطر في هذه الصورة محمولاً على الأكل الذي هو نقيض الصوم، فنقول: الفطر إنما يحصل بأول أكل يوجد.

ففي الصورة الأولى: أول الأكل وجد عند المحلوف عليه، فيتحقق شرط الحنث.

وفي الصورة الثانية: أول الأكل لم يوجد عند المحلوف عليه، فلم يتحقق شرط الحنث.

وفي الصورة الثالثة: لم يوجد الأكل أصلاً.

- (١) سقط في ب.
- (٢) سقط في ب.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في ب: قبل.
- (٥) في م: الليلة.
- (٦) زاد في أ، م: الأكل.

وإذا قال الرجل لغيره: إن قتلتك يوم الجمعة، فعبدى حر، فضربه بعد اليمين يوم الخميس ومات يوم الجمعة، يحنث في يمينه، ولو ضربه يوم الجمعة ومات يوم السبت، لا يحنث في يمينه.

والفرق: أن الفعل إنما يصير قتلاً عند زهوق الروح؛ [ألا ترى أن قبل زهوق الروح]^(١) يسمى جرحاً ولا يسمى قتلاً، فيراعى^(٢) حال انزهاق^(٣) الروح.

فإن قيل: الفعل وإن كان يصير قتلاً عند انزهاق^(٤) الروح إلا أن انزهاق الروح يستند إلى فعل الحالف، ولهذا لو كفر قبل زهوق الروح بعد الجرح يجوز، فيصير قاتلاً في اليوم الذي جرحه لا في اليوم الذي انزهق [الروح]^(٥) فيه.

قلنا: الاستناد إنما يظهر في حق الأحكام ولا كلام فيه، إنما الكلام في حق ثبوت اسم القتل لفعل الحالف لغة، إنما يثبت بتزهيق^(٦) روح المحلوف عليه من الجراحة لا يوم الجراحة.

فإن قيل: اسم القتل إنما [يثبت بفعل]^(٧) الحالف فلا بد من وجوده في الزمان المشروط حتى يصير [فعله]^(٨) قتلاً في الزمان المشروط، ولم يوجد الفعل في^(٩) الزمان المشروط [فيما إذا ضربه]^(١٠) يوم الخميس.

قلنا: الفعل [وإن]^(١١) لم يوجد في الزمان المشروط^(١٢) [١٣] إلا أن محل فعله

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ، م: ويراعى.
- (٣) في م: إزهاق.
- (٤) في م: إزهاق.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) في م: يوم تزهب.
- (٧) في ب: ثبت فعل.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في ب: و.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) سقط في ب.
- (١٢) زاد في ب: له.

قائم في الزمان المشروط ويعتبر الفعل قائماً بقيام محله [فيما^(١)] لا يقبل الاستناد، فالمبيع^(٢) في حق الفسخ يعتبر قائماً بقيام محله^(٣) وهو المبيع كذا هنا. وإذا حلف لا يقتل فلاناً بالكوفة، فضره ببغداد ومات بالكوفة، يحنث في يمينه، بناء على ما تقرر^(٤) ذكره أن الفعل إنما يصير قتلاً عند زهوق الروح، وانزهاق الروح حصل بالكوفة، فيصير قاتلاً بالكوفة.

وإذا قال لغيره: إن قتلتك في المسجد، أو قال: إن ضربتك في المسجد، أو قال: إن شججتك^(٥) في المسجد، فعبدى حر، فقتله أو شججه أو ضربه، والقاتل والضارب والشاجج في المسجد، والمقتول والمضروب والمشجوج خارج المسجد، لا يحنث في يمينه، ولو كان على العكس، يحنث في يمينه.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن الحالف متى جعل شرط الحنث قولاً مضافاً إلى زمان أو مكان مطلقاً غير مضاف إلى نفسه ولا إلى المحلوف عليه يراعى المكان والزمان لثبوت الحنث في حق الحالف، حتى يشترط كون الحالف في ذلك الزمان والمكان ليتحقق الحنث؛ لأن القول يتم بالقائل وحده لا تعلق له بغيره، فالاسم كما هو شرط الحنث يثبت بالحالف وحده فيراعى المكان والزمان في حقه.

بيانه في المسألة التي تقدم ذكرها وهي: ما إذا قال لغيره: إن شمتك في المسجد فعبدى حر فشمته، والشاتم في المسجد والمشتوم خارج المسجد، يحنث في يمينه، ولو كان على العكس، لا يحنث في يمينه.

ومتى جعل شرط الحنث فعلاً مضافاً إلى مكان أو زمان مطلقاً، فإن كان ذلك الفعل يتم بالفاعل وحده ولا يظهر تأثيره بالمفعول به، يراعى المكان والزمان [لثبوته

(١٣) سقط في م.

(١) في ب: فيها.

(٢) في أ: للبيع.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: تقدم.

(٥) في م: شججت رأسك.

في^(١) حق الحالف أيضًا؛ لأن الاسم كما هو شرط الحنث يثبت بالحالف وحده فيراعى لتحقيق الحنث كون الحالف في ذلك الزمان والمكان، وإن كان ذلك الفعل لا يتم بالفاعل وحده وإنما يتم بالحالف والمحلوف عليه، فيراعى المكان والزمان [لثبوت الحنث]^(٢) في حق المحلوف عليه، حتى يشترط كون المحلوف عليه في ذلك المكان وفي ذلك الزمان؛ لأن الاسم كما هو شرط الحنث إنما يثبت بالمفعول به فيراعى المكان والزمان في حقه؛ وهذا لأن الأفعال المتقدمة^(٣) إنما تعرف وتوجد بانفعالها وظهور أثرها في محالها حتى تختلف أسماؤها باختلاف آثارها، فإن من أرسل خشبة من الأعلى [على غيره]^(٤) فإن أثر في الإيلام يسمى ضربًا، وإن أثر في الانجراح يسمى [جرحًا]، وإن أثر في انزهاق الروح يسمى قتلًا، وإن لم يؤثر في شيء يسمى^(٥) رميًا^(٦) والحركة واحدة والفعل واحد مع هذا اختلف الاسم باختلاف الأثر، علمنا أن اسم الفعل إنما يثبت بالمفعول [به]^(٧) فيراعى المكان في حقه.

بيان هذا فيما إذا قال لغيره: [إن رميت]^(٨) إليك في المسجد فعبدي حر يعتبر المكان في حق [الحالف]، ولو قال: إن رميتك في المسجد فكذا، يعتبر المكان في حق^(٩) المحلوف عليه؛ لأن الرمي مع حرف الصلة يراد به الرمي بدون الإصابة، [والرمي بدون الإصابة]^(١٠) يتم بالرامي وحده فيراعى المكان في حق الرامي، فأما

-
- (١) في م: لثبوت.
 - (٢) في م: لسوق الحدث.
 - (٣) في ب: المتعدية.
 - (٤) سقط في ب.
 - (٥) سقط في ب.
 - (٦) في أ: مسار، وفي م: مسا.
 - (٧) سقط في ب.
 - (٨) سقط في ب.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) سقط في أ.

الرمي بدون حرف الصلة يراد [به]^(١) الرمي مع الإصابة^(٢) يتم بالرامي والمرمي إليه، فيعتبر المكان في حق المرمي إليه.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة القتل والضرب والشج، فنقول: هذه الأفعال^(٣) لا تتم بالفاعل وحده إنما تتم بالفاعل والمفعول فيراعى [مكان المفعول]^(٤).
فإن قيل: إذا كانت هذه الأفعال تتم بالفاعل والمفعول به، فيجب أن يراعى المكان المشروط في حقهما جملة^(٥).

قلنا: إنما اعتبر مكان المفعول وحده؛ لأن اسم الفعل لغة ثبت بمعنى اختص بالمفعول وهو تألمه وموته بدليل أنه لو لم يمت ولم يتألم لا يسمى فعله ضرباً و[لا]^(٦) قتلاً، والله أعلم.



(١) سقط في ب.
(٢) في ب: الإضافة.
(٣) في ب: الأصال.
(٤) سقط في ب.
(٥) زاد في ب: ما.
(٦) سقط في أ، ب.

الفصل السابع عشر

في اليمين التي تكون على الحياة دون الموت والتي تكون عليهما

الأصل في مسائل هذا الفصل أن شرط الحنث متى وجد صورة ومعنى يحنث؛ لأنه وجد كاملاً^(١)، ومتى وجد صورة [لا معنى]^(٢) لا يحنث؛ لأنه وجد بصفة النقصان؛ إذ قيام الشيء ووجوده بصورته ومعناه فالصورة بلا معنى ناقص، والمعنى بلا صورة أيضًا ناقص، ومع النقصان لا يقع الحنث لغة، وهو أن الحالف ما التزم الجزاء إلا عند وجود كمال الشرط، فلو ترك شرط^(٣) الكمال أدى إلى التزام ما لم يلتزمه وإنه ممتنع إذا عرفاً^(٤).

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل: عبده حر إن ضربت فلانًا أبدًا فضربه بعد الموت، لا يحنث [في يمينه؛ لأن شرط الحنث]^(٥) وهو الضرب إذا وجد صورة لم يوجد معنى؛ لأن معنى الضرب الإيلام؛ لأن الضرب لغة اسم لفعل مؤلم، والإيلام لم يوجد؛ لأن الميت لم يتألم من جهة الأدميين فهو معنى قولنا: إن شرط الحنث لم يوجد معنى فلا يحنث في يمينه.

ولو حلف لا يغسل فلانًا، أو حلف لا يغسل رأس فلان، فغسله بعد الموت، يحنث في يمينه؛ لأنه وجد شرط الحنث وهو الغسل بصورته وبمعناه؛ لأن صورة الغسل إمرار الماء، ومعناه التنظيف والتطهير؛ فالميت محل للتطهير؛ ولهذا شرع غسل الميت تطهيرًا له؛ ألا ترى أنه لو صلى على الميت قبل غسله^(٦) لا يجوز، ولو صلى عليه بعد الغسل يجوز، وألا ترى أن من صلى وهو حامل ميتًا مسلمًا لم يغسل

(١) في أ، ب: بكماله.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: عقل.

(٤) في أ: عرفنا.

(٥) سقط في م.

(٦) في ب: الغسل.

لا يجوز، ولو كان غسل يجوز، فهو معنى قولنا: إن شرط الحنث وجد^(١) بصورته وبمعناه فيقع الحنث [كما]^(٢) في حالة الحياة.

ولو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بعدما مات، لا يحنث في يمينه؛ لأن الدخول على فلان أن يقصده بالدخول إما لتعظيمه أو إكرامه أو احترامه، وإما لإيذائه بإهانتته، ولا يتحقق كلاهما بعد الموت، فلا يوجد معنى الدخول عليه، ولأن الدخول على فلان متى أطلق فإنما يُراد به عرفا الدخول عليه بإذنه، والإذن منه بعد الموت لا يتحقق، ولو سبق الإذن قبل الموت يبطل بالموت، فعلى قياس هذه العلة إذا دخل عليه حال حياته بغير إذنه، لا يحنث في يمينه، وعلى قياس العلة الأولى يحنث؛ لأن معنى الإكرام والإيذاء قد تحقق وإن كان الدخول عليه بغير إذنه.

ولو حلف لا يكلم فلاناً أبداً فكلمه بعد مماته، لا يحنث؛ لأن معنى الكلام^(٣) لم يوجد وإن وجد صورة؛ لأن معنى الكلام إفهام الغرض، وذلك بالإسماع وإنه لا يتحقق بعد الموت، فلا يكمل شرط الحنث.

ولو حلف لا يُقبل فلانة فقبلها بعد الموت، لا يحنث؛ لأنه وإن وجد صورة التقبيل لم يوجد معناه^(٤) وهو التلذذ.

فإن قيل: التقبيل مما يشترك فيه الحي والميت؛ ألا ترى إلى ما روي أن النبي ﷺ [قبل بين عيني عثمان بن مظعون^(٥) بعدما مات^(٦)، وألا ترى إلى ما روي أن

(١) في أ: يوجد.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في ب: له.

(٤) في ب: معنى.

(٥) هو: عثمان بن مظعون بن حبيب بن وهب الجمحي، أبو السائب، صحابي كان من حكماء العرب في الجاهلية، وهو أول من مات في المدينة من المهاجرين في السنة الثانية من الهجرة.

ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٣/١٠٥٣)، وأسد الغابة (٣/٤٩٤).

(٦) أخرجه أبو داود (٣/٣٠١) كتاب الجنائز، باب: في تقبيل الميت (٣١٦٣)، والترمذي (٣/٣١٤، ٣١٥) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في تقبيل الميت (٩٨٩)، وقال الترمذي: حديث =

النبي ﷺ^(١) لما توفي ومضى إلى الجنة قبله أبو بكر - رضي الله عنه -^(٢).
 قلنا: التقبيل قد يكون للتلذذ وقضاء الشهوة، وقد يكون لتعظيم المفعول به
 [وتبجيله حقاً لله]^(٣) تعالى كما تقبل يد العالم ووجهه تعظيماً له حقاً لله تعالى، وقد
 يكون للشفقة بالمفعول به كما يقبل الرجل ولده شفقة عليه، [وقد يكون للتحزن
 بالمفعول [به]^(٤) فإن الإنسان]^(٥) قد يقبل ولده تحزناً عليه من إصابة بلاء.
 إلا أن التقبيل المضاف إلى المرأة لا يُراد به إلا التلذذ واقتضاء الشهوة [عادة]^(٦)
 ومحمد - رحمه الله - وضع المسألة في المرأة حتى لو كان مضافاً إلى الولد أو إلى
 الوالد أو إلى العالم لا يتقيد بحالة الحياة، و^(٧) إذا قبله بعد الموت يحنث. هكذا
 حكى الإمام أبو القاسم^(٨) رحمه الله عن القضاة الثلاثة - رحمهم الله - .
 ومن المشايخ من قال: كيف ما كان لا يحنث في يمينه إذا قبل بعد الموت؛ لأن
 الأفهام لا تتسارع إلى تقبيل الميت بحال من الأحوال، وإذا ذكر التقبيل [يراد به]^(٩)
 عرفاً وعادة التقبيل حالة الحياة، [والمعروف]^(١٠) كالمشروط.



= عائشة حسن صحيح.

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه البخاري (٣/١٣٦، ١٣٧) كتاب الجنائز، باب: الدخول على الميت (١٢٤١)،
 (١٢٤٢).

(٣) في م: تبجيلاً لحق الله.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: حتى.

(٨) في ب، م: الهيثم.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في م.

الفصل الثامن عشر

في الحلف على ما يفعله الرجل لغيره

الأصل في مسائل هذا الفصل أن من عقد يمينه على فعل في محل وذكر فيه (اللام) ينظر: إن ذكر (اللام) مقروناً بمحل الفعل لا بالفعل، فيمينه على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه، حتى إذا فعل الحالف ذلك الفعل في ملك المحلوف عليه حث سواء فعل بأمره أو بغير أمره، وسواء كان ذلك الفعل مما تجري فيه الوكالة أو لا تجري^(١)؛ وهذا لأن (اللام) في الأصل موضوع لإفادة الملك [ولهذا سمي لام التمليك]^(٢)، ولهذا يقال^(٣): هذه الدار لفلان [وهذه العين لفلان]^(٤)، ومعناه أنه ملك فلان، فيجعل لتمليك ما دخل عليه [ما أمكن، ولا

(١) قال في الفتاوى الهندية نقلاً عن الذخيرة: إن ذكر اللام مقروناً بمحل الفعل فيمينه على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه حتى إذا فعل الحالف ذلك الفعل في ملك المحلوف عليه حث سواء فعل بأمره أو بغير أمره وسواء كان الفعل مما تجري فيه الوكالة أو لا تجري وإن ذكر اللام مقروناً بالفعل إن كان فعلاً تجري فيه الوكالة وله حقوق يرجع الوكيل فيه بعهدة ما لحقه من الحقوق على الموكل كالبيع ونحوه فيمينه على الوكالة والأمر حتى إذا فعل ذلك الفعل في محله بأمر المحلوف عليه يحث سواء كان محل الفعل ملك المحلوف عليه أو ملك غيره وإن كان فعلاً لا تجري فيه الوكالة أصلاً كالأكل والشرب أو تجري فيه الوكالة إلا أنه ليس فيه حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل كالضرب ونحوه فيمينه على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه حتى لو فعل ذلك الفعل في ملك المحلوف عليه يحث في يمينه فعل بأمره أو بغير أمره ولو فعل ذلك الفعل في ملك غير المحلوف عليه لا يحث وإن فعل ذلك الفعل بأمر المحلوف عليه قال محمد - رحمه الله تعالى - إذا قال الرجل لغيره: إن بعث لك ثوباً فعبدي حر ولا نية له فدفعت المحلوف عليه ثوباً إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى الحالف ليبيعه فجاء المتوسط بالثوب إلى الحالف وقال: بع هذا الثوب لفلان يعني المحلوف عليه أو قال بع هذا الثوب ولم يقل لفلان إلا أن الحالف يعلم أنه رسول المحلوف عليه فباع يحث في يمينه ولو قال المتوسط: هذا الثوب لي أو قال: بعه ولم يعلم الحالف أنه رسول المحلوف عليه فباع لا يحث. ينظر: الفتاوى الهندية (٢/ ١١٤).

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في ب: في.

(٤) سقط في ب.

يجعل لتمليك غيره مع إمكان جعله لتمليك ما دخل عليه^(١)؛ لأنه [لا]^(٢) يمكن جعله لتمليك غيره إلا بالتقديم والتأخير، فلا يُصَار إلى التقديم والتأخير ما أمكن، فإذا دخلت (اللام) على محل الفعل، والمحل^(٣) قابل للملك أمكن أن يجعل (اللام) لتمليك ما دخل عليه فيجعل كذلك؛ وكان يمينه على [ما فعل]^(٤) عليه في ملك المحلوف عليه.

وإذا ذكر (اللام) مقروناً بالفعل إن كان فعلاً تجري فيه الوكالة وله حقوق يرجع الوكيل فيه بعهدته ما لحقه من الحقوق على الموكل كالبيع ونحوه، فيمينه على الوكالة والأمر، حتى إذا فعل ذلك [الفعل]^(٥) في محله [بأمر المحلوف]^(٦) عليه، يحنث في يمينه سواء كان محل الفعل ملك المحلوف عليه أو كان ملك غيره.

وإن كان فعلاً لا تجري فيه الوكالة أصلاً كالأكل والشرب، أو تجري فيه الوكالة إلا أنه ليس [له]^(٧) حقوق، يرجع الوكيل بالحقوق على الموكل كالضرب ونحوه، فيمينه على فعل ما يحلف عليه [في ملك المحلوف عليه]^(٨)، حتى لو فعل ذلك الفعل في ملك المحلوف عليه، يحنث في يمينه إذا فعل بأمره أو بغير أمره، وإن^(٩) فعل ذلك الفعل في ملك غير المحلوف عليه، لا يحنث [في يمينه]^(١٠) وإن فعل ذلك الفعل بأمر المحلوف عليه وهذا [لأن (اللام) إذا ذكر]^(١١) مقروناً بفعل تجري فيه الوكالة وله حقوق يرجع^(١٢) الوكيل فيه بعهدته [ما لحقه]^(١٣) على الموكل أمكن

- (١) سقط في ب.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في ب: والفعل.
- (٤) في ب: الفعل.
- (٥) سقط في ب.
- (٦) سقط في ب.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في أ: أو.
- (١٠) سقط في ب، م.
- (١١) في ب: إذا ذكر اللام.
- (١٢) في أ: فيرجع.

أن يجعل (اللام) لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل؛ لأن فعل الحالف في هذه الصورة وإن كان ملك^(١) الفاعل حقيقة فهو^(٢) ملك المحلوف عليه اعتبارًا من حيث إن منفعة ذلك الفعل تكون واقعة للموكل وهو المحلوف عليه؛ لأنه إنما يثبت للمأمور الرجوع بالعهد^(٣) على الأمر إذا كانت منفعة عمله حاصلة للأمر كما في المودع، أما إذا لم تكن منفعة عمله حاصلة للأمر، لا يرجع بالعهد^(٤) على الأمر كما في المستعير، وإذا أمكن أن يجعل (اللام) لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل لم يجعل لتمليك غيره وهو محل الفعل، ولهذا كان يمينه على الوكالة والأمر، فأما إذا ذكر (اللام) مقرونًا بفعل لا تجري فيه الوكالة لا يمكن أن تجعل (اللام) لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل؛ لأن فعل الحالف في هذه الصورة لا يكون مملوكًا للمحلوف عليه لا حقيقة ولا اعتبارًا؛ لأن منفعة هذا الفعل لا تكون واقعة للمحلوف عليه إذا لم تجر فيه النيابة، فتجعل (اللام) لتمليك محل الفعل، ويجعل محل الفعل مقدمًا على حرف^(٥) (اللام) في الذكر صيانة لهذا الحرف عن الإلغاء والإبطال؛ لأن التأخير أهون من الإلغاء والإبطال.

وكذلك إذا كان فعلاً تجري فيه الوكالة والنيابة إلا أنه ليس له حقوق وعهدة يرجع المأمور بها على الأمر كالضرب، فيمينه على فعل ما حلف عليه في ملك المحلوف عليه؛ لأنه لا يمكن أن يجعل (اللام) لتمليك ما دخل عليه وهو الفعل؛ لأن فعل الحالف في هذه الصورة لا يكون مملوكًا للمحلوف عليه لا حقيقة ولا اعتبارًا؛ لأن منفعة الفعل لا تكون واقعة للمحلوف عليه، إذ لو كانت واقعة [له]^(٦) لرجع المأمور بالعهد على الأمر؛ لأن الشرع جعل الخراج بالضمان فتجعل (اللام) لتمليك محل الفعل على نحو ما بينا.

(١٣) في أ: صالحة.

(١) في ب: فعل.

(٢) زاد في ب: على.

(٣) في أ: بالعهد.

(٤) في أ: بالعهد.

(٥) في أ: حروف.

(٦) سقط في ب.

فإن قيل: في فصل الضرب أمكن أن تجعل (اللام) لتمليك الفعل باعتبار حصول المنفعة للمحلف عليه من حيث التأديب؛ لأن منفعة الضرب وهي التأديب راجعة إلى الأمر.

قلنا: حصول المنفعة [أمر موهوم قد يكون وقد لا يكون؛ فلا يمكن اعتبار حصول المنفعة]^(١) من حيث الحقيقة فيقام^(٢) ما يدل على حصول المنفعة وهو الرجوع بالعهد عليه مقام حصول المنفعة، فلا تكون المنفعة حاصلة له.

إذا عرفنا هذا، قال محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل لغيره: إن بعث لك ثوبًا فعبدي حر، ولا نية له فدفع المحلف عليه ثوبًا إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى الحالف لبيعه فجاء المتوسط بالثوب إلى الحالف وقال: بع هذا الثوب^(٣) لفلان [يعني المحلف عليه، أو قال: بع هذا الثوب، ولم يقل]^(٤): لفلان، إلا أن الحالف يعلم أنه رسول المحلف عليه فباع، يحنث في يمينه، وهذا لأن يمينه وقعت على بيع الثوب بأمر المحلف عليه؛ لأن حرف (اللام) دخل على البيع، والبيع مما تجرى فيه الوكالة والنيابة وله حقوق يرجع الأمور بها على الأمر.

وقد ذكرنا أن اليمين في مثل هذه الصورة على الوكالة والأمر، وإذا وقعت يمينه على الوكالة والأمر صار تقدير المسألة: إن بعث ثوبًا بوكالتك [وأمرك ونهيك]^(٥) فمتى قال له المتوسط: بعه لفلان، فقد بين أنه رسول فلان وبيان^(٦) الرسول كبيان^(٧) المرسل فكأن المحلف عليه قال للحالف: بع هذا الثوب لي، وكذلك إذا قال المتوسط: بعه، ولم يقل لفلان إلا أن الحالف علم بحال الثوب؛ لأنه لما علم بحال الثوب، فقد علم أن المتوسط رسول المحلف عليه، فكأن المحلف عليه قال: بع

(١) سقط في م.

(٢) في أ: فيقدم.

(٣) في ب: العبد.

(٤) سقط في ب.

(٥) في أ: وإلا.

(٦) في ب: ولسان.

(٧) في ب: كلسان.

هذا الثوب، فكان البيع حاصلًا بأمر المحلوف عليه، وهو شرط الحنث. ألا ترى أن الحالف في هذه الصورة لو باع [يرجع]^(١) بالعهد على المحلوف عليه، لا على المتوسط؛ لما عرف أن الرسول برئ عن العهدة، فهذا يدل على أن البيع وقع بأمر المحلوف [عليه].

فأما إذا قال له المتوسط: بعه لي أو قال: بع، ولم يعلم الحالف بحال الثوب، فالبيع ما وقع بأمر المحلوف عليه^(٢)، لأن المتوسط ما بين أنه رسول وكذلك الحالف لم يعلم أنه رسول، وإنما وقع بأمر المتوسط [ألا ترى أن الحالف في هذه الصورة لو باع^(٣) يرجع بالعهد على المتوسط لا]^(٤) على المحلوف [عليه]^(٥).

هذا إذا قال الحالف: إن بعت لك ثوبًا، أما إذا قال: إن بعت ثوبًا لك، وباقي المسألة بحالها، حنث الحالف على كل حال سواء قال له المتوسط: بعه لفلان، أو قال: بعه لي، أو^(٦) قال: [بعه]^(٧)، ولم يزد عليه إذا كان الثوب مملوكًا للمحلوف عليه؛ لأن يمينه وقعت على بيع ثوب مملوك للمحلوف عليه؛ لأنه ذكر حرف (اللام) مقرونًا بمحل البيع وهو الثوب، فيقع يمينه على بيع ثوب هو المملوك للمحلوف عليه، وصار تقدير هذا اليمين كأنه قال: إن بعت ثوبًا وهو ملكك، وقد باع ثوبًا وهو ملك المحلوف عليه^(٨) على كل حال، فتحقق شرط الحنث فيحنث. فإن نوى في الفصل الأول أن يبيع ثوبًا بأمر المحلوف عليه، فهو على ما نوى فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه، [إلا أن في الفصل الأول يصدقه القاضي]^(٩) ^(١٠)، وفي الفصل الثاني لا يصدقه [لأن فيه تخفيفًا عليه]^(١١).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في ب: لم.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب، م: إذا.

(٧) سقط في أ.

(٨) زاد في ب: وصار تقدير هذا اليمين.

(٩) سقط في ب.

(١٠) زاد في أ: بتأخير (اللام) عن محله في الفصل الأول، وبتقديمه على محله في الفصل =

وكذلك الجواب في كل فعل تجري فيه النيابة، وله حقوق [و] ^(١) يرجع المأمور بها على الأمر، نحو أن يقول: إن اشتريت لك جارية، إن خطت لك ثوباً ^(٢)، أو استأجرت لك دابة، على نحو ما ذكرنا في فصل البيع؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل ^(٣).

ولو قال: إن [ضربت ^(٤) لك عبداً، أو قال: إن ضربت عبداً لك، فالقياس أن يكون الجواب فيه نظير الجواب [في] ^(٥) مسألة البيع؛ لأن الضرب فعل تجري فيه النيابة والوكالة كالبيع فيكون الجواب فيه كالجواب في البيع، إلا أنا استحسنا وقلنا: بأن يمينه على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه على كل حال ضربه بأمره؛ أو بغير أمره؛ لأن الضرب فعل ليس له حقوق معتبرة تلزم للضارب، ثم يرجع الضارب بها على الأمر حتى يصير فعل الحالف كالمحلوف عليه متى فعل بأمره، وتعدر اعتبار معنى التملك في نفس الضرب فيعتبر التملك في محل الضرب، وصار شرط الحنث ضرب عبد مملوك له، فإذا ضرب عبداً مملوكاً له فقد تحقق شرط الحنث، فيحنث في يمينه.

ومحمد - رحمه الله - يشير في الكتاب إلى أنه إنما ترك القياس لمكان العرف حيث قال: وهذا ومسألة الثوب في القياس سواء، ولكننا نأخذ في هذا بالغالب من كلام الناس، والغالب من كلام الناس أنهم يعنون في مسألة العبد مملوكاً للمحلوف عليه ولا يعنون ذلك في مسألة الثوب، والله أعلم ^(٦).

= الثاني، والكلام يحتمل التقديم والتأخير فقد نوى ما يحتمله كلامه، إلا أن في الفصل الأول يصدقه القاضي لأن فيما نوى يغلظ ما عليه.

(١١) سقط في ب.

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: إن صغت لك حلياً.

(٣) في أ، م: الفعل.

(٤) في ب: اشتريت.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: الموفق.

الفصل التاسع عشر

في الحلف [على]^(١) ما يقع على الملك القائم، وما يقع على الملك الحادث، وما يقع عليهما

الأصل في مسائل هذا الفصل أن الحالف متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير^(٢) بالملك يراعى للحث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، ولا يُعتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم توجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

مثال الأول: إذا حلف لا يدخل دار فلان، فباع فلان داره ودخلها الحالف [لا]^(٣) يحث في يمينه اعتبارًا للنسبة^(٤) وقت وجود الفعل المحلوف عليه، وكذلك على هذا إذا حلف لا يركب دابة فلان^(٥) لا يلبس ثوبه^(٦) لا يأكل طعامه^(٧) لا يشرب شرابه.

ومثال الثاني: إذا حلف لا يكلم زوجة فلان فأبان فلان زوجته وتزوج أخرى، أو حلف لا^(٨) يكلم صديق فلان فعادى فلان صديقه، واتخذ صديقًا آخر فإن كلم الأول، يحث، وإن كلم الثاني، لا يحث اعتبارًا للنسبة وقت اليمين. ذكر هذه المسائل على هذا الوجه في أول باب من أبواب الزيادات. والفرق: أن الحامل على اليمين في الفصل الأول معنى في ملك هذه الأشياء؛ لا معنى في هذه الأشياء؛ لأن هذه الأشياء مما لا تهجر ولا تعادى عادة^(٩) لمعنى فيها،

(١) سقط في ب.

(٢) زاد في ب: ولكن لا.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في م: لنسبة.

(٥) زاد في م: و.

(٦) زاد في م: و.

(٧) زاد في م: و.

(٨) سقط في ب.

(٩) في ب: بحال.

وإنما تهجر وتعادى لمعنى من جهة مالكها؛ لأنها جماد لا يتصور منها الأذى، وهذا المعنى يوجب تقييد اليمين بالمنسوب وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا بالمنسوب^(١) وقت اليمين.

أما^(٢) في الفصل الثاني: الحامل على اليمين معنى في هؤلاء؛ لأن هؤلاء مما يهجر ويعادى عادة لمعنى فيهم فإن الأذى متصور منهم، وإنما النسبة إلى فلان للتعريف لا لتقييد اليمين بها^(٣) [فينعقد اليمين على المنسوب إليه وقت]^(٤) اليمين لا على ما يحدث من النسبة بعدها.

وذكر مسألة الزوجة والصديق في الجامع الصغير واعتبر فيهما قيام النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، حتى لو كلم زوجة فلان بعد ما أبانها، وكلم صديق فلان بعد ما عاداه، لا يحنث؛ لأن معاداة المرأة وهجرانها لمعنى في زوجها، وكذا الصديق على هذا أمر محتمل وإن لم يكن ظاهرًا، فإذا ترك الإشارة صار ذلك دليلًا على هذا الوجه المحتمل فقيل: في المسألة روايتان، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

وقيل: ما ذكر في الجامع^(٥) قولهما، وفي الزيادات ذكر هاهنا قول محمد - رحمه الله - .

فإن قيل: الفرق الذي ذكرتم بين مسألة الدار والزوجة والصديق على رواية^(٦) الزيادات [يشكل بمسألة ذكرها في الزيادات]^(٧) وهي ما إذا حلف لا يكلم عبد فلان، فباع فلان عبده واشترى عبدًا آخر فإن كلم الحالف العبد الأول لا يحنث،

(١) في ب: بالمنسوب.

(٢) في أ: لنا.

(٣) في أ، ب: فيها.

(٤) سقط في ب.

(٥) زاد في أ: الصغير.

(٦) في أ: روايات.

(٧) سقط في م.

وإن كلم العبد الثاني، يحث، والعبد مما يقصد بهجران الكلام إذ الأذى منه متصور فينبغي أن يتقيد اليمين على المنسوب إليه وقت اليمين، كما في مسألة الزوجة والصديق على رواية الزيادات.

قلنا: روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أن العبد نظير الزوجة والصديق، ثم العذر على^(١) رواية الزيادات أن المولى مالك رقبة [العبد]^(٢) وباعتبار هذا الملك يقدر على منع العبد عن سوء الأدب والمعاشرة مع الناس، فما يوجد من العبد يرى من المولى لا منه فانعقد اليمين على النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه^(٣)، بخلاف الزوجة والصديق؛ لأن الزوج غير مالك رقبة زوجته، وكذلك الصديق ليس بمالك^(٤) رقبة صديقه، فلا يمكنه منع زوجته وصديقه عن سوء الأدب والمعاشرة مع الناس فما يوجد منهما يرى منهما لا من غيرهما، وإنما النسبة إلى فلان للتعريف فانعقدت اليمين^(٥) على المنسوب إليه وقت اليمين على رواية الزيادات لهذا.

ثم إن محمداً - رحمه الله - ذكر في آخر الباب الذي ذكر في أوله هذه المسائل: إذا حلف لا يدخل [داراً لفلان]^(٦)، وقال: على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : اليمين على ما كان في ملك فلان عند الدخول أو ما يكون ساكناً فيه عند الدخول.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : اليمين على ما كان في ملكه وقت اليمين إذا بقي في ملكه [إلى]^(٧) وقت الدخول لا على ما يستحدث الملك فيها بعد اليمين.

(١) في م: في.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في ب: لهذا.

(٤) في أ: بمال.

(٥) في م: يمينه.

(٦) في م: دار فلان.

(٧) سقط في ب.

[هما اعتباراً]^(١) في هذه المسألة النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا وقت اليمين .

وأبو يوسف - رحمه الله - اعتبر النسبة وقت اليمين بشرط بقائها إلى وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا وقت اليمين .

فمن مشايخنا من قال: ذكر الخلاف في هذه المسألة يكون ذكره في مسألة أول الباب، إذ لا فرق بين قوله: دار فلان وبين قوله: دارا لفلان في عرف اللسان، فعلى قول هذا القائل لا يحتاج أبو يوسف - رحمه الله - إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة أول الفصل، وإنما يحتاج إلى الفرق بين الدار والطعام والشراب وغيرهما . ووجه الفرق: وهو أن الدار مما يستدام الملك فيها فلا يستحدث في كل وقت عادة؛ ألا ترى أن الناس يتفاخرون بخطة آبائهم وبالذور القديمة الموروثة، فكانت الدار بمنزلة الزوجة فانعقدت اليمين على الموجودة^(٢) وقت اليمين .

وأما الطعام والشراب فإن ذلك مما لا يُستدام الملك [فيها]^(٣) بل يُستحدث في كل وقت عادة فإنما يتناول ما كان في ملكه وقت وجود الفعل المحلوف عليه . ومنهم من قال: الخلاف في هذه المسألة خاصة، فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو يوسف إلى الفرق [بينها و]^(٤) بين مسألة أول الفصل .

والفرق: أن في قوله: دارًا لفلان، ذكر فلان ما كان لتصحيح الكلام ولإتمام اليمين فإن اليمين تامة بدونه؛ ألا ترى أنه لو اقتصر على قوله: لا^(٥) أدخل دارًا، كان أي دار دخلها، وإنما كان ذكر فلان لبيان الملك الذي منع نفسه عن دخوله فيقع على الموجودة دون المستحدثة، كقوله: صديق فلان، وصار تقدير الكلام: لا أدخل دارًا

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: الموجود .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ، وفي م: بين هذه المسألة و .

(٥) في أ: إذا .

هي ملك فلان الآن.

أما قوله: دار فلان، ذكر فلان لتصحيح الكلام وتمام اليمين فإنه [لو]^(١) اقتصر على قوله: لا أدخل دارًا، كان كلامًا مُجملاً^(٢)، وما يكون مُصححًا للكلام يتقيد^(٣) به اليمين ف وقعت على الموجودة والمستحدثة جميعًا.

وأما إذا جمع في المحل المنسوب إلى اليمين^(٤) بالملك بين النسبة والإشارة. قال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - : [يعتبر وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

وقال محمد - رحمه الله - : لا يعتبر^(٥) ذلك.

بيانه: فيمن حلف لا يدخل دار فلان هذه، لا يكلم عبد فلان هذا، لا يركب دابة فلان هذه، لا يلبس ثوب فلان هذا، ففعل شيئًا من هذا بعد ما خرج العين عن ملك فلان، على قولهما: لا يحنث.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : يحنث.

وجه قوله: أن النسبة إنما تعتبر للتعريف^(٦)، والإشارة [أبلغ في^(٧) التعريف؛ لأن الإشارة]^(٨) تقطع الشركة، والنسبة لا، فإذا ذكر في كلامه ما هو أبلغ في^(٩) أسباب التعريف يسقط اعتبار ما دونه فكأنه قال: لا أدخل هذه الدار، [لا أركب هذه الدابة]^(١٠)، لا ألبس هذا الثوب، لا أكلم هذا العبد، ولو قال هكذا، كان الجواب

(١) سقط في ب.

(٢) في ب، م: محتملاً.

(٣) في أ، م: ينعقد.

(٤) في أ: العين، وفي م: الغير.

(٥) ما بين المعقوفين في ب: لا يعتبر.

(٦) في أ: التعريف.

(٧) في م: من.

(٨) سقط في ب.

(٩) زاد في أ: تعريف.

(١٠) سقط في ب.

كما^(١) قلنا، ولأن الإشارة إلى العين دليل على أن الحامل^(٢) على اليمين معنى في العين لا معنى في المالك .

بيانه: وهو أن الإنسان^(٣) قد يمتنع عن دخول بعض الأماكن لمعنى فيه وهو أنه يتشاءم به، والإشارة تدل عليه؛ لأن الإشارة لا بد وأن تكون مفيدة وإنما تظهر فائدتها إذا جعلنا الداعي إلى اليمين معنى في الدار؛ [لأن المعنى الذي في المالك لا يختلف بهذه الدار ودار أخرى، وإذا ثبت أن الداعي إلى اليمين معنى في الدار]^(٤) صارت هذه المسألة نظير مسألة الزوج والصديق .

ولهما: بأن النسبة تفيد غير ما تفيده الإشارة فيجب اعتبارهما؛ ألا ترى أنا اعتبرنا الإشارة مع اسم العلم، حتى إن من حلف فقال: لا أدخل هذه الدار فدخلها بعدما صارت بستاناً أو حماماً، لم يحنث، وإنما لم يحنث لما قلنا .

ثم بيانه: أن بالنسبة تظهر أن المراد هجران المالك؛ لأن هذه الأشياء لا تهجر ولا تعادى بعينها، والإشارة لا تفيد هذا فوجب اعتبارها، وعند ذلك كان الجواب كما قلنا فإن قال الحالف: عنيت^(٥) ألا أدخلها^(٦) ما دامت لفلان، وقال محمد - رحمه الله - : يدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما قال، ولكن لا يصدق في القضاء؛ لأنه نوى تخصيص بعض الأحوال وليس في لفظه ما يدل عليه، أما^(٧) يدين فيما بينه وبين ربه؛ لأن الله تعالى مُطلع على ما في الضمائر والظواهر جميعاً .

وإن قال الحالف: عنيت ألا أدخلها ما دامت ملكاً لفلان وبعد ما زال عن ملكه،

(١) في أ: لما .

(٢) زاد في ب، م: له .

(٣) في ب: الإشارة .

(٤) سقط في م .

(٥) في أ: حلفت .

(٦) في أ: يدخل .

(٧) زاد في ب: لا .

قال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - : يصدق؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، كما قال محمد - رحمه الله -، وفيه تغليظ عليه.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه المسألة في شرح الكافي، وذكر أن هذا بخلاف ما إذا لم يكن له نية، أما إذا نوى العين فدخلها بعد البيع^(١) يحنث، فمنع النفس عن الدخول في الدار قد يكون لعين^(٢) الدار إما تشاؤماً، [وإما]^(٣) لكونها موحشة ويجعل ذلك كالمخصوص عليه، وعند ذلك لا يقع الحنث وإن نوى الإضافة، لا يحنث إذا دخلها بعد البيع، كما لو نص عليه.

وأما إذا جمع بين النسبة والإشارة في المحل المنسوب إلى العين لا بالملك بأن قال: لا أكلم زوجة فلان هذه، لا أكلم صديق فلان هذا، ففارق فلان زوجته وعادى صديقه ثم كلمه الحالف، يحنث.

وأما على^(٤) رواية الزيادات فلأن على تلك الرواية يحنث بدون الإشارة فمع الإشارة أولى.

وأما على رواية الجامع الصغير فلأن مع الإشارة لم يبق لهما^(٥) أن الكلام لمعنى في الزوج^(٦)، وفي الصديق احتمال فتعين هجران الكلام [لمعنى]^(٧) في الزوجة والصديق، فانعقدت اليمين على الذات^(٨) كأنه قال: لا أكلم هذا، لا أكلم هذه. وفي المتقى: إذا حلف لا يأكل من طحن^(٩) فلان أو من خبزه، فهذا على

(١) في أ، م: اليمين.

(٢) في أ: لغير.

(٣) سقط في ب.

(٤) زاد في ب: قول.

(٥) في أ، م: لهم.

(٦) في م: الزوجة.

(٧) سقط في أ، ب.

(٨) في أ، م: الدار.

(٩) في م: طحين.

الماضي والمستقبل، وكذلك قوله: مما خبز فلان [مما يشتري فلان]^(١)، على الماضي والمستقبل، وكذلك أجناسه، وإن نوى المستقبل خاصة لا يدين قضاء. قال محمد - رحمه الله - : إذا حلف الرجل لا يركب دواب فلان، لا يلبس ثيابه، لا يكلم عبيده ففعل بثلاثة مما سمى، يحنث، وإن كان لفلان دواب وثياب وعبيد أكثر من الثلاثة، فرق بين هذا وبين ما إذا حلف لا يكلم زوجات فلان، لا يكلم أصدقاء فلان، لا يكلم إخوة فلان [حيث]^(٢) لا يحنث ما لم يكلم الكل مما سمى.

والفرق: وهو أن في الفصل الأول المنع لمعنى في فلان لا لمعنى في هذه الأشياء، فتتعدق اليمين على اعتبار [أن هذه الأشياء]^(٣) منسوبة إلى فلان، وقد ذكر النسبة باسم الجمع، وأقل الجمع^(٤) ثلاثة، أما في الفصل الثاني المنع لمعنى في هؤلاء فتعلقت اليمين بأعيانهم وصار تقدير المسألة: لا أكلم هؤلاء فما لم يكلم الكل، لا يحنث.

ولو نوى الحالف في الفصل الأول الدواب كلها والغلمان كلهم، يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن اسم العبد^(٥) حقيقة للكل.

وعن محمد - رحمه الله - في المتقى: إذا حلف لا يكلم عبيد فلان، فهذا على ثلاثة، ولو قال: لا أكلم إخوة فلان، فكلم اثنين، منهم يحنث. قال ثمة: كل شيء من هذا على الثلاثة إلا الإخوة والبنين والأعمام فإنها على الاثنين وهذا خلاف ما ذكر في الزيادات.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) في ب: اسم الجمع الصحيح.

(٥) في م: العبيد.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - في الدواب والثياب: إذا كان ذلك يحصى فاليمين على الجمع، وإن كان لا يحصى إلا بكتاب، حنث بالواحد. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا حلف لا يكلم عبيد^(١) فلان، وله ثلاثة أعبد فكلم واحداً منهم لا يحنث، ويمينه على الكل. ولو قال: لا أركب دواب فلان، لا ألبس ثياب فلان، فركب دابة واحدة أو لبس ثوباً واحداً، يحنث.

قال ثمة: كل شيء سوى بني آدم، فيمينه على الواحد، وإن كان يمينه على بني آدم، فهو على الثلاثة.

وإذا حلف لا يكلم صاحب هذه الدار أو صاحب هذا الطيلسان، فباع الدار والطيلسان من غيره، فإن كلم البائع يحنث، وإن كلم المشتري، لا يحنث؛ لأن ذكر الطيلسان للتعريف بالمحل لا لتقييد اليمين؛ لأن الحامل على اليمين أذى لحقه من صاحب الطيلسان والدار، لا معنى في الدار والطيلسان، فتتعقد اليمين على من كان منسوباً إلى الدار والطيلسان وقت اليمين. والله أعلم.



(١) في أ: عبد.

الفصل المكمل عشرين

في اليمين التي تكون على ما [في]^(١) ملك الحالف إلى وقت لم يبطل
وإن لم يسم الوقت

الأصل في مسائل هذا الفصل أن اليمين نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمطلق يجري على إطلاقه، [والمقيد يجري على تقييده]^(٢) فالتقييد تارة يثبت نصًّا وتارة يثبت دلالة، [والدلالة دلالة]^(٣) اللفظ، ودلالة الحال، [فدلالة اللفظ]^(٤) نحو ما إذا حلف لا يدخل على فلان أو لا يكلم فلانًا يتقيد بالدخول عليه والكلام معه وهو حي، ودلالة الحال نحو ما إذا قامت [امرأة]^(٥) لتخرج فقال الزوج: إن خرجت فأنت طالق، يتقيد بتلك الخرجة حتى لو قعدت ساعة ثم خرجت، لا يحنث.

إذا عرفت هذا، قال محمد - رحمه الله - : رجل حلف بعق عبده ألا يخرج امرأته من هذه الدار ولا نية له، ثم طلقها وانقضت عدتها فخرجت بعد ذلك من الدار، حنث الحالف؛ لأنه جعل شرط الحنث خروجها مطلقًا، وذلك يتحقق في الملك وغير الملك بصفة واحدة، فلا يتقيد يمينه بحال قيام [الملك]^(٦) إلا بدليل مقيد، فإن قيل: وجد هاهنا ما يدل على التقييد بحال قيام الملك، وهو قوله: إن خرجت امرأتي، فإنها إنما تكون امرأته ما بقي النكاح بينهما.

قيل له: هذه الإضافة ليست للتقييد، بل للتعريف كما قلنا في الفصل المتقدم؛ ألا ترى أنه لو قال: إن كلمت امرأة فلان هذه فعبدني حر، فكلمها بعد الفرقة يحنث حتى عتق عبده، فهذا كذلك.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

قال الفقيه أبو حفص^(١): هذا على رواية الزيادات وهو قول محمد - رحمه الله -، أما على رواية الجامع الصغير، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ينبغي ألا يحدث؛ لما^(٢) ذكرنا أن على رواية الجامع الصغير هذه الإضافة^(٣) للتقييد.

ثم قال في الكتاب^(٤): إلا أن يعني ما دامت امرأته فيصدق ديانة لا قضاء؛ لأن ما نواه يحتمل لفظه؛ لأنه يمنعها عن الخروج بيمينه وإنما يمنعها من الخروج ما دامت في نكاحها وفي العدة، فأما بعد انقضاء العدة يلزمها الخروج فيكون المنوي [من]^(٥) محتملات اللفظ؛ لأن اللفظ بظاهره مطلق لكنه خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء.

ثم استشهد فقال: ألا ترى لو قال: إن قبلت امرأتي فلانة فعبدي حر، كان هذا على القبلة وهي زوجة له، وبعدما تبين منه، أورد هذه المسألة لبيان أن اليمين يبقى بعد زوال النكاح، وكذا^(٦) في الفصل الأول لو حلف لا تخرج امرأته من هذه [الدار]^(٧) إلا بإذنه وطلقها وانقضت عدتها، ثم خرجت بغير إذنه لم يحدث الحالف في يمينه؛ لأن شرط الحنث هنا خروج مقيد^(٨) بصفة، وهو أن يكون بغير إذنه؛ لأنه جعل المستثنى خروجًا مقيدًا [بصفة]^(٩) وهو أن يكون بإذن، [فكان الداخل]^(١٠) تحت اليمين خروجًا بغير إذن وشرط الحنث ممنوع عنه يجب أن [يتقيد بحال له

(١) في ب: جعفر.

(٢) في ب: بما.

(٣) في م: الرواية.

(٤) في ب: الباب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب، م: فكذا.

(٧) سقط في ب.

(٨) في أ، م: يتقيد.

(٩) سقط في ب.

(١٠) سقط في ب.

ولاية المنع والإذن، وذلك حال قيام النكاح ولأن^(١) المرأة عادة إنما تستأذن من الرجل حال بقاء الزوجية لا بعد انقطاعها، فيتقيد بحال قيام النكاح^(٢)، وعلى هذا لو حلف على أمته ألا تخرج من الدار و^(٣) لا تخدم فلأنها، فهذا على الخروج والخدمة ما دامت في ملكه، وبعد ما خرجت عن ملكه، ولو قال: إلا بإذني، فهذا على الخروج والخدمة ما دامت في ملكه والفرق ما ذكرنا.

ولو أن سلطاناً حلف رجلاً ليرفعن إليه كل^(٤) داعر يعرفه في قبيلته فيما يستقبل، ثم إن الحالف عرف دعاً^(٥) فلم يرفعهم^(٦) إليه زماناً لم يحنث، ما دام الرجل سلطاناً؛ لأنه جعل شرط الحنث ترك المرافعة، وبالتأخير^(٧) لا يتحقق الترك^(٨) ما دام سلطاناً؛ فإن لم يرفعهم إليه حتى عزل أو مات وقلد سلطان، آخر فإنه يحنث ولا ينفعه^(٩) إذا رفع إليه بعدما عزل؛ لأن هنا^(١٠) وجد ما يوجب تقيد اليمين بحال قيام السلطنة؛ لأنه إنما طلب منه أن يرفعهم إليه ليقيم عليهم حد^(١١) الدعارة، وذلك إنما يكون حال قيام السلطنة لا حال زوالها فتقيدت اليمين بحال قيام السلطنة وقد وجد فيحنث، إلا أن يعني أن يرفعهم إليه على كل حال في حال قيام السلطنة وغيرها، ويدين^(١٢) فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وكذلك لا

-
- (١) سقط في ب.
 - (٢) زاد في ب: لهذا.
 - (٣) في ب: أو.
 - (٤) في م: يوم.
 - (٥) في ب: داعرا.
 - (٦) في ب: يرفعه.
 - (٧) في ب: بالتأخير.
 - (٨) في ب: بالترك.
 - (٩) في ب: يرفعه.
 - (١٠) في أ: هناك.
 - (١١) في ب: جزاء.
 - (١٢) في ب: فيدين.

ينفعه أن يرفعهم إلى السلطان الذي جاء بعده؛ لأن يمينه على الرفع إليه .
ولو لم يعرف دعارًا حتى عزل السلطان ثم عرف لا يجب عليه الرفع^(١) [لما قلنا:
إن اليمين تقيدت بحال قيام سلطنته .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يجب الرفع^(٢) بعد العزل؛ لأنه ممكن وهو
مقيد في الجملة، وبالموت يبطل اليمين لتعذر الرفع، والصحيح ما قلنا .
وكذلك لو أن سلطانًا حلف رجلاً ألا يخرج من الكوفة إلا بإذنه، فخرج بعد ما
عزل أو مات، فإنه لا يحنث؛ لأن هنا^(٣) وجد^(٤) ما يوجب تقييد اليمين بحال قيام
السلطنة؛ لأنه جعل شرط الحنث خروجًا بغير إذنه فيتقيد بقيام ولاية المنع والإذن،
وإنما يكون له ولاية المنع وولاية الإذن حال قيام السلطنة [لا حال زوالها فيتقيد
اليمين]^(٥) [بحال قيام السلطنة، فلو عاد السلطان إلى سلطنته هل يعود اليمين؟ لم
يذكر]^(٦) هذا الفصل [هنا]^(٧) وذكر^(٨) في السير الكبير ما يدل عليه أنه^(٩) لا يعود
[إليه]^(١٠) فقال: لو أن ملك أهل الحرب حلف أسيرًا مؤمنًا ألا يخرج إلا بإذنه فعزل
ذلك الملك، ثم عاد ملكًا ثم خرج الأسير بغير إذنه، لا يحنث .
ولو أن رجلاً حلف لا يخرج من البلدة إلا بإذن غريمه، ثم إن الذي عليه الدين
قضى دينه أو أبرأه صاحب الحق فإنه يسقط اليمين .

(١) زاد في م: إليه .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: هناك .

(٤) في أ: وجب .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: يذكر .

(٧) سقط في ب .

(٨) في أ: وذكرها، وفي ب، م: وذكرنا .

(٩) في م: لأنه .

(١٠) سقط في ب، م .

وكذلك لو كفل إنسان بنفس رجل ثم إن المكفول عنه حلف^(١) لا يخرج من البلدة إلا بإذن الكفيل، ثم برئ الكفيل من الكفالة إما بتسليم^(٢) أو [إبراء المكفول]^(٣) له إياه فإنه يبطل اليمين؛ لأنه وجد هنا ما يوجب تقييد اليمين بحال قيام الدين في المسألة الأولى، وبحال بقاء الكفالة في المسألة الثانية فتقيدت اليمين بذلك.

ولو أن رجلاً حلف لا يخرج من البلدة إلا بإذن فلان، وفلان ذلك ليس بينه وبين الحالف عمل، فخرج بغير إذن فلان فإنه يحنث؛ لأنه أطلق الكلام إطلاقاً ولم يوجد هنا ما يوجب تقييد اليمين بحال فيجري على إطلاقه، فإن مات فلان ثم خرج الحالف بعد ذلك، فإنه لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وعند أبي يوسف - رحمه الله -، يحنث؛ لأن شرط الحنث خروجه بغير إذنه وقد تحقق. [ولأبي حنيفة ومحمد]^(٤) أنه استثنى خروجاً بإذنه، وإنما يتقيد بحال يتصور الإذن من الحي لا من الميت، فيتقيد بحالة الحياة لهذا، وعلى هذا لو حلف لا يخرج من الدار إلا بأمر فلان أو بعلم فلان أو بمشورة فلان.

وأصله ما ذكرنا في كتاب الأيمان: أن الرجل^(٥) إذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز غداً، فأهريق^(٦) الماء قبل مجيء الغد، أو حلف ليقضين حق فلان غداً فقضاه اليوم، أو حلف ليأكلن هذا الرغيف غداً فأكله اليوم، بطلت اليمين [عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -]^(٧)، وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا تبطل، والله أعلم.

(١) زاد في ب: أن.

(٢) زاد في أ: النفس.

(٣) في ب: بإبراء الكفيل ثم برئ الكفيل.

(٤) في ب: ولهما.

(٥) في أ: الداخل.

(٦) في م: فأهرق.

(٧) في ب: عندهما.

الفصل الحادي والعشرون

في الرجل يحلف ألا يفعل الشيء فإمراً^(١) غيره

إذا حلف [الرجل]^(٢) لا يطلق امرأته فأمر غيره حتى يطلقها، حنث.

وهاهنا إحدى وعشرون مسألة، في ست عشرة منها وقع الحنث بالمباشرة والأمر جميعاً، وذلك: النكاح، والصلح [عن دم العمد]^(٣)، والطلاق، والعتاق، والهبة، والصدقة، والقرض، والاستقراض، والصرف، [والصيد]^(٤)، والذبح، والبناء، والخياطة، والإيداع، والاستيداع، والإعارة والاستعارة؛ لأن شيئاً من أحكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المأمور، بل ينتقل العقد بجميع الأحكام إلى الأمر فيصير شرط الحنث موجوداً من الحالف من [كل]^(٥) وجه، وفي الأفعال الحقيقية كالضرب وغيره، هذه الأفعال منقولة إلى الأمر في حق الحكم حتى لا يجب الضمان فصار الشرط موجوداً من الأمر.

وأما الخمسة التي تقع على المباشرة: البيع، والشراء، والإجارة، والاستئجار، والصلح عن المال؛ حتى إن من حلف لا يبيع ولا يشتري [فأمر غيره]^(٦) بذلك، [لم يحنث]^(٧) وكذلك في أجناسه لا يقع الحنث؛ لأن هذه العقود [مقصودة على الأمر من وجه في حق الحقوق، إلا أن يكون الحالف شريفاً لا يباشر هذه العقود]^(٨) بنفسه، فحيثئذ [لا]^(٩) يحنث بالتفويض؛ لأن يمينه باعتبار عاداته ينصرف^(١٠) إلى

(١) في ب: فيأتي.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ب، م: في العبد.

(٥) سقط في أ.

(٦) في ب: فأمره.

(٧) سقط في ب، م.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في ب، م.

(١٠) في أ: يفضي.

التفويض والأمر لا إلى حقيقة الشراء.

وإن كان يباشر تارة ويفوض أخرى اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: تعتبر الغلبة، وقال بعضهم: يعتبر المشتري.

وإن كان حين حلف نوى التكلم بالطلاق بلسانه صدق ديانة لا قضاء، وكذلك في أجناسه؛ لأنه نوى تخصيص فعل التطبيق، وفعل التطبيق قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالأمر، ونية التخصيص [صحيحة]^(١) ديانة لا قضاء.

وإذا حلف الرجل لا يشتري عبداً وهو ينوي أن^(٢) يأمر غيره فاشترى [له]^(٣) حنث، ولو اشتراه بنفسه، لا يحنث؛ لأنه نوى تخصيص ما يلفظه؛ لأن شرط الحنث قبل النية شراء [يوجد منه]^(٤) من كل وجه في حق الحقوق والملك^(٥) جميعاً، فبالنية^(٦) يصير شرط الحنث شراء يوجد منه في حق الملك دون الحقوق فكان تخصيصاً، إلا أن مع كونه تخصيصاً يصدق في القضاء متى كان الحلف بالطلاق والعتاق، وإن كان فيه تخفيف؛ لأنه خص ألا يحنث بشراء نفسه، والآن لا يحنث فيكون فيه نوع تخفيف، إلا أن هذا التخفيف ساقط الاعتبار شرعاً؛ لأنه لا يحصل إلا بتغليظ مثله وهو الحنث بشراء غيره، وقبل النية لا يحنث بشراء غيره، فهذا [تغليظ حصل بتخفيف فكان]^(٧) تخفيفاً.

ثم في فصل الضرب فرق بين^(٨) ضرب العبد^(٩) وضرب الحر فقال: إذا حلف لا

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: ألا.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: فوجد.

(٥) في ب: وبالملك.

(٦) في ب: وبالنية.

(٧) في أ: تخفيف حصل بتغليظ فلان.

(٨) زاد في أ: من.

(٩) زاد في أ: من، وفي م: بين.

يضرب عبده [فأمر غيره حتى ضربه، [لا يحنث] ^(١)؛ لأنه يملك ضرب عبده] ^(٢) فصح أمره غيره بذلك، وانتقل فعل المأمور إلى الأمر فكأن الأمر ضربه بنفسه فأما هذا ^(٣) لا يملك ضرب الحر، فلا يصح أمره بضرب الحر فلا ينتقل فعل المأمور إليه حتى لو كان الحالف مالكاً ضرب الحر بأن كان سلطاناً أو قاضياً، يحنث بالأمر بالضرب؛ لأنه يملك ضرب الأحرار حدًا وتعزيرًا فيصح أمره بالضرب، وينتقل فعل المأمور إليه، وإن نوى أن يضربه بنفسه ^(٤) لم يحنث إذا أمره ويكون مدينًا فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

وقد ذكرنا فيمن حلف لا يطلق ونوى الطلاق بلسانه، لا يصدق قضاء فكان ما ذكرنا في فصل القضاء في مسألة الضرب رواية في مسألة ^(٥) الطلاق؛ لأنه في الموضوعين جميعًا نوى حقيقة كلامه، فيصدق ^(٦) قضاء في الفصلين جميعًا. ولو حلف لا يضرب ولده فأمر غيره حتى ضربه، لم يحنث الآن بخلاف مسألة العبد.

والفرق: أن ^(٧) منفعة العبد في الضرب تحصل للمولى فكان ضرب العبد واقعا للمولى، فصار كضرب المولى، فأما ^(٨) منفعة ضرب الولد تحصل للولد فلا يكون ضرب الولد واقعا للأب؛ فلا يجعل ضرب المأمور كضرب الأب. وقد ذكر القدوري - رحمه الله - في فصل الضرب: أن الحالف يحنث بالأمر وبالضرب بنفسه من غير فصل بين الحر والعبد والولد.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: هو.

(٤) في ب، م: بيده.

(٥) في ب: فصل.

(٦) في أ: وقد صدق.

(٧) زاد في ب: معظم.

(٨) زاد في ب: معظم.

ولو حلف على امرأته لا يضربها فأمر غيره حتى ضربها، فقد قيل: إنها [تُطلق]^(١)
[نظير العبد]^(٢) حتى يحنث في يمينه.

وقيل: إنها نظير الولد، فلا يحنث الحالف في يمينه، والله أعلم.



(١) سقط في ب.

(٢) سقط في م.

الفصل الثاني والعشرون

في اليمين على الأوقات

إذا حلف ليقضين^(١) فلاناً ماله^(٢) رأس الشهر أو عند الهلال أو^(٣) إذا أهل الهلال؛ ينصرف ذلك إلى الليلة [التي]^(٤) يهل فيها الهلال ويومها استحساناً بحكم العرف.

وكذلك إذا قال: غرة الشهر، [انصرف ذلك]^(٥) إلى الليلة التي يهل فيها الهلال]^(٦) ويومها وإن كانت الغرة في اللغة الأيام الثلاثة من أول الشهر اعتباراً للعرف؛ لأن رأس الشهر وغرة الشهر إذا أطلق في العرف والعادة يُراد به الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وإن نوى الساعة التي يهل فيها الهلال^(٧) صحت نيته؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

وإن قال: سلخ الشهر، انصرف ذلك إلى اليوم التاسع والعشرين [كله]^(٨) بحكم العرف، وإن كان في اللغة اسم السلخ يقع على الثامن والعشرين أيضاً، وأول الشهر اليوم الأول إلى خمسة عشر يوماً، وآخر الشهر من اليوم السادس عشر إلى آخر الشهر^(٩) [فإن أول الشهر إذا أطلق في العرف، يراد به من اليوم الأول إلى خمسة عشر يوماً، وآخر الشهر [إذا أطلق في العرف]^(١٠) يراد به من اليوم السادس عشر إلى آخر الشهر، وآخر أول الشهر اليوم الخامس عشر، وأول آخر الشهر اليوم السادس

(١) في ب: ليضربن.

(٢) في ب: مائة.

(٣) في أ: و.

(٤) سقط في ب.

(٥) في م: يمينه.

(٦) في أ: ويومها.

(٧) زاد في م: ويومها وإن نوى الساعة التي يهل فيها الهلال.

(٨) سقط في ب، م.

(٩) زاد في أ: وآخر الشهر اليوم الخامس وأول آخر الشهر اليوم السادس عشر إلى آخر الشهر.

(١٠) سقط في أ، ب.

عشر، فإذا حلف ليفعلن كذا أول يوم من آخر الشهر، وآخر يوم من أول الشهر، فيمينه على الخامس عشر^(١) والسادس عشر^(٢)^(٣).

وإن كان الشهر تسعة وعشرين يومًا، فأول الشهر إلى وقت الزوال من اليوم الخامس عشر وما بعده آخر الشهر إلى آخره، وأول اليوم إلى ما قبل الزوال، فإذا حلف ليفعلن كذا أول اليوم ففعل قبل الزوال، بر في يمينه، وإن فعل بعد الزوال، حنث.

وإن قال: صلاة الظهر، فله وقت الظهر كله، وكذا سائر الصلوات، وهذا لأن الصلاة تذكر ويُراد بها وقتها مجازًا قال ﷺ: «أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت»^(٤)، وقوله: أدركتني الصلاة: أدركني وقت الصلاة، ويقال في العرف: أتيتك صلاة الظهر، أي: وقت صلاة الظهر^(٥)، وقد قامت الدلالة على إرادته المجاز، وهو قران الفعل المحلوف به نحو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك بالصلاة؛ لأن هذه الأفعال لا تتحقق [في الصلاة وإنما تتحقق]^(٦) في الوقت فكأنه صرح بالوقت.

ولو قال: عند طلوع الشمس، أو حين تطلع الشمس، فله من حين تطلع الشمس إلى أن تبيض [لأن قوله: حين تطلع الشمس، في العرف يُراد به حين تطلع الشمس إلى أن تبيض؛ لأن قوله: حين تطلع يُطلق]^(٧) فكأنه^(٨) صرح به وإن قال: وقت

-
- (١) زاد في م: بعد آخر الشهر.
 (٢) بدل ما بين المعقوفين في أ: وآخر يوم من أول الشهر إلى وقت الزوال من اليوم الخامس عشر والسادس عشر.
 (٣) ينظر: البحر الرائق (٤/٣٦٨).
 (٤) أخرجه أحمد (٢/٢٢٢) بلفظ: «لقد أعطيت الليلة خمسا، ما أعطيهن أحد قبلي...»، فذكر منها: «وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً أينما أدركتني الصلاة تمسحت وصليت»، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠/٣٧٠)، وقال: رواه أحمد ورجاله ثقات.
 (٥) زاد في أ: وقد قامت وقت صلاة الظهر.
 (٦) سقط في م.
 (٧) سقط في أ، ومن قوله: «لأن قوله حتى تطلع الشمس...» إلى هنا، في ب، م: فصار.

الضحوة، من حين تبيض الشمس إلى أن تزول، وإن قال: وقت السحر، فوقت السحر من بعد ذهاب ثلثي الليل، [إلى وقت طلوع الفجر الثاني، وإن قال: مساء، ينوي أن المساء مساءً أحدهما إذا زالت الشمس]^(١)، والآخر: إذا غربت [الشمس]^(٢) وإذا حلف بعد الزوال لا يفعل حتى يُمسي، فهو على غروب الشمس. وإن قال: إن فعلت كذا قبل [أن تمضي ستة فامرأتي طالق، أو قال: فعبدني حر، ففعل ذلك قبل]^(٣) مُضي شوال فقد قال بعض مشايخنا - رحمهم الله -: إنه يحنث، وهذا القائل يقول بأن ستة في شوال غير معين ولا تبطل بانسلاخ شهر رمضان.

وقال بعضهم: إن كان الحالف فقيهاً عالمًا يعلم أن ستة في شوال غير معين، إذا فعل ذلك الفعل قبل مضي شوال، يحنث في يمينه وإن كان عاميًا إذا فعل ذلك الفعل بعد مضي ستة أيام متتابعات أولها اليوم الثاني من العيد لا يحنث؛ لأن ستة عند العوام هذه الستة، وعليه الفتوى، وإذا [حلف لا يفعل]^(٤) كذا في أيام العيد فهو على أسبوع العيد.

وإذا قال: (أكر فلان كان كيم درير حيد رور فكذا) فإن فعل ذلك قبل تمام الشهر من وقت اليمين، لا يحنث^(٥)، وإن فعل بعد تمام الشهر يحنث.

وإن قال: (يا فلان سحر بكونم ناست قدر) فإن كان الحالف عاميًا لا يعرف اختلاف الفقهاء فيها، لا يتكلم معه إلى الليلة السابعة والعشرين من شهر رمضان؛ لأن ليلة القدر عند العوام هذه الليلة، وإن كان عالمًا يعرف اختلاف العلماء فيها فإن حلف قبل دخول شهر رمضان، لا يكلمه حتى يمضي شهر رمضان بلا خلاف، وإن

(١) في م: كأنه.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: فعل.

(٥) زاد في ب: فإن فعل ذلك قبل تمام شهر قعد من وقت اليمين، لا يحنث.

حلف في نصف رمضان فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يكلمه حتى يمضي [شهر]^(١) رمضان كله من السنة الثانية .

وعلى قولهما: [لا يكلمه حتى يمضي [نصف رمضان من السنة الثانية]^(٢) .

بناء على أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - : أن ليلة القدر دائرة في جميع شهر رمضان فقد تتقدم وقد تتأخر .

وعندهما: ليس بدائرة ولا تتقدم ولا تتأخر .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن ليلة القدر دائرة في السنة في إحدى الروایتين عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وهكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو نصر الصفار - رحمه الله - ، وهكذا ذكر كثير من مشايخنا - رحمهم الله - .

ولو قال: لا أكلم فلاناً إلى الموسم، أو [قال:]^(٣) إلى قدوم الحاج، أو [قال:]^(٤) إلى الحصاد، أو قال: (أيا نوف برمين برقيعيد)، فقد ذكرنا هذه المسائل في الكتاب في فصل الغاية .

وإذا حلف لا يكلم فلاناً إلى الشتاء، أو قال: إلى الصيف، أو قال: إلى الربيع، أو قال: إلى الخريف؛ فقد اختلف المشايخ في معرفة هذه الفصول فمنهم من قال: الشتاء ما يحتاج الناس [فيه]^(٥) إلى شيئين: إلى الوقود وإلى لبس المحشو، والصيف: ما يستغني الناس فيه عنهما .

فعلى هذا القياس: الربيع: ما يستغني الناس فيه عن أحدهما، والخريف: ما يحتاج الناس إلى أحدهما .

(١) سقط في أ .

(٢) ما بين المعقوفين غير واضح في ب .

(٣) سقط في أ، م .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في ب .

ومنهم من قال: أول الشتاء إذا لبس الناس الحشو، وآخره [إذا ألقوه في البلد الذي حلف فيه، وأول الصيف عند إلقاء الحشو، وآخره]^(١) عند لبسه.
وقال بعضهم: إن كان الحالف من بلدة لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء والربيع والخريف مستمرًا، ينصرف يمينه إليه، وإن لم يكن فأول الشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام، وأول الصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام.
فعلى قياس [هذا]^(٢): الربيع: ما ينكسر^(٣) فيه البرد على الدوام، والخريف: ما ينكسر فيه الحر على الدوام.

وقال بعضهم: وإن لم يكن عندهم حساب يعرفون الصيف والشتاء [به]^(٤) مستمرًا، فإذا كان على الأشجار أوراق وثمار فهو الصيف، وإذا بقي الأوراق عليها دون الثمار فهو الخريف، وإن لم تبقى الأوراق أيضًا فهو الشتاء، وإذا خرجت الأوراق دون الثمار فهو الربيع.

وذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في أيمان الفتاوى عن محمد - رحمه الله - أنه قال: ليس عندنا شيء معلوم في معرفة الشتاء والصيف إلا قول الناس فإذا قالوا بأجمعهم: ذهب الشتاء أو ذهب الصيف، فالاعتبار لقولهم، فقد اعتبر العرف في هذا.

وحكي عن شمس الإسلام^(٥) الأوزجندی - رحمه الله - أنه كان يعتبر العرف في هذا.

وكان يقول: إذا قالوا في العرف: (رمان أندرامد باسنان اندرامدن) فهو كذلك. وإذا قال: والله لا أكلمك الجمع، ولا نية له، فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة؛

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: يسكن.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: الائمة.

لأن الجمع جمع جمعة، وهو اسم خاص لليوم الذي تُقام فيه الجمعة، سمي به لاجتماع الناس فيه لإقامة هذا الأمر فيه فلا يتناول غيره من الأيام، كما لو قال: لا أكلمك إلا خمسة والآحاد والأثنين، وإن نوى أيام الجمعة تعين الأسبوع فهو على ما نوى.

[وذكر في النوادر^(١) أن من قال: علي صوم جمعة، أنه إن نوى]^(٢) صوم يوم الجمعة، يلزمه صوم يوم الجمعة لا غير، وإن نوى أيام الجمعة تعين الأسبوع أو لم يكن [له]^(٣) نية يلزمه صوم الأيام السبعة بحكم غلبة الاستعمال، يقول الرجل لغيره: لم أرك منذ جمعة، والمراد به ما قلنا، فعلى رواية [النوادر: صرف الجمعة إلى أيام^(٤) ما دون يوم الجمعة خاصة.

وعلى رواية^(٥) [الجامع [الصغير]^(٦): صرف الجمعة المطلقة غير مقرونة باليوم إلى يوم الجمعة خاصة؛ لأن هذا الاستعمال فيما ذكرت الجمعة مطلقة بلفظ الواحد [لا بلفظ الجمع]^(٧) حتى قال مشايخنا - رحمهم الله - : إذا قال^(٨): والله لا أكلمك جمعة ينصرف اليمين إلى الأيام السبعة لا إلى يوم الجمعة خاصة كما ذكر في النوادر.

وإذا حلف الرجل ليصومن حينًا، فإن نوى شيئًا، فهو على ما نوى؛ لأن الحين في اللغة عبارة عن مطلق الزمان، وإن لم يكن له نية فهو على ستة أشهر، [فصار تقدير المسألة: والله لأصومن ستة أشهر، وكذلك إذا ذكر الحين مع اللام.

وكذلك إذا قال: إن صمت حينًا، أو صمت الحين، ولا نية له فهو على ستة

(١) في م: النوازل.

(٢) سقط في ب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: أيامها.

(٥) سقط في ب.

(٦) سقط في ب، م.

(٧) في م: ألا تلفظ الجمعة.

(٨) زاد في ب: إذا.

أشهر^(١)، ولا يحنث إلا بصوم ستة أشهر، كما لو قال: إن صمت ستة أشهر، ولا يتعين^(٢) الوقت الذي يلي اليمين، بخلاف ما إذا ذكر سائر الأفاعيل^(٣) نحو الكلام والضرب وما أشبه ذلك بأن قال: إن كلمت^(٤) فلاناً^(٥) حيناً، فإنه يتعين الوقت الذي يلي اليمين.

ولو قال: لا أكلمك قريباً، فهو على أقل من شهر بيوم في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، مذكور في طلاق الأصل.

[ولم يحك عن غيره خلافه.

وإذا نوى أكثر من شهر، ذكر في أيمان الأصل^(٦) عن أبي حنيفة - رحمه الله - :
[أنه يدين في القضاء.

ولو قال: إلى بعيد، فهو على أكثر من شهر في قول أبي حنيفة^(٧).

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن قوله: البعيد، مثل الحين إلى ستة أشهر.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في النوادر المنسوب إلى المعلى^(٨) إذا قال: سريعاً، فهو على شهر غير يوم إذا لم يكن له نية، وإن كان له نية فهو على ما نوى، ولو قال: عاجلاً، فهو على أقل من شهر^(٩)، ولو قال: آجلاً^(١٠) فهو على شهر فصاعداً، ولو قال: بضعة عشر يوماً، فهو على ثلاثة عشر.

(١) سقط في ب.

(٢) في م: يعتبره.

(٣) في م: الأفعال.

(٤) زاد في ب: حيناً إن ضربت.

(٥) زاد في م: إن ضربت فلاناً حيناً.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: أبي علي.

(٩) زاد في ب: غير يوم إذا لم يكن له نية، وإذا كان له نية فهو على ما نوى.

(١٠) في أ: مدة.

الفصل الثالث والعشرون

في الحلف بعق أول عبد يملكه

إذا قال الرجل: أول عبد أملكه واحدًا^(١) فهو حر فملك عبدين، ثم ملك عبدًا واحدًا لا يعتق واحدًا منهم، وهذا وما إذا قال: أول عبد أملكه فهو حر سواء، وهذا لأن قوله واحدًا^(٢) لا يفيد^(٣) إلا [ما أفاده صدر]^(٤) الكلام [لأن قوله: واحدًا^(٥) صفة للعبد]^(٦) بالتفرد، وقد [استفيد انفراد]^(٧) العبد بقوله: أول عبد أملكه؛ لأن الأول اسم لفرد سابق فقوله واحدًا^(٨) لا يفيد فائدة مبتدأة فصار ذكره ولا ذكر بمنزلة. فإن قيل: كيف يكون قوله واحدًا^(٩) صفة للعبد، وإن اختلف إعرابهما ولو كان صفة للعبد، لكان إعرابهما واحدًا أول عبد واحد أملكه.

قلنا: العبد مخفوض حقيقة بسبب الإضافة إلا أنه منصوب معنى؛ لأنه مفعول أملكه والمفعول [لا بد أن]^(١٠) يكون منصوبًا فاستقام واحدًا^(١١) بالنصب باعتبار المعنى واستقام بالخفض باعتبار الحقيقة، وهذا نظير ما لو قال: المرأة التي تدخل الدار طالق كان مستقيمًا، ولو قال: فهي طالق، كان مستقيمًا أيضًا؛ لأن قوله: التي تدخل الدار شرط معنى؛ لأنه ملفوظ به، وقد توقف وقوع الطلاق على وجوده، ولكنه ليس بشرط على الحقيقة فإنه لم يقرن به كلمة الشرط، وإنما ذكره على سبيل

(١) في أ، م: واحد.

(٢) في أ، م: واحد.

(٣) في م: يقبل.

(٤) في أ: إذا وصل.

(٥) في م: واحد.

(٦) في ب: إن قوله صفة العبد.

(٧) في ب: استفدنا تفرد، وفي م: استفيد بانفراد.

(٨) في م: واحد.

(٩) في م: واحد.

(١٠) في ب، م: أبدًا يكون.

(١١) في م: واحد.

التعريف فاستقام ذكره مع (الفاء) باعتبار [المعنى، واستقام ذكره بدون (الفاء) باعتبار] ^(١) الحقيقة.

فإن قيل: قوله واحدًا ^(٢) إن لم يفد فائدة مبتدأة يقع لغوًا [فيصير فاصلاً بين الشرط و[بين] ^(٣) الجزاء، فينبغي ألا يصح اليمين والأصل ^(٤) بخلافه.

قلنا: إنما يقع لغوًا إذا ^(٥) لم يفد أصلاً، أما إذا كان فيه نوع فائدة [لا يقع لغوًا وفيه نوع فائدة] ^(٦) وبيان ذلك من وجهين:

أحدهما: التأكيد كما يقال: رجل ذكر وامرأة أنثى، والذكر [في] ^(٧) الرجل لا يفيد إلا ما [أفاده الرجل، والأنثى في المرأة لا تفيد إلا ما] ^(٨) أفادته المرأة ^(٩)، ولكن ذكره للتأكيد.

والثاني: [أن] ^(١٠) المراد منه نفي احتمال العموم؛ لأن العبد وإن كان اسمًا للواحد إلا أنه يحتمل العموم من حيث إنه اسم جنس كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا أَوْلَٰ كَافِرٍ بِئِهِ﴾ فهو بقوله واحدًا نفي احتمال العموم، وهكذا كقوله تعالى: ﴿وَلِيَ نَجَّةٌ وَجِدَةٌ﴾ لنفي احتمال العموم هكذا هنا، فإذا نظر الرجل إلى عشرة أعبد وقال: إن اشتريت واحدًا منكم أولاً فهو حر، فاشتري واحدًا منهم مع عبد آخر من غير العشرة، فإن العبد الذي اشتراه من العشرة يُعتق، وانضمام غيره إليه لا يسلب عنه اسم الأولية عن العشرة.

(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: واحد.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: والأمر.

(٥) في أ: وإذا.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) زاد في أ: والرجل.

(١٠) سقط في أ، م.

وكذلك إذا قال: أول عبد أبيض اشتريه، فهو حر، فاشتري عبدًا أبيض وعبدًا أسود معًا، عتق العبد الأبيض؛ لأنه أول عبد أبيض اشتراه وإن كان معه أسود. ولو قال: أول عبد [أبيض اشتريه أول العبيد فهو حر، فاشتري عبدًا أبيض ومعه عبدًا]^(١) أسود، لا يعتق الأبيض^(٢)؛ لأن الشرط هنا أن يكون الأبيض أول العبيد، والأبيض ليس أول العبيد لما اشتري معه الأسود؛ لأن الأسود من جملة العبيد، والله أعلم.



(١) سقط في ب.

(٢) في ب: الأسود.

الفصل الرابع والعشرون في النذور^(١) والكفارات^(٢)

إذا جعل لله تعالى على نفسه حجة أو عمرة أو صلاة أو ما أشبه ذلك مما هو طاعة لله عزَّ وجلَّ فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون النذر مرسلاً غير معلق بالشرط وفي هذا الوجه يلزمه الوفاء بما سمى، ولا يتبعه الكفارة بلا خلاف.

الوجه الثاني: أن يكون النذر مُعلِّقاً، وإنه على وجهين: إن كان شرطاً يريد وجوده إما لجلب منفعة أو دفع مضرة بأن قال: إن شفى الله تعالى مريضى أو ردَّ الله تعالى غائبى أو مات عدوى، فعلى صوم سنة، فوجد الشرط يلزمه الوفاء بما سمى، ولا يخرج عن العهدة بالكفارة بلا خلاف أيضاً، وإن كان شرطاً لا يريد كونه، فعليه الوفاء بما سمى في ظاهر رواية أصحابنا.

(١) النذور جمع نذر، وهو بذال معجمة ساكنة وحكي فتحها لغة: الوعد بخير أو شر، وشرعاً: الوعد بخير خاصة، قاله الروياني والماوردي وقال غيرهما: التزام قرينة لم تتعين. والأصل فيه آيات، كقوله تعالى: ﴿وَلْيُؤْتُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وأخبار كخبر البخاري: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُغْصِيَّ اللَّهَ فَلَا يُغْصِيه» وفي كونه قرينة أو مكروهاً خلاف، والذي رجحه ابن الرفعة أنه قرينة في نذر التبرر، دون غيره، وهذا أولى ما قيل فيه. ينظر: الاختيار (٧٦/٤)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (٣٣٩/٢)، والإقناع (٥٩٥/٢)، والكافي (٤٥٤/١)، وأنيس الفقهاء، ص (٣٠١).

(٢) الكفارات جمع كفارة وهي لغة: مأخوذة من الكفر وهو الستر، وسميت الكفارة بهذا الاسم لسترها الذنب تخفيفاً من الله تعالى. وفي التهذيب: سميت الكفارات كفارات؛ لأنها تكفر الذنوب، أي: تسترها، مثل كفارة الأيمان، وكفارة الظهار، والقتل الخطأ. ينظر: مختار الصحاح، مادة (كفر)، ص (٥٧٤)، لسان العرب، مادة (كفر) (٥/٣٩٠٠).

واصطلاحاً: فعل ما من شأنه أن يمحو الذنب من عتق وصدقة وصيام بشرائط مخصوصة.

قال النووي: استعملت الكفارة فيما وجد فيه صورة مخالفة أو انتهاك وإن لم يكن فيه إثم كالقتل خطأ وغيره.

ينظر: البحر الرائق (١٠٨/٤)، حاشية ابن عابدين (٥٧٨/٢)، المجموع شرح المهذب (٣٣٣/٦).

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه رجع عن هذا القول وقال: هو بالخيار إن شاء خرج عنه بما^(١) سمي؛ وإن [شاء]^(٢) خرج عنه بالكفارة، وهكذا روي عن محمد - رحمه الله -، والمشايخ - رحمهم الله - كانوا يفتون بهذا، وهو اختيار الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد، والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي، والصدر الشهيد برهان الأئمة - رحمهم الله -، وكانوا يقولون: في هذا ضرورة وبلوى للناس، وبهذا قال بعض الصحابة - رضي الله عنهم أجمعين -^(٣).
وجه ظاهر الرواية^(٤) قوله ﷺ: «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي»^(٥).

(١) في ب، م: بعين ما.

(٢) سقط في أ.

(٣) المبسوط للسرخسي (١١٦/٤)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٠/٢).

(٤) زاد في أ، م: أن.

(٥) قال الزيلعي في نصب الراية (٣٠٠/٣): غريب، وقال الحافظ ابن حجر: في الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٩٢/٢: لم أجده.

ولكن في البخاري من حديث ابن عباس أن رجلاً قال: يا رسول الله، إن أختي نذرت... الحديث، وقال: فاقض الله. أخرجه البخاري (٧٨/٤، ٧٩) كتاب جزاء الصيد، باب: من نذر المشي إلى الكعبة، حديث (١٨٦٦)، ومسلم (١٢٦٤/٣) كتاب النذر، باب: من نذر أن يمشي إلى الكعبة، حديث (١٦٤٤/١١)، وأبو داود (٣/٥٩٨، ٥٩٩) كتاب الأيمان والنذور، باب: من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية، حديث (٣٢٩٩) والترمذي (١١٦/٤) كتاب النذور والأيمان، حديث (١٥٤٤)، والنسائي (١٩/٧) كتاب الأيمان والنذور، باب: من نذر أن يمشي إلى بيت الله - تعالى، وابن ماجه (٦٨٩/١) كتاب الكفارات، باب: من نذر أن يحج ماشياً، حديث (٢١٣٤)، وأحمد (١٤٥/٤)، والدارمي (١٨٣/٢) كتاب النذور والأيمان، باب: في كفارة النذر، وابن الجارود في المنتقى ص (٣١٣) باب ما جاء في النذور، حديث (٩٣٧)، والبيهقي (٧٩، ٧٨/١٠) كتاب النذور، باب: المشي فيما قدر عليه، والركوب فيما عجز عنه، من حديث عقبة بن عامر.

وعن عائشة مرفوعاً: من نذر أن يطيع الله فليطعه. أخرجه مالك (٤٧٦/٢) كتاب النذور والأيمان، باب: ما لا يجوز من النذور في معصية الله، حديث (٨)، وأحمد (٣٦/٦)، (٤١)، والبخاري (٥٨١/١١) كتاب الأيمان والنذور، باب: النذر في الطاعة، حديث (٦٦٩٦)، وأبو داود (٥٩٣/٣) كتاب الأيمان والنذور، باب: ما جاء في النذر في المعصية، حديث (٣٢٨٩)، والترمذي (٤١/٣) كتاب النذور والأيمان، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ «أن لا نذر في معصية»، حديث (١٥٢٦)، والنسائي (١٧/٧) كتاب

والمعنى في المسألة: أن هذا [نذر ولو]^(١) أرسله كان عليه الوفاء بما سمي، وكذا إذا علقه بالشرط قياسًا على ما لو علقه عليه بشرط يريد كونه؛ وهذا لأن [عمل التعليق]^(٢) في تأخير الجزاء إلى وقت وجود الشرط [لا في تغييره]^(٣) كما في اليمين بالطلاق والعتاق.

وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - الآخر وهو رواية عن محمد - رحمه الله - : أن النذر المعلق بالشرط الذي لا يريد كونه يمين من وجه، نذر من وجه، يمين باعتبار الشرط؛ [لأن الشرط]^(٤) مزجور عنه فراؤًا عما تلزمه الكفارة حقًا لله تعالى على الخلوص^(٥) ولكن نذر باعتبار الجزاء؛ لأن الشرط^(٦) صوم سنة أو صلاة [سنة]^(٧) كما في النذر المعلق بالشرط يريد^(٨) كونه؛ فكان نذرًا [من وجه، يمينًا من

الأيمان والنذور، باب: النذر في المعصية، وابن ماجه (٦٨٧/١) كتاب الكفارات، باب: النذر في المعصية، حديث (٢١٢٦)، وابن الجارود ص (٣١٢، ٣١٣) باب ما جاء في النذر، حديث (٩٣٤)، والدارمي (١٨٤/٢) كتاب النذور والأيمان، باب: لا نذر في معصية الله، والشافعي (٧٤/١، ٧٥) رقم (٢٤٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٣/٣)، وفي مشكل الآثار (٤٧٠/١)، والبيهقي (٢٣١/٩)، وأبو نعيم في الحلية (٣٤٦/٦)، والبغوي في شرح السنة (٢٨٤/٥) من طرق عن طلحة بن عبد الملك الأيلي عن القاسم بن محمد عن عائشة. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد رواه يحيى بن أبي كثير عن القاسم بن محمد. والطريق الذي أشار إليه الترمذي أخرجه أحمد (٢٠٨/٦)، والبخاري في التاريخ الكبير (٣٤/١) من طريق علي بن المبارك عن يحيى ابن أبي كثير - وعند البخاري مقرون بأيوب عن القاسم بن محمد عن عائشة. وأخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٣٣/١)، وأبو يعلى (٢٧٧/٨) رقم (٤٨٦٣) من طريق أبان ابن يزيد ثني ابن أبي كثير أن محمد بن أبان حدثه عن القاسم بن محمد حدثه أن عائشة حدثته أن رسول الله ﷺ قال: «من نذر أن يعصى الله فلا يعصيه».

- (١) في أ: نذر.
- (٢) في ب: عدم التأخير.
- (٣) في أ: لأن تعبيره.
- (٤) سقط في أ، م.
- (٥) في م: الخصوص.
- (٦) في ب: المعلق بالشرط.
- (٧) سقط في أ، ب، م.
- (٨) في م: بهذا.

وجه، ولا رجحان لأحد الوجهين على الآخر؛ لأن اليمين إنما تتم^(١) بالشرط والجزاء^(٢) جميعًا والجمع بين الموجبين متعذر، وهو الكفارة مع الوفاء بالمسمى؛ لأن العقد واحد فلا يلزمه موجبان.

وإذا تعذر الجمع بين الموجبين والبعض من هذا والبعض من ذلك متعذر أيضًا وجب [التخيير من حيث التوفير]^(٣)، وهذا بخلاف ما لو علق النذر بشرط يريد كونه؛ لأنه نذر من كل وجه باعتبار الجزاء والشرط جميعًا؛ لأن الشرط مرغوب فيه والشرط في اليمين بالله تعالى مزجور عنه صوتًا^(٤) عما يلزمه من الكفارة حقًا لله تعالى [بخلاف ما نحن فيه]^(٥) وبخلاف النذر المرسل؛ لأنه ليس فيه معنى اليمين أصلاً أما هنا بخلافه.

وذكر هذه المسألة في شرح الطحاوي، وفي شرح القدوري مطلقة من غير فصل بين شرط وشرط، وقال: يلزمه الوفاء بما سمى في رواية الأصول، ولا تنفعه الكفارة.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه رجع [عن ذلك فقال: يخرج عنه بالكفارة.

وعن محمد - رحمه الله - : أنه رجع أيضًا]^(٦).

قال^(٧) القدوري - رحمه الله - : وقد اختلفت الصحابة - رضوان الله عليهم -

في هذا، قال عمر وعائشة - رضي الله عنهما - : يخرج عن العهدة بالكفارة.

وعن ابن عمر وابن الزبير^(٨) - رضي الله عنهما - [أنه]^(٩) يلزمه الوفاء بالمسمى.

(١) في م: تعم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب، م: التوفير على الشبهين حظهما من حيث التخيير.

(٤) في أ: ضربًا.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في ب، م: في.

(٨) هو: عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد الأسدي، أبو بكر، هاجرت به أمه إلى

واحتج^(١) أبو يوسف - رحمه الله - بنفي الكفارة وقال: القول [بوجوب الكفارة]^(٢) [يؤدي إلى]^(٣) وجوب الكثير^(٤) بإيجاب القليل ووجوب القليل بإيجاب الكثير فإن من قال: إن فعلت كذا فعلي صوم سنة يخرج بصوم ثلاثة أيام، [ولو قال: علي صوم^(٥) يوم يلزمه في التكفير ثلاثة أيام]^(٦) وهذا لا يجوز.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - فيمن قال: إن شفى الله مريضاً أو قال: إن رد الله علي غائبي، صمت شهرًا، أو قال: حججت حجة ثم عوفي مريضه وردَّ عليه غائبه، فهذه عدة إن وفى بها فهو أفضل، وإن لم يف فلا حرج.

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : هذا خلاف^(٧) ما في الأصل^(٨). والله أعلم.



المدينة وهي حامل، فولد بعد الهجرة بعشرين شهرا، وقيل: في السنة الأولى، وكان أول مولود ولد في الإسلام بالمدينة من قريش، روى عن: النبي ﷺ وعن أبيه، وحضر وقعة اليرموك، وشهد خطبة عمر بالجابية، وبويع له بالخلافة عقب موت يزيد بن معاوية سنة أربع وستين، وقيل: سنة خمس وستين، وغلب على الحجاز والعراقين، واليمن، ومصر، وأكثر الشام، وكانت ولايته تسع سنين، وقتله الحجاج بن يوسف في أيام عبد الملك بن مروان سنة ثلاث وسبعين.

ينظر: تهذيب الكمال (٥٠٨/١٤)، تقريب التهذيب (٤١٥/١)، خلاصة تهذيب الكمال (٥٦/٢)، الكاشف (٨٦/٢).

- (٩) سقط في أ.
- (١) في ب: أوضح.
- (٢) في ب: بالكفارة.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) زاد في ب: كذا.
- (٥) في م: أن أصوم.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في ب: اختلاف.
- (٨) في أ: الفصل.

نوع آخر من هذا الفصل:

إذا كان النذر بالعبادة معلقًا بالشرط لا يجوز^(١) أدائها قبل وجود الشرط مالية كانت العبادة أو بدنية؛ لأن التعليق عندنا بالشرط ليس بسبب قبل وجود الشرط، وإنما يصير سببًا بعد وجود الشرط، ففي أدائها قبل وجود الشرط تقديم [الحكم]^(٢) على السبب؛ وإنه ممتنع.

وإذا كان النذر بالعبادة مضافًا إلى وقت فأدائها قبل مجيء الوقت إن كان العبادة بدنية على قول أبي يوسف - رحمه الله^(٣) - يجوز، وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يجوز حتى إن من قال: لله عليّ أن أصوم شهر رجب، لله عليّ أن أحجّ سنة كذا فصام وحج قبل ذلك على قول أبي يوسف - رحمه الله - يجوز، وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يجوز وإن كانت العبادة مالية يجوز بلا خلاف حتى إن من قال: لله عليّ أن أتصدق بدرهم غدًا فتصدق اليوم، يجوز بلا خلاف.

[لمحمد]^(٤) في المسألة طريقتان:

أحدهما: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، ولهذا ما وجب بإيجاب العبد من الصيام مطلقًا؛ كان من عليه فيه بالخيار [إن شاء تابع]^(٥) وإن [شاء]^(٦) فرق) كما في الصوم الواجب بإيجاب الله تعالى مطلقًا، وما وجب بإيجاب العبد مُتَّبَعًا لا يكون من عليه فيه بالخيار كما في الواجب بإيجاب الله تعالى مُتَّبَعًا، ثم ما وجب بإيجاب الله تعالى من العبادات البدنية في وقت بعينه؛ كصوم رمضان، وكصلاة الظهر إذا أداها قبل ذلك الوقت لا يجوز، وما وجب بإيجاب الله تعالى من

(١) زاد في أ: إذا.

(٢) سقط في ب.

(٣) زاد في أ: أنه.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: وهذا الجواب.

(٦) سقط في أ.

العبادات المالية في وقت بعينه كالزكاة إذا أداها قبل وقته [وهو الحول]^(١) يجوز، وكذا ما وجب بإيجاب العبد.

الطريق الثاني: [إذا]^(٢) أدى هذه العبادات قبل وجوبها وقبل وجود^(٣) سبب وجوبها^(٤)، فلا يجوز؛ كما لو كان النذر معلقًا بالشرط وأداها قبل وجود الشرط أما بيان أن الأداء حصل قبل الوجوب فظاهر؛ لأن النذر المضاف إلى وقت لا يعمل في الإيجاب قبل وجود ذلك الوقت، وأما [قبل]^(٥) وجود^(٦) سبب الوجوب^(٧) فلأن [النذر فيه]^(٨) إنما ينعقد سببًا موجبًا بحكمه إذا صادف محله، ومحل النذر الذمة والمنذور به صوم رجب، وصوم رجب معدوم قبل رجب؛ لأن ما يكون مشروطًا^(٩) في وقت، يكون معدومًا قبل [مجيء]^(١٠) ذلك الوقت [وهو]^(١١) [مجيء]^(١٢) النذر، [و]^(١٣) إذا لم تحل الذمة بأن كان معلقًا بالشرط لا^(١٤) يُعتبر سببًا للحال فكذا إذا لم يصادف المنذور به لعدمه لا يعتبر [سببًا]^(١٥) بخلاف ما إذا نذر بالتصدق بدرهم غدًا، فتصدق اليوم؛ لأن الأداء هناك حصل بعد وجود سبب الوجوب؛ لأن

(١) في ب: وهذا الجواب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ب: وجوب.

(٤) في ب: الوجوب.

(٥) سقط في ب.

(٦) في ب: وجوب.

(٧) في أ، م: الوجود.

(٨) في ب، م: التصرف.

(٩) في ب، م: مشروغًا.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في ب، م: ثم.

(١٣) سقط في ب، م.

(١٤) في م: وإلا.

(١٥) سقط في ب.

المنذور به التصدق بالدرهم، والدرهم [موجود]^(١) في العالم، والنذر صادف محله؛ فانعقد سببًا للحال، لكن تأخر وجوب الأداء إلى ذلك الوقت أما هاهنا بخلافه.

ولأبي يوسف - رحمه الله - : أن الأداء حصل بعد وجود سبب الوجوب، فيجوز كما لو أدى الزكاة قبل حولان الحول بعد وجود^(٢) النصاب^(٣) وكما لو كفر بعد الجرح قبل الموت، وكما إذا قال: لله علي أن أتصدق بدرهم غدًا فتصدق اليوم.

وإنما قلنا: إن الأداء حصل بعد وجود سبب الوجوب؛ لأن السبب هو النذر، والنذر صادف محله؛ لأن محله الذمة، والمنذور به قد صادف الذمة بلا إشكال؛ لأنه غير معلق بالشرط حتى يمنع نزوله [في الذمة]^(٤) بحكم التعليق، وكذلك صادف المنذور به؛ [لأن المنذور به]^(٥) في حق التعجيل الصوم المطلق، لا الصوم في الوقت المضاف إليه النذر، والصوم المطلق له وجود في الحال.

بيانه: وهو أن^(٦) تعيين^(٧) الوقت [من الناذر إنما]^(٨) يصح^(٩) فيما فيه ترفيه وتوسعة الناذر لا فيما فيه تغليظ وتشديد عليه؛ لأن في تعيينه فيما فيه تغليظ وتشديد تفضيل الوقت [وليس إلينا]^(١٠) تفضيل الوقت^(١١) [١٢]، [كما ليس إلينا]^(١٣) تفضيل

- (١) سقط في أ.
- (٢) في ب: وجوب.
- (٣) في أ: الصفات.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في م: ألا.
- (٧) في أ، م: يعتبر.
- (٨) سقط في أ، وفي م: لناذر إنما.
- (٩) في أ: لا يصح.
- (١٠) في أ: المعنى.
- (١١) في ب: المكان.
- (١٢) سقط في م.
- (١٣) في أ: المعنى.

المكان^(١)] ولهذا قالوا: لو أضاف النذر بالصوم والصلاة إلى مكان^(٢) بأن قال: لله علي أن أصوم يومًا بمكة، لله علي أن أصلي ركعتين بمكة، لا تصح الإضافة؛ لما فيه من تفضيل المكان حتى لو صلى هنا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول: لم يصح اعتبار^(٣) الوقت في حق التعجيل؛ لأننا لو صححناه في حق التعجيل لا يصح التعجيل، ولا يخرج عن العهدة بالتعجيل فكان فيه تغليظ فلم يصح اعتبار^(٤) الوقت في حق التعجيل بل يبقى في حق التعجيل مرسلًا فيصح التعجيل وصح اعتبار^(٥) الوقت في حق وجوب الأداء، [ولأننا لو صححنا اعتبار الوقت في حق وجوب الأداء^(٦) لا يجب الأداء^(٧) للحال، فكان فيه ترفيه؛ لأنه لو مات للحال لقي الله تعالى ولا شيء عليه، ولهذا قلنا: إنه لو نذر أن يصوم رجلاً فصام رجلاً بنية التطوع، يكون النذر ويكون ذكر الوقت معتبرًا في ألا يجوز عن التطوع، ويجوز عن النذر؛ لأن فيه ترفيهاً على الناذر، وكذا يجوز بنية^(٨) قبل الزوال وبمطلق النية كما في رمضان؛ [لأن فيه ترفيهاً.

ولو نوى واجبًا آخر في ذمته كقضاء رمضان^(٩) أو كفارة صحت نيته وكان صائمًا عن ما نوى، ولم يعتبر ذكر^(١٠) الوقت في ألا يجوز عن واجب آخر؛ لأن في اعتباره في هذا تغليظًا وتشديدًا عليه.

وإذا قال: لله علي أن أذبح ولدي، لله علي أن أنحر ولدي، صح نذره، ويلزمه

- (١) سقط في ب.
- (٢) في م: المكان.
- (٣) في م: تعيين.
- (٤) في ب، م: تعيين.
- (٥) في ب، م: تعيين.
- (٦) سقط في م.
- (٧) زاد في م: إلا.
- (٨) في ب: يمينه.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في ب: ذلك.

ذبح الشاة [بمكة]^(١) والتصدق بها عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - والمسألة معروفة، ثم في عامة الروايات شرط صحة هذا النذر أن يقول عند هذا النذر: لله علي أن أذبح ولدي، لله علي أن أنحر ولدي عند مقام إبراهيم، أو يقول: بمكة. وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - أنه سوى بين الجارية^(٢) ونحر الولد عند مقام إبراهيم وبين الجارية^(٣) ونحر الابن مرسلًا.

ولو قال: لله علي أن أقتل ولدي عند مقام إبراهيم، لم يلزمه شيء، قال: لأن أيمان الناس ليس [على]^(٤) هذا.

وفي أيمان الأصل: إذا قال: لله علي أن أنحر نفسي أو عبدي، لا يلزمه شيء في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وقال محمد - رحمه الله - : يلزمه [ذبح]^(٥) الشاة، وذكر هذه المسألة في كتاب العلل [وقال]:^(٦) لأنه يملك في نفسه وعبده ما لم يملكه في ولده.

وإذا قال: لله علي دخول هذه الدار ونوى اليمين كان يمينًا وإن لم يكن له نية، لا يكون [نذرًا؛ لأن المنذور به]^(٧) ليس بعبادة ومن شرط [صحة]^(٨) النذر [أن يكون المنذور]^(٩) به عبادة ولا يكون يمينًا أيضًا وكان ينبغي أن يكون يمينًا؛ لأنه تعذر^(١٠) العمل بحقيقته فيجعل مجازًا عن اليمين؛ كيلا يلغو.

(١) في أ: عليه.

(٢) في ب: إيجابه.

(٣) في ب: إيجابه.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: يداً إلا المنذورة.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في ب: نوى.

قلنا: اللفظ إنما يجعل مجازاً عن الغير إذا لم يمكن [العمل]^(١) بحقيقته بوجه ما، وهاهنا أمكن العمل بحقيقته من وجه؛ لأن حكم النذر متى صح وجب الوفاء بالمنذور به، وفي الإيجاب معنى النذر وهاهنا يندب إلى الدخول تحقيقاً للوفاء فلا حاجة إلى جعله مجازاً عن اليمين.

وإذا قال: إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة، ففعل [هو]^(٢) لا يملك إلا مائة درهم، فإنه يلزمه^(٣) التصدق بما يملك، وهو قدر مائة لا غير.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: هو المختار، وهذا لأن النذر فيما زاد على المائة لم يحصل في الملك ولا مضافاً إلى سبب الملك [فلا يصح]^(٤) كما [لو]^(٥) قال: مالي في المساكين صدقة ولا مال له.

وإذا قال: لله عليّ أن [أهدي]^(٦) هذه الشاة وهي مملوكة [للغير]^(٧) لا يصح النذر، ولا يلزمه شيء.

ولو قال: والله لأهدين هذه الشاة، ينعقد يمينه؛ لأن^(٨) محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق، وذلك يكون الفعل^(٩) ممكناً في الجملة بخلاف النذر؛ لأن محل النذر؛ فعل هو قرينة وهدى^(١٠) شاة الغير ليس بقرينة؛ فلا ينعقد نذره فإن عني^(١١) بقوله: (لله علي) اليمين ينعقد يمينه، ويلزمه الكفارة بالحنث؛ ألا ترى إلى ما

-
- (١) سقط في ب.
 - (٢) سقط في ب.
 - (٣) في أ: يملك.
 - (٤) في أ: فلأن صح.
 - (٥) سقط في أ، م.
 - (٦) سقط في ب.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في أ: وهي.
 - (٩) في ب: بالفعل.
 - (١٠) في ب: وأهدي.
 - (١١) في م: نوى.

ذكره^(١) الطحاوي - رحمه الله - أنه إذا أضاف النذر إلى سائر المعاصي وعنى به اليمين بأن قال: لله علي أن أقتل فلانًا [أو ما أشبه ذلك]^(٢) كان يمينًا وتلزمه^(٣) الكفارة بالحنث.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أول شرح كتاب الأيمان، وإذا قال: لله علي أن أطعم عشرة مساكين، ولم يسم [فأطعم خمسة لم يخبر^(٤) بقوله ولم يسم مقدار الطعام، لأن هذا على عدد المساكين؛ لأنه سمي عدد المساكين، ولم يسم]^(٥) مقدار الطعام.

ولو قال: لله علي أن أتصدق بهذا الدرهم على مسكينين، فتصدق على واحد أجزاءه؛ لأن هذا على قدر المال [لا]^(٦) على عدد المساكين، [ولو قال: لله علي أن أطعم هذا المسكين هذا الطعام - بعينه - فأعطى ذلك الطعام مسكينًا آخر أجزاءه والأفضل^(٧) أن يعطيه]^(٨).

وقد ذكرنا في كتاب الزكاة من المحيط بخلاف هذا.

ولو قال: لله علي أن أطعم هذا المسكين شيئًا ولم يعين ذلك فلا بد أن يطعم ذلك المسكين [شيئًا]^(٩).

ولو قال: لله علي إطعام عشرة مساكين وهو لا ينوي عشرة مساكين وإنما ينوي أن يعطي واحدًا ما يكفي عشرة، أجزاءه.

(١) في م: ذكر.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: وعليه.

(٤) في أ: يف، وفي الفتاوى الهندية: لم يجز.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: والأصل.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

ولو قال: لله علي إطعام العشرة لم يجزئ إلا أن يصرف إلى عشرة، هذه الجملة من المتقى.

وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا قال: لله علي إطعام عشرة مساكين أو قال: لله علي إطعام^(١) مساكين فهم^(٢) سواء لا يجزئه أن يطعمهم إلا ما يطعم في كفارة اليمين.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إذا قال: إطعام عشرة مساكين، قال^(٣) أبو حنيفة - رحمه الله -: [إنه إذا قال: طعام عشرة مساكين فيطعمه ما شاء ولو بلقمة. وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: [وجوب العبادة بالندر.

وعن أبي يوسف^(٤) رواية بشر إذا قال: لله علي أن أعود فلاناً في مرضه قال: هذا مما يؤجر عليه ويتقرب به، فهو [على هذا الوصف]^(٥) في قول أبي حنيفة - رحمه الله - [٦]، وقولنا^(٧): يعني يجب بالندر كالعبادة^(٨). ذكره في المتقى.

وفي البقالي عن أبي يوسف - رحمه الله -: كل كلام يؤجر [عليه]^(٩) ويتقرب به إلى الله تعالى يكون يميناً إيجاباً^(١٠) عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندني لا يكون يميناً.

وفي الباب الأول من أيمان الواقعات: إذا قال: لله علي أن أتصدق بدرهم أكر، فأخذ إنسان فمه وهو يريد أن يقول (أكر فلان كاركيم) ولم يتم الكلام بسبب ذلك

(١) زاد في أ: عشرة.

(٢) في م: فهو.

(٣) في ب: وكما قال، وفي م: منكما قال.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ب: ما وصفنا.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وهو قولنا.

(٨) في أ: كالعادة.

(٩) سقط في أ، وفي م: به.

(١٠) في م: وإيجاباً.

فالأحوط أن يتصدق، فرق بين هذه وبين اليمين بالطلاق أن هناك إذا وصل الشرط بعد ما رفع اليد عن فمه، لا يقع الطلاق.

والفرق: أن الطلاق محذور في الأصل فيتكلف إعدامه^(١) ما أمكن فأمكن إجراؤه^(٢) بأن يجعل هذا الانقطاع غير فاصل كالانقطاع^(٣) الحاصل بالتنفس، وأما الصدقة^(٤) عبادة فلا يتكلف لإعدامها.

إذا قال: إن فعلت كذا فمالي في سبيل الله، أو قال: كذا من مالي [سبيل]^(٥) أو قال: في سبيل الله، ذكر القدوري في شرحه: أن المراد من قوله: ﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٦)، المذكور في آية الصدقة [فقراء الغزاة]^(٧) ^(٨) عند أبي يوسف - رحمه الله - : وعند محمد - رحمه الله - : الحاج^(٩) المنقطع، غير أن في عرفنا يراد بهذا التصديق فيفتى به بحكم [العرف، ثم لا يقع الفرق]^(١٠) بين قوله: مالي سبيل، وبين قوله: مالي في سبيل الله [المذكور في آية الصدقة؛ لأن]^(١١) هذا اللفظ صار عبارة عن الصدقة ووجه القرينة في الصدقة متعين؛ ألا ترى أنه لا فرق بين قوله: صدقة، وبين قوله: صدقة لله تعالى، نص عليه في كتاب الوقف.

وإذا قال: لله علي أن أعتق هذه الرقبة، وهي في ملكه فعليه أن يفني فيما بينه وبين الله تعالى وإذا لم يف فهو آثم، ولا يجبره القاضي عليه، [نص عليه]^(١٢) في

(١) في أ: لعدمه، وفي م: بعدمه.

(٢) في أ: لعدمه، وفي م: عده.

(٣) في م: كيلا ينقطع.

(٤) في أ، م: تصدقه.

(٥) سقط في أ.

(٦) سورة البقرة آية: ١٥٤ .

(٧) في أ: فقد أجزاءه.

(٨) زاد في ب: أجزاءه.

(٩) في أ: الجامع.

(١٠) في أ: والفرق لا يقع العرف.

(١١) في ب: كأن، وفي م: لأن.

(١٢) سقط في أ.

أيمان^(١) الكافي .

وفي الجامع الصغير^(٢) فيمن حلف بصدقة جميع ماله إن فعل كذا فوهب جميع ماله مسكينًا أو غنيًا وفعل ذلك ولا مال له وكفر بالصوم، ثم إن الموهوب له وهب جميع ماله منه فقد خرج من نذره وكفارته . والله أعلم [بالصواب]^(٣) .



(١) في أ: كتاب .

(٢) في ب: الأصغر .

(٣) سقط في أ .

مسائل الكفارات

كفارة اليمين^(١) ما ذكر الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرْتُهُ؛ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾^(٢).

بعد هذا ينظر: إن كان الحالف موسراً فكفارته بأحد الأشياء الثلاثة فلا يجزئه الصوم، وإن كان معسراً فكفارته الصوم، وحد اليسار في كفارة اليمين أن يكون له فضل عن كفايته^(٣) مقدار ما يكفر به^(٤) يمينه وهذا إذا لم يكن في ملكه عين^(٥) المنصوص عليه، فأما إذا كان في ملكه عين^(٦) المنصوص عليه بأن كان في ملكه

(١) كفارة اليمين: وهي إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة؛ فإذا تعذر علي الإنسان ذلك كان عليه صيام ثلاثة أيام، وقد دل عليها قول الله - عز وجل -: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرْتُهُ؛ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفْرَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَأَحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ ءَايَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ كما دل عليها كذلك ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن الرسول ﷺ قال: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه». [أخرجه الإمام مسلم (٣/١٢٧١) كتاب الأيمان، باب: نذب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه، حديث (١٦٥٠، ١٦٥١) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -].
وقد أجمع أهل العلم على أن الحانث في يمينه بالخيار إن شاء أطمع وإن شاء كسا وإن شاء أعتق؛ أي ذلك فعل أجزاءه؛ لأن الله - عز وجل - عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف (أو) وهو للتخيير.

وقال ابن عباس - رضي الله عنه -: «كل شيء في القرآن ﴿أَوْ﴾ فهو مخير وما كان ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ فالأول الأول». وقد وجبت الكفارة هنا مع أنها ضرر إلا أنها وجبت لدفع ضرر أعظم؛ لأن الإنسان إذا حلف وحنث كان ممتهاً للفظ الجلالة.
ينظر: المغني، لابن قدامة (١٣/٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٧).

(٢) سورة المائدة آية: ٨٩ .

(٣) في ب: كفافه.

(٤) زاد في م: عن.

(٥) في أ، م: غير.

(٦) في أ، م: غير.

عبد واحد أو كسوة عشرة مساكين أو طعام عشرة مساكين لا يعتبر اليسار والعسار^(١) ولا يجزئه الصوم؛ لأن الله تعالى شرع الصوم في حق من لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة وهو قادر على ذلك فلم يكن التكفير بالصوم مشروعاً في حقه، وإن لم يكن في ملكه عين^(٢) المنصوص عليه حينئذ يعتبر اليسار والعسار^(٣).
وقد كتبنا في المحيط في كفارة الظهر^(٤) أن من يملك رقبة يلزمه العتق وإن كان يحتاج^(٥) إليها ففي كفارة اليمين كذلك يكون.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كان للرجل فضل عن مسكنه عن [الكفاف أو]^(٦) فضل عن كسوته^(٧) [أنه يجزئه عن الكفارة الإطعام^(٨) في كفارة^(٩) اليمين ولا يجزئه الصوم، ويعتبر أن يكون ذلك الفضل مائتي درهم فصاعداً] في رواية^(١٠).

(١) في ب: الإعسار.

(٢) في أ، م: غير.

(٣) في ب: الإعسار.

(٤) كفارة الظهر: هي عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يقدر فإطعام ستين مسكيناً لكل مسكين مد من قوت البلد. وهذه الكفارات مبنية على الترتيب حيث لا تنتقل إلى الثانية إلا بعد العجز عن الأولى.

وذكر الله - عز وجل - كفارة الظهر في كتابه العزيز وبين أنها إنما تكون من أحد الأنواع الثلاثة لكن على الترتيب: الإعتاق، ثم الصيام، ثم الإطعام.

يقول - سبحانه وتعالى - مبيناً ذلك: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَابِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّ ذَلِكُمْ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٦١﴾ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِيُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٦٢﴾ [سورة المجادلة: ٣، ٤].

ينظر: بدائع الصنائع (٧٦/٢)، حاشية البيجوري (٢٣٢/٢)، ومغني المحتاج (٣/٣٥٦)، ونهاية المحتاج (٨١/٧).

(٥) في م: محتاجاً.

(٦) في أ، م: الكفارة أو.

(٧) زاد في ب، م: أو خدمته عن الكفاف.

(٨) في أ، ب، م: فعلية الطعام.

(٩) في أ: كتاب.

(١٠) سقط في ب.

وفي رواية: مقدار ما يشتري به طعام عشرة مساكين^(١).
 روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله -، قال: إذا كان الرجل معه^(٢) ما يشتري به طعام عشرة مساكين ليس له غيره لم يجزه الصوم.
 وعن ابن^(٣) مقاتل^(٤): من له قوت يوم أو ليلة لا يجزئه الصوم في كفارة اليمين إن كان الطعام الذي عنده مقدار طعام عشرة مساكين.
 وقيل: إن كان عنده أقل من قوت شهر، جاز له أن يصوم.
 قال^(٥) محمد - رحمه الله -: إذا وجبت عليه كفارة يمين، وهو ممن يعمل بيده يحسب^(٦) [قوت يوم، وإن كان ممن لا يعمل بيده يحسب^(٧)] قوت شهر.
 وعن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا كان عليه ثياب البدن^(٩) وليس له مسكن^(١٠) وسأل الناس ما يأكل وكان له خادم، لا يجوز له الصوم في كفارة اليمين، فعلى هذه الرواية لم يعتبر الفضل عن الكفارة في الخدمة، فهذه الرواية مخالفة لما روينا عنه قبل هذا.
 قال أبو يوسف - رحمه الله -: وكذا [إذا]^(١١) لم يكن عنده إلا قدر طعام تجوز به الكفارة أو دراهم أو دنائير مقدار ما يشتري به ذلك لا يجزئه الصوم، وهذه رواية - يريد قول - ابن مقاتل.

(١) زاد في ب، م: وينحوه.

(٢) في أ: فاقد، وفي ب، م: قدر.

(٣) في ب: أبي.

(٤) زاد في ب، م: أن.

(٥) في ب: وعن.

(٦) في ب، م: يحبس.

(٧) في ب: يحبس.

(٨) سقط في ب، م.

(٩) في م: النارين.

(١٠) في م: ملك.

(١١) سقط في ب.

ولو كان له أوان أو عروض مما يبلغ قيمة الطعام، جاز له الصوم ما لم يكن فضل عن الكفارة مقدار ما يبلغ فيه الطعام.

وإن كان له مال غائب أو له ديون على الناس، ولا يجد ما يعتق ولا ما يكسو^(١) ولا ما يطعم أجزأه الصوم، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - .

وقالوا: تأويله في مسألة الغيبة إذا^(٢) لم يكن في المال الغائب مملوك يجزئ [عن]^(٣) الكفارة الصوم لا يجزئه الصوم؛ لأن التكفير بالصوم شرع في حق من لا يقدر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، والغيبة تنافي القدرة على الكسوة والإطعام، ولا تنافي القدرة على الإعتاق، وتأويله في مسألة الدين [إن^(٤) كان الدين]^(٥) على معسر لا يقدر على الأداء، أما إذا كان الدين على موسر^(٦) يقدر على الأداء وإن [كان]^(٧) تقاضاه^(٨) لم يجزه الصوم، كذا روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - .

وكذلك قالوا: المرأة إذا لزمها الكفارة ولا مال لها، ولها على الزوج المهر وزوجها قادر على الأداء إذا أخذته بذلك يؤدي لم يجزها الصوم.

ولو كان له [مال]^(٩) وعليه ديون كثيرة مثل ماله أو أكثر أجزأه الصوم بعدما قضى دينه من ذلك المال، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل، وهذا ظاهر؛ لأنه كفر بالصوم، وهو غير قادر على التكفير بأحد الأشياء الثلاثة، فأما قبل قضاء الدين

هل يجزئه الصوم؟

-
- (١) في م: يكسب.
 - (٢) في أ: إنما.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في أ: إنما.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في ب: مليء، وفي م: من.
 - (٧) سقط في ب.
 - (٨) زاد في ب: قدر عليه.
 - (٩) سقط في م.

اختلف المشايخ فيه ، وإنما اختلفوا لأن محمدا - رحمه الله - ذكر في الأصل ما يدل على القولين ، أما الذي يدل على عدم الجواز بشرطه ، وهو قوله : بعدما يقضي دينه من ذلك المال ، وأما الذي يدل على الجواز تعليقه في المسألة فإنه قال : لأن الصدقة تحل لهذا .

وفي المنتقى رواية إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا كان للرجل عشرة دراهم دين وعنده عشرة [دراهم]^(١) وعليه كفارة يمين^(٢) لا يجزئه الصوم .

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا كان على الرجل دين كثير وله مال^(٣) يقدر أن يطعم به لم يجزه الصوم وإنما يعتبر [اليسار] [والإعسار عند]^(٤) حالة الأداء حتى^(٥) إذا حنث وهو معسر وآخر الصوم حتى أيسر وأصاب عبداً ، فإنه لا يجزئه الصوم ، بلغنا ذلك عن ابن عباس - رضي الله عنه - وإبراهيم النخعي - رضي الله عنه - ثم إذا اختار التكفير بالإعتاق فإنما يجزئ عن الإعتاق ما يجزئ عن كفارة الظهار [وقد ذكرنا الكلام في كفارة الظهار]^(٦) في المحيط ، وروايته .

قال محمد - رحمه الله - : القياس في الرجل يشتري أباه ناوياً عن كفارة يمينه أنه لا يجزئه ؛ لأن علة العتق القرابة السابقة ، والملك شرط لزوال العتق ، قضية الكفارة وجدت وقت وجود شرط العتق فلا يعمل ، كما إذا اشترى عبداً آخر حلف بعتقه إن اشتراه ناوياً عن كفارة يمينه ، إلا [أنا نستحسن]^(٧) ، وقال بالجواز لمعنى أشار إليه : أن شراء القريب لا يجب [على القريب فمتى عرفوا أنهم متى [اشترؤهم ناوين]^(٨)

(١) سقط في أ ، وزاد في ب ، م : عين .

(٢) زاد في ب : قال .

(٣) في أ : مال ما .

(٤) في ب : والعسار عندنا .

(٥) في م : العسار واليسار .

(٦) سقط في أ ، م .

(٧) في ب ، م : أنه استحسن .

(٨) في أ ، ب : اشترؤوا ناوياً .

عن الكفارة تجزيهم يرغبون في الشراء فيحصل لهم الخلاص عن ذل الرق، فمتى عرفوا أنهم متى اشتروا ناويًا عن الكفارة لا يجزيهم لا يرغبون في الشراء فلا^(١) يحصل لهم الخلاص عن ذل الرق، [فيجوز استحسانا تخليصا لهم عن ذل الرق]^(٢).

وإن اختار التكفير بالإطعام يطعم عشرة مساكين ويجري فيه التمليك والإباحة، وصفة الإباحة أن يغدي عشرة مساكين ويعشيهم ويحصل له أكلتان أو يعشيهم ويسحرهم، هكذا ذكر في كفارات القدوري، وإن اقتصر على الغداء أو العشاء لا يجوز، والمستحب أن يغديهم ويعشيهم بخبز معه إدام، وبدون الإدام أيضًا جائز، وهو الظاهر من المذهب.

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا غداهم في يوم وعشاهم في يوم، كان أبو يوسف - رحمه الله - يقول: لا يجوز إلا أن يكون في يوم واحد. قال المعلى: وقد أجازته في الإملاء ولو غداهم مدامًا من حنطة يغني من مكان العشاء لا يجزئه.

قال المعلى: وقد أجازته في الإملاء.

ثم يعتبر في طعام الإباحة الشبع لا مقدار الطعام حتى روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه إذا قدم ثلاثة أرغفة بين [يدي]^(٣) عشرة مساكين وشبعوا جاز وإن لم يبلغ ذلك [إلا]^(٤) صاعًا.

وإن كان أحدهم شعبان، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجوز أن يكون

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: لا السبب فمتى عرفوا أنهم متى اشتروا ناويا عن الكفارة لا يجزئهم لا يرغبون في الشراء فلا يحصل الخلاص أني يجزئهم يرغبون في الشراء فيحصل لهم الخلاص في الشراء.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

تناول وأكل^(١).

وقال بعضهم: لا يجوز وإن غداهم وعشاهم وفيهم صبي لم يجزئه وعليه طعام مسكين واحد مكانه، ولو غدى مسكيناً واحداً وعشاه حتى فعل ذلك في عشرة أيام، جاز عندنا عن الكفارة، وكذلك إذا أعطاه^(٢) خمسة أصوع^(٣) في كل يوم نصف صاع جاز^(٤) عندنا.

ورأيت في موضع آخر أنه إن أعطى مسكيناً واحداً عشرة أيام كل يوم طعام مسكين واحد، كان أبو يوسف - رحمه الله - يقول: يجوز، ومرة يقول: لا يجوز، وكان يقول: مسكين واحد لا يكون عشرة مساكين، ولو دفع طعام عشرة مساكين إلى مسكين [واحد]^(٥) دفعة^(٦) واحدة لا يجوز إلا عن واحد، وإن دفع إليه ذلك في يوم واحد [في دفعات مختلفات]^(٧) فيه اختلاف المشايخ: والصحيح أنه لا يجوز.

وإن قدم عشرين مثلاً من الحنطة بين يدي عشرة وقال^(٨): انتهبوا، فانتهبوا لم يجزئه إلا عن واحد، هذه الجملة قد ذكرناها في شرح الكافي في الأيمان في باب الطعام في كفارة اليمين.

إذا أعطى عشرة مساكين في كفارة يمينه كل مسكين مدّاً مدّاً ثم استغنى المساكين، ثم افتقروا فأعاد عليهم مدّاً مدّاً لا يجوز؛ لأنهم صاروا بحال لو أدى إليهم [لا يجوز فصاروا كجنس آخر.

- (١) في أ: ويأكل.
- (٢) في أ، م: أعطي إليه.
- (٣) في أ: أصع.
- (٤) في أ: وجاز.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في م: بدفعة.
- (٧) في أ، م: بدفعات.
- (٨) زاد في ب: لهم.

أعطى عشرة مساكين، كل مسكين ألف من الحنطة عن كفارات^(١) الأيمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله -^(٢)، لا يجوز إلا عن كفارة يمين واحدة، وعلى هذا الخلاف كفارة الظهر.

وفي أيمان الكافي: وإن اختار التكفير بالكسوة كساء عشرة مساكين والكسوة لكل مسكين إزار [وجبة، أو]^(٣) قميص أو قباء أو كساء، وأراد بالإزار الملاءة، فإن الإزار متى أطلق في عرف ديارهم يراد به الملاءة هكذا قالوا.

وإنما جازت هذه الأشياء في الكسوة؛ لأنها كسوة معنى، واسمًا، وحكمًا. أما اسمًا: فلأن الكسوة اسم لما يُكتسى به؛ ولأنه^(٤) يسمى مكتسبًا بهذه الأشياء بهذه الصفة.

وأما معنى: فلأن المطلوب من الكسوة؛ رد العري والكسوة لهذا^(٥) وصفت وقد حصل رد العري بهذه الأشياء.

[وأما الحكم: فلأنه تجوز الصلاة فيها، ثم إنما تجوز هذه الأشياء]^(٦) إذا كان بحال لو توشح به وركع أمكنه الركوع من غير أن يكشف عورته من غير أن يقعد، أما إذا كان بحال يحتاج أن يقعد لا يجوز، هكذا ذكر في رواية هشام.

[ثم]^(٧) إن محمداً - رحمه الله - ذكر القميص والجبّة والقباء ولم يذكر أنه هل يُعتبر حال القابض، حتى^(٨) إذا كان يصلح للقابض يجوز، وإذا كان لا يصلح للقابض لا يجوز.

(١) في أ: كفارة.

(٢) سقط في م.

(٣) في ب: و.

(٤) في ب، م: ولاسه.

(٥) في م: بهذا.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ.

(٨) زاد في م: إنه.

بعض مشايخنا قالوا: يعتبر فيه الوسط، إن كان بحال يصلح للأوسط من الناس يجوز، وما لا فلا.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: هذا القول أشبه بالصواب، وأما العمامة ذكر في ظاهر الرواية أنها لا تجوز.

وذكر^(١) عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنها إذا كانت [سابعة]^(٢) تجوز؛ لأنها إذا كانت سابعة [فهي كالإزار]^(٣) والإزار يجوز.

وبعض مشايخنا قالوا: إن كانت العمامة بحال يمكنه أن يلف^(٥) البدن يجوز، وأما السراويل لم يذكره محمد - رحمه الله - في الأصل، [وذكر القدوري - رحمه الله -]^(٦) أن الصحيح أنه لا يجوز، وعن محمد - رحمه الله - أنه يجوز. وفي رواية^(٧) أنه قال: إن أعطى المرأة لا يجوز وإن أعطى الرجل جاز؛ لأن المُعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة؛ لأن ستر العورة فرض، لا تجوز الصلاة بدونه، أما ما زاد عليه فضل يسير للتجمل أو للتدفي فلا يجب^(٨) عليه في الكسوة كما لا يجب^(٩) عليه الإدام في الطعام.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا أعطى [الرجل]^(١٠) السراويل فقد أعطاه ما يستر به العورة، وإن أعطى للمرأة، فلم يعطها ما تستر به عورتها.

(١) في ب، م: وروي.

(٢) سقط في ب.

(٣) في أ: الإزار.

(٤) في م: يتأني فيها.

(٥) زاد في أ: في.

(٦) سقط في ب.

(٧) زاد في ب: أخرى.

(٨) في أ، ب: يؤجر.

(٩) في أ، ب: يؤجر.

(١٠) سقط في أ.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يجزئ السراويل في الكسوة [في] (١) الرجل والمرأة جميعاً، فكأنه اعتبر رد العري عن جميع البدن، فإن أعطى كل مسكين نصف ثوب أو أعطى ثوباً لعشرة مساكين عن كفارة يمينه، لم يجزه عن الكسوة؛ لأن وظيفة كل مسكين ثوب تام، وهو إنما أعطى نصف ثوب؛ فلا يجزيه، وإذا لم يجزه عن الكسوة هل يجزئه عن الإطعام (٢) إذا كان يبلغ قيمته قيمة طعام عشرة مساكين؟ ذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - : يجزئه، نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو. وعن أبي يوسف: أنه إن نوى [أن يكون] (٣) بدلاً عن الطعام يجزئه عن الطعام، وإن لم ينو لا يجزئه.

قال الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المنتقى: وجدت عن علي بن الجعد (٤) عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: لا يجزئ الطعام عن الكسوة ولا الكسوة عن الطعام من غير فصل [بين ما] (٥) إذا نوى أو لم ينو [فصار عن أبي يوسف في المسألة روايتان.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، ب: الطعام.

(٣) سقط في ب.

(٤) هو: علي بن الجعد الهاشمي، أبو الحسن الجوهري البغدادي، الحافظ العلم، روى عن: حريز بن عثمان وابن أبي ذئب وشعبة والثوري وخلق، وروى عنه: البخاري وأبو داود وابن معين ومسلم خارج الصحيح - مع أنه أكبر شيخ لقيه - قال عبدوس: ما أعلم أنني لقيت أحفظ منه، وقال الجوزجاني: علي بن الجعد متشبهت بغير بدعة زائغ عن الحق، ونسبه إلى الغلو في التشيع، وكان أحمد لا يرى الكتابة عن جميع من أجاب في المحنة، وأما ابن معين فوثقه، وقال أبو حاتم: متقن، وقال النسائي: صدوق، وقال ابن حجر: ثقة ثبت رُمي بالتشيع، توفي سنة ثلاثين ومائتين.

ينظر: تهذيب الكمال (٢٠/٣٤١)، وتهذيب التهذيب (٧/٢٨٩-٢٩٣)، وتقريب

التهذيب (٢/٣٣).

(٥) في ب: بينهما.

وقال زفر: لا يجزئه نوى أو لم ينو^(١)، فزفر يقول: كل واحد منهما منصوب عليه في الكفارة، وما يكون منصوباً عليه في باب لا يجوز أن يصلح بدلاً في ذلك الباب عن غيره كالتمر مع الحنطة في صدقة الفطر، فإنه لو أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر^(٢) لا يجزئ^(٣)، وإنما [لا يجوز]^(٤) لما قلنا. حجة ظاهر الرواية لأصحابنا وهو الفرق بين الكسوة والطعام وبين التمر والحنطة أن^(٥) الطعام مع الكسوة شيان مختلفان صورة وهذا ظاهر، ومعنى؛ لأن المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العري والمطلوب من الطعام رد الجوع، فجاز أن يكون أحدهما بدلاً عن الآخر باعتبار القيمة كالدرهم مع الطعام، أما التمر مع الحنطة إن كانا شيئين صورة شيء واحد معنى؛ لأن المقصود منهما واحد^(٦) وهو رد الجوع فباعتبار الصورة، وإن كان يجوز أن يكون أحدهما بدلاً عن الآخر فباعتبار المعنى [لا يجوز]^(٧)؛ لأن الشيء الواحد لا يتصور بدلاً وأصلاً، وكفارة المملوك بالصوم؛ لأنه اعتبر كالحر^(٨) الفقير فإن كفر عنه مولاه لا يجزئه، أما إذا كان^(٩) بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فكذلك.

فرق بينه وبين الحر^(١٠) [المكفر]^(١١) عنه بغير أمره^(١٢) فإنه يجوز إذا سمى

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: سويق بر.
- (٣) في ب: يجوز.
- (٤) في أ: قلنا.
- (٥) في ب: لأن.
- (٦) في أ: واحدة.
- (٧) في ب: يمنع، وسقط في م.
- (٨) في أ، ب، م: عن الحر.
- (٩) في أ: كفر.
- (١٠) زاد في أ: أو.
- (١١) في م: إذا كفر.
- (١٢) في ب: إذا كفر عنه غيره بأمره.

لذلك ثمنًا سواء كان التكفير بالإعتاق أو بالإطعام أو بالكسوة، وإذا لم يسم لذلك ثمنًا وكان التكفير بالإطعام أو الكسوة يجوز بلا خلاف، وإن كان التكفير بالإعتاق يجوز عند أبي [يوسف - رحمه الله - خلافًا لأبي] ^(١) حنيفة ومحمد - رحمهم الله - .

أما الفرق بين ^(٢) الحر والعبد: أن الأمر بالتكفير إذا كان حرًا أمكننا أن نجعل قدر المؤدى ملكًا له بالبيع إن سمى لذلك ثمنًا، وبالعبد إن لم يسم لذلك ثمنًا، وإذا أمكن ذلك، كان التكفير حاصلًا بملك الأمر لا بملك الغير .

وأما الأمر إذا كان عبدًا لا يمكننا أن نجعل قدر المؤدى ملكًا؛ لأن العبد ليس [من أهل] ^(٣) تملك المال فكان التكفير حاصلًا بملك الغير، والكفارة لا تؤدى بملك الغير؛ لأن ما هو المقصود وهو الزجر لا يحصل بالتكفير بملك الغير .

وأما الفرق لأبي حنيفة [ومحمد] ^(٤) رحمهم الله بين الإعتاق عن الحر بالأمر [إذا] ^(٥) لم يسم لذلك ثمنًا [وبين الإطعام والكسوة عنده بالأمر] ^(٦) إذا لم يسم لذلك ثمنًا ^(٧) أن التكفير عن الغير يستدعي وقوع الملك له [في القدر] ^(٨) المؤدى وإن لم يسم لذلك ثمنًا عوضًا فإنما يقع الملك له في المؤدى بالهبة، والهبة لا ^(٩) تفيد الملك إلا بقبض الموهوب له .

[أما] ^(١٠) قبض الموهوب له ^(١١) كما يثبت بقبضه يثبت بقبض من يصلح نائبًا عنه

(١) سقط في ب .

(٢) في أ: عند .

(٣) في م: ممن .

(٤) سقط في م .

(٥) في أ: وإذا .

(٦) سقط في ب .

(٧) سقط في م .

(٨) في ب: في القدوري .

(٩) في أ: لا تكون .

(١٠) في أ: أما أن، وفي م: إلا أن .

في القبض، والواهب لا يصلح نائباً عنه في القبض، ولهذا الموهوب له إذا وكل غيره بقبض الهبة من نفسه، لا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول في الكسوة والطعام: إن لم يوجد قبض الموهوب له وجد قبض من يصلح نائباً عنه في القبض، وهو الفقير فصار قابضاً له بقبض الفقير، وفي العتق ما وجد من القبض [حالة الهبة فقبض العبد، والعبد لا يصلح نائباً في القبض]^(١) لأن يد العبد يد الواهب، ويد الواهب لا تصلح نائباً في القبض فكذا يد العبد، وبعد ما عتق^(٢) وصارت اليد له بلغت الهبة بالإعتاق فتعذر أن يجعل قبض العبد قبض الموهوب له فلم يصير الموهوب له قابضاً أصلاً، والهبة لا تفيد الملك قبل القبض.

ومن مات أو قتل وعليه كفارة يمين لا تسقط، وكفارة الظهار كذلك، حكي عن الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله -، هكذا.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : كفارة الظهار كذلك^(٣)؛ لأنها تجب لرفع حرمة الجماع، [وقد سقطت حرمة الجماع]^(٤) بالموت فتسقط^(٥) الكفارة بخلاف كفارة اليمين؛ لأنها تجب لرفع الذنب الحاصل بهتك حرمة اسم الله تعالى، والذنب لم يرتفع بالموت؛ فلا تسقط كفارة اليمين. والله أعلم.



(١١) سقط في ب.

(١) سقط في أ، م.

(٢) زاد في ب: العبد.

(٣) في أ: بشرط الموت.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: تسقط.

الفصل الخامس والعشرون

في المتفرقات

سئل محمد بن شجاع - رحمه الله - عن رجل يقول: كنت حلفت بالطلاق ولا أدري أكنت مدرِّكًا حالة اليمين أو غير مدرِّك قال: لا حنث عليه ما لم يعلم أنه مدرِّك.

وفي فتاوى ما وراء النهر سئل أبو نصر الدبوسي - رحمه الله - عن من حلف ونسي أنه حلف بالله أو بالصيام أو بالطلاق، قال: حلفه باطل إلا أن يذكره. إذا حلف الرجل لا يعرف هذا الرجل، وهو يعرفه بوجهه دون اسمه، لم يحنث، هكذا ذكر المسألة في الأصل.

واختلف عبارة المشايخ في تخريج المسألة قال بعضهم: معرفة الوجه بدون الاسم والنسب معرفة من وجهه دون وجهه، فإنه إذا كان حاضرًا يمكنه الإشارة إليه، وإذا كان غائبًا لا يمكنه إحضاره، والداخل تحت اليمين المعرفة من كل وجه؛ لأنه ذكر المعرفة مطلقًا.

وقال بعضهم: معرفة الوجه بدون معرفة الاسم ليست بمعرفة أصلًا، والدليل عليه ما روي أن رسول الله ﷺ سأل رجلًا: «هل تعرف فلانًا؟ فقال: نعم، فقال: هل تدري ما اسمه؟ فقال: لا، فقال: إنك إذا لا تعرفه»^(١).

قال: إلا أن يعني معرفة وجهه فإن عنى ذلك [فقد شدد]^(٢) الأمر على نفسه واللفظ يحتمله فتصح نيته، هذا إذا كان للمحلف عليه اسم فإن لم يكن^(٣) له اسم بأن ولد من رجل فرأى الولد جاره، ولكن لم يسمه بعد فحلف الجار أنه لا يعرف

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٣٨٢/١٠)، وابن حبان في صحيحه (٤٦٠/٢) رقم (٦٨٥)، والحاكم في المستدرک (٣٦٣/٤) من حديث أبي ذرّ.

(٢) في أ: بعد تبدل الأمر.

(٣) في ب: يذكر.

هذا الولد فهو حانث؛ لأنه^(١) يعرف وجهه وليس له اسم خاص ليشترط^(٢) معرفة ذلك، فلهذا قال: يحنث.

إذا قال لامرأته: إن لم أضربك فأنت طالق، ولا نية له فإنه ما لم يمت^(٣)، لا يحنث في يمينه [وهذا ظاهر، وإن نوى أن يضربها للحال ساعة حلف صحت نيته]^(٤) حتى إذا لم يضربها للحال، لزمه الحنث؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، فقوله: أضربك، يحتمل الحال إلا أنه صار للاستقبال بدخول كلمة (إن)^(٥) عليه، ولكن مع احتمال^(٦) الحال، فإذا نوى [الحال]^(٧) فقد نوى ما يحتمله لفظه، وفيه تغليظ وتشديد عليه، فتصح نيته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وإن نوى غدا، أو ما بينه وبين^(٨) الليل، فنيته باطلة ويمينه على الأبد؛ لأن هذا اللفظ يحتمل الحال والاستقبال، أما لا يحتمل بينهما فهو نظير اسم الجنس يتناول الأدنى ويحتمل الكل، ولا يتناول ما بين ذلك.

رجل قذف امرأة رجل، فقال الزوج: هي طالق ثلاثاً إن لم يتبين زناها اليوم، فمضى^(٩) اليوم ولم يتبين، يقع الطلاق والتبين^(١٠) إنما يكون بأربعة شهود، أو بإقرارها؛ لأن الشهود والإقرار كل واحد منهما حجة التبين.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا حلف الرجل لا يأتني فلاناً على شيء فأراه درهماً فقال: انظر إلى هذا ولم يفارقه، لم يحنث في يمينه.

(١) زاد في ب: لا.

(٢) في أ: يشترط.

(٣) في ب: يحنث.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: إذ.

(٦) في أ: إضمار.

(٧) سقط في ب.

(٨) في ب: بينه من.

(٩) زاد في ب: ذلك.

(١٠) في أ: والتبين.

ولو قال: انظر إلى دابتي حتى أصلي ودفعها إليه ليمسكها له حتى يصلي، فهو حانث.

ولو قال له: انظر إلى خدمة هذا العبد يوماً أو يومين فإني أريد شراءه، ودفعه إليه فقد ائتمنه، ويحنث في يمينه.

الكرباس (حاله حبري أندرام ومعي كد حراب فكذا)، فذهب صبي^(١) وجاء بشيء^(٢) [من المنزل]^(٣) فإن كان يسيراً^(٤) فأكل وحده، لا يحنث، وإن كان بحيث يدخر بعضه ثم يتناوله بعد ذلك، يحنث.

وفي فتاوى الأصل: امرأة اتهمت برجل فوجد زوج المرأة ذلك الرجل مع امرأته في منزل واحد، وامرأته^(٥) نائمة^(٦) في موضع من المنزل وهذا الرجل جالس في موضع آخر ثم إن السلطان أخذ الزوج وحلفه [بطلاقها]^(٧) ما أخذت هذا المتهم مع امرأتك فحلف، لا تطلق امرأته؛ لأن أخذ المرأة مع الرجل إذا ذكر يراد به عادة أن يوجد الرجل مع المرأة في عمل إما وطئاً أو تكلماً ولم يوجد [ذلك]^(٨) هنا.

امرأة قالت لزوجها: (اكر من معجرتي ليس حواهم فكذا)، ثم إن الزوج جاء بالخمار ووضعها على رأسها ولم يقل شيئاً، فرفعت المرأة الخمار من الرأس ووقفت في العتبة، ولم تخاصم زوجها، فلا حنث عليها؛ لأن الحنث تعلق بالإرادة^(٩) وإنها عمل القلب فيتعلق بالإخبار كما في المحبة وأشباهاها.

سئل شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - عن قال: إن لم أخرب بيت

(١) في ب: صيفا.

(٢) في أ، ب: بالزلة.

(٣) سقط في أ، ب.

(٤) في ب: يشترى.

(٥) في أ: قائمة.

(٦) في م: قائمة.

(٧) سقط في ب.

(٨) سقط في ب.

(٩) في ب: بالإقالة.

فلان غداً فعبدي حر، فقيد ومنع حتى لم يخرب بيت فلان غداً، قال: فيه اختلاف المشايخ، ولم يزد على هذا، والمختار للفتوى الحنث؛ لأن شرط الحنث عدم الفعل والعدم يتحقق بدون اختياره، وقد ذكرنا جنس هذا في مسائل السكنى. سئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - عمن قال لامرأته: (اكريرا ميس بامن يرد، فكذا) قال: هذا على المخالطة والمصافاة^(١) والمؤالفة، فإن وجد ذلك، يحنث وما لا فلا.

رجل ادعى على آخر ألف درهم، فقال المدعى عليه: امرأتي طالق إن لم يكن لي عليك ألف درهم، فأقام المدعي البينة عليه وقضى القاضي بالألف، فرق القاضي بين المدعى عليه و[بين]^(٢) امرأته، وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - . وفي العيون: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يفرق، وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يفرق.

وهكذا ذكر في المنتقى فصار عن محمد روايتان فيفتى بالتفريق، فإن أقام المدعى عليه بعد ذلك بينة على الإيفاء بعد دعوى المدعي ذلك عند القاضي فالقاضي يفرق بين المدعي وبين زوجته^(٣) إن زعم المدعي أنه^(٤) لم يكن له إلا هذه الألف، وتفريق القاضي بين المدعى عليه وبين امرأته باطل.

قال في المنتقى: قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - : إذا ألزم القاضي المدعى عليه المال بشهادة شهود المدعي^(٥) ثم أقام المدعى عليه بينة أنه قد قضاه المال وغاب المدعي هل له على الشاهد من سبيل؟ قال: فأما في قولي^(٦) فلا، وأما

(١) في أ: والمصافاة.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب، م: امرأته.

(٤) زاد في أ: إن.

(٥) زاد في ب: عليه.

(٦) قي م: قول.

في قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - : له ذلك ، هذا كله إذا أقام المدعي البينة على المال ، فأما إذا أقام البينة على إقرار المدعى عليه^(١) بالمال للمدعي ، فالقاضي لا يفرق بين المدعى عليه وبين امرأته ، [لأن الإقرار]^(٢) يحتمل وشرط الحنث كون الألف عليه لا محالة .

وفي المتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن المدعى عليه إن كان جحد أصل الدين فقال : لم يكن له علي شيء وحلف على ذلك وأقام المدعي بينة على الدين ، طلقت امرأة المدعى عليه ، وإن قال : كان له علي فأوفيته لم تُطلق امرأته .
وعنه أيضاً : امرأة ادعت على رجل أنها امرأته ، فحلف الرجل ما هي امرأته^(٣) فأقامت [المرأة]^(٤) بينة أنها امرأته ، فقال الرجل : قد كانت لي إلا أنني طلقتها ، لا يحنث عند محمد - رحمه الله - .

وفيه أيضاً : إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجلين في أيديهما دار فقال [كل]^(٥) واحد منهما : الدار داري ، وحلف على ذلك ، وأقاما البينة فالدار بينهما ويحنتان ، ولو كان في يد أحدهما حنث الذي كانت في يده ، وإن كانت في أيديهما ولا بينة لهما فالدار بينهما نصفان ولا حنث عليهما ، وإذا حلف^(٦) الرجل ألا يكون من أكرة^(٧) فلان وهو من أكرته ، أو قال : لا يكون من مزارعي فلان وأرضه في يده وفلان غائب ، لا يمكنه [نقض]^(٨) ما بينهما من ساعته حنث ؛ لأن شرط الحنث كونه من [أكرة]^(٩) فلان وقد وجد ، ولو خرج إلى رب الأرض وناقضه لا يحنث ، وإن

(١) زاد في ب : البينة على المال وأما إذا أقام البينة على إقرار المدعى عليه .

(٢) في م : لأنه لا .

(٣) في ب : امرأتي .

(٤) سقط في ب .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ : قال .

(٧) في ب : أكرهه .

(٨) سقط في أ ، م .

(٩) سقط في أ ، وفي ب : أكرهه ، والصواب ما أثبتناه .

كان رب الأرض خارج المصر؛ لأن [هذا القدر]^(١) مستثنى من اليمين فهو بمنزلة ما لو حلف لا يسكن هذه الدار فلم يجد المفتاح ليخرج إلا بعد ساعة لا يحنث في يمينه ما دام في طلب المفتاح كذا هاهنا، فإن اشتغل بعمل آخر غير^(٢) طلب [صاحب الأرض ليرد الأرض عليه، يحنث؛ لأن هذا العمل غير مستثنى عن اليمين، ولو منعه إنسان عن الخروج إلى]^(٣) صاحب الأرض أو كان في المصر فمنعه عن طلبه إنسان، لا يحنث؛ لأن شرط الحنث كونه مزارعًا لفلان وذلك لا يتحقق مع المنع [على]^(٤) ما مر حتى لو قال: لو لم أترك مزرعة فلان، يجب أن تكون المسألة على القولين^(٥) لما ذكرنا في مسألة السكنى.

وفي المنتقى: إذا قال: امرأته^(٦) طالق إن لم يكن فلان خيرًا من فلان، والذي زعم أنه خير من فلان لص ينقب البيت ويشرب الخمر معروف بذلك [وبغير ذلك]^(٧) من الشر، وفلان الآخر^(٨) من أهل الصلاح والفضل فيما ظهر بين^(٩) الناس، قال: هذه طالق في القضاء؛ لأن هذا خير من ذلك عند القاضي؛ ألا ترى أن القاضي يقبل شهادته وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه.

وإذا عقد يمينه على شراء المتاع فاشتري أوواني أو أباريق أو قماقم، أو كان حلف [أن]^(١٠) ليس في بيته شيء من المتاع فإذا في بيته شيء من الأواني هل يحنث في يمينه؟

(١) في ب: العدد.

(٢) في ب: عن.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب: قولين.

(٦) في ب: لامرأته.

(٧) في ب: وبغيره.

(٨) في أ، ب: آخر.

(٩) في ب: عند.

(١٠) سقط في ب.

اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا: يحنث في يمينه ، وهذا القائل يقول بأن اسم المتاع يتناول الأواني وإليه أشار الحاكم الشهيد والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمهم الله - ، وهذا لأن المتاع اسم لما يُستمتع به والإنسان [يستمتع^(١)] بالأواني .

وبعضهم قالوا: لا يحنث في يمينه ؛ لأن اسم المتاع عادة لا ينطلق على الأواني ، وإلى هذا مال [القاضي]^(٢) الإمام ركن الإسلام علي السغددي ، والمسألة في باب الاستثناء في النفل في السير الكبير .

(رب لحانه مدر روماد) يحسم وذهبت فطلقها الزوج وبعث إليها لتذهب إلى منزله فأبت ، فحلف الرجل بهذا اللفظ (حلال بر من حرام اكر ا ورا بحانه حولس برم) فذهبت المرأة وسكنت ثمة .

ف قيل : إن كان مراد الزوج حقيقة الحمل [بنفسه]^(٣) لا تُطلق ، وإن كان [المراد أن]^(٤) لا يمسكها في بيته فإذا خلاها في بيته وتركها ولم يمنعها تطلق ، وقد مرت هذه المسألة في صورة أخرى في صدر هذا الكتاب .

نساج ينسج ثوبًا لنفسه فقالت له امرأته : (ابن حامه مقروش ومرحاه بي كي) ، فقال الزوج : (اكر اين حامه راهر وسم وبرا حامه في كيم برا طلاق) ، ثم إن الزوج ذهب بالثوب وباعه (ورن باحامه بي كرد) ، هل تطلق امرأته؟

قيل : يسأل الزوج عن مراده من قوله (اكر حامه واهر وسم وبرا حامه بي كيم) إن كان مراده (اكر برا ارعى اين حامه بي كيم) فإذا باعه تطلق للحال ، وإن كان مراده (أكر بها حامه برا حامه) فما دام الثمن قائمًا في يده لا تُطلق .

إذا حلف لا يعمل يوم الجمعة وكان عنده قميص فحمله إلى الخياط وأمره أن

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في ب .

(٣) سقط في ب .

(٤) في ب : مدراده .

يُخيطه، لا يحنث؛ لأن يمينه وقعت على العمل المعروف الذي يعمل في سائر الأيام، ومن هذه المسألة يخرج كثير من المسائل:

امرأة حلفت بالفارسية: (كي امست اين كورك راني داروم) فجاءت امرأة أخرى وجعلت الصبية في المهد وأمسكت الصبية إلا أن الحالفة أرضعتها، تحنث في أيام النوازل.

إذا حلف لا يدخل على فلان [ولم يسم بيتًا]^(١) ولم يكن له نية فدخل عليه في بيته أو بيت غيره أو في صفة، حنث.

والحاصل: في جنس هذه المسائل أن الدخول على فلان متى أطلق وإنما يُراد به في العرف الدخول على فلان على وجه الزيارة والتعظيم في مكان يجلس فيه^(٢) لدخول الزائرين عليه، وفي حق هذا بيته وبيت غيره سواء، فعلى هذا يقاس جنس هذه المسائل، ذكر محمد - رحمه الله - هذا في شرح الكافي، وفي باب الحلف على الدخول؛ وإن دخل عليه في مسجد فجواب الكتاب أنه لا يحنث، قالوا: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا يحنث؛ لأن المسجد مكان يُزار فيه في عرفنا ويجلس فيه للزيارة والتعظيم في عرفنا، وعليه الفتوى في هذا الموضوع أيضًا.

إذا حلف الرجل ألا تخرج امرأته من هذه الدار ولا نية له ثم طلقها ثلاثًا وانقضت عدتها فخرجت بعد ذلك من تلك الدار، يحنث.

ولو قال: إلا بإذني، وباقي المسألة بحالها لم يحنث، وهذه المسألة مع أجناسها في الزيادات في باب الأيمان قبل باب الوصية لذوي الأرحام بباب.

إذا قال: والله لا آكل من هذا القدر وقد اغترف منها قبل يمينه في قصعة فأكل ما في القصعة، لا يحنث؛ لأن اليمين على ما بقي في القدر. في واقعات الناطفي. إذا حلف بالفارسية: (دساس في كيم حرام بدست كسيد فقد قيل اكرمنها كسيد

(١) سقط في م.

(٢) سقط في ب.

وارد كرد) يحنث، وإن لم يكن اللفظ منبئاً عنه؛ لأنه في معناه، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله -، وفيه نظر، (اربهرامك اسم دساس ترأحراس في اقتدایح دي كسر دررس مهبروي سامد سبت بخلاف اید دساس راساي كسد وشرط الحنث داساس كسیدن است اداساس كسیدك بدست أو شرط ليس بعد لفظ وي بسبب).
 حلف لا يخرج من البلد إلا بإذن غريمه فقال رجل [لغريمه]^(١): لم تأذن فلاناً حتى يخرج من البلدة؟ فقال الغريم [للرجل]: هل تعطيني أنت ما لي عليه، فقال الرجل: [٢] نعم، أعطيك، فقال الغريم: أذنت له بالخروج بشرط أن تعطيني ما لي [على]^(٣) فلان الآن، وكتب للمديون هكذا: إني قد أذنت لك بالخروج بشرط أن تعطي فلاناً ما لي عليكم الآن، فلم يعط فلاناً شيئاً من ذلك، ووصل الكتاب والخبر بالإذن [أن]^(٤) المديون [قد يخرج]^(٥) من البلدة، لا يحنث؛ وهذا لأن الإذن هنا لم يتعلق بالأداء، بل تقيد، بالأداء إليه ولا يصير فاصلاً، بدليل ما ذكر في الجامع: إذا قال لامرأته: أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار، يتعلق الطلاق بالدخول، ولا يصير بقوله: (يا زانية) فاصلاً.

إذا حلف لا يشرب من دار فلان، فأكل منها شيئاً، قال محمد^(٦) بن سلمة: يحنث.

وقال الصدر الشهيد في الباب الأول من واقعاته: المختار عندي ألا يحنث؛ لأن اللفظ في باب الأيمان مراعى فيتأمل عند الفتوى.
 إذا قال لامرأته: إن بت الليلة إلا في حجري، فأنت طالق، فأنت في فراشه ولم

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) سقط في ب.
 - (٣) سقط في ب.
 - (٤) سقط في ب.
 - (٥) سقط في ب.
 - (٦) في ب: يحيى.

يأخذها في حجره حقيقة، لا يحنث.

أما إذا قال بالفارسية: (بكتار من اندر) وباقي المسألة بحالها، يحنث في الباب الأول من أيمان الواقعات.

إذا حلف لا يشارك فلاناً في هذه البلدة ثم خرجا جميعاً عن حد البلدة وتشاركا، ثم دخلا البلدة وعملا فإن أراد باليمين عقد الشركة، لا يحنث، وإن أراد به العمل بشركته يحنث، وإن دفع أحدهما لصاحبه مالا مضاربة [يحنث]^(١)، كذلك؛ لأن المضاربة نوع من أنواع الشركة. في الباب الأول من أيمان الواقعات.

إذا حلف لا يعمل مع فلان شيئاً في القصاراة أو غيرها، فعمل مع شريكه يحنث، ولو عمل مع عبده المأذون لا يحنث، ولو حلف لا يشارك فلاناً فشارك شريكه، لا يحنث في هذا الباب أيضاً.

رجل قال لامرأته: إن وضعت يدي على جاريتي^(٢) فهي حرة، فضربها باليد حتى صار واضعاً يده عليها، إن كان حالفاً لرضا امرأته أو لأمر آخر يدل على أن المراد به الوضع في غير حالة الضرب، لا يحنث في أيمان فتاوى أبي الليث - رحمه الله - . ومن هذا الجنس: رجل وهب لختته بقراً وسلم إليه فكان الختن يعمل بذلك البقر وأبو المرأة كان يمن عليه ويقول: إنك تعمل ببقرتي، فغضب الختن وقال: (اكرميس دست باكار) ومر بهم فدخل الختن الإصطبل في ليلة مظلمة ليخرج حماره ووضع يده على ذلك البقر في ظلمة الليل، ثم علم بذلك، فعلى قياس مسألة الفتاوى، لا يحنث؛ لأن بما تقدم علم أنه أراد بالوضع المذكور في اليمين الوضع بجهة مخصوصة وهو العمل به، ولم يوجد؛ فلا يحنث.

* * *

(١) سقط في أ، ب، م.

(٢) في ب: أتي.

الفصل السادس والعشرون

في معرفة صفات الإنسان

إذا حلف الرجل لا يكلم [صبيًا، أو حلف لا يكلم]^(١) غلامًا، أو حلف لا يكلم شابًا، أو حلف لا يكلم كهلاً.

فنقول: قال بعض أهل اللغة: الصبي يسمى غلامًا إلى أن يبلغ تسع عشرة سنة، ثم من تسع عشرة شابًا إلى أربع وثلاثين سنة [ثم من]^(٢) أربع وثلاثين سنة [كهلاً إلى إحدى وخمسين ثم من إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره.

وفي الشرع الغلام اسم لمن لم يبلغ حد البلوغ معلوم، فإذا بلغ صار شابًا وفتى. وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن الشاب من خمسة عشر إلى ثلاثين ما لم يغلب عليه الشمط، والكهل من ثلاثين إلى خمسين، والشيخ ما زاد على الخمسين، فإن^(٤) ما دون خمسة عشر ليس بشاب، وما دون ثلاثين ليس بكهل، وما دون الخمسين ليس بشيخ، وفيما بين ذلك يعتبر الشمط في الشعر.

وفي القدوري عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن الشاب من خمسة عشر إلى [خمس وعشرين]^(٥) إلا^(٦) أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره، والشيخ ما زاد على خمسين، فعلى هذه الرواية جعل أبو يوسف الكهل والشيخ فيما زاد على الخمسين.

وفي وصايا النوازل قال أبو يوسف - رحمه الله - : من كان ابن [ثلاث و]^(٧)

(١) سقط في ب.

(٢) في أ: و.

(٣) في م: وعن أبي يوسف رحمه الله.

(٤) في م: فأما.

(٥) في م: خمسين.

(٦) في أ، م: إلى.

(٧) سقط في ب.

ثلاثين فهو كهل، وعنه: من كان ابن ثلاثة وثلاثين فصاعدًا فهو كهل فإذا بلغ خمسين فهو شيخ.

وفي نوادر ابن سماعه: الكهل من [ثلاثين إلى أربعين، والشيخ ما زاد على الخمسين، وإن [لم] ^(١) يشب، وإن ^(٢) زاد على الأربعين وشيبه ^(٣) أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر فليس بشيخ.

وعن محمد - رحمه الله - : الغلام من كان له أقل من خمس عشرة سنة، والشاب والفتى ما بلغ خمس عشرة سنة وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين وزاد عليه إلى ستين إلا أن يكون الشيب قد غلب عليه فيكون شيخًا، وإن لم يبلغ الخمسين إلا أنه لا يكون كهلاً حتى يبلغ أربعين، ولا شيخًا حتى يجاوز الأربعين. فإذا حلف لا يكلم يتامى بني فلان، أو حلف لا يكلم أرامل بني فلان، أو حلف لا يكلم ثيب بني فلان، أو حلف لا يكلم أيامى بني فلان.

فنقول: اليتيم اسم لمن مات أبوه وهو صغير لم يبلغ، فأما بعد البلوغ لا يسمى يتيمًا كذا ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب، وقوله في اللغات حجة.

وأما الأرملة: فهو اسم لامرأة بالغة فقيرة محتاجة فارقتها زوجها دخل بها أو لم يدخل، فهذا لا ينطلق ^(٤) إلا على [المرأة] ^(٥) البالغة التي فارقتها زوجها ولا ينطلق إلا على الفقيرة المحتاجة، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب وقوله في اللغات [حجة] ^(٦).

والأيم: اسم لكل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد [أو فجور] ^(٧) وقد فارقت

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ب.

(٣) في ب: فإن كان شبيهه.

(٤) زاد في أ، م: على المرأة ولا ينطلق.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: ويجوز.

زوجها، غنية كانت أو فقيرة، صغيرة كانت أو كبيرة، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب.

والثيب: اسم لكل امرأة جومت بحلال أو حرام لها زوج أو ليس لها زوج، صغيرة كانت أو بالغة غنية كانت أو فقيرة، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - .
والبكر اسم لكل امرأة لم تتجامع بنكاح ولا غيره^(١)، غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة، لها زوج أو لا زوج لها، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - .



(١) بدائع الصنائع (٣٤٨/٧)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٣٦/١).

كتاب الحدود

هذا الكتاب يشتمل على ثمان فصول:

الفصل الأول

في معرفة الإحصان^(١) الذي هو شرط وجوب الرجم

وإنها [سنة]^(٢): ثنتان منها لا يختصان بالزنا، وهما: البلوغ، والعقل، فإنهما شرطان في سائر العقوبات بلا خلاف، وأربعة [منها تختص بالزنا، ثنتان منها]^(٣) فيهما اتفاق، وهما: الحرية، والإصابة بحكم النكاح الصحيح، حتى لا يثبت الإحصان بالإصابة بملك اليمين، أو بنكاح [فاسد]^(٤)، وثنان منها فيهما اختلاف: أحدهما: الإسلام، وإنه شرط عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وهذا قول أبي يوسف - رحمه الله - حتى إن الذمي [الثيب]^(٥) إذا زنى لا يرجم عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وأحد قولي أبي يوسف - رحمه الله -.

(١) الإحصان لغة: المنع.

وشرعا: المحصن: هو حر مكلف مسلم وطئ بنكاح صحيح. أو جاء بمعنى: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والعفة، والتزويج، ووطء المكلف الحر في نكاح صحيح، والمراد هنا هو المعنى الأخير عند الشافعية.

وقال الحنفية: الإحصان نوعان: إحصان الرجم، وإحصان القذف، أما إحصان الرجم: فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم، وهي سبعة: العقل والبلوغ، والحرية، والإسلام، والنكاح الصحيح، والدخول في النكاح الصحيح على وجه يوجب الغسل، ولو من غير إنزال، وكون الزوجين جميعا على هذه الصفات وقت الدخول. فإذا اختل شرط من هذه الشروط، وجب الجلد.

ينظر: الصحاح، ص (٢٥٧)، القاموس المحيط، ص (٣٧١)، مختار الصحاح، ص (٨٨، ٨٧)، لسان العرب (٤٨٠/٢)، وينظر: بدائع الصنائع (٣٧/٤)، حاشية ابن عابدين (١٦٣/٣)، المبسوط للسرخسي (٣٩/٩)، شرح فتح القدير (١٣٠/٤)، مغني المحتاج (١٤٦/٤)، المذهب (٢٦٨/٢).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

وفي قوله الآخر: الإسلام ليس بشرط، كما هو قول الشافعي - رحمه الله -^(١). وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أنه فصل بين اليهودي والنصراني وبين المجوسي، فقال: يرحم اليهودي والنصراني، ولا يرحم المجوسي. الشرط الثاني: كون كل [واحد]^(٢) من الزوجين مساويًا لصاحبه في سائر شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح، فهذا شرط عندنا لثبوت الإحصان خلافًا للشافعي - رحمه الله -.

بيان ذلك: أن الحر المسلم العاقل البالغ إذا تزوج أمة أو صبية أو مجوسية أو كتابية، ودخل بها، فإن الزوج لا يصير محصنًا بهذا الدخول عندنا حتى لو زنى لا يرحم، وعند الشافعي - رحمه الله - يصير محصنًا. وكذلك الحرة البالغة العاقلة المسلمة إذا زوجت نفسها من عبد أو مجنون ودخل بها، لا تصير محصنة، حتى إذا زنت لا ترجم، والله أعلم بالصواب.



(١) اختلف الفقهاء في تحديد معنى الإحصان شرعًا: فذهب الشافعية إلى أنه يرد بمعنى الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والعفة، والتزويج، بمعنى: وطء المكلف الحر في نكاح صحيح. وهو المراد هنا. والأصح عندهم: اشتراط حصول الزنى حال كمال المحكوم عليه بالإحصان من الذكر والأنثى، أي: حال حرته وتكليفه بالبلوغ والعقل وما يعتبر في إحصان الواطئ يعتبر في إحصان الموطوءة.

وذهب الحنفية إلى أن إحصان المرحوم في الزنى يتحقق بالحرية والتكليف والإسلام والوطء بنكاح صحيح، وكونهما محصنين حالة الدخول بالنكاح الصحيح، وكونهما محصنين بالصفة المذكورة وقت الوطء ولا يجب عندهم بقاء النكاح لبقاء الإحصان، فلو نكح في عمره مرة ثم طلق وبقي مجردا وزنى رجم.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/١٥٣، ١٥٤)، تبين الحقائق (٣/١٧٢)، مغني المحتاج (٤/١٤٦)، تحفة المحتاج (٩/١٠٨، ١٠٩)، حاشية الجمل على شرح المنهاج (٥/١٣١، ١٣٢).

(٢) سقط في م.

الفصل الثاني

في معرفة [حجج] ^(١) ظهور الزنا عند القاضي

يجب أن يعلم أن حجة ظهور الزنا عند القاضي الإقرار أو البيئة، فأما علم القاضي، فليس بحجة في هذا الباب، وكذلك في سائر الحدود الخالصة لله - تعالى - ^(٢)، نحو حد السرقة، وحد شرب الخمر، علم القاضي ليس بحجة، حتى لا يجوز للقاضي أن يقضي [في هذه المواضيع، وهذا استحسان، والقياس أن يقضي] ^(٣).

فنبداً بفصل البيئة فنقول: الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بشهادة الأربع. والأصل فيه قوله - تعالى: ﴿وَأَلَّتِي يَأْتِينَكَ الْفَلْحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾ ^(٤)، حتى إنه إذا شهد على الزنا أقل من أربعة، بأن شهد واحد أو

(١) سقط في أ.

(٢) علم القاضي: أن يعلم القاضي بحادثة كأن يسمع رجلاً يقر لرجل بمال أو يسمعه يطلق امرأته أو يقذف رجلاً، أو رآه يقتل إنساناً أو نحو ذلك ثم ترفع إليه الحادثة ليحضر فيها. وقد اختلف الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه على أحد دون بيئة أو إقرار على ثلاثة مذاهب وهذا إذا كان ما علمه خارج مجلس قضائه:

المذهب الأول: ذهب المالكية والحنابلة والشافعية في وجهه ومتأخرو الحنفية والشيعة والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً سواء أكان علمه بالواقعة قبل توليه أم بعده.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية في المشهور عندهم والصاحبان من الحنفية والظاهرية وأحمد في رواية إلى جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً سواء أكان علمه بالواقعة قبل توليه القضاء أم كان بعده.

المذهب الثالث: ذهب الإمام أبو حنيفة ومتقدمو الحنفية إلى أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه إذا كان علمه بالواقعة في حال توليه القضاء وفي محل ولايته واستمر في ولايته إلى عرض الواقعة عليه للحكم فيها.

ينظر: المبسوط (١٠٥/١٦)، وبدائع الصنائع (٦/٧، ٧)، وشرح منح الجليل (٤/١٤٨)، والفرق، للقرافي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط (١)، ١٣٤٧هـ (٤/٤٤)، والحاوي (٣٢١/١٨)، ومغني المحتاج (٤٠٣/٤)، والكافي، لابن قدامة (٤/٤٦٤)، والمحلى (٤٢٩/٩).

(٣) سقط في أ.

(٤) سورة النساء آية: ١٥.

اثنان أو ثلاثة، لا تقبل الشهادة، ويحد الشاهد بحد القذف عند علمائنا - رحمهم الله - .

وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يحد الشاهد حد القذف، وعلى هذا الاختلاف إذا حضر أربع مجلس القضاء^(١) ليشهدوا على رجل بالزنا فشهد واحد أو اثنان أو ثلاثة، وامتنع الباقي فإن الذي شهد يحد حد القذف عند علمائنا، خلافاً للشافعي - رحمه الله، وكذلك لو جاءوا^(٢) الأربعة متفرقين في مجالس مختلفة، وشهدوا على الزنا واحداً بعد واحد، لم تقبل هذه الشهادة، ويحدون حد القذف عندنا .

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : لو جاءوا فرادى، وقعدوا مقعد الشهود، وقام إلى القاضي واحد بعد واحد، قبلت شهادتهم؛ لأنه لا يمكنهم أداء الشهادة دفعة واحدة؛ لأن القاضي لا يفهم كلام واحد منهم إذا تكلموا جملة [واحدة]^(٣)، وسقط اعتبار التفرق في الأداء ضرورة، [ولا ضرورة]^(٤) إلى [إسقاط]^(٥) اعتبار التفرق في المجلس، فلا يسقط، وإن كانوا خارج المسجد ضربوا جميعاً .

وفيه أيضاً عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يقبل في الزنا من الشهود إلا أربعة عدول يجيئون معاً، وإن كانوا قريباً من القاضي، فدعا واحداً بعد واحد، حتى جاء الأربعة قبلت شهادتهم، فإن دعا واحداً فأجاب ثم دعا الثاني فأجاب، ثم دعا الثالث، فلم يجب، حد اللذين شهدا حد القذف، وكذلك لو كان هذا مع الرابع .

إذا شهد أربعة على المرأة بالزنا، وأحدهم زوجها، فإن لم يكن الزوج قذفها

(١) في أ، م: القاضي .

(٢) في م: جاء .

(٣) سقط في أ، م .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ .

قبلت شهادتهم، وأقيم عليها الحد، وإن كان الزوج قذفها أولاً، وباقي المسألة بحالها، فهم قذفة يحدون، وعلى الزوج اللعان.

والفرق: أن شهادة الزوج بعد سبق القذف غير مقبولة؛ لما فيه من دفع الحد عن نفسه، بقيت شهادة ثلاثة، أما شهادته قبل سبق القذف منه مقبولة؛ لأنه لا يدفع عن نفسه حكمها^(١) بهذه الشهادة، وله بهذه الشهادة ضرر، فإنه يعير [بزنا]^(٢) امرأته، فكانت أبعد عن التهمة، كشهادة الوالد على ولده.

ولو جاء الزوج مع ثلاثة، وشهدوا أنها زنت، ولم يعدلوا فلا حد عليها؛ لأن الله تعالى [أمر بالتوقف في خبر الفاسق، وإنه]^(٣) يمنع العمل بها، وفي إقامة الحد عليها عمل بها، [ولا حد على الشهود أيضاً، ولا لعان على الزوج أيضاً؛ لأن كلامهم شهادة، وليس بقذف.

وكذلك لو شهد أربعة من الفساق على رجل بالزنا، لا حد على المشهود [عليه]^(٤)، ولا حد على الشهود]^(٥).

واعلم بأن الشهود عندنا أصناف: صنف هم أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم، وأهل لأدائها حتى إنهم إذا شهدوا، تقبل شهادتهم، وهم الأحرار المسلمون، العاقلون، البالغون، العدول.

فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا، فالقاضي يقبل شهادتهم، ويحد المشهود عليه، ولا شيء على الشهود.

[وصنف هم]^(٦) أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم، ولكن ليس لهم

(١) في م: حكما.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وصفهم.

أهلية الأداء قطعاً، وهم العميان، والمحدودون في القذف، فإن النكاح ينعقد [بحضرتهم]^(١) ولكن إذا شهدوا عند القاضي في حادثة، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم.

فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا، يحدون حد القذف، ولا يحد المشهود عليه.

أما لا يحد المشهود عليه؛ لأن الزنا لم يثبت بشهادة هؤلاء؛ ألا ترى أن أسباب المال لا تثبت بشهادة [هؤلاء]،^(٢) فأسباب العقوبات أولى، فأما الشهود فيحدون؛ لأن [الموجب]^(٣) لحد القذف وهو القذف بالزنا وجد من كل شاهد إلا عند تكامل العدد في قوم لهم^(٤) شهادة أداء وسماع^(٥) يخرج من أن [يكونوا قذفة]^(٦)، وتصير حسبة، فإذا فات أحد الوصفين يبقى قذفاً، فيتوقف عليه أحكام القذف.

وصنف هم^(٧) أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم، وفي أهليتهم للأداء تردد واحتمال، [وهم]^(٨) الفساق، فإنهم من أهل [الشهادة]^(٩) حتى ينعقد النكاح بحضرتهم، وأهلية الأداء لم تبطل [قطعاً و يقيناً]^(١٠) بل فيه احتمال؛ لأنه ربما يصدق وربما لا يصدق.

فإذا شهد أربعة منهم [على رجل]^(١١) بالزنا لا يحد المشهود عليه، لاحتمال

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، م: قولهم.

(٥) في م: وسماعاً.

(٦) في أ، م: يكون قذفاً.

(٧) في أ: وصفهم.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في أ، وفي م: ويقيناً.

(١١) سقط في م.

الكذب في شهادتهم، ولا يحد الشهود أيضًا؛ لأنه يثبت بشهادتهم شبهة الزنا في حق المشهود عليه باعتبار أهلية الأداء من وجه فصاروا قذفة شخص ثبت في حقه [شبهة]^(١) الزنا، فيكونون صدقة من وجه، فلا يحدون.

وصنف ليسوا [من أهل الشهادة، وليسوا]^(٢) من أهل أدائها وهم العبيد والصبيان حتى لا ينعقد النكاح بحضرتهم، ولو شهدوا في حادثة، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا، لا يحد المشهود عليه، ولا يحد الشهود إن كانوا صبيانًا، وإن كانوا عبيدًا يحدون.

وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا بعد حين، فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا يقضي على المشهود عليه بالحد.

يجب أن يعلم أن الشهادة على حد الزنا تبطل بتقادم العهد عند علمائنا - رحمهم الله - .

[والمعنى فيه]^(٣) تهمة الضغينة في الشهادة.

بيانه: أن الشاهد متى عاين الزنا فهو مخير بين حسبتين: حسبة أداء الشهادة، ليقام الحد فيحصل الانزجار، وحسبة الستر على المسلم بالامتناع عن الشهادة، فإن الشرع يؤديها إلى الستر^(٤)، فإن قصدوا أداء الشهادة لإقامة الحد لا يباح لهم التأخير، ويكون التأخير منهم فسقًا، وإذا أخرجوا فيحمل تأخيرهم فسقًا، وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسادد واجب ما أمكن، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكن في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء، وهي جهة الستر لضغينة حملتهم على ذلك.

والشهادة تبطل بسبب التهمة، حتى إن في القصاص والقذف إذا انعدمت هذه

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) تبين الحقائق (٣/١٨٨).

التهمة بسبب التقادم [قلنا: التقادم]^(١) لا يمنع قبول الشهادة. بيانه^(٢): انعدام هذه^(٣) التهمة في باب القصاص والقذف أن الشهود في هذه الأبواب لا يتمكنون من الشهادة إلا بعد الدعوى من العباد، ولم توجد الدعوى من العباد حتى الآن، فيكون الشهود في التأخير معذورين، فلا تتمكن تهمة الضغينة. ولهذا قال أصحابنا في باب الزنا: إذا كان التقادم بعذر بأن كان الزنا وشرب الخمر في موضع ليس فيه قاض، [وجاء الشهود إلى بلد فيه قاض]^(٤)، وشهدوا جازت شهادتهم؛ لانعدام هذه^(٥) التهمة، ثم لم يقدر بالتقادم تقديرًا صريحًا^(٦)، فظاهر ما يقوله في الجامع الصغير يشير إلى أن ستة أشهر فما فوقها متقادم، فإنه قال في الرجل يشهد عليه شهود بسرقة بعد حين، [و]اسم^(٧) الحين^(٨) عند الإطلاق ينصرف إلى ستة أشهر (وقد روي في غير رواية الأصول أن الشهر فما فوقه متقادم)، [وقد روي ثلاثة أيام فما فوقها متقادم]^(٩).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: جهدنا بأبي حنيفة - رحمه الله - حتى يبين لنا في ذلك مدة فأبى، وقال: على قدر ما يرى الإمام فيه. وإذا شهدوا في الزنا، وقالوا: تعمدنا النظر إلى الفرج يحسد المشهود عليه، ولا تسقط [عدالتهم]^(١٠) بتعمد النظر إلى الفرج؛ لأن تعمد النظر حسب^(١١) للشهادة

(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: بأن.

(٣) في أ: عدم.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: عدم.

(٦) في م: صحيحا.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) في م: بعد ذلك التهمة.

(١١) في أ: حينئذ.

مطلق شرعًا، [فلا توجب] ^(١) سقوط العدالة.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: إذا شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها فإنه لا يُقام عليه الحد، [ولو أقر أنه زنا بامرأة لا يعرفها فإنه يُقام عليه الحد] ^(٢)، ولا فرق بين المسألتين من حيث الظاهر؛ لأنه كما يشتبه على الشاهدين الموطوءة أجنبية من الواطئ ^(٣) أم منكوحته يشتبه على الواطئ ذلك، بأن كان تزوج بامرأة ولم يرها، ولم تزف إليه، ثم وطئ امرأة بعد ذلك ولم يعرفها يشتبه عليه أنها امرأته التي تزوجها أم أجنبية منه.

ووجه الفرق بينهما: أن اشتباه المنكوحه عن الأجنبية منفي في حق المقر؛ لأن المقر فيما يقر على نفسه غير متهم، فكما لا يقر على نفسه بالحد كاذبًا لا يقر على نفسه بالحد حالة الاشتباه، فلما أقر على نفسه بالزنا انتفت شبهة أن الموطوءة منكوحته، وثبت كونها أجنبية بإقراره، ولما انتفى هذا الاشتباه عن إقراره انصرف قوله: لم أعرفها إلى عدم المعرفة من حيث الوجه والنسب، أي: لم أعرفها بوجهها، ولكن علمت أنها أجنبية، فيجعل هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد؛ لأنه يقر على غيره كاذبًا بيقين، فيقر على غيره حالة الاشتباه، فإذا قال: لا أعرف المرأة، يتمكن بقوله: لا أعرف المرأة شبهة أنها أجنبية أو منكوحته، أو خادمته، أو خادمة غيره، كما [تمكنت بشبهة] ^(٤) أنهم عرفوا أنها أجنبية [منه، إلا أنهم لم يعرفوا اسمها، ونسبها، فيجعل ما يتمكن من الاشتباه كالمنصوص عليه، صار كأنهم قالوا: لم نعرف أنها منكوحته أو أجنبية أو] ^(٥) خادمته ^(٦) أو خادمة غيره، أو خادمة ابنه،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: الوطاء.

(٤) في أ: شبهة.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في أ: أو خادم ابنه.

ولم نعرف اسمها ونسبها، ولو نصوا على هذا لم تقبل شهادتهم؛ لأن فعل المشهود عليه إنما يكون [زنا]^(١) موجباً للحد إذا كان في الأجنبية، فإذا لم يعرفوا ذلك، لم يثبت فعله زنا موجباً للحد من كل وجه، والله أعلم.



(١) سقط في م.

نوع آخر: فيما إذا ظهر كذب الشهود في شهادتهم:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: أربعة شهدوا على امرأة بالزنا، فنظر إليها النساء، فقلن: هي بكر، فإنه يدرأ عنها الحد وعن الشهود جميعًا. أما [يدرأ]^(١) عن المرأة؛ لظهور كذب الشهود؛ إذ لا يتصور الزنا الموجب للحد مع قيام البكارة [وقد ثبتت البكارة]^(٢) هاهنا بقولهن؛ لأن قول النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة.

وأما درء الحد عن الشهود؛ لأنه تكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع حكم شهادتهم باعتبار قول النساء، [وأنه لا]^(٣) يعتبر في إيجاب الحد عليهم. وكذلك إذا شهدوا على رجل محبوب بالزنا درئ الحد [عنه و]^(٤) عن الشهود، أما عنه؛ فبظهور كذب الشهود؛ إذ لا يتصور الزنا الموجب للحد مع الجب، وأما عنهم فلأن حد القذف إنما شرع لنفي التهمة^(٥) عن المقتوف، والتهمة منفية إذا كان مجبوتًا؛ لأنه لا يتوهم الزنا من الم محبوب، وكان ما هو المقصود من إقامة الحد حاصلًا.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا والإحصان، ورجمه القاضي، ثم وجد المرجوم مجبوتًا، فعلى الشهود الدية؛ لأنه ظهر كذبهم بيقين، وإذا كان المشهود عليه امرأة، فنظر إليها النساء بعد الرجم فقلن: إنها عذراء أو رتقاء فلا ضمان على الشهود؛ لأن الضمان لو وجب على الشهود، لوجب بقول النساء، وشهادة النساء ليس بحجة في إيجاب الضمان على الغير بخلاف ما لو وجد المرجوم مجبوتًا؛ لأن الجب عرف بشهادة الرجال، أو بمعاينة القاضي، وكل ذلك صالح في إيجاب الضمان على الغير.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ولأنه.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: تهمة القذف، وفي م: تهمة الزنا.

قال محمد - رحمه الله - : إذا جاء المشهود عليه بالزنا بشاهدين يشهدان على شاهد من الذين شهدوا عليه أنه محدود في القذف ، فإن القاضي يسأل الشاهدين من حده؟ وذلك لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان أو نائبه فإنه تبطل شهادته ، وإن حصل إقامة الحد من الرعايا يقلدون^(١) الإمام فإنه لا تبطل شهادته ، فلا بد من السؤال عن الذي حده ، ولا يحمل مطلق شهادتهم بكونه محدودًا في قذف على أن الإقامة كانت للسلطان أو نائبه ؛ لأن رد شهادته^(٢) في حد القذف من الحد ، فيستقصي في السؤال [عنه]^(٣) ، كما يستقصي عنه في السؤال متى [قام عليه]^(٤) حد الزنا .

فإن قال : حده قاضي كورة كذا ، وسموه ، فقال المشهود عليه بحد القذف : أنا أقيم البينة على إقرار ذلك القاضي أنه لم يحدثني ، ولم توقت واحدة من البيتين وقتًا ، فإن القاضي يقضي بكونه محدودًا في القذف ولا يمتنع القاضي من القضاء بكونه محدودًا في القذف بسبب بينة الإقرار لوجهين :

أحدهما : أن العمل بالبيتين ممكن إذا لم توقت واحدة من البيتين وقتًا تحمل بينة الإقرار على ما قبل إقامة الحد [وبيئة إقامة الحد تحمل على ما بعد الإقرار كأن القاضي أقر قبل إقامة الحد]^(٥) أنه لم يحده حد القذف ، ثم أقام عليه حد القذف بعد ذلك ومهما أمكن العمل بالبيتين لا تعطيل واحدة منهما .

والثاني : أن البينة على الإقرار قامت على النفي من حيث المقصود لأن المقصود من إثبات هذا الإقرار على القاضي نفي الحد لا ثبوت حكم آخر ، فكانت هذه البينة

(١) في م : بغير إذن .

(٢) في أ ، م : الشهادة .

(٣) سقط في أ ، م .

(٤) في أ : متى قامت .

(٥) سقط في أ .

باعتبار المقصود قائمة على النفي، [والبينة على النفي]^(١) لا تقبل، فصار وجود هذه البينة وعدمه بمنزلة.

فإن كان الشهود قد وقتوا في ضربه وقتًا بأن شهدوا أن قاضي بلد كذا حده حد القذف سنة خمس وخمسين وأربعمائة مثلاً، فأقام المشهود عليه البينة [أن القاضي قد مات سنة خمس وخمسين وأربعمائة، أو أقام البينة]^(٢) أنه كان غائبًا في أرض كذا سنة خمس^(٣) وخمسين فإن القاضي يقضي بكونه محدودًا في القذف، ولا يلتفت إلى بينته.

ولا تجيء في هذه المسألة الطريقة التي ذكرناها في المسألة الأولى من إمكان العمل بالبنتين^(٤)؛ لأن العمل بالبنتين هاهنا غير ممكن، وإنما تجيء الطريقة الأخرى أن بينة المشهود عليه من حيث المعنى قائمة على النفي؛ لأن المقصود من إثبات [موت القاضي]^(٥) قبل ذلك نفي الحد، لا حكم آخر يتعلق بالموت.

وكذلك المقصود من إثبات الغيبة^(٦) نفي الحد لا حكم آخر، يثبت بالغيبة، فكان بينة المشهود عليه قائمة على النفي، والبينة على النفي غير مقبولة، فصار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة.

قال: [إلا أن]^(٧) يكون [أمرًا مشهورًا]^(٨) من ذلك فحينئذ لا يقضي بكونه محدودًا في قذف بأن كان موت القاضي قبل الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه مستفيضًا ظاهرًا فيما بين الناس، علمه كل صغير وكبير، وكل عالم وجاهل، وكان

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: بسع.

(٤) في م: بالبينة.

(٥) في أ: موته.

(٦) في أ: بالغيبة، وفي م: البينة.

(٧) في م: إن لم.

(٨) في أ: شهودًا، وفي م: مشهود.

كون القاضي في أرض كذا، في وقت كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد ظاهراً مستفيضاً، علمه كل صغير وكبير، وكل عالم وجاهل، فحينئذ لا يقضي بكونه^(١) محدوداً في^(٢) قذف، ويقضي على المشهود عليه بحد الزنا، وذلك أن بينة المشهود عليه على ما أقامها قائمة على النفي، فصار وجودها وعدمها بمنزلة فبقيت بينة المشهود عليه، بكونه محدوداً في قذف، وإنها قائمة على الإثبات؛ لأن البينة وإن قامت على الإثبات^(٣) ترد، إذا ثبت كذب الشاهد فيما شهدوا به بيقين، كرجل ادعى عبداً في يد إنسان ادعى أنه ملكه منذ عشر سنين، وشهد الشهود بذلك، والعبد طفل رضيع، فالشهادة لا تقبل وإن قامت على الإثبات؛ لأنها كاذبة بيقين، فكذلك هنا عرف القاضي كذب هذه الشهادة بيقين لما ثبت عنده موت القاضي قبل الوقت الذي شهدوا بإقامة الحد فيه بيقين، أو^(٤) ثبت كونه في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود فيه بإقامة الحد، كان بمنزلة ما لو شهدوا أنه حده اليوم. [ابن]^(٥) أبي ليلي فإنه لا يقبل وإن قامت على الإثبات؛ لأنها كاذبة بيقين، بخلاف ما إذا لم يكن موته أو كونه في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهراً مستفيضاً، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في قذف، لأن القاضي لم يعرف كذب الشهود بيقين لو ثبت كذب الشهود، وإنما ثبت بما أقام المشهود عليه من البينة، وقد ذكرنا أن بينة المشهود عليه قامت في غير محلها؛ لأنها قامت على النفي، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، كما لو قامت على الإثبات، والشهود عنده.

فرق بين هذا وبين ما إذا شهد شاهدان أن فلاناً طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد آخران أنه أعتق عبده في ذلك اليوم بعينه بكوفة فإن القاضي لا يقضي بواحدة

(١) في أ، م: يكون الشاهد.

(٢) زاد في أ: حد.

(٣) زاد في أ: فإنها.

(٤) في أ، م: و.

(٥) سقط في م.

من البيتين، وههنا لو شهد شاهدان على الشاهد أن قاضي كوفة حده، يوم النحر من سنة كذا بكوفة، وأقام المشهود عليه بالحد بينة أنه يوم النحر من تلك السنة، كان بمكة فإن القاضي يقضي ببينة الحد، ولا يلتفت إلى البينة الأخرى.

ووجه الفرق بينهما: أن كلتا البيتين في مسألة الطلاق والعتاق قامت في محلها، فإن كل واحدة منهما قامت على الإثبات، فكانت كل واحدة منهما معارضة للأخرى، وإحداهما صادقة، والأخرى كاذبة، وليست إحداهما بأن تجعل صادقة والأخرى كاذبة بأولى من الأخرى فيما نرى.

فأما هاهنا بينة المشهود عليه بالموت والغيبة قامت على النفي باعتبار المقصود، وأنها على النفي ليست بحجة، فصار وجودها وعدمها بمنزلة. ولو عدم وجب القضاء بالأولى؛ لأنه لا معارض لها، فكذلك هذا وصار كأن^(١) مسألة الطلاق والعتاق أن لو كان أحد الفريقين عبيدًا أو كفارًا [أو محدودًا]^(٢) في القذف فإن القاضي هناك يقضي بالبينة الأخرى؛ لأنه لا معارض لها، فكذلك هذا، والله أعلم.



(١) في أ: وداء في.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر من هذا الفصل :

إذا شهد الشهود على رجل بالزنا ثم غابا أو ماتا، فإن غابا أو ماتا بعد القضاء والإمضاء لا يتغير^(١) القضاء والإمضاء، فإن ماتا قبل القضاء والإمضاء أو بعد القضاء، قبل الإمضاء، فإن كان الحد رجماً امتنع القضاء، والإمضاء؛ لأن البداية في الرجم إنما تكون من الشهود، فإذا ماتا أو غابا قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء فات الشرط، وهو البداية من الشهود، فيمتنع القضاء والإمضاء، وإن كان الحد جلدًا كان أبو حنيفة - رحمه الله - [أولاً]^(٢) يقول: [القاضي]^(٣) لا يقضي ولا يمضي، ثم رجع وقال: يقضي ويمضي وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

* * *

(١) في أ: يتعين .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

جئنا إلى فصل الإقرار

فنقول: الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة: ويعتبر اختلاف مجلس المقر^(١) دون القاضي^(٢). والأصل في هذا الباب قصة ماعز^(٣) - رضي الله عنه - وفي قصة ماعز^(٤) لم يختلف رسول الله ﷺ وإنما اختلف مجلس ماعز - رضي الله عنه - .

(١) في أ: المجلس المعدد.

(٢) في أ: القضاء.

(٣) هو: ماعز بن مالك الأسلمي: هو الذي أتى النبي ﷺ فاعترف بالزنى، فرجمه، روى حديثه رجمه ابن عباس، وبريدة، وأبو هريرة. قال أبو عمر بن عبد البر: ماعز بن مالك الأسلمي معدود في المدنيين، كتب له رسول الله ﷺ كتابًا بإسلام قومه، روى عنه ابنه عبد الله حديثًا واحدًا. ينظر: الثقات (٤٠٤/٣)، الطبقات الكبرى (٣٢٠/٤)، الإصابة (ت: ٧٦٠٣).

(٤) أخرجه مسلم (١٣٢١/٣) كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، حديث (١٦٩٥/٢٣)، وأبو داود (٥٨١/٤) كتاب الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك، والنسائي في «الكبرى» (٢٧٦/٤) كتاب الرجم، باب: كيف الاعتراف بالزنا، حديث (٧١٦٣)، وأحمد (٣٤٧/٥، ٣٤٨)، والدارقطني (٩١/٣، ٩٢) كتاب الحدود والديات، حديث (٣٩)، والبغوي في «شرح السنة» (٤٦٨/٥، ٤٦٩) كلهم من طريق غيلان بن جامع عن علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله طهرني، فقال: ويحك! ارجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله طهرني، فقال النبي مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله ﷺ: «فيم أطهرك؟» فقال: من الزنى، فسأل رسول الله ﷺ: «أبه جنون؟» فأخبر أنه ليس بمجنون. فقال: «أشربَ خمرًا؟» فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، قال: فقال رسول الله ﷺ: «أزيت؟» فقال: نعم، فأمر به فرجم. فكان الناس فيه فرقتين: قائل يقول: لقد هلك. لقد أحاطت به خطيئته. وقائل يقول: ما توبة أفضل من توبة ماعز: أنه جاء إلى النبي ﷺ فوضع يده في يده، ثم قال اقتلني بالحجارة، قال: فلبثوا بذلك يومين أو ثلاثة، ثم جاء رسول الله ﷺ وهم جلوس فسلم ثم جلس، فقال: «استغفروا لماعز بن مالك»، قال: فقالوا: غفر الله لماعز بن مالك، قال: فقال رسول الله ﷺ: «لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم»، قال: ثم جاءته امرأة من غامد من الأزد، فقالت: يا رسول الله! طهرني. فقال: «ويحك! ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه»، فقالت: أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك. قال: «وما ذاك؟»، قالت: إنها جلبى من الزنى. فقال «أئيَّب أنت؟» قالت: نعم. فقال: «إذن لا نرجمك حتى تضعي ما في بطنك. قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال فأتى النبي ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية، فقال: «إذا لا نرجمها ونده ولدها صغيرًا ليس له من يرضعه» فقام رجل من الأنصار، فقال: إلي رضاعه يا نبي الله! قال: فرجمها.

نوع آخر:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل أقر أنه زنا بفلانة أربع مرات، وفلانة تقول: تزوجته، أو أقرت امرأة^(١) أنها زنت بفلان أربع مرات، وفلان يقول: تزوجتها، فلا حد على واحد منهما؛ لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق، ولو علمنا صدق مدعي النكاح في دعواه ثبت النكاح من الطرفين، ويخرج كلا الفعلين من أن يكون زنا، فإذا كان فيه احتمال الصدق كان وهم النكاح ثابتاً من الطرفين، والوهم في باب الحدود ملحق بالمتيقن، فخرج فعلهما من أن يكون زنا، وعليه المهر؛ لأن النكاح لا يثبت بمجرد الدعوى، بقي الوطاء في غير الملك ظاهراً، والوطء في غير الملك لا يخلو من مهر أو عقوبة وقد سقطت العقوبة فيجب المهر. ثم إن محمداً - رحمه الله - ذكر في الجامع الصغير: الإقرار أربع مرات وذكر هذه المسألة في الأصل، وذكر الإقرار مرة واحدة.

لولا رواية الجامع الصغير لكنا نقول: إنما [لم]^(٢) يجب الحد في هذه [المسألة]^(٣) لوجود الإقرار مرة واحدة، فرواية الجامع الصغير أزال هذا الإشكال، وثبت أن الحد لم يجب للمعنى الذي ذكر.

وذكر في الجامع الصغير: إقرار الرجل بالزنا ودعوى المرأة النكاح، وإقرار المرأة بالزنا، ودعوى الرجل النكاح.

وذكر في الأصل: إقرار الرجل بالزنا ودعوى المرأة النكاح، ولم يذكر إقرار المرأة بالزنا ودعوى الرجل النكاح.

لولا رواية الجامع الصغير، لكنا نقول: إذا ادعى الرجل النكاح، وأقرت المرأة بالزنا لا يجب لها المهر؛ لأنها أبرأت الزوج عن المهر لما أقرت بالزنا، غير أن رواية

(١) في أ: فلانة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الجامع الصغير أزلت هذا الإشكال، وثبت أن المهر واجب على كل حال، والمعنى ما بينا أن الوطاء حصل في غير الملك^(١)، وقد سقط [الحد فيجب]^(٢) المهر. وذكر [في]^(٣) القدوري: إذا أقر الرجل أنه زنى بفلانة، وادعت المرأة النكاح والمهر، فإن كان ذلك يعني^(٤) دعواها النكاح والمهر قبل أن يُحد الرجل درئ الحد عن الرجل؛ لأنه تعذر إيجاب الحد عليه^(٥) مع دعواها النكاح. لأنه يحتمل أنها صادقة، وهذه الشبهة تتعدى إلى جانب الرجل، فيسقط عنه الحد، وإذا سقط الحد وجب المهر؛ لأن الشرع ما أخلى الوطاء في دار الإسلام عن عقوبة أو غرامة، وإن كان ذلك بعد [ما]^(٦) حد الرجل لا يقضى عليه^(٧) بالمهر؛ لأنها تدعي المهر عليه، وهو ينكر، وقبل إقامة الحد على الرجل إنما أوجبنا المهر؛ كي لا يخلو الوطاء عن العقوبة أو الغرامة، وقد أقيمت العقوبة هاهنا، فلا حاجة إلى إيجاب الغرامة، ولو كذبه في الزنا أصلاً، وقالت: لا أعرفه، فلا حد عليه في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يجب الحد.

وعلى هذا الاختلاف إذا أقرت المرأة بالزنا فكذبها الرجل أصلاً، وقال: لا أعرفها، فوجه قولهم: أن السبب الموجب للحد قد تحقق^(٨) في جانب المقر عرف ذلك بإقراره، ولو امتنع عمله، إنما يمتنع لإنكار الآخر ولا وجه إليه؛ لأنه تعامل مع كل إنسان على ما هو زاعمه.

(١) زاد في أ: ظاهراً.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: بعد.

(٥) في أ، م: عليها.

(٦) سقط في.

(٧) في أ، م: لها.

(٨) في أ: يختص.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن الزنا إنما يقوم بالفاعل والمحل، وإذا أنكرت فقد^(١) المحل، والفعل [منه]^(٢) بدون المحل لا يتصور، وكذلك إذا ادعت المرأة الزنا، وأنكر الرجل، فالكلام فيه أظهر؛ لأن التمكين بدون الفعل لا يتصور. وذكر في الأصل عن أبي حنيفة - رحمه الله -، فيمن أقر بالزنا، وادعت المرأة الاستكراه، قال: يُحد الرجل ولا تُحد المرأة؛ لأنها ما أنكرت المحلية، لكنها ادعت شبهة لو تيقنا ذلك لم يبعد إلى جانب الرجل.

ولو [أقر أنه زنا بصبية يجامع مثلها، أو مجنونته فعلية الحد]^(٣)، ولو أقرت أنها زنت بصبي أو مجنون، فلا حد عليها عندنا. الذي أسلم في دار الحرب إذا أقر أنه كان زنا في دار الحرب قبل أن يسلم، فلا حد عليه.

وإذا قال العبد بعدما أعتق: زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد؛ لأنه أقر بزنا موجب حد العبيد، بخلاف ما إذا قال بعد البلوغ: زنيت وأنا صبي؛ لأنه أقر بزنا غير موجب للحد أصلاً، ويقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد، وإن كان مولاه غائباً، وكذا القطع والقصاص.

وفرق أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - بين حجة البينة، وبين حجة الإقرار، [والله الموفق]^(٤).



(١) زاد في م: هذا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

نوع آخر بين الشهادة والإقرار:

أربعة [فساق]^(١) شهدوا على رجل بالزنا، وأقر هو مرة واحدة لا يُحد، ولو كان الشهود عدولاً، ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - [يُحد، وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد: يُحد]^(٢)، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يُحد.

وفي الأصل: إذا شهد شاهدان على رجل بالزنا، وشهد آخران^(٣) على إقرار الرجل بالزنا لا حد على المشهود عليه، ولا [حد]^(٤) على الشهود، وإن شهد ثلاثة بالزنا، وشهد الرابع على الإقرار فعلى الثلاثة الحد، والله الموفق^(٥).



(١) سقط في م.
 (٢) سقط في أ، م.
 (٣) في أ: حران.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) في أ: أعلم.

الفصل الثالث

فيما يوجب الحد من الوطء وما لا يوجبه

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً ثم وطئها [في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام، حُد.

ولو قال لامرأته: أنت خلية، أنت برية، أو قال لها: أمرك بيدك، فاخترت نفسها، ثم وطئها^(١) وهي في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام، لم يُحد. الأصل أن الحد يندرى بالشبهات^(٢)، وقد اختلفت عبارة المشايخ في ذلك، قال بعضهم: الشبهة نوعان:

شبهة حكمية في المحل، وإنها تسقط الحد، ادعى الاشتباه، بأن قال: ظننت أنها تحل لي أو لم يدع بأن قال: علمت بأنها علي حرام.

وشبهة اشتباه: وهو أن يظن العبد غير دليل الحل دليلاً، وهذه الشبهة مانعة [من]^(٣) وجوب الحد، إن ادعى الاشتباه، غير مانعة إن لم يدع الاشتباه. وقال بعضهم: الشبهة نوعان:

شبهة مشابهة، وهو أن يكون الوطء الواقع مشابهاً للوطء الحلال، لقيام دليل الحل، إلا أنه لم يثبت حقيقة الحل، فبحكم^(٤) قيام دليل الحل^(٥) يصير شبهة

(١) سقط في م.
(٢) الشبهات لغة: من الشَّبه، والشَّبه، لغتان بمعنى واحد، يقال: هذا شَبه أي: شبيه. وبينهما شَبه بالتحريم، والجمع: مَشابه، على غير قياس، و(الشُّبه) الالتباس، والمشتبهات من الأمور: المشكلات.

وتطلق (الشُّبه) على العُلقة، والجمع شبه، وشبهات، وشبته عليه تشبيهاً لبسته عليه تليسياً، وزناً ومعنى، والمشابهة المشاركة، والاشتباه الالتباس.
واصطلاحاً: هي اسم لما يشبه الثابت، وليس بثابت.
ينظر: مختار الصحاح، مادة (ش ب هـ)، ص (١٣٨)، المصباح المنير (١/٣٠٤)، والقاموس المحيط (١٦١٠)، ولسان العرب (١٣/٥٠٤)، وينظر: بدائع الصنائع (٩/١٩٢).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ليحكم.

الحلال، وهذه الشبهة مانعة [من]^(١) وجوب الحد، ادعى الاشتباه أو لم يدع، وشبهة اشتباه على التفسير الذي قلنا وحكمها ما ذكرنا.

فأما المسائل التي تبنى على شبهة المشابهة وعلى الشبهة الحكمية فمن جملتها: الأب إذا وطئ جارية ابنه، والوجه في ذلك أن النبي ﷺ أضاف مال الولد إلى الأب بلام التملك، ولم يثبت حقيقة الملك، [فثبتت شبهة الملك]^(٢)، عملاً بحرف (اللام) بقدر الممكن، فبعد ذلك ينظر: إن حبلت الجارية، وولدت يثبت نسب الولد من الأب، وعلى الأب قيمة الجارية، ولا عقر عندنا، وإن لم تحبل فعلى الأب العقر.

ومن جملة ذلك: إذا قال لامرأته: [أنت]^(٣) خلية، أو برية، أو بته، أو ما أشبه ذلك، وأراد به البينونة أو الثلاث، ثم جامعها في عدتها؛ لأن بين الصحابة اختلافاً في وقوع البينونة بهذه الألفاظ، كان عمر - رضي الله عنه - يقول: لا تقع البينونة بهذه الألفاظ، ولا يصح نية الثلاث فيها، نحن وإن لم نأخذ به تبقى شبهة النكاح قائمة^(٤) بقول عمر - رضي الله عنه -.

ومن جملة ذلك: إذا قبل الرجل أم امرأته أو ابنتها، أو قبلت المرأة ابن زوجها أو أباه حتى حرمت عليه، ثم إن الزوج وطئها؛ لأن بين الصحابة اختلافاً في وقوع البينونة^(٥) بهذه الأسباب، فعبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - كان يقول: الحرام لا يحرم الحلال، نحن وإن لم نأخذ بقوله تبقى شبهة قيام النكاح بقوله. وكذلك إذا ارتدت المرأة، ثم إن الزوج جامعها في العدة؛ لأن من الصحابة من

(٥) في م: الكل.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: قائم.

(٥) في أ: الفرقة.

قال: لا تقع الفرقة بالردة ما لم يمض ثلاث حيض، فتبقى شبهة قيام النكاح بقوله. ومن جملة ذلك: البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم: لأن الجارية قبل البيع كانت مملوكة له ملك رقبة وملك يد، وقد [بقي] ^(١) ملك اليد بعد البيع قبل التسليم، فتبقى الشبهة بحكم اليد.

ومن جملة ذلك: إذا وطئ الجارية [المجعولة] ^(٢) مهرًا قبل التسليم إلى المرأة ^(٣). ومن جملة ذلك: إذا أعتق الرجل جارية مشتركة بينه وبين آخر ^(٤) وهو معسر، وقضى عليها بالسعاية لشريكه، فوطئها الشريك لا حد عليه عندهم جميعًا، وهذا الجواب على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، لا يشكل؛ لأن العتق ^(٥) عنده يتجزأ، [فإنما يعتق] ^(٦) نصيب المعتق ونصيب الساكت بقي [ملكًا للساكت] ^(٧).

ألا ترى أنه لو أعتق [بعد عتقه] ^(٨) نفذ عتقه؟ وإذا بقي نصيبه على ملكه [فمتى اختار] ^(٩) الساكت سعائتها صارت مكاتبة للساكت، ومن وطئ مكاتبته لا حد عليه، وإنما الإشكال على قولهما، فأما العتق ^(١٠) عندهما فلا ^(١١) يتجزأ، فإذا أعتقها أحدهما عتق الكل، ولم يبق لساكت فيها لا حقيقة ملك، ولا شبهة ملك، فكان يجب الحد على قولهما، ولكن الجواب عنه أن بين الصحابة خلافًا في أن العتق ^(١٢)

(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: المحقة.

(٣) الاختيار لتعليل المختار (٩٠/٤).

(٤) زاد في أ: إذا أعتق الرجل جارية مشتركة بينه وبين غيره.

(٥) في م: المعتق.

(٦) في م: فلما عتق.

(٧) في أ: ملك الساكت.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: فهي اختيار.

(١٠) في م: المعتق.

(١١) في أ: لا.

(١٢) في م: المعتق.

يتجزأ أو لا يتجزأ؟.

قال علي - رضي الله عنه - : إنه^(١) يتجزأ، كما قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال زيد^(٢) - رضي الله عنه - : بأنه لا يتجزأ، كما قالوا. فهما، وإن [رجحنا قول زيد على قول علي - رضي الله عنهما - تبقى شبهة التجزؤ بقول علي، وإنهما]^(٣) رجحا قول زيد - رضي الله عنه - بضرب من الاجتهاد، والاجتهاد لا يوجب علم اليقين، فبقيت^(٤) شبهة التجزؤ بقول علي - رضي الله عنه - وإذا بقيت^(٥) شبهة التجزؤ تبقى شبهة الملك للساكت في نفسه، بقول علي - رضي الله عنه - فأثرت في درء ما يدرأ بالشبهات.

وهذا كما لو قالوا جميعاً في المكاتب: إذا قتل قبل وفاء عمدًا ثم أدت كتابته وحكم بعتقه، لا يكون لو ارث المكاتب استيفاء القصاص، وذلك لأننا ولو رجحنا قول علي - رضي الله عنه - بضرب من الاجتهاد، وحكمنا بكونه حرًا بقيت^(٦) شبهة أنه مات عبدًا بقول زيد - رضي الله عنه -، فأورثت شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات، فكذا هذا، وإذا لم يجب الحد عندهم جميعًا، وجب العقر، وكذا الجواب في ما إذا كان جميع الأمة له، وقد أعتق نصفها، ثم وطئها بعد ذلك، لا حد

(١) في أ: بأنه.

(٢) هو: زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوزان، كاتب الوحي وأحد نجباء الأنصار، شهد بيعة الرضوان، وقرأ على النبي ﷺ، وجمع القرآن في عهد الصديق. وولي قسم غنائم اليرموك. له اثنان وتسعون حديثًا. قال يحيى بن سعيد: لما مات زيد قال أبو هريرة: مات خير الأمة. توفي سنة خمس وأربعين، وقيل: سنة ثمان، وقيل: سنة إحدى وخمسين. ينظر: تهذيب التهذيب (٣/٣٩٩)، خلاصة تهذيب الكمال (١/٣٥٠).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فبقي.

(٥) في أ: فبقي.

(٦) في أ، م: بقي.

(٧) في أ: عليهما.

عليه^(١) في قولهم جميعًا؛ لما ذكرنا.

إذا زنى بجارية هي رهن عنده إن قال: علمت أنها علي حرام فإنه يُقام عليه الحد، وإن قال: ظننت أنها^(٢) تحل لي، [فإنه]^(٣) لا يُقام عليه الحد، هكذا ذكر في كتاب الحدود.

وذكر في كتاب الرهن، وقال: لا حد عليه إذا ادعى الاشتباه أو لم يدع، وكان على رواية كتاب الرهن ثبت للمُرتهن بعقد الرهن شبهة حكمية حتى سقط الحد عنه اشتبه عليه، أو لم يشتبه، وعلى رواية كتاب الحدود تثبت شبهة الاشتباه.

ووجه ما ذكر^(٤) في كتاب الرهن ظاهر، وهو أنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه [عليه]^(٥) أو لم يشتبه، قياسًا على ما إذا وطئ أمة اشتراها على أن البائع بالخيار.

وإنما قلنا: انعقد له فيها سبب الملك؛ لأن عقد الرهن سبب الملك متى اتصل به الهلاك؛ لأنه بالهلاك يصير مستوفيًا لحقه^(٦) من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك للحال، وتأخر حقيقة الملك إلى وقت الهلاك، فكان^(٧) بمنزلة البيع [على أن البائع]^(٨) بالخيار.

ووجه ما ذكر^(٩) في كتاب الحدود وهو أن عقد الرهن عقد لا يفيد^(١٠) له ملك المنفعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية، قياسًا على الإجارة، فإن عقد الإجارة

(١) زاد في أ: لا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ذكرنا.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: بحقه.

(٦) في أ: وكان.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ، م: ذكرنا.

(٩) في أ: يقبل.

لما كان لا يفيد ملك المنفعة بحال لا^(١) يورث قيام الإجارة في المحل شبهة حكمية حتى لو استأجر أمة للخدمة فزنى بها، فإنه يجب الحد.

وإنما قلنا: إنه لا يفيد [له]^(٢) ملك المنفعة بحال؛ لأن عقد^(٣) الرهن لا يفيد له ملكًا للحال، وإنما^(٤) يفيد له الملك بعد الهلاك، فإن بالهلاك يصير مستوفيًا لحقه، وبعد الهلاك لا يملك المنفعة، وإذا لم يفد هذا العقد ملك المنفعة لم يورث قيامه^(٥) شبهة حكمية، فكان يجب أن يكون عليه الحد، اشتبه عليه أو لم يشتبه، كما في الجارية المستأجرة، إلا أنه لا يجب عليه الحد إذا اشتبه عليه الحل^(٦)؛ لأنه [اشتبه]^(٧) عليه ما يشتبه؛ لأن ملك المال في الجملة سبب لملك المنفعة، إن لم يكن سببًا في الرهن، وقد انعقد له سبب الملك^(٨) في حق المال، [فاشتبه عليه، وتعذر بهذا القدر ملك المنفعة، فيعذر إذا اشتبه عليه، ولا يعذر إذا لم يشتبه عليه، بخلاف الإجارة؛ لأن الثابت بالإجارة ملك منفعة؛ لأنه]^(٩) لا يتصور سبب ملك المنفعة بحال، فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه، بخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأنه إنما يفيد له الملك حال قيام الجارية، وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المنفعة، وقد^(١٠) انعقد له سبب ملك المنفعة.

وهاهنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك، وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له ملك المنفعة بحال من الأحوال، فكان بمنزلة ملك المنفعة.

(١) في أ: لم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: أخذ.

(٤) زاد في أ: قلنا إنه.

(٥) في أ: كتابة.

(٦) في أ: الحد.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: ملل.

(٩) بدل ما بين المعقوفين في أ: فحيث أنه عليه أن يثبت يد القدر ملك المنفعة وأنه.

(١٠) في أ، م: فقد.

ومن جملة ذلك: إذا وطئ جارية مكاتبه فإنه لا حد عليه على كل حال، لأن ملك المولى قائم [في]^(١) رقة المكاتب حقيقة، إن زالت عنه يد التصرفات، وقيام الملك في رقبته يستدعي ثبوت الملك له في كسبه حقيقة.

ومن جملة ذلك جارية العبد المأذون له في التجارة سواء كان عليه الدين أو لم يكن؛ لأنه أقرب إلى المولى من المكاتب.

ومن جملة ذلك: إذا وطئ جارية نافلته^(٢)؛ لأن له أولادًا تحل محل الأب. ومن جملة ذلك: واحد من الغانمين إذا وطئ جارية من الغنيمة قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله، لا حد عليه، وإن لم يدع الشبهة، إلا أنه لا يثبت نسب الولد، والمسألة تعرف في السير.

وأما المسائل التي تُبنى على شبهة الاشتباه، فمن جملة ذلك:

إذا وطئ الرجل جارية أبيه^(٣)، وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن القرب بين الأب والابن واحد، وهذا القرب أوجب تأويلاً في أحد الطرفين، فيحسب^(٤) أنه يوجب تأويلاً في الطرف الآخر، يوضحه أن مال أبيه في حق الشهادة جعل كماله، حتى لا تقبل شهادته [لأبيه]^(٥).

كما لا تقبل شهادته^(٦) لنفسه، فحسب إن جارية أبيه^(٧) في حق الوطاء جعلت^(٨) كجاريته، فيعذر في حق دفع الحد، وكذلك إذا وطئ جارية أمه^(٩)، وقال: ظننت

(١) سقط في أ.

(٢) في م: ما قتله.

(٣) في أ: ابنه.

(٤) في أ: بحيث.

(٥) زاد في أ: لأبيه.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، م: ابنه.

(٨) في أ، م: جعل.

(٩) في أ: أبيه.

أنها تحل^(١) لي، لا حد عليه؛ [لأنه اشتباه في موضعه]^(٢)، لأن الأم بمنزلة الأب في القرب والنسب^(٣).

وكذلك إذا وطئ جارية امرأته، وقال: ظننت أنها تحل لي، لا حد عليه [لأن الاشتباه]^(٤) في موضعه؛ لأنه ينتفع بنفس المرأة وطأً وغير ذلك وينتفع بمالها، كما ينتفع بمال نفسه، فحسب أن جارتها في حق الانتفاع بها بمنزلتها، وسائر أموالها. وفي العيون: إذا زنى بجارية أبيه أو أمه أو جدته، وقال: ظننت أنها تحل لي، وقالت الجارية: إنه علي حرام، درى الحد عنهما بالاتفاق؛ لأن بدعوى الحل تمكنت الشبهة في فعل الرجل، فتمكن^(٥) الشبهة في تمكينها، [لأن تمكينها]^(٦) [تبع]^(٧) لفعل الرجل، ولو كان على العكس فكذلك عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : يجب عليه الحد [خاصة]^(٨)، لأن بدعواها الحل تمكنت الشبهة في تمكينها ولا تتمكن في فعل الرجل؛ لأنه ليس تبع^(٩) لفعلها. وفي القدوري: إذا ادَّعى أحدهما الظن، ولم يدَّع الآخر ذلك، فلا حد عليهما حتى [يقرا جميعًا بالحرمة^(١٠)، أنهما قد علما]^(١١) بالحرمة^(١٢)، ولم يذكر^(١٣) فيه

(١) في أ: لا تحل.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: والتعصيب.

(٤) في م: لأنه اشتباه.

(٥) في أ: يقع.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: يقع.

(١٠) في أ: بالحرية.

(١١) سقط في م.

(١٢) في أ: بالحرية.

(١٣) في أ: يذكر.

خلافًا^(١)، وذكر المانع^(٢) فقال: الشبهة في الفعل في أحد الجانبين تتعدى إلى [جانب الآخر]^(٣) ضرورة، وتبين بما ذكر في العيون أن المذكور في القدوري قولهما.

لو طلق امرأته ثلاثًا أو طلقها بمال أو خالعتها ثم وطئها في العدة، وقال: ظننت أنها تحل لي، لا حد عليه؛ لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن بعد الطلقات الثلاث والخلع بقيت منكوحة في حق بعض الأحكام، نحو النفقة، [والسكنى، وثبات النسب، متى جاءت بالولد، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها]^(٤)، وحرمة قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه، وزوال النكاح في حق بعض الأحكام [حتى لا يتوارثا ولا يجري بينهما إيلاء ولعان، وربما يشتبه عليه، فيبقى حل الوطاء على بعض الأحكام التي]^(٥) بقيت فقد اشتبه عليه ما يشتبه مثله، فيعذر، وإن لم يشتبه عليه، لا يعذر.

وكذلك إذا أعتق أم ولده ووجبت عليها العدة، فوطئها في العدة، وقال: ظننت أنها تحل لي؛ لأن عتق أم الولد يوجب زوال الملك ويعقبه العدة، فكان نظير الطلقات الثلاث أو الخلع في المنكوحة.

وكذلك العبد إذا وطئ جارية مولاه وقال: ظننت أنها تحل لي، لا يُحد؛ لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن للعبد في مال مولاه بسوط^(٦) يد، فربما يشتبه عليه [أنه]^(٧) يبسط يده في وطء جاريته، كما يبسط في الدخول في داره، وفي الجلوس على فراشه، وغيره، فجعل عذرًا.

(١) في م: خلاف.

(٢) في أ: المعنى.

(٣) في أ: الجانب الآخر.

(٤) سقط في م.

(٥) ما بين المعقوفين في أ: الذي.

(٦) في أ: بسوطة.

(٧) سقط في أ.

وإذا لم يجب الحد في هذه المسائل يجب العقر؛ لأن الوطء الحرام في الدنيا لا يخلو عن عقوبة أو غرامة تعظيمًا لمنافع البضع، فإذا تعذر إيجاب العقوبة يجب العقر بطريق الغرامة تعظيمًا لمنافع البضع، ولا يثبت نسب الولد في هذه المسائل؛ لأن الوطء حصل في غير الملك، فكان زنا، لكن بحكم الجهل والاشتباه، صار معدومًا في حق سقوط الحد، وثبات النسب يعتمد [على] (١) قيام الملك في المحل، إما من وجه أو من كل وجه.

قال في القدوري: ومن عدا الوالد والوالدة ومن بمعناهما في الولادة من ذي [رحم المحرم] (٢)، كالأخ والأخت، إذا وطئ جاريته يجب الحد، وإن قال: ظننت أنها تحل لي: لأنه [لا بسوطة] (٣) له في مال هؤلاء، فلم يكن الظن مستندًا إلى دليل.

وإذا تزوج امرأة لا يحل له نكاحها، كأن (٤) تزوج أمته أو [ذات رحم] (٥) محرم منه أو معتدة الغير، أو منكوحة الغير، أو مطلقة ثلاثًا، أجمعوا على أنه إذا قال: ظننت أنها تحل لي أنه لا يُحد، ولكنه يعذر، واختلفوا في ما إذا قال: علمت أنها علي حرام، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إنه لا يُحد، لكنه يعذر. وقال أبو يوسف ومحمد، والشافعي - رحمهم الله - : إنهما يُحدان إذا علما بالحرمة.

[والمعنى في] (٦) المسألة: أن هذا وطء تعرى عن عقد وعن شبهة عقد، وعن شبهة اشتباه فوجب الحد قياسًا على ما قبل العقد.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الرحم والمرحم.

(٣) في م: بسوط.

(٤) في أ، م: فإن.

(٥) في أ: ذا رحم.

(٦) سقط في أ.

وإنما قلنا: تعرى عن عقد النكاح؛ [لأن النكاح]^(١) أضيف إلى غير محله، لأن المرأة إنما صارت محلاً للنكاح شرعاً بصفة الحل على ما قال الله - تعالى - : ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٢)، وهذه لا تحل للنكاح، فكان مضافاً إلى غير المحل، ويصير وجود هذا النكاح وعدمه بمنزلة، فكان الوطء متعرياً عن نكاح وعن شبهة نكاح، ولا يلزم على ما قلنا إذا قال: ظننت أنها تحل لي، لأننا قلنا: تعرى عن عقد، وعن شبهة عقد، وعن شبهة اشتباه، [ولم يخل هذا الوطء عن شبهة اشتباه]^(٣)؛ لأنه اشتبه عليه ما يشبهه، فإن النكاح شرع مبيحاً للوطء، فإذا قال: ظننت أنها تبيح [لي جاز]^(٤) في هذا المحل، كما في الأجنبية، فقد اشتبه عليه ما يشبهه، فيعذر، كما لو وطئ الابن جارية أبيه، وقال: ظننت أنها تحل لي، فأما إذا قال: علمت بالحرمة وتعمدت مع ذلك فقد تعرى عن شبهة الاشتباه و^(٥) عن شبهة العقد، فيجب الحد؛ كما لو وطئ جارية ابنه، وقال: علمت أنها عليّ حرام.

فأما أبو حنيفة - رحمه الله - ذهب في ذلك إلى أن هذا وطء حصل عن شبهة عقد، فلا يوجب الحد^(٦)، كما لو قال: ظننت أنها تحل لي، وقياساً على النكاح الفاسد، وإنما قلنا: حصل عن شبهة عقد، وذلك لأن هذا العقد مضاف إلى محله من كل وجه وإلى غير محله من وجه؛ وذلك لأن المرأة إنما صارت محلاً للنكاح شرعاً بالأنوثة والحل، أما بالأنوثة فإن الله - تعالى - قال: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى﴾^(٧)، وإنه اسم للأنثى، فإن الله - تعالى - قال: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ

(١) في أ: لأنه.

(٢) سورة النساء آية: ٢٤ .

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: أو.

(٦) في أ: الحلل.

(٧) سورة النساء آية: ٣ .

ذَلِكَمُ ﴿١﴾، فهأنا إن لم يوجد الحل في حق العقد^(٢)، فقد وجدت الأئوثة، فكان العقد مضافاً إلى محله، من وجه، وإلى غير محله من وجه.

ولو كان مضافاً إلى غير محله أصلاً لم ينعقد عقد النكاح، ولم تثبت بهذا^(٣) شبهة عقد، فلو كان مضافاً إلى محله من كل وجه لثبت^(٤) حقيقة العقد، وإذا كان مضافاً إلى محله من وجه، وإلى غير محله من وجه تثبت شبهة العقد والشبهة في باب الحدود [كالحقيقة]^(٥)؛ وهذا بخلاف النكاح على الغلام فإنه لا تثبت^(٦) شبهة عقد؛ لأنه مضاف إلى غير محله من كل وجه؛ لأن المحلية شرعاً [ثابتة]^(٧) بالأئوثة والحل، ولم يوجد أحد هذين فكان مضافاً إلى [غير]^(٨) محله، فأما هذا النكاح فمضاف إلى محله من وجه، وإلى غير محله من وجه، فتثبت به شبهة العقد.

حكى عن محمد [بن الحسن]^(٩) رحمه الله أنه قال: اجتمعت مع إبراهيم بن صالح على مائدة، فقال لي إبراهيم: لم قال أبو حنيفة فيمن^(١٠) تزوج بذات رحم محرم منه، ودخل بها أنه لا حد عليه؟ فقلت له: لشبهة، فقال^(١١): شبهة من يشتهه أو^(١٢) من لا يشتهه، قال: فبقيت اللقمة بيدي، ثم قلت: لا بل شبهة حكمية. وعن بعض المشايخ: أن نكاح المحارم باطل عند أبي حنيفة وسقوط الحد لشبهة الاشتباه، لا لشبهة العقد.

(١) سورة النساء آية: ٢٤ .

(٢) في أ: العاقد.

(٣) في أ: بما.

(٤) في أ: يثبت.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في أ: به.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: في رجل.

(١١) زاد في أ: لي.

(١٢) زاد في أ: بشبهة و.

ومنهم من قال: نكاح المحارم باطل عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وسقوط الحد لشبهة الاشتباه لا لشبهة العقد.

ومنهم من قال: نكاح المحارم عنده فاسد، وسقوط الحد عنده لشبهة العقد، وما روينا عن محمد - رحمه الله - نصًّا يبطل القول الأول ويصح القول الثاني. وفي القدوري: إذا وجد العقد حلالاً أو حراماً متفقاً على تحريمه كنكاح المحارم، والخامسة، وأخت المرأة. [أو مختلفاً فيه، كنكاح بغير ولي عند من يجيزه، فلا حد على الواطئ، علم الواطئ بالحرمة أو جهل، ويصير العقد شبهة. وعندهما: إذا تزوجا نكاحاً مجتمعاً على تحريمه كنكاح المحارم، والخامسة وأخت المرأة^(١)، وعلم الواطئ بالحرمة يجب الحد، ولا يصير العقد شبهة، وفيه أيضاً: إذا تزوج أمة على الحرية، أو تزوج مجوسية، أو أمة بغير أمر مولاهما، أو العبد تزوج بغير إذن المولى، أو تزوج بغير شهود، ووطئها، فلا حد عليه بالإجماع؛ لمكان الشبهة.

والشبهة على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - ظاهرة في هذه المواضع كلها. [وعندهما: النكاح ليس بمحرم على التأييد في بعض هذه المواضع^(٢)، وفي بعضها مختلف في تحريمه، والشبهة عندهما^(٣) إنما تنتفي إذا كان العقد مجتمعاً على تحريمه، وتكون الحرمة على سبيل التأييد، وإذا كان الوطاء بملك النكاح أو بملك اليمين^(٤) الحرمة لعارض أمر فذاك لا يوجب الحد، نحو الحائض، والنفساء، والصائمة، والمحرمة، والموطوءة بشبهة، والتي ظاهر منها، أو آلى منها، وكذلك الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه بسبب [الرضاعة أو المصاهرة]^(٥) أو باعتبار

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: عنده.

(٤) في أ: في.

(٥) في أ: الرضاع والمصاهرة.

ذات الرحم المحرم منها في نكاحه، أو^(١) مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه، وإن علم بالحرمة؛ لأن الملك قائم وإنه مطلق للوطء مع وجود المطلق لا يمكن إيجاب الحد.

وفي الأصل: إذا تزوج امرأة فزفت^(٢) إليه غيرها، فوطئها، فلا حد عليه، لأن الوطء صادف ملكه ظاهراً؛ [لأنه اشتبه عليه امرأته غالباً، إذا زفت إليه أول مرة]^(٣)؛ لأنه لم ير امرأته، وإنما يعرفها بقول الناس، فإذا قالوا: إنها امرأتك فقد ثبت له الملك فيها ظاهراً، وذلك كاف لدرء الحد.

وفي القُدوري: [الأعمى]^(٤) إذا وجد في بيته امرأة فوق عليها، وقال: ظننت أنها امرأتي، فعلية الحد؛ لأن فعله لم يستند إلى سبب ظاهر؛ لأنه قد تكون في بيته المحارم والأجنبية.

وفي المنتقى: الأعمى إذا دعى امرأته فجاءته [غيرها]^(٥)، فوقع عليها، حد؛ لأنه يمكنه الوقوف على امرأته ظاهراً بالكلام، وباختبارها، ولو أجابته فقالت: أنا فلانة فوقع عليها فإذا هي غيرها، لا يُحد، وهي كالمزفوفة إلى غير زوجها فلا يُحد، ويثبت النسب.

وفي الأصل: الأعمى إذا دعى امرأته إلى فراشه فأتته أجنبية فواقعها، فإن كانت قالت له: أنا زوجتك، فلا حد عليه، وإن لم تخبره بذلك لكن جاءت ساكنة كان عليه الحد عند محمد، خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - .

وإذا زنا صبي أو مجنون بامرأة عاقلة، وهي مطاوعة، فلا حد على الصبي

(١) زاد في أ: هي .

(٢) في أ: فرفعت .

(٣) ما بين المعقوفين في أ: ولو زنى بامرأة ثم قال: حسبها امرأتي فعليه الحد؛ لأنه اشتبه عليه ما لا يشبه غالباً، فإن من رأى امرأته إذا رفعت أول مرة .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

والمجنون بلا خلاف، وهل تُحد المرأة، فعلى قول علمائنا - رحمهم الله - : لا تُحد، وعلى قول الشافعي - رحمه الله - : تُحد، والمسألة معروفة.

وإذا زنا صبي [أو مجنون]^(١) بصبية فلا حد عليهما، وعليه المهر؛ لأن الصبي مأخوذ بأفعاله ولو أقر الصبي بذلك لا يلزمه شيء بإقراره؛ لأن الصبي غير مأخوذ^(٢) بأقواله.

ولو زنا صبي بامرأة حرة بالغة فأذهب عذرتها وهي مكروهة فإنه يضمن المهر، بخلاف ما إذا كانت مطاوعة.

والفرق: أنا لو أوجبنا المهر على الصبي وقد دعت إلى نفسها لا يفيد الإيجاب؛ لأن لولي الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك في الحال؛ لأنها أمرت صبيًا^(٣) بأمر وقد لحقه غرم ذلك، وصح الأمر من المرأة؛ لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، أما إذا لم يوجد منها الدعاء، بل كانت مكروهة، لو أوجبنا المهر على الصبي لا يكون لولي الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك فكان الإيجاب مفيدًا^(٤)، فلهذا افترقا، وكل جواب عرفته في الصبي فهو الجواب في المجنون.

وأما الصبية: إذا دعت صبيًا إلى نفسها فأذهب عذرتها، فعليه المهر؛ لأن أمرها لم يصح في إسقاط حقها، بخلاف البالغة.

والأمة إذا دعت صبيًا فزنا بها ضمن المهر؛ لأن أمرها لم يصح في حق المولى، هذه الجملة في آخر سرقة شيخ الإسلام.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: مأجور.

(٣) في أ: الصبي.

(٤) في أ: مقيد.

الفصل الرابع

في كيفية إقامة الحد

فنعول: إذا وجب الرجم بالشهادة تجب [البداية]^(١) من الشهود، ثم من الإمام، ثم من الناس، حتى إذا تعذرت البداية من الشهود بأن ماتوا أو غابوا أو كانوا حضوراً^(٢) وامتنعوا عن الرجم فتسقط الإقامة عندنا. وأجمعوا على أن في سائر الحدود سوى الرجم لا تجب البداية، لا من الشهود ولا من الإمام.

وإمامنا في المسألة: علي - رضي الله عنه -^(٣).

وإذا كان الشهود مقطوعي الأيدي في الأصل لا يمنع^(٤) الإقامة، بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة، هذه الجملة من الأصل.

وفي المنتقى عن الحسن - رحمه الله - في كتاب الاختلاف: لا يرجم المشهود عليه بزنا إلا بحضوره الشهود، فإن حضروا وأبوا أن يرحموا أو رمى بعضهم وأبى البعض، درئ عنه الحد، وهذا قول أبي حنيفة وزفر - رحمهما الله -.

وإن كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا وقد حضروا، رمى القاضي، ثم رمى الناس، وإن غاب واحد منهم، لم يرحم حتى يحضروا كلهم.

وكذلك لو حضروا ورموا إلا واحد^(٥) يدرأ عنه الحد.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يقام عليه الرجم، وإن لم يحضر الشهود، وإن حضروا ولم يرحموا رجم الإمام، ثم^(٦) الناس، هذا إذا ثبت الرجم بالشهادة وإن

(١) سقط في م.

(٢) في م: حضروا.

(٣) التنف في الفتاوى، للسغدي (٢/٨٠٤)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٧٨)، البحر الرائق (٩/٥).

(٤) في أ: يمتنع.

(٥) زاد في أ: منهم.

(٦) في أ: و.

ثبت الرجم بالإقرار بدأ^(١) الإمام، ثم الناس .
ولا يحفر للمرجوم إذا كان رجلاً؛ ألا ترى أن رسول الله ﷺ لم يحفر لماعز -
رضي الله عنه - حين رجم، فأما المرأة قال في الأصل: إن حفروا^(٢) لها فحسن، به
ورد الأثر عن علي - رضي الله عنه - فإنه حفر لشراحة الهمدانية حين رجمها إلى
قريب من السرة^(٣).

وإن لم يحفر لها فحسن، فإن النبي ﷺ^(٤) لم يأمر أنيساً حين بعته إلى تلك المرأة
أن يحفر لها إذا اعترفت^(٥)، والمعنى يدل على أن كلا الأمرين حسن، أما ترك الحفر
لما فيه من ترك الاشتياق للإقامة، وأما الحفر لأن المرأة من قرن^(٦)ها إلى قدمها
عورة، فمتى لم يحفر لها ربما تضطرب إذا أصابتها الحجارة، فينكشف منها شيء
للناس.

وفي المنتقى: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يحفر للمرأة إلى الصدر يعني في
الرجم .
ويغسل المرجوم، ويكفن، ويحفظ ويصلى عليه.

(١) في أ: يبدأ.

(٢) في أ: حفر.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٠/٢)، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار (٧/٤٧٤)، عن عامر
قال: كان لشراحة زوج غائب بالشأم، وإنها حملت، فجاء بها مولها إلى علي بن أبي
طالب فقال: إن هذه زنت، فاعترفت، فجلد لها يوم الخميس مائة، ورجمها يوم الجمعة،
وحفر لها إلى الشرة وأنا شاهد، ثم قال: إن الرجم سنة سنها رسول الله ﷺ، وأخرجه عبد
الرزاق في مصنفه (٧/٣٢٧) رقم (١٣٣٥١) بلفظ: «حَفَرَ عَلِيُّ لِشَرَاخَةَ الْهُمْدَانِيَّةِ حِينَ
رَجَمَهَا، وَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُحْبَسَ حَتَّى تَضَعَ».

(٤) في أ: رسول الله.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٨٢٢) كتاب الحدود، باب: ما جاء في الرجم (٦)، والبخاري
(١٧٩/١٢) كتاب الحدود، باب: إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنا (٦٨٤٢ - ٦٨٤٣)،
ومسلم (٣/١٣٢٤، ١٣٢٥) كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (٢٥) -
١٦٩٧ - ١٦٩٨.

(٦) في أ: فرقها.

قال ﷺ لأهل (١) ماعز: «اصنعوا لماعز (٢) كما تصنعون لموتاكم (٣)» (٤).
 وإذا لم يكن الزاني محصنًا حتى وجب جلده، فإن كان رجلاً يجلد قائمًا، وإن
 كانت امرأة تجلد قاعده، به ورد الأثر عن علي - رضي الله عنه - والمعنى فيه أن
 الضرب يفرق على الأعضاء، والضرب قائمًا أمكن للتفريق من الضرب قاعدًا،
 لكننا (٥) تركنا هذا المانع (٦) في حق المرأة وضربناها قاعده؛ لأنها عورة، فمتى
 ضربت قائمة لا بد (٧) أن يبدو شيء من عورتها.
 ويجرد الرجل من الثياب (٨) إلا الإزار؛ لأن المقصود من الحد الزجر ولا زجر إلا
 بالإيلام، وفي التجريد زيادة إيلام، ولا تجرد المرأة؛ لأنها (٩) عورة.
 وتضرب في الحد الأعضاء إلا الوجه والفرج بلا خلاف، [وفي الرأس
 خلاف] (١٠)، هكذا ذكر في الكتاب، ومعناه: أن الضرب لا يجمع في موضع
 واحد بل يفرق على الأعضاء، به ورد الأثر عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود
 - رضي الله عنهم - ولا يضرب الوجه والفرج بلا خلاف، به ورد الأثر عن
 رسول الله ﷺ (١١) وفي الرأس خلاف.

(١) في: لما قتل.

(٢) في أ: بماعز.

(٣) في أ: بموتاكم.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٩/٢) برقم (١١٠١٤)، وعبد الرزاق في المصنف
 (٥٣٧/٣)، برقم (٦٦٢٦) من حديث عَلْقَمَةَ بْنِ مَرْثَدٍ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: لَمَّا رُجِمَ مَاعِزٌ،
 قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يُصْنَعُ بِهِ؟، قَالَ: «اصْنَعُوا بِهِ مَا تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ مِنَ الْغُسْلِ،
 وَالْكَفَنِ، وَالْحَنُوطِ، وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ».

(٥) في أ: لكن.

(٦) في أ: المعنى.

(٧) زاد في أ: من.

(٨) في أ: ثيابه.

(٩) في أ: لأن المرأة.

(١٠) سقط في أ.

(١١) عن حَكِيمِ بْنِ مُعَاوِيَةَ، عَنْ أَبِيهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا حَقُّ زَوْجٍ =

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يضرب الرأس، وقال أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - : يضرب^(١).

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - في ضرب الحد: يتقى الفرج والبطن والوجه والصدر.

وإذا ثبت الزنا على المرأة وهي حامل، فإنه لا يُقام عليها الحد سواء كان [الحد]^(٢) جلدًا أو رجماً، أما إذا كان رجماً فلا إشكال؛ [لأن]^(٣) في رجمها قتلها وقتل ما في بطنها، والمستحق قتلها، لا قتل ما في بطنها^(٤).

= أَحَدِنَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: «تَطْعُمُهَا إِذَا أَكَلَتْ، وَتَكْشُوهَا إِذَا اكْتَسَبَتْ، وَلَا تَضْرِبُ الْوُجْهَ، وَلَا تُقَبِّحُ، وَلَا تَهْجُرُ إِلَّا فِي الْبَيْتِ».

أخرجه أبو داود (٢٤٤/٢، ٢٤٥) كتاب النكاح، باب: في حق المرأة على زوجها، حديث (٢١٤٢)، وابن ماجه (٥٩٣/١، ٥٩٤) كتاب النكاح، باب: حق المرأة على الزوج، حديث (١٨٥٠)، وأحمد (٤٤٧/٤)، والحاكم (١٨٨/٢)، والبيهقي (٢٥٩/٧) من حديث معاوية بن حيدة القشيري.

(١) الأصل، للشيباني (١٩٤/٧)، شرح مختصر الطحاوي، للجصاص (١٩٢/٦)، البناية شرح الهداية (٢٧٥/٦)، الحاوي الكبير (٤٣٨/١٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٧/٣٥٩)، بحر المذهب، للرويانى (٢٨/١٣).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) يراعى الإسلام حال الجاني إذا ثبتت جنائته، وحُكم عليه، وجاء في السنة المطهرة ما يدل على ذلك، فقد راعى النبي ﷺ حال الغامدية التي اعترفت بالزنا، وأخر عنها الحد حتى وضعت، وأرضعت، وكبر غلامها. وقد أجمع أهل العلم، على أن الحامل لا تُرجم حتى تضع؛ لأن في إقامة الحد عليها حال حملها إتلافًا لمعصوم، ولا سبيل إليه، وسواء كان الحد رجماً أو غيره؛ لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع، وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع، فيفوت الولد بفواته، فإذا وضعت الولد، فإن كان الحد رجماً، لم تُرجم حتى تسقيه اللبن؛ لأن الولد يحتاج إلى الأم في هذه الفترة فإن الله خلقه وخلق رزقه معها فيؤخر الرجم لتأمين حياة الولد، فإن كان له من يرضعه، أو تكفل أحد برضاعه، رُجمت وإلا تُركت حتى تنطمه. إذن لا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها، سواء كانت حاملاً وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء، وسواء كان القصاص في النفس أو الطرف: أما في النفس فلقوله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]، وقتل الحامل قتل لغير القاتل؛ فيكون إسرافاً، ولأن النبي ﷺ لم يقم الحد على الغامدية إلا بعد أن وضعت ما في بطنها وأرضعته ثم كفله رجل من المسلمين. وقد أجمع أهل العلم على =

وأما إذا كان جلدًا [لأن الجلد]^(١) شرع زاجرًا لا مُتَلَفًا، ومتى أقيم عليها الحد وهي حُبلى [يخاف]^(٢) تلفها لما بها من زيادة ضعف بسبب الحمل^(٣)، أو تلف ولدها من حيث الإسقاط قبل أوامه، وإنه شرع زاجرًا لا مُتَلَفًا. فإن وضعت ما في بطنها ينظر: إن كان الحد رجماً رُجِمَتْ، كما وضعت؛ لأن المستحق بالرجم إتلافها، وإتلافها في هذه الحالة أولى، هكذا ذكر في الأصل. وذكر [في الخصائص]^(٤) في أدب القاضي أنه إذا كان للولد من يرضعه ويقوم بمصالحه رجمها للحال، وإن لم يكن للولد من يرضعه ويقوم بمصالحه ينتظر فطام الولد^(٥).

القول به .

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الحبل.

(٤) في أ: الخصاف رحمه الله.

(٥) إذا وجبت عقوبة القصاص في النفس، أو فيما دونها على امرأة حامل، وكان الحمل ظاهرًا، وجب تأخير استيفائه منها حتى تضع حملها، وترضعه إذا لم يوجد من يرضعه. وقد أجمع أهل العلم على ذلك. والأدلة على ذلك كثيرة من الكتاب والسنة والمعقول:
أ- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾ [سورة الإسراء: ٣٣].
وجه الدلالة من الآية: أن في قتل الحامل سرف؛ للتعدي بقتل الحمل الذي تحصل منه جناية وقد جاء النهي عنه.

ب- من السنة: ما جاء في قصة الغامدية التي جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني قد زينت فطهرني، وأنه ردّها، فلما كان من الغد جاءت فقالت: يا رسول الله لم تردني؟ لعلك تردني كما رددت ماعزًا فوالله إني حبلى قال: «إما لا فاذهبي حتى تلدي» فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: «اذهبي فأرضعيه حتى تفظميه» فلما فظمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت، هذا يا نبي الله قد فظمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر بالناس فرجموها. [أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى (٤٤٠٧)].

وجه الدلالة من الحديث: أن القصاص في النفس وحد الزنا الواجب للغامدية: كلاهما فيه إتلاف للنفس فصار بمعناه. كما أن الحد هنا وإن لم يكن قصاصًا لكنه بمعناه، فتعتبر

جميعها جنایات، وانتهاك لحدود الله التي حدها، ومنع من تجاوزها، وقد سماها بعض أهل العلم جنایات، كما صرحوا بذلك في بعض مصنفاتهم، لا سيما علماء المالكية، وقد أقر النبي ﷺ إقامة الحد عليها حتى وضعت جينها وفطمته.

ج- من الإجماع: نقل ابن قدامة - رحمه الله - وغيره الإجماع على: وجوب تأخير العقوبة على الحامل حتى تضع حملها وتقطمه.

د- من المعقول:

١- أن استيفاء عقوبة القتل منها حال حملها جنایة على من لم يجن وهو الحمل، والشرع يمنع من التعدي على غير الجاني، فوجب تأخير استيفاء العقوبة حتى تضع الحامل حملها.

٢- ولأنه قد تقابل في الحامل حقان: أحدهما: يوجب تعجيل قتلها وهو القصاص، والثاني: يوجب استبقاء حياتها وهو الحمل، فقدم حق الحمل في الاستبقاء على حق القصاص في التعجيل؛ لأن في تعجيل قتلها إسقاط أحد الحقين، وفي انتظارها استيفاء للحقين، فكان الانتظار أولى من التعجيل.

ويستوي في ذلك كونها كانت في أول الحمل أو في آخره، علم ذلك بحركة الحمل، أو لم يعلم إلا بقولها.

وإذا لم يكن الحمل ظاهرًا: وهذه الحال لا تخلو من أمرين:

الأمر الأول: أن تدعي الحمل: فإذا فعلت المرأة ما يوجب القصاص، فهل تصدق في دعواها - في هذه الحال - بأنها حامل أم لا بد من بيته؟

للفقهاء في ذلك تفصيل، فلا يخلو:

١- إما أن تكون الدعوى غير ممكنة، بأن كانت المرأة صغيرة، أو آيسة من الحمل، فهذه لا تصدق في دعواها الحمل؛ لمخالفتها للحس والواقع، و- حينئذ- لا مجال لتأخير القصاص عنها؛ لعدم وجود العذر الشرعي في ذلك.

٢- وإما أن تكون الدعوى ممكنة، فإن صدقها أولياء المجني عليه - إذا كانت الجنایة في النفس - أو المجني عليه نفسه - إذا كانت الجنایة فيما دون النفس - وجب تأخير القصاص حتى تضع، أو يثبت عدم حملها؛ لأن الحق له، وقد أقر بما يؤخره، وهو ادعائها للحمل؛ فيؤخر القصاص عملاً بإقراره. وأما إن كذبها فهل يقبل قولها أم لا؟

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الإمام الشافعي - في أصح القولين له-، والحنابلة - في أحد الوجهين- إلى: أنه يقبل قولها في ادعاء الحمل.

القول الثاني: ذهب الشافعية - في أحد الوجهين-، والحنابلة - في رواية عندهم - إلى: عدم قبول قولها إذا ادعت أنها حامل، بل لا بد من قيام البيينة على وجود الحمل.

وأدلة أصحاب القول الأول: القائلين: أنه يقبل قولها في ادعاء الحمل:

استدلوا بأدلة منها:

أ- الدليل من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ

يُؤْمِنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴿سورة البقرة: ٢٢٨﴾.

وجه الدلالة: أن الله تعالى حرم على المرأة أن تكتم ما في رحمها؛ فدل على قبول قولها؛ إذ لو لم يكن قولها مقبولاً لما كان للنهي وجه.

ونوقش بأنه لا يلزم من النهي عن كتمان ما في رحمها قبول قولها في ادعاء الحمل؛ لأنها متهمة في ادعاء الحمل بأنها قد تجر إلى نفسها نفعاً وهو تأخير الحد عنها.

ب- الدليل من السنة: «قصة الغامدية» - المشهورة -، وفيها: «أن امرأة من غامد جاءت فقالت: «يا رسول الله طهرني»، فقال: «ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه»، فقالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك، قال: «وما ذاك؟» قالت: إني حبلى من الزنى، فقال: «أنت؟» قالت: نعم، فقال لها: «أذهبي حتى تضعي ما في بطنك» قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية. فقال: «إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرصعه»، فقام رجل من الأنصار فقال: إلي رضاعه يا نبي الله. فرجمها. [رواه مسلم في صحيحه باب من اعترف على نفسه بالزنى، برقم (٤٤٠٦)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يطالبها بالبينة، وإنما قبل قولها حين ادعت الحمل؛ فدل على أن قولها مقبول إذا ادعت الحمل في هذه الحال.

ونوقش: بأن الغامدية إنما قبل قولها لأنها جاءته معترفة بالزنى، طالبة إقامة الحد عليها، فهو حق لا يتعلق بغيرها، بخلاف الحامل التي تدعي الحمل؛ فهي تجر إلى نفسها نفعاً، كما أن الحق الواجب عليها متعلق بغيرها، فلم يلزم قبوله لوجود التهمة.

الدليل من العقل: أن للحمل أمارات وعلامات خفية لا تعلم إلا من قبلها؛ فوجب أن يحتاط للحمل؛ حذراً من وصول الضرر إليه، إلى أن يتبين صدق دعوها.

أدلة أصحاب القول الثاني: القائلين: بعدم قبول قولها إذا ادعت أنها حامل، بل لا بد من قيام البينة على وجود الحمل.

استدلوا بأدلة منها:

١- من السنة: عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر». [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٥٢/١٠) وقال النووي «حديث حسن رواه البيهقي وغيره هكذا وبعضه في الصحيحين». ينظر: الأربعين النووية مع جامع العلوم والحكم (٢/٢٦٦) وقال ابن رجب: «... واللفظ الذي ساقه ابن الصلاح قبله في الأحاديث الكلبيات، وقال: رواه البيهقي بإسناد حسن». جامع العلوم والحكم (٢/٢٦٦)].

وجه الدلالة: أرشد الحديث إلى أن كل مدع يجب عليه أن يأتي بالبينة على صدق دعواه، والمرأة التي تدعي الحمل داخلة في مشمول الحديث؛ فعليها أن تأتي بما يدل على صدق دعوها.

٢- من المعقول: أن الأصل عدم الحمل، وهي متهمة في ادعاء الحمل بأنها تريد تأخير إقامة الحد عليها؛ فلا بد من بينة على دعواها؛ كما هي القاعدة الشرعية - في مثل هذه

.....

المسائل-؛ فينتظر حتى تظهر مخايل الحمل .
والذي يظهر - والعلم عند الله تعالى - هو رجحان القول الأول القائل : بقبول قولها ؛
لأمور :

١- قوة أدلتهم .

٢- ضعف أدلة المخالفين .

٣- كما أنه أحوط ؛ حيث إن تأخير القصاص يوصلنا إلى اليقين ؛ فهو أحوط من المبادرة
بالقصاص ، فإننا إذا أقمنا عليها القصاص فيحتمل أن يكون في بطنها جنين فنكون قد تعدينا
عليه بهذا الفعل ، بخلاف إرجاء القصاص فإن فيه الاحتياط .

ولم أجد لبقية المذاهب قولاً في المسألة .

الأمر الثاني : إذا لم تدع الحمل : فهل يجب استبرأؤها قبل إقامة القصاص ؛ - لاحتمال
وجود حمل في بطنها - أم لا ؟

لم أجد كلاماً لأهل العلم حول هذه المسألة - في باب القصاص - ، وإنما تكلموا عليها
في باب الحدود ، ولعل الحكم فيهما واحد ، كما ذكر ذلك ابن قدامة - رحمه الله - .

فقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : ذهب المالكية إلى : أن المرأة إما أن تكون ممكنة الحمل ، أو لا ، بأن
تكون يائسة ، فإن كانت ممكنة الحمل : فإما أن تكون ذات زوج أو سيد يطؤها أو لا ، فإن
كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أقيم عليها الحد في الحال - إن كان قد استبرأها- ؛ وإلا
استبرئت بحيضة ، فإن لم تكن ذات زوج ، ولا سيد آخر عنها الحد حتى تحيض أو
تمضي ثلاثة أشهر ، فإن لم تكن ممكنة الحمل أقيم عليها الحد في الحال مطلقاً .

القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى : أن المرأة إذا لم يظهر حملها ، ولم تدعه فإنه يقام
عليها الحد في الحال ، ولا يؤخر عنها .

ولم أجد لبقية المذاهب كلاماً حول هذه المسألة .

وأدلة أصحاب القول الأول : القائلين : ب: أن المرأة إما أن تكون ممكنة الحمل ، أو لا ،
بأن تكون يائسة ، فإن كانت ممكنة الحمل : فإما أن تكون ذات زوج أو سيد يطؤها أو لا ،
فإن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أقيم عليها الحد في الحال - إن كان قد استبرأها- ؛ وإلا
استبرئت بحيضة ، فإن لم تكن ذات زوج ، ولا سيد آخر عنها الحد حتى تحيض أو تمضي
ثلاثة أشهر ، فإن لم تكن ممكنة الحمل أقيم عليها الحد في الحال مطلقاً :

أدلتهم : لم أجد من نص من علماء المالكية ، أو أشار إلى دليل لهم .

ولكن يمكن أن يعلل لقولهم بما يلي : أن المرأة إذا كانت ذات زوج ، واستبرأها زوجها
أمن من أن يكون في بطنها حمل ، وإن لم يكن استبرأها ؛ فإنها تستبرأ بحيضة ؛ خشية أن
يكون في بطنها حمل فيلحقه الضرر بإقامة الحد عليها ، فإن لم تكن ذات زوج فإنها تؤخر
حتى تحيض ؛ ليعلم انتفاء حملها ؛ لأن الحامل لا تحيض - في الغالب - ، أو حتى يمضي
عليها ثلاثة أشهر ؛ لاحتمال أن تكون حاملاً .

ويمكن أن يناقش : بأن الأصل عدم الحمل ؛ حتى يثبت ما يدل على وجوده ، فلا يلزم

الاستبراء مع بعد احتمال الحمل، لا سيما وأنه يتعارض مع وجوب المبادرة بإقامة الحدود وعدم تأخيرها؛ لما يترتب على التأخير من مفساد. أدلة أصحاب القول الثاني: القائلين: بأن المرأة إذا لم يظهر حملها، ولم تدعه فإنه يقام عليها القصاص في الحال، ولا يؤخر عنها: استدلوها بأدلة منها:

١- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - وزيد بن خالد الجهني - رضي الله عنه - قالوا: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: أنشدك الله إلا قضيت بيننا بكتاب الله، فقام خصمه - وهو أفضه منه -، فقال: صدق، اقض بيننا بكتاب الله، واثذن لي يا رسول الله، فقال النبي ﷺ: «قل»، فقال: إن ابني كان عسيقاً في أهل هذا؛ فزني بامرأته، فافتديت منه بمائة شاة وخادم، وإني سألت رجلاً من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال: «والذي نفسي بيده لأفضين بينكما بكتاب الله، المائة والخادم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس على امرأة هذا فسלה، فإن اعترفت فارجمها». [أخرجه البخاري في كتاب الأحكام، باب: هل للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور؟ برقم (٧١٩٣)].

وجه الدلالة: أن القصاص يشترك مع حد الزنا في أن كلا منهما فيه إهلاك للنفس. وبأن النبي ﷺ لما أرسل إلى المرأة أنيساً ليسألها اعترفت بالزنى، ولم تدع الحمل، كما أنه لم يظهر منها الحمل حين اعترافها؛ فلماذا بادر النبي ﷺ بإقامة الحد عليها، ولم ينتظر؛ إذ لا مسوغ للانتظار - حينئذ - والقصاص يشبه الحد المؤدي إلى الإتلاف.

٢- قصة المرأة الغامدية التي جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: «يا رسول الله إني قد زנית فطهرني، فردها، ثم جاءت مرة أخرى فقالت: يا رسول الله، لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً، فوالله إني لحبلى، قال: «إما لا، فاذهبي حتى تلدي»؛ فلما ولدت أته بصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: «اذهبي فأرضعيه حتى تظميه» فلما فطمته أته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفعت الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها، فيقبل خالد بن الوليد بحجر؛ فرمى رأسها فتنضح الدم على وجه خالد؛ فسبها، فسمع النبي ﷺ سبه إياها فقال: «مهلاً يا خالد، لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس غفر له، ثم أمر بها فصلي عليها، ودفنت». [أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم (٤٤٠٧). و(المكس): هو الضريبة. ينظر: شرح مسلم، للنووي (٢٠٢/١١)].

وجه الدلالة: كوجه الاستدلال من الحديث السابق: وهو أن القصاص وحد الزاني المحصن فيهما إتلاف.

أن النبي ﷺ أقام عليها الحد، ولكن كان ذلك بعد أن استغنى عنها صبيها، فلم يبادر بإقامة الحد عليها من حين الاعتراف بالزنى؛ فدل على أنها لو لم تدعه ولم يظهر حملها فإنه يقيم عليها الحد مباشرة بدون تأخير إذ لا حاجة إلى التأخير - حينئذ -.

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني القائل: بأن المرأة إذا لم يظهر حملها، ولم تدعه فإنه يقام عليها الحد في الحال، ولا يؤخر عنها. لأمر:

١- لقوة أدلته، ووجاهتها.

٢- وورود المناقشة على أدلة القول الأول.

هذا في حال عدم وجود ما يدل على الحمل، أما إذا وجد ما يدل عليه، أو غلب على الظن وجوده فيجب - حينئذ - الاحتياط وأن تستبرأ المرأة بحيضة. وإذا وقعت المرأة فيما يوجب القصاص، وكانت ترضع ولدها في تلك الحال، فهل يجوز أن يقام عليها القصاص - حينئذ - أم ينتظر حتى تطفم؛ لاحتمال تضرره بإقامة الحد على أمه؟

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء، ومنهم الحنفية - في أحد القولين -، وهو المذهب عندهم، والمالكية، وهو أحد القولين في مذهب الشافعية، وهو المذهب - أيضًا - عند الحنابلة، إلى: أنه يجب تأخير عقوبة القتل عن المرضع - إذا كان ولدها لا يستغني عنها - إلى أن توجد مرضع أخرى، أو ما يقوم مقامها، أو ترضعه هي حتى تطفم. أما إن كان يستغني عنها فلا يؤخر.

القول الثاني: ذهب الحنفية في قول عندهم إلى: عدم تأخير إقامة القصاص عليها مطلقًا، بل يقام عليها دون النظر إلى وجود مرضع أو لا.

القول الثالث: ذهب الشافعية في أحد القولين إلى: عدم إقامة القصاص عليها مطلقًا، سواء وجد من يرضعه أم لا. بل يؤخر الحد حتى تطفم، ويوجد من يكفله.

وأدلة أصحاب القول الأول: القائلين: إنه يجب تأخير عقوبة القتل عن المرضع - إذا كان ولدها لا يستغني عنها - إلى أن توجد مرضع أخرى، أو ما يقوم مقامها، أو ترضعه هي حتى تطفم. أما إن كان يستغني عنها فلا يؤخر: استدلوها بأدلة منها:

١- قصة الغامدية (السابقة قبل قليل): - وجاء فيها: - أنها لما وضعت: قال لها الرسول ﷺ: «اذهبي فأرضعيه حتى تطفميه».

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ لم يبادر بإقامة الحد عليها مع وجوبه، بل أخرها حتى فطمت وليدها؛ ولا يُترك واجب إلا لواجب مثله، أو أشد؛ فدل على وجوب تأخير الحد عنها مراعاة لولدها، حتى يستغني عنها.

٢- قصة المرأة التي اعترفت بالزنى، وفيها: فقال النبي ﷺ: «إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرًا، ليس له من يرضعه»، فقام رجل من الأنصار وقال: إني رضاعه يا نبي الله؛ فرجمها. [أخرجه مسلم في كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، برقم (٤٤٠٦)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ بادر بجرمها لما كفلها الأنصاري؛ فدل على أنه إذا وجد من يكفله فإنه يقام الحد؛ لعدم وجود المسوغ الشرعي لتأخيره، بخلاف ما إذا لم يوجد من يكفله، فإنه يجب تأخير القصاص خشية هلاك الجنين. وبأن إقامة الحد إنما كانت بعد الفطام؛ لورود روايات أخرى للقصة تفسر هذه الرواية، وتبين أنه إنما وقع بعد الفطام لا قبله.

٣- أن استيفاء القصاص كان واجباً لما كانت المرأة حاملاً، فلأن يجب بعد وضع الجنين، وبقاء حياته من باب أولى وأحرى .
أدلة أصحاب القول الثاني : القائلين بعدم تأخير إقامة الحد عليها مطلقاً، بل يقام عليها دون النظر إلى وجود مرضع أو لا :

استدلوا لذلك : بأن إتلاف المرأة قد استحق بوجوده وهو الحد الشرعي، والتأخير إنما كان لحق الصبي، وقد صار منفصلاً عنها؛ فلا حاجة إلى تأخير العقوبة عنها- حينئذ .
بأن الصبي وإن انفصل عنها فلا يعني ذلك عدم احتياجه إليها، بل قد يضطر إلى أمه في تلك الحال، كما هو حال بعض الصبيان؛ بحيث لا يقبل غير ثدي أمه، وإذا لم ترضعه في تلك الحال فقد يهلك، ولا يجوز التسبب في هلاك نفس مع إمكان السلامة من ذلك؛ إذ إنه لا ضرر في تأخير الحد حتى تفتطمه، كما فعله النبي ﷺ في قصة الغامدية والجهنية، وغيرهما .
أدلة أصحاب القول الثالث : القائلين بعدم إقامة القصاص عليها مطلقاً، سواء وجد من يرضعه أم لا . بل يؤخر الحد حتى تفتطمه، ويوجد من يكفله: لم أجد لهم دليلاً فيما نزعوا إليه . ولكن يمكن أن يستدل لهم : بأدلة القائلين بوجوب تأخير القصاص إذا كان الصبي لا يمكن أن يستغني عن أمه . والجواب عن هذا واضح؛ فإن الأدلة التي تدل على وجوب تأخير القصاص عن المرأة إذا كانت مرضعاً محمولة على ما إذا كان الصبي لا يستغني عنها، وهو صريح في قصة الأنصاري لما كفل الصبي؛ فأمر النبي ﷺ بإقامة الحد عليها .
والذي يظهر - والله أعلم - رُجحان القول الأول القائل بأنه يجب تأخير عقوبة القتل عن المرضع - إذا كان ولدها لا يستغني عنها - إلى أن توجد مرضع أخرى، أو ما يقوم مقامها، أو ترضعه هي حتى تفتطمه . أما إن كان يستغني عنها فلا يؤخر؛ لأمر:

- ١- قوة أدلتهم، وسلامة بعضها من الاعتراض .
- ٢- ورود المناقشة على القول الثاني، وظهور ضعفها كما ترى .
- ٣- ولأن الوجوب في هذه المسألة يكتنفها من جهتين، فإذا أمكن المحافظة عليهما، وإلا فعلى أحدهما .

أما الأول : فوجوب المبادرة بإقامة الحد أو القصاص .
وأما الوجوب الثاني : فهو وجوب المحافظة على النفس البريئة، وعدم القيام بما يؤدي إلى إتلافها، وهذان الوجوبان تحصل المحافظة عليهما بوجود من يكفل الصبي؛ فيكون - حينئذ - واجباً، فإذا لم يمكن إلا المحافظة على أحدهما تعين ذلك وجوباً، وهذا يكون في حال عدم وجود من يكفل الصبي؛ فإننا في هذه الحال نحافظ - بقدر الاستطاعة - على نفس الصبي، وإن ترتب على ذلك إهمال المبادرة بالقصاص، أو الحد الشرعي، وهذا من باب ارتكاب أدنى المفسدتين تفويتاً لأعظمهما . اتفق الأئمة : على أن المرأة الحامل إذا وجب عليها القصاص في النفس أو الأطراف إذا طلب المجني عليه جسها فإنها تحبس حتى تضع حملها . ويؤخر عنها القصاص في النفس والأطراف حتى تضع، وترضع وليدها، وينقضي النفاس، ويستغني عنها ولدها بغيرها من امرأة أخرى، أو بهيمة يحل لبنها، أو فطام حولين، إذا فقد ما يستغني الولد به، وذلك في قصاص النفس؛ لأنه اجتمع فيها حقان، حق الجنين وحق الولي في التعجيل، ومع =

وهكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .
 وإن كان الحد جلدًا لا يقام عليها الحد، ما لم تطهر من نفاسها؛ لأنه يخاف عليها
 التلف من الإقامة عقب^(١) الولادة لما بها من زيادة ضعف، فإذا طهرت من نفاسها
 الآن^(٢) يقام عليها.

والمريض إذا وجب عليه الحد إن كان الحد رجماً يقام عليه في الحال، وإن كان
 جلدًا لا يُقام عليه في الحال، ويُحبس حتى يبرأ، إلا إذا كان مريضًا وقع اليأس من^(٣)
 برئه، فحينئذ يقام تطهيرًا.

قال الخصاص - رحمه الله - في أدب القاضي: النفساء في حق إقامة الحد عليها
 بمنزلة المريض، والحائض بمنزلة الصحيح، حتى لا ينتظر خروجها عن الحيض.
 وإذا قالت المرأة بعد شهادة الشهود عليها بالزنا: إني حامل، فأراها^(٤) النساء،
 فقلن: ليس بها حمل^(٥) لم يلتفت إلى قولها.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا أقرت بالزنا وهي حبلية، لم تحبس، فإذا
 قامت عليها البينة حبست حتى تضع [الولد]^(٦)، والله أعلم.

=
 الصبر يحصل استيفاء الجنين، فهو أولى من تفويت أحدهما.
 ينظر: حاشية ابن عابدين (٢١/٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤٤/٣)، الفتاوى الهندية
 (٦١/٦)، حاشية الدسوقي (٣١٦/٥)، (٢١٣/٦)، بداية المجتهد (٣١٠/٤)، مواهب
 الجليل (٣٩٨/٨)، جواهر الإكليل (٢٦٣/٢)، المهذب (١٩/٣)، روضة الطالبين (٧/
 ٩٣)، شرح مسلم، للنووي (٢٠١/١١)، حلية العلماء، للقفال (٤٩٣/٧)، مغني
 المحتاج (٢٨١/٥)، المغني (٥٦٧/١١، ٥٦٨، ٥٧٧)، (٣٢٨/١٢)، الإنصاف (٢٥/
 ١٦٥)، الإجماع، ص (١٦١)، المقنع مع حاشية الشيخ سليمان بن عبد الله آل الشيخ
 (٣٦٥/٣).

(١) في أ: عقيب.

(٢) في أ: إلا أن.

(٣) في أ: عن.

(٤) في أ: فأراها.

(٥) في أ: حبل.

(٦) سقط في أ.

الفصل الخامس

في مسائل القذف^(١)

(١) القذف في اللغة هو: الرمي، يُقال: قذف بالحجر قذفًا، أي: رمى به بقوة، وقذفه، أي: رماه - أيضًا - فهو يتعدى بنفسه، وبحرف الجر، وقذف بالشيء على فلان، أي: رماه به، ومنه قوله عز وجل: ﴿بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُمْ﴾، أي: نرمي الباطل بالحق فيمحقه، وقذف فلانًا بالشيء، أي: أصابه، وقذفه في اليم أو البحر ونحوه، أي: دفعه فيه، ومنه قوله تعالى في قصة موسى - عليه السلام - مخاطبًا أمه: ﴿أَنْ أَقْذِفِيهِ فِي التَّابُوتِ فَآقْذِفِيهِ فِي الْيَمِّ فَلْيُلْقِيَ الْيَمُّ﴾، وقذفه بالكذب، أو بالمكروه، أي: نسه إليه، وتقاذفوا، أي: رمى بعضهم بعضًا، وتقاذفوا بكذا، أي: تشاتموا به.

وقد سمي الله تعالى القذف رميًا، فقال عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْزَيْوهُنَّ نُدَيْنَ جَلْدَةٍ﴾، وقال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾، وقال سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْفَاحِشَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾.

واصطلاحًا: ذكر الفقهاء عدة تعريفات للقذف تدور جميعها حول معنى الرمي بالزنى والتعيير به، مضيئة إلى ذلك ذكر بعض الشروط التي يجب أن تتوافر في المقذوف: كأن يكون مكلفًا، حرًا، مسلمًا، وأعم تلك التعريفات التي ذكرها الفقهاء ما نص عليه صاحب كشاف القناع من الحنابلة؛ حيث عرف القذف بأنه الرمي بالزنى أو باللواط، أو شهادة بأحدهما دون أن تكتمل البينة.

ويؤخذ من هذا أن من قال لآخر: يا زان، أو يا لائط فهو قاذف، ويلحق به من شهد بالزنى أو اللواط، ولم يثبت ذلك الزنى أو اللواط المشهود عليه؛ لعدم اكتمال البينة؛ حيث يعد الشاهد في هذه الحالة كالقاذف ويُقام عليه حد القذف خلافاً لبعض الشافعية، ويستدل لكون الشاهد قاذفًا إذا لم تكتمل البينة بما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- في قصة المغيرة بن شعبة -رضي الله عنه- حيث كان أميرًا على البصرة «وكان منكاحًا فخلاً بامرأة في دار كان ينزلها وينزل معه فيها أبو بكر، ونافع، وشبل بن معبد، وزباد بن عبيد، وكان جميعهم من ثقيف، فهبت ريح فتحت الباب عن المغيرة، فأراه على بطن المرأة يفعل بها ما يفعل الزوج بزوجه، فلما أصبحوا تقدم المغيرة في المسجد ليصلي، فقال له أبو بكر: تنح عن مصلاتنا، وانتشرت القصة، فبلغت عمر فكتب أن يُرفعوا جميعًا إليه، فلما قدموا عليه وحضروا مجلسه، بدأ أبو بكر فشهد بالزنى ووصفه، فقال علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - للمغيرة: ذهب ربعك، ثم شهد بعده نافع، فقال علي للمغيرة: ذهب نصفك، ثم شهد بعده شبل بن معبد، فقال علي للمغيرة: ذهب ثلاثة أرباعك، وأقبل زياد ليشهد، فقال له عمر: إياها يا سرح العقاب، قل ما عندك، وأرجو ألا يفضح الله على يديك أحدًا من أصحاب رسول الله ﷺ، فتنبه زياد، فقال: رأيت أرجلًا مختلفة، وأنفاسًا عالية، ورأيت على بطنها، وأن رجلها على كتفيه كأنهما أذنا حمار، ولا أعلم ما وراء ذلك، فقال عمر: الله أكبر، وأمر بجلد الثلاثة الذين شهدوا بالزنى حد القذف» [علقه البخاري في صحيحه (٥٨٢/٥) مختصرًا، ووصله =

الأصل في هذا أن كل من قذف آخر بفعل يوجب^(١) حد الزنا على المقذوف لو ظهر ذلك الفعل منه، فإذا لم يظهر ذلك الفعل منه [فهو القاذف له]^(٢)، فإنه يجب على القاذف الحد. وذلك ثمانون جلدة إن كان القاذف [حرًا]^(٣)، وأربعون جلدة إن

البيهقي (١٥٢/١٠).

والقذف حرام بنص الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. وقال - عز وجل -: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْفَاضِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾.

وأما السنة: فقد ورد عن النبي ﷺ عدة أحاديث تقطع بحرمه القذف، منها:

١- عن حذيفة بن اليمان - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «قذف محصنة يحبط عمل مائة سنة». [أخرجه الحاكم (٥٧٣/٤)، والطبراني والبخاري (٤٦٢/٥) كتاب (٦/٢٨٢)، وقال الهيثمي: وفيه ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف، وقد يحسن حديثه وبقيه رجاله رجال الصحيح].

٢- قال ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات»، قالوا: وما هن يا رسول الله؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات». [أخرجه البخاري (٤٦٢/٥) كتاب الوصايا، باب: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ﴾ (٢٧٦٦)، وفي (١٠/٢٤٣) كتاب الطب، باب: الشرك والسحر من الموبقات (٥٧٦٤)، وفي (١٢/١٨٨) كتاب الحدود، باب: رمي المحصنات (٦٨٥٧)، ومسلم (٩٢/١) كتاب الأيمان، باب: بيان الكبائر (٨٩/١٤٥)].

٣- عن عبيد بن عمير عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقام الصلوات الخمس، واجتنب الكبائر السبع، نودي في القيامة أن يدخل الجنة من أي باب شاء»، قال رجل لابن عمر: الكبائر السبع سمعتهن من رسول الله ﷺ؟ فقال: «نعم، الشرك بالله، وعقوق الوالدين، وقذف المحصنات، والقتل، والفرار يوم الزحف، وأكل مال اليتيم، والزنى» [أخرجه الطبراني في الكبير (٤٧/١٧-٤٨)، وقال الحافظ في التلخيص (٤/١١٦): وفي إسناد العباس بن الفضل الأزرق، وهو ضعيف].

وأما الإجماع: فقد ذكر غير واحد من الفقهاء: أن الإجماع قد انعقد على تحريم القذف.

ينظر: لسان العرب (قذف)، وتاج العروس (قذف)، والمعجم الوسيط (قذف)، وشرح فتح القدير (٣١٦/٥)، وتحريم التنبيه، ص (٣٥١)، ونهاية المحتاج (٤٣٥/٧)، والحاوي على الشرح الصغير (٣٩٤/٢)، (٢٣١/١٣)، (٢٥٣)، والمغني (٧/٢١٧)، (١٢/٣٨٣)، كشف القناع (٦/١٠٤).

(١) في أ: يوجد.

(٢) في أ، م: بقول القاذف.

(٣) اتفق الفقهاء على أن حد القاذف ثمانون جلدة؛ إذا كان حرًا - رجلًا كان أو امرأة - ودليله: =

كان القاذف^(١) عبداً، بعد أن يكون القاذف من أهل العقوبة، وإن لم يكن^(٢) من أهل العقوبة كالصبي و^(٣) المجنون، فلا حد عليه.

وكل من قذف آخر بفعل لا يوجب^(٤) على المقذوف حد الزنا، لو ظهر ذلك الفعل منه فإذا لم يظهر ذلك الفعل بقول القاذف لا يجب الحد على القاذف.

وطريق إقامة هذا الحد ما هو الطريق في حد الزنا، إلا أن في القذف يحد وعليه ثيابه؛ لأنه أخف الضربات على ما يأتي [في بيانه]^(٥) إن شاء الله تعالى، وفي إبقاء الثياب زيادة التخفيف، إلا أنه ينزع [عنه]^(٦) الفرو والحشو؛ لأن ذلك يمنع وصول الألم إليه، فلا يحصل معه المقصود وهو الزجر.

وإنما يجب الحد على القاذف بالقذف إذا كان المقذوف محصناً، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَأَجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^(٧) والمراد من الرمي

المذكور في الآية الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من المعاصي بإجماع العلماء. وشرائط هذا الإحصان خمسة: الحرية، والإسلام، والعقل، والبلوغ، والعفة عن الزنا، حتى إن من زنا ثم قذفه إنسان بالزنا، فلا حد على قاذفه [والله الموفق]^(٨).

قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَأَجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. وعلى هذا انعقد إجماع الأمة سلفاً وخلقاً. ينظر: المبسوط (١٦٤/٣٠)، والتاج والإكليل (٤٠٥/٨)، وشرح البهجة (٣٢٨/٤)، والمغني، لابن قدامة (٧٧/٩).

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: القاذف.

(٣) في م: أو.

(٤) في أ: يوجد.

(٥) في أ: بيانه بعد هذا.

(٦) سقط في أ.

(٧) سورة النور آية: ٤.

(٨) سقط في أ.

جئنا إلى الألفاظ التي يجب بها الحد، والتي يجب بها التعزير:
يجب أن تعلم بأن القذف^(١) بأي لسان كان من العربية أو الفارسية أو النبطية
موجب [للحد]^(٢) بعد أن يكون بصريح الزنا.
وإذا قال لرجل: يا زانية، فلا حد عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً
لصاحبيه^(٣)، وإذا قال لامرأته: يا زاني، كان عليه الحد بالاتفاق.
وإذا قال لأجنبية: يا زانية، فقالت: زنت بك، حدت المرأة^(٤)، ولا يحد
الرجل^(٥)؛ لأن المرأة صدقته بقولها: زنت بك، ولم يوجد التصديق من الرجل.
وإذا قال لامرأته: يا زانية، فقالت: زنت بك، فإنه لا حد [على الرجل]^(٦) ولا
لعان؛ لأن المرأة صدقته [من وجه بقولها]^(٧): زنت بك؛ لأنه يحتمل أنها أرادت
بذلك قبل النكاح، فيكون تصديقاً، ويحتمل حال قيام النكاح، فلا يكون تصديقاً؛
لأن المرأة لا تزني بزوجها، فيثبت التصديق من وجه، [و]^(٨) إن كان لا يثبت من كل
وجه.

[وأما لا حد على المرأة، لأن قولها للزوج: زنت بك، قذف من وجه]^(٩) إن
أرادت به قبل النكاح، وليس بقذف إن أرادت به بعد النكاح، فلا يثبت القذف مع
الاحتمال.

وإذا قال لغيره: يا زاني، فقال: [لا بل]^(١٠) أنت يُحدان جميعاً؛ لأن [كل

(١) في أ: القاذف.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لهما.

(٤) زاد في أ، م: للرجل.

(٥) زاد في أ، م: للمرأة.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) في أ: بوجه من قولها.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ: لأنك.

واحد^(١) منهنما قذف صاحبه بالزنا، فإن معنى قوله: بل أنت زان، كلمة (بل) وضعت لاستدراك الغلط ولإقامة الثاني مقام الأول فيما يجري ذكره، فيكون خبر الأول خبرًا للثاني، فكأنه قال: غلطت، بل أنت الزاني.

ولو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا، بل أنت، حُدت المرأة، ولا لعان؛ لأن الرجل قذف امرأته، وموجه اللعان، والمرأة قذفت زوجها، وموجه الحد، فلا بد^(٢) من تقديم أحدهما، فكان تقديم الحد أولى إسقاطًا للعان، فإن اللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها.

وإذا قالت المرأة لزوجها: زنت بك، ثم قذفها [الزوج]^(٣)، لم يكن على^(٤) واحد منهما حد، أما على المرأة؛ لأنه يحتمل أنها أرادت^(٥) بعد النكاح، وعلى هذا التقدير لا تصير قاذفة، وأما لا حد على الرجل؛ لأن التصديق ثابت منها من وجه إن أرادت به قبل النكاح.

وإذا قال لآخر: يا فاجر، فلا حد عليه، وعليه تعزير، أما لا حد؛ لأن الفجور إثم عام يتناول كل معصية، قال الله تعالى: ﴿كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْفُجَارِ لَفِي سِجِّينٍ﴾^(٦)، ويتناول ذلك كل معصية فإن أراد به الزنا، وجب الحد، وإن أراد به معصية أخرى، لا يجب الحد، فلا^(٧) يجب الحد بالشك.

وأما عليه التعزير؛ لأن على التقديرين الواجب هو التعزير، وقد^(٨) تيقنا وجوب التعزير.

(١) في أ: كلاً.

(٢) في أ: ولا بد.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: كل.

(٥) زاد في أ: به.

(٦) سورة المطففين آية: ٧.

(٧) في أ: لا.

(٨) في أ: فقد.

والأصل في جنس هذا أن من قذف غيره بكبيرة، لم يجب عليه حد مقدر يجب التعزير، فقد صح أن النبي ﷺ عزر رجلاً قال لغيره: يا مخنث^(١)، ولو قال: يا خبيث، يا فاسق، فعليه التعزير ولا حد.

وكذلك إذا قال له: يا ابن القحبة، يا ابن الفاجرة، فعليه التعزير ولا حد عليه، ولا يكون قاذفًا لأمه؛ لأن الفجور كما يكون بالزنا يكون بغيره، والقحبة من تكون مهنتها ذلك الفعل، فلا يكون هذا قاذفًا بالزنا.

وكذلك إذا قال لغيره: يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا خائن، فلا حد، ويجب التعزير.

وفي المنتقى: إذا قال للنصراني: يا ابن الزاني، يا ابن الفاسق، ففيه تعزير، وقال أبو يوسف: يُحد.

ولو قال: يا حمار، يا ثور، يا خنزير، لم يعزر في شيء من ذلك؛ لأن من عادة العرب إطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة والحرص، ولا يريدون بذلك الشتم؛ ألا ترى أنهم يسمون به، فيقال: سفيان الثوري، وغير ذلك.

ولو قال: يا كلب، لم يعزر، هكذا ذكر في الأصل. وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - أنه كان يقول: في عرف ديارنا يعزر؛ لأنه يراد به الشتم في عرفنا.

(١) أخرجه الترمذي في الحدود (١٤٦٢) باب: ما جاء فيمن يقول لآخر يا مخنث: حدثنا محمد ابن رافع، حدثنا ابن أبي فديك... به نحوه.

قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وإبراهيم بن إسماعيل يضعف في الحديث». وأخرجه ابن ماجه في الحدود (٢٥٦٤)، باب: من أتى ذات محرم ومن أتى بهيمة، وفي باب: حد القذف، الحديث (٢٥٦٨) من طريق عبد الرحيم بن إبراهيم، ثنا ابن أبي فديك، به نحوه. وأخرجه البيهقي في السنن (٢٥٢/٨، ٢٥٣) كتاب الحدود، باب: ما جاء في الشتم دون القذف، عن ابن عباس؛ أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قال الرجل للرجل: يا مخنث، فاجلدوه عشرين سوطاً، وإذا قال الرجل للرجل: يا يهودي، فاجلدوه عشرين، ومن وقع على ذات محرم فاقتلوه، ومن وقع على بهيمة فاقتلوه، واقتلوا البهيمة».

[و] ^(١) قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : الأصح عندي أنه لا يعزر .
وفي الأجناس : إذا قال : يا كافر ، يا زنديق ، يا لص ، يا من عمل عمل قوم لوط ،
يا لوطي ، أنت تلعب بالصبيان ، يا ديوث ، إنك مأوى الزواني ، إنك مأوى
اللصوص ، فعليه التعزير .

وفيه أيضاً : إذا قال له : يا كلب ، يا تيس ، يا قرد ، يا ذئب ، يا بقر ، يا حية ، يا ابن
الحجام ، وأبوه ليس كذلك ، يا ابن الأسود ، وأبوه ليس كذلك يا حجام ، يا رستاقى
وهو ليس كذلك ، يا مقعد ، يا مؤاجر ، يا بغا ، يا مقامر ، يا ناكس ، يا سخرة ، يا
منكوس ، يا ضحكة ، يا كشحان ، يا موسوس - أنه لا يعزر في ذلك كله .

وإذا قال لفاسق : يا فاسق ، أو ^(٢) قال للص : يا لص ، فلا شيء عليه . وفي الآثار
عن أبي حنيفة - رحمه الله - قال لغيره : يا نعل ، فعليه الحد .
وفي الأصل : إذا قال له : يا يهودي يا نصراني ، يا ابن اليهودي ، أنه لا حد
[عليه] ^(٣) ، ويجب التعزير .

وفي مختصر الجصاص عن إبراهيم النخعي - رحمه الله - : أنه إذا قال لامرأته :
يا روسبي ، يجب الحد ، وعلى هذا إذا قال [لها : يا] ^(٤) ساهية ، أو قال [أي عباء ،
أو قال لها : أي جلباء] ^(٥) ، أو ما شاكل ذلك ، يجب الحد ؛ لأن هذه العبارات كلها
منبئة عن كونها زانية عرفاً .

إذا قال لغيره : زنا فرجك ، فعليه الحد ؛ لأنه إن أراد حقيقة الفرج فقد وصف
فرجه بالزنا ، وإنه كما وصف ؛ لأن حقيقة الزنا تكون بالفرج ، وإن أراد به نفسه ، فقد
وصف نفسه بالزنا ، وإنما كان عليه الحد ، هكذا ذكر في الأصل .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ : وإذا .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ : له أبى .

(٥) في أ : أبي حلب .

وفي المنتقى: إذا قال الرجل لامرأته: يا زانية، فقالت: زنا فرجك فعلى الرجل الحد، ولا حد عليها، فلم يوجب عليها بقولها: زنا فرجك، وإنه يخالف جواب الأصل على ما ذكرنا.

وإذا قال رجل لغيره: زنت وفلان معك يصير قاذفًا لفلان؛ لأن تقدير كلامه وفلان معك زنا، وإن قال: عنيت شاهدًا^(١) لا يصدق، هكذا ذكر في الأصل.

وفي المنتقى: إذا قال لامرأته يا زانية، فقالت: زنت معك، فلا حد على واحد منهما؛ لأن قولها: زنت تصديق في القذف، فسقط^(٢) موجب قذفه بتصديقها، وقولها: معك يحتمل أن يكون معناه [وأنت شاهد معي]^(٣)، فلا يكون قذفًا له مع الاحتمال بخلاف قولها: زنت بك، على ما مر.

هكذا^(٤) ذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لامرأته: يا زانية، فقالت المرأة: زنت معك، حُدت المرأة لا الرجل؛ لأن هذا قذف منها؛ لأن^(٥) معناه: زنت وأنا معك، قال البقالي: والأول أصح.

[أما]^(٦) إذا قال لغيره: فجرت بفلانة، أو جامعتها حرامًا، فلا حد عليه، وإذا قال لغيره: أخبرت أنك زان، أو قال: أشهدني فلان على شهادته أنك زان، فلا حد عليه.

ولو قال له رجل: زنت يا زان، فقال رجل آخر: صدقت، فلا حد على المصدق، ولو قال: هو كما قلت، [يجب الحد]^(٧).

(١) زاد في أ: وفلان معك شاهد.

(٢) في أ: فيسقط.

(٣) في أ: أو تشاهد.

(٤) في أ: وهكذا.

(٥) زاد في أ: هذا.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

إذا قال لغيره: اذهب إلى فلان وقل له: يا زان، لا حد على الأمر، وهل يجب على المأمور؟ إن قال: يا زان، يجب، وإن قال: إن فلاناً يقول لك: يا زان، لا يجب.

وإذا قال لامرأته: [زנית]^(١) ببعير أو حمار أو ثور، فلا حد عليه؛ لأنه إن أراد به فعل [بك]^(٢) البعير أو الحمار ما يفعل لا يكون قذفاً بالزنا، وإن^(٣) أراد بذلك أنك زנית بالرجل، وبذل^(٤) بهذا أجرة يكون قذفاً لها بالزنا عندهما، سواء شرط ذلك قبل الفعل أو بعد الفعل.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : إن [شرط لها ذلك]^(٥) قبل الفعل يكون قاذفاً، وإن شرط بعد الفعل فلا يكون قاذفاً، فلا يصير قاذفاً بالشك والاحتمال.

وهذا بخلاف ما لو قال: زנית ببقرة، أو بناقة، أو قال: بثور، أو قال: بدراهم، و^(٦) ما أشبه ذلك؛ لأن هذا الكلام لا يحتمل إلا وجهها [واحدًا]^(٧)، وهو أنك زנית برجل وجعل لك هذا أجرة، فيعتبر^(٨) كما لو صرح به، وقال: زנית، وبذل لك ناقة أو بقرة^(٩).

ولو قال لرجل: زנית ببعير أو ناقة فإنه لا يصير قاذفاً له؛ لأن هذا الكلام في حق الرجل يحتمل ما يكون قذفاً بأن يكون مراده زנית بامرأة، وجعلت البعير أجرة لك، ويحتمل ما لا يكون [قذفاً]^(١٠)؛ بأن يكون المراد فعلت بالبعير أو الناقة ما يفعل

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: و.

(٤) في أ: وبذلت.

(٥) في أ: شرطها.

(٦) في أ، م: أو.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: فنتعين.

(٩) في أ، م: بعيراً.

(١٠) سقط في أ.

الرجل بالمرأة فلا يصير قاذفًا بالشك والاحتمال.

وفي الأصل: إذا قال لغيره: يا ولد الزنا، يا ابن الزنا، يا ابن الزانية، فقد صار قاذفًا لأمه.

وفي المنتقى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -، أنه إذا قال لغيره: يا ولد الزنا، فهذا ليس بقذف لأمه^(١).

إذا قال لغيره: لست لفلان بابن، قال: ذلك لابنه الذي يدعى إليه، صار قاذفًا لأمه، [ولو قال]^(٢): لست لفلانة، ولا لفلان، قال ذلك لأبيه وأمّه، الذين^(٣) يدعى إليهما فإنه [لا]^(٤) يصير قاذفًا لأمه، والفرق أنه لما قال: ولا لفلانة فقد نفاه^(٥) عن أمه، وإنما ينتفي^(٦) عن أمه إذا لم تلده^(٧) أمه، وكان هذا منه نفيًا لولادة الأم بنفي^(٨) الوطاء، ونفي الوطاء^(٩) الزنا بخلاف ما [إذا لم يقل: ولا لفلانة]^(١٠)؛ لأن هناك لم ينفه عن الأم، وإنما نفاه عن الوالد^(١١)، وولادة الولد ثابتة من أمه؛ فكأنه قال [له]^(١٢): أنت ولد الزنا^(١٣).

ولو قال له: لست بابن^(١٤) فلان، يعني جده فلا حد عليه؛ لأنه ليس بابن له

(١) في أ: أمه.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: الذي.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ففي.

(٦) في م: يقع.

(٧) في م: تكن.

(٨) في أ، م: ففي.

(٩) زاد في أ، م: نفي.

(١٠) في أ: إذا نقل.

(١١) في م: الولد.

(١٢) سقط في أ، م.

(١٣) في أ: زنا.

(١٤) في أ: ابن.

حقيقة، ولو نسبته إلى جده، فقال: هو ابن فلان، أو نسبته إلى خاله أو إلى عمه، فلا حد عليه، وكذا إذا نسبته إلى زوج أمه.

ولو قال: أنت ابن فلان نسبته إلى أجنبي، فإن كان في حال الرضا، لا يكون قذفًا، وإن كان في حال^(١) الغضب والسباب، كان قاذفًا^(٢).

وإذا قذف ميتًا محصنًا يجب الحد لوارثه؛ لأن^(٣) القاذف بهذا القذف ألحق العار [والشئار]^(٤) بالوارث مقصودًا؛ لأن الميت ليس من أهل أن يلحقه العار، فيجب الحد لدفع العار عن الوارث.

[ثم ولاية المطالبة]^(٥) باستيفاء هذا الحد لمن كان بينه وبين المقذوف حقيقة الولادة، وإذا لم يكن بينهما حقيقة الولادة يجب أن يكون الطالب منسوبًا إلى المقذوف بالولادة، كابن الابن أو^(٦) بنت الابن، أو يكون المقذوف منسوبًا إليه بالولادة كالجد حتى^(٧) لا تثبت ولاية المطالبة لولد البنت المقذوف، ولا لأخ المقذوف [ولا لعمه؛ لأن هؤلاء لا ينسبون إليه بالولادة].

وإذا جاء المقذوف^(٨) بشاهدين فشهدا^(٩) أن فلانًا قذفه، فالقاضي يسألهما عن ماهية القذف وكيفيته، فإن^(١٠) لم يزيدوا على ذلك لم يقبل شهادتهما، وإن قالوا: نشهد أنه قال [له]^(١١): يا زاني، قبلت شهادتهما، إن كانا عدلين، وإن لم يعرف

(١) في أ: حالة.

(٢) في م: قذفا.

(٣) زاد في أ، م: هذا.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: ولأنه المطالب.

(٦) في أ: و.

(٧) زاد في أ: إنه.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: شهدا.

(١٠) في أ: فإذا.

(١١) سقط في أ.

القاضي شهوده^(١) بالعدالة حبس القاذف حتى يسأل عن الشهود، فإن لم يتم المقذوف بيته، ولكن زعم أن له بيته حاضرة في المصر، فالقاضي يحبس القاذف إلى آخر المجلس، فإن أحضر بيته وإلا خلى سبيله، ومراده بهذا الحبس الملازمة يعني يأمر القاضي القاذف^(٢) بملازمته إلى آخر المجلس لا حقيقة الحبس، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، في شرحه في باب الشهادة في القذف. وإن أقام المقذوف شاهداً واحداً، فإن كان القاضي لا يعرف هذا الشاهد بالعدالة، فهو وما لم يتم الشاهد سواء لا يحبس^(٣) إلا بطريق الملازمة لآخر^(٤) المجلس، وإن [كان]^(٥) يعرف هذا الشاهد بالعدالة، وادعى أن الشاهد الآخر حاضر حبسه يومين أو ثلاثة استحساناً.

والمراد من هذا الحبس حقيقة الحبس، وكذلك المراد من الحبس المذكور في المسألة الأولى، وهو ما إذا أقام شاهدين لم يعرفهما القاضي بالعدالة [حبسه القاضي]^(٦) حقيقة الحبس. والله أعلم.



(١) في م: شهودا.

(٢) في أ: المقذوف.

(٣) في أ: يحسبه.

(٤) في أ: إلى آخر.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، م.

الفصل السادس

في التعزير^(١)

(١) التعزير لغة-: مصدر مأخوذ من: عزز يعزِّر عزرا، وعزَّره، أي: رده، والعزر والتعزير: ضرب دون الحد لمنع الجاني من المعاودة وردعه عن المعصية، ومنه قول الشاعر:
وليس بتعزير الأمير خزايةً علي إذا ما كنت غير مريب
ينظر: اللسان (عزر)، مقاييس اللغة (٤/٣١١)، كتاب العين (١/٣٥١)، تاج العروس (عزر).

وقال في «مجمل اللغة»: عززت الحمار: أوقرته، وعزرت البعير: شددت خياشيمه خيطا. يشير بذلك إلى أن التعزير تشديد على الجاني، ومنع له من العود. وقيل: هو أشد الضرب، والعزر: المنع، قال الزمخشري في الكشاف: العزر: المنع، ومنه التعزير؛ لأنه منع من معاودة القبيح. وأصل التعزير: التأديب والإهانة؛ ولذا سمي الضرب دون الحد تعزيرا. ويطلق أيضًا على التوقير والتعظيم؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَتَعَزَّوْهُ وَنُقِرُّوهُ وَنُقِرُّوهُ وَسَبِّحُوهُ بُكْرَةً وَأَصِيلاً﴾. والمراد هنا: المعنى الأول؛ وعليه يمكن القول بأن العقوبة إنما سميت: تعزيرًا؛ لأن من شأنها أن تردع الجاني وترده عن ارتكاب الجرائم أو العودة إلى ارتكابها.

وأما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه الحنفية بأنه: «تأديب دون الحد، أكثره تسعة وثلاثون سوطا، وأقله ثلاثة»، وهكذا ذكره القدوري. قال الزيلعي: إن التعزير شرع في الزواجر غير المقدره لدفع الفساد، وهو تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع. وعرفه المالكية بأنه: تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، ولا الكفارات غالبًا. وعرفه الشافعية بأنه: هو «تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة غالبًا». وعرفه الحنابلة بأنه: التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة. وعرفه البعض بأنه: عقوبة غير مقدره تجب حقًا لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وهو كالحدود في أنه تأديب وإصلاح وزجر. وقد عرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنه معاقبة المجرم بعقاب مفوض - شرعا - إلى ولي الأمر نوعا ومقدارا.

ويدل لمشروعية التعزير الكتاب والسنة والأثر والإجماع، على النحو الآتي:
أولاً: الكتاب: يدل لمشروعية التعزير من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ سُوءَ ظُهُورِهِمْ فَطَبِّئُوهُمْ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُمْ فَإِن أظننكم فلا تَبْعُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾ الآية.

وجه الدلالة: تدل هذه الآية على أنه من حق الزوج تأديب زوجته الناشز - أي: العاصية غير المطيعة - ولكنه أولاً عليه أن يعظها بالحسنى، وثانياً بالهجر، وثالثاً بالضرب غير المبرح وغير المؤثر وهذه عقوبة في معصية لا حد فيها؛ فيقاس عليها سائر المعاصي التي لم يحد لها الشرع حداً؛ فيشرع فيها التعزير؛ سداً للباب أمام المعاصي والمخالفات التي تضر بالمرء والمجتمع.

ثانياً: السنة: يدل لمشروعية التعزير من السنة النبوية ما يلي:

١- ما روي عن أبي بردة الأنصاري أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى» [أخرجه البخاري (١٨٢/١٢) كتاب الحدود، باب: كم التعزير والأدب، حديث (٦٨٤٨)، وأبو داود (٥٧٣/٢) كتاب الحدود، باب: في التعزير، حديث (٤٤٩١)، والترمذي (٥١/٤) كتاب الحدود، باب: ما جاء في التعزير حديث (١٤٦٣)، وابن ماجه (٨٦٧/٢) كتاب الحدود، باب: التعزير، حديث (٢٦٠١)، وأحمد (٤٦٦/٣، ٤٥/٤)، والدارمي (١٧٦/٢) كتاب الحدود، باب: التعزير في الذنوب، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١٦٤/٣)، وابن الجارود في «المنتقى»، رقم (٨٥٠)، والبيهقي (٣٢٧/٨)، والبغوي في «شرح السنة» (٥٠١/٥) كلهم من طريق يزيد بن أبي حبيب عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر ابن عبد الله عن أبي بردة كان النبي ﷺ يقول: «لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله». وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث بكير ابن الأشج وقد اختلف أهل العلم في التعزير وأحسن شيء روي عن التعزير هذا الحديث قال: وقد روى ابن لهيعة عن بكير فأخطأ فيه وقال عن عبد الرحمن بن جابر ابن عبد الله عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ. وكلام الترمذي فيه نظر فقد تابع ابن لهيعة عمرو بن الحارث على روايته الحديث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبيه عن أبي بردة به. وأخرجه البخاري (١٨٣/١٢) كتاب الحدود، باب: كم التعزير والأدب، حديث (٦٨٥٠)، ومسلم (١٣٣٢/٣) كتاب الحدود، باب: قدر أسواط التعزير، حديث (١٧٠٨/٤٠)، وأبو داود (٥٧٤/٢) كتاب الحدود، باب: في التعزير، حديث (٤٤٩٢)، والدارقطني (٢٠٧/٣، ٢٠٨)، والحاكم (٣٦٩/٤، ٣٧٠)، والبيهقي (٣٢٧/٨) كلهم من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة ابن نيار به. وقد مال أبو حاتم الرازي إلى تصحيح الطريقتين الذي ذكر فيه جابر والطريق الآخر الذي لم يذكر فيه فقال ولده في «العلل» (٤٥١/١، ٤٥٢) رقم (١٣٥٦): سألت أبي عن حديث رواه الليث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال: «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله». قال أبي: رواه ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن عبد الرحمن بن جابر عن أبي بردة بن نيار عن النبي ﷺ قال: «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» قال أبي: رواه حفص ابن ميسرة عن مسلم بن أبي مريم عن ابن جابر عن جابر عن النبي ﷺ قلت لأبي: أيهما أصح؟ قال: حديث عمرو بن الحارث لأن نفسيين قد اتفقا على أبي بردة بن نيار قصر أحدهما ذكر جابر وحفظ الآخر جابراً. وقد رجح الحافظ ابن حجر في «الفتح» (١٨٤/١٢) صحة الطريقتين فقال رحمه الله: وهل بين عبد الرحمن وأبي بردة واسطة وهو جابر أو لا؟ الراجح الثاني أيضاً، وقد ذكر الدارقطني في «العلل» الاختلاف ثم قال: القول قول الليث ومن تابعه، وخالف ذلك في جميع كتاب التتبع فقال: القول

قول عمرو بن الحارث وقد تابعه أسامة بن زيد. قلت: ولم يقدح هذا الاختلاف عن الشيخين في صحة الحديث فإنه كيفما دار يدور على ثقة، ويحتمل أن يكون عبد الرحمن وقع له فيه ما وقع لبكير بن الأشج في تحديث عبد الرحمن بن جابر لسليمان بحضرة بكير ثم تحديث سليمان بكبيرًا به عن عبد الرحمن، أو أن عبد الرحمن سمع أبا بردة لما حدث به أباه وثبته فيه أبوه فحدث به تارة بواسطة أبيه وتارة بغير واسطة وادعى الأصيلي أن الحديث مضطرب فلا يحتج به لاضطرابه، وتعقب بأن عبد الرحمن ثقة فقد صرح بسماعه، وإبهام الصحابي لا يضر، وقد اتفق الشيخان على تصحيحه وهما العمدة في التصحيح، وقد وجدت له شاهدًا بسند قوي لكنه مرسل أخرجه الحارث بن أبي أسامة من رواية عبد الله بن أبي بكر بن الحارث بن هشام رفعه «لا يحل أن يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد» وله شاهد آخر عن أبي هريرة عند ابن ماجه ستأتي الإشارة إليه. أما الشاهد الذي أشار إليه الحافظ عن أبي هريرة. أخرجه ابن ماجه (٢/٨٦٧)، (٨٦٨) كتاب الحدود، باب: التعزير، حديث (٢٦٠٢) من طريق عباد بن كثير عن يحيى ابن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ لا تعزروا فوق عشرة أسواط. قال البوصيري في «الزوائد» (٢/٣٢٢): هذا إسناد ضعيف عباد بن كثير الثقفى قال فيه أحمد بن حنبل: روى أحاديث كذب لم يسمعها، وقال البخاري: تركوه، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث وفي حديثه عن الثقات نكارة، وقال النسائي: متروك الحديث، وقال العجلي: ضعيف متروك الحديث].

وجه الدلالة: أثبت هذا الحديث عقوبة الجلد فيما هو دون العشر جلدات، ومنع الجلد فوق العشر إلا في الحد، ومعلوم أن المستثنى خارج عن المستثنى منه، وهذا يعني: أن هناك نوعين من العقوبة: أحدهما: عقوبة حدية مقدره في الشرع، وهي الحدود المعروفة. وثانيهما: عقوبة غير حدية؛ وهذه العقوبة هي التعزير، وعلى هذا يكون الحديث دالاً على مشروعية التعزير، ومقدرًا له بما لا يزيد على عشر جلدات؛ وللعلماء في هذا التقدير أقوال ستأتي فيما بعد إن شاء الله تعالى.

٢- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لبي الواجد ظلم، يحل عرضه، وعقوبته» [أخرجه أحمد (٤/٣٨٨)، وأبو داود (٤/٤٥)، كتاب الأفضية، باب: الحبس في الدين، حديث (٣٦٢٨)، والنسائي (٧/٣١٦)، كتاب البيوع، باب: مطل الغني، وابن ماجه (٢/٨١١)، كتاب الصدقات، باب: الحبس في الدين والملازمة، حديث (٢٤٢٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٤/٢٦٠)، وابن أبي شيبة (٧/٧٩)، وابن حبان (١١٦٤- موارد)، والطحاوي في مشكل الآثار (١/٤١٣)، والحاكم (٤/١٠٢)، والبيهقي (٦/٥١)، كتاب التفليس، باب: حبس من عليه الدين، والطبراني في الكبير (٧/٣١٨)، رقم (٧٢٤٩)، (٧٢٥٠)، كلهم من طريق وبر بن أبي ديلة ثنا محمد بن ميمون بن مسيكة عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: لي الواجد يحل عرضه وعقوبته. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان. والحديث ذكره البخاري تعليقا (٥/٧٥)، كتاب الاستقراض: باب لصاحب الحق مقال. قال

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يبلغ التعزير أربعين سوطاً .
وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يبلغ به ثمانين سوطاً^(١) .

الحافظ في الفتح (٧٦/٥)، والحديث المذكور وصله أحمد وإسحاق في مسنديهما وأبو داود والنسائي من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفي عن أبيه بلفظه وإسناده حسن . وذكر الطبراني : أنه لا يروى إلا بهذا الإسناد .

وجه الدلالة : صرح هذا الحديث بأن الواجد المماثل في سداد ما عليه من الديون ظالم للدائن، يحل به النيل من عرضه، وعقابه؛ وهذا نوع من التعزير لدفع الظلم؛ يقاس عليه كل ما جرى مجراه؛ فيكون الحديث دالاً على مشروعية التعزير في الجملة .

ثالثاً: الأثر: يدل لمشروعية التعزير من الأثر ما روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : « كان يعزر ويؤدّب، وكانت له درة اتخذها للتأديب، واتخذ داراً للسجن » [علقه البخاري (٧٥/٥) كتاب الخصومات، باب: الربط والحبس في الحرم ووصله ابن أبي شيبة (٧/٥) رقم (٢٣٢٠١) والحافظ في تعلق التعلق (٣/٣٣٦)].

وهذا صريح في العمل بالتعزير وقد كان ذلك على مرأى ومشهد وعلم من الصحابة جميعاً، ولم ينقل عن أحدهم أنه أنكر ذلك؛ فكان إجماعاً؛ على ما سيتضح فيما يلي .
رابعاً: الإجماع: أجمع الصحابة - رضوان الله عليهم - على مشروعية التعزير، وأجمعت على ذلك - أيضاً - الأمة من بعدهم، ولم ينكره أحد إلى يومنا هذا .

ينظر: لسان العرب (٤/٥٦١، ٥٦٢) مادة (عزر)، (٨/٢٣٥)، المصباح المنير، ص (٤٠٧)، مادة (ع ز ر)، مجمل اللغة (٣/٤٨٣) (عزر)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، ص (١٣٣)، وينظر: رد المحتار (٦/١٠٣، ١٠٤)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٣/٢٠٧)، الميسوط (٩/٣٦)، بدائع الصنائع (٧/٥٨)، وأسنى المطالب (٤/١٦٢)، حاشية قليوبي على المحلي (٤/٢٠٥)، حاشية الجلال المحلي على المنهاج (٤/٢٠٥)، كشاف القناع (٢/٧٢)، (٦/١٢١)، المغني (٩/١٥٠)، الكشاف (٢/١٢٢)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن شمس الدين محمد ابن فرحون، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١) (٢/٢٩٣)، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، ط (٧)، د . ت، ص (٦٣٦) .

(١) اختلف أهل العلم في مقدار التعزير على قولين:

القول الأول: أنه لا تجوز الزيادة في التعزير على عشرة أسواط، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد - رضي الله عنه - وأشهب من المالكية، وبعض الشافعية .

القول الثاني: أنه تجوز الزيادة في التعزير على عشرة أسواط، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء في الجملة، وإن اختلفوا فيما بينهم في التفاصيل:

فقال الإمام مالك - رضي الله عنه - وأصحابه، ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف من الحنفية، وأبو ثور، والطحاوي: إنه ليس ثمة ضابط لعدد الضربات في التعزير، وإن تقدير ذلك موكول إلى الإمام، يضرب في التعزير ما يشاء بحسب الجرم والمصلحة . وقال الإمام أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً . وقال ابن أبي ليلى: لا يزيد التعزير على خمسة وسبعين جلدة، وروي هذا أيضاً - عن مالك، وأبي يوسف، قال ابن

شبرمة: وهو رواية أخرى عن ابن أبي ليلى أيضًا: إن التعزير دون المائة. وقال الشافعي وجمهور أصحابه: إنه لا يبلغ بتعزير كل إنسان أدنى حدوده، ومن ثم لا يزيد تعزير العبد على العشرين؛ لأن أدنى حدوده أربعون، ولا يزيد تعزير الحر على الأربعين؛ لأن أدنى حدوده ثمانون. وقال بعض الشافعية: لا يزيد التعزير على الأربعين في الحر والعبد جميعًا. وقال بعض الشافعية - أيضًا -: لا يزيد التعزير على العشرين في الحر والعبد جميعًا.

واستدل أصحاب القول الأول بحديث أبي بردة الأنصاري السابق: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حدٍّ من حدود الله تعالى». وهذا الحديث صريح في عدم جواز الزيادة على العشرة في العقوبات التعزيرية.

٢- واستدل الجمهور على جواز الزيادة على العشرة في الجملة بما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه ضرب من نقش على خاتمه - مائة. وروي عنه - أيضًا - أنه ضرب صبيغًا أكثر من الحد. وأجاب الجمهور عن الحديث الذي استدلل به من اقتصر بالتعزير على ما دون العشرة أسواط بعدة أجوبة، منها:

١- أنه حديث منسوخ؛ بدليل أن الصحابة - رضوان الله عليهم - قد أجازوا التعزير بما يجاوز العشرة أسواط؛ وهم لا يجيزون ذلك إلا إذا علموا ذلك الحديث منسوخًا.

٢- تأول أصحاب الإمام مالك هذا الحديث على أنه مختص بزمن النبي ﷺ؛ لأنه كان يكفي في ردع الجناة في غير الحدود - حينئذ - هذا القدر؛ واستضعف بعض أهل العلم هذا التأويل.

٣- أن هذا الحديث معارض بما هو أقوى منه وهو الإجماع من وجهين: أحدهما: أنه معارض بالإجماع على مخالفة التعزير للحدود، والحدود لها مقدار محدد معلوم، فلو جعل التعزير مقصورًا على ما دون العشرة أسواط؛ لكان له مقدار محدد معلوم؛ فيصير مثل الحد، والإجماع على أنه يخالفه؛ فتعارضوا.

ثانيهما: الإجماع على أن التعزير موكول إلى رأي الإمام فيما يرجع إلى التشديد والتخفيف، لا من حيث العدد؛ لأن التعزير شرع للردع، ففي الناس من يردعه الكلام، ومنهم من لا يردعه الضرب الشديد؛ فلذلك كان تعزير كل أحد بحسبه. وأجيب عن هذين الوجهين بما يلي:

أولاً: أن تحديد التعزير بما دون العشرة أسواط لا يجعله مثل الحد؛ لأن الحد لا يزداد فيه ولا ينقص، بينما التعزير، وإن اقتصرنا فيه على ما دون العشرة أسواط؛ فإنه يزداد فيه وينقص، فقد يكون التعزير بثلاثة أسواط أو أربعة، أو أكثر أو أقل؛ وبهذا يظل التعزير مخالفًا للحد؛ فلا يعارض الإجماع على ذلك.

ثانيًا: أن كون التعزير موكول إلى الإمام فيما يرجع إلى التشديد والتخفيف مسلم، لكن لا بد من مراعاة العدد المذكور.

ثالثًا: أن ما ذكر من اختلاف الناس فيما يردعهم، لا يقدح في تقدير التعزير بما لا يزيد على العشرة؛ لأن الردع لا يراعى في الأفراد، بدليل أن من الناس من لا يردعه الحد، ومع

ذلك لا تجوز الزيادة على الحد لردعه؛ ولو كان ثمة نظر إلى كل فرد، وما يردعه، لقبل بالزيادة على الحد، أو الجمع بين الحد والتعزير، لردع من لا يردعه الحد.

٤- ومما أوجب به عن حديث أبي بردة الأنصاري أيضًا- أنه مقصور على الجلد، وأما الضرب بالعصا، أو اليد - مثلًا - فإنه تجوز الزيادة فيه على العشرة.

٥- أجاب ابن حجر عن حديث أبي بردة - أيضًا - فقال: قلت: يحتمل أن يفرق بين مراتب المعاصي: فما ورد فيه تقدير لا يزداد عليه، وهو المستثنى في الأصل، يعني: قول النبي ﷺ في الحديث: «إلا في حدٍّ من حدود الله»، وما لم يرد فيه تقدير: فإن كان كبيرة، جازت الزيادة فيه، وأطلق عليه اسم الحد، وإن كان صغيرة، فهو المقصود بمنع الزيادة. ومما تقدم يظهر رجحان قول الجمهور في جواز الزيادة في التعزير على العشرة أسواط؛ وذلك لاتساع باب الجرائم والمعاصي لا سيما في هذا العصر الحديث، حتى إن من الجرائم التي لم يشرع فيها حد - ما يترتب عليه من المفساد والأضرار ما لا يقل عما يترتب على جرائم الحدود من المفساد والأضرار، فلو قيل بأن التعزير لا يزداد فيه على عشرة أسواط، لاستخف الناس بالجرائم التي لا حد فيها، وأكثروا من الفساد في الأرض. أضف إلى هذا أن وجوه التعزير مختلفة، فهناك الضرب والحبس والتجويع، والتوبيخ، والمقاطعة، وغير ذلك من الأمور. وفي هذا يقول ابن تيمية - رحمه الله -: «وليس لأقل التعزير حد، بل هو بكل ما فيه إيلاام الإنسان من قول وفعل، وترك قول، وترك فعل، فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والإغلاظ له، وقد يعزر بهجره وترك السلام عليه حتى يتوب، إذا كان ذلك هو المصلحة، كما هجر النبي ﷺ وأصحابه الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك، وقد يعزر بعزله عن ولايته كما كان النبي ﷺ وأصحابه يعزرون بذلك، وقد يعزر بترك استخدامه في جند المسلمين، وكذلك قد يعزر بالحبس، وقد يعزر بالضرب، فظهر من هذا أنه ليس للتعزير حد أدنى ولا أقصى؛ بل هو راجع إلى رأي ولي الأمر فيما تتحقق به المصلحة في كل واقعة؛ ومن ثم تكون التعزيرات مختلفة في ذاتها وفي مقاديرها، فتعلو بمقدار كبر الجريمة، وتصغر بمقدار صغرها، وكلما كانت الجريمة شديدة وأثرها بعيدًا، زيد في التعزير بما يتناسب مع ذلك. كما أن عقوبة المعتاد للإجرام ينبغي أن تكون أشد من عقوبة غيره، وعلى ذلك يكون العود إلى الجريمة مسوغًا لتشديد العقاب، والزيادة في التعزير؛ وعلى هذا تكون الجريمة الأولى أقل في العقوبة من الجرائم التالية، وكلما تعدد الإجرام اشتد العقاب، كما هو قائم في القوانين الحاضرة بشأن عقوبة العائد.

ينظر: المسوط (١٠٨/٢٠)، فتح القدير (٣٤٨/٥)، القوانين الفقهية، ص (٣٥٨)، مواهب الجليل (٣٠٣/٦)، روضة الطالبين (١٧٤/١٠)، شرح النووي على مسلم (١١/٢٢٢)، الحاوي الكبير (٤١٤/١٣)، مغني المحتاج (٥٢٥/٥)، صحيح مسلم بشرح النووي (١٣١/٦)، والمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (٢٢١/١١)، (٢٢٢)، المغني، لابن قدامة (٣١٠/٨)، شرح صحيح البخاري، لابن بطال (٤٨٥/٨)، والمفهم لما أشكل من كتاب صحيح مسلم، لأحمد بن عمر القرطبي، طبعة دار ابن

اختلفت الروايات عن أبي يوسف - رحمه الله - بعد ذلك، [في رواية^(١)] قال: يضرب إلى تسعة وسبعين^(٢).

وقال في رواية: إلى خمس وسبعين، والأول أصح. وقول محمد - رحمه الله - في الباب^(٣) مضطرب، ذكر في بعض المواضع مع أبي حنيفة - رحمه الله -، وفي بعضها مع أبي يوسف. واعلم بأن^(٤) التعزير قد يكون بالحبس، وقد يكون بالصفع وتعريك^(٥) الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب^(٦).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز. ولا خلاف بين العلماء أنه لا يبلغ به الحد، قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «من بلغ حدًّا في غير حد فهو من المعتدين»^(٧) بعد هذا اعتبر أبو حنيفة - رحمه الله - حد العبيد، وذلك أربعون، فقال: ينقص عنه سوط، ويضرب تسعة وثلاثين سوطًا، وأبو يوسف

= كثير، دمشق (١٦/٥٨)، وفتح الباري (١٢/١٨٥، ١٨٦)، منشور في التوجيه التشريعي في الإسلام، من بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية، ط (بدون) مجمع البحوث الإسلامية: القاهرة، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ص (١٩٣).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وتسعين.

(٣) في أ، م: الكتاب.

(٤) في أ: لأن.

(٥) في م: ويفرك.

(٦) تبين الحقائق (٣/٢٠٧، ٢٠٨)، العناية شرح الهداية (٥/٣٤٤).

(٧) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢١/١٥٣)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/٢٨١)، وقال: «رواه الطبراني، وفيه محمد بن الحسين الفضاض كذا، والوليد بن عثمان خال مسعر، ولم أعرفهما، وبقيه رجاله ثقات». وأخرجه عبد الله بن ناجية في فوائده - كما في نصب الراية (٣/٣٥٤) - ومن طريقه أبو نعيم في الحلية (٧/٢٦٦)، وأخرجه محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الآثار - كما في نصب الراية (٣/٣٥٤)، والبيهقي في السنن (٨/٣٢٧) من طريق مسعر، عن الوليد، عن الضحاك بن مزاحم مرسلًا. ورجح البيهقي المرسل على المتصل.

- رحمه الله - اعتبر حد الأحرار، وذلك ثمانون [سوطاً]^(١) وقال: ينقص عنه سوط، ويضرب تسعة وسبعين^(٢) [سوطاً]^(٣) على أصح الروايات^(٤)، وهذا الاختلاف في أقصى التعزير، وأما أدناه فمفوض إلى الإمام فيقيم بقدر ما يرى المصلحة فيه، وينبغي للقاضي أن ينظر في سببه. فإن كان من جنس ما يجب به الحد^(٥) يبلغ التعزير أقصى غاياته.

مثاله: إذا قال لأمة الغير، أو لأم ولد الغير أو لذمية: يا زانية، يجب عليه أقصى غاية التعزير؛ لأن الحد لا يجب هنا لعدم إحصان المقدوف، وهذا من جنس ما يجب به الحد، فيبلغ التعزير أقصى غاياته.

وإن كان من جنس ما لا يجب به الحد، بأن قال لأحد: يا خبيث، يا فاسق، يا شارب الخمر^(٦) حتى وجب التعزير، فالتعزير مفوض [إلى الإمام]^(٧).

وفي حدود الأصل: يبلغ التعزير غايته في موضعين:

أحدهما: إذا أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع.

والثاني: السارق إذا أخذ بعد جمع المتاع قبل الإخراج، فأما^(٨) فيما عدا هذين الموضوعين لا يبلغ؛ لأن في هذين الموضوعين ارتكب جريمة ليس وراءها إلا [ما]^(٩) هو سبب وجوب الحد؛ فيعزر بتعزير ليس وراءه إلا الحد، بخلاف سائر الجرائم.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: وثلاثين.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ، م: الروايتين.

(٥) زاد في أ، م: ولم يجب بمعارض.

(٦) في أ: خمر.

(٧) في أ: للإمام.

(٨) في م: فإنما.

(٩) سقط في أ.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : التعزير على قدر عظم الجرم، وما يرى الحاكم في احتمال المضروب فيما بينه وبين أقل من ثمانين .

وفي نوادر ابن سماعه عن أبي يوسف - رحمه الله - في وال عزر بمائة فمات الرجل، قال: لا أضمنه؛ لأنه قد جاء أن أكثر ما [عزروا بمائة]^(١)، فإن زاد على مائة، فمات فنصف الدية في بيت المال؛ لأن هذا الخطأ^(٢) من الوالي، فإن [جاوز بعد]^(٣) ذلك [ما يعلم]^(٤) أنه قد تعمد وليس بخطأ فهو على عاقلته .

وفي الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : لو أن قاضيًا عزر^(٥) بمائة فقد أخذ بالأثر وإن ضرب أكثر من ذلك فهو جائز .

وفي المنتقى: شهادة المرأتين مع الرجل في التعزير جائزة، وليس على القاذف حبس حتى يسأل عن الشهود؛ لأنه من حقوق الناس .

قال محمد - رحمه الله - : والتعزير أشد الضربات، يريد به أن في التعزير يضرب أشد ما يضرب في سائر الحدود، ثم ضرب الزاني أشد ما يضرب شارب الخمر، ثم شارب الخمر أشد من ضرب القاذف .

وفيه نوع إشكال؛ لأن حد القذف منصوص عليه في كتاب الله تعالى، وحد شارب الخمر ثبت بضرب [من الاجتهاد]^(٦)، فمكان^(٧) حد القاذف أقوى، فينبغي أن يكون أشد .

والجواب من وجهين :

أحدهما: أن الشرب جناية متيقنة، فأما القذف فليس بجناية متيقنة، لجواز أنه

(١) في م: يعزروا مائة .

(٢) في أ: خطأ .

(٣) في أ: جاء من .

(٤) في م: بأن علم .

(٥) في أ: يعزر، وفي م: رأى بتعزير .

(٦) في م: اجتهاد .

(٧) في أ: ومكان .

صاوق فيما رمى، لكن عجز عن إقامة الشهود لسبب من الأسباب، فكانت عقوبة القذف دون عقوبة شرب الخمر.

والثاني: أن شارب الخمر قلما يخلو عن القذف عادة، فيكون جامعًا بين الجنائين^(١) عادة، والقذف جناية واحدة فكانت عقوبته دون عقوبة شارب الخمر من هذا الوجه.

ويفرق التعزير على الأعضاء، كالحدود، هكذا ذكر في الحدود. [و]^(٢) في أشربة الأصل: ويضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسألة اختلاف الروايتين، ولكن أراد بما ذكر في كتاب الحدود إذا وجب أقصى غاية التعزير فإن في هذه الصورة يجب التفريق على الأعضاء؛ كي لا تصير الإقامة في موضع واحد سببًا لفساد ذلك العضو كما في الحدود، وأراد بما ذكر في الأشربة: إذا وجب أدنى التعزير، كسوط أو ثلاثة، أو ما أشبه ذلك؛ لأن الإقامة في أدنى التعزير في موضع واحد لا يؤدي إلى فساد ذلك الموضع.

ولا يضرب في شيء من ذلك الوجه والفرج بلا خلاف؛ وفي الرأس خلاف على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يضرب، وعلى قول أبي يوسف والشافعي - رحمهما الله - : يضرب، وروى بشر عن أبي يوسف أنه قال: التعزير لا يضرب إلا على الظهر والألية، قال: ويجرد الظهر عند الضرب، والله أعلم.



(١) في أ، م: جنائتين.

(٢) سقط في أ.

الفصل السابع

في مسائل شرب الخمر^(١)

لا تقبل الشهادة على شرب الخمر بعد تقادم العهد، والتقادم في شرب الخمر بذهاب الرائحة عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما بالزمان، والكلام في مقدار الزمان على نحو ما ذكرنا في حد الزنا.

والتقادم لا يمنع إقامة الحد بالإقرار عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، بشرط وجود الرائحة لإقامة الحد بالإقرار.

[و]^(٢) عند محمد - رحمه الله - لا يشترط، [فمحمد اعتبر حد شرب الخمر بسائر الحدود، وفي سائر الحدود لا يبطل الإقرار بالتقادم، فكذا في حد شرب الخمر.

وهما يقولان:]^(٣) حد شرب الخمر عرف بإجماع [الصحابه - رضي الله عنهم -

(١) الخمر لغة مصدر: حَمَرَ الشيءَ يَحْمُرُهُ: إذا غَطَّاهُ وَسَتَرَهُ، وَسُمِّيَ الْخِمَارُ خِمَارًا؛ لأنه يُعْطَى رأس المرأة، ويقال لما خامر العقل من داء وسُكْرٍ، فخالطه وَعَمَرَهُ: حَمُرٌ. واللغة الفصحى: تذكير لفظ «الخمر» وتأنيث معناه، يقال: الحَمْرُ حَرَمَهَا الله. وأجمع أهل اللغة على أن إطلاق اسم «الخمر» على الشيء المسكر من عصير العنب حقيقي، واختلفوا في إطلاقه على الأنبذة المسكرة: فذهب أكثر علماء اللغة - منهم الجوهري، وأبو حنيفة الدينوري، وأبو نصر القشيري، والمجد صاحب القاموس - إلى أن إطلاق اسم «الخمر» على كل شراب مسكر حقيقي؛ سواء أكان متخذًا من ثمرات النخيل والأعنان، أم من غيرهما؛ وسواء أكان نبيئًا أم مطبوخًا. وذهب فريق آخر من أهل اللغة إلى أن إطلاق اسم «الخمر» على النبيء المسكر من عصير العنب حقيقي، وإطلاقه على ما سواه من سائر الأنبذة المسكرة - مجازي. وعلى هذا الاختلاف لغةً اختلف الفقهاء؛ فمنهم من عمّم ومنهم من خصّ:

فالخمر عند الحنفية هي: النبيء من ماء العنب إذا غلا واشتد. والجمهور على أنها: ما أسكر قليله أو كثيره.

ينظر: الصحاح، مادة (خمر) (٢/٣١٠، ٣١١)، ولسان العرب، مادة (خمر) (٢/١٢٥٩)، والقاموس المحيط، مادة (خمر) (٣٤٩)، وتاج العروس، مادة (خمر) (١١/٢٠٩)، ومجمع الأنهر (٢/٥٦٨)، والفواكه الدواني (٢/٢١٢)، وسبل السلام، للصنعاني (٢/٤٤١).

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: التخيير.

ولم يعلم إجماعهم على إقامة حد شرب الخمر بالإقرار^(١) دون رائحة فإن الإجماع لا ينعقد، مع مخالفة عمر وابن مسعود - رضي الله عنهما - و[هما]^(٢) ما أقاما حد شرب الخمر بدون رائحة^(٣)، فإنه روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه أتى إليه برجل [قد]^(٤) شرب الخمر بعد ما ذهب رائحته واعترف به فعزره، ولم يحده^(٥). وروي أن رجلاً يُقال له: هزال^(٦) أتى بابن أخ [له إلى]^(٧) ابن مسعود - رضي الله عنه - [وقال: إنه شرب الخمر، فقال ابن مسعود]^(٨): بسس ولي اليتيم، لا أدبته صغيراً، ولا سترت عليه كبيراً^(٩)، ثم قال: مزموه وتلتلوه واستنكهوه^(١٠)، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه^(١١)، فقد شرط لإقامة الحد قيام رائحة، فإذا لم

(١) في م: الحدود وفي الحدود لا يبطل الإقرار.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: الرائحة.

(٤) سقط في أ.

(٥) تبين الحقائق (١٩٧/٣).

(٦) في م: هزار.

(٧) في م: كذا و.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: فاستنكهوه. والتلتلوه: التحريك، والمزموه: التحريك بعنف، والاستنكهوه: طلب النكهة وهي ريح الفم. ينظر: طلبة الطلبة، ص (٧٨).

(١١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٣٧٠/٧) رقم (١٣٥١٩)، والحميدي في مسنده (٢٠١/١)

رقم (٨٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٤/٥) رقم (٢٨٦٢٥)، والطبراني في المعجم الكبير (١٠٩/٩) رقم (٨٥٧٢)، عن أبي ماجد الحنفي، قال: جاء رجل بابن أخ له إلى عبد الله سكران، فقال: إني وجدت هذا سكران، قال عبد الله: «تزوؤه، ومزموه، واستنكهوه»، قال: فتزوه، ومزوه، واستنكهوه، فوجد منه ريح الشراب فأمر به عبد الله إلى السجن، ثم أخرجه من العبد، ثم أمر بسوط فدقت نمرته حتى أحنث له ومحفقة، ثم قال للجلاذ: «اجلد وأزج يدك، وأعط كل ذي عضو حقه»، فصره صرَباً غير مبرح وجعله في قباء وسراويل - أو قميص وسراويل، ثم قال: «بسس لعمر الله والي اليتيم، ما أدبته فأحسن الأذب، ولا سترت الحزبة»، فقال: يا أبا عبد الرحمن إنه ابن أخي، أجد له من اللوعة ما أجد لولدي، فقال عبد الله: إن الله عز وجل يحب العفو، ولا ينبغي لوال أن يؤتى

توجد الرائحة لا يُقام الحد؛ لانعدام الدليل والإجماع.
 والمعنى في ذلك أنه أقر على نفسه بحد، ولتصديق^(١) إقراره علامة، وهي^(٢)
 الرائحة وجب أن يشترط وجود تلك^(٣) العلامة لتصديقه في إقراره قياساً على ما إذا
 [قال:]^(٤) قطعت يد فلان، فإن كان يد فلان مقطوعة [كان مصدقاً في إقراره]^(٥)،
 والمعنى فيه [الاحتياط لدرء]^(٦) ما أمر الشرع بدرئه بقدر الممكن.
 ثم [إن محمداً]^(٧) رحمه الله يقول في الجامع الصغير: رجل أقر بشرب خمر إن
 جاء وريحها توجد منه يحد، وإن جاء بعد ما ذهب ريحها، لا يؤخذ بالحد، عند
 أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .
 وفي كتاب الأشربة يقول: إذا أتى به ساعة شرب وريحها توجد منه فلولا رواية
 الجامع الصغير، لكان لقائل أن يقول: إن جاء به بعد مضي الساعة التي شرب فيها
 وريحها توجد منه أنه لا يؤاخذ به، وإنما يؤاخذ باجتماع الأمرين، وهو أن يقر^(٨)
 ساعة الشرب^(٩) وأن توجد منه الرائحة.
 وتبين بما ذكر في الجامع الصغير أن ما ذكر في الأصل إذا أتى به ساعة شرب وقع
 اتفاقاً وأن^(١٠) الحكم متعلق بوجود الرائحة لا غير.

= بِحَدِّ إِلا أَقَامَهُ». وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٧٦/٦) وقال: رواه الطبراني، وأبو
 ماجد ضعيف.

- (١) في أ: وتصديق.
- (٢) في أ: وهو.
- (٣) في أ: ذلك.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) سقط في أ، وفي م: كان مصدقاً.
- (٦) في أ: احتياط الدرء.
- (٧) في م: عن محمد.
- (٨) في أ: يقول.
- (٩) في أ: شرب.
- (١٠) في م: أن.

قال محمد في الجامع الصغير: ولا يُحد السكران بإقراره، إذا جاء يقر بشرب^(١) وهو سكران؛ لأن الحد يحتال لدرئه، والسكران في العادة لا يثبت على كلام واحد، بل يتكلم صادقاً وكاذباً فيحتمل أن يقر كاذباً لسكره بخلاف سائر الحقوق، فإنه إذا أقر بها يؤخذ بإقراره؛ لأن سائر الحقوق لا تدرأ بالشبهات فيؤخذ^(٢) بها. فإن قيل في سائر الحقوق: لا عقل ولا تمييز، فيجب ألا يجب كالمجنون قلنا: العقل فإت بسبب هو معصيته فألحق بالصاحي عقوبة عليه، وإنما عرف هذا التخليط بإجماع الصحابة، فإنهم اتفقوا على أن السكران إذا قذف إنساناً يُقام عليه الحد. قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في كتاب الأشربة، وقال: إن أتاك سكران، وهو لا يعقل فأقر بذلك، يحد فلولا رواية الجامع الصغير [كان]^(٣) لقائل [أن]^(٤) يقول: إذا كان سكراناً يعقل شيئاً أخذ بإقراره، فلما عم السكران في الجامع الصغير ولم يخص^(٥)، كان ذلك دليلاً على أن السكران لا يؤخذ بإقراره على كل حال، وهذا لأنه لا يسمى سكراناً ما لم يكن في عقله قصور من وجه، فصار ذلك شبهة في إقراره، فلا يُحد.

وإذا^(٦) أخذه الشهود وهو سكران، أو أخذه وقد شرب خمراً وريحها توجد منه فذهبوا به إلى مصر فيه الإمام، فانقطع ذلك منه يعني الرائحة قبل أن ينتهوا به إلى الإمام، أخذه وحده^(٧)، وهذا عندهم؛ لأن الاحتراز عن مثل هذا غير ممكن، فلا يعتبر مانعاً^(٨)، كما لو ذهبت الرائحة بالمعالجة.

(١) في أ: بالشرب.

(٢) في م: فيؤخذ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في أ: يختص.

(٦) في أ: فإذا.

(٧) في أ: يحده.

(٨) في أ: باتفاق إقامة الحد كما يجوز، وزاد في م: إقامة الحد.

والأصل فيه ما روي أن قومًا شهدوا بين يدي عثمان - رضي الله عنه - على وليد بن عقبة، أو عقبة بن الوليد بشرب الخمر، وهو كان بالكوفة، فحمله عثمان - رضي الله عنه - إلى المدينة، وأقام عليه الحد^(١).

ولو زنا أو سرق حال سكره، يُحد.

ولو أقر بالحدود في حال سكره، لم يحد؛ لأن الإقرار محتمل.

وفي واقعات الناطفي، وفي طلاق شرح الطحاوي: السكران كالصاحي في أقواله وأفعاله إلا في الردة، فإنه لو ارتد لا تبين امرأته، وأحاله إلى آخر كتاب الأشربة.

وفي المنتقى: قال أبو حنيفة - رحمه الله -: ادروا^(٢) عن السكران كل حد يكون لله تعالى: مثل الزنا والشرب، وقال بعد هذا بقليل: كل شيء أخذ به السكران فهو جائز، إلا في الحدود لله تعالى.

وفيه أيضًا: قال أبو يوسف - رحمه الله -: ارتداد السكران كفر في الحكم،

يلزمه فيه ما يلزم العاقل في الحكم.

ولو شهد الشهود على السكران، لا يقام عليه الحد حتى يصحو فإذا^(٣) صحا يقام

عليه الحد، سواء ذهبت رائحة الخمر عنه أو لم تذهب عنه.

ومن هذا الفصل مسائل كثيرة ستأتي^(٤) في كتاب الأشربة - إن شاء الله تعالى -.

السكران إذا قذف إنسانًا يجب^(٥) عليه حد القذف، في آخر الباب الأول من

حدود الجامع الصغير، والله أعلم.

(١) أخرجه مسلم (١٣٣١/٣) كتاب الحدود، باب: حد الخمر، حديث (١٧٠٧/٣٨)، وأبو داود (٥٦٩/٢، ٥٧٠) كتاب الحدود، باب: في الحد في الخمر، حديث (٤٤٨٠)، وابن ماجه (٨٥٨/٢) كتاب الحدود، باب: حد السكران، حديث (٢٥٧١)، والدارمي (٢/١٧٥) كتاب الحدود، باب: في حد الخمر.

(٢) في أ: إذا.

(٣) في أ: فإن.

(٤) في م: تأتي.

(٥) في أ: يحد.

الفصل الثامن

في المتفرقات

رجل زنا بامرأة فأفضاها، فالمسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: [أن]^(١) تكون المرأة كبيرة، وإنه على وجهين أيضاً: إما أن^(٢) كانت المرأة مكرهة أو مطاوعة، وإما أن يكون الإفضاء على وجه يستمسك البول معه أو لا يستمسك، وإما أن يكون ذلك من غير دعوى شبهة أو كان ذلك مع [دعوى]^(٣) الشبهة.

فإن كانت مطاوعة من غير دعوى الشبهة فعليهما الحد؛ [لوجود الزنا]^(٤)، ولا شيء عليه في الإفضاء؛ لوجود الرضا منها^(٥) بالوطء، ورضاها معتبر في حقها، وإن كان [ذلك مع دعوى الشبهة]^(٦)، فلا حد عليهما، ولا شيء في الإفضاء، ويجب العقر.

[وإن كانت مكرهة من غير دعوى الشبهة]^(٧) فعليه الحد، ولا حد عليها، ولا عقر^(٨)؛ لأن الحد مع العقر عندنا لا يجتمعان.

فبعد ذلك ينظر إن كان الإفضاء على^(٩) وجه يستمسك البول معه يجب^(١٠) ثلث الدية، لإيجافها^(١١)، وإن كان الإفضاء على وجه لا يستمسك البول معه يجب كل الدية.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: إذا.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: لوجوه.

(٥) في أ: ههنا.

(٦) في م: شبهة.

(٧) ما بين المعقوفين في أ: في ذلك دعوى لشبهة.

(٨) سقط في م.

(٩) زاد في أ: غير.

(١٠) زاد في أ: معه.

(١١) في م: لأنه أخافها.

ويكون ثلث الدية في الوجه الأول وكل الدية في الوجه الثاني [في مال الجاني؛ لأنه شبه العمد، وموجب شبه العمد في النفس، وفيما دون النفس [في مال الجاني]^(١)، هكذا ذكر المسألة في الأصل.

وذكر في آخر جنایات الجامع الصغير أن ذلك على عاقلته^(٢) جعله خطأ^(٣) من كل وجه، وموجب الخطأ على العاقلة في النفس وفيما دون النفس إذا بلغ خمسمائة.

وإن كان مع الإكراه^(٤) دعوى الشبهة فلا حد عليها، فبعد ذلك ينظر إن كان الإفضاء بحيث يستمسك البول يجب ثلث الدية، [ويجب المهر في ظاهر الرواية، وإن كان الإفضاء بحيث لا يستمسك البول، يجب كل الدية]^(٥)، ولا يجب المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، وعند محمد: [يجب المهر]^(٦).

[محمد]^(٧) يقول: هما مالان مختلفان^(٨) [يجبان]^(٩) لسببين مختلفين لأن المهر يجب بإتلاف المنفعة، والدية تجب بإتلاف العضو، ولهذا يجب العقر مع ثلث الدية، بأن كان الإفضاء بحيث يستمسك البول معه.

وهما يقولان بأن ضمان كل العين ينافي ضمان [جزء منه]^(١٠) حتى لا يتكرر الضمان بمقابلة شيء واحد والدية ضمان إتلاف هذا العضو، والعقر في معنى

-
- (١) في أ: المال.
 - (٢) زاد في أ: الراي.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في أ: الإلزام.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في أ، م.
 - (٨) في م: مختلطان.
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) في أ: حرمة.

[ضمان]^(١) جزء منه في الحكم، والعبرة للحكم فتنافيا^(٢).

وأما إذا وجب ثلث الدية، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يدخل أقلهما في أكثرهما.

والفرق على ظاهر الرواية. أنا إنما أبطلنا ضمان المهر لوجوب ضمان كل العين المنافي لضمان جزئه، وثلث الدية ضمان الإفضاء لا ضمان شيء من العين.

الوجه الثاني: أن تكون المرأة صغيرة يجامع مثلها، فالجواب فيها^(٣) كالجواب في الكبيرة؛ لأن جماع الصغيرة التي يجامع مثلها وطء من كل وجه، وليس بجناية؛ ألا ترى أنه يتعلق به جميع أحكام^(٤) الوطء من حرمة المصاهرة وغيره؛ فكان الجواب فيها كالكبيرة، إلا في خصلة أن رضاها [لا]^(٥) يعتبر في إسقاط أرش الإفضاء؛ لأنها ليست من أهل إسقاط حقها.

الوجه الثالث: أن تكون صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها، فلا حد عليه، بخلاف ما إذا زنا بها فلم يفضها حيث يلزمه الحد، بعد ذلك ينظر^(٦) إن كان الإفضاء يستمسك معه^(٧) البول، فعليه ثلث الدية، ويجب المهر بالإجماع، وإن كان الإفضاء^(٨) لا يستمسك معه البول، فعليه الدية كاملة، فهل يجب المهر؟ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - [لا]^(٩)، وعلى قول محمد - رحمه الله - : يجب.

(١) سقط في م.

(٢) في م: فيتنافیان.

(٣) في أ: فيه.

(٤) في م: حكم.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وينظر.

(٧) في م: به.

(٨) في أ: إفضاء.

(٩) سقط في أ.

ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير في أخذ هذه المسألة^(١) ما إذا كان الإفضاء بالخشب أو الحجر أو الإصبع، وجعل^(٢) الجواب في هذا الفصل نظير الجواب فيما إذا كان الإفضاء بالذكر في جميع الوجوه، إلا أن في هذا الفصل أوجب الأرش والمهر في ماله، وفي الفصل الأول أوجب على عاقلته؛ لمكان العمد في هذا الفصل، ولمكان الخطأ في الفصل الأول.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : لا معنى لذكر المهر في الفصل؛ لأن المهر مخصوص باقتضاء الشهوة دون الجناية كالحجر والإصبع والخشب، فيحتمل أن يكون هذا ملحقاً به تعظيماً لحرمة البضع كما في التقاء الختانيين من غير إنزال ويحتمل أنه وقع سهواً ولهذا وجد في بعض النسخ دون جميعها.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وإنما تعرف التي يجامع مثلها من^(٣) التي لا يجامع مثلها بالسلامة إن سلمت بعد الوطء، علم أنها ممن يجامع مثلها، وإن لم تسلم علم أنها من التي لا يجامع مثلها.

واختلفوا في الإفضاء، منهم من قال: أن يصير مسلك البول والغائط واحداً، ومنهم من قال: [أن يصير]^(٤) مسلك البول والحيض واحداً.

إذا جامع امرأته وأفضاها حتى لا يستمسك البول أو يستمسك، فلا شيء عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -؛ لأن له أن يطأها.

وقال أبو يوسف: إن كان لا يستمسك البول، فعليه الدية في ماله، وإن كان يستمسك، فعليه ثلث الدية.

ولو دق يدها أو فخذها من الوطء فأرشد ذلك في ماله؛ لأنه قد يقع على جسدها في الجماع ويتعمد ذلك، فهذا منه تعمد.

(١) في أ: المسائل.

(٢) في أ: ويجعل.

(٣) في أ: و.

(٤) سقط في أ، م.

وروى ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : رجل جامع امرأته فماتت من ذلك ، فلا شيء عليه ؛ لأنه كان له أن يجامعها .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا جامع امرأته ، يضمن في هذا كله إلا في خصلتين : الإفضاء ، والقتل من الجماع ، قال : وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، فيما حكاه هشام عن محمد - رحمه الله - قال أيضاً : وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - . هذه الجملة من جنایات المتقی .

ذكر في كتاب العلل : إذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها بحيث يستمسك البول ، أو لا يستمسك ، فلا ضمان عليه ، وهو ^(١) قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع وقال : يضمن من ^(٢) الموت والإفضاء ، ثم إذا وجبت الدية على قوله [الآخر] ^(٣) لا يضمن .

إذا ماتت من الجماع ، هل يجب عليه المهر ، لم يذكر هذا في الكتاب ، قالوا : وينبغي أن يجب ، كما لو قتلها من غير جماع .

أبو يوسف - رحمه الله - يقول : الزوج بالجماع يستوفي حق نفسه ، والاحتراز عن التلف ^(٤) ممكن فيتقيد بشرط السلامة ، كما لو رمى سهمًا إلى صيد ، وكما إذا قبل امرأته ، [وكما إذا ضرب امرأته لتعود إلى ملجئها] ^(٥) فإن في هذه الصورة [يتقيد بشرط السلامة حتى إذا حصل في هذه الصور التلف] ^(٦) يجب الضمان .

وإنما قلنا : إن الزوج استوفي حق نفسه ؛ لأن الزوج مع المرأة إن استويا في قضاء الشهوة من الجماع إلا أن منفعة الزوج فيه راجحة ؛ لأن المطلوب من الجماع الولد ،

(١) في أ : وهذا .

(٢) في أ : في .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ : الثلث .

(٥) في أ : لتعود إلى مضجعها .

(٦) سقط في أ .

ومنفعة الأب راجحة في الولد، فإن النسب في^(١) الآباء، [ولهذا كانت]^(٢) جميع النفقة على الأب، وإذا ترجح جانب الأب في الجماع، والعبرة للراجع، صار الأب بالجماع مستوفياً حق نفسه، والاحتراز عن التلف ممكن^(٣)؛ بألا يبالي في الجماع حتى لا يفضي إلى التلف، ومثل هذا يتقيد بشرط السلامة على ما ذكرنا.

وأبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - قالوا: الفعل واحد حقيقة وحكمًا؛ أما حقيقة فظاهر، وأما حكمًا لأن المتلف شيء واحد، وهو النفس، وقد وجب ضمان المهر للأب لو أوجبت الدية فقد أوجبتا ضمانين بمقابلة مضمون واحد، وهو منافع البضع.

بيان هذا الكلام أن منافع البضع حال ورود العقد عليها بمنزلة جزء عين^(٤) منها كاليد والرجل، فمتى أوجبتا الدية بالقتل تصير بعض الدية بإزاء منافع البضع؛ [لأنها بعض النفس^(٥) حكمًا، وقد بقي منافع البضع]^(٦) مضمونة بالمهر، فيصير بإزائها جزء [من]^(٧) ضمان المهر وبعض الدية، ولا يجب ضمانان بمقابلة مضمون واحد. وليس كما [لو]^(٨) زنا بحرة وماتت؛ لأن ثمة فعلين^(٩) من حيث الحكم؛ [لأن المتلف بالوطء من حيث العقد إنما يعتبر عينًا حكمًا]^(١٠) حال ورود العقد عليها فإذا عري عن العقد يعتبر منفعته^(١١)، فالمتلف [في الوطاء]^(١٢) هناك المنفعة وبالقتل

(١) في أ: من.

(٢) في أ: ولهذه كان.

(٣) زاد في أ: في الجملة.

(٤) في أ: وعين.

(٥) في أ: التعبير.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: فعلان.

(١٠) في أ: أن المتلف بالوطء المتعة من حيث العقد وإنما يعتبر حكمًا.

(١١) في أ: حقيقة.

(١٢) في أ: بالوطء.

النفس، والمنفعة مع العين مختلفان، ولهذا كان منافع الحر مالا، ولم تكن النفس مالا فأما^(١) حال ورود العقد منافع^(٢) البضع في حكم جزء عين كاليد والرجل؛ فمتى أوجبنا الدية، يصير بعض^(٣) الدية بمقابلتها، وليس كالقبلة والضرب؛ لأنه لا عوض بإزاء القبلة والضرب؛ ألا ترى لو قبلها من غير خلوة أو ضربها، لا يتأكد به المهر، وإذا لم يجز أن يكون وجوب المهر مضافاً إلى الضرب وإلى القبلة، بقي الوطاء^(٤) مضافاً إلى العقد، فصار شيئين^(٥)، قتل، وعقد، فأما بالوطء يتأكد المهر بعد أن كان على شرف السقوط، وللتأكيد حكم الإثبات في حق بعض الأحكام، فأمكن أن يجعل^(٦) وجوب المهر مضافاً إلى الوطاء متى وجد الوطاء والقتل حصل به فقد^(٧) بقي الوطاء مضموناً بالمهر ضرورة؛ إذ لا يخلو الوطاء عن^(٨) موجب في دار الإسلام، فمتى أوجبنا الدية يصير بعض الدية بإزاء منافع البضع، فيصير بإزاء متلف واحد عوضان^(٩).

وفي الجامع الصغير: إذا زنى بجارية فقتلها، فعليه الحد، ويضمن قيمتها، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن عليه قيمتها، ولا حدّ عليه، فكان المذكور في الجامع الصغير قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .
وجه قول أبي يوسف - رحمه الله -، أن هذه جناية اتصل بها الموت فيصير قتلاً

(١) في أ: أما.

(٢) في أ: فمنافع.

(٣) في أ: بعقد.

(٤) في أ، م: الوجوب.

(٥) في أ: شيئين، وفي م: سبيان.

(٦) زاد في أ، م: بعض.

(٧) في أ، م: وقد.

(٨) في م: من.

(٩) في أ: عوضا.

من الأصل، ولا يبقى زنا من حيث الاعتبار، كقطع اليد إذا اتصل به الموت فإنه يصير قتلاً من الأصل، ولا يبقى قطعاً من حيث الحكم، والاعتبار، عرف ذلك في موضعه كذا هنا.

وأبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - قالوا: بأنه وجد منه الزنا والقتل، فيجب عليه الحد بسبب الزنا^(١)، وضمان القيمة بسبب القتل، كما لو زنا بها ثم خنق^(٢) رقبتها.

بيانه: أن ابتداء^(٣) الفعل هاهنا لم يصير قتلاً؛ لأن الوطء^(٤) غير موضوع للقتل حتى يعتبر ابتداءه قتلاً بحكم الوضع^(٥)، ولم يتصل الموت بابتدائه حتى يعتبر قتلاً ضرورة؛ لاتصال الموت به، وإذا لم يصير ابتداء [هذا]^(٦) الفعل قتلاً بقي زنا، وإنه كاف لإيجاب الحد، فوجب الحد باعتبار ابتداء الفعل، وصار آخره قتلاً؛ لاتصال الموت به، فوجب القيمة بآخر هذا الفعل، بخلاف قطع اليد؛ لأن هناك القطع من الابتداء صار قتلاً؛ لأن القطع سبب الموت؛ لأنه جراحة، والجراحة فتح لباب الروح^(٧)، فإذا حصل الموت صار مضافاً إلى ابتداء القطع، فصار القطع قتلاً من ابتدائه، أما هنا بخلافه.

وإذا زنا بامرأة ميتة، فلا حد عليه، والأصل [فيه]^(٨) ما روي أن بهلول النباش^(٩) فعل ذلك على عهد رسول الله ﷺ^(١٠) فلم يقم الحد عليه، ولكن يجب التعزير؛

(١) في أ، م: الضمان.

(٢) في أ، م: حزر.

(٣) في أ: انقضاء.

(٤) في م: الموضع.

(٥) في أ: الوطء.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: الموت، وفي م: المروج.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) له ذكر في الإصابة في تمييز الصحابة (٤٦٠/١).

(١٠) خزانة الأكملة (٢٢٦/٢)، لسان الحكام، ص (٣٩٨).

لأنه ارتكب فعلاً محرماً، وليس فيه حد مقدر شرعاً. وإذا وطئ بهيمة، لا يجب الحد؛ لانعدام الاشتها، وتذبح البهيمة إن لم تكن مأكولة اللحم، ثم تحرق بالنار، ولا تحرق قبل الذبح؛ لأن فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة.

ويضمن الفاعل قيمة الدابة، إن كانت الدابة لغيره؛ لأنها قتلت لأجله حتى لا يعير بها.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : الإحراق بالنار جائز وليس بواجب.

وإن كانت الدابة مأكولة اللحم، فإنها تُذبح وتؤكل^(١) عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ولا تُحرق بالنار، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : تحرق بالنار، ثم يضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت الدابة لغيره.

وفي المنتقى: إذا كانت الدابة لغير الفاعل، فيطلب^(٢) إلى صاحبها أن يدفعها إليه، يعني إلى الفاعل بقيمتها من مال [الفاعل]^(٣)، ثم يذبحها ويحرقها، إن كانت مما لا يؤكل لحمها، وإن كانت مما يؤكل لحمها يذبحها ولا يحرقها.

وإذا غضب جارية فزنا بها، ثم ماتت، وضمن قيمتها، ولا حد عليه عندهم جميعاً؛ لأن ضمان الغضب [يفيد الملك في المضمون من وقت الغضب]^(٤)، وإذا ملكه من وقت الغضب ظهر أن ما استوفى من ملك نفسه، فلا يجب الحد.

ولو زنا بها ثم غضبها بعد ذلك وضمن قيمتها، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : لا يسقط الحد، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف

(١) في أ، م: ثم تؤكل.

(٢) في أ: يطلب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

- رحمه الله - من غير رواية الأصول في المسألة التي [تلي] ^(١) هذه المسألة يجب أن يسقط الحد هاهنا.

وأما إذا زنا بأمة ثم اشتراها، ذكر في ظاهر الرواية أنه يُحد عندهم جميعاً، وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في غير رواية الأصول أنه يسقط الحد.

وكذلك ^(٢) إذا زنا بحرة، ثم تزوجها، فهو على هذا، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الحدود.

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - فيمن زنا بجارية ثم اشتراها، روى عن أبي حنيفة - رحمه الله - [أنه لا حد عليه، ولم يرو عن أبي يوسف - رحمه الله - نصاً] ^(٣).

ولقائل أن يقول: عليه الحد، إلا أن الفقيه أبا جعفر نص ^(٤) عن شيخه أبي بكر - رحمه الله - أنه لا اختلاف فيه.

وفي القدوري: إذا زنى بأمة ثم اشتراها أو زنى بحرة، ثم تزوجها فعن أبي حنيفة - رحمه الله - ثلاث روايات: روى عنه محمد - رحمه الله - أن عليه الحد في ذلك كله، وهو قول محمد - رحمه الله -، وعلل فقال: لأن الشهود شهدوا أنه قد زنى بها، فلا أبالي بوجود الشراء والنكاح بعد.

وفقه هذا التعليل: أن المستوفى بالوطء قد ذهب وتلاشى ولا يتصور ثبوت الملك فيما تلاشى، فلا تصير شبهة.

وروي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا حد عليه [في النكاح] ^(٥) إذا تزوجها بعد الزنا ^(٦)، ولم يتعرض لفصل الشراء.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: وكذا.

(٣) في أ، م: نصاً قال.

(٤) تكرر في أ: بعد قول: شيخه أبي بكر.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ، م: الزوال.

وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - : عليه^(١) الحد، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، أنه قال: يجب الحد في النكاح، ولا يجب في الشراء. فإذا^(٢) زنا بامرأة ثم قال: اشتريتها، فلا حد عليه، سواء كانت حرة أو أمة، أما إذا كانت أمة فلا إشكال؛ لأن شراء الأمة صحيح، فقد ادعى دعوى صحيحة فإن لم يثبت ما ادعى لعجزه عن إقامة البينة، تثبت شبهة ما ادعى، والشبهة كافية لدرء الحد، وأما إذا كانت حرة فكذلك أيضًا؛ لأن شراء الحرة كناية عن النكاح، فصار دعوى الشراء في الحرة ودعوى النكاح سواء، ولو ادعى النكاح لا يُحد واحد منهما، فكذلك هذا.

وهذه المسألة تدل على أن النكاح ينعقد بلفظ^(٣) البيع والشراء خلافاً لما يقوله^(٤) بعض أصحابنا.

وفي متفرقات [الفقيه]^(٥) أبي جعفر - رحمه الله - : ذكر علماؤنا - رحمهم الله - في كتاب الحدود أن القاضي إذا أمر بالرجم فإن الناس يرمونه، قال: وذكر بعض أصحابنا - رحمهم الله - أن هذا على ثلاثة أوجه:

إما أن يكون القاضي فقيهاً، عدلاً، صالحاً، أو عدلاً غير فقيه، أو يكون فقيهاً غير عدل، فإن كان فقيهاً عدلاً، فإن القوم يسعهم أن يرموه بقوله.

وإن كان عدلاً غير فقيه، فإن القوم لا يسعهم أن يرموه ما لم يسألوا^(٦) القاضي، من شهد؟ وكيف شهدوا؟ وإذا كان فقيهاً غير عدل فإنه لا يسعهم أن يرموه بقوله، ما [لم يعاينوا]^(٧) الشهود ويسمعوا منهم الشهادة.

(١) في أ: يقام عليه.

(٢) في أ: وإذا.

(٣) في أ: بلفظة.

(٤) في م: يقول.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: يسأله.

(٧) في أ: يقاموا.

قال: وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أن القاضي وإن كان فقيهاً عدلاً فإن القوم لا يسعهم أن يرحموه بقوله، قال: وهذا [كان خاصاً]^(١) بالنبي ﷺ. أما في يومنا فلا يسعهم.

وفي الجامع الصغير^(٢): رجل دفع امرأة بكرًا أجنبية^(٣)، فسقطت فذهبت عذرتها، فعليه مهر المثل في ماله، والتعزير، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة، ولو دفع امرأته ولم يدخل بها، فذهبت عذرتها ثم طلقها فعليه نصف المهر في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وإحدى الروایتين عن أبي يوسف - رحمه الله - .
وأما عند زفر، وهو رواية محمد - رحمه الله - عن أبي يوسف عليه^(٤) جميع المهر.

ولو^(٥) دفع امرأة غيره فذهبت عذرتها ثم تزوجها^(٦)، فلها مهران، [هكذا حكى]^(٧) عن أبي جعفر وأبي نصر الدبوسي - رحمه الله - .
وفي العيون: جارية دفعت جارية أخرى فذهبت عذرتها، قال محمد - رحمه الله - : عليها صداق مثلها؛ بلغنا عن عمر - رضي الله عنه - في جارتين تدافعتا في حمام فذهبت عذرة إحداهما، فضمن الأخرى صداق مثلها^(٨)، وقد وقعت هذه المسألة ببخارى.

إذا وطئ^(٩) جارية بكرًا لإنسان، ذكر في باب الكسب والغلة من الزيادات: أن

(١) في أ: خاص.

(٢) في أ: الأصغر.

(٣) زاد في أ: فسقطت.

(٤) في أ: فعليه.

(٥) في أ: وإن.

(٦) زاد في أ: ودخل بها.

(٧) في أ، م: حكاها.

(٨) عيون المسائل، للسمرقندي، ص (٢٣٠).

(٩) في م: وطئت.

البائع إذا وطئ المبيعة قبل التسليم، وفرع على قولهما لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجب العقر لو [كانت ثيباً] ^(١) أو بكرًا، وعندهما يجب العقر، فإنه قال: إذا كانت بكرًا يجب العقر، ويجب نقصان البكارة عندهما، ويدخل الأقل في الأكثر، فعلى هذا إذا وطئ جارية بكرًا للإنسان، ولم يجب الحد ينبغي أن ينظر إلى أكثرهما، ويجب ذلك، والله أعلم.



(١) في أ: كان ثيباً.

كتاب السرقة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على ثمانية^(٢) فصول:

الأول: في بيان [الشروط التي لا بد]^(٣) منها لوجوب القطع، وإنها كثيرة

(١) السرقة: بفتح السين، وكسر الراء، ويجوز إشكان الراء، مع فتح السين، وكسرهما، يقال: سرق - بفتح الراء-، يسرق - بكسرهما - سرقاً، وسرقة، فهو سارق، والشيء مسروق، وصاحبه مسروق منه، فهي لغة: أخذ الشيء من الغير خفية، أي شيء كان. واضطلاحاً:

عرفها الحنفية: بأنها أخذ مكلف عاقل بالغ خفية قدر عشرة دراهم. وعرفها المالكية: بأنها أخذ مكلف حرّاً لا يعقل لصغره، أو مالاً محترماً لغيره نصاباً أخرجه من حرزه، وبقصد واحد خفية لا شبهة له فيه.

وعرفها الشافعية: بأنها أخذ المال خفية، ظلمًا، من غير حرز مثله بشروط. وعرفها الحنابلة: بأنها أخذ مال محترم لغيره، وإخراجه من حرز مثله. ينظر: الصحاح (١٤٩٦/٤)، المغرب في ترتيب المعرب (٣٩٣/١)، المصباح المنير (٤١٩/١)، وينظر: درر الحكام (٧٧/٢)، حاشية ابن عابدين (٨٢/٤)، الخرشبي على المختصر (٩١/٨)، مغني المحتاج (١٥٨/٤)، تهذيب الأسماء، للنووي (١٤٨/٢)، المغني، لابن قدامة (١٠٤/٩)، كشف القناع (١٢٩/٦).

وانفق الفقهاء على أن السرقة حرام؛ لترتب العقوبة عليها بالقطع كما قال الله - تعالى -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾؛ ولأنه ثبت في الصحيح من حديث عروة بن الزبير - رضي الله عنه -، عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها-: «أن قريشا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا: ومن يكلم فيها رسول الله ﷺ؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ فكلمه أسامة فقال رسول الله ﷺ: أتشفع في حد من حدود الله، ثم قام فاختطب ثم قال: إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» [أخرجه البخاري (١٣٦٦/٣)، باب: ذكر أسامة بن زيد - رضي الله عنه - برقم (٣٥٢٦)، ومسلم في صحيحه (١٣١٥/٣) باب: قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود برقم (١٦٨٨)].

وحد السرقة يجب إقامته على الشريف والضعيف ولا يحل تعطيله؛ لا بشفاعة ولا بهدية ولا بغيرهما ولا تحل الشفاعة فيه.

ينظر: تبين الحقائق (٢١٢/٣)، العناية شرح الهداية (٣٥٥/٥)، المقدمات الممهيات (٣٢٨/٢)، بداية المجتهد (٤٤٧/٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة (١٤١٥/٣)، أسنى المطالب (١٣٧/٤)، تحفة المحتاج (١٢٤/٩)، المغني، لابن قدامة (٩٤/٩)، مطالب أولي النهي (٢٣١/٦)، شرح حدود ابن عرفة، ص (٥٠٤).

(٢) في أ، م: ثمان.

فمن جعلتها: الخفية والاسرار [ابتداء وانتهاء]^(١)، أو ابتداء؛ بأن ينقب البيت على سبيل الخفية والاسرار ليلاً، ثم يأخذ المال [ممن في يده، على سبيل المكايدة منه جهازاً، بأن يستيقظ^(٢) صاحب اليد، وأخذ المال]^(٣) مكايدة منه. ومن جعلتها: أن يكون المسروق عشرة أو ما تبليغ قيمته عشرة دراهم، قال ﷺ: «لا قطع في أقل من عشرة»^(٤)، [ويعتبر عشرة]^(٥) دراهم [مضروبة]^(٦) حتى لو سرق [تبراً يزن عشرة دراهم [مضروبة]^(٧)، إلا أن قيمتها أقل من عشرة دراهم]^(٨) مضروبة لا يقطع^(٩)، هكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله -، وابن سماعه عن محمد - رحمه الله -، وهكذا ذكر القدوري - رحمه الله - [في شرحه، إلا أنه لم ينسب هذا القول إلى أحد]^(١٠).

(٣) في أ، م: الشرائط التي لا يدخل.

(١) سقط في م.

(٢) في م: أسقط.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤٦٥/٦) كتاب الحدود، باب: من قال: لا قطع في أقل من عشرة دراهم، رقم (٢)، وفي إسناده محمد بن إسحاق وهو معنعن لا يحتج به. ينظر: نيل الأوطار، للشوكاني (٥٧٧/٤).

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: تبلغ.

(١٠) اختلف العلماء في قدر النصاب في السرقة. فمنهم من قدره بربع دينار، أو ما قيمته ربع دينار وقت إخراجته من حرزه. ومنهم من قدره بربع دينار، أو ثلاثة دراهم، أو ما تساوي أحدهما وقت إخراجته من حرزه. ومنهم من قدره بربع دينار، أو ثلاثة دراهم، أو ما قيمته تساوي ثلاثة دراهم وقت إخراجته من حرزه. ومنهم من قدره بعشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم وقت إخراجته من حرزه، ووقت الحكم بالقطع. ومنهم من قال غير ذلك. حتى إن بعض الباحثين قد أوصل هذه الأقوال إلى أحد عشر قولاً، وبعضهم أوصلها إلى ستة عشر وبعضهم أوصلها إلى عشرين.

أما اشتراط النصاب: فيرى جمهور الفقهاء أن السارق لا يقطع إلا إذا سرق نصاباً. ويرى أهل الظاهر، والخوارج، وطائفة من المتكلمين أنه يقطع في القليل والكثير، وليس هناك =

نصاب محدود لوجوب القطع في السرقة. =
استدل الجمهور بالسنة والإجماع:
أما السنة: فأولاً: ما رواه أحمد، والنسائي، ومسلم، وابن ماجه، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لَا تُقَطَّعُ يَدُ السَّارِقِ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا». وثانياً: ما رواه أحمد، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «اقْطَعُوا فِي رُبْعِ دِينَارٍ، وَلَا تَقْطَعُوا فِيمَا هُوَ أَذْنَى مِنْ ذَلِكَ». وثالثاً: ما رواه النسائي، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لَا تُقَطَّعُ يَدُ السَّارِقِ فِيمَا دُونَ ثَمَنِ الْمَجْنُ. قيل لعائشة: ما ثمن المجن؟ قالت: ربع دينار». فهذه الأحاديث صريحة في اعتبار النصاب شرطاً لوجوب القطع.
وأما الإجماع: فإن الصحابة رضوان الله عليهم قد اتفقوا على اعتبار النصاب شرطاً لوجوب القطع، وما وقع بينهم من خلاف فإنما هو في مقداره، واختلافهم في المقدار إجماع منهم على اعتبار النصاب شرطاً لوجوب القطع.
وأجيب عنه: بمنع الإجماع، فإن الحسن البصري كان يوجب القطع بمطلق السرقة، فلو كان هناك إجماع لما خالفه الحسن مع قربته من زمن الصحابة، وشدة احتياطه في أمور الدين.
ويدفع هذا الجواب، بأنه لا دليل على مخالفة الحسن البصري للإجماع؛ فإن النقول عنه مضطربة، لا تقدر في صحة الإجماع، فكما روي عنه من طريق: أنه كان يوجب القطع بمطلق السرقة، فقد روي عنه من عدة طرق: أنه يعتبر النصاب، وخلافه إنما هو في المقدار، فلو عولنا على ما روي عنه في ذلك لكان الأولى بالاعتبار ما رواه الكثير عنه، وهو الموافق للإجماع.
واستدل أهل الظاهر، ومن وافقهم بالكتاب والسنة:
أما الكتاب فعموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ فإن الله تعالى قد رتب القطع على السرقة، فكانت هي العلة؛ ضرورة أن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلة ما منه الاشتقاق، وذلك يقضي بوجوب القطع متى تحققت علة، من غير فرق بين سرقة القليل والكثير؛ لأن اسم السرقة يطلق على أخذ كل منهما.
وأجيب عنه: بأن عموم الآية مخصوص بالأحاديث التي ذكرناها أدلة لجماهير الفقهاء على اعتبار النصاب.
فاسم السرقة، وإن كان يتناول أخذ القليل والكثير، إلا أن أقل ما يجب فيه القطع هو سرقة مقدار خاص.
وُدْفِعَ هذا الجواب: بأن الأحاديث الدالة على اعتبار النصاب أخبار آحاد، لا تفيد إلا الظن، فلا تصلح مخصصة لعموم الآية.
ويجاب عن هذا الدفع: بأن العام مختلف في دلالة هل هي ظنية أو قطعية؟ ومع هذا الاختلاف فلا يتم الدفع؛ لأن القائلين بظنيته لهم أن يقولوا: إن هذه الأحاديث تصلح مخصصة للعموم في الآية؛ لتساويهما في الظنية.

أما القائلون بقطعيتها فلهم أن يقولوا: إن هذه الأحاديث متواترة معنى؛ لأنها رويت من طرق كثيرة، فهي قطعية الدلالة في المعنى المشترك، وهو اعتبار النصاب؛ فتصلح أن تكون مخصصة لعموم الآية.

وأما الشئفة: فما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ» فقد رتب النبي ﷺ القطع على سرقة البيضة؛ كما رتبته على سرقة الحبل، ومعلوم أن من الحبال ما لا يساوي دانقاً، ومن البيض ما لا يساوي فلساً، وذلك يفيد القطع في القليل والكثير بدون تحديد بمقدار. وأجيب عنه بوجهين:

الأول: أن المراد بالبيضة بيضة الحديد التي تجعل على الرأس في الحرب، ولا شك أن لها قيمة، وبالحبل ما قيمته ثلاثة دراهم فأكثر؛ كحبال السفينة، ويدل لذلك ما قاله الأعمش وهو راوي الحديث: كانوا يرون أنه بيض الحديد، والحبل كانوا يرون أن منها ما يساوي دراهم.

الثاني: أن ما جاء في الحديث من القطع بسرقة البيضة والحبل خرج مخرج التحذير بالقليل من الكثير، كما جاء في معرض الترغيب بالقليل في الكثير قوله ﷺ فيما رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما: «مَنْ بَنَى لِلَّهِ مَسْجِدًا وَلَوْ كَمَفْحَصِ قِطَاةٍ لَبِيضُهَا، بَنَى اللَّهُ لَهُ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ» فإن المقصود من هذا الحديث المبالغة في الترغيب في بناء المساجد.

ولا يتحقق ذلك ببناء مسجد كمفحص قِطَاةٍ؛ فإن مفحص القِطَاة لا يكون مسجدًا، لعدم نفعه، ولكن مقام الترغيب في بناء المساجد اقتضى ذلك؛ فكذلك مقام التحذير من السرقة والمبالغة في التنفير منها اقتضى تنزيل ما لا قطع فيه بمنزلة ما فيه القطع؛ فلا دلالة في الحديث على وجوب القطع في سرقة القليل.

هذا، والتأويل الثاني أولى من التأويل الأول، فإن الأول وإن كان ممكنًا في ذاته إلا أنه مخالف للأسلوب العربي في مثل هذا المقام؛ فإن مقام التنفير عن شيء يقتضي التحذير من قليله؛ الذي يدعو إلى تناول كثيره، لا التحذير من الكثير المفهم ألا حرج في القليل، فإنه ليس من عادة العرب والعجم أن يقولوا: فَتَبَّحَ اللَّهُ فَلَانًا عَرَّضَ نَفْسَهُ لِلضَّرْبِ فِي عَقْدِ جَوْهَرٍ، وتعرض للعقوبة في جراب مسك، وإنما العادة في مثل هذا أن يقال: لعنه الله تعرض لقطع يده في حبل رث أو رداء خلق، وكل ما كان نحو ذلك كان أبلغ في التنفير، وأوقع في التحذير من سوء عاقبة السرقة فيما قل أو كثر، فإن سرقة الشيء اليسير الذي لا قيمة له: كالبيضة المذرة، والحبل الخلق إذا تكررت دفعته إلى سرقة ما فوقها، وهكذا حتى يبلغ قدر ما تقطع فيه اليد فتقطع.

فكأن النبي ﷺ قال: فليحذر السارق هذا الفعل قبل أن تملكه العادة، ويتمرن عليها؛ ليسلم سوء عاقبته.

ويمكن الاعتذار عن الأعمش بأن غرضه: أنه لا قطع في سرقة القليل؛ بل يكون القطع في النصاب، كربع دينار، ولعله استند في قوله إلى ما أخرجه البيهقي عن أمير المؤمنين علي

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -^(١) ما يدل على أن المضروبة وغير المضروبة على السواء؛ فكأنه اعتبر نصاب السرقة بنصاب الزكاة.
وقيل: يعتبر عشرة دراهم [بوزن سبعة، كما في باب الزكاة.
وإذا وجب تقويم المسروق بعشرة دراهم]^(٢) بعد هذا اختلفت الروايات: روى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يقوم بعشرة دراهم [نقد البلد الذي تروج بين الناس في الغالب، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقوم بعشرة دراهم]^(٣) هي أعز النقود [في البلد]^(٤).
ولو سرق عشرة دراهم زيوفاً^(٥) أو نهرجة، قال محمد - رحمه الله -: لا أقطعه إلا فيما يجوز بين الناس.
وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف: إذا سرق عشرة دراهم ردية، وهي تجوز بين الناس أنه يقطع.
وروى ابن^(٦) مالك عنه: أنه لا يقطع، قال: وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله -،

= رضي الله عنه أنه قطع يد سارق في بيضة من حديد ثمنها ربع دينار.
وعلى كل من التأويلين لا دلالة في الحديث على عدم اعتبار النصاب شرطاً لوجوب القطع.

هذا، والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اعتبار النصاب شرطاً لوجوب القطع؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة مخالفيه، ولأن القطع عقوبة شديدة في ذاتها؛ فلا ينبغي أن يصار إليها حتى يكون المسروق مما تضمن به النفوس، ولا تتسامح فيه الطباع، والقليل ليس شأنه ذلك؛ فإن النفوس لا يلحقها بفقده ضرر بل قد تلام إذا منعت من الغير أو ضنت به على طالبه أو آخذه.

ينظر: بدائع الصنائع (٧/٧٧)، درر الحكام (٢/٧٧)، الجوهرة النيرة (٢/١٦٤)، شرح فتح القدير (٥/٣٥٦).

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: ستوقا.
- (٦) زاد في أ: أبي.

أنه لا يقطع في السرقة في أقل من عشرة دراهم جياذ مما يجوز بين الناس .
وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - لا يقطع في عشرة دراهم سود^(١)
[ولا غلة]^(٢) حتى يكون وضحا .

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في الزيوف والنبهجة : أنها إذا كانت
لا تساوي عشرة دراهم أنه لا يقطع .

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يقطع^(٣) في إناء فضة
حتى يكون وزنه عشرة دراهم ، وقيمته عشرة دراهم .

ويعتبر أن يكون قيمة المسروق وقت السرقة عشرة دراهم ، ووقت القطع كذلك ،
كذا ذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه .

ولو كانت قيمته وقت السرقة عشرة دراهم فانتقص بعد ذلك ينظر : إن انتقص
لنقصان العين لا يسقط القطع عن السارق ، وإن انتقص من حيث السعر ، سقط القطع
عن السارق في ظاهر الرواية ، إلا رواية عن محمد - رحمه الله - ؛ وهذا لأن نقصان
العين مضمون على السارق ، والضمان قائم مقام المضمون ، فكان العين قائماً^(٤) من
كل وجه ، وهناك لا يسقط القطع عن السارق ، فأما نقصان السعر فغير مضمون على
السارق ، فلم يكن العين قائماً لا حقيقة ولا معنى ؛ فلهذا لا يجب القطع .
وذكر الطحاوي - رحمه الله - في مختصره : أن المعتبر قيمة المسروق يوم
إخراجه^(٥) .

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد إذا سرق ثوباً قيمته عشرة دراهم ، فأخذ في
بلد آخر^(٦) وقيمته فيه ثمانية دراهم أدرأ عنه القطع .

(١) في أ : ستوفة .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ ، م : قطع .

(٤) في أ : قام ثمة .

(٥) في أ ، م : الإخراج .

(٦) في أ : أخرى .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا سرق ثوباً^(١) يساوي عشرة فارتفع إلى القاضي وهو يساوي تسعة لا يُقطع .

ومن جملة ذلك : أن يكون المسروق متقومًا وألا يوجد جنسه مباح الأصل في دار الإسلام، وألا يكون تافهًا، ولا يتسارع إليه الفساد، حتى لا يجب القطع بسرقة الخمر لعدم التقوم، ولا يجب القطع بسرقة الجص والنورة؛ لأن هذه الأشياء يوجد مباح الأصل في دار الإسلام، وكذلك لا يجب القطع بسرقة الثمار الرطبة واللحم؛ لأنه مما يتسارع إليه الفساد، وستأتي مسألة الثمار بعد هذا إن شاء الله تعالى . وهذا لأن النص الموجب للقطع ورد في الدراهم، والدراهم مال نفيس متقوم، ولا يتسارع إليه الفساد، وليس بتافه، فكل ما كان في معنى الدراهم من كل وجه كان النص الوارد في الدراهم واردًا فيه دلالة، وما لا فلا .

والخمر ليس نظير الدراهم في التقوم، وما يتسارع إليه الفساد ليس بنظير الدراهم في المالية؛ لأنه لا يرغب فيما يتسارع إليه الفساد، وما يوجد [من]^(٢) جنسه مباح الأصل وهو تافه، كالجص والنورة ليس نظير الدراهم في المالية والنفاسة؛ لأنه لا يرغب في هذه الأشياء كل واحد، كما يرغب في الدراهم، إنما يرغب فيها أهل صناعته .

والنص الوارد في الدراهم لا يكون واردًا في هذه الأشياء، كيف وإن في بعض هذه الأشياء نصًا ينفي القطع، وهو قوله ﷺ : « لا قطع في ثمر »^(٣)، وعن عائشة -

(١) سقط في م .

(٢) سقط في أ، م .

(٣) أخرجه النسائي (٨/٨٦، ٨٧) كتاب قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه، والترمذي (٤/٥٢) كتاب الحدود، باب: لا قطع في ثمر ولا كثر، حديث (١٤٤٩)، والشافعي في «الأم» (٦/١٣٣)، والدارمي (٢/١٧٤) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه من الثمار، والحميدي (١/١٩٩) رقم (٤٠٧)، والطيالسي (١/٣٠١-منحة) رقم (١٥٣٥)، وابن ماجه (٢/٨٦٥) كتاب الحدود، باب: لا يقطع في ثمر ولا كثر، حديث (٢٥٩٤)، وابن حبان (١٥٠٥-موارد)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/١٧٢) كتاب الحدود، باب:

سرقه الثمر والكثير، والبيهقي (٢٦٣/٨) كتاب السرقة، باب: القطع في كل ما له ثمن إذا سرق من حرز، كلهم من طرق عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: فذكره. قال الترمذي: هكذا روى بعضهم عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن رافع بن خديج نحو رواية الليث بن سعد، وروى مالك بن أنس هذا الحديث عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ ولم يذكروا فيه عن واسع بن حبان. والطريق الذي أشار إليه الترمذي. أخرجه مالك (٨٣٩/٢) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، حديث (٣٢)، وأبو داود (٥٤٩/٤) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، حديث (٤٣٨٨)، والنسائي (٨٧/٨) كتاب قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه، والدارمي (١٧٤/٢) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه من الثمار، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٧٢/٣) كتاب الحدود، باب: سرقة الثمر والكثير، والطبراني في «الكبير» (٤/٢٦٠، ٢٦٢)، والبيهقي (٢٦٢/٨) كتاب السرقة، باب: القطع في كل ما له ثمن، الخطيب في «تاريخ بغداد» (٣٩١/١٣)، والبغوي في «شرح السنة» (٤٨٥/٥) من طرق عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن رافع بن خديج به. وهذا الطريق فيه انقطاع بين محمد بن يحيى بن حبان ورافع بن خديج. وقد اتفق أربعة من الثقات على وصله بذكر واسع بن حبان فيه وهم سفيان بن عيينة عند النسائي والشافعي والحميدي وابن حبان، والطحاوي، والبيهقي، والليث بن سعد عند الترمذي، والنسائي وزهير بن محمد عند الطيالسي، وسفيان الثوري عند النسائي، هؤلاء الأربعة اتفقوا على رواية هذا الحديث عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن رافع وهؤلاء ثقات فيجب قبول زيادتهم في الإسناد أو المتن. وقد رواه أبو أسامة أيضاً عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن رجل من قومه عن رافع بن خديج. أخرجه الدارمي (١٧٤/٢) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، والنسائي (٨٨/٨) كتاب قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه. وقد وقع في رواية للدارمي والنسائي أيضاً أن الرجل هو أبو ميمون أخرجه الدارمي (١٧٤/٢) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، والنسائي (٨٨/٨) كتاب قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه من طريق عبد العزيز بن محمد عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى ابن حبان عن أبي ميمون عن رافع به. قال النسائي: هذا خطأ وأبو ميمون لا أعرفه. وللحديث طريق آخر: أخرجه النسائي (٨٦/٨، ٨٧)، والطبراني في «الكبير» (٤/٢٤٧) رقم (٤٢٧٧) من طريق الحسن بن صالح عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد بن أبي بكر عن رافع بن خديج. وأخرجه النسائي (٨٨/٨) من طريق بشر بن المفضل عن يحيى بن سعيد أن رجلاً من قومه حدثه عن عمه له عن رافع. والروايتان ضعيفتان. وخلاصة القول: إن أصح طرق الحديث طريق الليث وسفيان بن عيينة اللذين رواه عن يحيى بن محمد عن عمه واسع بن حبان عن رافع وقد صححه من طريق سفيان بن حبان في صحيحه.

رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ كان لا يقطع في الشيء التافه والبقول^(١).
ومن جملة ذلك: ألا يكون للسارق في المسروق شركة ولا شبهة؛ لأن الفعل
واحد، وهذا الفعل من حيث إنه يصادف ملك السارق مباح، فتمكن فيه الشبهة^(٢)
من حيث إنه يصادف ملك الأجنبي، ومع الشبهة لا يمكن إيجاب الحد.
ومن جملة ذلك: أن يكون المأخوذ [من حرز]^(٣)، قال ﷺ: «لا قطع في
حريسة^(٤) الجبل^(٥)، [وما آواه الجرين [ففيه القطع]^(٦)»، وقال ﷺ: «لا قطع في

وفي الباب عن أبي هريرة. أخرجه ابن ماجه (٨٦٥/٢) كتاب الحدود، باب: لا يقطع
في ثمر ولا كثر، حديث (٢٥٩٤) حدثنا هشام بن عمار عن سعد بن سعيد المقبري عن أخيه
عن أبيه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قطع في ثمر ولا كثر» قال البوصيري
في «الزوائد» (٣٢٠/٢): هذا إسناد ضعيف أخو سعد بن سعيد اسمه عبد الله ضعفه يحيى
القطان وابن مهدي وأحمد وابن معين والفلاس والبخاري والنسائي وأبو داود وابن عدي
وغيرهم. قلت: وسعد بن سعيد قال الحافظ في التقریب (٢٨٧/١): لين. وقع للحافظ
ابن حجر رحمه الله وهم فاحش بخصوص حديث أبي هريرة فقال في الدراية (٢/
١٠٩): وفي الباب عن أبي هريرة بإسناد صحيح، مع أنه ضعفه في «التلخيص» (٤/
٦٥) فقال: وفيه سعد بن سعيد المقبري وهو ضعيف. وفاته هنا أيضًا إعلاله بضعف
عبد الله مع أنه شديد الضعف عن أخيه سعد.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨١١٤) وإسناده صحيح ورجاله ثقات. عن عائشة
- رضي الله عنها- أنها قالت: «ما كانت الأيدي على عهد رسول الله ﷺ تقطع في الشيء
التافه».

(٢) في أ، م: شبهة.

(٣) في أ، م: منه حرزًا.

(٤) الحريسة: الشاة تسرق ليلاً. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣٦٧/١).

(٥) أي: ليس فيما يُحرس بالجبل إذا سُرق قطع، لأنه ليس بحرز. ينظر: شرح سنن النسائي
المسمى ذخيرة العقبى في شرح المجتبى، لمحمد بن علي بن آدم بن موسى الأثيوبي
الولوي، دار المعراج الدولية للنشر، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م (٣٦٦/٣٨١).

(٦) أخرجه أبو داود (٥٥٠/٤) كتاب الحدود، باب: ما لا قطع فيه، حديث (٤٣٩٠)،
والنسائي (٨٦/٨) كتاب قطع السارق، باب: الثمر يسرق، وابن ماجه (٨٦٥/٢) كتاب
الحدود، باب: من سرق من الحرز، حديث (٢٥٩٦)، وأحمد (١٨٠/٢)، (٢٠٣، ٢٠٧)،
وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٨٢٧)، والدارقطني (٢٣٦/٤) كتاب الأفضية والأحكام،
حديث (١١٤)، والحاكم (٣٨١/٤) كتاب الحدود، باب: حكم حريسة الجبل، والبيهقي
(٢٦٣/٨) كتاب السرقة، باب: القطع في كل ما له ثمن، من طريق عمرو بن شعيب عن

الثمار»^(١)، وما آواه الجرين^(٢) [٣] أو الجران^(٤) ففيه القطع^(٥).
ثم المكان إنما يصير حرزاً بأحد أمرين: إما أن يكون مُعدداً لحفظ الأموال
والأمتعة فيه كالدور والدكاكين والخانات^(٦) والخيام [والفساطيط، والأخبية]^(٧) أو
بالحافظ^(٨)، حتى إن من سرق شيئاً من تحت رأس رجل^(٩) في الصحراء وهو نائم
فإنه يقطع.

وكذلك إذا كان نائماً في المسجد فسرق من تحت رأسه شيئاً يقطع.
والصحراء غير معد لحفظ الأموال، والمسجد كذلك، ومع هذا وجب القطع،

أبيه عن جده أن رجلاً من مزينة أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله كيف ترى في حريسة
الجبل؟ قال: هي ومثلها والنكال ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما آواه المراح فبلغ ثمن
المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال قال: يا رسول الله
كيف ترى في الثمر المعلق؟ قال: هو ومثله معه وليس في شيء في الثمر المعلق قطع إلا ما
آواه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثله وجلدات
نكال.

وقال الحاكم: هذه سنة تفرد بها عمرو بن شعيب عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص
وإذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر.

- (١) سقط في م.
- (٢) الجرين: هو موضع تجفيف التمر، وهو له كالبيدر للحنطة، ويجمع على جرن، بضمين.
- ينظر: النهاية (١/٢٦٣).
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في أ، م: الجراب.
- (٥) الاختيار لتعليل المختار (٤/١٠٧).
- (٦) الخانات: هي مواطن سكنى مؤقتة، ويدخل الناس إليها بغير استئذان، كما أن كل طائفة من
أهلها تفرد بغرفة مستقلة. وأما صحونها فيتمتع بها الجميع بدون تمييز. وهي تشبه الفنادق
أو البنسيونات في عصرنا الحاضر.
- ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٣٥٣)، وبدائع الصنائع (٦/٢٩٦٤)، ومغني المحتاج
(٤/١٧٤)، تبصرة الحكام، لابن فرحون (٢/٣٥٣).
- (٧) في أ: والأخبية والفساطيط.
- (٨) في م: بالحائط.
- (٩) في أ: راجل.

إنما وجب لصيرورة المال محرراً^(١) بالحافظ^(٢).

(١) الحرز لغة: هو الموضع الحصين، ويقصد به الفقهاء: المكان الذي ينصب عادة لحفظ المال، بحيث لا يعد صاحبه مضيعاً له بوضعه فيه: كالحانوت، والدار، والخيمة، والشخص.

والمرجع في اعتبار المكان حرزاً من عدمه يكون بالعرف السائد بين الناس، فما اعتبروه حرزاً كان كذلك، وبذلك يختلف الحرز باختلاف الزمان، والمكان، ونوع المال، وقيمه، وقوة السلطان، وضعفه، وانتشار الأمن، وعدمه، فما يعد حرزاً في ملابسات معينة قد لا يكون كذلك في غيرها؛ فحرز كل شيء بحسبه، وليس له ضابط شرعي.

ويرى الجمهور: أن ما قلت قيمته تكون أحرازه خفيفة، يكفي أن يفهم من حالها إرادة حفظها. وما كثرت قيمته: كالجواهر، والذهب، والفضة؛ فيلزم أن تكون أحرازه منيعة. أما ما توسطت قيمته: كالأقمشة، والبضائع؛ فيكون أمر إحرازها بين هذا وذاك متناسباً مع القيمة.

أما أبو حنيفة: فيرى أن الأحرار لا تختلف باختلاف الأموال، فما كان حرزاً لنوع جاز أن يكون حرزاً للأنواع كلها، وحرز أقلها يكون أيضاً حرزاً لأكثرها.

والأصل في اشتراط الحرز قول الرسول ﷺ: «لا قطع في ثمر، ولا كثر، حتى يأويه الجرين، فإذا أواه الجرين ففيه القطع»
(والجرين هو: البيدر الذي يداس فيه الطعام، والموضع الذي يجفف فيه الثمار أيضاً، والجمع جرن).

ولما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رجلاً من مزينة قال: يا رسول الله، كيف ترى في حريسة الجبل؟ (حريسة الجبل: هي الشاة يدركها الليل قبل رجوعها إلى مأواها، فتسرق من الجبل). قال: «ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما أواه المراح - حظيرة الماشية - وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين. فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع»؛ فدل ذلك على أن الحرز شرط في إيجاب القطع؛ وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا أهل الظاهر، والخوارج، وجماعة من أهل الحديث؛ فذهبوا إلى عدم اشتراط الحرز، ووجوب قطع السارق مطلقاً؛ سواء أخذ المال المسروق من حرزه أم لا؛ لعموم الآية الكريمة.

أنواع الحرز:

والحرز نوعان: حرز بنفسه. وحرز بغيره. والحرز بنفسه ويسمى: حرزاً بالمكان هو كل بقعة معدة للإحرار، ممنوع الدخول فيها إلا بإذن صاحبها، أو من ينوب عنه: كاللدور، والحوانيت، والخيم، والزرائب، وما شابه ذلك.

والحرز بغيره ويسمى حرزاً بالحافظ (بالحارس): هو كل مكان غير معد أصلاً للإحرار، ويدخل الناس فيه بدون إذن: كالمساجد، والمحال العامة، والفنادق، والطرق.

وفي الحرز بالحافظ يجب القطع؛ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ؛ فتتم السرقة. والإنسان يعتبر حرزاً بالحافظ لكل ما يلبسه، أو يحمله من متاع، أو نقود، أو غيرها،

وفي الأصل: يقول: المسافر ينزل في الصحراء، فيجمع ثيابه ويثبت^(١) عليه فسرق منه رجل، يقطع.

بعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: في قوله: ويثبت^(٢) عليه إشارة إلى أن صاحب المتاع إنما يكون محرراً لمتاعه في حال نومه إذا جعل المتاع تحت رأسه أو جنبه، أما إذا كان موضوعاً بين يديه فلا يكون محرراً له في حال نومه.

وبعضهم قالوا: يكون محرراً له في حال نومه، وإن كان موضوعاً بين يديه، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - قال في شرحه عقب^(٣) هذه المسألة: ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثل هذا، وهما^(٤) يضمنان بالتضييع.

وفي البقالي: فقوله^(٥): وصاحبه نائم عليه، أو حيث يراه، ويحفظه قطع. وروى ابن أبي^(٦) مالك عن محمد - رحمه الله -: رجل سرق من رجل ثوباً

ولو كان في فلاة، فمن أخذ شيئاً منه: كالنشال، أو الطرار، قطع، سواء سرق من جيبه أو حقيبته بالشق أو بإدخال اليد (الطر: هو الشق والقطع، ومنه الطرار) أما إذا كان المجني عليه متنبهاً، فإن الفعل لا يعاقب عليه حدًا، ولكن يعزر الجاني طبقاً لأحكام قانون العقوبات. ويستند في الحرز بالحافظ إلى ما روي من أن صفوان رضي الله عنه كان نائمًا في المسجد، متوسدًا بردائه؛ فسرقه سارق من تحت رأسه؛ فقطعه الرسول ﷺ. وحكم هذا النوع أنه لا يعتبر حرزًا إلا إذا كان هناك حافظ، فإن وجد فإنه يكون حرزًا به، وإن تخلف فإنه لا يكون حرزًا.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٢٤/٣)، بدائع الصنائع (٧٦/٧)، (٧٣/٧)، شرح فتح القدير (٢٤٠/٤، ٢٤١)، شرح الخرشي (٣٣٩/٥، ٣٤٠)، شرح الزرقاني (٦٨/٨)، المهذب (٢٧٧/٢، ٢٧٩)، مغني المحتاج (١٦٤/٤)، المغني، لابن قدامة (١٠/٢٥٠)، نصب الراية، للزيلعي (٢٢٠/٣).

(٢) في م: بالحفظ.

(١) في م: ويلبث.

(٢) في م: ويلبث.

(٣) في أ: عقيب.

(٤) في أ: أو هما.

(٥) في م: يقول.

(٦) زاد في أ: ليلي.

عليه رداؤه أو قلنسوته أو منطقته أو سرق من امرأة^(١) وهي نائمة حليًا [عليها]^(٢)، لم يقطع.

وكذلك إذا سرق من رجل نائم عليه ملاءة وهو لابسها، لا يقطع، ثم قال: يقطع كالموضوع عنه.

وإذا سرق شاة أو بقرة أو فرسا من المرعى، فلا قطع، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في^(٣) الأصل.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: إلا أن يكون معها راع يحفظها، وهذا لأن تركها في المرعى لأجل الرعي، لا لأجل الحفظ، فإذا لم يكن معها من يحفظها لم تكن محرزة أصلاً، وإذا كان معها راع يحفظها صارت محرزة بالحافظ.

وفي البقالي: لا يقطع في المواشي في المرعى وإن كان معها الراعي وهذا^(٤) قول أبي حنيفة - رحمه الله - في المنتقى؛ لأن الراعي ينصب لأجل الرعي، لا لأجل الحفظ؛ فلا تصير محرزة بالراعي^(٥)، فإن كان معها سوى الراعي من يحفظها الآن يجب القطع، وعليه الفتوى.

وعلى هذا فإذا^(٦) سرق من القطار بعيراً لا يقطع؛ لأنه ظاهر وليس بمحرز، ويستوي أن يكون معه سائق أو قائد يقوده أو يسوقه، أو لم يكن، فلم يجعل القطار محرراً بالسائق والقائد، وإن^(٧) كان السائق أو القائد حافظاً له، لأن المال إنما يصير محرراً بالحافظ إذا كان قصد الحافظ بفعله الحفظ، أما إذا كان قصده شيئاً آخر،

(١) في أ: امرأته.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: و.

(٤) في أ: وهكذا ذكر.

(٥) في أ: بالمرعى.

(٦) في أ: إذا.

(٧) في أ: وإذا.

والحفظ يحصل بالتبعية^(١) فلا .

وهذا لأن الحفظ إذا كان تبعًا فيه شبهة العدم، [ومع شبهة العدم]^(٢) لا يمكن إيجاب القطع .

إذا ثبت هذا فنقول: السائق والقائد لا يقصدان بفعلهما الحفظ، وإنما يقصدان قطع المسافة والسوق، فلا يصير محررًا به، فلا يجب القطع بسرقة حتى لو كان مع القطار من يتبعه للحفظ، يقطع السارق بسرقة .

وإذا سرق فسطاطًا مضروبًا، فلا قطع عليه، إلا إذا كان هناك من يحفظه؛ لأنه بدون الحفظ لا يكون محررًا .

وإذا سرق باب مسجد^(٣) فلا قطع، إما لأنه ليس بمملوك للعباد، وإما لأنه ليس بمحرز، بل هو ظاهر .

وإذا سرق باب دار رجل، فلا قطع؛ لأنه ليس بمحرز، بل هو ظاهر .
وإذا سرق [ثوبًا]^(٤) بسط على حصن إلى السكة، وإن بسط على الحائط إلى الدار أو للحصن أو إلى السطح قطع .

وإن كانت الغنم تأوي إلى بيت بالليل^(٥) قد بنى لها عليه باب مغلق فكسره ودخل فسرق^(٦) منه شاة قطع؛ لقوله ﷺ: «وما آواه الجرين ففيه القطع»^(٧)، ولأنه إنما يجتمع بالليل في الجرين لأجل الحفظ والإحراز .

قال في البقالي: وقيل^(٨): لا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردودًا إلا أن يكون بيئًا

(١) في أ: بطريق التبعية .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: المسجد .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ: في الليل .

(٦) في أ: وسرق .

(٧) تقدم .

(٨) في أ: قيل .

منفردًا في الصحراء .

وفي البقالي بعد هذا بقليل : والمراح والجرين حرز، وإن لم يكن عليه حافظ، وقيل : هذا إذا كان معه ^(١) حافظ .

وفي الحاوي: إذا حجرت ^(٢) من جحر أو شوط حظيرة وجمع فيها الأغنام وهو نائم عندها ^(٣)، فيقطع سارقها .

وذكر ثمة أيضًا: قال محمد - رحمه الله - : وإذا جمع الأغنام في حظيرة أو في غير حظيرة وعليها حافظ، أو ليس عليها ^(٤) حافظ بعد أن جمعها، قطع سارقها .
والصحيح : إذا جمعها في مكان أعد لحفظها فسرق رجل منها، فعليه ^(٥) القطع سواء كان معها حافظ أو لم يكن، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : «ما آواه الجرين ففيه القطع» ^(٦)، من غير فصل بين ما إذا كان ثمة حافظ، أو لم يكن وهذا هو الأصل في جنس مسائل السرقة؛ أن المكان إذا كان مُعدًّا لحفظ الأموال فيه لا يشترط لوجوب القطع بالسرقة منه الحافظ .

وفي القدوري يقول: وفي الدور وفي البيوت وما كان حرزًا بنفسه يستوي أن يسرق منه، وهو مفتوح الباب أو لا باب له؛ إذا حجر بالبناء؛ لأن البناء يقصد للإحراز فعلى هذا إذا سرق من قصور تكون على رأس الأرضين ^(٧) وفي [بعض] ^(٨) الكروم من غير باب أو من الحصن ^(٩)، وهو الذي يقال [لها] ^(١٠) بالفارسية

- (١) في أ: معها .
- (٢) في م: اتخذت .
- (٣) في أ: عقد .
- (٤) في م: لها .
- (٥) في أ: فعلها .
- (٦) تقدم .
- (٧) في أ: الاصير .
- (٨) سقط في أ .
- (٩) في أ: الجص .
- (١٠) سقط في أ .

جوازاً^(١) قطع؛ لأن كل ذلك أعد للحرز. وإذا لم يكن المكان مُعدًّا لحفظ الأموال يشترط^(٢) لوجوب القطع بالسرقة منه الحافظ، ألا [ترى]^(٣) أنه لو سرق من المسجد وقد أغلق بابه، لا يقطع إذا لم يكن ثمة حافظ؟

ويجب أن يعلم بأن الحرز بالحافظ بدل عن^(٤) الحفظ بالبناء، وما يقوم مقامه؛ لأن الحرز في الحقيقة ما يمنع وصول اليد إلى المال، ويصير المال مخفياً^(٥) به، وللاختفاء أثر في منع وصول اليد إلى المال، كما للبناء، وما أشبه ذلك، وبمجرد الحافظ^(٦) صار المال ممنوعاً ممن يريد أخذه، فإن الحافظ بمنعه من الأخذ لا يصير المال مخفياً به، بل يبقى على ظاهر الأرض، فكان ناقصاً في معنى الحرز، فكان كالبديل عنه، فلا يكون له عبرة مع وجود البناء.

وعن هذا قال علماؤنا - رحمهم الله - : بأن من سرق من الحمام في الوقت الذي يفتح لدخول الناس فيه، لا يقطع، سواء كان [هناك حافظ]^(٧) أو لم يكن؛ لأنه لا عبرة للحافظ هنا؛ لأنه وجد ما يقع [به]^(٨) الحرز حقيقة واعتباراً، أما حقيقة فظاهر، وأما اعتباراً فلأنه^(٩) يبنى للحرز كما يبنى لمنافع أخرى^(١٠)، ولهذا لو سرق في وقت لم يؤذن للناس بالدخول فيه يجب القطع، وإذا لم يكن للحافظ عبرة صار^(١١) وجود الحافظ

(١) في أ: جوازه.

(٢) في أ: يسقط.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: يدل على.

(٥) في م: مخفياً.

(٦) زاد في أ: أن.

(٧) في أ: الثيابي حافظاً.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: لأنه.

(١٠) في أ: آخر.

(١١) في أ: صدر.

وعدمه^(١) بمنزلة، ولو^(٢) عدم لا يجب القطع؛ لأنه ثبت إذن للناس بالدخول فيه، والسرقه من مثل هذا البيت لا توجب القطع.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه في مسألة السرقة من الحمام^(٣): لا قطع على السارق وإن كان ثمة حافظ أن هذا قول علمائنا - رحمهم الله -.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - المسألة مطلقة، لم يذكر فيها خلافاً، ولم يذكر أيضاً أن هذا قول علمائنا.

وذكر [في]^(٤) العيون^(٥) أن قول أبي حنيفة - رحمه الله - يقطع إذا كان ثمة حافظ، وصورة ما ذكر في العيون: رجل سرق من الحمام^(٦)، قال أبو حنيفة - رحمه الله -: إن كان جالساً عليه فسله من تحته يقطع، وعلى قول محمد - رحمه الله -: لا يقطع.

قال الصدر الشهيد وفي واقعات الفقيه أبي الليث - رحمه الله -: اختار قول محمد في مسألة الحمام، فنحن نختار قول محمد اتباعاً له.

وفي نوادر ابن سماعه عن محمد - رحمه الله -: قوم نزلوا جميعاً بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع من متاعه بحيث يحفظه إذا كان المتاع تحت رأسه، فلا قطع.

ولو كانوا في مسجد واحد^(٧) وباقي المسألة بحالها يجب القطع؛ لأن البيت والخان [كل]^(٨) واحد حرز بنفسه، [وما^(٩) لم يخرج المسروق من الحرز لا يجب

(١) في أ: والعدم.

(٢) في أ: ولا.

(٣) زاد في أ: أن.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في أ: على.

(٦) في أ: حمام.

(٧) في أ: جماعة.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: فما.

القطع، فأما المسجد فليس بحرز فيصير المال محرراً بالمالك فإذا أخذه ونحاه عن المالك، فقد وجد الإخراج من الحرز، والدليل عليه أنه إذا سرق من مسجد جماعة وتنحى المتاع عن صاحبه وأخذ قبل أن يخرج المتاع من المسجد، يقطع.

وإذا سرق من بيت وأخذ قبل أن يخرج المتاع من البيت، لم يقطع. ويجب أن تعلم بأن الحرز نوعان: حرز يمكن الدخول فيه^(١)، وحرز لا يمكن الدخول فيه، فكل حرز يمكن الدخول فيه ما لم يدخل يده فيه وأخرج المتاع [منه، لا يجب القطع، وكل حرز لا يمكن الدخول فيه إذا أدخل يده فيه وأخرج المتاع]^(٢) يقطع حتى إن من نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع لا يقطع.

ولو شق الجوالق^(٣) وأدخل يده فيه وأخرج المتاع يقطع؛ وهذا لأن هتك الحرز لإخراج المال شرط لوجوب القطع؛ إذ تمام السرقة بهما وما لم تتم السرقة لا يجب القطع، وإذا ثبت أن هتك الحرز شرط يشترط الكامل منه ما أمكن، وإنما يكتمل هتك الحرز بالدخول فيه، وفي البيت مما يمكن الدخول فيه اعتبار معنى الكمال ممكن، وفي الجوالق وغيره مما لا يمكن الدخول فيه اعتبار معنى غير ممكن فاكتفي^(٤) بالناقص وهو إدخال اليد، حتى إن في المسألة الجوالق^(٥) يدخل يده فيه بأن شق الجوالق^(٦) فنخرج المتاع منه فأخذه لا قطع.

وعن هذا قلنا: إن الرجل إذا كان في كفه دراهم مسرورة مشدودة فجاء طرار وسرقه إن كان الرباط داخل الكم، بأن وضع الدراهم خارج الكم وربطه داخل الكم، إن كان قطع الدراهم كذلك مربوطة؛ لأنه أدخل يده في الكم وأخرج الدراهم

(١) في أ: منه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: الجواليق.

(٤) في أ: فانتهى.

(٥) في م: الجواليق.

(٦) في م: الجواليق.

من الكم فتم هتك الحرز وأخرج المال فيقطع، وإن حل الرباط لا يقطع، وإن أدخل في الكم فحل الرباط؛ لأنه إذا حل الرباط تبقى الدراهم خارج الكم فما أخرج الدراهم من الكم، فهو بمنزلة ما لو دخل البيت ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئاً، هناك لا يجب القطع فهاهنا كذلك.

قال: إن كان الرباط خارج الكم إن قطع الرباط وأخذ الدراهم كذلك مربوطة لا يقطع؛ لأنه أخذ الدراهم من خارج الكم، وإن حل الرباط يقطع؛ لأنه بعد حل الرباط تقع الدراهم في الكم وإنما أخذ الدراهم من الحرز فيقطع.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : رجل كان في كفه صرة وطرّها رجل، قال: إن كان طرفها من خارج لم يقطع، وإن كان أدخل يده في الكم وطرّها، قطع.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : هذا كله سواء ويقطع.

قال الطحاوي - رحمه الله - في كتابه: حرز كل شيء معتبر يجوز مثله حتى إنه إذا سرق دابة من الاصطبل يقطع، ولو سرق لؤلؤة لا يقطع^(١).

وذكر الكرخي في كتابه: أن ما كان حرزاً لنوع، فهو حرزاً لأنواع كلها حتى لو سرق لؤلؤة من سرّيجة^(٢) يقال يقطع وكذلك إذا سرق ثياب الراعي من المراح يقطع^(٣)، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : هو المذهب عندنا.

وفي المنتقى: روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا سرق من بيوت السوق ليلاً فإن كان عندها من يحفظها قطع، وإن لم يكن عندها من يحفظها، لا يقطع.

وإذا دخل السوق نهاراً في حانوت فسرقه، لم يقطع.

وقال في الفشاش وهو الذي يهيم لغلق البيت ما يفتحه به: إذا فش نهاراً وليس

(١) العناية شرح الهداية (٣٧٤/٥)، البحر الرائق (٦٣/٥).

(٢) في أ: مولحة.

(٣) بدائع الصنائع (٧٦/٧).

في البيت ولا في الدار أحد وأخذ المتاع أنه لا يقطع، وهو الذي يعرض الدراهم لينظر إليها فأخذ منها وصاحبه لا يعلم^(١).

وفي الحاوي: وإذا كان باب الدار مردودًا غير مغلق فدخلها خفياً وأخذ المال، قطع. ولو كان باب الدار مفتوحًا ودخل نهارًا وسرق، لا يقطع.

قال أبو العباس: سواء بالليل بين ما إذا كان الدار مفتوحًا مردودًا وبين ما إذا لم يكن مردودًا في حق وجوب القطع، فقال: بوجوب القطع في الحالين، وفرق بينهما بالنهار، فقال: إذا كان مفتوحًا غير مردود لا يجب القطع، [وإذا كان مردودًا يجب القطع]^(٢).

ولو دخل ليلاً من باب الدار وكان [الباب]^(٣) مفتوحًا مردودًا بعدما صلى^(٤) الناس العتمة، وسرق خفية^(٥) أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا، قطع^(٦).

ولو دخل اللص دار إنسان ما بين العشاء والعتمة، والناس يذهبون ويجيئون، فهو بمنزلة النهار.

وإذا كان صاحب الدار يعلم بدخول اللص، واللص لا يعلم أن فيها صاحب الدار، أو يعلم به اللص وصاحب الدار لا يعلم، ولو علما، لا يقطع [ولو لم يعلم يقطع]^(٧).

ولو كابد إنساناً ليلاً حتى سرق متاعه، قطع، معنى قوله: (كابده): أنه دخل عليه

(١) تبين الحقائق (٢٢٢/٣)، البحر الرائق (٦٤/٥).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وصل.

(٥) في أ: خفياً.

(٦) الاختيار لتعليل المختار (١٠٢/٤)، تبين الحقائق (٢٢٢/٣).

(٧) سقط في أ.

بسلاح، وقاتله حتى أخذ ماله، ولو كابده نهارًا فنقب بيته سرًا وأخذ متاعه معاينة لا يقطع.

والقياس ألا يقطع في الفصلين؛ لانعدام ركن السرقة، فإن ركنها الآخر على سبيل الخفية والاستسرار، والخفية إن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ، فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة، لكن استحسانًا في الفصل الأول قلنا بوجوب القطع؛ لأننا لو اعتبرنا الخفية وقت الأخذ، لامتنع وجوب القطع في أكثر السرقات؛ لأن أكثر السرقات في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء؛ لأنه وقت لا يلحقه الغوث، بخلاف ما إذا كابده بالنهار؛ لأن السرقة [بالنهار]^(١) لا تصير مغالبة غالبًا؛ لأنه وقت يلحقه الغوث من [جهة]^(٢) السلطان، فإذا صارت مغالبة لا يتمكن السارق من الأخذ فاعتبار الخفية في الانتهاء بالنهار لا يؤدي إلى امتناع القطع في^(٣) أكثر السرقات ولا كذلك في الليل.

ومن جملة ذلك: ألا^(٤) يكون السارق مأذونًا [له]^(٥) بالدخول في المكان الذي سرق منه؛ لأنه لا بد لإيجاب القطع من هتك الحرز، وهتك الحرز لا يتحقق بالدخول مع الإذن.

ولو أذن له بالدخول في بيت من الدار فسرق من بيت آخر من تلك الدار، وذلك البيت الذي سرق منه مقفل، فقد اختلف المشايخ فيه، وإنما اختلفوا لاختلاف الروايات فيه:

وذكر في بعض روايات النوادر أنه يقطع؛ لأن الإذن بالدخول في بيت لا يكون إذنًا لدخول^(٦) بيت آخر؛ فصار وجود هذا الإذن في حق البيت الآخر كعدمه وذكر

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: من.

(٤) في أ: أن.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: بالدخول في.

في بعضها أنه لا يقطع؛ لأن الدار متى كانت مُشملة على بيوت فكل بيت منها بمنزلة دار على حدة من حيث الحقيقة، ولكن في حق الأحكام جعل الكل بمنزلة بيت واحد؛ ألا ترى أن المودع إذا أمر بالحفظ في بيت فحفظ في بيت آخر^(١) لا يضمن، وكذلك المُعتدة في بيت من الدار لها أن تخرج إلى صحن الدار، وتدخل بيتًا آخر من تلك الدار، فباعتبار الحقيقة إن كان لا يثبت الإذن، فباعتبار الحكم يثبت، فثبت شبهة الإذن، والشبهة كافية لدرء الحد.

ومن جملة ذلك: [أن يكون]^(٢) للمسروق منه يد صحيحة على المال حتى إن السارق من السارق [لا]^(٣) يقطع، هكذا ذكر في الكتاب؛ لأن السارق ليس له يد صحيحة؛ وهذا لأن إزالة اليد أمر لا بد منها في إيجاب القطع، وإزالة يد غير صحيحة [في كونها]^(٤) جنائية لا يكون نظير إزالة يد صحيحة في إيجاب القطع^(٥)، حتى يقطع السارق من المالك ومودع المالك فلا يعتبر إزالة يد فاسدة في [حق]^(٦) إيجاب القطع حتى لا يقع التساوي بين العقوبتين مع التفاوت بين الجنائتين. وفي البقالي: لا يقطع السارق من السارق إلا أن يدرأ عن الأول [و]^(٧) في خصومته في الرد روايتان:

وفي الأصل: لو سرق من السارق بعد ما قطعت يده، لم يقطع.

ولو غصبه رجل من السارق، ضمن الغاصب، وسقط القطع.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - قال: لا أقطع السارق من السارق، إذا

(١) زاد في أ: من تلك الدار.

(٢) في أ: إذا كان.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لكونها.

(٥) في أ: قطع.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

كنت قد قطعت الأول، وإن^(١) درأت عن الأول شبهة^(٢)، قطعت الثاني. وفي بعض الفتاوى: إذا سرق من السارق الأول قبل أن يقطع [يد الأول]^(٣) ففيه اختلاف المشايخ.

وفي الحاوي: إذا أخذ القاضي من السارق الثاني ما سرق، وأمسكه حتى أتى صاحب المال لا قطع على السارق الأول؛ لأنه رده على صاحبه معنى قبل المرافعة فإن ضاع عند القاضي برئ السارق عن ضمانه.

وفيه أيضاً: ضاع المال من يد القاضي وقد أخذ من يد قطاع^(٤) الطريق للحفظ^(٥) [فلا ضمان]^(٦) على من قطع الطريق، وأخذ القاضي منه بمنزلة مال في يدي رجل مخوف فأخذه^(٧) القاضي ليحفظه عليه.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : في السارق من السارق إذا أخذ فالحاكم يأخذ المال منه، ويدفعه إلى السارق الأول، وإن كان الأول أخذ المال من الثاني، فالحاكم لا يأخذه من الأول؛ لأنه هو الخصم منه، والقطع عليه فيه.

وقال محمد - رحمه الله - : إذا علم الحاكم أن الأول سارق لا يدفع المال، ولو كان الأول قد أخذ من الثاني، فالحاكم يأخذ منه ويحفظه على صاحبه الغائب، فإن ضاع عند الحاكم وجاءه رب المال ضمن السارق الأول، قال ثمة: وإنما أخذه الحاكم على أنه إن سلم فهو لصاحبه، وإن ضاع، كان السارق الأول ضامناً [له]^(٨) وإنه يخالف المذكور في الحاوي.

(١) في أ: وإذا.

(٢) في أ: بشبهة.

(٣) في أ: الأول به.

(٤) في أ، م: قاطع.

(٥) في م: ليحفظه عليه.

(٦) في أ: فالضمان، وسقط في م.

(٧) في أ: أخذه.

(٨) سقط في أ.

ومن جملة ذلك: ألا يكون بين السارق وبين المسروق منه زوجية ولا رحم كامل؛ إذ لا يمكن إيجاب القطع بالسرقة من المحارم، ومن أحد الزوجين، أما إذا كان أباً أو أمّاً فلأن لكل واحد منهما شبهة الملك في مال المسروق منه، والشبهة كافية لدرء الحدود، وأما إذا كان السارق ولدًا فلأن الولد يستحق النفقة في مال الوالدين، إذا كان فقيرًا، وإذا كان غنيًا، فالاستحقاق [و] ^(١) إن كان لا يثبت لمكان الغنى، [لكن] ^(٢) تثبت شبهة الاستحقاق لقيام سبب الاستحقاق، والشبهة كافية لدرء الحدود.

وأما إذا سرق من ذي رحم محرم سوى الوالدين والمولدين كالأخت والخال والعم والعمة؛ لأن قرابة هؤلاء سبب [الاستحقاق للنفقة] ^(٣) عند العسرة، فعند الغنى تثبت شبهة الاستحقاق؛ لقيام سبب الاستحقاق، وأما السرقة من أحد الزوجين، فأما الزوج كالمالك لزوجته، والزوجة كالمملوك لزوجها، وسرقة المالك من المملوك، وسرقة المملوك من المالك، لا يوجب القطع. والله أعلم.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لاستحقاق النفقة.

ومما يتصل بهذه المسائل :

وإذا سرق من أمه من الرضاعة^(١)، أو من امرأة^(٢) قد حرمت عليه بتقبيله أمها أو ابنتها، قطعت يده؛ لأن الثابت هنا ليس إلا حرمة المناكحة، وبمجرد حرمة المناكحة، لا تثبت شبهة مانعة لوجوب^(٣) الحد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إذا سرق من أمه من الرضاعة^(٤) لا قطع عليه، بخلاف أخته من الرضاعة^(٥) وغيرها، وعنه رواية أخرى: أنه لا قطع في السرقة منهما؛ [لأنه يدخل بيتهما]^(٦) بغير استئذان عادة.

وإذا سرق من امرأته المبتوتة المعتدة عنه في منزل على حدة، لا يقطع، وكذلك إذا سرقت المبتوتة المعتدة^(٧) في منزل زوجها لا تقطع؛ لأن الدخول لكل واحد منهما في منزل الآخر مباح حال قيام العدة، أما للزوج على المرأة للاطلاع عليها [صيانة لمائه]^(٨)، فإنها مشغولة بمائه، [وأما للمرأة]^(٩) فلأنها مأمورة بالسكنى حيث يسكن الزوج، قال الله - تعالى - : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ﴾^(١٠)، وإذا بقي إباحة الدخول لكل واحد منهما ما بقيت العدة لا يجب القطع، هكذا ذكر في عامة روايات هذا الكتاب، [و]^(١١) ذكر في بعض روايات [هذا الكتاب، وقال]^(١٢): يقطع إذا

(١) في أ، م: الرضاع.

(٢) في أ: امرأته.

(٣) في أ: وجوب.

(٤) في أ: الرضاع.

(٥) في أ: الرضاع.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في أ: في منزله على حدة.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: فأما المرأة.

(١٠) سورة الطلاق آية: ٦.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في أ: فقال.

كان المنزل للمسروق منه دون السارق .

ووجه^(١) هذه الرواية: أن كل واحد منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه بعد الطلاق البائن لما ثبت من الحرمة فيما بينهما، وإذا حرمت الخلوة حرم الدخول، فيجب القطع، كما بعد انقضاء العدة .

وإذا سرق رجل^(٢) من امرأته ثم طلقها وانقضت عدتها، ثم رفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي لا يقطع^(٣)، لأن السرقة حال وجودها غير موجبة للقطع، فلا يوجب القطع [بعد]^(٤) ذلك وهو نظير ما لو وهب^(٥) امرأته ثم طلقها وانقضت عدتها وأراد أن يرجع في الهبة ليس له ذلك؛ لأن الهبة حال وجودها لم تنعقد موجبة للرجوع، فلا يثبت حق الرجوع بعد ذلك .

وأما إذا سرق من أجنبية [أو سرق]^(٦) امرأة من أجنبي ثم تزوجها قبل المرافعة إلى الإمام، ثم ترافعا الأمر إلى القاضي وأقر السارق، فالقاضي لا يقطع؛ لأن الزوجية لو كانت مقارنة للسرقة لمنعت^(٧) وجوب القطع بحقيقة الملك للسارق^(٨) في المسروق منه؛ إذا كان السارق زوجًا، وشبهة^(٩) الملك للسارق في المسروق بسبب النفقة وبحقيقة الملك للمسروق منه [في المسروق]^(١٠)، إذا كان زوجة؛ لأن المرأة مملوكة للزوج ملك النكاح حقيقة، فإذا وجدت الزوجية حال قيام السرقة من

(١) في أ: وجه .

(٢) في أ: لرجل .

(٣) في أ: يقطعه .

(٤) سقط في أ .

(٥) زاد في أ: من .

(٦) في أ: وسرقت .

(٧) في أ: منعت .

(٨) زاد في أ: في المسروق و .

(٩) في أ، م: ولشبهة .

(١٠) في أ: فالسارق .

وجهٍ دون وجه لبقائها من حيث الاعتبار وانقضائها من حيث الحقيقة ثبت^(١) في حق السارق والمسروق منه شبهة الملك، والشبهة ملحقة بالحقيقة في حق درء القطع. فرق بين هذا وبين الهبة، فإن من وهب لامرأة شيئاً ثم تزوجها لا يبطل الرجوع فلم يجعل اعتراض الزوجية مسقطاً للقطع^(٢)؛ لأن الثابت باعتراف الزوجية شبهة الملك، والشبهة توجب سقوط الحد، و^(٣) لا توجب سقوط الرجوع، وفرق بين السرقة والوصية، فإن من أوصى لامرأته ثم أبانها في حالة الصحة، ثم مات، صحت الوصية لها، ولو أوصى لأجنبية ثم تزوجها ثم مات وهي منكوحته، لا تصح الوصية.

فقد اعتبر في الوصية حالة الموت، ولم يعتبر حالة [الموت في]^(٤) الوصية، وفي السرقة اعتبر الحالين.

والفرق: أن المانع من صحة الوصية وقوع حكمها للوارث، وحكم الوصية إنما يثبت عند الموت، فيعتبر فيها حالة الموت، فإذا كان الموصى له وارثاً للموصى يوم الموت، لا تصح الوصية، وإن لم يكن وارثاً له تصح الوصية.

أما المانع من وجوب القطع في ما بين الزوجين حقيقة الملك للسارق في المسروق أو شبهة الملك فإذا كانت الزوجية قائمة وقت السرقة، فالثابت حقيقة الملك للسارق في المسروق، وإذا كانت الزوجية طارئة، فالثابت وقت طريان الزوجية شبهة الملك للسارق في المسروق، فلهذا افترقا.

فهذا الذي ذكرنا في مسألة السرقة إذا تزوجها قبل المرافعة إلى الإمام، وإذا تزوجها بعد المرافعة إلى الإمام، فلا رواية عن محمد - رحمه الله - في هذه الصورة.

(١) في أ: يثبت.

(٢) في أ: القطع.

(٣) في أ: أما.

(٤) سقط في أ.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا تزوجها قبل القضاء بالقطع ، لا يقطع ، وإن تزوجها بعد القضاء ، يقطع .

وإذا سرق من دار أجره ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إنه ^(١) يقطع .

وإذا سرق من داره التي أجرها ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إنه يقطع .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يقطع ، وقول محمد مضطرب .

ووجه ما ذهب إليه أبو يوسف - رحمه الله - ظاهر ؛ أن السرقة حصلت من حرز له فيه شبهة الملك ، فلا يقطع ؛ كما لو سرق من دار اشتراه على أن البائع بالخيار ؛ وإنما قلنا ذلك لأن ملكه قائم في رقة الدار بعد الإيجار ^(٢) ، وإنه سبب ملك المنفعة ، فحقيقة الملك إن لم تثبت بسبب الإجارة تثبت بشبهة الملك ؛ لقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك» ^(٣) .

وكما لو زوج أمته من إنسان ، ثم وطئها فإنه لا يُحد ؛ لأن ملك الرقة باق بعد التزوج ، وإنه سبب لثبوت ملك منفعة البضع ، فإن لم تثبت حقيقة الملك في [منافع بضعها] ^(٤) لمانع وهو النكاح أورث شبهة الملك .

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول : هذه السرقة ^(٥) [خلت عن الشبهة فيقطع قياساً على ما لو سرق من دار باعه ، وإنما قلنا : إنها] ^(٦) خلت عن الشبهة ؛ لأن الشبهة إنما تتمكن ^(٧) في السرقة ، إما في المال ، أو [في] ^(٨) الحرز ولم تتمكن في المال شبهة ؛ لأنه ليس للآجر في مال المستأجر لا ملك ، ولا شبهة ملك .

(١) في أ : فإنه .

(٢) في أ : الإجارة .

(٣) تقدم .

(٤) في أ ، م : منافعها .

(٥) في أ : سرقة .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ : ليتمكن .

(٨) سقط في أ .

وإما^(١) في الحرز: لأن الحرز عبارة عن التحصين وإنه من منافع الدار، ومنافع الدار [بعد الإجارة]^(٢) صارت ملكاً للمستأجر بعقد الإجارة، فلا تبقى للآجر حقيقة الملك في منافع الدار، [ولو بقيت]^(٣) شبهة الملك بسبب ملك الرقبة، ولا يجوز أن تبقى له [شبهة الملك]^(٤) في المنافع لقيام ملكه في الرقبة؛ لأن الشبهة إنما تثبت في محل يثبت فيه الحقيقة، وحقيقة الملك في منفعة الدار [فيه شبهة الملك]^(٥) مع قيام الإجارة بسبب ملك الرقبة، بخلاف المال في حق الابن والبنت^(٦)؛ لأن المال محل التملك بسائر أسباب الملك، فيكون محلاً للتملك بهذه الإضافة، وإن لم يعمل في إيجاب الملك لمانع أورث شبهة الملك، بخلاف^(٧) النكاح؛ ذلك^(٨) لأن للمولى^(٩) في منافع بضع الأمة ملكين: ملك منفعة، كما يكون بالنكاح، وملك يمين، كما في سائر المنافع؛ لأنه بملكها يجمع المنافع بملك يمين، حتى لو^(١٠) اشترى أمة وهي^(١١) أخته من الرضاعة^(١٢) ملك منافع بضعها ملك يمين إن لم يملك ملك المنفعة^(١٣) إن صار للزوج بالنكاح بقيت المنافع مملوكة للمولى ملك اليمين^(١٤). ولهذا قلنا: إنه لو وجب البدل، كان له [ملك مطلق الاستيفاء]^(١٥)، فإن لم

(١) في أ: ولا شبهة.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لو بقي.

(٤) في أ: ملك.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وللبنت.

(٧) في أ: وبخلاف.

(٨) في أ: وذلك.

(٩) في أ: المولى.

(١٠) في أ: إذا.

(١١) في أ: هي.

(١٢) في أ: الرضاع.

(١٣) زاد في أ: فملك المنفعة.

(١٤) في أ: يمين.

(١٥) في أ: والملك مطلق للاستيفاء.

يعمل لمعارضة ملك آخر أو لخدمة أورثت شبهة الملك، فأما هاهنا كان الثابت في منافع الدار قبل الإجارة ملكًا واحدًا، وهو ملك اليمين، وزوال ذلك^(١) إلى المستأجر فلم يبق له^(٢) فيها حقيقة [الملك]^(٣)، ولا يجوز أن تبقى شبهة الملك لقيام ملكه في رقبة الدار؛ لما ذكرنا، هذا إذا سرق الأجر من الدار التي استأجرها. فأما إذا سرق المستأجر من الأجر لا شك أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يقطع، وأما على قولهما^(٤)، ذكر في بعض روايات هذا الكتاب أنه لا يقطع، قالوا: وإنه غلط، والصحيح أنه يقطع؛ لأنه ليس للمستأجر في حرز الأجر لا ملك ولا شبهة ملك.

وإن سرق من مديونه، فهو على وجهين: إما أن يكون سرق جنس حقه قدر حقه؛ بأن يسرق دراهم أو زيادة عليه، أو من خلاف جنس حقه؛ بأن سرق عروضًا، وإما أن يكون الدين حالًا أو يكون مؤجلًا، فإن سرق من جنس حقه والدين حال لا شك أنه لا يقطع؛ سواء سرق قدر حقه أو زيادة على حقه، أما إذا سرق على قدر حقه، فلأن كون المأخوذ من جنس حقه يُبيح له الأخذ قدر^(٥) حقه، وأما^(٦) إذا سرق زيادة على حقه، فلأنه يصير في معنى الشريك في المسروق.

وأما إذا كان الدين مؤجلًا والمسروق من جنس حقه ففيه قياس واستحسان. القياس: أن يقطع؛ لأنه سرق ما لا يُباح له الأخذ، فيقطع، كما لو سرق من خلاف جنس حقه.

[ووجه الاستحسان: أن يكون المأخوذ جنس حقه]^(٧)، فإن لم يثبت حقيقة

(١) في أ: كله.

(٢) في أ: لها.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: قول أبي يوسف ومحمد.

(٥) في أ: لتعذر.

(٦) في أ: أما.

(٧) في أ: يبيح له الأخذ.

الإباحة هنا^(١) لمكان الأجل بقيت شبهة^(٢)، والشبهة كافية لدرء الحد. وأما إذا سرق من خلاف جنس حقه بأن سرق عروضاً يقطع؛ لأنه سرق ما لا يباح له أخذه لا من طريق الحقيقة ولا من طريق الشبهة. قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح سرقة الأصل عقب^(٣) هذا: إلا أن يقول السارق: أخذته رهناً بحقي فإنه^(٤) لا يقطع؛ لأنه لما ادعى الأخذ رهناً بحقه، فقد ادعى الأخذ بإذنه؛ لأن الرهن لا يكون [رهناً]^(٥) إلا بالرضى، فصار مدعيًا [الإذن بالأخذ]^(٦) اقتضاء، ولو ادعى الإذن [بالأخذ]^(٧) صريحًا أليس^(٨) إنه لا يقطع؟ كذا هنا^(٩).

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح هذا الكتاب، إذا سرق عروض مديونه استحسنت أبو يوسف - رحمه الله - أنه لا يقطع للاختلاف فيه المعروف بين العلماء أن رب الدين إذا ظفر بخلاف جنسه هل له أن يأخذ ذلك رهناً بحقه، واختلاف العلماء يورث شبهة، فاستحسن فقال: لا يجب القطع لهذا، ولم يذكر في الكتاب أنه إذا كان الدين دراهم فسرق دنائير المديون، والصحيح أنه لا يقطع؛ لأن النقود في حكم جنس واحد، ولهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - : للإمام أن يتبادل^(١٠) أحد النقدين بالآخر من غير رضا المديون لقضاء حقه، والله أعلم.

- (١) في أ: ههنا.
- (٢) في أ: الشبهة.
- (٣) في أ: عقيب.
- (٤) في أ: فحينئذ.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في أ: الأخذ.
- (٧) في أ: بالإذن.
- (٨) في أ: ليس.
- (٩) في أ: ههنا.
- (١٠) في أ: يتناول.

ومما يتصل بهذه المسائل :

بيان ما يجب القطع بسرقة وما لا يجب .

قال : ولا يقطع في سرقة الصيد؛ لأنه تتمكن فيه شبهة إباحة [بعد الإحراز]^(١)، وإباحة أخذ الصيد قبل الأخذ لعدم الإحراز، [ولكونه صيداً على ما قال ﷺ: «الصيد لمن أخذه»^(٢)، فعام الإحراز]^(٣) إن زال بالأخذ فمعنى الصيد به لم يزل، فتبقى شبهة الإباحة، [ومع الشبهة]^(٤) لا يجب الحد .

وكذلك لا قطع في سرقة^(٥) الفهد؛ لأنه صيد، وكذلك لا قطع^(٦) في سرقة الكلب؛ لأنه مال تافه، وليس بنفيس؛ ألا ترى أنه لا يرغب فيه كل أحد؟ وكذلك لا قطع في الطير قال ﷺ: «لا قطع في الطير»^(٧) ولأنه تتمكن فيه شبهة الإباحة؛ لأنه صيد بعد الإحراز، وفي الصيد شبهة الإباحة، ولم يذكر في الأصل ما إذا سرق دجاجة، قالوا: وينبغي أن يجب القطع؛ [لأنه ليس]^(٨) فيها شبهة الإباحة؛ لأنها

(١) في أ: لأن بعد الإحراز صيد .

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣١٨/٤)، وقال: غريب، وقال ابن حجر في الدراية في تخریج أحاديث الهداية (٢٥٦/٢): لم أجد له أصلاً. لكن أخرجه أبو طاهر السلفي في المشيخة البغدادية، ص (٤١) عن ابن عُمر، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَالَ: «لَيْسَ الصَّيْدُ لِمَنْ أَثَارَهُ، إِئِمَّا الصَّيْدُ لِمَنْ صَادَهُ»؟ قَالَ: فَصَحَّكَ الْمَأْمُونُ حَتَّى اسْتَلْقَى، فَقَالَ لَهُ الْحَسَنُ بْنُ سَهْلٍ: لِمَنْ نَقُضِي بِهِ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ؟ قَالَ: لِمَنْ شَاءَ الْمَوْلَى . وذكر ابن حمدون في التذكرة الأدبية له أن إسحاق الموصلي قال: دخل الفضل بن الربيع على الرشيد فذكر قصة فيها أن بعض جواريه قالت: حدثنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رفعه: الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره، وأن أخرى حدثته عن مالك عن الزهري عن عبد الله بن ظالم عن سعيد ابن زيد رفعه: من أحيا أرضاً ميتة فهي له، فالحديث الأول لا أصل له بهذا الإسناد ولا بغيره، وأما الثاني فقد تقدم من وجه آخر عن سعيد بن زيد وغيره والحكاية موضوعة .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ: سرقة .

(٦) في أ: تقطع .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٢٣/٥)، رقم (٢٨٦٠٨)، موقوفاً على عثمان .

(٨) في أ: لأن .

ليست بصيد، وشبهة الإباحة في مثل هذه الصورة لمكان الصيدية.
وفي المتقى: لا قطع في الدجاج والبط، ولا قطع في شراب؛ لأنه إن كان حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد، وإن كان مُرّاً فإن كان خمراً فلأنها ليست بمتقومة، وفيم عدا الخمر من الأشربة فللعلماء في تقومها اختلاف، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص؛ لأن ما ورد فيه النص متقوم^(١) بلا خلاف.

وحكي عن فخر الإسلام البزدوي - رحمه الله -، أنه قال: إن كان الشيء^(٢) من ذلك يبقى [مألاً متقوماً]^(٣) بالإجماع يقطع فيه؛ لأنه في معنى ما ورد فيه النص؛ لأن ما ورد فيه النص متقوم بلا خلاف، حكي عن الشيخ الإمام مفتي الإسلام هكذا. ولا قطع في الطبل^(٤) والبربط^(٥)، أما عند أبي يوسف - رحمه الله - [فلأنه لا تقوم لهما، ولهذا لا يجب الضمان على مثلها، وأما عند أبي حنيفة]^(٦) فلأن الأخذ للكسر مباح، وهو بمنزلة ما لو أخذ طعاماً^(٧) وهو محتاج إليه؛ ولأن للأخذ تأويلاً في أخذه؛ لأنه قصد به النهي عن المنكر، وهو استعماله للتلهي، فيصير ذلك شبهة، هذا إذا كان طبل لهو أما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ فيه في وجوب القطع لسرقته، إذا كان يساوي عشرة، واختار^(٨) الصدر الشهيد - رحمه الله - أنه لا يجب القطع؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره، فتمكنت الشبهة.
ولا قطع في سرقة شطرنج، وإن كان من ذهب، والنرد يكون كذلك.

- (١) في أ: يقوم.
- (٢) في أ: شيء.
- (٣) في أ: وهو مال متقوم.
- (٤) الطبل: آلة يشد عليها الجلد ونحوه ينقر عليه وأغلب ما كانت عندهم بوجهين. ينظر: المعجم الوسيط (٣/٢).
- (٥) البربط هو من ملاهي العجم ولذلك فهو معرب وهو ما يسمى عند العرب المزهر والعود. ينظر: المصباح المنير (٤٧/١).
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في أ: الطعام.
- (٨) في أ: واختيار.

ولو سرق مصحفًا، فلا قطع^(١)، سواء كان مفضضًا أو لم يكن^(٢) مفضضًا؛ لأن أخذ المصحف لتلقن ما فيه حالة الحاجة إلى إقامة شيء من دينه مباح، إلا أن الحاجة أمر باطن لا يوقف عليها، فأقيم كونه مخاطبًا وهو سبب الحاجة إلى معرفة الأحكام مقام الحاجة، فكان الأخذ عن حاجة، [والأخذ عن حاجة]^(٣) مباح، بخلاف الكتاب^(٤) قبل الكتابة؛ لأنه لا حاجة إلى أخذ الأوراق، فكان الأخذ هناك لا حاجة؛ ولأن المقصود ما في المصحف، ويتعذر إيجاب القطع باعتباره؛ لأنه ليس بمال، وإن كان مفضضًا فكذلك؛ لأن ما عليه [من الفضة]^(٥) تبع، فإذا لم يجب القطع باعتبار الأصل فكيف^(٦) يجب باعتبار التبع؟

ولو سرق كتابًا من كتب الأدب^(٧) ففيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: يقطع؛ لأنه لا حاجة إلى الأخذ؛ لأن الحاجة إلى^(٨) معرفة أحكام الشرع، وليس في كتب الأدب أحكام الشرع، [ومنهم من قال: لا يقطع؛ لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيه

(١) ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى إقامة الحد على من سرق كتبًا نافعة، كالتفسير والحديث والفقهاء وغيرها من العلوم النافعة إذا بلغت قيمة المسروق نصابًا. وأضاف الشربيني الخطيب من الشافعية: أنه لو سرق شخص المصحف الموقوف على القراءة لم يقطع إذا كان قارئًا؛ لأن له فيه حقا، وكذا إن كان غير قارئ؛ لأنه ربما تعلم منه، قال الزركشي: أو يدفعه إلى من يقرأ فيه لاستماع الحاضرين. وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يقام الحد على من يسرق المصحف، وقال الحنفية: ولا على من يسرق كتب التفسير والحديث والفقهاء وغيرها من العلوم النافعة؛ لأن أخذها يتأول في أخذه القراءة والتعلم. ينظر: بدائع الصنائع (٦٨/٧)، وحاشية ابن عابدين (٢٧٥/٣)، وبداية المجتهد (٢/٤٨٩)، ونهاية المحتاج (٤٢١/٧)، ومغني المحتاج (١٦٣/٤)، وكشاف القناع (٦/١٣٠).

(٢) زاد في م: إن لم يكن.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ما.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: كيف.

(٧) في أ: الفقه.

(٨) زاد في أ: الأخذ.

يتوصل بواسطته إلى أحكام الشرع^(١).

ويقطع في سرقة دفاتر الحساب؛ لأنه لا يحتاج إلى أخذه؛ [إذ ليس]^(٢) فيه أحكام الشرع، ولا [ما]^(٣) يتوصل به إلى أحكام الشرع.

وفي المتقى قال أبو حنيفة - رحمه الله -، في الرجل يسرق الصنم من خشب^(٤) لا يقطع، وقال أبو يوسف - رحمه الله -، في سارق الصليب من ذهب أو فضة: إنه لا يقطع؛ لأنه يعبد.

وفي نوادر هشام: قال سمعت محمداً - رحمه الله - يقول: لا قطع في جلود السباع إذا سرقها إنسان، وكذلك إذا سرقها قبل^(٥) ما دبغت، وقال: القطع^(٦) في جلود السباع، إذا كانت قد دبغت فجعلت مصلى [أو بساطاً]^(٧).

ولا قطع في قصب النشاب، ولو اتخذ نشاباً ثم سرقه يقطع.

ولا قطع في الرخام ولا في القدر من الحجارة.

وقال أبو يوسف^(٨) رحمه الله: يقطع في العاج ما لم يعمل، وهكذا روى البقالي عن محمد - رحمه الله - في الأبنوس^(٩): فإذا عمل شيئاً قطعته.

[وقال في البقالي عن محمد في الأبنوس: فإذا عمل شيئاً قطعته]^(١٠).

وقال [في]^(١١) البقالي: وقيل: يجب ألا يقطع في المعمول منهما أيضاً.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لأن.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: أنه.

(٥) في أ، م: بعد.

(٦) في م: وأقطع.

(٧) في أ: وبسطا.

(٨) في أ: ويقطع.

(٩) الأبنوس: شجر ينبت في الحبشة والهند خشبه أسود صلب ويصنع منه بعض الأدوات والأواني والأثاث. ينظر: المعجم الوسيط (٢/١).

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

ويقطع في الخل والعسل رواه إبراهيم عن محمد - رحمه الله - .
ويقطع في العود والمسك والأدهان، والتمر، والزبيب، والورس، والزعفران،
والوسمة، واليابسة، والعنبر .
وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه [قال]^(١): لا قطع في غصن عفص ولا
إهليلج، ولا أشنان، ولا ملح .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - [أنه قال: الملح والعنب أقطع]^(٢)، ولا أقطع^(٣)
في التبن والماء، والبذر والثمار، والطين، والجص، والنوى .
ولا يقطع الذمي في الخمر عند أبي يوسف - رحمه الله -، وكذلك في الصليب
إذا كان في مصلى^(٤) لهم، وإن كان في بيت، قطع .
ولو سرق مملوكًا صغيرًا إن كان يُعبر عن نفسه لا يُقطع، وإن [كان لا]^(٥) يُعبر
عن نفسه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - يقطع قياسًا .
[وقال أبو]^(٦) يوسف - رحمه الله -: لا يقطع استحسانًا .
فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أنه سرق شيئًا يمكن فيه شبهة عدم المالية،
فلا يُقطع، كما لو كان يُعبر عن نفسه .
بيان هذا: أن المسروق قبل الرق لم^(٧) يكن مالا لكونه آدميًا، وبعد الرق بقي
آدميًا، فتمكن فيه شبهة عدم المالية من هذا الوجه .
ووجه قولهما: وهو الفرق [بين ما]^(٨) يعبر عن نفسه وبين ما لا يُعبر عن نفسه،

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: قطع .

(٤) في أ: المصلى .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: وعلى قول أبي .

(٧) في أ: ولم .

(٨) في أ: بينهما .

[فالذي يُعبر عن نفسه^(١) لو قال: أنا حر قبل قوله، ولو^(٢) كان في يد نفسه لا يتصور سرقة؛ لأنه يأخذه جهازاً، فأما الذي لا يُعبر عن نفسه فلا يد له، وهو في يد مالكة كالداية والثوب، فتتحقق سرقة.

وفي الممتقى: إذا سرق عبداً صغيراً قيمته خمسة^(٣) دراهم، وفي أذنه لؤلؤة تساوي خمسة دراهم قطعته، والله الموفق.



(١) في أ: ولهذا.

(٢) في أ: وإذا.

(٣) في أ: خمسمائة.

ومما يتصل بهذه المسائل :

ما إذا وقعت السرقة على شيئين : أحدهما مما يجب القطع فيه ، والآخر مما لا يجب^(١) فيه .

الأصل : أن [ما هو]^(٢) المقصود بالسرقة إذا كان مما يجب [فيه القطع]^(٣) وبلغ نصابًا ، يقطع بالإجماع ، وإن كان ما هو المقصود بالسرقة مما لا قطع^(٤) فيه ، لا يقطع وإن كان معه غيره مما يقطع [فيه]^(٥) وبلغ نصابًا وهذا^(٦) قول أبي حنيفة ، ومحمد - رحمهما الله - ، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقطع .

بيانه : في إناء ذهب أو فضة فيه ثريد [أو نبيذ]^(٧) أو ماء سرقه إنسان ، فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أن الذي فيه لم يجب فيه القطع يلحق بالعدم ، فيبقى الإناء منفردًا ، فيجب فيه القطع .

ولهما^(٨) : أن الإناء تبع للمظروف وهو المقصود بالأخذ ، فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل كيف يجب فيما هو تبع ؟

وعلى هذا إذا سرق صبيًا حرًا وعليه حُلِي فيه مائة مثقال فلا قطع سواء علم بالحلي أو لم يعلم ؛ لأن الحلي تابع للصغير حقيقة ؛ لأن الصبي إنما يُحلى ليتزين به ، والزينة تبع لصاحبها ، ولا قطع في المتبوع ، فكذا في التبع ، ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - مسألة الصبي في شرحه من غير ذكر خلاف .

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه أن على قول أبي حنيفة ومحمد

(١) زاد في أ: القطع .

(٢) سقط في م .

(٣) في أ: القطع فيه .

(٤) في أ: يقطع .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: وهو .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ، م: ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

- رحمهما الله - لا يقطع، وعلى قول أبي يوسف يقطع.

قال القدوري: وقالوا جميعًا: إذا كان الصبي الحر يميز ويتكلم، فلا قطع بالإجماع، وإن كان عليه حلي؛ لأنه له يدًا على نفسه، وعلى ما هو تابع له، فكأنه أخذه حرًا عاقلاً، [فلم]^(١) يتعلق القطع به.

وعلى هذا إذا سرق مصحفًا فيه كواكب من ذهب أو فضة تبلغ عشرة دراهم فلا يقطع، علم بالكواكب أو لم يعلم، إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأن^(٢) الكواكب صارت تبعًا للمصحف، ولا يقطع في المتبوع، فلا قطع في التبع أيضًا. وفي المنتقى: إذا سرق كلبًا في عنقه طوق فيه^(٣) مائة درهم، لم أقطعه؛ لأن الكلب لا يقطع^(٤) فيه.

وإن سرق حمازًا قيمته تسعة، وعليه إكاف قيمته درهم، قطع.

وإن سرق كوزًا فيه عسل، قيمة الكوز تسعة دراهم وقيمة العسل درهم قطع؛ لأن العسل يقطع فيه.

وإن سرق إناء فضة فيه ثريد أو نبيذ فلا قطع فيه، رواه هشام عن محمد - رحمه الله -، قال: لأني أنظر إلى ما في جوفه، فإن كان لا قطع فيه لم أقطعه، ولا قطع في الثريد والنبيذ.

وفي الأصل: إذا سرق خابية من خمر والظرف يساوي عشرة، فلا قطع، قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: إذا شرب الخمر في الحرز ثم أخرج الظرف، والظرف مما يقطع في جنسه، قطع.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا سرق قمقمة وفيها ماء وهو يساوي عشرة، لا

(١) سقط في أ، وفي م: فلا.

(٢) في أ: أن.

(٣) في أ: فضة.

(٤) في أ، م: يقطع.

يقطع؛ لأن هذه السرقة غير موجبة للقطع من وجه^(١)، حيث إنه سارق للماء، وبه فارق الكوز الذي فيه عسل؛ لأن هناك السرقة موجبة للقطع من كل وجه؛ ألا ترى أنه لو انفرد كل واحد منهما وقيمتة عشرة يقطع، فإن شرب الماء في الحرز وأخرج القمقمة يقطع.

قال القدوري - رحمه الله - : إذا سرق منديلاً فيه صرة دراهم فعليه القطع، يريد به المنديل الذي يشد فيه الدراهم عادة؛ لأن المقصود بالأخذ هو ما فيه.

ولو سرق ثوباً في طرفه دراهم مصرورة فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: لا قطع^(٢) إلا أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم، وكذلك كل شيء لا يكون وعاء له في العادة، فلا قطع فيه حتى يكون ذلك الشيء يساوي [عشرة]^(٣) فيقطع^(٤) فيه، وأراد بالوعاء الثوب الذي يوضع فيه الدراهم عادة، كالمنديل وما أشبه ذلك.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن علم بما فيه قُطع^(٥)، وإن لم يعلم لا يُقطع، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة - رحمه الله - [وعن أبي]^(٦) يوسف رواية أخرى: عليه القطع علم أو لم يعلم.

ولو سرق جوالقاً^(٧) فيه مال أو جراباً أو كيساً فيه مال، قطع علم به أو لم يعلم. والفرق بين الثوب والجوالق^(٨) على قول أبي حنيفة - رحمه الله - على ظاهر الرواية أن في الجوالق لمن لم يعلم بما في^(٩) المظروف علم بأصله فإنه علم بكون

(١) زاد في أ، م: من.

(٢) في أ: أقطع.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: يقطع.

(٥) في م: يقطع.

(٦) في أ، م: وقال أبو.

(٧) الجوالق والجوالق: وعاء. ينظر: القاموس المحيط (٣/٢٩٥).

(٨) في م: والجوالق.

(٩) في أ: بينه، وفي م: شد.

الجوالق مملوءًا فيكون سارقًا للمظروف قصدًا، لا تبعًا للظرف، وفي الثوب لم يعلم بما شد^(١) فيه أصلًا، حتى لو علم^(٢) بأصل المشدود في الثوب، ولم يعلم بماهيته، يقول: يقطع أيضًا؛ لأنه يكون سارقًا للمظروف مقصودًا.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته مسألة تدل على أن سرقة الثوب إذا كان فيه دراهم مصرورة [أو كان]^(٣) فيه دنانير قد شد والثوب لا يساوي عشرة أنه لا قطع فيه، [وقال في تأويله]^(٤): إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم والدنانير، وتفسير الوعاء ما قلناه^(٥)، فأما إذا كان وعاء يقطع؛ لأن القصد فيه يقع على الدراهم والدنانير.

ألا ترى أنه لو سرق كيسًا فيه دراهم كثيرة يقطع، وإن كان قيمة الكيس دون الدراهم.



(١) في أ، م: يشد.

(٢) في أ: لم يعلم.

(٣) في أ، م: وكان.

(٤) في أ، م: وقال رحمه الله وتأويله.

(٥) في أ، م: قلنا.

نوع [آخر]^(١) في سرقة الثمار والطعام:

وإذا سرق من آخر طعامًا، والسنة سنة قحط، لا يجب القطع بسرقة، سواء كان طعامًا يتسارع إليه الفساد أو لا يتسارع، وسواء كان محرزًا أو لم يكن، وإن كانت السنة سنة خصب إن كان طعامًا يتسارع إليه الفساد، فكذلك الجواب، وإن كان طعامًا لا يتسارع إليه الفساد وهو محرز قطع؛ لأنه إذا كان لا يتسارع إليه الفساد، فهو وسائر الأموال على السواء.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : والجواب في الثمار على هذا التفصيل أيضا إن كانت السنة سنة قحط، لا يجب القطع بسرقة الثمار سواء كان ثمرا يتسارع إليه الفساد [أو لا يتسارع، وسواء كان الثمر على رأس النخل أو كان محرزًا، وإن كانت السنة سنة خصب إن كان ثمرا يتسارع إليه الفساد]^(٢)، لا^(٣) يجب القطع، سواء كان محرزًا أو لم يكن، وإن كان ثمرا [لا]^(٤) يتسارع إليه الفساد وهو محرز^(٥) ففيه القطع؛ لقوله ﷺ: «وما آواه الجرين ففيه القطع»^(٦).

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا سرق في عام قحط، إن سرق عن ضرورة، وجوع، فلا قطع عليه، ولم يفصل بين الطعام وغيره.



-
- (١) سقط في أ.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في أ: ولا.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) في أ: غير محرز.
 (٦) تقدم.

نوع آخر في مسائل النصاب:

وقد ذكرنا أن كمال النصاب [شرط وجوب القطع، وإنما يشترط كمال النصاب]^(١) في حق السارق، حتى إن من سرق ثوبًا من^(٢) اثنين قيمته عشرة، قطع. وفي البقالي: إن أخرج ما دون النصاب من البيت ثم دخل وأخرج الباقي لم يقطع.

وإذا سرق رجلان ثوبًا يساوي عشرة، فلا قطع على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما سرق خمسة؛ لأن أخذ المال يحتمل التجزؤ فعند الاشتراك يجعل كل واحد منهما أخذًا^(٣) للنصف، حتى لو كان قيمة الثوب عشرين يقطع كل واحد منهما. وفي نوادر [ابن هشام]^(٤): قال: سمعت محمدا - رحمه الله - يقول: إذا سرق نصف دينار مقطوع يساوي عشرة دراهم، قطعت، ولو سرق دينارًا قيمته أقل من عشرة دراهم لم أقطعه، إنما القطع^(٥) في عشرة [وذلك لما روي عن]^(٦) عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا أقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»^(٧) فالمراد منه الدينار المتقوم^(٨) بقيمة الشرع، [وهي]^(٩) عشرة، لا الدينار المتقوم^(١٠) بقيمة الوقت؛ لأن القيمة باعتبار الوقت قد تبلغ عشرة، وقد تبلغ عشرين

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بين.

(٣) في أ: أخذ.

(٤) في أ، م: بشر.

(٥) في أ: أقطع.

(٦) في أ، م: والذي روى.

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٦٠/٤)، برقم (٣٤٢٨). عن عمرو بن شعيب، عن أبيه،

عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يقطع السارق إلا في عشرة دراهم».

(٨) في أ: المقوم.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) في أ، م: المقوم.

وقد تبلغ ثمانية، فيصير تقدير الحديث لا قطع إلا في عشرة أو عشرين أو ثمانية، وإثبات النصاب على هذا الوجه لا يستقيم، فعلم أن المراد من الحديث المتقوم^(١) بالشرع [وهي]^(٢) عشرة.



(١) في أ، م: المقوم.

(٢) سقط في أ، م.

نوع آخر يرجع إلى الحرز:

إذا أخذ السارق قبل أن يخرج السرقة لا يقطع، وهذه المسألة في الحاصل على وجوه: أما إن سرق من بيت مفرد، وأخذ قبل الإخراج منه، وفيها الوجه لا قطع؛ لأن تمام السرقة بالأخذ والإخراج، ولم يوجد الإخراج أصلاً ولم يوجد الأخذ معنى؛ لأن البيت في يد المالك، فما في البيت يكون في يده [أيضاً]^(١).

وأما إذا سرق من بيت من دار فيها بيوت، وأخرج^(٢) إلى صحن الدار ولم يخرج من الدار حتى أخذ^(٣)، وفي هذا الوجه لا قطع أيضاً؛ لأنه لم يوجد الأخذ معنى، ولم يوجد الإخراج من الحرز أيضاً؛ لأن الدار كلها حرز واحد.

وأما إن سرق من صحن دار اشتمل على بيوت، ولم يخرجها من الدار، وفي هذا الوجه لا قطع أيضاً.

وإن كانت الدار كبيرة، فيها مقاصير ومنازل، وفي كل مقصورة سكان على حدة كدار نوح، ودار عناب ببخارى، فسرق رجل من مقصورة وأخرجها إلى صحن الدار، قطع؛ لأن الأخذ قد وجد من كل وجه، وكذلك الإخراج من الحرز؛ لأن كل مقصورة حرز على حدة، ومال كل إنسان يحرز بمقصورته، لا بالدار فكانت هذه المقاصير [بمنزلة دور في محال مختلفة، وعلى هذا لو أغار إنسان من أهل هذه المقاصير]^(٤) على مقصورة وسرق منها شيئاً، قطع.

وفي الدار المشتمل على بيوت إذا كان في كل بيت ساكن فسرق إنسان من أهل البيت من بيت آخر شيئاً لا يقطع، وما افترقا إلا لما قلنا.

ولو سرق من الدار سرقة ورمى بها إلى خارج الدار ثم خرج وأخذ السرقة قطع عند علمائنا الثلاثة استحساناً.

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: ورمى.

(٣) في أ، م: أخذه.

(٤) سقط في أ.

ولو أخذ في الدار حتى [لم] ^(١) يمكنه الخروج والأخذ، لا يقطع.
والوجه في ذلك: أن أخذ السارق إنما يتم إذا زالت يد المالك صورة ومعنى،
وأخذ السارق قائم؛ لأن التمام صفة الأخذ والصفة إنما تثبت حال قيام ^(٢) الأصل،
فلا بد من قيام أصل ^(٣) الأخذ حتى تثبت صفة التمام له.
إذا ثبت هذا فنقول: حال [زوال يد المالك] ^(٤) ^(٥): ما بعد الرمي إلى السكة،
وفي هذه الحالة أخذ السارق ليس بقائم حقيقة، وإنما يعتبر قائمًا تقديرًا واعتبارًا، إذا
ظهر أن الرمي لإتمام الأخذ؛ وهذا لأن الرمي متردد بين أن يكون للتضييع، فإن من
عادة السراق تضييع بعض المال على المسروق منه، وأخذ البعض، وبين أن تكون
حيلة لإتمام الأخذ؛ بأن يرمي فيفرغ ^(٦) يده ليتمكن دفع رب المال إذا ^(٧) علم به،
ويقصد ^(٨) على هذا أكثر السراق ^(٩) فإذا خرج من الدار وأخذ المتاع ظهر أن الرمي
[كان لإتمام] ^(١٠) الأخذ، لا للتضييع، فيعتبر أخذه قائمًا تقديرًا، واعتبارًا، [فزالت
يد] ^(١١) المالك صورة ومعنى، وأخذ السارق قائم، [فيستمر أخذه] ^(١٢) فيتحقق
شرط وجوب القطع، فأما إن أخذ السارق في الدار حتى لا يمكنه الخروج وأخذ
السرقة، ظهر أن الرمي ما كان لإتمام الأخذ فلا يعتبر [أخذه] ^(١٣) قائمًا وقت زوال يد

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: القيام.

(٣) في أ: صفة.

(٤) في م: حال.

(٥) زاد في أ: قال.

(٦) في أ، م: ففرغ.

(٧) في أ، م: متى.

(٨) في أ: وقصده.

(٩) في أ، م: السرقات.

(١٠) في أ، م: لإمكان إتمام.

(١١) في أ: فزال ملك.

(١٢) في أ: قد تم أخذ.

(١٣) سقط في أ.

المالك صورة ومعنى، فلا يمكن إتمامه، فيبقى^(١) ناقصًا، وإنه لا يكفي لإيجاب القطع.

وعلى هذا قلنا: إن السارق إذا رمى بالسرقة خارج الدار، ثم خرج فلم يجدها فإن كان غيره أخذها وذهب، لا يقطع، وطريقه ما قلنا.

ولو رمى بالسرقة إلى خارج الدار، فأخذها صاحبه لا قطع على واحد منهما، وكذلك لو أن رجلاً ناول صاحبًا له خارج الدار، ثم خرج وذهب لم يقطع واحد منهما.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الخارج إذا أدخل يده في الدار وناوله الداخل لا قطع على واحد منهما، أما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز، وأما الخارج فلأنه وإن أخرج المال من الحرز إلا أنه لم يدخل في الحرز، فأما إذا كان الداخل أخرج يده من الدار مع السرقة فناولها صاحبه يجب القطع على الداخل؛ لأنه وجد منه الدخول في الحرز والإخراج عن الحرز. فتمت السرقة في حقه، ولا قطع على الخارج؛ لأنه لم يوجد منه لا الدخول ولا الإخراج.

وكثير من مشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف - رحمه الله -، وقالوا: ما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب [محمول]^(٢) على ما إذا لم يخرج الداخل يده مع السرقة من الدار، [فأما إن أخرج يده]^(٣) يجب القطع على الداخل، كما هو قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وفي القدوري^(٤) عن محمد - رحمه الله - أن الداخل إذا أخرج يده من البيت مع السرقة وناولها صاحبه أن عليه القطع، وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى

(١) في أ: فسينقض.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: فإنما إذا خرج، وفي م: فأما إذا أخرج.

(٤) في أ: الفتوى.

أن الخارج إذا أدخل يده وأخرج المتاع كان عليه القطع؛ لأن الدخول ليس بمقصود بعينه، بل المقصود هو الإخراج وقد وجد؛ ألا ترى لو^(١) أدخل يده في جواليق وأخذ المتاع، أو^(٢) أدخل يده في صندوق الصيرفي يجب القطع، وإن لم يوجد الدخول لما وجد^(٣) الإخراج.

ولو وضع الداخل المتاع عند النقب، ثم خرج وأخذه فهل^(٤) يقطع؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يقطع؛ لأن المال إنما صار مُخرَجًا من الحرز بفعله.

وبعضهم قالوا: لا يقطع؛ لأن المال وإن صار مُخرَجًا من الحرز بفعله، [إلا أن]^(٥) وجود الفعل منه وهو خارج من الدار، فلا يجب القطع، كما لو أخرجه آخر، بخلاف ما لو رمى به إلى السكة، ثم خرج وأخذه؛ لأن هناك المال صار مُخرَجًا من الحرز بفعله، وحال ما وجد الفعل منه هو^(٦) في الحرز حقيقة.

وقد صح عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: إذا كان السارق ظريفًا لا قطع عليه، فقيل: وكيف يكون السارق ظريفًا؟ قال: أن يدخل يده في الدار ويمكنه خروجها.

سارق^(٧) دخل البيت وجمع المتاع وطرحه^(٨) في نهر كان في البيت ثم خرج وأخذه، فإن كان للماء^(٩) من القوة ما أخرج المتاع بنفسه فلا قطع على السارق، وإن

(١) في أ: إذا.

(٢) في أ، م: و.

(٣) زاد في أ: من.

(٤) في أ: هل.

(٥) في أ، م: أن وقت.

(٦) في أ، م: هو.

(٧) في أ: بسارق.

(٨) في أ، م: وطرحها.

(٩) زاد في أ: قوة و.

لم تكن للماء تلك القوة وإنما أخرجه بتحريكه، فعليه القطع، هكذا ذكر في النوازل.

وذكر في موضع آخر أن فيه اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: يقطع من غير تفصيل، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .



نوع آخر في الجماعة يشتركون في السرقة:

قال في الجامع الصغير في الرجال يدخلون على الرجل، فيلي رجل منهم أخذ متاعه وحمله، فإنهم يقطعون استحساناً، وذكر هذه المسألة في الأصل بعبارة أخرى، فقال: جماعة دخلوا دار رجل فجمعوا^(١) المتاع، وحملوه على ظهر رجل منهم، فكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه في فوره، قطعوا جميعاً استحساناً؛ لأن هذه سرقة معهودة، فيما بين السراق؛ أن يتولى بعضهم أخذ المتاع وحمله، والبعض يكون رصدًا يدفعون صاحب الدار إذا انتبه، فلو لم يوجب القطع عليهم لأدى^(٢) إلى سد باب القطع.

قالوا: هذا إذا كان الآخذ والحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد. فأما إذا كان الحامل ممن لا يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان صبيًا، أو مجنونًا، لا يقطع واحد منهم؛ لأن غير الحامل تبع للحامل، والآخذ في هذا، [وهو الأصل]^(٣)، فإذا لم يجب الحد على الأصل كيف يجب على التبع؟ وإن كان الذي ولي الحمل والإخراج [واحد]^(٤) من الكبراء^(٥) فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يقطع على واحد منهم؛ لأن السرقة واحدة، وإنها لم توجب القطع على البعض، فلا توجب على الباقي، وذكر هذا الفصل في العيون. وكذلك إذا حملوا المتاع على ظهر دابة يسوقها حتى أخرجت، قطعوا استحساناً وقياساً؛ لأن فعل الدابة يضاف إلى السائق، فكأنهم أخرجوه بأنفسهم، بخلاف الحمال على جواب القياس.

(١) في أ، م: فحملوا.

(٢) في أ، م: أدى.

(٣) في أ، م: الفعل.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الكر.

لو أن السارق لم يسق الدابة بنفسه ، ولكن خرجت الدابة بنفسها وذهبت إلى بيت السارق قبل خروج السارق [من البيت] ^(١) أو بعده ، فلا قطع على السارق ، ذكر هذا الفصل في فتاوى أهل سمرقند .



(١) سقط في أ، م .

الفصل الثاني في رد السرقة على المالك

هذا الفصل على ثلاثة أوجه:

الأول: أن^(١) يرد السارق السرقة على المالك قبل المرافعة إلى الإمام، وفي هذا الوجه لا قطع على السارق، شهد الشهود عليه بالسرقة، أو لم يشهدوا^(٢)، أما إن^(٣) لم يشهدوا فظاهر، وأما إذا شهدوا فلأن الشهادة على السرقة لا تقبل بدون الدعوى؛ لأن الشهادة [على السرقة]^(٤) شهادة بالمال للمسروق منه. [والشهادة بالمال]^(٥) لا تسمع بدون دعوى، ودعوى السرقة من المالك بعد ما وصل إليه المال^(٦) لا تصح؛ لأنه لا يدعي لنفسه مالا بهذه الدعوى، وإنما يدعي القطع، والمسروق منه أجنبي عن القطع، فصار دعواه السرقة في حق القطع، ودعوى أجنبي [آخر]^(٧) سواء، ثم لا يقطع بدعوى أجنبي آخر، فكذا بدعوى المالك.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في النوازل: أنه يجب القطع على السارق في هذه الصورة، وما قاله أبو يوسف - رحمه الله - قياس، وما ذكرناه استحساناً^(٨).

وجه القياس في ذلك أن القطع حق الله - تعالى - على الخلوص، فيستوفى^(٩) من غير دعوى العبد، كحد الزنى وحد الشرب.

(١) في م: ألا.

(٢) زاد في م: قطعاً.

(٣) في أ، م: إذا.

(٤) في أ، م: بالسرقة.

(٥) في أ، م: والشهادة.

(٦) في أ: المالك.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في أ، م: ذكرنا استحساناً.

(٩) في أ، م: فيستوي.

ووجه^(١) الاستحسان: أن القطع وإن كان من حق الله -تعالى - على الخلوص، إلا أن ثبوته في ضمن حق العبد في المسروق، ولهذا إذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة من شخص بعينه والمشهود له ينكر السرقة، لا يقطع السارق بهذا؛ لأن القطع في ضمن حق العبد في المسروق، وحق المسروق منه في المسروق [لم يثبت لما أنكر السرقة، فلا يثبت القطع الذي في ضمنه.

قلنا: وحق المسروق منه في المسروق^(٢) هنا لم يثبت؛ لأن ثبوته بالبينة مبني^(٣) على خصومة صحيحة، وخصومة المسروق منه بعد^(٤) وصول المسروق إليه لم تصح، فلم يثبت كون المسروق ملكاً للمسروق منه بهذه البينة، فلا يثبت ما في ضمنه.

الوجه الثاني: أن يرد السرقة بعدما رفع المسروق منه الأمر [إلى الإمام]^(٥) وشهد الشهود بالسرقة، إلا أن القاضي لم يقض بشهادتهم، وهذا الوجه لم يذكره محمد في شيء من الكتب، إنما ذكره الكرخي - رحمه الله - في كتابه، وذكر أن القاضي لا يقضي بالقطع قياساً، إلا أنني أستحسن أقضى عليه بالقطع، وإنما أستحسن ذلك لوجهين:

أحدهما: لأن^(٦) السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة، وهي خصومة المالك، فلو امتنع القاضي إنما يمتنع بسبب رد السرقة من حيث إن بالرد تمتنع الخصومة، أما لا تنعدم الخصومة؛ لأن الرد في هذه الصورة منهي للخصومة؛ لأن المقصود [هو استرداد المال]^(٧) وحصول المقصود بالشيء

(١) في أ، م: وجه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: بناء.

(٤) في أ: بلد.

(٥) في أ: للإمام.

(٦) في أ: أن.

(٧) في أ، م: من خصومة المال الاسترداد.

ينهيه، والمنهي يكون مستقرًا في نفسه، فلا تنعدم الخصومة التي هي من شرط القضاء بالقطع، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

الوجه الثاني: إن قلنا: إن الخصومة تنعدم، ولكن انعدام الخصومة وقت القضاء، لا يمنع القضاء.

بيانه: وهو أن القياس يأبى اشتراط الدعوى والخصومة في حق القطع؛ لأن القطع حق الله - تعالى - وفي حقوق الله - تعالى - لا يشترط الدعوى كما في حد الزنى، وحد شرب الخمر، لكننا^(١) شرطنا الدعوى في الابتداء؛ لأن سبب وجوب القطع أخذ مال الغير على سبيل السرقة، والشهادة على أخذ مال الغير لا تسمع بدون دعوى المأخوذ منه، كما في الغصب، [فشرطت الخصومة]^(٢) عند سماع البينة ليظهر سبب وجوب القطع وبعد ما سمعت البينة، وظهرت السرقة، لو شرطت الخصومة، شرطت لأجل القطع، والخصومة ليست بشرط لأجل القطع.

الوجه الثالث: إذا رد السرقة بعد سماع البينة، وبعد القضاء بالقطع قبل [القطع]^(٣)، وفي هذا الوجه لا يمنع القطع استحساناً؛ لأنه [لما لم يمتنع القضاء]^(٤) استحساناً بالرد قبل القضاء [فكذا لا يمنع الاستيفاء بالرد بعد القضاء قبل]^(٥) الاستيفاء، [و]^(٦) هذا إذا رد [المسروق على]^(٧) المسروق منه، فأما إذا رده على ولده^(٨)، أو على أخيه، أو [على]^(٩) أخته، أو عمته، أو خالته، قبل المرافعة إلى

(١) في م: لكن.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لم يمتنع القطع.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ، م: والده.

(٩) سقط في أ، م.

الإمام، ثم وقعت المرافعة وأقام المسروق منه بينة على السارق فإن كان^(١) المردود عليه في عيال المسروق منه جعل [يده]^(٢) كيد المسروق منه، من وجه؛ ألا ترى أن المودع إذا دفع الوديعة إلى من في عياله لا يضمن، وجعل يد من في عياله كيده، فتثبت شبهة الاتحاد، وشبهة الرد على المسروق منه، والحدود لا تثبت مع الشبهات.

وإن كان المردود عليه امرأة المسروق منه أو أجيده الخاص يعني به الأجير الذي يسكن معه أو أمته أو عبده، فلا قطع على السارق استحساناً؛ لأن يد هؤلاء كيد المسروق منه من وجه؛ لأن هؤلاء [من]^(٣) عياله، وإن كان المردود عليه والد المسروق منه أو والدته، أو جده، أو جدته، فإن كان هؤلاء في عيال المسروق منه، فلا قطع على السارق قياساً واستحساناً وإن لم يكونوا في عياله، فلا قطع عليه استحساناً. وفي القياس يجب القطع.

وجه القياس: أن يد من ليس في عيال المسروق منه [ليست]^(٤) كيد المسروق منه^(٥) فلا يتحقق الرد على المسروق منه.

ووجه^(٦) الاستحسان: أن لهؤلاء شبهة الملك في المسروق. قال^(٧) النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(٨)، ولو كان لهؤلاء ملك حقيقة صح الرد عليهم، فإذا كان لهم شبهة الملك، تثبت شبهة الرد أيضاً، والشبهة ملحقه بالحقيقة في درء الحدود، بخلاف من تقدم ذكره؛ لأنه ليس كمن له^(٩) شبهة الملك في المسروق ليصح الرد

(١) في أ، م: لم يكن.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ليس.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، م: وجه.

(٧) في أ: وقال.

(٨) تقدم.

(٩) في أ، م: تقدم ذكره.

عليه بطريق الأصاله، فينظر إلى اليد، إن كانت يده كيد المسروق منه من وجهه بأن كان في عياله، يتحقق الرد عليه من وجهه، فلا يجب القطع، وإن لم تكن بهذه الصفة، يجب القطع.

فإن^(١) ردها على بعض من في عيال والد المسروق منه، قطع؛ لأنه ليس للمردود عليه شبهة الملك في المسروق ليصح^(٢) الرد عليه بطريق الأصاله، وليس يد هؤلاء كيد المسروق منه، فلم يتحقق الرد على المسروق منه.

وإن ردها على مكاتب المسروق منه لم يقطع، وهذا استحسان؛ لأن المكاتب بمنزلة من في عياله؛ لأنه [عبد]^(٣) ما بقي عليه درهم، وكذا إذا^(٤) كان المسروق منه هو المكاتب فرد السارق المسروق على مولى المكاتب، لا يقطع؛ لأن للمولى حق الملك في المسروق، ولو كان للمردود عليه شبهة الملك في المسروق لا يقطع السارق فإذا^(٥) كان له حق الملك أولى.

وإن رد المسروق على من يعول المسروق منه، فلا قطع؛ لأن يد الذي يعوله بمنزلة يده من وجهه في الأمانات، حتى إن المودع إذا دفع الوديعة إلى من يعوله، لا يضمن، قيل: هذا استحسان، والقياس أن يقطع، والأشبه أن هذا قياس واستحسان؛ لأن صاحب العيال هو الذي يقبض لهم، ويحفظ^(٦) عليهم، فصار يد الذي يعوله فوق أيديهم في مال صاحب العيال، فامتنع القطع قياسًا واستحسانًا.



(١) في أ، م: وإن.

(٢) في أ: فيصح.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: إن.

(٥) في أ، م: وإذا.

(٦) في أ: يحفظ.

الفصل الثالث

في ظهور السرقة

يجب أن يعلم بأن ظهور السرقة قد يكون بالإقرار مرة واحدة يكفي لظهورها وبعدها أقر لو رجع عن إقراره، صح^(١) رجوعه حتى لا يقام عليه القطع؛ لأن الرجوع عن الإقرار يثبت لشبهة [الكذب]^(٢) في الإقرار؛ لكون الإقرار مُحتملاً للصدق والكذب، والحد لا يستوفى^(٣) مع الشبهة، وإذا أقر بالسرقة ثم هرب، لا يتبع، وإن كان في فوره.

والتقادم لا يمنع القطع، إذا^(٤) كان ظهور السرقة بالإقرار.

وإذا أقر أنه سرق من فلان الغائب، قطع استحساناً، ولا ينتظر حضور الغائب، وتصديقه - هكذا ذكر في بعض المواضع.

وذكر في القدوري: أن على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يقطع، حتى يحضر الغائب، ويطلب بها. وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يقطع ولا ينتظر حضور الغائب.

قال محمد - رحمه الله - : عبد لرجل في يده عشرة دراهم، أقر أنه سرقها من هذا الرجل، وجعلها على وجهين:

الأول: أن يكون العبد مأذوناً في التجارة أو كان مُكاتباً، وإنه على وجهين: أما إن أقر بسرقة مُستهلكة، أو بسرقة^(٥) قائمة، وفي الوجهين يصح إقراره في حق القطع والمال، فيقطع [يد]^(٦) العبد، ويرد المسروق على المسروق منه، إن كان

(١) في أ: صح.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يستوي.

(٤) في أ، م: فإذا.

(٥) في أ: سرقة.

(٦) سقط في أ.

المسروق^(١) قائمًا.

[الوجه]^(٢) الثاني: أن يكون العبد محجورًا^(٣)، فإن أقر بسرقة مُستهلكة صح إقراره في حق القطع؛ لأن الإقرار بسرقة مُستهلكة إقرار بالقطع، وليس بإقرار بالمال، فإن الضمان لا يجب إن^(٤) كانت السرقة مُستهلكة، وإقرار المحجور على نفسه بالحد المفرد صحيح.

وإن أقر بسرقة مال قائم بعينه في يده، فإن صدقه المولى يقطع، ويرد المال على المسروق منه؛ لأن السرقة في حق القطع تثبت بإقرار العبد، [و]^(٥) في حق المال [ثبتت]^(٦) بتصديق المولى، فيعتبر بما لو ثبتت^(٧) بالبينة، وهذا الجواب كما قلنا^(٨). وإن كذبه المولى في المال، وقال: المال^(٩) مالي، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - يصح إقراره في حق القطع والمال جميعًا، فيقطع العبد، ويرد المال على المسروق منه.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يصح إقراره في حق القطع، ولا يصح في حق المال، فيقطع العبد، ولا يرد المال على المسروق منه، وقال محمد - رحمه الله - : لا يصح إقراره لا في حق المال، ولا في حق القطع.

وذكر هذه المسألة في المنتقى، وقال: كان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: أولًا:^(١٠) أصدق العبد على المتاع، فأرده، ولا أصدقه على القطع، فلا أقطعه، ثم

(١) زاد في أ، م: منه.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) زاد في أ، م: عليه.

(٤) في أ: إذا.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، م: ثبت.

(٨) في أ: قدمنا.

(٩) في أ، م: المولى.

(١٠) في أ، م: أولًا يقول.

قال: أصدقه على القطع فأقطعه، ولا أصدقه على المتاع فلا أرد، ثم قال: أصدقه على المتاع وعلى القطع، فأقطعه وأرد المتاع.

فأما إذا كان ظهور السرقة بالبينة، فنقول: يشترط شهادة رجلين عدلين، ولا يكتفى بشهادة النساء بانفرادهن، لا في حق القطع، ولا في حق المال، وأما شهادة النساء مع الرجال فهي مقبولة في حق المال عندنا، غير مقبولة في حق القطع؛ لأن القطع حد، ولا مدخل لشهادة النساء في الحدود.

وكذا في الشهادة على الشهادة في السرقة، تقبل على المال، ولا تقبل على القطع؛ لأنه تمكنت^(١) فيها شبهة، يمكن الاحتراز عنها، وهي شبهة تمكن^(٢) الكذب في موضعين والحدود لا تثبت مع الشبهات.

وإذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة بعد حين، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، ولا يقضي على المشهود عليه بحد، فالتقادم مانع قبول الشهادة على حد السرقة، كما في حد الزنى، والمانع^(٣) في باب السرقة تهمة الضغينة في الدعوى دون الشهادة عند عامة المشايخ، وعند بعضهم تهمة الضغينة في الشهادة، [دون الدعوى كما]^(٤) في [باب]^(٥) الزنا، ما ذكرنا^(٦) في كتاب الحدود أن الشاهد متى عاين الزنى، فهو مُخِير بين حسبتين: حسبة أداء الشهادة لإقامة حق الله - تعالى - وهو الحد، وبين حسبة الامتناع عن أداء الشهادة، سترًا على المسلم، فإذا امتنعوا عن أداء الشهادة، في الابتداء حمل ذلك على اختيار الستر، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكنت^(٧) في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء، وهي جهة الستر لضغينة حملتهم

(١) في أ: تمكن.

(٢) زاد في أ: تهمة.

(٣) في أ، م: والمفتي.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: ذكر.

(٧) في أ، م: تتمكن.

على ذلك، والشهادة تبطل بسبب التهمة.

بعد هذا قال عامة المشايخ - رحمهم الله - : هذه التهمة لا تتأتى في فصل السرقة؛ لأن الشهود لا يتمكنون من الشهادة إلا بعد الدعوى من العبد، وهو المسروق منه، ولم توجد الدعوى من العبد هنا [حتى الآن]^(١)، فيكون الشهود في التأخير معذورين فلا يتمكن شبهة الضغينة في شهادتهم، فلا يمكن رد شهادتهم بسبب تهمة^(٢) الضغينة؛ ولهذا قال أصحابنا - رحمهم الله - في باب الزنا: إذا كان التقادم بعذر بأن كان الزنى في موضع ليس فيه قاض، وشهدوا، جازت شهادتهم، ولكن امتناع قبول الشهادة في السرقة بعد التقادم لتهمة^(٣) الضغينة في الدعوى.

بيان ذلك: أن المسروق منه في باب السرقة مُخير بين حسبتين: حسبة أن يدعي السرقة ليقام^(٤) الحد، فيحصل الانزجار، وحسبة ألا يدعي السرقة سترًا على المسلم، بل يدعي مُطلق الأخذ؛ لأن في السرقة [حدًا]^(٥)، فيحصل إحياء حقه، وتقع الصيانة عن [القطع]^(٦)، فإن اختار الأول حرم التأخير، فإذا أخرج يحمل على أنه اختار حسبة الستر، فإذا عاد يدعي السرقة، تمكن في دعواه تهمة أن الضغينة حملته على الدعوى. إلا أن تهمة الضغينة تعتبر فيما^(٧) يندرى بالشبهات، وهو القطع ولا تعتبر فيما لا يندرى بالشبهات، وهو الضمان، فيقضى بالضمان، إن كان لا يقضى بالقطع، وهذا قول عامة المشايخ.

وعلى قول بعض المشايخ: امتناع قبول الشهادة بسبب التقادم في السرقة لتهمة الضغينة في الشهادة أيضًا.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: شبهة.

(٣) في م: لشبهة.

(٤) في أ، م: لتقادم.

(٥) في أ، م: أخذًا وبدعوى الأخذ مطلقًا.

(٦) في أ، م: سقوط القيمة.

(٧) في م: بما.

وبيان ذلك: أن الشهود يتمكنون من الشهادة في باب السرقة بدون الدعوى، فإن لهم أن يشهدوا كما عاينوا السرقة، حتى^(١) يحبس القاضي السارق إلى [أن يجيء]^(٢) المسروق منه فيدعي، فدعوى المسروق منه تشترط لقبول الشهادة؛ لأجل القضاء بالمال، لا للحبس، فإذا لم يشترط الدعوى للحبس أمكن للشهود الأداء قبل الدعوى لأجل الحبس، فإذا أخروا يحمل تأخيرهم على أنهم اختاروا الستر، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكنت في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء لضغينة حملتهم على ذلك، فمنع قبول الشهادة، وهو وحد التقادم في السرقة [ما هو حد التقادم في الزنى]^(٣).



(١) زاد في أ: لا.

(٢) في أ: مجيء.

(٣) سقط في م.

الفصل الرابع

في قطع الطريق^(١)

(١) يطلق العلماء اسم قاطع الطريق على الحراة، والمحاربة: فأما قطع الطريق؛ فلأن المجرمين يقطعون أمن الطريق، ويعتدون على المارة؛ أخذاً لأموالهم، أو اعتداء على أعراضهم، أو إخافة لهم، أو فعل ذلك كله. وسمي قطع الطريق محاربة أو حراة؛ أخذاً من قوله تعالى: ﴿يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣]، وهذا نوع من المجاز، «إلا أنه ذكر ذلك؛ تشبيهاً بالمحارب حقيقة؛ لأنه خرج في صورة المحاربة، وأريد بهذا التشبيه: تعظيم الأمر». والحراة اصطلاحاً: عرفها المالكية بأنها: قطع الطريق، والخروج على المارة؛ بأخذ مال محترم من مسلم أو ذمي معصوم الدم والمال؛ بمغالبة قتال، أو تخويف، أو إذهاب عقل، أو قتل خفية، أو لمجرد قطع الطريق، لا لإمارة، ولا نائرة، ولا عداوة. وعند الشافعية: هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب، مكابرة. ويعرف ابن حزم الحراة، مبيناً أنه لا يشترط لمن يخرج على الناس أن يكون معه سلاح، فيقول: المحارب: هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في سبيل الأرض، سواء بسلاح أو بلا سلاح أصلاً، سواء ليلاً أو نهاراً، في مصر أو فلاة، أو في قصر خليفة، أو الجامع، سواء قدموا على أنفسهم إماماً أم لم يقدموا سوى الخليفة نفسه، فعل ذلك بجنده أو غيره، منقطعين في الصحراء أو أهل قرية، سكاناً في دورهم أو أهل حصن كذلك، أو أهل مدينة عظيمة أو غير عظيمة كذلك، واحداً كان أو أكثر، كل من حارب المارة، وأخاف السبيل بقتل نفس، أو أخذ مال، أو بجراحة، أو بانتهاك فرج، فهو محارب، عليه وعليهم، كثروا أو قلوا حكم المحاربين المنصوص في الآية؛ لأن الله تعالى لم يخص شيئاً من هذه الوجوه؛ إذ عهد إلينا بحكم المحاربين ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤] ونحن نشهد بشهادة الله تعالى أن الله سبحانه لو أراد أن يخص بعض هذه الوجوه لما أغفل شيئاً من ذلك، ولا نسيه.

ينظر: شرح منح الجليل للشيخ عليش (٥٤٢/٤)، والشرقاوي على التحرير (٤١٧/٢) والبجيرمي على الخطيب (١٧٨/٤)، حدود ابن عرفة، ص (٧١٥)، وأحكام القرآن، للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن علي الطبري، المعروف بإلكيا الهراسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١) (٦٣/٢)، وأحكام القرآن، للجصاص (٤٠٦/٢)، المحلى، لابن حزم (٣٠٨/١١).

والأصل في حد قاطع الطريق: قوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية [المائدة: ٣٣]. وقد ذهب أصحابنا الشافعية إلى أن هذه الآية نزلت في قطاع الطريق، وبه قال ابن عباس ومالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم. وقال بعض الناس: نزلت في أهل الذمة إذا نقضوا عهدهم ولحقوا بدار الحرب. وقال ابن عمر: نزلت في المرتدين من العرنيين. وقال ابن جرير الطبري في تفسير هذه الآية وبيان سبب نزولها: هذا بيان من الله عز ذكره عن حكم الفساد في الأرض الذي ذكره في قوله: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ الآية [المائدة: ٣٢]، أعلم عباده ما الذي يستحق المفسد في الأرض

من العقوبة والنكال، فقال تبارك وتعالى: لا جزاء له في الدنيا إلا القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف، أو النفي من الأرض؛ خزيًا له. وأما في الآخرة إن لم يتب في الدنيا فعذاب أليم. ثم اختلف أهل التأويل فيمن نزلت هذه الآية: فقال بعضهم: نزلت في قوم من أهل الكتاب كانوا أهل موادة لرسول الله ﷺ، فنقضوا العهد وأفسدوا في الأرض فعرف الله نبيه ﷺ الحكم فيهم: حدثني المثنى، قال: ثنا عبد الله بن صالح، قال: ثنى معاوية، عن علي عن ابن عباس، قوله ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ قال: كان قوم من أهل الكتاب بينهم وبين النبي ﷺ عهد وميثاق، فنقضوا العهد وأفسدوا في الأرض، فخير رسوله، إن شاء أن يقتل، وإن شاء أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف. حدثني المثنى، قال: ثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا هشيم، عن الضحاك قال: «كان قوم بينهم وبين رسول الله ميثاق، فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض، فخير الله جل وعز نبيه ﷺ فيهم فإن شاء قتل، وإن شاء صلب، وإن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف». ثم قال آخرون: نزلت في قوم من المشركين. حدثنا ابن حميد، قال: ثنا يحيى بن واضح، قال: ثنا الحسين بن واقد، عن يزيد عن عكرمة والحسن البصري قالوا: قال ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ إلى قوله: ﴿أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ نزلت هذه الآية في المشركين. فمن تاب منهم من قبل أن تقدروا عليه لم يكن عليه سبيل، وليست تحرز هذه الآية الرجل المسلم من الحد إن قتل أو أفسد في الأرض، أو حارب الله ورسوله، ثم لحق بالكفار قبل أن يقدر عليه، لم يمنعه ذلك أن يقام فيه الحد الذي أصاب. حدثنا ابن وكيع، قال: ثنا يحيى بن سعيد عن أشعب عن الحسن ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ قال: نزلت في أهل الشرك. وقال آخرون: بل نزلت في قوم من عريضة وعكل ارتدوا عن الإسلام، وحاربوا الله ورسوله. حدثنا ابن بشار، قال: ثنا روح بن عباد، قال: ثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة، عن أنس: أن رهطًا من عكل وعريضة أتوا النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله إنا أهل ضرع، ولم نكن أهل ريف، وإنا استوخمنا المدينة، فأمر لهم النبي ﷺ بدود وراع، وأمرهم أن يخرجوا فيها فيشربوا من ألبانها وأبوالها فقتلوا راعي رسول الله ﷺ واستاقوا الذود وكفروا بعد إسلامهم، فأتى بهم النبي ﷺ، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم، وتركهم في الحرة حتى ماتوا. فذكر لنا أن هذه الآية نزلت فيهم ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾. حدثنا ابن حميد، قال: ثنا روح، قال: ثنا هشام بن أبي عبد الله عن قتادة عن أنس بن مالك، عن النبي ﷺ بمثل هذه القصة. حدثنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق، قال: سمعت أبي يقول: أخبرنا أبو حمزة، عن عبد الكريم وسئل عن أبوالإبل، فقال: حدثني سعيد بن جبير، عن المحاربين، فقال: كان ناس أتوا النبي ﷺ فقالوا: نبايعك على الإسلام فبايعوه وهم كذبة، وليس الإسلام يريدون، ثم قالوا: إنا نجتوي المدينة فقال النبي ﷺ، هذه اللقاح تغدو عليكم وتروح، فاشربوا من أبوالها وألبانها. قال: فبينما هم كذلك إذ جاء الصريخ، فصرخ إلى رسول الله ﷺ، فقال: قتلوا الراعي وساقوا النعم، فأمر نبي الله فنودي في

الناس: أن يا خيل الله اركبي، قال: فركبوا لا ينتظر فارس فارسًا. قال: فركب رسول الله ﷺ على أثرهم، فلم يزالوا يطلبونهم حتى أدخلوهم مأمئهم، فرجع صحابة رسول الله ﷺ، وقد أسروا منهم، فأتوا بهم النبي ﷺ، فأنزل الله ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ الآية. قال: فكان نفئهم أن نفوهم حتى أدخلوهم مأمئهم وأرضهم، ونفوهم من أرض المسلمين، وقتل نبي الله منهم، وصلب، وقطع، وسمل الأعين. قال: فما مثل رسول الله ﷺ قبل ولا بعد. قال: ونهى عن المثلة، وقال: لا تُمَثِّلُوا بشيء. قال: فكان أنس بن مالك يقول ذلك، غير أنه قال: أحرقهم بالنار بعد ما قتلهم. واستطرد ابن جرير في ذكر أقوال آخر بشأن من نزلت فيهم هذه الآية إلى أن قال: وأولى الأقوال في ذلك عندي أن يقال: أنزل الله هذه الآية على نبيه ﷺ يعرفه حكمه على من حارب الله ورسوله، وسعى في الأرض فسادًا بعد الذي كان من فعل رسول الله ﷺ بالعربيين ما فعل. وإنما قلنا: ذلك أولى الأقوال بالصواب في ذلك؛ لأن القصص التي قصها الله جل وعز قبل هذه الآية وبعدها من قصص بني إسرائيل وأنبيائهم؛ فأن يكون ذلك متوسطًا من تعريف الحكم فيهم وفي نظرائهم أولى وأحق. وقلنا: كان نزول ذلك بعد الذي كان من فعل رسول الله ﷺ بالعربيين ما فعل؛ لتظاهر الأخبار عن أصحاب رسول الله ﷺ بذلك. وإذا كان ذلك أولى بالآية لما وصفنا فتاويلها: من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسًا بغير نفس أو سعى بفساد في الأرض فكانما قتل الناس جميعًا ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴿ [المائدة: ٣٢] يقول: لساعون في الأرض بالفساد، وقاتلون النفوس بغير نفس وغير سعي في الأرض بالفساد؛ حربًا لله ولرسوله، فمن فعل ذلك منهم يا محمد، فإنما جزاؤه أن يقتلوا، أو يصلبوا، أو أن تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، أو ينفوا من الأرض. فإن قال لنا قائل: وكيف يجوز أن تكون الآية نزلت في الحال التي ذكرت من حال نقض كافر من بني إسرائيل عهده، ومن قولك: إن حكم هذه الآية حكم من الله في أهل الإسلام دون أهل الحرب من المشركين؟ قيل: جاز أن يكون ذلك كذلك؛ لأن حكم من حارب الله ورسوله، وسعى في الأرض فسادًا من أهل ذمتنا وملتنا واحد، والذين عنوا بالآية كانوا أهل عهد وذمة وإن كان داخلًا في حكمها كل ذمي وملي، وليس يبطل بدخول بعض الناس في حكم الآية أن يكون صحيحًا نزولها فيمن نزلت فيه. وقال ابن كثير في تفسيره: المحاربة: هي المضادة والمخالفة، وهي صادقة على الكفر وعلى قطع الطريق وإخافة السبيل. وكذا الإفساد في الأرض: يطلق على أنواع من الشر حتى قال كثير من السلف منهم: سعيد بن المسيب: إن قبض الدراهم والدنانير من الإفساد في الأرض، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ ﴾ [البقرة: ٢٠٥] ثم قال بعضهم: نزلت هذه الآية الكريمة في المشركين كما قال ابن جرير: حدثنا ابن حميد حدثنا يحيى بن واضح حدثنا الحسين بن واقد عن يزيد عن عكرمة والحسن البصري قالوا: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ =

وَأَرْجُلُهُمْ مَنْ خَلَفَ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جَزَاءُ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ ﴿٣٤﴾ [المائدة: ٣٣، ٣٤] نزلت هذه الآية في المشركين، فمن تاب منهم من قبل أن تقدروا عليه لم يكن عليه سبيل وليست تحرز هذه الآية في الرجل المسلم من الحد إن قتل أو أفسد في الأرض أو حارب الله ورسوله ثم لحق بالكفار قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذي أصاب. ورواه أبو داود والنسائي من طريق عكرمة عن ابن عباس ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ الآية، قال: كان قوم من أهل الكتاب بينهم وبين النبي ﷺ عهد وميثاق فنقضوا العهد، وأفسدوا في الأرض، فخير الله رسوله: إن شاء أن يقتل، وإن شاء أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف» رواه ابن جرير. وروى شعبة عن منصور عن هلال بن يساف عن مصعب بن سعد عن أبيه قال: نزلت في الحرورية ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ رواه ابن مردويه. والصحيح: أن هذه الآية عامة في المشركين وغيرهم ممن ارتكب هذه الصفات؛ كما رواه البخاري ومسلم من حديث أبي قلابة واسمه: عبد الله بن زيد الجرمي البصري عن أنس بن مالك: أن نفرًا من عكل ثمانية قدموا على رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا المدينة، وسقمت أجسامهم، فشكوا إلى رسول الله ﷺ ذلك. فقال: ألا تخرجون مع راعينا في إبله فتصيبوا من أبوالها وألبانها؟ فقالوا: بلى، فخرجوا، فشربوا من أبوالها وألبانها، فصحوا، فقتلوا الراعي، وطرردوا الإبل، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فبعث في آثارهم، فأدركوا، فجيء بهم، فأمر بهم، فقطعت أيديهم وأرجلهم، وسملت أعينهم، ثم نبذوا في الشمس حتى ماتوا» لفظ مسلم. وفي لفظ لهما: من عكل أو عرينة. وفي لفظ: وألقوا في الحرة، فجعلوا يستسقون فلا يسقون. وفي لفظ لمسلم: ولم يحسمهم. وعند البخاري: قال أبو قلابة: فهؤلاء سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله. رواه مسلم من طريق هشيم عن عبد العزيز بن صهيب، وحמיד عن أنس فذكر نحوه وعنده: «فارتدوا»: وقد أخرجاه من رواية قتادة عن أنس بنحوه وقال سعيد عن قتادة: من عكل وعرينة. ورواه مسلم من طريق سليمان التيمي عن أنس قال: إنما سمل النبي ﷺ أعين أولئك؛ لأنهم سملوا أعين الرعاة. ورواه مسلم من حديث معاوية بن قرة عن أنس قال: أتى رسول الله ﷺ نفر من عرينة، فأسلموا، وبايعوه، وقد وقع بالمدينة الدم وهو البرسام... ثم ذكر نحو حديثهم، وزاد عنده: شباب من الأنصار قريب من عشرين، فأرسلهم، وبعث معهم قائفًا يقفو أثرهم. وهذه كلها ألفاظ مسلم رحمه الله. وقال أبو بكر الجصاص: لا خلاف بين السلف والخلف من فقهاء الأمصار أن هذا الحكم غير مخصوص بأهل الردة، وأنه فيمن قطع الطريق وإن كان من أهل الملة. وحكى عن بعض المتأخرين ممن لا يعتد به: أن ذلك مخصوص بالمرتدين. وهو قول ساقط مردود مخالف للآية وإجماع السلف والخلف، ويدل على أن المراد به قطاع الطريق من أهل الملة: قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤] ومعلوم أن المرتدين لا يختلف حكمهم في زوال العقوبة عنهم بالتوبة بعد القدرة =

كما تسقطها عنهم قبل القدرة، وقد فرق الله بين توبتهم قبل القدرة أو بعدها. وأيضاً: فإن الإسلام لا يسقط الحد عن من وجب عليه؛ فعلمنا أن المراد: قطاع الطريق من أهل الملة وأن توبتهم من الفعل قبل القدرة عليهم هي المسقط للحد عنهم. وأيضاً: فإن المرتد يستحق القتل بنفس الردة دون المحاربة، والمذكور في الآية من استحق القتل بالمحاربة؛ فعلمنا أنه لم يرد المرتد. وأيضاً: ذكر فيه نفي من لم يتب قبل القدرة عليه، والمرتد لا ينفى؛ فعلمنا أن حكم الآية جار في أهل الملة. وأيضاً: فإنه لا خلاف أن أحدًا لا يستحق قطع اليد والرجل بالكفر، وأن الأسير من أهل الردة متى حصل في أيدينا عرض عليه الإسلام، فإن أسلم وإلا قتل، ولا تقطع يده ولا رجله. وأيضاً: فإن الآية أوجبت قطع يد المحارب ورجله، ولم توجب معه شيئاً آخر، ومعلوم أن المرتد لا يجوز أن تقطع يده ورجله ويخلى سبيله، بل يقتل إن لم يسلم؛ والله تعالى قد أوجب الاقتصار بهم في حال على قطع اليد والرجل دون غيره. وأيضاً: ليس من حكم المرتدين الصلب؛ فعلمنا أن الآية في غير أهل الردة. ويدل عليه أيضاً قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَلَّا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ فَغَوُّوا رَجِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤]، فشرط في زوال الحد عن المحاربين وجود التوبة منهم قبل القدرة عليهم، وأسقط عقوبة الكفر بالتوبة قبل القدرة وبعدها، فعلم أنه لم يرد بالمحاربين أهل الردة. فهذه الوجوه التي ذكرناها كلها دالة على بطلان قول من ادعى خصوص الآية في المرتدين.

فإن قال قائل: قد روى قتادة وعبد العزيز بن صهيب وغيرهما عن أنس قال: «قدم على النبي ﷺ أناس من عرينة، فقال لهم رسول الله ﷺ «لَوْ خَرَجْتُمْ إِلَى دُوْدِنَا فَشَرِئْتُمْ مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا»، ففعلوا. فلما صحوا، قاموا إلى راعي رسول الله ﷺ، فقتلوه، ورجعوا كفاراً، واستاقوا ذود رسول الله ﷺ، فأرسل في طلبهم، فأتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم، وتركهم في الحرة حتى ماتوا.

قيل له: إن خبر العرينيين مختلف فيه: فذكر بعضهم عن أنس نحو ما ذكرنا، وزاد فيه: أنه كان سبب نزول الآية. وروى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس: أنها نزلت في أصحاب أبي برزة الأسلمي، وكان موادعاً للنبي ﷺ، فقطعوا الطريق على قوم جاءوا يريدون الإسلام؛ فنزلت فيهم. وروى عكرمة عن ابن عباس: أنها نزلت في المشركين، فلم يذكر مثل قصة العرينيين. وروي عن ابن عمر: أنها نزلت في العرينيين، ولم يذكر ردة. ولا يخلو نزول الآية من أن يكون في شأن العرينيين أو الموادعين، فإن كان نزولها في العرينيين، وأنهم ارتدوا فإن نزولها في شأنهم لا يوجب الاقتصار بها عليهم؛ لأنه لا حكم للسبب عندنا، وإنما الحكم عندنا لعموم اللفظ إلا أن تقوم الدلالة على الاقتصار به على السبب. وأيضاً: فإن من ذكر نزولها في شأن العرينيين فإنه ما ذكر أن النبي ﷺ بعد نزول الآية قال شيئاً، وإنما تركهم في الحرة حتى ماتوا. ويستحيل نزول الآية في الأمر بقطع من قد قطع وقتل من قد قتل؛ لأن ذلك غير ممكن؛ فعلمنا أنهم غير مرادين بحكم الآية. ولأن الآية عامة في سائر من يتناولها الاسم غير مقصورة الحكم على المرتدين، وقد روى همام عن قتادة عن ابن سيرين قال: كان أمر العرينيين قبل أن تنزل =

الحدود. فأخبر أنه كان قبل نزول الآية، ويدل عليه أن النبي ﷺ سمل أعينهم، وذلك منسوخ بنهي النبي ﷺ عن المثلة. وقال أبو بكر بن العربي في سبب نزول هذه الآية خمسة أقوال:

الأول: أنها نزلت في أهل الكتاب، نقضوا العهد، وأخافوا السبيل، وأفسدوا في الأرض؛ فخير الله نبيه فيهم.

الثاني: نزلت في المشركين، قاله الحسن.

الثالث: نزلت في عكل أو عرينة، قدم منهم نفر على النبي ﷺ المدينة، وتكلموا بالإسلام، فقالوا: يا نبي الله: إنا كنا أهل ضرع، ولم نكن أهل ريف، واستوخموا المدينة، فأمر لهم رسول الله ﷺ بزدود وراع، وأمرهم أن يخرجوا فيه، فيشربوا من ألبانها وأبوالها، فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحرة كفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا الذود، فبلغ ذلك النبي ﷺ فبعث الطلب في آثارهم، فأمر بهم، فسملوا أعينهم، وقطعوا أيديهم، وتركوا في ناحية الحرة حتى ماتوا على حالهم. وقال قتادة: فبلغنا أن النبي ﷺ بعد ذلك كان يحث على الصدقة، وينهى عن المثلة. هذا في الصحيح من قصتهم، وتماهما على الاستيفاء في صريح الصحيح. زاد الطبري: وفي ذلك نزلت هذه الآية ورواه الجماعة.

الرابع: أن هذه الآية نزلت معاتبه للنبي ﷺ في شأن العرنين؛ قاله الليث.

الخامس: قال قتادة: هي ناسخة لما فعل في العرنين. ثم قال ابن العربي: ومن قال: إنها نزلت في المشركين أقرب إلى الصواب؛ لأن عكلاً وعرينة ارتدوا وقتلوا وأفسدوا. ولكن يبعد؛ لأن الكفار لا يختلف حكمهم في زوال العقوبة عنهم بالتوبة بعد القدرة كما يسقط قبلها، وقد قيل للكفار: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وقال في المحاربين: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤]، وكذلك المرتد يقتل بالردة دون المحاربة. وفي الآية: النفي لمن لم يتب قبل القدرة، والمرتد لا ينفي. وفيها قطع اليد والرجل، والمرتد لا تقطع له يد ولا رجل؛ فثبت أنها لا يراد بها المشركون ولا المرتدون.

فإن قيل: وكيف يصح أن يقال: إنها في شأن العرنين أقوى، ولا يمكن أن يحكم فيهم بحكم العرنين من سمل الأعين وقطع الأيدي؟

قلنا: ذلك ممكن، لأن الحربي إذا قطع الأيدي وسمل الأعين، فعل به مثل ذلك؛ إذا تعين فاعل ذلك.

فإن قيل: لم يكن هؤلاء حربيين، وإنما كانوا مرتدين، والمرتد يلزم استتابته، وعند إصراره على الكفر يقتل.

قلنا: فيه روايتان:

إحداهما: أنه يستتاب، والأخرى: لا يستتاب. وقد اختلف العلماء على القولين، فقيل: لا يستتاب؛ لأن النبي ﷺ قتل هؤلاء، ولم يستتبهم. وقيل: يستتاب المرتد،

وهو مشهور المذهب وإنما ترك النبي ﷺ استتابة هؤلاء لما أحدثوا من القتل والمثلة والحرب، وإنما يستتاب المرتد الذي يرتاب فيستريب ويرشد ويبين له المشكل، وتجلى له الشبهة.

فإن قيل: فكيف يقال: إن هذه الآية تناولت المسلمين وقد قال: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] وتلك صفة الكفار؟

قلنا: الحراية تكون بالاعتقاد الفاسد، وقد تكون بالمعصية، فيجازي بمثلها، وقد قال تعالى: ﴿إِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩].
فإن قيل: ذلك فيمن يستحل الربا.

قلنا: نعم، وفيمن فعله؛ فقد اتفقت الأمة على أن من يفعل المعصية يحارب؛ كما لو اتفق أهل بلد على العمل بالربا، وعلى ترك الجمعة والجماعة. قال القرطبي: اختلف الناس في سبب نزول هذه الآية، فالذي عليه الجمهور: أنها نزلت في العرنيين؛ روى الأئمة واللفظ لأبي داود عن أنس بن مالك: «أن قومًا من عكل أو قال: من عرينة قدموا على رسول الله ﷺ فاجتروا المدينة، فأمر لهم رسول الله ﷺ بلقاح، وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا، فلما صحوا قتلوا راعي النبي ﷺ، واستاقوا النعم، فبلغ النبي ﷺ خبرهم من أول النهار، فأرسل في آثارهم، فما ارتفع النهار حتى جيء بهم، فأمر بهم، فقطعت أيديهم وأرجلهم، وسملت أعينهم، وألقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون. قال أبو قلابة: فهؤلاء قوم سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله. وفي رواية: فأمر بمسامير فأحميت، فكحلهم، وقطع أيديهم وأرجلهم، وما حسمهم. وفي رواية: فبعث رسول الله ﷺ في طلبهم قافلة فأتى بهم. قال: فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] وفي رواية: قال أنس: فلقد رأيت أحدهم يكدم الأرض بفيه عطشًا حتى ماتوا. وفي البخاري: قال جرير بن عبد الله في حديثه: فبعثني رسول الله ﷺ في قوم من المسلمين حتى أدركناهم وقد أشرفوا على بلادهم، فجئنا بهم إلى رسول الله ﷺ. قال جرير: فكانوا يقولون: الماء، ويقول رسول الله ﷺ: النار. وقد حكى أهل التواريخ والسير: أنهم قطعوا يدي الراعي ورجليه، وغرزوا الشوك في عينيه حتى مات، وأدخل المدينة ميتًا، وكان اسمه يسار، وكان نوبيًا. وكان هذا الفعل من المرتدين سنة ست من الهجرة. وفي بعض الروايات عن أنس: أن رسول الله ﷺ أحرقهم بالنار بعد ما قتلهم. وروى عن ابن عباس والضحاك: أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب. وروى ابن عباس قال: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ إلى قوله: ﴿عَفْوٌ رَجِيمٌ﴾ نزلت هذه الآية في المشركين فيمن أخذ منهم، وحكي عن جماعة: أن هذه الآية ليست بناسخة لذلك الفعل؛ لأن ذلك وقع في مرتدين، لا سيما وقد ثبت في صحيح مسلم وكتاب النسائي وغيرهما قال: إنما سمل النبي ﷺ أعين أولئك؛ لأنهم سملوا أعين الرعاة، فكان هذا قصاصًا، وهذه الآية في المحاربين المؤمن، قبل أن يقدر عليه، لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذي أصابه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل في صفة قطاع الطريق: قوم من المسلمين، أو من أهل الذمة، قطعوا [على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة] ^(١) الطريق، فقد شرط محمد - رحمه الله - أن يكونوا أقوامًا؛ [لأنه سبب] ^(٢) قطع الطريق، ولا يقطع ^(٣) الطريق عادة إلا بقوم لهم منعة، وشرط أن يكونوا من المسلمين، أو من أهل الذمة؛ لأن القطاع لو كانوا مستأمنين كان ^(٤) في إقامة الحد عليهم اختلاف،

ومن قال: إن الآية نزلت في المشركين: عكرمة، والحسن؛ وهذا ضعيف يرده قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الإسلام يهدم ما قبله»، والصحيح الأول؛ لنصوص الأحاديث الثابتة في ذلك. وقال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي: الآية نزلت فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل، ويسعى في الأرض بالفساد. قال ابن المنذر: قول مالك صحيح، قال أبو ثور محتجًا لهذا القول: وفي الآية دليل على أنها نزلت في غير أهل الشرك، وهو قوله جل ثناؤه: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدَرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] وقد أجمعوا على أن أهل الشرك إذا وقعوا في أيدينا، فأسلموا أن دماءهم تحرم؛ فدل ذلك على أن الآية نزلت في أهل الإسلام. وروى الطبري عن بعض أهل العلم: أن هذه الآية نسخت فعل النبي ﷺ في العرنيين؛ فوقف الأمر على هذه الحدود. وقال قوم: ما فعله النبي ﷺ بوفد عرينة نسخ؛ إذ لا يجوز التمثيل بالمرتد. قال أبو الزناد: إن رسول الله ﷺ لما قطع الذين سرقوا لقاحه، وسمل أعينهم بالنار، عاتبه الله عز وجل في ذلك، فأنزل الله تعالى في ذلك ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية. قال أبو الزناد: فلما وعظ ونهي عن المثلة، لم يعد. قلت: وهذا قول حسن، وهو معنى ما ذهب إليه مالك والشافعي؛ ولذلك قال الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدَرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤]، ومعلوم أن الكفار لا تختلف أحكامهم في زوال العقوبة عنهم بالتوبة بعد القدرة، كما تسقط قبل القدرة، والمرتد يستحق القتل بنفس الردة دون المحاربة، ولا ينفى، ولا تقطع يده ولا رجله، ولا يخلى سبيله، بل يقتل إن لم يسلم، ولا يصلب أيضًا فدل أن ما اشتملت عليه الآية ما عني به المرتد. وقال تعالى في حق الكفار: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] وقال في المحاربين: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [المائدة: ٣٤] الآية، وهذا بين. ولا خلاف بين أهل العلم أن حكم هذه الآية مترتب في المحاربين من أهل الإسلام، وإن كانت نزلت في المرتدين واليهود.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: لأن السبب.

(٣) في أ، م: يقطع.

(٤) في أ: كانوا.

وشرط أن يقطعوا الطريق على المسلمين، أو على الذميين، فإن القطع على المستأمنين في دار الإسلام لا يوجب الحد، ولكن يضمنون الدية والمال. ثم الحال لا يخلو إما أن قطعوا الطريق وأخذوا المال، وقتلوا، وفي هذا الوجه عند أبي حنيفة الإمام بالخيار، إن شاء قطع أيديهم اليمنى، وأرجلهم اليسرى، ثم قتلهم أو صلبهم. أو تركهم كذلك حتى يسيل منهم الدم، فيموتون، وإن شاء قتلهم أو صلبهم من غير قطع، وعندهما: يصلبهم الإمام لا غير.

وفي المنتقى: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - الإمام لا يدع قطع أيديهم وأرجلهم [من خلاف] ^(١)، فله الخيار في أنفسهم، إن شاء قتلهم ودفعهم إلى أهلهم يدفنونهم، وإن شاء قتلهم ثم صلبهم، وإن رأى أن يصلبهم ثم يقتلهم فعل ذلك ^(٢).

(١) سقط في أ.

(٢) اختلف العلماء في ترتيب الأحكام المذكورة في الآية في قطع الطريق: فيرى الشافعية: أنهم إذا أشهروا السلاح، وأخافوا السبيل حتى صار الناس يفرعون من الاجتياز فيها؛ خوفاً منهم فقد صاروا محاربين بذلك، وإن لم يأخذوا شيئاً؛ فيجب على الإمام طلبهم؛ لأنه إذا تركهم أفسدوا بأخذ الأموال والقتل، فإن هربوا تبعهم إلى أن يخرجوا من بلاد الإسلام، فإن أدركهم عززهم بما أده اجتهداه إليه ويحبسهم. قال أبو العباس: والأولى أن يحبسهم في غير بلدهم؛ لتلحقهم الوحشة. فإن أخذوا المال ولم يقتلوا، قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف. وإن قتلوا، ولم يأخذوا المال، قتلهم ولم يصلبهم. وإن قتلوا وأخذوا المال، قتلهم وصلبهم. وإن فعلوا شيئاً من ذلك وهربوا، تبعهم الإمام، فإن ظفر بهم أقام عليهم من الحدود ما وجب عليهم، وإن لم يظفر بهم اتبعهم حتى يخرجهم من بلاد الإسلام. وحكى المسعودي: أن أبا الطيب بن سلمة خرج قولاً آخر: أنهم إذا أخذوا المال وقتلوا، فإنهم يقطعون؛ لأخذ المال، ثم يقتلون؛ لأجل القتل، ويصلبون؛ للجمع بين ذلك. والمشهور: هو الأول، وبه قال ابن عباس وقتادة وحماد وأبو مجلز والليث وأحمد وإسحاق. وقال أبو حنيفة: إذا أخافوا السبيل، وجب عليهم التعزير؛ كما قلنا. وإذا قتلوا، ولم يأخذوا المال، وجب عليهم القتل؛ كما قلنا. وإن أخذوا المال ولم يقتلوا، قطعوا؛ كما قلنا. وإن قتلوا، وأخذوا المال، فالإمام فيهم بالخيار: بين أن يقتلهم ويصلبهم، أو يصلبهم ويقطعهم، أو يقطعهم ويقتلهم ويصلبهم، والنفي عنده الحبس. وقال مالك: إذا شهروا السلاح وأخافوا السبيل، فقد لزمتهم هذه الأحكام المذكورة في الآية، إلا أنها تختلف باختلاف أحوالهم؛ فينظر الإمام فيهم: فمن كان منهم ذا رأي قتله، وإن كان جلدًا ولا رأي له قطعه، ومن لم يكن ذا رأي ولا جلد حبسه. وقال ابن المسيب والحسن ومجاهد: إذا أشهروا السلاح =

وأخافوا السبيل، فالإمام فيهم بالخيار بين أربعة أشياء: بين أن يقتلهم، أو يقتلهم ويصلبهم، أو يقطع أيديهم وأرجلهم، أو يحبسهم. واستدل الشافعية ومن لف لفهم بما روي عن ابن عباس أنه قال في قطاع الطريق: إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال، قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وفيهم إذا هربوا: أن يطلبوا حتى يؤخذوا، وتقام عليهم الحدود. ولا يقول مثل هذا إلا توقيفاً وإن قاله تفسيراً للآية، فهو ترجمان القرآن وأعرف بالتأويل. ولأن العقوبات تختلف باختلاف الأجرام؛ ولهذا اختلف حد الزنى في البكر والثيب، واختلف حد الزنى والقذف والشرب. ولأن الله تعالى بدأ في الآية بالأغلظ فالأغلظ؛ وهذ يدل على أنها على الترتيب؛ كما أنه بدأ بالأغلظ فالأغلظ في كفارة الظهر لما كانت على الترتيب، ولما كانت كفارة اليمين على التخيير، بدأ بالأخف فالأخف ويؤيد مذهبنا إليه من القول بأن العقاب يكون على قدر الجرم ورجحان ذلك على القول بأن الإمام مخير في عقاب المحاربين ما ذكره ابن جرير الطبري في تفسيره حيث قال: وقال ابن جرير الطبري: يقول تعالى ذكره: ما للذي حارب الله ورسوله، وسعى في الأرض فساداً من أهل ملة الإسلام أو ذمتهم إلا بعض هذه الخلال التي ذكرها جل ثناؤه أي: في قوله تعالى: ﴿أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا﴾ [المائدة: ٣٣] إلخ، ثم اختلف أهل التأويل في هذه الخلال: أنلزم المحارب باستحقاقه اسم المحاربة أم يلزمه ما لزمه من ذلك على قدر جرمه مختلفاً باختلاف إجرامه؟ فقال بعضهم: تجب على المحارب العقوبة على قدر استحقاقه ويلزمه ما لزمه من ذلك على قدر جرمه مختلفاً باختلاف إجرامه. واستدلوا على ذلك بما روي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] إلى قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْنَ مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: إذا حارب فقتل، فعليه القتل إذا ظهر عليه قبل توبته؛ وإذا حارب وأخذ المال وقتل، فعليه الصلب إن ظهر عليه قبل توبته؛ وإذا حارب وأخذ ولم يقتل، فعليه قطع اليد والرجل من خلاف إن ظهر عليه قبل توبته؛ وإذا حارب وأخاف السبيل، فإنما عليه النفي. وكذلك ما روي عن حماد عن إبراهيم في الآية نفسها قال: إذا خرج، فأخاف السبيل، وأخذ المال قطعت يده ورجله من خلاف، وإذا أخاف السبيل ولم يأخذ المال وقتل، صلب. وقد ذكر الطبري جملة من أحاديث من ذكر ذلك، منها: حدثنا ابن وكيع، قال: ثنا أبي عن عمران بن حدير عن أبي مجلز ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية، قال: إذا قتل، وأخذ المال، وأخاف السبيل، صلب؛ وإذا قتل لم يعد ذلك، قتل؛ وإذا أخذ المال لم يعد ذلك، قطع؛ وإذا كان يفسد، نفي. حدثني المشي قال: ثنا الحماني قال: ثنا شريك عن سماك عن الحسن ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْنَ مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: إذا أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال، نفي. حدثنا المشي قال: ثنا عمرو بن عون قال: أخبرنا هشيم، عن حصين قال: كان يقال: من حارب، فأخاف السبيل، وأخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف، وإذا أخذ المال وقتل صلب. حدثنا بشر، قال: ثنا

يزيد قال: ثنا سعيد عن قتادة أنه كان يقول في قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ حدود أربعة أنزلها الله: فأما من أصاب الدم والمال جميعاً صلب، وأما من أصاب الدم وكف عن المال قتل، ومن أصاب المال وكف عن الدم قطع، ومن لم يصب شيئاً من هذا نفى. حدثنا هناد قال: ثنا أبو معاوية عن حجاج عن عطية العوفي عن ابن عباس قال: إذا خرج المحارب، وأخاف الطريق، وأخذ المال، قطعت يده ورجله من خلاف؛ فإن هو خرج فقتل وأخذ المال، قطعت يده ورجله من خلاف، ثم صلب؛ وإن خرج فقتل ولم يأخذ المال، قتل؛ وإن أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ المال، نفى. حدثنا ابن البرقي قال: ثنا ابن أبي مريم قال: أخبرنا نافع بن يزيد قال: ثني أبو صخر عن محمد بن كعب القرظي وعن أبي معاوية عن سعيد بن جبير في هذه الآية ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ قالوا: إن أخاف المسلمين فاقطع المال ولم يسفك قطع، وإذا سفك دمًا قتل وصلب، وإن جمعهما فاقطع مالا وسفك دمًا قطع، ثم قتل، ثم صلب...، وإن امتنع فإن من الحق على الإمام وعلى المسلمين أن يطلبوه حتى يأخذوه، فيقيموا عليه حكم كتاب الله أو ينفوا من الأرض من أرض الإسلام إلى أرض الكفر. وقال آخرون: الإمام فيه بالخيار أن يفعل أي هذه الأشياء التي ذكرها الله في كتابه. وقد ساق الطبري جملة من أحاديث من ذكر ذلك كما يلي:

حدثني يعقوب قال: ثنا هشيم قال: أخبرنا جرير عن عطاء وعن القاسم بن أبي بزة عن مجاهد في المحارب: أن الإمام مخير فيه، أي ذلك شاء فعل. حدثني يعقوب بن إبراهيم قال: ثنا هشيم عن عبيدة عن إبراهيم: أن الإمام مخير في المحارب أي ذلك شاء فعل، إن شاء قتل، وإن شاء قطع، وإن شاء نفى، وإن شاء صلب. حدثنا ابن حميد قال: ثنا جرير عن عاصم عن الحسن في قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: يأخذ الإمام بأبها أحب. حدثنا سفيان قال: ثنا أبي عن سفيان عن عاصم عن الحسن: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ قال: الإمام مخير فيها.

حدثني المثني قال: ثنا عبد الله قال: ثني معاوية عن علي عن ابن عباس قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآية قال: من شهر السلاح في قبة الإسلام، وأخاف السبيل، ثم ظفر به، وقدر عليه فإمام المسلمين فيه بالخيار إن شاء قتله، وإن شاء صلبه، وإن شاء قطع يده ورجله. حدثنا هناد قال: ثنا أبو أسامة قال: أخبرنا أبو هلال قال: أخبرنا قتادة عن سعيد بن المسيب أنه قال في المحارب: ذلك إلى الإمام إذا أخذه يصنع به ما شاء، قال أبو جعفر: وأولى التأويلين بالصواب في ذلك عندي تأويل من أوجب على المحارب من العقوبة على قدر استحقاقه، وجعل الحكم على المحاربين مختلفًا باختلاف أفعالهم؛ فأوجب على مخيف السبيل منهم إذا قدر عليه قبل التوبة وقبل أخذ مال أو قتل النفي من الأرض، وإذا قدر عليه بعد أخذ المال وقتل النفس المحرم قتلها الصلب. فأما ما اعتل به القائلون: إن الإمام فيه بالخيار من أن «أو» في العطف تأتي بمعنى التخيير في الفرض. فقول

لا معنى له؛ لأن «أو» في كلام العرب قد تأتي بضروب من المعاني لولا كراهة إطالة الكتاب بذكرها لذكرتها. وهي في هذا الموضوع معناها: التعقيب، وذلك نظير قول القائل: إن جزاء المؤمنين عند الله يوم القيامة أن يدخلهم الجنة، أو يرفع منازلهم في عِلين، أو يسكنهم مع الأنبياء والصديقين: فمعلوم أن قائل ذلك غير قاصد بقوله إلى أن جزاء كل مؤمن آمن بالله ورسوله فهو في مرتبة واحدة من هذه المراتب ومنزلة واحدة من هذه المنازل بإيمانه، بل المعقول عنه أن معناه: أن جزاء المؤمن لم يخل عند الله من بعض هذه المنازل، فالمقتصد منزلته دون منزلة السابق بالخيرات، والسابق بالخيرات أعلى منه منزلة، والظالم لنفسه دونهما، وكل في الجنة، كما قال جل ثناؤه ﴿حَسْبُ عِنْدِ يَبَلُغُنَّهَا﴾ [الرعد: ٢٣]، فكذلك معنى المعطوف بـ «أو» في قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية إنما هو التعقيب، فتأويله: إن الذي يحارب الله ورسوله، ويسعى في الأرض فساداً، لن يخلو من أن يستحق الجزاء بإحدى هذه الخلال الأربع التي ذكرها الله عز ذكره لا أن الإمام محكم فيه ومخير في أمره كائنه ما كانت حالته، عظمت جريرته أو خفت؛ لأن ذلك لو كان كذلك، لكان للإمام قتل من شهر السلاح مخيفاً السبيل وصلبه وإن لم يأخذ مالا ولا قتل أحداً، وكان له نفي من قتل وأخذ المال وأخاف السبيل وذلك قول إن قاله قائل خلاف ما صحت به الآثار عن رسول الله ﷺ في قوله: «لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَحْدَى ثَلَاثِ خِلَالٍ: رَجُلٌ قَتَلَ رَجُلًا فَقَتِلَ بِهِ، أَوْ زَنَى بَعْدَ إِحْصَانٍ فَرُجِمَ، أَوْ اِزْدَدَ عَنْ دِينِهِ» وخلاف قوله: «الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»، وغير المعروف من أحكامه. وحدثنا علي بن سهل قال: ثنا الوليد بن مسلم عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب: أن عبد الملك بن مروان كتب إلى أنس بن مالك يسأله عن هذه الآية، فكتب إليه أنس يخبره أن هذه الآية نزلت في أولئك نفر العرنيين وهم من بجيلة قال أنس: فارتدوا عن الإسلام، وقتلوا الراعي، وساقوا الإبل، وأخافوا السبيل، وأصابوا الفرج الحرام. قال أنس: فسأل رسول الله ﷺ جبريل عليه السلام عن القضاء فيمن حارب؟ فقال: من سرق وأخاف السبيل، فاقطع يده بسرقة ورجله بإخافته، ومن قتل فاقطعه، ومن قتل وأخاف السبيل واستحل الفرج الحرام، فاصلبه. وأما قوله: ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ﴾ [المائدة: ٣٣] فإنه يعني جل ثناؤه: أن تقطع أيديهم مخالفاً في قطعها قطع أرجلهم، وذلك أن تقطع أيمن أيديهم وأشمل أرجلهم، فذلك الخلاف بينهما في القطع، ولو كان مكان «من» في هذا الموضوع «على» أو «الباء» فقتل: أو تقطع أيديهم وأرجلهم على خلاف، أو بخلاف لأدبا عما أدت عنه «من» من المعنى. واختلف أهل التأويل في معنى النفي الذي ذكره الله في هذا الموضوع. فقال بعضهم: هو أن يطلب حتى يقدر عليه، أو يهرب من دار الإسلام. وقد ذكر الطبري جملة من أحاديث من ذكر ذلك، منها: حدثني محمد بن الحسين قال: ثنا أحمد بن مفضل قال: ثنا أسباط عن السدي قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] قال: يطلبهم الإمام بالخيال والرجال حتى يأخذهم، فيقيم فيهم الحكم، أو ينفوا من أرض المسلمين. وحدثني

محمد بن سعد قال: ثنى أبي قال: ثنى عمي قال: ثنى أبي عن أبيه عن ابن عباس قال: نفيه: أن يطلب. حدثني المثنى قال: ثنا عبد الله قال: ثنى معاوية عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ يقول: أو يهربوا حتى يخرجوا من دار الإسلام إلى دار الحرب. حدثني علي بن سهل قال: ثنا الوليد بن مسلم قال: أخبرني عبد الله بن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن كتاب أنس بن مالك إلى عبد الملك بن مروان أنه كتب إليه: ونفيه: أن يطلبه الإمام حتى يأخذه، فإذا أخذه أقام عليه إحدى هذه المنازل التي ذكر الله جل وعز بما استحل. حدثنا هناد بن السري قال: ثنا هشيم عن جوير عن الضحاك ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: أن يطلبوا حتى يعجزوا. حدثت عن الحسين بن الفرج، قال: سمعت أبا معاذ يقول: ثنى عبيد بن سليمان قال: سمعت الضحاك يقول: . . . فذكر نحوه. حدثنا ابن وكيع، قال: ثنا حفص بن غياث عن عاصم عن الحسن ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: ينفي حتى لا يقدر عليه. حدثني المثنى قال: ثنا إسحاق قال: ثنا عبد الله عن أبيه عن الربيع بن أنس في قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: أخرجوا من الأرض، أينما أدركوا أخرجوا من الأرض حتى يلحقوا بأرض العدو. حدثنا الحسن قال: ثنا عبد الرزاق قال: ثنا معمر عن الزهري في قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: نفيه: أن يطلب فلا يقدر عليه كلما سمع به في أرض طلب. وقال آخرون: معنى النفي في هذا الموضع: أن الإمام إذا قدر عليه نفاه من بلده إلى بلدة أخرى غيرها. ثم قدم الطبري جملة من أحاديث من ذكر ذلك؛ منها: حدثني المثنى قال: ثنا أبو حذيفة قال: ثنا شبل عن ابن أبي نجيح عن قيس بن سعد عن سعيد بن جبيرة ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال: من أخاف سبيل المسلمين نفي من بلده إلى غيره؛ لقول الله عز وجل: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾. حدثني المثنى قال: ثنا أبو صالح قال: ثنى الليث قال: ثنى يزيد بن أبي حبيب وغيره عن حيان بن سريج: أنه كتب إلى عمر بن عبد العزيز في اللصوص ووصف له لصوصيتهم، وحسبهم في السجون قال: قال الله في كتابه: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣] وترك قول الله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ فكتب إليه عمر بن عبد العزيز: أما بعد، فإنك كتبت إلي تذكر قول الله جل وعز: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ﴾ وتركت قول الله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾، فنبئ أنت يا حيان بن أم حيان؟ لا تحرك الأشياء عن مواضعها، أتجردت للقتل والصلب كأنك عبد بني عقيل من غير ما أشبهك به، إذا أتاك كتابي هذا فانهم إلى شغب. حدثنا يونس قال: أخبرنا ابن وهب قال: أخبرني ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب أن الصلت كاتب حيان ابن سريج أخبرهم أن حيان كتب إلى عمر بن عبد العزيز أن ناسًا من القبط قامت عليهم البيعة بأنهم حاربوا الله ورسوله وسعوا في الأرض فسادًا وأن الله يقول: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ

يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ﴿١﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفِهِ﴾ وسكت عن النفي، وكتب إليه: فإن رأى أمير المؤمنين أن يمضي قضاء الله فيهم، فليكتب بذلك. فلما قرأ عمر بن عبد العزيز كتابه قال: لقد اجترأ حيان، ثم كتب إليه: أنه قد بلغني كتابك وفهمته، ولقد اجترأت كأنما كتبت بكتاب يزيد بن أبي مسلم أو علق صاحب العراق من غير أن أشبهك بهما، فكتبت بأول الآية، ثم سكت عن آخرها، وإن الله يقول: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ فإن كانت قامت عليهم البينة بما كتبت به، فاعقد في أعناقهم حديدًا، ثم غيهم إلى شغب وبداء. وقال آخرون: معنى النفي من الأرض في هذا الموضع: الحبس، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه. هكذا يتضح مما نقلناه عن ابن جرير الطبري رجحان مذهب أصحابنا الشافعية فيما قالوه من اختلاف عقوبة المحارب تبعًا لما اقترفه من الجرائم على قول مالك أن الإمام مخير في عقوبة المحارب. ويظهر من كلام ابن كثير في تفسيره الميل كذلك إلى ترجيح مذهب أصحابنا الشافعية حيث ذكر أنه قول جمهور العلماء، وبه قال غير واحد من السلف، يقول ابن كثير: وقوله تعالى: ﴿أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفِهِمْ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قال ابن أبي طلحة عن ابن عباس في الآية: من شهر السلاح في فته الإسلام، وأخاف السبيل، ثم ظفر به، وقدر عليه فإمام المسلمين فيه بالخيار: إن شاء قتله، وإن شاء صلبه، وإن شاء قطع يده ورجله. وكذا قال سعيد بن المسيب، ومجاهد، وعطاء، والحسن البصري، وإبراهيم النخعي، والضحاك؛ وروى ذلك كله أبو جعفر بن جرير، وحكى مثله عن مالك بن أنس رحمه الله. مستند هذا القول: أن ظاهر «أو» للتخيير؛ كما في نظائر ذلك من القرآن كقوله في جزاء الصيد: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَرَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥]، وكقوله في كفارة الفدية: ﴿فَن كَانَ مِثْلُكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَأْسِهِ فِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وكقوله في كفارة اليمين: ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِّن أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، وهذه كلها على التخيير، فكذلك فلتكن هذه الآية. وقال الجمهور: هذه الآية منزلة على أحوال كما قال أبو عبد الله الشافعي: أنبأنا إبراهيم بن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس في قطاع الطريق: إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا المال نفوا من الأرض. وقد رواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحيم بن سليمان عن حجاج عن عطية عن ابن عباس بنحوه. وعن أبي مخلد وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي والحسن وقتادة والسدي وعطاء الخراساني نحو ذلك. وهكذا قال غير واحد من السلف والأئمة. ومما يجاب به أيضًا على القائلين بالتخيير ما ذكره أبو بكر الجصاص، حيث ذكر أدلتهم وناقشها قائلاً: وقد احتج القائلون بالتخيير بظاهر الآية، وبقوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا

وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴿١٠﴾ فدلَّ على أن الفساد في الأرض بمنزلة قتل النفس في باب وجوب قتله، والمحاربون مفسدون في الأرض بخروجهم وامتناعهم وإخافتهم السبيل وإن لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا. وليس ما ذكره بموجب للتخيير مع قيام الدلالة على الضمير، وتعلق الحكم به دون مقتضى ظاهره. وقوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا يَغْتَرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ﴾ وتسويته بين قتل النفس بغير النفس وبين الفساد في الأرض فالمراد: الفساد في الأرض الذي يكون معه قتل، أو قتله في حال إظهار الفساد فيقتل على وجه الدفع، ونحن قد نقتل المحارب الذي لم يقتل على وجه الدفع، وإنما الكلام فيمن صار في يد الإمام قبل أن يتوب، هل يجوز أن يقتله إذا لم يقتل؟ فأما على وجه الدفع فلا خلاف فيه، فجائز أن يكون المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ﴾ على هذا الوجه؛ لأن الفساد في الأرض لو كان يستحق به القتل، لما جاز العدول عنه إلى النفي، فلما جاز عند الجميع نفيه، دل على أنه غير مستحق للقتل. وأيضاً: فإن الوصول إلى القتل لا يستحق بأخذ المال ولا القصد له، ومعلوم أن المحاربين إنما خرجوا لأخذ المال، فإن كان القتل غير مستحق لأخذ المال في الأصول، فالقصد لأخذه أولى ألا يستحق به القتل على وجه الحد، فإذا خرج المحاربون وقتلوا، قتلوا حداً؛ لأجل القتل، وليس قتلهم هذا قوداً؛ لأن القتل يستحق به القتل في الأصول إلا أنه لما قتله على جهة إظهار الفساد في الأرض تأكد حكمه بأن أوجب قتله حداً على أنه حق لله تعالى لا يجوز فيه عفو الأولياء، فإن أخذوا المال ولم يقتلوا قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف؛ لما في الآية من ذكر ذلك، وقطع اليد والرجل يستحق بأخذ المال في الأصول؛ ألا ترى أن السارق تقطع يده، فإن عاد فسرق، قطعت رجله، إلا أنه غلظت عقوبته حين كان أخذه للمال على وجه الفساد في الأرض. يتضح من كل هذا الذي ذكرناه أن في قوله تعالى: ﴿أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُكَبَّرُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ قولان: الأول: إنها على التخيير. الثاني: إنها على التفصيل. وأن هذا القول الثاني هو الراجح مما سقناه من الأدلة الواردة في كلام أئمة التفسير. ثم إن هذا القول - أي: التفصيل - قد ذكر ابن العربي أنه قد اختلف في كيفية على سبعة أقوال:

الأول: أن المعنى: أن يقتلوا إن قتلوا، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال، أو ينفوا من الأرض إن أخافوا السبيل؛ قاله ابن عباس، والحسن، وقاتدة، والشافعي، وجماعة.

الثاني: المعنى: إن حارب فقتل وأخذ المال قطعت يده ورجله من خلاف وقتل وصلب، فإن قتل ولم يأخذ مالا قتل، وإن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف، وإذا لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي. وهذا يقارب الأول إلا في الجمع بين قطع الأيدي والأرجل والقتل والصلب.

الثالث: أنه إن قتل وأخذ المال وقطع الطريق يخير فيه الإمام: إن شاء قطع يده ورجله من خلاف وصلبه، وإن شاء صلبه ولم يقطع يده ورجله، وإن شاء قتله ولم يقطع رجله ويده

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس على الإمام أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وله الخيار في أنفسهم، إن شاء قتلهم، ودفعهم إلى أهلهم يدفنونهم، وإن شاء قتلهم، ثم صلبهم، [وإن شاء صلبهم، ثم قتلهم]^(١)، وروى الحسن بن مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: [أما]^(٢) الصلب فلا^(٣) يدرأ عنهم.

وتفسير الصلب ذكره الكرخي - رحمه الله - في كتابه: أنه يصلب حيًّا، ثم يطعن تحت قرنه^(٤) الأيسر، ويترك حتى يموت.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - أنه يقتل ثم يصلب ثم في ظاهر الرواية يترك على خشبته ثلاثة أيام ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه^(٥).

ولم يصلبه، فإن أخذ بالأول فقتل قطع من خلاف، وإن لم يأخذ بالأول غرب ونفي من الأرض.

الرابع: قال الحسن: مثله إلا في الآخر، فإنه قال: يؤدب ويسجن حتى يموت.
الخامس: قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: إن اقتصروا على القتل قتلوا، وإن اقتصروا على أخذ المال قطعوا من خلاف.
السادس: إن أخذوا المال وقتلوا يخير فيهم بأربع جهات: قتل، صلب، قطع وقتل، قطع وصلب؛ قاله أبو حنيفة.

السابع: قال ابن المسيب ومالك في إحدى روايته: بتخيير الإمام بمجرد الخروج. وهذا الذي ذكره أبو بكر ابن العربي يعد خلاصة الأقوال المذكورة في المسألة، وقد بينا الراجح منها فيما ذكرناه. أما خلاصة الأقوال المذكورة في النفي، والتي عرضنا لها من قبل فتتضح مما ذكره القرطبي من أنه قد اختلف في معنى قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾. فقال السدي: هو أن يطلب أبداً بالخيل والرجل حتى يؤخذ، فيقام عليه حد الله، أو يخرج من دار الإسلام؛ هرباً ممن يطلبه؛ عن ابن عباس، وأنس، ومالك بن أنس، والحسن، والسدي، والضحاك، وقتادة، وسعيد بن جبير، والربيع بن أنس، والزهري؛ حكاه الرماني في كتابه. وحكى عن الشافعي: أنهم يخرجون من بلد إلى بلد، ويطلبون؛ لتقام عليهم الحدود. وقاله الليث بن سعد والزهري أيضاً. وقال مالك أيضاً: ينفي من البلد الذي أحدث فيه هذا إلى غيره، ويحبس فيه كالزاني. وقال مالك أيضاً والكوفيون: نفيهم سجنهم؛ فينفي من سعة الدنيا إلى ضيقها؛ فصار كأنه إذا سجن فقد نفي من الأرض إلا من موضع استقراره.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: لا.

(٤) في أ: ترقوته.

(٥) في أ: يدفنوه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يترك حتى يتقطع ويسقط .
 وإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيهم كالحكم في الرجال الأحرار .
 وذكر في المنتقى عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إذا كان فيهم امرأة التي
 تولت^(١) القتل، درأت الحد عنهم . قال ثمة : وهو قول محمد - رحمه الله - لأن
 المرأة لا تكون محاربة، فصار كما لو كان معهم صبي أو مجنون .
 وذكر هشام - رحمه الله - في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قطع
 قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة، وباشرت المرأة القتل، وأخذت^(٢) [المال]^(٣)
 دون الرجال أقيم الحد على الرجال، دون المرأة .
 وقال محمد - رحمه الله - : يُقام عليها ولا يُقام على الرجال .
 قال هشام : سألت محمدا عن نسوة قطعن الطريق، وقتلن، وأخذن الأموال،
 قال : لا يكن محاربات إلا أنني أقتلهن بالقتل، وأضمنهن المال .
 وإن كان في قطاع الطريق صبي أو معتوه أو أخرس درئ الحد عنهم في قول أبي
 حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - : [أقيم الحد على الأخرس،
 ذكره في المنتقى .
 وفيه أيضًا : إن كان فيهم ذو رحم مُحرم لبعض من قطع عليه فإنه يدرأ عنهم الحد
 في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
 وقال أبو يوسف - رحمه الله -^(٤) : يؤاخذ به ؛ لأنه سارق من [الأجنبي،
 الذي]^(٥) لا نسب [بينه وبينه]^(٦) [٧] .

(١) في أ، م : وليت .

(٢) في أ : وأخذ .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ، م : الأجنبيين اللذين .

(٦) في أ : وبينهم .

(٧) في م : بينهم .

وفيه [أيضاً]^(١): وقال أبو يوسف - رحمه الله - في المرأة تكون مع من قطع [الطريق ممن استحق قطع اليد والرجل. أقطع يدها ورجلها من خلاف ولا أقتلها قال: لا أصلب النساء على حال]^(٢)، والردء والمباشر في هذا الحد على السواء، [حتى يقام هذا الحد على الردء والمعين]^(٣)، كما يُقام على المباشر، بخلاف الردء في باب القتل، فإنه لا يقتل.

وأما إن قطعوا الطريق، وأخذوا المال، ولم يقتلوا: وفي هذا الوجه تقطع أيديهم وأرجلهم ولا يقتلون.

وأما إن قتلوا ولم يأخذوا المال، وفي هذا الوجه يقتلون، ولا تقطع أيديهم وأرجلهم.

وأما إن أخافوا المسلمين^(٤)، ولم يأخذوا مالاً، ولم يقتلوا أحداً، وفي هذا الوجه الإمام يُعزّزهم، ثم يحبسهم حتى يتوبوا.

وإن قتلوا وأخذوا المال، ثم تابوا، وردوا المال على أهاليه، ثم أتى بهم إلى الإمام، لم يقطعهم الإمام، ولم يقتلهم، ولكن يدفعهم إلى أولياء القتل فيقتلونهم قصاصاً أو يصلحونهم.

وأما إذا تابوا ولم يردوا المال، لم يذكره في الكتاب نصّاً. واختلف المتأخرون [فيه، فمنهم]^(٥) من قال: لا يسقط الحد، وقاسه على سائر الحدود، فإن سائر الحدود لا تسقط بنفس التوبة، ومنهم من قال: تسقط، وإليه أشار في الأصل.

فإن قتلوا وأخذوا المال، ولكن ما أصاب كل واحد منهم من المال أقل من عشرة، لا حد عليهم، والأمر في القصاص في النفس إلى أولياء القتل، ولهم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: والمعنى أنه يُقام على الردء.

(٤) في م: السبيل.

(٥) في أ، م: منهم.

العفو.

ولو أن قومًا من الأقوام قطعوا الطريق في مصر من الأمصار أو فيما بين القرى العامرة لا يُقام عليهم حد قطع^(١) الطريق عندنا. فالشرط عندنا في وجوب حد قطع^(٢) الطريق انقطاع المارة، والمارة لا ينقطعون عن المرور بفعلهم في مثل هذه المواضع؛ [لأنهم]^(٣) يعلمون بلحوق الغوث في مثل هذه المواضع ساعة فساعة، بخلاف المفاوز؛ [و]^(٤) لأن هناك المارة ينقطعون عن المرور كلما سمعوا القطع، ما لم يصل إليهم خبر ذهاب اللصوص، لعلمهم أنه لا يلحقهم الغوث ساعة فساعة، وبعض المتأخرين قالوا: إن أبا حنيفة - رحمه الله - أجاب بذلك على عادة أهل زمانه، فإن الناس في زمانه في مصر والقرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم [فيدرأ مع ذلك تمكن القاصد من]^(٥) قطع الطريق وأخذ المال.

[والحكم لا يبتنى على النادر، أما في زماننا ترك الناس هذه العادة، وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق]^(٦) في الأمصار والقرى.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه إن حصل^(٧) في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح، يُقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالخشب أو الحجر إن كان بالليل يُقام عليه حد قطاع الطريق، وإن كان بالنهار لا يُقام.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في المكابرين بالليل: إذا لم يقدر أهل الدار على الامتناع منهم فهم محاربون، وأما في النهار فهم مختلسون،

(١) في أ، م: قطاع.

(٢) في م: قطاع.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: فيندفع ذلك للقاصد.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في أ: فيندفع ذلك على القاصد قطع الطريق.

(٧) في أ، م: قصده.

حتى يكونوا لا يقدر [غير]^(١) السلطان على منعهم.

قال: والمكابرون في القرى إن كان أهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون.

قال: وسمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في قوم قطعوا الطريق بين الحيرة والكوفة، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إن قطعوا على قافلة جاءت من الشام تريد مكة [أقمت]^(٢) عليهم حد المحاربين، [وإن قطعوا على الناس من أهل الكوفة لم أقم عليهم حد المحاربين.

وقال أبو يوسف: أقيم عليهم حد المحاربين، قطعوا]^(٣) على أهل الكوفة^(٤) أو على غيرهم.

وإذا أخذ قاطع الطريق ويده اليسرى شلاء لم يقطع منه شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقتل أو صلب، ولو كانت^(٥) يده اليمنى مقطوعة أو شلاء قطعت^(٦) رجله اليسرى عنده، ثم قتل أو صلب.

وإن قطعوا الطريق على تجار مُستأمنين^(٧) في دار الحرب أو في دار الإسلام في موضع غلب عليه أهل البغي، لا يُقام عليهم حد^(٨) قاطع الطريق. إذا قتله إنسان في الحبس قبل أن يثبت عليهم [شيئاً]^(٩) ثم قامت البينة عليه بذلك فعلى قاتله القود، إلا أن يكون القاتل ولي القتل الذي قتله، فحينئذ [لا قود

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) زاد في أ، م: قطعوا.

(٥) في أ، م: كان.

(٦) في أ، م: قطع.

(٧) في أ، م: المسلمين.

(٨) في أ، م: الحد.

(٩) سقط في أ، م.

عليه^(١).

في المتقى: إذا قتله غرم الدية في ماله. وفي نوادر ابن رستم - رحمه الله - عن محمد: القود عليه. والله أعلم.



(١) سقط في أ.

الفصل الخامس

في بيان أنه متى يسع قتل الهاجم واللص ومن بمعناهما؟

ذكر في فتاوى أهل سمرقند: سارق [حفر]^(١) جدار رجل، ولم تنفذ الحفرة حتى [علم]^(٢) صاحب البيت، فألقى عليه حجراً فقتله، فعلى عاقلته الدية، وعليه الكفارة.

وعن محمد - رحمه الله - [في الممتقى]: إذا قتله غرم الدية في ماله .
وفي نوادر ابن رستم عن محمد، قال أبو حنيفة^(٣): اللص الذي ينقب [عليك]^(٤) يسعك أن تقتله .

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا نقب عليك اللص، فأدركنه وهو ينقب فاقتله ولا تُحذره .

[و]^(٥) قال أبو يوسف - رحمه الله - : حذره، فإن ذهب، وإلا فارمه^(٦) .
وإن دخل عليك بيتاً فخفت أن يبدأك بالضرب أو خفت أن يكون معه شيء فيرميك به فارمه، وإلا فحذره .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل اطلع على حائط رجل وعلى الحائط ملاءة، فخاف صاحب الحائط أنه إن صاح به ذهب بالملاءة أيسعه أن يرميه؟ قال: يسعه ذلك، إن كانت الملاءة تساوي عشرة دراهم .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إن أصحابنا - رحمهم الله - لم يقدرُوا هذا التقدير، بل أطلقوا أن [له]^(٧) أن يرميه؛ لقوله ﷺ: «قاتل دون مالك»^(٨) .

(١) سقط في أ، م .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: أنه قال، وفي م: أنه قال أبو حنيفة .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ، م .

(٦) مجمع الضمانات، ص (٢٠٢) .

(٧) سقط في أ .

وفي جنایات الجامع الصغير: رجل دخل على رجل ليلاً فسرقه^(١)، وأخرج السرقة من الدار، [فاتبعه صاحب الدار]^(٢) فقتله^(٣)، لا شيء عليه، قالوا: ومراد محمد - رحمه الله - من هذا أن يكون بحال لا يقدر على استرداد السرقة منه إلا بالقتل. إذا كانت الحالة^(٤) هذه يُباح له القتل ولا شيء عليه.

وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا عرض الرجل رجلاً^(٥) في صحراء يريد ماله، فإن كان ماله أقل من عشرة دراهم فله أن يقتله.

وفي المنتقى: إذا كان مع رجل رغيف فأراد آخر أن يأخذه^(٦) منه، فله أن يقاتله بالسيف، إذا كان يخاف الجوع على نفسه، وكذلك [الماء ليشربه]^(٧).

وذكر في كتاب الصلاة: السرقة التي تُبَيح قطع الصلاة قدر^(٨) نصابها بدرهم. وفي العيون: إذا أخرج السارق المتاع فلصاحبه أن يقتله ما دام المتاع معه، فإن رمى به السارق، فليس لصاحبه أن يقتله؛ لأن الحديث لا يتناوله.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في الرجل يدخل على رجل^(٩) في بيته يريد أخذ متاعه، فله أن يقتله إذا كان يخاف أن [لا يقدر عليه إن أراد أخذه بيده، وكذلك إن كان]^(١٠) يقوى عليه، إلا أنه إذا أخذ متاعه وخاف أن يرميه^(١١)

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مسنده (٩/٢)، والنسائي في المجتبى (٧/١١٣)، وفي السنن الكبرى (٣/٤٥٠)، وأحمد (٥/٢٩٤)، والطبراني في المعجم الأوسط (٢/١٧٠) برقم (١٦١١)، وفي المعجم الكبير (٢٠/٣١٣)، رقم (٧٤٦)، وقال الألباني في صحيح سنن النسائي (٩/١٥٣): حسن صحيح.

(١) في أ: يسرقه.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: وقتله.

(٤) في أ، م: الحال.

(٥) في أ: رجل.

(٦) في أ: يأخذ.

(٧) في أ: يشربه.

(٨) في أ: وقدر.

(٩) في أ: الرجل.

(١٠) سقط في أ.

فيقتله و^(١) يذهب بمتاعه، فله أن يرميه بالنشاب، ويقتله.
وكذلك إذا رآه يستكره جاريته^(٢) أو امرأة له، فله أن يقتله، وكذلك إن كانت
مطاوعة وخاف إن تركه حتى يأخذه يواقعها.
وفي المنتقى: رجل دخل منزله فوجد رجلاً يفجر مع أهله، فخاف إن هو أخذه
أن يقهره الفاجر، أنه في سعة من قتله.
وذكر أيضاً: وكذلك لو رآه مع جارية، أو رآه مع امرأته أو محرم له، وهي
مطاوعة على ذلك، فله قتل الرجل والمرأة جميعاً.
وفيه أيضاً قال محمد - رحمه الله - : ولو أن لصاً دخل دار رجل ولا سلاح
معه، وصاحب الدار يعلم أنه يقوى على أخذه إن مكن إلا أنه يخاف أن يأخذ بعض
متاعه، ويذهب، ولا يقدر عليه وسعه ضربه وقتله.
وفيه أيضاً الحسن بن زياد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : قتل
وجد في دار رجل، فقال صاحب الدار: دخل علي يسرقني فقتلته، قال: إن كان
معروفاً بالسرقة، فلا شيء عليه.
قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : لص معروف بالسرقة، وجده رجل
يذهب في حوائجه، غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله، وله أن يأخذه ويذهب به
إلى الإمام؛ ليحبسه حتى يتوب؛ لأن الحبس للزجر إلى أن يتوب مشروع.



(١) في أ: يؤمنه، وفي م: رميه.

(١) في أ، م: أو.

(٢) في أ، م: جارية.

الفصل السادس

فيما إذا قطعت يد السارق والسرقة قائمة في يده أو هلكت

قال محمد - رحمه الله - : السارق إذا قطعت يمينه والمسروق في يده قائم كان للمالك أن يأخذه من يد السارق؛ لأن بعد القطع المسروق [باق] ^(١) على ملك المالك، فإنما يأخذ ملك نفسه، فكان له ذلك، فأما إذا هلك في يده، أو استهلكه بنفسه، وكان ذلك بعدما قطعت يمينه، ففي الهلاك لا ضمان على السارق، وفي الاستهلاك روايتان. وإن كان الهلاك أو الاستهلاك قبل قطع يده، إن قال المالك: أنا أضمنه، لا يقطع ^(٢)، وإن قال: أنا أختار القطع، يقطع، ولا ضمان عندنا. خلافاً للشافعي - رحمه الله - ولقب ^(٣) المسألة أن القطع مع الضمان لا يجتمعان في سرقة واحدة عندنا.

والوجه في ذلك: أن إيجاب الضمان بالسرقة يعتمد [على] ^(٤) كون المسروق معصوماً حقاً للمالك وقت السرقة، والمسروق غير معصوم حقاً للمالك وقت السرقة.

بيانه: وهو أن المال معصوم بعصمة واحدة، وهذه الواحدة حق العبد وهذا لما عرف أن الله - تعالى - خلق الأموال مباحة ^(٥) في الأصل، وإنما تثبت العصمة بالإحراز لحق العبد، وهذه ^(٦) العصمة انتقلت إلى الله - تعالى - قبل السرقة، بدليل أن القطع الواجب بالسرقة وجب حقاً لله - تعالى - خالصاً إذا كانت الجناية واردة على حق الله - تعالى - خالصاً وأن يكون الفعل جنائياً إلا على اعتبار عصمة المحل،

(١) سقط في أ، م.

(٢) زاد في أ، م: عندنا.

(٣) في أ: لقت.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في أ، م: مباحاً.

(٦) في أ: لهذه.

علم أن المحل قبل السرقة معصوم حقاً لله -تعالى - وإنما يكون كذلك إذا انتقل [المال من عصمة العبد إلى عصمة^(١) الله -تعالى - قبل السرقة، فهو معنى قولنا: إن المسروق قبل السرقة ليس بمعصوم حقاً للعبد، والتقريب ما ذكرنا^(٢) .

ثم في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - لا فرق بين ما إذا هلك المسروق في يد السارق، وبين ما إذا استهلكه السارق؛ لأن الملك لم يبق معصوماً حقاً للعبد، فالاستهلاك صادف محلاً ليس هو بمعصوم حقاً للعبد وبمثله لا يجب الضمان، بخلاف ما إذا استهلكه إنسان آخر؛ لأن سقوط عصمة المحل إنما يظهر في حق السارق، لا في حق غيره .

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : يجب الضمان على السارق بالاستهلاك؛ لأن انتقال العصمة إلى الله -تعالى - إنما كان ضرورة إمكان إيجاب القطع بالسرقة، فيظهر الانتقال في حق وجوب الضمان بالإتلاف، وكان الإتلاف مُصادفًا محلاً، معصوماً حقاً للعبد، فجاز أن يجب به الضمان .



(١) في أ: ما للعبد إلى . وفي م: ما للعبد من العصمة إلى .

(٢) في م: ذكر .

الفصل السابع

في السرقة من غير المالك

وإذا سرق [الرجل]^(١) من المستودع أو المستعير، أو المستبضع قطع بخصومة هؤلاء عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

روى ابن سماعة في نوادره أنه لا قطع بخصومة هؤلاء حتى يحضر المالك، وكذلك السارق من الغاصب والمُرتهن يقطع بخصومتها.

وذكر في الكتاب من جملة [من يقطع بخصومته]^(٢) عندنا صاحب الربا، يحمل أنه أراد به: رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهمًا، وقبض العشرين^(٣)، فجاء سارق وسرق منه العشرين يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب والمشتري شراء فاسدًا في يد المشتري بمنزلة المغصوب، فكان الجواب فيه كالجواب في المغصوب.

وإذا سرق من السارق الأول بعدما قطعت يد السارق الأول، لا تقطع يد الثاني بخصومة الأول؛ لأن السرقة من السارق الأول بعدما قطعت يد الأول لم [تتعقد موجبة]^(٤) للقطع، ولهذا لم تقطع يد الثاني بخصومة المالك.

[والفقه في ذلك]^(٥) من وجهين: أحدهما: أن الركن في باب السرقة إزالة يد مُعتبرة، ويد السارق بعدما قطعت يده ليست بيد مُعتبرة؛ لأن يد الإنسان على مال الغير إنما تعتبر إذا كانت يد أمانة؛ ليتمكن من الحفظ المُلتزم، أو يد ضمان ليتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه بالرد، ويد السارق بعد القطع ليست يد^(٦) أمانة ولا

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الخصومة.

(٣) في أ: العوض.

(٤) في أ: تعد موجبا.

(٥) في أ: والفقه في هذا.

(٦) في أ، م: بيد.

يد^(١) ضمان، فإن المسروق في هذه الحالة غير مضمون عليه، فهو معنى قولنا: يد السارق بعد القطع ليست بيد مُعتبرة، والتقريب ما ذكرنا.

الثاني: أن السرقة إنما تنعقد موجبة للقطع إذا صادف محلاً^(٢) معصوماً، وهاهنا المال لم يبق معصوماً في حق [المالك] [وفي حق]^(٣) السارق الأول على ما مر أن العصمة في العبد للمحل انتقلت إلى الله - تعالى - قبيل السرقة؛ ألا ترى أنه لو أتلفه السارق الأول بعدما قطعت يده يضمن، فهو معنى قولنا: هذا المال لم يبق معصوماً في حق المالك^(٤) والسارق [الأول]^(٥)، والتقريب ما ذكرنا.

ولم يذكر ما إذا سرق من السارق الأول قبل أن تقطع يده، وفيه اختلاف المشايخ، فمن مال إلى الطريق الأول في الفصل المتقدم قال هنا بالقطع؛ لأن يد السارق قبل القطع يد مُعتبرة؛ لأن السارق بالرد يسقط القطع عن نفسه، فتتحقق إزالة يد مُعتبرة. وهذا القائل إنما يقول بوجوب القطع على السارق الثاني إذا سرق قبل رفع المالك الأول إلى الإمام لا بعده؛ لأن رد الأول إنما يمنع القطع عن الأول، إذا حصل الرد من الأول قبل المرافعة إلى الإمام، لا بعد المرافعة. والله أعلم.



(١) في أ، م: بيد.

(٢) في أ، م: مالاً.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

الفصل الثامن

في المتفرقات

المدعى عليه [بالسرقة إذا أنكر]^(١) السرقة حكى عن الفقيه أبي بكر الأعمش - رحمه الله - أن الإمام يعمل^(٢) فيه بأكبر رأيه، فإن كان أكبر رأيه أنه سارق وأن المال عنده، عذبه، [و]^(٣) يجوز له ذلك؛ ألا ترى أن إراقة الدم بأكثر الرأي جائزة؛ فإن من دخل على غيره شاهراً سلاحه، ووقع في قلب ذلك الغير أنه دخل ليقته، حل له قتله.

وعامة المشايخ على أن الإمام يُعززه؛ لأنه وجده في موضع التهمة، والإنسان يُعزر [بأنه إذا وجد في موضع]^(٤) التهمة، كما لو رآه الإمام يمشي مع السارق، وكما لو رآه جالساً مع الفساق في مجلس [الشرب]^(٥) وإن كان هو لا يشرب كذا هنا. حكى أن عصام بن يوسف دخل على أمير بلخ فأوتي بسارق وقد أنكر السرقة، فقال الأمير لعصام بن يوسف: إيش يجب؟ فقال عصام - رحمه الله - : على المدعي البينة، وعلى المُنكر اليمين، فقال الأمير: هاتوا بالسوط والعقابين فما ضرب عشرة حتى أقر، وأتى بالسرقة، فقال عصام - رحمه الله - : سبحان الله، ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا.

[و]عن^(٦) نصير - رحمه الله - قال: أتني بسارق إلى أمير الكوفة فبعث الأمير إلى الحسن بن زياد - رحمه الله - يسأله عن ذلك، فقال الحسن: يضرب ذلك السارق، سمعت ابن شبرمة يقول: لا يتوصل إلى العظم إلا بقطع اللحم، فرجع الرسول

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يفعل.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، م: لأجل.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

وأخبر الأمير بذلك. فأمر الأمير بضرب ذلك السارق، فاعترف وأتى بالسرقة فندم الحسن على ما قال، فركب، وأتى الأمير فوجد السارق قد أقر وأتى بالسرقة. رجل ادعى على رجل سرقة، وقدمه إلى السلطان، وطلب من السلطان أن يضربه، فضربه السلطان مرة أو مرتين ثم أعيد إلى السجن من غير أن يُعذب فخاف المحبوس من التعذيب والضرب فصعد السطح ليفر، فسقط من السطح ومات، وقد لحقه غرامة في هذه الحادثة، وقد ظهرت السرقة على يد رجل آخر، كان للورثة^(١) أن يأخذوا صاحب السرقة بدية ابنهم، وبالغرامة التي أداها إلى السلطان؛ لأن الكل حصل بسببه وهو مُتعد في هذا التسبب، هكذا ذكر في مجموع النوازل.

قيل: هذا الجواب مستقيم في حق الغرامة، أصله مسألة السعاية، غير مستقيم في حق الدية؛ لأنه صعد السطح باختياره.

وقيل: هو مستقيم في حق الدية أيضًا؛ لأنه مُكره على الصعود للفرار من حيث المعنى؛ لأنه إنما قصد الفرار خوفًا على نفسه من التعذيب.

وإذا شهد الشهود على عبد مأذون له بسرقة عشرة دراهم أو أكثر، والعبد يجحد، فإن كان مولاه حاضرًا، قطع عندهم جميعًا، وهل يضمن السرقة؟ إن كان استهلكها، لا يضمن، وإن كانت قائمة، ردها على المسروق منه.

وإن كان المولى غائبًا، لا [يقطع العبد]^(٢) عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - تعالى، ويضمن السرقة؛ لأن الخصم في حق القطع المولى، والعبد. وعند أبي يوسف - رحمه الله - يقضى بالقطع؛ لأن الخصم في حق القطع العبد لا غير، والعبد حاضر، و^(٣) إن كان الشهود شهدوا بسرقة أقل من عشرة دراهم يقضى^(٤) القاضي بالمال، ولا يقضى بالقطع في قول أبي حنيفة ومحمد

(١) في أ: للوارث.

(٢) في أ، م: قطع على العبد.

(٣) في أ: أو.

(٤) في أ: نقض، وفي م: قضى.

- رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقضي بالقطع .
ولو شهدوا على عبد محجور عليه بسرقة عشرة دراهم أو أكثر فإن كان المولى
غائبًا، فالقاضي لا يقضي عليه بشيء؛ لا بالقطع ولا بالمال عند أبي حنيفة ومحمد
- رحمهما الله -؛ لأن الخصم في حق القطع المولى والعبد، والخصم في حق
المال المولى.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - يقضي بالقطع؛ لأن عنده الخصم في حق القطع
العبد لا غير، والعبد حاضر.

وإن كان الشهود شهدوا على إقرار العبد المحجور بالسرقة، فالقاضي لا يقبل هذه
البينة أصلاً، سواء كان المولى حاضرًا أو غائبًا حتى لا يقطع العبد [و] ^(١) لا يؤخذ
المولى ببيعه لأجل المال، ولكن يؤخذ به العبد بعد العتق.

وفي القدوري: إذا أقر فقال: سرقت هذه الدراهم، ولا أدري لمن هي، أو قال:
لا أعرف صاحبها، لم يقطع؛ لأنه أقر للمجهول، والإقرار للمجهول باطل، فلا
يتعلق به حكم.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - فيمن ادعى على آخر سرقة ^(٢) وأنكر المدعى
عليه، يستحلف، وإن نكل يقضى عليه بالمال، ولا يقضى عليه بالقطع.
والله - تعالى - أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: بسرقة.

كتاب السير

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول

في صفة الجهاد^(١)

(١) الجهاد في اللغة: المبالغة واستفراغ الوسع في الشيء، مشتق من الجهد، يقال: جهد الرجل في كذا: أي جدّ فيه وبالع، ويقال: أجهد جهداً: أي أبلغ غايتك، وفيه قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ﴾ [الحج: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [الأنعام: ١٠٩] أي: بالغوا في اليمين واجتهدوا فيها. وهذا من المعاني الحقيقية لمادة الجهاد، ومن المعاني المجازية قول العرب: «سقاها لبناً مجهوداً»، وهو الذي أخرج زبده أو أكثر ماؤه» ويقال: أجهد فيه الشيب: إذا كثر. هذا معناه في اللغة، وهو كما نرى عام في ذاته وفي غايته.

ينظر: لسان العرب (١/٧١٠)، المصباح المنير، ص (١١٢)، المعجم الوسيط (١/١٤٢).

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة في ذلك.

وعرفه الشافعية بأنه: بذل الجهد في قتال الكفار.

وعرفه المالكية بأنه: قتال مسلم كافر غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله تعالى أو حضوره له أو دخوله أرضه.

وعرفه الحنابلة بأنه: قتال الكفار خاصة بخلاف المسلمين من البغاة وقطاع الطريق وغيره.

ينظر: بدائع الصنائع (٩/٢٩٩)، شرح الزرقاني (٢٣/١٠٦)، مغني المحتاج (٤/٢٠٨)، نهاية المحتاج (٨/٤٥)، المحلي على المنهاج (٤/٢١٣)، كشف القناع عن متن الإقناع (٣/٣٢).

واختلف العلماء في سبب مشروعية الجهاد، فقال بعضهم: إنه مشروع على أنه طريق من طرق الدعوة إلى الإسلام؛ وعلى هذا فغير المسلمين لا بد وأن يدينوا بالإسلام طوعاً بالحكمة، والموعظة الحسنة، أو كرهاً: بالغزو والجهاد.

وبناء على ذلك فهم يؤسسون السياسة الخارجية للدولة الإسلامية على القواعد التالية:

١- الجهاد لا يحل تركه بأمان أو موادة، إلا أن يكون الغرض من الترك الاستعداد حين يكون بالمسلمين ضعف وبمخالفهم في الدين قوة. فإن اعتدي على المسلمين كان فرض عين على كل مسلم أهل للجهاد؛ وإلا فهو فرض كفاية إذا قام به فريق من الأمة سقط عن الباقيين، وإذا لم يقم به فريق من الأمة كانت الأمة كلها آتمة.

٢- أساس العلاقة بين المسلمين ومخالفهم في الدين: الحرب، ما لم يطرأ ما يوجب =

السلم من إيمان أو أمان.

٣- دار الإسلام هي الدار التي تجري عليها أحكام الإسلام، ويأمن من فيها بأمان المسلمين، سواء كانوا مسلمين أو ذميين. ودار الحرب هي الدار التي لا تجري عليها أحكام الإسلام، ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين، ولقد استدل هذا الفريق على رأيه بأدلة أربعة:

١- أن آيات الأمر بالقتال جاءت مطلقة لم يقيد فيها القتال بأنه لدفع العدوان أو في مقابلة قتال، من ذلك: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢١٦]. ﴿وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾؛ لأن القتال يعقبه النصر والظفر على الأعداء، ﴿وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَّكُمْ﴾؛ وهذا عام في الأمور كلها، قد يحب المرء شيئاً وليس له فيه خير ولا مصلحة. ومن ذلك: القعود عن القتال قد يعقبه استيلاء العدو على البلاد والحكم. وقوله تعالى: ﴿فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ وَمَنْ يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٧٤]. وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضٍ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥]. وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَتِيلُوا الَّذِينَ مِن بَيْنِ يَدَيْهِمْ يَكْفُرُونَ لِيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة: ١٢٣]. وقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُبَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [التوبة: ٣٦].

٢- أن الله سبحانه قد نهى في كثير من آيات الكتاب الكريم عن اتخاذ الكافرين أولياء، وعن الإلقاء إليهم بالمودة. قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوِّيكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْقَوْنَ إِلَيْهِمْ بِالْمُودَةِ وَقَدْ كَفَرُوا بِمَا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ يُخْرِجُونَ الرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ رَبِّكُمْ﴾ [المتحنة: ١]. وقال تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ٢٨]. وفي هذا دلالة على ألا تكون للمسلمين بغيرهم محالفة أو مودة.

٣- ما رواه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «أَمْرُتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ؛ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ، وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ فَإِذَا فَعَلُوا ذَلِكَ عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّ الْإِسْلَامِ، وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ». وفي رواية: «أَمْرُتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، فَإِذَا قَالُوا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِحَقِّهَا وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ» متفق عليه. وهذا نص على أن الأمر بقتال الناس هو للدخول في الإسلام، أي: أن القتال طريق الدعوة إليه.

٤- أن من دُعا إلى الإسلام على وجه صحيح، لا عذر لهم في البقاء في غيره؛ فإذا لم يجيبوا بالحكمة والموعظة الحسنة، فلا مندوحة من أن يساقوا إلى خيرهم وهداهم بوسائل قسرية، ولم يكن بد من قطع دابر شرهم؛ وقاية للمجتمع من ضلالهم؛ كالعضو المصاب إذا تعذر علاجه تكون مصلحة الجسم في قطعه وبتره. فكان هذا الفريق يرى هذا؛ على أساس أن غير المسلمين إذا دُعا إلى الإسلام، وأقيمت لهم دلائله الحققة كان إصرارهم على خلافهم، وإعراضهم عن اعتناقه والدخول فيه، ورفضهم إجابة دعائه بمثابة إيذان

المسلمين بالحرب؛ فيجب على المسلمين أن يسوقوهم إلى الحق قسراً؛ ما داموا لم يذعنوا له بالحكمة والموعظة الحسنة.

وقال الآخرون وهم الجمهور: إن الجهاد مشروع لحماية الدعوة الإسلامية ودفع العدوان عن المسلمين؛ فمن لم يجب الدعوة ولم يقاومها، ولم يبدأ المسلمين باعتداء لا يحل قتاله ولا تبديل أمنه خوفاً. وبناء على هذا فهم يقيمون السياسة الخارجية للدولة الإسلامية على الأسس والقواعد التالية:

١- دعوة غير المسلمين إلى الإسلام فرض كفاية على الأمة الإسلامية: إذا قام به فريق منها سقط عن الباقيين، وإذا لم يقم به فريق منها كانت كلها أئمة. وذلك لأن رسالة محمد ﷺ عامة؛ فهو مرسل من الله تعالى إلى الناس كافة، لا فرق بين أمة وأمة، ولا بين من كانوا في عصره ومن وجدوا بعده. قال عز وجل: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [الأعراف: ١٥٨]. وقد قام عليه الصلاة والسلام في حياته بتبليغ كل من استطاع أن يبلغهم بلسانه، وكتبه ورسله وفي خطبة حجة الوداع أشهد ربه على البلاغ، وأمر أن يبلغ الشاهد الغائب. فمن هنا وجب على المسلمين في عصورهم المتتابعة ألا ينقطعوا عن هذه الدعوة، وأن يبلغوا ما أنزل على محمد إلى كل من لم يبلغه، وأن يكون أول شئون المسلمين الخارجية تنظيم الدعوة إلى الإسلام، وإعداد الدعاة، وبثهم بين الأمم التي لا تدين بالإسلام في مختلف البلدان، مع مدهم بجميع الوسائل التي تمكنهم من القيام بواجبهم.

٢- السلم هو أساس العلاقة بين المسلمين ومخالفهم في الدين؛ ما لم يطرأ ما يوجب الحرب من اعتداء على المسلمين، أو مقاومة لدعوتهم: يمنع الدعاة من بثها، ووضع العقبات في سبيلها، وفتنة من اهتدى إلى إجابتها.

٣- دار الإسلام هي الدار التي تسود فيها أحكامه، ويأمن فيها المسلمون على الإطلاق. ودار الحرب هي الدار التي تبدلت علاقتها السلمية بدار الإسلام؛ بسبب اعتداء أهلها على المسلمين، أو على بلادهم، أو على دعوتهم ودعاتهم. وعلى هذا إنما يتحقق اختلاف الدارين بين بلاد الدولة الإسلامية، وبلاد غير المسلمين الذين بدءوا المسلمين بالعدوان، أو حالوا بينهم وبين بث دعوتهم، وقام المسلمون بما يجب عليهم من دفع العدوان عنهم وحماية دعوتهم، وقطعوا بتلك البلاد علاقتهم، وانقطعت العصمة بينهم بحيث يصبح أهل البلدين لا يأمن واحد منهم في بلد الآخر. أما الأمة غير الإسلامية التي لم تبدأ المسلمين بالعدوان، ولم تعترض دعاة الإسلام، وتركتهم أحراراً يعرضون دينهم على من يشاءون، ويقيمون براهينهم بما يريدون، لا تقاوم دعاتها ولا تفتن مدعوها، أو لم ترسل إليها بعثة من الدعاة فهذه لا يحل قتالها ولا قطع علاقتها السلمية، كما أن الأمان بينها وبين المسلمين ثابت لا يبذل ولا عقد ذمة؛ وإنما هو ثابت على أساس أن الأصل السلم، ولم يطرأ ما يهدم هذا الأساس من عدوان على المسلمين، أو على دعوتهم. ولقد استند هذا الفريق على أدلة أربعة لتأييد قوله:

١- إن آيات القتال في القرآن الكريم جاءت في كثير من السور المكية والمدنية، مبينة

السبب الذي من أجله أذن في القتال، وهو يرجع إلى أحد أمرين:
أ- إما دفع الظلم والعدوان.

ب- أو قطع الفتنة وحماية الدعوة. وذلك أن الكفار على عهد رسول الله ﷺ سواء من المشركين، أو من أهل الكتاب أمعنوا في إيذاء المؤمنين، وإضرارهم؛ ليفتنوهم عن دينهم حتى يرجع من أسلم عن دينه، ويثبطوا عزيمة من يريد الدخول في الإسلام. وغايتهم من ذلك: إخماد الدعوة، وسد الطريق في وجه الدعوة؛ فالله عز وجل أوجب على المسلمين قتالهم؛ دفعا لاعتدائهم، وإزالة لعقباتهم؛ حتى لا تكون فتنة ولا محنة، ويكون الدين كله لله. قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتُلُونَكُمْ وَلَا تَقْدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠]. وقال عز وجل: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ يَقْتُلُوكُمْ وَخَرُّوهُمْ مِنْ حَيْثُ أَخْرَجَكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا تَقْتُلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَيْثُ يَقْتُلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكٰفِرِينَ ﴿١٩١﴾ فَإِن أَنهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٩٢﴾ وَقَتْلُوهُمْ حَيْثُ لَا تَكُونُ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِن أَنهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴿١٩٣﴾﴾ [البقرة: ١٩١ - ١٩٣]. وقال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَوْلَاهَا وَاجْعَل لَّنَا مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَل لَّنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا﴾ [النساء: ٧٥]. وقال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَيْثُ لَا تَكُونُ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ فَإِن قَاتَلْتُمُوهُمْ فَاتِّبَعُوا اللَّهَ فَإِن يَمَّا يَعْمَلُونَ بِصِيرٍ﴾ [الأنفال: ٣٩]. وقال تعالى: ﴿أُذِّنُ لِلَّذِينَ يُقْتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾ [الحج: ٣٩]. وهذه هي أول آية نزلت في القتال، وليس فيها شائبة من شوائب الإكراه في العقيدة؛ وإنما هي على العكس من ذلك تقرر أن الحرب أمر لا بد منه؛ حفظا للنظام وتقويضا لدعائم البغي والظلم والطغيان، ولولاها لفسدت الأرض وهدمت فيها أماكن العبادة. والآية لا تنظر في هذا الشأن إلى المسلمين خاصة؛ بل تشمل أماكن العبادة لغيرهم. يقول عز وجل فيها: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَّفُتِنَتْ صَوَاعِقُ وَبِيعَ وَصَلَوْتُ وَمَسْجِدٌ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا﴾ [الحج: ٤٠].

٢- أن الإسلام يجنح للسلم لا للحرب، قال تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١]. وإن الإسلام لا يجيز قتل النفس لمجرد أنها تدين بغير الإسلام، كما أن الإسلام لا يمنع من القتل إذا تحقق سببه من قصاص ونحوه، ولا يبيح الإسلام للمسلمين قتال مخالفيهم بمخالفتهم في الدين؛ وإنما يأذن لهم في قتالهم ويوجبه، إذا وقع منهم عدوان على بلاد المسلمين، أو على دعوتهم.

٣- اتفاق جمهور المسلمين على: أنه لا يحل قتل النساء والصبيان والرهبان والأعمى والشيخ الكبير والعجزة ونحوهم، ولو أن القتال كان للحمل على إجابة الدعوة، وطريقا؛ من طرفها حتى لا يوجد مخالف في الدين ما ساغ استثناء هؤلاء، واستثناءهم دليل على أن القتال إنما هو لمن يقاتل؛ دفعا لعدوانه. فإن قيل: استثناءهم؛ لأنهم تبع لغيرهم، يقال: إن سلم في الصبيان فلا يسلم في الرهبان والشيوخ.

٤- أن وسائل القهر والإكراه، ليست من طرق الدعوة إلى الدين؛ لأن الدين أساسه

الإيمان القلبي والاعتقاد، وهذا الأساس تكوُّنه الحجة لا السيف؛ ولهذا يقول الله عز وجل: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦]. ويقول عز وجل: ﴿وَلَوْ سَاءَ رُؤْيَا لَأَمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩].

ولدى النظر في أدلة الفريقين، يظهر ترجيح القول بأن الإسلام أسس علاقة المسلمين بغيرهم على المسالمة والأمان لا على الحرب والقتال، إلا إذا أريدوا بسوء؛ لفتنتهم عن دينهم، أو صدهم عن دعوتهم، أو الاعتداء على حقوقهم وأوطانهم وأموالهم؛ فحينئذ يفرض عليهم الجهاد فرض عين؛ دفعاً للعدوان وحماية للدعوة. يتضح ذلك من قوله تعالى: ﴿لَا يَهْرَبُهُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتَلُوا فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوهم مِّن دِينِكُمْ أَن يَرْوَاهُمْ وَيَقْسِبُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ حُبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾ [المتحنة: ٨]. وقوله تعالى: ﴿فَإِن أَعْرَضُوا عَنْكُمْ فَلَمْ يَقْبَلُواكُمْ وَأَلْفُوا إِلَيْكُمْ أَلْسِنَهُمْ فَأَلْهَمَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٩٠]. وقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاجْتَنِبْ لَهُمُ وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١]. وهناك كثير من الآيات يعزز هذه الروح السلمية، ويبعد أن يكون الإسلام أسس علاقات المسلمين بغيرهم على الحرب الدائمة، وأن يكون قد فرض الجهاد وشرع القتال على أنه طريق الدعوة إلى الدين؛ لأن الله تعالى نفى أن يكون إكراه على الدين، وأنكر أن يكره الناس حتى يكونوا مؤمنين. وكيف يكون الإيمان بالإكراه، أو كيف يصل السيف إلى القلوب؟! إن طريق الدعوة إلى التوحيد وعبادة الله والإخلاص له هي الحجة لا السيف، ولو أن غير المسلمين كفوا عن قتال المسلمين وفتنتهم عن دينهم والاعتداء عليهم وتركوهم أحراراً في دعوتهم ما شهر المسلمون سيفاً ولا أقاموا حرباً. وما كان القتال زمن النبي ﷺ إلا دفاعاً حتى في الغزوات التي صُوِّرَتْهَا صُورَةٌ المَهَاجِمَةُ، وما هي إلا مهاجمة قوم حربيين يدْعُونَ إلى السلم فلا يجيبون.

أما احتجاج الفريق الأول: بأن آيات القتال جاءت مطلقة فلا ينهض حجة على دليلهم؛ لأن كثيراً من الآيات جاءت مقترنة بالسبب الذي من أجله شرع القتال، وفي هذه الحالة يمكن حمل المطلق على المقيد؛ على معنى: أن الله تعالى أذن في القتال؛ لقطع الفتنة، وحماية الدعوة، ودفع الاعتداء؛ فتارة ذكر القتال مقروناً بسببه، وتارة ذكره مطلقاً؛ اكتفاء بعلم السبب في آيات أخرى. أما تمسكهم بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا يَفْتَلُونَ الَّذِينَ يَأْتِيهِمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلَيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة: ١٢٣]. وادعاهم بأنها تأمر بقتال الكفار عامة حصل اعتداء منهم أو لم يحصل حتى يؤمنوا ويدينوا بالإسلام بغير وارد. إذ الواقع أن الآية ليست واردة في بيان سبب القتال؛ وإنما جاءت إرشاداً لخطة حربية عملية يجب أن يترسمها المسلمون عند نشوب القتال المشروع؛ فهي ترشدتهم إلى وجوب البدء عند تعدد الأعداء بقتال الأقرب فالأقرب؛ عملاً على إخلاء الطريق من الأعداء المناوئين وتسهيلاً لسبيل الانتصار. وهذا المبدأ الذي قرره الإسلام منذ أربعة عشر قرناً من المبادئ التي تعمل بها الدول المتحاربة في هذا العصر؛ فلا تخطو دولة محاربة إلى دولة أو قوة بينها وبينهم دول محاربة؛ عملاً

على الاطمئنان إلى زوال العقبات من الطريق. أما استنادهم على حديث: «أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ؛ حَتَّى يَشْهَدُوا أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ...» فإن جميع المسلمين متفقون على أن المراد بالناس في هذا الحديث مشركو العرب خاصة؛ لأن غيرهم من أهل الكتاب، ومشركي غير العرب حكمهم يخالف ما جاء في الحديث؛ لأنهم يقاتلون، إذا رفضوا الإسلام، ولم يعطوا الجزية. فالحديث في طائفة خاصة، والقتال فيه لدفع الشر لا للدعوة، ولو كان للدعوة لكانوا هم وغيرهم سواسية. وأما احتجاجهم بالنهي عن اتخاذ الكافرين أولياء فهذا ليس بدليل؛ لأن مورد النهي موالاتهم ومحالفتهم ونصرتهم على المسلمين، وهذا لا خلاف في تحريمه ومنعه. وموالاتهم بمعنى المسالمة والمعاملة بالحسنى، وتبادل المنافع فهذا غير محظور؛ ما داموا لم يقاتلوه، ولم يخرجوهم من ديارهم. قال عز وجل: ﴿لَا يَهَنُّكَ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [الممتحنة: ٨]. بل يذهب الإسلام إلى أبعد من هذا: يذهب إلى مخالطة أهل الكتاب في الطعام والشراب، وإلى حل مصاهرتهم، والمصاهرة أمر عظيم؛ فهي العلاقة التي تتكون بها الأسر، وبها يمتزج الطرفان ويتركان في التناسل والمسئولية عن تربية الأبناء، وهذا أسمى ما يتضاءل أمام روعته أحدث مبدأ في العلاقات الدولية العامة. ومن هنا يتبين أن الحرب في الإسلام لم تكن للإكراه على الدين، وأن اقترانها بانتشار الدعوة، ليس دليلاً ولا شبه دليل على سببية الحرب في هذا الشأن. قال الفخر الرازي في تفسير قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ بَيَّنَّ الرَّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦] إنه تعالى لما بين دلائل التوحيد بياناً شافياً قاطعاً للمعذرة، قال بعد ذلك: إنه لم يبق بعد إيضاح هذه الدلائل عذر للكافر في الإقامة على كفره، إلا أن يجبر ويقسر على الإيمان، وذلك مما لا يجوز في دار الدنيا التي هي دار الابتلاء؛ إذ إن في القهر والإكراه على الدين بطلان معنى الابتلاء والامتحان، ونظير هذا قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩]. ومما جاء في تفسير قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُوكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا﴾ [البقرة: ١٩٠]. للشيخ محمد عبده: «كان المشركون يبدعون المسلمين بالقتال؛ لأجل إرجاعهم، ولو لم يبدعوا في كل واقعة؛ لكان اعتداؤهم بإخراج الرسول ﷺ من بلده، وفتنة المؤمنين، وإيذائهم ومنع الدعوة كل ذلك كان كافياً في اعتبارهم معتدين». فقتال النبي ﷺ كان مدافعة عن الحق وأهله، وحماية لدعوة الحق؛ ولذلك كان تقديم الدعوة شرطاً لجواز القتال، وإنما تكون الدعوة بالحجة والبرهان، لا بالسيف والسنان؛ فإذا مُنِعنا من الدعوة بالقوة: بأن هُدِّدَ الداعي أو قُتِلَ؛ فعلينا أن نقاتل لحماية الدعوة، ونشر الدعوة لا للإكراه على الدين؛ فالله تعالى يقول: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ بَيَّنَّ الرَّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦]. ويقول: ﴿أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩]. وإذا لم يوجد من يمنع الدعوة، ويؤذي الدعاة أو يقتلهم، أو يهدد الأمن، ويعتدي على المؤمنين فإن الله تعالى لا يفرض علينا القتال لأجل سفك الدماء وإزهاق الأرواح، ولا لأجل الطمع في الكسب. ولقد كانت حروب

الصحابة في الصدر الأول؛ لأجل حماية الدعوة، ومنع المسلمين من عنت الظالمين، لا لأجل البغي والعدوان.

موازنة بين القتال في الإسلام وبينه في الشرائع السابقة: يجتهد أعداء الإسلام في رميه بكل نقيصة، والحط من شأنه كلما وجدوا آذاناً مصغية، والإسلام ببيان راسخ لا تزعه ترهات المبطلين، ولا ينال منه بقول الأفاكين. يقولون: إن الإسلام دين وحشية وفتك؛ لأنه أمر بالقتال ولم يراع فيه رأفة ولا رحمة. ترددت هذه الكلمة الخبيثة قديماً وحديثاً في البيئات اليهودية، وتمادى المبشرون من رجال المسيحية في إذاعتها، وتشويه سمعة الإسلام بها؛ رغبة التأثير على صغار العقول، وضعاف القلوب، ولو رجع هؤلاء المبشرون إلى كتبهم المقدسة وما يزعمون أنه من عند الله ولا نخالهم إلا قد رجعوا إليها لعلمو أن الدين الإسلامي ليس بدعاً في أمر الجهاد، وأن سائر الشرائع السماوية أتت به، وقررت على حالة يبعد مقارنتها بما جاء في الإسلام، وسنرى ذلك فيما يلي:

اليهودية والقتال: جاءت الشريعة الموسوية بالقتال، وعاملت من حاربتهم بمتهى القسوة والشدّة؛ إذ حكمت في حق الحِيثِين، وبقية الأمم السبعة: بقتل كل ذي حياة منهم ذكورهم وإناثهم؛ بعلّة أن هؤلاء الأمم أكثر من بني إسرائيل عدداً؛ فسمح الله تعالى بهم لسلامة بني إسرائيل المؤمنين، وشدّد في إهلاكهم تشديداً بليغاً؛ قال في سفر التثنية: «فأبيدوا كل سكان تلك الأرض، ثم أنتم إن لم تبيدوا سكان الأرض فالذين يبقون منهم يكونون لكم كأوتاد في أعينكم، ورماح في أجنابكم، ويعسفون عليكم في الأرض التي تسكنونها، وما كنت عزمت أن أفعله بهم سأفعله بكم». وحكمت في حق غير الأمم السبعة بما ورد في سفر التثنية أيضاً في الإصحاح العشرين، الآية العاشرة، وما بعدها؛ حيث يقول الله تعالى لموسى: «حين تقرب من مدينة كي تحاربها استدعها للصلح؛ فإن أجابتك إلى الصلح وفتحت لك، فكل الشعب الموجود فيها يكون لك للتسخير، ويستعبد لك. وإن لم تسالك، بل عملت معك حرباً فحاصرها. وإذا دفعها الرب إلهك إلى يدك فاضرب جميع ذكورها بحد السيف. وأما النساء والأطفال والبهائم وكل ما في المدينة: فتفتحها لنفسك التي أعطاك الرب إلهك؛ هكذا تفعل بجميع المدن البعيدة منك جداً، التي ليست من مدن أهل الأمم هنا. وأما مدن هؤلاء الشعوب التي يعطيك إلهك الرب نصيباً فلا تستبق منها نسمة ما؛ بل تحرقها تحريقاً: الحِيثِين، والأموريين، والكنعانيين، والفرزيين، والحربيين، واليوسيسيين؛ كما أمرك الرب إلهك». وقد قام يوشع خليفة موسى عليه السلام بتنفيذ ما جاء في التوراة؛ فقتل المليونيات الكثيرة، حتى إنه جاء في سفر يوشع: أنه قتل أحداً وثلاثين سلطاناً من سلاطين الكفار؛ إذ تسلط بنو إسرائيل على ممالكهم. وجاء في الإصحاح العاشر من هذا السفر، الآية السادسة والعشرون: «وضربهم يوشع بعد ذلك وقتلهم، وعلّقهم على خمس خشب، وبقوا معلقين على الخشب حتى المساء». وفي الإصحاح الحادي عشر: «وضربوا كل نفس بها بحد السيف: حرقوهم، ولم تبق نسمة؛ إذ أحرق حاصور بالنار، فأخذ يوشع كل مدن أولئك الملوك، وجميع ملوكهم، وضربهم بحد السيف؛ كما أمر

موسى عبد الرب». وكان داود عليه السلام يخرب كل الأرض وما كان يبقي رجلاً، ولا امرأة من أهل جاسور، وجزر، وعمالق، وينهب دوابهم وأمتعتهم. وجاء في (سفر صموئيل الثاني، ص ١٢، آية ٣١) في محاربة داود «لرعبة» قرية من فلسطين: «وأخرج الشعب الذي فيها: وضعهم تحت مناشير ونوارج حديد، وفتوس حديد، وأمرهم في آتون الأجر، وهكذا صنع بجميع مدن عامون». ثم إن داود عد أعماله من الحسنات، ومن جملة جهاداته؛ إذ قال في الزبور الثامن عشر: «ويجازيني الرب مثل بري، ومثل طهارة يدي يكافئني؛ لأنني حفظت طرق الرب ولم أكفر بالهي؛ لأن جميع أحكامه قدامي، وعدله لم أبعده عني، وأكون معه بلا عيب؛ لأنه حفظني من إثم»، وقد شهد الله تعالى أن جهاداته، وجميع أفعاله الحسنة كانت مقبولة عنده تعالى؛ حيث قال في سفر الملوك الأول: «هكذا داود عبدي الذي حفظ وصاياي وتبعني من كل قلبه، وعمل بما حسن أمامي». وقد شهد بولص لأولئك الأنبياء بأن أعمالهم في الجهاد للكفار كانت من جنس البر لا من جنس الإثم، وكان منشؤها قوة الإيمان، ونيل مواعد الرحمن لا قساوة القلب، والظلم.

المسيحية والقتال: يعترف المسيحيون اعترافاً، يقيناً، بما دون في صحف العهد القديم عن أنبياء بني إسرائيل، وإن كان قد احتدم بينهم نزاع؛ لظروف سياسية في أوقات من الزمن فما ذكرناه مما جاءت به الشريعة اليهودية، يعتبر مسلم الصحة من المسيحيين؛ لأنه في نظرهم تشريع إلهي من الله سبحانه وتعالى يستسيغون العمل به؛ فما يكون حجة على اليهود من التوراة يكون حجة كذلك على كل من يعترف بها، على أن المسيحية قد جاءت بالقتال: فقد ورد في الإصحاح العاشر من إنجيل متى، (العدد ٢٥ وما بعده). «يقول المسيح: لا تظن أنني جئت لألقي سلاماً على الأرض؛ ما جئت لألقي سلاماً بل سيقاً؛ جئت لأفرك الإنسان ضد ابنه، والابن ضد أبيه، والكنة ضد حماتها»، إلى أن قال في الحث على القتال: «ومن أضاع حياته من أجلي يجدها. وفي إنجيل لوقا: «أما أعدائي أولئك الذين لم يريدوا أن أملك عليهم تأتوا بهم إلى هنا واذبحوهم قدامي». ولعل أحسن ما جاء في هذا الصدد قول الدكتور «هيكل» في كتابه «حياة محمد»: «يقول المبشرون: لكن روح المسيحية تنكر القتال على إطلاقه، ولست أفق لأبحث صحة هذا القول، لكن تاريخ المسيحية أمامنا شاهد عدل، وتاريخ الإسلام أمامنا شاهد عدل؛ فمنذ فجر المسيحية إلى يومنا هذا خضبت أقطار الأرض جميعاً بالدماء: خضبها الروم، وخضبتها أمم أوروبا كلها، والحروب الصليبية: إنما أذكى المسيحيون ولم يذك المسلمون لهيبتها، ولقد ظلت الجيوش باسم الصليب تنحدر من أوروبا خلال مئات السنين قاصدة أقطار الشرق الإسلامية تقاتل، وتحارب، وتريق الدماء، وفي كل مرة كان الباباوت خلفاء المسيح يباركون هذه الجيوش الزاحفة للاستيلاء على بيت المقدس، وعلى الأماكن النصرانية المقدسة»، أفكان هؤلاء الباباوت جميعاً هراطقة، وكانت مسيحياتهم زائفة أم كانوا أذعياء جهالاً لا يعرفون أن المسيحية تنكر القتال على إطلاقه؟! أم يقولون: تلك كانت العصور الوسطى؟ إن يكن ذلك بعض ما قد يقولون فإن هذا

القرن العشرين الذي نعيش فيه، والذي يسمونه عصر الحضارة الإنسانية العليا قد رأى ما رأته تلك العصور الوسطى المظلمة؛ فقد وقف اللورد النبي ممثل الحلفاء: إنجلترا وفرنسا وإيطاليا ورومانيا وأمريكا، يقول في بيت المقدس في سنة ١٩١٨، حين استيلائه عليه في أخريات الحرب الكبرى: اليوم انتهت الحروب الصليبية. وقال ابن خلدون بعد أن قسم أسباب الحرب إلى أربعة أقسام: غيرة ومنافسة، وعدوان، وغضب لله ولدينه، وغضب للملك وسعي في تمهيده: والثاني وهو العدوان أكثر ما يكون بين الأمم الوحشية الساكنين بالفقر: كالعرب، والترک، والترکمان، والأكراد، وأشباههم؛ لأنهم جعلوا أرزاقهم في رماحهم، ومعاشهم فيما بأيدي غيرهم، ومن دافعهم عن متاعه آذونه بالحرب، ولا بغية لهم فيما وراء ذلك من زينة ولا ملك؛ وإنما همهم ونصب أعينهم غلب الناس على ما في أيديهم. فالعرب كان من عادتهم الغزو، والقتال لمن يدافعهم عن ماله، وكانوا يعدون هذا المال الذي يربحونه بعد هذا العدوان أفضل مال يصيبونه، ويرون الظفر بذلك من أمارات الفتوة لا عار فيه، ولا غضاضة على فاعله. كما كان العرب على شيء من الأنفة والإباء، وسرعة الانفعال، والمحافظة على الجار، ونصرة الحليف. فلم يكن العربي بليد الطبع، يسمع ما يهين شرفه دون أن يتحرك، أو يرى العدوان على جاره أو حليفه ولا يثور من أجله. وقد كان التنافس بين العرب في مادة الحياة قويًا شديدًا؛ فإن حياة العرب كانت على مراعيهم التي يسمون فيها أنعامهم، وعلى مناهلهم التي منها يشربون، وهي محل نزاع دائم؛ لأنه لم يكن يوجد عند العرب حقوق ملكية محترمة في الكلاً والماء كما كان النزاع بينهم على الشرف والرياسة مثار حروب طويلة الأمد. كل هذا جعل الجزيرة العربية قبل الإسلام دائمة الحروب، والمنازعات قلما يخلو منها زمان أو مكان، وإذا رجعت إلى أسبابها المباشرة، وجدتها في بعض الأحيان تافهة، وفي البعض الآخر يمكن حلها على أسهل الوجوه، ولكنهم أبوا إلا أن يُحكّموا السيف في كل ما شجر بينهم، غير متأثرين بما تركه الحرب وراءها: من تيتيم الأطفال وتأييم النساء؛ إرضاء لنفوسهم الوحشية، وحبًا في الفخر والثناء.

الروم والفرس، والقتال: كذلك الفرس، والروم اللتان تجاوران الجزيرة العربية كان بينهما حروب بغية وعدوان طال أمدها، وامتد شوب نارها وقتًا غير قصير، وكان يرتكب في هذه الحروب من الأعمال ما تنفطر له الأكباد، وتدمى عند سماعه القلوب، ولا يتفق وأحط أنواع الإنسانية.

فأنت ترى من هذا أن اليهودية قررت القتال، وقسمت المخالفين إلى فريقين: فريق يعرض عليهم الصلح؛ فإن أجابوا يكونوا عبيدًا، وإن أبوا تستأصل ذكورهم، وتسى نساؤهم، وذرايعهم، وتغنم أموالهم. والفريق الثاني: هم الحيشيون وبقية الأمم السبعة: فإن التوراة تأمر بإبادتهم، لا تقبل منهم صرفًا ولا عدلاً، ولا تستبقي منهم امرأة ولا طفلًا. وهذا يوشع خليفة موسى الذي نفذ تمامًا ما جاء في التوراة: بقتل أعدائه ويمثل بهم فيصلبهم على الخشب حتى المساء. وداود يضع خصومه تحت مناشير ونوارج حديد. ثم يشهد بولص لأولئك الأنبياء بأن أعمالهم في الجهاد للكفار كانت من جنس

البر لا من جنس الإثم، وكان منشؤها قوة الإيمان لا قساوة القلب والظلم. هذا هو حكم التوراة كتاب اليهود المقدس، والذي يؤمن به المسيحيون ولا يبدون عليها مطعنًا، ثم يقوم هؤلاء وأولئك يطعنون على الدين الإسلامي بأنه دين فتك ووحشية. هل فعل الإسلام مثل ما فعلت اليهودية: من تعذيب القتلى، وتخريب الديار؟! هل قتل نساء المشركين وأطفالهم، كما فعل أنبياء بني إسرائيل مع الأمم السبعة؟! أم كان يكفي بقتل رجالهم بعد أن يعتدوا عليه، وعلى دعوته؟! وهل كان الإسلام يعامل من يقبل دفع الجزية من المشركين معاملة العبيد يسخرهم، ويستذلهم، كما فعلت اليهودية مع مخالفيها من غير الأمم السبعة؟! أم كان يكفي بمن صالحهم على الجزية بأخذها منهم، ويتركهم أحرارًا في عقائدهم ومعاملاتهم، بعد أن يجعل دماءهم كدماء المسلمين، وأعراضهم كأعراضهم، لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم؟! إذا وازنا بين الإسلام وبين ما تقدمه من الشرائع، وحروب العرب في الجاهلية، وما جاورها من دول وجدنا: أن الإسلام هو أعدل الشرائع السماوية في أمر القتال، وأنه أبر الأديان وأرحمها بالإنسانية؛ فلم يقاتل للسلب، والنهب، ولا للاستعباد والاستعمار، ولم يرتكب من فظائع الحروب إلا ما اقتضته ضرورة القتال؛ وإنما كان يقاتل دفاعًا عن الدعوة إلى الله تعالى مع مراعاة الشفقة والرحمة. ولم يشهد التاريخ كما قال «غوستاف لوبون» فاتحًا أرحم من العرب يعني المسلمين.

كذلك إذا وازنا بين الحروب الإسلامية، وحروب المدينة الحديثة نجد أن الحروب الحديثة على الرغم من القوانين الدولية المسنونة التي تحرم جرائم الحرب المنكرة، وفظائعها الشنيعة لا تزال تأتي بأفزع المنكرات؛ لا يجرها قانون ولا تمنعها رحمة، ولا شفقة. فها هي إيطاليا التي تعد من أكبر الدول التي حملت لواء المدينة في القرن العشرين تبغي على الحشنة في سنة ١٩٣٥م، وتستعمل معها أشد أنواع القسوة وتحاربها «برصاص دمدم»، وتخرب ديارها، بما تقذفه من المناطيد، ودول المدينة التي حرمت كل هذا تقف مكتوفة الأيدي؛ مما يدل على أن تحريمها لفظائع الحرب، إنما هي قواعد نظرية لا وجود لمفهومها إلا مع الدول الضعيفة. على أن ما تقوم به الدول الحديثة من مخترعات لوسائل التدمير والتخريب كالغازات السامة، ومواد الهدم والتحريق، تقذفها المناطيد المحلقة في جو السماء على المدن المكتظة بالألوف من الرجال والنساء والأطفال؛ فتقتلهم يدل على كذب ادعاءات المدينة الحديثة من العمل على القضاء على فظائع الحرب التي كانت تستعمل في عصور الهمجية والظلام. قال الشيخ المراغي في رسالته إلى مؤتمر الأديان: «ولا أعتقد أن التقدم العلمي والفلسفي بقادر على التغلب على هذه العوامل، وإزالة آثارها؛ قد شاهدنا أن الحروب تزيد هولا ووحشية كلما ازداد التقدم العلمي، وإنه أمضى أسلحتها».

والخلاصة: أن الإسلام هو المثل الأعلى في تهذيب فكرة الحروب لدى الإنسانية، وحصنها في أضيق الحدود، ومراعاة الحرمات الإنسانية تمام الرعاية؛ إذ خير تهذيب لفكرة الحرب ألا تكون إلا للدفاع عن النفس، وعن العقيدة. ولو أن الدول الحديثة

التزمت ما قرره الإسلام، وما اختطه من سنن في الحرب لكفلت بذلك سعادة الأمم، ورفاهية الأفراد. الجهاد بالنفس بلغ من الإسلام ذروة سنامه، وقبته التي تحوطه وترعاه، تحيا الأمم وتسد، وتسود وتعز؛ ما دام الجهاد قائماً فيها، وإذا فترت حياة الجهاد في الأمة أصابها الوهن والضعف، وطمع فيها الأعداء، وما ترك قوم الجهاد إلا خذلهم الله بالذل. والجهاد فريضة محكمة، أمر الله تعالى به وحث عليه وبين فضله، ورفع المجاهدين إلى أعلى المراتب، وأرفع الدرجات، وأجزل ثوابهم، ومنحهم من الامتيازات الروحية والعملية في الدنيا والآخرة ما لم يمنح سواهم، وجعل دماءهم مقدمة النصر في الدنيا، وعنوان الفوز والنجاة في الآخرة، فكان جزاء المجاهد الذي يبذل أعز المحبوبات إليه وهو نفسه التي بين جنبيه: «والجود بالنفس أقصى غاية الجود»، ويحملها أعظم المشاق؛ تقرّباً إلى الله أن ملكه الله دار النعيم الأبدي والرضوان السرمدي؛ جزاء كريماً على فعل عظيم. ولقد تعددت الآيات القرآنية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة المبينة لفضيلة الجهاد، وما أعده الله لأهله من النعيم الخالد والأجر العظيم: قال عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ يُقَدِّلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعَدَا عَلَيْهِمْ حَقٌّ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ وَالْفُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ [التوبة: ١١١]. انظر أيها المسلم ما في هذه الآية من معان سامية، وتكريم وتشريف للمجاهدين بأنفسهم وأموالهم؛ فقد تفضل الله عز وجل على المجاهدين بأن جعلهم كالمتعاقدين معه، كما يتعاقد البيعان على المنافع المتبادلة؛ لطفاً منه وكرماً، وتكريماً لعباده المجاهدين، وهو عز وجل المالك لأنفسهم؛ إذ هو الذي خلقها، والمالك لأموالهم؛ إذ هو الذي رزقها، وهو غني عن أنفسهم وأموالهم، وإنما المبيع والثلمن له، وقد جعلها تكريماً لهم. ولقد فضل المجاهدين وبين أن لهم أجراً كبيراً عند الله، وأنهم لا يستوون مع القاعدين؛ بل فضلهم درجة على القاعدين المؤمنين من أولي الضرر، ودرجات وأجراً عظيماً على غير أولي الضرر من الكسالى المتخلفين؛ قال تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكَلَّا اللَّهُ أَكْفَرًا وَقَضَى اللَّهُ الْعُقُودَ عَلَى الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿٩٥﴾ دَرَجَتٍ مِنْهُ وَمَغْفِرَةً وَرَحْمَةً وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿٩٦﴾﴾ [النساء: ٩٥، ٩٦]. ﴿فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ وَمَنْ يُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٧٤]. وإنما قال تعالى: ﴿فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ﴾، ولم يقل فيغلب أو يغلب؛ لأن المؤمن الصادق الذي يعد العدة الكافية، ويتبع سنن الله في الأرض ولا يحيد عنها، لا يهزم ولا يغلب؛ لأن الله تعالى في هذه الحالة يكون معه، وقد وعده بالنصر، ووعده الله لا يخلف. كما بين الله تعالى أن الجهاد عنصر قوي من عناصر التجارة الرباحة التي تنجي من العذاب الأليم في الدنيا والآخرة، وتوجب رضا الله والنصر على الأعداء: قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَخْرَجٍ تُجَرِّمُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ ﴿١٦﴾ تَوَمَّنْ يَا اللَّهُ رَسُولِي وَجَاهِدُونَ

في سبيل الله بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١١﴾ يَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَيُدْخِلْكُمْ جَنَّاتٍ تَجْرَى مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَسْكِنٌ طَيِّبٌ فِي جَنَّاتٍ عَدْنٍ ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٢﴾ وَأُخْرَى يُحِبُّونَهَا نَصْرٌ مِنَ اللَّهِ وَفَتْحٌ قَرِيبٌ وَبَشِيرٌ الْمُؤْمِنِينَ ﴿١٣﴾ [الصف: ١٠-١٣]. وحث الله المؤمنين بأن ينفروا في سبيل الله مشاة وركبانا، فقراء وأغنياء؛ شيوخا وشبانا، وفي كل حال؛ لأن في ذلك خيرهم وصلاحهم وسعادتهم، فقال عز وجل: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكَ لَكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [التوبة: ٤١]. وقد بين الله تعالى أن حب الجهاد، يجب أن يكون مقدما على حب الآباء والأبناء وحب كل ما يمت لذلك بصلة، وهدد بالوعيد والعقوبة كل من يؤثر حب الأمور الدنيوية على حب الله ورسوله وجهاد في سبيله. وقال عز وجل: ﴿قُلْ إِنْ كَانَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ وَإِخْوَانُكُمْ وَأَزْوَاجُكُمْ وَعَشِيرَتُكُمْ وَأَمْوَالٌ اقْتَرَفْتُمُوهَا وَتِجَارَةٌ تَخْشَوْنَ كَسَادَهَا وَمَسَاكِنُ تَرْضَوْنَهَا أَحَبَّ إِلَيْكُمْ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَجِهَادٍ فِي سَبِيلِهِ فَتَرَبَّصُوا حَتَّى يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرِهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ﴾ [التوبة: ٢٤]. إن الآية الكريمة قد رتبت التهديد والوعيد على تقديم حب الأشياء الدنيوية الثمانية المذكورة على حب الله ورسوله، وجهاد في سبيله لا على أصل الحب؛ لأن حب هذه الأمور غريزي فطري لا طاقة للإنسان بتجنبه، والله تعالى رحيم بعباده رءوف بهم؛ فلا يكلفهم إلا ما يطيقون ويستطيعون. ولقد عطف الله الجهاد في سبيله على حب الله ورسوله منكرًا؛ لأنه أظهر آياتهما، وتنكيره وإبهامه يفيد: أن كل نوع من أنواع الجهاد في سبيل الله قل أو كثر فإن تاركه لأجل حب شيء من تلك الأصناف الثمانية، وتفضيلها عليه يستحق الوعيد الوارد في الآية. وما كان أولئك الذين يؤثرون حب أهلهم وأموالهم على حب الله ورسوله والجهاد في سبيله، إلا من المنافقين.

أما الأحاديث الواردة في الحث على الجهاد وبيان فضله فعدة منها:

١- عن سهل بن سعد رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لَعْدُوَةٌ أَوْ رَوْحَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا» [أخرجه البخاري (١١/ ٢٣٦)، كتاب الرقاق، باب: مثل الدنيا والآخرة (٦٤١٥)، ومسلم (٣/ ١٥٠٠)، كتاب الإمارة، باب: فضل الغدوة والروحة في سبيل الله (١١٢ - ١٨٨١)]. الغدوة: المرة الواحدة من الغدو، وهو الخروج في أي وقت كان من أول النهار إلى الزوال. والروحة: الواحدة من الرواح، وهو الخروج في أي وقت كان من زوال الشمس إلى آخر النهار.

٢- وعن أبي أيوب قال: قال رسول الله ﷺ: «عَدُوَّةٌ أَوْ رَوْحَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِمَّا طَلَعَتْ عَلَيْهِ الشَّمْسُ وَعَرَبَتْ»، رواه البخاري، ومسلم، وأحمد، والنسائي من حديث أبي هريرة مثله.

٣- وعن أبي عيسى الحارثي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ اغْتَبَرَتْ قَدَمَاهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ حَرَمَهُ اللَّهُ عَلَى النَّارِ»، رواه البخاري وأحمد والترمذي والنسائي. ولفظ الترمذي: «مَنْ اغْتَبَرَتْ قَدَمَاهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَهُمَا حَرَامٌ عَلَى النَّارِ». وروى الترمذي: «لَا يَجْتَمِعُ عُبَاذٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَدُخَانٌ جَهَنَّمَ».

٤- وعن أبي هريرة أنه قال: قيل: يا رسول الله، ما يعدل الجهاد في سبيل الله عز

وجل؟ قال: «لَا تَسْتَطِيعُونَهُ»، فأعادوا عليه مرتين أو ثلاثاً، كل كذلك يقول: «لَا تَسْتَطِيعُونَهُ»، وقال في الثالثة: «مَثَلُ الْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ؛ كَمَثَلِ الصَّائِمِ اللَّائِمِ الْقَائِمِ لَيَّاتِ اللَّهِ، لَا يَفْتُرُ مِنْ صَلَاةٍ وَلَا صِيَامٍ حَتَّى يَرْجِعَ الْمُجَاهِدُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ».

٥- وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «يَا أَبَا سَعِيدٍ، مَنْ رَضِيَ بِاللَّهِ رَبًّا، وَبِالْإِسْلَامِ دِينًا، وَبِمُحَمَّدٍ نَبِيًّا وَجَبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ»؛ فعجب لها أبو سعيد فقال: أعدها علي يا رسول الله، ففعل، ثم قال: «وَأُخْرَى يُرْفَعُ بِهَا الْعَبْدُ مِائَةَ دَرَجَةٍ فِي الْجَنَّةِ، مَا بَيْنَ كُلِّ دَرَجَتَيْنِ كَمَا بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ» قال: وما هي يا رسول الله؟ قال: «الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»؛ رواه مسلم والنسائي. وروي أن رسول الله ﷺ بعث جيشاً فيهم عبد الله بن رواحة؛ فتأخر؛ ليشهد الصلاة مع النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْ أَنْفَقْتُ مَا فِي الْأَرْضِ مَا أَدْرَكْتُ فَضْلَ غَدْوَتِهِمْ». والمراد: تعظيم أمر الجهاد.

٦- وسئل النبي ﷺ: أي الناس أفضل؟ فقال: «مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله»، رواه الخمسة.

٧- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «وَفَدَّ اللَّهُ ثَلَاثَةَ الْعَازِي، وَالْحَاجِّ وَالْمُعْتَمِرِ»، رواه مسلم.

٨- وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ النَّاسِ؟ رَجُلٌ مُسِيكٌ بَعَثَانِ فَرَسِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»، رواه الترمذي.

٩- وعن أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «جَاهِدُوا الْمُشْرِكِينَ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ وَأَلْسِنَتِكُمْ» رواه أحمد والنسائي، وصححه الحاكم. لقد دل الحديث على وجوب الجهاد بالنفس وهو بالخروج والمباشرة للأعداء، وبالمال وهو بذله في إتمام ما يحتاج إليه في الجهاد كالسلاح ونحوه، وهذا هو المفاد من عدة آيات في القرآن الكريم: ﴿وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ﴾ [الأنفال: ٧٢]. والجهاد باللسان بإقامة الحجّة عليهم، ودعائهم إلى الله تعالى ورفع الأصوات عند اللقاء وبرزجرهم ترويعاً لهم، ونحوه من كل ما فيه نكاية للعدو. ﴿وَلَا يَتَأَلَوْنَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ﴾ [التوبة: ١٢٠]. وقال ﷺ: «إِنَّ هَجْرَ الْكُفَّارِ أَشَدُّ عَلَيْهِمْ مِنْ وَفَعِ النَّبْلِ».

١٠- وعن أبي أمامة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لَيْسَ شَيْءٌ أَحَبَّ إِلَيَّ مِنَ الْقَطْرَتَيْنِ وَاتْرُئِينَ: قَطْرَةٌ مِنْ دُمُوعٍ فِي حَشِيَّةِ اللَّهِ، وَقَطْرَةٌ دَمٍ تُهْرَاقُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَمَا الْأَثْرَانِ فَأَثْرٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَاتْرٌ فِي قَرِيضَةٍ مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ»، رواه الترمذي.

ولقد ضمن الله عز وجل للمجاهد في سبيله إحدى الحسنين: أن يدخله الجنة إذا استشهد، أو يرجعه إلى مسكنه مع النصر والأجر والغنيمة:

١١- فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «تَضَمَّنَ اللَّهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ لَا يَخْرُجُهُ إِلَّا جِهَادٌ فِي سَبِيلِي؛ وَإِيمَانٌ بِي وَتَصَدِيقٌ بِرُسُلِي فَهُوَ عَلَيَّ ضَامِنٌ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ، أَوْ أَرْجِعَهُ إِلَيَّ مَسْكِينَهُ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ نَائِلًا مَا نَالَ مِنْ أَجْرٍ أَوْ غَنِيمَةٍ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ مَا مِنْ كَلِمٍ يُكَلِّمُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَهَيْئَتِهِ حِينَ كَلِمَ لَوْ نُهِ لَوْ أَنَّ الدَّمَ، وَرَيْحُهُ مِسْكٌ، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَوْلَا أَنْ يَشُقَّ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مَا قَعَدْتُ

خَالَفَ سَرِيَّةً تَعْرُو فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَبَدًا، وَلَكِنْ لَا أَحَدٌ سَعَةً فَأَحْمِلُهُمْ وَلَا يَجِدُونَ سَعَةً وَيُسْقُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَتَخَلَّفُوا عَنِّي، وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَوَدِدْتُ أَنِّي أَعْرُو فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأُقْتَلَ، ثُمَّ أَعْرُو فَأُقْتَلَ، ثُمَّ أَعْرُو فَأُقْتَلَ، رواه البخاري ومسلم. ولفظ البخاري: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَوَدِدْتُ أَنِّي أُقْتَلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأَحْيَا، ثُمَّ أُقْتَلُ فَأَحْيَا، ثُمَّ أُقْتَلُ فَأَحْيَا، ثُمَّ أُقْتَلُ». وذلك لما يرى من الفضل والكرامة جزاء الاستشهاد في سبيل الله. ويبين رسول الله ﷺ أن مقام المؤمن في سبيل الله أفضل من صلواته في بيته سبعين عامًا.

١٢- فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: «مر رجل من أصحاب رسول الله ﷺ بشعب فيه عيينة من ماء عذبة، فأعجبه لطيبها، فقال: لو اعتزلت الناس فأقمت في هذا الشعب، ولن أفعل حتى أستاذن رسول الله ﷺ فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «لَا تَفْعَلْ، فَإِنَّ مَقَامَ أَحَدِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَفْضَلُ مِنْ صَلَاتِهِ فِي بَيْتِهِ سَبْعِينَ عَامًا، أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ، وَيُدْخِلَكُمُ الْجَنَّةَ، أَعْرُو فِي سَبِيلِ اللَّهِ؛ مَنْ قَاتَلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فُوقَ نَاقَةٍ وَجَبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ». وقال الترمذي: حديث حسن.

وعن أسلم بن عمران أنه قال: «غزونا من المدينة نريد القسطنطينية وعلى الجماعة عبد الرحمن بن خالد، والروم ملصقون ظهورهم بحائط المدينة، فحمل رجل على العدو؛ فقال الناس: مه مه، لا إله إلا الله؛ يلقي بيده إلى التهلكة؟! فقال أبو أيوب: إنما أنزلت هذه الآية فينا معشر الأنصار، لما نصر الله نبيه ﷺ وأظهر الإسلام، قلنا: هل نقيم في أموالنا ونصلحها؟ فأنزل الله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] فالإلقاء بأيدينا إلى التهلكة: أن نقيم في أموالنا ونصلحها وندع الجهاد». رواه أبو داود. والمراد عدم اشتغال الجميع بالأموال وإصلاحها وترك الجهاد، أما أن يشتغل بعض الناس بالأموال والصناعة وغيرها فأمر ضروري؛ لأن الجهاد فرض كفاية إلى حين الاعتداء. والحقيقة: أن هذا فرد من أفراد، وشيء من أشياء تصدق عليه الآية؛ لأنها متضمنة النهي لكل شخص عن كل ما يصدق عليه أنه من باب الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، والاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. وفي البخاري في التفسير: أن التهلكة هي ترك النفقة في سبيل الله. وهناك أقوال أخرى كثيرة في تفسير معناها يرجع إليها في كتب الفقه والتفسير.

ولقد فرض الله الجهاد بالمال؛ لأن المال به قوام الحياة، وهو مصدر القوة في الأمة، ولن تتمكن الأمة من الجهاد بالنفس، إلا إذا توفر لديها المال الذي به تجهز جيوشها، وتنفق منه في سبيل تزويدهم بالسلاح والعتاد الذي يمكنهم من الوقوف أمام أعدائهم، والدفاع عن بلادهم وحدودهم وحماية دعوتهم. ولقد ذكر الجهاد بالمال في الآيات التي تحث على الجهاد، حتى إنه قدم على الجهاد بالنفس في أكثر الآيات القرآنية؛ لأن المال شقيق النفس وبذله يشق على النفس كثيرًا. والجهاد بالمال قد يكون أشد ضرورة وحاجة من الجهاد بالنفس؛ لأن الجهاد بالمال أمر لا بد منه في إعداد العدة، وهذا يكون في الحرب، ويكون في السلم؛ لإرهاب الأعداء وتخويفهم. والجهاد بالمال كالجهاد بالنفس، يكون وقت الحاجة والضيق أفضل منه في الأوقات الأخرى، كما بين الله

تعالى ذلك فيمن أنفق وقاتل قبل فتح مكة، حين كان الإسلام في أول أمره في حاجة إلى المساعدة والمعونة، وكيف أن الله أعلى مرتبتهم، ورفع درجاتهم عن الذين أنفقوا بعد الفتح وقاتلوا، مع أن الله وعد الجميع الحسنی على أصل البذل والجهاد؛ لما فيه من النفع والفائدة، وما لفاعليها من الأجر والثواب. قال عز وجل: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تُنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلِلَّهِ يَبِزُتُ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ لَا يَسْتَوِي مِنْكُمْ مَنْ أَنْفَقَ مِنْ قَبْلِ الْفَتْحِ وَقَتْلَ أَوْلِيكَ أَعْظَمَ دَرَجَةً مَنِ الَّذِينَ أَنْفَقُوا مِنْ بَعْدِ وَقَتْلَوْلَا وَكَلَّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحَسَنَى﴾ [الحديد: ١٠]. واليوم والأمة تجتاز أدق مرحلة، وتعالج أخطر قضية في حاجة ماسة إلى الدعم المالي، والبذل والإنفاق في سبيل تزويدها بالسلاح والعتاد؛ لتتمكن من مجابهة أعدائها، والوقوف أمام طغيانهم واعتداءاتهم؛ ولذلك كان الجهاد بالمال في هذه الظروف الدقيقة، والأيام العصيبة أفضل بكثير من الإنفاق في الأوقات العادية، حين تكون الأمة مطمئنة على بلادها وحدودها، آمنة على رعاياها، ليس هناك ما يعكر صفوها أو يكدر حياتها. قال تعالى في فضل الإنفاق في سبيل الله: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَبَّابِلٍ فِي كُلِّ سَبَّابِلٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ وَاللَّهُ يُضْعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَسِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٦١]. والأحاديث الواردة في فضل الجهاد بالمال وعظيم أجره وثوابه عديدة، منها:

١- عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ جَهَّزَ غَازِيًا فَقَدَ غَزَا، وَمَنْ خَلَّفَ غَازِيًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَدَ غَزَا»، رواه البخاري ومسلم والترمذي. ويقول بعضهم: المماثلة في أصل الأجر لا في قدره؛ يدل على ذلك ما روي عن أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعث رجلاً إلى بني لحيان: «لِيُخْرِجَ مِنْ كُلِّ رَجُلَيْنِ رَجُلًا» ثم قال للقاعد: «أَيْكُمْ خَلَّفَ الْخَارِجَ فِي أَهْلِهِ بِخَيْرٍ: كَانَ لَهُ مِثْلُ نِصْفِ أَجْرِ الْخَارِجِ». ٢- عن خريم بن فاتك قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَنْفَقَ نَفَقَةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى كَتَبَتْ لَهُ بِسَبْعِمِائَةِ ضِعْفٍ»، رواه الترمذي وحسنه والنسائي.

٣- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال، قال رسول الله ﷺ: «مَنْ احْتَبَسَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ؛ إِيمَانًا بِاللَّهِ وَتَضَدِيقًا بِوَعْدِهِ، فَإِنَّ شِبَعَهُ وَرِيَّهُ وَرَوْثَهُ وَيَوْلُهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، رواه البخاري. ومثل الفرس: كل عدة من عدد الحرب التي تختلف باختلاف العصور والأزمان.

٤- وجاء رجل بناقة مخطومة فقال: هذه في سبيل الله، فقال رسول الله ﷺ: «لَكَ بِهَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ سَبْعُمِائَةِ نَاقَةٍ كُلُّهَا مَخْطُومَةٌ»، رواه مسلم والنسائي.

٥- وجاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أبدع بي، فاحملني، فقال: «مَا عِنْدِي»، فقال رجل: يا رسول الله، أنا أدله على من يحمله؛ فقال: «مَنْ دَلَّ عَلَى حَيْثُ فَلَهُ مِثْلُ أَجْرِ فَاعِلِهِ» رواه الأربعة.

٦- وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَنْفَقَ زَوْجَيْنِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ دَعَا حَزَنَةَ الْجَنَّةِ كُلَّ حَزَنَةٍ بَاب: أَيُّ فُلٍ، هَلُمَّ»، قال أبو بكر: يا رسول الله، ذاك الذي لا لوى عليه؛ فقال النبي ﷺ: «إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ تَكُونَ مِنْهُمْ». رواه البخاري والنسائي. ومن توابع الجهاد: الرباط، وهو: الإقامة في مقابلة العدو في الأماكن التي يتوقع هجوم

العدو عليها؛ لقصد رده ودفعه عنها، وفي فضله وردت أحاديث كثيرة:

١- وعن سهل رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «رَبَّاطُ يَوْمٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنْ الدُّنْيَا وَمَا عَلَيْهَا، وَقَابَ قَوْسٍ أَحَدِكُمْ مِنَ الْجَنَّةِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا عَلَيْهَا، وَالرَّوْحَةُ يَرْوِحُهَا الْعَبْدُ أَوْ الْعَدُوَّةُ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا عَلَيْهَا» متفق عليه. وروى الترمذي والنسائي عنه: «رَبَّاطُ يَوْمٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنْ أَلْفِ يَوْمٍ فِيمَا سِوَاهُ مِنَ الْمَنَازِلِ».

ومن امتيازات المرابط: أن عمله ينمو له بعد موته إلى يوم القيامة:

٢- فعن فضالة بن عبيد رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ الْمَيِّتِ يُحْتَمُ عَلَى عَمَلِهِ إِلَّا الْمُرَابِطَ؛ فَإِنَّهُ يَنْمُو لَهُ عَمَلُهُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ». رواه أبو داود والترمذي بسند صحيح، ولفظ الترمذي: «كل ميت»، وهي أحسن، لإفادة العموم.

ومن امتيازات المرابط أيضا: مضاعفة أجر صلاته ونفقه؛ فقد جاء في حديث أبي أمامة عنه ﷺ أنه قال: «إِنَّ صَلَاةَ الْمُرَابِطِ تُعَدُّلُ خَمْسِمِائَةَ صَلَاةٍ، وَنَفَقَةُ الدَّرْهَمِ وَالذَّيْتَارِ مِنْهُ أَفْضَلُ مِنْ سَبْعِمِائَةِ دِينَارٍ يُنْفِقُهَا فِي غَيْرِهَا».

٣- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «عَيْنَانِ لَا تَمْسَهُمَا النَّارُ عَيْنٌ بَكَثَ مِنْ حَشِيَّةِ اللَّهِ وَعَيْنٌ بَاتَتْ تَحْرُسُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»، رواه الترمذي والنسائي بسند حسن.

٤- وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ رَاطَبَ لَيْلَةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ شُبْحَانَهُ وَتَعَالَى كَأَنَّ كَأَلْفِ لَيْلَةٍ صِيَامِهَا وَقِيَامِهَا» رواه ابن ماجه. وفي رواية أحمد عن عثمان بن عفان رضي الله عنه: «حَرَسُ لَيْلَةٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَفْضَلُ مِنْ أَلْفِ لَيْلَةٍ بِقِيَامِ لَيْلِهَا وَصِيَامِ نَهَارِهَا». والمراد: حراسة الجيش يتولاها واحد منهم؛ فيكون له ذلك الأجر العظيم؛ لما في ذلك من العناية بشأن المجاهدين والتعب في مصالح الدين. واختلف العلماء في المحل الذي يتحقق فيه الرباط؛ فإنه لا يتحقق في كل مكان، والمختار من الأقوال الواردة في ذلك هو أن يكون في موضع لا يكون وراءه إسلام؛ لأن ما دونه لو كان رباطاً فكل المسلمين في بلادهم مرابطون. فمحل الرباط هو ما وراء المسلمين؛ ويعين على فهم ذلك حديث معاذ بن أنس عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ حَرَسَ مِنْ وَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى مُتَطَوِّعًا لَا يَأْخُذُهُ سُلْطَانٌ لَمْ يَزِ النَّارَ بِعَيْنِهِ إِلَّا تَحَلَّةَ الْقَسَمِ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: ﴿وَلَنْ يَنْكُرَ إِلَّا وَارِدُهَا﴾ [مريم: ٧١]»، رواه أبو يعلى.

إن الجهاد الذي بين الله ورسوله فضله، ووعد القائمين به بأرفع الدرجات وجزيل الثواب هو ما كان لإعلاء كلمة الله، وإقامة الحق والعدل في الأرض، وحماية الدعوة والدفاع عن الوطن والأمة من اعتداء المعتدين وكيد الكائدين:

١- فعن أبي موسى رضي الله عنه أنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: الرجل يقاتل للمغرم، والرجل يقاتل للذكر، والرجل يقاتل ليرى مكانه؛ فمن في سبيل الله؟ قال: «مَنْ قَاتَلَ لِتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»، رواه الخمسة. أي أن يكون الباعث الأول الحقيقي على الجهاد هو قصد إعلاء كلمة الله، سواء حصل غير الإعلاء ضمناً أو لم يحصل، وهذا ما عليه أكثر العلماء، ويؤيده ما جاء في الطبري عند قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] قال: فإن ذلك

لا ينافي فضيلة الحج، وهي التجارة فيه؛ فكذلك في غيره.
٢- وقال رجل: يا رسول الله، أرأيت رجلاً غزا يلتمس الأجر والذكر ما له؟ فقال: «لَا شَيْءَ لَهُ» فأعادها ثلاث مرات «لَا شَيْءَ لَهُ، إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْبَلُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا كَانَ خَالِصًا لَهُ وَابْتِغَى بِهِ وَجْهَهُ». (رواه النسائي وأبو داود).

٣- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّ أَوَّلَ النَّاسِ يُقْضَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَيْهِ رَجُلٌ اسْتَشْهَدَ، فَأَتِي بِهِ فَعَرَفَهُ نِعْمَهُ فَعَرَفَهَا، قَالَ: فَمَا عَمِلْتَ فِيهَا؟ قَالَ: قَاتَلْتُ فِيكَ حَتَّى اسْتَشْهَدْتُ، قَالَ: كَذَبْتَ؛ وَلَكِنْ قَاتَلْتَ أَنْ يُقَالَ: جَزِيءٌ، فَقَدْ قِيلَ، ثُمَّ أُمِرَ بِهِ فَسُجِبَ عَلَيَّ وَجْهِي حَتَّى يُلْقَى فِي النَّارِ». رواه مسلم وأحمد. فالإخلاص عنصر رئيسي لقبول العبادات والطاعات، والرياء نوع من الشرك الذي عبر عنه رسول الله ﷺ في بعض أحاديثه بالشرك الخفي الذي هو أخفى من ديب النمل. ولقد قرن الله العبادة بالإخلاص في كثير من الآيات القرآنية؛ للدلالة على أن العبادة مع علو شأنها وعظيم فضلها لا تكون مقبولة قبولاً حسناً عند الله إلا بالإخلاص: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصًا لَهُ الدِّينَ﴾ [الزمر: ٢].

﴿وَمَا أَرْزَأُ إِلَّا لِعِبَادِ اللَّهِ الْمُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ [البينة: ٥]. وإنما شرط الله تعالى الإخلاص لقبول الطاعات؛ لأن الله عز وجل يريد أن يباعد بين المؤمنين وبين الرياء والنفاق والمخادعة، إنه يريد منهم الطهر الخالص والصفاء الخالص؛ والكمال الخالص، فلا يخادعون أنفسهم ولا يخادعون خالقهم ولا يخادعون الناس. إنه يريد من المؤمن أن يكون أبيض الوجه ناصع الجبين؛ فلا يظهر بمظهر يخالف حقيقته، ولا يأتي بعمل يخالف نيته. إنه يريد من المؤمن إذا عمل خيراً أن يقصد به وجه الله ووجه الحق والخير.

٤- وعن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْعَزُوفُ عَزَوَانٌ: فَأَمَّا مَنْ ابْتِغَى وَجْهَ اللَّهِ، وَأَطَاعَ الْإِمَامَ، وَأَنْفَقَ الْكَرِيمَةَ، وَتَآمَرَ الشَّرِيكَ، وَاجْتَنَبَ الْفَسَادَ فَإِنَّ نُبُوءَهُ وَنُومَهُ أَجْرٌ كَلَّهُ، وَأَمَّا مَنْ عَزَا؛ فَخَرَا وَرِيَاءٌ وَسُمُوعَةٌ وَعَصَى الْإِمَامَ، وَأَفْسَدَ فِي الْأَرْضِ فَإِنَّهُ لَنْ يَرْجَعَ بِالْكَفَافِ»، رواه أحمد وأبو داود والنسائي. أي: لم يرجع لا له ولا عليه من ثواب تلك الغزوة وعقباها؛ بل يرجع وقد لزمه الإثم؛ لأن الطاعات إذا لم تقع بصلاح سريرة انقلبت معاصي، والعاصي آثم. كان المسلم يخرج إلى القتال وفي نفسه أمر واحد: أن يقاتل في سبيل الله، لتكون كلمة الله هي العليا، وقد فرض دينه عليه ألا يخلط مع هذا المقصد السامي غاية أخرى؛ فالجهاد لحب الجاه وحب الظهور وحب المال لا يعبا به الله، ولا يقيم له وزناً؛ فكان المسلم يقدم روحه ودمه؛ فداء لدينه وعقيدته وهداية الناس.

٥- فعن شداد بن الهادي رضي الله عنه: أن رجلاً من الأعراب جاء فآمن بالنبى ﷺ، ثم قال: أهاجر معك؛ فأوصى به النبي ﷺ بعض أصحابه، فكان غزاة غنم فيها النبي ﷺ شيئاً، فقسم له؛ فقال ما هذا؟ فقال: «فَسَمْتُهُ لَكَ»؛ فقال: ما على هذا اتبعتك؛ ولكني اتبعتك على أن أرمى إلى ههنا - وأشار بيده إلى حلقه - بسهم فأموت فأدخل الجنة، قال: «إِنْ تَصَدَّقَ اللَّهُ يَصُدِّقْكَ، فَلَبِثُوا قَلِيلًا، ثُمَّ نَهَضُوا فِي قِتَالِ الْعَدُوِّ، فَأَتَى بِهِ النَّبِيُّ مُحَمَّدٌ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَحَمَلَهُ عَلَى قَدَمَيْهِ».

- أصابه سهم حيث أشار؛ فقال النبي ﷺ: «أهو هو؟» قالوا: نعم، قال: «صَدَقَ اللَّهُ فَصَدَقَهُ»، ثم كفن في جبة النبي ﷺ فصلى عليه، فكان مما ظهر من صلاته: «اللَّهُمَّ هَذَا عَبْدُكَ خَرَجَ مُهَاجِرًا فِي سَبِيلِكَ فُقِّتِلَ شَهِيدًا، وَأَنَا شَهِيدٌ عَلَى ذَلِكَ»، أخرجه النسائي.
- ٦- وعن الحارث بن مسلم التميمي عن أبيه أنه قال: بعثنا رسول الله ﷺ في سرية، فلما بلغنا المغار استحثت فرسي، فسبقت أصحابي، فتلقانا أهل الحي بالرنين، فقلت لهم: قولوا: لا إله إلا الله تحرزوا، فقالوها؛ فلامني أصحابي، وقالوا: حرمتنا الغنيمة بعد أن بردت في أيدينا، فلما قدمنا علي رسول الله ﷺ أخبروه بالذي صنعت، فدعاني فحسن لي ما صنعت، ثم قال: «أَلَا إِنَّ اللَّهَ قَدْ كَتَبَ لَكَ بِكُلِّ إِنْسَانٍ كَذَا وَكَذَا مِنْ الْأَجْرِ»، ثم قال: «أَمَا إِنِّي سَأَكْتُبُ لَكَ كِتَابًا، وَأَوْصِي بِكَ مَنْ يَكُونُ بَعْدِي مِنْ أُمَّةِ الْمُسْلِمِينَ؛ فَفَعَلْ وَخْتَمْ عَلَيْهِ وَدَفَعْهُ إِلَيَّ. فلما قبض الله تعالى رسول الله ﷺ أتيت أبا بكر بالكتاب؛ ففضه وقرأه، وأمر لي، وختم عليه، ثم أتيت به عمر؛ ففعل مثل ذلك، ثم أتيت به عثمان؛ ففعل مثل ذلك. قال مسلم: فتوفي أبي في خلافة عثمان، فكان الكتاب عندنا حتى ولي عمر بن عبد العزيز، فكتب إلى عامل قبلنا: أن أشخص إلى مسلم بن الحارث التميمي بكتاب رسول الله ﷺ الذي كتبه لأبيه، قال: فشخصت به إليه فقرأه وأمر لي، وختم عليه، ثم قال: أما إنني لم أبعث إليك إلا لتحدثني بما حدثك أبوك به، قال: فحدثته بالحديث على وجهه. وهذا دليل على أن سعي الحارث وخروجه للجهاد كان في سبيل الله، ونشر دينه، لا من أجل غنيمة أو عرض دنيوي؛ ولذلك نصح المرسل إليهم بالنطق بالشهادة؛ ليسلم كل منهم: هو ونفسه وماله؛ فجازاه النبي ﷺ على عمله هذا، وحفظه لأرواح الناس وأموالهم بجائزة عظيمة بقي أثرها ونفعها في ذريته من بعده. ولقد كان النبي ﷺ وأصحابه رضوان الله عليهم يكرمون الغزاة والمجاهدين في تشييعهم إلى الجهاد واستقبالهم لدى رجوعهم منه:
- ١- فعن سهل بن معاذ، عن أبيه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَأَنْ أُشَيِّعَ غَازِيًا فَأَكْفِيَهُ فِي رَحْلِهِ عَدْوَةً أَوْ رَوْحَةً أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا»، رواه أحمد وابن ماجه.
- ٢- وعن السائب بن يزيد: لما قدم رسول الله ﷺ من غزوة تبوك، خرج الناس يتلقونه من ثنية الوداع. قال السائب: فخرجت مع الناس وأنا غلام. رواه أبو داود والترمذي، وللبخاري نحوه.
- ٣- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: مشي رسول الله ﷺ إلى بقيع الغرقد، ثم وجههم، ثم قال: «انْطَلِقُوا عَلَيَّ اسْمِ اللَّهِ»، وقال: «اللَّهُمَّ اعْنَهُمْ». يعني: النفر الذين وجههم إلى كعب بن الأشرف. رواه أحمد.
- ٤- وعن عبد الله الخطمي رضي الله عنه أنه قال: كان النبي ﷺ إذا أراد أن يستودع الجيش قال: «أَسْتَوْدِعُ اللَّهَ دِينَكُمْ وَأَمَانَتَكُمْ وَحَوَائِمَ أَعْمَالِكُمْ». رواه أصحاب السنن بسند صحيح. وروي أن أبا بكر استعرض جيش أسامة، وأمرهم بالمسير، وسار معهم ماشيًا وأسامة راكب، وعبد الرحمن بن عوف يقود براحلة الصديق؛ فقال أسامة: يا خليفة رسول الله، إما أن تركب وإما أن أنزل، فقال: والله لئست بنازل، ولئست

براكب، ثم استطلق الصديق من أسامة عمر بن الخطاب؛ فأطلقه له. ولقد بين الله تعالى أن الشهداء أحياء عند ربهم، ينعمون بالحياة الطيبة، والرزق الكريم في جوار ربهم، وكنفه وفي جناته وجنانه.

١- قال عز وجل: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتًا بَلْ أَحْيَاءُ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزُقُونَ﴾ (١٦٩) فَرِحِينَ بِمَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَيَسْتَبْشِرُونَ بِالَّذِينَ لَمْ يَلْحَقُوا بِهِمْ مِنْ خَلْفِهِمْ أَلَّا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴿١٧٠﴾ [آل عمران: ١٦٩، ١٧٠]. فرحين بما أعطاهم الله من فضل زائد، عما استحقوه بعملهم، ويستبشرون بإخوانهم المجاهدين الذين تركوهم في ميدان الجهاد، بأنهم سيلحقون بهم، ويرون النعيم المعد لهم في حياة عند الله لا خوف عليهم فيها ولا هم يحزنون. روى الترمذي عن جابر رضي الله عنه أنه قال: لقيني رسول الله ﷺ، فقال لي: «يا جابر ما لي أراك مُنْكَسِرًا؟ قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اسْتَشْهَدَ أَبِي يَوْمَ أُحُدٍ، وَتَرَكَ عِيَالًا وَوَدِيًّا، قَالَ: «أَلَا أُبَشِّرُكَ بِمَا لَقِيَ اللَّهُ بِهِ أَبَاكَ؟ قُلْتُ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «مَا كَلَّمَ اللَّهُ أَحَدًا قَطُّ إِلَّا مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ، وَأَخِيَا اللَّهُ أَبَاكَ فَكَلَّمَهُ كَيْفَاحًا، فَقَالَ: يَا عَدِيدي، تَمَنَّ عَلَيَّ أَغْطُكَ، قَالَ: يَا رَبِّ تُحْيِينِي؟ فَأَقْتَلَ فِيكَ ثَانِيَةً، قَالَ الرَّبُّ عَزَّ وَجَلَّ: إِنَّهُ قَدْ سَبَقَ مِنِّي أَنَّهُمْ إِلَيْهَا لَا يُوجِعُونَ»، قَالَ: وَأَنْزَلَتْ الْآيَةَ. وعن عبد الله رضي الله عنه أنه سئل عن هذه الآية، فقال: إنا قد سألنا عن ذلك؛ فأخبرنا: «أَنْ أَرْوَاهُمْ فِي حَوَاصِلِ طَيْرٍ حُضِرَ تَشْرُخُ فِي الْجَنَّةِ حَيْثُ شَاءَتْ، وَتَأْوِي إِلَى قَنَادِيلَ مُعَلَّقَةٍ بِالْعَرْشِ، فَاطَّلَعَ إِلَيْهِمْ رَبُّكَ ااطَّلَاعَةَ، فَقَالَ: هَلْ تَسْتَزِيدُونَ شَيْئًا فَأَزِيدُكُمْ؟ قَالُوا: رَبَّنَا وَمَا نَسْتَزِيدُ وَنَحْنُ فِي الْجَنَّةِ نَشْرُخُ حَيْثُ شِئْنَا؟ ثُمَّ ااطَّلَعَ عَلَيْهِمُ الثَّانِيَةَ فَقَالَ: هَلْ تَسْتَزِيدُونَ شَيْئًا فَأَزِيدُكُمْ؟ فَلَمَّا رَأَوْا أَنَّهُمْ لَمْ يُشْرِكُوا قَالُوا: نُعِيدُ أَرْوَاهَا فِي أَجْسَامِنَا حَتَّى نَرْجِعَ إِلَى الدُّنْيَا، فَتُقْتَلَ فِي سَبِيلِكَ مَرَّةً أُخْرَى»، وزاد في رواية: «وَتُقْرَى نَبِيَّتِنَا السَّلَامُ، وَتَحْبِرُهُ عَنَّا أَنَا قَدْ رَضِينَا وَرُضِيَ عَنَّا». رواه الترمذي. وقال عز وجل: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ يُقْتَلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْوَاتٌ بَلْ أَحْيَاءٌ وَلَكِنْ لَا تَشْعُرُونَ﴾ [البقرة: ١٥٤]. أي: لا تشعرون ولا تدركون كنهها؛ لأنها ليست في عالم الحس الذي يدرك بالمشاعر، بل هي حياة غيبية برزخية، تمتاز بها أرواح الشهداء على أرواح سائر الناس. ولقد بين النبي ﷺ في أحاديث عديدة أن الشهيد يود الرجوع إلى الدنيا؛ ليموت مرة أخرى؛ لما يرى من فضل الشهادة. وعن أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «مَا مِنْ عَبْدٍ يَمُوتُ، لَهُ عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ يَسْرُهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الدُّنْيَا، وَأَنْ لَهُ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا، إِلَّا الشَّهِيدُ، لِمَا يَرَى مِنْ فَضْلِ الشَّهَادَةِ، فَإِنَّهُ يَسْرُهُ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الدُّنْيَا فَيُقْتَلَ مَرَّةً أُخْرَى» رواه الخمسة. وفي رواية «مَا مِنْ أَحَدٍ يَدْخُلُ الْجَنَّةَ يُحِبُّ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الدُّنْيَا، وَأَنْ لَهُ مَا عَلَى الْأَرْضِ مِنْ شَيْءٍ غَيْرِ الشَّهِيدِ فَإِنَّهُ يَتَمَنَّى أَنْ يَرْجِعَ فَيُقْتَلَ عَشْرَ مَرَّاتٍ، لِمَا يَرَى مِنَ الْكِرَامَةِ». وللنسائي: «يُؤْتَى بِالرَّجُلِ مِنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيَقُولُ اللَّهُ: يَا ابْنَ آدَمَ كَيْفَ وَجَدْتَ مَنْزِلَكَ؟ فَيَقُولُ: يَا رَبِّ خَيْرٌ مَنْزِلٍ، فَيَقُولُ: سَلْ وَتَمَنَّ، فَيَقُولُ: أَسْأَلُكَ أَنْ تَرُدَّنِي إِلَى الدُّنْيَا فَأَقْتَلَ فِي سَبِيلِكَ عَشْرَ مَرَّاتٍ؛ لِمَا يَرَى مِنْ فَضْلِ الشَّهَادَةِ». وعن أبي عميرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لأن أقتل في سبيل الله أحب إلي من أن يكون لي أهل المدر والوبر»، أخرجه

النسائي . ولقد جعل الإسلام للشهيد امتيازات؛ تقديرًا له على بذل نفسه في سبيل الله . وعن راشد بن سعد رضي الله عنه عن رجل من الصحابة أن رجلاً قال: يا رسول الله ما بال المؤمنين يفتنون في قبورهم إلا الشهيد؟ فقال: «كفاه ببارقة السيوف على رأسه فتنة»، أخرجه النسائي . وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «ما يجد الشهيد من مس القتل، إلا كما يجد أحدكم من مس القرصة»، رواه الترمذي والنسائي والدارمي، وهذا امتياز آخر للشهيد . وروى أبو الدرداء أن رسول الله ﷺ قال: «يشفع الشهيد في سبعين من أهل بيته»، رواه أبو داود والترمذي، وهذا امتياز آخر للشهيد . وللشهيد أرفع الجنان في الجنة، ولقد كانت الجنة تسبيهم الهموم والمصائب، وتحملهم على الصبر عند المكاره، وكانت الأمهات تصبر على استشهاد أبنائهن في الميدان؛ لعلمهن بدخولهم الجنة . وعن أم حارثة بنت سراقه، أنها أتت النبي ﷺ فقالت: يا نبي الله، ألا تحدثني عن حارثة وكان قتل يوم بدر: أصابه سهم غرب فإن كان في الجنة صبرت، وإن كان غير ذلك اجتهدت عليه في البكاء، قال: «يا أم حارثة إنها جنان في الجنة، وإن ابنك أصاب الفردوس الأعلى»، رواه البخاري . وقد أخرج الحاكم من حديث أنس رضي الله عنه أن رجلاً قال: يا رسول الله، أرأيت إن انغمست في المشركين فقاتلتهم حتى قتلت: أألى الجنة؟ قال: نعم؛ فانغمس الرجل في صف المشركين فقاتل حتى قتل . وفي الصحيحين عن جابر رضي الله عنه أنه قال: قال رجل: أين أنا يا رسول الله، إن قتلت؟ قال: في الجنة؛ فألقى تمرات كن بيده ثم قاتل حتى قتل . وروى الترمذي بسند حسن عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، أنه قال: «عرض علي أول ثلاثة يدخلون الجنة: شهيد، وعفيف متعفف، وعبد أحسن عبادة الله ونصح لمواليه». وروى ابن ماجه: «يشفع يوم القيامة ثلاثة: الأنبياء، ثم العلماء العاملين، ثم الشهداء». وعن عبد الله رضي الله عنه قال: عجب ربنا عز وجل من رجل غزا في سبيل الله، فانهزم أصحابه، فعلم ما عليه، فرجع حتى أهرق دمه، فيقول الله عز وجل لملائكته: «انظروا إلى عبدي؛ رجع رغبة فيما عندي وشفقة مما عندي حتى أهرق دمه»، رواه أبو داود بسند صالح . وعن البراء رضي الله عنه قال: جاء رجل من بني النبيت فقال: أشهد أن لا إله إلا الله، وأنت عبده ورسوله، ثم تقدم فقاتل حتى قتل؛ فقال النبي ﷺ: «عمل هذا يسيرًا، وأجر كثيرًا». وروى ابن إسحاق في المغازي، عن عاصم بن عمر بن قتادة قال: «لما التقى الناس يوم بدر، قال عوف ابن الحارث: يا رسول الله، ما يضحك الرب من عبده؟ قال: أن يراه غمس يده في القتال، يقاتل حاسرًا، فنزع درعه ثم تقدم، فقاتل حتى قتل». وعن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «الشهداء أربعة: رجل مؤمن جيد الإيمان، لقي العدو فصدق الله حتى قتل، فذلك الذي يرفع الناس أعينهم إليه يوم القيامة هكذا ورفع رأسه حتى وقعت قلنسوته قال: فما أدري قلنسوة عمر أم قلنسوة النبي ﷺ. ورجل مؤمن جيد الإيمان لقي العدو، كأنما ضرب العدو جلده بشوك طلع من الجنب أتاها سهم غرب، فقتله فهو في الدرجة الثانية. ورجل مؤمن خلط عملاً صالحًا وآخر سيئًا، لقي العدو فصدق الله

حتى قتل، فذلك في الدرجة الثالثة، ورجل مؤمن أسرف على نفسه، لقي العدو فصدق الله حتى قتل، فذلك في الدرجة الرابعة»، رواه الترمذي بسند حسن. ولقد كان المؤمنون الأولون يتمنون الشهادة في سبيل الله، وكانت أحب الدرجات إليهم، وكانوا يتأسفون ويتحسرون لعدم نوالها؛ فقد جاء في سيرة خالد بن الوليد رضي الله عنه أنه حضر الوقائع كلها، وأصيب بإصابات عديدة وكان يحب من صميم فؤاده أن ينال الشهادة في ميدان الجهاد ولكنه لم ينلها، فلما حضرته الوفاة قال وهو على فراشه متأسفاً ومتحسراً: «لقد شهدت مائة زحف أو زهاءها وما في جسدي موضع شبر إلا وفيه ضربة، أو طعنة، أو رمية، وهأنذا أموت على فراشي كما يموت البعير؛ فلا نامت أعين الجبناء». فليعتبر بهذا القول أولئك الجبناء، الذين يخافون لقاء الأعداء، والله لا أدري ما الذي يخشاه الجبان؟! هل يعتقد أنه إذا قبع في بيته ينجو من الخطر، وإذا خرج إلى القتال قتل؟ إن كان يظن ذلك فقد خاب ظنه، وأخطأ فيما ذهب إليه؛ وهذا قول خالد أكبر دليل على ذلك. فلا الخروج إلى ميدان القتال يدني أجل الإنسان، ولا البقاء في البيوت ودخل القصور يحمي الإنسان ويدفع عنه الموت إذا جاء أجله؛ وهذا قول الله عز وجل واضح جلي في ذلك: ﴿أَيِنَّمَا تَكُونُوا يُدْرِكَكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّسَيَّدَةٍ﴾ [النساء: ٧٨]. ويقول عز وجل على لسان المنافقين والرد عليهم: ﴿لَوْ كَانُوا مِنَ الْأَمْرِ شَيْئًا مَّا قُتِلْنَا هُنَّهَذَا قُلْ لَوْ كُنْتُمْ فِي بُيُوتِكُمْ لَبَرَزَ الَّذِينَ كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقَتْلُ إِلَىٰ مَضَاجِعِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٥٤]. وقال تعالى: ﴿إِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ فَلَا يَسْتَعْجِلُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقِيمُونَ﴾ [يونس: ٤٩]. إن الخروج إلى الميدان للدفاع عن العقيدة والبلاد يُمكن الإنسان من صعود سلم الحرية والكرامة، بينما البقاء في البيوت، وإهمال القتال والإعداد يُمكن الأعداء من الاعتداء والعدوان. والاستشهاد مكفر لجميع الذنوب إلا الدين:

١- فعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «يغفر الله للشهيد كل ذنب إلا الدين؛ فإن جبريل عليه السلام قال لي ذلك»، رواه مسلم وأحمد.

٢- وعن أبي قتادة، عن رسول الله ﷺ: «أنه قام فيهم، فذكر أن الجهاد في سبيل الله، والإيمان بالله، أفضل الأعمال؛ فقال رجل: يا رسول الله: إن رأيت إن قتلت في سبيل الله تكفر عني خطاياي؟ فقال له رسول الله ﷺ: نعم، إن قتلت في سبيل الله وأنت صابر محتسب مقبل غير مدبر، ثم قال رسول الله ﷺ: كيف قلت؟ قال: رأيت إن قتلت في سبيل الله تكفر عني خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم وأنت صابر محتسب مقبل غير مدبر، إلا الدين؛ فإن جبريل عليه السلام قال لي ذلك»، رواه مسلم وأحمد والترمذي والنسائي وصححه، ولأحمد والنسائي من حديث أبي هريرة مثله. ولقد دلَّ هذان الحديثان على أن الشهيد بالشهادة يكون مستحقاً للمغفرة العامة، إلا ما كان من الديون اللازمة للآدميين؛ فإنها لا تغفر للشهيد، ولا تسقط عنه بمجرد الشهادة؛ وذلك لكونه حقاً لآدمي، وسقوطه إنما يكون برضاه واختياره. ويلحق بالدين ما كان حقاً لآدمي، من دم أو عرض؛ بجامع أن كل واحد حق لآدمي يتوقف سقوطه على إسقاطه، وقد استدل بعض العلماء على أن المدين لا يخرج إلى الجهاد حين يكون فرض كفاية، إلا

بإذن دائته، سيما إذا كان الدين حالاً، أما إذا كان مؤجلاً ففيه خلاف، على أن بقاء الدين في ذمة الشهيد لا يمنع من أجر الشهادة، بل هو شهيد، مغفور له كل ذنب. إلا الدين. أما إذا كان الجهاد فرض عين؛ فعلى المدين الخروج إلى الجهاد، رضي الدائن أو أبى. ولقد كان المؤمنون يلبون النداء، ويستجيبون للدعاء، ويتسابقون إلى ميدان الجهاد: إلى الاستشهاد في سبيل الله. ولقد وصل حب الجهاد بهم إلى أن الوالد لم يكن يؤثر ولده عليه، كما أن الولد لم يكن يفضل أباه عليه بالجهاد، وقد يتجادلان فيمن سيخرج منهما للجهاد، وقد يصل بهما الأمر إلى أن يقترعا على ذلك. فهذا خيثمة أبو سعد يريد الخروج مع النبي ﷺ في غزوة بدر الكبرى؛ فيأتي ولده سعد يجادله في أن يخرج هو بدلاً منه، وأخيراً يستهمان، فتخرج القرعة في نصيب ولده سعد، فيأتي أبوه خيثمة ويطلب منه أن يؤثره عليه في الخروج؛ فيقول له سعد: «والله يا أبت، لو كان ما تطلبه مني غير الجنة لفعلت». فسعد جازم أنه بخروجه إلى الجهاد سيرزق الشهادة، وينال بذلك الجنة، ولقد خرج سعد مع رسول الله ﷺ واستشهد في غزوة بدر؛ فصعدت روحه إلى ربها راضية مرضية. وقال خيثمة عند الخروج إلى غزوة أحد في السنة الثانية: «لقد أخطأني وقعة بدر، وكنت والله عليها حريصاً حتى ساهمت ابني في الخروج، فخرج في القرعة سهمه، فرزق الشهادة، وقد رأيت البارحة ابني، في النوم في أحسن صورة، يسرح في ثمار الجنة وأنهارها، ويقول: الحق بنا تراقبنا في الجنة؛ فقد وجدت ما وعدني ربي حقاً». ثم قال: وقد أصبحت يا رسول الله مشتاقاً إلى مرافقته، وقد كبرت سني ورق عظمي، وأحببت لقاء ربي؛ فادع الله يا رسول الله أن يرزقني الشهادة، ومرافقة ابني في الجنة، فدعا له الرسول؛ فقتل بأحد شهيداً. وها هو جابر بن عبد الله يخلفه أبوه على أخوات له سبع، ويذهب الوالد إلى الجهاد مع رسول الله ﷺ في غزوة أحد، ويقول لولده جابر: «يا بني لا ينبغي لي ولا لك أن تترك هؤلاء النسوة لا رجل فيهن، ولست بالذي أوثرك على نفسي بالجهاد مع رسول الله ﷺ، فتخلف على أخواتك، فتخلفت عليهن». وقد استشهد والد جابر في غزوة أحد؛ ففاضت روحه إلى ربها راضية مرضية، وقد قال فيه ﷺ: «ما زالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفع». وروي أن رسول الله ﷺ لما حث المؤمنين في غزوة بدر الكبرى على الصبر والثبات للوصول إلى النصر، والظفر العاجل، وثواب الله الآجل، وأخبرهم بأن الله قد أوجب لمن استشهد في سبيله جنة عرضها السموات والأرض قام عمير بن الحمام، فقال: يا رسول الله، جنة عرضها السموات والأرض؟ قال: نعم، قال: يخ بخ يا رسول الله، قال: ما يحملك على قولك يخ بخ؟ قال: لا والله يا رسول الله إلا رجاء أن أكون من أهلها، قال: فإنك من أهلها؛ فأخرج تمرات من قرنه، فجعل يأكل منهن، ثم قال: لئن حييت حتى أكل تمراتي هذه إنها لحياة طويلة، فرمى بما كان معه من التمر، ثم قاتل حتى قتل، رحمه الله. فلقد ملك حب الجهاد قلوب المؤمنين الصادقين، حتى امتد هذا الحب إلى الأولاد الصغار، وإلى أصحاب الأعداء من الرجال. فهذا رسول الله ﷺ يستعرض الجيش في وقعة أحد، فيرى بينهم أولاداً صغاراً فيرددهم، ولكن فتى صغيراً اسمه رافع

ابن خديج، أخذ يتطاول على أطراف أصابع قدميه؛ ليوهم الرسول ﷺ أنه بلغ مبلغ الرجال؛ فيرضى عنه ﷺ، ويتركه، بعد أن قيل له: إنه رام، فلما أجاز رافعًا، قيل له: يا رسول الله إن سمرة بن جندب الفزاري يصرع رافعًا؛ فأجازه، ورد أسامة بن زيد، وعبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت وغيرهم؛ لصغرهم. وكان عمرو بن الجموح أعرج شديد العرج، وكان له أربعة أبناء شباب يجاهدون مع رسول الله ﷺ، فلما توجه عليه الصلاة والسلام إلى أحد، أراد أن يخرج معه؛ فقال له بنوه: إن الله قد جعل لك رخصة وذلك في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ﴾ [الفتح: ١٧]. فلو فعدت ونحن نكفيك، وقد وضع الله عنك الجهاد. فأتى عمرو رسول الله ﷺ، فقال: إن بني هؤلاء يمنعونني أن أجاهد معك، والله إنني لأرجو أن أستشهد، فأطأ بعرجتي هذه في الجنة، فقال له رسول الله ﷺ: «أما أنت فقد وضع الله عنك الجهاد، وقال لبنيه: وما عليكم أن تدعوه؛ لعل الله عز وجل أن يرزقه الشهادة، فخرج مع رسول الله ﷺ، فقتل يوم أحد شهيدًا». وروي أن رسول الله ﷺ قال في غزوة أحد: «من يأخذ هذا السيف بحقه؟» فقام إليه رجال منهم عمر والزبير، فأمسكه عنهم، حتى قام إليه أبو دجانة: سماك بن خرشة، فقال: وما حقه يا رسول الله؟ قال: «أن تضرب به العدو حتى ينحني»، قال: أنا أخذه يا رسول الله بحقه، فأعطاه إياه. وكان أبو دجانة رجلًا شجاعًا يختال عند الحرب، إذا كانت، وكان إذا أظهر عصابة له حمراء فاعتصب بها علم الناس أنه سيقاتل، وتقول الأنصار عن عصابته: إنها عصابة الموت، فلما أخذ السيف من يد رسول الله ﷺ أخرج عصابته تلك فعصب بها رأسه، ثم جعل يتبختر بين الصفين؛ فقال رسول الله ﷺ حين رأى أبا دجانة يتبختر: «إنها لمشيئة يبغضها الله إلا في مثل هذا المواطن». ولقد بين الإسلام أن هناك قواعد وأصولًا لا بد للأمة من مراعاتها وتحقيقها؛ لتنال النصر الذي وعدّها الله، فمن هذه القواعد:

أولاً: وجوب حشد الأمة كل ما تستطيعه من قوة لقتال أعدائها؛ فيدخل في ذلك عدد المقاتلين، ويدخل فيه السلاح بجميع أنواعه. أما عدد المقاتلة، فالواجب على كل مكلف قادر على القتال أن يستعد للقتال، وأن يعد نفسه ليكون جنديًا يدافع عن العقيدة والوطن والأمة؛ لأن القتال قد يكون فرضًا عينيًا في بعض الأحوال يستدعى ما يسمى بالنفير العام. وأما السلاح، فإنه يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، ولئن كان السيف والرمح كافيين في القتال فيما مضى، فقد كثرت أجناس السلاح وأنواعه وأصنافه في هذا الزمان، فمنه البري والبحري والجوي، ولكل منها مراكب وسفائن لمباشرة القتال، ولتنقل العسكر والزاد والسلاح وغير ذلك من العدد. قال تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِمْ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]. ولقد أمر الله تعالى عباده المؤمنين بأن يستعدوا للحرب التي لا مندوحة عنها؛ لدفع

العدوان والشر، ولحفظ الأنفس ودعاية الحق والعدل والفضيلة بأمرين:

- ١- إعداد جميع أسباب القوة لها بقدر الاستطاعة.
- ٢- مرابطة جيوشهم في ثغور بلادهم وحدودها، وهي مداخل الأعداء، ومواضع

مهاجمتهم للبلاد، والمراد: أن يكون للأمة جند دائم مستعد للدفاع عنها، إذا فاجأها العدو على غرة. وإعداد المستطاع من القوة، يختلف الأمر الرباني فيه باختلاف درجات الاستطاعة، ونوع القوة، في كل زمان ومكان: فقد روى مسلم في صحيحه عن عقبه ابن عامر، أنه سمع النبي ﷺ وقد تلا هذه الآية أي: قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ﴾ على المنبر يقول: «ألا إن القوة الرمي»، قالها ثلاثاً، وهذا كما قال بعض المفسرين من قبيل: «الحج عرفة»، بمعنى: أن كلاً منهما أعظم الأركان في بابه. وذلك: لأن رمي العدو عن بعد بما يقتله؛ أسلم من مصاولته على القرب بسيف، أو رمح، أو حربة. وإطلاق الرمي في الحديث: يشمل كل ما يرمى به العدو من سهم، أو رمح، أو رصاصة بندقية، أو قذيفة مدفع، أو طائرة.

وهناك أحاديث أخرى في الحث على الرمي:

١- فعن سلمة بن الأكوع أنه قال: «مر رسول الله ﷺ على نفر من أسلم ينتضلون بالسوق، فقال: ارموا يا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً، ارموا وأنا مع بني فلان، قال: فأمسك أحد الفريقين بأيديهم، فقال رسول الله ﷺ: ما لكم لا ترمون؟ قالوا: كيف نرمي، وأنت معهم؟ فقال: ارموا وأنا معكم كلكم»، رواه أحمد والبخاري.

٢- وعن عقبه بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال: «من علم الرمي ثم تركه؛ فليس منا»، رواه أحمد ومسلم.

٣- وعن عقبه بن عامر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله ليدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة: صانعه الذي يحتسب في صنعته الخير، والذي يجهز به في سبيل الله، والذي يرمي به في سبيل الله»، وقال: «ارموا واركبوا؛ فأنت ترموا خير لكم من أن تتركبوا»، وقال: «كل شيء يلهو به ابن آدم فهو باطل، إلا ثلاثة: رميه عن قوسه، وتأديبه فرسه، وملاعبته أهله؛ فإنهن من الحق»، رواه الخمسة. وينطبق هذا الحكم على الذين يصنعون الذخيرة على اختلاف أنواعها، سواء أكان سلاحاً للبر أو الجو أو البحر، فيشترك في الأجر: الصانع، والمجهز، والذي يضرب به ويوجهه إلى الأعداء.

٤- وعن عمرو بن عبسة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من رمي بسهم فهو له عدل محرر»، رواه الخمسة وصححه الترمذي. ولفظ أبي داود: «من بلغ العدو بسهم في سبيل الله فله درجة»، وفي لفظ النسائي: «من رمي بسهم في سبيل الله بلغ العدو أو لم يبلغ كان له كعتق رقبة».

٥- وعن عقبه بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال: «ستفتح عليكم أرضون ويكفيكم الله، فلا يعجز أحدكم أن يلهو بأسهمه». فالواجب على المسلمين في هذا العصر بنص القرآن الكريم صنع ما تحتاج إليه الجيوش من الآلات، والمدافع بأنواعها، والبنادق، والدبابات، والطائرات، والمناطيد، والسفن الحربية بأنواعها، ويجب عليهم تعلم الفنون، والصناعات التي يتوقف عليها صنع هذه الأشياء وغيرها من قوى الحرب؛ بدليل: «ما لا يتم الواجب المطلق إلا به فهو واجب»؛ لثلاثا يكونوا تحت رحمة من يصنع الذخائر، والمعدات الحربية: إن شاء منحهم وأعطاهم، وإن شاء منعها عنهم، وحرهم منها،

فلا يعطيهم ما يحتاجونه حتى بالثمن. وقد ورد أن الصحابة رضوان الله عليهم استعملوا المنجنيق مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر وغيرها. وكل الصناعات التي عليها مدار المعيشة من فروض الكفايات، ومثلها صناعات آلات القتال؛ فالإعداد المأمور به عام في كل ما يتقوى به على حرب العدو، وكل ما هو آلة للجهاد فهو من جملة القوة.

وأن يكون القصد الأول من إعداد هذه القوى والمرابطة: إرهاب الأعداء وإخافتهم من عاقبة التعدي على بلاد الأمة، أو مصالحتها، أو على أفراد منها، أو متاع لها، حتى في غير بلادها؛ لأجل أن تكون آمنة في عقر دارها، مطمئنة على أهلها ومصالحها وأموالها. وهذا ما يسمى في عرف هذا العصر بالسلم المسلح، ولقد امتاز الإسلام على الشرائع كلها بأن جعله الله ديناً مفروضاً، فقيد الأمر بإعداد القوى والمرابطة بقوله: ﴿تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]. أما الدول الكبرى سيما المستعمرة منها فإنها تدعيه زوراً وخداعاً. فالقصد من هذا الإعداد الذي أمر الله به هو إرهاب الأعداء؛ لأن الأعداء إذا علموا أن المسلمين متأهبون للقتال، ومستعدون له ومستكملون لجميع الأسلحة والآلات، خافوهم، وفي خوفهم منهم فوائد كثيرة للمسلمين، منها:

- ١- أنهم لا يهاجمون دار الإسلام.
- ٢- أنه إذا اشتد خوفهم فربما طلبوا المسالمة والأمان، والتزموا من عند أنفسهم جزية.
- ٣- أنه ربما صار ذلك داعياً لهم إلى الإيمان.
- ٤- أنهم لا يعينون الأعداء الآخرين على المسلمين.
- ٥- وفي الإعداد أيضاً إرهاب المارقين على الدولة.

والإنفاق، ببذل المال، وإنفاقه في سبيل الله لإعداد القوة اللازمة؛ إذ لا يتم شيء منها بدون المال؛ ولذلك قال تعالى بعد الأمر بالإعداد لإرهاب العدو: ﴿وَمَا تَنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾ [الأنفال: ٦٠]. وقد كان هذا الإنفاق في العصر الأول موكولاً إلى إيمان المؤمنين في عسرهم ويسرهم، كما وقع في غزوة تبوك، ولا بد له من نظام في هذا العصر يدخل في ميزانية الدولة، كما تفعل جميع الدول ذات النظام الثابت، ولقد حذر القرآن الكريم من التقصير في هذا الإنفاق بقوله عز وجل: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]. فعدم الإنفاق في سبيل الله يؤدي إلى الهلاك، إلى غير ذلك مما ذكرناه عند حديثنا عن الجهاد بالمال.

والثبات في ميدان القتال، وذكر الله عند لقاء الأعداء من أسباب النصر المعنوية، التي يحصل بها ما يعبر عنه في عرف العصر الحاضر بالقوة الروحية: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيَتْهُمْ فَتُؤْتُوا أَسْلِحًا وَأَدَّبُوا اللَّهُ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الأنفال: ٤٥]. ولقد حرم الله تعالى التولي يوم الزحف، وتوعد من يفر بالعقاب الشديد والعذاب الأليم: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيَتْهُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا رَحِمًا فَلَا تُولُوهُمْ أَذْبَارًا ﴿١٥﴾ وَمَنْ يُولُوهُمْ يَوْمَئِذٍ دُونَ ذَلِكَ إِلَّا مَتَّحِرَفًا لِقَائِ أُوْىٰ مُتَحَرِّفًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبِ رَبِّكَ اللَّهُ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبَشَّحَ النَّصِيرُ ﴿١٦﴾﴾ [الأنفال: ١٥، ١٦]. فلقد أباح الله تعالى التولي بسبب حربيين: التحرف للقتال، أو التحيز إلى فئة من المسلمين، وما عدهما لا يحركه من مكانه؛ لأن المسلم

محارب لا يترد إلى الوراء أبداً، فهو إما أن يظفر وإما أن يستشهد. واعتبر الرسول ﷺ التولي يوم الزحف من السبع الموبقات، أي: المهلكات التي تهلك صاحبها في النار، فقال ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: ما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»، رواه أبو هريرة وهو متفق عليه. وفي الحديث الشريف: «ثلاث لا ينفع معهن عمل: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، والتولي يوم الزحف». وعن ابن عباس رضي الله عنهما لما نزلت الآية: ﴿إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صِدْرُونَ يَلْبِئُوا بِمَائِيْنَ﴾ [الأنفال: ٦٥]. فكتب عليهم ألا يفر عشرون من مائتين. ثم نزلت: ﴿الَّذِينَ خَفَفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلَّمَ أَنْتَ فِيكُمْ صَعْقًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَلْبِئُوا بِمَائِيْنَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَلْبِئُوا أَلْفِيْنَ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [الأنفال: ٦٦]. فكتب ألا يفر مائة من مائتين. رواه البخاري وأبو داود. وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنت في سرية من سرايا رسول الله ﷺ فحاص الناس حيصة وكنت فيمن حاص، فقلنا: كيف نصنع وقد فررنا من الزحف وبؤنا بالغضب، ثم قلنا: لو دخلنا المدينة فبتنا، ثم قلنا: لو عرضنا نفوسنا على رسول الله ﷺ، فإن كانت لنا توبة، وإلا ذهبنا، فأتيناه قبل صلاة الغداة، فخرج فقال: من الفرارون؟ قلنا: نحن الفرارون، قال: بل أنتم الكارون، أنا فتتكم وفئة المسلمين، قال: فأتيناه حتى قبلنا يده»، رواه أحمد وأبو داود. وقيل للبراء رضي الله عنه: أكنتم فررتم يا أبا عمارة يوم حنين؟ قال: لا والله، ما ولي رسول الله ﷺ ولكنه خرج شبان أصحابه، وأخفاؤهم حسراً، فأتوا قوماً رماة جمع هوازن وبنى نصر ما يكاد يسقط لهم سهم، فرشقوهم رشقاً، ما يكادون يخطئون، فأقبلوا هنالك إلى النبي ﷺ وهو على بغلته البيضاء، وابن عمه أبو سفيان بن الحارث بن عبد المطلب يقود بغلته؛ فنزل واستنصر ثم قال:

أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب

ثم صف أصحابه. رواه الشيخان والترمذي.

ووجوب توحيد الكلمة، وبقاء التنازع والاختلاف في حال القتال، وما يتعلق به؛ لأن الاختلاف سبب الفشل، وذهاب القوة؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَنَزَعُوا فَنَفْسَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦]. نهى عن التنازع؛ لما فيه من الفشل، والخيبة، وزوال الوحدة التي هي معقد العزة والقوة، وبالعزة يعتز الحق، ويعلو في العالمين، وبالقوة يحفظ الحق وأهله من هجمات المفسدين، وكيد الكائدين، ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًّا كَأَنَّهُمْ بُيُوتٌ مَرصُومٌ﴾ [الصف: ٤].

وإطاعة الله ورسوله، هي من أسباب النصر المعنوية: ﴿وَاطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَزَعُوا فَنَفْسَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦] ويدخل في طاعة الرسول: طاعة الحاكم الذي يحارب المسلم تحت لوائه، وطاعة قواده. قال ﷺ: «من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني، ومن عصى أميري فقد عصاني». رواه الشيخان من حديث أبي هريرة. وفيه زيادة عند البخاري: «وإنما الإمام

جُنَّةً، يقاتل من ورائه، ويتقى به، فإن أمر بتقوى الله وعدل، كان له بذلك أجراً، وإن يأمر بغيره كان عليه منه». والطاعة المطلقة ركن من أركان النظام العسكري؛ فيعاقب من يخالف أوامر القواد، من الجند على اختلاف رتبهم، أشد العقاب، ولولا ذلك لما ثبت في العالم حكم ولا سلطان. ومخالفة أوامر القائد كثيراً ما تؤدي إلى الهزيمة، كما وقع للمسلمين في غزوة أحد، حين خالف معظم الرماة أمر رسول الله ﷺ، وتركوا أماكنهم التي عينها لهم الرسول عليه الصلاة والسلام ليحموا ظهور المسلمين، وانطلقوا ينتهبون الغنيمة؛ اعتقاداً منهم أن المعركة قد انتهت، وأن المشركين ولوا الأدبار، الأمر الذي جعل خالد بن الوليد وكان مشركاً في ذلك الحين، يتتهز الفرصة، ويدور بخيله وراء المسلمين، وهناك وقع البلاء، وبسبب ذلك هزم المسلمون. وإطاعة الأمير واجبة، إلا في معصية؛ إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وإنما الطاعة في المعروف. فعن علي رضي الله عنه أنه قال: بعث رسول الله ﷺ سرية، واستعمل عليهم رجلاً من الأنصار، وأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا، فعصوه في شيء، فقال: اجمعوا حطباً، فجمعوا، ثم قال: أوقدوا ناراً، فأوقدوا، ثم قال: ألم يأمركم رسول الله ﷺ أن تسمعوا وتطيعوا؟! قالوا: بلى، قال: فادخلوها، فنظر بعضهم إلى بعض وقالوا: إنما فررنا إلى رسول الله ﷺ من النار، فكانوا كذلك، حتى سكن غضبه، وطفئت النار، فلما رجعوا، ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «لو دخلوها لم يخرجوا منها أبداً»، وقال: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق؛ وإنما الطاعة في المعروف».

ووجوب الصبر وعدم اليأس أو القنوط، وهو من أعظم أسباب النصر، والنبى ﷺ يقول: «واعلم أن النصر مع الصبر، وأن الفرج مع الكرب، وأن مع العسر يسراً»: فالْيَأْسُ من صفات الكافرين: ﴿إِنَّهُ لَا يَأْتِسُّ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ﴾ [يوسف: ٨٧]، والقنوط من سمات الضالين: ﴿وَمَنْ يَفْطَ مِنْ رَحْمَةِ رَبِّهِ إِلَّا الضَّالُّونَ﴾ [الحجر: ٥٦]. ولقد أمر الله تعالى المؤمنين بأن يستعينوا بالصبر على ما يلاقونه من الشدة والهول، وما يواجهونه من أنواع الأذى والفتن في سبيل الحق، والدعوة إلى الدين، والدفاع عن أنفسهم وأموالهم وبلادهم من الأعداء وبأسهم، ومن الكافرين ومكرهم، ومن المنافقين وكيدهم، وأعلمهم أن الله مع الصابرين يعينهم ويدفع عنهم. قال الله عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [البقرة: ١٥٣]. فالصابرون موعودون بالمعونة الإلهية، والنصر والتأييد، ومن كان الله معه عزته التي لا تغلب وبقدرته التي لا تقهر، فلن يصيبه ذل، ولن تلحقه هزيمة. كما بين عز وجل أنه يحب الصابرين، وأنه وعدهم ثواب الدنيا، وحسن ثواب الآخرة، جزاء صبرهم وثباتهم. قال عز وجل: ﴿وَكَلِمَاتٍ مِنْ نَبِيِّ قَتَلْنَا مَعَهُ رَبِّيُونَ كَثِيرٌ فَمَا وَهَنُوا لِمَا أَصَابَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَمَا ضَعُفُوا وَمَا اسْتَكَانُوا وَاللَّهُ يُحِبُّ الصَّابِرِينَ﴾ [١٤٦] وَمَا كَانَ قَوْلَهُمْ إِلَّا أَنْ قَالُوا رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَإِسْرَافَنَا فِي أَمْرِنَا وَثَبِّتْ أَقْدَامَنَا وَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ [١٤٧] فَالْتَهُمُ اللَّهُ ثَوَابَ الدُّنْيَا وَحَسْنَ ثَوَابِ الآخِرَةِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ [١٤٨] [آل عمران: ١٤٦، ١٤٨]. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ تَصَبَرُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾ [آل عمران: ١٨٦]. ولقد بين الله تعالى أن

الفئة القليلة تغلب بالصبر والثبات وطاعة القواد الفئة الكثيرة التي أعوزها الصبر والاتحاد مع طاعة القواد؛ لأن نصر الله مع الصابرين، على أن مشيئته وسنته بأن يكون النصر أثرًا للثبات والصبر، وإن أهل الجزع والجبن هم أعوان لعدوهم على أنفسهم وأمتهم، ﴿كَم مِّن فِتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئْتَهُ كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [البقرة: ٢٤٩].

والتوكل على الله بعد إعداد جميع القوى التي لا بد منها، حسب استطاعتهم؛ لتكون الأمة قوية، قادرة على الدفاع عن حقوقها، وحماية بلادها والقيام بالدعوة الحققة إلى الله، وإنما يتنزل النصر من عند الله عندما تبذل الأمة آخر ما في طوقها، ثم تكل الأمر بعدها إلى الله، فالنصر من عند الله الذي بيده العزة والذلة، والنصر والهزيمة، ﴿وَمَا أَنْصَرُ إِلَّا مَن عِنْدَ اللَّهِ أَلَّا نَحْنُ الْحَكِيمُ﴾ [آل عمران: ١٢٦]. ولقد وعد الله المؤمنين بالدفاع عنهم ضد المعتدين الخائنين: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُدْفِعُ عَنِ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ﴾ [الحج: ٣٨]. فقد ضمن الله للمؤمنين أن يدافع عنهم، ومن يدافع الله عنه فهو ممنوع حتمًا من عدوه، وظاهر لا محالة على عدوه، ﴿وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ [الحج: ٤٠]. فالإيمان بالله تعالى والتصديق بلفائه، من أعظم أسباب النصر والثبات في مواقف القتال؛ فإن الذي يؤمن بأن له إلهًا غالبًا على أمره، يمدّه بمعونته الإلهية، كما أمده بالقوى الروحية والجسدية، فإذا ظفر بإذنه كان مصلحًا في الأرض مستعمراً لها، وإذا قبضه إليه بانتهاء أجله المسمى، كان في رحمته ناعماً فيها لهو جدير بأن يستخف بالأهوال، ويثبت في القتال ثبات الجبال؛ فالإيمان بالله، والتوكل عليه، ورسوخ العقيدة لها أثر كبير في إحراز النصر. ولقد كان للإسلام أثر كبير على العرب، بنقلهم من حال إلى حال، ورفعهم إلى أعلى الدرجات، وجعله منهم أمة لها مكانتها، ولها وزنها واعتبارها وتأثيرها على سير الأحداث الكبرى، ولها كلمتها المسموعة بين الأمم. كما كان للإسلام الأثر الكبير في العرب من الناحية العسكرية؛ إذ جعل لهم عزة وقوة وشوكة؛ فهو الأساس لمكانتهم السامية بين الأمم؛ لأن الدول لا تحترم إلا الأقوياء، وإن القوي وحده هو الذي يستطيع أن يؤثر في سير الأحداث العالمية، سواء أكان هذا التأثير هدفه الخير والصلاح للعالم، أم هدفه الشر والخراب والدمار، ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّ نَصْرُوا اللَّهَ يَنْصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ﴾ [محمد: ٧]. وإذا كتب الله النصر لقوم فلا غالب لهم: ﴿إِن يَنْصُرْكُمْ اللَّهُ فَلَا غَالِبَ لَكُمْ وَإِن يَخْذَلْكُمْ فَمَن ذَا الَّذِي يَنْصُرْكُمْ مِّنْ بَعْدِهِ﴾ [آل عمران: ١٦٠]. والله تعالى قادر على أن يحقق هذا النصر دون جهد، ولا مشقة ولا تضحية، ولا ألم ولا قتل ولا قتال، ولكن الله تعالى لا يريد أن يكون المؤمنون به، وحملة دعوته، وحماتها من الكسالى القاعدين الذين لا حزم لهم، ولا عزم ولا قوة ولا بأس ولا همة ولا نشاط؛ بل يريد أن يكون المؤمنون الذين وعدهم الله بنصره من الناس الذين تتوفر فيهم الأهلية لحمل دعوة الله وحمائيتها، وهي الزاد الذي يتزودونه في المعركة، والذخيرة التي يدخرونها للميدان، والسلاح الذي يطمثون إليه وهم يواجهون الباطل وأعوانه بمثل سلاحهم، ويزيد عليهم الإيمان بالله، والاتصال به وتقواه، وقد يتأخر النصر ويبطئ؛ حتى تبذل الأمة المؤمنة آخر ما في طوقها من قوة، وآخر ما تملكه

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : الجهاد واجب على المسلمين ، [إلا أن المسلمين في سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج إليهم .
واختلفت عبارة المشايخ في ذلك :
قال بعضهم : الجهاد واجب على المسلمين] ^(١) ، فإذا جاء النفير فهو فريضة ^(٢) .

من ذخيرة ، فلا تستبقي عزيزًا ولا نفيصًا إلا بذلته هينًا رخيصًا في سبيل الله ، أو حتى تزيد الأمة المؤمنة صلتها بالله ، وهذه الصلة هي الضمان الأول لاستقامتها على النهج بعد النصر عندما يأذن به الله ، فلا تطغى ولا تظلم ، ولا تستبد ولا تجور ، ولا تنحرف عن الحق والعدل والخير الذي نصرها الله به . وقد يبطن النصر ؛ لأن الأمة المؤمنة لم تتجرد في جهادها وقاتلها لله ودعوة الله ؛ فهي تقاتل حمية لذاتها ، أو لمغانم تحققها ، أو تقاتل شجاعة أمام أعدائها ، والله يريد أن يكون الجهاد له وحده ، وفي سبيله ، بريئًا من الرياء وكسب الدنيا والمشاعر الأخرى التي تلابسه . «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا؛ فهو في سبيل الله» . من أجل ذلك وغيره : قد يبطن النصر ؛ فتزداد التضحيات ، وتتضاعف الآلام ، ويشند البلاء والعناء ، مع دفاع الله عن الذين آمنوا ، وإنزاله النصر ، وتحقيقه لهم في النهاية . والنصر العظيم هو الذي يؤدي إلى تحقيق المنهج الإلهي في الحياة : من انتصار الحق والعدل ، والحرية المتجهة إلى الخير والصلاح . وهو النصر الذي سببه : ظلم الأعداء واعتداؤهم ، وله ثمنه وتكاليفه من التضحيات والصبر على الشدائد ، وإقامة حدود الله وتنفيذ تعاليمه ، وإعداد ما أمر به من عدة وعتاد ؛ فلا يعطى مثل هذا النصر لأحد محاباة أو جزاءً ، ولا يبقى هذا النصر لأحد ما لم يحقق غايته ومقتضاه . والله سبحانه وتعالى يأمر المؤمنين المعتدى عليهم ، بألا يتوانوا في قتال أعدائهم ، ويبين لهم أنهم يألمون مما في القتال من الآلام الجسدية كما يألم أعداؤهم ؛ لأنهم جميعًا بشر مثلهم من دم ولحم ، ولكن المسلمين يمتازون عنهم ؛ لأن جهادهم لله ، وفي سبيل الله ، وفي دفع الاعتداء ، وحماية الدعوة من العدوان ؛ ولذلك فإنهم يرجون من الله على ذلك الأجر الكبير ، والثواب العظيم ، والأعداء لا يرجون مثله ؛ لأنهم إذا قتلوا فإلى جهنم وبئس المصير ، وهي جزاء كل ظالم مستبد في الأرض ، يقول الله عز وجل : ﴿وَلَا تَهْتَفُوا فِي آيَاتِ الْقَوْرِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ فَإِنَّهُمْ يَأْلَمُونَ كَمَا تَأْلَمُونَ وَتَرْجُونَ مِنَ اللَّهِ مَا لَا يَرْجُونَ﴾ [النساء : ١٠٤] . وهذا الرجاء له قوته وأثره في النفس المؤمنة ، حتى قد ينسبه هذا الرجاء كل هموم الدنيا والآمها .

(١) سقط في م .

(٢) اتفق الفقهاء على أن الجهاد يكون فرض عين في ثلاثة أحوال :

الحال الأول : أن يدخل العدو بلاد الإسلام ويتغلب على أحد أقطارها ، عندئذ يكون الجهاد فرض عين على كل مسلم ومسلمة ؛ لأن الإجماع منعقد على ذلك ؛ لما في ذلك من إغاثة للملهوف .

الحال الثاني: عند التقاء الصنفين يجب على من شهد الواقعة الجهاد، ويحرم الانصراف، إلا أن يكون متحرراً لقتال أو متحيزاً إلى فئة. قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُلُوهُمُ الْأَدْبَارَ ۗ وَمَنْ يُؤَلِّمُ يَوْمَئِذٍ دُبْرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحِيزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَذَكَرَ بَاءَ يَعْضِبُ مِنَ اللَّهِ وَمَا وَنُهُ جَهَنَّمَ وَيَسُوءُ الْوَجْهَ ۗ﴾ [الأنفال: ١٥، ١٦].

وجه الدلالة: قوله: ﴿وَمَنْ يُؤَلِّمُ﴾ يفيد العموم، ومنه استفيدت العينية؛ إذ إن الله - تعالى - نهى عباده المؤمنين عن التولي يوم الزحف، وتوعدهم بالعذاب في جهنم، وهذا التوعد يدل على وجوب الثبات؛ فيحرم الإدبار.

الحال الثالثة: إذا استنفر الإمام قومًا لزمهم النفير معه، أي: يتعين على من أمروا من جهة الإمام أن يخرجوا للجهاد؛ لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمْ أَنْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَنْتَافَلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ ۗ﴾، ويقول ﷺ: «إذا استنفرتم فانفروا» [أخرجه البخاري (٤/٦) كتاب الجهاد والسير، باب: فضل الجهاد والسير، حديث (٢٧٨٣)، ومسلم (٩٨٦/٢) كتاب الحج، باب: تحريم مكة وصيدتها وخلاها...، حديث (١٣٥٣)].

هذه النصوص تنكر التناقل عن الجهاد عند طلبه، ولو لم يكن الجهاد فرض عين في هذا الحال لما أنكر عليهم تركه، فليس للإنكار معنى إلا الوجوب. وفيما عدا الأحوال السالفة، اختلف الفقهاء في حكم الجهاد على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يرى أن الجهاد فرض كفاية إذا فعله البعض سقط عن الباقي، وإلا أثم الجميع، وإليه ذهب جمهور العلماء.

المذهب الثاني: ويرى أن الجهاد فرض عين على كل مسلم، وإلى هذا ذهب سعيد بن المسيب، وهو ما حكاه الماوردي، وعن أبي علي بن أبي هريرة القول بأن الجهاد كان ابتداء فرضه على الأعيان، ثم نقل إلى الكفاية.

المذهب الثالث: ويرى أن الجهاد على الندب.

واستدل جمهور الفقهاء على أن الجهاد بالنفس من فروض الكفايات بالكتاب والسنة كما يلي:

أولاً: الكتاب:

أ- استدلووا بقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَلَا وَعَدَ اللَّهُ الْخَسْفَ وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا ۗ﴾ [٩٥] دَرَجَتٍ مِنْهُ وَمَغْفِرَةً وَرَحْمَةً وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ۗ﴾ [٩٦].

وجه الدلالة من هذه الآية: أن الله - جل وعلا - أقام المفاضلة بين المجاهدين والقاعدين، فجعل المجاهدين أعلى درجة من القاعدين؛ وذلك بما فضلهم به من الدرجات في غرف الجنات العاليات، ومغفرة الذنوب والزلات، وأحوال الرحمة والبركات؛ إحساناً منه وتكريماً، وفي هذه المفاضلة دليل على أن الجهاد على الكفاية، ولو كان عينياً لكان القاعدون آثمين، فتمتنع المفاضلة بينهم وبين المجاهدين؛ لأنه لا

يفاضل بين مأجور وآثم، كما أنه كان يمتنع أيضاً وعد القاعدين الحسنى، لكن الله أثبت لهم أصل الفضل، غاية الأمر أنه جعل المجاهدين أعلى درجة من القاعدين. وفي هذه الآية يقول ابن كثير: وفيه دلالة على أن الجهاد ليس بفرض عين؛ بل هو فرض على الكفاية.

ب- واستدلوا كذلك بقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ لِیَسْفُرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّینِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [سورة التوبة آية: ١٢٢].

وجه الدلالة من هذه الآية: في الآية عموم يشمل الجهاد وغيره مما فيه مصلحة المسلمين، ومع ذلك، فالآية لم توجب النفرة من الجميع، وإنما طلبت نفرة البعض، وهو معنى فرض الكفاية، فالله سبحانه وتعالى لم يكلف المؤمنين جميعاً بالنفیر فقال: ﴿وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ لِیَسْفُرُوا كَافَّةً﴾، فقد كان بعض المؤمنين يخرج للقتال بينما يظل البعض الآخر مكانه لمواجهة المطالب الضرورية للحياة، وكذا يبقى ليتفقه في الدين؛ فدل ذلك على أن الجهاد فرض كفاية.

ثانياً: السنة:

أ- استدلوا من السنة بما رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ بعث إلى بني لحيان، وقال: «ليخرج من كل رجلين منكم رجل»، ثم قال للقاعدين: «أيكم خلف الخارج في أهله وماله بخير؛ كان له مثل نصف أجر الخارج» [ينظر: المهذب (٢/ ٢٢٧)، والحديث بلفظ أن رسول الله ﷺ بعث بعثاً إلى بني لحيان من هذيل فقال: «لينبعث من كل رجلين أحدهما والأجر بينهما». أخرجه أحمد في مسنده (٤٩/٣)، وأبو عوانة في مسنده (٤٨٠/٤)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ لم يأمر الجميع بالخروج، بل طلب أن يخرج البعض ويبقى البعض، ثم بين أن من قعد وخلف الخارج في أهله وماله بخير؛ فله نصف أجر المقاتل في سبيل الله، وفي هذا دلالة واضحة على أن القاعد لا يأثم؛ بدليل استحقاقه نصف أجر الخارج، ولو كان فرض عين لما استحق القاعد الأجر، بل كان مستحقاً للذم، وهذا ما لم ينطق به حديث رسول الله ﷺ؛ فعلم أن الجهاد فرض كفاية.

ب- واستدلوا ثانياً بفعل النبي ﷺ؛ إذ ثبت أنه كان يبعث السرايا ويقعد تارة، وأخرى يخرج للجهاد ويترك البعض.

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن الجهاد لو كان من فروض الأعيان في الأحوال كلها ما تركه النبي ﷺ وقعد، ولما أذن لغيره بالتخلف عنه بحال، لكنه فعل؛ فثبت أنه من فروض الكفايات.

ينظر: تبیین الحقائق (٣/ ٢٤٢)، (٤/ ٨١)، العناية شرح الهداية (٥/ ٤٣٦)، بدائع الصنائع (٩/ ٣٤٠)، التاج والإكليل (٤/ ٤٣٧)، بداية المجتهد (١/ ٣٦٨)، الشرح الكبير (٢/ ١٧٣)، الحاوي الكبير (١٤/ ١١٠)، مغني المحتاج (٤/ ٢٠٨)، المغني، لابن

وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب، والفرق بينهما ظاهر نظرا إلى الأحكام، حتى إن الصلاة المنذورة^(١) لا تؤدي بعد صلاة العصر، [وتصلى الفرائض]^(٢) الفوائت بعد صلاة العصر.

وبعضهم قالوا^(٣): الجهاد قبل النفير تطوع، وبعد النفير فرض عين، ومنه تسمى الغزاة^(٤) متطوعة. قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَلْمِزُونَ الْمُطَّوِّعِينَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فِي الصَّدَقَاتِ﴾^(٥) أراد به المتطوعين.

وأكثرهم: على أنه فرض على كل حال، غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير [فرض عين]^(٦).

وإنما عرف فرضيته بالكتاب قال الله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا دِينَ أَبِي بَكْرٍ الَّذِي لَمْ يُكُنْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَجَدْتُهُمْ يَتَّبِعُونَ مَا بِهِ غَدَرْتُ عَلَيْهِمْ﴾^(٧) وقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٨).

وقد كان رسول الله ﷺ في الابتداء مأمورا بالصفح والإعراض عن المشركين قال الله تعالى: ﴿فَأَصْفَحْ أَصْفَحَ الْجَمِيلِ﴾^(٩) وقال: ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ الْمُشْرِكِينَ﴾^(١٠) ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالتي هي أحسن قال الله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَدِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١١).

= قدامة (١٦٢/٩)، (٦/١٣)، مختصر تفسير ابن كثير، دار التراث العربي للطباعة والنشر (٤٢٦/١)، المحلى، لابن حزم (٢٩١/٧).

- (١) في م: المندوبة.
- (٢) في م: وتقضى.
- (٣) في أ: قال.
- (٤) زاد في أ، م: متطوعة أي.
- (٥) سورة التوبة آية: ٧٩.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سورة التوبة آية: ٥.
- (٨) سورة التوبة آية: ٢٩.
- (٩) سورة الحجر آية: ٨٥.
- (١٠) سورة الأنعام آية: ١٠٦.
- (١١) سورة النحل آية: ١٢٥.

ثم أمر بالقتال إذا كانت البداية منهم قال الله تعالى: ﴿فَإِن قَاتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾^(١).
 ثم أمر بالقتال ابتداءً، ولكن في بعض الأزمان قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا أُنْسِلِحَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾^(٢).
 ثم أمر بالقتال مطلقاً في الأزمان كلها، وفي الأماكن بأسرها بالنصوص التي [مر ذكرها]^(٣).

فاستقرت الشريعة على وجوب القتال مطلقاً، وعلى فريضته^(٤) فهو معنى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : الجهاد واجب على المسلمين.
 وقوله: إلا أن المسلمين في سعة من [ترك]^(٥) الجهاد. يريد به: قبل مجيء النفي.

الجهاد فرض كفاية على ما عليه أكثر المشايخ، وما كان فرض كفاية يسع تركه إذا لم يحتج إليه في الإقامة كصلاة الجنابة.
 وبيان أنه فرض كفاية: [لأن فرض الكفاية]^(٦) ما كان مشروعاً لغيره لا لعينه، كصلاة^(٧) الجنابة، فإنها فرض كفاية؛ لأنها [ما]^(٨) شرعت لعينها؛ لأنها مجرد قيام - والقيام لم^(٩) يشرع قرابة مجردة في موضع^(١٠) [وإنما شرعت قرابة لغيرها، وهو قضاء حق الميت.

(١) سورة البقرة آية: ١٩١ .

(٢) سورة التوبة آية: ٥ .

(٣) في م: ذكرنا.

(٤) في م: فرضيته.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: كصاحب.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: ما.

(١٠) زاد في م: ما.

قلنا: فالجهاد ما شرع^(١) لعينه؛ لأن عينه إفساد وإضداد، وإنما شرع لغيره، وهو إعلاء كلمة الله، ودفع شر المحاربين عنا فكان فرض كفاية، وإذا جاء النفير يصير فرض عين؛ لأنه إذا جاء النفير، علم أن الكفاية لم تقع بالبعض، واحتيج إلى جميع المسلمين فيفرض على الكل.

ثم الدليل على أن القتال قبل أن يصير النفير عاما فرض كفاية قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾ إلى قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى﴾^(٢) الله تعالى وعد القاعدين الحسنَى، ولو كان الجهاد فرض عين، لاستحق القاعد الإثم دون الحسنَى.

وقد روي^(٣) أن رسول الله ﷺ خرج في بعض الغزوات وقعد في البعض^(٤)، ولو كان فرض عين قبل النفير، لما قعد في البعض.

والناس تعاملوا^(٥) من لدن^(٦) رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على خروج بعض المسلمين للجهاد وقعود البعض، ولو كان فرض عين، لما وجد القعود من البعض، وتعامل الناس من أقوى الحجج، يترك به القياس، ويخص به الأثر.

ونوع من الضرورة يدل عليه: أنه لو جعل فرض عين ووجب على كل واحد من آحاد المسلمين إقامته؛ لتعطل المعاش على الناس ديناً ودنياً، وفيه من الفساد ما لا يخفى.

هذا كله تبيان أن القتال قبل النفير فرض كفاية.

وإذا جاء النفير، فإنما يصير فرض عين على [كل]^(٧) من كان يقرب من العدو،

(١) سقط في م.

(٢) سورة النساء آية: ٩٥ .

(٣) في م: صح.

(٤) البحر الرائق (٧٦/٥).

(٥) في أ: تعاطوا من.

(٦) في م: يدي.

(٧) سقط في م.

وهم يقدرّون على الجهاد، فأما على من وراءهم [ممن]^(١) يبعد عن العدو، فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه، إذا لم يحتج إليهم، فإن عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو، أو لم يعجزوا عن المقاومة إلا أنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا، فإنه يفترض على من كان يليهم فرض عين كالصوم، والصلاة، ولا يسعهم تركه، ثم، وثم إلى أن يفرض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً، على هذا التدرّج والترتيب^(٢).

ونظيره^(٣): الصلاة على الميت، فإن [من]^(٤) مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأشيائه^(٥)، وليس على كل من كان يبعد عن الميت أن يقوم بذلك، فإن كان الذي يبعد عن الميت يعلم أن أهل المحلة يضعون حقوقه أو يعجزون عنه، كان [عليهم أن]^(٦) يقوموا بحقوقه كذا^(٧) هاهنا.

ثم يستوي أن يكون المسير عدلاً أو فاسقاً يقبل خيره في ذلك؛ لأن هذا خبر يسير، ويشتهر بين المسلمين في الحال، وكذلك الجواب في منادي السلطان يقبل خبره عدلاً كان أو فاسقاً.

قال أبو الحسن - رحمه الله - في مختصره: ولا ينبغي أن يخلى ثغر من ثغور المسلمين ممن يقاوم العدو في قتالهم فإن ضعف أهل ثغر من الثغور عن المقاومة مع العدو وخيف عليهم، فعلى من وراءهم من المسلمين أن ينفروا إليهم الأقرب

(١) سقط في أ، م.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٩٣/٥)، تبين الحقائق (٢٤٢/٣)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٨٢/١).

(٣) في م: ونظير.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: بأسبابه.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: وكذلك.

فالأقرب، وأن يمدوهم بالكراع^(١) والسلاح، ليكون الجهاد أبداً قائماً، والدعاء إلى الله تعالى، وإلى دينه متصلاً، والجهاد [فرض]^(٢) قائم إلى قيام الساعة.

ومما يتصل بهذا الفصل:

إذا دخل المشركون بأرض [المسلمين]^(٣) فأخذوا الأموال، وسبوا الذراري، والنساء فعلم المسلمون بذلك، وكانت لهم عليهم قوة، كان عليهم أن يتبعوهم حتى يستنقذوهم من أيديهم ما داموا في دار الإسلام، لا يسعهم غير ذلك. فإذا دخلوا أرض الحرب، فكذلك في حق النساء والذراري ما لم يبلغوا بذلك حصونهم [وحذرهم]^(٤).

ويسعهم ألا يتبعوهم في حق المال، يريد به: أن المأخوذ لو كان هو المال فيسعهم^(٥) ألا يتبعوهم بعد ما دخلوا دار الحرب.

ولو كان المأخوذ النساء والذراري فعليهم أن يتبعوهم بعد ما دخلوا دار الحرب ما لم يصلوا إلى حصونهم فإذا بلغوا حذرهم ومأمنهم من دار الحرب فأتاهم المسلمون ليقاتلوهم^(٦) أخذوا به^(٧)، فإن تركوهم^(٨)، ولم يتبعوهم، رجوت أن يكونوا في سعة من ذلك.

وذراري أهل الذمة وأموالهم في ذلك بمنزلة ذراري المسلمين، وأموالهم، [ثم إنما يفترض ذلك على كل من قدر عليه من المسلمين، ولا يفترض^(٩) على كل من

(١) الكراع: اسم لجميع الخيل، جمعه: أكرع، وجمع الجمع: أكارع. ينظر: النهاية (٤)/ (١٦٥).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: ويسعهم.

(٦) في أ: فكذلك فضل.

(٧) في أ: أخذ.

(٨) في أ: تركوا، وفي م: نزلوا.

(٩) في أ: يفترض.

عجز^(١).

وإنما يفترض على كل من قوي من المسلمين اتباعهم [إذا طمعوا في]^(٢) إدراكهم قبل أن يبلغوا حصونهم، وخذورهم ومأمنهم، فأما إذا كان أكبر رأيهم أنهم لا يدركونهم كانوا في سعة [من]^(٣) أن يقيموا ولا يتبعوهم.



(١) سقط في م.
(٢) في أ: و، وسقط في م.
(٣) سقط في أ.

الفصل الثاني

في بيان شرط جواز القتال مع الكفرة

يجب أن يعلم بأن شرط جواز القتال مع الكفرة على الخصوص^(١) أشياء ثلاثة: أحدها: امتناعهم عن قبول الإسلام، أو قبول ما أقيم مقام الإسلام في حق أحكام الدنيا، وهو الدنية في حق من يجوز له إعطاء الدنية بالجزية بعد الدعاء إليهم، إن لم تبلغهم الدعوة إلى ذلك لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الاعتبار، ولا يباح قتالهم إلا بعد تقديم الدعوة.

وقد نص محمد - رحمه الله - على ما قلنا في السير الكبير، فقال: وإذا لقي المسلمون المشركين، فإن كان المشركون قوما لم يبلغهم الإسلام لا حقيقة [ولا اعتبارًا]^(٢)، فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوا إلى الإسلام.

روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: ما قاتل رسول الله ﷺ قوما حتى يدعوهم إلى الإسلام^(٣).

وعن طلحة^(٤) - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ كان لا يقاتل المشركين حتى يدعوهم إلى الإسلام^(٥).

(١) زاد في م: من.

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٥٠٣/٢)، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٦/٦)، برقم (٣٣٠٦٧)، وأبو يعلى في المسند (٤٦٢/٤)، برقم (٢٥٩١)، وقال الهيثمي في المجمع (٣٠٤/٥): «رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني بأسانيد، ورجال أحدهما رجال الصحيح».

(٤) هو: طلحة بن عبيد الله بن عثمان التيمي القرشي المدني، أبو محمد، ولد سنة ثمانٍ وعشرين قبل الهجرة، صحابي، شجاع، من الأجداد، وهو أحد العشرة المبشرين، وأحد الستة أصحاب الشورى، وأحد الثمانية السابقين إلى الإسلام. قال ابن عساکر: كان من ذُهاة قریش ومن علمائهم، وكان يقال له ولأبي بكر: «القرينان»، توفي سنة ست وثلاثين من الهجرة.

ينظر: طبقات ابن سعد (١٥٢/٣)، تهذيب التهذيب (٢٠/٥)، غاية النهاية (٣٤٢/١)، حلية الأولياء (٨٧/١).

(٥) تقدم.

وروي أن رسول الله ﷺ كان إذا بعث جيشا أو سرية - الحديث - إلى أن قال :
 «إذا لقيتم عدوكم، فادعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله»^(١).
 وإن كانوا قوما قد بلغهم الإسلام إلا أنهم لا يدرون أيقبل^(٢) المسلمون الجزية أم
 لا؟ فلا ينبغي لهم أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى إعطاء الجزية.
 وينبغي للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوب الجزية، فيعلمهم أنه إنما
 تؤخذ الجزية في كل سنة مرة، وأن ما يؤخذ من الغني كذا، ومن الفقير كذا، ومن
 الوسط كذا، وهذا إذا كان المشركون ممن يجوز أخذ الجزية منهم فإذا كان ممن لا
 يجوز أخذ الجزية منهم، كان لهم أن يقاتلوهم، وإن لم يعرفوا حال الجزية.
 بعض مشايخنا قالوا: وهذا^(٣) إنما كان في ابتداء الإسلام حين لم يعرفوا الكفار
 أنهم على ماذا يقاتلون، وإلى ماذا يدعون، فوجبت دعوتهم^(٤) لإعلامهم.
 فأما بعد ما انتشر الإسلام، وظهر كل الظهور، وعرف المشركون^(٥) إلى ما^(٦)
 يدعون وعلى ماذا يقاتلون، والدعوة مستحبة تأكيدا للإعلام، والإنذار، وليست
 بواجبة، فإن قاتلوهم بناء على هذه الدعوة فحسن.
 والذي يؤيد ما قلنا: ما روي عن إبراهيم أنه سئل عن دعاء الديلم^(٧) فقال: قد

(١) من حديث بريدة: أخرجه مسلم (١٣٥٦/٣) في كتاب الجهاد، باب: تأمير الإمام الأمراء على البعث (٤/١٧٣١).

(٢) في أ: القتل.

(٣) في م: إذا.

(٤) في م: الدعوة.

(٥) زاد في م: أنهم.

(٦) في م: ماذا.

(٧) الديلم منطقة واقعة بين طبرستان والجبال وجيلان وبحر الخزر. والديلم قبائل فارسية، وقد اشتهروا بالشجاعة والكرم، ووصفوا بالطيش والعجلة وقلة المبالاة، كما غلب عليهم الجهل والحماقة وكثرة التنازع فيما بينهم، ثم اتصفوا بالقسوة وغلظة الطبع والذهاب بالنفس والتأبي عن الانقياد. ينظر: البويهيون والخلافة العباسية، إبراهيم سلمان الكروي، الدار المصرية السعودية للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٧م، ص (٣٠، ٣١).

علموا الدعاء^(١).

وعن الحسن - رحمه الله - أنه قال: ليس للروم دعوة، فدعوا في آباء الدهر، ثم إنما تستحب دعوة أخرى للتأكيد بشرطين:

أحدهما: ألا يكون في تقديم الدعوة ضرر على المسلمين؛ بأن علموا أنهم لو قدموا الدعوة يستعدون للقتال أو يحتالون بحيلة، أو يتحصنون، لا يستحب تقديم الدعوة. وهذا لأن تقديم الدعوة مستحب ودفع الضرر عن المسلمين واجب، فلا يجوز الاشتغال بالمستحب إذا تضمن ترك الواجب.

الشرط الثاني: أن يطمع^(٢) فيهم ما يدعوهم إليه، أما إذا كان لا يطمع^(٣) فيهم ما يدعوهم إليه لا يشتغلون بالدعوة اشتغالا بما لا يفيد^(٤).

قال مشايخنا - رحمهم الله^(٥) - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إنما يلزم إذا علم أنه إذا وعظ يتعظ، فأما إذا علم أنه إذا^(٦) وعظ لا يتعظ، لا يلزمه^(٧) ولا يصير أثما^(٨).

(١) شرح معاني الآثار (٣/ ٢١٠).

(٢) في أ: يطبع.

(٣) في أ: يطبع.

(٤) في أ: يفيد.

(٥) زاد في م: الأمر بالمعروف أخذ من هذا.

(٦) في م: لو.

(٧) زاد في م: ذلك.

(٨) معلوم أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر داخلان في عموم الدعوة إلى الخير؛ ولذلك جاء القرآن الكريم عاطفًا لهما على عموم الدعوة إلى الخير، في قوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٤]. وهذا الأمر والنهي خاصة هو القطب الأعظم، والمهمة التي بعث الله لها النبيين والمرسلين، ولو أهملت هذه المهمة لأضمحل وفشا الضلال، وعم الفساد، وهلك العباد. ما الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا الدعوة إلى الله. وقد انعقد إجماع الأمة على وجوب الدعوة والبلاغ، والأمر والنهي؛ لعموم الأخبار الواردة في ذلك، ولشدة التحذير من تركه. فقد أوجب الله على المسلمين أن يتخبوا منهم من يقوم بهذا الواجب، فقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ

وَلِيُذَرُّوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿١٢٢﴾ [التوبة: ١٢٢]. لقد وردت روايات متعددة في تفسير هذه الآية، وتحديد الفرقة التي تنفقه في الدين وتذر قومها إذا رجعت إليهم، والذي يستقيم عندنا في تفسير الآية: أن المؤمنين لا ينفرون كافة، ولكن تنفر من كل فرقة منهم طائفة - على التناوب بين من ينفرون ومن يبقون - لتنفقه هذه الطائفة في الدين؛ بالنفير والخروج والجهاد والحركة بهذه العقيدة، وتذر الباقين من قومها إذا رجعت إليهم؛ بما رأته وفقهته من هذا الدين في أثناء الجهاد والحركة.

ووردت آيات كثيرة تحث على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نذكر منها: قوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [سورة آل عمران آية: ١٠٤]. وجه الدلالة من الآية: هذه الآية تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والأمر فيها فرض على الكفاية لا فرض عين، وهذا مستفاد من قوله تعالى: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ﴾ فلم يقل: كونوا أمرين بالمعروف، بل قال تعالى: ﴿مِنْكُمْ﴾ (ومن) للتبعض، ومعناه أن الأمرين يجب أن يكونوا علماء وليس كل الناس علماء، وقيل: لبيان الجنس. والمعنى: لتكونوا كلكم كذلك، وكذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَفَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَاللَّهُ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾، تدل على أن الله عين الأمرين بقوله: ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ﴾ وليس كل الناس مكنوا.

وقوله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾. وجه الدلالة من الآية: تدل هذه الآية على أن هذه الأمة كانت خير أمة وستبقى خير أمة إذا داومت على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ﴾. وجه الدلالة: بيّنت هذه الآية أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر صفة من صفات المؤمنين، وأن من ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو قادر عليه خارج عن هؤلاء المؤمنين المذكورين في الآية.

وقوله تعالى: ﴿الْمُنْفِقُونَ وَالْمُنْفِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمُنْكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ نَسُوا اللَّهَ فَنَسِيَهُمْ إِنَّ الْمُنْفِقِينَ هُمُ الْفٰسِقُونَ﴾. وجه الدلالة: يقول الله منكرًا على المنافقين الذين هم على خلاف صفات المؤمنين، أي لما كان المؤمنون يأْمُرُونَ بالمعروف وينهون عن المنكر كانوا هؤلاء على خلاف صفات المؤمنين، كما أنهم يبخلون عن الإنفاق في سبيل الله، ولذلك وصفهم بالفاسقين.

وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾. وجه الدلالة من الآية: أمر الله سبحانه وتعالى بالتعاون على البر والتقوى، ومعنى التعاون الحث عليه، وتسهيل طريق الخير، وسد سبيل الشر والعدوان بحسب الإمكان. وترك الإنكار تعاون على الإثم.

ثانيًا: السنّة: عن حذيفة بن اليمان عن النبي ﷺ أنه قال: «والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر، أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابًا منه ثم تدعونه فلا

يستجاب لكم». وفي رواية أخرى: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلمه وذلك أضعف الإيمان».

وعن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «ما من نبي بعثه الله في أمة قبلي إلا كان له من أمته حواريون وأصحاب يأخذون بسنته ويقتدون بأمره، ثم إنها تخلف من بعدهم خلوف، يقولون ما لا يفعلون، ويفعلون ما لا يقولون، فمن جاهدكم بيده فهو مؤمن، ومن جاهدكم بلسانه فهو مؤمن، ومن جاهدكم بقلبه فهو مؤمن، وليس وراء ذلك من الإيمان حبة خردل» [صحيح مسلم (٣٩/١، ٤٠) كتاب الإيمان، بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان وأن الإيمان يزيد وينقص وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب]. ووجه الدلالة من الحديث: دلت هذه الأحاديث على مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من صفات المؤمنين كما دلت الآيات والأحاديث.

ثالثاً: الإجماع: ثبتت مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بإجماع الأمة. قال النووي: «وقد تطابق على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وهو أيضاً من النصيحة التي هي الدين».

وقال الجصاص: «وقد أكد الله تعالى فرض الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مواضع من كتابه، وبيّنه رسول الله ﷺ في أخبار متواترة عنه وأجمع السلف، وفقهاء الأمصار على وجوبه».

شروط المنكر المراد تغييره:

(أ) أن يكون منكراً، بمعنى أن يكون محظوراً في الشرع، قال الإمام الغزالي: المنكر أعم من المعصية، إذ من رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه، وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمجنونة أو بهيمة فعليه أن يمنعه منه، وهذا لا يسمى معصية في حق المجنون، إذ معصية لا عاصي بها محال. ولهذا قال صاحب الفروق والقواعد السنية: لا يشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون المأمور والمنهي عاصيين، بل يشترط فيه أن يكون أحدهما ملائماً لمفسدة واجبة الدفع والآخر تاركاً لمصلحة واجبة التحصيل.

(ب) أن يكون المنكر ظاهراً بحيث لا يتوقف على تجسس ولا استراق سمع ولا بحث بوجه كفتيش داره أو ثوبه لحرمة السعي في ذلك. لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجَسَّسُوا﴾ فكل من أغلق بابه لا يجوز التجسس عليه لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا أَبْيُوتَ مَنْ آوَى إِلَيْكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَاسْأَلُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا﴾.

(ج) أن يكون المنكر مجمّعا على تحريمه بغير خلاف معتبر، فكل ما هو محل اجتهاد فليس محلاً للإنكار، بل يكون محلاً للإرشاد برفق من غير إنكار ولا توبيخ.

(د) أن يأمن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ألا يؤدي تغيير المنكر إلى منكر أكبر منه، وإلا لم يجز له أمر ولا نهى.

(ه) أن يعلم أو يغلب على ظنه الاستفادة من التغيير.

ولو أن المسلمين قاتلوا قوما من المشركين لا تبلغهم [الدعوة]^(١)، قبل تقديم الدعوة، فلا شيء على المسلمين من دية أو كفارة. والله أعلم^(٢).

أما بالنسبة للطبيب الذي ارتكب عملاً مخالفاً بآداب مهنة الطب واكتشف ذلك طبيباً آخر، فيجب على الطبيب أن يأخذ على يد هذا الطبيب - لأن مهنة الطب تهدف إلى محافظة وحماية صحة الإنسان والبعد به عن كل ما يعرضه للأمراض والمخاطر، والعمل على كل ما فيه فائدة للإنسان - ومن هنا وجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ينظر: الفواكه الدواني، للنفراوي (٣٩٤/٢)، شرح النووي بصحيح مسلم (٢٧/٢)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٦٥/٤)، الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، تحقيق: تم التحقيق والإعداد بمركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار مصطفى الباز، المكتبة العصرية، لبنان، صيدا، بيروت، ط (٢)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م (٢٧١/٢)، مختصر تفسير ابن كثير (١٥٣/٢)، الرتبة في طلب الحسبة، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، د/أحمد جابر بدران، منشورات علاء سرحان، دار الرسالة، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص (٧٤، ٧٥)، مراتب الإجماع، لابن حزم، ص (١٧٦)، أحكام القرآن، للخصاص (٤٨٦/٢)، إحياء علوم الدين، للغزالي، دار المعرفة، بيروت (٢/٢٢٣، ٢٢٤)، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية (٢٨٢/٤).

(١) سقط في م.

(٢) يشهد لهذا الكتاب والسنة والإجماع، قال تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾، وقال تعالى: ﴿قُلْ لِلذِّينِ كَفْرًا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَّا قَدْ سَلَفَ﴾، وقال سبحانه: ﴿إِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، وقال: ﴿فَنِلُّوا الذِّبْنَ لَا يَوْمُنَّ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحْرَمُونَ مَّا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الذِّبْنَ أَوْثُوا أَلْكَتَبَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾. فالآية الأولى: تؤكد على ضرورة الدعوة قبل القتال، ومثلها قوله تعالى من سورة النساء: ﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجْمٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيمًا حَكِيمًا﴾. والآيات التي بعدها تضع نهاية للحرب وتحدد غاية في زوال الشرك وبذل أهل الكتاب للجزية، وفي هذا دليل على أنه لا يجوز قتال من لم تبلغهم الدعوة على الدين لأنه لا يلزمهم الإسلام قبل العلم، ومن السنة ما رواه الإمام أحمد في مسنده وأبو يعلى في مسنده عن ابن عباس أنه قال: «ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً حتى يدعواهم» [المسند: رقم (٢٠٥٣)] قال الهيتمي في مجمع الزوائد (٣٠٤/٥): رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني بأسانيد ورجال أحمد رجال الصحيح، وصححه الشيخ أحمد شاكر في المسند]. كذلك ما رواه مسلم في صحيحه من حديث سليمان بن بريدة قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال: «وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال، فأيتهم ما أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام،

فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم...» [مسلم رقم (١٧٣١) كتاب الجهاد والسير] كذلك ما رواه الشيخان عن سهل بن سعد، أن رسول الله ﷺ لما أعطى الراية يوم خيبر لعلي بن أبي طالب وقال علي: نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا؟ قال له رسول الله ﷺ: «على رسلِك حتى تنزل بساحتهم، ثم ادعهم إلى الإسلام وأخبرهم بما يجب عليهم، فوالله لأن يهدي الله بك رجلاً واحداً خيراً لك من حُمْر النعم». [البخاري (٣٧٠١)، ومسلم برقم (٢٤٠٦) فضائل الصحابة، باب: فضائل علي]. كما جاء في كنز العمال عن عبد الرحمن بن عائذ قال: كان رسول الله ﷺ إذا بعث بعثاً قال: «تألفوا الناس ولا تغيروا عليهم حتى تدعوهم، فما على الأرض من أهل بيت مدر ولا وبر إلا أن تأتوني بهم مسلمين أحب إلي من أن تأتوني بنسائهم وأولادهم وتقتلوا رجالهم». وكما في مراتب الإجماع قال: «واتفقوا أن قتال أهل الكفر بعد دعائهم إلى الإسلام أو الجزية إذا امتنعوا من كليهما جائز». بالإضافة إلى ذلك، الكتب التي أرسلها النبي ﷺ إلى الملوك والأمراء يدعوهم إلى الإسلام قبل أن يدخل في علاقة الحرب، كما أرسل إلى هرقل والمقوقس وكسرى والنجاشي وأساقفة نجران ومجوس وهجر وأهل عمان وغيرهم. واختلف الفقهاء في ضمان من يقتل منهم بالتبیت: فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يضمن، لأنه لا إيمان له، ولا أمان، فلم يضمن. وذهب بعض الشافعية إلى أنه يضمن بالدية والكفارة، ونقل ذلك عن الشافعي. ويرى بعض الفقهاء: أن أهل الكتاب والمجوس لا تجب دعوتهم قبل القتال؛ لأن الدعوة قد بلغتهم، ولأن كتبهم قد بشرت بالرسالة المحمدية. ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا. وأما من بلغتهم الدعوة، فتستحب الدعوة قبل التبیت مبالغة في الإنذار، وليعلموا أننا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسيب الذراري، وقد ثبت أن النبي ﷺ: أمر علياً حين أعطاه الراية يوم خيبر وبعثه إلى قتالهم أن يدعوهم [حديث: «أمر علياً يوم خيبر...»]. أخرجه البخاري في فتح الباري (٤٧٦/٧)، وهم ممن بلغتهم الدعوة. ويجوز بياتهم بغير دعاء، لأنه صح عن النبي ﷺ أنه أغار على بني المصطلق ليلاً وهم غافلون [حديث: «أغار على بني المصطلق وهم غافلون...»]. أخرجه البخاري في فتح الباري (١٧٠/٥). وعهد إلى أسامة أن يغير على ابني صباحا. [حديث: «عهد إلى أسامة أن يغير على ابني صباحا»]. أخرجه ابن سعد في الطبقات (٦٦/٤) وإسناده صحيح. وسئل عن المشركين يبيتون، فيصاب من نسائهم وذرائعهم فقال: هم منهم. وكانوا جميعاً ممن بلغتهم الدعوة وإلا لم يبيتوا للأدلة السابقة. ينظر: البحر الرائق (٨٠/٥)، حاشية ابن عابدين (٣/٢٢٣)، روضة الطالبين (٢٣٩/١٠)، مغني المحتاج (٢٢٣/٤)، مطالب أولي النهى (٥٠٧/٢ - ٥٠٨)، المغني، لابن قدامة (٣٨٦/١٠)، مراتب الإجماع، ص (٢٠٤)، السيرة النبوية لابن هشام، لعبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري أبو محمد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ (٤/٢١٢)، الرحيق المختوم، صفي الرحمن المباركفوري، دار الفكر: طبعة خاصة بدار ومكتبة الهلال بيروت - لبنان، ص (٣١٤ - ٣٢٦).

الفصل الثالث

في الفرار من الزحف

قال محمد - رحمه الله - : لا أحب للرجل من المسلمين [بصفوة]^(١) أن يفر من رجلين من المشركين، ولا بأس أن يفر من ثلاثة أو أكثر^(٢).

(١) سقط في أ، م.

(٢) عد رسول الله ﷺ الفرار من الزحف من السبع الموبقات بقوله ﷺ فيما رواه عنه أبو هريرة، قَالَ: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ»، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: «الشُّرُكُ بِاللَّهِ، وَالسُّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ». [أخرجه البخاري (٤٦٢/٥) كتاب الوصايا، باب: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ﴾ (٢٧٦٦)، وفي (٢٤٣/١٠) كتاب الطب، باب: الشرك والسحر من الموبقات (٥٧٦٤)، وفي (١٨٨/١٢) كتاب الحدود، باب: رمي المحصنات (٦٨٥٧)، ومسلم (٩٢/١) كتاب الإيمان، باب: بيان الكبائر (٨٩/١٤٥)].

اختلف الفقهاء في العدد الذي يمكن معه التولي والفرار عند لقاء المشركين على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحابه جواز الفرار إذا كان العدو يزيد على المثلين، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: يرى منع الفرار إذا كان عدد المسلمين اثني عشر ألفاً، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية، وبعض المالكية.

القول الثالث: يحرم الفرار من المشركين، ولو كثر العدد، لكن ينوي في رجوعه التحيز إلى فئة من المسلمين إن رجا البلوغ إليهم، أو ينوي الكفر إلى القتال، فإن لم ينو إلا تولية دبره هارباً، فهو فاسق ما لم يتب، وإلى هذا ذهب الظاهرية.

أدلة القول الأول: احتج أصحاب القول الأول القائل بجواز الفرار من المشركين إذا كان العدو يزيد على المثلين بالأثر والمعقول على النحو التالي:

أولاً: الأثر: احتجوا من الأثر بما يلي:

١- ما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: لَمَّا نَزَلَتْ: ﴿إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ﴾ شق ذلك على المسلمين حين فرض عليهم ألا يفرؤا أحد من عشرة، فجاء التخفيف، فقال: ﴿أَلَنْ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ﴾ قال: فلما خفف الله عليهم من العدة نقص الصبر بقدر ما خفف عنهم.

وجه الدلالة: أباح الله تعالى للمسلمين الفرار من عدوهم إذا زاد عددهم على الضعف وخشوا أن يغلبوا.

٢- قول ابن عباس - رضي الله عنه - : «من فر من ثلاثة لم يفر، ومن فر من اثنين فقد فر» . =

وجه الدلالة: أراد ابن عباس أن يقول: من فرّ من ثلاثة فلم يفرّ الفرار المذموم في القرآن، ومن فرّ من اثنين فقد فرّ الفرار المذموم في القرآن.

ثانياً: المعقول: قالوا: الهزيمة كانت محرمة وإن كثر الكفار؛ لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُلُوهُمُ الْأَدْبَارَ﴾ ثم خفف عنهم بقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا النَّبِيُّ حَرِّضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَبَرُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ﴾، فأوجب على كل واحد من المسلمين مصابرة عشرة منهم، ثم خفف عنهم فأوجب على الواحد مصابرة اثنين بقوله تعالى: ﴿إِن كُنَّ خَفَّ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ واستقر الشرع على ذلك، فحينئذ حرمت الهزيمة.

ويقول الجصاص في معرض هاتين الآيتين: كان الفرض على الواحد قتال العشرة من الكفار لصحة بصائر المؤمنين في ذلك الوقت، وصدق يقينهم، ثم لما أسلم قوم آخرون خالطهم من لم يكن لهم بصائرهم، خفف عن الجميع، وأجراهم مجرى واحداً ففرض على الواحد مقاومة الاثنين.

أدلة القول الثاني: احتج أصحاب القول الثاني القائلون بعدم جواز الفرار من المشركين إذا كان عدد المسلمين اثني عشر ألفاً، بالسنة النبوية المطهرة فقد روى ابن عباس قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «خَيْرُ الصَّحَابَةِ أَرْبَعَةٌ، وَخَيْرُ السَّرَايَا أَرْبَعُمِائَةٍ، وَخَيْرُ الْجَيْوشِ أَرْبَعَةُ أَلْفٍ، وَلَا يُغْلَبُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا مِنْ قَلَّةٍ» [أخرجه الشافعي في الأم (٤/٢٤٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥٤١/٦) برقم (٣٣٦٩٠)].

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بظاهره على تحريم الفرار إذا كان عدد المسلمين اثني عشر ألفاً، وجعلوه مخصصاً لعموم الآية.

أدلة القول الثالث: احتج أصحاب القول الثالث القائلون بعدم جواز الفرار ولو كثر عددهم بالكتاب والأثر:

أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُلُوهُمُ الْأَدْبَارَ﴾ (١٥) وَمَنْ يُؤَلِّمِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُجْرَةٌ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَرِّفًا إِلَى فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ (١٦).

وجه الدلالة: دلت الآية بظاهرها على تحريم التولي يوم الزحف إلا في حال التحيز إلى فئة.

ثانياً: الأثر: احتجوا من الأثر بما يلي:

- ١- روى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: «إذا لقيتم فلا تفروا».
- ٢- روى علي بن أبي طالب وابن عمر - رضي الله عنهما - قالوا: «الفرار من الزحف من الكبائر». [تفسير الرازي (٣/٧٠، ٧١)، المصنف، لعبد الرزاق (٥/٢٥٣) كتاب الجهاد، باب: الفرار من الزحف - عن الضحاك بن مزاحم، رقم (٩٥٢٦)، الجهاد والقتال في

السياسة الشرعية، د/محمد خير هيكل، دار البيارق، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٩٣م، ص (١٧٣).

وجه الدلالة: دل هذان الأثران على تحريم الفرار ولم يخصصوا عددًا معينًا. والراجح في هذه المسألة هو القول الأول القائل بجواز أن يفر المسلمون من المشركين إذا كان العدو يزيد على المثلين، وذلك لقوة ما استدلوا به. هذا وقد ذهب الحنفية إلى: أن هذا إذا كان بهم قوة للقتال بأن كانت معهم الأسلحة؛ فأما من لا سلاح له فلا بأس بأن يفر ممن معه السلاح، وكذا لا بأس بأن يفر ممن يرمي إذا لم يكن معه آلة الرمي.

وذهب الشافعية إلى أنه يحرم الانصراف لمائة بطل على مائتين وواحد ضعفاء، ويجوز انصراف مائة ضعفاء على مائة وتسعة وتسعين أبطالاً في الأصح اعتبارًا بالمعنى، بناء على أنه يجوز أن يستنبط من النص على حرمة الانصراف من الصف معنى يخصه؛ لأنهم يقاومونهم لو ثبتوا لهم، وإنما يراعى العدد عند تقارب الأوصاف، ومن ثم لم يختص الخلاف بزيادة الواحد ونقصه، ولا براكب وماش بل الضابط أن يكون في المسلمين من القوة ما يغلب على الظن أنهم يقاومون الزائد على مثلهم، ويرجون الظفر بهم، أو من الضعف ما لا يقاومونهم.

أما إن عجزوا عن مقاومة مثلهم وظنوا الهلاك وأشرفوا على القتل ففي جواز انصرافهم قولان للشافعية:

القول الأول: لا يجوز لهم أن ينصرفوا.

القول الثاني: يجوز لهم أن ينصرفوا.

أدلة القول الأول: استدل القائلون بعدم جواز الانصراف عن مثلي عددهم وإن ظنوا الهلاك بما يلي:

١- لأن المجاهد إنما يقاتل على إحدى الحسينين - الشهادة أو الفوز بالغنيمة مع الأجر - قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْحِسَّةَ يُقْتَلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعَدًا عَلَيْهِ حَقًّا فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ وَالْفُرْقَانِ وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُوا بِنِعْمِ اللَّهِ الَّذِي بَاعَ بِنَفْسِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾.

٢- قالوا: لأنهم يقدرون على استدراك المآثم في هزيمتهم أن ينووا التحرف لقتال، أو التحيز إلى فئة.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بجواز الانصراف عن مثلي عددهم إن ظنوا الهلاك بقوله - تعالى - : ﴿وَأَنفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾.

الترجيح: الراجح في ذلك - والله أعلم بالصواب - القول الأول القائل بعدم جواز انصرافهم عن مقاومة مثلهم وإن ظنوا الهلاك، وأشرفوا على القتل لقوة ما استدلوا به. فأما إن غلب على ظنهم الهلاك في الإقامة والانصراف، فالثبات أولى، وبه أخذت الشافعية، والحنابلة، وذلك استدلالاً من المعقول بما يلي:

واعلم بأن في الابتداء: كان لا يحل للمسلم^(١) الواحد الفرار من العشرة من المشركين، وكان يلزمه الثبات على قتالهم، على ما قال الله تعالى: ﴿إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتِينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ يَغْلِبُوا أَلْفًا مِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ﴾^(٢) ثم خفف الله تعالى الأمر بقوله: ﴿أَتَنْ خَفَّ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ﴾^(٣).

قال ابن عباس - رضي الله عنهما - أمر الله تعالى الرجل من المسلمين أن يقاتل عشرة من الكفار، وألا يفر منهم، فشق ذلك عليهم فرحمهم، وأنزل: ﴿أَتَنْ خَفَّ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾، وأمر أن يقاتل الرجل اثنين من الكفار، وألا يفر منهما^(٤).

١- لنبالوا درجة الشهداء الصابرين المقبلين على الجهاد.

٢- لأنه يجوز أن يظفروا فيسلموا ويغنموا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿كَمْ مِنْ فِئْتَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئْتَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾.

هذا ولا خلاف بين الفقهاء من: المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، في جواز الفرار من الزحف وإن كان الكفار أقل من ضعفيهم إذا كان متحرراً لقتال أو متحيزاً إلى فئة؛ ليسلموا من القتل، فإنه وإن عجزوا عن المصابرة فلا يعجزوا عن هذه النية.

ينظر: مواهب الجليل (٣/٣٥٣)، (١٨/٢١٠)، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ص (٦٩)، مقدمات ابن رشد (٥/١٨٢)، مغني المحتاج (٤/٢٢٤، ٢٢٥)، الحاوي الكبير (١٨/٢٠٧، ٢٠٩، ٢١٠)، المهذب (٥/٢٤٦)، الأحكام السلطانية، للماوردي، ص (٦٢)، الكافي، لابن قدامة (٤/٢٦٠، ٢٦١)، الإنصاف (٤/١٢٥، ٢٥٠)، المحلى (٥/٣٤٢، ٣٤٤)، البحر الزخار، للبيزار، تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله، مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم، بيروت، المدينة، ط (١)، ١٤٠٩هـ (٦/٤٠١)، أحكام القرآن، للجصاص (٣/٧٠، ٧١)، تفسير البغوي المعروف بـ«معالم التنزيل»، لأبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، تحقيق: خالد عبد الرحمن العك، ومروان سوار، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م (٣/٦٣)، معرفة السنن والآثار (٧/٦).

(١) في م: من المسلم.

(٢) سورة الأنفال آية: ٦٥.

(٣) سورة الأنفال آية: ٦٦.

(٤) أحكام القرآن، للجصاص (٣/٧٠، ٧١)، تفسير البغوي (٣/٦٣)، فتح القدير، للشوكاني

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - ما ذكر في الكتاب أن الواحد لا يفر من الاثنين وذلك [حكم] ^(١) زمان رسول الله ﷺ أما في زماننا لا يفر الواحد من الاثنين [إذا كان يطيقهما، أما] ^(٢) إذا كان لا يطيقهما فلا بأس بأن يفر منهما حتى لا يصير ملقياً نفسه في التهلكة، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب حيث قال: لا أحب لرجل من المسلمين به قوة القتال أن يفر من رجلين من المشركين.

وغير هذا قلنا: إن من لا سلاح له، لا بأس بأن يفر ممن له سلاح.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - وما قالوا: إن عدد المسلمين إذا كان أقل من نصف عدد المشركين فلا بأس بالفرار. تأويله: إذا كان عدد المسلمين أقل من اثني عشر ألفاً، أما إذا كان عددهم اثني عشر ألفاً أو أكثر، فلا يحل لهم الفرار، وإن كان عدد الكفار أضعاف عددهم؛ لأنهم إذا بلغوا اثني عشر ألفاً لا يغلبون؛ لقول ^(٣) الرسول ﷺ: «ولن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة» ^(٤) «^(٥) فهذا إذا كانت كلمتهم واحدة أما ^(٦) إذا تفرقت كلمتهم يعتبر الواحد بالاثنين بشرط الطاقة على ما مر.

= (٢/٣٢٤، ٣٢٥)، معرفة السنن والآثار (٦/٧).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: إلا.

(٣) في م: لخبر.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) أخرجه أحمد (١/٢٩٤)، وأبو داود (٢/٤٢) كتاب الجهاد، باب: باب فيما يستحب من الجيوش والرفقاء والسرايا، برقم (٢٦١١)، والترمذي (٤/١٢٥) كتاب السير، باب: السرايا، برقم (١٥٥٥)، من طريق يونس بن يزيد عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ... فذكره. قال أبو داود: والصحيح أنه مرسل. وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا يسنده كبير أحد غير جرير بن حازم، وإنما روى هذا الحديث عن الزهري عن النبي ﷺ مرسلاً، وقد رواه حبان بن علي العنزي، عن عقيل، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ ورواه الليث بن سعد، عن عقيل، عن الزهري، عن النبي ﷺ مرسلاً.

(٦) في أ: فأما.

قال: ومن فر إلى مرماة أو حصن فلا بأس، وأراد بالمرماة: الموضع الذي يرمى منه بالسهم، أو بالحجارة. وأراد بالحصن: [الموضع]^(١) الذي يقصده أهله بالمنجنيق^(٢) وأشباهه؛ لأنه مضطر في الفرار؛ لأن المتحصن بالحصن لا يصيبه ما يرمى إليه من الخارج، والخارج يصيبه ما يرمى إليه من الحصن فكان مضطرا في الفرار، فلا يكون به بأس كما لو فر من الثلاثة وما زاد عليها.



(١) سقط في أ.

(٢) المنجنيق هي: آلة يرمى عنها بالحجارة معروفة، يقال بفتح الميم، وجاء كسرهما عن ابن قتيبة، وجمعه: مجانق، وهي معربة، وأصلها بالفارسية: «مَن جَي نيك» أي: ما أجودني. ينظر: أدب الكاتب، ابن قتيبة، تحقيق: محمد الدالي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٩٨٢م، ص (٥٦٤)، النظم المستعذب (٢/٢٤٦)، والصحاح، مادة (جنق).

الفصل الرابع

في بيان من يجوز له الخروج إلى الجهاد ومن لا يجوز

وإذا أراد الرجل الخروج إلى الجهاد وله أب وأم فلا ينبغي [له] ^(١) أن يخرج إلا بإذنه إلا من النفي العام.

والأصل في ذلك: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن أفضل الأعمال ^(٢) فقال: «الصلاة لوقتها، ثم بر الوالدين، ثم الجهاد في سبيل الله» ^(٣)، فقد قدم بر الوالدين على الجهاد في سبيل الله.

والمعنى فيه: الجهاد فرض عام ينوب البعض فيه عن البعض، وطاعة الوالدين وبرهما فرض خاص لا ينوب البعض عن البعض، ولا شك أن الاشتغال بالفرض الخاص الذي لا ينوب غيره فيه عنه أولى من الاشتغال بالفرض العام الذي ينوب عنه غيره، وهذا الذي ذكرنا استحسان.

والقياس: أن يخرج بغير إذنهما؛ لأن الجهاد قبل النفي إما أن يعتبر فرض كفاية أو تطوعاً وللولد إقامة التطوعات نحو الصلاة والصوم بغير إذن [الوالدين] ^(٤)، وإقامة ما هو فرض كفاية بغير إذنهما كصلاة الجنائز ورد السلام وما أشبههما.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: الصلاة.

(٣) أخرجه البخاري (٩/٢) كتاب مواقيت الصلاة، باب: فضل الصلاة لوقتها حديث (٥٢٧)، ومسلم (١/٨٩، ٩٠) كتاب الإيمان، باب: بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال (١٣٧/٨٥)، وأبو داود الطيالسي (١/٦٧ - منحة) رقم (٢٥٦)، وأحمد (١/٤٠٩، ٤١٠)، وأبو عوانة (١/٦٣)، والترمذي (١٧٣)، والدارمي (١/٢٧٨) كتاب الصلاة، باب: استحباب الصلاة في أول الوقت، وابن خزيمة رقم (٣٢٧)، وابن حبان (١٤٦٥، ١٤٦٨)، وأبو يعلى (٩/١٨٨) رقم (٥٢٨٦)، والبيهقي (٢/٢١٥) كتاب الصلاة، وأبو نعيم في الحلية (١/٤٠١)، من طرق عن شعبة عن الوليد بن العيزار عن أبي عمرو الشيباني عن ابن مسعود قال: سألت النبي ﷺ: أي الأعمال أفضل؟ قال: «الصلاة لوقتها». قلت: ثم أي؟ قال: «بر الوالدين». قلت: ثم أي؟ قال: «الجهاد في سبيل الله». قال: حدثني بهن رسول الله ﷺ، ولو استزدته لزدني.

(٤) سقط في أ، م.

ولكن تركنا القياس في الخروج إلى الجهاد بالآثار، وقد روي أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال: «إني أريد الجهاد، فقال النبي ﷺ: «ألك أم؟» فقال الرجل: نعم فقال ﷺ: «الزم أمك فإن الجنة عند رجل أمك»^(١).

وروي أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال: «أحب أجاهد معك وتركت والدي بيكيان، فقال عليه الصلاة والسلام: «اذهب فأضحكهما كما أبكيتهما»^(٢).

والنص الوارد باشتراط إذن الوالدين في الخروج إلى الجهاد وفيه إفجاعهما وإلحاق المشقة بهما لما يخافان [عليه]^(٣) الهلاك، لا يكون واردا في صلاة الجنابة ورد السلام وسائر التطوعات، وهما لا يخافان عليه الهلاك بسبب إقامة هذه العبادات.

[فيرد بعد مجيء النفير]^(٤) إلى أصل القياس، وكذلك النص الوارد باشتراط الإذن في الخروج إلى الجهاد قبل مجيء النفير؛ لأن قبل مجيء النفير لا يكون وارداً بعد

(١) أخرجه النسائي (١١/٦) كتاب الجهاد، باب: الرخصة في التخلف لمن له والدة، وابن ماجه (٩٢٩/٢، ٩٣٠) كتاب الجهاد، باب: الرجل يغزو وله أبوان، رقم (٢٨٨١)، والحاكم (١٠٤/٢)، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٤١/٨) للطبراني، وقال: ورجاله ثقات.

عن معاوية بن جاهمة أن جاهمة رضي الله عنه جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، أردت أن أغزو، وجئت أستشيرك؟ فقال: «هل لك من أم؟» قال: نعم، قال: «فألزمها؛ فإن الجنة عند رجلها».

(٢) أخرجه أبو داود (١٧/٣) كتاب الجهاد، باب: في الرجل يغزو وأبواه كارهان، حديث (٢٥٢٨)، والنسائي (١٤٣/٧) كتاب البيعة، باب: البيعة على الهجرة، حديث (٤١٦٣)، وابن ماجه (٩٣٠/٢) كتاب الجهاد، باب: الرجل يغزو وله أبوان، حديث (٢٧٨٢)، وأحمد (١٦٠/٢، ١٩٤، ١٩٨)، والحميدي (٦٢٦/٢)، حديث (٥٨٤)، والبخاري في الأدب المفرد (١٩)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٧٥/٥) كتاب الجهاد، باب: الرجل يغزو وأبوه كاره له، حديث (٩٢٨٥)، وابن حبان (١٦٣/٢) كتاب البر والصلة والإحسان، باب: حق الوالدين، حديث (٤١٩)، والبعثي في شرح السنة (٥٢٥/٥) كتاب السير والجهاد، باب: لا يجاهد إلا بإذن الأبوين، حديث (٢٦٣٣).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

مجيء النفير .

الجهاد فرض كفاية، وبعد مجيء النفير الجهاد فرض عين، وفرض العين أقوى من فرض الكفاية، والنص الوارد في صورة يدل على ما هو مثلها أو دونها [و] ^(١) لا يدل على [ما هو] ^(٢) فوقها، [فيرد] ^(٣) بعد مجيء النفير إلى أصل القياس [والجهاد قبل النفير، لا يكون وارداً] ^(٤)؛ لأن ^(٥) النفير إذا كان عامًا فكل واحد من آحاد المسلمين مقصود بالقتل، والولد بالخروج يدفع الهلاك عن نفسه، فكان مضطرا [في الخروج] ^(٦).

فهو بمنزلة ما لو قصد إنسان قتل الولد كان للولد أن يدفع من قصده عن نفسه بغير إذن الوالدين بخلاف ما قبل مجيء النفير؛ لأن هناك الهلاك غير متوجه على كل واحد، فلا يكون مضطرا في الخروج .

والنص الوارد باشتراط الإذن للخروج قبل مجيء النفير بخلاف القياس ولا ^(٧) اضطرار فيه، لا يكون واردا باشتراط الإذن للخروج بعد النفير وفيه اضطرار فيرد ما بعد مجيء النفير إلى القياس .

والجواب في العبد نظير الجواب في الولد لا يخرج إلى الجهاد بغير إذن الولي ^(٨)، إلا إذا جاء النفير .

فإن كان له أبوان فأذن له أحدهما في الخروج ولم يأذن له الآخر، فليس له أن يخرج لحق الآخر، وكذلك العبد: إذا كان له موليان فأذن أحدهما بالخروج ولم

(١) سقط في أ، وفي م: ما .

(٢) سقط في أ، م .

(٣) في م: فرض .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: ولأن .

(٦) سقط في م .

(٧) في أ، م: فلا .

(٨) في م: المولى .

يأذن الآخر، فليس له أن يخرج لحق الآخر.

فإذا كره الوالدان أو أحدهما الخروج لا يباح له الخروج، سواء كان يخاف عليهما الضيعة بأن كانا معسرين وكانت نفقتهما عليه، أو^(١) لا يخاف عليهما الضيعة؛ لأنه إنما كره له الخروج في هذه الحالة من غير إذنهما، لما في الخروج من إفجاعهما، وإلحاق المشقة بهما، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين ما، إذا كان يخاف الضيعة عليهما، أو لا يخاف عليهما هذا الذي ذكرنا إذا كان أبواه مسلمين. وأما إذا كان أبواه كافرين أو أحدهما فكرها خروجه إلى الجهاد، أو كره الكافر [منهما]^(٢) ذلك، فعليه أن يتحرى في ذلك، فإن وقع تحريه على أنهما إنما كرها خروجه لما يلحقهما من التفجيع والمشقة لأجل ما يخافان عليه من القتل، لا يخرج.

وإن وقع تحريه على أنهما إنما كرها خروجه كراهة أن يقاتل مع أهل ملته وأهل دينه، فله أن يخرج من غير رضاهما؛ لأنهما كرها قتل^(٣) أهل الكفر منه^(٤)، وإنه فرض ولا طاعة لمخلوق^(٥) في ترك الفرائض؛ فكان له أن يخرج بغير إذنهما، إلا أن يخاف الضيعة عليهما، فحيث لا يخرج؛ لأن صيانتهما عن الضياع فرض عليه عينا بحيث لا يسعه تركهما وإن كانا كافرين.

ولهذا يلزمه نفقتهما صيانة لهما عن الضياع، والقتال مع الكفرة قبل مجيء النفي مما يسع تركه، فلا شك أن الاشتغال بما لا يسع تركه أولى من الاشتغال بما^(٦) يسع تركه.

-
- (١) في أ: و.
 (٢) سقط في أ، م.
 (٣) في م: قتال.
 (٤) في أ، م: عنه.
 (٥) في أ: للمخلوق.
 (٦) زاد في أ، م: لا.

ولم يذكر في الكتاب ما إذا تحرى، ولم يقع تحريه على شيء، بل شك في ذلك ولم يترجح أحد الطرفين على الآخر.

قالوا: وينبغي ألا يخرج؛ لأن طاعة الوالدين فيما يأمران الولد به واجب على الولد بيقين، ووقع الشك في سقوطه، ولا يسقط عنه بالشك. وإن كرها خروجه لكراهة قتاله مع أهل دينه، ولأجل الخوف والمشقة عليه أيضا، لا يخرج.

ولو كان له أبوان فأذن له بالخروج، وله جدان أو جدتان فكرها خروجه فليخرج ولا يلتفت إلى كراهة الجد والجددة؛ لأنهم لا حكم لهما حال حياة الأبوين. وإن كان الأبوان ميتين وله أبو الأب، وأم الأم لم يخرج إلا بإذنهما؛ لأن أب الأب بعد موت الأب ملحق بالأب، وأم الأم ملحقة بالأم في حق الحضانة فكذا في حق الإذن في الجهاد.

وإن كان له أب الأب وأب الأم وأم الأب وأم الأم، فالإذن إلى [أب] (١) الأب وإلى [أم] (٢) الأم، هذا إذا أراد الخروج إلى الجهاد.

وإن أراد الخروج إلى التجارة وإلى أرض العدو بأمان فكرها خروجه، فإن كان أمرا لا يخاف عليه منه، وكانوا قوما يوفون بالعهد ويعرفون بذلك، وله في ذلك منفعه، فلا بأس بأن يعصيهما.

وإن كان خرج في تجارة إلى أرض العدو مع عسكر من عساكر المسلمين فكره ذلك أبواه أو أحدهما، فإن كان ذلك العسكر عظيما لا يخاف عليهم من العدو وعليه أكثر الرأي، فلا بأس بأن يخرج.

وإن كان يخاف على أهل العسكر من العدو، وبغالب الرأي لا يخرج، وكذلك إن كانت سرية أو جريدة خيل لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن الغالب هو الهلاك.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

هذا الذي ذكرنا في الوالدين والأجداد والجدات .

فأما من سواهم من ذي الرحم كبناته وبنيه وإخوته وعماته وأخواله وخالاته وكل ذي رحم محرم إذا كرهوا خروجه للجهاد، وكان ذلك يشق عليهم، فإن كان يخاف عليهم الضيعة، بأن كان نفقتهم عليه، بأن لم يكن هناك^(١) [مال]^(٢) وكانوا صغاراً أو صغائر، [أو كن]^(٣) كباراً إلا أنه لا أزواج لهن، أو كانوا زمنى لا حرفة لهم فإنه لا يخرج بغير إذنهم لما قلنا في الوالدين .

وإن كان لا يخاف الضيعة عليهم، بأن لم تكن نفقتهم عليه بأن كان لهم مال أو لم يكن لهم مال إلا أنهم كبار أصحاء أو كبائر إلا أن لهن أزواجاً كان له أن يخرج من غير إذنهم .

فترك القياس في حق الوالدين ولهما زيادة حرمة ليست لغيرهما من المحارم، لا توجب ترك القياس في حق غيرهما من المحارم [فعمل في حق غيرهما من المحارم]^(٤) بالقياس .

وقضية القياس: جواز الخروج من غير إذن أحد^(٥) .

وأما امرأته، فإن كان يخاف عليها الضيعة لا يخرج إلا بإذنها، وإن كان لا يخاف عليها الضيعة: يخرج بغير إذنها، وإن كان يشق عليها ذلك .
وترك القياس في الوالدين لا يدل على ترك القياس في المرأة، وليس للمرأة من الحرمة ما للوالدين .

قال محمد - رحمه الله - لا، ولا يعجبنا أن تقاتل النساء المسلمات مع الرجال إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك بأن جاء النفير العام .

(١) في م: لهم .

(٢) سقط في أ .

(٣) في م: وكذا .

(٤) سقط في أ .

(٥) في م: أحدهما .

ولأن^(١) قتال النساء حاجة وضرورة فحينئذ لا بأس بقتالهن، لأن مواضع الضرورة مستثناة من القواعد.

وعند ذلك يخرج^(٢) يغير إذن أزواجهن، وآبائهن ولو منعوهن عن الخروج في هذه الحالة أثموا؛ لأن القتال في هذه الحالة فرض عين.

وكذلك إذا لم يضطر المسلمون إلى خروجهن وقدرن على القتال من بعيد من حيث الرمي، فلا بأس بذلك. ذكره القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري - رحمه الله - .

ولا تخرج الشواب^(٣) لمداداة الجرحي، أو^(٤) سقي الماء والطبخ والخبز لأجل الغزاة لما يخاف الفتنة في خروجهن.

وأما العجائز اللاتي دخلن في السن فلا بأس بأن يخرجن في الصوائف ونحوها من الجنود، يداوين الجرحى ويسقين الماء ويطحن ويخبزن، ولكن لا يقاتلن؛ وهذا لأن العجوز تشبه الرجل من وجه: من حيث إنها لا تشتهي، وتصافح الرجال وتخرج إلى الجماعة. وتشبه المرأة الشابة من حيث إنه لا يخلو بها رجل، ولا يجوز لها أن تسافر من غير ذي محرم.

وبشبهها بالرجال، قلنا: بأنها تخرج لمداداة الجرحى والطبخ والخبز.

وبشبهها بالمرأة الشابة، قلنا: إنها^(٥) تقاتل عملاً بالرأي بقدر الإمكان.

والصبي المراهق إذا لم يبلغ إذا طاق القتال، والحكم فيه كالحكم في البالغ لا

يخرج إلى القتال من غير إذن الأبوين إلا بعد مجيء النفي.

فإن أذن [له]^(٦) الأبوان بالخروج، لا بأس بأن يخرج ويقاتل كالبالغ، ولا يَأثم

(١) في م: فكان.

(٢) في أ: يخرجون.

(٣) في م: النسوان.

(٤) في م: و.

(٥) زاد في م: لا.

(٦) سقط في م.

الأب بإذنه، وإن كان يعلم أنه ربما يقتل في ذلك كالبالغ، وهذا لأن قصد الأب تهذيبه، وتهذيبه بلا إتلاف^(١) جائز؛ ألا ترى أنه يعلمه السباحة وإن كان قد يتلف بذلك.

وأقرب من هذا وأظهر: الختان فإن الأب أمر بختان الصغير وإن كان قد يتلف من ذلك.

كذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في باب قتل الرجال والنساء في الحرب.

وذكر القاضي الإمام الزاهد - ركن الإسلام - علي السغدري - رحمه الله - في باب الأمان: أن الأب إذا كان لا يخاف على الصبي نحو إن كان يرمي بالحجر^(٢) من فوق الحصن، أو بالنبل والنشاب فله أن يأذن له في القتال. فإن كان يخاف عليه بأن كان يخرج للبراز ليس له أن يأذن له في القتال.

وإذا أراد المديون أن يغزو، وصاحب الدين غائب، فإن كان عنده وفاء بما عليه من الدين، فلا بأس بأن يغزو، ويوصي إلى رجل ليقضي دينه [من تركته]^(٣) إن حدث به حدث؛ لأن لصاحب الدين [الحق]^(٤) في حبس دينه من مال المديون، لا في نفس المديون، وهذا الخروج لا يفوت هذا الحق؛ لأن المديون فوض إلى غيره قضاء حقه، وأقامه مقام نفسه في ذلك، فمتى حضر رب الدين أخذ دينه من الوصي^(٥) على الوجه الذي كان يأخذه من المديون.

قال محمد - رحمه الله - رأيت لو استقرض مالا وكان في يده ذلك حتى بدا له أن يغزو «ألم»^(٦) يكن له أن يوصي إلى غيره ليرده على صاحبه إذا حضر ويغزو، ولا

(١) في أ، م: إتلافه.

(٢) في م: بالحجارة.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: الموصي.

(٦) في أ، م: لم.

شك أن يكون له ذلك؟

وقال أيضا: أرأيت لو أراد أن يخرج إلى سفر للتجارة، والحج مع قيام الدين عليه، ولم يكن في سفره تفويت حق رب الدين ألم^(١) يكن له ذلك؟ [لا شك أن له ذلك]^(٢).

وإن لم يكن عنده وفاء الدين، فالأولى أن يقيم [ليتعجل بقضاء دينه]^(٣)؛ لأن قضاء الدين مستحق عليه [لعينه]^(٤) والغزو إذا لم يصبر النفير عاما غير مستحق عليه لعينه فإن غزا مع ذلك بغير إذن رب الدين، فذلك مكروه بمنزلة من خرج إلى الحج ولم يدع لعِياله ما يكفيهم بل أولى؛ لأن نفقه العيال تجب شيئا فشيئا، وقضاء الدين واجب في الحال.

فإن أذن له صاحب الدين في الغزو ولم يرئه من المال، فالمستحب له أن يتعجل بقضاء الدين؛ لأن بإذنه له في الخروج لم يسقط من الدين شيء فالأولى [له أن ينظر لنفسه ويبدأ]^(٥) بما هو الأوجب.

وإن غزا به في هذه الحالة لم يكن به^(٦) بأس؛ لأن^(٧) المنع عن الخروج لصاحب الدين، وقد رضي بسقوط حقه، فلا بأس بأن يخرج كالعبد يأذن له مولاه في الجمعة.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلا، وهو يعلم بطريق الظاهر أنه يرجع قبل أن يحل الأجل فالأصل له: «أن يتعجل»^(٨) بقضاء الدين، وإن خرج لم يكن به [بأس]^(٩)؛

(١) في أ، م: لم.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لتعجيل قضاء الدين.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في أ: أن يبدأ، وفي م: أن يبدأ بنفسه ويبدأ.

(٦) في م: له.

(٧) في م: في.

(٨) في أ، م: يتحمل.

(٩) سقط في أ.

لأنه ليس لصاحب الدين حق في منعه قبل حلول الأجل، فإن ذلك يبنى على توجه المطالبة بقضاء الدين، وذلك لا يكون مع [بقاء] (١) الأجل فهو والمأذون في الخروج سواء.

واستدل محمد - رحمه الله - على أن المقام له أفضل بما قال النبي ﷺ في القتل في سبيل الله إنه كفارة، ثم قال: إلا الدين فإنه مأخوذ به كما قال جبريل عليه السلام (٢).



(١) سقط في أ، م.
 (٢) روى عبد الله بن أبي قتادة الأنصاري، عن أبيه، أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله: أرأيت إن قُتِلْتُ في سبيل الله صابراً مُحْتَسِباً، مُقْبِلاً غَيْرَ مُدْبِرٍ، يُكْفَرُ اللَّهُ عَنِّي خَطَايَايَ؟ فقال رسول الله ﷺ: «نَعَمْ»، فَلَمَّا أَدْبَرَ، نَادَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، أَوْ أَمَرَ بِهِ فَنُودِيَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَيْفَ قُلْتَ» فَأَعَادَ عَلَيْهِ قَوْلَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «نَعَمْ إِلَّا الدِّينَ كَذَلِكَ قَالَ جِبْرِيلُ».

أخرجه مسلم (١٥٠١/٣) في الإمارة، باب: من قتل في سبيل الله كفرت خطاياهم إلا الدين (٨٨٥/١١٧)، وأخرجه الترمذي (١٨٤/٤) في الجهاد، باب: فيمن يستشهد وعليه دين (١٧١٢)، وقال: حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائي (٣٤/٦) الجهاد، باب: من قاتل في سبيل الله تعالى وعليه دين.

الفصل الخامس

في بيان من يجوز قتله من المشركين ومن لا يجوز

قال أبو يوسف - رحمه الله - سئل أبو حنيفة - رحمه الله - عن قتل النساء والصبيان والشيخ الكبير الذي لا يطيق القتال^(١)، والذين بهم زمانة لا يطيقون القتال، فمنه عن ذلك وكرهه.

والأصل في ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ رأى امرأة مقتولة في بعض الغزوات فقال: [هاه]^(٢) ما كانت هذه تقاتل، فلم قتلت؟ أدرك خالدًا وقل: لا يقتلن ذرية^(٣) ولا عسيقًا^(٤).

وهذا الجواب في المرأة إذا كانت لا تقاتل حقيقة، أما إذا كانت ذات رأي تقاتل برأيها، أو كانت ذات مال تحث الناس بمالها على القتال، تقتل. وكذلك إذا كانت ملكة تقتل ليتفرق قومها.

وهذا الجواب في الصبيان إذا كانوا لا يصلحون للقتال، ولا يقدرون على الصياح عند التقاء الصفيين، ولا يكونون راثيا للجيش، فأما إذا كان بخلاف ذلك يقتلون.

(١) في أ، م: القتل.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) الذرية: نسل الإنسان والنساء والصغار. ينظر: المعجم الوسيط (١/٦٤٤).

(٤) أخرجه أحمد (٣/٤٨٨)، وأبو داود (٣/١٢١، ١٢٢) كتاب الجهاد، باب: في قتل النساء، حديث (٢٦٦٩)، وابن ماجه (٢/٩٤٨) كتاب الجهاد، باب: الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان، حديث (٢٨٤٢)، والحاكم (٢/١٢٢) كتاب الجهاد، باب: لا يقتلن ذرية ولا عسيقا، والبيهقي (٩/٨٢) كتاب السير، باب: المرأة تقاتل فتقتل، وابن حبان (١٦٥٦) - موارد، من طريق المرقع بن صفي عن جده رباح بن الربيع أخي حنظلة الكاتب قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة غزاها وخالد بن الوليد على مقدمته، فمر رباح وأصحاب رسول الله ﷺ على امرأة مقتولة مما أصابت المقدمة، فوقفوا ينظرون إليها ويتعجبون حتى كفهم رسول الله ﷺ على ناقه له، فأفروا عن المرأة فوقف رسول الله ﷺ عليها ثم قال: «ها ما كانت هذه تقاتل»، ثم نظر في وجوه القوم فقال لأحدهم: «الحق خالد بن الوليد، فلا يقتلن ذرية ولا عسيقا». وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي. وصححه ابن حبان.

وهذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال، ولا على الصياح عند التقاء الصفين، ولا يقدر على الإحبال^(١)، ولا يكون من أهل الرأي والتدبير. أما إذا كان يقدر على القتال، يقتل، وكذلك إذا كان يقدر على الصياح عند التقاء الصفين يصل إليه بصياحه، يحرضهم على القتال وكذلك إذا كان قادرا على الإحبال؛ لأنه يجيء منه الولد، فيكثر من يحارب المسلمين فيصير مسيبا^(٢) إلى المحاربة من هذا الوجه، فيقتل.

وكذلك إذا كان صاحب رأي يقتل؛ لأن الناس يحاربون برأيه فيصير مسيبا إلى المحاربة، وقد صح أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة^(٣) وهو^(٤) ابن مائة وعشرين سنة^(٥)، وفي رواية ابن مائة وستين^(٦)؛ لأنه كان صاحب رأي. قال أبو يوسف [- رحمه الله - [سألت أبا حنيفة - رحمه الله -] عن قتل أصحاب الصوامع والرهابين، فرأى قتلهم حسنا.

(١) تبين الحقائق (٣/٢٤٥).

(٢) في أ، م: مسلما.

(٣) هو: دريد بن الصمة الجشمي البكري، من هوازن: شجاع، من الأبطال، الشعراء، المعمرين في الجاهلية، كان سيد بني جشم وفارسهم وقائدهم. غزا نحو مائة غزوة لم يهزم في واحدة منها، وعاش حتى سقط حاجباه عن عينيه، قتل يوم حنين على دين الجاهلية سنة ثمانية هـ.

ينظر: المحبر، لمحمد بن حبيب بن أمية بن عمرو الهاشمي، بالولاء، أبي جعفر البغدادي، تحقيق: إيلزة ليختن شتير، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص (٢٩٨)، (٢٩٩)، وخزانة الأدب ولب لباب لسان العرب، لعبد القادر بن عمر البغدادي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط (٣)، ١٩٨٩م (٤/٤٤٦)، والروض الأنف (٢٨٧).

(٤) في أ: وكان.

(٥) أخرجه البخاري (٧/٦٣٧) كتاب المغازي، باب: غزوة أوطاس، حديث (٤٣٢٣)، ومسلم (٤/١٩٤٣-١٩٤٤) كتاب فضائل الصحابة، باب: من فضائل أبي موسى وأبي عامر الأشعريين، حديث (١٥٦/٢٤٩٨).

(٦) المبسوط للسرخسي (١٠/٢٩)، تبين الحقائق (٣/٢٤٥).

(٧) ما بين المعقوفين في أ: سئل.

وفي السير الكبير: يروى عن^(١) أبي حنيفة أنهم لا يقتلون، وهو قول أبي يوسف^(٢) ومحمد.

وقيل: لا اختلاف في الحقيقة. [فما رواه]^(٣) أبو يوسف محمول على ما إذا كانوا [مخالطين الناس، أو خروجاً إليهم، أو دخولا عليهم، وكانوا يحثونهم على قتال المسلمين، والصبر على دينهم، والمقاتلة يصدر عن على]^(٤) رأيهم.

إذا كانت الحالة هذه يقتلون؛ لأنه لم يقع الأمن من جهتهم، وأنهم يقاتلون برأيهم، وإن كانوا لا يقاتلون بأنفسهم.

وما ذكروا في السير الكبير محمول على ما إذا أطبقوا الباب على أنفسهم ولا يخالطون الناس أصلاً، إذا كانت الحالة هذه لا يقتلون بلا خلاف؛ لأنه وقع الأمن من جهتهم؛ لأنهم لا يقاتلون برأيهم ولا بأنفسهم.

وقيل: في المسألة خلاف:

فهما استدلا: بما روي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه قال [ليزيد بن أبي سفيان^(٥)]^(٦) - وقد أمره على جيش - : وكذلك ستلقى أقواماً من أصحاب الصوامع والرهابين، زعموا أنهم فرغوا أنفسهم للعبادة، فدعهم وما فرغوا أنفسهم له^(٧).

(١) زاد في أ: فحمدو.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: ما وري.

(٤) سقط في م.

(٥) هو: يزيد بن أبي سفيان بن صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي. أمير الشام، وأخو الخليفة معاوية. كان من فضلاء الصحابة من مسلمة الفتوح. روى عن: النبي ﷺ، وعن: أبي بكر الصديق. وعنه: أبو عبد الله الأشعري، وعياض الأشعري، وعبادة بن أبي أمية. يقال: إنه مات في طاعون عمواس سنة ثمان عشرة. وقال الوليد بن مسلم: بل تأخر موته إلى سنة تسع عشرة بعد أن افتتح قيسارية.

ينظر: الإصابة (٦/٦٥٨)، وخالصة تذهيب تهذيب الكمال (٣/١٧٠).

(٦) في م: وكذلك.

(٧) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٤٤٧، ٤٤٨) رقم (١٠)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٢/ =

وأبو حنيفة - رضي الله تعالى عنه - قال: هؤلاء من أئمة الكفر، وقال الله تعالى: ﴿فَقْتُلُوا أَيْمَةَ الْكُفْرِ﴾.

ومعنى قوله: أنهم فرغوا أنفسهم للإصرار على الكفر، والاشتغال بما يمنع عنه في الإسلام، والظاهر أن الناس يقتدون بهم، فهم يحثون الناس على القتال فعلا وإن كانوا لا يحثونهم على ذلك قولاً.

ولأنهم بما صنعوا لا يخرج بنيتهم من أن تكون صالحة للمحاربة، وإن كانوا لا يشتغلون بالمحاربة كالمشتغلين بالحرثة والتجارة منهم بخلاف^(١) النساء والصبيان. وإن قتل واحد من هؤلاء مسلماً ثم أخذه المسلمون، فأما الصبي والمجنون، فلا ينبغي أن يقتلا؛ لأن قتلها إنما أبيض لدفع قتالهما وقد اندفع قتالهما حين وقع الظهور عليهما.

وهذا لأن فعلهما بمنزلة فعل البهيمة، ثم البهيمة لو صالت على إنسان حي أبيض قتلها دفعا، [ولو حدث]^(٢) واندفع قتلها لا يحل قتلها فكذا^(٣) هاهنا.

وأما المرأة والشيخ الكبير، فلا بأس بقتلها بعد ما أخذها؛ لأنهما مخاطبان من أهل^(٤) أن يستوجبا العقوبة جزاء على فعلهما، وقد تحقق الفعل الموجب للعقوبة بالقتل منهما؛ ألا ترى أنهما يقتلان قصاصاً، فكذا يقتلان جزاء على فعلهما.

ومن قتل [من هؤلاء من المسلمين]^(٥) قبل وجود القتال منه، فلا كفارة عليه ولا

= ٣٨٣، رقم (٣٣٧٩٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨٥/٩).
 أَنَّ أَبَا بَكْرٍ بَعَثَ جُيُوشًا إِلَى الشَّامِ فَخَرَجَ يَتَّبِعُ يَزِيدَ بْنَ أَبِي سَفْيَانَ، فَقَالَ: إِنِّي أَوْصِيكَ بِعَشْرٍ: لَا تَقْتُلَنَّ صَبِيًّا، وَلَا امْرَأَةً، وَلَا كَبِيرًا هَرِمًا، وَلَا تَقْطَعْ شَجَرًا مُمْرًا، وَلَا تُخْرِبَنَّ عَامِرًا، وَلَا تُفَقِّرَنَّ شَاةً، وَلَا بَقْرَةَ إِلَّا لِمَا كَلَيْتَ، وَلَا تُغْرِقَنَّ نَحْلًا، وَلَا تُحْرِقَنَّ وَلَا تُغْلَ، وَلَا تَجْبُنَنَّ.

(١) في أ، م: وإلحاق.

(٢) في أ، م: لو أحدث.

(٣) في م: وكذلك.

(٤) في م: أهل.

(٥) في م: من المسلمين من هؤلاء.

دية .

واستدل محمد - رحمه الله - في السير الكبير^(١) لبيان أن المرأة إذا قتلت إنساناً تقتل سياسة: [بما روى عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ أمر بقتل بنانة]^(٢)؛ لأنها كانت قتلت خلاد بن سويد^(٣) أمرها بذلك زوجها^(٤).

واستدل أيضا لبيان أنها إذا كانت تحرض النساء على القتال أنها تقتل؛ لما روي عن زيد بن حارثة^(٥) أنه قتل أم قرفة^(٦) وكانت ممن تحرض الناس^(٧) على قتال

(١) شرح السير الكبير، ص (١٤٢٠).

(٢) سقط في أ، م.

(٣) أخرجه ابن هشام في السيرة النبوية (١٢٣/٣، ١٢٤) عند الحديث عن غزوة بني قريظة في سنة خمس. وينظر: الاستدكار، لابن عبد البر (٦١/١٤) رقم (١٩٤٠٠).

وإسناده حسن من أجل محمد بن إسحاق - وهو ابن يسار المطلبي، صاحب السيرة النبوية - وقد صرح بالسماع فانتفت شبهة تدليسه. محمد بن سلمة: هو الحراني، وعبد الله بن محمد الثَّقَلِيّ: هو ابن علي بن نفيل الحراني.

وأخرجه أحمد (٢٦٣٦٤)، والطبري في تفسيره (١٥٣/٢١، ١٥٤)، وفي تاريخه (٢/١٠٢)، والحاكم (٣/٣٥، ٣٦)، والبيهقي في السنن (٨٢/٩)، وفي معرفة السنن (١٨٠١٨)، وابن عبد البر في التمهيد (١٤١/١٦ - ١٤٢) من طريق محمد بن إسحاق، بهذا الإسناد.

قال ابن هشام في تفسير قول المرأة: «حَدَّثْتُ أَحَدَهُنَّ»: هي التي طرحت الرحا على خلاد ابن سويد فقتلته.

(٤) شرح السير الكبير، ص (١٤٢٠).

(٥) هو: زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي اليماني: حَبُّ رسول الله ﷺ ومولاه، كان ممن بادر فأسلم من أول يوم، وشهد بدرًا، وقتل بمؤتة أميرًا سنة ثمان، قالت عائشة: لو كان حيًّا لاستخلفه رسول الله ﷺ.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (١/٣٥٠)، تهذيب التهذيب (٣/٤٠١)، الكاشف (١/٣٣٧).

(٦) أم قرفة: هي سلمى بنت مالك بن حذيفة بن بدر الفزارية، وهي بنت عم عيينة بن حصن، كانت تشبه في العز بجدتها - أم قرفة الكبرى - التي قتلها زيد بن حارثة لما سبى بني فزارة، وكانت سلمى سببت فأعتقها عائشة، ودخل النبي ﷺ وهي عندها، فقال: إن إحدانك تستنح كلاب الحووب، قالوا: وكان يعلق في بيت أم قرفة خمسون سيفًا لخمسين رجلًا كلهم لها محرم، فما أدري هذه أم قرفة الكبرى. ينظر: الإصابة (٤/٣٣٢).

(٧) في م: الرجال.

رسول الله ﷺ^(١).

واستدل أيضا لبيان أنها إذا أرادت قتل إنسان أنها تقتل، لما روي عن أبي^(٢) عبد الرحمن بن أبي عمرة أنه قال: أردفت امرأة خلفي فأرادت قتلي فقتلتها، فأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فأمر بها فدفنت^(٣).

واستدل أيضا لبيان أنها إذا كانت تعلن شتم رسول الله ﷺ تقتل.
لما روي عن عمير بن عدي^(٤) أنه سمع عصماء بنت مروان^(٥) تؤذي النبي ﷺ

(١) أخرجه أبو نعيم في دلائل النبوة (٥٣٤، ٥٣٥)، رقم (٤٦٢)، وأخرجه البيهقي (٢٠٤/٨)، كتاب المرتد، باب: قتل من ارتد عن الإسلام إذا ثبت عليه رجلا كان أو امرأة، وأخرجه الدارقطني (١١٤/٣) في كتاب الحدود والديات، حديث (١١٠)، من طريق الوليد بن مسلم عن سعيد بن عبد العزيز أن أبا بكر قتل أم قرفة الفزارية في ردتها، قتلة مثله شد رجلها بفرسين ثم صاح بهما فشقها، وأم ورقة الأنصارية كان رسول الله ﷺ يسميها الشهيدة فلما كان في خلافة عمر رضي الله عنه قتلها غلامها وجاريتها فأتي بهما عمر بن الخطاب فقتلها وصلبها.

(٢) صوابه: عبد الرحمن، وهو: عبد الرحمن بن أبي عمرة: عمرو بن محسن، وقيل: ثعلبة بن عمرو بن محسن، الأنصاري النجاري المدني القاص. روى عن أبي هريرة وعثمان بن عفان وغيرهما من الصحابة رضي الله عنهم. روى عنه الأعرج ومجاهد وشريك بن عبد الله بن أبي نمر. يقال: وُلِدَ في عهد النبي ﷺ، وقال ابن أبي حاتم: «ليست له صحبة». وهو ثقة مشهور. روى له البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه.

ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري (٣٢٧/٥)، التعديل والتجريح لمن حُرِّج له البخاري في الجامع الصحيح، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، تحقيق: أبي لبابة حسين، دار اللواء بالرياض، ط (١)، ١٤٠٦هـ (٢/٨٨٤)، الكاشف (٣٢٨٠)، تهذيب التهذيب (٢١٩/٦).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٠١/٥)، رقم (٩٣٨٣)، وابن أبي شيبه في المصنف (٤٨٣/٦) برقم (٣٣١٢٥)، وابن أبي أسامة في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث (٢/٦٧٣) برقم (٦٤٨)، عن عبد الرحمن بن أبي عمرة، قال: مر رسول الله ﷺ على امرأة مقتولة فأنكر قتلها، وقال: من قتلها؟ فقال رجل: أنا يا رسول الله أردفتها خلفي فأرادت قتلي فقتلتها، فأمر بها رسول الله ﷺ، فدفنت.

(٤) هو: عمير بن عدي بن خرشة بن أمية بن عامر بن خطمة. كان أبوه عدي شاعرا، وأخوه الحارث بن عدي قتل بأحد، وهو الأنصاري ثم الخطمي. ذكره ابن السكن في الصحابة، لم يشهد بدرًا لضرارته. وقال ابن إسحاق: كان أول من أسلم من بني خطمة، وهو الذي قتل عصماء بنت مروان، وهي من بني أمية بن زيد كانت تعيب الإسلام وأهله، فقتلها عمير بن

فقتلها ليلاً، ومدحه رسول الله ﷺ على ذلك^(١).

قال: ولا يقتل منهم الأعمى.

ولا مقطوع يده اليمنى خاصة؛ لأنه وقع الأمن من قتالهم.

ومراده من هذا: إذا كانوا لا يقاتلون بمال ولا رأي، وقد بينا نظيره في الشيخ

الفاني.

أما أقطع اليد اليسرى أو أقطع إحدى الرجلين، فهو ممن يقاتل؛ لأن مباشرة القتال في الغالب تكون باليد اليمنى، فإذا كانت صحيحة [يده وهو]^(٢) على وجه يمكنه المشي كان من جملة المقاتلة فيقتل.

والأخرس والأصم والذي يجن ويفيق في حالة^(٣) إفاقته يقتل؛ لأنه ممن يقتل وله نية صالحة للقتال واعتقاده يحمله على القتال، فيقتل دفعا لشره.

ولا بأس بأن يقتل الرجل من المسلمين كل ذي رحم محرم منه من المشركين إلا الوالد والوالدة والأجداد من قبل النساء والرجال والجندات.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَقَتْلُوا الْمُشْرِكِينَ كُلَّ بَشَرَةٍ﴾ من غير فصل بين القريب والأجنبي^(٤)، لو خيلنا وظاهر هذه الآية لكننا نقول: له أن يبتدىء بقتل الوالد والوالدة والأجداد والجندات إلا أنا تركنا ظاهر الآية في حق الوالد خاصة بما روي أن حنظلة بن أبي عامر استأذن من رسول الله ﷺ في قتل^(٥) أبيه المشرك فلم يأذن له في

= عدي، ومن يومئذ عز الإسلام وأهله بالمدينة.

ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب (٣/١٢١٧)، والإصابة في تمييز الصحابة (٤/

٥٩٨، ٥٩٩).

(٥) عصماء بنت مروان من بني أمية لها ذكر في الإصابة (٣/٣٤).

(١) أخرجه القضاعي في الشهاب (٢/٤٨)، برقم (٨٥٨)، وابن سعد في الطبقات الكبرى (٢/

٢٧، ٢٨).

(٢) في أ، م: اليد فهو.

(٣) في أ: حال.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/٣٢٥).

(٥) في أ، م: قتال.

قتله^(١)، وعبد الله بن عبد^(٢) الله بن [أبي]^(٣) سلول^(٤) في قتل أبيه عبد الله فلم يأذن له فقال رسول الله ﷺ: «إنه ينال منك، وأنا أستحي»^(٥) فقال: إذا نصر يقتله الله. وتركنا ظاهرها في [حق]^(٦) الوالدين بقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتدئ بقتلهما وقال الله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهْرَهُمَا﴾ فقد نهى الولد عن تأفيف الوالدين، والنهي عن تأفيفهما نهى عن الضرب وما فوّه من الجرح والقتل من طريق الأولى، والنص الوارد في الوالدين يكون واردا في الأجداد والجندات؛ لأن هؤلاء بمنزلة الآباء والأمهات. ألا ترى أنهم لا يقتلون بولد الولد، ولا يحبسون بدينهم كما لا يقتل الوالد بالولد، ولا يحبسان بدين الولد.

وأما النص الوارد في الوالدين لا يكون وارداً في حق من سواهما من المحارم، نحو العم والخال والأخت؛ لأن في حق هؤلاء نصاً آخر بخلافه، وهو قوله تعالى:

(١) أخرجه ابن أبي عاصم في الأحاد والمثاني (٢٣/٤)، برقم (١٩٦٧)، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عبد الله بن عبد الله بن أبي ابن سلول، رضي الله عنه أنه استأذن النبي في أن يقتل أباه فقال: «لا تقتل أباك» وأن حنظلة بن عامر استأذن النبي ﷺ أن يقتل أباه فقال: «لا تقتل أباك».

(٢) في أ، م: عبيد.

(٣) سقط في م.

(٤) هو: عبد الله بن عبد الله بن أبي بن مالك بن الحارث الخزرجي الأنصاري، أبوه عبد الله بن أبي المعروف بابن سلول وكانت سلول امرأة من خزاعة. وكان أبوه يكنى به فلما أسلم سماه رسول الله ﷺ عبد الله. وقد ذكره الحافظ العراقي فيمن كانوا يكتبون للنبي ﷺ. شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وأصيب أنفه يوم أحد فأمره الرسول ﷺ أن يتخذ أنفا من ذهب، واستشهد - رضي الله عنه - يوم اليمامة في حرب مسيلمة الكذاب سنة اثنتي عشرة. ينظر: الطبقات الكبرى (٥٤٢/٣)، أسد الغابة (٢٧٤/٣)، سير أعلام النبلاء (٣/١٩٢)، الاستيعاب (٢٨٦/١).

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٠/١٣٢)، خبر الاستئذان في الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، ص (٣١٨).

(٦) سقط في م.

﴿وَقَتِّلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾، ولأنه اجتمع في حق الأبوين حرمتان: حرمة القرابة، وحرمة الأبوة والأمومة؛ لأن للأب والأم زيادة حرمة بسبب الأبوة والأمومة ليست لغيرهما ممن له قرابة محرمة للنكاح، حتى لا يقتل الوالدان بالولد [ولا يحبسان بدينه]^(١)، وسائر القربات يقتلون به ويحبسون بدينه، والنص الوارد في حق الأبوين لا يصير واردا في حق سائر القربات، فيعم سائر القربات لقوله تعالى: ﴿وَقَتِّلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾.

والدليل عليه: أنه يجب على المسلم إحياء الوالد الكافر بالإنفاق، فلأن يجب [عليه]^(٢) الإحياء بترك القتل أيضًا.

قالوا: وهذا إذا لم يضطره الوالد إلى ذلك فأما إذا اضطره إلى ذلك فلا بأس بقتله إذا لم يمكنه الهرب [منه]^(٣)؛ وهذا لأن المأمور في حق [الابن المسلم]^(٤) أن يصاحب والديه بالمعروف، وأنه لا يتعرض إليهما بسوء^(٥) ابتداء [لا هلاك]^(٦) نفسه^(٧) وفي تركه حتى يقتله إهلاك نفسه، ولا رخصة فيه؛ ولأن الابن بقتل الأب في هذه الحالة يؤثر حياة نفسه على حياة أبيه، وللابن ذلك؛ ألا ترى أن الرجل إذا كان مع أبيه في سفر فأصابهما عطش ومع الابن ما يكفي لأحدهما، كان للابن أن يشربه وإن [كان]^(٨) الأب يموت عطشًا، كذا هاهنا^(٩).

وإذا صف الابن بأبيه في الصف، لا ينبغي له أن [يقتله]^(١٠) بقصده بالقتل ولا

(١) تقدمت في م قبل قوله: (لأن للأب والأم زيادة حرمة).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الابوين للمسلم.

(٥) في م: الابتداء.

(٦) في م: الهلاك.

(٧) في م: بنفسه.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: هنا.

(١٠) سقط في م.

ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين، ولكنه يلجئه إلى موضع يستمسك به، حتى يجيء غيره فيقتله.

روى محمد في الكتاب^(١) حديثا بهذه الصفة، قال محمد - رحمه الله - : وهو أحب إلينا.



(١) في أ، م: السير الكبير.

الفصل السادس

في بيان ما ينتهي به الأمر بالقتال

يجب أن يعلم أن الأمر بالقتال ينتهي بشيئين:

١ - الإسلام: على ما قال عليه الصلاة والسلام - : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»^(١). الحديث.

٢ - وبقبول الجزية: على ما قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ فيحتاج إلى بيان ما يصير الكافر [به]^(٢) مسلمًا.

فإن من الأقوال والأفعال ما يصير به الكافر مسلمًا، وما [يصير به المسلم كافرًا]^(٣) فلا بد من معرفة ذلك، حتى إذا أتى به كافر يعلم أن الأمر بالقتال قد انتهى في حقه، أو لم ينته.

وكذا يحتاج إلى بيان من تقبل منه الجزية من المشركين ومن لا تقبل؛ لأن الجزية لا تقبل من جميع الكفرة، كما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى. فلا بد من بيان ذلك ليعلم انتهاء الأمر بالقتال في حق كل شخص بعينه إذا قبل الجزية.

● أما بيان الأول: قال القدوري: - رحمه الله - في كتابه: الكفار على نوعين: منهم من يجحد الباري عزَّ وجلَّ، ومنهم من يقر به إلا أنه ينكر وحدانيته كعبدة الأوثان. فمن أنكره^(٤) إذا أقر به يحكم بإسلامه، ومن أقر به وجحد وحدانيته، إذا أقر بوحدانيته بأن قال: لا إله إلا الله، يحكم بإسلامه.

والأصل فيه قوله - عليه الصلاة والسلام - : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا

(١) أخرجه البخاري (٣/٣٠٨) كتاب الزكاة، باب: وجوب الزكاة (١٣٩٩)، وفي (١٢/٢٨٨)، كتاب استتابة المرتدين (٦٩٢٤)، وفي (١٣/٢٦٤) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة (٧٢٨٤)، ومسلم (١/٥٢) كتاب الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله (٢١/٢٣).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لا يصير به الكافر.

(٤) في أ: أنكر.

لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله تعالى»^(١). فقد اقتصر رسول الله ﷺ على قولهم: لا إله إلا الله؛ ليصيروا به مسلمين والكف عن القتال.

ولا شك أن الإقرار برسالة محمد ﷺ يشترط لصيرورة الكافر مسلماً، إنما اقتصر رسول الله ﷺ على ذلك؛ لأنه ﷺ كان يقاتل عبدة الأوثان من العرب، وهم كانوا يقرون بالله على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَيْنَ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولَنَّ اللَّهُ﴾. ولكن كانوا ينكرون الوجدانية على ما قال الله تعالى: ﴿إِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ يَسْتَكْبِرُونَ﴾ وقال الله تعالى فيما حكى^(٢) عنهم: ﴿أَجْعَلِ الْأَلِهَةَ إِلَهًا وَحِدًا إِنَّ هَذَا لَشَيْءٌ عُجَابٌ﴾ فكان كفر ذلك القوم من حيث إنكار الوجدانية.

فجعل رسول الله ﷺ الإقرار منهم بخلاف ما عرف من اعتقادهم دليل إسلامهم، فصار هذا الحديث أصلاً لنا أن كل كافر أقر بخلاف ما كان معلوماً من اعتقاده أنه يحكم بإسلامه.

وهذا لأنه لا طريق لنا إلى الوقوف على حقيقة الاعتقاد فلا يبنى^(٣) الحكم عليه، وإنما يبنى^(٤) الحكم على ما يسمع منه، فإذا أقر بخلاف ما هو معلوم من اعتقاده، استدللنا به على بدل اعتقاده، فيحكم بإسلامه.

ومن أقر بوجدانية الله وجحد رسالة محمد ﷺ، فإذا أقر برسالته يحكم بإسلامه، لأن كفره كان من حيث إنكاره رسالته، وقد أظهر خلاف ما عرف من اعتقاده. وأما الكتابي وهو اليهودي والنصراني، فقد قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إن إسلامه في زمن رسول الله ﷺ كان يثبت بشهادة ألا إله إلا الله وأن

(١) تقدم.

(٢) في م: أخبر.

(٣) في أ: يبنى.

(٤) في أ: يبنى.

محمدًا رسول الله ﷺ، وهم كانوا [يكفرون برسالة] ^(١) محمد ﷺ فكان الإقرار برسالته دليل الإسلام في حقهم.

واستدل ^(٢) عليه: بما روي أن رسول الله ﷺ «دخل على جاره اليهودي يعوده، فقال له: أشهد ألا إله إلا الله وأشهد أنني رسول الله» فنظر اليهودي إلى ^(٣) أبيه فقال له أبوه: أجب أبا القاسم، فشهد بذلك ومات، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذي أعتق بي نسمة من النار»، ثم قال لأصحابه: «تولوا أخاكم» ^(٤).

قال ثمة: (فأما اليوم ببلاد العراق) يريد محمد - رحمه الله - بقوله (اليوم) زمنه، إذا قال اليهودي أو النصراني: أشهد ألا إله إلا الله وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، لا يحكم بإسلامه ما لم يقل: تبرأت عن ديني ودخلت في دين الإسلام.

وهذا لأن اليهود بالعراق في زمن محمد - رحمه الله - كانوا فرقا، منهم: من يجحد رسالة محمد ﷺ ومنهم: من يقر برسالته وبعثه، [إلا أنه يقول: لم يبعث في آخر الزمان، ومنهم من يقر برسالته وبعثه إلا] ^(٥) أنه رسول [الله] ^(٦) إلى [العرب و] ^(٧) العجم لا إلى بني إسرائيل، ويستدلون ^(٨) بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيَّةِ رَسُولًا مِّنْهُمْ﴾.

فمن يقر منهم برسالته إذا قال: أشهد أن محمدًا رسول الله لا يكون مسلما حتى يتبرأ من دينه مع ذلك، ويقر بأنه دخل في الإسلام؛ لأنه يجوز أن يؤول إقراره أن

(١) في أ: ينكرون رسالة.

(٢) في م: فاستدل.

(٣) في م: على.

(٤) أخرجه البخاري (٣/٥٨٢-٥٨٣) كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي (١٣٥٦)، وينظر: بدائع الصنائع (١/٣٠٣)، والنهر الفائق (١/٤٠٠).

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ويتمسكون.

رسول الله لم يبعث بعد، وأنه رسول إلى [العرب و] ^(١) العجم لا إلى بني إسرائيل .
 وإنما شرط محمد - رحمه الله - مع التبرؤ عن دينهم إقرارهم بدخولهم في
 الإسلام؛ لأن اليهودي قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية أو ^(٢) المجوسية،
 فيجوز أنه تبرأ عن اليهودية لدخوله في النصرانية لا في الإسلام، وإليه أشار محمد
 [- رحمه الله - في السير الكبير، حيث قال: لأنه يريدون بذلك الدخول في
 النصرانية، فلا يحكم بإسلامهم ما لم يقرؤ بالدخول في الإسلام] ^(٣) .
 وكذلك لو قال: برئت من ديني، وأشهد ألا إله إلا الله، وأن محمدا عبده
 ورسوله، [لا] ^(٤) يصير مسلما .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - إذا كان بشهادة كتابه ^(٥) برسالة محمد ﷺ
 جوابًا، كان دخولا في الإسلام .

وعن بعض مشايخنا ^(٦) : إذا قيل لنصراني: أمحمد رسول الله حقا؟ قال: نعم،
 أنه لا يصير مسلما، وهو الصحيح؛ لأنه يمكنه أن يؤول فيقول: [هو رسول] ^(٧) إلى
 العرب والعجم ^(٨) . إلا أنه لم يبعث بعد ^(٩) .

ووقعت في زماننا أنه قيل لنصراني: أدين الإسلام حق؟ قال: نعم، فقيل له:
 أدين النصرانية باطل؟ فقال: نعم . فأفتى بعض المفتين بأنه لا يصير مسلما .
 وأفتى بعضهم: أنه يصير مسلما؛ لأنه لما أقر بحقيقة الإسلام، [فكأنه أقر بدخوله

(١) سقط في م .

(٢) في م: أو في .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في م .

(٥) زاد في أ: الثاني .

(٦) في أ: المسائل .

(٧) في أ: إنه رسول الله بحق .

(٨) زاد في أ: قال: نعم، يصير مسلما لأنه يمكنه أن يقول: هو رسول إلى العرب والعجم .

(٩) البحر الرائق (٥/ ٨٠) .

في الإسلام، ولما أقر ببطلان دين النصرانية^(١) فكأنه تبرأ عنها. ولو قال النصراني: تبرأت عن النصرانية ودخلت في الإسلام، أليس إنه يصير مسلماً؟ كذا هاهنا.

ووجه القول الآخر: أنه يحتمل أن يكون قوله^(٢): دين الإسلام حق للعجم لا إلى بني إسرائيل ودين [النصرانية]^(٣) باطل.

فإذا^(٤) قيل: يجب ألا يحكم بإسلام اليهودي والنصراني، وإن أقر برسالة محمد ﷺ وتبرأ عن دينه ودخل في الإسلام ما لم يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله ويقر بالبعث وبالقدر خيره وشره من الله تعالى، قال: هذا من شرائط الإسلام. ألا ترى أنه ذكر في حديث جبريل - صلوات الله عليه - حين^(٥) سأله النبي ﷺ عن الإيمان فقال: أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر كله خيره وشره من الله تعالى.

ولهذا قال النبي ﷺ: «جاءكم أخوكم جبريل - صلوات الله وسلامه عليه - ليعلمكم [معالم]^(٦) دينكم»^(٧).

-
- (١) سقط في م.
 (٢) زاد في أ، م: إلى.
 (٣) في م: النصراني.
 (٤) في م: يوم.
 (٥) في أ، م: فإن.
 (٦) سقط في م.
 (٧) من حديث عمر بن الخطاب: أخرجه مسلم (٣٦١/١-٣٨) كتاب الإيمان، باب: بيان الإيمان والإسلام، حديث (٨/١)، وأحمد (٢٨/١، ٥١، ٥٢)، وأبو داود (٦٣٥/٢)، (٦٣٦) كتاب السنة، باب: في القدر (٤٦٩٥)، والترمذي (٣٥٥/٤) أبواب الإيمان، باب: ما جاء في وصف جبريل للنبي ﷺ الإيمان والإسلام (٢٦١٠)، والنسائي (٩٧/٨) كتاب الإيمان، باب: نعت الإسلام، وابن خزيمة في صحيحه (٢٥٠٤) من طريق كهمس بن الحسن، وأخرجه البخاري في خلق أفعال العباد (٢٦)، ومسلم حديث (٨/٢) من طريق مطر الوراق، كلاهما (كهمس ومطر) عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عمر.

قلنا: الإقرار بهذه الأشياء إن لم يوجد نصا فقد وجد دلالة؛ لأنه لما أقر بدخوله في الإسلام، فقد التزم جميع ما كان شرط صحة الإسلام، وليس بجميع ما أخبر الله تعالى النبي ﷺ في القرآن، فالإسلام كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة.

[قال: وإذا] ^(١) قال اليهودي أو ^(٢) النصراني: أنا مسلم، أو قال: أسلمت، لا يحكم بإسلامه؛ لأنهم يدعون ذلك لأنفسهم، فإن ^(٣) المسلم: هو المستسلم للحق المنقاد له، وهم يزعمون أن الحق ما هم عليه، فلا يكون مطلق هذا اللفظ دليل الإسلام في حقهم. وكذلك إذا قال: أنا على دين الحنيفة، لا يصير مسلما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن اليهودي أو ^(٤) النصراني إذا قال: أنا مسلم أو قال: أسلمت. سئل: عن أي شيء أردت بذلك؟ فإن قال: أردت بقولي: أسلمت ترك دين [النصرانية أو اليهودية] ^(٥) والدخول في دين الإسلام، كان مسلما، فإن رجع بعد ذلك، كان مرتدًا.

وإن قال: أردت بقولي: أسلمت، أني على الحق، ولم أرد بذلك رجوعا عن ديني، لم يكن مسلما؛ لما بينا.

وفي مجموع النوازل: إذا قال الذمي لمسلم: أنا مسلم مثلك، يصير مسلما. وقال محمد بن مقاتل: [سمعت محمداً - رحمه الله -] ^(٦) يقول: إذا قال الذمي: أسلمت فهو مسلم، [قال: وهذا] ^(٧) قول غيره من العلماء.

وفي الأجناس: إذا قال المشرك: أنا مسلم، و[هو] ^(٨) ممن لا يقول كلمة الشهادة

(١) سقط في أ.

(٢) في م: و.

(٣) في م: قال.

(٤) في م: و.

(٥) في م: النصرى واليهود.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وليس هذا.

(٨) سقط في م.

كعبدة الأوثان، فهو عندنا^(١) مسلم.

ولو قال: قلت هذه الكلمة تعوذا حتى لا يقتلني، لا يقبل منه، وكان دليلا على إسلامه، والله تعالى أعلم.

وفي الروضة: إذا قال الكافر: آمنت بما آمنت به الرسل، كان مسلما. الحربي الذي ليس من أهل الكتاب إذا قال: لا إله إلا الله، محمد رسول الله، يصير مسلما.

وفي مجموع النوازل: مسلم قال لكافر: أسلم. فقال الكافر: الله واحد، يصير مسلما، وتأويله: إذا كان كافرا لا يقر بالوحدانية، ولو لم يقل هكذا لكن قال للمسلم: دينك حق، لا يصير مسلما.

وقال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني: يصير مسلما إلا إذا أقر بقوله: دينك هو، لكن لا أو من به.

وفي نوادر ابن رستم: إذا قال المجوسي في مرضه: برئت من الشرك، أو قال: حجوا عني حجة الإسلام، لا يصير مسلما.

ولو قال المجوسي: أسلمت وأنا مسلم، حكم بإسلامه؛ لأنهم [لا]^(٢) يدعون هذا الوصف لأنفسهم و[^(٣) يعدونه شتيمة [بينهم]^(٤) يشتم]^(٥) الواحد به ولده فيقول: يا مسلمان زال.

قال: فيكون ذلك دليل الإسلام في حقه، هكذا حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وذكر القاضي الإمام فخر الإسلام علي السغدني - رحمه الله - في شرح باب

(١) في م: عندي.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

السير: أن المجوسي إذا قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله، يحكم بإسلامه؛ لأنه ينكر رسالة محمد ﷺ، وإذا أقر بهذا فقد أقر بخلاف ما عرف من اعتقاده، فيدل ذلك على إسلامه وعلى قوة^(١) هذا التعليل لو قال: أ محمد رسول الله -، ولم يقل: لا إله إلا الله، يصير مسلمًا.

وفي مجموع النوازل: إذا قال المجوسي: صلى الله على محمد، لا يصير مسلمًا؛ لأنه لم يشهد على رسالته.

وقال بعض مشايخنا: إذا قال اليهودي أو النصراني: دخلت في الإسلام، يحكم بإسلامه، وإن^(٢) لم يتبرأ مما كان عليه؛ لأن في لفظه ما يدل على دخول حادث منه في الإسلام، وذلك غير ما كان عليه، فتضمن هذا اللفظ التبرؤ عما كان عليه.

وإذا صلى الكتابي أو أحد^(٣) من أهل الشرك في جماعة، حكم بإسلامه عندنا، وإذا^(٤) صلى وحده، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يحكم بإسلامه، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد: يحكم بإسلامه، ومن^(٥) مشايخنا من قال: لا خلاف في الحقيقة، فما^(٦) ذكره أبو حنيفة - رضي الله عنه - تأويله: [إذا صلى]^(٧) وحده بغير أذان وإقامة، وعند ذلك لا يحكم بإسلامه بالاتفاق؛ لأن الصلاة وحدها بغير أذان وإقامة ليست من الشرائع المختصة بشريعة محمد ﷺ.

وتأويل ما قال أبو يوسف ومحمد: إذا صلى وحده بأذان وإقامة، وعند ذلك يحكم بإسلامه [بلا خلاف]^(٨)؛ ولأن الأذان والإقامة من الشرائع المختصة بمحمد ﷺ.

(١) في م: قول.

(٢) في م: فإن.

(٣) في م: واحد.

(٤) في م: وإن.

(٥) في م: فمن.

(٦) في م: فإن ما.

(٧) في م: أذن وصلى.

(٨) سقط في م.

وروى دواد بن رشيد عن محمد - رحمه الله - : أنه إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا، كان مسلما .

قال ﷺ: «من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا، فله ما لنا وعليه ما علينا»^(١). وفي الأجناس: [إذا]^(٢) شهدوا بأننا رأيناه يصلي^(٣)، ولم يقولوا: بجماعة، فقال: صليت بصلاتي^(٤)، لا يكون إسلامًا، حتى يقولوا: صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا.

وعن داود بن رشيد: ولو شهد شاهد فقال: رأيت يصلي في المسجد الأعظم، و[شهد آخر فقال]^(٥): رأيت يصلي في مسجد كذا، [وهو منكر]^(٦)، لم يقتل، ويجبر على الإسلام؛ [لأن]^(٧) الاتفاق في فعل الصلاة وقد وجد، وهذا اتفاق على كونه مسلما، إلا أنهما لم يجتمعا على فعل [الصلاة]^(٨) من حيث الصورة، فاعتبرناه شبهة في إسقاط القتل.

وأما إذا صام أو أدى الزكاة أو حج، لم يحكم بإسلامه في ظاهر الرواية. وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد: إذا حج البيت على الوجه الذي يفعله المسلمون يحكم بإسلامه؛ لأنه ظهر منه فعل يختص به المسلمون، فيجعل ذلك دليل إسلامه.

(١) أخرجه البخاري (١/٦٥٣، ٦٥٤) كتاب الصلاة، باب: فضل استقبال القبلة، يستقبل بأطراف رجليه رقم (٣٩١).

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: منه.

(٤) في أ: صلواتي و.

(٥) في أ: وقال آخر.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

وفي الأجناس للناطفي: إذا رأوه تهيأ للإحرام ولبي وشهد المناسك مع المسلمين، كان مسلماً؛ لأن هذه العبادة على وجه [هذه]^(١) الهيئة تختص بطريقتنا^(٢)، فصار كالصلاة بجماعة، ولو شهدوا أنهم سمعوه يلبي ولم يشهد المناسك، أو شهدوا أنه شهد المناسك ولم يلب، أو شهدوا أنه لبي وشهد المناسك، لم يصر بذلك مسلماً؛ لأن العبادة لم تكتمل، ولا بد من وجود العبادة على أكمل الوجوه ليظهر الاختصاص بهذه الشريعة، ليحكم^(٣) بإسلامه.

وقال داود بن رشيد: إذا شهدوا أنه يؤذن، فذلك يكون عبادة له فيكون مسلماً، ولو قالوا: حججنا إلى مصر، [فكان]^(٤) مؤذناً: فقال محمد - رحمه الله -: جعلناه مسلماً.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا حمل مسلم على مشرك ليقتله فلما قهره^(٥) قال: أشهد ألا إله إلا الله، فإذا كان الكافر من قوم لا يقولون هذا، فعلى المسلم أن يكف عنه؛ لأنه سمع منه ما هو دليل إيمانه.

فإن أخذه وجاء به إلى الإمام فهو حر مسلم، [إن كان]^(٦) تكلم بكلمة التوحيد قبل أن يقهره المسلم؛ لأن الإسلام قبل القهر يعصمه عن الاسترقاق، كما يعصمه عن القتل.

فإذا^(٧) قال بعد ما قهره، فهو فيء^(٨)، ولكن لا يقتل؛ لأن الإسلام بعد القهر يعصمه عن القتل لا عن الاسترقاق.

(١) سقط في م.

(٢) في م: بشرعتنا.

(٣) في أ: فيحكم.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: راهقه.

(٦) في أ: لأنه.

(٧) في م: وإن.

(٨) في م: قن.

فإن قال: ما أردت الإسلام، إنما أردت الدخول في اليهودية أو أردت التعوذ؛ لئلا يقتلني، لم يلتفت إلى قوله؛ لأن الظاهر أنه [قصد]^(١) إجابة المسلم إلى ما طلب منه، والمسلم إنما يطلب منه الإسلام لا الدخول في اليهودية.

ولو كان حين قال: لا إله إلا الله، كف عنه فانفلت ولحق بالمشركين، ثم عاد يقاتل فحمل عليه الرجل، فلما رهقه^(٢) قال: لا إله إلا الله، فإن كان له فئة يلجأ إليها، فلا بأس بأن يقتله؛ لأنه الآن بمنزلة الباغي المقاتل [مع المسلمين]^(٣) في فئة ومثله يقتل، وإن كان مسلماً.

وإن لم تكن له فئة بأن كان تفرق جمعهم، فلا ينبغي له أن يقتله، وكذلك لو كان أسره، فإن كانت الفئة على حالها، فلا بأس بأن يقتله، وإن تفرقت الفئة، فليس له أن يقتله، ولكنه يؤدبه على ما صنع.

وإذا كان هذا الرجل ممن يقول: لا إله إلا الله، ولكن [لم]^(٤) يقر برسالة محمد ﷺ وباقي المسألة بحالها، فلا بأس بأن يقتله، وإن تكلم بهذه الكلمة؛ لأن هذا ليس بدليل على الإسلام حقيقة^(٥).

وإذا قال: أشهد ألا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله، فعليه أن يكف عنه؛ لأنه دليل الإسلام.

وإذا أكره على الإسلام فأسلم، صح إسلامه استحساناً.

وفي كتاب الارتداد^(٦): أن إسلام المكروه ليس بإسلام.

وفي نوادر ابن رستم: أن إسلام السكران إسلام.

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: صرب فكذا.

(٣) في أ: الدنية، وسقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: في حقه.

(٦) زاد في م: للحسن.

● أما بيان الثاني فنقول: [إن] ^(١) الكفار أصناف:

صنف لا يجوز أخذ الجزية منهم ولا إعطاء الذمة ^(٢) لهم: وهم المشركون من العرب ممن لا كتاب لهم [نحو] ^(٣) عبدة الأوثان والأصنام، فإذا ظهرنا ^(٤) عليهم لا نقبل من رجالهم إلا السيف ونساؤهم فيء.

والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿نُقِنَلُوهُمْ أَوْ تُسَلِّمُوا﴾ فقيل: نزلت الآية في مشركي العرب الذين كان بينهم وبين محمد ﷺ عهد.

وقال الله تعالى: ﴿فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [قيل: نزلت الآية في مشركي العرب الذين كان بينهم وبين محمد ﷺ عهد] ^(٥) [٦].

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: لا يقبل من مشركي العرب إلا السيف أو الإسلام ^(٧)، وأما نساؤهم وصبيانهم [فيء، عرف] ^(٨) ذلك بفعل رسول الله ﷺ في ذراري أوطاس ^(٩)، وهوازن ^(١٠) قسمها ^(١١) بين الغانمين.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: الدنية.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: ظفرنا.

(٥) تفسير الثعلبي (٤٠٦/٢)، وأسباب النزول، لأبي الحسن علي بن أحمد الواحدي، تحقيق: إيمان صالح شعبان، دار الحديث، القاهرة، ط (٤)، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ص (٥٧ - ٥٨)، ومعالم التنزيل، للبغوي (٢١٣/١).

(٦) سقط في م.

(٧) ذكره السيوطي في الدر المنثور (٥١/٦) وعزاه إلى النحاس عن ابن عباس قال: فجعل النبي ﷺ والمؤمنين بالخيار في الأسرى إن شأوا قتلوهم وإن شأوا استعبدوهم وإن شأوا فادوهم.

(٨) في أ: فعرف.

(٩) أوطاس: بفتح أوله وبالطاء والسين المهملتين، واد في ديار هوازن فيه كانت وقعة حنين، وهناك عسكروا ثقيف إذ أجمعوا على حرب رسول الله ﷺ، وكان على رأسهم مالك بن عوف، ويومئذ قال النبي ﷺ: «حمي الوطيس»، وذلك حين أسعرت الحرب، وهو أول من قالها، ويجوز أن يكون أوطاس جمع وطييس وهو: التنور، وقيل: الوطيس نقرة في حجرة يوقد تحتها النار فيطبخ فيه اللحم. ينظر: معجم ما استعجم (٢١٢/١)، معجم البلدان (٢٨١/١).

(١٠) هوازن: هي قبيلة عربية تسكن الطائف وسببت في غزوة حنين، منها مالك بن عوف =

وصنف يجوز أخذ الجزية منهم بالإجماع، وهم أهل الكتاب من اليهود والنصارى من العرب وغيرهم^(١)، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ من غير فصل بين العرب وغيرهم^(٢).
وعن النبي ﷺ أنه صالح أهل^(٣) نجران وهم نصارى العرب على ألفي^(٤) حلة^(٥) في كل سنة^(٦).

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه طلب الخراج من بني تغلب وهم نصارى [العرب]^(٧)، وإن ظفرنا عليهم قبل أن نعطيهم ذلك، فهم كلهم رجالهم ونسأؤهم وصبيانهم [فيء]^(٨).

وكذلك يجوز أخذ الجزية من المجوسي بالإجماع عربياً كان أو غير عربي، وقد صح أن رسول الله ﷺ وضع الجزية على مجوس هجر.
وأما الصنف الذي اختلفوا في جواز أخذ الجزية^(٩) منهم [فهم قوم من المشركين

= النظري. ينظر: المعارف، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، تحقيق: ثروت عكاشة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ط (٢)، ١٩٩٢م، ص (٨٦).

(١١) في م: وقسمها.

(١) زاد في م: من وصل بين العرب وغيره وعن النبي عليه السلام.

(٢) في م: وغيره.

(٣) في م: بني.

(٤) في أ، م: ألف ومائتي.

(٥) الحلة: الثوب الجيد الجديد غليظاً أو رقيقاً وثوب له بطانة وثوبان من جنس واحد وثلاثة أثواب وقد تكون قميصاً وإزاراً ورداء والمرأة والسلاح.

ينظر: المعجم الوسيط (١/٤٠٥).

(٦) أخرجه أبو داود (٣/١٦٧، ١٦٨) في كتاب الخراج والإمارة والفيء (٣٠٤١)، وفي سماع السدي، هو: إسماعيل بن عبد الرحمن القرشي، من عبد الله بن عباس نظر وإنما قيل: إنه رآه ورأى ابن عمر وسمع من أنس بن مالك - رضي الله عنهم - كذا قال المنذري. ينظر: عون المعبود (٨/٢٩٢).

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) يرى الحنفية: أنّ الجزية تؤخذ من عبدة الأوثان من العجم، ولا يقبل من العرب إلا

الإسلام، وتؤخذ الجزية من أهل الكتاب عربًا كانوا أو عجمًا، وتؤخذ من المجوسي - من يعظم النار ويعبدها - وتؤخذ ممن دخل في اليهودية أو النصرانية.

ويرى المالكية: أن الجزية واجبة على جميع كفار أهل الكتاب، ومن كل من دُعي إلى الإسلام ولم يستجب، وذكر القرافي: أن هذا ظاهر المذهب، وروي عن مالك استثناء الفرس، واستثنى ابن الجهم قريشًا، واستثنى ابن وهب مجوس العرب.

ويرى الشافعية: أن الجزية لا يجوز أخذها إلا ممن لهم كتاب أو شبهة كتاب، ومن ليس لهم كتاب ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان، فلا تؤخذ منهم ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، ويجوز أخذ الجزية ممن يدل دينه من أهل الكتاب، وإن لم يكن لهم حرمة بأنفسهم، فلهم حرمة بأبائهم، وتؤخذ الجزية من المجوس.

ومعنى قول الله تعالى: ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾.

أن الجزية تؤخذ ممن كان منهم من أهل القتال لاستحالة الخطاب بالأمر بقتال من ليس من أهل القتال إذ القتال لا يكون إلا بين اثنين، ويكون كل واحد منهما مقاتلاً لصاحبه، وإذا كان كذلك ثبت أن الجزية مأخوذة ممن كان من أهل القتال، ومن يمكنه أداءه من المحترفين من أهل القتال، فلا جزية عليه، فقالوا: من كان أعمى أو زماً أو مفلوجاً [المفلوج صاحب الفالج وقد فُليج والفالج الفحج في الساقين. لسان العرب ٣/٤٦٦] أو شيخاً كبيراً فائياً وهو موسر فلا جزية عليه، وهو قولهم جميعاً في الرواية المشهورة.

ويرى الحنابلة والظاهرية: أن الجزية لا تجب إلا على أهل الكتاب والمجوس، ومن يدين بدين أهل الكتاب كالشامرة - صنف من اليهود - والصابئة - صنف من النصارى - وللإمام أحمد قول بأخذها من العجم وعبدة الأوثان.

ولا يصح إلحاق عبدة الأوثان بأهل الكتاب؛ لأن كفر المشركين أغلظ من كفر أهل الكتاب، فإن أهل الكتاب معهم من التوحيد وبعض آثار الأنبياء ما ليس مع عبدة الأصنام، ويؤمنون بالمعاد والجزاء والتبوات، بخلاف عبدة الأوثان وعبدة الأصنام حرب لجميع الرسل وأمهم من عهد نوح إلى خاتم الأنبياء والمرسلين، ولهذا أثر هذا التفاوت الذي بين الفريقين في حل الذبائح وجواز المناكحة من أهل الكتاب دون عباد الأصنام، ولا ينتقض هذا بالمجوس، فإن رسول الله ﷺ أمر أن يُسن بهم سنة أهل الكتاب، وهذا يدل على أن الجزية إنما تؤخذ من أهل الكتاب، ووُضعت لأجلهم خاصة، ولو كانت الجزية تعم جميع الكفار لم يكن أهل الكتاب أولى بها من غيرهم، ولكان لهم حكم أمثالهم من الكفار، يقاتلون حتى يسلموا أو يعطوا الجزية.

ينظر: تبين الحقائق (١/٦٧١)، مجمع الأنهر (١/٦٧٣)، رد المحتار (٤/٢٠٠)، فتح القدير (٥/٣٩١)، شرح السير الكبير (١/٧٧)، المدونة (١/٥٢٩)، التلقين في الفقه المالكي (١/٢٣٨)، والذخيرة (٣/٤٥١)، الأم (٤/٢٨٦)، المهذب (٣/٣٠٥)، شرح

غير العرب وغير أهل الكتاب والمجوس، ويجوز أخذ الجزية منهم^(١) عندنا خلافاً للشافعي^(٢) - رحمه الله - .

والحاصل: أن في غير العرب: أهل كتاب وعبدة الأوثان الذين لا كتاب لهم، [وهم]^(٣) في حق قبول الجزية على السواء.

وفي العرب: أهل كتاب منهم من تعارف بعبدة الأوثان [فلا تقبل الجزية]^(٤) في حق عبدة الأوثان منهم.

والمعنى في ذلك: أن من يقر بعبادة الأوثان من العرب ازداد غلظاً من حيث إن القرآن أنزل بلغة العرب، وهم كانوا أعلم بكون القرآن معجزة من العجم، ومن حيث إنهم تابعوا أهواءهم في عبادة الصنم، ولم يعتمدوا في ذلك كتاباً من كتب الله تعالى، ولم يؤمنوا بشيء من أنبيائه، فغلظ كفرهم من وجهين، فغلظ في أمرهم، فلم يقبل منهم إلا السيف أو الإسلام.

وأما أهل الكتاب من العرب: أن غلظته من حيث إن القرآن نزل بلغتهم وهم أعلم بكون القرآن معجزة من العجم، فما تابعوا أهواءهم، بل تمسكوا بكتاب الله تعالى وآمنوا بالنبي الذي أنزل عليه الكتاب [فلحرمة إيمانهم بالنبي الذي أنزل عليه الكتاب]^(٥) الذي تمسكوا به، فلم يشدد في أمرهم، وقبل منهم الجزية.

= زاد المستقنع، مختصر المقنع، للإمام منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٨)، ص (٣٧)، حاشية الشرواني (٢٧٤/٩)، كشف القناع (٦٢/٣)، مطالب أولي النهى (٩٥٢/٢)، المغني (٥٥١/٤)، رحمة الأمة، ص (٣٨٦)، أحكام القرآن، للجصاص (٢٨٩/٤)، أحكام أهل الذمة (٢٢٤/١)، والمحلى (٣٤٦/٧).

(١) سقط في أ.

(٢) الأم (٢٨٦/٤)، المهذب (٣٠٥/٣)، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج (٢٧٤/٩)، رحمة الأمة، ص (٣٨٦).

(٣) سقط في أ، م.

(٤) زاد في م: في حق عبدة الأوثان في قبول الجزية وإعطاء الذمة لهم فتقبل الجزية من أهل الكتاب منهم.

(٥) سقط في أ.

أما الوثني من العجم: أن غلظ كفره من حيث إنه في عبادة الصنم لم يعتمد كتاباً من كتب الله تعالى، ولا آمن بنبي من أنبيائه، ولم يغلظ كفرهم من حيث علمهم بكون القرآن معجزة، فلم يشدد في أمرهم، وقبل منهم الجزية. وإذا ثبت هذا الحكم في الوثني من العجم، ثبت هذا في أهل الكتاب منهم من طريق الأولى.

وإذا طلب الأسارى من المسلمين الذمة، فللإمام أن يعطيهم الذمة. فرق بين هذا وبين ما إذا طلب قوم من أهل الحرب وهم يمتنعون بحصنهم أو منعتهم، فليس للإمام أن يعطيهم ذلك. والفرق: أن القياس [يأبى] ^(١) إعطاء الذمة لأن فيه تقريراً على الكفر الذي هو رأس المعاصي بما لا يأخذه المسلمون منهم، عرف ذلك بالنص في ذلك ^(٢) القاتل الممتنع، فيرد غير الممتنع إلى أصل القياس، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ.

(٢) في م: حق.

ومما يتصل بهذا الفصل:

قال محمد - رحمه الله - في آخر -السير الكبير - : إذا أسر الصبي أو الصبية مع أحد أبويه، فإنه لا يحكم بإسلامه حتى يكبر ويصف الإسلام، أو يسلم من معه من أحد أبويه، فإن الصغير يتبع خير الأبوين ديناً.

فإن سبي^(١) وليس معه أحد أبويه، لا يحكم بإسلامه أيضاً، ما دام المسلمون في دار الحرب؛ لأن الإسلام لا يتأكد ما داموا في دار الحرب، فكأنه لم يقع في يد المسلمين.

وإن خرج إلى دار الإسلام، كان مسلماً لو مات يلقى عليه؛ لأن أيدي المسلمين قد تأكدت بالإخراج إلى دار الإسلام وانقطع عنه جميع علائق الكفر؛ لأنه ليس معه أحد أبويه، ولا هو في دار الكفر، فاعتبر اليد، واليد فيه للمسلمين فصار مسلماً بتأكد أيديهم، هذا هو عبارة بعض المشايخ، وبعضهم قال^(٢): يصير مسلماً تبعاً للدار^(٣).

والذي يشهد للعبارة الأولى: ما روي عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - في صبي خرج إلى دار الإسلام وحده، وأخذ رجل من المسلمين يخنس والبقية له.

فلولا أنهما حكما بإسلامه بعد الأخذ وإلا لما صار فينا؛ لأن إسلام الحربي في

(١) السبي والسبأ لغة: الأسر، يقال: سبى العدو وغيره سبياً وسبأ: إذا أسره، فهو سبي على وزن فعيل للذكر. والأنثى سبي وسبية ومسبية، والنسوة سبايا، وللغلام سبي ومسبي.
أما اصطلاحاً: فالفقهاء في الغالب يخصون السبي بالنساء والأطفال، والأسر بالرجال. ففي الأحكام السلطانية: الغنمة تشتمل على أقسام: أسرى، وسبي، وأرضين، وأموال، فأما الأسرى فهم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بهم أحياء، وأما السبي فهم النساء والأطفال. وفي مغني المحتاج: المراد بالسبي: النساء والولدان.
ينظر: بدائع الصنائع (١١٩/٧)، مغني المحتاج (٢٢٧/٤)، الأحكام السلطانية، للماوردي، ص (١٣١، ١٣٤)، الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، ص (١٤١، ١٤٣).

(٢) في م: قالوا.

(٣) في م: للذات.

دار الإسلام قبل الأخذ والأسر يعصمه عن الاسترقاق.
 أما الإسلام بعد الأخذ لا يعصمه عن الاسترقاق^(١)، فلما حكم بكونه فيئا في هذه الصورة، علمنا أنه صار مسلما بعد ما وقع في يد من أخذه، لا بعد ما وقع في دار الإسلام.

وبعد ما حكمنا بإسلامه في هذه الصورة إذا كبر فلم يصف الإسلام، فهو بمنزلة المرتد يجبر على الإسلام، إلا أنه لا يقتل.

فإن لم يخرج هذا الصبي إلى دار الإسلام، ولكن أمير العسكر قسم الغنيمة في دار الإسلام، أو باعها فوقع الصبي في سهم مسلم [أو اشتراه مسلم]^(٢) فإنه يصير مسلما إذا لم يكن معه أحد أبويه؛ لأن البيع والغنيمة في دار الحرب تأكيد حق الغانمين في الغنيمة^(٣) كالإخراج إلى دار الإسلام، ولو أخرج إلى دار الإسلام، أليس إنه يصير مسلما؟ كذا هاهنا.

ولو سبي الصبي ومعه أبواه أو أحد أبويه فلم يخرج من دار الحرب حتى مات أبوه، ثم أخرج إلى دار الإسلام فهو مسلم؛ لأن بحالة الإحراز بدار الإسلام لا حالة السبي والإحراز وجد، وليس معه أحد أبويه فيحكم بإسلامه.

ولو أخرج إلى دار الإسلام [أو غنم]^(٤) أو بيع في دار الحرب ومعه أحد أبويه ثم مات أبواه، لم يحكم بإسلامه حتى يكبر ويصف الإسلام؛ لأنه لما أخرج إلى دار الإسلام تبع لأبيه، فقد تبعه في دينه، فلا يقع في هذه التبعية بموت الأب.
 ألا ترى أن أولاد أهل الذمة لما تبعوا آباءهم في أديانهم لا تنقطع هذه التبعية بموت الأب. كذا هاهنا.

(١) الاسترقاق لغة: الإدخال في الرق، والرق: كون الأدمي مملوكا مستعبدا. ولا يخرج الاستعمال الفقهي عن ذلك. ينظر: لسان العرب، مادة (رق).

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: يصير.

(٤) في م: لو قسم.

ولو أن هذا الصبي الذي سبي، وليس معه أحد أبويه باعه الإمام مع سائر الغنائم في دار الحرب، فاشترى ذلك الصبي ذمي، فشرأؤه جائز، ويجبر الذمي على بيعه من المسلمين.

والوجه في ذلك: أنا حكمنا بإسلام الصبي قبل شراء الذمي إياه؛ لأن بيع الإمام الغنائم في دار الحرب يتضمن تعميم الملك للغنمين في الغنائم على البيع؛ لأن بيع غير المملوك لا يجوز، فيصير الصبي ملكاً للمسلمين قبل البيع، فيحكم بإسلامه سابقاً على البيع تبعاً للمسلمين؛ فشراء الذمي صادف محلاً مسلماً، فيحكم بجوازه، ولكن يجبر الذمي على بيعه على ما عرف، هذا هو عبارة [بعض]^(١) المشايخ.

وعبارة بعضهم: أن الذمي إنما أصابه بمنعة من المسلمين فيجعل تابعاً للمسلمين في أحكامهم، ولا يجعل تابعاً للذمي في حكمه.

وهذا هو الوجه فيما إذا قال الإمام في دار الحرب: من أصاب رأساً فهو له، فأصاب ذمي صبياً فهو له ويكون مسلماً ويجبر الذمي على بيعه.

هذا هو الوجه أيضاً في ذمي دخل دار الحرب متلصصاً وأخرج صبياً إلى دار الإسلام، فإن الصبي يكون مسلماً ويجبر الذمي على بيعه.

ولو دخل [ذمي]^(٢) في^(٣) دار الحرب [بأمان]^(٤) واشترى صغيراً من [مماليكهم]^(٥) وأخرجه إلى دار الإسلام فإن الصبي يكون مسلماً ويجبر الذمي على بيعه.

ولو دخل دار الحرب فاشترى صغيراً، فأخرجه^(٦) إلى دار الإسلام وليس مع

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في أ: وهو صبي صغير إنما خرجه.

الصبي واحد [من] ^(١) أبويه، فالصبي لا يصير مسلماً، بل يكون ذميًّا بمثل حال المشتري.

هذا بخلاف ^(٢) ما لو دخل الذمي إلى دار الحرب متلصصاً فسرق صبياً وأخرجه إلى دار الإسلام حيث يصير الصبي مسلماً، ولو كان مع الصبي أبواه أو أحد أبويه من اليهود والنصارى، والذي اشتراه مجوسي فأخرجه إلى دار الإسلام، وليس معه واحد من أبويه، فالصبي كافر من أهل الكتاب، تؤكل ذبيحته ويحل [له] ^(٣) وطء الجارية بملك اليمين وبملك النكاح.

لأن دين أهل الكتاب أقرب إلى دين أهل الإسلام بحلين؛ حل الذبيحة، وحل المناكحة، فكان دين أهل الكتاب خير الدينين، فكان أنفع في حق الصغير، فكان أولى بالإثبات في حقه من دين المجوس.

ولو كان الصبي أبواه من المجوس أو من عبدة الأصنام، والذي اشتراه من أهل الكتاب فأخرجه إلى دار الإسلام وليس [معه أحد] ^(٤) أبويه، فإن الصبي يكون من أهل الكتاب تبعًا [للمالك] ^(٥) لما ذكرنا.

ولو أن قوماً من أهل الحرب أسلموا ولهم ممالك، فمن كان من ممالكهم صغيراً ليس معه واحد من أبويه، فإنه يصير مسلماً تبعاً للمالك؛ لأن الدار صارت دار الإسلام، [فكان المسلمون اشتروهم وأخرجوهم إلى دار الإسلام] ^(٦).

ولو لم يسلموا أولاً ^(٧) صاروا ذمة للمسلمين فرقيقهم كفار على دينهم، الصغار والكبار في ذلك على السواء.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: الخلاف.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: لولا.

ولو أن رجلاً من أهل الحرب دخل دار الإسلام بأمان ومعه عبد له صغير وليس معه واحد من أبويه، فالصبي كافر على دين مولاه، ولا يصير مسلماً بإخراجه إلى دار الإسلام؛ لأنه بهذا الإخراج لم يصير من أهل دار الإسلام، بل هو تبع لمولاه. ألا ترى أنه لو عاد مولاه إلى دار الحرب أدخله مع نفسه، فإذا كان تبعاً لمولاه كان حكمه حكم مولاه، [فإن أسلم مولاه]^(١) في دار الإسلام أو باعه من مسلم أو من معاهد، فالعبد كافر على دين أبويه حتى يكبر ويصف الإسلام. فإذا أسر المسلمون^(٢) صبياً ومعه أحد أبويه فلم يخرجوا الصبي إلى دار الإسلام [حتى مات أبوه]^(٣) فالولد مسلم إذا أخرج^(٤) إلى دار الإسلام تبعاً للمسلمين. [قال:]^(٥) ولو أن قوماً من أهل الحرب لهم منعة دخلوا^(٦) دار الإسلام ومعهم صبيان [من صبيانهم فظفر به المسلمون وأسروا]^(٧) صبيانهم فهم مسلمون كما أخذوا إذا لم يأسروا معهم آباءهم ولا أمهاتهم؛ لأنهم بنفس الأخذ صاروا محرزين بدار الإسلام، فهم بمنزلة ما لو أسروا في دار الحرب، ثم أخرجوا إلى دار الإسلام. فإن أسر الآباء والأمهات بعد ذلك. وهم على كفرهم، فالصبيان على حكم الإسلام كما كانوا.

وإذا أسروا الآباء أولاً، فالصبيان كفار على دين آبائهم. ولو خرج مع الصبي أبواه أو أحدهما بأمان لم يعتبر خروجهما وكان الصبي مسلماً، وإن خرج أبواه مستأمنين وصار الصبي مسلماً بالدار، ثم صار أبواه ذمة، فالغلام لا يرد إلى دين أبويه تبعاً لأحد أبويه.

(١) سقط في م.

(٢) في م: المملوك.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في م: خرج.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: فأدخلوا.

(٧) في أ: المسلمون صبيانا من، وفي م: لهم فقاتلهم المسلمون وأصابوا صبيانا من.

وهل يصير تبعًا للجد؟

ففي ظاهر الرواية: لا يصير مسلماً.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : يصير مسلماً.

وبعض مشايخنا قالوا: إنما يصير مسلماً.

ولو كان حربياً دخل مع امرأته دار الإسلام بأمان، وبينهما ولد صغير فأسلم أحد

الأبوين، يصير الولد مسلماً تبعاً للذي أسلم من أبويه.

[فالولد إذا كان لا يعبر عن نفسه، فإذا^(١) كان يعبر عن نفسه، لا يصير مسلماً

بإسلام أحد أبويه.

[وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب.

وبعضهم قالوا: يصير مسلماً بإسلام أحد أبويه^(٢) وإن كان يعبر عن نفسه.

فاستدل هذا القائل بما ذكره محمد - رحمه الله - في الكتاب: أن المستأمن^(٣)

في دارنا إذا أسلم وله ولد صغير في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام لزيارة أبيه

بأمان وهو ممن يعبر عن نفسه، ثم أراد أن يرجع إلى دار الحرب، لا يكون له ذلك؛

لأنه صار مسلماً تبعاً لأبيه، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن الذي يعبر عن نفسه ليس متبوعاً^(٤) في الإسلام

حتى لو أسلم لم يصح فكيف يكون تبعاً لأبيه؟.

قلنا: إن له عبارة عن نفسه في دار الإسلام كعبارة البالغ، إلا أنه ليس بالبالغ

(١) في أ: والولد إذا.

(٢) سقط في أ.

(٣) المستأمن لغة: اسم فاعل من استأمن إليه أي استجاره وطلب حمايته، ويقال: استأمن

الحربي أي أجاره ودخل دار الإسلام مستأمناً. ينظر: المعجم الوسيط، ص (٢٨).

واصطلاحاً: عرفه النووي بأنه: هو الحربي الذي دخل دار الإسلام بأمان. ينظر: تحرير

ألفاظ التنبيه، ص (٣٢٥).

قال صاحب الدر المختار: المستأمن أي الطالب للأمان هو من يدخل دار غيره بأمان

مسلماً كان أو حربياً. ينظر: الدر المختار (٤/٣٤٥).

(٤) في أ: ممنوع.

حقيقة، بل هو تابع للأب في كثير من الأحكام. فإن اعتبر حاله بنفسه: لا يصير مسلماً بإسلام أبيه، [وإن اعتبر حاله بأبيه]^(١) كما يعتبر حالة الصغير الذي لا يعبر عن نفسه، يصير مسلماً بإسلام الأب احتياطاً فيرد حاله من الإسلام والكفر، فجعلناه مسلماً بإسلام الأب، والله تعالى أعلم. فمتى عملنا بشبه التبعية في حق المحصور، وأدخلنا هذه الأشياء في الأمان، لزمنا العمل بشبه التبعية في حق المستأمن من طريق الأولى، فحيثذ يتعطل العمل بالشبهين.

ولأن المحصور ما استأمن ليتجر مع المسلمين، وإنما استأمن ليأمن على نفسه فإنه كان خائفاً على نفسه من المسلمين. والمستأمن من أهل الحرب استأمن ليتجر مع المسلمين ولا يستأمن على نفسه، فإنه كان آمناً على نفسه في داره من غير أمن، فإنه لم يكن محصوراً من جهة المسلمين.

قلنا: والمستأمن^(٢) لا بد له من الدواب [والأجراء]^(٣) والأمتعة، والأهل، ولهذا عملنا بشبه الأصالة في حق المحصور، وبشبه التبعية في حق غير المحصور. وإذا كان معه رجال، فقال: هؤلاء أولادي وصدقوه في ذلك [فهو]^(٤) فيء قياساً واستحساناً؛ لأن الأولاد الكبار ليسوا [بتبع]^(٥) حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكماً؛ لأن حكم التبعية في الأولاد الذكور ينقطع بالبلوغ، ولأن الغالب أنهم يستأمنون لأنفسهم بأنفسهم، ولا يستأمنهم غيرهم فلا تبعية في حقهم، لا في حق الأمان، ولا في شيء آخر، فلا يدخلون في أمانه.

(١) سقط في م.

(٢) في م: والتاجر.

(٣) في م: والإماء.

(٤) في م: فهم.

(٥) في م: تبع لا.

وإن كان معه نساء قد بلغن فقال: هن بناتي وصدقته، فالقياس: أن يكن فيئًا،
قياسا على الذكور البالغين^(١).

[وفي]^(٢) الاستحسان: هن آمانات؛ لأن مجيء الإناث من الأولاد و[هن]^(٣)
تابعات له من وجه، إنه هو الذي يتولى لهن العقود.
وكذلك في الأمان لأن الغالب أنهن لا يستأمن [بأنفسهم]^(٤)، وإنما يستأمن لهن
الآباء.

فصار الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل من يستأمن لنفسه في الغالب بنفسه
لا يجعل تابعًا لغيره في الأمان، و[أن]^(٥) كل من لا يستأمن لنفسه في الغالب بنفسه
يجعل تابعًا لغيره في الأمان.

فعلى هذا: أمه وجدته وأخواته وعماته وخالاته، وكل ذات رحم محرم منه
يدخلن في أمان المستأمن تبعًا للمستأمن، وأما أبوه وجدته وإخوانه لا يدخلون في
أمان المستأمن.



(١) في م: والبالغين.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

نوع آخر: في الأمان ثم يصاب المشركون بعد أمانهم:

قال محمد - رحمه الله - : وإذا أمن رجل من المسلمين ناسا من المشركين فأغار عليهم قوم آخرون من المسلمين فقتلوا الرجال وأصابوا النساء والأموال واقتسموا ذلك وولد [لهم منهم]^(١) أولاد ثم علموا بالأمان، فعلى الذين قتلوا دية من قتلوا ويردوا^(٢) النساء والأموال إلى أهلها، ويغرموا للنساء صدقاتهن بما أصابوا من فروجهن، والأولاد أحرار مسلمون تبعًا لأبائهم لا سبيل عليهم.

وإنما وجب ضمان النفس والأموال؛ لأن أمان الواحد جار عليه وعلى بقية المسلمين، فإذا أغار عليهم قوم من المسلمين^(٣) فقتلوا المستأمنين واستهلكوا أموالهم^(٤)، وقتل المستأمن، واستهلاك أمواله [سبب]^(٥) الضمان؛ لأن بالأمان تظهر العصمة والتقوم في أنفسهم وأموالهم اعتبارًا للأمان [المؤقت]^(٦) بالأمان المؤبد - وهو عقد الذمة - .

وإنما ترد النساء إلى أهليهن؛ لأنهن مستأمنات، والمستأمن لا يسبى ولا يسترق، ولكن إنما ترد بعد ثلاث حيض؛ [لأنهن وطنن بشبهة؛ لأنهم]^(٧) إنما وطئوهن على تقدير أنهن مملوكات لهم، والوطء بشبهة يوجب الاعتداد بثلاث حيض يوضعن على يد عدل، والعدل: امرأة عجوز ثقة.

وأن الرجل إنما يرد ما بقي من الأموال إلى أهلها؛ لأنها بقيت على ملكهم. وإنما غرموا للنساء صدقاتهن؛ لأنهن وطنن بشبهة والوطء بشبهة يوجب العقر وإنما يكون الأولاد ثابتي النسب منهم؛ لأنهم صاروا مغرورين؛ لأنهم وطئوهن على

(١) في م: لهن منهن.

(٢) في م: وترد.

(٣) زاد في م: وإنما قتلوا المستأمنين.

(٤) في م: أموال المستأمنين.

(٥) في م: يسبب.

(٦) في م: الموقوت.

(٧) سقط في م.

تقدير أنهم مملوكات لهم، وولد المغرور ثابت النسب، ويكون حراً إلا أنه في هذه الصورة الأولاد يكونون أحراراً بغير قيمة؛ لأن فيما عدا هذا الموضع ولد المغرور إنما يكون حراً بالقيمة، لأن الأم رقيقة فيجب أن يكون الولد رقيقاً تبعاً، إلا أن الشرع جعله حراً بالقيمة، نظراً للمستولد ونظراً لصاحب الجارية.

وهنا الأم حرة، والولد انفصل عن أصل حر، فيكون حراً بغير قيمة ويكون الأولاد مسلمين تبعاً للأباء؛ لأنهم مسلمون والولد يتبع خير الأبوين ديناً. والله أعلم بالصواب.



الفصل السابع

في إدخال [الغزاة]^(١) النساء مع أنفسهم في دار الحرب

وفي إدخالهم المصحف مع أنفسهم في دار الحرب

وفي اتخاذ أهل الثغور [الذراري و]^(٢) النساء وإمساكنهن إياهن في الثغور

وإذا أراد الغازي [أن يدخل]^(٣) امرأته مع نفسه في أرض الحرب أو جاريته، فإن كان يدخلها في سرية أو جريدة خيل، فذلك مكروه، سواء كان الإدخال لمنافع المسلمين، من القيام على المرضى أو مداواة الجرحى وسقي الماء، أو كان الإدخال للمباضعة، وسواء كانت المرأة عجوزا أو شابة.

وأما إدخالهن في العساكر العظام: إذا كن شوابا فمكروه، سواء كان الإدخال لمنافع المسلمين أو للمباضعة.

وإن كن عجائز: فلا بأس من إدخالهن لمنافع المسلمين.

وأما إدخالهن للمباضعة: إن كان الرجل يقدر على إخراجها إلى دار الإسلام إذا وقعت الهزيمة على المسلمين في دار الحرب، إما بقوة نفسه أو بقوة من معه من الغلمان والدواب، ولا تشغله عن القتال ولا شيء من أموره فلا بأس بإدخالها، الحرائر والإماء في ذلك سواء.

وإذا كان لا يقدر على إخراجها لو وقعت الهزيمة على المسلمين، أو كانت تشغله عن القتال أو عن شيء من أموره، فهو مكروه.

ولا بأس بإدخال المصحف أرض العدو لقراءة القرآن في العساكر العظام. أما السرية التي تدخل إليهم للغنيمة أو جريدة خيل، فإنه يكره لأحدهم أن يدخل المصحف على بلادهم؛ وهذا لأن الغازي ربما يحتاج إلى المصحف لقراءة القرآن بأن كان لا يحسن القراءة عن ظهر قلب، أو يتبرك به، أو ليستنصر به.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

فألقرآن حبل الله المتين من اعتصم به نجا، إلا أنه ينهى عن تعريض المصحف لاستخفاف العدو به، [ولهذا قلنا: إن الكافر إذا اشترى مصحفاً أو كتب مصحفاً يجبر على بيعه، وإنما يجبر على بيعه؛ كيلا يستخف به .

وإذا ثبت هذا فنقول: إدخال المصحف أرض العدو^(١) في العساكر العظام ليس بتعريض المصحف لاستخفاف العدو به^(٢)؛ لأن العسكر إذا كان عظيمًا فالظاهر أنهم يغلبون ولا يغلبون، فكان إدخال المصحف دار الحرب في العساكر العظام كإدخال بلدة أخرى من بلاد المسلمين .

أما إدخال المصحف أرض الحرب في سرية أو جريدة خيل يعرض المصحف لاستخفاف العدو به؛ لأن السرية في الغالب يغلبون .

والذي روى عن النبي ﷺ «نهى أن يسافر [بالقرآن]^(٣)، وتأويله هذا، أن يكون سفره^(٤) في سرية أو جريدة خيل، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير .

وذكر الطحاوي: أن هذا النهي كان في ذلك الوقت، لأن [المصاحف لم تكثر]^(٥) في أيدي الناس، فكان لا يؤمن إذا^(٦) وقعت المصاحف في أيدي العدو أن يفوت شيء [من القرآن]^(٧) من أيدي المسلمين^(٨)، أو يغيرون بعض ما في

(١) في أ: الحرب .

(٢) سقط في م .

(٣) أخرجه البخاري (١٣٣/٦) في كتاب الجهاد، باب: كراهية السفر بالمصاحف إلى أرض العدو (٢٩٩٠)، ومسلم (١٤٩٠/٢) في كتاب الإمارة، باب: النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار (١٨٦٩/٩٢)، (١٨٦٩/٩٤)، وأخرجه مالك في الموطأ (٤٤٦/٢)، في الجهاد، باب: النهي عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) في م: المصحف لم يكن .

(٦) في م: إذ لو .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: الناس .

المصاحف ما يعلمون أنه لم يبق بأيدي المسلمين، ويؤمن مثله في زماننا لكثرة المصاحف ولكثرة القراء.

قال الطحاوي: مصحف في أيديهم لم يستخفوا به؛ لأنهم وإن كانوا لا يقرون بأنه كلام الله، يعرفون بأنه أفصح الكلام وأوجز العبارات وأبلغ المعاني ولا يستخفون به كما^(١) يستخفون بسائر الكتب^(٢).

ولكن ما ذكره محمد - رحمه الله - أصح: فإنهم يفعلون ذلك بالمسلمين مغايظة، وقد ظهر ذلك من القرامطة^(٣) حين ظهروا على مكة جعلوا يستخفون بالمصاحف إلى أن قطع الله دابرتهم.

وإذا دخل الرجل إلى أرض الحرب بأمان، فلا بأس بأن يدخل المصحف مع نفسه إذا كانوا قوما عرفوا بأنهم يوفون بالعهد، [لأنهم إذا كانوا يوفون بالعهد]^(٤) لا يتعرضون لما في أيدي المستأمنين، فلا يصير إدخال المصحف في أرض العدو سببا للوقوع في أيديهم.

فإن^(٥) كانوا قوما لا يؤمن من غدرهم لا ينبغي له أن يدخل المصحف مع نفسه دارهم؛ لأنه ربما يصير سببا للوقوع في أيديهم.

قال محمد - رحمه الله - في أهل الثغور التي تلي أرض العدو: لا بأس بأن

(١) زاد في أ، م: لا.

(٢) المبسوط للسرخسي (٤/١٩٢).

(٣) هم أتباع حمدان قرمط، وكان كاريا (حراثا) من أكرة العراق؛ فنسبت إليه فرقة (القرامطة) التي تستقي من معين الباطنية.

والقرامطة هؤلاء من الزنادقة الذين ضلوا وأضلوا واستباحوا المحرمات، وعاثوا في البلاد فسادا، لما كثرت جمهرتهم ممن يميلون إلى الأهواء ويحبون التحلل من قيود الدين، ويرحبون بدعوة أعداء الإسلام من المجوسية والثنوية إذ قيل: إن أول داع إلى هذا المذهب كان يميل إلى عقيدة المجوس، ونشأ في مهد هذه الديانة من جهات فارس. ينظر: الفرق الإسلامية، لمحمود محمد البشبيشي، ص (٦٠).

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فإذا.

يتخذوا فيها النساء وأن يكون لهم [فيها]^(١) الذراري، وإن لم يكن بين تلك الثغور وبين أرض العدو أرض للمسلمين، إذا كان الرجال^(٢) فيها يقدرّون على دفع [شرهم عن]^(٣) أنفسهم وعن نسائهم وعن ذراريهم، أو كانوا^(٤) لا يقدرّون على دفع العدو، ويقدرّون على إخراج من معهم من النساء إلى مأمنهم من أرض المسلمين^(٥).

وإن كانوا^(٦) بخلاف ذلك، فلا ينبغي لهم أن يتخذوا فيها النساء والذراري وهذا لأن المسلمين ندبوا إلى المقام في الثغور، ليكونوا رسدا لمن وراءهم من أهل الإسلام، وليمنعوا العدو عن الدخول في دار الإسلام والتعدي بأهله.

وإذا لم يكن فيها النساء والذرية [اشتد عليهم المقام ثمة؛ لأنه يلزمهم القيام بجميع المصالح بأنفسهم وفيه حرج؛ لأنهم يلزمهم الامتناع عن قضاء الشهوة فإنه صعب فيحضرون ويتفرقون فلا يحصل المقصود؛ ولأنه إذا لم يكن فيها النساء والذرية]^(٧) ولم يكن فيها إلا الغزاة تضاءل أهلها فيجترئ عليهم العدو^(٨).

وأما إذا كان فيهم^(٩) النساء والذرية يكثرّون بمرور الزمان وتصبح تلك الثغور أمصارا ففضية هذا: أن يكون لهم ولاية اتخاذ النساء والذراري على كل حال، إلا إذا^(١٠) لم يكن للرجال الذين يسكنون الثغور دفع العدو عن أنفسهم وعن نسائهم ولم يكن لهم قوة إخراجهم إلى دار الإسلام؛ فقد عارض هذا الدليل دليلا آخر أقوى،

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: الذي.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: لا.

(٥) البحر الرائق (٨٣/٥).

(٦) في م: يقل.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: عدوهم.

(٩) في م: فيها.

(١٠) في م: أنه.

فإن اتخاذ النساء والذراري والحالة هذه تعريض لهم^(١) على السبي، وصيانتهم عن السبي واجب ما أمكن. ولا معارضة.

فإذا كان للرجال الذين يسكنون الثغور^(٢) قوة دفع العدو أو^(٣) قوة إخراج النساء إلى دار الإسلام، فيعمل بالدليل الذي ذكرنا.

فإن كان هؤلاء الرجال لا يقدرّون على الدفع بأنفسهم، ولكن إذا استغاثوا بالمسلمين لحقهم الغوث منهم فدفعوا بهم العدو، فإنه لا ينبغي لهم أن يتخذوا النساء والذراري فيها؛ لأن لحوق الغوث بهم للدفع موهوم؛ لأن المسلمين ربما يكونون^(٤) مشغولين بعضهم ببعض، بأن وقعت بينهم فتنة، أو عصبية فمنعهم ذلك عن إغاثتهم إذا ما استغاثوا، فاتخاذ النساء والحالة هذه تعريض لهن على السبي، وإنه [لا]^(٥) يجوز، والله أعلم.



(١) في م: لهن.

(٢) في أ: الثغر.

(٣) في م: و.

(٤) في م: يكون.

(٥) سقط في م.

الفصل الثامن

في الجعائل

قال محمد - رحمه الله - : قال أبو حنيفة : تكره الجعائل ما دام للمسلمين [قوة، وإذا] ^(١) لم يكن، فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً ^(٢).

يجب أن يعلم أن الجعائل جمع جعالة - بكسر الجيم - وهو مال يعطي للغازي [ليغزو به] ^(٣).

فإذا ^(٤) وقعت الحاجة أن يجهز الجيش، فلا يخلو إما أن يكون للمسلمين قوة القتال، بأن كان في بيت المال مال.

وإذا لم يكن لهم قوة القتال: فإذا كان في بيت المال مال، أو لم يكن لهم قوة القتال بأن لم يكن في بيت المال مال، فلا ينبغي للإمام أن يتحكم على أرباب الأموال فيأخذ شيئاً من مالهم من غير طيب أنفسهم، لما فيه من أخذ مال المسلم بغير طيب نفسه من غير حاجة وضرورة وإنه حرام بالحديث المعروف ^(٥)، وهو

(١) في م: فإذا.

(٢) الأصل، للشيباني (١١/١٦٢)، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، ليوسف بن موسى ابن محمد، أبي المحاسن جمال الدين المَلْطِي الحنفي، عالم الكتب، بيروت (١/٢٥٤).

(٣) في أ: بغزواته.

(٤) في م: وإذا.

(٥) أخرجه أحمد (٥/٧٣٧٢)، والدارمي (٢/٢٤٦)، كتاب البيوع، باب: في الربا الذي كان في الجاهلية، وأبو يعلى (٣/١٣٩) رقم (١٥٧٠)، والدارقطني (٣/٢٦) كتاب البيوع، رقم (٩٢، ٩٣)، والبيهقي (٦/١٠٠) كتاب الغصب، باب: من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً كلهم من طريق حماد بن سلمة عن علي بن زيد بن جدعان عن أبي حرة الرقاشي عن عمه به.

وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/٢٦٨) وقال: رواه أحمد، وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وفيه علي بن زيد وفيه كلام.

لكن للحديث شواهد كثيرة يرتقي بها إلى الصحة منها:

عن أبي حميد الساعدي أن النبي ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه».

أخرجه أحمد (٥/٤٢٥)، والبزار (٢/١٣٤ - كشف) رقم (١٣٧٣)، وابن

المراد من المذكور، فتكره الجعائل ما دام للمسلمين قوة، فأما إذا أراد أرباب الأموال إعطاء الجعل بطيب [من] ^(١) أنفسهم، فذلك لا يكون مكروهاً، بل يكون حسناً مرغوباً فيه، سواء كان في بيت المال مال أو لم يكن؛ لأنه إعانة على الجهاد وإنه بر وطاعة، والإعانة على ما هو بر وطاعة مندوب إليه ومرغوب فيه شرعاً، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾.

فإذا ^(٢) لم يكن في بيت المال مال، فلا بأس بأن يحكم الإمام على أرباب الأموال بقدر ما يتقوى به الذين يخرجون إلى باب الجهاد.

= حبان (١١٦٦ - موارد)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٢٤١)، وفي «مشكل الآثار» (٤/٤١، ٤٢)، والبيهقي (٦/١٠٠) كتاب الغصب، باب: من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً كلهم من طريق سليمان بن بلال عن سهيل بن أبي صالح عن عبد الرحمن بن سعد عن أبي حميد الساعدي به.
قال البزار: لا نعلمه عن أبي حميد إلا من هذا الطريق وإسناده حسن وقد روي من وجوه عن غيره من الصحابة.

وصححه ابن حبان.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/١٧٤): رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح.

ومنها: عن عمرو بن يثربي قال: شهدت خطبة رسول الله ﷺ بمنى فكان فيما خطب به أن قال: «ولا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه...».

أخرجه أحمد (٣/٤٢٢، ٥/١١٣)، والدارقطني (٣/٢٥٠، ٢٦٠) كتاب البيوع، رقم (٨٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٢٤١)، وفي «مشكل الآثار» (٤/٤٢)، والبيهقي (٦/٩٧) من طريق عمارة بن حارثة عن عمرو بن يثربي به.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/١٧٤): رواه أحمد وابنه من زياداته أيضاً والطبراني في «الكبير» و«الأوسط» ورجال أحمد ثقات. ١. هـ.

ومنها أيضاً: عن ابن عباس.

أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجة الوداع، فذكر الحديث وفيه: لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفسه.

أخرجه الدارقطني (٣/٢٥٠) كتاب البيوع رقم (٨٧)، والبيهقي (٦/٩٧) كتاب الغصب، باب: لا يملك أحد بالجناية شيئاً من طريق ثور بن يزيد الأيلي عن عكرمة عن ابن عباس.

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإن.

وقد صح أن أبا بكر - رضي الله عنه - بعث البعوث^(١) بعد وفاة رسول الله ﷺ من مال الأغنياء.

وهكذا روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه في أول خلافته قبل ظهور الفتوح كان يبعث البعوث من مال الأغنياء.

وهكذا روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كان يعطي الغازي فرس القاعد^(٢)، ثم من كان قادرا على الجهاد بنفسه وماله، فعليه أن يجاهد بنفسه وماله، [قال الله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ﴾] وحق الجهاد أن يجاهد بنفسه وماله^(٣). فأما إذا كان قادرا على الخروج بنفسه وله مال، لا ينبغي له أن يأخذ من غيره جعلاً؛ ليكون عمله خالصاً لله تعالى.

ومن عجز عن الخروج، وله مال ينبغي [له]^(٤) أن يبعث غيره عن نفسه بماله، فيكون^(٥) أحدهما مجاهداً بنفسه والآخر بماله.

ومن قدر على الخروج بنفسه إلا أنه لا مال له، فإن كان في بيت المال مال، فللإمام أن يعطيه كفايته من بيت المال؛ لأن بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من جملة نوائبهم.

فإذا أعطاه الإمام قدر كفايته، لا ينبغي له أن يأخذ من غيره جعلاً؛ لأن الجعل سبيله سبيل الصدقة؛ لأنه يسقط الواجب، والغني لا يباح له الصدقة وصار غنيا بما أعطاه الإمام.

وإن لم يكن في بيت المال مال، أو كان إلا أنه لم^(٦) يعطه الإمام فله أن يأخذ

(١) في م: بالثغور.

(٢) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٣/٣٠٦)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦/٤٧٥)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٧٧)، وابن حجر في الدراية (٢/١١٤).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: يصير.

(٦) في م: لا.

الجعل من غيره، فكان^(١) كالفقير الذي منع الإمام [حقه من بيت المال]^(٢) كان له أن يسأل الناس، وإن أعطاه الإمام كفايته من مال بيت المال، لا يكون له أن يسأل^(٣) الناس، كذا هاهنا.

فإن قيل: ينبغي ألا يجوز التجاعل؛ لأنه في معنى الاستتجار [على الجهاد]^(٤). قلنا: التجاعل ليس باستتجار على الجهاد، والجعل ليس بأجرة، وإنما رزق الشاخص وكفايته؛ ليكون للشاخص ثواب الغزو، وللجاعل ثواب النفقة، وهو كرزق القاضي من بيت المال يأخذ بطريق الرزق والكفاية لا بطريق الأجرة. كذا هنا.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السعدي: إذا قال القاعد للشاخص: خذ هذا المال فاغز به، فهذا ليس باستتجار^(٥) على الجهاد.

فأما إذا قال: [خذ]^(٦) المال لتغزو به عني فهذا استتجار على الجهاد فلا يجوز. وينبغي أن تكون مسألة الحج على هذا التفصيل أيضا.

وإذا دفع الرجل إلى غيره جعلًا ليغزو، هل له أن يصرفه في غير الغزو؟ فهذا على وجهين: فأما إن قال له صاحب الجعل حين دفع إليه الجعل: اغز بهذا المال عني، وفي هذا الوجه لا يكون له أن يصرفه في غير الغزو حتى لا يقضي به دين نفسه ولا يترك منه نفقه أهله، وكان كمن دفع [إلى آخر ما لا]^(٧) وقال له: [حج عني بهذا المال، لا يكون له أن يصرفه في غير الحج وإن قال له صاحب الجعل حين دفع الجعل إليه: هذا المال لك اغز به كان للمدفع إليه أن يصرفه إلى غير الغزو،

(١) في م: وكان.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: من.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بإيجار.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: مالا إلى رجل.

وكان كمن دفع مالا إلى رجل وقال له: هذا المال لك حج به، كان له أن يصرفه إلى الحج وإلى غيره^(١).

والمعنى في ذلك: أن صاحب المال ملكه المال وأشار إليه بإشارة فكان له أن يأخذ بإشارته، كما لو قال لآخر: هذه الدار لك فاسكنها، وهذا الثوب لك فالبسه، كان له ألا يسكنها ولا يلبسه، كذا هنا.

ذكر هذه الجملة: شيخ الإسلام في شرح السير الكبير، وشمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح السير الصغير.

وذكر شيخ الإسلام في شرح السير الصغير: أن للمدفع [له]^(٢) أن يترك بعض الجعل لنفقة عياله على كل حال، قال ثمة: لأنه لا يتهيأ له القتال والخروج إلى الجهاد إلا بهذا، فكان من أعمال الجهاد معنى^(٣).

وإذا دفع الرجل إلى غيره جعلاً ليغزو به، ثم عرض للمدفع إليه عارض من مرض أو غيره ولم يخرج بنفسه، فأراد أن يدفع إلى غيره أقل مما أخذ ليغزو به، فإن كان مراده ألا يمسك الفضل لنفسه، بل يرده إلى رب المال، فلا بأس به، وإن كان مراده أن يمسك الفضل لنفسه، فالمسألة على وجهين:

إن كان صاحب الجعل قال للمدفع إليه: اغز بهذا المال عني، فليس له أن يمسك الفضل لنفسه؛ لأن صاحب المال [قال له]: [اغز بهذا عني، ولم يقل: هذا المال لك]^(٤) [٥] منة، بل أباح له أن ينفق المال على نفسه في الغزو، فلا يملك إمساك شيء منه لنفسه^(٦).

(١) في م: هذا المال لك حج به، كان له أن يصرفه إلى الحج وغيره.

(٢) سقط في م.

(٣) البحر الرائق (٧٩/٥)،

(٤) في م: ملك.

(٥) سقط في أ.

(٦) البحر الرائق (٧٩/٥).

وإذا^(١) قال له: هذا المال لك [اغز به، كان له أن يمسك الفضل لنفسه؛ لأنه ملك المال]^(٢) منه، وأشار إليه بإشارة، فكان له ألا يأخذ بإشارته؛ ألا ترى أن له أن يمسك الكل لنفسه في هذه الحالة، فيكون له أن يمسك الفضل من طريق الأولى. إذا شارط مسلم مسلما [جعلا]^(٣) ليقتل كافرا حربيا فقتله، فلا بأس بذلك.

وقال محمد - رحمه الله - : وأحب للشارط أن يفى بما شرط، ولكن لا يجبر عليه، أما عدم الجبر؛ لأنه شرط له البدل على إقامة ما هو واجب عليه، ومثل هذا لا يجب البدل، ولا يجبر عليه.

ولكن يستحب له الإعطاء، وفاء بالوعد، أو لقبول قتل الحربي، [لأنه لا يقع للشارط على الخلوص]^(٤) بل يقع له من وجه وللمشروط من وجه، وفي مثل هذا لا يجب البدل ولكن يندب إليه.

ومن مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول محمد - رحمه الله - خاصة. [أما]^(٥) على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لا يجوز هذا الشرط. كما لو استأجر إنسانا ليستوفي قصاصا وجب له على آخر، على قوله: يجوز، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجوز، فهاهنا كذلك.

ومنهم من قال: هذا يجوز بالإجماع، واختلفوا فيما بينهم، [فمنهم من قال]^(٦): ليس هذا باستئجار إنما هو عهدة.

ألا ترى أنه قال: أحب للشارط أن يفى بذلك ولا [يجبر عليه]^(٧) [ولو كان

(١) في م: وإن كان.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: لأنه لا يصح للشارط على الخصوص.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: بعضهم قالوا.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: يجوز.

هذا [استتجارا لما قال ذلك .

وقال بعضهم: وإن كان هذا^(١) استتجارا ينبغي أن يجوز إجماعا وتحريضا على قتل أعداء الله تعالى .

قال: وإذا^(٢) كان الإمام أعطاه ذلك من بيت المال، كان [ذلك]^(٣) جائزا، يريد به أن الإمام لو أعطى رجلا من مال بيت المال شيئا ليقتل كافرا، لا بأس به؛ لأن هذا [الرجل - قاتل]^(٤) الكافر - عامل للمسلمين من وجه يدفع شره عنهم، ومال بيت المال مال المسلمين؛ فجاز إعطاء شيء منه لعمل [ينفع المسلمين]^(٥) .

فإذا شرط الرجل المسلم لكافر جعلاً ليسلم، فأسلم [فهو مسلم]^(٦) . وفي بعض الروايات يقول: فقد حسن إسلامه، ولا يجب الجعل على شارطه، وله الخيار إن شاء أعطاه وإن شاء منعه؛ لأنه شرط الجعل لإقامة عمل واجب وفرض على الأجير، وفي مثل هذا لا يجب الأجر، كالأب إذا استأجر ابنه للخدمة فإن أعطاه الجعل فهذا أفضل؛ لأن فيه وفاء بالعهد واحتراماً عن الخلف في الوعد الذي هو علامة المنافقين، ولأن فيه تأليفاً على الثبات على الإسلام، ولأن فيه ترغيباً لغيره في الإسلام .

ذكر أن معاوية بن أبي سفيان^(٧) ضرب بعثا على أهل الكوفة، ودفع عن جرير بن

(١) سقط في م .

(٢) في م: وإن .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: المال قتل .

(٥) في أ: يقطع للمسلمين، وفي م: يقع للمسلمين .

(٦) سقط في م .

(٧) هو: معاوية بن أبي سفيان بن صخر بن حرب الأموي، أبو عبد الرحمن: أسلم زمن الفتح، قال الحافظ شمس الدين الذهبي: ولي الشام عشرين سنة، وملك عشرين سنة، وكان حليماً، كريماً، سائساً، عاقلاً، خليقاً للإمارة كامل السؤدد. توفي في رجب سنة ستين . ينظر: تهذيب الكمال (١٧٦/٢٨)، تهذيب التهذيب (٢٠٧/١٠)، الثقات (٣/٣٧٣) .

عبد الله البجلي^(١) وولده ولم يقبلا ذلك منه، وقالوا: نتحمل كما يتحمل الناس^(٢) [في ذلك، وبهذا يستدل]^(٣) على أنه ينبغي للإنسان أن يشارك في أهل [محلته وأهل]^(٤) مسكنه في إعطاء النوائب، أخذ به بعض مشايخنا.

وعامة المشايخ على أن هذا الحكم كان في الابتداء؛ لأنه كان إعانة على الطاعة، أما في زماننا أكبر النوائب^(٥) يوجد بطريق الظلم ومن تمكن [من]^(٦) دفع الظلم عن نفسه فذلك خير له، ومن أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه وعن أداء المال لغيره حتى يستعين به على دفع الظلم، فينال المعطي ثواب ذلك.



(١) هو: جرير بن عبد الله بن جابر، وهو السليل بن مالك بن نصر بن ثعلبة بن جشم بن عوف البجلي القسري، أبو عمرو، كان إسلامه في السنة التي توفي فيها النبي ﷺ، ونزل الكوفة، وقال له عمر بن الخطاب: يرحمك الله، نعم السيد كنت في الجاهلية، ونعم السيد أنت في الإسلام، قال خليفة وغيره: مات سنة إحدى وخمسين، وقيل غير ذلك. ينظر: تهذيب الكمال (٤/٥٣٣)، تقريب التهذيب (١/١٢٧)، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال (١/١٦٣).

(٢) الأصل، للشيباني (٧/٤٢٨، ٤٢٩)، السير، لأبي عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، تحقيق: مجيد خدوري، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ط (١)، ١٩٧٥، ص (٩٧).

(٣) في م: فيه دليل.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: كان إعانة.

(٦) سقط في م.

الفصل التاسع

في بعث السرايا

قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس للإمام أن يبعث الرجل الواحد والاثنين أو الثلاثة سرية، إذا كان محتملا لذلك .

معناه إذا كان يطيق ذلك؛ لأنه إذا كان [لا]^(١) يطيق ذلك، لا يكون للإمام أن يبعثه ملقيا إياه في التهلكة، وهذا لأن المقصود من بعث السرايا [ليس للقتال فقط]^(٢)، بل تارة يكون المقصود أن [يتجسس فيرى]^(٣) الأعداء ويأتيه بما عزموا عليه من الشر، وتمكن الواحد من الدخول بينهم أظهر^(٤) من تمكن الثلاثة .

وقد يكون المقصود أن يأتيه بالخبر ويكون [بين]^(٥) الأعداء رجل آخر، ليقف على ما يتجدد لهم من الرأي بعد ما انفصل عنهم الأول وهذا يتم بالمشنى، وقد يكون المقصود: القتال، أو التوصل إلى قتل بعض المبارزين بينهم غيلة . وبالثلاثة فصاعدا يحصل هذا المقصود، فكان^(٦) الرأي فيه إلى الإمام يعمل بما فيه^(٧) .



(١) سقط في م .

(٢) في م: القتال .

(٣) في م: يحس خبر .

(٤) زاد في م: ليحصل هذا المقصود .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ: وكان .

(٧) زاد في م: بطريق المسلمين .

الفصل العاشر

فيما يجب من طاعة الإمام وما لا يجب

قال محمد - رحمه الله - : إذا دخل عسكر المسلمين دار الحرب للقتال فأمرهم الإمام بشيء كان على العسكر أن يطيعوه في ذلك، إلا أن يكون المأمور به معصية ييقين .

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ وقال ﷺ: «اسمعوا وأطيعوا لو أمر عليكم عبد حبشي أجذع»^(١) ويروى مجدع. و[لو]^(٢) خلينا وظاهر النص لقلنا^(٣): بوجوب طاعة [أولي]^(٤) الأمر وإن كان المأمور به معصية، ولكن تركنا ظاهره فيما إذا كان المأمور به معصية بالإجماع، وبنص آخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^(٥) ولا نص ولا إجماع إذا لم يكن المأمور به معصية فيعمل بظاهر النص .

(١) أخرجه مسلم (١٤٦٨/٣) كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية (٣٧/١٨٣٨)، والنسائي (١٥٤/٧) كتاب البيعة، باب: الحض على طاعة الإمام، وابن ماجه (٩٥٥/٢) كتاب الجهاد، باب: طاعة الإمام (٢٨٦١)، وأحمد (٦٩/٤، ٣٨١/٥)، وعبد ابن حميد (١٥٦٠، ١٥٦١)، عن أم الحصين، قالت: حججت مع رسول الله ﷺ حجة الوداع، قالت: فقال رسول الله ﷺ قولاً كثيراً، ثم سمعته يقول: «إن أمر عليكم عبد مجدع (حسبتها قالت) أسود، يقودكم بكتاب الله؛ فاسمعوا له وأطيعوا». قلت: وطرفه الأخير له شاهد من حديث أم سلمة.

أخرجه مسلم (١٤٨٠/٣) كتاب الإمارة، باب: وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع (١٨٥٤/٦٢)، من طريق ضبة بن محصن عنها أن رسول الله ﷺ قال: «ستكون أمراء، فتعرفون وتنكرون، فمن عرف برئ، ومن أنكر سلم، ولكن من رضي وتابع. قالوا: أفلا نقاتلهم؟ قال: لا، ما صلوا».

(٢) سقط في م .

(٣) في م: لعلمنا .

(٤) سقط في م .

(٥) أخرجه أبو داود الطيالسي، ص (٢١١٥)، (٨٥٦)، وأحمد في المسند (٦٦/٥)، والخطيب في تاريخ بغداد (١٤٥/٣)، والحاكم في المستدرک (٤٤٣/٣)، وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي .

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «عليكم بالسمع والطاعة لكل من يؤمر عليكم ما لم يأمركم بمنكر، ففي المنكر [لا سمع و]»^(١) لا طاعة»^(٢).

وهذا نص في الباب.

ثم الأمير إذا أمر العسكر بشيء، فذلك لا يخلو عن ثلاثة أوجه: إما أن علم أن أهل العسكر ينتفعون به بيقين بأن أمر الإمام ألا يقاتلوا في الحال مثلا وعلموا أن منفعتهم في ترك القتال في الحال بأن علموا أنهم لا يطيقون أهل الحرب، وعلموا أن لهم مددا يلحق بالثاني، متى كانت الحالة هذه كان ترك القتال في هذه الحالة منتفعا به في حق أهل العسكر فيطيعونه فيه.

وإن علموا أنهم يتضررون بترك القتال في الحال بأن علموا أن أهل الحرب لا يطيقونه في الحال وعلموا أن لهم مددا يلحق بهم ويتصرفون بهم على قتال المسلمين لا يطيعونه فيه.

وإن شكوا في المنفعة والضرر واستوى الطرفان فإنهم يطيعونه فيه؛ لأن طاعة الأمير حق على العسكر بيقين، واليقين لا يترك بالشك.

وهذا إذا أمرهم بقتال العدو وعلموا أنهم ينتفعون به بيقين أو شكوا فيه وقد استوى الظنان، فعليهم أن يطيعوه في ذلك.

فإن علموا أنهم لا ينتفعون به بيقين - بل يتضررون به بيقين - لا يطيعونه، وإن كان الناس فيه مختلفين [فمنهم من يقول: فيه الهلكة، و]»^(٣) منهم من يقول: فيه النجاة وشكوا في ذلك، ولم يترجح أحد الظنين على الآخر كان عليهم طاعته.

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه أبو بكر الخلال في كتاب السنة (١١٣/١) برقم (٥٧) عن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «عليكم بالسمع والطاعة، إلا أن تؤمروا بمعصية، فإذا أمرتم بمعصية فلا سمع ولا طاعة».

(٣) سقط في م.

وإذا عصى واحد من الجند أميره فيما أمره، فلا ينبغي للإمام أن يؤدبه في أول الوهلة، ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك إيلاء للعذر، فإن عصاه بعد ذلك أدبه، إلا أن يستبين^(١) عذراً فحيثذ يخلي^(٢) سبيله، ولكن يحلفه بالله لو فعلت لقد فعلت هذا بعذر؛ لأنه يدعي ما يمنع وجوب التعزيز بعد وجود^(٣) سبب ظاهر، وهو مخالفة أمر الأمير، وللتعزيز مدخل في القضاء ولا يعرفه إلا بيمين.

قال: وإذا نادى [منادي]^(٤) الأمير أن الساقة غدا على أهل كذا، [والميمنة على أهل كذا]^(٥)، والميسرة على أهل كذا فشد العدو على الساقة، فلا بأس على أهل الميمنة [والميسرة]^(٦) أن يعينوا أهل الساقة إذا خافوا عليهم وهذا إذا كانوا لا يخل ذلك بمراكزهم.

أما إذا كان يخل [ذلك]^(٧) بمراكزهم فلا يعينونهم؛ لأن الإعانة في مثل هذه الحالة لا تعتبر، [ليبان ارتفاع]^(٨) الخلل عن الساقة، يقع [في]^(٩) الميمنة والميسرة مثل ذلك أو فوقه، وإن أمرهم الأمير لا يخلوا [عن]^(١٠) مراكزهم، وهي^(١١) أن يعين بعضهم [بعضاً]^(١٢)، فلا ينبغي لهم أن يعينوا أهل الساقة ولو أمنوا من ناحيتهم وخافوا على أهل الساقة؛ لأن طاعة الأمير فرض بدليل مقطوع به، وما يخافونه موهوم، والموهوم لا يعارض المتيقن.

- (١) في م: يستشي.
- (٢) زاد في م: على.
- (٣) في م: وجوب.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: لإثبات ارتفاع.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) في م: فهي.
- (١٢) سقط في م.

قال: وإذا كان الأمير نهى أهل الجلد عن الخروج للعلاقة^(١) لا ينبغي لهم أن يخرجوا، أهل المنعة وغيرهم في ذلك على السواء.

إلا أنه ينبغي للإمام^(٢) إذا نهاهم عن الخروج للعلاقة أن يبعث قوماً من الجيش ويؤمر عليهم أميراً ويعتلفون للجيش نظراً لهم إذ الحاجة إلى العلف ماسة.

ولو لم يبعث الإمام واحداً وأصاب الجيش ضرورة من العلف وخافوا على أنفسهم أو على ظهورهم ولا يجدون ما يشترون، فلا بأس بأن يخرجوا وإن كان [فيه]^(٣) عصيان الأمير؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع.



(١) في م: العام.

(٢) زاد في م: أنه.

(٣) سقط في م.

الفصل الحادي عشر

في مسائل الأمان^(١)

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في بيان شرائط جواز الأمان، وفي بيان من يصح أمانه، ومن لا يصح؟

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -

أمان الحر المسلم، والحرمة المسلمة جائز على أهل الإسلام^(٢).

(١) الأمان والأمن والأمنة في اللغة: بمعنى هو ضد الخوف، من الفعل الثلاثي: أَمِنَ يَأْمَنُ - بكسر الميم في الماضي، وفتحها في المضارع - ك (فهم، يفهم)، و (سلم، يسلم)، يقال: أَمِنَ الرَّجُلُ، يَأْمَنُ أَمَانًا: إذا ذهب عنه الخوف، وَأَمِنَ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ - بالمد - أي: أعطاه الأمان، واستأمن الكافر المسلم، أي: طلب منه الأمان، واستأمن إليه، أي: دخل في أمانه، وأمن البلد، أي: اطمان به أهله؛ فهو آمن، وأمين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَهَذَا الْبَلَدُ الْأَمِينُ﴾.

والأمان اصطلاحًا: عرفه المالكية بأنه: «رفع استباحة دم الحربي، ورفع استباحة رقه وماله حين قتاله، أو العزم على قتاله مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما». المختصر الفقهي لابن عرفة (٥٣/٣).

وكما عرفه صاحب مغني المحتاج (٥١/٦) هو: عقد يفيد ترك القتل والقتال مع الحربيين.

وبناء عليه: فإنه لا يدخل في الأمان - حسب هذا التعريف - العفو عن القاتل، ولا الصلح والمهادنة.

وقد فرق ابن عرفة بين الأمان والاستئمان: فعرف الاستئمان بأنه إعطاء الأمان لحربي ينزل دار الإسلام لقضاء أمر معين ثم ينصرف بانقضائه، فهو إعطاؤه الأمان الخاص لنزوله أرض الإسلام لشراء ونحوه، فإذا فرغ سببه انصرف الأمان (أي انتهى) - والألف والسين في (استئمان) زائدتان وليست للطلب.

(٢) الأمان جائز بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ الآية [التوبة: ٦]. ومعناه: وإن جاءك أحد من المشركين لا عهد بينك وبينه وطلب أمانك وجوارك فأمنه؛ حتى يسمع كلام الله ويتدبره ويعرف حقيقة الإسلام، ثم أبلغه بعد ذلك مكانًا يأمن فيه على نفسه.

ووجه الدلالة: أن الله أذن لنبيه عليه الصلاة والسلام في إعطاء الأمان لمن سأله واستجار به، والاستجارة في الآية عامة؛ فتتناول الاستجارة لنشر العلوم، والتجارة، وسماع كلام الله، وغير ذلك من الأسباب التي تحمل على طلب الأمان.

يجب أن يعلم أن^(١) لجواز الأمان شرائط:

أحدها: الإسلام؛ لا يصح أمان الذمي على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

والثاني: أن يكون الأمان في منعة المسلمين.

حتى إن المسلم إذا كان أسيراً مقهوراً في أيديهم، أو كان تاجراً فيما بينهم، فأمنهم لا يصح [أمانه، وإنما لا يصح]^(٢)، لأن بلدة من بلاد أهل الحرب لا تخلو عن مسلم أسير أو^(٣) تاجر، وكلما نبذ^(٤) المسلمون أمان تلك البلدة يأمرسون الأسير أو التاجر حتى يؤمنهم، فتصحيح أمانهما يؤدي إلى امتناع الجهاد.

ذكر مسألة الأسير في الباب الأول من أبواب الأمان من غير ذكر قياس واستحسان. وذكر هذه المسألة في موضع آخر من السير وقال: القياس: أن يصح أمانه، وأراد بقوله: ألا يصح أمانه: في حق باقي المسلمين حتى كان ليأمن المسلمين أن يغزو فلأمانه.

أما في حقه صحيح، وهذا: لأن أمانه في حق [باقي]^(٥) المسلمين إنما^(٦) لا

وأما قوله سبحانه وتعالى: ﴿حَقٌّ يَسْمَعُ كَلِمَ اللَّهِ﴾ فهو إشارة إلى الحكمة المقصودة من إعطاء الأمان؛ وذلك لأنه إذا دخل بلاد المسلمين وأقام بينهم سمع منهم كلام الله، وعرف مقاصد الدين، وكثيراً ما يكون ذلك سبباً لإسلامه.

وأما السنة: فما رواه البخاري عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَشْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ، فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا؛ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ» [أخرجه البخاري (٤١٨/٦)، كتاب الجزية: باب إثم من عاهد ثم غدر (٣١٧٩)].

والذمة معناها: العهد والأمان والحرمة، وقوله: «يَشْعَى بِهَا أَدْنَاهُمْ» أي: يتحملها ويعقدها مع الكفار أقلهم.

وقوله: «فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا» أي: نقض عهده.

ووجه الدلالة: أن الحديث جعل حق الأمان لجميع المسلمين فمن أعطى منهم الأمان لكافر وجب على الجميع احترامه والوفاء به؛ فيستدل به على مشروعية الأمان في كل الأحوال التي ليس فيها ضرر على المسلمين.

(١) في م: بأن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: و.

(٤) في م: قصد.

(٥) سقط في م.

يصح؛ كيلا يؤدي إلى ترك الجهاد، وهذا المعنى لا يتأتى لو صح أمانه في حق نفسه، وإذا صح أمانه في حق نفسه صار حكمه وحكم الداخل فيهم [بأمان]^(١) سواء؛ فلا نأخذ شيئاً من أموالهم بغير رضاهم، وكذلك لا نأخذ ما كان للمسلمين وصار لهم بالاستيلاء والإحراز بدارهم، وما كان للمسلمين ولم يصبر ملكاً بالاستيلاء - لا بأس أن يأخذه ويخرجه إلى دار الإسلام.

وأما الحرية هل هي شرط:

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : شرط، حتى إن أمان العبد [المحجور عنده لا يصح^(٢)].

وقال محمد: ليست بشرط، حتى إن أمان العبد المحجور عنده يصح، ومعنى عدم الصحة عند أبي حنيفة: عدم الصحة في حق المسلمين، أما أمان المحجور في حق نفسه^(٣)، صحيح، بلا خلاف.

(٦) في م: أمان.

(١) سقط في م.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز أمان العبد، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم»، وفسره محمد بالعبد، ولقول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: «العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم» وفي رواية: «يجوز أمانه»، ولأنه مسلم مكلف، فصح أمانه كالحرة.

وزاد النووي: يصح أمان العبد المسلم وإن كان سيده كافراً.

وفي قول للمالكية: أنه لا يجوز أمان العبد ابتداءً وإذا أمن فيخير الإمام بين إمضائه ورده.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية: لا يصح أمان العبد المحجور عليه إلا أن يأذن له مولاه في القتال، لأنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه؛ لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله، بخلاف المأذون له في القتال؛ لأن الخوف منه متحقق، ولأنه مجلوب من دار الكفر، فلا يؤمن أن ينظر لهم تقديم مصلحتهم.

ينظر: بدائع الصنائع (١٠٦/٧، ١٠٧)، وحاشية ابن عابدين (٢٦٦/٣، ٢٢٧)، وفتح القدير (٢٩٩/٤، ٣٠٠، ٣٠١)، والشرح الصغير (٢٨٧/٢)، وبداية المجتهد (٣٩٣/١)، وروضة الطالبين (٢٧٩/١٠)، والمغني (٣٩٦/٨، ٣٩٧)، وكشاف القناع (١٠٤/٣).

(٣) سقط في م.

وقول أبي يوسف مضطرب، ذكره الطحاوي مع أبي حنيفة، وذكره الكرخي،
والحاكم الشهيد: مع محمد - رحمه الله - .

وأجمعوا على أن العبد إذا كان مأذوناً بالقتال من جهة المولى، فأمن، يصح
أمانه .

حجة محمد - رحمه الله - : أن الأمان من الحر والعبد المأذون إنما [أقر به] (١)؛
لأنه قرابة ولأنه جهاد معنى، وهما من أهل القرب، وهذا المعنى موجود في حق
المحجور .

وجه قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن الأمان إنما يصح بشرط أن يكون خيراً
للمسلمين، ومعنى الخيرية (٢) في الأمان مستور، لا يعرفه إلا من كان مشغولاً
بالقتال، والعبد المحجور مشغول بخدمة المولى دون القتال بخلاف العبد المأذون
بالقتال أذن بالأمان؛ لأن الأمان قتال معنى، ولأن المقصود من القتال إعلاء كلمة
الله تعالى، ودفع شر أهل الحرب عن المسلمين .

وهذا المعنى ربما يحصل بالأمان، ولا يحصل بالقتال، وإن كانت القوة لأهل
الحرب، فكان الإذن بالقتال إذناً بالأمان، فكان أمان المأذون بالقتال بإذن المولى،
فيتنقل أمانه إلى المولى، وصار كأن المولى هو الذي أمن .

بعض مشايخنا قالوا: هذا الخلاف في العبد المحجور فيما إذا لم يجيء النفير،
فأما إذا جاء النفير، يصح أمانه بلا خلاف؛ لأن في هذه الحالة القتال منه صحيح،
فكانه يقاتل بإذن مولاه .

وبعضهم قالوا: الكل على هذا الخلاف؛ لأن بعد مجيء النفير يقاتل عن نفسه،
ولا يذب عن الدين، فهو محجور عن القتال [شرعاً] (٣) فيكون على الخلاف .

(١) في أ: قرابة .

(٢) في أ: الحرية .

(٣) سقط في م .

وإنما التكليف هل هو شرط [لصحة الأمان؟
 فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - شرط^(١) حتى لا يصح أمان الصبي
 المحجور عن القتال عنده، والحج من أجناس ما ذكرنا في فصل العبد.
 وأما إذا كان الصبي مأذونا بالقتال، فقد ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أن أمانه
 صحيح بلا خلاف، وهكذا حكى عن الفقيه أبي بكر الرازي وبعض مشايخنا.
 والمعنى: أن أمان الصبي المأذون بالقتال حصل بإذن المولى فينتقل أمانه إلى
 المولى، وجعل كأن المولى هو الذي أمن.
 وبعض مشايخنا قالوا: هو على الخلاف أيضا، وعلى قول أبي حنيفة - رضي
 الله عنه - : لا يصح أمانه.
 فهذا القاتل يفرق بين الصبي المأذون في القتال، وبين العبد المأذون في القتال
 على قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
 والفرق ما ذكرنا: أن لصحة^(٢) الأمان شرط أن يكون الأمان^(٣) خيرا للمسلمين
 ومعنى الخيرية في الأمان مستور لا يعرفه إلا من هو معتدل الحال، والصبي ليس
 بهذه الصفة، ولا كذلك العبد.
 والجواب في الأمة كالجواب في العبد إن كانت [تقاتل بإذن]^(٤) المولى، فأمانها
 صحيح، وإن كانت لا تقاتل فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يصح أمانها.
 وأما أمان الذمي الذي خرج للغزو مع المسلمين باطل، هكذا ذكر في الكتاب،
 ولم يفصل بين ما إذا كان يقاتل بإذن الإمام، أو بغير إذن الإمام.
 وهذا الجواب على قول الكل لا يشكل في ما إذا كان [يقاتل]^(٥) بغير إذن

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: صحة.

(٣) زاد في م: شرط.

(٤) في م: لا تقاتل إلا بإذن.

(٥) سقط في م.

الإمام^(١)؛ لأنه لو صح أمانه في هذه الصورة، صح بنفسه .
 وإنما يشكل على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - إذا كان يقاتل بإذن الإمام،
 وكان يجب أن يصح أمانه على قول أبي حنيفة؛ لأن [الإذن بالقتال إذن بالأمان عند
 أبي حنيفة؛ ألا ترى أن إذن العبد بالقتال جعل إذنًا بالأمان عند أبي حنيفة، حتى
 إن^(٢) العبد المأذون لو أمن، صح أمانه، فكذا إذن الإمام للذمي يجب أن يجعل إذنًا
 للأمان عند أبي حنيفة حتى يصح [أمانه]^(٣) إذ أمان الذمي بإذن الإمام جائز، نص
 عليه محمد - رحمه الله وسيأتي ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى .
 فهذا الجواب يشكل على قول أبي حنيفة - رحمه الله - [في هذه الصورة، وظن
 بعض مشايخنا أن أمان الذمي إذا كان يقاتل بإذن الإمام صحيح على قول أبي حنيفة
 - رحمه الله -]^(٤) .

وبعضهم قالوا: يصح، وفرق هذا القائل بين الذمي يقاتل بإذن الإمام، وبين العبد
 الذي يقاتل بإذن المولى وهو الصحيح . والله أعلم .



(١) في أ، م: المولى .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

نوع آخر: في أمان الوكيل والرسول:

فإذا أذن الإمام لذمي أن يؤمن أهل الحرب فأمّنهم، جاز أمانه؛ لأن أمان الذمي بإذن الإمام كأمان الإمام بنفسه، ولو أمّنهم الإمام بنفسه، صح، فكذا إذا أمّنهم الذمي بإذن الإمام.

وليس إذا كان الذمي لا يملك الأمان بنفسه فوجب ألا يملك الأمان بالنيابة عن الغير؛ ألا ترى أن المسلم إذا وكل ذمياً أن يزوجه مسلمة، جاز، وإن كان الذمي لا يملك التزويج بالمسلمة لنفسه.

وكذلك: إذا أمره واحد من المسلمين [أن يؤمنهم، فأمّنهم، صح، وطريقه ما قلنا، ثم الإمام أو أحد من المسلمين]^(١) إذا أمر الذمي أن يؤمنهم لا يخلو من وجهين:

إما أن يقول له: أمّنهم، أو يقول له: قل إن فلانا يؤمنكم، وكل وجه من ذلك على قسمين:

أما أن قال لهم الذمي: أمّنكم، أو قال: إن فلانا أمّنكم، فهو سواء وصاروا آمنين.

أما إذا قال: [إن]^(٢) فلاناً أمّنكم، [فإن كان على هذا الوجه، فهم آمنون]^(٣)؛ لأنه وكيل بالأمان، والوكالة تتضمن معنى الرسالة؛ لأن الرسالة دون الوكالة، فكانت الرسالة داخلة تحت الوكالة، فكان آتياً بما أقر به.

فرق بين هذا، وبين الوكيل بالبيع إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة، بأن قال: إن فلانا يملكك^(٤) هذا العبد للخوف ويصير مخالفاً.

والفرق: وهو أن الوكيل بالبيع لا يملك أن يجعل نفسه رسولاً؛ لأنه يريد بذلك

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في أ، م: الوجه.

(٤) في أ، م: يملك.

إيجاب العهدة للمشتري على الموكل والموكل ما رضي بوجود العهدة على نفسه للمشتري، وإنما رضي به للوكيل، والرضى بوجود العهدة لزيد لا يكون رضا بوجود العهدة لعمرو.

وهذا المعنى معدوم في فصل الأمان؛ إذ ليس للأمان عهدة ترجع إلى أحد فلا يصير الوكيل^(١) بجعل نفسه رسولاً موجِّباً على الموكل [ما لم يرض به]^(٢).

وأما إذا قال: أمتكم، فكذا الجواب. وفيه نوع إشكال؛ لأن الوكيل بالأمان وكيل بعقد لا يرجع العهدة فيه إلى الوكيل، والوكيل بعقد لا يلحقه العهدة، فهو رسول معنى، والرسول إذا أضاف العقد إلى نفسه، يصير مخالفاً.

ألا ترى أن الوكيل بالنكاح إذا أضاف العقد إلى نفسه، يصير مخالفاً، وإنما صار مخالفاً؛ لأنه رسول معنى، وإن كان وكيلاً بصورة؛ لأن حقوق النكاح لا ترجع إليه. والجواب: أن الوكيل بالأمان هنا [إذا]^(٣) لم يضيف الأمان إلى الأمير نصّاً، فقد أضافه إليه معنى.

بيانه: أن الأمان لقطع^(٤) المحاربة بين الموكل، وبين أهل الحرب [فصار باعتبار قيام المحاربة فيما بين الموكل وبين أهل الحرب وبين]^(٥) الذمي، [ومن]^(٦) هو وكيل وبين أهل الحرب؛ لأنه [لا]^(٧) محاربة بين الذمي وبين أهل الحرب، مضيئاً للأمان إلى الموكل حتى تنقطع المحاربة^(٨).

واعتبر الوكيل بالأمان بالوكيل بالطلاق والعتاق، [فإن الوكيل بالطلاق والعتاق إذا

(١) في م: الموكل.

(٢) في م: سالما برضائه.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: يقطع.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في أ: من.

(٦) في أ: والآن.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في م: الأمان.

أضافهما^(١) إلى نفسه، صحح ولا يصير مخالفاً مع أنه رسول، حتى لا ترجع إليه الحقوق.

وإنما لا يصير مخالفاً؛ لأنه أضاف الطلاق والعتاق إلى الموكل^(٢) معني إن لم يضاف إليه صورة؛ لأن صحة الطلاق تبني على ملك النكاح، وصحة العتاق لا تبني على ملك المحل، وملك النكاح وملك المحل للموكل لا للوكيل، فصار مضيفاً العقد إلى الموكل، وصار كأنه قال: أزلت ملك موكلي.

بخلاف الوكيل بالنكاح؛ لأن صحة النكاح ليست تبني على قيام معنى بين الموكل والمرأة، فإن صحة النكاح باعتبار ملك البضع ملك المرأة لا ملك الموكل، والمهر يجب في الذمة، وللوكيل ذمة قابلة للمهر، فإذا كانت صحة النكاح لا تبني على أمر يتعلق بالموكل، لم يصير مضيفاً النكاح إلى موكله، لا صورة ولا معنى.

[والرسول إذا لم يضاف العقد إلى المرسل لا صورة ولا معنى]^(٣) يصير مخالفاً

له.

الوجه الثاني: ما إذا قال له الأمير: قل إن فلانا أمنكم، فقال لهم الذمي: إن فلانا أمنكم فهم آمنون؛ لأن الأمير جعله رسولا، وهو أخرج الكلام مخرج الرسالة، فكان آتيا بما أقر به.

وإن قال لهم الذمي: قد أمنتكم، فهو باطل، ولا أمان له؛ لأنه لم يأت بما أمر به، وقد أمره [بتبليغ]^(٤) الرسالة، وهو أخرج الكلام مخرج الوكالة، والرسالة لا تتضمن الوكالة؛ لأن الوكالة فوق الرسالة، ولهذا الطريق قلنا: إن الرسول في باب الطلاق والعتاق والنكاح إذا أضاف هذه التصرفات إلى نفسه لا يصح، وإنما لا يصح لما قلنا.

(١) في م: إذا أضاف الطلاق أو العتاق.

(٢) في م: الوكيل.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

[فإذا]^(١) قيل: إذا كان لا يثبت الأمان في هذه الصورة بقول المأمور: أمنتكم فلم لا يثبت [الأمان في هذه الصورة]^(٢) بقول الأمير له: قل إن فلاناً أمنتكم، [وهذا لأن قول الأمير للمأمور: قل إن فلاناً أمنتكم]^(٣) بمنزلة قول الرجل لغيره قل لامرأتي: إن زوجك [طلقك]^(٤) وذلك إنشاء إيقاع حتى تطلق للحال، فلماذا يجعل هكذا؟.

قلنا: احسب أن قول الأمير للمأمور: قل: إن فلاناً أمنتكم إنشاء أمان، إلا أن أهل الحرب لم يسمعوا كلام الأمير، وسماع الأمان شرط عمله بخلاف فصل الطلاق؛ لأن سماع المرأة الطلاق ليس بشرط لعمل^(٥) الطلاق.

[ثم شرط سماع أهل الحرب لفظة الأمان لثبوت الأمان]^(٦)، ولم يشترط فهمهم كون المسموع أماناً حتى قال: إذا سمعوا صوت المسلمين بالأمان بأي لسان كانوا نادوهم [به]^(٧) وعرفوا ذلك، وفهموا منه الأمان أو لم يعرفوا ذلك، ولم يفهموا منه الأمان، فهم آمنون.

والقياس: أن يشترط فهم السامع كون المسموع أماناً؛ لأن معنى الأمان إزالة الخوف، وبدون الأمان لا يتحقق إزالة الخوف، فلا يتحقق الأمان.

ألا ترى أنا شرطنا سماع الأمان، وإنما شرطنا ذلك لصحة الأمان؛ لأن [الأمان]^(٨) إسقاط حق القتل والأسر، وصحة الإسقاط لا تتوقف على سماع المسقط عنه دليلاً^(٩) كالطلاق، ولكن شرطنا السماع لتحقق الأمان؛ لأن الأمان

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: طالق.

(٥) في م: ليعمل.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: دليله.

لإزالة الخوف. يقال: أمن يؤمن أماناً إذا أزال الخوف، وإزالة الخوف لا تتحقق قبل سماع من يتحصل له الأمان، فلا يكون الموجود قبل السماع أماناً.

وهذا المعنى يضبطه^(١) اشتراط فهم السامع، ولكننا تركنا القياس في حق الفهم بأثر عمر - رضي الله عنه - وأنه كتب إلى جنوده بالعراق: إنكم إذا قلتم: لا تخف أو مترس فهو آمن، فإن الله تعالى يعرف الألسنة كلها^(٢).

ووجه الاستدلال به: أن جنود عمر - رضي الله عنه - بالعراق لما أن كانوا يقاتلون [العرب]^(٣)، والعرب لا يعرفون مترس أماناً، وإن كانوا يقاتلون الفرس، والفرس لا يعرفون (لا تخف) أماناً، وإن كانوا يقاتلون الروم، والروم لا يعرفون شيئاً من ذلك أماناً مع هذا أثبت عمر - رضي الله عنه - الأمان للكل، وإلغاء^(٤) فهم السامع، والأثر الوارد بإلغاء الفهم لا يكون وارداً بإلغاء السماع والفهم، [لأن فيه إلغاء شيئين، وإلغاء شيئين أكبر من إلغاء شيء واحد]^(٥).

والنص الوارد في موضع لا يكون وارداً فيما هو فوقه، ورد السماع إلى أصل القياس، وقضية القياس اشتراطهما، وصار الأمان نظير سجدة التلاوة، فإن سماع التلاوة شرط لوجوبها.

وهو ليس بمفهوم؛ لأنهم يهابون أمة المسلمين [ويطمعون فيه]. ثم ليس الشرط هو السماع حقيقة، وإنما الشرط السماع إما حقيقة أو اعتبار بأن يكون النداء من موضع يسمع فيه الصوت؛ ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - أن المسلمين إذا حاصروا حصناً وناداهم رجل من المسلمين بالأمان من موضع يسمعون صوتاً،

(١) في م: يقتضي.

(٢) علقه البخاري في صحيحه (١٠١/٤) كتاب الجزية، باب: إذا قالوا صباناً، وينظر: شرح السير الكبير، ص (٢٨٣).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: والمعنى.

(٥) في م: وإلغاء شيئين واحد.

إلا أن غالب الرأي أنهم لم يسمعوا بأن كانوا نياما، أو كانوا متشاغلين بالحرب فهذا أمان؛ لأن حقيقة السماع أمر باطن لا يقف عليه المسلمون؛ فيقام السبب المقتضي إلى السماع - وهو النداء من موضع يسمع فيه الصوت - مقام حقيقة السماع، ثم سماع الكل ليس بشرط لصحة الأمان في حق الكل، بل سماع الأكثر يكفي ويقوم مقام سماع الكل.

قال: ولو أن رسولا أرسله أمير عسكر المسلمين في دار الحرب إلى ملك الدار أو إلى أمير حصن أو مدينة في حاجة له، فذهب الرسول وهو رجل مسلم، وقال لذلك الملك: إن أمير المسلمين أرسلني إليك في كذا وكذا وبلغ الرسالة، قال: وأرسلني مع ذلك بأمانك، وكان كاذبا في تبليغ الأمان ففتح الملك الحصن، فهم آمنون. وكذلك إذا كان هذا الرسول رسول جماعة من المسلمين، ولو كان هذا الرسول رسول واحد من الرعايا، وباقي المسألة لحالها لا يصيرون آمنين.

وكذلك لو لم يكن هذا الرجل رسولا، إلا أنه قال للملك، إني رسول أمير العسكر إليك وقد أرسلني بأمانك، وباقي المسألة بحالها لا يصيرون آمنين. واختلاف عبارة المشايخ: تخرج وجه الاستحسان بعبارة بعضهم أنه إن تعذر إثبات الأمان من جهة المرسل؛ لأنه لم يرسله بالأمان، أمكن إثباته من جهة الرسول؛ لأنه مسلم، والمسلم يملك إنشاء الأمان، فيجعل ذلك منه إنشاء الأمان ويبقى هذا القدر أنه مقهور في أيديهم،

قلنا: إن كان مقهورا صورة، فهو ليس بمقهور معنى؛ لأنهم يهابون أمير المسلمين^(١)، ويعظمون رسله وبه فارق ما إذا كان رسول واحد من الرعايا؛ لأنه مقهور في أيديهم صورة ومعنى؛ لأنهم لا يهابون مرسله فكان كالأسير والتاجر، إلا أنه لا يخرج على هذه العبارة ما إذا كان الرسول من جهة أمير العسكر ذميا أو حربيا،

(١) من قوله: «ويطمعون فيه...» إلى هنا سقط في أ، م.

فإن هناك كما تعذر إثبات [الأمان، من جهة المرسل تعذر إثبات]^(١) أمانه من جهة الرسول، فإن الذمي والحربي لا يملكان إنشاء الأمان.

فقد قال محمد - رحمه الله - : يثبت الأمان، وإن كان الرسول حربياً أو ذمياً، وعبارة بعضهم: أنه وإن كان مقهوراً في أيديهم صورة ومعنى، مع هذا صححنا أمانه للضرورة^(٢).

وبيان تلك الضرورة: أن أمراء المسلمين كثيراً ما يحتاجون إلى بعث الرسل إلى ملوك أهل الحرب في حوادث تقع فيما بينهم، وإنما يبعثون الواحد والاثنين دون الجماعة، فلو لم يعتبر قول الرسول فيما أخبر، لا تندفع الحاجة، ولا يحصل المقصود؛ لأنه لا يعلم ما أرسل به إليهم إلا من جهته.

يوضحه: أنهم لو لم يعتمدوا على قوله إن الأمير أرسله بأمانهم، لما فتحوا الباب؛ لأنه لو لم يصيروا آمنين ولم يجعل هذا أماناً من جهة الرسول، أدى إلى الغرور منهم، وإنه حرام.

وليس كما لو كان رسولا من جهة واحد من الرعايا؛ لأننا إنما تركنا القياس في رسول الأمير، وجعلنا ما بلغ من أمان الأمير بمنزلة إنشاء الأمان من جهته، وإن كان مقهوراً في أيديهم لضرورة أن أمراء المسلمين كثيراً ما يحتاجون إلى بعث الرسل إلى ملوك أهل الحرب فيكثر بعض الرسل من جهتهم، وليس فيما إذا ترك القياس لضرورة تكثر وجودها ما يدل على أنه يترك لضرورة يقل وجودها.



(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: لضرورة.

نوع آخر: في بيان ما يكون أماناً، وما لا يكون أماناً:
قال محمد - رحمه الله - وإذا نادى المسلمون أهل الحرب بأمان، فهم آمنون جميعاً، إذا سمعوا صوتهم بالأمان بأي لسان كانوا نادوهم [به]^(١).
ويستوي في ذلك إن عرفوا ذلك وفهموا منه الأمان، [أو لم يعرفوا ذلك ولم يفهموا منه الأمان]^(٢)، بأن نادوهم بالعربية، وهم روم لا يحسنون العربية، أو نادوهم بالنبطية^(٣)، وهم قوم [لا يعرفون النبطية]^(٤) وأمثال ذلك، وقد مر هذا ونزيده وضوحاً؛ لأن الأمان أمر بين العبد وربّه؛ لأنه يوجب حرمة القتال حقاً لله تعالى، والله تعالى يقول: ﴿لَا يَعْزُبُ عَنْهُ مِثْقَالُ ذَرَّةٍ﴾ ويكتفي فيه بعلم الخطاب^(٥) من غير أن يشترط فيه علم المخاطب.
ألا ترى أن من حلف ألا^(٦) يكلم فلاناً فكلمه وهو نائم، يحنث في يمينه في رواية، وكذا لو كلمه، وهو قريب منه إلا أنه لم يسمع، يحنث في يمينه.
والمعنى في ذلك: أن اليمين بالله أمر بين العبد وربّه؛ لأنه يوجب البر حقاً لله تعالى، ثم لم يشترط فيه علم المخاطب كذا هاهنا، ولأن معرفتهم لذلك حقيقة أمر باطن لا يتوقف عليهم، فلا يبنى الحكم عليه، وإنما يبنى الحكم على السبب الظاهر، وهو سماعهم كلمات الأمان، وهذا أصل كبير في الفقه.
وإن لم يسمعوا صوتهم بالأمان، فلا أمان لهم، ويحل قتلهم وسبيهم، قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : إذا نادى رجل من المسلمين أهل الحرب بالأمان فلم يسمعوا صوته.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: بالقبطية.

(٤) في أ: يعرفون القبطية.

(٥) في م: المخاطب.

(٦) في م: لا.

لو قلنا: إن هذا الأمان يصح في حق المنادى، لا يبعد؛ لأنه بالأمان حرم القتال والاسترقاق على نفسه حقاً لله تعالى، وهو عالم بحاله، فيلزمه الوفاء به فيما بينه وبين الله تعالى.

وإذا قالوا^(١) لحربي: لا تخف، أو قالوا له: أنت آمن، أو قالوا له: لا بأس عليك، فهذا كله أمان؛ لأن هذه الألفاظ تتوالى على معنى واحد في باب الأمان، وهو: إزالة الخوف^(٢)؛ فهو بمنزلة التخلي، والعارية والعطية في باب الهبة. ولو قالوا^(٣) له: لك أمان الله، كان أماناً، وكذلك إذا قالوا^(٤): لك عهد الله، أو^(٥) قالوا: لك ذمة الله كان أماناً؛ لأن هذه الذمة والأمان والعهد بمعنى واحد. وكذلك إذا قالوا: تعال حتى تسمع كلام الله تعالى كان أماناً؛ لأنه لو قال: تعال واقتصر كان أماناً لما نبين بعد إن شاء الله تعالى فهاهنا أولى.

وكذلك لو قال: آجرتك كان أماناً، فهذا من ألفاظ الأمان أيضاً، قال تعالى:

﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجْرُهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ﴾.

لو أن الأمير قال لجماعة من أهل الحرب معينين في الحصن محصورين: اخرجوا قليلاً إلينا لنراوضكم على الصلح، وأنتم آمنون، أو لم يقل: وأنتم آمنون فخرجوا فهم آمنون؛ لأن الأمر بالخروج لمراوضة الصلح أمان دلالة؛ لأنه إن كانوا قياماً أمكنهم مراوضة الصلح.

ولو قال لهم: اخرجوا إلينا، فخرجوا ولم يزيدوا على هذا فخرجوا فلا أمان لهم؛ لأن قوله لهم: اخرجوا يحتمل الخروج للبراز، ويحتمل الخروج للأمان، وقد عرفناهم غير آمنين، فلا يثبت لهم الأمان بكلام محتمل.

(١) في م: مال.

(٢) في م: الحرب.

(٣) في م: قال.

(٤) في م: قال.

(٥) في م: قال.

ولو قال لهم: انزلوا إلينا، كان أماناً؛ لأنه بلفظ فيه معنى الرفق، فكان يدا مسالمة فكان أماناً.

ولو قال: اخرجوا إلينا فابتاعوا واشتروا منا، كان أماناً؛ لأنه إنما يتاجر مع المسالم لا مع المحارب، والأمر بالخروج للتجارة يتضمن أماناً.

ولو أن رجلاً من المسلمين أشار [إلى رجل] ^(١) من المشركين وهو بالحصن، أو في منعة أن تعال، أو أشار إلى أهل الحصن أن افتحوا الحصن ففتحوا، أو أشار إلى السماء فظن المشركون أن ذلك أمانه ففعلوا ذلك الذي أمر به [الرجل، وقد كان هذا الذي صنع] ^(٢) الرجل معروفاً بين المسلمين وبين أهل الحرب من [أهل] ^(٣) تلك الديار ^(٤) أنهم إذا صنعوا [ذلك] ^(٥) كان أماناً، أو لم يكن ذلك معروفاً [فهو أمان جائز].

أما إذا كان ذلك معروفاً ^(٦) فلأنه وجد دليل الأمان، [والأمان كما يثبت بالصريح يثبت بالدليل].

بيان وجود دليل الأمان: ^(٧) ما ^(٨) إذا أشار أن تعال أو أشار بفتح الحصن لأن المقصود من الإشارة الامتثال ^(٩)، والكافر إنما تمثله في الإشارة بالمجيء إليه، وبتفتح الحصن إذا أمن على نفسه، فتتضمن هذه الإشارة أماناً. وأما إذا أشار إلى السماء، فوجه الدلالة فيه: أن كل من استغاث من غيره، أو

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الدار.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ، م: أما.

(٩) في م: الأمان.

خوف غيره ينظر إلى السماء، ويريد: بحق [إله السماء أن يفعل كذا وبحق]^(١) إله السماء ألا يفعل كذا، وفي باب الأمان معنى هذه الإشارة وتحقق هذه الدلالة عندهم.

فإن موضوع المسألة: أن المشركين ظنوا ذلك أماناً وخروجهم إلينا دليل على أنهم لو لم يعتقدوا ذلك أماناً لما خرجوا إلينا، فإن الإنسان لا يجيء إلى أحد ليقتله؛ لأن لو لم يجعله أماناً لأدى إلى الغرور في حقهم وإنه حرام، وقد صح عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: أيما رجل من العدو أشار إليه رجل يعني من المسلمين بأصبعه أنك إن جئت قتلتك فهو آمن^(٢)، فلا يقتله يعني: إذا جاء. قال محمد - رحمه الله - : وبهذا نأخذ.

وعلى فقال: لأنه أشار بإشارة الأمان، وليس يدري الكافر ما قال فهو آمن، معنى الحديث: أن المسلم يشير إلى العدو بأصبعه بإشارة يفهم منها الدعاء إلى نفسه والأمر بأن يجيء إليه ويقول بلسانه مع ذلك: إن جئت قتلتك، فجاءه، فهو آمن. والدليل على أن معنى الحديث ما قلنا: أن محمداً - رحمه الله - ذكر في السير بعدما ذكر هذا الحديث عن عمر - رضي الله عنه - أيضاً بالإسناد الذي ذكر [به]^(٣) الحديث الذي روينا أنه قال: أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو أن تعال، فإنك إن جئت قتلتك فأتاه، فهو آمن؛ فلا يقتله.

والمعنى ما أشار إليه محمد - رحمه الله - : أنه أشار إليه بإشارة الأمان. بيان هذا الكلام ما ذكره: أن المقصود من الدعاء إلى نفسه، والأمر بالمجيء إليه الامتثال.

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥١١/٦) كتاب الجهاد، باب: في الأمان ما هو وكيف هو؟ حديث (٣٣٤٠٤)، وينظر: حاشية ابن عابدين (١٣٥/٤).

(٣) سقط في أ، م.

وإنما يمثل الكافر أمره بذلك إذا تضمن أمانا، فهو [معنى] ^(١) قول محمد: أشار إليه بإشارة الأمان، وقول محمد في التعليل: والكافر ليس يدري ما قال إشارة إلى أن موضوع المسألة: أن الكافر [لم يفهم مقالة المشير إليه، يعني] ^(٢) لم يفهم معنى قوله: إن جئت قتلتك؛ إما لأنه لا يسمع منه ذلك لبعده منه؛ أو لأنه لا يعرف لسانه، ولا يمكنه استكشاف ذلك قبل أن يعرف منه، وأنه يعتمد على إشارته [في الخروج إليه، أو لم يعتمد على إشارته، فلو] ^(٣) لم يعرفها أمانا لكان لا يخرج خوفا على نفسه، فلو لم يجعل ذلك أمانا، أدى إلى الغرور في حقهم وإنه حرام، هذا إذا فهم الكافر الإشارة وعرفها أمانا، أو لم يسمع قول المشير: إن جئت قتلتك، أو سمع ولكن لا يفهمه.

فإذا سمعه وفهمه لم يكن ذلك أمانا؛ لأنه يخرج على المعنى الذي ذكرنا. وعلى هذا إذا قال المسلم للكافر: تعال حتى أقتلك، ولم يسمع قوله أو سمعه إلا أنه لم يفهمه، كان أمانا ولو سمع آخر الكلام لا يكون أمانا.

وعلى هذا إذا قال المسلمون له: تعال إن كنت رجلا، فسمع أول الكلام ولم يسمع آخر الكلام، [أو سمع آخر الكلام] ^(٤) ولم يفهمه كان أمانا. ولو سمع أول الكلام وآخره فجاءه لا يكون أمانا. وعلى هذا إذا قال له: تعال حتى ترى ما أصنع بك. والله أعلم.

وإذا دخل المسلم أرض الحرب بغير أمان فأخذه المشركون فقال لهم: أنا رجل منكم، أو قال: أنا رجل جئت أريد أقاتل معكم المسلمين، فتركوه حين قال ذلك، فلا بأس بأن يقتل من أحب منهم ويأخذ من أموالهم ما شاء؛ لأن هذا الذي قال ليس بأمان منه لهم.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

بيانه: أن الأمان لم يثبت بالصریح، أو بالدلالة، ولم يصرح بالأمان ولا كنى عنه ولا أتى بما يدل عليه؛ لأن قوله: أنا رجل منكم يحتمل أنا منكم دارًا، أو يحتمل أنا محارب مثلكم، ويحتمل أنا آدمي مثلكم.

وقوله: جئت أريد أن أقاتل معكم [المسلمين يريد: جئت أقاتل]^(١) أهل البغي [المسلمين]^(٢) إن نشطتم [في ذلك]^(٣).

قال [علي]^(٤) - رضي الله عنه - : إخواننا بغوا علينا^(٥).

وكذلك إذا قال: جئت لأنصرم، لا يكون أمانًا؛ لأنه^(٦) يحتمل لأنصرم بالمنع عن الكفر والقتال مع المسلمين، فكل ذلك ظلم، ومنع [الظالم عن الظلم]^(٧) نصره له.

لقوله ﷺ: «انْصُرْ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا». فقيل^(٨): عرفنا نصرته مَظْلُومًا، فيما نصرته ظالما!! قال: «أن يمنع عن الظلم»^(٩).

وكذلك إذا قال: جئتكم لأكثر عددكم؛ لأنه يحتمل أكثر عددكم بأن أجعلكم إربا إربا.

إذا أخذ رجل من المسلمين أسيرا من المشركين، فلما أراد أن يقتل الأسير، قال الأسير: الأمان الأمان، فقال المسلم [مجيبًا: الأمان الأمان، ولم يرد المسلم]^(١٠) بذلك أمانه، وإنما أراد به رد ما التمس على وجه التغليظ عليه: يعني أنك تطلب

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: يحتمل أن يريد جئت أقاتل أهل البغي المسلمون.

(٤) سقط في م.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٦٣/٧) رقم (٣٧٩٤٢) بنحوه.

(٦) زاد في م: لا.

(٧) في م: عن الظالم.

(٨) في م: فقد.

(٩) أخرجه البخاري (١١٨/٥) كتاب المظالم، باب: أعن أخاك ظالما أو مظلوما (٢٤٤٤).

(١٠) في م: جئت الأمان.

الأمان في هذا الوقت، فهذا [في حقه]^(١) حلال الدم، لا بأس به أن يقتله، ولكن إذا كان المسلمون سمعوا ذلك من صاحبهم منعه من قتله، أما له أن يقتله إذا لم يرد به الأمان، وإنما أراد رد ما التمس؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه^(٢)، فيجعل ذلك كالتصريح به، [ولو صرح]^(٣) بالرد أليس أنه يحل قتله! كذا هاهنا.

حكى عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: هذا إذا غير المسلم النعمة بقوله: الأمان الأمان؛ لأن الغالب أنه إن أراد بهذا رد الملتمس يغير النعمة، فيقال ذلك على وجه الغلظة أو الشدة، أو يقال على وجه الاستهزاء.

وأما إذا سمع المسلمون ذلك من صاحبهم [يمنعونه من قتله]^(٤) وإنما يمنعونهم^(٥) من قتله؛ لأن رد الملتمس وإن كان يحتمل كلامه، إلا أنه خلاف الظاهر إذا لم يغير النعمة ولم يعبس بوجهه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى، لأن البواطن عند الله تعالى ظواهر، ولا يصدق في حق من سمع ذلك من العباد؛ لأنهم لا يسمعون ذلك إلا على [الظواهر]^(٦) وفي الظاهر فهذا أمان، ولا يحل لمن سمع ذلك أن يتركه حتى يقتل الأسير.

وإن كان هذا المسلم قرن كلامه زيادة كلام يعلم بها رد ما التمس، بأن قال له: الأمان، لا تعجل حتى تنظر ما تلقى، [أو]^(٧) قال: الأمان ستعلم أنني أؤمنك أم لا! أو ما أشبه ذلك، لا يكون لمن سمع ذلك أن يمنعه عن القتل.

ولو أن رجلا من أهل الحصن نادى: الأمان [الأمان]^(٨) وهو في الحصن بعد،

(١) سقط في أ، م.

(٢) زاد في م: لأنه قد يراد بهذا رد الملتمس فقد نوى ما يحتمله كلامه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: يمنعون.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

فقال المسلمون: الأمان الأمان، أو قال المسلمون: الأمان الأمان ابتداءً، فرمى المشرك بنفسه إلى المسلمين ولم يريدوا به الأمان، وإنما أرادوا به التهديد ورد ما التمسوا، لم يلتفت إلى قولهم، و[لا]^(١) يحل لهم قتله وأسره. بخلاف المسألة المتقدمة - وهي مسألة الأسير - فإن هناك [يحل الأخذ قبل الأسر.

والفرق: أن هاهنا^(٢) المشرك في الحصن وقت^(٣) طلب الأمان، وإنما خرج معتمداً على قول المسلم الأمان الأمان؛ لأن هذا أمان ظاهر، فلو اعتبر بينه - ولا وقوف للمشرك عليها - أدى إلى الغرور بهم وإنه حرام.

أما الأسير فهو مقهور في أيدينا وقت طلب الأمان، فلا يتحقق معنى الغرور بينه وبين المسلم، فيعتبر ما في ضمير المسلم في حقه؛ لأنه عالم بحاله، ولهذا افترقا. ولو كان المشرك حين نادى بالأمان من الحصن، قال له المسلمون: الأمان الأمان ما أبعدك عن هذا! وسمع المشرك ذلك فنزل، فلا أمان له، وهذا ظاهر. [وكذلك إذا قالوا: انزل إن كنت رجلاً أو صادقاً، وسمع المشرك ذلك، ونزل، فلا أمان له]^(٤).

قال الفقيه أبو جعفر: هذا الجواب مستقيم في قوله: انزل إن كنت رجلاً، وغير مستقيم في قوله: انزل إن كنت صادقاً؛ لأن قوله: انزل إن كنت رجلاً، لا يذكر هذا الكلام إلا لامتحان قدرة المخاطب على الحرب وجرأته، وإنما يحصل ذلك إذا خرج حرباً علينا^(٥) لا سلماً، فلا يكون ذلك أماناً.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وقد.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: لنا.

أما قوله: انزل إلينا إن كنت صادقاً، هذا الكلام يذكر للأمان. معناه: إن كنت صادقاً في طلب الأمان فانزل إلينا^(١) حتى يتبين لنا صدقك في ذلك، فيجعل أماننا إلا أن يكون ذلك معروفاً فيما بين المسلمين وأهل الحرب أنهم يريدون به التهديد، فحيث لا يكون أماناً كما ذكره محمد - رحمه الله - .



(١) في أ، م: علينا.

[نوع آخر]^(١): في تعليق الأمان بالشرط:

يجب أن يعلم بأن الأمان كما يجوز مرسلا يجوز معلقا بالشرط، قال عليه الصلاة والسلام يوم فتح مكة: من دخل دار أبي سفيان، فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، ومن تعلق بأستار الكعبة، فهو آمن^(٢).

والمعنى في ذلك: أن الأمان إسقاط محض؛ لأن المؤمن بالأمان يسقط ما ثبت له من حق الاسترقاق والقتل، فكان نظير الطلاق والعتاق، فيجوز مرسلا ومعلقا بالشرط.

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال المسلمون لرجل من أهل الحصن: إن دلتنا على كذا وكذا فأنت آمن به، أو قالوا: أمناك، فلم يدلهم، فالإمام بالخيار: إن شاء قتله وإن شاء سباه؛ لأن الأمان هنا حصل معلقا بالشرط، وهو أن يدلهم على [كذا] [وكذا]^(٣)^(٤)، ولم يوجد الشرط، فلا يثبت الأمان.

ولو قال له: أمناك على أن تدلنا على كذا وكذا ولم يزيدوا على هذا، فلم يدلهم، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، والجواب فيه: أنه على أمانه، لا يحل للإمام قتله ولا أسره؛ لأن الأمان في هذه الصورة حصل مطلقا غير معلق بالشرط - فتم بالقبول، إلا أنهم شرطوا في الأمان المطلق: أن يدلهم على كذا، فإذا لم يدلهم لم يف بالشرط، ولكن عدم الوفاء بالشرط في العقد^(٥) لا يوجب رفعه، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

فإذا دخل عسكر من المسلمين دار الحرب، فمروا ببعض حصونهم أو مدائنهم فلم يكن للمسلمين بهم طاقة، فأرادوا أن ينفذوا إلى غيرهم، فقال لهم أهل المدينة:

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه مسلم (٣/١٤٠٧) في الجهاد، باب: فتح مكة (١٧٨٠/٨٦).

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: كفار.

(٥) زاد في م: التام.

أعطونا على ألا تشربوا ماء نهرنا هذا حتى ترتحلوا عنا، على ألا نقاتلكم ولا نتبعكم إذا^(١) ارتحلتم، فإن كان في الإعطاء منفعة للمسلمين أعطوهم، لما ذكرنا. وبعد ما أعطوهم لا ينبغي لهم أن يشربوا، وأن يسقوا دوابهم، إذا كان ذلك يضر في مائهم بيقين.

وإن كان لا يدرى أنه يضر بهم أو لا يضر بهم، فالوفاء بالشرط واجب، سواء كان [الشرط]^(٢) مفيدا، أو لا يدرى أنه مفيد أو ليس بمفيد، أما إذا كان مفيدا بيقين فظاهر، وأما إذا كان لا يدرى، فلأن عند اشتباه الحال يحمل على الفائدة؛ لأن العاقل على ما عرف^(٣) وهذا حاله لا يشترط شيئا إلا لفائدة ترجع إليه، والبناء^(٤) على الظاهر واجب.

فإذا احتاج المسلمون إلى الماء فينبغي أن ينبذوا^(٥) إليهم ويعلموهم بالنبذ؛ لأن الشرط في هذه الصورة قد صح ووجب الوفاء به، فما لم يرتفع الشرط بالنبذ إليهم [ينبغي أن يوفوا لهم به؛ لأن شربهم يضرهم في]^(٦) مائهم بيقين وإن كان الماء كثيرا فللمسلمين أن يشربوا ويسقوا دوابهم من غير أن ينبذوا إليهم؛ لأن هذا الشرط لم يصح؛ لأنه لا فائدة فيه، وكل شرط هذا حاله فوجوده والعدم بمنزلة [واحدة]^(٧). والجواب في الكلاً نظير الجواب في الماء؛ لأنه غير مملوك كالماء.

(١) زاد في أ: رحلتهم وإذا.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: غليظ.

(٤) في أ: والشرط.

(٥) النبذ في أصل اللغة: الطرح؛ قال في «القاموس»: النبذ: طرَحَ الشيءَ أمامك، أو وراءك، أو عامًّا. انتهى. والمراد هنا: إخبارُ المشركين بأن الذمة قد انقضت، وإيذانهم بالحرب إن لم يسلموا، أو يعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون.

ينظر: لسان العرب، مادة (نبذ) (٤٢٩/٨)، واللباب في علوم الكتاب (٢٣/١٣)، وتفسير الرازي (١٩٦/٢١).

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ، م.

وإن قالوا: أعطونا على ألا تتعرضوا لشيء من زروعنا، أو أشجارنا وثمارنا فأعطوهم على ذلك، ثم احتاج المسلمون إليها، فليس ينبغي لهم أن يتعرضوا لها^(١) ما لم ينبذوا إليهم ويعلموهم بالنبذ، أضر بهم ذلك أو لم يضر بهم؛ لأن هذه الأشياء مملوكة لهم.

وشرط ترك التعرض في الأملاك مفيد لا محالة فيجب الوفاء به، بخلاف الكلاء والماء؛ [لأنه لا ملك لهم فيها، فشرط ترك التعرض فيها لا يفيد لا محالة، وإنما يفيد إذا كانوا يتضررون به أو لا يدرى هل يتضررون به أم لا فيجب الوفاء به]^(٢) لا محالة.

فإن قال: أعطونا على ألا تحرقوا زروعنا وكلائنا، فأعطيناهم على ذلك، فإن علينا أن نف به، ولا نحرق زروعهم وكلائهم؛ لأنه شرط مفيد لا محالة فلا بأس بأن نأكل من ذلك ونعلف دوابنا.

وبمثله لو قالوا: أعطونا على ألا تأكلوا زروعنا، وكلائنا فأعطيناهم على ذلك فإنه لا ينبغي لنا أن نأكل من ذلك وأن نعلف دوابنا وأن نحرق ذلك. والحاصل أن الأمان [عن التحريق لا يكون أماناً عن الأكل، والإعلاف أمان]^(٣) عن التحريق.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن الأمان عن الشيء أمان عما هو مثله أو فوقه ضرراً، ولا يكون أماناً عما هو دونه ضرراً، وهذا لأن طلب الأمان للتحرز عن الضرر، والمتحرز عن نوع ضرر متحرز عن مثله، وعما هو فوقه في الضرر لا محالة.

أما قد يتحرز عما هو دونه، وقد لا يتحرز فصار الأمان عن الشيء أماناً عما هو مثله أو فوقه ضرراً، ولم يصير أماناً عما هو دونه ضرراً من هذا الوجه.

إذا ثبت هذا فنقول: الأكل والإعلاف في الضرر دون الإحراق، [لأن

(١) في م: لهم.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

الإحراق^(١) يستأصل، والأكل والإعلاف لا يستأصل، فدخل الإحراق تحت الأمان هذا.

فإن قال: أعطونا على ألا تحرقوا^(٢) زروعنا، فلا ينبغي لنا أن نحرقها، وكذلك لو شرطوا علينا ألا نغرقها، فلا ينبغي لنا أن نحرقها؛ لأن كل واحد منهما في الضرر مثل صاحبه، والأمان عن أحدهما يكون أماناً عن الآخر فعلى هذا يقاس جنس هذه المسائل. والله أعلم.



(١) سقط في م.
(٢) في م: تحرق.

نوع آخر: في طلب الأمان لذريته أو أولاده أو لإخوته أو لأبائه وما يتصل بذلك: ولو قال: أمنوني على ذريتي فأمنوه على ذلك فهو آمن، وذريته آمنون أيضا. وذريته: أولاده وأولاد أولاده [وأولاد أولاد أولاده]^(١) من الرجال كأولاد البنين، وإن سفلوا دون [أولاد]^(٢) البنات.

فقد ذكر هاهنا: أن أولاد البنات لا يدخلون في اسم ذريته، وذكر في موضع آخر: أنهم يدخلون، فكان في المسألة روايتان: وكذلك إذا قال: أمنوني على أولادي، فأمنوه على ذلك فهو آمن، وكذلك أولاده لصلبه، وأولاد أولاده من قبل الرجال من البنين، وأما أولاد البنات فلا يدخلون، هكذا ذكر هاهنا.

وذكر في موضع آخر: أنهم يدخلون، فصار في المسألة روايتان. وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - يفتي بعدم دخول البنات، وعلى هذا الوقف والوصية، إذا [وقف]^(٣) على أولاده أو أوصى لأولاده هل يدخل فيه بنو البنات؟ فهو على الرويتين، وسيأتي الكلام فيه في كتاب الوقف والوصايا.

ولو قال: أمنوني على أولاد أولادي، هل يدخل بنو البنات؟ ذكر شيخ الإسلام والقاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري: أن هذه المسألة على الرويتين أيضًا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن في هذه الصورة بنو البنات [يدخلون]^(٤) رواية واحدة، وفرق هو - رحمه الله - بين هذه المسألة وبين ما تقدم. والفرق: أن في هذه المسألة ذكر ولد الولد، وولد الولد حقيقة: اسم لمن ولد له

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ولد من ابنته^(١) وولده، فمن ولدته ابنته يكون ولد وولده حقيقة .
وفيما تقدم ذكر أولاده، وولد الإنسان في الحقيقة من ولده هو، ومن حيث
الحكم من يكون منسوباً إليه بالولد^(٢)، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات .
ولو قال: أمنوني على إختي، وله إخوة وأخوات، دخل الكل في الأمان، وهذا
الاسم حقيقة للذكر، [إلا أن]^(٣) الإناث إذا اجتمعن بالذكور يعبر عن الكل بعبارة
الذكور، قال الله تعالى: ﴿وَأِنْ كَانُوا كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً﴾ . قيل: وهذا الذي ذكرنا
في الكتاب، قول محمد - رحمه الله - .

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - وعلى قياس الوصية لإخوة، فلأن يجب
ألا تدخل الإناث تحت الأمان . والخلاف في الوصية مذكور في كتاب الوصايا .
وذكر شيخ الإسلام في شرح السير الكبير أن محمداً - رحمه الله - لم يذكر في
بعض نسخ السير الخلاف وذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف .
ولو كان له أخوات لا ذكر معهن لا يدخلن في الأمان؛ لأن الإناث المنفردات لا
يعبر عنهن بعبارة الذكور .

ولو قال: أمنوني على بني، وله بنون وبنات دخلوا تحت الأمان، ولو كان له
بنات ليس معهن ذكر، لا يدخلن في الأمان لما قلنا في مسألة الإخوة .
ولو قال: أمنوني على آبائي، وله أب وأم دخلا في الأمان؛ لأن اسم الآباء ينطلق
على الأب والأم، قال الله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ . ولو لم يكن له أب
وأم، وإنما له جد وجدة، فلا أمان لهما .

فرق بين الأجداد وبين بني البنين وكان ينبغي ألا يقع الفرق؛ لأن [ابن]^(٤) الابن
كما يسمى ابناً فالجد يسمى أباً، قال الله تعالى ﴿كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُمُ﴾ .

(١) في م: أبيه .

(٢) في أ: بالولاد .

(٣) في م: ولأن .

(٤) سقط في م .

ولكن الوجه في الفرق: أن اسم الأب لأبي الصلب حقيقة، وللجد مجازًا؛ ألا ترى أنه يجوز نفي اسم الأب عنه، يصح أن يقال: هذا جد وليس أبًا، والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازته.

وأما اسم الابن كما هو حقيقة لابن الصلب، فهو حقيقة لابن الابن أيضًا؛ ألا ترى أنه لا ينفي عنه هذا الاسم بحال^(١)، لا يقال: ابن الابن ليس [ابنًا]^(٢). وأشار محمد إلى فرق آخر قال: الجد ليس بأب؛ ألا ترى أن له اسما غير الأب وهو الجد.

وأما ابن الابن ليس له اسم غير الابن، قال محمد - رحمه الله - : فإن كان لسانهم الذي يتكلمون به أن الجد والد كما أن ابن الابن ابن، فالجد بمنزلة ابن الابن يدخل في الأمان، كما في الفارسية فإن في الفارسية يقال للجد ددر ددر كما يقال للحفيد: دسر دسر. والله أعلم.



(١) في أ: مجازًا.

(٢) في أ: يابن.

نوع آخر: في بيان ما يدخل في الأمان من غير ذكر:
 وإذا استأمن الرجل من أهل الحرب إلى أهل الإسلام فأمنوه فخرج معه بامرأة
 وقال: هذه امرأتي، وخرج معه بأطفال صغار، وقال: هؤلاء أولادي، ولم يكن
 ذكرهم في أمانه، وإنما قال: أمنوني حتى أخرج إليكم أو إلى دار الإسلام، أو إلى
 عسكريكم في دار الحرب، فالقياس [في هذا: أنهم فيء غيره^(١)] ولكن هذا قبيح.
 فنجعلهم آمنين بأمانه استحساناً. وعلى هذا القياس.

والاستحسان: إذا كان معه سبي كثير فقال: هؤلاء رقيقي، وصدقوه في ذلك، أو
 كانوا صغاراً لا يعبرون عن أنفسهم حتى لا يحتاج في ذلك إلى تصديقهم، فإنه
 يصدق في ذلك مع يمينه استحساناً، والقياس: أن يكون جميع ذلك فيئا.
 وكذلك الدواب والأجراء الذين معه على هذا القياس. والاستحسان.
 فوجه القياس: أن الأمان في مثل هذه الصورة إنما يجب بالمعاقدة، والعقد كان
 مضافاً إلى [الحمائل]^(٢) خاصة.

فإنه قال: أمنوني والمسلمون قالوا له في الجواب: أمناك، وكل عقد أضيف إلى
 شخص خاص لا يتعدى إلى غيره.

والدليل عليه: أن المسلمين إذا حاصروا حصناً أو مطمورة فطلب رجل منهم
 الأمان، فقال: أمنوني على أن أخرج إليكم، أو قال: أمنوني على أن أفتح لكم
 الحصن فأمنوه، فخرج ومعه امرأة وصبيان وقال: هذه امرأتي، وقال: هؤلاء
 أولادي، كان آمننا، ومن سواه يكون فيئاً، وطريقه: ما قلنا.

وجه الاستحسان: أن هذه الأشياء أتباع للمستأمن^(٣) من وجه خصوصاً في حق
 الأمان، وليسوا بأتباع من وجه بل أصول بأنفسهم، أما أتباع من وجه؛ لأنهم في يده

(١) في أ: أن يكون الكل بأمره.

(٢) في أ: المسائل.

(٣) في أ، م: للمستلحقين.

وتحت تصرفه ينقلهم حيث شاء وأحب .

ولهذا قالوا: بأن الحربي إذا أسلم في دار الحرب، فإن أولاده الصغار ومنقولاته، لا تصير فيئا؛ لأن هذه الأشياء تابعة له ينقلها حيث شاء وأحب؛ لأنهم في نفقته وبيته، فهو [دليل على^(١)] أنهم أتباع له خصوصا في حق الأمان .
وأما أصول من وجهه، وليسوا بتبع للمستأمن؛ لأن تبع الإنسان^(٢) ما يكون متصلا به، [إما]^(٣) اتصال خلقة: كأطرافه، وإما^(٤) اتصال مجاورة؛ كلباسه ومركبه، حتى [إن]^(٥) من حلف لا يجلس على الأرض [فجلس]^(٦) وعليه ثيابه يحنث، ولم يجعل لباسه حائلا بينه وبين الأرض .

وإذا حلف لا يدخل دار فلان، فدخل راكبًا، يحنث في يمينه كما لو دخل بقدمه، فيجب العمل بالتبعية والأصالة بقدر الإمكان، ولا يمكن العمل بهما في حق كل شخص لما بينهما من التباين في الأحكام؛ لأن أحدهما يوجب دخول هذه الأشياء في الأمان والآخر يمنع، فعملنا بشبه التبعية في حق المستأمن من أهل الحرب، فأدخلنا هذه الأشياء تحت أمانه تبعًا له؛ لأن الأمان في حق الأصيل أمان في حق التبع .

ألا ترى أن لباسه الذي عليه ومركبه لا يصير فيئا للمسلمين جميعا [فيصير]^(٧) تبعًا له؛ لأنه متصل به اتصال مجاورة . وعملنا بشبه الأصالة في حق المحصور، فلم تدخل هذه الأشياء في أمانه .

(١) في م: قولنا .

(٢) في م: الإسلام .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: وأيضا .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

وإنما عملنا بشبه الأصلة في حق المحصور^(١) يمكننا العمل بالشبهين؛ لأن الأمان^(٢) في حق المحصور أضيقت ثبوتاً من الأمان في حق المستأمن من أهل الحرب الذي ليس بمحصور.

ألا ترى أن المحصور من أهل الحرب إذا استأمن ثم انحصر وخرج إلى المسلمين فلم يؤمنه لا يكون آمناً، وغير المحصور إذا خرج إلى دار الإسلام مستأماً ونادى بالأمان، فإذا انتهى إلى [أدنى مصالح]^(٣) المسلمين، أو بيت محمية من المسلمين بنوع علامة كان آمناً، فثبت أن الأمان في حق المحصور أضيقت ثبوتاً.



(١) سقط في م.
 (٢) في أ، م: الأمانات.
 (٣) في أ، م: أدنى مشايخ.

الفصل الثاني عشر

في نبذ الأمان

يجب أن يعلم أن نبذ الأمان إلى أهل الحرب مشروع ثبت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة:

أما الكتاب: لقوله تعالى: ﴿وَأِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَأَنْذِرْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ﴾. قال ابن عباس - رضي الله عنه - معنى الآية: إذا كان بينك وبين قوم هدنة وعهد فخفت منهم خيانة [أي]^(١) نقضا للعهد فانقض ذلك العهد، وأعلمهم أنك قد نقضت ما عهدت إليهم^(٢) لتكون أنت وهم في العلم بالنقض سواء فينتفي الغرور والخيانة. وأما السنة: فلما روي أن النبي ﷺ كان يعطي الأمان ثم كان ينبذ إليهم. والصحابة - رضوان الله عليهم - فعلوا ذلك، والأمة أجمعت^(٣) عليه. والأصل في ذلك: أن الأمان إنما يصح بشرط أن يكون خيرا للمسلمين بأن كانت العزة للكفرة؛ لأن فيه ترك القتال الذي هو فرض، وإنما ورد الشرع به بهذا الشرط، فصار شرط الخيرية كالمصرح به.

وصار تقديره: كأن المسلمين قالوا: أمانكم ما دام الأمان خيرا [لنا]^(٤) من القتال، ثم إذا نبذوا الأمان وصح النبذ، كان لهم أن يقاتلوهم؛ لأن بعد نبذ الأمان وصحته، عاد الأمر إلى ما كان قبل الأمان.

أما بدون النبذ لا يحل قتالهم [لانعدام شرطه]^(٥)؛ لأن التصرف الذي لا صحة له شرعاً وجوده والعدم بمنزلة.

ثم شرط صحة النبذ: [أن يعلمهم بالنبذ]^(٦) ولا يكون النبذ على الوجه الذي كان

(١) سقط في م.

(٢) في م: لهم.

(٣) في أ، م: اجتمعت.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

[للأمان، فإن كان] ^(١) الأمان منتشرًا يجب أن يكون النبذ كذلك .
 وإن كان غير منتشر - بأن أمنهم واحد من المسلمين سرا - يكتفى بنبذ ذلك
 الواحد، وهو على قياس الإذن بالحجر، فإن الإذن من المولى لعبده إن كان عامًا
 منتشرًا يكتفى بالحجر كذلك، وإن ^(٢) لم يكن عامًا منتشرًا ^(٣) يكتفى بالحجر كذلك .
 ثم ^(٤) من شرط صحة النبذ: أن يكونوا ممتنعين وقت النبذ كما كانوا قبل الأمان،
 حتى إنهم لو نزلوا عن حصنهم، وصاروا في عسكر المسلمين فنبدوا ^(٥) إليهم، لا
 يصح النبذ، [وإن علموا بالنبذ] ^(٦) .
 [ولا يحل] ^(٧) قتلهم حتى يصلوا إلى حصنهم وهذا؛ لأنهم [إنما] ^(٨) ينزلون عن
 الحصن ويلتحقون بعسكر المسلمين لأجل الأمان، ففي تصحيح النبذ قبل
 [تبليغهم] ^(٩) مأمنهم غدر بهم وإنه حرام .
 وكذلك إذا نزلوا عن حصنهم وهدموا [بعضه] ^(١٠) أو كله ثم نبذ إليهم، فإنه لا
 يصح النبذ حتى يعمرُوا حصنهم ويتجمعوا فيه، فحينئذ يصح النبذ ويحل القتال .
 وكذلك إذا تفرقوا وخرج بعضهم إلى دار الإسلام فنبد إليهم، لا يصح النبذ حتى
 يدخلوا في بلادهم ويتحصنوا أو يصير لهم شوكة، تحرزًا عن الغدر والخيانة .
 وإذا كان الأمان من الأمير [أو من جماعة من المسلمين، ثم إن واحدًا من

(١) سقط في م .

(٢) في م: وإذا .

(٣) زاد في أ: شرط .

(٤) في م: و .

(٥) في م: فنبد .

(٦) سقط في م .

(٧) في أ: فلا يصح .

(٨) سقط في م .

(٩) في أ: مبلغهم .

(١٠) سقط في م .

المسلمين أراد أن ينقضه لا يصح نقضه، إلا إذا كان بإذن الأمير^(١)، أو بإذن الجماعة؛ لأن عقد الأمان إنما تم بمباشرة الجماعة، أو بمباشرة من قام مقامهم وهو الأمير، وتعلق به حق الجماعة، فهذا الواحد يريد إبطال حقهم، ولا يقدر عليه. فقد^(٢) فرق بين أمان الواحد من المسلمين للكفرة وبين نقض واحد من المسلمين الأمان، [فجوز الأمان عليه وعلى بقية المسلمين، ولم يجوز النقض أصلاً والقياس: ألا^(٣)]^(٤) يجوز الأمان؛ إذ لا يجوز أمان واحد من المسلمين على أنفسهم، لما فيه من إبطال حق الباقيين في القتل.

لكن عرفنا ذلك بالأثر، وهو قوله - عليه الصلاة والسلام - يسعى بذمتهم أدناهم^(٥)،

(١) سقط في م.

(٢) في م: وقد.

(٣) في م: أن.

(٤) سقط في أ.

(٥) أخرجه أحمد (١/١٢٢)، وأبو داود (٤/٦٦٧) كتاب الديات، باب: أيقاد المسلم بالكافر، حديث (٤٥٣٠)، والنسائي (٨/١٩) كتاب القسامة، باب: القود بين الأحرار والمماليك في النفس، وأبو عبيد القاسم بن سلام في «الأموال»، ص (١٧٩)، رقم (٤٩٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/١٩٢)، وفي «مشكل الآثار» (٢/٩٠)، والدارقطني (٣/٩٨) كتاب الحدود والديات (٦١)، والحاكم (٢/١٤١)، والبيهقي (٨/٢٩)، والبغوي في «شرح السنة» (٥/٣٨٨) من طريق الحسن بن قيس بن عباد قال: «انطلقت أنا والأشتر إلى علي فقلنا: هل عهد إليك رسول الله ﷺ شيئاً لم يعهده للناس عامة قال: لا، إلا ما كان في كتابي هذا فأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه: المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده ومن أحدث حدثاً فعلى نفسه ومن أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين».

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي. وللحديث شاهد من حديث عبد الله بن عمرو وابن عباس ومعقل بن يسار وعائشة وعطاء بن أبي رباح مرسلًا.

حديث عبد الله بن عمرو: أخرجه الطيالسي (٢/٣٧ - منحة)، وأحمد (٢/٢١١)، وأبو داود (٣/١٨٣) كتاب الجهاد، باب: في السرية ترد على أهل العسكر، حديث (٢٧٥١)، وابن ماجه (٢/٨٩٥) كتاب الديات، باب: المسلمون تتكافأ دماؤهم، حديث (٢٦٨٥)، وابن الجارود في المنتقى (٧٧١)، والبيهقي (٨/٢٩) كتاب

[ولا أثر]^(١) في النقض، فبقي النقض على أصل القياس.

* * *

الجنايات، باب: فيمن لا قصاص بينه باختلاف الدينين، وابن أبي شيبه (٤٣٢/٩)، والبخاري في «شرح السنة» (٣٨٨/٥)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (١٧٠) من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم».

وفي الباب عن ابن عباس ومعقل بن يسار وعائشة وعطاء بن أبي رباح مرسلًا. حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجه (٨٩٥/٢) كتاب الديات، باب: المسلمون تتكافأ دماؤهم، حديث (٢٦٨٣) من طريق حنش عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: المسلمون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم يسعى بذمتهم أدناهم ويؤرد على أقصاهم. وذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٣٥٣/٢) وقال: هذا إسناد ضعيف لضعف حنش واسمه حسين بن قيس.

حديث معقل بن يسار: أخرجه ابن ماجه (٨٩٥/٢) كتاب الديات، باب: المسلمون تتكافأ دماؤهم، حديث (٢٦٨٤)، وابن عدي في «الكامل» (٥٣٣٢/٥) من طريق عبد السلام بن أبي الجنوب عن الحسن عن معقل بن يسار قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون يد على من سواهم وتتكافأ دماؤهم». واللفظ لابن ماجه. أما لفظ ابن عدي: لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده والمسلمون يد على من سواهم تتكافأ دماؤهم.

وقال ابن عدي: وعبد السلام بن أبي الجنوب بعض ما يرويه لا يتابع عليه منكر. وذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٣٥٣/٢، ٣٥٤) وقال: هذا إسناد ضعيف عبد السلام ضعفه ابن المديني وأبو حاتم وأبو زرعة والبزار وابن حبان. حديث عائشة: أخرجه الدارقطني (١٣١/٣) كتاب الحدود والديات، حديث (١٥٥) من طريق مالك بن محمد بن عبد الرحمن عن عمرة عن عائشة قالت: وجد في قائم سيف رسول الله ﷺ كتابان: «إن أشد الناس عتوًا في الأرض رجل ضرب غير ضاربه أو رجل قتل غير قاتله ورجل تولى غير أهل نعمته فمن فعل ذلك فقد كفر بالله وبرسوله ولا يقبل الله منه صرفًا ولا عدلاً وفي الآخر: المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده ولا يتوارث أهل ملتين». وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣٩٥/٣) ومالك هذا هو ابن أبي الرجال أخو حارثة، ومحمد قال أبو حاتم: هو أحسن حالًا من أخويه.

مرسل عطاء: أخرجه أبو عبيد في «الأموال»، ص (٢٩٠)، رقم (٨٠٣) ثنا ابن أبي زائدة عن معقل بن عبد الله الجزري عن عطاء بن أبي رباح قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون إخوة يتكافؤون دماءهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم ومشدهم على مضغفهم ومتسريهم على قاعدهم».

(١) في م: والأثر.

الفصل الثالث عشر

في المسلمین تدخل الأشياء في دار الحرب

قال محمد - رحمه الله - : لا بأس بأن يحمل المسلم إلى أهل الحرب^(١) ما شاء إلا الكراع والسلاح، والسبي، وإن كان لا يحمل إليهم شيئاً أحب إلي؛ لأن المسلم مندوب إلى التباعد عن المشركين.

قال عليه الصلاة والسلام: «لا تستضيئوا بنار^(٢) المشركين»^(٣).

وقال عليه الصلاة والسلام: «أنا بريء من كل مسلم [مع مشرك]^(٤)»^(٥).

وفي حمل الأمتعة إليهم للتجارة نوع مقارنة معهم، والأولى ألا يفعل، ولأنهم يتقون بما يحمل إليهم من متاع أو طعام، ويتنفعون بذلك والأولى للمسلم أن يتحرز عن اكتساب سبب القوة لهم.

إلا أنه لا بأس [بذلك]^(٦) في الطعام والثياب ونحو ذلك؛ لما روى أن ثمامة بن أثال الحنفي^(٧) أسلم في زمن النبي ﷺ وقطع الميرة^(٨) على أهل مكة، وكانوا

(١) الأصل للشيباني (٤٧٢/٧).

(٢) في م: بأمان.

(٣) أخرجه النسائي (١٧٦/٨، ١٧٧) في الزينة، باب: قول النبي لا تنقشوا على خواتمكم عربياً (٥٢٠٩)، وأحمد في المسند (٩٩/٣)، والبيهقي في السنن (١٢٧/١٠) كتاب آداب القاضي، باب: لا ينبغي للقاضي ولا للوالي أن يتخذ كاتباً ذمياً.

(٤) في م: تبع لا تراءى نارهما.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٥/٣) كتاب الجهاد، باب: النهي عن قتل من اعتصم بالسجود (٢٦٤٥)، والترمذي (١٣٢/٤) كتاب السير، باب: ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين (١٦٠٤، ١٦٠٥)، موصولاً ومرسلاً وقال عن المرسل: إنه أصح، وإن أكثر أصحاب إسماعيل عن قيس بن أبي حازم أن رسول الله ﷺ بعث سرية ولم يذكر فيه عن جرير، ونقل عن البخاري صحة حديث قيس عن النبي ﷺ مرسلاً، ولم يخرج النسائي إلا مرسلاً (٣٦/٨) كتاب القسامة. وذكره الحافظ في التلخيص (٢١٨/٤). وعزاه لأبي داود والترمذي، وابن ماجه. وينظر: عون المعبود (٣٠٥/٧).

(٦) سقط في م.

(٧) هو: ثمامة بن أثال بن النعمان أبو أمامة اليمامي، أسره الصحابة وربطوه في المسجد فأطلق الرسول ﷺ سراحه فأسلم، ثبت على إسلامه لما ارتد أهل اليمامة وحارب المرتدين =

يمتارون منها، فكتبوا^(١) إلى النبي ﷺ يسألونه أن يأذن في حمل الطعام إليهم، فأذن له في ذلك^(٢)، وأهل مكة يومئذ كانوا حربا على رسول الله ﷺ فعرفنا أنه^(٣) لا بأس بذلك.

وهذا لأن المسلمين يحتاجون إلى بعض ما في ديارهم من الأدوية، والأمتعة، فإذا منعناهم ما في ديارنا فهم يمنعون أيضا ما في ديارهم، فحمل بعض ما يوجد في ديارنا إليهم أمر لا بد منه.

فلهذا رخصنا للمسلمين في ذلك، إلا الكراع والسلاح [والسبي]^(٤) فإنه لا يحمل إليهم شيء من ذلك، وذلك منقول عن إبراهيم، وعطاء بن أبي رباح، وعمر بن عبد العزيز^(٥)؛ وهذا لأنهم يتقون بالكراع، [والسلاح]^(٦) على قتال المسلمين، وقد

= واستشهد في حروب الردة، فرضي الله عنه وعن الصحابة أجمعين.
ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة (١/٤١٠، ٤١١)، الطبقات الكبرى، لابن سعد (٥/٥٥٠).

(٨) الميرة: الطعام الذي يمتاره الإنسان، أي: يجيء به من بعد، يقال: مار أهله يميهم: إذا حمل إليهم الميرة، قال الله تعالى: ﴿وَمِمَّا أَهْلْنَا﴾ [يوسف: ٦٥]. ينظر: المعجم الوسيط (٢/٧٠٧).

(١) في م: فشكوا.
(٢) ينظر: دلائل النبوة، أحمد بن حسين البيهقي، تحقيق: د. عبد المعطي قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (٤/٨٠).

(٣) زاد في م: كان.
(٤) سقط في م.

(٥) هو: عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم، قرشي من بني أمية، الخليفة الصالح، ويقال له: «خامس الخلفاء الراشدين» لعدله وحزمه، معدود من كبار التابعين، ولد ونشأ بالمدينة، وولي إمارتها للوليد، ثم استوزره سليمان بن عبد الملك وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة تسع وتسعين هـ فبسط العدل، وسكن الفتن، كان ثقة، مأمونا، له فقه وعلم وورع، وروى حديثا كثيرا، وكان إماما عدلا. قال أنس: ما رأيت أحدا أشبه صلاة برسول الله ﷺ من هذا الفتى، ومناقبه وفضائله كثيرة جدا، توفي في رجب سنة إحدى ومائة هـ.

ينظر: تهذيب التهذيب (٧/٤٧٥)، النجوم الزاهرة، لابن تغري بردي، المؤسسة المصرية العامة (١/٢٤٦)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/١٩).

(٦) سقط في م.

أمرنا بكسر شوكتهم، وقتل مقاتلتهم؛ لدفع فتنة محاربتهم.
كما قال الله تعالى: ﴿وَقَنَلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾. فعرّفنا أنه لا رخصة في تقويتهم على محاربة المسلمين.

وإذا^(١) ثبت هذا في الكراع والسلاح، ثبت في السبي بطريق^(٢) الأولى؛ لأنه [إما]^(٣) أن يقاتل بنفسه، أو يكون منه من يقاتل، وتقويتهم بالمقاتل فوق تقويتهم بألة القتال.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح السير الكبير: المراد من الكراع: الخيل، [والبغال]^(٤)، والحمير، والإبل، والثيران، التي يحمل عليها المتاع.

والمراد من السلاح: ما يكون معدًّا للقتال ويستعمل في الحرب، سواء استعمل^(٥) مع ذلك في غير الحرب أو لا يستعمل.

وأجناس السلاح ما كبر منه وما صغر حتى الإبرة والمسلة في كراهة الحمل إليهم على السواء؛ لأن معنى التقوي على قتال المسلمين لا يختلف.

وكذلك الحديد الذي يصنع منه السلاح يكره حمله إليهم؛ لأن الحديد أصل السلاح، والحكم^(٦) الثابت فيما يحصل من أصل يكون ثابتاً في الأصل [وإن لم يوجد فيه ذلك المعنى]^(٧).

ألا ترى أن المحرم إذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء، كما يلزمه بقتل الصيد، وكذلك الحرير والديباج يكره حمله إليهم؛ لأنه يصنع منه الرايات والسلاح، والقز

(١) في م: فإذا.

(٢) في م: بالطريق.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: كان يستعمل.

(٦) في م: والحمل.

(٧) سقط في م.

الذي هو غير [معمول]^(١) كذلك؛ لأنه يتخذ منه الخفتانات^(٢) فإن [كان]^(٣) خَزًا من إبريسم أو ثيابًا رقائقًا من القز، فلا بأس بإدخالها إليهم، لأن ذلك مما لا يتقوى به على القتال، وإنما يستعمل في اللبس، وهو نظير ما يستعمل في الأكل.

والحاصل: أن ما ليس سلاحًا بعينه، وإن كان الغالب عليه أنه [ما]^(٤) يراد للسلاح وقد يراد لغيره، لا يحل إدخاله إليهم؛ لأن [الحكم للغالب، والنادر لا يظهر بمقابلة الغالب، ولا بأس بإدخال القطن والثياب إليهم؛ لأن الغالب فيه الإستعمال للبس لا للقتال، فإن كان الغالب عندهم أنهم يقاتلون بالخفتانات المحشوة من القطن لم يحل إدخال شيء من ذلك إليهم، ولا بأس بإدخال الصفر والشبه إليهم وكذلك الرصاص، لأن هذا لا يستعمل للسلاح في الغالب، فإن كانوا يجعلون عظم سلاحهم من ذلك]^(٥) لم يحل إدخال شيء من ذلك إليهم، لأن المعبر عادة كل قوم فيما بيني عليه الأحكام.

ولا يحل إدخال شيء من النسور الحي والمذبوح منها، وأجنتها إليهم؛ لأن الغالب عليه أنه يدخل الريش النشاب والنبيل.

وكذلك العقاب إذا كان يجعل من ريشها [في]^(٦) ذلك أيضا فإن كان إنما يدخل للصيد، لا بأس بإدخالها.

وإذا أراد المسلم أن يدخل دار الحرب بأمان للتجارة، ومعه فرسه وسلاحه، وهو لا يريد بيعه منهم، لم يمنع من ذلك؛ لأن المسافر يحتاج إلى أن يستصحب هذه الأشياء لمنفعة نفسه؛ فلا يكون ممنوعا عنه في دار [الحرب كما لا يكون ممنوعا عنه

(١) في أ: مفتول.

(٢) في م: الحصابات.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الغالب فيه الاستعمال للبس لا للقتال وإن كان الغالب عندهم أنهم يعاملون بالحصيات المحشوة من القطن.

(٦) سقط في م.

في دار^(١) الإسلام، ولكن هذا إذا كان^(٢) يعلم أن أهل الحرب لا يتعرضون له في ذلك.

وكذلك سائر الدواب؛ لأنه يحتاج إلى أن يحمل عليها البز وغيره مما يريد^(٣) التجارة فيه.

ولكن إذا اتهم على شيء من ذلك يستحلف بالله ما يدخله للبيع، ولا يبيعه في دار الحرب حتى يخرجها إلا من ضرورة، فإذا^(٤) حلف على ذلك فقد انتفت هذه التهمة بيمينه [فيترك ليدخله]^(٥) دار الحرب.

وإن أبى أن يحلف لم يترك ليدخل شيئاً من ذلك دارهم، وكذلك إذا أراد حمل الأمتعة إليهم في البحر في السفينة؛ [لأن]^(٦) السفينة مركب يتقوون بها على حمل الأثقال، وقد يستعملونها للقتال، فيستحلف بالله ما يريد بيعها حتى يخرجها إلا من ضرورة.

فإذا^(٧) دخل بسلام أو غلامين لخدمته، لم يمنع من ذلك؛ لحاجته [إليه]^(٨) وإنما يمنع^(٩) [من ذلك]^(١٠) ما يريد التجارة فيه، فإن اتهم، استحلف.

وأما [الذمي]^(١١) - إذا أراد الدخول إليهم بأمان، فإنه يمنع أن يدخل فرسا معه، أو بردوناً، أو سلاحاً؛ لأن الظاهر أنه يدخل ذلك إليهم للبيع فيهم؛ بخلاف

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: لم.

(٣) في م: يد.

(٤) في م: فإن.

(٥) في م: فنقول: يدخله.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فإن.

(٨) في م: إليهم.

(٩) في م: يمنع.

(١٠) سقط في م.

(١١) سقط في م.

المسلم؛ لأن دينه يمنعه من ذلك، وأما دين الذمي لا يمنعه من ذلك إلا أن يكون معروفا بعداوتهم مأمونا على ذلك، فحينئذ حاله كحال المسلم؛ فلا يمنع من أن يدخل بتجارته على البغال والحمير، والعجلة والسفن؛ لأن الظاهر أن هذا لا يحمله إليهم ليتقوا به على المسلمين، بل لحاجته.

وكما يحتاج إليه في الإدخال يحتاج إليه في الإخراج؛ لما يأتي به من السلع، بخلاف السلاح والفرس، والظاهر^(١) هناك أنه يدخله للتجارة لا لحاجته؛ لأنه يستغني في تحصيل حاجته عن ذلك، ويستحلف أيضا على [ما يدخله]^(٢) من البغال والسفن والرقيق أنه لا يريدهم^(٣) البيع، ولا يبيع حتى يخرج إلا من ضرورة؛ لأن الواجب على المسلمين الأخذ بالاحتياط^(٤) على أقصى الوجوه الذي يقدرون عليه. والحربي المستأمن في دارنا إذا أراد الرجوع إلى دار الحرب بشيء مما ذكرنا فإنه يمنع من ذلك؛ لأنه من أهل دار الحرب، وإنما يدخلها ليقيم فيها، ويكون محاربًا للمسلمين^(٥) كغيره فهو يتقوى بما يدخله من ذلك على قتال المسلمين، فلهذا منع^(٦) من جميع ذلك.

قال: إلا أن يكون مكارياً سفناً، أو دواباً من مسلم أو ذمي، فحينئذ لا يمنع منه؛ لأن الظاهر [أنه يقصد]^(٧) تحصيل الكراء لنفسه، وأنه يرجع بما يدخل، فلهذا لا يمنع منه.

وإذا^(٨) كان أهل الحرب بحال إذا دخل عليهم التاجر بشيء من هذا لم يدعوه

(١) في م: فالظاهر.

(٢) في م: رحله.

(٣) في م: يريد بهم.

(٤) في م: والاحتياط.

(٥) في م: على المسلمين.

(٦) في م: يمنع.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: وإن.

يخرج به ولكنهم يعطونه ثمنه، فإنه يمنع المسلم والذمي من إدخال الخيل والسلاح والرقيق إليهم، ولا يمنع من إدخال البغال والحمير والثور والبعير؛ لأن هذا مما لا بد له منه، فقد لا يقوى على المشي، وكذا لا يمكنه أن يحمل الأمتعة على عاتقه، وحال تحقق الضرورة مستثنى [من الحظر]^(١).

ولا تتحقق مثل هذه الضرورة في الخيل والسلاح؛ لأن المقصود يحصل بدونه، وإنما يبتغي منه معنى التجميل والترفيه، أو زيادة الاحتياط.

ثم يمنع في هذا الموضع من إدخال دواب يحمل عليها [أمتعته للتجارة]^(٢)؛ لأنه لا تتحقق الضرورة في [ذلك أيضا، وإنما تتحقق الضرورة]^(٣) في دابته التي يركبها [لحاجته]^(٤) خاصة؛ لأنه إذا^(٥) لم يركب يضيع، فأما أمتعة التجارة، فهو يتمكن من أن يحمل منها على دابته مع نفسه ما^(٦) لا حمل له ولا مؤنة.

والمقصود من الإذن له في الدخول إليهم ما يخرجهم مما ينتفع به المسلمون^(٧)، لا ما يدخله مما ينتفع به أهل الحرب، وكذلك لا يمنع من إدخال سفينة واحدة يركبها ويكون فيها متاعه؛ لأن ذلك لا بد له منه، فإذا أراد إدخال أخرى، منع من ذلك؛ لأنه لا تتحقق الضرورة فيها، وهذا كله استحسان.

[وفي]^(٨) القياس: يمنع من جميع ذلك؛ لما فيها من قوة أهل الحرب على قتال المسلمين، ولا رخصة فيها شرعاً، ولا يمكن أن يدخل إليهم خادماً في هذه الحالة مسلماً كان أو كافراً؛ لأن الضرورة لا تتحقق فيه، وإنما يراد به معنى التجميل والترفيه. والله تعالى أعلم.

(١) في م: على الحصن.

(٢) في م: الأمتعة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: إن.

(٦) في م: و.

(٧) في م: لأن.

(٨) سقط في م.

الفصل الرابع عشر في مفاداة الأسراء بالأسراء

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: لا بأس بأن يفادى (١) أسراء (٢)
المسلمين بأسراء المشركين الذين في أيدي الناس من الرجال والنساء، وهذا قول (٣)
أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وهو أظهر (٤) الروايتين [عن أبي حنيفة] (٥).

(١) ثبت في الحاشية: من الفداء.

(٢) الأسرى جمع أسير، ويجمع أيضا على أسارى وأسارى. والأسير لغة: مأخوذ من الإسار، وهو القيد، لأنهم كانوا يشدون بالقيد. فسمي كل أخيد أسيرا وإن لم يشد به. وكل محبوس في قيد أو سجن أسير. قال مجاهد في تفسير قول الله سبحانه: ﴿وَيُطْعَمُونَ أَلْطَعَامَ عَلَىٰ حَيْثُ وَنَحَبِهِمْ وَيَسْتَمِعُونَ أَلْسِنَهُمْ﴾ الأسير: المسجون.

وفي الاصطلاح: عرف الماوردي الأسرى بأنهم: الرجال المقاتلون من الكفار، إذا ظفر المسلمون بهم أحياء. وهو تعريف أغلبي، لاختصاصه بأسرى الحربين عند القتال، لأنه يتتبع استعمالات الفقهاء لهذا اللفظ يتبين أنهم يطلقونه على كل من يظفر بهم من المقاتلين ومن في حكمهم، ويؤخذون أثناء الحرب أو في نهايتها، أو من غير حرب فعلية، ما دام العداة قائما والحرب محتملة.

من ذلك قول ابن تيمية: أوجبت الشريعة قتال الكفار، ولم توجب قتل المقدور عليهم منهم، بل إذا أسر الرجل منهم في القتال أو غير القتال، مثل أن تلقية السفينة إلينا، أو يضل الطريق، أو يؤخذ بحيلة فإنه يفعل به الإمام الأصلاح. وفي المغني: هو لمن أخذه، وقيل: يكون فينا.

ويطلق الفقهاء لفظ الأسير أيضا على: من يظفر به المسلمون من الحربين إذا دخلوا دار الإسلام بغير أمان، وعلى من يظفرون به من المرتدين عند مقاتلتهم لنا. يقول ابن تيمية: ومن أسر منهم أقيم عليه الحد.

كما يطلقون لفظ الأسير على: المسلم الذي ظفر به العدو. يقول ابن رشد: وجب على الإمام أن يفك أسرى المسلمين من بيت المال... ويقول: وإذا كان الحصن فيه أسارى من المسلمين، وأطفال من المسلمين... إلخ.

ينظر: بدائع الصنائع (١٠٩/٧)، وبداية المجتهد (٣٨٥/١، ٣٨٨)، (٤٥٨/٢)، والتاج والإكليل (٣٨٧/٣)، والمهذب (٢٦٠/٢)، والمغني (٤٤١/١٠)، والأحكام السلطانية، ص (١٣١)، والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط (٢)، ١٩٥١م، ص (١٩٣).

(٣) زاد في م: أبي حنيفة.

(٤) في م: ظاهر.

(٥) سقط في م.

ووجه ذلك: أن تخليص أسراء^(١) المسلمين من أيدي المشركين واجب، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بطريق المفاداة، وليس في هذا أكثر من ترك قتل أسراء^(٢) المشركين إلا أن ذلك جائز لمنفعة المسلمين؛ ألا ترى أن للإمام أن يسترقهم، والمنفعة في تخليص أسراء^(٣) المسلمين من أيديهم أظهر.

وأيد ما قنا: حديث [عمران بن الحصين^(٤)] ^(٥) - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ، فادى رجلين من المسلمين برجل من المشركين من بني عقيل^(٦).

ووجه الرواية الأخرى عن أبي حنيفة - رحمه الله - قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾.

وفي المفاداة ترك القتل الذي هو فرض، ولا يجوز ترك الفرض مع التمكن من إقامته بحال.

(١) في م: أسارى.

(٢) في م: أسرى.

(٣) في م: أسرى.

(٤) هو: عمران بن حصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم بن سالم بن غاضرة الخزاعي، استقضاه عبد الله بن عامر على البصرة، ثم استعفاه، ومات بها سنة اثنتين وخمسين، وكان الحسن البصري يحلف بالله ما قدمها راكب خير من عمران بن حصين.
ينظر: تهذيب الكمال (٣١٩/٢٢)، تقريب التهذيب (٨٢/٢)، الكاشف (٣٤٨).

(٥) في م: عمر.

(٦) أخرجه مسلم (١٢٦٢/٣) كتاب النذر، باب: لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد، رقم (١٦٤١/٨)، وأبو داود (٢٥٨/٢) كتاب الأيمان والنذور، باب: في النذر فيما لا يملك، رقم (٣٣١٦)، وأحمد (٤٣٠/٤، ٤٣٤)، والترمذي (١٣٥/٤) كتاب السير، باب: ما جاء في قتل الأسارى والفداء، رقم (١٥٦٨)، والبيهقي (١٠٩/٩) كتاب السير، باب: ما أحرزه المشركون على المسلمين، (٧٥/١٠) كتاب النذور، باب: ما يوفى به من النذور وما لا يوفى، والدارمي (٢٢٣/٢) كتاب السير، باب: فداء الأسارى، والحميدي (٣٦٥/٢) رقم (٨٢٩)، وعبد الرزاق (٢٠٦/٥، ٢٠٧) رقم (٩٣٩٥)، و(٤٣٤/٨) رقم (١٥٨١٤) مختصرًا، والبيهقي في دلائل النبوة (٤/١٨٨، ١٨٩)، والبخاري في التاريخ الصغير (١٨١/٢) مختصرًا، والطبراني (١٩٠/١٨، ١٩١) رقم (٤٥٣)، وسعيد بن منصور، رقم (٢٩٦٧).

يوضحه: أن الأسراء^(١) صاروا مقهورين في أيدينا؛ فكانوا من أهل دارنا، فتكون المفاداة بهم بمنزلة المفاداة بأهل الذمة، وليس في الامتناع من هذه المفاداة أكثر من الخوف على أسراء^(٢) المسلمين، إلا أن لأجله لا يجوز ترك قتل [المشركين]^(٣) ولا إعادتهم ليصيروا حرباً لنا.

ألا ترى أنه يفرض^(٤) الجهاد على المسلمين؛ ليتوصلوا إلى قتل المشركين وإن كان فيه معنى الخوف على نفوس المسلمين.

فإن أسلم الأسراء^(٥) قبل أن يفادي بهم، فإنه لا تجوز المفاداة بهم بعد ذلك؛ لأنهم صاروا كغيرهم من أهل الإسلام، فلا يجوز تعريضهم للفتنة بطريق المفاداة. والصبيان في المشركين إذا سبوا ومعهم الآباء والأمهات، فلا بأس بالمفاداة بهم؛ لأنه تبع الأبوين فلا يصيرون مسلمين وإن حصلوا في دارنا.

فأما إذا سبى^(٦) الصبي وحده وأخرج إلى دار الإسلام، فإنه لا تجوز المفاداة بعد ذلك؛ لأنه صار محكوماً له بالإسلام تبعاً للدار.

وكذلك إن قسمت الغنيمة في دار الحرب فوقع في سهم رجل [تبعاً بعد قسمة]^(٧) الغنائم، فقد صار الصبي محكوماً له بالإسلام تبعاً لمن تعين^(٨) ملكه فيه بالقسمة أو الشراء^(٩) حتى إذا مات يصلى [عليه]^(١٠).

وفي هذا بيان أنه إذا كان بالغاً تجوز المفاداة به بعد القسمة والبيع حتى يتعين

(١) في م: الأسرى.

(٢) في م: الأسرى.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يفترض.

(٥) في م: الأسرى.

(٦) في م: كان.

(٧) في م: أو بيعت.

(٨) في م: يتيقن.

(٩) في م: الشركة.

(١٠) سقط في م.

الملك فيه للمسلمين، فكان بمنزلة الذمي في هذه الحالة، فلا تجوز المفاداة به [بعد القسمة والبيع وهو قول محمد - رحمه الله - .

وأما عند أبي يوسف - رحمه الله - لا يجوز ذلك؛ لأن حكم صيرورته من أهل دارنا قد استقر بالقسمة والبيع حين تعين الملك فيه للمسلمين، فكان في منزلة الذمي في هذه الحالة، فلا تجوز المفاداة به^(١).

ومحمد - رحمه الله - [يقول]^(٢): المعنى الذي لأجله جوزنا المفاداة به قبل القسمة موجود بعدها، وهو وجوب تخليص المسلمين من يد المشركين.

والأصل^(٣) فيه: حديث عمران بن الحصين - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ افتدى يوم^(٤) المريسي^(٥) سبي^(٦) بني المصطلق^(٧) بعدما جرت فيهم^(٨) السهمان^(٩).

(١) سقط في م.

(٢) في أ: يوجه قول.

(٣) في م: ولأصل.

(٤) في م: قوم.

(٥) المريسي - بضم الميم وفتح الراء وسكون التحتائيتين بينهما مهملة مكسورة وآخره عين مهملة - هو ماء لبني خزاعة بينه وبين الفرع مسيرة يوم، وهي غزوة بني المصطلق - بضم الميم وسكون المهملة وفتح الطاء المهملة وكسر اللام بعدها قاف -، وهو لقب اسمه جذيمة بن سعد بن عمرو بن ربيعة بن حارثة، بطن من بني خزاعة. ينظر: فتح الباري (٧/٤٩٥).

(٦) في م: بسبي.

(٧) بني المصطلق: - بضم الميم وسكون الصاد وفتح الطاء المهملتين وكسر اللام بعدها قاف - مفتعل من أصلق وهو: رفع الصوب، وهو لقب واسمه جذيمة بن سعد بن عمر بن ربيعة بن حارثة، وتسمى غزوة بني المصطلق المريسي.

ينظر: سبل الهدى والرشاد، للصالحي، تحقيق: مجموعة من الباحثين، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ط (٢)، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م (٤/٥٠٢).

(٨) في م: به.

(٩) أخرجه البخاري (٥/١٧٠) كتاب العتق، باب: من ملك من العرب رقيقاً، حديث (٢٥٤١)، ومسلم (٣/١٣٥٦) كتاب الجهاد والسير، باب: جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم الدعوة، حديث (١/١٧٣٠) من حديث ابن عمر قال: «أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب

وذكر في المنتقى: أن الوالي إذا قسم السبي بين الغانمين، فله أن يشتري هؤلاء السبي فيفادي بهم أسراء المسلمين.

[وذكر في موضع آخر من المنتقى: الإمام إذا قسم وأراد أن يفادي بما وقع في [الأسر أن] ^(١) يأخذهم بالقيمة ويفادي بهم المسلمين ^(٢).

فأما مفاداة الأسرى من المشركين بالمال، فإنه يجوز في قولنا ^(٣).

وذكر في موضع آخر من المنتقى: مفاداة الإمام بالمال، فإنه لا يجوز في قول علمائنا - رحمهم الله -؛ لأن قتل المشركين إلى أن يسلموا بعد التمكن منهم فرض؛ لقوله [تعالى]: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرْكَانَ﴾، وفي المفاداة بالمال ترك هذه الفريضة؛ للطمع في عرض الدنيا، وذلك لا يحل، وإليه وقعت الإشارة في قوله ^(٤) [تعالى]: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُنْخَبَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا﴾.

نزلت الآية يوم بدر حين رغب رسول الله ﷺ في رأي أبي بكر - رضي الله عنه - حين أشار عليه بالمفاداة [بالمال] ^(٥) ^(٦).

يومئذ جويرية بنت الحارث».

وأخرجه مالك (٤٦٨/٢) كتاب الجهاد، باب: ما جاء في الخيل والمسابقة، حديث (٤٨)، وأحمد (١٦٣/٣)، (١٦٤)، والبخاري (١١١/٦) كتاب الجهاد، باب: دعاء النبي ﷺ الناس إلى الإسلام، حديث (٢٩٤٥)، ومسلم (١٤٢٧/٣) كتاب الجهاد، باب: غزوة خيبر، حديث (١٣٦٥/١٢١) من حديث أنس «أن رسول الله ﷺ حين خرج إلى خيبر، أتاها ليلاً، وكان إذا أتى قومًا ليل لم يغز حتى يصبح. فلما أصبح خرجت يهود بمساحيهم ومكاتلهم فلما رأوه قالوا: محمد والله محمد، والخميس». فقال رسول الله ﷺ: «الله أكبر خربت خيبر، إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين».

(١) في م: الاستحسان.

(٢) في م: المتقرب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) تفسير القرآن، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني،

تحقيق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض، السعودية،

ط (١)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م (٢/٢٧٩)، تفسير السمرقندي المسمى بحر العلوم، لنصر بن

وقد كان أبو بكر - رضي الله عنه - يتأسف عن ذلك، على ما روي أنه أسر في عهده أسير من الروم، فطلبوا المفاداة به، فقال: اقتلوه فلقتل رجل من المشركين أحب إلي^(١) من كذا وكذا.

وفي رواية: «لا تفادوا به وإن أعطيتكم به مدّين من ذهب»^(٢). وتأويل ما فعل رسول الله ﷺ من مفاداة الأسارى بالمال يوم بدر ما ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: أن رسول الله ﷺ إنما فدى أسارى بدر بالمال؛ لأنهم كانوا يومئذ محتاجين إلى المال حاجة عظيمة؛ لأجل الاستعداد للقتال، وعند الضرورة لا بأس بالمفاداة بالمال.

وعليه يحمل أيضا ما روي عن رسول الله ﷺ لما سبى النساء والذراري من [بني]^(٣) قريظة^(٤)، بعث بنصف السبي مع سعد بن زيد^(٥) إلى نجد^(٦) فباعهم من

= محمد بن أحمد أبي الليث السمرقندي، تحقيق: د. محمود مطرجي، دار الفكر، بيروت (٣١/٢، ٣٢)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (٥٥١/٢).

(١) في م: إلى الله.

(٢) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٩٦/٦)، ومحمد بن الحسن في الأصل (٧/٤٣٣).

(٣) سقط في م.

(٤) غزوة بني قريظة في سنة (٥ هجرية) وكذلك بنو قريظة نقضوا العهد وانضموا إلى الحلفاء في غزوة الأحزاب بتحريض من عدو الله حبي بن أخطب الذي أتى كعب بن أسد صاحب عقد بني قريظة؛ حتى نقض عهده وبرئ مما كان بينه وبين رسول الله ﷺ حتى إنهم قالوا لسعد ابن معاذ ومن معه لما أرسلهم رسول الله ﷺ إليهم: «من رسول الله لا عهد بيننا وبين محمد ولا عقد» فشاتمهم سعد وشاتموه. فلما رجع رسول الله ﷺ من الأحزاب سار إليهم وحاصرهم خمسا وعشرين ليلة حتى جهدهم الحصار وقذف الله في قلوبهم الرعب فنزلوا على حكم الرسول فجعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ، فحكم فيهم أن يقتل الرجال وتقسم الأموال وتسبى الذراري، ونفذ الحكم.

(٥) في م: يزيد.

هو: سعد بن زيد بن سعد الأشهلي، قال أبو حاتم: له صحبة وروى البخاري في التاريخ والحاكم وابن منده من طريق إبراهيم بن جعفر من ولد محمد بن مسلمة عن سليمان بن محمد بن محمود بن مسلمة عن سعد الأشهلي أنه أهدى إلى رسول الله ﷺ سيفا، الحديث، قال البغوي: لا أعلم له غيره.

المشركين بالسلاح والخيول، وبالنصف الآخر^(١) مع سعد بن عبادة^(٢) إلى الشام؛ ليشتري بهم السلاح والكراع، وإنما فعل ذلك لحاجتهم كانت إلى السلاح يومئذ. وإن طلبوا في مفاداة الأسير بالأسير أن نعطيهم بعض الصبيان الذين أسرناهم خاصة دون من أسرنا معهم من الآباء والأمهات، فلا بأس بذلك، [وإن كان في ذلك]^(٣) تفریق بينه وبين والديه؛ لأن هذا تفریق^(٤) بحق، وحرمة المسلم الذي وجب تخليصه من المشركين أعظم من حرمة [هذا]^(٥) الصبي؛ فلهذا جوزنا المفاداة به، وإن كان بعد القسمة، كما هو مذهب محمد - رحمه الله.

وكما لا يجوز مفاداة البالغين منهم بالمال، فكذا لا يجوز مفاداة الصبيان منهم بالمال؛ لأن الصبي يكبر فيكون منه القتال، ويرجى له نسل يكون [منه القتال بخلاف الشيخ والشيخة الذي لا يرجى لهما النسل؛ لأنه لا يكون]^(٦) منهما القتال ولا من نسلهما.

ينظر: الإصابة (٣/٦١)، وأسد الغابة (٢/٤٣٠).
 (٦) نجد هو: الأرض العريضة التي أعلاها تهامة واليمن، وأسفلها العراق والشام. وقيل: حدّ نجد ذات عرق من جهة الحجاز كما تدور الجبال معها إلى جبال المدينة، وما وراء ذات عرق من الجبال إلى تهامة فهو حجاز كلّ، فإذا انقطعت الجبال من نحو تهامة فما وراءها إلى البحر فهو الغور، وهو وتهامة واحد. ويقال: إنّ نجدا كلها من عمل اليمامة. والقول في ذلك كثير. ينظر: مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع (٣/١٣٥٨).
 (١) في م: الباقي.

(٢) هو: سعد بن عبادة بن حارثة الخزرجي سيدهم وصاحب راية الأنصار في المشاهد كلها، وقد شهد بدرًا، وكذا قاله ابن عيينة، وقال ابن سعد: تهيأ للخروج فنهش فأقام، وهو من نقباء العقبة، وكان سيدًا جوادًا يكتب بالعربية ويحسن العوم والرمي ولأجل ذلك سمي الكامل، له أحاديث، روى عنه بنوه قيس وسعيد وإسحاق، وأرسل عنه ابن المسيب، وكان كثير الصدقات جدًا، وتخلف عن بيعة أبي بكر رضي الله عنه، وخرج عن المدينة ولم يرجع إليها حتى قتلته الجن بحوران من عمل دمشق سنة خمس عشرة، وقال الفلاس: سنة ست عشرة، وقال أبو عبيد: سنة أربع عشرة.

ينظر: خلاصة تذهيب الكمال (١/٣٦٩)، تذهيب التهذيب (٣/٤٧٦)، أسد الغابة (٢/٣٥٦)، سير أعلام النبلاء (١/٢٧٠).

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ، م: تفريقًا.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

ثم في المفاداة يشترط رضا أهل العسكر؛ لما فيه من إبطال حقهم عن العين، ولو أبى أهل العسكر ذلك، ففيما عدا الرجال ليس للأمير أن يفادي بهم.

[وفي الرجال إن كان قبل القسمة، فله أن [يفادي بهم]^(١)]؛ لأن قبل القسمة له أن يبطل حقهم عن الرجال بغير عوض [بالقتل]^(٢) فلأن^(٣) يكون له ذلك بعوض أولى وبعد القسمة ليس له ذلك إلا برضاهم.



(١) في أ: يفاديهم.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) في م: فلا.

ومما يتصل بهذا الفصل :

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: وإذا أسر الحر من المسلمين أو من أهل الذمة، فقال لمسلم أو ذمي مستأمن فيهم: افتدني من أهل الحرب أو اشتري منهم، ففعل ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فهو حر لا سبيل عليه؛ لأن بالشراء لا يملكونه بل يبقى على الحرية كما كان.

ألا ترى أنه لو فدى نفسه [أو اشترى نفسه]^(١) كان حراً لا سبيل عليه، فكذا هاهنا. والمال الذي فداه به المأمور دين له على الأمر^(٢)؛ لأنه أحياه بما أدى من المال حكماً، فهو بمنزلة ما لو أمر من عليه القصاص رجلاً أن يصالح ولي الدم على مال يعطيه.

يوضحه أن أمره بأداء الفداء محتمل؛ فيجوز أن يكون على سبيل [التصدق به على الأسير، ويجوز أن يكون على سبيل]^(٣) الإقراض للأسير، وإنما يثبت به أدنى^(٤) الأمرين عند الإطلاق، ويجعل ذلك استقراضاً من الأسير، فيرجع عليه بجميع ما أدى في فدائه إلى مقدار الدية [دون الزيادة]^(٥) فإن كان فداه بأكثر من الدية، وإنما يرجع على الأمر بمقدار الدية دون الزيادة.

وقيل: ينبغي في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن يرجع بجميع ما أدى قل أو أكثر؛ لأنه^(٦) يراعى مطلق الأمر في الوكالات، والأصح أن هذا قولهم جميعاً؛ لأن هذا ليس بتوكيل بالمفاداة من حيث المعنى، ومن حيث الصورة وإن كان، فهو توكيل بالشراء.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: الأسير.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: أحد.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) زاد في م: ما.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - في التوكيل بالشراء لا يخالفهما أنه عند الإطلاق [يتقيد بالشراء بالقيمة، وقيمة الحر قدر ديته، وإنما يملك]^(١) بمطلق الأمر أن يلزمه بالفداء بمقدار الدية دون الزيادة على ذلك فكان في الزيادة كالمتبرع بالفداء عنه^(٢) بغير أمره، فلا يرجع عليه بقدر الزيادة.

فإن قيل: كان هو في هذا العقد ممثلاً لأمره، فينبغي أن يرجع عليه بجميع ما بذله، وإن كان مخالفاً لأمره ينبغي أن [لا]^(٣) يرجع عليه بشيء، كالوكيل [في الشراء]^(٤) إذا خالف واشترى بأكثر من قيمة المبيع بغبن فاحش. قلنا: هذا إنما يستقيم أن لو كان هذا العقد معاوضة على سبيل المبادلة وليس كذلك، فالحر المسلم ليس بمحل لذلك، بل هو استقراض بمقدار الدية أو دونها، فالأمر صار مقترضا من المأمور بمقدار^(٥) ديته أو دون ذلك، وأمر له أن يتصرف في ذلك [في فداءه، فهو في ذلك]^(٦) القدر يكون مقترضا إياه، وفيما زاد على ذلك يكون متبرعا [به]^(٧)، فيرجع عليه بما أفرضه دون ما تبرع [به]^(٨).

وعلى هذا لو كان المأسور قال له: افتدني منهم بألف درهم فلم يتمكن المأمور من ذلك حتى زاد فإنما يرجع عليه بالف خاصة؛ لأن الرجوع بحكم الاستقراض، وذلك في الألف خاصة، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى بألفين؛ حيث لا يرجع على الموكل بشيء؛ لأنه متملك لنفسه أولاً، ثم تملك من الأمر بما

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: عليه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: بالشراء.

(٥) في أ: مقدار.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

تملك [به]^(١) وعند الخلاف لا يتحقق التملك منه في شيء، فلهذا لا يرجع عليه بشيء من الثمن، أما [هنا الرجوع بحكم الاستقراض، وقد تحقق الاستقراض]^(٢) بمقدار الألف. والله أعلم.



(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ.

الفصل الخامس عشر

في الأنفال

يجب أن يعلم [بأن] ^(١) الأنفال ^(٢): الغنائم، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ﴾. أي الغنائم، فإنها جمع واحدها نفل.

وأصله في اللغة: الزيادة. ومنه سميت التطوعات نوافل، لكونها زوائد على الفرائض.

وسميت الغنيمة نفلاً؛ لأنها زائدة على محلات هذه الأمة؛ لأن الغنائم لم تكن حلالاً للأمم الماضية، وأحلت لهذه الأمة؛ أو لأنها زيادة على [تحصيل] ^(٣) ما يحصل للغازي من المقصود [الأصلي] ^(٤)، وهو الثواب الباقي، إلا أن المراد من استعمال لفظة الأنفال في عرف لسان الفقهاء: ما يخص به الإمام بعض الغانمين بذلك. وكذلك الفعل منه يسمى تنفيلاً، وذلك المحل يسمى نفلاً ^(٥).

(١) سقط في م.

(٢) النفل - بالتحريك - لغة: الغنيمة، والجمع أنفال. ومن معانيه في الاصطلاح: ما خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال سمي نفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة. والنفل قد يؤخذ من الفيء أو من الغنيمة أو من بيت المال ويعطى لمن خصهم الإمام. والصلة بين الفيء بالمعنى الأول والنفل هي البعضية. ينظر: القوانين الفقهية، ص (١٤٨)، وروضة الطالبين (٦/٣٦٨).

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الأعلى.

(٥) الغنيمة، هي المال المأخوذ من الكفار بالقتال، ذكرها الله في سورة الأنفال التي أنزلها في غزوة بدر، وسماها أنفالا؛ لأنها زيادة في أموال المسلمين، فقال: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبِئِ السَّبِيلِ﴾ الآية. وقال: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا غَنِمَتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّكَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾. وفي الصحيحين عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجدا وطهورا، فأبما رجل من أمتي أدركته الصلاة، فلبصل، وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي، وأعطيت الشفاعة، وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس عامة». وقال النبي ﷺ: «بعثت بالسيف بين يدي الساعة، حتى يعبد الله وحده لا

ولا خلاف بين العلماء أن التنفيل قبل الإصابة وإحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها جائز، وهو أن يقول الإمام: من قتل قتيلًا فله سلبه، أو يبعث سرية ويقول: لكم الثلث مما تصيبون بعد الخمس، أو لم يقل بعد الخمس، فهو جائز بلا خلاف.

والأصل فيه: ما روى محمد في السير الكبير أن رسول الله ﷺ نفل، [وقال]^(١): «من قتل قتيلًا فله سلبه، ومن أخذ أسيرًا فهو له»^(٢).

شريك له، وجعل رزقي تحت ظل رمحي، وجعل الذل والصغار على من خالف أمري، ومن تشبه بقوم فهو منهم».

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه مالك (٤٥٤/٢، ٤٥٥) كتاب الجهاد، باب: ما جاء في السلب في النفل، حديث (١٨)، وأحمد (٢٩٥/٥، ٣٠٦)، والبخاري (٢٤٧/٦) كتاب فرض الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب، حديث (٣١٤٢)، ومسلم (١٣٧٠/٣) كتاب الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥١/٤١)، وأبو داود (١٥٩/٣) كتاب الجهاد، باب: في السلب يعطى القاتل، حديث (٢٧١٧)، وابن ماجه (٩٤٦/٢) كتاب الجهاد، باب: المبارزة والسلب، حديث (٢٨٣٧)، والترمذي (١١١/٤) كتاب السير، باب: ما جاء فيمن قتل قتيلًا، حديث (١٥٦٢)، والحميدي (٢٠٤/١) رقم (٤٢٣)، والدارمي (٢٢٩/٢) كتاب السير، باب: من قتل قتيلًا فله سلبه، وأبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال، رقم (٧٧٦)، وابن الجارود (١٠٧٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢٦/٣)، والبيهقي (٥٠/٩)، والبخاري في شرح السنة (٦١٢/٥)، من طريق يحيى بن سعيد عن عمر بن كثير بن أفلح عن أبي محمد مولى أبي قتادة عنه، مطولاً ومختصراً. وقال الترمذي: حسن صحيح. وأخرجه أحمد (٣٠٧/٥) عن إسحاق بن عيسى، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢٧/٣)، من طريق ابن المبارك كلاهما عن ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر عن الأعرج عن أبي قتادة الأنصاري: «أنه قتل رجلاً من الكفار، فنقله النبي ﷺ سلبه ودرعه، فباعه بخمسة أواق». وابن المبارك من قدام أصحاب ابن لهيعة.

وللحديث شاهد من حديث أنس بن مالك: أخرجه أبو داود (٧٨/٢) كتاب الجهاد، باب: في السلب يعطى القاتل، حديث (٢٧١٨)، والدارمي (٢٢٩/٢) كتاب الجهاد والسير، باب: من قتل قتيلًا فله سلبه، وابن حبان (١٦٧١ - موارد)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٢٧/٣)، والحاكم (٣٥٣/٣)، وأبو داود الطيالسي (١٠٨/٢)، ١٠٩ - منحة) رقم (٢٣٧٤)، والبيهقي (٣٠٦/٦، ٣٠٧) كتاب قسم الفيء، باب: السلب للقاتل، وأحمد (١١٤/٣)، من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ يوم حنين: «من قتل قتيلًا فله سلبه». قال أبو داود: هذا

حديث حسن. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وصححه أيضا ابن حبان. وله شاهد أيضا من حديث سمرة بن جندب: أخرجه أحمد (١٢/٥)، وابن ماجه (٩٤٧/٢) كتاب الجهاد، باب: المبارزة والسلب حديث (٢٨٣٨)، والبيهقي (٣٠٩/٦) من طريق نعيم بن أبي هند عن ابن سمرة بن جندب عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل فله السلب». قال البوصيري في الزوائد (٢/٤١٦): هذا إسناد فيه ابن سمرة بن جندب، واسمه سليمان بن سمرة بن جندب ذكره ابن حبان في الثقات، وقال ابن القطان: حاله مجهول وباقي رجال الإسناد ثقات. وفي الباب عن سلمة بن الأكوع، وعوف بن مالك، وابن عباس، وجابر: حديث سلمة بن الأكوع: أخرجه مسلم (١٣٧٤/٣)، (١٣٧٥) كتاب الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥٤/٤٥) من طريق إياس بن سلمة قال: حدثني أبي سلمة بن الأكوع قال: غزونا مع رسول الله ﷺ هوازن، فبينما نحن نتضحى مع رسول الله ﷺ إذ جاء رجل على جمل أحمر فأناخه، ثم انتزع طلقاً من حقه فقيد به الجمل، ثم تقدم يتغدى مع القوم، وجعل ينظر، وفينا ضعفة ورقة في الظهر، وبعضنا مشاة، إذ خرج يشتد فأتى جملة فأطلق قيده، ثم أناخه وقعد عليه، فأثاره فاشتد به الجمل، فاتبعه رجل على ناقة وركاء. قال سلمة: وخرجت أشد، فكنت عند ورك الناقة، ثم تقدمت حتى كنت عند ورك الجمل، ثم تقدمت حتى أخذت بخطام الجمل فأنخته، فلما وضع ركبته في الأرض اخترطت سيفي فضربت رأس الجمل فندر، ثم جئت الجمل أقوده عليه رحله وسلاحه، فاستقبلني رسول الله ﷺ والناس معه، فقال: «من قتل الرجل؟» قالوا: ابن الأكوع، قال: «له سلبه أجمع». وللحديث طريق آخر مختصر: أخرجه ابن ماجه (٩٤٦/٢) كتاب الجهاد، باب: المبارزة والسلب، حديث (٢٨٣٦) من طريق أبي العميس وعكرمة بن عمار عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه قال: «بارزت رجلاً فقتلته، فنفلني رسول الله ﷺ سلبه». قال البوصيري في الزوائد (٢/٤١٦): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات، واسم أبي عميس: عتبة بن عبد الله. حديث عوف بن مالك: أخرجه مسلم (١٣٧٣/٣) كتاب الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل، (١٧٥٣/٤٣) عن عوف بن مالك: قال: خرجت مع من خرج مع زيد بن حارثة، في غزوة مؤتة. ورافقتي مددي من اليمن... وساق الحديث عن النبي ﷺ بنحوه. غير أنه قال في الحديث: قال عوف: فقلت: يا خالد، أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى، ولكنني استكثرت. حديث ابن عباس: أخرجه أبو نعيم في الحلية (٤٥/٨) من طريق إبراهيم بن أدهم عن مقاتل بن حيان عن عكرمة عن ابن عباس. قال أبو نعيم: غريب من حديث إبراهيم لم نكتبه إلا من هذا الوجه. تنبيه: عزا الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديث المختصر (١٥٢/٢) هذا الحديث لأبي نعيم في الحلية بلفظ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»، وليس كما قال؛ فاللفظ هو كما تقدم. حديث آخر عن ابن عباس: أخرجه أحمد (٢٨٩/١) من طريق مقسم عنه: أن النبي ﷺ مر على أبي قتادة وهو عند رجل قد قتله فقال: «دعوه وسلبه». وذكره الهيثمي في مجمع

والمعنى في ذلك: أن في التنفيل تحريض الشجعان على القتال، فإن الشجعان قلما يخاطرون بأرواحهم إذا لم يخصوا بشيء من المصاب، وإذا خصوا بذلك يفعلون ذلك.

والتحريض على القتال مأمور به قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ حَرَضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾. وفي التنفيل قبل الإصابة تحصيل المأمور به من غير أن يتضمن إبطال حق الغانمين، [فيجوز]^(١).

وأما التنفيل بعد إحراز الغنيمة لا يجوز في قول علمائنا - رحمهم الله - وهو قول سفيان الثوري.

وقال أهل الشام: يجوز.

والإحراز: أن تقع الغنيمة في أيدي العسكر، أو في أيدي السرية، وإذا وقعت الغنيمة في أيديهم، فلا [ينبغي]^(٢) للإمام أن ينفل واحداً^(٣) منها شيئاً.

الزوائد (٣٣٣/٥، ٣٣٤)، وقال: رواه أبو يعلى، والطبراني في الكبير، والأوسط بمعناه، ورجال أحمد والكبير رجال الصحيح، غير عتاب بن زياد وهو ثقة. حديث آخر: ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٣٤/٥) عنه قال: انتهى عبد الله بن مسعود إلى أبي جهل يوم بدر وهو رقيد، فاستل سيفه، فضرب عنقه، فندر رأسه، ثم أخذ سلبه فأتى النبي ﷺ فأخبره أنه قتل أبا جهل، فاستحلفه بالله ثلاث مرات فحلف، فجعل له سلبه. وقال الهيثمي: رواه الطبراني، وفيه إسماعيل بن أبي إسحاق أبو إسرائيل وهو ضعيف، وقال أحمد: يكتب حديثه. حديث جابر: أخرجه البيهقي (٣٠٩/٦) من طريق أبي الوليد: ثنا هشام عن شريك عن ابن عقيل عن جابر قال: «بارز عقيل بن أبي طالب - رضي الله عنه - رجلاً يوم مؤتة فقتله، فنقله رسول الله ﷺ سيفه وترسه». وأخرجه البيهقي أيضاً من طريق الوليد بن صالح: ثنا شريك به. وأخرجه الحافظ ابن حجر في تخریج أحاديث المختصر (١٥٤/٢) من طريق سليمان بن أحمد - الطبراني - في الأوسط: نا أحمد بن خليل، نا إسماعيل بن عبد الله بن زرارة، نا شريك، عن عبد الله بن محمد ابن عقيل، عن جابر قال: «بارز عقيل بن أبي طالب يوم مؤتة رجلاً فقتله، فنقله رسول الله ﷺ سلبه وخاتمه». وذكره الهيثمي في المجمع (٣٣٤/٥)، وقال: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه عبد الله بن محمد بن عقيل، وهو حسن الحديث وفيه ضعف. اهـ.

وقال ابن حجر في تخریج أحاديث المختصر (١٥٤/٢): حديث حسن.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يصح.

(٣) في م: أحداً.

وفي الكتاب: يذكر لفظة الكراهة والمراد منها التحريم، لأن بعد الإصابة صارت الغنيمة حقا لجميع المسلمين، وفي التنفيل إبطال حقهم في ذلك القدر، وإبطال حق الغير حرام. والأخبار قد تعارضت في هذا الكتاب.

والترجيح معنا؛ لأن التنفيل قبل الإصابة إنما جاز للتحريض على القتال، والتنفيل بعد الإصابة يفوت التحريض على القتال، فإن الغزاة يقولون في أنفسهم: نحن نقاتل، ونخاطر بأرواحنا ونجمع المال ويؤثر الإمام بعضنا على بعض.

ومع هذا لو نفل بعد الإصابة قبل القسمة لبعض من كان له عناء وبلاء على وجه الاجتهاد منه، بأن تحول رأيه إلى ذلك، ثم رفع إلى إمام لا يرى التنفيل بعد الإصابة، لا يكون للثاني أن ينقض ما صنع الأول؛ لأن فعل الأول صادف محلا مجتهدا فيه فينفذ، فلا يكون لأحد بعد ذلك نقضه.

ثم ما ذكر أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بعد الإصابة، فذلك إذا أراد التنفيل من جملة الغنيمة، أو من أربعة الأخماس التي هي حق للغانمين.

وأما إذا أراد أن يعطي من الخمس الرجل المحتاج إذا بالغ في القتال: ويجعل ذلك نفلا له بعد الإصابة، فذلك جائز نص عليه محمد - رحمه الله - وهذا لأن الخمس حق المحتاجين. قال الله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾.

وهذا الرجل المحتاج لو لم يبالغ [في القتال لكان يجوز [صرف] ^(١) الخمس إليه، فإذا بالغ في القتال أولى.

ولا ينبغي أن يضع ذلك ^(٢) في الغني ويجعله نفلا له بعد الإصابة؛ لأن الخمس حق المحتاجين لا حق الأغنياء، فجعله للغني يتضمن إبطال حق الغانمين.

قال: ولا ينبغي للإمام أن ينفل يوم الهزيمة ويوم الفتح؛ لأن المقصود من التنفيل

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

التحريض على القتال، ولا حاجة إلى التنفيل بعدما انهزم العدو، وظهر المسلمون عليهم؛ لأن العسكر لا يتقاعدون عن القتال في هذه الحالة، بل يبالغون في ذلك من غير تحريض للإمام، فالتنفيل [في هذه الحالة]^(١) يتضمن إبطال حق الغانمين، وحق الفقراء من غير منفعة تحصل لهم؛ فلا يجوز.

وكذلك لا ينبغي له أن ينفل قبل الهزيمة وقبل الفتح مطلقاً من غير استثناء يوم الهزيمة والفتح، بأن يقول: من قتل قتيلاً، فله سلبه ومن أخذ أسيراً فهو له. ولكن يقول: من قتل قتيلاً قبل الفتح والهزيمة، فله سلبه.

ومع هذا لو أطلق التنفيل قبل الفتح والهزيمة إطلاقاً، ينبغي التنفيل يوم الفتح والهزيمة، حتى إن من قتل قتيلاً يوم الهزيمة ويوم الفتح كان له سلبه. ألا ترى أن عامة القتلى والأسرى يوم بدر [كان]^(٢) بعد الهزيمة، وقد سلم رسول الله ﷺ الأسارى لمن [أسروهم حتى أخذوا فداءهم]^(٣) [٤].

وكما يجوز التنفيل بعد رفع الخمس بأن بعث الإمام سرية، وقال لهم: ما أصبتم، فلکم الثلث بعد الخمس، أو قال: لكم الربع بعد الخمس، ثم أنتم شركاء الجيش فيما بقى [فإنه يجوز التنفيل قبل رفع الخمس]^(٥) وإن كان فيه إبطال حق الفقراء^(٦).

إنما جوزنا ذلك إما اتباعاً للسنة، فإن السنة [وردت بالأمرين]^(٧)، وإما لأن حق الفقراء في الغنيمة [كحق الغانمين]^(٨) ولما جاز إبطال حق الغانمين عن أربعة

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أخذهم.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في أ، م: في الخمس.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

الأخماس بالتفصيل قبل الإصابة فلأن يجوز إبطال حق الفقراء أولى .
وبعد هذا ينظر إن كان نفلهم ثلثاً أو ربعاً مطلقاً، أعطاهم الثلث أو الربع من جملة
الغنيمة أولاً، ثم يرفع الخمس عن الباقي، ثم يقسم الباقي بين جميع العسكر على
سهام الغنيمة، السرية من جملتهم .

[وإذا كان^(١) نفلهم الربع أو الثلث بعد الخمس، رفع [الخمس]^(٢) أولاً من
جملة الغنيمة، ثم أعطى السرية نفلهم [مما بقي]^(٣) ثم قسم الباقي بين جميع العسكر
على سهام الغنيمة .

وسلب الرجل: ثياب بدنه وسلاحه ودابته التي هو عليها، وما معه من الذهب
والفضة والمنطقة .

وهذا لأن سلب الإنسان اسم لما يسلب وينزع منه، وهذه الأشياء تسلب وتنزع
منه، فكان سلباً له، بخلاف دابة أخرى معه، وبخلاف الذهب والفضة الذي على
الدابة الأخرى حيث لا يكون من سلبه، لما ذكرنا أن سلب الإنسان ما [ينزع،
ويسلب]^(٤) منه، وهذه الأشياء مسلوب ومنزوع عنه من غير سلب أحد، فلا تدخل
تحت اسم السلب، وكذلك الدابة التي مع غلامه، وما تركه في معسكره من الأمتعة
والأقمشة لا تكون من جملة سلبه؛ لما ذكرنا .



(١) في م: وإن .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: يستلب وينزع .

الفصل السادس عشر

في الوالي إذا احتاج إلى إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام

ومعه دواب من الغنيمة أو من بيت المال

أو كان مع كل واحد من الغانمين فضل دابة أو كان مع بعضهم أو لم يكن^(١) فضل دابة أصلاً

وما يحل فعله في دار الحرب لضرورة

فإذا احتاج الإمام إلى حمل الغنيمة وفي الغنيمة دواب، فإنه يحمل الغنيمة عليها وينقلها إلى دار الإسلام؛ لأن الحمولة مال الغانمين، والغنيمة مال الغانمين؛ فلهذا يحمل مالهم على مالهم، فكان جائزاً.

وإن لم يكن في الغنيمة دواب، ولكن مع الإمام فضل حمولة من [مال]^(٢) بيت المال، فإنه يحمل عليها؛ لأن الحمولة مال المسلمين.

فإن لم يكن مع الإمام فضل حمولة [وكانت فضل الحمولة مع خواص منهم]^(٣) فإن طابت أنفسهم [بأن يجعل]^(٤) عليها بأجرة فإنه يحمل عليها؛ لأن الحمل على دوابهم إنما يحصل بعد إجارة انعقدت بعد رضاهم، فجازت. وأما إذا لم تطب أنفسهم بذلك لا يكرههم على ذلك بأجر، هكذا ذكر في السير [الصغير].

وذكر في السير^(٥) الكبير وقال: إنه يكرههم على ذلك بأجر المثل^(٦). ووجه ما ذكر في السير الصغير: أنه لو أكرههم على ذلك، كان جبراً منه على الإجارة ابتداء لصيانة المال، وإنه لا يجوز، كما في دار الإسلام إذا هلكت دابة إنسان في المفازة، فوجد فضل حمولة مع غيره فأراد أن يحمل بأجر بغير رضى المالك، فإنه لا يكون

(١) زاد في م: معهم.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يحمل ذلك.

(٥) سقط في م.

(٦) البناية شرح الهداية (٧/١٤٤).

له، فكذلك هذا، بخلاف ما لو استأجر دابة شهرا، فمضت المدة في المفازة، أو استأجر سفينة، فمضت المدة في وسط البحر، فإنه تنعقد إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضى المالك؛ لأنه ثمة الإجارة جازت بناء لا ابتداء والبناء أسهل من الابتداء، فجواز^(١) البناء بغير رضا لا يدل على جواز الابتداء، ولأن الحمولة من مال الغانمين والقسمة مال، ولا يكره الإنسان على أن يحمل ماله على ماله، وهو وجه ما ذكر في السير الصغير.

أما وجه ما ذكر في السير الكبير: وهو أن الجبر على الإجارة بناء بأجر المثل جائز؛ لصيانة المال كما في مسألة السفينة، فكذا يجوز ابتداء، ولا فرق بين الابتداء والبناء؛ لأن في الحالين يملك منافع دابة الغير بأجر المثل؛ لصيانة المال. ثم إن محمدا - رحمه الله - ذكر مسألة الرق، والسفينة في السير الكبير، وذكر فيها: وقد حضر [ذلك]^(٢) الإمام فإن الإمام يجعل ذلك للمستأجر كل شهر بكذا، فقد شرط أن تكون هذه الإجارة من الإمام.

وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - ولم يشترط أن يكون المؤاجر هو الإمام.

قالوا: وليس في المسألة روايتان؛ لكن تأويل ما ذكر في السير أن يكون الإمام حاضرًا.

وتأويل ما ذكر في نوادر ابن سماعة إن^(٣) لم يكن ثمة إمام، ولا فاضل يؤاجر الرق أو السفينة من المستأجر.

ونقول: المستأجر إذا استأجر هذه السفينة كل يوم بكذا ثم يؤاجرها أحدا من رفقاءه وأصحابه، فإن أبى الآخر أن يعطيها بعد ذلك، استعان المستأجر بأعوانه

(١) في م: فجاز.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أنه.

ورفقائه حتى يترك الآخر السفينة والرق عليها حتى تجيء سفينة أخرى أو رق آخر .
 وإن لم يكن مع كل واحد [منهما فضل]^(١) حمولة، ولكن مع البعض منهم
 [فضل حمولة]^(٢)، إن طابت نفسه بأن يحمل عليه بأجر، جاز ذلك .
 وإن لم تطب على رواية السير الصغير، لا يكره^(٣) على ذلك، وعلى رواية السير
 الكبير: يكرهه على ذلك .

وإن لم يجز الإكراه على الحمل على رواية السير الصغير، ولم يجد دابة
 يستأجرها على رواية السير الكبير، فماذا يصنع؟
 قال: أما السبايا، فإنه يمشيهم إلى دار الإسلام، إذا أمكنهم المشي لأننا أمرنا
 بإخراجهم إلى دار الإسلام وقد أمكننا الإخراج، إذا طاقوا المشي فيمشيهم إذا لم
 يجد حمولة يحملهم عليها .

وإذا لم يطبقوا ذلك يقتل الرجال منهم؛ لأن لنا قتل الرجال^(٤) بعد الأسر وإن
 أمكن الإخراج إلى دار الإسلام، فعند عدم إمكان الإخراج إلى دار الإسلام لأن يباح
 قتل الرجال أولى .

أما^(٥) النسوان والذراري منهم لا يقتلون، ولكن يتركون في أرض المضيفة، حتى
 يموتوا جوعاً وعطشاً إن أمكنهم ذلك، ولا يتركون^(٦) في أرض عامرة؛ لأنه تعذر
 إخراجهم إلى دار الإسلام، وتعذر قتلهم، [لأننا نهينا عن قتلهم]^(٧) ولا وجه إلى أن
 نتركهم في أرض عامرة؛ لأنهم يعودون حرباً علينا، أما النساء منهم؛ لأنه^(٨) يحصل

(١) في م: منهم .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: يكرهه .

(٤) زاد في م: منهم .

(٥) في م: وأما .

(٦) في م: يتركهم .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: لأنهن .

[منهن النسل]^(١).

وأما الصبيان منهم؛ فلأنهم يبلغون فيعودون حربا علينا، وقد أمرنا أن نفعل بهم ما يقطع شرهم وحربهم عنا، [فإن لم]^(٢) نجد طريقاً كذلك، نتركهم في أرض المضیعة حتى يموتوا جوعا وعطشا. والله أعلم بالصواب.



(١) في أ: النسل منهم.

(٢) سقط في م.

الفصل السابع عشر

في الحربي يملك حربيا آخر بالقهر والغلبة وفي بيع الحربي ولده الصغير قال محمد - رحمه الله - في السير الصغير: إذا غلب قوم من أهل الحرب على قوم آخرين من أهل الحرب، فاتخذوهم^(١) عبيداً [وإماء]^(٢) - للملك ثم إن الملك وأهل أرضه^(٣) أسلموا [أو]^(٤) صاروا ذمة، فأولئك المغلوبون [عبيد لهم]^(٥) يصنع بهم ما شاء؛ لأنهم نهبية، والمقهورون منهم صاروا مملوكين للقاهر بإحرازه إياهم بمنعته^(٦)؛ لأن قهره بالذين هم جنده يطيعونه كقهره بنفسه.

وأما جنوده الذين غلب بهم فهم أحرار؛ لأنه كان قاهرا [بهم لا لهم]^(٧)، وكانوا قبل الإسلام [أحراراً، فبالإسلام]^(٨) تتأكد حریتهم، ولا تبطل.

فإذا^(٩) حضر الملك الموت فورث ملكه^(١٠) بعض بنيه دون بعض أو جعل لكل واحد من بنيه موضعاً معلوماً، فإن كان صنع ذلك قبل أن يسلم أو يصير ذمة، ثم أسلموا أو صاروا ذمة، فهو جائز على ما صنع.

لأن [الولد الذي ملكه أبوه]^(١١) صار مالكا لما أعطاه، ولو فعل ذلك بعد موت أبيه [بقوة نفسه، أو أتباعه كان يتم ملكه، فكذلك إذا فعله بقوة أبيه أو]^(١٢) منعته^(١٣)

(١) في م: فاتخذوا.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الأرض.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: عبيدهم له.

(٦) في م: بمنعة.

(٧) في م: لهم لأنهم.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: فإن.

(١٠) في م: ماله.

(١١) في م: القدر الذي ملكوه بأبيه.

(١٢) في م: و.

(١٣) سقط في أ.

وما كان هو مالكا له قبل الإسلام، فبالإسلام يتأكد ملكه فيه .
يوضحه: أنهم فعلوا ذلك في حال لم يكونوا ملتزمين أحكام الإسلام [ولم يفعلوا ذلك لا بالإسلام]^(١) ولا بما جعل خلفاً عنه في الأحكام وهو الذمة، وما فعل الحربي في حال لم يكن ملتزماً أحكام الإسلام، لا يتعرض له بعد الإسلام. كذلك إن كان فعله، وهو مواعع المسلمين، بشرط ألا يجب عليه أحكام الإسلام، كان جميع ما صنع جائزاً؛ لأنه صنع في حال لم يكن ملتزماً أحكام الإسلام.

وإن كان جعل ماله لأحد ابنيه، فظهر عليه الابن الآخر بعده فقتله أو نفاه، وغلب على ما في يده، فإن فعل ذلك وهما حربيان أو مواععان - على السير الذي قلنا أكان لابن القاهر ما غلب عليه من ذلك؛ لأنه بالقهر يصير ممتلكاً عليه ذلك المال؛ لأنه حربي قهر حربياً وأخذ ماله، وإن فعل هذا الابن ذلك وأحدهما مسلم أو ذمي فكذلك الجواب، وأما إذا كان القاهر حربياً؛ لأن هذا حربي قهر مسلماً أو ذمياً وأخذ ماله فيملك ماله.

وأما إذا كان القاهر مسلماً أو ذمياً؛ لأن هذا مسلم أو ذمي قهر حربياً وأخذ ماله فيملكه حتى إن جميع ما أخذه المسلم يكون سالمًا له، وجميع ما أخذه الذمي يكون سالمًا له؛ لأنه ملكه بالقهر وتأكد ملكه بالإسلام.

فإن كان الابن القاهر صنع ذلك وهما مسلمان أو ذميان لا يملكه، حتى لو أسلم الذمي أمر بالرد، وكذلك المسلم يؤمر بالرد؛ لأن الذمي لا يملك مال الذمي بالقهر وكذا المسلم لا يملك مال المسلم بالقهر.

ولا ينبغي للمسلمين أن يشتروا شيئاً منه من ذلك؛ لأنه غاصب - غير مالك - ومأمور بالرد، فلا يسع أحد أن يشتري منه شيئاً من ذلك. وإن اشتراه أخذه الأول منه بغير ثمن؛ لأن البائع لم يكن مالكا، فكذلك المشتري

(١) سقط في م.

منه لا يصير مالكا، بل يؤمر برده على المالك مجاناً.
ثم إن محمداً - رحمه الله - وضع المسألة فيما إذا غلب [قوم من أهل الحرب]^(١) على قوم آخرين من أهل الحرب واتخذوهم عبيداً للملك، وهذا إشارة إلى أن الحربي إذا قهر حربياً آخر بما أخذ إنما يملكه إذا كانوا يرون ذلك. وإشارات الكتب في هذا الفصل متعارضة، وأقوال المشايخ فيه مختلفة.
بعض مشايخنا: على أن بمجرد القهر يثبت الملك، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في بعض الكتب.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا أسر الترك امرأة في أرض الروم، فإن أسلمت قبل أن يدخلوها [إلى]^(٢) دارهم فهي حرة، وإن أدخلوها دارهم فهي رقيقة وإن أسلمت بعد ذلك.

لأنها ما دامت في دارها فالقهر والغلبة لا يتم^(٣)؛ لأن للترك منعة العسكر وللروم منعة الدار، فلا تنقطع علائق منعة الروم [بأسره]^(٤) فلم تستكمل الغلبة وبدون تمام القهر لا يثبت الملك، فالإسلام سبق الرق فمنع ثبوته.

وأما إذا أدخلوها دارهم، فقد استمر القهر والغلبة وصارت رقيقاً، فالإسلام طراً على الرق فلا يزيله، فقد اعتبر القهر والغلبة في هذه المسألة ولم يعتبروا رؤيتهم ثبوت الملك.

وبعض مشايخنا على أن رؤيتهم ذلك شرط، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في بعض الكتب.

وهكذا ذكر في فتاوى الفضلي.

وعن محمد - رحمه الله - في النوادر أيضاً: أن الحربي لا يملك حربياً آخر

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يستمر.

(٤) سقط في م.

بالقهر.

مسلم دخل دار الحرب بأمان، واشترى من آخر ابنه أو بنته، اختلف المشايخ فيه، أكثرهم قالوا: لا يجوز بيعه مطلقاً، هكذا روي عن محمد - رحمه الله - أيضاً في النوادر.

وقال أبو الحسن الكرخي: إن كانوا يرون جواز البيع، فالبيع جائز، وإن كانوا لا يرون ذلك، لا يجوز. لأنهم إذا كانوا يرون جواز البيع يبيعون بطريق القهر والغلبة، والحربي يملك بالقهر والغلبة، ولا كذلك إذا كانوا لا يرون جواز البيع.

وبعض مشايخنا قالوا: إن باعه بعد ما قهر جاز البيع، وإن باعه قبل القهر، لا يجوز، والصحيح ما عليه أكثر المشايخ؛ لأن أكثر ما فيه أنه يملك بالقهر، ولكن [يعتق]^(١) عليه بحكم القرابة، فإذا [باع فقد]^(٢) باع ما لا يملك فيكون بيعه باطلاً. ثم إذا بطل على قول أكثر المشايخ، فإذا أخرجته إلى دار الإسلام هل يملكه؟ اختلفوا فيما بينهم: [عامتهم]^(٣) على أنهم إذا^(٤) كانوا يرون جواز البيع، أو كان البائع^(٥) قد قهره أولاً [أنه لا]^(٦) يملكه؛ لأنهم إذا كانوا [لا]^(٧) يرون جواز البيع يبيعون بالقهر والغلبة، وكذلك إذا قهره أولاً، يبيعه [بالقهر]^(٨) فيخرجه المشتري بالقهر أيضاً، والحربي يملك بالإخراج إلى دار الإسلام قهراً، فيملكه المشتري بقهره بناء على قهر البائع، [لا بحكم قهر البائع]^(٩).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: إن.

(٥) في م: البيع.

(٦) في م: لأنه.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

وإن كانوا لا يرون جواز البيع، أو كان البائع لم يقهره قبل [البيع]^(١)، ينظر: إن ذهب به المشتري على كره منه: ملكه [لأنه ابتداء قهر على الحربي]^(٢)، وإن ذهب [به]^(٣) وهو طائع لا يملكه؛ لأنه^(٤) لم يوجد منه القهر، والحر الحربي لا يملك إلا بالقهر والغلبة.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل دخل دار الحرب بأمان فاشتري ابنا لبعضهم: فالشراء جائز، ولا يجبر على الرد ولكننا نفتيه بالرد.

وفي قول أبي يوسف نجبره على الرد إذا خاصم.

قال أبو يوسف في حربي دخل إلينا بأمان، ومعه ابن له وابن لبعض أهل الحرب، فاشتري ابنه رجل من أهل الإسلام، فإن شراؤه باطل ليس له أن [يبيع ولده، وله أن]^(٥) يبيع ولد غيره.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل دخل دار الحرب بأمان فسرق منهم إنساناً حرّاً فخرج به، فإنني أقول له: لا يسعك ما صنعت، وإن باعه أجزت بيعه؛ لأنه ملكه.

وفي العيون: أهدى ملك من ملوك أهل الحرب إلى رجل من المسلمين هدية من أحرارهم، أو من بعض أهله، فإن لم يكن بين المهدي والمهدي إليه قرابة كانوا مماليك للمهدي إليه، [وإن كان المهدي]^(٦) ذا رحم محرم من المهدي أو امرأة له قد ولدت منهم لم يصير ملكاً للمهدي إليه؛ لأن في الوجه الأول: المهدي لو استولى على المهدي ملكه، فكذاك المهدي إليه، وفي الوجه الثاني: لا.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: لو.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

وفي النوازل: متغلب في دار الشرك قهرهم ثم أسلموا يكونون مماليكه وإن قهرهم واستذلهم على وجه السخرية فهم أحرار؛ لأنه^(١) لم يملكهم وإن استرقهم واستعبدهم فهم عبيد.

وفي بيوع النوازل أيضا: بلدة يدعي أهلها الإسلام ويصلون ويصومون ويقرءون القرآن، ومع هذا يعبدون الأصنام^(٢) فأغار عليهم المسلمون وسبوهم فأراد إنسان أن يشتري من تلك السبايا، فإن لم يكونوا مقرين بالعبودية لملكهم جاز شراؤه في الصغار والنساء دون كبار ذكورهم. لأنهم لما أقروا بالإسلام ثم عبدوا الأوثان - والعياذ بالله - كانوا مرتدين، وإن كانوا مقرين بالعبودية لملكهم جاز شراء الكبار منهم أيضا؛ لأنهم أقروا بالمملوكية، والله أعلم بالصواب.



(١) زاد في م: لو.

(٢) في م: الأوثان.

الفصل الثامن عشر

في بيان أحكام أهل الذمة وأهل الشرك

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في إحداث أهل الذمة البيع والكنائس في أمصار المسلمين وسكناهم مع المسلمين في دار الإسلام، وشرائهم الدور والمنازل في ديار المسلمين.

روى محمد - رحمه الله - في السير الكبير بإسناده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا خصاء في الإسلام، ولا كنيسة»^(١).

وبنحوه روي عن عمر - رضي الله عنه - .

واختلف العلماء في تأويل قوله: لا خصاء في الإسلام:

قال بعضهم: أراد به خصاء بني آدم [وذلك حرام]^(٢).

وقال بعضهم: أراد به التبتل، وهو الاعتزال عن النساء وتحريم غشيانهن على [أنفسهم]^(٣)، وجعل نفسه بمنزلة الرهابين، وإنه حرام في ديننا.

قال - عليه الصلاة والسلام -: «لا رهبانية في الإسلام، ليس في ديننا الترهيب»^(٤)، من ترهب فليس منا، رهبانية هذه الأمة الجهاد في سبيل الله، وإقامة الصلوات^(٥) «^(٦) في الجماعة».

(١) أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال، ص (١٢٣) برقم (٢٥٩) من طريق الليث بن سعد، عن توبة بن النمر الحضرمي، عن خبره قال: قال رسول الله ﷺ: «لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة»، وأخرجه البيهقي وضعفه في السنن الكبرى (٢٤/١٠) من طريق ابن لهيعة، عن عطاء، عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا إخصاء في الإسلام ولا بنیان كنيسة»، وأخرجه أبو عبيد في الأموال، برقم (٢٦٠) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه موقوفاً قال: «لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء».

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أنفسهن.

(٤) في م: الترهيب.

(٥) في م: الصلاة.

(٦) قال الحافظ في الفتح (١٣٩/١٠): لم أره بهذا اللفظ لكن في حديث سعد بن أبي وقاص

وقوله: ولا كنيسة: المراد به إحداث الكنائس [في أمصار المسلمين معناه: لا يجوز لأهل الذمة إحداث الكنائس]^(١)، ولو أرادوا أن يفعلوا ذلك فالإمام يمنعهم عن ذلك^(٢).

عند الطبراني: «إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة». وأخرجه ابن قتيبة في (الغريب) (٤٤٤/١) ثني أبي ثني محمد بن عبيد عن معاوية بن عمرو عن أبي إسحاق عن سفيان عن ابن جريج عن الحسن بن مسلم عن طاوس مرفوعا: «لا زمام، ولا خزام، ولا رهبانية، ولا تبتل، ولا سياحة في الإسلام». ومن طريقه أخرجه ابن الجوزي في (التلبيس)، ص (٣٣٤). وأخرجه عبد الرزاق (١٥٨٦٠) عن معمر بن راشد عن ابن طاوس وعن ليث عن طاوس مرفوعا: «لا خزام، ولا زمام، ولا سياحة». قال عبد الرزاق: وزاد ابن جريج «ولا تبتل، ولا ترهب في الإسلام» وهو مرسل.

(١) سقط في أ.

(٢) إحداث الكنائس في البلاد الإسلامية محرم باتفاق الأمة؛ لأن ذلك يتنافى مع عالمية الإسلام، وكونه الرسالة الخاتمة الناسخة لكل ما سبقها من الشرائع، علاوة على أنه إعانة على الكفر، وتعاون على الإثم والعدوان؛ وكل ذلك مخالف لمخالفة صريحة لنصوص الشرع. واحتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿فَتَلَاؤُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾.

وقوله تعالى: ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ جملة حالية أفادت أنه ينزل بهم ما فيه صغار في ملبوسهم وبيوتهم ومركوبهم ونحو ذلك من شئونهم، ويمنعون مما يخالف الصغار وهو التشبه بالمسلمين في ملبوسهم وبيوتهم ومركوبهم، وهذه المعاني هي التي أفادها العهد العمري، ومن ذلك أنهم يمنعون من إحداث كنيسة ونحوها من دور العبادة الخاصة بهم. وسياق الآية بما فيها من الأمر بالقتال يفيد ذلك الحكم في البلاد التي فتحها المسلمون عنوة، وفي حكمها البلاد التي مصرها المسلمون؛ لأن الجميع بلاد للمسلمين لا عهد لغيرهم فيها عليهم.

واحتجوا من السنة بما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ «لَا تَكُونُ قِبْلَتَانِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ» [أخرجه أحمد (٢٢٣/١)، وأبو داود (١٨٠/٢) كتاب الخراج، باب: في إخراج اليهود من جزيرة العرب، حديث (٣٠٣٤)، والترمذي (٢٧/٣) كتاب الزكاة، باب: ما جاء ليس على المسلم جزية، حديث (٦٣٣، ٦٣٤)، وابن الجارود في المنتقى (١١٠٧)، وأبو عبيد في الأموال، ص (١٢١)، والدارقطني (١٥٦/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٩)، وأبو نعيم في الحلية (٢٣٢/٩)، والضياء المقدسي في المختارة (٥٣١/٩، ٥٣٢) رقم (٥١٦، ٥١٧) من طريق قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تكون قبلتان في بلد واحد».

وصححه الضياء المقدسي .
 وقال شيخ الإسلام: إسناده جيد .
 أما الترمذي فقال: حديث ابن عباس قد روي عن قابوس بن أبي ظبيان، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلًا . هـ .
 ومدار المرسل أيضًا على قابوس بن أبي ظبيان وهو ضعيف .
 قال ابن حبان: كان رديء الحفظ ينفرد عن أبيه بما لا أصل له، وربما رفع المراسيل وأسند الموقوف .

وقال الحافظ في تقريب التهذيب: فيه لين .
 ينظر: تهذيب الكمال (٣٢٧/٢٣)؛ وتهذيب التهذيب (٥١١/٤)؛ والتقريب (٥٤٤٥) .
 فالحديث لا يصح موصولًا ولا مرسلًا . وينظر: الضعيفة (٤٣٧٩) .
 وبما رواه الشيخان بسندهما عن سعيد بن جبير قال: قال ابن عباس - رضي الله عنهما -
 : يُؤْمُ الْخَمِيسِ وَمَا يُؤْمُ الْخَمِيسِ؟ ثُمَّ بَكَى حَتَّى بَلَ دُمْعُهُ - وَقَالَ مَرَّةً: دُمُوعُهُ - الْحَصَى
 قُلْنَا: يَا أَبَا الْعَبَّاسِ: وَمَا يُؤْمُ الْخَمِيسِ؟ قَالَ: اشْتَدَّ بَرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَجَعُهُ، فَقَالَ: «اتَّوَنِي
 أَكْتُبْ لَكُمْ كِتَابًا لَا تَضَلُّوا بَعْدَهُ أَبَدًا» فَتَنَازَعُوا وَلَا يَنْبَغِي عِنْدَ نَبِيِّ تَنَازُعٍ، فَقَالُوا: مَا شَأْنُهُ
 أَهْجَرَ - قَالَ سُفْيَانُ: يَغْنِي هَذَا اشْتَفَهُمْوهُ فَذَهَبُوا يُعِيدُونَ عَلَيْهِ - فَقَالَ: «دَعُونِي فَالَّذِي
 أَنَا فِيهِ خَيْرٌ مِمَّا تَدْعُونِي إِلَيْهِ وَأَمَرَ بِثَلَاثٍ»، وَقَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً: أَوْصَى بِثَلَاثٍ، قَالَ:
 «أَخْرَجُوا الْمُشْرِكِينَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ وَأَجِيزُوا الْوَفْدَ يَنْخُو مَا كُنْتَ أَجِيزُهُمْ»، وَسَكَتَ
 سَعِيدٌ عَنِ الثَّالِثَةِ فَلَا أُدْرِي أَسَكَتَ عَنْهَا عَمْدًا، وَقَالَ مَرَّةً: أَوْ نَسِيَهَا، وَقَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً:
 وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا أَوْ نَسِيَهَا [أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢٥١/١) فِي كِتَابِ الْعِلْمِ، بَاب: كِتَابَةُ
 الْعِلْمِ، حَدِيثٌ (١١٤) وَأَطْرَافُهُ فِي (٣٠٥٣، ٣١٦٨، ٤٤٣١، ٤٤٣٢، ٥٦٦٩، ٧٣٦٦)؛ وَمُسْلِمٌ (١٢٥٧/٣) فِي كِتَابِ الْوَصِيَّةِ، بَاب: تَرَكَ الْوَصِيَّةَ لِمَنْ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ
 يَوْصِي فِيهِ، حَدِيثٌ (١٦٣٧/٢٠) مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ] .

وبما رواه أيضًا عمر بن الخطاب أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لَا أُخْرِجَنَّ
 الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ حَتَّى لَا أَدْعَ إِلَّا مُسْلِمًا» [أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (٣/
 ١٣٨٨) فِي الْجِهَادِ وَالسَّيْرِ، بَاب: إِخْرَاجُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ (٦٣/
 ١٧٦٧)، وَأَبُو دَاوُدَ (١٨٠/٢) كِتَابِ الْخِرَاجِ، بَاب: فِي إِخْرَاجِ الْيَهُودِ مِنْ
 جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، حَدِيثٌ (٣٠٣٢)، وَالتَّرْمِذِيُّ (١٥٦/٤) فِي كِتَابِ السَّيْرِ، بَاب: مَا
 جَاءَ فِي إِخْرَاجِ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ (١٦٠٦)، وَالنَّسَائِيُّ فِي
 السَّنَنِ الْكُبْرَى (٢١٠/٥) كِتَابِ السَّيْرِ، بَاب: إِجْلَاءُ أَهْلِ الْكِتَابِ رَقْمَ (٨٦٨٦) مِنْ
 حَدِيثِ عُمَرَ] .

وبما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «لَا إِخْصَاءَ فِي
 الْإِسْلَامِ وَلَا بُنْيَانَ كَنِيسَةٍ» [أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (٢٤/١٠) كِتَابِ السَّبْقِ
 وَالرَّمِيِّ بَابِ كَرَاهِيَةِ خِصَاءِ الْبَهَائِمِ مِنْ طَرِيقِ مَقْدَامِ بْنِ دَاوُدَ حَدَّثَنَا النَّضْرُ بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ
 حَدَّثَنَا ابْنُ لَهْيَعَةَ عَنْ عَطَاءَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا

إخفاء في الإسلام ولا بنیان كنيسة». وقال المناوي في فيض القدير (٤٩٣/٦)، وقال الحافظ ابن حجر: سنده ضعيف. وفي التيسير (٩٤٠/٢): أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف. وحديث ابن عباس لم أجده في كتاب الأموال لأبي عبيد. وبما رواه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: «لا كَنِيسَةَ في الإسلام وَلَا خُصَاءَ» [أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال رقم (٢٦٠)؛ وحמיד بن زنجويه في الأموال (٣٣٩/١) رقم (٣١٧) من طريق أبي الأسود، عن ابن لهيعة، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي الخير، قال: قال عمر بن الخطاب: «لا كَنِيسَةَ في الإسلام ولا خُصَاءَ». وسنده ضعيف لضعف ابن لهيعة، والراوي عنه ليس من قدماء أصحابه. ويوجد علة أخرى، وهي الانقطاع بين أبي الخير مرثد بن عبد الله اليزني وعمر بن الخطاب، وينظر: نصب الراية (٤٥٤/٣). ثم أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال رقم (٢٦١) حدثني أحمد بن بكير، عن ابن لهيعة، عن يزيد بن أبي حبيب، عن عمر، مثل ذلك، ولم يذكره عن أبي الخير.

وبين يزيد وعمر انقطاع].

وبما روي عن جِزَام بن معاوية، قال: «كَتَبَ إِلَيْنَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَنْ أَدْبُوا الْخَيْلَ، وَلَا يُدْفَعَنَّ بَيْنَ ظَهْرَانِيكُمُ الصَّلِيبُ، وَلَا يُجَاوِرَنَّكُمْ الْخَنَازِيرُ» [الأثر مداره على زيد بن رُفَيْع، وقد روي عنه على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: عنه، عن جِزَام بن معاوية، عن عمر.

الوجه الثاني: عنه، عن جِزَام بن حكيم بن حزام، عن عمر.

الوجه الثالث: عنه، عن علقمة بن واقد، عن عمر.

أما الوجه الأول: عنه، عن جِزَام بن معاوية، عن عمر، فأخرجه:

البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجزية، باب: يشترط عليهم ألا يحدثوا في أمصار المسلمين كنيسة ولا مجمعا لصلاتهم ولا صوت ناقوس ولا حمل خمر ولا إدخال خنزير (٢٠١/٩) ح (١٨٤٩٣) بلفظه من طريق: أبي علي الروذباري، وأبي عبد الله الحسين بن عمر بن برهان، وأبي الحسين بن الفضل القطان، جميعا عن إسماعيل بن محمد الصفار به. والبخاري في التاريخ الكبير (٤٣/٧) في ترجمة علقمة بن يزيد، بلفظ: «أدبوا الخيل ولا يجاورنكم الخنازير»، من طريق: ابن مقاتل، عن ابن المبارك به، وعبد الرزاق: في المصنف، كتاب: المغازي، باب: هدم كنائسهم، وهل يضربوا بناقوس (٦١/٦) ح (١٠٠٠٣)، كتاب: الأشربة، باب: لا يجلس على مائدة يشرب عليها الخمر (٢٤٨/٩) ح (١٧٠٨٨) بمعناه، وفيه زيادة عما هنا، عن معمر، عن زيد ابن رُفَيْع به، ومعمر بن راشد: في الجامع، كتاب: العلم، باب: الفريضة والنضال (٤٦٢/١١) ح (٢١٠١٢) بمعناه، وفيه زيادة عما هنا، عن سمع جِزَام بن معاوية - به، والبيهقي: في شعب الإيمان باب: في المرابطة في سبيل الله عز وجل (٤٥/٤) ح

(٤٣٠٢) بمعناه، وفيه زيادة عما هنا من طريق: عبد الرزاق، عن معمر، عن سمع حزام ابن معاوية.

وأما الوجه الثاني: عنه، عن حزام بن حكيم بن حزام، عن عمر، فلم أفق عليه، وقد أشار إليه ابن أبي حاتم، عن أبيه، حيث قال: «حزام بن معاوية، روى عن النبي ﷺ، مرسل، روى عن عمر رضي الله تعالى عنه كلامه، روى معمر عن زيد بن رفيع عنه، وروى عبيد الله بن عمرو، عن زيد بن رفيع، فقال: عن حزام بن حكيم بن حزام». وأما الوجه الثالث: عنه، عن علقمة بن يزيد، عن عمر، فأخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٤٣/٧) ت (١٨٨) في ترجمة علقمة بن يزيد، بلفظ: «أدبوا الخيل ولا يجاورنكم الخنازير»، من طريق: زيد بن أبي أنيسة، عن زيد بن رفيع، عن علقمة بن يزيد، عن عمر. النظر في أوجه الاختلاف مما تقدم يتبين لنا أنه اختلف على زيد بن رفيع في رواية هذا الأثر على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: عنه، عن حزام بن معاوية، ورواه عنه:

معمر بن راشد، وروايته بالبصرة فيها أغاليط كما ذكر ابن أبي حاتم وابن حجر.
الوجه الثاني: عنه، عن حزام بن حكيم بن حزام، ورواه عنه: عبيد الله بن عمر بن ميسرة الجشمي مولا هم القواريري، أبو سعيد البصري.
وأما الوجه الثالث: عنه، عن علقمة بن واقد، عن عمر، ورواه عنه: زيد بن أبي أنيسة: زيد الجزري، أبو أسامة الرهاوي، الغنوي مولى بني غني بن أعصر.
ومما تقدم من النظر في أوجه الاختلاف يتبين أن الوجه الثاني هو الراجح، ويدل على ذلك ما يلي:

أولاً: في ترجمة زيد بن رفيع ذكر ابن أبي حاتم أنه يروي عن حزام بن حكيم بن حزام، ولم يذكر أحد ممن ترجم له أنه يروي عن حزام بن معاوية.

ثانياً: في ترجمة حزام بن حكيم بن حزام ذكر الأئمة زيد بن رفيع في الرواة عنه.
ثالثاً: في تبعية لمرويات زيد بن أبي أنيسة وقفت على أن روايته عن زيد بن رفيع، عن حزام بن حكيم بن حزام، وليس عن حزام بن حكيم، أو حزام بن معاوية].

وبما رواه عبد الرحمن بن غنم قال: كتبت لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حين صالح أهل الشام: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا كتاب لعبد الله عمير المؤمنين من نصارى مدينة كذا وكذا، إنكم لما قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا وذرائنا وأموالنا وأهل ملبتنا، وشرطنا لكم على أنفسنا ألا نحدث في مدينتنا ولا في ما حولها ذبراً ولا كنيسة ولا قلاية ولا صومعة راهب ولا نجدد ما حرب منها، ولا نحبي ما كان منها في خطب المسلمين، ولا نمع كنايسنا أن ينزلها أحد من المسلمين في ليل ولا نهار، وأن نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل، وأن ننزل من مر بنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم، وألا نؤمن في كنايسنا ولا منازلنا جاسوساً، ولا نكتم عينا للمسلمين، ولا نعلم أولادنا القرآن، ولا نظهر شبركاً ولا ندعو إليه أحداً، ولا نمع أحداً من أهلنا الدخول في الإسلام إن أرادوه، وأن نوقر المسلمين، وأن نقوم لهم من مجالسنا إن أرادوا جلوساً،

وَلَا تَشَبَّهَ بِهِمْ فِي شَيْءٍ مِنْ لِبَاسِهِمْ مِنْ قَلَنْسُوَةٍ وَلَا عَمَامَةٍ وَلَا نَعْلَيْنِ وَلَا فَرْقِ شَعْرٍ، وَلَا تَتَّكَلَّمْ بِكَلَامِهِمْ وَلَا تَتَكَلَّمْ بِكُنَاهُمْ وَلَا تَزُكِّبِ الشُّرُوحَ وَلَا تَتَقَلَّدَ الشُّيُوفَ، وَلَا تَتَّخِذْ شَيْئًا مِنْ السَّلَاحِ وَلَا نَحْمَلَهُ مَعَنَا، وَلَا تَنْقُشْ حَوَاتِمَنَا بِالْعَرَبِيَّةِ، وَلَا نَبِيعَ الْخُمُورَ، وَأَنْ نَجْرَّ مَقَادِيمَ رُؤُوسِنَا، وَأَنْ نَلْزَمَ زَيْنًا حَيْثُ مَا كُنَّا، وَأَنْ نَشُدَّ الزَّنَائِرَ عَلَى أَوْسَاطِنَا، وَأَنْ لَا نَظْهَرَ صُلْبَيْنَا وَكُتُبَنَا فِي شَيْءٍ مِنْ طُرُقِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا أَسْوَاقِهِمْ، وَأَلَّا نَظْهَرَ الصَّلِيبَ عَلَى كِنَائِسِنَا، وَأَلَّا نُضْرِبَ بِنَاقُوسٍ فِي كِنَائِسِنَا بَيْنَ حَضْرَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَأَلَّا نُخْرِجَ سَعَانِينَ، وَلَا بَاعُوثًا، وَلَا نَرْفَعَ أَصْوَاتَنَا مَعَ أَمْوَاتِنَا، وَلَا نَظْهَرَ النيرانَ مَعَهُمْ فِي شَيْءٍ مِنْ طُرُقِ الْمُسْلِمِينَ، وَلَا نَجَاوِرُهُمْ مَوَاتِنَا، وَلَا نَتَّخِذَ مِنَ الرَّقِيقِ مَا جَرَى عَلَيْهِ سِهَامُ الْمُسْلِمِينَ، وَأَنْ نُؤَشِدَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَا نَطْلِعَ عَلَيْهِمْ فِي بُيُوتِهِمْ، فَلَمَّا أَتَيْتُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْكِتَابِ زَادَ فِيهِ، وَأَلَّا نُضْرِبَ أَحَدًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ، شَرَطْنَا لَكُمْ ذَلِكَ عَلَى أَنْفُسِنَا وَأَهْلِ مِلَّتِنَا وَقَبَلِنَا عَنْهُمْ الْأَمَانَ، فَإِنْ نَحْنُ خَالَفْنَا مَا شَرَطْنَاكُمْ لَكُمْ فَضَمَّائِهِمْ عَلَى أَنْفُسِنَا فَلَا ذِمَّةَ لَنَا وَقَدْ حَلَّ لَكُمْ مَا يَحِلُّ لَكُمْ مِنْ أَهْلِ الْمُعَانِدَةِ وَالشَّقَاقِ [أَخْرَجَهُ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ فِي مَعْجَمِهِ (١/٣٥٨)؛ وَابْنُ الْبَيْهَقِيِّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (٩/٢٠٢)، وَابْنُ عَسَاكِرٍ فِي تَارِيخِ مَدِينَةِ دِمَشْقَ (٢/١٧٦، ١٧٧ - ١٧٩)؛ وَانظُرْ: اقْتِضَاءُ الصَّرَاطِ الْمُسْتَقِيمِ، ص (١٢١، ١٢٢)؛ وَأَحْكَامُ أَهْلِ الذِّمَّةِ (٣/١١٦٠)؛ وَتَفْسِيرُ ابْنِ كَثِيرٍ (٢/٣٤٩)؛ وَابْنُ الْبَدْرِ الْمَنْبَرِيِّ (٩/٢١٥)]. وَبِمَا رَوَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ: «كُلُّ مُضِرٍّ مَضَرُّهُ الْمُسْلِمُونَ لَا يُبْعَثُ فِيهِ بَيْعَةٌ وَلَا كَنْيَسَةٌ وَلَا يُضْرَبُ فِيهِ نَاقُوسٌ وَلَا يُبَاعُ فِيهِ لَحْمٌ خَنْزِيرِيٌّ» [أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ (٩/٢٠١)، كِتَابُ الْجَزِيَّةِ: بَابُ يَشْتَرِطُ عَلَيْهِمْ أَلَّا يَحْدُثُوا فِي أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ... مِنْ طَرِيقِ حَنْشٍ عَنْ عَكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ؛ وَأَخْرَجَهُ أَيْضًا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيُّ فِي حَدِيثِهِ رَقْمَ (٨) مِنْ طَرِيقِ حَنْشٍ وَقَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ (٤/٣٢٣): وَفِيهِ حَنْشٌ وَهُوَ ضَعِيفٌ].

وبما رواه أيضًا ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «أيما مصر أعده العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة - أو قال: كنيسة - ولا يضربوا فيه ناقوسًا، ولا يدخلوا فيه خميرًا ولا خنزيرًا، وأيما مصر اتخذها العجم فعلى العرب أن يفوا لهم بعهدهم فيه، ولا يكلفوهم ما لا طاقة لهم به» [أَخْرَجَهُ حَمِيدُ بْنُ زَنْجَوِيهِ فِي الْأَمْوَالِ (١/٢٧٤) رَقْمَ (٤١٤)؛ وَأَبُو إِسْحَاقَ الْحَرَبِيِّ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ (٣/١٢٠٣)؛ وَأَبُو يُونُسَ فِي الْخِرَاجِ، ص (٨٨)؛ وَابْنُ الْبَيْهَقِيِّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى (٩/٢٠٢) كِتَابُ الْجَزِيَّةِ، بَابُ: لَا تَهْدِمُ لَهُمْ كَنِيسَةً وَلَا بَيْعَةً مِنْ طَرِيقِ حَنْشٍ عَنْ عَكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ بِهِ. وَذَكَرَهُ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ (٤/٣٢٢) وَضَعَفَهُ. وَحَنْشٌ ضَعِيفٌ].

أما الحديث الأول، فالظاهر أن قوله ﷺ: «لَا تَكُونُ قِبَلَتَانِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ» نفي بمعنى النهي، والمراد نهي المؤمن عن الإقامة بأرض الكفر، ونهي الحكام عن أن يمتكنوا أهل الذمة من إظهار شعار الكفر في بلاد المسلمين، وقيل المراد: إخراج أهل الكتاب من أرض العرب فقط، وهو بعيد لا يناسبه عموم البلد. وقال الثَّوْرِيُّ: «لا يصلح قبلتان في أرض واحدة» أي لا يستقيم دينان بأرض واحدة على سبيل المظاهرة والمعادلة؛ أما

المسلم فليس له أن يختار الإقامة بين ظهرائي قوم كفار؛ لأن المسلم إذا صنع ذلك فقد أحل نفسه فيهم محل الذمي فينا، وليس له أن يجر إلى نفسه الصَّعَار، وأما الذي يخالف دينه دين الإسلام، فلا يمكن من الإقامة في بلاد الإسلام إلا ببذل الجزية، ثم لا يؤذن له في الإشاعة بدينه.

والحاصل: أن وجه الدلالة من الحديث أن النهي عن أن يكون في بلد واحد دينان يفيد بدلالة الالتزام النهي عن إحداث كنيسة في بلاد المسلمين؛ إذ يلزم من جواز الإحداث وجود أكثر من ملة ظاهرة ببلاد المسلمين كما قال التوربشتي، وهذا يخالف النهي الذي أفاده الحديث، كما أن عموم الحديث لا يفرق بين الأمصار والقرى، ولا بين البلاد التي مصرها المسلمون، والبلاد التي فتحت عنوة أو صلحًا، ولا يعطي أي صلاحية للحكام في أن يسمحوا لأهل الذمة بإظهار شعائر الكفر كإحداث كنيسة مثلًا ببلاد المسلمين. لكن يلاحظ أن تخصيص البلاد المفتوحة صلحًا بحكم خاص قد استفيد من أدلة أخرى كالحديثين الثامن والتاسع المرويين عن ابن عباس - رضي الله عنهما.

وأما الحديثان الثاني والثالث، فيفيدان منع المشركين من اليهود والنصارى أو غيرهما من الإقامة في جزيرة العرب، ومن ثم يحرم إحداث كنيسة ونحوها بأرض العرب؛ إذ لا فائدة في إحداثها حينئذ، وذلك بلا فرق بين القرى والأمصار، وبلا فرق بين إذن الإمام وعدم إذنه. وهذا الحكم ينسحب على سائر بلاد المسلمين التي في حكم جزيرة العرب، كالتي فتحها المسلمون عنوةً أو مَصْرُوهَا، وذلك لأن الجميع صار بلادًا للعرب فأخذ حكمها.

وأما الحديث الرابع، ففيه عموم النهي عن بنیان الكنيسة في الإسلام، وهذا صريح في عدم جواز استحداث بناء كنيسة في أي بلد إسلامي، سواء كان هذا البلد مما مَصَّرَهُ المسلمون أو فتحوه عنوةً أو صلحًا، وسواء أذن الإمام أم لم يأذن، لكن دلت أدلة أخرى على تخصيص البلاد المفتوحة صلحًا بحكم خاص، والحديث المستدل به ضعيف إلا أن تعدد طرقه يصيره حسنًا.

وأما الأثر الخامس عن عمر - رضي الله عنه - فهو نفس الحديث السابق إلا أنه موقوف على عمر - رضي الله عنه - بخلاف الأول فهو مرفوع إلى النبي ﷺ، وكلا الحديثين ضعيف إلا أن نسبة هذا القول - وهو منع استحداث كنيسة ببلد مَصَّرَهُ المسلمون - ثابت عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بأدلة أخرى كالأثرين السادس والسابع مثلاً. وأما الأثر السادس عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أيضًا ففيه النهي عن رفع الصليب في بلاد المسلمين، وهذا يفيد المنع من استحداث كنيسة ونحوها ببلاد المسلمين من باب أولى، ولذلك عنون البيهقي للباب الذي وضع فيه هذا الأثر بعنوان «باب يشترط عليهم ألا يحدثوا في أمصار المسلمين كنيسة، ولا مجمعًا لصلاتهم، ولا صوت ناقوس، ولا حمل خمر، ولا إدخال خنزير» [السنن الكبرى للبيهقي (٢٠١/٩)]، كما عنون له الحافظ عبد الرزاق في مصنفه بقوله: «باب ما قالوا في هدم البيع والكنائس وبيوت النار» [المصنف (٦١/٦)]، ومن الواضح هنا أن عمر - رضي الله عنه - هو الإمام

وأنة لم يأذن في إحداث أي دار عبادة لهم، كما أن المنع المستفاد من الأثر لا فرق فيه بين المدن والقرى.

وأما الأثر السابع، وهو ما يسمى بالعهد العمري؛ ففيه شروط العهد الذي كان بين نصارى الشام، وأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومنها: منعهم من إحداث كنيسة ونحوها سواء في مدنهم أو فيما حولها من القرى، - وإذا كانت الشروط المذكورة تخص بلدًا فتح صلحًا فكيف بما مصره المسلمون أو فتحوه غنوةً، ولا يخفى هنا أن عمر - رضي الله عنه - هو الإمام، وأنه لم يأذن بإحداث أي دار عبادة خاصة بهم.

وأما الأثران الثامن والتاسع عن ابن عباس - رضي الله عنهما - ففيهما التصريح بمنع أهل الذمة من إحداث كنيسة في بلد مصره المسلمون، وفي حكم البلد الذي مصره المسلمون البلد الذي فتحوه عنوة. وهذا ما أفتت به اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية؛ ردًا على سؤال ورد إليها عن حكم بناء الكنائس؛ فجاء نص الفتوى كالتالي: «كل دين غير دين الإسلام فهو كفر وضلال وكل مكان للعبادة على غير دين الإسلام فهو بيت كفر وضلال، إذ لا تجوز عبادة الله إلا بما شرع الله سبحانه وتعالى في الإسلام، وشريعة الإسلام خاتمة الشرائع، عامة للثقلين الجن والإنس وناسخة لما قبلها، وهذا مجمع عليه بحمد الله تعالى ومن زعم أن اليهود على حق، أو النصارى على حق سواء كان منهم أو من غيرهم فهو مكذب لكتاب الله تعالى وسنة رسوله محمد ﷺ وإجماع الأمة، وهو مرتد عن الإسلام إن كان يدعي الإسلام بعد إقامة الحجة عليه إن كان مثله ممن يخفى عليه ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾، وقال عز شأنه: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولٌ أَلَّهُ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾، وقال سبحانه: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾، وقال جل وعلا: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾، وقال سبحانه: ﴿إِنَّ الدِّينَ كَفْرًا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا أُولَئِكَ هُمْ شَرُّ الْبَرِيَّةِ﴾، وثبت في الصحيحين وغيرهما أن النبي ﷺ قال: «كَانَ النَّبِيُّ يُبْعَثُ إِلَى قَوْمِهِ خَاصَّةً، وَبُعِثْتُ إِلَى النَّاسِ عَامَّةً» [أخرجه البخاري (٥١٩/١) كتاب التيمم (٣٣٥)، ومسلم (٣٧٠/١) كتاب المساجد (٣-٥٢١)]. ولهذا صار من ضروريات الدين: تحريم الكفر الذي يقتضي تحريم التعبد لله على خلاف ما جاء في شريعة الإسلام، ومنه تحريم بناء معابد وفق شرائع منسوخة يهودية أو نصرانية أو غيرها؛ لأن تلك المعابد سواء كانت كنيسة أو غيرها تعتبر معابد كفرية؛ لأن العبادات التي تؤدي فيها على خلاف شريعة الإسلام الناسخة لجميع الشرائع قبلها والمبطله لها، والله تعالى يقول عن الكفار وأعمالهم: ﴿وَقَدِمْنَا إِلَى مَا عَمِلُوا مِنْ عَمَلٍ فَجَعَلْنَاهُ هَبَاءً مَنْثُورًا﴾. ولهذا أجمع العلماء على تحريم بناء المعابد الكفرية، مثل: الكنائس في بلاد المسلمين، وأنه لا يجوز اجتماع قبليتين في بلد واحد من بلاد الإسلام، وألا يكون فيها شيء من شعائر الكفار لا كنائس ولا غيرها، وأجمعوا على وجوب هدم الكنائس وغيرها من المعابد الكفرية إذا أحدثت في الإسلام، ولا تجوز معارضة ولي الأمر في هدمها بل تجب طاعته. وأجمع العلماء

رحمهم الله تعالى - على أن بناء المعابد الكفرية ومنها الكنائس في جزيرة العرب أشد إثمًا وأعظم جرمًا، للأحاديث الصحيحة الصريحة بخصوص النهي عن اجتماع دينين في جزيرة العرب، منها قول النبي ﷺ: «لا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ» [أخرجه مالك (٢/٨٩٢، ٨٩٣)، كتاب الجامع، باب: ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، برقم (٤٨)، عن الزهري مرسلًا؛ ومالك (٢/٨٩٢)، كتاب الجامع، باب: ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، حديث (٤٧) أيضًا عن إسماعيل بن أبي حكيم؛ أنه سمع عمر بن عبد العزيز يقول: بلغني أنه كان من آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ أن قال: «قاتل الله اليهود والنصارى؛ اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد، لا يقفين دينان بأرض العرب»؛ وأخرجه أحمد (٦/٢٧٥) موصولًا من حديث عائشة قالت: «آخر ما عهد رسول الله ﷺ ألا يترك بجزيرة العرب دينان». وسنده قوي ففيه ابن إسحاق وقد صرح بالتحديث]. فجزيرة العرب حرم الإسلام وقاعدته التي لا يجوز السماح أو الإذن لكافر باختراقها، ولا التجنس بجنسيتها، ولا التملك فيها، فضلًا عن إقامة كنيسة فيها لعباد الصليب، فلا يجتمع فيها دينان، بل هو دين واحد هو دين الإسلام الذي بعث الله به نبيه ورسوله محمدًا ﷺ، ولا يكون فيها قبلتان، بل هي قبلة واحدة هي قبلة المسلمين إلى البيت العتيق، وإلى الله المشتكى مما جلبه أعداء الإسلام من المعابد الكفرية من الكنائس وغيرها في كثير من بلاد المسلمين، نسأل الله أن يحفظ الإسلام من كيدهم ومكرهم. وبهذا يعلم أن السماح والرضا بإنشاء المعابد الكفرية مثل الكنائس، أو تخصيص مكان لها في أي بلد من بلاد الإسلام من أعظم الإعانة على الكفر وإظهار شعائره، والله - عز شأنه - يقول: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾. قال شيخ الإسلام - ابن تيمية - رحمه الله تعالى: «من اعتقد أن الكنائس بيوت الله، وأن الله يعبد فيها، أو أن ما يفعله اليهود والنصارى عبادة لله وطاعة لرسوله، أو أنه يحب ذلك أو يرضاه، أو أعانهم على فتحها وإقامة دينهم وأن ذلك قرينة أو طاعة فهو كافر». وقال أيضًا: «من اعتقد أن زيارة أهل الذمة في كنائسهم قرينة إلى الله فهو مرتد، وإن جهل أن ذلك محرم عرف ذلك، فإن أصر صار مرتدًا».

ينظر: البحر الرائق (٥/١٢١)، رد المحتار على الدر المختار (٤/٢٠٢)، تبين الحقائق (٣/٢٨٠)، شرح فتح القدير (٦/٥٨، ٥٩)، التاج والإكليل (٣/٣٨٤)، الذخيرة، للقرافي (٣/٤٥٨)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٥٧٣)، مغني المحتاج (٤/٢٥٣)، (٢٥٤)، السراج الوهاج (١/٥٥٢)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٢/٢٢٥)، كشف القناع (٦/١٧٠)، ومطالب أولي النهى (٦/٢٨١)، الشرح الكبير على متن المقنع (٢/٢٠٣، ٢٠٤)، شرح منتهى الإرادات (١/٦٥٥، ٦٦٥)، المغني لابن قدامة (٩/٢٨٣، ٢٨٤)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للشوكاني، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ (٤/٥٧١، ٥٧٢)، تحفة الأحوزي شرح الترمذي، لعبد الرحمن المباركفوري، دار الكتاب العربي، لبنان (٣/٢٢١)، الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٢٨/٦٣٥)، وأحكام أهل الذمة (٣/١١٠٣، ١١٧٨)، نيل الأوطار (٨/٢٢١)، فتح الباري (٦/٢٧١).

وهذا التفسير منقول عن محمد رواه ابن سماعه في نوادره .
وبنحوه ورد الأثر عن عمر - رضي الله عنه - فقد روي عنه أنه قال: أمتع أهل
الذمة من إحداهن شيء من الكنائس في البلاد المفتوحة من خراسان وغيرها، ولا
أهدم شيئاً مما وجدته قديماً في أيديهم ما لم أعلم أنهم أحدثوا ذلك، بعدما صار
ذلك [الموضع مصرًا من أمصار] ^(١) للمسلمين .

ولو طلب قوم من أهل الحرب من الإمام أن يصيروا ذمة للمسلمين، يؤدوا عن
رقابهم وأراضيهم شيئاً معلوماً كل سنة على أن تجري أحكام المسلمين عليهم التي
تجري على أهل الذمة، وجب على الإمام أن يجيبهم إلى ذلك؛ لأن الدعاء إلى
الإسلام كما هو مأمور به، فالدعاء إلى إعطاء الجزية مأمور به أيضاً، وقد صح أن
رسول الله ﷺ كان إذا بعث سرية كان يقول لهم: «إذا لقوكم عدوكم، فادعوهم إلى
شهادة ألا إله إلا الله، [فإن أبوا فادعوهم إلى إعطاء الجزية]» ^(٢)، فإن أجابوكم إلى
ذلك، فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين» ^(٣) .

وروي أن أهل نجران طلبوا من رسول الله ﷺ مثل هذا الصلح، فأجابهم
رسول الله ﷺ إلى ذلك، وصالحهم على ألفي حلة في كل سنة .
ثم إذا وقع الصلح [على هذا] ^(٤) فليس ينبغي للمسلمين أن ينزلوا عليهم منازلهم،
ولا أن يأخذوا شيئاً من دورهم وأراضيهم إلا بشراء أو هبة؛ لأنهم إنما ^(٥) قبلوا عقد
الذمة لتكون ^(٦) دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا .

(١) في أ: ذمة .

(٢) سقط في م .

(٣) أخرجه أبو داود (٥٠/٢) كتاب الجهاد، باب: على ما يقاتل المشركون؟، برقم (٢٦٤١)،
والترمذي (٤/٥) كتاب الإيمان، باب: ما جاء في قول النبي ﷺ: أمرت بقتالهم حتى
يقولوا لا إله إلا الله ويقيموا الصلاة، برقم (٢٦٠٨)، من حديث أنس - رضي الله عنه - .
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: لما .

(٦) في أ: ليكونوا .

وقد ورد الشرع بتقريره وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين»^(١).

فإن اتخذ المسلمون في بعض تلك الأراضي مصرا نزله المسلمون فلا بأس به إذا اتخذوها في أرض موات لا يملكها أحد؛ لأنه بسبب عقد الصلح، صارت أراضيهم دار الإسلام، والتدبير في أرض الموات في دار الإسلام إلى إمام المسلمين يصنع ما شاء بها.

وإن كان يصير ذلك المصير [نزالا]^(٢) لأهل الذمة فعظم^(٣) المصير حتى بلغ تلك القرى وجاوزها^(٤)، فقد صارت من جملة المصير - يعني: تلك القرى؛ لإحاطة المصير بجوانبها، فإن كان لهم في تلك القرى بيع وكنايس قديمة، تركت على حالها [لم يزعجوا]^(٥)، ولم يتعرض لهم؛ [لأنهم]^(٦) أهل صلح قد استحقوا [به]^(٧) ترك التعرض لهم بذلك فلم يتغير هذا الحكم لصيرورة ذلك الموضوع دار الإسلام؛ ألا ترى أنه لا يجوز التعرض لهم في أخذ شيء من أموالهم وأملاكهم وإزعاجهم عن ذلك الموضوع، وإنما لم يجز ذلك؛ لما ذكرنا أنهم أهل صلح قد استحقوا ترك التعرض لهم في ذلك، كذا هاهنا.

قال: وإن^(٨) أرادوا أن يحدثوا في شيء من تلك القرى بيعة أو كنيسة أو بيت نار، بعدما صارت مصرا للمسلمين منعوا عن ذلك؛ لقوله ﷺ: «ولا كنيسة في الإسلام»^(٩).

(١) تقدم.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لعظم.

(٤) في م: وحاووزها.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ولو.

(٩) تقدم.

ولأثر ابن عباس - رضي الله عنهما - فإنه قال: أيما أرض مصرته العرب فليس لأحد من أهل الذمة أن يبنوا فيها بيعة، وأن يبيعوا فيها خمرا، وأن يضربوا فيها بناقوس، وما كان قبل ذلك فحق على المسلمين أن [يوفوا لهم]^(١)(٢).

ويجب أن يعلم أن الإمام إذا ظهر على بلدة من بلاد أهل الحرب، وجعل بعض منازلهم في قراهم وأمصارهم للمسلمين، وترك الباقي لهم^(٣)، وأظهروا أحكام الإسلام^(٤) فيها، فإنهم يمنعون عن إحداث الكنائس فيها، ولا يهدم عليهم ما كان من كنائسهم القديمة على عامة الروايات.

وعلى رواية [كتاب]^(٥) العشر والخراج تهدم الكنائس القديمة، وكذلك إذا كان لهم كنيسة [قديمة]^(٦) بقرب من مصر من أمصار المسلمين، فبنى المسلمون حولها أبنية حتى اتصل ذلك الموضع بالمصر، وصار كمحلة من محال المصر، فإنه لا تهدم عليهم الكنيسة على عامة الروايات.

وعلى رواية كتاب العشر والخراج: تهدم.

وإذا وقع الصلح بين الإمام وبين أهل الحرب قبل ظهور الإمام على أنفسهم وعلى أراضيهم - على أن يقاسمهم الإمام منازلهم ومصرهم وقراهم ولهم فيها كنائس كما [جعل]^(٧) رسول الله ﷺ ببعض حصون خيبر، قاسم بعض منازلهم في مصرهم بين أصحابه فنزل عليهم المسلمون في مصرهم وقراهم ولهم فيها كنائس قديمة وأظهروا أحكام الإسلام فيها، لا تهدم عليهم الكنائس القديمة باتفاق الروايات، ولكن

(١) في م: يوفوهم.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٢٠١/٩) من طريق حنش عن عكرمة عن ابن عباس. وحنش ضعيف، والحديث ضعفه الحافظ في «التلخيص» (٢٣٥/٤).

(٣) في م: عليهم وزاد: وجعل لهم ذمة وترك المسلمون عليهم.

(٤) في م: المسلمين.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: جعله.

يمنعون عن إحداث الكنائس فيها.

وأما كل قرية أو موضع ليس بمصر من أمصار المسلمين فإن كان فيها من أهل الإسلام عدد كثير نزول فيها، فلا يمنع أهل الذمة من إحداث البيع والكنائس وبيوت النيران فيها، هكذا ذكر المسألة في السير الكبير، وفي إجازات الأصل، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنهم يمنعون من إحداث الكنائس والبيع في القرى كما يمنعون من ذلك في الأمصار.

وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب العشر والخراج: إن في إحداث الكنائس إعلان دين الكفر في القرى وقد منعوا عن إعلان دين الكفر في القرى، كما منعوا عن ذلك في الأمصار، حتى منعوا عن [إظهار]^(١) بيع الخمر، والخنازير وبيع الربا في القرى، كما منعوا عن ذلك في الأمصار، فكذا يمنعون عن إحداث الكنائس في القرى، كما يمنعون عنه في الأمصار.

وجه ظاهر رواية أصحابنا: أن [إحداث]^(٢) الكنيسة والبيعة مباح لعينه؛ لأنه بناء وعمارة، والبناء والعمارة مباح في الإسلام.

ولهذا لو وجد مثل ذلك من المسلم كان مباحاً، وإنما الحرمة؛ لأجل قصدهم هذا البناء للمعصية، فكان مباحاً لعينه حراماً لغيره، فلكونه حراماً لغيره: منعوا عن إحداثها في الأمصار، [ولكونه مباحاً]^(٣) لعينه: لم يمنعوا عن إحداثها في القرى توفيراً على الشبهين حظهما، بخلاف بيع [الخمر]^(٤) والخنازير؛ لأنه حرام ومعصية لعينه، وهم منعوا عن إظهار المعاصي في دار الإسلام.

ثم إن كثيراً من مشايخ بلخ قالوا: ما ذكر في ظاهر الرواية محمول على قرى

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ولكونها مباحة.

(٤) سقط في أ.

غالب من يسكنها أهل الذمة، كما في سواد الكوفة، فإن عامة من يسكن سواد الكوفة الروافض وأهل الذمة، فأما في ديارنا يمتنعون عن ذلك في القرى كما يمتنعون عن ذلك في الأمصار؛ لأن القرى في ديارنا موضع جماعات المسلمين، وجيوش الواعظين والمدرسين، وكذا كل مصر الغالب من سواد مساكنها أهل الإسلام يمتنعون عن ذلك في السواد كما يمتنعون عن ذلك في المصر، وعليه يحمل رواية الحسن، ورواية كتاب العشر والخراج.

وهؤلاء استدلوا لصحة تأويلهم بما ذكر محمد - رحمه الله - في هذا الكتاب فقد قال: فأما المصر^(١) الغالب عليه أهل الذمة مثل الحيرة وغيرها^(٢) ليس فيها جمعة [ولا حدود]^(٣) تقام، فإنهم لا يمتنعون من إحداث الكنائس فيها.

قال شمس الأئمة - رحمه الله: ومشايخ ديارنا يقولون: لا يمتنعون عن إحداث ذلك في القرى على كل حال.

واستدلوا بما ذكر محمد - رحمه الله - هنا أيضًا: أن القرى التي أهلها مسلمون إلا أنها ليست بأمصار، فيها جمع وحدود، واشترى قوم من أهل [الذمة]^(٤) فيها منازل، واتخذوا فيها الكنائس والبيع، فإنهم لا يمتنعون عن ذلك، والمعنى ما ذكرناه^(٥).

ومعنى آخر: أن المنع عن إحداث ذلك في الأمصار إنما كان، لأن المصر موضع شعار الإسلام من إقامة الجمع والأعياد وإقامة الحدود، فلو جاز لهم إحداث الكنائس فيها، صارت لهم شعارا في المصر كما للمسلمين، فكان^(٦) مساواة بيننا

(١) زاد في م: الذين.

(٢) في أ، م: ونحوها.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: ذكرنا.

(٦) في م: فتكون.

وبينهم، وهذا لا يجوز.

وهذا المعنى معدوم في القرى، فإنه لا يقام في القرى الجمع والأعياد و[إقامة]^(١) الحدود، فلا^(٢) يمنعون عن ذلك.

ولو ظهر الإمام على قوم [من أهل الحرب]^(٣) فجعلهم ذمة، وأجرى عليهم وعلى أراضيهم الخراج، كما فعل عمر - رضي الله عنه - بسواد العراق، فإنهم لا يمنعون عن إحداث الكنائس والبيع وبيوت النيران في الأمصار والقرى، لأن هذا مصر من أمصار أهل الذمة وشعار الإسلام ظاهر، فلا يمنعون من إظهار شعارهم فيه.

قال: وكما يمنع أهل الذمة عن إحداث الكنائس والبيع في أمصار المسلمين يمنعون عن إظهار بيع الخمر والخنازير، وكذلك يمنعون عن إظهار عقود الربا؛ لأنه استثنى عليهم في عقودهم [ألا يربوا و]^(٤) ألا يظهروا بيع الخمر والخنازير في الأسواق.

وكذلك يمنعون عن إدخال الخمر والخنازير على سبيل الشهرة؛ لأن فيه استخفافاً بالمسلمين^(٥)، وما صالحناهم ليستخفوا بالمسلمين.

وكذلك إن حضر لهم عيد يخرجون [فيه]^(٦) صليهم، فليصنعوا ذلك في كنائسهم القديمة، [ولا يخرجوه]^(٧) من الكنائس حتى يظهره في المصر، ولو أخرجوه خفياً من المصر إلى غير المصر، لأن^(٨) فناء المصر كجوفه في حق حكم

(١) سقط في م.

(٢) في أ: ولا.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بالمسلم.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: لا يخرجونه.

(٨) في م: فإن.

إقامة الجمع والأعياد^(١) على ما عرف في موضعه، فكذا في حق منعهم عن إظهار الصليب فيه يكون^(٢) كجوف المصر أيضًا.

ولا يمنعون عن ضرب الناقوس في كنائسهم القديمة، ويمنعون عن ذلك خارج الكنائس؛ لما فيه من معارضة أذان المسلمين من حيث الصورة.

قالوا: ولا يمنعون عن ضرب الناقوس في كنائسهم إذا كان صوته لا يجاوز أبنيتهم، أما إذا كان يجاوز أبنيتهم، ويتعدى إلى أبنية المسلمين يمنعون عن ذلك. وكذلك يمنعون عن تزويج المحارم، وعن جميع ما هو حرام في دار الإسلام على [ما هو]^(٣) سبيل الشهرة والعلانية؛ لأن فيه استخفافا بالمسلمين، ومعارضة للحق بالباطل.

ولا يمنعون عن ذلك في القرى [ما داموا بين المسلمين صاغرين أذلة، فأما إذا كانوا أعزة]^(٤) ولا يكونون صاغرين للمسلمين فإنهم يمنعون عن ذلك؛ [لأن فيه مقابلة الحق بالباطل فيمنعون عن ذلك]^(٥).

وإذا انهدمت كنيسة من كنائسهم أو بيت نار أو بيعة، كان لهم في أمصار المسلمين فلهم أن يبنوه كما كان؛ لأن هذا ليس بإحداث بل هو إعادة للأول، فكأنه الأول، فلا يمنعون عنه، إلا إذا أرادوا أن يبنوا بيع [الأول وزيادة]^(٦) فحيثئذ يمنعون من الزيادة؛ لأن في حق الزيادة هذه إحداث.

وإذا أرادوا أن يحولوه من هذا الموضع إلى موضع آخر من المصر، ليس لهم ذلك، وإن كان بعوض بجعلونه للمسلمين؛ لأن الموضع الآخر قد صار معدًا لإظهار حكم الإسلام، فلا يمكنون من أن يجعلوه معدًا بعد ذلك لإظهار حكم

(١) في م: والعيد.

(٢) في م: فيكون.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: أمتع من الأول.

الشرك فيه ، وإن كان بعوض .

ألا ترى لو أرادوا أن يحولوه إلى موضع كان للمسلمين مسجداً في وقت من الأوقات ، على أن يبنوا في هذا الموضع للمسلمين مسجداً أجود مما كان فيه^(١) وأوسع ، أكان يحل إجابتهم إلى ذلك؟
لا شك أن هذا لا يجوز بحال .

وإذا ظهر الإمام على قوم من أهل الحرب ، وعلى أراضيهم وجعلهم ذمة ، وأجرى عليهم وعلى أراضيهم الخراج ، ومصر في أراضيهم أمصاراً للمسلمين كما مصر عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الكوفة والبصرة ، واشترى بها ناس من أهل الذمة دوراً؛ ليسكنوا^(٢) مع المسلمين ، لم يمنعوا عن ذلك . هكذا ذكر المسألة في السير الكبير ، وهكذا ذكر في الإجازات .

والمذكور في كتاب الإجازات : أن أهل الذمة إذا [اكتروا]^(٣) دوراً فيما بين المسلمين ليسكنوا فيها جاز .

وفي كتاب العشر والخراج : أن أهل الذمة يمنعون عن شراء الدور للسكنى في أمصار المسلمين .

وإن كان المصر من أمصار العرب نحو أرض الحجاز ، فإنهم يمنعون عن السكنى فيه باتفاق الروايات .

وجه رواية كتاب العشر [والخراج]^(٤) قوله عليه الصلاة والسلام - : «لأن يجاور المسلم خنزيراً خيراً من أن يجاوره يهودي» .
وعن علي - رضي الله عنه - أنه أجلاهم عن الكوفة .

(١) في م : منه .

(٢) في م : يسكنون بها .

(٣) في م : تكاروا .

(٤) سقط في أ .

وجه رواية السير والإجازات: ما روي أن رسول الله ﷺ كان له جار يهودي^(١) وروي - أنه كان له جيران يهود.

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه فتح بيت المقدس قهراً، وترك أهل الذمة فيها. [وخالد بن الوليد^(٢) فتح مدينة [ثنى]^(٣) قهراً، وترك أهل الذمة فيها]^(٤). وأبو عبيدة بن الجراح^(٥) وشرحبيل بن حسنة^(٦) ويزيد بن أبي سفيان فتحوا أرض الشام عنوة وقهراً^(٧)، وتركوا أهل الذمة فيها^(٨)؛ ولأنهم إذا سكنوا بين المسلمين أدركوا معالم الإسلام ومحاسنه وما كان المسلمون عليه من الدين الحق، فربما تميل قلوبهم

- (١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣٥/٦)، برقم (٩٩١٩).
- (٢) هو: خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، المخزومي أبو سليمان، سيف الله تعالى، أسلم في صفر سنة ثمان، وشهد غزوة مؤتة، وكان الفتح على يديه، عمل على اليمن في أيامه ﷺ، وولى قتال أهل الردة، وافتتح طائفة من العراق. قال ابن سعد: مات سنة إحدى وعشرين بحمص، وقيل: بالمدينة.
- ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢٨٥/١)، تقريب التهذيب (٢١٩/١)، التاريخ الكبير، للبخاري (١٣٦/٣)، وسير أعلام النبلاء (٣٦٦/١).
- (٣) في أ: بنذ.
- (٤) سقط في م.
- (٥) هو: عامر بن عبد الله بن الجراح بن هلال بن أهيب - ويقال: وهيب - ابن ضبة بن الحارث ابن فهر القرشي، روى عن النبي ﷺ، وذكر ابن سعد وغيره أنه مات في طاعون عمواس سنة ثمان عشرة، وهو ابن ثمان وخمسين سنة.
- ينظر: تهذيب الكمال (٥٢/١٤)، تقريب التهذيب (٣٨٨/١)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢٣/٢).
- (٦) هو: شرحبيل بن عبد الله بن المطاع بن عمرو بن كندة حليف لبني زهرة، وحسنة أمه وهي عدوية، قيل: إنه كندي، وقيل: تميمي، ويكنى أبا عبد الله، أسلم قديماً وهو من مهاجرة الحبشة في الهجرة الثانية، وهو أول كاتب كتب للنبي ﷺ، وكان - رضي الله عنه - من عليّة أصحاب رسول الله ﷺ وغزا معه غزوات وهو أحد الأمراء الذين عقد لهم أبو بكر الصديق وعمر إلى الشام، ولم يزل والياً لعمر على بعض نواحي الشام حتى توفي بها في طاعون عمواس سنة ثمان عشرة في خلافة عمر بن الخطاب وهو ابن سبع وستين سنة.
- ينظر: الإصابة (١٩٢/٢)، أسد الغابة (٥٧٣/٢)، الطبقات الكبرى (١٥٤/٤)، الاستيعاب (٢١٠/١)، الأعلام، للزركلي (١٥٩/٣)، تاريخ دمشق (٤٦٤/٢٢).
- (٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦١/٢).
- (٨) السابق.

إلى الإسلام بهذا الطريق؛ فلا يمنعون عن السكنى في قرى المسلمين .
 ألا ترى أن واحدًا من أهل الذمة لو طلب [منا]^(١) أن نعلمه الفقه والشريعة،
 علمناه، وكذلك إذا طلب منا أن نعلمه القرآن علمناه، وإنما علمناه رجاء أن يقف
 على محاسن الإسلام والشريعة فيميل قلبه إليها فيسلم .

ولأنهم إذا سكنوا بين المسلمين كانوا أقل معصية، وأكثر فرارا عما لا يحل في
 الدين، وإذا كانوا يبعد من المسلمين كانوا [أكثر معصية - فلهذا لا يمنعون عن
 السكنى فيما بين المسلمين]^(٢) .

وعن هذا قال مشايخنا: [إن]^(٣) الرجل الفاسق إذا كان بين الصالحاء لا يزعج من
 بين ظهرائهم، [لأنه إذا أزعج بين ظهرائهم]^(٤) ينضم إلى الفسقة^(٥)، ويتظاهر فيما
 بينهم، فيؤدي إلى الفتنة .

وكان الشيخ الإمام - شمس الأئمة - الحلواني يقول: هذا [إذا قلوا
 [وكان]^(٦)]^(٧) بحيث لا يتعطل [بعض جماعات المسلمين، ولا يتقلل الجماعة
 بسبب سكناهم بهذه الصفة .

فأما إذا كثروا على وجه يؤدي إلى تعطيل بعض الجماعات، أو تقليلها منعوا من
 ذلك وأمروا]^(٨) بأن يسكنوا في ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة . وهذا^(٩) محفوظ
 عن أبي يوسف - رحمه الله - في الأمالي .

(١) سقط في أ .

(٢) في م: أكثروا من ذلك .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ .

(٥) في م: السفهاء .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ: سكناهم فيما بين الناس ويؤمرون، وفي م: بسبب سكناهم ولا يتقلل بعض جماعات
 المسلمين أو تتعطل يمنعون من السكنى فيما بين المسلمين ويؤمرون

(٩) في م: وهو .

فإن^(١) اشتروا دورا في مصر من هذه الأمصار [للسكنى]^(٢)، فأرادوا أن يتخذوا دارًا منها كنيسة أو بيعة أو بيت نار يجتمعون في ذلك لصلاتهم منعوا من ذلك؛ لأن هذا إحداث لبيعة في مصر من أمصار المسلمين.

فإن استأجروا من رجل من المسلمين دارًا، أو بيتًا له لشيء من ذلك، كره للمسلم أن يؤجرهم ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، وعلى أمر يرجع إلى الاستخفاف بالمسلمين.

وإن أجرهم دارًا أو منزلًا للنزول فيها، وأظهروا فيها ما ذكرنا، منعهم صاحب الدار وغيره من ذلك على سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولا يفسخ عقد الإجارة بهذا^(٣) بمنزلة ما لو أجر بيته من مسلم، وكان المسلم يجمع فيه الناس على الشراب، ويبيع فيه المسكر، فإن صاحب المنزل يمنعه عن ذلك على سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولكن لا يفسخ الإجارة، كذا هاهنا.

وإن اتخذ في هذا المنزل مصلى لنفسه خاصة، فإنه لا يمنع عنه، وإنما يمنع مما يكون [فيه صورة المعارضة للمسلمين في إظهار أعلام الدين، وذلك بأن]^(٤) بينه كنيسة يجتمع فيها قوم لصلاتهم؛ لأن فيه إظهار شعار [الكفر]^(٥) في أمصار المسلمين، أما الصلاة في بيته وحده ليس فيها إظهار شعار الكفر، فلا يمنع عن ذلك.

وإن أراد أن يجعل هذا البيت صومعة يتخلى فيها كما يتخلى أصحاب الصوامع منع من ذلك؛ لأن هذا شيء يشتهر، فهو بمنزلة اتخاذ الكنيسة لجماعتهم.

(١) في م: وإن.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: فهذا.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

وإذا فتح الإمام بلدة من بلاد أهل الشرك قهراً وعنوة، ثم صالحهم على أن يجعلهم ذمة، وكان فيها كنائس قديمة وبيع وبيوت نار، أو كانت^(١) قديمة من قراهم كذلك، ثم صار ذلك الموضع مصراً من أمصار المسلمين، يجمع فيها الجمع، ويقام فيها الحدود فإن الإمام يمنعهم من الصلوات في تلك الكنائس والبيع، ويأمرهم أن يجعلوها مسكنًا فيسكنوها، ولا ينبغي [له]^(٢) أن يهدمها، ولكن يمنعهم عن الصلوات فيها.

وهذا بخلاف ما لو صالح المسلمون قومًا من أهل الحرب على أن يصيروا ذمة فصاروا ذمة^(٣)، قبل أن يظهر المسلمون عليهم، وعلى أراضيهم، وفيها كنائس وبيع، ثم صار ذلك الموضع مصراً من أمصار المسلمين يقام فيه الحدود والجمع والأعياد، فإنهم لا يمنعون عن الصلوات في كنائسهم، وبيعهم القديمة.

والفرق: أن الإمام لما فتح بلدتهم قهراً، وعنوة فقد ثبت يد الإمام في بيعهم وكنائسهم وسائر مساكنهم، وثبت له حق أن يمنعهم عن كنائسهم وبيعهم، والاجتماع فيها حتى جاز للإمام أن يأخذها^(٤) من أيديهم، ويجعلها ملكاً للغانمين، ويجعل أنفسهم عبيداً للمسلمين، إلا أنه تركهم والاجتماع فيها؛ لما أن ذلك الموضع لم يصر^(٥) من أمصار المسلمين، [فإذا صار مصراً من أمصار المسلمين]^(٦)، كان له أن يمنعهم من الاجتماع فيها بذلك الحق السابق.

فأما^(٧) إذا صالحوا المسلمين [على أن يصيروا ذمة، فصاروا]^(٨) قبل الظهور

(١) زاد في م: قرية.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: يأخذ ذلك.

(٥) زاد في م: مصراً.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: وأما.

(٨) سقط في أ.

عليهم، لم تثبت يد الإمام قبل الصلح في بيعهم، وكنائسهم، [ولم يثبت له حق أن يمنعهم]^(١)، وهذا الصلح [لا يتعرض]^(٢) لثبوت حق الإمام في بيعهم وكنائسهم، فصار الحال في حق البيع والكنائس بعد الصلح كالحال قبل الصلح.

أو نقول: لما فتح البلدة عنوة [وقهرا]^(٣)، [فقد ثبت]^(٤) للمسلمين حق [إظهار]^(٥) أحكام الإسلام في كل موضع من مواضع هذا المصر، فلا يعتبر من الإمام عليهم بعد ذلك في إبطال هذا الحق.

[ولا كذلك]^(٦) ما إذا فتحت البلدة صلحًا، فإن هناك لم يثبت للمسلمين حق إظهار أحكام الإسلام في [كل موضع من]^(٧) مواضع هذا المصر، وإنما يثبت حقهم بهذا الصلح، وهذا الصلح لا يتعرض لمنعهم عن الاجتماع، ولم يثبت للإمام ولاية منعهم عن الاجتماع فيها.

وأما^(٨) إذا فتحت البلدة عنوة، فقد ثبت حق المسلمين في سائر أماكنهم؛ فلا يبطل من حقهم إلا ما شرطوا بطوله في عقد الصلح، ولم يشترطوا^(٩) في عقد الصلح بطول حق المسلمين في المنع عن اجتماعهم في كنائسهم، فيبقى هذا الحق كما قال مشايخنا - رحمهم الله - : إن الحكم في بلدة سمرقند وبخارى مشكل، فإن أهل التواريخ اختلفوا: أنهما فتحتا عنوة أو صلحًا، وعلى تقدير أنهما فتحتا عنوة: ينبغي أن يمنع أهل الذمة عن الاجتماع في كنائسهم للصلاة، على نحو ما ذكره

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: الجهاد.

(٦) في م: وكذلك.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: فأما.

(٩) زاد في م: في عقد الصلح.

محمد - رحمه الله - في هذه المسألة .

[ثم^(١)] إذا فتحت البلدة عنوة، لا يهدم بناء الكنيسة؛ لأن في ذلك الحال إفساد الملك [من غير أن يكون للمسلمين فيه منفعة؛ ولأن حقه في الدين [لا]^(٢)] في إفساد الملك^(٣)] لكن يؤمرون حتى يجعلوها مساكن فيسكنوها .

فإن عطل المسلمون هذا المصر - يريد به البلدة التي فتحت عنوة، وصارت مصرا من أمصار المسلمين يقام فيه الحدود والجمع وعطلوه بعد ذلك [فتركوا]^(٤) إقامة الحدود والجمع والأعياد^(٥)، فلأهل الذمة أن يحدثوا فيها ما شاءوا من الكنائس، وأن يظهروا فيها بيع الخمر والخنازير؛ لأن المنع من ذلك كان لأجل صورة المعارضة منهم في إظهار أحكام الكفر، فإذا ترك المسلمون إظهار أحكامهم فحيث^(٦) لا تتحقق صورة المعارضة منهم [في إظهار أحكام الكفر]^(٧) .

ألا ترى أنه قبل أن يجعل الإمام هذا مصرا من أمصار المسلمين، لا يمنعون عن شيء من ذلك، وإنما [لا]^(٨) يمنعون؛ لانعدام صورة المعارضة، فكذا بعد تعطيل المسلمين إياها .

قال: ولا ينبغي أن يترك في أرض العرب بيعة أو كنيسة ولا بيت نار، ولا يترك أهل الكفر يظهرون فيها بيع الخمر والخنازير؛ لأن هذا كله يبني على سكنى أهل الذمة في أرض العرب وأهل الذمة لا يمكنون من السكنى في أرض العرب .

قال - عليه الصلاة والسلام - : «لا يجتمع في جزيرة العرب دينان، ولئن عشت

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م: وتركوا .

(٥) زاد في م: بعد ذلك .

(٦) في أ: فيهم .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

إلى قابل، لأخرجن أهل نجران من أرض العرب»^(١).
ثم إن عمر - رضي الله عنه - أجلاهم في خلافته، وكذلك أجلى يهود خيبر،
ويهود وادي القرى^(٢)، ومن ظفر به من اليهود والنصارى ممن يسكن جزيرة العرب.
والمعنى في ذلك: إظهار كرامة رسول الله ﷺ وشرفه؛ لأن جزيرة العرب موضع
ولادته ومنشؤه ولأن مشركي العرب كانوا أكثر إيذاء لرسول الله ﷺ من غيرهم من
المشركين، فعوقبوا بالجلء، وذلك يرجع إلى إظهار شرف رسول الله ﷺ أيضاً.
ولو دخل مشرك أرض العرب لتجارة يبيعها، ثم يخرج إلى بلاده، لا يمنع من
ذلك، وإنما يمنع من أن يطيل المكث فيها حتى يتخذها مسكناً والأصل فيه: ما روى
أن رسول الله ﷺ حين أجلى يهود بني قينقاع^(٣) قال لهم: «من قدم منكم لحاجته،

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٨٩٢، ٨٩٣) كتاب الجامع، باب ما جاء في إجلاء اليهود عن
المدينة، عن الزهري مرسلًا.

وأخرجه أيضاً من طريق إسماعيل بن أبي حكيم أنه سمع عمر بن عبد العزيز يقول: كان
من آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ أنه قال: «قاتل الله اليهود والنصارى، اتخذوا قبور
أنبيائهم مساجد، لا يبقين دينان بأرض العرب»
ووصله صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة، أخرجه إسحاق في
مسنده كما في تلخيص الحبير (٤/٢٢٧).

وأخرجه أحمد (٦/٢٧٥) في مسنده موصولاً عن عائشة، ولفظه قالت: آخر ما عهد
رسول الله ﷺ: ألا يترك بجزيرة العرب دينان.

(٢) وادي القرى: يقع بين تيماء وخيبر، وسمي وادي القرى؛ «لأن الوادي من أوله إلى آخره
قرى منظومة، وكانت من أعمر البلاد».

ووادي القرى كانت قديماً منازل ثمود وعاد، وبها أهلكهم الله، وآثارها إلى الآن باقية،
ثم نزلها بعدهم اليهود فاجتهدوا في تعميرها، ثم نزلتها قضاة ثم جهينة وعدرة وبلي،
فعددوا مع اليهود حلفاً.

وأكبر مركز في وادي القرى قرح، ويروى أن فيه هلك قوم عاد، وكان فيه مسجد
الرسول ﷺ، وهو سوق وادي القرى وقصبتها؛ قال المقدسي: «ليس بالحجاز اليوم
للراجل أعمر وأهل وأكثر تجاراً وأموالاً وخيرات - بعد مكة - من وادي القرى، عليها
حصن منيع على مقربته قلعة، قد أحدق به القرى والنخيل، وتمور رخيصة وأخبار حسنة
ومياه غزيرة، ومنازل أنيقة، عليه خندق وثلاثة أبواب محددة، والجامع في الأزقة».

ينظر: معجم البلدان (٤/٥٣)، (٣/٨١)، الحجاز في صدر الإسلام، صالح أحمد
العلي ص (٨٣).

(٣) قينقاع - بالفتح، ثم السكون، وضم النون، وفتح القاف، وآخره عين مهملة - شعب من =

فله ثلاثة أيام»^(١).

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: بلغه أن عمر - رضي الله عنه - أجلى من كان من اليهود في جزيرة العرب، وكان فيمن أجلى يهود نجران، وقد كان لهم عهد وكتاب من رسول الله ﷺ، فأعطاهم أرضا مكان أرضهم، فلحق بعضهم بالشام، وبعضهم بالعراق، فجعل عليهم في أراضيهم التي أنزلهم فيها الحلل التي كانت تؤخذ منهم في أراضيهم^(٢).

ففي هذا الحديث دليل على أنه يؤخذ منهم خراج الأرض المتقل عنها، لا خراج الأرض المتقل إليها.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الزيادات في موضعين:

وذكر في أحد الموضعين أنه يؤخذ خراج الأرض المتقل عنها.

وذكر في الموضع الآخر أنه يؤخذ خراج الأرض المتقل إليها.

قال: وكل مصر من أمصار المسلمين يجمع فيه الجمع والأعياد، ويقام فيه الحدود فليس ينبغي [لمسلم ولا لكافر]^(٣) أن يدخل فيه خمرا، ولا خنزيرا ظاهرا فإذا أدخل مسلم فيه خمرا أو خنزيرا، وقال: إنما أريد أن أخلل الخمر، أو قال: ليس هذا لي، وإنما هو لغيري، ولم يخبر لمن هي، فإنه ينظر: إن كان رجلا متدينا لا يتهم على ذلك خلي سبيله، وأمر به أن يخلل الخمر؛ لأن ظاهر حاله يدل على صدق خبره، والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه خصوصا فيما لا يمكن

= اليهود كانوا يسكنون بالمدينة، يضاف إليهم سوق بها.

ينظر: مراصد الاطلاع (٣/١١٤٠).

(١) قصة إجلاء بني قينقاع أخرجه البخاري (٣٨٢/٧) كتاب المغازي، باب: حديث بني النضير (٤٠٢٨)، مسلم (٣/١٣٨٧-١٣٨٨) كتاب الجهاد والسير، باب: إجلاء اليهود من الحجاز (٦٢-١٧٦٦).

(٢) المسوط للسرخسي (٤/٢٣)، تبين الحقائق (٣/٢٨٠)، المعاصر من المختصر من مشكل الآثار (٢/٢٠٤).

(٣) في م: للمسلم والكافر.

الوقوف على حقيقة الحال .

وإن كان رجلا يتهم بتناول ذلك، أهرقت خمره، وذبح [خنزيره]^(١) وأحرق بالنار؛ لأن ظاهر حاله يدل على قصده ارتكاب الحرام، فيمنعه^(٢) ذلك على سبيل النهي عن المنكر .

وإن رأى الإمام أن يؤديه بأسواط ويحبسه حتى تظهر توبته فعل؛ لأنه صار مستوجبًا للتعزير بارتكاب ما لا يحل، وهو إظهار الخمر والخنزير في مصر المسلمين .

وإن^(٣) اقتصر على أحدهما - إما الضرب وإما الحبس فله ذلك؛ لأن ذلك بطريق التعزير، وقد يكون التعزير بعقوبتين، وقد يكون بعقوبة واحدة .

ولا ينبغي له أن يخرق الزق الذي فيه الخمر، ولا أن يكسر الإناء الذي فيه الخمر؛ لأن هذا مال متقوم بين المسلمين، وليس للإمام أن يفسد مال المسلمين . بخلاف الخمر والخنزير؛ لأنه ليس بمال عند المسلمين، فجاز إتلافهما بطريق الحسبة والنهي عن المنكر .

فإن خرق الزق أو كسر الإناء فهو ضامن؛ لأنه أتلف مالا متقوما على مسلم، فإن كان من رأي الإمام أن يفعل ذلك عقوبة على صاحبه^(٤)، فخرق [الزق]^(٥) أو أمر غيره حتى خرقه^(٦) فلا ضمان عليه؛ لأنه مجتهد فيما صنع .

واختلفت عبارة المشايخ في ذلك بعضهم قالوا: العقوبة والتعزير بإتلاف المال مجتهد فيه، ذكرنا [الاختلاف]^(٧) في إحراق رحل^(٨) الغال .

(١) في م: خنازيره .

(٢) في م: فيمنع .

(٣) في م: فإن .

(٤) زاد في م: بما صنع .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: خرق .

(٧) في م: الخلاف .

وبعضهم قالوا: ثبت بالآثار المعروفة - أن رسول الله ﷺ أمرنا بإراقة الخمر وكسر الدنان^(١).

ثم اختلف العلماء أن الأمر بكسر الدنان هل انتسخ؟
فأكثر العلماء على أنه: انتسخ، وبعضهم قالوا: لم ينتسخ.
فالإمام إذا رأى ذلك، فقد وجد لما رأى اختلافاً ظاهراً، فهو في معنى قول
محمد - رحمه الله - : إنه مجتهد فيه.

ومن أصحابنا من قال: ما ذكره محمد - رحمه الله - من الجواب في خرق
الزق، وكسر الدنان محمول على أنه يشرب فيه الخمر على وجه لا يمكن الانتفاع به
بطريق آخر، فإنه إذا كان بهذه الصفة يجوز إفساده، ولكن هذا ليس بصواب، فإنه
وضع المسألة في الإناء^(٢)، وإذا كان الإناء بهذه الصفة كان الإمام وغير الإمام في
كسره سواء، كما في إراقة الخمر، فإن الإمام كما لا يضمن بإراقة الخمر فغير الإمام
لا يضمن أيضاً.

قال: وإذا^(٣) أخذ الإمام الزق والدابة التي عليها الخمر، وباع ذلك كله فالبيع
باطل؛ لأنه باع مال الغير حال حضرته من غير حق مستحق عليه، ومثل هذا البيع لا
يدخل تحت ولاية الإمام.

(٨) في أ: حل.

(١) أخرجه الترمذي (١٢٩٣)، وأبو داود (٣٦٧٥)، وأحمد (١١٩/٣، ١٨٠، ٢٦٠)،
والدارمي (١١٨/٢)، والدارقطني (٢٦٥/٤)، والطبراني في الكبير (٩٩/٥) (٤٧١٤) من
طريق معتمر بن سليمان عن ليث، به.

وقال الترمذي: روي هذا الحديث عن السدي، عن يحيى بن عباد عن أنس، أن أبا
طلحة كان عنده، وهذا أصح من حديث الليث. وسيأتي من طريق موسى بن أعين عن
ليث عن يحيى بن عباد، به. وأخرجه الطبراني في الكبير (٤٧١٣) من طريق سفيان
الثوري عن السدي عن أبي هبيرة يحيى بن عباد عن أنس عن أبي طلحة عن النبي ﷺ،
نحوه.

(٢) في م: الإمام.

(٣) في م: وإن.

وإن كان الذي أدخل مصرا من أمصار المسلمين رجلاً من أهل الذمة: إن كان جاهلاً، رد الإمام عليه متاعه، وأخرجه من المصر، وأخبره أنه إن عاد أدبه؛ لأن الجاهل ينبه ويعلم^(١).

ومعنى قوله: «إن كان جاهلاً»: أنه لا يعلم أنه لا ينبغي له شغل ذلك، وإنه مما لا يعلم وإن كان عالمًا - يعلم أنه لا ينبغي له أن يفعل ذلك، فالإمام لا يريق خمره، ولا يذبح خنازيره؛ لأن هذا مال عندهم، ولكن إن رأى أن يؤديه بالضرب أو بالحبس، فعل ذلك.

وإن أتلف المسلم عليه خمره، فعليه الضمان، فخمر الذمي مضمون بالإتلاف على المسلمين.

قال: إلا أن يكون إمامًا يرى أن يفعل ذلك به على وجه العقوبة ففعل أو أمر إنسانًا بذلك، فحيث لا ضمان عليه؛ لأنه مجتهد فيه.

فمن العلماء من قال: المسلم إذا أتلف خمر الذمي لا يضمن؛ لأن فعل الإمام حكم حصل منه في محل الاجتهاد، وفي مثل هذا لا يجب الضمان.

قال: [وإذا مر]^(٢) رجل من أهل الذمة بخمر له في سفينة في مثل دجلة أو^(٣) الفرات فمر بذلك في وسط بغداد أو مدائن أو واسط، لا يمنع من ذلك؛ لأن هذا الطريق الأعظم، يريد به أن في المرور على الطريق الأعظم ضرورة، ومواضع الضرورة مستثناة من^(٤) الحرمات.

ولأن المنع من إظهار الخمر في موضع يقام فيه شيء من أعلام الإسلام؛ كيلا يؤدي إلى الاستخفاف بالمسلمين، وهذا غير موجود في وسط دجلة والفرات، إلا أنه لا يترك أن يرقى بها إلى شيء من قرى هذه الأمصار ظاهرًا؛ لما فيه من

(١) زاد في م: ومعنى قوله: إن كان جاهلاً أنه لا يعلم أنه لا ينبغي له أن يفعل ذلك.

(٢) في م: قال: وإذا أمر.

(٣) في م: و.

(٤) في م: عن.

الاستخفاف بالمسلمين، بمنزلة الأسواق والطرق التي فيها مجمع المسلمين .
فإن فعل ذلك - فإن كان جاهلاً - : لا يؤديه في أول الوهلة، ولكن يخبره أنه
لو^(١) عاد يؤديه .

فإن عاد بعد ذلك، أو كان أول الوهلة عالمًا - أنه لا ينبغي له أن يفعل، أدبه
الإمام بالحبس، أو الضرب أو بأحدهما على ما مر .
كذلك لو أراد الممر بالخمير في طريق الأمصار، ولا ممر لهم غير ذلك، فإنهم لا
يمنعون عنه؛ لأن فيه الضرورة .

وينبغي للإمام أن يبعث معهم أمينًا حتى لا يتعرض أحد من المسلمين لهم،
وحتى لا يدخلوا ذلك في مساكن المسلمين المتهمين بشرب ذلك .
وكل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر من أمصار أهل الذمة أظهروا فيها شيئًا من
الفسق مما لم يصلحوا عليه؛ نحو الزنا وغيره من الفواحش التي يحرمونها في
دينهم، فإنهم يمنعون من ذلك كما يمنع المسلمون؛ لأن هذا ليس بديانة منهم؛
لأنهم يعتقدون حرمة ذلك، بل هو فسق في الديانة، وقد وقع الصلح معهم على بناء
الأحكام على اعتقادهم، وأن نتركهم وما يدينون على ألا نتركهم وما يعتقدون
حرمته .

وكذلك يمنعون عن السكر؛ لأنهم لا يستحلون السكر، إنما يستحلون أصل
الشرب، وكذلك يمنعون من إظهار بيع المزامير والطبول للهو، وإظهار الغناء وغير
ذلك، كما يمنع منه المسلم .

ومن كسر شيئًا من ذلك، فلا ضمان [عليه]^(٢) كما لو كسر لمسلم، وهذا على
قولهما، فأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن الكاسر قيمته لا للهو كما لو
كسره لمسلم .

(١) في م: إن .

(٢) سقط في م .

والحاصل: أن فيما سوى الخمر والخنزير ونكاح المحارم وعبادة غير الله تعالى، حال أهل الذمة كحال المسلم بالمنع عنه، ما يمنع عنه [المسلم يمنع عنه]^(١) أهل الذمة.

وفي الخمر والخنزير ونكاح المحارم وعبادة غير الله تعالى لا يتعرض لهم. ولو طلب قوم من أهل الحرب الصلح على أن يصيروا ذمة لهم على أن المسلمين إن اتخذوا مصرا في أرضهم لم يمنعهم من أن يحدثوا بيعة أو كنيسة، ومن أن يظهروا فيه [بيع]^(٢) الخمر والخنازير، فلا ينبغي للمسلمين أن يصلحوهم على ذلك، ولو صلحوهم على ذلك، كان لهم أن ينقضوا الصلح؛ لأن هذا صلح بخلاف ما يقتضيه الشرع.

فإن قضية الشرع: أنهم يمنعون عن إظهار شعار الكفر، والإتيان بالفواحش في موضع إشعار^(٣) الإسلام فيه ظاهر، فإن^(٤) شرطوا غير ذلك، فقد شرطوا ما لا يقتضيه الشرع، فلا يعطى لهم ذلك، وبعد الإعطاء ألا يوفى بل ينقض.

والأصل فيه: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه صالح أهل مكة عام الحديبية على أن يرد عليهم من جاءت منهم مسلمة^(٥)، ونزل القرآن ينقض ذلك، قال الله تعالى:

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: شعائر.

(٤) في م: فإذا.

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٧/١٢)، رقم (١٢٦٦٨)، والطبري في تفسيره، رقم (٣٣٩٥٧)، (٣٣٩٥٨)، وابن أبي حاتم في تفسيره (٣٣٥٠/١٠)، رقم (١٨٨٦٧)، والبزار كما في كشف الأستار (٧٥/٣)، رقم (٢٢٧٢)، والحارث بن أبي أسامة في مسنده كما في بغية الباحث (٧٣٠/٢)، رقم (٧٢٢)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان (٤٥٧/١) من طريق قيس بن الربيع به، ولفظ الطبراني والبزار: عن أبي نصر قال: سئل ابن عباس: كيف كان رسول الله ﷺ يمتحن النساء؟ قال: كان إذا أتته المرأة لتسلم، حلفها: «بالله ما خرجت لبغض زوجي، وبالله ما خرجت لاكتساب دينار، وبالله ما خرجت رغبة عن أرض إلى أرض، وبالله ما خرجت إلا حبا لله ولرسوله». وقال البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عباس

﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾.

[قال^(١)]: ألا ترى أنهم لو شرطوا في الصلح إظهار الزنا، واستئجار الزواني علانية لا يجوز الوفاء بهذا الشرط، فكذلك في مسألتنا.
قال: ولو أن قومًا من أهل الحرب صالحوا على أراضيهم، على أن يصيروا ذمة،

إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد. وقال الهيثمي في المجمع (٤٣/٦): رواه الطبراني، وفيه قيس بن الربيع: وثقه شعبة والثوري، وضعفه غيرهما. وقال ابن حجر في الفتح (٨/٦٣٧): «سنده ضعيف». وذكره السيوطي في الدر المنثور (٣١٠/٦) وزاد نسبه لابن المنذر، وابن مردويه. ورواه ابن سعد في الطبقات (١٣/٨، ١٤) من طريق عبد الله بن نصير نا سفيان عن أبيه عن عكرمة من قوله. وأخرجه ابن شبة في أخبار المدينة (١/٢٦٨)، رقم (٨٦٤) من طريق الوليد بن مسلم: ثنا ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن عكرمة أن أميمة بنت بشر الأنصاري من بني عمرو بن عوف كانت تحت يدي الدحداح، وهو يومئذ مشرك، ففرت من زوجها بمكة حتى أتت النبي ﷺ تريد الإسلام، فهم النبي بردها، حتى أنزل الله ﴿فَأَمَّتْ جُحُوهُنَّ﴾ فذكر الحديث. وإسناده ضعيف؛ لضعف ابن لهيعة. قلت: ومثته منكر وذلك لمخالفته حديث عائشة رضي الله عنها الذي أخرجه البخاري [كتاب الصلح، باب الصلح بالدين والعين (٢/٩٦٧)، رقم (٢٥٦٤)، وكتاب الشروط باب: الشروط في الجهاد والمصالحة (٢/٩٧٤-٩٧٨)، رقم (٢٥٨١)، وكتاب الطلاق، باب: نكاح من أسلم من المشركات (٥/٢٥٠)، رقم (٤٩٨٣)]، ومسلم [كتاب الإمارة، باب: كيفية بيعة النساء (٣/١٤٨٩)، رقم (١٨٦٦)] في صحيحهما أنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يمتحنهن بهذه الآية: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حَلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاوَهُنَّ مَا آَنَفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ إِذَا ءَابَتُمُوهُنَّ أَجْرُهُنَّ وَلَا تُنْسِكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ وَسَلُّوْا مَا آَنَفَقْتُمْ وَلَيْسَلُّوْا مَا آَنَفَقُوا ذَلِكَمُ حَكْمُ اللَّهِ بَيْنَكُمْ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿١١﴾ وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَاقِبْتُمْ فَاتَوْا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِّثْلَ مَا آَنَفَقُوا وَأَتَقُوا اللَّهَ الَّذِي أَنْتُمْ بِهِ مُؤْمِنُونَ ﴿١٢﴾ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يَبَإِعُكَ عَلَيْ أَنْ لَا يَشْرَكَكَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَشْرَفَنَّ وَلَا يَرِيْنَ وَلَا يَقْتُلَنَّ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِيَنَّ بِبَهْتِنٍ بِفَارِيْتَهُ بَيْنَ أَيْدِيْهُنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ فَيَاْبِعُهُنَّ وَأَسْتَعْفَرَ لهنَّ اللَّهُ إِنْ اللَّهُ عَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٣﴾ [المتحنة: ١٠ - ١٢]. قال عروة: قالت عائشة: فمن أقر بهذا الشرط منهن قال لها رسول الله ﷺ: «قد بايعتك» كلامًا يكلمها به... الحديث. وعلى هذا يكون حديث ابن عباس منكر المتن، والحديث الصحيح المعروف هو حديث عائشة. والله أعلم. هذا الحديث إسناده ضعيف منكر المتن لما تقدم؛ ففيه قيس بن الربيع، وهو ضعيف، وجهالة أبي نصر الأسدي، ومع كل هذا حسن إسناده السيوطي في الدر المنثور (٦/٣١٠).

(١) سقط في م.

وأحدثوا في قراهم أو^(١) في أمصارهم - بعد ما صاروا ذمة أكنائس أو بيعة، وبيوت نيران، ثم إن ذلك الموضوع صار مصرًا من أمصار المسلمين، لم يكن للمسلمين أن يهدموا شيئًا من ذلك، وهذا الجواب عليه عامة الروايات.

أما على رواية كتاب العشر والخراج: للمسلمين أن يهدموا ذلك؛ لأن على تلك الرواية تهدم القديمة، فما ظنك بالحديثة بعد الصلح.

ووجه عامة الروايات: أن هذا في معنى الكنيسة القديمة؛ لأنهم أحدثوها ولهم حق الإحداث؛ لأن حال ما أحدثوا لم يكن ذلك الموضوع مصرًا من أمصار المسلمين، فهو في معنى قولنا: إنها في معنى القديمة، وقد ذكرنا أن الكنائس القديمة لا تهدم بعد الصلح.

وكذلك لو أن مصرًا من أمصارهم صار مصرًا للمسلمين، يجمع فيه الجمع ويقام فيه الحدود، ثم إن المسلمين انتقلوا عنه وعطلوه، ولم يبق فيه من المسلمين إلا نفر يسير مثل الحيرة ونحوها، فأحدث أهل الذمة فيها كنائس ثم بدا للمسلمين، فرجعوا إلى مصرهم، فصار مصرًا يقام فيه [الجمع والأعياد]^(٢) وتقام فيه الحدود، لم يهدم عليهم ما أحدثوا من الكنائس؛ لأنهم أحدثوها ولهم حق الإحداث، فصارت^(٣) في معنى الكنائس القديمة.

قال القاضي الإمام - ركن الإسلام - علي السغدني: وكذلك الجواب لو أحدثوا كنيسة بعد ما صار مصرًا من أمصار المسلمين، فلم يهدمها المسلمون حتى عطلوا المصر، ثم عاد إليه المسلمون حتى صار مصرًا، فإنه لا تهدم تلك الكنائس.

قال: وكل مصر مصره المسلمون، وكان فيه قبل أن يمصروه كنائس وبيع، فأراد المسلمون منعهم من الصلاة فيها، فقالوا: نحن من أهل الذمة صالحنا الإمام على

(١) في م: و.

(٢) زاد في م: تقام فيه.

(٣) في م: فصار.

بلادنا، فليس لكم منعنا عن الصلاة في هذه الكنائس، وقال المسلمون: لا، بل أخذت بلادكم عنوة، ثم جعلتم ذمة فلنا منعكم عن الصلاة.

فإن سعوا إلى الإمام وقد تطاول الأمد ولا ندري كيف كان الأمر في الابتداء، فإن الإمام ينظر هل في ذلك أثر عند الفقهاء، وأصحاب الأخبار فإن أخبره الفقهاء بخبر أخذ به وعمل به، إذ ليس يتهياً للإمام أن يحكم في ذلك بأكثر من الاستدلال على ما وصينا إذا لم يبق أحد ممن أدرك ذلك الوقت حتى يشهد على حقيقة الحال، فيكفي فيه ما يوجد من الحججة في أيدي^(١) الفقهاء وأصحاب الأخبار.

وإن لم يكن في أيدي الفقهاء أثر، أو كانت الآثار فيه مختلفة، فإن الإمام يجعلها صلحاً، ويجعل القول فيها قول أهلها مع أيانهم؛ لأنها في أيديهم والمسلمون يريدون الاعتراض عليهم والمنع عن التصرف في أيديهم، وهم ينكرون حق الاعتراض لهم، ولأن حكم الكثرة^(٢) كان أصلاً فيهم، فهم يتمسكون بما هو الأصل فيكون القول قولهم، وإنما اختلفوا على ذلك؛ لأنهم لو أقروا بما ادعاه المسلمون لزمهم ذلك، فإذا أنكروا استحلفوا رجاء النكول.

فإن جاء أثر أنهم أهل صلح، وجاء أثر أنهم أخذوا عنوة، وقهراً، فالقول قول أهل الذمة؛ لأن^(٣) تقابل الآثار والدلائل يثبت^(٤) اليد لهم كما كانت.

ولو شهد قوم على شهادة قوم أنهم صولحوا، [وشهد قوم على شهادة قوم، أنهم]^(٥) أخذوا عنوة، كانت الشهادة على أنهم أخذوا عنوة أولى؛ لأنه لما جعل القول [قول أهل]^(٦) الذمة قبل إقامة البينة؛ لتكون الكنائس في أيديهم كان المحتاج

(١) زاد في أ: الناس.

(٢) في م: الكفرة.

(٣) في م: لأنه.

(٤) في م: فيثبت.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: لأهل.

إلى البيعة المسلمون دون أهل الذمة، فصار أهل الذمة مع المسلمين بمنزلة الخارج مع ذي اليد إذا أقاما البيعة على الملك المطلق، وهناك قضى بيعة الخارج، كذا هاهنا.

فإن قيل: كان ينبغي أن يقضى بيعة أهل الذمة؛ لأن فيها تقرير حرية الأصل ونفي سبب [حق] ^(١) الاسترقاق، فصار بمنزلة بيعة مجهول الحال على إثبات حرته بمعارضة بيعة مدعي الرق عليه.

والجواب: الدعوى هاهنا ما وقع في الرق والحرية؛ لأن الذين أخذوا عنوة إذا من الإمام عليهم كانوا أحرار الأصل، بمنزلة الذين صلحوا ^(٢) على أراضيهم ورقابهم فبين ^(٣) الكل اتفاق [على أنهم أحرار] ^(٤) لم يملكوا قط، وإنما الدعوى فيما في أيديهم من الكنائس، فكان بمنزلة الدعوى بين الخارج وذي اليد في ملك ما في يده.

ولو جاء أثر عنهم أنهم أخذوا عنوة، وجاءت شهادة على شهادة ^(٥) أنهم صلحوا كانت الشهادة أحق؛ لأنها حجة قاطعة فلا يقابلها رواية الأثر؛ لأن [تلك البيعة حجة] ^(٦) في موضع الخصومة والمنازعة.

ولكن يشترط أن يكون شهود الأصل والفرع من المسلمين؛ لأن هذه الشهادة تقوم على المسلمين، فشهادة أهل الذمة على المسلمين لا تقبل.

ولو جاء أثر أنهم صلحوا ^(٧)، وجاءت شهادة على شهادة أنهم أخذوا عنوة:

-
- (١) سقط في م.
 (٢) في م: صلحوا.
 (٣) في م: يصير.
 (٤) في م: أنهم.
 (٥) في م: شهادتهم.
 (٦) في م: ذلك ليست بحجة.
 (٧) في م: صلحوا.

يؤخذ^(١) بالشهادة أيضا، ويستوي أن تكون الشهادة من المسلمين أو من أهل الذمة؛ [لأن هذه الشهادة تقوم على أهل الذمة]^(٢) باستحقاق ما في أيديهم وشهادة أهل الذمة على أهل الذمة حجة، ولأنه لو كان لأهل الذمة شهادة في هذه الصورة أيضا، كان شهود العنوة أولى، فما ظنك إذا كان لأهل الذمة أثر.



(١) في م: أخذ.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر في: صلة المسلم المشرك وفي صلة المشرك المسلم، وفي هدايا أهل الحرب، وهدايا الفسقة وأمراء الجور، ويدخل ما أهدي إلى العمال والأمراء: ذكر محمد - رحمه الله - في باب صلة المشرك عن عبد الله بن مروان قال: قلت لمجاهد: رجل من أهل الشرك بيني وبينه قرابة، ولي عليه مال، أدعه له؟ فقال: نعم، وصله.

معنى قوله: أدعه؟ [أي] ^(١) أتركه بالإبراء، ومعنى قول مجاهد: نعم اتركه بالإبراء. وقوله: وصله، ملكه بالإعطاء.

قالوا: الحديث محمول على ما إذا كان [من عليه المال ذميًا أو حربيًا أو مستأمنًا، فأما إذا كان] ^(٢) حربيًا - غير مستأمن - فلا ينبغي للمسلم أن يصله بشيء قريبًا كان أو بعيدًا.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب عقيب ذكر هذا الحديث: ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريبًا كان أو بعيدًا محاربًا كان أو ذميًا ^(٣). قالوا: أراد ^(٤) بالمحارب المستأمن، فإذا كان غير مستأمن فلا ينبغي للمسلم أن يصله بشيء.

والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ﴾.

فالله تعالى ما نهانا عن صلة الذمي، وإنما نهانا عن صلة الحربي، إلا أن المستأمن صار مخصوصًا عن هذا النهي؛ لأن الأمان المؤبد أو المؤقت خلف عن الإسلام في حق الدنيا، [فكما] ^(٥) لا يكون بصلة المسلم بأس قريبًا كان أو بعيدًا،

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٦٢)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/٤٢٩)، البحر الرائق (٨/٢٣٢).

(٤) في م: المراد.

(٥) سقط في م.

فكذا بصلة الذمي والمستأمن، بخلاف غير المستأمن؛ لأنه^(١) لم يوجد في حقه ما هو خلف عن الإسلام حتى يلحق بالمسلم، فيبقى داخلاً تحت النهي.

وذكر القاضي الإمام - ركن الإسلام - علي السغدي في شرح هذا الكتاب: إذا كان حربياً في دار الحرب، وكان الحال حال صلح ومسالمة، فلا بأس بأن يصله؛ فقد صح أن رسول الله ﷺ أهدى [إلى]^(٢) أبي سفيان^(٣) تمر عجوة، وأبو سفيان [يومئذ]^(٤) كان^(٥) حربياً. هذا هو الكلام في صلة المشرك.

وأما الكلام في صلة المشرك المسلم: فقد روى محمد - رحمه الله - في الكتاب أخباراً متعارضة؛ روى أن أبا سفيان أهدى إلى رسول الله ﷺ [أدماً، وأبو سفيان يومئذ كان حربياً].

وروي أن نصرانياً أهدى إلى رسول الله ﷺ^(٦) حريراً يتلألاً.

وروي عن كعب بن مالك^(٧) [أنه قال: قدم عامر بن مالك^(٨)] وهو مشرك،

(١) في م: لو لم.

(٢) سقط في م.

(٣) هو: صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب ابن لؤي، أبو سفيان القرشي الأموي، ولد قبل الفيل بعشر سنين، وأسلم ليلة الفتح، وشهد حنيناً والطائف مع رسول الله ﷺ، وأعطاه رسول الله ﷺ من غنائم حنين مائة بعير وأربعين أوقية، كما أعطى سائر المؤلفه، وتوفي سنة إحدى وثلاثين وعمره ثمان وثمانون سنة، وقيل: توفي سنة اثنتين وثلاثين، وقيل: سنة أربع وثلاثين، وقيل: كان عمره ثلاثاً وتسعين سنة. ينظر: أسد الغابة (٩/٣)، وتهذيب التهذيب (٤/٤١١)، وتقريب التهذيب (٣٦٥/١).

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: يوصل.

(٦) سقط في م.

(٧) هو: كعب بن مالك بن أبي كعب، روى عن النبي ﷺ، وعن أسيد بن حضير، قال ابن الكلبي: شهد بدرًا كذا قال، وقد صح عن كعب أنه قال: تخلفت عن بدر، وقال الهيثم بن عدي: توفي سنة إحدى وخمسين، وقال ابن البرقي: مات قبل الأربعين، وقال الواقدي: سنة خمسين. ينظر: تهذيب الكمال (٢٤/١٩٣)، تقريب التهذيب (٢/١٣٥)، الكاشف (٩/٣).

فأهدى للنبي ﷺ حلتين وفرسين، فقال - عليه الصلاة والسلام - : «لا أقبل هدية مشرك»^(١).

وروي أن عياض بن حمار^(٢) أهدى لرسول الله ﷺ فقال: «أسلمت يا عياض؟» فقال: لا. فقال - عليه الصلاة والسلام - : «إن الله تعالى نهاني أن أقبل زبد المشركين»^(٣) أي: عطاءهم.

(٨) هو: عامر بن مالك بن جعفر بن كلاب العامري الكلابي، أبو براء المعروف بملاعب الأسنة. ذكره خليفة، والبغوي، وابن البرقي، والعسكري، وابن قانع، والباوردي، وابن شاهين، وابن السكن في الصحابة. وقال الدارقطني: له صحبة. وروى ابن الأعرابي في معجمه، من طريق مسعر، عن خشرم بن حسان، عن عامر بن مالك، قال: بعثت إلى رسول الله ﷺ ألتمس منه دواء، فبعث إلي بعكة من عسل. ينظر: أسد الغابة ت (٢٧٣٣)، والإصابة في تمييز الصحابة (٤٨٥/٣).

(٩) سقط في م.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٩٧٤١، ١٩٦٥٨) ومن طريقه البزار (٩٣٤ - كشف الأستار) عن معمر عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك به. وأخرجه مرسلًا أيضًا: الطبراني في الكبير (٧١/١٩)، رقم (١٤٠) من طريق آخر عن الزهري، ووصله البزار (١٩٣٣)، والطبراني في الكبير (١٣٨، ١٣٩). قال في «الفتح» (٥٥١/٥): رجاله ثقات إلا أنه مرسل، وقد وصله بعضهم ولا يصح. وقال في الإصابة (٤٨٦/٣): ورواه أكثر أصحاب الزهري فلم يقولوا فيه: عن أبيه، وهو المحفوظ.

(٢) هو: عياض بن حمار بن أبي حمار بن ناجية بن عقال بن محمد بن سفيان بن مجاشع التميمي المجاشعي. نسبه خليفة وغيره. حديثه في صحيح مسلم، وعند أبي داود والترمذي عنه حديث آخر أنه أهدى إلى النبي ﷺ قبل أن يسلم فلم يقبل منه، وسكن البصرة. وروى عن النبي ﷺ. وروى عنه مطرف بن عبد الله، وأخوه يزيد بن عبد الله بن الشخير، والعلاء ابن زياد، وعقبة بن صهبان، وغيرهم. وأبوه باسم الحيوان المشهور. وقد صحفه بعض المتنطعين من الفقهاء لظنه أن أحدا لا يسمى بذلك.

ينظر: تاريخ الإسلام (٢٨١/١)، أنساب الأشراف، لأحمد بن يحيى بن جابر بن داود البلاذري، تحقيق: سهيل زكار ورياض الزركلي، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م (١١٧/١)، الإصابة في تمييز الصحابة (٦٢٥/٤).

(٣) أخرجه الطيالسي (٢٨٠/١) كتاب الهدية والهبة والعمرى (١٤١٧)، والترمذي (١١٩/٤) كتاب السير، باب: في كراهية هدايا المشركين (١٥٧٧)، وأبو داود (١٧٣/٣)، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في الإمام يقبل هدايا المشركين (٣٠٥٧).

وإذا وقع التعارض^(١) بين الأخبار لا بد من التوفيق، واختلفت عبارة المشايخ في

(١) التعارض لغة: التمانع بطريق التقابل، تقول عرض لي كذا إذا استقبلك بما يمنعك مما قصدته، وسمي السحاب عارضاً لمنعه شعاع الشمس وحرارته. واصطلاحاً: اقتضاء كل من الدليلين عدم ما يقتضيه الآخر... ولا تناقض في الشريعة إلا أنه قد يظهر للمجتهد تمناع دليلين في محل بأن يقتضي أحدهما إيجابه والآخر تحريمه فيسمى هذا تعارض الدليلين وليس هذا التعارض إلا ظاهرياً لما قلنا من عدم التناقض في الشريعة.

وقد أفاض الإمام الشاطبي في الموافقات في ذكر الأدلة التي تثبت عدم التناقض في الشريعة ثم أورد ما قد يعترض به على ذلك ورده، ولهذا البحث أهمية عظيمة بالنسبة للشريعة الإسلامية والكلام عليه يتطلب الإفاضة والإحاطة بكل ما فيه، وكان بودنا أن نسهب القول فيه لولا أن ذلك يخرج بنا عما قصدناه من تلك المقدمة الوجيزة في التعارض التي أردنا منها تصوير ما يستدعيه المقام تصويراً عاماً من غير بسط أو زيادة عن المقدار الضروري.

ومع هذا فإننا نذكر بعض ما قاله الإمام بصدد الاستدلال غير متعرضين لما حكاه اعتراضاً وجوابه عنه تاركين لمن أراد المزيد أن يطلع عليه في (١١٨/٤ - ١٣٢).

قال رحمه الله: يقول الله تعالى ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] الآية. فهذه الآية صريحة في رفع التنازع والاختلاف فإنه ردٌ للمتنازعين إلى الشريعة، وليس ذلك إلا ليرتفع الاختلاف ولا يرتفع إلا بالرجوع إلى شيء واحد، إذ لو كان فيه ما يقتضي الاختلاف لم يكن في الرجوع إليه رفع تنازع، وهذا عبث لا يطلبه الله تعالى.

وقد عقب على هذا الدليل العلامة الشيخ دراز قائلاً: ومع قوة هذا الدليل على المدعى تبقى شبهة وهي أن الأئمة المجتهدين مع رجوعهم للكتاب والسنة قد لا يرتفع النزاع بينهم... ثم قال: وقد يجاب عنها بأنه لم يقل إن أردتموه ارتفع قطعاً وبطريقة كلية. ومثل هذا قوله تعالى ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطٌ مُسْتَقِيمٌ فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ﴾ فبين أن طريق الحق واحد وذلك عامٌّ في جملة الشريعة وتفصيلها.

وغير ذلك من الآيات التي فيها ذم الاختلاف والأمر بالرجوع إلى الشريعة وكله قاطع في أنها لا اختلاف فيها وإنما هي على مأخذ واحد وقول واحد.

قال المزني من أصحاب الشافعي: ذم الله الاختلاف وأمر عنده بالرجوع إلى الكتاب والسنة وأيضاً لو كان في الشريعة مساعٍ للخلاف لأدّى إلى تكليف ما لا يطاق؛ لأن الدليلين إذا فرضنا تعارضهما وفرضناهما مقصودين معاً للشارع، فإما أن يقال: إن المكلف مطلوب بمقتضاهما أولاً، أو مطلوب بأحدهما دون الآخر، والكل غير صحيح؛ لأن الأول يقتضي «افعل» «لا تفعل» لمكلف واحد من وجه واحد وهو عين التكليف بما لا يطاق. والثاني لأنه يؤدي إلى أنه غير مطلوب بمقتضى الدليلين، والفرض توجه الطلب. والثالث يلزمه أيضاً خلاف الفرض، لأن الفرض أنهما مقصودان معاً للشارع فلا يعقل معه أن يكون التكليف بأحدهما دون الآخر.

ولا يقال: إن الدليلين بحسب شخصين أو حالين؛ لأنه خلاف الفرض، وهو أيضاً قول

بيان وجه التوفيق؛ فعبارة الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - ما روي أنه «لم يقبل . . .» .
محمول على أنه لم يقبل من شخص غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك
الشخص أن رسول الله ﷺ إنما يقاتلهم طمعا في المال لا لإعلاء كلمة الله تعالى؛
ولا يجوز قبول الهدية من مثل^(١) هذا الشخص، كما لم يقبل سليمان - صلوات الله
عليها من الملكة حين وقع عند سليمان - صلوات الله عليه - ما وقع عند ذلك
الشخص - أن رسول الله ﷺ، إنما يقاتلهم طمعا في المال وعرض الدنيا - لا
لإعلاء كلمة الله تعالى. وقال: ﴿فَمَا آتَيْنَاهُ اللَّهُ خَيْرٌ مِّمَّا آتَاكُمْ﴾ .

وما روي أنه قبل؛ فمحمول [على أنه^(٢) من]^(٣) شخص غلب على ظن
رسول الله ﷺ: [أنه وقع عند ذلك الشخص أن رسول الله ﷺ]^(٤) يقاتلهم لإعلاء
كلمة الله تعالى، ولإعزاز الدين - لا لطلب المال - وقبول الهدية من مثل هذا
[الشخص]^(٥) جائز^(٦).

وعبارة بعضهم: أنه عليه الصلاة والسلام - قبل في حالة الصلح والمسالمة، ولم
يقبل في حالة المحاربة.

ومنهم من قال: [لم يقبل]^(٧) من شخص علم أنه لو [قبل]^(٨) منه تقل صلابته
وعزته في حقه، وتلين له بسبب قبول الهدية^(٩)، [على ما قال - عليه الصلاة

= واحد لا قولان؛ لأنه إذا انصرف كل دليل إلى جهة لم يكن ثم اختلاف وهو المطلوب.

(١) في م: قبل.

(٢) زاد في م: كم.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) المحيط البرهاني (٥/٣٦٣).

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) المحيط البرهاني (٥/٣٦٣).

والسلام: «الْهَدِيَّةُ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ»^(١)، ومتى كانت الحالة هذه لا يجوز قبول الهدية^(٢)؛ لأن سبيل المسلم أن يكون فظاً غليظاً شديداً على الكفرة قال الله تعالى: ﴿وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾.

وقال تعالى: ﴿أَعَزَّ عَلَى الْكٰفِرِينَ﴾.

وقبل من شخص: علم أنه لا تقل صلابته وعزته في حقه، ولا يلين له بسبب الهدية، ومتى كانت الحالة هذه، لا بأس بقبول الهدية منهم.

قال محمد - رحمه الله - في باب صلة المشرك: ويكره لأمر الجيش أن يقبل هدايا المشركين، وإن قبلها، فليجعلها فيئاً لجماعة المسلمين.

وذكر في باب هدية أهل الحرب: وإذا غزا الجيش من المسلمين أرض العدو، فبعث ملك العدو إلى أمير ذلك الجيش^(٣) هدية، فلا بأس بأن يقبلها، وتكون فيئاً لجماعة المسلمين تجري فيها أحكام الغنيمة؛ فلا بد من التوفيق بين المذكورين فنقول: ما ذكر في باب هدية أهل الحرب: محمول على أنه إذا [قبل]^(٤) الهدية لا يجعلها لنفسه خاصة بل يضعها في الغنيمة، وإذا كانت الحالة هذه لا بأس بقبول الهدية منهم.

[وما]^(٥) ذكر في باب صلة المشرك: محمول على أنه إذا قبلها يجعلها لنفسه

(١) أخرجه الترمذي (٩/٤) أبواب الولاء والهبة، باب: في حث النبي ﷺ على التهادي (٢١٣٠)، وأحمد (٤٠٥/٢)، والبخاري في الأدب المفرد (٥٢/٢)، باب: قبول الهدية (٥٩٤).

وقال الترمذي: هذا حديث غريب - يعني: ضعيف - من هذا الوجه.
وقال الحافظ في تلخيص الحبير (١٥٢/٣): في إسناده أبو معشر المدني وتفرد به، وهو ضعيف.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: الجند.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

خاصة ولا يضعها في الغنيمة، وإذا [كانت الحالة هذه]^(١) لا ينبغي له أن يقبلها. أو نقول: ما ذكر في باب هدية أهل الحرب محمول على ما إذا كان للمسلمين حاجة إليها، وما ذكر في باب صلة المشرك [محمول على ما إذا لم يكن للمسلمين إليها حاجة.

أو نقول: ما ذكر في باب هدية أهل الحرب]^(٢) محمول على ما إذا علم الأمير أنه لو قبلها ازدادوا انقيادًا واستعظامًا، ولا يقع عندهم أنما^(٣) نقاتلهم لطمع المال، [وإذا كانت الحالة]^(٤) هذه لا بأس بالقبول، بل الأفضل القبول.

[وما]^(٥) ذكر في باب صلة المشرك محمول على ما إذا علم الإمام أنه لو لم يقبلها ازدادوا [رعبًا]^(٦) وهيبة وتقل شوكتهم، أو يقع عندهم أنا إنما نقاتلهم طعمًا في المال وإذا كانت الحالة هذه، لا ينبغي له أن يقبلها.

والحاصل^(٧): أن الإمام نصب ناظرًا للمسلمين، وإنما يفعل ما^(٨) فيه نظر للمسلمين.

حكى عن [الفقيه]^(٩) أبي جعفر: أنه كان^(١٠) يقول في هدايا الملوك للعلماء والفقهاء: أنهم إذا علموا أنهم لو قبلوا [ازداد بذلك]^(١١) انقيادًا واستعظامًا لنشور الحق، [فلهم أن]^(١٢) يقبلوا، ولو علموا أنهم لو لم يقبلوا ازداد الملك هيبة، فلهم

(١) في م: كان لهذه الحالة.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أنا.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فالحاصل.

(٨) زاد في م: كان.

(٩) سقط في م.

(١٠) زاد في م: هكذا.

(١١) في أ: ازداد ذلك، وفي م: ازدادوا بذلك.

(١٢) في م: فلم.

ألا يقبلوا.

قال الشيخ الإمام - شيخ الإسلام - المعروف بخواهر زادة - رحمه الله - وفيما ذكر محمد - رحمه الله - في باب هدية أهل الحرب دليل على أنه لا بأس بقبول الهدية من أمراء الجور ومن طريق الأولى؛ لأنهم لا يوافقوننا في الدين [والتعاطي]. واختلف الصحابة - رضوان الله عليهم - ومن بعدهم في جوازها، فكان ابن عباس، وابن عمر - رضي الله عنهما - يقبلان هدية المختار^(١).

وكذا نقل عن إبراهيم.

وكان أبو ذر وأبو الدرداء - رضي الله عنهما - لا يجوزان ذلك^(٢).

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: السلطان يصيب من الحلال والحرام، فإذا أعطاك شيئاً فخذ؛ فإن ذلك حلال^(٣) [لك]^(٤).

ومن المشايخ من قال: إذا كان جميع مال الفاسق^(٥)، أو أكثر ماله حلالاً، جاز قبول هديته.

وإذا كان جميع ماله أو أكثره حراماً أو نصف ماله حراماً أو أكثره، فإنه لا يقبل حالة الاختلاط^(٦)، كما في الأكل^(٧)؛ فإنه^(٨) إذا اختلط الحلال بالحرام، وكان الأكثر حراماً أو كان النصف حراماً، فإنه لا يحل له الأكل حالة الاختيار، على أصل أبي يوسف، ومحمد، فإن عندهما: لا يثبت الملك [للخالط]^(٩) بنفس الخلط.

(١) منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، ص (٤٧٧).

(٢) السابق.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦٧/٥).

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الفساق.

(٦) في أ، م: الاختيار.

(٧) في أ: الأكل.

(٨) زاد في م: ما.

(٩) سقط في م.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : الأولى ألا^(١) يقبل الهدية ولا يأكل إذا كان الأكثر حراماً أو كان النصف حراماً، وإن كان يثبت الملك عنده بالخلط في المخلوط إلا [إذا قبل]^(٢) أداء الضمان لا يصير طيباً بل يكون خبيثاً والأولى^(٣) ألا يقبل، ولا يأكل.

ومن المشايخ من قال: إذا كان أكثر مال الفاسق من الرشوة والحرام، لا يحل القبول، ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حلال.

وإن كان صاحب تجارة أو زرع وأكثر ماله من ذلك، فلا بأس بالقبول، ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حرام، [ولكن هذا]^(٤) الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. ثم أمير الجيش إذا قبل الهدية من مال أهل الحرب، كانت الهدية [فيئاً]^(٥) تجرى فيها أحكام [الفيء]^(٦) ولا يختص بها الأمير؛ لأن [مال أهل]^(٧) الحرب إنما يهدى إلى أمير الجيش خوفاً منه، فالغالب أن الإنسان لا يهدى إلى الغير إلا رغبة فيه أو رهبة منه، وأهل الحرب لا يخافون من الأمير نفسه؛ لأنه واحد من المسلمين لم يعرف بزيادة جلادة وشجاعة، وإنما يخافون منه بسبب جماعة^(٨) المسلمين الذين تحت رايته، فيكون الإهداء إلى الأمير صورة وإلى الجماعة الذين تحت رايته معنى، فلهذا كانت الهدية [فيئاً]^(٩).

وهدايا أمراء زماننا تخالف هدايا رسول الله ﷺ فإن الهدايا لرسول الله ﷺ كانت

- (١) في م: أن.
- (٢) في م: أن.
- (٣) في م: فالأولى.
- (٤) في م: وعهد لأن هذا القائل.
- (٥) في أ، م: غنيمة.
- (٦) في أ، م: الغنيمة.
- (٧) في أ: ملك.
- (٨) زاد في م: من.
- (٩) في أ، م: غنيمة.

له على الخصوص؛ لأن [أهل] ^(١) الشرك كانوا يخافون من رسول الله ﷺ؛ [لأن قوته وتعززه كان بنفسه لا بغيره كما قال الله تعالى: ﴿وَأَلَّهُ يَعْصُمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾، فكان الإهداء إلى رسول الله أ] ^(٢) صورة ومعنى فكانت الهدايا ^(٣) له خاصة. قال: وإن أبي أمير الجيش ^(٤) أن يقبل الهدية، لم يكن [به] ^(٥) بأس؛ لأنه لا بأس برد هدية المسلم، فرد هدية الكافر أولى.

ثم قال: والأفضل للأمير أن ينظر في ذلك، فإن كان النظر ^(٦) للمسلمين في قبولها، قبلها، وإن كان النظر ^(٧) للمسلمين في ردها، [ردها] ^(٨).

والجواب عرفته فيما إذا أهدى أهل الحرب إلى أمير الجيش، وهو ^(٩) الجواب فيما إذا بعث أمير من أمراء أهل الحرب، أو قائد من قوادهم أو رأس من رؤوسهم إلى أمير الجند، يكون ذلك [فيئًا لا] ^(١٠) يختص بها الأمير.

فإن كان ملك أهل الحرب بعث بالهدية إلى قائد من قواد جند المسلمين له راية ومنعة، فالقائد لا يختص بها، بل يكون له ولمن تحت رايته؛ لأن قوته وعزته بمن تحت رايته، والإهداء إليه يكون إهداء إليه وإلى من تحت رايته.

وهذا بخلاف ما إذا أهدى إلى رجل مبارز ليس له منعة، فإنه يختص بملكه، فلا يكون [فيئًا] ^(١١)؛ لأنه إنما يهدي إليه بمعنى يخصه، وهو شجاعته فيكون الإهداء

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الهدية.

(٤) في م: الجند.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الأنظر.

(٧) في م: الأنظر.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: فهو.

(١٠) في أ، م: غنيمة ولا.

(١١) في أ، م: غنيمة.

إليه صورة ومعنى .

وعلى هذا قلنا: إن من أهدى إلى مفت أو واعظ شيئاً، كان ذلك له خاصة؛ لأنه إنما يهدي إليه لمعنى يخصه وهو علمه، بخلاف ما إذا أهدى إلى واحد من الحكام، فإن ذلك لا يسلم له، بل يلزمه الرد إلى المهدي إن قدر عليه، وإن عجز عنه [يضعه]^(١) في بيت المال؛ لأنه إنما يهدي إليهم لولايتهم الثابتة من جهة الإمام، والإمام في ذلك نائب عن المسلمين؛ فكان الإهداء إليهم إهداء إلى جميع المسلمين؛ فلا يكون له أن يجعل ذلك لنفسه .

فإن بعث أمير جند المسلمين إلى ملك العدو هدية من ماله، وعوضه ملك العدو بهديته^(٢)، نظر في هدية ملك العدو، فإن كانت قيمتها مثل قيمة هدية أمير الجيش أو أكثر [بحيث]^(٣) يتغابن الناس في مثله، فذلك كله سالم للأمير؛ لأن هذا بدل هديته وهديته كانت [خالص ملكه، فبدلها يكون]^(٤) خالصاً له، وإن كانت هدية ملك أهل الحرب أكثر قيمة من هدية أمير الجيش، بحيث لا يتغابن الناس فيه، يسلم للأمير^(٥) العسكر منها مثل هديته، والفضل يكون [فيئاً لجماعة المسلمين]^(٦)؛ لأن الفضل لا بد له من جهة أمير العسكر؛ فكان حكمه حكم هبة مبتدأة من جهة ملك العدو، فيكون فيئاً^(٧) حكماً .

حكى عن الحاكم الإمام أبي محمد الكوفي - رحمه الله - : أن ملك أهل الحرب إذا كان معروفاً بالجدود، وكان له عادة مشهورة أن من أهدى إليه يجازيه، ويكافئه

(١) سقط في م .

(٢) في م: بهدية .

(٣) في م: حيث .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: إلى أمير .

(٦) في أ: في الغنيمة، وفي م: غنيمة .

(٧) في أ، م: غنيمة .

بأضعاف ذلك، فالزيادة تسلم للأمير العسكر على كل حال؛ لأن الزيادة في هذه الصورة تكون جريا على عادته وطبيعته، لا رهبة من أمير الجيش، ولا رغبة فيه؛ ليقال: بأنه إنما يرهب منه أو يرغب فيه فكان^(١) كغيره.

ولو أهدى رجل من الجند ليس بأمرير ولا قائد إلى ملك أهل الحرب أو إلى قائد^(٢) من قوادهم، فعوض بأضعاف ذلك، فذلك سالم له؛ لأن أكثر ما في الباب أن الزيادة على هديته بمنزلة هدية مبتدأة، إلا أن مثل هذا الشخص يختص بهدية أهل الحرب.

وعلى هذا إذا حاصر المسلمون حصنًا من حصون أهل الحرب، فباعهم أمير الجيش متاعًا أو غير ذلك، ينظر [إلى]^(٣) الثمن الذي أعطاه أهل الحصن فإن كان مثل قيمة ما باع أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه، سلم جميع ذلك للأمير^(٤) الجيش. وإن كان^(٥) مقدار ما لا يتغابن فيه، سلم للأمير من الثمن قدر قيمة متاعه، والفضل يكون فيئًا لجماعة المسلمين فإن كان الذي بايعهم رجل من عرض المسلمين، سلم له الثمن كثيرًا كان أو قليلًا.

وإذا بعث الإمام عاملاً على عمل فأهدي إليه، فعلى الإمام أن يأخذ ذلك، ويجعله في بيت المال. وكذلك إذا أهدى إلى الخليفة أو إلى زوجه^(٦) أو إلى ولده، فذلك كله يوضع في بيت المال.

وإذا بعث أمير عسكر المسلمين رسولًا إلى ملك العدو في حاجة^(٧)، فأجازه ملك العدو بجائزة، فأخرجها الرسول إلى العسكر، أو إلى أرض الإسلام، فإنها

(١) في م: غيره.

(٢) في م: أحد.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: إلى أمير.

(٥) زاد في أ: أكثر.

(٦) في م: زوجته.

(٧) في أ: لحاجته.

تسلم له؛ لأن الرسول لا يجازى رغبة فيه أو رهبة منه؛ لأنه في أيديهم غير ممتنع بعينه، وإنما يجازى بطريق المروءة والإنسانية، فيكون له خاصة، وجرى التعامل فيما بين المسلمين من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا أن الرسل يختصون بالجوائز، فكذلك لو^(١) كان الرسول أهدى إلى ملك العدو بهدية فعوضه ملك العدو بأضعاف قيمته، أو باع الرسول منهم شيئاً بأضعاف قيمته، بالفضل على قدر هديته، وعلى قدر متاعه، يسلم له؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل ذلك الفضل بمنزلة هبة مبتدأة^(٢)، [إلا أن الهبة المبتدأة]^(٣) تسلم للرسول؛ لما ذكرنا.

ولو أن ملك العدو أهدى إلى أمير عسكر المسلمين هدية، فعوضه الأمير من الغنيمة، إن كان العوض أكثر من الهدية قدر ما لا يتغابن الناس فيها، لا يجوز قياساً واستحساناً؛ لأن الزيادة إذا كانت بحيث لا يتغابن الناس فيها فهي بمنزلة هبة مبتدأة؛ إذ^(٤) ليس بمقابلتها عوض، وليس لأمر العسكر أن يهدي إلى ملك العدو هدية مبتدأة من الغنيمة؛ لما فيه من إبطال حق الغانمين من الغنيمة بغير عوض، فكذا هذا^(٥) فإن كان العوض مثل الهدية أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس [فيه القياس]^(٦)؛ ألا يجوز.

وفي الاستحسان: يجوز.

وجه القياس في ذلك: أن التعويض عن الهبة إذا لم يكن العوض مشروطاً في الهبة بمنزلة هبة مبتدأة من حيث الحكم؛ ألا ترى أنهم قالوا فيمن وهب للصغير هبة من أبيه، وسلمها إلى الأب، فأراد الأب أن يعوض [منها]^(٧) من مال الصغير قدرها

(١) في م: إذا.

(٢) في م: فهي بمنزلة هبة.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: و.

(٥) زاد في أ: العوض.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه، لا يجوز، وجعل ذلك بمنزلة هبة مبتدأة من الغنيمة وكذا ليس له أن يعوض منها.

وجه الاستحسان: من وجهين:

أحدهما: أن العوض إن^(١) لم يكن مشروطا في الهبة، فالتعويض بمنزلة هبة مبتدأة من وجه - من حيث إن العوض غير مشروط في الهبة نصًّا - وبمنزلة معاوضة من وجه - من حيث إن العوض معروف ومعتاد - [فالمقصود]^(٢) من [هبة]^(٣) الأجنب عرفا وعادة العوض، و[العوض]^(٤) المعروف كالمشروط، وهذا معنى قولنا: إن العوض إذا لم يكن مشروطا في الهبة، فالتعويض هبة مبتدأة من وجه، معاوضة من وجه، ولا يمكن^(٥) العمل بجهة المعاوضة والهبة في كل هبة، فاعتبرنا جهة المعاوضة في تعويض الإمام من الغنيمة؛ فيملك الإمام ذلك كما ملك المعاوضة في الغنيمة بالبيع والشراء، واعتبرنا جهة الهبة في تعويض الأب، فقلنا: إن الأب لا يملك ذلك؛ عملا بهما بقدر الإمكان.

وإنما عملنا على هذا الوجه، ولم نعمل على العكس؛ [لأننا لو عملنا]^(٦) بجهة المعاوضة في تعويض الأب من^(٧) مال الصغير، ومال الصغير في جميع الأحكام مملوك للصغير من كل وجه في حق جميع الأحكام، فيتعطل العمل بالجهتين. أما لو عملنا بجهة المعاوضة في حق تعويض الإمام من الغنيمة، والغنيمة غير مملوكة للغنمين من كل وجه، لا يلزمنا العمل بجهة المعاوضة في حق تعويض الأب.

(١) في م: إذا.

(٢) في م: فإن المقصود.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: يكون.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: في.

ومال الصبي مملوك للصبي من كل وجه، فيحصل العمل بالجهتين، فعملنا على الوجه الذي قلنا؛ ليمكننا العمل بالجهتين.

فإن للإمام في الغنيمة يدا باسطة حتى يتمكن من المن إذا ظهر على الدار وأهلها، ويتمكن من قتل الأسارى مع أن فيه إبطال حق الغانمين؛ فيملك الإبطال بالتعويض عن الهبة الذي هو في حكم هبة مبتدأة.

أما الأب فليس له في مال الصغير يد باسطة، حتى لا يملك إبطال ماله بغير عوض بوجه من الوجوه؛ فلا يملك التعويض عن الهبة من ماله أيضًا.



نوع آخر: في دخول الكافر المساجد:

ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب بإسناده عن الزهري^(١) [عن أبي هريرة]^(٢): أن أبا سفيان بن حرب كان يدخل المسجد في الهدنة، وهو كافر. قال محمد - رحمه الله - : غير أن ذلك لا يحل في المسجد الحرام^(٣).

(١) هو: محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب، القرشي، الزهري، أبو بكر المدني، من صغار التابعين، ولد سنة ثمان وخمسين من الهجرة، وسمع بعض الصحابة، وجمعًا من كبار التابعين وأئمتهم، وروى عنه جمع غفير من كبار التابعين وصغارهم وأتباعهم، وكان فقيهاً، عالماً، ثقة، كثير الرواية والحديث، توفي - رحمه الله - سنة أربع وعشرين ومائة من الهجرة.

ينظر: تهذيب التهذيب (١/٤٤٥)، وتهذيب الأسماء (١/٩٠)، ووفيات الأعيان (٤/١٧٧).

(٢) سقط في أ.

(٣) منع الله المشركين من دخول الحرم، بل ومن دخول مكة كلها؛ وذلك لأن الله تعالى وصفهم بالنجس، فكانت علة عدم الدخول هي نجاستهم، والنجس: القذارة وعدم النظافة، وإذا وصف الإنسان به كان المقصود أنه إنسان خبيث النفس شري، وإن كان طاهرًا في بدنه. المراد بالمسجد الحرام في الآية الكريمة:

اختلف الفقهاء حول المراد بقوله تعالى: ﴿الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾، على أقوال:

القول الأول: أن المراد: الحرم كله، وهو مكة؛ فلا يدخلون مكة كلها. وهو قول عطاء، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة.

القول الثاني: أن المراد: خصوص المسجد الحرام؛ أخذًا بظاهر اللفظ، وبقيّة المساجد تقاس على المسجد الحرام؛ فلا يدخلوا أي مسجد. وإليه ذهب المالكية.

القول الثالث: أن المراد: النهي عن حجهم أو عمرتهم كما كانوا في الجاهلية، لا النهي عن دخول المسجد الحرام؛ فلا يمنعون من دخوله للتجارة وحمل الميرة من غير استيطان. وإلى هذا ذهب الحنفية.

القول الرابع: أنه يجوز إقامة الذمي في الحرم دون الوثني، وكذا العبد المشرك إذا كان ملكًا لمسلم. وهو قول جابر بن عبد الله وقتادة.

وقد احتج أهل العلم على رجحان القول القائل بمنع أهل الكتاب من دخول مكة كلها بالكتاب والسنة:

أما الكتاب، فاستدلوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾.

وجه الدلالة: أن الله - سبحانه وتعالى - أمر عباده المؤمنين بنفي المشركين الذين هم نجس عن المسجد الحرام، وألا يقربوه بعد عامهم هذا، وكان ذلك في سنة تسع من الهجرة؛ ولهذا بعث النبي ﷺ علينا بصحبة أبي بكر، وأمره أن ينادي في المشركين أن: لا يحج بعد هذا العام مشرك، ولا يطوف بالبيت عريان، فهذا حكم الله شرعًا وقدرًا.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَاهِمِهِمْ هَكَذَا﴾.

يجب أن يعلم بأن الهدنة: الصلح.

وقد كان رسول الله ﷺ صالح أهل [مكة عام^(١)] الحديبية على ترك القتال من الجانبين، ثم إن أهل مكة نقضوا عهد رسول الله ﷺ فجاء أبو سفيان إلى المدينة لتجديد ذلك العهد، فدخل المسجد وهو كافر، وفيه قصة معروفة في المغازي^(٢).

والقول بالإذن لهم بالتجارة لا يستقيم مع سبب نزول الآية؛ لما زُوي أنه لما نزلت هذه الآية شق ذلك على المسلمين وقالوا: من يأتينا بالطعام والمتاع؟! فأنزل الله - جل وعلا - قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَتَكُمْ فَسَوْفَ يُغْنِيكُمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره (١٠٧/١)]. فأراد الله جل وعلا أن يكفيهم، وأن يطمئنوا على أرزاقهم بطريق آخر، ولو أراد الله جل وعلا أن يدخلوها للتجارة لما كان لهذا ضرورة، كذلك قَصُرَ حظر الدخول إلى المسجد الحرام دون سائر مكة؛ استدلالاً بظاهر اللفظ - غير مستقيم؛ لأن الله تعالى أراد الحرم كله، فعبر عنه بالمسجد؛ لحلوله فيه؛ كما قال سبحانه وتعالى: ﴿سُبْحٰنَ الَّذِي أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾، يريد به مكة؛ لأنه أسرى به من منزل أم هانئ، وإذا كان الأمر كذلك فيكون المنع من عموم الحرم دخولاً أو استيطاناً للمشركين، وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ إِبْرٰهِيْمُ رَبِّ اجْعَلْ هٰذَا بَلَدًا ءَامِنًا﴾. أي: مكة وحرمها ﴿وَأَرْزُقْ أَهْلَهُ مِنَ الثَّمَرَاتِ مَنْ ءَامَنَ مِنْهُمْ يَا اللَّهُ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ قَالَ وَمَنْ كَفَرَ فَأُمْتِعُهُ قَلِيلًا﴾ يعني: بمكة، وهو قبل فتحها؛ فدل على تحريمها على الكافر بعد فتحها.

وأما السنة، فاستدلوا بقول النبي ﷺ: «ألا لا يحج بعد العام مشرك...» [أخرجه البخاري (٢٩/٢) كتاب الصلاة، باب: ما يستر من العورة، الحديث (٣٦٩)، وفي (٤٨٣/٣) كتاب الحج، باب: لا يطوف بالبيت عريان، ولا يحج مشرك، الحديث (١٦٢٢)، ومسلم (٩٨٢/٢) كتاب الحج، باب: لا يحج البيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان، الحديث (١٣٤٧/٤٣٥)]. وجه الدلالة: أن هذا الحديث محمول على القصد؛ فكان على عمومته؛ كما قال الماوردي، ولأنه لما اختص الحرم بما شرفه الله تعالى فيه على سائر البقاع تعظيماً لحرمة؛ كان أولى أن يسان ممن عانده وطاعته.

ينظر: المعجم الوسيط (نجس)، ص (٩٠٣)، وينظر: العناية شرح الهداية (١٠/٦٢)، حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٨)، ومواهب الجليل (٣/٣٨١)، والأم (١/٥٤)، والحاوي الكبير (١٤/٣٣٤، ٣٣٥)، والمجموع (٣/١٨٩)، والأحكام السلطانية للماوردي، ص (١٨٦)، والمبدع (٣/٤٢٢)، وكشاف القناع (٣/١٣٤)، ومطالب أولي النهى (٢/٦١٤).

(١) سقط في م.

(٢) ينظر نص الوثيقة في صحيح البخاري بحاشية السندي (٥/٣٥٩)، وصحيح مسلم (٣/١٤٨٥)، وتحفة المحتاج (٢/١٤٥)، وموارد الظمان لنور الدين الهيثمي، دار الثقافة

العربية، القاهرة، ط (١)، ١٩٩٠م، ص (٤١١)، و سنن النسائي (٣٧١/٢)، والسنن الكبرى، للبيهقي (١٧٨/٥، ١٧٠/٧)، ومعرفة السنن والآثار، للبيهقي (١٠٢/٣)، ومسند أبي عوانة يعقوب بن إسحاق، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٣٦٣هـ (٤٠٦/٢)، (٢٩٨/٤)، والمصنف لابن أبي شيبه (٣٨١/٧، ٣٨٤)، والمصنف، لعبد الرزاق (٣/١٠٢)، والمعجم الكبير للطبراني (٢٢٥/١٠، ١٦/٢٠)، والمعجم الأوسط، لسليمان بن أحمد أبي القاسم الطبراني، دار الحرمين، القاهرة، ١٩٩٥م (١٠٧/٣)، وتوضيح المشبه في ضبط أسماء الرواة وأنسابهم وألقابهم وكناهم، لشمس الدين محمد بن عبد الله بن محمد القيسي الدمشقي، ابن ناصر الدين، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٩٩٣م (٣٨٥/١)، والثقات (٢٩٥/١)، وتاريخ مدينة دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل، لأبي القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله ابن عبد الله الشافعي، تحقيق: محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمري، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥م (١٥٣/٦٧)، وأخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، لمحمد بن إسحاق بن العباس الفاكهي، تحقيق: د. عبد الملك بن عبد الله دهيش، دار خضر، بيروت، ١٤١٤هـ، ط (٢) (٨٠/٥)، والطبقات الكبرى لابن سعد (١٠٣/٢)، ومشكل الآثار، للطحاوي، دائرة المعارف العثمانية الهند ط (١) (١٤٩/١٠)، ونصب الراية (٣/٣٨٩)، وخلاصة البدر المنير، لابن الملقن، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة الرشيد، الرياض، السعودية، ١٤٠٦هـ (٢٣١/٩)، والبداية والنهاية (٣٢٠/١)، (١٦٤/٤)، والمتنظم، لابن الجوزي (٢٦٧/٣)، وتاريخ الأمم والملوك للطبري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار سويدان، بيروت (٢/١٣٤، ٢٠٧)، وسمط النجوم العوالي (٢/٢٠٣)، وتلقيح فهوم أهل الأثر في عيون التاريخ والسير لابن الجوزي، ليدن، ١٨٩٢م (١/٤٠، ٥١)، وتاريخ الإسلام، للذهبي، ص (٣٦٣)، ودلائل النبوة، لأبي نعيم الأصبهاني، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط (٢)، ١٣٦٩هـ- ١٩٥٠م (١٢٧، ١٢٠)، وأعلام النبوة، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م (٢٩٠)، وزاد المعاد (١/١١٩، ٢/٩٠، ٣/٣٠٠)، والمغازي للواقدي، طبع بمصر، ١٣٦٧هـ- ١٩٤٨م (٢/٥٧١)، وشرح المواهب اللدنية للزرقاني (٢/١٧٩)، وسبل الهدى والرشاد، للصالح (٥/٥٥)، ومختصر السيرة، لمحمد بن عبد الوهاب، تحقيق: عبد العزيز بن زيد الرومي، د. محمد بلتاجي، د. سيد حجاب، مطابع الرياض، الرياض، ط (١) (١٧٦)، والروض الأنف، للسهيلى (٤/٣٩)، والاكتفاء بما تضمنه من مغازي رسول الله ﷺ، للكلاعي الأندلسي، تحقيق: د. محمد كمال عز الدين، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ (٢/١٧٣)، والسيرة الحلبية في سيرة الأمين المأمون، لعلي بن برهان الدين الحلبي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٠هـ (٢/٦٨٨)، والسيرة النبوية،

وفي الحديث دليل على أنه لا يمنع الذمي من الدخول في المسجد، فيصير الحديث حجة لنا على مالك، فإنه يقول: يمنع أهل الذمة عن الدخول في المساجد سوى المسجد الحرام.

وعندنا: لا يمنعون عن الدخول في سائر المساجد سوى المسجد الحرام بلا خلاف، فصار هذا الحديث حجة لنا عليه.

وهذا الحديث خرج موافقا لما روي أن وفد ثقيف^(١) جاءوا إلى رسول الله ﷺ فأمر أن يضرب لهم قبة في المسجد، فقيل لرسول الله ﷺ: هم أنجاس. فقال: «ليس على الأرض من نجاستهم شيء»^(٢).

فالحاصل على قول علمائنا - رحمهم الله - : لا يمنعون عن الدخول في سائر المساجد سوى المسجد الحرام، وهل يمنعون عن [الدخول في]^(٣) المسجد الحرام؟

ذكر في السير الكبير: أنهم يمنعون.

لابن هشام (٥٧٢/٢)، والمقتفى من سيرة المصطفى ﷺ، الإمام المؤرخ الأديب الحسن بن عمر بن حبيب، تحقيق: دم مصطفى محمد حسين الذهبي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط (١)، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، ص (١٧٨)، وخلاصة سيرة سيد البشر، محب الدين الطبري، مكتبة نزار الباز، السعودية، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص (٥٨)، وفصول من السيرة، لابن كثير، ص (١٦٣، ١٦٥).

(١) ثقيف: قبيلة منازلها في جبل الحجاز، بين مكة والطائف. ثقيف بن منبه: بطن متسع من هوازن، من العدنانية. اشتهروا باسم أبيهم، فيقال لهم: ثقيف. كانت مواطنهم بالطائف. كانت ثقيف تعبد بيتا بالطائف يقال لها: اللات، فكانوا يسترونها بالثياب ويهدون لها الهدى ويطوفون حولها ويسمونها الربة. ينظر: معجم قبائل العرب القديمة والحديثة، عمر رضا كحالة، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط (٨)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م (١/١٤٧-١٥١).

(٢) أورده الجصاص في أحكام القرآن (٨٨/٣) بلفظ مقارب من حديث عثمان بن أبي العاص معلقا، ورواه أبو داود في المراسيل، ص (٨٠) من حديث الحسن مرسلا بلفظ: «إن الأرض لا تنجس إنما ينجس ابن آدم»، والطحاوي في معاني الآثار (١/١٣) كتاب الطهارة، باب: الماء يقع فيه النجاسة.

(٣) سقط في م.

وذكر في الجامع الصغير: أنهم لا يمنعون، وهكذا ذكر الكرخي في مختصره.
 قيل: ما ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - الأول -
 رحمهم الله - وما ذكر في السير [الكبير]^(١): قول محمد الآخر؛ لأن السير الكبير
 آخر تصنيف صنفه محمد - رحمه الله في الفقه.

فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه من قوله.

وجه^(٢) قوله الآخر: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا
 يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَكَذَا﴾ - أي: بعد عام الفتح.

[فقد خص المسجد الحرام]^(٣) بالنهاي، فيدل على حرمة الدخول في المسجد
 [الحرام]^(٤) وعلى اقتصار الحرمة على المسجد الحرام.

وجه قوله الأول: أنه لا نجاسة على أعضاء الكافر حقيقة، وإليه أشار عليه الصلاة
 والسلام - في قوله - حين أراد أن ينزل وفد ثقيف في المسجد^(٥) - : «ليس على
 الأرض من نجاستهم شيء»^(٦)، فلا يمنعون عن الدخول فيه، كما لا يمنعون عن
 الدخول في سائر المساجد؛ وهذا لأن القاضي ربما يجلس في المسجد الحرام
 للقضاء، ولا يجد أهل الذمة بدا من دفع ظلاماتهم إليه، وكذلك المسلم ربما يكون
 له على الكافر حق، ولا يجد بدا من إدخاله المسجد الحرام للقضاء؛ فلأجل هذا
 المعنى لا يثبت المنع عن الدخول في سائر المساجد.

وأما الآية: فالجواب عن المتعلق بها من وجهين:

أحدهما: ما حكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - أنه كان يقول:

(١) سقط في م.

(٢) في م: ووجه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: الحرام.

(٦) تقدم.

ليس المراد من قوله: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا﴾ القربان من حيث: الدخول فيه، وإنما المراد بالقربان من حيث الاستيلاء والتدبير، والقيام بعمارة المسجد. ورؤوس^(١) قريش كانوا [يدخلون]^(٢) قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا من^(٣) ذلك؛ فإنه روي أن رسول الله ﷺ لما فتح مكة، ودخلها أخذ مفاتيح المسجد منهم، ودفعها إلى من أراد من المسلمين.

ويمكن أن يقال: [إن كان]^(٤) المراد هو الدخول، ولكن على الوجه الذي اعتادوا في الجاهلية، وهو الدخول لعبادة الله تعالى، والطواف بالبيت لا على الوجه المشروع، فإنه روي أنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة^(٥).

والثاني: ما حكي عن الفقيه أبي إسحاق الكاتب أن المراد من المسجد الحرام المذكور في الآية: [الحرم، لا المسجد عينه، والمسجد [الحرام]^(٦) يذكر ويراد به: الحرم]^(٧).

وقال الله تعالى: ﴿هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾. والمراد هنا الحرم، فإن الكفار منعوا رسول الله ﷺ عن دخول الحرم ومكة، لا عن دخول المسجد الحرام؛ فيكون تأويل الآية: أنهم لا يمكنون من توطنهم في الحرم بعد عام الفتح كما يتوطنون قبل الفتح، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يجتمع في جزيرة

(١) في أ، م: ورؤساء.

(٢) في أ: يكون ذلك.

(٣) في م: عن.

(٤) سقط في م.

(٥) أخرجه الترمذي (٢/٢١٢) باب: ما جاء في كراهية الطواف عرباناً، رقم (٨٧١)، والنسائي في السنن الكبرى (٢/٤٠٧)، وتأويل قوله جل ثناؤه: ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾، رقم (٣٩٤٩)، وأحمد (٢/٢٩٩)، والحاكم (٢/٣٣١)، تفسير سورة براءة، وقال الترمذي:

حديث حسن صحيح.

(٦) سقط في م.

(٧) بدل ما بين المعقوفين في أ: الحرم.

العرب دينان»^(١).

قال صاحب التأويلات: المراد من الآية: النهي عن دخول مكة لا عن دخول المسجد، وفي آخر الآية ما يدل عليه، فإن الله تعالى قال في آخر الآية ﴿وَإِنَّ خِفْتُمْ عَيْلَةً﴾، ولو كان النهي عن الدخول في المسجد عينه، لا عن الدخول في مكة، لكانوا لا يخافون العيلة؛ لأنهم كانوا يدخلون مكة ويتجرون فيها^(٢).

وروي أنه لما نزلت هذه الآية قال المسلمون: إنهم كانوا يأتون بالميرة ويتبايعون، فالآن تنقطع المتاجر ويضيق العيش^(٣)، فأنزل الله تعالى: ﴿وَإِنَّ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ﴾ الآية.

ثم فرقوا بين [المسلم وبين الكافر والمسلم الجنب]^(٤)، [فلا يجوز للمسلم]^(٥) الجنب الدخول في المسجد مع أن الكافر جنب؛ لأن منهم من لا يغتسل، ومنم من يغتسل ولا يدري كيفيته ولا يتمضمض ولا يستنشق، وكيفما كان يكون جنبًا.

ألا ترى أنه يؤمر بالاعتسال إذا أسلم، وقد انضم إلى الجنابة في حق الكافر زيادة نجاسة، وهي نجاسة الكفر، فإذا كان المسلم الجنب ممنوعًا عن الدخول في المسجد، كان الكافر أولى أن يكون ممنوعًا عنه.

ومع هذا فرقوا بينهما، والفرق: [وهو]^(٦) أن المسلم يدين وجوب الاعتسال بالجنابة، ويعتقد كون الجنابة مانعة عن الدخول في المسجد فعملنا معه على حسب اعتقاده، وبنينا الحكم في حقه على ما يدينه.

وأما الكافر لا يدين وجوب الاعتسال بالجنابة، ولا يدينون^(٧) كيفيته، ولا

(١) تقدم .

(٢) تفسير الماتريدي (١/٣٢١).

(٣) ينظر: تفسير الطبري (١٤/١٩٤).

(٤) في م: الكافر والمسلم الجنب.

(٥) في م: فلم يجوزوا.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: يدنون.

يعتقدون الجنابة مانعة عن الدخول في المسجد، فعملنا معه على حسب اعتقاده،
وبنينا الحكم في حقه على ما يدينه، فلهذا^(١) افترقا^(٢).

وهو نظير ما قلنا: إن كفر الكافر لا يمنع قبول الشهادة إذا كان عدلاً في تعاطيه،
و[مع]^(٣) أن الكفر رأس الفسوق، وفسق المسلم يمنع قبول [شهادته]^(٤)؛ لأن
المسلم يدين الفسق معصية، كما يدين شهادة الزور معصية، فيستدل بما ارتكب من
الفسق الذي مثل شهادة الزور وكونه معصية على ارتكاب شهادة الزور، وأما^(٥)
الكافر لا يدين الكفر معصية كما يدين شهادة الزور معصية، فإن شهادة الزور معصية
في الأديان كلها، [فلا يستدل]^(٦) بارتكابه الكفر وإنه لا يدينه معصية على ارتكابه
شهادة الزور، وإنه يدينه معصية.

ثم إن محمدا - رحمه الله - [في الكتاب سوى]^(٧) بين الحربي، والذمي فجوز
للكل^(٨) الدخول في سائر المساجد؛ لأن الكل في حق ألا يدينوا وجوب الاغتسال،
ولا يدروا كيفيته على السواء. والله أعلم بالصواب.



(١) زاد في أ: ولهذا.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦١/٥).

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: الشهادة.

(٥) زاد في أ: إن.

(٦) زاد في أ: يستدين.

(٧) في م: سوى في الكتاب.

(٨) في م: لكل.

نوع آخر: في ركوب أهل الذمة وعلاماتهم:

كتب عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - : ألا يترك أهل الكتاب أن يركبوا على السروج^(١)، ولكن على الأكف^(٢)، وأن يتنطقوا. وفي رواية: أن يتمنطقوا حتى يعرفوا.

وإنه خرج موافقاً لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب إلى أمراء الأمصار: ألا يتركوا أهل الذمة يتشبهون^(٣) بالمسلمين في لباسهم، ومركبهم، وهيئتهم^(٤).

وقد اختلفت عبارة المشايخ في بيان المعنى في المسألة؛ بعضهم قالوا: لو تركناهم يتشبهون بنا^(٥) في هيئة اللباس، والمركب، كنا متشبهين بهم؛ لأن التشبه^(٦) بين الشخصين إنما يقع إذا اشتركا في شيء واحد، وقد نهينا عن [التشبه بهم بقدر الإمكان، على ما قال ﷺ: «من تشبه^(٧) بقوم، فهو منهم»^(٨).

والإمكان في هيئة اللباس لا في [أصله]^(٩) يوجب المخالفة [في هيئة اللباس لا في أصله]^(١٠).

وبعضهم قالوا: إنهم من أهل الصغار. لقوله تعالى: ﴿عَنْ يَدِ وَهْمٍ صَعُرُونَ﴾، والمسلم من أهل الإعزاز. قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾. فيجيب إظهار المخالفة بيننا وبينهم في الزي؛ ليقع التمييز بيننا وبينهم، فلا يذل

(١) السروج جمع سرج وهي: رحل الدابة. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (سرج).

(٢) الأكف جمع إكاف وهو: البرذعة. ينظر: المعجم الوسيط (٤٧/١).

(٣) في أ: ألا يتشبهون، وفي م: أن يتشبهوا.

(٤) بدائع الصنائع (١١٣/٧)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦٣/٥).

(٥) في أ: بالمسلمين.

(٦) في أ: الشبهة.

(٧) بدل ما بين المعقوفين في أ: الشبهة.

(٨) أخرجه أبو داود (٤٤١/٢) كتاب اللباس، باب: في لبس الشهرة (٤٠٣١).

(٩) في أ: أصل اللباس.

(١٠) سقط في م.

المسلم، ولا يعز الكافر.

هذا كما أمر عمر - رضي الله عنه - بالمخالفة بين الحرائر والإماء في الزي؛ ليقع التمييز بين الحرائر والإماء على ما عرف في كتاب الاستحسان، كذا هذا. وبعضهم قالوا: إنا نهينا عن تعظيمهم، وبداءتهم بالسلام؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْقَوْنَ إِلَيْهِمْ بِالْمُؤَدَّةِ﴾.

ولا بد من علامة تعرفهم، كيلا نحسبهم مسلمين، فنبدؤهم بالسلام، ونعظمهم، فأمرنا بالمخالفة في هيئة اللباس، والمراكب حتى نعرفهم؛ فلا نعظمهم، ولا نبدؤهم بالسلام.

فإن قيل: إذا كانت المخالفة لنفي التشبه بهم، وللتمييز بيننا وبينهم، فنقول: كما ينتفي التشبه، ويحصل التمييز بمخالفتهم إيانا، ينتفي ويحصل بمخالفتنا إياهم، فلماذا أمرنا بالمخالفة دوننا؟

قلنا لوجهين: أحدهما: أن عمر - رضي الله عنه - أمرهم أن يخالفونا، ولم يأمرنا أن نخالفهم على ما روينا.

والثاني: أن المخالفة إنما تقع بترك العادة، وفي ترك العادة مشقة تلحق الإنسان، وهم أولى بالحق المشقة بهم منا.

ويمنعون من ركوب الفرس؛ لأن ركوب الفرس من باب العز والشرف، وما كان من باب العز والشرف، فإن أهل الذمة يمنعون عنه؛ لأنهم من أهل الصغار [فإنهم يمنعون]^(١) إلا إذا وقعت الحاجة من أهل الصغار إلى ذلك، بأن استعان بهم الإمام في المحاربة والذب عن المسلمين، ولا يمنعون عن ركوب البغل؛ لأنه نتج^(٢) الحمار، ولا يمنعون عن ركوب الحمار؛ لأن كل واحد لا يقدر على المشي، ولكن يمنعون [من أن يضعوا على]^(٣) المركب سرجًا كسروج المسلمين.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: نتيجة.

(٣) سقط في أ.

قال في كتاب العشر والخراج: وينبغي أن يكون على قربوس سرجهم^(١) مثل الرمانة؛ وهذا لأنهم كما أمروا بالمخالفة في هيئة اللباس أمروا بالمخالفة في هيئة المركب، على ما روينا عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب إلى [أمراء]^(٢) الأمصار: ألا يتركوا أهل الذمة يتشبهون بالمسلمين في لباسهم ومركبهم. واختلفوا في قوله: و[هو]^(٣) على قربوس^(٤) السرج مثل الرمانة. قال الفقيه أبو جعفر: لم يرد بقوله «على قربوس السرج مثل الرمانة»^(٥) أن يكون مقدم سرجهم مثل مقدم سرجنا ثم يكون عليه الرمانة، وإنما أراد به أن [يكون]^(٦) قربوس سرجهم مثل مقدم الإكاف، وهو مثل الرمانة. وهو المراد من الإكاف المذكور في حديث عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - . وقال بعضهم: أراد أن يكون سروجهم كسروج المسلمين، وعلى مقدمتها شيء كالرمانة.

ويمنعون عن لبس الرداء والعمائم والدراعة التي يلبسها علماء الدين؛ لأن فيه شرفاً، وكذلك يمنعون أن يكون شركاء نعالهم كشراكتنا. وكذلك يمنعون أن يكون خفافهم كخفافنا ونعالهم كنعالنا، لما ذكرنا. قال في كتاب العشر والخراج: وينبغي أن يؤخذوا حتى يتخذ^(٧) كل إنسان منهم الخيط الغليظ يعقده^(٨) على وسطه.

وهو معنى قول عمر بن عبد العزيز: وأن يتنطقوا، أو يتمنطقوا، وهذا خرج

(١) في أ: السرج.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) القربوسان: طرفا السرج المقدم والمؤخر. ينظر: المغرب، مادة (صفف).

(٥) الأصل للشيباني (٥٤٩/٧)، بدائع الصنائع (١١٣/٧).

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: يتخذوا.

(٨) في م: يعقد.

موافقا لما روى عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب إلى أمراء الأمصار في الشام أن يأمرؤا أهل الذمة بربط الكستيجات على أوساطهم^(١).

والمعنى في ذلك: ما بينا؛ لأنه لا بد من العلامة؛ ليقع التمييز بيننا وبينهم، وأمرؤا بالربط على الوسط؛ لأن [البصر]^(٢) في الغالب يقع على الوسط؛ فكان الوسط يشد بهذه العلامة، وينبغي أن يكون ذلك من الخيط، أو من الصوف ويكون غليظًا، ولا يكون رقيقًا بحيث لا يقع عليه البصر إلا لمن يدقق^(٣) النظر. وينبغي ألا يكون من الإبريسم، ولا يكون مشببًا؛ لأن هذا كله للترزين والتجمل^(٤).

وينبغي أن يعقده على وسطه عقدة، وإما^(٥) أن يجعله حلقة، ويشده كما يشد المسلم المنطقة.

ولا^(٦) ينبغي أن يكون لهم قلانس^(٧) طوال من كرباس^(٨) قد صبغ بالسواد مضربة مبطنة. كذا ذكر في كتاب العشر والخراج، ولا يكون من حرير. لما ذكرنا. ولا ينبغي أن يكون لهم قلانس صغار؛ حتى يمتازوا عن المسلمين. هذا كله إذا وقع الظهور عليهم، فأما إذا وقع الصلح للمسلمين على بعض هذه الأشياء، فإنهم يتركون على ذلك.

(١) تقدم.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يدق.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦٤/٥).

(٥) في م: فأما.

(٦) في م: فلا.

(٧) القلانس: ملابس الرءوس، واصطلاحا - ما يلبس على الرأس ويتعمم فوقه أو هي الطاقية.

ينظر: الدر المختار (١٨١/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٦٣/١).

(٨) الكرباس: فارسي معرب، بكسر الكاف، والنسبة: كرابيسي، كأنه شبه بالأنصاري، وإلا فالقياس: كرباسي، والجمع: كرابيس، وهي: ثياب خشنة من القطن الأبيض. ينظر: تاج العروس (٤٣٢/١٦)، مادة (ك ر ب س)، لسان العرب (١٩٥/٦).

واختلف المشايخ بعد هذا بأن المخالفة بيننا وبينهم شرط بعلامة واحدة أو بعلامتين، أو بثلاث علامات؟

قال بعضهم: إن العلامة الواحدة تكفي، إما على الرأس: كالقلانس الطوال المضربة، أو على الوسط: كالكستيج^(١)، أو على الرجل: كالنعل والمكعب على خلاف نعالنا ومكاعبنا؛ وهذا لأن العلامة مشروطة؛ ليقع التمييز بيننا وبينهم، فلا نعظم ولا نبدؤهم بالسلام وهذا يحصل بعلامة واحدة.

وقال بعضهم: لا بد من العلامات الثلاث؛ لأن العلامة مشروعة للتمييز بيننا وبينهم، وإنه لا يقع من كل وجه بعلامة واحدة.

وهذا لأن البصر قد يقع على الرأس، ولا يقع على الوسط والرجل، وقد يقع على الوسط، ولا يقع على الرأس والرجل، وقد يقع على الرجل ولا يقع على الرأس والوسط، فشرعت العلامات^(٢) في ثلاثة مواضع حتى يقع التمييز بيننا وبينهم على كل حال.

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه أمر بذلك، ولم يكتف بالواحدة فيكون متبعًا^(٣).

ومنهم من قال: بأن العلامة الواحدة تكفي للنصراني، واليهودي يحتاج إلى علامتين، وفي المجوسي إلى ثلاث علامات، وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -.

وكأنه ذهب في ذلك إلى أن هذه العلامات نوع ذل وصغار، فيزداد بزيادة غلظ الكفر، وينتقص لخفة الكفر.

(١) الكُستيج - بضم الكاف وسكون السين المهملة-: خيط غليظ يشده الذمي فوق ثيابه دون الزُّنار معرب كستي والكستج كالحزمة من الليف. ينظر: تاج العروس، مادة (كستج) (٦/١٧٤).

(٢) في م: العلامة.

(٣) في أ: ممتنعاً.

وكفر المجوسي أغلظ من كفر النصراني واليهودي؛ لأنهم كانوا أنكروا^(١) الأنبياء كلهم فأمروا بثلاث علامات؛ زيادة في ذلهم وصغارهم.

وكفر اليهودي أغلظ من كفر النصراني؛ لأنهم يجحدون نبوة نبينا - عليه أفضل الصلاة والسلام - ونبوة عيسى - صلوات الله عليه وسلم -.

وكفر النصراني أخف؛ لأنه يجحد نبوة نبي واحد، فاكتفي في حقهم بعلامة واحدة.

والأحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات كما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب؛ ليقع الامتياز على كل حال.

وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي - رحمه الله - يقول: إن صالحهم الإمام، وأعطاهم الذمة على علامة واحدة، لا يزداد على ذلك، وأما إذا فتح بلدة عنوة وقهراً كان للإمام أن يلزمهم بالعلامات الثلاث. والله أعلم.



(١) في م: ينكرون.

نوع آخر: في آنية المشركين وذبائهم وطعامهم والأكل معهم: يجب أن يعلم بأن الأكل والشرب قبل الغسل مكروه، فإن أكل أو شرب، جاز، ولا يكون آكلًا ولا شاربًا حرامًا.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب أخبارًا تدل على الحكمين: أما الذي يدل على كراهية الأكل فيها قبل الغسل، فمن جملتها: ما روي عن أبي حنيفة عن قتادة^(١) عن أبي قلابة^(٢) عن أبي ثعلبة الخشني^(٣) - رضي الله عنه - [قال]^(٤): قلنا: يا رسول الله، إنا نأتي أرض المشركين نأكل^(٥) في آنيتهم؟ فقال - عليه الصلاة والسلام - : «فإن لم تجدوا منها بدءًا، فاغسلوها [وكلوا]^(٦) فيها»^(٧).

(١) هو: قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري الأكمه، أحد الأئمة الأعلام حافظ ثقة. قال ابن المسيب: ما أتانا عراقي أحفظ من قتادة. وقال ابن سيرين: قتادة أحفظ الناس. وقال ابن مهدي: قتادة أحفظ من خمسين مثل حميد. قال حماد بن زيد: توفي سنة سبع عشرة ومائة، وقد احتج به أرباب الصحاح. ينظر: خلاصة تهذيب الكمال (٢/٥٨٣٣).

(٢) هو: عبد الله بن زيد بن عمرو بن عامر الجرمي - بجيم - أبو قلابة - بكسر القاف - البصري، أحد الأئمة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث، قال خليفة: مات بالشام سنة أربع ومائة، وقيل: سنة ست، وقيل: سنة سبع ومائة. ينظر: خلاصة تهذيب الكمال (٢/٥٨)، الكاشف (٢/٨٨)، تقريب التهذيب (٤١٧/١).

(٣) هو: أبو ثعلبة الخشني، صحابي مشهور اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافًا كثيرًا، فقيل: اسمه جرهم، وقيل: جرثم، وقيل: جرهوم، وقيل: جرثوم، وقيل: جرثومة، وقيل غير ذلك، وقيل: اسم أبيه عمرو، وقيل: قيس، وقيل: ناسم، وقيل: غير ذلك، وهو منسوب إلى بني خشين وهو مشهور بكنيته، روى عن النبي ﷺ عدة أحاديث في الصحيحين وغيرهما، وكان ممن بايع تحت الشجرة، وضرب له النبي بسهم يوم خيبر، قيل: مات في خلافة معاوية، وقيل: مات سنة ٧٥هـ. ينظر: الاستيعاب (٤/٢٧)، والإصابة (٤/٢٩).

(٤) سقط في م.

(٥) في م: نأكل.

(٦) في م: ثم كلوا.

(٧) أخرجه أحمد (٤/١٩٥)، والترمذي (٣/٣٩٢) كتاب الأطعمة، باب: ما جاء في الأكل في آنية الكفار (١٧٩٧) من طريق أبي أسماء الرحبي عن أبي ثعلبة الخشني أنه قال: يا رسول الله إنا بأرض أهل الكتاب، فنطبخ في قدورهم ونشرب في آنيتهم؟ فقال رسول الله ﷺ: «إن لم تجدوا =

ومن جملتها: ما روي عن الربيع بن صبيح^(١) قال: سألت الحسن عن آية المجوسي وصحافهم وبرمهم [هل]^(٢) نطبخ فيها ونأتمم؟ فقال: أنقها غسلًا، ثم اطبخ فيها واتنم^(٣).

= غيرها فارحسوها بالماء...»، وأخرجه ابن ماجه (٣٥٧/٤) كتاب الجهاد، باب: الأكل في قدور المشركين (٢٨٣١) من طريق أبي فروة يزيد بن سنان عن عروة بن رويم اللخمي عن أبي ثعلبة الخشني قال: أتيت رسول الله فسألته فقلت: يا رسول الله، قدور المشركين نطبخ فيها؟ قال: «لا تطبخوا فيها»، قلت: فإن احتجنا إليها فلم نجد منها بدًّا؟ قال: «فارحسوها رحصًا حسنًا، ثم اطبخوا وكلوا». قال البوصيري في الزوائد (٤١٤/٢): هذا إسناد ضعيف؛ يزيد بن التميمي أبو فروة الرهاوي ضعفه أحمد وابن معين وابن المدني وأبو حاتم والبخاري وأبو داود والنسائي والدارقطني وغيرهم. وأخرجه أبو داود (٣٩١/٢) كتاب الأطعمة، باب: الأكل في آية أهل الكتاب (٣٨٣٩) من طريق أبي عبيد مسلم بن مشكم عن أبي ثعلبة الخشني أنه سأل رسول الله ﷺ قال: إنا نجاور أهل الكتاب وهم يطبخون في قدورهم الخنزير، ويشربون في آنتهم الخمر، فقال رسول الله: «إن وجدتم غيرها فكلوا فيها واشربوا، وإن لم تجدوا غيرها فارحسوها بالماء وكلوا واشربوا». وأخرجه البخاري (٢٦/١١) كتاب الذبائح والصيد، باب: صيد القوس (٥٤٧٨)، ومسلم (١٥٣٢/٣) كتاب الصيد والذبائح، باب: الصيد بالكلاب المعلمة (١٩٣٠/٨)، وأحمد (١٩٥/٤)، والدارمي (٣٠٦/٢)، وأبو داود (١٢٢/٢) كتاب الصيد، باب: في الصيد (٢٨٥٢، ٢٨٥٥، ٢٨٥٦)، والترمذي (٢١٩/٣) كتاب السير، باب: ما جاء في الانتفاع بآية المشركين (١٥٦٠)، وابن ماجه (٦٠٥/٤) كتاب الصيد، باب: صيد الكلب (٣٢٠٧)، والنسائي (١٨١/٧) كتاب الصيد، باب: صيد الكلب والذي ليس بمعلم، وابن الجارود (٩١٧)، وابن حبان (٥٨٧٩)، والبيهقي (٢٤٤/٩)، (٢٤٧) من طريق أبي إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني قال: قلت: يا نبي الله، إنا بأرض قوم أهل كتاب، أفنأكل في آنتهم؟ وبأرض صيد أصيد بقوسي... قال: «أما ذكرت من أهل الكتاب، فإن وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا فاغسلوها وكلوا فيها...». وأخرجه مسلم (١٩٣١/١١)، وأحمد (١٩٣/٤)، والترمذي (١٤٦٤) من طريق مكحول عن أبي ثعلبة الخشني... فذكره بنحوه.

(١) هو: الربيع بن صبيح - بالفتح - السعدي أبو بكر البصري. روى عن الحسن، وابن سيرين ومجاهد وعطاء. وروى عنه الثوري ووكيع، وابن مهدي. قال أحمد: لا بأس به. ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٣٢٠/١).

(٢) سقط في م.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف (١٢٨/٥)، برقم (٢٤٣٩١)، عن عمَرَ بْنِ الْوَلِيدِ الْبُتِّيِّ، قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ جُبَيْرٍ عَنْ قُدُورِ الْمُجُوسِ، فَقَالَ: «اغْسِلْهَا وَاطْبُخْ فِيهَا».

فالصحاف: جمع الصحافة، وهي: القصعة. هكذا ذكر صاحب العرائس^{(١)(٢)}.
والبرم: جمع البرمة، وهي: القدر من الحجارة^(٣).
وقوله: ونأتمم. معناه: هل نأكل ذلك المطبوخ مع الخبز؟^(٤)
وقوله: أنقها غسلا، معناه: طهرها بال غسل، والإنقاء: هو التطهير.
وقوله: ثم اطبخ - بضم الباء، وقيل: [بالفتح فيها]^(٥) لغة - .
والمعنى في ذلك: أن الغالب والظاهر من حال أوانيهم النجاسة، إنهم يستحلون
الخمير والميتة، ويشربون^(٦)، ويطبخون في قدورهم وقصاعهم، فكان الظاهر من
حال أوانيهم النجاسة.
ويكره الأكل فيها قبل الغسل، اعتبارًا للظاهر أنه لا يتوقى من النجاسة في الغالب
والظاهر، كما كره التوضؤ بسؤر الدجاجة اعتبارًا للظاهر؛ لأنه لا يتوقى من
النجاسات^(٧).
وكما كره التوضؤ بماء أدخل الصبي يده فيه؛ لأنه لا يتوقى من النجاسة في
الغالب.
وكما كره الصلاة في سراويل المشركين اعتبارًا للظاهر؛ فإنهم لا يستنجون
فكان^(٨) الظاهر من حال سراويلهم النجاسة.
وأما الأخبار التي تدل على الحكم الآخر أنه لو أكل أو شرب فيها قبل الغسل

(١) في أ: العرس، وفي م: العرينين.

(٢) العين (١٢٠/٣)، جمهرة اللغة (١/٥٤٠)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٤/١٣٨٤).

(٣) جمهرة اللغة (١/٣٢٨)، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٢٣).

(٤) العين (٨٨/٨)، معجم ديوان الأدب (٤/١٩٢).

(٥) في م: الفتح.

(٦) زاد في أ: ذلك.

(٧) في م: النجاسة.

(٨) في م: إذ كان.

يكون جائزًا، ولا يكون آكلًا ولا شاربًا حرامًا، فمن جملة ما روى عن ابن سيرين أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يظهرون على المشركين، وكانوا يأكلون ويشربون في أوانيهم، ولم ينقل أنهم كانوا [يغسلونها] ^(١) قبل الأكل والشرب.

[معنى] ^(٢) يظهرون: يغلبون ويستولون. قال الله تعالى: ﴿فَأَصْبَحُوا ظَاهِرِينَ﴾. وقال تعالى: ﴿فَمَا أَطَّعُوا أَنْ يَظْهَرُوهُ﴾ ومعناه: ما قلنا.

وروي أن أصحاب رسول الله ﷺ لما هجموا [على باب] ^(٣) كسرى وجدوا في مطبخه قدورا فيها ألوان الأطعمة ^(٤)، فسألوا عنها: فقيل: إنها مرقة، فاطعموه، فأكلوا وتعجبوا من ذلك، وبعثوا [بشيء] ^(٥) من ذلك إلى عمر - رضي الله عنه - فتناول عمر ذلك، وتناول أصحابه.

فالأصحاب قد أكلوا من الطعام الذي طبخه ^(٦) في قدورهم قبل الغسل والمعنى في ذلك: أن الطهارة في الأشياء أصل، والنجاسة عارضة ^(٧)، وقد وقع الشك في هذا العارض، ولا ترفع ^(٨) الطهارة الثابتة بقضية الأصل.

وما يقول: بأن الظاهر [و] ^(٩) هو النجاسة.

قلنا: نعم، ولكن الطهارة كانت ثابتة بيقين، واليقين لا يزال إلا بيقين مثله. ألا ترى أنه إذا ^(١٠) أصاب عضو إنسان، أو ثوبه من سؤر الدجاجة، أو من الماء الذي أدخل الصبي يده فيه، وصلى مع ذلك، جازت صلاته، وإذا صلى في سراويل

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: أطعمة.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: طبخوا.

(٧) في م: عارض.

(٨) في أ: ترتفع.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: لو.

المشركين، جازت الصلاة؛ لأن الطهارة في هذه الأشياء أصل، وقد تيقنا الطهارة، وشكنا في النجاسة، فلم تثبت النجاسة [بالشك]^(١)، كذا هاهنا.

ذكر بعد هذا عن حذيفة بن اليمان أنه أتى بباطية^(٢) قد شرب فيها الخمر وأمر بها فغسلت، ثم شرب فيها.

والغسل في مثل هذا لازم، ولو شرب فيها قبل الغسل، كان حراماً؛ [لأننا]^(٣) تيقنا بالنجاسة هاهنا بخلاف ما إذا لم يعلم أنه قد شرب فيها خمر، فشرب فيها قبل الغسل حيث لا يكون حراماً؛ لأن هناك قد^(٤) تيقنا بالنجاسة، أما هاهنا بخلافه، فكان كسؤر الدجاجة [لا يجوز]^(٥) التوضؤ به متى علمنا أنه كان على متقارها قدر. ولا تجوز الصلاة في سراويل أهل الشرك إذا تيقنا أنه أصاب سراويلهم نجاسة، وإذا لم نتيقن بالنجاسة [فإنها تجوز]^(٦) كذا هاهنا وإن صلى جاز فكذلك في أوانيهم.

قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس بطعام اليهود والنصارى كله من الذبائح وغيرها^(٧)، وهذا لقوله تعالى : ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلْلٌ لَهُمْ﴾ .

(١) سقط في م .

(٢) في أ: سباطة .

(٣) سقط في م .

(٤) في م : ما .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في أ، م .

(٧) اختلف الفقهاء في حكم ذبيحة أهل الكتاب المسمى عليها باسم المسيح أو عزيز على قولين :

القول الأول: يرى الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة تحريم ذبيحة الكتابي إذا ذبح وذكر اسم المسيح أو عزيز على ذبيحته .

القول الثاني: ذهب الإمام أحمد في رواية، وعطاء، ومجاهد، ومكحول، والحسن، والشعبي، وابن المسيب، والأوزاعي، والليث، وأشهب من المالكية، إلى حل ذبيحة الكتابي إذا ذبح وذكر اسم المسيح أو عزيز على ذبيحته، وكرهه مالك من غير تحريم كما في المدونة .

.....

أدلة القول الأول: استدل القائلون بالتحريم من الكتاب والأثر:
أولاً: الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكَرْ أَسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾.
٢- وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾.
دلت الآيتان على النهي عن الأكل مما ذبح على اسم غير الله، وذكر عليه اسم غير اسمه تعالى، والنهي يفيد التحريم، وصرحت به الآية الثانية، والكتابي إذا ذبح وذكر اسم المسيح أو عزيز على ذبيحته تحقق في الذبيحة ما نهى عنه فتكون حراماً.
ونوقش: بأن الله تعالى أباح طعام أهل الكتاب مع علمه بما يقولون، وما يسمون على ذبيحتهم من المسيح أو عزيز.

وأجيب: بأن إباحة طعامهم مشروطة بعدم الإهلال لغير الله على ذبائحهم، أما إذا أهلوا فلا تحل؛ لأن الواجب العمل بمجموع الآيتين فكأنه سبحانه قال: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾، ما لم يهلوا به لغير الله.
فإن قيل: إن الكتابي إذا أهل باسم الله أراد به معتقده من التثليث أو الإثنية، وإذا كانت إرادته ذلك في نفسه غير مانعة من حل ذبيحته ينبغي أن يكون الحكم كذلك عند إظهار ما يضمرة.

وأجيب: بأن الأحكام تجري على الظاهر؛ لأن التكليف به، ولما كان الإهلال هو إظهار القول، فإذا أظهر الكتابي غير اسم الله تعالى لم تحل ذبيحته، وإذا أظهر اسم الله فغير جائز حمله على اسم المسيح؛ لأن حكم الأسماء أن تكون محمولة على حقائقها، ولا تحمل على ما لا يقع الاسم عليه ولا يستحقه - ومع ذلك لا يمتنع أن تكون العبادة علينا في اعتبار إظهار الاسم دون الضمير؛ ألا ترى أن من أظهر القول بالتوحيد وتصديق الرسول عليه السلام، كان حكمه حكم المسلمين مع جواز اعتقاده التشبيه المضاد للتوحيد، وكذلك قوله عليه السلام: «أَمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، فَإِذَا قَالُوا: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، غَضَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا، وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ» [أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة (٣/٣٠٨) كتاب الزكاة، باب: وجوب الزكاة (١٣٩٩)، وفي (١٢/٢٨٨) كتاب استنابة المرتدين، برقم (٦٩٢٤)، وفي (١٣/٢٦٤) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة (٧٢٨٤)، ومسلم (١/٥٢) كتاب الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله (٢٣/٢١)]. وقد أعلمه الله أن في القوم منافقين يعتقدون خلاف ما يظهرون، ومع هذا لم يجزهم مجرى سائر المشركين، بل حكم لهم فيما يعاملون به من أحكام الدنيا بحكم سائر المسلمين تبعاً لظاهر أمورهم دون باطنها. واحتجوا أيضاً من الأثر بما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال: «إذا سمعتم اليهود والنصارى يهلون لغير الله فلا تأكلوا وإذا لم تسمعوهم فكلوا، فإن الله قد أحل ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون» [ذكره الرازي في تفسيره (٥/٢٠١)، والخازن في لباب التأويل (١٠٤/١)، وأبو حيان في البحر المحيط (٢/١١٥)].

دل الأثر على أن ما صيح عند ذبحه باسم غير اسم الله تعالى يكون حراماً أكله، وحيث

إن اليهود، والنصارى يصيحون على ذبيحتهم باسم المسيح أو عزيز فلا تحل ذبائحهم حينذاك.

واستدل القائلون بالحل بالكتاب بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾. وجه الدلالة من الآية: أن الآية مفيدة حل طعام أهل الكتاب، ومن طعامهم ذبائحهم فتكون حلالاً من غير اعتبار للتسمية عليها، يؤيده قول عطاء: كل من ذبيحة النصراني وإن قال باسم المسيح؛ لأن الله قد أباح لنا ذبائحهم وقد علم ما يقولون. ورد: بأنه لا حجة فيه؛ لأنه سبحانه هو الذي أباح لنا ذبائحهم، وحرم علينا ما أهل لغير الله به، فيجب أن يكون حكم الحل مراعى فيه حكم الآية الأخرى، بمعنى أن ذبيحتهم تحل بشرط عدم الإهلال عليها باسم غير اسمه تعالى؛ وإلا لكان الخنزير حلالاً أكله بعموم حل طعامهم، فلما حرم الخنزير حرم ما أهل به لغير الله؛ لأن الآية المحرمة واحدة. واختلف الفقهاء في حكم ذبيحة الكتابي إذا ذبحها للكنيسة على ثلاثة أقوال: القول الأول: يرى الإمامان الشافعي، وأحمد في رواية تحريم ذبيحة الكتابي إذا ذبحها للكنيسة.

القول الثاني: يرى الحنفية، والإمام مالك في رواية ابن القاسم، وسفيان الثوري، والنخعي، وحماد، وإسحاق، وأحمد في رواية القول بالكراهة. القول الثالث: يرى الإمام مالك في رواية أشهب، ومكحول، والليث بن سعد حل ذبيحة الكتابي، إذا ذبح للكنيسة.

أدلة القول الأول: احتج أصحاب القول الأول القائلون بالتحريم بالمعقول فقالوا: إن الذبح للكنيسة ونحوها فيه نوع عبادة منزل منزلة السجود لغير الله الذي هو مخصوص به سبحانه، فكان الذبح لها فعلاً محظوراً محرماً فيحرم ما ترتب عليه، وهو الأكل للمسلم. ونوقش بأن الذبح للكنيسة محمول على التبرك بها فلا يكون كالسجود؛ لأنه عبادة لغير الله، والفرق بين التبرك والعبادة واضح.

أدلة القول الثاني: احتج أصحاب القول الثاني القائلون بكراهة ذبيحة الكتابي للكنيسة بالمعقول فقالوا: إن مثل هذه الذبيحة لها جهران جهة حل وجهة حرمة فجهة الحرمة نظراً لكونها أهل عليها لغير الله فصارت فسقاً - وجهة الحل لعموم الآية التي وردت بحل طعامهم - أو يحمل ما أهل لغير الله به على ما ذبحوه لآلهتهم مما لا يأكلون، وحيث كانت كذلك وتردد فيها المعنيان ناسب هنا القول بالكراهة توسطاً بين الحالين. ورد: بأن الأطمعة مما يحتاط فيها فيقدم فيها الحظر على الإباحة.

أدلة القول الثالث: احتج أصحاب القول الثالث القائلون بحل ذبيحة الكتابي للكنيسة بالكتاب بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾.

وجه الدلالة من الآية: لم تخصص الآية الحل بذيبة دون أخرى، وحيث كان ما ذبحوا لکنائسهم من طعامهم؛ لأنهم يأكلونه، كان حلالاً للمسلمين. وأجيب عنه: بأن الآية مخصصة غير باقية على عمومها، وإلا لحل الخنزير، وما أهل لغير الله به، وليس كذلك، أو نقول: إن الآية محمولة على ما ذبحوه من غير تعظيم لغير الله.

ولم يفصل بين الذبيحة وغيرها، فهو على الكل^(١).

ويستوي الجواب عندنا بين أن يكون اليهودي والنصراني من بني إسرائيل، أو لم يكن من بني إسرائيل.

وقال بعض الناس: إنما يحل من ذبائح اليهود والنصارى إذا كانوا من [بني إسرائيل، [وكذا ذبائح]^(٢)] [العرب [من النصارى واليهود]^(٤) فإنه لا يحل.

ينظر: بدائع الصنائع (٤٦/٥)، وتبيين الحقائق (٢٨٧/٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٤٠/٧)، والاختيار لتعليل المختار (١٠/٥)، والنوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٩٩٩م (٣٦٨/٤)، والتهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م (٣١/٢)، والمدونة (٥٣٦/١)، والجامع لمسائل المدونة، لمحمد بن عبد الله بن يونس، الصقلي، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية، الرياض (٨١٢/٥)، والخرشي على سيدي خليل (٦/٣)، والبيان والتحصيل، لأبي الوليد ابن رشد (٣٥٢/٣)، والتبصرة، لعلي بن محمد الربيعي، لأبي الحسن، المعروف باللخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م (١٥٣٥/٤)، وشرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد المزبدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (٣٨٠/١)، والمجموع شرح المهذب (٧٨/٩)، والعزیز شرح الوجيز، للإمام الرافعي (٨٤/١٢)، والبجيرمي على الإقناع، للشربيني (٢٣٣/٤)، ونهاية المحتاج (٨٢/٨، ٨٣)، والمغني، لابن قدامة (٣٤٧/٩، ٤٠٢)، والفروع وتصحيح الفروع، لابن مفلح (٤٠٣/١٠)، والكافي (٤٧٩/١)، والمبدع في شرح المقنع (٢٢٤/٩)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٤٠١/١٠)، والعدة شرح العمدة، لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبي محمد بهاء الدين المقدسي، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص (٤٥٨)، وفتح القدير، للشوكاني (١٨/٢)، وفتح البيان في مقاصد القرآن، صديق حسن خان، دار أم القرى للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٥م (٣٣٣/٣)، تفسير البغوي المعروف بـ«معالم التنزيل» (١٨/٣)، وزاد المسير (٢٩٥/٢)، وأحكام أهل الذمة (٢٤٩/١).

(١) في م: الأكل.

(٢) في م: كذا إذا ذبح.

وذهبوا في ذلك إلى أن الله تعالى إنما أباح لنا ذبائح أهل الكتاب، [وأهل الكتاب]^(١) من يكتب، وأما^(٢) من كان أمياً لا يكتب، لا يكون من أهل الكتاب، فلا يكون داخلا تحت الآية.

وعلمائنا احتجوا في ذلك: بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾^(٣) فيدخل تحت هذا الاسم من يكتب ومن لا يكتب؛ ألا ترى أن في^(٣) بني إسرائيل من كان أمياً لا يكتب [ثم]^(٤) يكون داخلا تحت الاسم حتى تحل ذبيحته. فإذا دخل تحت هذا الاسم من بني إسرائيل من كان [يكتب]^(٥)، [ومن كان أمياً لا يكتب]^(٦) بعد أن يكون [دين]^(٧) أهل الكتاب، فكذا يدخل تحته من يعتقد دين أهل الكتاب من العرب، وإن كان لا يكتب.

وإلى هذا المعنى أشار إبراهيم النخعي - رحمه الله - لما سئل عن ذبائح نصارى العرب قال: لا بأس بها.

[ثم]^(٨) قال: أوليس منهم من لا يكتب؟ [أي من بني إسرائيل [من لا يكتب]^(٩) ثم تحل ذبيحته، ما إذا كان]^(١٠) يعتقد دين أهل الكتاب، [فكذا العربي إذا كان يعتقد دين أهل الكتاب]^(١١)، يكون ملحقا بهم، وإن كان أمياً لا يكتب.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(١) سقط في م.

(٢) في م: فأما.

(٣) في م: من.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

قال: ولا بأس بطعام المجوسي كله إلا الذبيحة^(١)؛ وهذا لما روي عن النبي ﷺ

(١) حكى العلامة ابن قدامة في تحريم صيد وذبيحة المجوسي الإجماع، فقال: «أجمع أهل العلم على تحريم صيد المجوسي وذبيحته إلا ما لا ذكاة له كالسمك والجراد»، غير أن بعض أهل العلم قد حكى خلافاً في المسألة، فذهب جمهور أهل العلم أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد، إلى تحريم ذبيحة المجوسي، وبه قال: ابن مسعود، وابن عباس، وعلي وجابر وأبو بردة وسعيد بن المسيب وعكرمة والحسن بن محمد وعطاء ومجاهد وابن أبي ليلى وسعيد بن جبيرة ومرة الهمداني والزهري، وخالف في ذلك أبو ثور، فقال بحل ذبيحة المجوسي.

واحتج الجمهور على تحريم ذبيحة المجوسي بالكتاب، والسنة، والمعقول: أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾. وجه الدلالة من هذه الآية: دلت هذه الآية بدلالة المفهوم على تحريم طعام غيرهم من الكفار؛ لأن المجوسى لا كتاب له فلا تحل أطعمته ولا ذبائحه. واحتجوا من السنة النبوية بما يلي:

١- روى الإمام أحمد بإسناده عن قيس بن سكن الأسدي قال: قال رسول الله ﷺ «إِنَّكُمْ نَزَلْتُمْ بِفَارَسٍ مِنَ النَّبِطِ، فَإِذَا اشْتَرَيْتُمْ لَحْمًا، فَإِنْ كَانَ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ فَكُلُوا، وَإِنْ كَانَتْ ذَبِيحَةً مَجُوسِيٍّ فَلَا تَأْكُلُوا» [ذكره ابن قدامة في المغني (٣٩٣/٩) ولم أقف عليه عند أحمد].

٢- وروي عن عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال: «سُئِلُوا بِهِمْ سِنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، غَيْرَ نَاحِي نِسَائِهِمْ وَلَا أَكْلِي ذَبَائِحِهِمْ» [أخرجه عبد الرزاق (٦٩/٦) برقم (١٠٠٢٨)، وابن أبي شيبة واللفظ له (٤٨٨/٣) برقم (١٦٣٢٥)، والحاثر بن أبي أسامة كما في بغية الباحث (٦٩٠/٢) برقم (٦٧٥)]. عن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يسألهم الإسلام فمن أسلم قبل منه إسلامه، ومن أبي أخذت منه الجزية، غير ناكحي نسائهم، ولا أكلي ذبائحهم]. وجه الدلالة: دل الحديثان على عدم حل ذبيحة المجوس للمسلمين. ثالثاً: المعقول:

احتجوا من المعقول بأن المجوسي ليس صاحب ملة توحيد فأنعدمت منه صفة حل الذبيح.

واحتج القائلون بالحل بالسنة النبوية المطهرة، والأثر، والمعقول: أولاً: السنة النبوية: احتجوا من السنة بما روي جعفر بن جعفر بن مَحْفَدٍ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ذَكَرَ الْمَجُوسَ، فَقَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ أَضَعُّ فِي أَمْرِهِمْ؟ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَشْهَدُ لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «سُئِلُوا بِهِمْ سِنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» [أخرجه مالك في الموطأ (٢٧٨/١) في كتاب الزكاة، باب: جزية أهل الكتاب والمجوس (٤٢)، وأخرجه الشافعي من طريق (١١٨٢)، والبيهقي (١٨٩/٩)، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٢٤/٣، ٢٤٣/١٢)، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠٠٢٥)،

أنه قال: «سوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نساءهم، ولا آكلي ذبائحهم»^(١).

وأخرجه الطبراني في الكبير (٤٣٧/١٩)، وذكره الهيثمي في المجمع (١٣/٦)، وقال: رواه الطبراني وفيه من لم أعرفه].

وجه الدلالة: أن المجوس يعاملون معاملة أهل الكتاب فتكون ذبائحهم مثلهم. وذبائح الكتابيين حلال فكذلك المجوسي. ونوقش هذا الاستدلال بأنه مروى بلفظ «سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرِ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ» [أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٦٩/٦)، (٧٠)، رقم (١٠٠٢٨)، وابن أبي شيبة (٤٢٩/٦) كتاب الجهاد، باب: ما قالوا في المجوس تكون عليهم جزية، رقم (٣٢٦٤٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٩٢/٩) كتاب الجزية، باب: الفرق بين نكاح نساء من يؤخذ منه الجزية وذبائحهم]. وصحت هذه الزيادة مفيدة للتحريم فلا دلالة للحديث على الحل.

ثانياً: الأثر: احتجوا من الأثر بما روى قتادة عن سعيد بن المسيب أنه سئل عن رجل مريض أمر مجوسياً أن يذبح ويسمي ففعل ذلك؟ فقال سعيد بن المسيب: لا بأس بذلك. ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا قول مخالف للإجماع فلا عبرة به، قال إبراهيم الحربي: خرق أبو ثور الإجماع.

وقال أحمد: هاهنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأساً ما أعجب هذا، يعرض بأبي ثور. وقال أحمد: ولا أعلم أحداً قال بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة. ثالثاً: المعقول: احتجوا من المعقول بأن المجوس يقرون بالجزية كأهل الكتاب فتكون ذبيحتهم حلالاً مثلهم حيث لا فرق.

ونوقش: بأن الجزية أخذت منهم بالنص حقناً لدمائهم، وهي ضرورة، ولا ضرورة في حل ذبائحهم على أن النص الوارد بأخذ الجزية منهم وارد بتحريم ذبائحهم.

ينظر: الأصل، للشيباني (٤٠١/٥)، شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٢٤٦/٧)، المبسوط للسرخسي (٢٣٦/١١)، البناية في شرح الهداية (١٢/٩)، (١٣)، بداية المجتهد (٤٨٩/١)، الشرح الصغير (٣١٣/١)، والتفريع في فقه الإمام مالك بن أنس (١/٣١٥)، شرح الزرقاني على موطأ مالك (١٣٩/٢)، النوادر والزيادات (٣٥٢/٤)، الأم للشافعي (٢٨٩/٤)، المجموع (٧٥/٩)، الحاوي الكبير (٢٢٥/٩)، المغني (٨/٥٧٠)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح (٢/٢٤٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (٩٩/٢)، (٤٨/١١)، تأويلات أهل السنة، لأبي منصور الماتريدي، تحقيق د. محمد مستفيض الرحمن، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٤٠٤هـ (٣/٤٦٢)، والكشف والبيان «تفسير الثعلبي» (٤٥/٢)، وتفسير الفخر الرازي (٢٩٣/١١)، التمهيد، لابن عبد البر (١١٦/٢)، والشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير مجد الدين أبو السعادات، المبارك بن محمد، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م (٥/٤٠٤)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، للزركشي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م (٦/٦٤٥)، والمحلى، لابن حزم (١٤٦/٦).

(١) أخرج طرفه الأول بدون استثناء مالك (٢٧٨/١) كتاب الزكاة، باب: جزية أهل الكتاب

فقد فرق بين المجوس، وبين أهل الكتاب في حق الذبائح والنساء، [وسوى بينهم]^(١) فيما عداهما.

وقد روى محمد - رحمه الله - في الكتاب عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: لا بأس بطعام المجوس إلا الذبيحة.

ثم روى عن سويد^(٢) غلام سلمان [قال: أتيت سلمان]^(٣) يوم هزم الله [فارس]^(٤) بسلة فيها خبز وجبن وسكين، فجعل يطرح لأصحابه من الخبز، ويقطع لهم من الجبن^(٥).

= والمجوس، حديث (٤٢)، والشافعي (١٣٠/٢) كتاب الجهاد، باب: ما جاء في الجزية، حديث (٤٣٠)، وعبد الرزاق (٦٨/٦، ٦٩) كتاب أهل الكتاب، باب: أخذ الجزية من المجوس، حديث (١٠٠٢٥)، وابن أبي شيبة (٢٤٣/١٢) كتاب الجهاد، باب: ما قالوا في المجوس تكون عليهم جزية، حديث (١٢٦٩٦)، وأبو عبيد في الأموال ص (٤٠) حديث (٧٨)، والبيهقي (١٨٩/٩، ١٩٠) كتاب الجزية، باب: المجوس أهل كتاب والجزية تؤخذ منهم، وأبو يعلى (١٦٨/٢) رقم (٨٦٢) كلهم من حديث جعفر بن محمد عن أبيه، أن عمر ابن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب». وفي تنوير الحوالك (٢٠٧/١) قال ابن عبد البر: هذا حديث منقطع فإن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن بن عوف. وأخرج طرفه الآخر: عبد الرزاق (١٠٠٢٨) والبيهقي في السنن الكبرى (١٩٢/٩) من طريق سفيان الثوري عن قيس بن سلم عن الحسن بن محمد بن علي قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه، ومن أبي ضربت الجزية على ألا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح لهم امرأة. وقال البيهقي: هذا مرسل وإجماع المسلمين عليه يؤكد. وتبعه الحافظ في تلخيص الحبير (٣٥٤/٢) وقال: في إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف، قلت: وهذا وهم وإنما هو قيس بن مسلم.

(١) في م: وسواء.
(٢) هو: سويد غلام سلمان، روى عنه: الربيع بن أنس وأثنى عليه خيرا، سمع سلمان. زاد ابن أبي حاتم: «ومن الناس من يقول الربيع بن أنس عن أبي العالية عن سويد، سمعت أبي يقول ذلك». ينظر: التاريخ الكبير، للبخاري (١٤٤/٤)، الجرح والتعديل (٢٣٦/٤).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) المبسوط للسرخسي (٣٤/١٠).

والسلة: وعاء يتخذ من الحشيش، والجبن: طعام متخذ من لبن العنز، وهو بتخفيف الأخير، وتشديده.

وروى عن الربيع بن^(١) صبيح أنه قال: سألت الحسن عن طعام المجوس [قال: كل، ما لم يكن فيه ذبيحة^(٢)].

وسئل سعيد بن جبير عن شواريز [المجوس]^(٣)، وكوامخهم^(٤)؟ قال: لا بأس به. الشواريز: جمع شيراز، والكوامخ^(٥): جمع كامخ، وهما فارسيان. أورد هذه الآثار؛ ليدل على أنه لا بأس بطعام المجوس ما لم يكن ذبيحة، وبه نقول.

وروي عن جابر أنه قال: سألت الشعبي آكل [مع^(٦) مجوسي]^(٧) يزمزم^(٨)؟ قال: كل من طعام المجوس.

فقد أجاب عن أكل طعامهم، ولم يجب عن الأكل معهم. وهاهنا فصل لا بد من معرفته: أن الأكل مع المجوسي، ومع غير المجوسي من أهل الشرك، هل يباح أو لا يباح؟

حكى عن الحاكم عبد الرحمن الكاتب أنه كان يقول: إن ابتلي به المسلم مرة أو مرتين فلا بأس [به]^(٩)؛ لما روي أن النبي ﷺ كان يأكل فأتاه كافر، فقال: آكل معك يا محمد؟ فقال: «نعم»^(١٠).

(١) في م: عن.

(٢) البحر الرائق (٨/٢٠٩).

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: وكواميخهم.

(٥) في م: والكواميخ.

(٦) في أ: من.

(٧) في م: من المجوسي.

(٨) في أ: يرمرم.

(٩) سقط في م.

(١٠) لم أفق عليه.

فقد أكل النبي ﷺ مع كافر، وكأنه فعل ذلك رجاء أن يؤلف قلبه على الإسلام؛ فيسلم؛ فدل على أن الأكل مع الكافر مرة أو مرتين؛ لتأليف قلبه على الإسلام مباح، لا بأس به فأما على الدوام فإنه يكره^(١)، فقد نهينا عن مخالطتهم ومولاتهم وتكثير سوادهم.

ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «من الجفاء أن تَؤَاكَلَ مع غير أهل دينك»^(٢) فهذا يدل على أنه لا يؤاكل مع غير أهل دينه.

[وقد روينا أن النبي ﷺ أكل مع غير أهل دينه^(٣)]-^(٤)، فلا بد من التوفيق ووجه التوفيق: ما روينا أولاً على الأكل مرة أو مرتين، ويحمل هذا الحديث على المداومة على الأكل معهم، فكان تفصيل الجواب في أكل المسلم مع المجوسي، وغيره من أهل الشرك على هذا التفصيل.

وذكر القاضي الإمام - ركن الإسلام - علي السغدري في شرح هذا الكتاب: أن المجوسي إذا كان لا يمزم، فلا بأس بالأكل معه، وإن كان يمزم، فلا يأكل معه؛ لأنه يظهر الكفر والشرك، فلا يأكل معه حال ما يظهر الشرك والكفر.

وكذلك يستوي في الجواب بين أن يكون النصراني واليهودي من أهل الحرب، أو من غير أهل الحرب، لا بأس بذبائهم، وأكل لحمانهم لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ﴾. من غير فصل بين أن يكون الكتابي ذميًا أو حربيًا، فهو على الكل.

وروى محمد - رحمه الله - في الكتاب: أن عليا - رضي الله عنه - سئل عن ذبائح النصراني من أهل الحرب فلم ير به بأساً، وكره تزوج نسائهم^(٥).

(١) في م: لا يكره.

(٢) لم أقف عليه

(٣) لم أقف عليه

(٤) سقط في أ.

(٥) الكتابية: هي اليهودية، أو النصرانية، ولا يخلو حالها من أن تكون حربية أو ذمية، وقد اختلف الفقهاء في حكم التزوج بها على ثلاثة أقوال؛ كالآتي:

[قال محمد - رحمه الله - وإنما كره تزوج نسائهم^(١)؛ لمكان النسل، وهو أن يكون له نسل في دار الحرب، فأما أن رآه حراماً فلا. وإن أراد بما قال: أنه متى تزوجها يطؤها، وإذا وطئها تحبل منه، فيحدث له منها ولد، وربما تسبى هي قبل الولادة فيصير ما في بطنها رقيقاً تبعاً لها فيكون معرضاً ماءه [للرق]^(٢)، وإن لم تسب [حتى]^(٣) ولدت يبقى الولد في دار الحرب فربما ينشأ كافراً، ويتخلق بأخلاق أهل الحرب، ويصير حرباً على المسلمين، فإنما كره لهذا، حتى إنه لو كان من قصده أن يطأها، ويعزل عنها، لا يكره.

القول الأول: أنه يجوز التزوج بالكتابية مطلقاً، سواء أكانت حربية أم ذمية، إلا أنه يكره التزوج بالحربية، وأجرى بعضهم الكراهة - أيضاً - في الذمية، لكن جعلها دون الحربية في الكراهة، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: أنه لا يجوز التزوج بالكتابية مطلقاً، سواء أكانت حربية أم ذمية، وإلى هذا ذهب عبد الله بن عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما -، والقاسم بن إبراهيم، وبه قال الشيعة في الزواج الدائم دون المؤقت، فقد جاء في كتاب شرائع الإسلام: «وفي تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان؛ أشهرهما: المنع في النكاح الدائم، والجواز في النكاح المؤجل».

القول الثالث: أنه يجوز التزوج بالكتابية الذمية ولا يجوز التزوج بالحربية، وإلى هذا ذهب ابن عباس - رضي الله عنهما - وقول عند الحنابلة.

وقيل: إن ابن عمر كان يكره نكاح الذمية، لكنه يصححه.

ينظر: مجمع الأنهر (١/٣٢٨)، حاشية الشرنبلالي مع درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامر بن علي الشهير ب(ملا خسرو)، دار إحياء الكتب العربية (١/٣٣٢)، المبسوط (٤/٢١٠)، بداية المجتهد (٣/٦٧)، المدونة، لمالك بن أنس (٢/٢١٨)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد بن (٢/٦٢)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣/١٦١)، نهاية المطالب في دراية المذهب (١٢/٢٤٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/٢٥٩)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهجي الأسيوطي، الشافعي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م (٢/٢٣)، المغني، لابن قدامة (٧/١٢٩)، الإنباف في معرفة الراجح من الخلاف (٨/١٣٥)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (٢/٢٣٨).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

ذكر بعد هذا عن الحسن بن محمد بن علي بن أبي طالب - رضي الله عنهم - :
أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر يدعوهم إلى الإسلام - فمن أسلم قبل
منه، ومن لم يسلم، ضرب عليه الجزية، وألا تؤكل ذبيحته، ولا تنكح منهم
امرأة^(١). قال: وبهذا نأخذ. فنقول: [تؤخذ]^(٢) الجزية من المجوس، وإنه خرج
موافقا لقوله - عليه الصلاة والسلام: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي
نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم»^(٣).

فالمستثنى في حق المجوس: أكل الذبائح ونكاح النساء، وفيما عداهما يعمل في
حقهم بعموم صدر الحديث وهو قوله: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب».
والجواب في الوطاء بملك اليمين نظير الجواب في النكاح، فإن كانت الأمة
يهودية أو نصرانية: فلا [بأس بوطئها، وإن كانت مجوسية: لا]^(٤) يحل وطؤها.
وأما الصابئون ذكر شيخ الإسلام في شرح هذا الكتاب: أن على قول أبي حنيفة
وأبي يوسف: [تحل]^(٥) ذبائحهم ونساؤهم، فألحقهم باليهود والنصارى^(٦).

(١) المعتصر من المختصر من مشكل الآثار (١/٢٥٤)، البناية شرح الهداية (١١/٥٣٢).

(٢) سقط في م.

(٣) تقدم.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) اختلف الفقهاء في الصابئة، فذهب أبو حنيفة إلى أنهم من أهل الكتاب من اليهود أو
النصارى، وفي قول لأحمد، وهو أحد وجهين عند الشافعية: أنهم جنس من النصارى؛
والمذهب عند الشافعي، وهو ما صححه ابن قدامة من الحنابلة: أنهم إن وافقوا اليهود
والنصارى في أصول دينهم، من تصديق الرسل والإيمان بالكتب كانوا منهم، وإن خالفوهم
في أصول دينهم لم يكونوا منهم، وكان حكمهم حكم عبدة الأوثان.
وبناء على ذلك اختلفوا في حل ذبائح الصابئة على قولين:

القول الأول: يرى الإمام أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد حل أكل ذبيحة الصابئة.

القول الثاني: يرى المالكية، وأبو يوسف، ومحمد من الحنفية تحريم ذبيحة الصابئة.

أدلة القول الأول: استدلت أصحاب القول الأول على حل أكل ذبيحة الصابئة من المعقول

بأنهم قوم يؤمنون بكتاب، فإنهم يقرأون الزبور ولا يعبدون الكواكب، ولكن يعظمونها

كتعظيم المسلمين الكعبة في الاستقبال إليها، إلا أنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب

في بعض دياناتهم، وهذا لا يمنع المناكحة كاليهود مع النصارى، فلا يمنع حل الذبيحة.

وعلى قول محمد: [لا تحل ذبائحهم ونساؤهم، وألحقهم بالمجوس].
 وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح هذا الكتاب: قول أبي يوسف مع
 محمد^(١) وهو المعروف والمشهور. والاختلاف في ذبيحة الصابئين ونكاح نسائهم
 بناء على اختلافهم في أن الصابئين من هم؟
 فوقع عند أبي حنيفة - رحمه الله - أنهم صنف من النصارى يقرئون الزبور،
 وهذا هو الذي يظهرونه من اعتقادهم.
 ووقع عند [أبي يوسف و]^(٢) محمد - رحمهم الله - [أنهم يعبدون الكواكب
 و]^(٣) يعتقدون الكواكب آلهة، وهذا هو الذي يضمرونه^(٤) من اعتقادهم^(٥)، ولكنهم
 لا يستجيزون إظهار ما يعتقدون قط بمنزلة الباطنية.
 فبنى أبو حنيفة - رحمه الله - الجواب على ما يظهرون، وهما بنيا على ما
 يضمرون، وعلى ذلك هم بمنزلة المجوس أو^(٦) شر منهم.

أدلة القول الثاني: احتج أصحاب القول الثاني على حرمة ذبيحة الصابئة من المعقول بأن
 مخالفتهم للنصارى أشد وأعظم، وأنهم قوم يعبدون الكواكب، وعابد الكواكب كعابد
 الوثن؛ فلا يجوز للمسلمين مناكحتهم، ولا أكل ذبائحهم.
 وقال الشافعية: إن الصابئة فرقة من النصارى، والسامرة فرقة من اليهود وتؤكل ذبائح
 الصابئة إن لم تكفرهم النصارى، ولم يخالفوهم في أصول دينهم، وتؤكل ذبائح السامرة
 إن لم تكفرهم اليهود، ولم يخالفوهم في أصول دينهم.
 ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧١ و ٥/٤٦) (٩/٤٣٣٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/١٩٨)،
 (٥/١٨٨)، ومجمع الأنهر (١/٦٧٠)، وفتح القدير، لابن الهمام (٢/٣٧٤) (٥/٢٩١)،
 والخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي (٢/٣٠٣)، والشرح الصغير مع بلغة السالك
 (١/٣١٣)، والبحيرمي على الإقناع (٤/٢٣٣)، وروضة الطالبين (١٠/٣٠٥)، ونهاية
 المحتاج (٦/٢٨٨)، ومغني المحتاج (٤/٢٤٤)، وحاشية قليوبي (٣/٢٥٢، ٤/٢٤٠) (٤/٢٢٩)،
 والإنصاف (١٠/٣٨٨)، والمغني (٨/٤٩٦، ٤٩٧)، والمبدع (٩/٢١٦).

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في أ، م.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) في أ: يظهرونه.
- (٥) في م: اعتقاد.
- (٦) في أ: و.

فهرس المحتويات

٩١	عند القاضي
٩٩	فيما إذا ظهر كذب الشهود في شهادتهم
١٠٤	إذا شهد الشهود على رجل بالزنا ثم غابا
١٠٤	أو ماتا
١٠٥	فصل الإقرار
١٠٦	الإقرار بالزنا أربع مرات
١٠٩	بين الشهادة والإقرار
.....	الفصل الثالث: فيما يوجب الحد من الوطء
١١٠	وما لا يوجهه
١٢٥	الفصل الرابع: في كيفية إقامة الحد
١٣٧	الفصل الخامس: في مسائل القذف
١٤٩	الفصل السادس: في التعزير
١٥٩	الفصل السابع: في مسائل شرب الخمر
١٦٤	الفصل الثامن: في المتفرقات

كتاب السرقة

.....	الفصل الأول: في بيان الشروط التي لا بد
١٧٧	منها لوجوب القطع، وإنها كثيرة
٢١٩	في مسائل النصاب
٢٢١	يرجع إلى الحرز
٢٢٦	جماعة يشتركون في السرقة
٢٢٨	الفصل الثاني: في رد السرقة على المالك
٢٣٣	الفصل الثالث: في ظهور السرقة
٢٣٨	الفصل الرابع: في قطع الطريق
.....	الفصل الخامس: في بيان أنه متى يسع قتل
٢٥٩	الهاجم واللص ومن بمعناهما
.....	الفصل السادس: فيما إذا قطعت يد السارق
٢٦٢	والسرقة قائمة في يده أو هلكت
٢٦٤	الفصل السابع: في السرقة من غير المالك
٢٦٦	الفصل الثامن: في المتفرقات

كتاب السَّير

٢٦٩	الفصل الأول: في صفة الجهاد
-----	-------	----------------------------

تمة كتاب الأيمان

.....	الفصل السادس عشر: في الأيمان على
٣	الأفعال في المكان والزمان
.....	الفصل السابع عشر: في اليمين التي تكون
.....	على الحياة دون الموت والتي تكون
١١	عليهما
.....	الفصل الثامن عشر: في الحلف على ما
١٤	يفعله الرجل لغيره
.....	الفصل التاسع عشر: في الحلف على ما يقع
.....	على الملك القائم، وما يقع على الملك
٢٠	الحادث، وما يقع عليهما
.....	الفصل المكمل عشرين: في اليمين التي
.....	تكون على ما في ملك الحالف إلى وقت
٢٩	لم يبطل وإن لم يسم الوقت
.....	الفصل الحادي والعشرون: في الرجل
٣٤	يحلف ألا يفعل الشيء فيأمر غيره
.....	الفصل الثاني والعشرون: في اليمين على
٣٨	الأوقات
.....	الفصل الثالث والعشرون: في الحلف بعق
٤٥	أول عبد يملكه
.....	الفصل الرابع والعشرون: في النذور
٤٨	والكفارات
.....	إذا كان النذر بالعبادة معلقاً بالشرط لا
.....	يجوز أداؤها قبل وجود الشرط مالية
٥٣	كانت العبادة أو بدنية
٦٣	مسائل الكفارات
٧٦	الفصل الخامس والعشرون: في المتفرقات
.....	الفصل السادس والعشرون: في معرفة
٨٦	صفات الإنسان

كتاب الحدود

.....	الفصل الأول: في معرفة الإحصان الذي هو
٨٩	شرط وجوب الرجم

٤١٥	الفصل الثاني عشر: في نبذ الأمان	٣٠٦	الفصل الثاني: في بيان شرط جواز القتال مع الكفرة
٤١٩	الفصل الثالث عشر: في المسلمين تدخل الأشياء في دار الحرب	٣١٣	الفصل الثالث: في الفرار من الزحف . .
٤٢٦	الفصل الرابع عشر: في مفاداة الأسراء بالأسراء	٣١٩	الفصل الرابع: في بيان من يجوز له الخروج إلى الجهاد ومن لا يجوز
٤٣٧	الفصل الخامس عشر: في الأنفال	٣٢٩	الفصل الخامس: في بيان من يجوز قتله من المشركين ومن لا يجوز
	الفصل السادس عشر: في الوالي إذا احتاج إلى إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام ومعه دواب من الغنيمة أو من بيت المال أو كان مع كل واحد من الغانمين فضل دابة أو كان مع بعضهم أو لم يكن فضل دابة أصلا وما يحل فعله في دار الحرب لضرورة	٣٣٩	الفصل السادس: في بيان ما ينتهي به الأمر بالقتال
٤٤٤	الفصل السابع عشر: في الحربي يملك حربيا آخر بالقهر والغلبة وفي بيع الحربي ولده الصغير	٣٥٠	البيان الأول
٤٤٨	الفصل الثامن عشر: في بيان أحكام أهل الذمة وأهل الشرك	٣٦٣	البيان الثاني
٤٥٤	في إحداث أهل الذمة البيع والكنائس في أمصار المسلمين وسكناهم مع المسلمين في دار الإسلام، وشرائعهم الدور والمنازل في ديار المسلمين	٣٦٣	في الأمان ثم يصاب المشركون بعد أمانهم
٤٥٤	في صلة المسلم المشرك وفي صلة المشرك المسلم، وفي هدايا أهل الحرب، وهدايا الفسقة وأمرء الجور، ويدخل ما أهدي إلى العمال والأمراء	٣٦٥	الفصل السابع: في إدخال [الغزاة] النساء مع أنفسهم في دار الحرب وفي إدخالهم المصحف مع أنفسهم في دار الحرب وفي اتخاذ أهل الثغور الذراري والنساء وإسماكين إياهن في الثغور
٥٠٤	في دخول الكافر المساجد	٣٧٠	الفصل الثامن: في الجعائل
٥١٢	في ركوب أهل الذمة وعلاماتهم	٣٧٨	الفصل التاسع: في بعث السرايا
٥١٨	في آنية المشركين وذبائحهم وطعامهم والأكل معهم	٣٧٨	الفصل العاشر: فيما يجب من طاعة الإمام وما لا يجب
٥٣٥	فهرس المحتويات	٣٧٩	الفصل الحادي عشر: في مسائل الأمان . .
		٣٨٣	في بيان شرائط جواز الأمان وبيان من يصح أمانه ومن لا يصح
		٣٨٩	في أمان الوكيل والرسول
		٣٩٦	في بيان ما يكون أماناً، وما لا يكون أماناً في تعليق الأمان بالشرط
		٤٠٥	في طلب الأمان لذريته أو أولاده أو لإخوته أو لأبائه وما يتصل بذلك
		٤٠٩	في بيان ما يدخل في الأمان من غير ذكر
		٤١٢	

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم الحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد السابع

يحتوي على:

تتمّة كتاب السير - الاستحسان - التحري - اللقيط -
اللقطّة - الأبق - المفقود



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutob Al-ilmiah

DKI

أسستها محمد عجايب بيزوت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts)

قياس الصفحات 17 x 24 cm

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H.

بلد الطباعة لبنان

طبعة الأولى

Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



ISBN 978-2-7451-9472-5

9 782745 194725

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب السير]

الفصل التاسع عشر

في المعاملة تجري بين المسلم والحربي في دار الحرب

و^(١) بين المسلمين في دار الحرب

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: مسلم دخل دار الحرب بأمان فأدانه حربي ثم خرج المسلم إلى دار الإسلام واستأمن الحربي، وخرج إلى دار الإسلام أيضا وأراد أن يأخذ المسلم بدينه، لا يقضى له بشيء.

ومن هذا الجنس مسائل:

أحدها: هذه.

المسألة الثانية: إذا كان المسلم هو الذي أدان الحربي ثم خرج المسلم واستأمن الحربي وخرج أيضا وأراد المسلم أن يأخذ المستأمن بدينه، لا يفضل له بشيء.

المسألة الثالثة: إذا أدان حربي حربيا، ثم خرجا مستأمنين إلى دار الإسلام، لا يقضى للدائن [بشيء ولو خرجا مسلمين، قضي للدائن]^(٢) على صاحبه بالدين.

الأصل في ذلك: أن مدينة أهل الحرب ومعاملاتهم في دار الحرب هدر في حقنا؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم، ولا يلزمهم شيء من أحكامنا إلا بقدر ما يلتزمون بالاستئمان.

وبالاستئمان يلتزمون أحكامنا في معاملات يباشرونها في دار الإسلام لا في معاملات يباشرونها في دار الحرب [فلا نؤاخذهم بأحكام باشروها]^(٣) في دار الحرب^(٤)، وإنما نؤاخذهم بأحكام يباشرونها في دار الإسلام.

وإذا ثبت هذا خرجت المسألة الثانية والثالثة؛ لأن المديون حربي فلو قضينا عليه بالدين، فقد أزمناه أحكاما معاملتها باشروها في دار الحرب، فأما المسألة الأولى: فما

(١) في م: أو.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يباشرونها.

(٤) سقط في أ.

ذكر من الجواب قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فالقاضي يقضي على المسلم بالدين؛ لأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقا، وهو حجة أبي يوسف.

والجواب لأبي حنيفة [ومحمد]^(١) أن المسلم وإن ألتزم أحكام الإسلام إلا أنه عامل حيث لا تجري أحكام المسلمين؛ ولأن المديون إذا كان حربيا لا يقضى عليه بشيء؛ لأنه غير ملتزم لذلك، وإذا كان مسلما لا يقضى عليه، لا^(٢) لعدم الالتزام، ولكن تحقيقا للتساوي بين الخصمين.

وأما إذا خرجا مسلمين قضي للدائن على صاحبه بالدين؛ لأن بالإسلام التزم أحكام المسلمين مطلقا.

قال: فإن كان اغتصب أحدهما شيئا من صاحبه في هذه المسائل كلها لم يقض بشيء؛ لأن غضب أحدهما يتناول ما لا عصمة له فيصير ملكا له، فلا يتعرض له بشيء قال: إلا أنني أمر المسلم الذي دخل إليهم بأمان إذا غضب منهم شيئا من مالهم [ثم]^(٣) خرجوا إلى دار الإسلام أن يرد ذلك عليهم، ولكن لا يقضى عليه بذلك؛ لأنه صار ملكا [له]^(٤) بالأخذ؛ لأن الأخذ يتناول ما لا عصمة له، لكن فسد ملكه؛ لأنه بسبب الأخذ نقض العهد، ونقض العهد حرام كسواء المشتري شراء فاسداً. فإذا اشترى المسلم المستأمن في دار الحرب من حربي عبداً بألف درهم، وتقابضا، ثم أسلم أهل الدار، أو صاروا ذمة، فوجد المسلم بالعبد الذي اشتراه عيباً، لم يكن له^(٥) أن يرده على الحربي بالعيب؛ لأن كتمان العيب خيانة^(٦)، ولا

(١) سقط في أ.

(٢) في م: إلا.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: جنائية.

يؤخذ الحربي بخيانة^(١) استهلاك مال مسلم في دار الحرب، فخيانة^(٢) كتمان العيب أولى.

وإذا كان المسلم هو البائع، فكذا هو الجواب أيضًا؛ لأن المسلم يفتى أن يقبل منه الرد ويرد عليه الثمن، ولا يجبر [عليه]^(٣)، يعني بذلك: لأن في ذلك إحقان الأمان بينهم وبينه، ولا يجبر؛ [لأنه حقن]^(٤) دم نفسه دون غيره.

ولو كان أحدهما بالخيار فأسلم الحربي، أو صار ذمة، فأراد صاحب الخيار نقض البيع بالخيار، كان له أن ينقضه؛ لأن ذلك كان شرطًا اشتراطه^(٥) فيما بينهما ولم يكن خيانة^(٦)، فينبغي أن يراعى ذلك الشرط بينهما، فلما جاز نقضه، صار ذلك كمال وديعة أودعها إياه في دار الحرب، فعليه رده.

ووجه آخر: أن الخيار من أحكام البيع كما أن وجوب الثمن [من أحكام البيع، ووجدنا وجوب الثمن لا يبطل بخروجها]^(٧) إلى دارنا^(٨)، بل يبقى على حاله، فكذلك [الخيار]^(٩) الذي هو من أحكام البيع يجب أن يكون باقياً.

وكذلك خيار^(١٠) الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض، فإن القاضي ينقض البيع ويرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن نقض المشتري البيع في هذا كله جائز بغير قضاء القاضي، فإذا نقض البيع، صار المال كوديعة أودعها إياه المسلم.

(١) في م: بجناية.

(٢) في م: فجناية.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: لحقن.

(٥) في م: شرطاه.

(٦) في م: جنابة.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: دار.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: جنابة.

حربي [أسلم]^(١) في دار الحرب، فاشتري منه مسلم مستأمن عبدًا^(٢) أو باعه إياه، وتقابضا، ثم خرجا إلى دار الإسلام فوجد المشتري بالمشتري عيبا، قضى له بالرد على بائعه؛ لأن العيب [تابع]^(٣) للعبد، [والمبيع قائم بعينه]^(٤)، فصار في الحكم كأنه غضب شيئا، وهو قائم في يده، ولأن هذه خيانة^(٥) دخلت في بيع هذا العبد.

ورأينا المسلم الذي أسلم هناك، والمستأمن لو غضب أحدهما من صاحبه شيئا، ثم خرجوا إلينا، والشيء قائم بعينه أجبره [القاضي على رد ما غضب ولو غضب]^(٦) واستهلك لم يقض [القاضي]^(٧) بشيء فكذا هاهنا؛ بيعه العبد [وبه العيب]^(٨) خيانة، وخيانتته في ذلك العيب^(٩) راجعة إلى العبد بعينه، فجاز له أن يرده ويأخذ منه الثمن. ولو استحق المشتري بحرية أو غيرها، قضى القاضي على البائع برد الثمن إن كان قائما، وإن كان مستهلكا لا يقضي عليه بشيء؛ لأنه لما سلم للمشتري ما اشترى صار البائع خائئا في قبض الثمن غاصبا [له]^(١٠) فيقضى^(١١) عليه بالرد إن كان قائما بعينه، وإن كان مستهلكا لم يقض عليه بشيء كما في الغصب. ولو اشترى المسلم المستأمن من الحربي عبدًا شراء فاسداً؛ بأن اشتراه بقيمته مثلا، وتقابضا ثم أسلم أهل الدار، لم ينقض البيع الجاري بينهما.

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) في أ، م: متاعا.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في م: والمبيع.
 - (٥) في م: جناية.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في أ: العبد.
 - (١٠) سقط في م.
 - (١١) في م: ليقضي.

وبمثله: لو كان قبض العبد ولم يدفع القيمة أمر برد العبد؛ لأن الإسلام ورد والعقد الحرام لم يتم [بعد]^(١) فيلاقيه بالرد، وإذا وجب رد العقد^(٢) لم يسلم للحربي ما شرط المستأمن له، [فيؤمر المستأمن]^(٣) برد العبد على الحربي. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في أ.

(٢) في م: العبد.

(٣) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل :

[المسألة الأولى]: حربي أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا، فقتله مسلم هناك - خطأ أو عمدًا فإنه [لا قصاص]^(١) على القاتل في العمد، ولا دية في الخطأ، وعليه الكفارة في الخطأ.

وروي عن أبي يوسف أن عليه الدية في الخطأ، وهو قول الشافعي - رضي الله عنه - .

واعلم أن هاهنا أربع مسائل :

إحداها : هذه .

وحاصل المسألة : راجع إلى أن بنفس الإسلام يصير معصومًا عن [القتل حقا لله]^(٢) تعالى وهذا المعنى بالعصمة [المؤثمة]^(٣) ولهذا وجبت الكفارة بقتله ؛ فيصير معصومًا عن الاسترقاق، حتى لا يملك بالاستيلاء بالإجماع .

وهل يصير معصوما عن القتل حقا للعبد^(٤) حتى يكون مضمونا بالإتلاف، وهو المعنى بالعصمة المقومة، فهو على الخلاف .

وجه ما روي عن أبي يوسف، وهو قول الشافعي قول الله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾ .

أوجب الدية بقتل المؤمن المطلق من غير قيد^(٥) .

(١) سقط في م .

(٢) في م : حق الله .

(٣) في أ، م : الموثقة .

(٤) في م : العباد .

(٥) من شروط وجوب الدية عصمة المقتول : وهو أن يكون المقتول معصومًا، أي مصون الدم لا يحل قتله، فلا دية في قتل الحربي ولا الباغي ولا المرتد لفقد العصمة فأما الإسلام فليس من شرائط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول، ولهذا تجب الدية في قتل الذمي ؛ لأنه معصوم الدم بعقد الذمة بخلاف الحربي، وكذا تجب الدية بقتل المستأمن (الطالب للأمان)، لأنه استفاد العصمة بعقد الأمان وإن كان أمانًا مؤقتًا .

وقال - عليه الصلاة والسلام - : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلا الله، فإذا قالوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم»^(١).
أثبت العصمة مطلقاً.

وجه ظاهر رواية أصحابنا: قوله^(٢) تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً﴾. والمراد المؤمن الذي لم يهاجر إلينا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿مَنْ قَوْمٍ عَدُوِّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾.

وليس المراد عدونا نسباً، فإنه بعدما هاجر إلينا هو عدونا نسباً، مع هذا تجب الدية في قتله، وليس المراد عدونا ديناً؛ فإن الله تعالى قال: ﴿وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ فكان المراد عدونا داراً، وليس ذلك إلا هذا المؤمن الذي [لم]^(٣) يهاجر إلينا.

والاستدلال بالآية: أن الله تعالى جعل موجب قتله الكفارة، فمن جعل الدية والكفارة موجباً [له]^(٤)، فقد جعل الكفارة بعض موجهه؛ فيكون نسخاً وبهذه الآية يتبين أن المراد من المؤمن المذكور في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً﴾ [عدونا داراً]^(٥)؛ لأن الله تعالى عطف هذا المؤمن [على المؤمن]^(٦) المذكور، والمعطوف غير المعطوف عليه.

وبهذا تبين أيضاً أن المراد من الحديث: العصمة المؤتممة لا العصمة المقومة حتى لا يكون الحديث مخالفاً للكتاب. والله أعلم.

وفي المنتقى: رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف: قوم من أهل الحرب أسلموا

= ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٥٢)، مواهب الجليل (٤/٣٢٤)، مغني المحتاج (٤/١٠٧)، المهذب (٢/٢١٧).

(١) تقدم.

(٢) في م: قول الله.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في م.

في دار الحرب، فقتل رجل منهم رجلاً خطأ، فإن أبا حنيفة قال: لا دية عليه ولا كفارة، وقال أبو يوسف: لا يحسن أن نجعل^(١) عليه الكفارة.

[وذكر في موضع آخر من المنتقى: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - الكفارة بالكتاب ولا دية، وهو قول أبي يوسف]^(٢).

وذكر في موضع آخر من المنتقى: حريان أسلما في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه خطأ، فلا كفارة عليه إلا أن يكون علم أن في القتل الخطأ الكفارة، فحيثذ يكون عليه الكفارة.

وفي المنتقى أيضاً: لو دخل [قوم من تجار]^(٣) المسلمين دار الحرب، فقتل رجل من التجار رجلاً من [أهل]^(٤) الحرب قد أسلم هناك، فعليه الكفارة ولا دية. قاله^(٥) أبو حنيفة - رحمه الله - [وكان]^(٦) يتأول قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوِّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾.

وفي المنتقى أيضاً: [لو]^(٧) أن سرية من المسلمين أغاروا في دار الحرب، فقتل رجل منهم رجلاً أسلم في دار الحرب عمداً، أو رمى غيره فأصابه، قال أبو حنيفة: فلا دية فيه، ولا كفارة [على]^(٨) من قتل^(٩)، [و]^(١٠) أن لهم أن يرموا. وقال أبو يوسف: وفي هذا أضمن الدية استحباباً وأوجب معها الكفارة في الخطأ. وفيه أيضاً: ولو أن جنداً من المسلمين أحرقوا مدينة من مدائن أهل الحرب،

(١) في أ: أجعل.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: من تاجر.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: قال.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: قبل.

(١٠) سقط في م.

فهلك فيها مسلم، لم يضمنوا في قول أبي حنيفة، ومحمد^(١) وقال أبو يوسف: أنا أضمن المسلم إذا [عُلم]^(٢) قاتله منهم. والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا أسلم الحربي في دار الحرب، وهاجر إلينا، فقتله مسلم، فإن كان خطأ، تجب الدية [على عاقلته]^(٣) يأخذها الإمام، وعليه الكفارة^(٤)، وإن كان عمداً، فللإمام أن يقتله إن شاء، وإن شاء أخذ الدية، وليس له أن يعفو، ولأنه لما أحرز نفسه بدار الإسلام، فقد صار معصوماً عصمة مقومة، والعصمة المقومة تثبت بالإحراز بدار الإسلام بلا خلاف.

عرف ذلك بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً﴾ وبالنصوص الواردة في باب القصاص.

فإذا ثبتت العصمة المقومة بالإحراز بدار الإسلام، تجب الدية على العاقلة في قتل الخطأ، والقصاص في قتل العمد.

كما لو قتل مسلم آخر، فللإمام أن يستوفي القصاص إذا لم يكن لهذا المقتول ولي أقرب منه؛ بأن لم يكن له أقرباء في دار الإسلام؛ لأن السلطان ولي من لا ولي له، هكذا قال عليه الصلاة والسلام - وله أن يصالح على مال؛ لأن هذا المال يصرف إلى مصالح المسلمين، فإنه أنفع في حق المسلمين من القتل، وللسلطان ولاية النفع، فيكون له ولاية الصلح.

وليس له أن يعفو بغير عوض؛ لأنه من باب الضرر، وللسلطان ولاية النفع والنظر، لا ولاية الضرر، وصار كالأب في قصاص [وجب للصغير]^(٥).

المسألة الثالثة: إذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو

(١) في أ، م: وأبي يوسف.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: قاتله.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: الصغير.

خطأً، فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ، ولا كفارة في العمد ولا قصاص.

وعن أبي يوسف - في غير رواية الأصول - : أن عليه القصاص في العمد؛ وجه هذه الرواية: أن بدخوله في دار الحرب، لا يبطل إحراز نفسه [بدار الإسلام]^(١)، وبه صار معصوماً عصمة مقومة، فلا تبطل العصمة المقومة.

وفي ظاهر الرواية: إنما لا يجب القصاص لوجهين: أحدهما: أن القصاص لا يمكن استيفاؤه إلا بالمنعة^(٢)؛ لأن الواحد يقاوم الواحد غالباً، ولا منعة إلا بالإمام، وجماعة المسلمين فلا^(٣) يوجد المنعة في دار الحرب؛ لعدم ولاية الإمام على أهل الحرب، فلا فائدة [في الوجوب]^(٤) فلا يجب كالحد. الوجه الثاني: أن دخوله دار الحرب لو كان للسكنى لبطلت العصمة أصلاً، كالذي أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا، فإذا وجد أصل الدخول صار شبهة في درء ما يندرى بالشبهات؛ وهذا لأن العصمة تسقط بالحراب تقديراً، [وقد وجد شبهة الحراب لوجود صورة الدخول فصار شبهة.

وإنما وجبت الدية]^(٥) وإن وجد ما يبطل العصمة صورة وصار شبهة، لما^(٦) أن المال مما يجب بالشبهات.

وتكون الدية في مال القاتل لا تتحملها العاقلة؛ وهذا لأن تحمل العاقلة [إما بطريق]^(٧) أن الجاني أقدم على الجنائية بقوتهم، أو لأن الواجب على العاقلة حفظ الحربي عن الجنائية.

(١) في أ: بدارنا.

(٢) في م: بالمنفعة.

(٣) في م: ولم.

(٤) في م: للوجوب.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: إما.

(٧) سقط في م.

وكلا الطرفين لا يوجد هاهنا؛ لأننا نعلم يقيناً أن تمكنه بالجناية في دار الحرب لا يكون بقوة عاقلته في دار الإسلام.

[وكذا نعلم أنه لا يجب على العاقلة، وهم^(١) في دار الإسلام]^(٢) حفظه [عن الجناية، وهو [في دار]^(٣)]^(٤) الحرب.

وتجب الكفارة بقتل الخطأ مع الدية، ولا تجب الكفارة في العمد، والقتل العمد لا يوجب الكفارة عندنا في المواضع أجمع بخلاف الخطأ. والله أعلم.

المسألة الرابعة: في الأسيرين في دار الحرب إذا قتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ، فإنه لا قصاص على القاتل في العمد، ولا دية في الخطأ، وإنما عليه الكفارة في الخطأ وهذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - تجب الدية على القاتل في العمد والخطأ جميعاً.

فوجه قولهما: أن المقتول كان معصوماً عصمة مقومة بالإحراز بدار الإسلام، ولو بطلت العصمة، فإنما تبطل لصيرورته من أهل الحرب والأسير لم يصر من أهل دار [الحرب]^(٥)؛ لأنه ما قصد التوطن ثمة، وصار كما إذا دخل دار الحرب بأمان. لأبي حنيفة أن الأسير مقهور في دار الحرب فصار بحكم القهر تبعاً لهم، فصار من أهل دار الحرب بحكم التبعية فصار محارباً [تقديراً، فبطلت العصمة بخلاف المستأمن؛ لأنه لم يصر تبعاً لهم؛ لأنه ليس بمقهور، فلم يصر محارباً]^(٦) فلم تبطل عصمته.

(١) في أ: هو.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: وهو.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

الفصل العشرون

في أحكام أهل البغي والخوارج

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: أهل البغي إذا كانوا في [عسكرهم]^(١) فقتل^(٢) رجل منهم رجلا، ثم ظهرنا عليهم، فلا قصاص^(٣).
يجب أن يعلم أن أهل البغي قوم من المسلمين يخرجون على إمام العدل،
ويمنعون عن أحكام [أهل]^(٤) العدل.
والحكم^(٥) فيه: أنهم إذا تحيزوا واجتمعوا، حل لإمام العدل أن يقاتلهم، وعلى

(١) سقط في م.

(٢) في م: قتل.

(٣) إن اقتتل فريقان من أهل البغي، فإن قدر الإمام على قهرهما، لم يعاون واحدا منهما؛ لأن الفريقين على خطأ، وإن لم يقدر على قهرهما، ولم يأمن أن يجتمعا على قتاله، ضم إلى نفسه أقربهما إلى الحق. فإن استويا في ذلك اجتهد رأيه في ضم أحدهما، ولا يقصد بذلك معاونته على الآخر، بل يقصد الاستعانة به على الآخر، فإذا انهزم الآخر لم يقاتل الذي ضمه إلى نفسه حتى يدعوه إلى الطاعة؛ لأنه بالاستعانة به حصل على الأمان، نص على هذا الشافعية والحنابلة.

ولم يوجد فيما رجعنا إليه من كتب الحنفية والمالكية حكم هذه الصورة.

وجاء في كتب الحنفية: لو قتل باغ مثله عمدا في عسكرهم، ثم ظهر أهل العدل على البغاة، فلا شيء على القاتل؛ لكون المقتول مباح الدم؛ إذ لو قتله العادل لا يجب عليه شيء، فلا يجب على الباغى القاتل دية ولا قصاص، ولا إثم عليه أيضا؛ ولأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل، فلم ينعقد موجبا للجزاء، كالقتل في دار الحرب.
وقالوا: لو غلب أهل البغي على بلد، فقاتلهم آخرون من أهل البغي، فأرادوا أن يسبوا ذراري أهل المدينة، وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دفاعا عن ذراريهم.

وقال الحنفية أيضا: لو قتل تاجر من أهل العدل تاجرا آخر من أهل العدل في عسكر أهل البغي، أو قتل الأسير من أهل العدل أسيرا آخر، ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه؛ لأن الفعل لم يقع موجبا للجزاء؛ لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية، كما لو فعل ذلك في دار الحرب؛ لأن عسكر أهل البغي في حق انقطاع الولاية ودار الحرب سواء.

ينظر: الدر المختار (٣/٣١٢)، وتبيين الحقائق (٣/٢٩٥)، وبدائع الصنائع (٧/١٤١)، (١٤٢)، والعناية (٤/٤١٣)، وفتح القدير (٤/٤١٦)، والمهذب (٢/٢٢٠)، والمغني (٨/١١٠، ١١١).

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فالحكم.

كل من يقدر على القتال أن يقوم بنصرة إمام العدل.

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِئَءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾.

وقال علي - كرم الله وجهه - : «أمرت بقتال^(١) المارقين^(٢) - والناكثين^(٣)»^(٤).

- (١) في م: أن أقاتل.
- (٢) المارقون هم الذين مرقوا، أي خرجوا من دين الله، واستحلوا القتال ضد خليفة رسول الله ﷺ ومنهم عبد الله بن وهب الراسبي وحر قوص بن زهير البجلي وكان ذلك يوم النهروان. ينظر: المغرب، ص (٤٧٥)، تاريخ بغداد (١٨٦/١٣).
- (٣) هم الذين نكثوا البيعة، أي نقضوها، واستنزلوا أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - وساروا بها إلى البصرة على جمل اسمه عسكر في موقعة عرفت بيوم الجمل. ينظر: المغرب، ص (٤٧٥)، تاريخ بغداد (١٨٦/١٣).
- (٤) أخرجه الطبراني في الأوسط (٢١٣/٨) حديث رقم (٨٤٣٣) من طريق موسى بن أبي الحصني، قال: نا جعفر بن مروان السري، قال: نا حفص بن راشد عن يحيى بن سلمة. لم يرو هذا الحديث عن ربيعة بن ناجذ إلا سلمة تفرد به ابنه. والبخاري في مسنده (٢١٥/٢) حديث رقم (١٠٤) من طريق علي بن المنذر قال: نا عبد الله بن نمير قال: نا فطر بن خليفة قال: سمعت حكيم بن جبير يقول: سمعت إبراهيم يقول: سمعت علقمة يقول: سمعت عليا... (٢٧/٣) حديث رقم (٧٧٤) من طريق عباد بن يعقوب قال: نا الربيع بن سعد قال: نا سعيد بن عبيد، عن ابن ربيعة قال: قال علي.....
- وهذا الحديث لا نعلمه يروى من حديث علي بن ربيعة عن علي إلا بهذا الإسناد ولم نسمعه إلا من عباد بن يعقوب.
- وأبو يعلى في مسنده (٣٩٧/١) حديث رقم (٥١٩) من طريق إسماعيل بن موسى قال: حدثنا الربيع بن سهل، عن سعيد بن عبيد، عن علي بن ربيعة قال: سمعت عليا على منبركم هذا يقول:.....

وله شواهد عن أبي أيوب وابن مسعود وعمار:

أما حديث أبي أيوب فأخرجه: الحاكم في المستدرک كتاب معرفة الصحابة، باب: ذكر إسلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (١٥٠/٣) حديث رقم (٤٦٧٤) من طريق أبي سعيد أحمد بن يعقوب الثقفي قال: ثنا الحسن بن علي بن شبيب المعمرى، قال: ثنا محمد بن حميد قال: ثنا سلمة بن الفضل قال: حدثني أبو زيد الأحول عن عتاب بن ثعلبة قال: حدثني أبو أيوب في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أمر رسول الله ﷺ علي بن أبي طالب بقتال الناكثين والقاسطين والمارقين، حديث رقم (٤٦٧٥) من طريق أبي بكر بن بالويه قال: ثنا محمد بن يونس القرشي، قال: ثنا عبد العزيز بن الخطاب

أي: الخارجين عن الدين، والناقضين العهد.

وعن سفيان بن عيينة^(١) - رضي الله عنه - أنه قال: إن الله تعالى بعث نبينا بأربعة سيوف، وذكر من جملة ذلك سيفاً لقتال أهل البغي^(٢). قام به علي - رضي الله عنه - والمعنى في ذلك: أن أهل البغي قصدوا أذى المسلمين، وإماطة الأذى من باب الدين، وكذلك خروجهم على إمام أهل العدل معصية، ففي القيام لقتالهم^(٣) نهى

قال: ثنا علي بن غراب بن أبي فاطمة عن الأصبع بن نباتة عن أبي أيوب رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول لعلي بن أبي طالب: تقاتل الناكثين والقاسطين والمارقين. وأما حديث ابن مسعود فأخرجه: الطبراني في الأوسط (١٦٥/٩) حديث رقم (٩٤٣٤) من طريق هيثم بن خلف، قال: نا محمد بن عبيد المحاربي قال: ثنا الوليد بن أبي عبد الرحمن الحارثي، عن مسلم الملائي، عن إبراهيم، عن علقمة، عن عبد الله بن مسعود قال: أمر علي بقتال الناكثين والقاسطين والمارقين. لم يرو هذا الحديث عن مسلم إلا أبو عبد الرحمن ولا عن أبي عبد الرحمن إلا محمد ابن عبيد.

والطبراني في الكبير (٩١/١٠) حديث رقم (١٠٠٥٣) من طريق محمد بن هشام المستملي، قال: ثنا عبد الرحمن بن صالح، قال: ثنا عائذ بن حبيب قال: ثنا بكير بن ربيعة قال: ثنا يزيد بن قيس عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: أمر رسول الله ﷺ علياً بقتال الناكثين والقاسطين، والمارقين.

والشاشي في مسنده (٣٤٢/١) حديث رقم (٣٢٢) من طريق أحمد بن زهير بن حرب قال: نا عبد السلام بن صالح أبو الصلت، قال: نا عائذ بن حبيب، قال: نا بكير بن ربيعة وكان ثقة قال: نا يزيد بن قيس عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: أمر رسول الله ﷺ علياً أن يقاتل الناكثين والقاسطين والمارقين.

وأما حديث عمار فأخرجه: أبو يعلى في مسنده (١٩٤/٣) حديث رقم (١٦٢٣) من طريق الصلت بن مسعود الجحدري قال: حدثنا جعفر بن سليمان قال: حدثنا الخليل ابن مرة، عن القاسم بن سليمان عن أبيه عن جده قال: سمعت عمار بن ياسر يقول: أمر رسول الله ﷺ علياً بقتال الناكثين والمارقين والقاسطين.

(١) زاد في أ، م: أو معاوية بن أبي سفيان.

هو: سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون، مولى محمد بن مزاحم، أخي الضحاك بن مزاحم، الإمام الكبير، حافظ العصر، شيخ الإسلام، أبو محمد الهلالي الكوفي، ثم المكي. مولده بالكوفة، في سنة سبع ومائة. قال الإمام الشافعي: لولا مالك وسفيان بن عيينة، لذهب علم الحجاز. مات سنة ثمان وتسعين ومائة.

ينظر: طبقات ابن سعد (٤٩٧/٥)، التاريخ الكبير (٩٤/٤)، تاريخ بغداد (١٧٤/٩).

(٢) المبسوط للسرخسي (٣/١٠).

(٣) في م: بقتالهم.

عن المنكر، وقد أمرنا بذلك.

ثم يحل للإمام العدل أن يقاتلهم، وإن لم يبدأوا بقتاله، وهذا مذهبنا وقال الشافعي - رضي الله عنه^(١) - : لا يحل له ذلك ما لم يبدأوا بالقتال حقيقة؛ فوجه قوله في ذلك: أن الباغي مسلم، وإنما يباح قتل المسلمين بطريق الدفع، وبعدها

(١) إذا دعا الإمام البغاة إلى الدخول في طاعته، وكشف شبهتهم، فلم يستجيبوا وتحيزوا مجتمعين، وكانوا متهيئين للقتال فإنه يحل قتالهم. ولكن هل نبدوهم بالقتال، أم لا نقاتلهم إلا إذا أظهروا المغالبة؟ هناك اتجاهان:

الاتجاه الأول: جواز البدء بالقتال؛ لأنه لو انتظرنا قتالهم ربما لا يمكن الدفع، وهو ما نقله خواهر زاده، قال الزيلعي: وهو المذهب عند الحنفية؛ لأن النص جاء غير مفيد بالبداة منهم في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبَغَىٰ﴾ وقول علي رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سيخرج قوم في آخر الزمان، حدث الأسنان سفهاء الأحلام، يقولون من قول خير البرية، لا يجاوز إيمانهم حناجرهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، فأينما لقيتموهم فاقتلوهم، فإن في قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة» [أخرجه البخاري (٢٨٣/١٢)، ومسلم (٧٤٦/٢، ٧٤٧)؛ ولأن الحكم يدار على علامته، وهي هنا التحيز والتهيو، فلو انتظرنا حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم. فيدار الحكم على الأمانة ضرورة دفع شرهم؛ ولأنهم بالخروج على الإمام صاروا عصاة فجاز قتالهم، إلى أن يقلعوا عن ذلك. وما نقل عن علي رضي الله عنه من قوله في الخوانج: لن نقاتلكم حتى تقاتلونا، معناه: حتى يعزموا على قتالنا. ولو أمكن دفع شرهم بالحبس بعدما تأهبوا فعل ذلك، ولا نقاتلهم؛ لأنه أمكن دفع شرهم بأهون منه. وإلى القول بحل بدئهم بالقتال ذهب فقهاء الحنابلة، جاء في كشف القناع: إن أبوا الرجوع وعظهم وخوفهم بالقتال، فإن رجعوا إلى الطاعة تركهم، وإلا لزمه قتالهم إن كان قادرا؛ لإجماع الصحابة على ذلك.

الاتجاه الثاني: نقل القدوري: إنه لا يبدوهم بالقتال حتى يبدووه، وهو ما رواه الكاساني والكمال. قال الكاساني: لأن قتالهم لدفع شرهم، لا لشر شركهم؛ لأنهم مسلمون، فما لم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم الإمام؛ إذ لا يجوز قتال المسلم إلا دفعا، بخلاف الكافر؛ لأن نفس الكفر قبيح. وهو ما استظهره بعض المالكية، وهو مذهب الشافعية، وقول أحمد بن حنبل؛ لأن عليا أمر أصحابه ألا يبدووا من خرجوا عليه بالقتال، وإن أمكن دفعهم دون القتل لم يجز القتل. ولا يجوز قتالهم قبل ذلك إلا أن يخاف شرهم كالصائل. وقال ابن تيمية: «الأفضل تركه حتى يبدووه» أي القتال.

ينظر: تبیین الحقائق (٢٩٤/٣)، وبدائع الصنائع (١٤٠/٧)، وفتح القدير (٤١٠/٤)، (٤١١)، و، والمهذب (٢١٩/٢، ٢٢٢)، ونهاية المحتاج (٣٨٣/٧)، وكشف القناع (١٦٢/٦)، والمغني (١٠٨/٨)، وروح المعاني (١٥١/١٦).

تحيزوا واجتمعوا، لم يوجد منهم القتال حقيقة؛ وإنما وجد^(١) من حيث المعنى والاعتبار، من حيث إنهم يرصدون لقتالنا، وباعتبار المعنى: إن كان يحل قتالهم، وباعتبار الحقيقة: لا يحل، فلا يحل بالشك.

وجه قول علمائنا - رحمهم الله - : أنه وجد منهم معنى لما يرصدون^(٢) لقتالنا، ووجود القتال معنى كاف لإباحة القتل.

ألا ترى أنه يجوز قتال أهل الحرب، وإن لم يوجد منهم القتال حقيقة، لما وجد القتال معنى، وكما أن قتال أهل البغي بطريق [دفع]^(٣) شر قتالهم، فكذلك قتال أهل الحرب دفع شر قتالهم لا لأجل الكفر؛ ألا [ترى]^(٤) أنه [لم يجز]^(٥) قتل النساء منهم.

والمعنى^(٦) في ذلك: أنا لو شرطنا البداية منهم من حيث الحقيقة ربما لا يمكنه الدفع، فعلقنا الإباحة بوجود القتال منهم [معنى]^(٧)، كما في أهل الحرب. وإذا ثبت أنه يباح قتل الفئة^(٨) الممتنعة، وإن لم يوجد منهم القتال حقيقة، فكذا^(٩) يباح قتل المدبر إليهم؛ لأنه من جملتهم، مقاتل معنى تاركًا للقتال حقيقة.

ولو هزمهم إمام أهل العدل، فلا ينبغي لهم أن يتبعوا المنهزمين إذا لم يبق لهم فئة يرجعون إليها؛ لأنهم تركوا القتال حقيقة ومعنى، والقتال مشروع لدفع قتالهم، فإن

(١) في م: يوجد.

(٢) في م: ترصدوا.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: لا يجوز.

(٦) في م: المعنى.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: البغية.

(٩) في م: كذا.

اندفع حقيقة ومعنى، زالت الإباحة، وأما إذا بقي لهم فئة يرجعون إليها، كان لأهل العدل أن يتبعوا المنهزمين؛ لأنهم ما تركوا القتال [معنى]^(١)، فيتبعوا لهذا؛ ألا ترى أن المدبر [من المشركين]^(٢) يتبع؛ لبقاء الفئة لأهل الحرب. ومن أسر منهم، فليس للإمام أن يقتله إذا كان يعلم أنه لو لم يقتله، لم يلتحق إلى فئة ممتنعة.

أما إذا كان يعلم أنه لو لم يقتله يلتحق إلى فئة ممتنعة، يقتله؛ لأن في هذه الصورة ما اندفع قتاله معنى، وهو نظير الأسير المشرك، إذا علم الإمام منه أنه لو استرقه يعود إليهم، فإنه يقتله، كذا هاهنا.

ولا يجهز على جريحهم أي: لا يتم قتله - إذا لم يبق [لهم]^(٣) فئة، أما إذا بقي، يجهز عليهم، ولا تسبى نساؤهم وذرائعهم، ولا يمتلك^(٤) [عليهم]^(٥) أموالهم. والأصل فيه: ما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه لما جمع أموال أهل البغي يوم الجمل^(٦) بعدما تفرق أصحابهم طلب أصحاب علي - رضي الله عنه - [أن تقسم أموالهم كما تقسم أموال أهل الحرب، فقال علي - رضي الله عنه]^(٧): لو قسمت مالهم بينكم، فمن يأخذ [مال]^(٨) عائشة - رضي الله عنها -.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: يمتلك.

(٥) سقط في م.

(٦) يوم الجمل موقعة شهيرة وقعت أيام الفتنة بعد مقتل عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وسميت بموقعة الجمل تسمية بالجمل المسمى عساكر والتي كانت تركبه السيدة عائشة - رضي الله عنها -، وقتل في هذه الموقعة عشرة آلاف من الفريقين، خمسة من هؤلاء وخمسة من هؤلاء.

ينظر: البداية والنهاية (٧/٢٤٥)، تاريخ الطبري، ص (١٣٧) وما بعدها.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

وروى [أنه أيضا]^(١) أبقى ما أصاب من^(٢) عسكر نهروان^(٣) في الرحبة^(٤)، فمن عرف شيئاً أخذه^(٥).

وما أصاب [أهل]^(٦) العدل في عسكر أهل البغي من كراع أو سلاح، أو غير ذلك، فإنه لا يرد عليهم في الحال؛ لأن في الرد عليهم في الحال إعادتهم وتقويتهم على قتال أهل العدل، ونحن أمرنا بكسر شوكتهم دفعا لشهم.

ولكن إن كان أهل العدل يحتاجون إلى سلاحهم، وكراعهم في قتالهم ينتفعون [به]^(٧) فقد صح عن علي - رضي الله عنه - أنه قسم السلاح بين أصحابه بالبصرة^(٨).

ونحن [نعلم أنه لم يقسمها قسمة تمليك؛ لأن مالهم لا يتملك، فكان]^(٩) قسمة انتفاع بها حالة الحاجة.

والمعنى في ذلك: وهو أن الانتفاع بسلاح أهل العدل، وكراعهم مباح وقت الحاجة، فسلح أهل البغي أولى.

وإن كانوا لا يحتاجون إلى كراعهم وسلاحهم، [فالسلاح]^(١٠) يوضع في موضع

(١) في م: أيضا أنه.

(٢) في م: في.

(٣) النهروان: هي كورة واسعة بين بغداد وواسط من الجانب الشرقي حدها الأعلى متصل ببغداد وفيها عدة بلاد متوسطة ينسب إليها من العلماء وكان بها وقعة لأمير المؤمنين علي بن أبي طالب مع الخوارج. ينظر: معجم البلدان (٥/٣٧٥-٣٧٨).

(٤) الرحبة: دكان وسط مسجد الكوفة كان علي - رضي الله عنه - يقعد فيه ويعظ. ينظر: المغرب، مادة (رحب).

(٥) الأصل للشيباني (٧/٥١٣).

(٦) سقط في م.

(٧) في م: بها.

(٨) الأصل للشيباني (٧/٥١٤)، الهداية في شرح بداية المبتدي (٢/٤١٢)، البحر الرائق (٥/١٥٣).

(٩) في م: لو نعلم أنه لو قسمها.

(١٠) سقط في م.

كسائر الأموال والكراع [بياع] ^(١) ويحبس ثمنه؛ لأنه ^(٢) يحتاج إلى النفقة، ولا ينفق عليه الإمام من بيت المال؛ لما فيه من الإحسان إلى صاحبه الباغي.

ولو أنفق عليه [كان] ^(٣) ديناً على الباغي، ربما يرى النفقة [أعلى من] ^(٤) قيمة الكراع فيباع الكراع ويحفظ الثمن عليهم، فإذا وضعت الحرب أوزارها وزال منعتهم، يرد عليهم.

وما أتلف أهل البغي من أموالنا ودمائنا حالة الحرب، [فإنهم] ^(٥) لا يضمنون إذا تابوا أو زال منعتهم.

وكذلك ما أتلف المرتدون من أموالنا ودمائنا حالة الحرب، فإنهم لا يضمنون. والأصل في ذلك: ما روي عن ^(٦) الزهري - رضي الله عنه - أنه قال: وقعت الفتنة العظمى بين أصحاب رسول الله ﷺ وكانوا متوافرين [فاتفقوا على] ^(٧) أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو هدر، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو هدر ^(٨).

فقد أجمعت الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - على أنهم لا يضمنون ما أتلفوه ^(٩) من أموالنا ودمائنا ^(١٠).

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: لما.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: على.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: إبراهيم.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) تحفة الفقهاء (٣/٣١٤)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٥٢).

(٩) في م: أتلّفوا.

(١٠) لا خلاف في أن العادل إذا أصاب من أهل البغي، من دم أو جراحة، أو مال استهلكه أنه لا ضمان عليه، وذلك في حال الحرب وحال الخروج، لأنه ضرورة، ولأننا مأمورون بقتالهم، فلا نضمن ما تولد منه. أما إذا أصاب الباغي من أهل العدل شيئاً من نفس أو مال فمذهب الجمهور - وهو الراجح عند الشافعية - أنه موضوع، ولا ضمان فيه. وفي قول للشافعية: =

والإمام لنا في أهل البغي علي - رضي الله عنه - فلم^(١) يرو عنه أنه قضى على واحد منهم بإيجاب ضمان ما أتلّف بعد ما تاب ورجع .

والمعنى في ذلك وهو: أن هذا إتلاف حصل ممن لا يعتقد وجوب الضمان بسببه في حال [ما]^(٢) ليس لنا ولاية [الإلزام والرد عليه]^(٣) فلا يؤاخذ به، قياسا على أهل الحرب إذا أسلموا، فإنهم لا يضمنون ما أتلّفوا من دمائنا وأموالنا، والمعنى في ذلك ما بينا، فكذلك هذا.

وإنما قلنا بأنه إتلاف حصل ممن لا يعتقد وجوب الضمان بسببه، وذلك أن الباغي يعتقد إباحة أموالنا، ودمائنا [بما]^(٤) عنده من التأويل، وإن كان تأويلهم فاسداً؛ لأنهم [يعتقدون أنهم]^(٥) أهل عدل^(٦)؛ لأن لهم منعة كما أن لأولئك منعة،

أنه مضمون، يقول الرملي من الشافعية: لو أتلّفوا علينا نفسا أو مالا ضمنوه، وعلق عليه الشبراملسي بقوله: أي بغير القصاص، وعلله الشرييني بأنهما فرقان من المسلمين، محقة ومبطلّة، فلا يستويان في سقوط الغرم، كقطاع الطريق، لشبهة تأويلها. واستدل الجمهور بما روي عن الزهري، أنه قال: وقعت الفتنة، وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون، فاتفقوا على أن كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، فقد أورده بصيغة أخرى، وقال: ذكره أحمد في رواية الأثرم، واحتج به، رواه الخلال.

قال الكاساني: ومثله لا يكذب، فوقع الإجماع من الصحابة - رضي الله عنهم - على ذلك، وهو حجة قاطعة. ولأن الولاية من الجانبين منقطعة، لوجود المنعة، فلم يكن وجوب الضمان مفيدا لتعذر الاستيفاء، فلم يجب. ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم من الرجوع إلى الطاعة فسقط، كأهل الحرب، أو كأهل العدل. هذا الحكم في حال الحرب، أما في غير حال الحرب، فمضمون.

ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٤١)، ومغني المحتاج (٤/١٢٥)، ونهاية المحتاج (٧/٤٠٧، ٤٠٨)، وكشاف القناع (٦/١٦٥).

(١) في م: ولم.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الإمام عليه.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: لا يعتقدون.

(٦) في م: العدل.

فصار كالحربي يعتقد إباحة أموالنا، ودمائنا بما عنده من التأويل، وإن كان فاسدًا. وقولنا: في حال ما ليس لنا ولاية الرد والإلزام عليهم.

لأن لهم منعة وقوة، وبسبب المنعة ليس لنا ولاية الرد والإلزام عليهم. إذا ثبت هذا فنقول: الفاسد من السبب ألحق بالصحيح في حق الأحكام شرعا، إذا اتصل بقرينة كالبيع الفاسد، والنكاح الفاسد، وكذلك التأويل الفاسد عند اتصال قرينة وهي المنعة جاز أن يكون ملحقا بالتأويل الصحيح في حق أحكام الدنيا، ولو حصل هذا الإلتلاف عن تأويل صحيح، لم يجب الضمان، ولم يثبت الإثم. ولو حصل [لا]^(١) عن تأويل أصلا، وجب الضمان ووجب الإثم، وإذا كان فاسدا وجب الإثم، ولم يجب الضمان. كالسبب الفاسد من العقود [ألحق]^(٢) بالبيع الجائز في حق وقوع الملك نحو البيع الفاسد.

فأما في حق الحل والحرمة الذي يتعلق به الإثم لم يلتحق^(٣) به فكذا هذا ولا يلزم^(٤) إذا حصل الإلتلاف من غير تأويل أن يسقط الضمان، [أو]^(٥) لم يوجد؛ لأن مسقط الضمان تأويل صحيح أو فاسد، ولم يوجد واحد منهما. وليس مما^(٦) أتلفوا أموالنا في حال ما لا منعة لهم.

وذلك أن التأويل الفاسد إن وجد إلا أنه لم يتقو بقرينة [وهي المنعة والتأويل الفاسد ألحق بالصحيح في حق أحكام الدنيا عند اتصال قرينة به]^(٧)، كما في أهل الحرب، وإذا لم توجد هذه القرينة لم تكن له عبرة، فكان كالعقد الفاسد، إذا لم يقترن به ما يقويه لا يفيد حكما من الأحكام فكذلك هاهنا.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: يلحق.

(٤) في م: يلزمه.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: إذا.

(٧) زاد في م: وهي المنعة.

أما^(١) إذا أتلَّفوا قبل القتال من أموالنا ودمائنا إذا كان لهم منعة لا يضمنون؛ لأن المسقط للضمان قد وجد وهو تأويل فاسد مع المنعة، والإتلاف إذا كان لهم منعة قبل المقاتلة، وفي حالة القتال سواء.

ولكن ما كان قائماً يرد على أصحابه إذا تابوا، وإن اعتقدوا تملكها بتأويلهم الفاسد وقد اتصل بهذا التأويل منعة؛ لأن بعد التوبة أمكن [رد هذا التأويل برد العين فيجب رده، كالبيع الفاسد بعد اتصال القبض ما دام المحل قائماً، فإنه يجب رده، كذلك]^(٢) التأويل الفاسد يجب رده ما أمكن.

فأما إذا أتلَّفوا وهلك في أيديهم، فقد تعذر رد هذا التأويل بهلاك المحل فيجب اعتباره، وكان بمنزلة ما لو هلك المبيع الفاسد بعد القبض، لما تعذر رده لفوات محل الرد يجب اعتباره.

وكذلك أهل العدل لا يضمنون ما أصابوا من دمائهم، وأموالهم بسبب إسلامهم؛ وذلك لأن ما أتلَّفوا؛ دفعاً لقتالهم عن أنفسهم، والعاقل إذا أتلَّف عادلاً آخر وماله؛ دفعاً لقتاله، لا يضمن، فإذا أتلَّف الباغي دفعاً لقتاله أولى.

ولو استعان أهل البغي بقوم من أهل الذمة على حربهم، فقاتلوا معهم أهل العدل، لا يكون ذلك نقضاً لعهدهم؛ لأنهم [إن]^(٣) حاربوا المسلمين وهذا يوجب النقض، فقد أعانوا المسلمين وهذا لا يوجب النقض، فلا ينتقض بالشك والاحتمال.

وما أصاب أهل الذمة من قتل أو جراحة أو مال^(٤)، أو أصابنا منهم في ذلك، فلا ضمان كما في حق أهل البغي؛ لأنهم قاتلوا لأجل أهل البغي فصاروا بمنزلتهم، وقد ذكرنا: أن ما أتلَّفنا على أهل البغي، وهم ما أتلَّفوا علينا، لا ضمان لواحد من

(١) في م: فأما.

(٢) في أ: هذا التأويل برد العين فيجب رده وكذلك، وفي م: وهذا.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: منا.

الفريقين على صاحبه فكلك هذا، وبعد الوقوف على هذا الجملة جئنا إلى أصل المسألة .

قال محمد - رحمه الله - : أهل البغي إذا كانوا في عسكرهم، فقتل رجل منهم رجلا، فلا قصاص على القاتل؛ لأن دار البغي تشبه دار الحرب [من وجهه]^(١)، ودار الإسلام من وجهه [آخر]^(٢) تشبه دار الحرب: من حيث إن أحكام أهل العدل لا تجري [عليهم في دارهم، كما لا تجري]^(٣) في دار الحرب، وهم يحاربوننا كأهل الحرب .

[وتشبهه]^(٤) دار الإسلام من وجهه؛ لأنهم مسلمون، ولهذا لم تبين امرأة العادل إذا لحق العادل بدارهم، وصار باغيًا .

ولو كان هذا [دارا للحرب]^(٥) من كل وجهه، لا يجب القصاص أيضا، لأن القصاص مما يندرى بالشبهة .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع أيضًا: في أهل البغي إذا غلبوا على أهل المصر^(٦)، فقتل رجل من أهل البغي رجلا من [أهل]^(٧) المصر عمداً، ثم ظهرنا على ذلك المصر، يقتص له منه .

ومعنى المسألة: أنهم إذا غلبوا، ولم يجر فيها حكمهم [حتى]^(٨) أزعجهم [و]^(٩) لم تنقطع ولاية [إمام]^(١٠) أهل العدل، ومنعتهم على أهل المصر .

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) في م: دار الحرب .

(٦) في م: مصر .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في م .

(١٠) سقط في م .

فأما إذا جرى فيها حكم أهل البغي، فقد انقطعت ولاية [إمام] ^(١) أهل العدل، ومنعتهم، فلا يجب شيء بقتل الرجل من أهل المصر، وإن ظهرنا على ذلك المصر.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير في رجل من أهل العدل قتل باغيًا والقاتل وارثه، ورثه؛ لأنه قتل بحق، فلا يجب ^(٢) حرمان الميراث، كما لو قتل [مورثه] ^(٣) في قصاص له عليه.

وهذا لأن حرمان الميراث جزاء قتل محظور بمنزلة الكفارة، فلا يتعلق بقتل مباح، وإن قتله الباغي فقال الباغي: كنت على الحق [حين] ^(٤) قتلت، وأنا الآن على الحق ^(٥) ورثه منه.

وإن قال: قتلت وأنا أعلم أنني على باطل يوم قتلته، لم أورثه منه في قول أبي حنيفة، ومحمد - رضي الله عنهما -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا أورث الباغي في الوجهين جميعاً ^(٦).

(١) سقط في م.

(٢) في م: يوجب.

(٣) في أ: وارثه.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: حق.

(٦) ذهب الحنفية والمالكية - وهو قول لأبي بكر من الحنابلة - إلى أن العادل إذا قتل قريبه الباغي ورثه؛ لأنه قتل بحق، فلم يمنع الميراث كالقصاص؛ ولأن قتل الباغي واجب، ولا إثم على القاتل بقتله، ولا يجب الضمان عليه. فكذا لا يحرم من الإرث. وكذا لو قتل الباغي ذا رحمه العادل عند المالكية وأبي بكر من الحنابلة، لقولهم: «وموارثهم قائمة». أما الحنفية فقالوا: لو قتل الباغي قريبه العادل وقال: أنا على حق، ورثه عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف. وإن قال: قتلته وأنا على الباطل، لا يرث اتفاقاً بين الإمام وصاحبيه. واستدل - أبو حنيفة - بأنه أتلف ما أتلف عن تأويل فاسد، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا انضمت إليه منعة، وهو إن كان فاسداً في نفسه فإنه يسقط به الضمان، فكذا لا يوجب الحرمان، كما أن التأويل في اعتقاده هو صحيح. وذهب الشافعية، وهو قول ابن حامد من الحنابلة إلى أنه لا يرث لعموم حديث: «ليس لقاتل شيء» [أخرجه مالك في الموطأ (١/٨٦٧) رسلاً. وأخرجه البيهقي بلفظ: «القاتل لا يرث» وفي إسناده مقال. وقال

وهذا التفصيل على قولهما من خواص فوائد الجامع الصغير، لم يذكره في المبسوط.

وجه قول أبي يوسف: أن قتل الباغي مورثه العادل محظور، وهو قتل بغير حق فتعلق به حرمان الميراث، وتأويله لا يكون أكثر تأثيراً من عذر الخطأ، فإنه بعذر الخطأ يسقط الإثم عن الخاطيء، وتأويل الباغي لا يسقط الإثم عنه، وإذا كان القتل خطأً يوجب حرمان الميراث لكونه محظوراً في نفسه، فقتل الباغي مورثه العادل أولى.

وجه قولهما: أن هذا قتل بتأويل صحيح عند القاتل، وذلك التأويل: أن أهل البغي يعتقدون أنهم أهل العدل؛ لأن لهم منعة، كما أن لأولئك منعة، وهذا التأويل وإن كان باطلاً في نفسه إلا أنا قد ذكرنا أن التأويل^(١) الباطل إذا انضم إليه المنعة، فهو كالتأويل الصحيح.

ألا ترى [أن الصحابة - رضوان الله عليهم]^(٢) - [أجمعت]^(٣) على إلحاق التأويل الباطل [بالتأويل]^(٤) الصحيح عند انضمام المنعة^(٥)، بحديث الزهري على ما بينا، وكأنهم إنما فعلوا ذلك - والله أعلم - لأنه لا فائدة في اعتباره فاسداً في نفسه؛ لأنه لا ولاية لإمام أهل العدل عليهم.

⁼ البيهقي: له شواهد تقويه (سنن البيهقي (٦/٢٢٠)) وكذا بالنسبة للباغي إذا قتل العادل، ونص الشافعية: لا يرث قاتل من مقتوله مطلقاً.

ينظر: بداية المبتدي، ص (١٢٤)، وتبيين الحقائق (٣/٢٩٥، ٢٩٦)، والبنابة شرح الهداية (٧/٣٠٧)، والتاج والإكليل (٦/٢٧٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٠٠)، والشرح الصغير (٤/٤٢٩)، ومنهاج الطالبين وحاشية قليوبي (٣/١٤٨)، والمغني (٨/١١٨)، وكشاف القناع (٦/١٦٣)، فتح الباري (٤/٤١٤، ٤١٥).

(١) في م: تأويل.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: المنفعة.

ثم القتل الحاصل بالتأويل الصحيح لا يوجب حرمان الميراث، فكذلك^(١) بالتأويل الباطل، حال فائدته بالمنع بخلاف الخطأ؛ لأن هناك من الجائز أنه كان عامداً قاصداً إلى استعجال الميراث، ولكن أظهر الخطأ من نفسه، ومثل هذا غير موجود هاهنا.

ألا ترى أن هناك تلزمه الدية والكفارة بالقتل، فلا يجب على الباغي هنا دية ولا كفارة.

ثم هذا التأويل عند قوله: كنت على الحق حين قتلت، وأنا الآن على الحق، فأما إذا قال: كنت أعلم [أني على]^(٢) باطل حين قتلت، فقد ظهر بإقراره أن قتله لم يكن بتأويل، وإنما كان على وجه القصد منه إلى استعجال الميراث؛ فيعاقب بالحرمان. وما أصاب أهل البغي من القتل، والأموال على^(٣) أهل العدل قبل أن يصير لهم منعة، فإنهم يؤخذون بذلك؛ لأنهم أصابوه بتأويل فاسد، والتأويل الفاسد بدون المنعة لا عبرة له، كما أن المنعة بدون التأويل لا عبرة لها.

ألا ترى أن للصوص المحاربين منعة، ولكن لما لم يكن لهم تأويل أخذوا بضمنان ما أتلفوا، كذا هاهنا.

ونصنع بقتلى أهل العدل ما يصنع بالشهيد، فلا يغسلون، [ولا يصلى]^(٤) عليهم وهكذا فعله علي - رضي الله عنه - بمن قتل [من]^(٥) أصحابه، وبه أوصى عمار بن ياسر، وحجر بن عدي^(٦)، وزيد [بن صوحان]^(٧) حين استشهدوا.

(١) في م: وكذلك.

(٢) في م: أنا في.

(٣) في م: من.

(٤) في م: ويصلى.

(٥) سقط في م.

(٦) هو: حجر بن عدي بن جبلة الكندي صحابي جليل قتل شهيدا سنة إحدى وخمسين هـ،

وكان من أصحاب علي كرم الله وجهه. ينظر: طبقات ابن سعد (١٥١/٥).

(٧) هو: زيد بن صوحان بن حجر بن عبد القيس، كنيته أبو سليمان، كان ممن أوتي لسانا

ولا يصلى على أهل البغي، ولا يغسلون أيضا، ولكنهم يدفنون؛ لإمطة الأذى، وهكذا روي عن علي - رضي الله عنه - أنه لم يصل على قتلى نهروان^(١)؛ لأن الصلاة على الموتى الدعاء لهم والاستغفار، قال الله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ﴾ وقد منعنا عن ذلك في حق أهل البغي.

[ولأن القيام بغسلهم والصلاة عليهم نوع موالة معهم، والعدل ممنوع عن الموالة مع أهل البغي في حياة الباغي]^(٢) فكذاك بعد مماته.

وكان^(٣) الحسن بن زياد - رحمه الله - يقول: هذا إذا بقيت لهم فته، وإن لم تبق لهم فته، فلا بأس للعدل [أن]^(٤) يغسل قريبه من أهل البغي إذا قتل ويصلي عليه، وجعل ذلك بمنزلة قتل الأسير والتجهيز على الجريح؛ لأن في القيام بذلك مراعاة

= وبيننا، وكان ثقة قليل الحديث، قطعت يده يوم القادسية، وقتل يوم الجمل سنة ست وثلاثين هـ وكان في صف علي رضي الله عنه. ينظر: مشاهير علماء الأمصار، لابن حبان (١٠١/١)، الطبقات الكبرى، لابن سعد (١٢٣/٦) وما بعدها.
(٨) سقط في م.

(١) من قتل من أهل العدل كان شهيدا؛ لأنه قتل في قتال أمر الله به، وذلك بقوله جل شأنه: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ بَنِي نَدْبَةَ﴾ ولا يغسل، ولا يصلى عليه؛ لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها، فأشبهه شهيد معركة الكفار. وفي رواية عند الحنابلة: يغسل ويصلى عليه، وهو قول الأوزاعي وابن المنذر، لأن النبي ﷺ قال: «صلوا على من قال لا إله إلا الله» [أخرجه الدارقطني (٥٦/٢) من حديث ابن عمر. وقال ابن حجر: عثمان بن عبد الرحمن - يعني الذي في إسناده - كذبه يحيى بن معين، التلخيص (٣٥/٢)] واستثنى قتيل الكفار في المعركة، ففيما عداه يبقى على الأصل. أما قتلى البغاة، فمذهب المالكية والشافعية والحنابلة: أنهم يغسلون ويكفنون ويصلى عليهم، لعموم قوله ﷺ: صلوا على من قال: لا إله إلا الله، ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة، فيغسلون ويصلى عليهم. ومثله الحنفية، سواء أكانت لهم فته، أم لم تكن لهم فته على الرأي الصحيح عندهم. وقد روي أن عليا رضي الله عنه لم يصل على أهل حروراء، ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون. ولم يفرق الجمهور بين الخوارج وغيرهم من البغاة في حكم التمسيل والتكفين والصلاة.
ينظر: بدائع الصنائع (١٤٢/٧)، وحاشية ابن عابدين (٣١٢/٣)، وتبيين الحقائق (٣/٢٩٦)، والمغني (١١٢/٨)، (١١٦ - ١١٧).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وكذلك.

(٤) سقط في أ، م.

حق القرابة، ولا بأس بذلك إذا لم تبق لهم فئة^(١).

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يكره بيع السلاح من أهل الفتنة في عساكر أهل الفتنة^(٢)؛ لأن بيعه منهم وهو يعلم أنه يستعمله في الفتنة إعانة على المعصية، ويكره للمسلم أن يعين غيره على المعصية لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْقَوَىٰٓ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، ولأنه حق على الإمام أن يحول بينه، وبين سلاحه أيام الفتنة خوفاً من الفتنة، فلأن يكره بيع السلاح منه وهم من أهل الفتنة أولى.

وفرق أبو حنيفة - رضي الله عنه - بين هذا، وبين بيع العصير ممن يتخذه خمراً حيث لم يكرهه؛ لأن المعصية هناك [لم تقع بالعصير]^(٣)؛ لأنه ما لم يتغير ويشد ويقذف بالزبد لا يصير آلة للمعصية، فلم يكن بيع العصير إعانة على المعصية فلهذا لم يكرهه، وهذا كما لو باع الحديد من أهل الفتنة لا يكره وطريقه ما قلنا.

أما في السلاح: المعصية [لم تقع بغير]^(٤) السلاح، فيكون إعانة على المعصية فيكره، وهذا كبيع المعازف والملاهي يكره، وبيع الخشب الذي يتخذ منه الملاهي والمعازف لا يكره، والفرق ما قلنا.

وكذلك لو باع الجارية المغنية، ممن يتخذها غرضاً للمعاصي فإنه لا يكره؛ لأن عينها ليست بألة المعصية ولا فيها أثر المعصية، بل إن أمرها به أجابته، وإلا فهي كغيرها من الجوارى، فلا يكون بيعها إعانة على المعصية؛ فكان كالثوب يبيعه من أهل الفتنة، والطعام يبيعه من أهل الفتنة لا يكره، فأما عين السلاح معد للمعصية، فالبايع بالبيع معين لهم على المعصية فيكره.

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/١٣١)،

(٢) شرح مختصر الطحاوي، للجصاص (٦/٣٩١)، عيون المسائل للسمرقندي، ص (٤٢٨)،
النتف في الفتاوى للسغدي (٢/٨١٢).

(٣) في أ: لم تغير العصير، وفي م: يعين العصير.

(٤) في م: تقع بعين.

قال: وكان لا يرى ببيعه بأساً بالكوفة من أهل الكوفة، ممن لا يعرف من أهل الفتنة؛ لأن المشتري إذا لم يكن من أهل الفتنة، فالبائع لم يصر ببيعه معيّنًا له على المعصية، فلا يكره^(١) ذلك. والله أعلم.



(١) زاد في م: له.

الفصل الحادي والعشرون في بيع الغنائم وما يتصل به

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: وإذا ولى الإمام بيع الغنائم رجلاً من المسلمين فبيعه جائز^(١).

فرق بين هذا، وبين الوكيل بالبيع، [إذا وكل غيره بالبيع]^(٢)، فإنه لا يجوز، والإمام إذا ولى رجلاً ببيع الغنائم، جاز، فكما أن الوكيل نائب عن الموكل في بيع ما وكل فيه، فالإمام نائب عن الغانمين في بيع الغنائم؛ لأنه تبع للغانمين. ووجه الفرق بينهما وهو: أن الوكيل بالبيع نائب عن الموكل في شيء خاص، وهو البيع؛ لأنه وكله بالبيع لا بالتوكيل، وإذا لم يدخل التوكيل تحت الوكالة بالبيع، صار الحال بعد الوكالة كالحال قبلها، وقبل الوكالة لو وكل الأجنبي غيره لم يجز، فكذلك هذا.

فأما المفوض إلى رأي الإمام في حق الغنائم البيع والتوكيل بالبيع؛ فإن الشرع جعل للإمام أن يفوض إلى غيره جميع ما كان مفوضاً إليه شرعاً؛ فإن النبي ﷺ تارة [كان]^(٣) يباشر ما كان مفوضاً إليه وتارة ينيب غيره في ذلك نيابة.

وكان الإمام في حق الغنيمة بمنزلة الأب، والوصي في مال اليتيم، وهما يملكان بيع مال الصغير، فيملكان [توكيل]^(٤) غيرهما بالبيع، كذا هاهنا^(٥)؛ فصح ما ادعينا قولنا: إن المفوض إلى الإمام في حق الغنائم بيعها، وتوكيل غيره بذلك، فكان له أن يبيع الغنائم بنفسه، وله أن يوكل غيره [بذلك]^(٦).

(١) تبين الحقائق (٤/ ١٦٠).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: هذا.

(٦) في أ: يبيع الغنائم.

قياس مسألة الإمام من الوكالة أن لو وكله الإمام بالبيع، وأجاز صنيعه، فلا جرم إذا وكل الوكيل هناك غيره بالبيع جاز؛ لأنه فوض إليه البيع والتوكيل بالبيع، فملك [إليه]^(١) التوكيل، كما ملك البيع.

فإذا^(٢) باع شيئاً من الغنائم في دار الحرب، أو في دار الإسلام بثمان أقل من قيمة الذي باع، نظر الإمام فيما باع: فإن كان الثمن أقل من قيمة ما باع مقدار ما يتغابن الناس في مثله، فبيعه جائز. وإن كان بحيث لا يتغابن الناس في مثله، فالبيع مردود؛ لأن المولى في بيع الغنائم نائب عن الإمام، والإمام لو باع شيئاً من الغنيمة، وكان الثمن أقل قيمة مما باع، كان الجواب على التفصيل.

[يوضحه]^(٣): أن المحاباة اليسيرة مما لا يمكن المأمور الاحتراز عنها؛ لأنها مما تدخل تحت تقويم المقومين فتكون عفواً، [والمحاباة الفاحشة مما يمكن المأمور الاحتراز عنها؛ لأنها مما لا تدخل تحت تقويم المقومين، فلا تكون عفواً]^(٤) وكذلك هذا، وبهذا الطريق قلنا: إن الأب والوصي في مال الصغير، يعفى [منهما]^(٥) المحاباة اليسيرة، ولا يعفى منهما المحاباة الفاحشة.

ولو أن الذي ولى بيع الغنائم ثم اشترى [شيئاً من الغنيمة لنفسه فإنه لا يجوز شراؤه، سواء اشتراه]^(٦) بمثل القيمة أو بأقل من القيمة أو بأكثر مقدار [ما يتغابن الناس فيه أو لا يتغابن؛ لأنه قام مقام الأمير، والأمير لو اشترى شيئاً]^(٧) من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه، وإن كان للغانمين منفعة ظاهرة.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الجواب قول محمد، أما على قول أبي حنيفة،

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: فإن.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: بينهما.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

وإحدى الروائيتين عن أبي يوسف: ينبغي أن يجوز شراؤه، [كالوصي]^(١) إذا اشترى^(٢) بأكثر من قيمته على وجه يكون فيه منفعة ظاهرة للصغير، يجوز عند أبي حنيفة، وإحدى الروائيتين عن أبي يوسف، فكذا الأمير.

ومن المشايخ من قال: لا، بل هذا قول الكل، وهو الصحيح؛ لأن الإمام إنما يبيع الغنائم على وجه الحكم على المسلمين، ولهذا لا يلزمه العهدة^(٣)، فلو جاز بيعه من نفسه، كان ذلك حكمًا له من نفسه، [وحكم الإمام والقاضي لنفسه لا يجوز.

وهذا المعنى معدوم في حق الوصي؛ لأن الوصي لا يبيع مال اليتيم على وجه الحكم حتى يقال بيعه من نفسه يكون حكمًا لنفسه^(٤) بخلاف بيع الإمام من نفسه. قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : ولولا المعنى الذي ذكرنا في حق الأمير، وإلا لكان ينبغي أن يجوز بيعه من نفسه، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة للغنمين؛ [لأن بيع الوصي إنما لا يجوز من نفسه وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة للصغير]^(٥)؛ لأنه يلحقه العهدة فيؤدي إلى التضاد في الأحكام وإنه لا يجوز، وهذا^(٦) المعنى لا يمكن تحقيقه في حق الأمير والقاضي؛ لأن العهدة لا تلحقهما فلا يؤدي إلى التضاد في الأحكام، ومع هذا لم يجز بيع الأمير من نفسه؛ لأن بيعه خرج على وجه الحكم، وهو لا يصلح حاكمًا في حق نفسه.

وبما ذكرنا من المعنى يقع الفرق بين شراء القاضي شيئًا من مال اليتيم لنفسه، وبين شراء الأب شيئًا من مال الصغير لنفسه، وبين شراء الوصي شيئًا من نفسه؛ فإن

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: اشتراه.

(٣) في م: العدة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وبهذا.

شراء القاضي لا يجوز، وإن كان فيه منفعة لليتيم^(١)، وشراء الأب يجوز بالإجماع إذا لم يكن للصغير فيه ضرر.

فشراء^(٢) الوصي يجوز عند أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف إذا كان للصغير فيه منفعة ظاهرة؛ لأن شراء القاضي وبيعه على اليتيم، إنما يجوز على وجهه^(٣) الحكم عليه، والإنسان لا يصلح حاكماً لنفسه بخلاف شراء الأب والوصي؛ لأن شراءهما وبيعهما على الصغير ليس على وجه الحكم.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: بلغنا أن إبلاً للصدقة^(٤) قدمت، فرأى عثمان بن عفان - رضي الله عنه - [فيها إبلاً معهم]^(٥) فأعجبته، فأقامها في السوق حتى إذا بلغت أقصى ثمنها، أخذها بذلك، فأتى الناس^(٦) عبد الرحمن بن عوف، فعاب ذلك عليه ونهاه عنه، وقال له: هل رأيت عمر بن الخطاب صنع من ذلك شيئاً؟!^(٧)

وكان ذلك أول أمر عيب عليه، وإنكار عبد الرحمن على عثمان - رضي الله عنهما - وانقياد عثمان له في ذلك، دليل على أنه لا يجوز للإمام أن يشتري من مال الصدقات، أو من مال الغنيمة [شيئاً]^(٨) لنفسه، ثم بين الحيلة في ذلك فقال: وإن أراد أن يصير له [من ذلك]^(٩) شيء، فيبيع الذي يريد شراءه بأقصى ثمنه من رجل من المسلمين، ويسلمه ثم يشتري منه بعد هذا.

(١) في أ، م: اليتيم.

(٢) في م: وشراء.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: من إبل الصدقات.

(٥) في م: إبلا.

(٦) زاد في م: عند.

(٧) عيون المسائل للسمرقندي، ص (٤٢٢)، مجمع الضمانات، ص (٤١٠).

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

المسألة على وجهين: إن كان المشتري قد نقد الثمن، [فلأمير أن] ^(١) يشتري ذلك منه بمثل ^(٢) ذلك [وبأقل منه] ^(٣) وبأكثر؛ لأنه يشتري ما باع بعد نقد ^(٤) الثمن [فيشتري] ^(٥) بأي [ثمن] ^(٦) شاء.

وإن كان المشتري لم ينقده الثمن أو نقده إلا درهماً، فالأمير يشتريه بمثل ذلك الثمن وبأكثر، ولا يشتريه بأقل من ذلك؛ لأنه يشتري ما باع بنفسه بأقل مما باع قبل نقد الثمن وإنه حرام.

وعلى هذا: القاضي إذا أراد أن يشتري شيئاً من مال اليتيم لنفسه، لا يجوز ذلك. ولو طلب حيلة حتى يصير له شيء من مال [الصغير - باع من رجل بأقصى ثمنه، ثم يشتري بأي ثمن شاء، إن كان نقد] ^(٧) المشتري الثمن، وقبل [نقد الثمن] ^(٨) لا يشتريه بأقل من ذلك الثمن، أو بأكثر.

فقد جعل محمد - رحمه الله - الوالي فيما يبيع للغانمين -، والقاضي فيما باع لليتيم، بمنزلة الوكيل بالبيع ^(٩)، حتى لم يجوز ^(١٠) لهما شراء ما باع [من مال اليتيم والغنيمة لأنفسهما، فيما باع منه بأقل مما باع قبل نقد الثمن، كما لم يجوز ذلك للوكيل بالبيع، وكان ينبغي أن يلحقهما بالرسول بالبيع، فيجوز لهما شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، فإن الرسول بالبيع، إذا باع ثم اشترى ما باع لنفسه] ^(١١)

(١) في م: لأنه.

(٢) في أ: بثل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: هذا.

(٥) في أ: لا يثبت، وفي م: لأنه يشتري.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: على البيع.

(١٠) في م: يجز.

(١١) سقط في م.

بأقل مما باع قبل نقد الثمن [يجوز، وهذا لأن القاضي والوالي فيما يبيعان للصغير، والغانمين أشبه بالرسول.

ألا ترى أن العهدة تتباعد عنهما فيما يبيعان للصغير والغانمين، كما تتباعد عن الرسول، ولا تتباعد العهدة عن الوكيل بالبيع.

ثم ^(١) إن القاضي والوالي أشبه بالرسول، فيجب إلحاقهما بالرسول في حق شراء ما باعا بأقل مما باع قبل نقد الثمن ^(٢)، لا بالوكيل [بالبيع.

والجواب: أن القاضي فيما يبيع للصغير، والأمير فيما يبيع للغانمين بمنزلة الرسول في البيع من وجه من ^(٣) حيث [يتباعد عنهما العهدة، حتى إن عند استحقاق المشتري لا يرجع بالثمن عليه، كما لا يرجع على الرسول بالبيع ^(٤)؛ لأنهما يضيفان البيع لأنفسهما، بقول الأمير: بعت، وبقول القاضي: بعت، [كما يقول الوكيل بالبيع بعت ^(٥)، فمن حيث إنهما يطالبان المشتري بالثمن، ويطالبهما المشتري بتسليم المبيع كما أن الوكيل بالبيع يطالب [بتسليم الثمن.

والرسول ^(٦) ما يضيف العقد إلى نفسه، وإنما يضيفه إلى المرسل، لا يقول للمشتري: بعت [منك ^(٧)، إنما يقول: باعك فلان، [أو يقول: ^(٨) إن فلانا أرسلني إليك، [ولا ^(٩) يقول [للمشتري ^(١٠) بعت منك.

وكذلك لا يطالب الرسول المشتري بتسليم الثمن، ولا يطالب المشتري بتسليم

(١) في م: فعلم.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: بالتسليم.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

المبيع، فدل أن القاضي والوالي بمنزلة الرسول، إن جاز لهما شراء ما باعا لأنفسهما بأقل مما باعا، فمن حيث إنهما بمنزلة الوكيل بالبيع، لا يجوز لهما ذلك. فإنه باب بني على الشدة والاحتياط، عرف بيانه في حديث عائشة - رضي الله عنها - فقلنا بعدم الجواز احتياطاً.

بخلاف الرسول؛ لأنه [لا]^(١) يشبه الوكيل بالبيع بوجه من الوجوه، فإنه يحكي كلام المرسل وينقل عبارته، فكأن المرسل باع بنفسه من حيث التقدير، [ولو باع بنفسه حقيقة، حل للرسول شراؤه لنفسه بأقل من الثمن الأول، فكذا إذا باع بنفسه من حيث التقدير]^(٢). والله أعلم.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا الفصل: الإقالة في بيع الغنائم:

الإمام إذا باع الغنائم في دار الحرب وسلمها إلى المشتري، ثم لحقهم العدو وعلم الإمام أنه لا طاقة للمسلمين معهم.

فقال الإمام: أيها الناس إنا قد أقلنا المشتريين ما^(١) اشتروا منا، فمن كان معه شيء - مما اشترى^(٢) - فليطرحه، فسمعوا ذلك من الأمير، فطرحوا ما اشتروا، فلا شيء عليهم من الثمن؛ لأن الإمام أقلهم البيع وصحت الإقالة؛ لأنه يملك الإقالة على الغانمين كما يملك أصل البيع، والمشترون قد قبلوا الإقالة في مجلس الإقالة دلالة، فإن طرح المتاع من المسلمين عقب^(٣) سماع الإقالة، والأمر بالطرح قبول منهم الإقالة دلالة، وكما يصح قبول الإقالة في مجلس [الإقالة]^(٤) أيضًا يصح قبولها دلالة بالفعل.

ألا ترى أن من باع من آخر ثوبًا، ثم قال للمشتري^(٥): [إني أقلت]^(٦) البيع الذي جرى [بيني وبينك]^(٧) في هذا الثوب، فاقطعه قميصا فقطعه فور مقالة البائع، فإنه يتم الإقالة بينهما، [وكان]^(٨) قطع المشتري فور مقالة البائع^(٩) قبولًا للإقالة وإن كان فعلا، كذا هاهنا.

فإذا صحت الإقالة، عاد المتاع إلى الغانمين غنيمة كما كان، وبرئ المشترون عن الثمن.

(١) في أ، م: مما.

(٢) في م: اشتراه.

(٣) في أ: عقب.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: المشتري.

(٦) في م: إن أقلنا.

(٧) في أ: مني ومنك.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

وأما ملك الإمام الإقالة على الغانمين مع أنه نائب عن الغانمين في البيع، والنائب عن الغير في البيع لا يملك الإقالة على ذلك الغير كالوكيل بالبيع، فإنه لا يملك الإقالة على موكله؛ لأن الإمام نائب عنهم في البيع والتصرف في الغنيمة بإنابة شرعية نظرا للغانمين؛ لعجزهم عن النظر لأنفسهم بأنفسهم، لا [بإنابة]^(١) من جهة الغانمين^(٢)، فإن الغانمين لم يأمرُوا الإمام بالبيع.

ألا ترى أنه ينفذ^(٣) بيعه إذا رأى النظر في البيع وإن كرهوا بيعه، والنائب عن الغير [في البيع]^(٤) إذا كان نيابة بإنابة شرعية، نظر المنوب عنه، لعجزه عن النظر لنفسه بنفسه يملك الإقالة عليه.

ألا ترى أن الأب إذا باع مال الصغير من رجل، ثم أقال ذلك البيع تصح إقالته عن الصغير.

وكذا الوصي إذا باع مال اليتيم، ثم أقال ذلك البيع، تصح [تلك الإقالة]^(٥)، والأب والوصي يتصرفان للصغير بطريق النيابة عنه، ولكن قيل: بأن نيابته ما ثبتت بإنابة شرعية نظرا لهما، وربما يكون النظر في الإقالة مملكا^(٦) الإقالة على الصغير كما ملكا أصل البيع عليه، فكذلك الإمام يملك الإقالة على الغانمين، كما يملك أصل البيع.

بخلاف الوكيل بالبيع؛ لأنه نائب عن الموكل بإنابة من جهته والداخل تحت الإنابة [البيع فإذا]^(٧) باع فقد انتهت النيابة نهايتها ولا يملك الإقالة بعد ذلك؛

(١) في أ: بإباحة.

(٢) زاد في أ: بعجزه.

(٣) في أ: يتقيد.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: إقالته عن الصغير، وفي م: أقالته.

(٦) في م: يملكا.

(٧) في أ: بالبيع إذا.

ولأن^(١) الإمام يملك نقل حق الغانمين عن الثمن إلى عين أخرى سوى الثمن، فإنه لو اشترى بثمان الغنيمة شيئاً آخر للغانمين، ورأى المصلحة في ذلك، جاز، فكذا يملك نقل حقهم من الثمن إلى الغنيمة بالإقالة عليهم.

ثم إن محمداً - رحمه الله - أثبت قبول الإقالة دلالة بالفعل، [فكأنه اعتبر الإقالة بأصل البيع فإن القبول في باب البيع يثبت دلالة بالفعل]^(٢)؛ حتى إن قال لغيره: اشتريت هذه الصبرة [من]^(٣) الحنطة، فتصدق بها على المساكين عني، فامثل البائع أمره فور مقالته تلك، فإنه يتم الشراء بينهما، ويثبت قبول الشراء من البائع دلالة بالتصدق، وإنه فعل فكذا في الإقالة.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الطرح من المشتريين فور مقالة الإمام.

وإذا لم يطرحه فور مقالة الإمام حتى ساروا منقلة أو منقلتين أو غير ذلك، يكون قطعاً لما أمرهم به، فإنه لا تصح الإقالة؛ لأن الطرح الذي هو دلالة القبول لم يوجد في مجلس الإقالة، لما انتقلوا عن مجلس الإقالة، واشتغلوا بعمل آخر يكون قطعاً لذلك المجلس، ولا بد لصحة الإقالة من قبولها في مجلس الإقالة.

ألا ترى أنه إذا أقر القبول الصريح^(٤) بعد تبدل المجلس إما حقيقة؛ بأن انتقلوا عنه، وإما^(٥) حكماً؛ بأن اشتغلوا بعمل آخر، يكون قطعاً لذلك المجلس لا يصح القبول، ولا تتم الإقالة كذا هاهنا.

ألا ترى أن في مسألة الثوب الذي تقدم، إذا لم يقطعه المشتري قميصاً فور مقالة البائع لا تصح الإقالة؛ وإنما لا تصح لما قلنا.

وإن قال المشترون: قد طرحنا إذ^(٦) سمعنا مقالة الأمير، وتمت الإقالة وبرئنا من

(١) في م: لأن.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بالتصريح.

(٥) في م: أو.

(٦) في م: حين.

الثلث، ولا [يعرف]^(١) ذلك إلا بقولهم، فإنهم لا يصدقون على ذلك؛ لأن الثمن قد وجب عليهم بالبيع، وتؤكد الوجوب بقبض المبيع، فهم^(٢) بدعواهم الطرح فور سماع مقالة الأمير يدعون سقوط الثمن، فلا يصدقون على ذلك إلا بحجة، والحجة: إما البينة، أو تصديق الإمام إياهم في دعواهم.

ولو كان الأمير قال: من طرح منكم المتاع الذي اشتراه [مني]^(٣)، فقد أقلته البيع فيه، فطرحوه، فالقياس ألا تصح هذه الإقالة.

وفي الاستحسان: تصح.

وجه القياس في ذلك ظاهر: أن هذه الإقالة معلقة بالشرط، وهو الطرح، وتعليق الإقالة بالشرط باطل.

ألا ترى أن البائع إذا قال للمشتري: إن دخلت هذه الدار، فقد أقلتك البيع الذي جرى بيني وبينك في هذا الثوب، فإنه لا تصح الإقالة؛ لما قلنا.

وجه الاستحسان: أن هذه الإقالة، [وإن كانت]^(٤) معلقة بالشرط من حيث الحقيقة؛ لأن التعليق بالشرط لا يزول ما علق^(٥) بالشرط إذا وجد الشرط، والإقالة لا تترك عند وجود الطرح، [و]^(٦) إن طرح المشتري ما اشترى استهلاكاً، [و]^(٧) إنه إذا كان في البحر فظاهر، وأما إذا كان في البر [دليل، وأنه]^(٨) لو حصل ذلك في ملك الغير بغير إذنه، يجب الضمان، والإقالة بعد استهلاك^(٩) المشتري لا تصح،

(١) سقط في م.

(٢) في م: فهو.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: يكون.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: بدليل أنه.

(٩) سقط في أ.

فيتعذر أن يجعل ذلك الطرح لتعليق الإقالة، [فكان ذلك الطرح لتتيمم الإقالة]^(١)، وصار تقدير كلامه: قد أقلناكم فاطرحوا، ولو قال هكذا: أليس إنه تصح الإقالة؟ كذا ها هنا.

بخلاف قوله: إن دخلت الدار فقد أقلتك؛ لأن هناك الإقالة معلقة بالشرط صورة ومعنى، [و]^(٢) لأن المبيع قائم بعد دخول الدار، ليتصور نزول الإقالة^(٣) بعد دخول الدار، فأمكن اعتبار معنى التعليق ثمة، والإقالة لا تصح معلقة بالشرط أما ها هنا بخلافه.

أو نقول: هذا وإن كان تعليقا صورة، فهو ليس بتعليق [معنى]^(٤) نظرًا إلى المقصود؛ [لأن مقصود]^(٥) الإمام تحقيق الإقالة والحث على الطرح، وهذا نظير القياس والاستحسان في أصل البيع، إذا قال لغيره: إن أديت إلى كذا - ثمن هذا الثوب - فقد بعته منك، فأدى الثمن في المجلس، يكون يباع استحسانًا؛ لأن غرض صاحب الثوب تحقيق البيع، والحث على أداء الثمن لا التعليق.

أو نقول: لو لم تصح الإقالة، أدى إلى الغرور بالمشتريين؛ لأنهم طرخوا ما اشتروا بناء على أن الإقالة قد وقعت، والغرور مدفوع شرعًا، والذي باع متاع نفسه إذا قال: من طرح ما اشتري، فقد أقلته البيع، فطرخوا، كان الجواب [في حقه]^(٦) هكذا تصح الإقالة استحسانًا، ولا تصح قياسًا.

والذي ذكرنا من الجواب في الإمام فكذا في منادي الإمام إذا أمر الإمام مناديًا حتى نادى في الناس إن الإمام يقول: إنا قد أقلنا المشتريين مما اشتروا منا، فمن كان

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: الإقامة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

معه شيء مما اشترى منا، فليطرحه فطرحوه، صحت الإقالة؛ لأن المنادي رسول من جهة الإمام، يبلغ مقالة الإمام القوم، ولسانه كلسان المرسل، فكأن الإمام قال ذلك بنفسه.

قال: ولو أن الأمير أو مناديه نادى: إنا قد أقلنا المشتريين ما^(١) اشترؤا منا، فمن كان معه شيء مما اشترى منا فليطرحه، والقوم جميعا بحضرة الأمير أو^(٢) المنادي، فسمع بعضهم ذلك من الأمير أو^(٣) المنادي ولم يسمع البعض، فأخبر الذي سمع^(٤) ذلك من الأمير أو مناديه من لم يسمع [ذلك]^(٥) من الأمير [أو المنادي، فطرحوا، فالإقالة جائزة في حق الكل، والكل براء عن الثمن - من سمع من الأمير أو مناديه ومن سمع ممن سمع من الأمير]^(٦) أو مناديه.

ولو كان بعض القوم حضورًا فسمعوا كلام منادي الأمير، وبعضهم غائبًا^(٧) لم يسمعوا [كلام مناديه، ثم حضروا وسمعوا ممن سمع من مناديه، فطرحوا ذلك، فالإقالة]^(٨) جائزة في حق الكل، والكل براء عن الثمن.

والذي باع متاع نفسه من أهل سفينة، وقبض أهل السفينة منه المتاع، إلا أنهم لم ينقدوا الثمن، فخافوا الغرق، فقال البائع: قد أقلتكم البيع فيما اشتريتم، والقوم حضور، فسمع ذلك بعض المشتريين ولم يسمع البعض، فأخبر من سمع من لم يسمع، فطرحوا فور السماع، كانت هذه إقالة^(٩) جائزة، والمشترون منهم براء عن

(١) في م: مما.

(٢) في م: و.

(٣) في م: و.

(٤) في م: سمعوا.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، م: غيبا.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: الإقالة.

الثلث كما في فصل الأمير.

وإن كان البعض حضورًا والبعض غائبًا^(١)، فحضروا بعد ذلك، فأخبرهم الذين كانوا حضورًا وقت مقالة البائع، [فطرحوا فور الخبر، لا تصح الإقالة في حق من لم يكن حاضرًا] وقت^(٢) [مقالة البائع]^(٣)، والثلث عليه [على]^(٤) حاله.

فقد فرقوا في هذه الصورة بين الأمير، وبين البائع متاع نفسه، وقد^(٥) اختلفت عبارة المشايخ في الفرق:

بعضهم قالوا: نداء الأمير لا يراد به خطاب الحاضرين لا غير، ليقصر خطابه على من حضر، ولكن يراد به الإبلاغ والإرسال؛ لأنه إنما ينادي في قومه ليشتهر ويستفيض، والاشتهار والاستفاضة إنما يقع بإبلاغ الحاضر الغائب. فصار كل من سمع نداء الأمير رسولًا إلى من لم يسمع نداءه، ومن حضر نداءه رسولًا إلى من لم يحضر.

[وصار]^(٦) كأنه أمر المنادي حتى يقول في ندائه: [ألا]^(٧) فيبلغ الشاهد الغائب، فتكون إقالة على لسان الرسول، والإقالة [على لسان الرسول]^(٨) جائزة.

وأما الذي باع متاع نفسه هو واحد من الرعايا، لا يراد منه الاشتهار والاستفاضة والإبلاغ، وإنما يراد به خطاب الحاضر لا غير، فمن كان غائبًا فقد ضاع الخطاب في حقه؛ لأن خطاب الغائب لغو، والحاضر ليس برسول إلى الغائب؛ ليجعل^(٩) هذا

-
- (١) في م: غيبا.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) سقط في أ.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في أ: فقد.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في م: فيجعل.

إقالة على لسان الرسول؛ لأن المخاطب لم يجعله رسولاً، حتى لو جعل المخاطب رسولاً إلى الغائب بأن قال: فليبلغ الشاهد الغائب، كان الجواب في [حقه كالجواب في] ^(١) حق منادي الأمير، تصح الإقالة في حق الكل. وهذا الفرق يشير إلى أن الأمير [إذا] ^(٢) قال ذلك بنفسه، ثبتت الإقالة في حق الكل، كما لو نادى مناديه.

وهذا لأن المنادي ينادي عن الأمير، ويبلغ كلامه، فإذا ثبت هذا الحكم بلسان المنادي أولى أن يثبت بلسان الأمير، وإليه مال القاضي [الإمام] ^(٣) - ركن الإسلام علي السغددي - رحمه الله -.

وبعضهم قالوا: إن قول المنادي: أقلناكم البيع، وقول البائع متاع نفسه: أقلناكم البيع خطاب بالإقالة، والخطاب بالعقد يتوقف على ما وراء المجلس إذا أرسل المخاطب بذلك رسولاً إلى الغائب، [وأمره] ^(٤) بتبليغ ذلك إليه أمره، ولا يتوقف على ما وراء المجلس إذا لم يرسل المخاطب بذلك رسولاً إلى الغائب يبلغ ذلك إليه.

ألا ترى أن من قال لغيره: بعث عبي هذا من فلان الغائب بكذا، فبلغ ^(٥) ذلك الغير، فقبل لم ينعقد البيع بينهما.

[ولو قال: فأبلغه، فبلغه وقبل، ينعقد العقد بينهما] ^(٦).

والمعنى فيه: أنه إذا لم يأمر غيره بتبليغ خطابه، [فمجلس العقد] ^(٧) مجلس الخطاب، ولم يوجد القبول في مجلس الخطاب، فلم يوجد القبول في مجلس

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: فبلغه.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

العقد، والقول بالتوقف على ما وراء المجلس متعذر لما ذكرنا أن خطاب العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس.

وإذا أرسل رسولاً، وأمره بتبليغ خطابه إليه، فمجلس العقد مجلس التبليغ، وقد وجد القبول في مجلس العقد، فصح.

إذا ثبت هذا فنقول: في مسألة الأمير وجد الإرسال من الأمير، فإنه أمر المنادي بالتبليغ، وفي [مسألة^(١)] الذي باع متاع نفسه، لم يوجد الإرسال من الذي باع متاع نفسه.

فإن^(٢) قال: ألا فليبلغ الشاهد الغائب، [نقول]^(٣): بأن الإقالة تصح في حق الكل.

ولو لم يوجد الإرسال من الأمير بأن لم يأمر غيره بالنداء، وإنما قال بنفسه: قد أقلتكم البيع، فإنه لا تثبت الإقالة في حق من لم يكن حاضراً، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - وما ذكره - رحمه الله - في حق الأمير إذا قال بنفسه: قد أقلتكم البيع مخالف لما ذكره القاضي الإمام - ركن الإسلام - علي السغدري - رحمه الله -.



(١) سقط في م.

(٢) في أ: بأن.

(٣) سقط في م.

الفصل الثاني والعشرون

في المحصورين إذا طلبوا من الأمير الذي حاصرهم أن يسلموا أو يصيروا
ذمة

ورأى الإمام أن يقاتلهم

قال محمد - رحمه الله - : وإذا حاصر الأمير مدينة من مدائن أهل الحرب، فطلب أهل المدينة منهم أن يسلموا، وأبى الأمير ذلك، فهذا مما لا يحل للإمام. وكذلك لو لم يطلبوا الإسلام، ولكن طلبوا أن نجعلهم ذمة، وأبى الإمام ذلك، فهذا مما لا يحل للإمام؛ وهذا لأن القتال ما شرع لعينه بل لأجل الإسلام، أو لقبول عقد الذمة، قال الله تعالى: ﴿نُقْتَلُوهُمْ أَوْ يُسَلِّمُوا﴾، وقال عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»^(١)، وقال تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾.

فرع فقال: [إذا]^(٢) طلبوا الذمة، ولم يجبههم الإمام إلى ذلك، وقاتلهم وظهر عليهم، خمسه، وقسم الباقي بين العسكر على سهام الغنيمة؛ لأنهم قاتلوه، وسبوه، وهم أهل حرب لا أمان لهم، فصاروا فيئاً لهم، فإذا طلبوا الإسلام ولم يجبههم الإمام إلى ذلك، فلم يسلموا حتى قاتلهم الإمام وظفر بهم وقتل بعضهم وسبى البعض وأتلف أموالهم، فمن قتل منهم فدمه موضوع، وما استهلك من أموالهم فلا ضمان فيه؛ لأن الإمام أصاب [منهم]^(٣) وهم كفار، [إذ لم توجد إلا إرادة الإسلام فلا يصيرون مسلمين، ودم الكفار هدر وضمان]^(٤) أموالهم موضوع. فأما من بقي منهم فإن أسلموا كانوا أحراراً يخلي سبيلهم، ويرد^(٥) عليهم

(١) تقدم.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ورد.

أموالهم؛ لأنهم لما سألوا الأمير^(١) أن يسلموا ويكفوا^(٢) عنهم فقد حرم على المسلمين مقاتلتهم وأسرههم، ولما حرم عليهم مقاتلتهم وأسرههم لا يملكونهم بالأسر فبقوا أحرارا لا سبيل عليهم، وردت عليهم أموالهم.

وبعض مشايخنا قالوا: يمكن أن يقال بأنهم وأموالهم يصيرون فيئا بالأسر مع أن الأسر لا يحل لهم؛ لأنهم سبوا وأخذ أموالهم، وهم كفار - غير مسلمين - ولا أهل ذمة.

ألا ترى أنهم إذا^(٣) طلبوا من الإمام الذمة وأبى الإمام ذلك وقاتلهم وسباهم، صاروا أرقاء مع أنهم لما طلبوا من الإمام أن يجعلهم ذمة، فقد حرم عليهم أسرههم، ولكن قيل: إنهم أسروا وهم كفار - غير مسلمين ولا أهل ذمة-، فصاروا مملوكين بالسبي.

وعلى ما ذكر في الكتاب يفرق بينما، إذا طلب أهل الذمة من الإمام أن يسلموا، وأبى الإمام ذلك وقاتلهم واسترقهم^(٤).

قال في فصل الإسلام: يرد من بقي على الحرية، [ولم يقل في [أهل]^(٥) الذمة يرد من بقي على الحرية]^(٦) ويجعل عليه الجزية.

والوجه في ذلك: أنهم إذا طلبوا الذمة فقد طلبوا الإبقاء على الكفر، والكفر سبب لإباحة القتل والسبي في الأصل، وإنما سباهم الإمام في موضع يسع فيه اجتهاد الرأي.

كيف وإن بعض الناس يقولون: إذا حاصرهم الإمام، لا يقبل منهم الدية فيتعذر

(١) في أ: الإمام.

(٢) في م: ويكفي.

(٣) في م: لو.

(٤) في أ: وأسرههم.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

حكمه وجاز سبيهم، فلا يردون بعد ذلك على الحرية [والجزية]^(١).
 فأما إذا طلبوا الإسلام والإسلام عاصم بقضية^(٢) الأصل، فإنه مما لا يسع فيه
 الاجتهاد، إذ^(٣) لم يقل أحد: إن الإمام إذا حاصرهم وطلبوا الإسلام، ألا يجيبهم
 الإمام إلى ذلك فحرمة السبي هاهنا أكد، فإن^(٤) أسلموا فقد ظهر على الإمام خطؤه
 فعليه أن يرجع عن خطئه ويردهم على الجزية.



(١) سقط في م.

(٢) في أ: بعصمة.

(٣) في م: فإذا.

(٤) في م: فإذا.

الفصل الثالث والعشرون

في المسلم يقتل أسيرًا، وفي المسلم يقتل أصحابه فيما يقاتل

قال محمد - رحمه الله - : وأيما رجل قتل رجلا من الأسرى في دار الحرب أو في دار الإسلام، قبل أن يقسموا أو يباعوا فلا شيء عليه [من دية أو قيمة أو كفارة؛ لأنه قتل كافراً حربياً لا أمان له، ومن قتل كافراً حربياً لا أمان له، فليس عليه شيء] ^(١) مما ذكرنا.

ولكن لا ينبغي له أن يفعل ذلك؛ لأن للإمام رأياً وتديباً في الأسارى إن شاء قتلهم وإن شاء استرقهم، والقاتل بالقتل يبطل على الإمام رأيه وتديبته، وليس لأحد من الرعية ذلك.

قال - عليه الصلاة والسلام - : «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» ^(٢). وإن ^(٣) قتله عمداً كان للإمام أن يؤدبه، نص عليه محمد - رحمه الله - وهذا كله حالة الاختيار.

أما حالة الاضطرار بأن يعالجه الأسير ويقصد الانفلات من يده حتى يعجز عن أن يأتي به الإمام فلا بأس بقتله، وإذا قتله فالإمام لا يؤدبه، قال ذلك غير واحد من الصحابة.

فإذا ^(٤) قسمهم الإمام أو باعهم [حرمت] ^(٥) دماؤهم، وأموالهم حتى لا يحل قتلهم بعد ذلك؛ لأنهم صاروا ذمة تبعاً للذين وقعوا في سهامهم، والذين

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٠/٤)، وفي الأوسط (٢٣/٧) برقم (٦٧٣٩). وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه عمرو بن واقد وهو متروك، مجمع الزوائد (٣٣١/٥).

(٣) في م: وإذا.

(٤) في م: فإن.

(٥) سقط في م.

اشتروهم^(١)، وقتل العبد الذمي حرام.

بخلاف قبل البيع والقسمة؛ [لأنهم] لا^(٢) يصيرون ذمة قبل البيع والقسمة^(٣)، بل يكونون كفارا من أهل الحرب.

وإن قتل رجل واحد منهم بعد القسمة أو البيع، إن كان القتل خطأ كان على عاقلة القاتل القيمة، وعليه الكفارة. وإن كان [قتله]^(٤) عمدا، لم يذكر محمد [هذا]^(٥) الفصل في الكتاب.

وذكر القاضي الإمام - ركن الإسلام - علي السغدي في شرح هذا الكتاب: أن عليه القصاص، كما لو قتل ذميًا حرًا.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة - رحمه الله - : إن كان يعلم بالبيع أو القسمة ويعلم بثبوت حكمهما وهو صيرورتهم ذمة يقتص منه؛ لأنه قتل عمدا ذميًا وقد انتفت الشبهة لما علم بالقسمة^(٦) وعلم بثبوت حكمهما، فأما إذا لم يعلم بالبيع أو القسمة إلا أنه لم يعلم بثبوت حكمهما، فالقياس: أن يقتل به؛ لأنه قتل شخصا محقون الدم على التأييد عمداً في موضع تجري فيه أحكام المسلمين فيقتل به، كما لو علم بالبيع أو القسمة، وعلم بثبوت حكمهما.

وقولنا: (في موضع تجري فيه أحكام المسلمين): احترازاً عن [مسلمين]^(٧) مستأمنين في دار الحرب، أو أسيرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه، فإنه لا يجب القصاص عليه؛ لأنه قتله في موضع لا تجري فيه أحكام المسلمين، وإنما قلنا: في موضع تجري فيه أحكام المسلمين؛ لأنه قتله في دار الإسلام، وفي

(١) في م: أسروهم.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في أ: والبيع.

(٧) سقط في م.

عسكر المسلمين^(١) وإنه موضع تجري فيه أحكام المسلمين.

وفي الاستحسان: لا يقتل به؛ لأنه وإن قتل شخصًا محقون الدم في موضع تجري فيه أحكام المسلمين، إلا أنه لم يعلم أن بالقسمة أو بالبيع يصير ذميًا محقون الدم على التأبيد، فأورث ذلك شبهة في درء القصاص، كمن رمى إلى شخص حسبه كافرًا فإذا هو مسلم.

ونظير هذا القياس والاستحسان في قصاص بين شريكين عفا أحدهما عن القصاص، ثم جاء الساكت وقتل القاتل ولم يعلم بعفو صاحبه، أو علم إلا أنه جهل بحكم العفو.

فالقياس: أن يقتل الساكت.

وفي الاستحسان: لا يقتل كذا هاهنا. وإذا لم [يقتل]^(٢) على جواب الاستحسان، تجب القيمة في ماله ولا تجب الكفارة.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين في دار الحرب أو في دار الإسلام، فرمى رجل من المسلمين بسهم أو نشابة فأصاب رجلًا من المسلمين في صف المشركين قد جاء به المشركون كرهًا، والمسلم الرامي لا يعلم أنه مسلم، أو يعلمه إلا أنه لم يقصده بالرمي، [أو قصده بالرمي]^(٣) إلا أنه ظن أنه حربي، فليس على القاتل دية ولا كفارة، لأن الرمي إلى كل مكان في صف المشركين مباح مطلقًا؛ لأنه أعد نفسه لقتال المسلمين، ومن أعد نفسه لقتال المسلمين يحل قتله دون التبعة^(٤)، والدية والكفارة إنما تجبان بقتل محظور لا بقتل مباح؛ فلو أنا قلنا بوجوب الدية والكفارة هاهنا، لامتنع المسلمون عن قتال

(١) في م: الإسلام.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: السيره.

المشركين، فإن المشركين متى أرادوا قتالهم يجيئون بالمسلمين، وقيمونهم في صفهم فلا يقاتلهم المسلمون خوفاً أن يصيبوا المسلمين وتجب عليهم الدية والكفارة، وقاتل المشركين فرض لا يسع تركه، فما يفضي إلى تركه يكون باطلاً. فلهذا لم تجب على القاتل هاهنا دية ولا كفارة.

وإن علم الرامي أنه مسلم وأنه أخرج مكرهاً، فقصده الرامي بالرمي وقتله، فالقياس: أن يجب القصاص؛ لأن هذا مسلم قتل مسلماً عمداً على وجه الدفع عن نفسه فوجب أن يقاد به، كما لو لم يكن المقتول في صف المشركين.

وفي الاستحسان: لا يجب، لأن الرمي إلى صف المشركين مباح، لما ذكرنا. فكونه في موضع إباحة الرمي والقتل يصير شبهة في درء ما يندرى بالشبهات. أو نقول: المرمى إليه في صف المشركين تصور بصورتهم، والصورة تورث شبهة، والقصاص يسقط بالشبهة.

وهذا كما قلنا: فيمن زفت إليه غير امرأته، فوطئها فولدت فإنه يثبت النسب وإن لم يكن هناك حقيقة فراش، لما أنه تصور بصورة الفراش فكفى ذلك لثبات النسب. ولكن تجب الدية، لأن المال يثبت مع الشبهات، وقد أتلف نفساً متقومة فتكون الدية في ماله؛ لأن فعله عمد والعاقلة لا تعقل العمد، ولا كفارة، لما ذكرنا أن فعله عمد.

ولو كان المسلم الرامي حين رمى انقطع وتره، فوقع السهم على مسلم واقف في صف المسلمين أو مالت الرمية، فأصاب مسلماً قد تقدم يقاتل المشركين أو أصاب مسلماً قد خالط صف المشركين يقاتلهم، فهذا كله سواء، وعلى الرامي الدية^(١) على عاقلته والكفارة في ماله؛ لأن هذا قتل خطأ والقتل الخطأ يوجب الكفارة والدية.

(١) في أ: والقيمة.

والكفارة في هذا الباب: تحرير رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، ولا يدخل الطعام في هذه الكفارة؛ [لأن الكفارة]^(١) لا تعرف قياسًا وإنما تعرف شرعًا، والشرع ورد بتحرير رقبة مؤمنة في حق واجد الرقبة، وبصوم شهرين متتابعين في حق غير واجد الرقبة، ولم يرد به الإطعام، فلا يجزئه الطعام.

لهذا إذا حاصر المسلمون مدينة أو قلعة، فرماه قوم من المسلمين بالمنجنيق [فأصاب المنجنيق]^(٢) رجلا من [المسلمين في]^(٣) الحصن تاجرا كان أو أسيرًا أو مستأمنًا فقتله، فلا دية ولا كفارة.

وكذلك لو دخنوا [على]^(٤) مطمورة فمات من فيها من الدخان وفيهم قوم [من المسلمين]^(٥) قد ماتوا بسبب الدخان فلا شيء على المسلمين [في هذا]^(٦)، لأن الرمي بالمنجنيق والتدخين لقهر المشركين مباح، والفعل المباح لا يصلح سببًا لوجوب الدية والكفارة.

فإن كان المسلمون يقدرّون [على قتل المشركين الذين فيها]^(٧) بغير تدخين فأحب ألا يدخنوا؛ لأن في التدخين إهلاك المسلمين من غير ضرورة وذلك لا يجوز.

ولو رجع^(٨) حجر المنجنيق فقتلهم الحجر ففيه الدية والكفارة؛ لأن هذا قتل خطأ يمكن التحرز عنه في الجملة، وتكون الدية على الذين يمدون الحبل لا على الذين

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: مسلمون.

(٦) في م: وهذا.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في م: رمى.

يمسكون المنجنيق ولا على الذين أمسكوا الحجر وسددوا إليهم؛ لأن القتل بالرمي [والرمي]^(١) للذي يمد الحبل دون الذي أمسك المنجنيق والحجر؛ [لأن مضرة الحجر بقوة الذين يمدون الحبل دون الذين أمسكوا المنجنيق والحجر]^(٢).

وهذا قياس؛ لأنه بمضي الحجر لا بقوة الذين يمدون الحبل دون الذين أمسكوا المنجنيق، وهذا قياس من قبض القوس بيده، ثم إن رجلاً آخر وضع السهم على الوتر فمد صاحب القوس فأصاب إنساناً، فإن دية المقتول على الذي قبض القوس ومدّه، لا على الذي وضع السهم على الوتر.

وإن وقع الحجر على بعض الذين رموا به فقتل رجلاً منهم فعليهم ديته يرفع عنهم حصته من ديته، حتى إن الرماة إذا كانوا [عشرين نفرًا، يرفع عنهم جزءاً من]^(٣) عشرين جزءاً من دية المقتول؛ لأنه قتل نفسه مع أصحابه فكانت حصة نفسه هدراً. كمن جرح نفسه وجرحه جماعة معه ومات فإنه ترفع حصته من الدية، وطريقه ما قلنا.

وكان على كل واحد منهم كفارة [كاملة؛ لأن الكفارة]^(٤) جزء الفعل، وجزاء الفعل لا يحتل الوصف بالتجزؤ بخلاف الدية؛ لأن الدية بدل النفس والبدل مما لا يتجزأ وينقسم.

ولو أن قومًا من المسلمين قاتلوا قومًا من المشركين، فتتسركون بأطفال المسلمين فلا بأس بأن يقاتله المسلم أو يضربه أو يطعنه ويرمي إليه، ولكن ينبغي أن يتعمد به الكافر ولا يتعمد به الطفل وإن أصاب الطفل، فليس عليه في ذلك شيء لا من دية ولا^(٥) كفارة، لأن المسلم ما تعمد بالطعن والضرب الطفل وإنما تعمد

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: من.

الكافر.

قال: ولو كان المسلمون يغرمون^(١) في هذه الديات، أو كان عليهم فيه الكفارة ما أقدموا على القتال، وكيف يقاتل من يجب عليه مما أصاب الكفارة؟ وإذا لم يؤدها كان عاصياً، وإن مات قبل أن يكفر لقي الله تعالى مذنباً مأخوذاً بذنبه إلا أن يعفو عنه، وفي هذا تنصيص على أن المخطئ؛ يكون آثماً بخلاف ما يقوله بعض أصحابنا: إنه لا إثم على المخطئ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾.

ولكننا نقول: التنصيص على إيجاب الكفارة على المخطئ بيان ظاهر على أنه في فعله يأتى، والكفارة ما شرعت إلا ساترة للذنب، والمراد من النص الذي تمسكوا به: رفع الجناح عنه بعد التكفير، وهذا لأن التحرز عن الخطأ في الجملة ممكن، فجاز أن يكون فعله سبب الإثم.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا التقت السريتان من المسلمين [ليلاً]^(٢)، وحسبت كل واحدة منهما أن الذي لقيتها سرية من المشركين فاقتلوا وأجلوا عن القتلى ثم علموا، فلا شيء عليهم من الدية ولا الكفارة؛ لأن كل واحدة من السريتين قتلت السرية الأخرى دفعاً للقتل عن نفسها فإنها قصدت قتلها، [وكل من قتل غيره دفعاً]^(٣) للقتل عن نفسه، فإنه لا يكون عليه دية ولا كفارة.

ألا ترى أن كل واحدة منهما لو علمت أن السرية التي قصدتها من المسلمين ومع ذلك قصدت قتلها كان يسعها قتل التي قصدتها، فإذا قتلت لم يكن عليها دية ولا كفارة، فكذا إذا كانت لا تعلم وكان كمن شهر سيفه على إنسان فقتله المشهور عليه لا شيء عليه؛ لأنه دفع قتله.

(١) زاد في م: هذا.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: وكان من قصد قتال غيره دافعا.

والأصل فيه: ما روى جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: خرجت طليعتان^(١) لرسول الله ﷺ من الخندق ليلاً ثم التقتا، تحت [جنح]^(٢) الليل لا يشعر بعضهم ببعض ولا يظنون إلا أنهم العدو فكانت بينهم جراحات وقتلى، ثم تبادروا شعائر الإسلام فكف بعضهم عن بعض، وذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «جراحاتكم في سبيل الله ومن قتل منكم فهو شهيد»^(٣)، ولم يوجب شيئاً لا من دية ولا كفارة.

ثم معنى قول محمد - رحمه الله - فأجلوا عن قتلى: انكشفوا وتفرقوا، فالإجلاء، كما [يستعمل]^(٤) للمتعمدي يقال: أجلي إذا فعل بغيره، يستعمل في اللازم إذا انكشف وتفرق بنفسه، يدل عليه قول الشاعر:

فأجلوا عن مساكن فارقوها كما أجلي الفراخ عن العشاش
وأما معنى الحديث، قال:

والطليعة: اسم لقوم يخرجون على الخفاء ليطلعوا على الأعداء^(٥).
وقوله: فالتقتا، أي: تواجها^(٦).

وقوله: تحت جنح الليل، أي: في ظلام الليل^(٧).

وقوله: «لا يشعر بعضهم ببعض»، أي: لا يعلم أحد الفريقين أن الفريق الآخر من المسلمين، بل يظن أنهم من المشركين فكانت بينهم جراحات في قوم وقتلى في آخرين.

(١) في أ، م: طائفتان.

(٢) سقط في م.

(٣) شرح السير الكبير للسرخسي، ص (١٠٤).

(٤) سقط في م.

(٥) فقه اللغة وسر العربية، ص (٣٧)، العين (١٢/٢).

(٦) أساس البلاغة (١٧٨/٢).

(٧) التلخيص في معرفة أسماء الأشياء، ص (٢٦٥)، المحكم والمحيط الأعظم (٨٧/٣).

وقوله: «ثم تبادروا شعائر الإسلام»، أي: تبادروا بما اتفقوا على جعله شعارًا لهم.

وقوله: فكف بعضهم عن بعض، أي: أمسكوا جميعًا عن التقاتل^(١) حين علموا أنهم جميعًا مسلمون.

وأخبر النبي ﷺ أن المصيب منهم له ثواب من أصاب ذلك من الكفار، والمصاب منهم له أجر من أصابه ذلك من الكفار؛ لأنه فعل ذلك، أو يحمل ذلك في سبيل الله طلبًا لرضاه. والله أعلم.



(١) في م: القتال.

الفصل الرابع والعشرون

في السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه على دعوى النكاح وما لا يصدق الأصل فيه: أن تصادق المسيبي والمسبية على النكاح [معتبر إذا لم يتضمن إضراراً بالمسلمين بإبطال الملك عليهم، أما إذا تضمن إضراراً بهم فلا، وكان ينبغي ألا يعتبر تصادقهما على النكاح أصلاً^(١)، وبه قال بعض الفقهاء^(٢)؛ لأن السبي حالة مترددة بين الرق بأن يقسمهم الإمام بين الغانمين وبين الحرية بأن يمن عليهم فكانوا بمنزلة المكاتبين في هذه الحالة، والمكاتب مع المكاتبه إذا تصادقا على النكاح لا يعتبر تصادقهما؛ لأنهما لا يملكان إنشاء النكاح فيتھمان في هذا التصادق.

فمن أصحابنا من قال: هذا حكم ثبت بقصة^(٣) عمر - رضي الله عنه - فإنه فتح سواد الكوفة، وقرهم على أنكحتهم ولم يسألهم البينة على ذلك، وهذا لا يستقيم؛ لأن عمر - رضي الله عنه - منَّ على أهل سواد الكوفة^(٤).

وفي هذه المسألة: لو منَّ الإمام عليهم يعتبر تصادقهما على النكاح أيضاً، لأن بالمن تتعدد الحرية الأصلية، والحر والحره على النكاح يعتبر تصادقهما؛ لأنهما لا يملكان إنشاء النكاح فلا يتھمان في الإقرار ولا كلام فيه، وإنما الكلام قبل المن، وقبل المن المسيبي بمنزلة المكاتب لا يملك إنشاء النكاح فيتھم في الإقرار، ولكن

(١) سقط في أ.

(٢) في م: العلماء.

(٣) في م: بقضية.

(٤) الكوفة - بالضم - المصر المشهور بأرض بابل. قال أبو بكر محمد بن القاسم: «سميت الكوفة لاستدارتها أخذاً من قول العرب: رأيت كوفانا، وكوفانا - بضم الكاف وفتحها - للرميلة المستديرة». وقيل: سميت الكوفة كوفة لاجتماع الناس بها، من قولهم: تكوف الرمل. وقيل: سميت كوفة؛ لأنها قطعة من البلاد من قول العرب: قد أعطيت فلانا كيفة أي قطعة، قال أبو القاسم: «قد ذهبت جماعة إلى أنها سميت كوفة بموضعها من الأرض، وذلك أن كل رملة يخالطها حصباء تسمى كوفة»، وقال آخرون: سميت كوفة؛ لأنَّ جبلاً يحيط بها كالكفاف عليها. سميت بجبل صغير في وسطها، كان يقال له: كوفان وعليه اختطت مهرة موضعها وكان هذا الجبل مرتفعاً عليها فسميت به. ينظر: معجم البلدان (٤/ ٤٩٠-٤٩٤).

الوجه الصحيح في هذا أن نقول: بأن لأنكحتهم حكم الصحة في دار الحرب، حتى قال ﷺ: «ولدت من نكاح»^(١).

وسببهما لم يبطل النكاح على ما عرف في موضعه لا بد وأن يكون ظاهر ذلك طريق، وذلك إما التصادق أو الشهادة ويتعذر اشتراط الشهادة، [لأننا لو شرطنا الشهادة]^(٢) كانت الشهادة من أهل الحرب؛ لأن المسلمين لا يحضرون أنكحتهم في دار الحرب، وشهادة أهل الحرب ليست بحجة هاهنا لقيامها على المسلمين، فلو لم يقبل قولهم في ذلك أدى إلى أمر قبيح؛ ألا ترى أن من أصحاب رسول الله ﷺ من [سبي مع زوجه، ولم يعرف ذلك إلا بقولهم، وقرره رسول الله ﷺ]^(٣) على ذلك بمجرد قولهم.

فصار ذلك أصلاً لنا في اعتبار تصادق المسي والمسيبة على النكاح فيجب اعتباره إلا إذا تضمن إضراراً بالغير فحيث لا يعتبر؛ لأن مثله لا يعتبر من المسلم فمن الكافر أولى، وكما يجب اعتبار قولهما في النكاح يجب اعتبار قولهما في النسب؛ لأن

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٣٩٩/١٠) برقم (١٠٨١٢)، والبيهقي في الكبرى (١٩٠/٧)، والبخاري في معالم التنزيل (٣٤١/٢)، من طرق عن أبو الحويرث عن ابن عباس مرفوعاً، بلفظ: «ما ولدني إلا نكاح كنيان الإسلام»، وابن سعد في الطبقات (٥٠/١)، من طريق عكرمة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- بلفظ: «خرجت من لدن آدم من نكاح غير سفاح». وفي الباب من حديث علي بن أبي طالب، وأم المؤمنين عائشة -رضي الله عنهما-. حديث علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-: أخرجه ابن سعد في الطبقات (٥٠/١)، والطبراني في الأوسط (٨٠/٥)، رقم (٤٧٢٨)، وابن جرير في تفسيره (٥٢٢/٦)، رقم (١٧٥١٩)، والبيهقي في الكبرى (١٩٠/٧)، والسهمي في تاريخ جرجان ص (٣٦١)، من طريق محمد بن جعفر بن علي بن الحسين، قال: أشهد على أبي لحدثني عن أبيه، عن جده، عن علي بن أبي طالب مرفوعاً بلفظ: «خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي، لم يصبني من سفاح الجاهلية شيء».

حديث عائشة -رضي الله عنها-: أخرجه ابن سعد في الطبقات (٥١/١) من طريق الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «خرجت من نكاح غير سفاح». ينظر: الدر المنثور (٥٢٥/٣)، في تفسير الآية (١٢٨) من سورة التوبة.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

النسب يثبت في دار الحرب حيث ثبوت أنسابنا في دار الإسلام وبالسبي لا يبطل أنسابهم على ما عرف .

قال محمد - رحمه الله - : إذا سبى المسلمون أهل حصن ، أو أهل مدينة من أهل الحرب فلم يحرزوهم بالدار حتى قال رجل منهم لامرأة منهم : هذه امرأتي وصدفته في ذلك ، أو قالت امرأة منهم لرجل منهم : هذا زوجي وصدقها في ذلك ، ولا يعلم ذلك إلا بقولهما فإنهما يصدقان على ذلك وكانت امرأة له ؛ لما ذكرنا أن تصادق المسيبي والمسبية معتبر إذا لم يتضمن إضرارًا بالمسلمين بإبطال الملك عليهم ولم يتضمن ذلك ؛ لأن قبل الإحراز لم يثبت الملك للغانمين في الغنيمة أصلاً على ما عرف في موضعه ، وجاز أن يعتبر تصادقهما ، ولأن أسوأ حال المسيبي والمسبية أن يعتبرا رقيقين ، إلا أن الرقيق من أهل النكاح والإقرار به حقيقة .

وإنما لم يصح إقرار الرقيق بالنكاح شرعاً ، لما فيه من الإضرار بالمولى ، إما من جهة سبب تحريم الفرج على المولى ، وإما من جهة العبد بسبب شغل رقبته وماليته بالمهر فإنه عيب ،

وهذا المعنى لا يوجد هاهنا ، لأن الغنائم لا تملك قبل الإحراز بدار الإسلام أصلاً ، فلا يتحقق ضرر تحريم الفرج ولا ضرر التعيب ، بسبب شغل الرقبة والمالية .

وكذلك الجواب : فيما إذا تصادقا على النكاح بعد الإحراز [قبل القسمة يعتبر تصادقهما وكانت امرأة له ؛ لأن بمجرد الإحراز لا^(١) يثبت الملك للغانمين في الغنيمة ؛ ألا ترى أن للإمام ولاية قتل الرجال بعد الإحراز قبل القسمة ، وألا ترى أن للإمام أن يمن عليهم في هذه الحالة بأن يعيهم إلى مدينة أو قرية من دار الإسلام ليعمروها ، ولو ثبت الملك للغانمين في الغنيمة لكانت هذه الأحكام على عكس هذا ، وإذا لم يثبت الملك للغانمين بمجرد الإحراز ، لا يتأتى ضرر إبطال الملك ،

(١) سقط في أ .

ولا ضرر تحريم الفرج، ولا ضرر التعيب بسبب شغل الرقبة والمالية .
 وإن تصادقا بعد الإحراز وبعد القسمة لم يعتبر تصادقهما حتى يصدقهما من وقعا
 في نصيبه، وإنما كان هكذا؛ لأن بعد القسمة ثبت عليها ملك المتعة، بملك الرقبة
 لمن وقعت في سهمه، وفي هذا التصادق إبطال ملك المتعة عليه وتحريم الفرج
 عليه، وكذلك مالية العبد ورقبته، صارت خالصة لمن وقع العبد في نصيبه بالقسمة،
 [وفي هذا]^(١) التصادق شغل ماليته ورقبته بالمهر والنفقة وإنه تعيب للمالية فيكون
 إبطالا للمالية من وجه فيتأتى ضرر إبطال الملك على المعنى الأول، وضرر التعيب
 وتحريم الفرج على المعنى الثاني .

وكذلك إذا تصادقا على النكاح بعد القسمة في دار الحرب [أو بعد البيع في دار
 الحرب لم]^(٢) يعتبر تصادقهما؛ لأن قسمة الإمام الغنائم ويبيع إياها في دار الحرب
 صحيح، فثبت الملك في الجارية والعبد للمشتري ولمن وقعا في سهمه بالقسمة
 فيتأتى ضرر إبطال الملك وضرر التعيب وتحريم الفرج .

قال: ولو أن الإمام لم يقسم الغنائم ولم يبيعها، حتى أذعى رجل من السبي غلامًا
 صغيرًا لا يعبر عن نفسه أنه ابنه، فكانت الدعوى في دار الحرب صحت الدعوى
 سواء كان الغلام في يد [هذا]^(٣) المسي [أو في يد حربي آخر مثله أو في يد
 مسلم]^(٤) في باب النسب معتبرًا، إلا إذا تضمن إضرارًا بالغير أو لم يتضمن؛ إذ ليس
 فيه إبطال حق على أحد وفيه نفع للصغير؛ لأنه يسترى بسبب النسب فيعتبر قوله
 ويكون الولد كافرًا .

أما إذا كان في يد المدعي أو^(٥) في يد حربي آخر ظاهر، لأن الصغير الذي يعبر

(١) في م: وهذا .

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: ما .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) زاد في أ: حرًا .

عن نفسه إنما يحكم له بالإسلام تبعًا للأبوين أو أحدهما أو تبعًا لصاحب اليد أو تبعًا للدار، ولم يوجد شيء من ذلك هاهنا، فلا يكون مسلمًا.

أما إذا كان في يد مسلم فكذلك؛ لأن الصغير إنما يصير مسلمًا تبعًا لصاحب اليد إذا لم يكن معه أحد أبويه، وهذا الصغير مع الأب فإنه يثبت النسب من هذا المدعي، ولأن يد المسلم غير متأكدة لانعدام الإحراز بدار الإسلام، فلا يصير الصبي تبعًا لهذه اليد، ولا يحكم له بالإسلام لهذا.

وإن كانت الدعوى بعد الإحراز بدار الإسلام: إن كان الصبي في يد هذا المدعي أو في يد حربي آخر صحت دعواه^(١) لما ذكرنا، ويكون كافرًا لو مات لا يصلى عليه، ولا يحكم بإسلامه تبعًا للدار؛ لأنه إنما يحكم بإسلامه تبعًا للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه ولم يكن في يد كافر آخر.

أما إذا كان في يد مسلم: فالقياس ألا تصح دعوته، ويكون مسلمًا لو مات يصلى عليه.

وفي الاستحسان: تصح دعوته، ويثبت النسب منه ولكن يكون مسلمًا لو مات يصلى عليه.

وجه القياس في ذلك: أن يد المسلم تأكدت بالإحراز بدار الحرب فحكم بإسلامه تبعًا له وتبعًا للدار، وفي تصحيح دعوته تبديل دينه؛ لأنه لا عبرة لتبعية صاحب اليد والدار مع تبعية أحد الأبوين، وفيه إضرار بالصغير فلا تصح دعوته. وجه الاستحسان في ذلك: أن إثبات النسب ينفع [الصغير]^(٢)؛ لأن الولد يشرف إذا كان له أب معروف [ويتعير إذا لم يكن له أب معروف]^(٣) وتبديل الدين يضره، فتصح دعوته فيما ينفعه، ولا تصح فيما يضره [فيثبت النسب منه، ويكون مسلمًا] لو

(١) في أ: دعوته.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

مات^(١) [يصلى عليه .

وليس من ضرورة^(٢) ثبات نسبه منه أن يكون كافرًا؛ ألا ترى أنه لو أسلمت أم الصغير يحكم بإسلامه تبعًا للأم، وهو ثابت النسب من الكافر كذا هاهنا. قال مشايخنا - رحمهم الله - : وهذا هو [القياس والاستحسان]^(٣) الذي ذكرنا في كتاب اللقيط في ذمي ادعى نسب لقيط وجده مسلم في دار الحرب، فإذا^(٤) كان الصغير يعبر عن نفسه ويعقل إلا أنه لم يبلغ بعد لا يثبت نسبه إلا بتصديقه، فإن صدق الحربي فيما ادعى ثبت نسبه منه وإن كان كافرًا على دينه، سواء كان في يد المدعي أو في يد حربي [آخر]^(٥) أو في يد مسلم لو مات لا يصلى عليه؛ لأنه بتصديقه إياه أقر أنه تابع له في الدين، وردة الصبي العاقل صحيحة استحسانًا فكذا إقراره أنه على دينه.

وبهذا التفصيل يستدل بعض أصحابنا - رحمهم الله - : أن الصحيح من المذهب أن الصبي إنما يجعل تبعًا لأبيه في الدين، إذا كان لا يعقل ولا يعبر عن نفسه، أما إذا كان يعقل ويعبر عن نفسه فلا.

ألا ترى أنه لو لم يجعل مسلمًا تبعًا للدار هاهنا، لما كان يعقل ويعبر عن نفسه. وقد ذكرنا في صدر الكتاب مسألة تدل على بطلان هذا القول. قال: وإذا ادعت امرأة من السبي صبيًا تحمله وهو لا يعبر عن نفسه أو يعبر إلا أنه صدقها في ذلك، لا تصح دعواها ولا يثبت نسبه منها بخلاف الرجل. والفرق: أن الأب أصل في النسب والأم كالتابع [له]^(٦)، فكان ثبوت النسب من

(١) سقط في م .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: الاستحسان والقياس .

(٤) في م: فإن .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

الأم بناء على ثبوت النسب من الأب^(١) يثبت أولاً من الأب ثم يثبت من الأم تبعاً لثبوته من الأب.

والدليل على أن الأب أصل: قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾.

وقال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾، أضاف الولد إلى الأب بلام التملك ولهذا اختص بالنفقة.

قال القائل: فإنما أمهات الناس أوعية.

وإذا كان الأب أصلاً كان هو في الإقرار بالولد مقراً على نفسه فيصح إقراره، وإذا كانت الأم تبعاً كانت هنا في الإقرار بالبنوة مقرة على الغير فلا يصح إقرارها. فإن مات هذا الصبي في دار الحرب لا يصلى عليه إلا إذا كان في يد مسلم بالبيع أو بالقسمة، فإن حكم الإسلام تبعاً لصاحب اليد فيصلى عليه إذا مات، وإن مات بعد الإحراز بدار الإسلام ولم يصف الكفر، يصلى عليه وإن كان في يدها؛ لأننا حكمنا بإسلامه تبعاً للدار، ولا عبرة ليدها بدلالة بطول دعوتها فيه.

ثم قال في الكتاب: ولم يصف الكفر، وهذا دليل على حكم التبعية في الدين، وإنما لم يثبت إذا لم يظهر فيه خلافه.

وإذا أراد الإمام أن يفرق بينها وبين هذا الصغير الذي ادعت نسبه بالقسمة أو البيع، كره استحساناً إذا كان الصبي في يدها.

وأما إذا لم يكن الصبي في يدها لا يكره التفريق؛ لأن كراهة التفريق إنما عرف بالآثار، والآثار فيما إذا كان الصبي في يدها.

كان المعنى في ذلك: وهو أن الصبي إذا كان في يدها فالجمع ثابت بينهما حساً فيجب اعتبار قولها في المنع من التفريق احتياطاً، لأن الإنسان إذا لم يفرق وله ذلك خير من أن يفرق وليس له ذلك، فأما إذا لم يكن الصبي في يدها فالجمع غير ثابت

(١) زاد في م: ثم.

بينهما أصلاً، فلو اعتبرنا قولها اعتبرناه لإثبات الجمع ولا يجوز اعتبار تجدد قولها لإثبات الجمع.

قال: ولو مات أحدهما بعد ما أعتقا - يريد به الجارية المدعية، أو الصغير والذي ادعاه - لا يتوارثان [هكذا ذكر هاهنا].

وذكر في بعض روايات كتاب الدعوى فقال: لا يتوارثان^(١) إلا أن [لا]^(٢) يكون لهما وارث معروف.

[وقيل: لا اختلاف بين الروايتين^(٣) لكن ما ذكر هاهنا محمول على ما إذا كان لهما وارث معروف^(٤)، وإنما يتوارثان إذا لم يكن لهما وارث معروف باعتبار أن كل واحد منهما، أقر [له صاحبه]^(٥) بالميراث والنسب، وليس في اعتبار إقرارهما في حق الميراث إبطال حق على أحد، إذا لم يكن لهما وارث معروف، [فيعتبر]^(٦) وليس من ضرورة صحة الإقرار بالميراث صحة الإقرار بالنسب.

ألا ترى أن من مات وترك اثنين وأقر أحدهما بنكاح ثالث^(٧)، صح إقراره له بالميراث حتى يشاركه في نصيبه، ولم يصح إقراره له بالنسب، كذا هاهنا بخلاف ما إذا كان لهما وارث معروف؛ لأن في اعتبار إقرارهما في حق الميراث إبطال حق^(٨) على الوارث المروف، وليس لهما هذه الولاية، أما هاهنا بخلافه^(٩).

وقيل: في المسألة روايتان؛ على رواية هذا الكتاب لا يتوارثان^(١٠)، وعلى بعض

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: الوارثين.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: لصاحبه.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: الآخر.

(٨) في م: الحق.

(٩) في م: فبخلافه.

(١٠) زاد في م: فإن لم يكن.

رواية كتاب الدعوى يتوارثان إذا لم يكن لهما وارث معروف .
 وجه ما ذكر في بعض رواية كتاب الدعوى : ما ذكرنا .
 وجه ما ذكر هاهنا : أن الإقرار بالمال هاهنا ما يثبت^(١) مقصودا ، [وإنما يثبت]^(٢)
 في ضمن الإقرار بالنسب ، فإذا لم يثبت المتضمن وهو النسب هاهنا كيف يثبت
 المضمن وهو المال؟

ولو ادعت امرأة من السبي غلاما في يدها أنه ابنها من هذا الرجل ، وهذا الرجل
 زوجها [وصدقها الرجل في ذلك ، فهما مصدقان ، والرجل زوجها]^(٣) ، والغلام ابنها
 إذا كان قبل الإحراز بدار الإسلام ، أو بعد الإحراز قبل القسمة ، والرجل زوجها ؛
 لأنهما تصادقا على النكاح ، وتصادقهما على النكاح قبل الإحراز وقبل القسمة
 معتبر ، والغلام ابنها ؛ لأن قول المسي في باب النسب معتبر على ما مر ، فيثبت
 النسب بقول الزوج وأحمل^(٤) به على الفراش الظاهر ، وذلك يقتضي ثبوت
 النسب^(٥) ضرورة أو نقول : قول المسي في باب النسب معتبر كذا قول المسبية ؛
 لأنها لا تحمل النسب على الغير هاهنا لإقرار الزوج بذلك .

وكذلك إذا لم يكن الصبي في يد واحد منهما ، فتصادقا على ذلك فهما مصدقان ،
 والرجل زوجها والغلام ابنهما ؛ لما قلنا ، وكان على دينهما إذا كانوا في دار الحرب
 تبعا لهما ، وكذلك إذا كانوا في دار الإسلام ، ولم نحكم بإسلامه تبعا [للدار]^(٦) ؛ لما
 ذكرنا أن تبعية الأبوين ، وصاحب اليد من تبعية الدار .

ولو تصادقا على ذلك بعد القسمة أو^(٧) بعد البيع في دار الحرب أو في دار

(١) في م : ثبت .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م : وأحل .

(٥) زاد في م : منهما .

(٦) سقط في أ .

(٧) في م : و .

الإسلام، لا يصدقان على النكاح، ولا على النسب إلا بالتصديق له على النكاح؛ ولأن في إثبات النكاح في هذه الصورة إضرارًا بالمشتري وبمن وقعا في سهمه على ما مر.

وأما على النسب، فلأنه صار مملوكًا للمشتري ولمن وقعا في سهمه، ودعوى الإنسان بنسب^(١) مملوك الغير لا تصح إلا بتصديق المالك، بخلاف ما قبل القسمة والبيع؛ لأن هناك لم يثبت الملك لواحد وأما هاهنا فبخلافه.

ولو أن مسلمًا مقيمًا في دار الحرب ادعى صبيًا من السبي فقال: هذا [الصبي]^(٢) ابني من هذه المرأة [وهذه امرأتي فصدقته المرأة]^(٣) في ذلك والصبي لا يعبر عن نفسه، أو يعبر فصدقهما في ذلك وكان ذلك في دار الحرب قبل القسمة وقبل البيع، فإنه تصح دعواه ويثبت النسب والنكاح؛ لأنه ثبت ذلك بقول الحربي ودعواه في هذه الحالة فنقول: المسلم أولى وكان الولد مسلمًا تبعًا للأب.

ثم ينظر في الولد، إن كان عليه سيماء المسلمين وعلاماتهم، فهو حر لا سبيل عليه؛ [لأن السيماء]^(٤) تقبل كشهادة الظاهر فيثبت كونه حرًا مسلمًا ظاهرًا من الأصل، والظاهر [يصلح]^(٥) حجة لدفع الرق.

وإذا لم يكن عليه سيماء المسلمين [وعلاماتهم كان فيئا للغنمين، وكان ينبغي ألا يصير فيئا؛ لأنه إذا ثبت نسبه من المسلم، استند^(٦) إلى وقت العلق فتبين أنه علق حرًا مسلمًا]^(٧) فكيف يكون رقيقًا؟

(١) في م: بسبب.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: أسند.

(٧) سقط في أ.

والجواب بأن نقول: [إن النسب]^(١) إنما يثبت بدعواهما للحال وحق الغانمين ثابت قبل ذلك؛ فلا تبطل^(٢) بقولهما، والاستناد ثبت^(٣) في حقهما، فلا يثبت النسب فيما يرجع إلى إبطال.

يوضحه: أن قول الإنسان إنما يعتبر فيما ينفعه لا فيما يضر بالغير، وثبوت النسب ينفعهما ولا يضر بالغير؛ فيعتبر تصادقهما، أما إبطال حق الغانمين يضر بهما، فلا يعتبر تصادقهما فيه.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: ونظير هذا المكاتب إذا كان له أخ حر فمات الأخ الحر، وترك ابن عم حراً، كان الميراث لابن العم دون المكاتب، فإن ادعى المكاتب ابناً حراً من امرأة حرة أنه ابنه منها، وصدفته المرأة في ذلك، صحت دعوته وثبت النسب منه، ولم يصدق في حق تحويل الميراث من ابن العم إليه؛ لأن النسب ثبت بإقراره في الحال، فلا يبطل ما يثبت^(٤) لابن العم من الحق قبله^(٥)، فكذا في مسألتنا.

ثم استشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أنه لو كان الابن كبيراً ادعى أنه مسلم، وأنه كان مأسوراً فيه، إن كان عليه سيماء المسلمين حكم بإسلامه وكان حراً لا سبيل عليه، وإن لم يكن عليه سيماء المسلمين، كان فيئاً، وتأثير^(٦) قول الأب في حقه لا يكون أكثر من تأثير^(٧) قوله لو كان هو من أهل [الحق]^(٨).

استشهد بهذه المسألة أيضاً حال ما تقدم قال: ولو كانت الدعوى بعدما قسم

-
- (١) في م: النسب.
 - (٢) في أ: يثبت.
 - (٣) في م: يثبت.
 - (٤) في م: ثبت.
 - (٥) في م: مثله.
 - (٦) في م: وأما.
 - (٧) في م: ما هو.
 - (٨) سقط في م.

الإمام الغنائم أو باعها، لم تصح إلا بتصديق من المشتري أو ممن وقع في سهمه؛ [لما ذكر أنه صار مملوكًا للمشتري أو لمن وقع في سهمه]^(١)، ودعوى الإنسان نسب مملوك للغير لا يثبت إلا بتصديق من المالك بخلاف ما قبل القسمة والبيع؛ لأن هناك لم يثبت^(٢) الملك لأحد على ما مر، والله أعلم.



(١) سقط في أ.
(٢) زاد في م: نسب.

الفصل الخامس والعشرون في مسائل المرتدين وأحكامهم

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في إجراء كلمة الكفر مع علمه أنها كلمة الكفر أو من غير علمه وفي الخطأ في ذلك، وفي حديث النفس، والرضى بالكفر.

يجب أن يعلم أنه إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير، فعلى المفتي أن [يميل إلى] ^(١) الوجه الذي يمنع التكفير تحسباً للظن بالمسلم.

ثم إن كان نية القائل الوجه الذي يمنع التكفير، فهو مسلم. وإن كانت نيته الوجه الذي يوجب التكفير، لا ينفعه فتوى المفتي ويؤمر بالتوبة والرجوع عن ذلك، وتجديد النكاح بينه وبين امرأته.

ومن أتى بلفظة الكفر مع علمه أنها لفظة الكفر عن اعتقاده، فقد كفر. وإن لم يعتقد، ولم يعلم أنها لفظة الكفر، ولكن أتى بها عن اختيار، فقد كفر عند عامة العلماء، ولا يعذر بالجهل.

وإن لم يكن قاصداً في ذلك، بأن أراد أن يتلفظ بلفظ آخر، فجرى على لسانه لفظة الكفر من غير قصد، وذلك نحو إن أراد أن يقول: لا إله إلا الله فجرى على لسانه أن مع الله إلهاً آخر. أو أراد أن يقول: «توأزلي، وما بنذ كان تو»، فجرى على لسانه على العكس - لا يكفر.

وفي الأجناس عن محمد - رحمه الله - أيضاً أن من أراد أن يقول: أكلت فقال: كفرت، أنه لا يكفر ^(٢).

قالوا: وهذا محمول على ما بينه وبين الله تعالى، وأما القاضي لا يصدقه. ومن أضمّر الكفر، أو همّ به، فهو كافر.

(١) في م: يسأل على.

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٢٤).

ومن قال: لا إله، [وأراد أن يقول: لا إله] ^(١) إلا الله، فلم يقل، لا يكفر؛ لأنه معتقد على الإيمان.

ومن كفر بلسانه طائغًا وقلبه مطمئن بالإيمان، فهو كافر، ولا ينفعه ما في قلبه؛ لأن الكافر إنما يعرف من المؤمن بما ينطق به، فإذا نطق بالكفر كان كافرًا عندنا، وعند الله تعالى.

ولو قال: إن كان غدا كذا فأنا أكفر، قال أبو القاسم: هو كافر من ساعته. وفي سير الأجناس: من عزم على أن يأمر غيره بالكفر، كان بعزمه كافرًا. ومن خطر بباله شيء ^(٢) يوجب الكفر، [وتكلم به وهو كاره لذلك، لا يضره، وهو محض الإيمان.

ومن تكلم بكلمة توجب الكفر ^(٣) وضحك بها غيره يكفر الضاحك، ولو ^(٤) تكلم ^(٥) بها مذكرا ^(٦)، وقبل القوم ^(٧) ذلك منه، فقد كفروا ^(٨).

ومن رضى بكفر غيره، فقد اختلف المشايخ فيه، قالوا: في السير الكبير مسألة تدل على أن الرضى بكفر الغير ليس بكفر، وصورة ما ذكر في السير: المسلمون إذا أخذوا أسيرا، وخافوا أن يسلم فكمموه - أي سدوا فمه بشيء حتى لا يسلم أو ضربه حتى يشتغل بالضرب فلم يسلم، فقد أسأؤوا في ذلك، ولم يقل [فقد] ^(٩) كفروا.

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: أشياء.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: ولم.

(٥) في م: يكلم.

(٦) في م: مذكر.

(٧) في م: القوة.

(٨) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٢٤).

(٩) سقط في أ.

وأشار الشيخ الإمام الأجل - شمس الأئمة - السرخسي - رحمه الله - إلى أن هذه المسألة لا تصلح دليلاً؛ لأن تأويل هذه المسألة: أن المسلمين يعلمون أنه لا يسلم حقيقة، ولكن يظهر الإسلام تقية؛ لينجو من شر القتل؛ فلا يكون هذا منهم^(١) رضا بكفر الغير.

وذكر شيخ الإسلام في شرح السير: أن الرضى بكفر الغير إنما^(٢) يكون كفراً، إذا كان يستجيز^(٣) الكفر ويستحسنه، أما إذا كان لا يستجيزه ولا يستحسنه، ولكن أحب الموت أو القتل على الكفر لمن كان شريراً مؤذياً بطبعه حتى ينتقم الله منه، فهذا لا يكون كفراً.

ومن تأمل قول الله تعالى: ﴿رَبَّنَا أَلِمْسَ عَلَيَّ أَمْوَالَهُمْ وَأَشْدُدْ عَلَيَّ قُلُوبَهُمْ فَلَا يُؤْمِنُوا﴾، يظهر له صحة ما ادعينا.

وعلى هذا إذا دعا على ظالم: أمانك الله على الكفر، أو قال: سلب الله عنك الإيمان، أو دعا عليه بالفارسية: «خداي عز وجل جان تو بكافري ساندا» فهذا لا يكون كفراً إذا كان لا يستحسن الكفر ولا يستجيزه، ولكن تمنى أن يسلب الله تعالى عنه الإيمان؛ حتى ينتقم منه على ظلمه، وإيذائه بالخلق^(٤).

وقد عثرنا على رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الرضى بكفر الغير كفر من غير تفصيل.

ثم ما يكون كفراً بلا خلاف يوجب إحباط العمل، ويلزمه إعادة الحج إن كان قد حج، ويكون وطؤه مع امرأته زناً، والولد المتولد في هذه الحالة يكون ولد الزنا. وإن أتى بكلمة الشهادة بعد ذلك إذا كان الإتيان على وجه العادة: [لم ينفعه ما

(١) في م: منه.

(٢) في م: لا.

(٣) في م: مستجيزاً.

(٤) في م: الخلق.

لم^(١) يرجع عما قال؛ لأن الإتيان بكلمة الشهادة على وجه العادة لا يرفع الكفر - وما كان في كونه كفرًا اختلاف^(٢) فإن قائله يؤمر بتجديد النكاح، والتوبة والرجوع عن ذلك بطريق الاحتياط.

وما كان خطأ من الألفاظ ولا يوجب الكفر: فقائله مؤمن على حاله ولا يؤمر بتجديد النكاح، ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك. والله تعالى أعلم.



(١) في م: ولم.
(٢) في م: بخلاف.

نوع آخر من ذلك: فيما يقال في ذات الله سبحانه وتعالى وصفاته:
 وإذا وصف الله تعالى بما لا يليق به، أو سخر باسم من أسماء الله تعالى، أو
 بأمر من أوامره^(١)، أو أنكر وعده أو وعيده، يكفر.
 ولو قال: فلان في عيني كاليهودي في عين الله تعالى، يكفر، وعليه جمهور
 المشايخ.

وقد^(٢) قيل: إن عنى به استباح فعله، لا يكفر.
 وإذا قال: دست خدائي درأ زست، فهذا كفر عند أكثرهم، وبعض أصحابنا
 قالوا: إن عنى به الجارحة، فهذا كفر، وإن عنى [به]^(٣) القدرة، لا يكون كفرًا.
 وإذا قال: بين يدي^(٤) الله تعالى، فقد قال بعض مشايخنا: إن هذا اللفظ لا
 يجوز، وقال بعضهم: يجوز.

وذكر الخصاص في أدب القاضي: حديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه -
 أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من قاض أو وال يؤتى به يوم القيامة حتى
 يوقف بين يدي الله تعالى على الصراط»^(٥). وإنه صريح في جواز هذا اللفظ.
 قال الشيخ الإمام - شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح أدب
 القاضي: هذا اللفظ موسع في اللسان في العربية والفارسية، وإن كان [الله]^(٦) منزها
 عن الجهة، وإن كان كثيرًا من الأخبار، والآثار ورد بهذا اللفظ.

وذكر - شمس الأئمة - السرخسي فقال: هذا اللفظ يجوز إطلاقه بالعربية

(١) في م: أوامر الله تعالى.

(٢) في م: و.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يد.

(٥) ينظر: حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد: كتاب
 أدب القضاء شرح الخصاص، تحقيق: محيي هلال السرحان، العراق وزارة الأوقاف، إحياء
 التراث الإسلامي، الكتاب الثامن والعشرون (١/١٣٨).

(٦) سقط في م.

والفارسية، ومن يتحرز عن الفارسية فإنما يتحرز مخافة فتنة الجهال، أما من حيث الدين فلا بأس به.

وفي مجموع النوازل: إذا قال: «دای خدای باید، کرفتن» ينظر: إن اعتقد أن لله تعالى رجلاً، وهي الجارحة [يكفر]^(١) وإن أراد أنه لا نجاة في هذا إلا بالاعتصام بالله، لا يكون كفراً.

وهذا شائع في العرف أن يقولوا: «درین کاربای فلان راباید کرفتن» ولا يريدون به رجله على الحقيقة.

لكنه شنيع إذا قال: «فلان راخدای آفریده است وازیش خوش رانده»، يكفر.



(١) سقط في م.

نوع آخر: في ذكر المكان لله تعالى:

إذا قال: الله تعالى في السماء عالم^(١)، إن أراد به المكان: كفر وإن أراد به

(١) يثبت الإمام أبو الحسن الأشعري العلو لله تعالى مستدلاً بالآيات الكريمة الواضحة الدلالة في هذه الصفة. قال رحمه الله: «وقد قال الله عز وجل: ﴿إِلَيْهِ يَصْعَدُ الْكَلِمُ الطَّيِّبُ﴾، وقال: ﴿بَلْ رَفَعَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ﴾، وقال عز وجل: ﴿يُدِيرُ الْأَمْرَ مِنَ السَّمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ ثُمَّ يَعْرُجُ إِلَيْهِ﴾. وقال حكاية عن فرعون: ﴿بَنَهَمْنُ أَبْنَى لِي صِرْحًا لَعَلَّيْ أَتِلُغَ الْأَسْبَابَ﴾ (٣٦) ﴿أَسْبَابَ السَّمَوَاتِ فَاطَّلَعَ إِلَى إِلَهِ مُوسَى وَإِنِّي لِأَظُنُّهُ كَذِبًا﴾، فكذب فرعون نبي الله موسى عليه الصلاة والسلام في قوله: إن الله عز وجل فوق السموات». وإذا رجعنا إلى القرآن الكريم والسنة النبوية ودالتهما على صفة العلو على النحو الذي قرره أبو الحسن الأشعري وكذا برجعنا إلى أقوال السلف، نجد أن أبا الحسن الأشعري لم يخالف دلالة نصوص القرآن والسنة وأقوال السلف الصالح.

أ - أدلة العلو من القرآن والسنة: النصوص الواردة في الكتاب والسنة في إثبات علو الله على خلقه متنوعة تصل إلى سبعة عشر نوعاً:

الأول: التصريح بالفوقية مقروناً بأداة: (من)، المعينة للفوقية بالذات، كقوله تعالى: ﴿يَخَافُونَ رَبَّهُمْ مِنْ فَوْقِهِمْ﴾.

الثاني: ذكرها مجردة عن الأداة، كقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الْقَاهِرُ فَوْقَ عِبَادِهِ﴾.

الثالث: التصريح بالعروج إليه نحو: ﴿تَعْرُجُ الْمَلَائِكَةُ وَالرُّوحُ إِلَيْهِ﴾. وقوله ﷺ: «يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار، ويجتمعون في صلاة الفجر وصلاة العصر، ثم يعرج الذين باتوا فيكم، فيسألهم وهو أعلم بهم فيقول: كيف تركتم عبادي؟ فيقولون: تركناهم وهم يصلون وأتيناهم وهم يصلون» [صحيح البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، حديث (٥٥٥)، وكتاب التوحيد، حديث (٧٤٢٩)، وصحيح مسلم، كتاب المساجد، حديث (٦٣٢)].

الرابع: التصريح بالصعود إليه. كقوله تعالى: ﴿إِلَيْهِ يَصْعَدُ الْكَلِمُ الطَّيِّبُ﴾.

الخامس: التصريح برفعه بعض المخلوقات إليه، كقوله تعالى: ﴿بَلْ رَفَعَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ﴾. وقوله: ﴿إِنِّي مُتَوَفِّيكَ وَرَافِعُكَ إِلَيَّ﴾.

السادس: التصريح بالعلو المطلق، الدال على جميع مراتب العلو، ذاتاً وقدراً وشرفاً، كقوله تعالى: ﴿وَهُوَ أَعْلَى الْعَظِيمِ﴾. ﴿وَهُوَ أَعْلَى الْكَبِيرِ﴾. ﴿إِنَّهُ عَلَىٰ حَكِيمٍ﴾.

السابع: التصريح بتنزيل الكتاب منه، كقوله تعالى: ﴿تَنْزِيلُ الْكِتَابِ مِنَ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ﴾. ﴿تَنْزِيلُ الْكِتَابِ مِنَ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَكِيمِ﴾. ﴿تَنْزِيلُ مِنَ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾. ﴿قُلْ نَزَّلَهُ رُوحُ الْقُدُسِ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ﴾. ﴿حَمَّ ۝ وَالْكِتَابِ الْمُبِينِ ۝ إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةِ مُبَرَّكَةٍ إِنَّا كُنَّا مُنذِرِينَ ۝ فِيهَا يُفْرَقُ كُلُّ أَمْرٍ حَكِيمٍ ۝ أَمْرًا وَمِنْ عِنْدِنَا إِنَّا كُنَّا مُرْسِلِينَ ۝﴾.

الثامن: التصريح باختصاص بعض المخلوقات بأنها عنده، وأن بعضها أقرب إليه من بعض، كقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ عِنْدَ رَبِّكَ﴾. ﴿وَلَهُمْ مِنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَنْ عِنْدَهُ﴾.

ففرق بين (من له) عمومًا وبين (من عنده) من ملائكته وعبده خصوصًا. وقول النبي ﷺ في الكتاب الذي كتبه الرب تعالى على نفسه: (فهو عنده فوق العرش).

التاسع: التصريح بأنه تعالى في السماء، كقوله تعالى: ﴿ءَأْمِنْتُمْ مَنْ فِي السَّمَاءِ أَنْ يَخْسِفَ بِكُمْ الْأَرْضَ فَإِذَا هِيَ تَمُورٌ﴾ (١٦) أَمْ أَمِنْتُمْ مَنْ فِي السَّمَاءِ أَنْ يُرْسِلَ عَلَيْكُمْ حَاصِبًا فَسَتَعْمُونَ كَيْفَ نَذِيرٌ ﴿١٧﴾. وهذا عند المفسرين من أهل السنة على أحد وجهين: إما أن تكون «في» بمعنى «على» وإما أن يراد بالسماء العلو، لا يختلفون في ذلك، ولا يجوز الحمل على غيره.

العاشر: التصريح بالاستواء مقرونًا بأداة «على» مختصًا بالعرش، الذي هو أعلى المخلوقات، مصاحبًا في الأكثر لأداة: «ثم» الدالة على الترتيب والمهلة. وقد ورد إثبات الاستواء على العرش في القرآن في سبعة مواضع.

الحادي عشر: التصريح برفع الأيدي إلى الله تعالى، كقوله ﷺ: «إن ربكم تبارك وتعالى حيي كريم يستحي من عبده إذا رفع يديه إليه أن يردهما صفراء» [سنن أبي داود، كتاب الصلاة، حديث (١٤٨٨)، وسنن الترمذي، كتاب الدعوات، حديث (٣٥٥٦) وسنن ابن ماجه، كتاب الدعاء، حديث (٣٨٦٥)].

الثاني عشر: التصريح بنزوله كل ليلة إلى سماء الدنيا، والنزول المعقول عند جميع الأمم إنما يكون من علو إلى أسفل.

الثالث عشر: الإشارة إليه حسًا إلى العلو، كما أشار إليه من هو أعلم بربه وبما يجب له ويمتنع عليه من جميع البشر، لما كان بالمجمع الأعظم الذي لم يجتمع لأحد مثله، في اليوم الأعظم، في المكان الأعظم، قال لهم: (أنتم مسؤولون عني، فماذا أنتم قائلون؟ قالوا: نشهد أنك قد بلغت وأديت ونصحت)، فرفع إصبعه الكريمة إلى السماء رافعًا لها إلى من هو فوقها وفوق كل شيء، قائلًا: «اللهم اشهد» [صحيح مسلم، كتاب الحج حديث (١٢١٨)].

الرابع عشر: التصريح بلفظ «الآين» كقول أعلم الخلق به، وأنصحهم لأمته، وأفصحهم بيانًا عن المعنى الصحيح، بلفظ لا يوهم باطلاً بوجه. كما جاء في حديث الجارية المشهور، عن معاوية بن الحكم السلمي - رضي الله عنه - قال: لطمت جارية لي، فأخبرت رسول الله ﷺ، فعظم ذلك عليّ، فقلت: يا رسول الله أفلا أعتقها؟ قال: (بل ائتني بها) قال: فجنّتها بها رسول الله ﷺ فقال لها: (آين الله؟) قالت: في السماء. قال: (فمن أنا؟) قالت: أنت رسول الله. قال: (اعتقها فإنها مؤمنة) [صحيح مسلم، كتاب المساجد، حديث (٥٣٧)].

الخامس عشر: شهادته ﷺ لمن قال إن ربه في السماء بالإيمان. كما في حديث الجارية السابقة.

السادس عشر: إخباره تعالى عن فرعون أنه رام الصعود إلى السماء، ليطلع إلى إله موسى فيكذبه فيما أخبره من أنه سبحانه فوق السموات، فقال: ﴿يَهْمُنُ آبِنُ لِي صَرَحًا لَعَلِّي أَتْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾ (٦٣) أَسْبَبَ السَّمَوَاتِ فَأَطَّلَعَ إِلَىٰ إِلَهِ مُوسَىٰ وَإِنِّي لَأَظُنُّهُ كُذِبًا. فمن نفى العلو من الجهمية فهو فرعوني، ومن أثبته فهو موسوي محمدي.

السابع عشر: إخباره ﷺ: أنه تردد بين موسى عليه السلام وبين ربه ليلة المعراج بسبب تخفيف الصلاة، فيصعد إلى ربه ثم يعود إلى موسى عدة مرات.
ينظر: الإبانة عن أصول الديانة، لعلي بن إسماعيل بن أبي بشر الأشعري أبي الحسن، تحقيق: د. فوقية حسين محمود، دار الأنصار، القاهرة، ط (١)، ١٣٩٧هـ، ص (١١٥)، شرح العقيدة الطحاوية ص (٢٨٥، ٢٨٧).

ب - أقوال السلف الصالح في إثبات العلو:

١ - عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: لما قبض رسول الله ﷺ دخل أبو بكر رضي الله عنه - عليه، فأكب عليه وقبّل جبهته، وقال: بأبي أنت وأمي طبت حيناً وميتاً، وقال: من كان يعبدُ محمدًا فإن محمدًا قد مات، ومن كان يعبد الله فإن الله في السماء حي لا يموت.

٢ - عن أبي زيد المدني قال: لقيت امرأة عمر - رضي الله عنه - يقال لها: خولة بنت ثعلبة - رضي الله عنها - وهو يسير مع الناس فاستوقفته، فوقف لها ودنا منها، وأصغى إليها رأسه حتى قضت حاجتها، وانصرفت فقال له رجل: يا أمير المؤمنين حبست رجالاً قريش على هذه العجوز، فقال: ويلك وهل تدري من هذه؟ قال: لا، قال: هذه امرأة سمع الله شكواها من فوق سبع سموات، هذه خولة بنت ثعلبة والله لو لم تنصرف عني إلى الليل ما انصرفت عنها، حتى تقضي حاجتها إلا أن تحضر صلاة فأصليها ثم أرجع إليها، حتى تقضي حاجتها.

٣ - عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: كانت زينب - رضي الله عنها - تفتخر على أزواج النبي ﷺ وتقول: زوجكن أهاليكن، وزوجني الله من فوق سبع سموات [صحيح البخاري كتاب التوحيد، باب: ﴿وَكَانَ عَرْشُهُ عَلَى الْمَاءِ﴾، حديث (٧٤٢٠، ٧٤٢١)، وسنن الترمذي، كتاب التفسير، حديث (٣٢١٣)].

٤ - عن ذكوان حاجب عائشة رضي الله عنها أن ابن عباس رضي الله عنهما دخل على عائشة وهي تموت فقال لها: كنت أحب نساء رسول الله ﷺ إلى رسول الله ﷺ ولم يكن رسول الله ﷺ يحب إلا طيباً وأنزل الله براءتك من فوق سبع سموات جاء بها الروح الأمين فأصبح ليس مسجد من مساجد الله تعالى يذكر فيه الله إلا وهي تتلى فيه آناء الليل والنهار.
٥ - عن مسروق أنه كان إذا حدث عن عائشة - رضي الله عنها - قال: حدثني الصديقة بنت الصديق، حبيبة حبيب الله، المبرأة من فوق سبع سموات.

٦ - عن عبد الله بن نافع قال: قال مالك بن أنس: الله في السماء، وعلمه في كل مكان، لا يخلو منه شيء.

ينظر: اجتماع الجيوش الإسلامية على غزو المعطلة والجهمية، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، ص (٨٣، ٨٥، ٨٨، ٩٠، ١٠١)، الرد على الجهمية، لعثمان بن سعيد الدارمي أبي سعيد، تحقيق: بدر بن عبد الله البدر، دار ابن الأثير، الكويت، ط (٢)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص (٢٧٤، ٢٧٦)، ومختصر العلو،

حكاية عما جاء في ظاهر الأخبار: لا يكفر، وإن لم تكن له نية: يكفر عند أكثرهم^(١)، وكذلك إذا قال: «خداي فرومي نكر دآز سماء» أو قال: «آدمي بيند» أو قال: «أزعرش» فهذا عند أكثرهم كفر، إلا أن يقول - بالعربية: يطلع ولو قال: [«مرا برا سماء خداي است وبرزمين فلان» كفر.

ولو قال: «خداي ازبر عرش ميد اند»^(٢) فهذا ليس بكفر. ولو قال: [أرى الله تعالى في الجنة. فهذا كفر، وإذا قال]^(٣): من الجنة فهو ليس [بكفر]^(٤). وإذا قال: «نه مكاني زتو خالي ونه تودر هيچ مكاني» فهذا كفر. وينبغي أن يقول: جميع هذه الأشياء والأمكنة معلومة. والله تعالى أعلم.



= رقم (٩٨) ص (١٢٨)، ورقم (١٠٦)، ص (١٣٠)، ورقم (١٣٠)، ص (١٤٠)، وإثبات صفة العلو، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبي محمد، تحقيق: بدر عبد الله البدر، الدار السلفية، الكويت، ط (١)، ١٤٠٦هـ، ص (١٥٦ - ١٥٧، ١٦٠).

(١) في م: الأكثر.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

نوع آخر: ما يضاف إلى فعل الله تعالى:

إذا قال: «يا رب اين ستم ميسند» فقال بعض مشايخنا: إنه يكفر، وقال بعضهم: إنه خاطئ^(١)، وقال بعضهم: إنه ليس بخطأ.

قال شمس الأئمة الحلواني: عندي أنه ليس بخطأ: وكذلك إذا قال بالعربية: يا رب [لا ترض بهذا الظلم]^(٢)، قال شمس الأئمة هذا: ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿رَبِّ أَحْكُم بِالْحَقِّ﴾، والله لا يحكم إلا بالحق.

ولو قال: «خدای برتو ستم کند جینا نکه توبر من ستم کردی» اختلف المشايخ في كفره، والأصح أنه يكفر، ومن قال: لا يكفر يحمله على معنى جازاك الله تعالى على ظلمك. قال الله تعالى: ﴿وَجَزَّوْا سَيِّئَةً سَيِّئًا مِّثْلُهَا﴾. وجزاء السيئة ليس بسيئة على الحقيقة، ولكن يطلق اسم الشيء على ما يقابله مجازاً.

ولو قال حين ظلمه ظالم: «يا رب أزوی میذ بیر واکر توید یری من باری تیزد یرم». فقد قيل: إنه يكفر، كأنه قال: إن رضيت به فأنا لا أرضى به.

ولو قال: لو أنصف الله تعالى يوم القيامة انتصفت منك، يكفر، وكذلك لو قال: إن قضى الله تعالى يوم القيامة بالحق والعدل أخذتك بحقي، فهذا كفر؛ لأن هذا شك أنه يعدل أو ينصف، وخوف منه أن يجور تعالى عن ذلك علواً كبيراً.

ولو قال: إذا أنصف الله تعالى يوم القيامة انتصفت منك، لا يكفر.

وعن بعض [أئمة بلخ]^(٣): أنه سئل عن امرأة وقع ولدها في حفرة، فقالت: «يا رب خدای ای برستم أو توکودک مرد وکارها نا ساخته ماند» قال: كفرت بالله.

سئل ابن مسعود عن رجل قال: «أي خدای یک روزی بر من فراخ یا بارز کانئ

(١) في أ، م: خطأ.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: المشايخ الأئمة ببلخ.

(٤) في أ: أبو.

من روفده كن يابر من جور مكن» هل يكفر؟ فلم يجب فيه بشيء .
 وقال أبو حفص: من نسب الله تعالى إلى الجور، فقد كفر .
 ولو قال: الله تعالى جلس للإنصاف، أو قال: قام بالإنصاف . أو قال بالفارسية:
 «خدای دازد فتاده دازد یسبه ست» فهذا كله كفر؛ لأنه وصف الله تعالى بالقيام
 والقعود .

ولو قال لغيره: إن شاء الله تعالى: «أین فلان کار بکنی، فقال: من بی إن شاء
 الله بکنم» يكفر .

ولو قال: «توکار خدای کن که وی کار تو کرد» قال بعض مشايخنا: إن هذا
 الكلام خطأ، وقال أكثرهم: إنه ليس بخطأ .

ولو مات رجل فقال رجل آخر: «خدای را اومی بایست أو بهذا كفر» .
 ولو قال لرجل لا يمرض: هذا ممن يشبه الله تعالى، أو قال: هذا من الله
 تعالى، فهذا كفر عند بعض المشايخ، وهو الصحيح .

ولو قال له: «لفلان قضای بدز سید» فهذا خطأ عظيم .
 والذي يقال في الدعاء «اللهم قضاء بداز ما بکردان» والمراد منه المقضي . والله
 أعلم .



نوع آخر: في المتفرقات من جنس المتقدمة:

وإذا قال لخصمه: «من با تو بحكم خدای کاد می کنم»، فقال خصمه: «ندا نم»
أو قال: «اینجا حکم خدای نرود»، أو قال: «حکم نیست» أو قال: «خدای حاکمی
رانشاید»، أو قال: أبجادیوس است حکم خرابد، فهذا كله كفر.

ورأيت عن بعض مشايخنا في قوله (اینجا حکم نیست) أنه قال ذلك على وجه رد
الحكم، فهذا كفر، وإن قال على وجه الحزن فإن تغير الزمان لا يكفر، وهذا
أحسن.

وسئل الحاكم أبو عبد الرحمن عمن قال: «برسم کار کنم بحکم نی» هل هو
كفر؟.

قال: إن كان مراده فساد الخلق وترك الشرع، واتساع الرسم، لا رد الحكم لا
يكفر.

ولو قالت المرأة لابنها: لماذا فعلت كذا؟ فقال الابن: والله ما فعلت، فقالت
المرأة مغضبة: «مه تومه والله» فقد اختلف المشايخ في كفرها.

ولو قال: «خدای بود، وهیج چیز نبود. وهیج چیز نباشد»، فقد قيل: إن الشطر
الثاني من كلام الملاحدة، وإنه يجيبه إلى الجنة وما فيها من الحور العين، وهو كفر
عند بعض المشايخ، خطأ عظيم عند البعض.

إذا قال لغيره: قد أنعم الله عليك، فأحسن كما أحسن الله إليك.

فقال ذلك [الرجل]^(١): «رویا خدای جنک کن» لماذا أعطيت فلانا كذا؟ اختلف
المشايخ في كفره.

وإذا قال لامرأته: أنت أحب إلي من الله، فقد كفر.

وإذا قال لخصمه: «اگر خدای دو جهان کردی هم خویش اربو بستانم» فقد كفر؛
لأن هذه دعوى منه أنه يغلب ربه، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

(١) سقط في م.

ولو قال: «اكر بيفا ميرى است ازوى بتسانم» فهذا أيسر من الأول؛ لأنه عليه الصلاة والسلام - يغلب ويقبض [منه]^(١). وقيل: لا يكفر في [الفصل]^(٢) الأول أيضاً؛ لأنه يراد بهذا التهويل دون التحقيق.

ولو قال: «خدای هميشه بحق من همه نيكوبى کرده است بذى أزمى است» فقد كفر.

وإذا قال لغيره: «ازخدای نمى ترسى» قال ذلك في حالة الغضب، فقال ذلك الغير: [لا]^(٣)، فقد كفر.

ولو قال ذلك في غير حالة المغاضبة^(٤)، وكان عنده أنه يفعل ذلك بحق، لا يكفر.

وسئل عبد الكريم عن من قال لامرأته حالة المعاتبة على ترك الصلوات: أما تخافين الله تعالى؟ فقالت: لا، ينبغي ألا تكفر بهذا القول؛ لأن الظاهر أن مرادها من ذلك ألا تخاف الله تعالى حقيقة الخوف، وأكثرنا لا يخاف الله تعالى حقيقة الخوف، ولولا ذلك لما عصيناه.

ووجه آخر: أن لهذا الكلام تأويلاً، يمكن أن يقال: لا يخاف الله تعالى؛ لأنه كريم، فلا يحكم بكفره، إلا إذا كانت هذه المقالة على وجه الاستهزاء والاستخفاف.

وعن محمد - رحمه الله - أنه سئل عن من أراد إنساناً فقال ألا تخاف الله تعالى؟ فقال: لا، يكفر؛ لأنه يمكن أن يقول: التقوى فيما أفعل.

وإن رآه في معصية فقال: ألا تخاف الله تعالى؟ فقال: لا يكفر؛ لأنه لا يمكنه ذلك التأويل.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الغضب.

وقال الفقيه أبو بكر في رجل قيل له: ألا تخشى الله تعالى؟ فقال في حالة الغضب: لا، أنه يصير كافرا.

وقيل: ينبغي أن يسأل ماذا أراد بقوله: لا؟ إن أراد به نفي الخوف: يكفر، وإن أراد به شيئاً آخر، لا يكفر.

ولو قال: «اينك خدای، واينك تو» فهذا قبيح من الكلام، [ولا يكفر به. وكذلك إذا قال: «آز خدای می بینم این کار وز توبا» فهذا قبيح من الكلام]^(١).

ولو قال: آذ خدای می بینم، وسبب ترا میدانم» فهو حسن^(٢).

وإذا طلب من خصمه فقال الخصم: احلف بالله [فقال]^(٣) الطالب: أريد اليمين بالله وأريد اليمين بالطلاق وأريد العتاق، فقد كفر عند بعض مشايخنا، وعامتهم: على أنه لا يكفر.

ولو قال: «سوكند تو همان ست ویتزخر همان» فقد كفر.

ولو قال: «خدای رامی دافد كه یغم أو وشاری توهمنانم، كییغم وشاری خویش» عامة مشايخنا قالوا: يكفر ظاهرًا.

وقال بعضهم: إن كان يقوم بمسأته ومسرته بالمال والبدن، كما يقوم بأمر نفسه، لا يكفر، وإلا كفر.

ولو قال: «شاری، وغم مايك كونه نست»، فهذا ليس بكفر.

ولو قال لغيره: «خدای من داندكه یبوسته ترايد عاء با دامیدارم» فقد اختلف المشايخ في كفره.

ولو قال: «من خدایم - على وجه المزاح - يعنى - من خودایم» فقد كفر.

رجل قال لامرأته: «ترا حق همسایه نمی باید» فقالت: لا. أو قال: «تراحق

(١) سقط في م.

(٢) في م: خير.

(٣) سقط في أ.

شوى نمي بايد» فقالت: لا، فقال «بايد حق خداي بايد» فقالت: لا. فقال: «تراحق خدانمي بايد» فقالت: لا، فقد كفرت؛ لأنها لم ترد حقوق الله تعالى. رجل قال لامرأته حالة الغضب: «آن روسبي كه ترازا دوآن قلبان يفاكه تراكشت وآن خداي كه ترا فريده»، فسئل أبو نصر الدبوسي عن ذلك فقال: لا يكفر، ولم ينقل عنه معنى ذلك.

وكان الشيخ الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - يقول: لهذا الكلام تأويل صحيح؛ لأنه ذكر الله تعالى بعد إساءة القول في أمر^(١) المرأة وأبيها، ولم يذكر له جواباً، ولو ذكر الجواب عسى يذكر ما هو مدح فلا يجعل كفراً بالشك. [قال رجل]^(٢) غيرهِ: لا تترك الصلاة، فإن الله تعالى يؤاخذك بذلك، فقال ذلك الغير: لو آخذني الله تعالى، أو قال: لو عاقبني الله تعالى مع ما بي من المرض ومشقة الولد وسائر الأشغال فقد ظلمني، فقد كفر.

رجل قال في مرضه، وضيق عيشه: «باري بدا نس كه خداي تعالى مرا جسرا آفريده است جون آز لزنها دنيا مراهيج نسيت» [فقد قيل: لا يكفر؛]^(٣) لأن المرض^(٤) حمله على هذا، وقد قال الله تعالى لملائكته: [لا تكتبوا]^(٥) على عبدي في ضجره شيئاً^(٦)، ولكنه خطأ عظيم.

[رجل قال: «خداي رانشانده كه كندهمه آن كندكه توكوى» كفر أو قال: «خداي رانشانده كه ناخداي همه آن كندكه نوموكوئي»]^(٧).

(١) في م: كفر.

(٢) في م: رجل قال.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الضجر قد.

(٥) سقط في م.

(٦) أخرجه الديلمي في مسند الفردوس كما في كنز العمال (١٠٣٢٠) من حديث علي.

(٧) سقط في أ، م.

رجل قال لآخر: إن الله [يعذبك]^(١) بمساوئك، فقال ذلك الآخر: «خدائي بازيان توبس نياید من جكونه بس أيم»، [فقد كفر؛ لأنه وصف الله تعالى بالعجز. وإذا قال الرجل: «خدائي فلان برا از نهر كراهيت مرا آفريده ست» لا^(٢) يكفر. رجل قال لآخر: «خدائي ابردل تو بنجشبا ر بردل» فقال الآخر: «خدائي بردل توبنجاشايا دبردل من ني» إن عني به الاستغناء عن الرحمة، فقد كفر، وإن عني به أن قلبي ثابت بإثبات الله تعالى - غير مضطرب - لا يكفر.

وإذا قال عند الخصومة مع غيره «اكر ما دروغ مي كريم خدائي دروغ مي كويد» لا يكفر؛ لأن المراد من هذا: أن الله تعالى لا يكذب.

صبي يبكي ويطلب أباه، وأبوه يصلي فقال رجل للصبي: [مه]^(٣) مكربي كه بدر تو الله مي كندا، فهو^(٤) ليس بكفر؛ لأن معناه «خدمت الله - مي كندا».

وكذلك إذا قال لابنه الصغير: «نه الله رو» يعني المكتب - لا يكفر.

رجل قال: «اين كارديست خدائي را افتاده ست»، فهذا ليس بكفر.

رجل قال: «تاماي شويم بدتر خدائي باماس شود بدتر» فقد قيل: هذا كفر.

وإذا قال: «باحق سر بسر كرديم»، يكفر.

رجل له ابن مات، فقال الأب: يأخذ ممن له واحد ولا يأخذ ممن له عشرة، فقد

قيل: نرجو ألا يكفر.

وكذا إذا قال: «همي يكي دادي يازهيمن ستي»، لا يكفر.

وإذا قال: «أي شكيباي خدائي» فقد قيل: يكفر، وقيل: بخلافه أيضا.

قال المظلوم: هذا تقدير الله - عز وجل - فقال الظالم: أنا أفعل تقديرا بغير الله

تعالى، فهذا كفر.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: فهذا.

قال: «روياخداي جنك كن» قال بعض المشايخ: إنه ليس بكفر، وحكى فتوى القاضي الإمام أبي علي النسفي ومعناه: «جنك كن اكر ترائي».

قال رجل: «فلان راقضائي يد ريسند» فقال آخر: «قضائي خدائي فرسودة»، فهذا ليس بكفر، ولكنه خطأ محض، وهو مذهب القدرية فإنهم يقولون: الخير من الله والشر منا.

رجل اسمه عبد الله، فناده رجل فأدخل حرف (الكاف) في آخر «الله» فقد قيل: إنه كفر، من غير تفصيل.

وفي الحاوي في الفتاوى: إن كان يعلم ما يقول يكفر، وإن كان جاهلا لا يكفر. ورأيت في بعض الفتاوى: إن تعمد تصغير الخالق يكفر، وإن كان جاهلا لا يدري ما يقول، أو لم يكن له في ذلك قصد لا يكفر.

وهذا لأن الاسم، وإن كان مضافا ومضافا إليه حقيقة، ولكن إذا جعل اسم علم صار له حكم اسم واحد، ولهذا يجمع قولهم عبد الله على العبادة إذا أريد به العلم، ولا يقال في جمعه عبيد الله.

وإذا ثبت أن هذا الاسم واحد، فمع (الكاف) يراد به تصغير هذا الرجل الذي جعل هذا الاسم علما عليه، لا تصغير الرب؛ لأنه ليس في الفارسية للتصغير في هذا الاسم صيغة سوى هذا كقولهم: «درا أز ريشك» يذكر لتصغير الرجل لا لتصغير اللحية.

وعلى هذا عبد الخالق مع (الكاف) وعبد العزيز مع (الكاف)، وعبد الرحمن. رجل^(١) قال لأعمى، أو قال لمريض: «خدائي تراد بد ومراد بد، وتراجينان آفريد مراجعة ناه» فقد قيل: يكفر؛ لأنه ناظر^(٢) المثل بالرب، وقد قيل: لا يكفر، وهو الأشبه.

(١) في أ: ورجل.

(٢) في م: نظير.

نوع آخر:

إذا قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو ^(١) بريء من الإسلام، وما أشبه ذلك، إن فعل كذا فهو ^(٢) على وجهين:

إن حلف بهذه الألفاظ على أمر في المستقبل فهو يمين عندنا والمسألة معروفة في كتاب الأيمان، فإذا أتى بالشرط هل يكفر؟

ينظر: إن كان عنده أنه يكفر متى أتى بالشرط ومع هذا أتى به يكفر، وكفارته أن يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله.

وإن كان عنده أنه لا يكفر متى أتى بالشرط، لا يكفر وكان عليه كفارة اليمين. وإن حلف بهذه الألفاظ على أمر في الماضي، بأن قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي إن كنت فعلت كذا أمس، وهو يعلم أنه قد كان فعله، لا شك أنه ليس عليه كفارة - هذا ^(٣) غموس.

وهل يصير كافراً؟ [على التفصيل الذي قلنا: إن كان عنده أنه يمين فلا يكفر، متى حلف بهذا لا يصير كافراً] ^(٤).

وإن كان عنده أنه يكفر متى حلف بهذا يصير كافراً؛ لأنه يكون هذا منه رضا بالكفر والرضى بالكفر كفر، هكذا اختاره شمس الأئمة السرخسي، والشيخ الإمام - شيخ الإسلام خواهر زاده، وعليه الفتوى.

فأما إذا قال: يعلم الله أنه [لم] ^(٥) يفعل، اختلف المشايخ فيه، قال عامة ^(٦) المشايخ: إنه يكفر، وقال بعضهم: لا يكفر.

(١) في م: أي.

(٢) في م: لهذا.

(٣) في م: فإنه.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: علماء.

ولو قال لغيره: «بخداي وبخاك باي تو» يكفر. ولو قال: «بخداي وبجان،
وسرتو» ففيه اختلاف المشايخ.



نوع آخر: فيما يرجع إلى الغيب:

قالت امرأة لزوجها: توسر خدائي داني. قال: نعم. فقد كفر، هكذا حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل.

وهذا لأن الغيب والسر واحد، ومن ادعى الغيب لنفسه، يكفر.

وحكى أن امرأة شداد أو امرأة خلف بعثت إليه السحور في شهر رمضان على يد جاريتها، وأبطأت الجارية في الرجوع، فاتهمته [المرأة]^(١) بالجارية وطالت الخصومة بينهما إلى أن قال: أتعلمين الغيب؟

فقالت: نعم، فكتب إلى محمد بن الحسن في ذلك، فكتب محمد: أن جدد النكاح، فإنها كفرت بالله.

ومن قال لغيره: «خدائي را ورسول رابرتوكواه كرد يندم»، [وأراد تهديده، ففيه اختلاف المشايخ.

وعلى قياس المسألة: يجب أن يكون في المسألة التي ذكرناها في أول هذا النوع اختلاف المشايخ.

رجل تزوج امرأة ولم يحضر شهود، فقال الرجل: «خدائي را ورسول خدائي ﷺ راکواه کردم» أو قال: «خدائي راو فرشتگان راکواه کردم»^(٢) فقد كفر؛ لأنه اعتقد أن الرسول، أو الملك يعلم الغيب.

في فتاوى الأصل: ولو قال: «فرشته دست راست راکواه کردم وفرشته وست جب راکواه کردم» لا يكفر؛ لأنهما يعلمان ذلك؛ لأنهما لا يغيبان عنه.

وفي مجموع النوازل: وإذا قال: «خوار باركران مي خواهد شد» فقد اختلف المشايخ في كفره، وجه الكفر ظاهر؛ لأنه ادعى الغيب، وإذا صاححت الهامة فقال رجل: يموت المريض، كفر القائل عند بعض المشايخ.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

وإذا خرج إلى السفر فصاح العقق فرجع من سفره، فقد كفر.
وعند بعض المشايخ أيضا، إذا قال المجوسي: «دست بجه بزنها داه است»
ويعتقدوا ما قال، فقد كفروا.

وإذا قال: «فلان بمرك خویش نخواهد مرد» يخشى عليه الكفر.

وإذا قال: «من بوده وموده بدانم» يكفر.

سئل الفضلي عن معنى قوله - عليه الصلاة والسلام - : «من أتى كاهنا وصدقه
فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد»^(١).

فقال: الكاهن: الساحر، فليل له: هذا الرجل أو المرأة التي تقول: أنا أعلم
المسروقات، هل تدخل تحت هذا الخبر؟ قال: نعم، قيل له: إن قال هذا الرجل:
أنا أخبر عن إخبار الجن إياي. قال: وإن قال هكذا فهو ساحر كاهن ومن صدقه فقد
كفر؛ لأن إخباره يقع عن الغيب، والغيب لا يعلمه إلا الله تعالى.

ألا ترى [إلى]^(٢) قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجِنَّ أَنْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ الْغَيْبَ﴾،

فعلم الغيب لا يعلمه جني ولا إنسي.



(١) أخرجه أبو داود (٢٢٥/٤) في كتاب الطب، باب: في الكاهن (٣٩٠٤)، والترمذي (١)
(٢٤٢، ٢٤٣) في الطهارة، باب: ما جاء في كراهية إتيان الحائض (١٣٥)، وابن ماجه (١)
(٢٠٩)، في الطهارة، باب: النهي عن إتيان الحائض (٦٣٩)، وأحمد في المسند (٢)
(٤٠٨).

(٢) سقط في م.

نوع آخر: فيما يعود إلى الأنبياء:

من لم يقر ببعض الأنبياء، أو عاب نبيا بشيء، أو لم يرض بسنة من سنن المرسلين، فقد كفر.

وسئل ابن مقاتل عن أنكر نبوة الخضر - عليه السلام - وذي الكفل^(١) - عليه السلام - قال: كل من [لم]^(٢) تجمع الأمة على نبوته لا يضره إن جحد نبوته. قيل [هذا في]^(٣) حكايات النوازل.

وقال أبو حفص الكبير - رحمه الله - : كل من أراد بقلبه بغض [نبي]^(٤)، فقد كفر.

وكذلك لو قال: لو كان فلان نبياً لم أؤمن به، فقد كفر.

وفي فتاوى الصغرى المرتبة: لو قال بالفارسية: «أكر فلان بيغا مير بودي بد ونكر وبدمي» فإن [أريد به]^(٥): لو كان فلان [رسول الله]^(٦) لم أؤمن به، فقد كفر، كما لو قال: لو أمرني الله بأمر لم أفعل.

(١) قال الإمام الألويسي في تفسيره: وظاهر نظم ذي الكفل في مسلك الأنبياء عليهم السلام أنه منهم وهو الذي ذهب إليه الأكثرون. وقال أبو حيان في تفسيره: وقال الأكثرون هو نبي. وقال صاحب الفتوحات الإلهية: والصحيح أنه نبي قاله الحسن وعليه الجمهور. وقال الإمام ابن كثير في تفسيره: وأما ذو الكفل فالظاهر من السياق أنه ما قرن مع الأنبياء إلا وهو نبي. أما سبب تسميته ذا الكفل فقد قال أبو حيان في تفسيره: «وفي تسميته ذا الكفل أقوال مضطربة لا تصح. وخلاصة هذه القصة: أن ذا الكفل اسم نبي من الأنبياء عليهم وعلى نبينا - أفضل الصلاة وأتم التسليم - وقد جعله الله في قائمة الأنبياء الصابرين». ينظر: روح المعاني (٨٢/١٦)، البحر المحيط، لأبي حيان (٣٣٤/٦)، الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين للدقائق الخفية، لسليمان بن عمر العجيلي، الشهير بالجمال، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة (١٤٢/٣)، تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٢٥٦/٣).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: أراد.

(٦) في م: رسولا.

وفي الجامع الأصغر: إذا وقع بين الرجل وبين صهره خلاف، فقال: إن [كان صهري]^(١) رسول الله لم أأتمر بأمره، لا يكفر.

وإذا قال: إن كان ما قاله الأنبياء صدقا وحقا نجونا، فقد كفر.

وكذلك لو قال: أنا رسول الله، أو قال بالفارسية: «منبيغابر» يريد به: «بيغام مي يوم» يكفر.

ولو أنه حين قال هذه المقالة طلب غيره منه المعجزة. فقد قيل: يكفر الطالب. وبعض المتأخرين [من المشايخ قالوا]^(٢)[^(٣): إن كان غرض الطالب إظهار عجزه، واقتضاه، لا يكفر.

ولو قال لشعر النبي ﷺ: شعير، يكفر عند بعض المشايخ، وعند بعض المشايخ: لا يكفر، إلا إذا قال ذلك بطريق الإهانة.

[ولو قال: لا أدري أن النبي ﷺ كان جنيا أو إنسيا، يكفر. ولو قال: «محمد دوربشد بود» أو قال: «جامه بيغامير ريمناك يود» يكفر]^(٤).

ولو قال: طويل الظفر، فقد قيل: يكفر مطلقا، وقيل: يكفر إذا كان^(٥) على وجه الإهانة.

ولو قال للنبي ﷺ: ذلك الرجل قال كذا وكذا، فقد قيل: إنه يكفر، وقيل: لا يكفر.

فقد صح أن رسول الله ﷺ لما بعث جماعة من أصحابه لقتل كعب بن الأشرف^(٦) استأذنوا منه أن يقولوا شيئا يخادعونه، ويعتمد هو عليهم فأذن لهم

(١) في م: مر.

(٢) في أ: قال.

(٣) في م: قال.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: قال.

(٦) هو: كعب بن الأشرف اليهودي كان رجلا شاعرا يهجو رسول الله ﷺ وأصحابه، ويحرض عليهم ويؤذيهم فلما كانت وقعة بدر كُتِبَ ودُل وقال: بطن الأرض خير من ظهرها اليوم،

فخرج حتى قدم مكة فبكى قتلى قريش وحرصهم بالشعر ثم قدم المدينة فقال رسول الله ﷺ: «اللهم اكفني ابن الأشرف بما شئت في إعلانه الشر وقوله الأشعار» وقال أيضاً: «من لي بابن الأشرف فقد آذاني» فقال محمد بن مسلمة: أنا به يا رسول الله وأنا أقتله، فقال: «افعل».

ينظر: الطبقات، لابن سعد (٣٢/٢)، والمغازي، لمحمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء، المدني، أبي عبد الله، الواقدي، تحقيق: مارسدن جونس، دار الأعلمي، بيروت، ط (٣)، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م (١/١٨٤).

وذكر أهل المغازي والتفسير مثل محمد بن إسحاق: أن كعب بن الأشرف كان موادعاً للنبي ﷺ في جملة من وادعه من يهود المدينة، وكان عربياً من بني طيء، وكانت أمه من بني النضير. قالوا: فلما قتل أهل بدر شق ذلك عليه، وذهب إلى مكة ورثاهم لقريش، وفضل دين الجاهلية على دين الإسلام حتى أنزل الله فيه: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ أُوتُوا نَصِيحًا مِّنَ الْكَتَّابِ يُؤْمِنُونَ بِالْجَنَّةِ وَالطَّغُوتِ وَيَقُولُونَ لِلَّذِينَ كَفَرُوا هَؤُلَاءِ أَهْدَىٰ مِنَ الَّذِينَ ءَامَنُوا سَبِيلًا ۗ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ وَمَن يَلْعَنِ اللَّهُ فَلَن نَّجِدَ لَهُ نَصِيرًا ۗ ﴾ [النساء: ٥١، ٥٢]؛ ثم لما رجع إلى المدينة أخذ ينشد الأشعار، ويشتب بنساء المسلمين، حتى آذاهم، حتى قال النبي ﷺ: «من لكعب بن الأشرف؟ فإنه قد آذى الله ورسوله» وذكروا قصة قتله مبسوطه. وقد ساق البخاري - رحمه الله - قصة مقتله، فقال: حدثنا علي ابن المدني، حدثنا سفيان بن عيينة، قال عمرو بن دينار: سمعت جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله ﷺ: «من لكعب بن الأشرف؟ فإنه قد آذى الله ورسوله؟» فقام محمد بن مسلمة، فقال: يا رسول الله: أتحب أن أقتله؟ قال: «نعم»، قال: فأذن لي أن أقول شيئاً، قال: «قل»، فأتاه محمد بن مسلمة فقال: إن هذا الرجل قد سألنا صدقة، وإنه قد عنانا، وإني قد أتيتك أستسلفك، قال: وأيضاً والله لتملئته، قال: إنا قد اتبعناه فلا نحب أن ندعه حتى ننظر إلى أي شيء يصير شأنه، وقد أردنا أن تسلفنا وسقاً أو وسقين. فقال كعب: نعم، ارهنوني، قالوا: أي شيء تريد؟ قال: ارهنوني نساءكم؟ قالوا: كيف نرهنك نساءنا وأنت أجمل العرب؟ قال: فارهنوني أبناءكم، قالوا: كيف نرهنك أبناءنا فيسب أحدهم فيقال: رهن بوسق أو وسقين؟! هذا عار علينا، ولكننا نرهنك الأمانة - أي: سلاح - فواعده أن يأتيه، فجاءه ليلاً، ومعه أبو نائلة - وهو أخو كعب من الرضاعة - فدعاهم إلى الحصن فنزل إليهم، فقالت له امرأته: أين تخرج هذه الساعة؟ فقال: إنما هو محمد بن مسلمة وأخي أبو نائلة. وقال غير عمرو: فقالت له: أسمع صوتاً كأنه يقطر منه الدم، قال: إنما هو أخي محمد بن مسلمة، ورضيعي أبو نائلة، إن الكريم لو دعي إلى طعنة لبلى لأجاب. قال: ويُدخل محمد بن مسلمة معه رجلين. قيل لسفيان: سماهم عمرو؟ قال: الحارث بن أوس، وعباد بن بشر - قال عمرو: فقال محمد بن مسلمة: إذا ما جاء فيني جاذب بشعر رأسه، فإذا رأيتموني استمكنك من رأسه فدونكم فاضربوه، فنزل إليهم متوشحاً وهو ينفخ منه ريح الطيب، فقال: ما رأيت كالיום ريحاً، أي: أطيب من ريحك. وقال غير عمرو: قال: عندي أعطر نساء العرب وأكمل العرب، فقال - أي محمد بن مسلمة - : =

أتأذن لي أن أشم رأسك؟ قال: نعم، فشمه، ثم أشم أصحابه، ثم قال: أتأذن لي؟ قال: نعم، فلما استمكن منه، قال: دونكم فاقتلوه؛ فقتلوه، ثم أتوا النبي ﷺ فأخبروه». والمستشرقون، وأعداء الإسلام عندما يسوقون قصة مقتل هذا اليهودي، يحاولون طمس الحقائق؛ فلا يقتربون ألبتة من الأسباب الداعية إلى قتله، والتي تجعل منه أمرًا مشروعًا يجنب المسلمين واليهود على السواء الكثير من المعارك والحروب؛ بحيث يصبح قتل هذا الرجل وسيلة لحقق الكثير من الدماء، سواء من المسلمين أو اليهود؛ لأن هذا الرجل كان من الغادرين والناقضين للعهد، ومدبري الفتن، وأنصار الحروب التي تجر على المجتمعات ويلات لا حصر لها، ولا سبيل إلى تجنب هذه الويلات إلا بقتله؛ لذلك أمر النبي ﷺ به.

ومطالعة ما جاء عن سيرة هذا اليهودي تؤكد هذا الذي ذكرناه تأكيدًا حاسمًا؛ فهو قد عاهد النبي ﷺ على ألا يعين عليه أحدًا، ولكنه نقض عهده؛ فقد رحل إلى قريش بعد هزيمتهم في بدر ورثى قتلاهم وحرصهم على قتال النبي ﷺ وفضل دين الجاهلية على دين الإسلام، وجاهر بعداوته للمسلمين. وقد جاءت أحاديث متعددة تفيد أن رسول الله ﷺ ما أذن في قتل كعب بن الأشرف إلا بعد أن نقض العهد وأمعن في إيذاء المسلمين. ومن هذه الأحاديث ما رواه ابن أبي أويس عن إبراهيم بن جعفر بن محمد ابن مسلمة عن أبيه عن جابر بن عبد الله أن كعب بن الأشرف عاهد رسول الله ﷺ ألا يعين عليه ولا يقاتله، ثم نقض عهده ولحق بمكة، ثم قدم المدينة معلنًا لمعاداة النبي ﷺ وكان أول غدره هجاؤه للنبي ﷺ فندب رسول الله ﷺ إلى قتله. وقد جاء اليهود إلى رسول الله ﷺ بعد قتل كعب بن الأشرف فقالوا له: يا محمد، قد طرقت - أي: قتل - صاحبنا الليلة وهو سيد من ساداتنا، قتل غيلة بلا جرم ولا حدث علمناه، فقال رسول الله ﷺ: «إنه لو فر كما فر غيره ممن هو على مثل رأيه ما اغتيل، ولكنه أذانا وهجانا بالشعر، ولم يفعل هذا أحد منكم إلا كان لل سيف». إذن فإن كعب بن الأشرف بإيذائه للنبي ﷺ وهجائه له، أصبح مهدر الدم، ولا يعصم دمه بأمان ولا عهد. وقد عقد الإمام ابن تيمية - رحمه الله - فصلًا ضافيًا لتحقيق هذه المسألة جاء فيه: أن كعب بن الأشرف بسببه الرسول ﷺ أصبح ناقضًا للعهد، والدليل على أنه أصبح ناقضًا للعهد بسببه النبي ﷺ ما جاء في الحديث الشريف: «من لكعب بن الأشرف فإنه قد آذى الله ورسوله؟!؛ لأن هذا القول يدل على أن آذى الله ورسوله علة لندب المسلمين إلى قتل من يفعل ذلك من المعاهدين. ثم قال وهو بصدد الحديث عمن قتلوه: وهم عندما قتلوه إنما فعلوا ذلك من أجل هجائه للرسول ﷺ ومن حل قتله بهذا الوجه لم يعصم دمه بأمان ولا عهد، كما لو آمن المسلم من وجب قتله لأجل قطع الطريق، أو آمن من وجب قتله لأجل الزنى، أو لأجل ترك أركان الإسلام ونحو ذلك، ولا يجوز له أن يعقد له عهدًا سواء كان عقد أمان أو عقد هدنة أو عقد ذمة؛ لأن قتله حد من الحدود، وليس قتله لمجرد كونه كافرًا حربيًا. ثم قال ابن تيمية: وقد عرضت لبعض السفهاء شبهة في قتل كعب بن الأشرف بأن دم مثل هذا يعصم بذمة متقدمة أو

رسول الله ﷺ في ذلك، فقال واحد منهم لكعب: إن خروج هذا الرجل كان من البلاء علينا. ولو كان ذلك كفرًا لما قاله.

ولو شتم الرجل رجلاً واسمه محمد أو أحمد وكنيته أبو القاسم، وقال له: «يا ابن الزانية ده رAKE خد ايرا باين اسم أو باين كنيه نيده است» فقد ذكر في بعض المواضع: أنه لا يكفر؛ لأن الأوهام لا تسبق عند ذكر هذه [المقالة] ^(١) إلى النبي ﷺ وذكر في بعض المواضع: أنه إذا كان ذاكرًا للنبي ﷺ يكفر. وفي إكراه الأصل: إذا أكره الرجل على أن يشتم محمداً ﷺ فهذا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء، وإنما شتمت محمداً كما طلبوا مني وأنا غير راض بذلك.

بظاهر أمان، فقد قال الواقدي: حدثني إبراهيم بن جعفر عن أبيه قال: قال مروان بن الحكم، وهو على المدينة وعنده ابن يامين النضري: كيف كان قتل كعب بن الأشرف؟ فقال ابن يامين: كان غدرًا، ومحمد بن مسلمة جالس شيخ كبير، فقال: يا مروان أيغدر رسول الله ﷺ عندك؟ والله ما قتلناه إلا بأمره، والله لا يؤويني وإياك سقف بيت إلا المسجد وأما أنت يا بن يامين فله علي إن أفلت وقدرت عليك وفي يدي سيف إلا ضربتك به على رأسك، فكان ابن يامين لا ينزل من بني قريظة حتى يبعث له رسولاً ينظر محمد بن مسلمة، فإن كان في بعض ضياعه نزل ففضى حاجته ثم رجع، وإلا لم ينزل، فبينما محمد في جنازة وابن يامين في البقيع، فرأى محمداً يغشى عليه جرائد يظنه لا يراه فعاجله، فقام إليه الناس، فقالوا: يا أبا عبد الرحمن ما تصنع؟ نحن نكفيك، فقام إليه، فلم يزل يضربه بجريد حتى كسر الجريد على وجهه ورأسه، ثم قال: والله لو قدرت على السيف لضربتك به. ومما يدل على أن كعب بن الأشرف قد أعلن بغضه وعداؤه للنبي ﷺ والمسلمين منذ وصوله إلى المدينة مهاجرًا ما جاء في «شرح المواهب»: «من أن ابن الأشرف قد ساد يهود الحجاز بكثرة ماله، فكان يعطي أحبار يهود ويصلهم، فلما قدم النبي ﷺ المدينة جاءه أحبار اليهود من بني قينقاع وبني قريظة لأخذ صلته على عادتهم، فقال لهم: ما عندكم من أمر هذا الرجل؟ قالوا: هو الذي كنا نتظر ما أنكرنا من نعوته شيئًا، فقال لهم: قد حرمتكم كثيرًا من الخير، ارجعوا إلى أهليكم فإن الحقوق في مالي كثيرة، فرجعوا عنه خائبين، ثم رجعوا إليه فقالوا له: إنا تعجلنا فيما أخبرناك به أولًا، ولما استوثقنا علمنا أننا أخطأنا وليس هو النبي المنتظر، فرضي عنهم ووصلهم، وجعل لكل من تابعهم من الأحبار شيئًا من ماله».

(١) سقط في أ.

ففي هذا الوجه: لا يكفر، كما لو أكره على أن يتكلم بالكفر فتكلم به، وقلبه مطمئن بالإيمان.

الوجه الثاني: أن يقول: خطر ببالي رجل من النصارى اسمه محمد، فأردت بالشتم ذلك النصراني، وفي هذا الوجه لا يكفر أيضا؛ لأنه لم يشتم محمدا ﷺ.

الوجه الثالث: أن يقول: خطر ببالي رجل من النصارى اسمه محمد، فلم أشتم [ذلك]^(١) النصراني وإنما شتمت محمدا - عليه الصلاة والسلام - وفي هذا الوجه يكفر في القضاء، وفيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه شتم محمدا ﷺ طائعا، ولأنه أمكنه دفع الإكراه عن نفسه بشتم محمد آخر خطر بباله، فيكون طائعا في شتم محمد ﷺ، وإنه كفر.

ومن [قال]^(٢): جن النبي ﷺ، يكفر.

ومن قال: أغمى [على]^(٣) النبي ﷺ، لا يكفر.

وفي نواذر الصلاة لشمس الأئمة السرخسي والحلواني سئل أبو حنيفة - رحمه الله - عمن يقول: إن محمدا رسول الله، إلا أنه يجب أن يشتم، قال: هذا رجل لم يعرف الله تعالى؛ لأنه لو عرفه لم يجب أن يشتم رسوله ﷺ.

إذا قال: لو لم يأكل آدم الحنطة ما وقعنا في هذه البلايا، فقد اختلف المشايخ في كفره.

وإذا روى الرجل حديثا عن النبي ﷺ فرده آخر، قال بعض مشايخنا: إنه يكفر.

ومن المتأخرين من قال: إذا كان متواترا، يكفر.

وكذلك لو قال بطريق [الاستخفاف]: سمعناه كثيرا، يكفر.

إذا تمنى ألا يكون نبي من الأنبياء نبيا، وإذا أراد^(٤) الاستخفاف بذلك النبي،

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

يكفر، أو عداوته، يكفر.

ولو قال رجل مع غيره: كان رسول الله ﷺ يحب كذا بأن قال مثلاً: كان يحب القرع، فقال ذلك الغير: أنا لا أحبه، فهذا كفر منه، هكذا روي عن أبي يوسف أيضاً.

وبعض المتأخرين قالوا: إذا قال ذلك على وجه الإهانة كان كفراً، [وبدونه لا يكون كفراً]^(١).

وإذا روى [رجل لغيره]^(٢): إن رسول الله ﷺ قال: «بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة»^(٣). فقال ذلك الرجل: «من منبر وحظيره مي بينهم جيزي ديكر في بينم» فقد قيل: يكفر.

رجل قال لامرأته: «مراسيم ست» فقالت امرأته: إنك تكذب، فقال الرجل: لو شهد الأنبياء والملائكة عندك «كه مراسيم نيست» لا تصدقيهم، فقالت: نعم لا أصدقهم، ذكر في مجموع النوازل: أنها تكفر.

وفيه أيضاً: رجل قال مع غيره: إن آدم صلوات الله عليه وسلامه - نسج «الكرباس» فقال ذلك الرجل: «يس ما همه جولاهه بجكان باشيم» فهذا كفر؛ لأنه نبي الله.

رجل قال مع آخر [كل]^(٤): ما كان يأكله رسول الله ﷺ كان يلحس أصابعه الثلاث، فقال ذلك الرجل: «اين بي أدبي است» فهذا كفر.

رجل قال لآخر: البس الثياب البيض، فإن هذا سنة رسول الله ﷺ، فقال ذلك

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) أخرجه البخاري (٣/٣٩٢) كتاب: فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، باب: فضل ما بين القبر والمنبر، برقم (١١٩٦)، ومسلم (٢/١٠١١)، كتاب الحج، باب: ما بين القبر والمنبر روضة من رياض الجنة، من حديث أبي هريرة مرفوعاً «ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة، ومنبري على حوضي».

(٤) سقط في أ.

الرجل: لو كان هذا سنة رسول الله ﷺ «بس مغان دست بردند» فإنهم يلبسون الثياب البيض.

فقد قيل: هذا استخفاف بسنة رسول الله ﷺ [وهذا كفر].

رجل قال لآخر: احلق رأسك وقلم أظفارك، فإن هذا سنة رسول الله ﷺ^(١) فقال ذلك الرجل: لا أفعل، وإن كان هذا سنة فهذا كفر؛ لأنه قال ذلك على سبيل الإنكار والرد، فكذا في سائر السنن، وخصوصا في سنة هي معروفة وثبوتها بالتواتر، كالسواك وغيره.

فقد روي عن محمد بن مقاتل - رحمه الله - : ولو أن أهل بلدة اجتمعوا على ترك السواك قاتلناهم كما نقاتل الكفار.

وفي نسخة الجحواني: ورأيت في موضع آخر: إذا قال الرجل لغيره: «سو شاربك، أو قص شاربك» فإنه سنة، فقال: لا أفعل، إن أنكره أصلا، يكفر.

وفي نسخة الجحواني: إذا قال: «جه نغز رسم است دهقاننا مزاکه نان نجورند ودشهانى شونيد» قال: إن قال تهاونا بالسنة، [يكفر].

وفي مجموع النوازل: إذا قال الرجل: «جه بكارايد سبليت بست»: إنه يكفر؛ [لأنه استخف بالسنة]^(٢).

قال لغيره: «سبليت بست کرده وکند وری درکردن افکنده» أو قال: «اين جه رسم است سبليت بست کردن، ودستار بزبر کلوبر اوردن» فإن قال ذلك على سبيل الطعن بسنة رسول الله ﷺ، [فقد كفر، والله أعلم]^(٣).



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

نوع آخر: في رد الأوامر الشرعية:

إذا قال: لو أمرني الله تعالى بكذا، لم أفعل، أو قال: لو صارت القبلة إلى هذه الجهة ما صليت، فقد كفر.

وكذلك لو قال: لو أعطاني الله تعالى الجنة لا أريدها دونك أو قال: لا أدخلها دونك، أو قال: لو أمرت أن أدخل الجنة مع فلان لا أدخلها، أو قال: لو أعطاني الله تعالى الجنة لأجلك أو لأجل هذا العمل لا أدخل، أو قال: لا أريدها ولا أريد رؤيته، فهذا كله كفر. والله تعالى أعلم.



نوع آخر: فيما يعود إلى الملائكة:

إذا قال لغيره: رؤيتي إياك كرؤية ملك الموت، فهذا خطأ عظيم. فهل يكفر هذا القائل. فيه اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: يكفر، وأكثرهم على أنه لا يكفر. وكذلك لو قال حين رأى فلان: «رسمى بن دادى بن دارمى ملك الموت است». ولو قال: «روى فلان وان في دارم حين روى ملك الموت» وأكثر المشايخ على أنه يكفر.

رجل قال لآخر: «من مر فرشية يوم في موضع كذا أعينك على أمرك». فقد قيل: إنه يكفر.

وكذا إذا قال مطلقا: أنا ملك. بخلاف ما إذا قال: أنا نبي.



نوع آخر: فيما يتعلق بالقرآن:

إذا أنكر آية من القرآن، أو سخر بآية من القرآن فقد كفر.

ومن زعم أن المعوذتين ليستا من القرآن، فقد ذكر أبو الليث: أنه لا يكفر.

روي عن ابن مسعود، وأبي بن كعب أنهما ليستا من القرآن^(١).

ولهذا الكلام تأويل، وبعض المشايخ على أنه يكفر.

(١) أخرجه أحمد والبزار والطبراني من طرق صحيحة عن ابن عباس وابن مسعود كما في الدر

المثور (٧١٤/٦)، وهو في صحيح البخاري (٤٩٧٦، ٤٩٧٧) عن أبي بن كعب.

ويثار إشكال إنكار ابن مسعود المعوذتين وفي هذا يقول ابن قتيبة: لم يكتب عبد الله بن

مسعود في مصحفه المعوذتين؛ لأنه كان يسمع رسول الله ﷺ يعوذ الحسن والحسين بهما،

فقدّر أنهما بمنزلة: «أعوذ بكلمات الله التامات من كل شيطان وهامة، ومن كل عين لامة».

قال ابن الأنباري: وهذا مردود على ابن قتيبة؛ لأن المعوذتين من كلام رب العالمين؛

المعجز لجميع المخلوقين، و«أعيذكما بكلمات الله التامة» من قول البشر، وكلام الخالق

الذي هو آية، وحجة لمحمد ﷺ على جميع الكافرين، لا يلتبس بكلام الأدمين على مثل

عبد الله بن مسعود، الفصيح اللسان، العالم باللغة العارف بأجناس الكلام.

وقال بعض الناس: لم يكتب عبد الله المعوذتين؛ لأنه أمن عليهما من النسيان،

فأسقطهما وهو يحفظهما كما أسقط فاتحة الكتاب من مصحفه، وما يشك في إتقانه،

وحفظه لهما، ورد هذا القول على قائله، واحتج عليه بأنه قد كتب: ﴿إِذَا جَاءَ نَصْرُ

اللَّهِ وَالْفَتْحُ﴾ [النصر: ١] و﴿إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ﴾ [الكوثر: ١] و﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ

أَحَدٌ﴾ [الإخلاص: ١] وهن يجريان مجرى المعوذتين في أنهن غير طوال، والحفظ

إليهن أسرع، والنسيان مأمون، وكلهن يخالف فاتحة الكتاب؛ إذ الصلاة لا تتم إلا

بقراءتها، وسبيل كل ركعة أن تكون المقدمة فيها قبل ما يقرأ من بعدها، فإسقاط فاتحة

الكتاب من المصحف على معنى الثقة ببقاء حفظها، والأمن من نسيانها صحيح، وليس

من السور في هذا المعنى مجراها، ولا يسلك به طريقها.

فالطعن عليه بجحده سورتين من القرآن العظيم فإن لابن مسعود في ذلك سببا والناس قد

يظنون ويزلون وإذا كان هذا جائزا على النبيين والمرسلين فهو على غيرهم أجوز وسببه في

تركه إثباتهما في مصحفه أنه كان يرى النبي ﷺ يعوذ بهما الحسن والحسين ويعوذ غيرهما

كما كان يعوذهما بأعوذ بكلمات الله التامة فظن أنهما ليستا من القرآن فلم يثبتهما في

مصحفه.

ينظر: تفسير القرطبي (١٧٤/٢٠)، واللباب في علوم الكتاب (٥٦٨/٢٠، ٥٦٩)،

الإحكام في أصول الأحكام، للأمامي (١١٤/١) والانتصار للقرآن، لمحمد بن الطيب

ابن محمد بن جعفر بن القاسم، القاضي أبي بكر الباقلاني، تحقيق: د. محمد عصام

القضاة، دار الفتح، عمّان، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م (١/

١٨١).

وحكي عن الشيخ الإمام جمال الدين - خالي - رحمه الله - أنه قال: ذكر في آخر تفسير أبي الليث حديثاً: أن من زعم أن المعوذتين ليستا من القرآن فأولئك عليهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين.

ومثل هذا الوعيد إنما ورد في حق الكفار دون المؤمنين.

ولأن الأمة أجمعت^(١) بعد الصدر الأول: أنهما من القرآن، والإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم. والأول أقرب إلى الصواب؛ لأن الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف المتقدم، عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعند أبي يوسف - رحمه الله - على ما هو المذكور عند عامة المشايخ.

وعند علمائنا - رحمهم الله - على ما ذكر - شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - [فبقي]^(٢) لهذا الكلام تأويل صحيح، فلا يوجب الكفر. بخلاف ما [إذا أنكر آية أخرى [من القرآن؛ لأنه لا تأويل في آية أخرى]^(٣)، أما هاهنا بخلافه]^(٤).

إذا قرأ القرآن على ضرب الدف أو القضيب، فقد كفر.

رجل يقرأ القرآن فقال رجل: «إين جه بانك طوفان است» فهذا كفر.

معلمة قالت: «تا قرآن آفریده شده است سیم بشج شیندی نهاده شده است» تكفر؛ لأن هذا قول بخلق القرآن، وقيل: لا تكفر؛ لأنهم لا يريدون بهذا الخلق حقيقة الخلق، وإنما يريدون به النزول [في العرف]^(٥) حتى لو اعتقدت حقيقة الخلق تكفر.

وإذا قال لغيره: «قل هو الله أحد، رابو ست بردي» أو قال: «ألم نشرح، راكيبان

(١) في م: أجمعت.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

كرفته» أو قال لمن يقرأ عند المريض: «يس درهان مرده منه به كونه» [فهذا كله كفر.

وكذلك إذا قال: «اي كوتاه بزاز - إنا أعطيناك الكوفر»^(١) فهذا كفر أيضا.

وإذا قال لمن يقرأ القرآن ولا يتذكر كلمة ﴿وَأَلْفَتِ السَّاقُ بِالسَّاقِ﴾.

أو ملاً قدحا وجاء به وقال: ﴿وَأَسَا دِهَاقًا﴾. أو قال: ﴿فَكَانَتْ سَرَابًا﴾. بطريق المزاح، أو قال عند الكيل والوزن: ﴿وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾. يريد به: المزاح، فهذا كله كفر.

وإذا قال: «خانه جنان باك كرده كسجون والسماء والطارق» فقد قيل: يكفر.

وقال الإمام أبو بكر بن إسحاق^(٢): إن كان القائل جاهلا لا يكفر، وإن كان عالما يكفر.

وإذا قال لغيره: «دستاز ألم نشرح بستة» بمعنى: أبديت الغم^(٣)، فهذا كفر.

وكذلك إذا اجتمع أهل موضع وقال: ﴿وَحَشَرْنَاهُمْ فَلَمْ نُغَادِرْ مِنْهُمْ أَحَدًا﴾.

أو قال: ﴿فَجَمَعْنَاهُمْ جَمَاعًا﴾. أو قال: (عنيدا)، فقد كفر؛ لاستخفافه بالقرآن.

وإذا قال: (ألهكم)، فقال آخر: «سربيني باك كن» كفرا.

وكذلك إذا دعى الرجل إلى الصلاة [بالجماعة]^(٤) فقال: أنا أصلي وحدي، قال

الله تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنَهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾.

أو قال [لرجل]^(٥) أقرع «آسمك»: إن الله تعالى قال ﴿كَلَّا بَلْ رَانَ﴾. فهذا كله كفر.

(١) سقط في م.

(٢) هو: أبو بكر بن إسحاق البخاري الكلاباذي الإمام الأصولي له كتاب سماه: التعرف، قال منكوس وفتت عليه وفيه أفاويل أصحابنا في التوحيد والصفات وشمول الكرامات الظاهرة لهم ببركة صحة عقيدتهم في توحيد الله تعالى وصفاته. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٢٧٢).

(٣) في م: العلم.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

وإذا قال لغيره: تَفْشِيلَةٌ مَبْخُورٌ فَإِنَّ التَّفْشِيلَ يَذْهَبُ بِالرِّيحِ^(١)، قال الله تعالى: ﴿وَتَذَهَبَ رِيحًا﴾. فقد كفر [إذا أراد به الطنز]^(٢)[^(٣)].

[وإذا قال لغيره: كيف تقرأ (والنازعات نزعا). بنصب النون، أو برفع النون وأراد به «الطنز» يكفر]^(٤)[^(٥)].

وإذا قال: «قاعا صنفصفا شده است» فهذه مخاطرة عظيمة.

وإذا قال لباقي^(٦) القدر شيء: ﴿وَالْبَيْقِيْتُ الصَّلِيحَتُ﴾. فهذه مخاطرة عظيمة أيضا.

وإذا قال: القرآن أعجمي، يكفر.

ولو قال: فيه كلمة أعجمية ففي أمره نظر، هكذا ذكره أبو القاسم المفسر^(٧). والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١/٦٩٣).

(٢) الطنز: السخرية. ينظر: تهذيب اللغة (١٣/١٢٥)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٣/٨٨٣)، القاموس المحيط، ص (٥١٥).

(٣) سقط في م.

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١/٦٩٣).

(٥) سقط في م.

(٦) في م: لما في.

(٧) هو: عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك بن طلحة بن محمد، الأستاذ أبو القاسم القشيري النيسابوري، الحافظ المفسر، الفقيه، النحوي، اللغوي، الأديب، الكاتب، ولد سنة ست وسبعين وثلاثمائة، وهو أحد العلماء بالشرعة والحقيقة، وتفقه على أبي بكر محمد بن بكر الطوسي وأخذ علم الكلام عن ابن فورك، توفي سنة خمس وستين وأربعمائة. ينظر: معجم الأدباء (٤/١٥٧٠)، وطبقات الشافعية لابن السبكي (٣/٤٨)، وإنباه الرواة على أنباه النحاة (٢/١٩٣)، وطبقات المفسرين للسيوطي، ص (٢١).

نوع آخر: فيما يتعلق بالصلاة والزكاة والصوم:

في المنتقى [إبراهيم عن محمد]^(١) عن أبي يوسف - رحمهما الله - أنه قال: الصلاة ركوعها فريضة من الله تعالى، فمن قال: ليست بفريضة، فقد أخطأ ولم يكفر؛ لأنه يتأول، وأراد بهذا التأويل: أن الصلاة قد تجوز بدون الركوع والسجود، وتقع فرضاً بأن عجز عنهما، فقد أشار إلى مثل هذا التأويل بمنع التكفير، وإن لم يكن معتبراً من كل وجه.

وفي الجامع الأصغر قال أبو حفص الكبير: إذا قيل للمريض: صل، فقال: والله لا أصلي أبداً، فلم يصل حتى مات، لو جاز لي لقلت: ارموه ولا تصلوا عليه؛ لأنه مات كافراً.

قال صاحب الجامع الأصغر: وجه ذلك أنه قال على وجه التهاون والاستخفاف، ومن فعل ذلك، صار كافراً.

ورأيت في موضع آخر: إذا قيل للرجل: صل فقال: لا أصلي، عند بعض المشايخ: لا يكفر وقال بعضهم: إذا قيل ذلك لصلاة الفريضة في وقتها، يكفر، ولو أراد بقوله: لا أصلي بأمرك، لا يكفر.

ورأيت في موضع آخر من قال للمكتوبة: لا أصليها اليوم، إن أراد بذلك ردّاً على الله تعالى، فقد كفر، وإن أراد به حكاية، لا يكفر.

وفي واقعات الناطفي قال محمد - رحمه الله - قول الرجل: (لا أصلي) يحتمل أربعة أوجه:

أحدها: لا أصلي؛ لأنني صليت.

الثاني: [لا أصلي]^(٢) بأمرك، فقد أمرني بها من هو خير منك.

والثالث: لا أصلي فسقا ومجانة فهذه الثلاثة ليس بكفر.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

والرابع: لا أصلي إذ ليس يجب عليّ الصلاة، ولم أوامر بها يعني جحودًا لها^(١) - وفي هذا الوجه يكفر.

قال الناطفي: إذا أطلق وقال: [لا أصلي]^(٢)، لا يكفر؛ لاحتمال هذه الوجوه. وإذا صلى [الفجر]^(٣) وقال: «فجرك وإنما زكردم» يكفر.

وإذا قيل لرجل: صل، فقال: «قلّبان بودكه نماز كندو كاربر خویش دارا زكند» أو قال: «دیزا ست كه بیکار نکرده ام». أو قال: «كه تواندكه این کارورا بسر برد». أو قال: «خرد مندي درکاري نبا يدكه بسر نتواند برد».

أو قال: «مرد مان آربر مامي كتند».

أو قال: «بسر نماز بسته ام».

أو قال: «به كدير بورداء ام».

أو قال: «باش تاماه رمضان بيايد تا جمله كينم تانماز جمله مي كويدرکه خدا دند قام جمله كدا ازدن دوست تزدا رد».

أو قال: «نمازمي كنم جيزي برسر نسي آيد».

أو قال: «تونما كردي جه برسر أدروي».

أو قال: «نماز كرا كنم ما درد بدر من مرده اند».

أو قال: «هنوز نمرده اند».

أو قال: «نماز كرده ونا كرده بكي».

أو قال: «جندان نمازي مرا دن بكرفت».

أو قال: «ماز جيزي نيست كه اكر بما ند كنده شود».

أو قال: «ترش شور»، فهذا كله كفر.

وكذلك إذا قال: «خوش كاري في نمازي» فهو كفر.

(١) في م: بها.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

وكذلك إذا قال: صل حتى تجد حلاوة الطاعة، أو قال بالفارسية: «نمازكن تاحلاوت نمازکردن بیابی» فقال له ذلك الرجل «تو ممکن تا حلاوت بی نمازی نه بیینی» يكفر.

وإذا قال لعبد: صل فقال: لا أصلي، فإن الثواب يكون للمولى، يكفر.
 [وإذا قيل لرجل: «مات عبده وحضرته الصلاة - : قم فصل»^(١)]^(٢).
 فقال: إن الله تعالى نقص من مالي، فأنا أنقص من حقه، فهذا كفر.
 «رجل يصلي في رمضان [لا غير ويقول: «اين خود بسيارست» أو يقول: «زياده مي آيد»؛ لأن كل صلاة في رمضان^(٣) تساوي سبعين صلاة، يكفر.
 وإذا قال: [للتراويح: [مجزك]^(٤)]^(٥) عمر - رضي الله عنه - فهذا كلام الروافض لعنهم الله.

وإذا صلى إلى غير القبلة [متعبداً فوافق ذلك القبلة]^(٦)، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : هو كافر كالمستخف به، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.
 قال [الفقيه]^(٧) هذا: وكذا إذا صلى بغير طهارة، أو صلى مع الثوب النجس [متعمدا]^(٨).

وقال القاضي الإمام ركن الإسلام - علي السغدني: لو صلى إلى غير القبلة متعمداً، أو مع الثوب النجس متعمداً، لا يكفر [ولو صلى بغير وضوء متعمداً يكفر]^(٩).

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في م: الترويح.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في م.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وبه نأخذ.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في أيمان الجامع: لو صلى بغير طهارة لا يكفر، وفي كتاب التحري: إذا تحرى ووقع تحريه على جهة وترك تلك الجهة وصلى إلى جهة أخرى، روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال: أخشى عليه الكفر لإعراضه عن القبلة، واختلف المشايخ في كفره، وهذا لما وقع تحريه إلى جهة انتصب تلك الجهة قبله في حقه، فصار كما لو رأى القبلة وصلى إلى غيرها، وهناك اختلف المشايخ في كفره.

قال شمس الأئمة [الحلواني]^(١) في [شرح]^(٢) كتاب التحري: الأظهر أنه إذا صلى إلى غير القبلة على وجه الاستهزاء أو الاستخفاف يصير كافراً. قال - رحمه الله - في كتاب التحري: وأما إذا صلى بغير الطهارة ذكر في النوادر: أنه يصير كافراً.

وذكر في المبسوط: حكم الصلاة بغير طهارة من حيث الجواز والفساد، ولم يتعرض للكفر.

وبعض مشايخنا أخذوا برواية النوادر، وبعضهم أخذوا برواية المبسوط. ولو ابتلي إنسان بذلك لضرورة، بأن كان يصلي مع قوم فأحدث واستحيا أن يظهر ذلك وصلى هكذا، أو كان بقرب العدو فقام يصلي وهو غير طاهر. قال بعض مشايخنا: لا يكون كافراً؛ لأنه غير مستهزئ.

ومن ابتلي بذلك لضرورة أو لحياء ينبغي ألا يقصد بالقيام، قيام الصلاة ولا يقرأ [من القرآن]^(٣) شيئاً. وإذا حنى ظهره لا يقصد الركوع، ولا يسبح حتى [لا يصير كافراً بالإجماع، وإذا صلى في ثوب نجس. قال بعضهم: لا يصير كافراً.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

ولو اقتدى بصبي أو امرأة أو مجنون أو جنب أو محدث أو صلى الصلاة الوقتية وعليه فائتة وهو ذاكراً لها^(١)، لا يصير كافراً في قولهم جميعاً.

قيل لرجل: أد الزكاة، فقال: لا أؤدي، يكفر، هكذا قيل، [وقيل في]^(٢) الأموال الباطنة لا يكفر. وفي الأموال الظاهرة يكفر.

وينبغي أن يكون فصل الزكاة على الأقاويل التي ذكرنا في فصل الصلاة. ولو قال: ليت صوم رمضان لم يكن فرضاً، فقد اختلف المشايخ في كفره. والصواب ما نقل عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل: أن هذا على نيته، إن نوى أنه قال ذلك من أجل ألا يمكنه أداء حقوقه، لا يكفر. ولو قال عند مجيء شهر رمضان: «آمدان ماه كران» أو قال: جاء الضيف الثقيل، يكفر.

وفي نسخة الجحواني: إذا قال عند دخول رجب: «عقابها اندر أفتاديم» إن قال ذلك تهاوناً بالشهور المعظمة، يكفر، وإن أراد به التعب لنفسه، لا يكفر، وينبغي أن يكون الجواب في المسألة الأولى على هذا الوجه.

رجل قال: «ماه رمضان زوزر بكزايد» فقد قيل: إنه يكفر. وقال الحاكم عبد الرحمن: لا يكفر؛ لأن المراد من هذا ضعفه وجوعه. إذا قال: «جند ازين روزه كه مرادل بكرفت» فهذا كفر.

إذا قال: هذه الطاعات جعلها الله تعالى عذاباً علينا، [إن تأول]^(٣) ذلك كفر، وتأويله أن يقول: «اكر طاعتها برمان رنج ست».

وكذلك لو قال: لو لم يفرض الله تعالى هذه الطاعات كان خيراً لنا، لا يكفر [إن]^(٤) تأول ذلك.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: تأويل.

(٤) سقط في م.

نوع آخر: فيما يتصل بالذكر:

إذا تشاجر رجلان فقال أحدهما: لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، فقال الآخر: «لا حول بكارنيت» أو قال: «لا حول را يكاسه اندر ثريد نتوان كردن». فهذا كفر.

وكذلك إذا قال ذلك عند التسبيح والتهليل.

وكذلك إذا قال أحدهما: «[سبحان الله]^(١) رابو ست بردى» أو قال: «بوست بازكردي» فهذا كفر.

ومن أكل طعاما حراما، فقال عند الأكل: بسم الله، فقد حكى الإمام - المعروف - بالمستملي عن مشايخه: أنه يكفر، لاستخفافه باسم الله. ولو قال عند الفراغ من الأكل: الحمد لله، فقد قال بعض المشايخ: إنه لا يكفر؛ لأنه شكر الله تعالى.

[قال لآخر]^(٢): «برانكه رسوانكردش ولقمة بخلق وي اندر نكرفت» لا يكفر. «واتفاقت اكر قدح مني كيردو بسم الله كويد، وبخورد كافر كرد دو هيبن بوقت مباشرت زنايا بوقت قمار كعبتين من بكيردو بكوبذ بسم الله كافر، كرد وبحكم استخفاف بنام خدائي عز وجل».

وإذا سمع الأذان، وقال: هو يكذب، يكفر.

وإذا قال لآخر: قل لا إله إلا الله، فقال: لا أقول، فقال بعض المشايخ: هو كفر.

وقال بعضهم: إن عنى به: أني لا أقول بأمرك، لا يكفر.

وقال بعضهم: لا يكفر [مطلقا]^(٣) إذ الغرض والمطلوب، ذكر كلمة الإخلاص

مرة.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

ولو قال: «توبكفتن اين كلمة جه برسد أوردني تا من كويم» يكفر.
 رجل عطس مرات، فقال له رجل بحضرتة: يرحمك الله مرة^(١) بعد مرة،
 فعطس مرة أخرى، فقال له الرجل: «بجان امدم ازين يرحمك الله» كفر أو قال:
 «دلتنك شد مانست» أو قال «ملول شديد» فقد قيل: لا يكفر.
 والجواب صحيح أن قوله: يرحمك الله دعاء له، ولو قال له: ضاق قلبي عن
 دعائك، لا يكفر. كذا هاهنا.
 وإذا سمع المؤذن يؤذن، فقال السامع: «اين بانك باسبان [ده ست]»^(٢) يكفر.



(١) في م: من.

(٢) سقط في م.

نوع آخر: فيما يتعلق بأمور: القيامة والبعث والميزان والحساب:
من أنكر القيامة^(١)،

(١) بين القرآن الكريم كثيرًا من صور العقاب التي يتعرض لها الشخص بسبب كفره أو تكذيبه بيوم الدين، ومن ذلك ما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا الَّذِينَ كَفَرُوا وَكَذَّبُوا بِآيَاتِنَا وَلِقَاءِ الْآخِرَةِ فَأُولَئِكَ فِي الْعَذَابِ مُحْضَرُونَ﴾ [سورة الروم آية: ١٦]، أي: وأما الذين كفروا بالله ورسله بأي صورة من صور الكفر السابقة، وكذبوا بآيات الله الكونية والتنزيلية وكذبوا بالبعث والجزاء في الآخرة - فأولئك في عذاب جهنم مقيمون على الدوام، مجبورون على الحضور فيه. ومن جملة الآيات الكونية والتنزيلية تلك الآيات الناطقة بما فصل سبحانه وتعالى، وما يماثلها من آيات تقرر وقوع الآخرة ودخول المؤمنين الجنة والكافرين النار. وقد عطف قوله تعالى: ﴿وَكَذَّبُوا بِآيَاتِنَا﴾ على قوله: ﴿كَفَرُوا﴾ مع أن التكذيب داخل في الكفر؛ لبيان فداحة جرم الكافرين، حيث جعل التكذيب جريمة مستقلة عن الكفر، فالعطف يقتضي المغايرة. وقوله: ﴿وَلِقَاءِ الْآخِرَةِ﴾ المراد به البعث وغيره مما يقع بعده من حساب وجزاء وجنة ونار. ويقول القرطبي في تفسير هذه الآية: معنى ﴿مُحْضَرُونَ﴾، أي: مقيمون، وقيل: مجموعون، وقيل: معذبون، وقيل: نازلون، والمعنى متقارب، أي: أنها كلها تنفيذ أنهم مجبورون على الإقامة والحضور في العذاب، كما أن العذاب يحيط بهم من كل جانب، لا يغيب عنهم، ولا يفتر عنهم، وهو ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿لَا يَفْتَرُ عَنْهُمْ وَهُمْ فِيهِ مُبْلِسُونَ﴾ [سورة الزخرف آية: ٧٥]، وقوله تعالى: ﴿يَوْمَ يُدْعَوْنَ إِلَىٰ نَارِ جَهَنَّمَ دَعَاً﴾ [سورة الطور آية: ١٣]، وقوله عز وجل: ﴿وَمَا هُمْ مِنْهَا مُمَخْرَجِينَ﴾ [سورة الحجر آية: ٤٨].

٢ - قال تعالى: ﴿ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةَ الَّذِينَ أَسْتَوُوا السُّوْءَ أَن كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ وَكَانُوا بِهَا يَسْتَهْزِئُونَ﴾ [سورة الروم، الآية: ١٠]. وقال - تعالى - ﴿بَلْ كَذَّبُوا بِالسَّاعَةِ وَأَعْتَدْنَا لِمَن كَذَّبَ بِالسَّاعَةِ سَعِيرًا﴾ [سورة الفرقان آية: ١١]. وهذا عطف على ما حكي عن العرب من قولهم: ﴿مَالِ هَذَا الرَّسُولِ﴾ على معنى: بل أتوا بأعجب من ذلك كله، وهو تكذيبهم بالساعة، والحال أنا قد أعتدنا لمن كذب بالساعة سعيًا، فإن جرأتهم على التكذيب بها، وعدم خوفهم مما أعد لمن كذب بها، أعجب من القول السابق. ويعلق الإمام ابن جرير الطبري على هذه الآية بقوله: ﴿بَلْ كَذَّبُوا بِالسَّاعَةِ﴾ يقول الله - تعالى ذكره - : ما كذب هؤلاء المشركون بالله، وأنكروا ما جئتهم به يا محمد من الحق من أجل أنك تأكل الطعام، وتمشي في الأسواق، ولكن من أجل أنهم لا يوقنون بالميعاد، ولا يصدقون بالثواب والعقاب؛ تكذيبًا منهم بالقيامة وبعث الله الأموات أحياء لحشر القيامة.

٣ - قال تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا رَبَّهُمْ وَأُولَئِكَ الْأَغْلَلُ فِي أَعْنَاقِهِمْ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة الرعد الآية ٥] فحكم الله تعالى في هذه الآية على الكفار الذين أنكروا البعث بأمور ثلاثة مختلفة:

الأول: كفرهم بربهم.

الثاني: جعل الأغلال في أعناقهم.

الثالث: خلودهم في النار. ويدل على الاختلاف بين هذه الأحكام الثلاثة، ورودها في الآية معطوفة بالواو في قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ﴾. إشارة إلى المنكرين للبعث، أي: أولئك المنكرون لقدرته على البعث بعد ما عاينوا من آيات الله الكبرى التي ترشدهم إلى الإيمان هم ﴿الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ﴾، أي: جحدوا به، وتمادوا في الجحود؛ وذلك لأن إنكارهم قدرة الله تعالى على البعث إنما هو إنكار له سبحانه وكفر به، لأن الإله لا يكون عاجزاً، ثم في إنكار البعث تكذيب لله ولرسله. وجاء سبحانه باسم الإشارة ﴿وَأُولَئِكَ﴾ الذي يدل على البعد؛ ليبين بعد منزلتهم في الكفر والفساد. ثم في قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَغْلَالُ فِي أَعْنَاقِهِمْ﴾ [سورة الرعد آية: ٥] تعود الإشارة على ما أشار إليه اسم الإشارة الأول وهم الكافرون المنكرون للبعث، وقد بينت الآية عقابهم بأن ﴿الْأَغْلَالُ فِي أَعْنَاقِهِمْ﴾، والأغلال: جمع غل وهو القيد الذي يوضع في العنق واليد. وبين الفخر الرازي - رحمه الله - أن في معنى قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَغْلَالُ فِي أَعْنَاقِهِمْ﴾ احتمالين:

الأول: أن يكون المراد وصفهم بذلك في الدنيا؛ فيكون تشبيهاً وتمثيلاً لحالهم في امتناعهم عن الإيمان، وعدم التفاتهم إلى الحق بحال جماعة في أعناقهم الأغلال والقيود، بحيث لا يمكنهم الالتفات معها، ثم استعير التركيب الدال على المشبه به للتركيب الدال على المشبه على سبيل الاستعارة التمثيلية، ونظيره قول الشاعر:

كيف الرشاد وقد حُلِفْتُ في نَفْرِ لَهْمٍ عَنِ الرُّشْدِ أَعْلَالٌ وَأَقْيَادُ
ينظر: البيت في إعراب القرآن (٣/٣٨٥)، ولباب الآداب، للثعالبي (١/١١٢)، والكشاف (٢/٤٨٣)، وتفسير الرازي (٨/١٩)، وتفسير القرطبي (٨/١٥)، وتفسير البحر المحيط (٥/٣٥٩)، واللباب في علوم الكتاب (١١/٢٥٢).

كأنه قيل: أولئك مقيدون بقيود الضلال، بحيث لا يرجى صلاحهم مع وجودها.

الثاني: أن يكون المراد وصفهم بذلك في الآخرة وعندئذ يحتمل الكلام أمرين: أحدهما: أن يكون باقياً على حقيقته كما قال سبحانه وتعالى: ﴿إِذِ الْأَغْلَالُ فِي أَعْنَاقِهِمْ وَالسَّلَاسِلُ يُسْحَبُونَ﴾ (٧١) في الْحَمِيمِ [سورة غافر آية: ٧١، ٧٢]. ويدل - أيضاً - ما روي عن الحسن من قوله: «إن الأغلال لم تجعل في الكفار؛ لأنهم أعجزوا الرب تعالى، ولكن جعلت في أعناقهم حتى إذا طفا بهم اللهب أرسطهم في النار» [أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٧/٥٥) رقم (٣٤١٧٥)، والبخاري في التاريخ الكبير (٨/٩٩) رقم (٢٣٢٥)، وابن أبي حاتم في التفسير (٧/٢٢٢٢) رقم (١٢١٣٤)]، وهذا يدل على أن الآية وصف للحال الذي سيكون على الكفار في الآخرة وأن الكلام باق على حقيقته.

الأمر الثاني: أن يكون الكلام قد خرج مخرج التشبيه والتمثيل لحال هؤلاء الكفار بحال من يقدم للمحاكمة وقد وضعت الأغلال في عنقه؛ فيكون الكلام استعارة تمثيلية أيضاً بأن تشبه الهيئة المنتزعة من حالهم في ذلهم وهوانهم عندما يقدمون للحساب بالهيئة المنتزعة من حال من يقدم للمحاكمة، وقد جعلت الأغلال في عنقه، واستعير التركيب الدال على المشبه به للتركيب الدال على المشبه. وقيل في تفسير هذه الآية - أيضاً - بأن المراد بالأغلال:

أو الجنة، أو النار، أو الميزان، أو الصراط^(١)، أو الحساب، أو [الصحائف]^(٢)

أعمالهم الفاسدة التي تقلدوها وعلى هذا يكون في الأغلال استعارة تصريحية أصلية، وهذا المعنى على احتمال أن يكون في الدنيا وأن يكون في الآخرة. وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة البقرة آية: ٢١٧] يبين أن الحق سبحانه وتعالى قد قضى على الكافرين، ومنكري البعث بأنهم ﴿أَصْحَابُ النَّارِ﴾، أي: أهلها و﴿هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ أي: يبقون فيها ولا ينفكون عنها أبداً. والخلود يفسر تارة بدوام المكث، وهو المراد والمقصود هنا، وتارة يفسر بطول المدة، وهذا ليس مراداً هنا. وقد ذهب أبو السعود إلى أن الضمير في قوله: ﴿هُمْ﴾ ليس لتخصيص الخلود لمنكري البعث، بل الخلود يشمل ويعم جميع الكفار، ويدل لذلك قول الله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا بِرَبِّهِمْ﴾ ومعنى هذا: أن الجملة تفيد قصر الخلود على الكفار دون غيرهم من أصحاب الكبائر. غير أنه قد ورد عليه أن ﴿هُمْ﴾ ليس ضمير فصل؛ لأن شرط ضمير الفصل عند النحاة: أن يقع بين مبتدأ وخبر معرفتين، أو مبتدأ معرفة وخبر كالمعرفة في أنه لا يقبل (أل) كأفعل التفضيل، نحو (زيد هو أفضل)، وهنا ليس كذلك. وأجيب عن ذلك بأنه يجوز أن يرى أبو السعود أن ﴿هُمْ﴾ في الآية ضمير فصل، ويرى عدم اشتراط ما يشترطه النحاة في ضمير الفصل، علاوة على أن السهيلي والجرجاني قد جوزا في الضمير الواقع بعده فعل مضارع أن يكون ضمير فصل، نحو: (زيد هو يفعل). وهكذا عرضت هذه الآيات بعض صور العقاب الأخروي الذي يستحق بسبب الكفر، ونحوها من الآيات كثير.

ينظر: تفسير القرطبي (٢٤/١٤)، محاسن التأويل، للقاسمي، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، ص (٢٥٢)، تفسير الطبري (٢٢١/١٨)، روح المعاني (١٣/١٠٥، ١٠٦)، تفسير البحر المحيط (٣٥٩/٥)، وفتح القدير (١٦٦/١)، تفسير أبي السعود (٦/٥).

(١) يجب الإيمان بجميع ما أخبرنا به على لسان محمد ﷺ كالملائكة، والكتب السماوية، والسؤال، والبعث، والحشر، وهول الموقف، وأخذ الصحف، والوزن والميزان، والصراط، والشفاعاة، والجنة، والنار، وكل ما علم من الدين بالضرورة، فالإيمان به واجب والجاحد به كافر.

واتفق العلماء على التشهير بكفر من أنكر يوم القيامة أو بعث الموتى من قبورهم، أو الجنة أو النار أو الميزان والصراط والحساب أو الصحائف المكتوبة فيها أعمال العباد، أو إنكار عذاب القبر، أو شك في البعث أو الحساب.

ينظر: البحر الرائق (١٢٢/٥، ١٢٤)، مجمع الأنهر (١/٦٩٤)، الشرح الصغير (٤/٤٣٤)، مغني المحتاج (٤/١٣٥، ١٣٦)، شرح المقاصد في علم الكلام، لسعد الدين التفتازاني، دار المعارف النعمانية، باكستان، ط (١)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص (١٦، ١٧).

(٢) سقط في أ، م.

المكتوب فيها أعمال العبد، يكفر.

وإذا قال الرجل لغيره: أد العشرة التي عليك [في الدنيا]^(١)، وإلا أخذتها^(٢) منك يوم القيامة، فقال له: أعطني عشرة أخرى وبدان جهان ست بار خواه. أو قال: «وبدان جهان بيست بازدمت».

بعض المشايخ قالوا: لا يكفر، وقال أكثرهم: يكفر. وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : لأن هذا منه استخفاف بالقيامة.

رجل قال لظالم: «مي رسي به محشر» فقال الظالم: «مرا بمحشرجه كار» فهذا كفر؛ لأنه إن كان في اعتقاده أنه لا محشر ولا قيامة فهذا منه إنكار القيامة وإنكار المحشر، وإنه كفر. وإن كان في اعتقاده أن القيامة كائنة، وهذا القول منه على وجه الاستخفاف بالقيامة، فإنه كفر أيضاً.

وإذا قال: لا أخاف القيامة، أو قال: «فلان لفلان رس قيامه» فهذا كفر. وإذا قال لخصمه: أخذ منك حقي في المحشر، فقال خصمه: «تودران ابنوهي مراكجاياي» فقد اختلف المشايخ في كفره.

وذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - أنه لا يكفر. وإذا قال: «همه نيكي يا ابن جهان هر جكونه خواهي باش» فهذا كفر. قال رجل: «لزاهد ينشين تا ازبهشت زان سونيفتي». قال [أكثر]^(٣) أهل العلم: إنه يكفر.

قيل لرجل: اترك الدنيا لأجل الآخرة، قال: أنا لا أترك النقد بالنسيئة.. قال: يكفر.

(١) سقط في م.

(٢) في م: أخذ.

(٣) سقط في م.

[وفي نسخة الجحواني إذا قال: «هركه بانيجهان بي خردبود بانجهان جون كيسه دريده بود» قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: هذا «طنز»^(١) وهزؤ بأمر الآخرة، فيوجب كفر القائل]^(٢).

وسئل الإمام^(٣) هذا - رحمه الله - عن وضع ثيابه في موضع، وقال: سلمتها إلى الله تعالى، فقال آخر: قد سلمتها إلى من لا يمنع السارق إذا سرق، هل يكفر؟ قال: لا. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: ظفر.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: قيل لرجل: اترك الدنيا لأجل الآخرة، فيوجب كفر القائل.

(٣) زاد في م: عن.

نوع آخر: في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

رجل قال: للأمر^(١) بالمعروف [والنهي عن المنكر «جه غوغا آمد»]^(٢) إن قال ذلك على وجه الرد والإنكار يخاف عليه الكفر؛ لأنه فريضة، ومن أنكر الفريضة يكفر.

رجل قال لآخر: «بخانه فلان روو، أو را أمر بمعروف كن» فقال ذلك الرجل: «أو نه مرا أو جه کرده است، أو قال: «مرا ازوجه آزار است» أو قال: «مرا آزار است» أو قال: «من عافيت كزیده أم». أو قال: «مرا باین فضولي جه كار»، فهذه الألفاظ كلها كفر.

رجل قال لغيره: أعني على الأمر بالمعروف [والنهي عن المنكر]^(٣) فقال ذلك الرجل: «روهان كه بائس شده» لو عني به نفس الأمر بالمعروف ومعناه: «بائس شد كه لا كار بائس ميكني» فهذا كفر، وإن عني به فعله، ومعناه: «غرض توازين أمر بمعروف حقيقت أمر بمعروف نیست غرض توا رآت است وارت کردن كار بائس باشد» فهذا لا يكون كفرًا.

وبدون الاستفسار لا يحكم بكفره؛ لأن الظاهر أن المراد المسلم هو الثاني دون الأول.

وفي شرح السير الكبير: من أراد أن ينهي قوما من فساق المسلمين عن منكر، وكان من غالب رأيه أن يقتل لأجل ذلك، ولا ينكي فيهم نكاية بضرب وما أشبه فإنه^(٤) لا بأس بالإقدام عليه، و[هو]^(٥) العزيمة وإن كان يجوز له أن يترخص بالسكوت^(٦).

(١) في م: الأمر الأمر.

(٢) في م: عنهما أمر.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: رأيه، في المحيط: بضرب أو ما أشبه فإنه.

(٥) سقط في م.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٧١).

وقالوا في الحملة على المشركين: إذا كان غالب رأيه [أنه]^(١) متى حمل عليهم يقتل من غير أن ينكي فيهم نكاية، لا يحل [له]^(٢) ذلك.

ولا فرق بينهما من حيث المعنى؛ لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ينكي فيهم لا محالة، وبيان ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المسلمين يتركون الفساد حال ما يشتغلون بقتاله والمجادلة معه، فيقل الفساد، فيحصل نوع نكاية بالأمر بالمعروف بتقليل الفساد، أما الكفار لا يتركون [الفساد]^(٣) والخراب حال ما يشتغلون بقتاله، بل يتحققون ذلك ففعله لا يؤثر في تقليل الفساد فيعتبر النكاية من حيث الضرب والجرح.

الثاني: أن القوم هناك يعتقدون ما يأمرهم به، فلا بد وأن يكون فعله مؤثرا في باطنهم، وهنا القوم لا يعتقدون ما يدعوهم فلا يؤثر فعله في باطنهم فيعتبر الأثر^(٤) من حيث الظاهر، فإذا لا فرق بينهما [من حيث]^(٥) الصورة وإنما الفرق من حيث المعنى.



(١) سقط في م.
(٢) سقط في م.
(٣) في أ، م: الكفر.
(٤) في م: الأمر.
(٥) سقط في أ، م.

[نوع آخر]^(١): فيما يتعلق بالحلال والحرام:

قيل لرجل: حلال واحد أحب إليك أم حرامان؟ فإن قال: أيهما أسرع وصولاً. يخاف عليه الكفر.

وكذلك إذا قال: «مال بابد خواه حلال يا حرام».

ولو قال: «تا حرام يا بم جر كرد حلال نسی کردم» لا يكفر.

ولو تصدق على فقير بشيء من مال حرام يرجو الثواب، يكفر.

ولو علم الفقير بذلك فدعا له وأمن المعطي، فقد [كفر]^(٢).

قيل لرجل: كل من الحلال، فقال ذلك الرجل: الحرام أحب [إلي]^(٣). يكفر.

ولو قال مجيباً له: «درين جهان يك حلال خورد بيايد تا او راسجده كنم» يكفر.

[رجل]^(٤) مسلم قال: «خوش كاري ست حرام خوردن» فقد قيل: إنه يكفر،

وهو عندي مشكل.

قال لغيره: «كل الحلا من حرام ساند» يكفر.

إذا قال: الخمر ليست بحرام. فهو كافر.

والمسألة منصوصة عن أبي يوسف - رحمه الله - وهكذا ذكر في آخر أيمان

الواقعات وأشار إلى المعنى فقال: لأنه استحلال الحرام قطعاً ولا يعذر بالجهل؛ لأنه

ظاهر.

وذكر البقالي: أن تعليق استحلال الخمر والخنزير والميتة بالفعل ليس بيمين إلا

رواية عن محمد - رحمه الله - في تعليق استحلال الميتة وتعليق الكفر بالفعل يمين

بلا خلاف.

ذكرنا في كتاب الأيمان: لو كان استحلال الخمر كفرًا لكان تعليقه بالفعل يميناً.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ولو قال: الخمر حرام، ولكن ما هي التي يزعمون أنها حرام، قال أبو يوسف: أضربه وأنهاه وأعلمه بذلك، ولكن لا يكون كافراً، في أول المنتقى في بداية بيان المذهب.

ولو قال مسلم: حرمة الخمر ما ثبتت بنص القرآن، فقد كفر. استحلال الجماع في حالة الحيض [كفر]^(١)، وفي حالة الاستبراء بدعة وضلال [و]^(٢) لا يكفر.

عن إبراهيم بن رستم أنه قال: إن استحل متأولاً أن النهي ليس للتحريم لا يكفر، ولو استحل مع اعتقاده وبضد^(٣) الحرمة يكفر.

والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - مال إلى التكفير من غير تفصيل، وهكذا ذكر في [النوادر عن إبراهيم]^(٤) بن رستم.

وفي آخر أيمان القدوري عن أبي يوسف: [و]^(٥) من حلف لا يطأ امرأة وطئاً حراماً، فوطئ أمراًته الحائض أو التي ظاهر منها، لم يحنث إلا أن ينوي ذلك.

ورأيت في بعض الكتب: أن استحلال جماع الحائض ليس بكفر. ألا ترى: أن جماع الزوج الثاني لو وقع في حالة الحيض يحلها على الزوج الأول. والله أعلم.



(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: وقبل.

(٤) في أ: النوازل عن.

(٥) سقط في أ، م.

نوع آخر: في العلم والعلماء والأبرار والصالحين وطلب أحد الخصمين الذهاب إلى الشرع وإلى باب القاضي:

جاهل قال: «أنها كه جاه علم مي آموزند اسانها است كرسي آموزيند».

أو قال: «باداست انجه مي كويند».

أو قال: «تزویر است».

أو قال: «ومن علم حيلة را منكرم» فهذا كله كفر.

رجل رجع عن مجلس العلم، فقالت له امرأته: «ازكنيست آمدي» فهذا كفر.

قال لرجل: اذهب معي إلى مجلس العلم، فقال له: من يقدر على الإتيان بما

تقول^(١).

أو قال: «مرا با مجلس علم جكار».

أو قال: «مرا جندان دل مشغولي زن. وفرزند همت كه بمجلس علم نمي رسم»

فهذا مخاطرة عظيمة إن أراد به التهاون بالعلم.

وإذا^(٢) قال: «درم بايد علم جه بكارآيد» يكفر.

في مجموع النوازل: إذا قال لعالم: «شو علم را بكاسه اندر شكن». وإذا كان

الفقيه يذكر شيئاً من العلم، أو يروي حديثاً صحيحاً،

فقال آخر: «اين هيچ نيست درده» أو قال: «اين سخن بجه كار آيد درم بايدكه

أمروز حشمت مردرم است علم كرابكارمي آيد» فهذا كفر.

ومن أبغض عالماً أو فقيهاً من غير سبب ظاهر، خيف عليه الكفر.

إذا قال: «فساد كردن به از دانشندي كردي» فهذا كفر.

امراً قالت: «لعنت برشوی دانشمند باد» تكفر؛ لأنها استخفت بالشرعية.

وفي فتاوى الأصل: رجل قال لعالم: «ذكر الحمار في است علمك» إن أراد به

(١) في أ: يقولون.

(٢) في م: وإن.

علم الدين: يكفر.

رجل قال: «فعل دانشمندان همان است، وفعل كافرين همان». يكفر.
 قيل: هذا إذا أراد به جميع الأفعال، فيكون تسوية بين الحق والباطل.
 وإذا خاصم فقيها في حادثة، وبين الفقيه له وجهها شرعياً، فقال ذلك المخاصم:
 «این دانشمندی بد» أو قال: «دانشمندی مکن که بش نرود» يخاف عليه الكفر.
 وإذا قال الفقيه: «أي دانشمندیك» أو قال: «لعلوي: أي علويك» لا يكفر، إن لم
 يكن قصده الاستخفاف بالدين.

حكى أن فقيها وضع كتاباً في دكان رجل «سمى» ثم مر على ذلك الدكان فقال له
 صاحب الدكان: [دستره فراموش كردي] فقال الفقيه: «مرا بد كان تو كتاب است
 دستره ني» فقال صاحب الدكان^(١): «دزود كربه دستره جوب مي برد شمان بكتاب
 حلق مر دمان» فشكى الفقيه في ذلك إلى الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل
 - رحمه الله - فأمر بقتل ذلك الرجل^(٢).

رجل يجلس على مكان مرتفع وتشبه بالمذكرين، ومعه جماعة يسألون منه
 المسائل، ويضحكون ثم يضربونه بالمحراق، فقد كفروا جملة لاستخفافهم بالشرع.
 وكذلك إذا لم يجلس على مكان مرتفع، ولكن يستهزئ بالمذكرين^(٣) ويتمسخر
 [للقوم]^(٤) والقوم يضحكون، فقد كفروا.

وكذلك الرجل إذا كان يتشبه بالمعلمين في مجمع، ويأخذ الخشبة بيده ويجلس
 الصبيان حوله ويستهزئ بالمعلمين ويضحكون منه فقد كفر.

رجل عرض عليه خصمه فتوى عليها جواب الأئمة فردها، وقال: «جه بازنامه
 فتوى آورده» فقد قيل: يكفر؛ لأنه رد حكم الشرع، وكذا لو لم يقل هكذا ولكن

(١) سقط في م.

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (١/٦٩٥).

(٣) في أ: بالمذكورين.

(٤) سقط في م.

ألقى الفتوى على الأرض، وقال: «اين جه شرع است؟» فهذا قد كفر.
رجل استفتى عالما في طلاق امرأته، فأفتى العالم بوقوع الطلاق.. فقال
المستفتي: «من طلاق ملاق جه دانم مادر بجكان بأيدكه بخانه من بود» أفتى القاضي
الإمام - ركن الإسلام - أبو علي السغدري بكفره.
ورأيت في موضع آخر: إذا جاء [أحد]^(١) الخصمين إلى صاحبه بفتوى الأئمة
فقال صاحبه: بئس ما أفتوا. أو قال: لا يعلم بهذا، كان عليه التعزير؛ لأنه باشر
المنكر.

قال رجل «وضعه» يريد: خير من العلم، يكفر، بخلاف ما إذا قال: خير من
الله، حيث لا يكفر؛ لأن قوله: خير من الله له تأويل صحيح، بأن يقول: أردت به
أنها نعمة من الله، وما أردت الاستخفاف بالله.
أما في [قوله]^(٢): خير من العلم، ليس له تأويل [آخر]^(٣) فيتعين الاستخفاف
فيكفر.

رجل قال لرجل مصلح «ديدا روى نزد من جنان است كه ديدار خوك» فقيل:
يخاف عليه الكفر.

رجل قال لخصمه: اذهب معي إلى الشرع، أو قال بالفارسية: «بامن بشرع رو»
فقال خصمه: «بياده بيارتا بروم بي جبيري نردم» يكفر؛ لأنه عاند الشرع.
ولو قال: «بامن بقاضي رو» وباقي المسألة بحالها، لا يكفر.
[و]^(٤) في نسخة الإمام الجحواني لو قال: «بامن شريعت واين حيلها سود ندا
رد» أو قال «ببش برود» أو قال: [«مرا دبوس هسمت شريعة «جكنم»، فهذا كفر»].

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ولو قال: [١] «آن وقت كه سيم ستدى شريعت، وقاضي كجابود» يكفر أيضا.
 ومن المتأخرين من قال: إن عنى قاضي البلدة - لا يكفر.
 وإذا قال رجل (٢) لغيره: حكم الشرع في هذه الحادثة كذا، فقال ذلك الغير: «من
 برسم كازي كنم بشرع نه» يكفر عند بعض المشايخ، وعند بعضهم لا يكفر.
 وفي مجموع النوازل قال رجل لامرأته: ما تقولين ليس حكم الشرع، فتجشأت
 عاليا، وقالت: «ايتك شرع را» فقد كفرت وبانت من زوجها.



(١) سقط في م.

(٢) في م: الرجل.

نوع آخر: فيما يقال عند التعزية والمرض والبرء من المرض:

إذا قال: «فلان را مصيبت رسيدا» أو قال للمعزي «برزك مصيبيتي رسيد ترا» فبعض [المشايع في] ^(١) بلخ قالوا: يكفر القائل، وبعض المشايخ قالوا: إنه ليس بكفر، [ولكنه خطأ عظيم، وبعضهم قالوا: إنه ليس بكفر] ^(٢) ولا خطأ. وإليه مال القاضي الإمام أبو عبد الرحمن والقاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - وعليه الفتوى؛ لأن كل مكروه مصيبة.

ولو قال للمعزي: «هرجه ازجان وي بكاست درجان تزيادت باذا»، يخشى عليه الكفر.

ولو قال: «زيادت كناد» فهو خطأ وجهل، وهذا ^(٣) مذهب أهل الجهم والقدرية، أما عند أهل السنة والجماعة: [الأجل] ^(٤) لا ينقص ولا يزداد ^(٥). قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ لَا يَسْتَأْذِنُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ﴾.

وكذا إذا قال «ازجان فلان بكاست وبيجان توبيوست» ولو قال: «وي مردن بجان توسبرد» يكفر، وهو مذهب أهل العلم.

رجل برأ من مرضه، فقال رجل آخر: «فلان حرباز فرستاد» فهذا كفر، ذكره في مجموع ^(٦) النوازل.

وفي الجامع الأصغر: إذا مرض الرجل، واشتد مرضه ودام فقال المريض: إن شئت توفني مسلما، وإن شئت توفني كافرا، يصير كافرا بالله مرتداً عن دينه. وكذلك الرجل إذا ابتلي بمصيبات متنوعة، فقال: أخذت [مالي] ^(٧) وأخذت

(١) في م: مشايخ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: وهو.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: يزداد.

(٦) في م: مجمع.

(٧) سقط في م.

[واحدًا من ولدي] ^(١) وأخذت كذا وكذا. . فماذا تفعل أيضًا؟ وماذا بقي لم تفعله؟
أو ما أشبه هذا ^(٢) من الألفاظ، فقد كفر.

حكى عن عبد الكريم بن محمد ^(٣) - رحمه الله - قيل له: رأيت لو أن المريض
قال تلك المقالة من غير قصد، لكن جرى على لسانه لشدة المرض. قال: الحرف
الواحد ونحو ذلك قد يجري على اللسان من غير قصد، أما مثل هذا الكلام فقل ما
يجري على اللسان من غير قصد، أشار إلى أنه يحكم [عليه] ^(٤) بالكفر ولا يصدق.



(١) في م: ولدا.

(٢) في م: ذلك.

(٣) هو: عبد الكريم بن محمد إمام أهل جرجان قال أبو يوسف: كان إذا حضر مجلس الإمام
انتفع أهل المجلس بحضوره وما قدم علينا من خراسان أفقه منه وجماعة آخرون.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٢/٥٥١).

(٤) سقط في م.

نوع آخر: في الرجل يقول لغيره: يا كافر، أو يقول لامرأته: يا كافرة «يا مغرانج» أو تقول المرأة لزوجها: «يا مغ» وما يتصل بها:

إذا غضب الرجل على عبده أو أمته أو على ولده فجعل يضربه ضرباً شديداً، فقال له قائل [آخر]^(١) أنت لست بمسلم؟ فقال: لا.

أفتى عبد الكريم بن محمد: أنه إن قال ذلك عمداً، كفر وإن جرى على لسانه غلطا، لم يكفر.

وذكر القاضي الفضلي: أن من أجاب امرأته: هب أني لست بمسلم. فقال: لا يكفر؛ لأن معناه عند الناس أن أفعاله ليست من أفعال المسلمين، فلقوله: هب أني لست بمسلم، أبعد من هذا.

قالت امرأة لزوجها: ليس لك حمية ولا دين الإسلام، ترضى بخلوتي مع الأجانب؟ فقال الزوج: ليس لي حمية، ولا دين الإسلام، فقد قيل: إنه يكفر، وهذا أشد من المسألة الأولى.

رجل قال لامرأته: يا كافرة يا يهودية يا مجوسية. فقالت: «همجينضم» أو قالت: «همجينم طلاق ده مرا» أو قالت: «اكر همجين نيمي باتوا بناشمي» أو قالت: «اكر من جينم مرا مدار» لا تكفر.

وقيل أيضاً: تكفر؛ لأن هذا على المجازة^(٢) والتحقيق، والأول أصح؛ لأن الغالب فيما بين الناس أنهم يريدون هذا التعليق، وبه كان يفتي الإمام جمال الدين - رحمه الله -.

وعلى هذا إذا قالت المرأة لزوجها: يا كافر، يا يهودي، يا مجوسي، فقال الزوج: «ممجينم آز من بيرون أي» أو قال «اكر ممجيتن ينمر تراندارمي» فقد كفر. ولو قال: «الرحنيم بامن مبائن نامن ساس» فالأظهر أنه يكفر، وقد قيل أيضاً

(١) سقط في م.

(٢) في أ: المجازاه.

بخلافه .

ولو قال لأجنبي: يا كافر يا يهودي، أو قال: «أكر هجين بيبي بابو صحبت بدارمی» إلى آخر ما ذكرنا من الألفاظ، فهو على ما قلنا بين الزوجين .
رجل أراد أن يفعل فعلاً، فقالت امرأته: «أكر آن كارکني كافر باشي» ففعل [ذلك]^(١) الفعل، ولم يلتفت إليها، لا يكفر .

ولو قال لامرأته: يا كافرة، فقالت المرأة: لا بل أنت، أو قالت لزوجها: يا كافر، فقال الزوج: بل أنت، لم تقع بينهما الفرقة، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث في فتاويه .

وعلى قياس قول الفقيه أبي بكر الأعمش ومن تابعه من أئمة بخارى في المسألة التي بعدها، ينبغي أن تقع الفرقة .

قالت لزوجها: «جون مغ جنحت آکنده شده» فقال الزوج: «بس جندين كاه بامع باشيده» «أو قال: بامع جرا باشيده» فهذا من الزوج كفر .

ولو قال الزوج لها: «يا مغ رانج» فقالت: «بس جندين كاه مغرانج رادشته» أو قالت: «مع رانج را جرا شته» فهذا كفر منها .

ولو قال المسلم لأجنبي: يا كافر [أو لأجنبية: يا كافرة] ولم يقل المخاطب شيئاً، أو قال لامرأته: يا كافرة^(٢) ولم^(٣) تقل المرأة شيئاً أو قالت [المرأة]^(٤) لزوجها: يا كافر، ولم يقل الزوج^(٥) شيئاً، كان الفقيه أبو بكر الأعمش البلخي يقول: يكفر هذا القائل .

وقال [غيره من]^(٦) مشايخ بلخ: لا يكفر . فأنفذت هذه المسألة إلى بخارى^(٧)

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) في أ: الرجل .

(٦) في أ، م: بعضهم .

فأجاب بعض أئمة بخارى: إنه يكفر، فرجع الجواب إلى بلخ، فمن أفتى بخلاف الفقيه أبي بكر رجع إلى قوله.

وعلى قياس المسألة التي تقدم ذكرها ينبغي ألا يكفر هذا القائل على قول الفقيه أبي الليث، وبعض أئمة بخارى.

والمختار للفتوى في جنس هذه المسائل أن القائل بمثل هذه المقالات، [إن كان مراده] ^(١) الشتم، ولا يعتقد كفراً، لا يكفر؛ وإن كان يعتقد كفراً، فخاطبه بهذا بناء على اعتقاده أنه كافر، يكفر؛ لأنه لما اعتقد المسلم ^(٢) كافرًا فقد اعتقد دين الإسلام كفراً، ومن اعتقد دين الإسلام كفراً، [فهو كافر] ^(٣).

«كافر بير را يا كافره را يا بابي، ياما مي كفت» [لا يكفر] ^(٤)؛ لأن المسلم قد يكون له أب كافر أو أم كافرة، ويجوز أن يقول لهما: «بابي، مامي» ولا يكون كفراً. وإذا قال الزوج لزوجته: فرجك كافر، فقالت: نعم، [أو قالت المرأة لزوجها: فرجك كافر، فقال الزوج: نعم، أو قال الزوج: فرجي كافر، أو قالت المرأة] ^(٥): فرجي كافر، لا تقع الفرقة بينهما، ولا يكون هذا كفراً.

وإذا قال لولده: «اي مغ بجه» أو قال: [«أي جهود بجه» أو قال] ^(٦): «اي كافر بجه» قال أكثر أهل العلم: إنه لا يكفر، وقال بعضهم: يكفر.

وإذا قال لدابته: «أي كافر خدا وند»، لا يكفر بالاتفاق، هكذا ذكره الإمام الجحواني في موضع آخر: أن الدابة إن ^(٧) كانت نتجت عنده، يكفر.

(٧) في م: لبخارى.

(١) في م: أراد.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: إذا.

وإذا قال لغيره: يا كافر، يا يهودي، يا مجوسي، فقال: لبيك، يكفر.
وكذلك إذا قال: «أرى سمعنين كبير»: يكفر. ولو لم يقل ذلك، ولكن قال:
موجود، أو سكت، لا يكفر.
وإذا قال الرجل لغيره: «بیم بودکه كافر شدي» أو قال: خشيت أن أكفر، لا
يكفر.

[ولو قال: «جندان، برنجا نيدي كه كافر خواستم شدن» يكفر]^(١).
رجل [قال]^(٢): «این روز کار [مسلماني ورزیدن نیست» روز کار]^(٣) كافري
است فقد قيل: يكفر، وإنه ليس بصواب.
رجل قال لآخر: «خوارزمي توبا مع» فقال الرجل مجيبا له: «مع» ويزعم هو له،
ولم يعتقد بذلك المجوسية، قال عبد الكريم - رحمه الله - : إن قال أردت بذلك،
لكني لم أعتقد لا يكفر. ذكر المسألة في الجامع الأصغر.
وفي واقعات الناطفي: مسلم، ومجوسي [في موضع]^(٤) فدعا رجل المجوسي،
[فقال: يا مجوسي]^(٥)، فأجابه المسلم قال: إن كانا في عمل واحد، وذلك^(٦)
الداعي توهم^(٧) أن يدعو لأجل [ذلك]^(٨) العمل، لم يلزمه الكفر.
وإن لم يكونا في عمل واحد، خيف عليه الكفر.
مسلم قال: أنا ملحد، يكفر؛ لأن الملحد كافر، هكذا ذكر الإمام أبو المعين^(٩)

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: كذلك.

(٧) في م: فوقهم.

(٨) سقط في م.

(٩) هو: ميمون بن محمد بن محمد بن معبد بن مكحول، أبو المعين النسفي الحنفي، عالم
بالأصول والكلام، ولد سنة ثمانين عشرة وأربعمائة، كان بسمرقند وسكن بخارى. من =

في أصول التوحيد.

وإذا^(١) قال: ما علمت [أنها كفر]^(٢) لا يعذر بهذا، لأن هذا أمر ظاهر.

مسلم قال: «مراميساعت رك كافري بمرمي»، لا يكفر بهذا القول، ولو قال: «موزمان كافر شوم» يكفر.

رجل تكلم بكلمة زعم القوم أنها كفر، وليست بكفر على الحقيقة، فقيل له: «كفرت وزن طلاق شده كبير»، فقال: «كافر شده كبير وزن طلاق شده كبير» قال: يكفر، وتبين منه امرأته.

رجل وعظ فاسقاً وندبه إلى التوبة فقال: «أز بس أين همه كلاه معان برسر نهم» قال: يكفر؛ لأنه أخبر أنه يكفر بعد هذا؛ لأن وضع قلنسوة المجوس على الرأس كفر على ما يأتي بيانه بعد هذا.

قالت المرأة لزوجها: «كافر بودن بهتراز باتو بودن» تكفر؛ لأن المقام مع الزوج فرض، وقد رجحت الكفر على الفرض.

[و]^(٣) إذا قال: «هرجه مسلماني كره أم همه بكافر أن دادم اكر فلان كراكنم وفلان كرکرد» لا يكفر، ولا تلزمه كفارة يمين؛ لأن هذا التصرف ليس بيمين وقد عرف ذلك في كتاب الأيمان.

امرأة قالت: «كافر كه أكر جنين كار نمي كشم» قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل - رحمه الله - : تكفر وتبين من زوجها للحال.

وقال القاضي الإمام - ركن الإسلام - علي السغددي: هذا تعليق ويمين، وليس

= تصانيفه: بحر الكلام، وتبصرة الأدلة، والتمهيد لقواعد التوحيد. توفي سنة ثمان وخمسمائة.

ينظر: الجواهر المضوية (٢/١٨٩)، وهديّة العارفين (٢/٤٨٧).

(١) في م: ولو.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

بكفر [«بريسيد اكر»]^(١).

وإذا قالت لزوجها: إن جفوتني بعد ذلك، أو قالت: إن لم تشتري لي كذا أكفر، كفرت في الحال. والله أعلم.



(١) سقط في م.

نوع آخر: في تمنى ما لا ينبغي أن يتمنى:
كافر أسلم وأعطاه^(١) الناس أماننا، فقال مسلم: «كاشكي وي كافر بودي،
تامسلمان شدي ومرد مان أورايزي دادي». أو^(٢) تمنى^(٣) ذلك بقلبه، فإنه يكفر،
هكذا حكى عن بعض المشايخ.

وفي فتاوى أبي الليث: رجل أسلم وله أب كافر، ومات الأب وترك مالا، فقال
الابن: [ليتني]^(٤) لم أسلم إلى الآن حتى آخذ مال الأب، حكى الفقيه أبو الليث
- رحمه الله - عن الفقيه أبي جعفر: أنه لا يكفر وينبغي في المسألة الأولى على
قياس قول أبي جعفر - رحمه الله - وقول الفقيه في هذه المسألة: أنه لا يكفر.
رجل تمنى أن لم يحرم الله تعالى الخمر، لا يكفر؛ لأن الخمر كان حلالاً من قبل.
ولو تمنى أن [لم]^(٥) يحرم الله تعالى الظلم [والشرك]^(٦)، [والزنا]^(٧) وقتل
النفس بغير حق، فقد كفر؛ لأن هذه الأشياء لم تكن حلالاً في وقت ما.

ففي الفصل الأول: تمنى ما ليس بمستحيل، [وفي الفصل الثاني: تمنى ما هو
مستحيل، وعلى هذا لو تمنى ألا يكون الجماع بين الأخ والأخت حراماً، لا يكفر.
فإنه تمنى ما ليس بمستحيل]^(٨)، فإنه كان حلالاً في الابتداء.

والحاصل: أن ما كان حلالاً في زمان ثم صار حراماً فتمنى أن لم يكن حراماً لم
يكفر.

مسلم رأى نصرانية سمينة، فتمنى أن يكون هو نصرانياً حتى يتزوجها، يكفر،
والله أعلم.

(١) في أ، م: أعطى.

(٢) في م: أي.

(٣) في أ: نوى.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

نوع آخر: في التشبه بالكفار، وترجيح الكافر على المسلم، وملازمة من أسلم على ترك دينه:

إذا وضع قلنسوة المجوسي على رأسه، فقد قال بعض مشايخنا: لا يكفر. وقال بعضهم: يكفر.

وبعض المتأخرين قالوا: إن كان لضرورة يجوز مع البرد أو غيره، ولأن البقرة لا تعطيه اللبن بدونها لا بأس به.

ولكن الصحيح: أنه يكفر، وما ذكر من الضرورة فليس بشيء؛ لأنه يمكنه أن يمزقها^(١) ويخرجها عن تلك الهيئة، حتى تصير شبه قطعة لبد، فتدفع^(٢) ضرر البرد^(٣)، فلا ضرورة إلى لبسها على تلك الهيئة.

وإذا شد الزنار على وسطه، أو وضع الغل على كتفه فقد كفر.

وإذا جعل المسلم منديله شبه قلنسوة المجوسي ووضعه على رأسه اختلفوا فيه، أكثرهم: على أنه [لا يكفر].

وإذا شد وسطه بحبل، فسئل عن ذلك، فقال: هذا زنار، اختلفوا فيه أكثرهم على أنه^(٤) يكفر؛ لأن هذا صريح بما هو كفر بخلاف الأول.

وإذا شد المسلم الزنار على وسطه، ودخل دار الحرب للتجارة يكفر.

وقد قيل في لبس السواد، وشد الزنار على الوسط، ولبس سراغج: [ينبغي]^(٥) ألا يكون كفرا من المسلم.

استحسن ذلك [بعض مشايخنا]^(٦)؛ لأن هذا علامة ملكية لا تعلق لها بالدين.

وإذا لبس المسلم السواد الذي على هيئة الحبايرة، أو لبس سراغج ودخل على

(١) في أ: يمنعها.

(٢) في م: تندفع.

(٣) في م: اللبد.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: مشايخ زماننا.

جماعة، وقال: «بيش امد» يكفر بقران لفظ «بيش» لا باللبس .
 وإذا^(١) قال لغيظ لحقه: «فزدا سراغج بندم فردا» فإن كان اعتقاده أنه كفر يكفر،
 وما لا، فلا. وينبغي أن تكون المسألة الأولى على هذا التفصيل: إن كان في اعتقاده
 أن لبس هذه الأشياء كفر، يكفر.

وقعت واقعة بسمرقند: أن مسلما مر بسكة النصارى، وقوم من النصارى
 يشربون، ومعهم أصحاب اللهو، فقال المار: «زهى كوى عشرت رسن بوميان
 بايديست وبا ايشان درده وديا واحوا خوش ذر ادشته». فاتفقت أجوبة المفتين أنه
 قد كفر بالله.

معلم صبيان قال: اليهود خير من المسلمين، يكفر، وإنهم يعطون [حقوق]^(٢)
 معلمي^(٣) صبيانهم: [كفر]^(٤).

رجل قال: «كافري كردن به ازخيانت كردن» أكثر العلماء على أنه يكفر. وقال
 بعضهم: لا يكفر.

ولو قال: المجوسية شر من النصرانية، لا يكفر.

ولو قال: النصرانية خير من المجوسية، يكفر.

إذا جرى بين الرجلين كلام عند المبايعة فقال أحدهما لصاحبه: الكفر خير مما
 أنت تفعل، قال بعضهم: يكفر.

قال الفقيه أبو الليث: إن أراد به تقييح تلك المعاملة دون تحسين الكفر [لا
 يكفر]^(٥).

كافر أسلم فقال له رجل آخر: «تراجاه بد آمد بوازدين خوش؟». يكفر هذا
 القائل. والله أعلم.

(١) في م: ولو.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: معلم.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: لا يكون كافراً.

نوع آخر: في الخروج والذهاب إلى ضيافة المجوس:
والإهداء إليهم في يوم النيروز^(١) وقبول هداياهم في ذلك اليوم، واتخاذ
الخوازات لا يجوز، لأهل الثغور والحاج والذبح لأجلهم.
قال الشيخ - الإمام الزاهد - أبو بكر بن طرخان - رحمه الله - : من خرج إلى
السدة فقد كفر؛ لأن فيه إعلان الكفر فكأنه أعان عليه.

وعلى قياس مسألة السدة: الخروج إلى نيروز المجوس، والموافقة معهم فيما
يفعلون في ذلك اليوم من المسلمين يوجب الكفر. وأكثر ما يفعل ذلك من كان أسلم
منهم، فخرج [إليهم]^(٢) فيصير به كافراً، ولا يشعر بذلك.
قال في الجامع الأصغر: رجل اشترى يوم النيروز شيئاً لم يكن يشتريه قبل ذلك،
إن أراد به تعظيم النيروز، كما يعظمه المشركون، كفر، وإن أراد الأكل والشرب
والنعمة، لم يكفر.

قال صاحب الجامع الأصغر: إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر، ولم يرد به
تعظيم ذلك اليوم، ولكن جرى ما اعتاده بعض الناس، لا يكفر، ولكن ينبغي ألا

(١) النيروز: أول يوم من الصيف، وهو عند حلول الشمس في برج الحمل، وقيل: يوم تسع من
ذى المَبَكْرِ. وقيل: أول سباط بالسين المهملة. والمهرجان: أول يوم من الشتاء، وقيل:
يوم عشرين من أيلول، وذلك عند حلول الشمس في برج الميزان، وفي (تسميتهما بذلك)
قصة اختصرتها: أما النيروز، فإن دجلة انبثقت في زمان بنى إسرائيل أو الفرس، وأهلكت
البلدان والقرى، وظهر فيها الوباء، ومات الناس، فهربوا منها إلى بلاد أخرى فماتوا بها
أيضاً، وأراهم الله أنهم غير معجزين، ثم أنزل الله عليهم مطراً فأحياهم به، فسمى ذلك
المطر: النيروز، وجعلوه عيداً يصب بعضهم الماء فيه على بعض، قال ابن عباس: وتصديق
ذلك في كتاب الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ خَرَجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَهُمْ أُلُوفٌ حَذَرَ الْمَوْتِ فَقَالَ
لَهُمُ اللَّهُ مُوتُوا ثُمَّ أَحْيَاهُمْ﴾ [البقرة: ٢٤٣].

ينظر: مجمع الأنهر (٦٤/٢)، صبح الأعشى للقلقشندي، لأبي العباس أحمد بن علي
القلقشندي، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة، ٨٢١ هـ - ١٤١٨ م
(١/٣٥٣)، أبجد العلوم الوشي المرقوم في بيان أحول العلوم: صديق بن حسن القنوجي،
تحقيق: عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٨ م (١/١٦٩).

(٢) سقط في م.

يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله [قبله]^(١) أو بعده كي لا يكون تشبها بأولئك القوم، وقد قال عليه الصلاة والسلام «من تشبه بقوم فهو منهم»^(٢).

وفي الواقعات: حكى عن أبي حفص الكبير - رحمه الله - : لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز، وأهدى إلى بعض المشركين بيضة - يريد به تعظيم ذلك اليوم، فقد كفر وأحبط عمله. وهذا بخلاف ما لو اتخذ مجوسي دعوة لخلق شعر رأس الصبي، ودعا الناس إلى ذلك فحضر بعض المسلمين دعوته وأهدى إليه [شيئاً]^(٣) حيث لا يكفر به^(٤).

وحكى أن واحداً من مجوس سمرقند كان كثير المال حسن التعهد لفقراء المسلمين، وكان ينفق على مسجد المسلمين ويبعث إليها دهن سراجها، فدعا الناس دعوة اتخذها لخلق رأس ولده وجز ناصيته، فشهد دعوته كثير من أهل الإسلام وأهدى إليه بعضهم، فشق ذلك على أنفسهم فكتب إلى الأستاذ شيخ الإسلام أبي الحسن السغددي: أن أدرك أهل بلدتك فقد ارتدوا وشهدوا شعار أهل المجوس وقص عليه القصة.

فكتب شيخ الإسلام: إن إجابة دعوة أهل الذمة تطلق في الشرع ومجازاة المحسن بالإحسان من باب المروءة والكرم، وخلق الرأس ليس من شعار^(٥) أهل الضلالة، والحكم بردة أهل الإسلام بذلك القدر غير ممكن، والأولى لأهل الإسلام ألا يوافقوهم على مثل هذه الأحوال لإظهار الفرح والمسرة.

اجتمع المجوس يوم النيروز فقال مسلم: «خوب رسم نهاده اند» أو قال: «نيك أش نهاده أند» يخاف عليه الكفر.

(١) سقط في م.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ، م: وفيه حكاية.

(٥) في م: شعائر.

وما يأتي المجوس في نيروزهم من الأطفمة إلى الأكابر والسادة، ومن كان لهم معرفة [معهم]^(١) وذهاب ومجيء، هل يحل أخذ ذلك على وجه الموافقة لفرحهم ويضر ذلك بدينه؟ فإن أخذ لا على ذلك الوجه، لا بأس به، والاحتراز عنه أسلم. وسئل الشيخ الإمام - أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - عن الخوازات لأهل الثغور والحاج، قال: كل ذلك لهو ولعب، ومن يذبح في وجه إنسان شيئاً وقت الخلعة أو أراد^(٢) جوازه فقد كفر الذابح والمذبوح منه.

وقال الإمام إسماعيل الزاهد - رحمه الله - : إذا ذبح الرجل الإبل أو البقر في الخوازات لأجل الذي يقدم من الحاج أو الغزو، كان الشيخ الإمام - عبد الله الخيزاخزي، والشيخ الإمام أبو حفص، والقاضي الإمام أبو علي النسفي، والشيخ الإمام عبد الواحد^(٣) من درب جديد^(٤)، والشيخ الإمام أبو إسحاق النوقدي [والحاكم الإمام - أبو عبد الرحمن الكاتب]^(٥) - والحاكم الإمام أبو محمد الكبير^(٦) يقولون بكفره، وأما أنا أكرهه أشد الكراهة ولكن لا أكفره، لأننا لا نسيء الظن بالمسلم أن يتقرب إلى الآدمي بهذا النحر. والله أعلم.



(١) سقط في م.
 (٢) في م: اتخذ.
 (٣) وهو: عبد الواحد الشيباني. ذكره في الجواهر المضية (١/٣٣٤).
 (٤) في م: من درة الحديد.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) في أ: الليثي.

نوع آخر: فيما يتعلق بالسلطين والجابرة والأكابر:

وما يتصل بهذا النوع:

حكى عن [الإمام - علم]^(١) الهدى - أبي منصور الماتريدي - رحمه الله - أن من قال لسلطان زماننا: إنه عادل، فقد كفر بالله؛ لأنه جائر بيقين ومن سمي الجور عدلاً يكفر.

وقال بعض المشايخ: لا يكفر؛ لأن له تأويلاً؛ لأنه يمكنه أن يقول: أردت به أنه عادل عن غيره، أو يقول: عادل عن طريق الحق.

سلطان عطس، فقال له رجل: يرحمك الله، فقال رجل [آخر]^(٢) لهذا القائل: لا تقل للسلطان هذا، فإن هذا القائل يكفر.

إذا قال للسلطان أو لغيره من الجابرة: «اي خدائي» يكفر.

ولو قال: «اي بار خدائي» فكذلك يكفر عند بعض المشايخ؛ لأن «بار» بلغة فارس: «بزرک» فقله: «بار خدائي» معناه «خدائي بزرک» ومن قال لغيره: «خدائي بزرک» أليس إنه يكفر؟ كذا هاهنا.

وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - أنه قال: إن عرف هذا القائل أن معنى هذه الكلمة ما قلنا - وقصد به ذلك المعنى يكفر، وإن لم يعرف معنى هذه الكلمة حقيقة رجوت ألا يكفر.

وعن الفقيه [أبي نصر الدبوسي، والفقيه]^(٣) أبي جعفر، وجماعة من أئمة بلخ: أنه لا يكفر.

قال صاحب الجامع الأصغر^(٤): هو الصواب عندي، ووجه ذلك: أن «خدائي» اسم لمن يتولى أمر شيء، يقال: «خدائي» لمن يتولى أمر البيت «وده خدائي» لمن

(١) في م: إمام.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، م: الصغير.

يتولى أمر أهل القرية .

وفي فوائد الفقيه أبي جعفر: أنه إن أراد بذلك كلامين يكفر، وإن أراد بجميع^(١) ذلك كلاما واحدا لا يكفر؛ لأن «بارخداي» بكلام واحد ليس من أسماء الله تعالى، فأما بكلامين فهو من أسماء الله تعالى، أحدهما: «بار» والثاني: «خداي». رجل سمع ألقاب [رجل]^(٢) من الجابرة فقال: «بسر نمي بايد، ناخوشين را آز خداي تعالى اندر كذ راند» لا يكفر، وإذا^(٣) لم يقل: «در كذري» حتى لا يكون وصفاً لله تعالى بما لا يليق به، وإنما قال «در كذاراند» يعني بالقول وأنه [قال مستنكراً]^(٤).

وفي مجموع النوازل: أما السجدة لهؤلاء، وتقبيل الأرض بين أيديهم، [وتقبيل أيديهم]^(٥) سيأتي في كتاب الاستحسان إن شاء الله تعالى.



(١) في م: الجميع .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: لأنه .

(٤) في أ، م: مستنكر .

(٥) سقط في م .

نوع آخر: في كلام الفسقة في حال الفسق وفي غير هذه الحالة، ويدخل في هذا النوع بعض مسائل الخمر:

الفاسق إذا سقى ولده الخمر أول مرة، فجاء أقرباؤه ونشروا الدراهم والسكر، فقد كفروا.

وإذا شرع في الفساد وقال لأصحابه: «بيائد تاكي خوش يزيم» يكفر. وكذلك إذا قال: «شادمي مرا أنكبين كه بشاري ما شاد أست وكم» يكفر. وكذلك إذا قال: «كاست أترাকে بشادي ما شاد نيست» يكفر. وكذلك إذا اشتغل بالشرب وقال: «مسلمًا في اسكار ام لهم» أو قال: «مسلمًا في اسكار اسد».

ولو قال: أحب الخمر ولا أصبر عنها، يكفر. هكذا قيل، وقيل بخلافه. وإذا قيل لرجل: شبت ومع ذلك تشرب الخمر، لماذا لا تتوب؟! فقال: «كمي ازشير مادر شكيد؟» لا يكفر؛ لأن هذا استفهام، أو تسوية بين الخمر واللبن في الحب. في مجموع النوازل: قيل لرجل: شربت الخمر؟ فقال: «خوش ايددم» لا يكفر. وكذلك في جميع المعاصي.

قال واحد من الفسقة: «أكر آزين خمرا باره بريزد جبريل - عليه السلام - بير خویش بردا ردش» يكفر.

قيل لفاسق: إنك تصبح كل يوم تؤذي الله تعالى - [وخلق الله تعالى، قال: (١)] «خوش مي كنم» إنه يكفر.

قال العاصي «ابن تيزر اهي ومذهبي» يكفر. رجل ارتكب شيئاً من الصغائر، فقيل له: تب إلى الله تعالى، فقال: «من جه کرده اصم كي تاتويه مي بايد كرر» يكفر. فاسق قال لجماعة من المسلمين الصلحاء: «ابناست أي كافر ارثا مسلمان ست» يكفر.

(١) سقط في م.

نوع آخر: في تعليم الكفر وتلقيه والأمر بالارتداد:

في الجامع الأصغر قال الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - : من لقن إنسانا كلمة الكفر ليتكلم بها كفر الملقن، وإن كان على وجه اللعب والضحك. هكذا روي عن ابن المبارك، والمروزي عنه: أن من أمر امرأة حتى ترتد عن الإسلام لتبين من زوجها فهو كافر [ومن أفتى به فهو كافر]^(١).

روي عن البلخي - عن مالك عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن من علم آخر الارتداد، كفر المعلم، ارتد الآخر أو لم يرتد.

قالوا: وهذا [إذا علم ليرتد، أما]^(٢) إذا علم^(٣) لا ليرتد بل ليعلم الارتداد [فيتحرز عنه، لا]^(٤) يكفر المعلم.

قال الفقيه أبو الليث: إذا علم امرأة^(٥) الارتداد إنما يكفر إذا علم لها الارتداد. [وأمرها بذلك]^(٦)؛ لأنه حيثئذ يصير راضيا لها بالكفر، وهذا كله على قول من يقول بأن الرضى بكفر الغير لا يكون كفرا، فلا^(٧) يكفر الأمر والمعلم. والله أعلم.



-
- (١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في م: علمها.
 (٤) سقط في م.
 (٥) في م: امرأته.
 (٦) سقط في م.
 (٧) في م: لا.

نوع آخر: في الإكراه على التلفظ بلفظة الكفر [وما يتصل به .

وإذا أكره الرجل على أن يتلفظ بالكفر بوعيد تلف أو ما أشبه ذلك فتلفظ به ، فهذا

على وجوه :

الأول: أن يتلفظ بالكفر^(١) وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولم يخطر بباله شيء سوى ما أكره عليه من إنشاء الكفر ، وفي هذه الوجه لا يحكم بكفره لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، وفيه نزل قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾ .

وبنحوه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ في حق عمار بن ياسر والقصة معروفة^(٢) .
الوجه الثاني: أن يقول: خطر ببالي أن أخبر عن الكفر ، وفي هذا الوجه يحكم بكفره ، قضاء ؛ لأنه لما قال : خطر ببالي أن أخبر عن الكفر في الماضي كاذبا فأردت ذلك فقد أخبر أنه عدل عما أكره عليه ؛ لأنه أكره على إنشاء الكفر ، وإنما حكى عن كفر في الماضي - والحكاية غير الإنشاء - فقد عدل عما أكره فجعل طائعا . ومن أقر بالكفر طائعا في الماضي ثم قال : كذبت^(٣) ، فالقاضي لا يصدقه ؛ لأنه ادعى خلاف الظاهر - لأن الظاهر هو الصدق حالة الطوعية- ، ولكن يصدق فيما بينه وبين ربه ؛ لأنه نوى ما يحتمله فالخبر عن الماضي محتمل بهذا اللفظ .

الوجه الثالث: إذا قال خطر ببالي أن أخبر عن الكفر في الماضي كاذبا إلا أنني ما أردت ذلك يعني: الإخبار عن الكفر في الماضي كاذبا ، وإنما أردت كفرا مستقبلا جوابا لكلامهم ، وفي هذا الوجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه أنشأ الكفر طائعا ؛ لأنه خطر بباله الإخبار في الماضي كاذبا عن الكفر ، وقد أمكنه

(١) سقط في م .

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (٣٨٩/٢) حديث (٣٣٦٢) وصححه ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٨) ، وأبو نعيم في الحلية (١٤٠/١) ، وابن سعد في الطبقات (٢٤٩/٣) ، جميعهم من طريق أبي عبيدة بن محمد بن عمار عن أبيه .

(٣) في أ ، م : الكذب .

دفع إكراههم بالإخبار عن الكفر في الماضي كاذبا، وقد أكره على إنشاء الكفر والإخبار دون الإنشاء، فقد أمكنه دفع الإكراه بأقل مما أكره^(١)، وقد أتى بالزيادة على [المكروه وإذا أتى بالزيادة على]^(٢) ما أكره عليه جعل طائعا؛ ألا ترى أن من أكره على بيع عين فوهب ذلك العين يجعل طائعا في [حق]^(٣) الهبة، كذا هنا^(٤) فهو معنى قولنا: أنشأ الكفر^(٥) طائعا.

بخلاف ما إذا لم يخطر بباله الإخبار عن الماضي كاذبا، وأنشأ كفرا وقلبه مطمئن بالإيمان غير راض بذلك؛ لأن هناك لم يمكنه دفع الإكراه إلا بعين ما أكره [عليه]، فجعل مكرها، والمكروه على إنشاء الكفر لا يكفر لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

وإذا أكره^(٦) أن يصلي إلى هذا الصليب، فصلى فهو على ثلاثة أوجه:

- إما أن قال: لم يخطر ببالي شيء، وقد صليت إلى الصليب كرها وفي هذا الوجه لا يكفر لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه فعل ذلك مكرها - غير راض به - وقلبه مطمئن بالإيمان.

- وإما أن يقول: خطر ببالي أن أصلي لله، ولم أصل للصليب، وفي هذا الوجه لا يكفر أيضا لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه [ما]^(٧) صلى للصليب إنما صلى لله تعالى.

- وإما أن قال: خطر ببالي أن أصلي لله تعالى، فتركت ذلك وصليت للصليب،

(١) زاد في م: عليه.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: هاهنا.

(٥) في أ، م: الأمر.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

وفي هذا الوجه يكفر في القضاء، وفيما بينه وبين الله^(١) تعالى؛ لأنه صلى للصليب طائعا، ولأنه لما خطر بباله أن يصلي لله تعالى أمكنه دفع الإكراه عن نفسه بذلك؛ [لأن المكره يصلي لله تعالى أو للصليب؛ فكان في إخباره^(٢) الصلوات إلى الصليب طائعا يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه من هذا الوجه. والله أعلم]^(٣).



(١) في م: ربه.
 (٢) في م: إخبار.
 (٣) سقط في أ.

نوع آخر: في المتفرقات:

- رجل قال لمن ينازعه: أفعل كل يوم عشرة أمثالك من الطين [أو لم يقل: من الطين]^(١)، فإن^(٢) عنى به من حيث الخلقة: فهذا كفر. وإن عنى به بيان ضعفه: [لا يكفر]^(٣).

وقعت في زماننا من هذا الجنس واقعة أن رستاقيا قال: قد خلقت هذه الشجرة، فانفتحت أجوبة المفتين أنه لا يكفر؛ لأنه يراد بالخلق في هذا المقام عادة الغرس حتى لو عنى حقيقة الخلق يكفر.

- رجل قال: «وهي وار كاركنيم، وأزاد وار نحو ريم» فقد قيل: هذا خطأ من الكلام، وهذا كلام من يرى الرزق من كسبه.

إذا قال: [«تا فلان برجاي است» أو قال: «تامرا ابن باذوى زرین برجاي است مرا روزي كم نيابد». قال بعض مشايخنا: يكفر. وقال بعضهم: يخشى عليه الكفر. قال: «درووشي بد بختي است»، فهذا^(٤) خطأ عظيم.

قال لغيره: «مرا بحق يارى ده» فقال ذلك الغير: «بحق هرکس باري وهد من بظالم وناحق باري دهم» فقد كفر^(٥).

سئل عبد الكريم وعلي بن سعيد عن رجل كان يعظ امرأته، ويدعوها إلى طاعة الله تعالى، وينهاها عن معاصيه، فقالت المرأة: «من خدای جه دانم، وعلم جه دائم من خویشن بدوزخ راتهاده» فقالا فيها: تكفر.

[رجل قال لآخر: «بك سجده خدای راكن ريك سجده مرا» فقيل: لا يكفر هذا القائل؛ لأن السجدة في هذا المقام تذكر بمعنى الشكر، معناه: أشكر الله تعالى

(١) سقط في م.

(٢) في م: إن.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: فهو.

(٥) سقط في أ.

ولي] ^(١).

سئل الفقيه أبو بكر العياض عن ^(٢) كان يلعب بالشطرنج، فقالت له امرأته: لا تلعب بالشطرنج، فإني سمعت العلماء قالوا: من يلعب بالشطرنج فهو من أعداء الله تعالى. فقال الزوج بالفارسية: «اي دون كه من دشن خدايم نشكيم وما دامم» فقال للسائل: هذا أمر صعب على قول علمائنا - رحمهم الله - ينبغي أن تبين امرأته ثم يجدد النكاح، وقال غيره: لا يكفر.

سئل عبد الكريم عن رجل تنازع مع قوم، فقال الرجل: «من ازده مغ بترم» قال: لا يكفر وعليه التوبة والاستغفار.

[وسئل عن رجل قيل له: «بايك درم بده تابعمات [مسجد صرف كنيم بالمسجد حاضر شوبنمار» فقال الرجل: «من نه بمسجد آيم ونه درهم مرا» ^(٣) بامسجد كار» وهو مصر على ذلك، قال: لا يكفر ولكن يعزر.

وسئل الإمام الفضلي عن قال: يا أحمر! فقال الآخر: خلقتني الله تعالى من سوق ^(٤) التفاح، وخلقك من الطين والطين ليس كذلك هل يكفر؟ قال: نعم.

وسئل عن رجل قال قولاً منهياً عنه، فقال له رجل: [أي شيء] ^(٥) تصنع قد لزمك الكفر! قال: أي شيء ^(٦) أصنع إذا لزمني الكفر! هل يكفر؟ قال: نعم.

وسئل عن رجل أراد أن يقول: يا رب لم تخلق من عبيدك أنصب مني، فنسي وجرى على لسانه غلطا فقال يا رب: «هيج كسى كور كيبو زاز من يتاخريدي» فقال: يكفر في القضاء، ولا يكفر فيما بينه وبين الله تعالى.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: عن رجل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: سويق.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: ايش.

وسئل عمن يقرأ (الظاء) مكان (الضاد)، ويقرأ كيف يشاء، ويقرأ أصحاب اللجنة مكان أصحاب النار؟ قال: لا تجوز إمامته، ولو تعمد يكفر^(١).

وسئل عمن أجرى^(٢) على لسانه قولاً منهياً عنه ف قيل له: تأثم به، فقال: دعني آثم، [هل]^(٣) يضره في النكاح؟ قال: لا.

قيل: فإن توهم أن نكاحه قد فسد بهذا القول فجدد النكاح ثم مهر جديد هل يلزمه مهر آخر؟ قال: لا.

وسئل عمن اعتاد شرب الخمر ثم تاب وترك شربها، فمرض هل يجوز أن يشربها؟ قال: لا.

ثم سئل الزعفراني عما روي عن إبراهيم بن أدهم^(٤): أنهم رأوه بالبصرة يوم التروية، وفي ذلك اليوم بمكة.

[فقال: إن ابن]^(٥) مقاتل يذهب إلى أنه يكفر متى^(٦) اعتقد جواز ذلك، [ويقول:

(١) سقط في أ.

(٢) في م: جرى.

(٣) سقط في أ.

(٤) هو: إبراهيم بن أدهم بن منصور. التميمي البلخي أبو إسحاق: زاهد مشهور. كان أبوه من أهل الغنى في بلخ، فتفقه ورحل إلى بغداد، وجال في العراق والشام والحجاز. وأخذ عن كثير من علماء الأقطار الثلاثة. وكان يعيش من العمل بالحصاد وحفظ البساتين والحمل والطحن ويشترك مع الغزاة في قتال الروم. وجاءه إلى المصيصة عبد لأبيه يحمل إليه عشرة آلاف درهم ويخبره أن أباه قد مات في بلخ وخلف له مالاً عظيماً، فأعتق العبد ووهبه الدراهم ولم يعبأ بمال أبيه. وكان يلبس في الشتاء فرواً لا قميص تحته ولا يتعمم في الصيف ولا يخذلي، يصوم في السفر والإقامة، وينطق بالعربية الفصحى لا يلحن. وكان إذا حضر مجلس سفيان الثوري وهو يعظ أوجز سفيان في كلامه مخافة أن يزل. أخباره كثيرة وفيها اضطراب واختلاف في نسبه ومسكنه ومتوفاه. ولعل الراجح أنه مات سنة إحدى وستين ومائة هـ، ودفن في سوفن (حصن من بلاد الروم) كما في تاريخ ابن عساكر. وفي المكتبة الظاهرية بدمشق (سيرة السلطان إبراهيم بن أدهم قصة عامية).

ينظر: الأعلام (٣١/١)، وتهذيب تاريخ ابن عساكر، لابن بدران، المكتبة العربية، دمشق، ط (١) (١٦٧/٢).

(٥) في أ: وكان.

(٦) في م: من.

ليس ذلك^(١) من الكرامات إنما هو من المعجزات .
 [وأما أنا فأستجهله]^(٢) ولا أطلق له الكفر، وقال محمد بن يوسف، المعروف
 بأبي حنيفة: يكفر. والله أعلم.
 وفي الجامع الأصغر^(٣) قال علي الرازي: أخاف على من يقول بحياتي وحياتك
 وما أشبه ذلك [الكفر]^(٤)، فلولا أن العامة يقولون به ولا يعلمون به، لقلت: إنه
 شرك؛ لأنه لا يمين إلا بالله، وإذا حلف بغير الله فقد أشرك.
 قال ابن مسعود - رضي الله عنه - : لأن أحلف بالله كاذبًا، أحب إلي من أحلف
 بغير الله صادقًا^(٥).

رجل قال لوالده^(٦): استغفر، أو قال: إني أستغفر الله، لا يكفر.
 وإذا قال: الرزق من الله: لكن^(٧) «ازينده جنش خواهد»، فقد قيل: هذا شرك؛
 لأن حركة العبد أيضا من الله، وهو يرى الرزق من الحركة.
 رجل قال: أنا بريء من الثواب والعقاب أو قال بالفارسية: «من بيزارم مرد
 وثواب» فقد قيل: إنه يكفر.

في نسخة الجحواني: رجل تكلم [بكلمة]^(٨)، فقال له آخر: «أرنا افریده مكوى»
 لا يكفر هذا القائل؛ لأن مراده من هذا «أزنا بوده وتاكفته جبر مده».
 في^(٩) مجموع النوازل: رجل ضرب رجلاً، فقال المضروب: «من مرا اكر

-
- (١) سقط في م .
 (٢) في أ: فأستجهلهم، وفي م: وإنما أنا أستجهله .
 (٣) في م: الصغير .
 (٤) سقط في م .
 (٥) تبين الحقائق (٣/١٠٩)، البناية شرح الهداية (٦/١٢٣)، البحر الرائق (٤/٣١١)، مجمع
 الأنهر (١/٥٤٤) .
 (٦) في م: لولده .
 (٧) في م: ولكن .
 (٨) سقط في م .
 (٩) في أ، م: المسألة في .

مسلمًا» ثم قال الضارب: «لعنت برتو زبر مسلماني تو» قال: يكفر.
وفي مجموع النوازل: رجل دعي إلى الصلح مع رجل فقال: «بت راسجدة كنم
وبادي اشتى بكنم» قيل: لا يكفر، وفيه نظر عندي.
وفيه أيضا إذا قال: «فلان كافر برست امروز» فهذا إقرار منه بكفره.
وفيه: «هرجه كه فلان كويد بكنم واكر همه كفر كويد» يكفر.
رجل قال بالفارسية: «آز مسلماني بيزارم»، أو قال ذلك بالعربية، فقد قيل: إنه
يكفر.

وإذا رأى الرجل العربي أو رأى^(١) الذين يخرجون للمعروف^(٢) «أنها كرانج
خوراتند» فقيل: يخشى عليه الكفر.
رجل قال: «باتو درهوزخ روم ليكن، اندرنيام» يكفر.
قال لغيره: «بدوزخ ازداره رخنه مرو»، أو قال: «بدوزخ ازداره رخنه مي روى»
يكفر.

حكى أن في زمن المأمون^(٣) الخليفة سئل فقيه عن قال: «قتل حائكا جه واجب
شود» فقال: «بكافريت جه واجب شود» فأمر المأمون بضرب الفقيه حتى مات،
وهذا استهزاء [منه]^(٤) بحكم الشرع، والاستهزاء بأحكام^(٥) الشرع كفر.



(١) زاد في أ: الرجل.

(٢) في أ: للغزو.

(٣) هو: المأمون بن هارون الرشيد، العباسي، القرشي الهاشمي، وأمّه أم ولد يقال لها: مراجل
الباذعيسية، وهو الخليفة الذي أحدث وأثار فتنة (خلق القرآن)، الذي مات فيها كثير من
العلماء، وعذب فيها الكثير، وتوفي بطرسوس في رجب ثمانين في رجب ثمانين هـ وله من
العمر ثمان وأربعين سنة. ينظر: البداية والنهاية (٢٩٨/١٠) وما بعدها.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: بحكم.

نوع آخر:

وإذا ارتد أحد الزوجين، وقعت الفرقة بينهما في ظاهر الرواية في الحال، ولا يتوقف على قضاء القاضي سواء كانت المرأة مدخولا بها أو لم يكن مدخولا بها. وبعض مشايخ بلخ - منهم أبو القاسم الصفار، والفقير أبو جعفر، كانوا يفتون بعدم الفرقة بردتها^(١).

وكذا الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد من مشايخ بخارى: يفتي بعدم الفرقة بردتها، وكذا بعض مشايخ سمرقند حسما لباب المعصية.

ووجه ذلك: أنها ناقصة العقل، فلنقصان عقلها ترتد بكل غيظ يلحقها من زوجها لتتخلص عن [زوجها، وربما تصير مغرورة من جهة غيرها فترتد؛ لتتخلص عن]^(٢) زوجها وتصير إلى ذلك الغير، فلا يقضى بالفرقة لارتدادها حسما لهذا الباب عليها. وعامة مشايخ بخارى وسمرقند وبعض مشايخ بلخ أفتوا بالفرقة بردتها، وقالوا: بأن الردة منافية للنكاح، والحسم [يحصل]^(٣) بالجبر [على الزوج]^(٤) بالزوج الأول فلا ضرورة إلى إسقاط اعتبار المنافي.

وقد ذكرنا هذا الفصل في كتاب النكاح، وذكرنا هناك أيضا: أن الفرقة بارتداد أحد الزوجين فرقة بطلاق أو بغير طلاق ما فيها خلاف وما فيها اتفاق.



(١) في م: بردتها.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

نوع آخر:

إذا قال الرجل: لا أدري أصحيح إيماني أم لا؟ فهذا خطأ، إلا أن يريد به نفي الشك، كمن يقول لشيء نفيس: لا أدري [أيرغب فيه أحد أم لا]! ومن شك في إيمانه فقال: أنا مؤمن إن شاء الله، فهو كافر، إلا إذا أول فقال: لا أدري^(١) أخرج من الدنيا مؤمناً؟ فحيث لا يكفر.

وقد صح عن كثير من السلف أنهم كانوا يستنون في إيمانهم. والعدر [عنهم]^(٢): أنهم ما كانوا يستنون؛ لأنهم كانوا يشكون في إيمانهم، إنما كانوا يستنون لما جاء في صفة المؤمن من^(٣) الأخبار؛ كقوله^(٤) ﷺ: «المؤمن من أمن الناس من شره»^(٥)، ولقوله -عليه الصلاة والسلام-: «المؤمن من أمن جاره بوائقه»^(٦).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: في.

(٤) في م: لقوله.

(٥) روى عطاء بن يزيد، أن أبا سعيد حدثه، قال: قيل: يا رسول الله، أي الناس أفضل، فقال رسول الله ﷺ: مؤمن مجاهد في سبيل الله بنفسه، وماله، قالوا: ثم من، قال: مؤمن في شعبة من الشعاب يتقي الله، ويدع الناس من شره.

أخرجه البخاري (٨/٦) كتاب الجهاد، باب: أفضل الناس مؤمن مجاهد (٢٧٨٦)، وطره في (٦٤٩٤)، ومسلم (٣/١٥٠٣) كتاب الإمارة، باب: فضل الجهاد والرباط (١٢٣ - ١٨٨٨).

(٦) أخرجه أحمد في المسند (٣٨٧/١) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد بعد عزوه الحديث لأحمد: وإسناد بعضهم مستور وأكثرهم ثقات. من طريق الصَّباح بن مُحَمَّد، عن مُرَّة الهَمْدَانِي، عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ قَسَمَ بَيْنَكُمْ أَخْلَاقَكُمْ، كَمَا قَسَمَ بَيْنَكُمْ أَرْزَاقَكُمْ، وَإِنَّ اللَّهَ يُعْطِي الدُّنْيَا مَنْ يُحِبُّ، وَمَنْ لَا يُحِبُّ، وَلَا يُعْطِي الدِّينَ إِلَّا مَنْ يُحِبُّ، فَمَنْ أَعْطَاهُ اللَّهُ الدِّينَ فَقَدْ أَحْبَبَهُ، وَلَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا يَسْلَمُ، أَوْ لَا يُسَلِّمُ عَبْدٌ حَتَّى يَسْلَمَ، أَوْ يُسَلِّمَ قَلْبُهُ وَلِسَانُهُ، وَلَا يُؤْمِنُ حَتَّى يَأْمَنَ جَارُهُ بِبَوَائِقِهِ، قَالُوا: وَمَا بَوَائِقُهُ؟ قَالَ: عَشْمُهُ، وَظَلْمُهُ، وَلَا يَكْسِبُ عَبْدٌ مَالًا حَرَامًا فَيَتَصَدَّقُ مِنْهُ فَيُقْبَلَ مِنْهُ، وَلَا يُنْفَقُ مِنْهُ فَيُبَارَكَ لَهُ فِيهِ، وَلَا يَتْرُكُهُ خَلْفَ ظَهْرِهِ إِلَّا كَانَ زَادَهُ إِلَى النَّارِ، إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا يَمْحُو السَّيِّئَ بِالسَّيِّئِ، وَلَكِنْ يَمْحُو السَّيِّئَ بِالْحَسَنِ، إِنَّ الْحَيِّثَ لَا يَمْحُو الْحَيِّثَ». وعن أبي

ولقوله - عليه الصلاة والسلام - : «ليس بمؤمن من بات شعبان، وجاره طاوي»^(١). أي: جائع.

ولقوله - عليه الصلاة والسلام - «المؤمن من اجتمع عنده كذا وكذا خصلة»^(٢)،

= هُرَيْرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَالَ: «لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ مَنْ لَا يَأْمَنُ جَارَهُ بِوَأْتِقَهُ». أخرجه مسلم (٦٨/١) كتاب الإيمان، باب: بيان تحريم إيذاء الجار (٧٣-٤٦). وعن أبي شريح، أن النبي ﷺ قال: «وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ، قِيلَ: مَنْ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الَّذِي لَا يَأْمَنُ جَارَهُ بِوَأْتِقَهُ». أخرجه البخاري (٥٦/١٢) في كتاب الأدب، باب: إثم من لا يأمن جاره بوائقه، حديث (٦٠١٦). (١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٥٩/١)، رقم (٧٥١) عن أنس بن مالك. حدثنا محمد بن محمد التمار ثنا محمد بن سعيد الأثرم حدثنا همام ثنا ثابت البناني ثنا أنس بن مالك. والبخاري (٧٦/١-كشف الأستار) كتاب الإيمان، باب: في من شبع وجاره طاوي، رقم (١١٩) عن أنس بن مالك. بلفظ: «ليس المؤمن الذي يبيت شعبان وجاره طاوي». من طريق حسين بن علي الجعفي ثنا سفيان بن عيينة عن علي بن زيد عن أنس. وأخرجه الطبراني في الكبير (١٢/١٥٤)، رقم (١٢٧٤١) عن ابن عباس. بلفظ: «ليس المؤمن الذي يشبع وجاره جائع». بإسناد ضعيف فيه عبد الله بن المساور ضعيف، والبخاري في الأدب المفرد (٥٤)، رقم (١١٢) عن ابن عباس بنحوه. بإسناد ضعيف فيه عبد الله بن المساور. وأبو يعلى (٥/٩٢)، رقم (٢٦٩٩) عن ابن عباس بنحوه. بإسناد ضعيف فيه عبد الله بن المساور، والحاكم في المستدرک (١٦٧/٤) كتاب البر والصلة، باب: ليس المؤمن الذي يبيت وجاره إلى جنبه جائع، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي عن ابن عباس. وفيه عبد الله بن المساور ضعيف، وابن أبي شيبة في الإيمان (٣٣)، رقم (١٠٠) عن ابن عباس بنحوه. وفيه عبد الله بن المساور ضعيف، والخطيب في تاريخ بغداد (٣٩٢/١٠) عن ابن عباس بنحوه. وفيه عبد الله بن المساور ضعيف، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٢٧/٩) عن عمر بن الخطاب بنحوه. بلفظ: «لا يشبع الرجل دون جاره». بإسناد ضعيف فيه عباس بن محمد بن مجاشع مجهول لا يُعرف، والحاكم في المستدرک (١٢/٢) كتاب البيوع، باب: لا يحتكر إلا خاطئ، عن عائشة. بلفظ: «ليس المؤمن الذي يبيت شعبان وجاره جائع إلى جنبه». بإسناد ضعيف فيه عبد العزيز بن يحيى ضعيف، وأحمد (٥٤/١، ٥٥) عن عمر بن الخطاب بنحوه. بإسناد منقطع، والضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (٣٥٤/١)، رقم (٢٤٣) عن عمر بن الخطاب بنحوه بإسناد منقطع، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٧/٨) كتاب البر والصلة، باب: فيمن يشبع وجاره جائع، وقال: رواه الطبراني والبخاري والبيهقي والترمذي وابن أبي شيبة والدارقطني والحاكم في المستدرک (١٢/٢) كتاب البيوع، باب: لا يحتكر إلا خاطئ، عن عائشة. بلفظ: «ليس المؤمن الذي يبيت شعبان وجاره جائع إلى جنبه». بإسناد ضعيف فيه عبد العزيز بن يحيى ضعيف، وأحمد (٥٤/١، ٥٥) عن عمر بن الخطاب بنحوه. بإسناد منقطع، والضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (٣٥٤/١)، رقم (٢٤٣) عن عمر بن الخطاب بنحوه بإسناد منقطع، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١٦٧/٨) كتاب البر والصلة، باب: فيمن يشبع وجاره جائع، وقال: رواه الطبراني والبخاري والبيهقي والترمذي وابن أبي شيبة والدارقطني والحاكم في المستدرک (١٢/٢) كتاب البيوع، باب: لا يحتكر إلا خاطئ، عن عائشة. بلفظ: «ليس المؤمن الذي يبيت شعبان وجاره جائع إلى جنبه». بإسناد

(٢) روى عمرو بن مالك الجنبلي، قال: حَدَّثَنِي فَصَالَةُ بِنْتُ عُيَيْدٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالْمُؤْمِنِ؟ الْمُؤْمِنُ مَنْ أَمِنَهُ النَّاسُ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ، وَالْمُسْلِمِ مَنْ سَلِمَ النَّاسُ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِهِ، وَالْمُجَاهِدِ مَنْ جَاهَدَ نَفْسَهُ فِي طَاعَةِ اللَّهِ، وَالْمُهَاجِرِ

فمن استثنى من المتقدمين، فإنما استثنى على أنه لم يعرف ذلك من نفسه، لا أنه شك في إيمانه.

ومن قال بخلق القرآن، فهو كافر^(١).

وروي عن بعض السلف أنه روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن الإيمان غير مخلوق.

وسئل الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل عن الصلاة خلف من يقول بخلق الإيمان فقال: لا تصلوا خلفه.

[وسئل الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل عن الصلاة خلف من يقول بخلق

مَنْ هَجَرَ الْخَطَايَا وَالذُّنُوبَ». أخرجه ابن ماجه (١٢٩٨/٢) كتاب الفتن، باب: حرمة دم المؤمن وماله (٣٩٣٤)، وقال في الزوائد: إسناده صحيح، وأخرجه الحاكم في المستدرک (١٠/١، ١١)، وأحمد في المسند (٢١/٦، ٢٢) من حديث الليث عن أبي هانئ عن عمرو ابن مالك الجنبني عن فضالة بن عبيد.

(١) منذ عهد القاضي أحمد بن أبي دؤاد المعتزلي ومن معه من المعتزلة وكان من عقيدتهم أنهم ينكرون الصفات القديمة لله تعالى، ومنها صفة الكلام لأن في ذلك تعدد للقدماء مع الله تعالى في زعمهم، وبناء على ذلك ظهرت فتنة خلق القرآن في عهد المأمون، والمعتصم والواثق، وأوائل عهد المتوكل، وكانت مثار خلاف بين المعتزلة في مقابل أهل السنة القائلين بقدوم القرآن لأنه كلام الله القديم - معناه ومدلوله - قديم وهو من أنواع صفة الكلام النفسية القديمة القائمة بذات الله تعالى.

كان مع المعتزلة الخلفاء والمتأثرون بهم وعلى رأسهم المأمون، وقد امتحن في هذه الفتنة كبار أهل السنة كالإمام أحمد بن حنبل، وأحمد بن نصر الخزاعي، وأبو يعقوب البويطي وغيرهم، واشتعلت نار الفتنة حتي أدت إلى شتى أنواع التعذيب، واستمرت من عام ٢١٨هـ - ٢٣٤هـ - حتى جاء الخليفة المتوكل وانتصر لأهل السنة ونهى عن الكلام في هذه المسألة، وهو ما عليه أهل السلف فقد ضرب عمر بن الخطاب من يتكلم في القدر وطرده، وقال مالك للسائل عن الاستواء: الاستواء معلوم، والكيف مجهول، والسؤال عنه بدعة، وهذا هو منهج أحمد بن حنبل كما هو منهج البخاري أن كلام الله غير مخلوق وهو ما عليه أئمة أهل السنة، ومن قال: مخلوق فهو كافر، قلت: وقد صرح بذلك: سفيان الثوري، وأبو الوليد الطيالسي، وعلي بن عبد الله وغيرهم.

ينظر: الإمام البخاري محدثاً وفقهياً، ص (٧٣) بتصرف يسير، تاريخ بغداد (٣١/٢)، الصواعق المرسله على الجهمية والمعتزلة، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، تحقيق: د. علي بن محمد الدخيل الله، دار العاصمة، الرياض، ط (٣)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م (١٣٩٧/٤ - ١٤٠٠).

الإيمان فقال: لا تصلوا خلفه^(١).

وذكر أبو سهل بن [عبد الله، وهو أبو سهل]^(٢) الكبير عن كثير من السلف أن من قال: القرآن مخلوق، فهو كافر، [ومن قال: الإيمان مخلوق فهو كافر]^(٣).

حكى أنه وقعت هذه المسألة بفرغانة، فأتي بمحضر منها فكتب الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر [بن حامد، والشيخ الإمام أبو حفص الزاهد]^(٤)، والشيخ الإمام أبو بكر^(٥) [الإسماعيلي]^(٦): أن الإيمان غير مخلوق، ومن قال بخلقه فهو كافر.

وقد أخرج كثير من الناس من بخارى، منهم: محمد بن إسماعيل، صاحب الجامع الصحيح - بسبب قولهم بخلق الإيمان.

ومن اعتقد أن الإيمان والكفر واحد فهو كافر، ومن لا يرضى بالإيمان فهو كافر. ومن قال: لا أدري صفة الإيمان، فهو كافر.

وذكر شمس الأئمة الحلواني هذه المسألة وبالغ فيها وقال: هذا رجل ليس له دين، ولا صلاة، ولا جماعة، ولا صيام، ولا طاعة ولا نكاح وأولاده أولاد الزنا. واستدل - رحمه الله - بمسألة ذكرها، وصورتها: إذا قال ليهودي أو نصراني: [صف دينك فقال: لا أدري، قال: ليس هو يهودي ولا نصراني وحكمه حكم المرتد]^(٧).

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) هو: أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس، أبو بكر الإسماعيلي، الفقيه الحافظ. أحد كبراء الشافعية فقهًا وحديثًا وتصنيفًا، رحل وسمع الكثير، وصفه الصحيح، والمعجم، ومسند عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -، قال الشيخ أبو إسحاق: جمع بين الفقه والحديث ورتاسة الدين والدنيا. توفي في رجب سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة.

ينظر: طبقات ابن قاضي شهبة (١/١٣٦)، طبقات السبكي (٣/٧).

(٧) سقط في م.

وقال في الجامع: مسلم تزوج بنصرانية صغيرة، ولها أبوان نصرانيان فكبرت وهي لا تعقل دينا من الأديان ولا تصفه وهي غير معتوهة، فإنها تبين من زوجها. معنى قول محمد^(١): لا تعقل دينا من الأديان: لا تعرفه بقلبها، ومعنى قوله لا تصفه: لا تعبر باللسان.

وهذا لأنه لم يبق لها دين الأبوين؛ لزوال التبعية، ولم يظهر لها جهة الأصالة، فكانت جاهلة ليس لها ملة مخصوصة، وهي شرط النكاح ابتداء وبقاء. وكذلك الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة، وهي لا تعقل الإسلام ولا تصفه وهي غير معتوهة، بانت من زوجها، ومحمد - رحمه الله - سمى هذه في الكتاب مرتدة؛ لأننا حكمنا بإسلامها بطريق التبعية، والآن حكمنا بكفرها؛ [لقد التبعية، ومعرفة دين]^(٢) فكانت مرتدة.

ولم يذكر في الجامع أنها إذا بلغت وعرفت الإسلام بأن قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه، وأقدر على وصفه لكن لا أصفه، أنها هل تبين من زوجها؟ قالوا: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ.

على قول من يشترط^(٣) الإقرار باللسان لصيرورته مسلما: تبين من زوجها. [وعلى قول من لا يشترط الإقرار باللسان: لا تبين من زوجها]^(٤).

وكذلك لم يذكر في الكتاب أنها إذا قالت: أنا أعقل الإسلام وأعرفه ولكن لا أقدر على وصفه، هل تبين من زوجها؟ قالوا: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ، وقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه^(٥) في باب النكاح.

(١) في م: قوله.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: يثبت.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: هذه الفصول بتمامها.

وفي فتاوى النسفي: سئل عن امرأة قيل لها: توحيد الله تعالى مي راني؟
فقلت: لا.

فقال: إذا^(١) أرادت أنها لا تحفظ التوحيد الذي يقرأه الصبيان في الكتب: لا يضرها، وإذا^(٢) أرادت أنها لا تعرف وحدانية الله تعالى: فليست بمؤمنة، ولم يصح نكاحها.

وعن حماد بن أبي حنيفة: أن من مات ولم يعرف له خالقًا وأن لله تعالى دارا غير هذه الدار وأن الظلم حرام لم يؤمن.

قال مشايخنا - رحمهم الله - تعليم صفة الإيمان للناس وبيان خصائص مذهب أهل السنة والجماعة من أهم الأمور، وللسلف في ذلك تصانيف ومختصره^(٣) أن يقول: ما أمرني الله تعالى قبلته، وما نهاني الله تعالى عنه انتهيت عنه، وإذا عقل ذلك وأقر به بلسانه، كان إيمانه صحيحًا، وكان مؤمنًا بالكل. والله أعلم بالصواب.



(١) في م: إن.

(٢) في م: وإن.

(٣) في أ: ومختصرات.

نوع آخر:

ويعرض الإسلام على المرتدة والمرتد حرًا كان أو حرة عبدًا كان أو أمة فإن أسلم المرتد، وإلا قتل.

الأصل في قتل المرتد: قوله - عليه الصلاة والسلام^(١) - وإجماع الصحابة عن أبي بكر، وعمر وعلي وابن مسعود وجماعة أخرى من الصحابة - رضي الله عنهم - وأو ذلك، ولم ينقل عن غيرهم خلافة^(٢).

والمعنى فيه: أن بنفس الردة صار حربا علينا؛ لأن له بنية^(٣) صالحة للحراب، وقد قام به الباعث على الحراب^(٤)، وهو الكفر، فأقيم ذلك مقام حقيقة الحراب^(٥) في وجوب قتله أو في إباحته كما في الكافر الأصلي.

(١) روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ، فَأَقْتُلُوهُ». أخرجه البخاري (١٤٩/٦) كتاب الجهاد، باب: لا يعذب بعداب الله، حديث (٣٠١٧)، وأبو داود (٥٢٠/٤) كتاب الحدود، باب: الحكم فيمن ارتد، حديث (٤٣٥١)، والترمذي (٥٩/٤) كتاب الحدود، باب: في المرتد، حديث (١٤٥٨)، والنسائي (١٠٤/٧) كتاب تحريم الدم، باب: الحكم في المرتد، وابن ماجه (٨٤٨/٢) كتاب الحدود، باب: المرتد عن دينه، حديث (٢٥٣٥)، وأحمد (٢١٧/١)، (٢٨٢)، وعبد الرزاق (١٦٨/١٠) رقم (١٨٧٠٦)، وابن أبي شيبة (١٣٩/١٠) رقم (٩٠٤١) من حديث ابن عباس وقال الترمذي: حسن صحيح.

(٢) نقل ابن قدامة، والكاساني وغيرهما إجماع أهل العلم على وجوب قتل المرتد. قال ابن قدامة: «وروي ذلك عن أبي بكر، وعُمَرَ، وعثمان، وعليٍّ، ومُعَاذٍ، وأبي موسى، وابن عباس، وخالده، وغيرهم، ولم يُنكَر ذلك؛ فكان إجماعًا». ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٣٤)، المغني، لابن قدامة (١٦/٩).

فإذا ارتد مسلم، وكان مستوفيا لشروط الردة، أهدر دمه، وقتله للإمام أو نائبه بعد الاستتابة. فلو قتل قبل الاستتابة فقاتله مسيء، ولا يجب بقتله شيء غير التعزير، إلا أن يكون رسولًا للكفار فلا يقتل؛ لأن النبي ﷺ لم يقتل رسل مسيئة. فإذا قتل المرتد على رده، فلا يغسل، ولا يصل على عليه، ولا يدفن مع المسلمين. ينظر: المبسوط (١٠٦/١٠)، وابن عابدين (٤/٦٦٨)، وكفاية الأختار (٢/٢٠٤)، والأم (٦/١٥٤)، والإنصاف (٩/٤٦٢)، والفروع (٢/١٥٩).

(٣) في م: رتبة.

(٤) في أ: الحرب.

(٥) في أ: الحرب.

إلا أنه لا بد من عرض الإسلام؛ لأن الظاهر أنه لا يرتد إلا لشبهة دخلت عليه، فيستحب العرض على^(١) الإسلام؛ لجواز أنه يذكر تلك الشبهة فيزيئها^(٢). ولا يجب عرض الإسلام؛ لأنه ممن بلغته الدعوة، والكافر إذا بلغته الدعوة لا تجب الدعوة مرة أخرى إنما يستحب، فكذا هاهنا. ثم إذا عرض عليه الإسلام وأبى أن يسلم، قتل من ساعته، ولا يؤخر قتله في ظاهر الرواية إلا إذا استمهل [فإذا استمهل]^(٣)، يمهل ثلاثة أيام. وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أنه يستحب للإمام أن يمهل ثلاثة أيام، استمهل أو لم يستمهل؛ لرجاء أن يسلم. وهذا لما ذكرنا أن الارتداد لا يكون إلا عن شبهة، وعند زوال الشبهة يعود إلى الإسلام، ولا بد لزوال الشبهة من التأويل، ولا بد للتأويل من مدة. فقدردنا ذلك بثلاثة أيام.

وقد صح أن رجلاً قدم على عمر - رضي الله عنه - فقال له عمر - رضي الله عنه - هل من معرفة خبر؟ فقال: نعم. رجل منا قد ارتد فقتلته، فقال عمر - رضي الله عنه -: لو وليت منه ما وليت، لكنت حبسته ثلاثة أيام أعرض عليه الإسلام في كل يوم، فإن أسلم، وإلا قتلته. وجه ظاهر الرواية - وهو الجواب عن التمسك بحديث عمر - رضي الله عنه -: أن الحكم في ذلك الوقت كان كذلك بعدما^(٤) كان فيهم من هو حديث عهد بالإسلام، ومن كان حديث العهد بالإسلام ربما تظهر له شبهة، فيرجع عن الإسلام بتلك الشبهة، [ويعود إليه عند زوال الشبهة]^(٥)، ولا بد لزوال الشبهة من مدة،

(١) في م: عرض.

(٢) في أ: فيقبلها.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بعدان.

(٥) سقط في م.

فاستحب الإمهال؛ نظراً [لذلك]^(١)، أما في زماننا فقد استقر حكم الدين وتبين الحق فالشك بعد ذلك ظاهراً تعنت مع احتمال أن يكون عن شبهة، فإذا طلب التأجيل حمل على أنه متعنت، فيقتل [إزالة]^(٢) لتعنته، وإن أسلم يخلى سبيله. وإسلامه: أن يأتي بكلمة الشهادة، ويتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام، فإن تمام الإسلام من اليهودي بالتبرؤ عن دينه ومن النصراني بالتبرؤ عن دينه. والمرتد ليس له ملة متعينة^(٣) - فتمام الإسلام في حقه بالتبرؤ عن الأديان كلها، وإن تبرأ عما انتقل إليه، كفى لحصول المقصود به.

وإن ارتد ثانياً وثالثاً كذا يفعل به في كل مرة، وإذا أسلم خلى سبيله، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾ من غير فصل بين المرة الأولى والرابعة والخامسة.

[وكان]^(٤) علي، وابن عمر - رضي الله عنهما - [يقولان]^(٥): يقتل في المرة الرابعة لا محالة، ولا تقبل توبته^(٦)؛ لأنه ظهر أنه مستخف مستهزئ.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: معينة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) اتفق الفقهاء على قبول توبة المرتد، واختلفوا في حكم من ارتد، ثم تاب ثم ارتد على قولين:

القول الأول: يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في قول علي أن من كرر الردة يُعزَّر في المرة الثانية فما بعدها، ويُعزَّر على تهاونه بالدين، وعلى عدم الشبهة. ووافقهم الحنابلة على أنه لا يقتل.

ينظر: مواهب الجليل (٦/٢٨٣)، ومغني المحتاج (٥/٤٥٠) وحاشية البجيرمي (٥/١١٢)، والمهذب (٣/٢٥٥)، والروض المربع (١/٦٨٢).

القول الثاني: يرى الإمام أبو يوسف والسرخسي ووافقهم الحنابلة في قول علي أنه إن فعل ذلك مراراً يُقتل. وجاء في الهداية: «وكيفية توبته: أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام؛ لأنه لا دين له إلا هو. ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود». وفي فتح القدير: وفي شرح الطحاوي: سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم؟ فقال: يقول أشهد ألا إله إلا

واستدلا بظاهر قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أَرَادُوا كُفْرًا لَّمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيُغْفِرْ لَهُمْ﴾ . الآية .

وجه قولنا: الآية ذكرناها^(١) .

وقد ذكر في النوادر عن أصحابنا - رحمهم الله - : أنه^(٢) إذا تكرر ذلك منه ، يضرب ضرباً مبرحاً ، ثم يحبس إلى أن يظهر توبته وخشوعه .

وعن أبي يوسف : إذا فعل ذلك مراراً يقتل غيلة ، وهو أن ينظر : فإذا أظهر كلمة الشرك يقتل من غير أن يستتاب .

الله ، وأن محمداً عبده ورسوله . ويقر بما جاء به من عند الله ، ويتبرأ من الدين الذي انتحلته ، وأن يشهد ألا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وقال : ولم أدخل في هذا الدين قط ، وأنا بريء منه ، أى : من الذي ارتد إليه ، فهي توبة . فتح القدير (٣٨٧/٤) . وروى الحسن عن أبي حنيفة : «أنه إذا قال اليهودي : إنه مسلم ، أو قال : أسلمت ، سئل عن ذلك : أي شيء أردت به؟ فإن قال : أردت به ترك اليهودية ، والدخول في دين الإسلام؛ يحكم بإسلامه ، حتى لو رجع عن ذلك كان مرتدًا . وإن قال أردت بقولي : أسلمت : أني على الحق ، ولم أرد بذلك الرجوع عن ديني : لم يحكم بإسلامه» . وذكر في المحيط ، قال : الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقد ، يحكم بإسلامه . ثم الكافر على ثلاثة ضروب : عبدة الأوثان ، وعبدة النيران ، والمشرک في الربوبية المنكر للوحدانية؛ كالوثنية ، والمقر بالوحدانية المنكر للرسالة؛ كاليهود . فالجاحد للربوبية والمشرک فيها إذا قال : لا إله إلا الله ، يحكم بإسلامه . وكذا لو قال : أشهد أن محمداً رسول الله ، أو قال : أسلمنا ، أو آمنا بالله؛ لأنه أقر بما هو مخالف لاعتقاده . وأما المقر بالوحدانية المنكر للرسالة أصلاً من أهل الكتاب؛ كاليهود إذا قال : لا إله إلا الله ، لم يكن مسلماً حتى يقول : وأشهد أن محمداً رسول الله؛ لأنهم كانوا يجحدون الرسالة؛ فلم يقرؤا بخلاف ما اعتقدوا . فإذا شهد برسالة محمد ﷺ يكون مسلماً ، ومنهم من يقر برسالة محمد ﷺ ولكنهم يزعمون أنه رسول للعرب لا إلى بني إسرائيل . ولو قال : برئت من اليهودية ، أو لم يقل مع ذلك : دخلت في الإسلام ، لا يحكم بإسلامه؛ لأنه يحتمل أنه برئ من اليهودية . ومع ذلك فلم يدخل الإسلام؛ فإذا قال بعد ذلك : ودخلت في الإسلام ، فحينئذ يزول هذا الاحتمال . وقال بعض مشايخنا : إذا قال : دخلت في الإسلام ، يحكم بإسلامه ، وإن لم يتبرأ مما كان عليه؛ لأن في لفظه ما يدل على دخول حدث معه في الإسلام ، وذلك غير ما كان عليه ، فاستدلنا بهذا اللفظ أنه تبرأ عما كان عليه .

(١) في م : التي تلونها .

(٢) في م : إنما .

وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز. هذا هو الكلام في المرتد. جئنا إلى المرتدة، والمرتدة لا تقتل عندنا - حرة كانت أو أمة، بخلاف المرتد^(١).

والفرق: أن نفس الكفر لا يبيح القتل، بدليل أن الكافرة الأصلية لا تقتل. وإنما المبيح الكفر الباعث على الحراب، وكفر المرأة لا يبعثها على الحراب؛ لأن بنتها ليست بصالحة للحراب، ولا كذلك الرجل.

فإذا^(٢) لم تقتل، تجبر على [الإسلام؛ لأنها التزمت أحكام الإسلام، فتجبر عليه كالرجل، والجبر على]^(٣) الإسلام بالحبس والتشريد دون القتل؛ لأن القتل يفوت القدرة على الإسلام، فلا يصح الجبر على الإسلام بخلاف الحبس، ولا نقول: بأن المرتدة تقتل بطريق الجبر^(٤) على الإسلام، بل لدفع الشر والفساد بالمحاربة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في المرتدة الحرة: أنها تخرج كل يوم، وتضرب تسعة وثلاثين سوطاً إلى أن تموت^(٥).

فإن كانت المرتدة أمة، فطلب مولاها من القاضي أن يدفعها إليه، دفعها إليه ليحبسها في منزله، ويجبرها على الإسلام ويستخدمها.

(١) اختلف الفقهاء في قتل المرتدة على قولين:

القول الأول: وإليه ذهب جمهور الفقهاء المالكية، والشافعية، والحنابلة، ويقضي بوجود قتل المرتدة كالرجل.

القول الثاني: وإليه ذهب الحنفية والثوري وعطاء، ويقضي بأن المرتدة لا تقتل، بل تحبس حتى تتوب أو تموت، وروي عن أبي حنيفة أنها تعزر في كل مرة تسعة وثلاثين سوطاً، وعن الكرخي أنها تضرب كل يوم أسواطاً على ما فعلت.

ينظر: المبسوط للسرخسي (٩٨/١٠)، فتح القدير، لابن الهمام (٣٨٥/٤)، مواهب الجليل (٢٨٠/٦)، بداية المجتهد (٤٤٨/٢)، مغني المحتاج (١٣٨/٤)، نهاية المحتاج (٤١٩/٧)، المغني، لابن قدامة (١٢٤/٨)، كشف القناع (١٧٥/٦).

(٢) في م: وإذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الحرب.

(٥) المبسوط للسرخسي (٩٨/١٠)، فتح القدير، لابن الهمام (٣٨٥/٤).

ذكر المسألة على هذا الوجه في الجامع الصغير؛ لأن مراعاة حق المولى [مع مراعاة حق الشرع]^(١) ممكن من الوجه الذي بيناه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: دفعت لهم إذا احتاجوا إليها.
وفي الجامع الصغير: لم يشترط الحاجة للدفع^(٢) إليهم، وهو الصحيح.
[وكذلك الصحيح]^(٣): لا يشترط طلب المولى؛ لأن الحبس والجبر تصرف فيها، وولاية التصرف للمولى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الأمة: أن الإمام يبعث إليها في كل أيام من يهددها ويضربها تسعة وثلاثين سوطاً، وهي في يد مولاهما إلى أن تسلم.
[قال]^(٤) بشر بن الوليد: إذا جحد المرتد الردة وأقر بالتوحيد، وبمعرفة رسول الله ﷺ وبدين [الإسلام]^(٥) فهذا منه توبة. والله أعلم.



-
- (١) سقط في م.
(٢) في أ: في الدفع.
(٣) في م: أن.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

نوع آخر:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد،
ويجبر على الإسلام، ولكنه لا يقتل، وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ارتداده ليس بارتداد^(١).

وإسلامه إسلام عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - خلافاً لزفر والشافعي، وإذا
اعتبر رده عندهما، يجبر على الإسلام، ولكن لا يقتل، بل يحبس إلى أن يسلم إذا
بلغ كافراً استحسنأناً؛ وإنما لم يقتل لأن العلماء اختلفوا في صحة رده، فيصير ذلك
شبهة في حق درء القتل^(٢).

(١) اتفق الفقهاء أن الصبي غير المميز لا تصح رده ولا إسلامه، إلا أنهم اختلفوا في ردة الصبي
المميز هل تصح منه، أم لا تصح؟ على أقوال ثلاثة:

القول الأول: عند الحنفية والظاهر من مذهب المالكية وأحمد: ويقضي بأن ردة الصبي
المميز تصح منه كما يصح إسلامه.

ينظر: بدائع الصنائع (١٣٤/٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (٤/٤)
(٣١٠)، مغني المحتاج (١٣٧/٤)، نهاية المحتاج (٤١٧/٧)، المهذب، للشيرازي (٢/٢)
(٢٣٨)، كشاف القناع (١٧٥/٦)، المغني، لابن قدامة (١٤٧/٨).

القول الثاني: عند الشافعية وزفر من الحنفية: ويقضي بعدم صحة رده وإسلامه إلا
بالبلوغ.

القول الثالث: وهو قول أبي يوسف من الحنفية وأحمد: ويقضي بعدم صحة رده إلا
بالبلوغ وصحة إسلامه دون البلوغ.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٥٧/٤)، شرح فتح القدير، لابن الهمام (٣٨٨/٤)، مغني
المحتاج (١٣٧/٤)، نهاية المحتاج (٤١٧/٧)، المغني، لابن قدامة (١٤٧/٨).

(٢) إذا مات الأبوان المسلمان أو فقدا وكان لهما طفل فهل يحكم بإسلامه استقلالاً دون أن يتبع
أبويه؟ أو هل لنا أن نحكم بإسلام هذا الطفل دون تبعيته لأبيه؟ اختلف الفقهاء في ذلك
على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة والصاحبان، وإسحاق والحنابلة، والظاهرية إلى:
صحة إسلام الطفل قبل البلوغ في الجملة.

إلا أن الحنابلة قيدوا صحة إسلامه بقيدتين:

الأول: أن يبلغ الصبي عشر سنين. الثاني: أن يعقل الإسلام.

ينظر: شرح العناية على الهداية، للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابر،
ط مصطفى البابي الحلبي، ط (١) (٩٤/٦)، بدائع الصنائع (١٠٤/٧)، الاختيار لتعليل
المختار (٤٢١/٤)، المغني (٨٨/١٠، ٩٠)، المحرر في الفقه (١٦٧/٢)، الروض =

وفي المنتقى: ذكر ابن أبي مالك^(١) عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع عن قوله في ردة المراهق، وقال: رده^(٢) لا تكون [ردة]^(٣)، وهو قول أبي يوسف رحمه الله^(٤).

[والصبي]^(٥) الذي حكم بإسلامه تبعًا للأبوين: إذا بلغ مرتدًا، فإنه لا يقتل أيضًا استحسانًا؛ لأنه ما كان مسلمًا مقصودًا، وإنما ثبت له حكم الإسلام تبعًا لغيره، فيصير ذلك شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتدًا^(٦).

والذي أسلم في حالة الصبي لا يقتل استحسانًا؛ [لأن العلماء اختلفوا في صحة إسلامه في حال الصغر، فيصير ذلك شبهة في حق رده.

والسكران إذا ارتد لا تصح رده استحسانًا]^(٧) والأصل في ذلك ما روي أن بعض أصحاب رسول الله ﷺ شرب وسكر حين كان الشرب^(٨) حلالًا، وقرأ في صلاته ﴿قُلْ يَتَّيِبُهَا لَكُمُ اللَّهُ وَتَرَكُ اللَّائِيَاتِ فِيهَا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَتَّيِبُهَا لَكُمُ اللَّهُ تَعَالَى لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى﴾، فقد سماه الله تعالى: مؤمنًا، ومعلوم أن هذا من الصاحي ردة؛ فترك القياس في حق السكران بهذا النص^(٩).

= المربع (٢/٣٤٢)، المحلى (٥/٣٨٤).

المذهب الثاني: ذهب زفر من الحنفية، والشافعية إلى: أنه لا يصح إسلام الصبي استقلالًا قبل البلوغ، وإنما يحكم بإسلامه تبعًا لوالديه.

ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٠٤)، تبين الحقائق (٣/٢٩٢)، شرح فتح القدير (٦/٩٤)، المهذب (٢/٢٢١)، مغني المحتاج (٤/١٧٧).

(١) في م: مليكة.

(٢) زاد في أ: ورده.

(٣) سقط في أ.

(٤) البحر الرائق (٥/١٥٠).

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في أ: لا.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: السكر.

(٩) إذا سكر شارب الخمر، ثم قال أو فعل ما يؤدي إلى الردة عن دين الله، فهل تعتبر رده كردة

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في سكران ارتد فقتله رجل عمدًا أنه لا شيء عليه، أوله بعض أصحابنا على أنه جعل رده [ردة]^(١)، وذلك خلاف المشهور من مذهبه. والله أعلم بالصواب.



الصاحي، أم أنه يفرق بينه وبينه؟ اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين: القول الأول: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية - في أحد القولين عندهم -، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد إلى: أن السكران الذي لا يعقل شيئًا، والذي فقد الإدراك والتمييز مثله كمثل المجنون، فلا تعتبر رده. ولم يقيد الحنفية بكون سُكره بمباح أو بمحرم، باختياره أو بغير اختياره، فالحكم عندهم في ذلك سواء. وفرق بقية أئمة المذاهب الأربعة بين ما إذا سكر بغير اختيار؛ فلم يصححوا رده، وبين ما إذا سكر باختياره فتصح رده، واختاره ابن القيم - رحمه الله -.

القول الثاني: ذهب الشافعية في أحد القولين عندهم، وهو المذهب، وهو أظهر الروايتين عند الحنابلة إلى: صحة ردة السكران دون النظر إلى السبب الذي نشأ عنه السكر، سواء كان معذورًا فيه أم لا. وهل هو مباح أم محرم؟.

ينظر: بدائع الصنائع (٥٢٦/٩)، وحاشية الدسوقي على الدردير (٢٩٥/٦، ٢٩٦)، والذخيرة للقرافي (٢٩/١٢، ٣٠)، وفتح القدير، لابن الهمام (٩٠/٦، ٩١)، والمهذب (٢٥٦/٣)، وتصحيح التنبيه، للنووي (٤٤٢/٣)، وروضة الطالبين (٧/٢٩٠)، والمغني (٢٩٥/١٢)، وإعلام الموقعين (٤٥٤/٥).

(١) سقط في م.

نوع آخر: في تصرفات المرتد والمرتدة:

المرتد إذا باع أو اشترى أو وهب ثم أسلم، فذلك كله جائز بلا خلاف وإن قتل على الردة أو مات أو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاظه^(١)، بطل ذلك كله، وهذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : جميع ذلك نافذ على كل حال .

يجب أن يعلم أن تصرفات المرتد أنواع أربعة:

نوع منها نافذ بالاتفاق: كقبول الهبة، والاستيلاء حتى إذا جاءت أمته المرتدة بولد، فادعى نسبه، ثبت نسبه منه وورث هذا الولد منه مع سائر ورثته، وكذلك طلاقه، وعتاقه وتسليم شفيعته وحجره على العبد المأذون نافذ صحيح .

ونوع [هو]^(٢) باطل في الحال بالاتفاق: كالنكاح والذبيحة؛ لأن الحل فيهما يعتمد الملة ولا ملة للمرتد، فقد ترك ما كان عليه، وهو غير مقرر على ما انتقل إليه . ونوع منها موقوف للحال: وهو المفاوضة، فإن المرتد إذا فاوض مسلماً يتوقف، أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلا اعتبارهما بسائر تصرفاته لمعنى يجمع الكل على ما نبين إن شاء الله تعالى .

[وأما عندهما: فلأن المفاوضة تقتضي التساوي، ولا مساواة في الحال على ما يأتي بيانه إن شاء الله]^(٣) في كتاب الشركة فيتوقف فإن أسلم نفذ، وإن مات أو قتل على الردة، بطلت عند أبي حنيفة .

وعندهما: تبطل المفاوضة، ويتبين أن الشركة كانت عناناً، وكذلك ولايته على أولاده الصغار تتوقف بلا خلاف .

ونوع منها: اختلفوا في نفاذه^(٤) وتوقفه، وذلك كالبيع والشراء والإجارة

(١) في أ: بلحاظه .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: نفوذه .

والتدبير، والكتابة، والوصية وقبض الديون.

فعند أبي حنيفة: تتوقف هذه التصرفات، فإن أسلم تنفذ، وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه، تبطل.
وعندهما: تنفذ هذه التصرفات إلا عند أبي يوسف تنفذ كما تنفذ من الصحيح، وعند محمد: تنفذ كما تنفذ من المريض.

وعبارة المشايخ في تخريج هذه المسألة [مختلفة، وأصحها: أن حاصل الخلاف في هذه المسألة]^(١) راجع إلى حرف أن ملك المرتد إذا مات أو قتل على الردة يعتبر زائلا من وقت الموت أو من وقت الردة؟

فعند أبي حنيفة: يعتبر زائلا في حق التصرفات المختصة بالملك، من وقت الردة فتبين أنه تصرف في ملك الغير، وكذلك في [حق]^(٢) الإرث يعتبر ملكه زائلا من وقت الموت في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وعندهما: يعتبر زائلا من وقت الموت في حق التصرفات وفي حق الميراث؛ فلا يتبين أنه تصرف في ملك الغير. حجتهما: أن ملكه في حق الميراث يعتبر زائلا من وقت الموت باتفاق بيننا وبين أبي حنيفة على إحدى روايته، حتى إذا ولد له ولد من علوق حادث بعد الردة، [ورثه]^(٣) إذا كان مسلماً تبعاً لأمه بأنه علق من أمة مسلمة له فكذا في حق سائر التصرفات؛ لأن المعنى لا يوجب الفصل؛ وهذا لأن المرتد في حق الأحكام مسلم من وجه. كافر [من وجه]^(٤) حربي من وجه، أما حربي من وجه: لأنه حل قتله، والكافر إنما يقتل لمكان الحراب.

وأما مسلم من وجه: فلأن بعض أحكام الإسلام قد بقي في حقه وهو مقهور في

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ، م.

أيدينا فكان هذا القدر باعتبار ما بقي [من] ^(١) أحكام الإسلام على المسلم، وباعتبار ما ثبت من أحكام الكفر على الحربي، والقهر على الحربي من كل وجه يوجب زوال ملكه من كل وجه.

والقهر على المسلم من كل وجه لا يوجب زوال [ملكه من كل وجه] ^(٢) فقد وقع الشك في زوال ملكه من وقت الردة فلا يزول بالشك.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - [يقول] ^(٣) بأن المرتد بين المسلم والكافر الحربي في حق الأحكام، والعمل بالشبهين متعذر في حق كل حكم فعملنا بهما في حق كل حكمين مختلفين، فعملنا بشبهة الإسلام في حق الميراث، وجعلنا الأملاك في حق الميراث زائلة من وقت الموت حتى ورثنا الوارث الحادث بعد الردة، وعملنا بشبهة الكفر في حق التصرفات، واعتبرنا الملك زائلاً من وقت الردة حتى يظهر أنه يتصرف في ملك الغير، فيبطل تصرفه عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، إلا أننا أظهرنا شبهة الكفر في حق بطلان التصرف؛ لأن بطلان التصرف عليه وهو حان، وحرمان الميراث على المورث والوارث ليس بحان، فكان إظهار الكفر فيما عليه وهو حان أولى.

بخلاف المرأة؛ لأن أملاك المرأة المرتدة إذا ماتت تزول من وقت الموت في حق التصرفات والميراث جميعاً؛ لأنه لم يوجد في حق المرأة بعد الردة وقبل الموت ما يوجب زوال أملاكها؛ لأن الموجب لزوال الملك بعد الردة القهر على الكافر الحربي، والمرأة ما دامت في دار الإسلام، فإنه لا يلزمها حكم من أحكام أهل الحرب حتى لا تسترق، فالقهر على المرأة لا يكون قهراً على الحربي بوجه ما، بل يكون قهراً على غير الحربي فكان بمنزلة القهر على الذمي، وذلك لا يوجب زوال

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: الملك.

(٣) سقط في م.

الملك، فهاهنا كذلك.

وإذا لم يوجد في حق المرأة [ما]^(١) يوجب زوال ملكها من وقت الردة، جعلنا ملكها زائلاً من وقت الموت في حق التصرفات والميراث جميعاً. ذكر شيخ الإسلام في شرح السير الصغير^(٢) وفيما^(٣) دون الكبير^(٤): أن هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في حق تصرفات المرتد قبل اللحق بدار الحرب، فأما تصرفاته بعد اللحق بدار الحرب قبل قضاء القاضي بلحوقه يتوقف بالإجماع. ثم عندهما: تصرفات المرتد متى [نفذت]^(٥) تنفذ في كسب الإسلام، والردة جميعاً.

وعند^(٦) أبي حنيفة: اختلف المشايخ، قال بعضهم: تصرفاته في كسب الردة نافذة في ظاهر مذهبه، وإنما التوقف^(٧) في تصرفاته في كسب الإسلام، [وإلى هذا مال شيخ الإسلام]^(٨) خواهر زاده، واستدل بمسألة ذكرها في كتاب الرهن. وصورتها: المرتد إذا قضى ديناً وجب عليه بعد الردة من كسب الردة جاز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أن التصرف^(٩) في كسب الردة يتوقف ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح. وذكر الشيخ الإمام - شمس الأئمة - السرخسي: أن الصحيح أن تصرف المرتد

(١) سقط في م.

(٢) في م: الكبير.

(٣) في أ: وبينهما.

(٤) في أ: الصغير.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وعن.

(٧) في م: وإن توقف.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: تصرفه.

يتوقف [في الكسبين]^(١) جميعًا.

قال شمس الأئمة - هذا - رحمه الله - : وما ذكر في كتاب الرهن أن المرتد إذا قضى ديناً وجب عليه بعد الردة من كسب الردة جاز، فكذلك على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وأما على رواية الحسن عنه: لا ينفذ إذا كان في كسب^(٢) الإسلام^(٣).

قال - رحمه لله - : والصحيح رواية الحسن عن أبي حنيفة.

قال شمس الأئمة - هذا: الحاصل أن الروايات قد اختلفت عن أبي حنيفة في قضاء دين المرتد، ففي رواية أبي يوسف عنه: يبدأ بكسب الردة فإن لم يف يقضي من كسب الإسلام.

وفي رواية الحسن [عنه]^(٤): يبدأ من كسب الإسلام [ودين الإسلام]^(٥) فإن لم يف يقضي من كسب الردة.

[والصحيح: رواية الحسن.

وأما المرتدة: فإنها نافذة من كسب الإسلام، وفي رواية زفر: دين الردة يقضى من كسب الردة [ودين الإسلام يقضى من كسب الإسلام]^(٦) في^(٧) وذلك^(٨) سواء. وهذا بلا خلاف، فهما لا يحتاجان إلى الفرق [بين الرجل والمرأة، وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق والفرق ما ذكر فلا نعيده.

وفي^(٩) [الزيادات في شرحه: المرأة إذا ارتدت عن الإسلام، ثم تصرفت، إن

(١) في أ: مع الكسب.

(٢) في م: كسبه.

(٣) زاد في م: وما.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: ذلك.

(٩) ما بين المعقوفين في م: ما ذكرنا فلا يعيدون.

كان تصرفا ينفذ من المسلم فينفذ منها، [وإن كان تصرفا لا ينفذ من المسلم لكن يصح ممن انتحلت إليه] [من] ^(١) الملة ^(٢) كاليهود والنصارى، تنفذ تصرفاتها عندهما كما ينفذ من المرتد.

وأما عند أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: يصح.
[وبعضهم قالوا ^(٣): يصح] ^(٤) منها ما يصح من المسلم ^(٥).



(١) سقط في م.
 (٢) ما بين المعقوفين في أ: المسلمة.
 (٣) زاد في أ: لا.
 (٤) سقط في م.
 (٥) البحر الرائق (١٤١/٥).

نوع آخر:

[وترث امرأة المرتد إذا مات أو قتل على الردة، والمرأة بعد في عدتها]^(١) وإن مات أو قتل وعدتها منقضية، فلا ميراث لها.

وهذا لأن الزوج بالردة صار فأراً وامرأة الفار تترث إذا مات الزوج عنها وهي في العدة بعد، ولا تترث إذا مات الزوج عنها بعد انقضاء عدتها، فلهذا قلنا: إن المرتد صاراً فأراً.

وأما إذا ارتد وهو مريض: فلا إشكال، لأن الزوج أحدث سبب الفرقة بعد ما تعلق حقها بماله فيصير فاراً كما لو طلقها طلاقاً بائناً بعدما مرض، وأما إذا ارتد وهو صحيح؛ لأن البينونة بالردة لأن الردة من الرجل بمنزلة المرض؛ لأنه سبب الموت، وحق الوارث إنما يتعلق بمال المورث في أول جزء من أجزاء المرض لا في جزء يوجد بعد الجزء الأول [من المرض والأول سبب]^(٢) الجزء الثاني، فيكون التعلق مضافاً إلى الجزء الأول]^(٣) من المرض ثبت التعلق في أول جزء والردة قبل التمام^(٤)، ثم البينونة تقع بعد تمام الردة، وهو في إتمام الردة مختار فتقع البينونة في حال ما يتعلق حقها بماله فيصير الزوج فأراً.

وأما المرتدة إذا ماتت فزوجها هل^(٥) يرث منها؟

ينظر: إن ارتدت وهي صحيحة: لا يرث زوجها منها ولا تصير فارة، بخلاف الرجل إذا ارتد في حالة الصحة ثم مات أو قتل على الردة فإنها تترث منه ويصير فأراً عن ميراثها؛ لأن الميراث بالفرار^(٦) إنما يثبت إذا وقعت الفرقة بعدما تعلق حق المرأة

(١) سقط في م.

(٢) في م: سبب لوجود.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: تمام، وفي م: إتمام.

(٥) في م: قد.

(٦) في م: الفار.

في جانب الرجل، وإن كانت الردة منه في حالة الصحة؛ لأن الردة من الرجل بمنزلة مرض الموت على ما مر.

[فأما^(١)] في جانب المرأة لا تقع الفرقة بعدما تعلق حق الزوج بمالها؛ [لأن الردة من المرأة ليست بمنزلة مرض الموت؛ لأنها ليست بسبب للموت^(٢)] ولا يتعلق حق الزوج بمالها^(٣)] لا في أول الردة، ولا في [وقت^(٤)] تمام الردة فلا تصير فارة، وإذا ارتدت وهي مريضة، القياس: ألا تصير فارة.

وفي الاستحسان: تصير فارة [إن انقضت عدتها]^(٥).

وهذا هو القياس والاستحسان الذي [يذكر]^(٦) في جانب الرجل إذا طلقها في مرض موته.

والقياس: ألا يصير فاراً.

وفي الاستحسان: يصير فاراً إن انقضت عدتها قبل أن يموت.

ولا ميراث له منها، وإن ارتدت في حالة المرض فصارت فارة، لأن الفرار إنما يمنع بطلان الإرث إذا كانت العدة قائمة وقت الموت كما في جانب الزوج.

وإذا مات المرتد أو قتل على رده فما [اكتسبه]^(٧) في [حال]^(٨) الإسلام: يصير ميراثاً بين ورثته على فرائض الله تعالى عند علمائنا.

وما اكتسبه في حال الردة: قال أبو حنيفة: يصير فينا فيوضع في بيت المال.

وقال^(٩): يصير ميراثاً بين ورثته على فرائض الله تعالى.

(١) سقط في م.

(٢) في م: الموت.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، وفي م: اكتسب.

(٨) سقط في أ، وفي م: حالة.

(٩) زاد في أ: لا. (وهو خطأ).

والوجه^(١) في ذلك: أن المرتد مسلم من وجه، كافر من وجه، حربي [من وجه]^(٢)؛ لأن بعد الردة بقي بعض أحكام الإسلام في حقه حتى لا يقتسم^(٣) ماله، ولا تسترق نفسه، ولا يطلب منه الجزية، ولا يجوز تصرفه في الخمر والخنزير، ولا يجوز للذمي أن يتزوج المرتدة.

ويثبت بعض أحكام الكفر وهو حد القتل، وحرمة ذبيحته، ولا يصلى عليه إذا مات، و[لا]^(٤) يدفن في مقابر المسلمين، وهو^(٥) معنى قولنا: إن المرتد مسلم من وجه كافر حربي من وجه.

فكونه مسلمًا: يقتضي أن يكون ماله لورثته المسلمين، وكونه كافرًا: يمنع ذلك بعد هذا.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : تعذر العمل بهما في مال واحد، فعملنا بهما في حق مالين مختلفين، وقلنا^(٦): بتوريث [كسب الإسلام، لكونه مسلماً في حق بعض الأحكام.

ولم نقل بتوريث^(٧) كسب الردة عملاً بكونه كافرًا في حق بعض الأحكام، [فينظر للإسلام، لكونه مسلماً في حق بعض الأحكام]^(٨)، لأننا لو عملنا بكونه مسلماً في حق [كسب]^(٩) الردة، [وقد حصل في حالة الكفر أولى أن يعمل به في حق كسب الإسلام]^(١٠)، وقد حصل في حالة الإسلام.

(١) في م: فالوجه.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يغنم.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فهو.

(٦) في م: فقلنا.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في أ.

وأبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - قالوا: اعتبار حكم الإسلام يوجب [أن يكون] ^(١) ماله لورثته دون بيت المال واعتبار كونه كافراً يوجب ^(٢) أن يكون ماله لبيت المال دون ورثته، فاستويا في الاستحقاق فيترجح جانب الورثة بالقرابة؛ لأن للوارث إسلاماً وقرابة، وليس لبيت المال إلا الإسلام، على معنى أن ما يوضع في بيت المال حق المسلمين، فصار الوارث أولى.

وأبو حنيفة يوجب عن هذا ويقول: إنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن العمل بهما، وقد أمكن العمل [بهما] ^(٣) من الوجه الذي قلنا.

ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن يرث المرتد؟ ^(٤) [روى الحسن عن أبي حنيفة أن من كان وارثاً له وقت رده، وبقي إلى موت المرتد] ^(٥) يرثه، ومن حدث بعد ذلك لا يرثه، حتى إنه لو أسلم بعض قرابته بعد رده، أو ولد له ولد من علوق حادث بعد رده فإنه لا يرثه.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه يرثه من كان وارثاً له [وقت الردة وإن لم يبق إلى وقت موته، بل يخلفه] ^(٦) وارثه فيه.

وروي عن أبي حنيفة: أنه يرثه من كان وارثاً له وقت ^(٧) موته، أو قبله، سواء

(١) سقط في م.

(٢) في م: يوجب.

(٣) سقط في م.

(٤) اختلف الفقهاء في ميراث المرتد الذي اكتسبه في حال الإسلام قبل الردة؛ لمن يصير إذا مات، أو قتل مرتدًا؟ فقال أبو حنيفة رحمه الله: كسب الإسلام لورثته المسلمين. وقال مالك والشافعي وأحمد: مال المرتد إذا مات على رده، أو قتل مرتداً يكون في بيت مال المسلمين. وروي عن أحمد: أن ماله لأهل دينه الذي اختاره؛ إن كان منهم من يرثه وإلا فهو فيء لأنه كافر، والمشهور الأول.

ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/١٨٠)، الأم (٤/٨٥)، المغني (٦/٢٥٠)، التمهيد، لابن عبد البر (٩/١٦٧).

(٥) سقط في م.

(٦) في م: يلحقه.

(٧) ما بين المعقوفين في أ: قبل.

كان موجودا وقت الردة، [أو لم يكن موجودا وقت الردة]^(١)، وإنما حدث بعد ذلك بأن علق من أمة مسلمة له وهذا أصح، هذا إذا مات أو قتل على الردة. وأما إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وأما المرتدة إذا ماتت قسم مالها بين ورثتها على فرائض الله تعالى، سواء كان كسب الإسلام أو كسب الردة، كلا الكسبين يصير^(٢) موروثا. وأبو يوسف، ومحمد لا يحتاجان إلى الفرق بين المرتد، والمرتدة؛ فإن على قولهما: كسب المرتد^(٣) يصير موروثا لورثته، كسب الإسلام أو كسب الردة منه^(٤) على السواء ككسب المرتدة. وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق، فإن عنده كسب المرتد^(٥) في حالة الردة لا يصير ميراثا بين ورثته.



(١) سقط في م.
 (٢) في أ: يعتبر.
 (٣) في أ، م: المرتدة.
 (٤) في م: فيه.
 (٥) في م: المرتدة.

نوع آخر: في المرتد يلحق بدار الحرب:

قال محمد - رحمه الله - : رجل ارتد ولحق بدار الحرب وله أمهات أولاد ومدبرون، وعليه ديون، [فللقاضي أن]^(١) يقضي بعق أمهات الأولاد، ويجعل ما عليه من الدين حالا، ويقضي [ديونه للغرماء]^(٢)، ويقضي بعق مدبريه من ثلث المال، ويقسم ماله بين ورثته، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب.

اعلم بأن المرتد ما دام مرتداً^(٣) في دار الإسلام، فالقاضي لا يقضي بشيء من هذه الأحكام - أحكام الموتى - ما دام هو في دار الإسلام، فهو حي حقيقة، وإنه ظاهر وكذا حكما؛ لأنه يجبر على الإسلام فإذا ألحق^(٤) بدار الحرب، فقد انقطع عنه الجبر على الإسلام، لفقد ولاية الجبر عليه، فالتحق^(٥) بسائر أهل الحرب وصار كالميت؛ لأن أهل الحرب كالأموات في حق المسلمين، وإليه أشار الله تعالى في قوله: ﴿أَوْ مَن كَانَ مَيِّتًا فَأُحْيَيْنَاهُ﴾.

إلا أن موته باللحوق بدار الحرب ليس بمستقر^(٦) هنا؛ لجواز أن^(٧) يعود، وإنما يتقرر إذا ترجح جانب عدم العود، وذلك بقضاء القاضي.

بعد ذلك اختلفت عبارة المشايخ بعضهم قالوا: ليس الشرط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب، وإنما الشرط قضاؤه بشيء من أحكام الموت على ما مر. وهذا لأن القاضي لما قضى بشيء من أحكام الموتى، فقد علمنا أنه لاح^(٨) عنده دليل يقرر موته، وعدم رجوعه سابقا على القضاء، فيقع القضاء بهذه الأحكام بناء

(١) في م: فالقاضي.

(٢) في م: ديون الغرماء.

(٣) في م: مترددا.

(٤) في م: لحق.

(٥) في م: والتحق.

(٦) في م: بمتقرر.

(٧) زاد في أ، م: يكون.

(٨) في م: لاحق.

على ذلك الدليل؛ وهذا لأنه لا بد من إجراء الأحكام إما^(١) أحكام الموتى، وإما^(٢) أحكام الأحياء وكل ذلك يبنى على الدليل، فإذا قضى القاضي بشيء من أحكام الموتى، علمنا أنه لاح دليل موته، فإن قضاءه بأحكام الموتى كان بناء على ذلك الدليل، فكان قضاؤه في محله، فينفذ.

وعامتهم: على أنه يشترط قضاء القاضي بلحوقه^(٣) بدار الحرب سابقا على قضاؤه بهذه الأحكام التي ذكرناها.

وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كثير من المواضع، وهذا لأن^(٤) أحكام الموتى لا بد من سبق الموت؛ ليتمكن القضاء بهذه الأحكام بناء عليه فإن عاد إلى دار الإسلام، فعلى قول من [لم]^(٥) يشترط قضاءه^(٦) بهذه الأحكام: إذا عاد مسلما قبل قضاء القاضي بهذه الأحكام، فكأنه لم يزل مسلما؛ لأن موته بمجرد اللحق بدار الحرب محتمل، وليس بمستقر^(٧) وما ليس بمستقر^(٨) لا يصبح بناء الأحكام عليه، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

وإذا^(٩) عاد بعد ما قضى القاضي بهذه الأحكام، لا يبطل قضاؤه؛ لصدوره عن ولاية، ولا يضمن الورثة مما أتلفوا من ماله قبل عوده إلى دار الإسلام مسلما؛ لأنهم أتلفوا مالهم لأن المال صار لهم بقضاء القاضي بكونه ميتا، وما كان قائما في يد الوارث بعينه رد عليه؛ لأن الوارث يملك مال المورث بطريق الخلافة على

(١) زاد في م: من.

(٢) زاد في م: من.

(٣) في أ: للحوقه.

(٤) زاد في أ: لهذه الأحكام.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: قضاء.

(٧) في أ، م: بمتقرر.

(٨) سقط في أ، وفي م: بمتقرر.

(٩) في م: وإن.

الموروث، وإذا جاء الأصل بطل الخلف.

وعلى قول من يشترط^(١) قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب نقول: إذا قضى القاضي بهذه الأحكام، ولم يقض بلحوقه بدار الحرب حتى عاد مسلماً، بطل قضاؤه بالميراث لورثته، ويعتق أمهات الأولاد والمدبرين؛ لأن قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب غير متقرر، وإن قضى القاضي بلحوقه بدار الحرب مع ذلك، ثم عاد مسلماً إلى دار الإسلام، فجميع ما حكم به القاضي فهو ماض؛ لأنه [لما]^(٢) عاد إلى دار الإسلام مسلماً بعد ما حكم بموته، فكأنه حي حقيقة بعدما مات، ولو كان هكذا ليس إنه لا سبيل له على المدبرين، ولا على أمهات أولاده كذا هاهنا.

وكذلك لا يملك تضمين الورثة ما أتلّفوا، ولكن يأخذ ما كان قائماً في يد الوارث من ماله بعينه؛ لأن ملكه زال بموته حكماً إلى الوارث، فإذا عاد مسلماً جعل كأنه حي حقيقة بعدما مات، فقد ارتفع سبب الزوال، ولكن ارتفاع [سبب الزوال]^(٣) إنما يظهر في حق القائم، ولا يظهر في حق الهالك، فيعود ملك المرتد فيما كان قائماً في يد الورثة بعينه، ولا يعود في حق الهالك، ثم ما كان قائماً في يد الورثة إنما يعود إلى ملكه بقضاء القاضي أو برضاء.

فإنه ذكر في السير الكبير: أن وارث المرتد إذا تصرف في المال الذي ورثه بعدما عاد المرتد إلى دار الإسلام ينفذ تصرفه.

وهذا دليل على أن بنفس العود ثانياً لا يعود، والقائم لا يعود إلى ملكه، وإنما شرط القضاء أو الرضاء؛ لأن الوارث إنما ملك^(٤) هذا المال بالقرابة، والموت إن ارتفع بالعود^(٥) ثانياً، فالقرابة لم ترتفع، فكان سبب الملك منسوخاً من وجه دون

(١) في أ: شرط.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يملك.

(٥) في م: بالموت.

وجه، وسبب الملك إذا انفسخ من وجه دون وجه يفسد الملك، ولا يرتفع إلا بالقضاء أو التراضي.

كما لو اشترى عبدا بجارية^(١)، وهلك أحدهما قبل القبض والآخر مقبوض، وهناك الملك في المقبوض يفسد، ولا يرتفع إلا بقضاء أو رضاء كذا هاهنا. ثم في هذا الفصل وهو: ما إذا لحق المرتد بدار الحرب، وقضي بلحوقه^(٢) [بدار الحرب]^(٣) [وقضي بالميراث لورثته].

فعلى قول [محمد]: إنما يقضي لمن كان وارثا له وقت لحوقه بدار الحرب وعلى قول^(٤) [أبي يوسف]: إنما يقضي لمن [كان]^(٥) وارثا له وقت القضاء بلحوقه بدار الحرب^(٦).

وجه قول محمد: أن الإرث يبنى على الموت، وإنما يحكم بموته باللحوق بدار الحرب [فيرثه من كان وارثا له وقت اللحوق بدار الحرب]. ولأبي يوسف: أن لحوقه بدار الحرب^(٧) غير حقيقة وإنما يصير موتا بقضاء القاضي، وإنما يرثه من كان وارثا له وقت قضاء القاضي.

قال: مرتد لحق بدار الحرب وله ابن وعبد، وقضي بالعبد لابنه فكاتبه الابن، ثم جاء المرتد مسلما، فالكتابة على حالها؛ لأن الكتابة قد تقررت لصدورها من الابن حال ولايته، والمكاتب^(٨) للذي [جاء]^(٩) مسلما، فإن أدى المكاتب المكاتب إلى

(١) في م: كجاريته.

(٢) في م: بلحاقه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: والمكاتب.

(٩) سقط في م.

الذي جاء مسلماً، وحكم بعثقه، فولأؤه للذي جاء مسلماً.
وهذا لأن القاضي إنما قضى بالعبد للابن بطريق الخلافة عن المرتد؛ لاستغناء المرتد، فإذا عاد مسلماً، فقد ارتفع الاستغناء، ووقعت الحاجة، وبطلت الخلافة، وجعل كأن الابن كاتب عن الأب بطريق الخلافة.
فلهذا كانت المكاتبه له والولاء عند العتق له، وحق قبض المكاتبه له لا للابن، كالنائب عنه في الكتابة، وحقوق العقد في الكتابة ترجع إلى المنوب عنه [لا^(١)] إلى النائب.

وهذا بخلاف ما إذا دبره الابن - وباقي المسألة بحالها - حيث لا يكون الولاء للأب؛ لأن التدبير يوجب شعبة من شعب العتاق يثبت الولاء للمدبر في الحال، والولاء متى ثبت في محل لا يمكن نقله إلى محل^(٢) آخر كما إذا أعتقه حقيقة.
ولا كذلك الكتابة؛ ولأن الكتابة لا توجب الولاء في الحال وإنما توجب الولاء في الثاني، [ولو أوجبنا الولاء للأب لا يكون فيه نقل الولاء من محل إلى محل.
ألا ترى أن المكاتب إذا اشترى عبداً وكاتبه ثم عجز الأول، فإن الثاني^(٣) يكون مكاتباً للمولى الأعلى، ويكون ولاؤه له، وطريقه ما قلنا.

وإذا ارتد الأب مع بعض أولاده ولحقوا بدار الحرب، فرفع ميراث المرتد^(٤) إلى الإمام فإنه يقسم ميراثه بين ورثته المسلمين، ولا شيء من ميراثه للذي ارتد معه.
[ذكر المسألة في السير الكبير: من غير خلاف، وهذا الجواب في كسب اكتسبه في حالة الإسلام.

أما ما اكتسبه بعد الردة - قبل اللحق بدار الحرب - فهو على الاختلاف: على قولهما: يكون ميراثاً لورثته المسلمين، وعلى قول أبي حنيفة: يكون فيئا.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: مجلس.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الأب.

وأما ما اكتسبه في دار الحرب: فهو لابنه الذي ارتد معه^(١)، ولحق بدار الحرب إذا [مات]^(٢) مرتدا؛ لأنه اكتسب ذلك المال، وهو من أهل الحرب، [وأهل الحرب]^(٣) يتوارثون فيما بينهم دون أهل الإسلام. وإن لحق معه بدار الحرب أحد من أولاده مسلما: فإنه يرثه من كسب إسلامه، ولا يرثه شيئا مما اكتسبه بعد الردة؛ لأن حاله في دار الحرب كحاله في دار الإسلام، فالمسلم في دار الإسلام حيثما يكون.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

الفصل السادس والعشرون

في المتفرقات

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: وإذا قال الإمام لقوم: من أصاب منكم جواري فهي له، فأصاب رجل منهم جارية، كانت له لا سبيل لأحد عليها. فلو استبرأها بحيضة في دار الحرب، فلا بأس بأن يطأها عند محمد - رحمه الله - وكره أبو حنيفة - رحمه الله - ذلك، وأراد بهذه الكراهة كراهة التحريم، لا كراهة التنزيه.

وذكر محمد هذه المسألة في السير الصغير: [وذكر الكراهة مطلقاً من غير ذكر خلاف، وإنما ذكر الخلاف هنا.

ومن مشايخنا من قال: ما ذكر في السير الصغير^(١) قول أبي حنيفة ومنهم من قال: ما ذكر ثمة قول أبي حنيفة ومحمد، وقول محمد في الابتداء كان كقول أبي حنيفة، ثم رجع إلى هذا القول الذي ذكر هنا.

وعلى هذا الخلاف: إذا رأى الإمام قسمة الغنائم في دار الحرب وقسم حتى نفذت القسمة، فأصاب رجل منهم جارية فاستبرأها بحيضة في دار الحرب. وكذلك [على]^(٢) هذا الخلاف: إذا رأى الإمام بيع الغنائم في دار الحرب، فاشترى رجل من الغنيمة^(٣) جارية واستبرأها بحيضة في دار الحرب، وأجمعوا على أن من دخل دار الحرب متلصصاً وأخذ جارية واستبرأها بحيضة في دار الحرب أنه لا يحل له وطؤها حتى يخرجها إلى دار الإسلام، ويستبرئها بحيضة.

وجه قول محمد - رحمه الله - : أن الملك قد تم بالتفيل والبيع والقسمة، ولهذا لو لحقهم المدد لا يشاركونهم، وإذا مات تورث منه^(٤)، وإذا تم الملك، ثبت حل

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: الغفير.

(٤) في أ: عنه.

الوطء إذا استبرأها بحيضة، كما لو أخرجها إلى دار الإسلام، [فإنه يحل]^(١) له وطؤها إذا استبرأها بحيضة بخلاف المتلصص؛ لأن الملك لم يتم له؛ لانعدام التملك من جهة الإمام، ولهذا شاركه المدد ولا تورث منه.
ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - وجهان:

أحدهما: أنه لو حل له وطؤها في دار الحرب، ربما تحبل بهذا الوطء، ثم يظفر بهم العدو، وعسى يأخذونها من أيديهم فيبقى [له]^(٢) نسل في دار الحرب، فيتخلق بأخلاقهم، وينشأ على طبائعهم أو يسترق بعد ذلك ما في بطنها، فتصير مملوكة مع ما في بطنها، فيكون في هذا تعريض جزء منه على الرق. ولكن هذا المعنى يوجب كراهة التنزيه، لا كراهة التحريم.

ولا يصح أن يقال: بأن الملك في هذه المواضع قاصر بدليل الحقيقة [والحكم، أما الحقيقة]^(٣): فلأن تمام الملك بالقدرة على الادخار مطلقا، وذلك^(٤) ليس بثابت في دار الحرب لتوهم الاستنقاذ من [جهة]^(٥) أهل الحرب على ما عرف في موضعه. وأما الحكم: فما^(٦) ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: [أن]^(٧) المتفل له الجارية والمشتري من الإمام إذا وهب هذه الجارية من رجل فأخرجها الموهوب له إلى دار الإسلام، فأراد الواهب أن يرجع فيها، ليس له ذلك؛ لحصول زيادة الملك فيها، وهو بمنزلة الزيادة في بدنها، فثبت أن الملك قاصر في هذه المواضع، والملك القاصر يكفي الضمان والإرث وقطع شركة المدد، أما^(٨) لا يكفي لحل

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ولكن.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: فيما.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ما.

الوطء؟ ذكر هذه المسائل في آخر السير الكبير، وذكر الخلاف في مسألة التنفيل لا غير.

ذكر القاضي الإمام علي السغدي في شرح السير الكبير: ذهب بعض الناس [إلى] ^(١) أن أبا حنيفة ما كره الوطء لقصور الملك، بل مخافة النسل في دار الحرب. ومن الناس من يقول: لا خلاف بينهم؛ [لأنه لا يحلها في دار الحرب] ^(٢) وإنما اختلفوا [في أنه] ^(٣) هل يحل له وطؤها مع العزل؟.

قال محمد - رحمه الله -: يحل له وطؤها مع العزل؛ لأن بالعزل يقع الأمان ^(٤) عن الإحبال.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا آمن عن الإحبال بالعزل ^(٥) فيكره الوطء مع العزل.

ومنهم من قال: إنما كره أبو حنيفة الوطء لقصور في الملك، فإن أخرجها إلى دار الإسلام في هذه المسائل الثلاث، فعلى قول أبي حنيفة: لما لم يجتزئ بالحیضة التي كانت في دار الحرب، شرط حیضة أخرى في دار الإسلام لحل الوطء. وعلى قول محمد: لما اكتفى بتلك الحيضة لا يحتاج إلى حیضة أخرى في دار الإسلام.

وفي حق المتلصص يشترط حیضة أخرى لحل الوطء بالاتفاق؛ [و] ^(٦) لأنه لم يجتزئ بتلك الحيضة بالاتفاق.

وفي المنتقى: داود بن رشيد عن محمد أنه سئل عن رجل أسير بالروم، دفع إليه

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الأمان.

(٥) في أ: غير العزل.

(٦) سقط في م.

الرومي الذي كان معه سلاحا [أيقته به؟]^(١) قال: نعم. قلنا: فإن كان استودع الأسير وديعة؟ قال: فليأكل، ويصنع بها ما شاء.

وإذا دخل الإمام دار الحرب، فلا بأس بأن يحرق حصونهم بالنار وأن يخربها^(٢) ويغرقها بالماء، وكذلك لا بأس بقطع نخيلهم وأشجارهم. والأصل في ذلك: ما روي أن رسول الله ﷺ لما أمر بقطع نخيل خيبر قال عمر - رضي الله عنه -: أليس أن الله تعالى وعدك خيبر؟ فقال - عليه الصلاة والسلام -: «نعم»، فقال عمر - رضي الله عنه - إذا تقطع نخيلك ونخيل أصحابك^(٣)، فأنزل الله تبارك وتعالى قوله: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾^(٤).

والمعنى في المسألة: أن تخريب الحصون وقطع النخيل يغيظهم، ويكسر شوكتهم، ونحن أمرنا أن نفعل بهم ما يغيظهم ويكسر شوكتهم. قال تعالى: ﴿وَلَا يَطُورُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ﴾.

فكان القياس أن يباح قتل النساء والذراري، ولكن عرفنا حرمة بالنص، ولا نص في تخريب الحصون وقطع الأشجار فيحكم بالإباحة. وفي العيون: لا بأس بجعل الأجراس على الخيل مع التجافيف: جمع تجاف^(٥)، وفارسيته «بركستوان» لأن فيه منفعة، وهي ترهيب العدو ولم يرد النهي فيه.

وإن جعل [للذي^(٦) يحمل]^(٧) عليه أثقالا^(٨) لا أحب ذلك؛ لمكان النهي.

(١) في م: ليقتله.

(٢) في أ: يحرقها.

(٣) المبسوط للسرخسي (٣٢/١٠).

(٤) أخرجه البخاري (٣٨٣/٧) كتاب المغازي، باب: حديث بني النضير (٤٠٣١)، ومسلم

(٣/١٣٦٥) كتاب الجهاد والسير، باب: جواز قطع أشجار الكفار (٢٩ - ١٧٤٦).

(٥) في أ: تجفاف.

(٦) في م: الذي.

قال الفقيه أبو الليث: إنما ورد النهي في الأجراس في عنق الإبل، والذي يسمى الدراري فلا بأس به، يريد به نوعا لا يسمى جرسا - ثم^(١) اختلف أهل العلم أن النبي ﷺ [لأي معنى]^(٢) كره الجرس؟ فمنهم من قال: لأن الشيطان يستأنس ويتلهى بصوت المزامير، فهذا القائل يقول بكرهية تعليق الجرس على الدواب في الأسفار كلها - الغزو وغيره في ذلك على السواء.

ويقول بكرهية اتخاذ الجلاجل في رجل الصغير.

وقال محمد - رحمه الله - : إنما كره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، وهو المذهب عند علمائنا أن تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب، وإنما كره ذلك؛ لأن العدو يشعر بمكان المسلمين، فإن كان بالمسلمين قلة يتبادرون إليهم فيقتلونهم، وإن كان بالمسلمين كثرة فالكفار يتحرزون عنهم، ويتحصنون ويستعدون بزيادة استعداد.

فعلى هذا قالوا: إذا كان الركب يسير في المفازة^(٣) في دار الإسلام، ويخافون من اللصوص يكره تعليق الجرس على الدواب أيضا حتى لا يشعر بهم اللصوص، ولا يستعدون لقتلهم وأخذ أموالهم.

والذي ذكر من الجواب في الجرس فهو الجواب في الجلاجل.

قال محمد - رحمه الله - في الجواب بعد هذا: وأما إذا كان في دار الإسلام، وفيه منفعة لصاحب الراحلة فلا بأس به، وفي الجرس منافع خمسة: منها: أنه إذا ضل واحد من القافلة يلتحق بصوت الجرس بالقافلة. ومنها: أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة كذئب وغيره.

(٧) في أ: عزل.

(٨) في أ: الأتقال.

(١) في م: حتى.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: المفازات.

ومنها: أن صوت الجرس يعلم من في الطريق بوصول القافلة فيتحنى عن الطريق [حتى^(١)] لا تصدمه الدابة.

ومنها: أن صوت الجرس يزيد في نشاط الدابة، وهو نظير الحدو فإن الحدو لما كان يزيد في نشاط الدواب جوز؛ حتى روي أن رسول الله ﷺ كان يسير في الليل والحدادي يحدو بين يديه^(٢).

وفي المتقى: وإذا غنم الجيش الغنيمة، وفيها السبي والمقاتلة والذراري فأعتقهم الإمام، لم يجز عتقه، إلا أن يفعل في ذلك مثل ما فعل عمر - رضي الله عنه - بأهل السواد، فتركهم في أرضهم يعمرونها ويؤدون الخراج^(٣) عنها، فيجوز.

وكذلك لو أعتقهم على إرجاف بهم بوضعهم في أرض من أراضي المسلمين يعمرونها ويؤدون الخراج عنها فهو جائز، وإن أعتقهم على غير هذا الوجه لا يجوز، وكذلك لو أعتق رجلا - يعني الإمام أعتق رجلا - من الغنيمة بعد القسمة، لم يجز. وفيه أيضا: [و^(٤)] ما أصاب أهل الحرب في دار الإسلام من أموال المسلمين [وسباياهم]^(٥) وصاروا في أيديهم، لا يصير ملكا لهم قبل الإحراز بدارهم، وإن كانوا ممتنعين في ذلك الموضع، وحملهم هو الظاهر فإن اقتسموا ما أصابوا بينهم في ذلك الموضع لا يصير ملكا لهم.

قال في الكتاب: وليس اقتسامهم بما^(٦) غنموا من المسلمين في دار الإسلام

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٩/١٠) كتاب الأدب، باب: المعارض مندوحة عن الكذب (٦٢١٠)، (٦٢١١)، ومسلم (١٨١٢/٤) كتاب الفضائل، باب: رحمة النبي ﷺ بالنساء (٧٣) - (٢٣٢٣).

عَنْ ثَابِتٍ، قَالَ: سَمِعْتُ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ، قَالَ: بَيْنَمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسِيرُ وَحَادٍ يَحْدُو بِالنِّسَاءِ، فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَقَالَ: «رُؤَيْدُكَ سَوْفَكَ بِالْقَوَارِيرِ».

(٣) زاد في أ: للمسلمين.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: ما.

كأقتسام أهل الإسلام بما غنموا من أهل الحرب بدارهم .
 وفيه أيضًا: لو أن رجلا من الجند كان طليعة أو ديدبا^(١) قسمت له^(٢)، يعني أعطيتهم من الغنيمة فإن لم يقسم - أعني أعطيت الغنيمة للجند - ولم أعط للطليعة شيئاً أو قسمت ذلك، قال: أعوضهم من بيت المال .
 فإن كان رجلاً أرسله الوالي إلى دار الإسلام، ثم قسمت الغنيمة فليس له قسمة .
 وإن كان أسيراً في دار الحرب، وقد شهد الغنيمة ثم خرج إلينا بعد القسمة، لم يكن له شيء، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف .
 وقد ذكرنا في السير الكبير: أنه إذا أرسله لأمر من أمور المسلمين أنه يسهم له .
 وفي كتاب الوقف من فتاوى أبي الليث: قوم غزاة من الصلحاء يريدون الخروج إلى الغزو ومعهم قوم آخرون من أهل الفساد يخرجون، فإن أمكن للصلحاء أن يخرجوا من غير صحبتهم، لا يخرجون معهم؛ لأنهم أمكنهم إقامة الحق من غير مجاورة باطل .

وإن لم يمكنهم: يخرجون معهم، وعلى المفسدين الإثم و[على]^(٣) الصالحين الأجر؛ لأن الحق لا يترك بمجاورة الباطل، كما لا تترك صلاة الجنازة [لأجل]^(٤) النياحة .

وفي الواقعات للناطفي: وليس للمسلم أن يمنع امرأته الزميمة من شرب الخمر، وله أن يمنعها من إدخال الخمر في بيته ولا يجبرها على الغسل من الجنابة؛ لأنه ليس بواجب عليها .

وإذا أظهر الذمي بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع، وإن أراق خمره مسلم، أو قتل خنزيره يضمن، إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن؛ لأنه مختلف فيه .

(١) في م: ديدابا .

(٢) في أ: لهم .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

ولو أن مسلماً له خمر فشق رجل زقه فأهراق الخمر على سبيل الحسبة، لا يضمن الخمر؛ لأنها ليست بمال متقوم، ويضمن الزق؛ لأنه متمول فيضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك، فلا شيء عليه؛ لأنه مختلف فيه.

ولو أراد الأسير في دار الحرب أن يتزوج، فإن كان هناك امرأة مسلمة أو ذمية: لا بأس بها خشي العنت، أو لم يخش.

وإن لم يكن: وأراد أن يتزوج امرأة منهم، وكانوا من أهل الحرب، إن لم يخش العنت يكره وإن خشي العنت لا يكره؛ لأن ما يخاف هذا أعظم من أجل ما ورد النهي لأجله.

وإن أسروا أمة لمسلم يكره له أن يتزوجها؛ لأن ولده يصير عبداً لهم. وإن [كانت]^(١) مدبرة لمسلم فكتب إلى مولاهما فأذن له جاز؛ لأن ما ورد النهي لأجله معدوم، فإن دخل مولاهما بأمان، جاز أن يطمأ مدبرته إن لم يكن وطئها الحربي؛ لأنها ملكه.

وفي واقعات الناطفي: يكره حمل رؤوس الكفار إلى دار الإسلام فقد روي [عن]^(٢) عقبة بن عامر الجهني أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - أنكر ذلك^(٣)، وقال: أما^(٤) يكفي الكتاب والخبر!

وقد صح عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله ﷺ ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ^(٥).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) الاختيار لتعليل المختار (٤/١٥٣)، النهر الفائق (٣/٢٠٧).

(٤) في م: إنما.

(٥) المبسوط للسرخسي (١٠/١٣١)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٥٣)، البحر الرائق (٥/

ومحمد بن مسلمة^(١) قتل كعب بن الأشرف وجاء برأسه إلى رسول الله ﷺ [ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ]^(٢) فلا بد من التوفيق بين الأخبار، فيحمل حديث أبي بكر - رضي الله عنه - على ما إذا لم يكن في حمل الرأس فائدة، وحمل رأس الكفار إذا لم يكن فيه فائدة يكره؛ لأن حمل [النجاسة]^(٣) من غير فائدة يكره، [ولأنه حمل النجاسة من غير فائدة]^(٤).

وتحمل أحاديث النبي ﷺ على ما إذا كان في حمل الرأس فائدة، بأن أمر الإمام مسلماً بقتل كافر بعينه، فلو لم يأت برأسه ربما يتهم أنه لم يقتله، أو يكون حمل الرأس بشارة عظيمة للمسلمين وغيظ للمشركين بأن كان المقتول من عظماء المبارزين، أو من أمراء المشركين.

ومتى كانت الحالة هذه، فلا بأس [من حمل]^(٥) الرأس؛ لأن حمل النجاسة لفائدة لا بأس به.

وفي نوادر داود بن رشيد قال: سئل محمد - رحمه الله - عن صاحب الجيش في بلاد العدو، يستأجر قوما يحرسون العسكر؟ قال: إن استأجرهم على حفظ الشيء أو الدواب، أو المتاع، فهو جائز، وإن استأجرهم على أن يحفظوا ظهور المقاتلة فليس في هذا أجر إلا أن يستأجر أهل الذمة يكون لهم الأجر. وفي العيون: إذا استأجر أمير العسكر قوما مشاهرة؛ ليسوقوا الغنم والأرماك

(١) هو: محمد بن مسلمة الأنصاري الأوسي الحارثي، أبو عبد الله، من أكابر الصحابة، شهد بدرًا والمشاهد كلها، له ستة عشر حديثًا، انفرد له البخاري بحديث، كذا ذكره الحميدي، استوطن المدينة واعتزل الفتنة، قال المدائني: مات سنة سبع وأربعين هـ. ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٢/٤٥٧، ٤٥٨)، تهذيب التهذيب (٩/٤٥٤)، الثقات، لابن حبان (٣/٣٦٢)، طبقات ابن سعد (٩/١٧٧).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: بحمل، وفي م: في.

حيثما تدور، ولم يبين المكان، جاز، وله أن يزيدهم غنما بعد غنم وأرماكا بعد أرمالك بقدر ما يحملون؛ لأنهم أجير وحد.

ولو قال أمير العسكر لمسلم أو ذمي: إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة [دينار]^(١) فقتله، فلا شيء له^(٢).

ولو كانوا قتلى فقال الأمير: من قطع رؤوسهم، فله أجر عشرة دراهم، جاز؛ لأن القتل جهاد ولا يجوز الاستئجار على الجهاد وقطع الرأس ليس بجهاد، فيجوز الاستئجار عليه.

وفي السير الكبير: إذا قال أمير العسكر لمسلم: إن قتلت هذا الفارس فلك سلبه، فهذا^(٣) جائز، وإذا قتله استحق سلبه، ولا فرق بين قوله: إن قتلت هذا الفارس فلك سلبه، وبين قوله: إن قتلت هذا الفارس فلك مائة درهم.

وفيه أيضا: لو استأجر أمير العسكر بأكثر من أجر المثل، بحيث لا يتغابن الناس في مثله فعمل الأجير وانقضت المدة، فالزيادة باطلة؛ لأن الأمير مأمور بالعمل بشرط الأفضل، وذلك يوجب تقييد الأمر بأجر المثل [وصار]^(٤) كالقاضي إذا استأجر أجيرا للتييم بأكثر من أجر المثل، وعمل الأجير، كانت الزيادة باطلة.

ولو قال أمير العسكر أو القاضي: استأجرته وأنا أعلم أنه لا ينبغي، فالأجر كله على [الأمير أو]^(٥) القاضي في ماله؛ لأن [الأمير أو]^(٦) القاضي تعمد الجور، [والأمير أو]^(٧) القاضي إذا تعمد الجور، كان الغرم عليه في ماله، بخلاف ما إذا أخطأ، فإن ذلك يكون على المقضي له.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: عليه.

(٣) في م: وذلك.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ، م.

وإذا قسم الإمام الغنيمة ودفعت الأربعة أخماس إلى الغانمين وهلك الخمس في يده، سلم للغانمين ما قبضوا؛ لأن قسمة الإمام قد صحت، وتمت بالتسليم إلى صاحبها؛ ألا ترى أن القاضي إذا عزل الثلث للموصى له [والثلثين للورثة]^(١) ولم يعط أحدا منهم حتى هلك المال جملة، كان الهلاك على الكل.

ولو أعطى الموصى له الثلث أو الورثة الثلثين وهلك الباقي كان الهلاك على صاحبه خاصة، كذا هاهنا.

وإذا كتب الوالي إلى أمير العسكر: إنا ولينا فلانا، فأمر العسكر على حاله لم يعزل ما لم يعزله، أو يلتحق به الثاني، وجاز نفيه قبل حضور الثاني.

فرق بين هذا وبين ما إذا كتب الوالي إلى أمير العسكر: إنا قد عزلناك حيث يصير معزولا حين وصل الكتاب إليه.

والفرق: أن [في]^(٢) الفصل [الأول]^(٣) لو انعزل الأول يصير^(٤) الثاني أميرًا بصريح العزل، وإنه لم يصرح بعزله، وإنما يصير الثاني أميرًا إذا لحق بالعسكر، وإنما يصير الأول معزولا^(٥) إذا لحق الثاني بالعسكر.

وأما [في]^(٦) الفصل الثاني: صرح بعزل الأول: فيصير معزولا كما يصل إليه الكتاب؛ ألا ترى أن الإمام إذا كتب إلى أمير مصر: إنا قد ولينا فلانا، جاز للأول أن يصلي بهم إذا وصل إليه الكتاب سواء وصل الثاني أو لم يصل.

وفيه أيضًا: امرأة سبيت بالمشرق، وجب على أهل المغرب أن يستنقذوها ما لم تدخل أرض^(٧) الحرب.

(١) في أ، م: والثلث من الورثة.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: ضرورة.

(٥) زاد في أ: أيضا.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: دار.

هكذا روى [خلف]^(١) بن أيوب عن محمد نصا ذكره في كتاب الغصب وأشار إلى المعنى فقال: لأن دار الإسلام [كدار واحدة]^(٢)، وقد ذكرنا شيئاً من هذا في صدر الكتاب.

وفي كراهة فتاوى أهل سمرقند: النفير إذا وقع^(٣) من قبل أهل الروم [على من يجب ذلك؟ قال: ^(٤)] يجب على كل من سمع، وله الزاد، والراحلة، ولا يجوز التخلف إلا بعذر بين؛ لأن الجهاد بعد النفير يصير فرضاً، وقد ذكرنا^(٥) في صدر الكتاب شيئاً من هذا والاعتماد على ما ذكرنا ثمة.

وفيه أيضاً: رجل هرب من العدو واختفى في موضع فأصابه العدو وسأله عن أصحابه، لا ينبغي له أن يعلم بمكان أصحابه وإن قتل؛ لأن المكره على القتل لا يرخص له القتل.

وفي فتاوى الفضلي: أهل الحرب إذا أسروا أهل الذمة من بلاد المسلمين لا يملكونهم؛ [لأنهم]^(٦) أحرار.

وفي العيون: قوم من أهل الحرب خرجوا إلى دار الإسلام، وأخذوا فقالوا: أسلمنا في دار الحرب، كانوا فينا للمسلمين في قول وإذا^(٧) لم يثبت أولى.

وفي العيون أيضاً: أهل الشرك إذا استولوا على أهل الحرب من أهل الكتاب فسبوا سبايا^(٨) صغاراً بغير آبائهم. فالصبيان على دين أهل الكتاب، بمنزلة عبيد المسلمين إذا استولوا، لا يتحولون إلى الشرك بالسبي.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) زاد في أ: يجب الغزو.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: ذكر.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فإذا.

(٨) في أ: شبانا.

وإذا سبى المسلمون صبيان أهل الحرب، [وهم بعد في دار الحرب]^(١)، فدخل
آبائهم دار الإسلام فأسلموا، فأبناؤهم صاروا مسلمين بإسلام آبائهم، وإن لم
يخرجوا إلى [دار]^(٢) الإسلام؛ لأن التبعية بحكم الأبوة ولم تنقطع.

ولو دخل حربي دار الإسلام [وصار]^(٣) ذميًا، ثم سبى ابنه، لا يصير الابن مسلماً
بالدار؛ لأن التبعية بالأب باقية، فصار كالذي يسبى معه.

ومن دخل دار الحرب بأمان وسرق صبيًا، وأخرجه إلى دار الإسلام فالصبي
مسلم؛ لأنه ملكه بعدما أدخله دار الإسلام.

ولو اشتري هناك صبيًا وأخرجه إلى دار الإسلام فهو على دينه؛ لأنه قد ملكه قبل
أن يدخله دار الإسلام.

ولو أن حربيًا دخل دارنا بأمان، وله عبد صغير فأسلم [مولاه]^(٤) فالعبد كافر ما لم
يسلم.

[وكذلك إذا لم يسلم المولى]^(٥) ولكن باعه من مسلم؛ لأنه كان كافرًا في دار
الحرب ولم يوجد منه سبب الإسلام.

وفي النوازل: رجل أسره العدو فباعه الذي أسره من رجل آخر من العدو، فقال
المشتري للأسير: ارجع إلى أرض المسلمين، ووجه المال الذي أدبته عنك فخرج
الرجل إلى دار الإسلام، لا يجب عليه الدراهم؛ لأنه لم يصير ملكًا للثاني.

[قال: إلا]^(٦) إذا أمره المأسور أن يشتريه من الأول ليعتد إليه ثمنه الآن ينبغي أن
يفي به، وإن أسره عدو آخر، لا يبطل عنه ذلك.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: إلا، وسقط في م.

وفي العيون: الأسير إذا أمر رجلاً أن يفديه من أهل الحرب بألف درهم ففداه بألفين، لم يرجع عليه بألف.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى بألفين.
والفرق: أنه ليس هاهنا عقد، إنما [أمره أن]^(١) يخلصه فصار كمن أمر رجلاً بأن ينفق عليه ألفاً، فأنفق عليه ألفين.

ولو كان الأسير مكاتباً، وأمر رجلاً ففداه، جاز عند أبي حنيفة وإن كان [الفداء]^(٢) المأمور به أكثر من قيمته فاحشاً.

ولو كان الأسير عبداً مآدونا، لا يجوز على مولاه ويلزمه إذا أعتق^(٣)، ولو وكل المأسور رجلاً بأن يفديه، فقال الوكيل لرجل: اشتره لي، جاز.
وكذا لو قال: اشتره بمالي؛ لأن في هذين الوجهين صار الوكيل هو الذي اشتراه، فكان له أن يرجع عليه.

ولو قال له الوكيل: اشتره، ولم يقل لي، ولا قال^(٤) بمالي، ففعل الوكيل الثاني صار متطوعاً، ولا يرجع [على أحد]^(٥).

وكذا لو كان أجنبياً أمر رجلاً بأن يشتري ابنه^(٦) في دار الحرب، فإن قال: اشتره [لي]^(٧)، أو قال: بمالي، فاشترى [رجع]^(٨) على الأمر، وإن لم يقل: لي ولا^(٩) بمالي، لا يرجع إلا أن يكون خليطاً؛ لأنه حيثئذ يكون الأمر بالشراء له^(١٠).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: عتق.

(٤) في م: يقول.

(٥) في أ: بما أخذ.

(٦) زاد في م: أو.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) زاد في أ: قال.

(١٠) في م: به.

بسم الله الرحمن الرحيم

[وبه الحول والقوة] (١)

كتاب الاستحسان

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وثلاثين فصلا:

الفصل الأول

في العمل بخبر الواحد (٢)

(١) سقط في م.

(٢) خبر الواحد: «هو ما لم يبلغ في كثرة رواته حد المتواتر، ولو في طبقة واحدة». يقول صدر الشريعة: «الخبر لا يخلو من أن يكون رواته في كل عهد قومًا لا يحصى عددهم، ولا يمكن تواطؤهم على الكذب؛ لكثرتهم وعدالتهم، وتباين أماكنهم، أو يصير كذلك بعد القرن الأول، أو لا يصير كذلك، بل رواته آحاد، والأول: متواتر، والثاني: مشهور، والثالث: خبر الواحد؛ إذا لم يصل حد التواتر». وقوله: «إذا لم يصل حد التواتر» يريد به أنه لا عبرة بالعدد في نقل الآحاد ما دام لم يصل إلى حد التواتر، وهو ما نص عليه فخر الإسلام البزدوي؛ حيث قال في تعريف خبر الواحد «هو كل خبر يرويه الواحد، أو الاثنان فصاعدًا، لا عبرة للعدد فيه بعد أن يكون دون المشهور والمتواتر». وعلق على ذلك الإمام علاء الدين البخاري بأن قوله: «لا عبرة للعدد فيه»، «يعني: لا يخرج عن كونه خبر واحد حكمًا، وإن كان المخبر متعددًا، بعد أن لم يبلغ درجة التواتر، والاشتهار. ويجوز أن يكون احترازًا عن قول من فرق بين خبر الاثنين والواحد، فقبل خبر الاثنين، دون الواحد، وبعضهم قبل خبر الأربعة، دون ما عداها، فسوى الشيخ بين الكل». وأما حجية خبر الواحد: قال ابن الحاجب: «يجب العمل بخبر الواحد العدل خلافا للقاشاني وابن داود والرافضة. والجمهور بالسمع. وقال أحمد والقفال وابن سريج والبصري بالعقل. لنا: تكرر العمل به كثيرا في الصحابة والتابعين شائعا ذائعا من غير تكبير وذلك يقضي بالاتفاق عادة كالقول قطعا. قولهم: لعل العمل بغيرها. قلنا: علم قطعا من سياقها أن العمل بها. قولهم: فقد أنكر أبو بكر خبر المغيرة في ميراث الجدة حتى رواه محمد بن مسلمة، وأنكر عمر خبر أبي موسى في الاستئذان حتى رواه أبو سعيد الخدري وأنكر خبر فاطمة بنت قيس. وأنكرت عائشة - رضي الله عنها - خبر ابن عمر. وأجيب: إنما أنكروا عند الارتياب. قالوا: لعلها أخبار مخصوصة. قلنا: نقطع بأنهم عملوا لظهورها لا لخصوصها، وأيضا التواتر أنه - عليه الصلاة والسلام - كان ينفذ الآحاد إلى النواحي؛ لتبليغ الأحكام. واستدل بظواهر مثل: ﴿لَوْلَا نَفَرَ﴾ إلى قوله: ﴿لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾، ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ﴾، ﴿إِنْ جَاءَكَ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ﴾ وفيه بعد. قالوا: ﴿وَلَا تَقْفُ﴾ ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ﴾ ويلزمهم ألا يمنعهوا إلا بقاطع. قالوا:

توقف عليه الصلاة والسلام في خبر ذي اليمين حتى أخبره أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - . قلنا: غير ما نحن فيه وإن سلم فإنما توقف للريبة بالانفراد فإنه ظاهر في الغلط، ويجب التوقف في مثله. قال أبو الحسين: العمل بالظن في تفاصيل المعلوم الأصل واجب عقلاً كالعدل في مضرة شيء وضعف حائط. وخبر الواحد كذلك؛ لأن الرسول بعث للمصالح فخير الواحد تفصيل لها وهو مبني على التحسين. سلمنا لكنه لم يجب في العقليات بل أولى. سلمنا ولا نسلّمه في الشرعيات. سلمنا وغايته قياس ظني في الأصول. قالوا: صدقه ممكن فيجب احتياطاً. قلنا: إن كان أصله المتواتر، فضعيف، وإن كان المفتي، فالمفتي خاص، وهذا عام. سلمنا لكنه قياس شرعي. قالوا: لو لم يجب لخلت وقائع. ورد بمنع الثانية، سلمنا لكن الحكم النفي وهو مدرك شرعي بعد الشرع.

يتضح من كلام العلامة ابن الحاجب حجية خبر الواحد في الأحكام وفي غيره وعلى ذلك أجمع أهل العلم على وجوب العمل بخبر الواحد: قال الشافعي: «ولو جاز لأحد من الناس أن يقول في علم الخاصة: أجمع المسلمون قديماً وحديثاً على تثبيت خبر الواحد والانتهاه إليه بأنه لم يُعلم من فقهاء المسلمين أحد إلا وقد ثبته جاز لي. ولكن أقول: لم أحفظ عن فقهاء المسلمين أنهم اختلفوا في تثبيت خبر الواحد، بما وصفتُ من أن ذلك موجود على كلهم».

وقال الخطيب البغدادي: «وعلى العمل بخبر الواحد كان كافة التابعين، ومن بعدهم من الفقهاء الخالفين في سائر أمصار المسلمين إلى وقتنا هذا، ولم يبلغنا عن أحد منهم إنكار لذلك، ولا اعتراض عليه. فثبت أن من دين جميعهم وجوبه، إذ لو كان فيهم من كان لا يرى العمل به لنقل إلينا الخبر عنه بمذهبه فيه. والله أعلم».

يقول الإمام ابن عبد البر: «ولأئمة فقهاء الأمصار في إنفاذ الحكم لخبر الواحد العدل مذاهب متقاربة بعد إجماعهم على ما ذكرت لك من قبوله وإيجاب العمل به، فهناك اتفاق بين علماء الحديث والفقهاء على ضرورة الاعتقاد بوجوب العمل بخبر الواحد». والخلاف إنما هو حول ثبوت خبر الآحاد؛ فجمهور العلماء من أهل السنة يقولون: إن خبر الآحاد يكون قاطعاً بثبوته إذا حُفَّتْ به القرائن القاطعة، أما خبر الآحاد المجرد عن القرائن القاطعة، فإنه يكون راجح الثبوت غير قاطع. يقول الحافظ ابن حجر: (وفيها - أي الآحاد - المقبول، وهو ما يجب العمل به عند الجمهور، وفيها المردود، وهو الذي لم يرجح صدق المخبر به لتوقف الاستدلال بها عن البحث على أحوال روايتها دون الأول، وهو المتواتر وكله مقبول؛ لإفادته القطع بصدق مخبره، بخلاف غيره من أخبار الآحاد) وقد عقد الإمام البخاري كتاباً عن أخبار الآحاد سماه، باب: ما جاء في إجازة خبر الواحد في الأذان والصلاة والصوم والفرائض والأحكام. ينظر: فتح الباري (٢٤٤/١٣) وما بعدها.

والواضح أن القسم المرفوض من أخبار الآحاد ليس مرفوضاً لذاته، وإنما لحال من رواه، فإذا تحقق صدقه فليس هناك شك في وجوب العمل به.

واحتج أهل العلم على صحة ذلك بما يلي :

١ - ما تواتر عنه ﷺ من إنفاذه أمرائه ورسله وقضاته وسعاته إلى الأطراف لتبليغ الأحكام وأخذ الصدقات ودعوة الناس . قال الشافعي : «ولم يكن رسول الله ﷺ ليعث إلا واحداً؛ الحجة قائمة بخبره على من بعثه إن شاء الله». قال الغزالي في المستصفى : «ذهب قوم إلى أن العقل يدل على وجوب العمل بخبر الواحد دون الأدلة السمعية، واستدلوا عليه بدليلين : أحدهما : أن المفتي إذا لم يجد دليلاً قاطعاً من كتاب أو إجماع أو سنة متواترة ووجد خبر الواحد فلو لم يحكم به لتعطلت الأحكام، ولأن النبي ﷺ إذا كان مبعوثاً إلى أهل العصر يحتاج إلى إنفاذ الرسل؛ إذ لا يقدر على مشافهة الجميع ولا إشاعة جميع أحكامه على التواتر إلى كل أحد؛ إذ لو أنفذ عدد التواتر إلى كل قطر لم يف بذلك أهل مدينته . وهذا ضعيف؛ لأن المفتي إذا فقد الأدلة القاطعة يرجع إلى البراءة الأصلية والاستصحاب، كما لو فقد خبر الواحد أيضاً. وأما الرسول ﷺ فليقتصر على من يقدر على تبليغه، فمن الناس في الجزائر من لم يبلغه الشرع فلا يكلف به، فليس تكليف الجميع واجبا نعم لو تعبد نبي بأن يكلف جميع الخلق ولا يخلي واقعة عن حكم الله تعالى ولا شخصا عن التكليف فربما يكون الاكتفاء بخبر الواحد ضرورة في حقه .

والدليل الثاني : أنهم قالوا : صدق الراوي ممكن، فلو لم نعمل بخبر الواحد لكننا قد تركنا أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ، فالاحتياط والحزم في العمل . وهو باطل .

٢ - إجماع الصحابة (على قبول خبر الواحد عن رسول الله ﷺ واشتهار ذلك عنهم في وقائع كثيرة، إن لم يتواتر أحادها حصل العلم بمجموعها . ومن ذلك تحول أهل قباء إلى القبلة بخبر واحد لما روي من حديث ابن عمر بَيْنَمَا النَّاسُ فِي صَلَاةِ الصُّبْحِ بَقْبَاءَ إِذْ جَاءَهُمْ آتٍ فَقَالَ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ أَنْزَلَ عَلَيْهِ وَقَدْ أَمَرَ أَنْ يَسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ فَاسْتَقْبَلُوهَا وَكَانَتْ وَجُوهُهُمْ إِلَى الشَّامِ فَاسْتَدَارُوا إِلَى الْكَعْبَةِ [أخرجه البخاري (٢٨/٩) كتاب التفسير، باب : ﴿وَمَنْ حَيْثُ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ﴾ الآية (٤٤٩٣)، ومسلم (٣٧٣/١) كتاب المساجد، باب : تحويل القبلة (٥٢٦/١٣)] . قال الشافعي : «ولو كان ما قبلوا من خبر الواحد عن رسول الله ﷺ في تحويل القبلة - وهو فرض - مما يجوز لهم؛ لقال لهم - إن شاء الله - رسول الله : قد كنتم على قبلة، ولم يكن لكم تركها إلا بعد علم تقوم عليكم به حجة، من سماعكم مني، أو خبر عامة، أو أكثر من خبر واحد عني» .

٣ - قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانُوا الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نُفِّرَنَّ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ . وذلك من وجهين :

الأول : أن الله أمر الطائفة - وهي تقع على القليل والكثير - إنذار قومهم، وهذا دليل على أن على قومهم المنذرين قبوله .

والثاني : أن قوله : ﴿ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾ معناه إيجاب الحذر، ولولا قيام الحجة عليهم ما استوجبوا الحذر . وجه الاستدلال : أن الله تعالى أوجب الحذر بإنذار طائفة من فرقة، لأن لعل للترجي، وهو على الله تعالى محال فيحمل على الوجوب لاشتراكهما في الطلب .

وإنذار الطائفة إخبارهم المخوف فيلزم وجوب الحذر بإخبار الطائفة، والطائفة قوم لا يحصل من خبرهم إلا الظن، لأن كل فرقة ثلاثة. فالطائفة منهم إما واحد أو اثنان. وخبر الواحد أو الاثنان لا يفيد إلا الظن. فقد وجب الحذر بإخبار من لا يفيد قولهم إلا الظن. فيجب الحذر بإخبار واحد عدل؛ لأن خبره يفيد الظن. ويلزم منه وجوب العمل بخبر الواحد.

٤ - قوله ﷺ: «نصر الله امرءاً سمع مقالتي فوعاها، وحفظها، وبلغها، فرب حامل فقه إلى من هو أفقه منه». قال الشافعي: «فلما ندب رسول الله إلى استماع مقالته وحفظها وأدائها امرءاً يؤديها - والامرؤ واحد - دل على أنه لا يأمر أن يؤدي عنه إلا ما تقوم به الحجة على من أدى إليه؛ لأنه إنما يؤدي عنه حالاً، وحراماً يجتنب، وحداً يقام، ومالاً يؤخذ ويعطى، ونصيحة في دين ودينا».

وخبر الواحد حجة في الأحكام والعقائد، دون تفریق بينهما؛ وهذا أمر مجمع عليه عند السلف. قال ابن عبد البر: «ليس في الاعتقاد كله في صفات الله وأسمائه إلا ما جاء منصوصاً في كتاب الله، أو صح عن رسول الله ﷺ أو أجمعت عليه الأمة. وما جاء من أخبار الآحاد في ذلك كله أو نحوه يسلم له ولا... يناظر فيه». والدليل على وجوب قبول خبر الواحد في أبواب الاعتقاد الأدلة الموجبة للعمل بخبر الواحد؛ فإنها عامة مطلقة، لم تفرق بين باب وباب ومسألة وأخرى، ثم إنه يترتب على القول برد خبر الواحد في العقائد رد كثير من العقائد الإسلامية الصحيحة. قال ابن القيم: «وأما المقام الثامن وهو انعقاد الإجماع المعلوم المتيقن على قبول هذه الأحاديث وإثبات صفات الرب تعالى بها، فهذا لا يشك فيه من له أقل خبرة بالمنقول. فإن الصحابة هم الذين رووا هذه الأحاديث وتلقاها بعضهم عن بعض بالقبول ولم ينكروها أحد منهم على من رواها. ثم تلقاها عنهم جميع التابعين من أولهم إلى آخرهم، ومن سمعها منهم تلقاها بالقبول والتصديق لهم، ومن لم يسمعها منهم تلقاها عن التابعين كذلك. وكذلك تابعوا التابعين مع التابعين. وهذا أمر يعلمه ضرورة أهل الحديث كما يعلمون عدالة الصحابة وصدقهم وأمانتهم ونقلهم ذلك عن نبيهم ﷺ، كقولهم الوضوء، والغسل من الجنابة، وأعداد الصلوات وأوقاتها، ونقل الأذان والتشهد، والجمعة والعيدين. فإن الذين نقلوا هذا هم الذين نقلوا أحاديث الصفات؛ فإن جاز عليهم الخطأ والكذب في نقلها جاز عليهم ذلك في نقل غيرها مما ذكرناه، وحينئذ فلا وثوق لنا بشيء نُقل لنا عن نبينا ﷺ ألبتة. وهذا انسلاخ من الدين والعلم والعقل». والتفريق بين أحاديث الأحكام والعقائد أمر حادث فهو بدعة في دين الله؛ لأن هذا الفرق لا يعرف عن أحد من الصحابة (ولا عن أحد من التابعين ولا عن تابعيهم، ولا عن أحد من أئمة الإسلام، وإنما يعرف عن رؤوس أهل البدع ومن تبعهم. ولهذا يقول د. محمد محمد أبو زهو: «الذي عليه جماهير المسلمين من الصحابة والتابعين فمن بعدهم من المحدثين والفقهاء وأصحاب الأصول أن خبر الواحد الثقة حجة من حجج الشرع، يلزم العمل بها، ويفيد العلم الظني ولا يفيد العلم القطعي». قال ابن عبد البر: «واختلف أصحابنا وغيرهم في خبر

الواحد العدل هل يوجب العلم والعمل جميعاً أم يوجب العمل دون العلم والذي عليه أكثر أهل العلم منهم أنه يوجب العمل دون العلم وهو قول الشافعي وجمهور أهل الفقه والنظر ولا يوجب العلم عندهم إلا ما شهد به على الله وقطع العذر بمجيئه قطعاً ولا خلاف فيه». وقال ابن قدامة: «قال بعض العلماء: إنما يقول أحمد بحصول العلم بخير الواحد فيما نقله الأئمة الذين حصل الاتفاق على عدالتهم وثقتهم وإتقانهم، ونقل من طرق متساوية، وتلقته الأمة بالقبول، ولم ينكره منهم منكر». وهذا هو مذهب أئمة المحدثين وعمامة الفقهاء، إلا من شذ.

ينظر: التلويح على التوضيح (٢/٢، ٣)، كشف الأسرار (٢/٦٧٨)، مختصر المنتهى مع رفع الحاجب (٢/٣٣٣-٣٥٢)، الفقيه والمتفقه، لأبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م (١/٩٧، ٩٨)، ومجموع الفتاوى (١١/٣٤٠، ٣٤١)، وشرح الكوكب المنير (٢/٣٥٢، ٣٦١ - ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٥)، الرسالة، ص (٤٠٢-٤٠٣، ٤٠٨، ٤١٠، ٤١٥، ٤١٩) (٤٥٧، ٤٥٨)، الكفاية في علم الرواية، ص (٤٣ - ٤٥، ٤٨)، التمهيد (١/٣، ٧)، روضة الناظر (١/٢٦٨ - ٢٧٤) (١/٢٧٧، ٢٧٨، ٣٠٤)، وتحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب، للإمام ابن كثير، دراسة وتحقيق: عبد الغني بن حميد بن محمود الكبيسي، دار حراء للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، ط (١)، ١٤٠٦هـ، ص (١٩٧ - ٢٠١)، المستصفي، ص (١١٧، ١١٨)، المحصول، للرازي (٤/٣٥٤)، والإبهاج في شرح المنهاج (٢/٣٠١)، ونهاية السؤل (١/٢٦٤)، مختصر الصواعق المرسله على الجهمية والمعتلة، للإمام ابن قيم الجوزية، اختصار محمد بن الموصلي، دار الندوة الجديدة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (٤٤٤-٤٤٦، ٤٨٥، ٤٨٩، ٤٩٥، ٥٠٢ - ٥٠٣، ٥٠٩)، ولوامع الأنوار البهية وسواطع الأسرار الأثرية شرح الدرر المضية في عقيدة الفرقة المرضية، للسفاريني، مع تعليقات للشيخ عبد الرحمن أبي بطين والشيخ سليمان بن سحمان، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ (١/١٩)، جامع بيان العلم وفضله، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، السعودية، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (٢/٩٦)، الحديث والمحدثون، لأبي زهو: محمد محمد، مطبعة مصر، ط (١)، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م، ص (٢٥).

ويجب التعبد بخير الواحد وإلى هذا ذهب جمهور علماء الأمة، إذ لا يستلزم القول بجوازه محالاً، كما أن وجوب دفع الضرر المظنون معلوم عقلاً، فإننا نعلم أن من أحضر إليه طعام، وأخبره من يغلب على ظنه صدقه أن فيه سماً فإنه يعلم ونحن نعلم أنه إذا أقدم عليه مع غلبة ظنه أنه مسموم استحق الذم قطعاً، وأيضاً لوجوب العمل بالشهادة عند كمالها، فإنه يجب على القاضي العمل بمقتضاها مع أنها مظنونة ظناً غالباً بلا قطع وشذ عن مذهب جمهور علماء الأمة الجبائي في جماعة من المتكلمين حيث قالوا: إن خير الواحد لا يجوز أن يكلفنا الله بالتعبد به عقلاً. ثم اختلف الجمهور -

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في الإخبار^(١) عن أمر ديني نحو^(٢) الإخبار عن نجاسة الماء وطهارته والإخبار عن حرمة المحل، وما يتصل به^(٣).

قال محمد - رحمه الله - إذا حضرت^(٤) الصلاة، ولم يجد ماءً إلا في إناء أخبر^(٥) رجل أنه قدر، وهو عنده مسلم مرضي، لم يتوضأ، به، وكذلك إن كان المخبر عبداً أو امرأة، فإن كان المخبر غير ثقة، أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة - يريد به: أن المخبر إذا كان فاسقاً، أو مستوراً، نظر فيه، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق تيمم، ولم يتوضأ.

ولو أراقه وتيمم بعد ذلك كان أحوط، ولم يذكر مثل هذا في خبر الواحد إذا كان عدلاً، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب، توضأ به، ولم يلتفت إليه، وأجزأه ذلك، ولا تيمم عليه، [فأما]^(٦) في الثقة فالاحتياط والأفضل [له]^(٧) أن يتيمم بعد الوضوء. ثم إن عند محمد - رحمه الله - ألحق المستور بالفاسق، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وروى الحسن، عن أبي حنيفة: أن المستور في هذا الحكم كالعدل، وهذا ظاهر على مذهبه فإنه يجوز القضاء بشهادة المستورين إذا لم يطعن الخصم، وسيأتي بعد

القائلون بجواز التعبد بخبر الواحد عقلاً - في وجوب العمل به؛ فمنهم من نفى وجوب العمل كالقاشاني، وابن داود من الظاهرية وبعض الروافض وأثبت وجوب العمل به جماهير علماء الأمة. والحجة في ذلك ما سقناه في حجية العمل بخبر الواحد. ينظر: المستصفي (١/١٤٦).

(١) في أ: الاختبار.

(٢) في أ: يجوز.

(٣) ينظر: الفتاوى الهندية (٥/٣٠٨).

(٤) في أ: حضر.

(٥) في م: أخبره.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

هذا الفصل إن شاء الله تعالى .

وهذا إذا كان المخبر مسلماً، فإن كان المخبر بنجاسة الماء ذمياً، لا تثبت نجاسة الماء بقوله .

فرق، بين الذمي والفاسق من وجهين: أحدهما أن [في] ^(١) الفاسق أوجب، التحري، وفي الذمي لم يوجب التحري، ولكن يستحب ^(٢)، التحري، فإن تحرى ووقع في قلبه أنه صادق فيما يخبر، لا يجب عليه التيمم، بل يستحب له التيمم، وإن تيمم لا يجزيه ما لم يرق الماء أولاً ^(٣) .

بخلاف ما لو أخبره فاسق وتحرى ووقع تحريه أنه صادق فيما أخبر عن نجاسة الماء فتيمم قبل إراقة الماء يجزيه، وهو الفرق الثاني .

والذي ذكرنا في الذمي إذا أخبر بنجاسة الماء فهو الجواب في الصبي العاقل، والمعتوه .

رجل اشترى لحماً فلما قبضه أخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة المجوسي، لم يسعه ^(٤) أن يأكله ^(٥)، ولا يرده على البائع، فإن لم يبح ^(٦)، هذا الرجل ولكن أذن له في تناول وأخبره ثقة مسلم أنه ذبيحة المجوسي، لم يحل أكله، وإن اشتراه بعد ذلك، كان على الحالة التي كان عليها قبل الشراء، والميراث، والوصية، والهبة بمنزلة الشراء في الأكل والشرب والوطء وغير ذلك .

قال: ولو أن رجلاً اشترى طعاماً، أو جارية، أو ملك ذلك بميراث ^(٧)، فجاء

(١) سقط في م .

(٢) في أ: المستحب .

(٣) في م: ولا .

(٤) في أ: يسع .

(٥) في أ: يرده ولا يأكله .

(٦) في أ، م: يبع .

(٧) في أ: من إرث .

مسلم ثقة وشهد أن هذا الفلان الفلاني غصبه البائع أو الواهب أو الميت، الفقه^(١) أن يتنزه عن أكله ووطئها، فإن لم يتنزه كان في سعة.

فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذبيحة المجوسي فإنه يحرم أكله، وكذا لو أخبره مسلم ثقة أن هذا الماء نجس فإنه يحرم استعماله، [وكذا]^(٢) إذا تزوج الرجل امرأة فجاء مسلم ثقة، أو امرأة مسلمة ثقة، وأخبرت^(٣) أنهما ارتضعا من امرأة [واحدة]^(٤)، والكلام في الحكم والتنزه، أما الكلام في الحكم فنقول: الحرمة لا تثبت بشهادة امرأة واحدة على الرضاع، وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وأما الكلام في التنزه، [فأحب [إلى]^(٥)، أن يتنزه]^(٦) عنها فيطلقها، ويعطيها نصف الصداق، إن لم يكن دخل بها، والمستحب لها ألا تأخذ من ذلك شيئاً، وإن [كان]^(٧) دخل بها يعطيها المسمى، وإن كان أكثر من مهر مثلها، والمستحب لها ألا تأخذ الزيادة على مهر مثلها، بل تبرئ الزوج عن ذلك.

وكذلك الحكم في الرجل اشترى جارية، فأخبره عدل أنها حرة الأبوين، أو أنها أخته من الرضاع، لا تثبت الحرمة، ولكن إن تنزه عن وطئها فهو أفضل، هذه الجملة^(٨) في استحسان الكافي.

وكذلك المرأة إذا دخلت حلماً ثديها في فم الرضيع^(٩)، ولا تدري أدخل اللبن في حلقة أم لا؟ لا تثبت حرمة المنكاح في الحكم، وإن تنزه عن ذلك فهو أفضل،

(١) في أ: فأحب إلي.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وأخبره.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: الكلمة.

(٩) في أ: الصغير.

في نكاح فتاوى سمرقند.
وكذلك الصبية إن أرضعها^(١) أهل [قرية]^(٢)، ولا تدري من أرضعتها من النساء،
لا تثبت حرمة المناكحة في حق هذه الصبية مع جميع رجال أهل تلك القرية في
الحكم، وإن تنزهوا عن ذلك فهو أفضل، في هذا الموضوع أيضًا.



(١) في أ: ارتضعها.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر في: تعارض الخبرين في نجاسة الماء وطهارته، أو^(١) في حرمة العين، وإباحته.

رجل دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاما ويشربون شرابا فدعوه إليه، فقال له مسلم ثقة قد عرفه: هذا اللحم ذبيحة المجوسي أو قال: لحم خنزير، وهذا الشراب قد خالطه الخمر، وقال الذين^(٢) دعوه إلى ذلك: ليس الأمر كذلك، بل هو حلال، وبينوا^(٣) الوجه فيه، قال: ينظر في حالهم، فإن كانوا عدولا ثقات، لم يلتفت إلى قول ذلك الرجل الواحد بمقابلة قولهم.

فرق بين الخبر والشهادة^(٤)، فإن المدعين بعين واحدة، إذا أقام أحدهما

(١) في م: و.

(٢) في أ، م: الذي.

(٣) في م: ويبينون.

(٤) قال السيوطي: من الأمور المهمة تحرير الفرق بين الرواية والشهادة، وقد خاض فيه المتأخرون، وغاية ما فرقوا به الاختلاف في بعض الأحكام، كاشتراط العدد وغيره، وذلك لا يوجب تخالفا في الحقيقة، قال القرافي: أقيمت مدة أطلب الفرق بينهما حتى ظفرت به في كلام المازري فقال: الرواية هي الإخبار عن عام، لا ترفع فيه إلى الحكام، وخلافه الشهادة، وأما الأحكام التي يفترقان فيها فكثيرة، لم أر من تعرض لجمعها، وأنا أذكر منها ما تيسر:

الأول: العدد لا يشترط في الرواية بخلاف الشهادة. وقد ذكر ابن عبد السلام في مناسبة ذلك أمور:

أحدها: أن الغالب من المسلمين مهابة الكذب على رسول الله ﷺ بخلاف شهادة الزور.

ثانيها: أنه قد ينفرد بالحديث راو واحد، فلو لم يقبل لفات على أهل الإسلام تلك المصلحة، بخلاف فوت حق واحد على شخص واحد.

ثالثها: أن بين المسلمين عداوات تحملهم على شهادة الزور، بخلاف الرواية عنه ﷺ.

الرابع: لا يشترط الذكورية فيها مطلقا، بخلاف الشهادة في بعض المواضع.

الخامس: لا يشترط الحرية فيها بخلاف الشهادة مطلقا.

السادس: لا يشترط فيها البلوغ في قول.

السابع: تقبل شهادة المبتدع إلا الخطابية ولو كان داعية، ولا تقبل رواية الداعية ولا غيره إن روى موافقة.

الرابع: تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته.

الخامس: من كذب في حديث واحد رد جميع حديثه السابق، بخلاف من تبين شهادته =

شاهدين، وأقام الآخر جماعة، فإنه لا يترجح [الجماعة]^(١) على المثني إذا استويا في العدالة.

وإن كانوا متهمين، أخذ بقوله، ولم يسعه أن يقرب شيئاً من ذلك الطعام والشراب، ولا تقوم زيادة العدد مقام العدالة.

= للزور في مرة، لا ينقض ما شهد به قبل ذلك.
الثامن: لا تقبل شهادة من جرت شهادته إلى نفسه نفعاً، أو دفعت عنه ضرراً، وتقبل ممن روي ذلك.

التاسع: لا تقبل شهادة لأصل، ولا لفرع، ولا لرفيق، بخلاف الرواية.
العاشر، والحادي عشر، والثاني عشر: الشهادة إنما تصح بدعوى سابقة، وطلب لها، وعند حاكم، بخلاف الرواية في الكل.

الثالث عشر: للعالم الحكم بعلمه في التعديل والتجريح قطعاً مطلقاً، بخلاف الشهادة فإن فيها ثلاثة أقوال: أصحها التفصيل بين حدود الله وغيرها.

الرابع عشر: ثبت الجرح والتعديل برواية واحد، دون الشهادة علي الأصح.
الخامس عشر: الأصح في الرواية قبول الجرح والتعديل، غير مفسر من العالم، ولا يقبل بجرح في الشهادة إلا مفسراً.

السادس عشر: يجوز أخذ الأجرة علي الرواية، بخلاف أداء الشهادة، إلا إذا احتاج إلى مركوب.

السابع عشر: الحكم بالشهادة تعديل.
الثامن عشر: لا تقبل الشهادة علي الشهادة إلا عند تعسر الأصل، بموت أو غيبة أو نحوها، بخلاف الرواية.

التاسع عشر: إذا روى شيئاً ثم رجع عنه سقط ولا يعمل به، بخلاف الرجوع عن الشهادة بعد الحكم.

العشرون: إذا شهد بموجب قتل، ثم رجعا وقالا تعمدنا، لزمهما القصاص، ولو أشكلت حادثة على حاكم فتوقف، فروى شخص خبراً عن رسول الله ﷺ فيها وقتل الحاكم به، ثم رجع الراوي وقال: كذبت، وتعمدت، ففي فتاوى البغوي ينبغي أن يجب القصاص، كالشاهد إذا رجع، قال الرافعي: والذي ذكره القفال في الفتاوى والإمام أنه لا قصاص، بخلاف الشهادة، فإنها تتعلق بالحادثة، والخبر لا يختص بها.

الحادي والعشرون: إذا شهد دون أربعة بالزنا، حدوا للذف في الأظهر ولا تقبل شهادتهم قبل التوبة، وفي قبول روايتهم وجهان: المشهور منها القبول، وذكره الماوردي في (الحاوي)، ونقله عنه ابن الرفعة في (الكفاية)، والأسنوي في (الألغاز).

ينظر: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، منشورات المكتبة العلمية، بالمدينة المنورة، ط (٢)، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م (١/٣٣١ - ٣٣٤).

(١) سقط في أ.

فإن قيل: أليس إن [الفاستقين إذا شهدا]^(١) أن فلانا طلق امرأته واحدة بائنة، أو أعتق أمته، فإن القاضي يحول^(٢) بين المشهود عليه، وبين المرأة والعبد والأمة، كما لو شهد بذلك واحد عدل، وأقيم زيادة العدد مقام العدالة.

قلنا: في هذه المسألة روايتان: فعلى إحدى الروايتين لا يحال، ولا يقام زيادة العدد مقام العدالة، فعلى هذه الرواية يحتاج^(٣) إلى الفرق^(٤).

قال: ويستوي أن يكون المخبر مسلماً أو مسلمة، حراً، أو عبداً، ذكراً أو أنثى، بعد أن يكون عدلاً ثقة.

وإن كان في القوم رجلان ثقتان أخذ بقولهما، وإن كان فيهم واحد ثقة عمل فيه^(٥) أكبر رأيه، فإن لم يكن فيه رأي واستوى الحالان عنده، فلا بأس بأكل ذلك وشربه، وكذلك الوضوء في جميع ذلك.

يريد به: إذا أخبره واحد بنجاسة الماء، وجماعة بطهارته، وفيهم واحد ثقة فإنه يتحرى، وإن لم يقع تحريه على شيء، فلا بأس بالتوضؤ به.

فرق بين هذا، وبين ما إذا عدل الشاهد واحد، وجرحه واحد، فإنه يؤخذ بقول الجارح، ولا يبقى ما كان على ما كان.

فإن أخبره بالحل مملوكان ثقتان والذي أخبره بالحرمة عدل واحد، فلا بأس بأكله، وإن كان الذي أخبره بأحد الأمرين عبد ثقة، والذي أخبره بالأمر الآخر حر ثقة عمل بأكثر رأيه، فإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان، وبالأمر الآخر حران ثقتان، أخذ بقول الحرين.

ولو كان من أحد الجانبين حران، ومن الجانب الآخر ثلاثة أعبد، فإنه يؤخذ

(١) في أ، الفساق إذا شهدوا، وفي م: الفاستقين: إذا شهدوا.

(٢) في أ: يخير.

(٣) في أ: لا يحتاج.

(٤) ينظر: المحيط البرهاني (٢/٣٥٢).

(٥) زاد في م: على.

بقول العبيد، ولو كان المخبر من أحد الجانبين [حرين عدلين]^(١)، ومن الجانب الآخر أربعة يترجح خبر الأربعة.

والحاصل: أن خبر المملوك والحر في الأمر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة فيطلب الترجيح أولاً من حيث العدد، فإذا استوى العددان [يطلب الترجيح بكونه حجة في الأحكام في الجملة، فإذا استويا]^(٢) يطلب^(٣) الترجيح من حيث التحري^(٤)، وكذلك^(٥)، إذا أخبره^(٦) بأحد الأمرين رجلان وبالأخر رجل وامرأتان يؤخذ بخبر رجل وامرأتين.

وإذا كان في يد رجل طعام أو شراب أذن لغيره في أكله وشربه، فأخبره مسلم ثقة أن هذا غصب في يده من فلان، والذي في يده يكذبه ويقول: إنه ملكي، وصاحب اليد متهم غير ثقة، فأحب [إليّ]^(٧) أن يتنزه، وإن أكله أو شربه أو توضع به فلا بأس. ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا كان صاحب اليد ثقة عدلاً^(٨)، وقد أخبر أنه ملكه لم يغصبه من أحد، وقد اختلف المشايخ، قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: لا يتنزه، وغيره من المشايخ [قال: يتنزه]^(٩).

فرق^(١٠) بين هذه المسألة، وبين مسألة ذكرناها أن جماعة يأكلون الطعام ويشربون، فدخل عليهم مسلم، فدعوه إلى الأكل، فقال له عدل: إنه ذبيحة مجوسي، وقال واحد عدل من الآكلين: إنه حلال، فإنه يتحرى، فإن لم يقع تحريه

(١) في أ: حران عدلان.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: بطل.

(٤) ينظر: الأصل (٨٥/٣)، والمبسوط، للرخسي (١٦٤/١٠).

(٥) في أ: وكذا.

(٦) في أ، م: أخبر.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: عنده.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) في أ: من فرق.

على شيء، [فلا بأس]^(١) بأكله، [ولم]^(٢)، يذكر التنزه ثمة.
 وعلى هذا إذا أراد أن يشتري لحما، فقال له خارج عدل، لا تشتريه، فإنه ذبيحة
 مجوسي، وقال القصاب: اشتره فإنه ذبيحة مسلم، والقصاب عدل، فإنه تزول
 الكراهة بقول القصاب، على قول الفقيه أبي جعفر، وعلى قول غيره من المشايخ لا
 تزول.



(١) في أ: لا يشتري، وفي م: لا بأس.
 (٢) في أ: ما لم، وفي م: لم.

نوع آخر: في العمل بخبر الواحد في المعاملات:

يجب أن يعلم أن قول الواحد حجة في المعاملات استحساناً، إذا كان عدلاً، ولا^(١) يناع فيما قال.

وإذا كانت الجارية في يد رجل وأخذها رجل آخر، وأراد^(٢) أن يبيعها، فإنه يكره لمن عرفها أنها للأول أن يشتريها من هذا^(٣)، ما لم يعلم [أنه^(٤)]، ملكها من جهة المالك بسبب من الأسباب، أو أذن له ببيعها. وإن اشتراها جاز ويكون مكروهاً. وإن علم^(٥) أن المالك أذن له بالبيع، أو ملكه بوجه من الوجوه، فلا بأس أن يشتريها^(٦) منه، ويكون الشراء جائزاً من غير كراهة.

وإن قال الذي في يده: إني^(٧) اشتريتها [أو وهبتها لي]^(٨)، أو تصدق علي بها، أو وكلني ببيعها، حل له أن يشتري منه إذا كان عدلاً مسلماً.

ثم إن محمداً - رحمه الله - شرط في هذه المسألة أن يكون صاحب اليد مسلماً عدلاً، والعدالة شرط، أما الإسلام^(٩)، فليس^(١٠) بشرط، فإن قول الذمي إذا كان عدلاً حجة في المعاملات، والحاكم الشهيد ذكر في المختصر العدالة، ولم يذكر الإسلام، وتبين بما ذكر الحاكم أن ذكر الإسلام من محمد اتفاقي، لا أن يكون شرطاً.

وإذا كان الذي في يده الجارية فاسقاً، لا تثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر،

(١) في أ: فيما.

(٢) أي: الأخذ.

(٣) أي: الأخذ أيضاً، حيث إن اسم الإشارة يعود عليه.

(٤) الضمير في أنه يعود على الأخذ أيضاً.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: بشرائها.

(٧) في أ: إن.

(٨) في أ: أو وهبتها.

(٩) في أ: للإسلام.

(١٠) في أ: ليس.

بل يتحرى في ذلك، فإن وقع تحريره على أنه صادق، حل له الشراء منه، وإن وقع تحريره على أنه كاذب، لا يحل له أن يشتريها منه، وإن لم يكن^(١)، رأي يبقى ما كان على ما كان [كما]^(٢) في الديانات.

وكذلك لو أن هذا الرجل لم يعرف كون هذه الجارية لغير صاحب اليد، حتى أخبره الذي في يده الجارية [أن]^(٣) [هذه الجارية]^(٤)، ملك لفلان^(٥)، وأن فلانا وكله ببيعها [لا يحل له]^(٦) أن يشتريها منه، ما لم يعلم أن فلانا ملكها من صاحب اليد، أو أذن له ببيعها، فإن لم يعلم هو أن الجارية ملك الغير، ولم يخبره صاحب اليد بذلك فلا بأس بأن^(٧) يشتري من ذي اليد، وإن كان ذو اليد فاسقا.

فرق بين هذا، وبين ما إذا علم أن ما في يده كان لغيره، لا^(٨) يسعه أن يشتري منه^(٩)، ما لم يعلم أن ذلك الغير ملكها من صاحب اليد، أو أذن له ببيعها.

ثم قال: إلا أن يكون مثله لا يملك ذلك الشيء في الغالب^(١٠)، كدرة نفيسة في يد فقير لا يملك قوت يومه، يعلم بدلالة الحال أن مثله لا يملك ذلك، وككتاب في يد جاهل، لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك، حينئذ يستحب له أن ينتزه^(١١)، ولا يعرض^(١٢) له بشراء، ولا قبول هدية، ولا صدقة، وإن كان الذي أتاه بذلك امرأة

(١) زاد في م: له.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الجارية، وسقط في م.

(٥) في م: فلان.

(٦) في م: لا يسعه.

(٧) في أ: أن.

(٨) في م: ولا.

(٩) في أ: منها.

(١٠) زاد في أ: وذلك.

(١١) في أ: أن يبيعه.

(١٢) في أ: ولا يتعرض.

حرة، كان الجواب فيها كالجواب^(١) في الرجل .
 وإن كان الذي أتاه به عبد^(٢)، أو أمة فليس ينبغي له أن يشتري منه شيئاً، وكذلك لا ينبغي أن يقبل منه هبة^(٣) ولا صدقة، حتى يسأله عن ذلك، فإن سأله عن ذلك فأخبر^(٤) العبد أن مولاه أذن له في بيعه، وهبته وصدقته، فإن كان العبد ثقة، فلا^(٥) بأس بأن يشتري ذلك منه، وأما إذا كان فاسقاً، فإنه يتحرى في ذلك، فإن لم يقع تحريره على شيء، بقي ما كان على ما كان كما في الحر^(٦).
 ولو كان الذي أتى به غلام صغير، أو جارية صغيرة، حراً، أو مملوكاً، لم يسعه أن يشتري منه قبل السؤال، فإن قال: إنه مأذون له في التجارة فإنه يتحرى، وإن كان الصبي عدلاً، فإن لم يقع تحريره على شيء، بقي ما كان على ما كان قبل التحري .
 وكذلك لو أن هذا الصغير أراد أن يهب ما أتى به من رجل، أو يتصدق به عليه، فينبغي لذلك الرجل ألا يقبل هديته، ولا صدقته، حتى يسأل^(٧) عنه، فإن قال: إنه^(٨) مأذون في الهبة والصدقة فالقابض^(٩) يتحرى، ويبني الحكم على ما يقع تحريره عليه، [وإن لم يقع تحريره]^(١٠) على شيء يبقى ما كان [على ما كان]^(١١) قبل التحري .

قال محمد - رحمه الله - : وإنما يصدق الصغير فيما يخبر بعد ما تحرى، ووقع

-
- (١) في أ: كما .
 - (٢) في أ: أتى به عبدا .
 - (٣) في أ: هدية .
 - (٤) في أ: وأخبر .
 - (٥) في أ: لا .
 - (٦) في أ: الخبر .
 - (٧) في م: يسأله .
 - (٨) في م: فإنه .
 - (٩) في أ، م: فالقاضي .
 - (١٠) سقط في م .
 - (١١) سقط في أ، م .

تحريه أنه صادق، إذا قال هذا المال مالي^(١)، أو مال فلان الأجنبي، أو مال مولاي، وقد بعث إليك به هدية أو صدقة، فأما إذا قال: هو مالنا وقد أذن لنا أبونا أن نتصدق به عليك، أو نهب لك، لا ينبغي له أن يقبل.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يقول: الصبي إذا أتى بقالا بفلس يشتري منه شيئاً، وأخبره أن أمه أمرته بذلك، فإن طلب الصابون، أو نحوه، فلا بأس بأن يبيعه منه، وإن طلب الزبيب^(٢)، وما يأكله الصبيان عادة، فلا ينبغي أن يبيعه منه.

قال: وكذلك الفقير إذا أتاه عبد أو أمة، بصدقة من مولاه، يتحرى قال: ولو أن رجلاً قد علم أن جارية لرجل يدعيها فرآها في يد رجل يبيعها، فقال الذي في يده الجارية: قد علمت أنها كانت لفلان يدعيها، فقال الذي في يده: قد كان ما ذكرت في يده يدعيها أنها له إلا أنها كانت لي، وقد كنت أمرته بذلك تلجئة [لأمر خفته]^(٣)، وصدقته الجارية في ذلك، فإن كان الرجل مسلماً ثقة فلا بأس بأن يشتريها منه، [وإن كان الرجل الذي في يده الجارية فاسقاً، فتحرى ووقع تحريه على أنه كاذب، لا ينبغي له أن يشتريها منه]^(٤)، وإن لم يقع تحريه على شيء، يبقى ما كان على ما كان^(٥).

ولو أن صاحب اليد لم يقل هذا القول الذي وصفت لك، ولكن قال: إن فلانا قد كان ظلمي، وغصبي الجارية، فأخذتها منه، فلا ينبغي له أن يشتريها منه وإن كان عدلاً، فإن كان قال: [إنه]^(٦) قد ظلمني وغصبي، ثم إنه رجع عن غصبه، وأقر بها

(١) في م: مال أبي.

(٢) في م: الزيت.

(٣) في أ: لا أمر حقيقة.

(٤) سقط في أ.

(٥) الأصل للشيباني (٢/٢٥٦)، المحيط البرهاني (٥/٢٩٥).

(٦) سقط في م.

لي، ودفعتها لي^(١)، فإن كان ثقة، فلا بأس بأن يشتريها منه، وإن كان الرجل فاسقا، تحرى في ذلك، فإن قال: لم يقر بها لي، ولكن قال: خاصمته إلى القاضي فأقمت^(٢) عليه بينة، فقضى القاضي عليه بذلك أو^(٣) استحلّفه فنكل، فقضى عليه بهذا، فهذا^(٤)، والأول سواء. إن كان عدلا يشتري منه، وإن كان فاسقا يتحرى. وكذلك، إذا قال: قضى القاضي لي بالجارية، وأمرني فأخذتها من منزله، أو قال: قضى القاضي [لي]^(٥) بالجارية، وأخذها^(٦) منه ودفعتها إليّ، فلا بأس بأن يشتريها [منه]^(٧) إذا كان عدلا، وإن قال^(٨): قضى بها القاضي لي فجحدي قضاءه، وأخذتها منه فلا ينبغي له أن يشتريها منه وإن كان عدلا.



-
- (١) في م: إلي ودفعتها إلي.
 (٢) في أ، م: فقامت.
 (٣) في أ، م: و.
 (٤) في أ: وهذا.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في أ: وأخذتها.
 (٧) سقط في م.
 (٨) في أ: وإذا كان قال.

نوع آخر: في العمل بخبر الواحد في ارتداد أحد الزوجين، والرضاع، والطلاق، والموت، وفساد النكاح.

قال محمد - رحمه الله - : ولو أن رجلا تزوج امرأة، فلم يدخل بها، حتى غاب عنها، فأخبره مخبر أنها قد ارتدت عن الإسلام - والعياذ بالله تعالى - فإن كان المخبر بذلك عدلا، وسعه أن يصدقه، وأن يتزوج بأختها، وأربع سواها، وإن كان فاسقا تحرى في ذلك، وهكذا ذكر المسألة في كتاب الاستحسان.

وذكر في السير الكبير: أنه لا يسعه أن يتزوج بأختها، وأربع سواها، ما لم يشهد عنده رجلان، أو رجل وامرأتان.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الاستحسان اختلاف الروائين في رد المرأة، ولم يذكر ردة الرجل.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الاستحسان اختلاف الروائين في ردة الرجل، وذكر أن ردة الرجل لا تثبت عند المرأة، إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين على رواية السير، وردة المرأة تثبت عند الزوج بخبر الواحد باتفاق الروايات.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - والصحيح: أن في المسألة روايتين؛ على رواية السير لا تثبت ردة المرأة عند الزوج، ولا ردة الزوج عند المرأة إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.

ثم فرق على رواية كتاب الاستحسان [بين ما^(١)] إذا أخبر عن ردتها، حال مباشرة النكاح، وبين ما إذا أخبر عن ردتها بعد النكاح، فقال: إذا قال الزوج: تزوجتها يوم تزوجتها، وهي مرتدة، لا يسعه أن يأخذ بقوله، وإن كان عدلا، وإن^(٢) أخبر عن ردتها، بعد النكاح، وسعه أن يصدقه فيما قال^(٣)، ويتزوج بأختها، وأربع

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإذا.

(٣) في أ: قاله.

سواها إذا كان عدلا .

وكذلك لو أن رجلا تزوج جارية رضية، ثم غاب عنها، فأتاه رجل، وأخبره بأن أمه، أو ابنته، أو أخته أرضعت امرأته الصغيرة، فإن كان المخبر عدلا وسعه أن يصدقه، ويتزوج بأختها، وأربع سواها، وإن كان فاسقا يتحرى في ذلك .

قال شيخ الإسلام: فعلى رواية السير يحتاج إلى الفرق بين الرضاع والردة . وإن لم يقل هكذا، ولكنه قال: كنت تزوجتها، [يوم تزوجتها]^(١)، وهي أختك من الرضاع، فإنه لا يسعه أن يتزوج أختها، ولا أربعا سواها، وإن كان المخبر عدلا، بخلاف ما إذا أخبر برضاع طارئ .

وإذا غاب الرجل عن امرأته، فأتاها مسلم عدل، وأخبرها أن زوجها طلقها ثلاثا، أو مات عنها، فلها أن تعتد، وتتزوج^(٢) آخر، فإن كان المخبر فاسقا تحرت . وفي فتاوى أبي الليث: إذا شهد شاهدان عند المرأة بالطلاق، فإن كان الزوج غائبا، وسعها أن تعتد، وتتزوج بزواج آخر، وإن كان حاضرا ليس لها [ذلك، ولكن ليس لها]^(٣) [أن تمكن زوجها منها]^(٤) .

وكذلك إن سمعت أنه طلقها ثلاثا وجحد الزوج ذلك وحلف، فردها [القاضي عليه]^(٥)، لم يسعها المقام معه، وينبغي [لها]^(٦) أن تفتدي بمالها، أو تهرب منه، فإن لم تقدر على ذلك قتلته، وقد ذكرنا هذا الفصل، وما فيه من اختلاف المشايخ في آخر كتاب النكاح .

قال في كتاب الاستحسان: إذا هربت منه لم يسعها أن تعتد، وتتزوج بزواج آخر .

(١) سقط في م .

(٢) زاد في م: بزواج .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: أن تمكن من زوجها .

(٥) في م: عليه القاضي .

(٦) سقط في م .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ما ذكر أنها إذا هربت ليس لها أن تعتد وتتزوج بزواج آخر جواب القضاء، أما^(١) فيما بينها وبين ربها فلها أن تتزوج بعد ما اعتدت .

وإذا أخبرها عدل مسلم أنه مات زوجها، إنما تعتمد على خبره إذا قال: عاينته^(٢) ميتا، أو قال: شهدت جنازته، أما إذا قال: أخبرني مخبر، لا يعتمد على خبره . فإن أخبرها واحد بموته، ورجلان آخران أخبرا بحياته، فإن [كان الذي أخبرها بموته]^(٣)، قال: عاينته ميتا، أو شهدت جنازته، يحل لها أن تتزوج، وإن كان اللذان أخبرا بحياته [ذكرنا تاريخا لاحقا]^(٤)، فقولهما أولى .

في فتاوى الفضلي: ولو شهد اثنان بموته، أو قتله، وشهد آخران أنه حي، فشهادة الموت أولى .

وجنس هذا في باب الشهادات من وصايا عصام .

فإن شهد عندها عدل، أو عدلة على الطلاق، ووقع في قلبها أن الشاهد صادق، حل لها أن تعتد وتتزوج [بزواج]^(٥) آخر، فإن^(٦) الشهادة والإخبار عند ولي المرأة كالشهادة والإخبار عندها .

ولو أن امرأة قالت لرجل: إن زوجي طلقني ثلاثا وانقضت عدتي، فإن كانت عدلة وسعه أن يتزوجها، وإن كانت فاسقة تحرى، وعمل بما وقع تحريه عليه .

[ولو أخبرت أن أصل نكاحها]^(٧) كان فاسداً، وأن زوجها أخوها من الرضاع^(٨)

(١) في م: وأما .

(٢) في أ: رأيته .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ: قال و .

(٧) سقط في أ .

(٨) في م: الرضاعة .

فإنه لا يسعه أن يتزوجها، وإن كانت عدلة.

قال محمد - رحمه الله - وإنما هذا بمنزلة رجل في يده جارية، يدعي رقبته، وهي تقر له بالملك [فوجدها رجل^(١)] علم بحالها في يد رجل آخر، وأراد شراءها^(٢)، [فسأله^(٣)]، عنها [فقال^(٤)]: [إن^(٥)] الجارية جاريتي وقد كان الذي كانت في يده كاذبا فيما ادعى من ملكها، لا ينبغي لهذا الرجل أن يشتريها منه، وإن كان عدلا، وإن قال: كنت اشتريتها منه [وسعه أن يشتريها منه^(٦)].

وكذلك جارية في يد رجل يدعي أنها جاريتة، وهي صغيرة لا تعبر عن نفسها بجحود ولا إقرار، فكبرت، فلقبها رجل قد علم بذلك في يد^(٧) آخر، فأراد أن يتزوجها، فقالت له: أنا حرة الأصل، ولم أكن أمة للذي كنت عنده، فإنه لا يسعه أن يتزوجها، ولو قالت: كنت أمة للذي كنت عنده فأعتقني، وسعه أن يتزوجها إن كانت عدلة.

ولو أن حرة تزوجت رجلا، ثم أتت غيره، وقالت: إن نكاحها الأول كان فاسدا [لما أن زوجي^(٨)]^(٩)، كان على غير الإسلام، لا ينبغي لهذا [الرجل]^(١٠) أن يصدقها، ولا أن يتزوجها، ولو قالت: إنه طلقني بعد ذلك، أو قالت: ارتد عن الإسلام، فبنت منه، وسعه أن يصدقها وأن يتزوجها^(١١) إذا كانت عدلة. والله الموفق بحمده.

(١) زاد في أ: قد.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ، م: بلد.

(٨) في م: تزوجني.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في م.

(١١) في م: يتزوج.

الفصل الثاني

في العمل بغالب الرأي

يجب أن يعلم أن العمل بغالب الرأي جائز في باب الديانات، وفي باب المعاملات، وقد ذكرنا ذلك في الفصل المتقدم.

وكذلك العمل بغالب الرأي في [الدماء]^(١) جائز، حتى إن من دخل على رجل منزله شاهراً سيفه، ولا يدري صاحب المنزل [ما حاله:]^(٢) أهارب هو من اللصوص، والتجأ إلى داره، أو هو لص دخل عليه ليأخذ ماله ويقتله إن منعه، فإنه يتحرى في ذلك، فإن وقع تحريه أنه دخل منزله للالتجاء، لا يقتله، وإن وقع تحريه أنه لص دخل عليه منزله؛ ليأخذ ماله [أو]^(٣) ليقتله، وخاف أنه إن زجره، أو صاح، به أن يبادر بقتله، فلا بأس بقتله.

وقالوا فيما إذا استقبل^(٤) المسلمين جماعة في دار الحرب، وأشكل على المسلمين حالهم أنهم^(٥) عدو، أو مسلمون، فإنهم يتحرون.

وقد روى الفقيه أبو جعفر الهندواني، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة، فيمن رأى رجلاً في داره شاهراً سيفه فوقع في غالب رأيه أنه يريد ماله، فإنه يحل له قتله من غير أن يصيح، وإن كان لا يعلم أنه يريد نفسه، فهذه الرواية إشارة إلى أنه متى وقع تحريه على أنه قصد الشر به أنه يباح قتله^(٦)، ولا يلزمه التحري مرة أخرى ليعلم أنه ينزجر بدون القتل أو لا ينزجر.

وأشار محمد - رحمه الله - في كتاب الاستحسان إلى أن بعد ما وقع في غالب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: فيمن استقبل.

(٥) في أ: أنه.

(٦) في أ: الشراية قتله.

رأيه أنه دخل للشر^(١) به، أنه يتحرى ثانيا، ليعلم أنه ينزجر بدون القتل أو لا ينزجر. [وسئل الفقيه أبو جعفر عن رجل وجد رجلا مع امرأته هل^(٢) يحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر]^(٣) عن الزنا بالصياح، أو بالضرب بما دون السلاح فإنه لا يقتله، ولا يقاتل معه بالسلاح، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل، أو المقاتلة معه حل له القتل، فكأنه إنما أخذ هذا من قول محمد - رحمه الله - فإن محمدا - رحمه الله - أمر بالتحري مرة [بعد]^(٤) أخرى بعد ما تحقق الشر منه بالتحري ليعلم أنه هل ينزجر بما دون القتل، أو لا ينزجر. وقد مر بعض هذه المسائل في كتاب السرقة.



(١) في أ: للشراية.

(٢) في أ: أنه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

الفصل الثالث

في الصلوات، وقراءة القرآن، والذكر، والدعاء

ورفع الصوت عند ذلك، والصلاة على النبي ﷺ

الصلاة على الجنائز في المسجد [الذي]^(١) تقام فيه الجماعة على وجوه:

إن كانت الجنائز والإمام والقوم في المسجد، فالصلاة مكروهة بالاتفاق، وإن كان الإمام مع بعض القوم والجنائز خارج المسجد، وباقي القوم في المسجد؛ ذكر نجم الدين النسفي - رحمه الله - في فتاويه: أن الصلاة غير مكروهة بالاتفاق، وكثير من مشايخنا ذكر في هذه الصورة اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: يكره، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني.

[وحكي أن هذه الواقعة وقعت في زمن شمس الأئمة الحلواني]^(٢) فجلس ولم يصل، وتابعه من كان معه في مسجد الأنبار، ثم زجر الناس على المنبر أشد الزجر، وقال: هذه بدعة.

وبعض مشايخنا قالوا: لا تكره^(٣) الصلاة في هذه الصورة، وإن كانت الجنائز وحدها [خارج]^(٤) المسجد، والقوم مع الإمام في المسجد، ففيه اختلاف أيضا، وإن كانت الجنائز وحدها في المسجد، والإمام والقوم خارج المسجد اختلف المشايخ أيضا.

الصلاة في الحمام مكروهة^(٥) إذا كان هناك تماثيل، وإن لم يكن والموضع الذي

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: تكره.

(٤) سقط في أ.

(٥) ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية إلى أن الصلاة في الحمام صحيحة ما لم يكن نجسا، لقوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا [أخرجه مسلم (١/٣٧١)] من حديث جابر بن عبد الله [وفي لفظ: أينما أدركتكم الصلاة فصل فهو مسجد]. [أخرجه البخاري (الفتح ٦/٤٥٨)، ومسلم (١/٣٧٠)] من حديث أبي ذر، واللفظ

يصلّي فيه طاهر، اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يكره وأكثرهم على أنه لا يكره، وكثير من أئمة بخارى كانوا يفعلون ذلك.

[حكى]^(١) عن الشيخ إسماعيل الزاهد أنه كان يصلّي الفريضة، في الحمام بالجماعة مع الخادم وغيره.

وأما الصلاة في موضع جلوس الحمامي [فلا شك على قول من يقول بعدم الكراهة داخل الحمام، لا تكره في موضع جلوس الحمامي، ومن قال^(٢)، [بالكراهة]^(٣) اختلفوا فيما بينهم في الكراهة في موضع جلوس الحمامي]^(٤)، وإنما اختلفوا]^(٥) لاختلافهم في علة الكراهة داخل الحمام.

لمسلم] ولأنه موضع طاهر فصحت الصلاة فيه كالصحراء. ويرى الحنابلة في رواية أخرى وهي المعتمد عندهم أن الصلاة في الحمام لا تصح بحال؛ لقول الرسول ﷺ: «الأرض كلها مسجد إلا الحمام والمقبرة» [أخرجه أبو داود (٣٣٠/١)، والحاكم (٢٥١/١) من حديث أبي سعيد الخدري وصححه الحاكم ووافقه الذهبي]، ولأنه مظنة النجاسات، فعلق الحكم عليه دون حقيقته. ويصلّي فيه لعذر، كأن حبس فيه، ولم يمكنه الخروج، ثم لا يعيد صلاته ولو زال العذر في الوقت وخرج منها، لصحة صلاته. ولا فرق عندهم في الحمام بين مكان الغسل وصب الماء وبين البيت الذي تنزع فيه الثياب والأتون، وكل ما يغلق عليه باب الحمام، لتناول الاسم له. وعلى هذا الخلاف الصلاة على سطح الحمام؛ لأن الهواء تابع للقرار فيثبت فيه حكمه. وفي الصلاة إلى الحمام قال محمد: أكره أن تكون قبلة المسجد إلى الحمام، ثم تكلم فقهاء الحنفية في معنى قول محمد هذا فقال بعضهم: ليس المراد به حائط الحمام، وإنما المراد به المحم وهو الموضع الذي يصب فيه الحميم، وهو الماء الحار؛ لأن ذلك موضع الأنجاس. واستقبل الأنجاس في الصلاة مكروه. وأما إن استقبل حائط الحمام فلم يستقبل الأنجاس وإنما استقبل الحجر والمدر، فلا يكره.

ينظر: حاشية ابن عابدين (١/٢٤٠، ٢٥٢، ٢٥٤)، وفتح القدير (١/٢٩٧)، والفتاوى الهندية (٥/٣١٩)، والفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية (١/٢٩)، والمدونة الكبرى (١/٩٠)، والشرح الصغير (١/٢٦٧)، وحاشية قليوبي (١/١٢٠)، والمجموع (٤/١٨١)، والمغني (٢/٦٧)، وكشاف القناع (١/٢٩٤، ٢٩٥).

(١) سقط في أ.

(٢) المحيط البرهاني (٢/٣٦٤).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

تكره الصلاة إلى كانون، أو تنور وفيه نار تتوقد، من المشايخ من سوى بين أن يكون التنور مفتوح الرأس أو مخمراً، ومنهم من فرق بينهما.
في صلاة واقعات الناطفي: يكره للرجل أن يدخل في الصلاة، وبه غائط، أو بول^(١).

قال محمد - رحمه الله - في كتاب العلل: لا بأس بقراءة القرآن في الحمام قال: وهو قول أبي حنيفة، وكرهه^(٢) النخعي^(٣).

(١) للفقهاء في حكم صلاة الحاقن اتجاهان: فذهب الحنفية والحنابلة، وهو رأي للشافعية إلى أن صلاة الحاقن مكروهة؛ وقال الخراسانيون وأبو زيد المروزي من الشافعية: إذا كانت مدافعة الأخبثين شديدة لم تصح الصلاة. واستدل الجميع بحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: لا «صلاة بحضرة الطعام، ولا وهو يدافعه الأخبثان». وما روى ثوبان عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا يحل لامرئ أن ينظر في جوف بيت امرئ حتى يستأذن، ولا يقوم إلى الصلاة وهو حاقن"، فالقائلون بالكراهة حملوا النهي في الأحاديث على الكراهة. وأخذ بظاهر الحديث أصحاب الرأي الثاني فحملوه على الفساد. أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الحقن الشديد ناقض للوضوء، فتكون صلاته باطلة. ولم يقل بإعادة صلاة الحاقن أحد ممن قال بصحة الصلاة مع الكراهة، إلا الحنابلة على رأي، فقد صرحوا بإعادة الصلاة للحاقن لظاهر الحديثين السابقين. والمالكية يرون بطلان صلاة الحاقن حقناً شديداً فلا بد من إعادة الصلاة. وقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا كان في الوقت متسع فينبغي أن يزيل العارض أولاً، ثم يشرع في الصلاة. فإن خاف فوت الوقت ففي المسألة رأيان: ذهب الحنفية والحنابلة، وهو رأي للشافعية، إلى أنه يصلي وهو حاقن، ولا يترك الوقت يضيع منه، إلا أن الحنابلة قالوا بالإعادة في الظاهر عند ابن أبي موسى للحديث. وذهب الشافعية في رأي آخر حكاه المتولي إلى أنه يزيل العارض أولاً ويتوضأ وإن خرج الوقت، ثم يقضيها، لظاهر الحديث؛ ولأن المراد من الصلاة الخشوع، فينبغي أن يحافظ عليه وإن فات الوقت. وقد ذهب الحنفية إلى أنه إن خاف فوت الجماعة أو الجمعة صلى وهو حاقن، وذهب الشافعية إلى أن الأولى ترك الجماعة وإزالة العارض، وذهب الحنابلة إلى أنه يعتبر عذراً مبيحاً لترك الجماعة والجمعة، لعموم لفظ الحديث، وهو عام في كل صلاة.

ينظر: الطحطاوي على مراقي الفلاح (١٩٧)، والمجموع للنووي (١٠٥/٤)، وحاشية قليوبي (١٩٣/١، ١٩٤)، والمغني (٤٥٠/١، ٤٥١).

(٢) في أ: ذكره.

(٣) ذهب الحنفية، والحنابلة إلى أن قراءة القرآن في الحمام تكره؛ لأنه محل لكشف العورة، ويفعل فيه ما لا يحسن في غيره، فيصان القرآن عنه. إلا أن الحنفية قيدوا الكراهة برفع الصوت، فإن لم يرفع لا يكره وهو المختار عندهم، وحكى ابن عقيل الكراهة عن علي =

قال مشايخنا - رحمهم الله - : ولا خلاف في الحقيقة؛ لأن النخعي إنما كره ذلك، إذا كان يرفع صوته بالقراءة؛ لأنه يقرأ القرآن عند قوم مشاغيل، ولا يستمعون [له، فيكون^(١)] استخفافاً.

وعندنا يكره إذا كانت الحالة هذه، وعلى هذا كره بعض مشايخنا التصديق على المكري^(٢)، الذي يقرأ القرآن في السوق، زجراً له عن ذلك.

ورأيت في فوائد أبي جعفر - : قراءة القرآن في الحمام، أو في المغتسل، أو في موضع يصب فيه الماء الذي غسل به النجاسة مكروه، سواء كان خفية أو جهراً. [وأما^(٣)] إذا قرأ القرآن خارج الحمام في موضع ليس فيه غسالة الناس، نحو مجلس صاحب الحمام، أو الثيابي، فقد اختلف علماءنا فيه، قال: أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يكره ذلك، وقال محمد: يكره، وليس عن أبي يوسف ومشايخنا رواية منصوصة.

وفي الفتاوى: قراءة القرآن في القبور عند أبي حنيفة تكره، وعند محمد لا تكره، قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : ومشايخنا أخذوا بقول محمد - رحمه الله - . وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد [بن^(٤)] الفضل البخاري

= وابن عمر رضي الله تعالى عنهم، وبه قال أبو وائل، والشعبي ومكحول، وقبيصة بن ذؤيب، وأما إذا قرأ القرآن خارج الحمام في موضع ليس فيه غسالة الناس نحو مجلس الحمامي والثيابي فقال أبو حنيفة: لا يكره. ويكره عند محمد. ويرى المالكية والشافعية عدم كراهية قراءة القرآن في الحمام وبه قال النخعي. وأما الذكر والتسييح في الحمام فلا بأس للمستتر فيه، فإن ذكر الله حسن في كل مكان ما لم يرد المنع منه، ولما روي أن أبا هريرة رضي الله عنه دخل الحمام فقال: لا إله إلا الله. وروي عن النبي أنه كان يذكر الله على كل أحيانه. [أخرجه مسلم (٢٨٢/١) من حديث عائشة].

ينظر: الفتاوى الهندية (٣١٦/٥)، وحاشية قليوبي (١٢٠/١)، وكشاف القناع (١/١٥٩، ١٦٠)، والمغني (٢٣٢/١، ٢٣٣).

(١) سقط في م.

(٢) في أ: المكدي.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

- رحمه الله - : أن القراءة على المقابر إذا أخفى ولم يجهر لا يكره، ولا بأس به، وإنما قراءة القرآن في المقبرة جهراً، وأما المخافتة فلا بأس بها^(١).

وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ يحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم أنه قال: لا بأس بأن يقرأ على المقابر سورة الملك، سواء أخفى^(٢)، أو جهر فأما غيرها، فإنه لا يقرأ في المقابر، ولم يفرق بين الجهر، والخبية؛ لأن الأثر فيه ورد. وحكي عن أبي بكر بن أبي سعيد^(٣) أنه قال: يستحب عند زيارة القبر قراءة سورة الإخلاص [قل هو الله أحد]^(٤)، سبع مرات، [فإنه بلغني أن من قرأها سبع مرات]^(٥) إن كان ذلك الميت غير مغفور له، يغفر له، وإن كان مغفوراً له غفر لهذا القارئ، ووهب ثوابه^(٦) من الميت.

وفي كراهية شرح الطحاوي: يكره أن يتخذ شيئاً من القرآن حتماً لشيء من الصلاة لا يتجاوز عنه^(٧) إلى غيره، ولكن هذا إذا اعتقد أن غيره لا يجوز، أما إذا عرف أنه يجوز وقرأ إما تيسراً عليه^(٨)، أو قرأ تبركاً بقراءة رسول الله ﷺ [فإنه]^(٩) لا بأس به.

(١) في أ: به.

(٢) في أ: خفى.

(٣) هو: عتيق بن عثمان بن أبي بكر بن أبي سعيد الخطيب السمرقندي من أهل سمرقند إمام عفيف صالح حسن السيرة عارف بمذهب أبي حنيفة نظيف وضيء الظاهر نقي الباطن وولادته في حدود سنة ثمان وسبعين وأربع مائة بسمرقند ووفاته بها في الثامن عشر من شهر صفر سنة ست وخمسين وخمس مائة ذكره السمعاني رحمه الله تعالى.
ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/٣٤٣).

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: ذنوبه.

(٧) في أ: عنها.

(٨) في أ: قرأ ما تيسر عليه.

(٩) سقط في أ.

ويكره الدعاء عند ختم القرآن في شهر [رمضان]^(١)، وعند ختم [القرآن بالجماعة]^(٢)، قال الفقيه أبو القاسم الصفار - رحمه الله - لولا^(٣) أن أهل هذه البلدة قالوا: إنه يمنعنا عن الدعاء لمنعتهم^(٤) عنه.

إذا دعا المذكر على المنبر دعاءً مأثورًا والقوم^(٥) يدعون معه، فإن كان لتعليم القوم فلا بأس به، وإن لم يكن لتعليم القوم^(٦) فهو مكروه؛ لأنه بدعة.

ذكر محمد في السير الكبير عن الحسن - رحمه الله - أن رسول الله ﷺ كان يكره رفع الصوت عند قراءة القرآن، وعند الجنابة^(٧).

[وعن قيس بن عباد^(٨) ويروى عبادة أن أصحاب رسول الله ﷺ ورضي عنهم، كانوا يكرهون رفع الصوت عند الجنائز]^(٩) والذكر، ففي حديث الحسن ذكر قراءة القرآن مقام الذكر، ولا تنافي بينهما، فقاسم الذكر اسم عام يتناول الدعاء، والتسبيح، والتهليل، ويتناول الوعظ، وقراءة القرآن^(١٠) ذكر هو أشرف الأذكار قال

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: القراءة بجماعة.

(٣) في أ: لو.

(٤) في أ، م: وإلا لمنعتهم.

(٥) في أ، فأتوا القوم.

(٦) زاد في م: فلا بأس به وإن لم يكن تعليم القرآن.

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٨٣/٥)، الاختيار لتعليل المختار (١٧٩/٤)، مجمع الأنهر (٥٥١/٢).

(٨) هو: قيس بن عباد، أبو عبد الله، القيسي، الضبي، البصري، (الضبي نسبة إلى ضبيعة بن قيس بن ثعلبة). روى عن عمر وعلي وسعد بن أبي وقاص - رضي الله عنهم - وغيرهم. وروى عنه ابنه عبد الله وابن سيرين وأبو نضرة العبدي وغيرهم. قال ابن سعد: كان ثقة قليل الحديث، وذكره العجلي في التابعين، وقال: ثقة من كبار الصالحين، ووثقه النسائي وغيره، وذكره ابن قانع في معجم الصحابة، وأورد له حديثًا مرسلًا. توفي نحو ٨٥ هـ. ينظر: تهذيب التهذيب (٤٠٠/٨)، والإصابة (٢٧٣/٣)، واللباب (٢٦٠/٢)، والأعلام (٥٧/٦).

(٩) سقط في أ.

(١٠) زاد في م: فإن قراءة القرآن.

تعالى: ﴿وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ﴾^(١)، قال ابن عباس - رضي الله عنه - : أي: ولتلاوة القرآن أكبر^(٢).

وأما رفع الصوت عند الجنائز، فيحتمل أن المراد منه النوح، وتمزيق الثياب، وخذش الوجوه، وذلك مكروه. [ويحتمل أن المراد منه أن يقوم الرجل بعد ما اجتمع القوم للصلاة، ويدعو للميت، ويرفع صوته، وذلك مكروه]^(٣)، ويحتمل أن المراد منه ما كان عليه أهل الجاهلية من الإفراط في مدح الميت عند جنازته، حتى كانوا يذكرون ما هو شبيه المحال.

وأصل الثناء على الميت ليس بمكروه، [وإنما المكروه]^(٤) مجاوزة الحد بما ليس فيه، والدليل على أن أصل الثناء على الميت ليس بمكروه ما روي أن رسول الله ﷺ قال في حق ابن رواحة^(٥)، حين استشهد، «كان أولنا فصولا، وآخرنا قفولا، وكان يصلي الصلاة لوقتها»^(٦).

قوله: كان أولنا فصولا معناه: كان أولنا خروجا إلى القتال [وإنه صفة مدح]^(٧)؛ لأنه مسارعة إلى العبادة، فإنها مستحبة قال الله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَعْفَرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾.

(١) جزء آية رقم (٤٥) من سورة العنكبوت.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣١٤/٥).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) هو: عبد الله بن رواحة بن ثعلبة بن امرئ القيس الأكبر الأنصاري الخزرجي، له كنى، نزل دمشق، وهو عقيبي، بدري، نقيب، أمير، شهيد، له أحاديث، انفرد له البخاري بحديث موقوف، وروى عنه أبو هريرة، وابن عباس، وأرسل عنه قيس بن أبي حازم وجماعة، واستشهد بمؤتة، رضي الله عنه.

ينظر: خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٥٥/٢، ٥٦)، أسد الغابة (٢٣٤/٣)،

الاستيعاب (١٩٨/٣)، سير أعلام النبلاء (٢٣٠/١).

(٦) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق (١٢٧/٢٨).

(٧) سقط في أ، م.

وقوله: وآخرنّا [قفولا معناه: وآخرنّا] ^(١) رجوعا، وإنه [صفة] ^(٢) مدح أيضا؛ لأن فيه إظهار شدة الرغبة في الجهاد والصبر على القتال وقد قال الله تعالى: ﴿بَتَّأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا﴾.

وقوله: «وكان يصلي الصلاة لوقتها» معناه: وكان يحفظ الصلاة لوقتها مع اشتغاله بالجهاد، وإنه [صفة] ^(٣) مدح أيضا، قال الله تعالى: ﴿حَفِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾.

وأما رفع الصوت عند الذكر، فإن كان المراد من الذكر الدعاء فإنما كره ذلك؛ لأن الأصل في الأدعية الخفية؛ ولأن فيه رياء، ولأجل هذا كره رفع الصوت بالتسيح والتهيل.

وإن كان المراد منه الوعظ، فليس المراد رفع الواعظ صوته عند الوعظ، وإنما المراد رفع بعض القوم صوته بالتهيل، والصلوة على النبي ﷺ عند ذكره وإن [كان] ^(٤) [المراد] ^(٥) قراءة القرآن فإنما كره ^(٦) رفع الصوت بها؛ لأنه ينافي الخشوع، ولأن فيه منع غيره عن شغله، فإنه يلزمه الاستماع.

وقيل: المراد منه المستمع: يعني أن المستمع إذا سمع آية فيها ^(٧) ذكر النار فتعود بالله من النار، ورفع صوته، فذلك مكروه، أو إذا سمع آية فيها ذكر الجنة فسأل الله عزَّ وجلَّ، فرفع صوته، فذلك مكروه، والقارئ يفعل ذلك، ويرفع [بها] ^(٨) صوته في ذلك، وهو مكروه.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: ذلك.

(٧) في م: فيه.

(٨) سقط في م.

ومن [قال من المشايخ]^(١): إن ختم القرآن بالجماعة جهرا، ويسمى بالفارسية «بيني باره حوايد» مكروه: يتمسك^(٢) بالحديث الذي رواه الحسن، وبما روى^(٣) قيس عن أصحاب رسول الله ﷺ إن كان المراد من الذكر قراءة القرآن، والمعنى ما ذكرنا^(٤).

الصلاة على النبي ﷺ فرض في الجملة لا عند كل سماع^(٥) [هذا]^(٦) هو المذكور

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يتمثل.

(٣) زاد في م: الحسن.

(٤) في م: ذكرناه.

(٥) للفقهاء آراء عديدة في حكم الصلاة على النبي ﷺ كلما ذكر في غير الصلاة، ويتعلق بالمجلس منها ثلاثة آراء:

الأول: أنها تجب كلما ذكر اسمه ﷺ ولو اتحد المجلس، وبه قال جمع، منهم الطحاوي من الحنفية، والطرطوشي، وابن العربي، والفاكهاني من المالكية، وأبو عبد الله الحلبي وأبو حامد الإسفراييني من الشافعية، وابن بطة من الحنابلة، لحديث: «من ذكرت عنده فلم يصل علي فدخل النار فأبعده الله» [أورده هكذا القرطبي ولم يعزه إلى شيء من كتب الحديث، ولم نجده بهذا اللفظ، لكن روي بألفاظ أخرى لا تخلو من كلام ويغني عنها حديث الحاكم وصححه وأقره الذهبي وهو: «... إن جبريل عليه الصلاة والسلام عرض لي فقال: بعدا لمن أدرك...»].

الثاني: وجوب الصلاة مرة في كل مجلس، وهو ما صححه النسفي في الكافي حيث قال في باب التلاوة: وهو كمن سمع اسمه مرارا، لم تلزمه الصلاة إلا مرة في الصحيح؛ لأن تكرار اسمه ﷺ لحفظ سنته التي بها قوام الشريعة، فلو وجبت الصلاة بكل مرة لأفضى إلى الحرج. وهو قول أبي عبد الله الحلبي إن كان السامع غافلا فيكفيه مرة في آخر المجلس.

الثالث: ندب التكرار في المجلس الواحد، ذكره ابن عابدين في تحصيله لآراء فقهاء الحنفية. وبقية الفقهاء لا ينظرون إلى اتحاد المجلس، فمنهم من يقول: إنها واجبة في العمر مرة، ومنهم من يقول بالنذب مطلقا، اتحد المجلس أم اختلف.

ينظر: حاشية ابن عابدين (١/٣٤٦)، والفتوحات الربانية (٣/٣٢٧)، وتفسير القرطبي (١٤/٢٣٣)، وروح المعاني، للألوسي (٢٢/٨١)، وجلاء الأفهام في فضل الصلاة على محمد خير الأنام، لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبي عبد الله، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، دار العروبة، الكويت، ط (٢)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص (٢٦٤-٢٦٧)، شرح ميارة الفاسي، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م (١/١٥).

في فتاوى أبي الليث، والمذكور في شرح القدوري: الصلاة على النبي ﷺ واجبة على الإنسان في العمر مرة^(١) إن شاء فعل في الصلاة أو في غيرها، وعن الطحاوي - رحمه الله - يجب عليه الصلاة كلما ذكر^(٢).



(٦) سقط في م.
(١) زاد في م: واحدة.
(٢) في م: ذكره.

الفصل الرابع

في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه يعني من القرآن [الكريم] (١)

أو اسم الله تعالى

وفي فتاوى أبي الليث: مصلى الجنابة له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء عند اتصال الصفوف، وحرمة دخول الجنب فيه [والمروور فيه، وكذلك مصلى العيد له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء وحرمة دخول الجنب فيه] (٢) وبعض مشايخنا قالوا: الجواب في حق جواز الاقتداء صحيح، فأما في حق دخول الجنب والمروور فيه لا يعطى (٣) له حكم المسجد رفقا بالناس.

وفي الأجناس: رجل بنى مسجدا في أرض غضب، لا بأس بالصلاة فيه، وفي أمالي أبي يوسف: [لا ينبغي] (٤) لأحد أن يصلي فيه، ولو جعله طريقا لا يمر فيه] (٥) ولو بنى حانوتا أو حماما، لا يستأجر الحمام أو (٦) الحانوت، وله أن يدخل فيه لشراء المتاع (٧).

الطريق إذا كان واسعا فبنى [أهل المحلة] (٨) فيه مسجدا للامة ولا يضر ذلك بالطريق فلا بأس.

وفي فتاوى أبي الليث: مسجد بني على سور المدينة فلا ينبغي أن يصلى فيه، علل الصدر الشهيد - رحمه الله - فقال: لأن السور للامة، فصار كما لو بنى مسجدا في أرض الغصب وإنه يخالف ما حكيناه عن الأجناس.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: أرض.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: و.

(٧) زاد في م: فيه.

(٨) سقط في أ.

وفي الأجناس: لا بأس [بالنوم]^(١) في المسجد.
 وفي الأصل: لا بأس للمعتكف أن يبيت في المسجد.
 في فتاوى أهل سمرقند: لا بأس بمسح الرجل في التراب الذي في المسجد إن كان مجتمعا، وكذلك بالحصير المنخرق، والحشيش المجتمع، وأما إذا كان التراب [منبسطا]^(٢)، قال الصدر الشهيد: المختار ما قاله أبو القاسم الصفار: أنه لا يحل.
 وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلاة، في باب الوضوء والغسل بقريب من آخره: ما يفعل في زماننا من وضع البواري^(٣) في المسجد، ومسح الأقدام عليها، فهو مكروه عند الأئمة أجمع.
 قال هشام في نوادره: سألت محمدا - رحمه الله - عن نهر قرية كثيرة^(٤) الأهل لا يحصى عددهم، وهو نهر قناة، أو نهر [واد لهم]^(٥) خاصة، أراد قوم أن يعموا بعض هذا النهر، وبينوا عليه مسجدا، ولا يضر ذلك بالنهر، ولا تعرض لهم أحد من أرباب النهر، قال محمد - رحمه الله - : وسعهم أن بينوا ذلك المسجد للعامّة وللمحلة، ولا بأس به إذا كان لا يضر بالنهر، وكذلك الطريق الواسع للعامّة.
 وفي صلاة الأثر قال: سألت محمدا عن دكان اتخذ للمسجد، بينه وبين المسجد طريق، وهو ناء عن المسجد ليصلي [عليه]^(٦) في الحر، أيضا عاف للصلاة فيه الأجر كما يضاعف في المسجد؟ قال: نعم.
 المصحف إذا صار خلقا وتعذرت القراءة فيه لا يحرق [بالنار]^(٧)، وإلى هذا أشار

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: المرادي.

(٤) في أ، م: كثير.

(٥) في أ: واديههم.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

محمد - رحمه الله - في السير الكبير في باب ما يؤخذ^(١) في الغنيمة فيكره قسمته، وبه نأخذ [و]^(٢) لا يكره دفنه، ومن أراد دفنه ينبغي أن يلفه بخرقه طاهرة ويحفر له حفيرة ويلحد ولا يشق؛ لأنه متى شق ودفن، يحتاج إلى إهالة التراب عليه [وفي ذلك نوع تحقير واستخفاف بكلام الله تعالى فلا يشق إلا إذا جعل عليه سقفا حتى لا يحتاج إلى إهالة التراب عليه]^(٣) فحينئذ لا بأس بالشق، وإن شاء غسله بالماء حتى يذهب ما به، وإن شاء وضعه في موضع طاهر لا يصل إليه يد الملحدين ولا يصل إليه الأقدار^(٤) تعظيما لكلام الله تعالى.

وفي كراهة العيون: معلم جلس [ليعلم]^(٥) في المسجد، أو وراق^(٦) كتب في المسجد، فإن كان المعلم يعلم بالأجر، والوراق يكتب لغيره بأجر يكره، إلا أن يقع لهما الضرورة.

ويكره أن يجعل الشيء في كاغد فيه اسم الله تعالى، بخلاف الكيس يكتب فيه اسم الله تعالى.

[معلم]^(٧) معه خريطة فيها كتب من أخبار النبي ﷺ، أو كتب أبي حنيفة رضي الله عنه - أو غيره، فتوسد بالخريطة، إن قصد الحفظ لا يكره، وإن لم يقصد الحفظ يكره.

سئل الفقيه أبو جعفر عمن كان في كفه كتاب الفقه فجلس يبول أيكره^(٨) ذلك؟ قال: إن أدخله^(٩) مع نفسه في المخرج يكره، وإن اختار لنفسه مبالا طاهرا في

(١) في أ: وجد.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: الأقدام.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: قراءة.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: يكره.

(٩) في م: دخله.

[مكان طاهر]^(١) لا يكره. وعلى هذا إذا كان في جيبه دراهم مكتوب عليها اسم الله تعالى أو شيء من القرآن فأدخلها مع نفسه المخرج يكره، فإن اتخذ لنفسه مبالا طاهرا في مكان طاهر لا يكره، وعلى هذا إذا كان عليه خاتم وعليه شيء من القرآن [مكتوب]^(٢) وكتب عليه اسم الله فأدخله^(٣) [المخرج معه]^(٤) واتخذ لنفسه مبالا طاهرا في مكان طاهر.

تصغير المصحف [حجما]^(٥) بأن يكتب بقلم دقيق مكروه.

في كراهة واقعات الناطفي: يكره مد الرجلين في النوم إلى القبلة وغيره عمدا. وكذلك يكره مد الرجلين إلى المصحف وإلى كتب الفقه، وإذا كان للرجل جوالق وفيها دراهم مكتوب فيها شيء من القرآن، أو كان في الجوالق كتب الفقه، أو كتب التفسير أو المصحف فجلس عليها أو نام، فإن كان من قصده الحفظ، فلا بأس به، وقد مر جنس هذا فيما تقدم وإذا كتب بسم الله على كاغد، ووضع تحت طنفسة يجلسون عليها، فقد قيل: يكره، وقيل: لا يكره.

ألا ترى أنه لو وضع في البيت، فلا بأس بالنوم على سطحه كذا هاهنا. تكلم المشايخ في نثر الدراهم والدنانير والفلوس التي كتب عليها كلمة الشهادة، بعضهم كرهوا ذلك؛ لأنها تقع بين أقدام [الذين]^(٦) ينتهبونها فيطئونها، وفيه ترك تعظيم ذلك، وبعضهم لم يكرهوا ذلك، وهو الصحيح؛ لأنه يقصد بذلك تعظيم الدراهم وإعزازها لا إهانتها، وانتهاهم لذلك تحقيق لتلك العزة. [وإذا حمل المصحف أو شيء]^(٧) من كتب الشريعة على دابة في جوالق وركب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: فدخل.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

صاحب الجوالق [على الجوالق]^(١) لا يكره.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: ولا بأس بإدخال المصحف أرض الحرب، لقراءة القرآن، في العساكر العظام كالصائفة ونحوها، وأما السرية التي تدخل للغنيمة أو جريدة خيل فإنه يكره لهم إدخال المصحف في أرض الحرب؛ وهذا لأن الغازي قد يحتاج إلى إدخال المصحف لقراءة القرآن، أو للتبرك به، أو ليستنصر به إلا أنه منهي عن تعريض المصحف^(٢) للاستخفاف. ولأجل ذلك الكافر إذا اشترى مصحفا يجبر على بيعه؛ كيلا يستخف به.

قلنا: وليس في إدخال المصحف في أرض العدو في العساكر العظام تعريض المصحف للاستخفاف به؛ لأن الظاهر أن العسكر إذا كان عظيما يغلبون، فأما إذا كان إدخال المصحف أرض العدو في جريدة الخيل، فإن فيه تعريض المصحف للاستخفاف به؛ لأن الظاهر من جريدة الخيل أنهم يغلبون، والذي روي أن النبي ﷺ: «نهى عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو»^(٣) فتأويله إذا أراد الرجل المسافرة به في سرية أو جريدة خيل.

قال الطحاوي: النهي كان في ذلك الوقت؛ لأن المصاحف لم تكثر في أيدي المسلمين، فكان لا يؤمن إذا وقع المصحف في أيديهم أن يفوت شيء من القرآن، أو يقرؤون بعض ما في المصحف مما يعلمون أنه لم يبق في أيدي المسلمين، ويؤمن عن مثله في زماننا لكثرة المصاحف ولكثرة القراءة.

قال الطحاوي: ولو وقع مصحف في أيديهم لا يستخفون به، فإنهم وإن كانوا لا يقرون^(٤) أنه كلام الله تعالى، إلا أنهم يقرون^(٥) أنه أفصح الكلام في خير العبارات

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: في أرض.

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٨/٦) كتاب الجهاد والسير، باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو برقم (٢٩٩٠)، ومسلم (١٤٩٠/٣)، كتاب الإمارة، باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى

أرض الكفار إذا خيف وقوعه في أيديهم برقم (١٨٦٩/٩٢).

(٤) في أ، م: يعرفون.

فلا يستخفون به كما لا يستخفون بسائر الكتب، ولكن ما ذكر محمد - رحمه الله -
 أصح؛ لأنهم يفعلون ذلك مغايظة للمسلمين، وقد ظهر ذلك من القرامطة حين
 ظهروا على مكة، كانوا يستخفون بالمصاحف حتى قطع الله دابرتهم.
 قال: إذا دخل الرجل أرض العدو، على قوم بأمان، فلا بأس بأن يدخل مع نفسه
 مصحفا، إذا كان الذين يدخل عليهم قوما عرف أنهم يوفون بالعهد، وإن كانوا قوما
 لا يؤمن غدوهم، فلا ينبغي أن يدخل المصحف مع نفسه.
 ويكره مد الرجل إلى الكعبة متعمدا في النوم وغيره، وكذا يكره مد الرجل
 [متعمدا]^(١) إلى المصحف، [وكتب التفسير]^(٢)، وكتب الفقه.



(٥) في أ، م: يعرفون.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل: الجوار بمكة وإجارة بيوت مكة.

روى هشام عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه كره الجوار بمكة، قال: لأنها ليست بأرض هجرة، وروى الحسن عنه: أنه كره الجوار بمكة^(١)، والمقام بها،

(١) اختلف الفقهاء في حكم مجاورة الحرمين الشريفين في مكة والمدينة المنورة. فذهب بعض الفقهاء ومنهم أبو حنيفة إلى أن المجاورة بمكة المكرمة والمدينة المنورة مكروهة. قال ابن عابدين: ويقول أبي حنيفة قال الخائفون المحتاطون من العلماء كما في الإحياء قال: ولا يظن أن كراهة القيام تناقض فضل البقعة؛ لأن هذه الكراهة علتها ضعف الخلق وقصورهم عن القيام بحق الموضوع، قال في الفتح: وعلى هذا فيجب كون الجوار في المدينة المشرفة كذلك يعني مكروها عنده، فإن تضاعف السيئات - أو تعاضلها إن فقد فيها - فمخافة السامة وقلة الأدب المفضي إلى الإخلال بوجوب التوقير والإجلال قائم، قال بعضهم: وهو وجيه فينبغي ألا يقيد بالوثوق اعتبارا للغالب من حال الناس لا سيما أهل هذا الزمان. وقال بعض الحنفية: لا تكره المجاورة بالمدينة المنورة وكذا بمكة المكرمة لمن يثق بنفسه. قال ابن عابدين: واختار في اللباب: أن المجاورة بالمدينة أفضل منها بمكة المكرمة. وقال المالكية: عدم المجاورة بمكة أفضل. قال مالك: القفل أي الرجوع أفضل من الجوار. وذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية: إلى استحباب المجاورة بالحرمين الشريفين إلا أن يغلب على ظنه الوقوع في المحظورات، أو أن تسقط حرمتهما عنده، لما ورد من مضاعفة العمل الصالح فيهما كحديث: صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في هذا [أخرجه أحمد (٥/٤) من حديث عبد الله بن الزبير، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/٤): رجاله رجال الصحيح]، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ أَوْلَىٰ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلَّذِي بَيْنَكَ بُيُوتًا وَمُحَرَّمًا وَهُدًى لِلْعَالَمِينَ﴾ قال القرطبي: جعله مباركا لتضاعف العمل فيه. قال أحمد: كيف لنا بالجوار بمكة؟ قال النبي ﷺ والله إنك لخير أرض الله وأحب أرض الله إلى الله، ولولا أنني أخرجت منك ما خرجت [أخرجه الترمذي (٧٢٢/٥) من حديث عبد الله بن عدي، وقال: حديث حسن غريب صحيح]. قال ابن قدامة: وإنما كره الجوار بمكة لمن هاجر منها، وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما جاور بمكة وجميع أهل البلاد ومن كان من أهل اليمن ليس بمنزلة من يخرج ويهاجر أي لا بأس به وابن عمر رضي الله عنهما كان يقيم بمكة قال: والمقام بالمدينة أحب إلي من المقام بمكة لمن قوي عليه، لأنها مهاجر المسلمين وقال النبي ﷺ: لا يصبر على لأوائها وشدتها أحد إلا كنت له شهيدا شفيعا يوم القيامة [أخرجه مسلم (١٠٠٤/٢) من حديث ابن عمر].

ينظر: حاشية ابن عابدين (١٨٧/٢، ٢٥٦) وما بعدها، ومجمع الأنهر (٣١٢/١)، وشرح الخرشي (١٠٧/٣)، وحاشية العدوي (٣٣/٢)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/١٢٦)، والمغني، لابن قدامة (٥٥٦/٣)، وكشاف القناع (٥١٦/٢)، وتفسير القرطبي (١٣٩/٤).

فكان يقول: هاجر رسول الله ﷺ منها.

وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - [قال: (١) أكره إجارة بيوت مكة في أيام الموسم وأرخصه فيها في غير أيام الموسم، وهكذا روى هشام عن محمد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهم - قال: وكان يقول لهم: أن تنزلوا عليهم في دورهم إذا كان لهم فضل، وإذا لم يكن لهم فضل فلا، قال هشام: إنما قال لهم: أن تنزلوا عليهم في دورهم لقوله تعالى: ﴿سَوَاءٌ أَلْعَكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾].

ثم هذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء بدون الأرض (٢)؛ لأن الإجارة هنا لا

(١) سقط في م.

(٢) اختلف الفقهاء في بيع وإجارة دور مكة على أربعة أقوال:

القول الأول: يصح بيع دور مكة، وإجارتها، وبذل أجرتها، كسائر البلدان. وهو ظاهر مذهب عمر بن الخطاب، وصفوان بن أمية، من الصحابة. ومن التابعين: طاوس، ومجاهد، وعمرو بن دينار. وإلى هذا ذهب أبو حنيفة في قول له، وصاحبه أبو يوسف، ومالك في رواية له، والشافعي، والحنابلة في قول عندهم، والظاهرية، ورجحه ابن تيمية وابن القيم. وهو ظاهر كلام البخاري.

القول الثاني: يكره بيع دور مكة، وإجارتها، وبذل الأجرة خاصة في الموسم، وهو قول لأبي حنيفة، ومالك في قول عندهم، وقول عند الشافعية.

القول الثالث: لا يجوز بيع دور مكة، وإجارتها، لكن يجوز دفع الأجرة ولا شيء عليه في ذلك. قال به من الصحابة: عبد الله بن عمرو بن العاص. وقال به من التابعين ومن بعدهم: عمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعطاء بن أبي رباح، ومجاهد، وطاوس في رواية له، وسفيان الثوري. وهو مذهب أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن، ومالك، وأحمد ومشهور مذهبه وقال أحمد: «وعامة الناس تكرهه». وهو قول إسحاق بن راهويه، وأبي عبيد القاسم بن سلام.

القول الرابع: مثل سابقه في تحريم بيع دور مكة وإجارتها، لكن قالوا: ويسقط أجرتها. وهو ظاهر مذهب المالكية، وقول آخر عند الحنفية، والمختار عند ابن تيمية.

ينظر: مصنف عبد الرزاق (٩٢١٠-٩٢١٤)، مصنف ابن أبي شيبة (١٤٨٩٩)، ١٤٩٠٠، ١٤٩٠١ - ١٤٩٠٣، ١٤٩٠٦، ١٤٩٠٧، ١٤٩٠٩، ١٤٩١١ - (١٤٩١١)، شرح معاني الآثار، للطحاوي (٥٦٦٦-٥٦٦٨)، بدائع الصنائع (١٤٦/٥)، مجمع الأنهر (٢/٥٤٧)، درر الحكام (٣٢٠/١)، البناء (٢٥٤/١١)، تبيين الحقائق (٢٩/٦)، (٣٠)، شرح فتح القدير (٦١/١٠)، المقدمات الممهدة (٢١٨/٢)، مواهب الجليل (٥/٤٢٣)، التاج والإكليل (٥٦٨/٤)، الفروق (٤/٤)، مغني المحتاج (٥٥/٢) (٤/٤).

ترد على الأرض عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - كالبيع وإنما ترد على البناء، وقد رخص فيها في غير أيام الموسم. والله أعلم.



٢٩٥)، تحفة المحتاج (٣٢٣/٤) (٢٦٤/٩)، أسنى المطالب (٢٠١/٤)، مسائل أحمد، برواية ابنه صالح (١٣٨٥)، الإنصاف (٢٨٩/٤)، الكافي (٧/٢)، المبدع (٢١/٤)، آداب الشافعي ومناقبه، لأبي حاتم الرازي، تحقيق الشيخ: عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ، ص (١٣٦)، المحلى (٣٠١/٥) (٥٥٥/٧)، زاد المعاد (٤٣٣/٣ - ٤٣٨)، الأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام (١٦٦-١٦٦)، الورع، لأحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: د. زينب إبراهيم القاروط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص (١٤٤)، مسائل أحمد وإسحاق (٣٣٠٦/٥)، مجموع الفتاوى، ص (٢١١)، والاختيارات الفقهية اختارها علي بن محمد بن عباس البعلبي، لأحمد عبد الحلیم ابن تيمية الحراني أبي العباس، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ص (١٢١).

الفصل الخامس

في سجدة الشكر

روي [عن] (١) إبراهيم النخعي: أنه كان يكره سجدة الشكر (٢).

(١) سقط في م.

(٢) مذهب الشافعية والحنابلة في حكم سجود الشكر عند وجود سببه أنه سنة، لما ورد من الأحاديث الدالة على أن النبي ﷺ كان يفعله. وقد أفاد الزرقاني - على القول بمشروعيته عند المالكية - أنه على هذا القول غير مطلوب، أي ليس مستحبا، ولكنه جائز فقط. ومشهور مذهب المالكية أن سجود الشكر مكروه، وهو نص مالك، والظاهر أنها عنده كراهة تحريم. ومذهب أبي حنيفة الكراهة، إلا أنهم صرحوا بما يدل على أنها كراهة تنزيه، فعبارة الفتاوى الهندية: سجدة الشكر لا عبرة بها، وهي مكروهة عند أبي حنيفة لا يثاب عليها، وتركها أولى. ويشرع سجود الشكر عند من قال به لظروء نعمة ظاهرة، كأن رزقه الله ولدا بعد اليأس، أو لاندفاع نقمة كأن شفي له مريض، أو وجد ضالة، أو نجا هو أو ماله من غرق أو حريق. أو لرؤية مبتلى أو عاص أي شكرا لله تعالى على سلامته هو من مثل ذلك البلاء وتلك المعصية. وصرح الشافعية والحنابلة بأنه يسن السجود سواء كانت النعمة الحاصلة أو النعمة المندفعة خاصة به أو بنحو ولده، أو عامة للمسلمين، كالنصر على الأعداء، أو زوال طاعون ونحوه. وفي قول عند الحنابلة: يسجد لنعمة عامة ولا يسجد لنعمة خاصة، قدمه ابن حمدان في الرعاية الكبرى. ثم إنه عند الشافعية والحنابلة: لا يشرع السجود لاستمرار النعم لأنها لا تنقطع. ولأن العقلاء يهتنون بالسلامة من الأمر العارض ولا يفعلونه كل ساعة. قال الرملي: وتفوت سجدة الشكر بطول الفصل بينها وبين سببها. وصرح الشافعية والحنابلة بأن سجود الشكر يشترط له ما يشترط للصلاة، أي من الطهارة، واستقبال القبلة، وستر العورة، واجتناب النجاسة. وعلى هذا فمن كان فاقد الطهورين ليس له أن يسجد للشكر كما صرح به الشراقي. وعلى القول بجواز سجود الشكر عند المالكية فالمشهور أنه يفتقر إلى طهارة على ظاهر المذهب، واختار بعض المالكية عدم افتقاره إلى ذلك، قال الحطاب: لأن سر المعنى الذي يؤتى بالسجود لأجله يزول لو تراخى حتى يتطهر. واختار ابن تيمية أنه لا يشترط الطهارة لسجود الشكر. ويصرح الشافعية والحنابلة بأن سجود الشكر تعتبر في صفاته صفات سجود التلاوة خارج الصلاة، وإذا أراد أن يسجد للشكر لله تعالى يستقبل القبلة ويكبر ويسجد سجدة يحمد الله تعالى فيها ويسبحه. ثم يكبر تكبيرة أخرى ويرفع رأسه. قال في الفتاوى الهندية: كما في سجود التلاوة، وقد قال في سجود التلاوة: يكبر للسجود ولا يرفع يديه. وإذا رفع من السجود فلا تشهد عليه ولا سلام. غير أن في التشهد والتسليم عند الشافعية من سجود الشكر بعد الرفع ثلاثة أقوال أصحها: أنه يسلم ولا يتشهد. وعند الحنابلة اختلاف في سجود التلاوة هل يرفع يديه عند تكبيرتها الأولى أم لا، ومقتضى ذلك جريان الخلاف في مثل ذلك في سجدة الشكر،

ويسلم، ولا تشهد عليه. وصرحوا أيضا بأنه يعتبر في سجود الشكر السجود على الأعضاء السبعة، وأن ذلك ركن فيه، ويجب فيه التكبير والتسييح، إلا أنه ليس فيه تشهد ولا جلوس له، وأنه تجزئ فيه تسليمه واحدة. ويصرح الشافعية والحنابلة أنه لا يجوز أن يسجد للشكر وهو في الصلاة، لأن سببها خارج، عن الصلاة، فإن سجد في الصلاة بطلت صلاته. قالوا: إلا أن يكون جاهلا أو ناسيا فلا تبطل، كما لو زاد في الصلاة سجدة نسيانا. وفي قول عند الحنابلة: لا بأس بسجود الشكر في الصلاة. وقد اختلف في سجدة سورة (ص) فقيل: هي للشكر، وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة لما روى البخاري عن ابن عباس أنه قال: (ص) ليست من عزائم السجود، وقد رأيت النبي ﷺ يسجد فيها [قول ابن عباس: «هي ليست من عزائم السجود». أخرجه البخاري (الفتح ٥٥٢/٢)]. وروى النسائي أن النبي ﷺ قال: «سجدها داود توبة، ونسجدها شكرا» [أخرجه النسائي (١٥٩/٢) من حديث ابن عباس، وصححه ابن السكن كذا في التلخيص لابن حجر (٩/٢)]. وقيل: هي للتلاوة وإليه ذهب الحنفية. من أجل ذلك فلو سجد عند سجدة سورة (ص) في الصلاة بطلت صلاته عند الحنابلة وهو الأصح عند الشافعية ما لم يكن جاهلا أو ناسيا. أما عند الحنفية فلا تبطل، وقد وافقهم على ذلك بعض الشافعية من حيث إنها وإن كانت للشكر إلا أن لها تعلقا بالصلاة، فهي ليست لمحض الشكر، وهو وجه عند الحنابلة كما في المغني. قال الرملي من الشافعية: إن كان ناسيا أو جاهلا لا تبطل صلاته، ويسجد للسهو، والعالم بحكمها لو سجد إمامه لم يجز له متابعتها بل يتخير بين انتظاره ومفارقته، وانتظاره أفضل. ويكره عند الحنفية أن يسجد للشكر في الوقت الذي يكره فيه النفل. وعند الحنابلة لا ينعقد في تلك الأوقات تطوع وإن كان له سبب كسجود شكر. ولا يسجد للشكر أثناء استماعه لخطبة الجمعة. وصرح الشافعية بأن من سجد لنعمة أو اندفاع نقمة لا تتعلق بغير الساجد يستحب إظهار السجود، وإن سجد لبلية في غيره وصاحبها غير معذور كالفاسق، يظهر السجود فلعله يتوب، وإن كان معذورا كالزمن ونحوه أخفاه لثلا يتأذى به، وعبر عن ذلك الحنابلة بأن السجود لرؤية المبتلى إن كان مبتلى في دينه سجد بحضوره أو بغير حضوره، وقال: الحمد لله الذي عافاني مما ابتلاك به. وإن كان البلاء في بدنه سجد وقال ذلك، وكتمه عنه، ويسأل الله العافية، وقد قال إبراهيم النخعي: كانوا يكرهون أن يسألوا الله العافية بحضرة المبتلى.

ينظر: الفتاوى الهندية (١/١٣٥، ١٣٦)، شرح الزرقاني (١/٢٧٤)، الشرقاوي على التحرير (١/٨٥)، حاشية الرملي على أسنى المطالب (١/٢٥٩)، روضة الطالبين، للنووي (١/٣٢٤، ٣٢٥)، السراج الوهاج شرح المنهاج، ص (٦٣)، المجموع شرح المذهب (٤/٦٤، ٦٨)، ونهاية المحتاج (٢/٨٩ - ٩٠، ٩٧، ١٠٠)، مطالب أولي النهى (١/٥٨٥-٥٨٦، ٥٩٠، ٥٩٤، ٥٠٠)، المغني (١/٦٢٨)، كشاف القناع (١/٤٤٩، ٤٥٠)، الفروع، لابن مفلح (١/٥٠٤، ٥٠٥).

وعن محمد: أن أبا حنيفة كان لا يراها شيئاً، وفي القدوري عن أبي حنيفة: [أنه كان]^(١) يكره سجدة الشكر.

قال محمد - رحمه الله - : نحن لا نكرهها ونستحبها.

قال محمد: وقد جاء فيها غير حديث، وتكلم المتقدمون في معنى قول محمد: وكان أبو حنيفة لا يراها شيئاً. قالوا: معناه: لا يراها قرابة، وهكذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء.

وفي القدوري معناه: لا يراها مسنونة^(٢)، وهو قريب من الأول.

وبعضهم قالوا: لا يراها شكراً تاماً، فتمام الشكر أن يصلي ركعتين كما فعل رسول الله ﷺ يوم فتح مكة.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - قول أبي يوسف - رحمه الله - في شيء من الكتب، وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في شرح كتاب السير قول أبي يوسف - رحمه الله - مع محمد.

وذكر شيخ الإسلام في شرح السير أن أبا يوسف - رحمه الله - كان يكرهها وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا: لم يرد^(٣) محمد بقوله: وأما أبو حنيفة - رحمه الله - فكان لا يراها شيئاً، [نفي شرعيتها]^(٤) قرابة وإنما أراد به نفي وجوبها شكراً هكذا كما قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن التعريف الذي يصنعه^(٥) الناس ليس بشيء، ولم يرد به نفي شرعيته أصلاً؛ لأنه تسبيح، ودعاء، وإنما أراد به نفي وجوبه كذا هاهنا. فعلى قول هؤلاء يرتفع^(٦) الخلاف ولو أتى بها إنسان لا يكون مكروهاً.

(١) سقط في م.

(٢) في م: مسنونا.

(٣) زاد في م: قول.

(٤) في أ: يعني عينها.

(٥) في م: يصنعون.

(٦) في أ: لا يرتفع.

ووجه الكراهة فيها على قول النخعي، وعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - على ما ذكر في القدوري: أنه لو فعلها من كان منظورا إليه [ظن ظان]^(١) أنها واجبة، أو سنة [متبعة]^(٢) عند حدوث نوع نعمة، فقد أدخل في الدين ما ليس منه [وقد قال عليه الصلاة والسلام: «من أدخل في الدين ما ليس منه»^(٣) فهو مكروه]^(٤). والله أعلم.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٣/١٣) كتاب الاعتصام، باب: الافتداء بسنة رسول الله ﷺ (٧٢٧٧). من حديث عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أخذت في ديننا ما ليس منه فهو رد». .

الفصل السادس

في المسابقة^(١)

(١) المُسَابِقَةُ في اللغة: مصدر للفعل الرباعي سَابَقَ، على وزن مُفَاعَلَةٌ من السَّبَقِ، قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: «سبق السنين والباء والقاف أصلٌ واحد صحيح يدلُّ على التقديم . يقال سَبَقَ سَبَقًا يَسْبِقُ سَبَقًا». فالسَّبَقُ هو التقدم في كل شيء؛ وفي كل شيء تقول: له في كل أمر سُبُقَةٌ، وسابقة، وَسَبَقٌ، والجمع أسباق وسوابق. والسَّبَقُ: مصدر سَبَقَ يُسْبِقُهُ، وَيُسَبِّقُهُ سَبَقًا: تقدمه، يقال: صهيب سابق الروم، وبلال سابق الحبشة، وسلمان سابق الفرس والعرب تقول للذي يسبق من الخيل: سابق وسبوق، وإذا كان يُسْبِقُ: فهو مُسَبِّقٌ. والسَّبَقُ (بالتحريك): الخطر الذي يوضع بين أهل السباق، وتسابقوا: تخاطروا أو تناضلوا. وسبق سَبَقًا: من باب ضرب، وقد يكون للسابق لاحق، كالسابق من الخيل، وقد لا يكون، كمن أحرز قصبه السبق، فإنه سابق. قال في القاموس: «سَبَقَهُ يَسْبِقُهُ وَيَسْبِقُهُ: تَقَدَّمَهُ، وَسَبَقَهُ الفرسُ في الحَلْبَةِ: جَلَّى». **﴿فَالسَّبَقَاتُ سَبَقًا﴾**: الملائكة تُسَبِّقُ الجِنَّ بِاسْتِمَاعِ الوُحْيِ. والسَّبَقُ، محرَّكَةٌ، وله سابقةٌ في هذا الأمر، أي: سَبَقَ النَّاسُ إِلَيْهِ». وسبق: السنين والباء والقاف أصل واحد صحيح يدل على التوقيت، يقال: سبق يسبق سبَقًا. أما السبق: فهو الخطر الذي يأخذه السابق. والمُسَابِقَةُ هي التقدم في الشيء، والغلبة فيه. وقال الأزهري رحمه الله: «جاء الاستباق في كتاب الله في ثلاثة مواضع بمعان مختلفة: منها قوله عز وجل: **﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾** [يوسف: ١٧]، قال المفسرون: معناه نتفضل في الرمي، وقال عز وجل: **﴿وَأَسْتَبِقًا الْبَابُ﴾** [يوسف: ٢٥]، معناه: ابتدرا إلى الباب، تبادل كل واحد منهما إلى الباب... والثالث في قوله: **﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَطَمَسْنَا عَلَىٰ أَعْيُنِهِمْ فَاسْتَبَقُوا الصِّرَاطَ فَأَنَّى يُبْصِرُونَ﴾** [يس: ٦٦]، معنى استباقهم مجاوزتهم إياه حتى يضلوا ولا يهتدوا، والاستباق في هذا الموضع من واحد، والوجهان الأولان من اثنين». وقال رشيد رضا في قوله تعالى: **﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾**: «أي: ذهبنا من مكان اجتماعنا إلى السباق يتكلف كل منا أن يسبق غيره... والاستباق تكلف السبق، وهو الغرض من المسابقة والتسابق، بصفة المشاركة التي يقصد بها الغلب، وقد يقصد لذاته أو لغرض آخر في السبق، ومنه: **﴿فَأَسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾** [المائدة: ٤٨]، فهذا يقصد به السبق لذاته لا للغلب، وقوله الآتي في السورة: **﴿وَأَسْتَبِقًا الْبَابُ﴾** كان يقصد به يوسف الخروج من الدار هربًا... وصيغة المشاركة لا تؤدي هذا المعنى».

والمسابقة شرعًا: الناظر في تعريفات الفقهاء للمسابقة يدرك أنه لا تختلف عن المعنى الذي أورده علماء اللغة، ونورد هنا تعريفات الفقهاء حتى يتبين هذا المفهوم وهي على النحو التالي:

عند الحنفية: قال الكاساني في بدائع الصنائع: «وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحو ذلك، فيقول: إن سبقتك فكذا، أو إن سبقتني فكذا ويسمى أيضًا رهانًا فعلاً من الرهن». وعرفه العلامة ابن عابدين بأنه: «ما يجعل من المال للسابق على سبقه».

لا بأس بالمسابقة^(١) في الأفراس ما لم تبلغ غاية لا يحتملها الفرس، جاء في

تعريف المالكية: المسابقة عند المالكية لا تخرج عن معناها اللغوي ولذلك قالوا: المسابقة مشتقة من السبق، وهو المال الذي يوضع بين أهل السباق. والسبق يسكون الباء: مصدر سبق إذا تقدم، وافتحها: المال الذي يوضع بين أهل السباق. تعريف الشافعية: المسابقة عند الشافعية لا تخرج عن معناها اللغوي، حيث عرفوا المسابقة بأنها: تعلم المناضلة والرهان. وعرفوا السبق بالتحريك بأنه: المال الموضوع بين أهل السباق.

تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة السبق بأنه: المجارة بين حيوان ونحوه كسفن. وقال في المبدع شرح المقنع: «وهي المجارة بين حيوان وغيره والمناضلة المسابقة بالرمي والرهان في الخيل والسباق في الخيل والرمي».

تعريف الظاهرية: عرف الظاهرية المسابقة بأنها: أن يخرج الأمير، أو غيره مالا يجعله لمن سبق في أحد هذه الوجوه (الرمي - الخيل - البغال - الحمير - الأقدام - الرماح - النبل - السيوف)، أو يخرج أحد المتسابقين مالا، فيقول لصاحبه إن سبقتني فهو لك، وإن سبقتك فلا شيء لك علي، ولا شيء لي عليك.

ينظر: معجم المقاييس في اللغة، مادة (سبق)، (١٢٩/٣)، ص (٥٠٣)، لسان العرب، مادة (سَبَقَ)، (١٩٢/٣)، (١٩٢٩)، (١٥١/١٠)، العين، مادة (سَبَقَ)، (٥٤٩/١)، الكليات، مادة (السَّبَقُ)، ص (٥٠٨)، المصباح المنير (٢٦٥/١)، المعجم الوسيط، مادة (سَبَقَ)، ص (٤١٥)، تهذيب اللغة (٤١٨/٨)، مادة (س ب ق)، تفسير القرآن الحكيم المسمى «تفسير المنار»، محمد رشيد رضا، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط (١)، ١٩٩١م (٢٦٦/١٢)، وينظر: بدائع الصنائع (٢٠٦/٦)، حاشية ابن عابدين (٤٠٢/٦)، حاشية البجيرمي (٢٩٢/٤)، الشرح الكبير (٢٠٨/٢)، كشف القناع (٤٧/٤)، المحلى، لابن حزم، ص (٣٥٤).

(١) اتفق الفقهاء على مشروعية السباق في الجملة بلا عوض في كل أمر لم يرد في تحريمه نص ولم يترتب عليه ترك واجب أو فعل محرم.

وقد استدلل الفقهاء على هذا الجواز من حيث الجملة بالكتاب والسنة المطهرة والإجماع والمعقول:

أولاً: الكتاب: احتج الفقهاء على مشروعية السباق بجملة من أي الذكر الحكيم على النحو التالي:

١ - احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية المباركة: دلت هذه الآية المباركة بدلالة الأمر وذلك أن الله سبحانه وتعالى أمر بإعداد القوة، وقد فسر النبي ﷺ القوة بأنها الرمي فيما أخرجه مسلم وغيره من حديث عُقْبَةَ بْنِ غَامِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، وَهُوَ عَلَى الْمُنْبَرِ، يَقْرَأُ ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ الْآيَةَ. «أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمِيَّ، أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمِيَّ، أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمِيَّ» [أخرجه مسلم (١٥٢٢/٣) كتاب

الإمارة، باب: فضل الرمي والحث عليه، حديث (١٦٧/١٩١٧)، وأبو داود (١٧/٢) كتاب الجهاد، باب: في الرمي، حديث (٢٥١٤)، وابن ماجه (٩٤٠/٢) كتاب الجهاد، باب: الرمي في سبيل الله، حديث (٢٨١٣)، وأحمد (١٥٧/٤)، وأبو يعلى (٢٨٣/٣) رقم (١٧٤٣)، والبيهقي في شعب الإيمان (٤٤/٤) رقم (٤٢٩٩) كلهم من طريق عبد الله بن وهب عن عمرو بن الحارث عن أبي علي ثمامة بن شفي عن عقبة بن عامر به. فذل ذلك على إباحة الرمي وهو من السباق، فذل ذلك على إباحة السباق في الجملة؛ قال الصنعاني في سبل السلام: «ويؤخذ من ذلك شرعية التدرج فيه لأن الإعداد إنما يكون مع الاعتياد إذ من لم يحسن الرمي لا يسمى معدا للقوة».

٢ - قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا بَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتْعَانَا فَاكَلَهُ الذِّبُّ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية المباركة: دلت هذه الآية المباركة بمفهومها على جواز المسابقة في الجملة بأن إخوة يوسف - عليه السلام - أخبروا والدهم بأنهم كانوا يستبقون، ولم ينكر عليهم ذلك وهو نبي، فذل ذلك على جواز السباق؛ ولهذا قال النحاس: «أي نتنصل والمعنى نستبق في الرمي»؛ فإن قيل: هذا شرع من قبلنا وليس شرعاً لنا، أجيب بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ولم يثبت وجود ناسخ لجواز السباق.

ثانياً: السنة النبوية: احتجوا من السنة النبوية المطهرة بجملة من الأحاديث يمكن بيانها على النحو التالي:

١ - روى نافع بن أبي نافع، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «لا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلِ، أَوْ حُفٍّ، أَوْ حَافِرٍ» [أخرجه أبو داود (٢٩/٣) كتاب الجهاد: باب في السبق حديث (٢٥٧٤)، والترمذي (١٧٨/٤) كتاب الجهاد: باب ما جاء في الرهان والسبق حديث (١٧٠٠)، والنسائي (٢٢٦/٦) كتاب الخيل: باب السبق حديث (٣٥٨٥)، وأحمد (٢/٤٧٤)، والشافعي في المسند (١٢٨/٢) كتاب الجهاد حديث (٤٢٢)، وابن حبان (١٦٣٨ - موارد)، والطبراني في «الصغير» (٢٥/١)، والبيهقي (١٦/١٠) كتاب السبق والرمي باب لا سبق إلا في حف أو حافر أو نصل، والبغوي في «شرح السنة» (٥/٥٣٥) من طريق ابن أبي ذئب عن نافع عن أبي هريرة به وقال الترمذي: حديث حسن وأقره البغوي وصححه ابن حبان.

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بمنطوقه على جواز المسابقة على جعل، إذ إن السَبَقَ - بفتح السين والباء - هو الجعل المخرج في المسابقة، وهو ما يتراهن عليه المتسابقان، والخف للإبل، والنصل للسهم، والحافر للخيل، فكئى ببعض أعضائها عنها، وهذا على تقدير حذف ذو، أي: ذو خف، أو ذو نصل، أو ذو حافر، فالحديث دليل على جواز المسابقة على جعل على الخيل والإبل والسهم.

٢ - روى البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: «سَابَقَ النَّبِيُّ ﷺ بِالْحَيْلِ النَّبِيِّ قَدْ ضُمَّرَتْ مِنَ الْحَفِيَاءِ، وَكَانَ أَمْدُهَا ثِيْبَةَ الْوَدَاعِ، وَسَابَقَ بَيْنَ الْحَيْلِ

الَّتِي لَمْ تُضَمَّرْ مِنَ النَّبِيِّ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ، وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ فِيْمَنْ سَابِقَ». زَادَ الْبُخَارِيُّ: «قَالَ سُفْيَانُ: مِنَ الْخَفِيَاءِ إِلَى نَبِيَّةِ الْوَدَاعِ خَمْسَةُ أَمْيَالٍ، أَوْ سِتَّةٌ، وَمِنَ النَّبِيِّ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ مِيلٌ» [أخرجه مالك (٤٦٧/٢، ٤٦٨) كتاب الجهاد باب ما جاء في الخيل حديث (٤٥)، والبخاري (٦١٤/١) كتاب الصلاة: باب هل يقال مسجد بني فلان حديث (٤٢٠)، ومسلم (١٤٩١/٣) كتاب الإمارة: باب المسابقة بين الخيل حديث (١٨٧٠/٩٥) من طريق نافع عن ابن عمر].

وجه الدلالة من الحديث: دل هذا الحديث بمنطوقه على جواز المسابقة من حيث الجملة؛ وأنها ليست من العبث، بل من الرياضة المحمودة الموصلة إلى تحصيل المقاصد في الغزو والانتفاع بها عند الحاجة، وهي دائرة بين الاستحباب والإباحة بحسب الباعث على ذلك.

٣ - وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كنت مع النبي ﷺ في سفر، فسابقته، فسبقته، على رجلي، فلما حملت اللحم، سابقته فسبقني، فقال: «هذه بتلك». وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث على جواز المسابقة بدلالة الفعل؛ ولو كان منهياً عنها لما مارسها النبي ﷺ، وفيها إعداد للقوة الجسمانية، وتدريب على الرمي المطلوب في قتال الأعداء.

ثالثاً: الإجماع: حكى الإجماع على مشروعية المسابقة من حيث الجملة العلامة ابن قدامة وفي هذا يقول: بعد أن أورد حديث «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر» للإجماع على جواز المسابقة بغير عوض في غير هذه الثلاثة. وقال ابن عبد البر: «إجماع أهل العلم على أن السابق لا يجوز على وجه الرهان إلا في الخف والحافر والنصل». وقال الشوكاني: وفيه دليل على جواز السباق على مجعل، فإن كان الجعل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق فهو جائز بلا خلاف. وقال القرطبي: لا خلاف في جواز المسابقة على الخيل وغيرها من الدواب وعلى الأقدام وكذا الترامي بالسهم واستعمال الأسلحة لما في ذلك من التدريب في الحرب.

رابعاً: من المعقول: قالوا: إن السباق يحتاج إليه في التدريب على الحرب، بما فيه من تنشيط البدن وتدريبه على الحركة، والقدرة على الكر، والفر، كما أن فيه ما يساعد على ترويح القلوب وإبعاد الملل عنها وإفراغ الطاقات فيما يفيد فكان جائزاً. وقد اتفق الفقهاء على جواز السباق بالخيل، سواء أكان هذا السباق على عوض، أو على غير عوض. وقد استدلووا على صحة ذلك بالكتاب والسنة النبوية المطهرة:

أولاً: الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾.

وجه الدلالة من الآية المباركة: دلت هذه الآية المباركة بدلالة الأمر أن الله - سبحانه وتعالى - أمر بإعداد القوة - وهي الرمي - وأمر بإعداد الخيل لإرهاب العدو، والنصرة عليه، وفي إجراء السباق بين الخيل ما يساعد على تدريبه، وزيادة قوته، واستعداده للحرب، فكان جائزاً سواء كان السباق على عوض، أو على غير عوض.

الحديث: «تسابق رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر فسبق رسول الله ﷺ وصلى»^(١)

ثانياً: السنة النبوية المطهرة: احتجوا من السنة النبوية بجملة من الأحاديث النبوية الشريفة التي دلت على جواز السباق بالخيل على النحو التالي:

١ - روى البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: «سابق النبي ﷺ بالخيل التي قد ضمرت من الحفيا، وكان أمدها ثبته الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضمر من الثبته إلى مسجد بني زريق، وكان ابن عمر فيمن سابق». زاد البخاري: «قال سفيان: من الحفيا إلى ثبته الوداع خمسة أميال، أو ستة، ومن الثبته إلى مسجد بني زريق ميل».

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بمنطوقه على أن النبي ﷺ قد أجرى السباق بين الخيل، وفي هذا دليل على جواز السباق بين الخيل - المضمرة منها وغير المضمرة -.

٢ - روى نافع بن أبي نافع، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نضل، أو حُف، أو حافر».

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بمنطوقه جواز السباق بالخيل إذ هو الحافر، وسواء كان ذلك على عوض، أو على غير عوض.
فإن قيل: في الحديث الشريف دلالة على جواز السباق بين الخيل على غير عوض، فأين الدليل فيه على جوازه بعوض؟

وأجيب عن ذلك بأن النبي ﷺ استثنى هذه الأشياء الثلاثة (النصل، الحف، الحافر) في الإباحة فدل ذلك على اختصاصها بالعوض، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء؛ لجواز جميع الاستباق بغير عوض ومن هذه النصوص يتضح لنا جلياً جواز السباق بالخيل، سواء كان ذلك على عوض، أو على غير عوض؛ ولذلك أوجب الشرع على المتسابقين مراعاة الآداب والمحاذير الشرعية في سباقاتهم.

ينظر: مختصر الطحاوي، ص(٣٠٤)، تحفة الفقهاء (٣/٣٤٧)، بدائع الصنائع (٦/٢٠٦)، تبين الحقائق (٦/٢٢٧)، رد المحتار (٦/٧٥٢)، التاج والإكليل (٤/٦٠٩)، مواهب الجليل (٣/٣٩٠)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٣/١٥٤)، حاشية الدسوقي (٢/٢٠٨)، الشرح الصغير للدردير (٢/٣٢٣)، منح الجليل (٣/٢٣٦)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص(٢٢٤)، مغني المحتاج (٤/٣١١، ٤٢٨)، (٦/١٦٦)، أسنى المطالب (٤/٢٢٨)، حاشيتنا قليوبي وعميرة (٤/٢٦٥)، نهاية المحتاج (٨/١٦٤)، الحاوي الكبير (١٥/١٨٠، ١٨٢)، الأم، للشافعي (٤/٢٢٩) وما بعدها (٨/٣٩٥)، حاشية الرملي الكبير (٤/٢٢٨)، الفروع (٤/٤٥٨)، مطالب أولي النهى (٣/٦٩٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٢/٣٣٦-٣٥٠)، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦/٨٣، ٨٩) وما بعدها، شرح البهجة (٥/١٨٠)، المحلى (٥/٤٢٤) (٧/٣٥٣، ٣٥٤)، سبل السلام (٢/٥٠٣)، (٤/٧٢)، التمهيد (١٤/٨٨)، عون المعبود (٧/٢٤٢).

(١) أي: كان على رأس دابته عند صلاء دابة رسول الله ﷺ وهو الذنب.

أبو بكر وثالث عمر^(١) «^(٢)» .

ومعنى قوله: «وصلى أبو بكر: كأن رأس دابته عند صلوى^(٣) دابة رسول الله ﷺ، وهو الذنب» .

وكذلك لا بأس بالمسابقة في الإبل، والرمي، لحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ: «لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر»^(٤) .

والمراد بالحافر: الفرس .

والمراد بالنصل: الرمي .

وبالخف [الإبل]^(٥) .

فإن شرطوا لذلك جعلاً: فإن شرطوا الجعل من الجانبين، فهو حرام، وصورة ذلك: أن يقول الرجل لغيره: تعال حتى نتسابق فإن سبق فرسك، [أو إبلك]^(٦) أو سهمك أعطيتك كذا، وإن سبق إبلي أو فرسي أو سهمي أعطيتني كذا فهذا هو القمار بعينه .

وهذا لأن القمار: [مشتق من القمر]^(٧) الذي يزداد^(٨) تارة وينقص أخرى، سمي القمار قماراً؛ لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه، ويستفيد مال صاحبه فيزداد مال كل واحد منهما مرة وينقص أخرى^(٩)، وإذا كان المال مشروطاً من الجانبين كان قماراً، والقمار حرام^(١٠)، ولأن فيه تعليق تملك

(١) ينظر: شرح كتاب السير الكبير (٣/١) .

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٣/٥)، الاختيار لتعليل المختار (٤/١٦٩) .

(٣) في م: صلو .

(٤) تقدم .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في م .

(٨) في أ، م: يزداد .

(٩) في م: مرة .

(١٠) وصورة إخراج العوض تأتي على ثلاث صور:

.....

الصورة الأولى: إخراج العوض المالي من أحد المتسابقين.

الصورة الثانية: إخراج العوض المالي من المتسابقين جميعاً.

الصورة الثالثة: إخراج العوض المالي من غير المتسابقين.

ولكل صورة من هذه الصور الثلاث حكمها الفقهي يمكن بيانها على النحو التالي:
 أما الصورة الأولى وهي إخراج العوض المالي من أحد المتسابقين اتفق الفقهاء على أنه يجوز أن يتسابق اثنان ويخرج أحدهما مال السبق دون الآخر كما اتفقوا على أنه يجوز أن يشترط أنه إن سبق الذي لم يخرج المال أخذ السبق وصار مملوكاً له كسائر أمواله. وإذا سبق الذي أخرج العوض فعند الجمهور يجوز أن يحزره خلافاً لما عليه المالكية. وقد وجه بعض علماء المالكية عدم جواز حصول المخرج للعوض عليه إن سبق بالقاعدة المقررة عندهم من منع الشرع في باب المعاوضة من اجتماع العوضين لشخص واحد، قالوا ولذلك منعنا الإجارة على الصلاة ونحوها لحصولها مع عوضها لفاعليها إذ حكمة المعاوضة انتفاع كل أحد من المتعاضين بما بذل له والسابق له أجر التسبب إلى الجهاد فلا يأخذ الجعل. ويبدو هذا التعليل بعيداً عن الصواب؛ لأن حصول مخرج العوض على الثواب ليس عوضاً بالمعنى الفقهي بل وقرره المالكية أنفسهم في كتبهم، ألا ترى أنه لم يقل أحد بصحة شراء إنسان لسلمة نظير حصول البائع على الثواب في الآخرة وقد حكى ابن قدامة عن الإمام مالك بقوله بمنع حصول العوض لصاحبه إن أتى سابقاً معللاً ذلك بأنه قمار، وأجاب بأنه لا مقامرة فيه لأن القمار ألا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرّم وهاهنا لا خطر على أحدهما، فلا يكون قماراً فإذا سبق المخرج أحرز سبقه، ولا شيء له على صاحبه، وإن سبق الآخر أخذ العوض الذي رصده المخرج فملكه. وقد ذكر الكاساني أن العوض إذا كان من أحدهما لا يحتمل القمار، فيحمل على التحريض على الاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك مشروع بالتنفيل من الإمام الذي يجيزه المالكية بل أولى لأن هذا يتصرف في مال نفسه والإمام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى. ولا فرق في قول الجمهور - بجواز حصول المخرج على سبقه الذي أخرجه - بين ما لو كان المتسابقون فردين اثنين أو أكثر فإن زادوا عن اثنين وسبق أحدهم مخرج العوض أخذه، وإن سبقهم المخرج له أحرز سبقه. وأما المالكية فقد قرروا أنه متى كان المتسابقون جماعة وأخرج أحدهم عوضاً فسبق المخرج كان العوض للذي يليه السبق شرطاً هذا أو أطلقوه.

الصورة الثانية: إخراج العوض من المتسابقين جميعاً بالتساوي أو التفاوت وهذه الصورة كأن يقول كل منهما للآخر: إن سبقتني فلك عليّ كذا، وإن سبقتني فلي عليك كذا؛ ففي هذه الصورة تنوعت مذاهب أهل العلم على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يرى أصحابه عدم الجواز في أي سباق يحل فيه العوض بينهم - إلا أن يدخل المتسابقان شخصاً آخر لا يخرج شيئاً ويأخذ إن سبق ولا يعطى إن سبق ويسمى هذا الشخص المحلل. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وأكثر الحنابلة

- ووافقهم ابن حزم إلا أنه قصر الجواز على سباق الخيل فقط .
- واشترط الجمهور لجواز السبق مع المحلل شروطا هي :
- ١ - أن يكون فرسه كفؤا لفرسيهما أو بغيره لبعيرهما أو رميه لرميهم فإن كان فرسه أدون من فرسيهما وهما يأمنان أن يسبقهما لم يصح .
 - ٢ - أن يكون المحلل غير مخرج لشيء وإن قل فإن أخرج شيئاً خرج عن حكم المحلل وصار في حكم المسابق .
 - ٣ - أن يأخذ إن سبق فإن شرط ألا يأخذ لا يصح .
 - ٤ - أن يكون فرسه معينا عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين فرس المتسابقين وإن كان غير معين بطل .
- المذهب الثاني: يرى أصحابه جواز إخراج العوض من المتسابقين جميعا بلا محلل، وإلى هذا ذهب شيخا الإسلام ابن تيمية وابن القيم .
- المذهب الثالث: يرى أصحابه عدم جواز بذل العوض من المتسابقين جميعا ولو أدخل المحلل . وإلى هذا ذهب المالكية في مشهور إمامهم وأكثر أصحابهم .
- وقد جاء في حاشية الخريشي: «إِذَا أُخْرِجَ كُلُّ مِنْهُمَا جُعِلَ مِنْ عِنْدِهِ مُتَسَاوِيَيْنِ أَوْ مُتَقَاوَتَيْنِ عَلَى أَنَّ مَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا يَأْخُذُ جَمِيعَ السَّبَقَيْنِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ» .
- أدلة المذهب الأول: احتج أصحاب المذهب الأول على اشتراط المحلل عند إخراج المتسابقين جميعا للعوض بالسنة والمعقول:
- أولاً: السنة النبوية: احتجوا من السنة النبوية بما روي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «من أدخل فرسا بين فرسين - يعني - وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار» .
- وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بإخبار النبي ﷺ بأن المتسابقين متى أدخلوا بينهما فرسا قد أمن أن يسبق فهو قمار إذ لا تأثير لدخوله مع الأمن فكأنه لم يدخل ومعلوم أن دخوله لم يجعل العقد قماراً بل إخراجهما هو الذي جعل العقد قماراً فإذا دخل المحلل على الوجه الذي دخل عليه من الخوف والرجاء لم يكن قماراً وإنما شرط النبي ﷺ ألا يأمن أن يسبق لأنه لم يكتف بالصورة الدخيل حتى يكون دخوله حيلة مجردة بل لا بد أن يكون فرسا يحصل معه انتفاء القمار لمكافئته لفرسيهما .
- ثانياً: المعقول: احتجوا من المعقول بقولهم بأن إباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار وهو الذي لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانما إن أخذ أو غارما إن أعطى فإذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه حالها فكان قماراً وإذا دخل بينهما محلل غير مخرج يؤخذ إن سبق ولا يعطى إن سبق خرج عن معنى القمار؛ لأنهما صاروا مع المحلل كائنين أخرج أحدهما دون الآخر وهي الصورة الأولى المتفق على جوازها .
- أدلة المذهب الثاني: احتج أصحاب المذهب الثاني على جواز إخراج المتسابقين جميعا العوض دون محلل بالسنة والمعقول:
- أولاً: السنة النبوية: احتجوا من السنة النبوية بجملة من الأحاديث أبرزها ما يلي:

١ - بما روي عن النبي ﷺ من حديث ركانة أن النبي ﷺ صارعه وكان شديدا وقال شاة بشاة وصرعه النبي ﷺ ثلاثا ورد عليه غنمه.

٢ - وبما رواه الترمذي في سننه، عن عروة بن الزبير، عن نيار بن مكرم الأسلمي قال: لما نزلت ﴿الْعَلَمِ﴾ غَلَبَتِ الرُّومَ ﴿٢﴾ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَلَيْهِمْ سَقِيلُونَ ﴿٣﴾ فِي يَضْعِ سِنِينَ... ﴿٤﴾، فكانت فارس يوم نزلت هذه الآية قاهرين للروم، وكان المسلمون يحبون ظهور الروم عليهم لأنهم وإياهم أهل كتاب، وفي ذلك قول الله تعالى: ﴿وَيَوْمَئِذٍ يَقَرُّحُ الْمُؤْمِنُونَ ﴿٤﴾ بِنَصْرِ اللَّهِ يَنْصُرُ مَنْ يَشَاءُ وَهُوَ الْعَزِيزُ الرَّحِيمُ ﴿٥﴾﴾، فكانت قريش تحب ظهور فارس لأنهم وإياهم ليسوا بأهل كتاب ولا إيمان بيعت، فلما أنزل الله - تعالى - هذه الآية خرج أبو بكر - رضي الله عنه - يصيح في نواحي مكة: ﴿الْعَلَمِ﴾ غَلَبَتِ الرُّومَ ﴿٢﴾ فِي أَدْنَى الْأَرْضِ وَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَلَيْهِمْ سَقِيلُونَ ﴿٣﴾ فِي يَضْعِ سِنِينَ... ﴿٤﴾، قال ناس من قريش لأبي بكر فذلك بيننا وبينكم، زعم صاحبكم أن الروم ستغلب فارسا في بضع سنين، أفلا نراهنك على ذلك، قال بلى - وذلك قبل تحريم الرهان - فارتهن أبو بكر والمشركون وتواضعوا الرهان، وقالوا لأبي بكر كم تجعل البضع ثلاث سنين إلى تسع سنين، فسم بيننا وبينك وسطا تنتهي إليه، قال فسموا بينهم ست سنين، قال فمضت الست سنين قبل أن يظهرها، فأخذ المشركون رهن أبي بكر، فلما دخلت السنة السابعة ظهرت الروم على فارس، فعاب المسلمون على أبي بكر تسمية ست سنين لأن الله - تعالى - قال في: ﴿يَضْعِ سِنِينَ﴾، قال وأسلم ثم ذلك ناس كثير».

وجه الدلالة من هذين الحديثين: الحديثان ظاهران على جواز الرهان من المتسابقين جميعهم دون الحاجة إلى إدخال محلل بينهم بل يستحيل دخول المحلل بين المتسارعين. ثانيا: المعقول: قالوا: إن المتسابقين متى أخرجوا العوضين جميعا فغايته أنه جعلالة من الطرفين كما لو جعلنا من رجلين لكل واحد منهما واحد فقال كل منهما للآخر إن رددت جعلي فلك عشرة وبذل الجعل في الجعالة لا يتوقف على محلل.

أدلة المذهب الثالث: احتج المالكية على صحة مذهبهم القاضي بمنع المتسابقين من إخراج العوضين جميعهم بالمعقول:

فقالوا: لا فرق بين دخول المحلل وخروجه في وجود المفسدة الحاصلة من بذلهما للعوض وهي الاشتراك في الإخراج وإن كان رجوع الجعل لمخرجه بسبب تفوقه في السباق وهو قمار محرم.

وبعد عرض الآراء وأدلتها فإن النفس تطمئن إلى ترجيح القول الأول الذي يقضي بجواز إخراج العوض من المتسابقين جميعهم بشرط وجود محلل مكافئ لهما لا يخرج شيئا ويأخذ إن سبق ولا يعطى إن سبق، وإن سبقه أحد المخرجين أخذ سبقه وسبق غيره خصوصا في عصرنا هذا الذي تعددت فيه صور القمار وأشكاله على نحو غير مسوق. وذلك لما استدلوا به من حديث أبي هريرة «من أدخل فرسا...» ويؤيده ما رواه الإمام أحمد من حديث ابن مسعود، عن النبي ﷺ قال: «الْحَيْلُ ثَلَاثَةٌ: فَرَسٌ لِلرَّحْمَنِ، وَفَرَسٌ لِلْإِنْسَانِ، وَفَرَسٌ

المال بالخطر، وإنه لا يجوز.

فإن شرط الجعل من أحد الجانبين، بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلا شيء عليك، فهو^(١) جائز استحساناً، والقياس ألا يجوز؛ لأن

لِلشَّيْطَانِ: فَأَمَّا فَرسُ الرَّحْمَنِ فَالَّذِي يُرَبِّطُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَعَلَّمَهُ وَرَوَّعَهُ وَبَوَّأَهُ (وَذَكَرَ مَا شَاءَ اللَّهُ). وَأَمَّا فَرسُ الشَّيْطَانِ فَالَّذِي يُقَامِرُ أَوْ يُرَاهِنُ عَلَيْهِ. وَأَمَّا فَرسُ الْإِنْسَانِ فَالْفَرَسُ يَرْتَبِّطُهَا الْإِنْسَانُ يَلْتَمِسُ بَطْنَهَا فَهِيَ سِتْرٌ فَقرٌ». وإذا كان إخراج العوض من أحدهما أو من الأجنبي ليس قماراً بالاتفاق فلم يبق إلا إخراج العوض منهما جميعاً، وتعين إدخال المحلل بينهما في هذه الصورة حتى تخرج عن المراهقة المحظورة. ويمكن مناقشة استدلال القول الثاني من السنة بأن الحديثين منسوخان يؤيد ذلك الزيادة التي رواها الترمذي عن نيار بن مكرم الأسلمي في حديث مراهنة الصديق للمشركين حيث قال وذلك قبل تحريم الرهان. وعلى فرض عدم النسخ فيمكن أن يحمل الحديثان على أنهما واقعتا عين لا عموم له جمعا بين الأدلة لا سيما وقد كان مع حرييين لنصرة الحق وظهور أعلامه وتصديق الرسول ﷺ أضف إلى ذلك أن الواقع يشهد بعدم استحالة دخول المحلل بين المتسارعين وأما استدلالهم بالمعقول فمردود بأن قياس السباق على الجعالة قياس مع الفارق لأن العمل قد يكون مجهولاً؛ إذ لا يعلم العامل مقدار العمل ولا مدته حتى يعثر على الجمل الشارد، أما العمل في عقد السباق فلا يكون إلا معلوماً، وأيضا فالعوض في الجعالة قد يكون مجهولاً صورته كقول القائد لجنوده، من قتل قتيلاً فله سلبه، ومقدار السلب غير معلوم، أما العوض في عقد السباق فمن شروطه أن يكون معلوماً.

ويمكن أن يناقش جعل المالكية إخراج المتسابقين جميعاً للعوض من القمار المحرم بأن دخول المحلل يخرج عن القمار؛ لأن المحلل لا يغرم على التقادير كلها قطعاً وبقيناً، وإنما يحتمل أن يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قماراً وصار كما إذا شرط من جانب واحد، لأن القمار هو الذي يستوي فيه الجانبان في احتمال الغرامة. وقصر ابن حزم على الخيل فقط مبني على إنكاره للقياس وهو ثابت ولا فرق في المعنى بين الخيل والإبل وغيرهما.

ينظر: الاختيار، لابن مودود (١٦٩/٤)، بدائع الصنائع (٢٠٦/٦)، رد المحتار (٧٢٣/٦)، مواهب الجليل (٣٩١/٣)، شرح منح الجليل، للشيخ عlish (٧٧١/١)، شرح الخرشي (١٥١/٣، ١٥٥)، الفواكه الدواني (٤٥٣/٢)، حاشية على شرح الزرقاني (١٥٣/٣)، الشرح الكبير، للدردير (٢٠٩/٢، ٢١٠)، جواهر الإكليل (٢٧١/١)، روضة الطالبين (٥٣٦/٧)، المهذب للشيرازي (٥٤٤/٢)، الحاوي الكبير (٢٢٥/٩، ٢٢٦، ٢٣٢)، مغني المحتاج (٣١٣/٤)، المغني، لابن قدامة (٦٥٤/٨)، ٦٥٨، ٦٥٩)، المحلي، لابن حزم (٣٥٤/٧)، مجموع الفتاوى (٢٢/٢٨)، الفروسية، لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبي عبد الله، دار الأندلس، تحقيق: مشهور بن حسن بن محمود بن سلمان، السعودية، حائل، ط (١)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ص (٣١، ٣٣، ٤٢، ٥٣، ٥٤).

(١) في م: فهذا.

المال إذا كان مشروطاً من أحد الجانبين وإن^(١) كان لا يتمكن فيه معنى القمار؛ لأن المشروط له المال لا يذهب ماله بحال، والقمار: أن يكون كل واحد منهما بحال يجوز أن يذهب ماله ويستفيد مال صاحبه، لما ذكرنا من اشتقاق القمار، إلا أن فيه تعليق تملك المال بالخطر [وإنه لا يجوز]^(٢).

ألا ترى أن الاستباق فيما عدا هذه الأشياء الثلاثة نحو البغال، والحمير لا يجوز، وإن كان المال مشروطاً من أحد الجانبين إنما^(٣) لم يجز، لأن فيه تعليق [تمليك]^(٤) المال [وأنه لا يجوز]^(٥).

ووجه الاستحسان: ما روينا^(٦) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - .
 ووجه الاستدلال به أن النبي ﷺ: نفى السبق عامة^(٧) واستثنى الأشياء الثلاثة بقوله: «إلا في خوف، أو نصل، أو حافر»^(٨) والاستثناء من النفي إثبات^(٩)، ومن

(١) في أ، م: إن.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: وإنما.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في أ، م: بالخطر.

(٦) في أ، م: روينا.

(٧) في أ، م: عاما.

(٨) تقدم.

(٩) الاستثناء من النفي إثبات، والاستثناء من الإثبات نفي، فنحو: ما قام أحد إلا زيدا، يدل على إثبات القيام لزيدا، ونحو: قام القوم إلا زيدا، يدل على نفي القيام عنه، وفي هذا خلاف أبي حنيفة ومالك. فأما أبو حنيفة فقد قيل: خلافه في المسألين. وقيل: بل في الثانية فقط، فقد قال: إن المستثنى من حيث الحكم مسكوت عنه غير محكوم عليه، فزيد في المثال المتقدم غير محكوم بقيامه ولا بعدمه. وحاصل الخلاف في نحو: قام القوم إلا زيدا، أن الجمهور يقولون: إن زيدا بالاستثناء دخل في عدم القيام. وعند الحنفية انتقل إلى عدم الحكم. وعند الفريقين هو مخرج من الكلام الأول. وأما مالك فيوافق الجمهور على أن الاستثناء من النفي إثبات في غير الأيمان، أما في الأيمان فليس الاستثناء إثباتا. فمن حلف: لا يلبس اليوم ثوبا إلا الكتان، يحث عند الجمهور إذا قعد ذلك اليوم عاريا فلم يلبس شيئا؛ لأنه لما كان النفي إثباتا فقد حلف أن يلبس الكتان، فإذا لم يلبسه وقعد عاريا

التحريم بإباحة، وليس المراد من الحديث ما إذا لم يكن المال مشروطاً أصلاً، فإن الاستباق بدون شرط المال جائز في الأشياء كلها، وليس المراد ما إذا كان مشروطاً من الجانبين، [فإن المال إذا كان مشروطاً من الجانبين]^(١) يصير قماراً، والقمار حرام بنص القرآن^(٢) والنص الوارد في الأشياء الثلاثة إذا كان المال مشروطاً من أحد الجانبين لا يكون مشروطاً^(٣) فيما عدا الأشياء الثلاثة؛ لأن فيها نصاً آخر بخلافه، وهو قوله - عليه السلام - : «لا سبق»^(٤)، نفي المسابقة عامة^(٥) واستثنى الأشياء الثلاثة، [ففيما عدا الأشياء الثلاثة]^(٦) تنتفي المسابقة بالنفي العام؛ ولأن الأشياء الثلاثة من آلات الحرب وللمبارزين^(٧) إلى المخاطرة والرهان في ذلك حاجة^(٨) حتى يتعلموا الفروسية والرمي، فأما ما عدا الأشياء الثلاثة فليس من آلات الحرب، فلا حاجة إلى الرهان في ذلك.

وكذلك النص الوارد في الأشياء الثلاثة إذا كان المال مشروطاً من^(٩) الجانبين لا يعتبر، واردةً فيما إذا كان المال مشروطاً من [أحد]^(١٠) الجانبين؛ لأن المال إذا كان

= حث. أما عند مالك فلا يحث، وهو أحد الوجهين عند الشافعية، ووجه القرافي ذلك بأن (إلا) في هذا المثال ونحوها صفة، فهي بمعنى غير، فيكون قد حلف على ألا يلبس ثياباً مغايرة للكتان.

ووجهه أيضاً بأن معنى الكلام: أن جميع الثياب محلوف عليها غير الكتان.
ينظر: شرح جمع الجوامع وحاشية البناني (١٥/٢، ١٦)، وشرح مسلم الثبوت (٣٢٦/١) وما بعدها، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٢٨٨).

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: التنزيل.
- (٣) في م: وارداً.
- (٤) تقدم.
- (٥) في أ، م: عاماً.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في م: والمساس.
- (٨) في م: خاصة.
- (٩) زاد في م: إحدى.
- (١٠) سقط في م.

مشروطا من الجانبين فالمانع منه شيان: القمار، وتمليك المال بالخطر، وإذا كان المال مشروطا من أحد الجانبين فالمانع منه شيء واحد، وهو تمليك المال بالخطر، والجواز عند قلة المانع لا يدل على جوازه عند كثرة المانع.

ثم إذا كان المال مشروطا من الجانبين فأدخلا بينهما ثالثا، وقالوا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شيء لنا، يجوز استحسانا؛ لأنه ينفي^(١) معنى القمار في حق الثالث، وهو مروى عن سعيد بن المسيب.

ثم إذا [أدخلا ثالثا]^(٢) فإن سبقهما الثالث استحق المالين، وإن سبقا الثالث: إن سبقاه معا، فلا شيء لواحد منهما على صاحبه؛ لانعدام شرط وجوب المال فيما بينهما وهو سبق أحدهما على صاحبه، وإن سبقاه على التعاقب: فالذي سبق صاحبه يستحق المال على صاحبه؛ لوجود الشرط في حقه، وصاحبه لا يستحق المال [عليه]^(٣)؛ لانعدام الشرط في حق صاحبه.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: إدخال الثالث إنما يكون حيلة للجواز، إذا كان الثالث يتوهم أن يكون سابقا ومسبوقا، فأما إذا تيقن أنه يسبقهما لا محالة، أو تيقن أنه يصير مسبوقا لا يجوز؛ لأن القياس أن^(٤) لا يجوز. (وإن)^(٥) انتفى معنى القمار في حقه، لما فيه من تعليق المال بالخطر، إلا أنا جوزناه بخلاف القياس بالنص، وهو ما روي عن النبي - عليه السلام - أنه قال: «من أدخل فرسا بين فرسين فإن كان يأمن أن يسبق فلا خير فيه، وإن كان لا يأمن أن يسبق، فلا بأس به»^(٦).

(١) في م: لانتفاء.

(٢) في أ: دخلا بالثالث.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أنه.

(٥) في أ، م: فإن.

(٦) أخرجه أبو داود (٣٠/٣) كتاب الجهاد، باب: في المحلل، حديث (٢٥٧٩)، وابن ماجه

(٩٦٠/٢) كتاب الجهاد، باب: السبق والرهان، حديث (٢٨٧٦)، والدارقطني (١١١/٤)

فالحديث أفاد الجواز بشرط أن يتوهم أن يكون الثالث سابقاً ومسبوقة وما يثبت نصاً بخلاف القياس مراعى فيه جميع الشرائط التي ورد بها النص .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب المخاطرة في الاستباق على الأقدام، ولا شك أن المال إذا كان مشروطاً من الجانبين أنه لا يجوز، وإن كان مشروطاً من^(١) أحد الجانبين يجب أن يجوز، لحديث الزهري قال: «كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ في الخيل والركاب والأرجل»^(٢) ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة أنفسهم، كما يحتاجون إلى رياضة الدواب .

حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : إذا وقع الاختلاف بين المتفهمين في مسألة فأرادا الرجوع إلى الأستاذ، وشرط أحدهما لصاحبه إن كان الجواب كما قلت أعطيتك كذا، وإن كان الجواب كما قلت [أنا]^(٣) فلا آخذ منك شيئاً، ينبغي أن يجوز على قياس الاستباق على الأفراس .

وكذلك إذا قال واحد من المتفهمين لمثله تعال حتى نطرح المسائل، فإن أصبت وأخطأت أعطيتك كذا، وإن أصبت وأخطأت فلا آخذ منك شيئاً، يجوز؛ لأن في الأفراس إنما يجوز ذلك حثاً على تعلم الفروسية، فيجوز هنا أيضاً حثاً على تعلم الفقه؛ لأن كل ذلك يرجع إلى تقوية الدين، وإعلاء كلمة الله تعالى، وبه أخذ الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

= كتاب السير (٣٠٥/٤) كتاب السبق بين الخيل، والحاكم (١١٤/٢)، والبيهقي (٢٠/١٠) كتاب السبق، والبغوي في شرح السنة (٥٣٧/٥)، كلهم من طريق سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً .

قال الحافظ في التلخيص (١٦٣/٤): وسفيان هذا ضعيف في الزهري، وقد رواه عمر وشعيب وعقيل عن الزهري، عن رجال من أهل العلم قاله أبو داود، قال وهذا أصح من الرفع عندنا، وقال أبو حاتم: أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب، فقد رواه يحيى بن سعيد عن سعيد قوله انتهى، وكذا هو في الموطأ عن الزهري عن سعيد قوله، وقال ابن أبي خيثمة سألت ابن معين عنه، فقال: هذا باطل .

(١) في أ: على .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه (٥٢٨/٦)، برقم (٣٣٥٥٦)، وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٥/٥)، الاختيار لتعليل المختار (١٦٨/٤) .

(٣) سقط في أ .

الفصل السابع

في السلام وتشميت العاطس

قال الفقيه أبو الليث: إذا دخل جماعة على قوم فإن تركوا السلام فكلهم آثمون في ذلك^(١)، وإن سلم واحد منهم جاز عنهم^(٢) جميعاً، وإن سلموا كلهم فهو

(١) ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن السلام سنة مستحبة وليس بواجب، وهو سنة على الكفاية إن كان المسلمون جماعة بحيث يكفي سلام واحد منهم، ولو سلموا كلهم كان أفضل. وذهب الحنفية - وهو رواية عن أحمد وقول مقابل للمشهور عند المالكية - إلى أن الابتداء بالسلام واجب. لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: حق المسلم على المسلم ست، قيل: ما هن يا رسول الله؟ قال: إذا لقيته فسلم عليه، وإذا دعاك فأجبه، وإذا استنصحك فانصح له، وإذا عطس فحمد الله فشمته، وإذا مرض فعده، وإذا مات فاتبعه [أخرجه مسلم (١٧٠٥/٤)]. وأما رد السلام فإن كان المسلم عليه واحداً تعين عليه الرد، وإن كانوا جماعة كان رد السلام فرض كفاية عليهم، فإن رد واحد منهم سقط الحرج عن الباقيين، وإن تركوه كلهم أثموا كلهم، وإن ردوا كلهم فهو النهاية في الكمال والفضيلة، فلو رد غيرهم لم يسقط الرد عنهم، بل يجب عليهم أن يردوا، فإن اقتصروا على رد ذلك الأجنبي أثموا. هذا والأمر بالسلام على هذا النحو ثابت بالكتاب والسنة وبفعل الصحابة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿فَسَلِّمُوا عَلَيَّ أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِّنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبْرَكَةً طَيِّبَةً﴾ وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّئْتُمْ بِهِ فَاَحْسِنُواْ يَاحَسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾.

ومن السنة: ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رجلاً سأل النبي ﷺ: أي الإسلام خير؟ قال: تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت وعلى من لم تعرف [أخرجه البخاري (٢١/١١)، ومسلم (٦٥/١)].

وما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: خلق الله آدم على صورته، طوله ستون ذراعاً، فلما خلقه قال: اذهب فسلم على أولئك - نفر من الملائكة جلوس - فاستمع ما يحيونك، فإنها تحيتك وتحية ذريتك، فقال: السلام عليكم، فقالوا: السلام عليك ورحمة الله، فزادوه: ورحمة الله [أخرجه البخاري (٣/١١)، ومسلم (٤/٢١٨٣)].

وما روي عن أبي عمار البراء بن عازب رضي الله عنهما قال: أمرنا رسول الله ﷺ بسبع: بعبادة المريض، واتباع الجنائز، وتشميت العاطس، ونصر الضعيف، وعون المظلوم، وإفشاء السلام وإبرار المقسم [أخرجه البخاري (١٨/١١)، ومسلم (٣/١٦٣٥)]. وما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: يجزئ عن الجماعة إذا مروا أن يسلم أحدهم، ويجزئ عن الجلوس أن يرد أحدهم [أخرجه أبو داود (٥/٣٨٧، ٣٨٨) وذكر المنذري تضعيف أحد رواته في مختصر السنن (٧٨/٨) إلا أن له شواهد تقويه ذكر بعضها الزيلعي في نصب الراية].

ومن فعل الصحابة ما روي عن الطفيل بن أبي بن كعب أنه كان يأتي عبد الله بن عمر،

أفضل، وإن تركوا الجواب فكلهم آثمون^(١)، وإن رد واحد منهم أجزاءهم، به ورد الأثر، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وإن أجابوا كلهم فهو أفضل، وقال بعض المشايخ: يجب الرد على الكل ولا نأخذ به.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل جالس مع قوم، [مر هناك رجل]^(٢) فقال: السلام عليكم فهذا^(٣) على وجهين: إما^(٤) إن سمى فقال: السلام عليك يا زيد، أو لم يسم، وأشار، ففي [الوجه]^(٥) الأول: إذا أجاب غير زيد لا يسقط الفرض عن زيد، وفي الوجه الثاني يسقط.

وينبغي للمجيب إذا رد [جواب]^(٦) السلام، أن يسمع المسلم، حتى لو لم يسمعه لا يكون جواباً، فلا يخرج عن العهدة؛ ألا ترى أن المسلم إذا سلم ولم يسمع لا

فيغدو معه إلى السوق قال: فإذا غدونا إلى السوق لم يمر عبد الله على سقاط، ولا صاحب بيعة، ولا مسكين، ولا أحد، إلا سلم عليه، قال الطفيل: فجئت عبد الله بن عمر يوماً فاستتبعني إلى السوق، فقلت له: ما تصنع بالسوق وأنت لا تقف على البيع، ولا تسأل عن السلع، ولا تسوم بها، ولا تجلس في مجالس السوق؟ وأقول: اجلس بنا هاهنا نتحدث، فقال: يا أبطن - وكان الطفيل ذا بطن - إنما نغدو من أجل السلام، نسلم على من لقيناه.

ينظر: مراقي الفلاح، ص (١٠٥)، حاشية ابن عابدين (١/٢٦٠)، فتح القدير (٥/٤٦٩)، حاشية العدوي على الرسالة (٢/٤٣٤ - ٤٣٦)، حاشية القليوبي (٤/٢١٥، ٢١٦)، الأذكار، للنووي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص (٣٩٤، ٣٩٥)، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، ط (٣)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص (٣٤٣، ٣٤٤)، الآداب الشرعية والمنح المرعية، شمس الدين محمد المقدسي الحنبلي بن مفلح، دار العلم للجميع، بيروت، ١٩٧٢م (١/٣٧٤).

- (٢) في م: عندهم.
- (١) في م: في ذلك.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: فهو.
- (٤) في أ: لنا.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) سقط في م.

يكون [سلاما، فكذاك إذا رد الجواب ولم يسمع لا يكون]^(١). [جوابا]^(٢)، فإن كان المسلم أصم: ينبغي أن يريه تحريك [شفثيه]^(٣)، وكذلك في جواب العطسة. اختلف المشايخ في التسليم على الصبيان، قال بعضهم: لا يسلم عليهم وهو قول الحسن، وقال بعضهم: التسليم عليهم أفضل وهو قول شريح، قال الفقيه: وبه نأخذ.

وقد روي عن أنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ ورضي عنه أنه قال: «كنت مع الصبيان، إذ جاء رسول الله ﷺ وسلم علينا»^(٤).

وأما التسليم على أهل الذمة، فقد اختلفوا فيه [أيضا]^(٥) قال بعضهم: لا بأس به [لما روي عن أبي أمامة الباهلي - رضي الله عنه - أنه قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بإفشاء السلام على كل مسلم ومعاهد»]^(٦)^(٧).

وقال بعضهم: لا يسلم عليهم.

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال^(٨): لا يسلم على اليهود، والنصارى والمجوس^(٩).

وهذا إذا لم يكن للمسلم حاجة إلى الذمي، فإن كانت له حاجة فلا بأس بالتسليم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) أخرجه البخاري (٣٤/١١) في كتاب الاستئذان، باب: التسليم على الصبيان (٦٢٤٧)، ومسلم (١٧٠٨/٤)، في كتاب السلام، باب: استحباب السلام على الصبيان (١٥/٢١٦٨).

عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، أَنَّهُ مَرَّ عَلَى صِبْيَانٍ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ حَدَّثَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ عَلَى صِبْيَانٍ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِمْ. وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٧/٥).

(٥) سقط في م.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٧/٥).

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

(٩) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٢٧/٥).

عليه .

ويكره مصافحة الذمي ، ولا بأس برد السلام على أهل الذمة ، ولكن لا يزداد على قوله : وعليكم^(١) .

(١) ذهب الحنفية إلى أن السلام على أهل الذمة مكروه لما فيه من تعظيمهم ، ولا بأس أن يسلم على الذمي إن كانت له عنده حاجة ؛ لأن السلام حينئذ لأجل الحاجة لا لتعظيمه ، ويجوز أن يقول : السلام على من اتبع الهدى . وذهب المالكية أيضا إلى أن ابتداء اليهود والنصارى وسائر فرق الضلال بالسلام مكروه ؛ لأن السلام تحية والكافر ليس من أهلها . ويحرم عند الشافعية بداءة الذمي بالسلام ، وله أن يحييه بغير السلام بأن يقول : هداك الله ، أو : أنعم الله صباحك ، إن كانت له عنده حاجة ، وإلا فلا يبتدئه بشيء من الإكرام أصلا ؛ لأن ذلك بسط له وإيناس وإظهار ود . وقد قال الله تعالى : ﴿ لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ . وقال النووي في الأذكار : اختلف أصحابنا في أهل الذمة ، فقطع الأكثرون بأنه لا يجوز ابتداءهم بالسلام ، وقال آخرون : ليس هو بحرام بل هو مكروه . حكى الماوردي وجها لبعض أصحابنا ؛ أنه يجوز ابتداءه بالسلام ، ولكن يقتصر المسلم على قوله : السلام عليك ، ولا يذكره بلفظ الجمع ، إلا أن النووي وصف هذا الوجه بأنه شاذ . وبداءة أهل الذمة بالسلام لا تجوز أيضا عند الحنابلة ، كما لا يجوز أن يحييهم بتحية أخرى غير السلام . قال أبو داود : قلت لأبي عبد الله : تكره أن يقول الرجل للذمي كيف أصبحت؟ أو : كيف حالك؟ أو : كيف أنت؟ أو نحو هذا؟ قال : نعم ، هذا عندي أكثر من السلام . وذكر الحنفية أنه لو قال للذمي : أطال الله بقاءك ، جاز ، إن نوى أنه يطيله ليسلم أو ليؤدي الجزية لأنه دعاء بالإسلام ، وإلا فلا يجوز . ودليل كراهة البداءة بالسلام قول رسول الله ﷺ : " لا تبدءوا اليهود ولا النصارى بالسلام ، فإذا لقيتم أحدهم في طريق فاضطروه إلى أضيقه " . [أخرجه مسلم (١٧٠٧/٤)] والاستقالة أن يقول له : رد سلامي الذي سلمته عليك ؛ لأنني لو علمت أنك كافر ما سلمت عليك . ويستحب له عند الشافعية والحنابلة إن سلم على من يظنه مسلما فبان ذميا أن يستقبله بأن يقول له : رد سلامي الذي سلمته عليك ؛ لما روي عن ابن عمر (أنه مر على رجل فسلم عليه فقيل : إنه كافر ، فقال : رد علي ما سلمت عليك ، فرد عليه ، فقال أكثر الله مالك وولدك ، ثم التفت إلى أصحابه فقال : أكثر للجزية) . وقال المالكية : لا يستقبله . وإذا كتب إلى الذمي كتابا اقتصر على قوله فيه : السلام على من اتبع الهدى ، اقتداء برسول الله ﷺ في اقتصاره على ذلك حين كتب إلى هرقل ملك الروم . وإذا مر واحد على جماعة فيهم مسلمون - ولو واحدا - وكفار ، فالسنة أن يسلم عليهم ويقصد المسلمين أو المسلم . لما روى أسامة بن زيد رضي الله عنهما . أن النبي ﷺ مر على مجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين عبدة الأوثان واليهود فسلم عليهم النبي ﷺ .

وأما رد السلام على أهل الذمة فلا بأس به عند الحنفية ، وهو جائز أيضا عند المالكية ،

قال الفقيه أبو الليث: إذا مررت بقوم وفيهم كفار، فأنت بالخيار، إن شئت قلت: السلام عليكم، وتريد به المسلمين، وإن شئت قلت: السلام على من اتبع الهدى. وإذا مر رجل بالقارئ، فلا ينبغي [له]^(١) أن يسلم عليه؛ لأنه يشغله عن قراءة القرآن، وإن سلم مع ذلك تكلموا فيه، واختيار^(٢) الصدر الشهيد أنه يجب عليه الرد، وكذا اختيار الفقيه أبي الليث، بخلاف المسلم في وقت الخطبة، وهكذا ذكر - رحمه الله - في واقعاته.

ورأيت في فوائد الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : إذا سلم رجل على الذي يصلي، أو يقرأ القرآن، روي عن أبي حنيفة: أنه يرد السلام بقلبه، وعن محمد: أنه يمضي على القراءة، ولا يشغل قلبه، كما لا يشغل لسانه. وفي الأصل: ولا ينبغي للقوم أن يشمتوا العاطس ولا يرد السلام [يعني]^(٣) وقت الخطبة.

= ولا يجب إلا إذا تحقق المسلم من لفظ السلام من الذمي، وهو واجب عند الشافعية والحنابلة. ويقتصر في الرد على قوله: وعليكم، بالواو والجمع، أو: عليك، بالواو دون الجمع عند الحنفية والشافعية والحنابلة، لكثرة الأخبار في ذلك. فمنها ما روي عن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ إذا سلم عليكم أهل الكتاب فقولوا: وعليكم [أخرجه البخاري (٤٢/١١)، ومسلم (١٧٠٥/٤)] ومنها ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: إذا سلم عليكم اليهود فإنما يقول أحدهم: السام عليكم، فقل: وعليك [أخرجه البخاري (٤٢/١١)]. وعند المالكية يقول في الرد: عليك، بغير واو بالإفراد أو الجمع. لما ورد عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ إن اليهود إذا سلموا عليكم يقول أحدهم: السام عليكم، فقل: عليك [أخرجه مسلم (١٧٠٦/٤)] وفي رواية أخرى له قال: عليكم. بالجمع وبغير واو. ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٦٤/٥، ٢٦٥)، الاختيار (١٦٥/٤)، الفواكه الدواني (٢/٤٢٥، ٤٢٦)، حاشية العدوي على الخرشبي (١١٠/٣)، نهاية المحتاج (٤٩/٨)، تحفة المحتاج (٢٢٦/٩)، روضة الطالبين (٢٣٠/١٠، ٢٣١)، صحيح مسلم بشرح النووي (١٤٤/١٤)، المغني (٥٣٦/٨)، كشاف القناع (١٢٩/٣، ١٣٠)، الكافي (٣٥٩/٤)، تفسير القرطبي (٣٠٣/٥)، روح المعاني (١٠٠/٥)، الأذكار، ص (٤٠٤ - ٤٠٦)، رياض الصالحين، ص (٣٤٩).

(١) سقط في م.

(٢) في أ: وأشار.

(٣) سقط في م.

قال [الصدر]^(١) الكبير صاحب الكتاب - رحمه الله - : وكتب في صلاة المستزاد: وقال أبو حنيفة: لا ينبغي لأحد أن يسلم على أحد، وهو يستمع الخطبة، وكذا على المؤذن، والقارئ، والمصلي، والفقهاء إذا كان يفقه غيره، والقاضي إذا كان [ينظر]^(٢) في حجج الخصمين، فإن سلم عليهم ردوا بعد الفراغ، قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - ولقائل أن يقول: ليس عليهم الرد.

وفي صلاة الأثر: روى محمد عن أبي يوسف، أنهم يردوا السلام، ويشمتوا العاطس ويتبين بما ذكر [في صلاة الأثر أن ما ذكر]^(٣) في الأصل قول محمد - رحمه الله - .

قالوا: الخلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - في هذا بناء على أنه إذا لم يرد^(٤) السلام في الحال هل يرد بعد الفراغ من الخطبة؟ على قول محمد - رحمه الله - : يرد، وعلى قول أبي يوسف: لا يرد.

حكى عن الشيخ الجليل أبي بكر محمد بن الفضل [البخاري]^(٥): أنه كان يقول: من جلس ليعلم تلاميذه، فدخل عليه^(٦) داخل، فسلم عليه، وسعه ألا يرد.

قال في كتاب العلل: ولا بأس بالسلام على الذي يلعب الشطرنج وإن ترك^(٧) ذلك بطريق التأديب، والزجر لهم، حتى لا يفعلوا مثل ذلك فلا بأس به، وهذا إذا كان اللعب بالشطرنج للتلهي، وأما إذا كان لتشحيذ خاطر، فلا بأس بالتسليم عليه. قال - رحمه الله - : وكتب^(٨) في المستزاد: لم ير أبو حنيفة بالتسليم على من

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، م: رد.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: عليهم.

(٧) في أ: كان.

(٨) في م: وكتبت.

يلعب بالشطرنج [بأساً]^(١) ليشغله ذلك عما هو فيه، وكره أبو يوسف ذلك تحقيراً لهم.

ذكر محمد في باب الجعائل في السير حديثاً يدل على أن من بلغ إنساناً سلاماً من غائب كان عليه أن يرد الجواب على المبلغ أولاً، ثم على ذلك الغائب. وفي البقالي: عن من قال لآخر: أقرئ فلانا السلام^(٢) يجب أن يفعل. وإذا عطست امرأة^(٣) فلا بأس بتشميتها^(٤)، إلا أن تكون شابة، وإذا عطس الرجل فشمته المرأة، فإن كانت عجوزاً، يرد الرجل عليها، وإن كانت شابة يرد في نفسه، والجواب في هذا كالجواب في السلام. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في م.

(٢) في م: بالسلام.

(٣) في م: المرأة.

(٤) إن كانت المرأة شابة يخشى الافتتان بها كره لها أن تشمت الرجل إذا عطس، كما يكره لها أن ترد على مشمت لها لو عطست هي. بخلاف لو كانت عجوزاً ولا تميل إليها النفوس فإنها تشمت وتشمت متى حمدت الله، بذلك قال المالكية ومثلهم في ذلك الحنابلة. جاء في الآداب الشرعية لابن مفلح عن ابن تميم: لا يشمت الرجل الشابة ولا تشمته. وقال السامري: يكره أن يشمت الرجل المرأة إذا عطست ولا يكره ذلك للعجوز. وقال ابن الجوزي: وقد روينا عن أحمد بن حنبل رضي الله عنه أنه كان عنده رجل من العباد فعطست امرأة أحمد، فقال لها العابد: يرحمك الله. فقال أحمد رحمه الله. عابد جاهل. وقال حرب: قلت لأحمد: الرجل يشمت المرأة إذا عطست؟ فقال: إن أراد أن يستنطقها لسمع كلامها فلا؛ لأن الكلام فتنة، وإن لم يرد ذلك فلا بأس أن يشمتها. وقال أبو طالب: إنه سأل أبا عبد الله: يشمت الرجل المرأة إذا عطست؟ قال: نعم قد شمت أبو موسى امرأته. قلت: فإن كانت امرأة تمر أو جالسة فعطست أشمتها؟ قال: نعم. وقال القاضي: ويشمت الرجل المرأة البرزة ويكره للشابة. وقال ابن عقيل: يشمت المرأة البرزة وتشمته ولا يشمت الشابة ولا تشمته، وقال الشيخ عبد القادر: يجوز للرجل تشميت المرأة البرزة والعجوز، ويكره للشابة، وفي هذا تفريق بين الشابة وغيرها. وعند الحنفية ذكر صاحب الذخيرة: أنه إذا عطس الرجل فشمته المرأة، فإن كانت عجوزاً رد عليها وإلا رد في نفسه. قال ابن عابدين: وكذا لو عطست هي كما في الخلاصة.

ينظر: الاختيار شرح المختار (٣/١١٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/٢٣٦)، حاشية العدوي على كفاية الطالب شرح الرسالة (٢/٣٩٩)، والشرح الصغير (٤/٧٦٤)، الآداب الشرعية لابن مفلح (٢/٣٥٢، ٣٥٣).

الفصل الثامن

في مسائل النظر والمس

يجب أن يعلم أن مسائل النظر تنقسم إلى أربعة أقسام:

نظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى المرأة^(١).

أما بيان القسم الأول: فنقول: يجوز أن ينظر الرجل إلى الرجل إلا إلى عورته [ما بين سرتة]^(٢) حتى يجاوز ركبته^(٣).

وكان أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي يقول: ما دون السرة إلى موضع نبات

(١) في م: اللمس.

(٢) سقط في أ.

(٣) اتفق الفقهاء على أنه يحرم نظر الرجل إلى الرجل بشهوة أو بقصد التلذذ، كما اتفقوا على أنه يحرم على الرجل أن ينظر من الرجل إلى عورته بغير عذر شرعي، ولو بغير شهوة، ويحل له النظر إلى ما سواها، لما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد" [أخرجه مسلم (١/٢٦٦)]. ولكنهم اختلفوا في تحديد عورة الرجل التي يحرم النظر إليها، وقد ذهب معظمهم إلى أن عورة الرجل ما بين سرتة وركبته، ثم اختلفوا في دخول كل من السرة والركبة في عورته، وكذلك الفخذ.

واتفق الفقهاء على تحريم النظر إلى الأمد عن شهوة أو بقصد التلذذ والتمتع بمحاسنه، ولا فرق بين الأمد الصبيح وغيره، بل نص الحنفية والشافعية على أن النظر إلى الأمد بشهوة أشد إثماً من النظر إلى المرأة بشهوة، لأنه لا يحل بحال. وأما إذا كان النظر إلى الأمد بغير شهوة ولا قصد التلذذ فيما أن يخاف من النظر ثوران الشهوة، أو يأمن من ثورانها.

ينظر: المبسوط (١٠/١٤٦، ١٤٧)، والدر المختار ورد المختار (٩/٥٢٦)، والفتاوى الهندية (٥/٣٢٧)، ومواهب الجليل (٢/١٧٨، ١٨٠)، وشرح الخرشي (١/٢٤٦)، وروضة الطالبين (٧/٢١) وما بعدها، ومغني المحتاج (٣/١٣٠)، ونهاية المحتاج (٦/١٩٢)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (١/٢١٣)، ومطالب أولي النهي (٥/١٥)، والإنصاف (٨/٢٥، ٣٠)، والمبدع (٧/١٠)، وكشاف القناع (١/٣٠٨)، ومجموع الفتاوى (٢١/٢٤٩).

الشعر [ليس]^(١) بعورة؛ لتعامل الناس في الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار، ولكن هذا بعيد، فإن التعامل إنما يعتبر فيما لا نص فيه، وفيما دون السرة نص، وما جاز النظر [إليه جاز مسه؛ لأن ما ليس بعورة فمسه والنظر]^(٢) إليه على السواء، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

[وأما بيان القسم الثاني: فنقول: نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل] ^{(١)(٢)}.

(١) سقط في م.
(٢) ذهب الفقهاء إلى أنه لا يحل للمرأة أن تنظر إلى المرأة مهما كانت إذا كان هذا النظر بشهوة أو بقصد التلذذ.

وأما إذا كان بغير شهوة فقد فرق جمهور الفقهاء بين نظر المسلمة إلى المرأة، ونظر الكافرة إلى المرأة المسلمة، وفي نظر المسلمة فرقوا بين الفاجرة والعفيفة، واختلف الفقهاء في حكم نظر المرأة المسلمة إلى المرأة على قولين:
القول الأول: أنه يحل للمرأة المسلمة أن تنظر من المرأة إلى ما يحل للرجل أن ينظر إليه من الرجل، فيحل لها أن تنظر من المرأة إلى جميع بدنها ما عدا ما بين السرة والركبة، وإلى هذا القول ذهب الحنفية في الراجح، وهو قول المالكية في المشهور والشافعية في المعتمد والحنابلة.

واستدل أصحاب هذا القول بحديث الرسول ﷺ: لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة، وذلك أنه ﷺ بين عورة الرجل بالنسبة للرجل، فدل على أن عورة المرأة مع المرأة مثله، لاتحاد الجنس، وما عدا العورة لا يتناوله النهي، فيبقى النظر إليه جائزا.

كما استدلوا بالقياس على نظر الرجل إلى الرجل بجامع اتحاد الجنس، وعدم الخوف من الشهوة والوقوع في الفتنة، وبأن الشرع أباح للنساء المسلمات تجريد المرأة التي تموت لغسلها، ولم يجعل ذلك للرجال وإن كانوا من محارمها، ففي ذلك دليل على أن عورة المرأة في حق المرأة كعورة الرجل في حق الرجل، كذلك قالوا: إن الضرورة داعية إلى الانكشاف فيما بين النساء.

القول الثاني: أن المرأة المسلمة يحل لها أن تنظر من المرأة ما يحل للرجل أن ينظر إليه من ذوات محارمه، حتى لا يباح لها النظر إلى ظهرها وبطنها، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة، وهو مرجوح عند الحنفية، والأول هو الصحيح. واستدل أصحاب هذا القول بما ورد من نهى النساء عن دخول الحمامات بمئزر وبغير مئزر، فعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: إنها ستفتح لكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات، فلا يدخلنها الرجال إلا بالأزر، وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء [أخرجه أبو داود (٣٠٢/٤)، وابن ماجه (١٢٣٣/٢)، وأورده المنذري في الترغيب والترهيب (١٩٩/١) وذكر أن في إسناده راويا ضعيفا].

واختلف الفقهاء في حكم تمكين المسلمة المرأة الكافرة من النظر إليها على أقوال:
الأول: أن المرأة الكافرة في نظرها إلى المرأة المسلمة كالرجل الأجنبي، فلا يحل للمسلمة أن تمكنها من النظر إلى شيء من بدنها سوى ما يحل للرجل الأجنبي أن ينظر إليه منها، وهذا قول الحنفية في الأصح والمالكية، وهو قول عند الشافعية اعتبره البغوي والبلقيني والنووي والقاضي وغيرهم هو الأصح، والحنابلة في رواية.

وأكثر أصحاب هذا القول يرون أنه يحل للمرأة المسلمة أن تمكن الكافرة من النظر إلى وجهها وكفيها، ويحرم عليها تمكينها من النظر إلى ما سوى ذلك، وهو قول الحنفية والمالكية في المعتمد وهو قول عند الشافعية.

وذهب إليه ابن تيمية، وعلى القول الآخر عند الشافعية لا يحل للمسلمة أن تمكن الكافرة من النظر إلى شيء من بدنها، وهو قول لبعض المالكية، وهذا القول إذا كانت الكافرة غير محرم للمسلمة (أي تنزل منزلة الرجل المحرم) وغير مملوكة لها، أما هما فيجوز لهما النظر إليها.

واستدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: ﴿أَوْ يُسَآيِهِنَّ﴾ فقد فسرها جمهور العلماء بأنهن النساء المسلمات الحرائر، وذلك بناء على ما ورد عن ابن عباس - رضي الله عنهما - من قوله في تفسير الآية: هن المسلمات لا تبديه ليهودية ولا نصرانية، ولأنه لو جاز للكافرة النظر إلى المسلمة لم يبق للتخصيص الوارد في الآية بالإضافة فائدة، فدل على أن المراد صنف من النساء هن المسلمات.

واستدلوا بما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي عبيدة رضي الله عنه: أما بعد، فإنه بلغني أن نساء من نساء المسلمين يدخلن الحمامات ومعهن نساء أهل الكتاب فامنع ذلك وحل دونه، وفي رواية: فإنه لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن ينظر إلى عورتها إلا أهل ملتها [أثر عمر: أما بعد فإنه بلغني أن نساء من نساء المؤمنين . . . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٥/٧) بروايته]، أي ما يعرى وينكشف منها.

واستدلوا أيضا بما رواه سعيد عن مجاهد أنه قال: لا تضع المسلمة خمارها عند مشرقة، ولا تقبلها، لأن الله تعالى يقول: ﴿أَوْ يُسَآيِهِنَّ﴾ فليست من نسائهن. كما استدلو بأن كشف المرأة المسلمة عن بدنها أمام الكافرة قد يؤدي إلى أن تصفها لزوجها أو غيره، فإن دينها لا يمنعها عن ذلك، وأما المسلمة فإنها تعلم أن ذلك حرام فتتجر عنه.

وقد ورد عن عبادة بن نسي أنه كره أن تقبل النصرانية المسلمة أو ترى عورتها ويتأول ﴿أَوْ يُسَآيِهِنَّ﴾. [أخرجه الطبري (٩٥/١٨)].

القول الثاني: أن نظر المرأة الكافرة إلى المسلمة كنظر المسلمة إلى المسلمة، ولا فرق بينهما، وهو مقابل الأصح عند الحنفية، وقد استظهره صاحب العناية، فقد قال: والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها، والنساء كلهن في حل نظر بعضهن إلى بعض سواء.

ويستفاد مثل هذا من قول السرخسي: إن كان مع الرجال امرأة كافرة علموها الغسل لتغسلها، لأن نظر الجنس لا يختلف بالموافقة في الدين والمخالفة وهو وجه عند الشافعية اعتبره الغزالي هو الأصح، وهو الصحيح عند الحنابلة، جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المغني والشرح الكبير ونصره، وصححه صاحب الكافي، وقد رجح هذا القول من العلماء الفخر الرازي، حيث نقل عنه الألويسي أنه قال: والمذهب أنها



كالمسلمة، والمراد بنسائهن جميع النساء، وقول السلف محمول على الاستحباب. وكذلك ابن العربي من المالكية، حيث قال: والصحيح عندي أن ذلك جائز لجميع النساء، وإنما جاء بالضمير للاتباع، فإنها آية الضمائر، إذ فيها خمس وعشرون ضميراً، لم يرد في القرآن لها نظير.

واستدل أصحاب هذا القول بأن نساء أهل الكتاب كن يدخلن على نساء النبي ﷺ، فلم يكن يتحجبن ولا أمرن بحجاب.

واستدلوا أيضاً بالقياس على نظر الرجل الكافر للرجل المسلم بجامع اتحاد الجنس، فكما لم يفرق في حكم النظر بين الرجال باختلاف الدين، فكذلك في حكمه بين النساء، ولأن المعنى الذي منع به الرجال من النظر إلى النساء غير موجود في النظر بين النساء، سواء اتحد الدين أم اختلف، ولأن هذا القول أرفق بالناس ويرفع حرجاً عنهم، إذ لا يكاد يمكن احتجاب المسلمات عن الذميات.

القول الثالث: أنه يجوز للمسلمة أن تمكن الكافرة من النظر إلى ما ينظر إليه محارمها، وهو قول بعض المالكية، وقول عند الشافعية وصفه النووي بالأشبه والرملي والخطيب الشرييني بالمعتمد، وهو رواية عند الحنابلة.

ينظر: المبسوط (١٠/١٤٧، ١٦١)، تبيين الحقائق (٦/١٨)، ومجمع الأنهر (٢/ ٥٣٨، ٥٣٩)، والدر المختار ورد المحتار (٩/٥٣٤)، والهداية وشروحها (١٥/٣٥ - ٣٧)، والعناية على الهداية (١٠/٤٧، ٤٨)، والفتاوى الهندية (٥/٣٢٧)، ومواهب الجليل (٢/١٨٠)، وبلغة السالك (١/١٩٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٢١٣)، ومغني المحتاج (٣/١٢١، ١٢٨) وما بعدها (٤/٢١٤)، ونهاية المحتاج (٦/ ١٩٤)، وروضة الطالبين (٧/٢١، ٢٢) وما بعدها (٣/١٧٤)، والإنصاف (٨/٢٤، ٢٥)، والمبدع (٧/١٠-١١)، ومطالب أولي النهى (٥/١٥)، والمغني (٦/٥٦٢، ٥٦٣)، وفتح القدير، للشوكاني (٤/٣٢)، وتفسير القرطبي (١٢/٢٣٣)، وتفسير ابن كثير (٢/٦٠٠، ٦٠١)، وأحكام القرآن، للجصاص (٣/٣١٨)، وتفسير الألوسي (١٨/١٤٣)، وأحكام القرآن، لابن العربي (٣/٣٢٦).

وأما بيان القسم الثالث: فنقول: نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي، كنظر الرجل إلى الرجل الأجنبي، ينظر إلى جميع جسده إلا ما بين سرتة حتى يجاوز ركبته^(١).

وأشار في الكتاب: [إلى]^(٢) أنها لا تنظر إلى ظهره وبطنه، وما ذكر من الجواب فيما إذا كانت المرأة تعلم يقينا أنها لو نظرت إلى بعض ما ذكرنا من الرجل لا يقع في قلبها شهوة، وأما إذا علمت أنه يقع في قلبها شهوة أو شكت. ومعنى الشك: استواء الظنين، فأحب إلي أن تغض طرفها^(٣) عنه، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

وقد ذكر في الاستحسان^(٤): فيما إذا كان الناظر إلى الرجل الأجنبي المرأة، وفيما [إذا]^(٥) كان الناظر إلى المرأة الأجنبية هو الرجل [قال]^(٦) فليجتنب بجهدته على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وهو دليل الحرمة، وهو الصحيح في الفصلين جميعا، ولا تمس شيئا منه، إذا كان أحدهما شابا في حد الشهوة، وإن أمنا على أنفسهما الشهوة، فقد حرم اللمس، وإن أمنا على أنفسهما الشهوة إذا كان أحدهما في حد الشهوة، ولم يحرم النظر إذا أمنا على أنفسهما الشهوة. وأما الأمة فيحل لها النظر إلى جميع أعضاء الرجل الأجنبي سوى ما بين سرتة حتى [يجاوز]^(٧) ركبته^(٨)، وتمس جميعا إذا أمنا على أنفسهما الشهوة.

(١) في أ: ركبته.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بصرها.

(٤) في م: الاستحباب.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: ركبته.

وأما بيان القسم الرابع: [وهو نظر الرجل إلى المرأة]^(١) فنقول: نظر الرجل إلى المرأة ينقسم أقساماً أربعة:

[فنظر الرجل إلى زوجته ومملوكته، ونظر الرجل إلى ذوات محارمه، ونظر الرجل إلى المرأة الأجنبية، و]^(٢) نظر الرجل إلى [أمة]^(٣) الغير.

أما نظره إلى زوجته ومملوكته فهو حلال من قرنهما إلى قدمها [عن شهوة أو غير شهوة وهذا ظاهر إلا أن الأولى ألاً]^(٤) ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه. وكان ابن عمر - رضي الله عنهما - يقول: الأولى أن ينظر الرجل إلى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة.

وعن أبي يوسف في الأمالي قال: سألت أبا حنيفة - رضي الله عنه - : يمس الرجل فرج امرأته، أو تمس هي ذكره^(٥)؛ ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأساً؟ قال: لا، وأرجو أن يعظم له الأجر.

وأما النظر إلى ذوات محارمه، فنقول: يباح للرجل النظر إلى موضع زيتها^(٦) الظاهرة، والباطنة، ومواضع الزينة^(٧)، الرأس، والعنق والأذن، والصدر، والعضد، والساعد، والكف، والساق، والرجل، والوجه.

فالرأس: موضع التاج والإكليل، والشعر: موضع العقاص، والعنق موضع القلادة، والصدر كذلك، والقلادة قد تنتهي إلى الصدر وكذلك الوشاح، والأذن موضع القرط، والعضد: موضع الدملاج، والساعد موضع السوار، والكف موضع

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: إماء، وسقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: و.

(٥) في م: فرجه.

(٦) في م: موضع الرأس.

(٧) في م: زينة.

الخاتم، والخضاب، والساق: موضع الخلخال^(١)، والقدم: موضع الخضاب، [وما حل النظر إليه حل مسه]^(٢)، وغمزه من غير حائل، ولكن إنما يباح النظر إذا كان يأمن على نفسه [الشهوة]^(٣)، وكذلك المس، إنما يباح [له]^(٤) إذا أمن على نفسه وعليها الشهوة [أما]^(٥) إذا كان يخاف على نفسه أو عليها الشهوة^(٦) فلا يحل له المس.

ولا يحل له أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك.

وذوات المحارم: من حرم عليه نكاحهن بالنسب، نحو الأمهات، والبنات والجدات، والعمات، [والخالات]^(٧)، وبنات الأخ وبنات الأخت، و^(٨) النسب كالرضاع، وكذلك الحرمة بالمصاهرة إذا كانت بالنكاح بلا خلاف، واختلفوا فيما إذا كانت بالزنا؛ فبعض المشايخ قالوا: لا يثبت بها حل النظر والمس.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : والأصح أنه لا بأس بذلك، وقاسه على ما إذا كانت هذه الحرمة بسبب النكاح.

قال محمد - رحمه الله - : ويجوز [له]^(٩) أن يسافر بها وأن يخلو بها يعني: بمحارمه إذا أمن على نفسه، فإن علم أنه يشتهيها، أو^(١٠) تشتهيها إن سافر بها

(١) زاد في م: والخضاب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، وزاد في م: فلا يحل له النظر.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: أو.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: و.

أو خلا بها، أو كان أكبر رأيه ذلك، أو شك فلا يباح له ذلك، وإن احتاج إلى حملها و^(١) إنزالها في السفر، فلا بأس بأن يأخذ بطنها أو^(٢) ظهرها من وراء الثياب، فإن خاف الشهوة على نفسه أو عليها فليجتنب بجهده، وذلك بأن يجتنب أصلاً متى أمكنها الركوب والنزول بنفسها، وإن لم يمكنها ذلك تكلف المحرم في ذلك زيادة تكلف بالثياب حتى لا يصل إليه حرارة بدنها، وإن لم يمكنه ذلك يكلف لدفع الشهوة عن قلبه، يعني: لا يقصد بها فعل [قضاء]^(٣) الشهوة.

وأما النظر إلى إماء الغير والمدبرات وأمهات الأولاد، فهو كنظر الرجل إلى ذوات محارمه^(٤) حتى جاز [النظر]^(٥) إلى رأسها، وأذنها وعنقها، وصدرها وعضدها، وساقها، ورجلها ووجهها.

وكان محمد بن مقاتل [الرازي]^(٦) يقول: يجوز النظر إلى ظهرها وبطنها وجنبها.

قال: وكل ما يباح النظر إليه منها يباح مسه إذا أمن على نفسه الشهوة وعليها. ولم يذكر محمد - رحمه الله - في شيء من الكتب الخلو، والمسافرة [بأمة غيره]^(٧)، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يحل وإليه مال الحاكم الشهيد - رحمه الله-، ومنهم من قال: يحل، [وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي، والذين قالوا بالحل]^(٨) اختلفوا فيما بينهم، بعضهم قالوا: ليس له أن يعالجها في الإنزال والإركاب، وبعضهم قالوا: له ذلك إذا أمن على نفسه

(١) في م: أو.

(٢) في م: و.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: المحارم.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، م: بإماء الغير.

(٨) في أ: وقد.

الشهوة .

وأما النظر إلى الأجنبيةات فنقول: يجوز النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منهن، وذلك: الوجه والكف في ظاهر الرواية .

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه يجوز النظر إلى قدمها أيضا . وفي جامع البرامكة عن أبي يوسف^(١) - رحمه الله - : أنه يجوز النظر إلى ذراعيها .

قيل: وكذلك يباح النظر إلى ثيابها^(٢) .

وذلك كله إذا لم يكن النظر عن شهوة، فإن كان يعلم أنه لو نظر اشتهى، أو كان أكبر رأيه ذلك، فليجتنب بجهد .

ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن^(٣) الشهوة، بخلاف النظر، وهذا إذا كانت شابة تشتهى، وإن كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها و[مس]^(٤) يدها، وكذلك إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها فلا بأس بأن يصافحها، وإن كان لا يأمن على نفسه أو^(٥) عليها فليجتنب .

ثم إن محمدا - رحمه الله - أباح المس للرجل إذا كانت المرأة عجوزا، ولم يشترط كون الرجل بحال لا يجامع مثله، وفيما إذا كان الماس هي المرأة، قال: إذا كانا كبيرين لا يجامع [مثله، ولا يجامع]^(٦) مثلها، فلا بأس بالمصافحة فيتأمل عند الفتوى .

وإن كان عليها ثياب، فلا بأس بأن يتأمل جسدها، وهذا إذا لم تكن ثيابها

(١) في أ: حنيفة .

(٢) في أ: نقابها .

(٣) زاد في م: من .

(٤) سقط في أ .

(٥) في م: و .

(٦) سقط في م .

ملتزقة^(١) بها بحيث تصف ما تحتها كالقباء^(٢) التركية [ولم تكن]^(٣) رقيقة بحيث تصف ما تحتها، فإن كانت بخلاف ذلك فينبغي [له]^(٤) أن يغض بصره، وهذا إذا كانت في حد الشهوة، فإن كانت صغيرة لا يشتهي مثلها، فلا بأس بالنظر إليها ومن مسها.

ثم إن النظر إلى الحرة الأجنبية قد يصير مرخصا عند الضرورة لما عرف أن مواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، ومن مواضع الضرورة: إذا دعي الرجل إلى شهادة، يعني أداء لشهادة عليها، أو أراد الحاكم أن ينظر إليها ليجيز إقرارها عليها، وكان إذا نظر اشتهى، أو كان أكبر رأيه ذلك، فلا بأس بالنظر إليها، وإن كان فيه شهوة عند النظر يبغي ألا يقصد قضاء الشهوة، وإنما يقصد أداء الشهادة^(٥) والحكم عليها.

و[قد]^(٦) اختلف المشايخ فيما إذا دعي إلى تحمل الشهادة عليها وهو يعلم أنه لو نظر إليها يشتهي، فمنهم من جوز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة^(٧).

قال شيخ الإسلام: والأصح أنه لا يباح ذلك؛ إذ لا ضرورة في تحمل الشهادة، فقد يوجد من لا يشتهيها بالنظر إليها، بخلاف حال الأداء.

وكذلك إذا اشترى جارية، فلا بأس بأن ينظر إلى شعرها وصدرها وساقها، وإن اشتهى، ولا يحل له أن يمس شيئا منها إن اشتهى أو كان أكبر رأيه.

(١) في أ: مكشوفاً، وفي م: مكشوفاً.

(٢) في أ، م: كقباء.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الشهوة.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: الشهادة.

ولا يحل النظر إلى العورة إلا عند الضرورة والعذر.
ومن جملة الأعدار: الختان، والختان ينظر عند ذلك الفعل، وكذلك الخافضة
تنظر، ومن ذلك عند الولادة والرجل^(١) ينظر إلى موضع الفرج من الرجل وإلى
موضع الاختتان عند الحاجة إليه بأن كان مريضاً.

وقد روي عن أبي يوسف: أنه [إذا]^(٢) كان [الرجل]^(٣) به [هزال]^(٤)
فاحش^(٥) وقيل له: إن الحقنة تزيل ما بك من الهزال، فلا بأس بأن يبدي ذلك
الموضع للحقن، وهذا صحيح، فإن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره^(٦) الدف
والسل.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصوم: أن الحقنة إنما تجوز عند
الضرورة، وإذا لم يكن ثمة ضرورة ولكن فيها منفعة ظاهرة بأن كان يتقوى بسببها
على الجماع لا يحل عندنا، وإذا كان [به]^(٧) هزال فإن كان هزالاً^(٨) يخشى منه
التلف يحل، وما لا فلا.

وذكر الفقيه أبو الليث في فتاويه في باب الطهارة: قال محمد بن مقاتل الرازي:
لا بأس بأن ينور صاحب الحمام عانة^(٩) إنسان بيده [عند التنوير]^(١٠) إذا كان يغض
بصره، كما أنه لا بأس إذا تداوى جرحاً [أو قرحاً]^(١١).

(١) في م: والمرأة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في أ: فاحتقن.

(٦) في م: آخر.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: هذا.

(٩) في أ: عورة.

(١٠) في أ: عند الحاجة إلى التنوير.

(١١) سقط في أ.

قال الفقيه - رحمه الله-، وهذا [في]^(١) حالة الضرورة لا في غيرها، وينبغي لكل أحد أن ينور عانتة بيده إذا انتور^(٢).

وإذا أصابت امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل^(٣) أن ينظر إليه علم امرأة دواها لتداويها، وكذا في امرأة العينين، ينظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر فرق القاضي بينهما، وكذا لو اشترى جارية على أنها بكر فقبضها، فقال: وجدتها ثيبا، ينظر إليها النساء للحاجة إلى فصل الخصومة، فإن لم يجدوا امرأة تداوي^(٤) القرحة، ولم يقدرُوا على امرأة تعلم ذلك، وخافوا أنها تهلك، أو يصيبها بلاء ووجع لا تتحملة، فلا بأس بأن يستر منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة ثم يداويها رجل، ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع، وذوات المحارم والأجنبيات في ذلك على السواء.

والعبد فيما ينظر إلى مولاته كالحر الأجنبي، لا يحل له أن ينظر [إلا]^(٥) إلى وجهها وكفيها، ولا يحل له المسافرة بها والدخول عليها ويستوي [في ذلك]^(٦): الخصي والفحل، وكذلك الم محبوب الذي لم يجف ماؤه، وإن كان مجبوبا [قد جف]^(٧) ماؤه، فقد رخص بعض مشايخنا في حقه بالاختلاط^(٨) بالنساء لوقوع الأمن [من]^(٩) الفتنة، والأصح أنه لا يحل له ذلك، ومن رخص فيه تأول قوله تعالى: ﴿أَوِ التَّبَعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ﴾ الآية، وبين أهل التفسير كلام في معنى هذا.

- (١) سقط في م.
- (٢) في أ، م: تنور.
- (٣) في م: للرجال.
- (٤) زاد في م: تلك.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: بالاحتياط.
- (٩) سقط في م.

ف قيل: هو المـجبـوب الـذي جـف مـاؤه .

وقيل: هو المـخـنـث الـذي لا يـشـتـهـي [النساء] ^(١) .

والكلام في المـخـنـث عـنـدنا: أنه إذا كان مـخـنـثا في الـرـديء من الأفعال [فهو كغيره من الرجال، بل هو من الفساق ينحى عن النساء، وأما إذا كان في أعضائه لين، أو في لسانه تكسر بأصل الخلقة] ^(٢) [و] لا يشتهي النساء، ولا يكون مـخـنـثا في الـرـديء من الأفعال] ^(٣) فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء .

وقيل المراد: من قوله تعالى: ﴿أَوِ التَّائِبِينَ عَنِ الْإِرْبَةِ﴾: الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء، وإنما همه بطنه، وفي هذا كلام أيضا عندنا، إذا كان شابا، ينحى عن النساء، وإنما ذلك [إذا كان] ^(٤) شيئا كبيرا قد ماتت شهوته، فحينئذ يرخص في ذلك .

والأصح: أن نقول: قوله تعالى: ﴿أَوِ التَّائِبِينَ﴾ من المتشابه، وقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أْبْصَارِهِمْ﴾ محكم، فنأخذ بالمحكم، فنقول: كل من كان من الرجال لا يحل لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها، إلا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك .

ولا بأس بدخول الخصي على النسوان ما لم يبلغ حد الحلم، وذلك خمس عشرة سنة؛ لأنه لا يحتلم [قبل ذلك السن] ^(٥) . والله أعلم .



(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ، م .

الفصل التاسع في مسائل اللبس

ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير في باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب، وأن من [أراد أن]^(١) يجدد اللف لعمامته ينبغي أن ينقضها كورا كورا، فإن ذلك أحسن من رفعها عن الرأس وإلقائها في الأرض دفعة واحدة، وأن المستحب إرسال ذنب العمامة [بين الكتفين، واختلفوا في مقدار ما ينبغي أن يكون من ذنب العمامة]^(٢) منهم من قدره بشبر، ومنهم من قال: إلى وسط الظهر، ومنهم من قال: إلى موضع^(٣) الجلوس.

وذكر فيه أيضا: أنه لا بأس بلبس القلانيس، فقد صح أنه كان لرسول الله ﷺ قلانيس يلبسها^(٤).

ذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه كان يكره لبس الحرير والديباج، وكان لا يرى بالتوسد به والنوم عليه بأسا. وقال محمد: يكره التوسد والنوم عليه كما يكره اللبس، وقول أبي يوسف مثل قول محمد.

وفي المنتقى: [روى]^(٥) ابن سماعة عن محمد: [وليس]^(٦) القعود على الحرير والديباج [كاللبس في الكراهة، فإن أراد بقوله: ليس القعود عليهما كاللبس]^(٧) نفي الكراهة أصلا، صار عن محمد في القعود على الديباج روايتان، فإن ظاهر مذهبه أن

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وسط.

(٤) قال ابن القيم في زاد المعاد (١/١٣٥): وكان يَلْبَسُ الْقَلَنْسُوَّةَ بغير عمامة، ويلبس العمامة بغير قلنسوة.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

القعود على الديباج^(١) مكروه، وإن أراد به إثبات التفاوت في الكراهة لا يصير في المسألة روايتان، بل كل واحد منهما مكروه، إلا أن اللبس أشد كراهة؛ لأن الاستعمال فيه أكثر.

الجبة إذا كانت كفافتها من الديباج هل يكره للرجال لبسها؟ اختلف المشايخ فيه، وذكر الطحاوي في شرح [كتاب]^(٢) الآثار حديثين أحدهما يدل على الكراهة، والآخر يدل على عدم الكراهة.

وذكر الشيخ الإمام في شرح السير: الصحيح أنه لا يكره. وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في شرحه: أنه لا يكره، ولم يذكر اختلاف المشايخ، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في رواية السير. وأما لبس ما علمه حرير أو مكفوف به فمطلق عند عامة الفقهاء خلافا لبعض الناس.

وعن هشام عن أبي حنيفة: أنه لم ير بأسا بالعلم في الثوب قدر أربعة أصابع. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا كفف قميصه حريرا أو عروة أو أزرارا، لم يكن عندي بذلك بأس، وهو كالعلم يكون في الثوب ومعه غيره لا بأس به، وإن كان وحده كرهته وأكره تَكَّةَ الْحَرِيرِ؛ لأنها تلبس وحدها^(٣). وفي السير الكبير: لا بأس بلبس الثوب في غير الحرب إذا كان أزراره ديباجا أو ذهابا.

وفي شرح الجامع الصغير لبعض المشايخ: لا بأس بتكة الحرير للرجل عند أبي حنيفة، وذكر الصدر الشهيد في أيمان الواقعات أنه يكره عند أبي يوسف ومحمد. وفي حاشية الجامع الصغير للصدر الشهيد - رحمه الله - [أنه]^(٤) مكتوب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٥٣٤).

(٤) سقط في أ.

بخطه: إن في تكة الحرير اختلافا بين أصحابنا.

وذكر الطحاوي في مختصره عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن علم الثوب إذا كان من الفضة لا يكره، وإذا كان من الذهب يكره، قالوا: وهذا مشكل، فقد رخص الشرع في الكفاف [والكفاف] ^(١) [قد] ^(٢) يكون من الذهب، والترخيص في الكفاف يكون ترخيصا في العلم.

وذكر هشام عن محمد - رحمه الله - : أنه لم ير باللباس المرتقع بأسا، وكذا لم ير باللبد الأحمر للسرَج بأسا.

وفي مجموع النوازل: وسئل عن الزينة والتجمل في الدنيا قال: خرج رسول الله ﷺ ذات يوم، وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم، ودخل رجل من أصحابه عليه ثوب وعليه رداء آخر فقال - عليه السلام - : «إن الله تعالى إذا أنعم على عبد يحب أن يرى آثار نعمته عليه» ^(٣).

وأبو حنيفة - رضي الله عنه -، كان يتردى برداء قيمته أربع مائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ﴾.

وكان أبو حنيفة يقول لتلامذته: إذا رجعتم إلى أوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة، وإياكم والثياب الخسيسة، فإن الناس ينظرون إليكم بعين الرحمة، وهو مع زهادته وورعه كان يوصيهم بذلك.

ومحمد بن الحسن - رحمه الله - كان يلبس الثياب النفيسة، فقليل له في ذلك، فقال: إن لي نساء وجواري فأزين نفسي كيلا ينظرون إلى غيري، وكان يتعمم بعمامة

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) أخرجه البيهقي (٢٧١/٣) كتاب صلاة الخوف، باب: الرخصة للرجال في لبس الخنز، عن عمران بن حصين، وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، وأخرجه الترمذي (٢٨١٩)، والحاكم (١٣٥/٤) بلفظ: إن الله تعالى يحب أن يرى أثر نعمته على عبده.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

سوداء، فدخلت عليه يوما مستورته وبقيت متحيرة، وتنظر في وجهه، فقال ما شأنك؟ فقالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك، فوضعها عن رأسه، ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك.

قيل للشيخ: أليس قد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كان يلبس قميصا عليه كذا وكذا رقعة؟^(١) قال: إنما فعل عمر - رضي الله عنه - لنوع من الحكمة، وهو [أنه]^(٢) كان أمير المؤمنين، ولو لبس ثيابا نفيسة واتخذ لنفسه ألوانا من الأطعمة فعماله، وحشمه، يقتدون به، وربما لا يكون لهم مال فيأخذون من مال المسلمين، فإنما اختار^(٣) ذلك لهذه المصلحة.

وفي المنتقى: كان أبو حنيفة - رضي الله عنه - يكره للرجل أن يلبس الثوب^(٤) المعصفر، والمزعفر.

روى محمد - رحمه الله - في السير الكبير: النهي للرجال عن لبس المعصفر. قيل: المراد منه أن يستعمل لبس المعصفر ليحجب نفسه إلى النساء؛ لأن الغالب من حال الإنسان أنه إنما يفعل ذلك حال [ميلان قلبه]^(٥) إليهن، وحال اشتغاله بهن، فيكون نهيا عن اتباع الشهوات، وملازمته^(٦) النساء.

وقيل: النهي عن اللبس المعصفر والمزعفر في حال الرجال مطلقا. فقد جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن لبس المعصفر»^(٧).

(١) أخرجه الترمذي (٢٤٥/٤) في اللباس، باب: ما جاء في ترقيع الثوب (١٧٨٠)، والحاكم في المستدرک (٣١٢/٤) في كتاب الرقاق، باب: الأشياء التي لا بد لابن آدم منها.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أجاز.

(٤) في م: الثوبان.

(٥) في أ: ميلانه.

(٦) في م: وملازمة.

(٧) أخرجه مسلم (١٦٤٨/٣٣) كتاب اللباس والزينة، باب: النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر، حديث (٢٠٧٨/٢٩)، والترمذي (٢١٩/٤) كتاب اللباس، باب: ما جاء في كراهية المعصفر للرجال، حديث (١٧٢٥)، وأبو داود (٣٢٢/٤) كتاب اللباس، باب: من =

وقال: «إياكم والحمرة فإنها زي الشيطان»^(١).

وفي المنتقى: لا بأس بحشو القز، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ويكره ثوب القز يكون [القز]^(٢) بين الفرو وبين الظهارة، وهو البطانة؛ لأن البطانة ملبوسة كالظهارة، ولبس الحرير حرام على الرجال^(٣)، فأما الحشو: فليس بملبوس أصلا.

كرهه لبس الحرير، حديث (٤٠٤٤)، والنسائي (١٨٨/٢، ١٨٩) كتاب التطبيق، باب: النهي عن القراءة في الركوع، وابن ماجه (١١٩١/٢) كتاب اللباس، باب: كراهية المعصفر للرجال، حديث (٣٦٠٢)، وأحمد (١٢٦/١)، ومالك (٨٠/١) كتاب الصلاة، باب: العمل في القراءة، حديث (٢٨)، من حديث علي، أن رسول الله ﷺ نهى عن لبس المعصفر والقسى، وعن تحتم الذهب، وعن قراءة القرآن في الركوع. وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: رَأَى عَلِيَّ النَّبِيُّ ﷺ ثَوْبَيْنِ مُعْصَفَرَيْنِ، فَقَالَ: «أَتُكُّ أَمْرَتُكَ بِهَذَا؟!...».

أخرجه مسلم (١٦٤٧/٣) كتاب اللباس والزينة، باب: النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر، حديث (٢٠٧٧/٢٨) من طريق طاوس عن عبد الله بن عمرو به. وأخرجه أيضا (١٦٤٧/٣) رقم (٢٠٧٧/٢٧) من طريق جبير بن نغير عن عبد الله بن عمرو قال: رأى رسول الله ﷺ علي ثوبين معصفرين فقال: إن هذه من ثياب الكفار فلا تلبسها.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٤٨/١٨)، وذكره الهيثمي في المجمع (١٣٠/٥) وقال: رواه الطبراني بإسنادين؛ في أحدهما: يعقوب بن خالد بن نجيح البكري العبدي، ولم أعرفه. وفي الآخر: بكر بن محمد يروي عن شعبة، وبقية رجالهما ثقات. عن عمران بن حصين، مرفوعا، بلفظ: «إِيَّاكُمْ وَالْحُمْرَةَ؛ فَإِنَّهَا أَحَبُّ الزَيْنَةِ إِلَى الشَّيْطَانِ».

(٢) سقط في م.

(٣) اتفق الفقهاء على حل الحرير المصمت أي الخالص للنساء لبسا واستعمالا. لما روى أبو موسى أن النبي ﷺ قال: أحل الذهب والحرير لإناث أمتي وحرم على ذكورها [أخرجه النسائي (١٦١/٨) من حديث أبي موسى. وحسنه ابن المديني كما في التلخيص لابن حجر (٥٣/١)]. ولما روي عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أخذ حريرا فجعله في يمينه وذها في شماله، ثم رفع يديه بهما فقال: إن هذين حرام على ذكور أمتي حل لإناثهم [أخرجه ابن ماجه (١١٨٩/٢)، وحسنه ابن المديني كما في التلخيص لابن حجر (٥٣/١)]. ولحديث زيد بن أرقم وواثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: «الذهب والحرير حل لإناث أمتي حرام على ذكورها» [أخرجه الطبراني في الكبير (٢٤٠/٥)]. وقال الهيثمي في المجمع (١٤٣/٥): «فيه ثابت بن زيد بن أرقم، وهو ضعيف». وأما حديث وائلة فأخرجه الطبراني كذلك كما في التلخيص لابن حجر (٥٤/١) وقال ابن حجر: «إسناده مقارب». ولما روي

الثوب إذا تنجس نجاسة تمنع جواز الصلاة فيه، هل يجوز لبسه؟ ذكر في كراهية^(١) [أبي يوسف]^(٢) [قال أبو يوسف]^(٣) في حديث سعيد بن جبير: أنه كان

= عن أنس (أنه رأى على أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ برد حرير سيرا) [أخرجه البخاري (الفتح ٢٩٦/١٠)]. ولما روي عنه أيضا قال: (رأيت على زينب بنت رسول الله ﷺ قميص حرير سيرا) [أخرجه ابن ماجه (١١٩٠/٢)، والنسائي (١٩٧/٨). ونوه ابن حجر في الفتح (٣٠٠/١٠) أن المحفوظ ذكر «أم كلثوم» بدلا من «زينب»]. واتفقوا على حرمة لبس الحرير المصمت على الرجال ثيابا وغطاء للرأس واشتمالا ولو بحائل للأحاديث السابقة التي تصرح بحرمة على الرجال. وهذا في غير حالة الحرب أو المرض أو ما في معناهما. أما في الحرب فإنه يجوز لبس الحرير للرجال عند أبي يوسف ومحمد وابن الماجشون من المالكية مطلقا. وعند الحنابلة بقيد، وهو ما إذا كانت باللباس حاجة إليه. فإذا لم تكن باللباس حاجة إليه فعلى وجهين عندهم:

أحدهما: الإباحة لأن المنع من لبسه للخيلاء، والخيلاء وقت الحرب غير مذمومة. والوجه الآخر: الحرمة وظاهر كلام أحمد بإباحته مطلقا. وأضاف ابن حبيب من المالكية حال الحكمة. وهذا موافق لرواية عند الحنابلة لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ: رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير رضي الله عنهما في لبس الحرير لحكمة كانت بهما [أخرجه البخاري (الفتح ٢٩٥/١٠)، ومسلم (١٦٤٦/٣)]. والرواية الأخرى عندهم أنه لا يباح للمريض لاحتمال أن تكون الرخصة خاصة بهذين الصحابين. وتوسع الشافعية في حال العذر المبيح مع التقييد فقالوا: كحر وبرد مضرين إذا لم يجد غيره، وحاجة كجرب إن أذى المريض غيره. وعند أبي حنيفة والمشهور عند المالكية أنه لا يجوز لبس ثياب الحرير المصمت مطلقا لعموم الخبر.

ويذهب الحنفية وهو قول عند المالكية ووجه عند الشافعية والحنابلة: إلى أنه لا يجوز لباس الصغير الذكر الحرير. لأن النبي ﷺ أدار الحرمة على الذكورة. إلا أن اللباس إذا كان صغيرا فالإثم على من ألبسه لا عليه. لأنه ليس مكلفا. ولعموم قول النبي ﷺ: وحرم على ذكورها. ولما رواه أبو داود بإسناده عن جابر قال: كنا ننزعه عن الغلمان وتركه على الجوارى [أخرجه أبو داود (٣٣١/٤)]. ومن قال من المالكية بذلك استثنى الرضيع للمشقة الداخلة على أمه. ويذهب الشافعية إلى جواز إلباسه صغار الذكور. وهذا قول للمالكية، ووجه عند الحنابلة لأنه غير مكلف فلا يتعلق التحريم بلبسهم. وهناك وجه ثالث عند الشافعية، وهو أنه إذا بلغ الصبي سبع سنوات يحرم إلباسه ثوب حرير.

ينظر: بدائع الصنائع (١٣٠/٥، ١٣٢)، والخروشي على مختصر خليل (٢٥٢/١)، (٢٥٣)، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل (١/٥٠٥-٥٠٦)، وحاشية الجمل على شرح المنهج، للشيخ زكريا الأنصاري (٢/٨٠ - ٨٢)، والمغني، لابن قدامة (١/٤٢٣، ٤٢١).

(١) في أ: كراهية.

(٢) سقط في أ.

يلبس [قلنسوة]^(١) [الثعالب]^(٢) ولا يصلي فيها: هذا زلة منه ولنا النعال^(٣) إذا حل لبسها، حل الصلاة فيها، قلت: هذا إشارة إلى أنه لا يجوز لبسه بلا ضرورة. والله أعلم.



(٣) سقط في م.
 (١) سقط في أ، م.
 (٢) في أ: النعال.
 (٣) في م: زلة العام.

الفصل العاشر

في استعمال الذهب والفضة

في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه كان يكره الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة والادهان فيها^(١).

(١) استعمال الذهب والفضة حرام في مذاهب الأئمة الأربعة؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافهما، فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة». [رواه أحمد والشيخان وأصحاب السنن عن حذيفة مرفوعاً بلفظ: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، ولا تلبسوا الحرير ولا الديباج، فإنه لهم في الدنيا وهو لكم في الآخرة». (الفتح الكبير ٣/٣٢٦)] ونهى ﷺ عن الشرب في آنية الفضة، فقال: من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة. [رواه مسلم بعدة روايات، وفيها «فإنه من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة» صحيح مسلم ٣/١٦٣٦] والنهي يقتضي التحريم. والعلة في تحريم الشرب فيها ما يتضمنه ذلك من الفخر وكسر قلوب الفقراء. والنهي وإن كان عن الأكل والشرب، فإن العلة موجودة في الطهارة منها واستعمالها كيفما كان. وإذا حرم الاستعمال في غير العبادة ففيها أولى، وفي المذهب القديم للشافعي أنه مكروه تنزيهاً. فإن توضعاً منها أو اغتسل، صحت طهارته عند الحنفية والمالكية والشافعية وأكثر الحنابلة؛ لأن فعل الطهارة وماءها لا يتعلق بشيء من ذلك، كالطهارة في الأرض المغصوبة. وذهب بعض الحنابلة إلى عدم صحة الطهارة؛ لأنه استعمل المحرم في العبادة، فلم يصح كالصلاة في الدار المغصوبة. والتحريم عام للرجال والنساء. وفقهاء المذاهب يختلفون في حكم استعمال الآنية المفضضة والمضيبة بالفضة: فعند الإمام أبي حنيفة، وهو رواية عن الإمام محمد، ورواية عن الشافعي، وقول بعض الحنابلة، أنه يجوز استعمال الآنية المفضضة والمضيبة إذا كان المستعمل يتقي موضع الفضة. وعند أكثر الحنابلة أنه يجوز الاستعمال إذا كانت الفضة قليلة. وعند المالكية في المفضضة روايتان: إحداهما المنع، والأخرى الجواز، واستظهر بعضهم الجواز. وأما الآنية المضيبة فلا يجوز عندهم شؤها بالذهب أو الفضة. والصحيح عند الشافعية أنه لا يجوز استعمال المضيب بالذهب، كثرت الضبة أو قلت، لحاجة أو غيرها. وذهب بعضهم إلى أن المضيب بالذهب كالمضيب بالفضة، فإن كانت كبيرة ولغير زينة، جازت، وإن كانت للزينة حُرمت وإن كانت قليلة والمرجع في الكبر والصغر العرف. وعند الحنابلة أن المضيب بالذهب والفضة إن كان كثيراً فهو محرم بكل حال، ذهباً كان أو فضة، لحاجة ولغيرها. وقال أبو بكر: يباح اليسير من الذهب والفضة. وأكثر الحنابلة على أنه لا يباح من الذهب إلا ما دعت إليه الضرورة. وأما الفضة فيباح منها اليسير. قال القاضي: ويباح ذلك مع الحاجة وعدمها. وقال أبو الخطاب: لا يباح اليسير إلا لحاجة. وتكره عندهم مباشرة موضع الفضة بالاستعمال، كي لا يكون

قالوا: وهذا إذا كان يستعمل الدهن من الآنية، وأما إذا كان [يصب الدهن]^(١) ثم يستعمله لا بأس به، وكذلك إذا أخذ الطعام من القصة ووضعه على خبز أو ما أشبه ذلك ثم أكل لا بأس به.

قال: ويستوي فيه الرجل والمرأة، يعني في الأكل والشرب من الذهب والفضة؛ لعموم النهي.

ولفظ القدوري: وأما النساء فلا بأس بأن يلبسن الديباج والحريز والذهب والفضة والقعود عليه والادهان فيها^(٢).

مستعملا لها. وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أنه يكره استعمال الإناء المضرب والمفضض، وهي الرواية الأخرى عن محمد. وحجة الإمام أبي حنيفة ومن وافقه أن كلا من الذهب والفضة تابع، ولا معتبر بالتوابع، كالجبة المكفوفة بالحريز، والعلم في الثوب، ومسمار الذهب في الفص. وحجة من جوز قليل الفضة للحاجة أن قدح النبي ﷺ انكسر، فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة [أخرجه البخاري من حديث أنس بن مالك. (فتح الباري ١٦١/٦)]، وأن الحاجة تدعو إليه، وليس فيه سرف ولا خيلاء، فأشبه الضبة من الصفر (النحاس). وممن رخص في ضبة الفضة من السلف عمر بن عبد العزيز وسعيد بن جبير وطاوس وأبو ثور وابن المنذر وإسحاق بن راهويه، وغيرهم. ومذهب الحنفية، وهو أحد قولين عند المالكية، أن الآنية المموهة بالذهب أو الفضة جائز استعمالها، لكن الحنفية قيدوا ذلك بما إذا كان التمويه لا يمكن تخليصه. قال الكاساني: «وأما الأواني المموهة بماء الذهب والفضة، الذي لا يخلص منه شيء، فلا بأس بالانتفاع بها، والأكل والشرب وغير ذلك بالإجماع». وأما ما يمكن تخليصه فعلى الخلاف السابق بين الإمام وصاحبيه في مسألة المفضض والمضرب. وعند الشافعية يجوز الاستعمال إذا كان التمويه يسيرا. وعند الحنابلة أن المموه والمطلي والمطعم والمكفف كالذهب والفضة الخالصين. أما آنية الذهب والفضة إذا غشيت بغير الذهب والفضة ففيها عند المالكية قولان. وأجازها الشافعية إذا كان ساترا للذهب والفضة، لفقدان علة الخيلاء.

ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٩٨٢)، وتكملة فتح القدير (٨/٨١ - ٨٣)، ومواهب الجليل (١/١٢٩)، والشرح الكبير بحاشية الدسوقي (١/٦٤)، والبجيرمي على الخطيب (١/١٠١)، وما بعدها (٢/٢٢٩)، والمجموع (١/٢٤٦) وما بعدها، والإقناع للخطيب مع حاشية البجيرمي (١/١٠٣) وما بعدها، والمغني، لابن قدامة (١/١٥ - ٦٣ - ٦٤)، (٨/١١٥، ١١٦)، ومنتهى الإرادات (١/١٢).

(١) في أ: يصبه.

(٢) في أ، م: فيه.

[قال: ^(١)] وكان أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا يرى بالإئاء المفضض بأسا إذا وضع فاه على العود أو على الكوز، وكره أبو يوسف ذلك، [وكذلك] ^(٢) الاختلاف في الإئاء المضرب، [وكذلك الكرسي المضرب] ^(٣) بالذهب والفضة لا بأس بالجلوس عليه عند أبي حنيفة، إذا لم يقعد على موضع الذهب [والفضة] ^(٤) وكذلك تذهيب السقوف لا بأس به عند أبي حنيفة وكذلك المداهن والمجامر والسرير المضرب لا بأس به عنده، وكره أبو يوسف ذلك.

وفي المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه كان يكره أن يستجمر بمجمرة ذهب أو فضة كما هو قول أبي يوسف.

[وكذلك إذا جعل المصحف مذهبا أو مفضضا لا بأس به عند أبي حنيفة] ويكره عند أبي يوسف ^(٥) وقياس قول أبي حنيفة ^(٦) أنه لا يكره في الباب والسرير واللجام.

وقول محمد مثل قول أبي يوسف، هكذا حكاه القاضي الإمام أبو عاصم العامري المروزي.

والحاصل أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - : اعتبر حرمة الاستعمال فيما يتصل ببدنه ^(٧) صورة، وقال: الأصل في الأشياء إباحة الانتفاع بها، والحرمة تعارض [الأصل] ^(٨) والنص ورد في تحريم الشرب، والأكل في آنية الذهب والفضة، وكل ما يشبه المنصوص عليه في الاستعمال يلحق به، وما عداه يبقى على أصل الإباحة،

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في أ: بيده.
- (٨) سقط في أ، م.

وهناك يتصل الذهب والفضة بيدنه وهنا لا يتصل بيدنه فلم يكن نظير المنصوص عليه في الاستعمال.

واعتبر أبو يوسف ومحمد المعنى، وقالوا: بحرمة استعمال الذهب والفضة لما فيه من التشبه بالأكاسرة، والجبارة فكل ما كان بهذا المعنى يكره.

وهذا كله إذا كان يخلص، فأما التموه^(١) وهو: أن يجعل الذهب والفضة [بحيث لا يتخلص بعد ذلك، فلا بأس به بالإجماع؛ لأن الذهب والفضة صارا]^(٢) بالتمويه في^(٣) معنى المستهلك؛ ألا ترى أنه لا يمكن تخليصه فصار في الحكم كالمعدوم.

وقال بعض مشايخنا في الشرب من القصعة المضيبة: والضبة الذهب العريضة أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك: فإن^(٤) الضباب على القصعة

إذا كانت لتقوية القصعة بها لا للزينة، فلا بأس بوضع الفم على الضباب، [وإذا كانت الضباب]^(٥) لأجل الزينة لا لتقوية القصعة بها كره وضع الفم على الضباب -

وهذا القائل يستدل بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في السير الكبير في باب الأنفال وصورتها: إذا قال الأمير للجند: من أصاب ذهباً أو فضة فهو له، فأصاب

الرجل قصعة مضيبة بالذهب أو الفضة أو [أصاب]^(٦) قدحا مضيباً، فإن كانت الضباب^(٧) لزينة القصعة لا لتقوم [القصعة بها كانت الضباب]^(٨) للمنفل له، وإن

كانت لتقوم]^(٩) القصعة بحيث لو نزعت الضباب^(١٠) لا تبقى القصعة لم تكن

(١) في أ: المموه.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: على.

(٤) في أ: أن.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) في أ: الصبات.

(٨) في أ: الصبات.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ: الصبات.

الضباب^(١) للمنفل له؛ لأن الضباب^(٢) إذا كانت لتقوم القصعة بها تعتبر من أجزاء القصعة، [والقصعة]^(٣) غير الذهب والفضة معنى؛ ألا ترى أنه لم يجعل الضباب^(٤) في هذه الصورة للمنفل [له]^(٥)، وإنما^(٦) لم تجعل؛ لأنها غير الذهب والفضة معنى، فكذا هنا فيجوز وضع الفم عليها.

قال محمد^(٧) - رضي الله عنه - في السير الكبير: ولا بأس بلبس الجوشن^(٨) والبيضة من الذهب، قالوا: وهذا قولهما^(٩)، فأما على قول أبي حنيفة يكره؛ لأن الحرير والذهب في حرمة الاستعمال على السواء، ثم استعمال الحرير في حالة الحرب عنده مكروه، فكذا استعمال الذهب.

قال: ولا ينبغي أن يتقلد الرجل سيفاً حليته ذهباً وإن كان في الحرب، وهذا يجب أن يكون قول أبي يوسف ومحمد، فأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فلا بأس به، فإن أبا حنيفة - رضي الله عنه - يعتبر حرمة الاستعمال فيما يتصل ببدنه صورة، ثم إنهما فرقا بين الجوشن المذهب والبيضة المذهبة، وبين حلية السيف إذا كانت من ذهب، فقالا: لأن الذهب الذي على الجوشن والبيضة [ينفع]^(١٠) لأن السهم يزلق^(١١) على^(١٢) الذهب، وأما الحلية، فلا تنفع شيئاً، وإنما هي للترزين،

(١) في أ: الصبات.

(٢) في أ: الصبات.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الصبات.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: ولهذا.

(٧) في أ، م: أبو حنيفة.

(٨) في م: الحشا.

(٩) في أ: الثاني.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: موثق.

(١٢) في م: عن.

والتزين للرجال بالذهب مكروه.

وذكر الحاكم في المنتقى: لا خير في أن يلبس الرجل ثوبا [فيه كتابة]^(١) بالذهب أو الفضة، ولم يذكر قول من قال، وذكر القدوري أنه قول أبي يوسف، قال: وعلى قول أبي حنيفة لا يكره.

[حكى عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول: ينبغي على قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -]^(٢) في القعود على الديباج: أنه لا يكره القعود على سرير الذهب والفضة عنده؛ لأن النهي فيهما جميعا.

ونص القاضي الإمام ركن الإسلام علي السعدي في شرحه أن القعود على سرير الذهب على الخلاف أيضا، وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن القعود على سرير الذهب يكره بالاتفاق.

وفي النوادر عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن القعود^(٣) على كرسي الذهب للرجال حرام.

وفي الجامع الصغير: لا يتختم [إلا]^(٤) بالفضة، وهذا اللفظ بظاهره يقتضي أن يكون التختم بالذهب، والحديد، والصفرة، والشبة، وما أشبه ذلك حرام على الرجال.

أما التختم بالذهب فحرمته على الرجال مذهب عامة الفقهاء^(٥)، وقال بعض العلماء لا بأس به، وأما التختم بالحديد، والرصاص، والصفرة، والشبة حرام على النساء والرجال جميعا، وأما التختم بالحجر [الذي]^(٦) يسمى يشب^(٧) فقد اختلف

(١) في أ: كتابته.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الجلوس.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: العلماء.

(٦) في أ: الصبات.

(٧) في أ: يشبا.

المشايع فيه، وظاهر عموم النهي في الكتاب يدل على الحرمة.
قال: ولا بأس بأن يكون الفص من الحجر، وهذا دليل على أن العلة في الحجر^(١) والإباحة للحلقة لا للفص، وهو المذهب.
قال: ولا بأس بمسماز الذهب يجعل في الفص، يريد به المسماز [ليحفظ به]^(٢) الفص.

وفي الفتاوى: ولا بأس بأن يتخذ خاتم حديد قد لوى عليه فضة وألبس فضة حتى لا يرى.
ذكر في الجامع الصغير: ينبغي أن يكون قدر فضة الخاتم المثقال ولا يزداد عليه وقيل: لا يبلغ به المثقال.
ثم التختم سنة، ولكن في حق من يحتاج إلى التختم، بأن يكون سلطانا أو قاضيا، فأما إذا لم يكن محتاجا إلى التختم فالترك أفضل^(٣).

(١) في أ: الفص.

(٢) في أ: ليختص المسمى.

(٣) التختم مصدر تختم، يقال: تختم بالخاتم أي لبسه، وأصله الثلاثي ختم. ومن معاني الختم أيضا: الأثر الحاصل عن النقش، ويتجاوز به في الاستيثاق من الشيء والمنع منه، اعتبارا لما يحصل من المنع بالختم على الكتب والأبواب. وختم الشيء: إنهاؤه، ومنه: ختم القرآن وخاتم الرسل، ومنه قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾، أي: آخرهم؛ لأنه ختمت به النبوة والرسالات. ومن المجاز: لبس الخاتم، وهو حلي للأصبع، كالخاتم - بكسر التاء - ويطلق على الخاتم أيضا والخاتم والختم والخاتام والخيتام، وثمة ألفاظ أخرى مشتقة من هذه المادة بالمعنى نفسه، وصل بعضهم بها إلى عشرة ألفاظ. والخاتم من الحلبي كأنه أول وهلة ختم به، فدخل بذلك في باب الطابع، ثم كثر استعماله لذلك، وإن أعد الخاتم لغير الطبع. ولا يخرج استعمال الفقهاء للتختم عن معناه اللغوي.

ينظر: القاموس المحيط (١/١٠٩٩)، ولسان العرب (١٢/١٦٤)، مادة (ختم)،

والمفردات في غريب القرآن، ص (٢٧٤)، والمصباح المنير مادة: (ختم).

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للنساء التختم بالذهب، ويحرم على الرجال ذلك، لما روي أن رسول الله ﷺ قال: أحل الذهب والحريز لإناث أمتي، وحرم على ذكورها [أخرجها عبد الرزاق والنسائي والترمذي من حديث أبي موسى الأشعري، وقال شعيب الأرنؤوط

محقق شرح السنة: هو حديث صحيح روي عن عدة من الصحابة. (سنن النسائي ٨/ ١٦١)، ومصنف عبد الرزاق (١١/ ٦٨)، ونصب الراية (٤/ ٢٢٢ - ٢٢٥)، وشرح السنة للبخاري (٣٦/ ١٢). واختلفوا في تختم الصبي بالذهب: فذهب المالكية - في الراجح عندهم - إلى أن تختم الصبي بالذهب مكروه، والكراهة على من ألبسه أو على وليه، ومقابل الراجح عند المالكية الحرمة. ونص الحنابلة - وهو قول مرجوح للمالكية - على حرمة إلباس الصبي الذهب، ومنه الخاتم. وأطلق الحنفية هنا الكراهة في التحريم، واستدلوا بحديث جابر رضي الله عنه قال: كنا ننزعه عن الغلمان ونتركه على الجواري [أخرجه أبو داود (٤/ ٣٣١) وإسناده صحيح] وذهب الشافعية في المعتمد عندهم - وعبر بعضهم بالأصح - إلى أن الصبي غير البالغ مثل المرأة في جواز التختم بالذهب، وأن للولي تزيينه بالحلي من الذهب أو الفضة، ولو في غير يوم عيد. واتفق الفقهاء على جواز تختم المرأة بالفضة.

وأما تختم الرجل بالفضة فعلى التفصيل الآتي:

ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للرجل التختم بالفضة، لما روي أن النبي ﷺ اتخذ خاتما من ورق، وكان في يده، ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه، ثم كان في يد عمر رضي الله عنه، ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه، حتى وقع في بئر أريس. نقشه: محمد رسول الله. [أخرجه البخاري (فتح الباري ١٠/ ٣٢٣، ٣٢٤)، ومسلم (٣/ ١٦٥٦)] وقالوا: إن التختم سنة لمن يحتاج إليه، كالسلطان والقاضي ومن في معانها، وتركه لغير السلطان والقاضي وذو حاجة إليه أفضل. وذهب المالكية إلى أنه لا بأس بالخاتم من الفضة، فيجوز اتخاذه، بل يندب بشرط قصد الاقتداء برسول الله ﷺ ولا يجوز لبسه عجا. وقال الشافعية: يحل للرجل الخاتم من الفضة، سواء من له ولاية وغيره، فيجوز لكل لبسه، بل يسن. وقال الحنابلة: يباح للذكر الخاتم من الفضة؛ لأنه ﷺ اتخذ خاتما من ورق، قال أحمد في خاتم الفضة للرجل: ليس به بأس، واحتج بأن ابن عمر رضي الله عنهما كان له خاتم، وظاهر ما نقل عن أحمد أنه لا فضل فيه. وجزم به في التلخيص وغيره، وقيل: يستحب، قدمه في الرعاية. وقيل: يكره لقصد الزينة. جزم به ابن تميم. وأما تختم الصبي بالفضة فجائز عند الفقهاء. وذهب المالكية - في المعتمد عندهم - والحنابلة إلى أن التختم بالحديد والنحاس والرصاص مكروه للرجال والنساء؛ لما روي أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ عليه خاتم شبه - نحاس أصفر - فقال له: إني أجد منك ريح الأصنام فطره. ثم جاء وعليه خاتم حديد فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار فطره. فقال: يا رسول الله: من أي شيء أتخذه؟ قال: اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا [أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي]. وقال: هذا حديث غريب. وصححه ابن حبان، قال ابن حجر: في سنده أبو طيبة، قال أبو حاتم الرازي: يكتب حديثه ولا يحتج به، سنن أبي داود (٤/ ٤٢٨)، وتحفة الأحوزي (٥/ ٤٨٣، ٤٨٤)، وسنن النسائي (٨/ ١٧٢)، وموارد الظمان، ص (٣٥٣)، وفتح الباري (١٠/ ٣٢٣)، وعمدة القاري (٢٢/ ٣٣)، وشرح السنة، للبخاري (٩/ ١٢٠، ١٢١). وقال المالكية: إن التختم بالجلد والعقيق والقصدير والخشب جائز للرجال والنساء. وقال الحنابلة: إنه

يباح للرجل والمرأة التحلي بالجواهر والزمرد والزبرجد والياقوت والفيروز واللؤلؤ، أما العقيق فقيل: يستحب تختمهما به، وقيل: يباح التختم بالعقيق لما في رواية مهنا، وقد سئل الإمام أحمد: ما السنة؟ يعني في التختم، فأجاب بقوله: لم تكن خواتيم القوم إلا من الفضة. قال صاحب كشاف الفناع: الدمليج في معنى الخاتم. واختلف الحنفية في التختم بغير الذهب والفضة. والحاصل كما قال ابن عابدين: أن التختم بالفضة حلال للرجال بالحديث، وبالذهب والحديد والصفير حرام عليهم بالحديث، وبالحجر حلال على اختيار شمس الأئمة وقاضي خان أخذاً من قول الرسول ﷺ؛ لأن حل العقيق لما ثبت بهما ثبت حل سائر الأحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر، وحرام على اختيار صاحب الهداية والكافي أخذاً من عبارة الجامع الصغير: ولا يتختم إلا بالفضة. فإنها يحتمل أن يكون القصر فيها بالإضافة إلى الذهب، ولا يخفى ما بين المأخذين من التفاوت. واختلف الشافعية أيضاً في التختم بغير الذهب والفضة، وقد ورد في المجموع طرف من هذا الخلاف، وهو: قال صاحب الإبانة: يكره الخاتم من حديد أو شبه - نوع من النحاس - وتابعه صاحب البيان، وأضاف إليهما الخاتم من رصاص، وقال صاحب التتمة: لا يكره الخاتم من حديد أو رصاص لحديث الواهة نفسها، ففيه قوله للذي أراد تزوجها: انظر ولو خاتماً من حديد [أخرجه البخاري ضمن حديث طويل (فتح الباري ١٣١/٩)]. وفي حاشية القليوبي: ولا بأس بلبس غير الفضة من نحاس أو غيره. ولم يختلف الفقهاء في موضع التختم بالنسبة للمرأة؛ لأنه تزين في حقها، ولها أن تضع خاتمها في أصابع يديها أو رجليها أو حيث شاءت. ولكن الفقهاء اختلفوا في موضع التختم للرجل، بل إن فقهاء بعض المذاهب اختلفوا فيما بينهم في ذلك: فذهب بعض الحنفية إلى أنه ينبغي أن يكون تختم الرجل في خنصر يده اليسرى، دون سائر أصابعه، ودون اليمنى. وذهب بعضهم إلى أنه يجوز أن يجعل خاتمته في يده اليمنى، وسوى الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار؛ لأنه قد اختلفت الروايات عن رسول الله ﷺ في ذلك، وقول بعضهم: إنه في اليمين من علامات أهل البغي ليس بشيء؛ لأن النقل الصحيح عن رسول الله ﷺ ينفي ذلك. والمختار عند مالك رحمه الله التختم في اليسار على جهة الندب، وجعل الخاتم في الخنصر، وكان مالك يلبسه في يساره، قال أبو بكر بن العربي في القبس شرح الموطأ: صح عن رسول الله ﷺ أنه تختم في يمينه وفي يساره، واستقر الأكثر على أنه كان يتختم في يساره، فالتختم في اليمين مكروه، ويتختم في الخنصر؛ لأنه بذلك أتت السنة عنه ﷺ والافتداء به حسن. ولأن كونه في اليسار أبعد عن الإعجاب. وقال الشافعية: يجوز للرجل لبس خاتم الفضة في خنصر يمينه، وإن شاء في خنصر يساره، كلاهما صح فعله عن النبي ﷺ لكن الصحيح المشهور أنه في اليمين أفضل لأنه زينة، واليمين أشرف. وقال بعضهم: في اليسار أفضل. وفي سنن أبي داود بإسناد صحيح أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يتختم في يساره، وإسناد حسن أن ابن عباس رضي الله عنهما تختم في يمينه. وعند الشافعية أن التختم في الوسطى والسبابة منهى عنه لما ورد عن علي رضي

الله تعالى عنه قال: نهاني رسول الله ﷺ أن أتختم في أصبعي هذه أو هذه قال: فأوماً إلى الوسطى والتي تليها [أخرجه مسلم (٣/١٦٥٩)]. وقال الحنابلة: لبس الخاتم في خنصر اليسار أفضل من لبسه في خنصر اليمين، نص عليه في رواية صالح، وضعف في رواية الأثرم وغيره التختم في اليمنى، قال الدارقطني وغيره: المحفوظ أن النبي ﷺ كان يتختم في يساره، وأنه إنما كان في الخنصر لكونه طرفاً، فهو أبعد عن الامتihan فيما تتناوله اليد؛ ولأنه لا يشغل اليد عما تتناوله. وعند الحنابلة أنه يكره لبس الخاتم في سبابة ووسطى للنهي الصحيح عن ذلك. وظاهره لا يكره لبسه في الإبهام والبنصر، وإن كان الخنصر أفضل اقتصاراً على النص.

واختلف الفقهاء في الوزن المباح لخاتم الرجل: فعند الحنفية، قال الحصكفي: لا يزيد الرجل خاتمه على مثقال. ورجح ابن عابدين قول صاحب الذخيرة أنه لا يبلغ به المثقال، واستدل بما روي أن رجلاً سأل النبي ﷺ قائلاً: من أي شيء أتخذه؟ - يعني الخاتم - فقال ﷺ: اتخذه من ورق، ولا تتمه مثقالاً. وقال المالكية: يجوز للذكر لبس خاتم الفضة إن كان وزن درهمين شرعيين أو أقل، فإن زاد عن درهمين حرم. ولم يحدد الشافعية وزناً للخاتم المباح، قال الخطيب الشربيني: لم يتعرض الأصحاب لمقدار الخاتم المباح، ولعلمهم اكتفوا فيه بالعرف، أي عرف البلد وعادة أمثاله فيها، فما خرج عن ذلك كان إسرافاً... هذا هو المعتمد، وإن قال الأذرعى: الصواب ضبطه بدون مثقال؛ لما في صحيح ابن حبان وسنن أبي داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال للباس الخاتم الحديد: ما لي أرى عليك حلية أهل النار فطرحة وقال: يا رسول الله من أي شيء أتخذه؟ قال: اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالاً قال: وليس في كلامهم ما يخالفه. وهذا لا ينافي ما ذكر لاحتمال أن ذلك كان عرف بلده وعادة أمثاله. وقال الحنابلة: لا بأس بجعله مثقالاً فأكثر؛ لأنه لم يرد فيه تحديد، ما لم يخرج عن العادة، وإلا حرم (قالوا) لأن الأصل التحريم، وإنما خرج المعتاد لفعله ﷺ وفعل الصحابة.

واختلف الفقهاء في حكم تعدد خواتم الرجل: فنص المالكية على أنه لا يباح للرجل أكثر من خاتم واحد، فإن تعدد الخاتم حرم ولو كان في حدود الوزن المباح شرعاً. واختلف فقهاء الشافعية في تعدد الخاتم، ونقل صاحب مغني المحتاج جانباً من هذا الخلاف في قوله: وفي الروضة وأصلها: ولو اتخذ الرجل خواتيم كثيرة ليلبس الواحد منها بعد الواحد جاز، فظاهره الجواز في الاتخاذ دون اللبس، وفيه خلاف مشهور، والذي ينبغي اعتماده فيه أنه جائز ما لم يؤد إلى سرف. وقال الحنابلة: لو اتخذ الرجل لنفسه عدة خواتيم، فالأظهر جوازه إن لم يخرج عن العادة، والأظهر جواز لبس الرجل خاتمين فأكثر جميعاً إن لم يخرج عن العادة. ولم نجد كلاماً للحنفية في هذه المسألة.

وانتقد الفقهاء على جواز النقش على الخاتم، وعلى أنه يجوز نقش اسم صاحب الخاتم عليه، واختلفوا في نقش لفظ الجلالة أو الذكر: فقال الحنفية والشافعية: يجوز أن ينقش لفظ الجلالة أو ألفاظ الذكر على الخاتم، ولكنه يجعله في كفه إن دخل الخلاء، وفي يمينه إذا استنجى. وقال الحنابلة: يكره أن يكتب على الخاتم ذكر الله تعالى من القرآن

أو غيره نصا، قال إسحاق بن راهويه: لا يدخل الخلاء به، وقال في الفروع: ولعل أحمد كرهه لذلك، قال: ولم أجد للكراهة دليلا سوى هذا، وهي تفتقر إلى دليل والأصل عدمه. وقال الحنابلة أيضا: يحرم أن ينقش عليه صورة حيوان، ويحرم لبسه والصورة عليه كالثوب المصور، ولم ير بعض الحنفية بأسا في نقش ذلك إذا كان صغيرا بحيث لا يبصر عن بعد. وذهب الفقهاء في الجملة إلى أنه يجوز أن يكون لخاتم الرجل المباح فص من مادته الفضية أو من مادة أخرى على التفصيل الآتي:

قال الحنفية: يجوز للرجل أن يجعل فص خاتمه عقيقا أو فيروزا أو ياقوتا أو نحوه، ولا بأس بسد ثقب الفص بمسماز الذهب ليحفظ به الفص؛ لأنه قليل، فأشبه العلم في الثوب فلا يعد لباسا له، ويجعل الرجل فص خاتمه إلى بطن كفه بخلاف النساء؛ لأنه للزينة في حقهن دون الرجال.

وقال المالكية: لا بأس بالفضة في حلبة الخاتم... ثم اختلفوا في الشرح، فقال بعضهم: تكون الحلبة من الفضة في خاتم من شيء جائز غير الحديد والنحاس والرصاص، كالجلد والعود أو غير ذلك مما يجوز، فيجعل الفص فيه. وقال بعضهم: يكون الخاتم كله من الفضة لما في صحيح مسلم: كان خاتم رسول الله ﷺ من ورق، وكان فسه حبشيا [أخرجه مسلم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه (صحيح مسلم ٣/١٦٥٨)] أي كان صانعه حبشيا، أو كان مصنوعا كما يصنعه أهل الحبشة فلا ينافي رواية: أن فسه منه. وقال المالكية: لا يجوز للذكر خاتم بعضه ذهب ولو قل. وقالوا: يجعل فص الخاتم مما يلي الكف؛ لأنه بذلك أتت السنة عن النبي ﷺ والاقتداء به حسن، فإذا أراد الاستنجاء خلعه كما يخلعه عند إرادة الخلاء.

وقال الشافعية: يجوز الخاتم بفص وبغير فص، وأضاف النووي: ويجعل الفص من باطن كفه أو ظاهرها، وباطنها أفضل للأحاديث الصحيحة فيه. وقال القليوبي: ويسن جعل فص الخاتم داخل الكف.

وقال الحنابلة: للرجل جعل فص خاتمه منه أو من غيره؛ لأن في البخاري من حديث أنس رضي الله عنه كان فسه منه ولمسلم كان فسه حبشيا. وقالوا: يباح للذكر من الذهب فص خاتم إذا كان يسيرا... اختاره أبو بكر عبد العزيز ومجد الدين ابن تيمية وتقي الدين ابن تيمية، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، وإليه ميل ابن رجب، قال في الإنصاف: وهو الصواب وهو المذهب، وفي الفتاوى المصرية: يسير الذهب التابع لغيره كالطراز ونحوه جائز في الأصح من مذهب الإمام أحمد واختار القاضي وأبو الخطاب التحريم، وقطع به في شرح المنتهى في باب الآنية.

وقال الحنابلة: الأفضل أن يجعل الرجل فص الخاتم مما يلي ظهر كفه لأن النبي ﷺ: «كان يفعل ذلك» [أخرجه مسلم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه بلفظ: «أن رسول الله ﷺ لبس خاتم فضة في يمينه، فيه فص حبشي، كان يجعل فسه مما يلي كفه». (صحيح مسلم ٣/١٦٥٨)] وكان ابن عباس رضي الله عنهما وغيره يجعله مما يلي ظهر كفه.

وحكي أن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رأى بعض تلامذته قد تختم حالة التعلم فقال: إذا صرت قاضيا فتختم.

وذكر الفقيه أبو الليث في البستان: كره بعض الناس اتخاذ الخاتم إلا لذي السلطان، وأجازه عامة أهل العلم.

و^(١) إذا تختم فينبغي أن يجعل الفص في بطن الكف، وهذا في حق الرجال، فأما النسوان فلا يفعلن كذلك، [يعني: لا يجعلن الفص إلى بطن الكف]^(٢) إن شئن. قال في الفتاوى: وينبغي أن يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر أصابعه، ودون اليمنى^(٣)؛ لأن لبسه في اليمنى^(٤) علامة الرفض، فأما الجواز ثابت في اليمين والشمال جميعا، وبكل ذلك ورد الأثر، وذكره الفقيه أبو الليث في البستان.

وذكر في السير الكبير في باب الذهب يصنع [مكان]^(٥) الأنف: أن رجلا أصيب أنفه في الجاهلية فاتخذ أنفا من الورق فأنتن عليه فأمره^(٦) رسول الله ﷺ أن يتخذ أنفا من الذهب^(٧).

والحديث بظاهره حجة لمحمد على أبي حنيفة وعلى أبي يوسف على ما روي

= ينظر: الاختيار لتعليل المختار (١٥٩/٤)، والدر المختار (٢٢٩/٥-٢٣١)، وكفاية الطالب الرباني (٣٥٧/٢ - ٣٥٩)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/٣٥٧ - ٣٦٠)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢٣/٢، ٢٤)، ومغني المحتاج (١/٣٠٦، ٣٩٢)، والمجموع (٤٦٢-٤٦٤)، وكشاف القناع (١/٢٨٢)، (٢/٢٣٦-٢٣٨)، مطالب أولي النهى (٢/٩٤ - ٩٥)، جواهر الإكليل (١/١٠).

- (١) في أ: فأما.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: اليمين.
- (٤) في أ: اليمين.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في أ: فأمر.
- (٧) أخرجه أبو داود (٤/٤٣٤) في كتاب الختام، باب: ما جاء في ربط الأسنان (٤٢٣٢)، والترمذي (٤/٢٤٠) في اللباس، باب: ما جاء في شد الأسنان (١٧٧٠)، والنسائي (٨/١٦٣، ١٦٤) في كتاب الزينة، باب: من أصيب أنفه، وأحمد في المسند (٥/٢٣).

عنه في ظاهر الرواية؛ فإن محمداً - رحمه الله - يقول: لا بأس للرجل^(١) أن يتخذ أنفاً من ذهب، أو من فضة وكذلك يقول فيمن جده أذنه^(٢) لا بأس بأن يتخذ أذناً^(٣) من ذهب أو فضة^(٤)، وقال أبو حنيفة، وهو قول أبي يوسف في ظاهر الرواية: يتخذ الأنف والأذن من الفضة دون^(٥) الذهب.

وهما يقولان: هذا رجل مكلف أراد استعمال الذهب على وجه التزين، فكره [له]^(٦) ذلك قياساً على التختيم بالذهب، والأصل فيه قوله - عليه السلام -: «هذان حرامان على ذكور أمتي، وأشار إلى الذهب والحري»^(٧)، فقد حرم استعمال الذهب على الرجال من غير فصل، غير أن الاستعمال [لا]^(٨) على وجه التزين خارج عن التحريم بالإجماع، فبقي الاستعمال على وجه التزين داخلاً فيه.

(١) في م: للرجال.

(٢) في أ: أنفه.

(٣) في أ: أنفاً.

(٤) زاد في أ: وكذلك يقول.

(٥) في أ: و.

(٦) سقط في م.

(٧) أخرجه الترمذي (٣٣٥/٣) أبواب اللباس، باب: ما جاء في الحري والذهب (١٧٢٠)، والنسائي (١٦١/٨) كتاب الزينة، باب: تحريم الذهب على الرجال، وأحمد (٣٩٤/٤)، (٤٠٧)، والطحاوي في شرح المعاني (٢٥١/٤)، والبيهقي (٤٢٥/٢، ٢٧٥/٣)، من طريق سعيد بن أبي هند عن أبي موسى الأشعري: أن رسول الله ﷺ قال: «حرم لباس الحري والذهب على ذكور أمتي، وأحل لإناثهم».

وقال الترمذي: حسن صحيح.

ونقل الحافظ في تلخيص الحبير (٨٦/١) عن أبي حاتم، أن سعيد بن أبي هند لم يلق أبا موسى، وقال الدارقطني في العلل: يرويه عبد الله بن سعيد بن أبي هند عن أبيه عن أبي موسى، ويرويه نافع، عن سعيد مثله، ورواه عبد الله العمري، عن نافع، عن سعيد، عن رجل، عن أبي موسى، ويؤيد هذا أن أسامة بن زيد، روى عن سعيد، عن أبي مرة مولى عقيل، عن أبي موسى حديثاً في النهي عن اللعب بالنرد، قال: وسعيد بن أبي هند لم يسمع من أبي موسى. قلت: رواية أيوب عند عبد الرزاق، عن معمر عنه. وقال ابن حبان في صحيحه: حديث سعيد بن أبي هند، عن أبي موسى معلول لا يصح.

(٨) سقط في أ، م.

وفيما إذا تختم بخاتم فضة في فسه مسمار ذهب إنما لا يكره؛ لأن ما قصد باستعمال الذهب التزين [به]^(١)؛ لأن الزينة ما تكون ظاهرة، والمسمار في الفص ليس بظاهر، فلا تحصل به الزينة، فأما الأنف فظاهر، وكذلك الأذن، فتحصل به الزينة، والحديث محمول على ما قبل تحريم الذهب^(٢) على الرجال.

بشر عن أبي يوسف في الأمالي: إذا سقط سن رجل فإن أبا حنيفة يكره أن يعيدها، أو يشدها بذهب أو فضة، وكان يقول: هي كسن ميتة شدها مكانها، [قال: ولكن يأخذ سن شاة ذكية ويشدها مكانها.

قال أبو يوسف: لا بأس بأن يشد سنه، ولا يشبه سن ميتة، استحسنت ذلك]^(٣)، قال أبو يوسف: بين سنه وبين [سن]^(٤) ميتة فرق وإن لم يحضرني.

قال بشر: وقال أبو يوسف في مجلس آخر: سألت أبا حنيفة - رحمه الله - عن ذلك، فلم ير بإعادتها بأسا.

والوجه لأبي يوسف: أن السن لا يتنجس بالانفصال؛ لأنه عظم لا حياة فيه، وإنما كره سن غيره؛ لأنه مستقذر في العادة، وهذا المعنى لا يوجد في سنه، ولا في سن شاة ذكية فلا يقوم مقام السن الأصلي في مجموع الأمرين، وهو الزينة والتمكن من الانتفاع، فكانت إعادة سنه أولى.

ذكر الحاكم أبو الفضل: لو تحرك سن رجل فخاف سقوطها، فشدّها بذهب أو فضة لم يكن في ذلك بأس في قول أبي حنيفة، خلاف رواية الأصل، قلت: وخلاف رواية الجامع الصغير أيضا، فقد ذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: لا يشدها بالذهب ويشدها بالفضة، وقال محمد: لا بأس بذلك فيهما.

محمد - رحمه الله - احتج بالحديث الذي روينا، وأبو حنيفة - رضي الله عنه -

(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: والفضة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

يقول: إطلاق الاستعمال في الذهب والفضة مع دليل الحظر والإباحة للحاجة، [والحاجة]^(١) تندفع بالفضة، ولا حاجة إلى الذهب، فلا يطلق في استعماله؛ لأن حرمة استعمال الذهب أشد؛ ألا ترى أنه يجوز التختم للرجل^(٢) بالفضة ولا يجوز التختم بالذهب.

وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة على نحو ما ذكرنا في الجامع الصغير.

قال بشر: وهو قول أبي يوسف [أيضا]^(٣) ثم رجع أبو يوسف وقال: لا بأس بأن يشد بالذهب، وهو قول الشافعي - رضي الله عنه - .
فإذا سقط سنه وأراد أن يتخذ سنا آخر، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يتخذ من الفضة دون الذهب، وقال محمد: يتخذ [من الفضة والذهب]^(٤).



(١) سقط في م.
(٢) في م: للرجال.
(٣) سقط في أ، م.
(٤) سقط في أ، م.

الفصل الحادي عشر

في مسائل الأكل وما يتصل به

الصبرة إذا أصابت طرفاً منها نجاسة ولا يعلم ذلك بعينه فعزل منها قفيزاً، أو قفيزين وغسل ذلك، أو أزال ذلك عن ملكه ببيع أو هبة، يحكم بطهارة ما بقي من الصبرة فيحل أكله؛ لجواز أن المعزول هو الذي أصابته النجاسة، ولا نتيقن نجاسه ما بقي، وقد عرفناه مباح التناول، فلا تثبت الحرمة بالشك.

استخرج المشايخ رواية^(١) هذه المسألة عن مسألة ذكرها [محمد]^(٢) في السير الكبير، وصورتها: لو أن رجلاً من أهل الذمة دخل حصناً من حصون أهل الحرب قد حاصره المسلمون، ثم إن المسلمين فتحوا الحصن، وأخذوا الرجال، وعلم يقينا أن الذمي فيهم، إلا أنهم لا يعرفونه بعينه، وكل واحد منهم يدعي أنه الذمي، فإنه لا يحل للإمام أن يقتلهم، ولو قتل واحد من أهل الحصن بعدما دخل الذمي الحصن، أو خرج واحد من الحصن يحل للمسلمين قتلهم؛ لأنه بعدما مات واحد منهم أو قتل أو خرج أو ذهب لم يتيقن أن في الحصن من هو محرم القتل [لجواز أن يحرم القتل]^(٣) للذي مات أو قتل أو خرج، وقد عرفناهم مباحي القتل في الأصل، فلا تثبت الحرمة بالشك.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وينبغي للرجل ألا يكثر الأكل، ولا يأكل فوق الشبع.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الكسب: وكل أحد^(٤) من المسلمين نهى عن إفساد الطعام، قال: ومن الإفساد: السرف، والسرف في الطعام أنواع: من ذلك

(١) زاد في م: عن.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: واحد.

أنه^(١) يأكل فوق الشبع، فإنه حرام، ومن المتأخرين من استثنى من ذلك حالة يكون لهم غرض صحيح في الأكل فوق الشبع، بأن يأتيه ضيف^(٢) بعدما أكل قدر حاجته ويأكل لأجل الضيف حتى لا يخجل الضيف أو يريد صوم الغد فيتناول فوق الشبع. ومن الإسراف في الطعام^(٣): الإكثار في المباحات^(٤)، والألوان فذلك^(٥)

(١) في أ: بأن.

(٢) في أ: توسعة.

(٣) الأكل والشرب بقدر ما يندفع به الهلاك فرض، وهو بقدر الشبع مباح، فإذا نوى بالشبع ازدياد قوة البدن على الطاعة وأداء الواجبات فهو مندوب، وما زاد على الشبع فهو مكروه أو محظور، على الخلاف بين الفقهاء، إلا إذا قصد به التقوي على صوم الغد، أو لئلا يستحي الضيف. قال الله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا﴾. فالإنسان مأمور بأن يأكل ويشرب بحيث يتقوى على أداء المطلوب، ولا يتعدى إلى الحرام، ولا يكثر الإنفاق المستقبح، ولا يتناول مقداراً كثيراً يضره ولا يحتاج إليه، فإن تعدى ذلك إلى ما يمنعه القيام بالواجب حرم عليه، وكان قد أسرف في مطعمه ومشربه، ولأنه إضاعة المال وإمراض النفس. وقد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: ما ملأ آدمي وعاء شراً من بطن، بحسب ابن آدم أكالات يقمن صلبه، فإن كان لا محالة فثلث لطعامه، وثلث لشرابه، وثلث لنفسه [أخرجه أحمد بن حنبل والترمذي واللفظ له وابن ماجه من حديث المقدم بن معد يكرب مرفوعاً. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. تحفة الأحوذى (٥١/٧، ٥٢)، وسنن ابن ماجه (١١١١/٢)، والفتح الرباني (٨٨/١٧، ٨٩)]. وقال ﷺ: «إن من السرف أن تأكل كل ما اشتهيت» [أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ من حديث أنس بن مالك مرفوعاً، وقال الحافظ البوصيري: هذا إسناده ضعيف، لأن نوح بن ذكوان متفق على تضعيفه، وقال الدميري: هذا الحديث مما أنكر عليه، وذكره ابن الجوزي في الموضوعات. وقال: هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ، وأورده المنذري بلفظ: «من الإسراف أن تأكل كل ما اشتهيت» وقال: رواه ابن ماجه وابن أبي الدنيا في كتاب الجوع والبيهقي، وقد صحح الحاكم إسناده لمتن غير هذا، وحسنه غيره. (سنن ابن ماجه (١١١٢/٢)، وكتاب الموضوعات، لابن الجوزي (٣/٣٠)، والترغيب والترهيب (٢٠٢/٤)، وفيض القدير (٥٢٦/٢)]. وقد نقل القرطبي في الحض على تقليل الطعام ما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال لأبي جحيفة حينما أتاه يتجشأ: أكف عليك من جشائك أبا جحيفة، فإن أكثر الناس شبعاً في الدنيا أطولهم جوعاً يوم القيامة [أخرجه الحاكم من حديث أبي جحيفة أنه قال: أكلت ثريدة من خبز بر ولحم سمين، ثم أتيت النبي ﷺ فجعلت أتجشأ، فقال: ما هذا كف من جشائك، فإن أكثر الناس شبعاً أكثرهم في الآخرة جوعاً. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وتعبه الحاكم بقوله: فهد قال المدني كذاب، وعمر هالك. قال المنذري: بل واه جدا، فيه فهد بن عوف، وعمر بن موسى، لكن رواه البزار بإسنادين رواة أحدهما ثقات. ورواه ابن أبي =

[حرام]^(١) إلا عند الحاجة بأن يمل من حاجة^(٢) واحدة فيستكثر في المباحات^(٣) ليستوفي من كل نوع شيئاً فيحصل له قدر ما يتقوى به على الطاعة، وكذلك إذا كان من قصده أن يدعو بالأضياف قوماً بعد قوم على أن يأتوا على آخر الطعام، فلا بأس بالاستكثار في هذه الصورة^(٤).

ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه، أو يأكل ما انتفخ من الخبز، كما يفعله بعض الجهال، ويزعم أن ذلك أذ، ولكن هذا إذا كان [لا يأكل غيره]^(٥)

= الدنيا والبيهقي والطبراني في الكبير والأوسط ببعض الزيادات. قال الهيثمي: في أحد أسانيد معجم الطبراني الكبير محمد بن خالد الكوفي ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات. وهذا القدر مما لا خلاف فيه بين الفقهاء. وقال المالكية: يطلب تخفيف المعدة بتقليل الطعام والشراب على قدر لا يترتب عليه ضرر ولا كسل عن عبادة، فقد يكون للشبع سبباً في عبادة فيجب، وقد يترتب عليه ترك واجب فيحرم، أو ترك مستحب فيكره. وقال الغزالي: صرف المال إلى الأطعمة النفيسة التي لا يليق بحاله تذيير. فيكون سبباً للحجر كما سيأتي. وقال القليوبي: إن هذا هو أحد القولين عند الشافعية، والقول الثاني عندهم أنه لا يعتبر تذييراً ما لم يصرف في محرم، فيعتبر عندئذ إسرافاً وتذييراً إجماعاً. وصرح الحنابلة أن أكل المتخوم، أو الأكل المفضي إلى تخمة سبب لمرضه وإفساد بدنه، وهو تضييع المال في غير فائدة. وقالوا: لا بأس بالشبع، لكن يكره الإسراف، والإسراف في المباحات هو مجاوزة الحد، وهو من العدوان المحرم.

ينظر: بلغة السالك (٧٥٢/٤)، والوجيز للغزالي (١٧٦/١)، وحاشية قليوبي (٢/٣٠١)، وشرح منتهى الإرادات (١/٣)، تفسير الفخر الرازي (١٤/٦٢)، وتفسير القرطبي (٧/١٩١، ١٩٢، ١٩٤)، والآداب الشرعية لابن مفلح (٢/٣٦٥)، (٣/٣٠٠ - ٢٠٣).

(٤) في م: الباجات.

(٥) في أ: وكذلك.

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: إباحة.

(٣) في م: الباجات.

(٤) الكسب، لمحمد بن الحسن الشيباني، عبد الهادي حرصوني، تحقيق: د. سهيل زكار، دمشق، ط (١)، ١٤٠٠هـ، ص (٨١)، المبسوط، للسرخسي (٣٠/٢٦٧)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٥١)، تحفة الملوك، ص (٢٧٢)، تبين الحقائق (٥/١٩٢)، البحر الرائق (٨/٢٠٨).

(٥) سقط في م.

ما ترك من حواشيه، فأما إن كان يأكل غيره فلا بأس، كما لا بأس أن يختار الإنسان لنفسه رغيفا.

ومن الإسراف: أن يمسح السكين والإصبع بالخبز بعد الفراغ من غير أن يأكل ما يمسح به بعد ذلك.

ويستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده، فإن فيه بركة، به^(١) ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

وإذا غسل يديه بالنخالة، أو غسل رأسه بذلك، أو أحرقتها، فإن لم يبق فيها شيء من الدقيق، وهي بحالة تعلف بها الدواب يجوز.

وفي نوادر هشام قال: سألت محمدا - رحمه الله - عن غسل اليدين بالدقيق والسويق بعد الطعام، مثل الغسل بالأشنان، فأخبر^(٢) أن أبا حنيفة وأبا يوسف لم يريا بذلك بأسا لتوارث [الناس]^(٣) ذلك من غير نكير منكر.

[وفي فتاوى أبي الليث: لا بأس بالأكل متكئا إذا لم يكن على [وجهه]^(٤) التكبر]^(٥).

وفي فتاوى أهل سمرقند: أكل دود القز قبل أن تنفخ فيه الروح لا بأس به. أكل الطين مكروه، كذا^(٦) في فتاوى أبي الليث، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح صومه: أنه إذا كان يخاف على نفسه أنه لو أكل أورثه ذلك علة، أو آفة، لا يباح له تناول، وكذلك هذا في كل شيء سوى الطين، وإن كان يتناول منه قليلا، أو كان يفعل ذلك أحيانا، فلا بأس به.

(١) في م: فيه.

(٢) في م: أخبرني.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: ذكر.

والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع من ذلك، إذا كان ذلك نقصانا في جمالها. مضغ العلك لا بأس به [للنساء]^(١) فأما الرجال فاختلف فيه المشايخ: منهم من كره ذلك، ومنهم من يقول: إن كان [ذلك]^(٢) الرجل يمضغ كما تمضغ المرأة فكان يرى في هيأته هيآت النساء فإنه يكرهه، وإن كان يمضغ جيدا كمضغ الرغيف فلا بأس به، قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : والصحيح أنه لا بأس بذلك في حق الرجال والنساء جميعا، إذا فعل ذلك لغرض صحيح.



(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

ومما يتصل بمسائل الأكل: وضع المملحة على الخبز^(١) فإنه مكروه؛ لأنه استخفاف بالخبز، ولكن [ينبغي]^(٢) [أن يوضع [الملح]^(٣)] [٤] وحده على الخبز. هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند. وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول: لا أجد نية الذهاب إلى الضيافة سوى أن أمر برفع المملحة [من]^(٥) على الخبز. وكذلك تعليق الخبز بالخوان مكروه، وكذلك وضع الخبز تحت القصة مكروه، ورأينا كثيرا فعلوا ذلك ببخارى وسمرقند بمحضر من كبار الأئمة، ولم يمنعوهم عن ذلك.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - لا يفتي بالكراهة في وضع المملحة على الخبز، و[في]^(٦) وضع الخبز تحت القصة، وفي تعليق الخبز بالخوان.

ذكر في عيون المسائل: إذا مر الرجال بالثمار [في]^(٧) أيام الصيف وأراد أن يتناول منها، والثمار ساقطة تحت الأشجار، فإن كان ذلك في المصر: لا يتناول إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح^(٨) إما نصا أو دلالة بالعادة، وإن^(٩) كان في الحائط: فإن كان من الثمار التي تبقى مثل الجوز وغيره لا يسعه الأخذ، إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التي لا تبقى تكلموا فيه:

- (١) في أ، م: الخوان.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في أ، م.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في أ: باع.
- (٩) في م: وإذا.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتيقن النهي إما صريحاً أو عادة، فإن كان ذلك في الرساتيق التي يقال لها بالفارسية بيراسته إن كان من الثمار التي^(١) تبقى : لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن، وإن كان من الثمار التي لا تبقى فالمختار : أنه لا بأس بالتناول ما لم يتيقن النهي، وأما إذا كانت الثمار على الأشجار فالأفضل أن [لا]^(٢) يأخذ من موضع ما^(٣) إلا بإذن، إلا أن يكون موضعاً كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم أكل ذلك فيسعه الأكل، ولا يسعه الحمل . وأما أوراق الشجر إذا سقط على الطريق في أيام التعليق فأخذ إنسان شيئاً من ذلك بغير إذن صاحب الشجر، فإن كان هذا [ورق]^(٤) شجر ينتفع بورقه مثل^(٥) التوت، وما أشبهه ليس له أن يأخذ، ولو أخذ يضمن، وإن كان لا ينتفع به، له أن يأخذ وإن^(٦) أخذ لا يضمن .

في فتاوى أهل سمرقند: رفع الجرة^(٧) من السقاية وحمله إلى منزله يكره . والله تعالى أعلم بالصواب .



-
- (١) زاد في أ، م : لا .
(٢) سقط في م .
(٣) في أ : منها .
(٤) سقط في أ .
(٥) في م : نحو .
(٦) في م : وإذا .
(٧) في أ : الجر، وفي م : الحمل .

الفصل الثاني عشر

في النهبة^(١) ونثر الدراهم [والسكر]^(٢)

ذكر في فتاوى أهل سمرقند: [أن النهبة^(٣)]^(٤) جائزة إذا أذن صاحبها فيها.

(١) في أ، م: التهنئة.

(٢) سقط في أ.

(٣) النهبة: من «نهب» يقال: نهب الشيء نهباً، أخذه قهراً، ويقال: إنه لينهب الأرض أي: يسرع في السير، وأنهب الشيء جعله نهباً يغار عليه، والمنهب: الفاتق في العدو، والمنهوب ما نهب، والنهب: كثير النهب. والنهب: ما يؤخذ من المال مغالبة، والنهب: الغنيمة، والجمع: نهاب، ونهوب. ينظر: المعجم الوسيط، مادة «نهب» (٢/٩٥٦)، مختار الصحاح (١/٦٨٨).

والانتهاب على ثلاثة أنواع:

أ - نوع لا تسبقه إباحة من المالك.

ب - نوع تسبقه إباحة من المالك، كانتهاب النثار الذي ينثر على رأس العروس ونحو ذلك، فإن نأثره - المالك - أباح للناس انتهابه.

ج - نوع أباحه المالك ليؤكل على وجه ما يؤكل به، فانتهابه الناس، كانتهاب المدعويين طعام الوليمة.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم النوع الأول من الانتهاب - وهو انتهاب ما لم يبحه مالكة - لأنه نوع من الغصب المحرم بالإجماع. ويجب فيه التعزير، وقد فصل الفقهاء ذلك في كتاب السرقة وكتاب الغصب.

وأما النوع الثاني من الانتهاب، كانتهاب النثار، فقد اختلف فيه الفقهاء، فمنهم من منعه تحريماً له كالشوكاني، ومنهم من منعه كراهة له كأبي مسعود الأنصاري، وإبراهيم النخعي وعتاء بن أبي رباح وعكرمة وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين والشافعي ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه. واستدل القائلون بالتحريم بما ورد من نهي رسول الله ﷺ عن النهبي. [أخرجه البخاري (٥/١١٩)].

واستدل الآخرون: بأن الانتهاب المحرم الذي ورد النهي عنه هو ما كانت عليه العرب في الجاهلية من الغارات، وعلى الامتناع منه وقعت البيعة في حديث عبادة عند البخاري بايعنا رسول الله ﷺ على ألا ننتهب. [أخرجه البخاري (٧/٢١٩)، ومسلم (٣/١٣٣٤)] أما انتهاب ما أباحه مالكة فهو مباح، ولكنه يكره لما في الالتقاط من الدناءة. وأما من أباح الانتهاب، فقد قال: إن تركه أولى، ولكن لا كراهة فيه، ومن هؤلاء: الحسن البصري، وعامر الشعبي وأبو عبيد القاسم بن سلام وابن المنذر والحنفية وبعض الشافعية وبعض المالكية وأحمد بن حنبل في رواية ثانية عنه. واستدل هؤلاء بما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ تزوج بعض نسائه، فنثر عليه التمر [أخرجه البيهقي (٧/٢٨٧) وضعفه]. وبما روى عبد الله بن قرط رضي الله عنه أن

وإذا وضع الرجل مقدارا من السكر، وعددا من الدراهم بين قوم، وقال: من شاء أخذ منه شيئا، أو قال: من أخذ منه شيئا، فهو له، فكل من أخذ منه شيئا، يصير ملكا له، ولا يكون لغيره أن يأخذ [ذلك] ^(١) منه؛ لأن قول صاحب السكر والدراهم من أخذ منه شيئا تمليك السكر، والدراهم من الآخذ بغير مال، وهو تفسير الهبة، والآخذ من الآخذ: قبول الهبة، وقد وجد القبض، فيصير المقبوض ملكا للقباض، الدليل فصل [بين] ^(٢) السكر في العرس ^(٣) وغيره، فإن هناك من أخذ شيئا، يصير ملكا له؛ لأن صاحب السكر بالنثر ملك السكر ممن ينهبه؛ لأنه نثره للانتهاج،

رسول الله ﷺ قال: أحب الأيام إلى الله يوم النحر ثم يوم عرفة. فقربت إليه بدنان خمسا أو ستا فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن بيذا، فلما وجبت - سقطت - جنوبها، قال كلمة خفيفة لم أفهمها - أي لم يفهمها الراوي، وهو عبد الله بن قرط - فقلت للذي كان إلى جنبي: ما قال رسول الله؟ فقال - قال: من شاء اقتطع. [أخرجه أبو داود (٣٧٠/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٠/٣)]. واللفظ للطحاوي وإسناده حسن. (نيل الأوطار ٥/١٤٨)، وشهد رسول الله ﷺ إملاك شاب من الأنصار، فلما زوجه قال: على الألفة والطير الميمون والسعة والرزق، بارك الله لكم، دفعوا على رأس صاحبكم، فلم يلبث أن جاءت الجوارى معهن الأطباق عليها اللوز والسكر، فأمسك القوم أيديهم، فقال النبي ﷺ: ألا تنتهبون، فقالوا: يا رسول الله إنك نهيت عن النهبة، قال: تلك نهبة العساكر، فأما العرسات فلا، فرأيت رسول الله ﷺ يجاذبهم ويجاذبونه [أخرجه الطحاوي (٥٠/٣)]. وفي إسناده ضعف وانقطاع (نيل الأوطار ٦/٢٠٩).

وأما النوع الثالث: وهو ما أباحه مالكة لفئة من الناس ليتملكوه دون انتهاج، بل على وجه التساوي، أو على وجه يقرب من التساوي - كوضعه الطعام أمام المدعويين إلى الوليمة - فإن انتهاجه حرام لا يحل ولا يجوز؛ لأن مبيحه إنما أراد أن يتساووا في أكله - مثلا - فمن أخذ منه أكثر مما كان يأكل منه مع أصحابه على وجه الأكل، فقد أخذ حراما وأكل سحتا. يملك المنتهب ما انتهبه مما أباحه مالكة بالانتهاج بأخذه، لأنه مباح، وتملك المباحات بالحيازة. أو هو هبة، فيملك بما تملك به الهبات.

ينظر: شرح معاني الآثار (٥٠/٣)، وعمدة القاري (٢٥/١٣)، وحاشية ابن عابدين (٣/٣٢٤)، ومواهب الجليل (٦/٤)، وجواهر الإكليل (١/٣٢٦)، وحاشية قليوبي (٣/٢٩٩)، ونهاية المحتاج (٦/٣٧١)، وكشاف القناع (٥/١٨٣)، والمغني (٧/١٢)، ونيل الأوطار (٦/٢٠٩).

(٤) في أ، م: التهنته.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: العروس.

فصار راضيا لصيرورة المتهب ملكا للمتهب بالانتهاج، ويصير عند الانتهاج كأن الناثر قال للمتهب: هو لك هبة، فجاز لكون^(١) الموهوب له معلوما وقت الأخذ، وإن كان مجهولا وقت النثر، كذا هنا.

وإذا نثر السكر فحضر رجل لم يكن حاضرا وقت النثر، قبل أن ينتهب المتهور، وأراد أن يأخذ منه شيئا هل له ذلك؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: له أن يأخذ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ليس له ذلك.

وإذا نثر السكر، ووقع في ذيل رجل أو كمه، وأخذه غيره، كان ذلك للآخذ هكذا في المتقى، وذكر^(٢) هذه المسألة في فتاوى أهل سمرقند وفصل الجواب [فيها]^(٣) تفصيلا، قال: إن كان بسط ذيله أو كمه، ليقع عليه [ذلك]^(٤) السكر: لا يكون لآخذ السكر أخذه، ولو أخذه فلصاحب الذيل والكم أن يسترده منه، وإن لم يبسط ذيله، أو كمه لذلك، فالسكر للآخذ^(٥)، وليس لصاحب الذيل والكم أن يسترده منه.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا دفع رجل إلى غيره سكرا، أو دراهم ليشره على العروس، فإن كان يحبس لنفسه شيئا، ففيما^(٦) إذا كان المدفوع^(٧) دراهم ليس له ذلك وكذا ليس له^(٨) أن يدفع الدراهم إلى غيره ليشرها^(٩)، وإذا نثر، ليس له أن يلتقط منه شيئا، وفيما إذا كان المدفوع^(١٠) سكرا، له أن يحبس قدر ما يحبسه الناس

-
- (١) في أ: كون.
 - (٢) في أ: وذكرت.
 - (٣) سقط في أ، م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في م: للآذن.
 - (٦) في م: فيما.
 - (٧) زاد في أ: له.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في أ، م: ليشر ذلك.
 - (١٠) زاد في أ: له.

في العادة، هكذا اختار الفقيه أبو الليث، وبعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك .
قال الفقيه أبو الليث: وله أن يدفع السكر إلى غيره لينثره، وإذا نثر، له أن يلتقط،
وبعض مشايخنا قالوا: ليس له ذلك، كما في الدراهم.



الفصل الثالث عشر في الكسب

بدأ محمد - رحمه الله - كتاب الكسب الذي صنفه بحديث رواه ابن مسعود - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «طلب الكسب فريضة على كل مسلم كما أن طلب العلم فريضة على كل مسلم»^(١)، فأول من اكتسب أبونا آدم صلوات

(١) هذا الحديث دون شطره الأول من الأحاديث التي اختلف فيها الأئمة والحفاظ من عصر السلف وإلى وقتنا هذا فنرى ابن الجوزي رحمه الله أورد منه أربعة عشر طريقاً في كتابه «العلل المتناهية»، وضعفها كلها، وأورد أيضاً طرقاً أخرى لهذا الحديث في كتابه «الموضوعات»، ومع موقف ابن الجوزي من هذا الحديث نرى أئمة آخرين قد صححوا هذا الحديث من ناحية السند والمتن وآخرين يضعفون أسانيدهم لكن يصححون المعنى وسنذكر جميع هذه الأقوال بعد تخريج ما تيسر لنا جمعه من طرق هذا الحديث. وهذا الحديث قد ورد من رواية عدد من الصحابة، وهم: أنس بن مالك، وابن مسعود، وابن عباس، وأبو سعيد الخدري، وابن عمر، وعلي، والحسين بن علي، وأبو هريرة، وجابر بن عبد الله، رضي الله عنهم أجمعين.

حديث أنس بن مالك: له طرق كثيرة جداً عن أنس: فأخرجه ابن شاهين في «الأفراد» كما في «المقاصد الحسنة»، ص (٢٧٥)، ومن طريقه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٨/١) رقم (٦٣) من طريق موسى بن داود عن حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس، به. وقال ابن الجوزي: موسى بن داود مجهول. قلت: وأستبعد أن يكون هذا الرجل مجهولاً؛ فقد قال السخاوي في «المقاصد» ص (٢٧٥) بعد أن أورد هذا الطريق: رجاله ثقات. والصواب مع السخاوي رحمه الله فموسى بن داود الذي حكم ابن الجوزي بجهالته، هو أبو عبد الله الضبي الطوسي، وهو من رجال الإمام مسلم. وللحديث طريق آخر عن قتادة عن أنس: أخرجه أبو يعلى (٢٨٣/٥) رقم (٢٩٠٣) من طريق أبي حفص الأبار عن رجل من أهل الشام عن قتادة عن أنس، به. قلت: ومسنده ضعيف الجهالة الراوي عن قتادة. وأخرجه ابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (٩/١)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٩/١) رقم (٦٥)، وابن عدي في «الكامل» (١١٠٧/٣)، وأبو بكر بن أبي داود كما في «المقاصد الحسنة»، ص (٢٧٦)، كلهم من طريق جعفر التنيسي عن يحيى بن حسان عن سليمان بن قرم الضبي عن ثابت عن أنس، به.

وسليمان بن قرم من رجال الإمام مسلم. وقد ضعف هذا الطريق ابن الجوزي فقال: سليمان بن قرم، قال يحيى: ليس بشيء. قلت: والاقْتِصَارُ عَلَى إيراد قول يحيى في سليمان مما عيب على ابن الجوزي في كتابيه «الموضوعات» و«العلل»، فنراه يغمز الراوي ويورد أقوال المجرحين، ويعدل عن أقوال المعدلين، فسليمان هذا قد وثقه

الإمام أحمد، وقال ابن عدي: له أحاديث حسان أفراد. ونقل السخاوي عن أبي بكر بن أبي داود قال: سمعت أبي يقول: ليس فيه أصح من هذا. ومما يبرئ عهدة سليمان بن قرم في هذا الحديث أنه قد تابعه اثنان وهما حسان بن سياه وحماد بن سلمة: أما متابعة حسان بن سياه، فأخرجها ابن عدي في «الكامل» (٧٧٩/٢)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٢٥٤/٢) رقم (١٦٦٥)، وابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (٩/١)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٩/١) رقم (٦٦)، كلهم من طريق حسان بن سياه عن ثابت عن أنس، به. وزاد ابن عبد البر: «وطالب العلم يستغفر له كل شيء حتى الحيتان في البحر».

قلت: وهذا إسناد ضعيف. قال ابن عدي: وحسان بن سياه له أحاديث غير ما ذكرته عامتها لا يتابعه غيره عليها، والضعف يتبين على روايته وحديثه. وأما متابعة حماد بن سلمة فذكرها الذهبي في «الميزان» (٢٤٧/١، ٢٤٨) ضمن ترجمة إسماعيل بن محمد بن الفضل الشعراني وهو من شيوخ الحاكم النيسابوري، قال الحاكم: ارتبت في لقيه بعض الشيوخ وقال: حدثنا إسماعيل حدثنا جدي ثنا عبيد الله العيشي ثنا حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس، به ثم قال: غريب فرد. قلت: الحديث من رواية قتادة وثابت عن أنس، جودها الزركشي في كتابه «التذكرة»، ص (٤٠ - ٤٢) فقال: روي من حديث علي وابن مسعود وأنس وابن عمر وابن عباس وجابر وأبي سعيد، وفي كل طرقه مقال، وأجودها: طريق قتادة وثابت عن أنس.

وللحديث طرق كثيرة جداً عن أنس: فرواه محمد بن سيرين عنه: أخرجه ابن ماجه (١/٨١) المقدمة: باب فضل العلماء والحث على طلب العلم، حديث (٢٢٤)، وأبو يعلى (٢٢٣/٥) رقم (٢٨٣٧)، والطبراني في «الأوسط» (٣٣/١) رقم (٩)، وابن عدي في «الكامل» (٧٩٠/٢)، والسهمي في «تاريخ جرجان»، ص (٣١٦)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٨/١، ٦٩) رقم (٦٤)، كلهم من طريق حفص بن سليمان: ثنا كثير بن شظير عن محمد ابن سيرين عن أنس بن مالك، به.

وزاد ابن ماجه: ووضع العلم عند غير أهله كمقلد الخنازير الجواهر واللؤلؤ والذهب. قال الطبراني: لم يروه عن محمد إلا كثير ولا عن كثير إلا حفص بن سليمان. وقال ابن عدي: وهذا الإسناد ضعيف جداً؛ لأن حفص بن سليمان هو المقرئ المشهور، الثقة الممتن في القرآن والقراءات، متروك في الحديث. قال البخاري ومسلم وأحمد وابن المديني والنسائي وابن أبي حاتم: متروك. وقال أبو زرعة: ضعيف الحديث. وقال الحاكم أبو أحمد: ذاهب الحديث. وقال ابن خراش: كذاب متروك يضع الحديث. ينظر: «تهذيب الكمال» (١٠/٧)، و«تهذيب التهذيب» (٤٠٠/٢).

والحديث ضعفه الحافظ البوصيري فقال في «مصباح الزجاجة» (٩٤/١): هذا إسناد ضعيف لضعف حفص بن سليمان البزاز. وقد أعل هذا الحديث ابن الجوزي بعله أخرى فقال: كثير بن شظير قال يحيى: ليس بشيء. قلت: كثير بن شظير قد وثق.

فقال ابن عدي: ولكثير بن شنظير غير ما ذكرت وليس بالكثير وليس في حديثه شيء من المنكر وأحاديثه أرجو أن تكون مستقيمة. وقال الحافظ ابن حجر في «هدي الساري»، ص (٤٥٨): كثير بن شنظير أبو قرّة البصري قال النسائي: ليس بالقوي ووثقه ابن سعد وقال الساجي: صدوق فيه بعض الضعف وقال أبو زرعة: لين. وقد لخص الحافظ هذه الأقوال وحكم عليه في «التقريب» (١٣٢/٢) بأنه: صدوق يخطئ.

ورواه إبراهيم النخعي عن أنس: أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (٢٥٤/٢) رقم (١٦٦٦) وتمام الرازي في «فوائده» كما في «المقاصد الحسنة»، ص (٢٧٦) والخطيب البغدادي في «تلخيص المتشابه من الرسم» (٣٤٤/١)، وابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (١٠/١) وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٧/١، ٦٨) رقم (٦١) كلهم من طريق رواد بن الجراح عن عبد القدوس عن حماد عن إبراهيم قال: لم أسمع من أنس إلا حديثاً عنه قال: قال رسول الله ﷺ . . . وذكر الحديث. وهذا إسناد ضعيف جداً. عبد القدوس هو ابن حبيب الدمشقي. قال برهان الدين الحلبي في «الكشف الحثيث»، ص (٢٦٩، ٢٧٠): لم يذكر الذهبي في ترجمته أنه وضع وقد ذكره الشيخ محيي الدين النووي في شرحه لمسلم في المقدمة مع غيره ثم قال: فهؤلاء الجماعة المذكورون كلهم متروكون متهمون لا يتشاغل في حديثهم لشدة ضعفهم وشهرتهم بوضع الحديث . . . اهـ. ونقل ابن الجوزي عن ابن حبان: كان يضع الحديث. اهـ. وللحديث طريق آخر عن إبراهيم عن أنس. أخرجه البزار في «مسنده» كما في «الميزان» (٣٦/١) من طريق أبي عاصم عن إبراهيم بن سلام عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن ثابت عن أنس به. وقال البزار: لا نعرف عنه راوياً سوى أبي عاصم. وقال الذهبي في ترجمة إبراهيم بن سلام: ضعفه الأزدي وهو مقال. ورواه سلام الطويل عن أنس. قال السخاوي في «المقاصد الحسنة»، ص (٢٧٦): وقال ابن القطان صاحب ابن ماجه في «كتاب العلل» عقب إيراده له من جهة سلام الطويل عن أنس: أنه غريب حسن الإسناد. ورواه عاصم الأحول عن أنس: أخرجه الطبراني في «الصغير» (١٦/١) وفي «الأوسط» (٢١/٣) رقم (٢٠٢٩) حدثنا أحمد بن بشر بن أحمد البيروني ثنا محمد بن المصنف ثنا العباس بن إسماعيل ثنا الحكم بن عطية عن عاصم الأحول عن أنس به. وقال الطبراني في «الصغير»: لم يروه عن عاصم إلا الحكم بن عطية ولا عن الحكم إلا العباس بن إسماعيل البصري تفرد به ابن المصنف. وقال في «الأوسط»: لم يروه إلا محمد بن مصنف. اهـ. وشيخ الطبراني لم أجد من ترجمه ومع أن هذا الطريق على شرط الهيثمي في «مجمع الزوائد» إلا أنه لم يورده.

ورواه زياد بن ميمون عن أنس: أخرجه أبو يعلى (٩٦/٧) رقم (٤٠٣٥)، والطبراني في «الأوسط» (٢٢٩/٣) رقم (٢٤٨٣)، وابن عدي في «الكامل» (١٠٤٤ ١٠٤٣/٣)، وأبو نعيم في «الحلية» (٣٢٣/٨)، وفي «أخبار أصبهان» (٥٧/٢)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٥٦/٤ ١٥٧)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٩/١ ٧٠) رقم (٦١) من طرق عن زياد بن ميمون عن أنس به. وقال ابن الجوزي: زياد بن ميمون قال يزيد بن

هارون: كان كذاباً، وقال يحيى: لا يساوي قليلاً ولا كثيراً. وقد نقل الذهبي رحمه الله في «الميزان» (٩٤/٢): عن بشر بن عمر الزهراني قال: سألت زياد بن ميمون أبا عمار عن حديث لأنس فقال: احسبوني كنت يهودياً أو نصرانياً قد رجعت عما كنت أحدث به عن أنس لم أسمع من أنس شيئاً.

ورواه موسى بن جابان عن أنس: أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٣٨٦/٧)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٧٠/١) رقم (٦٩) من طريق ميسرة بن عبد ربه عن موسى بن جابان عن أنس به. وميسرة بن عبد ربه هو الوضاع المشهور الذي وضع حديث فضائل القرآن سورة سورة. وقال ابن الجوزي في «العلل» (٧٠/١): عمران بن عبد الله ضعفه. ورواه الزهري عن أنس: أخرجه ابن عبد البر (١٠/١) من طريق يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم العسقلاني قال: أخبرنا يوسف بن محمد الفريابي قال: أخبرنا سفيان بن عيينة عن الزهري عن أنس به وفي أوله: اطلبوا العلم ولو بالصين.

ويعقوب بن إسحاق بن إبراهيم العسقلاني: قال الحافظ ابن حجر في «اللسان» (٦/٣٠٤): كذاب. وقد وجدت له حكاية يشبه أن يكون من وضعه ثم أسند من طريقه قال: ثنا إبراهيم بن عقبة حدثني المسيب بن عبد الكريم حدثني أمة العزيز امرأة أيوب ابن صالح صاحب مالك قال: غسلنا امرأة بالمدينة فضربت امرأة يدها على عجزيتها فقالت: ما علمتك إلا زانية أو مأبونة فالتزقت يدها بعجزيتها فأخبروا مالكا فقال: هذه المرأة تطلب حدها فاجتمع الناس فأمر مالك أن تضرب الحد فضربت تسعة وسبعين سوفاً ولم تنزع اليد فلما ضربت تمام الثمانين انتزعت اليد وصلي على المرأة ودفنت.

وللحديث إسناد آخر عن الزهري: أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٣٧٥/١٠) من طريق ابن بطة عن البغوي عن مصعب بن عبد الله عن مالك عن الزهري به. قال الخطيب: هذا الحديث باطل من حديث مالك ومن حديث مصعب عنه ومن حديث البغوي عن مصعب وهو موضوع بهذا الإسناد والحمل فيه على ابن بطة والحديث جزماً ليس من حديث مصعب ولا من حديث مالك بدليل ما أخرجه ابن عبد البر (١٢/١) عن محمد ابن معاوية الحضرمي قال: سئل مالك بن أنس وأنا أسمع عن الحديث الذي يذكر فيه «طلب العلم فريضة على كل مسلم» فقال: ما أحسن طلب العلم فأما فريضة فلا. فلو أن مالكا عنده هذا الحديث لرد به.

ورواه الأعمش عن أنس: أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٤٢٤/١١) من طريق الكديمي ثنا عبيد الله بن موسى عن الأعمش عن أنس به والكديمي هو محمد بن يونس الكديمي الوضاع المشهور. والأعمش لم يسمع من أنس. قال ابن المديني: الأعمش لم يسمع من أنس بن مالك إنما رآه رؤية بمكة يصلي خلف المقام فأما طرق الأعمش عن أنس فإنما يروها عن يزيد الرقاشي عن أنس.

ورواه أبو عاتكة عن أنس: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١٤٣٨/٤)، والبيهقي في «المدخل» رقم (٢٢٤)، والعقيلي في «الضعفاء» (٢٣٠/٢)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣٦٤/٩)، وفي «الرحلة في طلب الحديث» رقم (١، ٢، ٣)، والدولابي في «الكنى» (٢/٢)

(٢٣)، وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (١٠٦/٢)، وابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (١/١١)، وابن الجوزي في «الموضوعات» (٢١٥/١)، والبيهقي في «شعب الإيمان» (٢/٢٥٤) رقم (١٦٦٣) كلهم من طريق الحسن بن عطية قال: ثنا أبو عاتكة طريف بن سليمان عن أنس مرفوعاً: اطلبوا العلم ولو بالصين فإن طلب العلم فريضة على كل مسلم. قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ فأما الحسن بن عطية فضعفه أبو حاتم الرازي وأما أبو عاتكة فقال البخاري: منكر الحديث، وقال ابن حبان: وهذا الحديث باطل لا أصل له.

ورواه مسلم الأعمور عن أنس. أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٨٤١/٢) ومن طريقه، ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٧١/١) رقم (٧٢)، وابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (٩/١) كلهم من طريق أبي سهل حسام بن مصك عن مسلم الملائي الأعمور عن أنس به. وهذا الإسناد مسلسل بالعلل وقد جمعها ابن الجوزي في «العلل المتناهية» فقال: مسلم الملائي منكر الحديث جداً. وقال يحيى: لا شيء، وفيه حسام بن مصك. قال يحيى: ليس حديثه بشيء وفيه ابن عياش وفيه عبد الوهاب بن الضحاك. قال أبو حاتم الرازي: كان يكذب.

ورواه إسحاق بن عبد الله عن أنس. أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١١٤٠/٣)، (١١٤١) ومن طريقه. ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٧١/١) رقم (٧٢)، وابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (١٠/١) كلهم من طريق سليمان بن سلمة الخبائري حدثنا بقرية بن الوليد ثنا الأوزاعي عن إسحاق بن عبد الله عن أنس به. قال ابن الجوزي: الخبائري قال الرازي: متروك الحديث.

وقال ابن عبد البر: وهذا الحديث لم يروه عن بقية عن الأوزاعي إلا الخبائري وهو سليمان بن سلمة بن عبد الجبار الخبائري الحمصي ابن أخ عبد الله بن عبد الجبار الخبائري وليس سليمان هذا عندهم بالقوي وأكثر الرواة عن بقية يروون هذا الحديث عن بقية عن حفص بن سليمان عن كثير بن شنظير عن محمد بن سيرين عن أنس ويروونه عن بقية أيضاً عن أبي عبد السلام الوحاظي عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك ولا يعرف من حديث الأوزاعي إلا من رواية سليمان بن سلمة الخبائري عن بقية بن الوليد على أن سليمان الخبائري قد جمع هذه الأسانيد كلها في هذا الحديث عن بقية.

ورواه الزبير بن الخريت عن أنس: أخرجه الصيدواوي (في معجمه)، ص (٣٥٩) رقم (٣٤٥)، وابن عبد البر في «جامع العلم» (١١/١) كلاهما من طريق الزبير بن الخريت عن أنس به.

ورواه أبو حنيفة النعمان عن أنس: أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٢٠٧/٤)، (٢٠٨، ١١١/٩). وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٧٠/١) رقم (٦٨)، وأبو نعيم في «مسند أبي حنيفة» كما في جامع المسانيد (٢٣/١) من طريق أبي العباس أحمد بن الصلت بن المغلس الحماني.

ثنا بشر بن الوليد نا أبو يوسف نا أبو حنيفة قال: سمعت أنس بن مالك . . . فذكره .
وقال الخطيب: لم يروه عن بشر غير أحمد بن أبي الصلت وليس بمحفوظ عن أبي
يوسف ولا يثبت لأبي حنيفة سماع من أنس بن مالك ثم ذكر بمسنده عن الدارقطني:
أنه سئل عن سماع أبي حنيفة من أنس يصح فقال الدارقطني: لا ولا رؤيته لم يلحق أبو
حنيفة أحدًا من الصحابة. وقال أيضًا: لا يصح لأبي حنيفة سماع من أنس بن مالك
وهذا الحديث باطل بهذا الإسناد وضعه أحمد بن أبي الصلت. اهـ.

ورواه المثنى بن دينار عن أنس: أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤/٢٥٠)، وابن
الجوزي في «العلل المتناهية» (١/٦٧) رقم (٦٠)، والقضاعي في «مسند الشهاب» رقم
(١٧٥) كلهم من طريق حجاج بن نصير ثنا المثنى بن دينار عن أنس به. قال العقيلي:
المثنى بن دينار عن أنس في حديثه نظر والرواية في هذا الباب فيها لين.

ورواه إبراهيم بن يزيد التيمي عن أنس: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٤/١٥٢٥)،
وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١/٦٨) رقم (٦٢) كلاهما من طريق الحسن بن قزعة ثنا
عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن إبراهيم بن يزيد عن أنس به. قال ابن عدي:
ولعبد الله بن خراش عن العوام من الحديث غير ما ذكرت ولا أعلم أنه يروي عن غير العوام
أحاديث وعامة ما يرويه غير محفوظ. وقال ابن الجوزي: عبد الله بن خراش قال أبو زرعة:
ليس بشيء.

ورواه عبد الوهاب بن بخت عن أنس: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١/٢٠٥، ٢٠٦)
وعنه ابن الجوزي (١/٧٠، ٧١) رقم (٧٠) من طريق معان بن رفاعه ثنا عبد الوهاب بن
بخت عن أنس. قال ابن الجوزي: معان بن رفاعه ضعفه يحيى وقال ابن حبان يستحق
الترك.

ورواه أبو الصباح المؤذن عن أنس: أخرجه بحشل في «تاريخ واسط»، ص (٦٥).
وروته أم كثير بنت فرقد عن أنس. أخرجه أيضًا بحشل في «تاريخ واسط»، ص (٧٠).
حديث ابن مسعود: أخرجه أبو يعلى في «معجم شيوخه»، ص (٣٣٨) رقم (٣٢٠)،
والطبراني في «الكبير» (١٠/٢٤٠) رقم (١٠٤٣٩)، والخطيب في «تلخيص المتشابه» (١/
٢٨٨)، وابن عدي في «الكامل» (٥/١٨١٠)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١/٦٦)
رقم (٥٧) كلهم من طريق عثمان بن عبد الرحمن القرشي عن حماد بن أبي سليمان عن
شقيق بن سلمة عن ابن مسعود به. وقال ابن عدي: ولعثمان غير ما ذكرت من الحديث
وعامة أحاديثه مناكير إما إسنادًا أو متناً. وقال ابن الجوزي: عثمان بن عبد الرحمن لا
يحتج به وهزيل غير معروف وما يرويه غيره. والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع
الزوائد» (١/١٢٢) وقال: رواه الطبراني في «الكبير» و«الأوسط» وفيه عثمان بن
عبد الرحمن القرشي عن حماد بن أبي سليمان وعثمان هذا قال البخاري: مجهول ولا
يقبل من حديث حماد إلا ما رواه عنه القدماء شعبة وسفيان الثوري والديلمي ومن عدا
هؤلاء روي عنه بعد الاختلاط. اهـ. وأورده الحافظ في «المطالب العلية» (٣/١٣٠)
رقم (٣٠٦٥) وعزاه لأبي يعلى.

حديث ابن عباس: أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤١٠/٣)، والطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (١٢٣/١)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٦/١) رقم (٥٨) كلهم من طريق عبد الله بن عبد العزيز بن أبي رواد عن عائذ بن أيوب رجل من أهل طوس ثنا إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن ابن عباس به قال العقيلي: لا يصح إسناده والرواية في هذا النحو فيها لين وعبد الله بن عبد العزيز أخطأ في الإسناد والمتن وقلب اسم أيوب. وقال ابن الجوزي: عائذ بن أيوب مجهول وعبد الله بن عبد العزيز قال ابن الجوزي: لا يساوي فلسًا. وقد أورد الحافظ في «اللسان» (٢٢٦/٣) إعلال الحديث بعائذ بن أيوب فساق كلام العقيلي المتقدم آنفًا وقال: فظهر ألا ذنب لعائذ بن أيوب بل لا وجود له وأيوب بن عائذ من رجال التهذيب. والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (١٢٣/١) وقال: رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه عبد الله بن عبد العزيز بن أبي رواد ضعيف جدًا. حديث أبي سعيد الخدري: أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» (٢٥٤/٢، ٢٥٥)، رقم (١٦٦٧)، والطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (١٢٣/١)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٤٢٧/٤) كلهم من طريق يحيى بن هاشم السمسار ثنا مسعر بن كدام عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري به. قال الهيثمي: رواه الطبراني في «الأوسط» وفيه يحيى بن هاشم السمسار كذاب. قلت: تابعه إسماعيل بن عمرو البجلي. أخرجه القضاعي في «مسند الشهاب» رقم (١٧٤) وعنه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٧٢ ٧١/١) رقم (٧٤) من طريق إسماعيل بن عمرو البجلي عن مسعر عن عطية عن أبي سعيد. وقال ابن الجوزي: في إسناده إسماعيل بن عمرو البجلي قد ضعفه الرازي والدارقطني وابن عدي وفيه عطية العوفي وكلهم ضعفه قال ابن حبان: لا يحل كتاب حديثه إلا على جهة التعجب.

حديث ابن عمر: أخرجه الدارقطني في «غرائب مالك» كما في «اللسان» (١٣٢/١)، وابن عدي (١٨٣/١)، وابن حبان في «المجروحين» (١٤١/١)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٥/١) رقم (٥٤) كلهم من طريق مهنا بن يحيى الرملي عن أحمد بن إبراهيم بن موسى عن مالك عن نافع عن ابن عمر به. وهذا موضوع على مالك. قال ابن عدي: هذا الحديث منكر عن مالك بهذا الإسناد ولا يرويه إلا أحمد بن إبراهيم بن موسى، وهو غير معروف. وقال ابن حبان: هذا حديث لا أصل له من حديث ابن عمر ولا من حديث نافع ولا من حديث مالك إنما هو من حديث أنس بن مالك وليس بصحيح. ونقل ابن الجوزي كلام ابن حبان وأقره.

وللحديث طريق آخر: أخرجه العقيلي (٥٨/٢) وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١/٦٦) رقم (٥٦) من طريق محمد بن أحمد الأنطاكي، ثنا روح بن عبد الواحد ثنا موسى بن أعين عن ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن عمر. وقال العقيلي: لا يتابع روح عليه والرواية في هذا لينة وضعفه ابن الجوزي وأعله بليث بن أبي سليم فقط.

طريق آخر. أخرجه الصيدواي في «معجمه»، ص (١٧٧) رقم (١٢٥). وابن عدي في «الكامل» (٢١٦٧/٦)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٥/١) رقم (٥٣) من طريق

يحيى بن خالد الوحاظي ثنا محمد بن عبد الملك عن نافع عن ابن عمر، وقال ابن الجوزي: محمد بن عبد الملك قال أحمد: قد رأيتُه وكان يضع الحديث ويكذب، وقال ابن حبان: لا يحل ذكره في الكتاب إلا على سبيل التعجب.

طريق آخر: أخرجه ابن عدي (٢٥٢٨/٧)، وابن الجوزي في «العلل» (٦٦/١) رقم (٥٦) من طريق محمد بن أبي حميد عن نافع عن ابن عمر. قال ابن الجوزي: وفيه محمد بن أبي حميد: قال يحيى: ليس بشيء. وقال ابن حبان: لا يحتج به.

حديث علي بن أبي طالب: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١٨٨٣/٥)، وعنه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٥/١) رقم (٥٢) من طريق محمد بن الحسين بن حفص ثنا عباد بن يعقوب ثنا عيسى بن عبد الله أخبرني أبي عن أبيه عن جده عن علي مرفوعاً بلفظ: طلب الفقه فريضة على كل مسلم. قال ابن عدي: ولعيسى بن عبد الله هذا غير ما ذكرت وعامة ما يرويه لا يتابع عليه. وقال ابن الجوزي: عباد بن يعقوب، قال ابن حبان: يروي المناكير عن المشاهير فاستحق الترك وعيسى بن عبد الله ضعيف.

طريق آخر: أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٤٠٧/١)، وعنه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٤/١) رقم (٥٠) من طريق سليمان بن عبد العزيز حدثني أبي عن محمد بن عبد الله بن الحسين عن علي بن الحسين عن أبيه عن علي به. قال ابن الجوزي: السمرقندي يحدث بالمناكير ومحمد بن أيوب وجعفر بن محمد هما في غاية الضعف.

طريق آخر: أخرجه الخطيب في «تلخيص المتشابه» (١٠٦/١) من طريق محمد بن عبيدة النافقاني ثنا الصباح بن موسى عن عبد الرحمن بن يزيد عن مكحول عن سعيد بن المسيب عن علي به. ومحمد بن عبيدة النافقاني: قال ابن ماکولا: صاحب مناكير، الأنساب (٤٤٧٥). ومكحول مدلس وقد عنعنه.

حديث الحسين بن علي: أخرجه الطبراني في «الصغير» (٩٢/١) وفي «الأوسط» (٣/٣١) رقم (٢٠٥١)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٢٠٤/٥)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٥/١) رقم (٥١) من طريق الخوارزمي ثنا سليمان بن عبد العزيز حدثني أبي ثنا محمد بن عبد الله بن حسين عن علي بن الحسين بن علي عن أبيه به. قال الطبراني: لا يروى عن الحسين بن علي إلا من هذا الوجه. اهـ. والخوارزمي: هو أحمد بن يحيى بن أبي العباس. ضعفه الدارقطني، ينظر «الضعفاء» (٧١).

حديث أبي هريرة: أخرجه أبو حنيفة في «مسنده» رقم (٢٠) عن ناصح بن عبد الله عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة به. وناصر بن عبد الله: قال الحافظ في «التقريب» (٢٩٤/٢): ضعيف.

حديث جابر: أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢١٦٧/٦، ٢١٦٨)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٦٧/١) رقم (٥٩) من طريق عباس بن الوليد الخلال ثنا يحيى بن صالح ثنا محمد بن عبد الملك عن محمد بن المنكدر عن جابر. ومحمد بن عبد الملك تقدم الكلام عليه. وقال ابن الجوزي: عباس بن الوليد مطعون فيه.

الله وسلامه عليه، فإنه لما هبط إلى الأرض، أتاه جبريل - عليه السلام - بالحنطة، وأمره أن يزرعها، فزرعها وسقاها، وحصدها، ودرسها، وطحنها وخبزها، وكذلك نوح صلوات الله عليه كان نجارا، يأكل من كسبه، وإدريس صلوات الله عليه كان خياطا، وإبراهيم صلوات الله عليه كان بزازا حتى روي أن نبينا صلوات الله عليه قال: «عليكم بالبز، فإن أباكم إبراهيم كان بزازا وداود صلوات الله عليه كان يصنع الدرع، وسليمان صلوات الله عليه كان يصنع المكاتل، وزكريا - عليه السلام - كان نجارا، وعيسى - عليه السلام - كان يأكل من غزل أمه وربما كان يلتقط سنابل»^(١)، فعلم أن الكسب طريق الأنبياء والمرسلين ونحن أمرنا بالاعتداء بهم.

ثم الكسب على مراتب: فمقدار^(٢) ما لا بد^(٣) لكل واحد منه يعني ما يقوم به صلبه، يفرض على كل واحد اكتسابه عينا، وكذلك إذا كان له عيال من زوجة، وأولاد صغار، فإنه يفرض عليه الكسب بقدر كفايتهم عينا، وكذلك إذا كان له أبوان معدمان يفرض^(٤) عليه الكسب بقدر كفايتهما، وما زاد على قدر كفايته وكفاية عياله مباح، إذا لم يرد الفخر والربا.

ثم المذهب عند جمهور الفقهاء: أن جميع أنواع الكسب في الإباحة على السواء وبعض الفقهاء، قالوا: الزراعة مذمومة^(٥)، والصحيح: ما ذهب إليه جمهور

(١) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء (٤/١٤٤)، وينظر: الكسب، ص (٣٦)، المبسوط للسرخسي (٣٠/٢٤٦)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٥٧).

(٢) في م: بمقدار.

(٣) في م: لا بد.

(٤) في م: يفترض.

(٥) أباح الإسلام جملة من المكاسب التي تعين الفرد على الطاعة وعمارة الدنيا، وجعلها من أجل المكاسب وأطيبها، كل ذلك إذا وقعت على الوجه المأذون به. ومن أعظم أصول المكاسب في الإسلام على سبيل الإجمال الزراعة والصناعة والتجارات المشروعة كالبيع والشراء والقروض الحسنة، والمضاربات إلى غير ذلك من أصول الكسب التي أقرها الإسلام وأباحها، بل أعظم من ذلك أن الإسلام قد دعا المسلمين إلى أن يسلكوا هذه الطرق =

في تحصيل أرزاقهم ومعاشهم فهي خير لهم من طريق الكسب الخبيث. =
 أولاً: الزراعة: ولقد جاءت النصوص الشرعية مبينة أن الزراعة من أفضل طرق الكسب
 وأهمها لشدة الحاجة إليها وعموم انتفاع الناس بها، ولأن الكسب عن طريق الزراعة فيه نوع
 من التفويض لله بعد أخذ الأهبة وفلح الأرض وسقيها واتقاء آفاتها فإن الخير بعد ذلك يكون
 من الله فائق الحب والنوى.

يقول الرسول ﷺ: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو
 بهيمة إلا كان له به صدقة» [أخرجه البخاري (٥/٥) كتاب الحرت والمزارعة، باب: فضل
 الزرع والغرس إذا أكل منه (٢٣٢٠)، ومسلم (١١٨٩/٣)، كتاب المساقاة، باب: فضل
 الغرس والزرع (٨ - ١٥٥٢)].

ومقتضى الحديث أن الثواب مستمر ما دام الغرس أو الزرع مأكولاً منه أو منتفعاً به ولو
 مات غارسه أو زارعه.

ومن ضرورة الزراعة وأهميتها يقول القرطبي عند تفسيره لقول الله تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ
 يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَكْبَتْتَ مِنْ حَبِّ سَبْأَلٍ فِي كُلِّ سُبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ﴾: «الآية
 دليل على أن اتخاذ الحرت من أعلى الحرف المتخذة للمكاسب ويشتغل بها العمال، ولهذا
 ضرب الله بها المثل». وفي هذا يقول الماوردي: «الزراعات أصل المكاسب كلها، وأطيب
 من البيوع وغيرها، لأن الإنسان في الاكتساب بها أحسن توكلأً وأقوى إخلاصاً وأكثر لأمر
 الله تفويضاً وتسليماً».

ينظر: رسالة التكافل الاجتماعي في الإسلام للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي،
 ص (٤٥)، الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٠٥).

ثانياً: الصناعة: رغب الإسلام في الصناعة، وأشار إلى فضل الكسب عن طريقها، غير
 أنه كره لأتمته أن تحصر نشاطها وجهدها في الزراعة غير عابئة بتقدم العمران وتطور الأزمان،
 فإن نتيجة ذلك لا محالة هي جلبه الذل على الأمة نتيجة لتخلفها الاقتصادي ومن ثم ضعفها
 العسكري مما يؤدي إلى تبعيتها وربما يؤدي إلى احتلالها كما قد حدث فعلاً وبالتالي
 إذلالها. فهذا نقص في كفاية الأمة يعرضها للخطر حتماً ولا غرو أن أعلن الرسول ﷺ
 أن ذلك مصدر شر يحق بالأمة وهو ما صدقه الزمن أعظم تصديق.

ويقول الإمام ابن تيمية: «ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة ناس مثل حاجة الناس
 إلى الفلاحة والنساجة والبنية».

فإن الناس لا بد لهم من طعام يأكلونه وثياب يلبسونها ومسكن يسكنونها، فإذا لم يجلب
 لهم من الثياب ما يكفيهم كما كان يجلب إلى الحجاز على عهد رسول الله ﷺ كانت الثياب
 تجلب لهم من اليمن ومصر والشام وأهلها كفار وكانوا يلبسون ما نسجه الكفار ولا يغسلونه
 فإذا لم يجلب إلى ناس البلد ما يكفيهم احتاجوا إلى من ينسج لهم الثياب ولا بد لهم من
 طعام إما مجلوب من غير بلدهم وإما من زرع بلدهم وهو الغالب.

وكذلك لا بد لهم من مساكن يسكنونها فيحتاجون إلى البناء فلماذا قال غير واحد من
 الفقهاء من أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهم، كأبي حامد الغزالي وأبي الفرج

ابن الجوزي وغيرهم: أن هذه الصناعات فرض على الكفاية فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بها، كما أن الجهاد فرض على الكفاية إلا أن يتعين فيكون فرضاً على الأعيان مثل أن يقصد العدو بلداً أو مثل أن يستنفر الإمام أحداً.
ينظر: المال وطرق استثماره في الإسلام، ص (١٨٧)، والاقتصاد الإسلامي مذهباً ونظاماً (٢٥٧/١).

ثالثاً: التجارة: التجارة في اللغة: التصرف في رأس المال طلباً للربح، ويرد لفظ التجارة عند فقهاء الإسلام لمعنى عام معبراً عن وجوه الكسب وضروب الأنشطة الاقتصادية المتعددة بل في كثير من الأحيان يعبر عن التجارة بالمعنى المقصود منها مباشرة وهي عملية البيع والتجارة من الأعمال الشريفة التي دعا إليها الإسلام وحث عليها، والمتتبع لآيات القرآن الكريم يجد أن التجارة وردت في ثمانية مواضع وتشمل سائر المعاملات المادية من بيع وشراء وسلم ومعاوضة وغير ذلك.

ينظر: الحسبة ومسؤولية الحكومة الإسلامية، لابن تيمية، تحقيق: صلاح عزام، مطبوعات دار الشعب، الناشر مؤسسة الشعب، ط (١)، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، ص (١٧).
يقول الشيخ شلتوت: جعل الله سبحانه التجارة ابتغاء من فضل الله، وأمر بها عقب الفراغ من الصلاة المفروضة وقرن بها ذكر الله وعلق عليها رجاء الخير والفلاح. قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَأَذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾. وهم في الوقت نفسه يساهمون في نوع من التعاون الاجتماعي الذي لا بد للناس منه في حياتهم والذي أمر الله به على وجه عام في قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾. ولذلك كان جزاؤهم إذا سلمت أيديهم وخلصت نياتهم وصدقت ألسنتهم عند الله عظيمًا وقد صح في الخبر. «التاجر الصدوق يحشر يوم القيامة مع الصديقين والشهداء والكذوب يحشر مع الشياطين». لقد سوى الإسلام بين المجاهدين وبين الذين يكسبون المال الحلال عن طريق التجارة وذلك للنفقة على نفسه وعياله والإحسان إلى الغير. يقول الإمام القرطبي: «قال ابن مسعود رضي الله عنه: أيما رجل جلب شيئاً إلى مدائن المسلمين صابراً محتسباً فباعه بسعر يومه كان له عند الله منزلة الشهداء، وقرأ: ﴿وَأَخْرَجْنَا بِضُرُوبٍ فِي الْأَرْضِ﴾. وقال ابن عمر: ما خلق الله مائة أمواتها بعد الموت في سبيل الله أحب إلى الله من الموت بين شعبي رحلي أبتغي من فضل الله ضارباً في الأرض، ولقد أباح الإسلام التجارة بالنص القرآني الذي يصرح بأن التجارة ليست أكلاً لأموال الناس بالباطل.

قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِلْطِإٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، فالله تعالى ينهانا عن تعاطي الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال لكن المتاجرة المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري فافعلوها وتسببوا بها في تحصيل الأموال. وهكذا دعا الإسلام في قرآنه وفي سنة نبيه ﷺ دعوة قوية إلى التجارة والعناية بها والكسب عن طريقها.

ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٥٦/١٩)، المجتمع الإسلامي، للشيخ محمد أبو زهرة، ص (٥٩)، تفسير ابن كثير (٤٧٩/١).

الفقهاء^(١).

ثم اختلف المشايخ في التجارة والزراعة أيهما أفضل، قال بعضهم: التجارة أفضل، وأكثر مشايخنا على أن الزراعة أفضل.

قال: وعلى الناس اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى النساء، قال، ومن امتنع عن الأكل حتى مات، وجب عليه دخول النار^(٢).

وفي واقعات الناطفي: إسكاف أمره إنسان أن يتخذ له خفا مشهورا على زي الفسقة والمجوس، وزاد له [في]^(٣) أجره، قال: لا أرى له أن يفعل ذلك، وكذلك الخياط إذا أمره إنسان أن يخيط ثوبا على زي الفساق، وكذلك مكعب الرجال مع سيره^(٤).

وبيع الزنار من النصارى، وبيع قلنسوة المجوس من المجوسي^(٥) جائز من غير كراهة. قالوا: وبيع المكعب المفضض من الرجال إذا علم أنه ملبوس مكروه، والكلام هاهنا [أظهر من الكلام]^(٦) في بيع المكعب مع سيره.

وفي العيون: إذا استأجر رجلا لغسل الميت فلا أجر له، ولو استأجره لحمل الميت، أو لحفر القبر، فله الأجرة.

وفي القدوري ذكر مسألة الغسل وحمل الميت، وفصل الجواب فيهما تفصيلا، فقال: إن كان في موضع لا يوجد من يغسله أو يحمله [غير هؤلاء]^(٧)، فلا أجر لهم، فإن كان ثمة أناس غيرهم، فلهم الأجر وستأتي هذه المسألة في كتاب الإجارة إن شاء الله تعالى.

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٥٢٨).

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٥٧).

(٣) سقط في م.

(٤) في م: سريرهم.

(٥) في م: المجوس.

(٦) في أ: يظهر.

(٧) في م: غيره.

وفي فتاوى أهل سمرقند: استأجر رجلا ليضرب الطبل، إن كان للهو، لا يجوز، وإن كان للغزو أو المقاتلة يجوز.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد في امرأة نائحة، أو صاحب طبل أو مزمار اكتسب مالا، قال: إن كان على شرط يرده على أصحابه، إن عرفهم، يريد بقوله: على شرط: إن شرطوا لها، أو له مالا بإزاء النياحة، أو بإزاء الغناء، أما إذا لم يكن الأخذ على شرط، يكون حلالا.

وفيه أيضا عن محمد - رحمه الله - في كسب المغنية، وإن قضى به دين، لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه [ديانة]^(١)، وأما في القضاء، فهو يجبر على الأخذ وينبغي على قياس المسألة المتقدمة أن يقال: إنها إذا أخذت ذلك من غير شرط أن يسع رب الدين أن يأخذه.

وفيه أيضا عن أبي يوسف: إذا ورث ورثة خمرا وهم مسلمون، لا أقسم الخمر بينهم، ولكنها تخلل، ثم تقسم.

رجل [مات]^(٢) وكسبه من بيع الباقي، إن تورع الورثة من أخذ ذلك كان أولى، ويردوا على أربابها [إن عرفوا أربابها]^(٣)، وإن لم يعرفوا أربابها، فالميراث حلال في الحكم، فلا يلزمهم التصدق، ولسنا نأخذ بهذه الرواية، بل هو حرام مطلق على الورثة، قال: إن تورعوا وتصدقوا، كان أولى، وإذا أراد أن يتصدق، ينبغي أن يتصدق بنية خصماء أبيه.

وفي فتاوى أهل سمرقند قالوا: وأما الذي تأخذه النائحة، والقوال، والمغني، فالأمر فيه أيسر، وقد ذكرنا الكلام في كسب المغني، والنائحة قبل هذا، والفتوى على ما ذكرنا قبل هذا.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

سئل الفقيه أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمر السلطان، وجمع المال من أخذ الغرامات المحرمات، وغير ذلك، هل يحل لأحد عرف ذلك أن يأكل من طعامه، قال: أحب إليّ في دينه ألا يأكل منه، ويسعه أكله حكماً إن كان ذلك الطعام لم يكن في يد المطعم غضباً أو رشوة.

رجل يبيع^(١) التعويد^(٢) في المسجد الجامع، ويكتب فيه من التوراة، والإنجيل، ويأخذ عليه مالا، ويقول: إني أدفع هذا هدية، لا يحل له المأخوذ. وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الكسب: كسب الخصاء^(٣) حرام، ولم يرد ما اكتسبه، وإنما أراد [به]^(٤) اتخاذ خصياء، وإخصاؤون [للأدمي]^(٥) مكروه، [نقل]^(٦) عن كتاب الطحاوي هكذا، وسيأتي الكلام في الإخصاء بعد هذا إن شاء الله تعالى.



(١) في م: يمنع.

(٢) في أ: العقود.

(٣) في أ: حكماً.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

الفصل الرابع عشر

في زيارة النساء القبور، وفي نقل الميت من مكان إلى مكان

روى ابن أبي مليكة^(١) [أن]^(٢) عبد الرحمن بن أبي بكر^(٣) مات خارج مكة على اثني عشر ميلاً فجاءت عائشة - رضي الله عنها - حاجة، أو معتمرة^(٤)، وزار قبره، وقالت: أما والله لو شهدتك ما زرتك، ولو شهدتك ما دفنتك إلا في مكانك الذي مت فيه^(٥).

(١) هو: عبد الله بن عبيد الله بن زهير، وهو أبو مليكة بن عبد الله بن جدعان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم التيمي أبو بكر المكي، روى عن عائشة، وأم سلمة، وأسماء، وابن عباس، وأدرك ثلاثين من الصحابة رضي الله عنهم، وثقه أبو حاتم، وأبو زرعة، قال البخاري: مات سنة سبع عشرة ومائة.

ينظر: تهذيب الكمال (٢٥٦/١٥)، تهذيب التهذيب (٣٠٦/٥)، خلاصة تذهيب تهذيب الكمال (٧٦/٢).

(٢) سقط في م.

(٣) هو: عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، أسلم قبل الفتح، وقيل: إنه كان أسيراً ولد أبي بكر، وشهد مع خالد اليمامة فقتل سبعة من أكابرهم، ويقال: إنه كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة أو عبد العزى، فسماه النبي ﷺ عبد الرحمن، قال الزبير: كان امرئاً صالحاً، وكانت فيه دعاية، ولم تجرب عليه كذبة قط، توفي عبد الرحمن بحبشي، وهو على اثني عشر ميلاً من مكة، فحمل إلى مكة، فدفن بها.

ينظر: تهذيب الكمال (٥٥٥/١٦)، تقريب التهذيب (٤٧٤/١)، خلاصة تذهيب الكمال (١٢٦/٢).

(٤) في م: اعتمرت.

(٥) أخرجه الترمذي (٣٥٨/٢، ٣٥٩) أبواب الجنائز، باب: ما جاء في زيارة القبور للنساء (١٠٥٥)، وعبد الرزاق (٦٥٣٥) من طريق ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال: توفي عبد الرحمن بن أبي بكر بحبشي قال: فحمل إلى مكة فدفن فيها، فلما قدمت عائشة أتت قبر عبد الرحمن بن أبي بكر فقالت:

وَكُنَّا كَنَدْمَانِي جَدِيمَةَ حِقْبِيَّةَ
فَلَمَّا تَفَرَّقْنَا كَانِي وَمَالِكَا
مِنَ الدَّهْرِ حَتَّى قِيلَ لَنْ يَتَّصِدَعَا
لِطُولِ اجْتِمَاعِ لَمْ نَبِثْ لَيْلَةً مَعَا
ثُمَّ قَالَتْ: «أَمَا وَاللَّهِ لَوْ حَضَرْتُكَ لَدَفْنْتُكَ حَيْثُ مِتَّ، وَلَوْ شَهِدْتُكَ مَا زُرْتُكَ».

وإسناده ضعيف؛ لانقطاعه؛ فإن ابن جريج مدلس، وقد عنعنه، وانظر: ضعيف الترمذي للألباني (١٧٦).

وينظر: المغني (٤٤٢/٣، ٤٤٣).

قولها: أما والله لو شهدتك ما زرتك تكلم المشايخ في تأويله، وفي معناه، بعضهم قالوا: أرادت بهذا^(١) بيان أن زيارة القبور ليست بواجبة، وإلى هذا القول مال القاضي الإمام علي السغدني، وبعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان عذرها في زيارته، فإن ظاهر قوله - عليه السلام - : «لعن الله زوارات القبور»^(٢) يمنع النساء عن زيارة القبور، [والحديث]^(٣) وإن كان متأولاً فلحكمة ظاهرة قالت ما قالت، ووجه العذر أنه فات عنها لقاءه عند الموت فزارت قبره؛ ليكون لقاء قبره قائماً مقام لقاءه عند الموت، وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - (٤).

(١) في م: بهذه.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٥٠٢/١) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في النهي عن زيارة النساء القبور، رقم (١٥٧٦)، والترمذي (٣٦٢/٣) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في كراهية زيارة القبور للنساء، رقم (١٠٥٦)، وأحمد (٣٣٧/٢، ٣٥٦)، والبيهقي (٧٨/٤) كتاب الجنائز، باب: ما ورد في نهيه عن زيارة القبور. وقال عنه الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح. وفي الباب من حديث عبد الرحمن بن حسان بن ثابت عن أبيه: أخرجه ابن ماجه (٥٠٢/١) كتاب الجنائز، باب: في النهي عن زيارة النساء القبور، رقم (١٥٧٤)، وأحمد (٤٤٢/٣)، (٤٤٣) بلفظ: «لعن رسول الله ﷺ زَوَّارَاتِ الْقُبُورِ»، والبيهقي (٧٨/٤) كتاب الجنائز، باب: ما ورد في نهيه عن زيارة القبور.

وقال الألباني في الإرواء (٢٣٣/٣) في إسناد حسان: إنه صحيح، رجاله ثقات، وقال ابن بهمان: لم يرو عنه غير ابن خيثم هذا، وقال الحافظ في التقریب: مقبول - يعني عند المتابعة - فالحديث صحيح لغيره، والله أعلم. وفي الباب عن أبي هريرة بلفظ: «لعن الله زائرات القبور». أخرجه ابن حبان (٤٥٢/٧) كتاب الجنائز، باب: ذكر لعن المصطفى ﷺ زائرات القبور من النساء، رقم (٣١٧٨). وفي الباب من حديث ابن عباس بلفظ: «لعن رسول الله ﷺ زائرات القبور، والمتخذات عليها المساجد والسرج». أخرجه النسائي (٩٤/٤) كتاب الجنائز، باب: التغليظ في اتخاذ السرج على القبور، رقم (٢٠٤٣)، والترمذي (١٣٦/٢) كتاب الصلاة، باب: كراهية أن يتخذ على القبر مسجداً، رقم (٣٢٠) وقال: (وحدث ابن عباس، حديث حسن)، وابن ماجه (٥٠٢/١) كتاب الجنائز، باب: ما جاء في النهي عن زيارة النساء القبور، رقم (١٥٧٥)، ولم يذكروا المتخذين عليها.

(٣) سقط في أ.

(٤) المبسوط للسرخسي (١٠/٢٤)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٥٩).

وبعضهم قالوا: أرادت بهذا بيان أن زيارة القبور مع أنها غير مكروهة في حق النساء، وأن الحديث الوارد في الباب منسوخ، نسخه قوله - عليه السلام - : «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها، ولا تقولوا هجراً»^(١)، ولكن القول [الأول]^(٢) أولى؛ ألا ترى أنها قالت: «لو شهدتك^(٣) ما زرتك» وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شيخ الإسلام.

وقولها: [لو]^(٤) شاهدتك ما دفتك إلا في مكانك الذي مات فيه دليل على أن دفن الميت في مكانه الذي مات فيه، وفي مقابر ذلك القوم [أفضل]^(٥). قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: أحب إلينا أن يدفن الميت ويغسل في المكان الذي مات فيه في مقابر أولئك القوم، وإن نقل ميلاً أو ميلين أو نحو ذلك، فلا بأس به [لأنه قدر المسافة التي لا يكره النقل فيها بميل أو ميلين]^(٦) فهذا دليل على أن الزيادة على ذلك مكروهة.

(١) أخرجه مسلم (٦٧٢/٢) كتاب الجنائز، باب: استئذان النبي ﷺ ربه عز وجل في زيارة قبر أمه (٩٧٧/١٠٦)، وأبو داود (٢٣٧/٢) كتاب الجنائز، باب: في زيارة القبور (٣٢٣٥)، والنسائي (٨٩/٤) كتاب الجنائز، باب: زيارة القبور، وأحمد (٣٥٠/٥، ٣٥٥)، من طريق عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء فاشربوا في الأسقية كلها ولا تشربوا مسكراً»، والترمذي (٣٥٧/٢) أبواب الجنائز، باب: ما جاء في الرخصة في زيارة القبور (١٠٥٤)، وابن ماجه (٩٧/٥) كتاب الأشربة، باب: ما رخص فيه من ذلك (٣٤٠٥)، وأحمد (٣٥٦/٥، ٣٥٩، ٣٦١)، والطحاوي في شرح المعاني (١٨٦/٤، ٢٢٨)، من طريق سليمان بن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور، فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه؛ فزوروها فإنها تذكر الآخرة».

(٢) سقط في م.

(٣) في م: شاهدتك.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: فقد نهى الناس عن النقل ميلاً أو ميلين.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح السير الكبير: لو لم يكن في نقله إلا تأخير دفنه، كان كافيا في كراهيته.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن نقل الميت من بلد إلى بلد ليس بمكروه.
[وفي العيون ذكر^(١) مطلقا أن نقل الميت من بلد إلى بلد ليس بمكروه]^(٢).



(١) زاد في م: ذلك.

(٢) سقط في أ.

الفصل الخامس عشر

في أهل الذمة، والأحكام العائدة إليهم

ذكر محمد - رحمه الله - في باب دخول الكافر المسجد بإسناده عن الزهري أن أبا سفيان بن حرب كان يدخل المسجد في الهدنة إلى الصلح وهو كافر. قال [محمد - رحمه الله -] ^(١): غير أن ذلك لا يحل في المسجد الحرام. يجب أن يعلم أن أهل الذمة لا يمنعون عن الدخول في سائر المساجد سوى المسجد الحرام عند علمائنا - رحمهم الله -، وذكر محمد - رحمه الله - في هذا الكتاب: أنهم لا يمنعون، وهكذا ذكر الكرخي - رحمه الله - في مختصره. قيل: ما ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الأول، وما ذكر هنا قول محمد الآخر، ووجه قوله الآخر قوله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ أي بعد عام الفتح، فقد خص المسجد الحرام بالنهي من الدخول فيه؛ فيدل على حرمة الدخول في المسجد الحرام وعلى اقتصار الحرمة عليه.

ووجه قول أبي يوسف ومحمد [الأول] ^(٢): أن القاضي إنما يجلس للقضاء في المسجد الحرام ولا يجد أهل ^(٣) الذمة بداً من رفع ظلاماتهم إليه، وكذلك المسلم ربما يكون له عند ^(٤) الكافر حق ولا يجد بداً من إدخاله المسجد، فلو لم يجز لهم الدخول في المسجد الحرام أدى إلى إبطال حقوقهم وحقوق المسلمين، وفيه من الفساد ما لا يخفى، بهذا ^(٥) الطريق جاز لهم الدخول [في المسجد الحرام، و] ^(٦)

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: لأهل.

(٤) في م: على.

(٥) في م: وبهذا.

(٦) سقط في أ.

في سائر المساجد؛ ولأنه لو لم يجز لهم الدخول إنما لم يجز لنجاستهم، ولا نجاسة [على أعضائهم] ^(١) حقيقة، وإليه أشار - عليه الصلاة والسلام - حين أراد أن ينزل وفد ثقيف المسجد فقبل له: إنهم أنجاس فقال عليه الصلاة والسلام: «ليس على الأرض من نجاستهم شيء» ^(٢)، ولهذا أجاز لهم الدخول في سائر المساجد.

وأما الآية فالجواب عن التعلق بها من وجوه:

أحدها: ما حكى عن الفقيه أبي جعفر قال: إنه ^(٣) ليس المراد بالقربان ^(٤) [المذكور في الآية القربان] ^(٥) من حيث الدخول، وإنما المراد القربان من حيث الاستيلاء والتدبير والقيام بالعمارة؛ فرؤساء قريش كانوا يلون ذلك قبل الفتح، وبعد الفتح منعوا فإنه روي أن رسول الله ﷺ لما دخل مكة عام الفتح، أخذ مفاتيح المسجد منهم ودفعها إلى من أراد من المسلمين ^(٦).

الجواب ^(٧) الثاني: أن ^(٨) المراد من القربان المذكور في الآية الدخول، ولكن على الوجه الذي اعتادوا في الجاهلية، وهو الدخول لعبادة غير الله تعالى والطواف على غير الوجه المشروع، فإنه روي ^(٩) أنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة.

الجواب الثالث: ما حكى عن الفقيه أبي إسحاق الكاتب أن المراد من المسجد الحرام المذكور: الحرم [لا المسجد عينه] ^(١٠) والمسجد الحرام يذكر ويراد به الحرم، قال الله تعالى: ﴿صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾، والمراد هو الحرم، فإن

(١) في م: لأعضائهم.

(٢) تقدم.

(٣) زاد في م: قال.

(٤) في أ، م: من القربان.

(٥) سقط في م.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٣٦٠).

(٧) في أ: الوجه.

(٨) زاد في م: كان.

(٩) في م: يروي.

(١٠) في م: بل المراد عينه.

الكفار منعوا رسول الله ﷺ عن دخول المسجد الحرام [ومكة لا عن دخول المسجد الحرام] ^(١) عينه، فكان تأويل الآية: أنهم لا يمكنون من توطنهم في الحرم بعد عام الفتح كما كانوا يتوطنون قبل الفتح؛ كيلا يجتمع في جزيرة العرب دينان على ما نطق به الحديث.

قال ^(٢) صاحب التأويلات ^(٣): المراد من الآية [على ما نطق به الحديث] ^(٤) [النهي] ^(٥) عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام، وفي آخر الآية ما يدل عليه؛ [فإن الله تعالى قال] ^(٦) في آخر الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عِيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾، ولو كان النهي عن الدخول في المسجد عينه لا عن دخول مكة، لكانوا لا يخافون العيلة؛ لأنهم يدخلون مكة ويتجرون فيها.

وروي أنه لما نزلت هذه الآية قال المسلمون: إنهم كانوا يأتون بالميرة، يتبايعون، فالآن تنقطع المتاجر، ويضيق العيش، فأنزل الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عِيْلَةً﴾ الآية.

ثم [إن] ^(٧) أصحابنا فرقوا بين الكافر، والمسلم الجنب فلم يجوزوا للمسلم الجنب الدخول في المسجد، وجوزوا للكافر الدخول في المسجد مع أنه جنب، فإن من الكفار من لا يغتسل، [ومنهم من يغتسل] ^(٨)، ولكن لا يدرى كيفيته، ولهذا يؤمر بالاعتسال إن ^(٩) أسلم.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: وقال.

(٣) تأويلات أهل السنة (١/٣٢١).

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: قوله تعالى.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: إذا.

والفرق: أن المسلم يدين وجوب الاغتسال^(١) [من الجنابة]^(٢)، ويعتقد كون الجنابة مانعة [من]^(٣) الدخول في المسجد فتعاملنا معه على حسب اعتقاده، وبيننا الحكم [في حقه]^(٤) على ما يدينه [وأما الكافر فلا يدين وجوب الاغتسال من الجنابة أو لا يدري كيفيته ولا يعتقد الجنابة مانعة من الدخول في المسجد فعملنا معه على حسب اعتقاده وبيننا الحكم في حقه على ما يدينه]^(٥) فلهذا افترقا.

وإذا قال الكافر من أهل الحرب، أو من أهل الذمة لمسلم: علمني القرآن، فلا بأس [بأن]^(٦) يعلمه ويفقهه في الدين علل فقال: لعل الله يقبل بقلبه قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ ابْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾، معناه: حتى يسمع كلام الله فيفهم فيقف على محاسن الشريعة وربما يرغب في الإيمان، وهو معنى قوله في الكتاب: لعل الله يقبل بقلبه.

وروي أن واحدا من الكفار سمع القرآن فأسلم، وقال: وجدت له حلاوة. قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري - رحمه الله - : وتعليم الفقه كذلك أيضا؛ لأن [في]^(٧) الفقه معالم الدين، وسنن النبي - عليه السلام - وربما يكون ذلك سببا لإسلامه إلا أنه لا يمس المصحف، وإن اغتسل ثم مسه فلا بأس به.

ويكره الأكل والشرب في أواني المشركين قبل الغسل؛ لأن الغالب الظاهر من حال أوانيتهم النجاسة، فإنهم يستحلون الخمر، والميتة، ويشربون ذلك، ويأكلون في قصاعهم وأوانيتهم، فيكره الأكل والشرب فيها قبل الغسل اعتبارا للظاهر، كما

(١) في م: الغسل.

(٢) في أ: إذا أسلم والفرق أن المسلم بالجنابة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

كره التوضؤ بسؤر الدجاجة؛ لأنها لا تتوقى عن النجاسة في الغالب والظاهر، وكما كره التوضؤ بماء أدخل الصبي يده فيه؛ لأنه لا يتوقى من النجاسة في الغالب والظاهر.

ومع هذا لو أكل فيها أو شرب فيها قبل الغسل جاز، ولا يكون آكلاً ولا شارباً حراماً؛ لأن الطهارة في الأشياء أصل، والنجاسة عارض، فيجري على الأصل حتى يعلم بحدوث العارض.

وما يقول بأن الظاهر النجاسة، قلنا: نعم، ولكن الطهارة ثابتة بيقين، واليقين لا يزال إلا بيقين مثله؛ ألا ترى [أنه]^(١) لو أصاب عضو إنسان أو ثوبه سؤر الدجاجة، أو الماء الذي أدخل الصبي يده فيه، وصلى مع ذلك، جازت صلاته^(٢)، وطريقه ما قلنا أن الأصل في الأشياء الطهارة فقد تيقنا الطهارة، وشككنا في النجاسة، فلم تثبت النجاسة بالشك.

وهذا^(٣) إذا لم يعلم بنجاسة الأواني، فإذا علم، فإنه لا يجوز أن يشرب أو يأكل منها قبل الغسل، ولو شرب أو أكل، كان شارباً وآكلاً حراماً، وهو [نظير]^(٤) سؤر الدجاجة إذا علم أنه كان على منقارها^(٥) نجاسة فإنه لا يجوز التوضؤ به. وكذلك لا تجوز الصلاة في سراويل أهل الشرك إذا تيقنا أن سراويلهم نجسة، وإذا لم نتيقن النجاسة يكره الصلاة فيه ولو صلى يجوز كذاها هنا.

ولا بأس بطعام اليهود والنصارى كله من الذبائح وغيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ﴾ من غير تفصيل بين الذبيحة وغيرها، ويستوي الجواب

(١) سقط في م.

(٢) في م: الصلاة.

(٣) في أ: وهو.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: غير منقاره.

بين أن يكون^(١) اليهودي أو النصراني من أهل الحرب أو من غير أهل الحرب، وكذا يستوي الجواب بين أن يكون اليهودي أو النصراني من بني إسرائيل، أو من غير بني إسرائيل كنصارى العرب؛ لظاهر ما تلونا من النص، فإنه لا يفصل بين كتابي وكتابي.

ولا بأس بطعام المجوس كله إلا الذبيحة، فإن ذبيحتهم حرام ولم يذكر محمد - رحمه الله - الأكل مع المجوس ومع غيره من أهل الشرك أنه هل يحل أم لا؟ وحكى عن الحاكم عبد الرحمن الكاتب أنه قال: إن ابتلى به المسلم مرة أو مرتين، فلا بأس به، وأما الدوام عليه يكره؛ لأننا نهينا عن مخالطتهم وموالاتهم وتكثير سوادهم، وذلك لا يتحقق في الأكل مرة أو مرتين، وإنما يتحقق في الدوام عليه.

مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر، لكن يمنعها من إدخال الخمر في بيته، ولا يجبرها على الغسل من الجنابة.

وفي كتاب الخراج لأبي يوسف: وللرجل أن يأمر جاريته الكتابية بالغسل من الجنابة، ويجبرها على ذلك، قالوا: يجب أن تكون [المرأة]^(٢) الكتابية على هذا القياس أيضا.

وقال [في]^(٣) القدوري: في النصرانية تحت مسلم لا تنصب في بيته صليبا وتصلي في بيته حيث شاءت.

ومن سأل من أهل الذمة مسلما عن طريق البيعة، فلا ينبغي له أن يدلّه عليه، ولا بأس بالذهاب إلى ضيافة أهل الذمة، هكذا ذكر محمد - رحمه الله -.

في أضحية النوازل: المجوسي أو النصراني إذا دعا [رجلا]^(٤) إلى طعام تكره

(١) زاد في م: من.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

الإجابة فإن قال: اشترت اللحم من السوق، فإن كان الداعي نصرانيًا فلا بأس به، وما ذكر من النوازل في حق النصراني مخالف^(١) رواية محمد على ما تقدم ذكرها في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ولا بأس [بعبادة]^(٢) اليهودي والنصراني.

وإذا أجز المسلم نفسه من ذمي ليعصر له فيتخذ خمرا، فهو مكروه، ولو أجز نفسه؛ ليعمل في الكنيسة ويعمرها، فلا بأس [به]^(٣).

وفي مجموع النوازل: إذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم أن يخدمه؟ قال: إن خدمه طمعا في فلسه فلا بأس به، وإن خدمه تعظيما له ينظر: إن فعل ذلك ليميل قلبه إلى الإسلام، فلا بأس به، وإن فعل [ذلك]^(٤) تعظيما لليهودي [أو النصراني]^(٥) من غير أن ينوي شيئا مما ذكرناه كره له ذلك.

وعلى هذا إذا دخل ذمي على مسلم فقام له إن قام طمعا في الإسلام فلا بأس، وإن قام تعظيما من غير أن ينوي ما ذكرناه أو قام تعظيما لغناه، كره له ذلك.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو أجنبيا^(٦)، محاربا كان أو ذميا وأراد بالمحارب المستأمن.

فأما إذا كان غير مستأمن، فلا ينبغي للمسلم أن يصله بشيء، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقِنُّوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ الآية إلى آخرها فالله تعالى بين بأول الآية ما نهانا عن صلة الذمي، وبين بأول^(٧) الآية [الأخرى]^(٨) أنه نهانا عن

(١) في م: أن يخالف.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: بعيدا.

(٧) في م: بآخر.

(٨) سقط في م.

صلة الحربي، إلا أن المستأمن^(١) صار مخصوصا [من أول الآية الأخرى]^(٢) لأن الأمان المؤبد أو المؤقت^(٣) خلف عن الإسلام في أحكام الدين فكما لا يكون بصلة المسلم بأس قريبا كان أو أجنبيا، فكذا بصلة المستأمن بخلاف غير المستأمن؛ لأنه لم يوجد في حقه ما هو خلف عن الإسلام حتى يلحق بالمسلم في حق هذا الحكم، فيبقى داخلا تحت النهي، هذا هو الكلام في صلة المسلم للمشرك.

وأما الكلام في صلة المشرك للمسلم فقد روى محمد - رحمه الله - في السير الكبير أخبارا متعارضة، في بعضها أن رسول الله ﷺ قبل هدية المشرك^(٤)، وفي بعضها أنه لم يقبل^(٥)، ولا بد من التوفيق، واختلفت عبارة المشايخ في وجه

(١) زاد في م: من .

(٢) في أ، م: عن آخر الآية .

(٣) في م: الموقوف .

(٤) في م: المسلم .

وروى أنس بن مالك: «أن أكيدر دومة الجندل أهدى إلى النبي ﷺ جبة سندس أو ديباج فقبل أن ينهي عن الخريز فلبسها، فتعجب الناس منها، فقال: والذي نفسي بيده لمناديل سعد بن معاذ في الجبة أحسن منها».

أخرجه أحمد (١١١/٣)، ١٢١، ١٢٢، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٩، ٢٢٩، ٢٣٤، ٢٣٨، ٢٥١، (٢٧٧) عن أنس. وله شاهد عن البراء بن عازب بنحوه: أخرجه البخاري (٥٨٣٦). ولأبي داود برقم (٤٠٤٧) «أن ملك الروم أهدى إلى النبي ﷺ مشقة سندس فلبسها...». وعن علي أيضا عند الشيخين «أن أكيدر دومة الجندل أهدى إلى النبي ﷺ ثوب حرير فأعطاه عليا، فقال: «شققه خمرا بين القواطم»». أخرجه البخاري (٢٦١٤)، ومسلم (١٨ ٢٠٧١).

(٥) عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، قال: جاء ملاعب الأسيئة إلى رسول الله ﷺ بهدية، فعرض عليه النبي ﷺ الإسلام، فأبى أن يسلم، فقال ﷺ: فأبى لا أقبل هدية مشرك.

ذكره الحافظ في الفتح (٥/٢٧٢، ٢٧٣)، كتاب الهبة، باب: قبول الهدية من المشركين تابع حديث (٢٦١٨)، في شرح هذا الحديث - والحديث كما قال الحافظ: رجاله ثقات إلا أنه مرسل وقد وصله بعضهم عن الزهري، ولا يصح.

وروي عن عياض بن جمار، قال: أهديت للنبي ﷺ ناقة، فقال النبي ﷺ: أسلمت، قلت: لا، قال: فأني نهيته عن زبد المشركين. أخرجه الطيالسي (١/٢٨٠)، كتاب الهدية والهبة والعمري (١٤١٧)، والترمذي (٤/١١٩) كتاب السير، باب: في كراهية هدايا المشركين (١٥٧٧)، وأبو داود (٣/١٧٣) كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في الإمام يقبل هدايا المشركين (٣٠٥٧).

التوفيق.

فعبارة الفقيه أبي جعفر الهمداني: أن ما روي أنه لم يقبلها محمول على أنه إنما لم يقبلها من شخص [بعينه]^(١) غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك الشخص أنه إنما يقاتلهم طمعا في المال، لا لإعلاء كلمة الله تعالى، ولا يجوز قبول الهدية من مثل هذا الشخص في زماننا أيضا.

وما روي أنه قبلها محمول على أنه قبل من شخص غلب على ظن رسول الله ﷺ أنه وقع عند ذلك الشخص أن رسول الله ﷺ إنما^(٢) يقاتلهم لإعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز الدين، لا لطلب الدنيا، وقبول الهدية من مثل هذا الشخص جائز؛ لأن قبول الهدية حيث لا يكون لترك القتال، بل للتأليف، وإنه جائز.

ومن المشايخ من وفق من وجه آخر، فقال: لم يقبل من شخص كان يطمع في إيمانه لو ردَّ هديته؛ ليصير ذلك حاملا له على الإيمان، وقبل من شخص ما كان يطمع في إيمانه لو ردَّ هديته.

ومن المشايخ من وفق من وجه آخر فقال: لم يقبل من شخص علم أنه لو قبل منه تقل صلابته وعزمه في حقه، ويلين له بسبب قبول الهدية على ما قال عليه الصلاة والسلام: «الهدية تذهب وحر الصدر»^(٣)، ومتى كانت الحالة هذه لا يجوز قبول الهدية؛ لأن سبيل المسلم أن يكون غليظا شديدا مع^(٤) الكفرة، وقبل من شخص علم أنه لا تقل صلابته وعزمه في حقه، ولا يلين له بسبب قبول الهدية.

وحكي عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله

- أنه سئل عن هدايا الأمراء في زماننا، فقال: ترد على أربابها.

(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: لم.

(٣) تقدم.

(٤) في أ: على.

والشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد - رحمه الله - سئل عنها فقال: توضع في بيت المال، وهكذا ذكره محمد - رحمه الله - في السير الكبير، وذكر ذلك للشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل، فقال: كنت أعلم أن المذهب ذلك، إلا أنني لم أفْت [به]^(١) مخافة أن توضع في بيت المال، ثم الأمراء يصرفونها إلى شهواتهم ولهوهم، وقد علمنا أنهم يمسون بيت المال لشهواتهم لا لجماعة المسلمين.

وعن عمر - رضي الله عنه - كان يمنع عماله عن قبول الهدايا^(٢)، وإذا قبلوها ردوها على أربابها إن قدروا، [وإن تعذر]^(٣) توضع في بيت المال. واختلف الصحابة رضوان الله عليهم، ومن بعدهم في جواز قبول الهدية من أمراء الجور، فكان ابن عباس، وابن عمر - رضي الله عنهما - يقبلان هدية المختار^(٤).

وعن إبراهيم النخعي: أنه كان يجوز ذلك، وكان أبو الدرداء، وأبو ذر لا يجوزون ذلك^(٥).

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: [للسلطان نصيب]^(٦) من الحلال

(١) سقط في م.

(٢) في م: الهدية.

(٣) في م: وإن لم يقدر.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦٧/٥)، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، ص (٤٧٧).

والمختار هو: ابن أبي عبيد بن مسعود الثقفي، أبو إسحاق، ولد سنة واحد من الهجرة، ويعد أحد الشجعان الأفاذاذ، من الزعماء الثائرين على بني معاوية، من أهل الطائف، انتقل منها إلى المدينة مع أبيه في زمن عمر - رضي الله عنه - توفي سنة سبع وستين هـ. ينظر: الكامل، لابن الأثير (٨٢/٤)، والأعلام (١٩٢/٧).

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦٧/٥)، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، ص (٤٧٧).

(٦) في م: إن للسلطان نصيباً.

والحرام، وإذا أعطاك شيئاً فخذهُ فإنما يعطيك حلالاً [لك] (١).
 وحاصل المذهب فيه أنه [إن] (٢) كان أكثر ماله من الرشوة، والحرام لم يحل
 قبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حلال وإن كان صاحب تجارة أو (٣)
 زرع، وأكثر ماله [من] (٤) ذلك، فلا بأس بقبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له من
 وجه حرام، وفي قبول رسول الله ﷺ الهدية من بعض المشركين دليل على ما قلنا.
 وإذا قال لذمي: أطال الله بقاءك، إن كانت نيته إن الله تعالى يطيل بقاءه، ليسلم
 أو ليؤدي الجزية عن ذل وصغار، فلا بأس به وإن لم ينو شيئاً، يكرهه في فتاوى أهل
 سمرقند.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: و.

(٤) سقط في م.

الفصل السادس عشر في الهدايا والضيافات

هدايا القضاة تأتي في أدب القاضي من هذا الكتاب إن شاء الله، وأما هدية المستقرض للمقرض فإن كانت مشروطة في الاستقراض، فهو^(١) حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، وإن^(٢) لم تكن الهدية مشروطة في الإقراض وعلم أن المستقرض أهدى إليه لأجل القرض، فإنه [لا]^(٣) يقبل^(٤).

وإذا لم تكن مشروطة في الإقراض، ولم يعلم أنه أهدى إليه لأجل الدين، أو لأجل القرض^(٥) ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أنه لا بأس بقبولها. والتورع^(٦) عنه أولى، وهكذا حكى^(٧) عن بعض مشايخنا.

بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصداقة، أو كان المستقرض معروفا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أهداه لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه.

وإن لم يكن شيئاً من ذلك والحال حالة الإشكال فيتورع عنه حتى يتبين أنه أهدى لا لأجل الدين، ومحمد - رحمه الله - لم ير به بأساً ولا فضلاً، والله أعلم.



-
- (١) في م: فهي .
 (٢) في م: وإذا .
 (٣) سقط في أ .
 (٤) سقط في م .
 (٥) في م: الدين .
 (٦) في أ: والردع .
 (٧) في م: ذكر .

جئنا إلى مسائل الدعوة:

قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : [هذا جواب^(١)] الحكم، أما جواب الديانة فالأفضل أن يتورع [عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين أو أشكل عليه الحال. قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - حالة الإشكال إنما يتورع^(٢)] إذا كان يدعو قبل الإقراض في كل عشرين يوماً [مرة أما^(٣)] بعد الإقراض جعل يدعو في كل عشرة أيام [مرة^(٤)]، أو زاد في الباجات^(٥)، أما إذا كان يدعو بعد الإقراض كما [كان^(٦)] يدعو قبل الإقراض^(٧) ولا يزيد في الباجات فلا يتورع إلا إذا ظن^(٨) أنه أضافه لأجل الدين.

وإذا كان لا يدعو قبل الإقراض أصلاً، وجعل يدعو بعد الإقراض يتورع إلا إذا ظن أنه أضافه لا لأجل الدين، وهذا زيادة تفرع سيأتي في كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

وفي عيون المسائل: رجل أهدى إلى إنسان أو أضافه، إن كان غالب ماله حرام لا ينبغي أن يقبل ولا^(٩) يأكل من طعامه ما لم يخبر أن ذلك المال حلال استقرضه أو ورثه، وإن كان غالب ماله من حلال، فلا بأس بأن يقبل ما لم يتبين أن ذلك من الحرام.

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: و.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: المباحات.
- (٦) سقط في م.
- (٧) في م: القرض.
- (٨) في أ، م: كان نص.
- (٩) في أ: و، وفي م: أو.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل دخل على سلطان فقدم إليه بشيء من المأكولات [قالوا: إن أكل منها لا بأس به] ^(١)، اشتراه بالثمن، أو لم يشتري، [إلا أن] ^(٢) هذا الرجل [إن كان] ^(٣) يعلم أنه غصب ^(٤) بعينه، فإنه [لا] ^(٥) يحل له [أن يأكل من ذلك] ^(٦) هكذا ذكر، والصحيح أنه ينظر [إلى] ^(٧) حال السلطان، وبينى الحكم على ما ذكرنا قبل هذا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: لا يباح اتخاذ الضيافة في المصيبة بعد ثلاثة أيام، ويقال فيما بين الناس سنة، ذكر في ^(٨) كراهية النوازل: الأضياف ^(٩) إذا أعطى اللقمة بعضهم لبعض يعتبر في ذلك تعامل الناس، ويترك القياس والاستحسان، ولا يجوز أن يعطي سائلا.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في شرح السير الكبير في باب ما يحل استعماله في دار الحرب من الغنيمة: أن القوم ^(١٠) على الموائد لا ينبغي لهم أن يعطوا عليه الطعام [للسفلة؛ لأن عليه الطعام] ^(١١) لا يعد لهم كما يعد للكبار منهم. وفي العيون: إذا كان الرجل ضيفا عند إنسان فناول لقمة من طعام إلى من كان ضيفا أيضا، قال بعض مشايخنا: لا يحل للمتناول أن يفعل ذلك، ولا يحل للأكل على فوره، بل يضعها على المائدة، ويأكل من المائدة، وهكذا روي عن محمد

-
- (١) في أ، م: إن.
 - (٢) في أ، م: ولكن.
 - (٣) في أ، م: لا.
 - (٤) في أ، م: مغصوب.
 - (٥) سقط في أ، م.
 - (٦) في أ، م: أكله.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في م: وفي.
 - (٩) في أ، م: الضيف.
 - (١٠) في م: العوام.
 - (١١) سقط في أ.

- رحمه الله-، وكثير من المشايخ جوزوا ذلك استحسانا لوجود [الأمر عادة]^(١). ولا يجوز للضيف أن يعطي من ذلك إنسانا دخل عليهم لطلب إنسان أو لحاجة أخرى، وكذلك لا ينبغي له أن يعطي سائلا.

ولو ناول من المائدة هرة صاحب الدار أو هرة غير صاحب الدار [شيئا من الخبز أو قليلا من اللحم، فلا بأس به، ولو ناول كلب صاحب [الدار]^(٢)، أو كلب غير صاحب الدار، لا يجوز، فإن كان شيئا من الخبز المحترق أو ما أشبهه، فهو في سعة منه.

وأما رفع الزلة فهو حرام بكل حال، إلا أن يأذن صاحب الضيافة بها نصًّا^(٣). وفي هبة العيون: لو دعا رجل قوما إلى منزله لضيافة، وفرقهم على الأخونة، فليس لأهل [هذا]^(٤) الخوان أن يتناولوا من طعام [أهل]^(٥) الخوان الآخر. والله تعالى أعلم.



(١) في م: الاعادة.
 (٢) سقط في أ، م.
 (٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٦٨/٥)، تحفة الملوك، ص (٢٧٦)، منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، ص (٤٧٨).
 (٤) سقط في أ، م.
 (٥) سقط في أ، م.

الفصل السابع عشر

في الغناء [واللهو، والأمر بالمعروف]^(١)

ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أنه دخل على أخيه البراء بن مالك^(٢) في مرضه وهو يتغنى^(٣) فقال أنس: أتغني! فقال: أن أموت على فراشي، وقد قتلت تسعة وتسعين من المشركين مبارزا سوى ما شاركت فيه المسلمين^(٤).

قوله: وهو يتغنى: حجة ظاهرة لمن يقول: لا بأس للإنسان أن يتغنى إذا كان يسمع [ويؤنس نفسه، وإنما يكره إذا كان يسمع]^(٥) ويؤنس غيره. ومن المشايخ من يقول: لا بأس به في [الأعراس، و]^(٦) الوليمة؛ ألا ترى أنه لا بأس بأن تضرب الدفوف في الأعراس [والوليمة]^(٧)، وإن كان ذلك نوع لهو، وإنما لم يكن به بأس؛ لأن فيه إظهار النكاح، وإعلانه وبه أمر صاحب الشرع، فكذلك التغني^(٨).

(١) سقط في م.

(٢) هو: البراء بن مالك بن النضر الأنصاري، أخو أنس بن مالك، شهد المشاهد كلها إلا بدرًا، استشهد في تستر في خلافة عمر. ينظر: أسد الغابة (٢٠٦/١)، والإصابة (١٤٣/١).

(٣) في م: كان يتغنى.

(٤) في م: فقد.

(٥) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (١٢/٧)، وابن منده في معرفة الصحابة، ص (٢٨٦).

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) الغناء الذي لا خلاف في إباحته بين الفقهاء هو ما كان من أشعار العرب للتهيج على فعل المكارم، والمفاخرة بالشجاعة والغلبة، أو كان مشتتلا على الحكم والمواعظ، أو كان يغني لنفسه لدفع الوحشة عنها، فجازز اتفاقا. وأما صفة الغناء الذي لا خلاف في تحريمه فهو ما كان مشوقا لفعل الفواحش، أو مشتتلا على منكر أو فعل شيء مما لا يحل كالتشبيب بأهل الجمال، ونحو ذلك من المحرمات.

ومنهم من قال: لا بأس به في الأعياد، [لما]^(١) روي أن النبي ﷺ كان جالسا في بيته يوم العيد، وفي دهليزه جاريتان تغنيان بالدف فجاء أبو بكر - رضي الله عنه - وقال لهما: أتغنيان في بيت رسول الله ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: «دعهما فإن هذا اليوم يوم عيد»^(٢).

= وأما ما دون ذلك من الغناء - سواء كان بألة أو غيرها - فقد اختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الغناء حرام مطلقا، سواء كان بألة أو غيرها، وإلى ذلك ذهب الحنفية على المذهب عندهم، وأكثر الحنابلة، وذهب بعض الحنفية إلى جواز الغناء إذا كان في عرس أو وليمة، أو كان يتغنى لإسماع نفسه دفعا للوحشة، أو ليستفيد بذلك نظم القوافي وفصاحة اللسان.

المذهب الثاني: الغناء إذا كان بغير آلة فهو مكروه، وإن كان بألة فهو حرام، وبه قال المالكية على المعتمد عندهم، والشافعية، وبعض الحنابلة.

المذهب الثالث: الغناء مباح مطلقا سواء كان بألة أو غيرها، وبه قال الظاهرية، والإمام الغزالي من الشافعية.

ينظر: الهداية (٢٤٠/٣)، البحر الرائق (٨٨/٧) (٢١٤/٨)، حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح (٢١٥/١)، بدائع الصنائع (١٨٩/٤)، العناية في شرح الهداية (٧/٤٠٨)، الجوهرة النيرة (٢٣٠/٢)، مجمع الأنهر (١٩٨/٢)، رد المحتار (٥/٤٨٢)، حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٦)، (١٥٤/٧)، شرح فتح القدير (٤٠٩/٧)، التاج والإكليل (١٦٥/٨)، الفواكه الدواني (٢٩٨/٢)، حاشية العدوي (٤٣٤/٢)، الشرح الكبير، للدردير (١٦٦/٤، ١٦٧)، مغني المحتاج (٣٤٧/٦، ٣٤٨)، روضة الطالبين (٢٢٧/١١، ٢٢٨)، أسنى المطالب (٣٤٤/٤)، المهذب (٣٢٦/٢)، (٣٢٧)، تحفة المحتاج (٢١٧/١٠، ٢١٨)، حاشية الجمل (٣٨٠/٥)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣٢١/٤)، شرح البهجة (٢٤٥/٥)، حواشي الشرواني (٢١٩/١٠)، نهاية المحتاج (٢٩٨/٨)، حاشية الجبرمي على المنهج (٣٧٥/٤)، كشف القناع (٦/٤٢٢)، المبدع (٢٢٧/١٠)، الفروع (٥٧٤/٦)، الإنصاف، للمرداوي (١٢/٥١)، الكافي في فقه ابن حنبل (٥٢٦/٤)، المغني (١٧٤/١٠، ١٧٥)، غذاء الألباب شرح منظومة الآداب، لمحمد بن أحمد بن سالم السفاريني الحنبلي، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م (١/١٥٢)، المحلى (٥٦٠/٧)، وما بعدها، إحياء علوم الدين (٢/٢٦٨)، وما بعدها.

(١) سقط في م.

(٢) أخرجه البخاري (٥٥٠/٢) كتاب العيدين، باب: إذا فاته العيد يصلي ركعتين وكذلك النساء ومن كان في البيوت، برقم (٩٨٧)، (٦/٦٣٩) كتاب المناقب، باب: قصة الجيش، برقم

ذكر مسألة الدف على وجه الاستشهاد^(١) مطلقة، وفي فتاوى أبي الليث في ضرب الدف في العرس اختلاف^(٢) بين العلماء، بعضهم قالوا: يكره، وبعضهم قالوا: لا يكره.

قال الفقيه أبو الليث: الدف الذي يضرب به [في زماننا هذا]^(٣) مع الصنجات^(٤)، والجلجلات^(٥) ينبغي أن يكون مكروها، وإنما الخلاف في الذي يضرب في الزمان المتقدم.

ومنهم من قال: إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان فلا^(٦) بأس به.

ومنهم من قال: إذا كان وحده فتغنى لدفع الوحشة [عن نفسه]^(٧) فلا بأس به، وبه أخذ شمس الأئمة - رحمه الله-، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون

= (٣٥٢٩)، ومسلم (٦٠٨/٢) كتاب العيدين، باب: الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد (١٧/٨٩٢)، والنسائي (١٩٧/٣) كتاب صلاة العيد، باب: الرخصة في الاستماع إلى الغناء وضرب الدف يوم العيد، رقم (١٥٩٧)، والبيهقي (٩٢/٧) كتاب النكاح، باب: مساواة المرأة الرجل في حكم الحجاب والنظر إلى الأجانب (٢٢٤/١٠) كتاب الشهوات، باب: الرجل لا ينسب نفسه إلى الغناء ولا يؤتى لذلك.

- (١) زاد في أ: في.
- (٢) في م: مختلف.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) الصنج لغة: شيء يتخذ من صفر يضرب أحدهما على الآخر، وآلة بأوتار يضرب بها، ويقال لما يجعل في إطار الدف من النحاس المدور صغارا: صنوج - أيضا -.
- (٥) الجلاجل: - بفتح الجيم الأولى وكسر الأخرى - هي الأجراس أو الصنج، يقولون: دف بغير جلاجل، أي بغير صنوج، والصنوج جمع صنج، وهي الحلق التي تجعل داخل الدف والدوائر العراض التي تؤخذ من صفر - أي نحاس - وتوضع في خروق دائرة الدف. ينظر: مغني المحتاج (٣٤٩/٦)، حاشيتنا قليوبي وعميرة (٣٢١/٤)، معجم لغة الفقهاء، ص (١٦٤)، فتح الوهاب (٣٨٤/٢).

(٦) في م: لا.

(٧) سقط في م.

على سبيل اللهو، ويستدل^(١) هذا القائل بحديث البراء بن مالك فإنه كان من زهاد الصحابة - رضي الله عنهم-، ثم كان يتغنى في مرضه، واستبعد ذلك أنس، فبين أنه لا يفعل ذلك تلهياً، ولكن لدفع الوسواس^(٢) عن نفسه، فإنه كان يطمع في الشهادة، وخشي أن يموت من مرضه، واستوحش من ذلك وجعل يتغنى لدفع [الوحدة و]^(٣) الوحشة عن نفسه فعرفنا أن هذا القدر لا بأس به.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن^(٤) جميع ذلك مكروه عند علمائنا - رحمهم الله - ويحتج بقوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ جاء في التفسير أن المراد منه الغناء^(٥).

وأما حديث البراء فهو محمول على ما إذا كان ينشد الأشعار المباحة، وهي الأشعار التي فيها الموعظة والحكمة، فلا بأس بإنشاد مثل هذه الأشعار.

وإذا كان [في الشعر]^(٦) صفة امرأة^(٧) بعينها وهي حية، يكره، وإن كانت ميتة، لا يكره. هذه الجملة في^(٨) شرح السير الكبير.

وفي النوازل: قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الفسق، والخمر والغلام يكره، والاعتماد في الغلام على ما ذكرنا في المرأة في المسألة المتقدمة.

وإذا أراد الرجل أن ينهي قوماً من فساق المسلمين عن منكر، وكان من غالب رأيه

(١) في م: واستدل.

(٢) في م: الوسواس.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أنه في.

(٥) أخرجه الحاكم (٤١١/٢)، والبيهقي (٢٢٣/١٠) عن ابن مسعود، به.

ورواه ابن جرير (٢٠٢/١٠، ٢٠٣) رقم (٢٨٠٤٠) نحوه، وذكره السيوطي في الدر المنثور (٣٠٧/٥) وزاد نسبه إلى ابن أبي الدنيا وابن المنذر.

(٦) في م: بالشعر.

(٧) زاد في م: إن كانت امرأة.

(٨) في م: من.

أنه يقتل لأجل ذلك ولا^(١) ينكي فيهم نكاية بضرب أو ما أشبهه فإنه لا بأس بالإقدام عليه، وهو العزيمة، وإن كان يجوز له أن يترخص بالسكوت.

وقالوا في الرجل المسلم إذا أراد أن يحمل على المشركين وحده، وكان^(٢) غالب رأيه أنه يقتل، فإن كان في غالب رأيه أنه ينكي نكاية، بجرح، أو قتل، أو هزيمة [حل له]^(٣) أن يحمل وحده، وإن كان في غالب رأيه^(٤) أنه لا ينكي فيهم أصلاً بقتل، ولا بهزيمة، ولا جرح لا [يحل له أن]^(٥) يحمل وحده.

والقياس أن يحل له الحملة على المشركين في الأحوال كلها، وإن علم أنه يقتل؛ لأنه يبتغي بها قصد الحياة الدائمة معنى فإن الشهداء أحياء [معنى]^(٦) قال الله تعالى: ﴿بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ﴾، وإن كان مهلكا نفسه من حيث الصورة، والعبرة [للمعنى].

ويكره^(٧) وتركنا القياس إذا كان يعلم أنه^(٨) يقتل ولا ينكي فيهم نكاية بالإجماع ولا إجماع^(٩) فيما إذا كان يعلم أن خروجه ينكي فيهم نكاية، فيعمل فيه بقضية القياس، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْفُؤْا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾، ولأهل التفسير في تأويل الآية كلام^(١٠)، قال المحققون منهم: معنى الآية: (أنفقوا)^(١١) أرواحكم في الجهاد، ولا

(١) في أ: فلا.

(٢) في م: وإن كان.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ظنه.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) زاد في أ: لا.

(٩) في أ: والإجماع.

(١٠) أحكام القرآن، لابن العربي (١/١٦٤)، تفسير القرطبي (٢/٣٦١) وما بعدها، روح

المعاني (٢/٧٧).

(١١) في م: ألقوا.

تلقوا بأيديكم إلى الموت المعتاد، فرارا عن القتل بالجهاد وأحسنوا بتسليم أنفسكم وأموالكم التي اشتراها الله تعالى منكم بالجنة والنعيم.

وبعضهم قالوا: معنى الآية: ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة بترك الجهاد ولها وجه آخر عرف ذلك في كتب التفاسير.

ثم فرق على جواب الاستحسان بين مسألة الحملة على المشركين، وبين نهى المسلمين من الفساق على نحو ما ذكرنا، ولا فرق بينهما من حيث المعنى؛ لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ينكي في حق المسلمين لا محالة.

وبيان^(١) ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المسلمين يتركون الفساد حال ما يشتغلون بقتاله، والمجادلة معه، فيقل الفساد، فيحصل نوع نكاية بالأمر بالمعروف بتقليل الفساد، وأما الكفار لا يتركون الكفر والحراب حال ما يشتغلون بقتاله بل يحققون ذلك [و]^(٢) فعله لا يؤثر في تقليل الفساد، فتعتبر النكاية من حيث الضرب والجرح.

الثاني: أن القوم هناك يعتقدون ما يأمرهم به، فلا بد وأن يكون فعله مؤثرا^(٣) في باطنهم، فيعتبر الأثر من حيث الباطن^(٤)، فإذا لا فرق بينهما من حيث المعنى.

وذكر الفقيه أبو الليث في كتاب البستان: أن الأمر بالمعروف على وجوه: إن كان يعلم بأكثر^(٥) رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون ذلك منه، ويمتنعون عن المنكر، فالأمر واجب عليه، ولا يسعه تركه، ولو علم بأكثر^(٦) رأيه أنه لو أمرهم بذلك قذفوه [وشتموه]^(٧) فتركه أفضل، وكذلك لو علم أنهم يضربونه، ولا يصبر على ذلك،

(١) في أ: وسياق.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: مأمورا.

(٤) في م: الظاهر.

(٥) في م: بأكبر.

(٦) في م: بأكبر.

(٧) سقط في أ.

ويقع بينهم العداوة، ويهيج منه القتال، فتركه أفضل، ولو علم أنهم لو ضربوه صبر على ذلك ولم يشك إلى أحد، فلا بأس به وهو [مختار]^(١) مجاهد، ولو علم أنهم لا يقبلون منه، ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار، والأمر بالمعروف أفضل.



(١) سقط في م.

الفصل الثامن عشر في المعالجة والتداوي

ذكر محمد - رحمه الله - في السير في باب دواء الجراحة عن أبي أمامة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: «داوى وجهه بعظم بال»^(١).
في الحديث [دليل]^(٢) على أنه لا بأس بالتداوي^(٣)، وبه نقول، ومن الناس من

(١) لم أفق عليه بهذا اللفظ . وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٧٢/٥)، البناية شرح الهداية (١/٦١٤). وقال: غريب.

(٢) سقط في م.

(٣) التداوي مشروع من حيث الجملة؛ لما روى أبو الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا، ولا تتداووا بالحرام» [أخرجه أبو داود (٢١٧/٤) وقال المناوي: فيه إسماعيل بن عياش وفيه مقال (فيض القدير ٢/٢١٦)]، ولحديث أسامة بن شريك - رضي الله عنه -، قال: قالت الأعراب: يا رسول الله ألا نتداوى؟ قال: "نعم عباد الله تداووا، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء إلا داء واحدا". قالوا: يا رسول الله وما هو؟ قال: "الهرم". [أخرجه الترمذي (٣٨٣/٤) من حديث أسامة بن شريك وقال: هذا حديث حسن صحيح]، وعن جابر رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن الرقى، فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا: يا رسول الله إنه كانت عندنا رقية نرقي بها من العرقب: فإنك نهيت عن الرقى فعرضوها عليه، فقال: "ما أرى بها بأسا، من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل". [أخرجه مسلم (٤/١٧٢٧) من حديث عوف بن مالك الأشجعي]. وقال ﷺ: «لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك» ولما ثبت من فعل النبي ﷺ أنه تداوى، فقد روى الإمام أحمد في مسنده أن عروة كان يقول لعائشة: يا أمّاه، لا أعجب من فقّهك، أقول: زوجة رسول الله ﷺ وابنة أبي بكر، ولا أعجب من علمك بالشعر وأيام الناس، أقول: ابنة أبي بكر، وكان أعلم الناس أو من أعلم الناس، ولكن أعجب من علمك بالطب، كيف هو؟ ومن أين هو؟ قال: فضربت على منكبيه، وقالت: «أي عرية؟ إن رسول الله ﷺ كان يسقم عند آخر عمره، وكانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه، فكانت تنعت له الأنعات، وكنت أعالجها له، فمن ثم علمت».

وفي رواية: أن رسول الله ﷺ كثرت أسقامه، فكان يقدم عليه أطباء العرب والعجم، فيصفون له فنعالجه. [أخرجه أحمد (٦٧/٦) وقال الهيثمي في المجمع (٩/٢٤٢): فيه عبد الله بن معاوية الزبيرى، قال أبو حاتم: مستقيم الحديث، وفيه ضعف]، وقال الربيع: سمعت الشافعي يقول: العلم علمان: علم الأديان وعلم الأبدان. وقد ذهب جمهور العلماء (الحنفية والمالكية) إلى أن التداوي مباح، غير أن عبارة المالكية: لا بأس بالتداوي. وذهب الشافعية، والقاضي وابن عقيل وابن الجوزي من الحنابلة إلى

استحبابه؛ لقول النبي ﷺ: إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء فتداووا، ولا تتداووا بالحرام.

وغير ذلك من الأحاديث الواردة، والتي فيها الأمر بالتداوي. قالوا: واحتجام النبي ﷺ وتداويه دليل على مشروعية التداوي. ومحل الاستحباب عند الشافعية عند عدم القطع بإفادته. أما لو قطع بإفادته كعصب محل الفصد فإنه واجب. ومذهب جمهور الحنابلة: أن تركه أفضل، ونص عليه أحمد، قالوا: لأنه أقرب إلى التوكل.

قال ابن القيم: في الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل، كما لا ينافيه دفع الجوع والعطش والحر والبرد بأضدادها، بل لا تتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدرا وشرعا، وأن تعطيلها يقدر في نفس التوكل، كما يقدر في الأمر والحكمة، ويضعفه من حيث يظن معطلها أن تركها أقوى في التوكل، فإن تركها عجز ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه ودنياه، ولا بد مع هذا الاعتماد من مباشرة الأسباب، وإلا كان معطلا للحكمة والشرع، فلا يجعل العبد عجزه توكلا، ولا توكله عجزا.

والتداوي قد يكون بالفعل أو بالترك، فالتداوي بالفعل: يكون بتناول الأغذية الملائمة لحال المريض، وتعاطي الأدوية والعقاقير، ويكون بالفصد والكي والحجامة وغيرها من العمليات الجراحية.

فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعا: «الشفاء في ثلاثة: في شرطة محجم، أو شربة عسل، أو كية بنار، وأنهى أمتي عن الكي» [أخرجه البخاري (١٣٧/١٠)] وفي رواية: «وما أحب أن أكتوي» [أخرجه مسلم (١٤٣٠/٤)] من حديث جابر بن عبد الله. وعن ابن عباس مرفوعا: «خير ما تداويتم به السعوط، واللدود، والحجامة، والمشى» [أخرجه الترمذي (٣٨٨/٤)] وإسناده ضعيف. (ميزان الاعتدال للذهبي ٣٧٦/٢). وإنما كره الرسول ﷺ الكي لما فيه من الألم الشديد والخطر العظيم، ولهذا كانت العرب تقول في أمثالها: آخر الدواء الكي وقد كوى رسول الله ﷺ سعد بن معاذ وغيره، واكتوى غير واحد من الصحابة، فدل على أن المراد بالنهي ليس المنع، وإنما المراد منه التنفير عن الكي إذا قام غيره مقامه.

قال ابن حجر في الفتح: ولم يرد النبي ﷺ الحصر في الثلاثة، فإن الشفاء قد يكون في غيرها، وإنما نبه بها على أصول العلاج.

وأما التداوي بالترك: فيكون بالحمية، وذلك بالامتناع عن كل ما يزيد المرض أو يجعله إليه، سواء كان بالامتناع عن أطعمة وأشربة معينة، أو الامتناع عن الدواء نفسه إذا كان يزيد من حدة المرض. لقوله ﷺ لعلي رضي الله عنه حين أراد أن يأكل من الدوالي: «إنك ناقه». [أخرجه البخاري (٧٨/١٠)] معلقا، ووصله الإمام أحمد من قول ابن مسعود موقوفا عليه في كتاب الأشربة، ص (٦٣) وصححه ابن حجر في الفتح (٧٩/١٠).

كره ذلك، وروى آثارا تدل على كراهته .
ونحن نستدل بما روينا، وبقوله - عليه السلام - : «تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء، إلا السام والهرم»^(١).
ولكن ينبغي لمن يشتغل بالتداوي أن يرى أن الشفاء من الله تعالى لا من الدواء، ويعتقد أن الشافي هو الله تعالى دون الدواء .

وتأويل ما رووا^(٢) من الأخبار: إذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لا يسلم، ونحن نقول: لا يجوز التداوي بمثل هذا .

قال محمد - رحمه الله - : لا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة، أو بقرة، أو بعير، أو فرس، أو غيره من الدواب، إلا عظم الخنزير والآدمي، [فإنه لا]^(٣) يكره التداوي بعظم ما سوى الخنزير^(٤)، والآدمي من الحيوانات مطلقا، من غير فصل بين ما إذا كان الحيوان ذكيا، أو ميتا، وبين ما إذا كان العظم رطبا^(٥) أو يابسا .
وما [مر]^(٦) من الجواب يجري على إطلاقه إذا كان الحيوان ذكيا؛ لأن عظمه طاهر، رطبا كان أو يابسا فيجوز الانتفاع به وجميع أنواع الانتفاعات رطبا كان أو يابسا فيجوز التداوي به على كل حال، أما إذا كان الحيوان ميتا، فإنما يجوز الانتفاع بعظمه إذا كان يابسا، ولا يجوز الانتفاع به إذا كان رطبا، وهذا لأن اليبس في العظم

= ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢١٥، ٢٤٩)، والهداية تكملة فتح القدير (٨/١٣٤)، والفواكه الدواني (٢/٤٣٩، ٤٤٠)، وحاشية الجمل (٢/١٣٤)، وروضة الطالبين (٢/٩٦)، والإقناع (١/١٩٣)، وكشاف القناع (٢/٧٦)، والإنصاف (٢/٤٦٣)، والمغني، لابن قدامة (٥/٥٣٩)، وزاد المعاد (٣/٦٦) وما بعدها (٤/١٥)، والآداب الشرعية (٢/٣٥٩، ٣٦٥) وما بعدها، وتحفة الأحوزي (٦/١٩٠).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف حديث (١٧/٢٣٤) وأحمد (٤/٢٩٨) وابن حبان (٦٤/٦٠٦٤) والحاكم في المستدرک (٤/٤٤١) .

(٢) في م: روينا .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: طريا .

(٦) سقط في أ، م .

بمنزلة الدباغ في الجلد، من حيث إنه يقع الأمن من فساد العظم باليبس، كما يقع الأمن من فساد الجلد بالدباغ، ثم جلد الميتة يطهر بالدباغ فكذا عظمه يطهر باليبس، [فيجوز الانتفاع]^(١) به، فيجوز التداوي به.

وإنما^(٢) لم يجز الانتفاع بعظم الخنزير والآدمي، أما الخنزير: فلأنه نجس العين بجميع أجزائه، والانتفاع بالنجس حرام، وأما الآدمي فقد قال بعض مشايخنا: إنه لم يجز الانتفاع بأجزائه لنجاسته، وقال بعضهم: لم يجز الانتفاع [به]^(٣) لكرامته، وهو الصحيح، فإن الله تعالى كرم بني آدم، وفضلهم على سائر الأشياء وفي الانتفاع بأجزائه نوع إهانة.

وروي عن محمد - رحمه الله - : إذا صلى وفي كفه عظم إنسان لا يجوز، وهذا يدل على نجاسته.

وأما عظم الكلب فيجوز التداوي به، هكذا قال مشايخنا - رحمهم الله -، وقال الحسن بن زياد: لا يجوز التداوي به.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر عن محمد - رحمه الله - في رجل سقط سنه وأنبت سن كلب فنبت أنه يجوز ولا يقلع، ولو أعاد سنه ثانيا ونبت وقوي، ينظر: إن أمكن قلعه بغير ضرر يقلع، وإن لم يمكن قلعه إلا بضرر لا يقلع وينجس فمه ولا يؤم أحدا من الناس.

وفي النوازل: الرجل إذا ظهر به داء^(٤) فقال له الطبيب: قد غلب عليك الدم فأخرجه، فلم^(٥) يخرج حتى مات لا يكون مأخوذاً [به].

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإن.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: أذى.

(٥) في م: فإن لم.

وفيها^(١) أيضا: استطلق بطنه [أو رمدت عينه]^(٢) فلم يعالج حتى أضعفه ذلك ومات لا إثم عليه، فرق بين هذا وبين ما إذا جاع ولم يأكل مع القدرة على الأكل حتى مات فإنه يَأْثَمُ.

التداوي بلبن الأتان إذا أشاروا إليه، لا بأس به، هكذا ذكر هاهنا. قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وفيه نظر؛ لأن لبن الأتان حرام والاستشفاء بالحرام حرام.

وما قاله الصدر الشهيد فهو غير مجرى على إطلاقه، فإن الاستشفاء بالمحرم إنما لا يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء [أو كان هناك]^(٣) دواء غيره. يجوز الاستشفاء به؛ ألا ترى [إلى]^(٤) ما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الأشربة. إذا خاف الرجل على نفسه العطش ووجد الخمر شربها، إن^(٥) كانت تدفع عطشه، ولكن يشرب بقدر ما يرويه ويدفع عطشه، ولا يشرب الزيادة على الكفاية.

وقد حكى عن بعض مشايخ بلخ أنه سئل عن معنى قول ابن مسعود - رضي الله عنه - : «إن الله تعالى لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم»^(٦)، فقال: يجوز أن

(١) في أ: وفيه، وفي م: به.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: وليس، وفي م: وليس له.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: إذا.

(٦) أخرجه أبو يعلى (٤٠٢/١٢) رقم (٦٩٦٦)، والبخاري (٨٩/٥)، وابن حبان (١٣٩٧ - موارد)، والبيهقي (٥/١٠) باب: النهي عن التداوي بالمسكر، من حديث أم سلمة، قالت: اشتكت ابنة لي، فنبذت لها في كوز، فدخل النبي ﷺ وهو يغلي، فقال: «هذا؟» قلت: إن ابنتي اشتكت فنبذت لها هذا، فقال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم». لفظ البيهقي. وقال الباقر: «لم يجعل شفاءكم في حرام»، وذكره الهيثمي في المجمع (٨٩/٥)، وقال: رواه أبو يعلى، والبخاري، ورجال أبو يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق، وقد وثقه ابن حبان. وقال النووي في المجموع (٤٣/٩): وأما حديث أم سلمة فرواه أبو يعلى الموصلي في مسنده بإسناد صحيح إلا رجلا واحدا، فإنه مستور، والأصح جواز الاحتجاج برواية المستور. ورواه البيهقي أيضًا.

عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم؛ لأنه حينئذ يستغني بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: تتكشف الحرمة عند الحاجة، ولا يكون الشفاء في الحرام، وإنما يكون في الحلال.

ولو أن مريضاً أشار إليه الطبيب بشرب الخمر، روى عن جماعة من أئمة بلخ أنه ينظر: إن كان يعلم أنه يقينا يصح، حل له تناول.

وقال الفقيه عبد الملك حاكياً عن أستاذه: أنه لا يحل له تناول.

وفي النوازل: في رجل أدخل مرارة في أصبعه للتداوي، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - تكره.

وقال أبو يوسف: لا يكره، والفقيه أبو الليث [أخذ]^(١) بقول أبي يوسف لمكان الحاجة.



(١) سقط في م.

الفصل التاسع عشر

في العزل وقت^(١) المجامعة، أو في الماء بعدما وصل إلى الرحم

روي عن [زائدة بن عمير]^(٢) الطائي^(٣) - رضي الله عنه - أنه قال: سألت ابن عباس - رضي الله عنهما - عن العزل، فقال ابن عباس - رضي الله عنه -: «نَسَاؤُكُمْ حَرْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَّتْكُمْ أَنْيَّ شِئْتُمْ»، فمن شاء أتم الحرث، ومن شاء لم يتم^(٤) فيه دليل على أنه لا بأس بالعزل^(٥).

(١) في أ: بعد.

(٢) في أ: زائد بن عمر.

(٣) هو: زائدة بن عمير الطائي: يروي عن ابن عباس، روى عنه شعبة، ويونس بن أبي إسحاق السبيعي. ينظر: الثقات (٢٦٥/٤)، التاريخ الكبير (١، ٤٣١/٢).

(٤) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٥/١٢) رقم (١٢٦٦٣)، والحاكم (٢٧٩/٢) عن زائدة بن عمير عن ابن عباس. وذكره السيوطي في الدر المنثور (٤٧٦/١) وزاد نسبه إلى وكيع وابن أبي شيبة وابن منيع وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه والضياء في المختارة.

(٥) اختلف الفقهاء في العزل عن الزوجة الحرة على قولين:

القول الأول: الإباحة مطلقاً أذنت الزوجة أو لم تأذن، إلا أن تركه أفضل وهو الراجح عند الشافعية، وذلك؛ لأن حقها الاستمتاع دون الإنزال، إلا أنه يستحب استئذانها.

القول الثاني: الإباحة بشرط إذنها، فإن كان لغير حاجة كره، وهو قول عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود ومالك، وهو الرأي الثاني للشافعية، وبه قال الحنفية، إلا أنهم استثنوا ما إذا فسد الزمان فأباحوه دون إذنها. واستدل القائلون بالإباحة المطلقة بما روي عن جابر رضي الله عنه قال: كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ والقرآن ينزل، وفي رواية مسلم، كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ فبلغ ذلك النبي ﷺ فلم ينهنا [أخرجه البخاري (٣٠٥/٩) ومسلم (١٠٦٥/٢) من حديث جابر].

واستدل القائلون بالإباحة بشرط الاستئذان بما روى الإمام أحمد في مسنده، وابن ماجه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها [أخرجه ابن ماجه (٦٢٠/١)، وضعف إسناده البوصيري في الزوائد (٣٣٩/١)]، وأخرج عبد الرزاق والبيهقي عن ابن عباس قال: نهى عن عزل الحرة إلا بإذنها [أخرجه البيهقي (٢٣١/٧) وذكر ابن حجر في التلخيص (١٨٨/٣) تضعيف أحد رواته]، وأما أدلة الكراهة: إن كان العزل بدون عذر؛ فلأنه وسيلة لتقليل النسل، وقطع اللذة عن الموطوءة إذ قد حث النبي ﷺ على تعاطي أسباب الولد فقال: تناكحوا تكثروا [أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٧٣/٦) عن سعيد بن أبي هلال وذكر فيه ابن حجر في

وهذه مسألة اختلف فيها أصحاب رسول الله ﷺ فعلي - رضي الله عنه - [كان^(١)] يكره ذلك، ويقول: تلك المؤودة الصغرى^(٢).

وعن ابن عباس، وابن عمر، وابن مسعود - رضي الله عنهم - كانوا [لا]^(٣) يكرهون ذلك^(٤)، وبمثله ورد الأثر عن رسول الله ﷺ رواه أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه^(٥) - .

وكان ابن عباس يحتج في ذلك بقوله تعالى: ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَّتَكُمْ أَنِّي شَتْمٌ﴾ وهو المذهب عند أصحابنا إلا أنهم يقولون في المنكوحه الحرة: إنه يشترط رضاها لجواز العزل، وفي المنكوحه الأمة يشترط رضا المولى عند أبي حنيفة.

= التلخيص (١١٦/٣) تضعيف أحد رواته] وقال: تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم [أخرجه أبو داود (٥٤٢/٢) من حديث معقل بن يسار، وحسن إسناده الهيثمي في مجمع الزوائد (٢٥٨/٤)] والعدز في العزل يتحقق في الأمور التالية:

- ١ - إذا كانت الموطوعة في دار الحرب وتخشى على الولد الكفر.
- ٢ - إذا كانت أمة ويخشى الرق على ولده.
- ٣ - إذا كانت المرأة يمرضها الحمل أو يزيد في مرضها.
- ٤ - إذا خشى على الرضيع من الضعف.
- ٥ - إذا فسد الزمان وخشى فساد ذريته.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣٧٩/٢)، وصحيح مسلم بشرح النووي (١٤/١٠)، وإحياء علوم الدين (٥٢/٢).

- (١) سقط في م.
- (٢) ينظر: السنن الكبرى، للبيهقي (٢٣١/٧) ومعرفة السنن والآثار له (٣٦٦/٥).
- (٣) سقط في م.
- (٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٢٥٦٢)، والبيهقي في السنن (٢٣١/٧) من طريق عبد الكريم الجزري عن عطاء عن ابن عباس قال: «تستأمر الحرة في العزل، ولا تستأمر الأمة»، وأخرجه الطبراني في الكبير (٣٩٠/٩)، رقم (٩٦٦٤) عن علقمة عن ابن مسعود. قال الهيثمي في المجمع (٣٠٠/٤): «رواه الطبراني، وفيه رجل ضعيف لم أسمه، وبقية رجاله رجال الصحيح» اهـ. قلت: الرجل الذي لم يسمه هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت الإمام المشهور، وهو ضعيف عند جمهور المحققين.
- (٥) أخرجه أبو داود (٢٥٢/٢) كتاب النكاح، باب: ما جاء في العزل، حديث (٢١٧١)، والنسائي في الكبرى (٣٤٢/٥) كتاب عشرة النساء، باب: العزل وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك، حديث (٨٤ - ٩)، والطحاوي (٣١/٣).

وعندهما: يشترط رضاها [لجواز العزل]^(١)، وفي الأمة المملوكة للإنسان لا يشترط رضاها بلا خلاف، والمسألة المذكورة في الجامع الصغير.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا عزل خوفا من الولد السوء لفساد الزمان فهو جائز من غير رضا المرأة. هذا هو الكلام في العزل.

وأما إذا أرادت المرأة^(٢) إلقاء الماء بعدما وصل إلى رحمها، هل يباح لها ذلك؟ قالوا: إن كانت أرادت الإلقاء بعدما مضى مدة ينفخ فيه الروح [فإنه لا يباح لها ذلك؛ لأنها تصير قاتلة، فإن اعتبر حيا على ما عليه الظاهر، ولا يحل لها ذلك كما بعد الانفصال، وإن كانت أرادت الإلقاء قبل مضى مدة ينفخ فيها الروح]^(٣) هل يباح لها ذلك أم لا؟

اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: لا بأس به؛ [لأنه]^(٤) إذا كان قبل مضي مدة ينفخ فيه [الروح]^(٥)، فإلقاء ما في رحمها وعزل الماء سواء، وقد ذكرنا أن العزل مباح فكذا هاهنا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا أرادت إسقاط الولد فلها ذلك إذا لم يستتب شيء من خلقه، وكان الفقيه علي بن موسى يقول: إنه يكره ذلك، فإن مآل الماء بعد ما وقع في الرحم الحياة فإنه لا يحتاج إلى صنع^(٦) أحد بعد ذلك لينفخ فيه الروح - وإذا كان مآله الحياة، [كان له حكم الحياة]^(٧) كما في بيضة صيد المحرم^(٨)، لما كان مآلها أن تصير صيدا أعطي لها حكم الصيد حتى لو أتلف محرم بيضة، ضمن فكذا هذا،

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في أ، م: النساء.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في أ: منع.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في أ، م: الحرم.

بخلاف العزل فإنه لا ينفخ فيه الروح إلا بعد إحداث صنع أحد، وهو الإلقاء في الرحم، فلم يكن مآله الحياة بخلاف ما نحن فيه .
ومدة استبانة الخلق ونفخ الروح مقدرة بمائة وعشرين يوماً بالحديث المعروف،
والله أعلم.



الفصل [المكمل] (١) عشرين

في الختان، [والخصاء] (٢)، وقلم الأظفار، وتطويلها

وقص الشوارب، ووصل المرأة شعر غيرها بشعرها

أقصى وقت الختان (٣) اثنتا عشرة [سنة] (٤) وأما أقل وقته، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا علم لي به (٥)، ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيه

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) الختان لغة: يقال: ختن الخاتن الولد - غلاما كان أو جارية - يختنهما ويختنهما ختنا: قطع غرلته، وهي الجلدة التي يقطعها الخاتن، والاسم: الختان والختانة. والختن: القطع، وهو فعل الخاتن الغلام. وقيل: الختن للرجال، والخفض للنساء. والختين: المختون، الذكر والأنثى في ذلك سواء. والختانة: صناعة الخاتن.

ينظر: لسان العرب مادة (ختن)، وتاج العروس (ختن) (٤٧٩/٣٤).

الختان اصطلاحا: للختان عند الفقهاء عدة تعريفات، منها:

١ - أنه: قطع جميع الجلدة التي تغطي الحشفة حتى تنكشف جميع الحشفة، وفي المرأة: قطع أدنى جزء من الجلدة التي في أعلى الفرج.

وهذا التعريف اشتمل على محل الختان، ومقداره من الرجل والمرأة.

٢ - وقيل: الختان اسم للمحل، وهي الجلدة التي تبقى بعد القطع، واسم للفعل، وهو فعل الخاتن، ونظير هذا السواك؛ فإنه اسم للآلة التي يستاك بها، واسم للتسوك بها، وقد يطلق الختان على الدعوة إلى وليمته، كما تطلق العقيقة على ذلك أيضا. وهذا التعريف أطلق الختان على ما تبقى بعد قطع الجزء المفترض قطعه، بخلاف التعريف الأول الذي اقتصر على الفعل، كما أضاف معنى جديدا، وهي الدعوة إلى وليمته. وقيل: الختان: موضع القطع من الذكر والأنثى، وختان الرجل: هو قطع جميع الجلدة التي تغطي الحشفة حتى ينكشف جميع الحشفة، وختان المرأة: هو قطع أدنى جزء من الجلدة التي في أعلى الفرج فوق مدخل الذكر، وتكون كالنواة أو كعرف الديك. وهذا التعريف من أوضح التعريفات؛ وذلك لتوضيحه لفظ الختان بما يطابق المقصود اللغوي.

ينظر: أسنى المطالب (١٦٤/٤)، وروضة الطالبين (١٨٠/١٠)، وحاشية قليوبي

(٢١١/٤)، وتحفة المودود بأحكام المولود، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي أبي عبد الله، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة دار البيان، دمشق، ط (١)، ١٣٩١هـ-

١٩٧١م، ص (١٥٣)، ونيل الأوطار (١٢٥/١).

(٤) سقط في م.

(٥) ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الوقت الذي يصير فيه الختان واجبا هو ما بعد البلوغ؛ لأن

الختان من أجل الطهارة، وهي لا تجب عليه قبله. ويستحب ختانه في الصغر إلى سن =

شيء .

واختلف المشايخ فيه : بعضهم قالوا : أول وقته إذا بلغ سبع سنين .
وبعضهم قالوا : إذا بلغ تسع سنين ، وبعضهم قالوا : إذا بلغ عشر سنين ، وبعضهم
لم يؤقتوا في ذلك وقتا ، وقالوا : إذا كان الصبي بحال يطيق ألم الختان يختن وما لا
فلا .

وإنه من جملة السنن ، حتى قالوا : إذا اجتمع أهل المصر على ترك الختان
يحاربهم الإمام كما يحاربهم في سائر السنن .
وفي العيون : غلام ختن فلم تقطع الجلد كلها ، فإن قطع أكثر من النصف يكون
ختانا ، وإن كان نصفاً أو دونه لا يكون ختانا .

التمييز لأنه أرقق به ؛ ولأنه أسرع براء فينشأ على أكمل الأحوال .
وللشافعية في تعيين وقت الاستحباب وجهان : الصحيح المفتى به أنه يوم السابع
ويحتسب يوم الولادة معه لحديث جابر : عرق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين
وختنهما لسبعة أيام [أخرجه البيهقي (٣٢٤/٨) وفي إسناده راو متكلم فيه ، وقد أورد
الذهبي من مناكيره هذا الحديث في الميزان (٨٥/٢)] ، وفي مقابله وهو ما عليه
الأكثر أن اليوم السابع بعد يوم الولادة . وفي قول للحنابلة والمالكية : إن المستحب
ما بين العام السابع إلى العاشر من عمره ؛ لأنها السن التي يؤمر فيها بالصلاة ، وفي
رواية عن مالك أنه وقت الإثغار ، إذا سقطت أسنانه ، والأشبه عند الحنفية أن العبرة
بطاقة الصبي إذ لا تقدير فيه فيترك تقديره إلى الرأي ، وفي قول : إنه إذا بلغ العاشرة
لزيادة الأمر بالصلاة إذا بلغها . وكره الحنفية والمالكية والحنابلة الختان يوم السابع ؛ لأن
فيه تشبها باليهود . ومن كان ضعيف الخلفة بحيث لو ختن خيف عليه ، لم يجز أن
يختن حتى عند القائلين بوجوبه ، بل يؤجل حتى يصير بحيث يغلب على الظن سلامته ؛
لأنه لا تعبد فيما يفضي إلى التلف ؛ ولأن بعض الواجبات يسقط بخوف الهلاك فالسنة
أخرى ، وهذا عند من يقول : إن الختان سنة . وللحنابلة تفصيل في مذهبهم ، ملخصه أن
وجوب الختان يسقط عمن خاف تلفا ، ولا يحرم مع خوف التلف ؛ لأنه غير متيقن ، أما
من يعلم أنه يتلف به وجزم بذلك فإنه يحرم عليه الختان لقوله تعالى : ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ
إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ . ينظر : حاشية ابن عابدين (٤٧٨/٥) ، فتح القدير (٤٣/١) ، مواهب
الجليل (٢٥٨/٣) ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي عليه (١٥٢/٢) ، الخرشني على
خليل (٤٨/٣) ، المجموع (٣١٣/١) ، حاشية الجمل على شرح المنهج (١٧٤/٥) ،
النووي على مسلم (١٤٨/٣) ، المجموع (٣٠٤/١) ، مطالب أولي النهى (٩١/١) ،
الإنصاف (١٢٤/١) .

وفي صلاة النوازل: الصبي إذا لم يختن، ولا يمكن أن يمد جلدة ليقطع إلا بتشديد، وحشفته ظاهرة إذا رآه إنسان كأنه [قد]^(١) اختتن ينظر إليه الثقات، وأهل البصر^(٢) من الحجامين، فإن قالوا: هو على خلاف ما يمكن الاختتان فإنه لا يشد عليه ويترك.

وكذا الشيخ الضعيف من أهل المجوس إذا أسلم، وقال أهل البصر: إنه لا يطبق ختاناً يترك.

وفي فوائد الرستغفني: اختتن الصبي ثم طالت جلده إن صارت بحال تستر حشفته تقطع وما لا فلا.

واختلفت الروايات في ختان النساء، ذكر في بعضها أنه سنة، وهكذا حكى عن بعض المشايخ، واستدل هذا القائل بما ذكره محمد - رحمه الله - في كتاب الخنثى: يختن، ولو كان مكرمة لكان لا يختن؛ لأنه يحتمل أنه امرأة، وعلى هذا التقدير لا يجوز [للرجل أن يفعل ذلك، ويحتمل أنه رجل وعلى هذا التقدير لا يجوز]^(٣) للمرأة أن تفعل ذلك، فيتعذر الفعل لانعدام الفاعل فيسقط.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في [شرح]^(٤) أدب القاضي. للخصاف: أن ختان النساء مكرمة.

خصاء الفرس لا بأس به عندنا، ومن الناس من كرهه، هكذا ذكر في بعض المواضع، وكذا خضاء سائر الحيوانات سوى بني آدم^(٥).

وفي إجازات الأصيل: إخضاء^(٦) بني آدم حرام بالاتفاق^(٧)، فأما إخضاء الفرس،

(١) سقط في م.

(٢) في أ: البصيرة.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) زاد في أ: لا بأس به عندنا هكذا ذكر في بعض المواضع ومن الناس.

(٦) الإخضاء: سل الخصيين، وخصيت الفرس أخضيه، قطعت ذكره فهو مخصي وخصي. فاعيل بمعنى مفعول، والجمع خصية وخصيان. والخصية: البيضة من أعضاء التناسل، وهما =

خصيتان .

وفي الاصطلاح أطلق الفقهاء الخصاء على أخذ الخصيتين دون الذكر أو معه .
ينظر : المصباح المنير، مادة (خصي)، بدائع الصنائع (١٠/٤٨٢٣)، وحاشية الدسوقي
على الشرح الكبير (٢/٢٨٣)، وكفاية الأخيار (٢/٢٣٩)، ومنهاج الطالبين (٢/١٩٧)،
والمغني، لابن قدامة (٧/٧١٤).

(٧) خصاء الأدمي حرام صغيرا كان أو كبيرا لورود النهي عنه على ما يأتي :

وقال ابن حجر: هو نهى تحريم بلا خلاف في بني آدم .

ومن النهي الوارد في ذلك ما روى عبد الله بن مسعود قال: كنا نغزو مع رسول الله ﷺ
وليس لنا شيء، فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك . [أخرجه البخاري (٩/١١٧)]،
وحديث سعد بن أبي وقاص: رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو
أذن له لاخصينا . [أخرجه البخاري (٩/١١٧)] وفي رواية أخرى أخرجه الطبراني من
حديث عثمان بن مظعون نفسه أنه قال: يا رسول الله إني رجل تشق علي هذه العزوبة
في المغازي فتأذن لي في الخصاء فأخصي؟ قال: لا، ولكن عليك بالصيام . [أخرجه
الطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/٢٥٣)]، وقال الهيثمي: «فيه عبد الملك بن قدامة
الجمحي، وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وبقيه رجاله ثقات» .

وفي رواية أن عثمان رضي الله عنه قال: يا رسول الله ائذن لي في الاختصاء فقال: إن
الله قد أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة . [أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٦/٧٥)،
(٧٦)، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٢٥٢)] وقال: «فيه إبراهيم بن زكريا، وهو
ضعيف» .

ويروى موقوفا على عمر بن الخطاب: (لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء) قال ابن حجر
تعقبا على هذه الأحاديث: والحكمة في منع الخصاء أنه خلاف ما أراه الشارع من تكثير
النسل ليستمر جهاد الكفار، وإلا لو أذن في ذلك لأوشك تواردهم عليه فيقطع النسل فيقل
المسلمون بانقطاعه ويكثر الكفار، فهو خلاف المقصود من بعثة النبي ﷺ .

كما أن فيه من المفساد، تعذيب النفس والتشويه مع إدخال الضرر الذي قد يفضي إلى
الهلاك . وفيه إبطال معنى الرجولية التي أوجدها الله فيه، وتغيير خلق الله، وكفر النعمة،
وفيه تشبه بالمرأة واختيار النقص على الكمال .

وقرر الحنفية أنه لا بأس بخصاء البهائم؛ لأن فيه منفعة للبهيمة والناس .

وعند المالكية: يجوز خصاء المأكول من غير كراهة؛ لما فيه من صلاح اللحم .
والشافعية فرقوا بين المأكول وغيره، فقالوا: يجوز خصاء ما يؤكل لحمه في الصغر،
ويحرم في غيره . وشرطوا ألا يحصل في الخصاء هلاك .

أما الحنابلة فيباح عندهم خصي الغنم لما فيه من إصلاح لحمها، وقيل: يكره كالخيل
وغيرها والشدخ أهون من الجب . وقد قال الإمام أحمد: لا يعجبني للرجل أن يخصي
شيئا، وإنما كره ذلك للنهي الوارد عن إيلام الحيوان . واستدلوا بما روي عن ابن عباس
قال: نهى رسول الله ﷺ عن إخصاء البهائم نهيا شديدا . [أخرجه البزار (٢/٢٧٤) -

فقد ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: أنه لا بأس به عند أصحابنا - رحمهم الله - .

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه حرام، فأما غيره من البهائم، فلا بأس به إذا كانت [فيه منفعة وإذا لم يكن فيه منفعة، فهو حرام].

وفي أضحية النوازل: في خصاء السنور أنه لا بأس به إذا كانت^(١) فيه منفعة أو دفع مضرة.

وفي الوقعات: [لا بأس]^(٢) بإخصاء البهائم إذا كان يراد به إصلاح البهائم. وفي النوازل: إن وقت يوم الجمعة لتقليم^(٣) الأظفار، إن رأى أنه جاوز الحد قبل

= كشف الأستار) من حديث عبد الله بن عباس، وقال الهيثمي: «رجال رجال الصحيح» مجمع الزوائد (٥/٢٦٥).

ينظر: الدر المختار (٥/٢٤٩)، الهداية مع فتح القدير (٨/١٣١)، حاشية الزرقاني (٣/٢٣٧)، صحيح مسلم بشرح النووي (٩/١٧٧)، حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج، للشيخ أحمد شهاب الدين البرلسي الملقب بعميرة، ومعها حاشية قليوبي أحمد سلامة القليوبي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م (٣/٢٠٤)، المغني (٨/٦٢٥)، فتح الباري (٩/١١٩)، أحكام أهل الذمة (٢/٦٧٣)، الآداب الشرعية (٣/١٤٤).

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ.

(٣) تقليم الأظفار سنة عند الفقهاء للرجل والمرأة، للبدن والرجلين.

وقد استدل الفقهاء على مشروعية قص وتقليم الأظفار بالسنة النبوية الشريفة؛ فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الفطرة خمس، أو خمس من الفطرة: الختان، والاستحداد، وتنف الإبط، وقص الشارب، وتقليم الأظفار».

والمراد بالتقليم: إزالة ما يزيد على ما يلامس رأس الإصبع.

ولم يحدد الفقهاء زمن تقليم الأظفار، بل أناطوا وقته بطول الأظفار؛ فمتى طالت قلمها، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأحوال.

وقيل: يستحب تقليم الأظفار كل يوم جمعة، ولا تترك أكثر من أربعين يوماً؛ لما روي عن أنس بن مالك عن النبي ﷺ: «أنه وقت لهم في كل أربعين ليلة تقليم الأظفار، وأخذ الشارب، وحلق العانة» [أخرجه الترمذي (٤/٤٧٠)، كتاب الأدب، باب: في التوقيت في تقليم الأظفار وأخذ الشارب، برقم (٢٧٥٨)، وأحمد (٣/٢٠٣)، واللفظ للترمذي]. وفي رواية عن أنس - أيضاً - : «وقت لنا في قص الشارب، وتقليم الأظفار، وتنف الإبط، وحلق العانة: ألا نترك أكثر من أربعين يوماً» [أخرجه مسلم (١/٢٢٢) كتاب الطهارة، =

يوم الجمعة، ومع هذا يؤخره^(١) إلى يوم الجمعة [كان مكروها]^(٢)، وإن [لم]^(٣) يجاوز الحد وأخره^(٤) تبركاً بالأخيار، فهو مستحب، ولو قلم أظفاره أو جز شعره يجب [أن يدفن]^(٥)، وإن رماه^(٦) فلا بأس به، وإن ألقاه في الكنيف، والمغتسل فهو مكروه.

قيل: لأنه يورث الداء.

وينبغي للرجل أن يأخذ من شاربه حتى يصير مثل الحاجب، قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وقد استدل بعض المشايخ من أصحابنا بهذه المسألة فقالوا: [لو]^(٧) أن رجلاً توضأ، ولم يصل الماء [إلى ما تحت شاربه أنه^(٨) يجوز؛ لأنه رخص في مقدار الحاجب، ثم لو لم يصل الماء]^(٩) تحت الحاجب^(١٠) يجوز فكذا هذا، وبه نأخذ، وعليه الفتوى.

وهذا الذي ذكرنا كله في حق غير الغازي، [فأما الغازي]^(١١) في دار الحرب

= باب: خصال الفطرة رقم (٢٥٨/٥١)، من حديث أنس بلفظ: «... ولا نترك أكثر من أربعين ليلة»، وأبو داود (٤٨٣/٢، ٤٨٤) كتاب الترجل، باب: في أخذ الشارب، برقم (٤٢٠٠)، والترمذي (٤٧٠/٤) كتاب الأدب، باب: التوقيت في تقليم الأظفار وأخذ الشارب رقم (٢٧٥٨)، واللفظ لهما، والنسائي (١٦/١) كتاب الطهارة، باب: التوقيت في ذلك بلفظ «... أربعين يوماً»، وقال مرة أخرى: «أربعين ليلة»، وأحمد (٢٥٥/٣). قال السخاوي: لم يثبت في كيفية قص الأظفار ولا في تعيين يوم له شيء عن النبي ﷺ.

- (١) في م: يؤخر.
- (٢) سقط في أ، م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في أ، م: ووقته.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في أ، م: رمى.
- (٧) سقط في م.
- (٨) زاد في م: لا.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) زاد في أ، م: لا.
- (١١) سقط في م.

يندب إلى تطويل الأظفار ليكون سلاحا، ويندب إلى تطويل الشارب ليكون أهيب في عين العدو.

وقال محمد - رحمه الله - في السير: لا بأس للرجل أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله، [وإن فتله]^(١) فذلك مكروه؛ لأنه يصير متشبهها ببعض الكفرة فإن^(٢) من الكفرة من يفعل ذلك، والمجوس في ديارنا يرسلون الشعر من غير فتل، ولكن لا يحلقون وسط الرأس، بل يجزون الناصية.

وإذا حلقت المرأة شعر رأسها، فإن حلقت لوجع أصابها، لا بأس به، وإن حلقت تشبها بالرجال، فهو مكروه، وهي ملعونة على لسان صاحب الشرع. وإذا وصلت [المرأة]^(٣) شعر غيرها، فهو مكروه، وإنما جاءت الرخصة في شعر غير بني آدم تتخذه المرأة، وتزيد في قرونها، هكذا ذكر في النوازل، وهو مروى عن أبي يوسف - رحمه الله - .



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لأن.

(٣) سقط في أ.

الفصل الحادي والعشرون

في الزينة [واتخاذ الخادم للخدمة]^(١)

اعلم بأن الزينة^(٢) نوعان: نوع يرجع إلى البدن، ونوع يرجع إلى غيره فنبداً بالذي يرجع إلى البدن فنقول: اتفق المشايخ على أن الخضاب في حق الرجل بالحمرة سنة، وإنه من سيماء الصالحين وعلاماتهم.

وأما الخضاب بالسواد^(٣): فمن فعل ذلك من الغزاة ليكون أهيب في عين العدو،

(١) سقط في أ.

(٢) الزينة هي: تحسين الشيء بغيره من ليسة أو حلية أو هيئة. وعرفها الحرالي بأنها: بهجة العين التي لا تخلص إلى باطن المزيّن. وقال الراغب: الزينة الحقيقية: ما لا يسيئ الإنسان في شيء من أحواله لا في الدنيا ولا في الآخرة، أمّا ما يزيّنه في حالة دونه فهو من وجهه شين. والزينة بالقول المجمل ثلاثة أقسام:

١ - زينة نفسية: وذلك كالعلم والاعتقادات الحسنة، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَن فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِّنَ الْأَمْرِ لَعَنِتُّمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ حَبَّبَ إِلَيْكُمُ الْإِيمَانَ وَزَيَّنَهُ فِي قُلُوبِكُمْ وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ أُولَئِكَ هُمُ الرَّشِدُونَ﴾ [الحجرات: ٧].

٢ - زينة بدنية: كالقوة وطول القامة وتناسب الأعضاء.

٣ - زينة خارجية: كالمال والجاه، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿فَفَرَّجَ عَلَيْنَا قَوْمَهُ فِي زِينَتِهِ قَالَ الَّذِينَ يُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا يَلِيتَ لَنَا مِثْلَ مَا أُوتِيَ قَوْمٌ إِنَّهُمْ لَدُوٌّ حَظِيٌّ عَظِيمٌ﴾ [القصص: ٧٩]، وهي الزينة الدنيوية من الأثاث والمال والجاه.

ينظر: الكليات، للكفوي (٤١٨/٢)، والتوقيف على مهمات التعاريف، ص (٣٩١).

(٣) قال الفيومي: يقال للرجل: خاضب؛ إذا اختضب بالحناء، فإن كان بغير الحناء قيل: صبغ شعره، ولا يقال: اختضب. ولا يكاد استعمال الفقهاء لمصطلح الاختضاب يخرج عما تقرر له من معنى لغوي.

اتفق الفقهاء على مشروعية الخضاب بالسواد في حالة الحرب؛ واستدلوا على ذلك من السنة النبوية المطهرة بقول النبي ﷺ في شأن أبي قحافة والد أبي بكر - رضي الله عنه - لما جيء به إليه عام الفتح، ورأسه يشتعل شبيهاً: «أذهبوا به إلى بعض نساته فلتغيره، وجبّوه السواد». [أخرجه مسلم (١٦٦٣/٣) كتاب اللباس، باب: في مخالفة اليهود (٧٩/٢١٠٢)]، واختلّفوا في الخضاب بالسواد في غير حالة الحرب على ثلاث مذاهب: المذهب الأول: أن الاختضاب بالسواد مكروه كراهة تحريم في غير الحرب. وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة.

المذهب الثاني: أن الصبغ بالسواد جائز بلا كراهة. وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية.

ورخص فيه إسحاق بن راهويه للمرأة تزيّن به لزوجها، وهو قول سعد بن أبي وقاص، وعقبة بن عامر، والحسن، والحسين، وجريز، وغير واحد من أهل العلم.

فهو محمود منه، اتفق عليه المشايخ، ومن فعل ذلك ليزين نفسه للنساء، وليحجب نفسه إليهن، فذلك مكروه، وعليه عامة المشايخ، وبعضهم جوزوا ذلك من غير كراهة، روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: كما يعجبني أن تتزين لي، يعجبها أن أتزين لها^(١)، هذه الجملة من شرح السير الكبير.

واتفق المشايخ على أنه لا بأس بالإثمد^(٢) للرجل، واتفقوا على أنه يكره الكحل الأسود إذا قصد به الزينة، واختلفوا فيما إذا لم يقصد به الزينة، عامتهم على أنه لا يكره، في شرح السير أيضا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: لا بأس بالاكتمال يوم عاشوراء. وفي فتاوى النسفي^(٣): روى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه قال: لا بأس [بأن تخضب المرأة يديها ورجليها تتزين بذلك لزوجها ما لم يكن خضابا فيه تماثيل، ولا بأس]^(٤) به للجارية الصغيرة والكبيرة، [وأما الصبي فلا ينبغي أن

المذهب الثالث: فصل علماء المالكية في الصبغ بالسواد فقالوا: إن كان للتغريز منع، وإن كان للجهاد وجب، وإن كان للتشابه: كرهه، وإن كان مطلقاً: فالقولان الجواز والكراهة.

ينظر: المصباح المنير (١/١٧١)، وحاشية ابن عابدين (١/٣٢٩)، ورد المختار (٥/٢٧١)، والذخيرة، للقرافي (١/٣٢٧)، والوسيط في المذهب (٢/٦٣٥)، والمغني (١/٧٦)، وشرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ (زروق)، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م (٢/٣٧١)، والمبدع (٢/٢٣١)، والمحلى (١٠/٢٧٩).

(١) المبسوط للسرخسي (١٠/١٩٩)، المحيط البرهاني في الفقه العماني (٥/٣٧٧).

(٢) الإثمد: «حجر يتخذ منه الكحل.

وقيل: ضرب من الكحل.

وقيل: هو نفس الكحل.

وقيل: شبيه به...» وأجوده يؤتى به من أصبهان. ويجلو: من الجلاء أي يزيد نوراً.

ينظر: لسان العرب (٣/١٠٥)، فتح الباري (١٠/١٥٨)، عون المعبود (١٠/٢٥٩).

(٣) في م: المنتقى.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: بالخضاب.

تخضب يده ولا رجله كالرجل^(١).

وأما الذي يرجع إلى غير البدن، قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس بأن يتخذ الرجل في بيته سريرا من ذهب، أو فضة، وعليه الفرش من الديباج يتجمل بذلك للناس من غير أن يقعد أو ينام عليه، فإن ذلك منقول عن السلف، من الصحابة والتابعين روي أن الحسن أو الحسين - رضي الله عنهما - لما تزوج [شهر بانوية بنت]^(٢) يزد جرد، زينت بيته بالفرش من الديباج والأواني المتخذة من الذهب، والفضة، فدخل عليه بعض من بقي من أصحاب رسول الله ﷺ، وقال: ما هذا الذي في بيتك يا ابن [بنت]^(٣) رسول الله، فقال: هذه امرأة تزوجتها، فأنت بهذه الأشياء، فلم أستحسن أن أمنعها من ذلك^(٤).

وعن محمد ابن الحنفية أنه زين داره بمثل هذا، فعاتبه في ذلك بعض الصحابة فقال: إنما أتجمل للناس بهذا ولست أستعمله، كيلا ينظر إلي أحد بعين الجهل^(٥).
وقول محمد: من غير أن يقعد، أو ينام، فذلك راجع إلى قول محمد؛ لأنه لا يرى النوم والقعود على الديباج على ما مر، وأما على قول أبي حنيفة: لا يتأتى؛ لأنه يرى النوم والقعود على الديباج على ما مر.

ذكر الفقيه أبو جعفر في [شرح]^(٦) السير الكبير: أنه لا بأس أن يستر حيطان البيوت باللبود^(٧) المُنْقَشَة^(٨) إذا قصد فاعله دفع البرد، وإن كان قصد فاعله الزينة فهو

(١) سقط في م.

(٢) في أ: شهبانورا امرأة، وفي م: شهبانو امرأة.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) المبسوط للسرخسي (٢٨٣/٣٠)، الكسب، ص (١١٥)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٧٨/٥).

(٥) السابق.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) اللبود: القراد، سمي بذلك لأنه يلبد بالأرض أي يلصق بها. ينظر: لسان العرب (٣/٣٨٦).

(٨) في أ: النفيسة.

مكروه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح السير أيضا: [أنه^(١)] لا بأس أن يستر الباب^(٢) باللبود، إذا كان قصد فاعله دفع البرد، وزاد عليها فقال: أو بالخيش إذا كان قصد فاعله دفع الحر، وإنما يكره من ذلك ما يكون على قصد الزينة. وفي فتاوى أهل سمرقند أن [إرخاء الستر]^(٣) على الباب^(٤) مكروه، [قالوا: نص]^(٥) عليه محمد في السير الكبير.

[ذكر محمد في السير الكبير]^(٦) عن [عون بن أبي جحيفة]^(٧)، - رضي الله عنهما - قال: «رأيت رسول الله ﷺ في قبة حمراء من آدم - يعني [يوم]^(٨) فتح مكة-»^(٩).

ورأيت بلالا قد أدخل عليه وضوؤه ثم أخرجه يهريقه. الحديث، ثم قال: إلى أن خرج رسول الله ﷺ وعليه حلة حمراء^(١٠).

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ، م: البيت.

(٣) في أ: اتخاذ السترة.

(٤) في أ، م: البيت.

(٥) في م: قال ونص.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: أبي جحيفة.

هو: عون بن أبي جحيفة السوائي، روى عن أبيه والمنذر بن جرير، وروى عنه عمر بن أبي زائدة والثوري، وثقه أبو حاتم، والنسائي. قال الحافظ في التقریب: ثقة. ينظر: تهذيب التهذيب (٨/١٧٠)، تقریب التهذيب (٢/٩٠)، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال (٢/٣٠٩)، التاريخ الكبير، للبخاري (٧/١٥).

(٨) سقط في م.

(٩) أخرجه ابن ماجه (١/٢٣٦) كتاب الأذان، باب: السنة في الأذان حديث (٧١١) من طريق الحجاج بن أرطاة عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال: أتيت رسول الله ﷺ بالأبطح وهو في قبة حمراء فخرج بلال فاستدار في أذانه وجعل إصبعيه في أذنيه. قال البوصيري في «الزوائد» هذا الإسناد فيه حجاج بن أرطاة وهو ضعيف.

(١٠) أخرجه البخاري (٢/٣٢٤) كتاب الأذان، باب: هل يتبع المؤذن فاه هاهنا وهاهنا

في الحديث دليل على أنه لا بأس بالتزين؛ ألا ترى أنه كان لرسول الله ﷺ [قبة حمراء من آدم]^(١)، وفيه دليل على أنه لا بأس للإنسان أن يكون معه من يخدمه ولكن ينبغي أن [لا]^(٢) يكلفه الخدمة قدر ما [لا]^(٣) يطيق.

وعلى^(٤) هذا قلنا: لا بأس للإنسان أن يذهب راكبا حيث شاء وغلماه يمشي معه، بعد أن كان يطيق ذلك، وإن كان لا يطيق ذلك فهو مكروه.

قوله: خرج رسول الله ﷺ وعليه حلة [حمراء]^(٥)، إن كان ذلك قبل تحريم الإبريسم على الرجال، فلا حاجة إلى حمله على محمل، وإن كان بعد ذلك فالمراد من الحلة المنسوج بالقطن^(٦)، فإن العرب كانوا يسمون المنسوج [من القطن]^(٧) حلة لجموده.

وقوله: حمراء إن كان قبل تحريم لبس المعصفر والمزعفر على الرجال، فلا حاجة إلى تأويله وحمله على محمل، وإن كان بعد ذلك، فهو محمول على لون القطن، يعني: وعليه حلة^(٨) منسوجة من قطن لونه أحمر. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

= (٦٣٤)، ومسلم (٣٦٠/١) كتاب الصلاة، باب: سترة المصلي (٥٠٣/٢٤٩)، وأبو داود (١٩٨/١) كتاب الصلاة، باب: في المؤذن يستدير في أذانه (٥٢٠)، والنسائي (١٢/٢) كتاب الأذان، باب: كيف يصنع المؤذن في أذانه، وابن خزيمة (٣٨٧، ٨٤١، ٢٩٩٤)، (٢٩٩٥) من طرق عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال: «أتيت النبي ﷺ بمكة وهو بالأبطح في قبة له حمراء من آدم قال: فخرج بلال بوضوئه، فمن نائل وناضح قال: فخرج النبي ﷺ عليه حلة حمراء، كأني أنظر إلى بياض ساقيه قال: فتوضأ وأذن بلائاً، قال: فجعلت أتبع فاه هاهنا وهاهنا - يقول: يميناً وشمالاً - يقول: حي على الصلاة حي على الفلاح...» الحديث.

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في أ، م: وعن.
- (٥) سقط في أ، م.
- (٦) في م: من القطن.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: جبة.

الفصل الثاني والعشرون في قتل الرجل المسلم والده^(١) المشرك ومن بمعناه^(٢)، وقتله محارمه

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: لا بأس بأن [يقتل]^(٣) الرجل من المسلمين كل ذي رحم محرم من المشركين يبتدئه بالقتل، إلا الوالدين ومن بمعناها من الأجداد والجدات، فإنه يكره [له]^(٤) أن يبتدئ هؤلاء بذلك. [وهذا]^(٥) لأن الظاهر من قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾، وإن كان لا يوجب [الفصل]^(٦) بين كافر، وكافر، لكن تركنا ظاهره في الوالدين^(٧) بالإجماع، وبخصوص [أخرى]^(٨) منها: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِمَا أُفِي﴾، والنهي عن التأفيف نهى عن القتل بطريق الأولى.

وتخصيص الوالدين عن ظاهر ما تلونا لا يدل على تخصيص غيرهما، من الابن، والأخ، والعم، والخال، وأشباههم؛ لأنه اجتمع في حق الوالد جهتان: حرمة القرابة، وحرمة الأبوة، فإن للأب زيادة حرمة بسبب الأبوة ليست هي لغيره ممن له قرابة محرمة للنكاح، حتى لا يقتل الوالد بولده، ولا يحبس بدينه. واجتمع فيها ثلاث حرمت: حرمة القرابة، وحرمة الأمومة^(٩)، فإن للأم زيادة حرمة ليست لغيرها من القرابات، حتى لا تقتل بولدها، ولا تحبس بدين ولدها

-
- (١) في م: ولده.
 - (٢) في م: في معناه.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في أ.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في أ، م: حق الوالد.
 - (٨) سقط في أ.
 - (٩) في م: الأمية.

كالأب، وحرمة الأمومة والأبوية، فإن الأبوية مما يحرم القتل. فتخصيص الأب على ظاهر الآية وله حرمتان، وتخصيص الأم، ولها ثلاث حرمت لا يدل على تخصيص قرابة ليست لها هذه الحرمت. وإذا ثبت هذا الحكم في حق الوالدين، ثبت في حق الأجداد من قبل الرجال والنساء؛ لأنهم بمنزلة الآباء؛ ألا ترى أنهم لا يقتلون بولد الولد، ولا يحبسون كما في الأب.

وهذا إذا لم يضطره الوالد إلى قتله، فأما إذا اضطره إلى قتله فلا بأس بقتله، إذا لم يمكنه الهرب منه؛ لأن ترك الأب إلى أن يقتله إهلاك لنفسه، والمأمور به شرعا في حق الابن ألا يتعرض لوالديه بسوء ابتداء، لا إهلاك نفسه. وهذا كما نهينا عن قتل [الصبي، و]^(١) الشيخ الفاني من المشركين ابتداء، ثم إذا جاء الاضطرار منهم بأن قصد واحد [منهم]^(٢) مسلما بالقتل، كان للمسلم أن يقتله، وطريقه ما قلنا.

وإذا ظفر به في الصف، فلا يقصده بالقتل، ولا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين، ولكن يلجئه إلى موضع ويستمسك به حتى يجيء^(٣) غيره ويقتله. قال محمد - رحمه الله - : وهو أحب إلينا.

هذا هو الكلام فيما بين المسلمين والمشركين، بقي الكلام بين أهل العدل، وبين أهل البغي، فنقول: لا ينبغي للعادل أن يتدبى كل ذي رحم محرم من أهل البغي بالقتل؛ لأنه اجتمع في حق الباغي حرمتان، حرمة الإسلام، وحرمة القرابة، فكان نظير الأب المشرك الذي اجتمع فيه حرمة القرابة، وحرمة [الأبوية]^(٤)، وهو نظير ما

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: يخرج.

(٤) في م: الأبوة.

قالوا: إنه لا ينبغي للمسلم أن يقتل كل ذي رحم محرم منه في الرحم، وألحقوه بالأب لاجتماع الحرمتين وهما^(١) حرمة الإسلام، وحرمة القرابة^(٢).



(١) في م: وهو.
(٢) زاد في م: في الرحم.

الفصل الثالث والعشرون

في دخول النساء الحمام، و[في]^(١) ركوبهن على السروج

ذكر في السير عن^(٢) عمر بن عبد العزيز أنه كتب: ألا تدخل الحمام امرأة إلا نفساء، أو مريضة، ولا تتركب امرأة مسلمة على سرج^(٣).

قوله: ألا تدخل الحمام امرأة: نهي على سبيل العموم، لكن بصيغة الخبر، وقوله: إلا نفساء أو مريضة: استثناء لحالة العذر ولا خلاف لأحد في إباحة الدخول لهن بهذه الأعذار، أما بعذر المرض فلأن للحمام أثرا في إزالة بعض الأمراض، فكان يشبه التداوي بسائر المداواة، وقد أبيع لها في حالة العذر ما هو أشد من هذا وهو كشف العورة للتداوي.

وأما بعذر النفاس فلأنه نوع مرض، وقاس بعض مشايخنا الحيض على النفاس من حيث إنه مرض كالنفاس.

وأما دخولهن الحمام بغير هذه الأعذار، فقد اختلف المشايخ في ذلك بعضهم قالوا: لا يباح، وإليه مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده، ويستدل هذا القائل بعموم قوله: لا تدخل امرأة. ويستدل أيضا بامتناع محمد - رحمه الله - عن رد هذا الحديث عند ذكره، فإنه لم يقل: ولا نأخذ به، فدل على أن ذلك قوله.

ويؤيد ذلك قوله - عليه السلام - : «أيما امرأة وضعت جلبابها في غير بيت زوجها فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين»^(٤).

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: محمد.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٨٤/٥)، الدر المختار، ص (٦٦٨).

(٤) أخرجه الترمذي (٤٩٧/٤، ٤٩٨) أبواب الأدب، باب: ما جاء في دخول الحمام (٢٨٠٣)، وأبو داود (٤٣٥/٢) كتاب الحمام (٤٠١٠)، وابن ماجه (٣٠٧/٥، ٣٠٨) كتاب الأدب، باب: دخول الحمام (٣٧٥٠)، والدارمي (٢٨١/٢)، والحاكم (٢٨٨/٤)، (٢٨٩)، والخطيب في تاريخه (٥٨/٣)، وأحمد (١٧٣/٦، ١٩٨). وقال الترمذي: حديث حسن. وصححه الألباني، كما في صحيح الترمذي (٢٢٤٧).

ولما دخلت نساء حمص على عائشة - رضي الله عنها - فقالت: «أنتن من اللائي يدخلن الحمام؟ فقلن: نعم. فأمرت بإخراجهن وغسل موضع جلوسهن»^(١). وبعضهم قالوا: يباح إذا خرجت بإذن زوجها متقنعة، واتزرت حين دخلت الحمام، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله-، وهذا لأن دخول الحمام، إما لأجل الزينة وهي بالنساء أليق منها بالرجال، أو للحاجة إلى الاغتسال، وحاجة المرأة إلى الحمام كذلك أكثر من حاجة الرجل؛ لأن أسباب الاغتسال في حقهن أكثر، وهي لا تتمكن من الاغتسال في الحياض، والأنهار، والرجل يتمكن من ذلك، فالإباحة في حق الرجل [دليل على]^(٢) الإباحة في حق المرأة من طريق الأولى، وتأويل تلك الأحاديث في التي تخرج بغير إذن الزوج، أو تخرج غير متقنعة.

وأما قوله: ولا تركب امرأة مسلمة على سرج، فظاهره نهي النساء عن الركوب على السروج، [وبه نقول، وإنه خرج موافقا لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الفروج على السروج»^(٣)]^(٤).

والمعنى [من النهي]^(٥) من وجهين:

أحدهما: أن هذا تشبه بالرجال، وقد نهين عن ذلك.

الثاني: أنه فيه إعلان النفس وإظهارها للرجال، وقد أمرن بالستر.

قالوا: وهذا إذا كانت شابة، وقد ركبت للتفرج، [والتبرج]^(٦)، فأما إذا كان

(١) أخرجه أحمد (٢٦٧/٦).

(٢) في م: تدل.

(٣) حديث باطل قال الشيخ ملا علي القاري: لا أصل له، شرح كتاب السير الكبير (٣/١)، الميسوط للسرخسي (٨٩/٦)، بدائع الصنائع (٣/١٤٣)، أراد بالفروج: النساء.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ، م.

عجوزة، أو كانت شابة ركبت مع زوجها لعذر بأن ركبت^(١) للجهاد، وقد وقعت الحاجة إليهن للجهاد، أو للحج، أو للعمرة فلا بأس إذا كانت مستترة، فقد صح أن نساء المهاجرين كن يركبن الأفراس ويخرجن للجهاد وكان رسول الله ﷺ يراهن، ولا ينهاهن^(٢).

وكذلك بنات خالد بن الوليد [كن]^(٣) يركبن ويخرجن في الجهاد، ويسعين^(٤) في الصفوف ويذاوين الجرحى [من]^(٥) المجاهدين. والله أعلم بالصواب.



(١) في أ: خرجت.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٨٥/٥).

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: ويسقين.

(٥) سقط في م.

الفصل الرابع والعشرون

في تعليق الأجراس بالدواب، وما يتصل بذلك

اختلف العلماء في كراهية تعليق الجرس على الدواب، منهم من قال بكراهيته في الأسفار كلها، الغزو وغيره في ذلك على السواء، وهذا القائل يقول بكراهة ذلك في الحضر كما يقول [بكراهيته في السفر، ويقول أيضا]^(١) بكراهة اتخاذ الجلاجل في رجل الصغير^(٢).

وقال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إنما يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب [وهو المذهب عند علمائنا؛ لأن تعليق الجرس على الدواب إنما يكره في دار الحرب]^(٣)؛ لأن العدو يشعر بمكان المسلمين، [فإن كان بالمسلمين]^(٤) قلة، فإنهم يتبادرون إليهم فيقتلونهم، وإن كان بهم كثرة، فالكفار يتحذرون عنهم فيتحصنون.

فعلى هذا قالوا: إذا كان الراكب^(٥) في المفازة في دار الحرب ويخافون من اللصوص، يكره [لهم]^(٦) تعليق الجرس على الدواب أيضًا. والذي ذكرنا من الجواب في الجرس، فهو الجواب في الجلاجل. قال محمد - رحمه الله - في السير: فأما ما كان في دار الإسلام، فيه منفعة لصاحب الراحلة فلا بأس به.

قال^(٧): في الجرس منافع خمس: منها: إذا ضل واحد من القافلة يلتحق بها

(١) سقط في م.

(٢) في أ: صغيرة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: الراكب.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فإن.

لصوت الجرس .

ومنها: أن صوت الجرس يبعد هوام الليل عن القافلة كالذئب وغيره .

ومنها: أن صوت الجرس يزيد في نشاط الدواب فهو نظير الحدو، وإنه جوز

لأجل أنه يزيد في نشاط الدواب .



الفصل الخامس والعشرون

في الحسد^(١) والغبطة^(٢)

روي عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: «لا حسد إلا في اثنتين، رجل آتاه الله مالا فهو ينفقه في طاعة الله تعالى، ورجل آتاه الله علما فهو يعلم الناس، ويقضي به»^(٣).

الحديث ظاهره دليل على أن الحسد في هذين الأمرين مباح قال شيخ الإسلام: وليس الأمر كما يقتضيه ظاهر الحديث، والحسد حرام في هذين [الأمرين]^(٤) كما هو حرام في غيرهما.

[وإنما]^(٥) معنى الحديث: لا ينبغي للإنسان أن يحسد غيره، ولو حسد إنما يحسد في هذين [الأمرين]^(٦)، لا لكون الحسد فيهما مباحا، بل لمعنى آخر أن الإنسان إنما يحسد غير عادة لنعمة يراها عليه، فيتمناها لنفسه، وما عدا هذين من

(١) قال ابن القيم: الحسد أصل الإصابة بالعين. وقد يعين الرجل نفسه، وقد يعين بغير إرادته بل بطبعه وهذا أردأ ما يكون من النوع الإنساني. ينظر: زاد المعاد (١١٨/٣)، حاشية ابن عابدين (٢٣٣/٥).

(٢) الغبطة تسمى حسدا مجازا، ومعناها في اللغة حسن الحال، وهي اسم من غبطته غبطا من باب ضرب إذا تمنيت مثل ما ناله من غير أن تريد زواله عنه لما أعجبك منه وعظم عندك. ينظر: الصحاح والقاموس والمصباح مادة: «غبط».

وأما معناها في الاصطلاح فهو كمعناها في اللغة، أي أن يتمنى أن يكون له مثل ما لغيره من غير أن يزول عنه، والحرص على هذا يسمى منافسة، فإن كان في الطاعة فهو محمود، وإن كان في المعصية فهو مذموم، وإن كان في الجائزات فهو مباح. ينظر: فتح الباري (١/١٦٧)، وصحيح مسلم بشرح النووي (٩٧/٦)، والدر المشور (٤٠٣/١)، والتعريفات، للجرجاني، ص (٢٠٧).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٣/١) كتاب العلم، باب: الاغتباط في العلم والحكمة، برقم (٧٣)، ومسلم (٥٥٩/١) كتاب صلاة المسافرين، باب: فضل قراءة المعوذتين (٢٦٨٨١٦).

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، م.

أمور^(١) الدنيا [ليس]^(٢) بنعمة؛ لأن مآل ذلك سخط الله، والنعمة إنما تكون [في ما]^(٣) مآله رضا الله عزَّ وجلَّ، وهذان مآلهما رضا الله عزَّ وجلَّ، فهما نعمة دون ما سواهما.

فالحاصل أن معنى الحديث: الحسد لو كان جائزاً، لكان في محلين هذين لا غير.

ثم بعض مشايخنا قالوا: الحسد المذموم: أن يرى نعمة فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير وكيونتها لنفسه، أما لو تمنى مثلها لنفسه فذلك لا يسمى حسداً بل [يسمى]^(٤) غبطة.

وكان شيخ الإسلام يقول: لو تمنى تلك النعمة بعينها لنفسه فهو حرام ومذموم، وأما إذا تمنى مثل ذلك لنفسه فلا بأس به.

وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه قال: إن معنى الحديث: أن الحسد مذموم يضر الحاسد، إلا فيما^(٥) استثنى فهو محمود في ذلك، وإنه ليس بحسد [في]^(٦) الحقيقة، بل هو غبطة.

والحسد: أن يتمنى الحاسد أن تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك، ويعتقد أن تلك النعمة في غير موضعها، ومعنى الغبطة: أن يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير أن يتكلف أو يتمنى ذهاب ذلك عنه. أورد محمد - رحمه الله - هذا الحديث في أدب القاضي.



(١) في م: أجور.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: ما، وسقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ما.

(٦) في أ: علي، وسقط في م.

الفصل السادس والعشرون

في ما يشق^(١) من جراحات بني آدم والحيوانات

في فتاوى أبي الليث: في امرأة حامل ماتت علم ما في بطنها حي، فإنه يشق بطنها من الشق الأيسر، وكذلك لو كان أكبر رأيهم أنه حي يشق بطنها في القدوري^(٢).

وفي نكاح فتاوى أبي الليث: البكر إذا جومت فيما دون الفرج فحبلت بأن دخل الماء فرجها، ودنا أوان الولادة، تزال عذرتها إما بيضة، أو بطرف درهم أو يعترض الولد في [بطن]^(٣) الحامل، فلم يوجد سبيل إلى استخراج ذلك [إلا بقطع]^(٤) الولد إربا إربا، [ولو لم]^(٥) يفعل ذلك يخاف الهلاك على الأم، فإن كان الولد ميتا في البطن فلا بأس به، وإن كان حيا لا يفتى بجواز القطع.

وفي القدوري والعيون: رجل ابتلع درة لرجل، ومات المبتلع، ولم يترك^(٦) مالا، قال: لا يشق بطنه وعليه القيمة.

وذكر في أول الفصل الثاني من كتاب الحيطان: أنه يشق بطن المبتلع، وصورة ما ذكر في كتاب الحيطان: رجل ابتلع عشرة دنانير فمات المبتلع، يشق بطنه، فعلى ما ذكر في كتاب الحيطان لا يحتاج إلى الفرق بين المبتلع، وبين المرأة الحامل إذا ماتت واضطرب في بطنها شيء، وعلى ما ذكر في كتاب العيون يحتاج إلى الفرق.

قال: وأكره تعليم البازي بالطير الحي ليأخذه فيعذبه، قال: ويعلم بالمذبوح. وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل له كلب عقور في قرية [كل]^(٧) من مر عليه يعقره

(١) في أ: يسع.

(٢) في م: الفور.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ولم.

(٦) في م: يدع.

(٧) سقط في م.

فلأهل القرية أن يقتلوا هذا الكلب دفعا لضرره، فإن عض أحداً [هل] ^(١) يجب الضمان على صاحبه؟ إن لم يتقدموا إليه، قبل العض فلا ضمان، وإن تقدموا إليه، فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل إذا سقط على إنسان، وفيه نظر. وفي فتاوى أهل سمرقند: الهرة إذا كانت مؤذية لا تضرب ولا تعرك أذنها، ولكنها تذبح بسكين حاد.

وفي فتاوى أهل سمرقند: الجراد يحل [أكله] ^(٢). وتكلم المشايخ في النملة، قال الصدر الشهيد: المختار أنها إذا ابتدأت بالأذى فلا بأس بقتلها، وإن لم تبدئ يكره قتلها، واتفقوا على أنه لا يجوز إلقاؤها في الماء، وقتل القملة ^(٣) يجوز على كل حال. وفي فتاوى أهل سمرقند: إحراق العقرب والقمل بالنار مكروه، وطرحها حية مباح، ولكن يكره من حيث الأدب.



(١) في م: أهل القرية.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: النملة.

ومما يتصل بهذا الفصل جواز اتخاذ الكلاب:

ذكر في السير عن إبراهيم النخعي: أن رسول الله ﷺ: رخص لأهل البيت القاصي في الكلب يتخذونه يعني للحرس، والقاصي: هو البعيد، والمراد هنا هم الذين بيوتهم [بعيدة]^(١) عن العمران.

أورد^(٢) هذا الحديث: أن الكلب متفجع به شرعا، فيكون مالا للبيع، ويجب أن يعلم بأن اقتناء الكلب لأجل الحرس جائز [شرعا]^(٣) بالحديث الذي رويناه، وكذلك اقتناؤه للاصطياد مباح^(٤) على ما عرف في كتاب الصيد، ولا اصطياد له إلا بالاقتناء، وكذلك اقتناؤه لحفظ الزرع، والماشية جائز استدلالا، بالاقتناء للحرس. وفي الواقعة: لا ينبغي للرجل أن يتخذ كلبا في داره، إلا كلبا يحرس ماله.

وفي العيون: قرية فيها كلاب كثيرة، ولأهل القرية منها ضرر، يؤمر أرباب الكلاب بقتل الكلاب، وإن أبوا رفع الأمر إلى الإمام^(٥)، حتى يأمرهم الإمام بذلك. وفي أضحية النوازل: رجل له كلاب لا يحتاج إليها، ولجيرانه منها ضرر فإن أمسكها في ملكه، فليس لجيرانه منعه، وإن أرسلها في السكة فلهم منعه، فإن امتنع رفع الأمر إلى القاضي أو إلى صاحب الحسبة، حتى يمنعه عن ذلك، وكذلك من أمسك دجاجة أو جحشا أو عجولا في رستاق فهو على هذين الوجهين.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لورود.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في م: لأن الاصطياد مباح.

(٥) في أ: الحاكم

الفصل السابع والعشرون

في البياعات وبيع المزايمة

ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: أن بيع السرقيين^(١) جائز عندنا؛ لأن السرقيين^(٢) منتفع به، وإن كان نجسا، فيجوز بيعه كالثوب النجس. ويكره بيع العذرة^(٣) الخالصة، وهل يجوز استعمال العذرة الخالصة؟ فعن محمد - رحمه الله -: لا يجوز، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: فيه روايتان. قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير^(٤): ولا بأس ببيع المزايمة، وهو بيع الفقراء، ومن كسدت بضاعته.

(١) في أ: السرجين.

عند الحنفية يجوز بيع السرقيين والبعر؛ لأنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالا، ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة؛ لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب، والتراب غالباً فيجوز بيعه؛ لأنه يجوز الانتفاع به. ينظر: بدائع الصنائع (٣٣٩/٤).

(٢) في أ: السرجين.

(٣) ذهب الحنفية إلى جواز بيع السماد سواء أكان من المأكولة لحومها أم من غيرها، وكرهوا بيع العذرة (رجيع بني آدم) خالصة بخلاف ما خلط منها بالتراب أو الرماد فلا كراهة. وفصل (المالكية والحنابلة) في المسألة وقالوا: بجواز بيع الزبل والسرقيين والأسمدة الطاهرة كخرد الحمام، وخثي البقر وبعر الإبل ونحوها. أما الأسمدة النجسة فيحرم بيعها عند الحنابلة لقوله ﷺ: "إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه" [أخرجه أبو داود (٧٥٨/٣) من حديث ابن عباس وإسناده صحيح] وهذا ظاهر مذهب المالكية أيضا حيث أوردوا في باب البيع أنه لا يصح بيع ما هو نجاسة أصلية أو لا يمكن طهارته كزبل من غير مباح وذلك لاشتراطهم الطهارة في البيع، لكن العمل عند المالكية على جواز بيع الزبل (الأسمدة) غير المتخذة من عذرة بني آدم وذلك للضرورة. أما الشافعية فقد ذهبوا إلى عدم جواز بيع الأسمدة مطلقا سواء أكانت من المأكول اللحم أم من غيره لأنه نجس ولا يصح بيع النجس سواء أمكن تطهيره بالاستحالة كجلد الميتة أم لم يمكن تطهيره كسرجين وأسمدة وغيرها. ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٤٦/٥، ٢٤٧)، بدائع الصنائع (١٤٤/٥)، الفتاوى الهندية (١١٦/٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٠/٣)، مواهب الجليل (٢٦٠/٤)، أسنى المطالب (٨/٢)، روضة الطالبين (٣٤٨/٣)، كشاف القناع (١٥٦/٣)، المغني (٢٨٣/٤).

(٤) زاد في أ: أيضا.

وإنما أورد هذه المسألة لإشكال أن الاستيامة على سوم الغير منهي عنه، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه»^(١)، فظن بعض الناس أن المزايمة استيامة على سوم الغير، وليس كذلك، إنما الاستيامة على سوم الغير أن يشتري بعد ما ركن قلب الغير إلى السلعة، وظهرت الرغبة، واتفقا على مقدار.

وإذا أردت [أن تعرف]^(٢) الفرق بين الاستيامة على سوم الغير، وبين [بيع]^(٣) المزايمة، فمعرفة ذلك بحيث إن صاحب المال إذا كان ينادي على سلعته^(٤) فطلبها^(٥) إنسان بثمان فإن لم يكف عن النداء، فلا بأس لغيره أن يزيد ويكون هذا بيع مزايمة، ولا يكون استيامة على سوم الغير، وإن كف عن النداء وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد في ذلك، ويكون هذا استيامة على سوم الغير. وإن كان الدلال هذا الذي ينادي في ذلك ينادي على^(٦) السلعة، فطلب إنسان بثمان، وقال الدلال: [حتى أسأل المالك، فلا بأس للغير أن يزيد في هذه الحالة فإن أخبر مالكة^(٧) بذلك فقال المالك: بع بذلك]^(٨)، واقبض الثمن [فليس]^(٩) للغير أن يزيد بعد ذلك، ويكون استيامة على سوم الغير.

وهذا لأن النهي عن الاستيامة على سوم الغير؛ [لدفح الوحشة، والوحشة إنما تحصل إذا ركن صاحب السلعة إلى ما]^(١٠) طلب منه ويجزم على^(١١) بيعها بذلك،

-
- (١) أخرجه مسلم (١٠٣٣/٢) في النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه (١٤١٣/٥٤).
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في م: سلعة.
 - (٥) في م: فطلب.
 - (٦) في م: في.
 - (٧) في أ: المالك.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) سقط في أ.
 - (١١) في م: إلى.

أما قبل ذلك فلا .

والدليل على صحة ما قلنا أن النبي ﷺ كما نهى عن الاستيثار على سوم الغير، نهى عن الخطبة على خطبة الغير^(١)، والمراد من ذلك أن يركن قلب المرأة إلى

(١) أخرجه مالك (٥٢٣/٢) كتاب النكاح، باب: ما جاء في الخطبة، حديث (٢،١)، وأحمد (١٢٢/٢، ١٢٤، ١٢٦)، والبخاري (١٩٨/٩) كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث (٥١٤٢)، ومسلم (١٠٣٢/٢، ١٠٣٣) كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حديث (١٤١٢/٤٩)، وأبو داود (٢٢٨/٢) كتاب النكاح، باب: في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث (٢٠٨١)، والترمذي (٥٨٧/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في النهي عن البيع على بيع أخيه، حديث (١٢٩٢)، وابن ماجه (٦٠٠/١) كتاب النكاح، باب: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث (١٨٦٨)، والدارمي (١٣٥/٢) كتاب النكاح، باب: النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه، والنسائي (٧١/٦) كتاب النكاح، باب: خطبة الرجل إذا ترك الخاطب أو أذن له، وأحمد (٤٢/٢)، والبيهقي (١٧٩/٧)، والبغوي في «شرح السنة» (٦٩/٥) من حديث ابن عمر. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وفي الباب عن أبي هريرة وعقبة بن عامر وسمرة بن جندب. وحديث أبي هريرة: أخرجه البخاري (٦/٩) كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث (٥١٤٣) من طريق الأعرج عن أبي هريرة، وأخرجه مسلم (١٠٣٣/٢) كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حديث (١٤١٣/٥١)، وأبو داود (٢٢٨/٢) كتاب النكاح، باب: كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، حديث (٢٠٨٠)، والنسائي (٧٣/٦) كتاب النكاح، باب: النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، وابن ماجه (٦٠٠/١) كتاب النكاح، باب: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد أو يتناجشوا أو يخطب الرجل على خطبة أخيه... وهذا لفظ مسلم.

وأخرجه مسلم (١٠٣٤/٢)، رقم (١٤١٣/٥٥)، والدارمي (١٣٥/٢) من طريق سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه.

حديث عقبة بن عامر: أخرجه مسلم (١٠٣٤/٢) كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حديث (١٤١٤/٥٦)، وأحمد (١٤٧/٤)، والدارمي (٢٥٠/٢) كتاب البيوع، باب: لا يبيع على بيع أخيه، وأبو يعلى (٢٩٨/٣)، رقم (١٧٦٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/٣)، والبيهقي (١٨٠/٧) كتاب النكاح، باب: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه من طريق يزيد بن أبي حبيب عن عبد الرحمن بن شماسة عن عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر".

الخاطب الأول.

بيانه في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت: يا رسول الله إن معاوية [وأبا (الجهم)^(١)] خطباني فما ترى؟ قال - عليه السلام - : «أما معاوية»^(٢) فصعلوك لا مال له، وأما أبو (الجهم)^(٣) فلا يضع^(٤) عصاه عن عاتقه، انكحي أسامة بن زيد^(٥)، ففعلت فوجدت فيه خيرا كثيرا.

فوجه الاستدلال بالحديث: أنه كان لفاطمة خاطبان، فأمرها رسول الله ﷺ بالتزويج من غيرهما؛ لما لم يركن قلبها إلى أحدهما. وفي المتقى: إذا كان للمرأة خطاب يخطبونها، لا بأس بأن يخطبها رجل غيرهم، فإن كان واحدا ومالوا إليه أكره أن يدخل عليها آخر. وفي نكاح [شرح]^(٦) الطحاوي: لا بأس بالخطبة للمعتدة بطريق التعريض، ويكره بالتصريح.



= حديث سمرة: أخرجه أحمد (١١/٥)، والبخاري (١٥٩/٢)، والبيهقي (١٦٠ - كشف)، رقم (١٤٢٠) من طريق عمران القطان عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه». قال البخاري: لا نعلم رواه عن قتادة إلا عمران القطان، وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/٢٨٠): رواه البخاري والطبراني وفيه عمران القطان وثقه أحمد وابن حبان وفيه ضعف.

(١) في م: جهم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: جهم.

(٤) في م: يرفع.

(٥) أخرجه مسلم (٢/١١١٤) كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (٣٦/١٤٨٠).

(٦) سقط في م.

الفصل الثامن والعشرون

في الرجل يسافر بغير إذن الوالدين، ويدخل فيه الركوب في البحر للتجارة والدخول في دار الحرب بأمان للتجارة

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: كل سفر أراد الرجل أن يسافر غير الجهاد لتجارة، أو لحج، أو عمرة، وكره ذلك أبواه، فإن كان يخاف الضيعة عليهما بأن كانا معسرين، ونفقتهما عليه، وماله لا يفي بالزاد، والراحلة، ونفقتهما، فإنه لا يخرج بغير إذنهما، سواء كان السفر سفرا يخاف على الولد الهلاك فيه؛ كركوب السفينة في البحر، وكاجتياز البادية ماشيا [فيها]^(١) في الحر الشديد، أو لا يخاف على الولد الهلاك فيه؛ لأن صياتهما عن الهلاك بالإنفاق عليهما فرض عليه، [حتى]^(٢) يجبر على ذلك.

والخروج للتجارة والكسب مباح، والخروج للعمرة [تطوع]^(٣)، والخروج إلى الحج، إن كانت حجة تطوع أيبا، وإن كانت حجة الإسلام فكالطوع^(٤) أيضا إذا كان ماله لا يفي بالزاد والراحلة ونفقة من تلزمه نفقته إلى أن يذهب إلى الحج ويجيء، ولا يجوز الاشتغال بالتطوع والمباح إذا تضمن [ترك فرض]^(٥).

فعلى هذا قالوا: لا يباح الخروج للتفقه بغير إذن والديه إذا كان يخاف الضيعة عليهما.

وإن كان لا يخاف الضيعة عليهما بأن كانا موسرين، ولم تكن نفقتهما عليه إن كان سفرا لا يخاف على الولد الهلاك فيه، كان له أن يخرج بغير إذنهما؛ لأن الخروج للتجارة خروج للتكسب، ولا بد للولد من التكسب لإصلاح معيشته، فإنه متى ترك ذلك ربما يخرج ذلك إلى ما فيه مذلة، وهو السؤال من غيره، أو يلقيه في

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: فذلك تطوع.

(٥) سقط في م.

المهالك؛ بأن يوقعه في السرقة؛ ألا ترى أن له الخروج إلى ضيعته للزراعة، وإلى سوقه للتجارة، وإن لم يأذنا له فيه، كذا هنا.

وإن كان سفرا يخاف على الولد الهلاك فيه، لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن في الخروج، والحالة هذه إفجاعهما، وإلحاق المشقة بهما لما يخافان^(١) عليه من الهلاك، والشرع نهانا عن إلحاق التفجع^(٢) والمشقة بالوالدين، ولهذا لا يقتل الوالد بالولد، ولا يحبس بدينه.

وعلى هذا إذا خرج للتفقه إلى بلدة أخرى، إن كان لا يخاف عليه الهلاك بسبب الخروج، فله أن يخرج بغير إذنهما.

وإذا أراد أن يركب السفينة في البحر للتجارة، أو لغيرها، فإن كان بحال^(٣) لو غرقت السفينة أمكنه دفع الغرق [عن نفسه بكل سبب]^(٤) يدفع الغرق به، [حل له الركوب في السفينة، وإن كان لا يمكنه دفع الغرق [بكل ما يدفع به الغرق]^(٥)] لا يحل له الركوب^(٧)؛ لأن في الوجه الثاني يكون ملقيا نفسه في الهلاك، وفي الوجه الأول لا يكون ملقيا نفسه في الهلاك.

وعلى هذه المسألة قاس مشايخنا دخول دار الحرب بأمان، فقالوا: إن كان الدخول بحال لو قصد المشركون قتله أمكنه دفع القتل عن نفسه بكل سبب يدفع به القتل، حل [له]^(٨) الدخول، وإن كان بحال لا يمكنه دفع قصدهم^(٩) لا يحل له الدخول. والله أعلم.

-
- (١) في أ: يخاف.
 (٢) في م: التفجيع.
 (٣) في م: الحال.
 (٤) في م: بكل ما.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) سقط في م.
 (٧) زاد في م: في السفينة.
 (٨) سقط في أ.
 (٩) في أ: القتل.

الفصل التاسع والعشرون

في المرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وفي المرأة تتزوج ولها زوج، وما يتصل به

سئل الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - عن امرأة سمعت من زوجها أنه طلقها [ثلاثاً]^(١) ولا تقدر على أن تمنع نفسها منه هل يسعها أن تقتله؟ قال: لها ذلك في الوقت الذي يريد أن يقربها، ولا تقدر على منعه إلا بالقتل. وهكذا كان يفتي السيد الإمام أبو شجاع، والشيخ الإمام شيخ الإسلام، أبو الحسن.

وكان القاضي الإمام الأسبجاني يقول: لا يسعها أن تقتله، وكان يستدل بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في كتاب الإكراه: أن السلطان إذا أكره رجلاً على الزنا فزنى، فإنه يأثم، ولو أكره امرأة على الزنا فمكنت [من]^(٢) نفسها لا تأثم، وإذا لم تكن آتمة أن توطأ، وهي مكروهة، لا تكون مضطرة في قتل الزوج.

قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - : قيل للقاضي الإمام: إن السيد الأجل أبا شجاع يقول: لها أن تقتله، قال: هو رجل كبير له مشايخ كبار^(٣) لا يقول ما يقول إلا [عن صحة]^(٤)، والاعتماد على قوله، فكأنه رجع إلى قوله.

قال نجم الدين: وقد رأيت في الجامع الأصغر في^(٥) مناقب أبي حنيفة - رضي الله عنه - عن عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة: أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً، ثم قصدها^(٦)، فلها أن تقتله^(٧).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أكابر.

(٤) في أ: عنه.

(٥) زاد في م: باب.

(٦) في م: قصد جماعها.

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/١٨٢).

وفي أمالي أبي يوسف برواية بشر: رجل له امرأة معروفة، تزوجت، وزوجها غائب، فشهد الشهود على ذلك، ولم تدع طلاقها، فإن أبا حنيفة^(١) يقول: [لا أفتيها^(٢)]^(٣) ولا أعرض لها، ولا أفرق بينها وبين زوجها الآخر.

وقال أبو يوسف: إن كان شيئا معروفا، شهدوا أو شهد جماعة من الشهود، وقتتها^(٤) حتى يقدم الزوج الغائب، وإن لم يكن معروفا، [ولم يشهد على ذلك جماعة، إنما شهد عليه شاهدان]^(٥) لا [يعرض لهما]^(٦) القاضي حتى يسأل عنهما، فإن قول أبي يوسف في مثل هذا مثل قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وفي المنتقى: امرأة ادعت أن زوجها طلقها، وقد غاب زوجها، فالمسألة على وجهين: إن كان القاضي يعرف أنها امرأة رجل يعرفه، منعها^(٧) من النكاح، وإن كان لا يعرفه، وإنما قامت عليه بذلك بينة عنده فالقاضي لا يتعرض لهما.



-
- (١) في م: لا يقول.
 (٢) في م: أفتلها.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) في م: وقتتها.
 (٥) ما بين المعقوفين مؤخر في أ: بعد قوله: حتى يسأل عنهما.
 (٦) في أ، م: يعرفهما.
 (٧) في م: بعينها.

الفصل المكمل ثلاثين

في ملاقاته الملوك، والتواضع لهم، وتقبيل أيديهم أو أيدي غيرهم
وما يتصل بذلك، والخروج على السلطان الجائر لدفع جوره

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : من قبل الأرض بين يدي سلطان أو أمير أو سجد له، فإن كان على وجه التحية، لا يكفر، ولكن يصير آثماً مرتكباً للكبيرة^(١).
وتكلم [العلماء في]^(٢) أن سجدة الملائكة [إلى آدم]^(٣) كانت^(٤) لمن؟ بعضهم قالوا: كانت لله تعالى، ولكن التوجه إلى آدم كان تشريفاً وتكريماً لآدم صلوات الله عليه؛ ألا ترى أنه يستقبل الكعبة في الصلوات، [والصلوات]^(٥) تكون لله تعالى، والتوجه إلى الكعبة لتشريف^(٦) الكعبة، كذا هنا.

وقال بعضهم: لا، بل كانت السجدة لآدم على وجه التحية والإكرام [له]^(٧)، ثم نسخت تلك، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لو أمرت أحداً أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»^(٨).

(١) في أ: للتكفر.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: كان.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: تشريف.

(٧) سقط في أ.

(٨) ورد ذلك من حديث أبي هريرة، وأنس بن مالك، وعبد الله بن أبي أوفى، ومعاذ بن جبل، وقيس بن سعد، وعائشة، وابن عباس: فأما حديث أبي هريرة فرواه الترمذي (٤٦٥/٣) في الرضاع، باب: ما جاء في حق الزوج على المرأة (١١٥٩)، وابن حبان (١٢٩١ - موارد)، والبيهقي (٢٩١/٧) من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة، مرفوعاً: «لو كنت أمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها». وقال الترمذي: حسن غريب.

وأخرجه الحاكم (١٧١/٤، ١٧٢)، والبخاري (١٧٨/٢)، برقم (١٤٦٦) من طريق سليمان ابن داود اليمامي عن يحيى عن أبي كثير وأبي سلمة عن أبي هريرة، به مطولاً، وفيه قصة. وقال البخاري: سليمان بن داود لين، ولم يتابع على هذا. وقال الهيثمي (٤/

وإنما أثم^(١) إذا سجد على وجه التحية؛ لأنه ارتكب ما هو محرم، ومنهيه عنه، وارتكاب المحرم يوجب الإثم، والدليل على صحة ما قلنا مسألة ذكرها في واقعات

٣١٠: فيه سليمان بن داود اليمامي وهو ضعيف. وصححه الحاكم، وتعقبه الذهبي بأن سليمان ضعفه، وقال الفندري في الترغيب (٢/٦٧٤): سليمان وإه. وأما حديث أنس فرواه النسائي في عشرة النساء (٢٦٥)، وأحمد (٣/١٥٨)، والبخاري (٢٤٥٤) من طريق خلف بن خليفة عن حفص ابن أخي أنس عن أنس عن النبي ﷺ مطولا وفيه «لا يصح لبشر أن يسجد لبشر ولو صح لبشر أن يسجد لبشر لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها لعظم حقه عليها...». وقال الهيثمي (٧/٩): رواه أحمد والبخاري ورجالهم رجال الصحيح غير حفص بن أخي أنس وهو ثقة. وقال المنذري (٢/٦٧٥): رواه أحمد بإسناد جيد ورواه ثقات مشهورون. وأما حديث عبد الله بن أبي أوفى فرواه ابن ماجه (١/٥٩٥) في النكاح، باب: حق الزوجة على المرأة (٣١٨٥٣)، وابن حبان (١٢٩٠ - موارد)، والبيهقي (٧/٢٩٢) من طريق حماد بن زيد عن أيوب عن القاسم عنه فذكر فيه قصة لمعاذ وفيه قول النبي ﷺ: «فلا تفعلوا فإني لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»، وأخرجه أحمد (٤/٣٨١) عن إسماعيل بن علية عن أيوب به، وأما حديث معاذ فرواه أحمد (١/٣٨١) والبخاري (١٤٦١ - كشف الأستار) من طريق معاذ بن هشام ثنا أبي عن القاسم بن عوف رجل من أهل الكوفة أحد بني مرة ابن همام عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن أبيه عنه بنحوه، وقال الهيثمي (٤/٣١٢): رواه بتمامه البخاري وأحمد باختصار ورجالهم رجال الصحيح وأخرجه الحاكم (٤/١٧٢) عن معاذ بن هشام الدستوائي، حدثني أبي حدثني القاسم بن عوف الشيباني عنه وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وأما حديث زيد بن أرقم رواه الطبراني في الكبير (٥/٢٠٨، ٢٠٩)، والبخاري (١٤٦٥) من طريقين عن صدقة بن عبد الله عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن القاسم بن عوف عن زيد بن أرقم، مرفوعا.

وقال الهيثمي في المجمع (٤/٣١٣): ورواه البخاري والطبراني في الكبير والأوسط، وأحد إسنادي الطبراني رجاله رجال الصحيح، خلا صدقة بن عبد الله السمين: وثقه أبو حاتم وجماعة، وضعفه البخاري وغيره.

وأما حديث سراقه بن مالك فرواه الطبراني في الكبير (٧/١٥٢) برقم (٦٥٩٠)، وقال الهيثمي (٣/٣١٣): رواه الطبراني عن وهب بن علي عن أبيه ولم أعرفهما، وبقية رجال ثقات.

وأخرجه الدارمي (١/٣٤٢) عن حبان بن علي عن صالح بن حبان عن أبي بريدة عن أبيه قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، ائذن لي فلا أسجد لك. قال: «لو كنت أمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها».

وينظر مجمع الزوائد (٤/٣٠٩٣١٨) باب حق الزوج على المرأة.

(١) في أ: يَأْثِم.

الناطفي وصورتها: إذا قال أهل الحرب لمسلم اسجد للملك، وإلا قتلناك [قالوا]: إن أمره بذلك للعبادة^(١) فالأفضل له [ألا يسجد]^(٢)، فإن أراد أن يسجد بنية التحية فالأفضل له أن يسجد، فهذه المسألة تؤيد ما ذكرنا فيمن سجد للسلطان على وجه التحية أنه لا يكفر.

هذا إذا سجد بنية التحية، وإن سجد بنية العبادة للسلطان، أو لم تحضره النية، فقد كفر. هذا هو الكلام في السجدة.

جئنا إلى الانحناء للسلطان أو لغيره، فإنه مكروه؛ لأنه تشبه بفعل المجوس^(٣). وأما الكلام في تقبيل اليد، فإن قبل يد نفسه لغيره، فهو مكروه؛ لأن ذلك من فعل الفساق، فإن قبل يد غيره، إن قبل يد عالم، أو سلطان عادل لعلمه، لا بأس به، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند، وإن قبل يد غير العالم، أو غير السلطان العادل إن أراد به تعظيم المسلم أو إكرامه، فلا بأس به، وإن أراد [به]^(٤) عبادة له، أو لينال منه شيئاً من عرض الدنيا فهو مكروه^(٥).

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ، م: أن يسجد.

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣١٨/١)، والدر المختار (٦/٣٨٣).

(٤) سقط في أ.

(٥) يجوز تقبيل يد العالم الورع والسلطان العادل، وتقبيل يد الوالدين، والأستاذ، وكل من يستحق التعظيم والإكرام، كما يجوز تقبيل الرأس والجبهة وبين العينين، ولكن كل ذلك إذا كان على وجه المبرة والإكرام، أو الشفقة عند اللقاء والوداع، وتدينا واحتراماً مع أمن الشهوة.

وقد ثبت أن النبي ﷺ عانق جعفرًا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه. [أخرجه أبو داود (٣٩٢/٥) وقال المنذري: هذا حديث مرسل لأنه من رواية الشعبي به].

وروي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان في سرية من سرايا رسول الله ﷺ فذكر قصة قال: فدنونا من النبي ﷺ فقبلنا يده. [أخرجه أبو داود (٣٩٣/٥)، وابن ماجه (٢/١٢٢١)].

قال المنذري: أخرجه الترمذي وابن ماجه وقال الترمذي حسن. مختصر سنن أبي داود (٨/٨٨). قال ابن بطال: أنكر مالك تقبيل اليد وأنكر ما روي فيه. قال الأبهرى: وإنما كرهه مالك إذا كان على وجه التعظيم والتكبر. وأما إذا كان على وجه القرية إلى الله لدينه أو لعلمه أو لشرفه فإن ذلك جائز. كذلك يجوز بل يسن تقبيل الولد للمودة على الرأس والجبهة والخذ، لحديث أبي هريرة قال: قبل رسول الله ﷺ حسين بن علي، فقال

وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يفتي بالكراهة في هذا الفصل من غير تفصيل^(١)، وعن [علي]^(٢) الرازي - رضي الله عنه - أنه قال: كنا ندخل على^(٣) المأمون ونقبل يده، وبشر يقول: هذا فسق.

وأما الكلام في تقبيل الوجه: حكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - أنه قال: لا بأس أن يقبل الرجل وجه الرجل [إذا كان فقيها وعالما أو زاهداً يريد بذلك إعزاز الدين].

وقد ذكر في الجامع الصغير: ويكره أن يقبل الرجل وجهه^(٤) آخر أو جبينه أو رأسه.

رجل يختلف إلى رجل من أهل الباطل والشر لدفع ظلمه وشره عن نفسه، فإن كان هذا الرجل مشهوراً ممن يقتدى به [يكره، وإن لم يكن مشهوراً يقتدى به]^(٥) لا بأس به إن شاء الله.

= الأقرع بن حابس: إن لي عشرة من الولد ما قبلت منهم أحدا، فقال: من لا يرحم لا يرحم. [أخرجه البخاري (٤٢٦/١٠)، ومسلم (١٨٠٨/٢)، (١٨٠٩)] واللفظ للبخاري. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: تقبلون الصبيان فما نقبلهم، فقال النبي ﷺ: أوأملك لك أن نزع الله من قلبك الرحمة؟. [أخرجه البخاري (٤٢٦/١٠)، ومسلم (١٨٠٨/٢)] واللفظ للبخاري. قال ابن حجر: ويحتمل أن يكون الأعرابي الأقرع بن حابس، ويحتمل أن يكون قيس بن عاصم، وهو الأرحح (فتح الباري ١٠/٤٣٠)، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: ما رأيت أحدا أشبه سمنا وهديا برسول الله ﷺ من فاطمة ابنته، وكانت إذا دخلت عليه قام إليها يقبلها وأجلسها في مجلسه، وكان النبي ﷺ إذا دخل عليها قامت له فتقبله وتجلسه في مجلسها. [أخرجه أبو داود (٣٩١/٥)، والترمذي (٧٠٠/٥)]. وقال حديث حسن غريب.

ينظر: تحفة الأحوذى (٥٢٧/٧)، وحاشية ابن عابدين (٢٤٥/٥، ٢٤٦)، والبنية (٩/٣١٧، ٣١٨، ٣٢٦، ٣٢٧)، وحاشية قليوبي (٢١٣/٣)، وحاشية الجمل (١٢٦/٤)، وجواهر الإكليل (٢٠/١)، وكشاف القناع (١٦/٥)، والآداب الشرعية، لابن مفلح (٢/٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٧، ٢٧٩).

- (١) في م: فصل.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في م: في.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في م.

رجل يدعوه الأمير ليسأله^(١) عن أشياء، فإن تكلم بما يوافق الحق يناله المكروه، فلا ينبغي أن يتكلم بخلاف الحق، وهذا إذا لم يخف القتل أو تلف بعض جسده أو أخذ ماله، فإن خاف ذلك، فلا بأس بذلك^(٢).

حكى عن مالك بن أنس أنه سئل عن قوم أرادوا أن يخرجوا على سلطانهم لجوره هل يسعهم ذلك؟

أجاب، وقال: إن كانوا اثني عشر ألفاً كلمتهم واحدة وسعهم ذلك، وإن كانوا أقل من ذلك، [لا يسعهم ذلك]^(٣).

وكان يستدل بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة، إذا كانت كلمتهم واحدة»^(٤).

ويقول: إن رسول الله ﷺ أخبر «أن اثني عشر ألفاً لا يغلبون عن قلة»^(٥) إذا كانت كلمتهم واحدة بوعد النبي ﷺ، فإذا كانوا لا يغلبون، فالخروج على السلطان الجائر لدفع جوره لا يكون سعياً في إهلاك أنفسهم فيسعهم ذلك، وإذا كانوا أقل من ذلك لم تتيقن غلبتهم، فلو خرجوا، ولم يغلبوا، قصدهم السلطان الجائر بالأذى [فكانوا]^(٦) ساعين في إهلاك أنفسهم فلا يسعهم.

(١) في أ، م: فيسأله.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٩٧/٥).

(٣) سقط في م.

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه أحمد (٢٩٤/١)، وأبو داود (٤٢/٢) كتاب الجهاد، باب: فيما يستحب من الجيوش والرفقاء والسرايا، برقم (٢٦١١)، والترمذي (١٢٥/٤) كتاب السير، باب: السرايا، برقم (١٥٥٥)، من طريق يونس بن يزيد عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ... فذكره. قال أبو داود والصحيح أنه مرسل. وقال الترمذي: هذا حديث حسن غريب لا يسنده كبير أحد غير جرير بن حازم، وإنما روى هذا الحديث عن الزهري عن النبي ﷺ مرسلاً، وقد رواه حبان بن علي العنزلي، عن عقيل، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ ورواه الليث بن سعد، عن عقيل، عن الزهري، عن النبي ﷺ مرسلاً.

(٦) سقط في م.

الفصل الحادي والثلاثون

في الدخول دار الغير، والمرور، والصلوات فيها

وفي المرور في الطريق المحدث، وفي [المرور في] ^(١) الطريق الذي يجده في المقبرة

وفي النوازل: رجل له ألف درهم، وقعت في دار رجل، وخاف أن صاحب الدار لو علم بذلك يمنعها عنه، فله أن يدخل داره، ولكن ينبغي أن يعلم الصلحاء أنه إنما يدخل لذلك المعنى، فإن لم يجد الصلحاء إن أمكنه أن يدخل [فيأخذ] ^(٢) ماله في سر من غير أن يشعر به صاحب الدار فعل وإن كان لا يخاف التلف من صاحب الدار لا يدخل بغير إذنه؛ لأن الدخول في ملك الغير بغير إذنه لا يجوز من غير ضرورة. وفي كتاب الكراهية ^(٣) من النوازل: رجل أخذ من حانوت رجل ثوبا وهرب فتبعه صاحب الثوب حتى دخل الهارب داره لا بأس أن يدخل داره حتى يأخذ حقه؛ لأنه موضع الضرورة، [ومواضع الضرورة] ^(٤) مستثناة.

وفي آخر الباب الثالث من الكراهية ^(٥): نهر لرجل في أرض آخر، أراد صاحب النهر أن يدخل أرضه ليعالج النهر، ليس له ذلك إذا منعه صاحبه، هكذا ذكره في الوقعات؛ [لأنه ملك] ^(٦) غيره، فيمشي في بطن النهر، فإن كان بطن النهر ضيقا لا يقدر على المشي فيه فليس له أن يدخل الأرض؛ لأن الأرض ملك غيره، فلا يدخل إلا بإذنه.

عن محمد - رحمه الله - : من [له] ^(٧) مجرى [نهر] ^(٨) في دار رجل، لا يمكن

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في م: الكراهية.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: الكراهية.
- (٦) في أ: لا يملك.
- (٧) سقط في أ، م.
- (٨) سقط في م.

أن يمر في بطن النهر، أو في [مسناته]^(١) وأراد إصلاحه، ويمنعه صاحب الدار، يقال لصاحب الدار: إما أن تدعه يصلحه، وإما أن تصلحه بماله، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

وهكذا الجواب في الحائط، وصورته: رجل له حائط وجهه في دار غيره فأراد أن يطين الحائط، فمنعه صاحب الدار عن دخول داره، ولا سبيل [إلى]^(٢) تطين الحائط إلا من داره، قال البلخي: ليس له [أن يمنعه]^(٣) من تطين حائطه، وله أن يمنعه من دخول داره.

قيل: فإن انهدم الحائط ووقع الطين في دار جاره، فأراد نقل الطين، وليس [له سبيل]^(٤)، إلا أن يدخل الدار، قال: له أن يمنعه من دخول داره، قيل: فيترك ماله في داره؟ [قال: لا]^(٥) يمنع من ماله، ويمنع من دخول داره، معناه: أن يقول لصاحب الدار: إما أن تأذن له في الدخول، أو تخرج أنت^(٦) طينه، مذكور في صلح النوازل.

وفي شرح سرقة الكافي: وللرجل أن يدخل الدار التي أجرها وسلمها إلى المستأجر؛ لينظر حالها، فيرم ما استرم منها، وإن كان الدخول بغير إذن المستأجر، وهذا قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك إلا برضاء المستأجر.

في إجارت النوازل: اشترى شجرة، وقطعها، واستأجر أرضاً لخشب الشجر، ووضع الأشجار فيها لتيسر، ولهذه الأرض المستأجرة طريق في أرض رجل، فيريد المشتري بأن ينقل الأشجار، ويمر مع حمولاته، وخبشه ودوابه، في طريق هذه

(١) في أ: بستانه.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: منعه.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: له.

الأرض، وذلك مما يضر بالأرض التي فيها الطريق، قال أبو بكر الإسكاف: له أن يمر، وإن كان طريقه في بستانه وكرومه.

في فتاوى أهل سمرقند: رجل أراد أن يمر بأرض إنسان أو ينزل بها هل له ذلك؟ فهذا على وجهين: إن كان لها حائط، أو حائل، ليس له ذلك؛ لأن الحائل دليل على أنه لم يرض به، وإن لم يكن له حائط أو حائل فلا بأس به؛ لأنه عرف دلالة أنه راض، كذا ذكره هاهنا، والمعتبر في هذا [الباب عادات]^(١) الناس.

وفي الثاني من الكراهية^(٢): رجل مشى في الطريق، وكان في الطريق ماء، فلم يجد مسلكا إلا أرض إنسان، فلا بأس بأن يمشي فيه [لأن فيه]^(٣) ضرورة.

وفي النوازل: أراد رجل أن يمر في أرض غيره، فإن كان له طريق آخر، لم يكن له أن يمر، وإن لم يكن، فله أن يمر ما لم يمنعه؛ لأنه راض دلالة، فإذا منعه، ليس له أن يمر فيها؛ لأنه لا قوام^(٤) للدلالة مع الصريح بخلافه، وهذا في حق الواحد، أما الجماعة فليس لهم أن يمروا من غير رضاه؛ لأنه لا رضا دلالة.

ولو أراد المرور في الطريق المحدث فإن كان [يعلم أن]^(٥) صاحب الملك هو الذي جعل ملكه طريقا، حل المرور، وإن لم يعلم ذلك، لكن لا يعلم أيضا أنه غضب كذا الجواب، هكذا نقل عن علماء بلخ منهم: شاذن^(٦)، ونصير، وأبو بكر الإسكاف.

ولو وجد في المقبرة طريقا، فلا بأس بأن يمر فيه، إذا لم يقع في قلبه أنه محدث، وفي فتاوى [أهل]^(٧) سمرقند: وذكر في كتاب^(٨) الصلاة من النوازل:

- (١) سقط في أ.
- (٢) في م: الكراهية.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: قيام.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في أ، م: شاذن.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في م: باب.

المصلي إذا ابتلي بين الصلاة في الطريق وبين أرض إنسان، فإن كانت الأرض مزروعة فالأفضل أن يصلي على الطريق، لأن له حقا في الطريق دون الأرض، وإن كانت غير مزروعة، وهي ليهودي، أو نصراني فكذا الجواب، أما إذا كانت لمسلم فالأفضل [أن يصلي]^(١) في الأرض؛ لأن صاحب الأرض أذن له دلالة؛ لأنه إذا بلغه الخبر، سر بذلك؛ لأنه ينال أجرا من غير اكتساب منه، وفي الطريق لا إذن له؛ لأنه حق العامة والكافر منهم.

وإذا أراد أن يصلي في بيت رجل في مصلاه، إن استأذنه كان أحسن^(٢) للحديث، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يؤم الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه»^(٣).

وإن لم يستأذنه، وصلى، لا بأس به؛ لأن الظاهر أن صاحب الدار يكون راضيا. ولو اجتمع قوم في دار فيها أجير، ومستأجر، وأراد رجل أن يصلي فيها فإنما يؤم بإذن المستأجر؛ لأن التصرف له، والدار تضاف إليه.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: أحب.

(٣) أخرجه مسلم (٤٦٥/١) كتاب المساجد، باب: من أحق بالإمامة (٦٧٣/٢٩٠)، وأحمد (١١٨/٤)، وأبو داود (٣٩٠/١) كتاب الصلاة، باب: من أحق بالإمامة، الحديث (٥٨٢)، والترمذي (١٤٩/١) كتاب الصلاة، باب: من أحق بالإمامة، الحديث (٢٣٥)، والنسائي (٧٦/٢) كتاب الإمامة، باب: من أحق بالإمامة، وابن ماجه (٣١٣/١) كتاب إقامة الصلاة، باب: من أحق بالإمامة، الحديث (٩٨٠)، وأبو عوانة (٣٥/٢)، وابن الجارود (٣٠٨)، والدارقطني (٢٠٨/١)، والطبراني (٦١٨)، والبيهقي (١١٩/٣)، وابن خزيمة (٤/٣) رقم (١٠٥٧)، والحميدي رقم (٤٥٧)، وعبد الرزاق (٣٨٠٩، ٣٨٠٨) وابن حبان (٤٤٦/٣ - الإحسان)، وأبو نعيم في الحلية (٧٣/١١٣)، (١١٤)، والحاكم (٢٤٣/١)، والبعثي في شرح السنة (٣٧/٢)، كلهم من طريق إسماعيل ابن رجاء الزبيدي قال: سمعت أوس بن ضمعج يحدث عن أبي مسعود... فذكره. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه الحاكم بزيادة فقال: قد أخرج مسلم حديث إسماعيل بن رجاء هذا، ولم يذكر فيه: «أفقههم فقها»، وهذه لفظة غريبة عزيزة بهذا الإسناد الصحيح.

الفصل الثاني والثلاثون

في تصرف الرجل في الأعيان المشتركة شركة خاصة، وشركة عامة ذكر في وديعة العيون والواقعات: الأرض أو الكرم إذا كان بين حاضر وغائب، أو بين بالغ ویتيم: أن الحاضر أو البالغ يرفع الأمر إلى القاضي، ولو لم يرفع [الأمر]^(١) ففي الأرض [يزرع]^(٢) بحصته ويطيب له، وفي الكرم يقوم عليه، فإذا أدركت الثمرة يبيعهها، ويأخذ حصته [منها]^(٣) ويوقف حصة الغائب ويسع^(٤) له ذلك إن شاء الله تعالى، فإذا قدم الغائب فإن شاء ضمنه القيمة، وإن شاء أجازة. وذكر^(٥) محمد - رحمه الله - في موضع آخر: [لو]^(٦) أن الشريك أخذ حصته من الثمرة، وأكلها جاز له، ويبيع نصيب الغائب، ويحفظ ثمنه، فإن حضر صاحبه، وأجاز فعله يجيزه وإلا ضمنه قيمته، وإن لم يحضر فهو كاللقطة يتصرف فيها قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وهذا استحسان وبه نأخذ، قال: ولو أدى الخراج كان متطوعا.

وذكر محمد - رحمه الله - في شروط الأصل: الدار^(٧) إذا كانت مشتركة، وأحد الشريكين غائب، فأراد الحاضر أن يسكنها إنسانا، أو يؤجرها إنسانا، قال: أما بينه وبين الله تعالى فلا، و[لا]^(٨) ينبغي له ذلك، [وفي القضاء لا يمنع من ذلك فإن أجر]^(٩)، وأخذ الأجرة ينظر إلى حصة نصيب شريكه من الأجر، ويرد ذلك عليه إن

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في أ: ويبيع.
- (٥) زاد في أ: عن.
- (٦) سقط في م.
- (٧) في م: في الدار.
- (٨) سقط في م.
- (٩) سقط في أ، م.

قدر، وإلا^(١) يتصدق، وكان كالغاصب إذا آجر، وقبض الأجرة يتصدق أو يرده على المغصوب منه، أما ما يخص نصيبه يطيب له. هذا إذا أسكن [غيره]^(٢)، وأما إذا سكن بنفسه، وشريكه غائب، فالقياس ألا يكون له ذلك.

وفي العيون: لو أن دارا غير مقسومة بين رجلين غاب أحدهما وسع الحاضر أن يسكن [نفسه]^(٣) بقدر حصته [ولا يسكن]^(٤) الدار كلها، وكذا خادم بين رجلين غاب أحدهما فللحاضر أن يستخدم بخصته، وفي الدابة لا يركبها الحاضر.

وفي إجازات النوازل عن محمد بن مقاتل: أن للحاضر أن يسكن الدار قدر نصيبه، وعن محمد بن الحسن: أن للحاضر أن يسكن جميع الدار، إذا خاف على الدار الخراب إن لم يسكنها.

وروى ابن^(٥) أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الأرض أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته، وفي الدار له أن يسكن. وفي نواذر هشام: له ذلك في الوجهين.

وإذا أراد الرجل إحداث ظلة في طريق المسلمين، ولا يضر بالعامّة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح. وقال محمد - رحمه الله - : له حق المنع من الإحداث، وليس له حق الطرح. وقال أبو يوسف: ليس له حق المنع ولا حق الطرح والرفع.

وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة لا^(٦) يعتبر فيه الضرر، وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء.

(١) في م: ولا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: فيسكن.

(٥) في م: من.

(٦) في أ: فلا.

وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة؟ ذكر أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله - أنه يباح، ولا يَأْتُم قبل المخاصمة، وبعد ما خاصمه أحد [الشركاء لا] ^(١) يباح [الإحداث ولا يباح] ^(٢) الانتفاع، ويَأْتُم بترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد: يباح له الانتفاع إذا كان لا يضر ذلك بالعامة.

وفي المنتقى: إذا أراد أن يبني كنيفا، أو ظلة على طريق العامة فإني أمنعه عن ذلك، وإن بنى ثم اختصموا نظرت في ذلك، فإن كان فيه ضرر، أمرته أن ينقض ^(٣) وإن لم يكن فيه ضرر تركته على حاله.

وقال محمد - رحمه الله - : إذا أخرج الكنيف ولم يدخله في داره ولم يكن فيه ضرر، تركته، وإذا أدخله داره منع عنه.

وقال في رجل له ظلة في سكة غير نافذة، فليس لأصحاب السكة أن يهدموها إذا لم يعلم كيف أمرها، وإن علم أنه بناها على السكة هدمت ولو كانت السكة نافذة، هدمت في الوجهين.

وقال أبو يوسف: إن كان فيه ضرر هدمها، وما لا فلا.

والحاصل: أن ما كان على طريق العامة إذا لم يعرف حاله ^(٤) على قول محمد يجعل حديثا حتى كان للإمام رفعه ^(٥) وما كان في سكة غير نافذة إذا لم يعلم حاله ^(٦) يجعل قديما حتى لا يكون لأحد رفعه ^(٧).

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وتأويل هذا في سكة غير نافذة، أن تكون دار

(١) في أ: فلا.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: يقلعه.

(٤) في أ: حالها.

(٥) في أ: رفعها.

(٦) في أ: حالها.

(٧) في أ: رفعها.

مشتركة، بين قوم، أو أرض مشتركة بينهم بنوا فيها مساكن [وحجراً]^(١) ورفعوا بينهم طريقاً، حتى يكون الطريق ملكاً لهم، وأما إذا كانت السكة في الأصل أحيطت بأن بنوا داراً، [وتركوا هذا]^(٢) الطريق للمرور فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة. وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - أنه كان يقول في حد السكة الخاصة: أن يكون فيها قوم يحصون، أما إذا كان فيها قوم لا يحصون فهي سكة عامة، والحكم فيها نظير الحكم في طريق العامة.

وفي قسمة عيون المسائل: اتخذ كنيفاً في داره، و^(٣) أشعره إلى^(٤) طريق المسلمين أو^(٥) كانت داران أحدهما يمتة، والأخرى يسرة، وبينهما طريق للمسلمين فبنى عليه ظلة، فإن كان يضر بالطريق لم يسعه أن يفعل، وإن كان لا يضر وسعه أن يفعل، ومن خاصمه من المسلمين قبل البناء، فله أن يمنعه، وبعد البناء له أن يهدمه، وهذا قول أبي حنيفة، على ما بين قبل هذا.

وفي فتاوى أبي الليث: اتخذ على [باب]^(٦) داره في سكة غير نافذة أرياً يمسك دابته هناك، فلكل أحد من أهل تلك السكة أن ينقض الأري، ولا يمنعه عن إمساك الدواب على باب داره؛ لأن السكة إذا كانت غير نافذة فهي كدار بين شريكين لكل واحد منهما أن يسكن في نصفها، وليس له أن يحفر بئراً أو يبني فيها، واتخاذ الأري [من البناء]^(٧)، وإمساك الدواب من السكنى في بلادنا؛ لأن الرسم عندنا إمساك الدواب على أبواب دورهم.

ولو كانت السكة نافذة فلكل واحد من أهلها إمساك الدابة على باب داره بشرط

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وتركوا هل، وفي م: وبر كذا كذا أهل.

(٣) في م: أو.

(٤) في م: أو.

(٥) في م: و.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

السلامة .

وفي الباب الأول من الوقف: سكة نافذة في وسطها مزبلة، أراد [أحد منهم]^(١) أن يفرغ مزبلة بيته ويحولها إليها^(٢) ويتأذى بها الجيران، كان لهم منعه عن ذلك، وكذلك لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه عن ذلك؛ لأن من أحدث تصرفا في سكة نافذة يتضرر به العامة كان لكل واحد منهم حق المنع، إنما يتخصص^(٣) أهل السكة بسكة غير نافذة .

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل غرس شجرا على فناء داره^(٤) في سكة غير نافذة، وفي السكة أشجار غير ذلك، فأراد واحد من أهل السكة أن يقلعه، ولم يتعرض لأشجار أحد، ليس له ذلك؛ لأنه متعنت وليس بمحتسب، وكذلك من أراد أن ينقض جناحا خارجا في الطريق [الجادة]^(٥) إلا أن يكون رجلا محتسبا يتعرض لجميع هذه الأشياء .

وفي النوازل: غرس شجرة على ضفة نهر عامة فجاء رجل ليس شريكا^(٦) في النهر يريد أخذه بقلعها فإن كان يضر بأكثر الناس فله ذلك، إلا أن الحق للعامة، والأولى [الرفع]^(٧) إلى الحاكم حتى يأمره بالقلع .

وفي الباب الأخير من الكراهية^(٨): حوض للسبيل رفع إنسان [منه]^(٩) جرة ماء لا ينبغي أن يضعها على شط الحوض؛ لأنه لجماعة المسلمين، فإن فعل فأصاب^(١٠)

(١) في م: أحدهم .

(٢) في م: إلى هنا .

(٣) في م: يختص .

(٤) في م: دار .

(٥) سقط في أ .

(٦) في م: بشريك .

(٧) سقط في م .

(٨) في أ: الكراهية .

(٩) سقط في م .

(١٠) في م: فإن أصاب .

شيئا ضمن؛ لأن الانتفاع بحق الجماعة^(١) مباح بشرط الضمان. وفي الباب الأول من الكراهية^(٢) رفع طينا أو ترابا من طريق المسلمين، فإن كان في أيام [الزراع^(٣) والأوحوال^(٤)]، فالرفع أولى؛ لأنه حسبة لما فيه [من]^(٥) سنة الطريق، وإن لم يكن في أيام الرداغ^(٦) [والأوحوال^(٧)]، وقد تمكن ما رفعه في الأرض حتى صار كالأرض، واحتاج الرافع إلى القلع، فإن كان فيه مضرة بالمارة لا يسعه ذلك؛ لأنه تصرف في حق العامة وفيه ضرر^(٨).

وفي فتاوى أهل سمرقند: [هدم]^(٩) بيته فلم يبين والجيران يتضررون بذلك، كان لهم جبره على البناء إذا كان قادرا؛ لأن لهم ولاية دفع الضرر عن أنفسهم، هكذا ذكر هنا، والمختار أنهم ليس لهم ذلك؛ لأن المرء لا يجبر على بناء ملكه. والله تعالى أعلم.



-
- (١) في أ: جماعة المسلمين.
 (٢) في أ، م: الكراهية.
 (٣) في م: الردغ.
 (٤) في أ: الزرع والأدخال.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في أ، م: الردغ.
 (٧) سقط في أ.
 (٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٠٧/٥).
 (٩) سقط في م.

الفصل الثالث والثلاثون

في الديون والظلمات وأحكامها في الدنيا والآخرة

في بيوع فتاوى أهل سمرقند: رجل بايع أقواما فمات [وله] ^(١) عليهم [ديون] ^(٢) وليس له وارث معروف فأخذ السلطان ديونه، ثم ظهر له وارث لا يبرأ الغرماء وعليهم أن يردوا ^(٣) إلى الوارث ثانيا؛ لأنه تبين أنه لم يكن للسلطان ولاية الأخذ. وفي فتاوى أهل سمرقند أيضا: رجل له على آخر دين فأخذ منه مثل دينه قال [أبو نصر] ^(٤) محمد بن سلام: يصير غاصبا، ويصير ما أخذ قصاصا ^(٥) بما عليه؛ لأنه أخذه بغير إذنه، والمختار: أنه لا يصير غاصبا؛ لأنه أخذ بإذن الشرع، لكن يصير مضمونا عليه إذ طريق قضاء الدين هذا.

ولو أخذ غير صاحب الدين، ودفع إلى صاحب الدين، اختلف المشايخ فيه، قال محمد بن سلمة: الغريم بالخيار، إن شاء ضمن الأخذ، وإن شاء ضمن صاحب الدين لأن الأول غاصب، والثاني غاصب، أو غير غاصب ^(٦)، لكنه مضمون عليه، فإن اختار تضمين الأخذ، لا يصير قصاصا بدينه، وإن اختار [تضمين صاحب الدين] ^(٧) يصير قصاصا ^(٨)، وقال [نصر بن يحيى] ^(٩): لا خيار ^(١٠) له، [و] ^(١١) صار قصاصا [وما قاله محمد بن سلمة] ^(١٢) أليق مما قاله أبو نصر، وما قاله أبو نصر

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ديونهم.

(٣) في أ: يردوا.

(٤) في أ: محمد قال.

(٥) في أ: قضاء.

(٦) في م: صاحب.

(٧) في أ: الأخذ.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: يصير حتى.

(١٠) في م: اختيار.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في أ: لأن الأخذ له على أخذه.

أليق بالقول [المختار]^(١)، وعليه الفتوى.

وفي النوازل: غصب مالا فغصب ذلك المال منه غريم المغصوب منه، فالمختار أن للمغصوب منه الخيار إن شاء ضمن [الأول، وإن شاء ضمن]^(٢) الثاني؛ لأن الأول غاصب [والثاني غاصب]^(٣) فإن ضمن الأول لم يبرأ الثاني، وإن ضمن الثاني برئ الأول.

في الكراهة^(٤): رجل له على امرأة حق، فله أن يلازمها، ويجلس معها ويقبض على [ثيابها]^(٥)، و[هذا]^(٦) ليس بحرام، فإن هربت، ودخلت خربة فأراد الرجل أن يدخل [تلك]^(٧) الخربة لا بأس بذلك إذا كان الرجل يأمن على نفسه في ذلك، ويكون بعيدا عنها^(٨) يحفظها بعينه؛ لأن في هذه الخلوة ضرورة.

وفي النوازل: كان على الرجل دين فجاء ليقضيه، فدفع إلى الطالب وأمره بأن ينقده، فهلك في يد الطالب، يهلك من مال المطلوب، والدين على حاله؛ لأن الطالب وكيله في الانتقاد^(٩)، فكان [قيام]^(١٠) يد الوكيل كقيام يد الموكل، ولو لم يقل المطلوب شيئا، وأخذ الطالب ثم دفع إلى المطلوب ليتنقد فهلكت في يده، هلكت من مال الطالب؛ لأن المطلوب وكيل الطالب فكان كيد الطالب.

وفي آخر كراهة النوازل: قطع مال رجل ظلما، الأفضل لصاحب المال أن

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في أ: الكراهية.
 - (٥) في م: نقابها.
 - (٦) سقط في أ.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في م: منها.
 - (٩) في م: الانتقاد.
 - (١٠) في أ: براءة.

يحلله؛ لأنه إذا ما رآه في نار الدنيا وأنقذه كان مكتسبا ثوابا، فكذا إذا أنقذه من نار الآخرة.

وذكر^(١) في موضع آخر: دين لرجل على آخر لا يقدر على استيفائه، كان إبراءه خير من أن يدعو عليه؛ لأن في الإبراء تخليصا من عذاب^(٢) الآخرة فكان فيه ثواب. لو مات من عليه الدين، نسيه، أيؤاخذ به يوم القيامة؟ إن كان الدين من جهة التجارة، يرجى ألا يؤاخذ؛ لأنه ناس، وقد رفع النسيان عن هذه الأمة بالحديث وإن كان الدين من جهة الغصب يؤاخذ؛ لأنه في أوله كان آثما.

وفي آخر باب الزكاة بعلامة الواو: من مات وعليه قرض استقرضه فمات قبل أن يؤدي رجوت ألا يؤاخذ، إذا كان من نيته القضاء؛ لأنه حينئذ لا يتحقق المطل. وفي كراهية النوازل: مات أبوه وعليه دين قد نسيه^(٣)، والابن يعلم، يؤديه، فإن نسي الابن حتى مات هو أيضا لا يؤاخذ به في الآخرة.

وفي النوازل: [رجل]^(٤) له خصم فمات، ولا وارث له، يتصدق عن صاحب الحق بمقدار ذلك؛ ليكون وديعة عند الله فيوصله إلى خصمائه يوم القيامة.

ولو غصب من الذمي مسلم، أو سرق منه، يعاقب المسلم يوم القيامة، ويخاصمه الذمي يوم القيامة، وظلامة الكافر أشد من ظلامة المسلم؛ لأن الكافر من أهل النار أبدا، إذ يقع [له]^(٥) التخفيف في النار بالظلمات التي قبل الناس، فلا يرجى منه أن يتركها، والمسلم يرجى منه العفو، وإذا خاصمه الكافر لا وجه أن يعطي ثواب طاعة المؤمن، ولا وجه أن يوضع على المؤمن وبال كفره، فتتعين العقوبة، ولهذا قالوا: خصومة الدابة [أشد]^(٦) على الأدمي.

(١) في أ: وذكرنا.

(٢) في أ: نار.

(٣) في أ: كسبه.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

وفي الكراهية من القدوري: رجل سرق من أبيه ثم مات أبوه وهو وارثه لم يؤخذ به في الآخرة، وأثم في السرقة، أما عدم المؤاخذه فلأن الدين انتقل إليه، وأما الإثم بالسرقة؛ فلأنه جنى على المسروق منه، وهذه المسألة تدل على [أن] ^(١) من له دين على آخر ماطله ^(٢) مع ^(٣) القدرة، ومات صاحب الدين انتقل إلى وارثه وهو آثم. وفي كراهية فتاوى سمرقند: رجل له على آخر دين فتقاضاه فمنعه ظلما فمات صاحب الدين وترك وارثا، تكلموا [فيه، قال] ^(٤) أكثر المشايخ: لا يكون للأول حق الخصومة [لأن الخصومة] ^(٥) بسبب الدين، وقد انتقل الدين، وقال بعضهم منهم: أبو أحمد الورشاني وعيسى الصفوي بأن الخصومة للأول، [كذا] ^(٦) قال في الكتاب لكن لم يذكر أن الدين لمن يكون.

ونص عن محمد بن سلمة في كتاب الغصب والضمان للفقهاء أبي الليث: أن الدين للميت الأول، ولكن لو أدى المديون الدين إلى الوارث، أو أبرأه ^(٧) الوارث يبرأ لكن ^(٨) المختار: أن الدين للوارث، وللأول الخصومة في الظلم بالمنع؛ لأن الدين انتقل إلى الورثة.

ولو مات وترك عينا أو ^(٩) دينا غصبا في أيدي الناس ولم يصل [الورثة إلى الدين] ^(١٠) فلمن يكون الثواب في الدار الآخرة؟ القياس أنه يكون للورثة؛ لأنه صار

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في أ: يماطله.
 - (٣) في م: على.
 - (٤) في أ: قالوا.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في أ: أداه.
 - (٨) في م: لأن.
 - (٩) في م: و.
 - (١٠) في أ: للورثة الدين.

مورثاً^(١).

وفي الاستحسان: إن توى، وتم التوى قبل الموت فالثواب للميت، وإن توى بعد الموت فالثواب للوارث؛ لأن في الوجه الأول لم يجر الإرث؛ لأنه باق، وفي الوجه الثاني جرى؛ لأنه قائم مقام^(٢) الموت.

وفي النوازل: سئل نصير عن المديون إذا جحد هل يستحلفه الطالب، أو يتركه^(٣) من غير استحلاف؟ فقال: استحلفه [أو لا يستحلفه]^(٤) فهو سواء، والأجر للطالب دون ورثته إذا مات قبل أن يقبضه، وإن دفعه المديون إلى ورثة الطالب برئ من الدين. والله أعلم.



(١) في أ، م: موروثاً.

(٢) في أ: وقت.

(٣) زاد في أ: الطالب.

(٤) سقط في أ، م.

الفصل الرابع والثلاثون

في المتفرقات

المرأة في بيت زوجها والأمة في بيت مولها لا تطعم ولا تتصدق بالطعام المدخر، كالحنطة والدقيق^(١)، وأما بغير المدخر من الطعام تتصدق على الرسم وإن لم يأذن الزوج والمولى لها بذلك صريحا، ويكون ذلك بإذن الزوج والمولى بحكم العرف والعادة.

وفي نوادر هشام قال: سمعت أبا يوسف [يقول]^(٢) في رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم، وأرجع^(٣) له دانقا لا يقبله حتى يقول: أنت في حل وهو لك. قال محمد بن مقاتل في رجل سرق ماء فساقه^(٤) إلى أرضه وكرمه أنه يطيب له ما خرج بمنزلة رجل غصب^(٥) شعيرا أو تينا، وسمن دابته فعليه قيمة العلف، وما زاد فهو له طيب.

قال الفقيه أبو الليث: وقد ذكر عن بعض الزهاد أن الماء وقع في كرمه في غير نوبته فأمر بقطع كرمه، ونحن نقول: لا يجب عليه قطع الكرم؛ لأن فيه إفساد المال ولكن لو تصدق بتركه كان حسنا، ولا يجب عليه التصدق في الحكم.

سئل الفقيه أبو القاسم عن رجل زرع أرض رجل بغير إذنه فلم يعلم صاحب الأرض حتى استحصد الزرع فعلم ورضي به، هل يطيب للزارع الزرع؟ قال: نعم، قيل له: فإن قال: لا أرضي، ثم قال: رضيت [هل يطيب له]^(٦)؟ قال^(٧): يطيب له أيضا.

(١) في أ: ودقيقها.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: راجح.

(٤) في أ: فأرسله.

(٥) في أ: سرق.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: فإنه، وزاد في م: إنه.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وهذا الاستحسان^(١)، وبه نأخذ.
 المبطخة إذا قلعت^(٢)، وبقيت فيها بقية، فانتهب الناس ذلك إن كان [تركها
 ليأخذها]^(٣) الناس، لا بأس بذلك، وهو بمنزلة من لو حمل زرعه، وبقي منه
 سنابل، إن ترك ما يترك عادة ليأخذه الناس، فلا بأس بأخذه.
 وكذلك من استأجر أرضا ليزرعها، فزرعها، وفرغ الزرع، وبقيت فيه^(٤) بواق مثل
 ما يترك الناس عادة، فسقاها رب الأرض، [ونبتت بسقيه فهي لرب الأرض]^(٥).
 وذكر في كراهية فضل بن غانم: قال أبو يوسف - رحمه الله - : كان أبو حنيفة
 - رحمه الله-، وابن أبي ليلى، وسفيان يمرحون مراحا كثيرا.
 وفي المنتقى: لا يكره ننف الشيب إلا على وجه التزين.
 وفي كراهية فضل بن غانم: قال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا طلب الصيد
 لهوا، وعبثا فلا خير فيه، وأكرهه، وإن طلب منه ما يحتاج [إليه]^(٦) في بيع، أو
 إدام، أو حاجة أخرى فلا بأس به.
 رجل كان في بيت فأخذته الزلزلة، فلا بأس بالفرار إلى الفضاء، بل يستحسن^(٧)
 لما روي عن النبي ﷺ: «أنه مر بحائط مائل فأسرع في المشي»^(٨).

(١) في م: استحسان.

(٢) في م: بلغت.

(٣) في أ: تركه ليأخذه.

(٤) في م: منه.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: يستحب.

(٨) أخرجه البيهقي في الشعب (١٢٣/٢)، رقم (١٣٥٩)، وابن عدي في الكامل (٢٣١/١)،
 وابن الجوزي في العلل (٨٩٤/٢)، رقم (١٤٩٢) من طريق أبي معاوية عن إبراهيم بن
 الفضل المخزومي، عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: «مر رسول الله ﷺ بحائط مائل
 فأسرع المشي فقال له بعض القوم: يا رسول الله، كأنك خفت هذا الحائط، قال رسول
 الله: «إني أكره موت الفوات». وفي إسناده إبراهيم بن الفضل قال البخاري: «منكر
 الحديث»، وقال ابن حجر في التقريب (ت: ٢٢٨): «متروك». وينظر: ينظر: تهذيب =

تكره الإشارة إلى الهلال عند رؤية الهلال؛ لأنه تشبه بأهل الجاهلية. إذا عمل الصبي قبل أن يجري عليه القلم حسنات كصلاة التطوع وغيرها، كان الثواب له، لا لوالديه لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾، فإن كان الوالد علمه ذلك، فله ثواب التعليم.

جماع الحائض في الفرج حرام يكفر مستحله^(١)، لكن لا يلزمه بسببه سوى التوبة والاستغفار^(٢).

= الكمال (٢/١٦٥)، وتهذيب التهذيب (١/١٣١).

(١) في م: حينئذ.

(٢) اتفق الفقهاء على حرمة وطء الحائض في الفرج لقوله تعالى: ﴿فَاعْزَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا نَفَرْهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ ولقول النبي ﷺ: اصنعوا كل شيء إلا النكاح وحكى النووي الإجماع على ذلك، واستثنى الحنابلة من به شق لا تندفع شهوته بدون الوطء في الفرج، ويخاف تشقق أنثيه إن لم يطأ، ولا يجد غير الحائض، بالأا يقدر على مهر امرأة أخرى، واختلف الفقهاء في الاستمتاع بما بين السرة والركبة، فذهب جمهور الفقهاء - الحنفية والمالكية والشافعية - إلى حرمة الاستمتاع بما بين السرة والركبة، لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: كانت إحدانا إذا كانت حائضا فأراد رسول الله ﷺ أن يباشرها أمرها أن تنزرت ثم يباشرها. قالت: وأيكم يملك إربه كما كان رسول الله ﷺ يملك إربه وعن ميمونة رضي الله عنها نحوه. وفي رواية كان يباشر المرأة من نساءه وهي حائض إذا كان عليها إزار ولأن ما بين السرة والركبة حريم للفرج، ومن يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى. وقد أجاز الحنفية والشافعية الاستمتاع بما بين السرة والركبة، من وراء حائل. ومنعه المالكية. كما منع الحنفية النظر إلى ما تحت الإزار، وصرح المالكية والشافعية بجوازه ولو بشهوة. ونص الحنفية على عدم جواز الاستمتاع بالركبة لاستدلالهم بقوله ﷺ: ما دون الإزار ومحل العورة التي يدخل فيها الركبة. وأجاز المالكية والشافعية الاستمتاع بالسرة والركبة. وقد ذكر الحنفية والشافعية حكم مباشرة الحائض لزوجها، وقرروا أنه يحرم عليها مباشرتها له بشيء مما بين سرتها وركبتها في جميع بدنه. وذهب الحنابلة إلى جواز الاستمتاع من الحائض بما دون الفرج، فله أن يستمتع بما بين السرة والركبة، وهذا من مفردات المذهب. ويستحب له حينئذ ستر الفرج عند المباشرة، ولا يجب على الصحيح من المذهب، قال في النكت: وظاهر كلام إمامنا وأصحابنا أنه لا فرق بين أن يأمن على نفسه مواجهة المحظور أو يخاف، وصوب المرادوي أنه إذا لم يأمن على نفسه من ذلك حرم عليه لثلا يكون طريقا إلى مواجهة المحظور. ونص الشافعية على أن وطء الحائض في الفرج كبيرة من العامد المختار العالم بالتحريم، ويكفر مستحله، وعند الحنفية لا يكفر مستحله لأنه حرام لغيره. وقد أوجب الحنابلة نصف دينار ذهابا كفارة في وطء الحائض، وهو من مفردات المذهب. واستحب =

صبي سمع الأحاديث^(١) وهو لا يفهم ثم كبر جاز له أن يروي عن المحدث^(٢) بخلاف ما إذا [قرئ عليه صك]^(٣)، وهو لا يفهم ثم كبر، لا يجوز له أن يشهد. وفي فتاوى أبي الليث: امرأة رفعت ملاءة امرأة أخرى، وتركت ملاءتها عوضاً، ثم جاءت المرأة التي أخذت ملاءتها، وأخذت ملاءة الأخرى، ليس لها أن تنتفع بها، وطريق ذلك أن تصدق بهذه الملاءة على ابنتها إن كانت فقيرة على نية أن يكون الثواب لصاحبها إن رضيت ثم تهب الابنة الملاءة [لأمها، فيسعها]^(٤) الانتفاع بها؛ لأنها بمنزلة اللقطة، ولا يحل لها الانتفاع ابتداءً إن كانت غنية، ويحل إن كانت

الحنفية والشافعية أن يتصدق بدينار إن كان الجماع في أول الحيض وبنصفه إن كان في آخره. قال الحنفية: أو وسطه. لحديث: إذا واقع الرجل أهله وهي حائض إن كان دماً أحمر فدينار، وإن كان دماً أصفر فنصف دينار وعند المالكية لا كفارة عليه. وذبح جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة - إلى أنه لا يحل وطء الحائض حتى تطهر - ينقطع الدم - وتغتسل. فلا يباح وطؤها قبل الغسل، قالوا: لأن الله تعالى شرط لحل الوطء شرطين: انقطاع الدم، والغسل، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ أي ينقطع دمهن. ﴿فَإِذَا طَهَّرْنَ﴾ أي اغتسلن بالماء ﴿فَأَتُوهُنَّ﴾. وقد صرح المالكية بأنه لا يكفي التيمم لعذر بعد انقطاع الدم في حل الوطء فلا بد من الغسل حتى يحل وطؤها. وفرق الحنفية بين أن ينقطع الدم لأكثر مدة الحيض وبين أن ينقطع لأقله، وكذا بين أن ينقطع لتمام عاداتها، وبين أن ينقطع قبل عاداتها. فذهبوا إلى أنه إذا انقطع الدم على أكثر المدة في الحيض ولو حكماً بأن زاد على أكثر المدة، فإنه يجوز وطؤها بدون غسل، لكن يستحب تأخير الوطء لما بعد الغسل. وإن انقطع دمها قبل أكثر مدة الحيض أو لتمام العادة في المعتادة بأن لم ينقص عن العادة، فإنه لا يجوز وطؤها حتى تغتسل أو تميم، أو أن تصير الصلاة ديناً في ذمتها، وذلك بأن يبقى من الوقت بعد الانقطاع مقدار الغسل والتحريمه فإنه يحكم بطهارتها بمضي ذلك الوقت، ولزوجها وطؤها بعده ولو قبل الغسل. وإذا انقطع الدم قبل العادة وفوق الثلاث، فإنه لا يجوز وطؤها حتى تمضي عاداتها وإن اغتسلت، لأن العود في العادة غالب، فكان الاحتياط في الاجتناب، فلو كان حيضها المعتاد لها عشرة فحاضت ثلاثة وطهرت ستة لا يحل وطؤها ما لم تمض العادة.

(١) في أ: أحاديث.

(٢) في م: الحديث.

(٣) في أ: قرأ صكاً.

(٤) في م: لأنها يسعها.

فقيرة، وكذلك الجواب [في المكعب]^(١) وغيره إذا سرق، وترك [عوضاً]^(٢) في هذا الموضوع أيضاً^(٣).

امرأة لا تصلي يطلقها^(٤) [زوجها]^(٥)، فإن لم يكن له مال يعطي مهرها فالأولى ألا يطلق، في عيون المسائل.

إذا كان في المقبرة حطب يجوز للرجل أن يحتطب منها، هكذا ذكر في العيون وهذا إذا كان يابسا، فأما إذا كان رطبا يكره، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث؛ لأنه ما دام رطبا يسبح، وربما يكون للميت أنس بتسييحها، وعن هذا قالوا: بيع الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب.

إذا رأى [غيره يرتكب شيئا]^(٦) [منكرا]^(٧)، وهذا الرجل ممن يرتكب مثل هذا المنكر يلزمه النهي عنه^(٨).

وفي كراهية فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إدخال المرارة في الإصبع للتداوي لا يكره في قول أبي يوسف - رحمه الله - .

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ في هذه المواضع أيضا.

الجدي إذا ربي بلبن الأتان أو [بلبن]^(٩) الخنزير، إن علف أياما لا بأس به؛ لأنه بمنزلة الجلالة في هذا الموضوع أيضا.

وفي موضع آخر: ويكره أن يربي الجدي بلبن الخنزير، والخمر، وإذا ربي لم

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٤٣٤، ٤٣٥)، البحر الرائق (٥/١٧١).

(٤) في أ: فطلقها.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: عنها.

(٩) سقط في أ.

يحرم لحمه، ويؤكل، وفي موضع آخر: يستحب أن يعلف أربعة أيام بمنزلة الشاة الجلالة.

وتكره الخرقه التي تحمل [ويمسح]^(١) بها العرق، هكذا في تجريد القدوري. وذكر في كراهية شرح الطحاوي: أن الكراهة فيما إذا [كانت شيئاً له قيمة فيؤدي ذلك إلى التكبر، أما إذا]^(٢) كان شيئاً لا قيمة له لا يكره، وكذلك الخرقه التي يمتخط بها [والخرقة التي]^(٣) يمسح بها الموضوع.

وحاصل الجواب في هذه المسائل: [أن]^(٤) من فعل ذلك تكبراً يكره، ومن فعل حاجة [لا يكره، كالتربع والالتكاء في الجلوس إذا كان تكبراً يكره، وإن كان حاجة]^(٥) لا يكره وعن هذا تشعب المسائل، هكذا ذكر الصدر الشهيد في كراهية [شرح]^(٦) الجامع الصغير.

غزل الرجل إن كان على هيئة غزل المرأة يكره.

في صوم شمس الأئمة الحلواني قبل باب صدقة الفطر: الشراء ممن يجلس على الطريق إن لم يكن [في جلوسه]^(٧) ضرر على الناس لسعة الطريق لا بأس بالشراء منه، وإن كان في قعوده ضرر لا ينبغي أن يشتري منه، هو المختار. الحجامة، والفصد، وإلقاء العلق على [ظهر الحامل]^(٨) لا بأس به، بعد تحرك الولد، وقبل التحرك وحال قرب الولادة لا ينبغي لها أن تفعل^(٩).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: والذي.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: الظهر للحامل.

(٩) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٧٥/٥).

لا بأس بأن يمشي الغلام مع مولاه إذا كان الغلام يطيق ذلك .
 ولا بأس بالاستخبار عن الأخبار المحدثه ، وهو المختار ؛ لما فيه من المصلحة .
 روى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كان بالرجل سلعة وهي
 كهيئة الغدة في العنق وغيره^(١) ، أو كان له حجر وأراد استخراجها ويخاف منه^(٢)
 الموت ، قال : إن فعل أحد ونجا لا بأس بأن يفعل .
 التضحية بالديك أو بالدجاج في أيام الأضحية ممن لا أضحية عليه لعسرته بطريق
 التشبه بالمضحين مكروه ؛ لأن هذا من رسوم المجوس ، ذكره الشيخ الإمام الزاهد
 الصفار - رحمه الله - .

يكره للمرأة أن تسافر ثلاثة أيام بلا محرم ، ولا يكره للأمة ، وأم الولد ، وهذا في
 الابتداء ، أما الآن يكره لهما أيضا .

في آخر كراهية شيخ الإسلام عن أبي يوسف - رحمه الله - [قال]^(٣) : إذا ورث
 ورثة خمرا وهم مسلمون [فلا]^(٤) أقسم الخمر [بينهم]^(٥) ، ولكنها تخلل ثم تقسم .
 وذكر محمد - رحمه الله - في آخر كتاب القسمة : أن وصي الموصي إذا كان
 مسلما وفي التركة خمور ، يكره له أن يقسمها .

قال شمس الأئمة الحلواني : إذا كان في التركة الخمر لا غير لا يكره للموصي^(٦)

(١) قال الشيخ الباجوري عند الحديث عن السلعة : بكسر السين : وهي غدة تخرج بين اللحم
 والجلد وابتداؤها من الحمصة إلى البطيخة وأما بالفتح : فهي أمتعة البائع كما قاله ابن حجر
 في الزواجر والمشهور أن سلعة المتاع بالكسر أيضا وأما بالفتح فالشجة ولذلك قال بعضهم
 [من الرجز]:

كُلُّ بَكَسْرِ السَّيْنِ هَكَذَا وَرَدَّ
 عِبَارَةُ الْمِضْبَاحِ فَاسْلُكْ نَهْجَهُ

وَسَلْعَةُ الْمَتَاعِ سَلْعَةُ الْجَسَدِ
 أَمَا الَّتِي بِالْفَتْحِ فَهِيَ الشَّجَّةُ
 ينظر : حاشية الباجوري (١/ ٥٧ ٨٥).

(٢) في أ : معه .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ : للموصي .

المسلم قسمتها؛ لأن [هذه القسمة إفراز محض، ليس فيها]^(١) شبهة المبادلة، وإنما تكره القسمة إذا كان مع الخمر الخنازير؛ ولأن القسمة تكون مبادلة حيثئذ، وغيره من المشايخ قالوا: لا، بل يكره للمسلم قسمة الخمر وحدها.

قال هشام: سألت محمداً - رحمه الله - عن زخرفة البيت بنقش من غير تماثيل، قال: لا بأس به، جاء ذلك عن ابن سيرين.

قال: وكره فضل البناء، إلا ما ينتفع به، يريد به أن ما لا يحتاج إليه من البناء فهو مكروه، وما يحتاج إليه، فليس بمكروه.

قال: ولم [ير]^(٢) بجمع المال بأساً إذا أدى زكاته، ووصل رحمه.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أكره للرجل أن يصور أرض بيته بالتماثيل، والقياس ألا يكره؛ لأنه ليس فيه معنى التعظيم، استحساناً^(٣) ذلك بالأثر.

قال هشام: رأيت على أبي يوسف نعلين مخصوفين بمسامير، فقلت [ألا ترى]^(٤) بهذا الحديد^(٥) بأساً، قال: لا، قلت له: إن سفيان، وثور بن يزيد^(٦) - رحمهما الله - كرها ذلك؛ لأن [فيه]^(٧) تشبها بالرهبان.

قال أبو يوسف: كان رسول الله ﷺ يلبس النعال التي لها شعر، وإنما من لباس الرهبان، فقد^(٨) أشار إلى [أن]^(٩) صورة المشابهة فيما يتعلق به صلاح العباد لا

(١) في م: هذا بل القسمة ليس.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: استحساناً.

(٤) في أ، م: أترى.

(٥) في أ: الحديث.

(٦) هو: ثور بن يزيد الكلاعي أبو خالد الحمصي، قال ابن معين: ما رأيت أحداً يشك أنه قدرى وهو صحيح الحديث، وقال أحمد بن حنبل: كان ثور يرى القدر، وكان أهل حمص نفوه وأخرجوه. ينظر: ميزان الاعتدال (٩٧/٢).

(٧) سقط في م.

(٨) في م: فقال.

(٩) سقط في م.

يضر، وقد تعلق بهذا النوع من الأحكام صلاح العباد، فإن من الأرض ما لا يمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع من الأحكام.

ماتت دجاجة وخرجت منها بيضة، جاز أكلها عند علمائنا - رحمه الله-، [اشتد]^(١) قشرها أو لم يشتد.

[أنفحة الميتة]^(٢) يجوز استعمالها عند أبي حنيفة - رحمه الله - جامدة كانت أو مائعة وهي طاهرة عنده على كل حال، وعندهما إن كانت مائعة فهي نجسة، ولا تستعمل، وإن كانت جامدة تغسل وتستعمل، ذكر هاتين المسألتين في مختلفات أبي الليث - رحمه الله - .

وفي وديعة العيون: اشترى الرجل جارية، وهي لغير البائع، [أو]^(٣) اشترى ثوبا، وهو لغير البائع]^(٤)، فوطئ المشتري الجارية، [ولبس الثوب]^(٥) وهو لا يعلم، ثم علم، فهل على المشتري إثم؟ روى أبو حفص عن محمد - رحمه الله - أنه قال: الجماع واللبس حرام إلا أنه يوضع عنه الإثم، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الوطاء حلال، وهو مأجور في إتيان الجارية.

وإذا تزوج امرأة، ثم تبين أنها منكوحة الغير، وقد كان الزوج وطئها، فينبغي أن يكون على هذا القياس.

غمز الأعضاء في الحمام من غير ضرورة مكروه، في فتاوى أهل سمرقند. وفي مجموع النوازل: أنه يباح ذلك فيما فوق السرة، فيما دون الركبة، ولا يباح فيما بينهما، وبعض مشايخنا^(٦) قالوا: لا بأس بذلك بشرطين: أحدهما: ألا يكون للخادم لحية؛ لأن فيه إهانة صاحب اللحية.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: إذا.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: المشايخ.

[وثانيهما: ألا] ^(١) يغمز رجله لأن فيه إهانة بالخادم.

قال الفقيه: أبو جعفر - رحمه الله - : سمعت الشيخ أبا بكر يقول: لا بأس بأن يغمز الرجل الرجل إلى الساق، ويكره أن يغمز الفخذ، ويمسه من وراء الثوب أو غيره.

قال الفقيه أبو جعفر: وكان الشيخ الإمام أبو بكر يقول: [لا بأس أن] ^(٢) يغمز الرجل [رجل والدته ولا يغمز] ^(٣) فخذ والدته ^(٤).

من أمسك حراما لأجل غيره [كالخمر ونحوه، إن أمسك لمن يعتقد حرمة] ^(٥) كالخمر يمسه للمسلم لا يكره، وإن أمسك لمن يعتقد إباحته كما لو أمسك الخمر للكافر، كره.

سئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن، أهو أفضل للمتفقه، أو دراسة الفقه؟ قال: حكى عن الفقيه أبي مطيع - رحمه الله - أنه قال: النظر في كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة. في آخر النوازل: إذا أدخل الرجل ذكره في فم امرأته ^(٦)، فقد قيل: يكره، وقيل بخلافه أيضا. في عارية الواقعات: رجل أراد أن يستمد ^(٧) من محبرة غيره فهذا على ثلاثة أوجه:

[الأول: أن يستأذنه] ^(٨)، وفي هذا الوجه له أن يفعل إلا أن ينهاه.

الثاني: أن يعلمه، وفي هذا الوجه له ذلك إذا لم ينهه.

(١) في أ، م: ولا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: والديه.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في م: امرأة.

(٧) في م: يستمسك.

(٨) في م: استأذنه.

[الوجه]^(١) الثالث: إذا لم يستأذنه، ولم يعلمه، وإنه على وجهين: إن كان بينهما انبساط [فله ذلك وإلا]^(٢) ليس له أن يفعل.

وفي فتاوى أهل سمرقند: طلبه العلم إذا كانوا في مجلس ومعهم محابر فكتب واحد من محررة غيره بغير إذنه صريحا [لا بأس به]^(٣).

وفيه أيضا: استأجر كتابا ليقرأه فوجد في الكتاب خطأ إن علم [أن]^(٤) صاحب الكتاب يكره إصلاحه لا [ينبغي له [أن]^(٥) يصلحه]^(٦) [وإن علم أنه لا يكره إصلاحه]^(٧) فإن أصلحه جاز، وإن لم يصلحه فلا إثم عليه. والله سبحانه وتعالى أعلم.



-
- (١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.
 (٥) سقط في أ.
 (٦) سقط في م.
 (٧) في أ: وإلا.

كتاب التحري

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول

في مسائل الصلاة

وقد ذكرنا هذا الفصل في أول الصلاة من هذا الكتاب.

الفصل الثاني في مسائل الزكاة

إذا دفع الرجل زكاة ماله إلى رجل، ولم يخطر بباله عند الدفع أنه غني، أو فقير جاز، إلا إذا علم أنه غني، وإن دفع إلى رجل ظن أنه فقير من غير أن يستدل على فقره بما جعل علامة على الفقر، فالجواب فيه نظير الجواب في الفصل الأول، ومعنى المسألة أنه إن لم يشك^(١) في أمر المدفوع إليه [بل لما رآه وقع في قلبه أنه فقير.

فإن اشتبه عليه حال المدفوع إليه^(٢)، فدفع إليه بعدما تحرى، ووقع في أكثر^(٣) رأيه أنه فقير [أو^(٤) أخبره المدفوع إليه، أو عدل آخر أخبره^(٥) أنه فقير، [أو رآه في زي الفقراء، أو رآه جالسا في صف الفقراء، أو رآه يسأل الناس، ووقع في قلبه أنه فقير^(٦)، ففي هذه الوجوه كلها إن علم أنه فقير، أو كان أكثر^(٧) رأيه أنه فقير، أو لم يعلم شيئا، أو كان أكثر^(٨) رأيه أنه غني، أو علم أنه غني، جاز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - [ومحمد - رحمه الله-]^(٩)، وعند أبي يوسف - رحمه الله - : الجواب كذلك، إلا في فصل واحد، وهو ما إذا علم أنه غني (فإنه)^(١٠) في هذه الصورة: لا يجزيه عن زكاة ماله عند أبي يوسف.

-
- (١) في أ: ينظر.
 - (٢) سقط في أ، م.
 - (٣) في م: أكبر.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في م: أخبر.
 - (٦) سقط في أ، م.
 - (٧) في م: أكبر.
 - (٨) في م: أكبر.
 - (٩) سقط في أ، م.
 - (١٠) في أ، م: قال.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وله أن يسترد ما دفع إليه، وهذا^(١) خلاف الرواية، فالرواية منصوطة عن أبي يوسف أنه لا يملك الاسترداد. وبعض مشايخنا - رحمهم الله - ذكروا في شرح هذا الكتاب: أن محمدا - رحمه الله - جمع بين الفصول الخمس، وهو ما إذا أخبره المدفوع إليه، أو عدل آخر، أنه فقير، أو رآه في زي الفقراء، أو جالسا في صف الفقراء، فلم يشترط في هذه [الفصول]^(٢) الأربع الوقوع في القلب أنه فقير، وذكر في الفصل الخامس، وهو ما إذا رآه يسأل الناس هذا الشرط.

قالوا: فإنه شرط في الفصول كلها.

قالوا: وقد ذكر في بعض النواذر بعض الفصول الأربع مع ذكر هذا الشرط. وعندني: أن محمدا - رحمه الله - شرط هذا الشرط في الفصول كلها؛ لأنه ذكر هذا الشرط عقيب ذكر الفصول الخمس؛ والظاهر أنه أراد به الفصول الخمس، إذ لو كان المراد هنا الفصل الخامس وحده لأفرده مع هذا الشرط بالذكر، ولما لم يفرد^(٣) علم أنه أراد به الكل.

ثم إذا ظهر أن المدفوع إليه غني، وجازت الصدقة على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - هل يطيب الدفع إليه^(٤)؟ [اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يطيب. وقال بعضهم: لا، وهؤلاء المانعين اختلفوا فيما يصنع بها، فقال بعضهم: يتصدق بها]^(٥).

وقال بعضهم: يرد^(٦)ها على المعطي على وجه [التملك ليعيد الإيتاء]^(٧).

(١) في أ، م: وإنه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يورده.

(٤) زاد في أ، م: إلى ذلك عندهما.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في م: يرد.

(٧) في أ، م: التملك.

واستشهد في الكتاب حجة لأبي يوسف في المسألة المختلف فيها، فقال: هو بمنزلة رجل توضعاً [بماء] (١)، وصلى، ثم تبين أنه كان (٢) غير طاهر، وذكر أن هذا يجزئه ما لم يعلم، وإذا علم أعاد.

قال شمس الأئمة الحلواني: وتحت هذا اللفظ فائدة عظيمة، فإنه جعل تلك الصلاة تجزئه ما لم يعلم أنها فاسدة [في الحقيقة].

قال: وكذلك (٣) كل صلاة وقعت فاسدة، وهو يظن أنها وقعت جائزة، فمات قبل العلم، لم يعاقب، والعبرة [لما عنده، لا] (٤) لما عند الله تعالى.

ونظيره ما روي عن أبي يوسف فيمن اشترى أمة، ووطئها مرارا، ثم استحقت، إن وطئها حلال له، ولا يسقط إحصانه؛ لأنه وطئها وعنده أنها ملكه، فاعتبر ما عنده.

وعلى قول أبي حنيفة ومحمد: الوطء حرام، إلا أنه لا إثم عليه. وإذا شك في حال المدفوع إليه، فدفع إليه من غير تحر، إن ظهر أنه غني، أو وقع [في] (٥) أكثر رأيه أنه (غني) (٦)، فقد اختلف المشايخ فيه عامتهم على أنه لا يجوز.

[وإذا اشتبه عليه حال المدفوع إليه فتحرى ووقع في أكثر رأيه أنه غني، فدفع إليه مع ذلك لا يجزئه قبل أن يعلم بفقره، وإذا علم بفقره فقد اختلف المشايخ فيه] على ثلاثة أقوال:

بعضهم قالوا: يجوز إجماعاً.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: على.

(٣) سقط في أ، وفي م: فإن كان.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، م: فقير.

وبعضهم قالوا: لا يجوز إجماعاً.
 وبعضهم قالوا: على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يجوز، [وعند أبي يوسف:
 يجوز]^(١)، على عكس ما ذكرنا من الاختلاف، قال شمس الأئمة السرخسي
 - رحمه الله - والأصح: أنه يجوز.
 ثم [في المسألة المختلف فيها]^(٢) بين أبي حنيفة ومحمد، وبين أبي يوسف لو
 ظهر أن المدفوع إليه أبو الدافع، أو ابنه، كان على الخلاف، في ظاهر الرواية، وذكر
 ابن شجاع عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز.
 ولو ظهر أن المدفوع إليه هاشمي: كان على الخلاف في ظاهر الرواية وذكر أبو
 يوسف في أماليه^(٣) عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز.
 ولو^(٤) ظهر [أنه حربي مستأمن، ذكر في نواذر الزكاة أنه على هذا [الاختلاف]^(٥)
 وذكر في جامع البرامكة عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه لا يجوز، وإن
 ظهر]^(٦) أنه [حربي غير]^(٧) مستأمن لا يجوز عند أبي [حنيفة - رضي الله عنه-]^(٨)
 باتفاق الروايات وإن ظهر أنه عبده لا يجزيه^(٩) إجماعاً، وإن ظهر أنه مكاتبه، فعن
 أبي حنيفة روايتان.



-
- (١) سقط في أ، م.
 (٢) في أ، م: المسألة المختلفة.
 (٣) في م: الأمالي.
 (٤) في م: وإن.
 (٥) في أ، م: الخلاف.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) في م: غير حربي.
 (٨) سقط في م.
 (٩) في م: يجوز.

الفصل الثالث

في التحري في الثياب والمسايخ^(١)، والأواني، والموتى

إذا كان مع رجل ثوبان، أو ثياب، والبعض نجس، والبعض طاهر، فإن أمكن التمييز بالعلامة [يُميز، وإن تعذر التمييز بالعلامة]^(٢) إن كانت الحالة حالة الاضطرار بألا يجد ثوبا طاهرا بيقين، واحتاج إلى الصلاة، وليس معه ما يغسل به أحد الثوبين، أو أحد الأثواب يتحرى، وإن كانت الحالة حالة الاختيار، إن كانت الغلبة للطاهر يتحرى، وإن كانت الغلبة للنجس، أو كانا على السواء لا يتحرى.

ثم في حالة الاضطرار إذا وقع تحريه في الثوبين على أحدهما [أنه طاهر]^(٣) فصلى فيه الظهر، ثم وقع أكثر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر فصلى فيه العصر لم يجزه، وإن لم يحضره تحر أو لم [يعلم أن]^(٤) في أحدهما نجاسة حتى صلى في أحدهما الظهر، وفي الآخر العصر، ثم نظر، فإذا في أحدهما قدر، ولا يدري أهو الأول أو الآخر، فصلاة الظهر جائزة، وصلاة العصر فاسدة.

وفي النوادر: إذا كان [أحد الثوبين نجسا]^(٥) فصلى في أحدهما الظهر من غير تحر، وصلى في الآخر العصر، ثم وقع تحريه على أن الأول طاهر، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : هذا لم يصل شيئا، وقال أبو يوسف: صلاة الظهر جائزة.

وأما الثوب الواحد إذا أصاب طرف منه نجاسة مانعة [من]^(٦) جواز الصلاة، وهي

غير مرئية هل يجوز له أن يتحرى طرفا منه فيغسله؟

(١) في أ: والمسايخ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: الثوبان نجسين.

(٦) سقط في م.

بعض المتأخرين من مشايخنا جوز^(١) ذلك، وبعضهم قالوا: إذا غسل طرفا منه من غير تحر، وصلى لا يحكم بفساد صلاته، وما قاله المشايخ خلاف ما ذكره هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - فقد ذكر ثمة أنه لا يجوز التحري في ثوب واحد.

قال القاضي أبو علي النسفي: ونظير هذه المسألة مسألة أخرى لا يحفظ جوابها [وهي:]^(٢) أن الحنطة التي تداس بالحمير [فتبول]^(٣)، وتروث، وتصيب بعض الحنطة، ويختلط ما يصاب منها بغيرها، قالوا: لو عزل بعضها [وغسل، ثم خلط الكل أبيض تناوله، وكذلك لو عزل بعضها]^(٤) ووهبه من إنسان، أو باعه [منه]^(٥)، أو تصدق به عليه، حل له تناول البقية، ويباح للموهوب له، والمشتري، والمتصدق عليه تناولها أيضاً.

ونظير هذه مسألة في النوادر^(٦) [وهي:]^(٧) رجلان في السفر معهما ثوبان أحدهما طاهر، والآخر نجس، فصلى أحدهما في ثوب بالتحري، وصلى الآخر في الثوب الآخر بالتحري^(٨)، تجوز صلاة كل واحد منهما، ولو أم أحدهما واقتدى به الآخر، فصلاة الإمام جائزة دون صلاة المقتدي.

وإذا تحرى في الثياب، ووقع في تحريه على أحدهما أنه طاهر، وصلى فيه، ثم تبين أنه أخطأ، تلزمه الإعادة، بخلاف القبلة.

إذا كان في السفر ومعه أوان بعضها نجسة، وبعضها طاهرة، إن كانت الغلبة

(١) في م: جوزوا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: النوازل.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في م: في التحري.

للطاهرة يجوز التحري حالة الاختيار، وحالة الاضطرار، للشرب والوضوء جميعا ولو كانت الغلبة للنجس، أو كانا سواء، إن كانت الحالة حالة الاختيار، لا يتحرى للشرب، ولا للوضوء، وإن كانت الحالة حالة الاضطرار يتحرى للشرب بالإجماع، ولا يتحرى للوضوء عندنا، ولكن يتييم، فإن توضع بالمائين إن مسح موضعا واحدا في المرتين لا تجزئه، وإن مسح موضعين [تجزئه]^(١).

وهاهنا مسألة أخرى لا ذكر لها في المبسوط: إذا اختلط إناءه بأواني^(٢) أصحابه في السفر وهم غيب، قال بعضهم: يتحرى ويأخذ آنيته ويتوضأ بها، بمنزلة طعام مشترك بين جماعة [غاب]^(٣) أصحابه، واحتاج الحاضر إلى نصيبه فيرفع^(٤) قدر نصيبه، وكذا رغيه [إذا اختلط بأرغفة]^(٥) [صاحبه، قال بعضهم: يتحرى، وقال بعضهم: لا يتحرى في الأواني والأرغفة]^(٦) ولكن يتربص حتى يجيء أصحابه، وهذا كله في حالة الاختيار، أما في حالة الاضطرار جاز التحري في الأحوال كلها. إذا كان للرجل مسالين بعضها ذبيحة، وبعضها ميتة، إن أمكن التمييز بالعلامة [ثمة]^(٧) [في الوجوه كلها يباح تناول، فإن تعذر التمييز بالعلامة]^(٨)، فإن كانت الحالة حالة الاضطرار، ونعني أنه لا يحدد^(٩) ذكية بيقين، واضطر إلى الأكل يتناول [بالتحري على كل حال، و]^(١٠) إن كانت الحالة حالة الاختيار، فإن كانت الغلبة للحرام أو كانا سواء لم يجز تناول بالتحري، وإن كانت الغلبة للحلال يتناول

(١) سقط في أ.

(٢) في م: وإناء.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: رجع.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: يجد.

(١٠) في م: وإن تعذر التمييز بالعلامة.

بالتحري .

والزيت إذا اختلط به ودك الميتة، إن كانت الغلبة للحرام، أو كانا على السواء لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه، وإن كانت الغلبة للزيت لا يحل الأكل وحل^(١) كل ما عداه من الاستصباح، ودبغ الجلد به، والبيع بشرط أن يبين عيبه .

إذا اجتمع موتى [المسلمين بموتى]^(٢) الكفار، فإن أمكن التمييز بالعلامة تميز، وإن تعذر التمييز بالعلامة، إن كانت الغلبة للمسلمين، يغسلون، ويكفنون [ويصلى عليهم، وينوون بالصلاة، والدعاء للمسلمين دون الكفار]^(٣) ويدفنون في مقابر المسلمين، وإن [كانت الغلبة للكفار لم يصلّ عليهم، ويغسلون، ويكفنون، ويدفنون في مقابر [المشركين]^(٤) . [إذا]^(٥) كانوا سواء فكذاك الجواب لا يصلى عليهم ويدفنون في مقابر المشركين^(٦)]^(٧) .

قيل: عند أبي يوسف يدفنون في مقابر المسلمين، وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : [يتخذ]^(٨) لهم مقبرة على حدة .



-
- (١) في أ: وكل .
 (٢) في م: المسلمين .
 (٣) سقط في أ .
 (٤) سقط في م .
 (٥) سقط في أ .
 (٦) في أ: المسلمين .
 (٧) سقط في م .
 (٨) سقط في م .

الفصل الرابع

في المتفرقات

[[رجل] (١) أم قوما] (٢) في ليلة مظلمة، فتحرى [إلى] (٣) القبلة، فصلى إلى المشرق، وتحرى من خلفه فصلى بعضهم إلى القبلة، وبعضهم إلى [دبر] (٤) القبلة، وكلهم خلف الإمام، ولا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم، وهذا إذا كان عند كل واحد منهم أن وجه الإمام إلى هذا الجانب الذي إليه وجهه، ولم يتقدم على الإمام أما إذا كان عند واحد منهم أن وجه الإمام إلى الجانب الآخر، أو (٥) هو متقدم على إمامه، لا تجوز صلاته.

أما إذا كان عنده أنه مقدم (٦) على إمامه فظاهر، وأما إذا كان عنده أن وجه إمامه إلى جانب آخر؛ فلأنه زعم فساد صلاة إمامه؛ لأنه زعم أنه ترك القبلة. وهذا بخلاف ما لو صلى في جوف الكعبة، فإنه تجوز صلاة كل (٧) من كان وجهه إلى الجانب الذي أمامه إليه، ومن كان وجهه إلى جانب آخر؛ لأن هذا الآخر لم يزعم فساد صلاة الإمام؛ لما أنه ترك القبلة؛ لأن كل جهة حق بيقين، أما هاهنا فالجهات كلها ليست حق بيقين، بل الحق جهة واحدة، ولهذا أمرنا بالتحري، ولو كانت كل جهة حقا، لما احتيج إلى التحري، إنما الحق عند كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده، وما عند صاحبه خطأ، وكثير من مسائل التحري ذكرناها في أول كتاب الاستحسان ولا نعيده.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: قوم.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: و.

(٦) في م: تقدم.

(٧) في م: الكل.

كتاب اللقيط

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة فصول:

[الفصل^(١) الأول]

في بيان ما يستحب فيه، أو يفرض^(٢)

وفي مرافعة الملتقط اللقيط إلى القاضي، وفي إنفاق الملتقط على اللقيط
اعلم بأن رفع [اللقيط أفضل من تركه؛ لما في تركه؛ من ترك الترحم]^(٣) على

(١) سقط في أ.

(٢) في م: يفترض.

(٣) في أ: الملك الملتقط فتوى كل من كان إلى تركه وفي شغله لهم من ترك أكثرهم، وفي م:
الملتقط.

واللقيط لغة: هو الوليد الذي يوجد ملقى على الطريق ونحوه ولا يعرف أبواه.
وشرعاً: هو اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراهاً من تهمة الريبة مضية
آثم ومحزنة غانم، وجعل الإسلام التقاط اللقيط واجباً وفرض عين على من يجده إذا كان
في مكان يغلب عليه الظن بهلاكه إن ترك فيه، ويكون مندوباً إذا قام به البعض سقط عن
الباقيين إن وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ
أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾، وجه الدلالة: دلت الآية على أن من سلم من
قتل نفس فلم يقتلها وأحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً والتقاط اللقيط فيه إحياء للنفس،
وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، وجه الدلالة:
دلت الآية على أمر الله لعباده بالمعونة على فعل الخيرات وهو البر والتقوى وترك
المنكرات وهي الإثم والعدوان وبينهاهم عن التناحر على الباطل والتعاون على المأثم
والمحارم.

ينظر: المعجم الوجيز، ص (٥٦٢)، لسان العرب (٣٩٢/٧)، وينظر: البحر الرائق
(١٥٥/٥)، المبسوط، للسرخسي (٢٠٩/١٠)، الدر المختار (٢٦٩/٤)، حاشية
الدسوقي (١٢٤/٤)، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص (٢٢٥)، المهذب (٤٣٤/١)،
المبدع، لابن مفلح (٢٩٣/٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٣٦٣/٢)، المغني (٦/
٣٥)، تفسير فتح القدير (٣٤/٢)، تفسير ابن كثير (٧/٢).

ومن السنة: ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليس منا من لم يوقر الكبير
ويرحم الصغير ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر» [صحيح ابن حبان (٢٠٣/٢) كتاب
البر والإحسان، باب: الرحمة، رقم (٤٥٨)]. وجه الدلالة: دل الحديث على أنه ليس
على طريقتنا وهو كناية عن التبرئة ممن لا يكون من أهل الرحمة لأطفالنا ولم يعظم
كبيرنا. ويحرم طرح اللقيط بعد التقاطه لأنه قد وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده

الصغير وقد قال ﷺ: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا، فليس منا»^(١).
 قالوا: هذا إذا كان يخاف عليه لا محالة، فإن وجده واقعا في الماء، أو بين يدي
 سبع، يفرض عليه الأخذ.
 وإذا جاء^(٢) الملتقط باللقيط إلى القاضي، وطلب من القاضي أن يأخذه^(٣)،
 فللقاضي أن [لا]^(٤) يصدقه في ذلك بدون البينة يقيمها على أنه لقيط؛ لأنه متهم
 فعله ولده، أو [بعض]^(٥) من تلزمه نفقته، واحتمال بهذه الحيلة ليدفع النفقة عن
 نفسه.

وإذا أقام البينة على ذلك، فالقاضي يقبل بينته من غير خصم حاضر، إما لأن هذه
 بينة قامت لكشف الحال؛ أو لأنها غير ملزمة، والخصم في مثل هذا ليس بشرط،
 وإذا قبل القاضي بينته، إن شاء قبض اللقيط منه، وإن شاء لم يقبضه منه، ولكنه

= إلى ما كان عليه.

واللقيط حر: لأن الأصل في بني آدم الحرية، وكذا الدار دار الأحرار، ولأن الحكم
 للغالب فيترتب عليه أحكام الأحرار، وقال النخعي كما قال ابن المنذر: أجمع أهل
 العلم على أن اللقيط حر.

جاء في موطأ مالك: قال يحيى: قال مالك: عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة
 - رجل من بني سليم - أنه وجد منبوءاً في زمان عمر بن الخطاب، قال: فجننت به إلى
 عمر بن الخطاب، فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدت ضائعة
 فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال عمر: أكن ذلك؟ قال:
 نعم، فقال عمر: اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته. [موطأ مالك (٧٣٨/٢) كتاب
 الأفضية، باب: القضاء في المنبوء، رقم (١٤١٧)]. فتبين من قول عمر رضي الله عنه
 أن اللقيط حر ونفقته على بيت المال.

ينظر: البحر الرائق (١٥٥/٥)، المبسوط (٢٠٩/١٠)، حاشية الدسوقي (١٢٤/٤)،
 المدونة الكبرى (٢٢٢/٧)، الإنصاف، للمرداوي (٤٣٢/٦)، المغني، لابن قدامة (٦/
 ٣٥)، تحفة الأحوذني (٤٠/٦).

(١) أخرجه الترمذي (٢٨٤/٤) كتاب البر والصلة، باب: ما جاء في رحمة الصبيان، حديث
 (١٩٢١)، وأحمد (٢٥٧/١)، وابن حبان (١٩١٣-موارد) من حديث ابن عباس.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: منه.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

يوليه ما تولى، ويقول: [قد]^(١) التزمت حفظه أنت، فأنت وما التزمت، وليس لك أن تلزمني ما لم ألتزمه، وهذا إذا لم يعلم القاضي عجزه عن حفظه، والإنفاق عليه، فإذا علم، فالأولى أن يأخذه منه نظرا للقيط، وإذا أخذه منه يضعه على يد عدل. وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه، إن أنفق بغير أمر القاضي [فهو متبرع وإن أنفق بأمر القاضي إن كان القاضي]^(٢) أمره بالإنفاق على أن يكون دينا عليه فإن ظهر له أب كان للملتقط^(٣) حق الرجوع على أبيه، وإن لم يظهر له أب فله حق الرجوع عليه [إذا كبر، وإن كان القاضي أمره بالإنفاق، ولم يقل: على^(٤) أن يكون دينا عليه]^(٥)، ذكر شيخ الإسلام أن في المسألة روايتين، وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا يكون له حق الرجوع في ظاهر الرواية، وذكر الطحاوي - رحمه الله - عن أصحابنا أن له حق الرجوع في ظاهر الرواية.

قال شمس الأئمة هذا: والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية، ووجهه أن مطلق^(٦) الأمر بالإنفاق^(٧) يحتمل أن يكون للحث والترغيب في إتمام ما شرع فيه، وقد انقطع نحو هذا الاحتمال بالأمر على أن يكون دينا عليه.

وإذا بلغ اللقيط وصدق الملتقط فيما ادعى [من]^(٨) الإنفاق عليه، رجع بذلك عليه وإن كذبه، كان القول قول اللقيط، وعلى الملتقط البينة؛ لأنه يدعي [دين النفقة]^(٩) على اللقيط وهو ينكر. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: اللقيط.

(٤) زاد في م: ذلك.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: يطلق.

(٧) زاد في م: ويطلق أنه لقيط.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

الفصل الثاني

في دعوى نسب اللقيط

وإنه يشتمل على أنواع:

[النوع الأول^(١)]: نوع في دعوى الملتقط^(٢)، أو غيره وحده [و^(٣) نسبه: وإذا ادعى الملتقط نسب اللقيط، فالقياس: ألا تصح دعواه لمكان التناقض فإنه زعم أنه التقطه، وابنه لا يكون لقيطا، ولأن هذا إقرار على اللقيط، فإنه يلزمه أحكام النسب، والإقرار على الغير لا يصح.

وفي الاستحسان^(٤): تصح دعواه^(٥) لأن هذا إقرار على نفسه من وجه، من حيث إنه يلزمه نفقته، ويجب عليه أن يحفظه، وإن كان هذا إقرارًا على اللقيط فهو إقرار عليه بما ينفعه من كل وجه [و^(٦) بالالتقاط تثبت [له^(٧) هذه الولاية^(٨)]. وما يقول بأنه مناقض^(٩).

قلنا: نعم، ولكن [يدعي^(١٠)] فيما طريقه طريق الخفاء، فقد يشتهه على الإنسان حال ولده الصغير [ويظن أنه لقيط، ثم يتبين له بعد ذلك أنه ولده. وإن ادعاه رجل آخر: فالمسألة على القياس والاستحسان أيضا، وهذا قياس آخر، لأن المدعي^(١١) يريد أن^(١٢) يأخذه من يد الملتقط^(١٣)، ويبطله، ويأخذ منه

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ: اللقيط.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الاستحقاق.

(٥) في أ: دعوته.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٢٧/٥).

(٩) في م: متناقض.

(١٠) سقط في م.

(١١) في أ: الذي.

ما يثبت له من الحق.

وإذا مات اللقيط، وادعى رجل أنه ابنه، لا تصح دعوته^(١)، فعلى جواب الاستحسان فرق بين الحياة، وبين ما بعد الموت؛ لأنه^(٢) في حالة الحياة، إنما صحت دعواه^(٣)؛ لأنه أقر بما ينفع اللقيط من كل وجه، وهو النسب، وبالموت استغنى عن النسب، ففي^(٤) كلامه دعوى الميراث، فلا تصدق إلا بحجة. ولو ادعت امرأة [أن اللقيط]^(٥) ابنها، وهي حرة، أو أمة، لم تصدق على ذلك إلا ببينة، فإن أقامت امرأة واحدة على أنها والدته، قبل ذلك منها إذا كانت عدلة حرة.

أطلق الجواب، ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج، أو لم يكن. من مشايخنا [من قال]^(٦): المسألة محمولة على ما إذا كان لها زوج؛ لأنها تحمل النسب على فراش الغير، أما إذا لم يكن لها زوج، فلا تحتاج إلى بينة، وهي والرجل سواء. ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها، وقال: الحكم في حقها يثبت بحقيقة الولادة، وللقابلة وقوف عليها، فلا بد من إقامتها لقبول قولها، [فأما جانب]^(٧) الرجل [فالحكم]^(٨) منقطع عن الحقيقة، وعلق [بالنسب الظاهر]^(٩)، فكان قوله مقبولا فقد أشار في هذه المسألة إلى قبول شهادة القابلة.

(١٢) سقط في م.

(١٣) في أ، م: اللقيط.

(١) في م: دعواه.

(٢) في أ، م: لأن.

(٣) في أ: دعوته.

(٤) في م: بقي.

(٥) في أ: أنه، وفي م: اللقيط أنه.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: فإذا خاف.

(٨) في أ، م: الحكم.

(٩) في أ: بالنسبة الظاهرة.

قالوا: وهذا إذا كان صاحب اليد لا يدعيه لنفسه؛ لأنه إذا كان لا يدعيه لنفسه لا يكون له على اللقيط يد مستحقة [فلا تكون هذه الشهادة متضمنة إبطال يد مستحقة]^(١)؛ ألا ترى أن للقاضي أن ينزعه من يده، من غير شهادة القابلة، فمع [شهادة القابلة]^(٢) أولى، فأما إذا كان صاحب اليد يدعيه لنفسه لا تقبل شهادة القابلة، ولا يقضى للمدعية عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقضى للمدعية بناء على شهادة القابلة على الولادة؛ [لأن شهادة المرأة الواحدة]^(٣) إذا لم تتأيد [بمؤيد]^(٤) وتضمنت إبطال حق مستحق على الغير ليست بحجة عند أبي حنيفة، وهاهنا تضمنت إبطال اليد على ذي اليد فصار وجودها والعدم بمنزلة، بقي مجرد الدعوى من جانب المرأة ومن جانب صاحب اليد [لذلك]^(٥) يقضي^(٦) لصاحب [اليد]^(٧).

وعندهما: شهادة القابلة حجة بمنزلة شهادة الرجلين فيقضى بالولد للمدعية^(٨). ولو ادعى اللقيط ذمي فعلى القياس والاستحسان الذي ذكرنا في المسلم أنه [في القياس]^(٩) لا يصدق، وفي الاستحسان يصدق، ويثبت نسبه منه، ويكون مسلماً. ووجه ذلك: أن إثبات النسب نفع^(١٠)، وإثبات النفقة والدين ضرر ونفع^(١١) منفصل عن الضرر، فنجعله لنفع^(١٢) ويقدر الضرر.

- (١) سقط في أ.
- (٢) في م: شهادتها.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) في م: بموته.
- (٥) في م: كذلك.
- (٦) في أ: يقتضي.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في أ: رغبة.
- (٩) سقط في أ، م.
- (١٠) في أ: يقع.
- (١١) في أ: وتقع.
- (١٢) في أ: ليقع.

وفي المنتقى: الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : ويقبل على [الملتقط]^(١) المسلم شهود^(٢) النصارى لمسلم، أو نصراني^(٣) في قولهم جميعاً، يريد به: إذا كان الملتقط مسلماً، فادعاه مسلم، أو نصراني أنه ابنه، وأقام على ذلك شهود النصارى، تقبل بيته.

قال أبو الحسن: هذا الجواب^(٤) يستقيم فيما [إذا] كان^(٥) [الملتقط]^(٦) ذميًا، فأما^(٧) [إذا] كان [الملتقط]^(٨) مسلماً [فلا]^(٩)؛ لأنها توجب [استحقاق] اليد على^(١٠) [الملتقط]^(١١)، وشهادة أهل الذمة لاستحقاق اليد على المسلمين لا تقبل. وقيل أيضًا: هذا الجواب لا يتأتى على طريق الاستحسان [إذا]^(١٢) النسب ثابت بالدعوة^(١٣) بدون البيعة، ولا حاجة إلى البيعة.

وللاستحسان وجه آخر: هو أن للقاضي ولاية إبطال اليد على الملتقط من غير بيعة، ومن غير نسب بأن يأخذه من يد الملتقط ويضعه على يد عدل فمع البيعة أولى. والله أعلم.



-
- (١) في أ، م: اللقيط.
 (٢) في أ: بشهود.
 (٣) في أ: بنصراني.
 (٤) زاد في م: لا.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في م: اللقيط.
 (٧) سقط في أ.
 (٨) في أ، م: اللقيط.
 (٩) سقط في أ.
 (١٠) في أ: يد.
 (١١) في م: استحقاقها يد اللقيط.
 (١٢) سقط في م.
 (١٣) في أ: والدعوى.

النوع الثاني: نوع آخر في دعوى اللقيط من الملتقط، ومن غيره: وأنه قسمان: قسم في الرجلين، وقسم في المرأتين. أما القسم الأول: إذا كان الصبي في يد رجل فادعى أنه ابنه، ويقيم على ذلك بينة، ويقيم رجل آخر [بينة]^(١) أنه ابنه، قضى لصاحب اليد؛ [لأن النسب بمعنى النتاج، وفي النتاج بينة صاحب اليد أولى]^(٢). وإن أقام صاحب اليد بينة أنه ابنه، من امرأته هذه، قال: أجعله ابن الرجل والمرأة التي هو في أيديهما، سواء ادعى الأب وجحدت المرأة أو ادعت المرأة، وجحد الأب، يريد به أنه إذا ادعى الرجل الذي الصبي في يديه أنه ابنه من هذه المرأة، والمرأة تجحد، أو ادعت المرأة التي في يدها [هذا]^(٣) الصبي، أنه ابنها من هذا الرجل، والرجل يجحد.

وهذا أيضا على أن الأب ينتصب خصمًا عن ولده في إثبات حقوقه، فصار إقامة البينة من الأب، كإقامة البينة من الابن، ولو كان بالغًا، فأقام البينة على الأم أنه ابنها ثبت نسبه منها، كذا هاهنا، وكذا الأم تنتصب^(٤) خصمًا عن الولد في إثبات نسبه من الأب؛ لأن النسب محض منفعة في حق الصغير، وفيما تمحض منفعة في حق الصغير، الأم والأب [فيه]^(٥) على السواء؛ ألا ترى أنه كما يصح قبول الهدية من الأب على ابنه الصغير يصح قبولها من الأم، وإنما التفاوت بين الأم والأب في الحقوق الدائرة^(٦) بين الضرر والنفع، فالأم لا تنتصب خصمًا في ذلك عن الولد والأب ينتصب خصمًا.

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: تثبت.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: المترددة.

صبي في يد امرأة، ادعت امرأة أخرى أنه ابنها وأقامت على ذلك بينة، [وادعت التي في يديها الصبي أنه ابنها، وأقامت على ذلك بينة]^(١) يقضى للتي في يديها، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : فلأن شهادة المرأة الواحدة للخارجة عند^(٢) دعوى ذي اليد، ومجرد دعوى الخارجة سواء، وأما على قولهما: فلأنهما استويا في الدعوى [والحجة]^(٣) وترجحت صاحبة اليد بحكم يدها. ولو شهد لصاحب اليد [امرأة]^(٤) وشهد للخارجة رجلان قضى للخارجة، أما على قول أبي حنيفة فلما ذكر أن شهادة امرأة واحدة على الولادة حالة المنازعة ومجرد الدعوى سواء، وأما عندهما: فلأنه لا تعارض بين الحجيتين، لأن شهادة امرأة واحدة حجة على الولادة [لا غير، وشهادة الرجلين حجة على الولادة]^(٥) وغيرها من الأحكام.



-
- (١) سقط في أ، م.
 (٢) في م: عندي.
 (٣) سقط في أ.
 (٤) سقط في م.
 (٥) سقط في أ.

نوع آخر في دعوى الخارجين :

وإذا ادعى اللقيط رجلاً ثبت النسب منهما ولو سبق أحدهما بالدعوى فهو للسابق، ولا تقبل دعوى بعد ذلك إلا أن يقيم الآخر بينة بعد ذلك أنه ابنه؛ لأن السبق في الدعاوى لا يقاوم البينة.

وإن ادعاه امرأتان، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يثبت النسب من واحدة منهما؛ لأن إثبات النسب في جانبهما^(١) ينبئ [عن حقيقة]^(٢) الولادة، واجتماع المرأتين على ولادة ولد واحد لا يكون بخلاف جانب الرجل؛ لأن الحكم في حقه منقطع عن الحقيقة يعني [عن]^(٣) النسب وهو الفراش، وأما على قول أبي حنيفة: [فالنسب يثبت]^(٤) من المرأتين، ولكن لا بد له من حجة عند^(٥) التعارض^(٦) والتنازع، والحجة^(٧) شهادة امرأة واحدة على رواية أبي حفص، وعلى رواية أبي سليمان: الحجة شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فإن أقامتا ذلك ثبت النسب منهما وإلا فلا.

صبي في يد رجل حر، جاء رجل حر تحته حرة^(٨) وأقام بينة أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام الذي في يده بينة أنه ابنه [إلا أنه لم ينسبه إلى أمه]^(٩)، فإنه يقضي بالولد للمدعي؛ لأن بينته أكثر إثباتاً [لأنها]^(١٠) تثبت النسب من الأب والأم جميعاً، وبينه صاحب اليد لا تثبت النسب من الأم إذا لم ينسبه إلى الأم، فما^(١١) استوت البيتان في الإثبات لتعتبر اليد مرجحاً^(١٢).

(١) في م: جناحيتها.

(٢) في م: حقيقة على.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: المتعارض.

(٧) زاد في أ: و.

(٨) في م: حر.

(٩) في أ: من امرأته هذه وأقام الذي في يده أنه ابنه إلا أنه لم يثبت إلى أبيه.

(١٠) سقط في م.

(١١) في أ: فيما.

(١٢) في أ: ترجيحاً.

نوع آخر: في دعوى الخارجين .

وإذا ادعى اللقيط رجل أنه ابنه من هذه المرأة الحرة [وادعاه رجل آخر أنه ابنه من هذه المرأة الحرة]^(١) الأخرى قضي بالولد بينهما، وهل يثبت نسب الولد من المرأتين؟ عند أبي حنيفة يثبت، وعندهما لا يثبت .

وإن وقتت كل بينة وقتًا فإن عرف أن سن الصبي على أحد الوقتين يقضي لصاحبها؛ لأنه ظهر الصدق فيها، وظهر الكذب و^(٢) الغلط في الأخرى، وشهادة الكاذب والغالط لا تقبل .

وإن كان سن الصبي لا يحتمل أن يكون على كل واحد من الوقتين، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: يسقط اعتبار التاريخ ويقضى [به]^(٣) بينهما باتفاق الروايات، وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-، ذكر شيخ الإسلام في شرح دعوى الأصل: أنه يقضى [به بينهما]^(٤) في رواية أبي حفص، ولا يعتبر التاريخ، وذكر أبو سليمان: أنه يقضى لأسبقهما تاريخًا^(٥) .

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح دعوى الأصل: وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه يقضى [به]^(٦) بينهما [في عامة الروايات]^(٧)، وذكر في بعض الروايات: أنه يقضى لأسبقهما تاريخًا .

قال محمد - رحمه الله - : والصحيح ما ذكر في عامة الروايات عن أبي حنيفة - رضي الله عنه-؛ [لأنه]^(٨) لا عبرة للتاريخ في باب النتاج، حتى [إنه]^(٩) إذا ادعى

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: أو .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٢٩/٥) .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في أ، م .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في م .

رجلان نتاج دابة في يد آخر، وأقام البيئة^(١)، وكان سن الدابة مشكلا، أنه يقضى [بها]^(٢) بينهما.

فإذا على رواية أبي حفص كما ذكر شيخ الإسلام، وعلى عامة الروايات كما ذكر شمس الأئمة الحلواني لا فرق بين دعوى النسب، وبين دعوى التناج، والتاريخ ساقط فيهما عند أبي حنيفة - رحمه الله-، [كما هو قولهما، وعلى رواية أبي سليمان كما ذكر شيخ الإسلام، وعلى بعض الروايات كما ذكر شمس الأئمة: التاريخ في النسب [معتبر]^(٣) عند أبي حنيفة^(٤)، وفي التناج ساقط^(٥) الاعتبار، والقياس ألا تكون للتاريخ عبرة في النسب كما في التناج؛ لأن النسب بمعنى التناج من حيث إنه يثبت ابتداء [الولد على الوالد]^(٦) كما في التناج و[لأن]^(٧) من جهة أخرى النسب لا يثنى ولا يكرر.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - في بعض الروايات يقول: إنما سقط^(٨) اعتبار التاريخ في التناج؛ لأن زيادة التاريخ لصاحب الزيادة زيادة استحقاق على أحد ولأن التناج لا يستحق على أحد فصار وجوده والعدم بمنزلة، أما^(٩) زيادة التاريخ في باب النسب يثبت لصاحب الزيادة [زيادة]^(١٠) استحقاق؛ لأن النسب يوجب حقوقاً بين الوالد والولد فأسبقهما تاريخاً بزيادة التاريخ يثبت زيادة استحقاق، فكانت بينته أولى.

(١) في أ: بينته بينة ذلك.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: ساقطة.

(٦) في أ: الوالد على الولد، وفي م: الولد.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: يسقط.

(٩) في أ: أشار.

(١٠) سقط في أ، م.

وإن كان سن الصبي مخالفاً لأحد الوقتين بيقين، مشكلاً في وقت لا الآخر، يقضى للمشكّل؛ لأنه لم يتيقن كذبه، وتيقن بكذب الآخر.

وإذا ادعى اللقيط رجلان أحدهما أنه ابنه، وادعى الآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى، فإن كان مشكلاً قضى [به] ^(١) بينهما، وإن لم يكن مشكلاً وحكم بكونه أنثى ^(٢) فهو للذي يدعي أنه [ابنته] ^(٣) وكذلك إذا حكم بكونه [ذكراً] ^(٤) قضى للذي ادعى أنه ابنه إذا ثبت دعوى اللقيط.

[وإذا ادعى اللقيط] ^(٥) رجلان كل واحد منهما يدعي أنه ابنه، ويوصف أحدهما بعلامات في جسده ^(٦) وأصاب، ولم يصف الآخر، فإنه يقضى للذي وصف وأصاب، وجعل إصابة الوصف علامة صدقه في ^(٧) دعواه.

وفرق بين اللقيط وبين اللقطة، فإن اللقطة إذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب، ولم يصف الآخر، فإنه لا يقضى لصاحب الوصف، والفرق أن إصابة الوصف أمر محتمل، يحتمل أنه إنما أصاب؛ لأنه رآه، ويحتمل أنه إنما أصاب؛ لأنه رآه ^(٨) في يد غيره، والمحتمل لا يصلح سبب استحقاق على الغير، إنما يصلح ترجيحاً لما هو سبب الاستحقاق، كاليد في دعوى النجاج، وفي دعوى التملك من الثالث.

إذا ثبت هذا فنقول: في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق ^(٩) [وهو

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: ابناً.
- (٣) في م: ابنه.
- (٤) في م: ابنه.
- (٥) سقط في أ، م.
- (٦) في أ: جلده.
- (٧) في م: و.
- (٨) في أ: رأى.
- (٩) سقط في أ.

الدعوى؛ لأنها سبب الاستحقاق^(١) في حق اللقيط؛ ألا ترى أنه لو تفرد بدعوى اللقيط قضي له به، كما لو أقام البينة، فيعتبر الوصف لترجيح سبب الاستحقاق، [فأما في اللقطة، فالدعوى ليست سبب الاستحقاق]^(٢) حتى يترجح بالوصف، فلو اعتبر الوصف، اعتبر لأجل الاستحقاق، والوصف لا يصلح [سبباً]^(٣) للاستحقاق فافترقا.

فإن لم يصف واحد منهما، فهو بينهما؛ لاستوائهما، فإن وصفا، وأصاب أحدهما يقضى للذي أصاب.

وكذا إذا قال أحدهما: هو غلام، وقال الآخر: هو جارية، يقضى للذي أصاب وإن وصف أحدهما دون الآخر، وأصاب في بعض ما وصف، وأخطأ في البعض، فهو بينهما؛ لأن اعتبار ما أصاب دل على صدقه واعتبار ما أخطأ يدل على كذبه فوقع التعارض بينهما، فيسقط اعتبارهما، ويجعل كأنه لم يذكر شيئاً.

ولو تفرد أحدهما بالوصف، وقال: هو غلام، فإذا هو جارية، أو قال: هي جارية فإذا هو غلام، لم يقض له أصلاً؛ لأنه ظهر علامة كذبه في دعواه، ولأن ما ادعاه معدوم، ودعوى المعدوم باطلة.

صبي في يد رجل لا يدعيه، أقامت امرأة بينة أنها ولدته، ولم تسم أباه، وأقام رجل بينة أنه ابنه ولد على فراشه ولم يسم أمه، فإنه يجعل ابن هذا الرجل من هذه المرأة ويجعل كأنها ولدته على فراش هذا الرجل.

وكذلك إذا كان الصبي في يد هذا الرجل وباقي المسألة بحالها، فإنه يجعل ابن هذا الرجل من هذه المرأة ولا يعتبر الترجيح باليد [بخلاف ما]^(٤) لو كان المدعي رجلين، والصبي في يد أحدهما فإن هناك يقضى لصاحب اليد، [لأن الترجيح بحكم

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، وفي م: كما.

اليد^(١)][^(٢) إنما يكون عند تعذر العمل بالبيتين، وقد أمكن العمل بالبيتين هاهنا؛ لأنهما قامتا لإثبات نسب هذا الولد من هذا الرجل وهذه المرأة، والنسب هكذا يثبت من الرجل والمرأة، بخلاف ما إذا كانت الدعوى من رجلين؛ لأن هناك تعذر العمل بالبيتين؛ لأن النسب لا يثبت من رجلين فرجحنا بينة أحدهما بحكم اليد.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر: في دعوى الذمي مع المسلم نسب [اللقيط]^(١):

صبي في يد رجل من أهل الذمة يدعي أنه ابنه، جاء رجل من المسلمين، وأقام بينة من المسلمين، أو من أهل الذمة أنه ابنه، وأقام الذي في يده بينة من المسلمين أنه ابنه، قضى للذمي، وترجح الذمي على المسلم بحكم يده^(٢)، ولو كان مدعي الصبي في هذه الصورة خارجين^(٣) أحدهما ذمي، والآخر مسلم، وأقام كل واحد منهما بينة من المسلمين، قضى للمسلم؛ فقد ترجح المسلم على الذمي في هذه الصورة بحكم الإسلام، ولم يرجحه عليه في الصورة الأولى.

والحاصل أن الترجيح في باب النسب: أولاً باليد، فمهما أمكن الترجيح بحكم اليد لا [يعتبر]^(٤) الترجيح بحكم الإسلام، وفي الصورة [الأولى]^(٥) أمكن الترجيح باليد، وفي الصورة الثانية تعذر الترجيح باليد؛ لأنهما خارجان فصار إلى الترجيح بحكم الإسلام، وهذا إذا استويا في الإثبات، أما إذا كانت بينة الكافر أكثر إثباتاً لا يعتبر الترجيح بالإسلام حتى إن الذمي لو كان ادعى صبيّاً في يد رجل أنه ابنه ولد على فراشه فأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وأقام عبد^(٦) بينة أن هذا الصبي ابنه ولد على فراشه من هذه الأمة قضى بالصبي للذمي، ولم يترجح العبد بحكم الإسلام، وإن كانا خارجين؛ [لأن بينة]^(٧) الذمي أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

وكذلك العبد إذا كانت [تحتة]^(٨) أمة، وفي يديهما صبي، جاء حر تحتة حرة،

(١) في أ، م: الغير.

(٢) في أ: اليد.

(٣) في أ: جاء رجلان.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: عند القاضي.

(٧) في أ: لإقامة.

(٨) سقط في أ.

وادعى أن الصبي ابنه من هذه المرأة وأقام على ذلك بينة، وأقام العبد بينة بأنه ابنه من امرأته هذه، قضي به للحر، ولم تعتبر اليد الثابتة للعبد ترجيحًا إذا كان الخارج حرًا، لأن اليد إنما تعتبر للترجيح، إذا استوت البيتان في الإثبات، ولا استواء هاهنا؛ لأن بينة الحر مثبتة للنسب بجميع أحكامه، وبينة العبد لا تثبت [النسب]^(١) بجميع أحكامه.



(١) في أ، م: اليد.

نوع آخر في دعوى العبد نسب اللقيط:

وإذا ادعى [عبد]^(١) أن اللقيط ابنه من امرأته هذه، وهي أمة، يثبت النسب استحساناً، وكان الولد حرّاً عند^(٢) محمد - رحمه الله-، وعبدًا عند أبي يوسف - رحمه الله -.

محمد يقول: تحت دعوى العبد شيئان: أحدهما للقيط [وهو النسب]^(٣)، والآخر عليه: وهو الرق، وأحدهما منفصل عن الآخر في الجملة، فيعتبر دعواه فيما له، ولا تعتبر دعواه فيما عليه.

ألا ترى [أنه]^(٤) لو ادعاه ذمي [وقد وجد]^(٥) في مصر المسلمين، فإنه تصح دعواه ويثبت النسب منه، ويكون الولد مسلماً، وطريقه اعتبار دعواه^(٦) فيما للقيط لا فيما عليه كذا هاهنا.

ووجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن المدعي صدق في جريان^(٧) النسب، فيصدق فيما كان من ضروراته تبعاً، ومن ضرورة ثبوت نسب الولد المولود بين رقيقين [أن يحكم]^(٨) برقه تبعاً؛ ألا ترى أن مجهولة النسب إذا أقرت أنها ابنة^(٩) أبي زوجها، وصدقها أبو الزوج في ذلك يثبت النسب، ويفسد النكاح، [وفساد النكاح]^(١٠) أضر على الزوج، وقد صدقت في ذلك لما كان ذلك من ضرورات

(١) في أ: العبد.

(٢) زاد في م: أبي حنيفة و.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: آخر.

(٦) في أ: دعوته.

(٧) في أ: جهات.

(٨) في أ: فيحكم.

(٩) في أ: أمته.

(١٠) سقط في م.

[ما]^(١) أقرت على نفسها، وهو [النسب]^(٢) كذا هاهنا.
بخلاف ما إذا ادعاه ذمي؛ لأنه ليس من ضرورة ثبوت النسب من الذمي أن يكون
ذميًا، بأن أسلمت [أمه]^(٣) والله أعلم.



(١) سقط في أ.
(٢) في أ، م: الرق.
(٣) في أ: أمها، وسقط في م.

نوع آخر: فيما إذا ادعى [رجل]^(١) نسب اللقيط، [وادعى آخر أنه عبده: إذا ادعى اللقيط]^(٢) رجل أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وادعاه آخر أنه عبده، وأقاما^(٣) البينة على ذلك، قضى للذي ادعى البنوة؛ لأنه أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت الحرية، وبينة الآخر تثبت الرق، والحرية أكد من الرق؛ لأن [الحرية]^(٤) لا تنقض إلا بسبب غير^(٥) مشروع وهو [البعض، والرق ينقض بسبب مشروع وهو العتق، وسبب غير مشروع وهو البعضية]^(٦) فعلم أن الحرية أكد، فكانت بينة الحر أكثر إثباتاً.

وإن ادعى أحدهما أنه ابنه من هذه المرأة الأمة، [وادعى آخر أنه ابنه من هذه المرأة الحرة]^(٧) وأقاما البينة، قضى للذي ادعى النسب من المرأة الحرة، أما إذا كان المراد من المرأة الأمة: [المنكوحه الأمة]^(٨) فظاهر؛ لأن^(٩) بينة مدعي النسب من المرأة الحرة تثبت حرية اللقيط، وبينة الآخر تثبت رقه، وأما إذا كان [المراد من]^(١٠) المرأة الأمة: [الأمة السرية]^(١١) فكذلك، وإن كانت كل بينة تثبت حرية الولد [إلا أن بينة]^(١٢) مدعي النسب من الحرة تثبت جميع أحكام النسب من الجانبين، وبينة مدعي النسب من الأمة تثبت النسب بجميع أحكام [الجانب]^(١٣) الواحد، فكانت بينة مدعي النسب من الحرة أكثر إثباتاً.

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في أ: وأقام.
- (٤) في م: الرق.
- (٥) في أ: عن.
- (٦) بدل ما بين المعقوفين في م: النقل.
- (٧) سقط في أ، م.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) في أ: إلا أن.
- (١٠) في أ، م: كانت.
- (١١) سقط في أ، وفي م: أمة.
- (١٢) في أ: لأن.
- (١٣) سقط في أ.

نوع آخر: في أنه إذا ادعى^(١) اللقيط من زوجته، أو أمته هل يشترط تصديقهما^(٢) إذا^(٣) ادعى اللقيط أنه ابنه من زوجته هذه، أو أمته [هذه]^(٤)، وصدقته الزوجة أو الأمة ثبت النسب منهما، فقد شرط تصديق الزوجة، أو الأمة لإثبات النسب منهما، وإنه لا يشكل في حق الزوجة؛ لأنه أقر [عليها بما يلزمها]^(٥) من حقوق النسب، وإقرار الزوج على زوجته يتوقف على تصديقها^(٦)، وإنما يشكل في حق الأمة؛ لأنه إقرار على مملوكته^(٧).

والجواب: إقرار المالك على مملوكه^(٨) بما يلزم المملوك للحال صحيح [تعتبر]^(٩) قيمته من غير تصديق المملوك كالإقرار بالدين، أما بما يلزمه في الحال وبعد العتق لا يصح [إلا بتصديق من المملوك]^(١٠).

إذا ثبت هذا، فنقول: في مسألتنا أقر عليها بحقوق النسب، وحقوق النسب كما تلزمها في الحال، تلزمها بعد العتق، فلا يصح [إلا بتصديق]^(١١) منها.



(١) زاد في أ: نسب.

(٢) في أ: تصديقه.

(٣) في أ: وإذا.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: عليهما بما يلزمهما.

(٦) في أ: تصديقهما.

(٧) في أ: ملكيته.

(٨) في أ: مملوكته.

(٩) في م: بقدر.

(١٠) في أ: التصديق.

(١١) سقط في أ.

الفصل الثالث

في المتفرقات

إذا ادعى الملتقط أن اللقيط عبده لم تصح دعواه^(١)؛ لأننا حكمنا بحريته ظاهراً فلا يبطل ذلك بمجرد قوله.

ويقتصر الإمام من قاتله، وعن أبي يوسف: أنه لا يقتصر، وإذا وجد قتيلاً، فالقسامة [والدية]^(٢) على أهل ذلك المكان لبيت المال، وكذلك الدية في الخطأ لبيت المال.

وفي فتاوى أهل سمرقند: الملتقط إذا أمر بختان الصبي [فهلك الصبي يضمن]^(٣) الملتقط؛ إذ ليس له ولاية ختانه، فيصير بهذا الأمر جانياً ولا يضمن الختآن.

قيل: هذا إذا لم يعلم الختآن بكونه ملتقطاً، فأما إذا علم، يضمن. وإذا وجد مع اللقيط مال^(٤) فهو [للقيط]^(٥)، ويأمر القاضي الملتقط بالإنفاق من ذلك المال.

وقيل: [الملتقط]^(٦) ينفق بنفسه من غير أمر القاضي، هذا القول في [الفضل]^(٧). والله أعلم.



(١) في أ: دعوته.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: فهل للصبي تضمين.

(٤) في أ: مالا.

(٥) في أ، م: للملتقط.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: النفل.

كتاب اللقطة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول

في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها^(١)

يجب أن يعلم أن أخذ اللقطة^(٢) على نوعين: نوع من ذلك يفترض وهو ما إذا خاف ضياعها، ونوع من ذلك لا يفترض وهو ما إذا لم يخف ضياعها [ولكن يباح]^(٣)، أجمعوا عليه العلماء واختلفوا فيما بينهم أن الأخذ أفضل، أو الترك،

(١) في أ: وتمليكها.

(٢) اللقطة لغة: اسم لما يُلْقَطُ، وفيها أربع لُغَاتٍ، نظمها شيخنا أبو عبد الله بن مالك فقال:

[الرجز]

لُقَاطَةٌ، وَلُقْطَةٌ، وَلُقْطَةٌ، وَلَقَطٌ مَا لَا قِطُّ قَدْ لَقَطَهُ
فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، وروي عن الخليل: وَاللُّقْطَةُ،
بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط، وقال أبو منصور:
وهو قياس اللغة؛ لأن فُعْلَةً - بفتح العين - أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول،
كضُحْكَةٍ للكثير الضُّحْكِ، وضُحْكَةٍ لمن يضحك منه.

ينظر: المغرب (١٧٠/٢)، المطلع، ص (٢٨٢)، القاموس المحيط (٢٩٧/٢).

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها، ويردها على صاحبها،
وهي الشيء الذي يجده ملقى ليأخذه أمانة. واللقطة مال معصوم عرض للضياع.

وعرفها المالكية بأنها: مال معصوم عُرض للضياع، وإن كلباً أو فرساً.

وعرفها الشافعية بأنها: مال أو اختصاص محترم، ضاع بنحو غفلة، بمحل غير مملوك
لم يحرز، ولا عرف الواجد مستحقه، ولا امتنع بقوته.

وعرفها الحنابلة بأنها: المأل الضائع من ربه، يلتقطه غيره.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٣٤٨)، تبين الحقائق (٣/٣٠١)، شرح فتح القدير (٦/

١١٨)، نهاية المحتاج (٥/٤٢٦)، مغني المحتاج (٢/٤٠٦)، الشرقاوي على التحرير (٢/

١٣٥)، جواهر الإكليل (٢/٢١٧)، حاشية الدسوقي (٤/١١٧)، الشرح الصغير (٢/

٣٥٠)، المغني، لابن قدامة (٥/٦٣٣)، كشاف القناع (٤/٢٠٨ ٢٠٩).

والأصل فيها قبل الإجماع: الآيات الأمرة بالبر والإحسان، إذ في أخذها للحفظ والرد

إحسان، والأخبار الواردة في ذلك كَحَبْرٍ مسلمٍ «والله في عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ
أَخِيهِ».

(٣) في أ: ولأن أخذها.

ظاهر مذهب أصحابنا أن الأخذ أفضل؛ لأنه لو لم يأخذ هو ربما تصل إليها يد خائنة .
وبعض المتقدمين من أئمة التابعين قالوا: الترك أفضل؛ لأن صاحبها يطلبها في
المكان الذي سقطت منه، فإذا تركها وصلت إليها يد المالك .

ومن العلماء من قال: إن كان الرجل عدلا يأمن على نفسه الخيانة، فالرفع
أفضل، وإن كان فاسقا لا يأمن على نفسه الخيانة فالترك أفضل .

ثم ما يجده الرجل نوعان:

[النوع الأول]^(١): نوع يعلم أن صاحبه لا يطلبه كالنواة في مواضع مختلفة،
وقشور الرمان في مواضع متفرقة، فإذا وجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعه وصار بحكم
الكثرة له قيمة، فلا بأس بالانتفاع به؛ لأن كل واحد لا قيمة له، وإنما ظهرت القيمة
بالاجتماع، والاجتماع حصل بجمعه، فالقيمة إنما ظهرت بصنعه^(٢) وكان الانتفاع
بها، إلا أن صاحبها إذا وجدها في يده بعدما جمعها فله أن يأخذها، ولا تصير ملكا
للأخذ، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله-، وشمس الأئمة
السرخسي في شرح كتاب اللقطة، وهكذا ذكر القدوري في [شرحه]^(٣) المسائل
المنثورة^(٤) من كتاب الحظر والإباحة .

ووجه ذلك: [أن]^(٥) إلقاء هذه الأشياء في الطريق^(٦) إذن [بالأخذ، و]^(٧) الإباحة
للانتفاع بها [عادة]^(٨)، وليس بتمليك؛ [لأن التمليك]^(٩) من المجهول [لا

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: بصفة .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ: المشهورة .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ: الطرق .

(٧) سقط في أ .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في م .

يكون^(١) والإباحة لا تزيل^(٢) ملك المبيح، والمباح له ينتفع به على حكم ملكه، فإذا وجدها صاحبها في يده فقد وجد عين ملكه، فكان له الأخذ.

وذكر شيخ الإسلام في كتاب الذبائح: أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعها، وتصير ملكا للأخذ، وكذلك الجواب [في النقاط السنبال]^(٣)، وبه كان يفتي الصدر الشهيد.

وفي السير الكبير: لو أن رجلا وقفت عليه دابة فتركها، ولا قيمة^(٤) لها من الهزال، ولم [يقبل]^(٥) وقت الترك: ليأخذها من شاء، فأخذها رجل وأصلحها، فالقياس: أن يكون لأخذها كقشور الرمان المطروحة وأشباهها. [وفي الاستحسان]^(٦): يكون لصاحبها.

وأشار محمد - رحمه الله - لوجه الاستحسان فقال: ولا يشبه الحيوان في هذا النوى المطروح، والقشر المطروح، فإن ذلك [للأخذ].

قال: لأننا لو جوزنا ذلك في الحيوان^(٧) وجعلناه للأخذ بالأخذ لجوزناه في الجارية، والعبد يتركه الرجل مريضا في أرض مهلكة لا قيمة له، ويأخذه رجل ويحمله، وينفق عليه حتى يبرأ، فيصير ملكا له، فيطأ الجارية ويحل ذلك له من غير شراء ولا هبة، ولا إرث ولا صدقة، ويعتق الغلام، ويصحح^(٨) إعتاقه من غير أن يمكنه من مالك، وهذا أمر قبيح.

فما ذكر في السير في قشور الرمان يؤيد ما ذكره شيخ الإسلام في كتاب الذبائح.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: تؤيد.

(٣) في أ: في اللقيط الزائد، وسقط في م.

(٤) في أ: تميز.

(٥) في م: يأخذ.

(٦) في أ، م: الأصل.

(٧) في أ: الاحتفال لا بالوجوب فإن ذلك على الجواب.

(٨) زاد في أ: إطلاق.

قال في السير الكبير: ومن الناس من يقول في مسألة الدابة: إن الدابة للذي^(١) أصلحها وإن لم يقل صاحبها وقت الترك: من أخذها فهي له، ويحتجون بما روى الشعبي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من ترك دابة [بمهلكة]^(٢)، ويروي بمضيعة فهي لمن أحيها أو لمن أعلفها»^(٣).

وعلى هذا الغازي إذا ثقل عليه متاعه فتركه في الطريق ليخفف فأخذه إنسان وأخرجه فالغازي أحق به عندنا.

وعلى [قول]^(٤) هذا القائل: الذي أخرجها أحق بها، حجته: ما أشار إليه محمد - رحمه الله - ويحتج أيضا بقوله - عليه السلام - : «من وجد عين ماله فهو أحق به»^(٥).

والمعنى في ذلك: أن هذا الترك يحتمل أن يكون إعراضا عنه، وإباحة لغيره بملكه، ويحتمل أن يكون للعجز عن الحمل، فلا يثبت الإعراض وإباحة التملك بالشك والاحتمال، بخلاف مسألة قشور الرمان والنوى؛ لأن الترك هاهنا ليس للعجز عن الحمل فيتعين^(٦) أن يكون إعراضا عنه وإباحة لغيره بملكه.

وأما الحديث: يحتمل أن المراد: هو أحق بها حفظا [وإمساكا] من غيره^(٧) لا ملكا^(٨).

(١) في أ: التي.

(٢) في أ، م: بمحلة.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٢٥) حدثنا محمد بن عبيد عن حماد يعني: ابن زيد عن خالد الحذاء، عن عبيد الله بن حميد بن عبد الرحمن، عن الشعبي يرفع الحديث إلى النبي ﷺ.

(٤) سقط في أ.

(٥) أخرجه البخاري (٧٦/٥) في الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به (٢٤٠٢)، ومسلم (١١٩٤/٣)، في المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري (١٥٥٩/٢٤).

(٦) في أ: فتعتبر.

(٧) في أ: وامتناعا من حمله.

(٨) سقط في م.

وفي المنتقى: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا بأس أن يلتقط الرجل النوى وقشور الرمان إذا نبذه صاحبه من غير فصل بين القليل والكثير.

وقال أبو يوسف: وإنما يكون له الالتقاط إذا كان شيئاً يسيراً. [لا ثمن له. وإذا كان شيئاً يسيراً لا ثمن له حتى كان له الالتقاط]^(١) كان لصاحب النوى أن يأخذه بعد الالتقاط بملكه [وعلل]^(٢) فقال: الإلقاء على الطريق وإن كان دليل الإباحة، إلا أن الإباحة لا تسقط ملك اليمين.

وفيه أيضاً: رجل مات^(٣) حماره فألقاه في الطريق فسلخه إنسان فلا سبيل لصاحب الحمار على أخذ الجلد؛ لأنه هو الذي ألقاه، وهذا الإلقاء منه إباحة للانتفاع من الوجه الذي يجوز الانتفاع به بطريق الدلالة؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم يلقون الحيوانات الميتة على الطريق، ولا يعودون إلى أخذها فصار كالمأذون له في الأخذ باعتبار العادة. ولو لم يلق الحمار في الطريق، وإنما هو في منزل صاحبه فأخذه رجل من منزل صاحبه، ودبغ جلده، فلصاحبه أن يعطيه ما زاد الدباغ فيه ويأخذه.

وفيه أيضاً: شاة ميتة تركها أهلها^(٤) فأخذ رجل صوفها وجلدها ودبغها فهو له، ولو جاء صاحبها فله أن يأخذ الجلد، ويرد ما زاد الدباغ فيه.

وهذا الجواب يخالف جواب مسألة الحمار، يجوز أن [يقال]^(٥): تصير^(٦) [كل مسألة]^(٧) رواية في المسألة الأخرى.

(١) في أ: ألا ترى أنه إذا كان شيئاً يسيراً.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: يسقي.

(٤) في م: صاحبها.

(٥) في أ، م: يقول.

(٦) في أ: نص.

(٧) سقط في م.

ولو^(١) قال صاحب القشور والنوى وقت الرمي: فليأخذ من شاء، لا يكون للرامي أن يأخذ ذلك من الآخذ.

قال الفقيه أبو الليث: وتأويل ذلك إذا قال لأقوام معلومين، أما إذا لم يقل ذلك لأقوام معلومين [كان للرامي أن يأخذ ذلك]^(٢) من الآخذ]^(٣).

وفي البيوع من فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل رمى^(٤) ثوبه لا يجوز لأحد أن يأخذ ثوبه، إلا إذا قال وقت الرمي: فليأخذه من أراد، قال الفقيه - رحمه الله - : وتأويله ما ذكرنا.

وبعض مشايخنا قالوا: ليس للرامي أن يأخذه بعد ذلك، وإن لم يقل ذلك لأقوام معينين.

وفي السير الكبير ما يؤيد هذا القول، وصورته: إذا قال الرجل: أذنت للناس جميعا [في ثمرة]^(٥) نخلي هذا فمن أخذ شيئا فهو له، فبلغ ذلك ناسا من الناس وأخذوا من ذلك كان لهم، مع أنه لم يقل ذلك لقوم معينين.

وقد صح أن رسول الله ﷺ: «نحر بدنا^(٦) خمسا أو ستا» وقال: «من شاء اقتطع شيئا»^(٧)، ومعلوم أن رسول الله ﷺ لم يقل ذلك لقوم معينين فإنه - عليه السلام - قال: «من شاء اقتطع».

وفي السير أيضا: إذا قامت عليه دابته في الطريق، فتركها، وقال وقت الترك من

(١) زاد في م: كان.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ألقى.

(٥) في أ: عند.

(٦) زاد في أ، م: له.

(٧) أخرجه أحمد (٤/٣٥٠)، وأبو داود (١٧٦٥)، والنسائي في الكبرى (٢/٤٤٤)، والحاكم

(٤/٢٢١)، وابن حبان (٢٨١١) من طريق عبد الله بن لحي، عن عبد الله بن قرط به.

وصححه الحاكم ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان.

أخذها فهي له، فأخذها رجل وأصلحها فهي للآخذ، وإذا أرسل طيرا أو أعتقه فأخذه إنسان لا يملكه؛ لأنه لما أعتقه فقد نص أنه لم يبح للآخذ تملكه، فإن جاء صاحب الدابة وأراد أن يأخذها، فقال الذي أخذها لصاحبها: قد قلت حين تركتها: من أخذها فهي له، وقال صاحبها: ما قلت ذلك، فالقول قول صاحبها، وإن أقام الآخر بينة على ما ادعى، أو استحلف صاحب الدابة فنكل سلمت الدابة لآخذها.

قال: ومن يسمع هذه المقالة من صاحب الدابة ومن لم يسمعها منه ولكن بلغه الخبر في حق هذا الحكم على السواء إذا أخذها فأصلحها فهي له؛ لأن كل واحد منهما أخذها على وجه التملك.

ومن لم يسمع هذه المقالة من صاحب الدابة، ولم يبلغه الخبر لا يملكها إذا أخذها؛ لأنه ما أخذها على وجه التملك، إنما أخذها على وجه^(١) اللقطة. والله أعلم.

جئنا إلى النوع الثاني: وهو النوع الذي يعلم أن صاحبه يطلبه نحو الذهب والفضة، وسائر العروض وأشباهها، وفي هذا النوع له أن يأخذها ويعرفها حتى يوصلها إلى صاحبها.

وقشور الرمان والنوى إذا كانت مجتمعة، فهي من النوع الثاني. [وفي غصب النوازل: إذا وجد جوزة ثم أخرى [حتى]^(٢) بلغت عشرة أو صار لها قيمة، فإن وجدها في موضع واحد، فهي من النوع الثاني]^(٣) بلا خلاف. وإن وجدها في مواضع متفرقة فقد اختلف المشايخ: قال الصدر الشهيد: والمختار أنها من النوع الثاني بخلاف النوى، والفرق: [أن]^(٤) الناس يرمون بالنوى فصارت مباحة بالرمي بخلاف الجوز.

(١) في م: أخذ.

(٢) في م: ثم أخرى.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

[قال]^(١): إلا [إذا]^(٢) وجدها تحت أشجار الجوز في الخريف تركها صاحبها عند اجتناء الثمار فإذا^(٣) وجدها في مواضع متفرقة، فحيثئذ له أن يأخذها ويتنفع بها.

وفي فتاوى أهل سمرقند: الحطب الذي يوجد في الماء لا بأس بالأخذ والانتفاع [به]^(٤) وإن كانت له قيمة وكذلك^(٥) التفاح والكمثرى إذا وجد في نهر [جار]^(٦) لا بأس بأخذه والانتفاع به وإن كثر.

وفي واقعات الناطفي: إذا سقط في الطريق أوراق الأشجار التي يتنفع بها لأجل الدود، وفي الرمان الذي يتنفع به كورق التوت فلا ينبغي لأحد أن يأخذه، ولو أخذه ضمنه، وإن كان أوراق شجر [لا]^(٧) يتنفع به فلا بأس [بأخذه]^(٨).

وفي فتاوى الفضلي: المزارع إذا التقط السنابل بعد ما حصد الزرع وجمعه، كان له، [قال]:^(٩) وهو كثوب خلق رمى به صاحبه فرفعه غيره كان له، وقد ذكرنا مسألة الثوب قبل هذا.

وفي مزارعة النوازل: مبطخة بقي فيها [بقية]^(١٠) فانتهبها الناس، قال الفقيه أبو بكر: إذا تركها [أهلها]^(١١) ليأخذ من شاء [من ذلك]^(١٢) فلا بأس [به]^(١٣)، قال:

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في أ، م.
- (٣) في أ: إذا.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: وإن كان.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في م: أن يأخذه.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في م: بقيت.
- (١١) سقط في م.
- (١٢) سقط في أ.
- (١٣) سقط في م.

وهو نظير من رفع زرعه وترك ثمة سنابل فالتقطها غيره، فلا بأس بذلك كذا هاهنا^(١).
وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل له دار يؤجرها فجاء إنسان بإبل وأناخ [فيها]^(٢)
فاجتمع البعر وذهب صاحب الإبل فجاء إنسان^(٣) فأخذ من ذلك البعر شيئاً قالوا: إن
ترك صاحب الدار ذلك على وجه الإباحة، ولم يكن من رأيه أن يجمع ذلك^(٤) فهو
أولى وإن كان من رأي صاحب الدار أن يجمعها فصاحب الدار أولى.
وفي نوادر هشام: [في سرقين الدابة]^(٥) في الخان إذا ذهب صاحبها فهي لمن
[أخذه]^(٦) لا لصاحب الخان.

وفي فتاوى^(٧) الفضلي: رجل قاطع داراً سنينا معلومة^(٨) وسكنها فاجتمع فيها
سرقين كثيرة، وقد جمعها القاطع فهي لمن هياً مكانه، وإن لم يفعل ذلك، يعني [لم
يهيئ]^(٩) أحد مكانه فهو^(١٠) لمن سبقت يده إليها بالأخذ والرفع.
وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغددي يقول: [هي]^(١١) لمن سبقت يده
إليها بالرفع على كل حال، فكان لا يعتبر تهية المكان، وكان يقول: من ضرب^(١٢)
حائطاً، وجعل موضعاً [يجمع]^(١٣) فيه الدواب [فسرقينها]^(١٤) لمن سبقت يده إليه

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٤٣٥).

(٢) في م: وله أخ.

(٣) زاد في أ: بإبل.

(٤) في م: يجمع.

(٥) في أ: الخان في سرقين الدابة.

(٦) في م: أخذها.

(٧) في م: دعوى.

(٨) في أ: محكمة.

(٩) في أ: المرتهن.

(١٠) في أ: فهي.

(١١) سقط في م.

(١٢) في أ: أحدث.

(١٣) في أ، م: يجتمعون.

(١٤) سقط في أ.

بخلاف ما إذا هياً مكاناً للصيد .

وفي فتاوى أبي الليث: سئل أبو نصر عن الغنم تجتمع في مكان، فيجتمع في ذلك المكان بعير كثير فجاء آخر والتقطها، قال: إن كان أرباب الغنم جمعوا ذلك أو هبتوا مرابض لغنمهم ليجتمع بعرها، أو كانوا يشحون على ذلك، لا يجوز لأحد أن يأخذ ذلك من غير إذنهم، وإن لم يكن شيئاً^(١) من ذلك فلا بأس بالأخذ^(٢) منه .
وفي دعوى الفضلي: ساحة بيضاء ملك رجل في سكة يطرح أصحاب السكة فيها التراب والسرقين والرماد حتى اجتمع من ذلك شيء كثير، فإن كان أصحاب^(٣) السكة طرحوها على معنى الرمي بها فإن كان [صاحب الساحة هياً الساحة]^(٤) لذلك فهي لصاحب الساحة، وإن لم يكن هياً الساحة لذلك، فهي لمن سبقت يده بالرفع .
ورأيت في موضع آخر: أنها لمن سبقت يده بالرفع على كل حال، وهو اختيار القاضي الإمام علي السغدي .

وقيل: التراب لصاحب الساحة على كل حال .

وفي مجموع النوازل: رجل سقط من [يده]^(٥) جوزة ودخل الماء بها في بستان رجل فنبت منها شجرة جوز: أراد صاحب الأرض أن يأخذ الجوزة ينظر، إن كان صاحب الجوزة يقدر على أخذها حين سقطت منه فلم يأخذها، فالشجرة لصاحب البستان، وإن كان لا يقدر على أخذها فالشجرة له، وإذا نبت زرع أو شجر في أرض^(٦) من غير إنبات أحد فهو لصاحب الأرض؛ لأنه تولد من أرضه .
السييل إذا جاء بالتراب والطين ووضع في أرض فهو لصاحب الأرض؛ لأنه صار من أجزاء الأرض .

(١) كذا والصواب: شيء .

(٢) في م: بالإذن .

(٣) في م: صاحب .

(٤) في أ: أصحاب السكة المباحة .

(٥) سقط في أ، م .

(٦) زاد في م: إنسان .

وما اجتمع من الدقيق في بيت الطحانة، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو للذي سبقت يده إليه بالأخذ.

وسئل الفقيه أبو بكر عما يجتمع للدهانين مما يقطر من الأوعية^(١) قال: إن زاد للمشتري شيئاً من الدهن في تلك الحالة أرجو أن يطيب لهم ذلك، وما لا فلا. قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : ما سال من [داخل]^(٢) الأوعية^(٣) يحتاج بمقابلته إلى زيادة الدهن ليطيب لهم، فإن لم يزد شيئاً يتصدق به كما في اللقطة أو ينتفع به إذا كان محتاجاً، وإن لم يعلم أنه سال من داخله أو [من]^(٤) خارجه، أو علم أنه سال من داخله وخارجه، فالدهان [يزيد المشتري]^(٥) ما سال من الدهن.



(١) في أ: الأوقية .

(٢) في أ، م: خارج .

(٣) في أ: الأوقية .

(٤) سقط في م .

(٥) في أ: يرد للمشتري .

الفصل الثاني

في تعريف اللقطة وما يصنع بها بعد التعريف

حكى عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - أنه كان يقول: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ، ويقول: أخذتها لأردها على صاحبها، فإن فعل ذلك ثم لم يعرفها بعد ذلك، فذلك يكفي.

وفي السير الكبير يقول: من وجد اللقطة، وأشهد عند [أخذها]^(١) شاهدين أنه أخذها ليردها على المالك فذلك يكفي، ويكون تعريفاً، ولا يجب [عليه]^(٢) أن يعرفها في كل جمعة وفي هذا كلمات كثيرة كتبناها في المحيط.

وإذا قال بعد رفع اللقطة، أو بعد أخذ الضالة: عندي شيء فمن سمعتموه يطلبه فدلوه علي، أو قال عندي لقطة، فهذا إسهاد حتى لو جاء صاحبها بعد ذلك فقال الملتقط: [هلك عندي]^(٣) كان القول قوله ولا ضمان. [ثم]^(٤) بعد التعريف [إذا لم]^(٥) يظهر لها طالب يرفعها^(٦) إلى الإمام هكذا ذكر في النوادر^(٧)، [ولم يذكر في المبسوط]^(٨) أن الملتقط يرفعها^(٩) إلى الإمام.

وفي السير يقول: الأفضل لمن وجد لقطة أن يرفعها إلى الإمام. قال في المنتقى: قال أبو يوسف، والحسن - رحمهما الله - إنه يأمر غيره فيعرفها^(١٠) حتى يعرفها ربها إذا عجز عن التعريف بنفسه. [وإن هلكت]^(١١) في

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: هذا.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ولم.

(٦) في أ: يدفعها.

(٧) في م: النوازل.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: يدفعها.

(١٠) في أ: فيعطيها.

يده، فلا ضمان على أحد.

ثم إذا رفعها إلى الإمام، كان الإمام بالخيار إن شاء قبل منه، وإن شاء لم يقبل، فإن قبل فهو بالخيار، إن شاء عجل صدقتها على الفقراء، وإن شاء أقرضها من رجل يوثق به، وإن شاء دفعها مضاربة.

والحاصل: أن الإمام نصب ناظرا فيفعل^(١) ما رآه أصلح في حق صاحب اللقطة، وإن ردها على الملتقط، فالملتقط بالخيار إن شاء أمسكها، وأدام الحفظ فيها حتى يظهر لها طالب يدفعها إليه، وإن [شاء]^(٢) تصدق بها على أن يكون الثواب لصاحبها، وإن شاء باعها إن لم يكن له دراهم أو دنائير، وأمسك ثمنها فإن تصدق وحضر صاحبها، فله الخيار إن شاء نفذ التصدق والثواب له [وحالة التصدق في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء]^(٣)، وإن شاء لم يجز الصدقة [وعند عدم إجازة الصدقة]^(٤) إن كانت قائمة في يد الفقير أخذها منه، وإن كانت هالكة كان له [الخيار]^(٥) إن شاء ضمن الفقير، وإن شاء ضمن الملتقط.

حكى عن القاضي الإمام أبي جعفر أنه كان يقول: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا تصدق بغير إذن القاضي، أما إذا تصدق بإذن القاضي، فليس للمالك أن يضمن الملتقط، وكل هذا ليس بصواب؛ لأن تصدق الملتقط بأمر القاضي لا يكون أعلى حالا من تصدق القاضي بنفسه، والقاضي لو تصدق بنفسه ثم حضر صاحبها ولم يجز الصدقة، كان له أن يضمن القاضي فهذا^(٦) أولى. وستأتي مسألة القاضي بعدها إن شاء الله تعالى.

(١) في أ، م: مات.

(١) في أ: فإن فعل.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: وجازت الصدقة.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: الاختيار.

(٦) في أ: فيها.

وإن كان الملتقط محتاجا، فله أن يصرف اللقطة^(١) إلى نفسه [بعد التعريف، وإن كان غنيًا فليس له أن يصرفها إلى نفسه]^(٢).

قال في السير الكبير: والحكم في اللقطة يجدها إنسان أو يجدها القاضي أو الإمام أن يمسكها على صاحبها فيضعها الإمام أو القاضي في بيت مال المسلمين يكتب وصفها ويضعها في موضع إلى أن يجيء صاحبها.

وبعد ما تم مدة التعريف في اللقطة^(٣) تصدق بها رخصة.

وإذا مال القاضي أو الإمام إلى التصدق، وتصدق كان [في ذلك]^(٤) كواحد من الرعايا، وهذا لأن التصدق بها غير داخل في^(٥) ولاية الإمام أو القاضي؛ لأنه تصدق بمال الغير بغير إذنه [والتصدق بمال الغير بغير إذنه ليس بدخل تحت ولاية الإمام أو^(٦) القاضي]^(٧)؛ لأنهما لا يملكان التصدق بمال واحد من الرعايا، والإمام أو^(٨) القاضي فيما لم يدخل تحت ولايتهما بمنزلة واحد من الرعايا.

وإن كانت اللقطة شيئًا يخاف عليه الفساد، فالقاضي فيها بالخيار: إن شاء تصدق بها على المساكين، وإن شاء وضعها في بيت المال أبداً، وإن شاء باعها على ما ذكرنا.

فإن حضر صاحبها بعدما باعها [القاضي على ما ذكرنا، أخذ]^(٩) الثمن، ولم يكن له أن يضمن القاضي؛ لأن يبيعه كان على وجه الحكم [لأنه] [خاف]^(١٠) الفساد على

(١) في أ: الصدقة.

(٢) في أ: يدفعها.

(٣) في أ، م: الصدقة.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: تحت.

(٦) في أ، م: و.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ، م: و.

(٩) في أ: أخذ القاضي.

(١٠) سقط في م.

مال الغائب و^(١) حفظ ما يخاف عليه الفساد بالبيع، وحفظ مال الغائب داخل تحت ولاية القاضي بطريق النظر، فصار القاضي فيه كالنائب [عن الغائب]^(٢)، وهناك لا ضمان على القاضي^(٣) كذا هاهنا.

وإذا ما باع القاضي اللقطة وأخذ الثمن، كان حكم الثمن حكم المبيع يمسكه القاضي إلى أن يجيء صاحبه، وإن رأى التصديق فيه فعل في وقته، وإذا جاء صاحبه ولم يجز صدقته، كان له أن يضمه على ما ذكرنا.

وكذلك إذا كان الملتقط رجلا من عرض الناس، وباع اللقطة وهي قائمة في يد المشتري كان لصاحبها الخيار، إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء أبطل البيع وأخذ عين ماله، وإن [جاء وقد]^(٤) هلك، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن البائع^(٥) وعند ذلك ينفذ البيع^(٦) من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ. وفي رواية أخرى يبطل البيع وبه أخذ بعض المشايخ.

وفي الودعية إذا باعها المودع وسلمها إلى المشتري وهلك في يد المشتري، ثم إن المالك ضمن البائع [لم ينفذ البيع]^(٧) باتفاق الروايات هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أن بيع المودع ينفذ من جهته كبيع الملتقط، وهو المذكور في رواية أصحابنا، وهكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في مواضع كثيرة من شرحه.

وإن شاء ضمن المشتري قيمتها ورجع المشتري بالثمن على البائع، ونجعل استرداد القيمة من يده بمنزلة استرداد العين.

(١) في أ: لأن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الغائب.

(٤) في م: كانت قد.

(٥) في أ: المالك.

(٦) في أ: الثمن.

(٧) سقط في م.

الفصل الثالث

في الملتقط يرفع [اللقطة]^(١) إلى القاضي

وإذا وجد الرجل دابة في الطريق، وجاء بها إلى القاضي، وقال: إني وجدت هذه الدابة في الطريق، ولا أدري لمن هي، وطلب من القاضي أن يأمره بالإفناق عليها طالبه القاضي بالبينة^(٢) على ما ادعى لجواز أنها كانت غصبا عنده، واحتال بهذه الحيلة ليصير ما أنفق دينا له على [المالك]^(٣).

وهو نظير ما لو جاء رجل بدابة إلى القاضي، وقال: هي ودیعة لفلان الغائب فمرني بالإفناق عليها، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله من غير بيينة كذا هاهنا.

وإن أقام البيينة على دعواه فأمره القاضي بالإفناق [وأنفق]^(٤) عليها ثم حضر صاحبها أخذها ورجع المنفق عليها بما أنفق بعد^(٥) أمر القاضي بالنفقة لأن أمر القاضي بالإفناق صدر عن ولاية شرعية؛ لأن الإفناق في هذه الحالة من باب النظر، وللقاضي ولاية النظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فأشبه^(٦) أمر القاضي بالإفناق أمر المالك من هذا الوجه، ولو كان أنفق بأمر المالك كان له الرجوع، فكذا هاهنا. وإن قال: أنفقت عليها بغير^(٧) أمر القاضي كذا وكذا، [وذلك نفقة مثلها في تلك المدة وأنكر صاحبها، فالقول قول صاحبها؛ لأنه ينكر وجوب الدين على نفسه ولكن يحلف صاحب الدابة على ما ادعى المنفق من الإفناق؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، وإذا أنكر يستحلف ويكون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم أنه

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بالنفقة.

(٣) في أ، م: ذلك.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: ما.

(٦) في أ: فيشابه.

(٧) في أ: بعد.

أنفق عليها بغير أمر القاضي كذا وكذا^(١)؛ لأنه يستحلف على فعل الغير .
 وإن أقام شاهدين على ما ادعى من الإنفاق، أو كان إنفاقه بعلم الإمام رجع على صاحبها، ولا يلتفت إلى إنكار صاحبها لثبوت ما ادعاه بالحجة .
 ولو أن القاضي رفع إليه [أمر]^(٢) الدابة، وشهد الشهود أن هذا الرجل وجد هذه الدابة على الطريق، ولا يدري أنها لمن، ورأى أن يبيع هذه الدابة، كان له أن [يأمر ببيعها]^(٣)، أو يأمر الذي وجدها أن يبيعها؛ لأن القاضي نصب ناظرا، ونظر صاحب الدابة ربما يكون في بيع الدابة وإمساك الثمن؛ فإن حضر المالك بعد البيع لا يلتفت إلى إيابه ويكون حقه في الثمن؛ لأن بيع القاضي أو بيع الواجد بأمر القاضي والحالة هذه كبيع المالك بنفسه من حيث إنه صدر عن ولاية شرعية .
 وإن كان القاضي أمره بالإنفاق [عليها]^(٤) زمانا ثم باعها، وقال للقاضي: أعطني من الثمن ما أنفقت عليه، وأقام البينة على ما ادعى من الإنفاق، وكان ذلك بعد ما حضر صاحبها، أو قبل أن يحضر صاحبها، أعطاه القاضي ذلك؛ لأن [ما أنفقه]^(٥) بعد ما أمر القاضي صار ديناً له على صاحب الدابة، والثمن من جنسه، وصاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه، والقاضي يعينه على أخذ حقه وللقاضي هذه الولاية .

ثم هذه البينة مقبولة، وإن قامت قبل حضور صاحبها فلا بد لقبول [هذه]^(٦) البينة من الخصم [فطريق قبولها]^(٧) أن الإمام خصم فيها عن صاحبها؛ ألا ترى أن في الابتداء لو أقام بينة عند القاضي أنه وجد هذه الدابة، ولا يدري لمن هي، فطلب من

- (١) سقط في م .
- (٢) سقط في م .
- (٣) في م: يبيعها .
- (٤) سقط في أ، م .
- (٥) في م: أنفق .
- (٦) سقط في أ، م .
- (٧) في م: بطريق قولهما .

القاضي أن يأمره بالإنفاق فالقاضي يقبل هذه البيعة، وطريق قبولها أن ينتصب القاضي خصما عن صاحبها كذا هاهنا.

فلو أن هذا الرجل حين جاء بالدابة إلى القاضي، قال للقاضي: وجدت هذه الدابة، ولا أدري لمن هي، إلا أنه لا بيعة [له]^(١) على ذلك، فالقاضي لا يأمره بالإنفاق، ولا بالبيع مرسلا؛ لجواز [أن تكون]^(٢) الدابة غصبا^(٣) عنده، وقد احتال بهذه الحيلة لتصير النفقة ديناً له على المالك، وليبرئ نفسه عن الضمان بالبيع فإن الغاصب إذا باع المغصوب بأمر القاضي يبرأ عن الضمان، كما لو باع بأمر المالك. وعلى هذا التقدير لو لم يأمره القاضي بالإنفاق، [أو بالبيع]^(٤)، وهو لا ينفق بغير أمر القاضي مخافة ضياع ماله، ولا يبيع بغير أمر القاضي مخافة لزوم الضمان، وإذا^(٥) احتمل كلا الوجهين: لا يمكنه الأمر بالإنفاق، أو البيع مرسلا، ولا يمكنه الامتناع عنه أصلاً فيأمر^(٦) بالبيع [أو بالإنفاق]^(٧) مقيداً.

وصورة ذلك أن يقول القاضي بين جماعة من الثقات العدول: إن هذا الرجل قال: وجدت هذه الدابة ضالة، ولا يعرف صاحبها، وطلب مني أن أمره بالإنفاق عليها أو بالبيع، ولست أدري أصدق أو كذب، فاشهدوا أنني أمرته بالإنفاق عليها. أو يقول: أمرته ببيعها، وإنفاق ثمنها إن كان الأمر كما قال، وإن كان الأمر على خلاف ذلك، فلست أمره بشيء.

وهذا احتياط من الجانبين، حتى إنه إن كان الأمر كما قال لا يضيع [مال

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: البيع أن.
 - (٣) في م: غصبت.
 - (٤) في م: بالبيع.
 - (٥) في م: وإنه.
 - (٦) في م: فيأمره.
 - (٧) في م: وبالإنفاق.

المالك^(١)، ولا يضيع ما أنفق عليها، وإن كان الأمر بخلافه لا يبرأ^(٢) عن الضمان، وهذا كرجل اشترى عبداً وغاب عنه [المشتري]^(٣) لا يدري أين هو قبل نقد الثمن فجاء البائع بالعبد إلى القاضي [وأخبره بالحال والقصة، وأقام البينة على ذلك، باع القاضي العبد]^(٤) وأوفاه ثمنه، وأمسك الباقي على الغائب إن بقي هناك شيء، وإن لم يبق على ذلك بينة يأمره بالبيع مقيداً فيقول له بين يدي الشهود: إن كان الأمر كما قلت أمرتك بالبيع، وإن كان بخلافه فلا أمر بك بشيء، كذا هنا.

وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينبغي للقاضي أن يحلف هذا الرجل بالله أن هذه الدابة ضالة في يدك؛ لأن من الجائز أنه إنما أخذ هذه الدابة لنفسه لا لإساقها على صاحبها، وإنما دخلت في ضمانه فهو بما قال يريد أن يبرئ نفسه عن الضمان فيحلف.

وكذلك يصنع القاضي بكل شيء دفع إليه من سلاح، أو متاع، أو عبيد^(٥) وجد في الطريق، ولا يعرف له صاحب، ويخاف عليه الضيعة وقال الرجل الذي هو معه: وجدته، وليس لي بينة على ذلك فأمرني أن أبيع، فإني إن بعته بغير أمرك صرت ضامناً، فإن القاضي لا يأمره ببيعه مرسلًا، وإنما يأمره ببيعه مقيداً على التفسير الذي قلنا.

ثم إذا أمره بالبيع فباع وأمسك ثمنه، وضاع، ثم حضر صاحبه، فإن أقر أن ذلك الشيء قد كان ضاع مني برئ الآخر عن ضمانه، وضمان ثمنه؛ لأنه يتيقن أنه باع بأمر القاضي، وبيعه بأمر القاضي، وللقاضي ولاية، بمنزلة بيعه بأمر المالك، ولو باعها بأمر المالك، وضاع الثمن في يده، كان بريئاً عن ضمانها وضمان ثمنها كذا هنا.

(١) في أ: ذلك.

(٢) في م: يبرأون.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: عدد.

وإن أنكر صاحبها أن تكون ضاعت [منه]^(١) كان الآخذ ضامنا [لقيمته؛ إذ]^(٢) تبين أنه باع مال الغير بغير أمره، أو بغير أمر من يلي عليه، فيضمن قيمته، إلا أنه إذا كان للآخذ بينة أنه ضاع من يد صاحبه فحينئذ لا ضمان كما لو علم القاضي بذلك. فإن وجد صاحب الدابة [الدابة]^(٣) في يد المشتري من الآخذ وأقام بينة أنها له، وأقام المشتري بينة بما قاله الآخذ، وبما أمره به القاضي، وأقام مع ذلك بينة أنها كانت ضاعت من صاحبها، قضى بالدابة للمشتري، [ولا سبيل]^(٤) لصاحبها [عليها]^(٥).

وإنما قبلت بينة المشتري على هذه؛ لأنه خصم في إثباتها؛ لأنها سبب ملكه، والإنسان كما هو خصم في إثبات ملكه، فهو خصم في إثبات سبب ملكه على ما عرف، وإن لم يقيم المشتري بينة على ذلك، كان لصاحب الدابة أن يأخذها منه، واتبع المشتري [البائع]^(٦)، وأخذ منه الثمن؛ لأن المبيع استحق من يد المشتري. فإن أراد المشتري [أن يقيم]^(٧) البائع بينة أنها كانت ضاعت من يد صاحبها وأني وجدتها، وأمرني القاضي ببيعها، فبعثها^(٨) بأمره يرجع [المشتري]^(٩) للبائع عن الثمن ورجع المشتري، وأخذ من صاحب الدابة [الدابة]^(١٠) إذا أقام البينة على ذلك بمحضر من الذي استحقها.

-
- (١) في م: عنده.
 - (٢) في أ: القيمة أو.
 - (٣) سقط في أ.
 - (٤) سقط في أ.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في أ، م.
 - (٧) في أ، م: يأخذ.
 - (٨) في أ: فبيعها.
 - (٩) سقط في أ، م.
 - (١٠) سقط في أ، م.

وإنما قبلت هذه البيعة من البائع؛ لأنه ذو^(١) حظ وحق إقامة هذه البيعة؛ لأنه يدفع بها في استحقاق الثمن عن نفسه، وكان خصما في إقامة البيعة، والبيعة من الخصم مقبولة.

وشرط محمد - رحمه الله - في الكتاب لقبول هذه البيعة من البائع حضرة المستحق، وبعض مشايخنا أبوا ذلك، وقالوا: ينبغي أن [لا]^(٢) يشترط حضرة المستحق، وحكى فتوى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - بفرغانة، وهذا لأن هذه البيعة من البائع لدفع استحقاق المشتري فلا حاجة إلى حضرة المستحق.

وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل حضرة المستحق شرط كما أشار إليه محمد - رحمه الله-؛ لأن هذه البيعة تتعدى إلى المستحق، فإنها متى قبلت، يأخذ المشتري العين من المستحق، فلا بد من خصومته.

[وقيل: إن]^(٣) اشتراط حضرة المستحق في هذه الصورة قول محمد - رحمه الله - وأبي يوسف آخرا، أما على قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أولا: [لا]^(٤) يشترط حضرة المستحق، وهذا القول أقرب إلى الصواب.

ووجه ذلك: أن قضاء القاضي بالعين لصاحبها في هذه الصورة ينفذ ظاهرا لا باطنا عند محمد؛ لأن القضاء وقع بشهادة الزور، [وقضاء] القاضي^(٥) في العقود والفسوخ بشهادة الزور^(٦) ينفذ ظاهرا لا باطنا عند محمد، فانفسخ البيع بهذا القضاء ظاهرا لا باطنا فكان للمشتري أن يأخذها^(٧) من المستحق، فهذه البيعة تتعدى إلى

(١) في أ: دين.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: قبل.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: يأخذ.

المستحق فيشترط حضرته .

وأما على قول أبي حنيفة [فإن]^(١) قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا، فانفسخ العقد ظاهرا وباطنا [هاهنا]^(٢)، ولم يبق للمشتري حاجة الحضور من المستحق، فهذه البينة لا تتعدى إلى المستحق، فلا يشترط حضرته وما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب أن المشتري يأخذ المتاع من صاحب المتاع [إنما هو بناء على قول محمد في قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ، فأما]^(٣) بناء على قول أبي حنيفة، فليس للمشتري أن يأخذ المتاع من صاحب المتاع]^(٤). والله أعلم بالصواب .



(١) سقط في أ، م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: على قول هذا القائل قول محمد رحمه الله .

(٤) سقط في أ .

الفصل الرابع

في إيجاب الضمان على الملتقط

قال في الأصل: إذا أخذ لقطه ليعرفها ثم أعادها إلى المكان الذي وجدها فيه برئ من الضمان، حتى لو هلكت لا يضمن، هكذا قال في الكتاب. وهذا إذا لم يتحول^(١) عن^(٢) ذلك المكان، أما إذا تحول^(٣) عن^(٤) ذلك المكان ثم أعادها إلى مكانها لا يبرأ عن الضمان.

* * *

(١) في أ، م: تحرك.

(٢) في أ: عند.

(٣) في أ، م: تحرك.

(٤) في أ: عند.

كتاب الأبق

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

[الفصل الأول]^(١)

في أخذ الأبق، وما يصنع [به]^(٢) بعد الأخذ

أخذ الأبق لمن يقدر على الأخذ أفضل من تركه، وفي أخذ الضال اختلاف المشايخ.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: ينبغي للراد أن يأتي بالأبق إلى الإمام. وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: أن الراد بالخيار، إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء دفعه إلى الإمام، قال - رحمه الله - : وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار.

قال شمس الأئمة: وإذا جاء الرجل إلى الإمام بعبد، وقال: هذا عبد أبق، وقد وجدته، فالقاضي هل يصدقه من غير بينة؟ فيه اختلاف المشايخ. وقد ذكرنا في اللقطة أن القاضي لا يصدق [الذي جاء بها]^(٣) من غير بينة، والرواية في السير، والرواية ثمة تصير رواية هاهنا.

وإذا أخذه الإمام حبسه إلى أن يجيء له طالب، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير^(٤)، وبهذا المعنى يقع الفرق بين الأبق والضال والضالة، فإن القاضي لا يحبس الضال [أو الضالة؛ لأنهما]^(٥) لا يستحقان التعزير وينفق عليه في مدة الحبس من بيت المال.

وإذا جاء رجل وأقام بينة أنه عبده فالقاضي يسمع بينته، ولم يذكر أن القاضي هل

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: صاحبها.

(٤) في أ: التعريف.

(٥) في م: والضالة.

ينصب له خصما، وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ينصب له خصما، ويقبل البينة عليه، وقال بعضهم: لا ينصب له خصما ويقبل البينة، ويكون القاضي هو الخصم في هذا الباب.

وبعدما قبل البينة يحلف المدعي بالله ما بعته وما وهبته فإذا حلف، دفعه إليه، وبدون الحلف لا يدفعه إليه.

[وإن لم يكن للمدعي بينة وأقر العبد أنه عبده دفعه إليه]^(١).

فقد ذكر الدفع، ولم يذكر أنه على سبيل الوجوب، أو على سبيل التخيير^(٢)، وقد اختلف المشايخ فيه.

وإن لم يجئ للعبد طالب، وطالت المدة فالقاضي يبيعه، [ويمسك ثمنه]^(٣)، ولا يؤجره، وفي الضال يؤجره ولا يبيعه.



(١) سقط في م.

(٢) في م: التحري.

(٣) سقط في أ، م.

الفصل الثاني

في بيان مقدار الجعل^(١)

وإذا أخذ أبقا ورده على مولاه، بأن رده من مسيرة سفر أو أكثر، وقيمته أكثر من أربعين درهما، فله أربعون درهما لا غير وإن أنفق مالا عظيما أضعاف ذلك. وإن كانت قيمته أربعين، ينقص عن الأربعين درهماً عند محمد، وهو قول أبي يوسف أولاً، ثم رجح فقال: يجب أربعون، وهو رواية عن محمد. وإن كانت قيمته أقل من أربعين فعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد - رحمه الله - ينقص عن قيمته درهم، حتى إذا كانت قيمته عشرة دراهم يجب تسعة دراهم، وعلى قوله الآخر يجب أربعون. وعن أبي يوسف رواية أخرى، فيما إذا كانت قيمته أربعين أنه ينقص من الجعل ما يقطع فيه اليد.

وإن كان أخذه من المصر، أو خارجاً من المصر، و[لكن]^(٢) فيما دون مسيرة السفر يرضخ له هكذا ذكر في الأصل.

وذكر في المجرد عن أبي حنيفة: أنه إذا وجدته في المصر فلا شيء. ثم إذا وجب الرضخ، إن اصطلاح الراد والمردود عليه على شيء فللراد ذلك، فإن اختصما عند القاضي فالقاضي يقدر الرضخ على قدر المكان، هكذا قاله بعض المشايخ وتفسير ذلك أنه يجب للراد من مسيرة ثلاثة أيام أربعون درهما، ويكون بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم، فيقضي له بذلك إن رده من مسيرة يوم وليلة، وإليه أشار في الكتاب.

وبعضهم قالوا: يفوض إلى رأي القاضي وهو الأشبه.

(١) قال ابن فارس في المجمع: الجعل، والجعالة، والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعله. المجمع، ص (١٩١)، وينظر: المطلع (٢٨١)، الصحاح (٤/١٦٥٦).

(٢) سقط في م.

وإذا كان الأبق بين رجلين فالجعل عليهما على قدر أنصباثهما، فإن كان أحد الموليين حاضرا والآخر غائبا، ليس للحاضر أن يأخذ حتى يعطيه الجعل [كله]^(١)، فإذا أعطاه لم يكن متطوعا.



(١) سقط في م.

الفصل الثالث

في بيان من يستحق الجعل

لا جعل للموصي^(١) إذا رد عبد اليتيم، وكذلك كل من يعول صغيراً، ولا جعل للسلطان إذا رد أبقاً، وكذلك راهبان، وشحنه وكاروان، إذا رد المال من أيدي القطاع.

ولا جعل للابن إذا رد أبقاً لأبيه، [والأب إذا رد أبقاً للابن]^(٢) فله الجعل إذا لم يكن الأب في عيال الابن، وهذا لأن رد الأبق على المولى نوع خدمة في حق المولى، وخدمة الأب مستحقة على الابن، وإقامة ما هو مستحق على الأب لا يقابل بالأجر، أما خدمة الابن [فغير]^(٣) مستحقة على الأب، فجاز أن تقابل بالأجر، إلا أن الأب إذا كان في عيال الابن لا يستحق الجعل؛ لأن الرجل [إنما]^(٤) يطلبه من هو في عياله [عادة]^(٥)، ولهذا ينفق [عليهم]^(٦) فلا يستوجب جعلاً آخر.

وفي البقالي: روى أن الأب لا يستحق الجعل [على الابن]^(٧)، والابن يستحق. وإذا قال الرجل لغيره: قد أبق عبدي، فإن وجدته فخذ، فقال [المأمور: نعم، ثم إن]^(٨) المأمور وجده على مسيرة ثلاثة أيام فأخذه، ورده على المولى، فلا جعل له؛ لأن المولى قد استعان به في رد الأبق، وقد وعد له الإعانة، والمعين لا يستحق شيئاً.

(١) في أ: للموصي.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: ثم.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

وإذا جاء بآبق من مسيرة [سفر]^(١) ليرده على المولى ، فلما أدخله المصر أبق منه قبل أن ينتهي إلى المولى فأخذه آخر في المصر فلا شيء للأول ، ويرضخ للثاني على قدر عنائه^(٢) .

وفي المنتقى : أخذ آبقا من مسيرة ثلاثة أيام ، وجاء به يوما ، ثم أبق العبد منه ، وسار يوما نحو المصر الذي فيه المولى ، إلا أنه لا يريد الرجوع إلى المولى ، ثم إن ذلك الرجل أخذه ثانيا ، وجاء به اليوم الثالث ودفعه إلى المولى فله جعل اليوم [الأول و]^(٣) الثالث وهو ثلثا^(٤) الجعل ، ولو كان العبد حين أبق من الذي أخذه فوجده مولاه وأخذه ، أو لم يجده^(٥) المولى ، ولكن بدا له من الإباق فرجع إلى مولاه فلا جعل للذي أخذه .

أخذ عبدا آبقا وجاء به ليرده ، فلما نظر إليه مولاه ، أعتقه ثم هرب من يد الآخذ ، كان له الجعل ؛ لأن الإعتاق قبض معنى ؛ لأنه إتلاف للمالية ؛ ألا ترى أن المشتري لو أعتق المشتري قبل القبض يصير قابضا له .

ولو كان دبره والمسألة بحالها فلا جعل له ؛ لأن التدبير ليس بقبض ؛ لأنه لا يتلف المالية فلم يصل العبد إلى يد المولى .

ولو وهبه المولى له قبل أن [يقبضه]^(٦) فلا جعل له ؛ لأنه لم يصل إلى المولى من جهته لا صورة ، ولا معنى ، ولو كان قبضه^(٧) ، ثم وهبه له فله الجعل .

ولو باعه المولى منه قبل أن يقبضه فله الجعل ؛ لأنه جعل إلى المولى ، ويأخذه

(١) في أ ، م : شهر .

(٢) في أ : عياله .

(٣) سقط في أ ، م .

(٤) في م : ثلث .

(٥) في م : يأخذه .

(٦) في أ ، م : يعتقه .

(٧) في أ : قبض .

وجعله، ويكون الجعل له - يعني: للمدفع له - فجاء المدفوع إليه بالعبد ورده على مولاه كان الجعل له، وكان [وهو]^(١) بمنزلة ما لو وهب الدين من رجل وسلطه على القبض.

وقال شمس الأئمة الحلواني: راد الآبق إنما يستحق الجعل عند الرد على المالك إذا شهد عند الأخذ أنه إنما أخذه ليرده على المالك، أما إذا ترك الإشهاد فلا يستحق الجعل.

وإن أنكر المولى أن يكون عبده آبقاً فلا جعل للراد، إلا أن يشهد الشهود أنه آبق من المولى^(٢)، أو شهدوا على إقرار المولى أنه آبق منه.



(١) سقط في م.

(٢) في أ: المالك.

الفصل الرابع

في بيان وجوب الضمان على الراد

إذا مات الآبق عند الآخذ، أو أبق منه، قبل أن يرده على المولى فإن كان أشهد أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه، وكذلك إذا قال وقت الآخذ: هذا أبق قد أخذته، فمن وجد له طالبا فليدله علي، فهذا إشهاد، ولا ضمان عليه.

قال شمس الأئمة الحلواني: وليس من شرط الإشهاد أن يكرر ذلك، والمرة [تكفي]^(١) [حيث [أن]^(٢) لا]^(٣) يقدر أن يكتم^(٤) إن سئل، [وهكذا]^(٥) في اللقطة.

وإذا ترك الإشهاد، وكان الإشهاد ممكنا، كان عليه الضمان عند أبي حنيفة - رضي الله عنه-، ومحمد، وخلافا لأبي يوسف، وهذا إذا علم كونه أبقا، فإن أنكر المولى أن يكون عبده أبقا فالقول قوله، والآخذ ضامن إجماعا.



(١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في أ: بحيث أن.
 (٤) في أ: يقيم.
 (٥) في أ، م: وهذا.

كتاب المفقود

هذا الكتاب يشتمل على فصلين:

الفصل الأول

في تفسير المفقود وحكمه

فأما تفسيره: فما قال محمد: الرجل يخرج في وجهة، ويفقد، ولا يعرف موضعه، ولا تتبين حياته ولا موته، أو يأسره العدو ولا يتبين موته، ولا قتله. فأما حكمه، فما ذكر محمد في الكتاب: أنه ميت في حق غيره، حتى لا يرث أحدا من قرابته إذا مات، حي في حق نفسه حتى [لا]^(١) يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته، ولا يحكم القاضي في شيء من أمره، حتى يثبت موته أو قتله. وإنما يثبت موته إما بالبينة أو [بموت]^(٢) أقرانه في السن، وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصما عنه، أو ينصب عنه قيما فتقبل عليه^(٣) البينة.

وأما موت الأقران فهو المذكور في الكتاب عن محمد - رحمه الله-، ويشترط موت جميع الأقران فما بقي [واحد]^(٤) من أقرانه لا يحكم بموته. ثم إن بعض مشايخنا قالوا: يعتبر موت أقرانه بالسن من جميع البلدان، وقال بعضهم: يعتبر موت أقرانه في السن من أهل بلده، قال شيخ الإسلام خواهر زاده: هذا القول أصح.

ولم يعتبر محمد في موته بالسن، والمشايخ اعتبروا موته بالسن والمتقدمون منهم بعد محمد، منهم^(٥) الحسن بن زياد قدروه بمائة وعشرين سنة قالوا: إذا تم مائة

(١) في م: لم.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: عنه.

(٤) في أ: أحد، وسقط في م.

(٥) في أ: فيهم.

وعشرين سنة يحكم بموته، فإنه مروى عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
وفي قول: يقدر [بستين سنة، وفي قول: يقدر بثمانين سنة، وكان نصير^(١) بن يحيى يقدر بمائة سنة، وهو المروى عن أبي يوسف، والشيخ الإمام أبو بكر الفضلي، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد - رحمهم الله - قдраه]^(٢) بتسعين سنة، وعليه الفتوى.

ومعنى قول محمد: أنه لا يرث أحدا من أقربائه: أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكا للمفقود، [إنما يوقف للمفقود نصيبا من ميراث من]^(٣) مات من أقربائه، وهذا لأن حياة المفقود محتملة، والمحتمل يكفي للتوقف، كما في الجنين^(٤) فإن ظهر حيا ظهر أنه كان مستحقا، وإن لم يظهر حيا حتى بلغ من السن ما قال في الكتاب فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال، يوم مات صاحب المال، بمنزلة الموقوف للجنين^(٥) إذا انفصل الجنين ميتا.

قال مشايخنا: ومدار مسائل المفقود على حرف واحد، أنه يعتبر حيا في ماله، ميتا في مال غيره، حتى ينقضي من المدة ما يعلم أن مثله ما يعيش إلى مثل تلك المدة، أو بموت أقرانه، وبعد ذلك يعتبر ميتا في ماله، يوم تمت المدة، أو مات الأقران، وفي مال الغير^(٦) يعتبر كأنه مات يوم فقد، حتى إنه إذا فقد الرجل، ثم مات ابنه، ولهذا الابن أخ لأمه وللمفقود [عصبة]^(٧) فخاصم [أخو الابن]^(٨) عصبة المفقود، ينظر: إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، لا يكون للابن

(١) في أ: نصر.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: أما من يوقف لنصيب المفقود الميراث ليس.

(٤) في أ: الحمل.

(٥) في أ: الحمل.

(٦) في أ: الأقران.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

من ذلك شيء لأننا حكمنا بحياته بعد موت الابن في حق نفسه، ولا يكون [للمفقود من ميراث الابن شيء لأننا اعتبرناه ميتا في] ^(١) حق غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود؛ لأنه [احتمل] ^(٢) أن يكون حيا، فيكون له الميراث من ابنه، واحتمل أن يكون ميتا، فلا يكون له الميراث من ابنه ^(٣)، بل يكون ميراث الابن لأخيه، فإن ظهر المفقود حيا، فما وقف له يكون له، وإن لم يظهر حاله حتى مات أقرانه فما أوقفنا للمفقود من مال الابن يكون [ميراثا] ^(٤) لأخي الابن؛ لأننا تيقنا بكون الأخ ولد وقت موت الابن، وشككنا في كون المفقود ولد، فكان جعله ميراثا لمن كان ولد له يقيين أولى.

فإن كان أقران المفقود قد ماتوا قبل موت الابن، فميراث المفقود [قد] ^(٥) صار للابن؛ لأننا حكمنا بموت المفقود والابن حي، فيكون ميراثه للابن، فإذا مات الابن، يكون لورثة الابن، فهذا هو حاصل ما بنى عليه مسائل المفقود.

[إذا أوصى رجل للمفقود بشيء فإنى لا أقضي بها، ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود] ^(٦)؛ لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، فكذا [في] ^(٧) الوصية.

وإذا مات [رجل] ^(٨) وترك ابنتين ^(٩) وابن ابن، وبنت ابن، وترك [ابنا] ^(١٠)

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) سقط في أ، م.
 - (٣) في أ: أبيه.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في أ، م.
 - (٦) سقط في أ.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في أ.
 - (٩) في أ: ابنتين، وفي م: ابنان.
 - (١٠) سقط في أ، م.

مفقودا، وترك مالا في يد [الابنتين]^(١) فارتفعوا إلى القاضي فإن أقروا أن الابن مفقود فإن القاضي لا ينبغي له أن يحرك المال من موضعه، ولا يقف شيئا منه للمفقود، يريد بقوله: لا ينبغي له أن يحرك المال من موضعه، أي: لا ينزع شيئا مما في يد الابنتين؛ لأن النصف صار بينهما بيقين والنصف الثاني للمفقود من وجه إن كان حيا، وإن كان ميتا فالسدس من النصف الثاني^(٢) لهما، والثالث لابن الابن وبنت الابن، ولا يدرى موته ولا حياته فيجب الوقف على يد من كان في يده.

ويريد بقوله: ولا يقف منه شيئا للمفقود، أي: لا يجعل شيئا مما في يد [الابنتين]^(٣) ملكا للمفقود على الحقيقة.

قال في الكتاب: إنه يموت أو لا يموت^(٤).

قال: فإن قالت الابنتان^(٥): قد مات أخونا^(٦)، وقال ابن^(٧) الابن هو مفقود فالجواب كذلك؛ لأن من في يده المال، قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال، وهم ردوا الأموال بقولهم: أبونا مفقود، فسقط اعتبار ذلك الإقرار.

ولو كان مال الميت في يد ولد المفقود فطلبت [الابنتان]^(٨) ميراثهما، و^(٩) اتفقوا أن الابن مفقود، فإنه يعطي الابنتين^(١٠) النصف، وهو أدنى ما يصيبهما؛ لأننا تيقنا في استحقاقهما النصف وشككنا فيما زاد، فيدفع لهما الأقل، وهو النصف، ويترك

(١) في أ: الابنين، وفي م: الابن.

(٢) في أ: والباقي.

(٣) في أ: الابنين، وفي م: الابن.

(٤) في المبسوط وخزانة الأكملة في فروع الفقه الحنفي: ولا يعلم لأنه يرث أو لا يرث.

(٥) زاد في م: ما قال في الكتاب: إنه يعلم بموت أو لا بموت.

(٦) في أ: إحدانا.

(٧) في م: ولد.

(٨) في أ: الابنان، وفي م: الابن.

(٩) في م: أو.

(١٠) في أ: للابن.

الباقى في يد ولد الابن [المفقود]^(١) من غير أن يقضى [لهما به]^(٢)، ولا لأبيهما^(٣)؛ لأنه لا يدري من هو المستحق لهذا الباقي.

ولو كان المال في يد أجنبي^(٤) فقالت الابنتان: قد مات أخونا قبل أبينا، وقال ولد الابن: هو مفقود [فإن أقر الذي في يده المال [بالمال]^(٥) للميت وبأن الابن مفقود]^(٦) فإنه يعطى الابنتين النصف، أقل النصيبين لهما، ويوقف الباقي حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود.

وإن قال الذي في يده المال: قد مات المفقود قبل أبيه^(٧) فإنه يجبر على دفع الثلثين [إلى الابنتين]^(٨)؛ لأن إقرار ذي اليد فيما في يده معتبر، وقد أقر بأن ثلثي ما في يده للابنتين فيجبر على تسليم ذلك إليهما، ولا يمتنع صحة إقراره بقول أولاد الابن: أبونا مفقود؛ لأنهم لا يدعون لأنفسهم بهذا القول شيئاً، ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه.

ولو جحد الذي في يديه المال أن يكون للميت^(٩)، فأقامت الابنتان البينة أن أباهما مات وترك هذا المال ميراثاً لهما ولأخيها المفقود، فإن كان حياً فهو الوارث معهما، وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما، ولا يعلم له [غير هؤلاء]^(١٠) فإنه يدفع إلى الابنتين النصف؛ لأنهما بهذه البينة [تثبتان]^(١١) الملك لأبيهما في هذا المال

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) في م: بينهما.
 - (٣) في أ: سيما.
 - (٤) في أ: أبينا.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في أ.
 - (٧) في أ: ابنه.
 - (٨) في أ: البنتين، وسقط في م.
 - (٩) زاد في م: المال.
 - (١٠) في أ: غيرها.
 - (١١) في أ، م: صار.

والأب ميت، وأحد الورثة ينتصب خصما [عن الميت]^(١) في إثبات الملك له بالبينة، فإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يد عدل.

قال في الكتاب: لأن الذي في يده جحده، فهو غير مؤتمن عليه. ومعناه: أنه ظهرت خيانتة بجحوده، ولا يؤتمن بعد ذلك، وإن كان معروفا بالعدالة؛ لأن العدل لا يحترز عن تناول ما يزعم أنه ملكه بخلاف ما سبق؛ لأن صاحب اليد هناك مقر بأن المال للميت فكان ترك الباقي في يده أولى؛ لظهور أمانته بالتجربة.

فإن ادعى ولد المفقود أنه مات بعد شهادة الشهود، لم أدفع إليهم شيئا حتى [يقيموا]^(٢) البينة على موته قبل [أبيه أو بعده]^(٣)؛ لأنهم يريدون استحقاق [الأب]^(٤) اليد على ذي اليد ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولأن سبب الاستحقاق لهم غير معلوم، فإن أباهم إن مات قبل موت الجد فهم يستحقون الثلث [ميراثا]^(٥) عن الجد وإن مات بعد موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثا عن أبيهم، [ولا]^(٦) يجوز القضاء بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق، فلا بد من أن يقيموا البينة على موته قبل أبيه أو بعده.

وإن كان المال أرضا في يد الابنتين وولد الابن، وأقروا جميعا أن الابن قد مات قبل موت أبيه، واقتسموا الأرض بينهم على ذلك، ثم ادعوا أنه مفقود، فإن القاضي يمضي القسمة عليهم، ولا يقبل قولهم أنه مفقود، أما مضي القسمة فلأنها تمت

(١) في أ، م: للميت.

(٢) في م: يقيم.

(٣) في أ: ابنه أو بعد موته.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، م: معلقا.

(٦) في م: فلا.

بتراضيهم، وقولهم فيما في أيديهم مقبول، وأما لا يقبل قولهم أنه مفقود فلأنهم متناقضون .

قال: وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة، ولم يكن في يده شيء من هذه الأرض، ثم [قدم]^(١) فقال: والدي مفقود، وأراد نقض القسمة لم يكن [له]^(٢) ذلك؛ لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، وإنما يدعي الملك للمفقود، وهو [مقر أنه ليس]^(٣) بوكيل عنه ولا وارث^(٤)؛ لأنه حي، ونقض القسمة بقول من لا يدعي لنفسه شيئاً لا يجوز، بخلاف ما لو كان بعض الأرض في يده؛ لأنه يدعي لنفسه حقاً، و[هو]^(٥) إبقاء يده فيما في يده [وقسمتهم]^(٦) قبل حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه، وكذلك لو كان مكان الغائب صغيراً [فأدرك]^(٧) لما قلنا. ولو ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضي قسمة مستقبلة بإقرارهم على أنفسهم؛ لأنه يدعي لنفسه بعض الملك هاهنا، [ويدعي]^(٨) بطلان قسمتهم؛ لأن تراضيهم على القسمة بعد موت الجد لا يعمل في حق الغائب والصغير، وهم مصدقون له؛ فلهذا تنقض القسمة، بخلاف ما لو كان القاضي هو الذي قسم بين الحضور، وعزل نصيب الغائب والصغير، فإنه تنفذ قسمته في حقهما إذا لم يكن في يد الغائب والصغير شيء من المال؛ لأن للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير، وليس للورثة تلك الولاية في حق الغائب [والصغير]^(٩).

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: مفقود وليس .

(٤) زاد في أ، م: له .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: فقسمتهم .

(٧) سقط في أ، م .

(٨) سقط في م .

(٩) سقط في أ، م .

غاب رجل وجعل دارا له في يد رجل ليعمرها [أو دفع]^(١) إليه ماله، ثم فقد الدافع، فله أن يحفظه، وليس له أن يعمرها، إلا بإذن الحاكم؛ لأنه قد مات ولا يكون الرجل وصيًا. والله أعلم بالصواب.



(١) في م: ودفع.

الفصل الثاني

في التصرف في مال المفقود

وإذا طلبت زوجة المفقود وولده من القاضي أن ينصب وكيلًا في خصومة وجمع غلات المفقود فعله؛ لأن للقاضي أن يفعل ذلك من غير طلبهم فمع طلبهم أولى، وكان للوكيل أن يتقاضى، ويقبض، ويخاصم من يجحد حقًا من عقد يجري بينه وبين هذا الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة المالك. ألا ترى أن المفقود لو حضر ونهاه عن الاستيفاء لا يعمل نهية.

وأما في كل دين كان المفقود تولاه، أو نصيب كان له في [عقار وعروض]^(١) في يد رجل أو حق من الحقوق، فإن الوكيل لا يخاصم؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك في الخصومة؛ لأنه وكيل بالقبض، والوكيل بالقبض لا يكون وكيلًا بالخصومة متى كان وكيلًا من جهة القاضي بالإجماع، [إنما]^(٢) الخلاف فيما إذا كان وكيلًا بالقبض من جهة المالك، وإذا لم يكن نائبًا عن المالك في الخصومة لا يخاصم إلا أن يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه، وأنفذ الخصومة بينهم، فحيثئذ يجوز.

قال^(٣) في الكتاب: [لأنه مما^(٤)]^(٥) اختلف فيه [الفهاء يريد به]^(٦): لأن هذا قضاء بالدين على الغائب، والقضاء على الغائب [بالدين]^(٧) مجتهد فيه^(٨) يجوز أو لا يجوز، والقاضي متى قضى في فصل مجتهد فيه، نفذ قضاؤه.

(١) في أ: عيان أو غيره وظن.

(٢) في م: أما.

(٣) في أ: قاله.

(٤) في أ: فيما.

(٥) في م: إنه فيما.

(٦) في أ: القضاة بين يديه.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في أ: أنه.

وكذلك إن مات غريم من غرمائه وقد أقر له بدينه [في وصيته]^(١) عزل حق المفقود من ذلك، [وجعل]^(٢) على يدي وكيله؛ لأن ذلك من الحفظ، وإن لم يكن أوصى به وعليه ديون لغيره، لم يكن لورثة المفقود أو^(٣) وكيله في ذلك خصومة، إلا أن يراه القاضي، فيقضي به فحيثئذ ينفذ قضاؤه لكونه [فصلاً]^(٤) مجتهداً فيه. فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء^(٥)، فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض

آخر، كما لو كان القاضي محدوداً في قذف؟

قلنا: لا كذلك، بل المجتهد فيه سبب القضاء، و[هو]^(٦) أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر [أم لا]^(٧) فإذا رآها القاضي حجة، وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف.

[وإن]^(٨) ادعى إنسان على المفقود حقاً من دين، أو وديعة، أو شركة في عقار، أو [في]^(٩) رقيق، أو طلاق، أو عتاق، أو نكاح أو رد بعيب، أو مطالبة باستحقاق، لم يلتفت إلى دعواه، ولم يقبل منه البينة ولم يكن [هذا]^(١٠) الوكيل ولا لأحد من الورثة خصماً، أما الوكيل فلأنه نصب للحفظ فقط، وأما الورثة فلأنهم يخلفونه بعد موته، ولم يظهر موته، وإذا رأى القاضي سماع البينة وحكم [به]^(١١)، نفذ حكمه؛ لأنه أمضاه في فصل مجتهد فيه.

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ، م: و.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في أ: الفقهاء.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) في م: فإن.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في م: لهذا.
- (١١) سقط في م.

ولو ادعى مملوك المفقود العتق فيه، وأقام بينة على ذلك، لم تقبل [بيئته]^(١)؛ لانعدام خصم حاضر.

قال^(٢) في الأصل: ولم أدع أولاده يبيعونه؛ لأنهم إن لم يقرؤا بموت المفقود لم يكن لهم ولاية [البيع]^(٣) قبل إقامة هذه البينة، فبعدها أولى، وإن أقرؤا بموته، وهو مراده بما^(٤) ذكر في الأصل؛ لأنه^(٥) إذا ثبت الموت بزعمهم، كان الوارث خصما في البينة التي أقامها على العتق.

قال: وكذلك لو ادعت [امراة]^(٦) أنه تزوجها، لم أقبل بيئتها على ذلك؛ لانعدام الخصم. والله الموفق بحمده.



(١) سقط في أ.
 (٢) في أ: قاله.
 (٣) في م: المنع.
 (٤) في م: فيها.
 (٥) في م: أنه.
 (٦) في م: امرأته.

فهرس المحتويات

تتمة كتاب السّير

٣	الفصل التاسع عشر: في المعاملة تجري بين المسلم والحربي في دار الحرب وبين المسلمين في دار الحرب
١٤	الفصل العشرون: في أحكام أهل البغي والخوارج
٣٢	الفصل الحادي والعشرون: في بيع الغنائم وما يتصل به
٤٨	الفصل الثاني والعشرون: في المحصورين إذا طلبوا من الأمير الذي حاصرهم أن يسلموا أو يصيروا ذمة ورأى الإمام أن يقاتلهم
٥١	الفصل الثالث والعشرون: في المسلم يقتل أسيرًا، وفي المسلم يقتل أصحابه فيما يقاتل
٦٠	الفصل الرابع والعشرون: في السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه على دعوى النكاح وما لا يصدق
٧٢	الفصل الخامس والعشرون: في مسائل المرتدين وأحكامهم
٧٢	في إجراء كلمة الكفر
٧٦	فيما يقال في ذات الله سبحانه وتعالى وصفاته
٧٨	في ذكر المكان لله تعالى
٨٢	ما يضاف إلى فعل الله تعالى
٨٤	في المتفرقات
٩٠	إذا قال: هو بريء من الإسلام
٩٢	فيما يرجع إلى الغيب
٩٤	فيما يعود إلى الأنبياء
١٠٢	في رد الأوامر الشرعية
١٠٣	فيما يعود إلى الملائكة

- ١٠٤ فيما يتعلق بالقرآن
- ١٠٨ فيما يتعلق بالصلاة والزكاة والصوم
- ١١٣ فيما يتصل بالذكر
- ١١٥ فيما يتعلق بأمر القيامة والبعث والميزان والحساب
- ١٢٠ في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
- في العلم والعلماء والأبرار والصالحين وطلب أحد الخصمين الذهب
- ١٢٤ إلى الشرع وإلى باب القاضي
- ١٢٨ فيما يقال عند التعزية والمرضى والبرء من المرض
- ١٣٠ في الرجل يقول لغيره: يا كافر، أو يقول لامرأته: يا كافرة
- ١٣٦ في تمنى ما لا ينبغي أن يتمنى
- في التشبه بالكفار، وترجيح الكافر على المسلم، وملامة من أسلم على
- ١٣٧ ترك دينه
- ١٣٩ في الخروج والذهاب إلى ضيافة المجوس
- ١٤٢ فيما يتعلق بالسلطين والجابرة والأكابر
- ١٤٥ في تعليم الكفر وتلقيه والأمر بالارتداد
- ١٤٦ في الإكراه على التلفظ بلفظة الكفر وما يتصل به
- ١٤٩ في المتفرقات
- ١٥٤ إذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة في الحال
- ١٥٥ من شك في إيمانه
- ١٦١ يعرض الإسلام على المرتدة والمرتد
- ١٦٧ ارتداد الصبي الذي يعقل
- ١٧٠ في تصرفات المرتد والمرتدة
- ١٧٦ ميراث امرأة المرتد
- ١٨١ في المرتد يلحق بدار الحرب
- ١٨٧ الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الاستحسان

- ٢٠١ الفصل الأول: في العمل بخبر الواحد
- ٢٠٦ في الإخبار عن أمر ديني
- ٢١٠ في تعارض الخبرين في نجاسة الماء وطهارته، أو في حرمة العين، وإباحته
- ٢١٥ في العمل بخبر الواحد في المعاملات
- في العمل بخبر الواحد في ارتداد أحد الزوجين، والرضاع، والطلاق،
والموت، وفساد النكاح.
- ٢٢٠ الفصل الثاني: في العمل بغالب الرأي
- ٢٢٤ الفصل الثالث: في الصلوات، وقراءة القرآن، والذكر، والدعاء ورفع
الصوت عند ذلك، والصلوة على النبي ﷺ
- ٢٢٦ الفصل الرابع: في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه
- ٢٣٦ الفصل الخامس: في سجدة الشكر
- ٢٤٥ الفصل السادس: في المسابقة
- ٢٤٩ الفصل السابع: في السلام وتشميت العاطس
- ٢٦٣ الفصل الثامن: في مسائل النظر والمس
- ٢٧٠ الفصل التاسع: في مسائل اللبس
- ٢٨٤ الفصل العاشر: في استعمال الذهب والفضة
- ٢٩١ الفصل الحادي عشر: في مسائل الأكل وما يتصل به
- ٣٠٦ الفصل الثاني عشر: في النهبة ونثر الدراهم والسكر
- ٣١٣ الفصل الثالث عشر: في الكسب
- ٣١٧ الفصل الرابع عشر: في زيارة النساء القبور، وفي نقل الميت من مكان إلى
مكان
- ٣٣١ الفصل الخامس عشر: في أهل الذمة، والأحكام العائدة إليهم
- ٣٣٥ الفصل السادس عشر: في الهدايا والضيافات
- ٣٤٦ الفصل السابع عشر: في الغناء واللهو والأمر بالمعروف
- ٣٥٠ الفصل الثامن عشر: في المعالجة والتداوي
- ٣٥٧

٣٦٣	الرحم
٣٦٧	الفصل المكمل عشرين: في الختان، والخصاء، وقلم الأظفار، وتطويلها وقص الشوارب، ووصل المرأة شعر غيرها بشعرها
٣٧٤	الفصل الحادي والعشرون: في الزينة واتخاذ الخادم للخدمة
٣٧٩	الفصل الثاني والعشرون: في قتل الرجل المسلم والده المشرك ومن بمعناه، وقتله محارمه
٣٨٢	الفصل الثالث والعشرون: في دخول النساء الحمام، وفي ركوبهن على السروج
٣٨٥	الفصل الرابع والعشرون: في تعليق الأجراس بالدواب، وما يتصل بذلك
٣٨٧	الفصل الخامس والعشرون: في الحسد والغبطة
٣٨٩	الفصل السادس والعشرون: في ما يشق من جراحات بني آدم والحيوانات
٣٩٢	الفصل السابع والعشرون: في البياعات وبيع المزايدة
٣٩٦	الفصل الثامن والعشرون: في الرجل يسافر بغير إذن الوالدين، ويدخل فيه الركوب في البحر للتجارة والدخول في دار الحرب بأمان للتجارة
٣٩٨	الفصل التاسع والعشرون: في المرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثا، وفي المرأة تتزوج ولها زوج، وما يتصل به
٤٠٠	الفصل المكمل ثلاثين: في ملاقة الملوك، والتواضع لهم، وتقبيل أيديهم أو أيدي غيرهم وما يتصل بذلك، والخروج على السلطان الجائر لدفع جوره
٤٠٥	الفصل الحادي والثلاثون: في الدخول دار الغير، والمرور، والصلوات فيها وفي المرور في الطريق المحدث، وفي في الطريق الذي يجده في المقبرة
٤٠٩	الفصل الثاني والثلاثون: في تصرف الرجل في الأعيان المشتركة شركة خاصة، وشركة عامة
٤١٥	الفصل الثالث والثلاثون: في الديون والظلمات وأحكامها في الدنيا والآخرة

٤٢٠ الفصل الرابع والثلاثون: في المتفرقات

كتاب التحري

٤٣١ الفصل الأول: في مسائل الصلاة

٤٣٢ الفصل الثاني: في مسائل الزكاة

٤٣٦ الفصل الثالث: في التحري في الثياب والمساليخ، والأواني، والموتى ...

٤٤٠ الفصل الرابع: في المتفرقات

كتاب اللقيط

الفصل الأول: في بيان ما يستحب فيه، أو يفرض وفي مرافعة الملتقط اللقيط

٤٤١ إلى القاضي، وفي إنفاق الملتقط على اللقيط

٤٤٤ الفصل الثاني: في دعوى نسب اللقيط

٤٤٤ في دعوى الملتقط، أو غيره وحده ونسبه

٤٤٨ في دعوى اللقيط من الملتقط

٤٥٠ في دعوى الخارجين

٤٥١ في دعوى الخارجين أيضاً

٤٥٦ في دعوى الذمي مع المسلم نسب اللقيط

٤٥٨ في دعوى العبد نسب اللقيط

٤٦٠ فيما إذا ادعى رجل نسب اللقيط، وادعى آخر أنه عبده

٤٦١ في أنه إذا ادعى اللقيط من زوجته، أو أمته

٤٦٢ الفصل الثالث: في المتفرقات

كتاب اللقطة

٤٦٣ الفصل الأول: في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها

٤٧٤ الفصل الثاني: في تعريف اللقطة وما يصنع بها بعد التعريف

٤٧٨ الفصل الثالث: في الملتقط يرفع اللقطة إلى القاضي

٤٨٥ الفصل الرابع: في إيجاب الضمان على الملتقط

كتاب الأبق

٤٨٧ الفصل الأول: في أخذ الأبق، وما يصنع به بعد الأخذ

٤٨٩ الفصل الثاني: في بيان مقدار الجعل

٤٩١ الفصل الثالث: في بيان من يستحق الجعل
٤٩٤ الفصل الرابع: في بيان وجوب الضمان على الراد
	كتاب المفقود
٤٩٥ الفصل الأول: في تفسير المفقود وحكمه
٥٠٣ الفصل الثاني: في التصرف في مال المفقود
٥٠٧ فهرس المحتويات

الذخيرة البرهانية

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم الحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الثامن

يحتوي على:

الغصب - الوديعة - العارية - الشركة - الصيود -

الذبائح - الأضحية - الوقف



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutob Al-ilmiah

DKI

أسستها محمد عايش بن عايش سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: **AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA**

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts)

قياس الصفحات 17 x 24 cm

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H.

بلد الطباعة لبنان

طبعة الأولى

Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الغصب

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة^(١) عشر فصلاً:

الأول: في تضمين الغصب

فنقول: الغصب [شرعاً]^(٢) أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك، إن كان في يده، أو نقص يده، إن لم يكن في يده^(٣).

وإنه^(٤) نوعان: نوع يتعلق به المأثم، وهو ما يقع^(٥) عن علم، ونوع لا يتعلق به المأثم، وهو ما وقع عن جهل، والضمان يتعلق بهما جميعاً؛ لأن الضمان غير^(٦) الحق، والحق يفوت في الحالين [على]^(٧) نمط واحد وشرطه عند أبي حنيفة

(١) في أ: ثلاثة.

(٢) سقط في م.

(٣) الغصب لغة: مصدر غَصَبَهُ يَغْصِبُهُ بكسر الصاد. ويقال: اغتصبه أيضاً، وغصبه منه، وغصبه عليه بمعنى، والشيء غصب ومغسوب، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلماً، قاله الجوهري، وابن سيده، وغيرهما من أهل اللغة.

ينظر: المصباح المنير (٢/٦١٣)، الصحاح (١/١٩٤)، المطلع، ص (٢٧٤)، المغرب، ص (٣٤٠).

واصطلاحاً:

عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوم، على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال.

وقال محمد: الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصباً.

وعرفه المالكية بأنه: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال.

وعرفه الشافعية بأنه: أخذ مال الغير، على وجه التعدي.

وعرفه الحنابلة بأنه: الاستيلاء على مال الغير، بغير حق.

ينظر: بدائع الصنائع (٩/٤٤٠٣)، تبيين الحقائق (٥/٢٢٢)، مواهب الجليل (٥/٢٣٨)،

(٢٧٤)، حاشية الدسوقي (٣/٤٤٢)، مغني المحتاج (٢/٢٧٥)، المغني (٥/٢٣٨)،

شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٩).

(٤) في م: وهو.

(٥) في م: وقع.

(٦) في م: بخبر.

(٧) سقط في م.

[- رضي الله عنه - وأبي يوسف الآخر]^(١) كون المأخوذ منقولاً، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - آخرًا حتى إن غصب العقار عند أبي حنيفة، وأبي يوسف الآخر لا ينعقد موجبا للضمان، واستعمال^(٢) عبد الغير غصب له حتى لو هلك من ذلك العمل، ضمن المستعمل قيمته علم المستعمل أنه عبد الغير، أو لم يعلم بأن جاء إليه، وقال: أنا حر، فاستعمله، وهذا لما قلنا: إن ضمان الغصب [لا]^(٣) يختلف بالعلم، وعدم العلم، وهذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه، أما إذا استعمله لا في أمر نفسه، لا يصير غاصبًا.

وقد ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أن من قال لعبد الغير: ارتق هذا الشجر، وأنزل المشمش، لتأكله فوق^(٤) من الشجر، ومات، لم يضمن الأمر، ولو قال: أنا، وباقي المسألة بحالها ضمن، وما افترقا إلا أنه في الفصل الأول ما استعمله في أمر نفسه، وفي الفصل الثاني استعمله في أمر نفسه.

وسئل شمس الأئمة عن [من استعمل]^(٥) عبد الغير، أو جارية الغير، وأبق في حالة الاستعمال، فهو ضامن بمنزلة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب.

ومن استعمل عبدًا مشتركًا بينه، وبين غيره بغير إذن شريكه يصير غاصبًا؛ لغصب نصيب شريكه.

وفي أجناس الناطفي في آخر الجزء^(٦) الأول من كتاب الدعوى: أن في استعمال العبد المشترك بغير إذن الشريك روايتان عن محمد - رحمه الله - روى هشام عنه [أنه]^(٧) يصير غاصبًا [لغصب]^(٨) نصيب صاحبه، وروى ابن رستم عنه أنه لا يصير غاصبًا.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: باستعمال.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: إن وقع.

(٥) في أ: يستعمل.

(٦) في م: الجنس.

(٧) سقط في م.

وفي الدابة يصير غاصبًا نصيب صاحبه في الروايتين ركوبًا وحملًا، ورد في زماننا من هذا الجنس فتوى [من]^(١) بعض البلدان وصورته: رجل كان يكسر الحطب، [فجاء غلام رجل، وقال أعطني القدم، والحطب حتى أكسره أنا، فأبى صاحب الحطب ذلك، فأخذ الغلام القدم منه، وأخذ الحطب]^(٢)، وكسر بعضه، وقال: أنت تأخذ حتى أكسر، فأتى [صاحبه بحطب آخر]^(٣)، فكسره الغلام فضرب بعض المكسور [من الحطب على عين الغلام]^(٤)، وذهبت عينه فاتفق [بعض]^(٥) المشايخ [على]^(٦) أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء؛ [لأن صاحب [الحطب]^(٧) لم يأمر الغلام بكسر الحطب، ولم يستعمله [فيه]^(٨)، وإنما فعل ذلك العبد باختياره، فلا يكون على صاحب الحطب شيء]^(٩).

وسئل أبو بكر عمن وجه جاريته إلى النخاس [ليبيعها]^(١٠) فبعثها امرأة النخاس في حاجة فهربت، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الضمان على امرأة النخاس لا غير، وعلى قولهما: إن شاء ضمن النخاس [أيضا كما]^(١١) عرف في الأجير المشترك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : جارية جاءت إلى النخاس بغير إذن

(٨) سقط في م.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: صاحب الحطب.

(٤) في م: على عين الغلام من الحطب.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في م.

(١١) في م: لما.

مولاهها، وطلبت [البيع]^(١)، ثم ذهبت، ولا يدري أين ذهبت، وقال النخاس: رددتها على المولى، فالقول قول النخاس، ولا ضمان عليه ومعنى ذلك أن النخاس لم يأخذ الجارية، ومعنى الرد أمره بإيها بالذهاب إلى منزل المولى، أما إذا أخذ النخاس الجارية من الطريق، وذهب بها إلى منزل نفسه من غير إذن مولاهها لا يصدق.

ركب دابة رجل حال غيبته بغير أمره، ثم نزل عنها، وتركها في مكانها، ذكر في آخر كتاب اللقطة: أن عليه الضمان.

وذكر الناطفي في واقعاته اختلاف الروايات قال ثمة: والصحيح أنه لا يضمن على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لأن غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل. وعن أبي يوسف في المنتقى أيضا: أنه لا ضمان.

وصورة ما ذكره في المنتقى: رجل قعد على ظهر دابة رجل ولم يحولها^(٢) عن موضعها فجاء رجل وعقرها^(٣) فالضمان على الذي عقرها^(٤) دون الذي ركب إذا لم تعطب من ركوبه، وإن كان قد جحدها من غير أن يعقرها الآخر، [ومنعها من]^(٥) صاحبها، ولم يخرجها عن موضعها، ثم عقرها هذا الآخر فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء.

قال: وكذلك كل من أخذ متاع إنسان من دار صاحب المتاع، ثم جحده [فهو ضامن، وإن لم يخرجها من الدار، وإن يجحد]^(٦) فلا ضمان عليه إلا إذا هلك من

(١) سقط في م.

(٢) في م: يحركها.

(٣) في م: فغيرها عن موضعها.

(٤) في م: غيرها.

(٥) في م: ويمنعها عن.

(٦) سقط في م.

فعله، أو أخرجه من الدار، وهذا استحسان.

وفي اختلاف [زفر، ويعقوب]^(١) عن أبي يوسف - رحمه الله - في مسألة الدابة [بخلاف]^(٢) ما ذكر من المنتقى فقال ثمة: إذا ركب دابة غيره، ثم نزل، وتركها في مكانها^(٣) فهو ضامن.

وفي المنتقى عن أبي يوسف أيضا: [دخل رجل]^(٤) منزل رجل، وحول من بيت منه إلى بيت آخر من ذلك المنزل، أو إلى صحن ذلك المنزل متاعًا، وسكن^(٥) المنزل الرجل وغلماؤه فضع، ففي القياس هو ضامن.

وفي الاستحسان: لا ضمان عليه إذا كان هذا موضوعا في حرز مثله.

وسئل قاضي القضاة^(٦) محمود الأوزجندي عن اصطبل مشترك بين رجلين لكل واحد منهما فيه بقر دخل أحدهما الاصطبل، وشد بقر صاحبه حتى لا يضر بقره فتحرك البقر وخنق بالحبل، ومات.

قال: لا ضمان عليه إذا لم ينقله من مكان إلى مكان.

السلطان إذا أخذ عينا من أعيان رجل، ورهنها^(٧) عند رجل، وهلكت^(٨) عند المرتهن إن كان المرتهن طائعا، يضمن ويكون للمالك [خياران: تضمين]^(٩) السلطان، أو المرتهن، ويبنى على هذا الجاني الذي يقال له بالفارسية (بايكار) إذا أخذ شيئا رهنا، وهو طائع يضمن «وكذا الصراف»^(١٠) إذا كان طائعا يضمن، وصار

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: مكانه.

(٤) في م: رجل دخل.

(٥) في م: وإنما سكن.

(٦) زاد في أ: شمس الإسلام.

(٧) في م: ورهن.

(٨) في أ، م: فهلك.

(٩) في م: الخيار أن يضمن.

(١٠) في أ، م: الضمان.

الصراف والجاني مجروحين في الشهادة^(١).

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من وديعة واقعاته: وقعت قلنسوة من رأس المصلي فنحاهها رجل، فإن نحاهها حيث ينالها المصلي، لا يضمن، وإن نحاهها أكثر من ذلك يضمن، في واقعات الناطفي.

وفي العيون: رجل دخل منزل رجل بإذنه فأخذ إناء من بيته بغير إذنه، لينظر إليه فوقع من يده وانكسر [ضمن فإن كان غير مأذون]^(٢)، فلا ضمان إلا إذا نهاه صاحب البيت عن الأخذ قبل ذلك؛ لأنه مأذون في أخذه دلالة؛ ألا ترى أنه لو أخذ كوز ماء، وشرب منه، وسقط من يده، وانكسر، لا ضمان عليه، [ولو أن سوقيا يبيع أواني من رجل، أو غيره، فأخذ آنية بغير إذنه؛ لينظر إليها، فسقطت من يده، وانكسرت ضمن؛ لأنه غير مأذون في أخذه لا نصا ولا دلالة.

في فتاوى أهل سمرقند: تقدم إلى بيع الخزف وأخذ منه غضارة بإذنه لينظر فيها ف وقعت الغضارة من يده على غضارات آخر وانكسرت الغضارات فلا ضمان في المأخوذ؛ لأنها مأخوذة بإذنه والضمنان في^(٣) الباقيات.

شرح في الحمام وأخذ فنجانها [وأعطاها غيره ف وقعت^(٤)] ^(٥) من يد الثاني وانكسرت فلا ضمان على الأول لأن الأول إما أن يكون مستأجرا أو مستعيرا وللمستأجر أن يعير مما لا يتفاوت الناس فيه^(٦).

وفي المنتقى: رجل عنده وديعة لرجل وهي ثياب فجعل المودع [فيها ثيابا له ثم طلبها صاحب الوديعة فدفعها كلها إليه وضاع ثوب المودع]^(٧) فصاحب الوديعة

(١) في م: الجناية.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: ويختصما.

(٤) في أ: حقه.

(٥) في م: وأعطاه غيره فوقع.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

ضامن له . قال : ثم كل من أخذ شيئاً على أنه له ، ولم يكن له [شيء] ^(١) فهو ضامن .
رجل أضاف رجلاً فَنَسِيَ الضيف عنده ثوباً فاتبعه المضيف بالثوب [فغصب
الثوب] ^(٢) [غاصب] ^(٣) في الطريق إن غصب في المدينة فهو ضامن .
وفي نوادر ابن رستم : ضرب رجلاً حتى سقط ومات ومع المضروب مال فتوى .
قال محمد - رحمه الله - : الضارب ضامن للمال الذي كان مع المضروب
وكذلك يضمن ثيابه ؛ لأنه هو الذي استهلك ذلك كله .

تعلق برجل فخاصمه فسقط من المتعلق به شيء وضاع ، ضمنه المتعلق .
في فتاوى سمرقند : رجل قطع يد حمار وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ
النقصان فإن ذبح حمار إنسان ذبحاً ^(٤) وقال صاحبه : إني أضمنه النقصان وأسلم
الجلد إليه ، فإن كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وإن قتله فليس له ذلك .
قال هشام : لأن ذبحه بمنزلة الدباغ .

وفي النوادر : إذا قطع أذن الدابة أو بعضها يضمن النقصان وجعل قطع الأذن من
الدابة نقصاً ^(٥) يسيراً وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان .
وعن شريح : أنه إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة ، وإن كان لغيره
يضمن ^(٦) النقصان لا غير .

استهلك قلب فضة إنسان فأحرقه يضمن قيمته مصوغاً من الذهب ؛ لأن الصياغة
في مال الربا تضمن مع الأصل بالإتلاف كالجودة ، ولا يمكن إيجاب قيمته [مصوغاً
من جنسه ؛ لأنه ربا ولا يمكن إيجاب مثله] ^(٧) مصوغاً ؛ لأنه ^(٨) من ذوات الأمثال

(١) سقط في أ ، م .

(٢) في م : فغصبه منه .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م : فتنازعا .

(٥) في م : تقطيعاً .

(٦) في م : يضمنه .

(٧) سقط في م .

فيتعين^(١) إيجاب القيمة مصوغا من خلاف الجنس، وإن وجده صاحبه مكسورا فهو بالخيار؛ لأن الكسر عيب فاحش وإن رضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح؛ لأنه ربا، وإن أراد أن يضمن الغاصب قيمته [ضمنه قيمته]^(٢) مصوغا من الذهب.

وكذلك [إن]^(٣) كان المصوغ كسره رجل إن كان من فضة فعليه الذهب وإن كسر درهما أو دينارا فعليه مثله والمكسور للكاسر.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : قال مشايخنا: هذا إذا كان الكسر ينقص من ضربه^(٤)، فأما إذا كان الكسر [لا]^(٥) ينقص من ضربه^(٦) فليس له إلا ذلك المكسور؛ لأن هذا^(٧) هو المقصود من الدراهم والدنانير، [فإن قام]^(٨) بعد الكسر على حاله ولم ينقص فهذا كما قلنا فيمن كسر رغيف إنسان ليس لصاحبه إلا المكسور لما قلنا، كذا هاهنا.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : [وإن شاء]^(٩) ضمنه أخذه ولم يرجع عليه بشيء سواء نقص^(١٠) بالكسر أو لم ينقص.

غصب من آخر جارية شابة فكانت عنده؛ حتى صارت عجوزا فإن لصاحبها أن يأخذها وما نقصها.

-
- (١) زاد في م: ليس.
 - (٢) في أ: فيعتبر.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في م: صرفه.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: صرفه.
 - (٨) في م: ما.
 - (٩) في م: قائم.
 - (١٠) في م: مثله فإن.
 - (١١) في م: انتقصت ماليته.

وكذلك لو غصب غلاما فكان عنده [حتى]^(١) هرم [فإن لصاحبه أن]^(٢) يأخذه وما نقصه، هذا إذا كان النقصان يسيرًا، فإن كان فاحشا تخير المالك بين الأخذ، والترك عليه أكثر المشايخ.

لو غصب صبيا فشب عنده أو نبت شعر وجهه عنده فصار ملتجيا أخذه صاحبه ولا يضمه شيئا، ولو غصب جارية ناهدة الثديين وانكسر ثديها عنده ضمن النقصان.

ولو غصب عبداً محترفا فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامناً للنقصان، وكذلك إذا كان قارئاً فنسي القرآن، ولو غصب ثوبا فايض^(٣) أو اصفر [عنده]^(٤) أخذه المالك، وهذا إذا كان النقصان يسيرًا، وأما إذا كان كثيرًا يخير بين الأخذ، والترك، فإن كان المغصوب مكيلا، أو موزوناً فعفن، فعليه مثله، وهذا الفاسد للغاصب، وإن شاء أخذ الطعام العفن، وإنما [كان]^(٥) كذلك لا يضمن النقصان في المكيلات، والموزونات؛ لأنه يؤدي إلى الإرباء^(٦)؛ لأنه يصل إليه مثل كيله، ووزنه، وزيادة، وتكون الزيادة [بإزاء]^(٧) الجودة [والخصومة]^(٨) في مسألة^(٩) الربا لا قيمة لها بانفرادها، والاعتياض عما لا قيمة له ربا، وفي الثياب لا يكون ربا، والاعتياض عن الثياب في الجودة جائز.

غصب من آخر مستحقاً [ونقصه]^(١٠) فهو زيادة، فصاحبه بالخيار إن شاء أعطاه

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) زاد في م: عنده.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في م: الربا.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في أ: والجودة، وسقط في م.
 - (٩) في م: مال.
 - (١٠) سقط في م.

ما زاد ذلك فيه، وإن شاء ضمنه قيمته غير منقوص، وهذا قول محمد - رحمه الله - وروى [وأمثاله و]^(١) الساقط من القيمة أقل من النصف وأقل من الربع. ومع هذا اعتبره محمد - رحمه الله - فاحشاً، والصحيح من الحد^(٢) ما قاله محمد - رحمه الله - : أن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض [المنفعة بأن فات جنس منفعتها]^(٣)، ويبقى بعض العين، وبعض المنفعة، واليسير من الخرق ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يفوت الجودة ويدخل بسببه نقصان في المالية.

قال الشيخ الإمام الأجل الحلواني - رحمه الله - وقد قيل: يرجع في ذلك إلى الخياطين^(٤) وأهل الصناعة إن عدوا ذلك نقصاناً فاحشاً فهو فاحش. وإن عدوا ذلك نقصاناً يسيراً فهو يسير.

قال - رحمه الله - : والأول أصح.

جئنا إلى قطع القميص فنقول: قطع القميص خرق فاحش؛ لأنه تفوت به بعض المنافع، وفي الخرق الفاحش صاحب الثوب بالخيار؛ لأنه استهلاك من وجه دون وجه، فإن^(٥) شاء مال إلى جهة^(٦) الاستهلاك، وضمنه القيمة، وإن شاء مال إلى جهة القيام، وضمنه النقصان.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: القطع أنواع ثلاثة: قطع فاحش غير مستأصل للثوب^(٧)، وهو ما بينا، والحكم فيه ما ذكرنا، وقطع يسير، وهو أن يقطع

(١) سقط في م.

(٢) في م: الخبر.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الخائط.

(٥) في م: وإن.

(٦) في أ: وجه.

(٧) في م: الثوب.

طرفاً من أطراف الثوب فلا يثبت فيه الخيار [للمالك]^(١)، ولكن يضمه النقصان، وقطع فاحش مستأصل للثوب^(٢)، وهو أن يجعل الثوب قطعاً لا يصلح إلا للخرق^(٣) فلا يرغب في شرائه.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في هذا الفصل: أن [للمالك الخيار]^(٤) إن شاء ترك المقطوع عليه، وضمه القيمة وإن شاء أخذ المقطوع، ولا شيء له، وعندهما له أن يأخذ الثوب، ويضمه النقصان، وهذه المسألة فرع مسألة الديات إذا قطع يد عبد إنسان.

قال الشيخ الإمام الأجل الأوحى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - :
والحكم الذي ذكرناه^(٥) في الخرق في الثوب من تخيير المالك إذا^(٦) كان خرقاً فاحشاً، وإمساك الثوب، وأخذ النقصان إذا كان الخرق يسيراً فهو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فإن التعيب هناك فاحشاً كان أو يسيراً كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين، ولا يرجع على الغاصب بشيء، وبين أن يسلم العين له، ويضمه [قيمه، أو مثله؛ لأن تضمين]^(٧) النقصان متعذر؛ لأنه يؤدي إلى الربا، هذا إذا قطع الثوب قميصاً، ولم يخطه، فإن خاطه ينقطع حق المالك عندنا. وإذا غصب دابة، وقطع يدها أو رجلها فلا خيار للمالك فيها^(٨) بل يضمه القيمة، ويترك الدابة عليه، وكذلك لو كانت شاة أو بقرة أو جزوراً فذبحها، أو قطع يدها، أو رجلها [كان الجواب كذلك].

(١) سقط في م.

(٢) في م: الثوب.

(٣) في م: خرقة.

(٤) في م: المالك بالخيار.

(٥) في م، أ: م: ذكرنا.

(٦) في م: إن.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: عنها.

قال شمس الأئمة الحلواني: وسواء أن تكون الشاة للقصاب، أو غيره^(١)، وهو الصحيح، وقد روي في رواية أخرى أن [في]^(٢) مأكول اللحم للمالك الخيار، ولم يذكر محمد - رحمه الله - في مسألة الشاة ما إذا أراد المالك أن يأخذ الشاة بعد الذبح، ولا يضمنه النقصان هل له ذلك؟

وروى [الحسن]^(٣) عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن له ذلك .

قال شيخ الإسلام: وقد ذكر محمد في كتاب الغضب ما يدل على هذا، فإنه قال: فيمن غصب عصيرًا فصار خلا عنده، ثم جاء المالك [كان]^(٤) بالخيار، إن شاء ضمنه عصيرًا مثل عصيره، وإن شاء أخذ الخل، وبعدما صار خلا لم يبق فيه شيء من منافع العصير كالشاة بعد الذبح، ثم أثبت للمالك حق الأخذ إن شاء، فهذا يدل على أن في الشاة المذبوحة له ذلك؛ لأن الذبح، والسلخ زيادة .

قال شمس الأئمة [الحلواني]^(٥) - رحمه الله - : والصحيح أنه ليس له ذلك . وفي المنتقى: هشام عن محمد - رحمه الله - بعث الرجل إلى القصار؛ ليأخذ ثوبًا له فدفع القصار إلى الرسول ثوبًا فضاع الثوب من يد الرسول، وظهر أن الثوب لم يكن للمرسل، وإنما كان لغيره قال: ينظر: إن كان الثوب للقصار فلا ضمان على الرسول، [وإن كان] لغير القصار فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن القصار، وإن شاء ضمن الرسول .

في غصب المنتقى: بعث الرجل إلى غيره ماشية فأخذ المبعوث دابة الأمر، وركبها فعطبت الدابة في الطريق إن كان بين الأمر، والمبعوث انبساط في أن يفعل مثل ذلك، فلا ضمان، وإلا فهو ضامن .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ .

في غصب فتاوى أبي الليث: وإذا ارتهن خاتمًا أو استودع خاتما فجعله في خنصره فضاع فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بمعتاد فيصير به غاصبًا. في العيون: والخنصر اليمنى^(١) واليسرى سواء هو الصحيح؛ لأن بعض الناس يجعلونه في [اليمنى والبعض]^(٢) يجعلونه في اليسار، هكذا ذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمه الله -.

وإن جعله في البنصر فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا ضمان؛ لأن هذا ليس بلبس معتاد بل هو للحفاظ ولا يصير به غاصبًا، وهكذا ذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمهما الله -، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في باب إجارة الحلبي. وهكذا ذكر في الجامع الأصغر.

وذكر شيخ الإسلام في دعوى الجامع: أنه ضامن وسوى بين الخنصر والبنصر، والأول أصح.

وإن جعله في خنصره فوق خاتم آخر، فالمروى عن محمد في بعض الروايات أنه لا ضمان قد تركه، وعن بعض السلاطين أنه يلبس الخاتم فوق الخاتم. وقال محمد - رحمه الله - : يلبسه للتختم، إشارة إلى [أن هذا ليس]^(٣) للتزين فلا يكون استعمالا، ولا يكون غصبا.

وفي جواب كتاب اللقطة: أن الرجل إذا كان معروفاً بلبس خاتمين للتزين فهو ضامن، وإلا فلا [يضمن]^(٤)، وإن جعل الخاتم في الخنصر، وجعل الفص من جانب الكف هل يكون استعمالا وتزييناً؟ فقد اختلف المشايخ فيه، ولو كان المرتهن، أو المستودع امرأة، ففي أي إصبع جعلت الخاتم فهي ضامنة؛ لأن النساء يتختمن بالجميع للزينة، وإن كان سيفاً فتقلده صار ضامنا، وكذلك إن كان متقلداً

(١) في م: اليمين.

(٢) في م: اليمنى وبعض الناس.

(٣) في م: هذا اللبس.

(٤) سقط في م.

سيفا فتقلد بهذا، [وإن كان متقلداً بسيفين فتقلد بهذا]^(١) لا يضمن بالإجماع. سكران ذاهب العقل ووقع ثوبه في الطريق والسكران نائم في الطريق فمر^(٢) رجل وأخذ ثوبه ليحفظه، فلا ضمان إلا إذا كان الثوب تحت رأسه. والمسألة بحالها فحينئذ يضمن.

في فتاوى أهل سمرقند: إذا أخذ القلنسوة من [رأس رجل، ووضعها على]^(٣) رأس رجل آخر، وطرحها الآخر من رأسه فضاعت، فإن كانت القلنسوة بمراى عين صاحبها^(٤)، وأمكته رفعها، وأخذها، فلا ضمان على واحد منهما؛ لأنه حصل الرد على^(٥) المالك، وإن كان بخلاف ذلك فصاحب القلنسوة بالخيار إن شاء ضمن [الآخذ، وإن شاء ضمن]^(٦) الطارح.

زق انفتح فمر به رجل فإن لم يأخذه، ولم يدن منه فلا ضمان. وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من [كم]^(٧) غيره في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - عن خلف بن أيوب عن محمد بن الحسن - رحمه الله -.

رجل أدخل دابته في دار رجل، وأخرجها صاحب الدار فضاعت فلا ضمان عليه، وإن أخذه، ثم تركه، فإن كان المالك [غائباً]^(٨)، فهو ضامن، [وإن كان حاضراً فلا ضمان، وعلى هذا إذا رأى إنسان ما وقع من كم غيره. ولو وضع رجل ثوبا في دار، فرمى به صاحب الدار فضاع فهو ضامن]^(٩)؛ لأن كون الدابة في الدار ضرر لصاحب الدار فهو بالإخراج يدفع الضرر عن نفسه، ولا كذلك كون الثوب في الدار.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: جاء.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: صاحبه.

(٥) في م: إلى.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

الفصل الثاني في حكم الغصب

نقول: [حكم] ^(١) الغصب حكمان:

أحدهما: وجوب رد العين ما دامت ^(٢) على حالها ^(٣) لم تتغير، قال - عليه السلام -: «على اليد ما أخذت حتى ترد» ^(٤) والتغير نوعان: قد يكون من [نوع الزيادة وهذا] ^(٥) قد يكون بفعل الغاصب، وقد يكون بفعل غيره.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا غصب من آخر ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة [الثوب الأبيض] ^(٦) وكان الثوب للغاصب، وإن شاء أخذ الثوب وضمن الغاصب ما زاد الصبغ في ثوبه؛ لأن الصبغ مال متقوم للغاصب [قائم] ^(٧) وتعذر إيصال منفعة كل واحد منهما إلى صاحبه على الانفراد فلا بد من ترجيح أحد الجانبين فرجحنا [جانب] ^(٨) صاحب الثوب؛ لأنه صاحب أصل، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ويترك الثوب عليه حتى لا يلزمه زيادة غرم وهو قيمة الصبغ، وإن شاء أخذ الثوب وضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه

(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: دام.

(٣) في أ، م: حاله.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٩٦/٣) كتاب البيوع، باب: في تضمين العارية، حديث (٣٥٦١)، والترمذي (٥٥٧/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء أن العارية مؤداة، حديث (١٢٦٦)، وابن ماجه (٨٠٢/٢) كتاب الصدقات، باب: العارية، حديث (٢٤٠٠)، والدارمي (١٧٨/٢)، وأحمد (٨/٥، ١٢، ١٣)، وابن أبي شيبة (١٤٦/٦)، والطبراني في «الكبير» (٦٨٦٢)، والحاكم (٤٧/٢)، والبيهقي (٩٠/٦) من طريق الحسن عن سمرة. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. وقال المصنف في «التلخيص» (٥٣/٣):

سماح الحسن من سمرة مختلف فيه.

(٥) في أ، م: حيث النقصان و.

(٦) في م: ثوبه أبيض.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

فيصل إلى مالك الثوب عين حقه وإلى صاحب الصبغ مالية صبغه، وفيه خيار آخر وهو أن يترك الثوب على حاله [والصبغ على حاله]^(١) ويبيع الثوب، ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما، وإن [صبغ الثوب]^(٢) أسود ثم أجاز الثمن، كان له أن يضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب ولا شيء للغاصب، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد: السواد ليس بمنزلة العصفر، وهذا اختلاف [عصر، وزمان]^(٣) فإن كان المغصوب^(٤) ينقص بالسواد^(٥)، فالجواب ما قاله أبو حنيفة، وإن كان يزيد، فالجواب ما قالوا، ولم يذكر [محمد]^(٦) في الكتاب ما إذا نقص العصفر الثوب، [وقد يكون العصفر نقصانا في الثوب]^(٧)، [وإن كان قيمة الثوب ثلاثين، فعادت قيمته إلى عشرين]^(٨)^(٩)، روى هشام عن محمد: ينظر إلى قيمة الصبغ في ثوب يزيد فيه، فإن كان قيمته خمسة، فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم؛ لأن صاحب الثوب استوجب على الغاصب عشرة، والغاصب استوجب عليه قيمة الصبغ خمسة، فصار الخمسة [بالخمس]^(١٠) قصاصًا، وبقي نقصان الثوب بقدر خمسة بلا حائل وكذلك السواد على هذا.

ولو غصب من آخر ثوبا، وقصره، فإن^(١١) لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب، ولا

(١) سقط في م.

(٢) في م: صبغه.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في م: شيئا.

(٥) في أ: السواد.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) زاد في م: وقد يكون العصفر نقصانا في الثوب.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في م.

(١١) في م: كان.

يضمن الغاصب شيئاً؛ لأنه لم يتصل بالثوب شيء من مال الغاصب. وإذا غصب سويقاً فلتة بسمن، ثم حضر المالك، فله الخيار إن شاء ترك السويق عليه، وضمنه قيمة سويقه، ذكر القيمة في السويق، ثم إن السويق من ذوات الأمثال.

بعض مشايخنا قالوا: المراد من القيمة المذكورة في الكتاب المثل، فإن^(١) كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على ما إذا انقطع السويق.

وبعضهم قالوا: إن كان المراد حقيقة القيمة فهو محمول على الرواية التي لا يجوز فيها بيع السويق بمثله فإن في بيع السويق بمثله روايتين. وإن شاء أخذ السويق، وضمن سمناً مثل سمن الغاصب.

وإذا غصب ثوباً، وقطعه قميضاً، ولم يخطه، فله أن يأخذ ثوبه، وضمنه^(٢) ما نقصه القطع، وإن شاء ترك الثوب عليه، وضمنه قيمته، وهذه المسألة تبنى على مسألة أخرى أن من خرق ثوباً لغيره، إن كان الخرق فاحشاً، فصاحب الثوب بالخيار، إن شاء [ترك الثوب عليه]^(٣)، وضمنه قيمة الثوب، وإن شاء أخذ الثوب، وضمنه النقصان، وإن كان الخرق [يسيراً]^(٤) كان للمالك تضمين النقصان لا غير، و[قد]^(٥) اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير، والفاحش.

بعضهم قالوا: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً، فهو فاحش، وإن كان دون ذلك، فهو يسير.

وقال بعضهم: إن أوجب نقصان نصف القيمة، فهو فاحش، وما دونه يسير.

وقال بعضهم: الفاحش ما لا يصلح لثوب ما، واليسير ما يصلح.

(١) في م: وإن.

(٢) في أ: وقيمة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة: ما ذكروا^(١) من التحديد من هذه الوجوه الثلاث لا يصلح [أبدًا]^(٢) بدليل مسألة قطع القميص على الوجه الذي قلنا، والثوب بعد ما قطع قميصًا يصلح للقميص، وإن كان لا يصلح للقباء.

وعن أبي يوسف: أنه يأخذه بغير شيء كرجل غصب غلامًا، وعلمه الكتابة.

وفي غصب المتقى: غصب من آخر كاغدة، وكتب عليها.

ذكر شيخ الإسلام علي السغدي: أنه ينقطع.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي فيه اختلاف المشايخ.

قال - رحمه الله - : والصحيح أنه لا ينقطع.

غصب من آخر قطنا، وغزله، ونسجه أو غصب غزلاً، ونسجه ينقطع حق المالك، ولو غصب قطعاً وغزله، ولم ينسجه، فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه ينقطع.

غصب حنطة وطحنها، فقول أبي حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - فيها معروف.

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: رواية مثل ما قالوا، وفي رواية [أنه]^(٣) قال: يزول ملكه، ولكن لا يسقط عنه حقه ويبيع العين في دينه، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات، وفي رواية قال: له أن يأخذ الدقيق، ويبرأ الغاصب عن الضمان.

غصب دقيقاً فخبزه، أو لحماً فشواه، أو طبخه، أو سمسماً، فعصره، ينقطع حق المالك في ظاهر [الرواية عن]^(٤) أصحابنا، وعن أبي يوسف: أنه لا ينقطع.

قال: وله أن يأخذ اللحم المشوي، ويعطي ما زاد الشيء، والطبخ فيه، وكذلك إذا

(١) في م: ذكر.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: رواية.

غصب ساجة، وجعلها بابًا، أو [حديدية، وجعلها]^(١) سيفًا، ينقطع حق المالك، ويضمن قيمة الحديدية، والساجة، وجميع ذلك للغاصب.

وكذا لو غصب من آخر تالة صغيرة، وأدركت في أرضه لا سبيل له على التالة - النخلة - وله قيمة التالة يوم الغصب، وكذلك لو غرسها في أرض المغصوب منه حتى أدركت، غير أنه إذا غرسها في أرض المغصوب [منه]^(٢) يؤمر الغاصب بقلع الشجر، وإن كان قلع الشجر يضر بالأرض، فلصاحب الأرض أن يعطي الغاصب قيمة الشجر، ولكن مقلوعة.

وكذلك ساجة أو خشبة، وأدخلها في بنائه، أو حصا وبنى به فعليه في ذلك كله القيمة، وللمغصوب^(٣) منه أن ينقض البناء، ويأخذ الساجة، والخشب والآجر، والجص.

ولو غصب ساجة، وبنى عليها لا ينقطع حق المالك، وكان له أن يأخذها. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال: إن كانت قيمة الساجة [أقل من قيمة البناء، ليس له أن يأخذها، وإن كانت قيمة الساجة]^(٤) أكثر، فله أن يأخذها، وكذا في الساجة إذا كانت قيمتها أقل من قيمة البناء لا يأخذ الساجة، وإن كانت قيمة الساجة أكثر^(٥) من قيمة البناء، له أن يأخذ الساجة.

وقال: المراد مما ذكر في الكتاب ما قلنا، وزعم أن هذا هو المذهب. قال مشايخنا: وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد - رحمه الله - أن من كان في يده لؤلؤة، فسقطت اللؤلؤة، وابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة

(١) في م: حديدا وجعله.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: وليس للمغصوب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: أقل.

الدجاجة، [واللؤلؤة]^(١) إن كانت [الدجاجة]^(٢) أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة، وضمن قيمتها للمالك، وإن شاء ترك اللؤلؤة، وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة.

وكذلك لو أودع رجلا فصيلا فكبر الفصيل حتى لم يمكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار، ينظر إلى أكثرهما قيمة، ويخير صاحب الأكثر وستأتي مسألة الدجاجة، ومسألة اللؤلؤة، ومسألة الفصيل مع أجناسها بعد هذا إن شاء الله تعالى. ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء، ويرد الساحة هل يحل له ذلك؟

وهذا على وجهين:

إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة، لا يحل [له]^(٣) نقض البناء، وإذا نقض، لم يستطع رد الساحة، وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة، اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا: لا يحل؛ لما فيه من تضييع المال من غير فائدة.

وفي الجامع الصغير: مشتري الدار من الغاصب إذا هدمها، وأدخلها في بنائه، ثم حضر المالك، فإن كان البناء قليلا يتيسر رفعه، يرفعه، ويرد على المالك، وإن كان كثيرا يتعسر رفعه، وينفذ الزمان في رفعه، فللمالك الخيار، إن شاء لا يرفعه بل يتركه، ويضمن المشتري قيمة الأرض مع البناء الأول.

قال الفقيه أبو جعفر: هذا قولهم.

وقال غيره من مشايخنا: هذا قول محمد خاصة.

وإن أراد المالك في مسألتنا أن يضمن البائع ذلك فهو على الاختلاف المعروف في غصب العقار.

وفي القُدوري: غصب من آخر دارًا وجصصها ثم ردها، قيل لصاحبها:

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

[أعطه]^(١) ما زاد التجصيص فيها إلا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب حصته .

قال [هشام]: قلت لمحمد: رجل وثب على باب مقلوع، ونقشه بالأصباغ قال^(٢): سبيله سبيل الدار، قلت: وإن كان نقشه بالنقر، وليس بالصبغ قال: [هذا]^(٣) مستهلك للباب؛ وعليه قيمته، والباب له .

قال: وكذلك لو نقش إناء فضة بالنقر .

مسلم غصب من مسلم خمراً، وخللها، فربب الخمر أن يأخذها، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل، واختلف المشايخ فيه .

قال بعضهم: تأويل المسألة: ما إذا خللها بشيء يسير لا قيمة له بأن نقل من الشمس إلى الظل، ومن الظل إلى الشمس، أو ألقى فيه شيئاً يسيراً من الملح، والخل بحيث إنه لا قيمة له؛ وهذا لأن التخليل، وإن كان صنعة معتبرة، فإنها توجب قيمة الخل، وقد فات بها جميع منفعة الخل، ومثل هذه الصنعة توجب انقطاع حق المالك إلا أن منفعة الخل ساقطة الاعتبار شرعاً فيما بين المسلمين، فصارت كالهالك والهالك لا يستهلك، بقي مجرد الصنعة، ومجرد الصنعة من غير استهلاك المنفعة لا يوجب انقطاع حق المالك كالقصار، فأما إذا ألقى فيها ملحاً أو خلا [له قيمة]^(٤)، عند أبي حنيفة: يصير الخل ملكاً للغاصب، ولا شيء عليه .

وأما على قول أبي يوسف، [ومحمد]^(٥): إن كان ألقى فيه الملح أخذه المالك، وأعطاه ما زاد الملح فيه، وإن كان ألقى فيه الخل، فهو بينهما على قدر كيلهما كما لو كان المغصوب خلا، وخلطه بخل آخر، سواء^(٦) حمضت من ساعتها أو بعد

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ .

(٦) في م: ويستوي إن .

حين .

وقال بعض مشايخنا في هذه الصورة: إن كان الخل الذي صب فيه خلا كثيراً حتى [صار خلا من ساعته، فهو كله للغاصب، فإن كان خله قليلاً حتى^(١)] صار خلاً بعد حين، فهو بينهما.

قال بعض مشايخنا: [يجب]^(٢) أن يشتركا فيه جميعاً، أما عندهما: فظاهر، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأن تمليك الخمر من الغاصب متعذر بسبب الخلط؛ لأن الخمر لا يتملك بسائر أسباب الملك الذي توجد صنعاً، فكذلك الخلط، فلا يصير ملكاً له بالخلط، ويبقى ملكاً للمغصوب منه، فإذا صار خلا كان له أن يأخذه، وكان بمنزلة ما لو خلط خل^(٣) المغصوب منه بخل الغاصب.

وقال بعض مشايخنا: إن خلله بما ليس له قيمة، أخذه مجاناً، وإن خلله بما له قيمة أخذه، وأعطاه ما زاد الملح، والخل فيه كما في دبغ الجلد على ما نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال في الغصب: إذا غصب من آخر عصيراً فصار خمراً عنده يضمن قيمته؛ لأنه لما صار خمراً عنده، فقد صار هالكاً معنى، فيصير كما لو هلك حقيقة، وهناك يجب الضمان فهنا كذلك، ثم قال: يضمن قيمته. قالوا، وهذا إذا انقضى أوانه.

فأما إذا كان في أوانه فإنه يضمن مثله؛ لأن العصير من ذوات الأمثال، ولو أراد [رب]^(٤) العصير أن يأخذ الخمر ولا يضمه، هل له ذلك؟

لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، واختلف فيه المشايخ: بعضهم قالوا: ليس له ذلك، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: خمر.

(٤) سقط في م.

وبعضهم قالوا: له ذلك.

ذكر الكرخي في كتابه وجه القول [الأول، أنه لو أخذ الخمر أخذها عوضاً عن ما استحق من قيمة العصير، وإنه لا يجوز.

وجه القول الثاني^(١) أنه متى اختار الخمر يصير من ماله [عوضاً]^(٢) عن [ما استحق من]^(٣) قيمة العصير، ثم يأخذ خمره ليخللها كما لو كان العصير وديعة له في يده، فتخمر، ثم إذا كان [له]^(٤) حق أخذ عين الخمر على قول هؤلاء، فلو أراد أن يضمه النقصان مع ذلك ليس له ذلك؛ لأن هذه الأعيان مما يجري فيها الربا فلا تكون الجودة بانفرادها متقومة فيها، فإن صارت خلا من غير صنع الغاصب، ثم حضر صاحب العصير، فله أن يضمه قيمة العصير إن شاء على [التفسير]^(٥) الذي بينا، وإن شاء أخذ الخل ولا ينقطع حقه عن العين؛ لأن حق المالك إنما ينقطع^(٦) بإحداث الصنعة، وتفويت منافع العين، ولم يوجد واحد منهما، فلا ينقطع حقه عن العين، فكان [له]^(٧) الخيار على نحو ما بينا؛ لأن منفعة العصير فاتت من كل وجه، ولكن العين متفعة بمنفعة حادثة، فهو بمنزلة ما لو غصب شاة، وذبحها، فإن [شاء]^(٨) أخذ الخل، ولا شيء [له]^(٩) غيره لما ذكرنا، وإذا غصب خمرًا، وخللها، ثم استهلكه فعليه خل مثله فإنه^(١٠) صار خلا [على ملك]^(١١) مالكه.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: ينقطع.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: لأنه.

(١١) في أ: ملكه.

وفي القدوري، وفي السير الكبير: إذا غصب جلد ميتة، ودبغها، وجعلها فروًا قوم الفرو جلدًا غير معمول، فإن شاء العامل أعطاه قيمة جلده ذكيًا غير معمول، والمعمول له، وإن شاء باع الفرو، وقسم الثمن على قيمة الجلد ذكيًا غير معمول، وعلى قيمته معمولًا فما أصاب الجلد، كان لصاحب الجلد، وما أصاب العمل فهو [لصاحب العمل]^(١)، وفوض الأمر إليه، وإنه يخالف ما ذكر في الأصل، وفي الجامع الصغير، والمسألة مع العلة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

[قال]^(٢): وإذا غصب جلد ميتة، ودبغها، فلرب الجلد أن يأخذ الجلد، هكذا [ذكر]^(٣) في الأصل، وفي الجامع الصغير، ولم يذكر هل يضمن ما زاد الدباغ فيه. قال الحاكم الشهيد في المختصر: وذكر محمد - رحمه الله - في موضع أنه يأخذ جلده وأعطاه ما زاد الدباغ فيه، وهكذا ذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه. قال مشايخنا: وليس في المسألة اختلاف الروايتين، وإنما اختلاف الجواب لاختلاف [الموضوع؛ موضوع]^(٤) ما ذكر في الأصل، وفي الجامع الصغير: أن الدباغة حصلت بشيء لا قيمة له بأن شمسه وتربه؛ لأنه لم يكن شيء من مال الغاصب بالجلد إنما اتصل به مجرد صنعة، فهو بمنزلة ما لو غصب ثوبا فقصره^(٥) صاحب الثوب، لا يضمنه الغاصب شيئًا^(٦) هنا كذلك، وإنما ينقطع [من العين]^(٧) في هذه الصورة لما ذكرنا في فصل الخمر إذا خللها للغاصب^(٨) بشيء لا قيمة له بأن دبغه بالقرطم أو بالدهن أو بقشر الرمان؛ لأنه اتصل شيء من مال

(١) في أ، م: للعامل.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الموضوع بموضوع.

(٥) زاد في أ: وهناك.

(٦) في م: كذا هنا.

(٧) في أ: حق الغير.

(٨) في أ: الغاصب.

الغاصب بالجلد وصار تابعا للجلد [فهو]^(١) بمنزلة ما لو غصب من آخر ثوبا وصبغه أحمر أو أصفر فهناك صاحب الثوب يأخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه .
قال القدوري في كتابه: وإنما^(٢) يكون لصاحب الجلد إذا أخذ الدباغ الجلد من منزله فأما إذا ألقى صاحب الميتة في الطريق، ثم إذا حصلت الدباغة بشيء له قيمة فللغاصب أن يحبس الجلد عن المالك حتى يعطيه ما زاد الدباغ فلو أراد صاحب الجلد أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد ليس له ذلك؛ لأنه لا قيمة لجلد الميتة .

فإن قيل: إذا لم يكن لجلد الميتة [قيمة]^(٣) فماذا يعرف قيمة ما زاد الدباغ فيه؟ قلنا: طريقه أن ينظر إلى هذا الجلد لو كان جلد ذكية وهو غير مدبوغ بكم يشتري، ومدبوغا بكم يشتري، فيضمن فضل ما بينهما .
ثم قال: لو كان الجلد جلد ذكية فأراد المالك أن يترك الجلد عليه ويضمنه قيمة الجلد فله ذلك .

قال مشايخنا: هذا الفرق بين جلد الميتة والذكية شيء ذهب إليه الحاكم الشهيد، والجواب في الذكية والميتة واحد، للمالك أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمته^(٤) .

وفي القدوري: لو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديما^(٥) أو جرابا لم يكن للغاصب^(٦) منه على ذلك سبيل؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب فكان هو أولى به، فإن كان الجلد ذكيا، فله قيمته يوم الغصب، وإن كان الجلد جلد ميتة، فلا شيء له، هذا إذا كان الجلد قائما في يد الغاصب، فأما إذا هلك الجلد في يد

(١) سقط في م .

(٢) في أ: هل .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: قيمة جلده .

(٥) زاد في أ: دفترا .

(٦) في أ: المغصوب .

الغاصب من غير صنع أحد، فلا ضمان على الغاصب سواء [دبغه] ^(١) بشيء له قيمة أو لا قيمة له.

[وأما إذا استهلكه الغاصب فإن دبغه بشيء لا قيمة له] ^(٢) ضمنه في قولهم جميعاً؛ لأنه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت ^(٣) المالية والتقوم [جميع حق المالك] ^(٤) فيضمن بالاستهلاك.

وأما إذا دبغه بشيء له قيمة واستهلكه قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يضمن الغاصب شيئاً، ولا يضمن قيمة الجلد مدبوغاً ويأخذه ويعطيه ما زاد الدباغ فيه. فوجه قولهما أن الجلد ملك المالك بالإجماع، والمالية والتقوم ما حصلت بالدباغ؛ لأن أثر الدباغ في إزالة الوسخ والرطوبات النجسة ثم بعد زوالها يظهر التقوم والمالية، فكانت المالية ظاهرة على ملك المالك فيضمنها الغاصب بالاستهلاك.

ولأبي حنيفة أن وجوب الضمان ينبنى على [أن يقوم] ^(٥) الجلد الذي حدث بالدباغ فصار العين كالتابع لهذا الوصف، والوصف غير مضمون على الغاصب؛ لأنه جق ^(٦) فكذلك ما جعل تبعاً لهذا الوصف.

ذكر في السير الكبير على سبيل الاستشهاد أن من أخذ جلوداً ذكية لرجل فدبغها وجعلها فرواً ينقطع حق المالك عن الجلود، وكان الفرو للعامل وغرم قيمة الجلود لمالكها.

ولو أخذ جلود ميتة وجعلها فرواً، ثم دبغها لا ينقطع حق المالك عن الغير ويقوم الفرو جلداً غير معمول، وإن شاء باع الفرو ويقسم ثمنه على قيمة الجلد ذكياً غير

(١) سقط في م.

(٢) في أ: فأما إذا دبغه بشيء لا قيمة له واستهلكه الغاصب.

(٣) في م: وكانت.

(٤) في أ: جميعاً للمالك.

(٥) في أ: تقويم.

(٦) في أ: حقه.

معمول وعلى قيمته فروا معمولاً فما أصاب الجلد كان لصاحبه وما أصاب العمل كان لصاحب العمل.

والفرق بين الجلود الذكية والميتة: أن الصنعة في المذكى حلت في جلد يضمن بالغضب والاستهلاك فأوجب انقطاع حق صاحب العين [وجلد الميتة الصنعة حلت في جلد لا يضمن بالغضب والاستهلاك فلم توجب انقطاع حق صاحب العين عن العين]^(١)، وهذا هو الأصل أن الصنعة إنما تجعل المصنوع ملكاً للصانع إذا كان المصنوع قبل الصنعة مما لا يضمن بالغضب [أو الاستهلاك، أما إذا كان مما يضمن^(٢) بالغضب أو الاستهلاك قبل الصنعة فبالصنعة^(٣) لا يصير مملوكاً]^(٤) للصانع.

وأصل هذا ما ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: لو أن رجلاً من أهل الجند^(٥) وجد في دار الحرب من الخشب الخلنج^(٦) فعمل منه قصاعاً وأحذية ثم أخرجها إلى دار الإسلام، فإن للإمام أن يأخذ ذلك منه ويعطيه ما زاد الصنعة وإن شاء باعه وقسم الثمن على قيمة هذا الخشب غير معمول وعلى قيمته معمولاً. فما أصاب غير [المعمول من ذلك فإنه يرد في القسمة، وما أصاب]^(٧) المعمول من ذلك يكون للعامل، ولا يصير المصنوع ملكاً للعامل.

ولو أخرجت الغنائم إلى دار الإسلام، فأخذ^(٨) رجل من هذا الخشب الخلنج، وجعله قصاعاً، وغير ذلك مما وصفنا لك فإنه يضمن قيمة الخشب، وكان المصنوع

(١) سقط في أ.

(٢) في م: لا يضمن.

(٣) في م: فبالغضب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: الحرب، وفي م: الجنة.

(٦) في أ: الملبح.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: وأخذ.

للذي عمل، لا سبيل للإمام عليه؛ لأن في الفصل^(١) الأول الصنعة إنما وجدت في خشب لا يضمن بالغصب [والاستهلاك؛ لأن الغنائم لا تضمن بالغصب]^(٢) والاستهلاك في دار الحرب، فلم يوجد انقطاع حق الغزاة عن العين.

وفي الوجه الثاني: الصنعة إنما وجدت في خشب يضمن بالغصب والاستهلاك. إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة الفرو، فنقول: إنما^(٣) الخيار للعامل في جلد الميتة؛ [لا لصاحب الجلد]^(٤)، وإن كان صاحب العمل صاحب تبع وصاحب الجلد صاحب أصل، والخيار يثبت في مثل هذا لصاحب الأصل كما في الثوب المصبوغ؛ لا لصاحب التبع؛ وذلك لأن صاحب العمل وإن كان صاحب تبع ههنا من حيث الحقيقة، فإن الصنعة صارت صفة للجلد، والأوصاف أتباع، فمن حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل؛ لأن جلد الميتة لم يكن مالا قبل الصنعة، والدباغة والمالية هي المقصودة من الأعيان لا نفس العين، وإنما صار مالا بعمله، فصار من حيث المعنى صاحب العمل صاحب أصل، وصاحب الجلد [من حيث المعنى]^(٥) صاحب تبع.

والعبرة للمعنى، وإنما اعتبرت قيمة الجلد ذكياً؛ لأنه متى اعتبره ميتاً، وجلد الميتة لا قيمة له؛ لا يستحق صاحب الجلد شيئاً، فهذا اعتبرت قيمته ذكياً. وإذا غصب تراباً [ولبته، أو جعله آنية]^(٦)، فإن كان له قيمة، فهو مثل الحنطة إذا طحنها، وإن لم يكن له قيمة فهو له، ولا شيء عليه من الضمان؛ لأن الضمان إنما يقام [مقام]^(٧) العين عند تقومه، وكذلك إذا اتخذ كوزاً من طين عنده كان الكوز له؛

(١) في م: الأصل.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: إذا ثبت.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: وجعله لبنة.

(٧) سقط في م.

فإن قال رب الطين: أنا أمرته بذلك، فهو لرب الطين وفي كل موضع ينقطع حق المالك، فالمغصوب [منه]^(١) أحق بذلك الشيء من بين سائر الناس^(٢) حتى يستوفي حقه، فإن ضاع ذلك ضاع [من]^(٣) مال الغاصب، ولا يكون هذا بمنزلة الرهن، هكذا ذكر في المنتقى.

وفي العيون: غصب من آخر عبدًا قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألف درهم، نص محمد: أن صاحب الغلام بالخيار؛ إن شاء ضمنه قيمته يوم الخصاء خمسمائة، وإن شاء أخذ الغلام، ولا شيء له.

وقال بعض المشايخ: يقوم الغلام بكم يشتري للعمل بعد الخصاء، ويقوم قبل الخصاء فيرجع بفضل ما بينهما.

قال الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - : هذان الجوابان خلاف ما حفظنا في المسائل المختلفة، فالمحفوظ فيها أن صاحب الغلام بالخيار؛ إن شاء ترك الغلام على الغاصب، وضمنه قيمته بخمسمائة، وإن أراد أخذ العبد^(٤) يقوم العبد قبل الخصاء [للعمل]^(٥)، ويقوم بعد الخصاء للعمل، فيرجع بتقصان ما بينهما؛ لأن هذه الزيادة حدثت بأعيان فاسدة فيتأمل عند الفتوى، هذا كله بيان أحد حكمي الغصب.

جئنا إلى بيان الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان حال عجز الغاصب عن رد العين، فنقول: المغصوب نوعان:

نوع مثلي كالكيلبي والوزني الذي [ليس]^(٦) في تبعيضه ضرر، والعددي المتقارب كالبيض والجوز والفلوس الرائجة، وما أشبه ذلك من العدديات التي لا تتفاوت

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: الغرماء.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) زاد في أ: يوم.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

آحاده .

وغير مثلي كالذرعات، والوزني الذي [في تشقيصه ضرر]^(١)، فإن كان غير مثلي فهلك في يد الغاصب بأفة سماوية أو بفعل الغاصب، أو بفعل غيره وجب عليه قيمته يوم الغصب، وإن كان [مثلياً]^(٢) وجب عليه [مثله]^(٣) إلا إذا وقع العجز عن رد المثل، وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس، فحينئذ يصار إلى القيمة.

ثم عند أبي حنيفة: تعتبر القيمة يوم القضاء والخصومة.

وعند أبي يوسف: تعتبر القيمة يوم الغصب.

وعند محمد: تعتبر قيمته في آخر يوم كان موجوداً وانقطع.

ثم مشايخنا استثنوا من الموزونات الناطف المبزر، والدهن المربي، فقالوا بضمان القيمة فيهما؛ لأن الناطف يتفاوت [بتفاوت]^(٤) البزر، وكذلك [الدهن المربي]. و[^(٥) الغزل من ذوات الأمثال.

ذكر شمس الأئمة السرخسي في أول إجارته: قال الطحاوي في كتابه: كل [ما يوزن]^(٦) فهو من ذوات الأمثال.

الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: أن البيضة من ذوات الأمثال. هذا آخر قوله، وكان أول قوله أنها من ذوات القيم.

والسرقين من ذوات القيم؛ لأنه لا يكال ولا يوزن، إنما يحمل أوقاراً.

ذكر في السير الكبير: من أتلف على آخر جبته، فعليه قيمتها، فلم يجعل الجبنة مثلياً مع أنه موزون وإنما لم يجعل كذلك؛ لأنه يتفاوت في نفسه تفاوتاً فاحشاً وما

(١) في أ: ينقصه.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: موزون.

كان بهذه الصفة لا يجعل مثلها. في ضمان العدديات^(١) مع كونه موزونا وإن اعتبر مثلها في حق جواز السلم وغيره من الأحكام.

وإن كان المغصوب مثلًا فلقه في بلد آخر والمغصوب قائم في يده والقيمة في هذا البلد مثل القيمة في بلد الغصب أو أكثر منها، فالمغصوب منه يأخذ المغصوب بقيمته في بلد الغصب، وليس له أن يطالبه بالقيمة في البلد الآخر، وإن كان سعره في هذه البلد أقل من سعره في بلد الغصب فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذه في هذا البلد وإن شاء انتظر؛ لأنه يأخذ العين، وإن كان يصل إليه غير حقه ولكن مع ضرر لحقه من قبل الغاصب كان له ألا يلتزم الضرر ويطلبه بقيمة ذلك البلد وإن شاء انتظر، بخلاف ما إذا وجد في البلد الذي غصب فيه وقد نقص السعر حيث لا يكون له الخيار؛ لأن النقصان هناك ما حصل بفعل الغاصب بل هو مضاف إلى قلة رغبات الناس، وأما إذا نقله إلى بلد آخر فالنقصان مضاف إلى فعل الغاصب، هذه الجملة في القدوري.

ومن هذا النوع مذكور في «المتقى» وصورته: غصب من آخر دوابا بالكوفة وردها عليه بخراسان فإن كانت قيمتها بخراسان أقل من قيمتها بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذها، وإن شاء أخذ قيمتها بالكوفة، وإن كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها بالكوفة أمر المغصوب منه بأخذها.

قال: وكذلك الخادم، وكل ما له حمل ومؤنة إلى ذلك الموضع.

قال: وكذلك كل ما يكال أو يوزن إلا الدراهم والدنانير، فإنه يأخذها حيث وجدها، وليس له أن يطالبه بالقيمة؛ لأنها الأثمان التي تجري عليها بياعات الناس، ومعناه أن [معنى الثمنية]^(٢) لا يختلف باختلاف الأماكن، فلا يطالبه بغيرها، وإن شاء آخر المطالبة؛ لأنها حقه.

(١) في أ: المعدودات.

(٢) في أ: القيمة.

وإن كان المغصوب مثليًا، وقد هلك في يد الغاصب، فإن كان السعر في المكان الذي التقيا مثل السعر في مكان الغصب، أو أكثر يدين برد المثل، وإن كان السعر في هذا المكان أقل، فهو بالخيار؛ إن شاء أخذ قيمة العين حيث^(١) غضب، وإن شاء انتظر؛ لأنه إذا رد في المكان الذي طالبه به يستضر به المغصوب منه فإن اختلاف القيمة في المكانين لأجل الحمل والمؤنة، فصار كما لو كانت العين قائمة، ونقلها إلى بلدة أخرى، فكان بالخيار؛ إن شاء أخذ القيمة، وإن شاء انتظر، وإن كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر، فالغاصب بالخيار؛ إن شاء أعطى مثله، وإن شاء أعطى قيمته حيث غضب؛ لأن المالك لا يستحق إلا الرد في مكان الغصب، فلو ألزمناه تسليم المثل ههنا يستضر الغاصب، فإنه أدركته زيادة قيمة لا يستحق المغصوب منه، وفي التأخير إلى العود إلى مكان الغصب إضرار بالمغصوب منه. فقلنا: بأنه^(٢) يسلم القيمة في مكان الغصب إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير، وإن كانت القيمة في المكانين سواء كان للمغصوب منه أن يطالب بالمثل؛ لأنه لا ضرر على واحد منهما، هذه الجملة في القدوري.

وفي المنتقى: غضب من آخر كثرًا من طعام يساوي مائة، ثم صار يساوي مائة وخمسين، ثم انقطع عن أيدي الناس، وعز وارتفع، وصار لا يقدر على مثله، وصار يساوي مائتين، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمه مائتي درهم قيمته يوم استهلكه؛ لأنه حين انقطع من أيدي الناس صار بمنزلة عرض لا مثل له غضبه رجل فزادت قيمته، ثم استهلكه^(٣)، فله أن يضمه قيمته يوم استهلكه إن شاء، ولو كان غضب الكر، وهو يساوي مائتين، ثم صارت قيمته مائة وخمسين، ثم انقطع من أيدي الناس، ثم صارت قيمته مائة، ثم استهلكه الغاصب، فللمغصوب منه أن يضمه قيمته مائة وخمسين آخر ما كان موجودًا في أيدي الناس، وليس له أن

(١) في م: حين.

(٢) في م: فإنه.

(٣) زاد في أ: الغاصب.

يضمّنه أكثر من ذلك .

وذكر ابن رستم عن محمد في «نواده» إذا أحرق كُرَّ بر لرجل إن كان البر إذا كان في السنبل أقل قيمة منه إذا كان خارجاً فعليه القيمة، وإن كان خارجاً أكثر قيمة منه، فعليه بر مثله وعليه في الكل القيمة .

وفيه أيضاً: رجل غصب كُرَّ تبين فداسه، ثم أقام المغصوب منه بينة قال: [لا]^(١) يقضى له بالبر كله، [وبقيمة الحمل؛ لأنه غيره]^(٢) عن حاله، فهو كر طحنه .
وفيه أيضاً: عن محمد رجل غصب من آخر^(٣) حبة حنطة، فلا شيء على الغاصب؛ لأنه لا قيمة لها، فقيل: لو أن [رجلاً غصبوا]^(٤) حبة حبة، فبلغ ذلك قفيز حنطة .

قال أبو يوسف: إذا غصب قوم رجلاً ما له قيمة، ضمنتهم قيمته، فإذا جاء برجل بعد رجل لم أضمنهم شيئاً؛ لأن كل إنسان إنما غصب منه ما لا قيمة له، ولو كانت في حبة حنطة^(٥) قيمة، ما حل لأحد أن يلتقط النوى، وكان عليه أن يعرفها؛ لأنه^(٦) لقطه .

وإذا استهلك المغصوب، وضمّنه القاضي القيمة ينظر؛ إن كان ذلك الشيء يباع في السوق بالدرهم يقوم بالدرهم، وإن كان يباع بالدنانير يقوم بالدنانير، وإن كان يباع بهما، فالقاضي مخير . في شرح كتاب الصرف في باب الغصب .
الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: رجل غصب بيضة وأتلفها فعليه مثلها، وهذا آخر قوله، وكان قوله الأول القيمة . في «المتقى» .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: يقيم الحمل لا يغيره .

(٣) في أ: رجل .

(٤) في أ: رجلاً غصب .

(٥) في أ: الحنطة .

(٦) في أ: لأنها .

وفيه أيضًا بشر عن أبي يوسف: رجل غصب شاة وحلبها ضمن قيمة لبنها^(١)، وإن غصب جارية، فأرضعت ولدًا له لا يضمن قيمة اللبن، وحكاه في موضع آخر من هذا الكتاب، عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وفيه أيضًا هشام عن محمد - رحمهما الله - قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : رجل غصب من آخر لحمًا، واستهلكه، فعليه قيمته، وفيه كلمات آخر عرفت في كتاب البيوع.

استهلك سرقين إنسان يجب عليه القيمة؛ لأنه ليس بمثلي؛ لأنه لا يكال ولا يوزن إنما يحمل أوقارًا فيضمن بالقيمة؛ ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن رد مثل المغصوب ومثل المستهلك في الموضع الذي وجب المثل يجب في موضع الغصب والاستهلاك، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أن ضمان الجناية لا تجب في موضع الجناية، وإنما يجب في موضع الخصومة.

استهلك ثوبًا لرجل وجاء بقيمته، فقال رب الثوب: لا أريدها، ولا أجعلك في حل، فللغاصب أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول، وإن لم يرفع الأمر إلى الحاكم، ووضع القيمة في حجره يبرأ وإن وضعه [بين يديه]^(٢) لا يبرأ. إذا استهلك رجل أحد مصراعي باب غيره أو ما أشبه ذلك، كان للمالك أن يسلم الباقي ويأخذ قيمتها منه، في الجامع في باب الشئين اللذين كأنهما شيء واحد. وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : غصب من آخر أحد خفيه أو أحد مصراعي الباب وضاع عنده ضمن قيمتهما جميعا، فإن بغصب أحدهما صار غاضبا لهما.

ولم يقل: إن المالك يسلم الآخر إليه ويضمنه قيمتها كما قال في الجامع. وفي المنتقى عن أبي يوسف: إذا استهلك فروة نعل لرجل لم يضمنه إلا قيمة ما

(١) في أ: اللين.

(٢) في أ: في يده.

استهلك ولا يدفع إليه الأخرى ويضمنها جميعا.

قال: وكذلك لو أحرق أحد مصراعي باب رجل أو أحد خفيه.

قال: أرأيت لو كسر حلقة خاتم فيها فص قيمة فإني أضمن الفص والخاتم لا أضمن ما استهلك.

قال ثمة: ولو كسر أحناء سرج ضمنه ولم يضمن السرج؛ لأن هذا يخلص منه بلا ضرر.

قال: وكل شيئين منفردين أو شيء واحد يخلص بعضه عن بعض بلا ضرر مثل أحناء السرج ودفتيه فإنه يضمن ما جنى عليه من ذلك ولا يضمن غيره.

ذكر في السير في باب ما يبطل به سهام الفرسان في دار الحرب وما لا يبطل: أن الغاصب إذا غصب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير أن يلزمه.

وذكر في غصب الأصل: أن الغاصب إذا غصب المغصوب فالقاضي يتلوم يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر المغصوب.

ف قيل: في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر في السير جواب الجواب، معناه: أن القاضي إذا قضى بالقيمة في الحال أو أمر بتلوم يجوز، وما ذكر في كتاب الأصل جواب الأفضل والأولى، يعني: الأفضل والأولى: يتلوم يومين أو ثلاثة. وقيل: في المسألة روايتان.



الفصل الثالث

في بيان ما يجب الضمان باستهلاكه وما لا يجب

كسر بيضة أو جوزة لغيره، فوجد داخلها فاسدًا، فلا ضمان عليه؛ لأنه [ظهر أنه ما استهلك مالاً]^(١)، وكذلك لو كسر درهم إنسان، ثم ظهر أنه ستوق^(٢)، فلا ضمان عليه لما قلنا.

إذا أتلّف تأليف حصير إنسان، فإن أمكن إعادته كما كان أمرناه بالإعادة؛ لأنه قادر على رده كما أخذه فصار كمن غصب عصير [إنسان]^(٣) مسلم يؤمر بالإعادة؛ لأن الإعادة ممكنة فيؤمر بالإعادة، وإن لم يمكنه [الإعادة]^(٤) كما كان سلم إليه المقبوض، وضمن قيمة الحصير صحيحًا؛ لأنه عجز عن الرد كما أخذ فيصار إلى القيمة.

وإذا حل شراك نعل غيره، فإن كان النعل من النعال التي يستعملها العامة لا شيء عليه؛ لأنه لا مؤنة في إعادة شراكه، وإن كان النعل غريبًا^(٥) فإن كان لا ينقص سيره، ولا يدخله عيب لو أعيد^(٦) يؤمر بالإعادة، ولا يضمن شيئًا، وإن كان ينقص سيره، ويدخله عيب لو أعيد^(٧) يؤمر بالإعادة ويضمن النقصان.

وفي واقعات الناطفي: نزع^(٨) باب دار إنسان عن موضعه أو حل سرج [فرس] إنسان، أو جاء إلى ثوب ابتدأه الحائك، ففتحه فنشره ثم أعاده إلى الحالة الأولى، [فكل ما]^(٩) كان مؤلفًا، فنقض [تأليفه]^(١٠)، فالجواب فيه على نحو ما ذكرنا في

(١) في أ: وجد ما استهلكه غير مال.

(٢) في أ: زيوف.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: مؤنة.

(٦) في أ: أعبدته، وفي م: أعاده.

(٧) في أ: أعبدته، وفي م: أعاده.

(٨) في م: قرع.

(٩) في أ: فكما.

النعلين والحصير .

وفي النوازل: هدم جدار رجل، ثم بناه الهادم قبل أن يضمّن القيمة؛ إن بناه كما كان، فلا ضمان عليه؛ لأنه [أعاد الأول، فصار كمن]^(١) فتق مخط إنسان، ثم خاطه .

وذكر في موضع آخر: إذا هدم بناء غيره ثم بناه، إن كان الجدار من التراب فبناه ثانيا من التراب على نحو ما كان، فقد برئ من الضمان، وكذلك إذا كان الجدار من الخشب على [نحو ما ذكرنا]^(٢)، فقد برئ من الضمان . وإن بناه له بخشب آخر، لا يبرأ من الضمان؛ لأن الخشب في نفسه متفاوت حتى لو علم أن الخشب الآخر أجود يبرأ عن الضمان .

إذا هدم الرجل حائط جاره، فللجار الخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط، والنقض [للضامن]^(٣)، وإن شاء أخذ النقص وضمنه النقصان؛ لأن الحائط قائم من وجه هالك من وجه، فإن شاء مال إلى جهة القيام وضمنه النقصان وإن شاء إلى جهة الهلاك وضمنه قيمة الحائط، وليس له أن يجبره على البناء؛ لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال .

وذكر الخصاص في أدب القاضي: أن مذهب بعض العلماء أن الحائط إذا كان جديدا يؤمر الهادم بالإعادة، وإن كان عتيقا، لا يؤمر^(٤) .

ثم طريق معرفة قيمة الحائط أن تقوم الدار بحيطانها وتقوم بدون الحيطان، فسقط ما بينهما قيمة الحائط؛ وهذا لأنه أتلّف حائطا محيطا بالدار يخالف قيمته ساقطا، هذا كما قال في المتقى .

(١٠) سقط في م .

(١) في م: إعادة الأولى حكما كمن قضى .

(٢) في أ: ما كان .

(٣) سقط في م .

(٤) زاد في م: من .

إذا أرسل دابة في زرع فأفسدته ضمن صاحب الدابة قيمة الزرع فتقوم الأرض مع الزرع وتقوم بدون الزرع؛ لأنه أتلف عليه الزرع الثابت، وقيمته ثابتا تخالف قيمته غير ثابت. كذا هاهنا.

إذا دخل على صاحب دكان بإذنه فتعلق بثوبه شيء مما في دكانه، فسقط لا يضمن، هكذا ذكر في «واقعات الناطفي» وتأويله الصحيح: أن السقوط [لم يكن] ^(١) بفعله ويده.

دفع إلى خياط كرباسًا ليخيطه له قميصًا، فنخاطه ^(٢) قميصًا فاسدًا، وعلم صاحب الثوب بالفساد، فلبسه مع ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه لبسه مع العلم رضا بالفساد، ويعلم عن هذه المسألة كثير من المسائل.

إذا ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها، ضمن، والراعي والبقر في مثل هذا لا يضمن، هكذا ذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من شركة «واقعاته». وجواب محمد - رحمه الله - في «الأصل»: أن الراعي يضمن، [وهو] ^(٣) القياس.

والمسألة في إجارة الراعي، فالصدر الشهيد - رحمه الله - فرق بين الراعي والبقر وبين الأجنبي، فضمن ^(٤) الأجنبي، ولم ^(٥) يضمن الراعي والبقر، والفقهاء أبو الليث - رحمه الله - سوى بينهما فقال: لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي لوجود الإذن بالذبح دلالة في هذه الحالة في حق الكل.

وكذلك الجواب في البعير ^(٦)؛ لأن الذبح في هذه الحالة لإصلاح اللحم، وأما

(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: له.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: فقال يضمن.

(٥) في م: ولا.

(٦) في م: المعز.

في الحمار والبغل، فلا يذبح؛ لأن ذبحهما ليس لإصلاح اللحم، وفي الفرس أيضًا لا يذبح؛ لأن ذبحه ليس لإصلاح اللحم عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأن كراهته كراهة تحريم عنده وهو الصحيح.

إذا [رفع التراب]^(١) من أرض الغير إن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع [إن انتقص الأرض برفعه ضمن النقصان، وإن لم ينتقص فلا شيء عليه، فلا يؤمر بالكبس، وإن قال به بعض العلماء، وإن كان للتراب قيمة في ذلك الموضع]^(٢) ضمن قيمته تمكن في الأرض أو لم يتمكن. لأن الأرض بجميع أجزائها مملوكة وإنما أخذ ملك غيره فيضمن قيمته ومن حفر في أرض غيره وأضر ذلك بأرضه، يضمن النقصان وقوله: «أضر ذلك بأرضه» يشير أنه لو لم يضر ذلك بأرضه أنه لا شيء عليه. في «أدب القاضي» للخصاف في آخر باب اليمين.

الصراف إذا غمز الدراهم وكسرها ضمن، إلا إذا قال له المالك: اغمز، في غضب «العيون».

وكذلك إذا دفع إليه قوسًا، وقال [له]^(٣): أوتره فمده، وانكسر؛ يضمن إلا إذا قال له مده في هذا الموضع أيضًا.

وفي صرف «المتقى»: عن أبي يوسف في الصيرفي إذا انتقد الدراهم بإذن صاحبها فغمز درهمًا فانكسر، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا ضمان، وقال أبو يوسف: إن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان.

والمختار للفتوى أن صاحب المال إن أمره بالغمز [فلا ضمان، وإن لم يأمره بالغمز]^(٤)، فإن كان الناس إنما يعرفون الدراهم بالغمز، فلا ضمان عليه أيضًا، ويثبت الإذن بالغمز دلالة إذا كانت الحالة هذه إذا طبخ لحم غيره بغير إذنه ضمن،

(١) في أ: وقع الدواب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ولو جعل صاحب اللحم اللحم في القدر ووضع القدر على الكانون ووضع تحتها الحطب، فأوقد [رجل]^(١) النار وطبخ، فإنه لا يضمن استحساناً.

ومن هذا الجنس مسائل:

إحداها: هذه.

المسألة الثانية: إذا طحن حنطة غيره بغير إذنه ضمن، ولو أن صاحب الحنطة جعل الحنطة في الدورق، وربط عليه الحمار فجاء آخر، وساق الحمار فطحن لا يضمن.

المسألة الثالثة: إذا رفع جرة [غيره]^(٢) بغير أمره فانكسر يضمن، ولو أن صاحب الجرة رفع الجرة فأمالها إلى نفسه، فجاء إنسان وأعانه على الرفع فانكسر [فيما بين]^(٣) ذلك، لا يضمن.

المسألة الرابعة: من حمل على دابة غيره بغير أمره حتى هلكت الدابة يضمن، ولو حمل المالك [على]^(٤) دابته شيئاً فسقط في الطريق فجاء إنسان وحمل بغير إذنه، فهلكت الدابة لا يضمن.

المسألة الخامسة: إذا ذبح أضحية غيره بغير إذنه؛ إن ذبح في غير أيام الأضحية لا يجوز، ويضمن الذابح، وإن ذبح في أيام الأضحية يجوز، ولا يضمن؛ لأن الإذن ثابت دلالة في هذه المسائل، والدلائل يجب اعتبارها ما لم يوجد الدليل الصريح بخلافه، هذه جملة ذكرها الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب ما لا يجزئ في الأضحية.

ومن جنس هذه المسائل: ما ذكر [محمد]^(٥) - رحمه الله - في شرح المزارعة

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: فإن.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

في باب قبل [باب] ^(١) المزارعة التي يشترط فيها المعاملات ^(٢): [أن] ^(٣) من أحضر ^(٤) فعلة لهدم جدار فجاء آخر، وهدمه بغير إذنه لا يضمن استحساناً ^(٥).
وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل ^(٦) عمل لا يتفاوت فيه الناس [ثبت] ^(٧) الاستعانة بكل واحد من آحاد الناس دلالة، فأما إذا كان عملاً يتفاوت فيه الناس ^(٨) لا تثبت الاستعانة [بكل واحد من آحاد الناس] ^(٩)، كما لو علق الشاة بعد الذبح للسليخ فجاء إنسان وسليخ [بغير إذنه] ^(١٠) ضمن، ذكر محمد - رحمه الله - هذا [الأصل في] ^(١١) الباب أيضاً.

القصاب إذا اشترى شاة، فجاء إنسان وذبحها، فهذا على وجهين: أما إن ذبحها بعدما أخذها القصاب، وشدَّ رجلها، أو قبل ذلك، [ففي الوجه الأول: لا يضمن] ^(١٢)، وفي الوجه الثاني: [يضمن].

نزع غريم رجل من يده يعزر لكن لا ضمان عليه في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - [١٣].

دابة لرجل دخلت زرع إنسان، فأخرجها صاحب الزرع، فجاء ذئب وأكلها، إن

- (١) سقط في م.
- (٢) في أ: المعاملة.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: أجرى.
- (٥) البحر الرائق (٢/٣٨٠).
- (٦) في م: كان.
- (٧) في أ: فيه ثبت.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) سقط في أ.
- (١٢) سقط في م.
- (١٣) سقط في م.

أخرجها ولم يسقها بعد ذلك، فلا ضمان [عليه]^(١)، وعليه أكثر المشايخ، وهو المختار للفتوى، وإن ساقها بعدما أخرجها أكثر مشايخنا على أنه يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن عليها من زرعه، أو أكثر من ذلك، وعليه الفتوى.

وكذلك الراعي إذا وجد في بادوكة^(٢) بقرة لغيره، فطردها قدر ما تخرج من بين بادوكة لا يضمن، وإن ساقها بعد ذلك يضمن، فأما إذا وجد بقرة في زرعه، فأخبر صاحبها، فأخرجها صاحبها، فأفسدت الدابة الزرع إن أمر [صاحب الزرع]^(٣) صاحب الدابة بالإخراج، لا يضمن صاحب الدابة شيئاً هذه الجملة في الباب الأول من غصب «الواقعات».

المزارع إذا دفع البقر الذي دفعه إليه رب الأرض مع البذر، والأرض مزارعة إلى الراعي، فضاع لا ضمان على أحد.

في غصب «فتاوى أهل سمرقند»: إذا منع صاحب الزرع عن السقي حتى فسد الزرع؛ لم يكن عليه ضمان الزرع في «واقعات الناطفي».



(١) سقط في أ.

(٢) في م: شادوله.

(٣) سقط في أ.

الفصل الرابع

في كيفية الضمان

في المنتقى: بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل خرق طيلسان رجل ثم رماه، قال أقومه صحيحًا وأقومه مخروفاً^(١) فأضمنه فضل ما بينهما.

[وعنه أيضًا: رجل حفر بئرًا في ملكه، فطمها رجل بترابها، قال: أقومها محفورة، وغير محفورة، فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها ترابًا أجبرته على أن يخرجها، وإن كانت في الصحراء، فإن لم يخرج الماء فليس عليه من طمها شيء، وإن أخرج الماء، فقد استحقتها؛ لأنه بئر عطن، فهو ضامن لفضل ما بينهما]^(٢).

وإذا مزق دفاتر حساب إنسان^(٣)، فاستهلكها ولم يدر^(٤) ما أخذ وما أعطى، يضمن للمالك قيمة دفاتر الحساب، وهو أن ينظر بكم يشتري ذلك. في [غصب]^(٥) «فتاوى أهل سمرقند».

وهو نظير ما ذكر في «فتاوى أبي الليث»: أن من حرق صك إنسان، يضمن قيمة الصك مكتوبًا على قول أكثر المشايخ، ولا ينظر إلى المال؛ لأن الإتلاف صادف الصك، أما^(٦) ما صادف المال.

وقال بعضهم: يضمن على قدر ما ينتفع به صاحبه.

[في «المنتقى»: هشام عن محمد قال: عند المفتين باطل؛ لأنه لو صبه إنسان لمسلم لم أضمنه، فقيل له: يقول أبو حنيفة فيمن صب سكرًا لمسلم أيضًا يضمن قيمته أو مثله، قال: قيمته]^(٧).

(١) في م: مرقوا.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ: لإنسان.

(٤) في أ: يذكر.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: و.

(٧) سقط في أ، م.

إذا كسر بربط إنسان أو طنبور إنسان أو دفه أو ما أشبه ذلك من آلات الملاهي فعلى قولهما: لا ضمان عليه، وعلى قول أبي حنيفة: يجب الضمان؛ لأن هذه الأشياء صالحة للانتفاع بجهة أخرى سوى اللهو بأن يجعل ظرف الأشياء، فيضمن قيمتها من هذا الوجه لا من حيث كونه طنبورًا أو بربطًا^(١).

وذكر في «الجامع الصغير»: [أن على قول أبي حنيفة يضمن؛ إلا إذا فعل بإذن الإمام.

قال القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح «الجامع الصغير»^(٢) والفتوى على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي في «الجامع الصغير» أيضًا: أن قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان.

قال صدر [الإسلام ثمة]^(٣): [ثم]^(٤) عند أبي حنيفة: إذا وجب الضمان يجب الضمان على وجه الصلاحية بغير التلهي على أي وجه يمكن الانتفاع بذلك، وعلى هذا الخلاف النرد والشطرنج؛ لأنه يمكن أن يجعل هذه الأشياء استحسان الميزان^(٥).

وفي «القدوري» يقول في مسألة الطنبور والربط أنه يضمن قيمته خشبًا منحوتًا، وفي «المنتقى» يقول: يضمن قيمته خشبًا^(٦) ألواحًا.

وفي القدوري: إذا شق زق خمر مسلم، ضمن الزق، إلا إذا كان إماما يرى ذلك [فحيث لا يضمنه؛ لأنه مختلف فيه، وإذا أظهر بيع الخمر منع عنه، ولو أتلفه إنسان

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٤٨٠).

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: الأئمة.

(٤) سقط في أ.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٤٨٠).

(٦) في م: قيمة خشبه.

ضمن، إلا أن يكون الإمام فيرى ذلك^(١)؛ لأنه مختلف فيه .
 وذكر الخصاف في أدب القاضي في باب العدوى عن عمر - رضي الله عنه -
 إحراق البيت الذي فيه الخمر .
 وروي عن أصحابنا هدم البيت الذي فيه الخمر؛ فكأنهم أخذوا ذلك من حديث
 عمر - رضي الله عنه - .

وفي السير الكبير ذكر دنان خمر المسلم وقال: إن فعل الإمام ذلك أو فعل غيره
 بأمره، فلا ضمان، وإن فعل غير الإمام بغير أمر الإمام فهو ضامن .
 هشام عن محمد: إذا أحرق صليب الذمي [ضمنه قيمة صليبه]^(٢)؛ لأننا على ذلك
 صالحناهم .

قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - : إذا أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل
 منقوشة، قال: في قولي: يضمن قيمته غير منقوش^(٣) بتماثيل، فإن كان صاحبه قطع
 رؤوس التماثيل ضمن قيمته منقوشًا بمنزلة منقوش من شجر، قلت: لو أحرق بساطًا
 فيه صورة رجال، قال: ضمن قيمته مصورًا؛ لأن البساط يوطأ .

قلت: [إذا هدم]^(٤) بيتًا مصورًا بهذه الأصابع^(٥) تماثيل الرجال والطيور قال:
 أضمنه قيمة البيت، والأصابع^(٦) غير مصورة، وإن قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير
 مغنية، إلا أن يكون الغناء نقصًا فأقومها على ذلك وإن كانت الجارية حسنة الصوت؛
 إلا أنها لا تغني، فهو على حسن الصوت، والحمامة إذا كانت تقرقر، والفاخته إذا
 كانت تقرقر تعتبر قيمتها مقرقرة، والحمامة إذا كانت تجيء من بعيد، لا تعتبر قيمتها

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: ضمن قيمته صليبيًا .

(٣) في م: منقوشة .

(٤) سقط في أ .

(٥) في م: الأصابع .

(٦) في م: والأصابع .

على ذلك .

والفرس إذا كان يسبق عليه، فهو على السابق قيمته، وفي الحمامة إذا كانت طائرة^(١) تعتبر قيمتها غير طائرة^(٢)، وكذلك كل شيء يكون بغير تعليم .

غصب من آخر أرضاً وزرعها، وانتقصت الأرض بسبب الزراعة، فعلى الغاصب نقصان الأرض، واختلف المشايخ في طريق معرفة النقصان، قال بعضهم: ينظر بكم تؤاجر هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تؤاجر بعد الزراعة، فمقدار التفاوت نقصان الأرض .

وقال بعضهم: ينظر بكم تشتري هذه الأرض قبل الزراعة، وبكم تشتري بعد الزراعة فمقدار التفاوت نقصان الأرض .

قال شمس الأئمة السرخسي: والقول الأول أقرب إلى الصواب .

قطع شجرة من دار رجل بغير أمره، فرب الدار بالخيار؛ إن شاء ترك الشجرة على القاطع، وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وطريق معرفة ذلك أن تقوم الدار مع الشجرة، وتقوم [الدار]^(٣) بدون الشجرة، فيضمن فضل ما بينهما . وإن شاء أمسك الشجرة، ويضمنه قيمة النقصان قائماً، وإنما طريق [معرفة]^(٤) ذلك: أن تقوم الدار مع الشجرة، [وبغير الشجرة]^(٥) أصلاً، فتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة، ثم ينظر إلى ذلك وإلى قيمة الشجرة مقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، حتى لو كان قيمة الشجرة مقطوعة وغير مقطوعة على السواء، لا شيء عليه . في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله .

وفي «مجموع النوازل»: من قلع شجرة من بستان رجل أو من داره فاستهلكها،

(١) في أ: طيارة .

(٢) في أ: طيارة .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ، م .

فعلية نقصان الدار والبستان^(١)، ومن قلع شجرة من أرض رجل، فعلية قيمة الحطب.

جئنا إلى الصور:

رأس تنور مسجور بقصب فصب فيه الماء، ننظر إلى قيمة التنور كذلك وإلى قيمته غير مسجور فيضمن فضل ما بينهما، وكذلك بئر الماء إذا بال فيها إنسان على هذا. في «واقعات الناطفي».

وفي جنايات «فتاوى أهل^(٢) سمرقند»: فتح رأس تنور إنسان حتى برد، فعلية قيمة الحطب مقدار ما سجر به التنور ويمكن أن يقال: ينظر: بكم يستأجر التنور المسجور ليتتفع به ومن غير أن يسجره ثانيا فيضمن ذلك القدر، أو ينظر إلى أجرته مسجورا وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما.



(١) في أ: والبنيان.

(٢) سقط في أ.

الفصل الخامس

في مسائل الخلط، وما يجانسه

مسائل الخلط تنقسم إلى قسمين: خلط لا يتأتى معه التمييز، كخلط اللبن باللبن، والحنطة بالحنطة.

وفي هذا الوجه المخلوط يصير ملكا للخالط عند أبي حنيفة، ويبتل^(١) حقه في المثل.

وعند أبي يوسف، ومحمد: لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار؛ إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه في المخلوط، وهذا الاختلاف في ثبوت الملك للخالط، أما حق المالك لا ينقطع عن المخلوط ما لم يصل إليه بدل ملكه، حتى لا يباح للخالط أن يتنفع بالمخلوط قبل أداء الضمان، هكذا ذكر شمس الأئمة في [أول]^(٢) كتاب الوديعة.

وخلط يتأتى معه التمييز وهو على وجهين: خلط لا يتأتى معه التمييز [إلا بضرب كلفة ومشقة]^(٣) كخلط الحنطة بالشعير، والجواب فيه كالجواب في خلط لا يتأتى معه التمييز أصلا، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في كتاب الغصب. وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب الغصب: أن هذا الخلط اختلف المشايخ بعضهم قالوا: ما ذكره شمس الأئمة.

وبعضهم قالوا: بأن الجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا الخلط نظير الجواب على قولهما بخلاف خلط الحنطة بالحنطة وما أشبه ذلك.

ومنهم من قال: على قول أبي حنيفة في هذا اللفظ قياس، واستحسان، القياس: أن يصير المخلوط ملكا للخالط.

(١) في م: وبتنقل.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

وفي الاستحسان: لا يصير.

وخلط يتأتى معه التمييز من غير كلفة ومشقة كخلط البيض بالسود. وفي هذا الوجه لا ضمان بالاتفاق.

وفي المنتقى قال هشام: سألت محمدا - رحمه الله - عن رجل غصب من آخر ألف درهم، وخطها في ماله قال: مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم الخالط إذا كانت أكثر، فهو مستهلك ضامن الدراهم المغصوبة، فإن كانت دراهمه أقل، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه، وإن شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه.

قلت: وإن كانا سواء، فما مذهب أبي يوسف؟ فقال: لا أدري، فأما قولنا: المغصوب منه بالخيار على كل حال إن شاء ضمن الغاصب دراهمه، وإن شاء كان شريكا فيها.

وفيه أيضا: هشام عن محمد: إذا كان مع رجل سويق، ومع رجل آخر سمن، أو زيت، فاصطدما، فانصب زيت هذا، أو سمنه في سويق هذا، فإن صاحب السويق يضمن لصاحب الزيت، أو السمن مثل كيل سمنه، أو زيته؛ لأن صاحب السويق استهلك سمن هذا، ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا؛ [ولأن هذا زيادة في] ^(١) السويق، وإن كان مع أحدهما سويق، ومع الآخر نورة، فاصطدما، فانصب سويق هذا في نورة هذا، فإن شاء صاحب السويق، أخذ سويقه ناقصا، وأعطى الآخر مثل نورته، وإن شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه، وسلم له سويقه، أو ضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته؛ لأن كل واحد منهما جان، وإن فعل ذلك غيرهما ^(٢)، وذهب، فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء؛ لأن النورة لم تزد في سويقه، بل نقصته، والسويق لصاحب السويق.

(١) في م: زيادة.

(٢) في أ: غريب.

وفي القدوري: صب في طعام ماء، وأفسده، وزاد في كيله، فلصاحب الطعام أن يضمه قيمته قبل أن يصب فيه الماء، وليس له أن يضمه طعاما مثله، وكذلك لو صب ماء في دهن، أو زيت؛ لأن الطعام، أو الدهن المبتل، والذي صب [فيه]^(١) الماء لا مثل له، فيغرم القيمة، ولا يحرم أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء؛ لأنه لم يكن [منه]^(٢) غصب متقدم حتى لو غصب، ثم صب الماء عليه فعليه مثله.

وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله - رجل معه دراهم ينظر إليها، فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلطا^(٣)، كان ضامنا لها؛ لأن هذه جناية منه وإن لم يتعمد. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع، والمآب.



(١) سقط في م .
 (٢) سقط في م .
 (٣) في م: فاختلط .

الفصل السادس

في التلف الحاصل من جهة اثنين

وفي المنتقى قال هشام: قلت لمحمد: رجل في يده ثوب فتشبت رجل بالثوب، فجذب صاحب الثوب من يد المتشبت فانخرق الثوب، قال: يضمن المتشبت نصف ذلك. قلت: [من أين [صرف هذا إلى اليد]^(١)، فإن كان المتشبت هو الذي جذب الثوب، فهو ضامن جميعه؛ لأنه لم يكن الجذب إلا منه.

قال هشام: قلت^(٢): جلس رجل إلى جنب رجل فجلس على ثوبه، وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوسه عليه قال: يضمن نصف الشق؛ لأنه لم يكن له أن يجلس على ثوبه، فكان متعديا في الجلوس، وقد حصل الشق بفعلهما، فيسقط ما كان بفعل المالك، ويجب ما كان بفعل الجالس.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد في رجل قعد على رداء رجل، وهو لا يعلم، فنهض^(٣) الرجل، فتخرق رداؤه قال: يضمن الذي قعد على الثوب، فأوجب الضمان مطلقا غير مقدر بالنصف وإنه يخالف رواية هشام عنه.

وعلى هذا المكعب إذا تخرق من وضع رجل [غير]^(٤) صاحبه عليه وصاحبه لا يعلم به فعلى قياس رواية هشام يضمن الواضع نصف النقصان على ما بيناه في مسألة الثوب.

وفي نوادر ابن رستم أن الحائك إذا عمل لرجل فجاء الطالب؛ ليأخذ الثوب، وأبي الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر، فمد صاحب الثوب الثوب، فتخرق^(٥) من يد صاحبه، لا يضمن الحائك شيئا، وإن^(٦) تخرق من أيديهما ضمن الحائك نصف

(١) فراغ في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: قبض.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: بخرق.

(٦) في م: ولم.

قيمة الخرق أعني نصف قيمة النقصان [المتمكن]^(١) بالخرق. قال محمد - رحمه الله - في كتاب العلل^(٢): إذا غصب الرجل ثوبا من غيره، فلبسه، ثم جاء صاحب الثوب، ومد الثوب، والغاصب لم يعلم بذلك، ولم يطلب صاحب الثوب منه [الثوب]^(٣)، فتخرق الثوب من ذلك فلا شيء على الغاصب. وكان ينبغي أن يقال: إنه يضمن الغاصب للمغصوب منه نصف قيمة الخرق؛ [لأن الخرق]^(٤) حصل بمد صاحب الثوب، وبإمسك الغاصب بعد مد المغصوب منه [كان لا يتخرق الثوب من مده وإذا حصل الخرق من فعلهما يجب أن يكون على الغاصب نصف الضمان]^(٥)، وكما لو طلب صاحب الثوب فمد المغصوب منه الثوب مد مثله، فتخرق الثوب ذكر: أن الغاصب يضمن نصف قيمة ما تخرق؛ لأن الخرق حصل بفعلهما، والجواب «أن الإمساك من الغاصب إن وجد حقيقة بلبس الثوب لم يوجد» معنى؛ لأن الغاصب بلبس الثوب قصد ستر^(٦) نفسه لإمساكه عن المالك، فلم يوجد الإمساك من الغاصب معنى، فبقي التلف كله مضافا إلى يد المالك [بخلاف ما]^(٧) إذا طلب منه المالك، وأمسكه؛ لأن هناك وجد الإمساك من الغاصب حقيقة، ومعنى، ولو طلب المغصوب منه الثوب من الغاصب، فمنعه الغاصب عنه، ثم إن [المغصوب منه]^(٨) مده مدا شديدا لا يمد مثله كذلك، فتخرق الثوب لا ضمان على الغاصب.

علل فقال: لأن هذا بمنزلة سكين جاء به خرقة^(٩)، فقد أضاف الخرق كله إلى

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ: التملك.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: كما لو خرقة جميعًا.
- (٦) في أ: جبره.
- (٧) في أ: أما.
- (٨) في م: الغاصب.
- (٩) في م: جذبه.

فعل المالك، وهذا مشكل؛ لأنه لولا إمساك الغاصب الثوب لكان لا يتخرق الثوب بمد المالك فكان الخرق مضافاً إلى فعلهما؛ ألا ترى أنه [لو مد مد^(١)] مثله، كان الخرق مضافاً إليهم حتى كان على الغاصب نصف الخرق، فهاهنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: أن الإمساك قد تحقق من الغاصب، و[قد^(٢)] لا يكون سببا للخرق، بأن كان قبل المد، وقد يكون مستغرقاً بأن كان في حالة المد، فكان الإمساك في نفسه [سببا للخرق^(٣)] من وجه دون وجه، فاعتبر سببا للخرق إذا كان مدا لا يمد مثله أضيف الخرق إلى المد وحده، بخلاف المد حيث يضاف الخرق [إليه؛ لأن المد سبب للخرق^(٤)] على كل حال، وقبل الإمساك [لا يحصل فيه الخرق؛ لأن المد بدون الإمساك^(٥)] يكون أخذاً، ولا يكون مدّاً، وإذا كان المد قد تحقق سبب خرقه على كل حال، والإمساك بسبب خرق في حال دون حال أضيف الخرق إلى المدعي كل حال، وأضيف الخرق إلى الإمساك في حال دون حال.

ونظير هذا الممسك للثوب، فإذا كان صاحب الثوب [ممسكا للثوب^(٦)] فجاء آخر، ومد الثوب^(٧) مد مثله، أو مدّاً لا يمد مثله له، كان [الضمان^(٨)] كله على الماد وأضيف الخرق إلى المد دون الإمساك، وطريقه ما قلنا، وهذه المسألة المذكورة في آخر كتاب العلل، والله أعلم.

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: بسبب الخرق.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) سقط في م.
- (٨) سقط في م.

الفصل السابع

في [رد]^(١) المغصوب، واسترداده، وفيما يبرأ به الغاصب عن الضمان إذا رد الغاصب المغصوب على المغصوب منه جواب الكتاب أنه يبرأ من غير فصل، قال شيخ الإسلام في كتاب الإقرار: إن المغصوب منه إن كان [كبيراً بالغاً، فالجواب ما قال في الكتاب، وإن كان صبياً إن كان]^(٢) مأذوناً في التجارة، فكذلك الجواب، وإن كان محجوراً، أو كان صبيّاً لا يعقل القبض، والحفظ، لا يبرأ عن الضمان، وإذا رده بعد ما تحول عن مكان الأخذ، يبرأ استحساناً، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أخذ لقطه وردها إلى مكانها إن ردها بعدما تحول عن ذلك المكان، لا يبرأ، وإن ردها قبل أن يتحول عن مكانه يبرأ استحساناً، وإن كان صبيّاً يعقل القبض، والحفظ فيه اختلاف المشايخ.

وفي فتاوى الفضلي: أنه إذا كان صبيّاً يعقل القبض، والحفظ يبرأ عن الضمان من غير فصل.

وفيه أيضاً: إن كان المغصوب دراهم، وقد استهلكها الغاصب، ورد مثل ذلك على الصبي وهو يعقل، يبرأ إذا كان مأذوناً، وإن كان محجوراً عليه، لا يبرأ. وذكر في كتاب اللقطة: إذا نزع الخاتم من أصبع نائم، ثم أعاده إلى أصبعه [قبل أن ينتبه من تلك النوم، برئ، وإن أعاده إلى أصبعه]^(٣) بعدما انتبه، ثم نام، لا يبرأ.

وذكر [الكرخي و]^(٤) الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: أن من أخذ من نائم نعله، أو خاتما كان في أصبعه ثم أعاده إلى مكانه، وهو نائم قال أبو يوسف: إن لم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، م.

يستيقظ حتى رده برئ، وإن استيقظ، ثم نام، ثم رد، ثم ضاع، ضمن إذا لم ينتبه بعد ذلك.

وقال محمد - رحمه الله - : إن أعاده^(١) في مجلسه ذلك، أستحسن أن يبرأ عن الضمان سواء رده في تلك النوم، أو في نومة أخرى، وإلا ضمنه. وإذا لبس ثوب غيره بغير أمره حال غيبته، ثم نزع فأعاده إلى مكانه لا يبرأ قال مشايخنا: وهذا إذا لبس كما يلبس ذلك في العادة، فأما إذا كان قميصا، فوضعه على عاتقه، ثم أعاده إلى مكانه، فلا ضمان؛ [لأن]^(٢) هذا حفظ، وليس باستعمال، في آخر كتاب اللقطة.

وفي المنتقى: ابن سماعه عن محمد - رحمه الله - في رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير أمره، فلبسه ثم رده إلى بيته، فوضعه فيه، فهلك، فلا ضمان استحسانا، [وكذلك] [لو أخذ]^(٣) دابة غيره [من معلقها]^(٤) بغير أمره، ثم ردها إلى موضعها، فذهبت، فلا ضمان استحسانا^(٥)، وإن أخذ الدابة من يد المالك غضبا، ثم ردها، فلم يجد صاحبها، ولا خادمه، فربطها في دار صاحبها على معلقها، فهو ضامن، نص عليه شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب العارية.

في المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أخذ من دار رجل شيئا بغير أمره، ثم رده إلى ذلك الموضع بعد أيام، لا يبرأ عن الضمان ما لم يرده على صاحبه.

وفيه: ابن سماعه عن محمد في رجل أخذ من كيس رجل خمسمائة دراهم وقد كان في الكيس ألف درهم فذهب ثم ردها بعد أيام فوضعها في الكيس الذي أخذها

(١) في م: أعاد.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: قرار بها.

(٥) سقط في أ.

منه، فإنه يضمن الخمسمائة التي كان أخذها منه ولا يبرأ منها بردها إلى الكيس .
وفي فتاوى أبي الليث: غصب من رجل ثوبا، وجاء به إلى المغصوب منه،
ووضعه في حجره، والمغصوب منه يعلم بالوضع إلا أنه لا يعلم أنه ثوبه، فجاء
رجل، وحمله من حجر المغصوب منه قال: أخاف ألا يبرأ عن الضمان؛ لأنه يقع
عند المغصوب منه أنه ودیعة، ولا يعلم أنه ثوبه؛ ليبالغ في الحفظ، في هذا الموضوع
أيضاً.

رجل غصب من آخر سفينة فلما ركبها، وبلغ وسط البحر، لحقه صاحبها، فليس
له أن يستردها من الغاصب لكن يؤجرها منه من ذلك الموضوع إلى الساحل، وكذلك
لو غصب دابة، ولحقها صاحبها في^(١) المفازة في موضع المهلكة لا يستردها منه،
ولكنه يؤجرها [منه في]^(٢) ذلك الموضوع إلى موضع الأمان.

وذكر في السير الكبير: إذا استأجر من آخر زقاً يحمل فيه دهناً مدة معلومة بأجر
معلوم فانقضت المدة، وهو بفلاة من الأرض لا يقدر صاحب [الدهن]^(٣) على أن^(٤)
يحول دهنه إليه وقد حضرهم الإمام، فإنه [ينبغي]^(٥) للإمام أن يجبر صاحب الزق أن
يحمل دهنه إلى موضع يقدر [أن]^(٦) يحول دهنه فيه، فكذلك لو أن قوما استأجروا
سفينة [مدة]^(٧) معلومة، فركبوا وحملوا معهم متاعهم فانقضت المدة، وهم في لجة
البحر، وقد حضرهم الإمام، [فإن الإمام]^(٨) يجبر صاحب السفينة على حمل
متاعهم في السفينة إلا أن يقدروا على التحول منها بأجر معلوم فقد ذكرها هنا أن

(١) في أ: إلى .

(٢) في أ: من .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: ألا .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

الإمام يجبر صاحب الزق، و[صاحب]^(١) السفينة على الحمل بأجر معلوم بشرط الإجارة من الإمام.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - أن المستأجر يقول: استأجرت هذه السفينة وهذا الزق كل شهر بكذا، أو يؤاجره آخر^(٢) من رفقائه وأصحابه فإن أبي صاحب السفينة أن يعطيه ذلك بعد ذلك استعان المستأجر بأعوانه ورفقائه على ذلك.

قيل: ليس في المسألة روايتان، ولكن [ما ذكر في السير محمول على ما إذا كان الإمام حاضرًا، وإذا كان الإمام حاضرًا، فالإمام هو الذي يتولى ذلك، وما ذكر في نوادر ابن سماعة محمول على ما إذا لم يكن الإمام حاضرًا، و]^(٣) [إذا لم يكن الإمام حاضرًا]^(٤) يتعين إجارة المستأجر من نفسه، أو إجارة واحد من رفقائه فعلى قياس مسألة الإجارة يقول: في مسألة الغصب إذا أبي صاحب السفينة [والزق]^(٥) الإجارة فإن كان الإمام حاضرًا يتولى الإجارة بنفسه وإن كان غائبًا يؤاجر الغاصب ذلك من نفسه أو أحد رفقائه.

في العيون: إذا غصب من آخر دابة، أو ثوبًا، أو ما أشبه ذلك، [وهي قائمة بعينها]^(٦) وأبرأه المالك منه، صح الإبراء، ويكون إبراء عن الضمان^(٧).

وفي فتاوى المنتقى: غصب من آخر ساجة وأدخلها في بنائه، أو غصب من آخر تالة، وغرسها [في أرضه]^(٨)، وكبرت حتى انقطع حق المالك [ثم إن المالك]^(٩)

(١) سقط في م.

(٢) في م: أحد.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، م: قائم بعينه.

(٧) في أ، م: ضمانه.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

قال للغاصب: وهبت لك الساجة، والتالة صح، وهذا إبراء عن الضمان في الحال، وإذا أمر المالك الغاصب ببيع [العبد]^(١) المغصوب صح، ويصير وكيلًا، ولا يخرج عن ضمانه بمجرد الأمر بالبيع، وكذا لا يخرج عن ضمانه بمجرد البيع حتى لو هلك العبد قبل التسليم سقط البيع ولزم الغاصب قيمة العبد، وكذلك المغصوب منه إذا باع المغصوب بنفسه قبل التسليم إلى المشتري لا يخرج عن ضمان الغصب، وكذلك المغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يضحى [بالشاة المغصوبة، فقبل أن يضحى]^(٢) بها، لا يخرج عن ضمانه.

ثم الغاصب إذا باع المغصوب بأمر المغصوب منه، ثم رد المشتري المغصوب بالعيب على الغاصب، إن كان الرد قبل القبض، فهو في ضمان الغاصب على حاله، وإن كان الرد بعد القبض [لا يعود مضمونا ذكر محمد هذه المسألة مطلقة في بيوع الجامع، ولم يفصل بينما إذا كان الرد بعد القبض]^(٣) بقضاء أو بغير قضاء، وعمامة المشايخ أيضا لم يذكروا هذا التفصيل في شروحيهم.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - في شرحه أنه إذا رد بعد القبض [بقضاء أنه]^(٤) يعود مضمونا، وأشار إلى المعنى. وقال: لأنه إنما خرج عن ضمانه بالتسليم، وقد انتقض التسليم من كل وجه، وصار كأنه^(٥) لم يكن، فيعود مضمونًا.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل غصب من آخر عبدًا، ثم استأجره من المغصوب منه، صح، ويصير المستأجر قابضًا له بحكم الإجارة بنفس العقد ويبرأ الغاصب عن الضمان، وهذا لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الإجارة، فإذا

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: بقضاء.

(٥) زاد في م: إن.

صار قابضاً بحكم^(١) الإجارة بنفس العقد صار أميناً، وارتفع الضمان؛ فلا يعود الضمان بعد ذلك إلا بجناية مستأنفة، وإن مات العبد في مدة الإجارة مات أمانة، ويجب^(٢) على الغاصب الأجرة بقدر ما مضى من مدة الإجارة، ويسقط الباقي، وإن مضت الإجارة، والعبد حي، لم يصير مضموناً^(٣).

وفي المتقى: غصب من آخر عبداً، ثم إن الغاصب استأجره من المغصوب منه؛ ليعمل^(٤) له عملاً، فإذا أخذ في ذلك العمل، برئ الغاصب عن الضمان؛ لأن الأجرة وجبت عليه فصار كما لو استأجر المغصوب [منه]^(٥) الغاصب؛ ليقصر^(٦) الثوب، المغصوب بدرهم فقصره ثم ضاع، فهو ضامن على قول من يضمن الآخر؛ لأنه لا مخرج من جناية الغصب حتى يرده، فلا يبطل عنه الضمان، فإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان، فإن كان له أجر في عمله إنما يبطل عنه الضمان إذا صار آخر؛ لأنه لا يجتمع أجر وضمان، أما أن يكون له الأجرة فهو ضامن، فهذا حكى وقت الغصب أيضاً.

غصب من آخر حانوتا أو داراً، ثم إن الغاصب استأجرها من المغصوب منه وأنه ليس بحضرتها حين استأجرها منه، ينظر: إن كان هو ساكناً فيها، أو لم يكن إلا أنه أوجب الأجرة عليه حينئذ.

قال في الجامع: ولو أن المغصوب أعار العبد من الغاصب صح، ولكن لا يصير قابضاً له بحكم العارية، حتى لو هلك في يد الغاصب قبل أن ينتفع به هلك مضموناً على الغاصب، فإذا انتفع به لا يصير مضموناً بحكم العارية وسقط عنه ضمان

(١) في أ: بنفس.

(٢) زاد في أ: الضمان.

(٣) في أ: مغصوباً.

(٤) في أ: فيعمل.

(٥) في أ: من، وسقط في م.

(٦) في أ: لتقصير.

الغضب، وإذا فرغ من العارية لا يعود غضبا. بخلاف الرهن: فإن الراهن إذا أعار الرهن من المرتهن وقوع المرتهن من العارية يعود رهنا.

وفي المتقى: رجل غضب من آخر دابة ومات صاحب الدابة، ثم إن ابن صاحب الدابة استعار الدابة من الغاصب وأعارها إياه وعطبت تحته، برئ من الضمان.

قال الكرخي في كتابه: إذا حدث منه في المغصوب عديا يصير به غاصبا لو أحدث ذلك الغير صار مستردا للمغصوب ويبرأ الغاصب به عن ضمان الغضب، وذلك نحو أن يستخدم المغصوب وما أشبه ذلك، وسواء فيه أن يعرف ذلك أو لا يعرف، ولا يكون الغاصب غاصبا بالغضب الأول كذلك، إلا أن يحدث غضباً مستقبلاً. وكذلك لو أن الغاصب كسا الثوب المغصوب ولبسه حتى تخرق. وكذلك إذا غضب طعاماً ثم أطعمه وعرفه أو لم يعرفه. وكذلك إذا جاء المغصوب منه إلى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وعرف أو لم يعرف برئ الغاصب عن الضمان، وإن كان الغاصب خبز الدقيق أو شوى اللحم ثم أطعمه لم يبرأ عن الضمان. وإذا صار لولد المغصوبة ولدان نقصان لأولاده بعدها رد الغاصب الجارية مع الولد على المغصوب منه، ما يبرأ الغاصب عن الضمان النقصان في ضمان النقصان في ظاهر الرواية. وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أنه يبرأ. وإذا الموروث المغصوبة في يد الغاصب لو ردها على المالك ثم زال العور في يد المالك، برئ الغاصب من ضمان ذلك في بيوع الجامع.

الفصل الثامن

في السبب إلى الإتلاف

قال محمد - رحمه الله^(١) - : إذا وجد دابة مربوطة لرجل [فحل رباطها^(٢)] ، ولم يذهبها^(٣) ، فذهبت الدابة ، فلا ضمان على الذي حلها^(٤) [عند أبي يوسف^(٥)] .
وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : [يضمن^(٦)] سواء ذهبت الدابة على الفور ، أو بعد ذلك بزمان ، وعلى قول محمد - رحمه الله - يجب الضمان .

وكذلك إذا فتح باب دار إنسان وفي الدار دواب ، فذهبت الدواب ، وكذا إذا فتح قفص إنسان ، وطار الطير الذي فيه .

وروي عن محمد - رحمه الله - رواية أخرى : أنه إذا ذهبت الدابة على الفور ، أو طار الطير على الفور أنه ضامن ، وإن ذهبت ، وطار الطير لا على الفور ، فلا ضمان عليه .

وفي المنتقى : إذا كانت الدابة مشدودة في مربطها ، والباب مغلقًا فجاء إنسان ، وحلها ، وجاء آخر ، وفتح الباب ، فإن الضمان على الذي فتح الباب ، قال : وكذلك [الغنم]^(٧) .

ولو حل قيد إنسان حتى ذهب العبد ، فلا ضمان بالإجماع إلا إذا كان العبد غير ذاهب العقل ، فحينئذ يجب الضمان عند محمد - رحمه الله - ، وهو والدابة سواء .
وعن محمد أيضا : لو كان العبد مجنونًا مقيدًا في باب مغلق فحل رجل قيده ، وفتح الآخر الباب فالضمان على الفاتح لا على الحال .

(١) زاد في م : في كتاب اللقطة .

(٢) في أ : حل الدابة .

(٣) في م : فجاء بها .

(٤) في م : جاء بها .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في أ .

قال الفقيه أبو الليث: وقد ذكر محمد - رحمه الله - في المبسوط أنه لا ضمان في ذلك كله، ولم يذكر فيه اختلافا، ولو حل رباط الزيت، فسال الزيت فإن كان الزيت سائلا، فهو ضامن، ولو كان جامدا، أو ذاب بالشمس، وسال، لم يضمن. وذكر [في واقعات]^(١) الناطفي: فيمن جاء إلى سفينة مشدودة، فحلها، وذلك [في]^(٢) يوم ربح شديد فغرقت السفينة، فهذا على وجهين [إن بقيت]^(٣) بعد الحل ساعة، أو أقل قليلا^(٤)، ثم سارت فغرقت، أو لما^(٥) انحلت، لم تقف، وسارت، وغرقت.

ففي الوجه الأول: لم يضمن.

وفي الثاني: يضمن.

نقب حائط إنسان بغير إذن صاحب الحائط، ثم مات الناقب، فدخل سارق من ذلك النقب، وسرق شيئا يضمن الناقب، وصار كما لو فتح [باب القفص]^(٦)، وطار الطير، ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق.

والفتوى في الناقب: أنه لا يضمن مذكورة في فتاوى أهل سمرقند.

فإن نظر في دن دهن مائع لغيره، فوقعت قطرة من الدم من أنفه في الدن وتنجس الدن، صار ضامنا إذا كان النظر بغير إذن المالك، ثم ماذا يضمن إن كان الدهن مأكولا؟ يضمن مثل: ذلك قدرا، ووزنا، وإن كان الدهن غير مأكول يضمن النقصان.

إذا أوقف الدابة في سوق الدواب، فرمحت، فلا ضمان على صاحبها^(٧)، ولو

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: إما أن تثبت.

(٤) في أ: قليل الأوقات، وفي م: الأوقات.

(٥) في م: كما.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: صاحب.

كانت^(١) سفنا^(٢) واقفة على الشط، فجاءت سفينة، وأصابته هذه الواقعة، وانكسرت الواقعة كان الضمان على الجائبة، فإن انكسرت الجائبة فلا ضمان على الواقعة.

وفي فتاوى النسفي: طحان خرج بالليل من الطاحونة ينظر [إلى]^(٣) الماء حين قل الماء، فدخل السارق، وسرق أحمال^(٤) الناس، فالطحان ضامن إن بعد عن الباب بعدا يعد به مضيعا.

وفي الحاوي: إذا غصب عجولا، فاستهلكه حتى [يبس لبن أمه]^(٥) يضمن قيمة العجول، وما ينقص من البقرة.

وإذا سعى [إلى السلطان، وكان معروفا بتغريم من سعى إليه]^(٦)، فهو ضامن. وذكر القاضي الإمام الأجل صدر الإسلام في آخر شرح اللقطة: أن السعاية على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون [بحق بأن كان يؤذيه]^(٧)، ولا يمكنه دفعه عن نفسه إلا بالرفع إلى السلطان.

وفي هذا الوجه لا ضمان.

وحكى القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي أن المضروب إذا شكى إلى السلطان حتى أخذ السلطان مالا من الضارب: أنه لا ضمان عليه، وكذا إذا كان يفسق، ولا يمتنع عنه بالأمر بالمعروف، فرفع إلى السلطان فأخذ منه مالا، فلا ضمان عليه.

(١) في أ، م: كان.

(٢) في أ: سفن.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: حمار.

(٥) في أ: يتبين له أنه.

(٦) في أ: السلطان تعددت أصلا إلى، وفي م: للسلطان بغير ذنب.

(٧) في أ: حربا.

الوجه الثاني: إن يقول للسلطان: إن فلانا وجد كنزا في داره، وقد عرف أن السلطان يغرم الناس^(١)، وقد لا يغرم، فلا ضمان.

الوجه الثالث: أن تكون السعاية بغير حق.

وفي [هذا]^(٢) الوجه لا ضمان على الساعي في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف خلافا لمحمد، وجعل هذه المسألة فرع مسألة باب القبض قال - رحمه الله -: والفتوى على قول محمد في زماننا؛ لكثرة السعاية؛ زجرا لهم؛ وصيانة لأموال الناس، و[قد]^(٣) ذكر في فتاوى النسفي: [أنه سئل]^(٤) عن السعاية بغير ذنب؟ قال: روي عن زفر: أنه ضامن، [قال]^(٥)، وبه أخذ كثير من مشايخنا.

وفيه أيضا: العبد إذا سعى غيره بغير ذنب إلى السلطان حتى أخذ منه مالا، أن العبد ضامن، ولكن لا يؤاخذ به إلا بعد العتق.

إذا رش الماء في الطريق، فجاء حمار فزلق، وعطب [ذكر في فتاوى أبي الليث أن عليه الضمان ولم يذكر ما إذا زلق به إنسان وعطب]^(٦).

وذكر محمد في ديات^(٧) الأصل: أن على عاقلته الضمان من غير تفصيل.

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام تأويل المشايخ، وأحسن التأويل: إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد المار موضعا يابسا^(٨) يمر عليه ففي هذا الوجه الراش ضامن، وكذلك الجواب في الخشبة الموضوعة في الطريق إن أخذت كل الطريق فمر عليها، وعثر، ومات، فالواضع ضامن.

(١) زاد في م: جزافا.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: كتاب.

(٨) في أ: ناشفا.

فأما إذا رش بعض الطريق، فمر إنسان على الموضع الذي رش إن لم يعلم بذلك بأن كان ليلاً، وعشر، ومات من ذلك وجب الضمان على الراش، وإن علم بذلك، ومع ذلك مر على موضع الرش، فلا ضمان على الراش [بذلك]^(١).

وكذلك [الجواب في]^(٢) الخشبة الموضوعة في الطريق إذا مر عليها إنسان متعمداً وإلى هذا أشار محمد في مسألة حفر البئر، وصورتها: إذا حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان، ووثب من أحد جانبي البئر إلى الجانب الآخر، وخاطر بذلك، ووقع في البئر، ومات، فلا ضمان على الحافر.

وأما إذا أمر غيره بالرش على فناء^(٣) الدكان يعني دكان الأمر، فالأمر ضامن، ولا ضمان على الراش، وإن كان بخلافه فالراش ضامن، وإذا رش هو يضمن كيف ما كان، وإذا رش الماء في الطريق، وجاء رجل بحمارين^(٤)، فتقدم صاحب الحمار إلى أحدهما يقوده، فتبعه الآخر، فزلق رجله، فانكسر رجله، فإن كان صاحب الحمار سائقاً لهما [فلا ضمان]^(٥) على الراش، وإن لم يكن [سائقاً لهما]^(٦) فالراش ضامن.

إذا ربط على موضع آخر فجاء آخر، وربط حماره في ذلك الموضع أيضاً، فعرض أحد الحمارين الآخر، فإن ربط في موضع كان لهما [فيه]^(٧) ولاية^(٨) الربط، ولم^(٩) يكن ذلك الموضع طريقاً، ولا ملكاً لأحد، فلا ضمان، وإن ربط في موضع ليس لهما [فيه]^(١٠) [ولاية]^(١١) الربط يجب الضمان على [صاحب]^(١٢) الحمار

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: باب.

(٤) في أ، م: حمار.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ، م: وإن لم.

(١٠) سقط في م.

العاض .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : زعم بعض مشايخنا أن المسألة مؤوله^(١) في طرق الضمان ، وتأويلها إذا عض حمار الرجل [الثاني حمار الرجل]^(٢) الأول ، أما إذا عض حمار الأول حمار الثاني ، لا ضمان على الأول ، وليس الأمر كما ظنوا ، [بل المسألة مجرأة على إطلاقها]^(٣) ، والضمن [واجب على صاحب الحمار العاض أيهما كان .

إذا شق راوية رجل ، فهو ضامن ما شق^(٤) من الراوية ، وما سال ، وما عطب بما سال منها ما لم يسقها صاحبها ، فإن ساقها صاحبها ، وهو يعلم بذلك ، ضمن صاحبها ما عطب بما سال منها بعد سوقه إليها ، ولا يضمن الشاق ذلك ، وكذلك لا يضمن الشاق بعد ما سال منها بعد سوقه إذا كان الشاق بحال يمكن لصاحبها دفع ذلك .

وأما إذا كان بحال لا يمكن دفع ذلك ، فإن الضمان على الشاق ، وكذلك [لو] شق راوية رجل ، وسال ما فيها حتى مال الجانب الآخر ، ووقع ، وتخرق ، وسال ما في الزق الآخر كان ضمان ذلك على الشاق إلا إذا شقها رب الدابة مع العلم بالشاق ، فحينئذ لا ضمان على الشاق .

وذكر شيخ الإسلام هذه المسألة على هذا الترتيب في آخر^(٥) كتاب الإجازات^(٦) ، وإذا ساق حمارًا عليه [لإنسان]^(٧) وقر حطب ، وكان ثمة رجل واقف في الطريق ،

(١١) سقط في أ .

(١٢) سقط في م .

(١) في أ : مسوقه .

(٢) سقط في أ .

(٣) في م : مجرأة على إطلاقه .

(٤) سقط في م .

(٥) زاد في م : شرح .

(٦) في م : الإجارة .

(٧) سقط في م .

[أو يسير]^(١)، فقال السائق بالفارسية: برت برت، أو قال: كوست كوست، ولم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب وخرق ثوبه، أو سمعه إلا أنه لم يتهياً له أن يتنحي عن الطريق لضيق المدة [ضمن السائق ثوبه]^(٢)، وإن سمع، وتهياً له التنحي عن الطريق، فلم يتنح، فلا ضمان ذكر المسألة في فتاوى أهل سمرقند، ولم يذكر ما إذا كان الحمار يمشي والرجل يأتي أمامه، وضرب عليه الحطب، وتخرق ثوبه، والجواب في ثياب الرجل الآتي إن لم يكن غافلاً، وأمكنه أن يتنحي عن الطريق، ولم يتنح [عن الطريق]^(٣)، فلا ضمان على صاحب الحطب وإن كان الرجل الآتي غافلاً، وحصل الخرق بذهاب الحمار ومجيء الرجل يجب أن يكون على صاحب الحطب نصف الضمان على قياس مسألة المكعب، وأجناسها.

وفي النوادر: قصار أقام حماراً على الطريق، وعليه ثياب، فجاء راكب ومزق الثياب، فإن كان راكب يبصر الحمار، والثوب، يضمن، وإن كان لا يبصر، لا يضمن، وعلى هذا لو وضع الثوب على الطريق، فجعل الناس يمرون عليه حتى تخرق وهم لا يبصرون، لا ضمان عليهم، وكذلك رجل جالس على الطريق فوقع عليه إنسان، فلم يره، فمات الجالس، فلا ضمان عليه.

قال الفقيه أبو الليث: وقد روي عن أصحابنا خلاف ذلك، ولكن لو أفتى مفت بما ذكرنا، لا بأس به.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: [فإذن نفتي]^(٤) لكن في هذه المواضع [الرأي للقاضي]^(٥) قال: وبهذا نفتي.

وعلى قياس مسألة وقر الحطب ينبغي أن يقال في هذه الصورة: إذا كان راكب

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: على السائق.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

يبصر الحمار، والقصار إن لم [يقول: برت، أو كوست] ^(١)، أو قال، ولم يسمع القصار قوله أو سمع، ولكن لم يتهياً له أن يتنحى، ينبغي له أن يصير الراكب ضامناً إلى آخر ما ذكرنا [والله سبحانه، وتعالى أعلم بالصواب] ^(٢).



(١) في م: يكن يراه لزمه.

(٢) سقط في م.

الفصل التاسع

في غاصب الغاصب، ومودع الغاصب

يخير المالك بين تضمين [الغاصب، وبين]^(١) تضمين غاصب الغاصب، وكذا
يخير بين تضمين الغاصب، وبين تضمين مودعه، وإذا ضمن المالك أحدهما إما
الغاصب، وإما غاصب الغاصب، أو مودعه، يبرأ الآخر عن^(٢) الضمان.

وأما إذا اختار تضمين أحدهما، ولم يضمه بعد هل يبرأ الآخر عن الضمان؟ فيه
روايتان، فإن ضمن الغاصب الأول رجع الغاصب الأول على الغاصب الثاني، وإن
ضمن الغاصب الثاني، فالغاصب الثاني لا يرجع على الأول، وإن ضمن مودع
الغاصب إن لم يعلم المودع بكون المال غصباً رجع بما ضمن على الغاصب
المودع، وإن علم ذكر شيخ الإسلام: أنه لا يرجع.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن فيه [شبهه]^(٣) اختلاف الرواية.

في المتقى ابن سماعة عن محمد: إذا اختار المغصوب [منه]^(٤) تضمين الغاصب
الأول، ورضي به الغاصب الأول، أو لم يرض [به]^(٥) إلا أن القاضي قضى له
بالقيمة على الأول، فليس له أن يرجع عن ذلك، ويضمن الثاني وإن لم يرض به
الأول، ولم يقض القاضي^(٦) للمغصوب منه على الأول كان له أن يرجع عن ذلك،
ويضمن الثاني، وإن اختار تضمين الأول، فإن لم يعطه الأول شيئاً، وهو معدوم،
فالقاضي [يأمر الأول]^(٧) بقبض ماله على الثاني، ويدفع ذلك إلى المغصوب منه،

(١) سقط في م.

(٢) في أ: من.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: بالقيمة.

(٧) سقط في أ.

فإن أبى الأول ذلك، فمولى^(١) العبد إذا أحضرهما قبلت منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب الأول حتى يؤخذ ذلك من الثاني، فيقبضه المغصوب منه .
قال: وهذا بمنزلة رجل له على رجل دين، والمطلوب [منه له على]^(٢) آخر دين [قال: وإن]^(٣) أراد المالك أن يضمن أحدهما بعض القيمة النصف، أو الثلث، أو الربع، كان له أن يضمن الآخر الباقي، فرق بين هذا، وبين ما إذا ضمن الغاصب الأول، أو الثاني كمال القيمة ليس له أن يضمن الآخر، [ويكون اختياره تضمين أحدهما إبراء الآخر]^(٤) .

والفرق: أن تضمين أحدهما كل القيمة إنما هو^(٥) إبراء للآخر؛ لأن تضمين كل القيمة تمليك لكل المضمون من الذي ضمنه، فلا يملك تمليكه من غيره]^(٦)، وبدون التمليك^(٧) ليس له حق التضمين، أما تضمين أحدهما بعض القيمة تمليك لبعض المضمون منه، فيملك تمليك الثاني من غير تضمين الآخر ذلك القدر .
وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب الرجوع: أن من غصب من آخر جارية، وغصبها رجل آخر من الغاصب، وهلكت، أو أبقت من يد الثاني، والمالك لم يملك الغاصب الثاني فضمن الغاصب الأول، ثم علم بالغصب الثاني، فله أن يضمن الثاني .

وفي المسألة^(٨) نوع إشكال: أن ضمان الغصب يوجب الملك في المضمون للضامن، وقد ثبت الملك للأول حين ضمنه المالك، فلا يمكن إثبات الثاني،

(١) في م: ثم إن .

(٢) في م: رجل .

(٣) في م: فإن قال .

(٤) في م: ويضمن اختياره تضمن أحدهما إبراء الآخر .

(٥) في م: أوجب .

(٦) سقط في أ .

(٧) زاد في أ: من الغير .

(٨) في أ: الممتقى .

فكيف يثبت للمالك حق تضمين الثاني؟

قلنا: المالك في تضمين الأول مضطر بأن لم يعلم [الثاني]^(١)، فكان^(٢) في معنى المكره على التمليك، وللمكره على التمليك حق فسخ التمليك، ففسخ التمليك يقتضي تمليك^(٣) الثاني [وتصير الجارية مملوكة للثاني]^(٤).

قال في الجامع الكبير: رجل غصب من آخر جارية قيمتها ألف درهم فغصبها من الغاصب رجل، وقيمتها يوم الغصب الثاني أيضا ألف درهم، فأبقت من الغاصب الثاني، للأول أن يضمن الثاني قيمتها، وإن لم يضمن المالك الأول، فإذا أخذ الغاصب الأول القيمة، برئ الثاني عن الضمان، وتكون القيمة المأخوذة من الثاني مضمونة على الغاصب الأول حتى لو هلكت في يد الغاصب الأول، كان للمغصوب منه أن يضمه قيمتها يوم الغصب؛ لأن الغاصب الأول لو أخذ الجارية كانت الجارية مضمونة، فكذلك إذا أخذ القيمة، فإذا حضر المالك كان له الخيار إن شاء أخذ من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثاني من جهة المالك، وإن شاء ضمن الأول قيمتها ابتداء بالغصب، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الثاني من جهة المالك، [وإن شاء ضمن الأول قيمتها ابتداء بالغصب]^(٥)، ثم تصير للغاصب الثاني من جهة الغاصب الأول، فإن كانت قيمة الجارية يوم الغصب الأول ألف درهم، ويوم الغصب الثاني ألفي درهم، ثم أبقت من يد الثاني وأخذ الأول من الثاني ألفي درهم، وهلكت في يد الأول لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم؛ لأن أخذ القيمة قيمة الزيادة المتصلة الحادثة في يد الغاصب، وإنها أمانة [في يد الغاصب]^(٦) عندنا، فكذلك ما قام

(١) سقط د في أ.

(٢) زاد في أ: الثاني.

(٣) في م: تضمين.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في أ.

مقامها؛ ألا ترى أن الجارية لو كانت حاضرة فاستردها الأول كان الفضل على الألف أمانة عنده كذلك إذا أخذ^(١) الأول القيمة، فلهذا لا يضمن الفضل، وإنما يضمن قيمتها [يوم الغصب]^(٢) ألف درهم.

ولو أن المولى حضر والقيمة في يد الغاصب الأول باقية^(٣) على حالها، وقد ظهرت الجارية، فالمالك بالخيار إن شاء أخذ الجارية حيثما وجدت، وإن شاء أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول من الثاني، وإن شاء ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم الغصب، وهذا مشكل من وجهين:

أحدهما: أنه جعل للغاصب الأول سبيلا من تضمين الثاني، وإن لم يجعل له سبيلا من تمليك الجارية حتى قال: [إن المولى فوض إليه]^(٤) أخذ الجارية حيث ظهرت، وإن كان الملك ثبت، فالمضمون ضرورة الاستيفاء.

والثاني: وهو أنه جعل للمولى تضمين الغاصب الأول بعد ظهور الجارية والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

والجواب عن الإشكال^(٥) الأول بأن نقول: إن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك، في التضمين حتى يصير نائبا عنه [في تمليك الجارية]^(٦)، وأنه فوت عليه اليد لكن إنما كان للأول تضمين الثاني، ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد، أما التمليك ليس من ضروراته كما في المدبر، إلا أن عدم الوقوف بمكان الجارية الحالة حالة الاستيفاء [لا غير وهو بسبيل من ذلك، أما بعدما ظهرت الجارية الحالة حالة الاستيفاء]^(٧) وحالة تمليك الجارية هو سبيل من

(١) في أ: ضمن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: قائمة.

(٤) في م: المولى له.

(٥) في أ: السؤال.

(٦) في أ: عنه.

(٧) سقط في أ.

الاستيفاء، أما ما ليس سبيلا من تمليك الجارية فكان بمنزلة الفضول، فيتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز، أخذ القيمة، وإن رد كان حقه استرداد الجارية. وأما الجواب عن الإشكال الثاني، فأما قوله: ظهرت الجارية عرف مكانها؛ لأنها وصلت إلى مكانها.

قلنا: [المعرفة بمكان]^(١) الجارية لا يمنع المصير إلى القيمة، فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة التي أخذها؛ لأن المعوض استحق من يده، فإن كانت القيمة [قد هلكت في يد الأول، ضمن الغاصب الأول ذلك للغاصب الثاني؛ لأن الأول أخذ القيمة]^(٢) بدلا عن المعوض، فيكون مضمونا عليه كالثمن على البائع، ولا يرجع الغاصب الأول بذلك على المغصوب [منه]^(٣)؛ لأن الغاصب الأول [ليس]^(٤) بوكيل عن المالك أصلا، فالرجوع بالعهدا حكم الوكالة، وإن كان أخذ المولى من الغاصب الأول القيمة التي أخذها من الغاصب الثاني، سلمت الجارية إلى الغاصب الثاني، لفاذ التمليك على المالك، وإن ضمن المولى^(٥) الغاصب الأول قيمة الجارية يوم الغصب الأول، سلمت القيمة التي أخذها الغاصب الأول له؛ لأنه تبين أنه تملكها من وقت الغصب الأول، وكان^(٦) الثاني غصب ملك الأول، فكان [الضامن الأول]^(٧)، إلا أن الأول يتصدق بأحد الألفين، وهو الفضل عن القيمة التي أداها إلى المالك، وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد.

أما على قول أبي يوسف: لا يتصدق بشيء، بل يطيب له؛ لأن شرط الطيب

-
- (١) في م: مكان.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.
 (٥) في م: المالك.
 (٦) في م: لأن.
 (٧) في م: الضمان للأول.

عندهما الملك، والضمان هاهنا إن كان واجبا وقت [المسألة فالملك]^(١) لم يكن .
وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - شرط الطيب الضمان لا غير، وقد ورد
ذلك هاهنا، وأصل [المسألة]^(٢): المودع إذا باع الوديعة فربح، ثم ضمن هل يطيب
له الربح؟ فهو على الاختلاف.

قال: وليس للغاصب الثاني أن يطاءً الجارية حتى يختار المولى أخذ القيمة التي
أخذها الغاصب الأول، ويختار ضمان الغاصب الأول؛ لأن الملك قبل ذلك
موقوف، والحل لا يثبت بالملك الموقوف

فإن كانت الجارية حاضت حيضة بعدما أخذ الأول القيمة من الثاني قبل أن يختار
المولى شيئاً من ذلك لا يجتزأ بتلك الحيضة؛ لأن الملك موقوف، والحيضة إذا
وجدت بعد ثبوت الملك قبل وجود اليد لا يجتزأ بها عن الاستبراء فإذا حصلت^(٣)
قبل [ثبوت الملك]^(٤) فلا أن لا يجتزأ بها كان أولى، ولو كان الغاصب الأول أقر
بقبض القيمة من الغاصب الثاني فهذا، وما لو ثبت أخذ القيمة بإقامة البينة سواء، غير
أن بينهما فرقا من وجه: أن في هذه الصورة كان للمولى أن يضمن الثاني. وفيما إذا
ثبت ذلك بالبينة ليس للمولى تضمين الثاني.

والفرق: أن حق تضمين الثاني قد ثبت للمالك بكونه عليه للغاصب إلا [إذا]^(٥)
كان يضمن الأول الثاني، يبطل هذا الحق للمالك، وذلك^(٦) أن ما ثبت [هاهنا]^(٧)
بإقرار الأول، والإقرار حجة قاصرة، فلم يظهر أخذ الأول القيمة من الثاني في حق

(١) في م: الملك.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: حاضت.

(٤) في م: موت المالك.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وكذلك.

(٧) سقط في م.

بطلان حق المالك^(١) بتضمين الثاني بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك [أخذ القيمة]^(٢) ثبت بما هو حجة عامة أما هاهنا بخلافه، فكان^(٣) المعنى فيه أن الغاصب الأول إنما يملكه بالاستيفاء؛ ليتمكن من [إقامة ما هو]^(٤) عليه من فعل الرد، وهذه الضرورة تندفع بحقيقة الاستيفاء، ولا ضرورة إلى الإقرار بالاستيفاء.

وكذلك الجواب فيما إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم أقر الغاصب بقبض القيمة، وكذلك لو أقر الأول بقبض الجارية من الثاني، وأقر أنها ماتت عنده، لم يقبل قوله حتى كان للمالك أن يضمن الغاصب الثاني في^(٥) هذه الوجوه كلها؛ لما ذكرنا. ويرجع الغاصب الثاني^(٦) بالقيمة؛ لأن إقراره بالاستيفاء صحيح في حقه، وإن لم يصح في حق الغاصب.

إذا رد المغصوب على الغاصب برئ عن الضمان، نص عليه في آخر الوديعة. وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في نكت المسألة: براءة غاصب الغاصب إذا رده على المالك.

قال الفقيه أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : كان خلف بن أيوب - رحمه الله - ، وأبو مطيع البلخي يقولان: غاصب الغاصب لا يبرأ بالرد على الغاصب.

قال صاحب الجامع الأصغر: إن كان يرجو أن الغاصب الأول يريد رده على صاحبه رجوت أن يبرأ.

وفي فروع الغصب: إذا رده على الغاصب اختلف المشايخ أيضا [فيه]^(٧) وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - يفتي ببراءته، والله أعلم بالصواب.

(١) في م: الملك.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: لأن.

(٤) في م: إقامتها.

(٥) في م: ففي.

(٦) في م: الأول.

(٧) سقط في م.

الفصل العاشر

في الأمر بالإتلاف، وما يتصل به

إذا أمر غيره بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ، ولا^(١) رجوع له على الأمر؛ لأن الأمر لم يصح.

وفي كل موضع لم يصح [فيه]^(٢) الأمر، فالضمان على المأمور من غير رجوع. وأما الجاني إذا أمر العوان بالأخذ قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : فيه نظر باعتبار الظاهر، ولا ضمان على الجاني وإنما الضمان على الآخذ^(٣)، وباعتبار السعاية يجب الضمان على الجاني، فيتأمل عند الفتوى والمختار أنه لا يجب الضمان على الجاني.

وأما الجاني إذا أرى^(٤) العوان بيت^(٥) صاحب الملك، ولم يأمره بشيء، أو الشريك إذا أرى العوان بيت الشريك حتى [إذا]^(٦) أخذ المال أو أخذ من بيته رهناً بالمال الذي [طولب به؛ لأجل]^(٧) ملكه، فضاع الرهن، فالشريك، والجاني لا يضمنان بلا شبهة، والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأنه لم يوجد منهما أمر، ولا حمل ودفع العوان في الجملة ممكن بطريق وأما إذا دفع السلطان فغير ممكن.

وإذا أمر الرجل غيره بأن يذبح له هذه الشاة، وكانت الشاة لجاره، ضمن الذابح علم أن الشاة لغير الأمر^(٨)، أو لم يعلم، وهل يرجع بالضمان على الأمر إن علم أن [الشاة لغير الأمر حتى علم أن الأمر به]^(٩) لم يصح؟ لا يكون له حق الرجوع، وإن

(١) في م: فلا.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الأمر.

(٤) في أ: أمر.

(٥) في أ: ثبت.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: ظن أنه لأجله.

(٨) في م: الإمام.

(٩) بدل ما بين المعقوفين في م: الأمر.

لم يعلم حتى ظن صحة^(١) الأمر رجوع.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه المسألة مع أجناسها.

في شرح كتاب [أبي الليث]^(٢): سئل أبو بكر عن رجل جاء بدابة إلى شط نهر ليغسلها، وهناك رجل واقف، فقال الذي جاء بالدابة للرجل الواقف أدخل هذه الدابة النهر، فأدخلها، فغرقت الدابة، وماتت، والأمر سائس الدابة إن كان الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم للغسل، والسقي، لا ضمان على أحد؛ لأن للسائس أن يفعل ذلك بيده، أو بيد غيره، وإن لم يكن الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم فلصاحب الدابة الخيار إن شاء ضمن [السائس، وإن شاء ضمن]^(٣) [المأمور]^(٤) هكذا ذكر هاهنا وفيه نظر، وينبغي ألا يجب الضمان على الأمر، وهو السائس؛ لأن مجرد الأمر بالإتلاف إنما يوجب الضمان على الأمر إذا كان الأمر هو السلطان، ومن بمعناه، فإن ضمن^(٥) السائس لا يرجع السائس على المأمور [وإن ضمن المأمور]^(٦) إن كان المأمور لم يعلم أن الأمر سائس الدابة حتى ظن صحة الأمر رجوع على السائس.

وفيه أيضا: رجل قال لغيره: اخرق [ثوبي]^(٧) هذا، وألقه في الماء ففعل المأمور ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره، لكن يَأْتَم؛ لأنه أضاع^(٨) المال بلا فائدة. في العيون قال لآخر: احفر لي بابا في هذا الحائط، ففعل، فإذا [الحائط]^(٩)

(١) في م: وهل يرجع بالضمان حتى صح.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: الأمر.

(٥) في م: حضر.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: إضاعة.

(٩) سقط في م.

لغيره، ضمن الحافر؛ لأنه أتلف ملك الغير، ويرجع على الأمر؛ لأن الأمر قد صح بزعمه، فإنه قال: احفر لي، فإنه يدل على كونه مالكا، فكذلك إذا قال: احفر في حائطي، أو لم يقل ذلك لكن [كان]^(١) ساكنا في تلك الدار؛ لأنه من علامات الملك.

وكذلك إذا استأجر على ذلك؛ لأنه من علامات الملك أيضا، ولو لم يقل لي في حائطي، ولم يكن ساكنا في تلك الدار، ولم يستأجره على ذلك فلا رجوع له على الأمر؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه، وهذه المسألة تخالف مسألة ذبح الشاة التي تقدم ذكرها في الصفحة المتقدمة على هذه الصفحة [والله سبحانه، وتعالى أعلم بالصواب]^(٢).



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

الفصل الحادي عشر

في ملك الغاصب المغصوب

وفي الانتفاع به، وفي التصرف في المغصوب، وفي اكتساب المغصوب ذكر في فتاوى أبي الليث عن الفقيه أبي بكر الإسكافي: فيمن غصب من آخر لحمًا، وطبخه، أو حنطة، وطحنها، صار المال له، ووجب عليه القيمة فأكله حلال في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وفي قول أبي يوسف: أكله حرام قبل أن يرضى صاحبه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: غصب من آخر طعامًا، فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكًا له، فلما ابتلعه ابتلعه حلالاً في قول أبي حنيفة خلافاً لهما بناءً على [أن] ^(١) شرط الطيب الملك بالبدل عند أبي حنيفة.

وعندهما: أداء البدل.

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفي - رحمه الله تعالى - [أنه] ^(٢) كان لا يصحح ما ذكر عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في هاتين المسألتين، وكان ينكر أن يكون ذلك قول أبي حنيفة، وكان يقول: الصحيح عند المحققين من مشايخنا ^(٣) مذهب أصحابنا أن الغاصب لا يملك المغصوب إلا عند أداء الضمان، أو قضاء القاضي بالضمان، أو تراضي الخصمين على الضمان، فإذا وجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة ثبت الملك، ولا يحل للغاصب تناوله؛ لأنه استفاده بفعل لا يحل فصار كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض، إلا أن يجعله صاحبه في [حل] ^(٤)، فحيث يباح له لانتقاع ذلك السبب.

وفي القدوري: غصب حنطة، وزرعها فعليه مثلها، ويتصدق بالفضل، ويكره

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: على قصة.

(٤) سقط في م.

الانتفاع بها حتى يرضى صاحبها، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف [على]^(١) ما روى عنه بشر: لا يكره الانتفاع قبل أداء الضمان، وعلى ما روى عنه هشام يكره الانتفاع.

فرق أبو يوسف بين هذه المسألة، وبين ما إذا غصب من آخر حنطة، وطحنها على رواية بشر، فإن في تلك المسألة يكره الانتفاع قبل أداء الضمان عنده باتفاق الروايات.

والفرق: أن الطحن ليس بإتلاف حقيقة، وإنما هو يغير صفة العين، فجاز أن يبقى حق المالك لقيام العين، وأما الحنطة إذا زرعت هلكت ولم يبق لها عين يتعلق بها حق المغصوب منه فلم يكره الانتفاع به قبل أداء الضمان هنا^(٢).

وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: إذا غصب نوى وغرسه فاتخذ منه نخلا فلا بأس بالانتفاع به قبل أن يرضى صاحب النوى؛ لأن النوى يعفن، ويهلك والثالة تزيد من نفسها، وأبو حنيفة ومحمد، وأبو يوسف على رواية هشام إنما كرهوا الانتفاع قبل أداء الضمان حتى لا يصير سبباً يبيح تناول أموال الناس بالباطل.

وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الشاة المغصوبة إذا ذبحها، وشواها لم يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحداً حتى يضمن، وإن كان صاحبها حاضراً، أو غائباً لا يرضى بالضمان لا يسع له الأكل، وإذا دفع الغاصب قيمتها، حل له الأكل؛ لأن حق المالك صار مؤدى بالبدل، [فإذا أخذ]^(٣) المالك القيمة، أو ضمنه الحاكم؛ لأن الحاكم لا يضمنه إلا بعد طلبه، فكان راضياً به، فإذا أخذ المالك القيمة بزعم الغاصب ثم ظهر المغصوب كان للمالك الخيار إن شاء رضي بتلك القيمة، وترك المغصوب للغاصب، وإن شاء أخذ المغصوب، ورد ما أخذ على الغاصب.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: هذا.

(٣) في م: وكذلك إذا ضمن.

قال الكرخي: إنما يكون له الخيار إذا ظهر أن قيمة المغصوب، أكثر مما قاله الغاصب، أما إذا كان مثله، أو دونه، فلا معنى للخيار.

[وغيره من المشايخ قالوا: الخيار^(١) على كل حال، فإطلاق محمد في الكتاب يدل على هذا القول.

قال شمس الأئمة الحلواني: إذا ظهر أن قيمتها مثل ما قال الغاصب سوى الجواب فيه.

[قال في موضع آخر: لا خيار للمولى، ولا سبيل له عليها]^(٢).

وقال في موضع آخر: له الخيار، وإن كان ما أخذ أضعاف قيمتها.

ولو كان المغصوب أمة فأخذ المالك قيمتها بقول الغاصب، ثم ظهرت الأمة، لا يسع الغاصب وطؤها، [وما]^(٣) كان للمغصوب منه فيها خيار، وهذه المسألة دليل على أن المغصوب منه إذا أخذ الضمان بقول الغاصب لا يملك الغاصب [المغصوب]^(٤)، فهذا فصل اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: يثبت الملك للغاصب، ولكن للمغصوب منه الخيار؛ لانعدام تمام الرضا.

وقال بعضهم: لا يملكه الغاصب^(٥)؛ ألا ترى أنه لم يحل للغاصب وطؤها، ولو ملكها يحل وطؤها.

اشترى جارية بثوب مغصوب لا يحل له وطؤها قبل أداء الضمان، وكذلك إذا اشترى طعاما بثوب مغصوب، لا يحل له أكله [قبل أداء الضمان]^(٦)؛ لأنه لو [استحق]^(٧) الثوب يلزمه رد الجارية، ولو تزوج امرأة بثوب مغصوب [لرجل]^(٨)

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في أ، م: وهذه المسألة دليل على أن هذا القول.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، م: لم يستحق.

يحل له وطؤها؛ لأنه لو استحق الثوب [لا يبطل]^(١) النكاح.
في أول غصب شمس الأئمة الحلواني.

وفي المنتقى: ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل غصب من آخر ألف درهم، وتزوج بها امرأة، أو اشترى بها ثوبًا، وسعه وطء المرأة، ولبس الثوب قال^(٢): إن العقد جاز [على]^(٣) ألف درهم، ولم يقع على تلك [الدراهم]^(٤) بعينها، فلا أبالي نقدها أو غيرها.

وفيه أيضا: لو اشترى بالألف المغصوبه أمة أو ثوبًا ودفع الألف في الثمن للبائع ثم باع الأمة أو الثوب بفضل، طاب له الفضل.

وفيه أيضا: إبراهيم عن محمد: غصب من آخر دراهم، فاشترى بها دنانير، قال: لا يسعه أن ينفق الدنانير؛ لأن الدراهم إذا استحقت بعدما افترقا، انتقض البيع في الدنانير فإن قضي على صاحب الدراهم بمثلها حلت له الدنانير.

اشترى بدراهم مغصوبة اكتسبها من الحرام شيئًا، فهذا على وجوه: إما أنه دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً، ثم اشترى منه بتلك الدراهم، أو اشترى قبل الدفع بتلك الدراهم، ودفعها، أو اشترى قبل الدفع، بتلك الدراهم ودفع^(٥) غيرها، أو اشترى مطلقا، ودفع تلك الدراهم، أو اشترى بدراهم أخرى، ودفع تلك الدراهم. وفي الوجوه كلها لا يطيب له تناول قبل الضمان يعني قبل ضمان الدراهم^(٦)، وبعد الضمان يطيب له الربح هكذا ذكر في الجامع الصغير.

(٨) سقط في أ.

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ، م: من قبل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: المرأة.

(٥) في م: ودفعها.

(٦) زاد في م: يعني.

قال أبو الحسن الكرخي: هذا الجواب صحيح في [الوجه]^(١) الأول، والثاني، أما في الوجه الثالث^(٢)، والرابع، والخامس يطيب.

قالوا: والفتوى على قول أبي الحسن - رحمه الله -؛ لكثرة الحرام دفعا للخرج عن الناس وعلى هذا تقرير أبي الشيخ الإمام الأجل الشهيد - رحمه الله -، ذكره في الباب الأول من شرح الواقعات.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : وهذه المسألة ذكرها هشام بتمامها في نوادره عن محمد - رحمه الله - أحد وجوهها: إن اشترى شيئاً، ونقد^(٣) الدراهم التي فيها الخبث، ويضيف العقد إليها، ينقد^(٤) منها، وفي هذا الوجه: المشتري لا يحل [له]^(٥).

الوجه الثاني: أن يضيف العقد إلى تلك الدراهم التي فيها الخبث، إلا أنه لم ينقد من تلك الدراهم وإنما نقد من مال آخر لا خبث فيه، وفي هذا الوجه أمر المشتري يكون أهون من الأول، ولا يكون خبثاً شديداً على الوجه الذي نقد من ذلك المال، بل يكون فيه نوع خبث، لأجل الإضافة إلى تلك الدراهم.

الوجه الثالث: أن يشتري شيئاً ولا يعين تلك الدراهم ولا يضيف العقد إليها، ولكن ينوى بقلبه أن ينقد من تلك الدراهم، وإنه على وجهين:

إن حقق نيته بأن ينقد من تلك الدراهم كما نوى، وفي هذا الوجه اختلاف

المشايع:

قال بعضهم: المشتري يطيب له.

وقال بعضهم: لا يطيب له، قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : وهو

(١) سقط في م.

(٢) في م: الثاني.

(٣) في م: ويعين.

(٤) في م: وينقد.

(٥) سقط في م.

الأصح .

وإن لم يحقق نيته بأن [لم] ^(١) ينقد من تلك الدراهم يطيب له المشتري؛ لأنه لو لم يطب إنما لم يطب بمجرد [الهم، و] ^(٢) العزم والعزم ^(٣) لا أثر له، قال - عليه الصلاة والسلام - : «إن الله تعالى عفا عن أمتي ما تحدث به أنفسهم ما لم يعملوا، أو يتكلموا» ^(٤).

الوجه الرابع: أن يشتري شيئاً، ولا يعين تلك الدراهم، ولا يضيف العقد إليها، ولا ينوي بقلبه أن ينقد منها، ثم نقد منها، وفي هذا الوجه المشتري حلال يطيب له . قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ولو لم يعين تلك الدراهم، ولم يضيف العقد إليها إلا أنه يعلم أنه ينقد منها فنوى ألا ينقد بعد العلم بأنه ^(٥) ينقد، لا يطيب له المشتري، وإنما يطيب له إذا نوى ألا ينقد منها شيئاً، وسكن قلبه [على ما نوى] ^(٦)، واستقر، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقد منها، فنقد فإنه إذا نوى ألا ينقد منها مع علمه أنه ينقد، لا يطيب له الكسب .

قال في الكتاب: إذا أعطاه بعد ذلك لم يفسد ذلك عليه [ملك] ^(٧) ربح متاعه، ولم يحرمه ^(٨)، وهذا يشير إلى أنه لو أعطى قبل المشتري أنه لا يحل له المشتري . قال هذا شمس الأئمة - رحمه الله - ، وهنا فصل آخر لا بد من معرفته أن من اشترى طعاماً بثمن فيه خبث، هل يكون عين ذلك الطعام حراماً، أو يكون التناول

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في أ: ولكن .

(٤) أخرجه البخاري (٥٥٧/١١) كتاب الأيمان والنذور، باب: إذا حنث ناسياً، حديث (٦٦٦٤)، ومسلم (١١٦/١) كتاب الأيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس، حديث (١٢٧/٢٠١).

(٥) في م: أنه .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: يخرج .

منه حراما والعين لا يكون؟

وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: عينه حرام.

وقال بعضهم: تناول منه حرام؛ ألا ترى أن الحائض عينها ليس بحرام حتى لا يسقط الإحصان بوطء الحائض، ووطؤها حرام.

إذا لبس المغصوب، ثم استرده المالك مع الكسب لا يتصدق بالكسب، ولو ضمن الغاصب القيمة عند الهلاك والإباق حتى صار الكسب له تصدق بالكسب، في باب الكسب، والغلة من الزيادات.

غصب من آخر جارية، وباعها من غيره والمشتري لا يعلم بكونها مغصوبة فوطئها المشتري، وولدت منه ولدا، وماتت في يده، ثم أقام المغصوب منه البينة على أن الجارية جاريته، فللمالك أن يأخذ المشتري بالعقر سواء اختار تضمين البائع، أو تضمين المشتري، أما إذا اختار تضمين المشتري؛ فلأن المشتري - ملك الجارية - بأداء الضمان من حيث وقت الغصب السابق، [والغاصب]^(١) متى ملك المغصوبة بأداء الضمان، وقد هلك في يده بعدما وطئها، لم يملك العقر، [وهذا تنصيص أن العقد]^(٢) لا يملك بأداء الضمان في باب الغصب. وفي المبيعة يباع فاسدا، فيكون للغاصب في ملك العقر روايتان.

والحاصل: أن^(٣) ملك الغاصب عند أداء الضمان يظهر في حق الكسب باتفاق الروايات، [ولا يظهر في حق ملك الولد باتفاق الروايات]^(٤).

وفي العقر روايتان.

فأما إذا اختار تضمين البائع، فكذلك للمالك أن يأخذ المشتري بالعقر، وإنه

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: في.

(٤) سقط في م.

مشكل؛ لأن البائع لما ضمن ضمان الغصب فقد نفذ البيع الذي^(١) باشره؛ لأنه ملكها بأداء الضمان من وقت الغصب، والبيع كان بعد ذلك فينبغي أن [لا]^(٢) يملك المشتري المغصوب، والجواب أن الملك في المغصوب [عند أداء الضمان]^(٣) ثبت مستنداً، والمستند ثابت في الحال من وجه وظاهر من وجه، فاعتبرنا شبهة الظهور في حق الكسب، واعتبرنا شبهة الاقتصار في حق الولد، وألحق العقر بالكسب في أحد الروايتين.

وفي أظهر الرواية^(٤) ألحق بالولد؛ لأن المشتري بالوطء صار هالكاً، ووجب ضمانه، والاستناد لا يظهر في حق الهالك، وما وجب من الضمان لا يسقط بالشك.

إذا ثبت أن ملك الغاصب بأداء الضمان ثبت على وجه لا يظهر في حق سقوط العقد فنقول: ملك المشتري بناء على ملك الغاصب ينفذ الشراء، ويثبت الملك للمشتري على وجه لا يظهر في حق سقوط العقد، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في شرح الجامع، وفي كتاب السير. والله أعلم.



(١) زاد في أ: كان.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: من.

الفصل الثاني عشر

في الدعوى الواقعة في الغصب، واختلاف الغاصب

والمغصوب منه، والشهادة في ذلك

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا ادعى رجل [على رجل]^(١) أنه غصب منه جارية، وأقام على ذلك البينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها، ويردها على مالکها.

قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن تحفظ هذه المسألة؛ قال: لأنه أقام بينة أنه غصب له [جارية]^(٢)، ولم يبين جنسها، ووصفها، ومن المشايخ من شرط بيان الجنس، والصفة، والقيمة، وأول ما ذكر في الكتاب على هذا الوجه.

وحكي عن أبي بكر الأعمش أنه كان يقول: تأويل المسألة: أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب أنه غصب منه جارية، فثبت غصب الجارية بإقراره في حق الجنس، والقضاء جميعاً، والصحيح أن هذه البينة تقبل في حق الجنس، [من غير بيان الجنس]^(٣) والصفة، والقيمة.

وإذا حبسه القاضي، وأحضر المحبوس جارية، فإن اتفق الغاصب، والمغصوب منه أن جاريته هذه، يقضى بها للمغصوب منه، وإن أنكر الغاصب أن تكون هذه [هي]^(٤) الجارية يقضى بها للمغصوب منه، وإن أنكر الغاصب أن تكون [هذه]^(٥) الجارية جارية المدعي، وادعاه المالك، لم يقض بها للمغصوب منه ما لم يتم البينة أنها هي الجارية التي غصبها منه فإن قال الغاصب: قد ماتت الجارية، أو بعته، ولا أقدر عليها، إن صدقه المغصوب منه [في ذلك خلي سبيله، وقضي عليه

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

بالقيمة إن أراد المغصوب منه^(١)، وإن كذبه يحبس، ويتنظر ويتلوم، فإذا مضت مدة يقع في غالب رأي القاضي أنه لو كان قادرا لما تحمل [مرارة الحبس]^(٢) إلى مثل هذه المدة، فالقاضي يخلي سبيله.

قال شمس الأئمة: وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقيمة فإن لم يعرف منه الرضا، ومضت مثل هذه المدة، فالقاضي يخلي سبيل المدعي، وبعد هذا القاضي يقول للمغصوب [منه]^(٣): ماذا تريد؟ ضمان القيمة، أو التلوم إلى أن تظهر الجارية؟ إن قال: ضمان القيمة إذا اتفقا على القيمة قضى القاضي بتلك القيمة، وإن اختلفا: فإن كان للمدعي بينة على ما ادعى، قضى بتلك البينة^(٤)، وإن لم يكن، فالقول قول الغاصب مع يمينه، ويحلف بالله ما قيمته إلا عشرين درهما، ذكر هذه الكيفية في غصب الأصل قبل مسألة الخلطة^(٥).

فإذا أبى حلف، وأدى القيمة، ثم [إن]^(٦) ظهرت الجارية كان للمالك الخيار، إن شاء رضي بالقيمة التي أخذها، وإن شاء ردها وأخذ الجارية.

قال شيخ الإسلام: قال بعض مشايخنا: إذا كان المأخوذ مثل قيمة الجارية، أو أكثر لا يكون للمالك الخيار في استرداد الجارية، وقد مضى الكلام فيه من قبل، وإذا ماتت [الدابة]^(٧) المغصوبة، ووقع الاختلاف بين الغاصب، والمغصوب منه فقال [الغاصب]^(٨): رددت الدابة عليك، وتلفت عندك. وقال المغصوب منه: لا بل تلفت عندك من ركوبك. ولم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول رب الدابة،

(١) سقط في م.

(٢) في م: حرارة الحمل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: القيمة.

(٥) في م: الخلط.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

وذلك؛ لأن الغاصب أقر بالسبب الموجب للضمان، وهو الغصب، وادعى ما يبرئه، فيكون القول قول صاحب المال كما لو قال: أكلت مالك بإذنك، أو أخذت مالك بإذنك، وأنكر صاحب المال كان القول قوله؛ لما ذكرنا أنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه، فلم يصدق إلا بيئته، فكذلك هذا. فإن أقام الجميع البيئته، أقام رب الدابة البيئته بتلفها^(١) عند الغاصب من ركوبه، وأقام [الغاصب البيئته]^(٢) أنه قد ردها عليه، ثم ماتت في يده، فإن الغاصب يضمن قيمتها.

فرق بين هذا، وبين ما إذا كانت البيئته أنه ردها على المالك، وأقام المغضوب منه البيئته أنها نفقت^(٣) عند الغاصب، ولم يشهدوا أنها نفقت^(٤) من ركوبه. قال: لا ضمان على الغاصب.

وبين المسألتين فرق من حيث الصورة، ولا فرق بين المسألتين من حيث المعنى، وذلك؛ لأننا نعلم ماذا^(٥) ذكر جميعا في الموضوعين^(٦)، فكان الأمرين كأننا نجعل في المسألة الأولى كأن الغاصب رد ثم ركب بعد الرد، ونفقت^(٧) من ركوبه، ويجعل في المسألة الثانية كأنه ردها، ثم نفقت عند الغاصب بعد الرد إلا أن العمل بالبيئتين جميعا في مسألة الركوب يوجب الضمان؛ لأنه متى ردها على المالك، ثم ركب بعد الرد، ونفقت من ركوبه ضمن، ويكون هذا غصبا آخر، وصار ضامنا، والعمل بالبيئتين في المسألة الأخرى لا يوجب على الغاصب ضمانا؛ لأنه متى رد،

(١) في م: لهما.

(٢) في أ: يضمن.

(٣) في أ: تلفت.

(٤) في أ: تلفت.

(٥) في أ: ما.

(٦) في أ: الموضوعين.

(٧) في أ: وتلفت.

ثم نفقت الدابة [من الركوب]^(١) بعد الرد عند الغاصب من غير صنعه بأن انفلتت الدابة بعد الرد، ونفقت عنده لا يكون ضمانها عليه، فكذلك هذا. وذكر شمس الأئمة السرخسي في [شرحه في]^(٢) مسألة الفرق أن ما ذكر: أنه لا ضمان على الغاصب على قول محمد.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - هو ضامن. وإذا اختلف رب الثوب، [والغاصب في قيمة الثوب]^(٣)، وقد استهلكه الغاصب، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه ينكر الزيادة، والبينة بينة رب الثوب؛ لأنها تثبت^(٤) الزيادة، وإن لم يكن لرب الثوب بينة، وجاء الغاصب بينة [تنفي الزيادة، و]^(٥) أن قيمة ثوبه [كانت]^(٦) كذا، [وكذبه]^(٧) رب الثوب، وسئل يمينه مع^(٨) الغاصب، فإنه يحلف على دعواه، ولا تقبل بينته؛ لأن بينته تنفي الزيادة^(٩)، والبينة على النفي لا تقبل.

قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لإسقاط اليمين عن نفسه، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين؛ ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد العين، يقبل قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت بينته، وطريقه ما قلنا. وبعض مشايخنا قالوا: ينبغي أن يكون في كل فصل روايتان. [وكان]^(١٠) القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: هذه المسألة

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) زاد في أ: مع.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: وكذا.
 - (٨) في م: يعني.
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) سقط في م.

غدت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين [مسألة^(١)] الوديعة، وبين هذه المسألة، وهو الصحيح.

في المنتقى: غصب من آخر عبدًا، فوجد المغصوب منه عبدًا فأخذه، وفي يده ماله، فقال الغاصب: مالي.

[وقال المغصوب منه: مالي^(٢)]، روى ابن سماعه [عن أبي يوسف - رحمه الله - : إن كان العبد في منزل الغاصب، والمال في يده، فهو للغاصب، وإن لم يكن في منزل الغاصب، فهو للمغصوب منه.

بشر^(٣)] عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال غاصب الثوب: صبغت الثوب أنا.

وقال المغصوب منه: غصبته مصبوغًا، فالقول قول المغصوب منه. وعلى هذا إذا اختلفا في بناء الدار، وحلية السيف، وهكذا روي عن أبي عمرو عن محمد - رحمه الله تعالى -، فإذا أقاما البينة، لم يذكر بشر عن أبي يوسف. وذكر [أبو^(٤)] عمرو عن محمد: أن البينة بينة الغاصب.

وقال في رواية [أبي^(٥)] عمرو عن محمد: لو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوبة، أو في أخرى، أو بأي موضع، فالقول قول الغاصب، والبينة بينة رب الدار. الله أعلم.



(١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في أ، م.
 (٤) سقط في أ، م.
 (٥) سقط في أ، م.

الفصل الثالث عشر

في زراعة الغاصب

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : غصب من آخر أرضاً، وزرعها، ونبت، فلصاحبها أن يأخذ الأرض، ويأمر الغاصب بقلع^(١) الزرع تفرغاً لملكه، فإن أبي أن يفعل، فللمغصوب منه أن يفعل بالرفع إلى الحكام^(٢) يريد به أن للمغصوب منه أن يفعله بنفسه، وإن لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع [فالزرع]^(٣) للغاصب، وهذا معروف فللمالك أن يرجع على الغاصب بنقصان الأرض [إن انتقصت]^(٤) بزراعته، وأن المشايخ اختلفوا في معرفة النقصان

قال بعضهم: ينظر بكم تؤاجر قبل الزراعة، [وبعدها فمقدار]^(٥) التفاوت نقصان الأرض.

[وقال بعضهم: ينظر بكم تشتري تلك الأرض قبل الزراعة، وبعدها فمقدار التفاوت نقصان الأرض]^(٦).

قال شمس الأئمة في باب العشر في المزارعة، والمعاملة: أن القول [الأول]^(٧) أقرب إلى الصواب.

وإن حضر المالك، والزرع لم ينبت بعد فإن [شاء]^(٨) صاحب الأرض تركها حتى ينبت الزرع، ثم يأمره بقلع الزرع، وإن شاء أعطاه قيمة بذره، ولكن مبدوراً في أرض غيره، وهو أن تقوم الأرض غير مبدورة، ومبدورة [بذراً مستحق]^(٩) القلع

(١) في م: أن يقلع.

(٢) زاد في أ، م: كان بفعله.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وأخذ هذا مقدار.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: بذراً لغيره حق، وفي م: منه وراء يبذر لغيره حق.

حتى ينبت، فيضمن فضل ما بينهما. ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الثاني من غصب واقعاته.

رجل ألقى بذراً في أرض نفسه، فجاء آخر، وألقى بذره في تلك الأرض، وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض، أو لم يقلب، وسقى الأرض حتى ينبت البذر، فالنابت يكون للثاني عند أبي حنيفة؛ لأن خلط الجنس بالجنس عنده استهلاك و[للأول]^(١) على الثاني قيمة بذره ولكن [مبذورا في أرض نفسه]^(٢)، فتقوم الأرض، ولا بذر فيها، ثم تقوم وفيها البذر، فيرجع بفضل ما بينهما، فإن جاء الزارع الأول، وهو صاحب الأرض، وألقى بذر نفسه مرة أخرى، [وقلب الأرض قبل أن ينبت البذر أو لم يقلب]^(٣) وسقى فنبت البذر كله^(٤)، فجميع ما ينبت لصاحب الأرض، وعليه للغاصب مثل: بذره، ولكن مبذوراً في أرض غيره هكذا ذكر في فتاوى الفضلي، ولم يشبع الجواب.

والجواب المشبع أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره، ولكن مبذورا [في أرض نفسه، ثم يضمن صاحب الأرض للغاصب قيمة البذرين مبذورين]^(٥) في أرض الغير؛ لأن الإلتلاف كذلك ورد [هذا كله إذ لم يكن الزرع نابتا.

إذا غصب عبداً، أو دابة فأجره، وأخذ غلته، ثم]^(٦) مات العبد، أو الدابة من

عمل الغاصب هل للغاصب أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة عندهما؟

ذكر في الكتاب أن له ذلك، ولم يفصل بين ما إذا كان غنياً، أو فقيراً.

واختلف المشايخ فيه منهم من قال: المسألة على التفصيل بين الغني، والفقير

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: كلها.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: الغلة فإن، وسقط في م.

كما ذكر محمد - رحمه الله - في الغصب^(١) [لو باعه من آخر بعدما استغله]^(٢)، وأخذ [ثمنه، واستهلكه ثم]^(٣) ماتت الدابة عند المشتري، وضمن رب الدابة للمشتري قيمة الدابة، ورجع المشتري على الغاصب بالثمن، فلا يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن إلا إذا كان الغاصب فقيرًا.

ومنهم من فرق بين المسألتين، فقال: في مسألة الثمن على التفصيل. وفي مسألتنا يستعين غنيًا كان، أو فقيرًا. ذكر [محمد]^(٤) - رحمه الله - هذه الجملة في شرح كتاب الغصب.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل غصب عبدًا، فأجر العبد [نفسه]^(٥)، وسلم عن العمل صحت الإجارة على ما عرف، فإن أخذ العبد الأجر، فأخذ الغاصب الأجر منه، وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة.

وقالا: يجب عليه الضمان فإن كان الأجر قائما، كان للمالك أخذه بالإجماع. كما^(٦) يقولان: إنه أتلف مال الغير، وهو [العبد]^(٧) من غير تأويل، فيجب الضمان، ولا شك أن الأجر مال الغير، وهو مال العبد؛ لأنه كسب يده^(٨)، وكسب العبد [تبع]^(٩) للرقبة، فيكون لمالك الرقبة؛ لأنه لا عصمة [لها، فهلك]^(١٠) [حق الغاصب بعد الغصب، فأشبهه ضمان]^(١١) السرقة بعد القطع، وبيان عدم العصمة أن

(١) في أ: الغاصب.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: ثمنها واستهلكها و.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: هما.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: عبده.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: في.

(١١) في أ: لملكه.

(١٢) في م: لصاحب.

العصمة تثبت بيد حافظة، أو بيد ثابتة، ويد المالك لم تثبت على هذا، ويد الغاصب ليست يد المالك.

فإن قيل: [يد العبد]^(١) يد المولى، والكسب في يد العبد، فيصير كأنه في يد المولى.

قلنا: [العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه، فإذا كان العبد في يد الغاصب لم يكن العبد]^(٢) محرراً، أو حافظا نفسه عن الغاصب، فلا يكون محرزا حافظا لما في يده أيضا.

وكذلك قلنا: إن كسب المبيع [قبل القبض]^(٣) غير مضمون على البائع بالاتفاق فكذا هنا، أو نقول: هذا مال الغائب [في حق العبد]^(٤).

بيانه: أن العبد إذا هلك في يد الغاصب، وضمن قيمته للمالك^(٥)، فالأجر يسلم للغاصب.

أو نقول: الأجر بدل منفعة العبد، [ولو استهلك الغاصب منفعة العبد]^(٦) بأن استعمله في عمل من الأعمال لا يضمن، فكذا إذا استهلك بدلها.

المزارع إذا دفع البقر الذي دفعه رب الأرض [مع الأرض]^(٧)، والأرض مزارعة إلى الراعي، فضاعت، لا ضمان على أحد^(٨). في غضب فتاوى سمرقند.

رجل غضب من آخر ثوبا فقطعه، ولم يخطه حتى استحقه رجل بالبينة لا يرجع المغصوب^(٩) منه على الغاصب بشيء، ولو خاطه، وباقي المسألة بحالها رجع

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الأب.

(٥) في م: فيه تأويل قيمة الملك.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: أحدهما.

(٩) في أ: المضمون.

المغصوب منه بقيمة الثوب على الغاصب، وهذه المسألة مع أجناسها في الباب الثامن من بيوع [الجامع].

إذا حمل على حمار غيره شيئاً بغير أمره، فتورم ظهر الحمار فشق صاحبه ذلك الورم فانقص ذلك من قيمة الحمار^(١) إن اندمل من غير نقصان، لا ضمان على الذي حمل، إلا أنه ينظر: إن كان النقص^(٢) من الورم، كان على الذي حمل ضمانه، وإن كان من^(٣) الشق، لا ضمان عليه، وكذلك إذا مات فاختلفا، فالقول قول الغاصب مع يمينه. في غصب فتاوى أبي الليث.

إذا هشم إبريق فضة لرجل، فجاء آخر، وهشمه هشمًا برئ الأول عن الضمان، وضمن الثاني.

وكذا رجل صب ماء على حنطة ثم جاء آخر وصب عليها [ماء]^(٤)، وزاد في نقصانها برئ الأول، وضمن الثاني، فكذا هذا في سائر الأموال الربوية. في هذا الموضوع أيضا.

إذا جاء بالحنطة إلى الطحان، ووضعها في صحن الطاحونة، [وأمر صاحب الطاحونة]^(٥) أن يدخلها بالليل في بيت الطاحونة، فلم يدخلها حتى نقب الدار بالليل فسرق فإن كان [صحن الطاحونة]^(٦) محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقي إلا بسلم، لا ضمان على صاحب الطاحونة أيضا.

غصب صبيًا حراً، وغاب عن يده يحبس^(٧) الغاصب [حتى]^(٨) يجيء به، أو

(١) في م: يتلوم الحمامة.

(٢) في أ: النظر، وفي م: النقصان.

(٣) زاد في أ: غير.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الصحن.

(٧) في أ: يخير، وفي م: يجبر.

(٨) سقط في م.

يعلم أنه قد مات. في غصب المتقى.

أقر أنه غصب من فلان شيئاً، ولم يبين، فالقول قوله، ولا بد أن يفسره بشيء مما يعده الناس، ويقصد بالغصب حتى لو لم يكن كذلك بأن بين بالتراب^(١)، ونحوه لا يصدق؛ لأنه لا يسمى غاصباً، ولو بين بشيء يقصده الناس، ولا قيمة له نحو: أن يقر أنه غصب [خمرًا]^(٢)، أو جلد ميتة قبل قوله، وهذا اختيار مشايخ العراق^(٣). واختار مشايخ ما وراء النهر أنه لا بد أن يفسره^(٤) بشيء له قيمة. في غصب القدوري في [أوله].

العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب، وأقر الغاصب أنه كان غصبه من فلان [يؤمر بتسليم]^(٥) القيمة إلى المقر له، فإن جاء رجل آخر، وأقام البينة أنه عبده وغصبه منه، فالقاضي يقضي بالقيمة لصاحب البينة، [إذا قضى بالقيمة]^(٦) لصاحب البينة^(٧)، وأخذها لا شيء للمقر له على الغاصب، فإن وصلت تلك القيمة بعينها إلى الغاصب من جهة المقضي له بالهبة، أو بالإرث، أو الوصية، أو بالمبايعه يؤمر بردها إلى المقر له، ولو وصل إلى الغاصب [ألف آخر [من]^(٨) المقضي]^(٩) له سوى المأخوذ منه، فإن وصل بالهبة، أو بالمبايعه لا يؤمر بالرد على المقر له، وإن وصل بالميراث، أو بالوصية يؤمر بالرد. في الزيادات في باب الحوالة قبل باب السلم.

(١) في م: بالتراب.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: عراق.

(٤) في أ: يفسر.

(٥) في أ: يسلم.

(٦) في م: القاضي بالبينة.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: القاضي.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة - رحمه الله - في آخر كتاب الصرف :
إذا اشترى قلب فضة بدينار، ودفع الدينار، ولم يقبض القلب حتى جاء إنسان،
وقبض القلب، ثم أجاز المشتري قبضه، فهلك في يده، لا يضمن القابض .

قال الشيخ الإمام الأجل حسام الدين - رحمه الله - : ففي هذه المسألة إشارة إلى
أن الرجل إذا غصب من آخر شيئاً، [وقبض]^(١) فأجاز المالك قبضه كما أجاز^(٢) برئ
عن الضمان، وإن انتفع به^(٣) لا يبرأ عن الضمان ما لم يحفظ ؛ [لأن المالك لم يجز
قبضه الأول إلا بما يأمره بأن يحفظه له، ولا يبرأ عن الضمان ما لم يحفظه له]^(٤)،
وعلى هذا رجل أودع رجلاً مال الغير فأجاز المالك، برئ عن الضمان، وكذلك ذكر
هذا [في] أول باب الإجازة^(٥) من كتاب الصرف^(٦)، وهذه المسائل تشير إلى أن
الإجازات^(٧) تلحق الأفعال، وقد كتبت في تعليق الجامع في الباب الأول من
الوصايا: أن الغاصب إذا رد المغصوب على أجنبي، وأجاز المالك قبض ذلك
الرجل لا يبرأ عن الضمان عند أبي حنيفة، ويبرأ عند محمد .

وذكر في الباب الأخير من بيوع الكافي أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن
البائع، ثم^(٨) علم البائع ذلك ورضي به، فهذا مثل إذنه له في القبض في جميع
ذلك؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء [فهذا]^(٩) تنصيص على^(١٠) أن

(١) سقط في م .

(٢) في أ: أخذ .

(٣) زاد في م: فأمر بالحفظ .

(٤) سقط في م .

(٥) زاد في أ، م: في عمل التمويه .

(٦) زاد في أ، م: في مسألة الإحراق .

(٧) في م: الإجازة .

(٨) في م: فلما .

(٩) سقط في م .

(١٠) سقط في أ .

الإجازة تلحق الأفعال فيحتمل أن يكون قول محمد، أو يكون عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

ذكر في السير الكبير في باب صاحب [الساقية]^(١): غاصب الدابة إذا جاء بالدابة إلى صاحبها ليقبضها فلم يقبضها صاحبها، بل تركها حتى ضاعت، فلا ضمان على الغاصب؛ لأن الغاصب مكن المالك من قبضها، والتمكين من القبض [قبض]^(٢)، فكان صاحب الدابة قبضها، ثم تركها حتى ضاعت.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري في شرح السير: وهو نظير من أخذ منديل إنسان، ثم [رد المنديل]^(٣) إلى صاحبه، فلم يأخذه صاحبه، بل تركه، ثم ضاع، لا يضمه، وطريقه ما قلنا [أن]^(٤) الغاصب إذا باع المغصوب من القاضي، يبرأ عن الضمان كما لو باع من^(٥) المالك في هذا الموضع.

[و]^(٦) العقار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة، وأبي يوسف الآخر، والمسألة معروفة وهل يضمن بالبيع، والتسليم؟
فيه روايتان، ولا يضمن بالجحود عندهما كما لا يضمن بالغصب عند بعض المشايخ.

قال شمس الأئمة الحلواني: وفي النوادر، والمبسوط: في ضمان الجحود في العقار روايتان.

وفي المنتقى: أبو يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : رجل غصب من آخر ثوبًا، فأحرقه رجل في يده، ثم أعطى المحرق للغاصب قيمة الثوب، برئ.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: رمى بالمنديل.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بأمر.

(٦) سقط في م.

وقال أبو يوسف: ليس على المحرق أن يعطي للغاصب قيمته، وإذا أعطى لا يبرأ إلا^(١) إذا كان الإعطاء بقضاء القاضي، ولا ينبغي للقاضي أن يجبره^(٢) على إعطاء القيمة إذا علم أن الطالب غاصب، ولكن يضعها على يد عدلين^(٣) حتى يظهر رب الثوب فله^(٤) ضمان أيهما شاء.

قال أبو الفضل: هذا الجواب خلاف ما قال في الأصل.

رجل أضاف رجلاً، فبني الضيف عنده ثوباً، فاتبعه المضيف بالثوب، فغصبه غاصب في الطريق، قال: إن غصبه في المدينة، فعليه الضمان، وإن أخرجه من [المصر فغصب^(٥) منه [ضمن]^(٦)]^(٧)، في نوادر بن رستم في باب الغصب.

رجل نسج في ثوب له ذراعاً فجاء إنسان فألحم فيه ثلاثة أذرع بغزل من عنده، أو كله قال: [إن ألحمه]^(٨) يعني كله، فاللحم ضامن السدى منسوج فيها ذراعاً، وإذا ألحم منه ثلاثة أذرع، أو^(٩) كان أكثر من نصف السدى فهو مثل ذلك، وإن كان أقل من نصف السدى، فصاحب السدى بالخيار إن شاء دفع ذلك إليه، وضمنه^(١٠) كما وصفت، [وإن شاء]^(١١) أمسك ذلك، وأعطاه قيمة ما زادت اللحم في سداه، وإن^(١٢) كان في يد الدلال ثوب يبيعه، فظهر [أنه]^(١٣) مسروق وقد كان رده إلى من

- (١) في م: و.
- (٢) في م: يجبر.
- (٣) في م: عدل.
- (٤) في م: فيختار.
- (٥) في أ: فضمنه.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في م: المدينة فلا ضمان عليه.
- (٨) في م: إذا لحمه.
- (٩) في م: و.
- (١٠) في أ: قيمته.
- (١١) في م: لك.
- (١٢) في م: وإذا.
- (١٣) سقط في م.

دفعه^(١) إليه فطلب منه المسروق منه الثوب، فقال الدلال: [إني]^(٢) رددته إلى من كان دفع إليّ، برئ^(٣)؛ لأن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ إذا^(٤) ثبت الرد بالحجة، أما بدون الحجة لا يصدق في دعوى الرد.



(١) في أ: دفع.
(٢) سقط في م.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في م: كان.

كتاب الوديعة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على أربعة^(٢) عشر فصلا:

[الفصل^(٣) الأول]

في بيان ما يملكه المودع وما لا يملكه

قال محمد - رحمه الله - : وللمودع أن يدفع الوديعة إلى من هو في عياله، وهذا استحسان، والقياس: ألا يكون له ذلك.

وذكر محمد - رحمه الله - من جملة من في عياله: زوجته وولده وأجيره، والمراد من هذا الأجير الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة ويسكن معه، أما الأجير بعمل من الأعمال أو الأجير الذي يجري عليه نفقته كل شهر ولا يسكن معه

(١) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الوَدَع، وهو: التَّرَكُّ. قال ابن القطاع: ودعت الشيء وَدَعًا: تركته. وابن السكيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في صحيح مسلم: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمُعات» وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ: «اتركوا التُّوكَّ ما تركوكم، ودعوا الحَبَشَةَ ما ودعوكم» فكأنها سميت وديعةً، أي: متروكة عند المودع. وأودعتك الشيء: جعلته عندك وديعةً، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد. ينظر: الصحاح (٣/١٣٩٦)، المغرب، ص (٤٧٩)، المطلع، ص (٢٧٩).

واصطلاحًا:

عرفها الحنفية بأنها: توكيل لحفظ مال غيره تبرُّعًا بغير تصرف. وعرفها المالكية بأنها: مال وكَّل على مجرد حفظه. وعرفها الشافعية بأنها: العقد المقتضي للاستحفاظ، أو العين المستحقة به حقيقة فيها، وبتعريف آخر: توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص على وجه مخصوص. وعرفها الحنابلة بأنها: اسمٌ للمال المودع المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض. والأصل فيها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وخبر: «أدُّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» ولأن بالناس حاجة، بل ضرورة إليها.

ينظر: مجمع الأنهر (٢/٣٣٧)، الفواكه الدواني (٢/٢٣٧)، حاشية الدسوقي (٣/٤١٩)، مغني المحتاج (٣/٧٩)، الشرقاوي على التحرير (٢/٩٦)، كشف القناع (٤/١٦٦)، الإنصاف (٦/٣١٦).

(٢) في أ: ثلاثة.

(٣) سقط في أ، م.

[و^(١)] يقال بالفارسية: «أجر خوار» وليس^(٢) له أن يدفع الوديعة إليه، ولو دفع يضمن.

والحاصل: أن العبرة في هذا الباب المساكنة ولا عبرة للنفقة؛ ألا ترى أن المرأة إذا أودعت وديعة فدفعت الوديعة إلى زوجها، لا تضمن وإن لم يكن الزوج في نفقتها؛ لأنهما يسكنان معا؛ وألا^(٣) ترى أن الابن الكبير إذا كان ساكنا مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج المودع من^(٤) المنزل وترك المنزل على الابن فإنه لا يضمن، فعلم أن العبرة لما قلنا.

وليس له أن يدفع الوديعة إلى الأجنبي، ولو دفعها فهلكت في يد الثاني، إن هلكت قبل أن يفارق الأول الثاني فلا ضمان على واحد منهما بلا خلاف^(٥)، وإن

(١) سقط في م.

(٢) في أ: وأمر.

(٣) في أ: ألا.

(٤) في م: عن.

(٥) الأصل في الوديعة: أنها أمانة، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا فَلَئِنَّ الَّذِي أُوْتِيَ مِنْ أَمْنَتِكُمْ﴾، وأنه لا ضمان على المودع في الوديعة، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه».

ولأن المستودع يحفظها لمالكها فلو ضمنت لامتنع الناس من الدخول فيها، وذلك مضر، لما فيه من مسيس الحاجة إليها.

ويضمن الوديع في حالين:

الأول: إذا فرط في حفظ الوديعة؛ لأن المفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها. الثاني: أن يتعدى الوديع على الوديعة، لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أتلفه من غير إيداع.

ومن صور التعدي عليها: انتفاعه بها، كأن يركب الدابة المودعة لغير نفعها، أو يلبس الثوب المودع فيلبى. ومن صور التعدي أيضا: جحودها.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٤٩٤، ٤٩٨)، وحاشية الدسوقي (٣/٤١٩) وما بعدها، ومغني المحتاج (٣/٧٩) وما بعدها، وكشاف القناع (٤/١٦٦) وما بعدها.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على المعتمد، والثوري، والأوزاعي، والنخعي، وربيعه، والقاضي شريح، وغيرهم إلى أن الوديعة أمانة في يد الوديع، فإن تلفت من غير تعديه أو تفریطه فلا ضمان عليه، حتى ولو كانت بين ماله ولم يذهب معها شيء منه. قال ابن المنذر: أجمع أكثر أهل العلم على أن

هلكت بعد ما فارق الأول الثاني فالأول^(١) ضامن بلا خلاف، وأما الثاني فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا يضمن.

وعلى قولهما: يضمن.

وهذا إذا كان الدفع إلى أجنبي بغير عذر، فإن كان بعذر لا ضمان على المودع

= المودع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنايته ألا ضمان عليه. أما إذا تعدى الوديع عليها أو فرط في حفظها، فعليه ضمانها. قال ابن قدامة: بغير خلاف نعلمه، لأنه متلف لمال غيره، فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع. وقال المالكية، والشافعية: إنه لا فرق في كون الوديعة أمانة في يد الوديع، لا تضمن بغير تعديه أو تفریطه، سواء كانت بأجر أو بدونه، حيث إن أخذ الأجرة في الوديعة لا يغير شيئاً من أحكام الأمانة أو الضمان فيها. أما الحنفية، فقد فرقوا في موجبات الضمان فيها بين ما إذا كانت بأجر أو بدون أجر، مع اعتبارها في الحالين أمانة في يد الوديع، فقالوا: إذا تلفت الوديعة بما لا يمكن التحرز عنه من الأسباب - كحريق غالب، وغرق غالب، ولصوص مكابرين - فلا ضمان على الوديع، سواء أكانت بأجر أم مجاناً. أما إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه، فينظر: إن كانت بغير أجر، فلا يجب على الوديع الضمان. أما إذا كانت بأجر فإنه يكون ضامناً.

جاء في المادة (٧٧٧) من المجلة العدلية: الوديعة أمانة في يد الوديع. وبناء عليه: إذا هلكت بلا صنع الوديع، أو تعديه، أو تقصيره في الحفظ، فلا يلزمه الضمان، إلا إذا كان الإيداع بأجرة على حفظ الوديعة، فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه، لزم الوديع ضمانها. فوجه تضمين الوديع بأجر في هذه الصورة عندهم: أن الحفظ مستحق عليه فيها؛ لأنه مستأجر على الحفظ قصداً، إذ العقد عقد الحفظ، والأجر في مقابل الحفظ، والمتاع في يد الأجير.

ينظر: البحر الرائق (٢٧٣/٧)، ورد المحتار (٤٩٤/٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/٤٩٤)، ودرر الحكام (٢٣١/٢) وما بعدها، بداية المجتهد (٣١٠/٢)، والتاج والإكليل (٢٥٠/٥)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٤٠٣)، وشرح الزرقاني (١١٤/٦)، والتفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م (٢٦٩/٢)، والأم (٦٢/٤)، والإشراف على مذاهب العلماء (٢٥١/١)، وأسنى المطالب (٧٦/٣)، وتحفة المحتاج (١٠٥/٧)، وشرح منتهى الإرادات (٤٥٠/٢)، المبدع (٢٣٣/٥)، وكشاف القناع (١٨٦/٤)، والمغني (٩/٢٥٧، ٢٥٨)، وروضة القضاة وطريق النجاة، السمناني أبو القاسم علي بن محمد، تحقيق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٤هـ (٦٠٨/٢)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٣٠)، وشرح المجلة للأتاسي (٢٤٣/٣).

(١) في أ: فالثاني.

عندنا حتى إذا احترق بيت المودع وأخرج الوديعه مع متاعه ووضعها في منزل جاره فلا ضمان استحساناً.

وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الصلح: إذا وقع في بيت المودع حريق فدفع^(١) إلى أجنبي، فإن أمكنه أن يناولها بعض من في عياله فهو ضامن، وإلا فلا ضمان.

وذكر شيخ الإسلام في هذا الموضوع: [الحريق]^(٢) إذا كان غالباً^(٣) وقد اختلط بمنزل المودع فناول^(٤) الوديعه [جارا له]^(٥) فلا ضمان [عليه]^(٦)، وإن لم تكن بهذه الصفة فهو ضامن.

فإن ادعى المودع الضرورة بأن ادعى أنه وقع الحريق في داره، ذكر القدوري: أنه لا يصدق إلا ببينة.

والقياس [في]^(٧) قول أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - . وفي المنتقى: إذا علم أنه احترق بيت المودع قبل قوله، وإن لم يعلم لا يقبل قوله إلا ببينة، وللمودع أن يخرج بالوديعه حيث شاء، وهذا مذهبننا. والكلام ها هنا في فصلين:

أحدهما: إذا عين المالك عليه الحفظ في مصر من الأمصار بأن قال: احفظها في هذا المصر ولم يزد عليه.

أو قال مع ذلك: ولا تخرجها من المصر.

(١) زاد في أ: المودع.

(٢) في أ: للحر وأما.

(٣) في أ: عبداً.

(٤) في أ: فناوله.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ، م.

وفي هذا الوجه: إن كان لابد له من المسافرة بالوديعة بأن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر، بأن ترك عبدا له أو واحدا من عياله مع الوديعة يضمن، وإن لم يكن له بد من المسافرة بالوديعة بأن لم يمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال لا يضمن^(١).



(١) تعتبر الوديعة من عقود الأمانة، وهي أمانة في يد المودع (أو الوديع) فهو أمين غير ضامن لما يصيب الوديعة، من تلف جزئي أو كلي، إلا أن يحدث التلف بتعديه أو تقصيره أو إهماله. وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء، ويشهد له ما روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان. [أخرجه الدارقطني (٤١/٣) ثم ضعف راويين في إسناده وقال: (وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع)]. والمغل هو: الخائن، في المغنم وغيره. وما روي - أيضا - عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: من أودع وديعة فلا ضمان عليه. [أخرجه ابن ماجه (٨٠٢/٢) وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة (٤٢/٢)]. ومن أسباب الضمان في الوديعة التعدي أو التقصير أو الإهمال. ينظر: المصباح المنير، مادة (غلل).

الفصل الثاني

إذا لم يبين المصر والمكان بل أطلق

فقال : احفظ هذا المال ، فسافر بها ، فإن كان الطريق مخوفاً يضمن ، وإن كان^(١) آمناً فإن كانت الوديعة شيئاً له حمل ومؤنة ، فإن لم يجد بداً من المسافرة بالوديعة بأن عجز عن الحفظ في المصر مع السفر^(٢) لا يضمن بالإجماع ، وأما إذا كان له بد من السفر^(٣) بالوديعة ، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : [لا يضمن قربت المسافة أم بعدت .

قال محمد^(٤) : يضمن في الحالين .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن قربت المسافة ، لا يضمن وإن بعدت يضمن . والله أعلم .



(١) زاد في م : الطريق .

(٢) في م : المسافرة .

(٣) في م : المسافرة .

(٤) سقط في أ .

الفصل الثالث

فيما يكون إيداعاً وما لا يكون

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل جاء بثوب إلى غيره وقال له: هذا وديعة، ولم يقل: عندك، ولم يقل الآخر شيئاً، وسكت، ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر بعده وترك الثوب هناك [وضاع، ضمن له؛ لأنه وجد منه القبول عرفاً، ولو وضع الثوب]^(١) ولم يقل شيئاً [أو سكت، ثم غاب صاحب الثوب، ثم غاب الآخر بعده]^(٢) والمسألة بحالها ضمن أيضاً؛ لأنه أودع عرفاً، والآخر قبل عرفاً، هذا إذا لم يقل الآخر شيئاً باللسان^(٣).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) ذهب الحنفية، والمالكية إلى اشتراط كون العين المودعة مالا، فما ليس بمال - كالميتة والدم ونحوهما - لا يصح ورود عقد الإيداع عليه؛ لأن عدم ماليته يتنافى مع تشريع حمايته لصاحبه بعقد الوديعة، واعتباره أمانة شرعية واجبة الحفظ والصون لصاحبها في يد الوديع. ثم قال الحنفية: وشرط الوديعة كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، حتى لو أودع البعير الشارد، والطير في الهواء، والمال الساقط في البحر ونحوها، فلا يصح إيداعه. وقد جاء في المادة (٧٧٥) من المجلة العدلية: يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحه للقبض.

وقد عللوا ذلك بأن الإيداع عقد استحفاظ، وحفظ الشيء بدون إثبات اليد عليه محال، فلما تعذر التزام الوديع بحفظه؛ لعدم إمكان إحرازه وحوزه، امتنع تكليفه شرعاً به في عقد الوديعة؛ لعسره أو استحالته في حقه، إذ لا تكليف بما لا يطاق، ولا اعتبار لعقد لا يتصور تنفيذه.

أما الشافعية والحنابلة فاشتروا لصحة العقد أن تكون العين المودعة مالا أو مختصاً، ولم يقصروها على المال وحده.

وبناء على اعتبار المالية نصوا على عدم صحة إيداع الخمر غير المحترمة ونحوها من المحرمات؛ لأنها ليست بمال.

وبناء على اعتبار المختص قالوا: أما ما فيه اختصاص كجلد ميتة لم يدبغ، وزبل، وكلب صيد محترم، ونحوها، فيجوز إيداعه كالمال، لجواز اقتنائه، بخلاف النجس الذي لا يقتنى، والكلب الذي لا ينفع بحراسة أو صيد، وآلات اللهو، فلا يصح إيداعها؛ لكونها غير محترمة، ولا يجوز تمويلها ولا اقتنائها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، وابن عرفة من المالكية إلى صحة إيداع الصكوك والوثائق بذكر الحقوق.

فإن قال: أنا لا أقبل الوديعه، فتركها صاحبها عنده وذهب وباقي المسأله على حالها لا يضمن؛ لأن القبول لا يثبت عند الرد صريحا.

وفي فتاوى أبي الليث: رجل دخل بدابته خانا فقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك، فربط ورجع ولم يجد دابته، فقال لصاحب الخان: [إن] ^(١) صاحبك أخرج الدابة ليسقيها، ولم يكن له صاحب، ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها؟ استحفاظ، وإشارة صاحب الخان إلى موضع الرباط إجابة منه إلى الحفظ.

وكذلك لو دخل الحمام وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ وأشار صاحب الحمام إلى مكان، ثم خرج رجل وأخذ، يضمن إن كان استحفاظا فصار مودعا يضمن، ولو وضع الثياب [بغير رأي] ^(٢) صاحب الحمام في أي موضع يضع لم يقل باللسان شيئا ودخل الحمام، فإن لم يكن [للحمام] ^(٣) ثيابي ^(٤) يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع؛ لأن وضع [الثياب] ^(٥) برأي عينه ^(٦) استحفاظ منه، وإن

= وذهب ابن عرفة من المالكية إلى أنه يشترط في العين المودعة أن تكون مما يمكن نقله فيخرج العقار.

وذهب جمهور الفقهاء: (الحنفية، والشافعية، والمالكية) إلى عدم اشتراط ذلك، فتصح أن تكون العين المودعة عقارا أو منقولاً.

ينظر: البحر الرائق (٧/٢٧٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/٤٩٣)، والفتاوى الهندية (٤/٣٣٨)، وانظر المادة ٧٦٣، ٧٦٤ من المجلة العدلية (٢/٣٣٦)، والعناية على الهداية (٧/٤٥٢)، والتاج والإكليل (٥/٢٥٠)، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/٢٥٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل (٦/١١٤)، والشرح الكبير، وحاشية الدسوقي (٣/٤١٩)، ومواهب الجليل (٥/٢٥١)، والمدونة (١٥/١٢٦، ١٢٨)، وأسنى المطالب (٣/٧٤، ٧٥)، وتحفة المحتاج (٧/٩٩)، وروضة الطالبين (٦/٣٢٤)، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٧/١٢٨)، وكشاف القناع (٤/١٨٥)، وشرح ميارة على التحفة (٢/١٨٨).

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: برأي.
- (٣) سقط في م.
- (٤) زاد في أ: حاضر دار.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في أ: غيره.

كان للحمام ثيابي وهو حاضر، لا يضمن صاحب الحمام؛ [لأن هذا استحفاظ الثيابي دلالة إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام]^(١) بأن قال لصاحب الحمام: أين أضع هذه الثياب؟ فحيث صار صاحب الحمام مودعاً، وإن كان ثمة ثيابي يضمن ما يضمن المودع لثبات الغصب.



(١) سقط في أ.

[من قام وترك كتابه في المجلس فهلك فمن يضمن]:

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل من أهل المجلس قام وترك كتابه فهلك ، فهم ضامنون ، وإن^(١) قاموا واحدا بعد واحد فالضمان على آخرهم ؛ لأن في الوجه الأول : الكل حافظون ، وفي [الوجه]^(٢) الثاني : تعين الآخر حافظا ، كمن باع قفيز حنطة ، من قفيزين ثم هلك قفيز منهما^(٣) تعين الباقي للعقد .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع منها شيء ، لا ضمان عليه ؛ لأنه غير مضيع لما في حانوته ؛ لأن جيرانه يحفظونه إلا أن يكون هذا من المودع إيداعا من جيرانه ليقال : ليس للمودع أن يودع لكن هذا مودع لم يضيع .

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأخير من غضب واقعاته ما يدل على الضمان هاهنا فيتأمل عند الفتوى .

وفي مضاربة مجموع النوازل : سئل نجم الدين عن أربعة من بلد ليس بينهم قرابة لكن سافروا جملة وجعلوا نفقتهم جملة فإنهم ينزلون جملة ويرتحلون جملة ، وكان مع أحدهم دنائير رجل بضاعة قد خاطها في قرابه [فنزلوا تبع أهل البئر في قرية فنزل هذا المستبضع بين^(٤) أصحابه]^(٥) وذهب لحاجة فلما جاء وجد موضع البضاعة [قد فتش]^(٦) وأخرجت البضاعة ، هل يكون هذا تضييعا منه؟ وهل يضمن؟

قيل : يضمن ؛ لأنهم كأنهم في عياله فإنهم مجتمعون وكل واحد منهم يحفظ متاعه لنفسه فصاروا كأهل بيت واحد فلم يكن ترك البضاعة عندهم تضييعا بل كان^(٧) حفظاً .

(١) في م : منها .

(٢) في م : ولو .

(٣) سقط في م .

(٤) زاد في م : فواه .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ : قص .

(٧) في أ ، م : كانوا .

الفصل الرابع

في الوديعة

إذا أخرج^(١) الثمار من نخيل الوديعة فلا ضمان عليه استحسانا إذا جزه^(٢) كما [يجزه]^(٣) غيره ولم يتمكن فيه نقص^(٤) من عمله وإن تمكن نقص من عمله فهو ضامن، كذا ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله تعالى - في شرح كتاب الرهن.

إذا اجتمع من ثمار^(٥) الوديعة عند المودع شيء كثير يخاف فسادها وكان ذلك ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضي، إن^(٦) كان في المصر يضمن، وإن كان في المفازة لا يضمن.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في تعليل هذه المسألة: ألا ترى أنه لو باع في المفازة ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير لا يضمن فيها هنا أولى، وأما إذا كان في المصر فلم يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيع، أو كان في المفازة فلم يرفع حتى فسد لا يضمن، ذكر هذه الزيادة في وديعة فتاوى أبي الليث.

المودع إذا باع الوديعة وسلمها إلى المشتري وضمن المالك المودع نفذ بيعه في ظاهر الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا ينفذ بيعه، وفرق [هذه الرواية]^(٧) بين المودع إذا باع الوديعة وبين الغاصب إذا باع المغصوب وضمن المالك الغاصب فإنه ينفذ بيعه باتفاق الروايات.

(١) في م: جز.

(٢) في أ: جره.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: يقبض.

(٥) في أ: الثياب، وفي م: ألبان.

(٦) في م: إذا.

(٧) في أ: بين هذه المسألة.

والفرق: أن ملك^(١) المودع في الوديعة تأخر عن البيع فلا يصح قياساً على ما إذا باع ملك الغير وسلم ثم اشترى.

بيانه: أنه لم يوجد منه قبل البيع بسبب ضمان فإنه كان أميناً، وبالبيع بدون التسليم لا يصير ضامناً [وإنما صار ضامناً]^(٢) بالتسليم بعد أداء الضمان فملكه من وقت التسليم بالبيع وجد قبل ذلك حتى لو كان سلم الوديعة أولاً إلى من يريد شراءها ثم باعها منه ينفذ^(٣) بيعه؛ لأنه صار ضامناً بالتسليم فعند أداء الضمان يملكه من ذلك الوقت بالبيع فتأخر عنه.

وأما في فصل الغاصب: فالملك من الغاصب عنده أداء الضمان من وقت الغصب فكان^(٤) ملك الغاصب سابقاً [على]^(٥) بيعه.

وظاهر الرواية وجهان:

أحدهما: أن ملك^(٦) المودع سبق البيع^(٧).

وبيان ذلك من وجوه:

أحدها: أن المودع عند أداء الضمان يملك الوديعة قبل البيع؛ لأنه^(٨) يصير ضامناً لها حين قصد البيع لنفسه وأكده بالبيع والتسليم، وهذا من وجه معروف مسطور في الكتاب.

وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح كتاب الوديعة: أن دفع الوديعة بنية البيع سبب الضمان فيفيد^(٩) الملك إلى ذلك الوقت وذلك قبل البيع.

(١) في م: ذلك.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: نفذه.

(٤) في م: وكان.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: ذلك.

(٧) في أ، م: المبيع.

(٨) في م: وإنه.

(٩) في م: فليسند.

[و^(١) الوجه الثاني: أن ذلك البيع لا ينفذ من المودع؛ لأنه سابق^(٢) الملك بل ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي^(٣) وإنه متأخر عن الملك.

بيانه: وهو أن المودع صار ضامنا بالبيع والتسليم، ومعناه: دفع الموانع وتمكين المشتري من قبض الوديعة، وبقبض المشتري الوديعة بعد ذلك، ودفع الثمن إلى المودع ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي وقبض المشتري من غير تسليم البائع ودفع الثمن إلى البائع يكفي لثبوت البيع بالتعاطي، وإن لم يوجد من البائع تسليم فإن من قبض مال إنسان وأعطاه بدله كفاه ذلك لانعقاد البيع بالتعاطي، وإن لم يوجد من البائع تسليم فالبيع الآخر ينعقد بينهما بقبض المشتري المبيع وإعطائه الثمن إلى البائع وإنه متأخر عن بيع المودع وتسليمه والله تعالى أعلم.



(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: سبق.

(٣) في أ: بالتعامل.

الفصل الخامس

في جحد الوديعة

المودع إذا طلب الوديعة فجحدها المودع يصير ضامنا، في مختصر الكافي .
 وإذا جحد الوديعة لا في وجه المودع بأن قال [له]^(١) : ما حال وديعة فلان ،
 فقال : ليس لفلان عندي وديعة ، أو جحد الوديعة في وجه المالك لا بناء على طلب
 المودع بأن قال له المودع : ما حال وديعتي ، ليشكره على الحفظ ، فقال : ليس
 عندي وديعة ، فالجواب على الفصلين^(٢) ، واحد : أن على قول أبي يوسف لا
 يضمن ، وعلى قول زفر يضمن .

[و]^(٣) ذكر هذين الفصلين شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة .
 في المنتقى بشر عن أبي يوسف : إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها
 التلف إن أقر ثم هلكت ، لا يضمنها .
 قال : لأن^(٤) الجحود في هذه الصورة من جهة^(٥) الحفظ [و]^(٦) هكذا وقع في
 بعض نسخ الكتاب .

ووقع في بعضها [وقال]^(٧) إذا جحد الوديعة ثم أقر ثم هلكت ، لا يضمنها .
 وفي هذا الكتاب أيضا رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف : إذا جحد الوديعة
 في وجه صاحبها يضمن ، وإن جحدها لا في وجهه لا يضمن .
 وفي النوادر عن محمد - رحمه الله - : أنه لا ضمان إذا لم يواجه صاحبها

(١) سقط في م .

(٢) في أ : فصلين .

(٣) سقط في م .

(٤) زاد في أ : في .

(٥) في أ : جهات .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

بالجحود، هذا كله في المنقول.

وأما إذا جحد الوديعة في العقار، ذكر شمس الأئمة هذا في شرحه: أنه لا ضمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر في جميع الوجوه.

من المشايخ من قال^(١): العقار يضمن بالجحود^(٢) بلا خلاف.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : في ضمان الجحود في العقار عن أبي

حنيفة روايتان.

وفيه أيضا: بشر عن أبي يوسف رجل استودع وديعة رجل فجحدها [إياه]^(٣) ثم

أخرجها بعينها وأقر بها وقال لصاحبها: اقبضها، فقال صاحبها: دعها وديعة عندك، فضاعت بعد ذلك.

قال: إن^(٤) تركها عنده وهو قادر على أخذها إن شاء فهو [بريء وهي وديعة

عنده، وإن كان لا يقدر على أخذها]^(٥) فهو على الضمان الأول، يعني به: الضمان

الثابت بالجحود، وأن الوديعة بالجحود دخلت في ضمانه، وكذلك إذا قال: اعمل

به مضاربة.

وفي كفالة الأصل: رجل أودع عبدا وجحده المودع ومات في يده، ثم أقام

[المودع بينة^(٦)]^(٧) على الإيداع وعلى قيمته يوم الجحود، ولكن علمنا قيمته يوم

الإيداع و[هي]^(٨) كذا قضى القاضي على المودع بقيمته يوم القبض بحكم الإيداع

[لأن سبب الضمان على المودع أصل الجحود إذا علم قيمة الوديعة يوم الجحود وإذا

(١) زاد في م: في.

(٢) في م: الجحود.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: لما.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: منه.

(٧) في م: البينة المودع.

(٨) سقط في م.

لم يعلم القيمة يوم الجحود وعلم قيمته يوم الإيداع فسبب^(١) الضمان في حقه القبض بحكم الإيداع، وهذا لأن الضمان إنما يجب على المودع بالجحود والقبض السابق، فإنه لو جحد الوديعة فقال: لا [وديعة لك]^(٢) عندي، وكان الأمر كذلك. بأن لم يكن قبضها لا يجب الضمان، وإذا كان قبضها ولم يجحدها^(٣) لا يجب الضمان أيضا.

قلنا: والجحود بإحدهما وجود إحالة^(٤) بالضمان عليه ما أمكن، وإذا شهد الشهود بقيمته يوم الجحود فقد أمكن إحالة الضمان عليه، فجعلنا سبب الضمان في حقه الجحود فأوجبنا قيمته يوم [الجحود وشهدوا بقيمته يوم الإيداع بقدر إحالة^(٥) الضمان على الجحود فأحلناه على القبض السابق وجعلنا^(٦) سبب الضمان في حقه القبض السابق وأوجبنا قيمته يوم القبض السابق، فإن قال الشهود: لا نعلم قيمته أصلا لا يوم الجحود ولا يوم الإيداع فإنما يقضي بما بقي^(٧) من قيمته يوم الجحود [كما]^(٨) في الغصب فإنه إذا هلك المغصوب في يده ولم يعلم قيمته يوم الغصب [فإنما يقضى عليه بما بقي من قيمته يوم الغصب]^(٩)، ولو كان العبد يوم اختصموا أعمى وشهد الشهود أنه^(١٠) أودعه وهو صحيح يساوي ألف درهم، ثم مات العبد في يد المودع، قضى القاضي بقيمته أعمى؛ لأنه عرفه أعمى وقت الجحود بالمعينة

-
- (١) في م: فسبب.
 - (٢) في م: ضمان وديعتك.
 - (٣) في م: يجحد.
 - (٤) في م: البلاغ.
 - (٥) في أ: إحصانه.
 - (٦) في أ: وجعلناه.
 - (٧) في م: القبض بقي.
 - (٨) في م: وكما قال.
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) في أ: أو.

وعرف بغيره^(١) عن القيمة التي شهدت بها الشهود يوم الإيداع، بخلاف فصل الموت؛ لأن [الإيداع]^(٢) هناك لم يعرف القاضي بغيره عن القيمة التي شهدت بها الشهود [لا بالشهادة]^(٣) ولا بالمعينة، فجاز أن يضمه تلك القيمة، وكذلك إذا لم يكن أعمى وقت الجحود ولكن السوق قد أنقصه^(٤) وجحده يوم جحده وهو يساوي خمسمائة، وعلم القاضي ذلك فعلى المودع بقيمته خمسمائة، ولو لم يعلم القاضي ذلك ضمن قيمته ألف درهم يوم الإيداع كما شهد [به]^(٥) الشهود.

ولا تقبل من المودع بينة على إيضاع السوق سواء أقام بينة على إيضاعها قبل الجحود، أو^(٦) بعده؛ لأن العبد داخل في ضمانه بالجحود فلا ينفعه الإيضاع بعد ذلك، وأما إذا أقام^(٧) البينة على إيضاعها قبل الجحود؛ لأنه متناقض في دعوى الإيداع، وأما إذا أنكر الإيداع أصلاً بأن قال: لم يودعني، فظاهر، وأما إذا قال: لا وديعة لك عندي، فكذلك؛ لأنه يزعم لا وديعة له عند الجحود [إذا]^(٨) كان، والتناقض يمنع صحة الدعوى^(٩)، والله أعلم.



(١) زاد في أ: هناك.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: يضعه.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: و.

(٧) في م: أقاما.

(٨) في م: ادعى أنه.

(٩) الأصل للشيباني (٥٥٥/١٠).

الفصل السادس

في المودع إذا خالف شرط رب الودیعة

المودع إذا شرط على المودع وترك^(١) فإن كان شرطاً من كل وجه يجب على المودع مراعاته حتى لو ترك يصير مخالفاً سواء أكدته بالنفي أو لم يؤكدته كتعيين الدار بأن قال له: احفظ في هذه الدار، أو لا تحفظ إلا في هذه الدار، فترك ذلك وحفظ في دار أخرى، فإنه يصير مخالفاً في الوجهين جميعاً.

وذكر محمد - رحمه الله - في شرح الودیعة: [أن في]^(٢) مسألة الدار يضمن، وإن كانت الدار المنهي عنها^(٣) أحرز.

وقال في شرح الطحاوي: فإن كانت الداران^(٤) في الحرز على السواء أو^(٥) كانت الدار التي حفظ أحرز لا يضمن وإن أكدته بالنفي.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : إن كان الثاني أحرز من الأول لا يجب الضمان ولو ترك شرطاً يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بأن عين بيتاً للحفظ في دار بأن أكدته بالنفي بأن قال: لا تحفظ إلا في هذا البيت، فحفظ في بيت آخر [يصير مخالفاً، وإن لم يؤكد بالنفي فحفظ في بيت آخر]^(٦) لا يصير مخالفاً.

[قال]^(٧) في شرح الطحاوي: [وما]^(٨) في مسألة البئر^(٩): إذا أكدته بالنفي إذا حفظ في البيت المنهي عنه، لا يضمن إذا كان البيت الآخر أحرز من المنهي عنه.

(١) في م: فترك.

(٢) في م: فإن.

(٣) في م: هي.

(٤) في م: الدار.

(٥) في م: و.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: ومن، وسقط في م.

(٩) في أ: السير.

ولو شرط شرطاً لا يفيد أصلاً بأن عين صندوقاً للحفظ في بيت لا يجب عليه مراعاة هذا الشرط أكدته بالنفي أو لم يؤكدته، ذكر هذه الجملة سوى ما وقعت عليه الحوالة.

[وذكر^(١)] شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الوكالة في باب وكالة الصبي الكبير: المودع إذا وضع الوديعة في الحانوت [فقال صاحبها: لا تضع في الحانوت]^(٢) فإنه مخوف فتركها فيه حتى سرق ليلاً فهذا على وجهين: إذا لم يكن له موضع أحرز من الحانوت يضمن إذا كان قادراً على الحمل.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا دفع إلى رجل مراً^(٣) وقال له: اسق به أرضي ولا تسق [به]^(٤) أرض غيري، فسقى به أرض الأمر ثم سقى به أرض غيره فضاع [المر]^(٥) قبل أن يفرغ من السقي الثاني ضمن، فإن^(٦) ضاع بعد ما فرغ من السقي الثاني [لا يضمن؛ لأن المر في يديه وديعة، وإذا فرغ من السقي الثاني]^(٧) عاد إلى الوفاق فيخرج من الضمان.

إذا قال المودع للمودع: لا تدفع الوديعة إلى امرأتك، فأتاها فدفعها إن كان لا يجد بداً من ذلك، فلا ضمان وإلا فهو ضامن [له]^(٨).

وفي شرح الطحاوي: قال محمد في ثلاثة نفر أودعوا رجلاً مالا وقالوا^(٩): لا تدفع إلى أحد^(١٠) منا حتى نجتمع، فدفع نصيب واحد منهم، قال: يضمن قياساً،

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: دلوا.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ، م: وإن.
- (٧) سقط في أ.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في م: فقالوا.
- (١٠) في م: واحد.

وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - ، ولم يضمن استحسانا ، وبه قال أبو يوسف
ومحمد .

رجل أودع صكا عند رجل وأمره أن يدفع الصك إلى غريمه إن دفع المال الغريم
إلى صاحب المال قبل مضي ثلاثة أشهر ، فدفع الغريم [المال]^(١) إلى صاحب
المال^(٢) بعد مضي ثلاثة أشهر ، فجاء الطالب يريد [أن]^(٣) يسترد الصك ، إن كان
[المستودع]^(٤) يعلم يقينا أن الغريم دفع المال الذي في الصك بكماله إلى الطالب لا
يدفع الصك إلى الطالب سواء دفعه قبل مضي المدة أو بعدها ؛ لأن في دفعه إلى
الطالب إعانة له على الظلم في فتاوى أهل سمرقند . والله أعلم .



(١) سقط في م .
(٢) زاد في م : الدراهم .
(٣) سقط في م .
(٤) سقط في أ .

الفصل السابع

فيما يكون تضييعاً^(١) للوديعة وما لا يكون

وما يضمن به المودع وما لا يضمن

إذا قال المودع: سقطت الوديعة مني، [أو قال بالفارسية: «بفسادارم» لا يضمن، ولو قال: أسقطت]^(٢)، أو قال بالفارسية: «بيفكندم» يضمن، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث في فتاويه.

وطعنوا في المسألتين جميعاً قالوا: ينبغي ألا يضمن بمجرد قوله: أسقطت «سكنتدم» لأن الإسقاط ليس يصلح موجبا للضمان؛ ألا ترى أنه لو أسقطها ثم دفعها أو لم يدفعها ولكن لم يبرح^(٣) ذلك المكان لا يضمن، إنما لا يضمن، بالإسقاط والذهاب عن ذلك الموضع، والترك هناك أولى، والإسقاط في موضع يضيع كما في الماء ونحو ذلك ليكون تضييعاً.

والذي يرد في هذا الإشكال: أن المودع إذا دفع الوديعة [إلى من ليس في عياله وهلك في يد الثاني]^(٤) قبل أن يفارق الأول لا ضمان على الأول بالإجماع، وإنما لا يجب عليه الضمان؛ لأن مجرد الإيداع ليس بتضييع وإنما التضييع الذهاب وترك الحفظ ولم يوجد.

والذي يرد^(٥) أيضاً ما ذكر في المنتقى: إذا قال رجل لقوم: أشهدوا أن فلانا أودعني كذا وكذا وأني [قد]^(٦) بعث ذلك وقبضت ثمنه، أو قال له المودع: ما فعلت يوديعتي؟ قال: بعثها وقبضت ثمنها، لا يضمن بذلك ما لم يقل: سلمها؛ لأن مجرد

(١) في م: مضيعة.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: عن.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: يؤيد.

(٦) سقط في م.

[الدعوى في^(١)] البيع ليس يصلح سببا للضمان فكذا في مسألتنا ينبغي ألا يضمن بمجرد قوله [سقط بل يشترط مع ذلك أن يقول]^(٢) أسقطت وتركت وذهبت، أو يقول: أسقطت في الماء، أو^(٣) ما أشبه ذلك.

وقالوا: في قوله: أسقطت (بيفتادذ) ينبغي أن^(٤) يضمن؛ لأنها إنما سقطت لتقصير من جهته، أما^(٥) البداية في جعلها في محل لا يحتملها فهو نظير الحمال يحمل على ظهره فينقطع الحبل ويسقط الحمل عن ظهره، وهناك يجب الضمان على الحمال كذاها هنا.

وفي مجموع النوازل: سئل نجم الدين عمن دفع خفا إلى خفاف ليصلحه فتركه في حانوته فسرق ليلا هل يضمن؟ قال: إن كان في الحانوت حافظ أو^(٦) في السوق حارس.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يفتي بعدم الضمان، وإن لم يكن ثمة حافظ ولا حارس.

فقد قيل: يعتبر العرف [إن كان العرف]^(٧) فيما بين الناس أنهم يتركون الأشياء في الحوانيت من غير حافظ فيها [ومن غير]^(٨) حارس في السوق فلا ضمان، وإن كان العرف بخلافه.

وكذلك قيل: لو ترك [باب]^(٩) الدكان مفتوحا وكان في موضع ذلك عرفهم وعادتهم لا ضمان.

(١) في م: دعوى.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: و.

(٤) زاد في م: لا.

(٥) زاد في أ: في.

(٦) في م: و.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ولا.

(٩) سقط في أ.

وفي [بخارى جرى]^(١) العرف بترك باب الدكان مفتوحا وتعليق شيء على باب الدكان نحو الشبكة وأشباه ذلك.

والرواية محفوظة فيما إذا أنزل الحائك الثوب الذي نسج غزله والغزل في بيت الطراز ولم يكن هناك حافظ ولا حارس في السوق، أنه لا ضمان على الحائك. وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - المودع: إذا وضع الوديعة وخرج والباب مفتوح فجاء سارق ودخل الدار وسرق الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد ولا في موضع الحرز، يضمن.

وسئل أبو القاسم عن الوديعة إذا كانت شيئا من الصوف^(٢) والمودع غائب ويخاف عليها فلم يرفع الأمر إلى القاضي ولم يحتل في دفع ذلك [حتى فسدت]^(٣) لا يضمن.

قال الفقيه: كذا قال أصحابنا.

في كتاب الإجازات: إذا أصابه قرض فأر لا ضمان.

وسئل عن الحنطة إذا كانت وديعة عند إنسان فأكلها الفأر.

قال: إذا^(٤) اطلع على نقب معروف فلم يسده فما كان من نقصان بعد ذلك ضمن^(٥) وما لا فلا.

قال الفقيه: لو أخبر بذلك صاحب الحنطة فلا ضمان.

رجل ادعى على رجل ألف درهم وأنكر المدعى عليه، ثم إن المدعى عليه أودع عند رجل ألف درهم [حتى يقيم^(٦) المدعي البينة ولم تكن له بينة]^(٧) فأراد المدعى

(١) في أ: محال أخرى.

(٢) في م: السوق.

(٣) في م: عن السوق.

(٤) في م: إن.

(٥) في م: فهو ضامن.

(٦) في أ: لو أقام.

(٧) في م: لو أقام المدعي البينة على دعواه بدفعها إليه فلم يقم المدعي البينة.

عليه أن يسترد الألف منه فلم يدفعها إليه حتى وقعت الفأرة .
فقال المودع: ذهبوا به، ينظر: إن كان المدعي والمدعى عليه دفعا الألف إلى
المودع فلا ضمان؛ لأنهما إذا دفعاه^(١) فليس له أن يدفع إلى أحدهما فلا يصير بالمنع
عنه [ضامنا، وإن كان المدعى عليه هو الذي دفعه ضمنه؛ لأنه إذا دفعه وحده فليس
له المنع عنه، فيصير بالمنع عنه]^(٢) غاصبا قياسا .

ذكر محمد - رحمه الله - في وكالة الأصل مسألة تدل على أن المودع إذا دفع
الوديعة إلى من له الدين على صاحب الوديعة أنه يضمن، وإن^(٣) كان الدين ظاهرًا
و^(٤) كانت الوديعة من جنس الدين .

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ والرواية ثمة، وهكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه
الله - في آخر شرح كتاب الوديعة .

أودع طستا عند غيره فوضع [المودع]^(٥) الطست على رأس التنور في بيت فوق
عليه شيء وانكسر، فالجواب فيه على التفصيل: إن كان وضعه على رأس التنور
ليغطي^(٦) به التنور، يضمن، وإن كان وضعه كما يوضع في العادة [لا]^(٧) لأجل
التغطية، لا يضمن؛ لأن في الوجه الأول: [هو مستعمل]^(٨) .
وفي الوجه الثاني: لا .

ومن هذا الجنس: أودع عند رجل طبقا فوضع المودع الطبق على رأس الجب

-
- (١) في م: دفعها .
 - (٢) سقط في م .
 - (٣) في م: وإذا .
 - (٤) في أ: أو .
 - (٥) سقط في أ .
 - (٦) في أ: ليطفى .
 - (٧) سقط في أ .
 - (٨) في م: يستعمل .

فوق، إن كان الوضع على وجه الاستعمال يضمن، وإن كان الوضع [على غير^(١)] وجه الاستعمال [لا يضمن]^(٢)، وطريقة^(٣) معرفة ذلك أن ينظر: إن كان في الجب شيء نحو الماء والدقيق ونحو ذلك مما يغطي رأس الجب لأجله^(٤)؛ كان استعمالا، وإن كان الجب خاليا^(٥) أو كان فيه شيء لا يغطي رأس الجب لأجله؛ لم يكن استعمالا.

المودع إذا وضع في الجبانة^(٦) فسرقت [الوديعة]^(٧) ضمن؛ لأنه ضيعها، فإن توجهت السراق نحو المودع فدفن الوديعة في الجبانة^(٨) حتى لا تؤخذ من يده أو [فر]^(٩) من خوفهم، ثم جاء فلم يظفر بالمكان الذي دفن فيه الوديعة، ينظر: إن كان أمكنه أن يجعل له علامة فلم يفعل^(١٠) ضمن، وإن لم يمكنه ذلك^(١١) وأمكنه العود في أقرب الأوقات بعد زوال الخوف ولم يعد [وآخر]^(١٢)، ثم جاء فلم يجد الوديعة كان ضامنا، وإن كان رب الوديعة معه يذهبان جملة فلما توجه السراق.

قال له رب الوديعة: ادفنها، فدفنها، ثم ذهب السراق وذهبوا أيضا [بعد ذلك]^(١٣) أو ذهبوا أولا ثم ذهب السراق ثم حضروا فلم يجدوا المدفون، لا شك أن

-
- (١) في م: لا على.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) في م: وليس.
 - (٤) زاد في أ: إن.
 - (٥) في م: جافا.
 - (٦) في أ: الحيلة.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في أ: الحيلة.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) في م: يجعل.
 - (١١) في أ: كذلك علامة.
 - (١٢) في أ: ولم يفروا خر، وسقط في م.
 - (١٣) سقط في أ.

المودع لا يكون ضامنا في هذه الصورة حيث دُفن بأمر المالك .
فأما إذا كان المودع وحده والمسألة بحالها، فالجواب فيه على التفصيل: إن^(١)
ذهب السراق أولا ثم^(٢) تمكن المودع من رفع الوديعة فلم يدفع وترك ثمة مع
الإمكان فهو ضامن، وأما إذا مكث السراق ثمة فخافهم^(٣) فذهب، ثم جاء فلم
يجد، فهذا على وجهين: إن جاء على الفور^(٤) ما أمكنه وزال الخوف فلم يجد
فلا^(٥) يكون ضامنا، وإن آخر مع الإمكان كان ضامنا، استدلالا بمسألة ذكرها في
كتاب الغصب، وأيضا في فتاوى أهل سمرقند: أن السفينة إذا خيف غرقها فرفعوا
بعض الحمولات [ووضعوها في]^(٦) ناحية فضاع شيء من ذلك، إن ضاع قبل زوال
الغرق لا يكون الرافع ضامنا، وإن كان ضاع بعد زوال الخوف يكون ضامنا؛ لأنه لما
زال الخوف وجب عليه [أن يعيده]^(٧) إلى السفينة فحيث آخر وقصر كان ضامنا كذا
ها هنا .

عن محمد - رحمه الله - : الوديعة لو كانت خاتما فتختم به في الخنصر اليمني؛
لأن من الناس من يستعمل الخاتم على هذا الوجه، وإن تختم وعليه خاتم في ذلك
الأصبع، لا يضمن .

قيل لمحمد: إن من الناس من يستعمل خاتمين في أصبع واحد فإن أحدهما
يكون للتختم و^(٨) الآخر للزينة .

(١) في م: إذا .

(٢) في م: و .

(٣) في م: ولم يمكنه الفرار لخوفهم .

(٤) في م: فور .

(٥) في م: لا .

(٦) في م: ووضعوه .

(٧) في م: إعادتها .

(٨) زاد في أ: كان .

قال مشايخنا: وهذا في عرف ديارهم، وأما في بلادنا فقد يستعملون الثانية للزينة أيضا ينبغي^(١) أن يضمن، وكذا إذا تختم به في أصبع أخرى غير الخنصر. ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الإجازات في باب إجارة الحلبي: أنه لا يضمن؛ لأنه يستعمل كذلك قط استعمال الزينة.

وذكر محمد - رحمه الله - : أيضا أن بعض مشايخنا قالوا: إذا تختم وجعل الفص مما يلي الكف كان حفظا لا استعمالا.

وفي دعوى الجامع: وإذا جعل المودع الخاتم في الخنصر أو البنصر يضمن، وإن جعله في الوسطى أو السبابة أو الإبهام لا يضمن، وعليه الفتوى. ولو كان المودع امرأة فلبست [الخاتم]^(٢) في أي أصبع كانت^(٣) ضامنة؛ لأن أصابعها كلها موضع^(٤) الزينة.

وفي القدوري: إذا وضع الوديعة في حرز ليس فيه ماله يضمن، والمراد منه حرز غير^(٥) حرز هؤلاء يسكن فيه، أما إذا استأجر [حرزا لنفسه]^(٦) وحفظه فيه لم يضمن، وإن لم يكن فيه ماله.

الدليل على صحة ما قلنا: ما حكى عن نجم الدين النسفي أنه سئل عن خرج إلى القرى بخرز وبخفاف، فجاء رجل بخفين ودفعهما إليه ليصلحهما فوضعهما في دار رجل ودخل البلدة ثم عاد فلم يجد الخفاف.

قال: إذا^(٧) كان اتخذ دارا للسكنى بأي طريق اتخذ، فلا ضمان عليه؛ لأنه تركه

(١) في م: فيجب.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: ليست هي.

(٤) في م: مواضع.

(٥) في م: غيره.

(٦) في م: السفينة.

(٧) في م: إن.

في بيت نفسه، وإن كان وضعه^(١) في دار رجل فهو ضامن؛ لأنه أمين أودع الأمانة عند آخر فيضمنها المودع.

إذا وضع الوديعة في بيته أو صندوقه فهلكت، فلا ضمان عليه سواء كان الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه أو لا يمكن التحرز عنه.

ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة، وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل غاب وخلف امرأته في^(٢) منزله الذي فيه ودائع الناس، ثم رجع وطلب الوديعة فلم يجدها، فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على المودع^(٣)، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة، ضمن.

وعن هذه المسألة استخرجوا مسألة صارت واقعة الفتوى.

صورتها: ذهب [أمين^(٤) لغلام^(٥)] بودائع الناس، فاتفقت أجوبة المفتين [له]^(٦): هو^(٧) ضامن إن علم [أن غلامه]^(٨) سارق وليس بأمين.

وفي مجموع النوازل عن محمد: رجل أودع رجلاً دابة فأصابها شيء فأمر إنساناً بمعالجتها^(٩) فعطبت: أن لصاحب الدابة أن يضمن أيهما شاء، إن ضمن المودع لا يرجع على المعالج، وإن ضمن المعالج رجع على المودع، علم أنها دابة المودع أو

(١) في أ: وضعهما.

(٢) في أ: على.

(٣) في م: الزوج.

(٤) في أ: تيميان تيم، وفي مجمع الضمانات: صاحب الفندق سلم الفندق إلى غلامه وذهب الغلام بودائع الناس فأنفقت أجوبة المفتين له كه تيميان يضمن لو علم بأن غلامه سارق وليس بأمين. من مشتمل الهداية والفصولين.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: بغلامه.

(٩) في م: فعالجها.

لم يعلم، إلا إذا قال له المودع: إنها ليست بدابتي ولم أؤمر بذلك، فحيثئذ لا يرجع المعالج على المودع.

إذا نام المودع ووضع الوديعة تحت رأسه أو تحت جنبه فسرقت، فلا ضمان عليه وكذلك إذا وضعت بين يديه ونام، هو الصحيح، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

وقال^(١): إنما لا يجب الضمان في الفصل الثاني إذا نام قاعدًا، أما إذا نام مضطجعاً يجب الضمان، وهذا في الحضر، أما في السفر لا يجب الضمان نام قاعدًا أو مضطجعاً، وسيأتي جنس هذا^(٢) في كتاب العارية إن شاء الله تعالى.



(١) في أ، م: وقالوا.

(٢) في م: هذه.

الفصل الثامن

في تجهيل^(١) الوديعة

ذكر الناطفي في أجناسه: أن الأمانات تصير^(٢) بالموت مضمونة إذا لم يبينها، إلا في ثلاثة مواضع:

أحدها: متولي الأوقاف إذا مات ولم يعرف غلتها^(٣) التي أخذها ولم يبينها، فإنه لا ضمان عليه، وأحاله إلى وقت هلال^(٤).

الثاني: السلطان إذا [خرج إلى]^(٥) الغزو وغنموا^(٦) وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع، لا ضمان عليه، وأحاله على السير الكبير.

الثالث: أحد المتفاوضين إن^(٧) مات وفي يده مال الشركة ولم يبين، لا ضمان عليه، وأحاله إلى شركة الأصل.

وفي الواقعات للناطق: القاضي إذا قبض من^(٨) أموال اليتامي ولم يبين فهذا على وجهين:

إن وضعه في بيته ولا يدري أين المال ضمن وإن دفعها إلى قوم ولا يدري إلى من دفعها فلا ضمان.

وفي الهاروني: لو أن المستودع لم يمت ولكن [وجد مجنوناً]^(٩) جنونا مطبقا وله

(١) في أ: تحييس.

(٢) في م: تنقلب.

(٣) في م: عينها.

(٤) في أ: وقت هلاك.

(٥) في م: أتى.

(٦) في م: فغنموا.

(٧) في م: إذا.

(٨) في م: قبض.

(٩) في م: جن.

أموال، فطلبت الوديعة فلم توجد [وقد يئسوا من أن يرجع]^(١) إليه عقله، كانت ديناً عليه في ماله ويجعل القاضي له ولياً يقبضها من ماله ويأخذ بها ضميناً ثقة من [الذين يدفع إليهم]^(٢)، فإن أفاق^(٣) المستودع بعد ذلك وقال: ضاعت الوديعة، أو قال: رددتها عليه وحلف على ذلك، رجع بها على الذي دفعها إليه.

وفي الجامع الكبير: صبي ابن اثني عشرة سنة يعقل البيع والشراء وهو محجور عليه أودعه رجل ألف درهم وأدرك ومات ولم يدر ما حال الوديعة فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك^(٤) وهو في يده.

[والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي، وإذا^(٥) أفاق ثم مات ولم يدر ما حال الوديعة، لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده. وإن كان الصبي مأذوناً في التجارة والمسألة بحالها، فهو ضامن للوديعة [إن شهد]^(٦) الشهود أنه أدرك وهي في يده^(٧)، فكذلك^(٨) المعتوه إذا كان مأذوناً في التجارة.

ولو أن عبداً محجوراً أودعه رجل مالا ثم أعتقه المولى [ثم مات]^(٩) ولم يبين الوديعة فالوديعة دين في ماله، وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن تعرف الوديعة يقيناً^(١٠) فترد على صاحبها، وإن أذن له المولى في التجارة بعد ما استودع ثم

(١) في أ: وملك المالك إذا رجع.

(٢) في م: الذي يدفع إليه.

(٣) في أ: عاد.

(٤) في أ: أفاق.

(٥) في م: إذا.

(٦) في م: وإن لم يشهد.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: وكذلك في.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ: هنا.

مات، فلا ضمان إلا أن يشهد الشهود أنها كانت في يده بعد الإذن، [وإذا شهد]^(١) الشهود بذلك ثم مات وترك مالا والوديعة في ذلك كالمال، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) في م: فإذا شهد.

الفصل التاسع

فيما يرجع إلى فعل المستودع

إذا قال المودع: ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت، كان القول قوله مع اليمين، ولا ضمان.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الوديعة: واختلف المتأخرون فيما إذا قال ابتداء: لا أدري كيف ذهبت؟ فمنهم من قال: هو ضامن، ومنهم من قال: لا يضمن، وهو الأصح.

وفي النوازل: إذا قال المودع: دفنت^(١) الوديعة في مكان حصين ونسيته، ذكر في بعض [المواضع]^(٢): أن فيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: لا يضمن، كما لو قال: ذهبت ولا أدري كيف ذهبت.

وقال بعضهم: يضمن؛ لأنه جهل الأمانة فهو بمنزلة ما لو مات مجهلاً.

وقال الفقيه أبو الليث: إن قال: دفنت في داري أو كرمي [وما كان في]^(٣)

معناها لا يضمن إذا كان للكرم أو الدار باب.

أما إذا قال: دفنت في موضع آخر، وقال: لا أدري دفنت [في داري]^(٤) أو في

موضع آخر، يضمن.

وكتب نصير إلى ابن شجاع في مودع^(٥) قال: دفنت الوديعة ونسيت

موضعها.

قال: إن دفنتها في داره، لا يضمن وفي غيره يضمن، فإن^(٦) دفنتها في كرمه أو

(١) في م: ذهبت.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: أو كان.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: موضع.

(٦) في م: وإن.

داره [ثم نسي]^(١) مكان الدفن إلا أنها سرقت من مكان الدفن، قال: إن كان للكرم أو للدار باب فلا ضمان، وإلا فهو ضامن.

سئل الفقيه أبو بكر عن المودع إذا قال: دفنت الوديعة بين يدي في مكان ثم قمت ونسيتها.

قال: هو ضامن، وإن قال: وضعت بين يدي في داري وباقي المسألة بحالها، إن كان مالا يحفظ في عرصة الدار [ثم عرصة الدار تعد]^(٢) حرز له فلا ضمان، وإذا^(٣) كان بخلافه فهو ضامن.

وفي الجامع الأصغر: سئل أحمد بن العباس عمّن كانت عنده وديعة لآخر فقال: لا أدري أضيعت أم لم تضيع، فهو ضامن، ولو قال: لا أدري أضيع أو لم أضيع^(٤)، فلا ضمان.

سئل عن نجار أودع عند غيره زنبيلًا [لآلته]^(٥) ثم ادعى أنه كان فيه قدوم وقد ذهب منه.

وقال المودع: لا أدري ما كان فيه.

قال الفقيه أبو جعفر: لا ضمان ولا يمين^(٦) عليه [حتى يدعي]^(٧) أنه دفنه^(٨) أو ضيعه، فإن حلف برئ، وإن نكل ضمن.

أودع عند غيره كيسا فيه دراهم ولم يزن عليه، ثم ادعى الزيادة، لا ضمان عليه حتى [يدعي]^(٩) عليه التضييع والخيانة.

(١) في م: ولم يبين.

(٢) في م: تعمل.

(٣) في م: وإن.

(٤) في أ: تضيع.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: ثمن.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: دفع.

(٩) سقط في م.

الفصل العاشر

في رد الوديعة إلى المودع

إذا بعث^(١) الوديعة على يدي^(٢) من في عياله لا يضمن، فإن بعثها على [يدي ابنه]^(٣) والابن ليس في عياله، فإن كان الابن بالغاً فهو ضامن، وإن كان غير بالغ فلا ضمان؛ لأنه إذا لم يكن بالغاً [فالأب]^(٤) يتصرف فيه فصار من هذا الوجه كأنه في عياله؛ ألا ترى أنه لو بعث^(٥) على يدي^(٦) عبده وقد آجر العبد من غيره لا يضمن، وإنما لا يضمن لما قلنا.

وعن محمد - رحمه الله - في الوديعة: إذا أتى بالوديعة ووضعها في منزل المودع فضاعت ضمن للمستودع؛ لأن المودع ائتمنه ولم يرض بغيره، وكذلك لو دفعها إلى ابن المودع أو عبده أو إلى أحد ممن في عياله فضاعت ضمن. وفي الجامع الكبير: أنه لا ضمان^(٧).

مودع الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ عن الضمان، والله أعلم بالصواب.



(١) في م: رد.
 (٢) في م: يد.
 (٣) في م: يد.
 (٤) سقط في م.
 (٥) في م: بعثه.
 (٦) في م: يد.
 (٧) زاد في أ: في.

الفصل الحادي عشر

في الإنفاق على الوديعة

وفي إنفاق المودع بعض دراهم الوديعة [على نفسه

الوديعة]^(١) إذا كانت عبداً أو إبلاً أو بقراً أو غنماً وصاحبها غائب^(٢) فرفع المودع الأمر إلى القاضي وأقام بينة أنها وديعة عنده لفلان، أمره القاضي أن ينفق عليها بقدر ما يأمر^(٣) القاضي ويكون ذلك ديناً على المودع حتى إذا حضر أجبره القاضي على دفع النفقة إلى المودع، هكذا ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في وديعة الكافي .

إلا أن في الدابة إنما يؤمر صاحب الوديعة بدفع النفقة بقدر قيمة الدابة لا زيادة على ذلك، وفي العبد يؤمر بدفع النفقة بالغة ما بلغت، ذكره - رحمه الله - في شرح^(٤) الوديعة .

هكذا ذكر المسألة في بعض الكتب، و[في]^(٥) بعضها ذكر أنه إذا^(٦) كانت الوديعة شيئاً يمكن أن يؤاجره^(٧) وينفق عليها من غلتها أمره القاضي به، وإن كان^(٨) شيئاً لا يمكن أن يؤاجره^(٩) أمره القاضي أن ينفق عليها من ماله يوماً أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك، ولا يأمره بالإنفاق زيادة على ذلك بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، وإن أمره بالبيع في أول وهلة كان جائزاً .

(١) سقط في م .

(٢) في م: فيه .

(٣) في م: يرى .

(٤) في م: شرحه .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: إن .

(٧) في م: يؤاجر .

(٨) في أ: كانت .

(٩) في م: يؤاجر .

إذا كان عند الرجل وديعة دراهم أو شيئاً من المكيل أو الموزون فأنفق شيئاً منها في حاجته حتى صار ضامناً لما^(١) أنفق، لا يصير ضامناً للباقي، وإن جاء بمثل ما أنفق فخلطه^(٢) بالباقي صار ضامناً للكل، وهذا إذا لم^(٣) يجعل على ماله علامة حتى خلطه بمال الوديعة، أما إذا جعل [علامة]^(٤) بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق، وأما إذا أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته فبدا له ورده إلى موضعه، ثم جاء صاحبه، لا ضمان عليه أصلاً، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه الجملة في أول شرح كتاب الوديعة.



(١) في م: يدا.
 (٢) في أ، م: فخلط.
 (٣) زاد في م: يكن.
 (٤) سقط في م.

الفصل الثاني عشر

فيما إذا كان صاحب الوديعة غير واحد

رجلان أودعا دراهم أو دنائير أو ثيابا أو عبدا، فجاء أحدهما وطلب حصته والآخر غائب.

قال أبو حنيفة: ليس للمودع أن يدفع إليه حصته والآخر غائب.

وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه حصته ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وضع المسألة في الدفع^(١) في الأصل، وفي الجامع الصغير وضعها في الآخذ فقال: ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك، فقد جمع في الكتاب بين المكيل والموزون والعبيد والثياب، وأجاب عن الكل بجواب واحد.

قال: ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما: يدفع.

فمن مشايخنا من قال: بأن الخلاف في الكل واحد؛ ألا ترى أن محمدا - رحمه الله - لم يفصل في الكتاب بين المكيل والموزون وغيرهما.

ومنهم من قال: الخلاف في المكيل والموزون خاصة، وأما في الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر [حصته بلا خلاف، وهو الأشبه بالصواب.

في المتقى: لو دفع المودع إلى الحاضر^(٢) نصفها [فإن دفعه إليه]^(٣) ثم هلك ما بقى وحضر الغائب.

قال أبو يوسف: إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد لكون المسألة [مجتهداً فيها]^(٤) وإن كان بغير قضاء، فإن شاء الذي حضر اتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع

(١) في أ: الرفع، ولعلها: الدافع.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ، م: مجتهدة.

به الدافع على القابض، وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض. ولو أراد أحد الرجلين أن يقيم البينة [على المودع أن الوديعة كلها له لا تسمع منه، وكذا لو أراد أن يقيم البينة]^(١) على إقرار صاحبه وقت الإيداع [أن الوديعة]^(٢) كلها له لا تسمع بيته، ولو أن المودع في هذه الصورة ادعى هلاك الوديعة أو أخذ الحاكم منه.

فقال أحد المودعين^(٣): قد بقى في يدك شيء من الوديعة، كان له أن يحلفه على ذلك بلا خلاف.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - [وإن كان]^(٤) لا يرى حق استرداد الوديعة لأحدهما، بل يرى حق الاستحلاف لأحدهما، في فتاوى النسفي.



(١) سقط في أ.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في م: المدعين.
 (٤) سقط في م.

الفصل الثالث عشر

في الاختلاف في الوديعة [والشهادة فيها]^(١)

في المتتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل ادعى قبل رجل وديعة وجعلها المودع وأقام المدعي البينة على دعواه وأقام [المدعى عليه]^(٢) بينة على المدعي أنه قال: ما لي على فلان شيء، قال: إن كان مدعي الوديعة [يدعي أن الوديعة قائمة]^(٣) بعينها عند [المدعى عليه]^(٤) فهذه البراءة^(٥) لا تبطل حقه.

وفيه أيضا: رجل قال: لفلان عندي وديعة ألف درهم وديعة، ثم قال بعد ذلك: قد ضاعت قبل إقراره، فهو ضامن.

ولو قال: كانت له عندي ألف درهم وديعة^(٦) فضاغت، فالقول قوله ولا ضمان.

ولو قال: له عندي ألف درهم وديعة قد ضاعت، ووصل الكلام صدقته استحسانا، وصار تقدير هذه المسألة: كانت له عندي ألف درهم وضاغت.

إذا قال المودع: ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء، قبل قوله مع اليمين. إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ما جحد^(٧) المودع وأقام المودع البينة على الضياع، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: إذا جحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع: لم تودعني.

وفي هذا الوجه: المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة سواء شهد الشهود

(١) سقط في م.

(٢) في م: المودع.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في م: المودع.

(٥) في أ، م: الردة.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: جرده.

على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود.

[الوجه^(١)] الثاني: ألا يجحد الإيداع وإنما يجحد الوديعة بأن قال: ليس لك عندي شيء ثم أقام بينة على الضياع [قبل^(٢) الجحود فلا ضامن و]^(٣)، إن أقام بينة على الضياع بعد الجحود فهو ضامن^(٤).

وفي القدوري: إذا قال المودع للقاضي: حلف المدعي^(٥) ما هلكت قبل جحودي، حلفه القاضي على العلم.

إذا قال المودع: قد أعطيتها، ثم قال بعد أيام: لم أعطتها ولكنها ضاعت، فهو ضامن ولا يصدق فيما قال، وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولاً ثم قال: أوهمت قد رددتها عليك، لا يصدق وهو ضامن.

وفي المنتقى: رجل أودع عند رجل وديعة فقال المودع: [ضاعت منذ عشرة أيام، وأقام صاحب الوديعة بينة أنها كانت في يده منذ يومين.

فقال المودع]^(٦): وجدتها وضاعت قبل ذلك، وإذا ادعى الرد أو الهلاك، وادعى المالك الاستهلاك فالقول قول المودع، وإن أقام^(٧) البينة فالبينة بينة المودع أيضاً [لدفن الضرر]^(٨).

ذكر في شرح الجامع في باب الاختلاف في المرابحة ورأس المال: رجلان جاءا إلى رجل كل واحد منهما قال: أودعتك هذه الوديعة.

(١) في م: و.

(٢) في أ: بعد.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: وإن أقام بينة على الضياع قبل الجحود فلا ضمان، وإن أقام بينة على الضياع مطلقاً ولم يتعرضوا لما قبل الجحود فهو ضامن.

(٥) في م: المودع.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: أقام.

(٨) في أ: لنفعه، وسقط في م.

فقال المودع: لا أدري أيكما أودعنيها ولا يدري لواحد منهما، فعليه أن يحلف لكل منهما ما [أودعه، ولا وديعة لواحد منهما]^(١) عنده؛ لأنه نكر دعوى كل واحد منهما فإن أبي أن يحلف لهما أعطى تلك الوديعة إليهما ويضمن مثلها [إن كانت^(٢) مثليا]^(٣)؛ لأنه [أتلف نصف وديعة كل واحد منهما بجهله الطالب وورثة المودع. قال الطالب قد مات ولم]^(٤) يبين فصار^(٥) دينا في ماله.

وقال^(٦) الورثة: كانت قائمة بعينها ثم مات المودع وكانت معزولة^(٧) ثم هلكت بعد موته، فالقول قول الطالب هو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت دينا في التركة ظاهرا فلا يقبل قول الورثة.

وفي فتاوى أبي الليث: مات المودع فقال ورثته: قد رد الوديعة في حياته، لم يقبل قولهم والضمان واجب في مال الميت؛ لأنه مات مجهلا، فإن أقام الورثة البينة على إقرار الميت أنه قال في حياته: رددت الوديعة، يقبل؛ لأن الثابت بالإقرار^(٨) كالثابت معاينة.

قال المودع لرب الوديعة: قد رددت بعض الوديعة، ومات فالقول قول رب الوديعة فيما أخذ مع يمينه؛ لأن الوديعة صارت دينا ظاهرا إلا قدر ما رد إلى رب الوديعة [والأخذ رب الوديعة]^(٩) فيكون القول قوله^(١٠) مع اليمين في مقدار المأخوذ.

(١) في م: أودعها.

(٢) في م: كان.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وصار.

(٦) في م: وقالت.

(٧) في م: معروفة.

(٨) في أ: بالبينة.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: له.

قال محمد - رحمه الله - في آخر الجامع: رجل أودع ألف درهم.

فقال المودع لصاحب المال: [قد قبضت بعد ودفعتك، ثم مات.

وقال صاحب المال: لم أقبض شيئاً.

فقال لصاحب المال^(١): لا بد وأن تقر بقبض شيء، وهذا لأن إقرار المودع

بقبض بعض الوديعة [كإقرار صاحب الوديعة؛ لأن المودع مسلط على تسليم

الوديعة]^(٢) إلى صاحبها من جهة صاحبها، فصار قوله في تسليم الوديعة كقول

صاحبها، فصار كأن صاحب الوديعة قال: قبضت مائة.

وقال الورثة: لا بل تسعمائة، فالقول قول صاحب الوديعة؛ لأن ورثة المودع

صاروا ضامين بتجهيل الموروث، والضامن إذا ادعى على صاحب المال^(٣)

زيادة قبض كان القول قول صاحب الضمان مع يمينه كما في الغاصب^(٤)

والمغصوب منه.

وكذلك لو أقر صاحب المال [بعد موت]^(٥) المودع أنه قبض بعض الوديعة ثم

اختلفوا في مقداره فالقول قول صاحب المال مع يمينه [لما ذكرنا أن الورثة

صاروا ضامين بتجهيل الموروث فيكون القول قول صاحب المال^(٦) مع يمينه]^(٧)

على ما مر.

شريكان [في]^(٨) شركة مفاوضة أودع إنسان أحدهما ثم مات المودع من غير بيان

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الضمان.

(٤) في م: الغصب.

(٥) في أ: حالة حياة.

(٦) في أ: الضمان.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

كان الضمان عليهما، فإن قال الشريك الحي^(١): ضاعت في يد شريكي في حياته، لا يصدق لأن الضمان وجب بالتجهيل، ولو ادعى المودع بنفسه أنه [قد كان]^(٢) هلك بعد ما لزمه الضمان بالجحود لم يقبل قوله. وكذا لا يقبل قول الشريك، فعلى^(٣) هذا التعليل إذا مات المودع مجهلا^(٤) وادعى الوارث الضياع حال حياته لا يقبل قوله.



(١) زاد في م: الذي.
 (٢) سقط في م.
 (٣) زاد في م: تقدير.
 (٤) في م: مجهولا.

الفصل الرابع عشر

في المتفرقات

رب الوديعة إذا طلب الوديعة فقال المودع: اطلبها غدا، فجاء صاحبها غداً^(١)، لطلبها فقال: ضاعت، فإنه يسأل فإن قال ضاعت، قبل قوله: اطلبها غداً؛ يضمن وإن قال: ضاعت بعده؛ فلا ضمان لانعدام التناقض.

في فتاوى أبي الليث: [والعبد إذا استودع رجلاً وديعة ثم غاب لم يكن للمولى أن يأخذ الوديعة]^(٢) تاجراً كان العبد أو محجوراً، كان عليه العبد دين أو لم يكن، وهذا إذا لم يعلم أن الوديعة كسب العبد، وأما إذا علم أنها كسب العبد فللمولى حق الأخذ. في آخر وديعة الكافي وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها بمال المولى كان للمولى أن يأخذ.

إذا أودع عند رجل دراهم فجاء بعض عيال المودع وخططها بدراهم أخرى فلا ضمان على المودع؛ لأن فعل من في عياله كفعله فيما^(٣) يؤمر به من جهته، ولكن على الخالط الضمان صغيراً [كان]^(٤) أو كبيراً حرّاً كان أو مملوكاً. في أول وديعة الكافي.

رجل أودع رجلاً صك ضيعة والصك ليس للمودع ثم جاء من كان الصك باسمه وادعى ملك الضيعة والشهود الذين بذلوا خطوطهم [أبوا الشهادة حتى يروا خطوطهم في الصك، فالقاضي يأمر المودع حتى [يريهم الصك]^(٥) ليروا خطوطهم]^(٦) ولا يدفع الصك إلى المدعي. هكذا حكى عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -.

(١) زاد في أ: فهو ضامن وإن كان قال بعد قول.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) زاد في م: كان مأموراً.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: يري الصك من الشهود.

(٦) سقط في أ.

المودع إنما يضمن بالدلالة على الآخذ^(١) إذا لم يمنع المدلول عليه من^(٢) إدخاله الآخذ؛ أما إذا منعه وأخذه على كره منه لا يضمن. شيخ الإسلام في أول وصايا الجامع.

إذا سقط من يد المودع [شيء على الوديعة وأفسدها ضمنها المودع]^(٣)، ذكره شيخ الإسلام في باب ما يضمن الأجير.

المودع إذا أشهد على نفسه أنه أخذ الوديعة قرضاً بغير محضر من رب المال، فلا ضمان عليه إلا أن يحركها^(٤) المودع.

المودع إذا رد^(٥) الوديعة على المودع ثم جاء مستحق فاستحقها وقد هلكت فلا ضمان على المودع.

فرق بين هذا وبين ما إذا أمر المودع^(٦) أن يدفع الوديعة إلى رسوله فدفع وهلكت في يد الرسول ثم جاء مستحق واستحقها فإن المستحق بالخيار إن شاء ضمن المودع وإن شاء ضمن رسوله.

استأجر رجلاً ليحمل له شيئاً له [حمل]^(٧) ومؤنة إلى بغداد إلى رجل فوجد ذلك الرجل غائباً فترك المحمول على يدي^(٨) رجل عدل ليوصله إلى ذلك الرجل^(٩)، لا يضمن.

ينظر في إجازات شيخ الإسلام في أثناء مسألة الاستئجار^(١٠) لحمل الكتاب.

-
- (١) في م: الآخر.
 - (٢) في م: عن.
 - (٣) سقط في أ.
 - (٤) في م: يحولها.
 - (٥) في م: رأى.
 - (٦) زاد في م: إلى.
 - (٧) سقط في أ، م.
 - (٨) في م: يد.
 - (٩) زاد في م: ببخارا.
 - (١٠) في أ: الاستحسان.

مؤنة رد الوديعة على المالك، ومؤنة رد المستعار^(١) على المستعير، ومؤنة رد المستأجر على المؤجر^(٢)، ومؤنة رد الموهون على الراهن، ومؤنة رد المغصوب على الغاصب.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الشرب: إذا كان زرع بين ثلاثة نفر فحصده [عبيد]^(٣) أحدهم بأمرهم، ثم قال المدفوع إليه الكل: دفعت نصيبكما إلى هذا دفعة أو دفعتين، وكذابه في الدفع أو كذبه المدفوع إليه في الدفع وصدقه الآخر.

وقال: دفعت بغير أمرى، فهو سواء، ويقسم الثلث الذي بقي في يد الدافع بينهم أثلاثا بقي ستة أسهم، بقول المدفوع^(٤) إليه الكل: دفعت من ذلك سهمين وهو نصيبي إلى المدفوع إليه البعض، فلا ضمان على ذلك لأنني دفعت نصيبي إليه، ومن دفع ملكه إلى غيره لم يضمن شيئا، بقي أربعة أسهم بقول المدفوع إليه البعض وإنه مصدق في ذلك؛ لأن ذلك نصيب^(٥) من ستة أسهم وقد أودع عنده.

وإذا قال: دفعت إليه نصيبه وأنكر الآخر كان القول قوله مع اليمين ولا يضمن؛ لأنه يقول: دفعت الوديعة إلى [الآخر، والدافع]^(٦) متى أقر أنه دفع الوديعة إلى الآخر^(٧) يصير ضامنا سهمين من ستة أسهم للشريك الذي لم يدفع إليه [شيئا، فيأخذ الذي لم يدفع إليه]^(٨) شيئا من ذلك الدافع، وإذا أخذ ذلك يأتي المدفوع إليه البعض ويأخذ من ذلك نصفه، وذلك لأنه يقول: إن الدافع فيما يقول إنني دفعت إليك

(١) في م: الاستعارة.

(٢) في م: المؤجر.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: المودع.

(٥) في م: نصيبه.

(٦) في م: الأجنبي والمودع.

(٧) في م: الأجنبي.

(٨) سقط في أ.

سهمين من ستة الذي هو نصيبي مصدق في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه منكر الضمان والقول قول المنكر، وإنما هو غير مصدق في تخليص ما أخذ منه من ضمان السهمين لا شاهد على المدفوع إليه البعض والحكم لا يقطع بشهادة الواحد.

[وكان كالمودع]^(١) إذا قال لرب الوديعة: دفعت الوديعة إلى رسولك وأنكر الرسول [و]^(٢) صاحب الوديعة الدفع إلى الرسول^(٣) يكون مصدقا في براءة نفسه عن الضمان، وأما في إيجاب الضمان على الرسول لا يكون مصدقا^(٤)؛ لأنه شاهد على الرسول بالضمان، والحكم لا يقطع بشهادة الفرد.

وإذا لم يثبت [خلوص]^(٥) ما أخذ شريك المدفوع [إليه]^(٦) من ضمان السهمين وأنه بدل مال كان مشتركا بينهما، كان للمدفوع إليه أن يأخذ من ذلك نصفه وذلك سهم واحد، ثم لا يكون لشريك المدفوع إليه البعض أن يرجع على الدافع^(٧) بما أخذ منه المدفوع إليه البعض؛ لأن الدافع يقول: أقررت لك بسهمين من ستة وقد دفعتهما إليك، إلا أنه استحق نصفها من يدك [ولو استحق الكل من يدك]^(٨) لم يكن لك أن ترجع عليّ بشيء [فإن أقر الاثنان بشيء ودفعاه.

إلى المقر له، ثم استحق من يده، لا يكون له أن يرجع على المقر بشيء]^(٩) فكيف إذا استحق من [يده نصف]^(١٠) المقر به فقد حصل للدافع سهم ولكل واحد

(١) في م: كان المودع.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: لا.

(٤) في أ، م: مضافا.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: البعض.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: يد كل.

من شريكه سهمان فيصير خمسة، وذهب أربعة أسهم من تسعة أسهم، فكان كلام الدافع في هذه المسألة متضمنا أربعة أشياء: إقرارا، ودعوى، وإنكارا، وشهادة. أما الإقرار فلائنه [أقر]^(١) بإيجاب ضمان سهمين لشريكه المدفوع إليه البعض، أما الدعوى فلائنه ادعى خلوص ما في يده لنفسه، أما الإنكار [فإنكار ضمان]^(٢) نصيب المدفوع إليه البعض، أما^(٣) الشهادة فإنه شهد أن الذي لم أدفع إليه شيئا ما أخذ شيئا من ضمان سهمين خالص له ولا يترك للمدفع إليه البعض في ذلك؛ لأنه وصل إليه نصيبه، فقد تضمن كلام الدافع في هذه المسألة أربعة أشياء من الوجه الذي بينا

إذا أودع عند رجل عبدا ثم إن المودع وهب العبد للمستودع [والعبد ليس بحاضر، فقبله المستودع جاز]^(٤) وينوب قبض الوديعة عن قبض الهبة^(٥)؛ لأن كل واحد منهما قبض أمانة ويصير الموهوب له قابضا للعبد بنفس القبض^(٦) حتى لو مات العبد قبل أن يجدد الموهوب له فيه قبضا يهلك من مال الموهوب له حتى كان الكفن عليه، فإن استحقه رجل، فهو بالخيار إن شاء ضمن الموهوب له وإن شاء ضمن المودع، فإن ضمن الموهوب له هل يرجع على المودع؟ ينظر: إن كان الموهوب له قد جدد قبضا قبل أن يضمه المستحق لا يرجع بما ضمن على المودع، وإن لم يجدد رجوع، هكذا ذكر المسألة في كتاب العلل.

قالوا: وهذا التفصيل من خصائص كتاب العلل.

والفرق: أن الموهوب له إذا لم يجدد قبضا لا ينتفض قبض الوديعة بقبض

(١) سقط في م.

(٢) في م: فإن كان.

(٣) في م: وإنما الإنكار و.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: الوديعة.

(٦) في م: الهبة.

الهيئة^(١) وليست العبرة بقبض الهيئة، والموهوب له في قبض الهيئة عامل لنفسه فيكون قرار^(٢) الضمان عليه.

رجل كان له عند رجل وديعة فقال المودع لرب الوديعة: دفعت الوديعة إليك بمكة يوم كذا، وأقام رب الوديعة بينة أن المودع في اليوم الذي ادعى الدفع فيه^(٣) كان بالكوفة لم أجز هذه الشهادة، ولو أقام البينة على إقرار المودع أنه كان بالكوفة في ذلك اليوم قبلنا الشهادة.

في مناسك المتقى وفي باب المحضر وفي بيوع الجامع: رجل أودع رجلا جارية فغصبها^(٤) منه رجل فأبقت من يد الغاصب، كان للمودع^(٥) أن يضمن للغاصب القيمة بقضاء لأن للمودع ولاية استرداد العين بقضاء وبغير قضاء ليتوصل إلى الحفظ بالمأمور به فكان [له]^(٦) ولاية أخذ القيمة لقيامها مقام العين وتكون القيمة أمانة في يد المودع؛ لأنه نائب عن المالك في أخذ القيمة، فصارت كما كانت الجارية قائمة واستردها، فإن ظهرت الجارية [له]^(٧) الخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء أخذ القيمة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه لا خيار للمولى في أخذ عين الجارية؛ لأن المودع مأمور بالحفظ وأخذ القيمة من تمام^(٨) الحفظ فكانت^(٩) القيمة حاصلة^(١٠) بأمر المودع فيعتبر كما لو أمره المودع بذلك نصا، وهناك الجارية

(١) في م: الوديعة.

(٢) في م: إقرار.

(٣) في م: مكة.

(٤) في م: فقبضها.

(٥) زاد في أ: من.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: باب.

(٩) في م: فكان.

(١٠) في م: حاصلا.

[قائمة واستردها فإن ظهرت الجارية له الخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء]^(١) تصير مملوكة للغاصب فيها هنا كذلك. وجه ظاهر الرواية: أن المطلوب من المودع الحفظ لا غير، فصار مطلق التصرف [في]^(٢) الحفظ وما كان من ضروراته. وليس من ضرورات حفظ القيمة تملك الجارية، فصار في حق تملك الجارية بمنزلة الفضولي، فإن شاء المالك أجازه، وإن شاء رده وأخذ الجارية، فإن أخذ الجارية رجع الغاصب على المودع بما أخذ منه إن كانت قائمة^(٣)، وبمثلها إن كانت هالكة [فإن كانت هالكة]^(٤) حتى ضمن بمثلها رجع به على المالك؛ لأن المودع في قبض القيمة عامل للمالك؛ لأنه مأمور بالحفظ وقبض القيمة في هذه الحالة من جملة الحفظ.

قلنا: ومن عمل لغيره بأمره ولحقه نوع غرم بسبب ذلك العمل كان له أن يرجع بذلك على الأمر^(٥) فإن كان المودع أقر أنه قبض القيمة من الغاصب ولم يعلم ذلك إلا بقوله برئ الغاصب من القيمة؛ لأن المودع مأمور بقبض القيمة ها هنا فيقبل قوله في القبض على الأمر، فإن ظهرت الجارية واختار المولى أخذها، كان له ذلك، ويرجع الغاصب على المودع بالقيمة التي أخذها منه إن كانت قائمة وبمثلها إن كانت هالكة، ولا يرجع المودع على المولى ها هنا بما لحقه من العهدة.

فرق بين هذا، وبين ما إذا كان القبض معاينا أو ثبت ببينة، حيث يرجع المودع على المولى بما لحقه^(٦) من العهدة^(٧).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: قيمة.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في أ: فإن كان له أن يرجع بذلك على الأمر.

(٦) في أ: بحصته.

(٧) في م: العدة.

والفرق بين هذا: هو أن المودع نائب عن المالك^(١) ها هنا في قبض القيمة لكونه نائبا عنه في الحفظ فيصدق في الإقرار في القبض وما كان من ضروراته [و]^(٢) من ضرورة القبض براءة الغاصب عن الضمان. وأما الرجوع على المولى فليس من ضروراته، إنما^(٣) ذلك [راجع للغاصب؛ وهذا لأن]^(٤) الجارية قائمة فلا يصدق في الإقرار بالقبض في حق الرجوع على المولى، وصار هذا كالوكيل بالبيع إذا أقر باستيفاء الثمن والهلاك عنده، صح إقراره في حق براءة المشتري، إنما لا يصح إقراره في حق الوكيل^(٥) حتى لو رد عليه الاستحقاق [و]^(٦) رجع المشتري على الوكيل، فالوكيل لا يرجع على الموكل كذا ها هنا.

مودع من مالك [راكفت من بباغ ميروم وديعة تزابخانه هو سايه خريش فلان آمد منها وديعت ازخانه أو غائب شد تاواك دار شور مودع أولى ياني بيد كه نشور ويحتمل موب مولى مالي أسد وحفظ] فقال:

الاحتمال الأول: لا يخرج^(٧) الأول من أن]^(٨) يكون مودعا.

وعلى الاحتمال الثاني: يخرج [فلا يخرج]^(٩) بالشك، وإذا لم يخرج الأول من أن يكون مودعا^(١٠) كان حافظا للوديعة في بيته وهو مودع، فلا يجب الضمان عليه إذا ضاع من غير تقصير منه في الحفظ. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) في م: ذلك.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: يتجه.

(٤) في م: رجع الغاصب على المودع وهلاك.

(٥) في م: الموكل.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: عن.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

(١٠) زاد في أ: وعلى الاحتمال.

بسم الله الرحمن الرحيم

[رب يسر]^(١)

كتاب العارية^(٢)

(١) سقط في م .

(٢) العارية لغة: مشددة الياء على المشهور، وحكى الخطّابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عواري بالتشديد والتخفيف. قال ابن فارس: ويقال لها: العارة أيضًا قال الشاعر: [الطويل]
فأخلف وأثلف إنَّما المال عارةٌ وكُلُّهُ مَعَ الدَّهْرِ الَّذِي هُوَ آكِلُهُ
قال الأزهري: هي مأخوذة من غار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيار، وهي منسوبة إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب. وقيل: هي مشتقة من التعاور، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوّروه: إذا تداولوه بينهم. وحاصل الأمر أن العارية: تداول الشيء عارية: أعطاه إياه، فعل به مثل ما فعل صاحبه على أن يعيده.
ينظر: الصحاح (٢/٧٦١)، لسان العرب (٤/٦٢٢).

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة:

عرفها الحنفية: إنها تملك المنافع مجاناً.

وعرفها المالكية: بأنها تملك منفعة مؤقتة بلا عوض.

وعرفها الشافعية: إنها شرعاً إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه.

وعرفها الحنابلة: بأنها إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.

والأصل في مشروعية الإعارة الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ فقد روي عن ابن عباس، وابن مسعود أنهما قالاً: الماعون: العواري. وفسر ابن مسعود العواري بأنها: القدر، والميزان، والدلو. وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع: «والعارية مؤداة. والدين مقضي. والمنحة مردودة. والزعيم غارم». وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة». وأجمع المسلمون على جواز العارية.

ومن المعقول: أنه لما جازت هبة الأعيان، جازت هبة المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً.

واختلف الفقهاء في حكم الإعارة بعد إجماعهم على جوازها، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن حكمها في الأصل الندب، لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ وقول النبي ﷺ: «كل معروف صدقة». وليست واجبة؛ لأنها نوع من الإحسان. لقول النبي ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك»، وقوله: «ليس في المال حق سوى الزكاة». وقيل: هي واجبة.

واستدل القائلون بالوجوب بقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ﴾ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ

هذا الكتاب يشتمل على ستة فصول:

[الفصل^(١) الأول]

في بيان ما يملكه المستعير وما لا يملكه

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - [في^(٢)] الجنائيات في باب قبل باب التناجش^(٣)
أن للمستعير أن يربط [الدابة]^(٤) في الدار المستعارة؛ لأن هذا من جملة السكنى

سَاهُونَ ﴿٥﴾ الَّذِينَ هُمْ يُرَاكِبُونَ ﴿٦﴾ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴿٧﴾ نقل عن كثير من الصحابة أنها عارية القدر والدلو ونحوهما.

قال صاحب الشرح الصغير: وقد يعرض لها الوجوب، كغني عنها، فيجب إعاره كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا أجرة لمثله، وكذا إعاره سكن لذيبح مأكول يخشى موته، وهذا المنقول عن المالكية لا تأباه قواعد المذاهب الأخرى. وقد تكون حراما كإعطائها لمن تعينه على معصية. وقد تكون مكروهة كإعطائها لمن تعينه على فعل مكروه.

ينظر: تاج العروس، مادة (عور)، وينظر: حاشية ابن عابدين (٥٠٢/٤)، والاختيار (٥٥/٢)، والشرح الصغير (٥٧٠/٣)، وشرح الزرقاني (١٢٦/٦)، وشرح المنهاج وحواشيه (١١٥/٥)، ونهاية المحتاج (١١٧/٥)، والمغني (٢٢٠/٥)، وفتح القدير (٤٦٤/٧).

وتجوز إعاره كل عين يتنفع بها منفعة مباحة مع بقائها، كالدر، والبقار، والدواب، والثياب والحلي للبس، والفحل للضراب، والكلب للصيد، وغير ذلك، لأن النبي ﷺ «استعار أدراعا من صفوان». وذكر إعاره الدلو، والفحل. وذكر ابن مسعود عارية القدر، والميزان، فثبت الحكم في هذه الأشياء. وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها. ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إعارته إذا لم يمنع منه مانع؛ ولأنها أعيان تجوز إيجارها فجازت إعارتها. ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها أو للترزين، فإن استعارها لينفقها فهذا قرض، وقيل: ليس هذا جائزا، ولا تكون العارية في الدنانير.

وقال الحنفية: إنه تجوز أيضا إعاره المشاع، سواء أكان قابلا للقسمة أم لا. وسواء أكان الجزء المشاع مع شريك أم مع أجنبي، وسواء أكانت العارية من واحد أم من أكثر؛ لأن جهالة المنفعة لا تفسد الإعاره. ولم نعثر على حكم ذلك عند غير الحنفية.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٧٦٧/٤)، والشرح الصغير (٥٧٢/٣)، ونهاية المحتاج (١٢٠/٥)، والمغني، لابن قدامة (٢٢٤/٥، ٢٢٥).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: التناجش.

(٤) سقط في م.

فيملكه المستعير كالمستأجر، وليس له أن يؤاجر المستعار من غيره، فأما إذا أجر، صار ضامنا وكان الأجر له يتصدق به.

وهل له أن يودع أجنبيا^(١)؟

اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ليس له أن يودع، وإليه أشار في ودیعة الأصل.

[وفي السير الكبير في باب قبل باب من [يوضع له]^(٢) من الأداء [قبل]^(٣) غيره، واختار مشايخ العراق أن له ذلك، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في آخر عارية الأصل]^(٤)، وبه كان يفتي الفقيه أبو الليث، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله -، والصدر الكبير برهان الأئمة - رحمه الله -.

وهؤلاء قالوا: ما ذكر في ودیعة الأصل متأول، وتأويله: أن الإعارة قد انقطعت فبقي مودعا، وليس للمودع أن يودع، ولكن هذا التأويل ليس بصحيح على وضع المسألة في السير.

فإن وضع المسألة ثمة: رجل من المسلمين دخل دار الحرب بفرس له ثم [إنه]^(٥) أعار الفرس راجلا يخرج إلى دار الإسلام [وقال: أخرج عليه إلى دار الإسلام فاقض حاجتك واركبه حتى ترده عليّ فركبه المستعير وأدخله [دار الإسلام]^(٦) فلم يقدر على الرجعة فدفع الفرس إلى رجل وأمره أن يذهب به إلى صاحبه في دار الحرب]^(٧)، ففي هذه الصورة: الإعارة غير منقطعة؛ لأنه أعاره ليذهب به ويرده

(١) زاد في م: فقد.

(٢) في م: يرضخ من.

(٣) في ب: قيل، وسقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

عليه مع هذا جعل المستعير غاصبا والذي جاء به غاصب الغاصب، قالوا: وهذا الاختلاف بينهما فيما يملك بالإعارة^(١)، وأما فيما لا يملك بالإعارة^(٢) لا يملك الإيداع بالاتفاق.

وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يقول: وجه الرواية منصوصة أن المستعير لا يملك الإيداع.

وهل له أن يعير؟ فهذا على وجهين:

الأول: أن تكون الإعارة مطلقة، وفي هذا الوجه: له أن يعير، [كان المستعار]^(٣) شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به^(٤) أو لا يتفاوت، حتى [إن]^(٥) من استعار دابة للركوب ولم يبين الراكب، أو استعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس فله أن يعير [للكوب واللبس]^(٦) وإن كان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس.

ولكن إنما يعير^(٧) لغيره إذا لم يركب بنفسه أو يلبس بنفسه، فقد اختلف المشايخ:

قال بعضهم: ليس له أن يعير ولو أعار يضمن، وهو اختيار الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي.

وقال بعضهم: ليس له أن يعير وإذا أعار لا يضمن، وهو اختيار شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسي - رحمهما الله -.

وكذلك في الابتداء لو أركب غيره [أو ألبس غيره]^(٨) ثم أراد أن يركب أو يلبس

(١) في م: الإعارة.

(٢) في م: الإعارة.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: منه.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: المركوب والملبوس.

(٧) في م: يعيره.

(٨) سقط في م.

بنفسه، ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا.

وأما إذا كانت الإعارة مقيدة وهو الوجه الثاني، كان للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس فيه [في الانتفاع به]^(١) حتى إن من استعار دابة ليحمل عليها بنفسه أو عبداً ليخدمه أو داراً ليسكنها، فله أن يعير من غيره؛ لأن الناس لا يتفاوتون في هذه الأشياء.

ولو استعار [ثوباً]^(٢) ليلبسه أو استعار دابة ليركبها بنفسه ليس له أن يعير من غيره.

وفي [فتاوي أبي]^(٣) الليث: إذا استعار من آخر شيئاً فأعاده وقال [له]^(٤): لا تدفع إلى غيرك، فدفع فهلك، فهو ضامن.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : مراده من هذه المسألة [ما]^(٥) لا يختلف الناس في الانتفاع به، [أما ما يختلف الناس في الانتفاع به]^(٦) فالمستعير يضمن بالدفع إلى غيره، وإن لم يقل له: لا تدفع إلى غيرك.

قلت: وما ذكر الصدر الشهيد مستقيم فيما إذا كانت العارية مقيدة يشترط على المستعير أن ينتفع بنفسه، أما إذا كانت مطلقة، لا يضمن المستعير بالدفع إلى غيره إذا لم يقل له المعير: لا تدفع إلى غيرك، فإن هذا مما يختلف الناس في الانتفاع به.

وإذا استعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل الطعام عليها، فحمل عليها الوكيل طعام نفسه مثله، لا يضمن في باب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الفتاوى لأبي.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

خصومة المتفاوضين في كتاب الشركة .

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : استعار دابة أو استأجرها إلى المقابر لتشييع جنازة فركبها ثم رجع فدفعها إلى [غيره ليصلي] ^(١) فسرقت، فلا ضمان على المستعير ولا على المستأجر ^(٢)، وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت

(١) في م: إنسان ليعطي .

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في أن العارية إن تلفت بالتعدي من المستعير فإنه يضمنها، لأنها إن كانت أمانة كما يقول الحنفية: فالأمانات تضمن بالتعدي. ومذهب المالكية كذلك فيما لا يغاب عليه، أي: لا يمكن إخفاؤه، كالعقار والحيوان، بخلاف ما يمكن إخفاؤه، كالثياب والحلي فإنه يضمنه، إلا إذا أقام بينة على أنه تلف أو ضاع بلا سبب منه، وقالوا: إنه لا ضمان في غير ما ذكر.

وعند الشافعية، والحنبلة يضمن المستعير بهلاك الشيء المعار، ولو كان الهلاك بأفة سماوية، أو أتلفها هو أو غيره ولو بلا تقصير. وقالوا: إن تلفت باستعمال مأذون فيه، كاللبس والركوب المعتاد لم يضمن شيئاً، لحصول التلف بسبب مأذون فيه. وحجة الحنفية حديث: ليس على المستعير غير المغل ضمان والمغل هو الخائن. ولأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن، وليس هنا شيء من ذلك. أما العقد فلأن اللفظ الذي تعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على الاختلاف. وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه.

وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع بطريق التعدي، وما هنا ليس كذلك، لكونه مأذوناً فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه.

واستدل الشافعية والحنبلة بقول النبي ﷺ في حديث صفوان: «بل عارية مضمونة» وبقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي». ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضموناً كالغاصب والمأخوذ على وجه العموم.

واستدل المالكية في التفرقة بين ما يمكن إخفاؤه وما لا يمكن بحمل أحاديث الضمان، على ما يمكن إخفاؤه، والأحاديث الأخرى على ما لا يمكن إخفاؤه.

ثم قال الحنفية: إن الإتلاف يكون حقيقة، ويكون معنى. فالإتلاف حقيقة بإتلاف العين، كعطب الدابة بتحميلها ما لا يحمله مثلها، أو استعمالها فيما لا يستعمل مثلها فيه، والإتلاف معنى بالمنع بعد الطلب، أو بعد انقضاء المدة، أو ببحود الإعارة أو بترك الحفظ، أو بمخالفة الشروط في استعمالها، فلو حبس العارية بعد انقضاء المدة، أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة، يضمن؛ لأنها واجبة الرد في هاتين الحالتين، لقوله عليه الصلاة والسلام: «العارية مؤداة»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما

مستثنى .

وفي فتاوي الفضلى عن محمد - رحمه الله - فيمن استعار دابة فحضرت الصلاة فدفعتها إلى غيره ليمسكها فضاعت، فإن كان شرط في العارية ركوب نفسه، فهو ضامن، وإلا فلا .



أخذت حتى ترده». ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب، فصارت العين في يده كالمغصوب. والمغصوب مضمون الرد حال قيامه، ومضمون القيمة حال هلاكه. ولم ينص المالكية على المراد بالهلاك عندهم، ولكن يفهم من كلامهم في إعارة الدواب أن المراد به تلف العين. قالوا: وإن ادعى المستعير أن الهلاك أو الضياع ليس بسبب تعديه أو تفريطه في الحفظ، فهو مصدق في ذلك بيمينه، إلا أن تقوم بينة أو قرينة على كذبه، وسواء في ذلك ما يغاب عليه، وما لا يغاب.

ينظر: العناية شرح الهداية (٤٦٩/٧)، وتبيين الحقائق (٨٥/٥)، وبدائع الصنائع (٨/٣٩٠٦، ٣٩٠٧)، والشرح الصغير (٥٧٤/٣)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٤٣٦)، وبداية المجتهد (٣٤٢/٢)، وأسنى المطالب (٣٢٨/٢)، والمغني (٥/٢٢١).

الفصل الثاني

في الألفاظ التي تقع عند العارية

وفي بيان جواز شرط العارية

إذا قال لغيره: أجز لغيرك هذه الدار شهرا بغير شيء، أو لم يقل: شهرا، لا تكون عارية، في هبة شيخ الإسلام، وقد قيل خلافه.

وإذا قال: ملكتك منافع داري هذه شهرا، وجعلت لك سكني داري هذه شهرا، فهو عارية وشرط جوازها أن يكون الغير قابلا للانتفاع بها مع بقاء العين، وكونه قابلا لتمليك منفعه بعوض بعقد الإجارة، حتى كان إعارة الدراهم والدنانير والفلوس قرضا؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها؛ فتعذر العمل بحقيقة الإعارة فجعلناها كناية عن القرض.

وهذا إذا حصل إعارة الدراهم والدنانير مطلقة، أما إذا عين [في الإعارة انتفاعا يتأتى مع بقاء العين، لا يكون قرضا بل يكون [عارية تملك بها المنفعة المسماة دون غيرها، كمن استعار^(١)] [٢] دراهم ليتحمل بها في حانوته [أو ليعيد بها [ميزانا، وهذه الزيادة^(٣)] [٤] من شرح شمس الأئمة السرخسي.

قالوا: ويجب أن يكون الحكم في إعارة جميع المكيل والموزون هكذا. وفي العيون: استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو أجره فهو ضامن، وهذا إذا لم يقل: لأردها عليك، [وأما إذا قال: لأردها عليك^(٥)، وهذا عارية، وتصح الإعارة من غير بيان الوقت والمكان.

(١) في م: عارية وذلك يجوز أن يعبر من صيرفي.

(٢) في أ: ذلك يجوز أن يصير قرضا.

(٣) في م: سنجانة هذه الزيادات.

(٤) في أ: هذه الزيادات.

(٥) سقط في أ.

وما يحمل على الدابة وغير ذلك للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل^(١) والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها، وإنها نوعان: مطلقة، ومؤقتة، نحو أن يقول في الإعارة: شهرا، أو يقول: إلى مكان كذا، أو يقول: ليحمل عليها كذا ففيما إذا كانت مطلقة تجب رعاية القيد فيه كما في نصوص الشرع، فإنها فيما أطلقت مجراة على إطلاقها، وفيما قيدت تجب رعاية القيد فيه، ومن صفتها أنها [غير لازمة، وللمعير أن يرجع فيها متى شاء، ومن صفتها أنها]^(٢) ترتفع بمجرد النهي [وتبطل بموت أحدهما، كان نص عليه شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -]^(٣) في شرح كتاب العارية، [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب]^(٤).



(١) في م: العمل.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، م.

الفصل الثالث

في إعارة الأرض للبناء [والغراس والزرع]^(١)

ذكر في المتقى: أن من استعار من آخر أرضا ليزرعها فأعارها إياه فأذن له في ذلك إلى أن يدرك الزرع^(٢) فزرعها، فأراد صاحب الأرض أخذها قبل أن يستحصد [الزرع هو]^(٣) بالخيار إن شاء قلع الزرع، وإن شاء كانت الأرض عليه بأجرة مثلها إلى أن يستحصد [الزرع]^(٤) فإن أبي المستعير أن تكون الأرض في يده بأجرة^(٥) المثل وكره قلع الزرع أيضا، وأراد أن يضمن رب الأرض قيمة الزرع.

وقال: زرعي [متصل بأرضك]^(٦) فأشبهه الصبغ المتصل بثوبك فعلي أن أضمنك قيمته كما في الصبغ، فله ذلك، إلا أن يرضى رب الأرض أن يترك الزرع في أرضه حتى يستحصده، وذلك منه وفاء بالشرط الذي شرط في عقد العارية، ولا يلزمه شيء آخر، وذكر هذه الجملة بعد هذا وقال: ليس للزارع أن يضمن رب الأرض.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل أذن لرجل أن يزرع أرضه فزرعها، ثم أراد صاحب^(٧) الأرض أن يخرجها من يده [قبل أن]^(٨) يستحصد الزرع؛ لأن التغيرير بالمؤمن حرام، فإن قال رب [الأرض]^(٩): أعطيك البذر ونفقتك وأجرتك ويكون ما

(١) في أ: أو الغراس أو الزرع، في م: والغرس أو للزرع.

(٢) في م: بزرعه.

(٣) في م: فالمزارع.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بأجر.

(٦) في أ: يتصل بزوعك.

(٧) في أ، م: رب.

(٨) في م: حتى.

(٩) سقط في م.

زرعته لي، ورضى به الزارع، فإن كان لم يطلع من الزرع^(١) شيء [لا]^(٢) يجوز؛ لأن [الزرع يضمن]^(٣) [٤] وقطع الزرع قبل النبات لا يجوز، وبعد ما خرج فيه كلام.

وفي المنتقى أيضا عن أبي يوسف: في رجل أعار رجلا دارا فأذن له أن يبني فيها وأراد أن يخرجها.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : [عليه قيمة البناء]^(٥).

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : هذا خلاف جواب الأصل.

وجه ما ذكر هاهنا: أن البناء للدوام وقد أذن له فيه فبالإخراج يصير غارا، ولرفع الغرور أوجبنا القيمة.

وجه رواية الأصل أن [البناء للمعير]^(٦) [٧]؛ لأنه بنى هذا البناء معتمدا على إذنه مع علمه أن^(٨) هذا الإذن [بالبناء]^(٩) على الجواز دون اللزوم.

وقال أبو يوسف - رضي الله عنه - : ليست عليه القيمة إلا أن تكون العارية مؤقتة وأراد إخراجها^(١٠) قبل الوقت فحينئذ يلزمه القيمة.

ووجه ذلك: أن التأقيت^(١١) في العارية لا بد له من فائدة وذلك بأن يتعلق بها

(١) في م: المزارع.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: يصير.

(٤) في م: المزارع يضر.

(٥) في م: فيه.

(٦) في أ: يعير.

(٧) في م: الباني معير.

(٨) زاد في م: بنا.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: إخراجها.

(١١) في م: الثابت.

بعض أحكام العقد اللازم إن كان لا يتعلق بها جميعه، ثم لم يجعل للبانى ترك البناء بأجر المثل، ويجعل للزارع ترك الزرع بأجر المثل؛ لأن للزرع غاية معلومة، والأشجار نظير البناء؛ إذ ليس لها غاية.

وفي كتاب الشروط: الرجل يسكن الرجل داره سنة فأذن له أن يبني فيها [ثم بنى]^(١)، لصاحب الدار أن يخرجها قبل السنة وقد بنى فيها، ولو أنفق في البناء.

[قال: لصاحب الدار أن يخرجها وضمن قيمة البناء]^(٢) عند علمائنا الثلاثة، إلا أن يقول المستعير: البناء أحب إلي من القيمة، فحيثئذ له أن ينقضه.

قالوا: تأويله إذا كان الرفع^(٣) لا يضر بالأرض فيكون الخيار للمستعير، فأما إذا كان يضر بالأرض فالخيار لرب الأرض؛ لأن البناء يتبع الأرض [وأن يكون الخيار]^(٤) لصاحب الأصل دون صاحب التبع، وإن لم يؤقت له وقتا وأراد أن يخرجها كان له ذلك؛ فلا يضمن قيمة البناء عندنا.

وفي كتاب الشروط أيضا: إذا أعار من آخر أرضا وأذن له أن يبني فيها بناء ففعل، ثم جاء مستحق فاستحق الأرض قبل مضي [المدة فنقض]^(٥) بناء المستعير، فليس له على المعير قيمة البناء للمستعير^(٦) سواء كانت العارية مؤقتة [أو مطلقة].

وذكر الخصاص في شروطه فيما إذا كانت العارية مؤقتة^(٧) واستحق [الأرض قبل مضي الوقت: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يضمن المعير له قيمة

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: رفع البناء.

(٤) في م: والدار الخيار يكون.

(٥) في م: مدة ويقبض.

(٦) في م: للمعير.

(٧) سقط في م.

البناء .

وأبو حنيفة وأبو يوسف على ما ذكره الخصاص في شروطه فيما إذا كانت العارية مؤقتة واستحق^(١) سويًا في العارية المؤقتة .
 [فرق بين ما^(٢) إذا [كان^(٣) نقض البناء من المعير، وبين ما إذا كان نقض البناء من المستحق، ومحمد فرق بينهما فأوجب القيمة على المعير إذا كان النقض من المستحق [والله سبحانه وتعالى أعلم^(٤) .



(١) سقط في أ .

(٢) في م: بينما .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

الفصل الرابع

فيما يكون^(١) تضييعا للعارية وما لا يكون

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا كان الرجل على دابة بإجارة أو^(٢) عارية فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت، فهو ضامن.

من المشايخ من قال: هذا إذا لم يربطها بشيء، أما إذا ربطها بشيء فلا ضمان. ومنهم من قال: هو ضامن على [كل]^(٣) حال.

وإطلاق محمد - رحمه الله - [في الكتاب يدل عليه، وبه كان يفتى شمس الأئمة]^(٤)؛ وهذا لأنه لما دخل المسجد فقد غيبها عن بصره فصار مضييعا؛ ألا ترى أنها لو سرقت في هذه الحالة لا يجب القطع.

ويؤيده ما قال محمد - رحمه الله - عقب هذه المسألة ولو كان يصلى في صحراء فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت من يده فلا ضمان؛ لأنه لم يضيعها.

وعلى هذا [لو أدخل المستعير الحمل في]^(٥) بيته وترك الدابة المستعارة في السكة فهلكت، فهو ضامن سواء ربطها أو لم يربطها لما ذكرنا أنه لما غيبها عن بصره فقد ضيعها، حتى لو لم يتصور أنه إذا دخل المسجد أو البيت والدابة لم تغب عن بصره لا يجب الضمان، وعليه الفتوى.

وفي المتقى: مستعير الدابة إذا نام في المفازة ومقودها في يده فجاء إنسان وقطع

(١) في م: إذا كان.

(٢) في م: و.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: لو رد الحمل للمستعير.

المقود وذهب بالدابة [فلا ضمان عليه ولو مد المقود من يده وذهب بالدابة]^(١) ولم يشعر بذلك، فهو ضامن^(٢).

قال الصدر الشهيد في واقعاته: تأويل المسألة: ما إذا نام مضطجعا، وأما إذا نام قاعدا فلا ضمان؛ لأنه لو نام جالسا والمقود ليس في يده لا يعد مضيعا؛ ألا ترى أن محمداً - رحمه الله -.

قال في المودع: إذا نام جالسا والوديعة بين يديه فسرت، فلا ضمان، والمودع والمستعير في هذا الأمر على السواء، نص على التسوية شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب السرقة.

قالوا: وإنما يجب الضمان بالنوم مضطجعا إذا كان في السفر، أما إذا كان في الحضر فلا، وعلى هذا إذا نام المستعير قاعدا والمستعار بين يديه فلا ضمان وإن نام مضطجعا إذا كان في الحضر يجب الضمان، وإذا كان في السفر لا يجب.

ولو وضع المستعار تحت رأسه أو تحت جنبه ونام عليه مضطجعا، لا ضمان. روى بشر عن أبي يوسف: استعار دابة أو ثوبا في المصر حتى وقعت العارية للاستعمال في المصر ثم خرج بها عن المصر، فإن استعملها فهو ضامن^(٣)، وإن لم

(١) سقط في م.

(٢) ينظر: البحر الرائق (٧/٢٨١).

(٣) استعمال الوديعة للوديعة والانتفاع بها، كركوب الدابة، ولبس الثوب ونحو ذلك إما أن يقع بإذن صاحبها، أو بغير إذنه، فإذا استعملها الوديعة بإذنه، فلا خلاف بين الفقهاء في حل فعله ومشروعيته.

أما فيما يخص تضمين الوديعة بالاستعمال المأذون فيه، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: للحنفية، وهو أنه لا ضمان على الوديعة باستعمال الوديعة المأذون فيه، وهذا مقتضى قولهم بانتفاء التعدي بالإذن. وأن الإذن بالاستعمال ليس بمفسد لعقد الوديعة، لأن الشيء إنما يفسد بما ينافيه، والاستعمال لا ينافي الإيداع، ولذا صح الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداء.

وجاء في المادة ٧٩٢ من المجلة العدلية: كما أن للوديع أن يستعمل الوديعة بإذن صاحبها فله أيضًا أن يؤجرها، ويغيرها، ويرهنها. والثاني: للشافعية، وهو أن الإذن للوديع باستعمالها يفسد عقد الوديعة، لأنه شرط يناقض مقتضى العقد فيفسد.

ثم ينظر بعد ذلك: فإن استعمالها انقلبت عارية فاسدة، وتصير العين مضمونة بيده، إلحاقا لفساد العارية بصحيحها في الضمان. وإن لم يستعملها بقيت أمانة، إلحاقا لفساد الوديعة بصحيحها في عدم الضمان، حيث إن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه. والثالث: للحنابلة، وهو أن المالك إذا أذن للوديع باستعمال الوديعة، فاستعملها حسب الإذن، صارت عارية مضمونة، كالرهن إذا أذن ربه للمرتهن باستعماله. وإن لم يستعملها، فهي أمانة، لأن الانتفاع غير مقصود، ولم يوجد، فوجب تغليب ما هو المقصود، وهو الحفظ، فتبقى وديعة.

أما إذا استعمل الوديع الوديعة بغير إذن ربها، فقد اتفق الفقهاء على أن فعله هذا تعد يستوجب ضمانه.

وقد قيد الشافعية، والحنابلة قولهم بتضمينه في هذه الحالة بما إذا كان استعماله للوديعة خيانة مضمنة، أما إذا كان له عذر فيه، بأن ليس الثوب المودع لدفع العث عنه، أو ركب الدابة لعلفها أو سقيها، وكانت لا تنقاد إلا بالركوب، فلا ضمان عليه بذلك، لأنه مأذون فيه عرفا، فضلا عن كونه محسنا فيه، وما على المحسنين من سبيل.

كما قيد المالكية قولهم بتضمينه بما إذا كان انتفاعه بها على وجه يعطبها عادة، وعطبت. فأما إذا انتفع بها انتفاعا لا تعطب به عادة، وتلفت بأفة سماوية أو غيرها، فلا ضمان عليه. فإن تساوى الأمران أو جهل الحال، فالأظهر الضمان، ولو بسبب سماوي.

ونص المالكية، والشافعية على أن انتفاعه بها بدون إذن صاحبها يوجب عليه أجره مثلها لربها عن المدة التي بقيت في يده بعد التعدي، لارتفاع الأمانة به. وقد قيد المالكية وجوب الأجر للمالك في هذه الحالة فيما إذا كان مثله يأخذ ذلك وإلا فلا.

وقال الشافعية، والحنابلة: يبطل عقد الإيداع بتعدي الوديع على الوديعة باستعمالها والانتفاع بها، ويجب عليه ردها فورا إلى مالكيها؛ لأن يده صارت عادية كالغاصب. واختلف الفقهاء فيما إذا أزال تعديه على الوديعة، بأن ترك لبس الثوب، أو ركوب الدابة ونحو ذلك، وردها ليده سليمة، وعاود حفظها لمالكها، فهل يزول ضمانه بالوفاق أم لا؟ وذلك على قولين:

أولهما: للحنفية، والمالكية، وهو أنه يزول الضمان عنه لزوال ما يؤدي إليه. قال العيني: لأن الضمان وجب دفعا للضرر الواقع، وقد ارتفع بالعود إلى الوفاق. وقال ابن نجيم: ولأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات، فإذا خالف في البعض ثم رجع، أتى بالمأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهرا، فترك الحفظ في بعضه، ثم حفظ في الباقي، استحق الأجره بقدره.

يستعملها ففي الثوب لا ضمان عليه؛ لأنه حافظ له خارج المصر كما هو حافظ له في المصر، وفي الدابة يجب الضمان؛ لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للنفور فيكون إخراجها تضييعا معنى فيصير ضامناً.

وفي نواذر المعلى على أبي يوسف - رحمهما الله: استعار محملاً أو فسطاطاً وهو في مصر فسافر به، لا يضمن، ولو استعار سيفاً أو عمامة وهو في المصر فسافر بها، يضمن.

والفرق: أن^(١) الاستعارة في الموضوعين وإن وجدت في المصر إلا أن المحمل والفسطاط خارج المصر يستعملان فصارت إعارتهما إذنا بالمسافرة بهما ولا كذلك السيف والعمامة.

وقال في مجمع الأنهر: ولأن الشيء إنما يبطل بما ينافيه، والاستعمال لا ينافي الإيداع، ولذا صح الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداءً، فإذا زال عاد حكم العقد. وفي البحر الرائق نقلاً عن الظهيرية: أنه يزول الضمان عنه بشرط ألا يعزم على العود إلى التعدي، حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلاً، وفي عزمه أن يلبسه نهاراً، ثم سرق ليلاً، لا يبرأ من الضمان.

والثاني: للشافعية، والحنابلة، وزفر، وهو أنه لا يبرأ من الضمان، لأن حكم الوديعة، وهو الاستئمان، ارتفع بالعدوان، فلا يعود إليه إلا بسبب جديد، ولم يوجد، فلا يبرأ من الضمان.

ينظر: درر الحكام (٢/٢٦٢)، بدائع الصنائع (٦/٢١١)، وقررة عيون الأختار تكملة رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: محمد علاء الدين بن محمد بن أمين، طبعة مصطفى الحلبي، ط(٢)، ١٣٨٦ هـ (٢/٢٣٣)، والميسوط (١١/١١٥)، مجمع الأنهر (٢/٣٤١)، البحر الرائق (٧/٢٧٧)، وكفاية الطالب الرباني (٢/٢٥٤)، ومواهب الجليل والتاج والإكليل (٥/٢٥٤)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٤٠٤)، وشرح الزرقاني على خليل (٦/١١٥)، والتاج والإكليل (٥/٢٥٤)، وأسنى المطالب (٣/٧٩)، وتحفة المحتاج (٧/١٢٢)، والأم (٤/٦٠)، وروضة الطالبين (٦/٣٣٤)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٣/١٨٥)، والإقناع، لابن المنذر (٢/٤٠٥)، والإشراف على مذاهب أهل العلم، لابن المنذر (١/٢٥٦)، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٧/١٠٥)، حاشية قليوبي على شرح المنهاج (٣/١٨١)، وحاشية الرملي على أسنى المطالب (٣/٧٦)، كشف القناع (٤/١٦٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٤٥٤).

(١) في م: بين.

وعلى قياس ما ذكر في المسألة [المتقدمة في الثوب]: [لا ضمان عليه؛ لأنه حافظ له ينبغي ألا يجب الضمان في العمامة والسيف في هذه المسألة].
وعلى قياس هذه المسألة^(١)[^(٢)] ينبغي ألا يجب [الضمان]^(٣) في الثوب في المسألة الأولى، ويجوز أن يكون بين المسألتين فرق من حيث الوضع يعرف بالتأمل إن شاء الله تعالى.

إذا استعار من رجل بقرا [واستعملها وتركها]^(٤) في المراح فضاعت^(٥) فهذا على وجهين: إما إذا علم أن المعير [يرضى بكونها]^(٦) فيها [ترعى وحدها]^(٧) كما هو عادة بعض أهل الرساتيق، أو لم يعلم ذلك منه بأن كانت العادة مشتركة. ففي الوجه الأول: لا ضمان؛ لأنه تركها^(٨) في المراح بإذنه. وفي الوجه الثاني: يجب الضمان. في عارية فتاوى أبي الليث. إذا استعار ذهباً فقلد صبياً فسرق، فإن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه لا يضمن، وإلا فهو ضامن.

المستعير إذا قضى حاجته [من الدابة]^(٩) وردها على يد بعض من في عياله فلا ضمان عليه إن عطبت.

وكذلك إذا ردها على يد عبد صاحب الدابة وهو العبد الذي يقوم على الدابة، لا يضمن إن عطبت الدابة، وإن ردها على عبد لا يقوم على الدابة فعطبت في يده، ذكر

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في م: واستعمله وتركه.
 - (٥) في م: فضاع.
 - (٦) في م: رضي بكونه.
 - (٧) في م: يرى وحده.
 - (٨) في م: تركه.
 - (٩) في م: عبدا ولوه.

شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ما يدل على أنه يضمن فإنه قال: أرأيت لو كان المستعار عنده لؤلؤة فردها على عبد يقوم على الدواب فعطبت في يده كان لا يضمن.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : لا يضمن استحسانا كما لو لم يجد صاحب الدابة ولا خادمه فربطها على معلقها في دار صاحبها، وهو الصحيح، وإليه أشار [محمد - رحمه الله-] ^(١) في كتاب العارية.

وفي الوديعة إذا ردها على عبد صاحب الوديعة فضاعت ^(٢) في يده [فإن المودع] ^(٣) ضامن سواء ردها على عبد يقوم عليها أو لا يقوم عليها هو الصحيح وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله [تعالى- . والله أعلم] ^(٤).



(١) سقط في م .
 (٢) في م: وضاع .
 (٣) في م: فالمودع .
 (٤) سقط في م .

الفصل الخامس في خلاف^(١) المستعير

ذكر في غضب فتاوى أهل سمرقند: أن من استعار من آخر حملاً ليحمل [عليه]^(٢) شيئاً معيناً.

فقال له المعير: خذ عذاره^(٣) وسقه كذلك ولا تحل عنه فإنه لا يمسك إلا هكذا، فلما مضى ساعة خلا عذاره [وساقه كذلك]^(٤) فأسرع في المشي [فسقط وهلك]^(٥) يضمن المستعير؛ لأنه خالف شرطاً مقيداً.

استعار من آخر دابة ليركبها إلى موضع^(٦) وأخذها^(٧) في طريق فغصب، فهذا على وجهين:

إذا ذهب [بها]^(٨) في طريق لا يسلكه الناس فهو ضامن، وإن ركبها^(٩) في طريق يسلكه الناس، فلا ضمان عليه؛ هذا^(١٠) لأنه لا بد من إدخال الطريق تحت الإذن؛ لأن الذهاب إلى مكان بدون الطريق لا يمكن، فأدخلنا تحت الإذن الطريق المسلوك بحكم العرف والعادة، وصار الطريق المسلوك بحكم العادة كالمنصوص عليه.

ولو نص عليه فقال: اذهب إلى مكان كذا في طريق يسلكه الناس لا يضمن، كذا

(١) في م: خلاص.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: عزا.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فسقطت وهلكت.

(٦) في م: مكان.

(٧) في م: وأخذ بها.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: ذهب بها.

(١٠) في م: هكذا نحكم.

ها هنا .

وفي فتاوي شمس الإسلام الأوزجندي: إذا سلك طريقا ليس هو طريق الجادة^(١) وهو الذي يقال [له]^(٢) بالفارسية «مدينة» يضمن .

وإذا استعارها ليركبها في حاجة مسماة إلى ناحية من نواحي الكوفة فأخرجها إلى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها إليها من غير ذلك المكان فهلكت ، فهو ضامن لها .

استعار من آخر ثورا ليكرب أرضه وعين الأرض ، فكرب أرضاً أخرى غير تلك الأرض وعطب الثور فهو ضامن ؛ لأن الأراضي تختلف في الكراب سهولة وصعوبة ، فهو بمنزلة ما لو استعار دابة ليذهب إلى مكان معلوم فذهب إلى مكان آخر تلك المسافة ، وهناك يجب الضمان كذا ها هنا .

وكذلك لو أمسك الثور في بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن .
وإذا استعار دابة إلى مكان مسمى فجاوز المستعير ذلك المكان ثم عاد إليه فهو ضامن حتى يردها على المالك .

قيل : هذا إذا استعارها إلى ذلك المكان ثم عاد ذاهباً لا جائياً ، فأما إذا استعارها ذاهباً وجائياً فإذا عاد إلى ذلك المكان المسمى برئ عن الضمان ، وهذا لأنه إذا استعارها ذاهباً لا جائياً فإذا بلغ ذلك المكان انتهى العقد ، فإذا جاوزه دخلت العين في ضمانه ، وإذا عاد إليه فقد عاد إلى الوفاق والعقد ليس بباق^(٣) ويبرأ عن الضمان ؛ ألا ترى أن المودع إذا [عاد إلى]^(٤) الوفاق والعقد منته^(٥) فإن كان مؤقتاً لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد إلى المالك كذا ها هنا .

(١) في م : العادة .

(٢) سقط في م .

(٣) زاد في م : لا .

(٤) في م : ادعى .

(٥) في م : ينتهي .

وأما إذا استعارها ذاهبا وجائيا، فإذا عاد إلى ذلك المكان فقد عاد إلى الوفاق والعقد باق، فهذا القائل يسوي بين المودع والمستعير، وبين المستأجر إذا خالف ثم^(١) عاد إلى الوفاق ونقول براءة الكل عن الضمان.

[ومن المشايخ من قال في مسألة العارية: لا يبرأ عن الضمان]^(٢) ما لم يردها على المالك سواء استعارها^(٣) ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا.

وهذا القائل يقول: إن^(٤) المستعير والمستأجر إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان، بخلاف المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فالقول أشبه.

والتفصيل الذي ذكرنا في مسألة العارية مذكور في الشروط والنوادير، وإليه أشار محمد في عارية الأصل، وبه أخذ شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله-.

استعار من آخر دابة ليحمل عليها شيئا فحمل عليها غير ذلك، فهذه المسألة على أربعة أوجه:

الأول: أن يحمل عليها غير ما سماه المالك إلا أنه مثل ما سماه المالك في الضر على الدابة من جنسه، بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى، أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره، وفي هذا لا ضمان عليه.

الثاني: إذا خالف في الجنس إلا أنه أقل مما سماه المالك في الحضور على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزه شعير فهلكت، لا ضمان عليه استحسانا.

(١) في أ: فقد.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: أجرها.

(٤) في م: بأن.

فأما إذا حمل عليها أكثر من عشرة^(١) أقفزة شعير إلا أنه في الوزن مثل الحنطة .
 ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنه يضمن مطلقا .
 وذكر الشيخ الإمام الزاهد أنه لا يضمن استحسانا، وهو الأصح .
 الثالث: إذا خالف إلى ما هو أضر بالدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل
 عليها آجرا أو حديدا مثل وزن الحنطة فهو ضامن، وكذلك إذا حمل في هذه الصورة
 قطنا أو تبنا أو حطبا أو كرما .
 الرابع: أن يخالف في القدر بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة
 فحمل [عليها]^(٢) خمسة عشر مختوما فهلكت الدابة، وفي هذا الوجه يضمن
 [ثلث]^(٣) قيمتها وهذا بخلاف ما إذا استعار ثورا ليطحن عليه^(٤) عشرة مخاتيم فطحن
 [به]^(٥) أحد عشر مختوما يضمن جميع قيمة الدابة، وموضع الفرق في^(٦) كتاب
 العارية من شرح شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا إذا كانت الدابة تطيق
 خمسة عشر مختوما، فإن كانت لا تطيق يصير متلفا [لها]^(٧) فيضمن جميع قيمة
 الدابة . والله أعلم بالصواب .



-
- (١) زاد في م: مخاتيم .
 (٢) سقط في م .
 (٣) سقط في أ .
 (٤) في م: به .
 (٥) سقط في م .
 (٦) في م: أول .
 (٧) سقط في م .

الفصل السادس

في المتفرقات

إذا استعار سيرا للأذين، ويقال بالفارسية «خوازه» فضع لا يضمن المستعير إذا لم يترك [المستعير]^(١) حفظه .

في فتاوى أبي الليث: إذا استعار دابة إلى الليل وهلكت قبل الليل لا يضمن، وإن هلكت في اليوم الثاني ضمن، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في الأصل .

وبعض مشايخنا قالوا: إنما يضمن إذا انتفع بها في اليوم الثاني حين [أذن]^(٢) يصير عاصيا مخالفا بالاستعمال بعد مضي الوقت، أما بدون ذلك لا يضمن كما في المودع، فإن المودع إذا أمسك الوديعة بعد انقضاء المدة بأن كان المالك قال له: احفظ وديعتي اليوم، فهلكت في اليوم الثاني، فهناك [لا يجب الضمان فيها هنا]^(٣) كذلك .

ومنهم من قال: يجب الضمان على كل حال .
وإطلاق محمد - رحمه الله - يدل عليه، وبه كان يفتي شمس الأئمة [رحمه الله، وهو الأصح .

وقد فرقوا بين^(٤) العارية والوديعة، والفرق من وجهين:
أحدهما: أن المستعير إنما أمسك العين بعد المدة لنفسه؛ لأنه إنما أمسكها^(٥) بقبضه السابق، وقبضه السابق كان لنفسه إلا [أن]^(٦) في المدة كان لا يضمن لكونه

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: السرخسي وهؤلاء من قوانين .

(٥) في م: أمسكه .

(٦) سقط في م .

مأذونا في القبض وبعد [ما تمت]^(١) المدة وانتهى الإذن [وهنا قابض لنفسه فيضمن به، ولا كذلك المودع؛ لأن المودع]^(٢) يمسك للمالك؛ لأنه يمسكه بالقبض السابق وذلك كان للمالك، والقبض للمالك لا يصلح سببا للضمان.

والثاني: أن مؤنة الرد^(٣) على المستعير فكأن المالك قال للمستعير: رد المستعار علي بعد انقضاء المدة، فإذا لم يردّها [امتنع عن الرد]^(٤) بعد طلب المالك فإنه سبب الضمان ولا كذلك المودع، فإن رد الوديعة ليس^(٥) على المودع بل^(٦) على المالك فلا يصير المالك طالبا منه الوديعة^(٧) بعد انقضاء [المدة]^(٨) حتى يقال: منع الوديعة بعد طلب المالك فلهذا افترقا.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: نفقة المستعار على المستعير^(٩).

(١) في م: انتهت.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: رد المستعار.

(٤) في أ: حتى يقال منع الوديعة.

(٥) في م: ليست.

(٦) زاد في م: هي.

(٧) في م: الرد.

(٨) سقط في م.

(٩) لا خلاف بين الفقهاء في أن الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤنة، تكون نفقتها ومصاريفها على صاحبها لا على المودع. فإن أذن مالكها للمودع بالإنفاق عليها، كان وكيلاً عنه في ذلك، ويعود عليه بما أنفق. فإن لم ينفق عليها، ولا أذن له بالإنفاق، فللمودع مطالبته بالإنفاق عليها، أو ردّها، أو الإذن له بالإنفاق عليها، ليرجع عليه به. وهذا إذا كان حاضراً. فإن كان غائبا، فقد اختلف الفقهاء في الإجراء الذي ينبغي للمودع أن يتبعه من أجل الإنفاق عليها، وذلك على النحو التالي:

فذهب الحنفية إلى أن المستودع يرفع الأمر إلى الحاكم، والحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأنفع والأصلح في حق صاحب الوديعة؛ لأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة، فإن كان يمكن إكراء الوديعة، فيؤجرها المودع برأي الحاكم، وينفق من أجرتها. وإن لم تكن صالحة للكراء، فيأمره ببيعها فوراً بثمن المثل، إن كان الأصلح لصاحبها ذلك. وإن كان الأصلح أن تبقى له، فيأمره بأن ينفق عليها من ماله إلى ثلاثة أيام رجاء أن يحضر المالك، فإن لم يحضر خلالها أمره ببيعها.

وقيد الحنفية الإنفاق على الوديعة إذا كانت حيوانا بألا يتجاوز هذا الإنفاق قيمة الحيوان، فإن تجاوزها فللمستودع أن يرجع بقدر قيمة الحيوان لا بزيادة على ذلك.

وقال الشافعية: إن فقد المالك، أو وكيله فيراجع الوديع الحاكم ليقترض الوديع على المالك، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها، أو يبيع جزءا، منها أو جميعها إن رآه. فإن فقد الحاكم تصرف الوديع وفق ما ذكر بنفسه وأشهد ليرجع، فإن لم يشهد لم يرجع في أحد وجهين، وهو المعتمد.

وقال إمام الحرمين: والقدر الذي يعلفها على المالك هو الذي يصونها عن التلف والتعيب لا ما يحصل به السمن.

وقال الحنابلة: يرفع الوديع الأمر إلى الحاكم، ليأمر بالإنفاق عليها من مال صاحبها إذا كان له مال؛ لأن للحاكم ولاية على مال الغائب، فإن لم يكن له مال، فعل ما يرى فيه الحظ للغائب من بيعها وحفظ ثمنها لربها، أو يبيع بعضها لنفقة الباقي، أو إيجارها لينفق من أجرتها عليها، أو الاستدانة على صاحبها، أو الإذن للوديعة بالإنفاق عليها من ماله ليرجع على صاحبها.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٠١/٤)، والتنق في الفتاوى للسغدري (٥٨١/٢)، مادة (٧٨٦) من المجلة العدلية، والفتاوى الهندية (٣٦٠/٤)، درر الحكام (٢٥١/٢)، (٢٥٢)، وبداية المجتهد (٣١٢/٢)، ومغني المحتاج (٨٥/٣)، كشاف القناع (٤/١٨٩)، والمغني (٢٧٤/٩)، المادة (١٣٣١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، وشرح المجلة للأتاسي (٢٥٧/٣).

ولو أنفق الوديع على الوديعة بدون إذن الحاكم، فهل يرجع على صاحبها بما أنفق؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول للحنفية، والشافعية: وهو أنه لا رجوع له على صاحب الوديعة بشيء؛ لأنه متطوع بما أنفق لإنفاقه على ملك الغير بغير أمره.

والثاني للمالكية: وهو أنه إذا أنفق عليها نفقة تلزمها، فإنه يرجع على صاحبها بما أنفق عليها، ولو وقع ذلك بدون إذنه، أو إذن الحاكم إذا ثبت الإنفاق بالبينة.

والثالث للحنابلة: وهو أنه إن لم يقدر على استئذان الحاكم، فأنفق عليها ناويا الرجوع على صاحبها بنفقتها، وأشهد على الرجوع، رجع عليها بما أنفق رواية واحدة؛ لأنه مأذون فيه عرفا، ولا تفريط منه إذا لم يجد حاكما.

وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه، فهل له الرجوع؟ يخرج على روايتين:

إحداهما: يرجع به؛ لأنه مأذون فيه عرفا.

والثانية: لا يرجع، لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم، على الصحيح من المذهب. ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٠١/٤)، درر الحكام (٢٥٢/٢)، المبسوط، للسرخسي (١٢٦/١١)، الكافي، لابن عبد البر (١٣٧/٢)، المدونة (١٥٧/١٥)، الأم (٦٣/٤)، الإشراف، لابن المنذر (٢٦٢/١)، المغني، لابن قدامة (٢٧٥/٩)، والإنصاف (٦/٦).

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي حاكيا عن أستاذه: أن المستعير لا يجبر على الإنفاق على العارية؛ لأنه لا لزوم في العارية، ولكن يقال للمستعير: إنه أحق بالمنافع، فإن شئت فأنفق عليه لتحصل لك منفعته^(١)، وإن شئت فخل يدك عنه وإما^(٢) تجبر على الإنفاق.

امرأة استعارت من امرأة سراويل لتلبسه فلبسته وهي تمشي [وانزلت^(٣) برجلها]^(٤) فتخرق السراويل، فلا ضمان عليها؛ لأنه لا صنيع لها فيه. في فتاوى أهل سمرقند.

امرأة أعارت شيئا بغير إذن الزوج إن أعارت من منافع ما يكون في يدها [عادة]^(٥)، فلا ضمان؛ لأنها أعارت بإذن الزوج، فإن أعارت ما لا يكون في يدها عادة فضاع ضمنت. في هذا الموضوع أيضا.

للأب أن يعير ولده وهل له أن يعير مال ولده؟

فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: له ذلك، وعامتهم على أنه ليس له ذلك. في أول وكالة شمس الأئمة الحلواني.

استعار من رجل ثورا^(٦) يساوي خمسين ليستعمله فقرنه مع ثور^(٧) يساوي مائة فعطب الثور العارية.

قال الفقيه أبو بكر: إن كان الناس يقرنون مثل هذا الثور^(٨) مع مثل [ذلك

= (٣٢٠، ٣٢١).

(١) في أ، م: المنفعة.

(٢) في م: أن.

(٣) في م: وارتفعت.

(٤) في أ: وارتفعت مرطها.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: ثوبا.

(٧) في م: ثوب.

(٨) في م: الثوب.

الثور^(١) فلا ضمان على المستعير؛ لأنه فعل ما فعل بالإذن عرفاً، فإن كانوا لا يقرنون مثل هذا الثور^(٢) مع مثل ذلك الثور^(٣) فهو ضامن.

إذا استعار من آخر شيئاً [له]^(٤) ليرهنه فذلك جائز وإنه معروف^(٥).

(١) في م: هذا الثوب.

(٢) في م: الثوب.

(٣) في م: الثوب.

(٤) سقط في م.

(٥) ليس للمستعير أن يؤجر العارية، ولا أن يرهنها بدون إذن المعير؛ لأنه لما كانت الإعارة من العقود غير اللازمة فهي دون الرهن والإيجار، وبما أن الرهن والإيجار من العقود اللازمة التي هي فوق الإعارة، فلا يتضمن الشيء ما فوقه.

لأن عقد الإجارة لازم ونظراً لكون العارية غير لازمة، فللمعير أن يرجع عنها في أي وقت أراد، فلو جوزنا إجارة المستعار لاقتضى ذلك ألا يكون للمعير حق الرجوع قبل انقضاء مدة الإجارة، وأن ينتظر حتى تنتهي مدة الإجارة بين المستعير والمستأجر، وبهذا يتضرر المعير.

أو أننا نقول في مقام الإثبات: لو كانت إجارة العارية جائزة لوجب أن نقول بلزوم ما لم يلزم (كالعارية) فلو جازت إجارة العارية لاقتضى ذلك لزوم العارية، لعدم إمكان الاسترداد في مدة الإجارة، وهذا مخالف لموضوعات العارية، أو نقول بعدم لزوم ما يلزم كالإجارة، وعدم لزوم الإجارة مخالف لموضوعاتها.

ويثبت عدم جواز الرهن في العارية على الوجه الآتي: وهو أن الرهن بعد القبض يكون عقداً لازماً من جهة الراهن وهو كعقد الإجارة، أي: أنه لو جاز الرهن فإما أن يوجب ذلك لزوم ما لا يلزم وهو العارية، أو يوجب عدم لزوم ما يلزم وهو الرهن.

ويثبت ذلك أيضاً بصورة أخرى وهو: أن الرهن هو إيفاء، وليس للمستعير أن يوفي دينه بمال الآخر بدون إذنه، ويستفاد من إطلاق هذه المادة أن إيجار ورهن العارية غير جائز، سواء أكانت من الأموال التي تختلف باختلاف المستعملين أم لا تختلف، وقد ظهرت الأسباب التي جوزت إعارة المستعير للعارية التي تختلف باستعمال المستعملين وعدم جواز الإجارة فيها.

ويستفاد من هذه المادة أن للمستعير إيجار العارية ورهنها بإذن المعير.

وكذلك لو استعار مالا ليرهنه على دين عليه في بلد فليس له أن يرهنه على دين عليه في بلد آخر.

وإذا كان إذن صاحب المال مقيداً بأن يرهنه في مقابلة كذا دراهم، أو في مقابلة مال جنسه كذا، أو عند فلان، أو في البلدة الفلانية، فليس للمستعير أن يرهنه إلا على وفق قيده وشرطه.

ولو أجز المستعير العارية من آخر بلا إذن المعير، أو إذا استعار مالا ليرهنه في مقابل دين

وإذا استعار ليؤاجره فهو جائز أيضا.

ذكر شيخ الإسلام في باب الاختلاف في المزارعة: طلب من آخر^(١) ثورا عارية فقال له المعير: أعطيك غدا [فلما كان الغد]^(٢) أخذ المستعير الثور بغير إذن صاحبه واستعمله فعطب الثور في يده.

ذكر في فتاوى أبي الليث: أن عليه الضمان.

وفي مجموع النوازل: أنه لا ضمان عليه.

إذا اشترط الخراج على المستعير في العارية تصير العارية إجارة فاسدة؛ لأن الخراج على المعير، فإذا [شرط]^(٣) على المستعير فقد جعله بدلا عن المنافع [بعد أن كان بمعنى]^(٤) الإجارة والعبرة للمعاني في العقود^(٥)، وتكون الإجارة فاسدة؛

عليه في بلدة، فرهته في مقابل دين آخر عليه في بلدة أخرى وتلفت العارية أو ضاعت، لزم الضمان على المستعير الأول مع المستعير الثاني أو المرتهن وقت التسليم، أي: يلزم ضمان قيمتها يوم تسليمها؛ لأن المستعير يعتبر متعلبا بالتسليم المذكور، وهذا الإيجار والرهن والتسليم من قبيل الغصب، أما إذا لم يتلف فللمعير حق في استرداده.

(١) في م: رجل.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لفقدان معنى.

(٥) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني:

والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، وكذا ما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، فإنها معتبرة في تعيين جهة العقود.

وقد صرح الفقهاء بأنه يحمل كلام كل إنسان على لغته وعرفه، وإن خالفت لغة الشرع وعرفه، ومنه انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعية لها، مما يفيد معنى تلك العقود في العرف كانعقاد البيع والشراء بلفظ الأخذ والعطاء، وانعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ الضمان في عرفنا الحاضر.

ولذلك جعلوا الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءته كفالة.

وما ذاك إلا اعتبارًا «لجانب المعنى وإلغاء لخصوص المبنى».

المراد بالعقود المذكورة في هذه القاعدة: العقود المنبئة على الأغراض والمقاصد، لا على الألفاظ، كالبيع، والإجارة، والحوالة، تعتبر فيها المقاصد والمعاني؛ ولا عبرة

لأن قدر الخراج مجهول.

أما إذا كان خراج مقاسمة فظاهر؛ لأنه بعض الخراج، والخراج قد يزداد وقد ينتفض.

وأما إذا كان خراج وصية فلان فإن كان مقدرًا إلا أن الأرض لم تحتمل ذلك القدر

للألفاظ.

قال ابن القيم - رحمه الله - في كتابه إعلام الموقعين (٣/٩٨): وتأمل قول النبي ﷺ: «صيد البر لكم حلال، وأنتم حرم، ما لم تصيدوه أو يصد لكم»، كيف حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال، إذا كان قد صاده لأجله، فانظر كيف أثر القصد في التحريم، ولم يرفعه ظاهر الفعل... إلى أن قال: (فهذه النصوص وأضعافها تدل على أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها، وأحكام الشريعة تقتضي ذلك أيضًا، فإن الرجل إذا اشترى، أو استأجر، أو اقترض، أو نكح، ونوى أن ذلك لموكله أو لموليه، كان له، وإن لم يتكلم به في العقد، وإن لم ينوه له، وقع الملك للعاقِد، وكذلك لو تملك المباحات من الصيد، والحشيش، وغيرها، ونواه لموكله، وقع الملك له عند جمهور الفقهاء).

وقال في ص (١٠٩): (وإنما النزاع في الحمل على الظاهر حكمًا بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما أظهره، فهذا هو الذي وقع فيه النزاع، وهو هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها، أم للقصد والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده، وفي حله وحرمة، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلًا وتحريمًا، فيصير حلالًا تارة، وحرمانًا تارة أخرى، باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحًا تارة وفسادًا تارة باختلافها).

وبعد سوقه عددًا من الأمثلة قال: (فالنية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها، والنبي ﷺ قد قال كلمتين كفتا، وشفتا، وتحتهما كنوز العلم، وهما قوله: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»، فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعتم العبادات، والمعاملات، والأيمان، والنذور، وسائر العقود والأفعال).

وهذا مذهب الحنفية، والمالكية أيضًا، وهو أحد الوجهين المعمول به في بعض الأحوال عند الشافعية.

ينظر: المسبوط (٢٣/٢٢، ٢٥)، حاشية ابن عابدين (٣/١٦)، مواهب الجليل (٤/٢٢٩)، المجموع (٩/١٧٢)، مغني المحتاج (٢/٤٦١)، كشف القناع (٣/٥٤٧).

ينتقص عنه، وجهالة البدل في الإجارة توجب فساد الإجارة، ومحله^(١) في ذلك أن يؤجر الأرض منه سنة معلومة ببدل معلوم ثم مات^(٢) فإنه يؤدي من ذلك خراجها إلى السلطان فإنه جائز وكله أداء ما عليه^(٣) للسلطان من مال استحق^(٤) عليه بعقد الإجارة.

رجل استعار من آخر فرسا حاملا ليركبها إلى موضع كذا [فأردف مع نفسه رجلا]^(٥) آخر فأسقطت جنينا، فلا ضمان على المستعير في الجنين، ولكن إذا^(٦) انتقصت الأم بسبب ذلك فعليه نصف النقصان؛ لأن النقص^(٧) حصل بركوبه وركوب غيره، وركوبه مأذون فيه لا يصلح سببا للضمان، وركوب غيره ليس بمأذون فيه [فيقضي بضمان]^(٨) النقصان، فأوجبنا^(٩) عليه ضمان النصف^(١٠)، هذا إذا كان الفرس بحال يمكن أن يركبه اثنان، فأما إذا لم يكن فهو إتلاف ويجب ضمان جميع النقصان على المستعير.

رجل في يده ثوب عارية لرجل، طلب رب^(١١) الثوب ثوبه.

فقال المستعير: نعم أدفع، وفرط في الدفع حتى مضى سنة ثم هلك الثوب، فهذا

على وجهين:

-
- (١) في م: ومحمله.
 - (٢) في م: ما ير.
 - (٣) زاد في أ: ما.
 - (٤) في م: ما يستحق.
 - (٥) في أ، م: فركبها فولدت مع يعينه رجل.
 - (٦) في م: إن.
 - (٧) في م: النقصان.
 - (٨) في م: فنصف ضمان.
 - (٩) في أ: فإن جنى.
 - (١٠) زاد في أ: برأ و.
 - (١١) في م: صاحب.

إما أن يكون^(١) المستعير عاجزا عن الرد وقت الطلب، ففي هذا الوجه لا ضمان عليه.

وأما إذا كان قادرا على الرد وقت الطلب، ففي هذا الوجه المسألة على ثلاثة أقسام: أن ينص صاحب الثوب على الرضا بأن قال: لا بأس به، فلا، ضمان ويكون هذا منه بمنزلة ابتداء عارية، [وإن صرح بسخط، أو مكث]^(٢) ولم يقل شيئا، فهو ضامن. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -.

إذا أرسل رجلا يستعير دابه من فلان إلى خمسين ميلا، فجاء الرسول إلى فلان وقال: إن فلانا يقول لك: عرني دابتك إلى سمرقند، فدفعتها إليه [فجاء الرسول بالدابة إلى الذي أرسله ودفعتها إليه]^(٣)، ثم بدا للذي أرسله أن يركبها إلى سمرقند وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته [لا ضمان عليه؛ وإن ركبها إلى جيحون فهلكت تحته]^(٤)، كان عليه الضمان. في آخر عارية الكافي.

إذا قال الرجل لغيره: أعطيتك دابة وهلكت [عندك]^(٥) وقال ذلك الرجل: بل أعرتني وهلكت]^(٦)، فإن لم يكن ركبها، فلا ضمان عليه، وإن كان قد ركبها كان عليه الضمان.

ولو قال رب الدابة: قد أجزتكم، وادعى الآخر العارية^(٧)، كان القول قول مدعي العارية، وإن كان قد ركبها. في هذا الموضع أيضا.

(١) في م: كان.

(٢) في أ، م: وإنه نص على السخط أو سكت.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: عندي.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في م: لا إعارة.

صبي استعار من صبي شيئاً كالقدوم ونحوه فأعطاه وكان الشيء لغير الدافع فهلك في يده، إن كان الصبي الأول مأذونا لا يجب على الثاني شيء، وإنما يجب على الأول؛ لأنه إذا كان مأذونا صح الدفع منه فكان الهلاك حاصلًا بتسليطه. ولو كان ذلك [غير مأذون]^(١) لا يضمن الثاني أيضا لما قلنا.

وإن كان الأول محجورا عليه يضمن هو بالدفع ويضمن الثاني بالأخذ منه، ويكون الأول غاصبا [والثاني غاصب الغاصب]^(٢). استعار رجل من غيره شيئاً فدفع ولد الصغير المحجور ذلك الشيء إلى غيره عارية فضاع، ضمن الصبي الدافع وكذلك المدفوع إليه؛ لأن الأول^(٣) غاصب وكذا الثاني.

رد^(٤) المستعار على المستعير ورد المستأجر على المؤجر^(٥) والعبرة لما يعود ويحصل^(٦)، والحاصل [للمؤجر^(٧) النفع وللمستأجر المنفعة]^(٨) وبدل المنفعة عينا فكان خيرا من المنفعة^(٩)، فكانت مؤنة الرد عليه، والحاصل للمستعير المنفعة^(١٠)، والمعير لا شيء له وكانت مؤنة الرد عليه وإنما يعود إليه ملكه لا غير، فكان المستعير أسعد حالا وكانت مؤنة الرد على المستعير^(١١) في شرح الجامع الصغير في باب مسائل متفرقة من كتاب الإجازات ذكره الشيخ الإمام حسام الدين - رحمه الله - آمين.

-
- (١) في أ: الشيء.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) في م: الغاصب.
 - (٤) في م: و.
 - (٥) في أ، م: الأجر.
 - (٦) في م: وتحصيل.
 - (٧) في أ: للأجير.
 - (٨) في م: للأخير المنتفع المستأجر النفقة.
 - (٩) في م: النفقة.
 - (١٠) في م: النفقة.
 - (١١) في م: المعير.

كتاب الشركة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على سبعة فصول:

الأول: في بيان أنواع الشركات، وشرائطها، وأحكامها

(١) الشَّرِكَةُ في اللغة: مصدر من الفعل الثلاثي: شَرِكَ يَشْرِكُ شِرْكَاً، أو اسم مصدر من الثلاثي المزيد: شَارَكَ يَشَارِكُ يَشَارِكَةً، أو من المضعف شَرِكَ يَشْرِكُ تَشْرِيكاً. وفي لفظ الشَّرِكَةَ لغات أشهرها ثلاثة هي: «شِرْكَة» بكسر فسكون «وشَرِكَةَ» بفتح فكسر «وشَرِكَةَ» بفتح فسكون. قال ابن القطاع: يقال: شَرِكْتُكَ في الأمر: أَشْرَكْتُكَ شِرْكَاً وشِرْكََةً، وحقى: بوزن نعمة وسرقة.

وحقى مَكِّي لغة ثالثة: شِرْكَة بوزن تَمْرَةٍ. وحقى ابن سيده: شَرِكْتُهُ في الأمر وأشَرِكْتُهُ. وقال الجوهري: وشَرِكْتُ فلاناً: صرت شَرِيكُهُ، واشْتَرِكْنَا، وتَشَارَكْنَا في كذا، أي: صوِّنا فيه شُرَكَاءَ. والشُّرُوكُ بوزن العلم: الإِشْرَاكُ، والتَّصْيِبُ. والشَّرِكَةُ واحدة الشركات، وواحد الشُّرَكَاءَ: شريك، يجمع على شُرَكَاءَ وأشْرَاكٍ، ومعناها الاختلاط، أو خلط المِلْكَيْنِ، أو مخالطة الشريكين واشتراكهما في شيء وَاجِدٍ. وقيل: هو أن يُوجَدَ شيء لاثنتين فَصَاعِداً، عَيْنًا كان ذلك الشيء أو معنى. وقيل: أن يكون الشيء بين اثنتين لا ينفرد به أحدهما. وحاصل ما قيل: أن معنى الشركة في اللغة، الاختلاط والامتزاج. وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكُوا فِي أَمْرِي﴾ [طه: ٣٢]. - وقوله تعالى: ﴿فِيهِ شُرَكَاءٌ مُّشْتَكِسُونَ﴾ [الزمر: ٢٩]. - وقوله ﷺ: «الناسُ شُرَكَاءُ في ثلاثة: الماء، والكلأ، والنار».

ينظر: الصحاح (٤/١٥٩٣)، ومعجم مقاييس اللغة (٣/٢٦٥)، المصباح المنير (١/٤٧٤)، النهاية في غريب الحديث (٢/٤٦٦)، لسان العرب، ص (٢٢٤٨، ٢٢٥٠)، ترتيب القاموس المحيط (٢/٧٠٤)، مختار الصحاح، ص (٣٣٦). واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: عِبَارَةٌ عن اختلاط التَّصْيِبَيْنِ فصاعداً، بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر. وعرفها المالكية بأنها: إذن كل وَاجِدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما.

وعرفها الشافعية بأنها: هي ثُبُوتُ الْحَقِّ في شيء لاثنتين فأكثر، على جهة الشبوع. وعرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في استحقاق، أو في تصرف، والنوع الأول: شركة في المال، والنوع الثاني: شركة عقود. والشركة نوعان هما:

- شركة ملك، وهي إما اختيارية، كأن يشتري شخصان بيتاً أو سيارة فتصير ملكاً لهما،

فنقول: الشركة نوعان: شركة ملك، وشركة عقد^(١).

وإما اضطرارية، كأن يشترك اثنان في ملكية بيت وورثاه من شخص آخر.
- وشركة عقد: وستأتي.

ينظر: تبين الحقائق (٣/٣١٣)، حاشية ابن عابدين (٣/٣٣٢)، والمبسوط (١١/١٥١)، شرح فتح القدير (٦/١٥٢)، مواهب الجليل (٥/١١٧)، الكافي (٢/٧٨٠)، مغني المحتاج (٢/٢١١)، كشاف القناع (٣/٤٩٦)، المغني (١/٥).

(١) شركة الملك: أن يختص اثنان فصاعدا بشيء واحد، أو ما هو في حكمه. والذي في حكم الشيء الواحد، هو المتعدد المختلط، بحيث يتعذر أو يتعسر تفريقه لتمييز أنصباؤه. سواء في ذلك العين والدين وغيرهما. فالدار الواحدة، أو الأرض الواحدة، مثلا تثبت فيها شركة الملك بين اثنين إذا اشتريها أو ورثها أو انتقلت إليهما بأي سبب آخر من أسباب الملك، كالهبة والوصية والصدقة. وكذلك الإردبان من القمح أو أحدهما من القمح والآخر من الشعير، أو الكيسان من الدنانير ذات السكة الواحدة، يخلطان معا طواعية أو اضطرارا - كأن انفتق الكيسان المتجاوران. وقد أنكر بعضهم وقوع شركة الملك في الديون؛ لأن الدين وصف شرعي في الذمة، فلا يملك - وتمليكه ممن هو عليه، هو في حقيقة الأمر، إسقاط لا تمليك. ولكن الحق أنه يملك، قالوا: بدليل أن ما يقبضه أحد الدائنين عن حصته من الدين المشترك يكون مشتركا بين الدائنين، حتى ليتعذر التخلص من هذه الشركة إلا بإعمال الحيلة - كأن يهب المدين لقبض قدر نصيبه ما قبضه، ويبرئه القابض من حصته في الدين. أما غير الدين والعين، فكحق صاحبي الدار في حفظ نحو الثوب تلقيه فيها الريح، فإنه حق مشترك بينهما شركة ملك، إذ يملكه كلاهما. وليس يخالف أحد من أهل الفقه خلافا يذكر في ثبوت شركة الملك، على هذا النحو الذي ذكره الحنفية، وإن لم يصرح بعضهم باسمها، بل يعتمد كثير منهم أن يجمعوها في تعريف واحد مع شركة العقد، كما فعل بعض الشافعية، إذ عرف الشركة مطلقا بأنها: (ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ).

وبعض المالكية إذ عرفها كذلك بأنها: (تقرر متمول بين مالكين فأكثر).

تقسيم شركة الملك:

أولا: إلى شركة دين، وشركة غيره.

أ - فشرقة الدين: أن يكون الدين مستحقا لاثنتين فأكثر: كمائة دينار في ذمة تاجر تجزئة لأصحاب (الشركة) التي يعاملها.

ب - وشركة غير الدين: هي الشركة الحاصلة في العين، أو الحق، أو المنفعة: كما هو الحال بالنسبة للسيارات أو المنسوجات أو المأكولات في المتجر المشترك، وبالنسبة لحق شفعة الشريكين فيما باعه ثالثهما، وحق سكنى الدار أو زراعة الأرض لمستأجرها على الشيوخ، ولا خلاف لأحد من فقهاء المذاهب في صحة هذا التقسيم.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٣٤٣)، وفتح القدير (٥/١٢ - ١٤)، والفواكه الدواني (٢/١٧١)، ونهاية المحتاج (٥/١٤)، ومطالب أولي النهى (٣/٥٠٩)، وتنوير الأبصار

وشروحه (٣/٣٦٢ - ٣٦٣).

والأصل أن كل واحد من الشريكين أو الشركاء في شركة الملك أجنبي بالنسبة لنصيب الآخر؛ لأن هذه الشركة لا تتضمن وكالة ما، ثم لا ملك لشريك ما في نصيب شريكه، ولا ولاية له عليه من أي طريق آخر. والمسوغ للتصرف إنما هو الملك أو الولاية، وهذا ما لا يمكن تطرق الخلاف إليه.

ويترتب على ذلك ما يلي:

ليس لشريك الملك في نصيب شريكه شيء من التصرفات التعاقدية: كالبيع، والإجارة، والإعارة وغيرها، إلا أن يكون ذلك بإذن شريكه هذا. فإذا تعدى فأجر، مثلاً، أو أعار العين المشتركة فتلفت في يد المستأجر أو المستعير، فلشريكه تضمينه حصته، وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه. لكل شريك في شركة الملك أن يبيع نصيبه لشريكه، أو يخرج له عن ملكه على أي نحو، ولو بوصية، إلا أن المشترك لا يوهب دون قسمة، ما لم يكن غير قابل لها. ويستثنى من ذلك حالة الضرر. هكذا قرره الحنفية.

وهو في الجملة محل وفاق - إلا أن هبة المشاع سائغة عند جماهير أهل العلم بإطلاق: كما قرره المالكية، والشافعية، والحنابلة. والحنفية على أن هبة المشاع لا تجوز - بمعنى عدم إثبات ملك ناجز - فالهبة صحيحة، ولكن يتوقف الملك على الإفراز ثم التسليم. وذهب الحنفية، والشافعية إلى أن للشريك أن يبيع نصيبه لغير شريكه - في غير حالة الضرر - بدون إذن منه، واستثنى الحنفية حالة واحدة: هي حالة اختلاط المالكين دون شيوع - لبقاء كل مال على ملك صاحبه، وإن عسر تمييزه، أو تعذر: سواء كان اختلاطاً عفويًا، أم نتيجة خلط مقصود من جانب الشركاء. ففي هذه الحالة: أي: حالة اختلاط المالكين دون شيوع: لا بد من إذن الشريك لشريكه ليصح بيعه لغيره، ما دام المال شركة بينهما لم يقسم بعد. وسر التفرقة في الحكم بين هذه الحالة، حيث تتوقف صحة البيع لغير الشريك على إذنه، وبين غيرها، حيث لا يوجد هذا التوقف، أنه في حالة شيوع المال بين الشريكين - بسبب إرثهما إياه، أو وقوع شركتهما فيه بسبب آخر يقتضي هذا الشيوع: كشرائهما إياه معاً، أو إشراك أحدهما صاحبه فيه بحصة شائعة - يكون كل جزء في المال المشترك - مهما دق وصغر - مشتركاً بين الشركاء، وبيع النصيب الشائع جائز للشريك ولغيره، إذ لا مانع من تسليمه وتسلمه، فإن الإفراز ليس من شرائط التسليم - ومن ثم فلا نزاع في صحة بيع الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة ذاتاً كالذباة، والبيت الصغير، إلا أنه إذا سلم البائع العين المشتركة كلها، دون إذن شريكه، كان كالغاصب، والمشتري منه كغاصب الغاصب، بالنسبة لحصة الشريك الذي لم يبيع: حتى إذا تلفت العين كان للذي لم يبيع حق الرجوع بضمان حصته على أي الشخصين شاء: البائع أو المشتري، ثم إذا رجع على المشتري، يرجع المشتري على البائع. أما النصيب غير الشائع في شركة الملك، فباق على ملك صاحبه - إلا أنه التيس بغيره أو تعسر فصله. وهذا الالتباس أو التعسر لا يمنع القدرة على تسليمه إلى الشريك، إذا باعه إياه، ولكنه يمنع هذه القدرة وينافيها إذا باع النصيب لأجنبي عن

الشركة، دون إذن شريكه، إذ لا يمكن تسليمه أو تسلمه، إلا مخلوطا بنصيب هذا الشريك، فيتوقف على إذنه. وقال القرافي المالكي في الذخيرة: (إذا كانا شريكين في حيوان مثلا بميراث أو غيره لا يجوز لأحدهما أن يتصرف إلا بإذن شريكه: فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه، كان ضامنا على مقتضى القواعد؛ لأن أحسن أحواله أن يكون كالمودع في الأمانة، وهذا إذا وضع يد الأجنبي يضمن لتعديه، ولا يلزم عدم صحة البيع؛ لعدم قدرته على التسليم: لأنه إن كان شريكه حاضرا، سلم البيع له، وتقع الخصومة بينه وبين المشتري، أو غائبا، رفع أمره إلى الحاكم، ويأذن له في البيع ووضع مال الغائب تحت يده).

ينظر: بدائع الصنائع (٦/٦٥)، وحاشية ابن عابدين (٣/٣٤٣)، والعناية على الهداية (٧/١٢١)، وفتح القدير (٧/١٢٣)، وبداية المجتهد (٢/٣٢٩)، ونهاية المحتاج (٥/٢، ١٨٥)، والبجيرمي على المنهج (٣/٢١٦)، ومغني المحتاج (٢/١٣)، وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٥/٨٣)، والبهجة على التحفة (٢/٢١٦)، ومطالب أولي النهي (٣/٤٩٤)، والمادة ١٠٧٥ من المجلة، وحواشي تحفة ابن عاصم (٢/٢١٦). وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في (المادة ١٠٧١) على أنه: (يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف مستقلا في الملك المشترك بإذن الآخر، لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفا مضرا بالشريك) في جميع الملك المشترك. وهذا الإذن على نوعين:

النوع الأول - الإذن صراحة، فإذا أذن صراحة فللمأذون أن يتصرف بأي نوع من التصرف في دائرة الإذن الذي أذن له به من الشريك الأذن، سواء كان التصرف مضرا أو غير مضر، فلذلك له البيع والإجارة والإيداع والإعارة والهبة والتسليم والرهن. مثلا لأحد الشريكين أن يبيع الملك المشترك لآخر بإذن شريكه. وليس له أن يؤجره ويودعه ويعيره ويهبه ويسلمه لآخر، ويكون الإذن في هذه الحالة وكالة بالبيع أو الإجارة أو الإيداع أو الإعارة أو الهبة والتسليم أو الرهن. وله أن يهدمه وأن يبني طباقا فوقه وأن يعمره. كذلك لو أجز الشريك حصته للشريك الآخر أو أعارها له، فللشريك المستأجر أو المستعير أن ينتفع مستقلا بذلك الملك المشترك وأن يتصرف فيه. ومن ثم للشريك أن يتصرف بجميع أنواع التصرف من التصرفات المضرة وغير المضرة بإذن شريكه الصريح. النوع الثاني - الإذن دلالة، وهو في التصرفات الآتية:

أولا: في السكنى وتوابعها.

ثانيا: في تحميل الحيوان المشترك، وفي الحرث عليه، وفي استخدام الأجير المشترك. ثالثا: في زراعة الأرض؛ لكن لا يجوز له أن يتصرف تصرفا مضرا بالشريك بالإذن دلالة، أي أنه يجب أن يكون إذنا صريحا من الشريك للتصرف في المال المشترك تصرفا مضرا ورضاء منه، وليس له أن يتصرف ذلك التصرف المضر بداعي وجود إذن الشريك دلالة ورضاء منه بذلك؛ لأن التصرف في ملك الغير حرام من جهة حق الله تعالى، وهو حرام أيضا من جهة حق المالك، فإذا تصرف أحد في ملك الغير يمنع من التصرف بطلب المالك وادعائه، أما إذا كان المالك - أي: الشريك - غائبا ولم يطلب

وشركة الملك نوعان: شركة جبر، وشركة اختيار^(١).

ويدع منع الشريك من التصرف، فليس للقاضي أن يمنعه من نفسه من التصرف؛ لأنه يشترط في الحكم سبق الدعوى. أما إذا أذن الشريك صراحة لشريكه بالتصرف المضر فلا شك أن للشريك أن يتصرف بذلك. مثلاً: لو كانت دار مشتركة بين اثنين وسكن أحدهما بإذن الآخر تلك الدار، جاز ذلك ولو كان كثير العائلة. كذلك لو كانت زراعة الأرض المشتركة مضرّة بها وأذن الشريك عند سفره لشريكه بزراعتها، فله ذلك. وكما يكون هذا الإذن بطريق الإجارة، يكون أيضاً بطريق الإعارة. كذلك لأحد الشريكين هدم كل الدار المشتركة أو بعضها بإذن شريكه الآخر.

(١) تنقسم شركة الملك إلى اختيارية، واضطرارية (جبرية):

أ - فالاختيارية: هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء: سواء بواسطة عقد أم بدونه، وسواء وقع العقد مشتركاً منذ بدايته، أم طراً عليه اشتراكهما، أم طراً الاشتراك في المال بعد العقد. فمثال ما كان بواسطة عقد مشترك منذ البدء، ما لو اشترى اثنان دابة للجر أو الركوب، أو بضاعة يتجران فيها. وكالشراء قبول هبة شيء من ذلك، أو غيره، أو الوصية أو التصديق به. ومثال ما كان بواسطة عقد طراً اشتراكه أو اشتراكه في المال بعده، أن يقع الشراء أو قبول الهبة أو الوصية من واحد، ثم يشرك معه آخر، فيقبل الآخر الشركة - بعوض أو بدونه. ومثال ما كان بدون عقد ما لو خلط اثنان ماليهما، وما لو اصطاد اثنان صيدا بشرك نصباه، أو أحيا أرضاً مواتاً.

ب - والاضطرارية، أو الجبرية: هي التي تكون دون إرادة أحد من الشريكين أو الشركاء: كما لو انفتقت الأكياس، واختلط ما فيها مما يعسر - إن لم يتعذر - فصل بعضه عن بعض لتتميز أنصبأوه، كبعض الحبوب. أما إذا وقع الخلط بفعل أحد الشركاء، دون إذن باقيهم، فقد قال ابن عابدين: إن الخلط يملك ما خلطه بمال نفسه، ويكون مضموناً عليه بالمثل لتعديه، أي: فلا شركة. وهذا الذي تقدم لا خلاف فيه إلا في مثل مسألة: تملك شخص مال غيره بمجرد الاستبداد بخلطه بمال نفسه، بحيث لا يتميزان، أو يشق ويعسر تمييزهما، فقد قال الحنفية: إنه يملكه بذلك ويثبت في ذمته للآخر بدله، وقال بذلك ابن القاسم، ومعه جماهير المالكية، والقاضي من الحنابلة، وقال: إنه قياس المذهب، وهو أحد أقوال الشافعي اعتمده أكثر المتأخرين من أصحابه، بعد أن قيده في الأوجه بامتناع التصرف فيما ملك بالخلط، حتى يؤدي بدله لصاحبه؛ لأن الذي ملكه كذلك، لو كان ملكه بمعاوضة رضائية لم يجز له التصرف فيه حتى يرضى صاحبه بذمته، فأولى إذا ملكه بدون رضاه. ومن فقهاء المذاهب الثلاثة، من ينكر هذا التملك القسري، ويجعل المال مشتركاً: كما هو أحد أقوال الشافعي، واختاره التقي السبكي، وأطال في الانتصار له، وعليه أشهب من المالكية، وجماهير متأخري الحنابلة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٣٤٤)، وبلغه السالك (٢/١٦٥ و ٢١٣، ٣١٩، ٣٢٠)، وبداية المجتهد (٢/٣١٩)، ونهاية المحتاج وحواشيها (٥/١٤، ١٨٤، ١٨٧)، ومغني

وشركة الجبر: أن يختلط مالان لرجلين بغير اختيار المالكين خلطاً لا يمكن التمييز بينهما، بأن كان الجنس واحداً، أو يمكن التمييز بضرب كلفة ومشقة، نحو أن تختلط الحنطة بالشعير [ويرثا مالاً]^(١).

وشركة اختيار: أن يوجب لهما مال، أو يملكان مالاً بالاستيلاء ويخلطان مالهما، ثم من حكم الثانية بخلطهما أو بالاختلاط أن يجوز بيع أحدهما بنصيب من شريكه، ولا يجوز من الأجنبي إلا بإذن الشريك، وفي الميراث والهبة والشراء وغيره، يملك كل واحد بيع نصيبه من الشريك^(٢) ومن الأجنبي بغير إذن الشريك، ولا يملك التصرف في نصيب الشريك إلا بإذن الشريك. وأما شركة العقود^(٣)، فأنواع ثلاثة:

= المحتاج (٢/٢٩٢)، والشرقاوي على التحرير (٢/١٠٩)، والمغني، لابن قدامة (٥/٤١٠)، ومطالب أولي النهى (٣/٤٩٤).

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: فيه.

(٣) عرف الحنفية شركة العقد بأنها: «عقد بين المتشاركين في الأصل والربح» كذا نقلوه عن صاحب الجوهرة. وقيد «المتشاركين في الأصل» يخرج المضاربة؛ لأن التشارك فيها بين العامل ورب المال إنما هو في الربح، دون الأصل، كما هو واضح. وعرفها ابن عرفة بقوله: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر، موجب صحة تصرفهما في الجميع. وعرف الحنابلة شركة العقد بأنها. «اجتماع في تصرف»، وهو مع ذلك لا يشمل المضاربة، التي هي عندهم من أقسام الشركة، وقريب منه تعريف بعض الشافعية بأنها: «عقد يثبت به حق شائع في شيء لمتعدد».

وشركة العقد بأنواعها الثلاثة (أموال، وأعمال، ووجوه) جائزة عند بعضهم، سواء أكانت عنانا، أم مفاوضة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢/٣٠١، ٣/٣٤٣)، الخرشي على خليل (٤/٢٥٤، ٢٧١)، والفواكه الدواني (٢/٢٧١)، والشرقاوي على التحرير (٢/١٠٩)، مطالب أولي النهى (٣/٤٩٤)، والمغني، لابن قدامة (٥/١٠٩).

شروط شركة العقد:

الشروط العامة: وهي تلك التي لا تخص نوعاً دون نوع من أنواع الشركة الرئيسية الثلاثة (شركة الأموال، وشركة الأعمال، وشركة الوجوه).

وهذه الشروط العامة تتنوع أنواعاً:

النوع الأول: في كل من شركتي المفاوضة، والعنان.

أولا - قابلية الوكالة:

ويمكن تفسيرها بأمرين:

١ - قابلية التصرف المتعاقد عليه للوكالة، ليتحقق مقصود الشركة، وهو الاشتراك في الربح؛ لأن سبيل ذلك أن يكون كل واحد من الشريكين وكيلًا عن صاحبه في نصف ما تصرف فيه، وأصيلًا في نصفه الآخر - وإلا فالأصيل في الكل يختص بكل ربحه، والمتصرف عن الغير لا يتصرف إلا بولاية أو وكالة، والفرض ألا ولاية، فلم يبق إلا الوكالة. فالاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والتكدي، أعمال لا تصح الشركة فيها، لعدم قبولها للوكالة، إذ الملك فيها يقع لمن باشر السبب - وهو الآخذ: شأن المباحات كلها، فقد جعل الشارع سبب الملك فيها هو سبق اليد.

٢ - أهلية كل شريك للتوكيل والتوكل؛ لأنه وكيل في أحد النصفين، أصيل في الآخر، فلا تصح الشركة من الصبي غير المأذون في التجارة، والمعته الذي لا يعقل. وهذا الشرط بشقيه موضع وفاق. لأن الجميع مطبقون على أن الشركة تتضمن الوكالة. ولكن الخلاف يقع في طريق التطبيق: فمثلا:

أ - المباحات: لا يراها الحنفية مما يقبل الوكالة، بينما هي عند غيرهم مما يقبلها. ولذا مثل المالكية لشركة الأبدان بشركة الصيادين في الصيد، والحفارين في البحث عن المعادن - كشركات النفط القائمة الآن، وأبرز الحنابلة الشركة في تحصيل المباحات، حتى جعلوها نوعًا متميزًا من شركة الأعمال.

ب - شركة ولي المحجور: وينص الشافعية والحنابلة على أن لولي المحجور الشركة في مال محجوره، لأنه يجوز له أن يضارب بهذا المال، مع أن المضارب يذهب بجزء من نمائه، فأولى أن تجوز الشركة حيث يكون ربحه كله موفرا عليه. ومن هذا القبيل تقريرهم أنه إذا مات أحد الشريكين، وورثه محجور عليه، فإنه يجب على وليه أن يستمر في الشركة إذا رأى المصلحة في ذلك - ومن شريطتها أن يكون الشريك المتصرف أمينًا: فلو تبين عدم هذه الأمانة، وضاع المال، كان الضمان على الولي، لتقصيره بعدم البحث. ثم لا يخفى أن اعتبار الأهليتين: أهلية التوكيل، وأهلية التوكل، إنما هو حيث يكون العمل لكلا الشريكين. أما إذا كان لأحدهما فحسب - وذلك عند الحنفية لا يكون إلا في شركة العنان - فالشريطة هي أهلية الأذن للتوكيل، وأهلية المأذون للتوكل: ولذا ينص الشافعية على أنه في هذه الحالة، يصح أن يكون الأذن أعمى، وإن كان لا بد أن يوكل في خلط المالين، أما المأذون فلا بد أن يكون بصيرًا.

ثانيا - أن يكون الربح معلوما بالنسبة:

أي أن تكون حصة كل شريك من الربح محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة إلى جملته: كنصفه. فإذا تم العقد على أن يكون للشريك حصة في الربح من غير بيان مقدار، كان عقدا فاسدا، لأن الربح هو مقصود الشركة فتفسد بجهالته، كالعوض والمعوض في البيع والإجارة. وكذلك إذا علم مقدار حصة الشريك في الربح، ولكن جهلت نسبتها إلى جملته: كمائة أو أكثر أو أقل؛ لأن هذا قد يؤدي إلى خلاف مقتضى العقد - أعني

الاشتراك في الربح، فقد لا يحصل منه إلا ما جعل لأحد الشركاء، فيقع ملكا خاصا لواحد، لا شركة فيه لسواه. بل قالوا: إن هذا يقطع الشركة؛ لأن المشروط إذا كان هو كل المتحصل من الربح، تحولت الشركة إلى قرض ممن لم يصب شيئاً من الربح، أو إضاع من الآخر. فإذا جعل للشريك أجر معلوم المقدار من خارج مال الشركة: كخمسين أو مائة دينار كل شهر، فقد نقلوا في الهندية عن المحيط أن الشركة صحيحة، والشرط باطل. وهذا الشرط موضع وفاق. وقد حكى ابن المنذر إجماع أهل العلم على ألا شركة مع اشتراط مقدار معين من الربح - كمائة - لأحد الشريكين سواء اقتصر على اشتراط هذا المقدار المعين لأحدهما، أم جعل زيادة على النسبة المشروطة له من الربح، أم انتقص من هذه النسبة؛ لأن ذلك في الأحوال كلها قد يفضي إلى اختصاص أحدهما بالربح، وهو خلاف موضوع الشركة، أو - كما عبر الحنفية - قاطع لها.

ومن هذا القبيل، ما لو شرط لأحدهما ربح عين معينة أو مبهمة من أعيان الشركة - كهذا الثوب أو أحد هذين الثوبين - أو ربح سفرة كذلك - كهذه السفرة إلى باريس، أو هي أو التي تليها إلى لندن - أو ربح هذا الشهر أو هذه السنة. ونص الحنابلة على أن من هذا القبيل أيضاً، أن يقول أحد الشريكين للآخر: لك ربح النصف؛ لأنه يؤدي إلى أن يستأثر واحد بشيء من الربح، زاعماً أنه من عمله في النصف الآخر. خلافاً لمن ذهب إلى أن ربح النصف هو نصف الربح.

النوع الثاني: في شركة المفاوضة خاصة:

فتتعدد عنانا إذا اختل شرط منه:

أولاً: أهلية الكفالة:

وهذا شرط الحنفية في كل من الشريكين، لأن كل واحد منهما بمنزلة الكفيل عن صاحبه فيما يجب من دين التجارة أو ما يجري مجراها، كالاقتراض إذ كل ما يلزم أحدهما من هذا القبيل يلزم الآخر.

فمن لم تتوافر فيه شروط هذه الأهلية - من بلوغ وعقل - لم تصح منه شركة المفاوضة: ولو فعلها الصغير بإذن وليه؛ لأن المانع ذاتي، إذ هو ليس من أهل التبرعات، ولأن الكفالة المقصودة هنا هي كفالة كل شريك جميع ما يلزم الآخر من الديون الآتفة الذكر.

من هنا يمنع محمد شركة المفاوضة من المريض مرض الموت، ومن في معناه - كالمترد - لأن كفاله إنما تكون في حدود ثلث تركته، والكفالة في شركة المفاوضة غير محدودة. وأما الذين وافقوا الحنفية في أصل القول بشركة المفاوضة، وخالفوهم في التفصيل - وهم المالكية، والحنابلة - فلم يبنوها على الكفالة، واكتفوا بما فيها من معنى الوكالة: فليس على الشريك فيها عندهم ضمان غرامات لزمت شريكه دون أن يأذن هو في أسبابها.

ثانياً: يشترط أبو حنيفة، ومحمد التساوي في أهلية التصرف: فتصح بين الحرين الكبيرين، اللذين يعتنقان ديناً واحداً - كمسلمين ونصرانيين - أو ما هو في حكم الدين

الواحد - كذمين، ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا، إذ الكفر كله ملة واحدة. ولا تصح شركة المفاوضة بين حر ومملوك، ولو مكاتبا أو مأذونا في التجارة، ولا بين بالغ وصبي، ولا بين مسلم وكافر، لاختلال هذه الشريطة - إذ المملوك والصبي محجور عليهما، بخلاف الحر البالغ، والكافر يسعه أن يشتري الخمر والخنزير ويبيعهما، ولا كذلك المسلم. أما أبو يوسف فيكتفي بالتساوي في أهلية الوكالة والكفالة، ولا يعتد بتفاوت الأهلية فيما عداهما، ولذا فهو يصحح شركة المفاوضة بين المسلم والذمي - قياسا على المفاوضة بين الكتابي والمجوسي، فإنها تصح برغم التفاوت في أهلية التصرف، بعد التساوي في أهلية الوكالة والكفالة، ولا يرى أبو يوسف فرقا، إلا من حيث الكراهة، فإنه يكره الشركة بين المسلم والكافر؛ لأن الكافر لا يهتدي إلى وجوه التصرفات المشروعة في الإسلام، وإن اهتدى فإنه لا يتحرز من غيرها كالربا وما إليه، فيتورط المسلم بمشاركته في كل ما لا يحل.

ويرى الشافعية كراهة الشركة بين المسلم والكافر. وأما المالكية، والحنابلة، فنفوا الكراهة بشرط ألا يتصرف الكافر إلا بحضور شريكه المسلم؛ لأن ارتكابه المحظورات الشرعية في تصرفاته للشركة يؤمن حينئذ. ثم ما لا يحضره منها شريكه المسلم، وتبين وقوعه على غير وجهه من الوجهة الإسلامية - كعقود الربا، وشراء الخمر والميتة - فقد نص الحنابلة على أنه - مع فساده - يكون فيه الضمان على الكافر. وما لم يتبين فالأصل فيه الحل.

واحتجوا للجواز: بأنه صلوات الله عليه عامل أهل خيبر - وهم يهود - بنصف ما يخرج منها وهذه شركة، وابتاع طعاما من يهودي بالمدينة، ورهنه درعه، ومات وهي مرهونة - وهذه معاملة. ولا يبدو في كلام المالكية خلاف عن هذا، إلا أنهم قالوا: إذا شك الشريك المسلم في عمل شريكه الكافر بالربا استحبه له التصديق بالربح، وإذا شك في عمله بالخمر استحبه له التصديق بالجميع.

ثالثا: ألا يشترط العمل على أحد الشريكين:

فلو شرط العمل على أحد المتفاوضين بطلت الشركة عند الحنفية. لأن هذا تصريح بما ينافي طبيعة المفاوضة من المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه من أصول التصرفات. وللمالكية شيء قريب من هذا، إذ شرطوا - في شركة الأموال مطلقا - أن يكون العمل بقدر المالين، أي: عمل كل واحد من الشريكين بقدر ماله: إن كان له النصف في رأس المال فعليه النصف في العمل، أو الثلثان فعليه الثلثان، وهكذا بحيث إذا شرط خلاف ذلك: كأن جعل ثلثا العمل أو ثلثه على الشريك بالنصف، كانت الشركة فاسدة، والربح على قدر المالين: ويرجع كل من الشريكين على الآخر بما يستحقه عنده من أجرة. أما إذا وقعت الزيادة في العمل تبرعا من أحد الشريكين دون أن تكون مشروطة عليه، فلا بأس، إذ ذلك تفضل منه وإحسان.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/٦٣)، والعناية على الهداية مع فتح القدير (٥/٧)، وحاشية ابن عابدين (٣/٣٥٤)، وفتح القدير (٥/٣٠)، والفتاوى الهندية (٢/٣٥٠)، والخرشي على

شركة بالمال^(١)، وشركة بالوجوه^(٢)، وشركة بالأعمال^(٣).

وكل ذلك على وجهين: مفاوضة، وعنان.

وشرط جواز هذه الشركة على الخصوص، كون التصرف الذي عقد عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة على معنى أنه يجوز التوكيل به، وهذا لأن المقصود من هذا العقد هو الشركة في التصرف، والشركة في التصرف إنما تثبت إذا صار كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التصرف، فيشترط كون ما عقداً عليه هذا العقد قابلاً للوكالة لهذا.

فأما الشركة بالأموال لا تجوز عنانا أو^(٤) مفاوضة إلا إذا كان رأس مالهما من

خليل (٤/٢٢٥، ٢٦٩)، والفواكه الدواني (٢/١٧١، ١٧٢)، ومغني المحتاج (٢/٢١٣)، ونهاية المحتاج وحواشيها (٥/٥)، ومطالب أولي النهى (٣/٥٤٥)، ودليل الطالب على مذهب الإمام الميكل أحمد بن حنبل، لمرعي بن يوسف الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٢)، ١٣٨٩هـ، ص (١٢٧)، والمغني، لابن قدامة (٥/١٠٩)، والشرح الكبير مع المغني (٥/١٩٨).

(١) شركة الأموال: عقد بين اثنين فأكثر، على أن يتجروا في رأس مال لهم، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة. سواء علم مقدار رأس المال عند العقد أم لا؛ لأنه يعلم عند الشراء، وسواء شرطوا أن يشركوا جميعاً في كل شراء وبيع، أم شرطوا أن ينفرد كل واحد بصفقاته، أم أطلقوا. وليس حتماً أن يقع العقد بلفظ التجارة، بل يكفي معناها: كأن يقول الشريكان: اشتركتنا في مالنا هذا، على أن نشترى ونبيع، ونقسم الربح مناصفة.

(٢) شركة الوجوه: هي أن يشترك الرجلان، ولا مال لهما يتجران فيه، على أن يشتريا بوجههما ويبيعا، كما لو اتفق اثنان أو أكثر على العمل في التجارة بلا رأس مال بينهم على أن يشتروا بالأجل ما يتجران فيه ثم يبيعونه على أن يكون الربح من هذه التجارة بينهم، وكذلك فإنها تسمى شركة الغالب أيضاً.

ينظر: المبسوط (٦/١٥٩ - ١٦١)، والمدونة الكبرى لمالك بن أنس (٣/٦١٥ - ٦٢٥)، والمهذب (٢/١٥٦)، ومغني المحتاج (٢/٢١١)، وأحكام المعاملات الشرعية، للأستاذ الشيخ علي الخفيف، دار الفكر، ١٩٩١م، ص (٢٠).

(٣) هي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم. ينظر: الهداية شرح بداية المبتدي (٣/١٠)، الفواكه الدواني (٢/١٢٠)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (١/٣٤٦)، والمغني، لابن قدامة (٥/٤).

(٤) في أ: و.

الأثمان التي لا تتغير^(١) في عقود المعاوضات والمعاملات، بأن كان رأس مالهما دراهم أو دنانير، أو رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير. فأما ما يتعين في عقود المبادلات والمعاملات نحو العروض والحيوان^(٢)، الشركة [فيما يشتري]^(٣) كان ذلك رأس مالهما أو رأس مال أحدهما. وشرط آخر: أن يكون رأس المال عينا غير دين، إما حاضرا في مجلس العقد، أو غائبا عن المجلس مشاراً^(٤) إلى مكانه حاضراً عند الشراء^(٥). وذكر في القدوري: من دفع إلى آخر ألفاً وقال: أخرج من عندك ألفاً مثل هذه الألف، أو [اشتر بهما وبيع]^(٦) فما ربحت من شيء فهو بيننا، ففعل المأمور ذلك، جاز، وإن لم يكن المال موجودا وقت العقد [واكتفى بوجوده]^(٧) وقت الشراء^(٨).

[وما]^(٩) ذكر القدوري فلا يصح بمال غائب وقت العقد والشراء جميعا. وإن كان رأس مالهما أو رأس مال أحدهما فلوسا، فالمشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لا يجوز الشركة. وعن محمد - رحمه الله - وأبي يوسف الأول: يجوز.

وأما تبر الذهب والفضة فقد جعله في كتاب الشركة [من الأصل]^(١٠) بمنزلة

-
- (١) في أ: تتعين.
 - (٢) في أ: أو الحيوان لأموال.
 - (٣) سقط في أ.
 - (٤) في أ: مشاركة.
 - (٥) في أ: اللقاء.
 - (٦) في م: اشتراهما وبيع.
 - (٧) في أ: وأكثر وجوده.
 - (٨) المحيط البرهاني (٥/٦).
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) سقط في أ.

العروض .

وذكر في صرف [الأصل]^(١) بأنه كالأثمان .

وذكر في شرح القدوري: أن ذلك على حسب عادات الناس في التعامل بالتبر، فإن تعاملوا به فهو كالأثمان وإن لم يتعاملوا به فهو كالعروض .

قال شمس الأئمة: وإن لم يكن [ذلك]^(٢) عرض ظاهر فهو كالعروض .

ثم الحيلة في تجويز الشركة بما يتعين^(٣) في عقود المبادلات والمعاملات، أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركاً بينهما شركة ملك^(٤)، ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة إن شاء مفاوضة وإن شاء عناناً .

وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه، وتقابضا ثم عقدا عليهما عقد الشركة مفاوضة أو عناناً جاز، وتصير العروض رأس مال الشركة، والعروض^(٥) بعدما صار مشتركاً بينهما يصلح رأس مال الشركة، وإن كان قبل ذلك لا يصلح .

ذكر خواهر زاده - رحمه الله - على هذا الوجه في باب بضاعة المفاوض .

وفي المنتقى هشام عن محمد - رحمه الله - عن عبد بين رجلين اشتركا في شركة عنان أو مفاوضة جاز .

وأما الشركة بالمكيل والموزون [يصح]^(٦) بالخلط^(٧) في جنس واحد وفي

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: يتعلق .

(٤) في أ: تملك .

(٥) في أ: العرض .

(٦) في أ: يصير .

(٧) في م: فقبل الخلط .

الجنسين المختلفين قبل الخلط، وبعد الخلط لا يجوز بالاتفاق.
 وأما بعد^(١) الخلط في جنس واحد وفي المعدودين إذا اتفقا في المقدار، على قول أبي يوسف: لا تصح^(٢) الشركة، ويكون المخلوط بينهما مُشترَكاً شركة ملك حتى لو [لم يسميا]^(٣) ما ربحا فالربح بينهما على قدر الملك.
 وقال محمد: تصح الشركة والربح بينهما على الشرط، ذكر هذا الاختلاف في شرح القدوري، وشمس الأئمة في شرحه.
 وفي المنتقى: رجل له طعام ورجل آخر [له]^(٤) طعام واشتركا فيه وخطاهما وأحدهما أجود من الآخر، فالشركة في هذا جائزة والثلث بينهما نصفان من قبيل أن هذا بنية البيع.

ومعنى المسألة: أنهما خلطاهما على أنه بينهما.
 وقال في موضع آخر من هذا^(٥) الكتاب: يقسم الثمن على سهمي الجيد والرديء، ثم الخلط ليس بشرط لصحة الشركة عند علمائنا الثلاثة، وإذا لم يكن الخلط شرطاً لم يكن قبول المالين الخلط شرطاً حتى تصح الشركة، سواء كان رأس مالهما دراهم أو دنانير، أو كان رأس مال أحدهما [دراهم ورأس مال الآخر دنانير، أو كان رأس مال أحدهما]^(٦)[^(٧) دراهم بيضاء والآخر سوداء، أو كان مكسرة والآخر صحاح، وسواء تساوى النقدان في القيمة أو لم يتساويا تصح الشركة، وهذا في شركة العنان.

(١) في أ: هذا.

(٢) في أ: يضمن.

(٣) في م: تصر.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: عن.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

أما المفاوضة: إذا كان بين رأس مالهما فضل قيمة لا يصح في ظاهر الرواية، [إلا رواية]^(١) عن أبي يوسف - رحمه الله -.

ثم صورة المفاوضة: أن يشترك^(٢) اثنان شركة عامة في التجارة كلها^(٣)، فهذا تنصيص على أن من شرط جواز المفاوضة العموم^(٤).

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في آخر باب شركة المفاوضة: أنها تجوز في نوع^(٥) خاص - أيضًا - ثم قال: على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يجب عليه بسبب التجارة، وذكر الكفالة في هذه الشركة ليس بشرط، لكن عند صحة هذا العقد ثبت حكم الكفالة.

وشرط جواز هذه الشركة على الخصوص أن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة، بأن يكونا بالغين عاقلين حرين مستورين^(٦) في الدين، وأن يكون رأس مالهما على السواء من حيث القدر، أو^(٧) كان من جنس واحد و[نوع]^(٨) [واحد، وإن كان من جنس واحد]^(٩) إلا أنه اختلف نوعهما نحو المكسر مع الصحيح،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يشترط.

(٣) في أ: كليهما.

(٤) شركة المفاوضة: هي أن يشترك الرجلان فيستويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ولذا فإنها لا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ ولا بين المسلم والكافر. ينظر: منير القاضي في شرح المجلة (٢٣٨/٤). أما القائلون بها بهذا المعنى، باعتبارها أحد الأنواع الأربعة لشركات الأموال (وهي شركة العنان والمفاوضة والوجه والمضاربة) فهم فقهاء المذهبين الحنفي والزيدي. ينظر: أحكام المعاملات الشرعية، للأستاذ الشيخ علي الخفيف، ص (٦١).

(٥) في أ: موضع.

(٦) في أ: مستبدين.

(٧) في م: إذا.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

يشترط مع ذلك التساوي في القيمة وأن يتساويا في الربح، وألا يكون [لكل]^(١) واحد منهما من المال الذي يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس المال الذي شارك به صاحبه [ابتداء]^(٢) وانتهاء، حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون، وإن تلفظا بلفظ المفاوضة، فإذا اجتمعت هذه الشروط^(٣) تنعقد بينهما شركة المفاوضة وما لا فلا.

فإن كان رأس مالهما يوم هذه الشركة على السواء ثم صار في أحدهما فضلاً بأن كان الجنس مختلفاً، فإن حصل الفضل بينهما قبل الشراء بالمالين فسدت، وإن حصل الفضل بعد الشراء بالمال وبعد التسليم إلى البائع لا تفسد المفاوضة، وإن حصل^(٤) بعد الشراء بالمالين وقبل [التسليم إلى البائع]^(٥) لا تفسد استحساناً^(٦)، وإن [حصل الشراء بأحد المالين فإن]^(٧) فضل المال الذي حصل^(٨) به الشراء فسدت المفاوضة.

[ثم المفاوضة]^(٩) إذا صحت يصير كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما يلحقه من ضمان التجارة نحو ثمن المشتري في البيع الصحيح وفسخ^(١٠) المشتري في البيع الفاسد وأجرة المستأجر، أو ما يشبه ضمان التجارة نحو ضمان الغصب وضمنان الودیعة إن جردها أو استهلكها؛ لأن تعذر^(١١) الضمان في هذه المواضع يفيد^(١٢)

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في أ، م.
- (٣) في م: الشرائط.
- (٤) زاد في م: به.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في م: المفاوضة.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: لم يحصل.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في م: وقسم.
- (١١) في م: تقدير.
- (١٢) في م: بعد.

الملك له في الأصل فيصير في معنى التجارة.
 أما ما يلحق أحدهما مما ليس من ضمان التجارة ولا يشبه ضمان التجارة
 [لا يؤخذ إلا]^(١) صاحبه كأروش الجنایات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن
 [دم العمد]^(٢) [٣] ويصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه -أيضاً- فيما يجب
 بسبب التجارة [كحق من حقوق عقد تولاه]^(٤) أحدهما ينصرف إلى صاحبه
 [كما]^(٥) ينصرف إلى العاقد^(٦)، والحاصل أنهما في جميع التجارات بمنزلة شخص
 واحد.

وأما شركة العنان: فقد تكون في جميع التجارة وقد تكون في بعضها فإنها تجوز
 مع التفاوت في رأس المال والربح وفيها معنى الوكالة، أعني [الوكالة في مباشرة]^(٧)
 عقود التجارة دون الوكالة^(٨) في^(٩) ما يجب بعقد صاحبه، وليس فيها معنى الضمان

(١) في أ: إلا أنه.

(٢) في م: القصاص.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: حتى أن حقوق مولاه.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: العاقلة.

(٧) في م: المباشرة في وكالة.

(٨) شَرِكَةُ الْعِنَانِ مَشْهُورَةٌ عِنْدَ الْعَرَبِ، قال الجعدي:

وشاركنا قريشاً في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

وفيها أقوال كثيرة. فقليل: سميت بذلك؛ لظهورها، يقال: عن الشيء: إذا ظهر.

وقيل: لاشتراكهما فيما يعن من الربح، يقال: عن الشيء: إذا عرض.

وقيل: من المعانعة، وهي: المعارضة؛ لأن كل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل

ماله.

وقيل: مأخوذ من عنان دابتي الرهان؛ لأن الفارسين إذا تسابقا: تساوى عنانا فرسيهما،

كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان.

وقيل: مأخوذ من عنان فرسي الرهان، بمعنى آخر؛ لأن الشريك يحبس نفسه عن

التصرف بالمال في سائر الجهات إلا في الجهة التي يريد.

وقيل: لأنه يمسك العنان بإحدى يديه، ويحبسها عليه، والأخرى مرسله يتصرف بها

كيف شاء، كذلك هذه الشركة، بعض ماله مقصور عن التصرف فيه؛ لأجل الشركة،

والكفالة، وإذا لم يكن في هذه الشركة معنى الكفالة لا يشترط أن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة^(١).

والحاصل: أن في هذه الشركة [حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير^(٢)]، وإذا شرط في هذه الشركة^(٣) العمل عليهما^(٤)، وشرط التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جائز عند علمائنا الثلاثة -رحمهم الله - ويكون الربح بينهما على ما

وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء.

ينظر: النظم المستعذب (٣/٢، ٤)، وغريب الحديث، لأبي محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري، تحقيق: د. عبد الله الجبوري، مطبعة العاني، بغداد، ط (١)، ١٣٩٧هـ (٢٠٠١)، وإصلاح المنطق، لابن السكيت، تحقيق: أحمد محمد شاعر، وعبد السلام هارون، دار المعارف، مصر، ط (٤) (٣/٦)، وتهذيب الأسماء (٤٧/٣) والصحاح واللسان والمصباح، مادة (عنن).

وشركة العنان عند الحنفية هي: «أن يشترك اثنان في نوع برا أو طعاما، أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكر الكفالة».

ويتبين من التعريف أن موضوع الشركة عام سواء كان في نوع خاص من التجارة أم كان في عموم التجارات، كما يكون رأس مالها أيضاً مطلقاً سواء كان متفاضلاً في المال للحاجة أو متساوياً في المال ومتفاضلاً في الربح، ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض، ولا تصح إلا بما تصح به المفاوضة.

وذهب المالكية أن الشركة هي: أن يشترك اثنان أو أكثر على ألا يتصرف أحدهما في مال الشركة إلا بحضور صاحبه وموافقته أو بإذنه. ذكر التعريف أحد خصائص الشركة وهي الإذن بالتصرف من الشركاء الآخرين.

وهذا يفيد أن التعريف عام في موضوع الشركة ومقدار رأس مال الشركة وربحها. ويرى الحنابلة أن شركة العنان هي أن يشتركا بماليهما المعلومين بما يدل على رضاهما بمصير كل منهما لهما.

ينظر: مجمع الضمانات، للبغدادي، ص (٢٩٨)، والعناية شرح الهداية، للبايرتي (٦/١٧٦)، وفتح القدير شرح المرغيناني، للكمال ابن الهمام (٦/١٧٦)، بلغة السالك (٣/٤٦٤)، الفروع، لابن مفلح (٤/٣٩٦).

(٩) في أ: أما.

(١) في م: الكتاب.

(٢) في أ: ترجع ثمة.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: عليها.

اشترطا وإن عمل أحدهما دون الآخر.

وأما إذا اشترطا [العمل على أحدهما إن اشترطا]^(١) أن الربح بينهما على قدر رأس مالهما^(٢) جاز، ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة [في يد]^(٣) العامل، له ربحه وعليه وضيعته، وإن شرطوا الربح للعامل أكثر من رأس ماله يجوز -أيضاً- على الشرط، ويكون مال الربح عند العامل [مضاربة، ويكون مال الدافع عند العامل]^(٤) بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله، والوضعية بينهما على قدر رأس مالهما أبداً.

والربح إنما يستحق^(٥) بأحد معان ثلاثة ولا يستحق^(٦) بغير ذلك، والمعاني^(٧) الثلاثة: العمل، والمال، والضمان.

ولهذا لو قال لغيره: تصرف في مالك على أن بعض الربح لي، [لم يجز]^(٨)، إلا بأحد^(٩) هذه المعاني الثلاثة؛ ألا ترى أن المضارب يستحق الربح بالعمل، ورب المال بالمال والأستاذ [الذي]^(١٠) تقبل العمل من الناس فيلقبه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب^(١١) له الفضل وإنما يستحق الفضل بالضمان.

وأما شركة الوجوه: فقد تكون خاصة، وقد تكون عامة.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: المال.

(٣) في أ، م: عند.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: يتحقق.

(٦) في م: يتحقق.

(٧) في م: في المعاني.

(٨) في م: لا يجوز.

(٩) في م: بعد إحدى.

(١٠) في أ: إذا.

(١١) في أ، م: إذا تقبل العمل وألقاه على تلميذه بأقل من ذلك الأجر الذي أخذه يطيب.

وصورتها: أن يشترك الرجلان وليس لهما مال على أن يشتريا ويبيعا على أن ما رزق الله من ربح يكون فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة عندنا، وقد تكون هذه الشركة مفاوضة، وقد تكون عنائاً.

فشرط المفاوضة منهما أن يتلفظا بلفظ المفاوضة، وأن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون المال في المشتري بينهما نصفين وثمان المشتري عليهما نصفين، وأن يتساويا في الربح، وأن تكون عامة إلا على قول خواهر زاده - رحمه الله - على ما بينا قبل هذا.

والعنان بينهما يجوز مع اشتراط التفاضل في ذلك المشتري، وينبغي أن يشترط أن يكون الربح بينهما في هذه الشركة على قدر اشتراط الملك لهما في المشتري، حتى لو تفاضلا في ملك المشتري واشترطا التساوي في الربح بينهما أو كان العكس، لا يجوز هذا الشرط، ويكون الربح على قدر ما اشترطا الملك بينهما.

وأما هذه الشركة إن كانت مفاوضة ثبت فيه سائر أحكام المفاوضة، وإن كانت عنائاً ثبت فيه سائر أحكام العنان إلا في الربح كما وصفنا.

وأما شركة الأعمال: فهي نوعان: صحيح، وفساد.

فالصحيح منهما: الشركة في تقبل الأعمال، وهو أن يشترك^(١) اثنان على أن يتقبلا الأعمال من الناس ويعملا فما^(٢) رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذه الشركة جائزة [عندنا، وقد]^(٣) تكون هذه الشركة مفاوضة عند وجود شرائطها على ما ذكرنا، وقد تكون عنائاً، فإن كانت مفاوضة ثبت أحكام المفاوضة، وإن كانت عنائاً^(٤) ثبت أحكام العنان، ثم هذه الشركة مفاوضة كانت أو عنائاً [تصح عندنا

(١) في م: يشتركا.

(٢) في م: فيما.

(٣) في م: عنده أو.

(٤) سقط في م.

اختلفت أعمالها^(١) بأن اشتركا قصار وخياط، أو اتفقت بأن كانا قصارين أو خياطين.

وفي العنان من هذه الشركة يجوز بشرط التفاضل في المال المُستفاد بالعمل [مع التساوي في العمل]^(٢)، [بأن شرط المال بينهما أثلاثاً والعمل عليهما نصفين، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر في القدوري أنه لا يجوز اشتراط التفاضل في المال المُستفاد [بالعمل مع التساوي]^(٣) في العمل^(٤)، وإذا شرط^(٥) العمل عليهما فالربح بينهما على ما شرطاً.

وإن عمل أحدهما دون الآخر في هذه الشركة ثم إذا لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مطلقة تعتبر^(٦) عناناً في حق بعض الأحكام، حتى لو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو عمل من أعمال النقلة أو أجر أجيراً أو [أجر بيتاً]^(٧) لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة.

وتعتبر مفاوضة في حق بعض الأحكام، حتى لو دفع^(٨) رجل إلى أحدهما أو إليهما عملاً فله أن يؤاخذ^(٩) بذلك العمل أيهما شاء ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل وإلى أيهما دفع برئ، وعلى أيهما وجب ضمان العمل كان له أن يطالب الآخر [به]^(١٠) فقد اعتبرت هذه الشركة المفاوضة^(١١) في حق هذه الأحكام

(١) في م: اختلفا أعمالها.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: مع العمل بالتساوي.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: شرط.

(٦) في أ: تعني.

(٧) في م: أجره ثبت.

(٨) زاد في م: إلى.

(٩) في م: يأخذه.

(١٠) سقط في م.

استحساناً، فإن لم يتفاوضا ولم تعتبر مفاوضة في غير هذا الوجه في ظاهر الرواية^(١)، هكذا ذكر القدوري في شرحه .

وإذا أقعد الصانع مع [نفسه رجلاً]^(٢) في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف جاز استحساناً ويجعل كأنهما اشتركا في التقبيل والعمل ثم يتقبل أحدهما ويعمل الآخر . فعلى هذا نقول: لو قال صاحب الدكان: أنا أتقبل^(٣)، ولا تتقبل أنت وأطرح عليك لتعمل بالنصف حالاً، يجوز .

وكذلك قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في الخياط يتقبل المتاع ويولي قطعه ثم يدفع للآخر^(٤) بالنصف يجوز، وكذلك هذا في سائر الصنائع، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه الجملة في شرح الشركة .

وأما الفاسد^(٥): من هذه الشركة أن يشتركا للاصطياد والاحتطاب والاحتشاش وطلب الكنوز وما أشبه ذلك من الأشياء التي تملك بالأخذ من المباحات، وهذا بناء^(٦) على الأصل الذي تقدم: أن من شرط جواز الشركة كون ما عقد عليه عقد الشركة [قابلاً للوكالة والتوكيل بهذه الأنواع، وقبول الأعمال من كل صانع]^(٧) يعمل للآخر يجوز التوكيل فلهذا جاز ذلك النوع ولم يجز هذا النوع .



(١١) في م: بالمفاوضة .

(١) في م: الروايات .

(٢) في م: رجل .

(٣) في أ، م: أقبل لك .

(٤) في م: للأجير .

(٥) في م: الفاسدة .

(٦) في أ: بنى .

(٧) سقط في أ .

الفصل الثاني

في الألفاظ التي تصح الشركة بها، [والتي لا تصح]^(١)

قال محمد - رحمه الله - : إذا اشتركا بغير مال على أن ما يشتريانه فهو بينهما^(٢)، أو خصا صنفاً^(٣)، أو عملاً، أو لم يخصا فهو جائز، وكذلك إذا قال^(٤): هذا الشهر، فإذا جازت هذه الشركة^(٥) هل تتوقت بالوقت المذكور حتى لا تبقى بعد مضي الوقت؟

لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأصل .
وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يتوقت^(٦) وضعف الطحاوي هذه الرواية .

وقال: نص في وكالة الأصل أن من وكل رجلاً ليشتري له عبداً اليوم [أو ليبيع له عبداً اليوم، لأن]^(٧) الوكالة لا تتوقت باليوم .

وغيره من المشايخ صححوا هذه الرواية وقالوا: ما ذكر في الشركة يصير^(٨) رواية في الوكالة [وما ذكر في الوكالة]^(٩) يصير^(١٠) رواية في الشركة، فيصير في المسألة روايتان على قول هؤلاء، [وعلى قول: نعم]^(١١) [١٢]، وهو الصحيح .

(١) سقط في أ .

(٢) الأصل (٣٤٣/٤)، والمبسوط، للسرخسي (١٦٨/١١) .

(٣) في م: وصفا .

(٤) في م: قال .

(٥) في م: المدة .

(٦) في م: يتوقف .

(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: أن .

(٨) في أ: نظير .

(٩) سقط في م .

(١٠) في أ: نظير .

(١١) سقط في م .

(١٢) في أ: يقول .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا لم يذكروا لفظة الشركة، ولكن قال أحدهما للآخر: ما اشتريت اليوم فهو بيني وبينك [ما حكمه]^(١).
 وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه لا يصح إلا إذا ذكروا^(٢) لفظة الشركة أو ما يدل على الشركة بأن قال ما اشتري اليوم وما اشتريت فهو بيني وبينك، أما بدون ذلك لا يجوز ما لم يكن الرأي مفوضاً إلى الشريك^(٣) بأن قال: ما اشتريته^(٤) [اليوم وكسبت]^(٥) اليوم فهو بيننا.
 وروى أبو سليمان عن محمد - رحمه الله -: أنه يجوز وتثبت الشركة بهذا القدر إلا أنهما لو ذكرا الشراء من الجانبين يجوز، وإن^(٦) لم يذكرا الشركة لما ذكر^(٧) في حكم الشركة، كذا ها هنا.

قال: وكذلك إن لم يذكرا الشركة بأن اشتركا على أن ما اشتريا فهو بينهما، ثم إذا صحت الشركة في هذه المسألة بأن قال المختلط^(٨): اشتريت متاعاً وهلك عندي فطالبه^(٩) شريكه بنصف الثمن وأنكر الشريك [الشراء أو أقر الشراء وأنكر القبض، كان القول قول الشريك]^(١٠) مع يمينه على العلم، وإن أقام^(١١) المدعي بينة على الشراء والقبض ثم ادعى الهلاك كان القول [قول]^(١٢) المدعي مع

(١) في أ: بما حكمت.

(٢) في م: ذكر.

(٣) في أ، م: الوكيل.

(٤) زاد في أ: ما رأيته.

(٥) في م: ما رأيته اليوم أو ما شئت.

(٦) في م: وإلا.

(٧) في م: ذكرنا.

(٨) في م: المختلط.

(٩) في م: وطالب.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في م: ادعى.

(١٢) سقط في م.

يمينه .

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجلين قالوا: ما اشترينا من شيء فهو بيننا نصفان فهو جائز .

وذكر غير هذه المسألة في موضع آخر من المنتقى قال عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال: أردنا بهذا الكلام الشركة فهو جائز، وإلا فهو باطل .

وفيه - أيضًا - الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في رجل قال للآخر: ما اشتريت من أصناف التجارة فهو بيننا^(١)، فقبل ذلك صاحبه، فهو جائز .

وكذلك إذا قال: اليوم وما أشتري ذلك اليوم [فهو بيننا نصفان]^(٢)، وكذلك لو قال كل واحد منهما لصاحبه ولم يؤقتا^(٣): ما اشتريت من الدقيق فهو بيني وبينك، فليس لواحد منهما أن يبيع حصة صاحبه مما [اشتري إلا]^(٤) بإذن صاحبه .

ولو قال: إن اشتريت اليوم عبدًا فهو بيني وبينك، فالشركة باطلة، ولو قال: عبدًا خراسانيًا، فهو جائز .

وفيه: بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، [فقال: نعم، قال: هذه ليس الشركة غير مبانة ولا معلومة، وإن قال: ما اشتريت اليوم فهو بيني وبينك]^(٥) فهو جائز .

وكذلك إذا قال: [إن وقت]^(٦) سنة أو^(٧) لم يوقت وقتًا [إلا أنه]^(٨) وقت من

(١) في م: بيني وبينك .

(٢) في م: كان بينهما نصفين .

(٣) زاد في م: وكذلك .

(٤) في م: اشتراها .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: و .

(٨) في م: لأنه .

المشتري مقداراً بأن قال: ما اشتريت من الحنطة إلى كذا فهو بيني وبينك، فهذا جائز.

وإن سمي صنفاً من النوع ولم يوقت فيه وقتاً من الأيام ولا من المقدار، فقال: ما اشتريت من الحنطة [من قليل]^(١) أو كثير فهو بيني وبينك ولم [يعين ثمنًا]^(٢) فإن هذا لا يجوز، وكذلك الدقيق والأشياء كلها.

وكذلك إذا قال: ما اشتريت في وجهك هذا فهو بيني وبينك وقد خرج في وجهه أو قال: بالبصرة فهو باطل، حتى لو وقتا ثمنًا أو بيعًا.

وأما^(٣) إذا قال الرجل لغيره: اشتر عبد فلان بيني وبينك، فقال المأمور: نعم، ثم ذهب وأشهد وقت الشراء^(٤) أنه يشتريه لنفسه خاصة، فالعبد بينهما على الشركة. وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في المجرد: إذا أمره بشرائه فسكت ولم يقل: نعم، ولا لأجنبي قال عند الشراء: اشتريته لنفسي، يكون له.

ولو قال^(٥): اشتريته لفلان كما أمرني، ثم اشتراه، كان^(٦) للأمر فإن اشتراه وسكت عند الشراء ثم قال بعد الشراء: اشتريت^(٧) لفلان الأمر، كان لفلان إذا كان سليماً، ولو قال ذلك بعدما حدث به عيب لم يقبل قوله إلا أن يصدقه الأمر.

ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري عبد فلان بينه وبينه فقال المأمور: نعم، ثم لقيه رجل آخر فقال [له]^(٨) اشتر لي عبد فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراه

(١) سقط في أ.

(٢) في م: يوقت وقتا.

(٣) في م: وأياما.

(٤) في أ: الغذاء.

(٥) زاد في أ: اشهدا أنني.

(٦) في م: فهو.

(٧) في م: اشتريته.

(٨) سقط في م.

المأمور فهو بين الأمرين ولا شيء للمأمور من العبد.
[قالوا: وهذا إذا قبل الوكالة من الثاني بغير محضر من الأول، فأما إذا قبل الوكالة
بمحضر الأول يكون العبد بين الأمر الثاني وبين المأمور نصفان]^(١) وهكذا ذكر في
المنتقى.

ولو لقيه ثالث بعد ذلك و^(٢) قال: اشتر لي عبد فلان بيني وبينك، فاشتره كان
العبد للأولين^(٣) ولا شيء للثالث.

قال في العيون: وهكذا إذا قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الأول [والثاني
أما]^(٤) إذا كان بمحضر من الأول والثاني فالعبد بين الثالث والمشتري ولا شيء
للأول ولا للثاني.

وإذا اشترى الرجل شيئاً فقال له^(٥) آخر: [أشركني فيه، فأشركه]^(٦) فهذا بمنزلة
البيع، فإن كان قبل [قبض]^(٧) الذي اشتره^(٨) لم يصح، وإن كان ذلك بعد القبض،
فإن عرف مقدار الثمن جاز، وإن لم يعرف فهو بالخيار إذ^(٩) عرف [عن بعض]^(١٠)
أصحابنا - رحمهم الله - من يقول: البيع فاسد لجهالة الثمن فإذا صار معلوماً يرتفع
الفساد.

ومنهم من قال: البيع صحيح، ولو قبض النصف دون النصف وأشرك فيه رجلاً

(١) سقط في م.

(٢) في م: ولو.

(٣) في م: بين الأولين.

(٤) في م: فأما.

(٥) زاد في م: رجل.

(٦) في م: أشركه.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: اشترى.

(٩) في م: إذا.

(١٠) سقط في م.

لم يجز فيما لم يقبض، وجاز فيما قبض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه. العبد^(١) بين رجلين قال أحدهما لثالث: أشركت في هذا العبد ولم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين، ولو كان مكان الاشتراك بيع بأن باع منه نصف العبد المشترك نفذ البيع في جميع نصيبه؛ لأن في الأول نص على الشركة، ولو صار جميع نصيبه له لا تبقى الشركة. وكذلك مسألة البيع. في النوازل: معلمان اشتركا لحفظ الصبيان وتعليم القرآن والكتابة، فعلى ما اخترنا^(٢) من الجواب على ما يأتي في الإجراءات صحت الشركة؛ لأن هذه^(٣) شركة في عمل^(٤) يجوز الاستئجار عليه فتجوز الشركة في سائر الأعمال.



(١) في م: عبد.
 (٢) في م: أوجبنا.
 (٣) في م: هذا.
 (٤) زاد في م: لا.

الفصل الثالث

في الشروط في الشركة الفاسدة

الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة ولا تبطل بالبعض^(١) حتى لو اشترطا التفاضل في الوضعية لا تبطل، وتبطل^(٢) باشتراط ربح عشرة لأحدهما وإن كان كلاهما^(٣) شرطا فاسداً، ونص^(٤) في شركة الممتقى [أن]^(٥) الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وقد روى إبراهيم عن محمد: رجل قال: اشتر جارية فلان بيني وبينك على أن أطأها^(٦) أنا فالشرط [فاسد]^(٧) والشركة جائزة.

[قال: وكذلك شرط جائز في الشركة، ولو قال: على أن تبيعها، كان هذا جائزاً]^(٨) وهو شركة بينهما يبيعانها على عاداتهما، هكذا ذكرها هنا. وذكر في كتاب الشركة: إذا تفاوت في المال وشرط أن الربح والوضعية نصفان، فالشركة فاسدة.

قال مشايخنا: لم يرد محمد - رحمه الله - بقوله^(٩): الشركة فاسدة: فساد العقد، وإنما أراد^(١٠) فساد شرط الوضعية، [فإن محمداً]^(١١) - رحمه الله - ذكر

-
- (١) في م: ببعض.
 - (٢) زاد في م: بالشروط.
 - (٣) في م: كلهما.
 - (٤) في م: تصح.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في م: بيننا.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في أ.
 - (٩) في م: في قوله.
 - (١٠) زاد في م: به.
 - (١١) في م: قال محمد.

هذه المسألة في الأمالي وقال: الشركة جائزة.

وقال مالك والشافعي - رضي الله عنهما - : الشركة فاسدة وعلى هذا إذا شرطاً
الوضيعة على المضارب حتى بطل الشرط لا تفسد المضاربة عندنا.
وذكر شيخ الإسلام في أول شرح المضاربة أن الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة
[لأن فيها معنى الوكالات، والوكالات لا تبطل بالشروط الفاسدة]^(١) وإذا اشترط في
المضاربة ربح غيره^(٢) أو في الشركة يبطل [لأنه شرط فاسد بل لأنه يبقى]^(٣) والشركة
عنان^(٤) فيجري على إطلاق ما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - فيقال: لا تفسد
الشركات و[لا]^(٥) المضاربات بالشروط الفاسدة، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في م.
(٢) في م: عشرة.
(٣) في أ: إلا أنه ينبغي.
(٤) في م: عين.
(٥) سقط في م.

الفصل الرابع في المفاسخة^(١)

وإذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة أمتعة صح الفسخ [منه]^(٢) بخلاف المضاربة، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر الطحاوي أنه لا يصح الفسخ وجعلها بمنزلة المضاربة، وهذا إذا فسخ بحضرة صاحبه.

أما إذا فسخ بغيبة^(٣) صاحبه، ولم يعلم صاحبه بالفسخ، لا يصح الفسخ سواء كان رأس المال أمتعة أو كان دراهم.

وإذا قال أحد المتفاوضين لغيرهما^(٤): هب^(٥) لي درهمًا فوهبه^(٦) وسلمه إليه بطلت المفاوضة وإن كان شريكه غائبًا، وهذا هو الحيلة لأحد المتفاوضين إذا أراد فسخ^(٧) الشركة [في حال^(٨) غيبة^(٩) صاحبه، ولو مات أحد الشريكين انفسخت الشركة علم الشريك^(١٠) بموته أو لم يعلم.

ولو كان الشركاء ثلاثة مات واحد منهم حتى انفسخت الشركة في حقه لا تنفسخ في حق الباقيين.

وإذا قال أحد الشريكين لصاحبه: لا أعمل معك بالشركة فهو بمنزلة قوله:

(١) في أ: المفاوضة.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بغير حضرة.

(٤) في م: لغيره.

(٥) زاد في أ: أمتعة.

(٦) في م: فوهب.

(٧) في م: أن يفسخ.

(٨) زاد في أ: الشريك.

(٩) في م: على.

(١٠) في م: الوكيل.

فسخت الشركة .

وفي المتقى: ثلاثة نفر متفاوضون غاب^(١) أحدهم وأراد الآخران الفسخ^(٢) فليس لهما ذلك دون الغائب ولا ينتقض بعض العقد^(٣) دون البعض [و]^(٤) المفاوضة تنفسخ بإنكار أحدهما، نص عليه شيخ الإسلام في أول باب خصومة المتفاوضين فيكون هذا في جميع الشركات .
ولأحد المتفاوضين [إن شارك]^(٥) غيره شركة عنان [انتقضت]^(٦) المفاوضة بالإجماع، أما الإقرار بالدين فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا ينفذ .
وعندهما: ينفذ^(٧) في كتاب الشركة في باب حضور^(٨) المتفاوضين بعد النصف منه، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - .

فقد أشار شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في مسألة الإقرار إلى البيع - أيضًا - : أنه على الخلاف فإنه جعل مسألة الإقرار فرعًا لمسألة بيع الوكيل لمن^(٩) لا تقبل شهادته له فينظر هناك .

أحد المتفاوضين إذا استعار دابة ليركبها إلى مكان كذا فركبها شريكه إلى غير ذلك المكان فعطبت فهما ضامنان وكان لصاحب الدابة أن يأخذ بالضمان أيهما شاء، فبعد ذلك إن كان الراكب ركبها [في حاجة]^(١٠) نفسه فالضمان في مال الراكب خاصة،

(١) في أ: فمات .

(٢) في م: ينقضا .

(٣) في م: العهد .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: أن يشارك .

(٦) سقط في م .

(٧) زاد في أ: وعندهما .

(٨) في م: خصومة .

(٩) في م: من .

(١٠) في م: بحاجة .

وإن ركبها [في حاجة صاحبه]^(١) فالضمان في مالهما، في باب خصومة المتفاوضين .

ثم الأصل أن [إعارة أحد]^(٢) المتفاوضين إعارة منهما وإن قلنا إن الإعارة تنفع^(٣) المستعير خاصة إذا لم يكن ذلك النوع من الانتفاع مساوياً [في نفسه]^(٤) كما لو استعار [أحدهما دابة ليحمل شيئاً ليس خاصاً به إلى مكان ما يحمل عليها شريكه]^(٥) مثل ذلك إلى ذلك [المكان]^(٦) من شركتهما^(٧) أو من خاصة نفسه لا ضمان عليه، وكذا [إذا حمل شريكه من هذا الجنس ما هو [أقل ضرراً بالدابة فأما إذا حمل شريكه من ذلك الجنس وهو]^(٨) أكبر أقل ضرراً بالدابة يضمن وإذا أخذ أحد المتفاوضين ديناً وجب لهما]^(٩) جاز ذلك^(١٠) في نصيبه وفي نصيب صاحبه بالإجماع سواء وجب الدين بعقد صاحبه أو بعقدتهما .

ذكر في المتقى: إذا كان على المتفاوضين دين إلى أجل فأبطل أحدهما الأجل بطل وأصل^(١١) المال عليهما^(١٢) جميعاً، ولو مات أحدهما حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر .

إذا أجر أحد المتفاوضين نفسه في [حفظ شيء أو خياطة ثوب أو في تقبل

(١) في م: إلى حاجتهما .

(٢) في م: الإعارة لأحد .

(٣) في م: لم ينتفع .

(٤) في م: لنفسه .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) في: شريكهما

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في م .

(١٠) في م: تاجرا .

(١١) في م: أجل .

(١٢) في م: عنهما .

العمل^(١) من الأعمال فالأجر بينهما وكذا كل كسب اكتسبه أحدهما، ولو أجر نفسه للخدمة فالأجرة له خاصة [هكذا ذكر في شركة القدوري].

ولو أجر أحد المتفاوضين عبداً له ورثه فالأجرة له خاصة^(٢) [هكذا ذكر^(٣)

- رحمه الله - في باب خصومة أحد المتفاوضين.

إذا كفل عن رجل لم يلزم^(٤) صاحبه شيء عند أبي يوسف - رحمه الله -

ومحمد - رحمه الله - وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يلزمه.

ولو^(٥) كفل بنفسه لم يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً. في شركة القدوري

وفي كفالة الجامع الصغير.

إذا اشتركا على أن يتصرفا معاً فأذن أحدهما للعبد كما^(٦) أمر الشريك صح، [وإذا

استأجر أحدهما إبلاً إلى مكة ليحج عليها صح وعليه الأجرة]^(٧)، وإذا فسخ أحدهما

العقد الذي باشره الآخر مع العاقد الآخر، جاز، [والله تعالى أعلم]^(٨).



(١) في أ، م: حائظه لعمل.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: محمد.

(٤) في م: يكن.

(٥) زاد في م: كان.

(٦) زاد في م: لو.

(٧) في أ، م: ولو حج أحدهما عليه صح أجره عليه أيضا.

(٨) سقط في م.

الفصل الخامس

[هلاك المال]^(١) في شركة العنان

الأصل في شركة العنان أن قيمة رأس المال^(٢) تعتبر بتحصيل الربح يوم الشركة وبتحصيل الملك في المشتري يوم الشراء، وبتحصيل^(٣) المال يوم القيمة، في الباب الأول من شركة الجامع^(٤).

وإذا اشتركا شركة عنان ثم هلك أحد المالكين قبل الشراء أو قبل الخلط هلك من مال صاحبه، سواء هلك في يد المالك أو هلك في يد صاحبه، أو هلك في يديهما؛ لأن رأس مال كل [واحد]^(٥) منهما قبل الشراء أو الخلط باق على ملكه فتبطل الشركة، فإن اشترى [الآخر عند]^(٦) ذلك بماله فإن صرحا بالوكالة فالعقد عقد شركة [فما يشتره]^(٧) كل واحد منهما^(٨) كان المشتري [بينهما وكانت]^(٩) شركة ملك. وإن كانت الشركة [مجردة]^(١٠) لم ينص فيها على الوكالة كان المشتري لصاحب

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: عند اختلاف رأس المال.

(٣) زاد في م: رأس.

(٤) شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة؛ لأن كل واحد منهما إذا دفع المال لصاحبه فقد أمنه، وإذا أذن له في التصرف فقد وكله، فيجوز لكل واحد فيهما أن يبيع ويشترى ويفعل كل ما كان من شأنه أن يتولاه التجار عادة، لأنه بالنسبة لشريكه وكيل فملك ذلك كالوكيل، وكل ما في يد الشريك أمانة، فيكون مسؤولاً عنه متى قصر أو تعدى، وعليه فإنه يكون ضامناً للمال بقيمته يوم هلاكه إن كان متقوماً وبمثله إن كان مثلياً، فإن كان هلاك المال بدون تعدٍ أو تقصير فلا ضمان عليه، وذلك لابتناء شركة العنان على الأمانة.

ينظر: مطالب أولي النهي (٣/٥٠٩)، شرح منتهى الإيرادات (٢/٢١٤)، الشركات في الفقه الإسلامي، د. رشاد حسن خليل، نقلاً عن الأستاذ علي الخفيف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص (١١٧).

(٥) سقط في م.

(٦) في م: عبد.

(٧) في م: وما اشتراه.

(٨) زاد في م: فهو بينهما.

(٩) في م: لكن.

(١٠) سقط في أ.

المال، وإن لم يهلك واحد من المالين [واشتريا بأحد المالين]^(١) ثم هلك المال الآخر هلك من مال صاحبه وانتقضت الشركة في الهلاك، ويكون المشتري مشتركاً بينهما [وإن لم يصرح بالوكالة في العقد.

ثم قال الحسن بن زياد: المشتري بينهما مشتركاً]^(٢) شركة ملك.

وقال محمد - رحمه الله - : شركة عقد، وأحكامهما مختلفة، في شركة القدوري.

ولأحد شريكي العنان أن يبضع وأن يدفع المال مضاربة وليس له أن يشارك غيره إذا لم يشترط في عقد الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه نصاً، وهو الصحيح. ذكر الشيخ الإمام - رحمه الله - في هذا الموضوع - أيضاً -.

وفي شرح القدوري: إذا قال كل واحد منهما لصاحبه: اعمل في ذلك برأيك، جاز لكل واحد منهما أن يعمل ما يقع في التجارة^(٣) من الرهن والارتهان والخلط بماله والمشاركة مع الغير، فأما الهبة وال عوض وما كان إتلافاً للمال أو تملكاً بغير عوض فإن ذلك لا يجوز [نص]^(٤) عليه^(٥) [في هذا]^(٦) الموضوع - أيضاً - إذا لم يقل الشريك له: اعمل برأيك، ليس له أن يخلط^(٧) مال الشركة [بمال صاحبه]^(٨).

قال في شركة الأصل: إذا أخذ أحد شريكي العنان مالا مضاربة فربح فيه، كان

(١) في أ: بأن استوى المالان.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الإجارة.

(٤) في أ: أن ينص.

(٥) زاد في أ: أو قال.

(٦) في م: وقال هذا.

(٧) في م: يحفظ.

(٨) في م: بماله خاصة.

الربح له خاصة .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح هذا الكتاب: [هذا]^(١) الجواب صحيح فيما إذا أخذ مالا مضاربة ليتصرف^(٢) فيما ليس من تجارتهما، [أو]^(٣) أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما يكون^(٤) من تجارتهما]^(٥)، أو مُطلقًا حالة غيبة صاحبه يكون نصف الربح لشريكه والنصف الآخر بين المضارب ورب المال، ولكل واحد من شريكي العنان أن يبيع بالنقد والنسيئة ويشتري بالنقد والنسيئة إذا كان في يده مال ناقص من الشركة .

وكذا إذا كان [مكيلاً أو موزوناً فاشترى]^(٦) بذلك الجنس شيئاً جاز، وإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير فالمشترى له خاصة دون شريكه . وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إذا كان في يده دنانير واشترى بدراهم جاز .

والحاصل : أنه إذا اشترى بشيء لم يكن ذلك الجنس من الثمن^(٧) في يده يصير مشترياً لنفسه ، في شرح القدوري ، في باب : ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمل في المال .

والإعارة من أحد شريكي العنان لا تكون إعارة منهما إذا [لم يبين]^(٨) المستعير [عند الاستعارة أنها لهما]^(٩)]^(١٠) ، وإن لم يكن ذلك النوع من الانتفاع متفاوتاً في

(١) سقط في م .

(٢) في م : يتصرف .

(٣) في م : لا مطلقاً حال حضرة صاحبه وأما إذا .

(٤) في م : هو .

(٥) سقط في أ .

(٦) في م : عنده مكيل أو موزون واشترى .

(٧) في م : الذي .

(٨) في أ : بين .

(٩) في م : بين المستعير أن الإعارة لمنفعة المستعير .

(١٠) سقط في أ .

نفسه حتى إن أحدهما إذا^(١) استعار دابة ليحمل عليها لنفسه خاصة فحمل [عليها]^(٢) شريكه طعامًا لنفسه خاصة يجب عليه الضمان، سواء كان الثاني مثل الأول [أو أقل]^(٣) أو أثقل أو أخف، فإن بين المستعير عند الاستعارة [أنه]^(٤) يحمل شيئًا مشتركًا كان ذلك إعارة منهما^(٥) حتى إن أحدهما إذا استعار من آخر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم [حنطة من شركتهما فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم]^(٦) شعير من شركتهما^(٧) لا يضمن، ذكر خواهر زاده هذه الجملة في باب عارية المتفاوضين^(٨) في شرح كتاب الشركة.

أحد شريكي العنان لو أجر نفسه في عمل كان [من]^(٩) تجارتهما كان الأجر بينهما، ولو أجر نفسه في عمل لم يكن من تجارتهما كان الأجر له خاصة، ولو أجر أحد شريكي العنان عبدًا له فالأجرة^(١٠) له خاصة، وإذا أقر أحد شريكي العنان بدين في تجارتهما وأنكر الآخر، [فهذا على ثلاثة أوجه]^(١١):

إن أقر بدين وليه المقر بنفسه بأن قال: اشترت عبد فلان بكذا وأنكر شريكه، ففي هذا الوجه يلزم المقر جميع الثمن.

أو يقر بدين من تجارتهما ولياه جميعًا بأن [قال: اشترينا]^(١٢) من فلان عبدًا بكذا

-
- (١) في م: لو.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في م: بينهما.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: شريكهما.
 - (٨) في أ: المتفاوضين.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) في م: كان الأجر.
 - (١١) سقط في أ.
 - (١٢) في م: اشترى.

وأنكر شريكه .

وفي هذا الوجه: يؤخذ المقر بنصف الثمن ولا يؤخذ [به] ^(١) شريكه .
أو يقر بدين على ^(٢) شريكه خاصة بأن قال: اشترى شريكي عبدًا من فلان
بكذا، وأنكر شريكه، وفي هذا الوجه: لا يلزم أحدهما شيء في هذا الموضوع
[أيضًا] ^(٣) .

[و] ^(٤) لو أقر أحد شريكي العنان [بعين في متاع باعه جاز عليه وعلى صاحبه في
شرح القدوري في باب ما يجيز لأحد] ^(٥) شريكي العنان .
إذا أجر دستًا ^(٦) وجب لهما فالمسألة على ثلاثة أوجه ^(٧) :
إن كان المؤجر هو الذي ولي العقد بنفسه، ففي ^(٨) هذا الوجه: جاز بأجرة في
نصيبه ونصيب صاحبه عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
وإن ولياه جميعًا أو ولي أحدهما [لا يجوز أخذ أجرة] ^(٩) لا في نصيبه ولا في
نصيب صاحبه عند أبي حنيفة .

وعندهما: يجوز، ذكره خواهر زاده - رحمه الله - قبل شركة المفاوضة .
وإذا اشترك الرجلان شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعًا
فقال الشريك الذي لم يشتر: هذا المتاع [من شركتنا، وقال المشتري: هذا المتاع لي
خاصة فهذا على وجهين :

- (١) سقط في م .
- (٢) في م: وليه .
- (٣) سقط في أ .
- (٤) سقط في م .
- (٥) في م: أن يعمل في مال أحد .
- (٦) في أ: دستار .
- (٧) زاد في م: أما .
- (٨) في أ: في .
- (٩) في م: لم يجز بأجر أحدهما .

الأول: أن يدعي المشتري أنه اشتراه بنفسه خاصة، [وهذا قبل عقد الشركة، أما^(١)] بعد عقد الشركة ففي^(٢) هذا الوجه [يكون^(٣)] بينهما على الشركة إذا كان ذلك المتاع من^(٤) جنس تجارتهما.

الوجه الثاني: أن يقول المشتري: اشتريته لنفسي قبل عقد الشركة.

وقال الآخر: لا بل اشتريته بعد عقد الشركة، وفي هذا الوجه إن علم تاريخ الشراء والشركة ينظر إلى أسبقهما تاريخاً، فإن كان تاريخ الشراء أسبق كان المتاع للمشتري خاصة، وإن كان تاريخ الشركة أسبق كان مشتركاً بينهما؛ لأنه ثبت الشراء بعد الشركة، وأحد الشريكين إذا اشترى شيئاً من جنس تجارتهما لنفسه خاصة حال غيبة الشريك الآخر يكون على الشركة [إذا لم يعلم التاريخ]^(٥)، وإن علم تاريخ أحدهما ولم يعلم تاريخ الآخر إن علم بتاريخ الشراء [لا]^(٦) غير لا يجعل الشراء قبل الشركة، وإن علم بتاريخ الشركة يجعل الشراء بعد الشركة، وإن لم يعلم التاريخ أصلاً فالمشتري يكون للمشتري خاصة، ذكر خواهر زاده - رحمه الله - هذه الجملة في أول^(٧) كتاب الشركة، والله تعالى أعلم.



-
- (١) سقط في م.
 (٢) في م: فهو في.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في م.
 (٦) سقط في م.
 (٧) زاد في أ: شرح.

الفصل السادس

في تصرف أحد الشريكين في الدين المشترك

قال محمد - رحمه الله - في الجامع : شريكان في ألف درهم على رجل ضمن أحدهما لصاحبه عن الغريم فالضمان باطل؛ لأنه لو صح هذا الضمان [إما أن^(١)] يصح مع قيام الشركة وينصرف إلى نصف شائع ولا وجه له [إلا أن كل حق^(٢)] مشترك بينهما، فإذا ضمنه فلا بد وأن يبطل الضمان في [نصفه؛ لأنه ضمان لنفسه ثم الثاني]^(٣) مشترك بينهما - أيضًا - فيبطل الضمان في نصفه^(٤)، ولا يزال كذلك حتى يبطل كله فكان في تصحيحه ابتداءً إبطاله [انتهاءً]^(٥) إلى أن يصح بشرط تقديم القسمة، فإن الدين لا يحتمل القسمة، فإن القسمة أفراد بعض الأنصاء عن البعض، وذلك لا يتحقق حال اجتماع الكل في مكان واحد.

ألا ترى أن الأعيان المشتركة بين جماعة يستحيل انقسامها^(٦) ما دامت كلها في مكان واحد مجتمعة وكذا^(٧) الدين، وقبل القبض الدين كله في مكان واحد وهو ذمة الغريم فلا يمكن تحقيق القسمة فيه؛ ولأن الدين في التحقيق معدوم إلا أنه ألحق بالأموال باعتبار العاقبة لحاجة الناس فإن كل^(٨) أحد لا يجد ما يشتري به كل ما يحتاج إليه ولا حاجة إلى جعلها موجودة بحق جواز القسمة فيبقى في حقه على

(١) سقط في م.

(٢) في م: لأن كل جزء.

(٣) في م: نفسه ثم الباقي.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: انتهى أولاً وآخراً.

(٦) في م: أقسامها.

(٧) في م: وكذلك.

(٨) في أ: كان.

العدم.

فإن قضاؤه على هذا الضمان [يرجع بما أخذه]^(١)؛ لأنه إنما قضى بضمان فاسد فيكون له حق الرجوع كمن ضمن بدل الكتابة وقضاها فإنه يرجع كذا هاهنا. ولو لم يكن ضمن لصاحبه لكنه قضى لشريكه^(٢) حصة من الدين من غير كفالة [صحت الكفالة]^(٣)؛ لأنه تبرع لقضاء^(٤) دينه وأمكن تصحيح القضاء بصرفه إلى نصيب المدفوع إليه بواسطة تقديم القسمة وأمكن القول بالقسمة هاهنا؛ لأن هذا قول بالقسمة حال [تفرق النصيب و^(٥) في]^(٦) المكان؛ لأن نصيب المدفوع [إليه]^(٧) صار في يده بالقبض ونصيب الآخر في ذمة الغريم، والقول بقسمة الدين بعد تفرق النصيب^(٨) في مكان جائز كما في العين المشتركة.

وإذا جازت القسمة على الوجه الذي قلنا وجب تقديم القسمة فصححنا التبرع بخلاف كفالة^(٩) ما مر، وقد يصح^(١٠) التبرع بما لا يصح به الضمان؛ ألا ترى أنه لا يصح الضمان ببديل الكتابة عن المكاتب ويصح التبرع، وهاهنا - أيضًا - كذا، وإذا صح القضاء من أحد الشريكين لم يكن له أن يشارك صاحبه فيما قضى. فرق بين هذا وبين ما لو تبرع أجنبي بقضاء حصة أحدهما كان للآخر أن يشارك صاحبه فيما قضى والفرق بينهما وهو أن إقدام أحد الشريكين على قضاء صاحبه

(١) في م: رجع به وأخذه.

(٢) في م: شريكه.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بقضاء.

(٥) في أ: وقوف.

(٦) في أ: بوقف النظر.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في أ: التصرف.

(٩) في أ: كلاله، وفي م: على.

(١٠) في أ: صح.

إبطال حقه في المشاركة، إذ لو كان له حق المشاركة يسترد من صاحبه نصف المقبوض ومتى استرد ذلك ينتفع^(١) فيما استرد، ثم يسترد النصف الباقي -أيضاً - على^(٢) ألا يبقى في يده شيء.

وهذا المعنى لا يوجد في تبرع الأجنبي [فبقي حق]^(٣) المشاركة، فإن نوى ما على الغريم [مثلاً]^(٤) فلا تسلط^(٥) له على الشريك فيما قبض منه؛ لأن إقدامه على التبرع بقضاء حصة مشتركة يضمن إبطال حقه عن المشاركة فسلم المقبوض لشريكه يومئذ مطلقاً، ولا يعود حق التبرع فيما قضى أبداً، بخلاف ما لو قضى المطلوب أو أجنبي حصة أحد الشريكين وسلم الشريك الآخر ذلك ثم يؤدي ما على الغريم، كان للشريك المسلم اتباع الشريك ومشاركته فيما قبض؛ لأن هاهنا سلم له^(٦) حق المشاركة في الابتداء وفي [التسليم إبطال]^(٧) ذلك لكن بشرط سلامة حصة [من]^(٨) المطلوب، فإذا لم يسلم عاد حقه لذمة^(٩) المطلوب كما كان، أما إقدام أحد الشريكين على التبرع بحصة شريكه كما يضمن إبطال حقه عن المشاركة إن لم يثبت حق المشاركة وقت القضاء أصلاً ليكون السقوط بشرط السلامة ولا يحتمل العود بعد ذلك.

واستدل محمد - رحمه الله - بما كان أبو الحسن وأبو يوسف -رحمهما الله - يفعلان^(١٠) من [كتابة الوثيقة في الشركة إذا أراد الورثة أن يصلحوا وارثا ويخرجوه

(١) في م: يتقبض التفرغ.

(٢) في م: إلى.

(٣) في م: فتبقى.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: سبيل.

(٦) في م: إليه.

(٧) في أ: السلم أبطل.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: إلى ذمة.

(١٠) في م: يقولان.

عن الشركة^(١) أنهم كانوا يكتبون أنهم صالحوا فلاناً وعجلوا له نصيبه من الدين ولو كان الشريك في الدين بعدما عجل نصيب شريكه مشاركاً فيما قبض لم يكن ذلك وثيقة.

رجلان لهما على رجل ألف درهم فقبض أحدهما نصيبه من الذي عليه أجود، كان للشريك الساكت^(٢) أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وإن أراد القابض أن يعطيه مال الآخر لا يكون له ذلك إلا [إن رضى]^(٣) الساكت، ولو أراد الساكت أن يأخذ من القابض مثلها لا يكون له ذلك إلا برضى القابض، وأصله أن أحد الشريكين إذا اقتضى حصته كان ذلك ملكاً له حتى إذا هلك قبل المشاركة كان على القابض، فإذا شاركه صار المقبوض مشتركاً بينهما، وإنما كان كذلك؛ [لأن المقبوض]^(٤) إذا كان من جنس الدين؛ عين الدين خالياً^(٥) ولهذا كان قبض جنس الحق استيفاء، ولهذا كان لصاحب الدين أن يمد يده فيأخذ وهو عين^(٦) الدين حقاً؛ لأن المقبوض عينا والدين غير عين فمن حيث إنه غير الدين حقيقة صار المقبوض ملك القابض، إذ التملك وجد من القابض لا غير، ومن حيث إنه عين^(٧) الدين حكماً ثبت للشريك حكم المشاركة في عين^(٨) المقبوض، وفي حق هذا لا يختلف بين ما إذا كان المقبوض [من]^(٩) مثل الدين أو أجود منه أو أردأ؛ لأن المقبوض في الأحوال كلها عين^(١٠) الدين حكماً وليس ببدل بطريق الحكم، ولهذا جاز في السلم والصرف أخذ

(١) بدل ما بين المعقوفين في أ: كتاب.

(٢) في أ: الثاني.

(٣) في م: برضى.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: حالياً.

(٦) في م: غير.

(٧) في م: غير.

(٨) في أ: غير.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: غير.

الأجود، وإذا أراد^(١) فإن لم يشاركه الساكت في ذلك حتى وهب القابض لرجل أو قضاها من ماله فأراد الساكت الرجوع على الموهوب له أو على الغريم لم يكن له ذلك، ولا ينقض تصرف القابض بحق الشريك الساكت، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة حيث ينقض لحق الشفيع.

والفرق^(٢) بينهما: أن القابض ملك المقبوض إلا أن للآخر حق المشاركة على ما مر وتصرف المالك في^(٣) ملكه إنما ينتقض لحق الغير إذا كان ذلك الحق [مقبوضاً]^(٤) مقصوراً على العين.

أما إذا لم يكن مقصوراً فلا ينعقد^(٥) وهو أن حق ذلك الغير إذا كان^(٦) مقصوراً على [العين، أما إذا لم يكن مقصوراً على العين]^(٧) أو لم ينتقض بصرف المال يبطل حق صاحب الحق فيتضرر، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا لم يكن حقه مقصوراً على العين^(٨) ولهذا لا ينتقض نصف المولى في العبد الجاني لحق ولي الجناية؛ لأن حقه غير مقصور على العين فإن للمولى أن يفدي العبد [بمثل نفسه]^(٩) إذا أشهد.

فنقول^(١٠): حق المبيع مقصور على العين فجاز أن ينقض نصف المولى، أما في مسألتنا: حق الساكت غير مقصور على العين فإنه ينتقل إلى غيره وهو المثل [بينهما]^(١١) فلا ضرورة إلى نقض تصرف القابض.

(١) في م: أدى.

(٢) في م: والعرف.

(٣) في م: و.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: نفقة.

(٦) زاد في أ: ذلك الحق مقبوضاً.

(٧) في م: الدين.

(٨) في أ: الدين.

(٩) في م: ويمسكه لنفسه.

(١٠) زاد في م: في.

(١١) سقط في أ، وفي م: بتراضيهما.

استشهد محمد - رحمه الله - في الكتاب فقال: ألا ترى أن رجلاً لو ادعى على رجل ألفاً فقضاه ثم أقر المدعي أنه لم يكن له على المدعى عليه حق، كان على المدعي رد عين المقبوض، وإن لم يرد حتى وهبها القابض أو قضاه غريباً له لم يكن لصاحبها عليه سبيل؛ لأنه ملك المقبوض [ملكاً فاسداً بالقبض]^(١) وحق المقبوض منه غير مُقتصر على العين^(٢) فإن عند الهلاك يجب على القابض مثل المقبوض.

وفي مسألة الجامع: ملكه ملكاً صحيحاً، ثم هناك لما لم ينتقض تصرفه مع فساد ملكه، ولما لم يكن حقه مقصوراً على العين فمنع صحة الملك أولى، ثم إن حكمنا بفساد الملك في مسألة المتهم^(٣) ابتداء [لا كما]^(٤) لو باع عبداً بحنطة في الجوالق وظهر أنه ليس في الجوالق فالمشتري العبد يملكه ملكاً فاسداً فهذا كذا^(٥) ابتداء [لا يبدأ؛ لأن]^(٦) في مسألة الجوالق^(٧) باع السيد^(٨) ملك العبد من المشتري ما^(٩) أشار إليه في الجوالق ولم يوجد ذلك فصار ذلك بمنزلة [استحقاق، وكان المقبوض بمنزلة]^(١٠) بدل المستحق وذلك مملوك عندنا ملكاً فاسداً، وهذا المدعي ملك المقبوض من المدعى [عليه بمال مشار]^(١١) إليه بوصف في الذمة ولم يوجد ذلك - أيضاً -

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: الغير.
- (٣) في م: المستعار.
- (٤) في م: إلا بما.
- (٥) زاد في أ: من وجه.
- (٦) في م: الابتدال أن.
- (٧) في م: الجوليق.
- (٨) في م: العبد.
- (٩) في م: بما إذا.
- (١٠) سقط في أ.
- (١١) في م: بما يشار إليه.

وفرق بين هذا وبين ما لو اشترى عبداً من المدعى عليه بدين ثم تصادقا^(١) أنه لم يكن على^(٢) المدعى عليه [شيء]^(٣) أن المدعى يملك البيع بيعاً صحيحاً، وهاهنا كما^(٤) يملك المقبوض ملكاً فاسداً.

والفرق: وهو أن البيع مشاركة من كل وجه، وإنما [يتعلق بدراهم مشار إليها عيئاً فلا يتعلق بدراهم مشار إليها ديناً، وإنما]^(٥) يتعلق بمثلها فتصادقهما على عدم الدين لا يمنع صحة العقد إذا تعلق بمثل المسمى، فأما المدعى هاهنا [قبض بحكم الاقتضاء وقد بينا أن المقبوض بحكم الاقتضاء]^(٦) عين حقه حكماً بدل حقه [حقيقة]^(٧) فكان بدلاً من وجه دون وجه، ولو كان [مبادلة من كل وجه جازت المبادلة وحكم بصحتها كما في مسألة بيع العبد، ولو كان]^(٨) استيفاء لعين الحق من كل وجه لا^(٩) يثبت الملك أصلاً، كما لو اشترى عيئاً من إنسان على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره لا يثبت الملك أصلاً إذا^(١٠) كان بدلاً من وجه دون وجه عملنا بهما من حيث إنه استيفاء [و]^(١١) وصف الصحة عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

ثم عاد محمد - رحمه الله - إلى مسألة^(١٢) الكتاب فقال: إذا قبض أحد

(١) في م: تصادق.

(٢) في م: من.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: فيما.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في م: لا.

(٦) في أ: فيصير بحكم الاقتضاء.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: لم.

(١٠) في م: فإنها.

(١١) زاد في أ: مسألتنا.

(١٢) في أ: لأستلة.

الشريكين نصيبه أجود من دراهمه فسلمها شريكه واختار اتباع الغريم فتوى ما على الغريم كان له أن يرجع على الشريك الساكت لما مر أن حقه في المشاركة كان ثابتًا، وإذا سلم فقد أبطل [حق نفسه]^(١) لكن شرط السلامة من الغريم، وإذا لم يسلم كان له حق الرجوع، ثم القابض بالخيار إن شاء أعطاه [نصف عين]^(٢) المقبوض، وإن شاء أعطاه مثل نصف المقبوض، وليس للساكت أن يقول ابتداء نصف المقبوض كان له قبل التسليم.

والوجه في هذا أن المقبوض ملك القابض إلا أن [للساكت فيه حق المشاركة فإذا سلمه]^(٣) لشريكه فقد سلمه^(٤) ما له من الحق^(٥) في الدراهم ببدل وهو نصيب القابض فيما بقي من الدين على الغريم فصار ذلك مملوكًا للقابض على سبيل الخلوص^(٦) بسبب صحيح وانقطع حق الساكت واستحق الساكت الرجوع على الغريم القابض.

ثم إذا سلم^(٧) الغريم من جهة الغريم واستحق الرجوع على القابض ورجع كان بمنزلة الفسخ ما [بينه القابض]^(٨) من جهة الساكت فيكون بمنزلة مبادلة مفسوخة، والدراهم الزائلة عن ملك الإنسان بالمبادلة لا تتعين للعود على^(٩) ملكه عند فسخ المبادلة.

فإذا^(١٠) اشترى عبدًا بدراهم وهلك العبد قبل القبض أو وجد به عيبًا فرده وأراد

(١) في أ: حقه.

(٢) في م: مثل نصف.

(٣) في أ: الساكت في المشاركة إذا سلم.

(٤) في م: ملك.

(٥) في م: حق.

(٦) في أ: المقبوض.

(٧) في م: لم يسلم.

(٨) في م: ثبت للقابض.

(٩) في م: إلى.

(١٠) في م: فإنه إذا.

الرجوع بعين ما أدى من الدراهم لا يكون له ذلك، وهذا المعنى لا يتأتى قبل تسليم الشريك ولهذا افترقا.

في شركة المتقى: ابن سماعة عن محمد: رجلان لهما على رجل ألف درهم من ثمن عبد أو غير ذلك فأخر أحدهما حصته من ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز في قول محمد.

فرع على قول محمد فقال: ولو أن الغريم [عجل للذي أخر]^(١) حصته مائة درهم من حقه فلشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك [وذلك خمسون فإذا أخذ منه ذلك كالذي عجل له المائة يرجع على الغريم بمثل ما أخذ منه]^(٢) وذلك خمسون من حصة الذي لم يؤخر من [قبيل أن]^(٣) الذي [لم]^(٤) يؤخر إذا أخذ من المؤخر صار للمؤخر من حصته مثل ذلك؛ ألا ترى أن الغريم لو عجل للمؤخر جميع حقه وذلك خمس مائة فأخذ الذي لم يؤخر من ذلك نصفه كان للمؤخر أن يرجع على الغريم بما أخذ منه من حصة شريكه كذا هاهنا.

وذكر بعد هذا: أن المؤخر إذا رجع على الغريم بخمسين قسمت هذه الخمسون بينهما على عشرة أسهم، للمؤخر من ذلك سهم، ولغير المؤخر تسعة أسهم، ولو أن الغريم حين عجل للمؤخر مائة درهم ورجع عليه شريكه بنصف ذلك لم يرجع المؤخر على الغريم حتى قبض الذي لم يؤخر من الغريم كان للمؤخر أن يشاركه فيها، ويكون ذلك بينهما على عشرة أسهم للمؤخر سهم ولشريكه تسعة أسهم.

وفيه - أيضاً - : ابن سماعة عن أبي يوسف في الأمالي^(٥): رجلان لهما على

(١) في أ: الذي عجل.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: قبل.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الإملاء.

رجل ألف درهم فأفسد أحد الرجلين^(١) على المطلوب متاعاً أو قتل عبداً له وصار ماله قصاصاً، فليس لشريكه أن يرجع عليه بشيء.

وكذلك لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا^(٢) عن رجل صارت حصته قصاصاً ولا شيء لشريكه عليه، فإن قبض عن المكفول عنه ذلك المال الثالث لم يكن لشريكه - أيضاً - أن يشاركه في ذلك.

ولو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بخصته أو أحاله بذلك على رجل فاقتضاه^(٣) هذا الشريك من الكفيل أو المحال عليه، فلآخر أن يشاركه فيه.

وكذلك [لو]^(٤) أن المطلوب أعطاه أحدهما [رهناً]^(٥) بخصته فهلك عنده فليس له أن يضمه.

وفي بيع هذا الكتاب: أحد ربي الدين إذا أخذ [ممن عليه الدين ثوباً أو طعاماً فلشريكه أن يشاركه فيه وإن هلك يهلك من نصيبه وكذلك لو وكل غيره بالقبض فقبض الوكيل فهلك في يد الوكيل يهلك على الموكل ولو كان قائماً لشريكه أن يشاركه فيه.

رجلان لهما على رجل ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ^(٦) حصته ولا يكون لشريكه سبيل.

قال نصر - رحمه الله - : يهب الغريم له مقدار حصته ويقبض ثم يبرأ الغريم من حصته.

(١) في م: ربي الدين.

(٢) في م: بمال.

(٣) في م: فأمضاه.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

في شركة النوازل والواقعات قال أبو بكر في النوازل والواقعات: بيع مطلوب كفاً من زيبب [وتمراً لحصة]^(١) من الدين وسلم إليه الربح^(٢) ثم يبرئه عن نصف دين الغريم ويطلبه بثمرن الزيبب فلا يكون لشريكه في ذلك شيء.

قال في كتاب الدية: إذا كان لثلاثة دين مشترك على إنسان فغاب اثنان منهم وحضر الثالث فطلب نصيبه يجبر المديون على الدفع، في ودیعة شرح الجامع الصغير، والله تعالى أعلم.

إذا اشتركا شركة عنان ورأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير [وقیمة الدنانیر مثل قیمة]^(٣) الدراهم، فاشترى صاحب الدراهم [بالدراهم]^(٤) غلاماً، واشترى الآخر بالدنانیر جارية ونقدا المالین وكان ذلك في صفتین فهلك الغلام والجارية في یدیهما، يرجع كل^(٥) منهما على صاحبه بنصف رأس^(٦) ماله، ولو اشتریاهما صفقة واحدة وباقي المسألة بحالها لم يرجع أحدهما على صاحبه، وجعل كل واحد منهما حال تفريق الصفقة وكیلاً عن صاحبه، ولم يجعل ذلك حال اتحاد الصفقة.

إذا اشتركا على أن یبعا بالنقد والنسیئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن بیع النسیئة، اختلف فيه المتأخرون، واختیار الفقیه أبو الیث صحة النهی في شركة^(٧) فتاویه.

وإذا قال أحد الشریکین لصاحبه: لا تجاوز بكذا، فتجاوز فهلك المال، یضمن

(١) في م: عند الحصة.

(٢) في م: الترسیم.

(٣) في م: هذا مثل فضة.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: واحد.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: الشركة في.

حصّة^(١)، شريكه، في هذا الموضوع أيضا. اشترى شيئا ثم^(٢) أشرك آخر فيه، فهذا بيع النصف من الثاني بنصف الثمن الذي اشترى به.

إذا قال لغيره: أقرضني ألفا أتجر بها ويكون الربح بيننا، فأقرضه ألفا واتجر وربح، فالربح كله للمستقرض، لا شركة للمقرض فيه. دفع إلى رجل ألفا وقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا، فهلك المال قبل أن يشتري فلا ضمان عليه، وهذا ليس بقرض إنما هو شركة.

وإن اشترى بالمال ثم هلك المال، فعلى الأمر ضمان نصف المال، وعلى المشتري مثل ذلك، وهذا على قول أبي يوسف. أما على قول محمد - رحمه الله - : إذا هلك المال في يد القابض قبل أن يشتري شيئا، فعليه ضمان نصف المال.

وأبو يوسف اعتبر هذا شركة، إلا إذا اشترى بها، فحينئذ يجب عليه النصف ثمن ما اشترى.

ومحمد - رحمه الله - اعتبره قرضا في النصف، فإنه جعل له الربح والوضيعة، ولو جعل كل الربح له قرضا، وكذا النصف، في شركة القدوري.

ذكر في العيون: ثلاثة ليسوا [شركاء وتقبلوا]^(٣) عملاً من رجل، ثم جاء واحد وعمل ذلك العمل كله [فله ثلث الأجرة]^(٤) ولا شيء للآخرين، إلا أنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل واحد منهم ثلث العمل بثلث الأجر، فإذا عمل واحد

(١) في م: حصته.
 (٢) زاد في أ: اشترى شيئا ثم.
 (٣) في م: بشركاء يعملوا.
 (٤) في أ: ثبت الأجر.

منهم الكل كان متطوعًا في الثلثين فلا يستحق الأجر^(١).
قال أحد المتفاوضين لصاحبه: أريد أن اشتري هذه الجارية لنفسى خاصة، فسكت شريكه فاشتراها لم يكن له [ذلك]^(٢)، حتى يقول شريكه: نعم، بخلاف ما إذا قال الرجل لغيره: اشتري لى جارية فلان، وقبل الوكيل الوكالة، ثم أتى الوكيل إلى الموكل وقال: إنى أريد أن اشتري تلك الجارية لنفسى، فسكت الموكل ثم اشتراها الوكيل فإنه يصير مشتريًا لنفسه.

والفرق أن أحد المتفاوضين لا يملك تعيين^(٣) موجب المفاوضة إلا برضا صاحبه، وفي الرضا^(٤) احتمال، والوكيل بالشراء يملك عزل نفسه بعلم^(٥) الموكل رضي الموكل به أو سخط، وقد وجد العلم.

إذا أقر أحد شريكي العنان أنه استقرض من فلان ألف درهم لتجارتهما لزمه خاصة لأن الاستقراض ليس [من تجارتهما]^(٦) فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه بالاستدانة عليه لزمه خاصة - أيضًا - حتى كان للمقرض أن يأخذ منه، وليس له أن يرجع على شريكه؛ لأن الاستقراض بطل فصار وجود الإذن والمعدوم^(٧) بمنزلة، والله [سبحانه وتعالى]^(٨) أعلم [بالصواب وإليه المرجع والمآب، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم]^(٩).

تم الجزء المبارك من الذخيرة يوم الخميس المبارك خامس عشرين شهر شعبان من شهور سنة ١١٤٣ من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام على يد كاتبه الفقير محمد المنشاوي الشافعي غفر الله له ولوالديه ولكل المسلمين أجمعين،
أمين.

(٢) سقط في أ، م.

(٤) في م: الرضاع.

(٦) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(١) سقط في م.

(٣) في م: يعتبر.

(٥) في م: يعلم أن.

(٧) في م: والعدم.

(٩) سقط في م.

كتاب الصيد^(١)

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

[الفصل^(٢) الأول

في بيان ما يؤكل من الصيد^(٣) وما لا يؤكل

يجب أن يعلم أن الحيوانات على نوعين.

منها: ما لا دم له نحو الذباب^(٤) والزنبور^(٥) والسماك والجراد^(٦) وغير ذلك، ولا

(١) (٢) في م: الصيد.

(٣) سقط في م.

(٤) الصيد جمع صيد، وهو لغة: مصدر «صاد»، يصيد، صيدا، ويسمى المصيد صيدا، والجمع: «صيود». والمصيد: كل حيوان متوحش طبعاً ممتنع عن آدمي، مأكولاً كان أو غير مأكول، لا يمكن أخذه إلا بحيلة، والاصطياد، والصيد: ما يصاد، وهو: الممتنع بقوائمه أو جناحيه.

ينظر: المغرب، مادة (صاد)، ص (٢٥٧، ٢٥٨)، طلبة الطلبة، ص (١٠٠).

وشرعاً: اقتناص حيوان حلال متوحش طبعاً غير مملوك، ولا يقدر عليه.

ينظر: تبين الحقائق (٥٠/٦)، بدائع الصنائع (١٩٥/٢)، العناية شرح الهداية (٣/

٦٧)، الجوهرة النيرة (١٧٦/٢)، البحر الرائق (٢٨/٣).

يستدل على مشروعية الصيد بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب: ١ - قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [سورة المائدة: ٢]. والوجه من

الآية: أن هذا أمر وارد بعد الحظر فيفيد الإباحة. فدلّ على مشروعية الصيد.

٢ - وقوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحَرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ

مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾ [سورة المائدة: ٩٦]. وهذه الآيات دالة دلالة واضحة على أن صيد البحر

حلال، وأن الصيد حرام حالة الإحرام. فدلّ على مشروعيته لغير المحرم.

ومن السنة: ما روي أن النبي ﷺ، قال لعدي بن حاتم: «إن أرسلت كلبك وسميت

فكل، وإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه».

وانعقد الإجماع: على إباحة الاصطياد، والأكل من الصيد. والاصطياد مباح لقاصده

بإجماع العلماء في غير حرم مكة والمدينة، لغير المحرم بالحج أو العمرة، ويؤكل

الصيد إن كان مأكولاً شرعاً. ويكره الصيد للهو، ويحرم إذا كان فيه ظلم للناس

بالعدوان على مزارعهم وأموالهم. ينظر: تبين الحقائق (٥٠/٦).

(٥) الذباب: اسم يطلق على كثير من الحشرات المجنحة منها الذبابة المنزلية وذبابة الخيل وذبابة

الفاكهة وذبابة اللحم، والجمع: أذبة وذبان ويقال فلان ذباب إذا كثر التأذي به، وأصابه

ذباب هذا الأمر، شره، و(الذبابة) واحدة الذباب، ومن كل شيء بقيته.

يحل تناول شيء منها إلا السمك والجراد، غير أن الجراد يحل مات بعله أو بغير علة، والسمك إذا مات بغير علة يحل، وسيأتي ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى. وفي فتاوى أهل سمرقند: ولا بأس بأكل دود الزنبور قبل أن ينفخ فيه الروح. وما له دم نوعان: مستأنس، ومتوحش^(١)، فالذي يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق هو الإبل والبقر والغنم والدجاج، وأما الحمار الأهلي، فلحمه حرام، وكذا لبنه وشحمه، واختلف المشايخ في الانتفاع بشحمه من غير وجه الأكل، وحرمة بعضهم قياساً على الأكل، وأباحه بعضهم، هو الصحيح. وأما الفرس فلحمه مكروه عند أبي حنيفة كراهة تنزيه عند بعض المشايخ، وكراهة تحريم عند بعضهم، هو الصحيح. وعندهما: لا كراهة في لحمه.

وأما البغل، فعند أبي حنيفة: [لحمه]^(٢) مكروه على كل حال. وعندهما: كذلك؛ إن كان الفرس نزا على الأتان.

وإن كان الحمار نزا على الرمكة^(٣)، [فقد قيل: يكره]^(٤)، وقد قيل: لا يكره.

ينظر: حياة الحيوان (٤٨٨/١) المعجم الوسيط، مادة (ذذب) (٣٨٠/١)، مختار الصحاح (٢٢٦/١).

(٥) الزنبور: حشرة أليمة اللسع من الفصليّة الزنبورية، ووأحدثها زبارة والجمع زبابير. ينظر: حياة الحيوان (١٣/٢) المعجم الوجيز، ص (٢٩٢).

(٦) الجراد: فصيلة من الحشرات المستقيمات الأجنحة واحده جرادة، للذكر والأنثى، والجريد الذي يُجرد عنه الخوص، الواحدة جريدة، ولا يسمى جريدا ما دام عليه الخوص وإنما يسمى سعفاً، والجُرَادَةُ بالضم ما قشر عن الشيء، والتَّجْرِيدُ التعرية من الثياب، والتَّجْرِيدُ التعري وتَجْرَدَ للأمر أي جد فيه، وانجَرَدَ الثوب أي: انسحق؛ ولأن الجراد: معروف وهو اسم جنس والواحدة جَرَادَةٌ الذكر والأنثى فيه سواء ونظيره البقرة والحمامة. (والجرادة) ما قشر من الشيء.

ينظر: حياة الحيوان (٢٦٧/١)، المعجم الوسيط، مادة (جرد) (١١٥/١)، مختار الصحاح (١١٩/١).

(١) في م: مستوحش.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) الرمكة: الأنثى من البراذين، والجمع رماك. ينظر: حياة الحيوان (٥١٣/١) والمصباح =

وأما السنور، والكلب، [فلحهما]^(١) حرام أهليًا كان أو وحشيًا.
 وأما المستوحش^(٢) فنوعان: صيد البر، وصيد البحر.
 أما صيد البحر: فلا يحل تناول شيء منها إلا السمك.
 وأما صيد البر، فالذي لا يؤكل منه كل ذي ناب من السباع^(٣)، وكل ذي مخلب من الطير، والمراد من الناب والمخلب: الناب الذي هو سلاح، [والمخلب الذي هو سلاح]^(٤).
 بيان الأول: الأسد^(٥)، والذئب^(٦)، والنمر^(٧)، والفهد^(٨)، والضبع^(٩)،

= المنير، ص (٩١).

(٤) في م: فليل: مكروه.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في: المتوحش.

(٣) السباع: جمع (سبع)، والأنثى: سبعة؛ وهو: كل جارح من الحيوان، وسباع الوحش: ذوات الأنياب منها، وسباع الطير: ذوات المخالب منها. وقيل: السبع يقع على ما له ناب من السباع ويعدو على الناس والدواب فيفترسها مثل: الأسد والذئب والنمر والفهد وما أشبهها، والثعلب: وإن كان له ناب فإنه ليس بسبع؛ لأنه لا يعدو على صغار المواشي ولا ينب في شيء من الحيوان، وكذلك الضبع لا تعد من السباع العادية ولذلك وردت السنة بإباحة لحمها وبأنها تجزى إذا أصيبت في الحرم أو أصابها المحرم. ينظر: حياة الحيوان (١٧/٢-١٨)، معجم لغة الفقهاء (١/٢٤٠)، لسان العرب (٨/١٤٦)، العين، للفراهيدي (٣٤٤/١).

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) الأسد من جنس الفصيصة السنورية يشمل الذكر والأنثى، ويطلق على الأنثى: أسدة، وهو: من الوحوش الضارية. وله في العربية أسماء كثيرة، وداء الأسد: صنف من الجذام، وسمى بذلك لمشابهة وجه صاحبه وجه الأسد.

ينظر: حياة الحيوان (١/١٠-٢٠)، المعجم الوسيط، مادة (أسد) (١/١٧)، مختار الصحاح (١/١٦).

(٦) الذئب: كلب البر، والجمع: أذواب في القلعة، وذئاب، وذؤبان في الكثرة. والأنثى ذئبة. ينظر: حياة الحيوان (١/٤٩٨)، لسان العرب، مادة (ذأب) (١/٣٧٧).

(٧) النمر: حيوان مفترس أرقط من الفصيصة السنورية، ورتبته من اللواحم، والنمرة: أنثى النمر. ينظر: حياة الحيوان (٢/٤٩٥)، المعجم الوسيط، مادة (نمر) (٢/٩٥٤)، مختار الصحاح (١/٦٨٨).

(٨) الفهد: سبع من الفصيصة السنورية بين الكلب والنمر لكنه أصفر منه وهو: شديد الغضب =

والثعلب^(١)، وما أشبه ذلك، وكرهوا أيضًا لحم الفيل والدب والقرد^(٢)، والضبع، وكرهوا أيضًا [سباع الهوام^(٣)، نحو اليربوع^(٤)، وابن عرس^(٥)، والسنجاب^(٦)

يضرب به المثل في كثرة النوم والاستغراق فيه.
ينظر: حياة الحيوان (٣٠٦-٣٠٧/٢)، لسان العرب، مادة (فهد) (٣/٣٣٩)، المعجم الوسيط (٧٠٤/٢).

(٩) الضبع: من جنس السباع من الفصيلة الضبعية ورتبة اللواحم، وهو أكبر من الكلب وأقوى. والجمع: أضباع، والمذكر ضبعان، والأنثى: ضبعانة، والجمع: ضبعانات، وضباع، جمع للذكر والأنثى.

ينظر: حياة الحيوان (١١١-١١٢/٢)، المعجم الوسيط، مادة (ضبع) (١/٥٣٣)، مختار الصحاح (٤٠٣/١).

(١) الثعلب: جنس لحيوانات مشهورة من الفصيلة الكلبيية ويضرب به المثل في الاحتيال، والثعلبية: الثعلب، وعلة يتناثر بها الشعر. والثعلبان: الثعلب الذكر، والرجل الداهية. ينظر: حياة الحيوان (٢٥٢-٢٥٣/١)، المعجم الوسيط، مادة (ثعلب) (١/٩٦)، مختار الصحاح (٩٠/١).

(٢) القرد: حيوان معروف بكسر القاف وسكون الراء، وجمعه قروء، وقد يجمع على قرده. ينظر: حياة الحيوان (٣٣٠-٣٣١/٢)، المعجم الوسيط، مادة (قرد) (٢/٧٢٤)، مختار الصحاح (٥٦٠/١).

(٣) الهوام: من (هوم)، أي: نام نوما خفيفا وهز رأسه من النعاس وهو طائر صغير من طير الليل يألف المقابر والبومة وطائر يزعم العرب أنه يخرج من هامة. ينظر: حياة الحيوان (٥٠٩/٢)، المعجم الوسيط، مادة (هوم) (٢/٢٠٠٠)، لسان العرب (٦٢٤/١٢).

(٤) اليربوع: حيوان من الفصيلة اليربوعية صغير على هيئة الجرد الصغير وله ذنب طويل ينتهي بخصلة من الشعر وهو قصير اليدين طويل الرجلين. ينظر: حياة الحيوان (٥٥٨/٢)، المعجم الوسيط، مادة (ربيع).

(٥) ابن عرس: دويبة يجمع على بنات عرس، وكذلك بن آوى وابن مخاض وابن لبون وابن ماء وتقول بنات آوى وبنات مخاض وبنات لبون وبنات ماء، وقد أعرس فلان أي اتخذ عرسا وأعرس بأهله بني بها وكذا إذا غشيتها ولا تقل عرس والعامة تقول قلت قوله بني بها هو أيضا مما تقوله العامة وهو خطأ كذا ذكره في ب ن ي والتعريس نزل القوم في السفر من آخر الليل يقعون فيه وقعة للاستراحة ثم يرتحلون.

ينظر: حياة الحيوان (٢٣٢/٢)، مختار الصحاح، مادة (عرس) (١/٤٦٧)، لسان العرب (١٣٤/٦).

(٦) السنجاب: حيوان أكبر من الجرد له ذنب طويل كثيف الشعر يرفعه صعدا يضرب به المثل في خفة الصعود ولونه أزرق رمادي ومنه اللون السنجابي. ينظر: حياة الحيوان (٤٧/٢)، المعجم الوسيط، مادة (سنج) (١/٤٥٣).

والسنور^(١)، والفيل^(٢)، والزلق^(٣)، وكرهوا أيضًا^(٤) جميع الهوام التي سُكناها في الأرض نحو الفأرة^(٥)، والوزغ^(٦)، والقنفذ^(٧)، وسام أبرص^(٨)، والحيات^(٩)،

(١) السنور: حيوان أليف من الفصيلة السنورية ورتبة اللواحم من خير مأكله الفأر ومنه أهلي وبري وهي سنورة والجمع: سنابير.

ينظر: حياة الحيوان (٤٨/٢)، المعجم الوسيط، مادة (سنر) (٤٥٤/١)، مختار الصحاح (٣٢٦/١).

(٢) الفيل: حيوان ضخّم الجسم من العواشب الثديية ذو خرطوم طويل يتناول به الأشياء كاليد وله نابان بارزان كبيران يتخذ منهما العاج.

ينظر: حياة الحيوان (٣٠٩/٢)، المعجم الوسيط (٣٣٢/٢).

(٣) الزلق: من (زَلِقَ) زَلَقًا، وَأَزْلَقَهُ هو وَالزَّلِقُ: المكان المَزْلَقَةُ وأَرْض مَزْلَقَةٌ ومُزْلَقَةٌ وزَلِقٌ وزَلِقٌ ومَزْلُقٌ لا يثبت عليها قدم وكذلك الزَّلَاقَةُ، ومنه قوله تعالى: ﴿فَنُصِّحَ صَبِيحًا زَلَقًا﴾ [سورة الكهف آية: ٤٠] أي: أَرْضًا مَلْسَاءَ لا نبات فيها أو ملساء ليس بها شيء والزَّلِقُ العَجْزُ من كل دابة.

ينظر: لسان العرب مادة (زلق) (١٤٤/١٠)، المعجم الوسيط (٣٩٨/١).

(٤) سقط في م.

(٥) الفأرة: من (فَئِرَ) المَكان فأراً كثر فيه الفأر والطعام أو الشراب وقع فيه الفأر فهو فئر (الفأر) حيوان تنسب إليه الفصيلة الفأرية من رتبة القوارض وهو يشمل الجرذ والفأرة أي الكبير والصغير وتسهل الهمزة فيقال فار جمع فئران وفيران وفئرة وفأر الظهر لحمه ويكنى بقلة الفأر في البيت عن الفقر.

ينظر: حياة الحيوان (٢٧٠-٢٧١/٢)، المعجم الوسيط، مادة (فأر) (٦٧٠/٢)، لسان العرب (٤٢/٥).

(٦) الوزغ من (وزغ) به (يزغ) وزغا رماه دفعة دفعة يقال: (أوزغ) به وزغ و(وزغ) الجنين صور في البطن فتبينت صورته وتحرك و(الوزغ) الرجل الضعيف وسام أبرص، جمع: (أوزاغو)، و(الوزغة) سام أبرص، للذكر والأنثى.

ينظر: حياة الحيوان (٥٤٤-٥٤٥/٢)، المعجم الوسيط، مادة (وزغ) (٢٠٢٩/٢).

(٧) القنفذ: من (قنفذ)، والقُنْفُذُ لغة: في القُنْفُذِ حكاها كراع عن قطرب.

ينظر: حياة الحيوان (٣٦٠/٢)، لسان العرب، مادة (قنفذ) (٣٦٩/٣).

(٨) سام أبرص: (السام) كل ذي سم كالثعبان والجمع سوام، وسام أبرص، ضرب من الوزغ وتقول سوام دون أبرص أو برصة وأبارص دون سوام وهو: مضاف غير مركب ولا مصروف، وقيل هو من كبار الوزغ وهو معرفة إلا أنه تعريف جنس وهما اسمان جُعلا اسمًا واحدًا إن شئت أُعْرِبَتِ الأول وأصغته إلى الثاني وإن شئت بنيت الأول على الفتح وأُعْرِبَتِ الثاني بإعراب ما لا ينصرف.

ينظر: حياة الحيوان (١٦-١٧/٢)، المعجم الوسيط، مادة (سم) (٤٥١/١)، لسان

العرب (٥/٧).

وجميع هوام الأرض إلا الأرنب، فإنه يحل أكله.
 وبيان الثاني: الصقر^(١)، والبازي^(٢)، والشاهين^(٣)، والنسر^(٤)، والعقاب^(٥) وما أشبه ذلك، وأما العقعق^(٦)، والسودانية^(٧) وما أشبه ذلك مما لا مخلب له من الطير

(٩) الحيات جمع (حوى) وهي: من حوى الشيء حواية، استولى عليه وملكه، ويقال حوى الحية، رقاها فاستسلمت له والحية: تقال للذكر والأنثى، والهاء للإفراد كبطة ودجاجة على أنه قد روي عن العرب رأيت حَيًّا على حَيَّةٍ أي ذكرًا على أنثى.
 ينظر: حياة الحيوان (٣٨٧/١)، المعجم الوسيط، مادة (حوى) (٢١٠/١)، مختار الصحاح (١٦٧/١).

(١) الصقر: من جوارح الطير من الفصيلة الصقرية والجمع: أصقر وصقور، (الصقرة) شدة وقع الشمس وحرها.
 ينظر: حياة الحيوان (٨٩/٢)، المعجم الوسيط، مادة (صقر) (٥١٨/١)، مختار الصحاح (٣٧٥/١).

(٢) البازي: من (بزي) بزا وبزاء خرج صدره ودخل بطنه فهو أبزي، والبازي: جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم تميل أجنحتها إلى القصر وتميل أرجلها وأذنانها إلى الطول ومن أنواعه الباشق والبيدق والجمع: بواز وبزاة.
 ينظر: حياة الحيوان (١٥٧/١)، المعجم الوسيط، مادة (بزي) (٥٥/١)، مختار الصحاح (٧٣/١).

(٣) الشاهين: من (شهن) وهو: من سباع الطير ليس بعربي محض، والشاهين: طائر من جوارح الطير وسباعها من جنس الصقر، والجمع: شواهين وشياهين.
 ينظر: حياة الحيوان (٦٦/٢)، لسان العرب، مادة (شهن) (٢٤٣/١٣)، المعجم الوسيط (٤٩٨/١).

(٤) النسر: بفتح النون طائر وجمع القلة أنسُرٌ، والكثير نُسُورٌ، يقال: النسر لا مخلب له وإنما له ظُفر كظُفر الدجاجة والغُراب، ونُسُرٌ أيضا: صنم من أصنام نوح عليه السلام وقد تدخل عليه الألف واللام، وا

ينظر: حياة الحيوان (٤٧٤/٢)، مختار الصحاح مادة (نسر) (٦٨٨/١).

(٥) العقاب: طائر من كواسر الطير قوي المخالب مسرول له منقار قصير أعقف حاد البصر وفي المثل: (أبصر من عقاب) (لفظه مؤنث للذكر والأنثى) والجمع: أعقب وعقبان.
 ينظر: حياة الحيوان (١٧٢/٢)، المعجم الوسيط، مادة (عقب) (٦١٣/٢).

(٦) العقعق، وهو غراب نحو الحمامة حجما، فيه بياض وسواد، وهو من الفصيلة الغرابية ورتبة الجواثم وهم صحاب له ذنب طويل ومتقار طويل والعرب تشاءم به.
 ينظر: حياة الحيوان (٢٠٢/٢)، المعجم الوسيط (١٣٨/٢).

(٧) السودانية: (السوداء) نقيض الأبيض، والعرب تسمي الأخضر الشديد الخضرة أسود لأنه يرى كذلك ويقال: هو أسود الكبد عدو، وهم سود الأكباد أعداء، والغنم سود البطون

[لا بأس^(١) بأكله .

وعن محمد في «الرقيات» أن العقق: إذا كان يأكل الجيف^(٢) يكره أكله، وإذا كان يلتقط الحب لا يكره أكله .

وفي «المنتقى»^(٣) عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس بأكل العقق؛ قال: لأنه يخلط الحب مع الجيف، وإنما يكره من الطير ما لا يأكل إلا الجيف، وما له مخلب .
وأما الغراب الأبقع^(٤) والأسود فهو أنواع ثلاثة: نوع [زرعي]^(٥) يلتقط الحب ولا يأكل الجيف، وإنه [لا يكره، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وهو]^(٦) مكروه، ونوع منه [يخلط الحب بالجيف]^(٧)؛ يأكل الحب مرة ويأكل الجيف أخرى، وإنه [غير]^(٨) مكروه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: [يكره]^(٩) .
والفاخنة^(١٠) تؤكل، وكذلك الدبس^(١١) وكذلك الخطاف^(١٢) .

مهازيل ومن القلب حبه ومن السهام المبارك يتيمن به والجمع: سود وسودان .
ينظر: حياة الحيوان (٥٢/٢)، المعجم الوسيط، مادة (سود) (٤٦١/١) .

(١) سقط في م .

(٢) الجيف: من (جيف) والجيفة معروفة، جُئَةُ الميت، وقيل جثة الميت إذا أُنْتَتَتْ، الجيفة جثة الميت إذا أراح تقول منه جيف تجييفاً والجمع: جيف، ثم أجيافٌ .
ينظر: لسان العرب، مادة (جيف) (٣٧/٩)، مختار الصحاح (١١٩/١) .

(٣) زاد في م: عن أبي يوسف .

(٤) الغراب الأبقع: من (بقع) والبَقْعُ والبُقْعَةُ، تَخَالَفُ اللَّوْنُ، وقيل الأبقع ما خالط بياضه لونٌ آخر، وغُرابٌ أبقع: فيه سواد وبياض، ومنهم من خص فقال: في صدره بياض .
ينظر: حياة الحيوان (٢٣٥/٢)، لسان العرب، مادة (بقع) (١١٧/٨) .

(٥) سقط في ب .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

(٩) سقط في م .

(١٠) الفاخنة: من (فختت) يقال: فختت فختاً، صوتت، والإنسان تبختر في مشيه مثل الفاخنة وفخت الشيء، قطعه يقال فخت رأسه بالسيف والسقف ثقبه، و(فختت) الفاخنة مبالغة في فختت، والفاخنة: ضرب من الحمام المطوق إذا مشى توسع في مشيه وباعد بين جناحيه وبطيئه وتمایل والجمع: فواخت و(الفخت) الفخ للصائد .

وأما الخفاش^(١): فقد ذكر في بعض المواضع أنه لا يؤكل؛ لأن له نابًا، ويكره لحم الإبل الجلالة^(٢) والعمل عليها وتلك حالها إلى أن تحبس أيامًا وتعتلف بعلف طيب.

والجلالة: التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط ويكون منتنًا، وإنما كره الاستعمال كيلا يتأذى الناس بروائحها، وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه لا يظهر ذلك في لحمه فلا بأس بأكل لحمه والعمل عليها.

ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - في النوادر: لو أن جديًا غذي بلبن خنزير فلا بأس بأكله؛ لأن ذلك^(٣) لا يؤثر في لحمه ولا يتغير^(٤) به، وعلى هذا لا بأس بأكل الدجاج وإن كان يقع على الجيف؛ لأنها تخلط فلا يتغير لحمها ولا ينتن، والحكم يدور على هذا المعنى.

وما ذكر في [هذا]^(٥) الكتاب: أن الدجاج يحبس، فذلك في الذي لا يأكل إلا الجيف، فأما الذي يأكل الجيف وغيره فالحبس فيه ليس بشرط.
ثم قال: يحبس أيامًا.

وقد اختلفت الروايات عن أصحابنا فيه: منهم من قال: ثلاثون يومًا، ومنهم من

= ينظر: حياة الحيوان (٢/٢٦٧-٢٦٨)، المعجم الوسيط، مادة (فخت) (٢/٦٧٦)، لسان العرب (٢/٦٥).

(١) الدبس: ضرب من الحمام. ينظر: حياة الحيوان (١/٤٥٧) المعجم الوسيط (١/٥٦٢).
(١٢) الخطاف - بضم فتشديد - طائر أسود يقال له: زوار الهند، وهو من الطيور القواطع عريض المنقار دقيق الجناح طويله منتفش الذيل. ينظر: حياة الحيوان (١/٤١١) المعجم الوسيط (١/٥٠٩).

(١) الخفاش: حيوان ثديي من رتبة الخفاشيات قادر على الطيران ولا يطير إلا في الليل.
ينظر: حياة الحيوان (١/٤١٤) المعجم الوسيط (١/٥١٢).

(٢) الجلالة: من الماشية التي تأكل الجلة والعدرة.

ينظر: حياة الحيوان (١/٢٨٣)، المعجم الوسيط (١/٢٧٣).

(٣) في أ: اللبن.

(٤) في أ: يعتبر.

(٥) سقط في م.

قال: عشرون يومًا، ومنهم من قال: عشرة أيام.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الإبل تحبس أربعون^(١) يومًا، والبقرة عشرون يومًا، والشاة عشرة، والدجاج ثلاثة، وهكذا روي عنهم في النواذر. وروي عن أصحابنا رواية أخرى: في الإبل عشرون، وفي البقرة عشرة، وفي الشاة ثلاثة، وفي الدجاج يوم.

وقال بعضهم: في كل ذلك ثلاثة أيام، والأصح أنها تحبس حتى^(٢) تزول عنها الرائحة المنتنة، وإليه أشار في الأصل حيث قال: حتى تزول عنه الرائحة الكريهة. ثم ذكر في «الأصل» الأكل والعمل عليها ولم يذكر البيع. وذكر في النواذر: ويكره بيعها [وهبتها ما دام تلك حالها.

وفي المنتقى: الناقة الجلالة والشاة والبعير إنما يكون جلالة إذا تغيرت وأنتنت فوجد منها رائحة منتنة فلا يشرب لبنها]^(٣) ولا يؤكل لحمها، وأما الدجاجة فلا تكون جلالة؛ لأنه لا يتغير ولا ينتن.

وعن محمد - رحمه الله - في الجدي يغذى بلبن الحمار مرة أو مرتين: أنه لا يكره فإذا كبر، كره حتى يعلف مدة^(٤) ويحدث فيه مثل هذا السمن. وروي: أنه لا يكره، وعلى قياس هذه المسألة يجب أن تكون مسألة الجدي غذي بلبن الخنزير على^(٥) الروايتين هنا.

وذكر الحسن في الشاة تشرب خميرًا، أو ما فيه بول، فإنه يكره ذبحها ساعتئذ حتى يحبس ثلاثة أيام، والله أعلم.

* * *

(١) في م: أربعين.

(٢) في م: إلى أن.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بعده.

(٥) في م: وعلى.

الفصل الثاني

في بيان ما [يملك به الصيد]^(١) وما لا يملكه

يجب أن يعلم بأن الصيد إنما يملك بالأخذ، قال عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذ»^(٢).

والأخذ نوعان: حقيقي، وحكمي.

فالحقيقي: ظاهر.

والحكمي: باستعمال ما هو موضوع للاصطياد؛ قصد به الاصطياد، أو لم يقصد، حتى إن من نصب شبكة، فتعقل^(٣) بها صيد ملكه صاحب الشبكة؛ قصد الاصطياد، أو لم يقصد؛ لأن صاحب الشبكة صاد الصيد [بالشبكة]^(٤) من حيث الاعتبار؛ لأن الشبكة إنما نصبت لأجل الصيد؛ حتى لو نصبها للتجفيف فتعقل بها صيد لا يملكه؛ لأنه لم يصر أخذًا له بالشبكة اعتبارًا بما لو نصبها لغرض آخر. أو باستعمال ما ليس بموضوع للاصطياد؛ إذا قصد به الاصطياد، حتى إن من نصب فسطاطًا وتعقل به صيد؛ إن قصد بنصب الفسطاط الصيد ملكه، وإن لم يقصد به الصيد لا يملكه.

ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في «المنتقى»: رجل هياً موضعاً يخرج منه [الماء]^(٥) إلى أرض له ليصيد السمك في أرضه، فخرج الماء من ذلك الموضع إلى أرضه بسمك كثير، ثم ذهب الماء، وبقي السمك في أرضه، أو لم يذهب [الماء]^(٦)؛ إلا أنه قلَّ حتى صار السمك يؤخذ بغير صيد، فلا سبيل لأحد على هذا

(١) في م: يملكه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣١٨/٤)، وقال: غريب، وقال ابن حجر في الدراية في تخریج أحاديث الهداية (٢٥٦/٢): لم أجد له أصلاً.

(٣) في م: فتعلق.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

السّمك، وهو لرب الأرض، ومن أخذ منه شيئاً ضمنه، ولو كان الماء كثيراً لا يقدر على السمك الذي فيه إلا بصيد فمن اصطاد منه شيئاً فهو له، ولو كان صاحب الأرض حفر بئراً؛ لا يريد به الصيد، لا يصير أخذاً للسمك بوقوعه فيها؛ لا حقيقة ولا اعتباراً، فيكون لمن أخذه.

وإذا هياً موضعاً لذلك، ودخل فيه السمك وصار بحال يُوخذ من غير صيد؛ صار أخذاً للسمك بدخوله فيه، وصار ملكاً له، فلا يكون لأحد عليه سبيل. فيه^(١) أيضاً: لو أن صيداً باض في أرض رجل، أو تكسر فيها، فجاء آخر وأخذه، فهو له؛ لأن صاحب الأرض لم يصير أخذاً له بأرضه، فيكون للأخذ، وهذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً من الصيد بحيث لا يقدر على أخذه، لو مد يده، وأما إذا كان صاحب الأرض قريباً من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده، فالصيد لصاحب الأرض؛ لأنه صار أخذاً له تقديراً لتمكنه من الأخذ حقيقة إن لم يصير أخذاً له بأرضه، [فيكون للأخذ]^(٢).

وعلى هذا إذا حفر بئراً، ولم يقصد به الاصطياد فوقع الصيد فيها، فجاء آخر وأخذه، إن دنا صاحب [البئر من]^(٣) الصيد بحيث لو مد يده يقدر على أخذه فهو لصاحب البئر [لما قلنا]^(٤).

وإذا دخل الصيد دار إنسان، وأغلق صاحب الدار الباب عليه، وصار بحال يقدر على أخذه من غير صيد، ذكر في «العيون»: أنه إن أراد إغلاق الباب للصيد، ملكه، وإن لم يرد لا يملكه حتى لو أخذه آخر؛ كان الصيد لصاحب الدار في الوجه الأول، وفي الوجه الثاني: يكون للأخذ.

وفي «المتقى»: صيد دخل دار إنسان فلما رآه أغلق بابه، وصار الصيد بحال لا

(١) في م: و.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

يقدر على الخروج، وصاحب الدار يقدر على الأخذ من غير اصطياد، فقد صار صاحب الدار آخذًا مالكًا له، ولو أغلق الباب، ولم يعلم به؛ لم يصر آخذًا مالكًا [له]^(١)، حتى لو خرج الصيد بعد ذلك في الفصل الأول، وأخذه غيره: لا يملكه، وفي الفصل الثاني: يملكه.

ثم لم يشترط في «المتقى» إغلاق الباب لأجل الصيد كما شرط في العيون، فظن بعض مشايخنا أن رواية «المتقى» بخلاف رواية «العيون» وليس كما ظنوا، فشرط إغلاق الباب للصيد، في «المتقى» ثابت بدلالة، فإنه قال في «المتقى»: فلما رآه أغلق الباب، وإغلاق الباب عند رؤية الصيد يكون لأجل الصيد ظاهرًا ولو غالبًا في الأصل.

ومن أخذ صيدًا، أو فراخ صيد من دار رجل، أو من أرض رجل، فهو للآخذ، إلا أن يحرزه^(٢) صاحب الدار [على أخذه بالقبض عليه أو إغلاق الباب؛ ويصير بحالة بحيث يقدر صاحب الدار على أخذه من غير صيد، فحينئذ يكون لصاحب الدار]^(٣) دون الآخذ.

قال مشايخنا: وليس معنى قوله: (يقدر على أخذه من غير صيد) أنه^(٤) لا يحتاج في أخذه إلى المعالجة، وإنما معناه: أنه يمكن أخذه بقليل المعالجة من غير شبكة، ولا سهم.

ومن مشايخنا من قال: إذا اتخذ دارًا، وشجرًا لتفرخ الطير فيها فالفرخ له. وفي «المتقى» أيضًا: رجل نصب حباله، فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها، وانفلت فجاء آخر، وأخذ الصيد، فالصيد للآخذ، ولو جاء صاحب الحبال^(٥)

(١) سقط في م.

(٢) في أ: يحرز

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أن.

(٥) في م: الحباله.

ليأخذه، فلما دنا منه بحيث يقدر على أخذه إن شاء، فاضطرب، وانفلت، فأخذه آخر، فهو لصاحب الحباله.

والفرق: أن في الفصلين جميعًا صاحب الحباله، وإن صار أخذًا للصيد، إلا أن في الفصل الأول: بطل الأخذ قبل تأكده، وفي الفصل الثاني: بطل بعد تأكده. وكذلك صيد الكلب والبازي إذا انفلت، على هذا التفصيل.

وإذا رمى بالشست في الماء فتعلقت به سمكة، ثم انقطع الخيط في الماء قبل أن تخرج السمكة فأخذها آخر، فهي للأخذ، ولو رمى صاحب الشست السمكة خارج الماء في موضع يقدر على أخذها، فاضطربت ووقعت في الماء؛ وذهبت فأخذها آخر، فهي لصاحب الشست، وهو بناء على ما قلنا، ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - مسألة الشست في «واقعاته».

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: رجل رمى صيدًا، فصرعه فغشي عليه ساعة من غير جرح، ثم ذهب عنه الغشية، فمضى أو كان طائرًا فطار، فرماه رجل آخر فصرعه وأخذه، فهو للآخر.

علل فقال: لأن الأول لم يأخذه حين صرعه، ولما ذهب عنه الغشية من الرمية الأولى عاد إلى حال الصيد، فقد أخذه الآخر، وهو صيد، وإن أخذه الأول في غشيته تلك، وأخذه الآخر، وهو على تلك الحالة قبل استقلاله وتحامله، فهو للأول منهما الذي رماه.

قال: لأننا لا ندري لعله لم يكن يستقل منها، وإن استقل قبل أن يأخذه الأول، فقد عاد إلى حاله قبل أن يرميه، وصار صيدًا فيكون لمن أخذه.

قال: وهو بمنزلة رجل نصب شبكة، فوقع فيها صيد، وصاحب الشبكة [غائب]^(١)، فانفلت الصيد منها، فرماه آخر، فهو للآخر، وإن كان صاحب الشبكة أخذه حين وقع في الشبكة، فهو لصاحب الشبكة.

(١) المثبت من المحيط.

فرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا رمى صيِّداً، وجرحه جراحة لا يستطيع معها النهوض، فلبث كذلك ما شاء الله، وبرأ، ثم رماه آخر، فالصيد للأول.
وفي «الأصل»: إذا رمى صيِّداً فصرعه، فابتدر رجل فأخذه، فالصيد للذي رماه؛ لأن الذي رماه لما صرعه صار آخذاً له، فصار ملكاً له، وهذا بخلاف رواية «المتقى».

وفي «الأصل» أيضاً: لو رمى صيِّداً فأصابه وأثخنه بحيث لا يستطيع حراكا فرماه آخر وقتله، فالصيد للأول، وإن كان يتحامل ويطيّر مع ما أصابه من السهم الأول، فرماه الثاني فقتله فهو للثاني؛ لأن في الفصل الأول صار آخذاً له، ولا كذلك في الفصل الثاني.

[ولو رمى رجلان صيِّداً معاً، فأصابه سهم أحدهما مثل صاحبه وأثخنه، فأخرجه من أن يكون صيِّداً، ثم أصابه سهم الآخر، فهو للذي أصابه سهمه أولاً، فالعبرة في حق الملك^(١) لحالة الأصابة؛ لا لحالة الرمي]^(٢).

وذكر في «المتقى» عن محمد: لو دخل ظبي دار رجل أو حائطه، أو دخل حمار وحشي دار رجل أو حائطه، فإن كان يؤخذ بغير صيد، فهو لرب الدار، وكذلك الحظيرة للسّمك، وهذا الجواب يخالف جواب المسائل المتقدمة، المذكورة في «المتقى» ويخالف جواب «الأصل».

وفي «الأصل»: لو أرسل كلبه على صيد، فاتبعه الكلب حتى أدخله في أرض رجل أو داره؛ كان لصاحب الكلب؛ لأن الكلب إنما يرسل للأخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده، وكذلك لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان، فهو له؛ لأنه لما أخرجه واضطره فقد أخذه.

(١) الملك لغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.
ينظر: القاموس المحيط (٣/٣٢٠)، لسان العرب (١٠/٤٩٢).
(٢) سقط في م، والمثبت من المحيط.

وفي القدوري عن أبي يوسف: رجل اصطاد طائرًا في دار رجل، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة، فهو للصائد؛ سواء اصطاده من الهواء، أو على الشجر؛ لأن الصيد إنما يملك بالاستيلاء والإحراز وحصوله على حائط دار رجل أو شجره ليس بإحراز. فيكون للأخذ، وإن اختلفا فقال رب الدار: كنت اصطدته قبلك أو ورثته^(١)، وأنكر الصياد^(٢)، فإن كان أخذه من الهواء فهو له؛ لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء، فقد اختلفا فيما لا يد لأحدهما عليه من قبل، فيكون القول قول صاحب اليد في الحال، وإن أخذه من حائطه أو من شجره، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن يده ثابتة على الشجرة والحائط^(٣)، فقد أخذه من محل هو في يده؛ فكان القول قول صاحب الحائط والشجر من هذا الوجه، فإن اختلفا في أخذه من الهواء، أو من الجدار^(٤)، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن ما في دار الإنسان فالظاهر أن يكون في يده؛ فيترجح جانبه بشهادة الظاهر له.

قال في «الأصل»: ومن اصطاد سمكة من نهر جار لرجل، لا يقدر على أخذ صيدها إلا بالاصطياد فهو للصائد، فإن كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء، وبقي السمك فهو لصاحب الأجمة؛ لأنه صار محررًا له بما صنع، والسمك على اليبس لا يكون صيدًا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - من مشايخنا - رحمهم الله - من قال: إذا خرج الماء وليس قصده السمك، فهو للأخذ، وإن نضب عنه الماء، فإن كان قصده السمك ينظر؛ إن لم يمكن الأخذ إلا بصيد، فهو للأخذ، وإن أمكن

(١) في م: ربيته.

(٢) في م: الصائد.

(٣) الحائط: واحد الحيطان، يقال: حوط كرمه تحويطًا: بني حوله حائطًا.. وأحاط بالأمر:

أدركه من جميع نواحيه.

ينظر: مختار الصحاح، مادة (حوط) (١/١٦٧)، المعجم الوسيط (١/٢٠٧).

(٤) في م: الدار والشجر.

أخذه من غير صيد، فهو لصاحب الأجمة؛ لأن صاحب الأجمة صار آخذاً له .
وفي العيون: رجل اشترى سمكة في خيط مشدود في ماء فقبضها المشتري، ثم
ناول الخيط البائع وقال: احفظها لي، فجاءت سمكة أخرى وابتلعت السمكة
المشدودة فإن السمكة الجائئة للبائع؛ لأنه هو الذي صادها ويخرج المشدودة من
بطنها ويسلم إلى المشتري من غير خيار، وإن نقصها [الابتلاع؛ لأن هذا
النقصان]^(١) حدث بعد القبض، حتى لو لم يقبضها المشتري وباقي المسألة على
حالتها يخير المشتري إذا نقصها الابتلاع. وإن كانت المشدودة ابتلعت الجائئة
فالسمتان للمشتري.



(١) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل :

في المنتقى: « داود بن رشد عن محمد: في نحل اتخذ كوارات في أرض رجل، فخرج منها عسل كثير، كان ذلك لصاحب الأرض، ولا سبيل لأحد على أخذه؛ قال: ولا يشبه هذا الصيد وبيضه، وأشار إلى المعنى: أن الصيد يجيء ويذهب، والبيض^(١) يصير طائرًا، وإنما يشبه^(٢) الطير في هذا النحل^(٣) نفسه^(٤)، ولو^(٥) أخذ النحل [أخذ كانت له]^(٦)، فأما العسل، فلم يكن صيدًا قط، [ولا يصير صيدًا قط]^(٧).

وفيه أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله - وضع رجل كوارت النحل، فعسلت فيها، فالعسل لصاحب الكوارة. والله أعلم^(٨).

* * *

(١) في المحيط: والبعض.

(٢) في م: شبه.

(٣) النحل حشرة من رتبة غشائيات الأجنحة من الفصيلة النحلية، وإنها تنسب لفصيلة النحليات وهو حيوان ذو هيئة ظريفة وخلقة، وقال الدميري: سميت نحلاً لأن الله تعالى نحل الناس العسل الذي يخرج منها وكفاها شرفاً أن الله أوحى إليها. ينظر: حياة الحيوان (٢/٣٤٠).

(٤) في م: نفسها.

(٥) في المحيط: أو.

(٦) في م: كانت.

(٧) سقط في م.

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٦١).

الفصل الثالث

في صيد الكلب والبازي

اعلم أن حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط:

أحدها: أن يكون ما يصطاد به معلما.

والثاني: أن يكون جارحا، حتى لو قتله من غير جرح لا يحل.

ذكره في الزيادات ومختصر عصام، وكذا إذا كسره من غير جرح لا يحل أكله، وأشار في الأصل إلى أنه يحل فإنه قال: أخذه وقتله، ولم يفصل بين ما إذا قتله جرحا أو خنقا.

من المشايخ من قال: ما ذكر^(١) في الزيادات إشباع، وما ذكره في الأصل إيجاز. ومنهم من قال: ما ذكر في الزيادات قول محمد، وما ذكر في الأصل قولهما، والفتوى على ما ذكر في الزيادات ومختصر عصام.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - في النوادر: أنه إذا كسر عضوا أو قتله لا بأس بأكله.

والثالث: الإرسال.

والرابع: التسمية إلا في السمك، فإنه لو أخذ السمكة من غير التسمية عامدا أو ناسيا، يحل تناوله.

والخامس: إمساكه على صاحبه.

والسادس: أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعا وحشيا.

والسابع: ألا يتوارى عن بصره، وإذا توارى لا يقعد عن طلبه حتى يجده، ذكر

هذه الجملة شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أول كتاب الصيد.

وله شرائط أخرى منها: أن يكون المرسل ممن له ملة التوحيد دعوى واعتقادا

(١) في م: ذكره.

كالمسلم، أو دعوى لا اعتقاد كالكتابي، أما من لم يكن له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقاد كالمجوسي، لا يثبت الحل إلا في السمك، فإن المجوسي إذا أخذ سمكة يحل تناولها.

ومنها: أن يكون حلالا في الحل. ومن الشرائط ألا يشارك الكلب كلب آخر غير معلم، أو معلم غير مرسل، حتى لو أرسل كلبه المعلم وشاركه في قتل الصيد كلب آخر غير معلم [يريد^(١)] أن يأخذ معه ويجرح معه، فإنه لا يؤكل، فإن رد الصيد عليه ولم يجرح هو معه، وردة عليه سبع فجرحه الكلب المعلم ومات من جرحه، ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه يكره أكله.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : لم يرد بهذه الكراهة التحريم.

وقال شمس الأئمة الحلواني: أراد بهذا التحريم، وهو الصحيح.

وإن رد الصيد عليه مجوسي حتى أخذه فلا بأس بأكله بخلاف ما لو مد المجوسي مع المسلم قوسًا ورمى إلى الصيد وأصابه، فإنه لا يحل أكله.

والبازي في هذا نظير الكلب، وإن كان غير المعلم اتبع المعلم واشتد^(٢) عليه حتى ازداد طلبا وأخذ الصيد، لا بأس بأكله، وكذا في البازي.

ومن شرائطها: ألا يوجد من الكلب بعد الإرسال ترك ولا أكل حتى إذا وجد منه ذلك أو طال وقفته، لا يؤكل الصيد، فعلامة تعلم الكلب، ومن بمعناه الإمساك على المالك وترك الأكل، وأن يجيب إذا دعاه، وإذا أرسله على الصيد يصيد.

وكان أبو حنيفة - رحمه الله - لا يحد في ذلك [حدا ولا يوقت وقتا]^(٣)، وكان يقول: إذا كان معلّمًا، فكل، وربما كان يقول: إذا غلب على ظن الصائد أنه معلم فهو معلم، وربما كان يقول: يرجع في ذلك إلى قول أهل العلم من الصيادين، فإن

(١) سقط في م.

(٢) في أ: واستدل.

(٣) سقط في أ.

قالوا: إنه صار معلمًا، فهو معلم.

وروى الحسن عنه: إذا ترك الأكل ثلاثًا فهو معلم، وهذا قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ثم في ظاهر روايتهما؛ لا يحل الثالث وإنما يحل الرابع، وروي عنهما أنه يحل الثالث.

وأما البازي ومن بمنعاه فترك الأكل في حقه ليس علامة تعلمه، وإنما علامة تعلمه أنه يجيب صاحبه إذا دعاه، حتى إن البازي ومن بمنعاه إذا أكل من الصيد يؤكل صيده.

قال بعض مشايخنا في البازي: إذا أجاب صاحبه عند الدعوة إنما يكون معلمًا من غير أن يطعم في اللحم، فأما إذا كان لا يجيب إلا بطمع في اللحم لا يكون معلمًا، ومتى حكم بتعليم البازي ففر من صاحبه ولم يجبه إذا دعاه خرج من حكم المعلم ولا يحل صيده، وكذلك الكلب إذا أكل من الصيد خرج من حكم المعلم، وحرّم ما عند صاحبه من صيوده من قبل ذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

[وعندهما: لا يحرم^(١) الصيد التي أخذها صاحبها، ولم يأكل منها قبل هذا إذا كان العهد قريبًا^(٢)، فأما إذا كان العهد بعيدًا بأن مضى شهر أو نحوه، وقد قدد صاحبه هذه الصيود، لم يجز بلا خلاف.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: والأظهر أن الخلاف في الفصلين، وأجمعوا على أن ما لم يحرزه المالك من صيوده أنه يحرم؛ هكذا ذكر شمس الأئمة - رحمه الله -.

فالحاصل: أن أبا حنيفة - رحمه الله تعالى - يحكم بجهله مستندًا.

وهما يقولان: حكمنا بإباحة^(٣) ما أحرز المالك من صيوده بنوع اجتهاد، فلو

(١) في م: لا يحل.

(٢) زاد في م: فأخذ تلك الصيود.

(٣) في أ: بأخذ.

نقضنا هذا الحكم لنقضناه باجتهاد مثله؛ لأن أكله من الصيد الذي أكل يحتمل أن يكون لجهله، وترك الأكل فيما مضى كان لشبعه لا لعلمه، ويحتمل أن أكله لشدة جوعه، أو لأنه نسي ذلك، وهذا لا يوجب جهله فيما مضى، فرجحنا ما يوجب الحرمة في المستقبل احتياطاً، ولكن لم ينقض ما حكمنا به من الإباحة فيما مضى بالاجتهاد الثاني، بخلاف ما لم يحزره من الصيد؛ لأننا لم نحكم بإباحة ما لم يحزره من كل وجه، فإنما إنمنا نحكم بالإباحة بعد خروجه من أن يكون صيداً، وقبل الإحراز شيء من معنى الصيدية باق وهو أنه في المفازة.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: المقصود من إباحة الأكل الأكل، وإنه لم يوجد، وظهور اجتهاد آخر قبل حصول ما هو المقصود من الإباحة؛ كظهور اجتهاد آخر للقاضي قبل القضاء، فلو باع المالك مما قدد من صيوده فلا شك أن على قولهما: لا ينقض البيع فيه، فأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلاً.

قال: ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يعلم، وحد تعلمه ما ذكرت^(١) في ابتداء الأمر على الخلاف، وكذلك هذا الخلاف في البازي إذا فر من صاحبه، فدعاه فلم يجبه؛ حتى حكم بكونه جاهلاً إذا أجاب صاحبه بعد ذلك ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما.

ولو شرب الكلب من دم الصيد يؤكل، وإن أخذ الرجل الصيد من الكلب، ثم وثب عليه الكلب، فانتهش^(٢) منه قطعة، أو رمى بها صاحبه إليه فأكلها، لم يفسده، وهو على تعلمه؛ لأنه انتهى موجب الإمساك لصاحبه بعد التسليم إليه، فالأكل بعد ذلك لا يدل على ذلك [في علم الاصطياد، ولو كان أكل قبل أن يأخذه صاحبه كرهت أكله لما مر.

(١) في م: ذكرنا.

(٢) في أ، م: فانتهب.

ولو اتبع الكلب الصيد^(١) فانتهش بعدما أخذ الصيد وقتله فأخذه صاحبه منه، فإنه يؤكل؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره، فإذا أكل ما بان منه أولى، وإذا أرسل كلبه أو بازيه على صيد فأخذه غيره حل؛ لأن التعيين في الاصطياد ليس في وسعه، وكذلك لو أرسل على صيد كثير، وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، وقتل الكلب، حل الكلب وكفاه تسمية واحدة في حق الكلب، وكذلك الحكم في البازي، وهذا كله ما دام الكلب على فور إرساله، فإذا انحرف يميناً أو شمالاً ثم أخذ صيداً، فإنه لا يحل أكله؛ لأن هذا الأخذ حصل بغير إرسال؛ لأنه أرسله قبل المشرق [وهو قد ذهب قبل المغرب]^(٢).

وإذا أرسل الكلب على صيد فأخطأه ثم عرض له صيد آخر فقتله، يؤكل، وإن أكل الصيد حين فاته رجع فعرض له صيد آخر في رجوعه، لا يؤكل؛ لأن الرجوع بعض الإرسال، والإرسال شرط حل الأكل، وإذا كمن الفهد في إرساله حتى استمكن^(٣) من الصيد، ثم وثب عليه وقتله، لم يحرم أكله، وكذلك الكلب إذا فعل مثل هذا؛ لأن قصده من هذا: التمكن من الصيد، وهذه عادة ظاهرة في حق الفهد والكلب، فلا ينقطع به حكم الإرسال، وإذا أرسل بازيه المعلم فوقع على شيء، أي: جلس، ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله^(٤).

وتأويله: إذا مكث ساعة للكمن حتى لا ينقطع به فور الإرسال؛ أما إذا مكث زماناً طويلاً يكون للاستراحة بحيث ينقطع به فور الإرسال؛ لا يؤكل. بازي معلم أخذ صيداً وقتله ولا يدري أنه مرسل أو ليس بمرسل، ذكر في الأصل: أنه لا يحل أكله؛ لأن الإرسال شرط ولم يقطع بوجوده. والله أعلم.

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: فقتله ولم يأكل منه شيئاً لم يؤكل لأن الأكل منه قد وجد في حالة الاصطياد فلم يكن ممسكاً على المالك ولو أكل ما.

(٢) في م: فور الإرسال.

(٣) في أ: استمسك.

(٤) زاد في م: هكذا في الأصل قالوا.

الفصل الرابع

في الرجل يسمع حسًا فيرميه [ثم تبين خلافه]^(١)

إذا سمع الرجل حسًا ظن أنه صيد، فأرسل كلبه عليه، أو رماه، فأصاب صيدًا، فإن كان ذلك الحس حس صيد، فلا بأس بتناول ما أصاب؛ يستوي فيه أن يكون الذي سمع حسه مأكول اللحم، [أو غير مأكول اللحم]^(٢)، وإن كان ذلك الحس حس إنسان، أو حس حيوان من الأهليات؛ لا يحل تناول ما أصابه؛ لأنه رمى إلى الحس، والرمي إلى الآدمي والأهليات لا يكون اصطیادًا، وحل الصيد يتوقف على الاصطياد، وإن لم يتبين ما كان ذلك الحس لا يحل تناول ما أصاب.

وفي «النوادر»: إذا رمى طائرًا، فأصاب طائرًا آخر، وذهب ذلك الطير، ولا يدري أنه إن كان أهليًا أو وحشيًا، فإنه يحل تناول الطير الذي أصابه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه إذا كان ذلك الحس حس خنزير، لا يحل تناول ما أصابه؛ بخلاف سائر السباع؛ [لأن فعله في الخنزير، لا يؤثر شرعًا في جلده، فلا يؤثر فيما أصابه أيضًا؛ بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله في سائر السباع]^(٣) يؤثر في طهارة الجلد، فجاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه، وإن كان ذلك الحس حس سمكة، فظنه طير الماء، أو كان ذلك الحس حس جراد فظنه صيدًا، لم يؤكل؛ لأنه لا يقع عليهما الذكاة، فالرمي إليها وتركه سواء.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يؤكل؛ لأن المرمي إليه صيد. وفي «المنتقى»: إذا سمع حسًا بالليل، وظن أنه إنسان، أو دابة، أو حية فرماه، فإذا ذلك الذي سمع حسه صيد، فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه، أو أصاب صيدًا آخر فقتله، لا يؤكل؛ لأنه رماه وهو لا يريد الصيد.

(١) سقط في م.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في م.

قال ثمة: لا يحل الصيد إلا بوجهين: أن يريد أن يرميه وهو يريد الصيد، وأن يكون ذلك الذي أراده أو سمع حسه، ورمى إليه صيداً؛ سواء كان مما يؤكل أو لا يؤكل.

وذكر بعد هذه المسألة في «المنتقى» أيضاً: لو سمع حساً، وظنه آدمياً، فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد، أكل؛ لأن تعيينه في الرمي إليه يسقط بحكم قصده، فصار كما لو قصد إلى المحسوس.

ولو نظر [إلى بغير ناد]^(١) ورماه فأصاب صيداً، [يؤكل، وكذلك إذا سمع حسه ورماه وهو يظن أنه صيد، فأصاب صيداً]^(٢)، ولو نظر إلى ظبي مربوط أو إلف شبيه بصيد فرماه، وهو يظن أنه صيد، وأصاب ظبياً آخر، لم يؤكل، ولو رماه، فأصاب غيره، وقد ذهب المرمي إليه، ولا يدري إلفاً كان، أو غير إلف، فلا بأس بأكل الصيد الذي أصابه؛ لأن الظبي صيد حتى يعلم أنه غير صيد، وأما البعير إذا رماه، وهو يظن أنه ناد فأصاب صيداً، ثم ذهب البعير، ولا يدري أنه ناد، أو غير ناد، لم يؤكل؛ لأن البعير غير ناد في الأصل، فيبقى^(٣) على الأصل حتى يعلم خلافه^(٤).



(١) المثبت من المحيط.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فيحمل.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٧٢)، البحر الرائق (٨/٢٥٤).

الفصل الخامس

في الإنسي إذا توحش

الأصل في هذا: أن الإنسي إذا توحش، ووقع العجز عن الذكاة الاختيارية يحل بذكاة الاضطرار، وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ^(١).

قال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - في البعير، أو البقرة إذا ندا، فلا يقدر على أخذه.

قال: إذا علم أنه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع لذلك جماعة كثيرة من الناس، فله أن يرميه، وهذا على ما يقع في نفس صاحبه، ويستوي في ذلك أن يكون الند في المصر، أو خارج المصر.

قال: وأما الشاة فليست هكذا؛ إذا كانت في المصر.

قال: لأن البعير يصول، والبقرة تنطح، فأما الشاة فليست كذلك، أشار إلى أن في الشاة القدرة على الذكاة الاختيارية ثابتة بحكم الغلبة ما دامت في المصر.

قال: وإذا كانت الشاة ندت في الصحراء، فذهبت، وظن صاحبها أنه لا يقدر عليها، فله أن يرميها.

وفي «القدوري»: وكل بعير، أو بقرة، أو شاة ندت وصارت كالصيد لا يقدر عليها صاحبها، فإن ذكاتها ذكاة الصيد، سوى بين البعير والبقرة والشاة، والصحيح هو الفرق.

دجاجة رجل تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماها، قال: إن كان يخاف فوتها، تؤكل.

قال: وإن كان لا يخاف فوتها، لا تؤكل.

وفيه أيضًا: رجل له حمامة طارت منه، فرماها صاحبها أو غيره، فإن كانت لا

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٧٢).

تهتدي إلى منزلها، حل أكلها، أصابت الرمية مذبحها، أو موضعًا آخر، [وإن كانت تهتدي إن أصابت الرمية المذبح، حل أكلها، وإن أصابت موضعًا آخر]^(١) اختلف المشايخ فيه.

ونص محمد - رحمه الله - في «العيون»: أنه لا يحل أكلها، وهكذا ذكر في «فتاوى سمرقند»^(٢).

وكذا ذكر «البقالي في فتاويه».

وعلى هذا الطيبي؛ إذا علم في البيت فخرج إلى الصحراء، فرماه رجل، فإن أصاب المذبح يحل أكله، وإن أصاب موضعًا آخر؛ لا يحل أكله إلا أن يتوحش، ولا يؤخذ إلا بصيد، وإن أصاب الظلف أو القرن فقتله حل إذا رماه، وخلصت الرمية إلى اللحم، وكذلك المتردي في البئر إذا لم يقدر على إخراجه، وعلى مذبحه، فإن ذكاته ذكاة الصيد.

وفي «المنتقى»: بعير تردى في بئر فوجأه وجأه يعلم أنه لا يموت منها؛ فمات، لا يؤكل، وإن كان مشكلاً أكل.

وفيه أيضاً: رجل حمل عليه بعير غيره ليقته فقتله، أكل لحمه؛ إن كان لا يقدر على أخذه، وأراد بذلك ذكاته، [لا يؤكل]^(٣)، وجعل الصائل بمنزلة الند^(٤).

وفي «النوازل»: بقرة يتعسر عليها الولادة، فأدخل صاحبها يده وذبح الولد؛ حل أكله، وإن جرحه في غير موضع الذبح، إن كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضاً، وإن كان يقدر لا يحل، والله أعلم.



(١) سقط في أ، م.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧٣/٦).

(٣) في م: وإن لم يرد بذلك ذكاته.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧٣/٦).

الفصل السادس

فيما أبين من الصيد

إذا قطع من إلية الشاة قطعة، أو من فخذها لا يحل أكل المبان، قال رسول الله عليه السلام: «ما أبين من الحي، فهو ميتة»^(١).

ثم الأصل في ذلك: أن الصيد إذا^(٢) كان يعيش بدون المبان فالمبان منه يؤكل؛ إذا مات من ضربه ورضه^(٣)، والمبان منه لا يؤكل، وإن كان الصيد لا يعيش بدون المبان [يؤكل المبان منه، والمبان]^(٤) جميعًا.

مثال^(٥) الأول: إذا قطع فخذها فأبانه، ومثال الثاني: إذا قطع الرأس.

(١) أخرجه أحمد (٢١٨/٥)، والدارمي (٩٣/٢) كتاب الصيد، باب: في الصيد يبين منه العضو، وأبو داود (٢٧٧/٣) باب: صيد قطع منه قطعة، الحديث (٢٨٥٨)، والترمذي (٧٤/٤) كتاب الأطعمة، باب: ما قطع من الحي فهو ميت، الحديث (١٤٨٠)، وابن الجارود، ص (٢٩٥) كتاب الأطعمة، الحديث (٨٧٦)، والدارقطني (٢٩٢/٤) كتاب الأطعمة، الحديث (٨٣)، الحاكم (٢٣٩/٤) كتاب الذبائح، والبيهقي (٢٤٥/٩) كتاب الصيد والذبائح، باب: ما قطع من الحي فهو ميتة، كلهم من حديث عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار، عن زيد بن أسلم، عن عطاء، عن أبي واقد الليثي قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة وبها ناس يعمدون إلى الغنم وأسنة الإبل فيجبنونها؛ فقال رسول الله ﷺ: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة». وقال الترمذي: وهذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم، والعمل على هذا عند أهل العلم. وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. ووافقه الذهبي. وقد اختلف فيه على زيد بن أسلم: فرواه سليمان بن بلال عن زيد عن عطاء عن أبي سعيد الخدري: أخرجه الحاكم (٢٣٩/٤) وقال: صحيح على شرط الشيخين. ووافقه الذهبي. ورواه هشام بن سعيد عن زيد بن أسلم عن ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (١٠٧٢/٢) رقم (٣٢١٦)، والدارقطني (٢٩٢/٤).

وفي الباب: عن تميم الداري، أخرجه ابن ماجه (١٠٧٣/٢) كتاب الصيد، باب: ما قطع من البهيمة وهي حية، الحديث (٣٢١٧): ثنا هشام بن عمار، ثنا إسماعيل بن عياش، ثنا أبو بكر الهذلي، عن شهر بن حوشب، عن تميم الداري قال: قال رسول الله ﷺ: «يكون في آخر الزمان قوم يجبون أسنة الإبل ويقطعون أذنان الغنم، ألا فما قطع من حي فهو ميت». قال البوصيري في الزوائد (٦٣/٣): هذا إسناد ضعيف؛ لضعف أبي بكر الهذلي السلمي. قلت: وشهر بن حوشب فيه ضعف.

(٢) في م: إن.

(٣) في م: ورميه.

(٤) ما بين المعقوفين في م: والمبان منه.

(٥) في م: فقال.

وهذا؛ لأننا عرفنا حرمة المبان بالحديث الذي روينا، والحديث يتناول المبان من الحي المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، فيتناول الحي صورة ومعنى، فلا يحل، وإذا كان لا يعيش بدون المبان، فهذا مبان من الحي صورة [ومعنى، فلا يخلو]^(١) من الميت معنى فيحل. وإن قطع شيئاً منه من موضع يتوهم أن يعيش الصيد بدون ذلك المقطوع، إلا أنه لم يبينه، فإن كانت الإبانة على وجه لا يحتمل الالتئام والاندمال بأن تعلق المبان بجلدة كان ذلك بمنزلة ما قد بان [منه]^(٢)؛ فلا يحل تناوله، وإن كانت الإبانة على وجه يحتمل الاندمال ويؤكل كله، وإذا قطع بعض [السمة وأبانه، و]^(٣) يحل تناول المبان، وإن كانت السمة تعيش بدون ذلك، أكثر^(٤) ما في الباب أنه مبان من الحي صورة ومعنى [فيكون ميتاً ففيه الحديث]^(٥)، إلا أن هذا الميت حلال بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام: «أحلت لنا ميتتان»^(٦) [والله أعلم]^(٧).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: السمك وأنه.

(٤) في م: لأن البر.

(٥) في م: قصة للحديث.

(٦) أخرجه الشافعي في مسند (١٧٣/٢) كتاب الصيد، والذبايح، الحديث (٦٠٧)، وأحمد (٩٧/٢)، وابن ماجه (١١٠٢/٢) كتاب الأطعمة، باب: الكبد والطحال، الحديث (٣٣١٤)، والدارقطني (٢٧٢/٤) باب: الصيد والذبايح والأطعمة، الحديث (٢٥)، والبيهقي (٢٥٤/١) كتاب الطهارة، باب: الحوت يموت في الماء والجراد، وعبد بن حميد في «المنتخب»، ص (٢٦٠)، رقم (٨٢٠)، والبغوي في «شرح السنة» (٣٩/٦)، كلهم من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر مرفوعاً. قال البوصيري في «الزوائد»: هذا إسناد فيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف. وأخرجه ابن حبان في «المجروحين» (٥٨/٢) وأعله بعبد الرحمن، وقال كان ممن يقلب الأخبار وهو لا يعلم حتى كثر ذلك في روايته من رفع المراسيل وإسناد الموقوف فاستحق الترك. وقال: حدثنا أحمد بن المشني أبو يعلى قال سمعت يحيى بن معين يقول: عبد الرحمن، وأسامة، وعبد الله، بنو زيد بن أسلم ليسوا بشيء. وهذا فيه نظر فإن عبد الله وثقه أحمد بن حنبل. وقد أسند ابن حبان في المجروحين (٥٨/٢)، عن أحمد بن حنبل قال: عبد الله لا بأس به. وأسند ابن عدي في «الكامل» (١٨٥/٤) عن أحمد أنه قال: ثقة وقد أخرجه الدارقطني (٢٧٢/٤) من طريق مطرف عن عبد الله بن زيد به، وأخرجه البيهقي (٢٥٤/١) من طريق ابن أبي أويس قال: ثنا عبد الرحمن، وأسامة، وعبد الله، بنو زيد بن أسلم، عن أبيهم به. =



وقال: أولاد زيد بن أسلم كلهم ضعفاء جرحهم يحيى بن معين وكان أحمد بن حنبل وعلي بن المديني يوثقان عبد الله بن زيد إلا أن الصحيح من هذا الحديث الأول يعني الموقوف الذي خرج من طريق ابن وهب عن سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن ابن عمر موقوفاً. وقال هو في معنى المسند. قال ابن الترمذاني في «الجواهر النقي» (٢٥٤/١): بل رواه يحيى بن حسان عن سليمان بن بلال مرفوعاً كذا قال ابن عدي في الكامل اهـ. قلت: وهو ثقة. وثقه أحمد، والنسائي، والعجلي، وابن حبان، والبخاري، وابن يونس. وقال أبو حاتم: صالح الحديث. ينظر: التهذيب (١١/١٩٧). إلا أن أبا زرعة رجح الموقوف فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/١٧) رقم (١٥٢٤): سئل أبو زرعة عن حديث رواه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان». ورواه عبد الله بن نافع، عن أسامة بن زيد عن أبيه، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ ورواه القعني، عن أسامة وعبد الله بن زيد، عن أبيهما، عن ابن عمر موقوفاً. قال أبو زرعة: الموقوف أصح.

وكذا صحح الموقوف أبو حاتم كما في «تلخيص الحبير» (١/٢٦) وقد توبع بنو زيد بن أسلم على رفع الحديث. تابعهم أبو هشام الأيلي عند ابن مردويه في «تفسيره» كما في «نصب الراية» (٤/٢٠٢) فقال: وله طريق آخر قال ابن مردويه في «تفسيره»، ثنا عبد الباقي بن قانع، ثنا محمد بن بشر بن مطر، ثنا داود بن راشد ثنا سويد بن عبد العزيز، ثنا أبو هشام الأيلي، عن زيد بن أسلم، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «يحل من الميتة اثنان، ومن الدم اثنان»: فأما الميتة فالسماك والجراد، وأما الدم فالكبد والطحال. وسكت عنه الزيلعي فلم يبين علته. قال الحافظ في «التلخيص» (١/٢٦): تابعهم شخص أضعف منهم، وهو أبو هشام كثير بن عبد الله الأيلي. أخرجه ابن مردويه في تفسيره. وكثير قال البخاري ومسلم: منكر الحديث وقال النسائي والدارقطني: متروك. ينظر: التاريخ الكبير (٧/٩٥٠)، والضعفاء الصغير، لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، حلب، ط (١)، ١٣٩٦ هـ (٣٠٦)، والكنى والأسماء، لمسلم بن الحجاج ابن مسلم القشيري أبي الحسين، تحقيق: عبد الرحيم محمد أحمد القشيري، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤٠٤ هـ (٢/٨٧٥)، والضعفاء والمتروكون، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، حلب، ط (١)، ١٣٩٦ هـ، ص (٥٣١)، والضعفاء والمتروكين، للدارقطني، نشر مؤسسة الرسالة، بيروت (٤٤٥).

وقال الحافظ: الرواية الموقوفة التي صححها أبو حاتم، وغيره، هي في حكم المرفوع لأن قول الصحابي أحل لنا وحرم علينا كذا مثل قوله: «أمرنا بكذا ونهينا عن كذا فيحصل الاستدلال بهذه الرواية لأنها في معنى المرفوع».

الفصل السابع

في بيان ما يقبل الذكاة^(١) من الحيوان وما لا يقبل

الصيد إذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح هل يقبل

الذكاة؟

يجب أن يعلم أن الكلام في أربعة مواضع:

في المذبوح بعد الذبح.

ثم أخذه المالك^(٢).

والثالث: الكلب المعلم المرسل إذا جرح الصيد وبقي فيه من الحياة ما يبقى في

المذبوح فأخذه المالك.

الرابع: إذا رمى صيداً فأصاب وبقي فيه من الحياة ما يبقى في المذبوح بعد

الذبح، فرماه آخر وقتله.

ففي الموضوع الأول والثاني: عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لا يقبل

الذكاة، حتى لو ذكاها لا يحل.

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

ونص القاضي الإمام الأسبجاني في شرح مختصر الطحاوي: أنها تقبل، حتى لو

ذكاها يحل، ذكره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في مختلف الرواية.

وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي.

وعليه اختصار الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من صيد واقعاته.

وذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب الصيد أنه لا يقبل الذكاة حتى لو ذبحها لا

(١) الذكاة لغة: الذبح أو النحر، وهي مشتقة من الحدة. ينظر: المعجم الوسيط (١/٣١٤)،

المصباح المنير، ص (٨٠)، مختار الصحاح، ص (٩٣).

والذكاة اصطلاحاً: حدة مسرعة إلى الموت تطهر الحيوان عن الدماء المسفوحة

والرطوبات السائلة النجسة. ينظر: البحر الرائق (٨/١٩٠)، تبين الحقائق (٥/٢٨٦).

(٢) في م: الماء.

يحل أكله على قول أبي حنيفة - رحمه الله-.

وذكر محمد - رحمه الله - مسألة الشاة إذا قطع الذئب بطنها في السير الكبير على سبيل الاستشهاد، وذكر: إن كان [الباقى فيها من الحيوان مقدار ما يبقى في المذبوح فذبحها المالك لا يحل أكلها؛ لأنه ذبحها وهي ميتة حكماً، وإن كان^(١) الباقي فيها من الحياة أكثر من ذلك بأن كان يعيش يوماً أو يومين أو ما أشبه ذلك فذبحها المالك حل أكلها؛ لأنه ذبحها وهي حية حقيقة.

بعض المشايخ ذكر في شرح السير: أن ما ذكر محمد - رحمه الله - قوله .
أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا ذبحها المالك يحل على كل حال؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كان يعيش أكثر اليوم أو أكثر الليلة فذبحها المالك يحل وما لا فلا، فكأن أبو يوسف - رحمه الله - قدر الكثير من الحياة بأكثر من اليوم واللييلة؛ لأن هذا القدر من الحياة لا يمتد في المذبوح بعد الذبح.

فالحاصل: أن الحياة لها عبرة عند أبي حنيفة - رحمه الله- .
وإن قلت: أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - اتفقا أن قليل الحياة لا عبرة لها، وقدرا القليل بما يبقى في المذبوح، واتفقا أيضاً أن كثرة^(٢) الحياة لها عبرة، بعد ذلك اختلفا فيما بينهما، فأبو يوسف قدر الكثير بأكثر اليوم واللييلة، ومحمد قدره بيوم، هذه الجملة من شرح السير.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أنه قدر القليل باليوم، والكثير بما زاد على اليوم، [حتى]^(٣) إن على هذه الرواية: لو كان يعيش يوماً فذكاها المالك لا

(١) سقط في م .

(٢) في م: كثيرة .

(٣) سقط في م .

يحل .

وفي الموضع الثالث والرابع : إذا كان الباقي من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح ، ذكر الصدر الشهيد أنه لا يقبل الزكاة بالإجماع حتى لو أخذه المالك كذلك ولم يذك ، حل ، ولم يذكر ما إذا كان الباقي من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح .

وفي موضع آخر : أن على قول محمد - رحمه الله - : [إن كان يعيش يوماً يقبل الزكاة ، حتى] ^(١) لو لم يذبحها ، [لا يحل ، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : ولم يذبحها] ^(٢) المالك ، يحل ، وهذا إنما يتأتى على قول أبي يوسف في الرواية الثانية .

وذكر في الموضع الرابع في شرح السير ، وذكر أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لو لم يذبحها المالك ، لا يحل أكلها ، قلت حياتها أو كثرت . وعلى قول محمد : إن كان الباقي مقدار ما يبقى في المذبوح فلم يذبحها المالك ، يحل ، وإن كان أكثر من ذلك ، لا يحل .

قال في الأصل : وما أدرك حياته من المتردية والنطيحة ، وما أكل السبع ونظائرها من المرمي إليه السهم وما أشبه ذلك ، فإن كان بحال يتوهم أن يعيش ، تقبل الزكاة بالإجماع ، وإن كان لا يتوهم أن يعيش ولكن فيها من الحياة أكثر مما يبقى في المذبوح بعد الذبح بأن كان يبقى يوماً أو ما أشبه ذلك ، فعلى قول أبي يوسف : لا يقبل الزكاة .

وعلى قول محمد : يقبل .

هكذا ذكر شيخ الإسلام الخلاف في باب المتردي على هذا الوجه . وهذا الجواب على قول أبي يوسف - رحمه الله - إنما يستقيم على الرواية الثانية

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

التي روينا عنه في المسألة المتقدمة، [وإن كان الباقي من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فقدمنا حكمه في المسألة المتقدمة]^(١).

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل شق بطن شاة وأخرج ولدها وذبح الولد ثم ذبح الشاة، فإن كانت الشاة لا تعيش من الشق، لا تحل؛ لأن الذكاة الشق، وإنه لا يصلح ذكاة.

على قياس ما تقدم: يجب أن يكون الوجه الأول على التفصيل والاختلاف على مر فيما تقدم، [والله أعلم]^(٢).



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

الفصل الثامن

في مسائل الرمي، وفي اجتماع الرمي على صيد واحد

وفي اجتماع الكلبين والبازين على صيد واحد

يجب أن يعلم: أن من رمى صيدًا بسهم فالعبرة في حق المالك لوقت الإصابة، وفي حق الحل لوقت الرمي، هذا هو المذكور في عامة الكتب، أما في حق الملك؛ فلأن الملك في الصيد إنما يثبت بالأخذ، والأخذ بالإصابة لا بمجرد الرمي؛ لأن معنى الصيدية إنما يبطل بالإصابة لا بمجرد الرمي، وأما في حق الحل؛ فلأن الحل يتعلق بالذكاة والذكاة فعل، وفعل الرامي الرمي دون الإصابة.

ولهذا قلنا: المسلم إذا رمى سهمًا إلى صيد ثم ارتد والعياذ بالله، ثم أصابه السهم، حل تناوله، والمرتد إذا رمى ثم أسلم ثم أصابه السهم، لا يحل تناوله، فهذا يبين لك أن العبرة بحالة الرمي.

ورأيت في بعض الكتب: أن العبرة [في الحل]^(١) بحالة الرمي، إلا في مسألة واحدة ذكرها في باب الصيد في الحرم وصورتها:

الحلال [إذا رمى صيدًا، والرمي]^(٢) والصيد في الحل، فدخل الصيد في الحرم والسهم على إثره فأصابه السهم في الحرم ومات في الحل أو^(٣) الحرم، لا يحل تناوله، فقد اعتبر حالة الإصابة.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل رمى صيدا بمعرّاض أو ببندقية أو بحجر فأصاب جناح الصيد وكسره ولكن لم يجرحه، فأقبل الصيد يهوي ليقع على الأرض، فرمى آخر ببندقية أو معراض أو حجر فكسر الجناح الأول ثم وقع الصيد على الأرض فلم يذكه حتى مات، فالصيد للأول ولا يحل تناوله، أما الصيد الأول؛

(١) سقط في م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: والرامي.

(٣) في م: إذ في.

فلأنه صار آخذًا له فإنه أبطل معنى الصيدية فيه لما كسر جناحه، وإنما لا يحل تناوله؛ لأنه لا يخلو: إما [أنه لم] ^(١) يجرحه أحدهما، ففي هذا الوجه: وجه عدم الحل ظاهر؛ لأن الذكاة شرط حل تناول الحيوان، والذكاة لا تتحقق إلا بالجرح وهو الذبح في المذبح حالة الاختيار، والجرح في أي موضع كان حالة الاضطرار على ما يأتي بيانه في كتاب الذبائح إن شاء الله تعالى.

وأما إذا جرحاه؛ فلأن الأول ^(٢) وقع مبيحًا [بوقوعه جارحًا] ^(٣) ولإصابته إياه حال كونه صيدًا، والثاني وقع محرّمًا لوقوعه ذكاة اضطرارية حالة الاختيار، فقد اجتمع المبيح مع المحرم في صيد واحد فيغلب المحرم.

وأما إن جرحه الأول دون الثاني؛ فلأن الأول ^(٤) وقع مبيحًا لما مر، والثاني وقع محرّمًا لكونه غير جارح.

وأما إن جرحه الثاني دون الأول؛ فلأن [فعل] ^(٥) كل واحد منهما لم يقع ذكاة؛ لأن الأول لم يقع جارحًا، والثاني وقع ذكاة اضطرارية في موضع الاختيار، فإن أدركه الأول فذبحه [أو لم يذبحه] ^(٦) فهو على التفصيل الذي ذكرنا ^(٧).

أما إن أدركه وفيه من الحياة ما يبقى في المذبوح بعد الذبح أو أكثر ^(٨) من ذلك، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

ولو أن رجلين رميا إلى صيد بسهمين، فإن أصابه السهمان معًا فالصيد لهما اعتبارًا بحالة الإصابة، ويحل تناول الصيد اعتبارًا بحالة الرمي، فإنه كان صيدًا حال

-
- (١) في م: إما أن.
 - (٢) زاد في أ: إن.
 - (٣) في م: لوقوع الثاني.
 - (٤) زاد في م: إن.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: ذكره.
 - (٨) زاد في م: ذلك.

رميهما فيقع فعل كل واحد ذكاة، ولو كان أحد الرميين ببندقية أو معراض فأصاب الصيد بعرضه، كان الصيد لهما ولا يحل تناوله.

قال مسلم: رمى سهمًا إلى صيد وسمى فأصاب السهم سهمًا موضوعًا على حائط فدفعه فمضى السهم فأصاب الصيد وجرحه وقتله، حل أكله؛ لأن السهم الموضوع مدفوع بسهم الرامي بواسطة رمي الصائد فكان إصابته مضاعفًا إلى رمي الصائد، فكأن الصائد رمى الصيد الموضوع بنفسه فيحل أكله.

فإن قيل: إذا جعل كأن^(١) الصائد رمى السهم الموضوع، ينبغي ألا يحل أكله؛ لأن السهمية إنما وقعت على السهم الموضوع.

قلنا: إنا^(٢) جعلنا كأن الصائد رمى السهم الموضوع باعتبار أن السهم الموضوع مدفوع للسهم الذي رماه الصائد، والدفع حصل في حال بقاء الرمي، والتسمية شرط حال ابتداء الرمي لا حال بقائه.

وكذلك لو رمى [إلى صيد]^(٣) ببندقية أو معراض أو حجر فأصاب سهمًا موضوعًا على حائط فدفعه فمضى السهم وأصاب الصيد وجرحه وقتله، حل أكله، والمعنى ما ذكرنا.

فإن قيل: ينبغي ألا يحل أكله؛ لأن الرمي بالبندقية والمعراض ليس بذكاة فما تولد منه كيف يكون ذكاة؟

قلنا: من وجهين:

أحدهما: لا، بل الرمي بالبندقية والمعراض ذكاة؛ ألا ترى أنه لو جرح الصيد كان ذكاة، إلا أنه إذا لم يجرحه لا يحل تناوله لمعنى في المحل وهو الدم المسفوح لا لخلل [في الفعل]^(٤)، وقد زال هذا المعنى هنا بإصابة السهم.

(١) في م: كل.

(٢) في م: إنما كان.

(٣) في م: الصيد.

(٤) في م: بالفعل.

والثاني: أن نقول: الرمي بالبندقية وما أشبهها موقوف بين أن يصيب ما يقع به الذكاة فيكون ذكاة، وبين أن يصيب ما لا يقع به الذكاة فلا يكون ذكاة، وقد أصاب هنا ما تقع به الذكاة فكان ذكاة من الأصل.

قال: رجل رمى صيدًا بسهم وسمى، ثم إن رجلاً آخر رمى ذلك الصيد بسهم فأصاب السهم الثاني الأول وأمضاه حتى^(١) أصاب الصيد وجرحه وقتله فالمسألة على وجهين:

إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه لا يبلغ الصيد بدون السهم الثاني، فالصيد للثاني.

وإن كان السهم الأول بحال يعلم أنه يبلغ الصيد بدون السهم الثاني إلا [أن]^(٢) الثاني زاد في [قوته، فالصيد للأول]^(٣).

قال في الكتاب: ألا ترى أن من رمى سهمًا إلى صيد فزاد الريح في قوته، وكان السهم بحال يصيب الصيد لولا الريح يجعل [الصيد]^(٤) قتيل السهم لا قتيل الريح. ولم يذكر في الكتاب ما إذا كان لا يدري الأول هل يبلغ الصيد لولا الثاني؟ قال مشايخنا: وينبغي أن يكون الصيد للأول ويحل تناول هذا الصيد على كل حال.

ولو كان الرامي الثاني مجوسيًا فاصطاد [بسهمه]^(٥) سهم المسلم، فإن علم أن سهم المسلم لا يصيب الصيد لولا سهم المجوسي، إلا أن سهم المجوسي زاد في قوته، فالصيد للمسلم ويحل [تناوله]^(٦) قياسًا، وفي الاستحسان لا يحل.

(١) في م: ثم.

(٢) سقط في م.

(٣) ما بين المعقوفين في م: قوة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

وجه الاستحسان: أن فعل المجوسي اتصل بفعل المسلم فصار المجوسي معيّنًا له في الذكاة، وباعتبار الإعانة يتمكن وقوع^(١) شبهة، والشبهة كافية في باب الحرمات احتياطًا؛ ألا ترى أن مسلمًا لو أخذ سكينًا وجعل يذبح الشاة، فأخذ المجوسي بيد المسلم وحز السكين حتى قطع الأوداج، لا يؤكل؟ وإنما لا يؤكل لما قلنا.

وإلى هذا وقعت الإشارة في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي قتادة: «هل أعتتم؟ هل أشرتتم؟»^(٢) بخلاف الملك؛ لأن الشبهة لا تكفي لمنع الملك؛ لأن الملك مما يثبت مع الشبهات^(٣)، أما ههنا بخلافه.

وكذلك على هذا، إذا رمى حلال صيدًا، ثم رماه محرم، فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وأمضاه^(٤) حتى أصاب الصيد، فهو على هذا التفصيل الذي قلنا فيما إذا كان الرامي الأول مسلمًا والثاني مجوسيًا؛ لأن إعانة المحرم في التحريم نظير

(١) في م: نوع.

(٢) أخرجه البخاري (٩٨/٦) كتاب الجهاد، باب: ما قيل في الرماح، حديث (٢٩١٤)، ومسلم (٨٥٢/٢) كتاب الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم، حديث (١١٩٦/٥٧)، وأبو داود (٤٢٨/٢، ٤٢٩) كتاب المناسك، باب: لحم الصيد للمحرم، حديث (١٨٥٢)، والترمذي (٢٠٤/٣، ٢٠٥) كتاب الحج، باب: ما جاء في أكل الصيد للمحرم، حديث (٨٤٧)، والنسائي (١٨٢/٥) كتاب الحج، باب: ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، وابن ماجه (١٠٣٣/٢) كتاب المناسك، باب: الرخصة في ذلك إذا لم يصد له، حديث (٣٠٩٣)، ومالك (٣٥٠/١) كتاب الحج، باب: ما يجوز للمحرم أكله من الصيد، حديث (٧٦)، والدارمي (٣٨/٢) كتاب المناسك، باب: في أكل لحم الصيد للمحرم إذا لم يصد هو، والشافعي (٣٢١/١) كتاب الحج، باب: فيما يباح للمحرم وما يحرم، (٨٣٧)، والحميدي (٢٠٤/١)، رقم (٤٢٤)، وعبد الرزاق (٨٣٣٧، ٨٣٣٨)، وابن خزيمة (٤/١٧٦)، رقم (٢٦٣٥)، وابن الجارود (٤٣٥)، والدرقطني (١٧٤/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٧٣/٢، ١٧٤)، والبيهقي (١٨٩/٥)، من طرق عن أبي قتادة به. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) في م: الشهادة.

(٤) في م: وأمضى.

إعانة^(١) المجوسي؛ ألا ترى أن إصابة المحرم في التحريم نظير إصابة المجوسي؟ وعلى المحرم الجزاء على كل حال.

قال: ولو أن قومًا من المجوس رموا سهامهم فأقبل الصيد نحو مسلم فازًا من سهامهم فرماه المسلم وسمى فأصابه سهم المسلم وقتله، فالمسألة على وجهين: إن كان سهم المجوسي لم يقع على الأرض حتى رماه المسلم، لا يحل أكله؛ لأن قتل الصيد حصل بإعانة المجوسي؛ لأنهم بسهامهم قربوه إلى رمية المسلم، لولا ذلك لما قدر المسلم على قتله، وباعتبار الإعانة تتمكن الشبهة على ما مر فلا يحل تناوله إلا أن يدركه المسلم ويذكيه فحيثئذ يحل؛ لأن المجوسي أعانوه في الرمي دون حقيقة الذكاة ولا معتبر بالرمي مع وجود حقيقة الذكاة.

وإذ وقعت سهام المجوسي على الأرض، ثم رماه المسلم بعد ذلك وباقي المسألة بحالها، حل أكله؛ لأن قتل الصيد ههنا ما حصل بإعانة المجوسي وهي التي [أثرت]^(٢) في الحرمة في المسألة الأولى باعتبار أن فعل المجوسي قد انقطع بوقوع سهامهم على الأرض قبل رمي المسلم، وكذلك المجوس إذا أرسلوا كلابهم إلى صيد فأقبل الصيد هاربًا فرماه مسلم بسهم وقتله، أو أرسل كلبه إليه فأصابه الكلب وقتله، إن كان رمي المسلم وإرساله^(٣) الكلب بعد رجوع كلاب المجوس، يحل، وإن كان بحال اتباع كلبهم، لا يحل؛ لوجود الإعانة منهم.

وكذلك لو أرسل المجوسي صقرًا أو بازياً له فهوى بالصيد إلى الأرض هاربًا فرماه بسهم وسمى فأصابه وقتله، أو أرسل كلبه أو بازياً له [أو صقرًا له فأصابه وقتله، إن كان رمي المسلم وإرساله حال اتباع صقر المجوسي وبازيه]^(٤)، لا يحل،

(١) في أ: إصابة.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وإرسال.

(٤) سقط في م.

وإن كان بعد رجوع صقره وبازيه، حل^(١)، وكذلك لو اتبع الصيد كلب [غير معلم وبازي]^(٢) غير معلم فأقبل الصيد فأرًا منه فرماه مسلم بسهم وأرسل كلبه أو بازيه أو صقره فأصابه وقتل، فهو على التفصيل الذي قلنا.

قال: رجل رمى سهمًا إلى صيد وسمى فهبت الريح وضربت السهم وحرفته عن سننه يمنة أو يسرة أو رده إلى ورائه وأصاب الصيد وقتله، لا يحل أكله، ولو أن الريح أمالته يمنة أو يسرة، أما ما صرفته عن سننه ولا رده إلى ورائه، لم يكن بأكله بأس.

قال بعض مشايخنا: هذا إذا أصابه في سننه أمامه، فأما إذا أصابه في حال انحرافه يمنة أو يسرة، فلا يؤكل.

قال الحاكم الشهيد: هذا ليس بشيء^(٣)، فقد أطلق محمد في الكتاب أنه يؤكل، فلو لم يكن شيء من ذلك إلا أن الريح زادته قوة لم يكن بأكله بأس.

قال: وإن رمى مسلم صيدًا بسهم وسمى، ثم رماه مسلم آخر بسهم وسمى فأصاب سهم الثاني سهم الأول وانحرف يمينًا وشمالًا إلا أنه في سننه حتى أصاب الصيد، فالصيد للأول، ولو^(٤) صرفه الثاني عن سننه يمنة أو يسرة أو رده إلى ورائه وأصاب وقتله، ذكر في الزيادات: أنه للثاني ويؤكل، وذكر في كتاب الصيد: [أنه يكون للثاني ولا يؤكل].

قال بعض مشايخنا: ما ذكر في كتاب الصيد^(٥) وقع غلطًا، والصواب ما ذكر في الزيادات؛ لأن فعل الأول قد انقطع برد السهم وحرفته، فصار الصيد قتل الثاني فكان له، والثاني من أهل الذكاة وقد سمي فحل أكله لهذا.

(١) في م: هل.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: قط.

(٤) في م: فإن.

(٥) سقط في م.

وبعض مشايخنا وفقوا بين المذكور في الزيادات وبين المذكور في كتاب الصيد، واختلفوا في بيان وجه التوفيق.

منهم من قال: ما ذكر في الزيادات محمول على ما إذا سمى الثاني في رميته، وما ذكر في كتاب الصيد محمول على ما إذا لم يسم الثاني في رميته، نص على التسمية في الزيادات وسكت عنها في كتاب [الصيد]^(١)، وهذا التوفيق صحيح لما ذكرنا: أن قتل الصيد مضاف [إلى]^(٢) الثاني فيشترط تسمية الثاني في رميته لإباحته.

ومنهم من قال: ما ذكر في كتاب الصيد محمول على أن الثاني قصد برمي السهم الأول لا الصيد، فإذا أصاب السهم بإصابة السهم الثاني لم يكن الصيد مأخوذاً بفعله وقصده، وما ذكر في الزيادات محمول على ما إذا قصد برمي الصيد فصار الصيد مأخوذاً بفعله وقصده.

قال: وإن كان الرامي الثاني مجوسياً فأصاب سهمه سهم المسلم فانحرف يمينه ويسرة إلا أنه في سنته ذلك فأصاب الصيد وقتله، فالصيد للمسلم، ولكن لا ينبغي أن يأكله؛ لوقوع نوع إعانة من المجوسي.

قال: ولو أن رجلاً أرسل كلبه المعلم على صيد فكسر رجله أو عقره عقراً أخرجه من الصيدية، ثم إن رجلاً آخر أرسل كلبه المعلم على ذلك الصيد فكسر رجله الأخرى أو عقره عقراً فمات الصيد من العقيرين، فنقول: الصيد للأول ولا يحل تناوله، هذا إذا أرسل الثاني كلبه بعد ما أصاب الكلب الأول الصيد وأثخنه، فلو أن الكلب الأول جرحه إلا أنه لم يثخنه ولم يخرج من الصيدية حتى أرسل الثاني كلبه فأصابه الثاني وجرحه وأثخنه وأخرجه من الصيدية، فالصيد للثاني، ويحل تناوله، ولو كان كل واحد من الجرحين بحال لا يخرج من الصيدية عند الانفراد، فلما اجتمعا خرج من أن يكون صيداً، فالصيد لهما، وكذلك إذا أصاباه معاً؛ لاشتراكهما

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

في الأخذ، والحل ثابت.

وإن أرسل كلبه قبل إصابة الكلب الأول الصيد، فالملك لأولهما إصابة كما في السهمين، والحل ثابت.

ولو أرسلًا معًا فأصاب أحدهما الصيد قبل الآخر وأخذته وأثخنه، ثم أصابه الآخر، [فالصيد لأولهما إصابة لما مر]^(١).

وكذلك لو أرسلًا على التعاقب فأصاب الكلب الثاني الصيد أولاً وأثخنه، ثم أصابه الكلب الأول، فالصيد لصاحب الكلب الثاني على ما مر، ولو أصاباه جملة أو أصابه أحدهما قبل صاحبه إلا أنه لم يتخنه حتى أصابه الآخر، فالصيد لهما.

ولو أن مسلمًا أرسل كلبه وسمى فزجره مجوسي وصاح به فانزجر بزجره واشتد بصياحه وقتل الصيد، فإنه حل أكله، بخلاف مسألة الرمي التي ذكرناها: وهي ما إذا رمى مسلم^(٢) سهمًا إلى صيد ثم رمى مجوسي سهمًا إليه، فأصاب سهم المجوسي سهم المسلم وزاد في قوته وأصاب الصيد، فإنه لا يحل أكل الصيد هناك، وعلى هذا الخلاف^(٣).

وإذا أرسل كلبه على صيد فزجره محرم وصاح به فاشتد لزجره وقتل الصيد، [حل أكل الصيد]^(٤)، ولو رمى حلال سهمًا إلى صيد، ثم [رمى]^(٥) إليه محرم فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وزاد في قوته حتى أصاب الصيد، فإنه لا يحل أكل الصيد، هذا هو الكلام في الكلب.

جئنا إلى البازي فنقول: إرسال البازي كإرسال الكلب، حتى لو وجد من الاثنين معًا أو على التعاقب، كان الصيد لأولهما إصابة إن أثخنه الأول فأخرجه من أن يكون

(١) سقط في م.

(٢) في أ: منهما.

(٣) في م: الحلال.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

صيداً ويحل تناوله لما ذكرنا في الكلب، وإن لم يثخنه الأول ولم يخرج من أن يكون صيداً أصابه الثاني وجرحه وأخرجه من أن يكون صيداً، فالصيد للثاني؛ لأن الأخذ وجد من الثاني ويحل تناوله لما مر في الكلب، وإن كان جرح كل واحد [بحال]^(١) لا يخرج عن الصيدية عند^(٢) الانفراد، فلما اجتمعا خرج من أن يكون صيداً، فالصيد لهما، وكذلك إذا^(٣) أصابه معاً لاشتراكهما في الأخذ، والحل ثابت لما ذكرنا في الكلب.

قال: وإن أخذ البازي المرسل الصيد وشده بمخلبه وصار بحال لا يقدر على التخلص فلحقه الثاني فقتله، فهو لصاحب البازي [الثاني]^(٤).

واختلف المشايخ في علة المسألة، بعضهم قالوا: لأن الأخذ هو البازي الثاني؛ لأنه هو الذي أخرجه عن حال الصيد، فهو نظير ما لو ألجأ إنسان صيداً إلى مضيق وأخذه إنسان آخر، كان الصيد للأخذ لا للملجئ، كذا هاهنا.

ومنهم من قال: الأول أخذ، لكن لم يجعل محمد - رحمه الله - أخذ البازي كأخذ المالك، وجعل قتله كقتل المالك حتى جعل الصيد في هذه الصورة [لصاحب البازي الذي قتله لا]^(٥) لصاحب البازي الذي أخذه.

والفرق: وهو أن البازي ليس من أهل الأخذ؛ لأنه لا يد له فلا يصح منه الأخذ حتى ينتقل إلى صاحبه فافترقا من هذا الوجه.

وعلى قياس ما روي عن محمد - رحمه الله - : أن من نصب شبكة يتعقل بها صيداً فجاء آخر وأخذ الصيد، فالصيد لصاحب الشبكة: ينبغي أن يكون الصيد في هذه المسألة لصاحب البازي الأول [والله أعلم بالصواب]^(٦).

(١) سقط في م.

(٢) في م: عن.

(٣) في م: إن.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

الفصل التاسع

في مسائل السمك

الأصل عندنا في إباحة السمك^(١): أن ما مات بآفة يؤكل، وما مات [منه]^(٢) بغير آفة فلا يؤكل، وإن قتلها شيء من طير^(٣) الماء، أكل؛ لأنها ماتت بآفة، وإن ألقاها [في جب]^(٤) ماء وماتت فكذلك؛ لأن ضيق المكان آفة، وكذلك إذا جمعهن في حظيرة لا يستطعن الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن كلهن، فلا بأس بأكلهن، وإن كان لا يقدر على أخذهن من غير صيد، فلا خير في أكلهن، ولو ماتت في الشبكة وهو لا يقدر على التخليص منها، أو أكلت شيئاً مما يلقي في الماء

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة صيد جميع حيوانات البحر، سواء كانت سمكا أو غيره. لقول الله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ أي: مصيده ومطعومه. وقول النبي ﷺ: لما سئل عن ماء البحر: "هو الطهور ماؤه الحل ميتته". واستثنى الشافعية والحنابلة: التمساح والضفدع، للنهي عن قتل الضفدع، فقد ثبت أن النبي ﷺ نهى عن قتله [أخرجه أحمد (٤٥٣/٣)، والبيهقي (٣١٨/٩) وقوى البيهقي إسناده]، وروي عن ابن عمرو أنه قال: لا تقتلوا الضفادع، فإن نقيتها تسبيح [أخرجه البيهقي (٣١٨/٩) وصحح البيهقي إسناده]. وللاستحباب في التمساح؛ ولأنه يتقوى بناه ويأكل الناس. وزاد الحنابلة: الحية، وصرح الماوردي من الشافعية بتحريمها وغيرها من ذوات السموم البحرية، وقصر الشافعية التحريم على الحية التي تعيش في البحر والبر، وأما الحية التي لا تعيش إلا في الماء فحلال. وذهب الحنفية إلى إباحة السمك من صيد البحر فقط دون غيره من الحيوانات البحرية. وذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة ميتة البحر، سواء كانت سمكا أو غيره من حيوانات البحر، لقول الله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ وقول النبي ﷺ: "هو الطهور ماؤه الحل ميتته"، وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: كل دابة تموت في البحر فقد ذكاه الله لكم. ولم يبيح الحنفية إلا ميتة السمك الذي مات بآفة، وأما الذي مات حتف أنفه، وكان غير طاف، فليس بمباح. وحد الطافي عندهم: ما كان بطنه من فوق، فلو كان ظهره من فوق، فليس بطاف فيؤكل.

ينظر: حاشية ابن عابدين (١٩٤/٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١١٥)، ومغني المحتاج (٢٩٧/٤) وما بعدها، وكشاف القناع (١٩٣/٦)، والإنصاف (٣٨٤/١٠).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: غير.

(٤) سقط في م.

فماتت منه وذلك معلوم، فلا بأس بأكله، وكذلك لو ربطها في الماء فماتت، وكذلك لو جمد الماء وبقي في الجمد وماتت، ولو مات بحر الماء [أو برودته] (١)، ذكر في القدوري: أن فيه روايتين.

وذكر في بعض النوادر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - . قال في موضع: على قول أبي يوسف (٢): يؤكل، وعلى قول محمد: لا يؤكل. وذكر شمس الأئمة أنه ذكر في غير رواية الأصول: أن على قول أبي حنيفة: لا يحل، وعلى قول محمد: يحل.

وإذا انحسر الماء عنه، يؤكل، وكذلك ما نبذها (٣) الماء وألقاها في الحر، يؤكل، وإذا انحسر الماء عن بعضها إن كان رأسها في الماء، لا يؤكل، [وكذلك ما نبذها الماء وألقاها في الحر، يؤكل] (٤)، وإن كان رأسها خارج الماء، يؤكل.

وفي المتقى: إذا كان الرأس وحده خارج الماء، يؤكل، وإن كان الرأس في الماء، إن كان ما على الأرض النصف أو أقل، لا يؤكل، وإن كان ما على الأرض أكثر من النصف، يؤكل، وإذا اصطاد سمكة فوجد في بطنها أخرى، [أكلها] (٥)، وهذه المسألة تدل على أنه إذا وجد في بطن السمكة الطافية سمكة، أنها تؤكل، وإن كانت الطافية، لا تؤكل.

وعن محمد - رحمه الله - في السمكة (٦) توجد في بطن الكلب: أنه لا بأس بأكلها، يريد به: إذا لم يتغير، ولا بأس بالسمكة يصيدها المجوسي؛ لأنها تحل من غير تسمية، فإن المسلم إذا أخذ السمكة وترك عليها التسمية عمدًا تحل، وما يحل

(١) في م: وترديه.

(٢) زاد في م: لا.

(٣) في م: شواها.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: المسألة.

بدون التسمية فالمجوسي فيه وغير المجوسي سواء .
وفي الجامع الصغير : إذا وجد السمكة ميتة على وجه الماء وبطنه من فوق الماء ،
لم يؤكل ؛ لأنه طاف ، وإن كان ظهره من فوق أكل ؛ لأنه ليس بطاف .
وفي المتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا كانت السمكة استقلت الماء وماتت ،
لم تؤكل ؛ لأنها إن تركت طفت [والله أعلم]^(١) .



(١) سقط في م .

الفصل العاشر

إذا وقع الشك أن الصيد مات بالجراحة أو بسبب آخر

وإذا^(١) أصاب السهم الصيد فوق على السطح أو على الأرض من الهواء ومات، فإنه يؤكل استحساناً، ولو وقع على السطح ثم على الأرض، فإنه لا يؤكل؛ لأن هذه متردية، والأصل فيه: أنه متى دخل فيه (لعل) و(عسى) فإنه لا يؤكل، وهنا دخل (لعل) و(عسى)؛ لجواز أن يكون الترددي^(٢) قبله، قالوا: وهذا إذا كان ما أصاب الصيد من الجراحة جراحة يجوز أن يسلم الصيد منها بأن أصاب رجل الصيد أو يده، أما إذا^(٣) كانت الجراحة بحال لا يسلم الصيد منها ويعلم أنه يموت لا محالة، فهذا على وجهين:

إما إذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح كالأضطراب. أو بقي فيه من الحياة أكثر من ذلك مقدار ما يعيش نصف اليوم أو أكثر. ففي الوجه الأول: لا يحرم بالإجماع؛ لأنه لا عبرة لهذه الحياة. وعلى قياس ما ذكرنا من قول أبي حنيفة - رحمه الله - فيما تقدم: أن الحياة [عنده لها عبرة]^(٤).

وإن قلت: ينبغي أن يحرم عندهما^(٥).

وفي الوجه الثاني: المسألة على الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

والشيخ الإمام خواهر زاده - رحمه الله - قال: هذا الذي ذكرنا إذا كان الطير

(١) في م: وإن.

(٢) في م: تردى.

(٣) في م: إن.

(٤) في م: عند غيره.

(٥) في م: عنده.

بريًّا، فأما إذا كان مائيًّا والجراحة فوق الماء، يحل بكل حال عند الكل^(١)؛ لأنه إذا كان هكذا علم^(٢) يقيئًا أنه إنما مات من الجراحة لا من الماء؛ لأنه يعيش في الماء، فأما إذا كانت الجراحة تحت الماء، [لا يحل]^(٣)، وفي الصيد البري الجراحة تحت الماء أو فوق الماء يحتمل أن الموت بسبب الماء، فسيأتي الوجوه التي ذكرنا من الذي يجوز أن يسلم، ويجوز ألا يسلم من الخلاف والاتفاق على ما مر.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - هذه المسألة في شرح كتاب الصيد وقال: إذا وقع في الماء لا يحل سواء كان بريًّا أو مائيًّا، فيتأمل عند الفتوى. وإن مات الصيد على ذلك الشيء الذي وقع من الهواء عليه، فإن كان ذلك الشيء مما لا يقتل مثل [الحبل أو]^(٤) السطح فهوى على الأرض، فلا بأس بأكله، وإن كان يقتل مثل الرمح والقصب [المنسوب]^(٥) وحد الآجرة واللبننة القائمة^(٦) ونحوها، لم يؤكل، ذكر هذا في شرح صيد الطحاوي - رحمه الله -.



-
- (١) في م: الأكل.
 (٢) في م: يعلم.
 (٣) سقط في م.
 (٤) في أ: و.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في م: والقائمة.

الفصل الحادي عشر

في المتفرقات

إذا رمى صيداً فأصابه فوق عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه ومات، لا يحل؛ لأنه قادر على الذكاة الاختياري بتقديم الإسلام، فلم يكتف بالذكاة الاضطراري.

في فتاوى أبي الليث - رضي الله عنه -، وفي عيون المسائل: إذا رمى صيداً وجرحه، أو أرسل كلبه وعقره ووقع الصيد عند نائم والنائم يحال لو كان مستيقظاً قدر على أن يذكيه [فمات]^(١)، لا يؤكل عند أبي حنيفة - رحمه الله -، فأبو حنيفة - رحمه الله - [لا]^(٢) يجعل النائم كاليقظان في مسائل كثيرة من جملتها هذه المسألة.

ذبح شاة أو بقرة فتحرك بعد الذبح وخرج منها دم مسفوح حلت؛ لأنها وجدت علامة الحياة، وإن خرج منها دم مسفوح ولم تتحرك، أو تحرك ولم يخرج منها دم مسفوح فكذلك الجواب؛ لأن علامة الحياة أحد هذين الأمرين، وإن لم تتحرك ولا خرج منها دم مسفوح لا يحل؛ لأنه لم يوجد علامة الحياة، لكن هذا إذا لم يعلم بحياتها وقت الذبح، أما إذا علم حلت ولم تتحرك ولم يخرج منها الدم أصلاً.

ذبح شاة مريضة لم يتحرك منها شيء إلا فاها، قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لا تؤكل، وإن ضمته أكلت، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن غضت عينها تؤكل، وإن مدت رجليها^(٣) لا تؤكل، وإن ضمته^(٤) أكلت، وإن أقام شعرها لا تؤكل، وإن نام [شعرها]^(٥) تؤكل، جعل البعض علامة للحياة [والبعض للممات]^(٦)، [لكن هذا إذا لم يعلم]^(٧) أنها حية وقت الذبح [فإن علم]^(٨) حلت بكل حال.

- | | |
|-----------------------|------------------------|
| (١) سقط في م. | (٥) سقط في م. |
| (٢) سقط في م. | (٦) سقط في م. |
| (٣) في م: رجليها. | (٧) في م: أما إذا علم. |
| (٤) في م: ضحت رجليها. | (٨) سقط في م. |

الجنين إذا خرج حيًّا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات، يؤكل، هكذا ذكر في النوازل.

وهذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، لا على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

في المنتقى قال محمد - رحمه الله - في الجنين إذا لم يتم خلقه^(١): لا يؤكل، وإن تم أكل، أشعر أو لم يشعر.

وفي النوازل: رجل له شاة حامل فأراد ذبحها، إن تقاربت الولادة يكره ذبحها؛ لأن فيه تضييعًا لما في بطنها من غير فائدة، وهذا التفريع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

ويكره الاصطياد للتلهي^(٢) وأن يأخذها حرفة، ولا بأس بأخذ الطير في الليل، والنهي محمول على البدل، والله أعلم.

اصطاد سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة، فهي له، فإن باع السمكة من غيره فوجد المشتري [اللؤلؤة، إن كانت]^(٣) اللؤلؤة في الصدف فهي للمشتري، وإن لم يكن فهي للبائع الصائد وتكون لقطة. ذكر شيخ الإسلام في صيده، وهكذا ذكر في العيون.

وتأويل هذا: أنه يدفع إلى الصائد، لا أنه يصير ملكًا له؛ وهذا لأن اللؤلؤة لا تخرج من الصدف إلا بإخراج أحد، ومن أخرجها صارت ملكًا له، فبعد ذلك إن وقعت في البحر تعينت^(٤) على ملكه، فإذا^(٥) أخذها الصائد مع السمكة كان حكمها حكم اللقطة فيدفع إلى الصائد؛ لأنه ملتقطها، فهو^(٦) معنى ما ذكرنا في الكتاب: إنما يكون للصائد ويكون لقطة، [والله أعلم]^(٧).

(١) في م: خلقته.
 (٢) في م: للتباهي.
 (٣) سقط في م.
 (٤) في م: بقيت.
 (٥) في م: فإن.
 (٦) زاد في م: في.
 (٧) سقط في م.

كتاب الذبائح

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

الأول

في بيان ما يحل ذكاته

ذبيحة الصبي حلال إذا كان يعقل ويضبط^(١).

ومعنى قوله: يضبط، أن^(٢) يضبط شرائط الذبح من فري الأوداج.

وقوله: يعقل، تكلموا في معناه.

قال بعض مشايخنا: معناه: يعقل التسمية.

وقال بعضهم: معناه: [أن يعلم أن حل]^(٣) الذبيحة بالتسمية.

وقال بعضهم: أن يعلم أن الحل بقطع الحلقوم والأوداج.

وذبيحة الأخرس حلال^(٤)؛ لأنه عاجز عن التسمية بحكم الخرس، فيعتبر بالعجز

(١) من شروط الذبائح أن يكون عاقلا سواء كان رجلا أو امرأة بالغاً أو غير بالغ إذا كان مميزاً

وهذا عند الجمهور الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو قول للشافعية.

وعلل الحنفية اشتراط العقل بأن صحة القصد إلى التسمية عند الذبح لا بد منها، وذلك بأن يكون الذابح متمكناً من قصد التسمية، وإن لم يكن قصدها واجبا، ولا تتحقق صحة التسمية ممن لا يعمل، فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، والسكران الذي لا يعقل، أما الصبي والسكران والمعتوه الذين يعقلون الذبح ويقدرّون عليه فتؤكل ذبيحتهم.

ووجه ابن قدامة الاشتراط بأن غير العاقل لا يصح منه القصد إلى الذبح.

والأظهر عند الشافعية حل ذبيحة الصبي غير المميز والمجنون والسكران مع الكراهة - بخلاف النائم - أما الحل فلأن لهم قصدا في الجملة، وأما الكراهة فلأنهم قد يخطؤون الذبح، وإنما حرمت ذبيحة النائم لأنه لا يتصور له قصد.

ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار (١٨٨/٥)، والخرشي على خليل

(٢/٣٠١)، ونهاية المحتاج (٨/١٠٦)، والمغني (٨/٥٨١).

(٢) في م: أنه.

(٣) في أ: يعلم أنه يحل.

(٤) اختلف الفقهاء في كون التسمية عند الذبح والصيد واجبة أو سنة. ولكنهم يتفقون على حل

ذبيحة الأخرس وصيده مع عدم تسميته لعدم قدرته على النطق.

بحكم النسيان، [والله أعلم]^(١).

* * *

إلا أن الحنابلة قالوا: إن كان المذكي أخرس أو ما برأسه إلى السماء، ولو أشار إشارة تدل على التسمية، وعلم أنه أراد التسمية، كان فعله كافيا لقيام إشارته مقام نطقه. وقالوا في الصيد: لا تعتبر التسمية من الأخرس عند إرسال السهم والجراحة لتعذرهما منه، والظاهر أنه لا بد من إشارته بها، لقيام إشارته مقام نطقه. وما قاله الحنابلة هو رأي عند الشافعية. جاء في المجموع: الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة حلت ذبيحته بالاتفاق، وإن لم تكن له إشارة مفهومة فطريقتان: المذهب الحل أيضا، وبه قطع الأكثرون، والرأي الثاني أنه يعتبر كالمجنون، وبهذا الرأي قطع البغوي والرافعي.

ينظر: حاشية ابن عابدين (١٨٩/٥، ١٩١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/١٠٦)، والمجموع (٧٧/٩، ٨٦)، وكشاف القناع (٢٠٩/٦، ٢٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٤٠٧/٣).

(١) سقط في م.

الفصل الثاني في بيان أنواع الذكاة

اعلم بأن الذكاة نوعان:

اختياري حالة القدرة، وذلك في اللبة وما فوق ذلك إلى اللحين، هذا هو لفظ القدوري.

وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله [أسفله]^(١) وأوسطه وأعلاه. وفي فتاوى أهل سمرقند: قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه، يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح لأن المذبح هو الحلقوم، فإن قطع البعض ثم علم فقطع مرة^(٢) أخرى الحلقوم قبل أن تموت بالأول، فهذا على وجهين:

إما أن قطع الأول بتمامه، أو قطع شيئاً منه، ففي الوجه الأول: لا تحل؛ لأنه لما قطع الأول بتمامه كان الأول من ذلك القطع أسرع من موتها من الثاني. وفي الوجه الثاني: تحل، والذكاة الاضطرارية حال عدم القدرة، وهي الجرح في أي مكان.

ثم في حالة القدرة: إذا قطع الحلقوم والمريء والودجين فقد أتم الذكاة، وإن قطع الأكثر من ذلك حل أكله، واختلفت الروايات في تفسير ذلك.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف الأول: أنه إذا قطع الثلاثة من الأربعة، أي ثلث ما قطع فقد قطع الأكثر، رجع أبو يوسف عن هذا وقال: يشترط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين.

وعن محمد: أنه يعتبر قطع الأكثر من كل واحد من هذه الأشياء الأربعة، وعنه أيضاً: أنه إذا قطع الحلقوم والمريء والأكثر من كل واحد يحل، وما لا فلا.

(١) سقط في م.

(٢) في م: من.

قال مشايخنا: وهو أصح الجوابات.

إذا ذبح الشاة من قبل القفا، فإن قطع الأكثر من هذه الأشياء قبل أن تموت حلت، وإن ماتت قبل قطع الأكثر من هذه الأشياء لا تحل، ويكره هذا الفعل؛ لأنه خلاف السنة وفيه زيادة إيلام، وإن نحر الشاة أو ذبح الإبل جاز لحصول ما هو المقصود، وهو تسييل الدم المسفوح، والسنة خلافه، وإذا ضرب شاة بالسيف وأبان رأسها حلت، وذلك الفعل مكروه، وإذا ذبحها متوجهاً لغير القبلة حلت، ولكن يكره، [والله أعلم]^(١).



(١) سقط في م.

الفصل الثالث

في [بيان آلة^(١)] الذكاة

كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج^(٢)، كالحديد، والحجر المحدد، والقصب، والزجاج وغير ذلك، فإنه يجوز الذبح به، وأما العظم، والقرن، والسن المنزوع، والظفر المنزوع، فإنه يحل الذبح ولكن يكره أن يذبح به، وأما السن الذي ليس بمنزوع، والظفر الذي ليس بمنزوع فلا يحل الذبح [به]^(٣)؛ لأنه قاتل وليس بذابح، هذه الجملة في صيد شرح الطحاوي - رحمه الله -، والله أعلم.



(١) في م: مسائل.
 (٢) الأوداج: من (ودج) والوَدَجُ عِرْقٌ متصل الودج - بفتح الدال والكسر - لغة، عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة، ويقال: في الجسد عرق واحد حيثما قطع مات صاحبه وله في كل عضو اسم فهو في العنق الودج والوريد أيضاً، وفي الظهر النياط وهو عرق ممتد فيه، والأبهر وهو عرق مستبطن الصلب والقلب متصل به، والوتين في البطن، والنسا في الفخذ، والأبجل في الرجل، والأكحل في اليد، والصافن في الساق. والجمع (أوداج) وهي: عروق تكتنف الحُلُقُومَ فإذا فُصِدَ وُدَجٌ، وقيل: ما أحاط بالحلق من العروق، وقيل: هي عروق في أصل الأذنين يخرج منها الدم، وقيل: الودجان عرقان غليظان عريضان عن يمين تُغْرَةَ النحر ويسارها، والوريدان بجنب الودجين، فالودجان من الجداول التي تجري فيها الدماء، والوريدان البَيْضُ والتَّنَسُّ.
 ينظر: لسان العرب، مادة (ودج) (٢/٣٩٧).

(٣) سقط في م.

الفصل الرابع

في مسائل التسمية

إذا سمي على الذبح بالفارسية، يجوز، وإذا قال مكان التسمية: الله أكبر، أو قال: سبحان الله، أو قال: الحمد لله، فإن أراد به التسمية، يحل، وإن أراد به التسبيح أو التحميد أو التكبير، لا يحل، وإن قال: اللهم اغفر لي اللهم تقبل مني، لا يحل.

قال البقالي: والمستحب أن يقول: بسم الله والله أكبر.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصيد: المستحب أن يقول: بسم الله الله أكبر، بدون (الواو): قال: ومع (الواو) يكره؛ لأنه يقطع فور التسمية.

وإذا ذبح شيئاً وسمى، فهذا على ثلاثة أوجه:

إما إن لم يكن له نية، وأراد التسمية على الذبيح، وفي هذين الوجهين: حل الذبيح.

وإن أراد غير التسمية على الذبيح، [لا يحل؛ لأنه هو لم يأت بالمأمور به، فالمأمور به التسمية على الذبيح، وإذا ذكر التسمية بدون حرف (الهاء) إذا أراد به التسمية يحل الذبيح]^(١) ويكون ترك (الهاء) على سبيل الترخيم فإنه سائغ في كلام العرب.

وفي المسألة نوع إشكال، فإن المنقول عن أئمة اللغة والمشهور في كتبهم: أن الترخيم لا يجوز إلا في أسماء النداء، وإن لم يرد به التسمية لا يحل، وهاتان المسألتان في النوازل.

ولو قال: بسم الله وباسم فلان، فقد اختلف المتأخرون فيه.

(١) سقط في م.

قال^(١) إبراهيم بن يوسف - رحمه الله^(٢) - : تصير ميتة .
 وبذا أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعانه .
 وقال محمد بن سلمة : لا تصير ميتة .
 فأما ما ذكر بدون (الواو) ويريد به أن يضحى عن^(٣) فلان ، لا يصير ميتة ، وهذا
 الفصل منقول عن الفقيه أبي بكر - رحمه الله - ، إلا أن المنقول [عنه]^(٤) بالفارسية :
 بسم الله بنام فلان .
 وعلى هذا إذا قال : بسم الله [وبسم محمد رسول الله]^(٥) ، إن قال بالرفع يحل ،
 وإن قال بالخفض لا يحل ، هكذا ذكر في النوازل .
 قال بعضهم : هذا إذا كان يعرف النحو ويلحن به في كلامه .
 وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد - رحمه الله - : أنه لا يرى^(٦) الخطأ
 في النحو معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم الذبيح .
 ولو قال : بسم الله وصلى الله على [سيدنا]^(٧) محمد ، [أو قال : صلى الله على
 محمد]^(٨) ، بدون (الواو) حل الذبيح ، ولكن يكره ذلك .
 وفي البقالي : حل الذبيح إن وافق الذبح التسمية .
 وقيل : إن أراد بذكر (محمد) الاشتراك في التسمية لا يحل ، وإن أراد به التبرك
 بذكر (محمد) حل الذبح ويكره ذلك ، ويكره أن يدعو بعد التسمية قبل الذبح بالتقبل
 وغيره ، نحو قوله : بسم الله اللهم تقبل مني ، أو يقول : من فلان ، أو يقول : اللهم

(١) زاد في م : ابن .

(٢) في م : رحمهما .

(٣) في م : من .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في م .

(٦) في م : يحل برز .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

اغفر لي؛ لأن الواجب تجريد التسمية ولم يجرّد التسمية، فأما إذا [دعا قبل التسمية، أو دعا] ^(١) بعد الذبح فلا بأس، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ.

وإذا أراد أن يذبح عددًا ^(٢) من الذبائح، لم تجز التسمية الأولى عما بعدها، ولو أرسل كلبه على صيد وسمى أو رمى سهمًا [وسمى] ^(٣) وأصاب صيودًا في فور الإرسال، فإنه يحل الكلب، وإذا أضجع شاة ليذبحها وأخذ السكين وسمى، ثم انتحى تلك السكين وأخذ أخرى وذبح بها حل، وإن أخذ سهمًا وسمى ثم وضع ذلك السهم وأخذ أخرى ورمى به، لم تحل بتلك التسمية.

والفرق بينهما: أن التسمية في الذكاة الاختيارية مشروعة على الذبيح لا على الآلة، والذبيح لم يتبدل بما صنع إنما تبدلت الآلة، أما في الذكاة الاضطرارية فالتسمية شرعت على الآلة، فإن النبي ﷺ قال لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل؛ لأنك سميت على كلبك» ^(٤).

(١) يدل ما بين المعقوفين في م: ادعى.

(٢) في م: عبدا.

(٣) سقط في م.

(٤) أخرجه البخاري (٥٩٨/٩) كتاب الذبائح والصيد، باب: التسمية على الصيد، حديث (٥٤٧٥)، ومسلم (١٥٢٩/٣)، (١٥٣٠) كتاب الصيد والذبائح، باب: الصيد بالكلاب المعلمة، حديث (١، ٢، ٣/١٩٢٩)، والطيلسي (١/٣٤٠ ٣٤١) كتاب الصيد والذبائح، باب: ما جاء في صيد الكلب المعلم، حديث (١٧٣١، ١٧٣٢) باب: ما جاء في الصيد بالمعروض، حديث (١٧٣٣، ١٧٣٤)، وأحمد (٤/٢٥٦)، والدارمي (٢/٨٩، ٩١) كتاب الصيد، باب: التسمية عند إرسال الكلب وباب: في صيد المعروض، وأبو داود (٣/٢٦٨، ٢٦٩) كتاب الصيد، باب: في الصيد، حديث (٢٨٤٧، ٢٨٤٨)، والترمذي (٤/٦٨، ٦٩) كتاب الصيد، باب: ما جاء في الكلب يأكل من الصيد، حديث (١٤٧٠) وباب: ما جاء في صيد المعروض، حديث (١٤٧١)، والنسائي (٧/١٧٩، ١٨٠) كتاب الصيد والذبائح، باب: الأمر بالتسمية عند الصيد، وباب: صيد الكلب المعلم، وابن ماجه (٢/١٠٦٩) كتاب الصيد، باب: صيد الكلب، حديث (٣٢٠٧) وباب: صيد المعروض، حديث (٣٢١٤)، وابن الجارود في المنتقى، ص (٣٠٥ ٣٠٦) باب: ما جاء في الصيد،

فقد شرط التسمية على الآلة وهو الكلب، وإذا ثبت في الكلب ثبت في السهم؛ لأن الكلب نظير السهم من حيث إن آلة العمل منفصلة عن صاحبه، وإذا كانت التسمية مشروعة في الذكاة [نظير السهم من^(١)] الاضطرارية فتبدل^(٢) الذبيح في الذكاة الاختيارية بأن أضجع شاة ليذبحها وسمى فلم تقطع السكين فنحاهها وأخذ أخرى وذبحها بتلك التسمية، لا يجوز، وهاهنا كذلك.

وإن أضجع شاة ليذبحها [فنحاهها]^(٣) وسمى عليها، ثم كلم إنساناً أو شرب أو حدد سكيناً أو أكل لقمة وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر، حلت بتلك التسمية، وإن طال الحديث وكثر العمل، كرهت أكلها، وليس في ذلك تقدير، بل ينظر فيه إلى العادة فإن استكثرها الناس في العادة فهو كثير، وإن استقله فهو قليل.

ثم ذكر في هذا الفصل لفظة^(٤) الكراهة وقد اختلف المشايخ فيه. وفي أصحابي الزعفراني: إذا حدد الشفرة تنقطع تلك التسمية من غير فصل، بين ما إذا قل أو أكثر.

وفيه أيضاً: إذا سمي، ثم انفلتت الشاة أو البقرة من يده وقامت من مضجعها، ثم أعادها إلى مضجعها، انقطعت تلك التسمية، ومنه: إذا ذبح الذابح وسمى صاحب الأضحية أو غيره، لم يحل. والله أعلم.



= حديث (٩١٤)، والبيهقي (٢٣٥/٩، ٢٣٦) كتاب الصيد والذبائح، باب: الأكل مما أمسك عليك المعلم وإن قتل، والبغوي في «شرح السنة» (٣/٦) من طريق الشعبي عن عدي به.

(١) سقط في م.

(٢) في م: كتب.ل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لفظ.

كتاب الأضحية^(١)

(١) الأضحية: اسم لما يضحي به، ولما يذبح أيام عيد الأضحى، والجمع: أضاحي، على وزن (الأفعولة)، والأضحى على وزن (الأفعل)، والأضحى: جمع أضحاة وهي: الشاة التي يضحي بها، وبها سمي يوم الأضحى، ولذلك يجوز تأنيثه فيقال: دنت الأضحى، والضحية كذلك، والجمع: الضحايا، والأضحية فيها لغات، ضم الهمزة في الأكثر، وكسرها إتباعا لكسرة الحاء، والجمع: أضاحي، والثالثة: أضحية، والجمع (ضحايا)، مثل: عطية، وعطايا، والرابعة: أضحاة، بضم الهمزة والجمع: (أضحى)، مثل أرطاة، وأرطى، ينظر: المصباح المنير، مادة (طلبة الطلبة)، مادة (ضحى)، ص (١٠٥)، المغرب، ص (١٨٠، ١٨١).

وشرعا: هي ذبح حيوان مخصوص بنية القرية في وقت مخصوص.
ينظر: تبين الحقائق (٦/٦٢)، الدر المختار (٥/٢١٩)، البحر الرائق (٨/١٩٧).
الأضحية مشروعة إجماعا بالكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾ قيل في تفسيره: صل صلاة العيد وانحر البدن. والبدن - بضم الباء وسكون الدال - جمع بدنة، وهي الواحدة من الإبل ذكورها وإناثها، وسميت بذلك لضخامة بدنها، وربما أطلقت البدنة على الواحدة من كل من الإبل والبقر، ويجوز في البقر النحر والذبح وإن كان الذبح أفضل كما هو موضح في الذبائح.
وأما السنة فأحاديث تحكي فعله ﷺ لها، وأخرى تحكي قوله في بيان فضلها والترغيب فيها والتنفير من تركها. فمن ذلك ما صح من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: «ضحى النبي ﷺ بكبشين أملحين أقرنين، ذبحهما بيده، وسمى وكبر، ووضع رجله على صفاحهما» [أخرجه مسلم (٣/١٥٥٦، ١٥٥٧)] وأحاديث أخرى سيأتي بعضها منها قوله ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا». [أخرجه ابن ماجه (٢/١٠٤٤)، والحاكم (٢/٣٨٩، ٣٩٠) والحديث صححه الحاكم وأقره الذهبي] وقد شرعت التضحية في السنة الثانية من الهجرة النبوية، وهي السنة التي شرعت فيها صلاة العيدين وزكاة المال. أما حكمة مشروعتها، فهي شكرا لله تعالى على نعمة الحياة، وإحياء سنة سيدنا إبراهيم الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله عز اسمه بذبح الفداء عن ولده إسماعيل عليه الصلاة والسلام في يوم النحر، وأن يتذكر المؤمن أن صبر إبراهيم وإسماعيل عليهما السلام وإيثارهما طاعة الله ومحبته على محبة النفس والولد كانا سبب الفداء ورفع البلاء، فإذا تذكر المؤمن ذلك اقتدى بهما في الصبر على طاعة الله وتقديم محبته عز وجل على هوى النفس وشهوتها.

ينظر: حاشية البجيرمي على المنهج، سليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة أخيرة، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م (٤/٢٩٤)، والمجموع للنووي (٨/٣٨٣)، محاسن الإسلام، لمحمد بن عبد الرحمن البخاري، دار الكتاب العربي، ص (١٠٤).
وقد يقال: أي علاقة بين إراقة الدم وبين شكر المنعم عز وجل والتقرب إليه؟ والجواب من وجهين: أحدهما: أن هذه الإراقة وسيلة للتوسعة على النفس وأهل البيت، وإكرام الجار

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

الأول: في بيان صفتها وشرائطها

فنقول: من صفتها أنها واجبة.

قال القدوري في كتاب الأضحية: الأضحية واجبة عند أصحابنا^(١) - رحمهم الله -

والضيف، والتصدق على الفقير، وهذه كلها مظاهر للفرح والسرور بما أنعم الله به على الإنسان، وهذا تحدث بنعمة الله تعالى كما قال عز اسمه: ﴿وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ﴾. ثانيهما: المبالغة في تصديق ما أخبر به الله عز وجل من أنه خلق الأنعام لنفع الإنسان، وأذن في ذبحها ونحرها لتكون طعاماً له. فإذا نازعه في حل الذبح والنحر منازع تمويها بأنهما من القسوة والتعذيب لذي روح تستحق الرحمة والإنصاف، كان رده على ذلك أن الله عز وجل الذي خلقنا وخلق هذه الحيوانات، وأمرنا برحمتها والإحسان إليها، أخبرنا وهو العليم بالغيب أنه خلقها لنا وأباح تذكيتهما، وأكد هذه الإباحة بأن جعل هذه التذكية قرينة في بعض الأحيان.

(١) ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم الشافعية والحنابلة، وهو أرجح القولين عند مالك، وإحدى روايتين عن أبي يوسف إلى أن الأضحية سنة مؤكدة. وهذا قول أبي بكر وعمر وبلال وأبي مسعود البدرى وسويد بن غفلة وسعيد بن المسيب وعطاء وعلقمة والأسود وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر. واستدل الجمهور على السنة بأدلة: منها قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا دخل العشر، وأراد أحدكم أن يضحي فلا يمس من شعره ولا من بشره شيئاً». [أخرجه مسلم (٣/١٥٦٥)] ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الرسول ﷺ قال: «وأراد أحدكم» فجعله مفوضاً إلى إرادته، ولو كانت التضحية واجبة لاقتصر على قوله: «فلا يمس من شعره شيئاً حتى يضحي». ومنها أيضاً أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين، مخافة أن يرى ذلك واجباً [أخرجه البيهقي (٩/٢٦٥)]، وحسنه النووي في المجموع (٨/٣٨٣)]. وهذا الصنيع منهما يدل على أنهما علما من الرسول ﷺ عدم الوجوب، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك. وذهب أبو حنيفة إلى أنها واجبة. وهذا المذهب هو المروي عن محمد وزفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وبه قال ربيعة والليث بن سعد والأوزاعي والثوري ومالك في أحد قوليه. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَحْسِرْ﴾ فقد قيل في تفسيره: صل صلاة العيد وانحر البدن، ومطلق الأمر للوجوب، ومتى وجب على النبي ﷺ وجب على الأمة لأنه قدوتها. ويقول النبي ﷺ: «من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا»، وهذا كالوعيد على ترك التضحية، والوعيد إنما يكون على ترك الواجب. وبقوله عليه الصلاة والسلام: «من ذبح قبل الصلاة فليذبح شاة مكانها، ومن لم يكن ذبح فليذبح على اسم الله» [أخرجه مسلم (٣/١٥٥١)] فإنه أمر بذبح الأضحية وبإعادتها إذا ذكيت قبل الصلاة، وذلك دليل الوجوب. ثم إن الحنفية القائلين بالوجوب يقولون: إنها واجبة عينا على كل من وجدت فيه شرائط

إلا في إحدى الروایتين عن أبي يوسف - رحمه الله - .

وفي شرح الطحاوي: أنها واجبة عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما:

سنة .

الوجوب . فالأضحية الواحدة كالشاة وسبع البقرة وسبع البدنة إنما تجزئ عن شخص واحد . وأما القائلون بالسنية فمنهم من يقول: إنها سنة عين أيضا، كالقول المروي عن أبي يوسف فعنده لا يجزئ الأضحية الواحدة عن الشخص وأهل بيته أو غيرهم . ومنهم من يقول: إنها سنة عين ولو حكما، بمعنى أن كل واحد مطالب بها، وإذا فعلها واحد بنية نفسه وحده لم تقع إلا عنه، وإذا فعلها بنية إشراك غيره في الثواب، أو بنية كونها لغيره أسقطت الطلب عن أشركهم أو أوقعها عنهم . وهذا رأي المالكية، وإيضاحه أن الشخص إذا ضحى ناويا نفسه فقط سقط الطلب عنه، وإذا ضحى ناويا نفسه وأبويه الفقيرين وأولاده الصغار، وقعت التضحية عنهم، ويجوز له أن يشرك غيره في الثواب - قبل الذبح - ولو كانوا أكثر من سبعة بثلاث شرائط: الأولى: أن يسكن معه .

الثانية: أن يكون قريبا له وإن بعدت القرابة، أو زوجة .

الثالثة: أن ينفق على من يشركه وجوبا كأبويه وصغار ولده الفقراء، أو تبرعا كالأغنياء منهم وكعم وأخ وخال . فإذا وجدت هذه الشرائط سقط الطلب عن أشركهم . وإذا ضحى بشاة أو غيرها ناويا غيره فقط، ولو أكثر من سبعة، من غير إشراك نفسه معهم سقط الطلب عنهم بهذه التضحية، وإن لم تتحقق فيهم الشرائط الثلاث السابقة . ولا بد في كل ذلك أن تكون الأضحية ملكا خاصا للمضحى، فلا يشاركه فيها ولا في ثمنها، وإلا لم تجزئ، كما سيأتي في شرائط الصحة . ومن القائلين بالسنية من يجعلها سنة عين في حق المنفرد، وسنة كفاية في حق أهل البيت الواحد، وهذا رأي الشافعية والحنابلة . فقد قالوا: إن الشخص يضحى بالأضحية الواحدة - ولو كانت شاة - عن نفسه وأهل بيته . وللشافعية تفسيرات متعددة لأهل البيت الواحد والراجح تفسيران: أحدهما: أن المقصود بهم من تلزم الشخص نفقتهم، وهذا هو الذي رجحه الشمس الرملي في نهاية المحتاج . ثانيهما: من تجمعهم نفقة منفق واحد ولو تبرعا، وهذا هو الذي صححه الشهاب الرملي بهامش شرح الروض . قالوا: ومعنى كونها سنة كفاية - مع كونها تسن لكل قادر منهم عليها - سقوط الطلب عنهم بفعل واحد رشيد منهم، لا حصول الثواب لكل منهم، إلا إذا قصد المضحى تشريكهم في الثواب . ومما استدلل به على كون التضحية سنة كفاية عن الرجل وأهل بيته حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه قال: «كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة» . [أخرجه مالك (٤٨٦/٢) . وقال النووي: هذا حديث صحيح . المجموع، للنووي (٣٨٤/٨) وهذه الصيغة التي قالها أبو أيوب رضي الله عنه تقتضي أنه حديث مرفوع .

ينظر: بدائع الصنائع (٦٢/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١٨/٢، ١١٩)، المجموع، للنووي (٣٨٣/٨ - ٣٨٦)، ونهاية المحتاج (١٢٣/٨)، وتحفة المحتاج (٨/١٤١) .

قال مشايخنا: وليس وجوب الأضحية كوجوب صدقة الفطر .
 والواجبات على مراتب بعضها أكد من البعض؛ ألا ترى أن سجدة التلاوة واجبة
 عندنا وليس وجوبها كوجوب السجدة الصلوية، وكذلك سجدة السهو، وكذلك
 صدقة الفطر واجبة وليس وجوبها كوجوب زكاة المال، والوتر من الواجبات عند أبي
 حنيفة - رحمه الله - وليس وجوبه كوجوب سائر الفرائض، وغسل الميت واجب
 وليس وجوبه كوجوب غسل الجنابة، والأضحية عندنا، وإن كانت واجبة فليس
 وجوبها كوجوب صدقة الفطر؛ ألا ترى أن العلماء لم يختلفوا في وجوب صدقة
 الفطر وقد اختلفوا في وجوب الأضحية.

وروي عن محمد - رحمه الله - : أن من مات وعليه زكاة وصدقة الفطر وأضحية
 وحجة الإسلام وكفارة اليمين فأوصى بأن يؤديها عنه، فإنه يجوز ذلك كله من الثلث،
 فإن [لم] ^(١) يبلغ ذلك ثلث ماله فإنهم إنما يتدئون ^(٢) بالآكد فالآكد، وزكاة المال
 أوجب من صدقة الفطر فيبدأ بالزكاة، وكذلك حجة الإسلام وهو والزكاة
 [سواء] ^(٣)، وبعدهما يبدأ بصدقة الفطر، وبعد صدقة الفطر يبدأ بالكفارة، وبعدها
 بالأضحية، وشرط وجوبها اليسار، والإقامة حتى لا يجب على المسافر ^(٤) ولا على
 الحاج المحرم، وإن كان من أهل مكة، كذا ذكر ^(٥) في شرح الطحاوي.

والموسر في ظاهر الرواية: من له مائتا درهم أو عشرون دينارًا، أو شيء يبلغ
 ذلك سوى مسكنه ومتاع مسكنه ومتاعه ومركوبه وخادمه في حاجته التي [لا
 يستغني] ^(٦) عنها، فأما ما عدا ذلك من سائمة ^(٧) أو رقيق أو خيل أو متاع للتجارة أو

(١) سقط في م .

(٢) في م: يبدأون .

(٣) في أ: يبدأ به .

(٤) في م: المسافرين .

(٥) في أ: ذكره .

(٦) في م: استغنى .

(٧) في م: متاعه .

لغيره فإنه يعتد به في يساره .

وإذا كان له عقار ومستغلات^(١) ملك، اختلف فيه المتأخرون من مشايخنا في اعتبار الدخل، أو قيمة العقار مائتي درهم .

فالزعفراني والفقهاء أبو علي الرازي^(٢) [من مشايخنا في اعتبار الدخل قيمتها]^(٣) . وأبو علي الدقاق وغيره: اعتبر الدخل .

واختلفوا فيما بينهم:

قال أبو علي الدقاق: إن كان يدخل^(٤) من ذلك قوت^(٥) سنة، فعليه الأضحية . ومنهم من قال: قوت^(٦) شهر، فمتى فضل من ذلك قدر مائتي درهم فصاعدًا فعليه الأضحية .

ومنهم من قال: إن كان غلته تكفيه وتكفي عياله فهو موسر، وإن كان لا يكفيه ولا يكفي عياله فهو معسر .

وإن كان العقار وقفًا عليه ينظر: إن كان قد وجب له معلوم في [الأوقاف هل يكون به غنيًا]^(٧) في أيام الأضحية^(٨)؟ قدر مائتي درهم فعليه الأضحية، وإلا فلا أضحية عليه .

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا تجب الأضحية إلا على من له مائتا درهم فصاعدًا، فعلى هذه الرواية سوى بين غني النصاب وبين غني الأضحية، وعلى ظاهر الرواية فرق .

(١) في م: ومستعملات .

(٢) في أ، ب: اعتبر .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: الرجل .

(٥) في أ: فوق .

(٦) في أ: فوق .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: آخر .

(٩) في م: معتبرة .

والمرأة تعتبر^(١) موسرة بالمهر إذا كان الزوج مليئاً عندهما.
وعلى قول أبي حنيفة الآخر: لا تعتبر موسرة بذلك.
قيل: هذا الخلاف^(٢) بينهم في المعجل الذي يقال بالفارسية (دست همان)^(٣)،
وأما المؤجل الذي يسمى بالفارسية (كاهي)^(٤)، فالمرأة لا تعتبر موسرة بذلك
بالإجماع.

وفي الأجناس: إن كان خبازاً عنده حنطة [قيمتها مائتا درهم يخبز بها، أو
ملح]^(٥) قيمتها مائتا درهم، أو قصارا عنده صابون أو أشنان قيمته مائتا درهم، فعليه
الأضحية.

وإن كان له مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن أن يقرأ منه، فلا أضحية
عليه، سواء كان يقرأ منه أو يتهاون ولا يقرأ ولا يستعمله، وإن كان لا يحسن أن يقرأ
منه، فعليه الأضحية، وإن كان له ولد صغير حبس المصحف ليسلمه الأستاذ
فيعلمه، فعليه الأضحية.

وكتب العلم والحديث مثل مصحف القرآن، والله أعلم.



(١) في م: الاختلاف.

(٢) في م: سمان.

(٣) في م: كانيي.

(٤) سقط في م.

الفصل الثاني

في بيان وقت الأضحية

وقت الأضحية ثلاثة أيام، اليوم العاشر والحادي عشر والثاني عشر من ذي الحجة، فإذا غربت الشمس من اليوم الثاني عشر لا تجوز الأضحية بعد ذلك، وأفضلها أولها.

قال علي - رضي الله عنه - : النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها^(١)، والليل والنهار في

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص (٧/٣٣١)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٨٩)، البناء شرح الهداية (١٢/٢٨).

واختلف العلماء في أيام الأضحي مع إجماعهم، كما قال ابن عبد البر في (استذكاره): إنَّ الأضحي بعد انسلاخ ذي الحجة على أقوال: أحدها: يوم النحر ويومان بعده، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأنس ذكره ابن القصار، وذكره ابن وهب عن ابن مسعود، وعبارة ابن حزم في إيراد أثر علي: النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها. ثانيها: كذلك وزيادة يوم آخر فصارت أربعة، وهو قول عطاء والحسن البصري والأوزاعي والشافعي وأبي ثور، وروي ذلك عن علي وابن عباس قالا: أيام النحر: الأيام المعلومات. وعبارة ابن حزم عن ابن عباس: الأيام المعلومات: يوم النحر وثلاثة أيام بعده، ثم قال: كذا في كتابي، ولا أدري لعله وهم.

قال ابن بطال: وهو اختلاف من قولهما. وقال عطاء: النحر أربعة أيام إلى آخر أيام التشريق. وفي رواية: النحر ما دامت الفساطيط بمنى. وقال الحسن: النحر يوم النحر وثلاثة أيام بعده، حكى هذا كله ابن حزم، ثم قال: وعن الزهري فيمن نسي أن يضحي يوم النحر: لا بأس أن يضحي أيام التشريق، قال: وقال عمر بن عبد العزيز: الأضحي أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده.

وقال ابن بطال: وليس عن الصحابة غير هذين القولين، وبهما قال أئمة الفتوى وللتابعين فيها شذوذ نذكره.

وكذا قال ابن عبد البر في (استذكاره): لا يصح عندي في هذه المسألة إلا قولان: الذي ذهب إليه أبو حنيفة ومالك، والذي ذهب إليه الشافعي لأنهما رويَا عن جماعة من الصحابة. ثالثها: يوم واحد وهو يوم النحر، وهو قول ابن سيرين وعليه ترجم البخاري، وحكاه ابن حزم عن حميد بن عبد الرحمن أنه كان لا يرى النحر إلا يوم النحر، وهو قول أبي سليمان. رابعها: يوم واحد في الأمصار، وفي منى ثلاثة أيام، وهو قول سعيد بن جبير وجابر بن زيد. خامسها: يوم النحر وستة أيام بعده وهو قول قتادة. سادسها: عشرة أيام حكاه ابن التين. سابعها: وهو أغربها أنه إلى آخر يوم من ذي الحجة، روي عن الحسن البصري، قال ابن التين: ويؤثر عن عمر بن عبد العزيز أيضًا، ونقله ابن حزم عن

ذلك سواء .

قالوا: المراد منه ليلة اليوم الثاني وليلة اليوم الثالث، حتى^(١) لو ضحى في الليلة [الأولى]^(٢) لا يجزئه .

قال في الأجnas: أول وقت الأضحية لأهل السواد طلوع الفجر الثاني من يوم النحر، وفي حق أهل المصر عند فراغ الإمام من صلاة العيد يوم النحر، وآخر وقت الذبح يستوي فيه أهل السواد وأهل المصر .

قال ثمة^(٣): والوقت المستحب لذبح الأضحية في حق أهل السواد بعد طلوع الشمس، وفي حق أهل المصر بعد خطبة الإمام^(٤) .

سليمان بن يسار وأبي سلمة بن عبد الرحمن قال: الأضحى إلى هلال المحرم لمن استأنى بذلك . وهذه الأقوال لا أصل لها في السنة ولا في أقوال الصحابة، كما قال ابن بطال: وليس استدلال من استدل من قوله ﷺ: «أَلَيْسَ يَوْمُ النَّحْرِ» لا يكون نحر ولا ذبح في غيره بشيء؛ لأن النحر في أيام منى، قد نقله الخلف عن السلف وجرى عليه العمل في جميع الأمصار فلا حجة مع من خالفه .

وفي صحيح أبي حاتم ابن حبان من حديث جبير بن مطعم - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «كل فجاج مكة منحر وفي كل أيام التشريق ذبح» [صحيح ابن حبان (١٦٦/٩) (٣٨٥٤)].

ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر (١٥/١٩٧ - ٢٠١، ٢٠٥)، المحلى، لابن حزم (٣٧٧/٧، ٣٧٨)، شرح ابن بطال (٦/١٣، ١٤) .

(١) في م: الثاني والثالث .

(٢) سقط في م .

(٣) زاد في م: أيضا .

(٤) قال الحنفية: يدخل وقت التضحية عند طلوع فجر يوم النحر، وهو يوم العيد، وهذا الوقت لا يختلف في ذاته بالنسبة لمن يضحي في المصر أو غيره . لكنهم اشترطوا في صحتها لمن يضحي في المصر أن يكون الذبح بعد صلاة العيد، ولو قبل الخطبة، إلا أن الأفضل تأخيره إلى ما بعد الخطبة، وإذا صليت صلاة العيد في مواضع من المصر كفى في صحة التضحية الفراغ من الصلاة في أحد المواضع .

وإذا عطلت صلاة العيد ينتظر حتى يمضي وقت الصلاة بأن تزول الشمس، ثم يذبح بعد ذلك . وأما من يضحي في غير المصر فإنه لا تشترط له هذه الشريطة، بل يجوز أن يذبح بعد طلوع فجر يوم النحر، لأن أهل غير المصر ليس عليهم صلاة العيد . وإذا كان من عليه الأضحية مقيما في المصر، ووكّل من يضحي عنه في غيره أو

بالعكس، فالعبرة بمكان الذبح لا بمكان الموكل المضحي، لأن الذبح هو القرية. وقال المالكية، وهو أحد أقوال الحنابلة: إن أول وقت التضحية بالنسبة لغير الإمام هو وقت الفراغ من ذبح أضحية الإمام بعد الصلاة والخطبتين في اليوم الأول، وبالنسبة للإمام هو وقت الفراغ من صلاته وخطبته، فلو ذبح الإمام قبل الفراغ من خطبته لم يجزئه، ولو ذبح الناس قبل الفراغ من ذبح أضحية الإمام لم يجزئهم، إلا إذا بدؤوا بعد بدئه، وانتهوا بعد انتهائه أو معه. وإذا لم يذبح الإمام أو تواني في الذبح بعد فراغ خطبته بلا عذر أو بعد تحرى الناس القدر الذي يمكن فيه الذبح، ثم ذبحوا أصحابهم، فتجزئهم وإن سبقوه لكن عند التواني بعذر، كقتال عدو أو إغماء أو جنون يندب انتظاره حتى يفرغ من تضحيته، إلا إذا قرب زوال الشمس فينبغي للناس حينئذ أن يضحوا ولو قبل الإمام. ثم إن لم يكن في البلد إلا نائب الإمام الحاكم أو إمام الصلاة فالمعتبر نائب الإمام، وإن كان فيها هذا وذاك، وأخرج نائب الإمام أضحيته إلى المصلى فهو المعتبر، وإلا فالمعتبر إمام الصلاة، فإن لم يكن هذا ولا ذلك تحروا تضحية إمام أقرب البلاد إليهم إن كان واحدا، فإن تعدد تحروا تضحية أقرب الأئمة بلدهم. وقال الشافعية، وهو أحد أقوال للحنابلة: يدخل وقت التضحية بعد طلوع الشمس يوم عيد النحر بمقدار ما يسع ركعتين خفيفتين وخطبتين خفيفتين، والمراد بالخفة الاقتصار على ما يجزئ في الصلاة والخطبتين. قالوا: وإنما لم تتوقف صحة التضحية على الفراغ من صلاة الإمام وخطبته بالفعل لأن الأئمة يختلفون تطويلا وتقصيرا، فاعتبر الزمان ليكون أشبه بمواقيت الصلاة وغيرها، وأضبط للناس في الأمصار والقرى والبوادي، وكان النبي ﷺ يصلي صلاة عيد الأضحى عقب طلوع الشمس. والأفضل تأخير التضحية عن ارتفاع الشمس قدر رمح بالمقدار. وذهب الحنابلة في قول ثالث لهم وهو الأرجح، إلى أن وقتها يبتدئ بعد صلاة العيد ولو قبل الخطبة لكن الأفضل انتظار الخطبتين. ولا يلزم انتظار الفراغ من الصلاة في جميع الأماكن إن تعددت، بل يكفي الفراغ من واحدة منها، وإذا كان مرید التضحية في جهة لا يصلى فيها العيد - كالبادية وأهل الخيام ممن لا عيد عليهم - فالوقت يبتدئ بعد مضي قدر صلاة العيد من ارتفاع الشمس قدر رمح. وإذا فاتت صلاة العيد بالزوال في الأماكن التي تصلى فيها ضحوا من حين الفوات.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن أيام التضحية ثلاثة، وهي يوم العيد، واليومان الأولان من أيام التشريق، فينتهي وقت التضحية بغروب شمس اليوم الأخير من الأيام المذكورة، وهو ثاني أيام التشريق. واحتجوا بأن عمر وعلياً وأبا هريرة وأنسا وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أخبروا أن أيام النحر ثلاثة. ومعلوم أن المقادير لا يهتدى إليها بالرأي، فلا بد أن يكون هؤلاء الصحابة الكرام أخبروا بذلك سماعا. وقال الشافعية - وهو القول الآخر للحنابلة واختاره ابن تيمية - أيام التضحية أربعة، تنتهي بغروب شمس اليوم الثالث من أيام التشريق، وهذا القول مروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أيضا، ومروى كذلك عن جبير بن مطعم رضي الله عنه، وعن عطاء والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن موسى الأسدي ومكحول. وحجة

ولو ذبح [بعد الصلاة]^(١) قبل الخطبة، جازت ذكاته.
 في الإملاء: محمد بن الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ولو ذبح بعد أن
 يتشهد الإمام قبل أن يسلم، جاز أضحيته وقد أساء، وقبل أن يتشهد الإمام، لا
 يجوز.

وفي الحاوي: لو ذبح بعد ما تشهد الإمام قبل أن يسلم، لا يجوز، وفي رواية:
 جاز، وقد أساء.

قال ثمة: والأول أصح.

وفي أضاحي الزعفراني: لو ضحى بعدما قعد الإمام قدر التشهد لم يجزه عندنا،
 وعند الحسن يجوز.

وإذا استخلف الإمام من يصلي بالضعفة في المسجد الجامع وخرج بنفسه إلى
 الجبانة [مع الأقوياء، فضحى رجل بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلي أهل
 الجبانة قبل أن يفرغ أهل المسجد]^(٢).

قيل: في هذه الصورة، يجوز قياسًا واستحسانًا.

وقيل: القياس والاستحسان فيهما واحد.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا ضحى رجل من الفريق الذي صلى، فأما إذا
 ضحى رجل من الفريق الذي لم يصل، لم يجز قياسًا واستحسانًا.

وفي أضاحي الزعفراني - رحمه الله - : إذا ضحى رجل من الناحية التي صلى

= القائلين بهذا قوله عليه الصلاة والسلام: «كل أيام التشريق ذبح» [أخرجه ابن حبان في موارد
 الظمان، ص (٢٤٩)، وأحمد (٨٢/٤) وقال الهيثمي: ورجاله موثقون (٢٥١/٣)].

ينظر: بدائع الصنائع (٧٣/٥ - ٧٥)، وحاشية ابن عابدين (٤٠٣/٥)، حاشية الدسوقي
 على الشرح الكبير (١٢٠/٢)، المجموع، للنووي (٣٨٧/٨ - ٣٩١)، وحاشية البجيرمي
 على شرح المنهج (٢٩٤/٤، ٢٩٧)، المغني، لابن قدامة (١١٣/١١ - ١١٥)، ومطالب
 أولي النهى (٤٧٠/٢)، نيل الأوطار (٢٩٣/٣).

(١) سقط في م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين: والقياس ألا يجوز وفي الاستحسان يجوز ذكر القياس والاستحسان
 في الأصل وإن ضحى بعدما فرغ أهل الجبانة.

فيها أو من الأخرى، جاز.

وذكر في القدوري: لو استخلف الإمام من يصلي بالضعفة في المصر، فصلى أهل إحدى المحلتين أيهما كان، جازت الأضحية، ولم يذكر القياس والاستسحان. ثم وجوبها بآخر الوقت، حتى إن من كان موسراً في ابتداء أيام النحر فلم يضح حتى افتقر قبل مضي أيام النحر تسقط عنه الأضحية، وكذا إذا [انتقص في ابتداء أيام النحر]^(١) النصاب.

وإن افتقر بعدما^(٢) مضي أيام النحر، لم يسقط عنه التصديق بقيمة الشاة حتى يلزم^(٣) الإيضاء بها.

وفي المنتقى: إذا اشترى شاة الأضحية فسافر في أيام النحر قبل أن يضحى بها، فله أن يبيعها.

علل فقال: لأنه صار في حال سقطت عنه الأضحية، أشار إلى الوجوب بآخر الوقت وهو في آخر الوقت مسافر، ولا أضحية على المسافرين [والله أعلم]^(٤).



(١) بدل ما بين المعقوفين في م: أنقص.

(٢) في أ: بعد.

(٣) في م: يلزمه.

(٤) سقط في م.

الفصل الثالث

في وجوب الأضحية بالنذر وما هو في معناه

ذكر الزعفراني في أصحابه^(١) أن من قال: [لله]^(٢) علي أن أضحي بشاة، فإن كان موسراً فعليه أن يضحي بشاتين، إلا أن يعني به ما يجب عليه، وهذا لأن النذر إيجاب، والإيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهراً ولكن يحتمل الصرف إلى [عين]^(٣) الواجب تأكيداً؛ ألا ترى أن من قال: لله علي حجة كان عليه حجتان: حجة الإسلام، وما يوجبه على نفسه بالنذر إلا إذا عني بالإيجاب ما هو واجب عليه، كذا هاهنا.

وإن كان فقيراً، فعليه شاة، فإن أيسر كان عليه شاتان: ما أوجب بالنذر، وما وجب باليسار.

وفي نوادر هشام: عن محمد - رحمه الله - : إذا نذر ذبح شاة، لا يأكل منها الناذر، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل.

وفي النوازل^(٤): رجل أوجب على نفسه عشر أضحيات، لا يلزمه إلا اثنان؛ لأن الأثر جاء بالاثنتين، هكذا ذكر في النوازل.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: والمختار أنه يجب؛ لأنه أوجب على نفسه ما لله تعالى من غير^(٥) إيجاب.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل اشترى شاة فأوجبها أضحية، فقد وجب عليه موسراً كان أو معسراً، هكذا ذكر.

وتكلم المشايخ في قوله: (فأوجبها أضحية) بعضهم قالوا: أراد به: إنه أوجبها

(١) في م: إيضاحه.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: النوادر.

(٥) في م: جنسه.

بعد الشراء بفعله بأن قال بعد الشراء: لله علي أن أضحي بهذه الشاة، فالشاة تصير واجبة للأضحية^(١) بلا خلاف موسراً كان الموجب أو معسراً.

وبعضهم قالوا: أراد به [أنه]^(٢) اشتراها بنية الأضحية.

وقوله: (فأوجبها) أي: بذلك الشراء، فهذا^(٣) إشارة إلى أن الأضحية تجب

بالشراء بنية^(٤) الأضحية، سواء كان المشتري معسراً أو موسراً.

وهذا فصل اختلف فيه الروايات والمشايخ، [فأشار في]^(٥) الزيادات على قول

بعض المشايخ: إنها تصير واجبة للأضحية بنية الشراء، كان المشتري موسراً أو معسراً.

وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : إنها لا تصير واجبة

بالشراء بنية الأضحية، موسراً كان أو معسراً.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن المشتري إن كان موسراً لا تصير واجبة بالشراء

بنية الأضحية باتفاق الروايات، وإن كان معسراً ففي ظاهر الرواية رواية أصحابه^(٦)

- رحمهم الله - : تجب.

وروى الزعفراني عن أصحابنا - رحمهم الله - : أنها لا تجب.

وأشار محمد شمس الأئمة السرخسي في شرحه إلى ما ذكر الزعفراني.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن المشتري إذا كان معسراً، ففي ظاهر رواية

أصحابنا لا تجب عليه بالشراء بنية الأضحية.

وذكر الطحاوي في مختصره: أنها تجب، وأما إذا صرح بلسانه وقت الشراء أنه

(١) زاد في أ: تصريح بالإيجاب.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: هذه.

(٤) في م: فيه.

(٥) في م: فإشارة.

(٦) في م: أصحابنا.

اشتراها ليضحى بها؛ ذكر شمس الأئمة الحلواني: أنها تصير واجبة، واتفقوا على أنها بمجرد النية للأضحية لا تصير واجبة، حتى إن من كان له شاة فنوى أن يضحى بهذه الشاة، ولم يذكر بلسانه شيئاً أنها لا تصير واجبة، [حتى إن من كان له شاة للأضحية]^(١) ثم إذا وجبت عليه بإيجابه صريحاً أو بالشراء بنية الأضحية، إذا كان المشتري فقيراً على قول من يقول به فقبل أن يذبحها تصدق بعينها على المساكين، فإن تصدق في أيام النحر فعليه مثلها مكانها؛ لأن الواجب عليه التضحية والإراقة، وإنما ينتقل إلى الصدقة إذا وقع اليأس عن التضحية والإراقة بمضي هذه الأيام، [فقبل مضي]^(٢) هذه الأيام بقيت الإراقة واجبة، فإذا تصدق بها، فقد فوت ما وجب عليه فيلزمه مثلها، وإن لم يشتر مثلها حتى مضت أيام النحر يتصدق بقيمتها؛ لأنه وقع اليأس عن التضحية والإراقة؛ لأن الإراقة إنما عرفت قرابة في زمان مخصوص فسقط بمضي ذلك الزمان كتكبيرات التشريق والوقوف بعرفة وما أشبه ذلك، وإذا وقع اليأس عن^(٣) الإراقة انتقلت^(٤) القرابة إلى الصدقة، ولا تجزئ الصدقة الأولى التي كانت في أيام النحر؛ لأنه تصدق قبل الوجوب، وقبل وجوب سبب الوجوب فلا يجزئه عما يلزمه من التصدق بعد ذلك، ولو لم يتصدق بتلك الشاة التي أوجبها ولم يذبحها حتى مضت أيام النحر^(٥) تصدق بعينها حية؛ [لأنه]^(٦) وقع اليأس عن التقرب بالإراقة وقد بقي العين مستحق الصرف إلى الله تعالى، والتصدق طريق لذلك فيلزمه التصدق، وإن تصدق [بقيمتها أجزأه أيضاً؛ لأن الواجب هنا التصدق بعينها، والتصدق]^(٧) بقيمتها مثل التصدق بعينها فيما هو المقصود فيجوز.

(١) في م: للأضحية.

(٢) في م: فقيل بمضي.

(٣) في م: من.

(٤) في م: انقلبت.

(٥) في م: التشريق.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

فإن ذبح وتصدق بقيمتها^(١) كان عليه أن يتصدق بنقصان الذبح إن كان قيمتها بعد الذبح أقل من قيمتها قبل الذبح؛ لأن الحق تعلق بعينها حية فما انتقص عنها بفعله يكون مضموناً عليه، فإن لم يذبحها [ولم يتصدق]^(٢) بعينها ولا بقيمتها حتى جاء أيام [النحر]^(٣) من قابل لا يجزئه الذبح عما لزمه في السنة الأولى، وكان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها، وإنما كان لأن الإراقة إنما عرفت قرابة [بالشرع، والشرع جعل هذه الأيام محلاً لقرابة تتأدى فيها إذا لا لقرابة تتأدى فيها هنا فصار الذبح في هذه الأيام قضاء، وفي غيرها من الأيام سواء، وإذا لم يجز الذبح]^(٤) تعينت الصدقة، ولأن القرابة [لما انقلبت]^(٥) إلى الصدقة بمضي أيام النحر من السنة الأولى صار كأنه قال: لله عليّ أن أتصدق بهذه الشاة، ولو قال هكذا لم يجزه أن يذبحها ولكن يتصدق بها حية أو بقيمتها، كذا هاهنا، [والله أعلم]^(٦).



-
- (١) في م: بلحمها.
 (٢) في م: ولا تصدق.
 (٣) سقط في م.
 (٤) بدل ما بين المعقوفين: بالذبح.
 (٥) في م: إنما انتقلت.
 (٦) سقط في م.

الفصل الرابع

إذا صلى الإمام بغير وضوء سهواً وفاتت الصلاة بسبب من الأسباب
أو صلى يوم عرفة سهواً، أو وقع الشك في يوم الأضحى

في الأجناس: لو صلى الإمام صلاة العيد على غير وضوء ولم يعلم به حتى ذبح
الناس، جازت أضحيتهم، سواء علموا قبل تفرق الناس، أو بعد تفرقهم.
ومتى علم الإمام بذلك ونادى للصلاة ليعيدها، فمن ذبح قبل أن يعلم ذلك
- يعني بذلك الإمام - أجزاءه، ومن [ذبح]^(١) بعد العلم إن ذبح قبل الزوال لا يجوز،
وإن ذبح بعد الزوال جاز؛ لأنه مضى وقت الإعادة.

في الوقعات: إذا أصر الإمام يوم العيد الصلاة فينبغي للناس أن يؤخروا التضحية
إلى وقت الزوال؛ لأن قبل ذلك الصلاة مرجوة^(٢)، فإن فاتت الصلاة إما سهواً وإما
عمداً جاز لهم التضحية في هذا اليوم، فإن خرج الإمام إلى الصلاة من الغد [أو بعد
الغد]^(٣) فضحى الناس قبل أن يصلي الإمام أو بعد ما صلى جاز؛ لأن الشمس إذا
زالت في اليوم الأول فات الوقت المسنون وإنما يصلي الإمام في اليوم الثاني والثالث
على وجه القضاء، فلا يظهر ذلك في حق التضحية.

في الأجناس: لو ترك أهل المصر صلاة العيد لفتنة أو لعدم الأمر من قبل
السلطان، لا تجوز الأضحية إلا بعد الزوال، وفي اليوم الثاني والثالث، يجوز قبل
الزوال.

وفي الحاوي: قيل: لا يجوز في اليوم الثاني والثالث أيضاً إلا بعد الزوال.
قال صاحب الحاوي: قال القاضي الإمام علي السعدي - رحمه الله -: الأول
أشبهه، جمعا بين ما إذا ترك الصلاة لفتنة وقعت في المصر وبين ما إذا لم [يكن]^(٤)

(١) سقط في م.

(٢) في م: مؤخرة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ثمة أمر من قبل السلطان، وأجاب بجواب واحد فيهما: أنه لا يجوز الأضحية، في هذا اليوم إلا بعد الزوال.

وفي الواقعات: لو أن بلدة وقعت فيها فترة ولم يبق فيها وإل ليصلي بهم [صلاة]^(١) العيد فضحوا بعد طلوع الفجر، جاز؛ لأن البلدة في هذا الحكم صار كالسواد.

وفي أضاحي الزعفراني: إذا وقعت فتنة في المصر ولم يكن لها إمام من قبل السلطان يصلي بهم صلاة العيد، القياس: أن يكون وقت الأضحية لهم بعد طلوع الفجر.

وفي الاستحسان: بعد زوال الشمس.

[وفيه أيضاً: لو ذبح أضحية بعد زوال الشمس]^(٢) من يوم عرفة، ثم تبين أنه يوم النحر، جازت عن الأضحية؛ لأنه تبين أنه ضحى في وقته، ولو ذبح قبل الصلاة وهو [يظن]^(٣) أنه يوم النحر، [جازت عن الأضحية؛ لأنه]^(٤) تبين أنه [ضحى في]^(٥) اليوم الثاني، أجزاءه عن التضحية^(٦) أيضاً لما ذكرنا.

في النوازل: الإمام إذا صلى العيد يوم عرفة وضحى الناس، فهذا على وجهين: إما أن يشهد عنده شهود على هلال ذي الحجة، أو لم يشهدوا.

ففي الوجه الأول: جازت الصلاة والتضحية.

وفي الوجه الثاني: لا تجوز الصلاة والتضحية.

ومتى لم يجز، لو ضحى الناس في اليوم الثاني، فهذا على وجهين: إن صلى

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الأضحية.

الإمام في اليوم الثاني، أو لم يصل.

ففي الوجه الأول: لم يجز.

وفي الوجه الثاني: المسألة على وجهين:

إما أن يضحى قبل الزوال، أو بعد الزوال، فإن ضحى قبل الزوال، فإن كان يرجو

أن الإمام يصلي لا يجزئه، وإن كان لا يرجو يجزئه.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا ضحى الناس بعد الزوال يجزئه.

هذا كله إذا تبين أنه يوم عرفة، وأما إذا لم يتبين أنه عرفة لكن شكوا فيه.

ففي الوجه الأول: وهو ما إذا شهدوا عنده، لهم أن يضحوا من الغد من أول

الغد.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا لم يشهدوا عنده، الاحتياط أن يضحوا من الغد بعد

الزوال.

[في واقعات]^(١) الناطفي: إذا وقع الشك في يوم الأضحى فأحب إلي أن يؤخر

[الذبح]^(٢) إلى اليوم^(٣) الثالث؛ لأنه يحتمل أنه يقع في غير وقته، فإن أخروا فأحب

إلي أن يتصدق بذلك كله ولا يأكل، ويتصدق بما بين المذبوح وغير المذبوح؛ لأنه

لو وقع في غير وقته لا يخرج عن العهدة إلا بذلك.

وإن اشترى أضحية في اليوم الثالث والمسألة بحالها، ليس عليه شيء؛ لأنه وقع

الاحتمال في الوجوب. [والله أعلم]^(٤).



(١) في م: فواقعات.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يوم.

(٤) سقط في م.

الفصل الخامس

في أضحية الرجل عن أولاده الصغار بماله أو بمالهم ويدخل فيه أضحية الوصي

وإذا كان الرجل غنيًا وله أولاد صغار، وليس للأولاد مال، فليس عليه أن يضحى عن أولاده في ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما -: يلزمه ذلك. وعن محمد وزفر - رحمهما الله -: ليس عليه ذلك.

وإن كان للأولاد مال، ذكر شمس الأئمة السرخسي: قال بعض مشايخنا: على الأب والوصي أن يضحى عنه من ماله عند أبي حنيفة - رحمه الله - قال - رحمه الله -: والأصح أنه ليس عليه ذلك.

وذكر شمس الأئمة الحلواني: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: يجب في ماله، وإن ضحى عنه الأب [لم يضمن].

وعند محمد - رحمه الله -: لا يجب في ماله، وإن ضحى عنه الأب^(١) ضمن. قال القدوري في شرحه: والصحيح أن يقال: بأن يضحى عنه ويأكل الصبي [منه]^(٢) ما يمكنه ويتبع بالباقي ما ينتفع بعينه على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله. وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح الأضحاحي^(٣) للزعفراني: أنه إذا كان للأولاد^(٤) مال ففي ظاهر الرواية لا يجب على الأب والوصي أن يضحى من ماله، وإن فعل الأب والوصي ذلك ضمن [ذلك]^(٥).

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -: أن على الأب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الإيضاح.

(٤) في م: للولد.

(٥) سقط في م.

والوصي أن يضحى من ماله، وعند محمد وزفر - رحمهما الله - : ليس عليه ذلك، فإن فعل الأب والوصي ذلك، فعلى قول محمد وزفر على رواية الحسن: يجب الضمان، وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : [فالأب]^(١) لا يضمن بلا خلاف على كل حال.

وفي الوصي اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا: إن كان الصبي يأكل فلا ضمان على الوصي، وإن كان لا يأكل فعليه الضمان.

وفرق هذا القائل بين الأب والوصي من حيث إن تصرف الوصي إنما ينفذ على الصغير إذا كان للصغير فيه نفع ظاهر، وإنما يكون نفعًا ظاهرًا إذا كان الصبي يأكل، أما تصرف الأب فإنه لا ينفذ إذا كان ضارًا ولا ضرر ههنا.

ومنهم من قال: لا ضمان على الوصي على كل حال، كما لا ضمان على الأب. قال - رحمة الله عليه - : وعليه الفتوى. [والله أعلم]^(٢).



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

الفصل السادس

في التضحية عن الغير

وفي تضحية شاة الغير، وفي ذبح أضحية الغير

ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا ضحى بشاة عن غيره بأمر ذلك الغير أو بغير أمره، لا يجوز؛ لأنه لا يمكن تجويز التضحية عن الغير إلا بإثبات الملك لذلك الغير في الشاة^(١)، ولن يثبت الملك له في الشاة إلا بالقبض، ولم يوجد قبض الغير^(٢) ههنا لا بنفسه ولا بنائبه .

وفي أصحابي الزعفراني: إذا ضحى الرجل ببقرة عن نفسه وعن ستة أولاد^(٣)، فإن كانوا صغارًا أجزاءً وأجزأهم، وإن كانوا كبارًا: إن فعل ذلك بأمرهم فكذلك، وإن عدم الأمر لم يجزه .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : يجوز عن البنين [البالغين]^(٤) وعن العيال بأمرهم [وبغير أمرهم]^(٥) استحسانًا .

قال الزعفراني: عندنا لا يجوز، ولعل أبا يوسف ذهب إلى أن العادة إذا جرت من الأب في كل سنة صار كالإذن^(٦) من الأولاد والعيال للأب استحسانًا، فإن كان على هذا الوجه فالذي استحسَن أبو يوسف مستحسن، فهذه المسألة نص، وتعليقها دليل على أن التضحية عن الغير بأمره يجوز .

(١) في م: النيابة .

(٢) في م: الأمر .

(٣) في م: أولاده .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في م .

(٦) الإذن: مصدر أذن يأذن، وهو لغة: العلم، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَذْنُوا يَحْرَبِ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، أي: كونوا علي علم، وأذنه الأمر، أي: أعلمه، وجاء بمعنى الإباحة، ومنه يقال: أذن له في الشيء إذنا، أي: أباحه له .
ينظر: لسان العرب (٧٨/١)، مادة (أذن).

[وفيه أيضًا: سئل نصير عمن يضحى عن الميت، قال: يصنع به كما يصنع بأضحيته، يريد به أن يتناول من لحمه كما يتناول من لحم أضحيته. قيل له: أيصير عن الميت؟^(١) قال: الأجر للميت والملك للمضحى. وبه قال محمد بن سلمة، وابن مقاتل، وأبو مطيع، وقال عصام: يتصدق بالكل.

وفي فتاوى الفضلي: أنه سئل عن الأضحية [عن الميت]^(٢) بغير أمره؟ قال: رأيت من علمائنا أنه لا يتناول.

والرواية في الأجناس، وصورتها: نحروا ناقة عن سبعة وأحدهم ميت ذبح عنه ورثته، فنصيب الستة يأكلونه^(٣) ونصيب الميت يتصدق به ولا يأكل ورثته.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني: وعن مشايخ بلخ: أنه يتناول منه. وهو إشارة إلى المسألة المتقدمة، وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته؛ وهذا لأن الذبح في هذه الصورة يقع على ملك الذابح والثواب للميت، ولهذا لو كان على الذابح واحدة سقطت عنه أضحيته، ولو كان الذبح بأمر الميت قال: لا يتناول من لحمه.

وعن مشايخ بلخ: أنه يتناول. قال الصدر الشهيد: والمختار أنه لا يتناول^(٤).

قال خلف: سألت محمدًا عن الأضحية عن الميت أهي أفضل أم الصدقة؟ قال: إن تصدق بجميعها فالأضحية، وإلا فالصدقة أفضل.

وفي فتاوى أبي الليث: سئل أبو نصر عمن يضحى ويتصدق بلحمه عن أبويه؟

قال: يجوز؛ لأن اللحم ملكه وقد تصدق بملكه عن أبويه فيجوز.

رجل ذبح أضحية غيره بغير علمه^(٥) صريحًا، ففي القياس: هو ضامن فلا يجزئ

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يأكلون.

(٤) في م: يتناوله.

(٥) في م: أمره.

الأمر عن أضحيته، وفي الاستسحان: لا ضمان ويجزئ عن أضحية الأمر. وجه ذلك: أن المالك لما عينها بجهة^(١) الذبح صار مستعينًا بكل واحد من التضحية بها في أيام التضحية دلالة؛ لأن ذلك قد يفوته بمضي الوقت واعتراض عارض يمنعه^(٢) عن إقامتها، والإذن دلالة وصريحًا سواء. وأطلق المسألة في الأصل وقيدها في الأجناس بما إذا أضجعها صاحبها للأضحية.

وعلى هذا لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما [أضحية صاحبه]^(٣) أجزأ كل واحد منهما أضحيته استحسانًا، ويجعل كل واحد منهما ذابحًا أضحية صاحبه بأمره دلالة، فيجوز عن كل واحد [منهما أضحيته، ويأخذ كل واحد]^(٤) منهما مسلوخه عن صاحبه، فإن كان قد أكلا ثم علما فليحل^(٥) كل واحد منهما صاحبه وتجزئهما، وإن تشاحا على ذلك ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته؛ لأن كل واحد منهما [إذا لم يجز صنيع صاحبه لم يمكن إضافة الذبح إليه فيضمن القيمة إن شاء ويتصرف كل واحد منهما]^(٦) بتلك القيمة إن كان قد انقضت أيام النحر؛ لأن العين لو كان قائمًا^(٧) يجب التصدق بعينه، فإذا هلك العين يجب التصدق بالقيمة وإنما قام مقام التصدق بالعين.

وفي فتاوى سمرقند: رجل اشترى خمس شياه أيام الأضحية وأراد أن يضحي بواحدة^(٨) منها إلا أنه لم يعينها، فذبح رجل واحدة منها يوم الأضحى بغير أمره بنية

-
- (١) في م: لجهة.
 - (٢) في م: يمنعا.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في م: فليحل.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: فلما.
 - (٨) في م: بواحد.

الأضحية - يعني أضحية صاحب الشاة - فهو ضامن؛ لأن صاحبها لما لم يعينها لم يذبح عنه دلالة.

في المنتقى: رجل غضب أضحية غيره وذبحها عن نفسه وضمن قيمتها^(١) لصاحبها، أجزأه ما صنع.

والذبح يخالف الإعتاق، فإن الغاصب إذا أعتق ثم ملكه بأداء الضمان لا ينفذ. والفرق: أن عند أداء الضمان الملك يثبت للغاصب مستنداً إلى وقت الغصب السابق، والمستند ثابت للحال من وجه، ومن ذلك الوقت من وجه، وكان [ذلك الملك]^(٢) فيما بين الغصب وأداء الضمان ثابتاً من وجه دون وجه، ومثل هذا الملك لا يكفي لنفاذ العتق ويكفي لنفاذ القرب، وأصله المكاتب إذا أعتق وإذا أحصر وبعث بهدي من كسبه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجزئه الذبح عن نفسه بأداء الضمان، وقاسه بالإعتاق، وهكذا روى ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : هذا إذا ضمن الغاصب قيمتها للمالك، وإن اختار المالك أخذها مذبوحة، فعلى الذابح أن يعيد الذبح بلا خلاف، ولو كان مكان الغاصب مستودعا والمسألة بحالها، لا يجزئه عن أضحية^(٣) أخذها المالك مذبوحة، أو ضمنه قيمتها.

وذكر شيخ الإسلام في [مسألة بيع]^(٤) المودع الوديعه ما يدل على الجواز ههنا. ولو كان مكان الغصب استحقاقاً وضمنه صاحبه قيمتها، ذكر الزعفراني في أضحيه أنه يجزئه بلا خلاف.

وذكر الناطفي في أجناسه فصل الاستحقاق ونص أنه: يجزئه في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله - .

(١) في م: القيمة.

(٢) في م: للملك.

(٣) في م: أضحيته.

(٤) في م: المسألة مع.

وفي أضاحي الزعفراني: إذا غصب الرجل أضحية الغير وذبحها عن نفسه متعمداً لذلك، فصاحب الأضحية بالخيار: إن شاء ضمن الذابح قيمتها، وإن شاء أخذها مذبوحة، وأيما اختار لا يجوز عن صاحبها.

قال محمد بن مقاتل الرازي: إذا^(١) ضمنه لا يجزئه، وإن أخذها مذبوحة يجزئه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله -؛ لأنه قد نواه فلا يضره ذبح غيره لها.

وعن نصير: فيمن دعا قصاباً ليضحى عنه، فضحى القصاب [عن نفسه]^(٢) قال: [هي]^(٣) للآمر.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله -: أمر [رجل]^(٤) رجلاً أن يذبح شاة [له]^(٥) فلم يذبحها المأمور حتى باعها الأمر، ثم ذبحها، فالمأمور ضامن ولا يرجع بما ضمن على الأمر علم بالبيع أو لم يعلم، أما إذا علم فظاهر، وأما إذا لم يعلم؛ فلأنه ما غيره؛ لأنه حين أمره بالذبح كانت الشاة له.

في واقعات الناطفي، وفي الأجناس: ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أمر الرجل غيره بذبح شاة قد كان الأمر باعها فذبحها المأمور وهو يعلم بالبيع، فإن المشتري يدفع الثمن ويتبع الذابح فيضمنه قيمتها، ولم يكن للذابح أن يرجع على الأمر.

قال: ولو كان لا يعلم بالبيع لم يكن للمشتري أن يضمنه القيمة. علل فقال: لأنه لو ضمنه كان له أن يرجع على الأمر وكأنه هو فعل ذلك فينتقض للبيع.

في النوازل: يسلم غنمه إلى راع^(٦) فذبح شاة منها فقال: ذبحتها وهي ميتة، وقال

(١) في م: إن.

(٢) في م: لنفسه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: ذابح.

صاحب الغنم: ذبحتها وهي حية، فالقول قول الراعي؛ لأنه أنكر سبب الضمان ولا يحل أكلها؛ لأنه لم يثبت المبيع وهو الذكاة.

وفيه أيضًا: اشترى أضحية وأمر غيره بذبحها فذبحها وقال: تركت التسمية عمدًا، ضمن الذابح قيمة الشاة؛ لأنه جعلها ميتة، فبعد ذلك ينظر: إن كان أيام الذبح قائمة يشتري بقيمتها أخرى ويضحى بها ويتصدق بلحمها ولا يأكل، وإن لم تكن باقية يتصدق بالقيمة على المساكين. والله أعلم.



الفصل السابع

في الأضحية إذا سرقت أو ضلت

ذكر الزعفراني في أصحابه: رجل اشترى أضحية، أو أوجبها أضحية فضلت منه، ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية، ثم وجد الأولى، قال: إن كان أوجب أخرى إيجابًا مستأنفًا فعليه أن يضحى بهما، وإن كان أوجبها بدلًا عن الأولى فله أن يذبح أيهما شاء، ولم يفصل بين الغني والفقير.

وفي فتاوى أهل سمرقند: الفقير إذا اشترى أضحية فسرت فاشترى مكانها أخرى ثم وجد الأولى، فعليه أن يضحى بهما. فرق بينه وبين ما إذا كان غنيا. وفيه أيضا: الفقير إذا اشترى أضحية^(١) فضلت، فليس عليه أن يشتري مكانها أخرى، ولو كان غنيًا فعليه ذلك، وإذا اشترى أضحية [حتى]^(٢) جاز البيع في ظاهر الرواية - رواية أصحابنا - ثم اشترى مثلها وضحى بها، فإن كانت الثانية مثل الأولى أو خيرًا منها جاز، ولا يلزم شيء آخر، وإن كانت الثانية شرًا من الأولى فعليه أن يتصدق بفضل القيمتين.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: من أصحابنا من قال: هذا إذا كان الرجل فقيرًا، أما إذا كان الرجل غنيًا ممن تجب عليه الأضحية، فليس عليه أن يتصدق بفضل القيمة.

قال الشيخ الإمام الزاهد - رحمه الله -: والأصح عندي أن الجواب فيهما سواء. [والله أعلم]^(٣).

* * *

(١) في م: أضحيته.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

الفصل الثامن

في الشركة في الضحايا

يجب أن يعلم بأن الشاة لا تجزئ إلا عن واحد وإن كانت عظيمة، والبقر والبعير كل واحد يجوز عن سبعة إذا كانوا يريدون بها وجه الله تعالى. اختلفت فيه جهات القرب أو اتفقت، وإن كان أحدهم يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم، والتقدير بالسبع لمنع^(١) الزيادة.

وإذا اشترى رجل بقرة أو بعيرًا يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة بعد ذلك، القياس: ألا يجزئهم، ويصير الكل لحمًا.

وفي الاستحسان: يجزئهم؛ لأن البقرة قائمة مقام سبع شياه، وكذلك البدنة، فصار شراؤها بنية الأضحية كشراء سبع شياه، [ومن اشترى سبع شياه]^(٢) بنية الأضحية، ثم باع ستة منها وضحي بالسابع وضحي المشترون بالسته جاز عن الكل، كذا ههنا، وإذا جاز عنه وعن شركائه هل يلزم الذبح بستة الأسباع التي باعها ما بقي الوقت والتصدق بثمنها بعد فوات الوقت؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب.

قال شيخ الإسلام: حكى عن مشايخ بلخ أنهم قالوا: عليه الذبح بستة أسباع بقرة مثل الأول في القيمة يشتري مع غيره فيذبح، أو يشتري ست شياه ويذبح إن كانت قيمتها مثل قيمة ستة أسباع البقرة، غنيًا كان أو فقيرًا، [ما بقي الوقت؛ لأن الغنى فيما زاد]^(٣)؛ وهذا لما ذكرنا أن شراء بقرة بمنزلة [شراء]^(٤) سبع شياه.

ولو اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم باع ستة منها، فإنه يلزمه الذبح بمثل ذلك، غنيًا كان أو فقيرًا ما بقي الوقت؛ لأن الغنى فيما زاد على شاة واحدة، ولا

(١) في م: يمنع.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

وجوب^(١) فيها والفقير سواء.

[والفقير]^(٢) إذا اشترى سبع شياه بنية الأضحية، ثم^(٣) باع ستة منها فإنه يشتري ستة مثلها ويذبحها ما دام الوقت باقياً، ثم^(٤) إن مضى الوقت يتصدق بقيمتها كذا ههنا.

ولو فعل ذلك قبل الشراء كان أحسن؛ لأن الاشتراك بعد الشراء خلف في الوعد وإنه حرام. وفي المناسك لا يسعه أن يشركهم فيها بعد الشراء، إلا أن يريد به حين الشراء أن يشركهم فيها فلا بأس بذلك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : لا أرى بأساً فيما إذا نوى حين اشترى أن يشاركهم، ولا أحفظ فيه رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإن لم ينو أن يشاركهم، [ثم أشركهم، فقد ذكره]^(٥) أبو حنيفة، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وإذا كان الشركاء في البدنة أو البقرة ثمانية، لم تجزهم؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع، وكذلك إذا كان الشركاء أقل من ثمانية إلا أن نصيب واحد منهم أقل من السبع، بأن مات الرجل وترك امرأة و^(٦) ابناً وبقرة فضحي بها يوم العيد، لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيب الابن أيضاً.

وفي الأضاحي للزعفراني: اشترك ثلاثة نفر في بقرة على أن يدفع أحدهم أربعة دنانير والآخر ثلاثة دنانير والآخر دينار واشتروا بها بقرة على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم وضحوا بها، لم تجز؛ لأن نصيب أحدهم أقل من السبع.

(١) زاد في أ: فيما.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: و.

(٤) في م: و.

(٥) بدل ما بين المعقوفين: فقد كره.

(٦) في م: أو.

وإن كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها، اختلف المشايخ فيه :
قال بعضهم : لا يجزئهما ؛ لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ،
ونصف السبع لا يجوز في الأضحية ، وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي .
وقال بعضهم : يجوز ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد برهان الأئمة
- رحمهم الله - وهكذا ذكر الشيخ الإمام الفقيه أبو محمد الخرخشي^(١) في مسأله .
وصورة ما ذكره الفقيه الخرخشي : إذا اشترك ثلاثة نفر في بقرة على أن [يدفع
أحدهم ثلاثة دنانير ونصف ، وآخر دينارين ونصف ، و^(٢) آخر ديناراً^(٣) واشتروا بها
بقرة على أن^(٤) تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم وضحوا بها ، جازت
الأضحية عنهم ، ولأحدهم ثلاثة أسباع ونصف سبع ، ولأحدهم سبعان ونصف
سبع^(٥) .
ووجه ذلك : أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية فهي^(٦) قربة تبعًا للأضحية ، فلا
يصير لحمًا ، والله أعلم .



(١) في المحيط : محمد الجومسي . وسيأتي بهذا الاسم بعد قليل .

(٢) في أ : أو .

(٣) في المحيط : وآخر دينارين .

(٤) سقط في م .

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٩٩) .

(٦) في م : فهو .

الفصل التاسع

في بيان ما يجوز [من] ^(١) الضحايا، وما لا يجوز

وفي بيان الأفضل والمستحب منها

إذا ذهبت العين الواحدة بكمالها، أو ذهبت الأذن الواحدة بكمالها، أو الإلية، أو الذنب، فإنه لا يجوز عن الأضحية، وإن ^(٢) ذهب بعض هذه الأشياء، فإن كان الذاهب كثيراً منع جواز الأضحية، وإن كان قليلاً لا يمنع، وتكلموا في حد الفاصل بين القليل والكثير والزائد على النصف، [والنصف] ^(٣) كثير بالإجماع ^(٤).

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإذا.

(٣) سقط في م.

(٤) للتضحية شرائط تشملها وتشمل كل الذبائح. وشرائط تختص بها، وهي ثلاثة أنواع: نوع يرجع إلى الأضحية، ونوع يرجع إلى المضحي، ونوع يرجع إلى وقت التضحية. النوع الأول: من شروط الأضحية في ذاتها:

الشرط الأول وهو متفق عليه بين المذاهب: أن تكون من الأنعام، وهي الإبل عرابا كانت أو بخاتي، والبقرة الأهلية ومنها الجواميس، والغنم ضأناً كانت أو معزاً، ويجزئ من كل ذلك الذكور والإناث. فمن ضحى بحيوان مأكول غير الأنعام، سواء أكان من الدواب أم الطيور، لم تصح تضحيته به، لقوله تعالى: ﴿وَلِكُلِّ أُمَّةٍ جَعَلْنَا مَنْسَكًا لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ ولأنه لم تنقل التضحية بغير الأنعام عن النبي ﷺ ولو ذبح دجاجة أو ديكا بنية التضحية لم يجزئ. ويتعلق بهذا الشرط أن الشاة تجزئ عن واحد، والبدنة والبقرة كل منهما عن سبعة، لحديث جابر رضي الله عنه قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة [أخرجه مسلم (٩٥٥/٢)]، وهذا مروى عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي وأبو ثور وأكثر أهل العلم، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة. وعن ابن عمر رضي الله عنهما رواية أخرى أنه قال: لا تجزئ نفس واحدة عن سبعة، وقال المالكية: لا يجزئ الاشتراك في اللحم أو الثمن، لا في الشاة ولا في البدنة ولا في البقرة، ولكن تجزئ الأضحية الواحدة التي يملكها شخص واحد أن يضحي بها عن نفسه وعن أبويه الفقيرين وأولاده الصغار، وكذلك يجزئ أن يضحي الإنسان بالأضحية الواحدة التي يملكها وحده ناويا إشارك غيره معه في الثواب، أو ناويا كونها كلها عن غيره. الشرط الثاني: أن تبلغ سن التضحية، بأن تكون ثنية أو فوق الثنية من الإبل والبقرة والمعز، وجذعة أو فوق الجذعة من الضأن، فلا تجزئ التضحية بما دون الثنية من غير

الضأن، ولا بما دون الجذعة من الضأن، لقول النبي ﷺ: لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم، فتذبحوا جذعة من الضأن [أخرجه مسلم ٣/١٥٥٥]. والمسنة من كل الأنعام هي الثنية فما فوقها. حكاه النووي عن أهل اللغة. ولقوله ﷺ: "نعمت الأضحية الجذع من الضأن". [أخرجه الترمذي وقال: حسن غريب (سنن الترمذي ٨٧/٤)، ونصب الراية ٢١٦/٤]. وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في تفسير الثنية والجذعة. وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الجذع من الضأن ما أتم ستة أشهر، وقيل: ما أتم ستة أشهر وشيئا. وأيا ما كان فلا بد أن يكون عظيما بحيث لو خلط بالثنايا لاشتبه على الناظرين من بعيد. والثني من الضأن والمعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين.

وذهب المالكية إلى أن الجذع من الضأن ما بلغ سنة قمرية ودخل في الثانية ولو مجرد دخول، وفسروا الثني من المعز بما بلغ سنة، ودخل في الثانية دخولا بينا، كمضي شهر بعد السنة، وفسروا الثني من البقر بما بلغ ثلاث سنين، ودخل في الرابعة ولو دخولا غير بين، والثني من الإبل بما بلغ خمسا ودخل في السادسة ولو دخولا غير بين. وذهب الشافعية إلى أن الجذع ما بلغ سنة، وقالوا: لو أجدع بأن أسقط مقدم أسنانه قبل السنة وبعد تمام ستة أشهر يكفي، وفسروا الثني من المعز بما بلغ سنتين، وكذلك البقر.

الشرط الثالث: سلامتها من العيوب الفاحشة، وهي العيوب التي من شأنها أن تنقص الشحم أو اللحم إلا ما استثني.

وبناء على هذا الشرط لا تجزئ التضحية بما يأتي: العمياء، والعوراء البين عورها، وهي التي ذهب بصر إحدى عينيها، وفسرها الحنابلة بأنها التي انخسفت عينها وذهبت، لأنها عضو مستطاب، فلو لم تذهب العين أجزاء عندهم، وإن كان على عينها بياض يمنع الإبصار. ومقطوعة اللسان بالكلية. وما ذهب من لسانها مقدار كثير. وقال الشافعية: يضر قطع بعض اللسان ولو قليلا. والجذعاء وهي مقطوعة الأنف. ومقطوعة الأذنين أو إحداهما، وكذا السكاء وهي: فاقدة الأذنين أو إحداهما خلقة وخالف الحنابلة في السكاء. وما ذهب من إحدى أذنيها مقدار كثير، واختلف العلماء في تفسير الكثير، فذهب الحنفية إلى أنه ما زاد عن الثلث في رواية، والثلث فأكثر في رواية أخرى، والنصف أو أكثر، وهو قول أبي يوسف، والرابع أو أكثر في رواية رابعة. وقال المالكية: لا يضر ذهاب ثلث الأذن أو أقل. وقال الشافعية: يضر ذهاب بعض الأذن مطلقا. وقال الحنابلة: يضر ذهاب أكثر الأذن. والأصل في ذلك كله حديث: إن النبي ﷺ نهى أن يضحي بعضباء الأذن. [أخرجه أبو داود (٣/٢٣٨)، وأحمد (١/٨٤)، والترمذي (٩٠/٤) وصححه، وقال المنذري: «في تصحيح الترمذي لهذا الحديث نظر. كذا في مختصره (٤/١٠٨) والعرجاء البين عرجها، وهي التي لا تقدر أن تمشي برجلها إلى المنسك - أي المذبح - وفسرها المالكية والشافعية بالتي لا تسير بسير صوابها. وقال الشافعية: يضر قطع بعض الضرع، ولو قليلا.

وقال المالكية: إن التي لا تجزئ هي يابسة الضرع جميعه، فإن أرضعت ببعضه أجزأت. ومقطوعة الألية، وكذا فاقدتها خلقة، وخالف الشافعية فقالوا بإجزاء فاقدة الألية خلقة، بخلاف مقطوعتها. وما ذهب من أليتها مقدار كثير. وقال الشافعية: يضر ذهاب بعض الألية ولو قليلا. ومقطوعة الذنب، وكذا فاقدته خلقة، وهي المسماة بالبراء، وخالف الحنابلة فيهما فقالوا: إنهما يجزئان. وخالف الشافعية في الثانية دون الأولى. وما ذهب من ذنبها مقدار كثير. وقال المالكية: لا تجزئ ذاهبة ثلثه فصاعدا. وقال الشافعية: يضر قطع بعضه ولو قليلا. وقال الحنابلة: لا يضر قطع الذنب كلا أو بعضا. والمريضة البين مرضها، أي التي يظهر مرضها لمن يراها. والعجفاء التي لا تنقي، وهي المهزولة التي ذهب نقيها، وهو المخ الذي داخل العظام، فإنها لا تجزئ، لأن تمام الخلقة أمر ظاهر، فإذا تبين خلافه كان تقصيرا. ومصرمة الأطباء، وهي التي عولجت حتى انقطع لبنها. والجلالة، وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها، مما لم تستبرأ بأن تحبس أربعين يوما إن كانت من الإبل، أو عشرين يوما إن كانت من البقر، أو عشرة إن كانت من الغنم. وهذه الأمثلة ذكرت في كتب الحنفية. وهناك أمثلة أخرى للأنعام التي لا تجزئ التضحية بها ذكرت في كتب المذاهب الأخرى.

منها: ما ذكره المالكية حيث قالوا: لا تجزئ البكماء وهي فاقدة الصوت ولا البخراء وهي منتنة رائحة الفم، ولم يقيدوا ذلك بكونها جلالة ولا بيئة البشم، وهو التخمة. ولا الصماء وهي التي لا تسمع. ومنها: ما ذكره الشافعية من أن الهيماء لا تجزئ، وهي المصابة بالهيام وهو عطش شديد لا ترتوي معه بالماء، فتهم في الأرض ولا ترعى. وكذا الحامل على الأصح، لأن الحمل يفسد الجوف ويصير اللحم رديئا. ومنها: ما ذكره الحنابلة من عدم إجزاء العصماء، وهي التي انكسر غلاف قرننها، والخصي المبوب، وهو ما ذهب أنثيائه وذكره معا، بخلاف ذاهب أحدهما. والأصل الذي دل على اشتراط السلامة من هذه العيوب كلها ما صح عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجزئ من الضحايا أربع: العوراء البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقي». [أخرجه أبو داود (٢٣٥/٣)، والنسائي (٢١٤/٧)، والترمذي (٨٦/٤) ولفظ الترمذي: «لا يضحى بالعرجاء بين ظلعهما، ولا بالعوراء بين عورها، ولا بالمريضة بين مرضها، ولا بالعجفاء التي لا تنقي» وقال الترمذي: هذا الحديث حسن صحيح]، وما صح عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «استشرفوا العين والأذن» [أخرجه أحمد (١٠٨/١)، وأبو داود (٢٣٧/٣)، والترمذي بلفظ: «أمرنا أن نستشرف العين والأذن» (تحفة الأحوذى ٨٢/٥، ٨٣) وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح] أي: تأملوا سلامتها عن الآفات، وما صح عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى أن يضحى بعضباء الأذن. وألحق الفقهاء بما في هذه الأحاديث كل ما فيه عيب فاحش. وأما الأنعام التي تجزئ التضحية بها لأن عيبها ليس بفاحش فهي كالاتي:

الجماء: وتسمى الجلحاء، وهي التي لا قرن لها خلقة، ومثلها مكسورة القرن إن لم يظهر عظم دماغها، لما صح عن علي رضي الله عنه أنه قال لمن سأله عن مكسورة

القرن: لا بأس، أمرنا أن نستشرف العينين والأذنين. وقد اتفقت المذاهب على أجزاء الجماء، واختلفت في مكسورة القرن، فقال المالكية: تجزئ ما لم يكن موضع الكسر داميا، وفسروا الدامي بما لم يحصل الشفاء منه، وإن لم يظهر فيه دم. وقال الشافعية: تجزئ وإن أدمى موضع الكسر، ما لم يؤثر ألم الانكسار في اللحم، فيكون مرضا مانعا من الإجزاء. وقال الحنابلة: لا تجزئ إن كان الذاهب من القرن أكثر من النصف، وتسمى عضباء القرن. والحولاء، وهي التي في عينها حول لم يمنع البصر. والصمعاء، وهي الصغيرة إحدى الأذنين أو كليهما.

وخالف المالكية فقالوا: لا يجزئ الصمعاء، وفسروها بالصغيرة الأذنين جدا، كأنها خلقت بدونهما. والشرقاء وهي مشقوقة الأذن، وإن زاد الشق على الثلث. وقال المالكية: لا تجزئ إلا إن كان الشق ثلثا فأقل. والخرقاء وهي مثقوبة الأذن، ويشترط في إجزائها ألا يذهب بسبب الخرق مقدار كثير. والمدابرة وهي التي قطع من مؤخر أذنها شيء ولم يفصل، بل ترك معلقا، فإن فصل فهي مقطوعة بعض الأذن وقد سبق بيان حكمها. والهتماء وهي التي لا أسنان لها، لكن يشترط في إجزائها ألا يمنعا الهتم عن الرعي والاعتلاف، فإن منعها عنهما لم تجزئ. وهو مذهب الحنفية. وقال المالكية: لا تجزئ مكسور سنين فأكثر أو مقلوعتهما، إلا إذا كان ذلك لإثغار أو كبر، أما لهذين الأمرين فتجزئ. وقال الشافعية: تجزئ ذاهبة بعض الأسنان إن لم يؤثر نقصا في الاعتلاف، ولا ذاهبة جميعها ولا مكسورة جميعها، وتجزئ المخلوقة بلا أسنان. وقال الحنابلة: لا تجزئ ما ذهب ثنایها من أصلها، بخلاف ما لو بقي من الثنایا بقية. والثولاء وهي المجنونة، ويشترط في إجزائها ألا يمنعا الثول عن الاعتلاف، فإن منعها منه لم تجزئ، لأن ذلك يفضي إلى هلاكها. وقال المالكية والشافعية: لا تجزئ الثولاء، وفسرها المالكية بأنها الدائمة الجنون التي فقدت التمييز بحيث لا تهتدي لما ينفعها ولا تجانب ما يضرها، وقالوا: إن كان جنونها غير دائم لم يضر. وفسرها الشافعية بأنها التي تستدير في المرعى، ولا ترى إلا قليلا، فتتهزل. والجرباء السمينة، بخلاف المهزولة. وقال الشافعية: لا تجزئ الجرباء مطلقا. والمكوية وهي التي كويت أذنها أو غيرها من الأعضاء. والموسومة وهي: التي في أذنها سمة. والعاجزة عن الولادة لكبر سنها. والخصي وإنما أجزأ، لأن ما ذهب بخصائه يعوض بما يؤدي إليه من كثرة لحمه وشحمه، وقد صح وأن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوعين [أخرجه أحمد (٨/٦) وأورده الهيثمي في المجمع (٢١/٤) وقال: إسناده حسن] أي: مرضوضي الخصيتين، ويلحق بالمرض الخصاء، لأن أثرهما واحد.

وقد اتفقت على إجزائه المذاهب الأربعة. وحكى صاحب (المغني) الإجزاء عن الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي. وكالخصي الموجوع وهو المرضوض الخصية. وهذا متفق عليه بين المذاهب. والمجبوب وهو ما قطع ذكره وسبق قول الحنابلة أن المجبوب الخصي - وهو: ما ذهب أنثياه وذكره معا - لا يجزئ، بخلاف ذاهب أحدهما فقط، والمجزوزة وهي التي جز صوفها. والساعلة وهي

التي تسعل - بضم العين - ويجب تقييد ذلك بما لم يصحبه مرض بين . هذه الأمثلة ذكرها الحنفية وجاء في كتب غيرهم أمثلة أخرى لما يجزئ . ومنها: ما صرح به المالكية من أن المقعدة - وهي العاجزة عن القيام لكثرة الشحم عليها - تجزئ . ومنها: ما ذكره الشافعية من أن العشواء تجزئ، وهي التي تبصر بالنهار دون الليل، وكذا العمشاء وضعيفة البصر . وكذا التي قطع منها قطعة صغيرة من عضو كبير، كالتي أخذ الذئب مقدارا قليلا من فخذها، بخلاف المقدار البين الذي يعد كثيرا بالنسبة لجميع الفخذ . ولو اشترى رجل شاة بنية الأضحية فعجفت عنده عجفا بينا لم تجزئه، إن كان عند الشراء موسرا مقيما، وكان شراؤه إياها في وقت الوجوب، لما سبق من أن شراؤه للأضحية لا يوجبها، لأنه تجب عليه أضحية في ذمته بأصل الشرع، وإنما أقام ما اشتراه مقام ما في الذمة، فإذا نقص لم يصلح لهذه الإقامة فيبقى ما في ذمته بحاله . فإن كان عند الشراء فقيرا، أو غنيا مسافرا، أو غنيا مقيما، واشتراها قبل وقت النحر، أجزأته في هذه الصور كلها، لأنه لم تكن في ذمته أضحية واجبة وقت الشراء، فكان الشراء بنية التضحية إيجابا لها بمنزلة نذر الأضحية المعينة، فكان نقصانها كهلاكها يسقط به إيجابها . ويعلم من هذا أن الفقير أو الغني لو أوجب على نفسه بالنذر أضحية غير معينة، ثم اشترى شاة بنية التضحية، فتعيبت، لم تجزئ، لأن الشراء في هذه الحالة ليس إيجابا، وإنما هو إقامة لما يشتره مقام الواجب . ومن شرط الإقامة السلامة، فإذا لم تجزئ إقامتها مقام الواجب بقي الواجب في ذمته كما كان . وكالشاة التي عجفت بعد الشراء، كل النعم التي يحدث لها بعد الشراء عيب مخل، أو تموت، أو تسرق، ولو قدم المضحي أضحية ليذبحها، فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه، فانكسرت رجلها، أو انقلبت فأصابتها الشفرة في عينها فاعورت أجزأته، لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه، لأن الشاة تضطرب عادة، فتلحقها العيوب من اضطرابها . هذا مذهب الحنفية . وذهب المالكية إلى أن الأضحية المعينة بالنذر أو غيره إذا حدث بها عيب مخل لم تجزئ، وله التصرف فيها بالبيع وغيره، وعليه التضحية بأخرى إن كانت منذورة، ويسن له التضحية بأخرى إن لم تكن منذورة . هذا إن تعيبت قبل الإضجاع للذبح، أما لو تعيبت بعد الإضجاع له فيجزئ ذبحها . وقال الشافعية: من أوجب أضحية معينة بالنذر أو الجعل، ثم طرأ عليها - عيب يمنع أجزاءها قبل دخول الوقت الذي تجزئ فيه التضحية، أو بعد دخوله وقبل تمكنه من الذبح، ولم يقع منه تفريط ولا اعتداء - لم يلزمه بدلها، لزوال ملكه عنها من حين الإيجاب، ويلزمه أن يذبحها في الوقت ويتصدق بها كالأضحية، وإن لم تكن أضحية . وإذا طرأ العيب باعتدائه أو تفريطه أو تأخره عن الذبح في أول الوقت بلا عذر لزمه ذبحها في الوقت والتصدق بها، ولزمه أيضا أن يضحي بأخرى لتبرأ ذمته . ولو اشترى شاة وأوجبها بالنذر أو الجعل، ثم وجد بها عيبا قديما، فليس له أن يردها على البائع، لأنه زال ملكه عنها بمجرد الإيجاب، فيتعين أن يقيها، وله أن يأخذ أرش النقص من البائع، ولا يجب عليه التصديق به، لأنه ملكه، وعليه أن يذبحها في الوقت، ويتصدق بها كلها لشبهها بالأضحية، وإن لم تكن أضحية، ويسقط عنه الوجوب بهذا

وما دون النصف فوق الثلث كثير عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
وعندهما: قليل .

وفي الثلث وما دونه، اختلفت الروايات^(١) عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ،
ذكر في ظاهر الرواية: أن الثلث وما دونه قليل، وفي رواية أخرى: الربع فما فوقه
كثير، وما دونه قليل، وهذه الجملة في شرح شيخ الإسلام .
وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه عن أبي يوسف أنه قال: ذكرت قولي
لأبي حنيفة - رضي الله عنه - فقال: قولني مثل قولك، ثم في حق الغني لا فرق بين
أن يشتريها وهي عوراء وبين أن يشتريها وهي صحيحة، فصارت عوراء عنده، لا
يجزئه عن الأضحية في الوجهين جميعاً، وأما الفقير إذا اشتراها وهي عوراء أو
اشتراها صحيحة فأوجبها [أضحية]^(٢) فصارت عوراء عنده، يجوز، هكذا ذكر
شمس الأئمة السرخسي في شرحه .

وأشار إلى المعنى فقال: في حق الغني: الواجب في الذمة بصفة الكمال فلا

الذبح، ويسن له أن يردفها بسليمة، لتحصل له سنة التضحية . ولو زال عيبها قبل الذبح لم
تصر أضحية إذ السلامة لم توجد إلا بعد زوال ملكه عنها . ومن عين شاة ليضحى بها من غير
إيجاب بنذر ولا جعل، فطراً عليها عيب مخل بالإجزاء لم تجزئ التضحية بها، ولا فرق في
طروء العيب بين كونه عند الذبح أو قبله، فلو أضجع شاة ليضحى بها وهي، سليمة
فاضطربت، وانكسرت رجلها، أو عرجت تحت السكين لم تجزئه على الأصح عند
الشافعية . ومذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية، إلا أنهم يقولون: إن الواجبة لا
يجب التصديق بجمعها بل ببعضها، كما أنهم يقولون بإجزاء التضحية إذا عين شاة
صحيحة للتضحية، ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء .

ينظر: بدائع الصنائع (٦٩/٥، ٧٥ - ٧٦)، والهداية تكملة فتح القدير (٧٦/٨)،
وحاشية ابن عابدين (٢١١/٥ - ٢١٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١٩/٢) -
١٢٠، (١٢٥)، وبلغة السالك (٣٠٩/١)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٢٩٥/٤) -
٢٩٦، والمجموع، للنووي (٨٩٤/٨، ٣٩٨، ٤٠٠)، وتحفة المحتاج (١٥٢/٨) -
١٥٦، والمغني، لابن قدامة (٩٦/١١، ٩٩ - ١٠٠، ١٠٢ - ١٠٣، ١٠٧ - ١١٨)،
مطالب أولي النهى (٤٦٥/٢) .

(١) في م: الرواية .

(٢) سقط في م .

يتأدى بالناقص، أما في حق الفقير: الواجب متعلق بالعين فيتأدى بالعين على أي صفة كانت.

قال: وعن هذا قلنا: إن أضحية الفقير إذا ماتت عنده أو سرقت، فلا شيء عليه، وفي الغني يجب بدلها، فإن أصابها شيء من العيوب في اضطرابها حين أضجعها للذبح، فإن ذبحها على الفور أجزأه الأضحية، وإن انفلتت، ثم أخذت وذبحت؛ روي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول: أنها إذا أخذت من فوره ذلك جاز وإلا فلا، وفي رواية أخرى عنه: [أنه]^(١) يجوز في الحالين بعد أن تكون التضحية في أيام النحر، وهكذا روي عن محمد - رحمه الله -.

قال محمد: فلا يجوز في الضحايا [بالجذع]^(٢) إلا الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا، والثني من غيره.

ومعنى قوله: (إذا كان عظيمًا)، أنه إذا اختلط بالثنيان يظن الناظر إليه أنه ثني. والجذع من الضأن عند الفقهاء: الذي أتى عليه أكثر الحول سبعة أشهر فصاعدًا. وعند أهل اللغة: الذي أتى عليه ستة أشهر.

والثني من الإبل: الذي طعن في السنة السادسة.

ومن البقر: الذي طعن في السنة الثالثة.

ومن المعز: الذي طعن في السنة الثانية.

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ: «ضحوا بالثنيان ولا تضحوا بالجذعان»^(٣).

ولو عملنا^(٤) بظاهر هذا الحديث لقلنا بعدم جواز الجذع من الضأن، [لكن عرفنا

جواز الجذع من الضأن]^(٥) إذا كان عظيمًا لحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) يتظر المبسوط (٤/١٤١).

(٤) في م: قلنا.

(٥) سقط في م.

النبي ﷺ قال: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»^(١)، فإذا كان عظيمًا فيبقى ما عده على ظاهر الحديث.

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: «لا يجوز في الضحايا إلا الجذع من الضأن والثني من غيره»^(٢)، وهذا نص في الباب^(٣).

(١) أخرجه الترمذي (٨٧/٤) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء في الجذع من الضأن في الأضاحي، رقم (١٤٩٩). قال الترمذي: حديث حسن غريب. وقوله: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن» فيه: دليل على أن التضحية بالضأن أفضل، وبه قال مالك، وعلم ذلك بأنها أطيب لحمًا. وذهب الجمهور إلى أن أفضل الأنواع للمنفرد: البدنة ثم البقرة ثم الضأن ثم المعز. واحتجوا: بأن البدنة تجزئ عن سبعة أو عشرة على الخلاف والبقرة تجزئ عن سبعة، وأما الشاة فلا تجزئ إلا عن واحد بالاتفاق، وما كان يجزئ عن الجماعة إذا ضحى به الواحد كان أفضل مما يجزئ عن الواحد فقط، هكذا حكى النووي الاتفاق على أن الشاة لا تجزئ إلا عن واحد. ينظر: شرح مسلم للنووي (١٣٢/٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٦/٢، ٢٣٧) كتاب الزكاة، باب: في زكاة السائمة، حديث (١٥٧٩، ١٥٨٠)، والنسائي (٣٠/٥) كتاب الزكاة، باب: الجمع بين المتفرق بين المجتمع، وابن ماجه (٥٧٦/١) كتاب الزكاة، باب: ما يأخذ المتصدق من الإبل، حديث (١٨٠١)، وابن أبي شيبة (١٢٦/٣) كتاب الزكاة، باب: ما يكره للمتصدق من الإبل، وأحمد (٣١٥/٤)، والدارقطني (١٠٤/٢) كتاب الزكاة، باب: تفسير الخليطين، وما جاء في الزكاة على الخليطين، حديث (٥)، والبيهقي (١٠١/٤) كتاب الزكاة، باب: لا يؤخذ كرائم أموال الناس، من حديث مسيرة، أبي صالح، عن سويد بن غفلة به.

(٣) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجزئ في الأضحية والهدي إلا الجذع من الضأن والثني من غيره، وإليه ذهب الليث وأبو عبيد، وأبو ثور وإسحاق. وقال ابن عمر والزهري: لا يجزئ الجذع من الضأن؛ لأنه لا يجزئ من غير الضأن، فلا يجزئ منه كالحمل. وقال عطاء والأوزاعي: يجزئ الجذع من جميع الأجناس إلا المعز. وفي وجه عند الشافعية يجزئ الجذع من المعز وهو شاذ.

وأما في الزكاة فاتفقوا على أنه يؤخذ من الإبل الجذعة في إحدى وستين إلى خمس وسبعين، ومن البقر الجذع أو الجذعة في ثلاثين إلى تسع وثلاثين. واختلفوا في الغنم. فيرى الشافعية والحنابلة، وهو رواية عن أبي حنيفة أنه يجزئ الجذع من الضأن ولا يجزئ من المعز إلا الثني. وذهب الحنفية في الصحيح إلى أنه لا يجزئ الجذع في زكاة الشياه. وعند المالكية يجزئ، سواء أكان من الضأن أم من المعز.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٠٤/٥)، والاختيار (١٧٢/١، ١٧٣)، والقوانين الفقهية، ص (١٩٣)، وروضة الطالبين (١٥٣/٢، ١٥٤، ١٨٣/٣)، والمغني (٥٥٢/٣، ٥٥٣).

ولا يجوز في الضحايا شيء من الوحش، نحو: حمار الوحش، وبقر الوحش وأشباهها، وإن ألفت، وفي المتولد بين الوحشي والأهلي يعتبر الأم، فإن كانت الأم أهلية يجوز، وإن كانت وحشية لا يجوز. ويجوز الجاموس عن سبعة؛ لأنه نوع من البقر.

قال الفقيه أبو محمد الخرخشي: البقرة أفضل من الشاة في الأضحية إذا استويا في القيمة، والشاة أفضل من سبع البقرة إذا استويا في القيمة واللحم، وإذا كان سبع البقرة أكثر لحمًا فسبع البقرة أفضل.

والأصل في هذا: أنهما إذا استويا في القيمة واللحم فأطبيهما لحمًا أولى، وإذا اختلفا في القيمة واللحم فالفاضل أولى.

إذا ثبت هذا فنقول: الفحل بعشرين وذلك قيمته أفضل من خصي بخمسة عشر، وإن كان الخصي أطيب لحمًا، وإذا^(١) استويا في القيمة، والفحل أكثر لحمًا فالفحل أفضل، وكذلك الكبش والنعجة إذا استويا في القيمة واللحم فالكبش أفضل، وإن كانت النعجة أكثر قيمة أو لحمًا فهي أفضل، والذكر من الضأن أفضل إذا استويا قيمة ولحمًا؛ لأنه أطيب، والأنثى من البقر أفضل إذا استويا قيمة ولحمًا؛ لأنه أطيب لحمًا، والبقرة أطيب من ست شياه عند الاستواء، وسبع شياه أفضل من البقرة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

والأفضل للرجل أن يضحي بنفسه إن قدر عليه، ويستحب للرجل أن يأكل من لحم أضحيته ويطعم منها غيره، ويجوز أن يطعم منه الغني والفقير، ويهب منها ما شاء لغني أو فقير أو مسلم أو ذمي، ولا بأس بأن يحبس لحمًا فيدخر منها كما^(٢) يشاء، والصدقة أفضل إلا أن يكون الرجل ذا عيال، فإن الأفضل له أن [يدعه]^(٣) لعياله [يتنفع]^(٤) ويوسع عليهم [والله أعلم بالصواب]^(٥).

(١) في م: وإن.

(٢) في م: كم.

(٣) في م: يدعيه.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

الفصل العاشر

في الانتفاع بالأضحية

ويجوز الانتفاع بجلد الأضحية وهدي المتعة والمتطوع، بأن يتخذها فروًا أو بساطًا أو جرابًا أو غربالًا أو نطعا، وله أن يشتري به متاع البيت كالغربال والمنخل والكساء والخف، وكذا له أن يشتري اللحم، ولا بأس ببيعه بالدراهم ليتصدق بها، وليس له أن يبيعها بالدراهم لينفقها على نفسه، ولو فعل ذلك تصدق بثمانها. وذكر في الأجناس: لو أراد أن يبيع لحم الأضحية ليتصدق بثمانها، ليس له ذلك، وليس له في اللحم إلا أن يطعم أو يأكل، فصار حاصل الجواب في الجلد: أنه لو باع بشيء ينتفع به، يجوز، ولو باع بشيء لا ينتفع به إلا بعد ما استهلكه، لا يجوز، وفي اللحم لا يجوز أصلاً، سواء باع بشيء ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الأضحية: أن الجواب في [اللحم كالجواب] ^(١) في الجلد، إذا ^(٢) باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز. ويتأيد هذا القول بما روى ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله -: أنه لو اشترى ^(٣) باللحم ثوبًا فلا بأس بلبسه، ولو أراد أن يعطي ^(٤) الجزار والذابح أجرته من لحمها، لا يجوز، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في م.

(٢) في م: إن.

(٣) في م: اشتراها.

(٤) في م: يطعم.

الفصل الحادي عشر

في المتفرقات

إذا اشترى شاة للأضحية في أيام النحر وهو فقير فضحى بها، ثم أيسر في أيام النحر.

قال الشيخ أبو محمد الجومسي: عليه أن يعيد؛ [لأن^(١)] العبرة لآخر الوقت. ومن المتأخرين من قال: لا يعيد.

قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ.

إذا اشترى [أضحية ثم باعها واشترى^(٢)] مثلها، فاعلم أن هذه المسألة على وجهين:

إما أن يكون^(٣) الأولى واجب الأضحية بعينها، أو كان.

ففي الوجه الأول: جاز البيع.

وفي الوجه الثاني: كذلك في ظاهر الرواية، لكن يكره، وإذا جاز البيع في الوجه الثاني.

وإذا اشترى أخرى وضحى بها، فهذا على ثلاثة أوجه: إما إن كانت الثانية خيرًا من الأولى، أو مثل الأولى، أو شرًا من الأولى، ففي الوجه كلها جازت.

الثاني: [أن^(٤)] في الوجه الأول والثاني لا يلزمه التصديق بشيء.

وفي الوجه الثالث: المعتبر مكان الأضحية لا مكان الرجل، حتى أن الرجل لو

كان في المصر، والشاة في السواد فذبحوا عنه بأمره بعد طلوع الفجر الثاني قبل الصلاة يجوز، ولو كانت الأضحية في المصر والرجل في السواد لا يجوز إلا بعد

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لم تكن.

(٤) سقط في م.

الصلاة.

وإذا أوصى أن يضحى عنه [ولم يسم شيئاً]^(١) فهو جائز^(٢) ويقع على الشاة لمعنيين:

أحدهما: أنها هي [الأدنى ولم يسم شيئاً]^(٣).

والثاني: أنها هي المتعارف.

وكذلك لو لم يوص وأمر رجلاً أن يضحى عنه ولم يسم شيئاً، فهو جائز، لما قلنا في [مسائل الجرميني]^(٤).

وأجناس مسائل الوصايا [وفيها أيضاً]^(٥): لو أوصى أن يشتري بقرة بجميع ماله ويضحى بها عنه [فمات ولم تجز الورثة فالوصية جائزة بلا خلاف، ويشتري بالثلث شاة ويضحى بها عنه.

ولو أوصى أن يشتري^(٦) بقرة بعشرين درهماً ويضحى بها عنه ومات وثلث ماله أقل من العشرين، يضحى عنه [على]^(٧) مذهبهما بما بلغت.

وإذا وكل رجلاً أن يشتري له شاة للأضحية، فاشتري الوكيل واستأجر إنساناً يقودها بدرهم، لم يلزم الأمر من الكري شيء في كتاب الجرميني^(٨).

وإن وكله بأن^(٩) يشتري له كبشاً أقرن أعين^(١٠) للأضحية، فاشتري كبشاً ليس

(١) في م: شاة.

(٢) زاد في أ: ويجب الوصي أن يضحى عنه عن.

(٣) في أ: الأولى.

(٤) في أ: الحوسبي.

(٥) في م: أيضاً وفيها.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في م: ولو اشترى.

(٧) سقط في م.

(٨) في المحيط البرهاني: الخوميني (١٠١/٦).

(٩) في م: أن.

(١٠) في م: عين.

بأقرن ولا بأعين لم يلزم الأمر.

وإن وكله بأن يشتري له بقرة للأضحية فاشترى بيضًا أو خميرًا، لزم الأمر في هذا الموضوع.

وأجناس هذه المسائل في هذا الموضوع أيضًا.

واعلم بأن^(١) الشاة اسم جنس يتناول الضأن والمعز جميعًا، فالضأن اسم نوع يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر منه يسمى كبشًا، والأنثى تسمى نعجة، والمعز نوع آخر يشتمل على الذكر والأنثى، فالذكر [منه]^(٢) يسمى تيسًا، والأنثى^(٣) تسمى عنزا، وأحد النوعين لا يدخل تحت اسم النوع الآخر.

قال محمد - رحمه الله - : رجل وهب لرجل شاة أو بقرة أو بدنة، فأوجبها الموهوب له، أي عينها للأضحية، أو لهدي عليه من متعة، أو جزاء صيد، أو إحصارًا، أو كفارة، أو غير ذلك، أو قلد البقرة أو البدنة فأوجبها تطوعًا فلم ينحرها، فأراد الواهب أن يرجع فيها، كان له ذلك في ظاهر الرواية.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : ليس له ذلك، وجه ظاهر الرواية: أن العين صار لله تعالى بإيجاب هذه القرب^(٤) فلا يقبل النقل والتملك كالوقف، وجه ظاهر الرواية: أن هذه القرب^(٥) إنما تجب [لحق الله]^(٦) تعالى، وحق الله تعالى في المال لا يمنع النقل من ملك إلى ملك فلا يمنع الرجوع؛ ولأن إيجاب العبد دون إيجاب الله تعالى [شرفًا، ووجب بإيجاب الله تعالى في]^(٧) المال وهو الزكاة لا يمنع النقل، والرجوع في الهبة مما وجب بإيجاب العبد وأنه

(١) في م: أن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وأنثى.

(٤) في م: القربة.

(٥) في م: القربة.

(٦) في م: حقا لله.

(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: من.

دونه أولى، وبهذا يتبين أن العين بما باشر^(١) لم يصير لله تعالى، بل صار بعوض^(٢) أن يصير لله تعالى، وبه فارق الوقف.

ثم إذا رجع الواهب فيما^(٣) كان واجبًا في ذمته كالأضحية وهدى المتعة وما أشبههما يبقى كذلك في ذمته، وجعل كأن التعيين لم يوجد؛ لأن الحق الواجب في الذمة لا يسقط إلا بالأداء ولم يوجد، وما تعلق به عينًا كالتطوع بطل؛ لأنه التزم الحق في هذا المحل بعينه، والحق المتعلق^(٤) بالعين لا يبقى بعد فوات العين، فلو أن الواهب لم يرجع حتى ذبحها^(٥) لهذه الأشياء، ثم أراد أن يرجع فيها، كان له ذلك عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس له ذلك.

ذكر قول أبي يوسف في هذا الفصل في كتاب الهبة.

وإنما كان كذلك؛ لأن هذه الأسباب قبل الذبح مانعة من الرجوع عنده، مع أن القربة لم [تصر]^(٦) مقامة، فبعد الذبح وقد صارت القربة مقامة أولى.

وعندهما: هذه الأسباب ليست بمانعة من الرجوع، والذبح لا يصلح مانعًا أيضًا؛ لأن الذبح نقصان، وقد ذكرنا أن النقصان لا يمنع الرجوع في الهبة، [ثم]^(٧) إذا رجع عندهما لا يبطل ما صنع من القربة؛ لأن الرجوع لا يكون أشد من هبة مستقلة، ولو وهب الذابح المذبح للواهب ابتداء كانت القربة ماضية فهنا كذلك؛ لأن الرجوع إنما يكون فيما بقي بعد الذبح لا فيما تلف بالذبح، والقربة إنما تأذت بما تلف بالذبح، وما تلف بالذبح لا يتصور فيه الرجوع.

(١) في م: بشر.

(٢) في م: تعرض.

(٣) زاد في أ: كما.

(٤) في م: متعلق.

(٥) في م: ذهبها.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

بقي^(١) الكلام بعد هذا في الضمان فنقول: لا ضمان على الذابح في الأضحية ودم المتعة والقران والتطوع؛ لأن الواجب عليه في هذه الصورة إراقة الدم لا غير؛ ألا ترى أن له أن يأكل^(٢) وأن يؤكل^(٣) غنيًا وقد أراق الدم، ولم يبطل تلك الإراقة بالرجوع ولا يلزمه شيء؟

وفي جزاء^(٤) الصيد ودم الإحصار والحلق يضمن قيمته منحورًا؛ لأن الواجب عليه في هذه شيئان^(٥): إراقة الدم، والتصديق باللحم؛ ألا ترى أنه ليس له أن يأكل وأن يؤكل غنيًا؟

والمعنى فيه: أن هذه الدماء إنما وجبت بطريق الكفارة زجرًا له عن ارتكاب الجنائية؛ ولهذا لا تحل له ولا لغني، بل وجب التصديق به، ولما كان هكذا وجب إقامتها بما هو خالص ملكه ليتمكن من إقامة الصدقة الواجبة، وإذا أقامها بمحل تعلق به حق الغير، وذلك الحق أفضى إلى استحقاقه جعل بمنزلة المفوت المقصر، فيبقى في عهدة الضمان تشديدًا عليه وتحقيقًا لمعنى الزجر، وبه وقع الفرق [بين هذا]^(٦) وبين ما إذا سرق المذبح أو احترق؛ حيث لا يضمن شيئًا في هذه الفصول^(٧)؛ لأننا إنما نجعل بمنزلة المفوت المقصر إذا كان الفوات بمعنى من جهته^(٨)، أو بمعنى يمكن للتحرز عنه، أما إذا كان الفوات لا يصنع من جهته، ولمعنى لا يمكن التحرز عنه لا يجعل بمنزلة المفوت المقصر.

[إذا]^(٩) اشترى شاة وضحى بها، ثم وجد بها عيبًا ينقصها ولكن لا يخرجها عن

- (١) في م: ففي .
- (٢) في م: يأكله .
- (٣) في م: يؤكله .
- (٤) في م: آخر .
- (٥) في م: الأشياء .
- (٦) سقط في م .
- (٧) في م: الصورة .
- (٨) في م: جهة .
- (٩) سقط في م .

حد الضحايا، فله أن يرجع بنقصان العيب^(١) على البائع، فإذا رجع ليس عليه أن يتصدق به؛ لأن الشاة المعيوبية^(٢) جازت عن الأضحية، فليس عليه سوى^(٣) ذلك، فإن قال البائع: أنا أخذها مذبوحة، فله ذلك، فإذا أخذها ورد الثمن، فعلى المشتري أن يتصدق بما استرد من البائع إلا حصة^(٤) نقصان العيب، فإن نوى^(٥) الثمن على البائع فلا شيء عليه، وإن نوى^(٦) البعض ووصل^(٧) البعض يتصدق منه بما كان من حصة الشاة، ولا يتصدق بقدر حصة نقصان العيب، حتى لو كان الثمن عشرة ونقصان العيب درهم يتصدق بتسعة أعشار [ولا اعتبار بما]^(٨) وصل إليه من الثمن. وفي النوادر^(٩): رجل ضحى بشاتين، قال محمد بن سلمة: لا تكون الأضحية إلا بواحدة^(١٠).

وقال غيره من المشايخ: تكون الأضحية بهما، وبه أخذ الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - في واقعاته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: لا بأس بالشاة والشاتين، فقد صح أن رسول الله ﷺ «كان يضحى كل سنة بشاتين»^(١١)، و«ضحى عام الحديدية بمائة

(١) في م: البيع.

(٢) في م: إلا.

(٤) الحصة: القسم، وحصة من المال: أي: نصيباً، وتحاص الغرماء المال: اقتسموه بينهم حصصاً. ينظر: التعاريف (١/٢٨٢).

(٥) في م: توى.

(٧) في م: وضل.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: النوازل.

(١٠) في م: واحدة.

(١١) أخرجه البخاري (١٨/١٠) كتاب الأضاحي، باب: من ذبح الأضاحي بيده، حديث (٥٥٥٨)، ومسلم (٣/١٥٥٦، ١٥٥٧) كتاب الأضاحي، باب: استحباب الضحية وذبحها مباشرة، حديث (١٧، ١٨/١٩٦٦)، وأبو داود (٣/٢٣٠) كتاب الضحايا، باب: ما يستحب من الضحايا، حديث (٢٧٩٤)، والترمذي (٤/٨٤) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء من الأضحية بكبشين، حديث (١٤٩٤)، والنسائي (٧/٢٢٠) كتاب الضحايا، باب:

بدنة»^(١).

الكيش، وابن ماجه (١٠٤٣/٢) كتاب الأضاحي، باب: أضاحي رسول الله ﷺ، حديث (٣١٢٠)، والدارمي (٧٥/٢) كتاب الأضاحي، باب: السنة في الأضحية، والطيالسي (١/٢٢٩ - منحة)، رقم (١١٠٦)، وابن الجارود رقم (٩٠٢)، وأبو يعلى (٢٥٨/٥) رقم (٢٨٧٧)، وعبد الرزاق (٣٧٩/٤)، رقم (٨١٢٩)، وابن خزيمة (٢٨٦/٤) رقم (٢٨٩٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٦١٧/٢) من طرق عن قتادة عن أنس «أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين أقرنين فرأيته واضعاً قدميه على صفاحهما يسمي ويكبر فذبحهما بيده». وقال الترمذي: حسن صحيح.

(١) أخرجه مالك (٤٨٦/٢) كتاب الضحايا، باب: الشركة في الضحايا، حديث (٩)، وأحمد (٣٥٣/٣)، ومسلم (٩٥٥/٢) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدى، حديث (١٣١٨/٣٥٠)، وأبو داود (٢٣٩/٣)، رقم (٢٤٠)، كتاب الضحايا، باب: في البقر والجزور عن كم تجزئ؟ حديث (٢٨٠٩)، والترمذي (٨٩/٤) كتاب الأضاحي، باب: ما جاء في الاشتراك في الأضحية، حديث (١٥٠٢)، وابن ماجه (١٠٤٧/٢) كتاب الأضاحي، باب: عن كم تجزئ البدنة والبقرة، حديث (٣١٣٢)، والبيهقي (٢٩٤/٩) كتاب الضحايا، باب: الاشتراك في الهدى والأضحية، من طريق أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة، وأخرجه مسلم (٩٥٥/٢) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدى، حديث (١٣١٨/٣٥٣)، وأحمد (٣٧٨/٣)، وابن الجارود (٤٧٩)، وابن خزيمة (٢٨٧/٤)، رقم (٢٨٨)، والبيهقي (٢٩٥/٩) كتاب الضحايا، باب: الاشتراك في الهدى والأضحية من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: اشتركتنا مع النبي ﷺ في الحج والعمرة كل سبعة في بدنة فقال رجل لجابر أشتركت في البدنة ما يشتركت في الجزور قال: ما هي إلا من البدن، وأخرجه ابن خزيمة (٢٨٨/٤) رقم (٢٩٠١) من طريق عمرو ابن الحارث، ومالك بن أنس عن أبي الزبير عن جابر به.

وأخرجه مسلم (٩٥٥/٢) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدى، حديث (٣٥٢/١٣١٨) من طريق عذرة بن ثابت عن أبي الزبير عن جابر. وأخرجه أيضا (١٣١٨/٣٥١) من طريق زهير بن معاوية عن أبي الزبير عن جابر، ورواه من هذا الطريق أيضا أحمد (٢٩٢/٣)، والبيهقي (٢٩٥/٥)، رقم (٢٩٦). وقد توبع أبو الزبير على هذا الحديث تابعه عطاء بن أبي رباح، وأبو سفيان، والشعبي، وسليمان بن قيس.

متابعة عطاء: أخرجه مسلم (٩٥٦/٢) كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدى، حديث (١٣١٨/٣٥٥) وأبو داود (١٠٨/٢) كتاب الضحايا، باب: في البقر والجزور، حديث (٢٨٠٧)، والنسائي (٢٢٢/٧) كتاب الضحايا، باب: ما تجزئ عنه البقرة في الضحايا، وأحمد (٢٦٣/٣)، والدارقطني (٤٧/٢) العيدين، وابن خزيمة (٢٨٨/٤) رقم (٢٩٠٢)، وأبو يعلى (٣١/٤) رقم (٢٠٣٤)، والبيهقي (٢٩٥/٩) من طريق هشيم

في فتاوى الفضلي: شاة ندت وتوحشت فرماها صاحبها ونوى الأضحية وأصابها، أجزاءه [عن الأضحية]^(١)؛ لأنها لم تصر بمنزلة الوحوش بالند، ولو امتنع جواز الأضحية ههنا امتنع لهذه الجهة.

اشترى شاتين للأضحية فضلت إحداهما فضحى [بالثانية، ثم وجدها في أيام النحر أو بعد أيام النحر، فلا شيء عليه، سواء كانت أرفع من الذي ضحى]^(٢) بها، أو أدون منها.

ولو اشترى شاة للأضحية، ثم اشترى أخرى للأضحية، ثم ضاعت الأولى فضحى بالثانية، ثم وجد الأولى: فإن كانت مثل الثانية أو دونها فلا شيء عليه، وإن كانت أفضل تصدق بفضل ما بينهما، في مسائل الجرمني - [رحمة الله عليه - والله تعالى أعلم بالصواب]^(٣).

عن عبد الملك عن عطاء عن جابر قال: كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ بالعمرة، فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها.

متابعة أبي سفيان: أخرجه أحمد (٣/٣١٦) من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر به. متابعة عامر الشعبي: أخرجه أحمد (٣/٣٣٥)، والدارقطني (٢/٢٤٣، ٢٤٤) من طريق مجالد بن سعيد عن الشعبي عن جابر به. ومجالد بن سعيد فيه ضعف.

متابعة سليمان بن قيس: أخرجه أحمد (٣/٣٥٣، ٣٦٤)، والطيالسي (١/٢٢٩ - منحة)، رقم (١١٠٣) من طريق أبي عوانة حدثنا أبو بشر عن سليمان بن قيس عن جابر به. وروى مقسم عن ابن عباس قال: «نَحَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْحَجِّ مِائَةَ بَدَنَةٍ نَحَرَ بِيَدِهِ مِنْهَا سِتِّينَ وَأَمَرَ بِبَقِيَّتِهَا فَنَحَرَتْ وَأَخَذَ مِنْ كُلِّ بَدَنَةٍ بَضْعَةً فَجُمِعَتْ فِي قَدْرٍ فَأَكَلَ مِنْهَا وَحَسَا مِنْ مَرَقِهَا وَنَحَرَ يَوْمَ الْحُدَيْبِيَّةِ سَبْعِينَ فِيهَا جَمَلُ أَبِي جَهْلٍ فَلَمَّا صُدَّتْ عَنِ الْبَيْتِ حَنَّتْ كَمَا تَحْرُ إِلَى أَوْلَادِهَا». أخرجه أحمد (١/٣١٤)، حديث (٢٨٨٢) قال: حدثنا يحيى بن آدم، حدثنا زهير، عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي، عن الحكم، عن مقسم، فذكره. وروى مُجَاهِدُ بْنُ جَبْرِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «أَهْدَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِائَةَ بَدَنَةٍ نَحَرَ مِنْهَا ثَلَاثِينَ بَدَنَةً بِيَدِهِ ثُمَّ أَمَرَ عَلِيًّا فَنَحَرَ مَا بَقِيَ مِنْهَا وَقَالَ أَسِمْ لِحَوْمِهَا وَجِلَالِهَا وَجُلُودَهَا بَيْنَ النَّاسِ وَلَا تُعْطِينَ جَزَارًا مِنْهَا شَيْئًا وَخُذْ لَنَا مِنْ كُلِّ بَعِيرٍ حُدْيَةً مِنْ لَحْمٍ ثُمَّ اجْعَلْهَا فِي قَدْرٍ وَاجِدَةٍ حَتَّى نَأْكُلَ مِنْ لَحْمِهَا وَنَحْسُوَ مِنْ مَرَقِهَا فَفَعَلْ».

أخرجه أحمد (١/٢٦٠)، حديث (٢٣٥٩) قال: حدثنا يعقوب، حدثنا أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني رجل، عن عبد الله بن أبي نجیح، عن مُجَاهِدِ بْنِ جَبْرِ، فذكره.

(٢) سقط في م.

(١) سقط في م.

(٣) سقط في م.

كتاب الوقف (١)

(١) الوقف في اللغة: الحبس والمنع، يقال: وقفت الدار للمساكين، أي: منعت أن تباع، أو توهب، أو تورث، وسمي وقفاً لأن العين موقوفه، وسمي حبساً، لأن العين محبوسة. الوقف اصطلاحاً: تعددت مذاهب الفقهاء في تعريف الوقف اصطلاحاً على النحو الآتي:

عرفه الكمال ابن الهمام بأنه: «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية». وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن: الوقف هو «حبس العين على حكم ملك الله تعالى». وعرفه صاحب الإسعاف بقوله: «حبس العين على حكم ملك الواقف، أو عن التملك والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة على اختلاف الرأيين». وعرفه ابن عرفة بقوله: «هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديراً».

وعرفه الشافعية بأنه «حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وجهته».

وعرفه الحنابلة بأنه: «تحسيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه، بقطع تصرفه وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر؛ تقريباً إلى الله تعالى». وعرفه ابن قدامة بأنه: «تحسيس الأصل وتسييل الثمرة».

ينظر: لسان العرب (٢٦٣/١٥) مادة (وقف)، والمصباح المنير، ص (٣٥٠)، مادة (وقف)، وينظر: درر الحكام (١٣٢/٢)، البحر الرائق (٢٠٢/٥)، فتح القدير (٦/٢٠٣)، مجمع الأنهر (٧٣١/١)، شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، ص (٥٨١)، إعانة الطالبين (١٥٧/٢)، حاشية الشرقاوي على التحرير (١٦٥/٢)، نهاية المحتاج (٥/٣٥٨)، الإقناع (٨١/٢)، كشاف القناع (٢٤/٤، ٦٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٧)، المغني، لابن قدامة (٣٤٨/٥)، تحرير التنبيه، ص (٢٥٩).

اتفق الفقهاء على مشروعية الوقف بالكتاب، والسنة النبوية على النحو التالي:
أولاً: الكتاب: احتجوا من الكتاب بقوله تعالى: ﴿لَنْ نَسْأَلَكَ الْبَرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبُّونَ﴾. وجه الدلالة من هذه الآية: دلت هذه الآية على مشروعية الوقف فعندما سمعها أبو طلحة بادر إلى وقف أحب أمواله إليه بيرحاء حديقة مشهورة. على ما سيأتي في السنة النبوية؛ وفي هذا يقول القرطبي وهو يتناول تفسير هذه الآية: «ففي هذه الآية دليل على استعمال ظاهر الخطاب وعمومه، فإن الصحابة -رضوان الله عليهم أجمعين- لم يفهموا من فحوى الخطاب حين نزلت الآية غير ذلك، ألا ترى أن أبا طلحة حين سمع الآية لم يحتج أن يقف حتى يرد البيان الذي يريد الله أن ينفق منه عباده بآية أخرى أو سنة مبينة لذلك».

ثانياً: السنة النبوية:

احتجوا من السنة النبوية بما يلي:

١ - روى أنس بن مالك قال: كان أبو طلحة أكثر أنصاري بالمدينة مالاً من نخل، أحب ماله إليه بيرحاء مستقبلة المسجد، وكان النبي ﷺ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال

أنس فلما نزلت: ﴿لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ قام أبو طلحة فقال يا رسول الله، إن الله يقول: ﴿لَنْ نَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ وإن أحب أموالي بيرحاء، وإنها صدقة لله، وأرجو برها وذخرها عند الله، فضعها حيث أراك الله. فقال: «بخ، ذلك مال رايح، وقد سمعنت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين»، قال أبو طلحة: أفعل ذلك يا رسول الله، فقد وقفها النبي ﷺ على الفقراء من أقارب طلحة بعد أن جعلها طلحة صدقة [أخرجه البخاري (٣/٣٨١) كتاب الزكاة، باب: الزكاة على الأقارب (١٤٦١)، ومسلم (٢/٦٩٣)، (٦٩٤) كتاب الزكاة، باب: فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزواج إلخ (٤٢ - ٩٩٨)].

٢ - وروى ابن عمر قال: أصاب عمر أرضاً بخير، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فكيف تأمرني به، قال: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا» فتصدق بها عمر على أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، للفقراء والقريبى والرقاب في سبيل الله وابن السبيل ولضيف، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم صديقاً غير متمول فيه.

٣ - روى أبو هريرة: أن الرسول ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَالدِّ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ» [أخرجه مسلم (٣/١٢٥٥) كتاب الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٤١٦٣١)، والبخاري في الأدب المفرد، (٣٨)، وأبو داود (٣/١١٧) كتاب الوصايا، باب: ما جاء في الصدقة عن الميت، حديث (٢٨٨٠)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلت هذه الأحاديث بمفهومها وظاهرها على مشروعية الوقف كما أن حديث أبي هريرة «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ...» حملة أهل العلم على الصدقة المادية الجارية؛ لأن غيره من الصدقات ليست جارية، بل يملك المتصدق عليه أعيانها ومنافعها ناجزاً، وأما الوصية بالمنافع وإن شملها الحديث فهي نادرة، فحمل الصدقة الجارية في الحديث على الوقف أولى.

٣ - ومن السنة الفعلية وقف الرسول ﷺ أراضي (مخيريق) الذي كان يهودياً ثم أسلم، وقاتل مع الرسول ﷺ في غزوة أحد، وقال لقومه عند خروجه للغزوة: (إن أصبت مالا فمالي لمحمد يصنع فيه ما يشاء). ثم خرج فقاتل حتى قتل، فقال فيه رسول الله ﷺ: «مُخَيْرِيقُ سَابِقُ يَهُودَ» وجعل أملاكه وقفاً، وهي عبارة عن سبعة بساتين بالمدينة [أخرجه عمر بن شبة في تاريخ المدينة (١/١٧٣) عن الزهري مرسلًا].

ثالثاً: الآثار:

ذكر البخاري أن عدداً كبيراً من الصحابة ممن لهم القدرة، وقفوا شيئاً من أموالهم، فوقف أنس داراً، وتصدق الزبير بدوره، وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجة [علقه البخاري في صحيحه (٤/١٣)] كتاب الوصايا، باب: إذا وقف أرضاً أو بئراً، واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين.

أما أثر أنس فوصله البيهقي (٦/٢٦٧)، وأثر الزبير وصله الدارمي (٤/٢٠٧٩)، رقم (٣٣٤٣)، والبيهقي (٦/٢٧٥) وأثر ابن عمر وصله ابن سعد في الطبقات الكبرى (٤/٤)

بالمدينة [أخرجه البخاري تعليقاً (٣٧/٥) كتاب الشرب والمساقاة، باب: «من رأى صدقة الماء وهبته ووصيته جائزة، مقسوماً كان أو غير مقسوم» بلفظ «من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين» فاشتراها عثمان - رضي الله عنه - .
 ووصله النسائي (٢٣٣/٦، ٢٣٤) كتاب الأحباس، باب: وقف المساجد حديث، (٣٦٠٦، ٣٦١٠)، والترمذي (٥٨٥/٥، ٥٨٦) كتاب المناقب، باب: في مناقب عثمان ابن عفان رضي الله عنه، حديث (٣٧٠٣).

وروى جابر - رضي الله عنه - أنه قال: «ما بقي أحد من أصحاب رسول الله ﷺ له مقدرة على الوقف إلا وقف».

رابعاً: الإجماع:

أجمع أهل العلم على مشروعية الوقف وجوازه وصحته.
 ينظر: مغني المحتاج (٤٨٥/٢)، (٥٢٣/٣)، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، ص (٣٠٤)، تحفة المحتاج (٢٣٦/٦)، المغني (٥٩٩/٥)، تفسير القرطبي (١٣٢/٤).
 ويتنوع الوقف باعتبار الجهة الموقوف عليها إلى ثلاثة أنواع، ويمكن إجمالها فيما يلي:
 أولاً: الوقف الخيري. ثانياً: الوقف الأهلي. ثالثاً: الوقف المشترك.
 وبيان المراد من هذه الأوقاف كالتالي:

١ - الوقف الخيري: هو الوقف الذي يصرف ريعه من أول الأمر إلى جهة خيرية، كالفقراء، والمساكين، والمساجد، والملاجئ ونحو ذلك من جهات الخير والبر، ولو لمدة معينة يكون بعدها وقفاً على شخص أو أشخاص معينين.
 مثال ذلك: أن يقف شخص أرضه أو بستانه على مستشفى، أو معهد أو غير ذلك من جهات البر مدة معينة كخمس سنين أو عشر ثم بعد انقضاء هذه المدة يكون على أولاده مثلاً، فإن هذا الوقف يكون وقفاً خيرياً؛ لأنه وُقف ابتداءً على جهة من جهات الخير، وهي المستشفى، أو المعهد.
 وأيضاً: إذا وقف أرضه على المحتاجين من طلبة العلم في كلية كذا أو معهد كذا وقفاً مؤبداً، كان الوقف خيرياً.

٢ - الوقف الأهلي: هو ما كان استحقاق الربيع فيه ابتداءً للواقف نفسه، أو لغيره من الأشخاص المعيّنين بالذات أو بالوصف، سواء أكان هؤلاء الأشخاص من أقاربه أم من غيرهم، ثم يصرف الربيع بعد ذلك إلى جهة خيرية.
 بمعنى: أن الوقف الأهلي يكون موقوفاً ابتداءً على شخص معين أو أشخاص معينين، ولو جعل آخره لجهة بر عامة، سواء كان الموقوف عليهم معينين بالذات: كمحمد وأحمد، وعلى أولاد أخيه فلان، أم كانوا معينين بالوصف: كأولاده، أو أولاد أخيه، أو أبناء عمه.
 مثال ذلك: أن يجعل أرضه المعينة وقفاً على ولديه زيد وعمرو، ثم من بعدهما على أولادهما، ثم على الفقراء من بلدة كذا، فإن هذا يكون وقفاً أهلياً؛ لأنه وقف ابتداءً على غير جهة بر.

إذ تعطل الموقوف وصار بحالة لا ينتفع بها فقد أجاز الحنفية، والمالكية، والحنابلة، =

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

[الفصل (١) الأول]

في الألفاظ الجارية في الوقف ما يتم، وما لا يتم

والشافية في رأي بيعه وجعل ثمنه في مثله.

وأجاز الحنفية البيع والاستبدال ولو لم يتعطل الموقوف، لكن بشروط خاصة.

٣ - الوقف المشترك: وهو الوقف الذي يجعل الواقف فيه لنفسه أو لذريته نصيباً من ريع العين الموقوفة ويجعل للبر نصيباً آخر محددًا أو مطلقاً أو الباقي من ريع العين أي: أن ريع الوقف يكون مصروفًا ابتداءً إلى الجهتين الخيرية والأهلية معاً، فهو نوع وسط بين النوعين السابقين، ولا حرج على الواقف في هذا المسلك، حيث يقول القرآن الكريم: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

ويتضح جلياً من هذا التقسيم أن المَعْوَل عليه هو الجهة التي وقف عليها في ابتداء الأمر: فإن كانت جهة خيرية، كان الوقف خيرياً، وإن كانت جهة أهلية، كان الوقف أهلياً، وإن اشتركت الجهتان، كان الوقف مشتركاً.

والوقف بأنواعه الثلاثة كان موجوداً من أول ظهور الوقف في الإسلام، ويشهد لذلك وقف عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الذي يعتبر أساساً لما جاء بعده من أوقاف، فقد وقع موزعاً بين جهات البر، وذوي القربى، حيث جاء في كتاب وقفه الذي ورد في السنة الصحيحة: «فتصدق بها عمر في الفقراء، وذوي القربى، والضيف، وابن السبيل». وقد وردت آثار كثيرة في وقف كبار الصحابة على أولادهم مما يدل على أن الوقف الأهلي كان موجوداً في صدر الإسلام، من ذلك: ما ورد من كتاب وقف عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وفيه: «هذا ما تصدق به عثمان بن عفان في حياته، تصدق بماله الذي ببخير - يدعى مال ابن أبي الحقيق - على ابنه أبان بن عثمان صدقة بتلة، لا يشتري أصله أبداً، ولا يوهب، ولا يورث».

والحق أن هذه الأنواع الثلاثة من الوقف تعود إلى النوع الأول، فالوقف كله خيرى؛ لأنه عبارة عن التصدق بالمنفعة والغلة، غير أن من الأوقاف ما يكون من أوله إلى آخره خيرياً، ومنه ما يستثنى فيه بشروط يشترطها الواقفون أن ينتفع الواقف بالوقف مدة حياته، وهو الكثير الغالب، أو يقفه على أولاده أولاً، أو على غيرهم من الأشخاص المعينين، ونحو ذلك، ثم بعد هؤلاء على الفقراء، فالجميع وقف خيرى غير أن منه الخيري المحض، ومنه الخيري بالإضافة إلى المستقبل بحسب المأل.

ينظر: مجمع الأنهر (٧٣٣/١)، حاشية ابن عابدين (٤/٤١٥)، فتح القدير (٦/٢١١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٧٧)، التاج والإكليل (٧/٦٦٤)، نهاية المحتاج (٥/٣٧٦)، أسنى المطالب (٢/٤٦٤)، المغني، لابن قدامة (٥/٣٤٨، ٣٦٢)، كشف القناع (٤/٢٤٠)، سبل السلام (٢/١٢٧).

(١) سقط في م.

إذا قال الرجل: أرضي هذه صدقة محررة مؤبدة حال حياتي، وبعد وفاتي، [أو قال: أرضي هذه محبوسة مؤبدة حال حياتي، وبعد وفاتي]^(١)، يصير وقفا جائزا لازماً على الفقراء عند الكل، ولو لم يقل: حال حياتي، وبعد وفاتي، فالمسألة على الخلاف بين أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وبين صاحبيه على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله - تعالى -، فلو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، أو صدقة محبوسة، أو قال: حبيسة، ولم يقل مؤبدة، فإنه يصير وقفا في قول عامة من يجيز الوقف.

وقال الخصاص وأهل البصرة: بأنه لا يصير وقفا.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على المساكين، يصير وقفا بالإجماع، وذهبوا في ذلك إلى أن جواز الوقف متعلق بالتأييد؛ لما يتبين^(٢) بعد هذا إن شاء الله - تعالى -، وما يكون معلقاً بالتأييد لا يثبت إلا بذكر التأييد نصاً، وإنما جاز بذكر المساكين، وإن لم ينص على التأييد؛ لأن ذكر المساكين ذكر التأييد؛ لأنهم لا ينقطعون أبداً.

وجه قول عامة المشايخ: أن التأييد كما يثبت بذكر المساكين يثبت بذكر الصدقة؛ لأن الصدقة تثبت مؤبدة؛ لأنها لا تحتمل الفسخ.

ولو قال: أرضي هذه موقوفة، أو قال: داري هذه، أو قال: وقفت أرضي هذه، أو قال: داري هذه، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يكون وقفاً.

وقال محمد، وهلال: لا يكون وقفاً؛ لأنه لما لم يصير وقفاً في المسألة الأولى عندهم، وقد جمع بين الصدقة، والموقوفة، فلأن لا يصير وقفاً هاهنا كان أولى. وجه قول محمد - رحمه الله - أن قوله: وقفت أرضي، محتمل يحتمل وقفها على الفقراء فيكون وقفاً تاماً^(٣)، ويحتمل وقفها على الأغنياء، فلا يكون وقفاً بالشك.

(١) سقط في م.

(٢) في م: نبين.

(٣) في م: ثانياً.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول^(١): الظاهر فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا الوقف على الفقراء.

وكان مشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف - رحمه الله -.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: ونحن نفتي به أيضا.

وكذلك إذا قال: أرضي هذه حرمتها، أو قال: حبيسة، فهو على هذا الاختلاف أيضا.

وكذلك إذا قال: أرضي هذه موقوفة محرمة حبيس، أو قال: موقوفة حبيس محرمة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث فهو على هذا الخلاف أيضا.

ولو قال: [أرضي هذه صدقة موقوفة، أو قال: أرضي هذه وقف صدقة، أو قال:]^(٢) أرضي هذه صدقة محرمة، أو قال: محرمة صدقة، أو قال: محبوسة صدقة، أو قال: صدقة محبوسة، فهي وقف بلا خلاف، هذا إذا لم يعين إنسانا. وأما إذا عين بأن قال: وقفت أرضي هذه^(٣) على فلان، أو قال: داري هذه موقوفة على فلان، أو قال: على ولدي فلان، أو قال: على قرابتي، وهم يحصون، لا يجوز.

فرق أبو يوسف - رحمه الله - بين هذا، وبين ما إذا لم يعين إنساناً. والفرق: أنه إذا لم يعين إنساناً، فالجواز باعتبار أنه وقف على الفقراء ظاهر بحكم العرف، وإذا عين إنساناً لا يمكن أن يجعل هذا وقفا على الفقراء، هذا إذا عين إنساناً.

وذكر بلفظ الوقف مفرداً، أما إذا ذكر معه لفظ^(٤) الصدقة بأن قال: أرضي هذه

(١) زاد في أ: الوقف.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: هذا.

(٤) في م: لفظة.

صدقة موقوفة على فلان، أو قال: على ولدي، كان وقفاً، والغلة^(١) لفلان ما دام حياً، فإذا مات تصرف الغلة إلى الفقراء؛ [لأنه]^(٢) لما نص على الصدقة، والصدقة لا تكون إلا على الفقراء، كان هذا وقفاً على الفقراء، وكان ذكر فلان لتخصيصه بالغلة، في الباب الأول من الواقعات.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا عين إنساناً، وقال له: وقفت أرضي لك، [أو]^(٣) هي [وقف]^(٤) لك، [أو]^(٥) حبستها لك، [أو]^(٦) حبيس لك، فهو تمليك منه، ويتم بالتسليم إليه.

وفي الشروط لمحمد بن مقاتل قال أبو يوسف: جاز الوقف على رجل بعينه، وإذا مات الموقوف عليه يرجع إلى ورثة الواقف.

وفي النوازل^(٧) عن أبي يوسف - رحمه الله - : يجوز الوقف على رجل بعينه، وإذا مات الموقوف عليه يرجع إلى المساكين، فصار في رجوع الوقف إلى الفقراء^(٨) أو إلى ورثة الموقوف عليه روايتان عنه، وكل ذلك يدل على جواز الوقف على رجل بعينه.

وفي وقف الخصاص: إذا قال: جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان،

(١) الغلة: جمعها غلات، وهي لغة: كل شيء يحصل من ريع الأرض، أو أجرتها ونحوها. واصطلاحاً: هي مطلق الدخل الذي يحصل من ريع الأرض، أو أجرتها، أو أجرة الدار، أو السيارة، أو أية عين استعمالية ينتفع بها مع بقاء العين، والمراد به: الدخل الحاصل من ريع الوقف، أو أجرته، ونحو ذلك.
ينظر: المصباح المنير، ص (٢٤٠)، مادة (الغل)، والقاموس الفقهي، لأبي جيب، ص (٢٧٧)، ومعجم المصطلحات الفقهية (٢٢/٣).

(٢) في م: إلا أنه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: البرامك.

(٨) في م: الواقف.

وولده، وولد ولده، وأولاد أولادهم، فإذا سمي من ذلك ثلاثة بطون فهي وقف مؤبد إلى يوم القيامة.

قال ثمة أيضا: وقال أبو يوسف: إذا قال: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على فلان وولده وولد ولده، فهو جائز لقوله: أبدا.

وفي المنتقى قال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا جعل أرضا له صدقة موقوفة على فلان وولده، جاز^(١) ما داموا أحياء، فإذا انقرضوا رجعت إلى صاحبها إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا.

قال: وليس هذا نظير قوله: أرضي صدقة موقوفة ينفق من غلتها على فلان؛ لأنه إذا قال: [هي]^(٢) صدقة موقوفة على فلان، فإنما أوجبها له خاصة، وإذا قال: هي صدقة موقوفة، ولم يقل: على فلان^(٣)، فإنما أوجبها للفقراء، فإذا استثنى أن ينفق من غلتها، فإنما استثنى من صدقة أمضيت، فما ذكر في المنتقى بخلاف ما ذكر في الواقعات^(٤).

وذكر هذه المسألة في المنتقى مرة أخرى على نحو ما [ذكر]^(٥) في الواقعات. وفي المنتقى: إذا قال: أرضي هذه^(٦) موقوفة لله - تعالى - أبدا، كان وقفا صحيحا على المساكين؛ لأن معنى كلامه: أرضي صدقة أبدا، لأن الوقف لله - تعالى - لا يكون إلا في وقف الأصل ليتصرف^(٧) بالغلة.

وكذلك إذا قال: موقوفة لله - تعالى -، من غير ذكر الأبد.

وكذلك إذا قال: موقوفة لوجه الله - تعالى -، أو قال: جعلت أرضي صدقة،

(١) في م: جائز.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: لأنه إذا قال.

(٤) في م: المنتقى.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: صدقة.

(٧) في م: ليتصدق.

كان هذا نذرًا بالتصدق، فينبغي أن يتصدق بعينها، أو ببيعها. ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، [يتصدق بثمانها]^(١)، ذكره هلال في وقفه عن أبي حنيفة - رحمه الله -.

وإن عين إنسانا فهو تصدق عليه بطريق التملك لا يتم إلا بالتسليم. وإذا قال: جعلت أرضي هذه للفقراء، إن كان هذا في تعارفهم وقفًا كان وقفًا، وإن لم يكن تعارفهم وقفًا يسأل عنه ماذا أراد بقوله: جعلتها للفقراء؟ إن قال: أردت به أن يكون وقفًا على الفقراء، كان^(٢) وقفًا؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وإن أراد به الصدقة، أو لم يكن له نية، فهو نذر بالتصدق، أما^(٣) إذا نوى الصدقة؛ فلأنه نوى ما يحتمله لفظه.

وأما إذا لم ينو؛ فلأن هذا أدنى فكان إثباته أولى عند الاحتمال، ومتى صار نذرًا كان عليه أن يتصدق بجميعها، أو بقيمتها، كما لو نص عليه.

إذا قال: أرضي هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، فإن كان هذا الرجل من قوم هذا اللفظ في تعارفهم^(٤) وقف، فهو وقف، وإن لم يكن من قوم تعارفهم أن هذا وقف، يسأل [عنه]^(٥)، إن [أراد به الوقف فهو وقف، وإن]^(٦) أراد به الصدقة فهو صدقة، فيتصدق بعينها، أو بثمانها، في الباب الأول من الوقفات.

وفي هذا الموضع أيضًا: إذا قال: ضيعتي هذه للسبيل، ولم يزد على هذا، لم يصير وقفًا، إلا إذا كان القائل من ناحية يفهم أهل تلك الناحية بها الوقف المؤبد بشرائطه؛ لأن المطلق ينصرف إلى المتفاهم، فيصير كالتصريح بالوقف.

(١) في م: ويتصدق بقيمتها.

(٢) في م: يكون.

(٣) في م: إنما.

(٤) في م: متعارفهم.

(٥) في م: منه.

(٦) سقط في م.

وفي [هذا الموضع]^(١) أيضا: إذا قال: اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزًا، وفرقوا على المساكين، صارت الدار وقفًا؛ لأن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف، فصار كما [لو]^(٢) قال: وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين. وفيه أيضا: رجل قال في مرضه: جعلت نزل كرمي وقفًا، وكان فيه ثمر، أو لم يكن، صار الكرم وقفًا؛ [لأن هذا]^(٣) النزل لا يصير وقفًا إلا بوقف الكرم، فصار قوله: نزل كرمي، بمنزلة قوله: وقفت كرمي بما فيه من النزل، وكذلك لو قال: جعلت غلة كرمي وقفًا.

وفي وقف هلال: إذا أوصى بأن يوقف ثلث أرضه بعد وفاته لله تعالى، كان وصية بالوقف على الفقراء؛ لأن الوقف لله تعالى يكون وقفًا على المساكين، والأمر بالوقف لله - تعالى - يكون وقفًا على المساكين.

وفيه أيضا: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على وجوه البر، أو قال: على وجوه الخير، فهو وقف صحيح على المساكين؛ لأن البر عبارة عن الصدقة قال الله - تعالى - : ﴿أَنْ تَبْرُوهُمْ﴾.

والخير، والبر بمعنى واحد، فصار تقدير كلامه: أرضي هذه صدقة موقوفة. وإذا قال: أرضي هذه موقوفة بعد وفاتي، ولم يزد على هذا، كان [هذا]^(٤) باطلا؛ لأن هذا وصية بالغلة، والموصى له مجهول.

ولو قال: أرضي هذه بعد وفاتي صدقة، كان جائزًا، ويتصدق بعينها، أو تباع، ويتصدق بثمنها؛ لأنه نص على الصدقة، [والصدقة]^(٥) على الفقراء، فلا يكون فيها جهالة، والله أعلم.

(١) في م: هذه المواضع.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وهذا لأن.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

الفصل الثاني

فيما يتعلق بجواز الوقف، وشروط^(١) صحته

ذكر في ظاهر الرواية: أن شرط جواز الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله - الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية، حتى لو لم يضاف إلى ما بعد الموت، ولم يوص به، لم يصح.

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - : ليس هذا بشرط [حتى]^(٢) يمنع من بيعه، ولا يورث عنه متى مات، وحاصل الوقف راجع إلى تقدير الوقف^(٣).

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : تقديره: حبست العين على ملكي، وتصدقت بثمرته على المساكين، فلا يصح إذا كانت الثمرة معدومة إلا بطريق الوصية. وعلى قولهما: تقدير^(٤) الوقف: إزالة العين عن ملكي إلى الله تعالى، وجعلته محبوسا في ملكه، ومنفعته للعباد، وهذا صحيح، وإن لم يكن موصى به كما في المسجد.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية عند أبي حنيفة - رحمه الله - ليست بشرط للجواز، فإن الوقف جائز عنده بدون ذلك لكنه غير لازم، وإنما يصير لازما بالإضافة إلى ما بعد الموت أو بالوصية، وهذا؛ لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يجعل الواقف^(٥) حابسا العين^(٦) على ملكه صارفا المنفعة إلى الجهة التي سماها، فيكون بمنزلة العارية، والعارية جائزة غير لازمة، ومعنى الجواز جواز صرف الغلة إلى تلك الجهة، ومعنى^(٧) الوصية به

(١) في م: وشريطة.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: ماذا.

(٤) في م: بتقدير.

(٥) في م: الوقف.

(٦) في م: للعين.

(٧) في م: وتفسير.

أن يقول: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة، وأوصيت بها^(١) بعد موتي، فإذا قال ذلك يكون لازماً حتى لا يملك بيعه قبل الموت، ولا يورث عنه.

وذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا أضافه إلى ما بعد الموت يصح عند أبي حنيفة - رحمه الله - بطريق الوصية بغلة داره لإنسان، أو غلة أرضه، أو يوصي بذلك للفقراء، أو^(٢) هو كالوصية بالعتق.

وذكر الطحاوي: أن الوقف في مرض الموت^(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله - كالمضاف إلى ما بعد الموت، حتى إن الوقف المباشر في مرض الموت يقع جائزاً لازماً عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما ذكره^(٤) الطحاوي.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : الصحيح أن المباشر في مرض الموت عنده كالمباشر في الصحة، حتى [لا يجوز في ظاهر الرواية من غير الوصية والإضافة إلى ما بعد الموت، وحتى لا يلزم على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -].

وذكر شيخ الإسلام أن في الوقف المباشر في مرض الموت إذا لم يكن مضافاً إلى

(١) في م: به.

(٢) في م: و.

(٣) نصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية على أن: (مرض الموت: هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على هذا الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت). أو هو المرض الخطير الذي يغلب فيه الهلاك عادة وحكم أهل الطب بخطورته، ويتزايد هذا المرض ولو تزايداً بطيئاً ويبقى صاحبه مريضاً إلى أن يموت، سواء استمر المرض سنة، أو أقل، أو أكثر.

ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه، ص (٢٤١)، المدخل الفقهي العام، الزرقا (٢/٨٣، ٨٤).

(٤) في م: ذكر.

ما بعد الموت عند أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان، وجه الرواية التي قال^(١) لا يجوز: أنه لم يوجد الإضافة إلى ما بعد الموت حقيقة، فلا يجوز، كما لو وقف في حالة^(٢) الصحة، ولم يضيف إلى ما بعد الموت.

وجه الرواية الأخرى: أن تصرف المريض كالمضاف إلى ما بعد الموت؛ ألا ترى أن تبرعاته معتبرة^(٣) من الثلث فوجدت الإضافة إلى ما بعد الموت اعتبارًا.

قال محمد - رحمه الله - : التسليم إلى المتولي شرط لصحة^(٤) الوقف، حتى إن على قوله لو لم يسلم الوقف إلى المتولي، لا يزول^(٥) عن ملكه، وله أن يرجع في ذلك، وإذا مات يورث عنه.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : التسليم إلى المتولي ليس بشرط، ويكتفى فيه بالإشهاد^(٦).

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن الوقف شرع لإبطال ملك الواقف عن^(٧) العين لا للتمليك، فيصح من غير قبض قياسا على الإعتاق.

بيانه: أن التملك من الله تعالى لا يتحقق من جهتنا مقصودا؛ لأن ما في أيدينا ملك لله [تعالى] على الحقيقة ولنا فيه ملك التصرف، وأنا إيلنا إبطال ملك التصرف لا التملك من الله تعالى.

والتقريب^(٨) ما مر بخلاف الصدقة المنفذة^(٩)، حيث لا تصح بدون القبض؛ لأن ما ثبت لله تعالى من الحق في الصدقة ثبت في ضمن التملك من الفقير؛ لأن

(١) سقط في م.

(٢) في أ: مسألة.

(٣) في م: تعتبر.

(٤) في م: صحة.

(٥) في أ: يحول.

(٦) في م: الإشهاد.

(٧) في م: عين.

(٨) في أ: والتقدير.

(٩) في أ: المتقدمة.

التمليك من الفقير متصور، فما ثبت [لله تعالى في ضمنه يثبت] ^(١) على سبيل التملك، وإن كان التملك من الله تعالى لا يتحقق ضرورة، وما ثبت في ضمن الشيء يكون حكمه حكم [ذلك] ^(٢) الشيء.

وأما ^(٣) في الوقف: ما ثبت لله تعالى من الحق ثبت ^(٤) مقصودا لا في ضمن ^(٥) التملك من العباد، فإن العين الموقوفة لا تصير ملكا للعباد، والتمليك من الله تعالى مقصودا من العبد لا يتحقق.

وجه قول محمد - رحمه الله - : قوله - عليه السلام - : «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة محوزة» ^(٦) من غير فصل، والمعنى فيه: أن الوقف إزالة الملك بطريق التبرع فتمامه ^(٧) يكون بالتسليم كما في الصدقة، وهذا؛ لأنه لو [تم قبل] ^(٨) التسليم فيؤدي إلى أن يصير تبرعه سببا للزوم ما تبرع به، وكذلك التأيد شرط عند محمد - رحمه الله -، حتى لو وقف على جهة يتوهم انقطاعها بأن وقف على أولاده، وأولاد أولاده، ولم يجعل آخره للفقراء، لا يصح الوقف.

[و] ^(٩) على قول أبي يوسف - رحمه الله - التأيد ^(١٠) ليس بشرط، فإذا ماتوا، وانقرضوا ^(١١) يعود إلى ملكه، إن كان حيا، [وإلى] ^(١٢) ملك ورثته، إن كان ميتا،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: ما.

(٤) في م: يثبت.

(٥) في م: ضمان.

(٦) أخرج عبد الرزاق موقوفاً (١٠٧/٩) من طريق منصور، عن إبراهيم قال: «الهيئة لا تجوز حتى تُقبض والصدقة تجوز قبل أن تُقبض»، وذكره ابن عبد البر في التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد (٢٣٩/٧)، موقوفاً على أبي بكر وعمر وعثمان وعلي.

(٧) في أ: فيما.

(٨) في أ: لم يقبل يلزمه.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: للتأيد.

(١١) في م: فانقرضوا.

والخلاف^(١) على هذا الوجه المذكور في شرح الطحاوي، وفي شرح شمس الأئمة السرخسي.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في آخر كتاب الوقف: أن الوقف باطل، ولم يذكر فيه خلافاً، فيحمل ذلك على أنه^(٢) قول محمد، وإن كان على الوفاق فهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: أن الوقف باطل.

وبعض مشايخنا قالوا: إن التأييد [شرط]^(٣) صحة الوقف، وإنما الخلاف في تلك المسألة في شيء آخر، أن عند أبي يوسف - رحمه الله - يثبت التأييد بنفس الوقف من غير اقتران شيء آخر به.

[وعند]^(٤) محمد - رحمه الله - لا يثبت التأييد بنفس الوقف، فإذا مات أولاده، وانقرضوا، حينئذ تصرف الغلة إلى الفقراء، وهذا القائل يقول: ما ذكر في شرح الطحاوي، وفي شرح شمس الأئمة أنه إذا مات أولاده يعود إلى ملكه، خطأ.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا وقف أرضه على ذي الحاجة من ولده، وولد ولده ما تناسلوا أبداً، فذلك جائز، ولو وقفها على فقراء ولده، ولم يجعلها^(٥) على فقراء النسل منهم، لم يجز.

قال: ليس يجوز من الوقف إلا الوقف المؤبد، فإذا كان لقوم خاص لا يجوز الوقف عليهم؛ لأنه ينقطع، فهذا تنصيب أبي يوسف: أن التأييد شرط. وفيه أيضاً عنه: لو وقف على فقراء [ولده، وأهل بيته، ونسلهم ما تناسلوا، فهو

(١٢) في م: إلى.

(١) في م: فالخلاف.

(٢) في م: أن.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: يجعل.

جائز، وإن انقضوا، و^(١) لم يكن استثنى] أنه لفقراء المسلمين، فإنه يرد على فقراء المسلمين.

قال: من قال^(٢) إن أصلها صدقة على ذوي الحاجة فقد^(٣) أجزنا، وكان الوقف في ذلك على الأبد.

قال: وليس هذا كالوقف على [ولد لا يذكر]^(٤) النسل فيه؛ لأن الوقف ليس بوقف على الأبد، وإذا ذكر النسل، فهو وقف أبدا.

وقال^(٥): وكذلك لو وقفه على نفس واحدة، ونسلها، فالواحد فيه، والجماعة سواء.

وعن الحسن عن أبي يوسف - رحمهما الله - فيما إذا وقف على ولده، ونسله وعلى أولاده، وأولاد أولاده [أبدا ما]^(٦) تناسلوا، قولاً آخر سوى ما ذكرنا، وهذا إذا أمكن أن ينقضوا، لم يجز الوقف، وإذا وقف نصف دار، أو نصف أرض على الفقراء، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : يجوز.

وعلى قول محمد: لا يجوز.

واعلم أن الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف؛ ألا ترى أنه لو وقف نصف الحمام، يجوز، وإن كان مشاعاً^(٧)؛ لأنه لا يحتمل القسمة

(١) في أ: أو.

(٢) في م: قبل.

(٣) في م: وقد.

(٤) في م: ولده إلا بذكر.

(٥) في م: قال.

(٦) في م: إذا ما.

(٧) المشاع: - بضم الميم وفتحها-، اسم من «شاع»، والشائع: المنتشر، يقال: سهم مشاع، وشائع. أي: حصة من شيء غير مقسوم، وحصة منتشرة في كل جزء غير مفرزة ولا معينة. والمشاع: الشائع المشترك المبهم الذي لم يحدد.

ينظر: المعجم الوسيط، مادة (شاع) (١/٥٠٣، ٥٠٤)، مختار الصحاح (١/٣٥٤).

فصار^(١) كهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة.

وأما الشيوع فيما يحتمل القسمة هل يمنع صحة الوقف؟^(٢)

على قول محمد - رحمه الله - : يمنع .

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يمنع .

هذه^(٣) المسألة في الحاصل بناء على أن القسمة فيما يحتمل القسمة من تمام

القبض، وأصل القبض فيما يحتمل ليس بشرط عند أبي يوسف - رحمه الله - ، فكذا تمامه لا يكون شرطا .

وعند محمد: أصل القبض فيما يحتمل القسمة شرط، فكذا ما يتم به القبض،

ولو وقف جميع أرضه أو داره، ثم استحق نصفه، أو رבעه، أو ما أشبهه شائعا، بطل

الوقف فيما بقي عند محمد - رحمه الله - ؛ لأن بالاستحقاق تبين أن ما وقفه الواقف

كان مشاعا، ووقف المشاع فيما يحتمل القسمة عنده باطل، وهذا بخلاف^(٤) ما لو

استحق شيئا منه بعينه حيث لا يبطل الوقف في الباقي؛ لأن هناك لا يتبين الشيوع في

الباقي؛ لأن المستحق مميز فيما بقي، فهو بمنزلة ما لو وقف دارين فاستحق

أحدهما .

ومشايع بلخ أخذوا بقول أبي يوسف في وقف المشاع .

ومشايع بخارى أخذوا بقول محمد - رحمه الله - .

ذكر في فتاوى أبي الليث تفريعا على قول أبي يوسف - رحمه الله - ، فقال: إذا

كانت الأرض بين شريكين وقف أحدهما نصيبه مشاعا، ثم اقتسما، فوقع نصيب

الواقف في موضع لا يجب عليه أن يقف ثانيا؛ لأن بالتسمية تعين الموقوف، وإن

أراد الاجتناب عن الاختلاف يقفه ثانيا .

(١) في م: وصار .

(٢) في م: القبول .

(٣) في م: وهذه .

(٤) في م: الخلاف .

وإن كانت الأرض [له كلها]^(١)، فوقف بعضها، ثم أراد القسمة، فالوجه في ذلك أن يبيع ما بقي، ثم يقتسمان؛ لأن القسمة إنما تجري بين اثنين، وإن لم يبيع، ورفع إلى القاضي ليأمر إنسانا بالقسمة جاز؛ لأن القسمة جرت بين اثنين، فإن طلب بعضهم القسمة بين^(٢) الواقف، أو الطرف الآخر.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يقسم، ويتهايئون.

وقال أبو يوسف، ومحمد - رحمهما الله - : يقسم، وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفا على الأرباب، وطلبوا القسمة أنه لا يقسم.
ذكر المسألة في النوازل، وفي واقعات الناطفي.

وصورة ما ذكر في النوازل: رجل وقف ضيعة له على بنه وأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة، قال: [لا يجوز قسمة الوقف]^(٣) من أحد، وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة، وإنما ذلك للقيم.

ذكر الخصاص - رحمه الله - في وقفه تفريعا على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقال: إذا كانت الأرض بين رجلين وقف أحدهما حصته منها، وهو النصف فله أن يقاسم شريكه، ويفرز حصة الوقف؛ لأن ولاية الوقف إليه، وإن كان الواقف قد مات فلوصيه أن يقاسم الشريك، ويفرز حصة الوقف. [والله أعلم]^(٤).



(١) في م: كلها له.

(٢) في م: يعني.

(٣) في م: قسمة الوقف لا تجوز.

(٤) سقط في م.

الفصل الثالث

في بيان ما يجوز من الأوقاف، وما لا يجوز

قال هلال - رحمه الله - : وقف أرض الحوز لا يجوز .
 وتفسير أرض الحوز: [الأرض] التي حيزت لبيت المال بألا يقدر صاحبها على
 زراعتها، وأداء خراجها، فيدفعها إلى الإمام^(١)؛ لتكون منافعها جبرا للخراج .
 وإذا عرفت تفسير الأرض الحوز، فنقول: إن كان الإمام وقف هذه الأرض، لا
 يجوز، وإن كان وقفها صاحب الأرض، وهو المالك يجوز .
 ذكر [شيخ الإسلام]^(٢) في أول شرح كتاب الوقف: أن الوقف على أقرباء
 الرسول ﷺ جائز وإن كانت الصدقة لا تحل لهم .
 وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : [أنه لا]^(٣) يجوز صرف صدقات
 الوقف إلى الهاشمي إذا سمي في الوقف، وهو دليل جواز الوقف .
 وفي الجامع الأصغر: أن الوقف على أهل [البيت]^(٤): بيت رسول الله ﷺ لا
 يجوز، كالصدقة، قال ثمة: في الصدقات^(٥) الفريضة، والتطوع سواء .
 وفي شرح القدوري: أن الصدقة الواجبة كالزكاة، والعشر، والندور،
 والكفارات، لا يجوز .
 وأما الصدقة على وجه الصلة، والتطوع، فلا بأس .
 فصار في الوقف روايتان .
 وفي صدقة التطوع روايتان أيضا .
 ولو قال: مالي لأهل بيت النبي - عليه السلام - ، وهم يحصون، يجوز .

(١) في م: للإمام .

(٢) في م: شمس الأئمة .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: الصدقة .

وينصرف إلى أولاد فاطمة - رضي الله عنها- .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا وقف داره [على فقراء مكة، أو] ^(١) علي فقراء قرية، إن كان الواقف في حياته، وصحته، والفقراء يحصون، لا يجوز هذا الوقف، [وإن] ^(٢) كان الفقراء لا يحصون جاز الوقف، وإن كان الوقف بعد موته، يجوز، سواء كانوا يحصون، أو لا يحصون.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في باب الوقف الذي لا يجوز: إذا قال: أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على الناس، فالوقف باطل، والأرض على ملك الواقف، وكذلك إذا قال: [على بني آدم، أو على أهل بغداد، فإذا انقضوا فهو على المساكين، فالوقف باطل، وكذلك] ^(٣) لو قال: على الزمنى، والعميان، فالوقف باطل.

وذكر الخصاف مسألة العميان، والزمنى في موضع آخر.

[و] ^(٤) قال: الغلة تكون للمساكين، ولا تكون للعميان، والزمنى، وكذلك لو وقف على قراء القرآن، أو على الفقهاء، فهو باطل. وفي وقف هلال: على الزمن، والمنقطع صحيح، ويكون للفقراء منهم دون الأغنياء.

قال مشايخنا: الوقف على معلم المسجد يعلم الصبيان فيه، لا يجوز؛ لأنه مجهول، ولا يشترط فقره ^(٥) في الوقف. وبعض مشايخنا قالوا: يجوز؛ لأن عامتهم [من] ^(٦) الفقراء، والفقر فيهم غالب،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: يعني لا يشترط فقره.

(٦) سقط في م.

فصار الفقر بحكم الغلبة .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - كان القاضي الإمام يقول: وعلى هذا القياس إذا وقف على طلبة علم كورة كذا، أو محلة كذا، يجوز، وإن لم يشترط فقرهم .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوقف: الحاصل في جنس هذه المسائل أنه متى ذكر مصرفا فيه تنصيب على ذوي الفقر، والحاجة، فالوقف صحيح سواء كانوا لا يحصون، أو يحصون .

قوله: سواء كانوا يحصون، يشير إلى أن التأييد [ذكره]^(١) ليس بشرط . وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه^(٢) .

ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الغني، والفقير، يعني ذكر اسما يتناول الغني، والفقير، فإن كانوا يحصون، فذلك صحيح^(٣) باعتبار أعيانهم، يريد به: أنه يصح بطريق التملك منهم، وإن كانوا لا يحصون، فهو باطل؛ لأنه لا يمكن تصحيحه وقفا؛ لأنه لا يكون قصده الصدقة إذا كان يستوي فيه الغني، والفقير، فلو صح بطريق التملك، وهم مجهولون، والتملك من المجهول باطل .

قال: إلا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى، فحيث إن كانوا يحصون، فالأغنياء، والفقراء منهم سواء، وإن كانوا لا يحصون، فالوقف عليهم صحيح، ويصرف إلى فقرائهم دون أغنيائهم؛ لأن^(٤) الاستعمال بمنزلة الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره .

قال الخصاص في كتابه: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على اليتامى، فهو وقف على فقراء اليتامى، وكذلك إذا قال: على الزمنى، ولو قال: على يتامى بني

(١) سقط في م .

(٢) في م: خلافه .

(٣) زاد في أ: لهم .

(٤) زاد في أ: فيهم .

فلان وهم بنو أب يحصون، فهذا باطل، يعني لا يكون وقفا، فإن كانوا لا يحصون فهو جائز، وهم الفقراء منهم دون الأغنياء، وهذا بناء على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

وفي وقف هلال: إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة علي الجهاد أو الغزو أو في أكفان الموتى أو في حفر القبور أو غير ذلك مما يشبهها، فذلك جائز؛ لأن هذه الوجوه مما يتأبد، فصار الوقف على هذه الوجوه بمنزلة الوقف على المساكين. وفي وصايا «المتقى» لابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف يقول: إذا أوصى بثلثة في أكفان موتى المسلمين أو في حفر مقابر المسلمين. وذكر ثمة أصلا فقال: الوصية إذا وقعت للفقراء لا يشترط القنية، بخلاف ما إذا وقعت مطلقة. في «وقف هلال»: إذا وقف على أبناء السبيل صح؛ لأنهم لا ينقطعون، ويكون لفقراء أبناء السبيل دون أغنيائهم كما في اليتامى.

إذا قال: جعلت أرضي صدقة موقوفة لله تعالى أبداً على فلان مدة حياته، فالوقف جائز ويكون الغلة لفلان ما دام حيًا، فإذا توفي كانت الغلة للمساكين؛ لأنه قال: أبداً، وكذلك إذا قال: على فلان، ولم يقل: حياته، ولو قال^(١): موقوفة على فلان بعد موتي سنة، فإنها تكون على ما قال سنة، ثم يرجع^(٢) إلى الورثة؛ لأن هذه وصية.

إذا قال: جعلت أرض فلان صدقة موقوفة على فقراء المساكين، فبلغ ذلك صاحب الأرض فأجاز، فإنه يكون وقفا من قبل مالكها.

سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن وقف أرضا على مصاحف موقوفة أن يصلح ما يدرس منها قال: الوقف باطل؛ لأن هذا، ليس من أوقاف الناس. في وقف هلال: رجل اشترى أرضا بيعا جائزا، ووقفها^(٣) قبل القبض، ونقد

(١) زاد في م: حياته ولو قال.

(٢) في م: رجع.

(٣) في م: وأوقفها.

الثلث، [فالأرض موقوفة]^(١)، فإن أدى الثمن وقبضها، فالوقف جائز، وإن مات، ولم يترك مالا، تباع الأرض، ويبطل الوقف.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وبه نأخذ.

وهذه ثلاثة فصول: العتق، والبيع، والوقف، فالعتق قبل القبض ينفذ بلا خلاف، ويكون قبضا، والبيع لا يصح قبل القبض عند محمد - رحمه الله - بلا توقف، والوقف يتوقف بلا خلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -. وكان الفقيه أبو نصر محمد بن سلام يقول: ينبغي أن يبطل الوقف، ولا يتوقف كالبيع، ولكن فرق بينهما هلال.

ووجه الفرق: أن الوقف يشبه العتق من حيث إنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، ويشبه البيع من حيث إنه يحتمل النقض بعد وقوعه، فلشبهه بالعتق لا يبطل، ولشبهه^(٢) بالبيع لا ينفذ، فقلنا بالتوقف، وهذا الجواب على قول من [لم يشترط القبض لصحة الوقف ظاهر، وعلى قول من]^(٣) يشترط وهو محمد - رحمه الله - كان الوقف كالهبة، ومن وهب قبل القبض، وسلط الموهوب له على القبض صح، كذا الوقف.



(١) في م: فالأمر موقوف.

(٢) في م: والشبهة.

(٣) سقط في م.

نوع آخر في وقف المنقول:

يجب أن يعلم أن وقف المنقول تبعاً للعقار جائز، بأن جعل أرضه وقفاً مع العبيد، والثيران الذين يعملون فيها، ويصير المنقول وقفاً تبعاً للعقار.

وأما إذا وقفه مقصوداً^(١)، إن كان كراعاً، وسلاحاً، ويجوز، ويعني بالسلاح: جنس السلاح، ويعني بالكرع: جنس الخيل، والإبل، وإن كان سوى ذلك، إن كان شيئاً لم يجر التعارف بوقفه، كالثياب، والحيوان، لا يجوز عندنا، وإن كان متعارفاً كالفأس، والقدم، والجنابة، وثياب الجنابة، وما يحتاج إليه من الأواني، والقدر في غسل الموتى، والمصحف لقراءة القرآن.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يجوز.

وقال محمد: يجوز، وإليه ذهب عامة المشايخ، منهم: شمس الأئمة السرخسي

- رحمه الله -.

وفي شرح السير الكبير: أن عند أبي يوسف - رحمه الله - : وقف المنقول لا يجوز إلا فيما جرى التعامل فيه، وفيما لم يجر، لا.

وذكر في شرح كتاب الوقف فقال^(٢): ما تعارفه الناس، وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز كما في الاستصناع، وغير ذلك.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : إذا وقف أواني لغسل الموتى، أو

ثياباً لتكفين^(٣) الموتى، يجوز.

وإذا وقف غطاء يغطي^(٤) على الميت إذا حمل على الجنابة، لا يجوز؛ لأنه لا

حاجة للميت إلى ذلك.

وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندي: أنه إذا جعل ظهر دابته، أو غلة عبده في

(١) في م: بمقصود.

(٢) في م: وقال.

(٣) في م: لتجفيف.

(٤) في م: ليغطي.

المساكين، لا يصح في قول علمائنا - رحمهم الله -، أما على قول أبي يوسف، فلائنه لا يرى الوقف في المنقول إلا في الكراع.

وأما على قول محمد - رحمه الله - فإنه يعتبر العرف، ولا عرف في هذه الصورة.

سئل أبو نصر عمن وقف الكتب قال: [كان] محمد بن سلمة: لا نجيزه، ونصير - رحمه الله - ييجيزه، وقد وقف كتبه.

وكان الفقيه أبو جعفر ييجيز ذلك، ويأخذ به، وسئل عن وقف بقرة على رباط على أن ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل، قال: إن كان في موضع يغلب ذلك في أوقافهم، رجوت أن يكون جائزاً، ومن المشايخ من قال: بالجواز مطلقاً؛ لأنه جرى التعارف في ديار المسلمين بذلك.

وذكر في الواقعات: ذكر هلال البصري في وقفه: وقف البناء من غير وقف الأصل، لم يجز، وهو الصحيح.

وكذلك وقف [الكردار بدون]^(١) الأصل لا يجوز، وهو المختار؛ لأن الكردار والبناء منقول، ووقفهما غير متعارف، وإذا كان أصل البقعة موقوفة على جهة قربة فبنى عليها بناء، ووقف بناءها على جهة قربة أخرى، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يجوز؛ لأن جهة القربة إذا اختلفت لا يصير البناء تبعاً للبقعة، فأشبهه ما إذا كانت البقعة له واستثناه^(٢) لنفسه.

وقال بعضهم: يجوز؛ لأن جهات القربة، وإن اختلفت فأصل القربة يجمعها، واختلاف [الجهة لا يوجب اختلاف]^(٣) الحكم بعد اتفاق أصل القربة لا يضر هذا، كما قلنا في سبعة نفر نحروا بقرة، أو بدنة، ونوى بعضهم الأضحية، وبعضهم هدي

(١) في م: كردارا بلا وقف.

(٢) في م: واستثناه.

(٣) سقط في م.

المتعة أو القران، وبعضهم جزاء الصيد، وبعضهم التطوع، جاز أصل القران، وبمثله لو نوى بعضهم اللحم، لا يجوز، كذا هاهنا.

وأما إذا وقف البناء على الجهة التي كانت البقعة وقفا يجوز بالاتفاق، ويصير تبعاً للبقعة، كما لو وقف البناء، والعرصة^(١) جميعاً على جهة واحدة.

وأما إذا غرس شجرة، ووقفها، إذا^(٢) غرسها في أرض موقوفة، فلا يخلو: إن وقفها بموضعها من الأرض، صح تبعاً للأرض بحكم الاتصال، وإن وقفها دون أصلها، لم يصح، وإذا^(٣) كانت في أرض موقوفة فوقها على تلك الجهة جاز، وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الاختلاف الذي مر، وهذا؛ لأن الشجرة نظير البناء من حيث إن قيامها بالأرض، وهي تبع بحكم الاتصال كالبناء.

ذكر الخصاص - رحمه الله - في وقفه: إذا وقف أرضاً، ومعها رقيق يعملون فيها ينبغي أن يسمى الرقيق في الوقف، ويبين عددهم، وكذلك إذا كان في ذلك بقر ينبغي أن يسمى البقر في الوقف، ويبين عددها، وينبغي^(٤) أن يشترط في الصدقة نفقة^(٥) الرقيق، والبقر من غلة الأرض، فإن ضعف بعض الرقيق عن العمل، فإن له أن يبيعه، ويشترى بثمانه غلاماً مكانه، فإن لم يجد بثمانه غلاماً مكانه فأراد^(٦) أن يزيد من^(٧) غلة الأرض فلا بأس بذلك؛ لأن ذلك من عمارة الأرض، وكذلك الحكم في الدواب، وآلات الزراعة إذا وقفت مع الأرض، و^(٨) لولاية الصدقة أن يستعملوا

(١) العرصة: يقال: عرصةُ الدار: ساحتها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء. وفي التهذيب: وسميت ساحةُ الدار عرصة؛ لأن الصبيان يعترضون فيها، أي: يلعبون ويمرحون. ينظر: المصباح المنير (٢/٤٠٢)، مادة (ع، ر، ص).

(٢) في م: إن.

(٣) في م: وإن.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: أن النفقة.

(٦) في م: وأراد.

(٧) في م: في ذلك عن.

(٨) في م: ولولائه.

ذلك .

وعن الأنصاري - وكان من أصحاب زفر - رحمه الله - : إذا وقف الدراهم ، أو الطعام ، أو ما يكال ويوزن صح^(١) ، ويدفع الدراهم مضاربة ، [ثم]^(٢) يتصدق بفضلها في الوجه الذي وقف عليه ، وما يكال ، ويوزن وبيع ، ويدفع ثمنه مضاربة ، فعلى هذا القياس إذا قال : هذا الكرم من الحنطة وقف على شرط أن يقرض [للفقراء الذين لا بذر لهم ؛ ليزرعوه]^(٣) لأنفسهم ، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ، ثم يقرض [لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل ، فهو]^(٤) جائز ، ومثل هذا كثير في الجبال التي في ناحية نهاوند .

وفيه أيضا : أن وقف الأكسية جائز ، ويدفع الأكسية إلى الفقراء فيتمتعون^(٥) بها في أوقات لبسها في الشتاء ، ثم [يردونها إلى القيم]^(٦) .

وسئل أبو نصر عمن وقف دارا فيها حمامات يطرن ، ويرجعن ، قال : يدخل في وقفه الحمامات الأهلية .

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - ، وفيه أيضا : لو وقف برج حمام أرجو أن يكون جائزا ؛ لأن الحمامات ، وإن كانت منقولة إلا أنها تصير وقفا تبعا للبيت كما لو وقف ضيعة بما فيها من الثيران ، والعبيد ، وكذلك لو وقف بيتا فيه كوارات العسل يجوز ، ويصير النحل وقفا تبعا للبيت ، والعسل ، ويجب أن يكون تأويل هذه المسألة^(٧) بأن يوقف البيت ، والبرج بما فيه من النحل والحمام ، كما لو وقف الأرض مع العبيد ، والثيران .

(١) في م : أنه يجوز .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : أن يزرعوها .

(٤) في م : فهذا السبيل .

(٥) في م : فيتمتعون .

(٦) في م : يرجونها في الغنم .

(٧) في م : المسائل .

[إن^(١)] وقف كراسة على مسجد للقراءة، أو على أهل المسجد، فالوقف على المسجد جائز، والوقف على أهل المسجد إن كانوا يحصون، يجوز أيضا. وفي الوقف للحسن بن [أبي]^(٢) زياد: إذا اشترى مصاحف، وجعلها في المسجد الحرام، أو في غيره من المساجد وقفا مؤبدا لأهل ذلك المسجد، ولجيرانه، ولمارة الطريق، ولابن السبيل يقرؤون، فهو جائز في قول أبي يوسف - رحمه الله-. وفي السير الكبير: إذا أوصى الرجل بأن يجعل فرسه حبيسا في سبيل الله، وسلاحه^(٣)، أو يجعل مصحفه حبيسا يقرأ فيه، أو داره حبيسا يسكنها الغزاة، أو يؤجر^(٤) فيكون أجرها في سبيل الله تعالى، أو أرضه حبيسا فتزرع، ويكون غلتها في سبيل الله تعالى، أو يجعل عبده حبيسا يخدم الغزاة، أو يؤجر^(٥)، ويجعل أجرته في سبيل الله تعالى، أو يجعل الفأس، أو^(٦) القدوم حبيسا في سبيل الله تعالى، أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي يتقرب العبد بها^(٧) إلى الله تعالى، فذلك كله جائز عند محمد - رحمه الله - من الثلث.

ومن أخذ الفرس الحبيس؛ ليركبه في سبيل الله تعالى، فنفقته عليه حتى يردده؛ لأنه هو المنتفع^(٨) به، والنفقة إنما تجب على من يحصل له حق المنفعة؛ ألا ترى أن

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أو سلاحا.

(٤) في م: تؤاجر.

(٥) في م: يؤاجر.

(٦) في م: و.

(٧) في م: به.

(٨) المنتفع ما دام له حق الانتفاع فليس لأحد أخذ العين منه، فإن انتهى حق الانتفاع في الأشياء التي ينتفع بها مع بقاء عينها، وجب عليه ردها، وإن استهلك الأشياء التي لا ينتفع بها إلا إذا استهلكتها، ثم قدر على رد مثلها وجب عليه رد المثل، وإن بقيت العين تحت يده حتى مات ولم يرددها إلى صاحبها، فلا يخلو الحال من أحد أمرين: إما أن تكون العين موجودة في التركة، أو غير موجودة، فإن كانت موجودة أخذها صاحبها، وإن كانت غير موجودة أخذ مثلها من تركة المنتفع إن كانت من المثليات، أو قيمتها إن كانت من القيميات؛ لأنه مات مجعلاً لها في ضمنها.

منفعة العبد الموصى بالخدمة لما كانت تعود إلى الموصى له بالخدمة كانت نفقته عليه ما دام يخدمه كذا هاهنا، وكذلك نفقة المستعار على المستعير ما دام في يد المستعير؛ لأنه هو المنتفع بالمستعار كذا هاهنا، وكذلك السلاح الذي هو حبيس في سبيل الله تعالى [من حفظه]^(١) يكون حفظه وإصلاحه عليه حتى يرده، ولو كان الوصي هو الذي ركب الفرس الحبيس، أو تسلح بالسلاح، فلا بأس بذلك إذا كان الوصي غير وارث؛ لأنه ليس في لفظ الموصي ما يوجب خروج الوصي عن هذه الصفة، فصار هذا، وقوله: ضع سلاحه؛ ضع فرسي حيث أحببت سواء، وهناك يجوز للموصي^(٢) أن يركب الفرس، وأن يتسلح بالسلاح كذا هاهنا، ولا ينبغي للموصي^(٣) أن يعطي ذلك بعض ورثة الميت إلا برضاء الباقيين إذا كانوا كبارا، فإن أعطاه مع ذلك من غير رضاء باقي الورثة، فنفق الفرس تحته كان لباقي الورثة أن يضمّنوا إن شاؤوا الوصي، وإن شاؤوا الوارث الراكب؛ لأن الوصي متعد في الدفع، والوارث في الركوب، ويشترى بالقيمة فرسا، ويجعل حبيسا في سبيل الله تعالى، حتى لا تنقطع الصدقة عن الواقف، فإن ضمّنوا الوارث، فالوارث لا يرجع على الوصي؛ لأن الوارث ضمن بفعل نفسه، وإن ضمّنوا الوصي كان له أن يرجع على الوارث؛ لأن الوصي ملكه بالضمآن، فتبين أن الوارث ركب فرس الوصي.

فإن قيل: قد رضى بركوب الوارث فإنه يدفع^(٤) إليه باختياره فهو نظير الغاصب إذا وهب المغصوب لرجل، أو أعاره منه، فهلك في يده، ثم ضمن الغاصب القيمة فإنه لا يرجع على الموهوب له، وعلى المستعير، وطريقه ما قلنا، فهاهنا يجب أن يكون كذلك.

فالجواب في تلك الصورة: وهو ما إذا وهب الغاصب الغصب^(٥)، أو أعاره

(١) سقط في م.

(٢) في م: للوصي.

(٣) في م: للوصي.

(٤) في م: دفع.

(٥) في م: المغصوب.

[الغاصب، فقد]^(١) قصد الصلة من جهة نفسه لا من جهة غيره، فإذا ملكه بالضمان تتم الصلة من جهته، فيحصل مقصوده فلا يرجع على الموهوب له وعلى المستعير. فأما في مسألتنا: قصد الصلة من جهة الميت، فإذا ملكه بالضمان تتم الصلة من جهة الميت، [وإذا ملك]^(٢) بالضمان تتم الصلة من جهته، وهو ما رضي بالصلة من جهته، فكان قبض الوارث بغير إذن الوصي، فكان له الرجوع عليه.

إذا أوصى بعبد له وقفاً في سبيل الله؛ يداوي الجرحى، وهو طبيب، أو يسقي الماء للغزاة في سبيل الله، أو يخدم الغزاة، أو يؤجر، [وتنفق]^(٣) غلته في سبيل الله - تعالى - قال: يعطي الغلة الفقراء؛ ولأن الغلة صدقة تملك، ومحل الصدقة الفقراء.

وأما من استسقى من الغزاة يسقي غنياً كان، أو فقيراً؛ لأن هذا ليس بصدقة تملك، بل هو إباحة الانتفاع، [وما كان طريقه]^(٤) طريق الإباحة يستوي فيه الغني، والفقير [كالماء الموضوع في الطريق للشرب]^(٥) فإنه يستوي في إباحة تناوله الغني، والفقير]^(٦)، قال: وأفضل ذلك أن يكون لأجل الحاجة؛ لأن^(٧) الغني يقع له الكفاية بدون ذلك؛ لأنه^(٨) يشتري عبداً فيخدمه فيستقي الماء.

وأما الفقير، فلا يقع له الكفاية بدون ذلك، فكان الفقير أولى به، وإن مات القيم في حياة الذي حبس ذلك، أو بعد وفاته، فالأمر فيه إلى من ولاه^(٩) القيم ذلك؛ لأنه

(١) في م: المغصوب.

(٢) في م: فإذا ملكه.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: وأما.

(٥) الشرب - بكسر الشين -: الحظ من الماء، وبضمها: فعل الشارب.

ينظر: طلبة الطلبة (١/٣١٢)، مادة (ر ه ن).

(٦) سقط في م.

(٧) في م: إلا أن.

(٨) في م: فإنه.

(٩) في م: ولاية.

قائم مقام القيم، فكان الأمر في ذلك إلى القيم في حياته، فكذا إلى من قام مقامه. واعتبره بالوصي إذا مات فأوصى إلى غيره، كان وصي الوصي أولى بالتصرف من غيره في مال الصغير، فكذا هاهنا، وإن مات القيم في حال حياة^(١) الذي حبس، ولم يول^(٢) أحدا أمر^(٣) الحبيس، فإن القاضي يجعل القيم في ذلك من أحب، ولا يكون للذي حبسه في ذلك شيء، كذا ذكره محمد - رحمه الله - هاهنا. وذكر الخصاص في كتابه: أن الذي حبسه هو الذي يولي غيره، وهكذا ذكر هلال في كتابه.

ووجه ما ذكر: أن القيم لو ولى غيره ومات يجوز توليته، وإنما يملك القيم تولية غيره بولاية استفادها من جهة الذي حبسه، فلأن يجوز للذي حبسه أن يولى غيره بولاية نفسه، كان أولى.

وجه ما ذكر محمد - رحمه الله - : أن الذي حبسه لما دفعه إلى القيم، فقد خرج الحبيس عن ملكه، وعن يده، وصار هو في حق الحبيس بمنزلة سائر الأجانب؛ ألا ترى أنه لو أراد أن يخرج من يد القيم ليس له ذلك، وليس لسائر الأجانب تدبير في هذا الأمر، فكذا لا يكون للذي حبسه فيه تدبير، فإن جعل حبسا، وشرط أن يكون هو القيم فيه [فهو]^(٤) باطل على قول من يرى التسليم إلى المتولى شرطا، وإن دفع ذلك إلى القيم يقوم به، وشرط أنه إن مات القيم كان الأمر في نصب القيم إليه، فذلك جائز على ما شرط، فإذا مات القيم قبل الذي حبسه كان الرأي في نصب القيم الذي حبسه اعتبارا لشرطه، فإن شروط الواقف معتبرة مرضية، إلا أن في المسألة الأولى إنما لم يعتبر شرط الواقف؛ لأن به ينعدم ما هو شرط صحة الوقف، وهو التسليم إلى المتولي، وهذا المعنى لا يتأتى في المسألة الثانية، وكذلك لو شرط قيما

(١) في م: حياته.

(٢) في م: يدل.

(٣) في م: من.

(٤) سقط في م.

بعد قيم، فذلك جائز، وليس للقيم إذا مات أن يجعل الولاية إلى غير [ما]^(١) شرط الذي حبسها؛ [لأن شرطه كما روعي]^(٢) في حق القيم الأول، فكذا في حق القيم الثاني، وقد وجد من وقوف السلف هكذا، والدليل عليه أن مثل هذا الشرط يجوز في ولاية السلطنة^(٣) والإمارة، روي أن رسول الله ﷺ بعث سرية، وأمر عليهم زيد ابن حارثة، ثم قال: «إن قتل زيد، فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر، فعبد الله بن رواحة أميركم»^(٤)، وكان كما قال، فلما جاز مثل هذا الشرط ثمة فكذا هاهنا، وإذا جعل فرسه [حبيسة في سبيل الله تعالى، ودفعه حبيسا في سبيل الله تعالى].

وقال: إن استغنت عنه فادفعه إلى غيرك]^(٥) حبيسا في سبيل الله تعالى، فهو جائز، وهو نظير ما لو وقف على قوم بأعيانهم على أنهم [إن استغنوا]^(٦) فمصرفه الفقراء، وذلك جائز، فهذا كذلك، وإن مات صاحب الفرس لا يصير ميراثا^(٧) لورثته، وإن مات المعطى إليه كان حبيسًا على من أوصى صاحب الفرس له [به]^(٨) حبيسًا، ليس لصاحب الفرس عليه سبيل، وإن استغنى المعطى إليه، أو ترك الجهاد، ورجع إلى أهله لزمه أن يدفعه إلى غيره، ويكون حبيسا عنده اعتبارا لشرط

(١) سقط في م.

(٢) في م: اعتبار الشرط الحابس ألا ترى أنه اعتبر شرطه.

(٣) في م: السلطنة.

(٤) أخرجه البخاري (٥٨٣/٧) كتاب المغازي، باب: غزوة مؤتة، حديث (٤٢٦١).

(٥) سقط في م.

(٦) في م: استعينوا.

(٧) الميراث في اللغة يطلق على المال المنتقل عن الميت، ويُقال له أيضًا: وراثته، وإرث، وتراث. وقيل: الميراث في المال، والإرث في الحساب.

ينظر: لسان العرب (٤٨٠٩/٦)، مادة (ورث)، وعمدة الحفاظ، للسمين الحلبي (٤/

٢٨٢٩)، مادة (ورث)، وشذا العرف في فن الصرف، لأحمد الحملاوي، ص (٢٠٣).

والميراث في اصطلاح الفقهاء عبارة عن: استحقاق الوارث نصيبه مما تركه الميت.

ينظر: دراسات في الشريعة الإسلامية، أ.د. عبد الجليل سعد القرنشاوي، منشورات

جامعة قاريونس، بنغازي، ط (٢)، ١٩٨٩م، ص (١٣).

(٨) سقط في م.

صاحب الفرس، فإن [كان]^(١) دفعه إلى غيره، ثم بدا له أن يرجع إلى الجهاد، وأراد أن يأخذ الحبيس، ليس له ذلك؛ لأن الأول دفع الحبيس إلى الثاني بإذن، فكأن صاحب الحبيس هو الذي دفع بنفسه، ولو كان دفع بنفسه، لم يكن لأحد أن يأخذه منه، كذا هاهنا، وإن كان صاحب الفرس شرط للأول أنه إذا استغنى، ودفعه إلى غيره، ثم احتاج إليه، أو رجع إلى الغزو كان هو أولى، فهو جائز على ما شرط، وهو نظير ما ولو وقف على أولاده، فإن استغنوا فالوقف لفلان، وإن احتاج أولاده بعد ذلك، دخلوا في الوقف، وذلك جائز، فهذا كذا.

ولو جعل فرسه في سبيل الله عشرين سنة، ثم هي مردودة على الذي حبس، أو وقف إن كان حيا، وعلى ورثته إن كان ميتا، لا يجوز هذا الحبس، وهذا الوقف، وهو على قول من يرى التأييد شرطا لصحة الوقف، [وهو قول محمد - رحمه الله -

أما على قول من لا يرى التأييد شرطا لصحة الوقف، وهو]^(٢) أبو يوسف، يجوز [هذا]^(٣) الحبس، و[هذا]^(٤) الوقف.

ولو أن رجلا [جعل]^(٥) فرسه حبيسا في سبيل الله تعالى، ودفعه إلى غيره على أنه إن استغنى عنه المدفوع إليه أو حضره الموت دفع إلى غيره، فلم يغز المدفوع إليه سنته تلك فدفعه إلى غيره يغزو عليه إعارة، فلا بأس بذلك لأنه دفع إلى غيره بأمر صاحبه، وبحكمه؛ لأن صاحبه شرط [عليه]^(٦) أن يدفعه إلى غيره إذا استغنى عنه، [وقد استغنى]^(٧) حيث لم يغز في تلك السنة [فله أن يدفعه إلى غيره]^(٨)؛ ولأنه قد

(١) سقط في م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: و.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

ملك منافع الفرس في الغزو؛ ألا ترى أن صاحب الفرس لم يملك أخذ الفرس منه، فصار بمنزلة المستعير [له أن يعير]^(١)، وهذا التعليل يشير إلى أنه، وإن لم يقل صاحب الفرس للمدفع إليه: فإن استغنيت عنها فادفعه إلى غيرك أن له أن يدفعه إلى غيره عارية، وليس له أن يؤاجر الفرس من غيره كما ليس للمستعير أن يؤاجر، فإن أجره من غيره؛ ليغزو عليه فغزا عليه المستأجر، فالأجر للآجر؛ لأنه هو العاقد، فإن عطب في يده من ركوبه، أو من غير ذلك كان للقاضي الخيار بين تضمين [الآجر، وبين تضمين]^(٢) المستأجر؛ لأن كل واحد منهما متعد في حق الفرس، فإن ضمن الآجر لم يرجع بما ضمن على المستأجر؛ لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أجر ملك نفسه، وإن ضمن المستأجر رجع المستأجر بما ضمن على الآجر؛ لأنه مغرور من جهته، والمغرور يرجع على الغار بما غره، ثم يشتري القاضي بالقيمة فرسا، ويجعله حبسا على الآجر؛ [لأن الفرس الثاني قائم مقام الفرس الأول، ولو كان الفرس قائما كان حبسا على الآجر]^(٣)، فكذا هذا الفرس.

قال: ويتقدم القاضي إليه [فيه]^(٤) أن [لا]^(٥) يؤاجره، يفعل ذلك بطريق النصيحة؛ لأنه بالإجارة يصير مرتكبا ما ليس له ذلك، والقاضي نصب ناصحا للمسلمين، ولو قتل الفرس غير الذي [حبس]^(٦) عليه، أو ركبه^(٧) بغير أمره، فعطب تحته، كان ضامنا لقيمته، يأخذها الذي حبسه عليه ويشتري بها فرسا آخر فيكون حبسا في يده.

(١) في م: وللمستعير أن يغزو.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: غيره.

و[لو]^(١) أن رجلين في يد كل منهما فرس حبيس على هذه الصفة من جهة غيره، دفع كل واحد منهما الفرس الذي في يده إلى صاحبه؛ ليغزو عليه على أن يدفع صاحبه الفرس الذي في يده إليه ليغزو عليه شرطا ذلك بينهما شرطا، فهذا فاسد؛ لأن هذا مبادلة المنفعة بجنسها، [ومبادلة المنفعة بجنسها]^(٢) إجارة فاسدة، عرف ذلك في موضعه، فإن عطب أحد الفرسين، فالقاضي يضمن أيهما شاء، وإن سلما كان على كل واحد منهما أجر مثل الفرس الذي غزا عليه؛ لأنه منفعة بحكم إجارة فاسدة وإن كان دفع كل واحد منهما الفرس الذي في يده إلى صاحبه حتى غزا عليه من غير شرط^(٤) بينهما، فهذا لا بأس به؛ لأنه إذا لم يكن ذلك مشروطا بينهما لا يكون هذا مبادلة [المنافع بالمنافع]^(٥) بل يكون عارية محضة.

وقد ذكرنا أن المحبوس عليه الفرس له أن يعير الفرس للغزو.

ولو أن رجلا جعل خيلا له في سبيل الله، ودفعها إلى وكيل له، يكون هو الذي يوزع الخيل^(٦) إلى الغزاة، إذا غزوا، ولم يشترط ردها إليه فهو جائز، ولا بأس للوكيل أن يوزعها بين الفقراء من الغزاة، وبين الأغنياء؛ لأن هذا إباحة، وليس بتملك.

وقد ذكرنا قبل هذا أن في مثل هذا يستوي الغني، والفقير، فإن دفع الوكيل إلى رجل فرسا وقال: اركب في سبيل الله [فليس له أن يحمل غيره، فهو مستعير، والمستعير إذا شرط ركوب نفسه، ليس له أن يركب غيره كذلك هاهنا، وإن قال: خذه في سبيل الله، ولم يشترط عليه أن يكون هو الذي يركبه، فلا بأس بأن يحمل

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في س: يد.

(٤) زاد في م: مشروط.

(٥) في م: للنافع.

(٦) في م: الخيول.

عليه غيره ممن يغزو في سبيل الله كما إذا أعاره، ولم يشترط على المستعير ركوب نفسه^(١).

ولو أن هذا الوكيل أعطى رجلاً فرساً في سبيل الله، وأعطى رجلاً آخر فرساً في سبيل الله، فقال الرجلان كل واحد منهما لصاحبه: أعطيك فرسي تغزو عليه على أن تعطيني فرسك أغزو عليه، ففي القياس هذا باطل، وإذا^(٢) عطب الفرسان، أو أحدهما كان عليهما الضمان ممن يغزو في سبيل الله.

[وفي الاستحسان]^(٣) لا بأس به، وإذا عطبا، أو عطب أحدهما، فلا ضمان، وجه القياس في ذلك: أنهما لما شرطاً ذلك فيما بينهما، فقد بادلا^(٤) المنفعة بجنسها، فيكون إجارة فاسدة، وصار كما لو كان الفرسان لرجل^(٥).

وفي الاستحسان: اعتبر حال الحابس وأنه رجل واحد، والأفراس كانت له، ومعنى هذا أن الوكيل قائم مقام الحابس.

فكان الحابس دفع بنفسه، ولو كان الحابس دفع بنفسه، وباقي المسألة بحالها لم يكن به بأس؛ لأن المدفوع إليهما استفاد الانتفاع من جهة الحابس فقاما مقامه، والحابس لو قال لأحدهما: أعط فرسك من صاحبك؛ ليغزو عليه على أن يعطيك فرسه؛ لتغزو عليه لم يكن به بأس، ولم يكن ذلك إجارة؛ إذ الرجل لا يؤاجر بعض أفراسه ببعض، كذا هاهنا.

وأما إذا كانا^(٦) لرجلين يتحقق صورة الإجارة؛ لأن منافع الفرسين لمالكين

(١) في م: لأنه إنما أعطاه ليركب بنفسه ومن دفع إلى غيره فرساً ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره عرف ذلك في موضعه، وإن أعطاه إياه وقال: خذه في سبيل الله ولم يشترط عليه أن يركب هو فلا بأس بأن يحمل غيره عليه كما في غير عارية الدابة للركوب إذا لم يشترط على المستعير الركوب بنفسه.

(٢) في م: وإن.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: تبادلا.

(٥) في م: لرجلين.

(٦) في م: كان.

مختلفين، والرجل يؤاجر فرسه بفرس غيره، هذا إن اعتبرنا حال الحابس، وإن اعتبرنا حال القيم لما أن الأفراس زالت عن ملك الحابس، فالقيم واحد، وأنه قائم مقام الحابس، [والحابس إن^(١)] كان واحدا، وباقي المسألة بحالها، لم يكن به بأس، فكذا إذا كان القائم مقام المالك واحدا، ولو أن هذين الرجلين أخذ كل واحد منهما فرسه من صاحبه بدراهم، أو دنانير على أن يغزو عليه، فهذا لا يجوز؛ لأن هذا إجارة؛ لأن الدراهم والدنانير مالهما، وليس بمال صاحب الفرسين، فهذا مقابلة [بملك الغير]^(٢) فيكون إجارة، وليس لهما ولاية الإجارة، وليس للوكيل أن يؤاجر شيئا من هذا الخيل للغزو، ولو كان فعل كان ضامنا، وإن [احتاج]^(٣) الخيل إلى النفقة كان للوكيل أن يؤاجرها [لغير الغزو؛ و]^(٤) لأن الإجارة والحالة هذه من جملة الغزو؛ ولأن الحيوان لا يعيش بدون النفقة، فإذا لم يكن في يد الوكيل مال ينفق عليه لو لم يؤاجره يهلك^(٥)، ولا يحصل الغزو [به لأنه]^(٦) يؤاجر للغزو؛ ولأنه يبطل به معنى الثواب، والذي حبسه قصد به الثواب، فالإجارة للغزو مما تبطل ما هو مقصود الحابس، ولا كذلك الإجارة لغير الغزو.

ونظير هذا ما ذكرنا في كتاب الوقف: إذا جعل الرجل خانا لمارة الطريق فاحتاج الخان إلى المرمة، كان للقيم أن يؤاجر بعض منازلها بقدر ما يحتاج إلى المرمة^(٧).
يوضح ما قلنا: [أن]^(٨) الذي حبس لو أذن للوكيل بذلك صريحا بأن قال له:

- (١) في م: إذا.
- (٢) في م: تلك العين.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في س: للغزو.
- (٥) في س: فهلك.
- (٦) في م: إلا أن.
- (٧) في س: المره.
- (٨) سقط في م.

إذا^(١) احتاج إلى النفقة، فأجره بقدر نفقته، كان للوكيل ذلك، وهاهنا إن لم يوجد الإذن صريحا، فقد وجد الإذن دلالة؛ لأن الإجارة للمنفعة تعود إلى إصلاح الدابة؛ لأنها لا تبقى حبيسا إلا بعد السعي في إصلاحها، وإن رفع الوكيل الأمر إلى القاضي [حتى يؤاجر بأمر القاضي]^(٢)، فذلك أحسن، ولو لم يرفع، وفعل ذلك بنفسه فهو جائز لما قلنا، وإذا جعل الرجل فرسه حبيسا على رجل، ودفعه إليه، ثم أراد المحبوس عليه أن يركبه في حوائجه^(٣)، فإن ركبه خارج المصر على مسيرة يوم، أو يومين، أو ثلاثة، فليس له ذلك قياسا واستحسانا، وإن ركبه في المصر في حوائجه، أو حول المصر لشهود الجنابة، أو لتشجيع المسافرين، فالقياس: ألا يكون له ذلك.

وفي الاستحسان: له ذلك، وله أن يعير في هذا أيضا استحسانا. ووجه القياس: أن الحابس أذن له بالركوب في الغزو، ولم^(٤) يأذن له بالركوب في [حوائجه، فيكون ركوبا]^(٥) بغير إذن، فلا يكون [له]^(٦) ذلك، وصار كالركوب خارج المصر على مسيرة يوم، أو يومين، أو ثلاثة. وجه الاستحسان: أن قليل الركوب يرجع إلى إصلاح الدواب، فإن من الدواب ما إذا ربط في [المربط يأخذ يداها، أو رجلاها، لا يركب أحيانا]^(٧)، ويفسد سيرها، فالركوب القليل يرجع إلى رياضة الدابة، وإصلاحها، والمالك يكون آذنا وراضيا بما يرجع إلى إصلاح الدابة. وإنما الكثير، وهو الركوب خارج المصر إلى مسيرة يوم، أو يومين غير محتاج

(١) في م: إن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يركب لحوائجه.

(٤) في م: وأما إذا لم.

(٥) في م: الغزو وفي فالركوب في حوائجه ركوب.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: المربوط فلا يركب أحيانا يأخذ يداها ورجلاها فلا.

إليه لرياضة الدابة^(١) وإصلاحها، فلا يدخل ذلك تحت الإذن؛ ولأن [في]^(٢) منع المحبوس عليه [عن]^(٣) الركوب القليل منع الناس عن أخذ [الخيال]^(٤) الحبيس؛ لأن نفقة الخيل الحبيس تكون على المحبوس عليه، فإذا علم المحبوس عليه أنه يلزمه النفقة، ولا يجوز له الركوب القليل يمتنعون عن أخذ الخيل الحبيس، وإمساكه، فيضيق الأمر على الناس، وإن ركب الخيل لسعيه، أو ليشتري له علفا، [أو ليحمل عليه علفا]^(٥)، أو لشيء آخر تعود منفعته إلى الخيل فلا بأس به قياسا، واستحسانا، وإن كان يركبه ليرهب به في الغزو في المصر أو خارج المصر، وكان يرى لهم عيوننا في الثغر، فركبه لذلك فلا بأس به؛ لأن هذا الركوب من الجهاد، وكذلك السيف يجعل حبيسا في سبيل الله تعالى وأراد أن يتقلده لمنفعة نفسه، فإن [كان]^(٦) تقلده يفسد السيف أو يضر به أو بحمائله أو لخفته، فلا يلبسه، وإن كان لا يضر به فلا بأس به؛ لأنه قليل المنفعة فلم يكن به بأس كركوب الدابة.

وإن كان يلبسه^(٧) ليرهب به العدو، وكان لهم عيون في الثغور^(٨) فلبس السلاح الحبيس، وتقلد السيف الحبيس لذلك، جاز؛ لأن إرهاب العدو من الجهاد واستعمال هذه الأشياء جائز، وإن جعل^(٩) نبلا، أو قوسا حبيسا في سبيل الله تعالى لم يعجبني أن يرمي صاحبها بالنبل والقوس بين الغرضين، وإن كان يتعلم بذلك

(١) في م: الدواب.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: لبسه.

(٨) الثغور جمع ثغر؛ والثغر: موضع المخافة. وقال الأزهري: أصل الثغر: الهدم والكسر،

يقال: ثغرت الجدار: إذا هدمته، وقيل للموضع الذي تخاف منه العدو وهو المراد هنا:

ثغر؛ لانتلامه، وإمكان دخول العدو منه. ينظر: تهذيب اللغة (٨/٨٩).

(٩) في م: جعل.

الرمي، وهو مما يتقوى به [على] ^(١) الغزو؛ لأن هذا مما يفسد القوس، والنبيل، والرمي بين الغرضين ليس من الجهاد، وليس له إفساد ما أعد للجهاد في غير أمر الجهاد، بخلاف ما إذا ركب الفرس الحبيس في حوائجه في المصر، فإن ذلك لا بأس به؛ لأن ذلك الركوب لا يفسد الخيل، بل يصلحه ^(٢) حتى لو كان يفسده ^(٣) يمنع عنه كما لو ركبه لتعلم الفروسية، أو ركبه خارج المصر يوما، أو أكثر لحوائجه، فإن كان المحبوس عليه الخيل في سبيل الله تعالى سمع بعلف رخيص يباع في غير موضعه من المصر، فإن كان ذلك الموضع في المصر، أو قريبا منه في قرى ^(٤) فلا بأس بهذا؛ لأن هذا من منافع الدابة، وهذا القدر من الركوب لا يضر بالدابة؛ ألا ترى أنه لو ركب هذا القدر لحاجة نفسه لم يكن به بأس، فكذا إذا ركب لمنفعة الدابة، وإن كان موضعا بعيدا من المصر فسافر عليها، لم يعجبني أن يفعل ذلك؛ لأن المسافرة عليها لا لأجل الغزو، ولم يدخل تحت ولايته، ولو جاز هذا، لجاز أن يأتي به بعض الكور التي بينها وبين مصره عشرة أيام، وهذا أمر قبيح، وإن كان المسلمون لا يقدرون فيه على العلف إلا من مسيرة ثلاثة أيام فلا بأس بأن يركبه إلى [ذلك] ^(٥) الموضع؛ ليحمل [عليها] ^(٦) علفه ^(٧)؛ لأن هذا موضع الضرورة.

قال: ولا بأس بأن يركبه راجعا مع العلف أيضا؛ لأنه عسى يحتاج إلى الركوب مع العلف؛ لضبط الدابة؛ [ولأجل] ^(٨) هذا المعنى جاز له الركوب في الذهاب، ولكن لا ينبغي له أن يحمل من العلف ما لا يطيق إذا ركب عليه مع ذلك؛ لأن ذلك

(١) سقط في م.

(٢) في م: يصحه.

(٣) في م: يفسد.

(٤) في م: قراء.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: عليها على العلف.

(٨) سقط في أ.

يكون استهلاكاً للدابة؛ ألا ترى أنه لا يحل له مثل ذلك في دابة نفسه، ففي الحبيس أولى.

وإذا أعطى الرجل سيفاً حبيساً؛ ليغزو به في سبيل الله، وعلى السيف حلية، فليس له أن يعرض للحلية^(١)؛ لأن الحلية تبع للسيف، فيصير حبيساً بمثل حال السيف، ولكن يستعمله في أمر الجهاد في حليته كما أذن له، فإن احتاج السيف إلى المرممة^(٢) كان مرممة السيف على المحبوس عليه؛ لما كان هو^(٣) المتمتع بالسيف كذا هاهنا، فإن كان الحابس أعطى السيف وكيلاً له ليدفعه إلى من يغزو به في سبيل الله تعالى، ثم يرده على الوكيل لم يسع الوكيل أن يعرض للحلية^(٤) بصدقة، أو غيرها؛ لأن المفوض إليه الدفع إلى من يغزو في سبيل الله تعالى، فلا يملك غير ما فوض إليه، وإن احتاج إلى مرمته، وإصلاحه، أو^(٥) إصلاح جفنه، فرأى الوكيل أن يصلحه من حليته^(٦)، فلا بأس بذلك يأخذ من الحلية بقدر ما يحتاج إليه للمرممة، ويدع ما بقي حتى يحتاج إلى مرممة أخرى؛ لأنه لا وجه أن يجعل المرممة على الوكيل؛ لأن الوكيل لا يتتبع به، فيتعين أن يكون المرممة منه؛ ألا ترى أن^(٧) الفرس الحبيس إذا كان في يد الوكيل فاحتاج إلى النفقة، تكون^(٨) النفقة من منافع الفرس بأن يؤاجر، كذا هاهنا، وإن كان رم^(٩) بعض الحلية انتزع كلها رمم^(١٠) السيف بما يحتاج إليه، وأمسك الفضل عنده، ولم يتصدق به، حتى إذا احتاج إلى مرممة السيف

(١) في م: الحلية.

(٢) في م: مرممة.

(٣) في م: هذا.

(٤) في م: الحلية.

(٥) في م: و.

(٦) في م: حبيسة.

(٧) زاد في أ: في.

(٨) في أ: يجوز.

(٩) سقط في م.

(١٠) في أ: نزع.

ثانيا رمه؛ لأن صاحب السيف ما جعل الحلية للصدقة إنما جعلها في الغزو، فلا يصرف إلا في أمر الغزو.

ولو أن رجلا جعل فرسا له حبسا في سبيل الله تعالى، ودفعه إلى وكيل له يدفعه إلى بعض من يخرج في سبيل الله تعالى، فأصابه عيب بحيث لا يقدر أن يغزو^(١) عليه، ولكنه لا بأس به للركوب في المصر، أو للعجلة^(٢)، فلا بأس بأن يبيعه الوكيل، ويشتري بثمنه فرسا يغزى عليه في سبيل الله تعالى؛ لأنه لو لم يبيعه [لهلك الفرس]^(٣)، ولا يمكن الغزو عليه، [فتنقطع الصدقة]^(٤) التي حبسه، فكان له استبداله، ليبقى صدقته، وأمر الوكيل في ذلك جائز من غير أمر القاضي؛ لأن صاحب الفرس فوض إليه السعي في إنفاذ صدقته، فإن كان الثمن الذي يبيع الفرس به لا يبلغ ثمن فرس يغزى عليه، فإن كان يطمع أن يصاب به فرس يغزى عليه يعني في باني^(٥) الحال، وقف حتى يصاب به فرس آخر؛ لأنه لا يمكنه إدامة هذه الصدقة بشراء فرس آخر، فيوقف^(٦)، ولا يعطل أمر هذه الصدقة، وإن كان يعلم أنه لا يصاب به فرس آخر رد الفرس على صاحبه الذي حبسه، ولا يتصدق به [على المساكين]^(٧)؛ لأنه جعله حبسا، ليغزى عليه لا ليملك^(٨) بالصدقة، فإذا صار بحال لا يغزى عليه، عاد إلى ملك الذي حبسه، وهذا على قياس قول محمد - رحمه الله -، وأنه يقول في الرجل جعل أرضه مسجداً، وصلى فيه الناس ثم خرب ما حوله، واتخذت مزرعة، وخرب المسجد، فإن كان يطمع أن يعود إليه أهله، ويصلى فيه لا يعود إلى ملك

(١) في م: الغزاء.

(٢) في م: للعجل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: تنقطع صدقة.

(٥) في م: باقي.

(٦) في م: فسوف.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: لتمليك.

صاحبه، وإن كان لا يطمع أن يعود إليه عاد إلى ملك صاحبه، فيأخذه^(١) صاحبه، ويبيعه، أو يجعله مزرعة، وإن كان ميتا، فلورثته ذلك، ولا يتصدق به؛ لما أنه جعله للصلاة لا للصدقة، فإذا صار بحال لا يصلى فيه يعود إلى ملك المالك، ولا يتصدق به. فكذلك أمر الفرس.

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يرد الفرس على المالك، كما لا يعود المسجد ملكا إذا كان لا يصلى فيه.



(١) في م: فأخذه.

الفصل الرابع^(١) في الوقف المضاف

سئل الخصاف - رحمه الله - عن قال: جعلت ضيعتي، - وحددها^(٢) - صدقة موقوفة لله تعالى أبداً بعد سنة من هذا الوقت على المساكين، هل تكون هذه الضيعة بعد مضي سنة وقفاً؟ قال: لا أحفظ عن أصحابنا في هذا شيئاً، قال: وعندي أنه لا تكون هذه الضيعة وقفاً.

وإذا أوصى رجل بغلة بستانه لرجل عشر سنين، ومات، فجعل ورثته هذا البستان وقفاً [صحيحاً]^(٣) بعد مضي هذه العشرة سنين، [فهو جائز، وهو وقف، وكذلك إنقال: الموصي قد جعلت هذا البستان وقفاً بعد هذه السنين]^(٤)، وهو يخرج من ثلثه^(٥)، فهو جائز، ولو أن رجلاً أجر ضيعة له ستين، ثم إنه جعلها بعد ذلك صدقة موقوفة لله تعالى [أبداً]^(٦) على سبيل سماها، ثم بعد ذلك على المساكين، قال: ليس لصاحب الأرض أن يبطل ما عقد عليه من الإجارة، وكانت الضيعة وقفاً على ما جعلها عليه من الوقف^(٧) الذي وقفها، [ولو أن رجلاً رهن الإجارة، وكانت الضيعة وقفاً على ما جعلها عليه من الوقف الذي وقفها]^(٨)، ولو أن رجلاً رهن ضيعة له من رجل، ثم إنه وقفها وقفاً صحيحاً، فإن افتكها الراهن، فالوقف جائز، وإن لم يفتكها حتى مضت سنة، أو ستان لا يبطل الوقف حتى لو افتكها بعد ذلك كان وقفاً، فإن مات صاحب الضيعة في فصل الإجارة، والرهن قبل الافتك، ففي فصل الرهن إن

(١) في م: نوع آخر.

(٢) في م: ودها.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ثلاثة.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: الوقت.

(٨) سقط في م.

كان له مال غير الضيعة أدى الدين من ماله، وكانت الضيعة وقفا، وإن لم يكن له مال غير هذه الضيعة بيعت الضيعة في الدين، ويبطل الوقف.

وأما في فصل الإجارة فالإجارة تنقضي بموت الآجر، أو المستأجر، [و] ^(١) كانت الضيعة وقفا، وإذا اشترى ضيعة على أن البائع فيها بالخيار فوقفها، ثم أجاز البائع البيع، [لم يجز الوقف] ^(٢).



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

نوع آخر في الوقف على نفسه :

ومما يتصل به :

إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي، قال هلال: لا يجوز الوقف، وعلى قياس قول أبي يوسف [- رحمه الله - يجوز؛ لأن الواقف لو شرط لنفسه أن يأكل من غلته على قول أبي يوسف] ^(١) - رحمه الله - يجوز، على ما يأتي بيانه [بعد هذا] ^(٢) - إن شاء الله تعالى - .

وليس عن محمد - رحمه الله - رواية ظاهرة في هذه الصورة. واختلف المشايخ على قوله ^(٣)، بعضهم قالوا: لا يجوز [عنده؛ لأن] ^(٤) الإخراج عن يده، والتسليم إلى المتولي شرط، وإذا كان الوقف على نفسه كان المتولي قابضا للوقف، فكأنه لم يخرج ^(٥) من يده.

وبعضهم قالوا: على قول محمد - رحمه الله - يجوز، فقد ذكر محمد في آخر كتاب الوقف: أنه إذا وقف على أمهات أولاده كالوقف على نفسه.

وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - يجيز أن يشترط الواقف لنفسه الأكل فيقول: على أني آكل منه، ولا يجيز الوقف على نفسه، فكان يقول: الوقف على نفسه خرج مخرج الفساد فيبطل، وشرط الأكل لنفسه خرج مخرج الوقف على وجه الصحة.

فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن قوله أرضي صدقة موقوفة، وقف صحيح تام على الفقراء، ففوات معنى الصدقة في الاستثناء لا يبطل أصل الوقف، كما لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: قول.

(٤) في م: عند.

(٥) في م: يخرج.

وجه قول هلال: أن الإنسان لا يكون متصدقا على نفسه كما لا يكون واهبا لنفسه؛ لأن كل واحد منهما تملك، والتمليك من نفسه لا يتصور فذهب معنى القرية، وبقي معنى الحبس مطلقا، وماله يكون محبوسا عليه قبل الوقف، ولا معنى للاستعمال [بالحبس]^(١) على نفسه بخلاف الغني؛ لأن التملك منه متصور، وفيه نوع قرية، ولكن دون قرية الفقير.

وأما هاهنا فأصل التملك لا يتصور، [فكان ينبغي على قول]^(٢) هلال أن يلغو ذكر نفسه، ويجعل وقفا على الفقراء كما لو قال: أرضي هذه صدقة على الموتى، فإنه يكون وقفا صحيحا على الفقراء، ويلغو ذكر الموتى.

والفرق بينهما على قول هلال: أن الميت في نفسه ليس من أهل التملك، فلغت^(٣) الإضافة إليه، أما نفسه من أهل التملك في الجملة، ولكن تملكه من نفسه لا يتصور، فمن حيث إنه من أهل التملك في الجملة اعتبرت الإضافة، ومن حيث إنه تملك من نفسه لا يتصور ولا^(٤) يعتبر الإضافة، فسد الوقف.

وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أمهات أولادي، أو قال: عبيدي، فالوقف باطل، هكذا ذكر هلال، [وهذا إنما يأتي على قول هلال أن]^(٥) الوقف على أمهات الأولاد، والعبيد كالوقف على نفسه، ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة علي، [ثم بعدي على فلان، فكان باطلاً، وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على فلان، ثم من بعده علي، كان باطلا على قول هلال، بخلاف ما إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على]^(٦)، وعلى فلان، حيث يصح نصفه، وهو حصه فلان؛ لأن في

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإن كان ينبغي على.

(٣) في م: فتلفت.

(٤) في م: لأن.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في م: لأن.

(٦) سقط في م.

الفصل الأول أثبت الغلة كلها لفلان في زمان، ولنفسه في زمان، فشرط الكل لنفسه في زمان يبطل.

وفي هذه المسألة: ما إذا ثبت الغلة كلها لنفسه في زمان، بل أثبت الحصة بين نفسه، وبين فلان في الغلة في جميع الأزمان، ولو أفرد الوقف على نفسه لا يصح، ولو أفرد على غيره يصح، فإذا جمع بينهما كان لكل واحد منهما حكم نفسه، وكذلك إذا قال: صدقة موقوفة على نفسي وولدي، ونسلي كان الوقف كله باطلاً؛ لأن حصة النسل مجهولة، وهذا على قول هلال أيضاً. والله تعالى أعلم.



الفصل الخامس^(١)

في الوقف على أولاده، وأولاد أولاده

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: إذا قال: أرضي [هذه]^(٢) صدقة موقوفة بعد وفاتي^(٣) على ولدي، وولد ولدي، ونسلي، ثم مات، فإن الوقف على ولده لصلبه لا يجوز؛ لأن هذا وصية للوارث (وهي)^(٤) لا تجوز، وعلى ولد ولده يجوز؛ لأنهم لا يرثونه، ولكن [الكل]^(٥) لا يكون لهم ما دام^(٦) ولد الصلب حيا؛ لأنه لم يجعل الكل لهم، فيقسم الغلة في كل سنة على عدد رؤوس ولد الصلب، وعلى عدد رؤوس ولد الولد، [فما أصاب ولد الولد]^(٧) فهو لهم وقف، وما أصاب ولد الصلب فهو ميراث بين جميع الورثة حتى شاركهم الزوج والزوجة؛ لأن الميراث لا يختص به بعض الورثة دون البعض، وإن مات بعض ولد الصلب، والغلة تقسم على عدد رؤوس ولد الولد، وعلى الباقي من ولد الصلب، فما أصاب الباقي من ولد الصلب يكون بين جميع، ورثة الميت الأحياء، والأموات منهم كل من كان حيا منهم عند موت الواقف؛ لما ذكرنا أن ولد الصلب إنما يستحق ذلك بطريق الإرث، ولا ينفرد هو به بل يكون لمن كان وارثا عند موت الواقف، ثم من مات منهم تكون حصته لورثته، فن كان ولد ولد الصلب يستحق من وجهين، [أما نصيبه]^(٨) بالقسمة يستحق بالوقف.

[وأما نصيب أبيه]^(٩) يستحق بالإرث من جهة أبيه، وكان السيد الإمام أبو شجاع

(١) في م: الرابع.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: موتى.

(٤) في م: والوصية للوارث.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: داموا.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ما يصيبه.

(٩) في م: وما يصيب أباه.

- رحمه الله - يقول: ينبغي لمن أراد أن يوقف على أولاده أن يكتب في الصك: وقف فلان على أولاده فلان، وفلان كذا في حياته وصحته ولا يكتب في حياته وبعد وفاته، وهذا الجواب صحيح فيما إذا كان للواقف وارث آخر غير الموقوف عليهم؛ غير صحيح فيما إذا لم يكن له وارث غير الموقوف عليهم؛ لأن الوصية للوارث إنما لا تجوز لحق باقي الورثة؛ ألا ترى أن باقي الورثة لو أجازوا الوصية كانت الوصية صحيحة.

وذكر في [الأجناس للناطفي]^(١): إذا وقف وقفا وشرط لنفسه أن يأكل [هو]^(٢) ويؤكل من أحب ما دام حيا ثم من بعده على ولده، وولد ولده، ونسله أبدا ما تناسلوا، فإن انقرضوا فهو على المسلمين^(٣) فهذا جائز عند أبي يوسف - رحمه الله -، ولم يكن ذلك وصية للولد؛ [لأن]^(٤) الولد يأكل من مال الله تعالى؛ ألا ترى أنه لو وقف على أولاده، وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء كان جائزا، كذا هاهنا.



(١) في م: أجناس الناطفي.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: المساكين.

(٤) في أ: أن ولد.

نوع آخر من هذا الفصل:

إذا وقف أرضه على ولده، ومن بعده على المساكين وقفا صحيحًا، فإنما يدخل تحت الوقف الولد الموجود^(١) يوم وجود الغلة سواء كان موجودًا يوم الوقف، أو وجد بعد ذلك، وهذا قول هلال وبه أخذ مشايخ بلخ - رحمهم الله -.

وقال يوسف بن خالد السمطي: يدخل تحت الوقف الولد المولود يوم الوقف، وأراد بهذا وقت وجود الخلق على ما يأتي، بيانه، بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال: لأن الحق إنما يجب في الوقف [يوم الوقف]^(٢) بدلالة أن الواقف لا يقدر على الرجوع عنه على قول مجيزي الوقف، ولا يملك إدخال غيرهم عليهم، ويعتبر شروطه يوم الوقف، [فصار يوم الوقف كيوم موت الموصي في الوصية، فكذا هاهنا، وجه قول هلال: أن الموقوف عليه لا يملك الرقبة، بل يملك الغلة، والغلة معدومة يوم الوقف]^(٣)، والمعدوم^(٤) لا يملك، وإنما يملك الموجود، فصار [في حق الموقوف عليه يوم وجود الغلة كيوم موت الموصي في حق الموصي له و] في حق الواقف رقبة الوقف تزول عن ملكه يوم الوقف، فروعى شروطه يوم يزول ملكه.

ولو قال: على ولدي، وعلى من يحدث لي من الولد، فإذا انقرضوا فعلى المساكين، فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول: وهو أن ينظر إلى ولده يوم وجود الغلة؛ لأن قوله: على من يحدث لي من الولد، شرط لو لم يذكر لكان

(١) في م: المولود.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) العين المعدومة: هي ما كانت معدومة حين العقد وبعده.

ينظر: بدائع الصنائع (١٩/٦)، المجموع، للنووي (٢٨٠/٩)، والمغني، لابن قدامة

(٦٣/٣)، تهذيب الفروق (٢٦٥/٣)، المحلى (٣٩٤/٩).

الحكم هكذا أنه لو حدث له ولد بعد الوقف قبل الغلة شاركهم، فإذا شرط كان الشرط تأكيداً لمقتضاه لا تغييراً^(١).

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد، وليس له ولد فإنه يجوز، فإذا أدركت الغلة قسمت على الفقراء، فإذا حدث له ولد بعد ذلك، فلا حظ له من هذه الغلة؛ لأن أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد، ولكن الغلة التي توجد بعد ذلك تصرف إلى هذا الولد ما بقي، فإذا لم يبق له ولد صرفت الغلة إلى الفقراء؛ لأن قوله: صدقة موقوفة، يكون وقفاً على الفقراء. وذكر الولد لاستثناء الغلة من الفقراء، فصار كأنه قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء إلا أنه إن حدث لي ولد فغلتهما له ما بقي.



(١) في م: يعتبر.

نوع آخر:

إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي، يصرف إلى البطن الأول يريد ولد صلبه، ولا يشارك البطن الثاني البطن الأول، يريد بالبطن الثاني، ولد الابن، فما دام أحد من البطن الأول باقيا فالغلة له، وإن لم يبق واحد من ذلك فالغلة تصرف إلى الفقراء، ولا يصرف إلى البطن الثاني، وإن لم يوجد البطن الأول، ووجد البطن الثاني، وهو ولد الابن فالغلة للبطن الثاني ولا يشاركه من دونه من البطون، وجعل الحال في حق ما بين البطن الثاني، ومن ولد^(١) من البطون كالحال في حق ما بين الأول والثاني، ولو عدم البطن الأول والثاني، ووجد البطن الثالث والرابع، ومن دونهم، اشترك الثالث ومن دونه من البطون، وإن كثرت؛ لأن البطن الثالث قد فحش بعده كالبطن الرابع والخامس؛ ألا ترى أنك إذا نسبته إلى الأب الأعلى بذكر الوسائط فتقول: ولد ولد ولد فلان، فتذكر ثلاثة آباء، والثلاثة جمع صحيح فيثبت أن نسبته بعيدة، والبعد إذا فحش يتعلق الحكم بنفس الانتساب كما لو أوصى لبني تميم، أو لبني هاشم، أو لأولاد أبي بكر^(٢)، يصرف إلى جنسهم، ويستوي [فيه]^(٣) من بعدت ولادته، ومن قربت، كذا هنا.

وأما في البطن الثاني فالبعد غير متفاحش؛ ألا ترى أنك إذا نسبته إلى الأب يذكر بواسطتين فتقول: هذا ولد ولد فلان، ولا يتعلق الحكم بنفس الانتساب، وكل جواب عرفته في الوقف على ولده فهو الجواب في الوقف على ولد فلان. ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي [وولد ولدي]^(٤) اختص به البطن الأول، والثاني، [ألا ترى]^(٥) أنه لو ذكر البطن الأول، ولم يذكر غيره اختص به

(١) في م: دونه.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: رضي الله عنه.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: إلا.

البطن الأول، فإذا ذكرهما اختصا به، ولو قال: على ولدي، وولد ولدي، فالقياس أن يختص به البطون كلها، وإن سفلوا؛ لما ذكرنا: أن البعد إذا فحش يعتبر مجرد النسبة، ويسقط اعتبار الأقرب.

إذا وقف أرضه على ولده وليس له ولد لصلبه، وله ولد الابن صرفت الغلة إلى ولد الابن، وإن حدث له ولد لصلبه بعد ذلك صرفت الغلة المستقبلية إلى الولد لصلبه؛ لأن كل غلة تذكر إنما ينظر إلى مستحقها وقت الإدراك، ولا ينظر إلى ما مضى؛ [لما مر^(١)]، فإذا [كان^(٢)] في وقت الإدراك من سماه الواقف صرفت الغلة إليه سواء كان موجودا يوم الوقف، أو حدث بعده.

ألا ترى أن من جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده، وليس له ولد صرفت الغلة إلى الفقراء، فإن حدث له بعد ذلك ولد صرفت [له^(٣)] الغلة المستقبلية إليه، كذا هاهنا.

إذا قال في صحته: جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على ولدي، وولد ولدي وأولاد أولادهم، ونسلهم أبدا ما تناسلوا، فإنه يدخل في عدد هذه الصدقة كل ولد كان له يوم وقف هذا الوقف وكل ولد يحدث له بعد هذا الوقف قبل حدوث الغلة، وولد الولد أبدا، ومن مات منهم قبل حدوث الغلة سقطت حصته، ومن مات بعد ذلك استحق سهمه، ويكون ذلك لورثته، والبطن الأعلى، والبطن الأسفل في ذلك على السواء، إلا إذا قال في وقفه على أن يبدأ في ذلك [بالبطن الأعلى منهم ثم البطن الذي يليه، فإن قال: على هذا الوجه، فإن مات^(٤)] البطن الأعلى إلا واحدا^(٥)، كانت الغلة كلها لهذا [الباقى وحده، ثم البطن الذي يليه^(٦)]

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: واحدة.

(٦) في م: الثاني دون البطن الذي ثلثه.

ولو قال: على أن يبدأ بالبطن الأعلى، ثم الذين يلونهم على أن يكون ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، [فجاءت الغلة]^(١)، والبطن الأعلى ذكورا، ولا أنثى معهم، أو إناثا لا ذكور معهن فذلك كله بينهم على السواء، وهذا بخلاف الوصية فإن من أوصى بثلاث ماله لولد زيد منهم للذكر مثل حظ الانثيين، وكان لزيد ثلاث بنين، فالثلث يقسم عليهم، وعلى بنت لو كانت^(٢) معهم، فما أصاب البنت من الثلث يرد على ورثة الموصي؛ لأن ما يبطل من الوصية يرد إلى التركة، ويكون ميراثا، والوقف لا يكون كذلك، ولو قال: على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا، ولم يقل [بطنا]^(٣) بعد بطن، لكن قال: كلما مات أحد كان نصيبه من هذه الغلة لولده، فالحكم قبل موت بعضهم ما ذكرنا من^(٤) الغلة، ويكون^(٥) لجميع ولده وولد ولده ونسله بينهم على السواء، وإن مات بعض ولد الواقف لصلبه، وترك ولدا، فإن الغلة تقسم على عدد القوم على الولد وولد الولد وإن سفلوا، وعلى الذي مات من ولد الصلب، فما أصاب الميت من الغلة، فإن ذلك لولده، ويصير لولد هذا الميت سهمه الذي جعله له الواقف، وسهم والده^(٦).

وهذا بخلاف الوصية، فإن من قال: أوصيت لفلان بألف درهم، و^(٧) أوصيت بثلاثي لقرابتي، وكان الموصي له بألف من قرابته، فإنه ينظر إلى ما يصيبه من الثلث إذا كان من القرابة، وما يصيبه من الألف من جملة الثلث ليعطى الأكثر من ذلك، ويعطى من وجه واحد، ولا يجمع ذلك [كله]^(٨) له، وإن قال: على ولدي وولد

(١) سقط في م.

(٢) في م: كان.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: أن.

(٥) في م: تكون.

(٦) في م: ولده.

(٧) في م: أو.

(٨) سقط في م.

ولدي، ونسلهم، وأولادهم أبدا ما تناسلوا على أن يبدؤوا^(١) في ذلك بالبطن الأعلى منهم، ثم بالبطن الذي يليه^(٢) إلى آخرهم بطنا بعد بطن، وكلما حدث الموت على واحد منهم، وترك ولدا كان نصيبه^(٣) من الغلة لولده، وولد ولده، ولنسله أبدا ما تناسلوا على أن يقدم البطن الأعلى، وكلما حدث الموت على واحد منهم، ولم يترك ولدا، ولا ولد ولد ولا نسلا، ولا عقباً، كان نصيبه من هذه الصدقة مردوداً إلى أهل هذه الصدقة، فقسمت الصدقة سنين على البطن الأعلى، فمات بعد ذلك [ولد]^(٤) وترك ولداً، وولد ولد، فإن الغلة تقسم على أولاد الواقف من كان موجوداً وقت الوقف، ومن حدث بعد ذلك، فما أصاب الأحياء من ذلك أخذوه، وما أصاب الموتى كان لولد من مات منهم على ما شرط الواقف من تقديم البطن الأعلى اعتباراً لشرط الواقف، وإن^(٥) لم يترك الميت من البطن الأعلى ولداً^(٦) لصلبه، وإنما ترك ولد ولد، فإن نصيب الميت من الغلة لولد ولده، وهو من البطن الثالث، وكذلك إن كان أسفل من الثالث؛ لأن الواقف كذا شرط، وإن [كان]^(٧) عدد البطن الأعلى عشرة أنفس، فمات منهم اثنان ولم يتركا^(٨) ولداً، ثم مات آخران بعد ذلك، [وترك كل]^(٩) واحد منهما، ولداً أو ولد ولد، ثم مات بعد هذين اثنان^(١٠) آخران، ولم يتركا ولداً، ولا ولد ولد، فتنازعت الأربعة الباقون من البطن الأعلى، وولد

(١) في م: يبدأ.

(٢) في م: يلونهم.

(٣) في م: ما يصيبه.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ولو.

(٦) في م: وكذا.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: يترك.

(٩) في م: لكل.

(١٠) في م: ابنان.

الاثنتين^(١) الميتين، قسمت الغلة يوم يأتي هؤلاء الأربعة، وعلى الميتين اللذين تركا أولادًا على ستة أسهم، فما أصاب الأربعة كان ذلك لهم، وما أصاب الميتين اللذين تركا أولادا كان ذلك لأولادهما، وسقطت سهام الأربعة الموتى الذين لم يتركوا أولادًا. والله أعلم^(٢).

وإذا وقف على أولاده يدخل في الوقف بنو البنين، وهل يدخل فيهم بنو البنات؟ ففيه روايتان، وكذلك إذا وقف على ذريته يدخل فيهم بنو البنين، وهل يدخل فيه بنو البنات؟ ففيه روايتان.

وأصل هذا ما ذكر محمد في السير الكبير في باب من أبواب الأمان: إذا قال أهل الحرب للمسلمين أمنونا على ذرارينا فأمنوهم [على ذلك، فهم آمنون]^(٣)، وذرايرهم أولادهم، وأولاد أولادهم من الرجال كأولاد البنين، وإن سفلوا دون أولاد البنات، وكذلك إذا قال: أمنونا على أولادنا^(٤)، فهم آمنون على أنفسهم، وعلى أولادهم لأصلاهم، وعلى أولاد أولادهم من قبل [الرجال]^(٥) بني البنين دون بني البنات، وكذلك إذا قالوا^(٦): أمنونا على بنينا، فهم آمنون على بنينهم لأصلاهم، وبني بنينهم دون بني بناتهم.

وذكر في باب من أبواب الأمان: أن بني البنات يدخلون في الأمان فيصير في المسألة روايتان، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يميل إلى أن البنت لا تدخل تحت الأمان.

وذكر في الكبير أيضا إذا قال واحد من أهل الحصن: أمنوني على بناتي، وله

(١) في م: الابنين.

(٢) زاد في م: نوع آخر.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أولادهم.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: قال.

بنات ابن، وبنات بنت دخل في الأمان بنات الابن، ولا يدخل فيه بنات البنت.
 قيل: هذا على الرواية التي قال: إن ابن^(١) البنت [لا يدخل تحت الأمان،
 وقوله: أمنوني على بني، أما على الرواية التي قال ثمة: إن ابن البنت]^(٢) يدخل،
 فبنت البنت تدخل أيضا هاهنا.

وقيل: بنت البنت لا تدخل تحت الأمان رواية واحدة، بخلاف ابن البنت على
 إحدى الروايتين.

والفرق أن قضية القياس أن ابن البنت، وبنت البنت لا يدخلان تحت الأمان؛
 لأنهما ابن ابن المستأمن^(٣)، وبنت بنت^(٤) المستأمن لا ابن المستأمن وابنته، لكن
 تركنا القياس في ابن البنت باستعمال الشرع، وهو قوله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ
 وَيَعْقُوبَ كُلًّا هَدَيْنَا وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ إلى قوله:
 ﴿وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَى وَعِيسَى﴾.

جعل عيسى من ذرية إبراهيم، وعيسى لإبراهيم كان ولد البنت، «وقد صح أن
 رسول الله ﷺ سمي الحسن، والحسين ابنه»^(٥) ومثل هذا الاستعمال لم يوجد في
 بنت البنت، [فترد ابنة البنت]^(٦) إلى ما يقتضيه القياس، والجواب في الوقف يجب
 أن يكون كذلك.

قال محمد - رحمه الله - في السير عقب هذه المسألة: إلا إذا سمي شيئا يعرف

(١) في م: أبناء.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: بنت البنات.

(٤) في م: ابن.

(٥) أخرجه البخاري (٣٠٦/٥، ٣٠٧) كتاب الصلح، باب: في قول النبي ﷺ للحسن بن علي
 (٢٧٠٤).

أما الحسين فعن أم سلمة قالت: إن الحسن أو الحسين بال على بطن النبي ﷺ؛ فقال
 النبي ﷺ: «لا ترزموا ابني ولا تستعجلوه، فتركه حتى قضى بوله، فدعا بماء فصبه عليه».
 وقال الهيثمي في المجمع (٢٨٩/١): رواه الطبراني في الأوسط، وإسناده حسن.

(٦) سقط في م.

أنه أراد به بنات البنات، بأن قال المستأمن في بنات بنات وقد مات أمهاتهن: فأمنوني في بناتي، أو قال: على بناتي، فحينئذ دخل فيه بنات البنات؛ لأن دلالة الحال دلت على إرادة بنات البنات، ولدلالة الحال من السلطان ما للصريح، فصار كأنه قال: أمنوني على [بنات]^(١) بناتي، فهناك يدخل في الأمان بنات البنات كذا هاهنا، ويجب أن يكون الجواب في الوقف هكذا.

وذكر في السير أيضا إذا قال: أمنوني على أولاد أولادي، دخل في الأمان بنو البنات.

قال القاضي ركن الإسلام علي السغدري - رحمه الله -، والشيخ الإمام شيخ الإسلام - رحمه الله -: هذه المسألة على الروايتين أيضا.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن في هذه الصورة أولاد البنات يدخلون رواية واحدة، وإنما^(٢) الروايتان فيما إذا قال: أمنوني على أولادي، وهذا؛ لأن المذكور هاهنا ولد الولد، وولد الولد حقيقة اسم لمن [ولدتها وابنته ولده]^(٣)، فمن ولدتها ابنته^(٤) يكون ولد ولده حقيقة، فأما إذا ذكر أولاده فأولاده حقيقة من ولده هو من حيث الحكم فيكون منسوبا إليه بالولادة، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات فالجواب في الوقف على قول شمس الأئمة - رحمه الله - يكون هكذا إذا وقف على أولاد أولاد فلان دخل تحت الوقف أولاد البنات رواية واحدة.



(١) سقط في م.

(٢) في م: وأما.

(٣) في أ: ولدته وهو ولده وابن ولده.

(٤) في م: وابنه.

نوع آخر:

ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي الذين يسكنون البصرة، فالغلة لساكني البصرة من ولده دون غيرهم؛ لأنه أثبت الاستحقاق لولده بصفة أن يكون ساكن البصرة يوم وجود الغلة، فتعلق الاستحقاق بالولادة وسكني البصرة جميعا، ويعتبر ساكني البصرة يوم وجود الغلة على ما مر [في ذلك]^(١)، ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي العوراء والعميان، فالوقف لهم خاصة دون غيرهم؛ لأنه علق الاستحقاق بصفة العور وصفة العمى، فيتعلق بهما، ويعتبر العوراء والعميان من ولده يوم الوقف لا يوم الغلة، وكذلك إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على أصاغر ولدي يعني ولدي الصغار، فالوقف للصغار دون الكبار، ويعتبر [في]^(٢) الاستحقاق من كان صغيرا وقت الوقف لا وقت الغلة.

أما العوراء والعميان، فإن العور، و^(٣) العمى وصف لازم لا يزول. وقد ذكره بزيادة التعريف فجرى مجرى اسم العلم، ولو قال^(٤) باسم العلم بأن قال: أرضي صدقة موقوفة على فلان ولدي^(٥)، اختص فلان بالاستحقاق من جملة أولاده، ولو ولد له بعد ذلك ولد آخر، وسماه بذلك الاسم، لم يشارك الثاني الأول في الاستحقاق، فكذلك في العور^(٦).

وأما الصغر^(٧) وإن كان^(٨) مما يزول بالكبر، ولكنه يزول زوالا لا يعود، بخلاف

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أو.

(٤) في م: ذكر.

(٥) في م: والذي.

(٦) في أ: العوراء.

(٧) في م: الصغير.

(٨) في م: ما.

الفقراء أو^(١) ساكني البصرة؛ لأن الفقر يزول عن الإنسان، ويعود فتارة يفتقر، وتارة يستغني فلم يكن الثبوت تاماً، و[لا]^(٢) الزوال، وكذلك السكنى، وصار الحاصل: أن الاستحقاق إذا كان ثابتاً بصفة لا يزول أو يزول، ولكنها لا تعود بعد الزوال يعتبر في الاستحقاق قيام تلك الصفة [وقت الوقف، وإن كانت تزول، وتعود، فوقت]^(٣) مجيء الغلة، فعلى هذا الأصل يدور جنس هذه المسائل^(٤).

وفي وقف الخصاف: لو أن رجلاً جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده، ونسله، وعقبه أبداً ما تناسلوا، ومن بعدهم على الفقراء والمساكين، وشرط في الوقف أن كل من انتقل من مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلى مذهب الشافعي - رحمه الله -، خرج من الوقف، فهو على ما شرط لو خرج واحد منهم إلى مذهب الشافعي خرج من الوقف، فإن ادعى بعضهم على بعض أنه انتقل من مذهب أبي حنيفة إلى مذهب الشافعي وأنكر [ذلك]^(٥) المدعى عليه، فالقول في ذلك [قوله، وعلى]^(٦) المدعي البينة على ذلك.



(١) في م: و.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: المسألة.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: قول.

نوع آخر من هذا الفصل :

إذا قال: أرضي هذه صدقة [موقوفة]^(١) على بني، وله ابنان فصاعدا، استحقا جميع الغلة، وإن حصل الإيجاب بلفظ الجمع؛ لأن في المثنى^(٢) معنى الجمع من وجه بضم الواحد إلى الواحد؛ ألا ترى أن في باب الوصية أعطى للمثنى حكم الجمع، فكذا في الوقف؛ لأن الوقف نظير الوصية، ولو لم يكن له إلا ابن واحد؛ كان لابن نصف الغلة، والنصف الآخر للفقراء؛ ألا ترى أن من أوصى بثلاث ماله لبني فلان، وليس لفلان إلا ابن واحد، كان لابن نصف الثلث، والنصف^(٣) الآخر يكون لورثة الموصي، وليس [اسم]^(٤) الابن كاسم الولد، وأنه إذا وقف على ولده وله ولد واحد، كان جميع الغلة له، ولو كان له أولاد قسمت الغلة بينهم؛ لأن الولد بصيغته^(٥) اسم واحد، وبمعناه اسم جنس؛ لأن معنى الولادة تعم الجنس واحدا كان، أو جماعة [فيصح صرفه]^(٦) إلى الواحد بصيغته، وإلى الجمع بمعناه، بخلاف قوله: بني؛ لأنه اسم جنس^(٧) بصيغته، وبمعناه، حتى لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على بني^(٨)، وله ابن واحد كان جميع الغلة له؛ لأن الابن اسم واحد بصيغته، فإنما أوجب الغلة للواحد، ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على بني، وله بنون، وبنات.

قال هلال: [هم]^(٩) جميعا في الوقف سواء؛ لأن البنين، والبنات عند الاجتماع

(١) سقط في م.

(٢) في م: المعنى.

(٣) في أ: والثلث.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بصيغة.

(٦) في م: فصرفه.

(٧) في م: جمع.

(٨) في أ: ابني.

(٩) سقط في م.

يسمون بنين، هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه، ورواه عن أبي حنيفة، وعن يوسف بن خالد السمطي^(١) فيمن أوصى بثلاث [ماله]^(٢) لبني فلان، وله بنون^(٣) وبنات، فالثلاث لهم جميعا، وهم فيه سواء، وكذا الوقف.

قال هلال: وروى يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - [أن ذلك للبنين دون البنات، علل فقال: ألا ترى أنه لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان. بعض مشايخنا قالوا: إن في هذه المسألة روايتين عن أبي حنيفة - رضي الله عنه-]^(٤)، وبعضهم، وفق بين الروايتين، فقال: ما روي أن فيه البنين، والبنات محمول على ما إذا كان [بنو فلان]^(٥) قبيلة، أو بني تميم.

وما روي فيه [عدم دخول]^(٦) البنات، محمول على ما إذا كانوا قوم^(٧) يحصون، وقد أشار في التعليل إلى ما قلنا، حيث قال: لا يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان، وهذا إنما يستقيم إذا كانوا بني أب [يحصون، أما إذا كانوا بني أب]^(٨) لا يحصون صح ذلك، فإنه يستقيم أن يقال: هذه المرأة من بني تميم، وبنحوه روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في الوصية، [فإنه]^(٩) قال: الثلث للبنين [دون البنات]^(١٠) إلا في كل أب يحسن أن يقال: هذه المرأة من بني فلان مثل فخذ، أو قبيلة [كذا]^(١١)، ولو قال: على بني، وليس له بنون، وله بنات، فالغلة للفقراء،

- (١) في م: الشمني.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: بنين.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: فلان أو.
- (٦) سقط في م.
- (٧) في م: بني أب.
- (٨) سقط في م.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) سقط في م.

[ولا شيء للبنين؛ لأن اسم البنين لا يتناول البنات المفردات، وكذلك إذا قال: على بناتي، وله بنون، فالغلة للفقراء]^(١)، ولا شيء للبنين، ولو كان الوقف باسم الولد، دخل فيه البنون، والبنات؛ لأن الولد اسم مشتق من الولادة، وهذا المعنى يوجد في^(٢) الفريقين. [والله أعلم]^(٣).



(١) سقط في م.

(٢) في أ: من.

(٣) سقط في م.

الفصل السادس^(١)

في الرجل يوقف^(٢) على قرابته فيجيء مدع يدعي أنه من قرابته

إذا وقف أرضه على قرابته، قسمت الغلة على قرابته على عدد رؤوسهم، الصغير والكبير، الغني والفقير فيه سواء؛ لأن اسم القرابة يتناولهم على السواء، والاستحقاق بهذا الاسم، فإن جاء رجل يدعي أنه من قرابة الواقف، فإن كان الواقف حيا، فهو خصمه يثبت عليه قرابته منه؛ لأن الوقف في يده، والمدعي يدعي عليه لنفسه حقا فيما في يده، وهو يمنعه عنه فينتصب خصما [له]^(٣)، وإن كان الواقف ميتا، فخصمه الوصي^(٤) الذي الوقف في يده وجعله قيما عليه، لما ذكرنا، ولأن القيم [قائم]^(٥) مقام الميت، [بإقامة الميت إياه]^(٦) مقام نفسه، فينتصب خصما للمدعي كالميت، وإن كان له وصيان أو أكثر، فادعى المدعي على أحدهما، جاز، ولا يشترط اجتماعهم، ولا يكون وارث الميت خصما للمدعي في ذلك إلا أن يكون متوليا، وكذلك أرباب الوقف^(٧) لا [يكونوا خصماء]^(٨) للمدعي؛ أما أرباب الوقف؛ لأنه لا ملك لهم، إنما لهم مجرد الحق؛ ألا ترى أن المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعي عين الرهن، وإنما لا^(٩) ينتصب؛ لأنه لا ملك له في عين الرهن. وأما الوارث فإنه لا ملك [له]^(١٠) في عين الوقف، والوقف ليس في يده، فإن حضر القيم، وجاء بشاهدين شهدا على أنه قريب هذا [الواقف، والوقف ليس في

(١) في م: الخامس.

(٢) في م: يقف.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: وصيه.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: فأقامه الميت.

(٧) في م: الخصم.

(٨) في م: يكون خصما.

(٩) في أ: فإنما.

(١٠) سقط في م.

يده، فإن حضر القيم، وجاء بشاهدين شهدا على أنه قريب هذا^(١) الواقف، فالقاضي لا يقبل شهادتهما حتى يشهدا بنسب معلوم، كأن يشهدا أنه ابنه، أو أخوه، أو عمه، أو ابن عمه، وما أشبه ذلك، وينبغي مع ذلك أن يبينوا أنه أخوه لأبيه وأمه، أو لأبيه، أو لأمه.

والجواب في هذا نظير الجواب في فصل الميراث، إذا^(٢) شهد الشهود بوراثة رجل، وكذلك على هذا إذا وقف على نسله، فجاء رجل يدعي أنه من نسل الواقف، وأقام على ذلك بينة، لا تقبل شهادتهم ما لم يبينوا أنه ولده لصلبه، أو ولد ابنه، أو ولد ابنته، فإن فسروا القرابة، وقالوا: لا نعلم^(٣) له قريبا آخر سواه، فالقاضي يعطيه الغلة، وإن لم يقولوا ذلك، فالقاضي يتأنى، ويتلوم زمانا، فإن طال ذلك ولم يظهر له قريب آخر، قال: أستحسن^(٤) أن يعطيه^(٥) الغلة، ويأخذ^(٦) منه كفيلا، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد - رحمهما الله -.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا يأخذ منه كفيلا كما في الميراث، فإن قال الشهود: له قرابة غائبة^(٧)، فالقاضي يفرز^(٨) أنصباءهم، فإن قال الشهود: لا ندري كم عددهم، ينبغي للقاضي أن يقول لهم: احتاطوا، ولا^(٩) تشهدوا إلا بما تتيقنوا به، فيقولوا: لا نعلم له قرابة أخرى [سوى]^(١٠) كذا وكذا، وإن أقام مدعي القرابة

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإذا.

(٣) في م: نفهم.

(٤) في أ: يستحسن.

(٥) في م: أعطيه.

(٦) في م: وأخذ.

(٧) في م: غيب.

(٨) زاد في م: أيضا.

(٩) في م: ألا.

(١٠) سقط في م.

شاهدين شهدا أن فلانا [القاضي]^(١) قضى [أنه قريب هذا]^(٢) الواقف، وأنه من قرابته.

قال هلال: ينبغي للقاضي أن يسألهما عن تفسير القرابة، فإن فسروا قرابة يستحق بها الوقف، أعطاه، وإلا فلا يعطيه شيئاً، وإن لم يفسر الشهود، [أو كانوا]^(٣) قد ماتوا، أو غابوا، فالقاضي يسأل المدعي، ويستفسره^(٤) القرابة، فإذا ذكر قرابة يستحق بها يعطيه الغلة، وإن ذكر قرابة لا يستحق بها لا يعطيه شيئاً، وليس هذا نقضا لقضاء القاضي الأول، لأن القاضي الأول قضى بكونه قريب الواقف فقط، ولا ينقض هذا [القضاء]^(٥)، وليس كل قريب مستحق الوقف حتى لو قضى القاضي الأول بالغلة، أو قضى بأنه موقوف عليه، فإن القاضي الثاني يمضيه، ويعطيه الغلة، وإن لم يفسر المدعي القرابة أيضاً، أو كان صيباً^(٦).

قال هلال: القاضي يعطيه الغلة، ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة، وعلى أنه قضى بقرابة يستحق^(٧) بها، وقاسه على مسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في الزيادات: أن مدعي الميراث إذا أقام بينة عند القاضي أن قاضي بلد كذا قضى بأنه وارث فلان الميت، ولم يرد الشهود على هذا، فهذا^(٨) القاضي يجعله وارث الميت ويحمل قضاء القاضي الأول على الصحة كذا هاهنا. هذه^(٩) جملة ما أورده هلال في وقفه.

(١) سقط في م.

(٢) في م: أن هذا قريب.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في م: و.

(٤) في م: بتفسيره.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وسا.

(٧) في م: يستحقه.

(٨) في م: فقال.

(٩) في أ: هذا.

وذكر الخصاف في وقفه: أن شهود المدعي إذا شهدوا أن قاضي بلدة كذا قضى أن [هذا]^(١) قريب الواقف، أستحسن أن أجز هذا، وأحمله على الصحة، ولم يذكر سؤال الشهود، ولا سؤال المدعي، قال الفقيه أبو جعفر: وعندني: أنه لا يقضي له بالغلة، وليس هذا كمسألة الزيادات؛ لأن الوراثة إذا^(٢) ثبتت، يستحق بها الإرث على كل حال، فأما القرابة متى ثبتت قد يستحق بها الغلة، وقد لا يستحق، فلا تكون القرابة نظير الوراثة^(٣).

رجل أثبت قرابته عند القاضي، وقضى بها، ثم جاء آخر، وادعى أنه قريب الواقف، ولم يجد القاضي^(٤)، وأراد أن يخاصم المقضي له الأول، فإن كان الأول قد أخذ شيئاً من الغلة، فهو خصم الثاني، وإن لم يكن أخذ شيئاً من الغلة لم يكن خصماً للثاني سواء قدمه إلى القاضي الذي قضى به للأول^(٥)، أو قدمه إلى قاض آخر، وهذا استحسان ذهب إليه هلال، والقياس أنه إذا قدمه إلى القاضي الأول، أن يجعله خصماً، كما في مسألة الوصية، فإن ادعى الوصية بالثلث، إذا أقام شهوداً أن الميت أوصى له بالثلث، وقضى القاضي له بذلك، وأعطاه شيئاً من التركة، فجاء رجل آخر، وادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله، ولم يجز الوارث، فقدم هذا الموصى له [إلى القاضي الأول]^(٦)، فهو خصم للثاني؛ لأنه يدعي شيئاً مما في يده، وإن كان الأول لم يأخذ شيئاً من التركة، إن قدمه الثاني إلى قاض آخر [لا]^(٧) يكون خصماً له، وإن قدمه إلى القاضي الأول جعله خصماً له، ويجب أن يكون الجواب

(١) سقط في م.

(٢) في م: متى.

(٣) في م: القرابة.

(٤) في م: الوصي.

(٥) في م: الأول.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

في القرابة كذلك، [وهذا استحسان^(١)] هلال، وفرق بين المسألتين، ووجهه: أن الموصى له شريك الوارث، فإذا قدمه إلى قاض علم بكونه [شريكا للوارث]^(٢)، صار كما لو قدم الوارث.

وأما الموقوف عليه ليس بشريك للوارث^(٣)، والثاني لا يدعي على الأول شيئا، إنما ادعى^(٤) على الواقف أنه قريبه^(٥)، والموقوف عليه ليس بنائب عن الواقف، فلهذا لا يكون خصما، ولو أن رجلا أثبت قرابته من الواقف، وفسر القرابة، وقضى القاضي [له]^(٦) بالغلة، ثم جاء آخر، وأقام بينة أنه ابن المقضي له الأول، فإنه يقضي له بالغلة، ولا يحتاج إلى أن يفسر قرابته من الواقف؛ لأن الأول أثبت قرابته من الميت، فإذا أثبت الثاني أنه ابن الأول، كان ابن الأول بتلك القرابة ضرورة، وكذلك لو كان المقضي له الأول امرأة، وباقي المسألة بحالها، وإن أقام الثاني بينة أنه أخو المقضي له الأول لأبيه، فالقاضي [إن]^(٧) قضى للأول بقرابته من قبل أبيه، [قضى للثاني، وإن قضى للأول بقرابته من قبل أمه]^(٨)، كان الثاني أجنبيا من الواقف، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، وشهادة ابني الواقف أن هذا الرجل قريب والدنا مع تفسير القرابة، مقبولة؛ لإيرادهم في هذه الشهادة.

ولو ادعى قوم أنهم^(٩) قرابة الميت، وشهد بعضهم بالقرابة لبعض، بأن شهد [اثنان لاثنين]^(١٠) منهم أنهما قرابة الواقف، [وفسراها، ثم]^(١١) شهد المشهود لهما

(١) في م: استحسن.

(٢) في م: شريك الوارث.

(٣) في م: الوارث.

(٤) في م: يدعي.

(٥) في أ: قريب.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: أبيه.

(٩) في م: أنه.

(١٠) في م: ابنان لابنين.

للساهدين أنهما قرابة الواقف، لا تقبل شهادتهم؛ لأن كل فريق شهد للفريق الآخر بما له فيه شركة؛ لأنه ما من جزء من أجزاء المال ثبت لأحد الفريقين [إلا وللـفريق] (١) الآخر فيه حق الشركة، وإن كان القاضي قد قضى بشهادة الساهدين الأولين، ثم شهد المقضي لهما للساهدين، لا يقبل شهادتهما للساهدين الأولين؛ لأنها لو قبلت تدفع الشركة بين المشهود لهما وبين الساهدين، وشهادة الساهدين الأولين ماضية على حالها؛ لأنها تأكدت بالقضاء، فلا تبطل، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا لم يقض القاضي بشهادة الساهدين الأولين، حيث لا يقبل شهادتهم جملة، لأن هناك أحد الفريقين لم تتأكد [شهادته] (٢).

أما هاهنا بخلافه، وإذا وقف أرضه على قرابته، فجاء رجل، وادعى أنه من قرابته، وأقر الواقف بذلك، وفسر القرابة، وقال: هذا ممن وقفت عليه، فإذا كان للواقف قرابة معروفون، لا يصح إقراره؛ لأن الوقف قد ثبت للمعروفين، فهو بهذا الإقرار يريد إبطال حق المعروفين في الوقف (٣) فلا يصدق، كالمريض إذا أقر أن هذا أخي، أو عمي، وله ورثة معروفون، فإنه لا يصح إقراره، كذا هاهنا، وهذا إذا كان الإقرار من الواقف بعد عقد الوقف، فأما إذا أقر بذلك في عقد الوقف بأن قال في عقد الوقف: هذا ممن وقفت عليه قبل ذلك منه؛ لأن حق الغير لم يثبت بعد، فلم يكن هذا الإقرار مبطلاً حقاً لأحد (٤)، بخلاف ما إذا كان الإقرار بعد عقد الوقف، وأما إذا لم يكن له قرابة معروفون، فالقياس ألا يصح إقراره؛ لأن الحق قد ثبت للفقراء، فلا يقبل قوله في تنقيص حقهم.

وفي الاستحسان: يقبل قوله؛ لأن الحق لم يثبت لشخص بعينه، وهو نظير

(١) في م: وفسروها و.

(١) في م: الأولين للفريق.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: البعض.

(٤) في م: على أحد.

المريض إذا لم يكن له ورثة معروفون، فقال لرجل: هذا أخي لأبي وأمي، صح إقراره، وإن كان فيه إبطال حق بيت المال، والمعنى ما ذكرنا أن الحق لم يثبت لشخص بعينه، وإذا عرفت الجواب في إقرار الواقف بالقرابة، تبنى عليه مسألة الشهادة على الواقف بالقرابة، ففي كل موضع صح إقراره قبلت الشهادة على إقراره، وفي كل موضع لا يصح إقراره لا تقبل الشهادة على إقراره.

قال: وإذا وقف على ولده ونسله، ثم أقر لرجل أنه ابنه، فإنه لا يصدق في الغلات الماضية؛ لأنها صارت حقا للمعروفين، ويصدق في الغلات المستأنفة؛ لأن النسب يثبت بإقراره، فعند الاستحقاق هو وسائر الورثة في النسب على السواء، وإذا وقف على قرابته، وجاء رجل يدعي أنه من قرابته، وأقام بينة، فشهدوا أن الواقف كان يعطيه مع القرابة في كل سنة شيئا، لا يستحق بهذه الشهادة شيئا، وكذلك لو شهدوا أن [القاضي فلانا كان]^(١) يدفع إليه مع القرابة في كل سنة شيئا، ولا يكون دفع القاضي حجة؛ لأنه يحتمل أن القاضي قضى على بعض قرابة الواقف بإقراره له [أنه ابنه]^(٢). والله تعالى أعلم.



(١) في م: قاضي فلان.

(٢) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل معرفة قرابة الواقف الذين يستحقون بها الوقف:
قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبيه، وكل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أمه المحرم، وغير المحرم، والقريب، والبعيد، والجمع، والفرد في ذلك على السواء، فإذا وقف على قرابته، أو على [ذوي قرابته، أو على^(١)] أقربائه، أو على ذو^(٢) قرابته، دخل هؤلاء تحت الوقف عندهما.

وقال أبو حنيفة^(٣) - رحمه الله - : إن حصل الوقف بلفظ الواحد نحو قوله: على قرابتي، على ذي قرابتي، دخل تحت الوقف من كان أقرب إلى الواقف من محارمه، وإن حصل الوقف بلفظ الجمع نحو قوله: على ذوي قرابتي، [أو^(٤) على أقربائي، يعتبر [ما ذكر للجمع^(٥) حتى ينصرف اللفظ إلى المشني، فصاعدا. وتكلم المشايخ في معنى قوله: أقصى أب له في الإسلام.

قال بعضهم: معناه أقصى أب أدرك الإسلام أسلم، أو لم يسلم.
وقال بعضهم: معناه أقصى أب أسلم، وثمره هذا [الخلافا^(٦)] تظهر في العلوي إذا وقف على قرابته، فعلى قول من شرط إدراك الإسلام، أول أب^(٧) أدرك الإسلام أبو طالب، فيدخل تحت الوقف أولاد عقيل، وأولاد جعفر، وأولاد علي، وعلى قول من شرط [نفس^(٨)] الإسلام، أول أب أسلم علي - رضي الله عنه -، فيدخل تحت الوقف أولاد علي، ولا يدخل أولاد عقيل، ولا أولاد جعفر.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: ذوي.

(٣) في م: يوسف.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: مع ما ذكر الجمع.

(٦) في أ: الاختلاف.

(٧) في أ: من.

(٨) سقط في م.

وقال هلال: القرابة إلى ثلاثة آباء، فمن^(١) انتسب إلى واحد من الآباء الثلاثة، يدخل في الوقف، وما لا، فلا.

وقال قوم: القرابة إلى أربع آباء.

وإنما اعتبر أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - أقصى أب له في الإسلام؛ لأنه لا وجه إلى الصرف إلى القرابة العامة؛ لأنه يدخل في الوقف من كان في الجاهلية^(٢)، لأن جميع [الناس]^(٣) أقرباؤه؛ لأن الناس كلهم أولاد [آدم، ونوح]^(٤) - صلوات الله عليهما -، ولو دخلوا^(٥) تحت الوقف لا يصيب واحدا منهم شيء، ونحن نعلم أن قصد الواقف انتفاع^(٦) الموقوف عليه.

أما لو اعتبرنا أقصى أب له في الإسلام، [يصيب]^(٧) كل واحد منهم شيئا، فلهذا اعتبرنا ذلك، [وإنما سويتنا بين القريب، والبعيد، والمحرم، وغير المحرم، لأن الاستحقاق باسم القريب، وهذا الاسم يتناول الكل]^(٨)، [وإنما سويتنا بين الجمع، والفرد؛ لأن الاستحقاق باسم القرابة، والقريب^(٩) اسم جنس، واسم الجنس ينصرف إلى الواحد مع احتمال الكل.

وأما أبو حنيفة - رضي الله عنه - إنما اعتبر الجمع فيما إذا حصل الاتفاق بلفظ الجمع عملا بحقيقة اللفظ، وإنما اعتبر القرابة المحرمة للنكاح؛ لأن مقصود الواقف صلة القرابة، فالظاهر أنه يريد قرابة يفترض وصلها، وإنما اعتبر الأقرب فالأقرب؛

(١) في م: فما.

(٢) زاد في م: لأن في الجاهلية.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: نوح وآدم.

(٥) في م: دخل.

(٦) في م: إيقاع.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) زاد في م: وإنه.

لأن القرابة مشتقة من القرب، فما كان أقرب كان أولى بصرف اللفظ إليه، [وهذا]^(١) بيان جملة ما ذكرنا.

وإذا كان للواقف عمان وخالان، وقد حصل الإيقاف بلفظ الجمع، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : الغلة للعمين؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب، وقرابة العم أقرب من قرابة الخال، ولهذا كان الميراث للعم دون الخال، واسم الجمع ينطلق عليهما.

وعندهما: الغلة بين العمين والخالين أرباعاً؛ لأنهما لا يعتبران الأقرب لما ذكرنا أن اسم القرابة يتناول الكل، ولو كان له عم واحد وخالان، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : للعم نصف الغلة، والنصف بين الخالين نصفين؛ لأن أبا حنيفة - رضي الله عنه - يعتبر الأقرب، وقرابة العم أقرب، فكأن العم انفراد، إلا أن العم الواحد لا يستحق أكثر من نصف الغلة إذا كان الإيقاف^(٢) بلفظ الجمع عنده؛ لأن [استحقاق الكل]^(٣) عنده في هذه الصورة معلق بوجود الجمع، والواحد ليس بجمع، فلا بد وأن ينتقص^(٤) من الكل شيء، وأعلى ما يستحق الواحد مع [غيره]^(٥) النصف، وإنما اعتبرنا الأعلى وهو النصف؛ لأنه إنما ينتقص حقه عن النصف إذا كثر المزاحم، ولا نهاية لما زاد على الواحد، ولا يعتبر المزاحم أكثر من الواحد، فإذا أخذ العم نصف الثلث خرج هو من البين، وصار الواقف في النصف الثاني كأنه لا عم له، فيكون بين الخالين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الغلة بين العم والخالين بالسوية، لما قلنا: إنهما لا يعتبران الأقرب، ولا يعتبران الجمع.

(١) سقط في م.

(٢) في م: الاتفاق.

(٣) في أ: الاستحقاق للكل.

(٤) في م: ينقص.

(٥) سقط في م.

ثم اختلف المشايخ على قول أبي يوسف - رحمه الله - بعضهم قالوا: إنما يصح الوقف لقرابته إذا كان من يجمعهم^(١) وأقصى أب لهم في الإسلام لا يخرجون عن حد الإحصاء.

وعامة المشايخ على أن الوقف صحيح على كل حال؛ لأن هذا وقف أريد به وجه الله تعالى، وهو صلة القرابة، فيصبح على كل حال، فبعد^(٢) ذلك إن كانوا يحصون، فالغلة بينهم على السوية لا يفضل البعض على البعض، وإن كانوا لا يحصون صار كأنه وقف على الفقراء.

فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - جاز صرف جميع الغلة إلى الواحد منهم بناء على أن الفقراء عنده اسم جمع، وأقل الجمع في هذا الباب المثني. أصل هذا الخلاف^(٣) في الوصايا، ولا يدخل في هذا [الباب ولد]^(٤) الواقف، ولا والده؛ [لأن]^(٥) اسم القريب لا يتناولهما، قال الله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ عطف القريب على الوالد، والشيء لا يعطف على نفسه، ولأن اسم القريب [ينبئ عن القرب]^(٦)، وبين الوالدين والمولودين بعضية، وإنما [ينبئ عن الإيجاد دون القرب]^(٧)، ويدخل تحت هذا الوقف الجد، والجدة، وولد الولد؛ لأن اسم القريب ينطلق^(٨) عليهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنهم لا يدخلون، والذين^(٩)

(١) في م: يجمعه.

(٢) في م: وبعد.

(٣) في م: الاختلاف.

(٤) في م: الوقف وكذا.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: يبنى على القريب.

(٧) في م: .

(٨) في أ: يطلق.

(٩) في م: وللذين.

ذكرنا في قوله: لأقربائه، ولذوي قرابته، وكذا في قوله: لأرحامه، [ولذوي أرحامه، ولأنسابه، ولذوي] ^(١) أنسابه، لأن المعنى يجمع الكل، ولو وقف على ^(٢) قرابته، فالقياس أن تكون الغلة لواحد من قرابته، حتى إذا كان له عم وخالان، فالغلة كلها للعم، لأن اللفظ فرد بصيغته.

وفي الاستحسان الوقف عليهم؛ لأنه يراد به الجنس، ويراد به التودد، وكأنه عمهم.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : يجب أن تكون المسألة على الخلاف على قياس مسألة الوصية.

وصورة المسألة: إذا وصى بثلثة لهذا، أو ^(٣) لهذا، أو ^(٤) لأحد من بني فلان. فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الوصية باطلة؛ لأنها وصية لمجهول. وعلى قول محمد: الوصية جائزة، وللورثة الخيار؛ لأنهم قائمون مقام المورث. وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله [ومحمد أنه] ^(٥) - : يجوز إعطاؤها للواحد. وقول أبي حنيفة - رحمه الله - يجب أن يكون كقول محمد؛ لأنه جعل الوصية للواحد ^(٦)، حتى قال: الوصية وقعت للمجهول ^(٧)، ولو كان وقف على ذي قرابته، أو أقربائه، أو أنسابه، أو أرحامه الأقرب فالأقرب، لا يعتبر الجمع بلا خلاف، لأن قوله: الأقرب ^(٨) فالأقرب، خرج تفسيراً لصدر الكلام، فيكون العبرة له، وأنه اسم فرد فيتناول الواحد عند أبي حنيفة - رحمه الله -، والأقرب فالأقرب عندهما.

(١) في م: وأنسابه وذو.

(٢) زاد في أ: ذي.

(٣) في م: و.

(٤) في م: و.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: لواحد.

(٧) في م: المجهولة.

(٨) زاد في م: فالأقرب فإنه يدخل تحت الوقف الأقرب.

ومما يتصل بهذا الفصل :

إذا وقف على أقرب الناس منه ، ومن بعده على المساكين ، وله ابن أو أب ، دخل تحت الوقف الابن ؛ لأنه أقرب الناس إليه ، ولو كان وقف على [أقرب]^(١) الناس من قرابته لا يدخلان^(٢) تحت الوقف ؛ لأن في الفصل الثاني اعتبر الأقرب من قرابته وابنه وأبوه ليسا من قرابته ، وفي الفصل الأول اعتبر الأقرب إليه ، [والابن أقرب إليه]^(٣) ، وإن كان له ابن وأبوان ، فالغلة للابن ؛ لأن الابن أقرب إليه ، وكذلك البنت ، وإذا مات الابن أو البنت كانت الغلة للمساكين ولا تكون للأبوين ؛ [لأنه جعل]^(٤) ذلك للأقرب ، ولم يجعل للأقرب فالأقرب .

وإن كان له أبوان لا غير كانت الغلة بينهما نصفين ، فإن مات أحدهما كان للحي النصف ، والنصف الآخر للمساكين ، وكذلك الأولاد إن كانوا عدة فمات أحدهم كانت حصته للمساكين ، فإن كان للواقف أم وإخوة كانت الغلة للأم دون الإخوة ، وكذلك إذا كان له أم وجد ، فالأم أقرب من الجد ومن الإخوة ، والأب أيضا أقرب ، وإن كان له جد أبو أب ، [وإخوة]^(٥) ، فالغلة للجد في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لأنه يرى الجد بمنزلة الأب ، وفي قوله الآخر : للإخوة دون الجد ، فإن كان [له] ثلاثة إخوة متفرقون ، فالغلة للأخ لأب وأم وإن كان له أخ لأب وأخ لأم ، فالغلة لهما جميعا ، ولا ينظر في ذلك إلى المواريث .

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الأخ لأب أولى ، ولو كان له أب وابن ابن ، فالغلة للأب دون ابن الابن ، وإن كان أخ له لأبيه وأمه ، وابن ابن ، كانت الغلة لابن الابن ، وإن كانت له بنت بنت ، وله ابن ابن أسفل من هذه ، كانت الغلة لبنت

(١) سقط في م .

(٢) في م : يدخل .

(٣) سقط في م .

(٤) في م : لأن .

(٥) سقط في م .

البنات، وكذلك الوصية في هذا كله، ولو كان له أخت لأب، وأم، وبنات بنت بنت، فبنات بنت بنت أولى؛ لأنها أقرب لأنها من صلبه، والأخت من صلب أبيه، ولا يعتبر الإرث.

ألا ترى أنه لو كان له مولى العتاقة، فبنات بنت أولى في الوقف، وإن كان مولى العتاقة مقدما على بنت بنت الميراث، فالحاصل: أنه يبدأ بولد الواقف، ثم بولد الأب، ثم بولد الجد، وإن كان له أب وأم، وبنات لأخ وأم، أو لأب وأم، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : الجد أولى، ولو كان مكان بنت الأخ بنت البنات، فهو أولى بالاتفاق، ولو كان له ابن أخ لأب وأم، وابن أخ لأب، فالغلة لابن الأخ لأب وأم، ولو كان له ابن أخ لأب، وابن أخ لأم^(١)، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : الغلة لابن الأخ لأب، وعندهما: الغلة بينهما، وجنس هذه المسائل في وقف الخصاف في باب الرجل يقف أرضه على قرابته يبدأ بأقربهم.

ولو قال: أرضي صدقة للأقارب، أو^(٢) الأنساب، أو لذوي الأرحام، ولم يضيف [إلى نفسه]^(٣) يكون ذلك على قرابته لمكان العرف، ولأن معهود كل إنسان قرابته، والألف واللام لتعريف المعهود، ولو قال: على قرابتي من قبل [أبي وأمي، أو قال: على قرابتي من قبل أبي، أو على قرابتي من قبل]^(٤) أمي، فهو على ما قال، فتقسم الغلة عليهم على عدد رؤوسهم، ولو قال على قرابتي من قبل أبي وقرابتي من قبل أمي، أو على قرابتي من قبل أمي، فهو على ما قال فتقسم الغلة عليهم على عدد رؤوسهم، ولو قال: على قرابتي من قبل أبي وقرابتي من قبل أمي^(٥)، فالغلة تقسم على عدد رؤوسهم يستوي فيه من كان من قبل [أبيه وأمه، أو من كان من قبل أبيه،

(١) في م: لابن.

(٢) في م: و.

(٣) في م: لنفسه.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: وأبي.

أو من كان من قبل^(١) أمه، ولا ترجح قرابته من قبل أبيه [وأمه]^(٢)، ولو قال: بين قرابتي من قبل أبي، وبين قرابتي من قبل أمي، فنصف الغلة يكون لقرابته من قبل أبيه، ونصفها يكون لقرابته من قبل أمه.

قال: ألا ترى أنه لو قال: أوصيت بثلث مالي بين زيد وعمر، فإذا أحدهما ميت، فللحي منهما كل الثلث.

وذكر الخصاص في وقفه: [إذا وقف]^(٣) على قرابته الأقرب فالأقرب ومن بعدهم على المساكين، فالغلة كلها لأقرب قرابته.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

الفصل السابع^(١)

في الوقف على فقراء قرابته

إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، أو^(٢) فقراء ولدي، ثم من بعدهم على المساكين، فهذا الوقف صحيح، والمستحق للغلة من كان فقيرا يوم مجيء الغلة عند هلال، وبه نأخذ. ولو قال: على من افتقر من قرابتي، فهو على هذا من افتقر بعد الغنى عند محمد - رحمه الله -.

وقال غيره: هذا على من كان فقيرا يوم مجيء الغلة، سواء كان فقيرا من الأصل، أو كان غنيا ثم^(٣) احتاج، وكقوله: على من يسكن البصرة من قرابتي، يعتبر سكنه بالبصرة يوم مجيء الغلة، سواء كان ساكنا بالبصرة من الابتداء، أو لم يكن ساكنا، وإنما سكن الآن، ثم من له المسكن لا غير، أو كان له مسكن، وخادم، فهو فقير في حق الزكاة، والوقف، وكذلك إذا كان له مع ذلك ثياب كفاف لا فضل فيها^(٤)، وكذلك إذا كان له مع ذلك متاع البيت ما لا غنى عنه؛ لأن هذه الأشياء من جملة ما لا بد منه، وإن كان له مائتا درهم، أو عشرون مثقال ذهب، لا حظ له من الوقف؛ لأنه غني.

ألا ترى أنه وجبت عليه الزكاة، ولو كان له فضل من متاع البيت، أو الثياب، وذلك الفضل يساوي مائتي درهم فصاعدا، فهو غني لا يحل له الزكاة ولا الوقف، وإن كان له مسكنان، أو خادمان، والمسكن الفاضل، والخادم الفاضل يساوي مائتي درهم، فهو غني في حق حرمة أخذ الزكاة والوقف، وإن لم يكن غنيا في حق وجوب الزكاة.

(١) في م: السادس.

(٢) في م: وعلى.

(٣) زاد في م: افتقر كقوله: على من احتاج من قرابتي، فهو على من كان محتاجا سواء كان محتاجا من الأصل أو غنيا ثم.

(٤) في م: فيهما.

وهذا مذهب أصحابنا - رحمهم الله - ، وإن [كان]^(١) له أرض تساوي مائتي درهم، وليس يخرج من غلتها ما يكفيه .
قال أبو يوسف - رحمه الله - : هو غني لا يعطى من الزكاة والوقف، وهو قول هلال .

وقال محمد بن سلمة، ومحمد بن مقاتل الرازي: هو فقير .
وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : إن كان لا يخرج من الأرض ما يكفيه؛ لنقصان فيها فهو فقير، وإن كان نقصان الغلة، لعدم^(٢) تعاهد هذه الأرض، وقصوره في القيام عليها، فهو غني، وإن كان له مال غائب عنه، أو كان له [مال]^(٣) على الناس ديون، وهو لا يقدر على أخذه، حل له الزكاة والوقف، وإن كان يقدر على الاستقراض، [فلاستقراض]^(٤) له خير من قبول الزكاة والوقف، ومع هذا لو قبل الزكاة والوقف والحالة هذه، لا يكره؛ لأننا جعلنا ماله الغائب، والدين الذي لا يقدر على أخذه كأن لم يكن، ولو لم يكن له مال، وهو يقدر على الاستقراض، فلم يستقرض، وأخذ الزكاة والوقف أليس أنه لا يكره، كذا هاهنا، والفقير الكسوب لا بأس بأن يأخذ من غلة الوقف، وإن كان لا تحل له الزكاة، لأن باب الوقف أوسع .
ألا ترى أنه لا يجوز أخذ الزكاة لفقراء بني هاشم، ويجوز لهم أخذ غلة الوقف إذا سموا في الوقف .

وإن كان له دين على مفلس فهو فقير، وإن كان على مليء وهو مقر به فهو غني، وإن كان منكرا وله بينة فكذلك؛ وإن لم تكن بينة فهو فقير .

ولو قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي، وفيهم رجل فقير يوم مجيء الغلة فاستغنى قبل أن يأخذ حصته فله حصة؛ لأن الملك قد وجب له يوم مجيء

(١) سقط في م .

(٢) في م: لقلة .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

الغلة؛ ألا ترى أن مات قبل أخذ نصيبه لا يبطل نصيبه، وإنما يبطل لما قلنا، فإن ولدت امرأة من قرابته ولدًا بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر، فلا حصة لهذا الولد في هذه الغلة؛ لأن الاستحقاق بصفة الفقراء مع صيغة القرابة، وصفة الفقر غير ثابتة للحمل؛ لأن الفقر هو الحاجة، ولا حاجة للحمل^(١) إلى شيء، وإنما [يثبت]^(٢) له صفة الفقر بالانفصال عن الأم، فهو كواحد من قرابته إن كان غنيا يوم مجيء الغلة ثم افتقر بعد ذلك، فإنه^(٣) لا يستحق من هذه الغلة شيئًا كذا هاهنا.

ولو قال: على من كان فقيرا من نسل فلان، وليس في نسل فلان إلا فقير واحد، فله جميع الغلة؛ لأن كلمة (من) مبهمة تصلح كناية عن الجماعة، وعن الواحد، قال تعالى: ﴿وَمَنْهُمْ مَنْ يَسْتَمِعُ إِلَيْكَ﴾. ذكر الاستماع بلفظ الواحد^(٤)، ثم قال: ﴿وَجَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ﴾. بخلاف ما لو قال: على فقراء بني فلان.

أو قال: على فقراء آل فلان، وليس فيهم إلا فقير واحد، فله نصف الغلة؛ لأنه نص على صيغة الجمع هاهنا، وأقل ما يطلق^(٥) عليه اسم الجمع في هذا الباب المثني، فصار موجبا لهذا الواحد نصف الغلة.

إذا قال: أرضي صدقة موقوفة على فقراء ولد عمر [بن الخطاب - رضي الله عنه -، ووقف رجل آخر أرضه على مثل ذلك، وفي أولاد عمر - رضي الله عنه-]^(٦) فقراء، فأى الغلتين [أدرت فهي لهم، وإن أدرك أحد]^(٧) الغلتين قبل الأخرى، وأصاب كل واحد منهم من تلك الغلة مائتا درهم فصاعدا، ثم أدركت الغلة الأخرى، وعندهم ذلك، فلا حق لهم في الأخرى، لأن صفة الفقر قد

(١) في م: إلى الحمل.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وإنه.

(٤) زاد في م: أن.

(٥) في م: ينطلق.

(٦) سقط في م.

(٧) ما بين المعقوفين في م: إحدى.

بطلت قبل مجيء الغلة الأخرى، ولو أدركت الغلتان معا كانتا لهم، وإن كان نصيب كل رجل منهم^(١) من كل غلة ما يصير به غنيا، لأن صفة الفقر قائمة عند الغلتين، وهو نظير ما لو أوصى رجلان كل واحد منهما [بثلث كل واحد منهما]^(٢) لفقراء [ولد]^(٣) عمر - رضي الله عنه -، فإن كان ثلث كل واحد منهما [يغنيهم]^(٤).

وكذلك لو كان الواقف رجلا واحدا [وقف أرضين في وقفين مختلفين، كان الجواب فيه كالجواب فيها، إذا كان الوقف من رجلين أخوان لأب وأم وقفا]^(٥) على فقراء قرابتهما، فجاء فقير واحد من القرابة.

ينظر: إن كان وقفا مشتركا بينهما يعطى هذا الفقير قوتا واحدا، [لأن هذا وقف واحد]^(٦)، وإن وقف لكل^(٧) واحد أرضا على حدة يعطى [من]^(٨) كل واحد قوته على حدة، والمراد من القوت في جنس هذه المسائل^(٩) الكفاية.

فإن كان الوقف أرضا يعطى كفاية سنة بلا إسراف ولا تقتير؛ لأن غلة الأرض إنما تحصل بالسنة، وإن كان الوقف حانوتا يعطى كفاية كل شهر؛ لأن غلة الحانوت تحصل كل شهر.

وإذا وقف على فقراء قرابته، فجاء رجل يدعي الغلة، ويدعي أنه قريب الواقف، وأنه فقير كلف إقامة البينة على القرابة، وعلى أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس له أحد يلزمه نفقته، والقياس: أنه لا يكلف إقامة البينة على الفقر؛ لأن الأصل في

(١) في م: واحد.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بعينهم.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في م: وقد وقف.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: كل.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: المسألة.

الإنسان الفقير؛ لأنه خلق وهو عديم المال، [ولكننا استحسنا]^(١)، وقلنا: يكلف إقامة البينة على ذلك؛ لأن الاستحقاق بالفقر الأصلي استحقاق بالظاهر، واستصحاب الحال، وأنه لا يصلح^(٢) حجة للاستحقاق، ثم شرط مع إقامة البينة على [الفقر]^(٣)، إقامة البينة على أنه ليس له أحد يلزمه نفقته؛ لأنه يعتبر غنيا لغنى^(٤) المنفق في حكم الوقف، وفيه كلمات كثيرة تأتي بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .
فإن أقام البينة على أنه فقير محتاج إلى هذا الوقف، وليس أحد يلزمه نفقته أدخله القاضي في الوقف، واستحسن هلال ألا يدخله حتى يسأل عنه في السر .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وإنه حسن .

وقال أيضا: وإن أتى بيينة على ما قلنا، وسأل القاضي في السر، ووافق خبر السر البينة أنه فقير، وليس له أحد يلزمه نفقته، فالقاضي لا يدخله في الوقف حتى يستحلفه بالله ما لك مال، وإنك فقير .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وإنه حسن أيضا؛ لأن مال الغير لا يقف عليه غيره في الحقيقة وهو يعلم ذلك ويستحلف عليه، وكذلك يستحلف على قول هلال بالله ما لك أحد يلزمه نفقتك، وإنه حسن أيضا .
وهكذا ذكر الخصاص في وقفه .

وإن شهد شاهدان على فقره، وأخبره^(٥) عدلان في السر أنه غني، فخير الغنى أولى؛ لأنه مثبت، ولأن المخبر عن الغنى يعلم ما [لا يعلم]^(٦) الآخر .
قال هلال - رحمه الله - : والخبر في هذا الباب والشهادة سواء؛ لأن هذا ليس

(١) في م: استحسانا .

(٢) في م: يصح .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: يفنى .

(٥) في م: وأخبر .

(٦) في م: يعلمه .

بشهادة^(١) على الحقيقة، بل هو خبر، وإن شهد الشهود أنا لا نعلم [أن]^(٢) له أحدا يلزمه نفقته يكتفي به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له [أحد ينفق عليه، كما في الميراث إذا شهدوا أنا لا نعلم له وارثا غيره، يكتفي به، ولا يكلف الشاهدان بقطع القول أنه ليس له]^(٣) وارث غيره.

وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده وفقره في الوقف، فله ذلك إن كان صغيرا، لأن له ولاية عليه^(٤)، بخلاف الكبار^(٥)؛ لأنهم يثبتون^(٦) فقرهم بأنفسهم؛ لأنه لا ولاية لغيرهم عليهم، ووصي الأب في هذا بمنزلة الأب، وإن لم يكن له أب، ولا وصي الأب، وله^(٧) أم، أو أخ، أو عم، أو خال، فلهؤلاء إثبات قرابة الصغير وفقره^(٨)، إذا كان الصغير في حجرهم^(٩) استحسانا؛ لأن هذا محض منفعة في حق الصغير فصار كقبول الهبة، ولهؤلاء قبول الهبة على الصغير، إذا كان الصغير في حجرهم إلا أن بين قبول الهبة، وبين إثبات القرابة نوع فرق، فإن الأم تقبل الهبة على الصغير، وإن كان الأب حيا، ولا تثبت قرابة الصغير وفقره إذا كان الأب حيا.

والفرق: أن الهبة ربما تفوت لو انتظر مجيء الأب بأن يرجع الواهب عما أوجب، أو تقوم من مجلسه، فتبطل الهبة لو انتظر حضور الأب، وهاهنا، لو^(١٠) انتظر حضور الأب لا يفوت على الصغير شيء، لأن الأب إذا حضر يثبت قرابة

(١) في أ: شهادة.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: عليهم.

(٥) في م: الكفار.

(٦) في م: ينسون.

(٧) زاد في م: ولهم.

(٨) في م: وفقرهم.

(٩) في م: حجره.

(١٠) في ب: ولو.

الصغير و فقره في الأزمنة الماضية، فيستحق^(١) الغلات الماضية، ثم إن كان^(٢) الأم، أو العم، أو الأخ موضعا لوضع الغلة في أيديهم، [فما يصيب]^(٣) الصغير من الغلة يدفع إليهم، ويؤمرون بالإنفاق عليه، وإن لم يكن موضعا لذلك، يوضع في يدي رجل ثقة ويؤمر بالنفقة عليه.

في النوازل: إذا وقف على فقراء قرابته، فأراد بعض الفقراء من قرابته أن يحلف البعض، ما^(٤) هم أغنياء، إن ادعوا دعوى صحيحة بأن ادعوا عليهم ما لا يصيرون به أغنياء، كان لهم أن يحلفوهم؛ لأنهم ادعوا عليهم معنى لو أقروا به^(٥) يلزمهم، وإن كان القيم يميل إليهم، فأراد هؤلاء أن يحلفوا القيم بالله ما يعلم أن هؤلاء أغنياء، ليس لهم ذلك، لأن القيم لو أقر بذلك لم يلزم أولئك شيء، فإذا أنكر لا يستحلف، فإذا أثبت الرجل قرابته و فقره عند قاض، ثم جاء يطلب وقفا آخر لا يكلف إعادة البينة على الفقر؛ لأنه ثبت^(٦) فقره في وقف، ومن كان فقيرا في وقف كان فقيرا في كل وقف، وكذلك لو أثبت قرابته من الواقف في وقفه، ثم جاء يطلب وقف أخيه لا يكلف إعادة البينة على القرابة إذا كان الثاني أخا الأول^(٧) لأبيه وأمه؛ لأنه إذا كان قريب [أحد الأخوين كان قريب]^(٨) الأخ الآخر ضرورة، وكذلك لو جاء [أخو]^(٩) المقضي له لأبيه وأمه لا يكلف إعادة البينة على القرابة من الواقف؛ لأن ذلك ثابت ضرورة بثبوت^(١٠) قرابة الأول، وكذلك لو أثبت رجل في وقف أنه من بني العباس

(١) في م: يستحق.

(٢) في م: كانت.

(٣) في م: فإن نصيب.

(٤) في م: فما.

(٥) في م: بذلك.

(٦) في م: يثبت.

(٧) في م: للأول.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: ثبوت.

لا يحتاج إلى إثبات نسبه في وقف آخر، وكذلك [هذا في] ^(١) سائر [أوقاف] ^(٢) القرابات.

ولو أقام رجل بينة عند القاضي أن القاضي الذي كان قبله قضى بقرابته وفقره قبل هذه بمدة، استحق الغلة، وإن طالت المدة في القياس؛ لأن الفقر قد ثبت، وبقي على ذلك حتى يحدث غيره استحساناً.

وقلنا: إن القاضي يسأله إعادة البينة إذا طالت المدة على أنه فقير؛ وهذا لأن الإنسان لا يبقى على حاله زماناً طويلاً، هذا هو الظاهر، وإنما يعتبر الفقر في كل سنة عند حدوث الغلة، فمن كان فقيراً قبله استحق تلك الغلة، ومن افتقر بعد ذلك لا يستحق من تلك الغلة وإنما يستحق من غلة أخرى، فإذا قضى القاضي أنه فقير، ثم جاء بعد ذلك يطلب الغلة، وهو غني. وقال: إنما استغنت بعد حدوث الغلة، وقال شركاؤه: لا، بل استغنى قبل حدوث الغلة، فالقياس: أن يكون القول قوله، لأننا عرفنا فقره، فكان الغنى في حقه حادثاً، فيحال على أقرب الأوقات.

وفي الاستحسان: القول قول الشركاء، ويجعل الحال حكماً على ما مضى على ما عرف في كثير من المسائل، ولو لم يكن القاضي قضى بفقره فجاء يطلب الغلة وهو غني، وقال: إنما استغنت بعد مجيء الغلة، لا يقبل قياساً واستحساناً، فإن جاء يطلب الغلة ويدعي أنه فقير، وقال الشركاء: إنه غني، وأرادوا ^(٣) استحلافه، فلهم ذلك، ويحلفه القاضي بالله ما هو اليوم غني عن الدخول في هذا الوقف مع ^(٤) فقرائهم وعن أخذ شيء من غلته، وإذا شهد الشهود على فقره، وكان ذلك بعد حدوث الغلة، لم يدخل في ^(٥) تلك الغلة، وإنما يدخل في الغلة الثانية إلا أن يبينوا

(١) في م: على هذا.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وأراد.

(٤) زاد في م: شركائهم في.

(٥) في م: تحت.

فقره، وكان الوقف قبل حدوث الغلة، فحينئذ يثبت حقه في تلك الغلة. ولو أن رجلاً ثبت فقره عند القاضي في وقف فجاء رجل وادعى أن له عليه ديناً وأراد حبسه عند القاضي، فقال للقاضي: إنك قد قضيت بفقرتي فلا تحبسني، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك، لأن فقر الوقف دون إعدام [الدين]^(١)، فإن من كان له مسكن وخادم وثياب البدن يستحق الوقف، وفي الدين مثل هذا لا يكون معدماً، ولو ثبت إعدامه في الدين فجاء يطلب الوقف، فالقاضي لا يكلفه البينة على الفقر؛ لأن الإعدام فوق الفقر، وثبوت الأعلى يغني عن إثبات الأدنى.

وإذا شهد القرابة بعضهم لبعض في الوقف [بالفقر]^(٢) لا يقبل إذا شهد كل فريق لصاحبه؛ لأنهم يثبتون مالاً مشتركاً، وإن كان الشهود أغنياء، وشهدوا لرجل من قرابته بقرابته^(٣)، وفقره، ذكر الخصاص - رحمه الله - في وقفه في باب الوقف على فقراء القرابة: أنهم إذا لم يجروا إلى أنفسهم منفعة بشهادتهم، ولم يدفعوا عن أنفسهم بذلك مضرة، قبلت شهادتهم.

وذكر - رحمه الله - في باب قبل هذا الباب متصل به: لو شهد رجلان ممن صحت قرابتهما لرجل أنه قرابة الواقف، وفسروا قرابته، أن ذلك جائز، وإن لم تعدل شهادتهما، فرد القاضي فللذي^(٤) شهد له بقرابة الواقف [أن يدخل معهما فيما يصل إليهما من مال الواقف]^(٥) وشاركهما في ذلك.

وذكر هلال - رحمه الله - في وقفه: إذا شهد رجلان أجنبيان بقرابة رجل من الواقف، وشهد قريبان بفقره، قبلت شهادتهما من غير فصل. قال هلال - رحمه الله - في وقفه: لو^(٦) أقر رجل من القرابة أنه كان غنياً، ثم

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بقرابتهما.

(٤) في م: والذي.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: أو.

جاء يطلب الوقف. وقال: أنا فقير، وإنما افتقرت قبل حدوث الغلة [لا يقبل قوله، وإن كان [فقيرا للحال]^(١)؛ لأننا قد علمنا غناه، ولم نعلم فقره بعد ذلك قبل حدوث الغلة] بمجرد قوله، [ونجعل الحال]^(٢) حكما؛ لأن تحكيم الحال عمل بنوع^(٣) ظاهر، والظاهر لا يستحق به شيء، وإن شهد الشهود أنه تلف^(٤) ماله قبل حدوث الغلة، استحق الغلة.

وإن قالوا: إلجاء^(٥)، أو اتهمه القاضي بالتلجئة لا يعطيه [الآن]^(٦) إذا كان ما يلجئه تصل يده إليه.

وإن كانت امرأة فقيرة، ولها زوج غني لا تعطى من الوقف؛ لأن نفقتها على زوجها، والزوج إذا كان فقيرا يعطى من الوقف، وإن كانت امرأته غنية؛ لأنه لا نفقة للزوج على المرأة، فلا يعد غنيا بغنى المرأة، وإذا كان لقرابته ولد كبير لا زمانة به، وهو فقير، ولهذا أولاد صغار فقراء، فإنه لا يعطى أولاد الولد من الوقف؛ لأنني أفرض نفقتهم في مال جدهم.

وأما أبوهم وهو ولد القريب لصلبه، فله حظ في الوقف؛ لأنه لا نفقة له على أبيه؛ لأنه^(٧) كبير لا زمانة به.

وإذا كان للرجل ابن غني وهو فقير، لا يعطى من الوقف؛ لأن نفقته على ابنه^(٨). ثم الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل [من]^(٩) وجبت نفقته على غيره

(١) في م: فقير الحال.

(٢) في أ: ولا يجعل.

(٣) في م: بتنوع.

(٤) في م: أتلف.

(٥) في م: ألجأه.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: لا.

(٨) في م: أبيه.

(٩) سقط في م.

بالإجماع يعد غنيا بغناء من^(١) وجبت نفقته [على غيره بالإجماع]^(٢) في حق حكم الوقف، وذلك كالوالدين^(٣)، والمولودين، وكل من كان في وجوب نفقته اختلاف لا يعد غنيا [بغناء من]^(٤) وجبت نفقته [عليه]^(٥) في [حق]^(٦) حكم الوقف، هذا هو عبارة بعض المشايخ.

وعبارة بعضهم: أن كل من وجبت نفقته في مال إنسان إما أن يأخذ ذلك من غير قضاء ولا رضاء، ويقضي القاضي بالنفقة في ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متصلة بينهما حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه يعد غنيا بغناء المنفق [في حق حكم الوقف]^(٧)، وذلك كالوالدين^(٨)، والمولودين، والأجداد، وكل من وجبت نفقته في مال غيره بفرض [من]^(٩) القاضي، ولا يأخذ النفقة من ماله حال غيبته، ومنافع الأملاك متميزة حتى يقبل شهادة أحدهما لصاحبه، لا يعد غنيا بغناء المنفق في حق حكم الوقف، وذلك كالإخوة^(١٠)، وسائر المحارم، فعلى هذا الأصل يدور [جنس هذه]^(١١) المسائل^(١٢)، [والله أعلم]^(١٣).



(١) في م: يعني من حيث.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: كالوالدين.

(٤) في م: يعني من حيث.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: كالوالدين.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: لإخوة.

(١١) سقط في م.

(١٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٦٣/٦).

(١٣) سقط في م.

الفصل الثامن^(١)

فيما يرجع إلى الشروط في الوقف

إذا وقف أرضه، [أو شيئاً آخر]^(٢)، وشروط الكل لنفسه، أو شرط البعض لنفسه ما دام حياً وبعده للفقراء، فالوقف باطل عند محمد - رحمه الله - وهلال الرأي . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الوقف صحيح، ذكر الخلاف على هذا الوجه في مواضع كثيرة، وأبو يوسف - رحمه الله - يعتبر الابتداء والانتهاؤ؛ لأنه لا يجوز الوقف على جهة [يتوهم]^(٣) انقطاعها، وإذا انقطعت عادت^(٤) الغلة إليه، فكذلك في الابتداء، يجوز أن يقدم نفسه على غيره في الغلة، وهذا لأن معنى التقرب لا يزول بهذا.

قال - عليه الصلاة والسلام - : «نفقة الرجل على نفسه صدقة»^(٥)، وقد صح برواية زيد بن ثابت - رضي الله عنه - : «أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته»^(٦)، وأراد به الصدقة الموقوفة، ولا يحل للواقف الأكل من الوقف إلا أن يشترط لنفسه من ذلك^(٧).

وجه قول محمد - رحمه الله - : أن معنى التقرب في الوقف بإزالة الملك واشتراط كل الغلة، أو بعضها لنفسه، يمنع زوال الملك، فيمنع صحة الوقف، ومشايخ بلخ

(١) في م: السابع .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: عاد .

(٥) أخرجه أحمد (١٣١/٤، ١٣٢)، والبخاري في الأدب المفرد، ص (٨٢)، وابن ماجه (٣/٥٠٩) كتاب التجارات، باب: الحث على المكاسب، حديث (٢١٣٨)، والنسائي كما في تحفة الأشراف (٥٠٨/٨)، والخرائطي في مكارم الأخلاق، ص (٤٦)، برقم (٨٣).

(٦) قال الحافظ ابن حجر في الدراية حديث (٧٥٩) والمراد وقفه ولم أجده، قلت: ويمكن أن يكون المراد أنه ﷺ كان يأكل من الأرض التي قال فيها: «ما تركت بعدى فهو صدقة».

(٧) زاد في م: وله إن كان شرط لنفسه .

أخذوا بقول أبي يوسف - رحمه الله - وعليه الفتوى ترغيباً للناس في الوقف .
 وذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : لو شرط لنفسه أن^(١) يأكل من الغلة ،
 يجوز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وكذلك لو شرط الغلة [لابنه فهو
 كاشتراطها لنفسه ، ولو شرط بعض الغلة لأمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث
 منهن بعد ذلك ، وسمى لكل واحدة منهن شيئاً معلوماً]^(٢) في حال حياته وبعد
 وفاته ، فهو [جائز]^(٣) بلا خلاف .

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ، فلأنه لو شرط بعض الغلة لنفسه حال
 حياته يجوز فها هنا أولى .

وأما على قول محمد - رحمه الله - فمشكل ؛ فإنه^(٤) لا يجوز اشتراط الغلة
 لنفسه حال حياته ، واشتراطها^(٥) لأمهات أولاده حال حياته بمنزلة اشتراطها^(٦)
 لنفسه .

والوجه في ذلك : أنه لا بد من تصحيح هذا لهن بعد وفاته ؛ لأنهن يعتقن بموته ،
 فاشتراطها لهن كاشتراطها لسائر الأجانب ، فيجوز ذلك في حال حياته أيضاً تبعاً لما
 بعد الوفاة .

هذا كما قال أبو حنيفة - رحمه الله - في أصل الوقف إذا^(٧) قال : وقفت أرضي
 حال حياتي وبعد وفاتي يصير لازماً للحال ، [وكان]^(٨) لزومه في الحال تبعاً لما بعد
 الموت ، وكذلك إذا سمي ذلك لمدبريه^(٩) ؛ لأنهم يعتقون بموته كأمهات الأولاد ،

(١) زاد في م : كان .

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م : لأمانه .

(٣) سقط في م .

(٤) في م : لأن .

(٥) في م : واشتراطه .

(٦) في م : واشتراطه .

(٧) زاد في م : كان .

(٨) سقط في م .

(٩) في م : لمن يرثه .

بخلاف العبيد، والإماء على قول محمد - رحمه الله - .

وإذا وقف وقفا مؤبداً، واستثنى لنفسه أن ينفق من غلة هذا الوقف على نفسه وعياله وحشمه^(١) ما دام حياً جاز الوقف والشرط جميعاً عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وإذا انقضوا صارت الغلة للمساكين، ولو وقف وقفاً على فلان، أو على [أقربائه بأعيانهم]^(٢) جاز ما داموا أحياء، فإذا انقضوا رجع إليه إن كان حياً، وإلى ورثته إن كان ميتاً، هكذا ذكر في الأجناس .

وأشار إلى الفرق فقال: في المسألة الثانية أوجب الصدقة لهذا خاصة، فإذا مات لا ينتقل إلى غيره .

[وفي]^(٣) المسألة الأولى جعلها صدقة موقوفة على الفقراء، فقد مضت [المسألة وتمت، ثم أدخل الاستثناء في الصدقة]^(٤)، ولذلك^(٥) رجعت إلى المساكين .

وإذا وقف وقفاً، وشرط لنفسه أن يأكل، ويؤكل من أحب ما دام حياً، ثم من بعده على ولده، [وولد ولده]^(٦)، ونسلهم ما تناسلوا فإذا انقضوا فهو على المساكين، فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله - ، ولم يكن ذلك وصية للولد؛ لأن الولد يأكل من مال الله تعالى .

ألا ترى أنه لو وقف على أولاده، وأولاد أولاده أبداً ما تناسلوا، وجعل آخره للفقراء يجوز، كذا هاهنا، [ذكره في]^(٧) الأجناس .

(١) الحشم: هم خاصة الإنسان الذين يغضبون له من الأهل والجيرة والقرابة. ويراد بهم هنا جماعة الإنسان الذين يلوذون به لخدمته .

ينظر: القاموس المحيط، مادة (حشم)، والنهاية، لابن الأثير (١/٣٨٣).

(٢) في م: قرابته بأغنيائهم .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في ب: وكذلك .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: وكذلك ذكر .

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا وقف وقفاً، وشرط لنفسه أن يأكل ما دام حياً، ثم مات وعنده [معاليق قد بقيت] ^(١) من هذا الوقف، يرد إلى الوقف؛ لأن المستثنى هو الأكل، وقد تعذر، ولو كان عنده خبز من برّ ذلك الوقف، يكون ميراثاً لورثته، ولا يرد إلى الوقف.

والفرق: أنه ليس للأوصياء أن يخبزوا ما أخرج البر، فإذا خبز، فقد فعل ما ليس له ذلك [فيملكه، فيصير ميراثاً لورثته] ^(٢)، وللأولياء أن يتخذوا المعاليق والزبيب، فقد فعل ما له ذلك، فلم يملكه، فلم يصير ميراثاً لورثته، فيرد إلى الوقف. إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولي، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : الوقف والشرط صحيحان.

وعلى قول محمد وهلال - رحمهما الله - : الشرط والوقف باطلان، وهذا بناء على ما تقدم أن التسليم إلى المتولي [ليس] بشرط لصحة الوقف عند أبي يوسف - رحمه الله - .

وعند محمد - رحمه الله : شرط.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إذا شرط في أصل الوقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك، فتكون وقفاً مكانها، فهو جائز عند أبي يوسف - رحمه الله - ، يعني الوقف والشرط، وكذلك إذا شرط أن يبيعه ويستبدل [بشمنه] ^(٣) مكانه.

وعند محمد - رحمه الله - ، وهلال - رحمه الله - : الوقف جائز، والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك، [والوقف يتم بذلك] ^(٤)، ولا ينعدم به معنى التأيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه، ويبقى الاستبدال

(١) في م: تعليق قد ثبت.

(٢) في م: فملكه يصير بمنزلة الزراعة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

شرطا فاسدا، فيكون باطلا في نفسه .

وإن شرط في الوقف أن له أن يبيع ذلك، ولم يشترط الاستبدال بثمنه ما يكون وقفا مكانها^(١) .

قال محمد - رحمه الله - : الوقف باطل .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن الوقف جائز، والشرط باطل، ذكره الخصاص - رحمه الله - في وقفه، وإن شرط أن يبيعه^(٢)، ويستبدل بثمنه^(٣) أرضا فاستبدل بثمنه دارا، أو عقارًا، ذكر الخصاص^(٤) هذه المسألة في باب واحد في موضعين فقال في أوله: ليس له ذلك .

وقال في آخره: له ذلك .

ولو اشترط لنفسه أن يبيعه وأن يستبدل بثمنه، ولم يقل غير هذا، فهو باطل؛ لأنه لم يقل: ويستبدل بثمنه ما يكون وقفا مكانه، [ثم]^(٥) إذا جاز الوقف، وشرط البيع والاستبدال، [فإن باعه]^(٦) بالثمن بما يتغابن الناس فيه، فالبيع جائز، وإن باعه بما لا يتغابن الناس فيه، فالبيع باطل، وإذا جاز البيع، واشترى بثمنه^(٧) أرضا أخرى، تكون وقفا على شروطها، فليس^(٨) له أن يبيع الثانية إلا إذا اشترط ذلك في أصل الوقف .

وإن باع الأرض وقبض الثمن وهلك في يده، فلا ضمان، ويكون الثمن عنده

(١) في م: مكانه .

(٢) في م: يبيعه .

(٣) في م: بثمنها .

(٤) زاد في م: في .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: بثمنها .

(٨) في ب: وليس .

(٩) زاد في م: الأرض .

أمانة، وليس له أن يبيع^(١) إلا بالدرهم في قول أبي يوسف - رحمه الله -، فإن باعها فردت عليه بعيب بعد^(٢) القبض بقضاء، أو بغير قضاء، أو بإقالة، يعود وقفا كما كانت، وليس له أن يبيعه^(٣) بعد الإقالة إلا أن يكون شرط^(٤) ذلك في الوقف، فإن باعها واشترى بثمنها مكانها أرضاً أخرى، ثم ردت عليه الأولى بعيب بقضاء، فإنه تعود وقفا على ما كانت وتكون الثانية له يصنع بها ما بدا له، فإن استحقت الأرض التي باعها من يد المشتري، فالأرض الثانية له يصنع بها ما شاء^(٥)، ولا تكون وقفا، والتي^(٦) استحقت كان وقفه [فيها]^(٧) باطلاً.

وسئل شمس الأئمة محمود الأوزجندی - رحمه الله - عن وقف على أولاده وقال لهم: إن عجزتم عن إمساكه فبيعه قال: لو كان هذا شرطاً في الوقف كان الوقف باطلاً، وهذا يجب أن يكون [على]^(٨) قول محمد، أما على قول أبي يوسف^(٩): الوقف جائز، والشرط جائز، [ولو وقف وشرط الخيار]^(١٠)، فعلى قول محمد - رحمه الله - : الوقف باطل.

وعلى قول أبي يوسف^(١١): الوقف جائز، والشرط باطل، فمحمد - رحمه الله - يقول: [الوقف]^(١٢) يعتمد صحته تمام الرضا.

-
- (١) في م: قبل.
 - (٢) في م: يبيع.
 - (٣) في م: اشترط.
 - (٤) في م: بدا له.
 - (٥) في م: من قبل إذ التي.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) زاد في أ: بن خالد.
 - (٩) سقط في م.
 - (١٠) زاد في أ: بن خالد.
 - (١١) سقط في م.
 - (١٢) في ب: معه.

ألا ترى أنه لا يصح مع^(١) الكره، واشتراط الخيار يمنع تمام الرضا على ما ذكرنا من قبل هذا.

وإذا اشترط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام، فعلى قول محمد - رحمه الله - : لا يصح؛ لأن القبض عنده شرط صحة الوقف، واشتراط الخيار يمنع تمام القبض. ألا ترى أن [في]^(٢) الصرف والسلم لا يتم القبض مع اشتراط الخيار. وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: الوقف يتعلق به اللزوم، ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب، واشتراط الخيار للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في البيع، فإن قال: أبطلت الخيار، لا ينقلب الوقف جائزا عند محمد - رحمه الله - ذكره هلال في وقفه.

فإذا شرط الولاية لنفسه، ولأولاده في عزل^(٣) القوام، والاستبدال بهم، وأخرجه من يده إلى المتولي، جاز، نص عليه في السير الكبير؛ لأن هذا الشرط لا يخل بشرط^(٤) الواقف، ولو لم يشترط الولاية لنفسه، وأخرجه من يده.

قال محمد - رحمه الله - : الولاية للقيم، وليس للواقف أن يعزله، وكذا لو مات وله وصي، فلا ولاية لوصيه، والولاية للقيم.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الولاية للواقف، وله أن يعزل القيم في حياته، وإذا مات الواقف بطلت ولاية القيم؛ لأن الوقف عنده صحيح بدون التسليم إلى المتولي، فإذا سلمه إلى المتولي [كان]^(٥) كالوكيل عنده، فيعزل بموته إلا إذا جعله قيما في حياته وبعد موته، فحيثئذ يصير وصيا.

وعند محمد - رحمه الله - : التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف، ولا يكون المتولي بمنزلة الوكيل عنه ولا يملك عزله.

(١) سقط في م.

(٢) في م: عز.

(٣) في م: بشرائط.

(٤) سقط في م.

في فتاوى الفضلي - رحمه الله - ، وستأتي أجناس هذه المسألة بعد هذا في موضعها إن شاء الله .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - ما هو قريب من هذه المسألة وصورتها: إذا أخرج الوقف من يده، وسلمه إلى المتولي، ثم أراد إخراجه من يده؛ [لأنه]^(١) إن كان شرط في أصل الوقف أن له الإخراج من يد القيم، فله أن يخرج من يده؛ لأن شرط الواقف مراعى، وإن لم يشترط ذلك في أصل الوقف، فله أن يخرج من يده عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافا لمحمد - رحمه الله -؛ لما قلنا .

ذكر الخصاف في وقفه مسائل على قول أبي يوسف - رحمه الله - [فقال]^(٢): إذا كتب في صك الوقف: لا يباع، ولا يوهب، ولا يملك، ثم قال: وعلى أن لفلان بيع ذلك، والاستبدال بقيمته ما يكون وقفا، فله أن يبيع ويستبدل؛ لأن العبرة للآخر، والأخير ناسخ للأول، وإن قال في أول الكتاب: على أن لفلان بيع ذلك والاستبدال به، ثم قال في آخر الكتاب: وعلى أنه ليس لفلان بيع ذلك، فليس له أن يبيعه .

ألا ترى أن رجلا لو اشترى دارا بمائة دينار، وكتب في أول الشراء الخيار، وفي آخره [أنه]^(٣) لا خيار لفلان فيما اشترى مما سمي ووصف في هذا الكتاب، أن الشراء جائز، وقد أبطل الخيار .

وإذا شرط الواقف^(٤) أن يبيعه، وأن يجعل ثمنها في وقف أفضل منه جاز الشرط، والوقف عند أبي يوسف - رحمه الله -، وله أن يبيعه .

وذكر الأنصاري في وقفه: أنه لا يبيع إلا بإذن الحاكم .

قال الأنصاري: وينبغي للحاكم إذا رفع إليه ولا منفعة في الوقف أن يأذن له في

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: في الوقف .

البيع إذا رآه أحوط لأهل الوقف، فإن باعها واشترى بثمنها أرضا كان وقفا، وليس له أن يبيع الأرض الثانية [إلا] ^(١) أن يشترط ذلك [ولو شرط] ^(٢) في أصل الوقف أن يبيع الوقف، ويجعل ثمنه للمساكين لم يجز هذا الشرط، ذكره الأنصاري في وقفه. وذكر الخصاص في وقفه: لو شرط أن يبيعها ويصرف ثمنها إلى ما رأى من أبواب الخير فالوقف باطل، وإن شرط في أصل الوقف [أن يبيعه، ولم يبيعه، لا يجوز لمن وليه بعده أن يبيعه.

في وقف الأنصاري أيضا: إذا وقف ضيعة على ^(٣) أن يبيعها ويصرف ^(٤) ثمنها إلى حاجته [فالوقف] ^(٥) جائز، والشرط باطل. وعن أبي القاسم: يجوز ^(٦).

وقال أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - : الوقف باطل.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وهو المختار؛ لأنه ينعدم به التأييد.

وفي سير ^(٧) العيون: حبس فرسا ^(٨) في سبيل الله تعالى عشر سنين، ثم هي مردودة على صاحبها، فهو باطل، وعن يوسف بن خالد السمطي - أستاذ ^(٩) هلال - أن الوقف جائز، والشرط باطل، وكذا في الوقف على شرط أن يبيعه، كما قال أبو القاسم، وأبو نصر.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا جعل فرسه للسبيل على أن يمسكه ما دام حيا، إن أراد

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ويفرق.

(٥) في م: الوقف.

(٦) في م: نحوه.

(٧) في م: السير.

(٨) في م: قريشا.

(٩) في م: أشار.

الإمساك ليجاهد عليه هذا، له ذلك؛ لأنه لو [لم يشترط كان له ذلك، و] ^(١) لجاعل السبيل إمساكه ليجاهد، وإن أراد الإمساك؛ ليتنفع به [في] ^(٢) غير الجهاد، لم يكن له ذلك، وصح جعله للسبيل، وإذا شرط في وقفه أنه ليس لوالي هذه الصدقة أن يؤاجر هذا الوقف، ولا شيئاً منه، فإن أجرها واليها واحداً ^(٣) ممن يصير ولايتها إليه، فالإجارة باطلة، وهو خارج [عن ولاية] ^(٤) هذه الصدقة.

[قال الخصاف - رحمه الله - : هو على ما شرط من ذلك، وكذلك لو شرط ألا يدفعه معاملة، فإن فعل ذلك أحد من ولاية هذه الصدقة، فهو خارج من ولاية هذه الصدقة] ^(٥)، وولاية هذه الصدقة لفلان، فهو جائز على ما شرط.

وإن شرط أن من تعرض من [أهل هذه الصدقة، وولاية هذه الصدقة لفلان، فهو جائز على ما شرط، وإن شرط أن من تعرض من] ^(٦) أهل هذه الصدقة إليها في إبطال هذه الصدقة [فهو خارج عن هذه الصدقة] ^(٧)، أو لم يقل: في إبطال هذه الصدقة، فهو خارج عن هذه الصدقة، فهو على ما شرط الواقف، [وكذلك لو شرط أن من باع فلاناً، وطالبه بحصته من غلة هذه الصدقة، فهو على ما شرط الواقف] ^(٨).
[والله أعلم] ^(٩).



(١) في م: شرط ذلك له ذلك لأن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أو أخذ.

(٤) في م: من ولايته.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

الفصل التاسع^(١)

في الإقرار بالوقف

رجل في يده أرض أقر في صحته أنها صدقة موقوفة، ولم يزد على ذلك، جاز إقراره، وهي وقف، ويجب أن يعلم أن من كان في يده أرض إذا قال: هذه الأرض وقف، كان هذا منه إقرارا بالوقف، ولا يكون ابتداء وقف حتى يشترط له شرائط الوقف.

وإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة، كان هذا ابتداء وقف حتى يراعى فيه شرائط الوقف^(٢)، وهذا لأن قوله: أرضي هذه [موقوفة، دعوى]^(٣) الأرض لنفسه وإنه [من تصرف]^(٤) الملاك واليد^(٥) عند تصرف الملاك دليل الملك، وإذا ثبت الملك

(١) في م: الثامن.

(٢) في م: الواقف.

(٣) في م: صدقة ونوى.

(٤) في م: ينصرف.

(٥) بالنظر إلى معاني اليد في المعاجم اللغوية، نجد أن اليد تطلق على معان متعددة تعود على وجه الإجمال إلى معنيين:

أولاً: المعنى الحقيقي: ذكر الفيروزآبادي أن اليد أصلها يدي، ويجمع على أيدي ويُدِّي، وجمع الجمع أيادٍ، واليدى كالفتى، وهي الكف، أو هي من أطراف الأصابع إلى الكتف، أو هي من أطراف الأصابع إلى الكف. وفي المعجم الوسيط يذكر أنها من أعضاء الجسد، وهي من المنكب إلى أطراف الأصابع. وإن كان ثمة خلاف بين أهل اللغة في حدود اليد، فإنهم اتفقوا على أن المعنى الحقيقي من اليد هي الجارحة المعروفة. وقد جاء القرآن الكريم بهذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨].

المعنى المجازي: والمعاني التي تدخل ضمن هذا المعنى هي: الكفالة، والرهن، والملك، والجماعة، والانقياد، والاستسلام، يقال: هذه يدي لك، وأعطى بيده، أي: استسلم وخضع. وكذلك الجاه، والوقار، والحجر على من يستحقه، ومنع الظلم. أو هي القوة والقدرة، ومنه بمعنى قوله تعالى: ﴿وَالسَّمَاءَ بَنَيْنَاهَا بِأَيْدٍ وَإِنَّا لَمُوسِعُونَ﴾ [سورة الذاريات آية: ٤٧] أي: والسماء رفعناها سقفاً بقوة. وورد بمعنى الذلة والاستسلام كما جاء في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُمِطُوا الصَّاعِقَةَ عَنِ الْيَمِينِ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [سورة التوبة آية: ٢٩] أو هي النعمة والإحسان تصطنعه، يقال: فلان طويل اليد، أي: سخي جواد. ويمكن الجمع بين هذه المعاني: أن معنى اليد في اللغة يدور بين الجارحة المعروفة، وبين

معاني القدرة، والنعمة، والإحسان، والسلطان، والملك، والتصرف، وغيره، على اعتبار أن اليد هي أداة تحقق هذه المعاني.

ينظر: القاموس المحيط (٤/٤٠٨)، ولسان العرب (١٥/٤٣٧)، المعجم الوجيز (٢/١١٠٦)، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية (٥/١٣٧٧).

ذكر الفقهاء هذا المصطلح في تعبيراتهم المختلفة واستعملوه في مواضع مختلفة من أبواب الفقه الإسلامي، وأهمها باب الدعوى، والبيئات. ونستخلص منها أن للفقهاء رأين في هذه المسألة:

الرأي الأول: الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، يستعملون تعبير اليد ويقصدون به وضعها على مال الغير مطلقاً، وبمعنى آخر: استيلائها على مال الغير بصفة دائمة، أو مؤقتة على سبيل الأمانة، أو على جهة التعدي، بإذن المالك، أو بغير إذنه، وسواء أكان بنية التملك، أم لا. ونعرض فيما يلي نصوص الفقهاء لكل مذهب على وجه التفصيل:

في المذهب الحنفي: ورد في بدائع الصنائع: «أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة». وقال صاحب الجوهرة النيرة: «إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب من ضمان العين وهي قائمة في يده، فعند من قال: الواجب القيمة، تصح البراءة ويسقط ضمان العين». وورد في مجمع الضمانات: «رجل أودع عند إنسان ألف درهم، ثم إن صاحب الوديعة أقرض الوديعة من الذي في يده، قال أبو حنيفة: لا يخرج الألف من الوديعة حتى تصير في يد المستودع، حتى لو هلكت قبل أن تصل يده إليها لا يضمن، وكذلك كل ما كان أصله أمانة، وكذا لو قال المودع لصاحبها: ائذن لي أن أشتري الوديعة شيئاً وأبيع؛ لأنه مؤتمن». يتبين من هذه النصوص: أن فقهاء المذهب الحنفي قد استعملوا تعبير اليد، وأرادوا به مطلق وضع اليد، سواء كان على سبيل الملك، أو على سبيل الإنابة، وسواء كانت اليد يحفظ أو يد خصومة، وسواء كانت دائمة أو مؤقتة، إلا أنهم يشترطون في يد الملك الحقيقي أن ينضم إليها التصرف.

المذهب الشافعي: وأما فقهاء الشافعية فقد استعملوا أيضاً تعبير اليد، وأرادوا به مطلق وضع اليد، سواء كانت اليد يد ملك، أو يد عارضة، ومن نصوص فقهاءهم التي تدل على ذلك: ورد في حاشية الباجوري: «فإن كان لكل منهما بينة، رجحت بينة صاحب اليد - ويسمى الداخل - على بينة الآخر ويسمى الخارج». وجاء في مغني المحتاج: «أنه لو ثبت خيانة عامل ضم إليه مشرف إلى أن يتم العمل، ولا تزال يده؛ لأن العمل حق عليه، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق، فتعين سلوكه جمعاً بين الحقين، وأجرة المشرف عليه». وجاء في حاشية الجمل: «يد الوكيل يد أمانة، والأمين لا يضمن مع انتفاء العلم، كما يأتي في الغصب». وورد في أسنى المطالب: «الوديعة كل ما ثبت عليه اليد الحافظة». يتبين من هذا: أن فقهاء الشافعية قد استعملوا تعبير اليد للدلالة على تعبير اليد مطلقاً، أي: على سبيل الملك، أو على سبيل الإنابة عن المالك الأصلي، كالوكالة، والمضاربة والوديعة، أو على سبيل الانتفاع المؤقت كالإجارة،

كذلك استعملوا تعبير اليد كمعيار للتمييز بين المدعي والمدعى عليه في مقام الدعوى . المذهب الحنبلي: قال الإمام ابن قدامة: «وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة». وقال في موضع آخر: «مسألة؛ قال: وإذا أنه شريكاً في ربع أو نحوه، فسأله أن يقسمه بينهما، قسمه، وأثبت في القضية بذلك، أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما. ولنا، أن اليد تدل على الملك، ولا منازع لهم، فيثبت لهم من طريق الظاهر». وقال الرحيباني: «أنه من أعطى صانعاً ما يصنعه، أو استعمل حمالاً ونحوه، ويتجه أن يكون من معد نفسه لذلك، فله أجر مثله، ولو لم تجر عاداته بأخذ؛ لأنه عمل له بإذنه ما لمثلته بأجرة، ولم يتبرع؛ كما لو وضع إنسان يده على ملك غيره بإذنه، ولا دلالة على تملكه إياه، أو إذنه في إتلافه؛ لأن الأصل في قبض مال غيره، أو منفعته الضمان». وجاء في شرح منتهى الإرادات: «وحرّم بيع مصحف، ولا يصح بيعه لكافر، وإن ملكه بإرث أو غيره ألزم بإزالة يده عنه، ولا يكره شراؤه استنقأً وإيداله لمسلم، ويجوز نسخه بأجرة». يتبين من هذه النصوص: أن فقهاء الحنابلة استعملوا تعبير اليد، وأرادوا به مطلق وضعها على الشيء، سواء بقصد تملكه أم لا، وسواء كان الوضع من المالك أم من الغير، وسواء كان بحق أم بغير حق.

المذهب الظاهري: كما يستعمل فقهاء الظاهرية تعبير اليد للدلالة على وضع اليد الشامل للحيازة المقرون بادعاء الملك، وعلى وضع اليد بصفة عارضة. ومن النصوص التي تؤكد ذلك: ذكر ابن حزم: «العارية غير مضمونة إن تلفت من غير تعدي المستعير. . والأداء غير الضمان في اللغة والحكم، ويلزمهم إذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يضمّنوا بذلك المرهون والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد». كما ورد في المحلى: «من طريق ابن أبي شيبه نا وكعب نا سفيان الثوري عن مطرف بن طريف عن الشعبي قال: لا يضمّن القصار إلا ما جنت يده». وقال في موضع آخر: «وذهب بعض المتقدمين، منهم: عطاء، وشريح، إلى أنه لا يبرأ أحد وإن باع بالبراءة، إلا من عيب بينه ووضع يده عليه».

الرأي الثاني: وهو لبعض فقهاء المالكية فيستعملون تعبير اليد، ويعنون به وضع اليد على مال الغير، إلا أنهم يفرقون بين وضع اليد على سبيل الأمانة، أو على سبيل التعدي بصفة عارضة أو مؤقتة، كيد المستعير والمستأجر ونحوهما، وبين وضع اليد على مال الغير بقصد تملكه، أو ادعاء ملكه، حيث يعبرون في بعض كتبهم عن الثانية بالحيازة، فكأنهم يرون أنه إذا انضم إلى وضع اليد ادعاء الملك أو نية التملك، فتكون بصدد حيازة، وليس بصدد مطلق وضع اليد. قال القرافي: «اعلم أن اليد إنما تكون مرجحة إذا جهل أصلها، أو علم أصلها بحق، أما إذا شهدت بينة، أو علمنا نحن ذلك أنها بغصب، أو عارية، أو غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ذلك، فإنها لا تكون مرجحة البتة». وذكر الباجي: «ووجه آخر، أن على العامل بيع ذلك العرض وتحصيل ثمنه، فإذا باعه منه بثمن إلى أجل، قويت التهمة في أنه يعطيه الثمن المؤجل فيما بقي بيده من رأس مال القراض، وفي عمله، ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان». هذا، ولقد عبر بعض فقهاء المذهب المالكي عن وضع اليد بالحيازة، إذ

كان قوله: صدقة موقوفة ابتداء الوقف، ولا كذلك قوله: هذه الأرض صدقة موقوفة؛ ألا ترى أن من قال لعبد هو في يده: عبدي هذا حر، كان ابتداء إعتاق، ولو قال: هذا العبد حر، كان إقرارًا بالعتق، كذا هاهنا.

قال هلال البصري في وقفه: ولا أجعل المقر [هو الواقف له، ولا غيره]^(١)، وهكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه؛ لأن قوله: هذه الأرض صدقة موقوفة، يتعرض لأصل الوقف، ولا^(٢) يتعرض للواقف، وكما يجوز أن [يكون هو الواقف]^(٣)، يجوز أن يكون الواقف غيره، فحكمنا بأصل الوقف؛ لأنه لا احتمال

يقول: «والحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه». وذكر الخرشي: «لفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب، كشاهد بملكك لثان بغصبك، وجعلت ذا يد لا مالكا، إلا أن تحلف مع شاهد الملك ويمين القضاء». وهكذا يتبين لنا بعد هذا العرض لاستعمالات الفقهاء تعبير اليد: أن الفقهاء اختلفوا في استعمال تعبير اليد، حيث إن الحنفية، وجمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية تعبير اليد ويقصدون به وضعها على مال الغير مطلقًا. بينما استعمل بعض فقهاء المالكية تعبير اليد، ويعنون به وضع اليد على مال الغير، إلا أنهم يفرقون بين وضع اليد على سبيل الأمانة، أو على سبيل التعدي بصفة عارضة، أو مؤقتة كيد المستعير والمستأجر ونحوهما، وبين وضع اليد على مال الغير بقصد تملكه، أو ادعاء ملكه، حيث يعبرون في بعض كتبهم عن الثانية بالحيازة.

ينظر: بدائع الصنائع (١٢٠/٦)، ومجمع الأنهر (٧١٥/١)، الجوهرة النيرة (١/٣٤١)، وحاشية ابن عابدين (١٧٩/٦)، مجمع الضمانات، ص (٢٠٩)، وتبيين الحقائق (٨٢/٥)، الفروق، للقرافي (٧٨/٤)، المنتقى شرح الموطأ للباقي الأندلسي (١٥٣/٥)، بلغة السالك للصاوي (٣٥٠/٢)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٦/١٤٨)، مغني المحتاج (٤٣٦/٣)، والأم، للشافعي (١٥٥/٣)، فتح الوهاب (٣/٤٠٤)، ونهاية المحتاج (٢/٥)، أسنى المطالب (٧٥/٣)، وتحفة المحتاج (١٢٧/٧)، المغني، لابن قدامة (٢٤٥/١٠)، مطالب أولي النهى (٥٩٦/٣)، دقائق أولي النهى (٨/٢)، المحلى، لابن حزم (١٣٨/٨)، المسؤولية الناشئة عن وضع اليد للهادي السعيد عرفة، ص (٦)، ويد الأمانة ومدى مسؤولية صاحبها، للدسوقي لعبد العليم الشيخ، ص (١٠) وما بعدها.

(١) في م: هذا الوقف لهؤلاء لا بغيره.

(٢) في م: ما لا.

(٣) في م: يقول هذا القول.

فيه، ولم يحكم بكونه واقفاً، ولا يكون غيره واقفاً؛ لمكان^(١) الاحتمال.
قال هلال: إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر،
فيجعل [المقر]^(٢) هو الواقف، وهو كرجل في يديه عبد أقر أنه حر، وشهد الشهود
أن العبد كان له حين أقر بهذا الإقرار، جعلت [الولاء له]^(٣)، وإن لم يشهدوا بذلك
جعلت العبد حراً بإقراره، ولم أحكم له في الولاء بشيء.

وذكر الأنصاري في وقفه: إذا قال: هذه الأرض التي في يدي صدقة موقوفة،
تكون صدقة موقوفة، ويجعل كأنه هو الذي وقفها؛ ألا ترى أنه لو قال لعبد هو في
يده^(٤): إنه حر كان ولاؤه للمقر، وجنابته على عاقلته.

قال الشيخ أبو العباس الناطفي - رحمه الله - : فعلى هذا القياس إذا شهد الشهود
أن الأرض^(٥) التي في يديه^(٦) هي وقف على الفقراء، ولم يذكروا من وقفها ينبغي
[للمحكم]^(٧) أن يحكم بأنها وقف من الذي هي في يديه^(٨)، وأنه هو الواقف.

قال بعض مشايخنا^(٩): قول هلال: «إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت
لهذا المقر حين أقر فيجعل [المقر]^(١٠) هو الواقف» مشكل؛ وهذا لأن الشهادة^(١١)
لا تقبل إلا بعد خصومة صحيحة، وعلى من تصح [الخصومة هاهنا حتى يشهد
الشهود أنها كانت في ملكه يوم الإقرار، والجواب: يحتمل أن الخصومة وقعت بعد

(١) في م: لما كان.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الولاية.

(٤) في م: يديه.

(٥) في م: الأراضي.

(٦) في م: يده.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: يده.

(٩) في م: المشايخ.

(١٠) سقط في م.

(١١) في م: المشاهد.

وفاته، بأن كان قرابته فقراء، فيقيمون البينة^(١) حتى يثبت أنه هو الواقف فيكون [صرف]^(٢) الغلة إليهم أولى، أو يحتمل أنه^(٣) في حال حياته، يغلب عليها غيره، ويزعم أنه هو الواقف، فيحتاج المقر إلى أن يقيم البينة: أنه [هو الواقف حتى ينزعها من يده، وأن الولاية له حتى يقسم الغلة بين الفقراء؛ ولأن يد المقر محقة ظاهراً إن كان هو الواقف كانت يده محقة]^(٤)، وإن كان الواقف غيره، فكذلك؛ لأننا نجعل كأن ذلك الغير ولاه أمرها، فإن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد، وإذا كانت^(٥) يده محقة من حيث الظاهر لا يجوز إبطالها عليه إلا بحجة، وإذا أقر بالوقف، وسكت عن ذكر الموقوف عليه، ثم ذكر بعد أن الموقوف عليه فلان وفلان، فالقياس ألا يقبل قوله الثاني؛ لأن بالكلام الأول صارت الغلة حقاً للفقراء، فلا يصدق في صرفها إلى غيرهم.

وفي الاستحسان^(٦) يقبل؛ لأن العادة جرت بذكر الأوقاف دون الموقوف عليهم إلا عند الاستفسار عن الموقوف عليه، ولو أقر أنها صدقة موقوفة على وجه، سماه^(٧)، ثم بين بعد ذلك وجهها آخر، لا يقبل قوله الثاني قياساً، واستحساناً، ويكون على ما بين؛ لأن في الوجه الأول: الحاجة إلى البيان ماسة، فيقبل قوله في البيان عند مساس الحاجة إليه.

[وفي الوجه الثاني: لا حاجة إلى البيان؛ لأنه إنما يعتبر عند مساس الحاجة إليه]^(٨).

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: أن.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: كان في.
- (٦) في م: الاستحقاق.
- (٧) في م: سماها.
- (٨) سقط في م.

أرض^(١) في يدي رجل قال صاحب اليد: هذه الأرض ولايتها للقاضي فلان، وهي صدقة موقوفة، لم يصح إقراره؛ لأنه لما قال: ولايتها للقاضي فلان، فقد أقر باليد، وبحق التصرف لذلك القاضي ثم ادعى الانتقال، فلا يثبت ذلك إلا بحجة، ولكن إن كان من الوقوف العتيقة يتلوم القاضي بذلك زمانا، فإن صح أمرها، وإلا جوز إقراره، وألزمه قسمة الغلة على نحو ما أقر.

قال هلال: أستحسن ذلك حتى لا يؤدي إلى إبطال الوقوف العتيقة^(٢).

ولو قال: هذه الأرض ولاها القاضي والدي، ثم توفي والدي، وأوصى إلي، وهي صدقة موقوفة على كذا وكذا، لا يقبل قوله، وكذلك لو قال: هذه الأرض كانت في يد والدي، أو قال: كانت في يد فلان، وقد أوصى إلي، وكانت في يد فلان آخر، قبل ذلك، وقد أوصى بها لفلان^(٣) الذي أوصى بها إلي، لا يقبل قوله، ويؤمر بالتسليم إلى وارث فلان الذي أقر أنها كانت في يده، وأوصى إلى الذي أوصى إلي؛ لأنه أقر له باليد، ثم شهد عليه بزوال اليد.

قال الخصاص - رحمه الله - في وقفه: رجل في يده أرض، أو دار، وادعى^(٤) رجل عند القاضي أنها له، والذي في يديه يقول: هذه الأرض وقف وقفها رجل حر من المسلمين على المساكين، ودفعتها إلي، فإن القاضي يجعل الأرض وقفا على ما أقر به، ولكن لا تندفع الخصومة عن صاحب اليد بذلك، حتى إن المدعي لو قال للقاضي: حلفه ما هذه الأرض لي، فإن القاضي يحلفه، فإن نكل عن اليمين، أو أقر بها لهذا الرجل، فالقاضي يضمه قيمة الأرض ولا يبطل ما قضى به من الوقف. وإن كان الذي في يديه الدار قال: هذه الدار وقف وقفها رجل حر من المسلمين على فلان وفلان وعلى أولادهم ونسلهم أبدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين،

(١) في م: أرضي.

(٢) في م: العتق.

(٣) في م: إلى فلان.

(٤) في م: ادعاها.

وقال هؤلاء الذين أقر المقر أنها وقف عليهم: إن هذه الدار لهذا المدعي، وأنها^(١) لم تكن للذي وقفها علينا، قبل قولهم على أنفسهم في غلة الدار، فتكون غلتها للمدعي إن لم يكن لهم أولاد أو أولاد، وإذا مات هؤلاء المسمون كانت الغلة للمساكين، ولو أن الذي في يديه الدار بعدما أقر أنها وقف على فلان، وفلان، [وفلان]^(٢)، وأولادهم، ومن بعدهم على المساكين، أقر أن الدار [وقف]^(٣) للمدعي، ثم إن هؤلاء المسمين حضروا، وكذبوا صاحب اليد في إقراره بالدار^(٤) للمدعي.

وقالوا: هذه الدار وقف علينا، فهم الخصماء للمدعي فيما يدعي، وإن أقام المدعي بينة على ملكية^(٥) الدار قضي بالدار له، ويبطل إقرار الذي كانت الدار في يده بأنها^(٦) وقف، وإن لم يكن له بينة على ما [ادعاه كان له أن يستحلف هؤلاء]^(٧) المسمين على دعواهم، وإن أقروا بالدار للمدعي، أو نكلوا عن اليمين كان إقرارهم جائزا على أنفسهم دون أولادهم، وأولاد أولادهم، والمساكين، وكذا لا يجوز إقرارهم على الرقبة.

في فتاوى الفضلي: سئل عمن أقر بوقف صحيح، وأنه أخرجه من يده، ووارثه يعلم أنه لم يكن أخرجه من يده، فأقراره^(٨) على نفسه جائز، والوقف صحيح. رجل في يديه^(٩) دار أقر للذي في يديه^(١٠) الدار أن هذه الدار وقف وقفها رجل

(١) في م: وإنما.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أن الدار.

(٥) في م: ملكه.

(٦) في م: أنها.

(٧) في م: ادعى كان استحلف هذه.

(٨) في م: قال إقراره.

(٩) في م: يده.

(١٠) في م: يده.

من المسلمين في أبواب البر، وعلى المساكين، ودفعها إليه، وولاه^(١) القيام بها، ثم جاء رجل، وقدم صاحب اليد إلى القاضي.

وقال: أنا وقفت هذا الوقف على هذه الوجوه، والسبل^(٢)، ودفعته إلى هذا ووليته القيام بأمرها، وأراد أن يقبضها من يد الذي هي في يديه، ينظر: إن كان الذي هي في [يده، صدق]^(٣) أنه هو الذي وقفها، فله أن يقبضها منه، وإن كان هذا الرجل الذي جاء قال: أنا مالك هذه الأرض، وما وقفها، وإنما دفعتها إليه وديعة، وصاحب اليد يقول: إنها كانت له إلا أنه وقفها على هذه الوجوه التي ذكرتها، فإن القاضي لا يقبل قول صاحب اليد أن هذه الدار، وهذه الأرض لهذا المدعي؛ لأنه لو قبل قوله صار ملكا لهذا الرجل، فيبطل الوقف فيها.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: رجل مات وترك ابنين في يد أحدهما ضيعة يدعي أنها وقف عليه من أبيه، والابن الآخر يقول: هي وقف علينا، كان القول قوله، وهي وقف عليهما، وهو المختار؛ لأنهما تصادقا على أنها كانت في يد أبيهما، فلا ينفرد أحدهما باستحقاقها إلا بحجة. والله أعلم.



(١) في م: ووالاه.

(٢) في م: والنسل.

(٣) في م: يديه صدقه.

الفصل العاشر^(١)

في اعتبار الصفة التي شرط الواقف في الموقوف عليه

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا وقف الرجل وقفا على أمهات أولاده إلا من يتزوج فإنه لا شيء لها، فتزوجت واحدة منهن، فلا شيء [لها]^(٢)، فإن طلقها زوجها بعد ذلك فلا شيء لها أيضا؛ لأنه استثنى من يتزوج منهن، إلا إذا شرط أن من تزوجت، وطلقها زوجها فلها أيضا؛ لأنه استثنى من هذا المستثنى [من طلقها زوجها، والاستثناء من]^(٣) النفي إثبات، وكذلك لو وقف على بني^(٤) فلان إلا من خرج من هذه البلدة، فخرج بعضهم، ثم عاد، فهو على هذين الوجهين [أيضا، وكذلك لو وقف على بني فلان ممن يتعلم العلم، فترك بعضهم، ثم اشتغل، فهو على هذين الوجهين]^(٥).

وفيه أيضا: رجل وقف أرضه على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم، فسكن فيها إنسان، ولكن لا يثبت ثمة، ويشتغل بالحراسة، فله الوظيفة إذا كان يأوي [إلى]^(٦) بيت من بيوته، وله آلة السكنى ثمة؛ لأنه يعد ساكنا في ذلك الموضع، ولو اشتغل بالحراسة في الليل، [وبالنهار يقصر]^(٧) في التعليم، إن اشتغل في النهار بعمل حتى لا يعد من جملة طلبة العلم فلا وظيفة له، وإن لم يشتغل بعمل آخر حتى يعد من جملة طلبة العلم، فله الوظيفة، هذا إذا وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم.

فأما إذا وقف على ساكني مدرسة كذا، ولم يقل: من طلبة العلم، فكذلك

(١) في م: التاسع.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ابن.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: والنهار.

الجواب أيضا؛ لأنه هو المتفاهم حتى لم يكن لساكني المدرسة^(١) من غير طلبه العلم شيء.

وفيه أيضا: المتعلم إذا كان لا يختلف إلى الفقهاء فهو على وجهين، إما أن يكون^(٢) في المصر، أو خرج من المصر، فإن كان في المصر، إن اشتغل بكتابة شيء من الفقه لنفسه مما يحتاج إليه، فلا بأس بأن يأخذ [الوظيفة]^(٣)؛ لأنه مشتغل بالتعلم؛ لأن هذا من جملة التعلم، وإن اشتغل بشيء آخر لا يأخذ الوظيفة، وإن خرج من المصر، فإن خرج إلى^(٤) مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لا يأخذ الوظيفة؛ لما^(٥) مضى، وإن خرج إلى بعض القرى دون مسيرة ثلاثة أيام، إن أقام ثمة خمسة عشر يوما فصاعدا لا يأخذ؛ لما مضى؛ لأن هذه مدة طويلة، وإن أقام دون ذلك إن كان خروجًا لا بد له منه كالخروج لطلبه^(٦) القوت فله أن يأخذ، وإن كان خروجًا [له]^(٧) منه بد فإنه لا يأخذ [الوظيفة]^(٨)، ولا يأخذ بيته [إذا كان]^(٩) غيبته قدر شهرين أو ثلاثة، فإن زاد على ذلك جاز لغيره أن يأخذ بيته.

في فتاوى الفضلي - رحمه الله - : امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة، ثم استغنت قبل حدوث الغلة، فعليها أن ترد^(١٠)، وإن استغنت بعد حدوث الغلة، لا ترد، وإن كان ذلك قبل الإدراك؛ لأن^(١١) الحق إنما يثبت عند

(١) في م: مدرسة كذا.

(٢) في م: كان.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: من.

(٥) في م: ما.

(٦) في م: لطلب.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: إن كانت.

(١٠) في م: تردها.

(١١) في م: لا و.

حدوث الغلة .

في فتاوى أهل سمرقند: إذا وقف على أقاربه المقيمين في قرية كذا، وجعل آخره للفقراء، وانتقل أقاربه من تلك القرية إلى قرية أخرى، أو انتقل بعضهم، فإن كانوا يحصون لا تنقطع وظيفتهم بالانتقال؛ لأنهم يستحقون بأعيانهم، فصار كما لو قال: لهذا الشاب، وعينه^(١)، وإن كانوا لا يحصون تنقطع وظيفتهم بالانتقال، فبعد ذلك إن انتقل^(٢) الكل فالغلة للفقراء، وإن انتقل البعض فالغلة لمن [لم]^(٣) ينتقل، ولو أنهم رجعوا إلى القرية مقيمين تعود وظائفهم؛ لأنه أثبت الحق للمقيمين من أقاربه مطلقا، وهؤلاء بهذه الصفة، وكذلك إذا وقف على أقاربه^(٤) في قرية كذا، ولم [يقول]^(٥): المقيمين، وجعل آخره للفقراء فتحول بعضهم، إن كانوا يحصون لا ينقطع، وإن كانوا^(٦) لا يحصون تنقطع وظيفة من تحول، وتكون الغلة لمن [لم]^(٧) يتحول، فإن تحولوا فالغلة للفقراء.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم في يوم لا درس فيه أرجو أن يكون جائزا.

وسئل الفقيه أبو بكر عن الوقف على العلوية الساكنين^(٨) ببلخ، قال: من غاب منهم، ولم يبيع مسكنه، ولم يتخذ مسكنا آخر، فهو من سكان بلخ، ولم تبطل وظيفته ولا وقفه. [والله أعلم]^(٩).

(١) في م: فشاخ.

(٢) في م: ينتقل.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أقربائه.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: كان.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: المساكن.

(٩) سقط في م.

الفصل [الحادي عشر]^(١)

في استحقاق الوقف بحكم فساد البيع، وغيره وفي المشتري يحدث بالمشتري^(٢) عيبا بعدما وقفه

إذا اشترى أرضاً شراءً فاسداً، وقبضها، ووقفها على الفقراء، والمساكين، فهو جائز على ما وقفها عليه، وإن جاء [البائع]^(٣)، وخاصم المشتري في ذلك، فللبائع على المشتري قيمتها يوم قبضها، ولا يرد الوقف، [ولو] وقفها قبل أن يقبضها لا يجوز، قال: ألا ترى أنه لو باعها قبل القبض لا يجوز، ولو باعها بعد القبض، يجوز، أشار إلى أن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض، ويفيده بعد القبض، فقبل القبض الوقف لم يصادف ملك المشتري، وبعد القبض صادف ملكه، ثم^(٤) إذا وقفها بعد القبض، وخاصم البائع المشتري في ذلك، ذكر: أن المشتري يضمن قيمتها للبائع يوم القبض؛ لأنه أتلّفها بالوقف؛ ألا ترى أن المشتري لو باعها، أو وهبها ضمن قيمتها للبائع، فكذا إذا وقفها، ولا ينتقض الوقف كما لا ينتقض البيع إذا باعها المشتري من رجل؛ لأنه تصرف بتسليط البائع.

ولو اشترى أرضاً فاسداً فقبضها، واتخذها مسجداً، وصلى فيه الناس. ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه: أنه مسجد، وعلى المشتري قيمتها ولا ترد إلى البائع.

قال هلال: هذا قول أصحابنا - رحمهم الله - في المسجد، والوقف على قياسه.

وذكر في كتاب الشفعة: إذا اشترى أرضاً فاسداً، واتخذها مسجداً، أو بني فيها بناء أنه يضمن قيمتها عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويصير مستهلكاً بالبناء.

(١) في م: العاشر.

(٢) في م: في المشتري.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: فتم.

وعندهما: ينتقض البناء، وترد الأرض على البائع، فاشتراط البناء على رواية^(١) الشفعة دليلا على أنه إذا لم يبين^(٢) لا يصير مسجدا بمجرد اتخاذه مسجدا بلا خلاف، وعدم اشتراط البناء في رواية هلال [يدل]^(٣) على أنه يصير مسجدا [بمجرد اتخاذه مسجدا بلا خلاف، وعدم اشتراط البناء في رواية هلال يدل على أنه يصير مسجدا]^(٤) بدون البناء بلا خلاف.

قال الحاكم الشهيد^(٥): رواية محمد - رحمه الله - في كتاب الشفعة أصح من رواية هلال.

ووجه ذلك: أن المسجد ما يكون لله تعالى خالصا، وينقطع^(٦) عنه حق العباد، وهاهنا حق البائع باق قبل البناء فلا يصير مسجداً.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : ولقائل أن يقول: في الوقف روايتان أيضا [في]^(٧) أنه هل [يصير وقفا قبل البناء كما في المسجد؟، ولقائل أن يقول]^(٨): يصير وقفا على الروائتين قبل البناء، ويفرق هذا القائل بين الوقف، وبين المسجد على رواية كتاب الشفعة.

ووجه الفرق: إيجاب حق العباد، فصار نظير البيع والهبة، [ثم]^(٩) قيام حق البائع لا يمنع نفاذ البيع، والهبة حتى إن المشتري شراء فاسدا إذا وهب أو باع، يجوز ولا ينتقض^(١٠) بعد ذلك فكذلك الوقف، وأما المسجد ما يكون لله تعالى

(١) في م: الرواية.

(٢) في م: يبين.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: في.

(٦) في م: ويقطع.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: ينتقض.

خالصا، وقيام حق البائع يمنع الخلوص لله تعالى .
قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : ولقائل أن يفرق بين الوقف على الفقراء ،
وبين الوقف على قوم بأعيانهم ، ويقول : إذا وقف على الفقراء فصيروتها وقفا
على^(١) البناء على روايتين ، وإذا وقف على قوم بأعيانهم يصير وقفا قبل البناء باتفاق
الروايات ، لأن الوقف على الفقراء يطلب منه وجه الله تعالى لا إيجاب الحق للعباد
فأشبهه المسجد ، بخلاف الوقف على قوم بأعيانهم ؛ لأنه إيجاب الحق للمقيمين
فأشبهه البيع والهبة .

ولو اشترى أرضا شراء صحيحا ، وقبضها ، ووقفها على الفقراء ، ثم [وجد بها
عيبا لا يردھا ، ولكن يرجع بنقصان العيب ، بخلاف ما إذا اشترى أرضا ، واتخذها
مسجدا ، ثم وجد بها عيبا لا يردھا ، ولكن]^(٢) يرجع بنقصان العيب ، وجعل
المسجد نظير البيع ، والوقف نظير العتق ، وإذا رجع بنقصان العيب كان النقصان له
يصنع [به]^(٣) ما شاء ؛ لأنه ليس ببدل عن الوقف ؛ لأن الثابت بالعيب لم يدخل
تحت الوقف فيسلم [له]^(٤) ، ولو اشترى من آخر أرضا بعرض ، وتقابضا ، فوقف
مشتري الأرض الأرض ، ثم استحق الأرض^(٥) ، فالوقف جائز ، وعلى مشتري
الأرض قيمة الأرض يوم قبضها ، وإنما جاز الوقف ؛ لأن الأرض بدل المستحق ،
وبدل المستحق مملوك ملكا فاسداً فيصح وقفه على ما مر ، وبمثله^(٦) لو وجد العبد
حرا بطل الوقف ؛ لأن بدل الحر ليس بمملوك فلا يصح وقفه ، وإذا اشترى أرضا من
رجل ، وقبضها ، ثم استحقها رجل ، وأجاز البيع فالبيع جائز ، والوقف باطل .

(١) في م : قبل .

(٢) في م : وجدها عيبا فإنه لا .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م : العرض .

(٦) في م : وعليه .

قيل: هذا على قول من يقول بأن المشتري من الغاصب إذا اعتق ثم أجاز المالك البيع، أن العتق لا ينفذ، وهو قول محمد، وزفر، وهلال - رحمهم الله-.
فأما على قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله -: ينبغي أن ينفذ الوقف كما [ينفذ]^(١) العتق.

قيل أيضا: يجوز أن يفرق بين الوقف، وبين العتق فيقال: العتق من حقوق الملك وأحكامه؛ بدليل أنه يؤكد الملك ويقرره حتى جعل قبضا، والقبض يؤكد الملك، فجاز أن يتوقف بتوقفه، وينفذ بنفوذه، بخلاف الوقف.

قال: ولو أن المستحق ضمن^(٢) الغاصب وهو البائع القيمة، نفذ الوقف كما ينفذ العتق بلا خلاف؛ لأنه ملكه بالضمان من وقت الغصب السابق، فينفذ وقف المشتري كما ينفذ عتقه.

قيل: غاصب الدار، والعقار لا يضمن عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله - فكيف يستقيم هذا التفريع على قولهما؟ فإن ضمن المشتري القيمة انتقض كما ينتقض العتق؛ لأن الملك حصل له بالضمان، والوقف كان قبل ذلك، فبهذا^(٣) الطريق لم^(٤) ينفذ العتق. والله أعلم.



(١) سقط في م.
(٢) زاد في م: من.
(٣) في م: بهذا.
(٤) في م: ثم.

الفصل [الثاني عشر]^(١)

فيمن وقف على الفقراء والمساكين فيحتاج هو أو بعض قرابته
وأراد أن يعطى من تلك الغلة

إذا جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين فاحتاج بعض قرابته، وأراد أن يعطى من تلك الغلة، فاعلم بأن هاهنا مسألتين:
إحدهما^(٢): إذا احتاج الواقف بنفسه، فالحكم فيها ألا يعطى من تلك الغلة شيئاً، هكذا ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه.

قال الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله -: هذا الجواب على مذهب هلال صحيح، فإن [في]^(٣) مذهبه أن الواقف لو شرط في ابتداء الوقف أن [يأكل بنفسه ما دام حياً لا يصح الشرط، ولا يحل الأكل، فكذا إذا احتاج بعد ذلك، لا يحل له الأكل اعتباراً للابتداء بالانتهاء.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله -: يصح؛ لأن على قوله لو شرط في ابتداء الوقف أن^(٤) يأكل بنفسه صح الشرط، وحل له الأكل، فكذا^(٥) يحل له في الانتهاء إذا احتاج إليه.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكافي - رحمه الله -: هذا الجواب صحيح على قول الكل؛ لأن على قول أبي يوسف - رحمه الله -: إذا شرط [في]^(٦) ابتداء الوقف أن يأكل إنما يحل له الأكل؛ لأنه بالشرط استثنى الغلة عن حق الفقراء، فلم تنزل^(٧)

(١) في م: الحادي عشر.

(٢) في م: أحدهما.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: له.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: ترك.

الغلة عن^(١) ملكه، إنما زالت الرقبة عن ملكه فيصير آكلاً [ملك نفسه]^(٢)، أما هاهنا الغلة زالت عن ملكه وثبت حق الفقراء، فلا يصير آكلاً ملك نفسه، [و]^(٣) لو حل له الأكل حل طريق الصدقة، ولا وجه إليه؛ لأنه يصير متصدقاً على نفسه.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : يجوز أن يفرق بين الانتهاء والابتداء [أي: على قول هلال]^(٤) فيقال في الابتداء: إنما^(٥) يستحق بالشرط؛ لأن الشرط خرج على وجه الفساد، وهاهنا الوقف قد صح بإضافته [إلى]^(٦) الفقراء، فيجوز له التناول بحكم فقره، هذا كما قال محمد - رحمه الله - في السير: إذا قال الأمير: إن قتلت هذا الكافر فلي [سلبه]^(٧)، ثم قتله، لا يستحق السلب؛ لأن كلامه خرج على وجه الفساد، ومثله^(٨) لو قال: من قتل قتيلاً فله سلبه، فقتل [الإمام]^(٩) بنفسه كافراً استحق سلبه، لأن كلامه خرج على وجه الصحة، فيستحق السلب عند وجود سببه منه.

المسألة الثانية: إذا احتاج بعض قرابته^(١٠) فإن كان الوقف في حالة المرض لا يعطى؛ لأن هذا في معنى الهبة، والهبة للوارث في مرض الموت لا تجوز، وكذا إذا^(١١) كان الوقف في حالة الصحة، لكن يضاف^(١٢) إلى ما بعد الموت بأن قال:

- (١) في م: عند.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: إنه لا.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: بمثله.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) زاد في م: فراشه.
- (١١) في م: إن.
- (١٢) في م: مضافاً.

أرضي هذه صدقة بعد وفاتي على المساكين وهي تخرج من الثلث؛ لأن هذه وصية والوصية للوارث باطلة، ويعطى ولد ولده إن لم يكن وارثاً، هكذا ذكر هلال في وقفه.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: أنه إذا أوصى الواقف أن يجعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبداً بعد وفاته على المساكين، فاحتاج ولده أعطيهم غلة هذه الصدقة، وليس هذا بوصية، وأجاب عن قول [هلال - رحمه الله - «أن»^(١)] هذا وصية»، فقال: [ليس هذا]^(٢) من طريق الإيجاب، وإن كان الوقف في حالة^(٣) الصحة، ولم يكن مضافاً إلى ما بعد الموت [ذكر في واقعات الناطفي: إذا كان في حالة الصحة ولم يكن مضافاً إلى ما بعد الموت، فالصرف]^(٤) إلى ولد الواقف أولى، ثم إلى قرابة الواقف، ثم إلى موالي الواقف، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل مصره أيهم أقرب إلى الواقف منزلاً.

وذكر هلال في وقفه: أنه يعطى أقل من مائتي درهم، وهو أولى من سائر الفقراء؛ لأن مقصود الواقف من الوقف الثواب، والتصدق على فقراء القرابة أكثر^(٥) ثواباً، وإليه أشار - عليه السلام - في قوله لامرأة عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - حين أرادت^(٦) أن تتصدق على زوجها: «لك أجران أجر الصدقة، وأجر الصلة»^(٧)، والدليل على صحة ما قلنا أن في باب الزكاة يؤمر بدفع^(٨) الزكاة

(١) سقط في م.

(٢) في م: هذا ليس.

(٣) في م: حال.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: كالصرف.

(٥) في م: أكبر.

(٦) في م: أراد.

(٧) أخرجه البخاري (٣/٣٨٤، ٣٨٥) كتاب الزكاة، باب: الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر (١٤٦٦)، ومسلم (٢/٦٩٤، ٦٩٥) كتاب الزكاة، باب: فضل النفقة والصدقة على

الأقربين والزوج إلخ (٤٥-١٠٠٠).

(٨) في م: بالدفع.

إلى قرابته الذين يجوز الدفع إليهم أولاً، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل بلده، ولكن يعطى أقل من [مائتي درهم، ولو أعطى]^(١) مائتي درهم يجوز، ويكره كما في الزكاة.

ولو رأى القيم ألا يعطيه كان له ذلك، وهو قول الفقيه أبي بكر الأعمش - رحمه الله -.

وكان الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - لا يعطي أحدا من قرابة شيئا من هذا الوقف؛ لأنه لو أعطى صيره ملكا بمرور الزمن^(٢)، فيؤدي إلى إبطال الوقف. وقال الفقيه أبو بكر الصفار - رحمه الله -: إن طلب، وخاصم، ونازع القيم لا يعطى؛ لأنه إذا خاصمه في ذلك علم أن قصده التملك، وإبطال الوقف، بخلاف ما إذا لم يخاصم، ولم ينازع وواقفه في ذلك.

وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: إن لم ينازعه يعطى، وهذا أولى، ولكن لا يصرف إليه كل الغلة، بل يصرف البعض إليه والبعض إلى الفقراء وإن كان يصرف إليه كل الغلة وإنما يصرف في بعض الأزمان دون البعض؛ لأن في صرف الكل إليهم على الدوام إبطال الوقف عسى؛ لأنه ربما يقع عند الناس أنه ملكهم، فيشهدوا لهم^(٣) بالملك عند دعواه^(٤) ذلك لنفسه، هذا إذا وقف على الفقراء واحتاج^(٥) بعض [قرابته، فأما إذا وقف على فقراء]^(٦) قرابته يصرف جميع الغلة إليهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من مائتي درهم؛ لأن الواقف أوجب ذلك^(٧).

وأما إذا وقف على الأفقر فالأفقر من قرابته، فهاهنا لا يعطى الكل [إنما يعطى]^(٨)

(١) سقط في م.

(٢) في م: الزمان.

(٣) في م: له.

(٤) في م: دعوة.

(٥) زاد في م: إليه.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: كذلك.

(٨) سقط في م.

أقل من مائتي درهم.

ولو وقف أرضه على أن [النصف من غلتها]^(١) للمساكين ونصفها للفقراء من قرابته، فاحتاج قرابته وكان الذي سمى لهم لا يكتفيهم [أيعطيهم]^(٢) ما جعل للفقراء لفقراهم؟

قال هلال - رحمه الله - : لا، وهو قول يوسف بن خالد السمطي.

وقال إبراهيم بن يوسف البلخي - رحمه الله -، وعلي بن أحمد الفارسي، والفقهاء أبو جعفر الهندواني - رحمة الله عليهم - : يعطون من نصيب الفقراء؛ لأنهم فقراء، وفقراء قرابته يستحقون^(٣) بالجهتين جميعا كمن وقف أرضا على قرابته، وأرضا على جيرانه، وبعض جيرانه قرابته، فإنهم يستحقون من الوقفين بالوصفين. وجه قول هلال: أنه لما بين نصيب كل فريق تنقطع^(٤) الشركة، وشرط لكل فريق بعضه فيجب رعاية شرطه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الواقف إن شرط في الوقف أن لفقراء قرابته [كذا وللمسلمين وللفقراء]^(٥) كذا، يعطى فقراء القرابة من نصيب الفقراء، وبه أخذ محمد بن سلمة - رحمه الله - وأبو نصر محمد بن سلام البلخي وجعلوا هذا نظير الوصية، فإن من أوصى ببعض الثلث لقرابته، وبعضه للفقراء استحق القريب من نصيب الفقراء إذا كان [فقيراً]^(٦)، وبمثله لو أوصى ببعض الثلث لقرابته، والباقي^(٧) للفقراء، لا يستحق القريب من نصيب الفقراء كذا هاهنا. [والله أعلم]^(٨).

(١) في م: نصف غلتها.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فيستحقون.

(٤) في م: فتنقطع.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وبعض.

(٨) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل :

إذا قال : جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة أبداً على زيد وولده أبداً ما تناسلوا ، ومن بعدهم على المساكين على أنه إن احتاج قرابتي رد عليهم هذا الوقف ، [وكانت] ^(١) غلته لهم ، وكانت قرابته جماعة فاحتاج بعضهم ، وبعضهم أغنياء ، يرد هذا الوقف على من احتاج من قرابته ، وكذلك لو احتاج موالي ، واحتاج بعضهم . ولو قال : على أن ولد ^(٢) زيد إن ماتوا ^(٣) ردت غلة هذا الوقف على عمر ، فمات بعض ولد زيد ، وبقي البعض ، لم ترد الغلة حتى يموت كل ولد زيد ، هكذا ذكر الخصاص - رحمه الله - .

قال هلال - رحمه الله - في وقفه : إذا قال : أرضي [هذه] ^(٤) صدقة موقوفة بعد موتي على الفقراء ممن احتاج من ولدي ، وولد ولدي أعطي ما يكفيه ، [كان كما] ^(٥) قال ، فإن احتاج أحد من ولد صلبه ينظر إلى ما يكفيه ، فيكون ذلك ميراثاً بين جميع الورثة ؛ لأنه لا يستحق بالوقف ؛ لأنه بمنزلة الوصية ، والوصية لا تجوز للوارث ، وإنما تستحق بالإرث فلا يختص هو به ، وإن احتاج بعض ولد الولد أعطى له ما يكفيه ويكون ذلك بالوقف ؛ لأن الوصية له جائزة ، وإن احتاج ولد الصلب وولد الولد أعطيا ، ثم ما يصيب ولد ^(٦) الصلب يكون بين الورثة ، وما يصيب ولد الولد يكون له ، وإن احتاجوا جميعاً تقسم على عدد الرؤوس ، ثم الحكم ما ذكرنا من الإرث والوقف ، وإن استغنى المحتاج لا يعطي [له] ^(٧) ، وهذا ظاهر ، وإن قصر

(١) سقط في م .

(٢) في م : ولدي .

(٣) في م : مات .

(٤) سقط في م .

(٥) في م : كما كان .

(٦) في م : وولد .

(٧) سقط في م .

الغلة عما سمي لكل فقير، وكان يكفي لأحدهم^(١)، فإنه يبدأ بولد الولد؛ لأن حقه أقوى؛ لأنه يجوز من غير إجازة، وحق ولد الصلب لا يثبت إلا بإجازة^(٢) الورثة والبداية بالأقوى. [والله أعلم]^(٣).



(١) في م: لأحدهما.

(٢) في م: بالإجازة.

(٣) سقط في م.

الفصل [الثالث عشر]^(١)

في بيان ما يدخل في الوقف من غير ذكر

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا وقف الرجل أرضاً في صحته على وجوه سماها، ومن بعدها على الفقراء، فإنه يدخل في الوقف البناء، والأشجار، والنخيل.

وذكر القاضي شمس الإسلام محمود الأوزجندي في شرح كتاب الوقف لهلال: أن الشجر الذي لا ثمرة [له]^(٢)، ولا غلة^(٣)، ففي دخوله في وقف الأرض روايتان. وأما الثمر هل يدخل في وقف الأشجار؟ ذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الرهن: ذكر هلال عن محمد - رحمه الله - أنه يدخل [في الوقف]^(٤). قال - رحمه الله - : وأكثر مشايخنا^(٥) على أنه لا يدخل.

وهكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - بناء على تعليل محمد - رحمه الله - في فصل الرهن.

قال^(٦): محمد - رحمه الله - : علل في مسألة الرهن لدخول [الثمر]^(٧) في دهن الشجر، فقال: لأن الرهن لا يزيل ملك الراهن، والبيع يزيل ملك البائع فصار أصل^(٨) هذا: أن كل عقد يزيل الملك [لا يدخل فيه الثمار، والوقف يزيل الملك، فيجب]^(٩) ألا يدخل فيه الثمار، ولا يصح العقد^(١٠)، ولو وقف الأرض، واستثنى

(١) في م: الثاني عشر.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: له.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: مشايخي.

(٦) في م: فإن.

(٧) في م: الثمن.

(٨) في م: أن.

(٩) بدل ما بين المعقوفي في م: يجب.

(١٠) العقد في اصطلاح الفقهاء: ارتباط القبول بالإيجاب، بحيث يكون بحالة موجبة لترتب

الأشجار التي فيها، لا يجوز الوقف.

وأما الزرع هل يدخل في وقف الأرض؟

حكى عن الفقيه أبي بكر - رحمه الله - : إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف دخل، وإن كان له قيمة لا يدخل ما لم يذكر.

وذكر هلال - رحمه الله - : أنه لا يدخل من غير فصل.

وهكذا ذكر الخصاف.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وبه نأخذ.

قال الخصاف : ولو كان فيها بقل أو رياحين لا يدخل في الوقف، ولو كان فيها^(١) قصب أو [غیضة]^(٢) أو خلاف، فما^(٣) كان يقطع في كل سنة لا يدخل في الوقف، وما كان يقطع في كل سنتين أو ثلاث يدخل، والشرب لا يدخل إلا إذا ذكره، أو ذكر الأرض بحقوقها، أو بكل قليل وكثير هو لها.

وأما الرطب^(٤) فما كان من رتبة قد طلعت فهي للواقف، وما كان من أصول ذلك فهو داخل في الوقف، وكذلك الباذنجان والقطن إلا أن يكون شجر^(٥) القطن [يجز]^(٦) في كل سنة، وإن كان كذلك لا يدخل، وبصل العصفر، والزعفران يدخل في الوقف، وقصب السكر لا يدخل في الوقف، وشجر الورد، والياسمين يدخلان^(٧) في وقف الأرض، والرحى في الضيعة تدخل في وقف تلك الضيعة رحي الماء، ورحى اليد في ذلك على سواء، وكذلك الدواليب تدخل، والدالية^(٨) لا

= حكمه عليه، وأقسامه كثيرة.

(١) في م: فيه.

(٢) في م: بده بستان أو عطية.

(٣) في م: ما.

(٤) في م: الرطاب.

(٥) في م: شجرة.

(٦) في م: تجمل.

(٧) في م: يدخل.

(٨) في م: والدار.

تدخل، وفي وقف الدار إذا لم يذكر الدار بحقوقها ولا بكل قليل وكثير هو لها فيها ومنها من حقوقها يدخل ما كان يدخل في بيع الدار، [وخوابي الدباغين، وقدور الدباغين لا يدخل في الوقف]^(١) سواء كان في البناء أو لم يكن. [والله أعلم]^(٢).



(١) في م: وفي وقف الحمام يدخل وقيد الحمام وفي وقف الحوانيت.
 (٢) سقط في م.

الفصل [الرابع عشر]^(١)

في الولاية في الوقف

ذكر هلال - رحمه الله - : إذا وقف الرجل أرضه، ولم يشترط الولاية لنفسه، ولا لغيره: أن الوقف جائز، والولاية للواقف، هكذا ذكر الخصاف في وقفه .
قال هلال - رحمه الله تعالى - : وقد قال قوم: إن الواقف لو شرط الولاية لنفسه كانت الولاية له، وإن لم يشترط فلا .
قال مشايخنا - رحمهم الله - : الأشبه [أن يكون هذا]^(٢) قول محمد - رحمه الله - .

وجه هذا القول: أن الولاية كانت له بحكم الملك، وبالوقف زال الملك .
وجه ما ذكر هلال: أن الواقف أقرب الناس إلى هذا الملك فيكون أولى بولايته؛ ألا ترى [أن]^(٣) باني المسجد أولى بإقامة مصالح المسجد، ونصب المؤذن، وعمارته .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا وقف أرضاً وسلمها إلى المتولي، ثم أراد أن يأخذها منه، فإن كان شرط في الوقف أن له العزل والإخراج من يد المتولي فله، وإن لم يكن شرط ذلك فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : له ذلك .
وعلى قول محمد: ليس له ذلك .

ولو جعل الواقف ولاية الوقف لرجل كانت الولاية [له كما شرط الواقف، ولو أراد الواقف إخراجه كان له ذلك فلو جعل إليه الولاية]^(٤) في حال حياته، وبعد وفاته كان جائزاً، وكان وكيلاً في حال الحياة وصياً بعد الموت .
ولو قال: وليتك هذا الوقف، فإنما له الولاية حال حياته لا بعد وفاته .

(١) في م: الثالث عشر .

(٢) في م: هذا أن يكون .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

ولو قال: وكلتك بصدقتي هذه في حياتي وبعد وفاتي، فهو جائز، وهو وكيله في حياته ووصيه بعد وفاته.

وإن لم يشترط الواقف الولاية لأحد حتى حضره الموت، فقال لرجل: أنت وصي، ولم يزد على هذا، فهو وصيي في ماله وولده، [و] ^(١) فيما كان له في يده من الوقف.

ولو أوصى إليه في الوقف.

قال محمد - رحمه الله - : هو وصي في الوقف خاصة على قولنا، وعلى قول أبي يوسف.

وعلى قول أبي حنيفة: هو وصي في الأشياء كلها، هكذا ذكر هلال - رحمه الله - ، والمشهور أن على قولهما: هو وصي في الأشياء كلها، وعلى قول محمد - رحمه الله - : هو وصي فيما خص له.

[وأما] ^(٢) ما ذكر هلال - رحمه الله - ، فذلك جواب النوادر، وهو المذكور في مختصر الكرخي.

وأما في ظاهر الرواية فقول أبي يوسف كقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
وعلى هذا لو أوصى إلى رجل في الوقف، وأوصى إلى آخر في ولده، أو ^(٣)
أوصى إلى رجل في (وقف) ^(٤) بعينه، وأوصى إلى آخر في وقف [آخر بعينه] ^(٥) كانا وصيين ^(٦) فيهما جميعا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف [أيضا] ^(٧) ،
وسياتي جنس هذه المسائل في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: و.

(٤) في م: وقفه.

(٥) في م: لعقبه.

(٦) في م: وصيتين.

(٧) سقط في م.

ولو وقف أرضه وجعل ولايته إلى رجل حال حياته وبعد وفاته، فلما حضره الموت أوصى [إلى رجل]^(١)، ذكر هلال عن محمد: أن الوصي يشارك القيم في أمر الوقف، كأنه^(٢) جعل ولاية الوقف إليهما^(٣)، ولو جعل ولاية الوقف بعد وفاته إلى رجلين، فقبل [ذلك أحدهما]^(٤)، ولم يقبل الآخر، فينبغي للقاضي أن يجعل مع الذي^(٥) قبل رجلا يقوم مقام الذي لم يقبل، فإن كان الذي قبل موضعاً لذلك [عند القاضي]^(٦)، وفوض ذلك إليه القاضي فهو جائز.

ولو قال الواقف: ولاية هذا [الوقف]^(٧) إلى الأفضل فالأفضل من ولدي، وأبى الأفضل القبول، فالقياس: ألا^(٨) يقيم القاضي غير الأفضل مقامه ما دام الأفضل حياً، وإذا مات الأفضل صرف الولاية إلى من يليه في الفضل.

في^(٩) الاستحسان: أن الولاية لمن يليه في الفضل؛ [لأن إباء الأفضل]^(١٠) بمنزلة موته، ولو ولى القاضي أفضلهم ثم صار في ولده من هو أفضل منه، فالولاية إليه اعتباراً لشرط الوقف، والأفضل هو: الأورع، والأصلح، والأهدى في أمور الوقف، وإذا استوى الاثنان في الصلاح، فالأعلم بأمر الوقف أولى، ولو كان أحدهما أكثر ورعاً وصلاً، والآخر أعلم بأمور الوقف، فالأعلم أولى بعد أن يكون بحال تؤمن خيانتته، ولو جعل الولاية في ذلك إلى عبد الله حتى يقدم زيد فهو

(١) سقط في م.

(٢) في م: ولأنه.

(٣) في م: لهما.

(٤) في م: أحدهما ذلك.

(٥) في م: ذلك.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: أن.

(٩) في م: و.

(١٠) سقط في م.

كما^(١) قال، فإذا قدم زيد فكلاهما واليان عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه لم يحجر^(٢) على عبد الله بعد قدوم زيد.

وعلى قول هلال: تحولت الولاية إلى زيد، ولا يبقى عبد الله واليًا، وإذا جعل الولاية إلى رجل، ومات ذلك الرجل حال حياة الواقف، فالأمر في نصب القيم إلى الواقف [يقيم]^(٣) من أحب؛ لأن العين في الصدقة الموقوفة وإن زالت^(٤) عن ملكه حقيقة، [فهي باقية]^(٥) على ملكه حكما؛ ألا ترى أنه جعل متصدقا شرعا بكل^(٦) ما يحدث من الغلة كأنها حدثت على ملكه، وتصدق بها، ولهذا سمي الشرع الصدقة الموقوفة جارية إلى يوم القيامة، وإنما تكون جارية إلى يوم القيامة إذا اعتبرت الغلة الحادثة حادثة على ملكه، وجعل هو متصدقا بها صدقة جديدة، فدل أنها مبقاة على ملكه حكما، فيعتبر كما^(٧) لو كانت مبقاة على ملكه حقيقة، وهناك التدبير في التصرف في^(٨) نصب المتصرف إليه لا إلى القاضي كذا هاهنا، هكذا ذكر المسألة في وقف الأصل.

وفي السير الكبير قال محمد - رحمه الله - : القاضي أولى بنصب قيم آخر، وقد ذكرنا^(٩) المسألة في مسائل الجنس.

وإن مات القيم بعد ما مات الواقف، فإن كان القيم قد أوصى إلى غيره فوصيته بمنزلته، وإن كان لم يوص إلى غيره فولاية نصب القيم للقاضي، ولا يجعل القيم

(١) زاد في م: لو.

(٢) في م: يجز.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: زال.

(٥) في م: فهو باق.

(٦) في م: فكل.

(٧) في م: بما.

(٨) في م: وفي.

(٩) في م: ذكر.

من الأجانب ما دام يوجد من ولد الواقف، وأهل بيته من يصلح لذلك؛ [لأنه يشفق على الواقف من الأجنبي، فإن لم يوجد من ولد الواقف، وأهل بيته من يصلح لذلك، جعل]^(١) القيم من الأجانب في هذه الصورة، وإذا صار في أولاده، وأهل بيته من يصلح لذلك، صرفه إليه.

ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوقف، [و]^(٢) بعض مشايخنا ذكروا في شروحهم: أنه لا يصرف إليه إلا إذا كان الواقف شرط ذلك في الوقف [للمتولي إن]^(٣) أراد أن يوصي^(٤) إلى غيره، عند الموت بالوصية يجوز؛ لأنه بمنزلة الوصية عند الموت للوصي أن يوصي إلى غيره، وإذا أراد أن يقيم غيره مقام نفسه في حياته، وصحته لا يجوز إلا إذا [كان]^(٥) التفويض إليه على سبيل العموم [بأن يقول: اعمل برأيك؛ لأن للوكيل أن يوكل عند ذلك. والله أعلم]^(٦).



-
- (١) في م: حل القيم من الأجانب ثم إذا جعل.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في م: المتولي إذا.
 (٤) في م: يفوض.
 (٥) سقط في م.
 (٦) سقط في م.

الفصل الخامس عشر في تصرف القيم في الوقف

وأنة أنواع:

نوع منه: يرجع إلى عمارة الوقف:

رجل وقف أرضا على المساكين وقفا صحيحا، ولم يذكر عمارتها^(١) في غلة هذه الأرض، يبدأ القيم أولا من الغلة بعمارتها، وما يصلحها، وما فضل من ذلك يقسم على الفقراء؛ وهذا لأن العمارة وإن لم تكن مشروطة في الوقف نصا فهي مشروطة اقتضاء؛ لأن مقصود الواقف إدرار الغلة على المساكين، وهذا المقصود إنما يحصل بإصلاحها، وعمارتها فهو معنى قولنا: إن العمارة مشروطة اقتضاء، والثابت اقتضاء ثابت [بطريق الضرورة، فكانت]^(٢) العمارة [مشروطة في]^(٣) غلة هذه الأرض، وإن كان في أرض الوقف غلة^(٤) فخاف القيم هلاكها كان له أن يشتري من غلتها فسيلا فيغرسه؛ لأن النخل يفسد على امتداد الزمان فيهلك فينقطع ثمرها، وكان إبقاؤها بالغرس مكانها حتى يبقى خلفا عن سلف، وهو نظير الدار الموقوفة يؤمر^(٥) بإدخال خشبة، [أو لبنة]^(٦) ونحوها حتى لا تخرب، وإن كانت قطعة من هذه الأرض سبخة لا تنبت شيئا فيحتاج إلى كسح وجهها وإصلاحها حتى تنبت، كان للقيم أن يبدأ من غلة الأرض بمؤنة إصلاح تلك القطعة؛ لأنها إذا صلحت كثرت الغلة فكان أنفع للفقراء، وإذا أراد القيم أن يبني [فيها]^(٧) قرية ليكثر أهلها، وحفاظها ويحوز فيها الغلة لحاجته إلى ذلك كان له أن يفعل ذلك؛ لأن هذا من جملة مصالح الوقف،

(١) زاد في م: قال عمارتها.

(٢) في م: بالضرورة يندفع بشرط.

(٣) في م: من.

(٤) في م: نخلة.

(٥) في م: يرم ما اشترم فيها.

(٦) في م: ولبن.

(٧) سقط في م.

وهذا كالخان الموقوف على الفقراء إذا احتيج فيه إلى خادم يكسح الخان، ويفتح [الباب]^(١) ويسده فسلم المتولي بعض البيوت إلى رجل بطريق الأجرة، ليقوم بذلك، فهو جائز، وطريقه ما قلنا.

وإن أراد أن يبني فيها بيوتا [يستغلها]^(٢) بالإجارة، فهذه المسألة في الحاصل على

وجهين:

إذا^(٣) كانت أرض^(٤) الوقف متصلة ببيوت المصر، [و]^(٥) يرغب في استئجار بيوتها، وتكون غلة ذلك فوق غلة الأرض والنخل، له ذلك، وإن كانت^(٦) أرض الوقف بعيدة عن المصر ولا يرغب في استئجار بيوتها بأجرة تربو منفعتها على منفعة الزراعة، فليس له ذلك.

والوجه في ذلك: أن الواقف ما عين جهة الاستغلال نصا، لكن عين^(٧) الاستغلال بالزراعة بحكم الظاهر، فإن المقصود من الأرض البيضاء ظاهرا الاستغلال بالزراعة، فيجب العمل بالظاهر ما لم يوجد جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء؛ لأننا نعلم قطعاً أن غرض الواقف^(٨) انتفاع الفقراء.

ففي الوجه الأول: وجدنا جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء من الزراعة، فتركنا هذا الظاهر تحصيلاً لغرض الواقف بأبلغ الوجوه.

وقد روي عن محمد - رحمه الله - ما هو أبعد من هذا، فإنه قال: إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيم يجد بئسها أرضاً أخرى هي أكثر ريعاً، كان

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: إن.

(٤) في م: الأرض.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: كان.

(٧) في م: عينا.

(٨) زاد في م: من الوقف.

له أن يبيع هذه الأرض ويشترى بثمانها ما هو أكثر ريعا.
فأما في الوجه الثاني: لم نجد جهة أخرى هي أنفع في حق الفقراء من الزراعة،
فعملنا فيه بالظاهر، فلم يكن القيم في هذه الصورة مأذونا بالبناء والاستغلال
بالإجارة فلا يكون له أن يفعل ذلك.



نوع آخر:

إذا وقف داره على الفقراء، فللقيم^(١) أن يؤاجر؛ لأنه^(٢) استغلال للوقف، ولا بد للوقف منه ويبدأ من غلتها بعمارتها؛ لما مر، فما فضل يصرف للفقراء^(٣)، وليس للقيم أن يسكن فيها أحداً بغير أجر؛ لأنه إتلاف منافع الوقف بغير عوض، وإن مات القيم بعدما أجر لا تبطل الإجارة، وإن كان الواقف هو الذي أجر ثم مات، ففيه قياس، واستحسان.

القياس: أن تبطل الإجارة، وبه أخذ أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - لأن الواقف^(٤) بمنزلة المالك ليس لأحد حجره ومنعه، والمالك لو أجره، ومات تنتقض الإجارة.

وفي الاستحسان: لا تنتقض الإجارة؛ لأنه أجرها لغيره وهم الفقراء، فصار كالوكيل^(٥)، والقيم إذا أجر ثم مات [لا تنتقض الإجارة]^(٦) وهذا لأن الإجارة إنما تنتقض بموت المالك، لأن الملك بالموت ينتقل إلى الوارث، فلو لم تبطل حصل استيفاء المنافع على ملك غير الأجر، وأنه لا يجوز، وهذا المعنى معدوم هنا، [و]^(٧) بهذا الطريق^(٨) لا تنتقض الإجارة [بموت الوكيل وتنتقض بموت الموكل]. وبهذا الطريق قلنا: الوصي إذا أجر دار اليتيم، ومات الوصي، لا تنتقض الإجارة^(٩)، ولو مات [اليتيم]^(١٠) تنتقض، ولم يذكر القياس والاستحسان في

(١) في م: فالقيم.

(٢) في م: لأن.

(٣) في م: إلى الفقراء.

(٤) في م: الوقف.

(٥) في م: الوكيل.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: لم.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: الصبي.

الوكيل بالاستتجار^(١)؛ لأن الوكيل بالاستتجار حاله كحال الوكيل يشتري العين، لأن المنافع لها حكم الأعيان، فيصير الموكل كأنه يملك من جهة الوكيل فيكون للوكيل حكم المالك، وأما الوكيل بالإجارة فليس له حكم المالك^(٢)؛ لأن المنافع [إنما تتولد]^(٣) من دار هي للموكل فكان عمل الوكيل في العقد لا غير، وقد فرغ منها. وفي واقعات الناطفي: إذا أجز الدار الموقوفة، ثم عزل قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء.

وفيه أيضا: دار موقوفة على قوم أجزها الوصي مدة معلومة، ثم مات بعض الموقوف عليهم قبل تمام المدة، لا تبطل الإجارة، فالإجارة لا تبطل بموت الموقوف عليه؛ لأنه ليس بمالك للرقبة إنما حقهم في الغلة، ثم ما وجب من الغلة إلى أن مات هذا الميت يصرف إلى ذريته، وما وجب بعد موته فهو لمن بقي، وكذا لو مات بعضهم بعد موت الأول بمدة فهو على هذا القياس، وسيأتي تمام ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولا تجوز الإجارة الطويلة على الوقف، ولو احتيج إليها، [فالوجه]^(٤) في ذلك: أن يعقد عقودا مترادفة كل عقد على سنة، فيكتب: استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين^(٥) عقدا كل عقد على سنة، فيكون العقد الأول لازما؛ لأنه ناجز، ويكون العقد الثاني غير لازم؛ لأنه مضاف، هكذا ذكره بعض المشايخ، [وبعض المشايخ زيفوا]^(٦) هذه الحيلة على ما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فإن أجز متولي الوقف دارا موقوفة أكثر من سنة، فإن كان الواقف شرط ألا يؤاجر

(١) في م: بالاستحسان.

(٢) في م: الإجارة.

(٣) في م: تتوكد.

(٤) في أ: الأوجه.

(٥) في م: سنتين.

(٦) سقط في م.

أكثر من سنة، والناس لا يرغبون في استئجارها سنة، [لا تجوز إيجارته]^(١)؛ لأن شروط الواقف تراعى، فإن كان قد شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء، فحينئذ تجوز إيجارته أكثر من سنة إذا رأى [ذلك خيراً]^(٢) للفقراء، وإن [لم]^(٣) يشترط في الوقف ألا يؤاجر أكثر [من سنة]^(٤).

روي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه كان يقول في الدور: لا يؤاجر أكثر من سنة؛ وهذا لأن المدة إذا طالت أدت إلى إبطال الوقف عسى؛ لأنه متى تصرف فيه تصرف الملاك حتى طال الزمان فكان^(٥) من لقيه يظن أنه يتصرف في ملكه، فمتى أنكر المستأجر الوقف وادعى الملك، فهؤلاء الذين لقوه يتصرف فيه يشهدون له [بالملك]^(٦).

وأما في الأرض: فإن كانت^(٧) تزرع في كل سنة مرة، فكذلك، فإن كانت تزرع في كل سنتين مرة، أو في [كل]^(٨) ثلاث سنين مرة، أو تزرع في كل سنة طائفة منها، فينبغي أن يشترط في المدة ذلك القدر الذي يتمكن^(٩) به المستأجر من زراعة^(١٠) الكل على العادة؛ لأنه لو أجرها سنه والحالة هذه، والمستأجر يزرع كل الأرض، يؤدي إلى تخريب الأرض.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص البخاري - رحمه الله - يجيز في الضياع ثلاث سنين؛ لأن مصلحة الوقف في ذلك؛ لأن المستأجر لا يرغب في أقل من

(١) في م: وكانت إيجارته أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع لا تجوز أكثر من سنة.

(٢) في م: خيراً ذلك.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: منفعه.

(٥) في م: فكل.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: الأرض.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: يمكن.

(١٠) في م: مزارعة.

ذلك، وكان [لا]^(١) يجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة.
وكان الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يجيز ذلك في ثلاث سنين في الضياع،
والدور، وغيرهما.

وقال الصدر الشهيد في واقعاته: المختار أن يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث
سنين، إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع بعدم الجواز فيما زاد
على السنة، إلا إذا كانت المصلحة في^(٢) الجواز، وهذا أمر يختلف باختلاف
المواضع^(٣)، واختلاف الزمان.

وكان الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: لا ينبغي للمتولي أن يؤاجر
أكثر من ثلاث سنين، ولو فعل جازت الإجارة وصحت.

وعلى هذا القول لا يحتاج إلى الحيلة التي ذكرناها في الإجارة الطويلة، ثم ما
ذكرنا من الحيلة في أول المسألة [مزيفة]^(٤) عند بعض المشايخ؛ لأن الإجارة الطويلة
إنما لم تجز على الوقف كيلا يؤدي إلى إبطال الوقف، وفي حق هذا المعنى لا فرق
[بين ما]^(٥) إذا كان العقد واحدا، وبين ما إذا كان عقودا.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - أنه قد احتال بعض
الصكاكين في زماننا في الصكوك في إجارة الوقف إذا كان الفتوى على أن إجارة
الوقف لا يجوز في السنين الكثيرة، فذكر في الصك: أن الواقف [أو القيم إذا]^(٦)
وكل فلانا بإجارة هذه الضيعة من فلان كل سنة بكذا، ومتى^(٧) ما أخرجه من الوكالة
فهو وكيله، وأرادوا بذلك بقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة.

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: عدم.

(٣) في م: الوضع.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بينهما.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وسما.

قال الفقيه أبو جعفر: إلا أنا نبطل هذه الوكالة في الوقف، وإن كان القياس [أن يجوز؛ تحريماً لإصلاح الوقف]^(١)، كما تبطل الإجارة الطويلة، ولما جاز إبطال تلك الولاية^(٢) صيانة للوقف يجوز إبطال هذه العقود المختلفة أيضاً صيانة للوقف، وعليه الفتوى.

رجل له دار له فيها موضع مقدار^(٣) بيت، وهو وقف لا يصل إلى الموقوف عليه شيء من غلته، وأراد صاحب الدار أن يستأجره مدة طويلة، فإن كان لهذه المواضع مسلك إلى الطريق الأعظم، لا يجوز، [وإلا]^(٤) يجوز إذا استأجر أرض الوقف^(٥) ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر المثل حتى جازت الإجارة فرخصت أجرتها^(٦)، لا تنفسخ الإجارة، وإذا ازداد أجر مثلها بعد مضي مدة، فعلى رواية فتاوى^(٧) سمرقند: لا يفسخ العقد، وعلى رواية شرح الطحاوي: يفسخ ويجدد العقد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى، لما مضى، ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة فيها بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد، فإلى وقت زيادته يجب المسمى بقدره، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر المثل^(٨)، وزيادة الأجر يعتبر إذا ازدادت عند الكل.

هذه الجملة في مزارعة شرح الطحاوي.

حانوت وقف عمارته لآخر، أبي صاحب العمارة أن يستأجر بأجر مثله، فهذا

(١) في م: يجوز نحو ما بينا صلاح.

(٢) في م: الولاية.

(٣) زاد في م: دار.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وقف.

(٦) في م: الأجرة.

(٧) في م: أهل.

(٨) في م: مثلها.

على وجهين^(١): إن كانت العمارة لو رفعت تستأجر بأكثر مما يستأجر هو، وفي هذا الوجه يكلف رفع العمارة، ويؤاجر من غيره؛ لأن النقصان عن أجر المثل من غير ضرورة لا يجوز.

وأما إن كانت العمارة [لو رفعت]^(٢) لا تستأجر بأكثر مما يستأجر^(٣) هو، ففي هذا الوجه: لا يكلف^(٤) رفع العمارة، وتترك في يده [بذلك الأجر]^(٥)؛ لأن فيه ضرورة.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله -، وفي وقف الخصاص - رحمه الله -:
الواقف^(٦) إذا أجر الوقف^(٧) إجارة طويلة، إن كان يخاف على رقبته التلف بسبب هذه الإجارة، فللحاكم أن يبطلها، وكذلك إن أجرها من رجل يخاف على رقبته من المستأجر، ينبغي للحاكم أن يبطل الإجارة.

في فتاوى أهل سمرقند: خان أو رباط سبيل أراد أن يخرب، يؤاجر، وينفق عليه، فإذا صار معمورًا، لا يؤاجر؛ لأنه لو لم يؤاجر يندرس.
وفيه أيضًا: قيم على عمارة وقف استأجر أجيرا بدرهم ودانق، وأجر مثله درهم، فاستعمله في عمارة الوقف، ونقد الأجر من مال الوقف، يضمن جميع ما نقد؛ لأن الإجارة وقعت له.

متولي الوقف إذا أسكن رجلا بغير أجر، ذكر هلال: أنه لا شيء على الساكن.
وعامة المتأخرين من المشايخ: أن عليه أجر المثل، سواء كانت الدار معدة

(١) زاد في م: أما.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في م: لاستأجر.

(٤) زاد في م: هو.

(٥) في م: ذلك الأجرة.

(٦) في م: الأجر.

(٧) في م: الواقف.

للاستغلال^(١)، أو لم تكن؛ صيانة للوقف، وعليه الفتوى.
وكذا قال فيمن سكن دار الوقف بغير [أمر]^(٢) القيم وبغير أمر الواقف: كان عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وكذا قالوا في أهل الجماعة إذا رهنوا الوقف [حتى]^(٣) لم يصح لو سكنه المرتهن: يجب أجر المثل سواء كانت الدار معدة للاستغلال^(٤)، أو لم تكن.
وكذلك قالوا في متولي المسجد باع منزلاً موقوفاً على المسجد، فسكنه المشتري، ثم عزل القاضي هذا المتولي، وولى غيره، فادعى هذا الثاني [المنزل على المشتري]^(٥)، وأبطل القاضي [بيع المتولي]^(٦)، وسلم الدار إلى المتولي الثاني، فعلى المشتري أجر مثل هذا المنزل سواء كانت هذه الدار معدة للاستغلال^(٧)، أو لم تكن.

وإذا أجر القيم الدار بأقل من أجر المثل قدر ما^(٨) يتغابن الناس حتى لم تجز الإجارة، لو سكنها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ على ما اختاره المتأخرون من المشايخ - رحمهم الله -.

وكذلك إذا أجر إجارة فاسدة. إذا أجر القيم دار الوقف من نفسه، لا يجوز، كذا ذكره هلال في وقفه.

وكذلك إذا أجر من عبده، أو مكاتبه، لا يجوز كما لو أجر من نفسه.

قيل: إنما لم يجز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل إذا أجر من نفسه؛ لأن

(١) في م: للاشتغال.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: للاشتغال.

(٥) في م: على مشتري المنزل أن البيع باطل.

(٦) في م: البيع.

(٧) في م: للاشتغال.

(٨) زاد في م: لا.

كل واحد منهما يتصرف بتفويض من جهة غيره .
 وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي^(١) إذا باع مال الصبي من نفسه، إن كانت فيه منفعة للوقف يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، ولو آجر من ابنه، أو أبيه فهو على [هذا]^(٢) الاختلاف في الوكيل، عند أبي حنيفة: لا يجوز. وعندهما: يجوز.

ومن مشايخنا من قال: هاهنا يجوز، وقاسه على المضارب إذا آجر من هؤلاء، فإنه يجوز بلا خلاف، وكذا الوصي؛ لأنهما عاما^(٣) التصرف، بخلاف الوكيل. ومن مشايخنا من قال: لو فرق إنسان بين المضارب، والوصي، وبين والي الوقف، لأبي حنيفة - رضي الله عنه - جاز^(٤)، فإن والي الوقف ليس بتمام الولاية، وإن كان وصيا في الوقف؛ ألا ترى أنه لا يتجاوز أمر الواقف وشرطه. إذا آجر القيم الدار الموقوفة بعرض من العروض، جاز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وعندهما: لا يجوز إلا بالدرهم والدنانير، [هكذا]^(٥) ذكر هلال - رحمه الله - . وذكر [هذه]^(٦) المسألة في الإجازات، وأجاب بالجواز من غير ذكر خلاف. والمتأخرون من مشايخنا قالوا: إنما لم يذكر محمد - رحمه الله - الخلاف، [لأنه لم يكن في الأجرة تعارف في زمنهما. وذكر هلال - رحمه الله - الخلاف]^(٧)؛ لأنه كان في الأجرة تعامل [في

(١) في م: الرضى .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: علما .

(٤) في م: يختار .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

زمانه^(١) كما في الثمن .

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إنما يجوز في الوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله - ما تعارفه الناس أجرة، وثمنا في الإجازات، والبياعات مثل: الحنطة، والشعير، فأما العبيد فلا يجوز بالإجماع .

والأب، والوصي إذا أجر دار اليتيم بعرض، يجوز بلا خلاف؛ لأنهما يملكان شراء العرض [له، وأما]^(٢) قيم الوقف فشرائه العرض على الوقف لا يجوز فكان كالوكيل، ثم إذا جاز إجارة الوقف بالعرض على قول من قال بالجواز، فالقيم يبيع العرض الذي هو أجره، ويجعل ثمنه [أجرة]^(٣) في سبيل الوقف .

إذا أجر القيم الوقف وشرط المرمة على المستأجر^(٤) بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة إلا أن يسمي دراهم معلومة، ويأمره^(٥) بأن يصرفها [في المرمة]^(٦) .

وإذا كان الوقف على قوم معينين فأجر القيم الوقف من الموقوف عليهم، جاز؛ لأنه لا حق لهم في الرقبة، إنما حقهم في الغلة، فصاروا^(٧) في حق الرقبة كالأجانب إلا أنه يسقط حق المستأجر في الأجر؛ لأنه لو أخذ [منه]^(٨) استرد ثانياً فلا يفيد الأخذ^(٩)، والموقوف عليهم لو أرادوا أن يؤاجروا لا يجوز لما ذكرنا أنه لا حق لهم في الرقبة، ولا ملك .

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : إذا كان الأجر كله له بأن كان الوقف لا

(١) سقط في م .

(٢) في م : ليقاما .

(٣) سقط في م .

(٤) زاد في م : بطلت على المستأجر .

(٥) في م : وبأجرة .

(٦) سقط في م .

(٧) في م : فصار .

(٨) سقط في م .

(٩) في م : الأجر .

يحتاج إلى العمارة، كالحوانيت، والدور، وليس معه شريك حيثذ جازت الإجارة، وأما في الأرض إن كان الواقف شرط تقديم العشر، والخراج^(١) وسائر المؤن، وما

(١) الخراج لغة: الإتاوة، سواء في ذلك - فتح الخاء، وكسرهما، وضمها - والجمع: أخراج، وأخارج، وأخرجة، من: خرج يخرج، خروجًا: إذا برزه. وأصله ما يخرج من غلة الأرض والعبد وغيرهما، ومنه قوله ﷺ: «الخراج بالضم» أي: غلة العبد للمشتري بسبب أنه في ضمانه، وذلك بأن يشتري عبدًا ويستغله زمانًا، ثم يعثر فيه على عيب دلسه البائع. ثم سمي به ما يأخذه السلطان خراجًا، فيقع على الضريبة، والحزبية، ومال الفيء، وفي الغالب يخص بضريبة الأرض. ويطلق الخراج أيضًا على الأجرة، أو الكراء، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ [الكهف: ٩٤]، وقوله تعالى: ﴿أَمْ نَسْتَأْذِنُكَ خَرْجًا فَخَرَجَ بِكَ خَيْرٌ﴾ [المؤمنون: ٧٢]. وعرف الخراج كل من الماوردي، وأبو يعلى بأنه: ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدي عنها. وقسم الفقهاء الخراج - باعتبارات مختلفة - إلى أنواع: فقسموه - باعتبار المأخوذ من الأرض - إلى خراج وظيفة، ومقاسمة. وقسموه - باعتبار الأرض التي تخضع للخراج إلى: خراج عنوي، وصلحي. الخراج نوعان: خراج وظيفة، وخراج مقاسمة.

فخراج الوظيفة: هو مقدار معين على مساحة معلومة من الأرض، يؤخذ مرة في كل عام، كما وضع سيدنا عمر -رضى الله عنه - على سواد العراق. وخراج المقاسمة: هو حصة شائعة فيما يخرج من الأرض: كالربع أو الثلث مثلاً. وذا كخراج الذي وضع على الأرض الشامية.

ويجتمع خراج الوظيفة مع خراج المقاسمة فيما يلي:
أولاً: كل منهما يوظف على الكافر ابتداءً؛ لما فيهما من معنى العقوبة، كما لا يوظف ابتداءً على كافر عشر؛ لما فيه من معنى العبادة.
ثانياً: مصرف كل منهما مصرف الآخر، وهو مصالح المسلمين؛ لأنهما أخذًا بقوة المسلمين فيصرفان في مصالحهم.

ويفترق خراج الوظيفة عن خراج المقاسمة فيما يأتي:
أولاً: خراج الوظيفة لا يجبي في السنة إلا مرة واحدة؛ لأن سيدنا عمر -رضى الله عنه - وهو العمدة في هذا الباب لم يوظفه مكرراً بتكرار الخارج، بل وضعه على الأرض مرة في السنة، على من يتمكن من الانتفاع بها. أما خراج المقاسمة فيتكرر بتكرار الخارج؛ لتعلقه بعينه.

ثانياً: خراج الوظيفة يختلف مقداره في الرطبة، والزرع، والكرم المتصل، والنخل المتصل، ولا أدل على هذا من فعل سيدنا عمر رضي الله عنه. وأما خراج المقاسمة فيوضع على ما تنتجه الأرض حسب طاقتها بدون إرهاق للمستثمر فيقعد عن استغلالها وبلا ظلم لبيت المال فيضعف عن وضع الأمور في نصابها.

ثالثاً: خراج الوظيفة يجب على صاحب الأرض إذا أتم عامه، ولا ينظر إلى ريع الخارج من أرضه. أما خراج المقاسمة فيجب متعلقاً بالخارج من الزرع حسب الاتفاق المبرم.

رابعًا: خراج الوظيفة يجب بالتمكن من الزراعة أو الغرس، وإن لم يُباشر واحدٌ منهما بالفعل. أما خراج المقاسمة فلا يجب إلا في الخارج حسب الشرط.

الخراج الصلحي: وهو: (الخراج الذي يوضع على الأرض التي صلح عليها أهلها على أن تكون الأرض لهم، ويقرون عليها بخراج معلوم) قال الباجي: (فما صلحوا على بقائه بأيديهم من أموالهم فهو مال صلح، أرضا كان أو غيره).

الخراج العنوي: وهو الخراج الذي يوضع على الأرض التي افتتحت عنوة بعد أن وقفها الإمام على جميع المسلمين. ويدخل في هذا النوع الخراج الذي يوضع على الأرض التي جلا عنها أهلها خوفاً وفزعا من المسلمين. وكذا الخراج الذي يوضع على الأرض التي صلح أهلها على أن تكون للمسلمين ويقرون عليها بخراج معلوم. قال الباجي: (وما صلحوا به أو أعطوه على إقرارهم في بلادهم وتأمينهم كان أرضا أو غيره)، فإنه ليس بمال صلح، ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صلحوا على ألا يكون لهم في الأرض حق، ويؤمنون على الخروج من البلد، أو المقام به على الذمة، لما كانت تلك أرض صلح، وإنما تكون أرض صلح ما صلحوا على بقائها بأيديهم، سواء تقدم ذلك حرب، أو لم يتقدمه حرب. وأما العنوة فهي الغلبة، فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة من أرض أو عين دون اختيار من غلب عليه من الكفار فهو أرض عنوة سواء دخلنا الدار غلبة، أم أجلا عنها مخافة المسلمين، تقدمت في ذلك حرب، أم لم تقدم، أقر أهلها فيها، أم نقلوا عنها. وقال أيضا: (ومرادنا بالصلح والعنوة أن الأرض آل حالها إلى أن استقرت بأيدي أربابها بصلح صلحوا عليها، أو زال عنها ملكهم بالعنوة والغلبة). أنواع الأرض الخراجية:

النوع الأول: الأرض التي صلح المسلمون أهلها عليها وهي نوعان:
الأول: أن يقع الصلح على أن الأرض لأهلها، وللمسلمين الخراج، فهي مملوكة لأهلها وتعتبر أرضا خراجية.

والثاني: أن يقع الصلح على أن الأرض للمسلمين ويقر أهلها عليها بخراج معلوم.
النوع الثاني: الأرض التي جلا عنها أهلها خوفاً وفزعا وبدون قتال. فهي أرض خراجية وتصير وقفا على جميع المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، وأحمد في رواية، وذلك لأنها فيء وليست غنيمة. وذهب أحمد في رواية ثانية إلى أن حكمها حكم الأرض المفتوحة عنوة، فلا تصير وقفا على المسلمين إلا بوقف الإمام لها؛ لأنها مال ظهر عليه المسلمون بقوتهم، فلا يكون وقفا بنفس الاستيلاء كالمقول. أما أرض العرب فكلها أرض عشيرة؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام، والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم، كما لا تثبت الجزية في رقابهم.

ينظر: لسان العرب، مادة (خ رج) (١١٢٦/٢)، والمصباح المنير، مادة (خ رج) (١/١٦٦)، وينظر: الهداية بشرحها (٢٧٨/٥)، بدائع الصنائع (٩٣٦/٢)، فتح القدير، لابن الهمام (٢٧٩/٥)، المغني، لابن قدامة (٧١٦/٢)، كشاف القناع، للبهوتي (٩٥/٣)،

فضل للموقوف عليهم، فليس لهم إجارتة؛ [لأنه فيه]^(١) إبطال شرط الواقف، وهو البداية^(٢) بالخراج والمؤن.

بيانه: وهو أن إجارة الموقوف عليه إنما تجوز على معنى إجارتة لا اعتبار إجارتة للوقف؛ لأنه ليس بمتولي الوقف، وإذا كان جواز إجارتة على اعتبار ملكه لنفسه، كان الأجر له [ليس في]^(٣) خراج، ولا شيء، فهو معنى قولنا: إن فيه إبطال شرط الواقف، وإذا لم يشترط بداية الخراج، والمؤن يجب أن تجوز إجارتة؛ لكون^(٤) الخراج والمؤن عليه، وهو نظير ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في أرض الوقف: إذا كان الموقوف عليهم اثنين، أو ثلاثة، فتقاسموا، وأخذ كل واحد منهم أرضاً يزرعها بنفسه.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كانت الأرض عشرية^(٥) جازت مهاياتهم،

= المبدع، لابن مفلح (٣/٣٧٨)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (٢/١٧٤)، المنتقى، للبايجي (٣/٢١٩)، الأحكام السلطانية، الماوردي، ص (١٣٧، ١٣٨) (١/١٤٦)، الأموال لأبي عبيد، ص (٩٨)، الأحكام السلطانية، للفراء، ص (١٤٨).
النوع الثالث: هي الأرض التي افتتحها المسلمون عنوة. واختلف الفقهاء في تقسيم الأرض التي افتتحت عنوة بين الفاتحين. فيرى بعضهم وجوب تقسيمها، ويرى آخرون وقفها، ويرى بعضهم تخيير الإمام بين هذين الأمرين.

(١) في أ: لأنه في.

(٢) في م: البداءة.

(٣) في م: فيه.

(٤) في م: يكون.

(٥) الأرض العشرية: هي التي أسلم عليها أهلها طوعاً وبقيت ملك أيانهم، أو فتحت عنوة وقسمت بين الفاتحين ورأى الإمام تخميسها، أو: هي التي أحيها المسلمون بالماء والنبات فهذه الأرض أرض عشر، أو نصف عشر. وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، إلى جواز بيع الأرض العشرية من الذمي، إلا أن الحنابلة قالوا بالجواز مع الكراهة لإفضائه إلى إسقاط عشر الخراج منها. وذهب مالك، وأحمد في رواية، إلى منع المسلم من بيعها إلى الذمي؛ لأن بانتقالها إلى الذمي يسقط العشر فيتضرر الفقراء. وأما بالنسبة إلى الوظيفة المفروضة على أهل الذمة إذا تملكوا الأرض العشرية، فقد ذهب الشافعية، والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم، والثوري، وشريك، وأبو عبيد إلى أن الأرض لا تصير خراجية بمجرد انتقالها إلى الذمي، ولا يفرض عليها عشر، ولا خراج

وإن كانت الأرض خراجية، لا يجوز، قال: لأن العشر صدقة، وما وقف عليهم كالصدقة عليهم، فصارت الجهة في جميع الغلة واحدة، فأشبه سكنى الدار إذا كان الموقوف عليهم نفر [فبدا لهم أن يقتسموا]^(١)، وأن يسكن كل واحد منهم ناحية، جاز على سبيل التهايو؛ إذ ليس^(٢) سبيل العشر، أن يبدأ به كما يبدأ بالخراج والمؤن.

وأما في الأرض الخراجية، فإن عادة الواقفين وشروطهم^(٣) بداية الخراج من الغلات، ونحن لو أجزنا التهايو [لما اختص]^(٤) كل واحد بما يخصه - ولما صار بالمنفعة مختصا كان كالمالك، فيكون الخراج في ذمته كالمالك، فيكون فيه تغيير شرط الواقف؛ لأن الواقف شرط أن يكون الخراج في الغلة.

قال: إذا استأجر أرضاً موقوفة، وبنى^(٥) فيها حانوتا، وسكنها، فأراد غيره أن يزيد في الغلة، ويخرجه من الحانوت، ينظر: إن كان أجره مشاهرة، فإذا جاء رأس الشهر كان للقيم^(٦) فسخ الإجارة؛ لأن الإجارة إذا كانت مشاهرة تنعقد^(٧) في رأس كل شهر، فبعد ذلك ينظر: إن كان البناء لا يضر بالوقف فله رفعه إن شاء^(٨)؛ لأنه ملكه، وإن كان رفع البناء يضر الوقف ليس له أن يرفعه؛ دفعا للضرر^(٩) عن الوقف

لنفقد موجبهما. =

ينظر: الخراج، لأبي يوسف، ص (٦٩)، الاختيار (١١٣/١)، فتح القدير (٥/٢٨٠)، الفتاوى الهندية (٢/٢٤٠)، الأحكام السلطانية، للماوردي، ص (١٢٦)، منتهى الإرادات (١/٣٩٥)، المغني، لابن قدامة (٢/٧٢٩).

(١) في م: فبدايتهم أنهم يقتسمون.

(٢) زاد في م: فيه يعتبر شرط إذ ليس.

(٣) في م: وشروطهم.

(٤) في م: أن يختص.

(٥) في م: وبقي.

(٦) في م: القيم.

(٧) في م: منعقدة.

(٨) في م: الله تعالى.

(٩) الضرر لغة: الضر ضد النفع، وضاره - بالتشديد - بمعنى ضره، والاسم الضرر، والضر هو =

فبعد ذلك المسألة على وجهين: إن كان المستأجر يرضى أن [لا]^(١) يملك القيم بناءه للوقف بقيمته مبنياً أو منزوعاً أيهما كان أقل يملك القيم ذلك، وإن كان لا يرضى، لا يملك؛ لأن تملك ماله بغير رضاه لا يجوز فيبقى^(٢) إلى أن يتخلص

الهزال وسوء الحال، والمضرة خلاف المنفعة، وضره يضره ضرراً، وضر به وضاره مضارة وضراراً، والضرار: المضارة. والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، أما الضرر ابتداء الفعل، والضرار: الجزاء عليه، وقيل: الضرر: ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل: الضرر والضرار بمعنى واحد. وقال ابن الأثير: قوله: «لا ضرر»، أي: لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فعال من الضر، أي: لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، وقيل الضرر: ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به، والضرار: أن تضره من غير أن تنتفع، وقيل: هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد، كما يطلق الضرر عند علماء اللغة على كل نقص يدخل الأعيان. استعمل الفقهاء مصطلح الضرر في سياقات يتفق المراد فيها من الضرر مع معناه في اللغة، حيث يراد به خلاف النفع، وإلحاق الأذى بالغير بأي وجه كان من الوجوه. وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء أكانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها، أم عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر. وعرفه الدكتور مصطفى الزرقا بأنه: إلحاق مفسدة بالغير. وقيل: هو إلحاق مفسدة بالغير في ماله، أو نفسه، أو شرفه، أو اعتباره، أو مشاعره. وقيل: هو الأذى الذي يلحق بالشخص في المال، أو البدن، أو الشرف، أو السمعة. ومن هذا يتضح أن المحور الرئيس في بيان ماهية الضرر عند الفقهاء ينبنى على انتقاص حق الإنسان أو نفسه، وهو ما يتماشى مع القاعدة التي تبناها علماء الأصول والفقهاء المعروفة عندهم بنظرية المصلحة والمفسدة.

ينظر: لسان العرب، مادة (ضرر) (٤/٢٥٧٢)، والمغرب في ترتيب المعرب، ص (٢٨٢)، وأساس البلاغة، للزمخشري، ص (٢٦٨)، ومختار الصحاح، ص (٤٠٣)، والمصباح المنير (٢/٣٦٠)، النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٨١)، الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف نشر معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص (٤٦)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، د. محمد أحمد سراج. نشر دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة، ط (١)، ١٩٩٠م، ص (١٥٥)، والتعويض الناشئ عن إتلاف المال، د. عبد الله مبروك النجار، القاهرة، ص (٢٥٠).

(١) سقط في م.

(٢) في م: فبقي.

ملكه .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : وهذا إذا كان البناء من الباني بغير إذن المتولي ، فأما إذا كان البناء بأمر المتولي كان البناء للوقف ويرجع الباني على المتولي بما أنفق ، وسيأتي في فصل الدعاوى والخصومات : أن الغاصب إذا بنى في أرض الوقف ، والرفع يضر بالوقف ، فالغاصب يمنع عن رفع البناء ، ويضمن القيم قيمة البناء له .

في فتاوى الفضلي : فقير يسكن وقف الفقراء بأجرة فترك له بحساب الفقراء ما وجب عليه من الأجر ، يجوز ؛ فالرواية محفوظة عن علمائنا - رحمهم الله - : أن من له حقا في بيت المال إذا ترك^(١) عليه خراج أرضه لمكان^(٢) حقه في بيت المال ، جاز ، كذا هاهنا .

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : قيم^(٣) وقف أجر دار الوقف فله أن يحال بالغلة على مديون المستأجر^(٤) إذا كان مليا ، وإن وجد^(٥) كفيلا فذلك أولى ؛ لأنه إذا وجد كفيلا كان المطالب بالأجر اثنين .

في آخر إجازات فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : المتولي إذا باع الأشجار [التي]^(٦) في أرض الوقف ، ثم أجر منه الأرض ، فإن باع الأشجار بعروقها دون الأرض يجوز إذا لم يكن الإجارة طويلة ؛ لأن الأرض لا تكون مشغولة بملك الغير ، فيصح التسليم ، وإن باع الأشجار من وجه الأرض لا يجوز إجارة الأرض ؛ لأن الأرض مشغولة بملك الغير وهو عروق الأشجار ، فلا يصح التسليم ، فإن كان قد

(١) في أ: نزل .

(٢) في م: لما كان .

(٣) في م: فيمن .

(٤) في أ: مستأجر .

(٥) في أ: أخذ .

(٦) سقط في م .

دفع الأشجار منه معاملة سنة أو سنتين أو ما أشبه ذلك، ثم أجر الأرض منه بأجر المثل، فعلى [قوله أي]^(١): قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز إجارة الأرض؛ لأن عنده المعاملة غير جائزة [فتبقى الأرض مشغولة بحق الأجر فلا تجوز الإجارة، وعند أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد أيضا: المعاملة جائزة]^(٢) فجازت الإجارة، والاحتياط أن يبيع الأشجار بعروقها، ثم يؤجر الأرض؛ لتكون مبقاة عليه، وإذا أراد أن يستأجر أجرا ليعملوا في أرض الوقف جاز؛ لأن فيه منفعة راجعة إلى الوقف.

قال: وإذا دفع أرض الوقف مزارعة يجوز إذا لم يكن فيه محاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيها؛ لأنه إذا كان البذر من قبل القيم فهو مستأجر العامل ليعمل في الوقف، وإن كان البذر من قبل العامل فقد [أجر]^(٣) الأرض منه ببعض الخارج، وكذلك لو دفع ما فيها من النخل معاملة يجوز.

وإن مات القيم قبل انقضاء^(٤) مدة المزارعة، والمعاملة، لا تبطل المزارعة والمعاملة، وإن مات المزارع والمعامل، فإن المزارعة والمعاملة تبطلان، وإذا دفع القيم أرض الوقف مزارعة سنين معلومة، فهو جائز إذا كان أنفع وأصلح في حق الفقراء فقد جوزت^(٥) المزارعة من غير التقدير^(٦) بالثلث، وإنه الصحيح^(٧)، فالمعنى الذي لأجله استحسّن المشايخ ألا يجوز الإجارة الطويلة على الوقف، وهو ألا يؤدي [إلى]^(٨) إبطال الوقف حتى لا يتأتى في المزارعة يعرف بالتأمل إن شاء الله

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: القضاء.
- (٥) في م: جوز.
- (٦) في م: تقدير.
- (٧) في م: صحيح.
- (٨) سقط في م.

تعالى .

وإذا دفع أرض الوقف مزارعة، أو دفع نخيل الوقف معاملة ولا حظ فيه للوقف، لا يجوز على الوقف، ويصير غاصبا للأرض، فإن سلمت الأرض من النقصان فلا ضمان، وإن نقصت فالضمان واجب، إن شاء رجع على الدافع، وإن شاء على الآخذ، ولا شيء للموقوف عليهم من الخارج على الأرض، فأما الثمار [فهي للموقوف]^(١) عليهم؛ لأنها تخرج من النخيل، ولا شيء للمدفع إليه من الثمار إنما حقه في أجر مثل عمله على الدافع في ماله خاصة، ولا يرجع به على [الآخذ]^(٢)، ذكره هلال - رحمه الله - في وقفه، والله أعلم.



(١) في م: فهو للموقوف .

(٢) في م: أحد .

نوع آخر في الاستدانة على الوقف :

قال هلال في وقفه : إذا احتاجت الصدقة [إلى العمارة]^(١) ، وليس في يد القيم ما يعمرها ، فليس له أن يستدين عليها ؛ لأن الدين لا يجب ابتداء إلا في الذمة ، وليس للواقف^(٢) ذمة ، والفقراء وإن كانت لهم ذمة إلا أن لكثرتهم لا يتصور مطالبتهم ، فلا يثبت الدين باستدانة القيم إلا عليه ، [والدين الذي]^(٣) يجب عليه لا يملك قضاءه من غلة هي للفقراء .

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : أن القياس هذا ، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو أن يكون في أرض الوقف زرع يأكله الجراد ، ويحتاج القيم إلى النفقة لجمع الزرع ، أو طالبه السلطان بالخراج جاز له الاستدانة ؛ لأن القياس يترك بالضرورة .

قال : والأحوط في هذه [الصورة أن يستدين]^(٤) بأمر الحاكم ؛ لأن ولاية الحاكم أعم في مصالح المسلمين من ولايته إلا أن يكون بعيدا عن الحاكم ، ولا يمكنه الحضور ، فلا بأس بأن يستدين بنفسه ، وهذا إذا لم يكن في تلك السنة غلة ، فأما إذا كانت ففرق القيم الغلة على المساكين ، ولم يمسك للخراج شيئا فإنه يضمن حصة الخراج ؛ لأن قدر^(٥) الخراج ، وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمؤنة مستثنى عن حق الفقراء ، فإذا دفع إليهم ذلك ضمن .

وهذا الذي روي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - مشكل ؛ لأنه جمع بين أكل الجراد للزرع^(٦) ، وبين الخراج ، وتتصور الاستدانة في أكل الجراد للزرع^(٧) ؛ لأن

(١) في م : للعمارة .

(٢) في م : للموقوف .

(٣) في م : ودين .

(٤) في م : الضرورة أن يكون .

(٥) في م : بقدر .

(٦) في م : الزرع .

(٧) في م : الزرع .

الزرع مال الفقراء^(١)، وهذا الدين إنما يستدان لحاجتهم، فأمكن إيجاب الدين في مالهم.

وأما في باب الخراج، فلا يتصور؛ لأنه إن كان في الأرض غلة فلا ضرورة إلى الاستدانة؛ لأن الغلة تباع، ويؤدى منها^(٢) الخراج، وإن لم يكن في الأرض غلة فليس هنا إلا رقة الوقف، [ورقة الوقف]^(٣) ليست للفقراء، ولا يستقيم إيجاب دين يحتاج إليه الفقراء في مال ليس لهم، فهذا^(٤) الفصل مشكل من هذا الوجه إلا أن يكون تصوير المسألة فيما إذا كان في الأرض غلة، [وكان بيعها]^(٥) متعذرا في الحال، وقد طوبل بالخراج.

قالوا: ليس قيم الوقف في الاستدانة على الوقف كالوصي في الاستدانة على اليتيم؛ لأن اليتيم له ذمة صحيحة، وهو معلوم فتتصور مطالبته؛ ألا ترى أن للوصي^(٦) أن يشتري لليتيم شيئا بنسيئة^(٧) من غير ضرورة.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : قيم الوقف طلب منه [الجبايات]^(٨) والخراج، وليس في يده من مال الوقف شيء، أو أراد أن يستدين، فهذا على وجهين: إن أمر الواقف بالاستدانة فله ذلك، وإن لم يأمره بالاستدانة فقد اختلف المشايخ فيه.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره

(١) في م: للفقراء.

(٢) في م: منه.

(٣) في م: والرقبة.

(٤) في م: في هذا.

(٥) في م: كان بيعه.

(٦) في م: للقاضي.

(٧) في م: نسيئة.

(٨) في م: الحسابات.

بالاستدانة، ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي هذه الولاية.
 وفي واقعات الناطفي: المتولي إذا أراد أن يستدين على الوقف؛ ليجعل ذلك في
 ثمن البذر إن أراد ذلك^(١) بأمر القاضي فله ذلك بلا خلاف؛ لأن القاضي يملك
 الاستدانة على الموقوف^(٢)، فيملك المتولي ذلك أيضا بإذن [من]^(٣) القاضي، وإن
 أراد ذلك بغير أمر القاضي ففيه روايتان.



(١) في م: بذلك.

(٢) في م: الوقف.

(٣) سقط في م.

نوع آخر في بيع شيء من الوقف لحاجة الوقف:

[قال]^(١): وما يسقط من البناء فللقيم أن يبيعه؛ لأن الوقفية زالت عما بناه^(٢) وصار منقولاً، وهذا إذا لم تمكن إعادته، فإذا أمكن أعيد إلى موضعه؛ لأنه من رقبة الوقف، فيعاد إليه ما أمكن، فإذا لم يمكنه^(٣) إعادته بيع، وصرف الثمن إلى موضعه^(٤)؛ لأن الثمن بدل ما يسقط، وكذلك ما تناثر من البناء من تراب فللقيم بيعه وصرف ثمنه إلى المرممة، ولا يصرف شيء من ثمن ما يسقط إلى الفقراء؛ لأنه بدل النقض، والنقض من [جملة]^(٥) تربة الوقف، ولا حق للفقراء في تربته، وإنما الحق لهم في غلته، فلا يصرف شيء من ذلك إلى الفقراء، وإنما يصرف إلى المرممة، وما فضل من ذلك عن المرممة يمسكه^(٦) القيم إلى وقت الحاجة إلى المرممة، وإذا خربت أرض الوقف، وأراد القيم أن يبيع [بعضاً منها]^(٧) ليرم الباقي بثمن ما باع^(٨)، ليس له ذلك؛ لأننا لو أطلقنا له ذلك يؤدي إلى أن يبطل الوقف كله، فإنه كلما خرب منه شيء باع بعض الباقي، وعمر الباقي لا يبقى الوقف، وليس بيع بعض الوقف كبيع^(٩) نقضه، وكبيع نخلة في أرض الوقف قد سقطت^(١٠)؛ لأن التربة أصل في الوقف، فلا يجوز إبطال أحد الأصلين لأجل الأصل^(١١) الآخر، فأما البناء، والنخل فتبع^(١٢)

(١) سقط في م.

(٢) في م: بان.

(٣) في م: يمكن.

(٤) في م: مرمته.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: يشيله.

(٧) في م: بعضها من بعض.

(٨) في م: يباع.

(٩) في م: كبعض.

(١٠) في م: سقط.

(١١) في م: أصل.

(١٢) في م: فبيع.

بسبب الاتصال، فإذا سقط سقوطاً لا يمكن إعادته إليه صار منقولا، وزالت الوقفية عن عينه، وأحلنا الوقفية إلى^(١) بدله، فإن باع القيم شيئا من البناء لم ينهدم؛ ليهدم، أو نخلة حية لتقطع، فالبيع باطل؛ لأنه ما دام متصلا بالأرض فالوقفية [ثابتة]^(٢) له بحكم الاتصال، وإن هدم المشتري البناء، أو صرم النخل فينبغي للقاضي أن يخرج القيم عن هذا الوقف؛ لأنه صار خائنا، ولا ينبغي للقاضي أن يأمن^(٣) الخائن بل سبيله أن يعزله، ثم القاضي إن شاء ضمن قيمة ذلك للبائع، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما متعد في استهلاك [ما استهلكه]^(٤) فيضمن كل واحد منهما، فإن ضمن البائع نفذ بيعه، [وإن ضمن المشتري بطل بيعه]^(٥)، وهذا^(٦) عرف في كتاب الغصب.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : أرض وقف خاف عليها^(٧) القيم من سلطان، أو وراث أن يغلب عليها، يبيعها، ويتصدق بثمنها، وكذلك كل قيم إذا خاف شيئا من ذلك فله أن يبيع، ويتصدق بالثمن.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والفتوى على أنه لا يبيع؛ لأن الوقف لما صحت شرائطه لا يحتمل البيع.

في فتاوى أهل سمرقند: شجرة وقف في دار وقف خربت الدار، ليس للمتولي أن يبيع الشجرة ويعمر الدار، ولكن يكرى الدار ويعمرها، ويستعين بالأجر على عمارة الدار لا بالشجرة؛ لأنه إذا باع الشجرة لا يبقى، وإذا أجز الدار تبقى كلها. في فتاوى الفضلي: الأشجار الموقوفة إن كانت مشمرة لم يجز بيعها إلا بعد

(١) زاد في أ: بدل.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يأتمن.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: لما.

(٧) في م: عليه.

القطع؛ لأنها بمنزلة البناء الموقوف، وبيع البناء الموقوف لا يجوز قبل الهدم، ويجوز بعد الهدم، وكذا باب الوقف لا يجوز بيعه إلا بعد الرفع، كذا هذا، وإن كانت الأشجار [غير]^(١) مثمرة جاز بيعها قبل القلع؛ لأنها بمنزلة الغلة، وقد مرت مسألة قبل هذا من غير تفصيل.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : قرية وقف على أرباب مسمين في يدي متول، باع المتولي ورق أشجار التوت جاز؛ لأنها بمنزلة الغلة، فلو أراد المشتري قطع قوائم الشجر يمنع؛ لأنها ليست بمبيعة، ولو امتنع المتولي من منع المشتري [عن قطع القوائم]^(٢) كان ذلك خيانة^(٣) منه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : متولي الوقف إذا اشترى بغلة الوقف ثوبا، ودفعه إلى المساكين لا يجوز، ولكن يعطي الدراهم؛ لأن الشراء، وقع للقيم، وبقي حق المساكين في الدراهم.

سئل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى؟ قال: نعم، وإن لم يتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها؟ قال: لا.

ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل، أو لم يتعطل، وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

وقد روينا عن محمد في فصل العمارة: أنه إذا ضعفت الأراضي الموقوفة عن الاستغلال، والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا أن يبيع هذه الأرض ويشترى بثمنها أكثر ريعا.

وفي المنتفي: قال هشام - رحمه الله - سمعت محمدا يقول^(٤): الوقف إذا صار

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: جنابة.

(٤) في م: بقوله في.

بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه، ويشترى بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضي.

وذكر محمد في السير الكبير مسألة تدل على عدم جواز الاستبدال بالوقف، وصورتها: الكفار إذا استولوا على بلدة من بلاد المسلمين، ثم ظهر عليها المسلمون، وقسموها فيما بينهم، فأصاب رجل من الغانمين أرضاً فجعلها صدقة موقوفة للمساكين^(١)، ودفعها إلى قيم يقوم عليها، ثم حضر المالك القديم، فليس له أن يأخذها.

قالوا: وهذا؛ [لأنه زال]^(٢) عن ملك الواقف، وصار^(٣) بحال لا يقبل النقل من^(٤) ملك إلى ملك، فلا يكون للمالك القديم حق الأخذ.

أما على قول أبي حنيفة: الوقف باطل حتى كان للواقف أن يبيع الوقف حال حياته، فإذا مات يصير ميراثاً عنه فكان للمالك القديم حق الأخذ إلا في المسجد خاصة، فإن اتخذ المسجد [عنده]^(٥) صحيح، ويزول عن ملكية متخذه فلا يكون للمالك القديم حق الأخذ فيه.

وعن الحسن البصري - رحمه الله - : أنه كان لا يرى باستبدال الحبيس^(٦) بأساً إذا مرض^(٧).

(١) في م: على المساكين.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما الوقف صحيح فيخرج الموقوف بالوقف.

(٣) في م: ويصير.

(٤) في م: عن.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الجنس.

(٧) إذا أصبح الوقف بحالة لا ينتفع به بالكلية، بألا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمثوته، كأوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها. في هذه الصورة جوز جمهور الحنفية الاستبدال على الأصح عندهم إذا كان بإذن القاضي ورأيه لمصلحة فيه. وأما المالكية فقد أجاز جمهورهم استبدال الوقف المنقول فقط إذا دعت إلى ذلك مصلحة، وهي الرواية

فهذا إشارة إلى أن استبدال الحبيس^(١) بغير علة مكروه، وهذا إنما يتأتى على قولهما؛ لأن الحبيس^(٢) لازم عندهما.

المشهورة عن مالك. قال الخرشي: إن الموقوف إذا لم يكن عقارا - إذا صار لا ينتفع به في الوجه الذي وقف فيه كالثوب يخلق، والفرس يمرض، وما أشبه ذلك - فإنه يباع ويشترى مثله مما ينتفع به. وأما العقار فقد منع المالكية استبداله مع شيء من التفصيل. ففي المساجد: أجمع المالكية على عدم جواز بيعها. وفي الدور والحوانيت إذا كانت قائمة المنفعة لا يجوز بيعها، واستثنوا توسيع المسجد أو المقبرة أو الطريق العام فأجازوا بيعه، لأن هذا من المصالح العامة للأمة، وإذا لم تبع الأحياس لأجلها تعطلت، وأصاب الناس ضيق، ومن الواجب التيسير على الناس في عبادتهم وسيرهم ودفن موتاهم. وأما الشافعية فقد شددوا كثيرا في استبدال العين الموقوفة، حتى أوشكوا أن يمنعوها مطلقا خشية ضياع الوقف أو التفريط فيه. قال النووي: والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت، وجذوعه إذا انكسرت، ولم تصلح إلا للإحراق. ولو انهدم مسجد وتعذر إعادته لم يبيع بحال، وتصرف غلة وقفه إلى أقرب المساجد إليه. ثم إن المسجد المنهدم لا ينقض إلا إذا خيف على نقضه، فينقض ويحفظ أو يعمر به مسجد آخر إن رآه الحاكم، والأقرب إليه أولى، ولا يصرف نقضه لنحو بئر وقنطرة ورباط. واستدلوا بقوله ﷺ: «لا يباع أصلها ولا يتباع ولا توهب ولا تورث». [أخرجه البخاري (٣٩٢/٥)، ومسلم (٣/١٢٥٥)]. وأما الحنابلة: فلم يفرقوا بين عقار ومنقول في جواز الاستبدال وعدمه، وأخذوا حكم العقار من حكم المنقول، فكما أن الفرس الحبيسة على الغزو إذا كبرت ولم تصلح للغزو، وصلحت لشيء آخر يجوز بيعها، فكذلك يقاس المنقول الآخر وغير المنقول عليها. فبيع المسجد للحنابلة لهم فيه روايتان: الرواية الأولى: يجوز بيع المسجد إذا صار المسجد غير صالح للغاية المقصودة منه، كأن ضاق المسجد، أو خربت الناحية، وحينئذ يصرف ثمنه في إنشاء مسجد آخر يحتاج إليه في مكان آخر. قال ابن قدامة: إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت مواتا ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه، ولم تمكن عمارته، ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه ببيع جميعه. والرواية الثانية: لا يجوز بيع المساجد. روى علي بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل آلتها. وقد رجح ابن قدامة الرواية الأولى. ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/٥٣٥)، والبحر الرائق (٥/٢٣٩، ٢٤٠)، والخرشي (٧/٩٤ - ٩٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير على الشرح الكبير (٤/٩٢)، ومغني المحتاج (٢/٢٩٢)، وحاشية الجمل (٣/٥٩٠)، والمغني مع الشرح (٦/٢٢٥)، وما بعدها.

(١) في م: الجنس.

(٢) في م: الجنس.

وأما استبداله بعله، فإن كانت العلة بحيث يتوهم زوالها نحو المرض، فكذلك الجواب: يكره الاستبدال عندهما، وإن كانت علة^(١) لا يتوهم زوالها أو أكثر وصار بحال لا يستطاع القتال عليه، فلا بأس بأن يبيع ويشترى بثمنه مكانه حبسا^(٢) آخر إن قدروا عليه، وإن لم يقدرُوا عليه يغزى بذلك الثمن عن صاحبه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : لا بأس باستبدال الوقف؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه وقف على ولديه الحسن والحسين - رضي الله عنهما - فلما خرج إلى صفين قال: إن نأت [بهم]^(٣) الدار بيعوه واقسموا ثمنه بينهم، ولم يكن شرط البيع في أصل الوقف، ثم أمر بالبيع، ومعنى قوله: إن نأت بهم الدار: إن بعدوا عن منازلهم ومساكنهم بسبب من الأسباب، [والله أعلم]^(٤).



(١) في م: غلته.

(٢) في م: جنس.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل:

ما ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه، قال: قلت في رجل وقف وقفا صحيحا، وجعل ولايته^(١) إلى رجل، وجعل إليه القيام بأمره^(٢) في حياته، وبعد وفاته، وجعل لهذا الرجل من غلة هذا الوقف في كل سنة مالا معلوما لقيامه بأمر هذا الوقف فما الذي يجب على هذا الرجل؟ قال: ليس [في ذلك]^(٣) شيء محدود، وإنما ذلك على ما يتعارفه الناس من القيام بعمارة الضيعة، واستغلال ذلك، وبيع غلاته، وتفريق ما يجتمع من غلاته في الوجوه التي سبها.

[وقلت]^(٤): أ رأيت إن لم يباشر الرجل هذا بنفسه، قال: إنما يكلف من هذا ما يجوز أن يفعله مثله، ولا ينبغي أن يقتصر^(٥) في ذلك [عليه]^(٦)؛ ألا ترى أنه لو جعل ذلك على امرأة كان عليها ما عمله الوكلاء^(٧)، وإن حدث بهذا القيم علة مثل: خرس، أو عمى، أو ذهاب عقل، أو الفالج هل يكون هذا الأجر قائما له؟ قال: إذا حل^(٨) عليه من ذلك شيء يمكنه مع ذلك الكلام والأمر، والنهي، والأخذ، والإعطاء، فالأجر [له]^(٩) قائم، فإن تعطل عن الحفظ والتدبير، قطع عنه الأجر. قلت: فما تقول إن طعن عليه في الأمانة فرأى الحاكم أن يدخل معه غيره في الوقف، أو رأى الحاكم إخراج الوقف من يده، ويصيره إلى غيره؟ قال: أما إخراجة عن يد هذا الرجل، فليس ينبغي أن يكون ذلك إلا بخيانة^(١٠) ظاهرة، وإذا صح

(١) في م: ولايتها.

(٢) في م: بأمرها.

(٣) في م: لذلك.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: يقتصر.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: الولاء.

(٨) في م: دخل.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: لحياة.

ذلك، واستحق إخراج الوقف من يده قطع عنه ما أجرى له الواقف، وإن رأى أن يدخل معه آخر، ويكون له بعض هذا المال فلا بأس بذلك، وإن كان هذا المال الذي سمى^(١) له قليلا ضيقا^(٢)، فرأى الحاكم أن يجعل للرجل الذي أدخله رزقا من غلة الوقف، فلا بأس بذلك، فإن كان الواقف جعل له للقيام^(٣) بأمر هذا الوقف مالا معلوما في كل سنة، وكان المال الذي سماه الواقف لهذا الرجل [القيم في كل سنة]^(٤) أكثر من أجر مثله فهو جائز، ولا ينظر في هذا إلى أجر مثله، وإن كان الواقف جعل لهذا الرجل القيم في كل سنة مالا، وجعل له أن يوكل بالقيام بأمر هذا الوقف في حياته، وجعل لمن يوكله من هذا المال في كل سنة ما رأى، قال: هذا جائز، فإن وكل فيه وكيفا جعل له من ذلك المال شيئا [قليلا]^(٥) فله إخراج الوكيل، والاستبدال به.

فإن وكل القيم وكيفا في حياته، وجعل وصيه في ذلك بعد وفاته، وجعل له جميع المال الذي جعل له، أو بعضه، ثم إن القيم الذي كان جعله الواقف جن جنونا مطبقا، أو ذهب عقله من داء، أو غيره، قال: تبطل الوكالة التي كان^(٦) جعلها إليه، ويبطل المال، وكذلك وصيته تبطل إلى من أوصى إليه، ويبطل المال، ويرجع ذلك إلى غلة الوقف، فإن جعل للقيم^(٧) في كل سنة مالا، ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره قال: ليس لهذا القيم أن يوصي بهذا المال، ولا بشيء منه إلى غيره، وله أن يوصي^(٨) بالقيام بأمر هذا الوقف، وإن زال عقله سنة، وعجز عن

(١) في م: يبقى.

(٢) في م: صنفا.

(٣) في م: القيام.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الذي.

(٧) في م: القيم.

(٨) في م: يرضى.

القيام به، ثم رجع إليه عقله، وصح، يعود إلى ما كان من القيام بأمر هذا الوقف، وإن صح عند الحاكم [أن هذا القيم لا يصلح للقيام بأمر هذا الوقف فأخرجه]^(١) من القيام بأمر هذا الوقف من غير أن يصح^(٢) عنده شيء استحق به إخراجه عن ذلك، لا يقبل قوله، ولا دعواه، ولكن يقول له: صح^(٣) عندي أنك موضع للقيام^(٤) بأمر هذا الوقف حتى [أردك للقيام به]^(٥)، فإن صح عند هذا الحاكم أنه موضع لذلك رده، وأجرى [ذلك المال]^(٦) له من غلة هذا الوقف، [ولو]^(٧) أن القاضي أخرج هذا القيم بوجه من الوجوه فأقام غيره مقامه، فينبغي للقاضي أن يجري [له]^(٨) شيئاً بالمعروف، ويرد الباقي إلى غلة الوقف، فإن كان الواقف أراد أن يكون هذا المال جارياً لهذا القيم أبداً، ولا يقول لقيامه بأمر الوقف، يكون^(٩) ذلك له.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل وقف على مواليه وقفاً صحيحاً ومات الواقف فجعل القاضي الوقف في يد قيم، وجعل له عشر غلاته، وفي الوقف طاحونة في يدي^(١٠) رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها^(١١) إلى القيم، وأصحاب الطاحونة يقبضون غلتها، لا يجب للقيم عشر غلة الطاحونة؛ لأن القيم بمنزلة الأجير، والأجير يستحق الأجر بإزاء العمل ولا عمل له في الطاحونة. في مجموع النوازل: متولي وقف بتقليد القاضي امتنع عن العمل في ذلك بنفسه،

(١) في م: الذي كان قبلك إنما أخرجني.

(٢) في م: صح.

(٣) في م: صحح.

(٤) في م: القيام.

(٥) في م: أدرك القيام بذلك.

(٦) في م: من ذلك.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: فيكون.

(١٠) في م: يد.

(١١) في م: بها.

ولم يرفع الأمر إلى القاضي؛ ليعزله ويقيم غيره مقامه حتى^(١) يخرج عن كونه متولياً هل يآثم؟

قال نجم الدين [النسفي - رحمه الله -]:^(٢) لا، فإن [امتنع عن تقاضيتها على]^(٣) المنقلبين زماناً ولم يقبضه، هل يآثم بذلك؟ قال نجم الدين: لا، فإن هرب بعض المنقلبين بعد ما اجتمع عليه مال كثير من حيث القبالة هل يضمن المتولي؟ قال نجم الدين: لا، [والله أعلم]^(٤).



(١) في م: هل.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في أ: هروب بعض.
 (٤) سقط في م.

فهرس المحتويات

كتاب الغصب

- ٣ الفصل الأول: في تضمين الغصب
- ١٧ الفصل الثاني: في حكم الغصب
- ٣٨ الفصل الثالث: في بيان ما يجب الضمان باستهلاكه وما لا يجب
- ٤٥ الفصل الرابع: في كيفية الضمان
- ٥٠ الفصل الخامس: في مسائل الخلط، وما يجانسه
- ٥٣ الفصل السادس: في التلف الحاصل من جهة اثنين
- الفصل السابع: في رد المغصوب، واسترداده، وفيما يبرأ به الغاصب عن الضمان
- ٥٦
- ٦٣ الفصل الثامن: في السبب إلى الإلتلاف
- ٧١ الفصل التاسع: في غاصب الغاصب، ومودع الغاصب
- ٧٨ الفصل العاشر: في الأمر بالإلتلاف، وما يتصل به
- الفصل الحادي عشر: في ملك الغاصب المغصوب وفي الانتفاع به، وفي التصرف في المغصوب، وفي اكتساب المغصوب
- ٨١
- الفصل الثاني عشر: في الدعوى الواقعة في الغصب، واختلاف الغاصب والمغصوب منه، والشهادة في ذلك
- ٨٩
- الفصل الثالث عشر: في زراعة الغاصب
- ٩٤

كتاب الودیعة

- ١٠٥ الفصل الأول: في بيان ما يملكه المودع وما لا يملكه
- ١١٠ الفصل الثاني: إذا لم يبين المصّر والمكان بل أطلق
- ١١١ الفصل الثالث: فيما يكون إيداعاً وما لا يكون
- ١١٥ الفصل الرابع: في الودیعة
- ١١٨ الفصل الخامس: في جحود الودیعة
- ١٢٢ الفصل السادس: في المودع إذا خالف شرط رب الودیعة

١٢٥	وما لا يضمن	الفصل السابع: فيما يكون تضييعا للوديعة وما لا يكون وما يضمن به المودع
١٣٤	الفصل الثامن: في تجهيل الوديعة
١٣٧	الفصل التاسع: فيما يرجع إلى فعل المستودع
١٣٩	الفصل العاشر: في رد الوديعة إلى المودع
١٤٠	الفصل الحادي عشر: في الإنفاق على الوديعة وفي إنفاق المودع بعض دراهم الوديعة على نفسه
١٤٢	الفصل الثاني عشر: فيما إذا كان صاحب الوديعة غير واحد
١٤٤	الفصل الثالث عشر: في الاختلاف في الوديعة والشهادة فيها
١٤٩	الفصل الرابع عشر: في المتفرقات

كتاب العارية

١٥٨	الفصل الأول: في بيان ما يملكه المستعير وما لا يملكه
١٦٤	الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع عند العارية وفي بيان جواز شرط العارية
١٦٦	الفصل الثالث: في إعاره الأرض للبناء والغراس والزرع
١٧٠	الفصل الرابع: فيما يكون تضييعا للعارية وما لا يكون
١٧٦	الفصل الخامس: في خلاف المستعير
١٨٠	الفصل السادس: في المتفرقات

كتاب الشركة

١٩١	الفصل الأول: في بيان أنواع الشركات، وشرائطها، وأحكامها
٢١٢	الفصل الثاني: في الألفاظ التي تصح الشركة بها، والتي لا تصح
٢١٨	الفصل الثالث: في الشروط في الشركة الفاسدة
٢٢٠	الفصل الرابع: في المفاسخة
٢٢٤	الفصل الخامس: هلاك المال في شركة العنان
٢٣٠	الفصل السادس: في تصرف أحد الشريكين في الدين المشترك

كتاب الصيود

٢٤٣	الفصل الأول: في بيان ما يؤكل من الصيود وما لا يؤكل
-----	-------	--

- ٢٥٢ الفصل الثاني: في بيان ما يملك به الصيد وما لا يملكه
- ٢٦٠ الفصل الثالث: في صيد الكلب والبازي
- ٢٦٥ الفصل الرابع: في الرجل يسمع حسًا فيرميه ثم تبين خلافه
- ٢٦٧ الفصل الخامس: في الإنسي إذا توحش
- ٢٦٩ الفصل السادس: فيما أبين من الصيد
- ٢٧٢ الفصل السابع: في بيان ما يقبل الذكاة من الحيوان وما لا يقبل
- الفصل الثامن: في مسائل الرمي، وفي اجتماع الرمي على صيد واحد وفي اجتماع الكلبيين والبازين على صيد واحد
- ٢٧٦ الفصل التاسع: في مسائل السمك
- ٢٨٦ الفصل العاشر: إذا وقع الشك أن الصيد مات بالجراحة أو بسبب آخر ...
- ٢٨٩ الفصل الحادي عشر: في المتفرقات
- ٢٩١

كتاب الذبائح

- ٢٩٣ الفصل الأول: في بيان ما يحل ذكاته
- ٢٩٥ الفصل الثاني: في بيان أنواع الذكاة
- ٢٩٧ الفصل الثالث: في بيان آلة الذكاة
- ٢٩٨ الفصل الرابع: في مسائل التسمية

كتاب الأضحية

- ٣٠٤ الفصل الأول: في بيان صفتها وشرائطها
- ٣٠٩ الفصل الثاني: في بيان وقت الأضحية
- ٣١٤ الفصل الثالث: في وجوب الأضحية بالنذر وما هو في معناه
- الفصل الرابع: إذا صلى الإمام بغير وضوء سهواً وفاتت الصلاة بسبب من الأسباب أو صلى يوم عرفة سهواً، أو وقع الشك في يوم الأضحية ..
- ٣١٨ الفصل الخامس: في أضحية الرجل عن أولاده الصغار بماله أو بمالهم
- ٣٢١ ويدخل فيه أضحية الوصي
- الفصل السادس: في التضحية عن الغير وفي تضحية شاة الغير، وفي ذبح أضحية الغير
- ٣٢٣

٣٢٩ الفصل السابع: في الأضحية إذا سرقت أو ضلت
٣٣٠ الفصل الثامن: في الشركة في الضحايا
 الفصل التاسع: في بيان ما يجوز من الضحايا، وما لا يجوز وفي بيان الأفضل
٣٣٣ والمستحب منها
٣٤٢ الفصل العاشر: في الانتفاع بالأضحية
٣٤٣ الفصل الحادي عشر: في المتفرقات

كتاب الوقف

٣٥٤ الفصل الأول: في الألفاظ الجارية في الوقف ما يتم، وما لا يتم
٣٦١ الفصل الثاني: فيما يتعلق بجواز الوقف، وشرائط صحته
٣٧٤ الفصل الثالث: في بيان ما يجوز من الأوقاف، وما لا يجوز
٣٧٤ في وقف المنقول
٣٩٤ الفصل الرابع: في الوقف المضاف
٣٩٦ في الوقف على نفسه
٣٩٩ الفصل الخامس: في الوقف على أولاده، وأولاد أولاده
٣٩٩ الوقف على ولده لصلبه لا يجوز، وعلى ولد ولده يجوز
٤٠١ إذا وقف أرضه على ولده، ومن بعد على المسكين
٤٠٣ إذا وقف أرضه على ولده، تصرف إلى ولد لصلبه
٤١٠ إذا وقف أرضه على ولده، الذين يسكنون في البصرة فهي لهم دون غيرهم
٤١٢ إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على بني، وله ابنان فصاعدا
٤١٥ الفصل السادس: في الرجل يوقف على قرابته فيجيء مدع يدعي أنه من قرابته
٤٣٠ الفصل السابع: في الوقف على فقراء قرابته
٤٤١ الفصل الثامن: فيما يرجع إلى الشروط في الوقف
٤٥١ الفصل التاسع: في الإقرار بالوقف
٤٦٠ الفصل العاشر: في اعتبار الصفة التي شرط الواقف في الموقوف عليه
 الفصل الحادي عشر: في استحقاق الوقف بحكم فساد البيع، وغيره وفي
٤٦٣ المشتري يحدث بالمشتري عيبا بعدما وقفه

٤٦٧	قرابته وأراد أن يعطى من تلك الغلة
٤٧٤	الفصل الثالث عشر: في بيان ما يدخل في الوقف من غير ذكر
٤٧٧	الفصل الرابع عشر: في الولاية في الوقف
٤٨٢	الفصل الخامس عشر: في تصرف القيم في الوقف
٤٨٢	ما يرجع إلى عمارة الوقف
٤٨٥	إذا وقف داره على الفقراء، فللقيم أن يؤاجر
٥٠٢	في الاستدانة على الوقف
٥٠٥	في بيع شيء من الوقف لحاجة الوقف
٥١٥	فهرس المحتويات

* * *

AD-ḌAḤĪRA AL-BURHĀNIYYA

BY
AL-IMAM BURHAN ADDIN MAHMOUD
BEN AHMAD IBN MAZA
AL-MARGHINANI AL-BUKHARY
(D. 616 H.)

EDITED BY
DR. ABU AHMAD AL-ADILY - IBRAHIM MOHAMMED SALIM
OSAMA KAMAL OBAYD - ARABI IBRAHIM ABDULLAH
FAHIM AL-SAYED FAHIM AL-TAHYAWI - SABER YUSUF TOAYMA



الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزي إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم الحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد التاسع

يحتوي على:

تتمّة كتاب الوقف - الهبة - البيوع



دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد خليل بيزوت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: **AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA**

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الوقف]

الفصل السادس^(١) عشر

في الوقف في حال المرض

وفي الفتاوى الصغرى المرتبة: الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت متى^(٢) صح بالإجماع يعتبر من جميع المال، وإنه مشكل يخالف المذكور في الكتب، والمذكور في الكتب: إذا وقف الرجل أرضه في مرضه على الفقراء أو المساكين، فالوقف جائز من الثلث^(٣)؛ لأنه تبرع، والتبرع من المريض بمنزلة الوصية المضافة إلى ما بعد الموت فيعتبر من الثلث، كما لو أوصى بأن يوقف أرضه بعد وفاته فإنه يعتبر من الثلث كذا هاهنا.

(١) في م: الخامس.

(٢) في م: حتى.

(٣) الوقف في مرض الموت يخرج مخرج الوصية في حق نفوذه من الثلث، وهو إما أن يكون على غير وارث، وإما أن يكون على وارث. فإن كان على غير وارث كأن يقف على الفقراء، فإن كان ما وقفه لا يزيد على ثلث التركة صار الوقف لازماً، ويعتبر في حكم الوصية في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع في مرض الموت، وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة، وإذا كان الموقوف أكثر من ثلث مال الواقف توقف لزومه على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ الوقف، وإن لم يجزه الورثة نفذ في الثلث فقط، وبطل فيما زاد على الثلث؛ لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. وإن كان الوقف على الورثة: فإن كان على بعضهم وكان الموقوف ثلث التركة فأقل صح الوقف، سواء أجاز بقية الورثة أو لم يجيزوا، وإن كان الموقوف أكثر من ثلث التركة توقف الزائد عن الثلث على إجازة بقية الورثة، وجاز وقف جميع التركة على جميع الورثة، ومن رد منهم اعتبر وارثاً بمقدار نصيبه فرضاً، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، ولهم بعد ذلك تفصيل في قسمة الغلة، بيانه كالآتي: قال الحنفية: امرأة وقفت منزلاً في مرضها على بناتها، ثم من بعدهن على أولادهن وأولاد أولادهن أبداً ما تناسلوا، فإذا انقضوا لفقراء، ثم ماتت من مرضها وخلقت بنتين وأختاً لأب، والأخت لا ترضى بما صنعت ولا مال لها سوى المنزل جاز الوقف في الثلث ولم يجز في الثلثين، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم، ويكون الثلث وقفاً، وما خرج من غلته يقسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم مدة حياة البنتين، فإذا ماتتا صرفت الغلة إلى أولادهما وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة، لا حق للورثة في ذلك. قال ابن نجيم: والحاصل أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم من بعدهم على أولادهم ثم على

الفقراء، فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط وإلا (أي وإن لم يجز الوارث الآخر) كان الثلثان ملكا بين الورثة والثلث وقفا، مع أن الوصية للبعض لا تنفذ في شيء؛ لأنه لم يتمحض للوارث؛ لأنه بعده لغيره، فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث، واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذي صار وقفا، فلا يتبع الشرط ما دام الوارث حيا، وإنما تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة على فرائض الله تعالى، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه في غلة الثلث. ولو وقف رجل في مرضه دارا له على ثلاث بنات له وليس له وارث غيرهن فالثلث من الدار وقف، والثلثان مطلق يصنعن بهما ما شئن، قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يجزن، أما إذا أجزن صار الكل وقفا عليهم. وقال الحنابلة: لو وقف دارا لا يملك غيرها على ابنه وبنته بالسوية فردا، فثلثها وقف بينهما بالسوية ولا يحتاج لإجازة، وثلثاها ميراث، وإن رد الابن وحده فله ثلثا الثلثين إرثا، وللبنت ثلثهما وقفا، وإن ردت البنت وحدها فلها ثلث الثلثين إرثا وللابن نصفهما وقفا وسدسهما إرثا لرد الموقوف عليه. ولو وصى بوقف ثلثه على بعض الورثة صح مطلقا سواء أجاز ذلك باقي الورثة أو رده في الصحة أو في المرض نصا؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يملك ملكا تاما لتعلق حق من يأتي من البطون به، وكذا لو وقف زائدا على الثلث فإنه ينفذ إن أجاز بقية الورثة، فإن لم يجيزوا لم ينفذ الزائد على الثلث ولو كان الوارث واحدا والوقف عليه بزائد على الثلث؛ لأنه يملك رده إذا كان على غيره، فكذا إذا كان على نفسه. وذهب المالكية إلى أن من وقف على وارثه بمرض موته بطل ولو حملة الثلث ولو حازه الموقوف عليه؛ لأنه كالوصية ولا وصية لوارث، إلا أن يجيزه له بقية الورثة، فإن أجازوه لم يبطل؛ لأنه ابتداء وقف منهم، واستثنى المالكية من أصلهم في عدم جواز الوقف على الوارث مسألة تعرف بمسألة ولد الأعيان، وهو أن يقف في مرض موته على أولاده لصلبه وأولاد أولاده وعقبهم، فإن هذا الوقف يصح، ولكن ما يخص الوارث يعتبر كالميراث في القسمة للذكر مثل حظ الأنثيين لا ميراثا حقيقيا، فلا يتصرفون فيه تصرف الملك من بيع وهبة ونحو ذلك؛ لأنه بأيديهم وقف لا ملك، فلو كان له في هذا المثال ثلاثة أولاد لصلبه وأربعة أولاد أولاد، وترك مع ذلك أما زوجة ولم يذكرهم في الوقف، فيقسم الوقف سبعة أسهم؛ لأن الوقف على أولاده الثلاثة وأولاد أولاده الأربعة، يخص أولاده الثلاثة ثلاثة أسهم ويشاركهم فيها الأم والزوجة وغيرهما ممن يرث، فيكون للأم السدس وللزوجة الثمن، وهذا من نصيب أولاده الثلاثة، ويكون الباقي لهم، ثم يكون لأولاد الأولاد أربعة أسهم يقسم بينهم حسب شرط الواقف من تفاضل وتسوية، وما خص أولاده الثلاثة يكون بينهم كالميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو شرط الواقف خلاف ذلك، ويدخل معهم في نصيبهم من له سهم من الورثة، ولكونه وقفا معقبا لم يبطل ما ناب الأولاد لتعلق حق غيرهم به، ولكونهم لا يصح الوقف عليهم في المرض شاركهم غيرهم من الورثة. ولو وقف على جميع الورثة وعلى أولاد أولاده وعقبهم، فإن الوقف يقسم على رءوس الجميع ابتداء، ثم يقسم ما ناب الورثة على فرائض الله تعالى،

فإن كانت الأرض الموقوفة لا تخرج من الثلث، فإن لم يكن له مال آخر سوى هذه الأرض، يجوز الوقف في ثلث^(١) الأرض، ويبطل [في الثلثين]^(٢) إلا أن يجيزه^(٣) الورثة، وفرق بينه وبين العتق إذا لم يخرج العبد من الثلث، فإنه لا يرد بشيء^(٤) من العبد إلى الرق، ولكن يسعى في الباقي؛ لأن العتق لا يمكنه فسخه ورفع. بخلاف الوقف فإنه^(٥) يمكن فسخه بعد ثبوته، فجاز أن يبطل في الباقي. وإذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله تعالى أبدا على لده، وولد ولده، ونسله أبدا ما تناسلوا، ثم^(٦) من بعدهم على المساكين، ولم يجز باقي الورثة، فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث صارت موقوفة تستغل، ثم^(٧) تقسم غلتها على جميع ورثته

= وما ناب أولاد الأولاد يقسم على حسب شرط الواقف. ولو لم يذكر الواقف عقبا كأن قال: وقف على أولادي وأولاد أولادي بطل الوقف على الأولاد وضح على أولاد الأولاد، فالتعقيب شرط في هذه المسألة، فتقسم ذات الوقف بين الأولاد وأولاد الأولاد، فما ناب الأولاد تكون ذاته إرثا، وما ناب أولاد الأولاد يكون وقفا.

وذهب الفقهاء إلى أنه لو وقف المريض مرض الموت المدين بدين محيط بماله نقض الوقف وبيع في دينه، وقد نقل ابن عابدين عن الفواكه البدرية أن الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الوقف في مرض الموت إلا بإجازة الدائنين، أما إذا كان الدين غير محيط بماله فإن الوقف يجوز في ثلث ما بقي بعد وفاء الدين لو كان ورثة ولم يجزوا، فإن لم يكن له ورثة أو كان له ورثة وأجازوا جاز الوقف في كل ما بقي بعد وفاء الدين.

وقال ابن تيمية: من وقف وقفا مستقلا ثم ظهر عليه دين ولم يمكن وفاء الدين إلا ببيع شيء من الوقف وهو في مرض الموت بيع باتفاق العلماء.

ينظر: البحر الرائق (٥/٢١٠، ٢١١)، وحاشية ابن عابدين (٣/٣٦٢-٣٦٣، ٣٩٤-٣٩٥)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٧٨، ٨٢-٨٣، ٩١)، ومغني المحتاج (٢/١٤٨، ٣٧٧ و٣/٤٧، ٥٠)، وتحفة المحتاج (٦/٢٣٦)، والمغني (٥/٦٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٥٢٥، ٥٤١)، الاختيارات الفقهية، لابن تيمية ص (١٧٩).

(١) في م: تلك.

(٢) في م: الثلثان.

(٣) في أ: يجيز.

(٤) في م: شيء.

(٥) في م: لأنه.

(٦) في م: و.

(٧) في م: و.

على سهام الميراث، حتى إنه إذا كان له زوجة، وأولاد يعطى لها الثمن، ولو كان له أبوان، وأولاد [يعطى]^(١) لهما السدسان، ويقسم الباقي بين الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه استثنى الغلة من الفقراء وجعلها لولده، والاستثناء صحيح.

أما الجعل للولد فغير صحيح؛ لأنه لا وصية للوارث إلا بإجازة باقي الورثة، [فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث]^(٢) فكان استحقاق الغلة في حقهم بحكم الإرث^(٣)، فتكون القسمة على سهام الميراث، وهذا إذا كان له أولاد لصلبه، ولم يكن معهم أولاد الأولاد، وإن كان معهم أولاد الأولاد، وباقي المسألة بحالها فإنه تقسم الغلة على عدد رؤوس الأولاد لصلبه، وعلى عدد رؤوس أولاد الأولاد فما^(٤) أصاب أولاده^(٥) لصلبه من ذلك قسم^(٦) بين ورثته على فرائض الله - تعالى - على نحو ما بينا، وما أصاب أولاد الأولاد يقسم بينهم بالسوية؛ لأنه صح جعل الغلة لولد الولد؛ لأن الوصية لهم صحيحة، فيستحقون نصيبهم بحكم الوقف، وفي الوقف لا يفضل البعض على البعض، وإذا انقرض أولاد الصلب قسمت الغلة على أولاد أولاده ونسله، ولا يكون لزوجته، ولا أبويه من ذلك شيء؛ لأنهم يستحقون بحكم الوصية، والوقف لا بحكم الإرث، وإن كانت هذه الأرض لا تخرج من الثلث^(٧)، فإن أجازت الورثة الوقف جاز، وتكون الغلة بينهم بالسوية لا يفضل الذكر على الأنثى؛ لأن في هذه الصورة صح جعل الغلة للأولاد؛ لأن الوصية للوارث صحيحة إذا أجاز باقي الورثة، فيستحقون الغلة في هذه الصورة بحكم الوقف، فيكون بينهم بالسوية؛ لأنه لا تفضيل في الوقف، ولا يكون للأبوين والزوجة من ذلك شيء؛ لأن

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: الأرض.

(٤) في م: فيما.

(٥) في م: أولاد.

(٦) في م: قسمت.

(٧) في أ: السدس.

الوصية وقعت للأولاد لا غير، فإن لم يجيزوا الوقف جاز [الوقف]^(١) من الثلث، فصار ثلث الرقبة وقفا للفقراء، وتقسم الغلة بين جملة الورثة على فرائض الله - تعالى -؛ لأن جعل الغلة للأولاد لم^(٢) يصح هاهنا لما لم يجز للورثة^(٣) الوقف، أما استثناء الغلة من الفقراء قد صح، [فيقسم الغلة بينهم بحكم الميراث]^(٤)، فيقسم على سهام الميراث، وهذا الذي ذكرنا قول هلال، والقاضي أبي بكر الخصاف، والفقهاء أبي بكر الأعمش، والفقهاء أبي بكر الإسكاف - رحمة الله عليهم - .
وقال محمد بن سلمة، ونصير بن يحيى: إذا لم يجيزوا الوقف كانت الغلة للفقراء.

ووجه ذلك: أن الأرض صارت وقفا للفقراء بالغلة تبع للأرض، إلا أنه أثر الولد والغلة، ولم يصح الإيثار؛ لعدم إجازة الورثة، فصار وجود هذا الإيثار، والعدم بمنزلة، فيكون للفقراء.

وقال^(٥) ابن أحمد الفارسي^(٦)، وأبو نصر [محمد]^(٧) بن سلام - رحمهم الله - :
الغلة تكون للفقراء، [وإن أجازت]^(٨) الورثة الوقف؛ لأن إجازة الورثة [الوقف]^(٩) إنما تقبل في إبطال حقهم لا في إبطال حق الفقراء، وقد صارت الغلة حقا للفقراء تبعا للأرض، فلا تعمل إجازتهم في حقهم؛ ألا ترى أنه لو عدت الإجازة كانت الغلة للفقراء فلا يبطل حقهم بإجازة الورثة، حتى إن من أوصى لرجل بثلث ماله،

(١) سقط في م .

(٢) في م : لا .

(٣) في م : الورثة .

(٤) سقط في م .

(٥) زاد في م : على .

(٦) في م : الفاسي .

(٧) سقط في م .

(٨) في م : وإلا جازت .

(٩) سقط في م .

وأوصى لوارثه مع ذلك، وأجازت الورثة، لا تعمل إجازتهم في حق الموصى له بالثلث، فكذا في حق الفقراء.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: إذا أجازوا ينبغي أن يكون ثلث الغلة للفقراء، والثلثان للأولاد؛ لأن قدر الثلث حق الفقراء تبعاً للأرض، والباقي حق الورثة، فالإجازة فيما وراء الثلث لاقت^(١) حق الورثة لا حق الفقراء فتعمل إجازتهم فيه ويكون ذلك للأولاد.

ولو وقف أرضه على قرابته، فإن كانت قرابته ورثة له فهذا وما لو كان الوقف على الولد سواء، وإن لم يكونوا ورثة جاز الوقف عليهم، ويستحقون الغلة بجهة الوقفية، وإن وقف على بعض ورثته دون البعض، فإذا^(٢) أجازوا جاز؛ لما قلنا، وإن لم يجيزوا صارت الأرض وقفا للفقراء من الثلث، وتكون الغلة على قول هلال - رحمه الله - ومن تابعه للورثة على قدر موارثهم، فإن مات الوارث الموقوف عليه، كانت الغلة للفقراء؛ لأن استثناء الغلة من الفقراء قد بطل بموت الموقوف عليه، فعادت الغلة إلى الفقراء تبعاً للأرض، فإن مات بعض ورثة الواقف إلا أن الوارث الموقوف عليه حي، فالغلة لجميع الورثة، ومن مات فنصيبه يصير ميراثاً لورثة الواقف؛ لأن [الوارث]^(٣) الموقوف عليه [حي، والغلة لجميع الورثة ما داموا أحياء]^(٤)، فاستثناء الغلة من الفقراء صحيح، وبقيت^(٥) الغلة على ملك الواقف، فيصير [ميراثاً لجميع]^(٦) ورثته.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي، ونسلي، وآخره

(١) في م: لاحب.

(٢) في م: فإن.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ما دام حيا.

(٥) في م: وبقية.

(٦) في م: بجميع.

للفقراء، أو^(١) أوصى بذلك، [و]^(٢) الأرض تخرج من الثلث، فإن أجازوا قسمت الغلة بين الولد^(٣) وولد الولد على عدد رؤوسهم، وإن لم يجيزوا قسمت الغلة على ولد الصلب، وعلى ولد الولد على عدد رؤوسهم، [ثم]^(٤) ما أصاب ولد الولد يقسم بينهم بالسوية، وما أصاب ولد الصلب فهو ميراث بين جميع الورثة؛ لما مر، فإن هلك بعض ولد الصلب، وبعض ولد الولد، وحدث بعض ولد الولد ننظر إلى عددهم يوم تحدث الغلة، ثم ما أصاب ولد الصلب يقسم على جميع ورثة الواقف يوم مات الواقف على قدر ميراثهم، ثم حصة الميت منهم تكون لورثته؛ لأن الاستحقاق في هذه الصورة في حق أولاد الصلب بحكم^(٥) الميراث، فينظر إلى من كان حيا يوم مات الواقف، فإن انقرض ولد الصلب كلهم فالغلة لولد الولد والنسل، ولا شيء لسائر الورثة؛ لأن الاستحقاق في حق ولد الولد والنسل بحكم^(٦) الوقف، ولا حصة لسائر الورثة من هذا الوقف.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على من احتاج من ولدي، ونسلي ما تناسلوا، وآخره للفقراء، فهو جائز من الثلث، فإن كانوا^(٧) جميعا أغنياء فالغلة للفقراء، وإن كان [ولد]^(٨) الولد فقيرا، فالغلة له واحدا كان، أو اثنين، أو أكثر، وإن كان ولد الصلب فقيرا كانت الغلة بين جميع الورثة على فرائض الله - تعالى -، وإن كان بعض ولد الصلب فقيرا، وبعض ولد الولد فقيرا قسمت الغلة بينهم على عدد رؤوسهم، ثم حصة [ولد]^(٩) الصلب تكون ميراثا بين ورثة الواقف جملة،

(١) زاد في م: أرضي.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: الوارث.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: كحكم.

(٦) في م: كحكم.

(٧) في م: كان.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

وحصة ولد الولد تكون له .

ولو وقف أرضه في مرض موته، وأوصى بوصايا قسم ثلث ماله بين الوقف وبين سائر الوصايا، فيضرب لأهل الوصايا بوصاياهم، ولأهل الوقف بقيمة هذه الأرض، فما أصاب أهل الوصايا أخذوه، وما أصاب قيمة الوقف أخرج من الأرض بذلك المقدار، وصار ذلك وقفا على من وقف عليهم، ولا يكون الوقف المنفذ أولى .
ولو كان مكان الوقف عتقا^(١) في مرضه، فإن أعتق عبدا له في مرضه، وأوصى بوصايا، أو كان له مدبرون حتى عتقوا بموته، فإنه يبدأ بعتق من أعتق من عبده، ويعتق من [كان]^(٢) مدبرا، فيخرج قيمتها من ثلثه، ويصرف ما بقي من الثلث إلى أصحاب الوصايا .

إذا قال في مرضه: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء، أو أوصى بذلك بعد موته، والأرض لا تخرج من الثلث، [حتى جاز في ثلث الأرض، وبطل من الثلثين على ما مر، ثم ظهر للميت مال يخرج من الثلث]^(٣) بأن كان قيمة الأرض ألف درهم، فظهر للميت ألفا درهم، صار كل الأرض وقفا، وإن ظهر له ألف درهم، صار ثلثا الأرض وقفا، وبطل الثلث؛ لأنه ظهر أن ثلث ماله ثلثا^(٤) الأرض، فإن كان القاضي حين أبطل الوقف في الثلثين [تصرف الورثة في الثلثين]^(٥) بالبيع أو بالهبه، ثم ظهر للميت مال:

ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه: أن بيع الورثة جائز ولا ينتقض^(٦) .

وهكذا ذكر الخصاص في وقفه، وعلل فقال: من قال^(٧) إن القاضي أطلق لهم

(١) زاد في م: موقفا .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: ثلث .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: ينتقض .

(٧) في م: قبل .

هذين الثلثين وملكهم إياه، فكان تصرفهم بناء على الملك والإطلاق الشرعي، ولكن الورثة يغرمون قيمة الثلثين فيشتري بها أرضاً أخرى، فتوقف^(١)؛ لأنهم استهلكوا ذلك بتصرفهم فيضمنون.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله - يقول: ينبغي أن ينتقض^(٢) بيع الورثة؛ لأنه إنما ينفذ بيعهم في الثلثين على تقدير أنه ملكهم، وأن الوقف منه لم يصح، وقد ظهر أن الوقف قد صح فيه.

واستشهد الخصاف - رحمه الله - في [وقفه]^(٣) الإيضاح قوله بمسألة الوصية فقال: ألا ترى أن رجلاً لو أوصى بأرض لرجل، وليس له مال ظاهر غير هذه الأرض، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ورفعوا إلى القاضي فرد القاضي الثلثين على الورثة، ثم إن الورثة باعوا ذلك، ثم ظهرت للميت مال يخرج كل الأرض من^(٤) الثلث، فإنه لا يرد بيعهم، ويضمنون [الموصى له قيمة]^(٥) الأرض، كذا هاهنا.

هذا إذا ظهر للميت مال، ولو حصل للميت مال بأن قتل الواقف عمداً، ثم إن الورثة صالحوا القاتل على مال، لا ينتقض البيع بالاتفاق [لأنه تبين]^(٦) أن الملك لم يكن للورثة في الثلثين، ولو باع يعطى^(٧) الورثة^(٨)، فما لم يبع يعود وقفاً، وما بيع^(٩) يشتري بقيمته أرض، [وتوقف]^(١٠) اعتباراً [للبعض بالكل]^(١١)، والله أعلم.

-
- (١) في م: فيوف.
 - (٢) في م: ينتقض.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في أ: في.
 - (٥) في م: ثلثي.
 - (٦) في م: إذا الاثنين.
 - (٧) في م: بعض.
 - (٨) زاد في م: دون.
 - (٩) في م: يبقى.
 - (١٠) في أ: ولو وقف.
 - (١١) في م: للنقض للكل.

الفصل السابع^(١) عشر

في الرجل الذي يقف على قوم فلا يقبلون، أو يقبل بعضهم دون بعض
أو يكون بعضهم حيًّا، وبعضهم ميتًا

إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على عبد الله، فقال عبد الله: لا أقبل، فالوقف جائز، والغلة للفقراء، وقد ذكرنا غير مرة أن بقوله^(٢): أرضي صدقة موقوفة جعل الأرض للفقراء، وبقوله: على عبد الله جعلت^(٣) له [حال] حياته بطريق الاستثناء عن حق الفقراء، فإذا لم يقبل عبد الله بطل حقه، وبطل الاستثناء، فبقيت^(٤) الغلة للفقراء بأصل الوقف، ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله، ونسله، فإذا أبي رجل [من]^(٥) ولد عبد الله أن يقبل، فالغلة لمن قبل منهم، ويجعل من لم يقبل بمنزلة الميت، هكذا ذكر هلال، والخصاف - رحمة الله عليهما - . وذكر الخصاف بعد هذه المسألة مسألة تناقضها من حيث الظاهر.

ولو قال: على زيد وعمروا ما عاشا، ومن بعدهما على المساكين، فقال زيد: قبلت، وقال عمرو: لا أقبل، قال: لزيد نصف الغلة، والنصف الآخر للمساكين، وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن تكون^(٦) الغلة لزيد.

ووجه التوفيق: أن في المسألة الأولى: سمي ولد عبد الله، واسم الولد يطلق^(٧) على من قبل، فجاز أن يكون كل الغلة [له]^(٨)، وفي المسألة الثانية: سمي رجلين،

(١) في م: السادس.

(٢) في م: يقول.

(٣) في م: جعل.

(٤) في م: فتثبت.

(٥) سقط في م.

(٦) زاد في م: كل.

(٧) في م: ينطلق.

(٨) سقط في م.

واسم الرجلين لا يطلق^(١) على الذي قبل .

قال هلال - رحمه الله - في وقفه عقيب المسألة التي ذكرها: فرق بين الوقف، وبين الوصية، فإن من أوصى بثلثه لولد عبد الله، فمات الوصي، وولد عبد الله أربعة فم يقبل واحد منهم، عادت حصته إلى ورثة الموصي .

قال بعض المشايخ^(٢) - رحمهم الله - : ولا فرق بين المسألتين من حيث الحقيقة، واختلاف^(٣) الجواب لاختلاف الموضوع، فوضع المسألة في الوصية فيما [إذا]^(٤) رد واحد منهم بعد موت الموصي^(٥) وجب الحق لهم؛ لما عرف أن وجوب الحق لهم في باب الوصية يوم موت الموصي، فيعمل رد الراد ويبطل حقه، وتعود حصته إلى الورثة^(٦)، ومسألة الوقف محمولة فيما إذا رد واحد منهم قبل حدوث الغلة وقبل حدوث الغلة حق الموقوف عليه غير ثابت، وإنما يثبت بعد حدوث الغلة، ولا يعمل رد من رد، بل يجعل كالميت فتكون الغلة للباقي، فهذا القائل يقول: لو رد بعد حدوث الغلة تكون حصته للفقراء، كما في الوصية لو رد بعد موت الموصي تكون حصته للورثة، وهذا القائل يقول: لو رد أحد الموصي^(٧) لهم الوصية قبل [موت]^(٨) الموصي لا يعمل رده ولا يكون حصته للورثة^(٩)، كما في الوقف إذا رد قبل [حدوث الغلة، فإذا على قول هذا القائل لا فرق بين الوصية والوقف، ومن المشايخ - رحمة الله عليهم - من فرق بين الوصية، وبين الوقف فقال في الوقف:

(١) في م: ينطلق .

(٢) في م: مشايخنا .

(٣) في م: وإنما اختلف .

(٤) سقط في م .

(٥) زاد في م: وبعد موت الموصي .

(٦) في م: ورثته .

(٧) في م: المولى .

(٨) سقط في م .

(٩) في م: للموصي رثة .

إن رد بعد^(١) حدوث الغلة^(٢) للذي قبل بكمالها بخلاف الوصية، والفرق ما ذكرنا من وجه التوفيق.

ولو قال: صدقة موقوفة على ولد عبد الله ونسله، فلم يقبلوا جميعا كانت الغلة للفقراء، ولو حدث له ولد بعد ذلك، وقبل كانت له؛ لأن رد من رد لا يعمل في حقه، واسم الولد يقع عليه، فتكون [الغلة]^(٣) له، فإن أخذ الغلة سنة، ثم قال: لا أقبل، [ليس]^(٤) له ذلك، ولا يعمل رده.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : [هذا]^(٥) الجواب صحيح في حق الغلة المأخوذة؛ لأنها صارت ملكا له فلا يملك رده، فأما الغلة التي تحدث بعد هذا فلا ملك له فيها، إنما الثابت فيها مجرد الحق، ومجرد الحق يقبل^(٦).
وإن قال: أقبل سنة، ولا أقبل سواها^(٧)، فهو كما قال، وعمل قبوله في تلك السنة وحدها.

وكذلك إن قال: لا أقبل سنة، وأقبل فيما سوى ذلك، فهو كما قال، ويكون بمنزلة الوصية بالأعيان إذا قبلها في البعض دون البعض.



-
- (١) سقط في م.
(٢) زاد في م: كانت الغلة.
(٣) سقط في م.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.
(٦) زاد في م: الحد.
(٧) في م: فيما سوى ذلك.

الفصل الثامن^(١) عشر

في المسائل التي تتعلق بالصَّكِّ، وبما فيه

سئل شيخ الإسلام - رحمه الله - عن ذكر وقف كان فيه: وقف فلان كذا على مواله ومدرس ومدرسة معلومة، وكان فيه بيان المقادير، وشرائط الصحة، وجعل آخره للفقراء فأجاب [عنه: أنه]^(٢) غير صحيح؛ لأنه ذكر الموالي مطلقاً، ولم يبين الأعلى، ولا الأسفل وكذا^(٣) لم يبين التركي، والهندي، والرومي.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سئل الفقيه أبو بكر^(٤) عن رجل وقف ضيعة له وكتب صكاً، وأشهد الشهود على ما في الصَّكِّ، ثم قال الواقف: إني وقفت على أن يكون بيعي فيه جائزاً، وإني لم أعلم أن الكاتب لم يكتب ذلك، ولم أعلم ما في الكتاب.

قال: إذا كان الواقف رجلاً فصيحاً يحسن العربية، وقرئ عليه الصَّكِّ، وكتب في الصَّكِّ وقف صحيح، وأقر بجميع ما فيه، لا يقبل قوله^(٥)، والوقف صحيح، وإذا كان الواقف أعجمياً لا يعرف العربية، فإن شهد الشهود أنه قرئ عليه بالفارسية، فأقر بجميع ما فيه لا يقبل قوله أيضاً، وإن لم يشهدوا بذلك، قبل قوله، وإذا عرفت هذا في صَّكِّ الوقف فكذلك في صَّكِّ البيع، والإجارة إذا قال البائع، والآجر: ما علمت المكتوب في الصَّكِّ.

وفيه أيضاً: سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن امرأة قال لها جيرانها: اجعلي هذه الدار وقفاً على المسجد على أنك متى احتجت إلى بيعها [تبيعيها]^(٦)،

(١) في م: السابع.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: إذا.

(٤) في م: جعفر.

(٥) في م: فيه.

(٦) سقط في م.

فأجابت، وكتبوا صكاً بغير هذا الشرط، وقالوا: قد فعلنا، وأشهدت عليه^(١).
قال: إن قرئ الصك عليها بالفارسية وهي تسمع، وأشهدت على ذلك، صارت
الدار وقفاً، وإن لم يقرأ عليها، لا تصير الدار وقفاً؛ لأنها إنما رضيت بالوقف بشرط
البيع، وذلك باطل.

وما ذكر من الجواب في المسألتين إنما يتأتى على قول محمد - رحمه الله -؛
لأن على قول محمد: باطل، أما لا يتأتى على قول أبي يوسف: الوقف بشرط أن
يباع صحيح، وقد ذكرنا^(٢) المسألة في فصل الشرط^(٣).

وسئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن رجل وقف ضيعة له، وكتب بذلك
صكاً، وأخطأ الكاتب في [حدين، فكتب]^(٤) حدين كما كان، وكتب حدين بخلاف
ذلك.

قال: إن [كان اللذان]^(٥) غلط في ذكرهما يوجد في ذلك الموضع لكن بين ذلك
الحدين، وبين هذه الضيعة الموقوفة: أرض، أو كرم، أو [دار للغير]^(٦) جاز هذا
الوقف، ولا يدخل ملك الغير في الوقف؛ لأنه وقف ملكه وملك غيره فيصح^(٧)
وقف ملكه، ولم يصح وقف ملك غيره، وإن كان الحدان اللذان غلط في ذكرهما لا
يوجدان^(٨) في ذلك الموضع أصلاً ولا بالبعد منه، فالوقف باطل، إلا إذا كانت
الضيعة مشهورة مستغنية عن التحديد لشهرتها، فحينئذ يجوز الوقف.

(١) في م: عليها.

(٢) زاد في م: في.

(٣) في م: الشروط.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: إن للذان.

(٦) في م: ذكر بغير هذا الوقف.

(٧) زاد في م: به.

(٨) في م: يوجد.

وسئل أبو نصر - رحمه الله - عن أراد أن يقف جميع ماله من الضياع في قرية كذا، وأمر بكتابة الصَّكِّ في مرضه، فنسي الكاتب أن يكتب بعض أفرحة^(١) من الأرض، والكرم، ثم قرأ الصَّكِّ على الواقف، فكان في الصك: أن فلانا وقف ماله من الضياع في هذه القرية، وهو كذا وكذا قراحا^(٢) على وجه كذا، وبين الحدود، ولم يقرأ عليه القراح^(٣) الذي نسي الكاتب، لم يصر ذلك وقفا إلا إذا أخبر الواقف أنه أراد بذلك جميع ماله المذكور، وغير المذكور، وذلك معلوم، فحينئذ يصير الكل وقفا.

وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام عن صك المتولي، والوصي إذا لم يذكر فيه جهة وصايته، وجهة توليته أنه لا يصح الصك؛ لأن الوصي قد يكون وصي الأب وقد يكون وصي الأم، وقد يكون وصي القاضي، وأحكامهم مختلفة^(٤)، وإن كتب أنه وصي من جهة الحاكم، [و]^(٥) متول من جهة الحاكم ولم يسم القاضي الذي ولاه، جاز؛ [لأنه]^(٦) صارت جهة توليته معلومة، وكذلك إذا كتب أنه وصي من جهة الحاكم.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: على هذا القياس إذا احتجج إلى كتابة القضاء في المجتهديات نحو: الوقف، وإجازة^(٧) المشاع، ونحو ذلك، فكتب وقضى بصحته وجوازه قاض من قضاة المسلمين، ولم يسم ذلك القاضي، جاز، وإن لم يكن قاضي بذلك قاض، والكاتب لذلك لا يشك أنه يكون كذبا، ولكن لا

(١) في م: أفرحة.

(٢) في م: أفراجا.

(٣) في م: الفراج.

(٤) في م: يختلف.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: و.

(٧) في م: وإجازة.

بأس به ، فقد ذكر محمد - رحمه الله - في آخر كتاب الوقف ما يدل عليه فإنه ذكر :
إذا خاف الواقف أن يبطله قاض فإنه يكتب في كتاب الوقف أنه قضى به قاض ؛ وهذا
لأن التصرف صحيح ، ولكن يبطل بقضاء القاضي ببطلانه ، والكاتب^(١) بهذه الكتابة
يمنع القاضي عن الإبطال ، فلا يكون به بأساً .

وذكر الخصاص في أدب القاضي في باب الشهادة على الحقوق : ولو أن شاهدين
شهدا عند القاضي لرجل فقالا : نشهد أن قاضيا من القضاة شهد^(٢) أنه قضى لهذا
الرجل على هذا الرجل بألف درهم ، أو بحق من الحقوق ، وسموه ، يعني سموا
ذلك الحق ، وقالوا : نشهد أن قاضي الكوفة أشهدنا بذلك ، ولم يسموا القاضي ، لم
ينفذ القاضي الشهادة حتى يسموا القاضي الذي حكم وينسبوه ؛ لأن القضاء عقد من
العقود فلا بد من تسمية العاقد لإثباته .

قال الخصاص - رحمه الله - : وليس هذا في [هذا] الموضع وحده ، بل في
جميع الأفاعيل إذا شهدوا على فعل ، ولم يسموا الفاعل ، لا تقبل الشهادة .
واختلف المشايخ فيما إذا شهد الشهود على أن هذا وقف على كذا ، ولم
ينسبوا^(٣) الواقف هل تقبل هذه الشهادة؟

بعضهم قالوا : تقبل^(٤) ، وإليه أشار الخصاص - رحمه الله - في كتابه ، وصورة ما
ذكر الخصاص : إذا قال القاضي المعزول : هذا وقف كذا وصدقه ذو اليد ، أنفذه
الموئى ، ولا يسأل الموئى^(٥) المعزول من وقفها .

وبعضهم قالوا : لا يقبل هذه الشهادة ؛ لأن الوقف على أصل أبي حنيفة - رحمه
الله - حبس العين على ملك المالك ، والتصديق بالغلة المعدومة ، وإذا شهد الشهود
بالوقف فقد شهدوا بملك الواقف ، فلا بد من ذكره لتمكين إثبات الملك له ؛ لأن

(١) في م : والقاضي .

(٢) في م : أشهد .

(٣) زاد في م : إلى .

(٤) زاد في أ : قالوا .

(٥) زاد في م : عن .

إثبات الملك المجهول متعذر، وهذا القائل يقول: ما ذكر الخصاص في أدب القاضي لا يصلح دليلاً، وهذا لأن القاضي المولَّى لو لم يقبل قول القاضي المعزول أن هذا وقف وسأله عن الواقف ربما يؤدي إلى بطلان الوقف؛ لأن^(١) القاضي المعزول لو قال: وقفها فلان، وجحد ورثة فلان الوقفية يحتاج إلى إثبات الوقفية، وإنما اكتفي بالإجمال [ثُمَّة]^(٢) لهذه الضرورة، وهذه الضرورة معدومة في حق الشهادة.

وقد رأيت في حدود الأصل عن محمد - رحمه الله - أن تسمية الفاعل شرط لقبول^(٣) الشهادة، فيتأمل عند الفتوى.

في فتاوى أهل سمرقند: استأجر رجل من متولي الوقف أرضاً هي وقف على أرباب معلومين، وكتب في الصك: استأجر فلان بن فلان من^(٤) فلان [بن فلان]^(٥) المتولي في الأوقاف المنسوبة إلى فلان المعروف بكذا، ولم يكتب [اسم أبي]^(٦) الواقف وجده، ولم يعرف، جاز؛ لأنه لو كتب: من [فلان بن]^(٧) فلان المتولي في كذا، وهو وقف على أرباب معلومين، جاز، وإن لم يذكر الواقف^(٨)، فهذا أحق. وسئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن من في يديه^(٩) ضيعة فجاء رجل، وادعى أنها وقف، وجاء بصك فيه خطوط عدول وحكام قد انقرضوا، وطلب من الحاكم القضاء، قال: لا يعتمد الحاكم على الخطوط، ولا ينبغي له أن يحكم بذلك، وكذلك لو كان لوح مضروب على باب دار ينطق بالوقف، لا يحكم^(١٠) به ما لم يشهد الشهود بالوقف، والله أعلم.

- (١) في م: فإن.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: القبول.
- (٤) في م: بن.
- (٥) في م: الفلاني.
- (٦) في م: أبا.
- (٧) في م: ابن.
- (٨) في أ: الوقف.
- (٩) في م: يده.
- (١٠) في م: يقضي.

الفصل التاسع^(١) عشر

في المسائل التي تتعلق بالدعاوى، والخصومات والشهادات في الوقف

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في المسائل التي تعود إلى الاستيلاء على الوقف:

قال الخصاص - رحمه الله - في وقفه: إذا أنكر والي^(٢) الوقف، [أو]^(٣) قيم الوقف، فهو غاصب، ويخرج من يده، وإن نقص^(٤) منها بعد الجحود، فهو ضامن، ذكر الضمان من غير خلاف.

وبعض مشايخنا قالوا: [على هذا]^(٥) قول من يرى ضمان العقار بالغصب، وهو قول محمد - رحمه الله -، وأبو يوسف أولاً، وبه أخذ الخصاص، وهلال بن يحيى.

ومنهم من قال: هذا قول الكل؛ لأن أبا حنيفة، وأبا يوسف - رحمهما الله - [آخرًا كانا]^(٦) لا يريان ضمان العقار بالغصب^(٧) ويريان ضمانه بالجحود.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن في المبسوط، والنوادر في وجوب ضمان العقار بالجحود عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان، وكذا إن غصبها رجل أجنبي من القيم، [أو من الواقف]^(٨)، ثم ردها، وقد انتقصت، ضمن النقصان، وهذا قول محمد - رحمه

(١) في م: الثامن.

(٢) في م: ولي.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: قبض.

(٥) في م: هذا على.

(٦) في م: أولى أن كان.

(٧) زاد في أ: وهو قول محمد رحمه الله.

(٨) سقط في م.

الله - ، وأبي يوسف أولاً، ولا يفرق ذلك على أهل الوقف، يعنى ما أخذ الغاصب من ضمان النقصان لا يصرف إلى الموقوف عليهم، وإنما يصرف إلى مرمته؛ لأن حقهم في الغلة لا في الرقبة، وهذا الضمان بدل الرقبة، وإذا زاد الغاصب فيها زيادة من عند نفسه، فإن كان [شيئاً هو]^(١) ليس بمال، ولا له حكم المال، فإن القيم يأخذها [بلا]^(٢) شيء، فإن كان مالا قائماً نحو: الأعراس، والبناء، أمر الغاصب برفع البناء وقلع الأشجار، إلا إذا كان يضر بالوقف بأن كان يخرب الأرض بقلع الأشجار، أو^(٣) يخرب بناء الوقف^(٤) بسبب رفع بنائه، فحيث لا يؤمر الغاصب به، بل يمنع عنه لو أراد أن يفعل ذلك، ويضمن القيم قيمته من الوقف، فإن كانت عنده غلة فيها كفاية أدى من ذلك، وإن لم يكن يؤاجر الوقف، ويؤدي من أجرته، وإن^(٥) أراد الغاصب قطع الأشجار من أقصى موضع لا يخرب الأرض، كان له ذلك؛ لأنه يقبض ملك نفسه، ولا يضر بغيره، ثم يضمن [القيم]^(٦) له [قيمة]^(٧) ما بقي في الأرض إن كانت [له قيمة]^(٨)، وإن كان الوقف أرضاً فكربها الغاصب، وحفر أنهارها لا يرجع بشيء من ذلك.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: وإن غصب الأرض الموقوفة رجل وقيمتها ألف درهم، ثم غصبها من الغاصب رجل آخر بعد ما صارت قيمتها ألفي درهم، فالقيم لا يتبع الغاصب الأول، وإنما يتبع الثاني إذا كان الثاني مليئاً، يريد^(٩):

- (١) في م: هو شيئاً.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) في م: ولو.
- (٤) في م: الواقف.
- (٥) في م: وأنه.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: قيمته.
- (٩) زاد في م: به.

إذا غصبها رجل آخر من الغاصب الثاني، وتعذر استردادها من [يد] ^(١) الثالث، والوقف يفارق الملك في هذا ^(٢)؛ لأن اتباع الثاني أنفع في حق الوقف، ويختار في الوقف ما هو أنفع وأصلح للوقف، وإذا كان الأول أملاً من الثاني يتبع الأول؛ لأن اتباع ^(٣) الأول أنفع؛ لأنه يصل إلى المال في الحال.

وإذا اتبع القيم أحدهما بالضمان برئ الآخر كما في الملك وإذا أخذ القيمة من أحدهما يشتري بها أرضاً أخرى فنفتقتها مكانها، وإن أخذ القيمة من أحدهما ثم ردت عليه الأرض، رد القيم، وكانت الأرض وقفاً على حالها، وليس للغاصب حبسها إلى أن تصل إليه القيمة.

فالأصل: أن [ما] ^(٤) لا يجوز رهنه لا يحبس بالدين؛ ألا ترى أن من غصب مدبراً، وأبق من يده، وضمن قيمته للمالك، ثم عاد من الإباق رد الغاصب المدبر على المالك، واسترد منه القيمة، وليس للغاصب أن يحبس المدبر بالقيمة، بخلاف ما إذا كان المغصوب قنّاً، وأبق من يد الغاصب، وأخذ المالك الضمان برغم الغاصب، ثم عاد من الإباق حتى كان للمالك ^(٥) أن يرد القيمة، ويأخذ المغصوب كان للغاصب أن يحبسه إلى أن [تصل إليه] ^(٦) القيمة، وإن ضاعت القيمة من يد القيم قبل أن يشتري بها أرضاً أخرى، ثم ردت أرض ^(٧) الوقف عليه، كانت وقفاً على ما كانت، وضمن القيم [القيمة] ^(٨) التي أخذها من مال نفسه، ثم رجع القيم بذلك على غلات الوقف استحساناً؛ لأن القيم كان عاملاً لأرباب الوقف في أخذ القيمة، فما ^(٩)

(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: أو إنما كان هكذا.

(٣) في م: يباع.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: المالك.

(٦) في م: يستوفي.

(٧) في م: الأرض.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: فيما.

لحقه من الضمان بسبب ذلك يكون على أرباب الوقف كما في الوكيل بالبيع إذا باع وقبض الثمن، و^(١) هلك الثمن في يده ثم هلك المبيع^(٢) قبل التسليم حتى انفسخ البيع وضمن الوكيل الثمن للمشتري، يرجع بما ضمن على الموكل، كذا هاهنا، ولكن يرجع في غلة الوقف، ولا يرجع على الموقوف عليهم في أموالهم سوى غلة الوقف؛ لأنه إنما جعل أميناً في غلة الوقف لا في سائر أموالهم، وهو نظير المزارع إذا غاب فأنتق رب الأرض على الزرع في سقيه، وما يحتاج إليه، يرجع بذلك في نصيب المزارع [لا في]^(٣) سائر أمواله، كذا هاهنا.

ولو كان القيم حين أخذ القيمة اشترى بها أرضاً أخرى للوقف، ثم ردت الأرض الأولى عليه، كانت وقفاً على حالها، وتخرج^(٤) الأرض الأخرى^(٥) عن الوقفية، وكان للقيم أن يبيعها ويوفي من ثمنها القيمة التي قبضها، فإذا^(٦) كان فيها نقصان كان ذلك على القيم في ماله، ولا يرجع بذلك في غلات الوقف قياساً واستحساناً، بخلاف ما تقدم؛ لأن في هذا الفصل لما عادت الأرض الأولى إليه وقفاً، ظهر أن القيم اشترى الأرض الأخرى لنفسه، وقد نقد القيمة في ثمن ما اشترى لنفسه، فصار مستهلكاً القيمة في منفعة نفسه، ولا يرجع بنقصان ذلك في غلة [الوقف]^(٧).

ولو كان الواقف شرط الاستبدال بها، فباعها القيم، وقبض الثمن فضاع عنده، ثم ردت [الأرض]^(٨) الأولى عليه^(٩) بقضاء قاض، ضمن القيم الثمن من مال نفسه، ثم

(١) في م: ولو.

(٢) المبيع: هو المحل الأصلي للبيع، وهو يتعين بالتعيين، ويدخل في ملك المشتري بمقتضى العقد، ومن ثم يلزم البائع أن يسلمه كما رآه المشتري.

(٣) في م: لأن.

(٤) في م: وخرجت.

(٥) في م: الأولى.

(٦) في م: فإن.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) زاد في م: بعيب.

يباع أرض^(١) الوقف التي ردت عليه بالثمن الذي غرم؛ لأن الواقف شرط بيعها عند العذر، وهذا عذر حيث غرم بسببه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك القيم عاجز عن بيعها؛ لأنها وقف لم يشترط بيعها والاستبدال بها، وإذا غصب الدار الموقوفة، والأرض الموقوفة فهدم بناء الدار، وقلع الأشجار، كان للقيم أن يضمه قيمة الأشجار، والنخيل والبناء إذا لم يقدر الغاصب على ردها، ويضمن قيمة البناء مبنياً، وقيمة الأشجار والنخيل قائماً في الأرض؛ لأن الغصب ورد هكذا، فإن ضمن الغاصب قيمة ذلك، ثم ظهرت^(٢) الدار، والأرض، والنقص، والأشجار، ومعنى قوله: ظهرت^(٣) الدار قدر الغاصب على رد الدار، والنقص والأشجار، فالغاصب يرد العرصة على الوقف، وأما النقص، [والأشجار فيكونا]^(٤) للغاصب، ويرد القيم على الغاصب حصة العرصة؛ وهذا لأن العرصة ليست بمحل للنقل من ملك إلى ملك فلا يملكها الغاصب بالضمآن، وأما البناء والأشجار، فإنما لم تكن محلاً للنقل تبعاً للأرض، وقد زالت التبعية، فعادت محلاً للنقل، فيملكها بالضمآن؛ ألا ترى أن البناء لو انهدم، ولم يصلح النقص للعمارة كان للقيم أن يبيع [ثمة]^(٥) النقص ممن رأى يبعه، كذا هاهنا، ولو كان في أرض الوقف نخيل، وأشجار استغلها الغاصب سنين، يعني الأشجار والنخيل، ثم أراد رد الأرض والنخيل والأشجار، رد الغلة [معها]^(٦) إن كانت قائمة بعينها، وإن كانت مستهلكة ضمن مثلها، وليس هذا كالزرع؛ لأن الزرع ملكه بخلاف غلة النخيل والأشجار، وعليه نقصان الأرض. [وما أخذ من الغاصب من بدل الغلة يصرف في الوجوه التي سلبها]^(٧)، وما أخذ

(١) في م: الأرض.

(٢) في م: ظهر.

(٣) في م: ظهور.

(٤) في م: والشجر فيكون.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

من نقصان الأرض يصرف في عمارتها.

غصب أرض الوقف، وفيها نخيل أشجار، فقلع [آخر]^(١) الأشجار والنخيل [وهي في]^(٢) يد الغاصب، فالقيم بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة الأشجار والنخيل قائماً في الأرض، وإن شاء ضمن القالع ذلك، فإن ضمن الغاصب رجع بذلك على القالع، وإن ضمن القالع لم يرجع بذلك على الغاصب، فإن لم يضمن القيم أحدهما حتى ضمن الغاصب القالع، وأخذ قيمة ما قلع، فجاء القيم وأراد تضمين القالع ليس له ذلك؛ لأن القالع رد القيمة على الذي كانت الأشجار في يده يوم قلعها.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل وقف ضيعة فغصبها منه إنسان، وأقام الواقف البينة، قبلت بيته، وردت الضيعة عليه بالاتفاق، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ؛ فلأنه لا يقول بصحة الوقف إلا إذا كان موصى به، أو مضافاً إلى ما بعد الموت، ولم يوجد، فبقيت على ملكه [فيرد عليه]^(٣).

[وأما على قول محمد - رحمه الله - ؛ فلأن عنده إنما يصح الوقف إذا خرج عن يده، وسلم إلى المتولي، ولم يوجد فبقيت على ملكه]^(٤)، وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ؛ فلأن الوقف عنده صحيح، وإن لم يخرج من يده، وهو أولى بإصلاحها والتولية^(٥) فيها.

وفيه أيضاً: وقف على نفر استولى عليه ظالم، ولم^(٦) يمكن انتزاعه^(٧) من يده،

(١) سقط في م.

(٢) في م: من.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وللتولية.

(٦) في م: ولا.

(٧) في م: إيداعه.

فادعى بعض الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع لهذا^(١) الظالم، وسلمه إليه، وهو منكر، وأرادوا^(٢) تحليف المدعى عليه، فلهم ذلك؛ لأنهم ادعوا عليه معنى لو أقر به يلزمه^(٣)، فإذا أنكر يستحلف^(٤) رجاء النكول^(٥)، فإن نكل قضى عليه بقيمتها، وكذلك إذا قامت لهم بينة، وهو قول أبي يوسف، ومحمد - رحمهما الله -، والفتوى في غصب العقار الموقوف^(٦) على الضمان نظرًا للوقف [كما في الفتوى في غصب منافع الوقف على الضمان نظرًا للوقف]^(٧).

وظن بعض مشايخنا^(٨) أن هذه المسألة دليل على أن دعوى الموقوف عليه أن هذا وقف عليه صحيح، وليس الأمر كما ظنوا^(٩)، وهذه المسألة لا تصلح^(١٠) دليلاً؛ لأن الدعوى هاهنا ما وقعت^(١١) في الوقفية، وإنما وقعت^(١٢) في [غصب الوقف]^(١٣) وإتلافه.

(١) في م: من.

(٢) في م: وأراد.

(٣) في م: لزمه.

(٤) في م: استحلف.

(٥) النكول في اللغة تأتي بمعنى الامتناع ومنه النكول في اليمين وهو الامتناع منها وترك الإقدام عليها يقال: نكل عن اليمين إذا امتنع منها. ينظر: لسان العرب (١١/٦٧٧، ٦٧٨)، والمصباح المنير، ص (٢٣٩).

وفي الاصطلاح: استنكاف «امتناع» الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي. ينظر: المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقا (٢/١٠٦٥).

(٦) في م: الموقوفة.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: مشايخ ديارنا.

(٩) في م: يظنوا.

(١٠) في أ: تصح.

(١١) في م: ترفع.

(١٢) في م: رفع.

(١٣) في م: وقف غصب.

نوع منه في المسائل^(١) التي تعود [إلى]^(٢) الدعوى في الوقف:

رجل باع أرضاً، ثم قال: إني كنت وقفها، أو قال: هي وقف عليّ، فإن لم يكن له بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، ليس له أن يحلفه؛ لأن التحليف مرتب على دعوى صحيحة، والدعوى هاهنا لم تصح؛ لمكان التناقض، فإن أقام البينة:

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : قبلت [البينة]^(٣)، ويتنقض البيع؛ لأن أكثر ما فيه أن الدعوى [إن]^(٤) لم تصح بقيت الشهادة بلا دعوى؛ لأن الشهادة على الوقف مقبولة من غير دعوى كالشهادة على عتق الأمة، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته، [وبه]^(٥) قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله -، وقال بعض الناس: لا تقبل البينة، ولكننا لا نأخذ به، فقد ذكر: أن الشهادة [غير]^(٦) صحيحة بدون الدعوى مطلقاً، وهذا الجواب على الإطلاق غير صحيح، وإنما الصحيح أن كل وقف هو حق لله - تعالى -، فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى، وكل وقف هو حق العباد، فالشهادة عليه لا تصح بدون الدعوى.

في فتاوى النسفي - رحمه الله - : ادعى مشتري الأرض على بائعه أن هذه الأرض وقف وقد بعته مني أيها البائع بغير حقي، قال: ليست له هذه المخاصمة، إنما ذلك للمتولي، فإن لم يكن ثمة متول، فالقاضي ينصب متولياً، فيخاصمه، ويثبت الوقفية، فإن أثبت ذلك ظهر بطلان البيع، فيسترد المشتري الثمن من بائعه. وفيه أيضاً: إذا ادعى رجل ضيعة في يد رجل أنها وقف لم تسمع الدعوى منه، وإنما يسمع من المتولي؛ وهذا لأن الموقوف عليه مصرف الغلة، ولا حق له في

(١) في م: مسائل.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: على الوقف.

الرقبة، [فلا يصح منه الدعوى الوقفية]^(١).
وأشار الخصاف - رحمه الله - في وقفه في مسائل [إلى]^(٢) أن دعواه صحيحة،
فمن جملة تلك^(٣) المسائل قال: إذا كانت الأرض في يد غاصب أقام أهل الوقف
بينة أن فلاناً وقفها عليهم، وأنه مات وهو مالكةا لم أقض بأنها وقف، وإنما أقضي
بأنها ملك، علل فقال: لأنه^(٤) يجوز أنه ملكها بعدما ما وقفها [لا بعلة]^(٥) [إذ يجوز
أنه وقفها ولم يكن يملكها، علل بهذه العلة لبيان أنه وقفها، فلا يقضى بأنها
وقف]^(٦)؛ لأنه ليست له ولاية الدعوى^(٧).

ومن جملة ذلك [قال]^(٨): قوم ادعوا أرضاً في يدي^(٩) رجل، وقالوا: وقفها
فلان علينا، والذي في يديه يقول: الأرض لي، فأقاموا البينة أن فلاناً وقف هذه
الأرض عليهم، لا يستحقون بهذه البينة شيئاً، وعلل فقال: إن الإنسان قد يقف ما لا
يملكه^(١٠)، ولم يقل: لأنه ادعى ما ليس له أن يدعي، وكذلك أقاموا بينة أنه وقف
علينا ومن بعدنا على المساكين، وكان في يده يوم وقفها، لا يستحقون [بذلك]^(١١)
شيئاً، وكذلك لو شهد الشهود أنه أقر عندنا، وأشهدنا على نفسه أنه وقف هذه
الأرض وقفاً صحيحاً، وأنها كانت في يده حتى مات، فالقاضي لا يقضي بالوقف،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ذلك.

(٤) في م: لا.

(٥) في م: لا يعلمه.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: الدعوة. وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٩٧/٦).

(٨) سقط في م.

(٩) في م: يد.

(١٠) في م: يملك.

(١١) سقط في م.

ولو شهد الشهود أن فلاناً أقر عندنا أنه وقف هذه الأرض، وحددها، وإن كان مالكةا في وقفه^(١) ما وقفها، قضينا^(٢) بأنها وقف من قبل الواقف، وأخرجناها^(٣) من يد^(٤) الذي هو في يديه^(٥)، وهذه المسألة [صريحة في]^(٦) أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة؛ إذ لو لم يكن لكانت الشهادة بلا دعوى، والشهادة في حقوق العباد بدون الدعوى لا تقبل، فينبغي ألا تقبل الشهادة في هذه المسألة^(٧)، ولا يقضى بكونها وقفاً.

وإذا قال لغيره: هذه الضيعة وقف عليك، ثم ادعاها بعد ذلك لنفسه، لا يسمع دعواه؛ لمكان التناقض.

ادعى دارا في يد رجل [ادعى]^(٨) أنها ملكه بأصلها وبنائها^(٩)، وأنكر المدعى عليه ذلك، وادعى أنها وقف على مصالح مسجد كذا، وأقام المدعي البينة على دعواه، وقضى له بذلك، وكتب [له]^(١٠) السجل، ثم إن المدعي أقر أن أصل الدار وقف والبناء له، بطلت^(١١) دعواه، والحكم، والسجل، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وقيل: ينبغي أن يسأله القاضي أنها وقف من جهتك ووقفها أفضي^(١٢) بها لك، أو

-
- (١) في م: وقف.
 - (٢) في أ: قضى.
 - (٣) في م: وأخرجنا.
 - (٤) في م: يدي.
 - (٥) في م: يده.
 - (٦) في م: صريح على.
 - (٧) زاد في أ: غير مقبولة.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في م: وبيانها.
 - (١٠) سقط في م.
 - (١١) في م: بطل.
 - (١٢) في م: أوصي.

وقف من جهة غيرك؟ إن قال: من جهتي، لا يبطل القضاء؛ لأن قوله هذا يقرر القضاء، ولا ينافيه، وإن قال: من جهة غيري، حينئذ يبطل القضاء؛ لإقراره ببطلان القضاء.

وفيه أيضًا: صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى في أمر^(١) الأوقاف، ويقضي بالنكول، [أو]^(٢) بالبينة إن ولاه السلطان ذلك نصًا، أو عرف ذلك دلالة جاز؛ لأنه صار كالقاضي المولى، وإن لم يكن شيء من ذلك لا يجوز.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : ضيعة في يد رجل، وضيعة أخرى في يد رجل آخر، ادعى رجل أن هاتين الضيعتين وقف عليه^(٣) وحده وعلى أولاده، وأولاد أولاده أبدًا ما تناسلوا، وأحد الرجلين غائب، وأقام المدعي البينة على الحاضر بأن شهد الشهود أنهما ملك الواقف وقفهما جميعًا وقفًا واحدًا، وذكر شرائط الوقف، قضى القاضي على الحاضر بكون الضيعتين وقفًا، لأن الحاضر هاهنا نصب^(٤) خصمًا عن الغائب، فصار كأحد^(٥) الورثة، وإن شهدوا أنه وقف وقفين متفرقين يقضي بوقفية الضيعة التي في يد الحاضر فحسب؛ لأن الحاضر هاهنا لا ينتصب خصمًا عن الغائب.

في المسألة نوع إشكال، وينبغي أن يقضي بوقفية الضيعة التي في يد الحاضر في الوجهين جميعًا؛ لأنه ألحق هذا بأحد الورثة.

وذكر في الجامع: أن أحد الورثة إنما ينتصب خصمًا عن الباقيين للمدعى في عين في يد ذلك الوارث، حتى إن من ادعى عينًا في تركة ميت وأحضر ولدًا واحدًا ليس

(١) في م: أمور.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: على.

(٤) في م: ينصب.

(٥) في م: أحد.

العين المدعى بها في يده، وأقام بينة على دعواه، لا يسمع بيته. وفي مسألتنا هذه: إحدى الضيعتين في يد الغائب، فكيف يقضي بوقفيتهما^(١) على الحاضر؟ وعلى من يجوز القضاء بوقفية الضيعتين يشترط ذكر حدود الضيعة التي في يد الغائب.

ادعى كرما في يد رجل، وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم وقفاً صحيحاً بشرائطه، وليس للمدعي بينة، وأراد تحليف المدعى عليه، فإن أراد تحليفه ليأخذ الكرم لو^(٢) نكل عن اليمين لا يحلف؛ [لأنه لا يصل إليه ولو نكل، ولو أراد تحليفه ليأخذ القيمة لو نكل، فله عليه يمين]^(٣)؛ لأنه يصل إلى القيمة لو نكل، فكان في التحليف فائدة.

رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته، ثم مات، فجاء إنسان وادعى أن الضيعة له، وأقر الورثة بذلك، لا^(٤) يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم في حق بطلان الوقف غير صحيح، ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت، وهذا الجواب يجب أن يكون قول الكل لا قول محمد خاصة؛ لأنه لا خلاف في وجوب ضمان الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف في وجوب الضمان بالغصب، وهذا إتلاف، وليس بغصب، وإن أنكر الورثة ذلك وأراد المدعي أن يحلفهم، [يقال له: تريد تحليفهم]^(٥) لتأخذ الضيعة إن نكلوا، أو لتأخذ قيمتها إن نكلوا؟ فإن قال: لأخذ الضيعة، فلا يمين له عليهم؛ لأنه لم^(٦) يصل إلى الضيعة إن نكلوا لما ذكرنا في فصل الإقرار، وإن قال: لأخذ القيمة، فله عليهم اليمين؛ لأنه يصل إلى القيمة لو نكلوا، فكان التحليف مفيداً.

(١) في م: بوقفيتهما.

(٢) في م: أو.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لم.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: لا.

نوع منه في المسائل التي تعود إلى الشهادة على الوقف :

إذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه، ولم يحدها الشاهدان، فالشهادة باطلة، وكذلك إن حددها أحدهما دون الآخر كانت الشهادة باطلة، وكذلك لو شهد أنه وقف أرضه التي في موضع كذا، وقالوا: لم يحدها لنا، فالشهادة باطلة.

قال الخصاف - رحمه الله - : إلا أن تكون أرضاً مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها، فإن كان كذلك قضيت بأنها وقف، وإن حداها بحدين، فالمشهور عن أصحابنا - رحمهم الله - : أنه لا يقبل، ومن أصحابنا من قال: إذا ذكر حدين متقابلين، تقبل؛ لأن ما بينهما يصير معروفاً بمعرفتهما إذا كان طرفاهما مستويين، وإن حداها بثلاث^(١) حدود، قبلت الشهادة عند علمائنا [الثلاثة]^(٢)؛ إقامة للأكثر مقام الكل.

سئل الخصاف - رحمه الله - فقيل: إذا قبلنا هذه الشهادة حكمنا بثلاثة حدود فكيف يحكم بالحد الرابع؟ قال: أجعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهي إلى مبدأ الحد الأول.

وإن شهد أنه وقف أرضه التي في موضع كذا، وحدها لنا إلا أنا نسيناه لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالغفلة، فإن قالوا: لم يحدها لنا ولكن نعرف [الحد دونه]^(٣)، ذكر هلال - رحمه الله - : أن القاضي لا يقبل شهادتهما^(٤).

قال القاضي الإمام الأستاذ الكبير أبو زيد - رحمه الله - : فتأويل هذا أنهما لم يبيننا للقاضي، أما إذا بيناه، وعرفاه، يقبل.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في هذه الصورة: أي أجزى الشهادة، وأقضي

(١) في م: ثلاث.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الحدود.

(٤) زاد في م: قال القاضي هلال رحمه الله أن القاضي لا يقبل شهادتهما.

بالدار والأرض بحدودها وقفًا، وأقول للشهود: سمو الحدود، فأقضي بما تسمون وتحدون.

وقال هلال: وكذلك لو قال^(١): لم يكن له في المصر إلا تلك الأرض، لم يقبل، فأما إذا قال: أشهدنا أنه وقف هذه الأرض، وهو فيها ولم يحدها لنا، فالشهادة جائزة إذا كانا يعرفانها.

قال القاضي الإمام هلال - رحمه الله - : تأويل هذا إذا بينا للقاضي، وعرفاه^(٢)، فإن^(٣) لم بينا لا تقبل شهادتهما، وإن شهدا أنه حدها لنا، ولكن لا نذكر الحدود التي حدها لنا، فالشهادة باطلة، وإن كانا يعرفان الحدود، ولكنهما لا يعرفان الأرض؛ لأنهما كانا غائبين عنها، تقبل شهادتهما، ويكلف القاضي مدعي الوقف أن يقيم شاهدين آخرين يشهدان أن هذه الأرض بحدودها هي تلك الأرض التي شهد الشهود بوقفيتها، و[إن]^(٤) شهدا أنه أدارنا على حدودها ووقفنا عليها، ولكن لم يسم لنا حدودها، قبلت شهادتهما.

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف حصته من هذه الأرض، ومن هذه الدار، ولا يدريان ما حصته، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة - رحمه الله - على قياس مسألة البيع، وهو ما إذا باع حصته من هذه الدار ومن هذه الأرض ولم يعلم المشتري حصته، لا يجوز البيع عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، وعند أبي يوسف - رحمه الله - : يجوز البيع، وإن لم يعلموا حصته.

والهبة لا تجوز إذا لم تعرف حصة الواهب بلا خلاف، فالوقف على قول أبي يوسف: لا يجوز قياسًا على الهبة، ويجوز استحسانًا.

(١) زاد في م: لا.

(٢) في م: عرفناه.

(٣) في م: فأما إذا.

(٤) سقط في م.

[وجه القياس: أن الوقف إزالة الملك بغير بدل، فصار كالهبة. وجه الاستحسان]^(١): أن الوقف^(٢) لم يصح لعدم التمييز^(٣)، ولا وجه إليه؛ لأن وقف المشاع عنده صحيح.

وإن شهدا^(٤) أنه أقر عندهما أنه جعل حصته من هذه الأرض التي في موضع كذا، حدودها كذا، صدقة موقوفة لله تعالى، وهي ثلث جميع هذه الأرض على كذا، وجعل آخره للمساكين، فنظر الحاكم، فوجد حصته من هذه الأرض نصفها، أو ثلثيها^(٥).

قال الخصاف - رحمه الله - : يجعل جميع حصته وقفاً على الوجوه التي سبلها. وقد قال أصحابنا - رحمهم الله - في رجل قال لآخر: بعثك جميع حصتي من هذه الأرض، وهي ثلثها بألف درهم، فإذا حصته نصفها، فليس للمشتري إلا الثلث [الذي]^(٦) سمي له، وقالوا فيمن أوصى لرجل فقال: أوصيت لك بثلث مالي، وهو ألف درهم، فإذا ثلث ماله أكثر من الألف، فللموصى له جميع الثلث.

قال الخصاف - رحمه الله - : وعندي أن الوقف نظير الوصية؛ لأنه ليس بعقد معاوضة، وإن جعل غلة ذلك على قوم سماهم، ومن بعدهم على المساكين، فصدقه القوم الذين سماهم وقف عليهم، وقالوا: إنما قصد وقف الثلث علينا، قال: تصديقهم وتكذيبهم في ذلك سواء، ويقضى بجميع^(٧) حقه وقفاً، وأجعل^(٨) للقوم

(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: لو.

(٣) في م: اليمين.

(٤) في م: شهدوا.

(٥) في م: ثلثها.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: جميع.

(٨) في م: جعل.

الذين هم بأعيانهم غلة الثلث^(١) من ذلك، وأجعل ما بين الثلث [إلى النصف]^(٢) للمساكين.

وإذا شهد^(٣) على رجل أنه وقف أرضه في موضع كذا وشهد الآخر أنه وقف أرضه في موضع كذا، وسمى موضعًا آخر، لا تقبل الشهادة؛ لأنه ما^(٤) شهد على وقفية كل الأرض إلا شاهدًا واحدًا، ولو شهد أحدهما أنه وقف تلك الأرض وحدها، [عليه]^(٥)، وشهد الآخر^(٦) أنه وقف [نصفها]^(٧)، قبلت الشهادة على النصف، وقضى بوقفية [نصف]^(٨) هذه الأرض، هكذا ذكر [الخصاف، وهلال]^(٩) - رحمة الله عليهما -.

قيل: هذا الجواب مستقيم على مذهبهما، غير مستقيم على مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه -، كما^(١٠): لو شهد أحد الشاهدين^(١١) على تطلقته، وشهد الآخر [على نصف تطلقته، فإن هناك لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهم: تقبل]^(١٢) على نصف تطلقته.

ومنهم من قال: هذا بالاتفاق^(١٣)؛ لأن الأرض معينة، فصار كما لو شهد

(١) في م: الوقف.

(٢) في م: والنصف.

(٣) في م: شهدا.

(٤) في م: بما.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: آخر.

(٧) في م: تلك الأرض وأرضا أخرى.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: هلال والخصاف.

(١٠) في أ: قال.

(١١) في م: الشريكين.

(١٢) سقط في م.

(١٣) في م: على الاتفاق.

أحدهما على طلاق امرأة، وشهد الآخر على طلاقها وطلاق أخرى .
ولو شهد أحدهما أنه جعل له ثلث الغلة، وشهد الآخر أنه جعل له [نصفها،
قبلت الشهادة على الثلث عندهما، وإن شهد أحدهما أنه وقف]^(١) نصفها مشاعاً،
وشهد الآخر أنه وقف نصفها مقسومة، فالشهادة باطلة، ولو شهد أحدهما أنه وقفها
يوم الخميس، وشهد الآخر أنه وقفها يوم الجمعة، قبلت الشهادة؛ لأن الوقف
تصرف قولي، والقول يعاد ويكرر، فلا يضره^(٢) اختلاف الزمان والمكان كالبيع .
قيل: هذا [على قول]^(٣) أبي يوسف - رحمه الله - .

أما على قول محمد: فلا تقبل الشهادة؛ لأن الوقف وإن كان قولياً إلا أنه يتضمن
[فعلاً، وهو]^(٤) التسليم، [فإن التسليم]^(٥) عند محمد - رحمه الله - شرط صحته،
وكل قول يتضمن فعلاً كالنكاح، واختلفا فيه في الزمان أو المكان، لا تقبل الشهادة،
ولو شهد أحدهما أنه وقفها وقفاً صحيحاً في صحته، وشهد الآخر أنه وقفها بعد
موته، لا تقبل الشهادة؛ لأن أحدهما شهد بالوقف، [وشهد الآخر بالوصية، ولو
شهد أحدهما أنه وقفها وقفاً صحيحاً في صحته]^(٦)، وشهد الآخر أنه وقفها في
المرض، قبلت الشهادة وتكون جميع الأرض وقفاً إن كان يخرج من الثلث، وإن
كان لا يخرج من الثلث يصير ثلثها وقفاً؛ لأنهما اتفقا على وقف [الأرض، واختلفا
في الوقت، وإن كانت]^(٧) الأرض تخرج من الثلث فقد اختلفا^(٨)، وإن كانت
الأرض لا تخرج من الثلث فقد اتفقا في ثلثها، واختلفا فيما وراء ذلك فثبت ما اتفقا

(١) سقط في م .

(٢) في أ: يغرم .

(٣) في م: عند .

(٤) في م: فعل .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: وشهد الآخر بالوصية .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: اتفقا .

عليه، ولا يثبت ما ينفرد به أحدهما، ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على المساكين، قبلت الشهادة؛ لأنهما اتفقا على الفقراء.

فإذا^(١) قال: أرضي [هذه]^(٢) صدقة موقوفة، كانت وقفاً على الفقراء، فقد اتفقا على كونها وقفاً^(٣) للفقراء، فيثبت ذلك، ويبطل ما تفرد به أحدهما.

والحاصل: أنهما إذا اتفقا على كونها صدقة [موقوفة]^(٤)، وتفرد أحدهما بزيادة شيء، لا يثبت الزيادة، ويثبت ما اتفقا عليه وهو كونها وقفاً على الفقراء.

وعن هذا قلنا: إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله، وشهد الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على زيد، تكون وقفاً على الفقراء؛ لأنهما اتفقا على جعلها صدقة موقوفة.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا شهد أحدهما [أنه]^(٥) أقر عنده أنه وقفها على الفقراء والمساكين، وشهد آخر أنه وقفها على الفقراء، حكم عليه بالوقف للفقراء على قول الحسن بن زياد - رحمه الله -.

وقيل^(٦): إنه قال: الفقراء والمساكين لهم سهم واحد، وإذا^(٧) قال: للفقراء والمساكين سهمان، يجعل نصفها وقفاً للفقراء، ويبطل النصف. قال: وهذا القول ما رواه محمد بن الحسن في الجامع الصغير.

ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله وولده من بعده، وشهد الآخر أنه جعلها وقفاً على عبد الله، [جعلها وقفاً على عبد الله]^(٨)؛ لأنهما اتفقا

(١) في م: فإن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: على الفقراء.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: من قبل.

(٧) في م: ومن.

(٨) سقط في م.

عليه .

ولو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على عبد الله وزيد، وشهد الآخر أنه جعلها على عبد الله خاصة، قضيت بالنصف لعبد الله، والنصف الآخر للفقراء، أما القضاء لعبد الله؛ فلأنهما اتفقا على عبد الله، وأما القضاء بالنصف؛ فلأنهما اتفقا على النصف له، واختلفا في النصف الآخر، [وشهد أحدهما]^(١) لعبد الله، وشهد الآخر لزيد، فما اتفقا عليه [له يثبت، وما اختلفا فيه لا يثبت، وجعل ذلك كالكسوت عنه قبل الفقراء، بخلاف المسألة الأولى لأن في المسألة الأولى اتفقا على]^(٢) كونه لعبد الله، وزاد أحدهما لولده من بعده، فلم تثبت هذه الزيادة، ويثب ما اتفقا عليه وهو كونه لعبد الله .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : ما ذكر من الجواب أنه يقضي لعبد الله بالنصف يجب أن يكون قول الكل؛ لأنهما لم يختلفا في لفظة الشهادة لعبد الله، وإنما زاد أحدهما حصة زيد، ولم يثبت ذلك بمجرد قوله، فيكون للفقراء .

وإذا شهد أحدهما^(٣) أنه جعل لعبد الله مائة درهم في كل سنة من غلات هذه الأرض وشهد الآخر أنه جعل له مائتي درهم، لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - كما لو شهد أحدهما لرجل على رجل مائة درهم، [وشهد الآخر بمائتي درهم، ولو قال أحدهما: جعل له من الغلة]^(٤) في كل [سنة مائة درهم، وقال الآخر: في]^(٥) سنة واحدة، فإنه يثبت في السنة الأولى عندهم .

قال الخصاص في وقفه: لو شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، وشهد [الآخر أنه جعلها صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأبواب

(١) في م: شهد أنها .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: لهما .

(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: وقال الآخر .

(٥) سقط في م .

البر، تقبل هذه الشهادة، قال: ولو شهد أحدهما أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين، وشهد^(١) الآخر أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وفقراء قرابته.

قال: هذا لا يشبه أبواب البر.

إذا شهد شاهدان أنه جعل هذه الأرض صدقة موقوفة علينا، أو على أحدنا، أو على آبائنا^(٢) أو أجدادنا، أو ما أشبه ذلك، لا تقبل الشهادة، وكذلك لو شهدا أنه وقف أرضه علينا، وعلى قوم آخرين، فذلك كله باطل، ولا يجوز للشركاء سواهم. وكذلك إذا قالوا: على قرابته، وهما من قرابته، أو قالوا: على نسله، وهما من نسله، أو قالوا [على]^(٣) آل عباس، وهما من آل عباس، وإن قالوا^(٤): علينا، وعلى قوم آخرين معلومين، رأينا^(٥) أن يبطل [شهادتهما، فإن قالوا: لم]^(٦) تقبل ذلك، قبلت شهادتهما، [ولو شهدا لقرابة الواقف]^(٧) وهما من قرابته، وقالوا: [لم تقبل ذلك]^(٨) لم تقبل شهادتهما، وإن^(٩) لم يكن لهما أولاد.

وإذا وقف الرجل كراسة على مسجد لقراءة القرآن، أو على أهل مسجد وهم يحصون، حتى جاز الوقف، فشهد أهل ذلك المسجد على وقف الكراسة، فهذه المسألة نظير شهادة أهل مدرسة على وقف تلك المدرسة، وشهادة أهل محلة على وقف تلك المحلة.

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: أولادنا.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: قال.
- (٥) في م: فأردنا.
- (٦) في م: شهادتنا فلم.
- (٧) سقط في م.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في م: وكذلك إذا.

والمشايع فصلوا الجواب فيها فقالوا في شهادة أهل المدرسة: إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف لا تقبل شهادتهم، وإن كانوا لا يأخذون تقبل، وكذلك قالوا في أهل المحلة: من شهد وهو ممن يأخذ من ذلك، لا تقبل^(١) شهادته، وكذلك الشهادة على وقف مكتب، وللشاهد صبي في المكتب على هذا.

وقيل: [في هذه المسألة]^(٢) تقبل الشهادة على كل حال؛ لأن كون الفقيه في المدرسة، وكون الرجل في المحلة، وكون الصبي في المكتب ليس بأمر لازم، بل ينتقل الرجل من محلة إلى محلة، ومن مدرسة إلى مدرسة، ومن مكتب إلى مكتب، وعلى هذا قلنا: إذا شهد أنه وقف على فقراء جيرانه وهما من فقراء جيرانه، أو شهدا أنه وقف على فقراء هذا المسجد، أو شهدا أنه وقفها على فقراء أهل السجن بالبصرة، أو [على]^(٣) فقراء [أهل]^(٤) مصر كذا، وهما في ذلك تقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا شهدا أنه وقف على فقراء القرابة، وهما من فقراء القرابة، حيث لا تقبل شهادتهما؛ لأن الجوار لا يدوم، بل يتحول وينقطع، [فإن ما]^(٥) يستحق بالجوار^(٦) وقت القسمة، وذلك غير ثابت وقت الشهادة، فلم يكن شاهداً لنفسه، فلا يمنع قبول الشهادة، وأما القرابة فإنها تدوم ولا تنقطع، [فيمنع قبول الشهادة، فإنها]^(٧) تستحق بهذه القرابة [إلا أن]^(٨) القرابة تعتبر يوم حدوث الغلة، وفي فقراء الجيران، وأخواتها من هذه المسائل تعتبر يوم قسمة الغلة، وكان سبب الاستحقاق في الجوار وقت القسمة، وذلك ليس بموجود في الحال.

(١) زاد في م: من.

(٢) في م: هذه المسائل لا.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وإنما.

(٦) في م: الجواز.

(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: وإنما.

(٨) بدل ما بين المعقوفين في م: ألا ترى أن في فقراء.

أرض في يدي رجل يزعم أنها ملكه، فادعى قوم أن هذا الرجل وقف هذه الأرض علينا وقفًا صحيحًا، وذو اليد منكر، فأقاموا البينة^(١) على ما ادعوا، قبلت بينتهم، وحكمت عليه بالوقف، وإخراجها^(٢) من يده، وهذه المسألة تصريح أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة^(٣)، وكذا إذا ادعى رجل على رجل أنه وقف هذه الأرض على المساكين، وهو يجحد ذلك، وأقام بينة على إقراره بذلك حكمت عليه بالوقف للمساكين^(٤)، وأخرجت الأرض من يده، وتقبل الشهادة على أصل الوقف بالشهرة، وعلى الشرائط؛ لأنه^(٥) هو المختار.

وكان الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يقول: لا بد من بيان الجهة بأن [يشهدا أن]^(٦) هذا وقف على المسجد، أو على المقبرة، أو ما أشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك في شهادتهم، لا تقبل شهادتهم.

ومعنى قول المشايخ: لا تقبل الشهادة على شرائطه: أنه^(٧) بعد ما يبين^(٨) الجهة، وقالوا: هذا وقف على كذا، لا ينبغي لهم أن يشهدوا أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا، ثم إلى كذا، لا تقبل شهادتهم.

وفي أدب القاضي للخصاف: أن الشهادة على الوقف تقبل بدون الدعوى، وهو الصحيح، وقد مرت المسألة في أول النوع^(٩) الذي يسبق^(١٠) [هذا النوع، أما الوقف

(١) في م: بيته.

(٢) في م: وأخرجها.

(٣) في م: صحيح.

(٤) في م: للمسلمين.

(٥) في م: لا.

(٦) في م: شهدوا بأن.

(٧) في م: أي.

(٨) في م: بينوا.

(٩) في م: البيوع.

(١٠) في م: سبق.

الذي هو حق العباد فلا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وهو الصحيح، وإذا شهد الشهود أن هذا وقف على كذا، ولو بينوا^(١) الواقف.

اختلف المشايخ فيه، فبعضهم قالوا: تقبل، وإليه أشار الخصاص في أدب القاضي.

وقال بعضهم: لا تقبل.

وما ذكره الخصاص في أدب القاضي لا يدل على القول الأول فإن المذكور ثمة: إذا قال القاضي المعزول: هذا وقف على كذا، وصدقه ذو اليد أنفذها القاضي المؤلّى، ولا يسأل المؤلّى [المعزول عن وقفه، وإنما يسأل؛ لأن بيان الوقف ليس بشرط بل؛ لأنه لو سئل، وذكر المعزول أنه وقفه فلان ربما يجحد ورثة فلان فالآن يتعذر على المؤلّى تنفيذ الحكم، وإنما اكتفى بذلك ثمة لهذه الضرورة^(٢)، في حق الشهادة، ولا تقبل الشهادة من غير بيان [الوقف؛ وهذا لأن^(٣) الوقف^(٤) على أصل أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف، والتصديق بالغلة المعدومة، فإذا شهد الشهود بالوقف، فقد شهدوا بالملك للواقف، ولا بد من ذكره ليتمكن إثبات الملك، وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف، وكذا شهادة النساء مع الرجال.



(١) سقط في م.

(٢) زاد في أ: ولا ضرورة.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الواقف.

[ومما يتصل بهذا الفصل]^(١) الأوقاف القديمة:

الوقف الذي تقادم أمرها، أو مات الشهود الذين شهدوا عليه، وتنازع قوم فقالوا^(٢): هي وقف علينا وقفها فلان، وقال فريق آخرون: هي وقف وقفها فلان علينا، يعني: ذلك الرجل الذي ادعى الفريق الأول من جهته، فهذه المسألة على وجهين:

أحدهما: إذا كان للواقف ورثة أحياء، وفي هذا الوجه: يرجع إلى الورثة؛ لأنهم قائمون مقام الواقف، فيرجع إليهم سواء كان لهم رسوم في دواوين القضاة [يعملون عليها]^(٣) غلتها، أو لم يكن، فأى فريق عينه الورثة فالقاضي يجعل الوقف عليهم، وإن لم يكن للواقف ورثة أحياء، فهذا على وجهين أيضاً: إن كان لهذا الواقف رسوم في دواوين القضاة^(٤) [يعملون عليها]^(٥)، فإذا تنازع فيها أهلها، فإنها تجرى على الرسوم الموجودة في دواوينهم؛ لأنه دليل ظاهر، وليس هنا دليل فوقه، وإن لم يكن في دواوين القضاة رسوم يعملون عليها فالقاضي يجعلها موقوفة، فمن^(٦) أثبت في ذلك حقاً قضي^(٧) له به؛ لأنه دليل هاهنا أصلاً.

في واقعات الناطقي: فإن اصطلاح الفريقان على شيء فيما بينهم فالقاضي ينفذ ذلك، ويقسم الغلة^(٨) بينهم، وإذا كانت الأرض في يد رجل، وهو يقول: إنها كانت لفلان وقفها على كذا، وقالت الورثة: بل وقفها [الميت]^(٩) علينا، وعلى

(١) في م: نوع آخر من هذا الفصل في.

(٢) في م: فقال.

(٣) في أ: يعلمون غلتها.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: يعلمون غلتها.

(٦) في م: فيمن.

(٧) في م: فهي.

(٨) في م: يعلمون غلتها.

(٩) سقط في م.

نسلنا، ومن بعدنا على المساكين، والذي قاله الورثة خلاف ما قاله الرجل، فإن القاضي يمضيه على ما أقر به الورثة إذا لم يجد القاضي في ديوان الحكم الذي قبله كتباً من الصكك فيها رسوم [الوقف، بل وجد إقرار من في يده، وأما إذا كانت^(١) الوقوف في يد الأمتاء، ولها رسوم في ديوان من قبله، فإنه لا يقبل قول الورثة فيما ليس في أيديهم.

وسئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتهت^(٢) مصارفه وقدر ما يصرف إلى مستحقه.

قال: ينظر [إلى]^(٣) المعهود من حاله فيما سبق من الزمان أن قوامها^(٤) كيف يعملون فيه وإلى من يصرفون، فيبنى على ذلك؛ لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف، وهو المظنون بحال المسلمين، فيعمل على ذلك. في فتاوى الفضلي: وقف في يد صاحب الأوقاف يوجد في صك ذلك الوقف أن الفاضل من نفقته يصرف إلى فقراء أهل السكة التي فيها [الوقف، وغيرهم]^(٥) من المسلمين، ويصرف الفاضل إلى أعيان الفقراء الموجودين يوم الوقف، يصرف لكل واحد منهم [سهم]^(٦) وكل من مات منهم سقط سهمه، وقسم^(٧) بين الباقي منهم على ما وصفت^(٨)، فإذا [انقرض فقراء]^(٩) السكة الموجودون يوم الوقف كان فقراء [أهل]^(١٠) السكة ومن سواهم من فقراء المسلمين في ذلك سواء؛ لأن فقراء السكة

(١) سقط في م.

(٢) في أ: انتهت.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: قواما.

(٥) في أ: وقف وغيره.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: ويحصل.

(٨) في م: وقفت.

(٩) في م: انقرضوا.

(١٠) سقط في م.

الموجودين يوم الوقف استحقوا بأعيانهم، فكان لكل واحد منهم سهم، وغيرهم^(١) من الفقراء إنما^(٢) استحقوا بأعيانهم فكان^(٣) لكل سهم واحد. وقف في يد الواقف يفرق الأموال على قرابته ومواليه، ويفضل البعض على البعض، أو يضع فيمن شاء، ثم مات هذا الواقف، وأوصى إلى آخر، ولم يبين كيف كان [سبيل]^(٤) الوقف، فالثاني يصرف إلى من يصرف إليه الأول، لأن الظاهر أن الأول يصرف إلى المصرف، فإن أشكل [على]^(٥) الثاني أن الأول إلى من كان يصرف الزيادة من أقربائه^(٦) ومواليه فيصرف^(٧) إلى الفقراء، [والله أعلم]^(٨).



-
- (١) في م: وغيرهم.
 - (٢) في أ: ما.
 - (٣) في م: وكان.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في م: قرابته.
 - (٧) في م: يصرفه.
 - (٨) سقط في م.

الفصل العشرون^(١)

في المساجد وما يتصل بها

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع^(٢): فيما يرجع إلى نفس المسجد:

الإضافة إلى ما بعد الموت، أو الوصية ليست بشرط لصيرورة المكان مسجدًا صحة ولزومًا عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - بخلاف سائر الأوقاف على مذهبه، وقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - في المسجد في أنه لا يشترط الإضافة إلى ما بعد الموت أو الوصية كقولهما، وأما القبض والتسليم [شرطان لصيرورته مسجدًا]^(٣) عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : ليس بشرط .

حتى إن عنده يصير مسجدًا بمجرد البناء، [وإن]^(٤) لم يوجد القبض والتسليم، وبالصلاة بجماعة يقع التسليم بلا خلاف، حتى إنه إذا بنى مسجدًا وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة، فإنه يصير مسجدًا، ويشترط مع ذلك أن تكون الصلاة بأذان وإقامة جهريًا لا سرًا، حتى لو [كانت سرًا بلا أذان، ولا إقامة]^(٥) لا يصير مسجدًا عندهما، ولا يقع القبض والتسليم بالصلاة وحدانا عند محمد - رحمه الله - .

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان:

في رواية الحسن: لا يقع القبض والتسليم .

وفي رواية غيره: يقع القبض والتسليم، فإن جعل مؤذنًا وإمامًا، وهو رجل

(١) في م: التاسع عشر .

(٢) في م: الأول .

(٣) في م: شرط لصيرورة مسجد .

(٤) في م: ما .

(٥) في م: صلى جماعة بغير أذان وإقامة سرًا لا جهريًا .

واحد، فأذن، وأقام، وصلى وحده [صار مسجداً]^(١) بالاتفاق؛ لأن أداء صلاته كالجماعة.

ألا ترى أن أصحابنا قالوا: مؤذن مسجد إذا أذن، وأقام، وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد.

وفي فتاوى أهل سمرقند: فإن كان هذا الرجل الذي جعل مسجداً صلى فيه بنفسه هل يصير مسجداً؟

ذكر هلال - رحمه الله - في وقفه ما يدل على أنه يصير مسجداً فإنه قال: كان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: لا يكون مسجداً حتى يُصلى فيه، وقوله: حتى يُصلى فيه، على ما لم يُسمَّ فاعله، فهذا دليل على أن صلاته، وصلاة غيره فيه سواء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه يشترط صلاة غيره، [ولو قبض]^(٢) المتولي هل يصير مسجداً من غير أن يصلى فيه؟

فقد اختلف المشايخ فيه، ويكفي صلاة^(٣) واحدة بجماعة لصيرورته مسجداً. ذكر في الوقف للحسن بن زياد، وفي وقف هلال البصري، والخصاف: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يكون مسجداً حتى يصلى فيه جماعة بإذنه، وقال في آخر الصلاة إملاء رواية بشر بن الوليد قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يصير مسجداً حتى يقول: صلوا فيه بجماعة أبداً، ولو أمر القوم أن يصلوا فيه جماعة صلاة أو صلوات يوماً أو شهراً لا يكون مسجداً حتى يقول ما بيناه من القول.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الواقعات في باب العين من كتاب الهبة والصدقة: رجل له ساحة لا بناء فيها أمر القوم أن يصلوا فيها بجماعة، فهذا على

(١) في م: جاز.

(٢) في م: ويقبض.

(٣) في م: لصلاة.

ثلاثة أوجه: إما أن [يكون أمرهم بالصلاة أبداً نصّاً بأن قال: صلوا فيها أبداً، أو^(١) أمرهم بالصلاة مطلقاً، ونوى الأبد، ففي^(٢) هذين الوجهين صارت الساحة مسجدًا لو مات لا يورث عنه، وإما أن يكون^(٣) وقت الأمر باليوم، أو الشهر، أو السنة، وفي هذا الوجه لا تصير الساحة مسجدًا لو مات، يورث عنه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن وقف بجنب^(٤) المسجد^(٥) فأرادوا أن يزيدوا في المسجد من ذلك الوقف قال: يجوز، وينبغي أن يفعلوا ذلك بإذن الحاكم؛ لأن الولاية للحاكم.

وسئل أبو القاسم عن أهل مسجد أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة، والرحبة مسجدًا، أو يحدثوا له بابًا، أو يحولوا بابه عن موضعه، وأبى البعض ذلك. قال: إذا اجتمع أكثرهم، وأفضلهم على ذلك، فليس للأقل منعهم عنه.

وفي قسمة فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : الطريق إذا كان واسعًا، فبني فيه أهل المحلة مسجدًا للعامّة، ولا يضر ذلك بالطريق فلا بأس به؛ لأن الطريق لهم، والمسجد لهم أيضًا، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئًا من الطريق في دورهم، نص في العيون: أنهم ليس لهم ذلك، وإن كان لا يضر ذلك بالطريق؛ لأن الطريق للعامّة، والدور لأربابها خاصة، وإن أرادوا أن يجعلوا شيئًا من المسجد طريقًا للمسلمين، فقد قيل: ليس لهم ذلك، وإنه صحيح.

وفي كراهية فتاوى أهل سمرقند: قوم بنوا مسجدًا، واحتاجوا إلى مكان [ليوسعوا رحبته]^(٦)، وبجانبه طريق للمسلمين^(٧)، فأخذوا شيئًا من الطريق، فأدخلوه في

(١) سقط في م.

(٢) في م: وفي.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: تحت.

(٥) زاد في م: أو الوقف على المسجد.

(٦) في م: يتسع.

(٧) في م: المسلمين.

المسجد، فإن كان لا يضر بأصحاب الطريق رجوت ألا يكون فيه بأس. ولو ضاق المسجد على إنسان، وبجانبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً منه، فقد صح عن عمر وكثير من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - : أنهم أخذوا أرضين بكره من أصحابها، وزادوا في المسجد الحرام حين ضاق بهم. وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : سئل شيخ الإسلام عن متولي مسجد جعل منزلاً موقوفاً على المسجد [مسجداً]^(١)، وصلى الناس فيه سنين، ثم ترك الصلاة فيه، فأعيد منزلاً مستغلاً ينفق غلته على ذلك المسجد كما كان، قال: يجوز.

قيل: فهل صح جعل المتولي المنزل مسجداً؟ قال: لا. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سلطان أذن لأقوام أن يجعلوا أرضاً من أرض الكفرة في مسجدهم، ويزيدوا فيه، ويتخذوا حوانيت موقوفة على مسجدهم. قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله - : إن كانت البلدة فتحت عنوة^(٢) يجوز أمره إذا كان ذلك لا يضر بالمارة، وإن كانت [فتحت]^(٣) صلحاً لم يجز أمره؛ لأنها إذا فتحت عنوة كانت ملكاً للغزاة، وللسلطان فيها [رأي، و]^(٤) تدبير، فإن له الخيار في الأراضي^(٥) التي فتحت [عنوة، إن شاء قسمها بين الغانمين، وإن شاء منّ على أهلها برقابهم، وأراضيهم، وإن شاء دفع البعض إلى الغانمين وترك البعض على أهلها، فإذا كان للسلطان تدبير فيها صح أمره، وأما الأراضي التي فتحت صلحاً بقيت على ملك ملاكها، ولا تدبير [فيها للإمام]^(٦)، فلم يصح أمر الإمام فيها. وفي الجامع الصغير: رجل جعل داره مسجداً تحته سرداب، أو فوّه بيت،

- (١) سقط في م.
- (٢) زاد في م: لا.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: الأرض.
- (٦) في م: للإمام فيها.

وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله، فإنه لا يصير مسجدًا حتى لو مات يورث عنه، وله^(١) أن يبيعه حال حياته؛ لأن المسجد ما يكون لله - تعالى - خالصًا، وفي هذين الفصلين^(٢): لا خلوص، والسطح من هذا المسجد لا يكون لله - تعالى - . وفي المتنفي: اتخذ من داره مسجدًا، أو أشرعة، وجعل على المطل منه غرفة، ومسكنًا، فهذا ملك له، فله أن يبيعه، وكذلك الصحراء الذي عليه بناء، ولا تحته مسكن، يريد به: أنه كما لا يثبت لما تحت المسكن حكم المسجد^(٣) لا يثبت للباقي حكم المسجد، وهو الصحن، لما أشار إليه في الكتاب أن هذا المسجد^(٤) واحد. وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجدًا، والأعلى ملكًا؛ لأن الأسفل أصل.

وعن محمد - رحمه الله - : أنه حين دخل الري، ورأى ضيق الأمكنة جوز ذلك، وإن جعل ذلك وسط داره مسجدًا، وأذن للناس بالدخول فيه، فله أن يبيعه، وإن مات يورث عنه، ولو كان مسجد في محلة ضاق على أهله، ولا يسعهم أن يزيدوا [فيه]^(٥)، فسألهم بعض الجيران أن يجعلوا ذلك المسجد له ليدخله في^(٦) داره، ويعطيهم مكانًا عوضًا^(٧) هو خير له فيسع فيه أهل المحلة. قال محمد - رحمه الله - لا يسعهم ذلك.

إذا أراد المتولي^(٨) أن يتخذ تحت المسجد حوانيت غلة لمرمة [في]^(٩) المسجد،

(١) في م: وأما.

(٢) في م: الوجهين.

(٣) في م: المسكن.

(٤) في م: المسجد.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: هو.

(٧) زاد في م: ما.

(٨) في م: إنسان.

(٩) سقط في م.

أو فوقه، فليس له ذلك.

في الحاوي، وفي المتتفي: إذا بنى الرجل مسجدًا وبنى فوقه غرفة، وهو في يده، فله ذلك، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس، ثم جاء بعد ذلك يبني، لا يترك.

في الفتاوى: سئل أبو القاسم عن من أراد أن يهدم مسجدًا، ويبنى أحكم من^(١) بنائه، قال: ليس له ذلك.

وتأويل هذه المسألة: إذا لم يكن لرجل من أهل هذه المحلة.

وقد ذكر في واقعاته^(٢) عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لأهل المسجد أن يهدموا المسجد، ويجددوا بناءه، ويضعوا الحجاب، ويعلقوا القناديل، وما^(٣) أصاب من قنديل رأس رجل لا ضمان عليهم، ولو علق أهل محلة أخرى ضمنوا، وهذا إذا أراد أهل المحلة أن يعلقوا ذلك من مال [أنفسهم، فأما إذا أرادوا أن يعلقوا ذلك من^(٤) مال الوقف ليس لهم ذلك إلا بأمر القاضي؛ لأن هذا تصرف في الوقف، وليس^(٥) لهم هذه الولاية.



(١) في م: بين .
 (٢) في م: الواقعات .
 (٣) في م: ولو .
 (٤) سقط في م .
 (٥) في م: وليست .

نوع آخر:

إذا جعل أرضاً له مسجداً، وشرط من ذلك لنفسه شيئاً لا يصح بالإجماع، فرق أبو يوسف - رحمه الله - بين هذا، وبين ما إذا وقف أرضاً له على الفقراء، وشرط بعض الغلة لنفسه، فإنه يصح، والفرق مخرج^(١) على ما ذكرنا في تلك المسألة يعرف ذلك بالتأمل - إن شاء الله تعالى - .

ومعنى آخر للفرق، وهو: أن الواقف^(٢) يصير شرطاً لنفسه من ملك الغير؛ لأن العين بالوقف تزول عن ملكه إلى الله تعالى، وهو لا يشترط لنفسه شيئاً من العين إنما يشترط [الغلة من العين]^(٣) والمنفعة، فإذا زال العين عن ملكه إلى الله تعالى، فالمنافع تحدث على ملك الله تعالى، فصار شرطاً لنفسه من ملك الغير فيصح، وفي المسجد يصير شرطاً لنفسه بعض ملك نفسه، فلا يصح .

في وقف الخصاص - رحمه الله - : إذا جعل أرضه مسجداً، [فخرب ما حول المسجد من المحلة، واستغنى أهل المحلة عن ذلك المسجد]^(٤)، وبناه، وأشهد أن له إبطاله وبيعه، فهو شرط باطل ويكون مسجداً، ولا يشبه الوقف .

وأشار إلى الفرق فقال: ألا ترى لو بنى مسجداً لأهل محلة وقال: جعلت هذا المسجد لأهل هذه المحلة خاصة كان لغير أهل تلك المحلة أن يصلي فيه، وفي الوقف لا يرجع إلى غير من شرط له إذا جعل أرضه مسجداً فخرب ما حول المسجد من المحلة، واستغنى أهل المحلة عن ذلك المسجد عاد إلى ملك بانيه إن كان حيّاً، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً عند محمد - رحمه الله - .

وفي السير الكبير يقول: إذا خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع،

(١) في م: يخرج .

(٢) في م: للواقف أن .

(٣) في م: من الغلة .

(٤) سقط في م .

وخرّب المسجد، ولا يصلي فيه أحد، لا بأس بأن يأخذه صاحبه، ويبيعه لمن^(١) يجعله مزرعة، أو يجعله مزرعة لنفسه، وهو قول محمد - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يعود إلى ملك الباني إن كان حيّاً، ولا إلى ورثته إن كان ميتاً، وهو مسجد أبداً على حاله .

محمد - رحمه الله - يقول: أزال ملكه بجهة وقد بطلت تلك الجهة وبقيت الإزالة مطلقة، وبهذا الطريق لو كفن ميتاً، افترسه^(٢) السبع عاد الكفن إلى ملك صاحبه، وكذلك إذا علق قنديلاً، أو بسط حصيراً، أو البواري^(٣) في المسجد، ثم خرب المسجد، واستغنى عنه عادت هذه الأشياء إلى ملك صاحبها .

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: بل أزال^(٤) ملكه بجهة، ولكن لم تبطل تلك الجهة؛ لأنه ما جعلها مسجداً ليصلي فيه أهل هذه المحلة لا غير، وإنما جعلها مسجداً ليصلي فيه العامة؛ لأن للعامة حقاً [في]^(٥) إقامة الصلوات في المساجد، والصحيح من مذهب أبي يوسف - رحمه الله - في فصل الحصر: أنه لا يعود إلى ملك متخذه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر، ويبيعه قيم المسجد للمسجد، وأما فصل الكفن قلنا: تكفين الميت ليس بإزالة للعين عن ملكه، بل هو تبرع^(٦) بالمنفعة لحاجة الميت، فكان بمنزلة العارية حالة الحياة، وقد وقع الاستغناء للمستعير فتعود المنفعة إلى المعير كما في حالة الحياة .

وقال محمد - رحمه الله - في الفرس جعله الرجل حبيساً في سبيل الله، فصار بحال لا يستطاع أن يركب: أنه يباع، ويصير ثمنه لصاحبه، أو ورثته على حسب ما

(١) في م: ممن .

(٢) في م: ثم افترس .

(٣) في م: بواري .

(٤) في أ: إزالة .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: ينزل .

قال في المسجد .

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: أن^(١) من جعل جنازة، وملاءة، ومغتسلًا الذي يقال بالفارسية: حوض مسين وقفًا في محلة، فمات أهلها كلهم لا يرد إلى الورثة، بل يحمل إلى مكان آخر .

قال - رحمه الله - : فرق محمد - رحمه الله - بين هذا، وبين المسجد إذا خرب ما حوله يصير ميراثًا .

وفي هذه الفصول نوع إشكال، وينبغي أن يعود إلى ملك الوارث عند محمد - رحمه الله - على قياس مسألة الحصر، والبواري، ولئن صح هذا عن محمد - رحمه الله - تصير هذه المسائل رواية في الحصر، والبواري؛ لأنه^(٢) لا يعود إلى ملك الوارث .

في المنتقى: في المسجد يريد أهل المحلة أن يحولوه إلى موضع آخر، فإن ترك هذا حتى لا يصلى فيه، فللناس أن ينتفعوا به ويجعلوا المسجد في غير هذا الموضع [بمنزلة الخراب]^(٣)، وتأويل هذا: إذا لم يعرف للمسجد بانٍ على ما نبينه إن شاء الله، فأما إذا لم يترك كما وصفت لك، فإنهم لا يبيعونه ولا يتخذونه مسكنًا، وهذه المسألة على هذا التفصيل إنما تتأتى على قول محمد - رحمه الله - .

وفي الأجناس: إذا خرب المسجد ولا يعرف بانيه وبنى أهل المسجد مسجدًا آخر^(٤) ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد الآخر فلا بأس به . قال أبو العباس الناطقي في «الأجناس»: فقياسه في وقف هذا المسجد أنه يجوز صرفه إلى عمارة مسجد آخر إذا لم يعرف الواقف ولا ورثته، فأما إذا عرف للمسجد

(١) في م: أنه .

(٢) في م: أنه .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م: و .

بان فليس لأهل المسجد أن يبيعوه؛ لأنه لما خرب ووقع الاستغناء [عنه]^(١) عاد إلى ملك بانيه أو ورثته، ولا يكون لأهله أن يبيعوه، وما ذكر من الجواب، إذا لم يعرف بانيه قول محمد لا قول أبي يوسف؛ لأن على قول أبي يوسف: هو مسجد أبداً، فلا يكون لأهل المسجد أن يبيعوه.



(١) سقط في أ.

نوع آخر منه: في ذكر المسائل التي تعود إلى ما في المسجد:
 في المتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : رجل اشترى بوارى
 للمسجد لم يكن له أن يأخذها، ولو اشترى قناديل للمسجد أو حبابًا فوضع في
 المسجد كان له أن يأخذ ذلك، فقد فرق على هذه الرواية بين البوارى وبين القناديل
 والحباب.

وذكر في «المتقى» أيضًا [بعد^(١)] هذه المسائل بمسائل إبراهيم عن محمد عن
 أبي حنيفة - رحمه الله - : [إذا طرح^(٢)] الرجل البوارى في المسجد فليس
 بميراث، وهو قول محمد - رحمه الله - .

وكذلك قال محمد - رحمه الله - [بعد^(٣)] في القناديل، سوى في رواية إبراهيم بين
 القناديل وبوارى المسجد إذا صارت خلقتًا واستغنى أهل المسجد^(٤) عنها وقد طرحها
 إنسان، فإن كان الذي طرحها حيًّا فهي له؛ لأنها لم تزل عن ملكه، هكذا ذكر الصدر
 الشهيد - رحمه الله - في «واقعاته» وهذا التعليل ليس بصحيح، فإن أحدًا من
 العلماء لم يقل بأن البوارى لا يزول عن ملكه، وإنما اختلفوا في عودها إلى ملكه
 عند وقوع الاستغناء [عنها]^(٥) على ما [مر قبل^(٦)] هذا، وإن كان الذي قد طرحها
 ميتًا ولم يدع وارثًا أرجو أنه لا بأس بأن يدفع أهل المسجد إلى فقير أو ينتفعوا بالثمن
 في شراء حصير للمسجد.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : هكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في
 فتاويه، قال: والفتوى على أنه لا يجوز إذا فعلوا ذلك من غير أمر القاضي.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أخرج.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: المحلة.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: عرف.

وفي «المنتقى»: في بوارى المسجد إذا خلقت فصار^(١) لا ينتفع بها، فأراد الذي بسطها أن يأخذها ويتصدق بها ويشترى مكانها فله ذلك، وإن كان هو غائباً، فأراد أهل المحلة أن يأخذوا البوارى فيتصدقوا بها بعد ما خلقت، لم يكن لهم ذلك إذا كانت لها قيمة، فإن لم يكن لها قيمة فلا بأس بذلك.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سئل الفقيه أبو بكر^(٢) عن حشيش المسجد يخرج عن المسجد أيام الربيع، قال: إن لم يكن له قيمة فلا بأس بطرحه^(٣) خارج [المسجد]^(٤) ولا بأس برفعه والانتفاع به.

وفي كراهية فتاوى أهل سمرقند^(٥): حشيش المسجد إذا كانت له قيمة، فلاهل المسجد أن يبيعه، وإن رفعوا إلى الحاكم فهو أحب إلي، وكذا الجنابة والنعش إذا فسد فلاهل المسجد أن يبيعهما، وإن رفعوا إلى الحاكم فهو أحب.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والمختار للفتوى أنهم لا يبيعون إلا بأمر الحاكم؛ لأن البيع يعتمد الولاية، ولا ولاية لهم.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا رفع من حشيش المسجد وجعله قطعاً بالسواد فهو ضامن له؛ لأن له قيمة.

حكى عن الشيخ أبي حفص السفكردي: أنه أوصى في آخر عمره بخمسين درهماً لحشيش المسجد.

سئل أبو العمر^(٦) عن شراء الدهن أو الحصير للمسجد أيهما أفضل؟ قال: هما سواء.

(١) في أ: فصارت.

(٢) زاد في أ: الأعمش.

(٣) في أ: به.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في أ: مثل ذلك قال في فتاوى أهل سمرقند.

(٦) في المحيط البرهاني: القاسم.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إن كان المسجد محتاجا إلى أحدهما فشرأؤه أفضل، وإن كانا سواء في الحاجة إليهما كانا في الثواب في الآخرة سواء أيضاً.

وسئل نصير - رحمه الله - عن ديباج الكعبة إذا خلق قال: لا يجوز أخذه، ولكن للسلطان أن يبيعه ويستعين به على أمر الكعبة.



نوع آخر منه في المسائل التي تعود إلى الوقف على المسجد وما يتصل به: سئل الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - عمن أراد أن يقف أرضاً له على المسجد في عمارته وما يحتاج إليه من الدهن وغيره كيف يفعل حتى يكون آمناً عن البطلان؟ قال: يقول: وقفت أرضي التي في موضع كذا أحد حدودها كذا، والثاني والثالث والرابع كذا بحقوقها ومرافقها وقفاً مؤبداً في حياتي وبعد وفاتي على أن تستغل بوجوه غلاتها ويبدأ من غلاتها بما فيه من عمارتها، وأجر القوام عليها، ويدفع من غلاتها ما يحتاج إليه لبوابتها فما فضل من ذلك يصرف إلى عمارة المسجد ودهنه وحصره وما فيه مصلحة المسجد على أن للقيم أن يتصرف على ما يرى فيه، فإذا استغنى هذا المسجد صرف الغلة إلى فقراء المسلمين، وإن أراد أن يزيد في الاحتياط يرجع بعد ما سلم إلى المتولي حتى يخاصمه عند القاضي، فيقضي القاضي بجواز الوقف ولزومه وبطلان رجوعه.

إذا وقف الرجل أرضاً له على مسجد^(١)، ولم يجعل آخره للمساكين، كان^(٢) محمد بن سلمة - رحمه الله - يقول: يجب أن يكون هذا الفصل على الاختلاف، وعند محمد: لا يصح؛ لأن عنده إذا خرب ما حول المسجد بطل المسجد وعاد ملكاً له أو ميراثاً لورثته، فلا يكون الوقف مؤبداً، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: يصح؛ لأن عنده المسجد لا يبطل بخراب ما حوله، فكان الوقف مؤبداً. إن قلنا: إن التأيد عنده شرط، كيف وإن في اشتراط التأيد على قوله اختلاف المشايخ على ما مر.

وكان أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - يقول: ينبغي ألا يصح الوقف عندهم جميعاً، أما عند محمد - رحمه الله - فلما ذكرنا، وأما عند أبي يوسف؛ فلأن الوقف على المسجد وقف على عمارته، والمسجد اسم للبقعة لا تعلق له بالبناء،

(١) في م: المسجد.

(٢) في أ: قال.

والصلاة فيها ممكن بدون البناء، فلا يكون بناؤه قربة حقيقة فلا يصح الوقف .
 وكان أبو بكر بن أبي سعيد يقول: ينبغي أن يصح الوقف بلا خلاف؛ لأن البناء
 إن لم يكن مسجدًا حقيقة، ولكن إذا وصل بالمسجد يصير تبعًا له ويصير منه حكمًا؛
 ألا ترى أن البناء يستحق بالشفعة، وإذا كان كذلك صار بناء المسجد من طريق
 الحكم كجزء من المسجد، فيصير الوقف على عمارته بمنزلة جعل الأرض مسجدًا
 أو بمنزلة زيادة في المسجد، فيكون قربة مسجد وما يتوهم من الانقطاع بخراب ما
 حوله عند محمد لا يمنع صحة الوقف كما لا يمنع صحة جعل داره مسجدًا، وكان
 الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: [هذا القول]^(١) أحب إلي، وعلى هذا فقهاء
 الأمصار، ولو كان الوقف على المساجد صح؛ لأن جنس هذه القربة لا ينقطع ما دام
 الإسلام باقياً.

وفي الأجناس، وفي جامع علي بن يزيد الطبري^(٢) - رحمه الله - : سمعت
 محمد بن الحسن يذكر عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لو جعل أرضًا وقفًا على
 المسجد، جاز.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن
 قال: جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد، ولم يزد على هذا، صارت الحجرة
 وقفًا على المسجد بما قال، ليس له الرجوع ولا له أن يجعل لغيره، وهذا إذا سلمه
 للمتولي^(٣) عند محمد - رحمه الله - وليس للمتولي أن يصرف غلتها إلى غير
 الدهن؛ لأن الواقف إنما وقفها على دهن المسجد.

وفيه أيضًا: إذا قال: هذه الشجرة للمسجد، لا يصير للمسجد حتى يسلم إلى قيم
 المسجد؛ لأن قوله: هذه الشجرة للمسجد، إن كانت هبة لا تعمل^(٤) إلا بالتسليم

(١) سقط في م.

(٢) في م: المصري.

(٣) في أ: إلى المتولي.

(٤) في أ: يعلم.

عند الكل، فإن كان وقفًا لا يعمل إلا بالتسليم عند محمد - رحمه الله - [وعليه الفتوى]^(١).

وفي «الأجناس» [و]^(٢) في «صلاة الإملاء»: لو تصدق بداره على المسجد لا يجوز، ويكون ميراثًا؛ لأن المسجد لا يتصدق عليه، وكذلك لو تصدق على طريق المسلمين.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في باب الواو: إذا تصدق بداره على المسجد أو على طريق المسلمين تكلموا فيه، والمختار أنه يجوز كالوقف.

وفي «الأجناس» أيضًا: إذا وقف أرضه على مرمة مسجد كذا أو ثمن بواريه أو زيت قناديله^(٣) وقال: إن استغنى عنه المسجد كانت الغلة للمساكين حتى جاز الإجماع، واجتمعت الغلة والمسجد لا يحتاج إلى المرمة، فلا بأس بأن يحبسوا ذلك على ما يحتاج إليه المسجد، قال: إلا أن تكون الغلة داره فيفرق ما يفضل من الغلة على المساكين.

وذكر هذه المسألة في فتاوى أبي الليث عن الفقيه أبي بكر أنه [قال]^(٤): يحبس الغلة؛ لأنه ربما يحدث حادث بالمسجد والأرض صارت بحال لا تغل^(٥).

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : والصحيح أنه إذا اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج المسجد والأرض إلى العمارة يمكن العمارة منها ويبقى زيادة شيء من الغلة تصرف الزيادة إلى الفقراء على ما^(٦) شرط الواقف.

ولو انهدم هذا المسجد واحتاج أهله إلى أن بينوه، وقد حصل من غلة هذا

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: القناديل.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: تعمل.

(٦) زاد في أ: لو.

المسجد ما يكفي لبنائه، فإنه لا يصرف هذه الغلة إلى البناء؛ لأن الواقف جعل الوقف على مرمرته، ومرمرته بطين سقفه وأجزاع يدخل في سقفه^(١) وما أشبهه، أما جعل الوقف على البناء^(٢).

وفي نوادر هشام إذا قال: أوصيت بثلث مالي للمسجد، [قال أبو يوسف: هو باطل إلا أن يقول: ينفق على المسجد]^(٣)، وقال محمد^(٤): يجوز ويصرف إلى عمارته.

وكذلك إذا قال: لبيت المقدس، جاز، وينفق على بيت المقدس في سراجة ونحوه.

قال أبو العباس الناطفي: فعلى قياس هذا^(٥) المسألة الأولى يجوز أن يصرف إلى دهن المسجد.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد - رحمه الله - إذا قال: أوصيت بثلث مالي لسراج المسجد، لا يجوز، حتى يقول: يسرج بها في المسجد، وهو نظير ما لو أوصى بثلث ماله لدواب فلان، لا يجوز. ولو أوصى بثلث لتعلق به دواب فلان، يجوز.

وفي مجموع النوازل: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن رجل قال: وقفت داري على مسجد كذا، ولم يزد على هذا وسلمها إلى المتولي صح، وإن لم يشترط التأيد ولم يجعل آخره للفقراء، قال: وهذا يكون تمليكاً للمسجد وهبة، فيتم^(٦) بالقبض، وإثبات الملك للمسجد على هذا الوجه [يصح]^(٧)، فإن المتولي إذا اشترى بثمن غلة

(١) في م: وقفه.

(٢) هكذا في نسخ المخطوط، وينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٢١٢).

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: رحمه الله.

(٥) في م: في.

(٦) في أ: فيسمى.

(٧) سقط في أ، م.

المسجد دارًا للمسجد يصح، وكذا من أعطى دراهم في عمارة المسجد، أو نفقة المسجد، أو مصابيح المسجد، يصح.

وكذا إذا اشترى المتولي عبدًا لخدمة المسجد يصح كل ذلك، فيصح هذا بطريق التملك والهبه، وإن كان لا يصح بطريق الوقف.

قال: والمحفوظ من مشايخي وأستاذي: إذا مرض مرض الموت إذا قال: وقفت داري^(١) على مسجد كذا ولم يزد على هذا ولم يسلم الدار يصح ذلك، ويكون وصية تصح بغير قبض وتكون تملكًا، فكذا هاهنا غير أن فرق ما بينهما أن الحاصل في مرض الموت وصية؛ والوصية تصح بغير تسليم، والحاصل في حالة الصحة هبة ولا تصح [إلا]^(٢) بالتسليم.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سئل أبو القاسم - رحمه الله - عمن أوصى بشيء من ماله لعمارة المسجد، قال: [عمارة المسجد]^(٣) في بنائه دون ترميمه، قيل له: المنارة، [قال: ذلك]^(٤) من بناء المسجد، فيجوز أن تبنى به المنارة.

وفي هذا الكتاب أيضًا: سئل أبو بكر عن بناء المنارة من^(٥) غلة المسجد^(٦) قال: إن كان في البناء مصلحة للمسجد، وتفسير المصلحة: أن يكون أسمع للقوم، يجوز، وإن لم يكن [في]^(٧) البناء مصلحة للمسجد، وتفسيره: أن يكون المسجد في موضع يسمع جميع أهله الأذان من [غير]^(٨) منارة، لا يجوز.

وسئل أبو نصر عما إذا كان الوقف على مرمة المسجد وهل للقيم شراء السلم من

(١) في أ: ولدي.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: عمارته.

(٤) في أ: تذكر.

(٥) في أ: عن.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

ذلك ليرتقي على السطح لكنس السطح وتطيينه؟ وهل يعطى من غلته للذي^(١) يخرج السطح^(٢) ويكنسه ويخرج ما اجتمع فيه من التراب، قال: للقيم أن يفعل ما في تركه خراب المسجد.

وسئل أبو بكر عن أوصى بثلث ماله لأعمال البر هل يجوز أن يسرج في المسجد؟ قال: يجوز، [قال]^(٣): ولا يجوز أن يزداد على سراج المسجد [سواء]^(٤) كان في شهر رمضان أو غيره؛ لأن فيه إسرافاً، قال: ولا يزين به المسجد.

وسئل الفقيه أبو جعفر عن مسجد بابه على مهب الريح فيصيب المطر باب المسجد، فيضره ويبتل داخل المسجد وخارجه، ويشق على الناس الدخول في المسجد أيجوز أن يتخذوا من غلة المسجد ظلة؟ قال: إن لم يضر بأهل الطريق يجوز في «وقف الخصاف».



(١) في أ: التي.
 (٢) في أ: الثلج.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.

نوع آخر في المسائل التي تعود إلى قِيم المسجد وما يتصل به:

في «فتاوى أبي الليث»: سئل الفقيه أبو القاسم عن قيم مسجد جعله القاضي قِيمًا على غلاتها وجعل له شيئًا معلومًا يأخذ كل سنة، حل له الأخذ إذا كان مقدار أجر مثله؛ لأن للقاضي أن يستأجر أجيرًا بأجر مثله لذلك، وإن لم يشترط الواقف ذلك، لا يحل للقاضي نصب الخادم بالأجر، فلا يحل للخادم القبض أيضًا، هكذا. [وذكر في موضع آخر: أن متولي المسجد إذا استأجر إنسانًا ليكنس المسجد، ويغلق الباب ويفتحة بمال المسجد، جاز.

وذكرنا قبل هذا: أن المتولي إذا اشترى عبدًا لخدمة المسجد بمال المسجد، يجوز.

وهذا المسألة دليل على جواز نصب الخادم بمال المسجد، ومتولي المسجد إذا تعذر عليه الحساب بسبب أنه أمي استأجر من يكتب له ذلك بمال المسجد، لا يجوز^(١).

في «فتاوى أبي الليث» أيضًا: مسجد له مستغلات وأوقاف، فأراد المتولي أن يفرش الآجر، أو يشتري^(٢) الحصير، أو الدهن للمسجد، أو ما أشبهه، أما فرش الآجر فله ذلك؛ لأنه من باب البناء، وأما شراء الدهن والحصير فلا يخلو^(٣) من ثلاثة أوجه: إما أن وسع الواقف ذلك على القيم بأن قال: يفعل القيم ما يرى [من^(٤) مصلحة المسجد وبنائه^(٥)، وفي هذا الوجه: له ذلك.

وإما أن لم يوسع عليه وجعله لعمارة المسجد وبنائه^(٦) وفي هذا الوجه: ليس له

(١) سقط في م.

(٢) في م: يفرش.

(٣) في م: فحيثئذ.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: فيه.

(٦) في م: فيه.

ذلك .

وإما أن لم يعرف شرط الواقف، وفي هذا الوجه: ينظر [إلى]^(١) من قبله إن كانوا يشترون منه الدهن والحصير والحشيش^(٢)، له أن يفعل ذلك، وما لا فلا .
وقيل: ذكر المصلحة والعمارة وتركه سواء، ولا يتمكن المتولي من شراء الدهن والحصير .

وإذا أراد أن يصرف [شيئاً]^(٣) من ذلك إلى إمام المسجد والمؤذن، فليس له ذلك إلا إذا كان الواقف شرط ذلك في الوقف .

قيم المسجد إذا أراد أن يبني حوانيت في حد المسجد [أو في]^(٤) فئائه لا يجوز، أما المسجد: فلائنه إذا جعل مسكناً يسقط حرمة المسجد، وأما الفناء: فلائنه تبع المسجد .

مسجد له أوقاف مختلفة، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها [كلها]^(٥)، وإن خرب [حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة]^(٦) حانوت آخر؛ لأن الكل للمسجد، ويستوي في ذلك إذا كان الواقف واحداً أو كان^(٧) مختلفاً؛ لأن المعنى يجمعهما .
متولي وقف عليه مشرف، ليس للمشرف أن يتصرف في أمور الوقف؛ لأن المفوض إلى المشرف الحفظ لا غير .

وفي فتاوى الأصغر: متولي الوقف إذا أنفق على قناديل المسجد^(٨) من وقف المسجد، جاز، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه .

(١) سقط في أ .

(٢) في م: والخشب .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ: إلى .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في م .

(٧) زاد في أ: الواقف .

(٨) في م: الوقف .

متولي المسجد إذا اشترى بمال المسجد حانوتاً أو داراً ثم باعها، جاز إذا كان^(١) له ولاية الشراء، وهذه المسألة [بناء]^(٢) على مسألة أخرى: أن متولي المسجد إذا اشترى من [غلة المسجد]^(٣) داراً أو حانوتاً، فهذه الدار وهذه الحوانيت هل تلتحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد؟

ومعناه: أنه هل يصير وقفاً؟

اختلف المشايخ فيه: قال الصدر الشهيد: المختار أنه لا^(٤) يلتحق ولكن تصير مستغلاً للمسجد، وهذا لأن^(٥) الشرائط التي يتعلق بها لزوم الوقف وصحته حتى لا يجوز فسخه ولا بيعه، لم توجد شيء من ذلك هنا؛ فلم يصير وقفاً فيجوز بيعه. وفي [فتاوى]^(٦) الفضلي: [المتولي]^(٧) إذا اشترى منزلاً من الدراهم التي جمعت من أوقاف^(٨) المسجد للمسجد ودفع المنزل إلى المؤذن ليسكن فيه، يكره للمؤذن السكنى إذا علم بذلك؛ لأن المنزل صار من مستغلات المسجد.

وفي نسخة أخرى: إن لم يضيف^(٩) الشراء إلى الدراهم يحل ولا يكره.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : استأجر أرضاً موقوفة على مصالح مسجد من متوليه سنة بكذا، ثم دفعها إلى آخر مزارعة بالنصف ففعل، ثم إن أهل المحلة زعموا أن الأجر لم يكن متولياً، قال: يثبت المستأجر بالبينة كون الأجر متولياً، فإن لم يجد فالغلة [تكون]^(١٠) للمستأجر وعليه أجر المثل للمسجد.

(١) في أ: كانت.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: غلته.

(٤) في أ: أن.

(٥) زاد في أ: صحة الوقف و.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في أ: دراهم.

(٩) في أ: يضمن.

(١٠) سقط في م.

وفيه أيضاً: متولي المسجد استصنع محراباً للمسجد إلى النجار في خشب معلوم وعمل وصناعة معلومة، قال: لا يصح؛ لأنه لا تعارف في هذا الاستصناع، وكذا في الأبواب والسلالم والصور، والوجه فيه: أن يوصف له فيعمل، فإذا أتمه يشتريه بما اتفقوا [عليه]^(١) فيصح.



(١) سقط في م.

نوع آخر في تصرف أهل المسجد^(١):

ولو أن بناء مسجد انهدم ولم يمكن إعادته - يعني: النقض - بعينه إلى البناء فباع أهل المسجد النقض، يجوز ويصرف ثمنه إلى عمارة المسجد لما ذكرنا.

وقوله: (فباع أهل المسجد) يحتمل أن يكون المراد منه: باعه قيم المسجد إلا أنه أضيف بيعه إليهم؛ لأن القاضي قلده ذلك باختيارهم، فصار فعل مختارهم كفعلهم، ويحتمل أن يكون المراد منه أهل الجماعة، وهذا هو الظاهر.

وروي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه قال: إن كان أصحاب الخطة أحياء فتدبير ذلك النقض إليه؛ لأن تدبير المسجد إليهم؛ لأن الظاهر أن أصحاب الخطة يبنون المسجد بأموالهم فما بقي واحد منهم، فالتدبير في المسجد إليهم دون السكان، فإذا انقضوا فأولادهم الذكور والبالغون بمنزلتهم، فإن انقضوا ولم يكن لهم [ولد]^(٢) بالغ، فالتدبير إلى السكان، واعتبر هذه الفصول بالقسامة.

في فتاوى أبي الليث: مسجد بجنبه نهر ماء، فانكسر حائط المسجد من ذلك [الماء]^(٣) ينبغي لأهله أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر القاضي أهل النهر بإصلاحه، حتى إن بعد أمره إذا لم يصلحوا و^(٤) انهدم حائط المسجد ضمنوا قيمة ما انهدم؛ لأنهم صاروا متسببين للتلف بترك الإصلاح، وهذا التسبب لمكان^(٥) بعد الإشهاد.

وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في نفقاته عن مشايخ بلخ - رضي الله عنهم - : أن المسجد إذا كان له أوقاف ولم يكن لها متول، فقام واحد من أهل المحلة في جميع الأوقاف وأنفق على المسجد فيما يحتاج إليه

(١) في أ: المحلة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لو.

(٥) في م: لما كان.

من الحصر والحشيش وغير ذلك، لا ضمان عليه فيما فعل استحساناً فيما بينه وبين الله تعالى، [فأما إذا]^(١) أخبر الحاكم بذلك وأقر به عنده، ضمنه الحاكم. وفي «الوقعات» للصدر الشهيد - رحمه الله - : وقف صحيح على مصالح مسجد فمات القيم فاجتمع أهل المسجد وجعلوا رجلاً متولياً بغير أمر القاضي، فقام هذا المتولي مدة على ذلك وصرف من غلاته وأنفق على^(٢) المسجد بالمعروف، تكلم المشايخ في جواز هذه التولية، قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : لا يجوز؛ لأنه ليست لهم^(٣) هذه الولاية، ولا يضمن هذا المتولي ما أنفق من مال نفسه؛ لأنه لما آجر الدار، والدار وقف ولا ولاية له عليها، صار بالإجارة غاصباً فتكون الأجرة له، وفيه نظر.

وفي مجموع النوازل: [سئل]^(٤) شيخ الإسلام - رحمه الله - عن أهل مسجد اتفقوا على نصب رجل متولياً لمصالح مسجدهم فتولي ذلك باتفاقهم، هل يصير متولياً مطلق التصرف في مال المسجد على حسب ما لو قلده القاضي؟ قال: نعم. وقال: ومشايخنا المتقدمون يجيبون عن هذه المسألة ويقولون: نعم، والأفضل أن يكون ذلك بإذن القاضي، ثم اتفق مشايخنا المتأخرون وأستاذونا أن الأفضل أن ينصبوا متولياً ولا يعلموا به القاضي في زماننا، لما عرف من طمع القضاة في أموال الأوقاف.

وسئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي - رحمه الله - عن أهل مسجد تصرفوا في أوقاف المسجد، يعني أجروا المستغل وله متولي، قال: لا يصح تصرفهم، ولكن الحاكم يمضي [ما فيه]^(٥) مصلحة المسجد.

(١) في أ: فإذا.

(٢) زاد في أ: أهل.

(٣) في أ: له.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

قيل: هل يفترق الحال بين أن يكون المتصرف واحدًا أو اثنين؟ قال: لا، بعد أن يكون المتصرف من الأمثال رئيس المحلة ومتصرفها.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل بنى مسجدًا في السكة فنازعه بعض أهل السكة في عمارته أو في نصب الإمام أو المؤذن، ففي العمارة الباني أولى؛ لأن العمارة من البناء وهو الباني، وفي نصب الإمام أو المؤذن تكلموا، قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : المختار أن الباني أولى إلا إذا كان القوم يريدون من هو أصلح ممن يريد الباني فحينئذ هم أولى.

وفي آخر كتاب كراهية إملاء أبي يوسف - رحمه الله - في رجل بنى مسجدًا أو جعل له مؤذنًا فأذن هو فيه وكرهه أهل المسجد وقالوا: نجعل مؤذنًا غيرك، فليس ذلك لهم، إنما الأمر في ذلك إلى الذي بناه.

قيل: وإن كان فاسقًا.

وكذلك إن^(١) أقام لهم إمامًا فأمهم وكرهه أهل المسجد، ليس لهم ذلك إلا أن يكون فاسقًا فيجعل غيره إمامًا.

[وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : استأجر أرضًا موقوفة على مصالح مسجد من متوليه سنة بكذا، ثم دفعها إلى آخر مزارعة بالنصف ففعل، ثم إن أهل المحلة زعموا أن الأجر لم يكن متوليًا قال: يثبت المستأجر بالبينة كون الأجر متوليًا، فإن لم يجد فالغلة تكون للمستأجر وعليه أجر المثل للمسجد.

وفيه أيضًا: متولي المسجد استصنع محراب المسجد إلى النجار في حسب معلوم وعمل وصناعة معلومة، قال: لا يصح؛ لأنه لا تعارف في هذا الاستصناع، وكذا في الأبواب والسلاليم والصور، والوجه فيه: أن يوصف له فيعمل ما إذا... منه بما أنفقوا عليه فيصح^(٢).

(١) في أ: إذا.

(٢) سقط في أ.

وفي فتاوى النسفي^(١): سئل عن أهل محلة باعوا وقف المسجد لأجل عمارة المسجد قال: لا يجوز بأمر القاضي وغيره.

قيل: إن كان أهل المسجد اشتروا عقارًا بغلات المسجد للمسجد هل لهم بيعه لعمارة المسجد؟

قال: فيه اختلاف المشايخ؛ وينبغي ألا يكون في هذا الفصل اختلاف المشايخ؛ لأنه لا ولاية لأهل المحلة في شراء العقار للمسجد فلم يصح شراؤهم أصلاً للمسجد، فيصح بيعهم بلا خلاف، بخلاف مسألة المتولي.



(١) في م: المنتقى.

الفصل المكمل^(١) عشرين

في المسائل التي تعود إلى الرباطات، والمقابر، [والخانات]^(٢)

والحياض، والطرق، والسقايات

قال محمد - رحمه الله - : إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتمامها أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولي؟ فلا^(٣) رواية عن أصحابنا - رحمهم الله - ، وقد اختلف المشايخ فيه، وكذلك إذا جعلها خانا للمارة من المسلمين وخلي بينهم وبينها، فإذا نزلها [بإذنه رجل واحد]^(٤) أو أكثر، فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات لم يكن شيء من ذلك ميراثاً، وإذا سلمها إلى المتولي لم يتم القبض. ذكره محمد - رحمه الله - في الأصل.

فعلى قول من قال في مسألة المقبرة: إن القبض لا يتم بالتسليم إلى المتولي، يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان.

والفرق: أن المقبرة لا يكون لها متول في العادة، فلا يعتبر قبضه بخلاف الخان، وكذلك السقاية يجعلها في أرضه فيسقون ويشربون ويتوضؤون، فشرب منها إنسان أو سلمها إلى المتولي، فليس له أن يرجع بعد ذلك عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله في أرضه، قال: ولا بأس بأن يشرب منه ويسقي دابته وبقره^(٥) ويتوضأ منه. قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : إنما أجاب عن حياضهم^(٦) وبئرهم،

(١) في أ: الموفي.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ولا.

(٤) في أ: واحد بإذنه.

(٥) في أ: وبغيره.

(٦) الحياض: حوض الماء، جمعه: أحواض، وحياض، وأصل حياض بالواو، لكن قلبت ياء للكسرة قبلها. من ثوب وأثواب وثياب. ينظر: المصباح المنير (١/١٥٦)، مادة (ح)، و، (ض).

أما السقاية التي تكون في بلادنا إذا جعلها للشرب فأراد إنسان أن يتوضأ بها اختلف المشايخ فيه، وأجمعوا أنه إذا وقف للوضوء أنه لا يجوز الشرب منه، وكذلك إذا جعل داره سكنى للمساكين ودفعتها إلى وال يقوم بذلك، فليس له أن يرجع فيها. وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فجعلها سكنى للحاج^(١) والمعتمرين ودفعتها إلى وال يقوم عليها ويسكن فيها من رأى، ليس^(٢) له أن يرجع فيها، وكذلك إذا جعل داره [في ثغر]^(٣) سكنى للغزاة والمرابطين ودفعتها إلى وال يقوم عليها، فليس له أن يرجع فيها، وإن مات لم يكن ميراثاً عنه، وإن لم يسكنها أحد. والحاصل: أن التسليم على قول من يشترط التسليم وهو محمد - رحمه الله - يكون بأحد طريقتين: إما بإثبات اليد للقيم عليها أو بحصول المقصود وذلك بالسكنى في مسألة الدار، وبالنزول في مسألة الخان، وبالدفن في مسألة المقبرة وما أشبه ذلك.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : التسليم ليس بشرط، فلا يشترط إثبات يد القيم في هذه المسائل، ولا حصول المقصود بالدفن أو النزول أو الشرب، ويكتفي بالإشهاد على ذلك.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : في جميع ما ذكرنا، له أنه يرجع فيه ويبطل ما صنع فيه.

قال محمد - رحمه الله - عقيب ذكر هذه المسائل: فأما السكنى فلا بأس بأن يسكنها الغني والفقير، يريد به: إذا جعل داره سكنى للغزاة أو سكنى للحاج والمعتمرين يجوز [في الغزاة، وللحاج]^(٤) أن يسكنها كما يجوز للفقير.

(١) في أ: الحاج.

(٢) في أ: فليس.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: للغني من الغزاة.

وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة يستوي فيه الغني والفقير، فأما غلة الدار والأرض إذا حصلت للغزاة، فلا يعجبني أن يأخذ منها إلا من هو محتاج. علل فقال: لأن الغلة مال يملك، والتقرب إلى الله تعالى بتمليك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغني بخلاف السكنى، وحقيقة الفقه في العرف^(١): أن الغني مستغن عن مال الصدقة بمال نفسه غير مستغن عن النزول في الخان والسكنى في الدار، والدفن في المقبرة بماله، ولا^(٢) يمكنه أن يتخذ ذلك في كل منزل وربما لا يجد ما يستأجره، ولأجل^(٣) هذا المعنى سوينا بين الفقير والغني في ماء السقاية والحوض والبئر.

قال الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا جعل الرجل داره سكنى للغزاة، فسكن بعض الغزاة بعض الدار والبعض فارغ لا يسكنها أحد ينبغي للقيم بأمر هذا الوقف أن يكرى من هذه الدار ما لا يحتاج إلى سكنها ويجعل أجر ذلك في عمارة هذه الدار، فما فضل بعد ذلك فرقه^(٤) على الفقراء والمساكين.

وفي النوادر: إذا بنى خاناً واحتاج [إلى المرممة]^(٥)، روي عن محمد - رحمه الله - أنه يعزل منها ناحية بيتاً أو بيتين فيؤاجر وينفق من غلتها عليها. وروي عن محمد رواية أخرى: أنه يؤذن للناس بالنزول سنة ويؤاجر سنة أخرى ويرم من أجره، وهكذا إذا جعل فرسه حبساً فإن كان [ترك عليه]^(٦) مجاهدًا يركبه وينفق عليه، وإن لم يركبه أحد يؤاجر وينفق عليه من أجرته.

قال الشيخ الإمام أبو العباس الناطفي - رحمه الله - : قياسه في المسجد أن يجوز

-
- (١) في أ: الفرق.
 - (٢) في أ: إذا لم.
 - (٣) في أ: فلأجل.
 - (٤) في أ: يفرقه.
 - (٥) في أ: للمرممة.
 - (٦) في أ: يركب عليها.

إجارة سطحه لمرمته .

قال الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا جعل داره بمكة لسكنى^(١) الحاج فليس للمجاورين أن يسكنوها، وإذا مضى أيام الموسم أكرت وينفق عليها في^(٢) مرمتها، وما فضل بعد ذلك فرق على المساكين والفقراء .

وفي المتقى: إذا جعل فرسه حبسًا^(٣) يحبس في الرباط ويغزى عليه، فإذا استغنى عنه يؤجره الإمام بقدر علفه، فإن لم يوجد من يستأجره يبيعه الإمام ويوقف ثمنه حتى إذا احتيج إلى ظهر يشتري بثمنه فرسًا ويغزى عليه .

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل بنى رباطًا للمسلمين على أن يكون في يده مادام حيًا، فليس لأحد أن يخرج من يده ما لم يظهر منه أمر يستوجب الإخراج من يده كسرب الخمر أو ما [أشبه ذلك]^(٤) من الفسوق الذي^(٥) ليس فيه رضا الله تعالى؛ لأن شروط الواقف يجب اعتبارها ولا يجوز تركها إلا لضرورة . وفيه أيضًا: رباط المختلفة إذا كان فيها سكان وانهدم الرباط فبني فأراد الساكنون الذين كانوا فيها أن يسكنوها، وأراد غيرهم ذلك، فهذا على وجهين:

إما أن انهدم بعضها، وفي هذا الوجه: الذين كانوا فيها أحق من غيرهم^(٦)؛ لأن سكناهم باق، وكذلك إذا لم ينهدم أصلًا كأن^(٧) زيد فيه أو نقص عنه، فالذين كانوا فيها أحق من غيرهم لما ذكرنا .

وإما أن انهدم كلها، وفي هذا الوجه: الذين كانوا فيها وغيرهم في السكنى على

(١) في أ: سكنى .

(٢) في أ: من .

(٣) في م: حبسًا .

(٤) في أ: أشبهه .

(٥) في أ: التي .

(٦) زاد في أ: لما ذكرنا وأما إن انهدم .

(٧) في أ: ولكن .

السواء، لأن سكناهم قد بطل وهذا ابتداء السكنى .
 وفيه أيضًا: رجل جعل قطعة [من] ^(١) أرضه مقبرة ودفنوا فيها، ثم إن رجلاً من أهل تلك القرية بنى فيها بناء لوضع اللبن [وأذاه الغير واحتبس] ^(٢) فيه رجلاً يحفظ المتاع بغير رضا الباقين من أهل القرية، فهذا على وجهين: إن كان في أرض المقبرة سعة لا يحتاج إلى ذلك المكان اليوم لا بأس به، وإن لم يكن في أرض المقبرة سعة واحتاجوا إلى ذلك المكان [اليوم] ^(٣) يرفع البناء ويدفن فيه .

قال هلال - رحمه الله - في وقفه: إذا اشترى الرجل موضعًا وجعله طريقًا للمسلمين وأشهد عليه فإنه يصح، ويشترط لتمامه مرور واحد من المسلمين على قول من يشترط التسليم في الأوقاف، وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يصح ويكون له حق الرجوع .

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لا رجوع في المقبرة في الموضع الذي دفن؛ لأنه يؤدي إلى نبش الميت، [وأنه صحيح وله الرجوع] ^(٤) فيما بقي .

وحكي عن الحاكم الملقب بالمهرون أنه قال: وجدت في النوادر عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه أجاز وقف المقبرة والطريق، فهذه الرواية استفيدت من جهته .
 قال هلال - رحمه الله -: وكذلك القنطرة ^(٥) يتخذها الرجل للمسلمين ويتصرفون فيها، لا يكون بناؤها ميراثًا للورثة وقد صار وقفًا، فقد خص بناء القنطرة بإبطال الميراث فيها، وهذا يدل على أن موضع بناء القنطرة لم يكن ملكًا للبانى،

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: واداء القبر وأجلس .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) القنطرة: الطريق فوق الماء، وهي: الجسر أيضًا .

ينظر: المعجم الوسيط، مادة (قنطر).

وهذا هو الظاهر، فإن^(١) الإنسان إنما يحتسب بناء^(٢) القنطرة على نهر العامة، فتدل هذه الرواية على جواز وقف البناء [دون أصل البقعة]^(٣) وقد ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم.

مقبرة كانت للمشركين أرادوا أن يجعلوها مقبرة للمسلمين فهذا على وجهين: إن كانت آثارهم قد اندرست فلا بأس بذلك، وإن بقي آثارهم بأن بقي شيء من عظامهم فإنه ينبش [ويقبر]^(٤) ثم يجعل مقبرة للمسلمين. ألا ترى أن موضع مسجد رسول الله ﷺ كان مقبرة للمشركين فنبش واتخذ مسجداً.

رجل له دار أراد أن يجعلها رباطاً للمسلمين ويبيعها ويتصدق بثمنها، أو يبيعها ويشتري بثمنها عبداً فيعتقه [أي ذلك أفضل؟ حكي عن علي بن أحمد - رحمه الله - : إن جعلها رباطاً أفضل؛ لأن منفعة الرباط أدوم.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إن جعلها رباطاً وجعل لها وقفاً لعمارتها فجعلها رباطاً أفضل، وإن لم يجعل لعمارتها وقفاً فالأفضل أن يبيعها ويتصدق بثمنها؛ لأنه إذا لم يكن للرباط وقف يخرب ويصير مأمناً للسراق وفي ذلك ضرر بالمسلمين، فيبيعها ويتصدق بثمنها، ودون ذلك في الفضل أن يشتري^(٥) بثمنها عبداً فيعتقه.

الميت بعد ما دفن لا يخرج [من غير]^(٦) عذر.

ألا ترى أن كثيراً من الصحابة رضوان الله عليهم دفنوا في أرض الحرب ولم

(١) في أ: لأن.

(٢) في أ: ببناء.

(٣) في أ: البقعة دون العرصة.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: إلا من.

يحولوا؛ لأنه لا عذر، ويجوز^(١) إخراجه بعذر، والعذر أن يظهر أن الأرض مغصوبة أو أخذها الشفيح بالشفعة.

رباط كثرت دوابه وغلت^(٢) مؤنتها، هل للقيم أن يبيع شيئاً منها وينفق ثمنها في علفها أو في [مرمة الرباط؟]^(٣) فهذا على وجهين: إن بلغ سن البعض [إلى حد]^(٤) لا يصلح لما ربطت له فله ذلك وما لا فلا، ولكن يمك في هذا الرباط مقدار ما يحتاج إليها، ويربط ما زاد على ذلك في أدنى الرباط إلى هذا الرباط.

سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عن مسجد لم يبق له قوم وخرّب ما حوله واستغنى الناس عنه هل يجوز جعله مقبرة؟ قال: لا.

وسئل هو أيضاً عن المقبرة في القرى إذا اندرست ولم يبقَ فيها أثر الموتى لا العظم ولا غيره هل يجوز زراعتها واستغلالها؟ قال: لا، ولها حكم المقبرة.

وسئل هو أيضاً عن رجل وقف أرضاً على المقبرة أو على صوفي خانة بشرائطه، هل يصح؟ قال: لا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : امرأة جعلت قطعة أرض لها مقبرة وأخرجتها من يدها ودفن فيها ابنها، وتلك القطعة لا تصلح للمقبرة لغلبة الماء عندها فيصيبها فساد فأرادت بيعها، فإن كانت الأرض بحال لا يرغب الناس عن^(٥) دفن الموتى فيها لقلّة الفساد، ليس لها البيع؛ لأنها صارت مقبرة، وإن كان^(٦) يرغب الناس عن دفن الموتى فيها لكثرة الفساد فلها البيع؛ لأنها لم تصر مقبرة، فإذا باعها، للمشتري أن يأمرها برفع ابنها عنها؛ لأنها صارت ملكاً للمشتري.

(١) في م: في.

(٢) في أ: وعظمت.

(٣) في أ: مرمته.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: في.

(٦) في أ: كانت.

فيه أيضًا: حفر قبرًا في مقبرة وقفًا، فأراد آخر أن يدفن فيها ميتة، فإن كان في المكان سعة لا يدفن؛ [لأنه يوحش صاحبه الذي حفر، وإن لم يكن فيه سعة يدفن]^(١)، ونظير هذا من بسط المصلى في المسجد، أو نزل في الرباط فجاء آخر، فإن كان في المكان سعة لا يزاحم الأول، وإن لم يكن فيه سعة يزاحمه، ثم إذا كان في المكان سعة ومع هذا دفن فيه غير الحافر لا يكره، هكذا قال الفقيه أبو الليث. قال: لأن الذي حفر لا يدري بأي أرض يموت.

في آخر غصب «فتاوى أهل سمرقند»: حفر قبرًا فدفن فيه غيره ميتة؛ لا ينبش القبر لكن يجب قيمة حفره حتى يحفر [آخر]^(٢) فيدفن فيه، ولم يرد به أن الحفر كان في ملك الحافر؛ لأن في هذه الصورة ينبش القبر فيفرغ ملك المالك، وإنما أراد به أن الحفر كان في [غير ملكه]^(٣) بأن كان في أرض مباح أو [في]^(٤) مقبرة. وبنحوه ذكره^(٥) في آخر كراهية «واقعات الناطقي» فقال: إذا حفر قبرًا في غير ملكه ليدفن فيه ميتًا له، فدفن غيره ميتة لا ينبش القبر ولكن يضمن قيمة حفره وكان فيه رعاية الحفر.

وإن دفن الميت في أرض غيره بغير إذن المالك، فالمالك بالخيار إن شاء أمر بالإخراج، وإن شاء سوى الأرض وزرع فوقها؛ لأن الأرض ملكه ظاهرها وباطنها، فكان له أن يستخلص الظاهر والباطن، وله أن يترك الباطن ويتنفع بالظاهر.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : في مواضع موات على شط جيحون عمرها أقوام واستولوا عليها؛ كان للسلطان أن يأخذ العشر من غلاتها، وهذا الجواب

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ملك غيره.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: ذكر.

مستقيم على قول محمد - رحمه الله-؛ لأن ماء الجيحون عنده عشري والمؤنة تدور مع الماء، فلو^(١) أباح السلطان من ذلك للرباط شيئاً فأراد المتولي أن يصرف من ذلك إلى مؤذن الرباط فله ذلك، وإن كان المؤذن فقيراً ويطيب للمؤذن الأكل إذا كان فقيراً ولا يحل صرفه إلى الرباط، لأن مصرف العشر للفقراء، وإن أرادوا الحيلة في ذلك: أن يصرف إلى الفقراء، ثم الفقراء يصرفون إلى الرباط، وكذلك من عليه الزكاة إلى بناء المسجد أو القنطرة لا يجوز، وإن أرادوا الحيلة، فالحيلة: أن يتصدق المتولي على الفقراء، ثم الفقير يدفعه إلى المتولي، والمتولي يصرف ذلك الرباط ثماراً لا^(٢) قيمة لها نحو التوت وما شاكل^(٣) ذلك فلا بأس للنازليين أن يتناولوا منها، وإن كان ثماراً لها قيمة فالاحتراز عن ذلك أحوط لدينه؛ لأنه يحتمل أنه جعل ذلك وقفاً للفقراء دون النازليين فيها، وهذا إذا لم يعلم أنه وقف على الفقراء، أما إذا علم ذلك لا يحل لغير الفقراء^(٤) أن يتناولوا منها.

في فتاوى أبي الليث: رجل دفع إلى خادم دار عمران وهي دار يسكنها الفقراء بدراهم وأمره أن يشتري بها خبزاً ولحمًا وينفق على المقيمين فيها، فلم يحتج الخادم ذلك اليوم إلى الخبز واللحم [وقد كان اشترى قبل ذلك الخبز واللحم]^(٥) بالنسيئة، ففضى ذلك الدين بهذه الدراهم، ضمن؛ لأنه خالف أمره، والله أعلم.



(١) في أ: لما.

(٢) في م: لها.

(٣) في م: شاكله.

(٤) في - الفقير.

(٥) سقط في م.

الفصل الحادي والعشرون

في المسائل التي تعود إلى وقف الأشجار

وفي الأشجار التي تكون في المقبرة والمسجد وفي طريق العامة

رجل وقف شجرة بأصلها، صح سواء كانت الشجرة منتفعة بثمارها أو بأوراقها أو كانت منتفعة^(١) بذاتها؛ لأنه وقفها مع الأرض، فبعد ذلك ينظر: إن كانت منتفعة بثمارها وأوراقها لا يقطع أصلها إلا إذا فسدت أغصانها، وإن كانت منتفعة بذاتها يقطع أصلها ويتصدق بثمرها؛ لأن طريق الانتفاع بها في هذه الصورة هذا^(٢).

[إذا]^(٣) وقف شجرة بأصلها على مسجد فيست أو ييس بعضها، فيقطع اليابس ويترك الباقي؛ لأن اليابس لا ينتفع به إلا بالقطع بخلاف غير اليابس.

أراض موقوفة على الفقراء استأجرها رجل من المتولي وطرح فيها السرقيين وغرس الأشجار، ثم مات المستأجر، فالأشجار ميراث للورثة؛ لأنها ملك [المورث ويؤخذون بقلعها؛ لأن الإجارة قد انفسخت بموت المستأجر، فلو أراد الورثة أن يرجعوا في الوقف بما زاد السرقيين في الأراضي ليس لهم ذلك.

رجل غرس أشجارًا في الشارع ثم مات الغارس وترك ابنين فجعل أحدهما حصته للمسجد، لا يكون للمسجد؛ لأن حصته شائعة في المنقول.

رجل غرس أشجارًا في ضيعته وقال لامراته في صحته: إذا مت أنا فبيعي هذه الأشجار واصرفي ثمنها في [كفني وئمن]^(٤) الخبز للفقراء، و^(٥) الدهن لسراج مسجد بعينه، ثم مات وترك امرأته هذه وورثة كبارًا فاشتري الورثة الكفن من

(١) في م: منفعته.

(٢) في أ: هكذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: كفني، وفي م: كذا في.

(٥) في م: وفي.

الميراث وجهزوه، تباع الأشجار وي طرح من ثمن الأشجار مقدار الكفن، يعني يدفع من الثمن^(١) هذا المقدار، وتصرف [المرأة]^(٢) الباقي إلى الخبز ودهن السراج؛ لأن الزوج أمرها بصرف الثمن [في ثلاثة]^(٣) أشياء فيجب قسمته على هذه الأشياء الثلاثة.

رجل وقف ضيعة له على بناته وأولادهن أبدًا ما تناسلوا وآخره على الفقراء، ثم غرس الواقف فيها شجرًا، فإن غرس من غلة الوقف فالشجر^(٤) للواقف، وإن غرس من مال نفسه، فإن قال عند الغرس: إنه للوقف، فهو للوقف، وإن لم يذكر شيئًا فهو ميراث عنه.

قرية وقفت على أرباب مسلمين في يد متولٍ، باع هذا المتولي ورق أشجار التوت، جاز؛ لأن هذا بمنزلة الغلة، ولو أراد المشتري قطع قوائم هذه الأشجار يمنع؛ لأن هذا ليس بمبيع.

في مجموع النوازل: سئل نجم الدين عن أشجار في المقبرة هل يجوز صرفها في عمارة المسجد؟ قال: [نعم]^(٥) إن لم تكن وقفًا على وجه آخر، قيل له: فإن تداعت حوائط المقبرة إلى الخراب أيصرف إليها أو إلى المسجد؟ قال: إلى ما وقف عليه إن عرف، وإن لم يكن للمسجد متول ولا للمقبرة فليس [له]^(٦) التصرف فيها بدون إذن القاضي.

وسئل هو أيضًا عن رجل غرس تالة في مسجد فكبرت بعد سنين فأراد^(٧) متولي

(١) زاد في أ: من.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بثلاثة.

(٤) في أ: فالشجرة.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: وأراد.

المسجد أن يصرف هذه الشجرة إلى عمارة بئر في هذه السكة، والغارس يقول: هي لي فإني [ما]^(١) وقفها على المسجد، قال: الظاهر أن الغارس جعلها للمسجد فلا يجوز صرفها إلى البئر، ولا يجوز للغارس صرفها إلى حاجة نفسه. في فتاوى أهل سمرقند: مسجد فيه شجرة تفاح يباح للقوم أن يفتروا بهذا التفاح؟ قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : والمختار أنه لا يباح؛ لأنه صار للمسجد فلا يصرف إلا إلى مصالح المسجد، والله أعلم.



(١) سقط في م.

الفصل الثاني والعشرون

في الأوقاف التي يستغنى عنها وما يتصل بها

من صرف غلة الأوقاف إلى وجوه آخر

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : [بئر]^(١) بنيت بالآجر في قرية فخربت القرية وانقرض أهلها، وعند هذه القرية قرية أخرى فيها حوض يحتاج إلى الآجر، يجوز أن يؤخذ الآجر من تلك البئر وينفق في الحوض؟ فهذا على وجهين: إما أن يعرف^(٢) الباني، وفي هذا الوجه: لا يجوز ذلك إلا بإذن الباني^(٣). وأما إن لم يعرف الباني، وفي [هذا]^(٤) الوجه: ينبغي أن يتصدق بالآجر على فقير، ثم الفقير ينفق في الحوض؛ لأنه بمنزلة اللقطة.

قال: ولو أراد القاضي أن ينفق ذلك من غير هذا^(٥) الطريق لا بأس به، وهذا التفصيل الذي ذكرنا يتأتى على قول محمد - رحمه الله - .

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما ذكرنا قبل هذا في مسألة الحصير الملقى في المسجد: أنه لا يعود على ملك متخذه بخراب المسجد، بل يحول إلى مسجد آخر لا يتأتى، وينبغي للقاضي أن يصرف الآجر في عمارة الحوض على [قوله]^(٦).

رباط وعلى باب الرباط قنطرة^(٧) لا يمكن الانتفاع بالرباط إلا بمجاوزة القنطرة لكبر^(٨) النهر^(٩)، خربت القنطرة، وليس للقنطرة غلة يمكن عمارة القنطرة بها. هل

(١) سقط في م.

(٢) في أ: عرف.

(٣) في أ: الإمام.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: هذه.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في أ: على نهر.

(٨) في م: لكري.

يجوز عمارة القنطرة من غلة الرباط؟ فهذا على وجهين:
 إن شرط الواقف في الوقف أن يصرف غلة الرباط إلى الرباط وإلى ما فيه مصلحة الرباط، جاز صرف غلة الرباط إلى عمارة القنطرة، [وإن لم يشترط ذلك لا يجوز، وهذا إذا كان الرباط بحال لو لم يصرف الغلة إلى عمارة القنطرة]^(١) يخرب [الرباط]^(٢)، أما إذا كان بحال لو لم يصرف الغلة إلى عمارة القنطرة بخراب الرباط يستحسن في ذلك؛ لأن الرباط ووقفه حق العامة، والقنطرة أيضًا حق العامة، ويجوز التصرف في حق العامة لمنفعة تعود إليهم؛ ألا ترى إلى ما روي عن محمد - رحمه الله - في مسجد ضاق على أهله وبجنبه طريق العامة: أنه لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق إذا كان لا يضر بأصحاب الطريق؛ لأن كليهما حق عامة المسلمين، كذا هنا، وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - أيضًا.

وفيه أيضًا: قوم جمعوا الدراهم لعمارة قنطرة واشتروا ببعضها الطعام للعمال فاجتمع هناك من لا يعمل، فدعاهم العمال إلى الطعام، فهذه المسألة على وجهين: إن حضر هؤلاء لهداية العمال وإرشادهم والبعث على العمل، ففي هذه الوجه: وسع العمال أن يدعوهم، ووسع لهؤلاء أن يجيبوهم^(٣)؛ لأنهم كالعمال، فإن حضروا لا لما قلنا بل لأجل النظارة، فإن كانوا قليلًا لا يتمكن بأكلهم نقصان فيما جمع للقنطرة فكذلك الجواب أيضًا، وإن كانوا كثيرًا لا يسعهم.

(٩) النهر: واحد الأنهار، ومصدر نهر الشيء: اتسع، وهو الماء الجاري المتسع، ثم أطلق على الأخدود مجازًا، فيقال: جرى النهر، وجف النهر، والأصل: جرى ماء النهر، ومن أسمائه: الكوثر والجدول.

ينظر: التعاريف، للمناوي (١/٧١٤)، إكمال الإعلام بتثليث الكلام، لابن مالك، تحقيق: سعد بن حمدان الغامدي، جامعة أم القرى، مكة، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م (٢/٧٢٨)، اللطائف في اللغة، لأحمد بن مصطفى اللبائدي الدمشقي، دار الفضيلة، القاهرة (١/٤٢).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: يجتنبوهم.

ولو فضل من الخشب ونحوه شيء فهو على وجهين:
إن كان يقدر على أربابها يشاورهم القيم في ذلك، وإن كان لا يقدر على أربابها
فللقيم أن يفعل به ما يرى.

أوقاف على قنطرة، فيبس الوادي وصار الماء إلى سقية أخرى من أرض تلك
المحلة، واحتيج إلى عمارة [قنطرة للوادي]^(١) الجديد، هل يجوز صرف غلة
القنطرة الأولى إلى الثانية؟ ينظر: إن كانت القنطرة الثانية للعمامة وليس هناك قنطرة
أخرى أقرب إلى القنطرة الأولى؟ [جاز]^(٢) لما ذكرنا قبل هذا.

سئل شمس الأئمة الحلواني عن مسجد^(٣) وحوض خرب ولا يحتاج إليه لتفرق
الناس، هل للقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد آخر و^(٤) حوض آخر؟ قال: نعم،
ولو لم يتفرق الناس [و]^(٥) لكن استغنى الحوض عن العمارة وهناك مسجد يحتاج
إلى العمارة أو على العكس، هل يجوز للقاضي صرف وقف ما استغنى عن العمارة
[إلى عمارة]^(٦) ما هو محتاج إلى العمارة؟ قال: لا.

رباط [استغني عنه وله غلة، فإن كان بقره رباط صرفت الغلة إلى ذلك الرباط]^(٧)
وإن لم يكن بقره رباط يرجع إلى ورثة^(٨) الذي بنى الرباط، هكذا ذكر المسألة في
فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: وفيه نظر فيتأمل عند الفتوى.
وقيل: إن عرف من بانيه [فالتصرف]^(٩) له، وإن لم يعرف فالتصرف إلى

(١) في أ: تلفت القنطرة والوادي.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: أو.

(٤) في أ: أو.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: وارثه.

(٩) في م: قال: تصرف.

القاضي .

في فتاوى النسفي : سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية افترقوا وتداعى مسجد القرية إلى الخراب وبعض المتغلبة يستولون على خشب المسجد وينقلون^(١) إلى ديارهم ، هل لواحد^(٢) من أهل المحلة أن يبيع الخشب بأمر القاضي ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد أو إلى [أهل]^(٣) هذا المسجد؟ قال : نعم .

وحكي أنه [وقعت مثل هذه الواقعة في زمن السيد]^(٤) الإمام الأجل في رباط في بعض الطرق قد خرب ، ولا ينتفع المارّ به وله أوقاف عامرة ، فسئل هل يجوز صرفها إلى رباط آخر ينتفع الناس به؟ قال : نعم ؛ لأن الواقف غرضه من ذلك انتفاع المارة ويحصل ذلك بالثاني^(٥) .

رجل ربط دابة أو سيفاً في رباط وقفاً على الرباط فخرّب الرباط واستغنى الناس عنها ، يربط في رباط آخر هو أقرب الربط^(٦) إليه ، وقد مر جنس هذا فيما تقدم . وإذا اجتمع في يد القيم من غلة وقف الفقراء وظهر له وجه من وجوه البر يخاف فواته إن لم يبادر إليه واستمر الوقف ، فإنه ينظر : إن لم يكن في تأخير مرمة الوقف إلى الغلة [الثانية]^(٧) ضرر بين للوقف بالخراب فإنه يصرف الغلة إلى وجه ذلك البر ويؤخر العمارة إلى الغلة الثانية ؛ لأن الجمع بينهما ممكن ، وإن كان في تأخير العمارة ضرر بين فإنه يصرف الغلة إلى مرمة الوقف وما فضل صرف إلى [ذلك]^(٨) البر ؛ لأن عمارة الوقف أهم من إدراك ذلك البر ؛ لأن الوقف إذا خرب انقطعت

(١) في م : وينقلون .

(٢) في م : يجب .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ : وقع مثله في زمن سئل .

(٥) في م : من الثاني .

(٦) في أ : الرباط .

(٧) سقط في أ .

(٨) سقط في م .

الدارة^(١) وإذا عمر بقيت الدارة فيمكن إدراك بر آخر إن فات هذا البر .
والمراد من وجه البر ههنا ما يكون فيه تصدق^(٢) بالغلة على نوع من الفقراء نحو فك أسارى من المسلمين، أو إعانة منقطع من الغزاة، أو ما أشبه ذلك؛ لأن هذا الوقف^(٣) على الفقراء والأسارى، والمنقطعون فقراء، فكانوا من أهل التصدق عليهم، فأما عمارة مسجد أو رباط ونحو ذلك فليس للتملك فلا يجوز صرف هذه الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التملك فلا يتصور إلا ممن هو أهل للتملك، والله أعلم.

في فتاوى أهل سمرقند: علو وقف [انهدم]^(٤) وليس له من الغلة ما يمكن عمارة العلو؛ بطل الوقف ورجع حق البناء إلى الواقف إن كان حيًا، وإلى ورثته إن كان ميتًا، هكذا ذكر هنا في هذه المسألة.

وجنس هذه المسألة قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وفيه نظر؛ لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة.

ومن هذا الجنس قال: حوض في محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته واستغنى أهل المحلة عنه، إن كان يعرف واقفه يكون له إن كان حيًا ولورثته إن كان ميتًا، وإن كان لا يعرف واقفه فهو كاللقطة في أيديهم يتصدقون [به]^(٥) على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بالثمن.

ومن هذا الجنس قال: حانوت هو وقف صحيح، احترق البيوت^(٦) والحنوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء ألبتة، يخرج من الوقفية.

(١) في أ: الدار.

(٢) في أ: تصرف.

(٣) في أ: وقف.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: السوق.

ومن هذا الجنس قال: الرباط إذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثاً.
 ومن هذا الجنس قال: منزل موقوف وقفاً صحيحاً على مقبرة معلومة فخرّب هذا
 المنزل وصار بحال لا ينتفع به فجاء رجل وعمره وبني فيه بناء من ماله بغير إذن
 أحد، فالأصل لورثة الواقف، والبناء [لورثة الباني]^(١).
 ومن هذا الجنس قال: وقف صحيح على أقوام مسمين فخرّب ولا ينتفع به وهو
 بعيد من القرية لا يرغب أحد في عمارته، بطل الوقف ويجوز بيعه، فهذه الجملة من
 هذا الجنس.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل جمع مالا من الناس لينفقه في بناء
 المسجد فأنفق في حاجته من تلك الدراهم، ثم رد بدلها في نفقة المسجد، لا يسعه
 أن يفعل ذلك^(٢)، فإن عرف صاحب ذلك المال رد عليه [أو سأله]^(٣) تجديد الإذن؛
 لأنه دخل في ضمانه فلا يبرأ عنه إلا بالرد إلى المالك أو إلى نائبه ولم يوجد، وإن لم
 يعرف صاحب المال استأمر الحاكم فيما يستعمله، وإن تعذر عليه ذلك، رجوت له
 في الاستحسان أن ينفق مثل ذلك من ماله على المسجد فيجوز ذلك، هذا واستثمار
 الحاكم يجب أن يكون في دفع الوبال عن نفسه، أما الضمان فواجب، فإنه ذكر في
 وكالة «المبسوط»: أن الوكيل بقضاء الدين إذا صرف مال الموكل إلى قضاء دين
 نفسه، ثم قضى دين الموكل من ماله ضمن، وكان متبرعاً في قضاء دينه، ولهذا
 المعنى فسدت أمور البياعين^(٤) والسماسرة، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله -
 مسألة الوكيل بقضاء الدين.

وذكر محمد - رحمه الله - مسألة الوكيل بقضاء الدين، وذكر فيها القياس
 والاستحسان.

(١) في م: للذي بنى.

(٢) زاد في أ: فإن فعل.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الساعين.

والمذكور في وكالة الأصل: إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم وقال: ادفعها إلى فلان قضاء عني، فدفعت الوكيل غيرها.
فالقياص: أن يكون متبرعا، [حتى]^(١) إذا أراد أن يحبس الألف التي دفع إليه لنفسه، لا يكون له ذلك.

وفي الاستحسان: لا يكون متبرعا، وله أن يحبس الألف التي دفع إليه بحقه.
ويبنى على ما ذكر الصدر الشهيد مسائل ابتلي بها أهل العلم والصلحاء، منها:
إذا سأل الفقير أشياء وخلط^(٢) بعضها ببعض، يصير ضامنا بجميع ذلك، وإذا أدى صار مؤديا من مال نفسه ويصير ضامنا لهم، ولا يجزئهم عن زكاتهم، فيجب أن يستأذن الفقير ليأذن له بالقبض، فيصير خالطا ماله بماله.

ومنها: مال مرد إذا قام وسأل الفقير شيئا بغير أمره فهو أمين، فإن خلط مال البعض بمال البعض يصير مؤديا من مال نفسه ويصير ضامنا لهم، ولا يجزئهم عن زكاتهم، فيجب أن يأمره^(٣) الفقير أولا [بذلك]^(٤)؛ لأنه إذا أمره صار وكيلاً بقبضه وبالتصرف له، فيصير خالطا ماله بماله.

في فتاوى الفضلي: مال موقوف على سبيل الخير والفقراء بغير أعيانهم ومال موقوف على المسجد الجامع، فاجتمعت من غلتها ثم نابت للمسلمين نائبة مثل حادثة الروم، واحتيج إلى النفقة في تلك الحادثة، أما المال الموقوف على المسجد الجامع إن لم يكن للمسجد حاجة للحال^(٥) فللقاضي أن يصرف في ذلك ولكن على وجه القرض فيكون ديناً في مال الفيء، وأما المال الموقوف على الفقراء فإن صرف إلى المحتاجين أو إلى الأغنياء من أبناء السبيل [جاز]^(٦) لا على وجه القرض؛ [لأنه

(١) سقط في أ.

(٢) في م: واختلط.

(٣) في م: يأمر.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: للمال.

(٦) سقط في م.

صرف إلى المصرف، بخلاف المال الموقوف على المسجد الجامع؛ لأنه صرف إلى [غير]^(١) المصرف فلا يجوز إلا بطريق القرض.

[وإن صرف إلى الأغنياء من غير أبناء السبيل]^(٢) فإن رأى قاضٍ من قضاة المسلمين جواز ذلك جاز الصرف [لا]^(٣) بطريق القرض^(٤)؛ لأن فيه اختلاف العلماء.

نحن وإن قلنا: إنه لا يجوز ولكن لما رأى قاضٍ من قضاة المسلمين جواز ذلك [وصرف كان قضاء في موضع الخلاف، وإن لم ير قاضٍ من قضاة المسلمين جواز ذلك]^(٥) يصرف على وجه القرض فيصير دينًا في مال الفيء، والله أعلم بالصواب.



(١) سقط في م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.
 (٥) سقط في أ، م.

الفصل الثالث والعشرون

في المتفرقات

في فتاوى الفضلي: رجل وقف ضيعة بلفظة الصدقة على ولديه، فإذا انقراضا فعلى أولادهما وأولاد أولادهما أبداً ما تناسلوا، فإذا انقراض أحد الولدين وخلف ولداً يصرف نصف الغلة إلى الولد الباقي والنصف إلى الفقراء، فإن مات الولد الباقي من ولدي^(١) الواقف صرفت الغلة كلها إلى أولادهما وأولاد أولادهما؛ لأن شرط الواقف مراعى، والواقف إنما جعل الغلة لأولاد الأولاد بشرط انقراض الولدين ولم ينقراض في الفصل الأول فيكون نصف الغلة للولد الباقي والنصف للفقراء بلفظة الصدقة.

فيه أيضاً: رجل قال في صحته: جعلت داري صدقة موقوفة على المحتاجين من ولدي وليس في ولده إلا محتاج واحد، فله النصف من غلة الأرض والنصف الآخر للفقراء عملاً بقوله: صدقة موقوفة.

أراد المتولي أن يقرض ما فضل من غلة الوقف^(٢). ذكر في وصايا فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رجوت أن يكون ذلك واسعاً إذا كان ذلك أصلح وأحرز^(٣) للغلة من إمساك الغلة، ولو أراد أن يصرف فضل الغلة إلى حوائجه على أن يرده إذا احتيج إلى العمارة فليس له ذلك، وينبغي أن يتنزه غاية التنزه، فإن فعل مع ذلك ثم أنفق مثل ذلك في العمارة رجوت أن يكون ذلك تبرئاً له عما وجب عليه.

وفي فتاوى الفضلي: أنه يبرأ عن الضمان مطلقاً، ولو جاء بمثل ما أنفق في حاجته وخلط بدراهم الوقف صار ضامناً للباقي؛ لأنه صار مستهلكاً، ولو أراد أن يبرأ عن الضمان يفعل أحد الوجهين: إما أن ينفق ذلك كله في مصلحة المسجد إن

(١) في م: ولد.

(٢) في أ: الأرض.

(٣) في الفتاوى الهندية (٢/٤٩٠): وأجرى.

كان الوقف على المسجد، فإن كان الوقف على شيء آخر^(١) ينفق على ذلك الشيء، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليأمر^(٢) القاضي رجلاً بقبض ذلك منه للوقف [ثم يدفعه]^(٣) إليه.

رجل وقف بعد وفاته وفقاً صحيحاً، فله أن يرجع عنه؛ لأن الوقف بعد الوفاة وصية وللموصي أن يرجع في وصيته.

سئل شمس الإسلام محمود الأوزجندي - رحمه الله - : عمن وقف ثم افتقر وأراد أن يرجع فيه . قال : يرفع إلى القاضي حتى يفسخ القاضي الوقف .

رجل وقف ضيعة له نصفها على امرأته ونصفها على [ولد له]^(٤) بعينه على أنه إن ماتت المرأة صرف نصيبها إلى أولاده، وآخره للفقراء ثم ماتت المرأة، يكون للابن الموقوف عليه من نصيبها نصيب؛ لأن الواقف شرط نصيبها لأولاده، والابن الموقوف عليه من أولاده، وإذا كان الوقف على أرباب معلومين يحصى عددهم فينصب هؤلاء الأرباب متولياً بدون استطلاع رأي القاضي . ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أنه يصح إذا كانوا من أهل الصلاح، وقاسوا هذه المسألة على ما إذا نصب أهل المسجد متولياً بغير أمر القاضي، وقد ذكرنا تلك المسألة [فيما تقدم]^(٥) . وذكرنا اختيار الصدر الشهيد في تلك المسألة أنه لا يصح التولية بغير أمر القاضي، واختياره في هذه المسألة هكذا أيضاً؛ لأنه لا تصح إلا بأمر القاضي .

ذكر الخصاص في «وقفه»: [إذا وقف]^(٦) ضيعة مع رقيق يعملون فيها فقتل بعضهم فأخذ القيم قيمته من قاتله، ينبغي له أن يشتري بها عبداً آخر مكان المقتول

(١) زاد في أ: يقع .

(٢) في أ: فيأمر .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: ولد، وفي م: ولده .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

يعمل في هذه الصدقة، وإن جنى أحدهم جناية ينبغي أن ينظر القيم أيهما أصلح بأمر هذه الصدقة دفع الجاني وقتله بأرش هذه الجناية، ويعمل ما هو الأصلح بأمرها، فإن بدله الوصي بأرش الجناية من غلة هذه الصدقة وكان أرش الجناية أكثر من قيمته فهو متطوع في الفضل ضامن له، وليس [إلى أهل]^(١) الوقف من الدفع والفداء شيء، فإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعين وكان الجاني في الصدقة على ما كان عليه، ومسألة جناية عبد الوقف صارت واقعة في زماننا فأفتى بعض المشايخ أنها في مال الوقف^(٢)؛ لأنها صارت ممنوعة الدفع بفعله فصار كجناية المدبر. متولي الوقف إذا قام إلى عمارة الوقف وأراد أن يأخذ لكل يوم أجر أجير، ليس له ذلك.

رجل جعل أرضه مقبرة أو خاناً للغلة أو مسكناً، سقط عنها الخراج؛ لأن سبب وجوب الخراج الأرض النامية الصالحة للزراعة.

ذكر الخصاف في «وقفه»: إذا وقف الرجل بيتاً من دار فإن وقفه بطريقه جاز الوقف، وإن لم يقفه بطريقه لم يجز؛ لأنه إذا لم يقفه بطريقه [لو جوزنا]^(٣) إن آجرنا الوقف ماذا يصنع به إذا كان لا يتمكن أن يكري ولا يسكن؛ لأنه لا طريق له. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : قيم وقف جمع الغلة وقسمها على أربابها وحرّم واحداً منهم وصرف نصيبه إلى حاجة نفسه، فلما خرجت الغلة أراد المحروم أن يأخذ من الغلة الثانية نصيبه في السنة الأولى، فهذا على وجهين:

إن اختار المحروم تضمين القيم، ليس له أن يأخذ من الغلة الثانية ذلك؛ لأنه لما اختار تضمين القيم، سلم للشركاء ما أخذوا من جهة القيم ولم يتبين أنهم أخذوا من نصيب هذا المحروم شيئاً، وإن اختار [اتباع]^(٤) الشركاء الشركة فيما أخذوا، كان له

(١) في أ: لأهل.

(٢) في م: الواقف.

(٣) في أ: لجوزنا.

(٤) سقط في أ، م.

أن يأخذ ذلك [من نصيب الشركاء من الغلة الثانية؛ لأنه لما اختار اتباع الشركاء تبين أنهم أخذوا نصيبه، فله أن يأخذ]^(١) من أنصباؤهم مثل ذلك؛ لأنه جنس حقه، فمتى أخذ رجعوا [جميعاً]^(٢) على القيم بما استهلك القيم من حصة المحروم في السنة الأولى؛ لأنه بقي ذلك حقاً للجميع.

وفيه أيضاً: رجل أوصى أن يوقف من ماله كذا كذا درهماً لدين يظهر عليه، فالوصية باطلة وقت أو لم يؤقت؛ لأنه لم يوص بشيء للحال، وكل مال خلا عن الوصية والدين فهو مال الوارث، فإن قال: إن رأى الوصي ذلك إلا أن يوقف ذلك من ثلث ماله؛ لأنه لما قال: إن رأى الوصي ذلك، فكأنه^(٣) قال: يعطى الوصي ذلك إلا أن يوقف ذلك المقدار من شاء، ولو نص على هذا يصح.

مريض قال: إني كنت متولي حانوت وقف على الفقراء وكنت أستهلك^(٤) من غلته، أو قال: لم أؤد زكاتي فأدوا ذلك من مالي بعد موتي، فإن صدقه الورثة^(٥) في ذلك يعطى الوقف من جميع المال، والزكاة من الثلث؛ لأن [في]^(٦) الوقف يؤخذ ذلك من تركته من غير إقراره، فلم يكن الأخذ مضافاً إلى إقراره، وفي الزكاة لا يؤخذ من تركته.

وإن كذبه^(٧) الورثة يعطى الوقف والزكاة من الثلث، وللوصي أن يحلف الورثة على العلم، - يريد بالوصي قيم الوقف - بالله ما يعلمون أن ما أقرو به حق؛ لأنه يدعي عليهم معنى لو أقروا به يلزمهم فإذا^(٨) أنكروا يستحلفون، فإن حلفوا جعل^(٩)

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: وكأنه.

(٤) في أ: استهلك.

(٥) في أ: الوارث.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: كذب.

(٨) في أ: فإن.

ذلك كله من الثلث كما قبل الحلف، وإن نكلوا جعل^(١) الزكاة من الثلث، والوقف من الجميع كما لو أقر به الورثة ابتداءً.

قيم أدخل جذعاً في دار الوقف ليرجع في غلتها، فله ذلك، فإن أراد الاحتياط ينبغي أن يبيع الجذع من آخر، ثم يشتري منه لأجل الوقف، ثم يدخلها في دار الوقف.

حانوت وقف مال إلى حانوت آخر، ومال الثاني إلى الثالث وتعطلت الحوانيت وأبى قيم الوقف العمارة، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون لحانوت الوقف غلة يمكن عمارتها منها، والحكم فيه أن لصاحبه^(٢) الحانوت أن يأخذ القيم برد ما^(٣) مال عنه إلى حد الوقف؛ لأنهما تضررا بذلك، والقيم هو المتعين لدفع هذا الضرر.

الوجه الثاني: ألا يكون لحانوت الوقف غلة يمكن عمارتها منها وفي هذا الوجه يرفعان الأمر إلى القاضي ليأمر القيم بالاستدانة على الوقف لإصلاحه؛ لأن الأمر بالاستدانة هاهنا لحانوت الوقف يتعين لدفع الضرر. [والقاضي هو المتعين لدفع الضرر]^(٤).

رجل عليه ديون وله ديون وله ضيعة تساوي عشرة آلاف درهم فوقها وشرط غلاتها إلى نفسه قصداً منه إلى المماثلة، وشهدت الشهود على إفلاسه، جاز الوقف، وجازت الشهادة.

أما جواز الوقف فلمصادفته ملكه، وجواز الوقف مع هذا الشرط قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما مر قبل هذا.

(٩) في أ: جعلوا.

(١) في أ: جعلوا.

(٢) في م: لصاحب.

(٣) في م: من.

(٤) سقط في م.

وأما جواز الشهادة فلأنها صدق؛ لأن الرقبة خرجت عن ملكه، فإن فضل من قوته شيء من هذه الغلات فللغرماء أن يأخذوا منه؛ لأن الغلات بقيت على ملكه. القاضي إذا أطلق بيع [وقف غير]^(١) مسجد هل يكون ذلك حكماً ببطلان الوقف؟ ينظر: إن أطلق لوارث الواقف^(٢) يكون حكماً ويجوز البيع، وإن أطلق لغير وارث الواقف^(٣) لا يكون حكماً ولا يجوز البيع، وهذا لأن الوقف لو بطل يعود إلى ملك وارث الواقف، وبيع مال الغير لا يجوز.

سئل شمس الإسلام^(٤) محمود الأوزجدي عن باع محدوداً قد وقفه وكتب القاضي الشهادة على الصك لا يكون ذلك قضاءً بصحة البيع، وهذا صحيح ظاهر؛ لأن للقضاء شرائط من الشهادة والدعوى وغير ذلك ولم يوجد ذلك هاهنا. في واقعات الناطفي: رجل جعل فرساً حبسًا في سبيل الله فليس لأحد أن يؤاجره؛ [لأنه]^(٥) أعد لأمر آخر، فإن احتاج إلى أمر النفقة يؤاجر بقدر نفقته. وقد مرت المسألة من قبل.

قال الناطفي - رحمه الله - : هذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى النفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه.

فيه أيضًا: متولي الوقف إذا أخذ الغلة ومات ولم يبين ماذا صنع، لم يضمن، والأمانات باب تنقلب [مضمونة]^(٦) بالموت عن تجهيل إلا في مسائل معدودة، من جملتها هذه المسألة، وقد ذكرنا تمامها في الوديعة.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في وقفه: إذا جعل الرجل أرضاً له صدقة موقوفة

(١) في أ: ملك الغير.

(٢) في م: الوقف.

(٣) في م: الوقف.

(٤) في أ: الأئمة.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

لله تعالى أبدا له على قوم سماهم ومن بعدهم على المساكين وأخرجها من يده للوقف ثم ارتجعها من الرجل الذي دفعها إليه لتكون في يده للوقف. ثم زرعها وأنفق فيها وأخرجت [زروعاً]^(١) كثيرة والبذر من قبله فقال: [أنا زرعته لنفسي ببذري، وقال أهل الوقف]^(٢): إنما زرعته^(٣) للوقف، فالقول قول الواقف، والزرع له من قبل أن البذر له.

وفيه أيضاً^(٤): أن رجلا جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين والفقراء، وشرط في الوقف أن كل من انتقل من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - إلى مذهب الشافعي - رحمه الله -، وأنكر ذلك المدعى [عليه، فالقول في ذلك قوله وعلى المدعي]^(٥) البينة على ذلك.

وفيه أيضاً: إذا بنى الرجل مسجداً وجعل أرضه مقبرة فادعى فيه رجل دعوى والثاني غائب، فإنه يقضى على بعض أهل المسجد والمقبرة، وهو قضاء على جميع أهل المسجد.

رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته، ثم مات فجاء إنسان وادعى أن الضيعة له وأقر الورثة بذلك، لم يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم في حق بطلان الوقف غير صحيح، ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت، وهذا الجواب يجب أن يكون قول الكل لا قول محمد خاصة؛ لأنه لا خلاف في وجوب ضمان الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف في وجوب الضمان بالغصب، وهذا إتلاف وليس بغصب.

وإن أنكر الورثة ذلك فأراد المدعي أن يحلفهم، يقال له: تريد تحليفهم لتأخذ

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: زرعها.

(٤) زاد في أ: لو.

(٥) سقط في م.

الضيعة إن نكلوا، أو ليأخذوا قيمتها إن نكلوا، فإن قال: لآخذ الضيعة، فلا يمين [له]^(١) عليهم؛ لأنه لا يصل إلى الضيعة إن نكلوا لما ذكرنا في فصل الإقرار، وإن قال: لآخذ القيمة، فله عليهم اليمين؛ لأنه يصل إلى القيمة إن^(٢) نكلوا، فكان التحليف مفيداً.

استأجر حانوتاً موقوفاً على الفقراء، وأراد أن يبني عليه غرفة من ماله، ويتنفع بها من غير أن يزيد في أجره الحانوت على قدر ما استأجر فإنه لا يطلق له البناء إلا أن يزيد في أجره، فحيتئذ يبني على مقدار ما لا يخاف على البناء القديم من ضرر^(٣)، وإن كان هذا حانوتاً يكون معطلاً في أكثر الأوقات، وإنما رغب فيه المستأجر لأجل البناء عليه، فإنه يطلق [في]^(٤) ذلك من غير زيادة في الأجر؛ لأن فيه مصلحة الوقف.

رجل استأجر حجرة موقوفة من أوقاف المسجد، ويكسر فيها الحطب بالقدوم، والجيران لا يرضون بذلك، والمتولي يرضى بذلك، فإن كان في ذلك ضرر بين بالحجرة مثل القسارة والحدادة، والمتولي يجد من يستأجرها بذلك الأجر، فعليه أن يمنعه من ذلك، فإن لم يمنع أخرجه من الحجرة، [وأجرها]^(٥) من غيره، وإن كان غيره لا يستأجر بتلك الأجرة، فالقيم يتركها في يده، إلا إذا خاف تلف بناء الوقف من ذلك العمل.

وفي فتاوي الفضلي: متولي الوقف أجر ضيعة الوقف من رجل سنين، ثم مات الأجر، ثم مات المستأجر قبل انقضاء المدة، ودفع ورثة المستأجر غلة الضيعة، فإن كانت الغلة زرعا زرعتها الورثة ببذرهم كانت لهم، وعليهم ما نقصت الزراعة

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لو.

(٣) في أ: الضرر.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، م.

الأرض، يصرف ذلك إلى مصالح أرض الوقف، لا حق للموقوف عليهم الأرض في ذلك؛ لأن هذا النقصان إنما وجب لنقصان في عين الأرض، وحق الموقوف عليهم في منفعة الأرض لا في عينها، وإنما وجب نقصان الأرض دون الأجر؛ لأن الإجارة قد انفسخت بالموت، [وصارت الورثة بالزراعة بعد ذلك]^(١) غاصبين، فوجب النقصان دون الأجر لهذا. والله أعلم.



(١) في م: فصارت للورثة بالوراثة بعد.

[بسم الله الرحمن الرحيم] (١)

كتاب الهبة (٢)

هذا الكتاب يشتمل على خمسة عشر فصلاً:

- (١) سقط في م .
(٢) الهبة لغة: مأخوذة من وَهَبَ، يقال: وهب يَهَبُ وَهَبًا وَوَهَبًا وَهَبَةً، والاسم: الموهب والموهبة، ولا يقال: وهبكه، هذا قول سيبويه. وحكى السِّيرَافِي عن أَبِي عَمْرٍو أَنَّهُ سَمِعَ أَعْرَابِيًّا يَقُولُ لِأَخْر: انْطَلَقْ مَعِي أَهْبِكَ نَبَلًا. وَوَهَبْتَ لَهُ هَبَةً وَمَوْهَبَةً وَوَهَبًا إِذَا أَعْطَيْتَهُ، وَوَهَبَ اللَّهُ لَهُ الشَّيْءَ، فَهُوَ يَهَبُ هَبَةً، وَتَوَاهَبَ النَّاسُ بَيْنَهُمْ، أَي: يَهَبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَهِيَ فِي الْأَصْلِ مَصْدَرٌ مَحْذُوفٌ الْأَوَّلُ عَوَظٌ عَنْهُ هَاءُ التَّائِيثِ، فَأَصْلُهَا: وَهَبَ - بِتَسْكِينِ الْهَاءِ وَتَحْرِيكِهَا - وَمِمَّا تَقَدَّمَ مِنْ اشْتِقَاقِ لِفْظِ الْهَبَةِ، يَتَبَيَّنُ لِي أَنَّهَا تُطْلَقُ فِي اللُّغَةِ عَلَى التَّبَرُّعِ وَالتَّفَضُّلِ بِمَا يَنْفَعُ الْمَوْهُوبَ لَهُ مَطْلَقًا، سِوَاءَ أَكَانَ مَالًا أَمْ غَيْرَ مَالٍ.
فَالْهَبَةُ: الْعَطِيَّةُ الْخَالِيَةُ عَنِ الْأَعْوَاضِ وَالْأَغْرَاضِ، فَإِذَا كَثُرَتْ سُمِّيَ صَاحِبُهَا وَهَابًا.
ينظر: لسان العرب (٤٩٢٩/٦).

واصطلاحًا:

- عَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَمْلِيكٌ بِلَا عَوَظٍ.
وَعَرَفَهَا الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَمْلِيكٌ مَتَمَوَّلٌ بِغَيْرِ عَوَظٍ.
وَعَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: التَّمْلِيكُ بِلَا عَوَظٍ.
وَعَرَفَهَا الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: تَمْلِيكٌ جَائِزٌ التَّصَرُّفُ مَالًا مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا، تَعَذَّرَ عِلْمُهُ.
وَالْأَصْلُ فِي مَشْرُوعِيَّةِ الْهَبَةِ كَثِيرٌ مِنْ نِصُوصِ الْكِتَابِ وَالسَّنَةِ، ثُمَّ الْإِجْمَاعُ بَعْدَ ذَلِكَ.
فَمِنْ الْكِتَابِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا حُيِّمْتُمْ بِبِحْيَةٍ فَاحْبُوا بِأَحْسَنِ مَنَآ أَوْ رُدُّوهَا﴾؛ حَيْثُ قِيلَ: إِنْ الْمَرَادُ بِالتَّحِيَّةِ فِي الْآيَةِ: الْهَبَةُ، وَغَيْرَ ذَلِكَ مِنَ الْآيَاتِ.
وَمِنَ السَّنَةِ قَوْلُهُ ﷺ: «لَوْ دَعَيْتَ إِلَى كِرَاعٍ أَوْ ذِرَاعٍ لِأَجْبِتَ، وَلَوْ أَهْدَيْتَ إِلَيَّ ذِرَاعًا أَوْ كِرَاعًا لَقَبَلْتُ». وَرَوَى عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «يَا نِسَاءَ الْمُسْلِمَاتِ، لَا تَحْقِرْنَ جَارَةَ لِجَارَتِهَا وَلَوْ فَرَسَنَ شَاةً». وَقَالَ ﷺ: «تَهَادُوا تَحَابُوا». وَكَانَ ﷺ يَأْكُلُ مِنَ الْهَدِيَّةِ، وَلَا يَأْكُلُ مِنَ الصَّدَقَةِ.

وقبل ﷺ كثيرًا من هدايا المسلمين، وغير المسلمين، فقبل هدية المقوقس حاكم مصر، وهو كافر، وقبل هدية النجاشي حاكم الحبشة، وهو مسلم.

وأما الإجماع: فقد انعقد إجماع العلماء على استحباب الهبة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٠٨/٤)، فتح القدير (١٩/٩)، مواهب الجليل (٤٩/٦)، الإقناع (٨٥/٢)، مغني المحتاج (٣٩٦/٢)، وحاشية البجيرمي على الخطيب (٢٥٩/٣)، شرح منتهى الإرادات (٥١٧/٢)، المغني (٢٤٦/٦)، المحلي، على المنهاج (١١٠/٣).

[الفصل^(١) الأول]في ألفاظ^(٢) الهبة

ذكر الحاكم في المنتقى: إذا^(٣) كان لرجل عبد في يد رجل قال المودع لمولى العبد: هبه لي، فقال: هو لك، فقال: لا أقبل، فهو هبة، فقد جعل الهبة نظير النكاح لا نظير البيع.

إذا قال لغيره: هذه الجارية لك، فهي هبة جائزة، رواية ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - .

وفي هبة الأصل: إذا قال: هي لك فاقبضها، فهي هبة.

وفي الأصل - أيضًا - : جعلت هذه الدار لك فاقبضها، فهي هبة، لأن معنى كلامه: ملكتك هذه الدار؛ ألا ترى أن في التملك بدل لفظ الجعل [و]^(٤) لفظ التملك سواء، حتى إن من قال لغيره: جعلت لك داري هذه بكذا، [فقبل الآخر]^(٥)، ينعقد البيع إذا ثبت هذا في [التملك بدل، فكذا في]^(٦) التملك بغير بدل.

وفي الفتاوى^(٧) عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : إذا قال لغيره: [ابن ترا]^(٨)، فهذا هبة لا تجوز إلا بالقبض، ولو قال: ابن تراست^(٩)، فهو إقرار^(١٠).

(١) سقط في م.

(٢) في م: لفظة.

(٣) في م: إن.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: جعلت لك فعند الأجر.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: التساوي.

(٨) في م: ابن أبو.

(٩) في م: أبو ست.

(١٠) زاد في م: وسئل أبو نصر عن من قال: جميع ما أملك لفلان، قال: هذه^(١) هبة لا تجوز إلا بالقبض، ولو قال: جميع ما يعرف لي، أو يُنسب إلي لفلان، فهو إقرار. وهو تكرار، =

وسئل أبو بشر عن قال: جميع ما أملك لفلان، قال: هذه هبة لا تجوز إلا بالقبض.

ولو قال: جميع ما يعرف لي، أو ينسب إلي لفلان، فهو إقرار.
وسئل أبو بكر - رحمه الله - عن رجل له ابن صغير غرس له كرمًا، أو قال: أغرسه باسم ابني، فهذا لا يكون هبة، قيل: لو قال: جعلت باسم ابني، قال: هذا أقرب إلى الهبة من الأول، قيل: إن قال: جعلته لابني، قال: لا شك في هذا أنه هبة.

سئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - عن قال: ابن أمين بنام فلان باوسيد جويد كرم، فأجاب: إنه لا يصير لابنه بهذا القدر؛ إذ ليس فيه ما يدل على التملك، ثم قال: وجدت في الزيادات عن محمد - رحمه الله - أنه لو كان لرجل ابن صغير أو كبير معتوه، وللابن مال ورثه من أمه أو جعله له أبوه، فقال: قول محمد - رحمه الله - : جعله له أبوه، يدل على أن هذه اللفظة صالحة للتملك، وإن من قال لابنه: ابن مالك تراكروم، أو قال: بتام يوركردم، أو أن بركردم، أو كلام يجري مجراه، أنه تملك من الابن.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - إذا قال لغيره: فلان حرتك، فقال: داي يومار، يكون هبة.

عن أبي يوسف - رحمه الله - في المنتقى: إذا قال لغيره: هذه الجارية لك حلال، فهذا على أنه أحل فرجها، فلا يجوز إلا أن يكون قبله كلام يستدل به على [أنه]^(١) وهبها له.

ولو قال: وهبت لك فرجها، فهو هبة إذا قبض، والله أعلم.

= وفيه: أبو نصر بدل أبو بشر.
(١) سقط في م.

الفصل الثاني

في بيان شرائط جواز الهبة

يجب أن يعلم أن الهبة جائزة إذا كان الواهب من أهلها^(١)، بأن يكون عاقلاً، بالغاً، حرّاً، مالكاً لها، ولو كان عبداً، أو مكاتباً، أو مُدبراً، أو أم^(٢) ولد، ومن كان في رقبته شيء من الرق، أو كان صغيراً أو مجنوناً، أو [لا]^(٣) يكون مالكاً للموهوب، لا تصح الهبة^(٤).

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، محوزة^(٥)،

(١) زاد في م: وكونه من أهلها.

(٢) في م: وله.

(٣) سقط في م.

(٤) يشترط في الواهب أمر واحد على الإجمال، وهو أن يكون أهلاً للتبرع، وخمسة على التفصيل وهي:

أولاً- أن يكون حرّاً، فلا تصح هبة الرقيق؛ لأنه وما في يده لسيده.

ثانياً- أن يكون بالغاً، فلا تصح هبة الصبي مطلقاً، سواء كان غير مميز، أو مميز. أما إذا كان غير مميز فظاهر؛ لأن جميع عقود باطلة، لعدم عقله، وأما إذا كان مميزاً؛ فلأن تصرفاته المضرة ضرراً محضاً غير جائزة، ولا تقبل الإجازة أصلاً، لأجل المحافظة على أمواله.

ثالثاً- أن يكون عاقلاً، فلا تصح هبة المجنون؛ لأن جميع تصرفاته باطلة كما في الصبي غير المميز.

رابعاً- أن يكون مالكاً للعين الموهوبة، فلا تنفذ هبة الفضولي، بل يتوقف نفاذها على إجازة المالك، ولا تصح هبة الولي، ولا الوصي من مال الصغير؛ لأنه يلزم أن يكون تصرفهما في مال الصغير بما يعود عليه بالمنفعة.

خامساً- ألا يكون محجوراً عليه لسفه؛ لأن السفه حكمه حكم الصبي المميز، ولا لدين لتعلق حق الدائنين بماله، فإن أجازوها صح، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة، وكان الواهب مستوفياً للشرائط المتقدمة صحت هبته مطلقاً، سواء أجازها الدائنون، أو لم يجيزوها، إذا كانت لا تؤثر في حق الدائنين.

(٥) اختلف العلماء في الوقت الذي تلزم فيه الهبة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، أن الهبة لا تلزم إلا بعد قبضها، فإذا قبضها الموهوب له لزم وتبث الملك له، وليس للواهب الرجوع فيها.

القول الثاني: وهو مذهب المالكية، ورواية عن أحمد في غير المكمل والموزون، أن

الهبة تلزم بمجرد القول، إلا أن المالكية اشترطوا لتمامها القبض وقالوا: يجبر الواهب على إقباضها، وإذا مات قبل القبض بطلت الهبة وكان ميراثاً، أما إذا مات الموهوب له يكون لورثته أن يطالبوا الواهب بها؛ لأنها صارت حقاً لمورثهم قبل موته.

القول الثالث: وهو مذهب أهل الظاهر أن الهبة تلزم وتتم بدون القبض. قال ابن حزم: «من لفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً وعقد عقداً لزمه الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في إبطاله».

وسبب الخلاف في هذه المسألة كما أورده ابن رشد الحفيد - رحمه الله - في كتابه بداية المجتهد هو: تعارض الآثار الواردة فيها.

فمن يرى عدم جواز الرجوع في الهبة أصلاً، احتج بعموم قول النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»، واستثنى الأبوان بقوله ﷺ: «لا يحل لرجل أن يعطي عطيةً أو يهب هبةً فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده»، والأم تقاس على الأب في ذلك.

وأما من أجاز الرجوع في الهبة، فقد احتج بما رواه مالك في الموطأ، وغيره عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «من وهب هبة لصله رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض منها».

ينظر: المبسوط، للسرخسي (٤٨/١٢)، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (١٦١/٣)، الكافي، لابن عبد البر (٩٩٩/٢)، بداية المجتهد (٣٢٩/٢)، أسهل المدارك (٨٨/٣)، الوسيط في المذهب، الغزالي (٢٦٩/٤)، مغني المحتاج، الشربيني (٥١٦/٢)، المغني، لابن قدامة (٦٤٩/٥)، المحلى، لابن حزم (١٢٧/٩).

ويشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً وقت الهبة، فلو كان غير موجود بأن قال شخص: وهبت بيتي لابن فلان، ولا ولد له، فالهبة لاغية حتى لو ولد له ولد بعد ذلك ومات الواهب، لا يستحق العين الموهوبة.

ويشترط في الشيء الموهوب أربعة شروط:

أولاً - أن يكون موجوداً وقت صدور العقد، فلا تصح هبة المعدوم كعنب كرمه الذي سيوجد في هذه السنة، ولا هبة ما ستلده مواشيه.

ثانياً - أن يكون مالاً متقومًا، فلا تجوز هبة ما ليس بمال كالميتة والدم، ولا ما كان مالاً ولكنه غير متقوم كالخمر والخنزير.

ثالثاً - أن يكون الموهوب مملوكاً في ذاته، فلا تصح هبة المباحات؛ لأنه تملك ما ليس بمملوك.

رابعاً - أن يكون مميزاً عن غيره فلو كان مشاعاً أو متصلاً بغيره فلا تصح هبته، ولكن في المقام تفصيل وبيانه: أن المشاع إما أن يكون غير قابل للقسمة، وإما أن يكون قابلاً لها، والمتصل بغيره إما أن يكون اتصاله خلقياً، أو اتصال مجاورة.

فإن كان الموهوب مشاعاً في ملك الواهب الذي لا يقبل القسمة بأن كان بيتاً صغيراً بحيث لو قسم لا يصلح لأن يكون بيتين، أو نصف حيوان مثلاً، صحت الهبة أيضاً.

ويلزم لصحة الهبة أن يكون القدر الموهوب معلومًا، فلو وهب جزءًا من بيته فلا تصح الهبة لعدم معرفة القدر الموهوب.

وإن كان القدر الموهوب مشاعًا في ملك الواهب الذي يحتمل القسمة، فإما أن يكون الشيوخ طارئًا بعد عقد الهبة والقبض، وإما أن يكون مقارنًا وموجودًا وقت عقد الهبة. فإن كان الأول: صحت الهبة أيضًا لحصول القبض الكامل قبل حدوث الشيوخ، وذلك بأن وهب إنسان قطعة أرض لآخر فقبضها، ثم رجع الواهب في نصفها، فبالرجوع في النصف حصل الشيوخ، وبالتالي ترى أن العين الموهوبة وقت القبض لم يكن فيها شيوخ، فلهذا صحت الهبة.

وإن كان الثاني: بأن كان الشيوخ موجودًا حال العقد، كما إذا وهب شخص لآخر نصف بيته الكبير القابل للقسمة فالهبة غير نافذة، وهل هي صحيحة أو فاسدة؟ خلاف، والصحيح أنها صحيحة متوقف نفاذها على قسمة المشاع وتسليم العين الموهوبة على حدثها، وعلى كل حال فلو قسم الموهوب وسلم جازت الهبة وملكت بالتسليم لحصول المقصود وهو القبض الكامل.

ولو بقي على شيوخه ولم يقسم، فإما أن تكون الهبة من أحد الشريكين للآخر، أو لا، فإن كانت لأحد الشريكين فقال بعضهم: يملك الشريك نصيب شريكه الذي وهب له؛ لأن قبضه كامل. وقال بعضهم: لا يملكه للشيوخ، والظاهر الأول. وإن كانت لغير الشريك فلا يملكها، بل هي باقية على ملك الواهب. وينبغي على ذلك المسائل الآتية:

أولاً- إذا تصرف الواهب فيها ببيع ونحوه نفذ تصرفه، وليس للموهوب له حق في معارضته؛ لأنه قد تصرف في ملكه.

ثانياً- للواهب حق استرداد العين الموهوبة من الموهوب له بدون توقف على رضا الموهوب له، ولا على حكم القاضي، فلو طلبها منه فامتنع فهلكت عنده ضمنها؛ لأنه بالامتناع صار غاصبًا والغاصب ضامن، وبالأولى ما إذا استهلكها. ولو مات تخلفه ورثته في حق الاسترداد، بخلاف ما إذا أراد الاسترداد بعد صدور الهبة منه صحيحة نافذة، فإنه لا يملكه إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي.

ثالثاً- إذا استهلك الموهوب له العين الموهوبة ضمنها لتعديه على ملك غيره، وكذا الحكم إذا هلكت بنفسها بدون تعد، وقال بعضهم: لا يضمن في هذه الحالة لعدم تعديه؛ ولأنه ليس بغاصب، بل هو في حكم الأمين لحصول التسليط من المالك، وهو وجيه.

والمشاع الذي لا يقبل القسمة: هو الذي إذا قسم تذهب منفعته بالمرة، كإناء من الخزف، أو تذهب منفعته الأصلية التي كانت موجودة فيه قبل القسمة، كحمام لا يمكن جعله حمامين بعد القسمة، أو بيت صغير لا يمكن جعله بيتين، ولكن يمكن جعله حانوتين مثلاً، والذي يقبل القسمة: هو الذي لو قسم لا تذهب منفعته الأصلية، كبيت كبير يمكن جعله بيتين، وقال الإمام الشافعي (: إن هبة المشاع صحيحة فيما يحتمل

القسمة وفيما لا يحتملها؛ لأن الهبة عقد تملك والشيء الموهوب قابل له فأشبهت البيع، وكونه عقد تبرع، لا ينافي الملك في الشيوخ، كما في الوصية، والتسليم ممكن بالتخلية، أو تسليم الكل إليه، كما في المشاع الذي لا يقبل القسمة.

والمشاع الذي يقبل القسمة يمكن تسليمه بعد قسمته، ويكون قبضه كاملاً، إذ هو المطلوب؛ لأن القبض في الحديث ثبت مطلقاً فيتناول الكامل، والكامل هو الموجود من كل وجه.

والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه؛ لأن القبض عبارة عن كون الشيء المقبوض في حيز القابض، والمشاع ليس في حيزه من كل وجه؛ لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شركائه من وجه آخر، وتماهه لا يحصل إلا بالقسمة؛ لأن الأنصاء بها تتميز وتجتمع أجزاء كل شريك على حدتها، وما لم تتميز وتجتمع لا يصير المقبوض محرراً ومحوراً، بل يكون إحرازه ناقصاً فلا يقوى على إفادة الملك.

وإن كان الموهوب متصلاً بملك الواهب، فإما أن يكون اتصالاً خلقياً، أو اتصال مجاورة، فإن كان الاتصال خلقياً فلا تتم الهبة بالقبض مطلقاً، سواء كانت العين الموهوبة شاغلة لملك الواهب، أو مشغولة به، إلا إذا فصلها الواهب وسلمها للموهوب له، أو يسلمه على فصله وقبضه، وفصله الموهوب له وقبضه بالفعل.

وينبغي على ذلك أنه: إذا كان لشخص أرض وفيها زرع فلا تصح هبة الزرع بدون الأرض، ولا هبة الأرض بدون الزرع إلا بالفصل والقبض، ومثل ذلك هبة الشجر بدون الأرض، والأرض بدون الشجر، وكذلك هبة الثمر بدون الشجر، والشجر بدون الثمر، فلا بد من الشرط المتقدم وهو فصل الموهوب عن غيره وقبضه، وعلة ذلك أن القبض لا يكون كاملاً قبل الفصل؛ لأن الثمر على الشجر بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هبة أحدهما بدون الآخر كهبة المشاع المحتمل للقسمة؛ لأن الفصل ممكن. والشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع من حصول القبض الكامل فكذا هنا.

وإن كان متصلاً بملك الواهب اتصال مجاورة، فإما أن يكون الموهوب شاغلاً لملك الواهب، أو مشغولاً به. فإن كان شاغلاً له صحت الهبة واعتبر القبض كاملاً ولو بالتخلية فقط.

وإن كان مشغولاً بملك الواهب فلا تصح هبته إلا بفصله وتسليمه للموهوب له. وينبغي على ذلك أنه لو وهب إنسان لآخر متاعاً في بيت صحت الهبة بدون الفصل، ويكفي القبض، ولو بالتخلية بين الموهوب له وبين الشيء الموهوب، بخلاف ما إذا وهب البيت بدون المتاع، فإن الهبة لا تصح إلا بفصل المشغول عن الشاغل وتسليمه للموهوب له.

والهبة لا تتم إلا بالقبض، وأن العين الموهوبة قبل القبض باقية على ملك الواهب. وينبغي على ذلك أنه لو تعذر القبض بأن مات الواهب قبل تسليم العين الموهوبة بطلت الهبة، ولا حق للموهوب له في مطالبة ورثة الواهب؛ لأن الواهب قد مات والهبة ملك له فتحل ورثته محله في الملك، وكذا الحكم فيما إذ مات الموهوب له قبل القبض من

لم يرد محمد بقوله: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، نفي أصل^(١) الجواز، فإن أصل الجواز ثابت قبل القبض، وإنما أراد نفي التمام، ونفي الحكم قبل القبض، معناه: لا تتم الهبة ولا يفيد حكمها قبل القبض، والقبض الذي يتعلق بتمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن الواهب، والإذن تارة يثبت نصًّا وصریحًا، وتارة يثبت دلالة، فالصریح أن يقول: اقبضه [إذا كان الموهوب حاضرًا في المجلس، أو يقول: اذهب وابقضه]^(٢)، إذا كان غائبًا عن المجلس، ثم إذا كان الموهوب حاضرًا، و^(٣) قال له الواهب: اقبضه، فقبضه^(٤) في المجلس، أو بعد الافتراق عن المجلس، صح قبضه، وملكه، قياسًا واستحسانًا، ولو نهاه عن القبض بعد الهبة لا يصح لا^(٥) في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، [وإن لم يأذن له بالقبض صریحًا، ولم ينهه عنه إن قبضه في المجلس صح قبضه استحسانًا لا قياسًا، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس فلم يصح قبضه قياسًا واستحسانًا، فلو كان الموهوب غائبًا فذهب فقبضه فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الموهوب حاضرًا وحصل القبض بعد الافتراق عن المجلس]^(٦)، إذا كان القبض بإذن الواهب جاز استحسانًا لا قياسًا، وإن كانت بغير إذن الواهب لا تجوز قياسًا واستحسانًا، والله أعلم.

أن الهبة تبطل بموته، ولا حق لورثته في مطالبة الواهب؛ لأن مورثهم قد مات غير مالك للعين الموهوبة لعدم حصول القبض فلم يرثوا عنه العين الموهوبة حتى يطالبوا بها، ولا يخفى مذهب الإمام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية، فإن الهبة عندهما تتم بمجرد الإيجاب والقبول بدون توقف على القبض، فعلى مذهبهما لا تبطل الهبة بموت الواهب ولا بموت الموهوب له، بل يكون للموهوب له حق في أخذ العين الموهوبة من الورثة في حالة ما إذا مات الواهب، ولورثة الموهوب له أخذ العين الموهوبة في حالة موت الموهوب له لأنه ملك مورثهم.

(١) في م: الأصل.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أو.

(٤) في م: فقبض.

(٥) في م: إلا.

(٦) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : قال أبو بكر: إذا قال الرجل لغيره: وهبت عبدي هذا لك، والعبد حاضر، فقبض الموهوب له العبد، ولم يقل: قبلت، جازت الهبة، وكذلك لو كان العبد غائباً فوهب وقبضه ولم [يقول]^(١): قبلت، جازت [الهبة].^(٢)

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : ويقول أبي بكر نأخذ. وفي الواقعات: وهبت^(٣) لك، ولم يقل: قبلت، حتى قبض بحضرة الواهب، تجوز.

وعن أبي يوسف إملاء - رحمه الله - : أنه لا يجوز ما لم يقل: قبلت. وفي الفتاوى - أيضاً - : رجل قال لختنه بالفارسية: ابن زمين تراء، فذهب وزرعها، إن قال الختن عندما قال هذه المقالة: قبلت، صارت الأرض له، وإن لم يقل: قبلت، لا شيء له.

والمسألة المتقدمة تخالف هذه المسألة في الجواب. وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا وهب جارية لامرأته والجارية في البيت، [وليست]^(٤) بحضرتها فقالت: قبلت، لم يجز إلا أن تكون بحضرتها.

وقد ذكرنا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، والقبض نوعان: حقيقي، وإنه ظاهر، وحكمي، وذلك [يكون]^(٥) بالتخلية.

وقد أشار في هذه المسألة إلى الحكمي، وهو القبض بطريق التخلية؛ لأنها إذا

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وهبته.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

كانت بحضرتهما فقد يمكن من قبضها حقيقة وهو تفسير التخلية، وهذا قول محمد - رحمه الله - خاصة .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : التخلية ليست بقبض، [وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة، فأما في الهبة الفاسدة فالتخلية ليست] ^(١) بقبض بلا خلاف .
وفيه - أيضًا - : وهب لرجل ثوبًا في صندوق مُقفل عليها ودفع الصندوق إليه، قال : هذا ليس بقبض لما وهب له [وإن كان الصندوق مفتوحًا فهو قابض لما وهب له ؛ لأن في الفصل الأول لم يصير مخليًا بين الموهوب والموهوب له بخلاف الفصل الثاني .

وهب لرجل دارا فيها متاع الواهب ودفعها إلى الموهوب له، فالهبة باطلة، هكذا ذكر في الزيادات، ومعناه أنها غير تامة .

[وفي] ^(٢) الفتاوى يقول : في الدار متاع الواهب، أو إنسان من أهله .
الأصل في جنس هذه المسائل : أن اشتغال [الموهوب] ^(٣) بملك الواهب يمنع تمام الهبة، لما ذكرنا أن القبض شرط تمام الهبة، واشتغال الموهوب بملك الواهب [يمنع تمام القبض من الموهوب له، وهذا لأن الموهوب ما دام مشغولًا بملك الواهب كانت يد الواهب] ^(٤) قائمة على الموهوب، وقيام يد الواهب على الموهوب يمنع قيام ^(٥) يد الموهوب له، فأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يمنع تمام الهبة ؛ لأن الموهوب فارغ فيه عن تمام القبض ؛ لأن اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يوجب للواهب يدًا على الموهوب، ولا يمنع قيام ^(٦) يد الموهوب له فلا يمنع

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م : تمام .

(٦) في م : تمام .

تمام الهبة .

جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: الموهوب وهو الدار مشغول^(١) بملك الواهب فيمنع تمام الهبة، وهو المعنى من البطلان المذكور في الكتاب؛ ألا ترى أنه لو فرغ الدار وسلمها إليه فارغة تمت الهبة فيها.

وكذلك لو وهب لرجل جراباً أو جوالقاً فيه طعام الواهب، فالهبة غير تامة لما قلنا، ولا مُعتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغاً مميّزاً مفرّزاً. ويعتبر الإذن بالقبض بعد تفريغ الدار، ولا يكفي قوله مع الشغل: سلمتها إليك، في البقالي.

ولو وهب ما في الدار من المتاع، وما في الجوالق والجراب من الطعام فالهبة تامة؛ لأن الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه^(٢)، وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب، أكثر ما فيه أن يد الواهب قائمة على الدار والجوالق والطعام المتاع فيها، إلا أن هذه الأشياء تابعة وأنه يحفظ ما فيها، وقيام اليد على المبيع لا يوجب قيام الهبة^(٣) على الأصل، ولا كذلك المسألة الأولى. ونظيره: إذا وهب جاريتته من رجل وعليها حلي، وهب الجارية دون الحلي وسلمها فالهبة تامة؛ لأن الموهوب شاغل لملك الواهب، وبمثله لو وهب الحلي دون الجارية وسلم الجارية فالهبة غير تامة، وكذلك إذا وهب دابة وعليها سرج ولجام، وهب الدابة دون السرج واللجام فالهبة تامة، ولو وهب السرج واللجام فالهبة غير تامة، والمعنى ما ذكرنا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا وهبت المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة والزوج ساكن فيها^(٤) يصح؛ لأن الدار مع ما فيها^(٥) للمرأة

(١) في م: مشغولة.

(٢) في م: بملك.

(٣) في م: اليد.

(٤) زاد في أ: لا.

والمتاع في يد الزوج، فكانت الدار في يد الموهوب له معنى، فصحت الهبة.
وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : لا يجوز للرجل أن يهب من امرأته، أو أن تهب [المرأة]^(١) لزوجها، أو لأجنبي دارًا وهما ساكنان فيها، وكذلك الهبة للولد الكبير؛ لأن يد الواهب ثابتة على الدار.

وفي المنتقى: رجل وهب عبده لرجل وعلى عنقه^(٢) شيء يحمله وهب العبد دون الذي على عنقه وسلمه، جازت الهبة في^(٣) العبد، ولو وهب حمارًا عليه حمل وهب الحمار دون الحمل لا يجوز.

وهذه المسألة: تخالف مسألة هبة الدابة وعليها سرج أو لجام من حيث الظاهر، ولو وهب لرجل أرضًا فيها زرع أو وهب نخيلًا فيها تمر، أو وهب زرعًا أو نخلاً في أرض أو تمرًا في نخل، لم تجز الهبة؛ لأن الموهوب متصل بغير الموهوب اتصال خلقته، فكان^(٤) بمنزلة مشاع^(٥) يحتمل القسمة، والطرفان في حق هذا المعنى على السواء، فإن^(٦) كان [وهب]^(٧) هذا الزرع وأمره^(٨) بالحصاد، أو وهب الثمرة وأمره بالجداذ والقبض، جاز استحسانًا، أو وهب دارًا وسلمها إلى الموهوب له وفي الدار متاع الواهب، ثم وهب المتاع بعد [ذلك]^(٩) منه وسلمه إليه جازت الهبة في المتاع، ولا تجوز في الدار، ولو وهب المتاع أولًا، وسلمه إليه، ثم وهب الدار وسلمها إليه

(٥) زاد في أ: من.

(١) سقط في م.

(٢) في م: عنق العبد.

(٣) في م: و.

(٤) في م: وكان.

(٥) في م: متاع.

(٦) في م: وإن.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: وأمر.

(٩) سقط في م.

جازت^(١) الهبة في الكل، وكذلك إذا وهب الجراب^(٢) والجوالق ولم يسلمه حتى وهب الطعام وسلمه جملة، جازت^(٣) الهبة في الكل.

والحاصل: أن العبرة بوقت^(٤) التسليم فيعتبر الشغل وقت التسليم لا وقت الهبة. وإذا وهب ما على ظهر غنمه من الصوف، أو وهب ما في ضرع غنمه من اللبن، وأمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك، يجوز استحساناً، وإن لم يأمره بالجز والحلب والقبض بعد ذلك لم يجز قياساً واستحساناً.

ولو وهب ما في بطن جاريتة وهي حامل^(٥)، أو ما في بطن غنمه وسلطه على القبض بعد الوضع، لم يجز.

وكذلك لو وهب له دهنًا في سمس قبل أن يعصر وسلطه على قبضه إذا عصر، أو وهب الزيت في الزيتون، أو الدقيق في الحنطة، قبل الطحن، فهذا كله باطل، في شرح شمس الأئمة في باب قبل باب العوض في الهبة.



(١) في م: صحة.
 (٢) في أ: الدار.
 (٣) في م: صحة.
 (٤) في م: لوقت.
 (٥) في م: حبل.

[هبة المشاع]:

ومما يتصل بهذا النوع هبة المشاع^(١) وإنها على وجهين: إن كان مشاعاً^(٢) لا يحتمل القسمة فالهبة جائزة وهب من أجنبي أو من شريكه، [وإن كان مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز وهب من أجنبي أو من شريكه]^(٣) بلا خلاف، فالشروع من الطرفين فيما يحتمل القسمة مانع جواز الهبة بالإجماع، وأما الشروع من طرف الموهوب له مانع جواز الهبة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما؛ لأن الشروع من طرف الموهوب له لا يلحق ضمناً بالشرع، وهو المانع من تمام الهبة في الشروع من الطرفين، حتى إن من وهب داره من رجلين وأجمل الهبة فقال: وهبت منكما هذه الدار، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز، وعلى قولهما: تجوز، فإن فصل بالنصف^(٤) بأن قال: وهبت منكما هذه الدار نصفها منك ونصفها منك، فهو

(١) ذهب جمهور الفقهاء: إلى جواز هبة المشاع سواء في ذلك ما أمكن قسمته، وما لم يمكن قسمته، وسواء وهبه لشريكه أو لغيره. وقال الحنفية: لا يجوز هبة مشاع شيوعا مقارنا للعقد فيما ينقسم ولأنه ما من جزء من أجزاء المشاع إلا وللشريك فيه ملك، فلا تصح هبته؛ لأن القبض الكامل غير ممكن، وقيل يجوز هبته لشريكه. أما إذا كان المشاع غير قابل للقسمة، بحيث لا يبقى متفعا به إذا قسم تجوز هبته.

ويجوز إجارة المشاع للشريك باتفاق الفقهاء، أما إجارته لغير الشريك فقد اختلف الفقهاء في صحته. فذهب المالكية والشافعية: إلى صحة إجارة المشاع، وهو قول الصحابين: (أبي يوسف ومحمد)، ورواية عن أحمد، لأن الإجارة أحد نوعي البيع، فتجوز في المشاع، كما تجوز في بيع الأعيان، والمشاع مقدور التسليم بالمهابة؛ ولأنه عقد في ملكه، يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع؛ ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معا فجاز لأحدهما فعله في نصيبه منفردا كالبيع. وقال أبو حنيفة وزفر، وهو القول الراجح عند الحنابلة: لا تجوز إجارة المشاع؛ لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغضوب؛ ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية له على نصيب شريكه.

ينظر: الدر المختار وحاشيته (٤/٥١٠ - ٥١١) (٥/٢٩)، الفتاوى الهندية (٤/٤٤٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٣٥)، الشرح الصغير (٤/٥٩ - ٦٠)، أسنى المطالب (٢/٤٠٩)، روضة الطالبين (٥/٣٧٣)، المغني (٤/٥٥٣)، (٥/٦٥٥).

(٢) في م: المشاع مما.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بالتنصيف.

على هذا الخلاف، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز، وعلى قولهما: يجوز.

وذكر ابن سماعه هذا الخلاف على هذا الوجه في نوادره.

ولو كان قال لأحدهما: وهبت لك نصف الدار ولهذا نصفها، لم يجز بلا خلاف.

وإن كان التفصيل بالأثلاث بأن قال: وهبت لكما هذه الدار ثلثها لك وثلثها لك، ذكر في بعض النوادر: أنه لا يجوز بالاتفاق.

وفي نوادر ابن سماعه: أن على قول محمد - رحمه الله - : يجوز، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يجوز.

فإنما تعتبر القسمة والإفراز وقت القبض لا وقت الهبة، حتى إن من وهب نصف الدار شائعاً ولم يسلم حتى وهب النصف الباقي وسلم الكل جاز.

وعلى أصل أبي يوسف ومحمد: إذا وهب الدار لرجلين وسلم إليهما جملة يجوز، ولو سلم [إلى كل]^(١) واحد منهما نصف الدار لا يجوز، بهذا بين لك أن العبرة بحالة^(٢) القبض.

وإذا قال لغيره: وهبت لك نصيبي من هذا العبد، والموهوب له لا يعلم كم نصيبه، صحت الهبة؛ لأن العبد لا يحتمل القسمة، في آخر شفعة عصام.

وفي آخر كتاب الصرف: اشترى شيئاً بعشرة فوجد دانقاً زائداً فوهب المشتري الدانق الزائد، ينظر: إن كانت الدراهم صحاحاً يضرها التبعض يجوز وتكون هبة مشاع لا يحتمل القسمة.

وذكر الإمام الزاهد أحمد الطواويسى - رحمه الله - في شرحه: إذا وهب الرجل لرجل نصف درهم^(٣) صحيح من الدراهم العادلة^(٤) يجوز، هذا هو الصحيح

(١) في م: لكل.

(٢) في م: لحالة.

(٣) في م: داره.

وجعل هذا بمنزلة [هبة]^(١) مشاع لا يحتمل القسمة، وذكر أصلاً، وقال: كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصاناً لمالته^(٢) فإنه لا يحتمل القسمة، وإذا لم يوجب التبعض نقصاناً في مالته يحتمل القسمة، خرج على [هذا هبة]^(٣) بعض العدلي^(٤)؛ لأن التبعض يضره، فكان هبة بعضه هبة مشاع لا يحتمل القسمة، وعلى هذا كل درهم صحيح يضره التبعض، وكذلك الدينار الصحيح إذا كان يضره التبعض تجوز هبة بعضه.

وذكر الصدر الشهيد في واقعاته في باب: ما^(٥) إذا وهب درهماً صحيحاً لرجلين، تكلموا فيه، والصحيح أنه يجوز ذكر الدراهم مطلقاً من غير فصل بين ما إذا كان يضره التبعض أو لا يضره، والوجه فيه: أن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة، وإن كان لا يضره التبعض وكان مشاعاً لا يحتمل القسمة عادة، والشيوخ الطارئ في الهبة لا يبطل الهبة، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاثنين فاسدة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وليست باطلة حتى إذا قبضاً^(٦) ذلك ثبت لهما قبل القسمة ملك فاسد، مذكور في الزيادات في باب التتميم^(٧).

وفي أجناس الناطفي وواقعاته: أنها باطلة^(٨).

وفي المنتقى: إذا وهب داراً لابنين له، أحدهما صغير في عياله، والآخر كبير،

قال: إن قبض الكبير جازت الهبة.

(٤) في أ: العددية.

(١) سقط في م.

(٢) في م: في مالته.

(٣) في أ: الهبة.

(٤) في أ: العددي.

(٥) في م: الباء.

(٦) في م: قضى.

(٧) في م: التميم.

(٨) مجمع الأنهر (٢/٣٥٩).

وذكر في موضع آخر: أن الهبة فاسدة عند الكل . وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في فتاويه ، ولا شك في فساد هذه الهبة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإنما الشك عندهما: أنه لو وهب داره من كبيرين يجوز عندهما ، وفي هذه المسألة قالوا: الهبة فاسدة .

والفرق: أن في هذه المسألة ، الهبة للصغير انعقدت لقيام قبض الأب مقام قبضه ، والهبة من الكبير احتاجت إلى قبض الكبير ، فكانت الهبة من الصغير شائعة معنى فيتمكن الشيوع ، ولا كذلك إذا وهب من الكبير .

قال البقالي في فتاويه : والحيلة أن يسلم الدار إلى الابن الكبير أولاً: ثم يهبها لهما أحد الشريكين .

إذا قال لصاحبه: وهبت لك حصتي من الربح ، فإن كان المال قائماً لا تصح الهبة؛ لأنه هبة مشاع [يحتمل القسمة ، وإن كان مالاً تصح الهبة؛ لأنها هبة مشاع]^(١) لا يحتمل القسمة ، وهو [هبة]^(٢) الدين .

وفي فتاوى أهل سمرقند: عبد بين رجلين ، وهب [له]^(٣) أحدهما شيئاً يحتمل القسمة ، لا يصح أصلاً؛ لأنها لما لم تصح في نصيب الواهب كان في نصيب غير الواهب هبة المشاع فيما يحتمل القسمة إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة ، وإن كان الموهوب مما لا يحتمل القسمة صحت الهبة في نصيبه؛ لأن^(٤) حصة صاحبه هذا هبة مشاع لا تحتل القسمة ، [والله أعلم]^(٥) .



-
- (١) سقط في م .
 (٢) سقط في م .
 (٣) سقط في م .
 (٤) في م : لا .
 (٥) سقط في م .

الفصل الثالث

في هبة المجهول^(١)

في العيون: دفع إلى آخر ثوبين [وقال له]^(٢): أي ما شئت فلك والآخر لأبيك فلان وهو معين، فإن بين الذي له قبل أن ينصرفا جاز؛ لأن ارتفاع الجهالة في آخر المجلس كارتفاع أوله، وإن تفرقا قبل أن يبين لم يجز؛ لأن الجهالة لم ترتفع بل تقرر.

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الشيء الموهوب أن يكون موجودا حين الهبة، لأنها تملك في الحال، وبناء عليه لا يصح هبة ما ليس موجودا وقت العقد، كما لو وهبه ما يثمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ونحوه. ومثله: لو وهبه ما في بطن هذا الحيوان حتى وإن سلطه على القبض عند الولادة. ومثله: لو وهبه زبدا في لبن أو دهنا في سمس لأنه معدوم في الحال. وهذا بخلاف ما إذا وهبه صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه، فإنه يجوز لأن الشيء الموهوب موجود ومملوك في الحال، لكنه لم ينفذ حالا لمانع، وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع فينفذ عند وجود القبض، وصار كما لو وهب شخصا مشاعا ثم قسمه وسلمه. وبناء على ما تقدم فإن هبة المعدوم والمجهول لا تجوز، لأن الهبة تملك، وتمليك المعدوم والمجهول لا يجوز فيقع العقد باطلا، وهذا على مذهب الجمهور. وذهب المالكية إلى جواز هبة كل مملوك وإن كان لا يصح بيعه كالبعير الشارد والمجهول، والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب، إذ الأصل عند المالكية أنه يصح هبة كل ما يقبل النقل شرعا وإن كان مجهولا. كما صرح المالكية بالنسبة لهبة المعدوم بأن الذي يهب ثمرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر أن ذلك جائز. وقال الحنابلة: إن كان الشيء الموهوب مجهولا فلا يخلو: إما أن يتعذر علمه أو لا. فإن كان يتعذر علمه كزيت اختلط بزيت أو شيرج، فإن الصحيح في المذهب صحة الهبة كالصلح على مجهول للحاجة، وقيل: لا يصح. وإن كان مما لا يتعذر علمه كالحمل في البطن واللبن في الضرع والصوف على الظهر، فالصحيح عدم الصحة للجهالة وتعذر التسليم، وعليه جماهير الأصحاب، وقيل: تصح هبة المجهول.

ينظر: بدائع الصنائع (١١٩/٦)، وبداية المجتهد (٢٤٨/٢)، والقوانين الفقهية، ص (٣١٥)، وشرح الخرشي (١٠٣/٧)، ومنح الجليل (٨٢/٤)، المدونة (١٢٤/٦)، والذخيرة، للقرافي (٢٢٦/٦)، ومغني المحتاج (٣٩٩/٢)، والمغني والشرح الكبير (٢٦٢/٦)، والإنصاف (١٣١/٧، ١٣٢)، الكشاف (٣٠٦/٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي ص (٤٦٩).

(٢) سقط في م.

وعلى هذا لو وهب غلامًا لآخر على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام، فإن اختار^(١) الهبة قبل أن يتفرقا جازت الهبة، وإن لم يختار^(٢) حتى تفرقا لم يجز. ولو كان معه درهمان فقال للآخر: وهبت لك درهمًا منهما، فإن كان الدرهمان مستويين لا يجوز؛ لأن الهبة تناولت أحدهما^(٣) وهو مجهول، فإن كانا متفاوتين^(٤) جاز؛ لأن الهبة تناولت وزن درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة. وفي مجموع النوازل: رجل له على رجل ألف درهم صحيح وألف درهم غلة، قال: [وهبت لك أحد الألفين، يجوز، والبيان إليه.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: رجل قال لقوم: إني قد^(٥) وهبت جاريتي هذه لأحدكم^(٦) فليأخذها من شاء، فأخذها واحد منهم، كانت له. وفيه - أيضًا - : [رجل]^(٧) قال: أذنت للناس في تمر نخيلي فمن أخذ شيئًا فهو له، فبلغ الناس فأخذوا منه، كان لهم.

قال محمد - رحمه الله - في السير الكبير: إذا قسم الإمام الغنائم في أرض الحرب بين الغانمين وباعها من تجار^(٨) دخلوا معه، فلحقهم العدو وعجزوا عن إخراجها إلى دار الإسلام، فأراد المشترون والذين وقع ذلك في سهامهم أن يرموا بالمتاع ليحرقوه فرموا به، ثم بدا لهم فقالوا: من أخذ من ذلك شيئًا فهو له، وأخذ^(٩) ذلك أقوام من المسلمين، صار ذلك لهم حين أخذه، أخرجوه إلى دار الإسلام أو

-
- (١) في م: أجاز.
 - (٢) في م: يجز.
 - (٣) في م: لأحدهما.
 - (٤) في أ: متفرقين.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في م: حدكم.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في م: قوم من التجار.
 - (٩) في م: ويأخذ.

لم يخرجوه .

علل محمد - رحمه الله - فقال: لأن هذا بمنزلة الهبة منهم .

بيانه: أن قول صاحب المتاع: من أخذ من ذلك شيئاً، يملك المتاع من الآخذ بغير مال، والآخذ من الآخذ قبول لذلك التمليك^(١)، فقد جرى بين صاحب المتاع وبين الآخذ عقد هبة فصار ملكاً للآخذ بالهبة لا بالآخذ، فهو معنى قول محمد - رحمه الله - لأن هذا بمنزلة الهبة منهم .

فإن قيل: قوله: من أخذ من ذلك شيئاً يملك المتاع من الآخذ، كما يحتمل أن يكون هبة يحتمل أن يكون إقراضاً فيجعل إقراضاً؛ لأن الإقراض بمنزلة أقل من الهبة، فكان الإقراض مُتَيْقِناً والهبة مشكوكاً فيها، وإثبات المُتَيْقِن [أولى]^(٢) من إثبات المشكوك، هذا كما قالوا في رجل قال لغيره: خذ هذه الألف واعمل بها ليكون الربح كله لك، كان ذلك إقراضاً^(٣) من صاحب المال ولا يكون هبة؛ لأنه يحتمل كلا الأمرين، والقرض أقل .

وقال محمد - رحمه الله - في كتاب المزارعة: رجل قال لآخر: خذ هذا الكر وازرع [به]^(٤) أرضي ليكون الخارج كله لك، صار مُعَيِّراً للأرض مُقْرَضاً الكر منه، ولم يصر واهباً الكر؛ لأن القرض أقل، كذا هنا .

وجواب هذا هكذا إذا أمكن تجويز^(٥) الهبة والقرض جميعاً كما في المسألتين اللتين أوردتهما، فإن هناك أمكن تجويز الأمرين، فإنه كما [يجوز هبة الألف]^(٦) يجوز إقراض الألف، وكما يجوز هبة الكر من الحنطة أو الشعير يجوز إقراضه، فإذا

(١) في م: التعليل فقد جرى بين ذلك التعليل .

(٢) سقط في م .

(٣) في أ: قرضاً .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: تحويل .

(٦) سقط في م .

أمكن تجويز الأمرين كان تجويزه قرضاً حالة الاحتمال وأنه أقل الأمرين أولى، أما إذا أمكن تجويز الهبة ولم يمكن تجويز القرض، يجعل^(١) هبة ولا يجعل^(٢) قرضاً؛ لأن تصرف المُكلف^(٣) المسلم إذا دار بين الفساد والجواز يحمل على الجواز حملاً لأمره على الصلاح عند الإمكان؛ ألا ترى أن في مسألة المزارعة جعلنا الأرض عارية ولم نجعلها قرضاً؛ لأن قرض الأرض لا يجوز، وإعارتها تجوز، فحمل على ما يجوز عند الاحتمال.

إذا ثبت هذا فنقول: قول هو لا، [وقول: هو نعم]^(٤)، من أخذ من ذلك شيئاً، يمكن تجويزه هبة، و[لا يمكن]^(٥) قرضاً؛ لأن هذا الكلام صادف ما هو من ذوات الأمثال، وما ليس من ذوات الأمثال، ولا يجوز قرض ما ليس من [ذوات]^(٦) الأمثال كالعروض والجواري، ويجوز هبته، فجعلناه هبة حملاً لكلامه على الصحة، حتى لو حصل هذه المقالة فيما هو من ذوات الأمثال نجعله^(٧) قرضاً كما في كلتا المسألتين.

فإن قيل: تجويزه هبة مُتَعَذِر - أيضاً-؛ لأن الموهوب له مجهول وقت الهبة، وجهالة الموهوب [له]^(٨) وقت الهبة يمنع جواز الهبة؛ ألا ترى أن من قال: وهبت هذا المُعِين لواحد من عرض الناس، كانت الهبة فاسدة لجهالة الموهوب له وقت الهبة، وكذلك الموهوب مجهول وقت الهبة؛ وجهالة الموهوب تمنع جواز الهبة.

(١) في م: يجعله.

(٢) في م: يجعله.

(٣) في م: المكلم.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: لا يكون.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: فجعله.

(٨) سقط في م.

قلنا: الموهوب له والموهوب وإن كانا مجهولين وقت الهبة إلا أن الجهالة تزول عند [القبض، وما] ^(١) يمنع جواز الهبة إذا زال عند القبض يحكم بجواز الهبة ويجعل كأنه لم يكن وقت الهبة؛ ألا ترى أن من وهب لرجل [مشاعًا يحتمل القسمة] ^(٢) وقسم وسلم مقسومًا يجوز ويجعل كأن الشئ لم يكن موجودًا وقت الهبة، وهذا لما عرف أن تمام الهبة بالقبض، فتكون العبرة بحالة القبض، وعند القبض الموهوب والموهوب له معلومان فيجوز كما لو وهبه ^(٣) بعد الأخذ.

وفي الفتاوى: سئل نصر ^(٤) - رحمه الله - عن وهب لآخر لؤلؤة قد ضلها وسلطه على قبضها متى وجدها، قال: هذه هبة باطلة عند أبي يوسف - رحمه الله -، جائزة عند زفر - رحمه الله -.

وكذلك إذا وهب لرجل عبدًا غائبًا عن مجلس الهبة وأمره بقبضه فقبضه جازت الهبة؛ لأن الهبة تمامها بالقبض، فصار كأنه قال: اقبضها ثم أمسكها لنفسك هبة. وكذلك إذا وهب الدين ^(٥) من غير من عليه الدين وأمره بالقبض فقبضه تمت الهبة؛ لأن عند القبض تصير الهبة عينًا، وتتمام الهبة بالقبض، فصار كأنه قال: اقبضه ثم اجعله لنفسك هبة، فكذا هاهنا عند الأخذ يصير كأن المالك قال للأخذ: هو هبة لك وقت أخذ ^(٦) الموهوب والموهوب له معلومان.

واستدل محمد - رحمه الله - في الكتاب لبيان جواز الهبة من المجهول وقت الهبة بحديث عبد الله بن قرط قال: قال رسول الله ﷺ: «أفضل الأيام عند الله تعالى يوم النحر ثم يوم القرى» ^(٧)، اليوم الثاني من النحر سمي اليوم الثاني بهذا

(١) في م: النقض ولما.

(٢) في م: متاعا.

(٣) في م: وهب له.

(٤) في م: نصير.

(٥) في أ: العين.

(٦) في م: الأخذ.

(٧) أخرجه أبو داود (٥٤٨/١) كتاب المناسك، باب: الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ برقم =

الاسم؛ لأن الحاج في اليوم^(١) الثاني من النحر يقرون في رحالهم لفراغهم^(٢) عما كانوا مشغولين به من أعمال المناسك يوم عرفة، ثم قلت^(٣): وقرب إلى رسول الله ﷺ بدنات خمسًا أو ستًا فطفقن يزدلفن إليه وما انتهى بعد فلما وجبت جنوبها قال ﷺ كلمة لم أفهماها فسألت بعض من يليه ماذا قال رسول الله ﷺ فقال: قال رسول الله ﷺ: «من شاء اقتطع^(٤)»^(٥) وقوله: من شاء اقتطع، كان هبة للقاطع ما اقتطع منه، وكان القاطع مجهولًا وقت هذه المقالة، ثم جوز رسول الله ﷺ ذلك لما أنه كان معلومًا وقت الأخذ.

واستدل - أيضًا - بجواز الهبة للمجهول من نثر السكر في عرس ونحوه فانتبهه الناس صار ذلك ملكًا لهم، وحين نثر السكر فقد ملكه ممن ينتهبه؛ لأنه نثره للانتهاب ورضي أن يصير ملكًا لمن انتبهه، والمتنهب بالانتهاب أحال^(٦) ذلك التملك فصار ملكًا له؛ ألا ترى أن في هذه الصورة المتنهب والمتنهب مجهول وقت الأمر بالانتهاب، ولكن لما كانا معلومين وقت الانتهاب الذي هو وقت ثبوت الملك كفى ذلك للجواز، ولمسألة^(٧) نثر السكر فروعاً^(٨) كثيرة قد ذكرناها في كتاب الاستحسان.

ثم إذا أخذ قوم من ذلك شيئًا وأراد أصحابه أن يرجعوا فيه كما يرجع في الهبة،

= (١٧٦٥)، والبخاري في التاريخ الكبير (٣٥/٥) رقم (٦٢)، وابن حبان في صحيحة (٧/٥١) كتاب الصلاة، باب: العيدين، برقم (٢٨١١) من حديث عبد الله بن قرط.

- (١) في م: يوم.
- (٢) في أ: بفراغهم.
- (٣) في م: قال.
- (٤) في أ: قطع.
- (٥) تقدم.
- (٦) في م: أجب.
- (٧) في م: والمسألة.
- (٨) في م: فرعات.

فإن أرادوا^(١) الرجوع قبل أن يخرجهم الذين أخذوه إلى دار الإسلام فلهم ذلك، وإن أخرجوه إلى دار الإسلام فليس لهم ذلك.

علل في الكتاب فقال: لأن هذا قد زاد فيه، وكان ينبغي أن يكون لهم حق الرجوع في الفصول كلها؛ لأن الهبة وإن ازدادت، إلا أنها ما ازدادت في عينها وإنما ازدادت من حيث القيمة فكانت نظير الزيادة من حيث السعر، وتلك الزيادة لا تمنع الرجوع، فهذه الزيادة يجب أن تكون كذلك.

والجواب: هذه الزيادة في العين من حيث المعنى؛ لأن المأخوذ في معنى التاوي ما دام في دار الحرب؛ لأن دار الحرب للمسلم موضع^(٢) حرب فكان ماله على شرف التوى، وبالإخراج إلى دار الإسلام أو إلى موضع يقدر على الحمل يزول ذلك التوى، فيصير بمنزلة الزيادة من حيث المعنى من هذا الوجه.

ونظير هذا: [إذا]^(٣) رد الآبق يستحق الجعل، ويحبس العبد بالجعل؛ لأن الآبق في معنى التاوي؛ ولهذا لا يجوز للمولى بيعه و[لا]^(٤) هبته، فالراد^(٥) بالرد أحياء حتى ملك المولى هذه التصرفات فيه، كأنه استفاد الملك [فيه]^(٦) من جهته فصار نظير البائع فيستحق الجعل والحبس به فكذلك هاهنا.

وإن كان أخذ هذا المتاع من سمع هذه المقالة من صاحب المتاع [أو من لم يسمعها من صاحب المتاع وإنما سمعها ممن سمع من صاحب المتاع]^(٧) فهو له، وإن أخذها من لم يسمعها لا من صاحب المتاع ولا ممن سمع من [سمع من]^(٨)

(١) في م: أراد.

(٢) في م: دار.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فالرد.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

صاحب المتاع فإنه لا يملكه، وهذا لما ذكرنا أن هذا الكلام من صاحب المتاع فهو بمنزلة الهبة، والأخذ من الآخذ قبول لتلك الهبة، والقبول إنما يعمل به من يسمع خطاب الهبة من الواهب إما حقيقة أو حكمًا، ففيما إذا لم يسمع هذه المقالة من صاحب المتاع ولا ممن سمع منه، لم يوجد سماع خطاب الهبة لا حقيقة ولا حكمًا، وفيما إذا سمع ممن سمع من صاحب المتاع وجد سماع الخطاب حكمًا؛ لأن الذي أخبره بذلك سفير عن صاحب المتاع ينقل عبارته فكأنه سمع من صاحب المتاع.

وقد قال محمد - رحمه الله - أيضًا في السير: إذا قال الأمير لأهل العسكر: من ساق هذه الأموال^(١) إلى موضع كذا فله كذا، فساقها قوم لم يسمعوا هذه المقالة من الأمير، إنما سمعوها ممن سمعها من الأمير، أنه لا أجر لهم، وعلى قياس ما [ذكر هنا]^(٢) يجب أن يكون لهم الأجر.

واختلفت عبارة المشايخ في بيان الفرق، قال بعضهم: الإجارة أضيقت جوازًا من الهبة حتى إن الإجارة [لم تبطل]^(٣) بالشروط الفاسدة، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فلضيقت أمر الإجارة لم يكتف فيها بسماع الخطاب حكمًا واعتبر السماع الحقيقي، ولسعة أمر الهبة اكتفي فيها بسماع الخطاب حكمًا.

قال بعضهم: الإجارة عقد لازم بنفسها ولا يتوقف حكمها على القبض، فيعتبر سماع خطاب العقد حالة العقد ولم يوجد، وإنما ساق الأموال^(٤) بغير عقد فكان مُتطوعًا.

فأما الهبة فتمامها بالقبض، والقبض فيها كالقبول في سائر العقود، فإذا قبض وهو عالم بالخطاب، [صار]^(٥) كأن المخاطب خاطبه بالعقد حالة القبض، فحصل قبضه

(١) في م: الارمال.

(٢) في م: ذكرنا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الارمال.

(٥) سقط في م.

على وجه الهبة فيملكه بالقبض .

نظيره: الرجل إذا باع دينًا له على رجل [من رجل]^(١) لم يجز؛ لأن البيع لازم بنفسه فيوجب^(٢) حقوقه وقت وقوعه؛ ووجدناه^(٣) لا يملك تسليم ما باع وقت ما باع فبطل العقد، ولو وهب دينًا له على رجل من غيره وأمر الموهوب له بقبضه فقبضه، جازت الهبة لما أن تمام الهبة بالقبض، فصار كأن خطاب الهبة وجد بعد القبض .

ثم فرقوا^(٤) بين مسألة المتاع وبين مسألة نثر السكر، فقالوا في مسألة المتاع: متى لم^(٥) يسمع مقالة صاحب المتاع لا حقيقة ولا حكمًا لا يملك المتاع بالأخذ، وقال في مسألة نثر السكر: من أخذ السكر ملكه [سواء]^(٦) عاين صاحب [نثر]^(٧) السكر، أو لم يُعاين .

والفرق: أن الهبة في مسألة المتاع [ثبت]^(٨) مقصودًا؛ لأن قول صاحب المتاع: من أخذه فهو له، [تمليك]^(٩) قصدي، والهبة متى ثبت قصدًا فإنما يصح قبولها ممن سمع الخطاب حقيقة أو حكمًا، أما في مسألة السكر الهبة تثبت حكمًا بالبيان^(١٠) لا مقصودًا، وما يثبت حكمًا للشيء لا يراعى له من الشرائط ما يراعى لما يثبت^(١١) مقصودًا، والله أعلم بالصواب .

(١) سقط في م .

(٢) في م: فيجب .

(٣) في م: ووجد أنه .

(٤) في م: فرق .

(٥) في م: من لم .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

(٩) سقط في م .

(١٠) في م: للشار .

(١١) في م: ثبت .

الفصل الرابع

في حكم الشرط في الهبة

ويدخل فيه شرط الخيار في الإبراء^(١) عن الدين

في البقالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال لغيره: هذه العين لك إن

(١) الإبراء مشروع في الجملة، وتعرض له الأحكام التكليفية الخمسة المعروفة: فيكون واجباً إذا سبقه استيفاء؛ لأن فيه اعترافاً بالبراءة لمستحقها، فهو من باب العدل المأمور به في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [سورة النحل: ٩٠] والمؤكد بالحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، ومن أمثله في باب السلم: إذا أحضر المسلم إليه مال السلم الحال لغرض البراءة، أجبر المسلم على القبول، أو الإبراء. فهذا واجب تخييرى. وكذلك الحكم في المفلس، فله إجبار الغرماء على أخذ العين إن كانت من جنس حقهم، أو إبرائه. وقد يكون حراماً، كما لو جاء ضمن عقد باطل؛ لأن استبقاء الباطل حرام. وتعرض له الكراهة فيما إذا أبرأ وارثه أو غيره عن أكثر من ثلث ماله وهو في مرض الموت حيث أجازة الورثة، ومستند الكراهة ما في ذلك الإبراء من تضييع ورثته، لقوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص حين هم بالتصدق بجميع ماله: «إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس». أما الثلث فقد أقره عليه. على أن الحكم الغالب له الندب، ولذا يقول الخطيب الشربيني: «الإبراء مطلوب، فوسع فيه، بخلاف الضمان» ذلك لأنه نوع من الإحسان؛ لأنه في الغالب يتضمن إسقاط الحق عن المعسر الذي يثقل الدين كاهله. وحتى إذا كان الإبراء لمن لا يعسر عليه الوفاء، فإنه مما يزيد المودة بين الدائن والمدين، فلا يخلو عن معنى البر والصلة، وذلك مما يتناوله قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٠] وفي ذلك أحاديث كثيرة، منها: حديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - حين قام بوفاء دين أبيه، وخبر معاذ بن جبل، وكعب بن مالك، حين أعسرا، حيث ثبت حظه عليه الصلاة والسلام الدائنين على إسقاط كل الدين أو بعضه عنهم. وأشار إلى أنه: لذلك لا يحتاج إلى نية ولا قرينة. وأشار القاضي زكريا إلى أنه عقد غبن فتوسع فيه - بخلاف البيع القائم على المعاوضة - لذا لا عهدة فيه، ولا خيار، وتغترف فيه جهالة الوكيل بمقدار الدين، وتجري فيه الكنايات عن العدد فتفسر، وقد صرح بعض الشافعية بأن الإبراء للمعسر أفضل من القرض، وأن القرض في غير هذه الحالة أفضل منه. والإبراء في غير الأحوال المشار إليها هو على أصل الإباحة الجارية في معظم العقود والتصرفات التي بعث النبي ﷺ والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها، ولا سيما في حالة عجز المبرئ عن تحصيل حقه من منكره؛ لأن الإحسان هنا غير وارد، لفقدان محله.

ينظر: حاشية قليوبي (٢/٢٥٦)، وشرح الروض (٢/٢٠١)، مغني المحتاج (٢/

شئت، ودفعه إليه، فقال: شئت.

وعن محمد - رحمه الله - : في الثمر إذا طلع قال صاحب الثمر لغيره: هو لك إن أدرك، أو قال: إذا كان ثمة، فهو جائز، بخلاف دخول الدار.

في المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - قال لغيره: وهبت لك هذه الأمة على أن تعوضني ألف درهم، فدفعت إليه فوطئها فولدت له، قال: أمره أن يدفع العوض الذي [شرطاً أو القيمة]^(١) وإنما كان كذلك؛ لأن الجارية صارت مملوكة للموهوب له بالقبض، والواهب إنما رضي بتملكه إياها بعوض مقدر، وتعذر الجبر على أداء العوض بحكم المعاوضة، والهبة بشرط العوض لم تنعقد معاوضة في الحال فبقيت الجارية في يد الموهوب له مملوكة بعوض لا يمكن الجبر عليه فشابه المملوك [ملكاً فاسداً]^(٢)، فإن دفع العوض الذي شرط عليه وإلا قضى عليه بالقيمة.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : سئل أبو نصر عن رجل قال لآخر: أبرأتك عن الحق الذي عليك على أي بالخيار، قال: البراءة جائزة، والخيار باطل؛ ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً على أنه بالخيار جازت الهبة وبطل الخيار، والبراءة أولى؛ لأن الهبة يحتاج فيها إلى القبول، والبراءة لا يحتاج فيها إلى القبول.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : امرأة قالت لزوجها: وهبت منك مهري، على أن كل امرأة تزوجها تجعل أمرها بيدي، فهذا على وجهين: إما ألا يقبل، أو قبل.

ففي الوجه الأول: يصح الهبة، وفي الوجه الثاني: لا يصح. فبعد ذلك المسألة على قسمين: إما أن يجعل أمرها بيدها، أو لم يجعل، فإن جعل فالهبة ماضية، وإن لم يجعل فكذلك، هكذا ذكرها هنا عن الشيخ أبي بكر

(١) في م: شرط أو القسمة.

(٢) في م: بملك فاسد.

الإسكاف .

[وذكر في موضع: إذا قالت المرأة لزوجها: وهبت لك مهري على ألا تظلمني، فقبل، صحت الهبة، فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية، ذكره عن الفقيه أبي بكر الإسكاف^(١)، والفقيه أبي القاسم الصفار.

وفي المنتقى: امرأة قالت لزوجها: تصدقت عليك بالألف التي عليك على ألا تتسرى علي أو على ألا تتزوج، فقبل، ثم تزوج أو تسرى، فلا رجوع في الألف. وفي كتاب النكاح في^(٢) فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل لامرأته: ابرئيني عن المهر حتى أهب لك كذا وكذا، فأبرأته، ثم أبى الزوج أن يهب لها، قال نصير: يعود المهر كما كان.

وذكر في كتاب الحج: امرأة تركت مهرها على زوجها على أن يحج بها، فلم يحج بها، قال محمد بن مقاتل: مهرها عليه على حاله، اختلف المشايخ في هذا الفصل.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: والمختار للفتوى ما قاله نصير ومحمد بن مقاتل: أن المهر يعود؛ لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض، فإذا انعدم [العوض انعدم]^(٣) الرضا [بالهبة]^(٤)، والهبة لا تصح بدون الرضا، والذي يؤيد قول نصير ومحمد بن مقاتل ما ذكر في فتاوى الفضلي: امرأة وهبت مهرها لزوجها طمعًا في قول^(٥) زوجها أنه يقطع لها ثوبًا كل حول مرتين بقدرها، وقد انقضى حولان ولم يفعل، فإن كان ذلك شرطًا في الهبة يعود المهر؛ لأن الهبة حصلت بشرط العوض. وكذلك المرأة إذا وهبت مهرها لزوجها على أن يُحسن إليها [فلم يحسن إليها]^(٦) كانت الهبة

(١) سقط في م.

(٢) في م: من.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: محمد.

(٦) سقط في م.

باطلة .

وفي هذا الموضع - أيضاً - : إذا وهبت المرأة لزوجها ضيعة على أن يمسكها ولا يطلقها فأمسكها زماناً ثم طلقها بعد ذلك ، فإن شرطت الإمساك وترك الطلاق وقتاً مؤقتاً وطلقها قبل مضي ذلك الوقت فالهبة باطلة ، وإن لم يشترط الإمساك وقتاً مؤقتاً فالهبة ماضية على الصحة ؛ لأنه وفي بالشرط .

وفي الجامع الصغير^(١) : إذا وهبت مهرها لزوجها على ألا يطلقها ، وقبل الزوج ، قال خلف : الهبة صحيحة والشرط باطل ، والهبة لا تبطل بالشرط^(٢) الفاسدة .
سئل [الفقيه]^(٣) أبو جعفر عن منع امرأته من السير إلى أبويها فقال لها : إن وهبت لي مهرك بعثتك إلى أبويك ، فقالت المرأة : أفعل ، ثم قدمها للشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بالبعض على الفقراء ، [أو على]^(٤) غير ذلك ، [وبعد ذلك]^(٥) لم يعثها الزوج إلى أبويها ومنعها ، قال : الهبة باطلة ، قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : لأنها بمنزلة المكرهة ، والله أعلم .

* * *

(١) في م : الأصغر .

(٢) في م : بالشرط .

(٣) سقط في م .

(٤) في م : و .

(٥) سقط في م .

الفصل الخامس

في هبة الوالدين للولد

إذا أراد الرجل أن يفضل بعض أولاده في الهبة في حالة الصحة، روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه لا بأس به إذا كان التفضيل بسبب زيادة فضل له في الدين، فإن كانوا سواء يُكره، هكذا ذكر في بعض المواضع^(١).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا بأس إذا لم يرد الإضرار بالباقي. وذكر في بعض المواضع: أن التفضيل لزيادة بره لا بأس بذلك، وإن كانا في البر سواء لا ينبغي أن يفضل، وإن كان في ولده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كي لا يصير مُعيّنًا له على^(٢) المعصية.

وفي العيون: إذا كان له ابن وابنة أراد أن يهب لهما، فالأفضل أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا قول محمد - رحمه الله - .

(١) اتفق الفقهاء على استحباب التسوية بين الأولاد في الهبة، وكرهية تفضيل بعضهم على بعض ومعنى ذلك أن الأب يعدل بين أولاده بالهبة والعطية، وإذا خص بعضهم بهبة دون بعض فهل يجوز له هذا التخصيص وتصح الهبة أو لا؟
اختلف أهل العلم - رحمهم الله - في ذلك على قولين:
القول الأول: يجوز للأب تخصيص بعض أولاده بالهبة، وتصح مع الكراهة. وهو مذهب الحنيفة، والمالكية، والشافعية.

القول الثاني: لا يجوز له ذلك، فإن فعل لم تصح الهبة، ويؤمر بالرد، أو بالعدل بإعطاء الآخرين. وهذا مذهب الحنابلة، والظاهرية. فإن كان حرمان بعض الولد لفسقه لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله، فقد اختلف القائلون به على قولين:
القول الأول: المنع من ذلك. وهو أحد قولي الحنابلة، ومقتضى مذهب الظاهرية.
القول الثاني: لا بأس بذلك. وهو القول الآخر عند الحنابلة.

ينظر: المبسوط (٥٦/١٢)، بدائع الصنائع (١٢٧/٦)، الفواكه الدواني (١٥٩/٢)، المهذب (٤٤٦/١)، روضة الطالبين (٣٧٨/٥)، المغني (٢٥٩/٨)، الإنصاف (١٧/٦٣)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبد البر، تحقيق: سعيد أحمد ومحمد الفلاح، قرطبة، القاهرة (٢٢٥/٧)، الاستذكار، لابن عبد البر (٢٢/٢٢)، المحلى (٩٥/٨).

(٢) في م: في.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يسوي بينهما .
قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : هو المختار .
وإن وهب ماله كله لابن جاز في القضاء، وهو [إثم نص] ^(١) عليه محمد
- رحمه الله - .

وقد صح أن رسول الله ﷺ قال في مثل هذه الصورة: «اتق الله». قال محمد في الأصل: كل شيء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه وذلك الشيء معلوم في نفسه فهو جائز، والبعض إن لم يعلم ما وهبه له، والإشهاد ليس بشرط لازم، فإن الهبة بالإعلام لكن ذكر الإشهاد على وجه الاحتياط تحريزاً عن الجحود. وإذا أرسل غلامه في حاجته ثم وهبه لابنه الصغير صحت الهبة؛ لأن العبد بعد الإرسال في حاجة في يد المولى حكماً، ولو لم يرجع العبد حتى مات الوالد فالعبد للولد ولا يصير ميراثاً عن الوالد؛ لأن الوالد بنفس الهبة صار قابضاً للولد؛ لأن قبض الإنسان مال نفسه قبض أمانة، وقبض الهبة قبض أمانة فينوب ما للأب من القبض عن قبض الهبة.

وكذلك لو وهب عبداً أباً له لابنه الصغير، فما دام مُتردداً في دار الإسلام تجوز الهبة ويصير الأب قابضاً لابنه بنفس الهبة، ذكر المسألة في الجامع .
وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : لو تصدق بعبد أبق له على ابنه الصغير لا يجوز، [وروى المعلى عنه: أنه يجوز] ^(٢) فحصل عن أبي يوسف
- رحمه الله - في المسألة روايتان .

وإذا ^(٣) كان العبد في يدي ^(٤) رجل وديعة وهبه صاحب العبد من ابنه الصغير،

(١) في أ: لم ينص .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: وإن .

(٤) في م: يد .

يجوز، وجعل الأب قابضًا؛ لأنه بيد مودعه.

ولو وهب عبدًا له في يدي^(١) رجل آخر بغصب أو رهن أو بشراء فاسد، لا يجوز، ولا يصير الأب [قابضًا]^(٢) لابنه الصغير بقبض هؤلاء.

وفي فتاوى أبي الليث - رضي الله عنه - : رجل وهب [لابنه الصغير]^(٣) دارًا والدار مشغولة بمتاع الواهب، جاز؛ لأن الشرط قبض الواهب هاهنا، وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب [لا يمنع قبض الواهب]^(٤).

وروي عن أبي حنيفة: أن الواهب إذا كان في الدار، أو كان فيها متاع الواهب أنه لا يجوز.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : رجل وهب دارًا لابنه الصغير وفيها ساكن بأجرة^(٥) فیده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم فيمنع قبض غيره فيمنع تمام الهبة، بخلاف ما إذا كان ساكنًا بغير أجر وكون الواهب فيها يقرر قبضه ولا ينفيه. وعن أبي يوسف - رحمه الله - برواية ابن سماعة: لو وهب لابنه الصغير دارا وهو ساكن فيها - يعني الواهب - لا يجوز كما في رواية أبي حنيفة - رضي الله عنه - . وعنه - أيضًا - : رجل تصدق بأرض زرعها [الأب]^(٦) على ولده الصغير جاز، وإن كان الزرع لغير الأب [لا يجوز؛ لأن المُستعير يده]^(٧) ثابتة على الأرض بصفة اللزوم، وأنها تمنع القبض للصغير بخلاف يد الأب.

(١) في م: يد.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بأجر.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: بإجارة لأن يد المستأجر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - في رجل تصدق بداره على ولده الصغير وله فيها متاع، وهو [فيها ساكن]^(١)، أو كان فيها ساكن بغير أجر ولم يفرغها، جازت الصدقة .

وإن كانت^(٢) في يدي^(٣) رجل بإجارة، لم تجز [الصدقة] .
 قيل: جوابه في^(٤) [الصدقة فيما إذا كان فيها ساكن بأجر أو بغير أجر يوافق جوابه في الهبة، وجوابه في الصدقة فيما إذا كان هو الساكن أو كان [فيها متاع]^(٥)، يخالف جوابه في الهبة، فقد روينا عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في الهبة: إذا كان الواهب في الدار، أو كان فيها متاع الواهب^(٦): أن الهبة لا تجوز .

سئل الفقيه أبو بكر عن امرأة وهبت مهرها [الذي]^(٧) على زوجها لابن صغير له، وقبل الأب، قال: أنا في هذه المسألة واقف؛ إذ^(٨) يحتمل الجواز كمن كان عبده عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه لابن المودع، فإنه يجوز .
 وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال: لا يجوز؛ لأنها هبة غير مقبوضة؛ لأنها في حكم المستهلكة .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وبه نأخذ .
 ولو قال الأب: وهبت هذا الشيء لابني الصغير، جازت الهبة من غير قبول؛ لأن الأب [متول في]^(٩) هذا، وكل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب كبيع الأب

(١) في م: ساكنها .

(٢) في م: كان .

(٣) في م: يد .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: الذهب .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: و .

(٩) في م: يتولى .

ماله من ابنه الصغير .

ولو اتخذ لولده الصغير ثيابًا ثم أراد أن يدفع إلى ولد آخر ليس له ذلك إلا أن يبين وقت الاتخاذ أنه عارية له ؛ لأن المُعتبر في هذا الباب المُتعارف و[في]^(١) العرف إنما يريدون بهذا البر والصلة، لكن العارية مُحمّلة فإن بين صح وإلا فلا .
وكذلك لو اتخذ لتلميذه ثيابًا ثم أبق وأراد أن يدفع إلى غيره وأراد الاحتياط وبيّن^(٢) أنه عارية، حتى لو أبق أمكنه الدفع إلى تلميذ آخر .



(١) سقط في م .

(٢) في م: تبين .

ومما يتصل بهذا الفصل :

قال محمد - رحمه الله - في الأصل : وقبض الأب والجد الهبة على الصغير جائز، سواء كان الصغير [في عيالهما]^(١) أو لم يكن، وكذلك وصيهما يجوز قبضهما الهبة على الصغير، سواء كان الصغير في عيالهما أو لم يكن، وأما غير الأب والجد نحو الأخ والعم والأم وسائر القرابات، القياس : ألا يملكوا قبض الهبة على الصغير وإن كان الصغير في عيالهم .

وفي الاستحسان : يملكون إذا كان الصغير في عيالهم، وكذلك وصي هؤلاء لا يملكون القبض إذا لم يكن الصغير في عيالهم، ويملكون القبض إذا كان الصغير في عيالهم، وكذلك الأجنبي الذي يعول اليتيم وليس لليتيم أحد سواه جاز له قبض الهبة عليه استحساناً .

ويستوي^(٢) في هذه المسائل التي ذكرناها^(٣) إذا كان الصبي يعقل القبض أو لا يعقل، هذا كله إذا كان الأب ميتاً أو حيّاً ولكن غائباً غيبة منقطعة، فأما إذا كان حيّاً حاضراً والصبي في عيال هؤلاء الذين ذكرناهم هل يصح قبض هؤلاء الهبة على الصغير؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب^(٤) نصّاً، إلا أنه ذكر في الأجنبي : إذا^(٥) كان يعول اليتيم وليس لهذا اليتيم أحد سواه، جاز له قبض الهبة عليه، وهذا الشرط يقتضي ألا يصح قبض هؤلاء إذا كان الأب حيّاً، ولم يفصل بينهما إذا كان الصغير في عياله أو لم يكن فظاهر ما أطلقه يقتضي ألا يصح .

وذكر في الأم : إذا وهبت له عبداً وأشهدت على ذلك، وأبوه ميت، جاز قبضها،

(١) في م : قريباً لهما .

(٢) في م : ويستثنى .

(٣) في م : ذكرنا .

(٤) في أ : الكتب .

(٥) في م : إن .

وهذا الشرط يقتضي أن^(١) يصح.

وذكر في الصغيرة التي يجامع مثلها، وهي في عيال الزوج: أنه إذا^(٢) قبضت هي أو الزوج جاز القبض، وهذا الإطلاق يقتضي أن يصح [القبض]^(٣) من الزوج حال حضرة الأب.

فمن المشايخ من سوى بين الجد والزوج والأم والأخ الذي يعوله، وقالوا: يصح القبض من هؤلاء على الصغير وإن كان الأب حاضرًا، وما [ذكر من الشروط]^(٤) وقع اتفاقًا في الكتب، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله -.

ومنهم من فرق بين الزوج وغيره، وقال: يصح قبض الهبة من الزوج عليها حال حضرة الأب، [ولا يصح قبض غيره حال حضرة الأب]^(٥) وإن كان الصغير في عياله، وإليه ذهب الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

ثم شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة إذا كان يجامع مثلها، فمن أصحابنا من قال: إذا كان لا يجامع مثلها، لا يصح قبض الزوج، عليها والصحيح أنه إذا كان يعولها وهي لا يجامع مثلها جاز قبضه عليها، وإنما شرط ذلك لبيان [أن]^(٦) العول لا يجب عليها إذا كانت لا يجامع [مثلها]^(٧)، فأما إذا عالها مع ذلك جاز قبضه عليها.

والصغيرة إذا لم بين الزوج بها لا يجوز قبض الزوج عليها ولكن يقبض الولي عليها.

(١) زاد في م: لا.

(٢) في م: إن.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ذكره من الشرط.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

وفسر الولي في شرح الطحاوي فقال: الولي أبوه، أو وصي أبيه، ثم جده ووصي جده، ثم وصي وصيه، ثم القاضي ومن ينصبه القاضي . ويجوز قبض الهبة عليها وإن كانت في عيال الزوج، وإن كان الصغير قد قبض الهبة بنفسه جاز قبضه استحساناً إذا كان يعقل، وهذا قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - . وإذا قبض الصبي الهبة بنفسه فقد كتب في أول الوصايا: أن قبول الهبة من الصبي صحيح إذا تمحضت الهبة منفعة في حق الصغير، أما إذا كان فيها ضرر للصبي لا يصح، حتى إذا وهب رجل لصبي عبداً أعمى في داره، وقبل، إن [كان]^(١) يشتري ذلك منه بشيء فإنه^(٢) يصح قبوله ولا يرد، وإن كان لا يشتري منه ويلزمه مؤنة النقل ونفقة العبد، فإنه يرد ذلك، ورد الهبة من الصبي الذي يعبر عن نفسه صحيح، ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب اللقيط، [والله أعلم بالصواب]^(٣) .



(١) سقط في م .
 (٢) زاد في أ: لا .
 (٣) سقط في م .

الفصل السادس في حكم العوض

[قال]^(١) في الأصل: إذا عوض الموهوب [له]^(٢) الواهب من هبته عوضًا وقبضه الواهب، فليس للواهب أن يرجع في هبته لحصول مقصوده، [وكذا ليس للموهوب له أن يرجع في عوضه لحصول مقصوده]^(٣)، وهو تأكد الملك في الموهوب، ويشترط أن يضيف الموهوب له العوض إلى الموهوب فيقول: هذا عوض عن هبتك، أو بدلها، أو مكانها، أو ما أشبه ذلك، [حتى إن الموهوب له إذا وهب للواهب شيئًا ولم يقل: هذا عوض هبتك، أو ما أشبهه]^(٤) من الألفاظ لا يصير عوضًا، بل يكون هبة مبتدأة، حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته، فإذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحله أو أعمره وقال: هذا عوض [عن]^(٥) هبتك، جاز في كتاب الهبة في باب العوض في الهبة، والملك لا يثبت للواهب في العوض إلا بالقبض بعد القسمة؛ لأن العوض في معنى هبة مبتدأة والتعويض من الأجنبي صحيح يبطل به حق الرجوع للواهب في الهبة؛ لأنه تصرف منه في ملكه يسقط به حق الواهب في الرجوع، ومثل هذا التصرف يصح من الأجنبي [فلا يكون للواهب حق الرجوع]^(٦) كصلح الأجنبي مع صاحب الدين عن دينه على غيره بمال نفسه فلو^(٧) صح التعويض من الأجنبي لا يكون للواهب حق الرجوع في هبته فلا يكون للمعوض حق الرجوع لا في العوض ولا في المعوض عنه سواء عوض عنه بأمره أو بغير أمره.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وإذا.

وإذا استحقت الهبة كان للمعوض أن يرجع في عوضه إذا كان قائمًا، وإن كان هالكًا ضمن^(١) قيمته إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - .

ورواية بشر: أن المعوض لا يضمن إذا استحقت الهبة والعوض مستهلك، وإذا^(٢) استحق العوض كان للواهب أن يرجع في هبته إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة فليس له أن يضمن الموهوب له قيمتها، وإن استحق نصف الهبة فللموهوب له أن يرجع بنصف العوض، وإن كان العوض قد هلك فبنصف قيمته، فإن قال الموهوب له: أرد ما بقي من الهبة وأرجع بجميع العوض، لم يكن له ذلك .

وإذا استحق بعض العوض من يد الواهب فأراد [الواهب]^(٣) أن يرجع ببعض الهبة، ليس له ذلك؛ فيكون ما بقي عوضًا عن الكل، فإن شاء أمسك الباقي من العوض ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء رد ما بقي ورجع بجميع الهبة، وإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها، أو^(٤) كانت الهبة دارًا والعوض بيت منها لم يكن عوضًا، وكان للواهب أن يرجع في الهبة استحسانًا .

وكذلك [إن كانت الهبة]^(٥) دراهم وثوبًا فعوضه الدراهم أو الثوب عن كل الهبة لم يكن عوضًا استحسانًا .

والحاصل: وهو أن عقد الهبة إذا كان واحدًا لا يصير بعض الموهوب عوضًا عن البعض، وأما إذا وهب له هبتين في عقدين مختلفين فعوضه أحدهما عن الآخر، كان عوضًا، قال في الكتاب: أخذ فيه بالقياس، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يكون عوضًا في الوجهين، ذكر قول أبي

(١) في م: ضمنه .

(٢) في م: وإن .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: وإن .

(٥) سقط في م .

يوسف في المتقى .

قال أبو يوسف لنفسه أصلاً: كل [هبة]^(١) من واهب يكون له أن يرجع فيها فإنها لا تكون عوضاً عن شيء وهبة معها أو قبلها أو بعدها، وإن رضي بها عوضاً، فإن كانت قد تغيرت بزيادة كانت هبة أي عوضاً؛ لأنه لم يكن له أن يرجع فيها. و[لو]^(٢) وهب له حنطة وطحن بعضها وعوضه دقيقاً من تلك الحنطة، كان عوضاً، وكذلك لو وهب له ثياباً وصبغ منها ثوباً بعصفر، أو خاطه قميصاً وعوضه إياه كان عوضاً، وكذلك لو وهب له سويقاً فلتَّ بعضه وعوضه.

قال في المتقى: إذا وقعت الهبة بشرط العوض، فهي كالبيع إذا تقابضا، وإذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر لم يصح بعد صورة الهبة بشرط العوض، [نحو]^(٣) أن يقول الرجل لغيره: وهبتك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب، فهذا التصرف ينعقد هبة ابتداء، حتى إنه لا يصح في الشائع حتى يتوقف الحكم وهو الملك على وجود القبض فيهما، وهو معنى قول الحاكم: إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، أنه لم يصح بعد ويتم معاوضة إذا وجد التقابض، حتى يرد بالعيب [ويرجع]^(٤) في الاستحقاق ويثبت للشفيع حق الشفعة.

وإذا وهب للصغير شيء فعوضه الأب من مال الابن لا يجوز، وإذا لم يجز التعويض فللواهب أن يرجع في هبته، [والله أعلم]^(٥).



-
- (١) سقط في م .
 (٢) سقط في م .
 (٣) سقط في م .
 (٤) سقط في م .
 (٥) سقط في م .

الفصل السابع

في حكم الرجوع في الهبة

يجب أن يعلم بأن الهبة نوعان: هبة لذي رحم محرم، وهبة لأجنبي، أو لذي رحم ليس بمحرم، أو لمحرم ليس بذي رحم، وفي جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم^(١)، وبعد التسليم له حق الرجوع في الرحم المحرم، وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا أن بعد التسليم لا ينفرد الواهب بالرجوع، [بل يحتاج فيه إلى القضاء، أو الرضا، وقبل التسليم ينفرد الواهب بالرجوع، وإذا وهب أحد الزوجين لصاحبه، لا يكون له الحق في الرجوع]^(٢) والمسألة معروفة.

وإذا وهب لامرأة شيئاً ثم تزوجها كان له حق الرجوع ما لم يصل إليه العوض. وإذا وهب لامرأته ثم أبانها لا يكون له حق الرجوع، وهذا دليل على أن المُعتبر حالة الهبة في الباب الأول من المختصر الثاني: إذا وهب لأخيه هبة وهو عبد يعني الأخ الموهوب له عبد، فله أن يرجع فيها.

وإذا وهب لعبد أخيه كذلك في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: ليس

(١) ذهب جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم إلى أن حق الواهب في الرجوع في الهبة يسقط بموته، ولا ينتقل إلى ورثته من بعده لأن الخيار في الرجوع فيها حق شخصي للواهب، ثبت له لمعان وأوصاف ذاتية فيه، والحق الشخصي لا يورث. ثم إن الشارع إنما أوجب هذا الحق للواهب، والوارث ليس بواهب. وأيضاً هو حق مجرد، والحقوق المجردة لا تورث ابتداءً، وإنما تورث تبعاً للمال، وورثة الواهب لا يرثون العين الموهوبة التي هي مال، فلا يرثون ما يتعلق بها من حق الرجوع.

ينظر: رد المحتار (٧٠١/٥، ٧٦٢/٦)، وتبيين الحقائق (٩٩/٥)، وشرح الخرشي (١٠٦/٧، ١٠٨)، وبداية المجتهد (٢١١/٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٠٢/٤)، والمدونة (١٢٠/١٥)، والفرق، للقرافي (٢٧٨/٣)، ومغني المحتاج (٢/٤٠١)، والمجموع شرح المذهب (٢١١/٩)، وأسنى المطالب (٤٨٤/٢)، وشرح منتهى الإرادات (٥٢٠/٢)، والمغني (٢٤٣/٨)، والبهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن الثُّؤلوي، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م (٢٤٦/٢)، والقواعد لابن رجب، ص (٣٤٢).

(٢) سقط في م.

له أن يرجع فيها، هذا إذا لم يكن بين الواهب وبين العبد الموهوب له قرابة، فإن كان العبد والمولى كل واحد منهما ذا رحم من الواهب، فإن كان أخو الواهب لأبيه عبد أخ الواهب لأمه فكذلك الجواب عندهما.

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وكان الفقيه أبو جعفر - رضي الله عنه - يقول: لا يرجع هاهنا.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: هو الصحيح في هذا الموضوع. ثم الرجوع في الهبة قد يمنع لمانع، والمانع أخذ العوض، و[أن يزداد]^(١) الموهوب في يديه خيرًا زيادة مُتصلة، حتى إن زيادة السعر لا تمنع الرجوع، وكذلك الزيادة المُنفصلة لا تمنع الرجوع في الأصل لما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. وأن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له، وأن يموت الواهب وأن يموت الموهوب له، وأن يهلك، وأن يتغير الموهوب [له]^(٢) من جنس إلى جنس لهلاك الموهوب لصيرورته شيئًا آخر.

ذكر في باب العطية من هبة الأصل: إذا وهب لرجل عبدًا مريضًا به جرح فداواه الموهوب له حتى برئ، فليس للواهب أن يرجع فيها للزيادة العينية الحاصلة عند الموهوب له.

وكذلك لو كان أصم أو أعمى فسمع أو أبصر. وأما إذا مرض في يد الموهوب له فداواه حتى برئ، كان للواهب أن يرجع فيه. وإذا كان الموهوب دارًا أو أرضًا فبنى في طائفة منها أو غرس شجرًا فلا رجوع، وهذا إذا كان ما بنى يُعَدُّ زيادة، وإن كان لا يُعَدُّ زيادة كالآرى، أو يعد نقصانًا كالتنور في الكاشانة لا يمنع الرجوع، فالمانع من الرجوع الزيادة في المالية بزيادة في العين، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

والنقصان في الهبة بفعل الموهوب له أو لا بفعله^(١) لا يمنع الرجوع .
الحسن بن زياد - رحمه الله - في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله : إذا وهب
الرجل ثوبًا فصبغه بسواد فله أن يرجع فيه .
قال ابن أبي مالك : كان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولاً في هذه المسألة
بقول أبي حنيفة - رحمه الله - : ثم رجع وقال : ربما أنفق على السواد أكثر مما أنفق
على بعض الأصباغ فأدى إلى زيادة فليس له أن يرجع .
من المشايخ من رجح قول أبي يوسف لما أشار إليه من المعنى .
ومن المشايخ من قال : إن أبا حنيفة - رضي الله عنه - ما قال بثبوت حق الرجوع
في سواد يزيد في قيمة الثوب ، [وإنما قال بذلك في سواد يتتقص قيمة الثوب]^(٢) .
ومنهم من قال : فتوى أبي حنيفة - رحمه الله - في مطلق السواد ؛ لأن السواد
آخر الألوان لأن الثوب لا يقبل [الثوب]^(٣) لوناً آخر بعده ، فصار السواد نقصاناً من
حيث إنه لا يقبل لوناً آخر .
وفي المنتقى ذكر هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل وهب لرجل جارية
أعجمية فعلمها القرآن والكلام والكتابة ، فللواهب أن يرجع فيها في قولهم
[جميعاً]^(٤) ، كذلك لو علمها عملاً آخر يريد بقوله : في قول عامة العلماء ، سوى
قوله ؛ لأنهم يقولون : ما أنفق عليها في ذلك لا يضمه^(٥) على رأس المال في بيع
المرابحة ، يشير إلى أن هذا ليس بزيادة على الحقيقة إذ لو كان^(٦) زيادة لكان ما أنفق
عليها في ذلك مضموماً^(٧) إلى رأس المال .

(١) في م : يفعل .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م : يضعه .

(٦) في م : كانوا .

(٧) في م : مضمونا .

قال محمد - رحمه الله - : وله أن يبيعها عليه مرابحة عندنا، فقد أشار إلى أن هذا زيادة على الحقيقة فلا يكون للواهب أن يرجع فيها.

ثم ذكر محمد - رحمه الله - لنفسه أصلاً: كلما زاد صلاحاً بفعل في العين فليس للواهب أن يرجع فيها، و[ما]^(١) كان بغير فعل أحد أو من غلاء السوق^(٢) فله أن يرجع فيه؛ وهذا لأن ما زاد صلاحاً بفعل في العين فهو زيادة [معنوية تبذل الأعراض بإزائها فيصير نظير الصبغ المتصل بالثوب ولا كذلك ما إذا زاد صلاحاً بغير فعل أحد]^(٣).

وأبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله-^(٤) وغيرهما من العلماء - رحمهم الله - يقولون: حق الرجوع حق [أثبتته الشرع]^(٥) لفوات غرض وهو العوض، فلا يؤثر في قطعه إلا زيادة لها عين قائم متصل لتعذر الفسخ بحكم الرجوع، ويصير المحل لمكان الزيادة في حكم الهالك.

وذكر بعد هذا عن^(٦) الحسن بن زياد عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا رجوع فيه.

قال: ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف. ذكر الحاكم: إذا ولدت الجارية الموهوبة ولدًا، فله أن يرجع في ولدها. وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : وهب لآخر كرباسًا فقصر الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع فيه: فرق بين هذا وبين الغسل.

(١) سقط في م.

(٢) في م: سوق.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٤٧/٦).

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ثبت للشرع.

(٦) في م: أن.

وفيه - أيضًا - : وهب لآخر عبدًا كافرًا فأسلم في يد الموهوب له ، فليس للواهب أن يرجع ؛ لأن الإسلام زيادة فيه^(١) .

وعن محمد - رحمه الله - : له أن يرجع فيه .

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : [رجل وهب]^(٢) لغيره تمرًا ببغداد فحمل الموهوب له التمر إلى بلخ ، ليس له أن يرجع فيه ، وإنه خرج موافقًا لما قاله محمد - رحمه الله - في السير الكبير : أن من وهب لرجل جارية في دار الحرب فأخرجها إلى دار الإسلام ، فليس للواهب أن يرجع فيها ؛ لأن الموهوب ازداد زيادة متصلة ، وقد مرت المسألة من قبل .

وفي المنتقى : محمد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : رجل وهب لآخر ثيابًا هروية بهراة ، فحملها إلى العراق ، أو وهب طعامًا بالعراق فحملة الموهوب له إلى مكة ، فليس للواهب أن يرجع فيها ، قال : لأنه ازداد ، قال : هذا إذا كانت قيمته في المكان المنقول إليه أكثر ، فأما إذا كانت^(٣) أقل ، أو كانا^(٤) على السواء ، فللواهب أن يرجع .

وفي البقالي ذكر الزيادة في موضع المسألة فقال : لو حمل الثياب إلى بلد وزادت قيمتها ، فإن كان أنفق في النقل مالا بأن أعطى في الكراء مالا ، لا يرجع بكل حال . وذكر القاضي الإمام ركن الدين علي السغدني - رحمه الله - في شرح الجامع الكبير في أبواب الأنفال : إذا كان الموهوب شيئًا لا حمل له ولا مؤنة فحملة الموهوب له إلى بلدة [يعز به]^(٥) ويغلو سعره ، فلا رجوع فيه ، ولو حمل إلى بلدة لا

(١) في م : كافية .

(٢) في م : وهب رجل .

(٣) في م : كان .

(٤) في م : كان .

(٥) في م : بقرية .

يعز فيه وكان سعره في البلدين على السواء ثم عز وغلا سعره، فللواهب الرجوع فيه كما لو غلا سعره [في بلده]^(١).

وفي المنتقى: رجل وهب لرجل وصيفاً فشب عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخاً، فأراد الواهب أن يرجع وقيمته الساعة أقل من قيمته حين وهبه، فليس له أن يرجع فيه؛ لأنه زاد من وجهه وانتقص من وجهه، وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك، ولو كان طويلاً يوم وهبه فطال عند الموهوب له، وكان [الطول]^(٢) ينتقص ثمنه، فهذه ليست بزيادة حقيقة، فلا يمنع الرجوع، ويكون الشيء زيادة صورة، نقصاناً معني، كالأصبع الزائدة وما أشبه ذلك، وإذا قضى القاضي ببطلان حق الرجوع للواهب لمانع، ثم زال المانع عاد الرجوع.

بيانه: إذا بنى في الدار الموهوبة بناء^(٣) فأبطل القاضي رجوع الواهب فيها بسبب البناء، ثم إن الموهوب له هدم البناء وعادت كما كانت، فله أن يرجع فيها. وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له، ثم وهبها الموهوب له لرجل آخر، ثم رجع فيها الواهب الثاني أو رد عليه، فللواهب الأول أن يرجع فيها، ولو وصل إلى الواهب الثاني بهبة أو صدقة أو إرث أو وصية أو شراء أو ما أشبهه، لم يكن للواهب الأول أن يرجع فيه.

يجب أن يعلم أن الرجوع في الهبة على رواية الجامع فسخ عند محمد - رحمه الله - سواء كان الرجوع بقضاء أو بغير قضاء، وكذلك على رواية الأصل من رواية أبي حفص.

وعلى رواية الأصل من رواية [أبي]^(٤) سليمان: فسخ إذا كان بقضاء، وإذا كان

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بنيانا.

(٤) سقط في م.

بغير قضاء فهو عقد جديد.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : هو فسخ على كل حال، فما ذكر من الجواب في الفصل الأول فيما إذا كان الرجوع بغير قضاء فهو يوافق رواية أبي حفص - رحمه الله - ورواية الجامع على قول محمد - رحمه الله - .

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : ويجوز تصرف الموهوب له في الهبة ما لم يحكم القاضي بنقضها، وإذا حكم فلا يجوز تصرفه، وكذلك قول محمد - رحمه الله - ، وأبي حنيفة - رحمه الله - .

يجب أن يعلم أن الرجوع في الهبة لا يصح إلا بقضاء أو رضا، فقبل قضاء القاضي وقبل رد الموهوب له الهبة على الواهب باختياره تصرف الموهوب له حصل في ملك نفسه فيصح، وبعدما قضى القاضي أو رد له الموهوب له الهبة باختياره، صار الموهوب ملكاً للواهب فلا يصح تصرف الموهوب له فيه .

وإن مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي به، لم يكن للواهب أن يضمه إلا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب، فحينئذ يصير مُتعدياً^(١) فيضمن لو لم [يبرأ؛ إذ]^(٢) الهبة بعد الرجوع، ولم يحكم به الحاكم

(١) التعدي في الفقه الإسلامي: وصف جامع يتسع مدلوله لغة واصطلاحاً إلى كل صور التعدي والعدوان، سواء فعل العمد أم الخطأ، ولا يبتعد التعريف الاصطلاحي عن اللغوي لدى الفقهاء، حيث عرفه ابن عرفة من المالكية بأنه: «التعدي هو التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه». وقيل: هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، وقيل: هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً، أو عرفاً، أو عادة. وقد عرّف بعض العلماء المحدثين التعدي بأنه: مخالفة أوامر الشارع ونواهيها، أو مخالفة الواجب العام شرعاً، أو عرفاً، أو عادة. وضبط بعض الباحثين التعدي بأنه: مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز، أو مجاوزة ما شرع إلى غير المشروع، أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً.

ينظر: بلغة السالك (٦٠٨/٣)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (١٦٤)، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، محمد حسين الشامي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م، مطبوعة بدار النهضة العربية، مصر - القاهرة، ١٩٩٠م، ص (١٠٦)، أساس المسؤولية التقصيرية، د. محمد صلاح حلمي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص (١٧٣).

(٢) في م: يتردا.

حتى وهب الموهوب له الهبة من الواهب وقبضه الواهب فهو بمنزلة رده، أو رد الحاكم.

إذا وهبت المنكوحة لزوجها حتى فسد^(١) النكاح، ثم رجع الواهب في الهبة، يعود النكاح.

ذكر الصدر الشهيد في «الخلافيات» في الطلاق الرجعي: ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب في مواضع: أن بالرجوع في الهبة يعود إلى الواهب قديم ملكه، والمراد من العود إلى قديم ملكه فيما يستقبل لا فيما مضى.

ألا ترى أن من وهب مال الزكاة من رجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع في الهبة بعد الحول لا يجب على الواهب زكاة ما^(٢) مضى، فلم يجعل قديم ملكه عائدًا إليه في حق زكاة ما مضى.

وكذلك من وهب لآخر دارًا وسلمها إلى الموهوب، ثم بيعت بجنبها دار، ثم رجع الواهب فيها، لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة [ولو عاد إليه قديم ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه لكان له الأخذ بالشفعة، والله أعلم]^(٣).



(١) في م: فسخ.

(٢) في م: فيما.

(٣) سقط في م.

الفصل الثامن

في الاختلاف الواقع بين الواهب والموهوب له والشهادة في ذلك

لو كان الموهوب جارية فأراد الواهب الرجوع فقال الموهوب له: وهبتها صغيرة فكبرت وزادت^(١) خيرًا، وقال الواهب: لا بل وهبتها لك كذلك، فالقول قول الواهب، وكذلك في كل زيادة.

أما في البناء والخياطة وغيرهما، القول قول الموهوب له، في آخر باب قبل باب الرقبى.

في هبة المنتقى: دار في يد رجل فقال الآخر: تصدقت بها عليّ وأذنت لي في قبضها، وقال الآخر: لم^(٢) أمرك وقبضت بغير إذني، فالقول للمتصدق.

ولو قال المتصدق عليه للمتصدق: كانت في يدي فتصدقت بها علي، فجاز ذلك، وقال المتصدق: لا، بل كانت حينئذ في يدي وقبضتها بغير أمري، فالقول للمتصدق عليه.

ولو قال المدعى عليه: [وهب لك]^(٣) والدي هذا العبد^(٤) فلم تقبضه إلا بعد موته، وقال الموهوب له: قبضت في حياته، والعين في يدي الذي يدعي الهبة، فالقول للوارث.

عبد في يدي رجل، جاء رجل وادعى أن صاحب اليد وهبه منه وسلمه إليه، وجحد صاحب اليد ذلك، فجاء المدعي ببينة شهدت على إقرار الواهب بالهبة والقبض، كان أبو حنيفة - رضي الله عنه - أولاً لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه الشهادة خالفت الدعوى؛ لأن المدعي ادعى معاينة القبض، والشهود شهدوا على إقرار الواهب بذلك، ثم رجع وقال: يقبل.

(١) في م: وازدادت.

(٢) في م: ما.

(٣) في م: وهبت.

(٤) في: العين.

وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - [وهذا بخلاف]^(١) الرهن والصدقة، ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين يمنع الشهادة بلا خلاف، فإن^(٢) شهد أحد الشاهدين على معاينة القبض، وشهد الآخر على إقرار الواهب [بذلك، ولو كان العبد في يد الموهوب له فشهد الشهود على إقرار الواهب]^(٣) بالقبض، جازت الشهادة على قول الأول والآخر، ولو كان الواهب أقر بذلك عند القاضي والعبد في يده أخذه^(٤) بإقراره، هكذا ذكر المسألة هاهنا ولم يذكر لأبي حنيفة - رضي الله عنه - قول أول وآخر، وذلك في كتاب الإقرار قوله الأول.

وقال مشايخنا: ما ذكر هاهنا أصح؛ لأن أكثر ما في الباب أن إقرار الواهب خالف دعوى المدعي؛ لأن المدعي ادعى معاينة القبض، والواهب أقر بالقبض؛ لأن الإقرار لا يبطل بمخالفة دعوى المدعي، فإن من ادعى على إنسان ألف درهم وأقر له المدعي عليه بمائة دينار صح إقراره.

إذا استودع رجل رجلاً وديعة، ثم وهبها له وجحد، وشهد عليه بذلك شاهدان ولم يشهدا بالقبض، فهذا جائز؛ لأن الهبة تثبت بالشهادة، وكون الموهوب في يد الموهوب له يثبت^(٥) بتصادقهما، وهذا كاف لتمام الهبة؛ لأن قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة.

قال: وإن جحد الواهب أن يكون في يده يومئذ، يعني: في يد المدعي يوم ادعى الهبة، وقد شهدت الشهود على الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على إقرار الواهب بالقبض، والهبة في يد الموهوب له يوم خاصم إلى القاضي، فإنه يجوز إذا كان الواهب حيًّا، وإن كان ميتًا فشهادتهما باطلة.

(١) في م: وعلى هذا الخلاف.

(٢) في م: بأن.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أخذنا.

(٥) في م: ثبت.

رجل وهب لرجل عبداً، وقبضه الموهوب له، ثم جاء رجل وأقام بينة أنه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض، أبطلت الهبة؛ لأن الشراء يوجب الملك بنفسه، فتبين أنه وهب وسلم ما لا يملك، وإن لم يشهدوا على الشراء قبل الهبة إنما شهدوا على الشراء لا غير فهو خصم للموهوب له، وكذلك إذا أرخ شهود الشراء شهراً أو سنة، فإن كان العبد في يد الواهب فأقام الموهوب له بينة أنه وهبه له وقبضه قبل الشراء، وأقام المشتري البينة أنه اشتراه قبل الهبة وقبضه، فالعبد لصاحب الشراء.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : اتفق الواهب والموهوب له أن الهبة كانت بشرط العوض ولكن اختلفا في مقدار العوض فقال الواهب: العوض ألف، وقال الموهوب له: خمسمائة، والعوض لم يقبض بعد، والموهوب قائم بعينه، فللواهب الخيار إن شاء قبض خمسمائة، وإن شاء رجع في الهبة، وإن كان الموهوب مستهلكاً رجع بقيمته إن شاء، وهذا بناء على أن الهبة من الأجانب موجبة للرجوع، والعوض المرضي^(١) به من جهة الواهب قاطع حق الرجوع، فإن شاء رضي بالعوض الذي عينه الموهوب له وترك حقه في الرجوع، وإن شاء لم يرض به ومال إلى الرجوع، وإن كان الموهوب مُستهلكاً رجع بقيمته؛ لأن الرضى بالقبض كان بشرط العوض المُقدر ولم يسلم له ذلك فبقي قبضه قبض ضمان فرجع بقيمته لهذا، وإن اختلفا في أصل العوض فقال الموهوب له للواهب: ما شرطت لك العوض أصلاً، فالقول قوله؛ لأنه يُنكر شرطاً زائداً يستغنى عنه تمام الهبة، ويكون للواهب الرجوع إذا كان الموهوب قائماً، وإن كان مُستهلكاً فلا شيء على الموهوب له؛ لأن العوض لم يثبت لما جعلنا القول فيه قول الموهوب له، والحكم في الهبة الخالية عن شرط العوض: أن الموهوب ما دام قائماً فللواهب الرجوع، وإذا هلك

(١) في م: الموصى.

فلا ضمان، ولكن يحلف الموهوب له هاهنا على دعوى الواهب بالله ما شرط العوض، يريد به إذا كان الموهوب مُستهلِّكاً؛ لأن الواهب يدعي القيمة في هذه الصورة فيحلف عليه في الأصل، وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له: أنا أخوك، أو قال: عوضتك، أو قال: إنما تصدقت بها علي، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب، وهذا استحسان، والقياس: أن يكون القول قول الموهوب له، [والله أعلم]^(١).



(١) سقط في م.

الفصل التاسع

في هبة الدين ممن عليه الدين

جائزة قياسًا، واستحسانًا، وهبة الدين من غير من عليه الدين جائزة
إذا أمره بقبضه استحسانًا^(١)

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الهبة: أن هبة الدين ممن عليه دين^(٢) لا تتم من غير قبول، والإبراء [يتم من غير]^(٣) قبول ولكن للمديون

(١) من الشروط الواجبة في الشيء الموهوب أن يكون مملوكا في نفسه، فلا يجوز هبة المباحات، وذلك لعدم الإحراز، ولأن الهبة تملك، وتمليك ما ليس بمملوك محال. كما يلزم أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب؛ لأن هبة مال الغير ممنوع بغير إذنه. ويستوي أن يكون المملوك للواهب عينا أو دينا:

أما هبة العين فظاهر الجواز لإمكانية قبضه بعينه.

أما هبة الدين: فإن كان الواهب قد وهب الدين لمن هو عليه فإنه جائز عند الفقهاء بلا خلاف، لأنه بمثابة إبراء للمدين أو إسقاط الدين عنه، ولا حاجة لقبض جديد.

أما هبة الدين لغير من هو عليه فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

الأول: الجواز. وهو مذهب الحنفية والمالكية ومقابل الأصح عند الشافعية، واختاره زكريا الأنصاري في المنهج.

وبني الجواز على أنه إنابة في قبض الدين، ولأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أنه يجبر المديون على تسليمه، إلا أن قبضه بقبض عينه؟ فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة، إلا أنه يفتقر إلى الإذن بالقبض صريحا، ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين. وهذا وجه الاستحسان عند الحنفية.

الثاني: عدم الجواز. وهو مذهب الشافعية في الأصح المعتمد، وبه قال الحنابلة، وهو القياس عند الحنفية.

ووجه القياس: أن القبض شرط جواز الهبة، وما في الذمة لا يحتمل القبض، وهو بخلاف ما لو وهب للمدين، لأن الدين في ذمته، وذمته في قبضه، فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة. واستدل الشافعية والحنابلة عليه: بأن الهبة على هذا الوجه غير مقدورة التسليم، وأن ما يقبض من الديون عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه.

ينظر: بدائع الصنائع (١١٩/٦)، والبحر الرائق (٣٠٩/٧)، وشرح الخرشي (٧/١٠٥)، ومنح الجليل (٨٦/٤)، ومغني المحتاج (٤٠٠/٢)، ومنهج الطلاب مع البجيرمي (٢١٧/٣)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (١١٢/٣)، والمغني مع الشرح (٦/٢٥٥)، والإنصاف (١٢٧/٧)، وكشاف القناع (٣٠٦/٤).

(٢) في م: الدين.

(٣) سقط في م.

حق الرد قبل موته إن شاء.

وعن زفر - رحمه الله - أنه يسوى بينهما، وقال: تتم الهبة والإبراء من غير قبول، وهذا الذي ذكرنا اختياره.

وذكر في بيوع واقعات الناطفي فصل الهبة على نحو ما ذكره شمس الأئمة - رحمه الله - وعامة المشايخ ذكروا في شرح كتاب الكفالة.

وفي شرح كتاب الهبة: أن هبة الدين ممن عليه الدين وإبرائه يتم من غير قبول [وترتد بالرد وإبرائه يتم من غير قبول]^(١)، وهكذا ذكر في أول [إقرار]^(٢) واقعات الناطفي.

وأما هبة الدين من الكفيل، وإبرائه عن الدين، فالهبة منه تتم من غير قبول ولا ترد بالرد، وإن وهب الدين للذي عليه الأصل، أو أبرأه فمات قبل الرد فهو بريء، لأن البراءة تتم من غير قبول، وإنما يرتد بالرد.

وكذلك لو كان ميتًا فأبرأه منه وجعله في حل منه فهو جائز؛ لأن البراءة تتم من غير قبول، فإن رد الوارث هذا الإبراء، يعمل رده ويقضى بالمال، وهذا قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: لا يعمل رده، والبراءة ماضية على حالها. فوجه قول محمد - رحمه الله -: أن الإبراء وقع^(٣) للميت لأن الدين عليه ولا يعمل رد الوارث.

ولأبي يوسف - رحمه الله -: أن الإبراء يقع للوارث معنى؛ لأن الدين انتقل إلى الوارث في حق أحكام الدنيا؛ ألا ترى أن المطالب بالدين هو الوارث فيعمل رده، ولو كان لرجل دين على عبد الغير فوهب الغريم الدين لمولاه صح، سواء كان على

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: واقع.

العبد دين أو لم يكن .

في كتاب المأذون في باب هبة العبد التاجر: ولو وهب الغريم الدين للوارث، صح بلا خلاف، وكذلك لو أبرأ الوارث عن الدين، صح بلا خلاف، فإن رده المولى هل يرتد برده؟

قيل: هو على الخلاف الذي تقدم في رد الوارث .

وقيل: هذا يرتد إجماعًا .

وإذا وهب غريم الميت الدين لبعض ورثة الميت، فالهبة لهم كلهم، في أول وصايا المحيط .

وإذا كان الدين بين رجلين فوهب أحدهما نصيبه للمديون، جاز، وإن وهب نصف الدين مطلقًا ينفذ [في] ^(١) الربع، كما لو وهب نصف العبد المشترك، هكذا ذكروا في الخلافات .

ومسألة الاستشهاد خلاف ظاهر الرواية، وظاهر الرواية: أن هبة جزء من الدين ^(٢) المشترك وبيعه ينصرف إلى نصيب البائع والواهب، ينظر في الباب الأول من إقرار الجامع، [والله أعلم] ^(٣) .



(١) سقط في م .

(٢) في م: العين .

(٣) سقط في م .

الفصل العاشر

في هبة الرجل لعبد غيره والرجوع فيها والاختلاف الواقع في ذلك

قال محمد - رحمه الله - في آخر الجامع في باب ما يكون خصمًا عن عبده: رجل وهب لعبده جارية وقبضها العبد، ثم أراد أن يرجع الواهب في الهبة والمولى غائب، فإن كان العبد مأذونًا فله ذلك، وإن كان محجورًا عليه لم يكن له ذلك حتى يحضر المولى.

أما الأول: فلأن الواهب يدعي حقًا فيما هو كسب المأذون بعقد جرى بين المدعي وبين المأذون [فيه]^(١) فينتصب المأذون خصمًا له، كما لو ادعى شيئًا في يد المأذون أنه اشتراه^(٢) منه، أو ادعى شيئًا في يد المأذون أنه ملكه مطلقًا، انتصب^(٣) خصمًا، سواء كان على المأذون دين أو لم يكن.

وأما الثاني: فلأن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى؛ ألا ترى أن من ادعى [عينًا]^(٤) في يده أنه اشتراه من المحجور، أو ادعى ملكًا مطلقًا، لا ينتصب خصمًا، وإن كان من كسب المحجور كان الفقه^(٥) فيه: وهو [أن]^(٦) للمأذون يدًا معتبرة على ما في يده كما للمكاتب، ولهذا لو باع المأذون ما في يده جاز بيعه، وليس للمحجور على ما في يده يد معتبرة، ولهذا لو باع [ما في يده]^(٧) لا يجوز، وإن كان من كسبه [فهذا بين لك]^(٨) أن يد المأذون يد نفسه ويد المحجور يد

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: اشترى.
- (٣) في م: ينتصب.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: العقد.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: بهذا تبين.

المولى حكماً، ولما كان هكذا كان في رجوع الواهب في الوجه الأول: إبطال يد العبد، فكان هو الخصم في ذلك ولا يشترط حضرة المولى.

وفي الوجه الثاني: في رجوع الواهب إبطال يد المولى حكماً، فكان المولى هو الخصم^(١) فيشترط حضرته، وإن قال العبد: أنا محجور، وقال الواهب: أنت مأذون ولي أن أرجع فيها قبل حضور مولاك، فالقول قول الواهب.
قالوا: وهذا استحسان.

والقياس: أن يكون القول قول العبد؛ لأنه مُتمسك بالأصل، وهو الحجر، وكان الظاهر شاهداً له؛ إلا أنا استحسنا وقلنا: القول قول الواهب مع يمينه على^(٢) علمه؛ لأن الهبة حين وقعت وقعت موجبة للرجوع، والعبد بقوله: أنا محجور، يدعي تأخير حق الواهب في^(٣) الرجوع إلى أن يحضر المولى والتأخير نوع إبطال حق، فيكون القول قول الواهب مع يمينه.

وما يقول: بأن الظاهر شاهد للعبد.

قلنا: نعم، ولكن إنما يجعل القول قول من يشهد له الظاهر إذا كان الظاهر^(٤) يدفع شيئاً عن نفسه، وهاهنا هو بالظاهر^(٥) يبطل حقاً مُستحقاً للواهب، وهو حق

(١) زاد في أ: في ذلك.

(٢) زاد في أ: من شاء قطع ومنه وكان القاطع مجهولاً وقت هذه المقالة ثم جوز رسول الله ﷺ ذلك لما أنه كان معلوماً وقت الأخذ واستدل -أيضاً- بجواز الهبة للمجهول من نشر السكر في عرس ونحوه فانتبهه الناس صار ذلك ملكاً لهم.

وحين نثر السكر فقد ملكه ممن ينهبه لأنه نثره للانتهاج ورضي أن يصير ملكاً لمن انتهبه والمتنهب بالانتهاج أحال ذلك التملك فصار ملكاً له، ألا ترى أن هذه الصورة المتنهب والمتنهب مجهول وقت الأمر بالانتهاج ولكن لما كانا معلومين وقت الانتهاج الذي هو وقت ثبوت الملك كفى ذلك للجواز ولمسألة نثر السكر فروعات كثيرة قد ذكرناها في كتاب الاستحسان.

(٣) في س: و.

(٤) في أ: بالظاهر.

(٥) في م: الظاهر.

الرجوع في الهبة فلا يلتفت إليه، ثم إنا حلفنا الواهب على العلم [لأن هذا تحليف على حجر المولى، والتحليف على فعل الغير يكون على العلم]^(١) ولو أقام العبد بينة أنه محجور لا تقبل بينته؛ لأن الواهب يدعي حقاً على العبد بعقد جرى بينه وبين العبد، والعبد بهذه البينة يثبت كونه مودعاً من جهة المولى لما مر أن المحجور فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى.

قلنا: ومن انتصب خصماً لإنسان يدعي الفعل عليه إذا أقام بينة على أنه مودع فلان بدفع^(٢) الخصومة لا تقبل بينته ولا تندفع عنه الخصومة، أما إذا أقام البينة على إقرار المدعي أنه مودع، فلأن تقبل بينته وتندفع عنه الخصومة بخلاف الوجه الأول. والفرق بينهما: وهو أنه إذا أقام البينة على أنه مودع فلان، فقد أقام البينة على [أن المدعي أحال]^(٣) الخصومة على غيره، وإذا أقام البينة على إقرار المدعي أنه مودع فلان فقد أقام البينة على أن المدعي أبرأه عن هذه الخصومة معنى؛ لأنه يريد إسقاط خصومة المدعي بمعنى وجد من جهة المدعي وهو إقراره، ومن انتصب خصماً يدعي^(٤) الفعل عليه لا تقبل بينته على إحالة الخصومة على غيره، وتقبل على إبراء المدعي إياه عن الخصومة، فلهذا افترقا.

[فرق]^(٥) بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب المأذون: [أن]^(٦) العبد إذا باع أو اشترى، ثم أقام البينة على أنه محجور، أو على إقرار العاقد [الآخر بذلك، حيث لا يقبل، وإنما كان كذلك؛ لأن هناك إنما لا يقبل؛ لأنه سعى في نقض ما تم به، وإن أراد إثباته بالبينة لم يسمع ذلك لصيرورته مُتناقضاً في هذا الإقرار بينما إذا

(١) سقط في م.

(٢) في م: تندفع.

(٣) في م: إحالة.

(٤) في م: بدعوى.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

أقام البينة على إقرار العاقد^(١) الآخر بكونه^(٢) محجورًا.
 ألا ترى أن البائع إذا كان حرًا فأقام البينة على أن ما باع كان حرًا، أو على إقرار المشتري أن ما اشترى كان حرًا، لا يسمع ذلك منه لما قلنا.
 أما في مسألة الجامع: إنما لا تقبل البينة على الحجر؛ لأنه ساع إلى نقض ما تم به؛ لأنه ساع إلى إبقاء^(٣) ما جرى بينهما من الهبة، لكن إنما لم يقبل؛ لأنها قامت إلى إحالة الخصومة على الغير، وهذا المعنى معدوم فيما إذا [كان أقام]^(٤) البينة على إقرار الواهب بالحجر، فلهذا افترقا، هذا إذا كان المولى غائبًا والعبد حاضرًا.
 وإن حضر المولى وغاب العبد فأراد الواهب أن يرجع في هبته، فإن كان الموهوب في يد العبد، لم يكن المولى خصمًا؛ لأن الواهب لا يدعي على مولى العبد عينًا في يده، ولا حقًا في عين [في يده]^(٥)، ولا دينًا في ذمته، والإنسان إنما ينتصب خصمًا لغيره بأحد هذه الوجوه، وإن كانت الهبة في يد المولى كان المولى خصمًا؛ لأن المولى يرغب أن ما في يده ملكه؛ لأن ما يأخذه المولى من عبده يكون ملكًا له إذا لم يكن على العبد دين ولم يعرف ثبوت الدين على العبد.
 ومن ادعى حقًا في عين في يد إنسان، والذي في يديه^(٦) العين يزعم أنه مالك له، انتصب خصمًا للمدعي كذا هاهنا.

فإن قال المولى: أودعني هذه الجارية عبدي^(٧) فلان ولا أدري وهبتها له أم لا، فأقام المدعي بينة على الهبة، فالمولى خصم؛ لأن المولى فيما يودعه عبده يكون

(١) سقط في م.

(٢) في م: يكون.

(٣) في م: إبداء.

(٤) في م: قام.

(٥) في م: يديه.

(٦) في م: يده.

(٧) في م: عبد.

مالكًا ولا يكون مودعًا، فالمولى بدعواه أنه أودعها إياه يزعم أنه مالك لها فينتصب خصمًا للمدعي في إثبات حق جرى بين المدعي وبين الغائب؛ لأنه يدعي حقًا فيما في يده بسبب جرى بينه وبين الغائب فينتصب خصمًا عن الغائب، كرجل في يديه عبد جاء رجل وادعى أنه قد اشتراه من فلان بكذا وهو يملكه وأقام على ذلك بينة، قضى له بذلك وصار^(١) خصمًا عن الغائب كذا هاهنا.

وإذا قضى القاضي بالجارية للواهب فقبضها الواهب فزادت في بدنها في يد الواهب، ثم حضر الموهوب له وأنكر أن يكون عبدًا، فالقول قوله، لكون الحرية أصلًا فكان له أن يأخذ الجارية؛ لأننا لما جعلنا القول قول الذي حضر في أنه حر، ظهر أن الذي كانت الجارية في يده كان مودعًا لا مالكًا، فظهر أنه ما كان خصمًا وأن بينة الواهب قامت على غير خصم فالتحقت بالعدم، فيرد القاضي الموهوب على الموهوب له بإقرار الواهب أنه كان في يد الموهوب له فيما مضى، ولا يمتنع الرد على الموهوب له بسبب الزيادة المتصلة؛ لأنه تبين أن الزيادة حصلت على ملك الموهوب له؛ لأنه ظهر أن رجوعه في الهبة لم يصح، واسترداد المملوك لا يمتنع بسبب الزيادة المتصلة، ثم ليس للواهب أن يرجع في الهبة؛ لأن الرجوع الأول لما بطل كانت الزيادة المتصلة حاصلة على ملك الموهوب له، وهذا يمنع الرجوع في الهبة.

وإن كانت الجارية قد ماتت في يد الواهب، كان للموهوب له الخيار إن شاء ضمن قيمتها، وإن شاء ضمن المودع؛ لأنه لما ظهر بطلان الرجوع في الهبة ظهر أن القابض قبض مال الغير بغير إذنه، وأن المودع دفع الوديعة إلى غير المالك بغير إذن المالك، فصار كل واحد في حق المالك بمنزلة الغاصب، فلهذا كان له الخيار في التضمين، فإن ضمن الواهب لا يرجع على المودع بما ضمن؛ لأن المودع غاصب، والواهب بمنزلة غاصب الغاصب، وغاصب الغاصب لا يرجع على الواهب بما

(١) زاد في م: الحاضر.

ضمن - أيضًا - باعتبار أن في زعم المودع أن الرجوع صحيح هاهنا لما [أقر]^(١) أن الغائب عبدي وقد أخذ بعض مالي حيث ضمنني، وما يأخذ العبد عن مولاه [لا يزول عن مولاه]^(٢) فلم يلحق المودع [غرم]^(٣) بما دفع إلى مولاه، فلا يكون له أن يرجع بذلك على صاحبه، ثم أوجب الضمان في الكتاب على المودع ولم يحك فيه خلافاً.

وذكر الكرخي: أن هذا قول محمد - رحمه الله-؛ لأن المودع بما أقر من رق الغائب صار مُسلطاً للقاضي على الوديعة فصار مُضيئاً له. فأما عند أبي يوسف - رحمه الله - : لا يضمن، إذ^(٤) الدفع حصل بقضاء القاضي، وفي مثل هذا لا يجب الضمان على المودع. وإن قال المولى: قد علمت أنك وهبتها للذي أودعني إلا أنه ليس [بعبد لي]^(٥)، وأقام المدعي بينة على أن فلاناً الغائب عبده، لا تقبل هذه البينة إن كان العبد حيّاً؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات الملك في نقل^(٦) غائب عن مجلس [القضاء]^(٧) فلا تقبل.

وإن قال الواهب: ليس لي بينة وطلب يمين المودع بالله أن الغائب ليس [بعبد له]^(٨) استحلفه القاضي؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا^(٩) أنكر استحلف رجاء النكول، فإذا حلف برئ عن الخصومة، وإن نكل لزمته الخصومة؛ لأن

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: إذا.

(٥) في م: بعدنا.

(٦) في م: بعد.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: بعده.

(٩) في م: فإن.

النكول بمنزلة الإقرار.

ولو أقام [المدعي البينة]^(١) على إقرار المولى أن فلاناً عبده تقبل بيته وقضى بالرجوع؛ لأن هذه بينة قامت على إثبات كلام الحاضر وهو الإقرار، والإنسان خصم فيما يدعى عليه من الإقرار، والقضاء بذلك لا يتعدى إلى غيره فيقضي عليه القاضي بذلك، كما لو أقر بدين بين يدي القاضي.

وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب عبد هذا الرجل وإنه قد مات، قُبلت بيته وصار ذو اليد خصماً، وإن أقام المدعي بينة على أن الغائب كان عبده وأنه اشتراه من فلان بألف درهم وقبضه فلان منه، لم تقبل بيته؛ لأن فيه إثبات الملك في المنقول وهو غائب عن مجلس القضاء، وفيه إثبات الملك للمشتري بالبيع وهو غائب، فلا يقبل.

وإن أقام المدعي بينة على إقرار الذي في يديه الجارية أنه قد باع فلاناً الغائب من فلان، ولم تقم البينة على إقراره أن الغائب عبده، فالقاضي لا يقبل هذه البينة ولا يجعل الذي في يديه خصماً؛ لأن هذا الإقرار لو ثبت معاينة لا يصير صاحب اليد خصماً؛ لأن الإقرار ببيع الغائب لا يكون إقراراً بأنه عبده لا محالة؛ لأن الإنسان كما يبيع عبد نفسه يبيع [عبد]^(٢) غيره - أيضاً - وإذا لم يكن هذا الإقرار مُلزماً إياه شيئاً لم يكن في إثباته^(٣) بالبينة معنى وفائدة، فلهذا لا يقبل القاضي هذه البينة، والله أعلم.



(١) في م: بينة.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: إثبات.

الفصل الحادي عشر

في الهدية الواقعة بين الزوجين ويتناول الأبوين من المهدي إلى الصغير وفي تناول الأب مال ولده

رجل قدم من السفر وجاء بهدايا إلى منزل عبده، وقال له: اقسم هذه الأشياء بين أولادك وبين امرأتك وبين نفسك، إن كان المهدي قائمًا يرجع في البيان إليه، وإن لم يكن ففيما يصلح للنساء خاصة فهي للنساء، وما يصلح للصغار من النساء فهي لهن، وما يصلح للصغار من الذكور فهي لهم، وما يصلح للرجل خاصة فهو له، وما يصلح للرجل والمرأة جميعًا ينظر فيه إلى المهدي، إن كان من أقارب الرجل أو من معارفه فهو له، وإن كان من أقارب المرأة أو من معارفها فلها، فإن^(١) التعويل على العادة.

في فتاوى أهل سمرقند: رجل اتخذ وليمة للختان فأهدى الناس هدايا ووضعوا بين يدي الولد، فهذا على وجهين: إما أن قال: هذا للولد، أو لم يقل، والجواب في الوجهين واحد.

وإن كانت الهدية^(٢) تصلح للصبيان مثل ثياب الصبيان أو شيء يستعمله^(٣) الصبيان فالهدية للصبي اعتبارًا للعرف والعادة، وإن كانت الهدية تصلح للأبوين ولا تصلح للصبي كالدرهم والدنانير ومتاع البيت، ينظر: فإن كان من أقرباء الأب أو من معارفه فهو للأب، وإن كان من أقرباء الأم أو من معارفها فهي للأم اعتبارًا للعرف والعادة^(٤)، فالحاصل: أن التعويل في مثل هذا [على]^(٥) العرف والعادة، حتى لو

(١) في م: فإذن.

(٢) في م: الهبة.

(٣) في م: يشتغله.

(٤) زاد في م: أو كالدرهم والدنانير.

(٥) سقط في م.

وجد سبب أو وجه يستدل به على [غير]^(١) ما قلنا يعتمد على ذلك .
وكذلك إذا اتخذ وليمة لزفاف ابنته إلى بيت زوجها فأهدى أقرباء الزوج أو أقرباء
المرأة، وهذا كله إذا لم يقل المهدي: أهديت للأب^(٢) أو للأم في المسألة الأولى،
فللزوج، أو للمرأة في المسألة الثانية، وتعذر الرجوع إلى قول المهدي، [أما إذا
قال، فالقول قول المهدي]^(٣) في الباب الأول من الوقاعات .

ولو أهدى للصغير من المأكول شيء هل يُباح لوالديه أن يأكلا منه؟
روي عن محمد - رحمه الله - : أنه يُباح، وأكثر [المشايخ ببخارى]^(٤) على أنه
لا يُباح .

وفي كراهية فتاوى سمرقند^(٥) : إذا أهدى الفواكه إلى الصبي الصغير يحل للأب
وللأم الأكل إذا أريد بر الأبوين لكن أهدى للصغير استصغاراً للهدية .

وإذا احتاج الأب إلى مال ولده، فإن كان^(٦) في المصر فاحتاج لفقره أكل بغير
شيء، وإن كان في المفازة واحتاج لانعدام الطعام معه، ولو قال: آكل بالقيمة
لقوله ﷺ : «الأب أحق بمال ولده إذا احتاج إليه بالمعروف»^(٧) والمعروف أن
يتناوله^(٨) بغير شيء إن كان فقيراً، وبالقيمة إن كان موسراً .

وفي كراهية واقعات الناطفي: رجل وابنه في الصحراء وفي مفازة ومعهما من
الماء ما يكفي أحدهما، من أحق بالماء؟

(١) سقط في م .

(٢) في م: للأم .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: مشايخ بخارى .

(٥) زاد في أ: بأنه .

(٦) في م: كانا .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً (٥١٨/٤) من طريق عبد الأعلى، عن محمد ابن الحنفية، عن
علي، قال: «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِمَالِ وَلَدِهِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا، فَإِذَا كَبُرَ وَاحْتَارَ مَالَهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ» .

(٨) في م: يتناول .

قال: الابن أحق بالماء؛ لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه مات هو من العطش فيكون هذا إعانة على قتل نفسه، وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه، فصارا^(١) كرجلين أحدهما قتل نفسه، والآخر قتل غيره، فقاتل نفسه أعظم إثماً، والله أعلم.



(١) في م: فصار.

الفصل الثاني عشر

في هبة المريض

[قال^(١) في الأصل: ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته إلا إذا قبضت، جازت من الثلث^(٢)، [وإذا مات الواهب قبل التسليم، بطلت.

(١) سقط في م.

(٢) العطاء المنجز كالهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال، أما إذا كان العطاء في المرض الذي مات فيه فهو من الثلث في قول جمهور الفقهاء؛ لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» والحديث يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث؛ ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت، فكان عطية في مرض الموت في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية. وقد جعل جمهور الفقهاء لهبة المريض أحكامًا تختلف عن أحكام هبة الصحيح، وفرقوا بين ما إذا قبضها الموهوب له قبل موت المريض الواهب، وبين ما إذا لم يقبضها قبله. وإذا وهب المريض غير المدين شيئًا من ماله، فإما أن يكون الموهوب له أجنبيًا عنه، وإما أن يكون وارثًا له:

أ- فإن كان الموهوب له أجنبيًا عن المريض، وقبض العين الموهوبة، والمريض الواهب غير مدين، فيفرق بين ما إذا لم يكن للواهب وارث، وبين ما إذا كان له وارث. فإن لم يكن له وارث، فقال الحنفية: إن هذه الهبة صحيحة نافذة، ولو استغرقت كل ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد.

وقال الشافعية، والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض؛ لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم، فبطلت.

أما إذا كان للمريض ورثة، فقد اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على نفاذ هبة المريض في هذه الصورة إن حملها ثلث ماله، أما إذا زادت على الثلث، فيتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن رده بطل. وتعتبر إجازتهم لو وقعت تنفيذًا وإمضاء لهبة مورثهم، إلا على قول للشافعي، وقول مشهور عند المالكية، حيث اعتبرها ابتداء عطية منهم.

ينظر: المبسوط (١٠٣/١٢) وينظر: مادة (٨٧٧) من مجلة الأحكام العدلية، وحاشية ابن عابدين (٥٢١/٢)، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، محمد أمين ابن عابدين، دار المعرفة، لبنان، بيروت، بالمطبعة الكبرى الأميرية، مصر، القاهرة، ط (٢)، ١٣٠٠هـ (٨٥/٢)، وشرح معاني الآثار (٣٨٠/٤)، وكفاية الطالب الرباني (٢٣٥/٢)، والقلوبي على المحلى (١٦٢/٣)، والأم (٣٠/٤)، والمهذب (٤٥٧/١)، ومغني المحتاج (٤٧/٣)، ونهاية المحتاج (٥٥/٦)، والمغني لابن قدامة (٧١/٦) وما بعده، والمغني مع الشرح الكبير (٢٨٦/٦)، البهجة شرح التحفة، للتسولي (٢٤٠/٢).

يجب أن يعلم بأن هبة المريض عقد وليست بوصية واعتبارها من الثلث^(١) ما كان؛ لأنها وصية، ولكن لأن حق الورثة يتعلق بمال المريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه^(٢) بقدر ما جعل الشرع له وهو الثلث، وإذا كان هذا التصرف [هبة عقد]^(٣) يشترط له سائر شرائط الهبة، ومن جملة شرائطها: قبض الموهوب له قبل موت الواهب، ولم يوجد فبطلت ضرورة.

مريض وهب داره لرجل وسلمها إليه، ثم مات ولا مال له غير الدار، ولم تجز الورثة الهبة ونقضت في الثلثين، لم تبطل الهبة في الثلث، وبهذه المسألة يتبين أن ملك^(٤) الورثة واستحقاقهم يثبت بسبب مقصور على حالة الموت ولا يستند إلى أول المرض، إذ لو استند لتبين أن الهبة وجدت وثلث^(٥) الدار ملك الورثة، فصار المريض واهبًا ثلث الدار شائعًا، وهبة ثلث الدار شائعًا لا تجوز.

وذكر محمد بن موسى الخوارزمي صاحب كتاب الجبر والمقابلة في كتابه: أن المريض إذا وهب جاريته من رجل وسلمها إلى الموهوب له فوطئها الموهوب له، ثم مات الواهب ولا مال له غير الجارية، ولم تجز الورثة الهبة ونقضت في الثلثين، كان على الموهوب له ثلثا عقر الجارية للورثة، وهذا يشير إلى أن حق الورثة يستند ولا يقتصر على حالة الموت [ولا يستبدل]^(٦).

ذكر جواب هذه المسألة على هذا الوجه ولم يسنده إلى أصحابنا لو كان ما ذكر^(٧) صحيحًا لبطلت الهبة في الثلث الباقي في مسألتنا، لكن لا يكاد يصح؛ لأنه مخالف

(١) سقط في م.

(٢) في م: يريد.

(٣) في م: عقدا.

(٤) في م: ذلك.

(٥) في م: ثلثا.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: هو.

لجواب كتب أصحابنا - رحمهم الله - ففي سائر كتب أصحابنا: أن حق الورثة وملكهم لا يستند بل يقتصر، وأن العقر لا يجب.

وفي المنتقى: مريض وهب عبده لرجل وعليه دين يحيط بقيمته ولا مال له غير العبد، فأعتقه^(١) الموهوب له قبل موت الواهب، جاز، ولو أعتقه^(٢) بعد موته، لا يجوز؛ لأن بالموت يتبين أن هذا مريض مرض الموت وأن لهذا الإعناق حكم الوصية، والوصية لا تعمل حال قيام الدين.

وفيه - أيضًا - : رجل وهب عبدًا له في مرضه ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له قبل موت الواهب ينفذ عتقه، وإذا مات الواهب بعد ذلك فلا سعاية على العبد. في المنتقى: رجل وهب عبده المريض ورجع فيه بغير [قضاء فرد]^(٣) إليه المريض، قال^(٤): يجوز من الثلث.

قال: ولو رجع [فيه]^(٥) بقضاء، فسخ من كل وجه.

وذكرنا اختلاف الروايات في الرجوع بغير قضاء عن محمد - رحمه الله - فما ذكر من الجواب في هذه المسألة يوافق [رواية]^(٦) أبي سليمان فإنه اعتبر الرجوع بغير قضاء عقدًا جديدًا في حق الورثة.

وفيه - أيضًا - : مريض وهب جاريته^(٧) فردها الموهوب له على الواهب بهبة منه فهو [جائز]^(٨) بمنزلة ارتجاعه منه، وليس لورثة الموهوب [له]^(٩) أن يرجعوا في

(١) في م: فأعتق.

(٢) في م: فأعتق.

(٣) في م: حكم فيرده.

(٤) زاد في م: لا.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: لمريض.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

شيء مما وهب، فقد اعتبر الرجوع في هذه المسألة فسحاً من كل وجه، وأنه يوافق رواية أبي حفص عن محمد - رحمه الله - .

مريضة وهبت صداقتها من زوجها، فهذا على وجهين: إما أن برئت من مرضها، أو ماتت من مرضها، ففي الوجه الأول: صح

وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين: أما إذا^(١) كانت مريضة غير مرض الموت، أو مريضة مرض الموت، ففي القسم الأول: كذلك الجواب، وفي القسم الثاني: لم يصح إلا بإجازة الورثة، وحد مرض الموت تكلموا فيه، والمُختار للفتوى إذا كان الغالب^(٢) منه الموت كان مرض الموت، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، في الباب الأول من الوقعات، [والله أعلم]^(٣).



(١) في م: إن.

(٢) في م: بالغا.

(٣) سقط في م.

الفصل الثالث عشر

في الصدقة

قال محمد - رحمه الله - في «الأصل»: والصدقة بمنزلة هبة في المشاع وغير المشاع في حاجتها إلى القبض؛ لأنها تبرع كالهبة، قال: إلا أنه لا رجوع في الصدقة إذا تمت، فقد بقي الرجوع في الصدقة مطلقا من غير فصل بينهما إذا كان المتصدق عليه غنيا أو فقيرا، واختلف المشايخ فيه.

فمنهم من قال: ما ذكر من الجواب محمول على ما إذا كان المصدق عليه فقيرا، أما إذا كان غنيا، كان للمتصدق حق الرجوع؛ لأن الصدقة على الغني هبة كما أن الهبة من الفقير صدقة.

ومنهم من سوى بين الفقير والغني. فظاهر الإطلاق في «الكتاب» يدل عليه. وذكر في «المنتقى»: أنه لا رجوع في الصدقة سواء كانت الصدقة على فقير أو غني، قال ثمة: القياس في الصدقة على الغني، الرجوع استحسانا. وقلنا: بأنه لا رجوع؛ لأن التنصيص على الصدقة دليل على أن غرضه الثواب، قال عليه السلام: «الصدقة ما يبتغى به وجه الله»^(١) والصدقة على الغني قد تكون شيئا في الثواب، كأن كان له نصاب وعيال لا يكفيه فيكون في الصدقة عليه ثوابان، وأما إذا وهب الفقير شيئا فلا رجوع فيه استحسانا.

ذكر المسألة في «الكتاب» مطلقا.

وذكر في بعض المواضع: إذا وهبها منه وهو محتاج على وجه الصدقة. وذكر في بعضها: إذا وهبها من الفقير وهو عالم بحاله، قال في «الأصل»: وكذا إذا أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة ولم ينص على الصدقة، فلا رجوع فيها استحسانا.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٢٦٤)

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد: رجل تصدق على رجل بصدقة وسلمها إليه؛ له الصدقة، فأقاله، لم يجز حتى يقبض؛ لأنها هبة مستقبله^(١)، كذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم.

وقال: كل شيء لا يفسخه القاضي إذا اختصما إليه فهذا حكمه، وكل^(٢) شيء فسخه القاضي إذا اختصما إليه فأقاله الموهوب، فهو مال للواهب، وإن لم يقبض. يجب أن يعلم بأن الصدقة لا تقبل الإقالة والفسخ، فنجعل إقالة الصدقة تمليكاً مبتدئاً وهبة مبتدئة؛ لأن في الإقالة معنى التملك فيجعل إقالة الصدقة مجازاً عن معناها وهو التملك المبتدئ عند تعذر العمل بالحقيقة، والهبة ابتداء لا تعمل قبل القبض، وكذلك الوجه في كل هبة لا يفسخها القاضي إذا اختصما إليه، أما كل هبة يفسخها القاضي إذا اختصما فيها إليه فالعمل بحقيقة الإقالة فعملنا بحقيقتها، وفي الإقالات لا حاجة إلى القبض كما في باب البيع، فتعود العين إلى ملك الواهب بنفس الإقالة من غير أن يحتاج فيه إلى القبض.

وفيه أيضاً: إذا تصدق بداره على امرأته وعلى ما في بطنها وهي حامل، لم يجز في شيء من الصدقة.

قال: وليس ما في بطنها بمنزلة الربح والحائط والميت ومن لا يملك بوجه من الوجوه لتكون الصدقة كلها للمرأة.

وكذلك لو قال لها: تصدقت عليك وعلى الرجل الذي في هذا البيت، ففتح الباب فإذا ليس فيه أحد، إنما هذا بمنزلة رجل قال: تصدقت بهذه الدار على بني

(١) قال محمد في الأصل (٣/ ٤٠١): «قلت: أرأيت رجلاً تصدق على رجل بعبد ودفعه إليه وقبضه المتصدق عليه للمتصدق أن يرجع في صدقته؟ قال: لا. قلت: وإن كانت قائمة بعينها لم تزد خيراً؟ قال: وإن؛ ليست الصدقة في هذا بمنزلة الهبة.

قلت: أرأيت الصدقة على ذي الرحم المحرم وعلى غير ذي الرحم المحرم سواء، إذا قبضت الصدقة لم يكن لصاحبها أن يرجع فيها؟ قال: نعم، لا يستطيع الرجوع فيها. قلت: أرأيت إن لم يقبضها المتصدق عليه أنه أن يرجع فيها؟ قال: نعم».

(٢) في م: في كل.

الصغار الثلاثة وهو يرى أنهم أحياء وكان بعضهم ميتا يوم قال هذا القول وهو لا يعلم، فالصدقة باطلة، ولو قال هذا وهو يعلم بموت الميت، جازت الصدقة كلها للحي منهم.

أشار إلى أن الإيجاب إذا وقع لمن يملك ومن لا يملك بوجه من الوجوه، كان الإيجاب بكماله لمن يملك، وعند ذلك لا يتمكن الشيوخ، فيجوز الإيجاب، وإذا وقع الإيجاب لشخصين كل واحد منهما ممن يملك بوجه من الوجوه، فالإيجاب يكون لهما، وعند ذلك يتمكن الشيوخ من أحد الجانبين، فيمتنع جواز الإيجاب على قول من يرى الشيوخ من أحد الجانبين.

وكذلك لو قال لها: تصدقت عليك وعلى غلامي، أو عليك وعلى نفسي بهذه الدار، لم يجز.

وإذا تصدق على رجل بصدقة وسلمها إليه ثم مات المُتصدق عليه، والمتصدق وارثه فورث تلك الصدقة، فلا بأس عليه فيها، كذا ذكر في هبة الأصل.

وفيه - أيضاً - : إذا قال: جعلت داري هذه صدقة في المساكين فمن^(١) كان حياً يؤمر بالتصدق، وإذا مات قبل تنفيذ الصدقة فالدار والغلة ميراث عنه.

وفيه - أيضاً - : إذا قال: جميع مالي صدقة في المساكين، فهذا على الأموال التي يجب فيها الزكاة، وما لا زكاة فيه لا يدخل استحساناً.

وكذلك [إذا قال]^(٢): جميع ما أملك عند بعض المشايخ، وعند بعضهم يدخل جميع ما يملكه قياساً واستحساناً.

وفي الحاوي: إذا قال: لله علي أن أتصدق [بهذا الدرهم]^(٣) فتصدق بغيره أجزأه، وإن لم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه.

(١) في م: فما.

(٢) سقط في م.

(٣) في س: بهذه الدراهم.

وفي الفتاوى، قال أبو بكر - رحمه الله - : إذا كان الرجل مُحتاجًا، فالإنفاق على نفسه أفضل من الصدقة.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا كان يعلم أنه لو أنفق على غيره [يصبر على الشدة، فالإنفاق على غيره]^(١) أفضل.

وفيه - أيضًا - : لا بأس بالتصدق على الذين^(٢) يسألون الناس إلحافًا، ويأكلون، ما لم يظهر للمتصدق [أنه بتصدقه]^(٣) عليه ينفق في المعصية.

وعن الحسن البصري - رحمه الله - فيمن يخرج كسرة إلى مسكين فلم يجده، قال: يضعها حتى [يجيء]^(٤) آخر فإن أكلها أطعم مثلها.

وقال إبراهيم النخعي - رحمه الله - مثله.

وقال عامر الشعبي: هو بالخيار إن شاء قضاها، وإن شاء لم يقضها، لا تجوز الصدقة إلا بالقبض.

قال مجاهد: من أخرج صدقة فهو بالخيار إن شاء أمضى، وإن شاء لم يمض. وعن عطاء مثله.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وهو المأخوذ [به، والله أعلم]^(٥).



(١) سقط في م.
 (٢) في م: المكذبين.
 (٣) في م: أن يتصدق.
 (٤) سقط في م.
 (٥) سقط في م.

الفصل الرابع عشر

في المتفرقات

هبة البناء [بدون الأرض]^(١) جائزة، وقد نص في كتاب الشفعة: إذا قال: اشترت الأرض والبائع وهب البناء لي، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتها، فالقول قول المشتري.

رب الدين إذا بلغه موت غريمه، فقال: جعلته في حل، [أو قال: جعلته له]^(٢)، أو قال: وهبته له، ثم ظهر أنه حي، قال: ليس له أن يأخذه منه؛ لأنه وهبه له مُطلقًا.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - في كتاب الغصب في فتاوى أهل سمرقند: إذا أقر أنه وهب من فلان عبدًا، فهذا إقرار بهبة صحيحة؛ لأن الصحة أصل، ويكون إقرارًا بقبض الموهوب له؛ لأن قبض الموهوب [له]^(٣) بمنزلة الركن، والإقرار بالعقد كالإقرار بالركن.

وفي العيون: أن من قال لآخر: وهبت [لي]^(٤) ألف درهم، ثم قال: بعدما سكت: لم أقبضها، فالقول قوله؛ لأن الهبة هبة بدون القبض، وهذا الذي ذكر في العيون أشبه بالعقد وأقرب إلى ما ذكر في أيمان الجامع.

إذا قال لغيره: وهبت نصيبي من هذا العبد لك، ولم يعلم الموهوب له كم نصيبه، صحت الهبة.

من عليه الدين إذا وهب مالا من رب الدين، يملك رب الدين الهبة^(٥) دون

(١) في م: بغير أرض.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بالهبة.

الدين، في الزيادات في باب^(١) الحوالة.
ذكر في كتاب الصيد حديثاً يدل على أن الهبة والهدية [مشاركة بين جلسائه وبين المهدى إليه.

قال الطحاوي^(٢): إذا كانت الهبة شيئاً لا يحتمل القسمة كالثوب، أو ما لا يؤكل في الحال كاللحم، ونحوه، لا يجعل لأصحابه منه شيئاً، وإن كانت الهبة شيئاً يحتمل القسمة وهو مهيأ للأكل يجعل لأصحابه من ذلك حظاً ويمسك البقية لأهله. وإذا وهب عبداً لابنه الصغير، ثم مات العبد، ثم استحق رجل العبد [و]^(٣) ضمن الأب، فالأب لا يرجع على كل حال، وإن ضمن الأب^(٤) بعد البلوغ^(٥) إن جدد الابن فيه قبضاً لا يرجع بما ضمن على الأب، وإن لم يجدد يرجع؛ لأن قبض الأمانة لا ينتقض ما لم يجدد الابن قبضاً.

وفي الفتاوى: سئل أبو نصر عمن له عند آخر دراهم، فقال: اصرفها في حوائجك، فهو قرض، وإن كانت حنطة فقال: كلها، كانت هبة.
سئل عمن قال لآخر: هب لي هذا الشيء مُزاحاً، فقال: وهبت، وسلم إليه، جاز.

(١) زاد في م: من.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الابن.

(٥) البلوغ لغة: الوصول، بلغ الشيء يبلغ بلوغاً وبلاغاً: وصل وانتهى.

البلوغ اصطلاحاً: هو انتهاء حد الصغر في الإنسان، ليكون أهلاً للتكاليف الشرعية.

فقد ذهب الحنفية إلى أن البلوغ هو انتهاء حد الصغر.

وذهب المالكية إلى أنه: عبارة عن قوة تحدث في الصغير يخرج بها عن حالة الطفولية

إلى حالة الرجولية والعقل.

والبلوغ يعرف بظهور علامة من علاماته الطبيعية، فإن لم يوجد شيء من ذلك كان

البلوغ بالسن.

ينظر: لسان العرب (٣٤٥/١)، مادة (بلغ)، وينظر: حاشية ابن عابدين (١٥٣/٦)،

والبحر الرائق (٩٦/٨)، وشرح الخرشي (٢٩١/٥)، والفواكه الدواني (٣١٠/١).

وفي الجامع الأصغر: خلف عن محمد - رحمه الله - أنه قال: فيمن وهب لرجل نخلة وهي قائمة، لا يكون قابضاً لها حتى يقطعها ويسلمها إليه. وفي الشراء: إذا خلى بينه وبينها، صار قابضاً لها. وهب من آخر دراهم ثم استقرضها منه فأقرضها، جاز، وليس للواهب أن يرجع أبداً؛ لأن الهبة صارت مُستهلكة وصارت ديناً على الواهب، [والله أعلم]^(١).



(١) سقط في م.

الفصل الخامس عشر

فيما يتعلق^(١) بالتحليل وما يتصل به

قال نصير: سألت ابن زياد عن من قال لآخر: أنت في حل ما أكلت من مالي، قال: فله أن يأكل، [ولو قال: من أكل من مالي فهو في حل، قال: لا يحل لأحد أن يأكل.

قال نصير: سألت ابن مقاتل عن هذا، فقال: كل من أكل^(٢) منه فهو مُباح. قال نصير: سألت [ابن مقاتل]^(٣) عن من له شجرة، فقال: كل من أكل منها فهو في حل، قال: يجوز للكل أن يأكل منها، والغني والفقير فيه سواء. ولو قال لآخر: حللني في كل حق لك علي، ففعل وأبرأه من غير أن يعلم ما له عليه.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : برئ مما عليه. قال محمد - رحمه الله - في الحكم كذلك، وفي الديانة لا يطيب له ما لم يعين ما عليه. المسألة في هبة النوازل.

وفي وكالة النوازل: رجل له على آخر دين ولا يعلم بجميع المال، فقال له المديون: أبرئني مما لك علي، فقال الدائن: أبرأتك، قال نصير: لا يبرأ إلا بقدر ما يتوهم أنه له عليه.

وقال محمد بن سلمة: يبرأ من الكل.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : الجواب في القضاء كما قال ابن سلمة وفي حكم الآخرة كما قال نصير، وهذا لأن اللفظ بظاهره عام وهو الذي يبتنى^(٤) عليه

(١) في م: يتعين.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بينى.

حكم القضاء إلا أنه لا يرضى بقلبه إلا بالتوهم، وحكم الآخرة مبني على الرضا. وسئل أبو بكر عمن قال لآخر: جعلتك في حل الساعة، أو قال: في الدنيا، قال نصير: هو في حل في الدارين، ولو قال: لا أخاصمك ولا أطلبك فيما لي قبلك، قال: هذا ليس بشيء، وحقه عليه على حاله.

قال نصير: سألت الحسن - رحمه الله - عمن قال لآخر: أنت في حل ما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت، قال: لا يحل له أن يأخذ، وأن يعطي إلا للأكل خاصة.

قال نصير: سألت ابن^(١) مطيع: ما تقول فيمن قال لآخر: ادخل كرمي وخذ من العنب [ما شئت]^(٢)، كم يأخذ؟ قال: عنقودًا واحدًا.

ولو قال: خذ من البر، قال: منوين؛ لأنه يتعلق به أحكام على ما عرف. قال الفقيه - رحمه الله - : بل يأخذ من العنب قدر ما يشبع به إنسان واحد؛ لأنه أذن له أن يتناول^(٣) مقدار حاجته.

وعن محمد - رحمه الله - : إذا كان لرجل على آخر مال فقال: قد أحللتك لك، قال: هو^(٤) هبة، وإن قال: حللتك منه، هو إبراء^(٥)، والله أعلم.



(١) في م: أبا.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في م: يأخذ.
 (٤) في م: هي.
 (٥) في م: براءة.

مسألان في^(١) المتفرقات :

إذا وهب الرجل عبده من رجل، ثم إن الموهوب له وهب ذلك العبد من رجل آخر بعدما قبضه، وقبضه الموهوب له الثاني، لا يكون للواهب الأول سبيل على الواهب الثاني، ولا على الموهوب له الثاني، ولكن يرجع الواهب الثاني في هبته إن شاء، ثم يرجع الواهب الأول على الواهب الثاني، وهذا لأن الواهب الثاني لما رجع في هبته عاد إليه الملك الذي استفاده من جهة الواهب، وكان للواهب الأول أن يرجع فيه.

الأصل في باب الهبة: أنه متى تمكن الإفساد^(٢) بسبب شرط في الهبة لا في بدلها^(٣) وعوضها لا يراعى شرط الواهب، وإن كان لا يحصل مقصود الواهب من الهبة عرف ذلك بالنص، وهو ما روي عن النبي ﷺ: «أنه أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر»^(٤)، والعمرى: تملك بطريق الهبة مدة عمر الموهوب له على أنه إن مات الموهوب له [قبل الواهب يرد الموهوب]^(٥) على الواهب، والمعمر إنما وهب بشرط أن يعود الموهوب ثانيًا إلى المعمر إذا مات الموهوب له قبله.

ولم يراع رسول الله ﷺ شرطه لما كان هذا شرطًا في نفس الهبة لا في بدلها وعوضها، ومتى تمكن الفساد في بدل الهبة وعوضها، بأن وهبه بشرط عوض لا يصلح عوضًا، بأن وهبه على أن يعوضه خمرا أو خنزيرًا، كان الشرط مُعتبرًا وكان له الرجوع في الهبة وإبطالها؛ لأن هذا شرط^(٦) في بدل الهبة وقد وقع فاسدًا فلم

(١) في م: من.

(٢) في م: الفساد.

(٣) في م: بدنها.

(٤) أخرجه البخاري (٥٦١/٥) كتاب الهبة، باب: ما قيل في العمرى والرقي (٢٦٢٦)، ومسلم

(١٢٤٨/٣) كتاب الهبات، باب: العمرى (١٦٢٦/٣٢) بلفظ: العُمري جائزة.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: الشرط.

يوجب بطلان حقه عن الهبة .

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : رجل قال لامرأته بين يدي الشهود: غفر الله لك حيث وهبت لي المهر الذي كان لك علي، فقالت: آري بخشيدم، فقال الشهود: هل نشهد على هبتك، فقالت: هزارتن كواه باشيد، قال: يعرف الرد والتصديق في أثناء كلامها، فيحمل على ما يرون .

وفي السير الكبير: لو أن مُسَلِّمًا أخذ مُشْرَكًا وأراد أن يقتله، فقال المشرك: الأمان، فقال المسلم مُجِيبًا له: الأمان الأمان، ولم يرد بذلك أمانه، إنما أراد به رد ما التمس على وجه التغليظ عليه، يعني: أنك تطلب الأمان في هذا الوقت فهذا حلال الدم، لا بأس بهذا المسلم أن يقتله؛ لأنه قد يراد بمثل هذه الإجابة إلى ما التمس، وقد يراد به رد ما التمس، فإذا نوى رد ما التمس فقد نوى ما يحتمله لفظه، فيجعل ذلك كالمُصْرَح، ولو صرح [بما التمس]^(١) أنه لا يكون أمانًا كذا هاهنا .

وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: هذا إذا غير المسلم النعمة بقوله: الأمان الأمان، لأن الغالب أنه إذا أريد بمثل هذا رد ما التمس لا الإجابة يعتبر النعمة، فيقال ذلك على وجه التغليظ والتوعيد والاستهزاء، فعلى قياس ما ذكر الفقيه أبو جعفر ينبغي أن يُقال في مسألة المهر: إذا غيرت المرأة النعمة بقولها: آرى بخشيدم هزارتن باشيد، فقالت ذلك على وجه الاستهزاء، أو^(٢) على وجه التغليظ والتوعيد: أنه لا يكون إقرارًا بالهبة، وإن قرنت^(٣) بكلامها زيادة كلام يعلم بها الرد والاستبعاد لما قاله الزوج في القوم، يجعل ذلك ردًا .

ألا ترى أن من قال لغيره: أفعل في مالك كذا وكذا، فقال ذلك الرجل: أفعل في مالي ما شئت، كان إذنًا وإطلاقًا، و[إذا]^(٤) لم يرد بقلبه الإذن والإطلاق، ولو قال:

(١) في م: به أليس .

(٢) في م: و .

(٣) زاد في م: المرأة .

(٤) سقط في م .

افعل في مالي ما شئت إن كنت رجلاً، لا يكون إذناً وإطلاقاً، بل يكون ردّاً وتهديداً
كذا ها هنا.

[تم كتاب الهبة]^(١)، والله أعلم [بالصواب]^(٢).



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب البيوع^(١)

(١) البيوع جمع بيع، وهو لغة: مقابلة شيء بشيء، على وجه المعاوضة. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: مبادلة المال بالمال بالتراضي. وعرفه المالكية بأنه: دفع عوض من معوض. وتعريف آخر: هو عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة. وعرفه الشافعية بأنه: عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشرطه؛ لاستفادة ملك عين، أو منفعة مؤبدة.

وعرفه الحنابلة بأنه: مبادلة المال بالمال تملكاً وتملكاً. ينظر: لسان العرب، مادة (بيع) (٢٣/٨)، الصحاح، مادة (بيع) (٣/١١٨٩)، المغرب في ترتيب المعرب، ص (٥٦)، المصباح المنير، مادة (بيع) (١/١١٠)، وشرح فتح القدير (٢٤٦/٦)، الاختيار لتعليل المختار، ص (٣)، ومواهب الجليل (٤/٢٢٢)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣)، ونهاية المحتاج (٣/٣٧٢)، وكشاف القناع (٣/١٤٦)، المغني (٣/٥٦٠).

ثبتت مشروعية البيع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:
أولاً: فمن القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَخَصَّطُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٧٥]، وقوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَقَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَاذْكُرُوهُ كَمَا هَدَيْتُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلِهِ لَمَنِ الضَّالِّينَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ١٩٨]، أي: بالتجارة، وقوله: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا بَاعْتُمْ وَلَا يَضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٨٢]، وقوله عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَيْعَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾ [سورة النساء، الآية: ٢٩]، وجه الدلالة من الآيات الكريمة: أنَّ هذه الآيات وغيرها تدل صراحة على مشروعية البيع وإباحته على العموم إلا ما قام الدليل على خروجه.

ينظر: تفسير ابن كثير (١/٢٤٧)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٢/٢٧٤).
ثانياً: ومن السنة النبوية: ما ثبت في الصحيحين وغيرهما عن حكيم بن حزام الأسدي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما» [صحيح البخاري (٢/٧٣٢) كتاب البيوع، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم الحديث (١٩٧٣)، صحيح مسلم (٣/١١٦٤) كتاب البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث: (١٥٣٢)]. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لأن يحتزم أحدكم حزمة من حطب فيحملها على ظهره فيبيعهها خير له من أن يسأل رجلاً، يعطيه =

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

الأول: فيما يرجع إلى انعقاد البيع

ذكر محمد بن الحسن - رحمه الله - في كتاب الوكالة مسألة تدل على أن من قال لغيره: بعث منك هذا العبد بكذا، فقال المشتري: قبلت، أن البيع لا ينعقد بينهما ما لم يقل البائع بعد ذلك: أجزت، وبه قال بعض المشايخ، وهذا لأن البائع حين قال: بعث [منك]^(١)، فقد ملك العبد من المشتري، فإذا قال المشتري: اشتريت، فقد تملك العبد وملكه الثمن^(٢) فلا بد من إجازة البائع بعد ذلك ليملك الثمن، وعامة

= أو يمنعه» [صحيح البخاري (٧٠٣/٢) كتاب البيوع، باب: كسب الرجل وعمله بيده، رقم الحديث: (١٩٦٨)، صحيح مسلم (٢٧١/٢) كتاب الزكاة، باب: كراهة المسألة للناس، رقم الحديث: (١٠٤٢)]. وروى الترمذي - رحمه الله - عن رفاعة - رضي الله عنه - أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى، فرأى الناس يتبايعون، فقال: «يا معشر التجار»، فاستجابوا لرسول الله ﷺ، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه، فقال: «إن التجار يبعثون يوم القيامة فجراً إلا من أتقى الله وبرّ وصدق». [سنن الترمذي (٥١٥/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: (١٢١٠)، وقال: (حسن صحيح)، سنن ابن ماجه (٧٢٦/٢) كتاب التجارات، باب: التوقي في التجارة، رقم الحديث: (٢١٤٦)، صحيح ابن حبان (٢٧٧/١١)، مستدرک الحاكم (٨/٢)، وقال: (صحيح الإسناد، ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي]. وروى أيضاً عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه -، عن النبي ﷺ أنه قال: «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء». [سنن الترمذي (٥١٥/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، رقم الحديث: (١٢٠٩)، وقال: (حديث حسن)، مستدرک الحاكم (٧/٢)، سنن الدارمي (٣٢٢/٢)، سنن الدارقطني (٧/٣)]. وجه الدلالة من الأحاديث السابقة: دلّت هذه الأحاديث وغيرها من الأحاديث القولية وأيضاً يبيعه هو ﷺ وإقراره الناس وهم يتبايعون على أنّ البيع مشروع، وأنّ على التجار تقوى الله تعالى والالتزام بالصدق والأمانة في بيعهم.

ثالثاً: الإجماع: وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون كافة على مشروعية البيع في الجملة. ينظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام (٢٢٩/٦)، التلقين، للقاضي عبد الوهاب (٣٥٩/١)، الإجماع، لابن المنذر، ص (٩٠)، المجموع، للنووي (٩/١٤٨)، الإفصاح، لابن هبيرة (٢٧٠/١)، المغني، لابن قدامة (٧/٦).

(١) سقط في م.

(٢) الثمن في اللغة: العوض، قال الراغب: الثمن اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع، عيّنًا كان، أو سلعة، وكل ما يحصل عوضاً عن شيء فهو ثمنه، وقال الأزهري: قال الليث: ثمن كل شيء قيمته، وقال الهروي: الثمن قيمة الشيء، وقال صاحب المحكم: الثمن ما

المشايع على أنه لا يحتاج إلى إجازة البائع بعد ذلك وهو الصحيح، وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - .

وإذا اشترى عبداً بألف درهم ثم قال لآخر: أشركتك في هذا العبد أو أدخلتك في هذا العبد مع نفسي، صار شريكاً في نصف العبد بألف درهم، وإذا [قال لغيره: بعت منك هذا العبد، فقال المشتري: أجزت، ينعقد البيع بينهما، ذكره في الأمالي، وكذلك إذا]^(١) قال لغيره: أفلتت هذا العبد، وقال الآخر: قبلت^(٢).

= استحق به الشيء، وقال الزبيدي: قال: اشتهر أن الثمن ما يقع به التراضي، ولو زاد أو نقص عن الواقع، والقيمة ما يقاوم الشيء، أي: يوافق مقداره في الواقع ويعادله. وعلى هذا، فالثمن في اللغة هو: العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة المبيع. وأما الثمن في الاصطلاح: يطلق الفقهاء الثمن في مقابل المبيع في عقد البيع، ويريدون به: «ما يكون بدلا للمبيع، ويتعين في الذمة».

ويطلق كذلك في مقابل القيمة، ويريدون بها: «العوض الذي تراضي عليه المتعاقدان، سواء أكان مطابقاً للقيمة الحقيقية، أم ناقصاً عنها، أم زائداً عليها».

غير أن هناك فرقاً بين القيمة والثمن؛ وذلك لأن القيمة يراد بها: ما يساويه الشيء في تقويم المقومين - أهل الخبرة - أو ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان، أما الثمن فيقصد به: ما تراضي عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص عنها، فالفرق بينهما: أن القيمة عبارة عن ثمن المثل، والثمن المتراضي عليه قد يساوي القيمة، أو يزيد عنها، أو ينقص.

ينظر: المصباح المنير، ص (٤٨)، لسان العرب (٨٢/١٣، ٨٣)، المغرب في ترتيب المعرب (١٢٢/١)، المفردات، ص (١١٠)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص (٢٢٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٤٢/٣)، تاج العروس (١٥٧/٩)، درر الحكام (١٢٤/١)، مجلة الأحكام العدلية، نشر كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني (المادة ١٥٢)، حاشية ابن عابدين (٥٧٥/٤)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، لنزيه حماد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط (٣)، ١٤١٥هـ، ص (١٣١)، الأشباه والنظائر، السيوطي، ص (٣٤٠).

(١) سقط في أ.

(٢) هناك فرق بين أركان البيع عند الحنفية والجمهور.

فعند الجمهور: أركان البيع هي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، العاقد (البائع والمشتري)، المعقود عليه (الثمن والمثمن).

أما أركان البيع عند الحنفية فهي: الصيغة (الإيجاب والقبول)، واكتفى بالصيغة في أركان البيع ليتوسعوا في العقود الفاسدة.

قال في البدائع: أما ركن البيع: فهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وذلك قد يكون

بالقول، وقد يكون بالفعل، أما القول فهو المسمى بالإيجاب والقبول، وأما المبادلة بالفعل فهي التعاطي، ويسمى هذا البيع بيع المراوضة.

وقال في فتح القدير: ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل، أو ما يقوم مقامهما من التعاطي، فركن الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول، أو فعل. ويعد الرضا من أهم أركان العقد، الذي لا يتصور توافره إلا بإرادة تحمله، فلا تعاقد إلا بإرادة، ولهذا فإن الرضا هو التعبير عن إرادة التعاقد، ويعتبر الشرط الأساسي والبديهي لقيام العقد، وبمقتضاه يتبلور مبدأ الحرية العقدية، وإرادة الالتزام. ولكي يصح العقد من طرفي التعاقد فإنه لا بد من تحقق الرضا والاختيار، وهو أمر داخلي لا يطلع عليه أحد، لذلك شرعت الصيغة لبيانها.

وهذا الشرط محل اتفاق عند الفقهاء، فلا يصح العقد من غير الرضا أو الاختيار؛ قال تعالى: ﴿بِتَأْيِيدِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وقال رسول الله ﷺ: «إنما البيع عن تراض». من الأركان: تسمية الثمن حين البيع فهي لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً؛ لأن البيع مع نفي الثمن باطل، إذ لا مبادلة حينئذ، ومع السكوت عنه فاسد كما ذكر الحنفية.

وفي ذلك يقول ابن عابدين: (قوله: وأما جهالة الثمن فمانعة) قال الرملي: يعني مانعة من الجواز، وهل تفيد الملك؟ أقول: إنه مع نفي الثمن باطل، ومع السكوت عنه فاسد، والظاهر أن الجهالة توجب الفساد لا البطلان.

ويرى المالكية، والشافعية أنه لا ينعقد البيع إلا بتسمية الثمن. قال ابن رشد الجدي: «ولو كان الصداق ثمناً للبضع حقيقة لما صح النكاح دون تسمية، كالبيع لا ينعقد إلا بتسمية».

وقال النووي: «يشترط في صحة البيع أن يذكر الثمن في حال العقد، فيقول: بعتك كذا بكذا. فإن قال: بعتك هذا. واقتصر على ذلك، فقال المخاطب: اشتريت، أو قبلت. لم يكن هذا بيعاً بلا خلاف»، واشترط الحنابلة معرفة الثمن حال العقد في صحيح المذهب، واختار ابن تيمية صحة البيع، وإن لم يسم الثمن، وله ثمن المثل كالنكاح. وكذلك كون الثمن مالاً:

ذهب الحنفية إلى أنه يشترط في الثمن لانعقاد البيع أن يكون مالاً متقوماً؛ لأن البيع هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، ويرون أن التقوم في الثمن شرط صحة، وفي المبيع شرط انعقاد، أما المالكية، والشافعية فيشترطون في الثمن أن يكون مالاً طاهراً، فلا يصح ما نجاسته أصلية كجلد الميتة والخمر، وأن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً ولو في المال كالبهيمة الصغيرة، فلا يصح بيع ما لا نفع فيه أصلاً؛ لأنه لا يعد مالاً كالحشرات التي لا نفع فيها، ويشترط الحنابلة في المبيع أن يكون الثمن مالاً، والمال: ما يباح نفعه مطلقاً، واقتناؤه بلا حاجة، فخرج ما لا نفع فيه أصلاً كبعض الحشرات، وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة في حال المنخصة، والخمر لدفع

قال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - : يكون بيعا .
وقال الفقيه أبو جعفر: لا يكون بيعًا، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - .

لقمة غص بها .

وكذلك من شروطه: أن يكون الثمن مملوكًا للمشتري:
يشترط أن يكون الثمن المعين مملوكًا للمشتري وقت العقد ملكًا تامًا، لا حق لغيره فيه وهذا محل اتفاق بين الفقهاء لقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك». وهو يفيد أن يكون المبيع مملوكًا لبائعه، والثمن المعين مثل المبيع في هذا الحكم. ومن شروطه أيضا: أن يكون مقدور التسليم:
يشترط في الثمن المعين أن يكون مقدور التسليم؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه يشبه المعدوم، والمعدوم لا يصح أن يكون ثمنًا، فلا يصح أن يكون الطير في الهواء، أو السمك في الماء، أو الجمل الشارد ثمنًا؛ لحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر»، قال الماوردي: والغرر ما تردد بين متضادين، أغلبهما أخوفهما، وقيل: ما انطوت عنا عاقبته، والمعقود عليه في البيع ثمنًا كان، أو مثنًا إذا لم يقدر علي تسليمه، داخل في الغرر المنهي عنه.
ومن شروطه أيضا: أن يكون معلومًا:

يشترط في الثمن أن يكون معلومًا بمشاهدة، أو وصف، فلا يصح البيع بثمن مجهول للمتبايعين أو أحدهما، سواء كانت الجهالة في قدر الثمن، أو صفته، فلا بد من علم العاقدين بالثمن علمًا يمنع المنازعة، فإن كان مجهولًا جهالة مفضية إليها، لم يصح البيع باتفاق الفقهاء.

والثمن إما أن يكون مشارًا إليه، أو غير مشار إليه، فإن كان مشارًا إليه فلا حاجة لمعرفة مقداره (كمائة دينار، أو ألف)، أو صفته (كريالات سعودية أو جنيهات مصرية) في جواز البيع. أما إن كان الثمن غير مشار إليه، فلا يصح به البيع باتفاق الفقهاء إلا أن يكون معلوم القدر والصفة؛ لأن جهالته تفضي إلى النزاع المانع من التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز.

ينظر: بدائع الصنائع (٤/٣١٨، ٣١٩)، فتح القدير (٦/٢٤٨)، درر الحكام، لعلي حيدر (١/٢١٦)، مجلة الأحكام العدلية (المادة ٢٣٧)، منحة الخالق (٥/٢٩٦)، البحر الرائق (٥/٢٧٧)، الهداية (٣/٤٦، ٤٧)، حاشية ابن عابدين (٤/٥٠٥)، الاختيار (٢/٤)، البهجة شرح التحفة، للتسولي (٢/٥)، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي (٣/١٠)، شرح الزرقاني (٥/١٦)، القوانين الفقهية، ص (٢١٢)، المقدمات الممهדות (١/٢٤٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤)، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس (٢/١٠٣٠)، بداية المجتهد (٢/٢٨١)، جواهر الإكليل (٢/٦)، مواهب الجليل (٤/٢٧٦)، روضة الطالبين (٣/٣٥٩)، حاشية قليوبي (٢/٢٠١)، إعانة الطالبين (٣/٨، ٩)، مغني المحتاج (٢/٣٤٨)، المجموع (٩/٢٠٢)، أسنى المطالب (٢/١١)، كشف القناع (٣/١٦٧)، الإنصاف (٤/٣١٠)، منار السبيل، لابن ضويان (٢/٥١٤)، مطالب أولي النهي (٣/١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/١٨).

وقيل: الخلاف معروف أن الإقالة فسخ، أو بيع جديد يجب أن تكون هذه المسألة على ذلك الخلاف.

وإذا أضاف البيع إلى عضو من أعضاء المملوك، أو أضافه إلى عضو لو أضاف العتق عليه يعتق يصح البيع بالإضافة إليه، وما لا فلا والله أعلم.

ولو قال: أرد عليك هذه الأمة بخمسين دينارًا، وقبل الآخر، يثبت البيع. وذكر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل قال لغيره: عبدي هذا لك بألف إن أعجبك، فقال: أعجبني، فهذا بيع، وكذلك إذا قال: إن وافقك، فقال: وافقني، وكذلك إذا قال: إن أردت، إن هويت، فقال: أردت وهويت، فهذا كله بيع في الجواب، وأما في الابتداء فلا يلزمه.

وإذا قال لآخر: إن أديت إلي كذا وكذا درهما ثمن هذا الثوب فقد بعته منك، وأدى الثمن في المجلس، يكون ذلك بيعًا صحيحًا استحسانًا.

ذكره في السير، فكذا إذا قال: (فرحم حور بها ثمن رشيد) فأعطاه الثمن في المجلس، فهذا بيع صحيح استحسانًا.

وفي أيمان الجامع إذا قال لآخر: بعته منك هذا العبد بألف درهم إن شئت يومًا إلى الليل، كان صحيحًا، وكان ذلك بمعنى التنجيز لا التعليق^(١).

(١) شرط التعليق: هو ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد. أو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى. والتعليق مقتضاه أن يكون الشرط معدوماً، وعلى خطر الوجود، فإن كان موجوداً أو مؤكداً فلا يعتبر شرطاً، وإن كان المعلق عليه مستحيلاً كان العقد باطلاً؛ كأن يشترط في عقد بيع الثمار قطع الثمرة المباعة بعد يوم؛ لأن عدم التعليق يتضمن التيقية.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢/٤٩٢)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٣٦٧)، الفروق للقرافي (٢/٧٧)، تحفة المحتاج (٤/٤٦٣)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/٢٢٥)، المدخل الفقهي العام (١/٥٠٧)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فراج حسين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص (٣١٣)، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين، ص (٦٢)، معايير و ضمانات الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، ص (٤٢٥).

وفي باب الخيار من المختصر الكافي: إذا قال لآخر: اذهب بهذه السلعة فانظر فيها اليوم فإن رضيتها فهي لك بألف درهم، وهذا تفسير قوله: بعثك هذا بألف على أنك بالخيار إلى الليلة، أو في هذا اليوم، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة، والقياس ألا يجوز، وبه أخذ زفر؛ لأن هذا تعليق البيع بالشرط^(١).

(١) الشؤط لغة هو: إلزام الشيء والتزامه، ويجمع على شروط، وبمعنى الشرط: الشريطة، وجمعها الشرائط، والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط - بفتح الراء - معناه: العلامة، ويجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة، أي: علاماتها.

واصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته. فاحترز بالقيود الأول من المانع؛ فإنه لا يلزم من عدمه شيء، وبالتالي من السبب فإنه يلزم من وجوده وجود، وبالتالي من مقارنة الشرط وجود السبب فيلزم الوجود، أو وجود المانع فيلزم العدم، ولكن ليس لذاته، بل لوجود السبب والمانع. وتنقسم الشروط إلى قسمين: شروط شرعية، وشروط جعلية.

فالشروط الشرعية: هي التي اشترطها الشارع، إما للوجوب: كالبلوغ لوجوب الصلاة وغيرها من الأمور التكليفية، وإما للصحة: كاشتراط الطهارة للصلاة. وإما للانعقاد: كاشتراط الأهلية لانعقاد التصرف، وصلاحية المحل لورود العقد عليه. وإما للزوم: كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع، وإما لتنفيذ اشتراط الولاية، وما في معناها لتنفيذ التصرف.

ويلزم من عدم أي شرط من هذه الشروط عدم الحكم المشروط له، فإذا فقد شرط من شروط الوجوب، لزم عدم وجوب الفعل على المكلف، ويلزم من عدم شرط من شروط الصحة عدم صحة الفعل، وهكذا، ويلزم من عدم شرط من شروط الانعقاد، بطلان التصرف؛ بحيث لا يترتب عليه أي: حكم.

وأما الشروط الجعلية أو العقدية: فهي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود وغيرها، وتنقسم هذه الشروط إلى عدة أقسام بعدة اعتبارات على النحو الآتي:

أ- تقسيم الشروط الجعلية من حيث التقييد، والتعليق، والإضافة:

تنقسم الشروط بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع منها:

شرط التقييد: وهو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصفة مخصوصة، أو هو التزام حكم في التصرف القولي، لا يستلزمه هذا التصرف في حال إطلاقه. ويسمى هذا الشرط بشرط التقييد؛ لأنه يقيد أحكام العقد، ويتفق المتعاقدان عليه دون استعمال أداة الشرط لتحديد، وتغيير أحكام العقد زيادة ونقصاناً، مثل: الشروط الخاصة بقسمة الأرباح في عقد الشركة، أو اشتراط نقل البضاعة على نفقة البائع إلى مخازن المشتري.

ينظر: لسان العرب (٤/٢٢٣٥)، بدائع الصنائع (٥/١٦٩)، الفتاوى الهندية (٤/٣٩٦)، البحر المحيط في أصول الفقه (٣/٣٢٧)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/٢٢٥).

وفي نكاح المنتقى: بعتك عبدي هذا بألف إن رضي فلان، فذلك جائز والرضى فيه جائز.

قال الحاكم أبو الفضل: تأويله إذا بين وقت الرضا. وفي النوازل: إذا قال لآخر: بعث منك عبدي هذا بألف درهم، فقال المشتري: قد فعلت، فهذا بيع؛ لأن هذا تحقيق، ولو قال: نعم، لا يكون بيعاً، فقد فرق بين قوله: قد فعلت، وبين قوله: نعم.

وذكر في فتاوى أهل سمرقند أن من قال لغيره: اشتريت عبدك هذا بألف، فقال البائع: قد فعلت، أو قال: نعم، أو هات الثمن، صح البيع بينهما؛ لأن هذا جواب، وسوى بين قوله: فعلت، وبين قوله: نعم، فكان فيه قولان، والأصح أنه ينعقد البيع.

وإذا قال لغيره بالفارسية: (خريدي أين جيزراز من بكذا)، ولم يقل المخاطب بعد ذلك: (فروختم). حكى الإمام الأجل ظهير الدين عن عمه شمس الإسلام الأوزجندی عن أستاذه شمس الأئمة السرخسي - رحمة الله عليهم - أنه ينعقد البيع لأن قوله: (فروختم) مضمرة في قول البائع ومعناه (خريدي كه فروختم). وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا قال لغيره: بعث هذا العبد^(١) بكذا وفارسيته: (فروحي)، فقال ذلك الغير: بعث، وقال المشتري: لا أريده، فله ذلك؛ لأن البيع لم يتم بعد، وبمثله لو قال المشتري: اشتريت منك هذا العبد بألف، فقال البائع: بعث، فقال المشتري لا أريده.

وعلى قياس ما حكينا عن شمس الأئمة السرخسي في المسألة السابقة^(٢): ينبغي أن ينعقد البيع بينهما في الصورة الأولى؛ لأن قول المشتري: اشتريت، مضمرة معناه: بعث مني فإني فقد اشتريته.

(١) زاد في أ: مني.

(٢) في أ: الثانية، وفي م: المتقدمة.

وفي المنتقى إذا قال لغيره: أبعثني هذا العبد بألف؟ استفهام، فقال صاحب العبد: نعم، فقال المساوم: قد أجزته، فهذا بيع لازم. وإذا قال: بعت هذا العبد من فلان، بحضرة فلان في المجلس، وقال: اشتريت، يصح.

وإذا قال لغيره: بعتك هذا العبد بألف درهم، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً، ينعقد البيع بينهما. ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في بيوعه في باب جنابة المبيع.

وإن^(١) قال غيره: كل هذا الطعام بدرهم لي عليك، فأكل، كان هذا بيعاً وكان ما أكل حلالاً. ذكره شمس الأئمة السرخسي في كتاب الاستحسان. وفي أدب القاضي في باب: ما يحله القضاء: أن الأكل واللبس من المشتري بعد قول البائع: بعت، يكون رضا بالبيع.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل: بعت منك عبدي هذا بألفي، فقال المشتري: اشتريت منك بألفي درهم، فالبيع جائز، فإن قبل البائع الزيادة في المجلس تم^(٢) البيع بألفي درهم؛ لأنه أمكن تصحيحه بأن [يجعل كأن المشتري قال]^(٣) قبلت البيع بألفي^(٤) درهم، وزدتك ألفاً أخرى.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل قال لغيره: اشتريت منك هذا العبد بألفين، فقال ذلك الغير: بعتك بألف، فهذا جائز، ويجعل كأن البائع قال: بعتك^(٥) منك بألفين وحططت عنك ألفاً.

وكتبت في الزيادات في رجل قال لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم فقال ذلك

(١) في م: وإذا.

(٢) في أ: ثم.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بألف.

(٥) زاد في أ: هذا.

الغير: قبلته بألفين [جاز البيع بألف وجعل قبول البيع بألفين]^(١) قبولاً للبيع [بألف]^(٢).

وكتبت ثمة أيضاً: وهذا الجواب يجب أن يكون [قياساً على]^(٣) قولهما، أما على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - : ينبغي ألا ينعقد هذا البيع أصلاً بناء على مسألة الشهادة بالألف والألفين، فإن أبا حنيفة - رضي الله عنه - لم يجعل الشهادة بالألفين شهادة بألف، فيجوز أن [لا]^(٤) يجعل قبول البيع بألفين قبولاً بألف. وإذا قال لغيره: جعلت لك عبدي هذا بألف درهم، وقال ذلك الغير: [قبلت]^(٥) هل ينعقد البيع بينهما؟ اختلف المشايخ فيه.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع مسألة تدل على أنه ينعقد وصورتها: رجل مات وترك عبداً قيمته ألف [درهم]^(٦) لا مال له غيره، وعلى الميت [لرجل]^(٧) ألف درهم دين، فأعطى القاضي العبد للغريم بدينه، وقال: هذا بيع لك بدينك، [أو قال جعلته لك بدينك، بني]^(٨) على اللفظين أحكام البيع، قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا هو الصحيح لأنهما أتيا بمعنى البيع وإن لم يأتيا بلفظ البيع، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ وهذه المسألة [دليل]^(٩) أيضاً على أن من قال لغيره: هذا العبد بيع لك بدينك فقبل ذلك الغير أنه ينعقد البيع بينهما.

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) في م: قباس.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في م: وبني.
 - (٩) سقط في م.

وإذا قال لغيره بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع: بعت هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت، يصح وإن لم يكن البائع قال: بعت منك.
وفي فتاوى أهل بلخ سئل أبو الليث^(١) - رحمه الله - عن قال: بكم هذا الوقر الحطب؟ قال: بدرهم، فقال: سق الحمار؟ قال: لا يكون بيعًا ما لم يسلم الحطب ويتقد منه الثمن.

وقد قيل: لو قال قائل: إن هذا البيع^(٢) لا يبعد^(٣)؛ لأن قوله: سق الحمار رضا بالبيع فإذا^(٤) ساق البائع فقد ساعده^(٥) على ذلك الرضا وظهر تراضيهما بالبيع.
وسئل أبو الليث الكبير - رحمه الله - عن قال لآخر: خذ هذا الثوب بعشرة فقال: أخذت، ثم قال البائع: لا أعطيك، قال: ليس له ذلك، وكذا المشتري ليس له أن يمتنع بعد قوله: أجزت.

وإذا قال الرجل لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال ذلك الغير: هو حر، ذكر شيخ الإسلام والصدر الشهيد - رحمهما الله - في دعوى الجامع: أن هذا جواب ويعتق العبد.

وذكر في العيون أنه ليس بجواب، ولا يعتق العبد، ولو قال: فهو حر، فهو جواب، وعتق العبد، وعليه ألف درهم.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في نوادره عن أبي حنيفة - رحمه الله - كما ذكر في العيون، وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل قال لغيره: بعني غلامك هذا بألف درهم، فقال: بعت، فقال المشتري: هو حر، قال أبو حنيفة - رحمه الله - قوله: هو حر، قبض منه له، وعتق عليه [قال إبراهيم،

(١) زاد في م: الكبير.

(٢) في م: بيع.

(٣) في م: ينعقد.

(٤) في م: فإن.

(٥) في أ: عده.

وقال محمد^(١) - رحمه الله - : لا يعتق فلا^(٢) يكون قابضاً بالعتق .

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لآخر : بعتك هذا العبد ، فقال الآخر : هو حر ، أو قال : هو مدبر ، فذلك سواء في قولي وليس هذا بيع حتى يأخذه ثم يعتقه ، قال : وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا قال : هو حر ، يعتق عليه .

وفي فتاوى الأصل : إذا قال لغيره بعث منك عبدي هذا بألف درهم ووهبت الألف منك ، فقال المشتري : اشتريت ، صح البيع ، ولا يجوز البراءة ؛ لأن الثمن لم يجب بعد .

وفي مجموع النوازل : أن البيع لا يصح في هذه الصورة ؛ لأن هذا في معنى البيع بلا ثمن .

رجل قال لآخر : بعث هذا العبد من فلان فبلغه^(٣) الرسول ، وقال المشتري : اشتريت ، فهو بيع ولو لم يقل^(٤) فبلغه ، وقال المشتري : اشتريت ، لا يصح ؛ لأن شرط البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس .

ولو قال : بعته منه فبلغه يا فلان ، فبلغه رجل آخر ، جاز ؛ لأنه حين قال : فبلغه ، فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، فكل من بلغه كان التبليغ برضائه فإذا^(٥) قبل ، صح وهذا شيء يحفظ جداً .

وفي مجموع النوازل لرجل على آخر دين [فطالبه فجاء]^(٦) المطلوب بشعير قدرًا معلومًا وقال للطالب : خذه بسعر البلد ، قال : إن كان سعر البلد معلومًا ، وهما يعلمان ذلك ، كان بيعًا ، فأما إذا لم يكن سعر البلد معلومًا ، أو كان معلومًا إلا أنهما

(١) في م : وقال إبراهيم ومحمد .

(٢) في م : ولا .

(٣) زاد في أ : فبلغه .

(٤) زاد في أ : بلغه .

(٥) في م : فإن .

(٦) في م : فطلبه في .

لا يعلمان ذلك، لا يكون بيعًا.

رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد ثم قام أحدهما عن المجلس، إما البائع أو المشتري، ثم قبل الآخر، لا يصح قبوله. هذا هو المذكور في عامة المواضع، وذكر شيخ الإسلام في الباب الثاني من شرح الجامع أنه إذا باع وهو قاعد، ثم قام البائع إلا أنه لم يذهب عن ذلك المكان حتى قبل المشتري، صح قبوله، وهكذا كتبت في هذا أيضًا، ولو كانا يمشيان فقال [أحدهما]^(١) بعث وقال الآخر بعدما مشيًا خطوة أو خطوتين: قبلت، رأيت في بعض المواضع أنه لا يجوز في ظاهر الرواية، وفي رواية يجوز.

ورأيت مكتوبًا على ظهر الجزء الثاني من شرح البيوع شرحه الإمام الزاهد أحمد الطواويسى - رحمه الله - أن من قال لغيره: بعث منك هذا العبد فمشيا مكانا، ثم قبل المشتري أن في انعقاد هذا البيع وصحته اختلاف المشايخ.

وسئل نصير عن من قال لآخر: بعث منك هذا العبد، وفي يد المشتري قدح ماء، فشربه، ثم قال: اشتريته، كان البيع قائما، وكذا لو أكل لقمة ثم قال: اشتريت، وإن كان المشتري في الدار فخرج ثم قال: اشتريت، لا ينعقد العقد بينهما؛ لأن المجلس قد تبدل.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - إذا قال الرجل لغيره: بعث منك هذا الثوب بعشرة، والمشتري قال: أخذته بتسعة وتقابضا، قال هو بتسعة؛ لأنه ينظر [إلى آخرهما]^(٢) كلاما، فيحكم بذلك.

وفي العيون عن محمد - رحمه الله - رجل ساوم رجلا، فقال البائع: أبيعه بخمسة عشر، وقال المشتري: لا أخذه إلا بعشرة، فإن كان الثوب في يد المشتري حين ساومه، فهو بخمسة عشر؛ لأن المشتري رضي بخمسة [عشر]^(٣) لما ذهب،

(١) سقط في م.

(٢) في م: بأخرهما.

(٣) سقط في أ.

وإن كان الثوب في يد البائع وقت المساومة فدفعه إلى المشتري، ولم يقل البائع شيئاً فهو بعشرة؛ لأن البائع رضي بعشرة لما دفع الثوب إلى المشتري.
وعنه أيضاً: رجل ساوم رجلاً بثوب فأخذه على المساومة أو دفعه إليه وهو يساومه وقال: هو بعشرة، فذهب به المشتري، قال: هو الثمن الذي قاله البائع أبداً حتى يرد عليه، ومعنى قوله: حتى يرد عليه، أن يقول للمشتري: لا أخذه إلا بعشرة^(١).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رجل أخذ ثوباً من رجل فقال البائع: بعشرين، وقال المشتري: لا أزيدك على عشرة فذهب بالثوب، وضاع فهو بعشرين.
وفي الواقعات: رجل قال لآخر: بكم هذا الثوب؟ فقال: بعشرين، فقال المشتري: لا أريده بعشرين، فذهب ثم جاء رجل فأخذ الثوب وذهب به، [فهلك]^(٢) فهو بعشرين؛ لأنه رضي به.

وإذا أخذ الرجل^(٣) ثوباً، وقال: اذهب به فإن رضيته اشتريته، فذهب به وضاع الثوب، فلا شيء عليه.

ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة، فضاع، فهو ضامن قيمته بناء على أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً بالقيمة^(٤) إذا كان الثمن مسمى.

(١) في أ، م: بتسعة.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: من رجل.

(٤) القيمة لغة: الثمن الذي يقاوم به المتاع، أي: يقوم مقامه. وهي واحدة القيم؛ وأصله الواو. يقال: قومت السلعة. وقومت الشيء: فهو قويم.

القيمة في اصطلاح الفقهاء: الثمن الحقيقي للشيء. وهو يختلف عادة باختلاف الحال والزمان، والمكان، ومن ثم عرفها فقهاء الحنفية بأنها: «ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان».

ينظر: المصباح المنير مادة (ق وم)، العين، مادة: (ق وم)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/١٢٥)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، سلسلة المعاجم والأدلة والكشافات (رقم: ٥)، ص (٢٢٧)، الجوهرة النيرة (١/١٩٣)، البحر الرائق (١٥/٦)، حاشية ابن عابدين (٤/٥٧٥).

وفي الأمالي برواية أبي سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالثمن، وصورة تلك المسألة: بزاز أرسل غلامه يجلب عليه ثيابًا يشتري لرجل ثوبًا، فنادى الغلام في السوق من معه ثوب كذا بكذا، فقال رجل: أنا، فقال الغلام^(١): هاته فأعطاه إياه، فإن هذا الثوب قد أخذ على سوم الشراء وهو ضامن للثمن الذي سماه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل ساوم رجلًا بثوب فقال صاحب الثوب: هو بعشرة فقال المساوم: هاته حتى أنظر إليه، فدفعه إليه على ذلك، فضاع لا يلزمه شيء؛ علل فقال: لأنه أخذه على النظر أشار إلى أن هذا ليس بمقبوض على سوم الشراء.

وإن أخذه على غير النظر، ثم قال: أنظر إليه، فضاع لم يخرج قوله: أنظر إليه عن الضمان^(٢)، وهو على ما أخذه عليه أول مرة.

وهكذا روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أيضًا، وصورة ما روي عنه: رجل قال لغيره: هذا الثوب لك بعشرة فقال ذلك الرجل هاته حتى أنظر إليه، أو قال حتى أريه غيري فأخذه على هذا، وضاع منه، فلا شيء عليه ولو قال: هاته فإن رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن.

رجل قال لغيره: إن الناس يشترون كرمك هذا بألفي درهم فلم لا تبعه؟ فقال له صاحب الكرم: بعته منك بألف درهم، وقال المشتري: اشتريته بها، صح البيع إن لم يكن على طريق الهزل.

وإن أراد به الهزل؛ بأن كان قوله ذلك ردًا لكلام ذلك الرجل لا يصح البيع، وإن اختلفا، فالقول قول البائع أنه^(٣) أراد به الهزل.

(١) في م: الرجل.

(٢) في أ: المضاف.

(٣) في أ: إن.

وإن كان المشتري أعطاه شيئاً من الثمن وأخذه، ثم ادعى الهزل لا تسمع دعواه؛ ذلك لأن قبض الثمن علامة الجذ.

وينعقد البيع بلفظ السلم^(١) باتفاق الروايات، وفي انعقاد السلم بلفظ البيع روايتان، سيأتي بيان ذلك في موضعه.

وينعقد البيع بالتعاطي^(٢) بدون لفظ الإيجاب والقبول، على هذا اتفقت^(٣)

(١) السلم: في اللغة: هو السلف وزناً ومعنى، وذكر الماوردي أن السلف لغة أهل العراق، والسلم لغة أهل الحجاز، وقيل: السلف تقديم رأس المال، والسلم تسليمه في المجلس، فالسلف أعم، والسلم شرعاً: هو بيع موصوف في الذمة.
وفي الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه:
- فالحنفية والحنابلة الذين اشترطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد وتأجيل المسلم فيه احترازاً من السلم الحال - عرفوه بما يتضمن ذلك:
عرفه ابن الهمام بقوله: «هو بيع أجل بعاجل». وفي تبين الحقائق «أخذ عاجل بأجل». وفي كشاف القناع: «هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد».

وأما المالكية الذين منعوا السلم الحال لكنهم لم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخفة الأمر، فقد عرفوه بأنه: «بيع شيء موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه»، أو: «بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة، أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم».

وأما الشافعية الذين اشترطوا لصحة السلم قبض رأس المال في المجلس، وأجازوا كون السلم حالاً ومؤجلاً، فقد عرفوه بأنه: «عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً». ويسمي الفقهاء المشتري في عقد السلم: المسلم أو رب السلم، والبائع: المسلم إليه، والمبيع: المسلم فيه، والثمن: رأس مال السلم.

ينظر: شرح فتح القدير (٦٩/٧)، تبين الحقائق (٤/١١٠)، الشرح الصغير على بلغة السالك (٩٢/٢)، روضة الطالبين (٣/٢٤٢)، كشاف القناع (٣/٢٨٨، ٢٨٩)، الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٧٨)، عقد السلم في الشريعة الإسلامية، د. نزيه حماد، ص (٨)، الترشيد الشرعي للبنوك، ص (٣٣٤).

(٢) التعاطي لغة: يقال: هو يتعاطى كذا: أي: يتناوله.

والتعاطي شرعاً: هو البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ البيع.

ينظر: تاج العروس (١٠/٢٤٦)، مادة (ع ط و)، فتاوى قاضي خان، للإمام فخر الدين الحسن بن منصور الأوزجندی، بهامش الفتاوى الهندية، للعلامة الشيخ نظام (٢/١٢٧).

(٣) في م: انعقدت.

الروايات. والأصل فيه عرف الناس وعاداتهم^(١).

ومن صورة ذلك: رجل قال لقصاب: كم تعطي من هذا اللحم بدرهم؟ فقال: منوين، فقال الرجل: زن منوين، فوزن ودفع إلى الرجل ودفع الرجل درهما إلى القصاب، وذهب باللحم، فهذا بيع، وإن لم يتلفظ [بلفظ]^(٢) البيع والشراء. وذكر في النوازل: رجل وضع فلسا عند بقال وأخذ رمانة [برضاه]^(٣) ولم يتكلما بشيء، فهذا بيع.

ثم اختلف المشايخ فيما بينهم، بعضهم قالوا: إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل والرمان والخبز وأشباه ذلك. وهكذا ذكر الكرخي رحمه الله في كتابه. وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك على السواء، وفي الكتب مسائل تدل لهذا القول، وهو الصحيح. واختلف المشايخ أن الشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين، أو الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

(١) اختلف الفقهاء في انعقاد البيع بالتعاطي. فذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وفي قول للشافعية إلى: جواز البيع بالتعاطي.

والمذهب عند الشافعية اشتراط الصيغة لصحة البيع وما في معناه.

وللشافعية قول ثالث بجواز المعاطاة في المحقرات.

ولبيع المعاطاة صورتان:

الأولى: أن يتم التعاطي من غير تكلم، ولا إشارة من أحد الطرفين، وهو جائز عند الحنفية والمالكية، والحنابلة، ورجح النووي الجواز بخلاف المذهب.

الصورة الثانية: أن يتم التعاطي بتكلم أحد الطرفين ويتم التسليم، وهو تعاط عند المالكية، والحنابلة. ولم يعده الحنفية تعاطيا.

ينظر: مجمع الأنهر (٤/٢)، وحاشية ابن عابدين (١٧/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣)، وحاشية بلغة السالك لأقرب المسالك (٣٤٣/٢)، وروضة الطالبين (٣٣٧/٣)، ونهاية المحتاج (٣٦٤/٣)، والمغني لابن قدامة (٥٦١/٣، ٥٦٢).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

وأشار محمد - رحمه الله - في الجامع إلى: أن تسليم المبيع^(١) [يكفي]^(٢).
وفي مسائل الوكيل مسألتان:

إحدهما: تدل على أنه يشترط الإعطاء من الجانبين.

والأخرى: تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

وفي المنتقى مسائل تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين يكفي.

وستأتي تلك المسألة بعد هذا، وستأتي صورها في موضعها إن شاء الله تعالى.

[وسياأتي]^(٣) في فصل الإقالة: نص: أن الشرط هو الإعطاء من الجانبين.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يشترط الإعطاء من

الجانبين.

وكذلك القاضي الإمام ركن الدين علي السغدري - رحمه الله - كان يشترط

الإعطاء من الجانبين، وكان يقول: إذا وجد قبض البدلين في المجلس انعقد البيع

بالتعاطي وما لا فلا.

وبعض مشايخنا اكتفوا بالإعطاء من أحد الجانبين، وهذا القائل يشترط بيان

الثمن^(٤) لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع، وهكذا حكى فتوى الشيخ الإمام أبي

الفضل الكرمانى - رحمه الله -.

وفي المنتقى: رجل ساوم رجلاً [بشيء]^(٥) أراد شراءه منه ولم يكن معه وعاء

(١) التسليم: من «سَلِمَ: يقال: سَلِمَ، يسلم، تسليماً، والتسليم: بذل الرضا بالحكم،

والتسليم: السلام، والسلام: الاسم من التسليم. والسلام من أسماء الله الحسنى».

ينظر: مختار الصحاح، مادة «سلم» (١/١٣١)، المعجم الوسيط (١/٤٤٦).

واصطلاحاً: عند الحنفية: التخلية والقبض، وهو: أن يخلي البائع بين المبيع وبين

المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه. فيجعل البائع

مسليماً للمبيع. والمشتري قابضاً له. وكذلك تسليم الثمن من المشتري للبائع.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٤٣).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: الثمنين.

(٥) سقط في أ، م.

يأخذه فيه، ثم فارقه، ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطى^(١) الدراهم، فهذا جائز، فقد حكم بجواز البيع بإعطاء الدراهم، فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطي من أحد الجانبين.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رجل قال لغيره: كيف تبيع الحنطة؟ فقال: كل قفيز بدرهم، فقال كل [لي]^(٢) خمسة أقفزة، فكال، فذهب بها، قال: هذا بيع وعليه خمسة دراهم، وهذه المسألة دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين^(٣).

[وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا قال رجل للقصاب: زن لي ما عندك من اللحم؛ أو قال: زن لي من هذا الجنب أو من هذا الرجل على حساب ثلاثة أرتال بدرهم، فوزن له فلا خيار له.

وفي «المجرد» عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا قال: للحام: كيف تبيع اللحم؟ قال: كل ثلاثة أرتال بدرهم، قال: قد أخذت منك زن لي، ثم بدا للحام ألا يزن، فله ذلك، وإن وزن فقبل قبض المشتري، كان لكل واحد الرجوع، فإن قبضه المشتري أو جعل البائع في وعاء المشتري بأجرة تم البيع وعليه درهم. وهذه المسألة أيضاً دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين^(٤).

وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : إذا قطع القصاب اللحم ووزن والمشتري ينظر، ثم أبى أن يقبض، له ذلك حتى^(٥) يقول: رضيت، أو يقبض. رجل اشترى وقرين [من آخر]^(٦) بثمانية دراهم، ثم قال للبائع: ائت بوقر آخر بهذا الثمن وألقه هاهنا، فجاء البائع بوقر آخر وألقى في ذلك الموضع، فهذا بيع،

(١) في أ: وأدى، وفي م: وأعطاه.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: أيضاً.

(٤) ما بين المعقوفين سقط في أ.

(٥) في أ: ثم.

(٦) سقط في م.

وله أن يطالب الأمر بثمانية دراهم.

وإذا قال الرجل لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم، بعتك عبدي هذا [بمائة دينار، فقال المشتري: قبلت، ينصرف قبوله إلى الإيجاب الثاني ويكون هذا بيعًا بمائة دينار]^(١).

[بخلاف ما]^(٢) لو قال لعبده: أنت حر على ألف درهم، أنت حر على مائة دينار، فقال العبد: قبلت، لزمه المألان.

والفرق: أن الإيجاب الثاني رجوع عن الإيجاب الأول وإقامة للثاني مقام الأول، ورجوع^(٣) البائع عن قبول المشتري عامل.

ألا ترى أنه لو قال: رجعت عن ذلك، قبل قبول المشتري يعمل رجوعه، وإذا عمل رجوعه بطل الإيجاب الأول فانصرف^(٤) القبول إلى الإيجاب الثاني، أما رجوع المولى عن إيجاب العتق ليس بعامل؛ ألا ترى أنه لو قال: [رجعت عن ذلك، لا يعمل رجوعه، والمعنى في ذلك أن إيجاب العتق بالمال تعليق العتق]^(٥) بالقبول، والرجوع في التعليقات لا يكون عاملاً فبقي الإيجاب الأول، والإيجاب الثاني قد صح فينصرف القبول إليهما.

ولو قال لغيره: اشتريت منك هذا الطعام بكذا فتصدق به عني، أو قال: هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصًا، ففعل هذا الرجل، فإن هذا يكون بيعًا صحيحًا، والله أعلم.

* * *

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: بثمانية دينار.

(٢) في أ، م: وبمثله.

(٣) في م: في رجوع.

(٤) في أ: انصرف.

(٥) سقط في م.

ومما يتصل بهذا الفصل: معرفة المبيع والتمن؛ لأن البيع لا بد له من المبيع والتمن.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: ما يتعين بالعقد فهو مبيع، وما لا يتعين فهو ثمن إلا أن يقع عليه لفظ المبيع^(١).

ثم قال: الدراهم والدنانير أثمان أبدأ؛ لأنها في الأصل خلقت ثمن الأشياء وقيمتها قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ فسمى الثمن بالدراهم.

وقال الفراء في كتابه: الثمن ما يكون دينا في الذمة، والدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات على أصلنا، وإنما ينعقد على مثلها دينا في الذمة فجعلوا الدراهم والدنانير يتعينان أثمانا.

ولهذا فالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال مبيعة أبدأ، والمكيلات^(٢) والموزونات^(٣) والمعدودات بين مبيع وثمن^(٤) وليس أحدهما بأن يجعل مبيعا أولى

(١) في م: البيع.

(٢) المكيلات: هي الأشياء التي تباع بالكيل، كالحنطة والشعير والذرة إلى غير ذلك من أنواع الحبوب.

ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام مادة (١٣٣) (١١٨/١).

(٣) الموزونات: جمع موزون والمراد به: ما لا تخرجه الصفة عن بيعه بحسب الوزن. ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام مادة (١٣٤) (١١٨/١)، مجمع الضمانات، ص (١١٧).

واختلف فقهاء الحنفية في حد المكيل، والموزون في البياعات على قولين: القول الأول: وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة، ومحمد - رحمهما الله تعالى - وهو أن العبرة في معرفة المكيل والموزون هو النص، فما نص فيه على تحريم التفاضل وزناً فهو موزون أبداً مثل الذهب والفضة، أما ما لا نص فيه فهو محمول على عادات الناس في الأسواق. واستدلوا على ذلك: بنص الحديث: «الذهب بالذهب وزناً بوزن، والفضة بالفضة وزناً بوزن» فقد نص الحديث على أنهما موزونات، والنص أقوى من العرف لأن العرف قد يكون على باطل، أما النص الصحيح فلا يحتمل أن يكون على باطل. كما أن حجية العرف تكون على الذين التزموه فقط، أما النص فهو حجة على الكل. كما أن العرف نفسه أصبح حجة بالنص، وهو قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» أما ما لم ينص عليه فهو محمول على العادة؛ لأن العادة حيثئذ دليل على =

من الآخر؛ لأن المكيل والموزون متعينان في البياعات كالعروض^(١)، فجعلنا كل واحد منهما مبيعاً من وجه وثماناً من وجه.

وإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة^(٢)، فإن استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن، نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة^(٣) فلا يصح العقد إلا بطريق السلم.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح شهادات الجامع: أن المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً فهو ثمن دخل عليه حرف (الباء) أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال [حتى يضمن]^(٤) بالمثل في الإلتلاف فصار

= الجواز لقوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

القول الثاني: إليه ذهب الإمام أبو يوسف - رحمه الله تعالى - وهو أن العبرة في معرفة المكيل والموزون هو العرف واستدل على ذلك بالنص السابق أيضاً. فالكيل في الأشياء المكيلة في الحديث، والوزن في الأشياء الموزونة إنما كان كذلك؛ لأن العادة كانت جارية في ذلك الوقت بهذا، فإذا تبدلت العادة كان لا بد من تبدل الحكم. والمكيل والموزون يصلحان أن يكونا مبيعاً وثماناً.

(٤) زاد في م: فإن لا بد له من مبيع وثمان.

(١) العروض: جمع العرض - بفتح العين وإسكان الراء - اسم لكل ما قابل النقيدين من صنوف المال - وبفتح العين والراء - ما قابل الجوهر؛ ويرى الفقيه الحنفي الكمال ابن الهمام أن العروض جمع عرض - بفتحيتين -: حطام الدنيا.

ويقول ابن قدامة - رحمه الله -: العروض جمع عَرْض، وهو غير الأثمان من المال على اختلاف أنواعه من النبات، والحيوان، والعقار، وسائر المال.

وقال أبو عبيد: العروض: الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، جمع عَرْض - وهو ساكن الراء - وعَرْض الدنيا - محرك - هو حطامها وما يصيب الإنسان منها، قال تعالى: ﴿يَأْخُذُونَ عَرْضَ هَذَا الْأَذَى﴾.

ينظر: مختار الصحاح، مادة (عرض) (٤٦١/١)، وتحريير ألفاظ التنبيه، (١١٤)، وتهذيب اللغة (٢٨٩/١)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٠٩)، وفتح القدير (٢١٧/٢)، والمغني والشرح الكبير (٦٢٣/٢)، والأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، ص (٤٨، ٤٢٣).

(٢) في م: متعينة.

(٣) زاد في م: ونصف ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كان مبيعاً بأن قال: اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد.

(٤) في م: حين الضمان.

نظير الدراهم والدنانير، [والدراهم والدنانير]^(١) أثمان دخل عليها حرف (الباء) أو لم يدخل فكذا المكييل والموزون، والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين.

وكان أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - يقول: الدراهم والدنانير يتعينان في العقود ولا يتعينان في التسليم، ويستدل بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع، وصورتها: إذا قال الرجل: [إن]^(٢) بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الألف فهما في المساكين صدقة، فباع العبد بهما، لزم التصديق بالكر دون الألف، ولو لم تتعين الدراهم في العقد لما وجب التصديق بشيء؛ لأن شرط وجوب التصديق البيع بالكر المعين والدراهم المعينة، فإذا كانت الدراهم لا تتعين في العقود كان البيع واقعاً بكر معين وبدراهم في الذمة فكان الموجود نصف الشرط، [وبوجود نصف الشرط]^(٣) لا ينزل الجزاء.

والجواب عن هذا الإشكال، وهو وجه تخريج هذه المسألة: [أن شرط]^(٤) وجوب التصديق وجود البيع مضافاً إلى الكر وإلى الدراهم وتسميتهما^(٥) في البيع، فأما تعيين الدراهم فليس بشرط في شيء؛ [لأنه ليس]^(٦) من صنع العبد فصار في التقدير كأنه قال: [إن بعت هذا العبد]^(٧) مضافاً^(٨) إلى هذا الكر وإلى هذه الألف فهما في المساكين صدقة، فإذا أضاف البيع إليهما وسماهما في البيع فقد وجد شرط وجوب التصديق فيلزمه التصديق.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: وتسميتها.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: بعت بيعا.

(٨) في أ: بيعا مضافاً.

وإذا عرفت المبيع والتمن فنقول:

من حكم المبيع إذا كان منقولاً ألا يجوز بيعه قبل القبض وبه ورد الأثر عن رسول الله ﷺ ولأنه يمكن في العقد غرر^(١) يمكن التحرز عنه، ونهى رسول الله ﷺ «عن بيع فيه غرر»^(٢).

بيانه: أن المشتري الأول لو قبض المبيع بعدما [باع]^(٣) يتم البيع الأول ويصير بائعاً [ملك نفسه]^(٤)، ومتى لم يقبض حتى هلك في يد البائع الأول يفسخ البيع

(١) الغرر في اللغة: هو اسم مصدر من التَّغْرِير، وهو الخطر، والخدعة، وتعريض المرء نفسه أو ماله للهلكة، يقال: غرّه غرّاً وغروراً وغرّةً فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل، وغرّته الدنيا غروراً: خدعته بزينتها، وغرّر بنفسه تغريراً وتغرّةً: عرّضها للهلكة. والتَّغْرِير: حمل النفس على الغرر.

وأما الغرر في اصطلاح الفقهاء: فهو «ما كان مستور العاقبة»، وعقد الغرر «هو ما خفيت عاقبته، أو تردد بين الحصول والفوات».

ينظر: تاج العروس (غرر)، (٢١٤/١٣)، لسان العرب (غرر)، (٣٢٣٤/٥)، حاشية الجمل لسليمان الجمل (٩٢/٣)، دار الفكر، بيروت.

وربط الفقهاء بين الغرر والجهالة، وذكروا أن كل واحد منهما أعم من صاحبه من وجه، وأخص منه من وجه آخر، وفي ذلك يقول القرافي: أصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء والسمك في الماء، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول، كبيعه ما في كفه، فهو يحصل قطعاً، لكن لا يدري أي شيء هو؟ فالغرر والمجهول كلّ واحد منهما أعمّ من الآخر من وجه وأخصّ من وجه فيوجد كلّ واحد منهما مع الآخر وبدونه أمّا وجود الغرر بدون الجهالة: فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه، وهو غرر؛ لأنّه لا يدري هل يحصل أم لا؟.

والجهالة بدون الغرر: كشراء حجر يراه لا يدري أجزاج هو أم ياقوت، مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته يقتضي الجهالة به.

وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق، المجهول الصفة قبل الإباق.

ينظر: الفروق للقرافي (٣/٢٦٥)، التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، ص (٥٣٦)، وغرر المقالة في شرح غريب الرسالة، للمغراوي، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٦هـ، ص (٢١٢)، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٢١١).

(٢) أخرجه مسلم (١١٥٣/٣) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، حديث (١٥١٣/٤).

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: نفسي.

الأول ويعود العبد إلى قديم ملك البائع، فيصير المشتري الأول بائعاً ملك الغير، فإذا كان لا يدري أنه يقبضه المشتري أو لا يقبضه لا يدري أنه يكون بائعاً ملكه فيصح، أو^(١) يكون بائعاً ملك غيره فلا يصح فكان فيه غرر من هذا الوجه، وكل جواب عرفته في المشتري فهو جواب في بدل الصلح عن دعوى المال، وفي الأجرة إذا كانت الأجرة عيناً وقد شرط تعجيلها، لا يجوز بيعه قبل القبض؛ لأن القبض وإن ورد في البيع لكن بمعنى الغرر.

فكل عين ملك بعقد يفسخ فيه بهلاكه قبل القبض [كان فيه غرر؛ فيكون القبض وارداً فيه؟]^(٢) دلالة، والأجرة وبدل الصلح عن دعوى المال بهذه المثابة فيكون النص وارداً فيهما دلالة، فأما المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد إذا كان عيناً فيبيعهما جائز قبل القبض؛ لأن^(٣) وهم الغرر بانفساخ العقد في هذه [الأشياء منتف ولا يكون النص وارداً في هذه]^(٤) الأشياء والمطلق للتصرف موجود وهو الملك فجاز بيع هذه الأشياء [قبل القبض].

[وما]^(٥) لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارتة.

[ولو تصدق بالمنقول^(٦) المشتري]^(٧) قبل القبض]^(٨) وبما هو بمعنى المشتري

(١) زاد في م: لا.

(٢) في أ: وكان ردّاً فيه.

(٣) في أ: كان.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: قبض فكذا.

(٦) المنقول: لغة: اسم المفعول مشتق من نقل ينقل، وهو التحويل.

ينظر: لسان العرب (٣٤٤/١٤) مادة (نقل)، والمصباح المنير، ص (٣٢٧) مادة

(نقلت).

والمنقول عند الحنفية: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر كالبناء بدون أرض، والكتب، والسلاح، وغير ذلك، سواء احتفظ بصورته وهيئته التي كان عليها، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل.

والمنقول عند الجمهور: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع الاحتفاظ بهيئته وصورته الأولى قبل النقل والتحويل، وعلى هذا فالأرض وما يتصل بها من بناء

وغراس عقار عندهم. غير أن الحنفية يُلجقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر، فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض.

والفرق بين المنقول وغيره راجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها، فإذا كانت بطبيعتها تقبل النقل فهي من المنقولات، وإذا كانت بخلاف ذلك فهي غير منقولة.

إلا أن هذه الأرض قد تُنبت ثماراً، ويُغرس فيها أشجار، وتقام فوقها منشآت، ويوجد في باطنها صخور وأحجار وأتربة ومعادن كالحديد والنحاس والفحم والبتروول وغيرها، فجميع هذه الأشياء تتصل بالأرض وثابتة فيها لا يمكن نقلها كما هي قائمة على أصولها إلا إذا تغيرت صفتها، وذلك بأن تقلع الثمار والأشجار، ويهدم البناء فيصير أنقاضاً، وتستخرج المعادن. فهل تعتبر هذه الأشياء من العقار أو الأموال غير المنقولة حيث إن طبيعتها لا تقبل النقل إلا بتغير صفتها أو لا؟ اختلف الفقهاء وذهبوا في ذلك إلى رأيين: الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة: إلى أن العقار بطبيعته لا يتناول سوى الأرض فقط، سواء أكانت مجردة عن بناء وشجر أم مشغولة بهما، أما ما عليها من البناء والشجر، فإنما يطلق عليهما عقار بالتبعية، وذلك لاتصالهما بالأرض اتصال قرار، فكانا تابعين لها، والتابع إذا أفرد عن متبوعه أشبه المنقول.

ورد في مجمع الأنهر لداماد أفندي: «المراد بالعقار: غير المنقول، وخرج البناء والشجر، فإنه من المنقول، لا شفعة فيه إلا بتبعية العقار».

وجاء في فتح العزيز للرافعي بهامش تكملة المجموع عن الأبنية، والأشجار، والثمار: «ومعلوم أن اسم العقار لا يقع عليها في المتعارف». وفيه أيضاً: «الأراضي تثبت فيها الشفعة، أما الأعيان التي كانت منقولة في الأصل، ثم أثبتت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار، فإن بيعت منفردة فلا شفعة فيها؛ لأنها في حكم المنقولات، وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض إما صريحاً أو على قولنا: إن الأرض تستتبعها، تثبت الشفعة فيها تابعة للأراضي».

وورد في شرح الزركشي عن شروط الشفعة: «أن يكون المبيع أرضاً، فلا شفعة في غير الأرض... ويستثنى من غير الأرض البناء والغراس، فإن الشفعة تجب فيهما تبعاً للأرض».

الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن العقار يتناول الأرض، والبناء، والشجر. وعلى هذا فهما يعدان من العقار بطبيعته؛ وذلك لأنها أشياء لا يمكن نقلها مع بقائها على صورتها الأصلية.

ورد في الكافي لابن عبد البر القرطبي: «وإنما الشفعة في المشاع من العقار كله الدور، والأرضين، والحوانيت، والبساتين، والجنات، والكروم، وكل ما يصلح فيه القسمة ويضرب فيه الحدود من الرباع والحوائط، والأرض كلها وما اتصل بها مما يثبت أصلاً فيها».

ينظر: بدائع الصنائع (١٦٤/٥)، والهداية في شرح البداية وفتح القدير (٥/٤٨٤)،

نحو الأجرة، وبدل الصلح عن^(١) دعوى العين، فعلى قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يجوز، وعلى قول محمد - رحمه الله^(٢) - : يجوز. وعلى هذا إذا وهبه فأبو يوسف - رحمه الله - اعتبر معنى الغرر على نحو ما بينا في البيع وأمثاله.

ومحمد - رحمه الله - يقول: تمام هذه التصرفات بالقبض فكانت العبرة بحالة القبض، ولهذا كان الشيوخ وقت القبض مانعًا جواز الهبة، ولم يكن الشيوخ وقت العقد مانعًا.

قلنا: والمانع زائل وقت القبض فيصح فيصير الموهوب^(٣) له وغيره ممن ذكرنا: نائبًا عن المشتري في القبض فيصير قابضًا للمشتري أولاً ثم يصير قابضًا لنفسه بخلاف البيع والإجارة؛ لأن ذلك ممن يلزم بنفسه وعند ذلك المانع قائم، والقرض والوصية على هذا الخلاف أيضًا.

هذا إذا تصرف المشتري في المنقول قبل القبض مع أجنبي، فأما إذا تصرف مع بائعه بأن باعه منه لم يجز بيعه أصلاً قبل القبض، فإن وهبه منه لا تصح هبته، وتصح إقالته، والبيع لا يصح أصلاً.

= (٤٨٥)، حاشية ابن عابدين (٤/٣٦١، ٣٦٣)، مجمع الأنهر (٢/٤٧١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٠٠)، (٣/٤٧٦)، الكافي لابن عبد البر، ص (٤٣٦)، جواهر الإكليل (٢/١٥٨)، المهذب (١/٣٧٧)، روضة الطالبين (١١/٢١١)، كشف القناع (٤/٦٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٣٦)، المغني، لابن قدامة (٥/٣٦٤)، المبدع لابن مفلح (٥/٢٠٨)، شرح الزركشي (٤/١٩١)، المدخل إلى نظرية الالتزام العام في الفقه الإسلامي، الشيخ مصطفى الزرقا مطبعة الحياة دمشق ١٣٨٣هـ، ص (١٦٣)، (١٦٤)، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، مكتبة القدس، دار الوفاء، ط (١٢)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص (١٨٧، ١٨٨).

(٧) في م: لأن الإجارة بيع المنفعة فتعتبر بيع العين فيما لا يجوز بيعه.

(٨) من أول قوله: «وما لا يجوز بيعه...» إلى هنا سقط في أ.

(١) في م: في.

(٢) زاد في م: أنه.

(٣) في م: موهوب.

والفرق: وهو أن لفظة الهبة يستعمل مقام لفظة الإقالة، يقول الرجل في دعائه: اللهم هب لي ذنوبي، كما يقول: اللهم أقل عثرتي، فعند تعذر العمل بحقيقة [الهبة يجعل مجازاً عن الإقالة، فأما لفظة البيع لا تستعمل مكان لفظة الإقالة فكما تعذر العمل^(١)] بلطفة البيع تعذر العمل بمجازها وهو الإقالة.

وفي المتقى: لو باع المبيع من البائع قبل القبض يصير إقالة فصار في البيع روايتان.

وفي فتاوى الفضلي: اشترى داراً ووهبها من غير البائع قبل القبض وأمره بالقبض جاز بالاتفاق.

فرق محمد بين الهبة والبيع.

والفرق: أن الهبة لا تتم إلا بالقبض فمتى أمر المشتري الموهوب له بالقبض صح الأمر؛ لأنه صادف ملكه وصار الموهوب له وكيل المشتري في القبض فصار قبضه كقبض المشتري فصار هبة للحال وهو ما بعد قبض الموهوب له فيكون هذا من المشتري هبة بعد^(٢) القبض، فأما تمام البيع بالإيجاب والقبول لا بالقبض، فلا يمكن أن يجعل بيعاً من الثاني للحال وهو ما بعد قبضه ليكون بيعاً بعد القبض.

وذكر شيخ الإسلام في شرح [كتاب]^(٣) الدعوى في باب الدعوى في الشراء والهبة أن بيع المبيع من البائع قبل القبض فسخ عند محمد - رحمه الله - .

وذكر الكرخي في مختصره: إذا قال المشتري للبائع قبل القبض: بعه لنفسك، فقبل، فهو نقض للبيع؛ لأنه لا يتصور بيعه لنفسه إلا بعد فسخ الأول، فالأمر به من جهة المشتري وقبول البائع ذلك يتضمن فسخ الأول.

ولو قال: بعه لي، لا يكون نقضاً، ولو باعه لم يجز بيعه؛ لأن هذا أمر بما هو

(١) سقط في أ.

(٢) في م: قبل.

(٣) سقط في م.

باطل^(١) فلا يتضمن فسخ الأول، ولو قال: بعه، ولم يقل: لي، أو لنفسك^(٢)، فقبل، فهو نقض للأول، وهذا قول [أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - أيضاً].

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا يكون نقضاً.

وجه قول [أبي يوسف^(٣) - رحمه الله - أن قوله: بعه، ينصرف إلى البيع للآمر^(٤)؛ لأن الملك له، فكأنه قال: بعه لي.

ووجه قولهما: أن الأمر بالبيع للآمر لا يصح، ويصح للمأمور بواسطة انفساخ الأول، فيصح الأمر بالبيع للمأمور ويتضمن ذلك انفساخ الأول كما [لوا]^(٥) قال: بعه لنفسك.

وفي المنتقى: إذا اشترى رجل شيئاً ولم يقبضه حتى أمر البائع بأن يهبه من فلان ففعل تم البيع وصار المشتري قابضاً.

(١) العقد الباطل: هو ما ليس مشروعاً بأصله ولا وصفه؛ وذلك لانعدام ركن من أركانه، كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية كالمجنون، والصبي غير المميز، أو كان المحل غير قابل للتعامل فيه، أو وجد خلل في الصيغة، كأن لم يطابق القبول الإيجاب.

والعقد الباطل لا وجود له شرعاً، ولذلك لا يترتب عليه آثار العقد الصحيح، ولا يجبر أحد العاقدين على تنفيذه، ولكن قد ينفذ العقد رغم البطلان.. فإذا نفذ العقد الباطل وجب إعادة الحال إلى ما كان عليه، ففي عقد البيع - مثلاً - للبائع أن يسترد المبيع وللمشتري استرداد الثمن، ويكون للبائع استرداد المبيع ولو انتقل من يد المشتري إلى يد أخرى، ذلك أن البيع لم ينقل الملكية؛ لأن المشتري تصرف في ملك الغير، وهذا ما ذهب إليه الجمهور، أما المذهب المالكي فإنه يفوت الرد في البيع الباطل؛ إذا تصرف المشتري، في المبيع، وكذلك يفوت الرد بزيادة المبيع أو نقصانه.

ينظر: فتح القدير (٤٠١/٦)، بدائع الصنائع (٣٠٥/٥)، الفروق (٢٣٦/٣)، القوانين الفقهية، ص (٢٢٤)، بداية المجتهد (٢٣٠/٢)، المجموع (٣٩٦/٩)، المغني (٤/٢٨٢).

(٢) في م: إلى نفسك.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بالآمر.

(٥) سقط في م.

ولو قال [المشتري]^(١) للبائع قبل قبضه: أعتقه، فأعتقه البائع، جاز العتق عن البائع وينفسخ البيع الأول، ولا يقع العتق عن المشتري عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن بالعتق يصير المشتري قابضا والبائع لا يصير قابضا للمشتري بطريق النيابة عنه فيقع العتق عن البائع، وطريقه أن ينفسخ البيع الأول فيعود إلى ملك البائع. وعند أبي يوسف - رحمه الله - العتق باطل؛ لأنه لا يقع عن المشتري كما قاله أبو حنيفة - رحمه الله - ولا يقع عن البائع لعدم الملك للبائع. ولو ملك المنقول بالوصية أو بالميراث يجوز بيعه قبل القبض، أما في الميراث لأن يد الورثة يد المورث لأنهم خلفاء عنه فكان هذا بيع المقبوض، أما الوصية فلأنها أخت الميراث فكان حكمها حكم الميراث. أما مسألة العقار^(٢)، فنقول: [العقار]^(٣) إذا ملك بالبيع أو الإجارة أو الصلح عن

(١) سقط في م.

(٢) قال ابن فارس: «العين، والقاف، والراء: أصلان متباعد ما بينهما، وكل واحد منهما مطرد في معناه، جامع لمعاني فروعه:

فالأول: الجرح، أو ما يشبه الجرح من الهزم في الشيء.

والثاني: دال على ثبات ودوام». وهذا الأصل الثاني هو الأليق بالمراد بالعقار في هذه الدراسة، والعقار بهذه الدلالة يطلق في اللغة، ويراد به: المنزل، والأرض، والضياع، والنخل، والمتاع.

قال الخليل: «العقار: ضيعة الرجل، والجمع: العقارات، يقال: ليس له دار، ولا عقار. قال ابن الأعرابي: العقار: هو المتاع المصون، ورجل معقر: كثير المتاع»، ويقال: في البيت عقار حسن، أي: متاع وأداة، وفي الحديث: «فرد عليهم ذراريهم وعقار بيوتهم».

قال ابن الأثير: «أراد: أرضهم، وقيل: متاع بيوتهم، وأدواته، وأوانيه، وقيل: متاعه الذي لا يتبدل إلا في الأعياد».

ومن هذا يظهر: أن العقار في اللغة يطلق في الغالب على كل ما له أصل، وقرار ثابت؛ كالأرض، والدور، والنخل.

ينظر: معجم مقاييس اللغة (٤/٩٠، ٩٥)، تهذيب اللغة (١/١٤٦)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٢/٧٥٤)، غريب الحديث (٣/٩٩٥) النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٢٧٤)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠/١٨٦).

والعقار عند الحنفية هو: «ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي».

والعقار عند المالكية هو: «الأرض وما اتصل بها من بناء، أو شجر».

الدين لا يجوز التصرف فيه قبل القبض عند محمد - رحمه الله - وزفر والشافعي رحمهم الله .

ويجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لانتفاء الغرر؛ إذ العقار لا يتصور [هلاكه]^(١).

وفي النوازل: إذا اشترى دارا ووقفها قبل القبض وقبل نقد الثمن فالأمر موقوف، إن أدى الثمن وقبضها جاز [الوقف].

قيل: هذا على قول من لا يوقف صحة الوقوف على التسليم إلى المتولي .
وأما إجارة العقار قبل [قبض فعلي قول محمد - رحمه الله - : لا شك أنه لا يجوز .

فأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لا يجوز. هذا هو الكلام في طرف المبيع .

جئنا إلى طرف الثمن فنقول: التصرف في الأثمان قبل القبض والديون استبدالاً سوى الصرف والسلم جائز عندنا^(٣).

وعند الشافعية العقار هو: «الأرض والبناء والشجر» .

وعند الحنابلة العقار هو: «الدور والأرضين» .

ومن هذا يظهر أن العقار في اصطلاح الفقهاء هو الأرض وما عليها من بناء، أو غراس . ولا تكاد تخرج التعاريف القانونية للعقار عن هذه الدلالة :

ينظر: مجلة الأحكام، ص (٣١)، مادة (١٢٩)، شرح مختصر خليل (٦/١٨٤)، حاشية الجمل (٥/٣٦٤)، كشاف القناع (٢/١٦٨)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي (٢/١١٢، ١١٣).

(٣) سقط في م .

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) السلم مشروع بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة: أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال ابن عباس: أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية، ثم تلا الآية السابقة. ينظر: تبيين الحقائق (٤/١١٠).

وأما السنة: فقد روى البخاري ومسلم عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ =

واختلفت عبارة المشايخ فيه بعضهم قال^(١): لأن بيع المنقول إنما لا يجوز لمكان الغرر وهو انفساخ البيع الأول بالهلاك قبل القبض، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب الثمن فيجوز التصرف فيه عملاً بالمطلق. وبعضهم قال^(٢): لأن الثمن واجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما

قدم المدينة والناس يسلفون بالتمر الستين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، فدل الحديث على مشروعية السلم، وعلى الشروط المعتبرة فيه.

وأما الإجماع: فقد ذكر ابن حجر أن العلماء اتفقوا على مشروعيته إلا ما حكى عن ابن المسيب، وذكر ابن المنذر أنه أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم أن السلم جائز، وقال البهوتي: وهو جائز بالإجماع.

وأركان السلم ثلاثة: ١- الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.

٢- العاقدان: وهما: المسلم، والمسلم إليه.

٣- المحل: وهما المسلم فيه (المبيع، ورأس المال).

وحكمه: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن عاجلاً، ولرب السلم في المسلم فيه آجلاً، ينظر: بداية المجتهد (٢/٢٤١)، فتح الباري (٤/٤٢٨)، المغني مع الشرح، لابن قدامة (٤/٣١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٤).

شروط السلم: هي شروط عقد البيع، يضاف إليها بعض الشروط: ذكرها الفقهاء في كتبهم، مع الاختلاف في بعضها، ويمكن إجمالها فيما يلي:

١- أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون والمزروع، ولا يصح فيما لا ينضبط بالصفة.

٢- أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً، فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده، وحدائته وقدمه، وجودته ورداءته، وبالجملة يصفه بما يحصل به تمام معرفته بحيث لا يبقى فيه جهالة مفضية إلى المنازعة.

٣- أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد.

٤- أن يكون مؤجلاً آجلاً معلوماً كالشهر ونحوه.

٥- أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله.

٦- تسليم رأس المال في مجلس العقد عند الجمهور، وأجاز المالكية اشتراط تأخير اليومين والثلاثة، وأجازوا تأخيره أكثر من ذلك ما لم يكن مشروطاً.

٧- اشترط أبو حنيفة، والشافعية تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة.

ينظر: تبين الحقائق (٤/١١٠)، بداية المجتهد (٢/٢٤٥)، مغني المحتاج (٢/١٠٢)

وما بعدها، المغني مع الشرح الكبير (٤/٣١) وما بعدها.

(١) في م: قالوا.

(٢) في م: قالوا.

طريق قبضه أن يقبض مثله عيناً فيصير مضموناً عليه فيلتقيان قصاصاً. وإذا كان طريق القبض هذا لا تقع التفرقة بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه؛ لأنه مضمون بمعناه، والمقاصة^(١) تقع به.

(١) المقاصة: لغة: قاصه قصاصاً: من باب قاتل، إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل، وجرح الجرح، وقطع القاطع. وفي الاصطلاح: متاركة مطلوب بمماثل صنفاً ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما.

أو هي: إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه.

وثبت مشروعية المقاصة بالكتاب، والسنة، والإجماع:

أولاً الكتاب: قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩]. معنى هذه الآية: أن القصاص إذا أقيم، وطبق الحكم انزجر من يريد قتل غيره مخافة أن يقتص منه، وفي ذلك حياة للثنين معاً. وكانت العرب إذا قتل الرجل فيهم تقاتلوا مع بعضهم، وربما أدى ذلك إلى قتل العدد الكثير، فلما شرع الله القصاص اقتنعوا به، وتركوا الاقتتال، فكان في ذلك حياة لهم. ويقاس على ذلك القصاص في الأموال أيضاً. قال تعالى: ﴿الْشَّهْرَ الْحَرَامَ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ١٩٤]. فمعنى: ﴿وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ﴾: أن من انتهك حرمتك نلت منه مثل ما اعتدى عليك، ثم نسخ هذا الحكم بالقتال. ومن المعلوم أن القصاص وقف على الحكام، والأموال يتناولها قوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» ومعنى ذلك: وجوب أداء أمانة من ائتمنك، وعدم خيانة من خانك، فلا تعامله بمثل معاملته من الخيانة. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ قال قدامة ابن الهيثم: سألت عطاء بن ميسرة الخراساني فقلت له: لو على رجل حق قد جحدني به وقد أعيا علي البينة أفأقتص من ماله؟ قال: رأيت لو وقع بجاريتك فعلمت ما كنت صانعاً. والصحيح جواز ذلك كيفما توصل إلى أخذ حقه ما لم يعد سارقاً، وهذا دليل على مشروعية المقاصة في الأموال.

ثانياً: السنة: ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه كان يقول: «الظَّهْر يُرْكَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبِنِ الدَّرِ يُشْرَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النِّفْقَةَ».

هذا الحديث يدل على جواز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون إذا قام بما يحتاج إليه، فالانتفاع هنا يعتبر من قبيل المقاصة؛ لأنه في مقابل الإنفاق على الدابة. وأجمعت الأمة على مشروعية المقاصة وجوازها.

ينظر: المصباح المنير، ص (٥٠٥)، الجامع لأحكام القرآن (٢/٦٤٤)، منح الجليل (٥٢/٣)، مواهب الجليل (٤/٥٤٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٢٧).

وروي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «كنا نبيع الإبل بالبيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير، ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله ﷺ»^(١) بخلاف السلم لأنه وإن كان ديناً لكن [الشرع]^(٢) جعل المقبوض في السلم عين المستحق بالعقد؛ لأن الأصل [فيه]^(٣) أن يكون مبيعاً، والاستبدال بالمبيع قبل

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٤، ٣٣٥٥)، والنسائي (٢٢٣/٢، ٢٢٤)، والترمذي (٢٣٤/١)، والدارمي أيضاً (٢٥٩/٢)، وابن ماجه (٢٢٦٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٩٦/٢)، وابن الجارود (٦٥٥)، والدارقطني (٢٩٩)، والحاكم (٤٤/٢)، والبيهقي (٢٨٤/٥) و (٣١٥)، والطيالسي (١٨٦٨)، وأحمد (٣٣/٢، ٨٣-٨٤، ١٣٩)، من طرق عن حماد بن سلمة عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبيع، فأبيع الدنانير وأخذ الدراهم، وأبيه بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ، وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله رويدك أسالك، إني أبيع الإبل بالبيع، وأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم، وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: لا بأس...» الحديث، والسياق لأبي داود.

وضعه الترمذي بقوله: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عمر».

وأما الحاكم فقال: صحيح على شرط مسلم! ووافقه الذهبي!
وقال البيهقي: تفرد به سماك بن حرب عن سعيد بن جبيرة من بين أصحاب ابن عمر.
وأفصح عن علته ابن حزم فقال في المحلى (٨/٥٠٣ و ٥٠٤):
سماك بن حرب ضعيف يقبل التلقين، شهد عليه بذلك شعبة.
وقال الحافظ في التقریب: صدوق، وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وقد تغير بآخره، فكان ربما يلقتن.

وقال في التلخيص (٢٦/٣): وعلق الشافعي القول به على صحة الحديث.
وروى البيهقي من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا؟ فقال: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر، ولم يرفعه.
وأخبرنا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر، ولم يرفعه، وأخبرنا يحيى بن أبي إسحاق، عن سالم عن ابن عمر، ولم يرفعه.
ورفعه لنا سماك بن حرب، وأنا أفرقه.
وينظر: المبسوط للسرخسي (١٦/١٤)، بدائع الصنائع (٥/٢٣٤)، تبیین الحقائق (٤/٨٢)، العناية شرح الهداية (٦/٥١٩).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

القبض لا يجوز.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - قال: إنه لا يجوز التصرف في القرض قبل القبض؛ لأنه لا يجوز تأجيله فلا يجوز التصرف فيه، وهذا منه إشارة إلى [أن]^(١) الاستبدال إنما يصح في الديون المطلقة؛ لأن طريق قبض الديون قبض أبدالها لا قبض أعيانها، وفي باب القرض: الواجب رد العين؛ لأنه إعارة فيصير كأنه انتفع بالعين ورده، ومن هذا الوجه لم يجز التأجيل في العواري لئلا يلزم، فلا يصح استبداله عنه أيضًا.

قال القدوري في كتابه: هذا سهو والصحيح أنه يجوز؛ لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فأقيم رد المثل مقام رد العين فكان طريق رده ما هو الطريق في إيفاء الدين فيصح الاستبدال.



(١) سقط في م.

ومما يتصل بهذه المسائل :

ما إذا اشترى من آخر عبداً بدراهم وتقابضا ثم تقايلا فلم يقبض البائع العبد بحكم الإقالة حتى باعه ثانيًا من هذا المشتري صح، ولو باعه من أجنبي [لا يصح، وبمثله لو اشترى رجل من آخر قبل القبض أو باعه قبل القبض من بائعه]^(١) لا يجوز .
ففي بيع المنقول المشتري قبل القبض سوى بين البيع من بائعه وبين البيع من الأجنبي، وفي مسألة الإقالة [فرق]^(٢) بين البيع من المشتري وبين البيع من الأجنبي .
والوجه في ذلك: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، عقد جديد في حق الثالث. ففي حق المتعاقدين يعود إلى البائع قديم ملكه وأنه مقبوض، فإذا باعه من المشتري فقد باع ما هو مقبوض في أحدهما، وفي حق الثالث لما كان عقداً جديداً [جعل]^(٣) في حق الثالث كأن البائع اشتراه ثانيًا من المشتري ولم يقبضه بحكم الشراء فكان هذا بيع المنقول قبل القبض، فوقع الفرق في مسألة الإقالة من هذا الوجه .

وفي مسألة الشراء هذا بيع المنقول قبل القبض في حق الكل فاستوى فيه البيع من البائع والبيع من الأجنبي .
ولو اشترى غلامًا من رجل بألف درهم بشرط الخيار للمشتري^(٤) ثلاثة أيام

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) اتفق الأئمة الأربعة على مشروعية البيع بشرط الخيار وجوازه في الجملة، وإن اختلفوا في تحديد الحد الأقصى لمدته .

وقد نقل غير واحد من الفقهاء هذا الإجماع، وفي هذا يقول النووي مثلاً: «يصح اشتراط الخيار بالإجماع إذا كانت المدة معلومة» .

ويقول ابن قدامة عند كلامه عن حديث رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار حتى يتفرقا»، «جعل التفرق غاية للخيار، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها، إلا أن يجد للسلعة عيباً فيردها به، أو يكون قد اشترط الخيار لنفسه مدة معلومة؛ فيملك الرد أيضاً، ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين» .

وتقابضا، ثم فسخ المشتري العقد بخيار الشرط^(١) فلم يردده على البائع حتى اشتراه

(١) يمكن أن يعرف خيار الشرط بأنه: اشتراط العاقدين أو أحدهما مدة يتروى فيها بين إمضاء العقد أو فسخه.

ومن حيث مشروعيته ذهب جمهور الفقهاء إلى مشروعية خيار الشرط وجوازه في الجملة، وإن اختلفوا في تحديد الحد الأقصى لمدته.

وذهب ابن حزم، ومعظم أهل الظاهر إلى عدم مشروعية خيار الشرط؛ فقد قال في المحلى: «وكل بيع وقع بشرط خيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما جميعا، أو لغيرهما، خيار ساعة، أو يوم، أو ثلاثة أيام، أو أكثر، أو أقل فهو باطل».

هذا، وقد اضطرب النقل عن سفيان الثوري، وابن شبرمة، فبينما نرى ابن حزم يقول في موضع: «وقال ابن شبرمة، وسفيان الثوري: لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع، أو لهما. وقال سفيان: البيع فاسد بذلك، فإن شرط الخيار للمشتري عشرة أيام أو أكثر جاز» نراه يقول في موضع آخر: «وتفريق سفيان، وابن شبرمة بين كون الخيار للبائع، أو لهما فلم يجيزاه، وبين أن يكون للمشتري وحده فأجازه سفيان، لا معنى له».

ونقل عنهما ابن رشد إنكار مشروعية خيار الشرط مطلقا، سواء كان للبائع وحده، أو للمشتري وحده، أو لهما معا.

ونقل ابن قدامة عن ابن شبرمة جواز اشتراط الخيار مطلقا من غير تحديد بمدة معينة. واختلف الجمهور القائلون بجواز شرط الخيار في البيع في تحديد مدة هذا الشرط، على عدة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الحسن بن حيي، وجماعة من العلماء، ونقل عن عبيد الله بن حسن العنبري، ورواية ضعيفة عن الإمام أحمد، ونسبه ابن قدامة إلى ابن شبرمة: أن الخيار - خيار الشرط - لا يتحدد بمدة، وإنما هو خيار مطلق من غير تحديد بمدة معينة. المذهب الثاني: ذهب الشافعية، وأبو حنيفة، وزفر، والليث بن سعد، في جماهير كثيرة من العلماء، إلى أن هذه المدة لا يجوز بحال أن تتجاوز ثلاثة أيام، وتجاوز الثلاثة فما دونها. المذهب الثالث: ذهب الحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وابن أبي ليلى، وابن المنذر من الشافعية إلى أن الشرط في هذه المدة أن تكون معلومة فحسب، طالبت بعد ذلك أم قصرت جاوزت الثلاثة أم لم تتجاوزها. وهذا أيضا مذهب داود الظاهري. المذهب الرابع: ذهب المالكية إلى أن هذه المدة يختلف تقديرها باختلاف المعقود عليه، من حيث الحاجة الداعية إلى شرط الخيار فيه، من اختبار أو استشارة، ومن حيث: إسراع الفساد إليه أو عدم الإسراع؛ فإن المدة تختلف تبعا لذلك، كما يفهم هذا المتتبع لفروع المالكية في كتبهم.

ينظر: المبسوط (٤٣/١٣)، الهداية (٢٧/٣) شرح فتح القدير (٤٩٨/٥)، الأصل (١١٣/٥)، تحفة الفقهاء (٩٣/٢)، الاختيار (١٢/٢)، الحججة على أهل المدينة (٦٧٩/٢)، الكافي (٣٤٣)، بداية المجتهد (١٧٢/٢)، شرح الخرشني على مختصر سيدي خليل (١٠٩/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٩١/٣)، نهاية المحتاج (١٣/٤)، والمجموع شرح المذهب (١٩٠/٩، ٢٢٢)، حلية العلماء في معرفة مذاهب

منه ثانيًا صح، ولو اشتراه أجنبي صح أيضًا.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن في كل موضع انفسخ البيع بين البائع وبين المشتري في المنقول بسبب [هو]^(١) فسخ من كل وجه في حق الناس كافة فباعه البائع قبل أن يقبضه من المشتري يصح بيعه [باعه]^(٢) من المشتري أو من أجنبي، وفي كل موضع انفسخ البيع بينهما بسبب هو فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الثالث لو باعه من أجنبي لا يصح، وهذا أصل حسن أشار إليه محمد - رحمه الله - في بيوع الجامع.

وفي المنتقى رواية مجهولة: رجل اشترى من رجل عبدًا وقبضه ثم أقاله البائع ثم باعه من الذي هو في يده قبل أن يقبضه فالباع باطل حتى يقبضه.

وذكر في السير الكبير: إذا أسر العدو [عبدًا لمسلم]^(٣) وأحرزوه بدارهم [فدخل مسلم دارهم]^(٤) واشترى العبد منهم وأخرجه إلى دار الإسلام فحضر المالك القديم وقضى القاضي بالعبد له بالثمن فلم يقبضه من [يد]^(٥) المشتري من العدو حتى باعه إن باعه من الذي في يديه يجوز، وإن باعه من غيره لا يجوز.

قال: وهو نظير ما إذا قضى القاضي برد العبد المشتري بالعيب على البائع فلم يقبضه البائع حتى باعه، فإن باعه من المشتري يجوز وإن باعه من غيره لا يجوز. قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : كنا نقول: إذا تقايلا البائع والمشتري البيع

= الفقهاء (١٩/٤)، فتح الوهاب (١٦٩/١)، الحاوي (٦٥/٥)، روضة الطالبين (١٠١/٣)، المغني والشرح الكبير (٢٠٤/٣)، الإنصاف (٣٧٣/٤)، نيل الأوطار (٢٠٨/٥)، سبل السلام (٤٤/٣)، المحلى، (٣٢٨/٩)، الجامع الصغير، للسيوطي، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ص (٣٤٣)، فتح العلام لشرح بلوغ المرام، القنوجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص (٤٣٦).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: عبد المسلم.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

في العقد^(١) فلم يقبضه البائع حتى باعه من المشتري يجوز ولو باعه من غيره لا يجوز، وكنا نظن^(٢) في الرد بالعيب بعد القبض بقضاء أنه يجوز بيع البائع قبل القبض من المشتري ومن غيره؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه وإعادة إلى المالك^(٣) الأول، فيجوز البيع من المشتري ومن غيره.

وقد نص محمد - رحمه الله - هاهنا: أنه لا يجوز بيع البائع من غير المشتري ينظر في آخر باب قبل [باب]^(٤) أسر عبد المرتد، والله أعلم.



(١) في أ: العبد.

(٢) في م: نقول.

(٣) في م: الملك.

(٤) سقط في م.

الفصل الثاني

في الاختلاف الواقع في الإيجاب^(١) والقبول^(٢) و[في]^(٣) الحوادث التي تمنع صحة قبول المشتري

(١) الإيجاب: هو ما ذكر أولاً من كلام أحد العاقدين الدال على الرضا.

ينظر: البحر الرائق (٥/٢٨٣).

وزهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى أن الإيجاب هو ما يصدر عن البائع، والقبول هو ما يصدر عن المشتري.

قال الحنفية بأن: الإيجاب هو ما صدر أولاً من كلام أحد العاقدين، أو ما يقوم مقامه فنشأ العقد، والقبول هو ما صدر من المتعاقد الآخر بعد ذلك دالاً على الرضا بما تضمنه الإيجاب.

وقالوا أيضاً: إن البيع على ضربين:

أحدهما: الإيجاب والقبول، فالإيجاب أن يقول: بعتك، أو ملكتك، أو لفظ يدل عليه، والقبول أن يقول: اشتريت، أو قبلت، ونحوهما.

والثانية: المعاطاة، مثل أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً. فيقبض ما يرضيه.

غير أنهم اختلفوا في كون الإيجاب والقبول منحصراً باللفظ وحده، بين مشروط لذلك معول على الإرادة الظاهرة، بحجة أن المعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ الدالة على ما في القلب، وبين مراعاة الإرادة الباطنة يعتبر كل ما يظهر أو يدل على رضا العاقدين من قول صريح، أو كناية، أو فعل وسائل كافية مقبولة للتعبير عن الإرادة وتكون العقد، إذ يقول صاحب فتح القدير: إن العبرة دائماً بالنية لا بالصيغة، فيعدل بذلك عن الإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة. ونقل عنه في هذا الصدد: لا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أَرَادَهُ بِهِ، وحينئذ فلا فرق بين: بعته، أو أبيع، في توقف الانعقاد على النية، ولذا فلا ينعقد بلفظ بعته هزلاً، واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادق على نية الحال، أما إذا تصادق على نية البيع في الحال فينعقد به؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فتثبت بالنية. ونرى أن الأصل في مسائل العبادات أن النية محلها القلب دون حاجة للتعبير عنها؛ لأن العبادة لله وحده، وهو المطلع على ما في نفس العابد، وعلمه بذلك مانع لما سواه، ولهذا لا ينبغي التلطف بها إلا ما ورد من نصوص في الشريعة كنية الإحرام، والنية عند ذبح الأضحية والهدى، وكذا التكبير والتسبيح والشهد وغير ذلك.

أما في مسائل المعاملات: فإن النية لا تكفي وحدها لإنتاج أثر شرعي في العقود وسائر الأعمال، بل لا بد من وجود دلالة عليها بالقول، أو الفعل.

وقد ذكر الحنفية: أنه لا تنعقد عقود البيع، أو الإقالة، أو الإجارة بالنية وحدها، بل لا بد من التعبير عنها بالقول، أو الفعل.

وقد قال الحطاب من المالكية: الركن الأول - في البيع - هو الصيغة التي ينعقد بها البيع، وهو ما يدل على الرضا من البائع، ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري، ويسمى القبول.

وقال النووي من الشافعية: إنه يعتبر لصحة البيع أمور ثلاثة، الأول: الصيغة، وهي =

الإيجاب من جهة البائع، والقبول من جهة المشتري. وذكر الشافعية أيضاً: أنه لا تعمل النية وحدها على انعقاد العقد، وأن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول.

وذكر الحنابلة: أن النية لا تكفي وحدها لإحداث الأثر الشرعي، بل لا بد من التعبير عنها بما يدل عليها، وفي هذا كلام جامع لشيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، حيث قال العلامة شيخ الإسلام ابن تيمية: والتحقق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقد العقد، فأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان ومقصودهما انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود، فإن الشارع لم يحد في ألفاظ العقود حداً، بل ذكرها مطلقة. فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من ألفاظ الفارسية والرومية وغيرها من الألسن الأعجمية، فهي تنعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية، ولهذا وقع الطلاق والعناق بكل لفظ يدل عليه، كذلك البيع وغيره.

ويقول ابن القيم الجوزية تحت عنوان «الألفاظ موضوعة للدلالة على ما في النفس»: «إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، إذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظ، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل، أو قول، ولا يدل على مجرد ألفاظ، مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به، وتجاوز للأمة عما تكلمت به مخطئة، أو ناسية، أو مكرهة، وغير عالمة به، إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه» ثم قال: «فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختبار، فلو ترتب عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، ورحمة الله وحكمته تأبى ذلك».

واشترط الفقهاء شروطاً لصيغة العقد كالآتي:

الشرط الأول: أن تكون الألفاظ واضحة الدلالة في لغة العاقدين، وظاهرة في الإبانة عن إرادتهما ورغبتهما في إتمام العقد؛ ولا يتعين لذلك ألفاظ محددة، بل المعول عليه هو وضوح دلالة اللفظ في عرف المتعاقدين على مقصودهما، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «أى لفظ من الألفاظ، عرف به المتعاقدان مقصودهما، انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود؛ فإن الشارع لم يحد في ألفاظ العقود حداً، بل ذكرها مطلقة».

الشرط الثاني: أن يتفق القبول مع الإيجاب في جميع جزئياته، من الصفة، والقدر، والمدة... إلخ. فإن اختلف الإيجاب والقبول؛ بأن اشتمل أحدهما على جزئية ما، لم يشتمل عليها الآخر، انعدم التراضي.

الشرط الثالث: أن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس العقد؛ لأن الإيجاب ينتهي ويبطل بانتهاء المجلس الذي صدر فيه؛ ومن ثم إذا صدر الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس

إذا أوجب البائع في شيئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يقبل أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين:

إذا كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك، وهذا لأن الصفقة إذا كانت متحدة^(١)، فالمشتري بقبول العقد في أحدهما يريد تفريق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع؛ لأن العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الرديء إلى الجيد في البياعات وينقصون شيئاً من ثمن الجيد لترويج الرديء بالجيد، ولو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما دون الآخر فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع، وكذلك لو قال: بعتك هذا العبد، فقال المشتري: قبلت في نصفه، لم يصح؛ لأن فيه ضرر [عيب]^(٢) الشركة، فالشركة في الأعيان عيب.

قال القدوري - رحمه الله - : إلا أن يرضى البائع في المجلس.

نحو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة، فيقول المشتري: قبلت في نصفه^(٣)، فيرضى به البائع، [أو يقول: بعتك هذين القفيزين بعشرة، فيقول المشتري: قبلت في أحدهما، فيرضى به البائع]^(٤)، ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف

آخر، لم ينعقد العقد بذلك.

ينظر: بدائع الصنائع (١٣٣/٥)، فتح القدير (٧٤/٥) وما بعدها، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (٢٤، ٤٨) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٥١٦/٤)، البحر الرائق (٩٠/٣)، مواهب الجليل (١٠١/٤)، روضة الطالبين (٣٣٦/٣)، الأشباه والنظائر في المغني (٥٦١/٣) وما بعدها، إعلام الموقعين (١٠٥/٣)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٣٣/٢٠).

(٢) القبول: هو ما ذكر ثانياً من كلام أحد العاقدين.

ينظر: البحر الرائق (٢٨٣/٥).

(٣) سقط في م.

(١) في م: واحدة.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: أحدهما.

(٤) سقط في أ.

إيجاب لا قبول، فإذا رضي به البائع في المجلس فيجوز.

قال: وإنما يصح مثل هذا إذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد^(١) الواحد وفي القفيزين؛ لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار^(٢) الأجزاء فيكون [حصة]^(٣) كل قفيز معلوما، فأما إذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو أن أضاف العقد إلى عبدین أو ثوبین لم يصح العقد إذا قبل المشتري في أحدهما، وإن رضي البائع به؛ لأن القبول من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء إيجاب فإذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة لو جاز البيع في ذلك^(٤) كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا يجوز.

ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول: إذا اتحد البيع والشراء والثمن بأن ذكر الثمن جملة والبائع واحد والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياساً واستحساناً، وكذلك لو تفرق الثمن بأن سمي لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدة، واتحد الباقي بأن قال: بعثك هذه الأثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة، كانت الصفقة متحدة أيضًا.

وكذا إذا كان البائع أو المشتري اثنين والثمن ذكر جملة، بأن قال البائع لرجلين: بعث منكما بكذا، وقال المشتريان: اشترينا منك بكذا، كانت الصفقة متحدة، هذا هو الكلام في الاتحاد.

وأما الكلام في جانب التفرق فنقول: إن تفرقت التسمية بأن سمي لكل بعض ثمنًا على حدة، وتكرر البيع أو الشراء والبائع والمشتري اثنان أو كان أحدهما اثنين، فالصفقة متفرقة، وكذلك إذا تفرق الثمن وتكرر البيع أو الشراء والبائع والمشتري

(١) في أ: العقد.

(٢) زاد في أ: القيمة الجزاء.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الذي قبل.

واحد بأن قال البائع لرجل: بعت منك هذه [الأثواب]^(١) [بعتك هذا بعشرة، بعتك هذا]^(٢) بخمسة، أو قال المشتري: اشتريت منك هذه الأثواب^(٣)، اشتريت هذا بعشرة، اشتريت هذا بخمسة، كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق.

فأما إذا تفرق الثمن إلا أنه لم يتكرر لفظ البيع والشراء واختلف العاقد بأن كان من أحد الجانبين اثنان، أو كان من كل جانب اثنان ذكر في بعض المواضع أنها صفقة واحدة.

وذكر في بعض المواضع أنهما صفتان.

قيل: الأول: استحسان، والثاني: قياس.

وقيل: الأول قول أبي حنيفة - رحمه الله - والثاني قول صاحبيه.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه الجملة في شرح الجامع.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح صلح المبسوط في باب اختلاف الشراء والصلح: إذا كان العبد^(٤) بين رجلين فباعه^(٥) من رجل بألف ومائة على أن نصيب أحدهما مائة ونصيب الآخر ألف، وجعل الصفقة متفرقة؛ حتى قال: لو قبل المشتري البيع في نصيب أحدهما جاز.

وعلى فقال: لأن كل واحد منهما عين لنصيبه ثمناً لا تقتضيه الصفقة الواحدة؛ [لأن الصفقة الواحدة]^(٦) تقتضي أن يكون الثمن بينهما نصفين^(٧) على قدر ملكهما فإذا سميا على التفاوت فقد غيرا حكم الصفقة الواحدة وذكرنا حكم صفتين؛ فصارت الصفقة الواحدة في حكم صفتين متفرقتين بخلاف ما إذا سميا الثمن على

(١) سقط في م.

(٢) في م: هذه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: العقد.

(٥) في م: فباعه.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: نصفان.

المساواة بأن سمي كل واحد منهما لنصيبه خمسمائة وخمسين حيث تكون الصفقة متحدة؛ لأن كل واحد منهما سمي لنفسه مقدار ما تقتضيه الصفقة الواحدة؛ فيكون ذلك تقديرًا لموجب الصفقة الواحدة لا تغييرًا لها، وكانت^(١) الصفقة متحدة حقيقة وحكمًا.

وينبغي على اتحاد الصفقة وتفرقتها^(٢) ما إذا اشترى شيئين أو أشياء مختلفة أو شيئًا واحد، ونقد بعض الثمن وأراد أن يقبض بعض المبيع، فإن كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك، وإن كانت الصفقة متفرقة، فله ذلك.

بيان هذه الصورة فيما ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل اشترى من آخر عشرة أثواب يهودية، كل ثوب بعشرة دراهم ونقد المشتري^(٣)، عشرة دراهم، وقال: هذه العشرة ثمن هذا الثوب، وأراد أن يقبض ذلك، ليس له ذلك؛ لأن الصفقة متحدة وفي الصفقة الواحدة ضم الرديء إلى الجيد، والحط عن بعض ثمن الجيد معتاد فيما بين الناس، فلو جاز لهم^(٤) قبض أحدهما يقبض الجيد، ولا يتسارع إلى قبض الرديء، وربما يهلك الرديء قبل القبض، وينفسخ العقد فيه ويسلم للمشتري الجيد بأقل من ثمنه وفي ذلك ضرر على البائع.

وكذا^(٥) لو أبرأ البائع المشتري عن ثمن أحد هذه الأثواب بعينه فقال المشتري: أنا آخذ ذلك الثوب، لم يكن له ذلك؛ اعتبارًا للبراءة الحاصلة [بالإبراء بالبراءة الحاصلة]^(٦) بالاستيفاء.

وكذلك لو أبرأ البائع عن المشتري ثمن ثوب بعينه شهرًا، لم يكن له أن يقبض

(١) في م: فكانت.

(٢) في م: وتفرقتها.

(٣) في م: الثمن.

(٤) في م: له.

(٥) في م: وكذلك.

(٦) سقط في م.

ذلك الثوب اعتبارًا للبراءة المؤقتة بالبراءة المؤبدة.
وكذلك لو أبرأ عن جميع الثمن إلا درهما.
وكذلك لو وقع الشراء على أن ثمن [ثوب منها]^(١) بعينه حال، وثمان الباقي
مؤجل، لم يكن له أن يقبض شيئًا حتى ينقد الحال.
وكذلك لو كان الثمن مائة وللمشتري على البائع سبعون درهما فصار ذلك
قصاصا بما وجب على المشتري، لم يملك المشتري^(٢) الثياب^(٣) حتى ينقد العشرة
اعتبارا للبراءة الحاصلة بالمقاصة بالبراءة الحاصلة بالإيفاء باليد.
وكذلك إذا كان ثمن أحد الأثواب بعينه عشرة دنانير، وثمان الباقي مائة درهم،
فنقد الدنانير أو نقد الدراهم، لم يقبض شيئًا منها.



(١) في أ: الثوب فيهما.

(٢) زاد في م: من.

(٣) زاد في أ: من.

ومما يتصل بهذا^(١) الفصل:

البائع إذا أوجب البيع ثم قام أحدهما إما البائع أو المشتري عن المجلس قبل قبول الآخر، بطل الإيجاب؛ حتى لو قبل المشتري بعد ذلك لا يصح البيع في باب الخلع من الأصل.

وذكر شيخ الإسلام في الباب الثالث من بيوع^(٢) الجامع: إذا باع وهو قاعد، ثم قام البائع إلا أنه لم يذهب عن ذلك المكان حتى قبل المشتري، لا يصح قبوله. ورأيت مكتوبًا على ظهر الجزء الثاني من شرح كتاب البيوع للشيخ الإمام أحمد الطواويسى - رحمه الله - أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد فمشيا مكانا، ثم قال المشتري: قبلت، فيه اختلاف المشايخ.



(١) زاد في أ: الوصف.

(٢) في أ: شرح.

ومما يتصل بهذه المسائل :

رجلان اشتريا من رجل عبدا بألف درهم، فغاب أحدهما وحضر الآخر، فليس له أن يقبض شيئاً من العبد ما لم ينقد الثمن جملة؛ لأن الصفقة متحدة، ولا يملك الحاضر تفريقها، فإن أوفى جميع الثمن، قبض العبد كله ولا يكون متطوعاً، وإذا حضر الغائب، [ليس له أن يقبض حصته حتى يدفع إلى الحاضر ما نقده من حصته، وإذا فعل ذلك قبض نصيبه]^(١).

وإن هلك العبد في يد الذي قبضه قبل أن يحضر الغائب أو بعد ما حضر قبل أن يطلبه، هلك أمانة حتى رجع عليه بحصته.

فإن حضر الغائب فطلب نصيبه فمنعه حتى يستوفي ما نقد عنه، ثم هلك، [هلك]^(٢) بما نقد عنه بمنزلة المبيع^(٣) في يد البائع، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - [أيضاً]^(٤).

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقال للحاضر: ليس لك أن تقبض شيئاً من العبد حتى تنقد جميع الثمن، [فإذا نقدت جميع الثمن لم]^(٥) تقبض إلا نصيبك، وكنت متطوعاً مع ذلك عن الشريك.

فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن الغائب لم يرض بقبض الحاضر نصيبه؛ فلا يصح قبضه عليه وإنما يقبض نصيب نفسه إلا أنه لا يمكنه قبض نصيب نفسه ما لم ينقد جميع الثمن؛ لما قلنا، فإذا نقد جميع الثمن، ملك قبض نصيب نفسه؛ لأن البائع لما رضي بتسليم الكل عند تسليم جميع الثمن كان أرضى^(٦) بتسليم النصف عند قبض جميع الثمن ويكون متبرعاً؛ إذ لا يجيء للغائب بما أدى ملكاً ولا

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: يهلك.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: ولم.

(٦) في أ: رضي.

يدا .

وجه قولهما: أن الحاضر محتاج إلى نصيبه، ولا يمكنه قبض نصيبه إلا بقبض الكل؛ لكيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع، ولا يمكنه قبض الكل إلا بأداء الكل، فصار مضطرا في أداء ما على الغائب، والمضطر لا يكون متبرعا، وكان بمنزلة الوكيل عن الغائب فإذا قبضه، كان أمانة في يده بمنزلة الوكيل وكان له حبه بما أدى كالموكل^(١).

وإذا هلك عنده بعد المنع، صار كالمبيع يهلك في ضمان البائع. وعن أبي يوسف - رحمه الله - في النوازل: أنه يدفع نصف الثمن ويأخذ نصف المبيع؛ لأن المستحق عليه نصف الثمن، وقد أدى، ولو توقف حقه في قبض نصيبه لتوقف على أداء [ما على]^(٢) صاحبه، وحق الإنسان لا يتوقف على أداء ما على غيره.

ولو كان البائع أبرأ أحد المشتريين عن حصته من الثمن أو آخر عنه شهرا، لم يكن له أن يقبض حصته من العبد حتى ينقد الآخر حصته من الثمن؛ لأن البراءة الحاصلة بالإقرار وبالتأخير لا تكون أعلى حالا من البراءة الحاصلة بالإيفاء، وهناك ليس له أن يقبض حصته من العبد ما لم [ينقد كل]^(٣) الثمن كذا هاهنا.

ولو أن المشتريين اشترى كل واحد منهما نصفه بخمسمائة؛ بأن قال كل واحد منهما للبائع: اشترت منك نصف هذا العبد بخمسمائة، فقال البائع: بعت، ثم نقد أحدهما حصته، فله أن يقبض نصيبه من العبد؛ لأن الإيجاب وإن كان متحدًا والقبول^(٤) متفرقا فرجحنا التفرق بحكم تفرق التسمية.

وكذلك لو أن البائع أبرأ أحدهما عن حصته^(٥) كان له قبض نصيبه، وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

(١) في م: كالوكيل.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: يوقف كل، وفي م: يوف.

(٤) في م: فالقول.

(٥) زاد في أ: أو آخر أحدهما عن حصته.

الفصل الثالث

في حبس المبيع بالثمن، وفي قبض المبيع بإذن البائع وبغير إذنه
وفي نيابة أحد القبضين عن صاحبه، وفيما يلزم من المؤنة في تسليم
المبيع، وتسليم الثمن

قال أصحابنا - رحمهم الله - : للبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن إذا كان الثمن
حالاً؛ لأن البائع عين حق المشتري في المبيع، فيجب على المشتري تعيين حق
البائع في الثمن تحقيقاً للتساوي بينهما، ثم تعيين النقود^(١) بالقبض، فيجب تقديم
القبض في الثمن تحقيقاً لحق البائع، حتى لو وقع البيع عينا بعين أو دينا بدين سلماً
معاً؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وإن كان الثمن مؤجلاً، لم يكن له حق

(١) النقود في اللغة: جمع نقد، وهو خلاف النسيئة - أي: التأخير - يقال: نقدت الثمن، أي:
دفعته نقداً، فهو إعطاء الثمن معجلاً، والنقْدُ والتَّئِقَادُ: تمييزُ الدراهم وإخراجُ الرِّيفِ منها.
يقال: نَقَدَها وَيُنْقَدُها نَقْدًا، وَاَنْتَقَدَها وَتَنْقَدُها وَنَقَدَها إِياها نَقْدًا: أي: أعطاه إياها، فانتقدَها
أي: قبضَها، والنقْدُ: تمييزُ الدراهم وإعطائها إنساناً، وأخذها الانتقاد، ونَقَدْتُهُ الدراهم،
ونَقَدْتُ له الدراهم، وَاَنْتَقَدْتُها: إذا أخرجت منها الرِّيفَ.

استخدم الفقهاء كلمة النقد بنفس الاستخدامات اللغوية، فكانت تطلق على النسيئة
ومقابل العرض، وعلى قبض النقود، وعلى القطعة النقدية، فكانوا يطلقون على الدرهم
والدينار النقيدين أو الأثمان.

وقد اختلف الفقهاء في إطلاق لفظ النقد، هل يختص بالمضروب فقط من الذهب
والفضة، أو أنه يشمل كذلك غير المضروب منهما؟.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن النقد يطلق على الذهب والفضة، ويشمل كل أنواعهما
مضروباً كان، أو غير مضروب.

جاء في مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر: النقود جمع نقد، وهو عبارة عن
الذهب والفضة، سواء كانا، مسكوكين، أو لم يكونا كذلك.

وذهب بعض الشافعية إلى أن النقد يطلق فقط على المضروب من الذهب والفضة.

والنقود أعم من الذهب والفضة فهي كل اسم يستعمل وسيطاً للتبادل سواء كان من
ذهب، أو فضة، أو نحاس، أو جلود، أو ورق، أو غير ذلك، إذا كان يلقي قبولاً عاماً.

ينظر: لسان العرب (٤٢٥/٣)، مختار الصحاح (٢٨١/١)، المبسوط، للسرخسي

(٢/١٤)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١١٧/١)، شرح مختصر خليل

للخرشي (٢٠٣/٦)، مغني المحتاج (٩٢/٢)، حاشية الجمل (٥١٣/٣)، حاشية

البحيرمي على المنهج (١٤٦/٣)، شرح منتهى الإرادات (٢٠٨/٢)، كشاف القناع (٦/

الحبس؛ لأن حق الحبس إنما يثبت للبائع تحقيقاً للتسوية بينهما، وقد سقط حق البائع في المساواة بحكم التأجيل، فيسقط حقه في الحبس ضرورة. ولو كان بعض الثمن حالاً وبعضه مؤجلاً فله حبسه حتى يستوفي الحال اعتباراً للبعض بالكل، ولو بقي له من الثمن شيء قليل كان له حبس جميع المبيع؛ لأن حق الحبس لا يتجزأ، ولو دفع بالثمن رهناً أو كفلاً به كفيل لم يسقط حق البائع؛ لأنه وثيقة، والوثيقة توجب تأكد الأجل^(١)، وكان حق البائع في الثمن قائماً قبل المشتري فبقي له حق الحبس.

ولو أحال المشتري البائع غريماً من غرمائه على المشتري حوالةً مقيدة بالثمن يبطل حقه في الحبس. هكذا ذكر المسألة في الزيادات.

ووجه ذلك: أن سقوط حق البائع في الحبس معلق بسقوط حقه عن المطالبة بالثمن لا ببراءة المشتري عن الثمن، بدليل أن الثمن إذا كان مؤجلاً سقط حق البائع في الحبس، وإن بقي الثمن في ذمة المشتري.

وإذا أحال المشتري البائع على غريم من غرمائه لم يسقط حق البائع عن المطالبة بالثمن، ولكن غير المشتري قائم مقام البائع في حق تحمل هذه المطالبة، فلهذا لا يسقط حق البائع في الحبس.

فإذا أحال البائع غريماً من غرمائه على المشتري سقط حق البائع في المطالبة بالثمن ويسقط حقه في الحبس.

وفي القدوري: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، أو^(٢) أحال البائع رجلاً على المشتري، سقط حق البائع في الحبس في قول أبي يوسف - رحمه الله - وقال محمد - رحمه الله - : إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، لم يسقط حق البائع في الحبس، ولو أحال البائع رجلاً عليه سقط حقه.

(١) في أ: الأصل.

(٢) في م: و.

وتبين بما ذكر القدوري - رحمه الله - ما ذكر في الزيادات قول محمد - رحمه الله - .

فأبو^(١) يوسف نظر إلى جانب المشتري، وقال: ذمة المشتري قد برئت عن الثمن بالحوالة فيعتبر بما لو برئت بالأداء.

ومحمد - رحمه الله - نظر إلى [جانب]^(٢) البائع وقال: إن حق البائع إنما يثبت في الحبس ليتعين حقه في الثمن فما دام حقه في المطالبة قائماً بقي^(٣) حقه في الحبس، فإذا أحال البائع [رجلاً على المشتري فقد سقط حق البائع]^(٤) في المطالبة فيبطل [حق البائع]^(٥) في الحبس. فأما إن أحال المشتري البائع على رجل فحق المطالبة للبائع قائم، لكن المشتري أقام غيره مقام نفسه في حق تحمل المطالبة فلا يبطل حق البائع في الحبس.

وفي الممتقى رواية مجهولة: لو أحال البائع غريماً من غرمائه على المشتري بالثمن، لم يسقط حق البائع في الحبس.

ولو كان الثمن مؤجلاً فلم يقبض المشتري حتى حل الأجل، كان له [أن يقبضه]^(٦) قبل نقد الثمن وليس للبائع منعه؛ لأن حق البائع في الحبس سقط بالتأجيل، والساقط متلاش فلا^(٧) يقبل العود.

ولو أجله [بالثمن]^(٨) سنة غير معينة فلم يحضر المشتري حتى مضت السنة فالأجل سنة، من حين يقبض المبيع في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان سنة

(١) في م: وأبي.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يبقى.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: حقه.

(٦) في م: نقضه.

(٧) في م: لا.

(٨) سقط في م.

بعينها صار الثمن حالاً .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الثمن حال في الوجهين ؛ لأن مطلق الأجل ينصرف إلى ما يلي العقد كمدة الإجارة واستوى المعين وغير المعين .

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن التأجيل إنما شرع نظرًا للمشتري لتأخر عن^(١) المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع^(٢) بالمبيع والتصرف في المبيع في مدة الأجل ليؤدي الثمن عند^(٣) مضي الأجل ويستفضل لنفسه شيئًا، وهذا المعنى إنما يحصل باعتبار الأجل من وقت القبض، فيجب اعتباره ما أمكن، وقد أمكن اعتباره إذا كانت السنة غير معينة، فأما إذا [كانت معينة فلا؛ لأنها إذا كانت معينة، فإذا]^(٤) فاتت وأثبتنا التأجيل في سنة أخرى كان هذا إثباتًا للحكم في غير المحل الذي تناوله اللفظ، وهذا لا يجوز، بخلاف ما إذا لم تكن السنة غير معينة .

ولو كان في البيع خيار لهما أو لأحدهما والأجل مطلق فابتدأه من حين يلزم العقد، وأما في خيار الرؤية فالأجل يعتبر من حين العقد لأن الأجل لتأخير^(٥)

(١) في م: عن .

(٢) حق الانتفاع: هو الحق الذي يخول لصاحبه استعمال العين واستغلالها بالمنفعة دون الرقبة . وملك المنفعة: هو الاختصاص الذي يكسب صاحبه الانتفاع بنفسه، ويكون له أن يأذن لغيره في الانتفاع بعوض وبغير عوض كملك المستأجر منفعة العين المستأجرة، أما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة في الانتفاع بالعين جاءت نتيجة إذن عام أو خاص، كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالمدارس والمصحات وغيرها، ومنها أن يأذن شخص لآخر بركوب سيارته، ومنها حق الانتفاع ببضع الزوجة؛ فالمأذون له بالانتفاع لا يعتبر مالكًا للمنفعة، ومن ثم لا يجوز له أن يملكها لغيره .

فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة، الاستعمال والاستغلال، وقد يقتصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال، وقد يقتصر الاستعمال على السكن، فيسمى ذلك بحق السكنى، ومن ثم يقترن عادة حق المنفعة بحق الاستعمال وحق السكنى .

ينظر: فتح القدير (٢٤٩/٦)، المنشور في القواعد (٢٣٨/٣)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٣٩٢/١) .

(٣) في م: عند .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: إنما يعتبر .

المطالبة إلى وقت مضي الأجل، وذلك إنما يكون في موضع يجب البدل لولا التأجيل، وذلك من وقت اللزوم^(١) فأما خيار الرؤية لا يمنع وجوب الثمن فلا^(٢) يوجبه المطالبة بالثمن، فاعتبر التأجيل من وقت تسلم^(٣) المبيع، وهو أن يخلي بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل وكذا التسليم في جانب الثمن.

وقال الشافعي - رحمه الله - : التخلية ليست بقبض، والصحيح مذهبنا؛ لأن التسليم مستحق على البائع، وما يستحق على الإنسان يجب أن يكون له طريق الخروج عن^(٤) عهده بنفسه، ولو توقف ذلك على وجود الفعل من غيره وذلك الغير مختار في الفعل يبقى^(٥) هو في عهدة الواجب.

وإذا اشترى حنطة بعينها وخلي البائع بينها وبين المشتري في بيت البائع، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يصير المشتري قابضاً حتى لو هلكت، هلكت من مال البائع، وعلى قول محمد - رحمه الله - : يصير المشتري قابضاً حتى لو هلكت هلكت من مال المشتري، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى خلاً في دن، وخلي البائع بين المشتري وبين الدن في بيت البائع وختم المشتري على الدن صار المشتري قابضاً للخل عند محمد - رحمه الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - .

وحاصل الخلاف يرجع إلى أن التخلية في بيت البائع هل هي صحيحة؟ فعند محمد - رحمه الله - صحيحة خلافاً [لأبي يوسف - رحمه الله - .

حجة محمد: أن التخلية من البائع قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة البائع يده، وإن أزالها حين خلى بينه وبين الطعام لم يجب أن يصير قابضاً، كما لو خلى في غير بيت

(١) في م: العقد.

(٢) في م: ولا.

(٣) في م: العقد وتسليم.

(٤) في م: على.

(٥) في أ: فبقى.

البائع^(١) .

ولأبي يوسف: أن^(٢) صحة التخلية بزوال يد البائع، ويده إن زالت حقيقة لم تنزل من حيث الحكم؛ لأن البيت وما فيه في يد البائع حكماً.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - يقول في مسألة الدن^(٣): المشتري يصير قابضاً إذا كان البائع أعار منه الدن، بمنزلة من اشترى [منه]^(٤) حنطة وقال: كلها في غرائرك، ففعل، والمشتري حاضر، يصير قابضاً.

وفي العيون: إذا اشترى من آخر حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إلى المشتري، وقال: خلّيت بين الحنطة وبينك، فهذا قبض، ولو دفع المفتاح إليه ولم يقل: خلّيت بينها وبينك، فهذا ليس بقبض، [ولو قال: خذ، لا يكون قبضاً]^(٥) ولو قال: خذه، فهو قبض إن كان يصل إلى أخذه ويراه، في أجناس الناطفي.

وفي فتاوى الفضلي: إذا قال لغيره: بعت منك هذه السلعة وسلمتها إليك، فقال ذلك الغير: قبلت، لم يكن هذا تسليمًا حتى يسلمه بعد البيع؛ لأن التسليم حكم البيع، فإنما يعتبر بعد تمام البيع، ولا خلاف أن بالتخلية يقع القبض إذا كان المعقود عليه بقربهما، فأما إذا كان ببعدهما ذكر الناطفي - رحمه الله - في أجناسه وهشام في نواتره فيما إذا باع من آخر دارًا والدار غائبة فقال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبضتها، كان ذلك قبضًا في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا كان يقدر على دخولها وإغلاقها كان قبضًا. قال في العيون: وكذلك في الهبة والصدقة.

وأشار الخصاص [في الحيل]^(٦): أن بالتخلية يقع القبض وإن كان المعقود عليه

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: إذ.

(٣) في أ: الدنان.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

يبعد عنهما .

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ذكر في النوازل أن الرجل إذا باع ضيعة، وخلق بينها وبين المشتري، إن كان^(١) بقرب من الضيعة، يصير المشتري قابضاً، وإن كان^(٢) يبعد عنها، لا يصير قابضاً .

قال محمد - رحمه الله - : والناس عنها غافلون؛ فإنهم يشترون الضيعة في السواد ويقرون بالقبض والتسليم في المصر، وذلك مما لا يصح به إلا رواية^(٣) شاذة عن أبي يوسف - رحمه الله - ولا يؤخذ بتلك الرواية ولا يعمل بها .

وفي فتاوى الفضلي: إذا باع داراً من إنسان ببلدة أخرى، ولم يسلمها إليه إلا باللفظ، ثم امتنع المشتري عن تسليم الثمن، كان له ذلك؛ لأن التسليم إنما يجب عند قدرة البائع على تسليم المبيع، والبائع في هذه الصورة غير قادر على تسليم المبيع في الحال .

فهذه^(٤) المسألة دليل على أن بالتخلية لا يقع القبض إذا كان المعقود عليه يبعد^(٥) عن المتعاقدين .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى من آخر سمكة، وهي مشدودة بخيط في الماء، فقبضها المشتري كذلك، ثم ناول الخيط البائع، وقال: احفظها، فجاءت سمكة فابتلعت^(٦) المشدودة [فالتى ابتلعت المشدودة]^(٧) للممسك^(٨) ليس للمشتري .

(١) في م : كانا .

(٢) في م : كانا .

(٣) في م : برواية .

(٤) في م : هذه .

(٥) في أ : يبعد .

(٦) في م : وابتلعت .

(٧) سقط في م .

(٨) في م : للممسكة .

زاد في كتاب العلل فقال: التي ابتلعت المشدودة للبائع إذا كان البائع هو الذي مد الخيط وأخرجها؛ لأنه هو الذي صاهاها، وأما المشدودة فهي للمشتري، وإن كانت المشدودة هي الجائئة، فهما جميعاً للمشتري، كان المشتري قبض المشدودة أو لم يقبضها؛ لأن الجائئة كسب ملكه.

وإن كان المشتري لم يقبض المشدودة [وابتلعت الجائئة المشدودة، فالمشتري بالخيار إذا أخرجت المشدودة]^(١) من بطنها التي ابتلعتها وقد أضرت بها وأثرت إن شاء أخذها وإن شاء ترك.

وفي كتاب العلل قال: إذا أخذ البائع الأكلة وسلم المشدودة إلى المشتري جاز، فإن عجز عن تسليم [الأكلة فقد عجز عن تسليم]^(٢) المبيع فيخير المشتري كما لو أبق العبد المشتري قبل القبض، وإن كان المشتري قبض السمكة المشدودة ثم قال للبائع: أمسكها [ليصيد بها]^(٣) فما كان من ذلك فهو للمشتري.

زاد في كتاب العلل: وإن مد للبائع^(٤) الخيط وكان البائع كالعون له؛ لأن المشتري إنما ترك المشدودة ليصطاد بها فهو بمنزلة ما لو نصب شبكة ووقع صيد فقال لآخر: مد فم الشبكة، ففعل.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى من آخر دارا بالكوفة وهما ببغداد، وقبض البائع الثمن ولم يسلم الدار، حتى خاصمه المشتري^(٥) فيها، فإن القاضي يأمر بائع الدار أن يوكل وكيلًا يشخص مع المشتري إلى الكوفة فيسلم الدار إليه ويأخذ المشتري كفيلاً من البائع بنفسه ويوكل المشتري ها هنا وكيلًا بخصومة البائع، ثم يخرج المشتري إلى الدار مع الوكيل ويكتب قاضي بغداد له إلى

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: ليصيدها.

(٤) في م: البائع.

(٥) زاد في أ: من آخر.

قاضي الكوفة بما استقر [عنده من أمرها] ^(١)، فإن كتب قاضي الكوفة إلى قاضي بغداد أن الوكيل لم يسلمه الدار يعني جحده الوكالة وادعاه لنفسه، حسب القاضي البائع في السجن ها هنا حتى يسلم وكيله الدار.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا باع دارا وسلمها إلى المشتري وفيها متاع قليل [للبيع] ^(٢) لا يصح التسليم حتى يسلمها إليه فارغة؛ لأن يد البائع [قائمة وقيام يد البائع] ^(٣) تمنع صحة التسليم، وإن أذن البائع للمشتري بقبض الدار والمتاع صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عند المشتري فزالت يد البائع عن الدار. وكذلك إذا باع أرضاً فيها زرع للبائع وسلم الأرض ^(٤) إلى المشتري لا يصح

(١) في أ: أمره من عندها عنده من أمرها.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) وردت الأرض في اللغة على عدة معان هي: الأرض التي نحن عليها وهي إحدى كواكب المجموعة الشمسية، وترتيبها الثالث في فلكها حول الشمس وهي المراد هنا. وترد على كل ما سفلى وكان مقابلاً للسماء، كما يقال لأسفل قوائم الإبل، ففي المشهور أن قوائم الدابة يطلق عليها أرض، وقد سميت بذلك لانخفاضها عن جسم الدابة كأنها تلي الأرض.

وتأتي بمعنى: الرغدة واليَفْضة، يقال: بفلان أرض، أي: رغدة، ومنه قول ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أزلزلت الأرض بي، أم بي أرض». يعني: الرغدة والدوار. والأرض لفظ مؤنث، وكان حق المفرد المؤنث منها أن يقال: أرضة - بناء التأنيث - إلا أنه لم يُسمع ذلك، وقد ورد في القرآن الكريم قوله - تعالى -: ﴿وَالْأَرْضُ كَيْفَ سُطِحَتْ﴾ [الغاشية: ٢٠] حيث جاء الفعل «سُطِحَتْ» بناء التأنيث دلالة على تأنيث فاعله - لأنه يشترط مطابقة الفعل لفاعله في التذكير والتأنيث - إلا أن الأرض لم تأت ببناء التأنيث وذلك كثير في القرآن الكريم. والأرض اسم جنس، أو جمع بلا واحد، ولم تأت في القرآن الكريم مجموعة حتى عند ذكرها في مقابلة السماء، فإن السماء تُجمع على السماوات أما الأرض فإنها تبقى كما هي، وإذا جمعت فإن لها عدة ألفاظ هي: أرضات - بفتح الهمزة وسكون الراء، وكذلك فتحها - لأنهم قد يجمعون المؤنث الذي ليست فيه هاء التأنيث بالألف والتاء، كما تجمع على أرضون - بفتح الهمزة والراء - وكذلك - سكون الراء - فيقال: أرضون، فجمعوا بالواو والنون، ولا يُجمع بهما إلا أن يكون الاسم منقوصاً.

لكنهم جعلوا الواو والنون عوضاً من حذفهم الألف والتاء، كما تجمع على أرضون - بضم الهمزة والراء - أما جمعها على الأراضي فهو على غير قياس.

وفي المصباح المنير، ولسان العرب العقار: هو كل ملك ثابت له أصل، كالدار، =

التسليم.

والنخل، والعقار أيضًا هو الضيعة، والنخل، والأرض، ونحو ذلك .
 ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٨٠/١)، لسان العرب (٦١/١)، مادة (أرض)،
 الفائق، للزمخشري (٣٧/١)، النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير (٣٩/١)،
 تاج العروس للزبيدي (٣/٥) (٣٢٦/٨)، المصباح المنير (٤٢١/٢)، لسان العرب (٤/
 ٣٠٣٧)، مادة (عقر)، محيط المحيط، للأستاذ بطرس البستاني، نشر مكتبة لبنان،
 بيروت، ص (٧)، وص (٣٧٥)، شرح الأشموني على ألفية ابن مالك، لعلي بن محمد
 الأشموني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، ط (١)،
 ١٩٥٥م (٧٣١/١).

ولم يرد في اصطلاح الفقهاء تعريف للأرض أو تحديد لها، إلا أنه من خلال تتبع كتبهم
 وما جاء فيها وقفت على مصطلح العقار، وعندما قاموا بتعريفه قالوا: - إنه الأرض مبنية
 كانت أو غير مبنية، ويظهر ذلك واضحًا من خلال نصوصهم الفقهية.
 منها ما جاء في شرح فتح القدير: «يجوز وقف العقار، وهو الأرض، مبنية كانت، أو
 غير مبنية».

وفي حاشية الدسوقي: «العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر».
 وفي كفاية الأخيار عن الشفعة وما تثبت فيه: «تثبت في كل ما لا ينقل كالأرض،
 والربوع».

وفي المبدع: «تجب الشفعة في العقار، والمراد به الأرض، دون الغراس والبناء»، إلى
 غير ذلك من النصوص.

ولذلك فإن الأرض تندرج تحت مسمى العقار، وعليه يمكن القول بأن الأرض يطلق
 عليها في الاصطلاح الفقهي لفظ العقار، وتعريفه كما جاء في محيط المحيط: هو كل
 ملك ثابت له أصل، أي: غير منقول كالدار. وهو شرعًا: العرصه، مبنية كانت أو لا.
 ويظهر من خلال هذه التعريفات شمول التعريف اللغوي للأرض وغيرها من الأشياء
 الثابتة من كل ما له أصل، ولذا يمكن القول: إن كل أرض عقار، وليس كل عقار
 أرضًا، فبينهما إذن علاقة عموم وخصوص.

وقد ورد في بعض الكتب الفقهية استعمال لفظ غير المنقول مرادفًا للفظ العقار، ولذا
 يمكن - أيضًا - القول: إن الأرض تندرج تحت مدلول لفظ غير المنقول، وهذا ما ورد في
 بعض كتب الفقهاء فقد نُقل عن الشفعة وما تثبت فيه «تثبت في كل ما لا ينقل كالأرض
 والربوع». وكذا قولهم في صفة القبض في الرهن: «وما كان مما لا ينقل كالردور
 والأرضين أطلقت يده على قبضه».

وبصفة عامة نقول: إن الأرض تندرج تحت مدلول لفظ العقار أو الأموال غير المنقولة،
 والفرق بين المنقول وغيره راجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها، فإذا كانت بطبيعتها تقبل النقل فهي
 من المنقولات.

ينظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام (٤٢٩/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
 (٤٧٩/٣)، كفاية الأخيار، للحصني (١٨٤/٢)، المبدع، لابن مفلح (٢٠٥/٥)،
 المحلى، لابن حزم (٨٩/٨).

ذكر محمد في السير الكبير: إذا ولى الإمام رجلاً ببيع الغنائم فجعل ذلك الأرمك في حظيرة وباع رمكة منها رجلاً وقال للمشتري: ادخل الحظيرة واقبض الرمكة قد خليت بينك وبينها، فدخل الحظيرة ليقبض الرمكة فعالجها فانفلتت منه وخرجت من باب الحظيرة وذهبت ولا يدري أين ذهبت، ينظر في ذلك. فإن كان المشتري لا يقدر على أخذها فالهالك على البائع؛ لأن المشتري لم يصبر قابضاً لها حقيقة وهذا ظاهر، ولا حكماً لأنه لم يتمكن من قبضها إذا كان لا يقدر على أخذها. وإن كان المشتري يقدر على أخذها فالهالك على المشتري؛ لأنه صار قابضاً لها حكماً؛ لأن في هذا الوجه يستوي الجواب بين ما إذا كان المشتري يقدر على أخذها من غير كلفة ومشقة، وبين ما إذا كان يقدر على أخذها بكلفة ومشقة، ففي الحالين جميعاً يصير قابضاً [لها]^(١) بالتحلية؛ ولأن العبرة في هذا الباب للتمكن من القبض لا غير؛ ألا ترى أن من اشترى من آخر صبرة عظيمة^(٢) مشاراً إليها وخلي البائع بينها وبين المشتري يصير المشتري قابضاً لها وإن كان لا يقدر على قبضها إلا بكلفة ومشقة. وإن كان المشتري لا يقدر على أخذها وحده ولكن يقدر على أخذها لو كان معه أعوان وله فرس، ينظر: إن كان الأعوان أو الفرس معه يصير قابضاً، وإن لم يكن الأعوان أو الفرس معه لا يصير قابضاً.

وإن كانت الرمكة في يد البائع وهو ممسك لها فقال للمشتري: هاك^(٣) الرمكة، فأثبت المشتري يده عليها أيضاً حتى صارت الرمكة في أيديهما والبائع يقول للمشتري: خليت بينك وبينها وأنا لا أمسكها منعا لها منك وإنما أمسكها حتى تضبطها، فانفلتت من أيديهما، فالهالك على المشتري؛ لأن المشتري قابض لنصفها حقيقة. ولنصفها حكماً لتمكنه منه؛ لأن البائع لا يمنعه من ذلك.

(١) سقط في م.

(٢) في م: حنطة.

(٣) في م: هناك.

فإن قيل: الرمكة في يد البائع حقيقة، وقيام يد البائع عليها يمنع ثبوت يد غيره عليها.

قلنا: قيام يد الإنسان على المحل تمنع ثبوت يد غيره [عليه]^(١) على طريق المنازعة والمقاتلة لا على طريق التمكين إياه، ويد البائع ثابتة على الرمكة على طريق تمكين المشتري وإعانتته إياه على تقرير يده فلا يمنع ذلك صحة قبض المشتري. وإن كانت الرمكة في يد البائع ولم تصل إليها يد المشتري فقال البائع للمشتري: قد خليت بينها وبينك فاقبضها فإني أمسكتها لك، فانفلتت من يد البائع قبل أن يقبض المشتري وهو يقدر على أخذها من يد البائع وضبطها، فإن^(٢) الهلاك على البائع. بخلاف ما إذا كانت الرمكة في أيديهما والبائع لا يمنعها من المشتري فانفلتت، فإن هناك الهلاك على المشتري.

والفرق: أن المشتري لا يصير قابضاً المشتري ما لم يزل قبض البائع، ومتى كانت الرمكة في أيديهما والبائع لا يمنعه فقد زال قبض البائع حكماً؛ لأن يد المشتري ثابتة على أحد النصفين حقيقة وعلى النصف الآخر حكماً لما مر، ويد البائع ثابتة على أحد النصفين لا غير، فكان قبض البائع [دون قبض المشتري] يرتفع بقبض المشتري.

فإذا^(٣) كانت الرمكة كلها في يد البائع لم يزل قبض البائع حكماً؛ لأن جميع الرمكة في يد البائع حقيقة، ويد المشتري ثابتة عليها حكماً إذا كان لا يمنعها البائع عن المشتري فكان قبض المشتري دون قبض البائع ولا يرتفع به قبض البائع، ومع قيام قبض البائع^(٤) لا يعتبر قبض المشتري. وبخلاف ما إذا لم تكن الرمكة في يد

(١) سقط في م.

(٢) في أ: كان.

(٣) في أ: فأما إذا.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في م: حكماً؛ لأن جميع الرمكة في يد البائع حقيقة، ويد المشتري ثابتة عليها حكماً إذا كان لا يمنعها البائع عن المشتري وكان قبض المشتري دون قبض البائع فلا يرتفع به قبض البائع.

البائع ولا في يد المشتري وهي تقرب من البائع والمشتري بحيث لو أراد المشتري قبضها أمكنه ذلك، فقال البائع للمشتري: خليت بينك وبينها، فانفلتت، في هذه الحالة كان الهلاك على المشتري؛ لأن الثابت لكل واحد منهما، أعني البائع والمشتري في هذه الصورة التمكن [من] ^(١) القبض الحقيقي فكانت يد كل واحد منهما مثل يد صاحبه فجاز أن تزول يد البائع بيد المشتري.

فإن كانت الرمكة تبعد من المشتري والبائع فقال البائع للمشتري: خليت بينك وبينها، فهذا لا يكون قبضا، وقد مر هذا في فصل الضيعة والدار.

وسئل شمس الإسلام محمود الأوزجندی - رحمه الله - عن فرس بين اثنين وهو في المرعى باع أحدهما نصيبه من صاحبه، وقال للمشتري: اذهب واقبضه، فهلك الفرس قبل أن يذهب المشتري إليه، قال: الهلاك عليهما؛ لأن المشتري لم يقبض المشتري لا حقيقة ولا حكما فكان الهلاك عليهما.

وقعت في زماننا: أن رجلا اشترى بقرة من رجل وهي في غير المرعى فقال له البائع: اذهب واقبض البقرة، فأفتى بعض مشايخنا: أن البقرة إن كانت برأي العين بحيث [يمكن الإشارة إليها فهذا قبض، وما لا فلا، وهذا الجواب ليس بصحيح، والصحيح أن البقرة إن كانت بحيث يتمكن المشتري من قبضها لو أراد، فهو قابض لها، دليل مسألة الرمكة التي ذكرناها] ^(٢).

ولو كان المشتري اشترى الأرمالك كلها في الحظيرة، وخلي البائع بينها وبين المشتري، والأرمالك بحيث لا تقدر على الخروج إلا بفتح الباب، ففتح المشتري باب الحظيرة ليدخل [فانفلتت] ^(٣) بعض الأرمالك ^(٤) وخرجت من الحظيرة وذهبت،

(١) سقط في م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: يتمكن المشتري من قبضها لو أراد فهو قابض لها، ودليل مسألة الرمكة التي ذكرناها.

(٣) في م: فدخل يأخذ.

(٤) زاد في م: فغلبه الرماك.

فالهلاك على المشتري والثمن لازم، سواء كان المشتري يقدر على أخذها لو دخل الحظيرة أو لا يقدر، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا كان المشتري يقدر على قبضها لو دخل الحظيرة؛ لأن المشتري صار قابضاً لها بالتمكن^(١) من قبضها، ومشكل فيما إذا كان لا يقدر على قبضها لو دخل الحظيرة؛ لأن المشتري لم يقبضها لا حقيقة باليد، ولا حكماً بالتمكن من القبض، وينبغي أن يكون الهلاك في هذه الصورة على البائع. ألا ترى أنه لو فتح غير المشتري الباب وكان المشتري لا يقدر على أخذ الأرمالك، لو^(٢) دخل الحظيرة فانفلتت الرمكة وذهبت، لا يكون الهلاك على المشتري؛ لأن المشتري لم يصير قابضاً لها [لما لم يكن متمكناً من قبضها. والجواب: أن الجواب صحيح في الوجهين؛ لأن المشتري إذا كان لا يقدر على قبض الرماك. إن كان لا يصير قابضاً لها]^(٣) بالتمكن من القبض يصير قابضاً لها بالإتلاف، والقبض كما [يتحقق]^(٤) من المشتري بالتمكن من القبض يتحقق منه بإتلاف المشتري.

ألا ترى أن من اشترى عبداً والعبد بعد منه بحيث لا يتمكن من قبضه [لو أراد قبضه]^(٥) فأعتقه، يصير قابضاً له حتى يتأكد عليه [الثمن]^(٦)، وما صار قابضاً لتمكنه من القبض؛ لأن العبد بعد منه، وإنما صار قابضاً بالإتلاف كذا ها هنا. وبيان الإتلاف: أن فتح الباب سبب لخروج الرمكة وإتلافها فقام مقام مباشرة الإخراج والإتلاف، وخرج على هذا ما إذا كان فاتح الباب غير المشتري. ولا يلزم أبا حنيفة وأبا يوسف ما إذا فتح الرجل باب قفص إنسان أو باب اصطبل

(١) في م: لما تمكن.

(٢) في م: و.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

لإنسان فطار الطير أو خرجت الدابة من فوره ذلك، فإنه لا يضمن الفاتح عندهما، مع أنه سبب لإخراج الدابة والطير بفتح الباب؛ لأن هناك لو ضمن الفاتح إنما يضمن ضمان غضب؛ لأنه لم يوجد منه عقد ضمان في حق الطير والدابة.

والمشتري في فصل الرمكة لو ضمن بفتح الباب ضمن ضمان عقد؛ لأنه وجد منه عقد الضمان في حق الرمكة، وقد جرى في ضمان العقد من السهولة ما لم يجر في ضمان الغضب؛ ألا ترى أن المشتري يصير قابضاً بحكم العقد ضامناً بالتمكن من قبض ما اشترى، ولا يثبت الغضب بمجرد التمكن^(١) من القبض، فكذا هاهنا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فهبت الريح بالباب وفتح الباب فطار الطير، لا يصح التسليم، وإن فتح المشتري الباب وطار الطير صح التسليم، وهذا الجواب ليس بصحيح، وإنما الصحيح من الجواب أن المشتري إذا كان بحال يمكنه قبض المشتري بيده من غير عون أو مع عون [إلا أن]^(٢) الأعوان معه يصير قابضاً، حتى لو انفتح الباب وطار الطير ذهب من مال المشتري سواء انفتح الباب بفتح المشتري أو بهبوب الريح أو بفعل أجنبي، وإن كان بحال لا يمكنه الأخذ أصلاً وكان يمكنه بعون إلا أن الأعوان ليسوا معه، فإن انفتح الباب بفتح المشتري وذهب الطير ذهب من مال المشتري، وإن انفتح بهبوب الريح أو بفتح الأجنبي ذهب من مال البائع بدليل مسألة الشراء.

اشترى من آخر دهناً معيناً ودفع إليه قارورة ليزنه فيها، فوزنه بحضرة المشتري صار المشتري قابضاً، وإن كان في دكان البائع أو بيته؛ لأن وزن البائع هاهنا منقول إلى المشتري لأن الأمر به قد صح، [وإن]^(٣) وزن بغية المشتري ذكر بعض المتقدمين في شرح الجامع [الصغير]^(٤) أن المشتري لا يصير قابضاً، والصحيح أنه

(١) في م: بالثمن.

(٢) في م: لأن.

(٣) في م: وإلى.

(٤) سقط في م.

يصير قابضاً لما ذكرنا .

ولو أن البائع صب فيها رطلاً فانكسرت وهما لا يعلمان، فما صب قبل الانكسار يهلك على المشتري، وما صب بعد الانكسار يهلك على البائع، وإن بقي في القارورة شيء بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار فصب البائع في القارورة رطلاً حتى خرج الكل من القارورة، فالبائع يصير ضامناً للمشتري^(١) مثل ما بقي في القارورة بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار .

وإن دفع المشتري القارورة منكسرة إلى البائع ولم يعلم بذلك فصب فيه بأمر المشتري، فذلك كله على المشتري .

ولو كان المشتري أمسك القارورة بنفسه ولم يدفعها إلى البائع والمسألة بحالها، كان الهالك في جميع ما ذكرنا على المشتري .

وفي المنتقى: لو دفع القارورة إلى البائع منكسرة ولا يعلم به المشتري والبائع يعلم وكال فيه فتلف، فالبائع متلف ولا شيء له على المشتري، فإن علم به المشتري ولم يعلم به البائع، أو^(٢) كانا يعلمان فكال له فيه فالمشتري قابض له .

قال هشام في نوادره: سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل اشترى من آخر شيئاً وأمره أن يجعله في وعاء للمشتري^(٣) فجعله فيه ليزنه عليه وانكسر الإناء وتوى ما فيه، فهو من مال البائع؛ لأنه إنما جعله في إناء المشتري ليزنه فيعلم وزنه [لا للتسليم إلى المشتري، فإن وزنه]^(٤) ثم [انكسر الإناء، فهو من مال البائع أيضاً، وإن وزنه في شيء للبائع ثم جعله في إناء المشتري ثم]^(٥) انكسر الإناء، فهو من مال المشتري .

(١) سقط في م .

(٢) في م: و .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في م .

ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المأذون: إذا اشترى من رجل عشرة أرطال زيت بدرهم وأمره [أن]^(١) يكيلها في قارورة جاء بها وكال البائع الزيت في القارورة فسال الزيت كله من القارورة، فهذا على وجهين:

إما أن تكون القارورة صحيحة حين أمر المشتري البائع بالصب فيها، ثم انكسرت بعد ما صب البائع فيها رطلا، ثم صب التسعة أرطال بعدما انكسرت فسال وهما لا يعلمان بذلك أو يعلمان بذلك، وهذا الوجه ينقسم قسمين:

إما أن يكون المشتري دفع القارورة إلى البائع وأمره بأن يصب فيها، أو لم يدفع القارورة [إلى البائع لكن أمسكها بيده حتى صب البائع فيها الزيت فسال، فإن كانت القارورة]^(٢) مدفوعة إلى البائع وهي صحيحة وكال فيها رطلا من الزيت ثم انكسرت فسال الباقي وهما لا يعلمان بذلك، فإن الرطل الأول يهلك على المشتري ويتأكد عليه حصته من الثمن، والتسعة أرطال التي صب فيها البائع بعد الانكسار تهلك على البائع ولا يجب على المشتري حصة ذلك من الثمن، سواء كان المشتري حرًا أو مأذونا، وذلك لأن البائع فيما كال من الرطل الأول فيها ممثلا أمر المشتري فيصير المشتري قابضا، فأما التسعة أرطال الباقي إنما صبت في القارورة بعد أمر المشتري، فلا يصير المشتري به قابضا فيكون الهلاك على البائع، وإنما قلنا ذلك^(٣) لأن القارورة كانت صحيحة وقت الأمر بالصب، والأمر من المشتري بصب الدهن أمر بالتحصين؛ لأن القارورة تستمسك الزيت، وليس بالاستهلاك، وصب الرطل الأول في القارورة كان صب تحصين؛ لأنه صب فيها وهي^(٤) صحيحة، وصب الباقي من الأرتال فيها استهلاك للزيت وليس بتحصين، فكان البائع في صب الرطل الأول ممثلا [أمر المشتري فكان بأمر المشتري فصار قابضا، وفي صب الرطل الأول

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: وذلك.

(٤) في أ، م: والقارورة.

ممثلاً أمر المشتري فكان بأمر المشتري فصار قابضاً، وفي صب الباقي مخالفاً أمر^(١) المشتري فلا يصير المشتري به قابضاً سواء كان المشتري حرّاً أو عبداً، ويستوي في ذلك علمهما بذلك وجهلها^(٢)، وإن كان الانكسار عزلاً لفوات المأمور به وهو التحصين، والعزل لا يصح إذا كان المأمور به جاهلاً بالعزل؛ لأن العزل إنما يصح حال جهل المأمور به إذا كان قصدياً، فأما إذا كان حكماً فإنه يصح حالة الجهل أيضاً، كما لو باع الوكيل^(٣) العبد الموكل ببيعه أو أعتق أو مات^(٤) أو جن، وهاهنا لو انعزل بعد انكسار القارورة وإنما ينعزل لفوات المأمور به لا بعزل الموكل، فكان حكماً لانكسار القارورة لا قصداً فيصح، علم المأمور به أو لم يعلم.

فأما إذا كان المشتري ممسكاً^(٥) بيده وباقي المسألة بحالها لم يذكر محمد - رحمه الله - جواب هذا الفصل في الباب.

قال شيخ الإسلام خواهر زادة - رحمه الله - : وقد حكى حواراني عن أستاذه الكبير أبي بكر البلخي: أنه يكون الهلاك على المشتري حراً كان المشتري أو مأذوناً. وكان يقول^(٦): القارورة متى كانت في يد المشتري وثبت من المشتري أمر مبتدأ كل ساعة بالصب فيها من حيث المعنى، وذلك لأن البائع إنما يصب فيها بتمكين المشتري فيكون معينا له على الصب فيها فيجعل ذلك [منه]^(٧) بمنزلة أمر مبتدأ بالصب يوجد من المشتري بعد الكسر، ولو وجد منه أمر جديد بالصب والقارورة مكسورة، فإن الهلاك يكون على المشتري سواء كان المشتري حرّاً أو عبداً.

-
- (١) سقط في م.
 (٢) زاد في م: أمر.
 (٣) في أ، م: الموكل.
 (٤) زاد في م: الأمر.
 (٥) في م: يمسكها.
 (٦) زاد في م: في.
 (٧) سقط في م.

وهذا الجواب مشكل في العبد؛ لأننا وإن أثبتنا منه أمراً مبتدئاً بالصّب فيما بعد كسر القارورة إلا أن هذا الأمر منه لا يصح؛ لأنه أمر بالاستهلاك. ألا ترى لو كان المشتري عبداً فأمر البائع بقتله، فإنه لا يصير قابضاً، وذلك لأن المشتري إن لم يصير قابضاً بهذا السبب وهو الأمر بالاستهلاك، ولكن القارورة متى كانت في يد المشتري فالدهن في يد المشتري، [ثم يسيل بعدما حصل] (١) في يده (٢) فيصير به قابضاً، وقبض المأذون باليد يصح إن كان لا يصح قبضه بالأمر بالاستهلاك، فلهذا سوينا بين الحر والمأذون.

بخلاف ما لو لم تكن القارورة في يد المشتري، حيث لا يصير المأذون قابضاً؛ لأن الدهن لم يحصل في يد المشتري حتى يصير قابضاً باليد، ولو صار قابضاً إنما يصير قابضاً بالأمر بالاستهلاك، وبهذا لا يصير المأذون قابضاً، هكذا كان يقوله الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - .

هذا إذا كانت القارورة [غير مكسورة وقت الأمر.

فإن كانت] (٣) مكسورة وقت الأمر بالصّب فيها، فصب فيها البائع العشرة أرطال كلها وسال، فهذا على وجهين:

إما أن كانا لا يعلمان بانكسار القارورة وقت الأمر، أو كانا يعلمان، وكانت القارورة مدفوعة إلى البائع، أو كانت في يد المشتري يمسكها، والمشتري للزيت حراً أو مأذوناً، فإن كانا لا يعلمان، ذكر أن الهالك يكون على المشتري ويصير المشتري قابضاً ويتأكد عليه جميع الثمن، سواء كان المشتري حراً أم عبداً.

وهذا الجواب الذي ذكر لا يشكل إذا كان المشتري [حراً؛ لأن المشتري] (٤) متى كان حراً والقارورة مكسورة وقت الأمر بصب الزيت فيها، كان هذا من المشتري

(١) في أ، م: فالدهن يحصل.

(٢) في أ: يد المشتري.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

أمرًا بالتضييع والاستهلاك، ولم يكن أمرًا بالتحصين؛ لأن التحصين لا يتحقق متى كانت القارورة مكسورة، ويكون هذا من المشتري أمرًا بالاستهلاك، والمشتري متى أمر البائع باستهلاك المبيع والمشتري حر يصح أمره ويصير استهلاك البائع كاستهلاك المشتري.

ألا ترى لو كان المشتري حيوانا فأمر المشتري البائع بقتله فقتل صار المشتري قابضًا، وكذا لو أمره بالإعتاق وأعتق صار المشتري قابضًا، فكذلك هذا.

بخلاف ما لو كانت القارورة صحيحة وقت الأمر بالصب؛ لأن الأمر من المشتري بالصب أمر تحصين لا أمر استهلاك، والتحصين وجد في الرطل الأول.

وأما في الثاني فالصب استهلاك وليس بتحصين، والمشتري لم يأمر البائع بالاستهلاك وإنما أمره بالتحصين، وإنما يشكل الجواب إذا كان المشتري عبدًا؛ لأن أمر العبد أمر بالاستهلاك والتضييع، والمأذون لا يملك الأمر للبائع بالاستهلاك، وإذا لم يصح أمره لا يمكن أن يجعل استهلاك البائع منقولاً إليه، ولا يصير العبد به قابضًا.

إلا أن الجواب عن هذا أن يقال: بأن هذا من المأذون أمر بالتحصين من وجه وأمر بالاستهلاك من وجه، من حيث إنه لا يعلم بانكسار القارورة فيكون أمر تحصين، ومن حيث إن القارورة مكسورة لا يتحقق التحصين بالصب فيها يكون أمر استهلاك، فقد اجتمع ما يوجب أن يكون هذا أمر تحصين وما يكون أمرًا بالاستهلاك، فعمل بالأمرين جميعًا فاعتبره أمر تحصين إذا كانا لا يعلمان، فيجعل العبد به قابضًا، وجعله أمرًا بتضييع متى كانا يعلمان، حتى لا يصير المشتري [له قابضًا]^(١) توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان في حالين مختلفين لما تعذر العمل بهما في ساعة واحدة، كما في [الهبة]^(٢) بشرط العوض.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

[هذا]^(١) إذا كانا لا يعلمان بالكسر والقارورة في يد البائع وقد أمره [المشتري]^(٢) بالصب فيها، فإن المشتري إذا كان حرًا يصير المشتري قابضًا للدهن ويكون الهلاك عليه، فإن كان المشتري مأذونًا لا يصير به قابضًا ولا يكون الهلاك عليه؛ لأن هذا من المشتري أمر بالاستهلاك، والمشتري بالأمر بالاستهلاك يصير قابضًا إذا كان حرًا؛ لأن الأمر بالاستهلاك من الحر صحيح لما مر، فأما من العبد لا يصح حالة العلم ولا يصير قابضًا، وهذا إذا كانت القارورة مدفوعة إلى البائع.

وإن كانت غير مدفوعة ويمسكها المشتري بيده، يصير المشتري قابضًا سواء كان المشتري حراً أم عبداً؛ لأن المشتري وقع في يد المشتري فيصير المشتري بذلك قابضًا سواء كان المشتري حراً أو مأذونًا؛ لأن القبض باليد منهما صحيح، فإنما يفترقان في حق الأمر بالاستهلاك إذا كانت في يد البائع، إن كان المشتري حراً يصير قابضًا ويكون الهلاك على المشتري، وإن كان المشتري عبداً فإنه لا يصير قابضًا ويكون الهلاك على البائع؛ لأن هذا من المأذون أمر باستهلاك المبيع من كل وجه وإنه غير صحيح، فلا يصير المأذون قابضًا ولا يصير استهلاك البائع كاستهلاكه.

فإذا^(٣) كانت القارورة صحيحة وقد صب البائع فيها رطلا ثم انكسر فصب فيها الباقي؛ لأنه بقي من الرطل الأول شيء في القارورة حين صب البائع فيها الباقي؛ فإنه يتأكد على المشتري في حصة الرطل الأول فيضمن ما بقي من الرطل الأول للمشتري؛ لأن ما بقي من الرطل الأول زيت المشتري، وقد خلط البائع ذلك بزيته بغير أمره؛ لأن المشتري لم يأمره أن يخلط زيت البائع بزيت نفسه، فصار الخلط من البائع للرطل حاصلًا بغير إذن المشتري، فصار البائع مستهلكًا لما بقي من الرطل الأول من زيت المشتري فيصير ضامنا إن كان الباقي [نصف رطل يضمن نصف

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فإن.

رطل، وإن كان الباقي^(١) ثلثا أو ربعا يضمن ذلك. اشترى من آخر دهنا معيناً ودفع إليه قارورة ليزنه فيها فوزنه بحضرة المشتري، صار المشتري قابضاً وإن كان في دكان البائع أو بيته؛ لأن وزن البائع هاهنا منقول إلى المشتري لأن الأمر به قد صح.

وإن وزن بغية المشتري. ذكر بعض المتقدمين في شرح الجامع الصغير: أن المشتري لا يصير قابضاً^(٢) لما ذكرنا.

ولو أن البائع حين صب فيها رطلاً انكسرت وهما^(٣) لا يعلمان، فما صب قبل الانكسار يهلك على المشتري، وما صب بعد الانكسار يهلك على البائع، وإن بقي في القارورة شيء بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار فصب البائع في القارورة رطلاً حتى خرج الكل من القارورة، فالبائع يصير ضامناً للمشتري مثل ما بقي في القارورة بعد الانكسار مما وزن قبل الانكسار، وإن دفع المشتري القارورة منكسرة إلى البائع ولم يعلم بذلك فصب فيها بأمر المشتري، فذلك كله على المشتري، ولو كان المشتري أمسك القارورة بنفسه ولم يدفعها إلى البائع والمسألة بحالها، كان الهلاك في جميع ما ذكرنا على المشتري.

وفي المنتقى: لو دفع القارورة إلى البائع منكسرة ولا يعلم به المشتري، والبائع يعلم وكاله فيه فتلف، فالبائع متلف ولا شيء له على المشتري، وإن علم به المشتري ولم يعلم به البائع، أو كانا يعلمان فكاله فيها، فالمشتري قابض.

قال هشام في نوادره: سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل اشترى من آخر [شيئاً]^(٤) وأمره المشتري أن يجعله في وعاء للمشتري فجعله فيه ليزنه فانكسر

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: والصحيح لا يصير قابضاً.

(٣) في م: ههنا.

(٤) سقط في م.

الوعاء^(١) وتوى ما فيه، فهو من مال البائع؛ لأنه إنما جعله في إناء المشتري ليزنه فيعلم وزنه لا للتسليم إلى المشتري، فإن وزنه ثم انكسر الإناء فهو من مال المشتري^(٢).

وفي مجموع النوازل: إذا اشترى من قروي وعاء ثريد وأمره أن يذهب به إلى [منزله]^(٣) فسقط في الطريق فهلك، فالهالك على البائع [إن]^(٤) لم يقبضه المشتري. رجل باع من آخر ثوبًا وأمره أن يقبضه فلم يقبضه حتى أخذه^(٥) إنسان^(٦)، فإن كان حين أمره البائع بالقبض أمكنه القبض من غير قيام يصح التسليم، وإن كان لا يمكنه القبض إلا بقيام لا يصح التسليم.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -، وفيها أيضًا: إذا اشترى من آخر دابة والبائع راكبها، فقال له المشتري: احملني معك، فحمله معه فهلكت الدابة، هلكت من مال المشتري؛ لأن ركوب المشتري قبض منه.

وقيل: إن كان المشتري [ركب على السرج]^(٧) والبائع رديفه يصير قابضًا، وما لا فلا، وإن لم يكن عليه سرج فهو قابض كيف ما كان ركب، وهذا^(٨) قول محمد - رحمه الله -.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله -: لا يصير المشتري قابضًا إذا حملة البائع مع نفسه.

ولو كانا راكبين فباع أحدهما من صاحبه لا يصير قابضًا، بمنزلة ما لو باع والبائع

(١) في أ: الإناء.

(٢) تقدم هذا الكلام من قبل.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: أخذ.

(٦) زاد في م: الثوب.

(٧) في م: راكبا.

(٨) زاد في م: كله.

والمشتري في الدار .

رجل اشترى من آخر حنطة بعينها، ثم قال للبائع: أعرني جوالقك هذا، أو قال: جرابك هذا وكل [لي]^(١) ما اشتريت منك حتى أرجع فأحمله، فذهب المشتري ففعل البائع ذلك وضاعت الحنطة، فهذا ليس بقبض حتى يدفع إليه المشتري آية له يكيل فيها الطعام، أو يقبض منه المشتري وعاءه الذي استعاره ويدفعه إليه، فإن كان كذلك فهو قبض. هكذا روى^(٢) ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - .

وذكر عمرو بن أبي عمرو عن محمد - رحمه الله - إذا قال المشتري للبائع: أعرني جوالقك هذا وكله فيه، ففعل صار المشتري قابضاً، ولو لم يقل هذا وباقي المسألة بحالها لا يصير قابضاً.

وفي القدوري: وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا استعار المشتري من البائع جوالقاً وأمره أن يكيل فيه، فإن كان الجوالق بعينه صار المشتري قابضاً بالكيل فيه، وإن كان بغير عينه نحو أن يقول: أعرني جوالقاً^(٣) فكله فيه، ففعل، فإن كان المشتري حاضرًا فهو قبض، وإن كان غائبًا لم يكن قبضاً.

وقال محمد - رحمه الله - : لا يكون قابضاً في الغيبة في الوجهين حتى يقبض الجوالق منه ثم يسلمه إليه.

وعلى ما ذكره القدوري: بينهما اتفاق، إذ المشتري إذا لم يعين الغرائر لا يصير المشتري قابضاً بكيل البائع حال غيبة المشتري؛ وهذا لأن البائع بالكيل عامل لنفسه من وجه، من حيث إنه يميز ملكه عن ملك المشتري فينتقل فعله إلى المشتري من وجه دون وجه، ولا يثبت القبض بالشك بمجرد الأمر بالكيل، بخلاف ما لو دفع إليه غرائر نفسه حيث يصير قابضاً بجعله في غرائره بعد الكيل والتمييز؛ لأنه عامل في هذا للمشتري من كل وجه، فيصير فعله في هذا منقولاً إلى المشتري من كل وجه،

(١) سقط في م .

(٢) في م: رواه .

(٣) سقط في م .

ويصير كأن المشتري هو الذي [جعله]^(١) في الغرائر بعد الكيل والتمييز؛ ولأن الاستعارة مع الجهالة لا تصح قبل التعيين، فلا تصير الغرائر للمشتري لا ملك منفعة ولا ملك رقبة، ولا يحصل^(٢) الجعل في غرائر المشتري، وبدون الجعل في غرائر المشتري لا يصير^(٣) قابضًا.

وأما إذا عين الغرائر وأمره بالكيل فيها بغيبة المشتري، فعلى قول محمد - رحمه الله - : لا يصير قابضًا؛ لأن العارية لا تتم بدون القبض، وما لم تتم بدون العارية لا تصير الغرائر للمشتري لا ملك منفعة ولا ملك رقبة.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يصير قابضًا؛ لأن استعارة الغرائر غير مقصودة بعينها وإنما ثبت حكمًا لتصحيح القبض، فكانت قصدية من وجه حكمية من وجه، شرطنا التعيين لكونها قصدية ولم نشترط القبض لكونها حكمية، ولو أحدث المشتري في المبيع عيبًا أو أحدث البائع بأمره فهو قبض من المشتري، أما إذا أحدث المشتري فلأن هذا لا يتأتى إلا باستيلاء^(٤) على المحل وذلك فوق القبض حقيقة بإثبات^(٥) القدرة على المحل، وأما إذا فعل البائع فلأن فعل غيره بأمره كفعله بنفسه. وكذلك لو أعتقه المشتري، أو دبره، أو أقر أن الجارية أم ولد له، فهو قبض من المشتري، أما الإعتاق فلأنه إتلاف للمحل حكمًا فيعتبر بالإتلاف حقيقة ما عدا الإعتاق من التدبير، والإقرار بأمره [لعله أم]^(٦) الولد تنقيص^(٧) حكمًا فيعتبر بالتنقيص^(٨) حقيقة وهو التعيب^(٩).

(١) سقط في م.

(٢) في أ: يصح.

(٣) زاد في أ: المشتري.

(٤) في م: بالاستيلاء.

(٥) في م: في إثبات.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: فقبض.

(٨) في م: بالقبض.

(٩) في م: التعيين.

ولو زوج المشتري الأمة المشتراة قبل القبض من إنسان، فالقياس أن يكون قبضًا بنفس النكاح، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - .

وفي الاستحسان: لا يصير قابضًا ما لم يطأها الزوج؛ وهذا لأن النكاح ليس بتعييب من حيث إتلاف الملك وتنقيص المالية. بل هو تعيب حكمي من حيث قلة رغبات الناس، فهو في معنى نقصان السعر، بخلاف الإعاق والتدبير؛ لأن ذلك إتلاف للمالية وإنهاء للملك فلهذا افترقا.

فإذا وطئها الزوج يصير قابضًا؛ لأن الوطء استيلاء على المحل، وقد فعل الزوج بتسليط المشتري فيعتبر بما لو فعل المشتري بنفسه.

وفي العيون: اشترى من غيره فصًا بدينار فدفع البائع إليه الخاتم فهلك في يده، فإن أمكن نزع الفص من غير ضرر فعليه ثمن الفص لا غير؛ لأن التسليم قد صح فيتأكد الثمن، وهو في الخاتم أمين، وإن لم يمكن نزع الفص إلا بضرر لا شيء عليه؛ لأنه لا يصح التسليم.

وفي القدوري: ولو باع قطنًا في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك، فإن كان المشتري لا يتمكن إلا بفتق الفراش ودق السنبل لم يصر قابضًا؛ لأن المشتري لا يملك التصرف في ملك البائع، والفتق والدق تصرف في ملك البائع، فلم يكن مملوكًا للمشتري، فلم يصر المشتري متمكنًا من المبيع، فلم يصر قابضًا.

قال: لو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك، صار قابضًا؛ لأنه لا يحتاج في قبض المبيع إلى إحداث فعل في ملك البائع فلا يمنع صحة القبض^(١).

اشترى جارية ووطئها قبل القبض، إن كانت بكرًا فالوطء نقصان لا محالة فيصير المشتري قابضًا، حتى لو هلكت هلكت من مال [المشتري، وإن أحدث البائع منعًا بعد الوطء من]^(٢) المشتري صار ناقضًا^(٣) قبض المشتري حتى لو هلكت تهلك من

(١) في م: التسليم.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: قابضا.

مال البائع، إلا أنه يبقى حصة النقصان الحاصل بسبب زوال البكارة على المشتري من الثمن؛ لأن ذلك القدر من الثمن تقرر على المشتري، وإن كانت الجارية ثيباً فالوطء ليس بنقصان لكن يصير به قابضاً.

فإذا^(١) أحدث البائع منعاً بعد وطء المشتري ثم هلكت، تهلك كلها من مال البائع في باب الكسب والغلة.

قال في الجامع: رجل اشترى من رجل ثوباً بعشرة ولم يقبضه حتى أحدث فيه عيباً، يعني المشتري أحدث فيه عيباً ينقصه حتى صار قابضاً على ما مر، ثم هلك الثوب في يد البائع، فإن هلك قبل أن يمنعه البائع هلك من مال المشتري، وإن هلك بعد ما منعه البائع هلك من مال البائع، وهذا لأن المشتري صار قابضاً الثوب، وإنما ينتقض قبضه بالاسترداد، وبمجرد كون المال^(٢) في يد البائع لا يصير البائع مسترداً؛

(١) في م: فإن.

(٢) قال ابن منظور: المال معروف، وهو ما ملكته من جميع الأشياء. وقال الجوهري: ذكر بعضهم أن المال يؤنث وأنشد لحسان:

المالُ تُزْرِي بِأَقْوَامِ دَوِي حَسَبٍ وَقَدْ تُسَوِّدُ غَيْرَ السَّيِّدِ الْمَالُ
قال ابن الأثير: «المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم».

وإذا صار الرجل ذا مال قيل: مال الرجل، يُمُولُ وَيَمَالُ، مَوْلًا، وَمَوْلًا، فَهُوَ مَالٌ وَمَيْلٌ، بزنة «فَعْل»، و«فَيْعَل».

أما إذا أعطى الرجل لغيره المال؛ فإنه يقال: مَوْلَهُ، يُمَوِّلُهُ، تَمَوَّلًا؛ جاء في مختار الصحاح: «تمول الرجل: صار ذا مال. ومَوْلُهُ غيره تَمَوَّلًا».

وقال الزبيدي: المال ما ملكته من كل شيء وجمعه: أموال، وقد جاء في الحديث النبوي النهي عن إضاعة المال. قيل: أراد به الحيوان أي: يحسن إليه ولا يهمل، وقيل: إضاعته إنفاقه في المعاصي والحرام، وما لا يحبه الله، وقيل: أراد به التبذير والإسراف وإن كان مباحاً.

ومن هذا يظهر أن المال في اللغة: هو كل ما يملكه الإنسان من جميع الأشياء، فكل ما يقبل الملك فهو مال، عيباً كان أو منفعة.

وقول أهل اللغة: المال معروف. لا غرابة فيه ولا عجب، فإذا ما أطلقت كلمة المال؛ تبادر إلى الذهن أن المقصود بها: العملة المتداولة بين الناس على اختلاف أشكالها. هذا هو

مفهوم المال في العرف العام؛ إلا أن المفهوم الاقتصادي للمال يعد كل ما ينتفع به على أوجه من وجوه النفع مالا، كما أنه يعد كل ما يُقَوِّم بثمن مالا أيًا كان نوعه، وأيًّا كانت قيمته، فمن ملك أرضًا فهي مال، ومن ملك دارًا فهي مال، ومن ملك شجرًا فهو مال، ومن ملك ثمرًا فهو مال، فكل شيء يمكن أن يعرض للبيع وتقدر له قيمة هو مال، وكل شيء ينتفع به على أي وجه هو مال.

وإذا تأملنا ما قاله ابن الأثير في المال؛ أدركنا أن هذا المفهوم الاقتصادي للمال كان معروفًا عند العرب منذ الجاهلية؛ فالإبل عندهم مال، والغنم، مال والنخيل مال، وعيون الماء مال، فكل ما ينتفعون به انتفاعًا ماديًا هو مال، مالك الكثير منه غني، ومن لا يملك، أو يملك القليل؛ فهو فقير.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء عند تعريفهم لمعنى المال، ويرجع سبب اختلافهم إلى أن القرآن والسنة لم يوجد فيهما نص محدد لتعريف المال، مع أن لفظ المال ورد ذكره في القرآن نحوًا من ست وثمانين مرة.

وفيما يلي أبيّن معنى المال عند الفقهاء:

عند الحنفية: المتقدمون من الحنفية يعرفون المال بأنه: «ما يميل إليه الطبع، ويدخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لصالح الآدمي، ويجري فيه الشح والصفة».

كما عرفوه بأنه: «اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز». والتمول عندهم: «صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة». وعرفه المتأخرون منهم: بأنه: «ما يطلق على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير»، أو هو: «ما يكون منتفعًا به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق».

وعند المالكية: عرف الإمام الشاطبي المال بأنه: «ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه».

وعند الشافعية: عرف الإمام السيوطي المال بأنه: «ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك» وذكر الإمام السيوطي للمال ضابطين نقلهما عن الإمام الشافعي:

الأول: أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

والثاني: أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن التمول هو الذي لا يعرض له ذلك.

عند الحنابلة: عرف الحنابلة المال بأنه: «ما يباح نفعه مطلقًا، أي: في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة».

وبالنظر في التعريفات السابقة للمال عند الفقهاء نلاحظ ما يلي:

أولاً: تعريفات المتقدمين من الحنفية - وإن اختلفت ألفاظها- إلا أنها متقاربة في مفهومها ومعناها؛ حيث يشترطون في الشيء الذي يعد مالا، أن يكون شيئًا ماديًا يمكن إحرازه وحيازته، ويمكن ادخاره، كما يشترطون لاعتبار الشيء مالا أن يكون عيّنًا.

وبهذا يتضح أن هذه التعريفات غير جامعة؛ لأنها تخرج المنافع من معنى المال؛ لأن =

المنافع لا يمكن ادخارها، كذلك لا تشمل التعريفات الحقوق المعنوية التي تعد أموالاً، مثل حقوق التأليف، وحقوق الإنتاج الذهني عامة.

ثانياً: بالنظر في تعريفات المال لمتأخري الحنفية يتبين أن هذه التعريفات تشمل الأعيان والمنافع والحقوق؛ لأن مناط المالية عندهم هو القيمة التي تقدر بالنقد، فكل ما له قيمة يعتبر مالاً؛ لأن كل ما فيه قيمة فيه منفعة.

ولا يشترط أصحاب هذا الاتجاه أن يكون المنتفع به عيناً، بل الشرط عندهم أن يكون ما يطلق عليه اسم المال منتفعاً به، وله قيمة متمولة عند الناس.

وعلى هذا المسلك لمتأخري الحنفية، فإن المنافع تعتبر أموالاً، وأباح الشارع الانتفاع بها.

ثالثاً: تعريفات جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة لمعنى المال، تبين أن الشيء الذي يمكن اعتباره مالاً هو ما يجري فيه الملك واستبداد المالك به.

كما يشترطون فيما يعد مالاً أن تكون له قيمة يباع الشيء لأجلها ويشتري، ويلزم المتلف الضمان إذا أتلّفها.

كما يشترط جمهور الفقهاء لاعتبار الشيء مالاً أن يجري العرف بين الناس في اعتباره مالاً، فما تعارف الناس على كونه من الأشياء ذات القيمة فهو مال، وما لا يطرحه الناس في التعامل فهو مال، وما يطرحونه فلا يعد مالاً.

وعلى هذا: كل ما ثبت نفعه، وأصبح محلاً للتعامل بين الناس، وأباح الشارع الانتفاع به يعتبر مالاً عند جمهور الفقهاء.

وتعريف الإمام السيوطي أرجح، وهو: «ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل: الفلّس، وما أشبه ذلك»، فهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين:

الأول: أن كل ما له أثر في النفع فهو متمول، وما لا يوجد فيه نفع فليس بمال.

الثاني: إمكان الانتفاع بالشيء، وحيازته، وجريان التعامل به بين الناس، واعتباره مالاً، كل ذلك يثبت المالية للأشياء، ولا تزول هذه المالية إلا بزوال هذه الصفات عنه؛ لأن اسم المال لا يزول عن الشيء ما دام إمكان الحيابة والانتفاع موجودين لبعض الناس.

وعلى هذا التعريف الراجح لمعنى المال يدخل فيه جميع الأشياء التي يمكن الانتفاع بها، وحيازتها كالأشياء المادية، والمنافع التي تعارف الناس على اعتبارها مالاً.

وقد انبنى على خلاف الفقهاء في معنى المال وتعريفه، الخلاف في مالية المنافع. وفي ضوء ما تقدم يمكن تقسيم المال وفق عدة معايير؛ فينقسم بحيث كونه متقوماً أو غير متقوم، وبحسب كونه عقاراً أو منقولاً، أو كونه مثلياً أو قيميّاً، وبحسب كونه استهلاكياً أو استعمالياً، وبحسب كونه خاصاً أو عاماً.

المال المتقوم: المال باعتبار تقومه وعدم تقومه ينقسم قسمين؛ متقوم، وغير متقوم. والمال المتقوم هو المال المحرز فعلاً... القابل للانتفاع به انتفاعاً معتاداً مشروعاً حال السعة والاختيار، وأمثال هذا المال كثيرة، فمنه السيارات، والدور، والكتب، كما أن المال المتقوم يصلح أن يكون محلاً للمعاوضات المالية، ويضمن بالتعدي عليه، =

.....

بخلاف المال غير المتقوم .

المال غير المتقوم: هو الذي لا يملكه أحد؛ كالسمك في الماء، والطيور في الهواء، أو كان مملوكاً للغير، ولكنه لا ينتفع به عادة على وجه يرفضه الشارع حال السعة والاختيار؛ كالخمر، والخنزير بالنسبة للمسلم.

المال المثلي: عرف الفقهاء المثلي بأنه: ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، ويوجد له نظائر في الأسواق، والمثليات كل ما يقدر بالوزن أو الكيل، أو بالعدد المتقارب الآحاد، ومن ذلك الذهب، والفضة، والحبوب، والزيت، والبيض، والليمون إذا كانا من نوع وحجم واحد، ويعتبر مثلياً ما تمت صناعته بالآلة ما دام جنسه واحداً، كالأقمشة المنسوجة بالآلة، والأبنية ما دامت لها نظائر بالأسواق.

ويعد من المثلي أيضاً عند الحنفية: الأشياء التي تقاس بالذراع ونحوه، وهي التي تسمى بالمذروعات إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به؛ وذلك كالمسوحات المحكمة الصنع، وألواح الزجاج، وما شابه ذلك. وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية خلافاً للشافعية، والحنابلة.

المال القيمي: عرف الفقهاء المال القيمي بأنه: ما لا يوجد له مثل في مجال التجارة، أو يوجد لكن بتفاوت يعتد به في مجال المعاملات؛ كالإبل، والعقارات، والسيارات، وأشباهها.

وعرف محمد سلام مذكور المال القيمي بقوله: «ما تفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، أو لم تتفاوت، ولكن انعدمت نظائره في الأسواق».

وترتب على تقسيم المال - قسمين: مثلي، وقيمي - في الفقه الإسلامي بعض الآثار، نجمل أهمها فيما يلي:

من ناحية الثبوت في الذمة وعدمه: يقرر الفقهاء أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذم على الإطلاق؛ فيتعلق الحق منها بمقدار غير معين بذاته في الخارج؛ فتشغل به الذمة وعلى الملتزم به أن يوفي ما عليه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفة، ولا يلزم أداء عين معينة يريدها الملتزم له أو صاحب الحق، أما الأموال القيمية، فإنها لا تقبل الثبوت في الذم؛ وعلى ذلك فلا تكون بذاتها ديناً أبداً وإذا أريد تعليق الحق بذاتها فيجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج، فلا يمكن بيع رأس من الغنم أو البقر إلا إذا ورد العقد على واحد موجود مشخص متميز عن سواه.

حيث إن الأموال المثلية تثبت في الذم؛ لذلك يجب باتلافها ضمان مثلها لا قيمتها؛ لقوله تعالى: ﴿مَنْ أَعْدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [سورة البقرة آية: ١٩٤]. ولأن المثل أعدل؛ لما فيه من مراعاة الجنس والمالية؛ فكان لدفع الضرر؛ ولأنه - أي: المثل - أقرب إلى الأصل من القيمة والواجب.

وعند التعويض الاقتراب بقدر الإمكان من الأصل المعروض عنه؛ لأن تعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت، ومن القواعد الفقهية أن الضرر يدفع بقدر الإمكان، وأنه إذا بطل الأصل يصار إلى البديل؛ فعند إمكان الأقرب وهو المثل لا يصير إلى الأبعد وهو القيمة؛ لأنه أقرب إلى الأصل من القيمة؛ لكونه مماثلاً له من طريق الصورة والمشاهدة =

والمعنى بخلاف القيمة؛ فهي مماثلة له معنى فقط كما أن تضمين المثل يخلف ذات المال المتلف، أما تضمين القيمة فيخلف ماليته لا ذاته، فإذا انعدم المثل حشًا أو شرعًا بأن لم يوجد في الأسواق، أو منع من الوصول إليه مانع فعندئذ يصار إلى القيمة اضطرارًا؛ لأنها أحد البدلين؛ لأن التعويض بالمثل - وهو الأداء الكامل - تعذر فيتحول إلى القاصر لأنه الممكن، ولا تكليف أكثر مما في دائرة الإمكان.

وأما القيمي: فالواجب عند إتلافه ضمان قيمته؛ إذ لا مثل له، وحيث تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية دفعًا للضرر بقدر الإمكان.

المال الاستهلاكي: ويمكن تعريف المال الاستهلاكي بأنه ما يكون الانتفاع بخصائصه - بحسب المعتاد - غير متحقق إلا باستهلاكه؛ سواء كان استهلاكه حقيقيًا وذلك كاستهلاك سلع عينية: كالأطعمة، والأشربة، ومواد الوقود، ونحو ذلك. أم كان استهلاكه حكميًا، وذلك كالنقود، حيث يعد خروجها من يد مالكها في سبيل وفاء ما عليه من التزامات، وقضاء بعض الحاجات - استهلاكًا لها -، وإن كانت أعيانها باقية.

المال الاستعمالي: ويمكن تعريف المال الاستعمالي بأنه: ما يتحقق الانتفاع به باستعماله مرارًا مع بقاء عينه، وهذا يشمل الأموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة بل يمكن استعمالها مرارًا مع بقاء عينها؛ وذلك كالدور، والدواب، والأثاث، والثياب، ونحو ذلك.

وتقسيم المال إلى استهلاكي، واستعمالي في الفقه الإسلامي تظهر آثاره في قابلية الأموال لبعض العقود والتصرفات، وعدم قابليتها كما يتضح ذلك فيما يلي:

المال الاستهلاكي: لا يقبل أن ترد عليه العقود التي يكون الغرض منها الاستعمال دون الاستهلاك، وهي التي تستهدف تملك المنفعة دون العين؛ وذلك كالإجارة والإعارة؛ لأن العقد في كليهما يقتضي الانتفاع مع بقاء العين. والمال الاستهلاكي لا يتحقق الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، ولذا فلا يصح استئجاره أو إعارته، وذلك لتنافي الغرض المقصود من الإجارة أو الإعارة مع طبيعة هذا النوع من المال، من هنا قرر الفقهاء أن الإجارة إذا كان المقصود منها استيفاء العين لا تصح، فلا يجوز استئجار الشجر لأخذ الثمر، والحيوان لأخذ اللبن، ولا استئجار الأجسام والغابات لقطع الحطب؛ وذلك لوقوع الإجارة على استهلاك العين، وهذا يعني بيع أعيان معدومة، وهو لا يجوز. غير أن الفقهاء قد أجازوا على سبيل الاستثناء بعض أنواع الإجازات الواردة على استهلاك العين؛ وذلك للضرورة والحاجة وتعارف الناس؛ كاستئجار الظئر وهي المرأة المرضع، وكنزول الحمام للاستحمام بأجر، مع أن العقد وارد على استهلاك العين وهي اللبن والماء الحار؛ فالعقود التي يكون الغرض منها استهلاك المال دون استعماله لا ترد إلا على مال استهلاكي؛ كالقرض؛ لأن غرض المقرض هو استهلاك ما اقترضه ليسد حاجته، ثم يرد مثله إلى المقرض، فلو ورد القرض على مال استعمالي فإن العقد لا يكون قرضًا، بل هو إعارة، وإن دفع بلفظ القرض.

المال الخاص: هو ما كان داخلًا في الملك الفردي؛ سواء كان ملكه واحدًا أم متعددًا؛

ألا ترى أنه لا يصير غاصبًا بهذا القدر، فكذا لا يصير مستردًا، فبقي قبض المشتري على حاله، فإذا هلك يهلك من مال المشتري .
 فإذا^(١) منعه البائع فقد صار مستردًا؛ ألا ترى أنه يصير غاصبًا مال الغير بمجرد المنع عنه، فكذا يصير مستردًا، فانتقض قبض المشتري وعاد الثوب إلى ضمان البائع، فإذا هلك يهلك من مال البائع ويبطل الثمن من مال المشتري إلا قدر ما انتقص بفعل المشتري فإن ذلك يتقدر على المشتري؛ لأنه لم يوجد الاسترداد لذلك القدر لكونه هالكًا .

فإن كان الثوب على عاتق البائع، أو في حجره فعليه المشتري، ثم هلك من غير فعل أحدثه [البائع، هلك على المشتري؛ لأن كون الثوب على عاتقه أو في حجره

= بحيث يكون ممنوعًا عن الكافة؛ فلا يكون لهم حق الاستيلاء عليه، أو الانتفاع به إلا بإذن مالكة؛ لأن له وحده حق حيازته والاستئثار بمنافعه والتصرف فيه .
 وقد ورد كثير من النصوص التي تحث الأمة الإسلامية على حماية المال الخاص؛ وتؤكد على حرمة وعدم التعدي عليه، أو أكله بالباطل، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذِّبَابُ ءَأَمْنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [سورة النساء آية: ٢٩] . وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»، وقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» .
 المال العام: هو ما لم يكن داخلًا في ملكية أحد من الأفراد، وإنما هو موضوع لمصلحة الجماعة ومنفعتها، بحيث يكون لكل واحد من أفرادها حق الانتفاع به وذلك كالبحار، والأنهار، والطرق العامة، ونحو ذلك .

ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ص (٩٦٩)، النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٣٧٣)، القاموس المحيط، ص (٥٣/٤)، والصحاح، (مول) (١٠٩/٥)، ولسان العرب، (مول) (٤٣٠٠/٦)، مختار الصحاح، مادة (مول)، ص (٢٦٦)، المذكر والمؤنث، لابن الأنباري محمد بن القاسم، تحقيق: طارق عبد العون الجناني، مطبعة العاني، بغداد، ط(١)، ١٩٧٨م، ص (٣٤١)، تاج العروس (١٢١/٨)، رد المحتار (١٦١/٥)، المبسوط (٧٩/١١)، بدائع الصنائع (١٤٧/٧)، الفتاوى الهندية (١١٩/٥)، منح الجليل (٥١٤/٣)، الموافقات في أصول الشريعة (١٧/٢)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٧)، حاشيتنا قليوبي وعميرة (١٧٥/١)، نهاية المحتاج (١٥٩/٥)، شرح منتهى الإرادات (١٤٢/٢)، كشاف القناع (٨٩/٤)، (٩٠) .

(١) في م: فأما إذا .

[فيعيه المشتري ثم هلك من غير فعل أحدثه]^(١) لا يصلح أن يكون غصبًا، ولهذا لو ذهب الريح بثوب إنسان وألقته على عاتق إنسان، أو في حجره [لا يكون غصبًا]^(٢) فلا يصير البائع به مستردًا.

وكذلك لو كان البائع ممسكًا الدابة؛ لأن مجرد إمساك الدابة لا يصلح غصبًا، ولهذا جاز للبائع أن يفعل ذلك بالدابة المبيعة، وما يصير الإنسان به غاصبًا لا يحل للبائع أن يفعله^(٣) في المبيع.

ولو كان لابسًا للثوب، أو راكبًا للدابة فأحدث المشتري فيه عيبًا ينقصه، ثم لم يمنعه البائع حتى هلك، هلك من مال البائع؛ لأن دوام الركوب واللبس يصلح غصبًا.

ولهذا لو استعار ثوبًا يومًا فدام على اللبس بعد مضي اليوم يصير ضامنًا، وكذا دوام الركوب على هذا، فصار البائع مستردًا [للدابة والثوب]^(٤).

ولو كانت دارا فهدم المشتري حائطًا منها حتى صار قابضًا، ثم إن البائع سكن الدار بعد ذلك، لا يصير البائع مستردًا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وأبي يوسف - رحمه الله - في قوله الأخير؛ لأن السكنى لا تصلح غصبًا موجبًا [للضمان]^(٥) عندهما، فلا يصير البائع [به]^(٦) مستردًا.

وعند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول: السكنى تصلح غصبًا للعقار فيصير البائع مستردًا فيبطل الثمن عن المشتري إلا حصة ما هدم.

وصار الحاصل: أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع إنما يصير البائع

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: يفعل ذلك.

(٤) في م: للثوب.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

مستردًا بما يصير به غاصبا مال الغير، حتى إن بمجرد التمكين والتخلية لا يصير مستردا، وهذا بخلاف المشتري [فإن المشتري]^(١) بمجرد التمكين والتخلية يصير قابضًا.

والفرق: أن التسليم مستحق على البائع فيجب تعليقه بما في وسعه وهو التمكين والتخلية حتى لا يبقى في عهدة المستحق، أما التسليم غير مستحق على المشتري بعد ما قبض المبيع بغير إذن البائع لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة على المبيع، إنما على المشتري تسليم الثمن، فلو علقنا التسليم بحقيقة الأخذ لا يبقى المشتري في عهدة المستحق.



(١) سقط في م.

نوع آخر منه :

إذا قبض المبيع قبل نقد الثمن بغير إذن البائع، كان للبائع أن يسترده^(١) منه حتى يستوفي الثمن؛ لأن حق الحبس كان ثابتاً للبائع إلى أن يستوفي الثمن، وحق الإنسان لا يبطل من غير رضاه.

ولو تصرف المشتري في ذلك تصرفاً يلحقه النقص بأن باع، أو وهب، أو رهن، أو أجر، أو تصدق، نقض التصرف.

وإن كان لا يلحقه الفسخ كالتعق، والتدبير، والاستيلاء، لم يملك البائع رده إلى يده.

والفرق: هو أن تصرف المشتري حصل في ملكه والنقص عليه لحق البائع، ولكن إنما يجب رعاية حق البائع عند الإمكان، فإذا كان تصرف المشتري قابلاً للنقص والإمكان يثبت، ولا كذلك ما إذا لم يكن تصرف المشتري قابلاً للنقص. ولو نقده الثمن فوجده البائع زيوفاً^(٢) أو ستوقاً^(٣) أو مستحقاً أو وجد بعضه كذلك، كان للبائع منعه، وإن قبضه المشتري بغير إذن البائع بعدما نقد الزيوف أو الستوق، فللبائع أن ينقض قبضه، فإن كان تصرف [المشتري فيه]^(٤) نقض تصرفه، يريد به إذا كان تصرفاً يحتمل النقص؛ لأن ما نقد ليس حق البائع فصار وجوده

(١) في م: يسترد.

(٢) الزيوف لغة: النقود الرديئة، وهي جمع زيف، وهو في الأصل مصدر، ثم وصف بالمصدر، فيقال: درهم زيف، ودراهم زيوف، وربما قيل: زائفة. قال بعضهم: الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وتسك بقدر الدراهم الجيدة لتلتبس بها. وفي حديث ابن مسعود رضي الله عنه: «أنه باع نفاية بيت المال وكانت زيوفاً وقسية». أي رديئة. والتزييف لغة: إظهار زيف الدراهم. ولا يخرج اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوي.

ينظر: لسان العرب (٩/١٤٢)، وتاج العروس (٢٣/٤١٣)، وابن عابدين (٤/٢١٨).

(٣) السُّتُوق: بفتح السين وضمها مشددة التاء فهي فارسي مُعَرَّب، وفارسيته تسه تاه وهو على صورة الدراهم وليس له حكمها إذ جوفه نحاس ووجهها جُعل عليهما شيء قليل من الفضة لا يخلص. فهو: فلس مُمَوَّه بالفضة غلب غشه على فضته.

ينظر: طلبة الطلبة، ص (٢٢٧)، المبسوط (٢/١٩٤)، (١٢/١٤٥).

(٤) في م: فيه المشتري.

والعدم بمنزلة فصار كأنه قبض بغير إذن البائع قبل نقد الثمن، وهناك قد ذكرنا أن للبائع أن ينقض قبض المشتري وتصرفه إذا كان تصرفاً يحتمل النقص فكذا هاهنا. ولو قبضه بأمرة ثم وجد الدراهم المقبوضة زيوفاً، لم يكن للبائع أن يسترده؛ لأن الزيوف من جنس حقه، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم يجوز إلا أن يكون [بها]^(١) عيباً والعيب لا يبدل الجنس، ولما كان من جنس حقه [فإذا أذن له بالقبض بناء على ما وجد من الاستيفاء وذلك يصلح أن يكون استيفاء يسقط حقه]^(٢) في الحبس وعمل إذنه، والساقط لا يحتمل العود.

ولو وجد المقبوض رصاصاً أو ستوقاً أو مستحقاً، كان له أن يسترد المبيع وإن قبضه المشتري بإذنه بخلاف الزيوف.

والفرق: أن إذن البائع في القبض كان بناء على ما وجد من الاستيفاء، وقبض الستوق والرصاص لا يصلح للاستيفاء؛ لأن الستوق ليس من جنس حقه أصلاً، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز، فإذا لم يصلح استيفاء والإذن بناء على الاستيفاء صار وجود الإذن والعدم بمنزلة، وكذلك [قبض المستحق]^(٣) موقوف على إجازة المالك، فإذا لم يجز انتقض القبض فيه من الأصل^(٤)، فصار الحكم فيه بعد عدم الإجازة نظير الحكم في الستوق والرصاص.

فإن لم يجد البائع شيئاً مما ذكرنا في الثمن حتى باع المشتري العبد أو أجره أو رهنه وسلم، ثم إن البائع وجد في الثمن شيئاً مما ذكرنا، فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البائع على رده، ولا سبيل له على العبد، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا وجد الثمن زيوفاً أو نبهرجة^(٥) وذلك لأن حق البائع في الحبس قد بطل،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: المشتري.

(٤) في م: الفعل.

(٥) اختلف العلماء في تفسير النبهرجة فقيل: هي التي تضرب في غير دار السلطان، أما الزيوف فهي المغشوشة، وأما الستوقة فهي صفر مموه بالفضة أو ما كان النحاس فيه هو الغالب، قال =

حتى [لو] (١) لم يكن له أن ينقض قبض المشتري قبل وجود التصرف من المشتري، فلا يكون له نقض تصرفه أيضاً، كما لو أذن له في القبض مرسلأ أو استوفى الثمن بتمامه مشكل فيما إذا وجد الثمن رصاصاً أو ستوقاً أو مستحقاً؛ لأن حق البائع في الحبس في هذه الصورة لم يسقط؛ ألا ترى أن له أن ينقض قبض المشتري فكان له أن ينقض تصرفه أيضاً كما لو قبض بغير إذنه.

والجواب: أن قبض المشتري في هذه الصورة وقع فاسداً؛ لأن شرط صحته أن يكون بإذن البائع من كل وجه، وهاهنا قبض المشتري حصل بغير إذن البائع من وجه باعتبار المعنى وبإذنه من وجه باعتبار الحقيقة فيعتبر القبض الفاسد (٢) بالبيع الفاسد،

كثير من المشايخ: الجياد فضة خالصة تروج في التجارات وتوضع في بيت المال، والزيوف: ما زيفه بيت المال، أي رده، ولكن تأخذه التجار في التجارات، لا بأس بالشراء بها ولكن يبين للبائع أنها زيوف، والنهجرة ما يرده التجار، المستوفة أن يكون الطاق الأعلى فضة، والأسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم وحاصل هذا الكلام أن الزيوف أجود وبعده النهجرة وبعدهما المستوفة ويكون نحاسها أكبر من فضتها. ينظر: رد المحتار (٣٦٣/٥)، المغرب (٢٤٢/١).

(١) سقط في أ.

(٢) اختلف الحنفية، والشافعية في مفهومي الفساد، والبطلان من حيث التوافق وعدمه؛ لكن الخلاف بينهم في مفهومي اللفظين قد تحرر في العبادات؛ فانفق العلماء على أن الفساد، والبطلان في العبادات بمعنى واحد (فيما عدا الشافعية في الحج)، وهو عدم الصحة؛ لأن المراد بهما خروج العبادة عن كونها عبادة بسبب فوات بعض الفرائض. ثم انحصر الخلاف بينهما فيما عدا ذلك، وعدا مسائل مخصوصة عند كلا المذهبين: فعند الحنفية: الباطل، والفساد متباينان؛ فالباطل: ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه. والفساد: ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

وحكم الأول: أنه لا يملك بالقبض.

وحكم الثاني: أنه يملك به. قال ابن عابدين: «قوله: «الفساد والبطلان في العبادات سيان»، أما في المعاملات، فإن لم يترتب أثر المعاملة عليها: فهو البطلان، وإن ترتب: فإن كان المطلوب التماسخ شرعاً: فهو الفساد، وإلا: فهو الصحة». وعند الشافعية: الباطل، والفساد مترادفان، إلا في الكتابة، والخلع، والعارية، والوكالة، والشركة، والقرض، وفي العبادات: في الحج؛ فإنه يبطل بالردة، ويفسد بالجماع ولا يبطل... ذكره السيوطي.

وهذا هو أبرز اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، وهو نفسه عند الأصوليين فيها: قال

وفي البيع الفاسد المشتري إذا قبض المبيع^(١) بإذن البائع كان له أن ينقض قبضه بحكم [الفساد]^(٢)، ومتى تصرف فيه لا يكون له أن ينقض تصرفه لأنه حصل بتسليطه، ومتى قبض المبيع بغير إذن البائع كان للبائع أن ينقض قبضه بحكم الفساد وكان له أن ينقض تصرفه لأنه لم يحصل بتسليطه فكذلك هاهنا متى^(٣) كان القبض فاسدًا وقد حصل بإذن البائع كان للبائع نقض قبضه [بحكم الفساد، ولا يكون له نقض تصرفه، ومتى حصل بغير إذن البائع كان للبائع نقض قبضه]^(٤) ونقض تصرفه أيضًا، والله أعلم.



= الإمام الإسنوي في التمهيد: البطلان والفساد عندنا مترادفان، فنقول مثلًا: بطلت الصلاة وفسدت، وقال أبو حنيفة: إنهما متباينان؛ فالباطل عنده: ما لم يشرع بالكلية كبيع ما في بطون الأمهات، والفساد: ما شرع بأصله، ولكنه امتنع لاشتماله على وصف، كالربا فإنه مشروع من حيث إنه بيع، وممنوع من حيث إنه يشتمل على الزيادة، ووافق الإمام الرازي في المحصول.

ينظر: البحر الرائق (٢/٢٩١)، حاشية رد المحتار لابن عابدين (١/٦١٣)، و(٢/٣٩٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (١/٤٧٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/٣٧١)، التمهيد، للإسنوي (١/٥٩)، المحصول في علم الأصول، للرازي (١/٤٣).

(١) في أ: المشتري.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: كان.

(٤) سقط في أ.

ومما يتصل بهذا النوع :

قال محمد - رحمه الله - في الجامع : وإذا اشترى الرجل مصراعى باب أو خفين أو نعلين فقبض أحدهما [بغير إذن البائع]^(١) ولم يقبض الآخر حتى هلك ما عند البائع هلك من مال البائع ، فلم يجعل قبض أحدهما قبضاً للآخر ، ثم قال : ويتخير المشتري في المقبوض فقد جعلهما في حق الخيار كشيء واحد .

ولو قبض أحدهما فاستهلكه أو عيبه صار قابضاً للآخر ، حتى لو هلك الآخر عند البائع قبل أن يحدث البائع فيه منعاً أو حسباً هلك على المشتري .

وإن منعه البائع بعد ذلك ثم هلك هلك على البائع حتى سقط [من]^(٢) الثمن بحصته فجعلهما كشيء واحد في الاستهلاك والتعيب ، وفي حق الاسترداد جعلهما بمنزلة العبدین والثوبين حتى لم يجعل استرداد البائع أحدهما كاستردادهما .

ولو جنى البائع على أحدهما بإذن المشتري صار قابضاً لهما ، فلو [هلكا بعد ذلك]^(٣) هلكا من مال المشتري .

ولو منع البائع أحدهما بعد ذلك ، أو منعهما كان عليه قيمة ما هلك .

ولو أذن البائع للمشتري في قبض أحدهما كان إذناً في قبضهما ، حتى لو قبضهما ثم استرد البائع أحدهما ليحبسه بالثمن صار غاصباً .

ولو رأى المشتري أحدهما ورضيه لم يلزمه حتى يرى الآخر ، وكان له أن يردهما

بخيار الرؤية .

ولو أحدث بأحدهما عيباً لم يكن له أن يرد الأخير بالعيب ولا بخيار الرؤية ، ولو

جاء أجنبي فاستهلك أحدهما كان لصاحبهما أن يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما .

والأصل في جنس هذه المسائل : أن القبض فعل حقيقي يلاقي الصورة ، والمعنى

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : المالية القائمة .

فيه تابع، واعتبرا فيه بالثوبين والعبدین، فأما الخيار إنما يثبت باعتبار نقصان [في مالية القائم]^(١) فإن هلاك أحدهما يوجب نقصانا في مالية القائم، والهلاك كان في ضمان البائع، وجعل كأن انتقاص مالية القائم حصل في ضمان البائع، والتعيب ينقص المالية [والاستهلاك يفوت المالية]^(٢)، وهما في المالية كشيء واحد، فأوجب ذلك تعيبًا في الآخر فصار الآخر مقبوضًا بحكم التعيب، واسترداد البائع يلاقي الصورة فاعتبرا فيه بالثوبين، والإذن في [القبض]^(٣) إنما كان لإيصال المشتري إلى منفعة ملكه، وهما فيه كشيء واحد.

وجناية البائع بإذن المشتري بمنزلة جناية المشتري بنفسه لكن برضاء البائع، وجناية [المشتري بنفسه بأحدهما بإذن البائع قبض]^(٤) لهما بإذن البائع؛ لأن ذلك تعيب وإتلاف للمالية، وهما في ذلك كشيء واحد فيوجب ذلك قبض الآخر، وبطلان حق الحبس لرضاء البائع بقبضهما.

وكذا^(٥) جناية البائع بإذن المشتري بأحدهما، فإذا امتنع^(٦) البائع بعد ذلك صار غاصبًا، والغصب يلاقي الصورة فاعتبرا فيه بالثوبين والعبدین فلم يصر غصب أحدهما غصبًا للآخر، وخيار الرؤية إنما يثبت باعتبار الجهل^(٧) بأوصاف المعقود عليه وإنما يبطل بالعيان الذي يدرك به معرفة الأوصاف والعيان يلاقي الصورة فاعتبرا فيه بالثوبين.

وإذا أحدث عيبًا بأحدهما فذلك يوجب نقصانا في مالية الآخر فبطل خيار

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: قبض أحدهما.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: فكذا.

(٦) في م: منع.

(٧) زاد في م: أو.

العيب^(١) والرؤية فيهما؛ لأن شرط الرد بخيار الرؤية وخيار العيب الرد على الوجه الذي خرج من ملك البائع، واستهلاك الأجنبي أحدهما يوجب نقصاناً وخللاً في مالية الآخر، وكان بمنزلة من عيب دابة [أو ثوب]^(٢) غيره عيباً فاحشاً وهناك كان لصاحبه أن يضمه قيمة الكل ويسلم إليه المعيب كذا هاهنا.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم ولم ينقد ثمنها حتى قبضها بغير إذن البائع وباعها من رجل بمائة دينار وتقابضا، وغاب المشتري الأول فحضر بئعه وأراد استرداد الجارية من المشتري الآخر، فإن أقر الآخر أن الأمر كما وصفه البائع الأول كان للبائع الأول أن يستردها لأن المشتري^(٣) أقر بثبوت حق الاسترداد للبائع الأول في ملكه فصح إقراره، فإذا استردها بطل البيع الثاني؛ لأن البائع أبطل حق المشتري الأول بحق سابق على قبضه فانتقض قبضه من [الأول]^(٤) الأصل، وإن كذب المشتري الآخر البائع الأول فيما قال، أو قال: لا أدري أحق [ما]^(٥) قال أو باطل، فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب^(٦)؛ لأن الجارية صارت مملوكة للمشتري الآخر، والبائع الأول مقر بذلك،

(١) خيار العيب: هو عقد يقتضي السلامة من العيب؛ فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة، فعند فواتها يتخير كي لا يتضرر بإلزام ما لا يرضى به، كما إذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد.

وعرفه المالكية بأنه: «لقد تمكن المبتاع من رد مبيعه على بائعه؛ لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة كميته قبل ضمانه مبيعه».

وعرفه الشافعية بأنه: «من إضافة المسبب للسبب، ويسمى: خيار النقيصة، وهو المتعلق بفوات مقصود مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تحرير فعلي».

وعرفه الحنابلة بأنه: «هو النقص»، وهو «ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا».

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: الآخر.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: البائع.

ثم هو يدعى على الغائب حقًا فلا يصدق إلا بحجة، والحجة لا تسمع على الغائب إلا إذا كان عنه خصم حاضر، والمشتري الثاني ليس بخصم عن الأول، فإن حضر الغائب وصدق البائع الأول فيما قال لا يصدق على المشتري الآخر، وإن كذبه يقال للبائع الأول: أقم البينة على ما ادعيت، فإن أقام البينة بمحضر من المشتري الأول والثاني، ردها القاضي على البائع الأول وانتقض البيع الثاني لما مر، إلا أن ينقد المشتري الأول [الثمن]^(١) قبل الرد على البائع، فحيث لا يرددها القاضي على البائع الأول؛ لأن حق البائع الأول في الاسترداد ليس بمقصود وإنما يثبت له حق الاسترداد [حبسًا للجارية بالثمن، فإذا سلم الثمن أو بقي له حق الاسترداد]^(٢) فيبقى^(٣) مقصودًا، وهذا ما لا وجه له.

[وإن نقد]^(٤) المشتري الأول الثمن بعدما أخذها الأول سلمت الجارية للمشتري الأول، ولم يكن للمشتري الآخر عليها^(٥) سبيل؛ لأن شراؤه قد انتقض على ما مر، فلا يعود إلا باستئناف جديد، ولم يوجد.

ولو ماتت الجارية [في يد المشتري الآخر كان للبائع الأول أن يضمن المشتري الآخر قيمتها؛ لأن للبائع الأول على الجارية]^(٦) يدًا مستحقة لأجل الحبس فصار المشتري بقبضه جانيًا على البائع فصار كالغاصب وهكذا المشتري الأول [إلا أن قبض المشتري الأول]^(٧) أوجب تأكيد الثمن عليه للبائع، فيمكن إيجاب القيمة عليه للبائع الأول، وتكون القيمة المردودة على البائع الأول قائمة مقام الجارية، حتى لو هلك عند البائع الأول انتقض البيعان ويرجع المشتري الآخر على المشتري الأول

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: ويبقى.

(٤) في م: فإن نقد هذا.

(٥) في أ: عليهما.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

بما نقد له من الثمن، كما لو هلكت الجارية بعد الاسترداد في يد البائع الأول. ولو لم تهلك القيمة في يد البائع الأول حتى نقد المشتري الأول الثمن أخذ القيمة من بائعه، ولم يكن للمشتري الثاني على القيمة سبيل، كما لم يكن له على الجارية في مثل هذه الصورة سبيل، ورجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن [الذي نقده، فإذا سلمت القيمة للمشتري الأول ينظر: إن كانت من غير جنس الثمن]^(١) لا يتصدق بشيء، وإن كانت من جنس الثمن يتصدق بالفضل إن كان ثمة فضل.

قال في الجامع: رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة ولم يقبضه حتى أحدث فيه عيبًا - يعني: المشتري أحدث فيه عيبًا - ينقصه، حتى صار قابضًا على ما مر ثم هلك الثوب في يد البائع، فإن هلك قبل أن يمنعه هلك من مال المشتري، وإن هلك بعد ما منعه البائع هلك من مال البائع؛ وهذا لأن المشتري صار قابضًا للثوب، وإنما ينتقض قبضه بالاسترداد، وبمجرد كون المال في يد البائع لا يصير البائع مستردًا فبقي قبض المشتري على حاله، فإذا هلك يهلك من مال المشتري، فإذا منعه البائع فقد صار مستردًا.

ألا ترى أنه يصير غاصبًا مال الغير بمجرد المنع عنه، فكذا يصير مستردًا فانتقص قبض المشتري الثوب إلى ضمان البائع ويبطل الثمن على^(٢) المشتري إلا قدر ما انتقص بفعل المشتري فإن ذلك القدر يتقدر على المشتري؛ لأنه لم يوجد الاسترداد بذلك القدر لكونه هالكًا، فإن كان الثوب على عاتق البائع أو في [حجره فعليه المشتري ثم هلك من غير فعل أحدثه البائع هلك على المشتري لأن كون الثوب على عاتقه أو]^(٣) حجره لا يصلح أن يكون غصبًا، ولهذا لو هبت الريح بثوب إنسان

(١) سقط في أ.

(٢) في م: عن.

(٣) سقط في م.

وألقته على عاتق إنسان أو في حجره لا يصير غاصبًا، فلا يصير البائع مستردًا، وكذلك لو كان البائع ممسكًا الدابة؛ لأن مجرد إمساك الدابة لا يصلح غصبا، ولهذا جاز للبائع أن يفعل ذلك بالدابة المبيعة، وما يصير الإنسان غاصبا لا يحل للبائع أن يفعل ذلك في المبيع.

ولو كان لابسا للثوب أو راكبًا للدابة فأحدث [المشتري]^(١) فيه عيبًا ينقصه، ثم لم يمنعه البائع حتى هلك، هلك من مال البائع؛ لأن دوام الركوب واللبس يصلح غصبا، ولهذا لو استعار ثوبًا يومًا فدام على اللبس بعد مضي اليوم يصير غاصبًا^(٢)، وكذا دوام الركوب على هذا، فصار البائع مستردًا للدابة والثوب.

ولو كانت دارا فهدم المشتري حائطًا منها حتى صار قابضًا، ثم إن البائع سكن الدار بعد ذلك، لا يصير البائع مستردًا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمه الله - [[في قوله]^(٣) [الآخر]^(٤)؛ لأن السكنى لا تصلح غصبا موجبًا للضمان عندهما، فلا يصير البائع مستردًا.

وعند محمد - رحمه الله -، وهو قول أبي يوسف الأول: السكنى تصلح غصبا للعقار فيصير البائع مستردًا، فبطل الثمن من المشتري الأول إلا حصة ما هدم^(٥)، وصار الحاصل: أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع فإنما يصير البائع مستردًا بما يصير به غاصبًا مال الغير، حتى إن بمجرد التمكين والتخلية لا يصير مستردًا، وهذا بخلاف المشتري، فإن المشتري بمجرد التمكين والتخلية [يصير قابضًا]^(٦). والفرق: أن التسليم مستحق على البائع فيجب تعليقه بما في وسعه وهو التمكين

(١) سقط في أ.

(٢) في م: ضامنا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الأخير.

(٥) في أ: قدم.

(٦) في أ: لا يصير مستردًا.

والتخلية، حتى لا يبقى في عهدة المستحق، أما التسليم فغير مستحق على المشتري بعدما قبض المبيع بغير إذن البائع لما عرف أنه ليس للبائع يد مستحقة على المبيع، إنما على المشتري تسليم الثمن، فلو علقنا التسليم بحقيقة الأخذ لا يبقى المشتري في عهدة المستحق، والله اعلم.



نوع آخر من هذا الفصل :

إذا باع الرجل من غيره [ما هو]^(١) في يد ذلك الغير .

الأصل في هذا النوع من المسائل :

أن القبضين إذا تجانسا تناوبا؛ لأن التجانس دليل التشابه، والمتشابهان ينوب كل واحد منهما عن صاحبه، فإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى؛ لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة، فوجد القبض المحتاج إليه وزيادة، والأدنى لا ينوب [عن]^(٢) الأعلى؛ لأن في الأدنى من الأعلى قدر بعضه، والمحتاج إليه كله، والقبض المستحق بالشراء: أن يقبض المشتري لنفسه قبضاً موجباً ضمان نفسه وهو [قيمة العين، أما القبض لنفسه؛ لأنه متملك بالشراء، والمتملك في القبض يكون قابضاً لنفسه، وأما كونه موجباً ضمان نفسه]^(٣)؛ لأنه ملك بعقد المعاوضة^(٤) فيكون بعوض، والعوض الأصلي للعين قيمته إلا أن يصار إلى المسمى قطعاً للمنازعة، ويكون للمسمى فيه صلاحية قائمة مقام قيمة العين كما في باب النكاح، فإن منافع البضع مضمون بمهر المثل بقضية الأصل، وإنما يصار إلى المسمى قطعاً للمنازعة كذا هاهنا^(٥).

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل غصب من آخر جارية أو إناء فضة ووضعه في بيته، ثم لقيه واشتراه بمائة دينار ونقده الثمن وليس الإناء بحضرتها، صار المشتري قابضاً بنفسه الشراء، حتى لو هلك قبل أن يصل المشتري إلى بيته هلك من مال المشتري؛ [لأن قبض المشتري]^(٦) قبل الشراء [كان]^(٧) لنفسه وأنه

(١) في م: وهو .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: المعاوضة .

(٥) زاد في م: كذا .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

موجب ضمان نفسه وهو قيمة العين فكان مجانسا للقبض المستحق بالعقد فتاب عنه .

ولو أراد البائع أن يسترد الجارية من المشتري ليحبسها بالثمن، لم يكن له ذلك؛ لأنه لما وجب^(١) العقد مع علمه بقيام قبض ينوب عن القبض المستحق وذلك يسقط [حقه]^(٢) في الحبس، صار راضياً بسقوط حقه .

ولو كان العين وديعة في يد المشتري أو عارية فاشتري، لا يصير قابضاً بنفس الشراء، حتى لو هلك قبل أن يقبضه هلك من مال البائع؛ لأن قبض الوديعة والعارية قبض أمانة، وقبض المشتري قبض ضمان فكانا متغايرين، وقبض الأمانة أدنى فلا ينوب عن قبض الشراء .

ومعنى آخر يخص الوديعة: أن المودع قابض لغيره، والمشتري قابض لنفسه، والقبض الواقع للغير كيف ينوب عن المستحق لنفسه؟ وبه فارق قبض الغصب، فإن ذهب المودع أو المستعير إلى العين وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه إلا أن يصير المشتري قابضاً بالتخلية، فإذا هلك بعد ذلك يهلك من مال المشتري .

فإن فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية ما يكون قبضاً، ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك؛ لأنه لما باعه منه مع علمه أن المبيع في يد المشتري وهو يتمكن من القبض يصير راضياً بقبض المشتري دلالة، وقبض المشتري برضاء البائع، فسقط^(٣) حقه في الحبس .

فإذا^(٤) أخذها البائع من بيت المودع قبل أن تصل إليها يد المشتري كان له ذلك؛ لأن حق الحبس كان ثابتاً له، وإنما رضي بسقوط حقه على تقدير وجود القبض من المشتري، فقبل قبضه لا يكون راضياً فيكون له حق الأخذ ولو أراد المشتري أن يمنع

(١) في م: أوجب .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: يسقط .

(٤) في م: فإن .

البائع عن الأخذ له ذلك؛ لأن البائع إنما يصير راضيًا بقبض المشتري بطريق الدلالة، والإذن دلالة لا يمكن إثباته مع المنع صريحًا، ولو كان المبيع بحضرتها فباعه منه لم يكن للبائع حبسه؛ لأن بيعه منه رضى منه بالقبض دلالة، فمتى كان المبيع بحضرتها وذلك يصلح قبضًا جديدًا يثبت القبض بحكم الشراء برضاء البائع فلا يكون للبائع حق الحبس.

ولو كان العين رهنا في يد المشتري فالمشتري لا يصير قابضًا له بنفس الشراء؛ لأن قبض الرهن في حق العين قبض أمانة والضمان الذي يثبت ضمان استيفاء الدين، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيًا الدين بالعين في حق ملك اليد، والحبس والاستيفاء يعتمد [المجانسة، ولا مجانسة بين العبد والدرهم من حيث العين وإنما]^(١) المجانسة بينهما من حيث المالية، فكان القبض في حق العين قبض أمانة وقبض الشراء قبض ضمان في حق الغير، فلا ينوب قبض الرهن عنه فلا يصير قابضًا بنفس الشراء. هذه^(٢) هي عبارة عامة المشايخ.

وبعض مشايخنا قالوا: قبض الرهن ليس من جنس قبض الشراء؛ لأن المرهون غير مضمون بجميع أجزائه فإنه إذا كان في الرهن فضل على المدين فالفضل لا يكون مضمونًا، فأما المبيع مضمون بجميع أجزائه فهو [في]^(٣) معنى قولنا: إن قبض الرهن ليس من جنس قبض الشراء، واختلاف الجنس يمنع التناوب. فإذا ذهب إلى بيته وانتهى إلى مكان يتمكن من قبضه حقيقة، لا^(٤) يصير قابضًا بالتخلية.

وإذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار وقبض المشتري الإبريق ولم ينقد الدنانير حتى افترقا وبطل الصرف لعدم قبض أحد البديلين في المجلس، كان على المشتري رد

(١) سقط في م.

(٢) في م: هذا.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: إلا أن.

الإبريق على البائع .

وإن وضع المشتري الإبريق في بيته ولم يرده حتى^(١) لقي البائع فاشتري الإبريق منه شراءً مستقبلاً بدنانير ونقد الثمن ثم افترقا، فالبيع جائز ويصير قابضاً للإبريق بنفس الشراء؛ لأن الإبريق بعد بطلان عقد الصرف مضمون بضمان نفسه، ولهذا لو هلك قبل التسليم إلى البائع يهلك مضموناً بالقيمة، ومثل هذا القبض ينوب عن قبض الشراء فحصل الافتراق بعد قبض البديلين فلا يبطل الصرف .

ولو اشترى رجل من رجل عبداً بألف درهم وتقابضا ثم تقايلا، ثم إن المشتري اشتراه ثانياً من البائع قبل أن يسلمه إلى البائع حتى صح الشراء على ما مر، لا يصير المشتري قابضاً بنفس الشراء حتى لو هلك قبل أن يجدد المشتري قبضاً يهلك بالعقد الأول وتبطل الإقالة والبيع [الثاني]^(٢)؛ لأن بعد الإقالة العين في هذه الصورة مضمون على المشتري بالثمن، حتى لو هلك في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع تبطل الإقالة ويعود حكم العقد الأول حتى يلزمه الثمن، ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء .

وإن^(٣) أرسل الرجل غلامه في حاجته ثم باعه من ابن صغير له حتى جاز البيع ولم يرجع العبد حتى مات، مات من مال الأب؛ لأن قبض الأب كان قبض أمانة، ولأنه قبض لنفسه فلا يقع عن [قبض]^(٤) مضمون لغيره، فإن لم يمت الغلام حتى يرجع إلى الولد وتمكن من القبض حتى صار قابضاً له عن ولده [هلك على ولده]^(٥) .

(١) زاد في م: لو .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: وإذا .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في م .

وإن لم يرجع الغلام^(١) حتى بلغ الولد^(٢) ثم رجع العبد إلى الوالد لم يصير قابضاً [له حتى يرجع]^(٣) للولد [حتى لو هلك هلك على الوالد]^(٤) وانتقض البيع ويكون القبض في هذا إلى الولد.

فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى الوالد لولده الصغير من غيره ثم بلغ قبل القبض، فإن القبض وتسليم الثمن يكون إلى الوالد، واستيفاء الحقوق^(٥) يكون إليه أيضاً،

(١) في م: العبد.

(٢) في م: الغلام.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) الحقوق جمع حق، والحق - في اللغة-: مصدر الفعل الثلاثي المضعف (حقَّ - يحقُّ)،

وهو يطلق في اللغة، ويراد به العديد من المعاني: فيطلق الحق للدلالة على الشيء الواجب الثابت، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾، أي: وجبت وثبتت، وقال تعالى: ﴿ثُمَّ نُنَجِّي رُسُلَنَا وَالَّذِينَ ءَامَنُوا كَذَلِكَ حَقًّا عَلَيْنَا نُنَجِّ الْمُؤْمِنِينَ﴾، أي: واجبا علينا، وقال سبحانه: ﴿فَرِيقًا هَدَىٰ وَفَرِيقًا حَقَّ عَلَيْهِمُ الضَّلَالَةُ﴾، أي: ثبتت عليهم أسباب الضلالة الكسبية. ويطلق الحق بمعنى: العدل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْوَزْنَ بِوَمِيذِ الْحَقِّ﴾ أي: العدل. ويطلق الحق بمعنى: نقيض الباطل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْبَسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْمُونَ﴾، وقوله سبحانه: ﴿وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَرَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾. ويطلق الحق بمعنى: النصيب، ومنه قوله تعالى في صفة المصلين: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٢٤﴾ لِسَائِلِ وَالْمَحْرُورِ ﴿٢٥﴾﴾ [سورة المعارج: ٢٤ - ٢٥] أي: يجعلون للسائل والمحروم نصيباً من أموالهم. ويطلق الحق بمعنى: الصدق، ومنه قوله تعالى: ﴿زَلَّ عَلَيْكَ الْكَتَبَ بِالْحَقِّ﴾. وقد أجمل الفيروزآبادي هذه المعاني وغيرها مما تدل عليه لفظة (الحق) في اللغة، فقال: «الحق من أسماء الله تعالى، أو من صفاته، والقرآن، وضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق، والحزم». وكل هذه المعاني تعود إلى معنى: الثبوت والوجوب المقضي لإحكام الشيء وصحته، ويناقض بطلانه؛ وفي هذا يقول ابن فارس: «الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء، وصحته، فالحق نقيض الباطل، ثم يرجع كل فرع إليه بجودة الاستخراج وحسن التلفيق». ومن خلال هذه المعاني اللغوية يمكن تعريف (الحق) بأنه: الأمر الذي يجب ثبوته للإنسان، والذي لا يسوغ إنكاره، ويحصل من خلاله الإنسان على نصيبه من مقومات الحياة النافعة الكريمة، ويرفع به الضرر عنه. ينظر: القاموس المحيط، للفيروزآبادي (١/١١٢٩)، مادة (حقق)، مقييس اللغة، لابن فارس (٢/١٥)، لسان العرب (٢/٩٣٩)، مادة (حقق)، المصباح المنير، ص (٨٩)، مادة (حقق)، ومختار

.....

الصحاح، ص (٩٠)، مادة (حقوق)، والمعجم الوجيز، ص (١٦٣)، وفتح القدير، للشوكاني (١٩٠/٢)، وشرح المنار، لابن ملك (٣٧٦/٨)، الكليات، لأبي البقاء الكفوي، ص (٣٩٠، ٣٩١)، والمطلع على أبواب المقنع، ص (٤٤٥، ٤٩١)، لباب التأويل في معاني التنزيل، لعلاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيعي أبي الحسن، المعروف بالخازن، تحقيق: محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥ هـ (٣/٢١٤)، وروح المعاني (١١/١٦٩)، تفسير التحرير والتنوير (٨/٩٠)، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، لأبي الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، الدكتور أحمد محمد صيرة، الدكتور أحمد عبد الغني الجمل، الدكتور عبد الرحمن عويس، قدمه وقرظه: الأستاذ الدكتور عبد الحي الفرماوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م (١/٣٨٧)، وتفسير البغوي (٢/١٤٩)، والمححر الوجيز، لابن عطية الأندلسي (٥/٣٦٨).

ومصطلح الحق شائع الاستعمال، وكثير التردد في كتب السلف في الفقه والأصول، لكنهم اهتموا بالحديث عن أنواع الحقوق، وما يتعلق بها من أحكام وقواعد، ولم يعتنوا بتقديم تعريف محدد للحق إلا نادراً، ومن تعريفاتهم للحق ما ذكره علاء الدين البخاري في (كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيدوي)، حيث قال: «قال السيد الإمام أبو القاسم - رحمه الله- في أصول الفقه: الحق الموجود من كل وجه، الذي لا ريب في وجوده».

ثم ذكر بعض الأمثلة التي توضح مراده من هذا التعريف، فقال: «ومنه: السحر حق والعين حق، أي: موجود بأثره، وهذا الدين حق، أي: موجود صورة ومعنى، ولفلان حق في ذمة فلان؛ أي: شيء موجود من كل وجه».

وجاء في حاشية قمر الأقطار على شرح الأنوار أن: «الحق هو الموجود، ومراد به حكم يثبت».

وقال الغزالي: «الحق المطلق هو الموجود الحقيقي بذاته، الذي منه يأخذ كل حق حقيقته، وقد يقال - أيضاً - للمعقول، الذي صادف به العقل الموجود حتى طابقه أنه حق؛ فهو من حيث ذاته يسمى: موجوداً، ومن حيث إضافته إلى العقل الذي أدركه على ما هو عليه يسمى: حقاً».

وهذه التعريفات، وما جرى مجراها لا تخرج عن التعريف اللغوي للحق بأنه: الموجود الثابت.

وتناقض بعض الحنفية في كتبهم تعريف الحق بأنه: «ما يستحقه الرجل».

وهذا التعريف يلزم منه الدور؛ لأن لفظة (يستحقه) الواردة في التعريف مأخوذة من المعرف، وهو (الحق)؛ ومن ثم تتوقف معرفة الاستحقاق على معرفة الحق، كما تتوقف معرفة الحق على معرفة الاستحقاق؛ وهذا الدور يفسد التعريف.

وقد اعتنى الفقهاء المعاصرون بتعريف الحق عناية كبرى بالمقارنة بعناية فقهاء السلف، =

وكانت لهم في ذلك اتجاهات مختلفة على النحو الآتي:

من الفقهاء المعاصرين من عرف الحق بأنه: (اختصاص يقره الشرع)، كالدكتور مصطفى الزرقا الذي عرف الحق بأنه: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة، أو تكليفاً».

والدكتور عبد السلام العبادي الذي يعرف الحق بأنه: «اختصاص ثابت، يقتضي سلطة، أو تكليفاً لله على عباده، أو لشخص على غيره».

ومنهم من عرف الحق بأنه: (مصلحة شرعية للفرد، أو المجتمع، أو لهما معاً)، كالشيخ علي الخفيف، الذي عرف الحق بأنه: «مصلحة مستحقة شرعاً».

والدكتور عيسوي أحمد عيسوي، الذي عرف الحق بأنه: «مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثثار، يقرها المشرع الحكيم».

والدكتور محمد يوسف موسى، الذي عرف الحق بأنه: «مصلحة ثابتة للفرد، أو المجتمع، أو لهما معاً، يقرها المشرع الحكيم».

والشيخ محمد مصطفى شلبي، الذي عرف الحق بأنه: «كل مصلحة ثبتت للإنسان باعتبار الشارع».

ومنهم من عرف الحق بأنه (الثابت)، ومن هؤلاء الفقهاء الشيخ: فهمي أبو سنة، الذي عرف الحق بأنه: «ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير».

وأحمد فراج حسين، الذي عرف الحق بأنه «ما ثبت شرعاً لشخص على شخص، أو شيء على وجه الاختصاص».

وتنقسم الحقوق المالية إلى قسمين رئيسيين هما: الحقوق العينية، وحق الدائنية أو الحقوق الشخصية، وسوف نتناولهما بإيجاز على النحو التالي:

أولاً: الحقوق العينية: هي الحقوق التي يقرها الشرع لشخص على شيء، أو التي يكون محلها عين من الأعيان أو منافعها. كحق الملكية التي تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله بنفسه واستغلاله بواسطة غيره أو التصرف فيه.

وتنقسم الحقوق العينية إلى نوعين:

النوع الأول: الحقوق العينية الأصلية: وهي تلك الحقوق التي تثبت لذاتها غير تابعة لحق آخر، أي: تلك الحقوق التي تقوم استقلالاً بذاتها، ولا تستند في وجودها لحق آخر. وتشمل هذه الحقوق: حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق وهي:

١- حق الانتفاع. ٢- حق الاستعمال والسكنى. ٣- حق القرار. ٤- حق الارتفاق.

النوع الثاني: الحقوق العينية التبعية: وهي تلك الحقوق التي لا تقوم بذاتها، بل تقوم مستندة إلى حقوق أخرى تكون تابعة لها بقصد ضمان الوفاء بهذه الحقوق.

ثانياً: حق الدائنية؛ أو «الحقوق الشخصية»: هي رابطة بين شخصين أحدهما يسمى الدائن، والآخر يسمى المدين، بمقتضاها يكون للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالتزام معين.

ومحل الحق الشخصي يكون: إما التزاماً بعمل، أو التزاماً بإعطاء، أو امتناعاً عن عمل.

ومن أمثلة الالتزام بعمل: التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة،

وفي شراء الوالد لولده من نفسه ترجع الحقوق إلى الولد متى بلغ .
والفرق: أن الأب إذا اشترى من نفسه فالعقد في حق الحقوق ما وقع للأب؛ لأن
الأب هو المملك فلا يجوز أن يثبت له على نفسه حقاً، فكانت الحقوق ثابتة للصغير
على الأب يستوفيهما الأب بحكم النيابة عن الصغير، فإذا بلغ وصار أهلاً للاستيفاء
بنفسه بطلت النيابة وعاد إلى الأصل. فإذا ما^(١) اشترى من غيره، فالعقد في حق
الحقوق وقع للأب؛ لأنه لم يوجد المانع من ذلك، والقبض من حقوق العقد، وهذا
البلوغ لم يوجد ما يغير العقد فلا تتغير حقوقه فبقي حق القبض واقعاً للأب كما كان.



والتزام المقاول ببناء منزل. والالتزام بإعطاء: هو الالتزام بالقيام بعمل معين إيجابي ويتمثل
في نقل أو إنشاء حق عيني على شيء، ومثال نقل الحق العيني: التزام البائع بنقل ملكية
الشيء المبيع إلى المشتري، ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عيني على شيء: التزام مالك
العقار بإنشاء حق ارتفاع على عقار لمصلحة عقار آخر، والتزام المستأجر بدفع الأجرة.
ومثال الالتزام بالامتناع عن عمل: التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل منافس
يقوم ببيع السلع في نفس الحي.

ينظر: أصول القانون، د. عبد المنعم الصدة، ص (٢٤، ٣٣، ٣٣٦-٣٣٧)، دروس في
أصول القانون، د. جميل الشرقاوي، ص (٢٥٥-٢٥٦، ٣٥٣)، دروس في المدخل للعلوم
القانونية، د. نعمان جمعة، ص (٢٣٢، ٣٣١، ٣٤٣، ٣٤٥، ٣٤٨)، د. سعيد جبر، ص
(٣٧)، محاضرات في النظرية العامة للحق، د. شمس الدين الوكيل، ص (١٤٢، ١٤٤)،
المدخل لدراسة القانون، د. عبد المنعم البدر اوي، ص (٥٠٦)، الحقوق العينية الأصلية،
د. محمد علي عمران، ص (١٠، ١٣) وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور، ص (٥)
وما بعدها، د. أحمد سلامة، ص (٦٥، ٧٧) وما بعدها، دروس في أصول القانون: نظرية
الحق، د. جميل الشرقاوي، ص (٢٥)، د. عبد الحي حجازي، ص (٧٥)، د. عبد المنعم
فرج الصدة، ص (٣٣٣).

(١) في م: إذا.

نوع آخر^(١): في تصرف أحد المتعاقدين في المبيع قبل القبض .
إذا أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملاً، فإن كان ذلك العمل لا ينقصه مثل القسارة والغسل بأجر أو^(٢) بغير أجر، لم يصر قابضاً، والأجرة واجبة، وإن كان ذلك العمل مما ينقصه فهو قبض .

والفرق: وهو أن العمل إذا كان ينقصه فهو استهلاك لجزء من المبيع وذلك غير مملوك للبائع، فإذا حصل بأمر المشتري يصير كأن المشتري فعل بنفسه فيصير به قابضاً .

فأما إذا كان لا ينقصه الفعل المأمور به فذلك الفعل مملوك للبائع؛ لأنه فيما يرجع إلى نفس الثوب إمساك للثوب وما يحدث في الثوب من الوصف بفعله من قسارة من غير ذلك، فذلك وصف زائد يتصل بالمبيع حصل بإذن المشتري فبقي تصرفه في المبيع إمساكاً فيكون مقصوراً على الفاعل فلا يصير به المشتري قابضاً، إلا أنه يجب الأجر؛ لأن هذا العمل غير مستحق على البائع فصح^(٣) ذكر البدل في مقابلته . هكذا ذكر في شرح القدوري .

وفيه أيضاً: لو أرسل المشتري العبد في حاجته صار قابضاً؛ لأنه صار مستعملاً، وبالاستعمال [ثبت يد]^(٤) المستعمل على المحل؛ ألا ترى أن الأجنبي به يصير غاصباً، وطريقه ما قلنا، وكذلك لو أعاره المشتري من البائع أو أودعه من أجنبي يصير قابضاً؛ لأنه أثبت يد غيره على المحل فيعتبر بما لو أثبت يد نفسه، وهناك يصير قابضاً فكذلك هاهنا . ولو أعاره المشتري من البائع أو أودعه منه أو أجره منه فإن المشتري لا يصير قابضاً؛ لأن يد البائع ثابتة على المحل بالحبس فلا يتصور

(١) زاد في م: منه .

(٢) في أ: و .

(٣) في م: فيصير .

(٤) في أ: قد ثبت .

ثبوتها بجهة أخرى مع قيام الأولى، وإذا بقيت^(١) اليد الأولى كما كانت صار الحال بعد هذه التصرفات والحال قبلها سواء.

وفي الجامع: إذا قال المشتري للبائع: قل للعبد: يعمل لي كذا، فأمره البائع بعمل، صار المشتري قابضاً؛ لأنه جعل البائع رسولا، وعبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكأن المشتري قال للعبد: اعمل لي كذا فعلم، وهناك يصير المشتري قابضاً كذا ها هنا.

ولو كان المشتري أجره من البائع شهراً فاستعمله البائع بحكم الإجارة لا يلزمه الأجر؛ لأن هذه إجارة فاسدة وفي الإجارة الفاسدة إنما تجب الأجرة [باستيفاء المنفعة^(٢)] إذا وجد التسليم إلى المستأجر ولم يوجد التسليم ها هنا إلى

(١) في م: تعينت.

(٢) المنفعة - في اللغة-: اسم مصدر، من نفعني كذا نفعاً، أي: أفادني، وأوصل إلي خيراً، والنفع: هو ما يستعان به في الوصول إلى الخير. وفرق أبو هلال العسكري بين المنفعة، والخير: بأن من المعصية ما يكون منفعة، بدليل قوله تعالى في الخمر والميسر: ﴿قُلْ فِيهَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ﴾ [سورة البقرة آية: ٢١٩]، والمعصية لا تكون خيراً؛ فالمنفعة تكون فيما هو طاعة، وقد تكون فيما هو معصية، لكن الخير لا يكون إلا فيما هو طاعة. كما فرق العسكري - أيضاً - بين المنفعة، والنعمة: بأن المنفعة قد تكون حسنة، وقد تكون قبيحة، في حين أن النعمة لا تكون إلا حسنة، والإنسان يجوز أن ينفع نفسه، لكن لا يجوز أن يُنعم عليها. وفرق بين المنفعة، والمتاع: بأن المتاع هو النفع الذي تتعجل به اللذة، أما المنفعة فقد تكون بما تتأجل به اللذة. ومن هذا يظهر: أن المنفعة - في اللغة-: كل فائدة يستفيدها المرء، سواء أكانت حلالاً أم حراماً، محمودة أم مذمومة، عاجلة أم مؤجلة. وفي تعريف المنفعة يقول السرخسي: «المنافع: زوائد تحدث في العين شيئاً فشيئاً». ويقول ابن عابدين: «المنفعة عرض لا تبقى زمانين». وفي منح الجليل للشيخ عليش أن: «المنفعة: ما لا تمكن الإشارة إليه حسناً، دون إضافة، يمكن استيفاءه غير جزء مما أضيف إليه؛ فتخرج الأعيان، ونحو العلم، والقدرة، ونصف العبد، ونصف الدابة مشاعاً». وذكر ابن حجر الهيثمي: «أن المنفعة تطلق على ما يقابل العين وقد تطلق على ما هو أعم من ذلك فتشمل حتى الغلة، التي هي الفوائد العينية الحاصلة لا بفعل أحد فالغلة قسمان: قسم يحصل بدل استيفاء منفعة؛ فتتناوله المنفعة بلا قرينة. وقسم يحصل بنفسه، فهو أجنب عن المنفعة». وقال ابن القيم: «الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع؛ كالثمر في الشجر، واللبن في الحيوان، والماء في البئر؛ ولهذا سوى

بين النوعين في الوقف؛ فإن الوقف تحبيس الأصل، وتسييل الفائدة؛ فكما يجوز أن تكون فائدة الوقف منفعة كالسكن، يجوز أن تكون ثمرة، وأن تكون لبناً كوقف الماشية للانتفاع بلبنها. ومن هذا يظهر أن بعض الفقهاء يقصرون المنفعة على الفائدة العرضية غير العينية؛ كسكنى الدار، وركوب الدابة، ولبس الثوب. . . إلخ. وأما الفوائد العينية، كثمرة الشجرة، ولبن الدابة وولدها، وأجرة الأعيان ونحوها؛ فلا تدخل تحت مصطلح المنفعة عندهم، وإنما يسمونها: غلة، أو فائدة، وفي هذا يقول الشيخ زكريا الأنصاري: المراد بالفائدة: اللبن والثمرة ونحوهما، وبالمنفعة: السكن واللبس ونحوهما» فجعل المنفعة خاصة بالأعراض المستفادة من الأشياء. وفريق آخر من الفقهاء يجعل المنفعة عامة في الفوائد العينية وغير العينية؛ فيدرج الفائدة أو الغلة ضمن مفهوم المنفعة؛ وهذا ما رجحه ابن القيم، واحتج له كما يفهم من كلامه السابق. فالمنفعة: كل ما يستفاد من الأعيان، سواء أكانت الفائدة فائدة عرضية غير حسية، أو فائدة عينية محسوسة. فملك المنفعة هو الاختصاص الذي يكسب صاحبه الانتفاع بنفسه، ويكون له أن يأذن لغيره في الانتفاع بعوض وبغير عوض، كملك المستأجر منفعة العين المستأجرة. ويفرق الفقهاء بين حق الانتفاع وملك المنفعة من ناحية المنشأ والمفهوم والآثار. وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان:

الأول: سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة؛ لأنه كما يثبت ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلا، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية، كالانتفاع من الطرق العامة والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضًا بالإذن من مالك خاص. كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك.

أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، وهي: الإجارة، والإعارة، والوصية بالمنفعة، والوقف، على تفصيل ذكره الفقهاء، وعلى ذلك، فكل من يملك المنفعة يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنفعة، كما في الإباحة مثلا.

الثاني: أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة؛ لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد؛ لأنه رخصة لا تتجاوز شخص المنتفع.

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرف فيه بنفسه، أو أن ينقلها إلى غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره؛ فالمنفعة أعم أثرا من الانتفاع، يقول القرافي: تملك الانتفاع نريد به أن يباشره هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية.

مثال الأول: سكنى المدارس، والرباطات، والمجالس في الجوامع، والمساجد، والأسواق، ومواضع النسك، كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط. ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة، أو يسكن غيره، أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك. وكذلك بقية النظائر المذكورة معه.

وأما مالك المنفعة، فكمن استأجر دارا أو استعارها، فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه

المستأجر^(١) إذ ليس للمشتري آلة التسليم وهي^(٢) اليد إنما اليد للبائع، والبائع لا يصلح^(٣) نائباً عن المشتري في القبض فلا يتحقق التسليم، فكيف يجب الأجر؟ وفي النوازل: إذا اشترى عبداً بثمن معلوم فلم يقبضه حتى أمر البائع أن يؤاجره

= بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة، على الوجه الذي ملكه.

ومثله ما ذكره ابن نجيم من الحنفية من أن الموصى له يملك المنفعة، وله حق الإعارة، والمستأجر يمكنه الإعارة والإجارة للغير فيما لا يختلف باختلاف المستعملين. ويملك المستعير والموقوف عليه السكنى المنفعة، فيمكن لهما نقل المنفعة إلى الغير بدون عوض، لكن الحنفية، والشافعية، والحنابلة، لا يجيزون للمستعير أن يؤجر المستعار للغير؛ خلافاً للملكية.

وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً غير تابع للعين المملوكة، كما هو ثابت للمستعير والمستأجر في الإعارة والإجارة، وقد يكون حقاً عينياً تابعاً للعين المملوكة منتقلاً من مالك إلى مالك بالتبع ضمن انتقال الملكية، ولا يكون إلا في العقار، وهذا ما يسمى بحق الارتفاق.

ينظر: تاج العروس (٢٢/٢٦٨)، الفروق اللغوية، لأبي هلال الحسن بن عبد الله العسكري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٣)، ٢٠٠٥م، ص (١٩٦، ١٩٧)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص (١٤٣)، المبسوط (٧٨/١١)، حاشية ابن عابدين (٦/٢٧٧)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (٤/٢٣٠)، الغاية شرح الهداية، للعبيني، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٤١١هـ (٧/٣٨٦)، والبحر الرائق (٦/٢٧٧)، حاشية قمر الأعمار على نور الأنوار شرح المنار، لعبد الحليم بن محمد أمين اللكنوي، مطبعة بولاق، القاهرة، ط (١)، ١٣١٦هـ (٢/٢١٦)، منح الجليل (٧/٤٩٣)، مواهب الجليل (٢/١١٠)، الفروق، للقرافي (١/١٨٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٣٣)، مغني المحتاج (٣/٥٢٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٦)، نهاية المحتاج (٥/١١٨)، تحفة المحتاج (٧/٦١)، أسنى المطالب (٢/٤٥٧)، كشف القناع (٤/٥٧)، إعلام الموقعين (٢/١٢)، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، محمد يوسف موسى، ص (٢١١)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص (٣٣١)، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فهمي أبو سنة دار التأليف بالجمالية، مصر، ص (١٥٠)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين، ص (١١٧).

(١) سقط في م.

(٢) في م: وهو.

(٣) في أ: يصير.

من إنسان معين أو غير معين جاز، وبصير المشتري قابضاً والغلة التي يأخذها البائع تحتسب من الثمن؛ لأن الأمر من المشتري قد صح لأنه صادف ملكه، والمستأجر ينتصب نائباً عنه في القبض فيصير قابضاً للمشتري أولاً، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم العقد.

وفي العيون: إذا اشترى غلاماً فلم يقبضه حتى وهبه لرجل أو رهنه وأمره بالقبض فقبض، جاز، ولو أجز وأمر المستأجر بالقبض لم يجز.

والفرق: أن الهبة والرهن إنما يصح بعد التسليم، وعند التسليم يصير قابضاً فيكون الرهن والهبة نافذاً بعد قبض المشتري ولا كذلك [الإجارة]^(١).

اشترى عبداً ولم يقبضه، فأمر البائع رجلاً أن يقتله فقتله، فالمشتري بالخيار، إن شاء ضمن القاتل قيمته ودفع [الثمن]^(٢) إلى البائع، وإن شاء نقض البيع، فإن ضمن القاتل فالقاتل لا يرجع على البائع لأن القتل ليس فيه غرور، ولو كان مكان العبد ثوباً فقال البائع^(٣) لخياطه: اقطعه لي قميصاً بأجر أو بغير أجر، لا يكون للمشتري أن يضمن الخياط؛ لأن الخياط يرجع بالقيمة على البائع، وإذا كان كذلك صار كأن البائع فعل ذلك بنفسه.

رجل باع شاة من رجل، وأمر البائع رجلاً حتى ذبحها، فإن كان الذابح يعلم بالبيع، فللمشتري أن يضمن الذابح ولا يرجع الذابح به على الأمر، وإن^(٤) كان^(٥) الذابح لا يعلم بالبيع، لم يكن للمشتري أن يضمنه [لأنه لو ضمنه]^(٦) لرجع به على البائع الأمر^(٧) فيصير كأن البائع ذبح [بنفسه]^(٨).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: العبد.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في أ: الأمر.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: إلا.

(٨) سقط في م.

نوع آخر: فيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع والضمن .
الأصل أن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه حيث كان المعقود عليه وقت
العقد، ولا يقتضي تسليمه في مكان العقد، هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا - رحمهم
الله - حتى إنه لو اشترى حنطة وهو في المصر والحنطة [في السواد يجب
تسليمها]^(١) في السواد .

ومن الناس من قال: يجب تسليمها عند العقد قبيل باب السلم .
ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - : أن من اشترى تمرًا على
نخل فجذاذه على المشتري .

وفي المنتقى: أنه إذا باعه مجازفة فالجواب كذلك .
وإذا باعه مكايلة فعلى البائع أن يقطعه ويكيله؛ وكذا قلع الجزر، وقلع السلجم
على المشتري .

وكذلك قلع البصل، هكذا ذكر ابن سماعة - رحمه الله - .
وذكر في المنتقى: إذا اشترى حنطة في سفينة فالإخراج^(٢) على [المشتري] .
وإذا كانت في بيت ففتح الباب على البائع، والإخراج من البيت على^(٣)
المشتري .

وكذلك إذا باع حنطة في جراب^(٤) أو ثوبا في جراب، باع الحنطة والثوب دون
الجراب^(٥)، ففتح الجراب على البائع، والإخراج من الجراب على المشتري .
وأجرة الكيال والوزان والذراع والعداد على البائع إذا باعه مكايلة أو موازنة أو
مذارعة؛ لأن الكيل والوزن فيما يباع مكايلة أو موازنة من تمام التسليم، والتسليم

(١) سقط في م .

(٢) زاد في م: من البيت .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: خرج .

(٥) في م: الخرج .

على البائع، فما يكون من تسليمه يكون عليه .
 وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً عن^(١) اشترى شيئاً بدرهم فعلى من الانتقاد؟ فلو زعم المشتري أن دراهمه جياذ قال^(٢): القول قوله؛ لأن الدرهم كلها جياذ حتى يتبين لنا غير ذلك، وإن قال البائع: هي رديئة، فالقول قول المشتري، وعلى البائع أن يجيء بالناقد والأجرة عليه .
 وعن إبراهيم بن محمد - رحمه الله - : [أن]^(٣) الانتقاد على المستوفي^(٤)، والوزن على الموفي به، يريد: أن انتقاد الثمن على البائع، ووزن الثمن على المشتري .

وفي العيون: أن أجرة وزان الثمن والناقد على المشتري .
 وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يقول: بأن أجرة الناقد على المشتري وبه يفتي .

وروي عن محمد - رحمه الله - : أنه جعل أجرة الناقد على من عليه الدين إلا أن يقبض رب الدين دينه، ثم يدعي أنه من غير نقده فيكون الأجر على رب الدين .
 والفرق بين ما قبل القبض وبين ما بعد القبض على هذه الرواية: أن الواجب على المديون إيفاء دراهم مقدرة جيدة، فكان النقد قبل القبض لإيفاء الحق في الجودة كما أن الوزن لإيفاء الحق في القدر، ثم أجرة الوزن على المديون فكذا أجرة الناقد، فأما إذا قبض رب الدين فقد دخل في ضمانه، فإذا ادعى أنه [على]^(٥) خلاف حقه كان النقد محتاجاً إليه ليتمكن من الرد، وذلك يقع لرب الدين فيكون الأجر عليه .

(١) في م: عن محمد .

(٢) في أ: فإن .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: المشتري .

(٥) سقط في أ .

ولو اشترى وقر حطب في المصر فحملة إلى بيت المشتري، على البائع، ولو هلك في الطريق يهلك من مال البائع.

ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالدرس^(١) على البائع؛ لأن التسليم لا يتهيأ بدون ذلك، وصبها في وعاء المشتري على البائع بحكم العرف، وصب الماء من القربة على البائع أيضاً بحكم العرف.

ولو اشترى داراً وطلب من البائع أن يكتب صكاً من مال نفسه وأمره بالإشهاد، لا يجبر على الخروج إلى الشهود، وإن أتى بالشهود يجبر [على]^(٢) إشهاد شاهدين، وهو أن يقر بين يدي شاهدين، فإن أبي البائع يرفع المشتري [الأمر]^(٣) إلى القاضي، فإن أقر بين يدي القاضي كتب له سجلاً وأشهد عليه، والله أعلم.



(١) في م: بالكس.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ، م.

الفصل الرابع

في المسائل التي تتعلق بالثمن

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: إذا اشترى شيئاً بألف درهم ومائة دينار ولم يسم شيئاً، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون في البلد [بحكم العرف]^(١) نقدٌ واحد معروف، وفي هذا الوجه جاز العقد وينصرف إلى نقد البلد بحكم العرف؛ لأن العرف الظاهر أن الناس يتبايعون بنقد البلد، والمعروف كالمشروط.

الوجه الثاني: إذا كان في البلد نقود، وإنه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون الكل في الرواج على السواء ولا صرف لبعضها على البعض^(٢)، وفي هذا الوجه جاز العقد وإن كان الثمن مجهولاً إذا لم يصير نقد من النقود معلوماً لا بحكم العرف ولا بحكم التسمية؛ لأن^(٣) هذه جهالة لا توقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلم، وإن كان لبعضها صرف على البعض، والكل في الرواج على السواء كما في الغطارفة مع العدالي في الزمان السابق، لا يجوز البيع؛ لأن الجهالة هاهنا توقعهما في المنازعة [المانعة]^(٤) من التسليم والتسلم. وإن كان في بعضها فضل على البعض إلا أن واحداً منها أروج، فإنه يجوز؛ لأن العقد ينصرف إلى الأروج.

وفي كتاب الصرف أيضاً: إذا اشترى الرجل مائة فلس بدرهم فنقد الدرهم ولم يقبض شيئاً من الفلوس حتى كسدت الفلوس، فالقياس ألا ينتقض العقد، ويخير المشتري إن شاء قبضها كذلك، وإن شاء فسخ العقد وأخذ الدراهم كما لو تعجل^(٥)

(١) سقط في م.

(٢) في م: بعض.

(٣) في م: إلا أن.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بيعت.

المبيع قبل القبض .

وبالقياس أخذ زفر - رحمه الله - .

وفي الاستحسان: ينتقض العقد؛ لأن ما تعلق العقد من أحد البديلين فات ولم يخلف بدلا فيوجب انتقاض العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض .

بيانه: أن العقد في جانب الفلوس تعلق بها من حيث إنها [ثمن]^(١) باعتبار العدد، وبالكساد بطلت الثمنية باعتبار العدد، فإن^(٢) بعد الكساد تباع وزناً لا عدداً .

[وقولنا]^(٣): بلا خلاف . إشارة إلى أن بعد الكساد، وإن كانت تباع وزناً والموزون يصلح ثمناً إلا أن الثمنية من حيث الوزن لم يحدث الكساد حتى تجعل خلفاً عن الثمنية من حيث [العدد؛ لأنها كانت ثابتة قبل الاصطلاح على كونها ثمناً من حيث العدد، وإنما زالت الثمنية من حيث]^(٤) الوزن بالاصطلاح على الثمنية من حيث العدد، فإذا زال الاصطلاح على العدد عادت الثمنية باعتبار الوزن الذي كان في الأصل لا بسبب الكساد، وليس كالمبيع إذا قتل حتى وجبت القيمة؛ لأن هناك القيمة وجبت بسبب القتل [لأنها لم تكن واجبة قبل القبض]^(٥) بل وجبت ابتداء بمقابلة المبيع فكانت خلفاً عن المبيع، بخلاف ما نحن فيه .

وبخلاف ما إذا باع^(٦) شيئاً بقبض رطب في الذمة إذا انقطع أو انه فإن هناك العقد لا ينتقض؛ لأن هناك ما تعلق [به العقد]^(٧) لم يهلك؛ لأن العقد متعلق بالرطب من حيث إنه ثمن، وثمانية الرطب من حيث إنه مكيل بعد الانقطاع، إلا أنه لم يوجد في أيدي الناس، والشراء بثمان ليس عنده حالة العقد ولا عند آخر جائز، وأنه لو اشترى

(١) سقط في م .

(٢) في م: و .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في م .

(٦) في م: اشترى .

(٧) في م: بالعقد .

برطب والرطب منقطع عن أيدي الناس يجوز، فلأن يبقى أولى .
 وإذا اشترى شيئاً بدراهم هي نقد البلد ولم ينقد الدراهم [حتى تغيرت]^(١)، فإن
 كانت تلك الدراهم لا تروج اليوم في السوق فسد البيع لأنها هلكت، وإن كانت
 تروج ولكن انتقصت قيمتها لا يفسد البيع وليس للبائع إلا ذلك .
 وفي عيون المسائل: أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في
 جميع البلدان^(٢)؛ لأنه حيثئذ يصير هالكاً ويبقى المبيع بلا ثمن . فأما إذا كان لا يروج
 في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع؛ لأنه لم يهلك ولكنه تعيب، وكان
 للبائع الخيار إن شاء^(٣) أعطي مثل النقد الذي في البلد، وإن شاء أخذ قيمة ذلك
 دنانير .

قالوا: وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد - رحمه الله -، ولا^(٤) يستقيم
 على قولهما، وينبغي على قولهما أن يكتفى بالكساد^(٥) في تلك البلدة بناء على
 اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين .

عندهما: يجوز، اعتباراً لاصطلاح بعض الناس .

وعند محمد - رحمه الله - : لا يجوز، اعتباراً [لاصطلاح الكل]^(٦)، والكساد
 يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً .

وذكر في كتاب الصرف أيضاً: إذا اشترى فلوساً بدراهم، ونقد الفلوس ولم
 يقبض الدراهم حتى كسدت الفلوس فالباع جائز، والدراهم دين على حالها؛ لأن
 العقد قد انتهى في الفلوس بالقبض، فهلاكها بالكساد لا يؤثر في العقد .

(١) سقط في م .

(٢) في م: البلاد .

(٣) في م: قال .

(٤) في أ، م: أما لا .

(٥) في م: بعدم الرواج .

(٦) في م: لكل .

ولو اشترى بفلوس فاكهة أو غيرها، وقبض ما اشترى ولم ينقد الفلوس حتى كسدت، بطل البيع استحساناً، وفي القياس: [لا يبطل]^(١).
 وروى في باب الاستقراض: الفلوس إذا كسدت إذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض، فسد العقد في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
 وعندهما: لا يفسد العقد.

وفي المنتقى: إذا كسدت الفلوس قبل القبض فعلى المشتري قيمة الفلوس في قول أبي يوسف - رحمه الله - ، وهذا إشارة إلى أن العقد لا يفسد على قوله .
 وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الرهن مسألة تدل على [أن]^(٢) البيع لا ينتقض بهلاك الفلوس قبل القبض، وصورتها: رجل رهن من آخر فلوساً تساوي عشرة بعشرة فكسدت، فهي رهن على حالها حتى لو هلكت هلكت بالعشرة، ولو كان الكساد بمنزلة الهلاك يسقط^(٣) الدين بمجرد الكساد، كما لو هلكت حقيقة .
 والمشايخ اختلفوا في هذه المسألة،
 بعضهم قال^(٤): ينتقض البيع كما ذكر كتاب الصرف .
 وبعضهم قال^(٥): لا ينتقض، واستدل بمسألة الرهن .
 وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يصحح رواية كتاب الصرف .

والشيخ الإمام شيخ الإسلام - رحمه الله - يصحح رواية الرهن .
 وهذا القائل يقول: معنى قول محمد في كتاب الصرف: (يبطل البيع) أنه يخرج من أن يكون لازماً حتى لا يجبر البائع على القبض، دفعاً للضرر عنه، أما لو اختار

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م .

(٣) في م: لسقط .

(٤) في م: قالوا .

(٥) في م: قالوا .

البائع الأخذ فله ذلك .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه إذا اشترى فلوسًا بدراهم أو دنانير وكسدت الفلوس قبل القبض لا يبطل البيع .

والفرق: أن الفلوس الرائجة ثمن فيبيع الفلوس والشراء بهما [بيع] [والثمن والشراء بالثمن] ^(١) [٢] وبالكساد تصير مبيعة بمقابلة الدراهم والدنانير؛ [لأنهما] ^(٣) أثمان من كل وجه، فلو تيقنا ذلك البيع تيقناه على المبيع وأنه ما ورد على المبيع فبطل ضرورة؛ فأما بمقابلة العرض والفاكهة يمكن أن تجعل الفلوس الكاسدة [ثمنًا] ^(٤) لأن العرض والفاكهة مبيع، والفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يمكن أن تجعل ثمنًا باعتبار أنه عددي متقارب كالجوز وغيره، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس قبل القبض .

فأما إذا غلت بأن ازدادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري، وإذا انتقصت قيمتها، ورخصت فالبيع على حاله، ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع .

وفي المنتقى: إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت قال أبو يوسف - رحمه الله - : قولي وقول أبي حنيفة في ذلك سواء وليس له غيرها .

ثم رجع أبو يوسف، وقال: عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع [البيع ويوم وقع] ^(٥) القبض .

والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع إذا انقطعت عن أيدي الناس قبل القبض فسد [البيع] ^(٦) عند أبي حنيفة - رحمه الله - وحده

(١) في م: و ثمن والشراء .

(٢) في م: بيع الثمن .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في أ .

الانقطاع: ألا يوجد في السوق، وإن كان يوجد في أيدي الصيارفة وفي البيوت.
 قيل: إن كان يوجد في يد الصيارفة فهو ليس بمنقطع، والأول أصح، وسيأتي
 جنس هذا في مسائل السلم.

وإذا اشترى شيئاً بدرهم رائجة وتقابضا [ثم كسدت]^(١) ثم تقايلا، كان على البائع
 رد مثلها لا قيمتها على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - في الاستقراض.
 ولو اشترى بدرهم رائجة ونقد بعض الثمن ثم كسدت، فسد البيع بقدر ما لم
 ينقد اعتباراً للبعض بالكل.

ولو اشترى بدرهم كاسدة وقت البيع وهي [غير]^(٢) معينة وغير مشار إليها، لا
 يجوز؛ لأنها لو كانت رائجة وقت البيع ثم كسدت، فسد البيع، ولو كان مكانه
 نكاحاً يجب مهر المثل هكذا قالوا.

وفي جواب مسألة النكاح نظر، ويجب أن يقال هنا: إذا كانت قيمة الدراهم
 المسماة عشرة أو أكثر فلها ذلك، وإن كانت قيمتها أقل من العشرة يجب العشرة.
 دلالة باع [متاعاً للغير بإذنه بدرهم معلومة]^(٣) واستوفى الدراهم، فقبل أن يدفعها
 إلى صاحب المتاع كسدت، فليس للدلال على المشتري سبيل؛ لأن حق القبض
 للدلال لأنه هو العاقد وقد قبض.

وفي النوازل: رجل باع من آخر شيئاً بألف درهم فوزن له المشتري ألفاً ومائتي
 درهم فقبضها البائع، ثم ضاعت من يده فهو [مستوف]^(٤) للثمن ولا ضمان عليه؛
 لأن بقدر الألف استوفى حقه، وفيما زاد على الألف فهو مؤتمن فيه.

وإذا باع جارية بألفي درهم ودفع إليه المشتري كيساً على أن فيه الدراهم فذهب به
 البائع إلى المنزل فإذا فيه الدنانير فحمل الدنانير ليردها فضاعت في الطريق، فلا

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بإذنه متاعاً بالدراهم.

(٤) سقط في م.

ضمان عليه؛ لأنه أخذ بإذن المشتري فكان أميناً.

وإذا اشترى شيئاً وأعطاه دراهم صحاحاً فكسرها البائع فوجدها نبهجة ردها ولا شيء عليه لأنه لم يتلف عليه مالاً، وكذا لو دفع إليه إنسان لينظر إليه فكسره. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

[وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا باع بدراهم جياذ ودفع المشتري الدراهم فأراها البائع رجلاً فانقدها]^(١) فوجد فيها [قليل]^(٢) نبهجة فاستبدل فأراد أن يصرف في شراء الحوائج فلم يأخذها أحد وقالوا: كلها نبهجة، لم يرد، وإن [كان إقراراً]^(٣) البائع أنها جياذ لأنه مناقض إلا إذا صدقه المشتري، وإن لم يكن أقر بذلك، يرد لأنه غير مناقض.

وفي المنتقى: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : كل ما يكال أو يوزن إذا كان ثمناً بغير عينه وقد انقطع عن أيدي الناس أن الطالب بالخيار إن شاء أخره إلى الجديد، وإن شاء أخذ قيمته مبيعة، فقد حكم بفساد العقد حتى أوجب قيمة المبيع.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن شاء آخر [قيمه]^(٤) إلى الجديد، وإن شاء أخذ^(٥) قيمة الثمن قبل انقطاعه بلا فصل، ولأبي يوسف - رحمه الله - في هذا قول [آخر]^(٦) وهو ما ذكرنا: أن عليه قيمة الثمن يوم وقع البيع، وهو قوله الآخر، وعليه الفتوى.

وكذلك [الدراهم]^(٧) أو الفلوس إذا انقطعت^(٨) عن أيدي الناس قبل القبض

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: أقر.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) في م: آخر.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: انقطع.

فللبائع قيمة الدراهم أو^(١) الفلوس يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى، ثم إذا فسد البيع بالكساد أو بالانقطاع على قول من يقول به، فإن لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً، وإن كان مقبوضاً إن كان قائماً رده على البائع، وإن كان مستهلكاً أو هالكاً رجع البائع عليه بقيمة المبيع [إن لم يكن المبيع]^(٢) مثلياً^(٣)، وبمثله إن كان مثلياً، والله أعلم.



(١) في م: و.

(٢) سقط في م.

(٣) عرف الفقهاء المثلي بأنه: ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به، ويوجد له نظائر في الأسواق، والمثليات: كل ما يقدر بالوزن، أو الكيل، أو بالعد المتقارب الأحاد، ومن ذلك الذهب، والفضة، والحبوب، والزيت، والبيض والليمون إذا كانا من نوع وحجم واحد، ويعتبر مثلياً ما تمت صناعته بالآلة ما دام جنسه واحداً، كالأقمشة المنسوجة بالآلة، والأبنية ما دامت لها نظائر بالأسواق.

ويعد من المثلي أيضاً عند الحنفية: الأشياء التي تقاس بالذراع ونحوه، وهي التي تسمى بالمدروعات، إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به؛ وذلك كالمنسوجات المحكمة الصنع، وألواح الزجاج، وما شابه ذلك، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، خلافاً للشافعية، والحنابلة.

ينظر: حاشية ابن عابدين (١٦١/٥)، الفتاوى الهندية (١١٩/٥)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٥١٤/٣)، نهاية المحتاج (١٥٩/٥)، وكشاف القناع (٨٩/٤، ٩٠).

الفصل الخامس

فما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحًا
وما لا يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحًا

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: قال محمد - رحمه الله - : وإذا اشترى بيتًا^(١) في دار أو منزلًا لا يدخل الطريق ومسيل^(٢) الماء من غير ذكر.

وكذلك إذا اشترى أرضًا لا يدخل الشرب في الشراء من غير ذكر، وفي الإجارة تدخل هذه الأشياء من غير ذكر.

والفرق: أن الإجارة [تعقد للانتفاع]^(٣) ولهذا لا يجوز إجارة ما لا ينتفع به في الحال كالمهر الصغير والأرض السبخة، ولا يمكن الانتفاع بهذه الأشياء إلا بالطريق ومسيل الماء والشرب، والمستأجر لا يشتري هذه الأشياء عادة ولا [يجدها ليستأجرها]^(٤).

ولو استأجر الطريق الذي لصاحب الدار لا يجوز، فتدخل هذه الأشياء في الإجارة تصحيحًا لها، فأما البيع فلا يعقد للانتفاع عينا بل يعقد للانتفاع وتحصل العين المتقوم، [وتحصيل العين المتقوم]^(٥) ممكن بدون الطريق فلا ضرورة إلى إدخاله في البيع فلا يدخل إلا بالنص، أو بذكر الحقوق، أو بذكر المرافق.

وأراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار والأرض من غير ذكر: الطريق الخاص في ملك إنسان.

(١) في م: شيئا.

(٢) المسيل: موضع جريان الماء، والمضيق من الوادي، والجمع: مسایل، والأمسلة: مياه الأمطار. ينظر: لسان العرب، مادة (سِيل) (١١/٣٥٠).

(٣) في م: لعقد الانتفاع.

(٤) في م: يجد ليستأجر.

(٥) سقط في م.

والطريق ثلاثة: طريق^(١) إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان.

فالطريق الخاص في ملك إنسان لا يدخل في [البيع]^(٢) من غير ذكر إما نصًّا أو بذكر الحقوق والمرافق.

[والطريقان الآخران يدخلان]^(٣) في البيع من غير ذكر، فكذا حق مسيل الماء في ملك خاص، وحق [إلقاء الثلج]^(٤) في ملك خاص لا يدخل في البيع إلا بالذكر إما نصًّا أو بذكر الحقوق أو المرافق.

وإذا باع بيتًا من دار ولم يذكر الطريق ولا الحقوق ولا المرافق حتى لم يدخل الطريق في البيع فللمشتري أن يرد.

[إذا]^(٥) قال: ظننت أن لي مفتاحًا إلى الطريق هكذا ذكر في المتقى يريد به أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم حتى لا يمكنه أن يفتح للبيت بابا إليه وقال: ظننت وقت البيع أن البيت يلي الطريق الأعظم ويمكنني أن أفتح [بابا]^(٦) إليه، فله أن يرد البيت.

وفي بعض الكتب لم يذكر الخيار، وإنما ذكر أن البيت إذا كان لا يلي الطريق الأعظم لا يبطل البيع.

وله أن يستأجر الطريق أو يستعير من صاحب الأرض.

ثم الطريق الذي يدخل في البيع بذكر الحقوق أو المرافق الطريق وقت البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع، حتى [إن]^(٧) من سد طريق منزله وجعل له طريقًا آخر

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: والطريق الآخر أن يوجد.

(٤) في م: الماء الملح.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

وباع المنزل بحقوقه، دخل تحت بيع المنزل الطريق الثاني دون الأول. وإذا باع دارا وفيها بستان. ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : أنه إن كان البستان في الدار يدخل في البيع من غير ذكر صغيرًا كان البستان أو كبيرًا لأنه من جملة الدار.

وإن كان البستان خارج الدار إلا أن مفتحه إلى الدار اختلف المشايخ فيه. بعضهم قالوا: لا يدخل.

وبعضهم قالوا: [يدخل إن كان البستان أصغر من الدار من غير ذكر، وإن كان مثل الدار أو أكثر لا يدخل.

وبعضهم قالوا^(١): بحكم الثمن.

وفي بيوع المنتقى: قال هشام: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في رجل اشترى دارا وفيها بستان: ليس بداخل في بيع الدار إلا أن يسميه، إلا أن يكون^(٢) في وسط الدار والدار محذقة [به]^(٣).

قال هشام - رحمه الله - : ذكرت أبا يوسف مرة أخرى فيمن باع دارا وفيها بستان ولم يسم البستان، قال: البستان منها وإن لم يسمه، قلت: فإن كان للبستان بابان أحدهما [من داخل]^(٤) الدار والآخر خارج منها، قال: هو منها.

وفي العيون: إذا اشترى دارا وفيها رحي [الإبل]^(٥) وقد اشتراها بحقوقها ومرافقها لا تكون الرحي ولا متاعها للمشتري؛ لأن هذا ليس من حقوق الدار، وهذا بخلاف ما لو باع ضيعة وفيها رحي ماء باعها بكل حق هو لها حيث كان الرحي للمشتري؛ لأن هذا من عمارة الضيعة وصلاحتها، فكان من حقوقها، وفي الدار من

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: البستان.

(٣) في م: ثم.

(٤) في أ: في.

(٥) سقط في أ.

خراب الدار فلم يكن من حقوقها، وكذلك دولاب الضيعة للمشتري بمنزلة الرحي، والدالية للبائع لأنها معلقة بغير بناء، وكذلك جذعها.

وروى إبراهيم بن رستم عن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى بيتاً وفيه رحي بكل قليل وكثير هو فيه، فله السفلى والأعلى وكذلك إذا كان^(١) فيه قدر نحاس موصولاً بالأرض.

وفي فتاوى الفضلي: إذا اشترى بيتاً من منزل بحدوده وحقوقه، وصاحب الدار يمنعه عن الدخول ويأمره بفتح الباب إلى السكة، ينظر: إن كان البائع بين له طريقاً معلوماً ليس له أن يمنعه، وإن لم يبين اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: له منعه؛ لأن قوله: بحقوقه، منصرف إلى حقوق هذا البيت في السكة حتى لا يمنع عن المرور في السكة العظمى.

ومنهم من قال: ليس له منفذ؛ لأن الباب الأعظم دخل بذكر الحقوق. واعلم بأن الحق في العادة يذكر [فيما هو يقع ولا بد]^(٢) للمبيع منه ولا يقصد إلا لأجل المبيع كالطريق والشرب للأرض.

والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء. وقوله: كل قليل وكثير، يذكر على وجه المبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالمبيع.

وفي النوازل: إذا باع داراً وفيها بئر وعليها بكرة ودلو وحبل، فإن باعها بمرافقها دخل الحبل والدلو في المبيع لأنهما من مرافق الدار، وإن لم يذكر المرافق لا يدخلان، والبكرة تدخل على كل حال [لأنها]^(٣) مركبة.

فالأصل أن ما كان في الدار من البناء وكان^(٤) متصلاً بالبناء يدخل في بيع الدار

(١) في م: قال.

(٢) في م: بما هو بيع.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ.

من غير ذكر [بطريق التبعية، وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر]^(١) إلا إذا كان شيئاً جرى العرف فيه فيما بين الناس أن كان البائع لا يضمن^(٢) به ولا يمنعه عن المشتري فحيثئذ يدخل، وإن لم يذكره في البيع، وعن هذا قلنا: إن الغلق وفارسيته (كليدال) يدخل في البيع من غير ذكر لكونه متصلاً بالبناء.

والمفتاح يدخل استحساناً ولا يدخل قياساً لأنه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار، إلا أنا استحسنا وقلنا بالدخول بحكم العرف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن البائع للدار لا يمنع المفتاح عن المشتري ويسلمون الدار بتسليم المفتاح، فإنما دخل المفتاح من غير ذكر بحكم العرف، والقفل ومفتاحه لا يدخلان، والسلم إن كان متصلاً بالبناء يدخل سواء كان من خشب أو مدر، وإن كان [غير]^(٣) متصل بالبناء [لا يدخل]^(٤)، والسرر نظير السلالم.

وإذا اشترى رحى ماء، يدخل في البيع من الآلة ما كان متصلاً بالبناء من غير ذكر لأنه متصل بالبناء [فكان كالبناء]^(٥)، والحجر الأعلى لا يدخل قياساً لأنه غير مركب بالبناء.

[ألا ترى أنه يمكن رفعه من غير أن يحتاج فيه إلى نقض شيء من البناء]^(٦). وفي الاستحسان: يدخل؛ لأن الرحى اسم لبيت فيه حجر دوارة والدوارة فيه الحجر الأعلى، وإن كان الرحى يثبت بالأعلى كان الأعلى وما فيه يديره من البكرة داخلاً تحت اسم الرحى، وعلى هذا إذا اشترى طاحونة، فالحجر الأسفل يدخل من غير ذكره، والحجر الأعلى لا يدخل قياساً، ويدخل استحساناً.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يضر.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: وكان البناء.

(٦) سقط في أ.

نوع آخر:

باع من آخر حانوتًا، وباب الحانوت من تخاتج^(١) يغلق ويفتح، وبنزع التخاتج يدخل الألواح تحت المبيع سواء باع الحانوت بمرافقه أو لم يبعه بمرافقه؛ لأن ألواح الحانوت [مركبة بالهانوت]^(٢) معنى، هكذا ذكر في المتقى.

ولو كان على الحانوت ظلة في السوق كما يكون في الأسواق، فإن كان باع الحانوت بمرافقه دخلت الظلة [لأن الظلة]^(٣) من مرافقه، وإن كان باعه مطلقًا فالظلة لا تدخل.

وذكر في العيون: إذا اشترى حانوتًا فالأقفال والألواح للبائع، والصحيح ما ذكرنا أن الألواح للمشتري فيدخل مفتاح الحانوت في المبيع من غير ذكر استحسانا لما قلنا في مفتاح الدار.

[وكور الحداد للمشتري وكور الصائغ للبائع؛ لأن الأول مركب والثاني لا.

قال في المتقى]^(٤): وكور الحداد بمنزلة كور الآجر.

وزق الحداد الذي ينفخ فيه للبائع، وقدر النحاس الذي يطبخ فيه الحنطة لأصحاب [السويق]^(٥) وللصباغين يطبخ فيه الصبغ، أو للقصارين ويوضع فيه الثياب للبائع، وإن كانت مقلاة السواقين من طين دخلت في البيع.

والصندوق المثبت في البناء وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم ودنانهم وخمسها مرو يرده بزمين أو [المثبتة في البناء]^(٦) من حقوقه، وعلى قياس ما ذكر قبل هذا مسألة البكرة والسرر والسلالم ما كان مثبتًا في البناء من هذه الأشياء ينبغي

(١) التخاتج جمع تَخْتَجُ قياسًا، وهو تعريب تَخْتَهُ. ينظر: المغرب، مادة (تختج).

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: المثبتة، وفي م: المبنية.

أن يدخل في البيع، وكذلك جذع القصار الذي يدق عليه الثوب لا يدخل في البيع؛ لأن هذا ليس من حقوق الحوانيت، ويستوي في هذه المسائل إن ذكر الحانوت مطلقاً أو بمرافقه أو حقوقه؛ لأن هذه الأشياء ليست من حقوق الحوانيت ومرافقها إنما هذا من حقوق التجارة والعمل^(١) والعمال.

وقدر الحمام يدخل في البيع من غير ذكر.
والقصاع لا تدخل وإن ذكر الحقوق والمرافق والتخاتخ التي على الأوتاد في البناء للبناء.



(١) في م: والفعل.

نوع آخر:

إذا باع أرضاً أو كرمًا ولم يذكر الحقوق ولا المرافق ولا ذكر بكل قليل وكثير فإنه يدخل تحت البيع ما ركب فيه للتأيد نحو الغرائس^(١) والأشجار والأبنية؛ لأن هذه الأشياء بمعنى إذ ليس لنهايتها مدة معلومة، وما لم يعلم مدة نهايته فهو للتأيد كالأرض فإنها ذات نهاية ولكن لما لم يكن لنهايتها مدة معلومة كانت للتأيد وإذا كانت هذه الأشياء للتأيد تبعًا للأرض من كل وجه فتدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

فأما الزرع والثمر لا يدخلان في البيع، والقياس أن يدخلوا؛ لأن الزرع متصل اتصال قرار^(٢)، والثمر متصل بالشجر اتصال قرار^(٣) فكان كالأشجار مع الأرض إلا أننا استحسنا وقلنا بأنهما لا يدخلان لقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٤) والزرع مثل الثمر من حيث إن لكل واحد

(١) الغراس: جمع غرس، والغرس: الشجر الذي يغرس، يقال: غرس، يغرس غرساً، والجمع أغراس، ويقال للنخلة أول ما تنبت: غريسة، والغرس: غرسك للشجر، والغريسة: شجر العنب أول ما يغرس، والنواة التي تزرع، والفسيلة ساعة توضع في الأرض.

ينظر: لسان العرب، مادة (غرس) (١٥٤/٦)، المعجم الوسيط (٦٤٩/٢).

(٢) في م: قوام.

(٣) في م: قوام.

(٤) أخرجه البخاري (٤٠١/٤): كتاب البيوع: باب من باع نخلاً قد أبرت... الحديث (٢٢٠٤)، ومسلم (١١٧٢/٣): كتاب البيوع: باب من باع نخلاً عليها ثمر، الحديث (١٥٤٣/٧٧) وأبو داود (٢٨٩/٢) كتاب البيوع: باب في العبد يباع وله مال حديث (٣٤٣٣) والنسائي (٢٩٧/٧) كتاب البيوع: باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله والترمذي (٥٤٦/٣) كتاب البيوع: باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد له مال حديث (١٢٤٤) وابن ماجه (٧٤٦٧٤٥/٢) كتاب التجارات: باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال حديث (٢٢١١) والدارمي (٢٥٣/٢) كتاب البيوع: باب فيمن باع عبداً وله مال وعبد الرزاق (١٣٥/٨) رقم (١٤٦٢٠) وأبو داود الطيالسي (٢٦٦/١) منحة رقم (١٣٣٤) وابن طهمان في «مشيخته» رقم (١٧٩) وابن الجارود (٦٢٨) وأبو يعلى (٣٠٧/٩) رقم (٥٤٢٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٥٣/٤) والحميدي في «مسنده» (٢/٢)

(٢٧٧) رقم (٦١٣) والبيهقي (٣٢٤/٥) والبيهقي في «شرح السنة» (٢٧٤/٤) من طريق الزهري عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: فذكره. وقال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح هكذا روي من غير وجه عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع عبداً وله مال فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روي عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع».

وقد روي عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، أنه قال: من باع عبداً وله مال، فما له للبائع إلا أن يشترط المبتاع. هكذا رواه عبيد الله بن عمر وغيره عن نافع، الحديثين. وقد روي عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن النبي ﷺ نحو حديث سالم، والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم. وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق. قال محمد بن إسماعيل: حديث الزهري عن سالم، عن أبيه، عن النبي ﷺ أصح ما جاء في هذا الباب.

قلت: أما طريق نافع عن ابن عمر.

أخرجه مالك (٦١٧/٢) كتاب البيوع: باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله حديث (٩) والشافعي في «الأم» (٤١/٣) وأحمد (٦٣/٢) والبخاري (٣٦٩/٥) كتاب الشروط: باب إذا باع نخلا قد أبرت حديث (٢٧١٦) ومسلم (١١٧٢/٣) كتاب البيوع: باب من باع نخلا عليها ثمر حديث (١٥٤٣/٧٨) وأبو داود (٢٨٩/٢) كتاب البيوع: باب في العبد يباع وله مال حديث (٣٤٣٤) وابن ماجه (٧٤٥/٢) كتاب التجارات باب ما جاء فيمن باع نخلا مؤبراً أو عبداً له مال حديث (٢٢١٠) والبيهقي (٣٢٤/٥) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به وأما طريق نافع عن ابن عمر عن عمر أنه قال: من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع.

فأخرجه البخاري (٦٠/٥) كتاب الشرب والمساقاة: باب الرجل يكون له ممر أو شرب... حديث (٢٣٧٩) وقد روي هذا مرفوعاً.

فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٣٩٢/١) رقم (١١٧٥):

سمعت أبا زرعة وحدثنا عن إبراهيم بن أبي موسى. عن هشيم بن سفيان بن حسين عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب، عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فقال أبو زرعة ليس هذا الحديث بمحفوظ، والصحيح سالم عن أبيه، عن النبي ﷺ.

أما طريق عكرمة بن خالد: أخرجه عبد الرزاق (١٣٥/٨) رقم (١٤٦٢١) والبيهقي (٥/٣٢٥) من طريق عكرمة بن خالد عن ابن عمر قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٣٧٧/١) رقم (١١٢٢):

سألت أبي عن حديث رواه قتادة وحماد بن سلمة عن عكرمة بن خالد عن ابن عمر، عن

منهما غاية معلومة فالنص الوارد في الثمر يكون واردًا في الزرع دلالة، والمعنى في ذلك أن لقطعهما غاية معلومة، وما لنهايته غاية معلومة فهو [في الحكم سواء] ^(١) كالمقطع بخلاف الأشجار والبناء؛ لأنه ليس لنهايتها غاية معلومة، وعلى قياس ما ذكر بعد هذا ينبغي أن يحكم الثمن فإن كان مثل ذلك الثمن لا يكون للأرض والزرع والنخل لا يدخل الزرع والثمر في البيع، وإن كان مثل ذلك الثمن يكون للأرض والزرع والنخل والثمر، يقضي للمشتري بالزرع والثمر.

وإن ذكر في بيع الأرض الحقوق أو المرافق لا يدخل الزرع والثمار أيضًا؛ لأنهما ليسا من جملة حقوق الأرض [ومرافقتها].

وإن قال: بعثها بكل قليل وكثير هو منها وفيها، إن قال في أثرها: من حقوقها، أو قال: من مرافقتها ^(٢)، لا يدخلان في البيع.

وذكر الحاكم أحمد السمرقندي في شروطه: أنه إذا ذكر في بيع الضيعة والنخيل: كل حق، يدخل الزرع والثمر في البيع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وإن لم يذكر كل قليل وكثير.

وهكذا ذكر الناطفي في أجناسه أن بذكر الحقوق والمرافق يدخل الزرع والثمر في بيع الأرض.

وفي المنتقى برواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أن الثمر والزرع لا يدخلان بذكر الحقوق والمرافق وإذا قال بكل قليل وكثير هو له منها أو فيها يدخل [استحسانًا].

= النبي ﷺ قال: من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع. قال أبي: كنت أستحسن هذا الحديث من هذا الطريق حتى رأيت من حديث بعض الثقات عن عكرمة بن خالد عن الزهري عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال أبي: فإذا الحديث قد عاد إلى الزهري عن سالم عن ابن عمر عن النبي ﷺ.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه^(١) يدخل الزرع والثمر [في الألفاظ كلها].

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة - رحمه الله - في آخر شرح المزارعة الكبير: أنه إذا قال في البيع: بكل قليل وكثير منها، على رواية كتاب الشرب: لا يدخل الزرع والثمر في البيع، وهكذا ذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله - لأن الزرع من جنس الأرض، وعلى رواية كتاب الشفعة والمزارعة: يدخل وإن قال: بكل قليل وكثير هو له فيها، يدخل، ومنها يدخل الثمر والزرع في البيع^(٢) على الروايات كلها.

وفي المنتقى: إذا قال: بكل قليل وكثير منها، يدخل جميع ما فيها من الثمر والزرع والبقل والرياحين وغير ذلك.

وإن كان فيها زرع قد حصد أو ثمار قد صرمت، لا يدخل في البيع.

قال ابن أبي مالك: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - قال: هما سواء ويدخل الثمر في البيع.

وفي شرح القدوري - رحمه الله - وشرح القاضي الإمام الأسيبجي: أن الزرع إنما لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد، وهو ما إذا كان مغيبًا في الأرض، فمنهم من قال: لا يدخل؛ لأن لنهاية الأصول مدة معلومة فيما بين الناس فصار كالزرع.

ومنهم من قال: يدخل؛ لأن نهاية هذه الأشياء تتفاوت تفاوتًا فاحشًا بتفاوت الأراضي فصار كالأشجار، وصار الأصل: إن ما كان لقطعه مدة معلومة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمار لا يدخل في البيع من غير ذكر، وما ليس لقطعه مدة معلومة ونهاية معلومة بمنزلة الشجر فيدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

والزعران لا يدخل من غير ذكر وكذلك أصله، ذكره في العيون؛ لأنه يقطع كذلك فصار كالثمرة، والقصب لا يدخل في بيع الأرض من غير شرط، والقرو يدخل لأن القرو شجر لأن له سيقانا ولا يقطع أصله ولا كذلك القصب، وعلى هذا كله ما له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجرًا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر، وما لم يكن له هذه الصفة لا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر لأنه يكون بمنزلة الثمرة.

وإذا باع أرضًا وفيها حطب نابت لا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر، ذكره في العيون.

وفي البقالي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الخلاف والحطب والقصب والرياحين والبقول: أنها للبائع.

وذكر الخصاص في الحطب والقصب والطرفاء وأنواع الخشب: أنها للمشتري. وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن القصب للبائع. وفي المنتقى: أن الشوك لمن أخذه بخلاف الحطب.

ذكر شيخ الإسلام في شرح المزارعة الكبير: أن الشجر الذي ذكره محمد - رحمه الله - في الكتاب أنه يدخل في بيع الأرض من غير ذكر: شجر يغرس للبقاء، أما الشجر الذي يغرس للقطع كشجر الحطب وغيره لا يدخل في البيع من غير ذكر.

وفي فتاوى أهل سمرقند: وإذا اشترى أرضًا وفيها أشجار وتقطع في كل ثلاث سنين إن كان يقطع من الأصل فهو للمشتري لأنه شجر، وهو الشجر الصغير الذي يباع في السوق في فصل الربيع، وإن كان يقطع من وجه الأرض فهو للبائع لأنه بمنزلة الثمر.

وإذا اشترى أشجار الفرساد، لا تدخل الأوراق إلا بالشرط.

وفي العيون: اشترى نخلة في أرض بطريقها في الأرض ولم يبين موضع الطريق

وليس إليها طريق يعني من ناحية معروفة. قال أبو يوسف - رحمه الله - : الشراء جائز ويأخذ إلى النخلة طريقاً من أي ناحية أحب؛ لأن هذا ما لا يتفاوت حتى لو كان متفاوتاً كان البيع باطلاً.

وعن محمد - رحمه الله - : أن البيع باطل ما لم يبين الطريق لمكان الجهالة. وفي فتاوى الفضلي: اشترى أرضاً وبجنبها أفدق وبين الأرض والأفدق مسناة وعلى المسناة أشجار وجعل حدود الأرض الأفدق، دخل المسناة وما عليه من الأشجار تحت البيع؛ لأنه جعل المسناة في الحد فيكون من جملة الحدود. وقال في المنتقى: إذا اشترى نخلة فهذا على الجذع ولا يكون بأرضها. واعلم بأن شراء الشجرة لا يخلو من وجوه:

إما أن يشتريها للقلع بدون الأرض، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري بقلعها وله أن يقلعها بعروقها، وأصلها يدخل في بيع الأرض وليس له أن يحفر الأرض إلى ما يتناهى إليه العروق ولكن يقلعها على ما عليه العرف والعادة، وإما أن يشتريها بشرط القطع على وجه الأرض.

أو يشتريها بشرط القلع لكن يكون في القلع مضرّة للبائع نحو أن يكون بقرب الحائط أو ما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه يؤمر المشتري أن يقطعها على وجه الأرض.

فإن قلعها أو قطعها ثم نبت من أصلها أو عروقها شجر فالنابت للبائع، وإن قطع من أعلى الشجرة فما نبت يكون للمشتري.

فأما إذا اشتراها مع قرارها من الأرض فإنه لا يؤمر المشتري بقلعها، ولو قلعها فله أن يغرّس مكانها أخرى.

وأما إذا اشترى ولم يشترط شيئاً فعند أبي يوسف - رحمه الله - : الأرض لا تدخل في البيع، وعند محمد - رحمه الله - : تدخل، وله الشجرة مع قرارها من الأرض. هذه الجملة في بيوع شرح الطحاوي.

وأجمعوا على أن ما تحت الشجر من الأرض يدخل في القسمة .
 وفي كتاب العيون في البيع قال : والهبة والصدقة والوصية .
 وذكر شيخ الإسلام في كتاب القسمة : أن ما تحت الحائط من الأرض يدخل في
 بيع الحائط .

والمذكور في المنتقى : إذا باع حائطاً من دار فهذا بأرضه ، قال ثمة : لأن الحائط
 بغير الأرض لا يسمى حائطاً .

وفي المنتقى أيضاً : قال أبو حنيفة - رحمه الله - : هو له بأصله وفي النخلة
 يقلعها بأصلها وفي البيع والهبة وكل شيء .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - مثل ذلك إلا أنه قال : أستحسن في الشجرة أنها
 له بأصلها .

فصار كحاصل الجواب في الشجرة . أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا
 تدخل الأرض في بيع الشجرة ، وعن محمد - رحمه الله - : تدخل ، وعن أبي
 يوسف - رحمه الله - روايتان .

وفي شراء بناء الدار لا تدخل الأرض تحت البيع من غير ذكر^(١) ويؤمر المشتري
 أن يقلع البناء .

والخصاف في شروطه سوى بين بيع البناء ، وقال : لا تدخل الأرض فيهما جميعاً
 من غير ذكر ويؤمر المشتري بنقض الحائط كما يؤمر المشتري بنقض البناء .

ثم في شراء البناء إذا لم تدخل الأرض تحت البيع فالأجر الذي تحت الخشب
 ويسمى بالفارسية (كداودة) . هل يدخل تحت البيع؟

حكى عن الحاكم الإمام أبي محمد الكوسي : أن ما كان ظاهراً على وجه الأرض
 يدخل ، وما كان مغيباً تحت الأرض لا يدخل ، والجواب في شراء الجدار وشراء
 الحائط . يدخل ما تحته من الأرض في البيع غير ذكر؛ كما في الحائط بخلاف

(١) زاد في م : وما .

البناء، هكذا ذكره الحاكم الإمام أبو محمد.

وفي أي موضع دخل ما تحت الأرض من الشجر فإنما يدخل بقدر غلط الشجرة وقت مباشرة ذلك التصرف حتى لو ازدادت الشجرة غلطًا تحت الأرض كان لصاحب الأرض أن ينحت، ولا يدخل تحت البيع من الأرض ما يتناهى إليه العروق والأغصان، وعليه الفتوى.

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: بعث منك هذا المبطن، فهذا على البطيخ إن كان فيه بطيخ، وكذلك المبقلة إذا كان فيها بقل، وكذلك هذه الرطبة.

ولو قال: بعث هذا الكرم أو هذه النخيل فهذا على الأرض.

قال ولو أراد بالنخيل البستان الذي يقال له بالفارسية (درحت لسان) فقد حكينا قبل هذا رواية المنتقى: أن من اشترى نخلة فهذا على الجذع ولا يكون بأرضها، وإذا قال: بعث هذا الكرم، أو هذا النخيل وفيه تمر أو عنب، فإني أنظر إلى الثمن فإن كان ذلك ثمنًا للعنب أو التمر فهو على العنب والتمر، وإن كان ثمنًا للنخيل والكرم فهو على النخيل والكرم. ذكره في المنتقى ولم ينسبه إلى أحد، وهو نظير ما ذكر في دعوى العيون.

إذا اشترى الرجل من آخر مزبلة بمائة درهم ثم اختلفا فقال المشتري: إنما اشتريت منك الأرض، وقال البائع: بعثك الكناسة، إن كان مثل ذلك الثمن يكون للأرض قضيت ببيع الأرض، وإن كان مثل ذلك الثمن لا يكون للأرض قضيت ببيع المزبلة دون الأرض.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا قال لغيره بعثك كرمي هذا أو بستانني هذا، فهذا على الكرم بأصله والبستان بأرضه فإن كان في البستان أو النخيل أو الكرم ثمر فهذا كله على الثمر البستان والنخيل والكرم، ولم يقل: ينظر إلى الثمن، كما في المسألة المتقدمة. والله أعلم.

وفي المنتقى رواية مجهولة: إذا قال لغيره: بعثك قريتي التي يقال لها كذا وكذا،

ولم يسم حدودها فهو على موضع القرية البناء والبيوت دون المتخرب، ولو باع قرية بأرض لها وللباع قرية أخرى بجنبها فقال: بعتك هذه القرية [أحد حدودها أو الثاني أو الثالث أو الرابع قرية البائع، تدخل أرض هذه القرية التي لم يبعها في أرض القرية التي باعها مما يليها]^(١)، وإن قال: أحد حدود هذه القرية^(٢) - أرض قرية كذا - لم يدخل فيه أرض القرية التي لم يبعها.

وفي فتاوى أهل سمرقند: اشترى شجرة بعروقها وقد نبت من عروقها أشجار، فإن كانت الأشجار النابتة بحيث لو قطعت شجرة الأصل ييست، صارت مبيعة وإلا فلا؛ لأنها إذا كانت تبين بقطع الشجرة كانت نابتة من هذه الشجرة فكانت مبيعة. ذكر في النوازل، وفي العيون، وفتاوى الفضلي: أن من اشترى أشجاراً وعليها [ثمار]^(٣) إلا أنها بحال لا قيمة لها فإنها للمشتري.

وذكر في فتاوى الفضلي علة المسألة فقال: لأن بائعها لو قصد بيعها على الانفراد لا يجوز.

وفي الجواب نظر وفي التعليل كذلك، وينبغي أن تكون الثمار [للباع]^(٤) لما ذكرنا قبل هذا، وبيعها على الانفراد جائز وهو الصحيح على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

نوع آخر:

إذا اشترى من آخر جارية وعليها ثياب^(١) تباع مثلها فيها، فتدخل الثياب تحت المبيع بحكم العرف.

فإنما تدخل ثياب مثلها إن شاء البائع أعطائها التي عليها، وإن شاء أعطائها غير ذلك؛ لأن الدخول بحكم العرف، [والعرف]^(٢) في كسوة مثلها لا بعينها، هكذا ذكر المسألة في العيون.

وليس معنى قوله: دخل الثياب تحت البيع، أنه يصير للثياب حصة من الثمن، بل لا يصير، حتى لو استحق شيئاً من الثياب من يدي المشتري، أو وجد المشتري بالثياب عيباً لم يرجع على البائع بشيء من الثمن في فصل الاستحقاق، ولا يرد الثياب في فصل العيب.

وإنما معناه: أن للمشتري أن يطالب البائع بذلك، وكذلك إذا وجد بالجارية عيباً ردها ورد معها ثيابها، وإن لم يجد بالثياب عيباً.

وذكر هذه المسألة في النوازل ووضعها في الغلام [فقال: إذا باع غلاماً وعليه ثياب دخل الثياب في العقد، فلو استحققت ثياب^(٣) الغلام لا يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن؛ لأن الثياب لم تدخل تحت البيع [قصداً]^(٤) حتى يصير له حصة من الثمن فيردها بالعيب ويرجع ببعض الثمن في^(٥) الاستحقاق^(٦)، ولكن

(١) زاد في أ: التي.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: عن.

(٦) يقال: استحق الشيء، أي: استوجبه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عُرِّ عَلَيْهِ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّ إِفْمًا﴾ [المائدة: ١٠٧] أي: استوجباه. ويقال: استحق الدار على المشتري الذي اشتراها، أي: ملكها عليه وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها. ونقل الفقيه ابن عابدين عن الفارابي: استحق فلان الأمر: استوجبه، والأمر مستحق - بفتح الحاء - ومنه قولهم: خرج المبيع مستحقاً.

للمشتري مطالبة البائع بذلك؛ لأن البائع صار مملكاً ذلك للمشتري^(١) تبعاً للمبيع عرفاً، ولو وجد بالغلام عيباً يرده.

وفي النوازل أيضاً: إذا باع حماراً، دخل العذار ويسمى بالفارسية (فسار) تحت البيع بحكم [العرف]^(٢)، وإذا باع حماراً موكفاً دخل الإكاف والبردعة في البيع بحكم العرف، وإذا لم يكن عليه بردعة ولا إكاف لا تدخل البردعة والإكاف، كذا اختاره الصدر الشهيد - رحمه الله - .

وإذا كان موكفاً ودخل الإكاف والبردعة، لا يكون له حصة من الثمن على نحو ما ذكرنا في ثياب الجارية والغلام.

وبعض المشايخ قالوا: إذا كان على الحمار إكاف وبردعة دخلا في العقد إذا كان عليه بردعة ولم يكن عليه إكاف تدخل البردعة ولا يدخل الإكاف، وإذا كان عريانا لا يدخل شيء من ذلك في البيع، وهذا القائل يفرق بين الحمار [وبين]^(٣) الجارية والغلام فإن الجارية أو الغلام إذا بيع وليس عليه ثياب تدخل [ثياب]^(٤) مثله [في العقد؛ لأن الغلام والجارية لا يباعان عادة عريانا، بخلاف الحمار فإنه يباع عريانا، كما يباع]^(٥) مع البردعة والإكاف.

ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا باع فرسا وعليه سرج. قيل: وينبغي ألا يدخل السرج في البيع [إلا بالتنصيص]^(٦) عليه أو يكون الثمن

= الاستحقاق في الاصطلاح: يعرفه فقهاء الحنفية بأنه: ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير.

ويعرفه فقهاء المالكية بأنه: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله بغير عوض. ينظر: لسان العرب (٩٣٩/٢) مادة (حقق)، ورد المختار على الدر المختار (١٩١/٥)، والتاج والإكليل (٣٤٠/٧)، مواهب الجليل (٢٩٥/٥)، الفواكه الدواني (٢٣٢/٢).

(١) في أ: من المشتري.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: لأن التنصيص.

شيئًا كثيرًا لا يشتري ذلك الفرس عادة بمثل ذلك الثمن إلا مع مثل ذلك السرج؛ لأن العادة ما جرت ببيع الفرس مع السرج ولا كذلك بيع الحمار، وبيع الغلام والجارية. قال هشام - رحمه الله - : سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل باع جارية وعليه قلب فضة أو قرطان ولم يشترطاً^(١) والبائع ينكر، قال: لا يدخل شيء من الحلبي في البيع، فإن سلم البائع الحلبي [لها]^(٢) فهو لها، وإن سكت عن طلبه وهو يراه، فهو بمنزلة ما لو سلم ذلك لها.

وفي صلح فتاوى الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : عبد له مال باعه المولى مع ماله قال: إن لم يسم ماله فالبيع فاسد.

وقيل: معنى قوله: إن لم يسم ماله، أنه باع العبد مع ماله ولكن لم يبين مقداره. أما إذا باع العبد وسكت عن ذكر المال فالبيع يكون جائزًا، ويكون المال للبائع وهو الصحيح، ولو كان باعه مع ماله وسماه أي سمى مقدار [ماله]^(٣) ينظر: إن [كان]^(٤) ثمن العبد من جنس ماله، فإن كان مال العبد دراهم وثنم العبد أيضًا دراهم، أو كان مال العبد دنانير وثنم العبد أيضًا دنانير، لا بد وأن يكون الثمن أزيد على مال العبد ليكون بإزاء مال العبد من الثمن قدره والباقي يكون بإزاء العبد، فأما إذا كان ثمن العبد [أقل من مال العبد]^(٥) أو مثله لا يجوز.

وإن كان ثمن العبد من خلاف جنس [مال العبد]^(٦) بأن كان ثمن العبد دراهم ومال العبد دنانير أو على العكس يجوز كيف ما كان ثمن العبد، ولكن يشترط قبض حصة الصرف في المجلس، فإن افترقا قبل القبض بطل العقد بحصة الصرف وبقي حصة العبد.

(١) في م: يشترط.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: ماله.

وإن كان مال العبد ديناً أو بعضه ديناً فالعقد فاسد .

ذكر شيخ الإسلام في شرح السير الكبير في بيع ما يصاب مع الشيء من المال :
أن من باع عبداً وله مال ولم يشترط المال ، كان ذلك المال للبائع إذا اكتسبه العبد في ملك البائع ؛ لأن ما اكتسبه العبد في ملك البائع [من مال]^(١) البائع ولم يشترط للمشتري فيكون للبائع ، ويستوي الجواب فيه بين ما إذا علم البائع أن كسب العبد مع العبد وسكت عنه عند البيع ، أو لم يعلم ، ففي الحالين جميعاً الكسب للبائع ؛ لأن ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط البائع»^(٢) لا يوجب الفصل بين العلم وعدم العلم .

فإن كان البائع شرط ذلك للمشتري في البيع [هل]^(٣) يملك المشتري؟ الجواب فيه على التفصيل :

إن كان [ما]^(٤) في يد العبد مال اكتسبه العبد من^(٥) ملك هذا البائع أو وهب له في ملك هذا البائع حتى كان ملكاً للبائع وقد شرط للمشتري [فهو ملك المشتري]^(٦) لأن ما اكتسب العبد في ملك هذا البائع وقد باعه من المشتري فيصير للمشتري [كما صار للعبد للمشتري]^(٧) بالبيع لأن العبد ملك البائع .

فأما إذا كان ما في يد العبد مال اكتسبه العبد في ملك بائع بائعه من هذا البائع الثاني ، ولم يكن اشترط البائع الأول للثاني ، والبائع الثاني شرط ذلك للمشتري منه فإنه لا يملكه ؛ لأن هذا المال مال البائع الأول وقد بقي على ملكه ما لم يشترط للبائع الثاني ، فصار البائع الثاني بائعاً ما في يد العبد من المشتري الثاني وهو ملك غيره فلا يملكه المشتري الثاني . والله أعلم .

(١) في م : ملك .

(٢) أخرجه البخارى (٤٠١/٤) كتاب البيوع ، باب : من باع نخلاً قد أبرت ، الحديث (٢٢٠٤) ، ومسلم (١١٧٢/٣) كتاب البيوع ، باب : من باع نخلاً عليها تمر ، الحديث (١٥٤٣/٧٧) .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م : في .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

ومما يتصل بهذا الفصل:

اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي له؛ لأنها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة من الطير.

وفي نوادر ابن رستم: اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع ولو كان في بطنها صدف وفي الصدف لؤلؤة فهي للمشتري. فكل شيء لا يكون غذاء [للسمك فلبائع، وما يكون غذاء للسمك]^(١) فهو للمشتري.

اصطاد سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي له، فإن باع السمكة فوجد المشتري اللؤلؤة إن كانت في الصدف للمشتري وإلا فللبائع وهي لقطة في صيد شيخ الإسلام. وفي بيع العيون، وسيأتي في صيد هذا الكتاب.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : كل شيء وجد في حوصلة الطائر مما يأكل فللمشتري، وإن كان من غيره فللبائع.

وروى هشام عن محمد: من اشترى سمكة أو صدفا فوجد في بطن السمكة لؤلؤة فللمشتري، وإن كان في الدجاجة لؤلؤة فللبائع؛ لأن اللؤلؤة تتولد من الصدف كبيض السمك [والسمك]^(٢) يأكل حيوان البحر فما وجد فيها منه فللمشتري كسمكة أخرى، أما الدجاجة لا يخلق فيها اللؤلؤ ولا هي من علفها فلا يكون فيها^(٣) فلا يملكها مشتريها، في باب بيع الحمل من القدوري.

وفي باب المعدن^(٤) من زكاته: اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة أخرى فهما

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: السمك.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بينها.

(٤) المعدن لغة: مكان كل شيء فيه أصله ومركزه، وموضع استخراج الجوهر من ذهب ونحوه. وفي الاصطلاح: قال ابن الهمام: وأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداء بلا قرينة. وقال البهوتي: هو كل ما تولد في الأرض من غير جنسها ليس نباتا.

ينظر: المعجم الوسيط، مادة (عدن)، فتح القدير، للكمال بن الهمام (١٧٩/٢)، (١٨٢)، وحاشية ابن عابدين (٤٤/١، ٤٦)، والفتاوى الهندية (١٨٤/١، ١٨٥)، وتبيين

للمشتري، ولو وجد في بطنها لؤلؤة أو وجد في السمكة التي في بطنها فهي للبائع، ولو وجد في بطنها صدفاً فيه لحم وفي اللحم لؤلؤة كما تكون اللؤلؤة في الأصداف فهي للمشتري.

[وكذلك]^(١) لو اشترى أصدافاً ليأكل ما فيه من اللحم فوجد في بعضها لؤلؤة في اللحم فهي له، كذا ذكر في أول بيوع المتتقى.

وذكر بعد هذا: باع سمكة وفي بطنها لؤلؤة أو سمكة فهي للبائع ولو كان فيها عنبر^(٢) يكون للمشتري لأنه طعامها فهو حشيش يأكله السمك في البحر، ولو كان في بطنها صدفة وفي الصدفة لؤلؤة فهي للمشتري، في قسمة [هذا]^(٣) الكتاب، والله أعلم.



الحقائق (٢٨٨/١)، والدر المختار (٢٧٨/٥، ٢٧٩)، والمقدمات الممهديات، لابن رشد (٢٢٤/١ - ٢٢٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٨٧/١)، والقوانين الفقهية، ص (٧٠)، وحاشية الشرقاوي على التحرير (١٨١/١، ١٨٢)، ومغني المحتاج (٢/٣٧٢، ٣٧٣)، وكشاف القناع (٢٢٢/١)، والإنصاف (١١٩/٣، ١٢٠)، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى، ص (٢٣٥، ٢٣٦)، والمغني، لابن قدامة (٢٤-٢٩).

(١) سقط في م.

(٢) في م: غير ذلك.

(٣) سقط في م.

الفصل السادس

في بيان ما يجوز بيعه، وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع [من ذلك]^(١) في بيع الدين بالدين، وبيع الأثمان، وبطلان العقد بسبب الافتراق عن المجلس قبل القبض.

الأصل أن بيع الدين بالدين [جائز]^(٢) إذا حصل الافتراق بعد قبض البديلين حقيقة سواء [كان]^(٣) عقد صرف، أو لم يكن. حتى إن من باع من آخر دينارًا بعشرة دراهم حتى [كان] [العقد]^(٤) صرفًا ولم يكن الدينار والدرهم بحضرتهما ثم نقدا الدينار و[الدرهم]^(٦) في المجلس وتقابضا وتفرقا جاز، وكذلك إذا اشترى فلوسًا أو طعاما بدراهم حتى لم يكن العقد صرفا ولم يكن الكل بحضرتهما، ثم نقدا في المجلس وتقابضا وتفرقا جاز؛ وهذا لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة؛ ألا ترى أن القبول في آخر المجلس جعل^(٧) كالقبول في أول المجلس، فكذا النقد والقبض في أول المجلس يجعل كالنقد في آخر المجلس، وكذا إذا حصل الافتراق بعد قبض البديلين حكما كان العقد جائزًا سواء كان عقد صرف أو لم يكن، حتى إن من كان [له]^(٨) على آخر دينار وللآخر عليه [دراهم فاشترى كل واحد ما عليه لصاحبه بماله على صاحبه حتى كان العقد صرفا وتفرقا عن المجلس، جاز.

وكذا إذا كان لرجل على آخر طعام أو فلوس وللآخر عليه^(٩) دراهم أو دنانير

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: جعله.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

فاشترى من عليه الفلوس أو الطعام ما عليه من الطعام أو الفلوس بماله من الدراهم أو الدنانير وتفرقا عن المجلس، جاز.

هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح الجامع في باب البيوع في العروض والديون.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني في شرح هذا الباب: أن الافتراق بعد قبض البديلين حكما فيما ليس بصرف يوجب بطلان العقد، [وفيما هو صرف لا يوجب بطلان العقد]^(١)، وأشار إلى الفرق، فقال في باب الصرف: التقابض في المجلس ليس بشرط الجواز، وإنما الشرط أن يحصل الافتراق وليس بينهما عمل، [عملاً]^(٢) بحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - فإنه سأل رسول الله ﷺ وقال: إني أكرى الإبل من البقيع إلى مكة بالدراهم وأخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير وأخذ مكانها دراهم، فقال عليه السلام: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها وقد افترقتما وليس بينكما بيع شيء»^(٣) (٤).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: عمل.

(٤) أخرجه أبو داود (٦٥٠/٣) (٦٥١) كتاب البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، الحديث (٣٣٥٤)، وأحمد (١٣٩/٢)، والترمذي (٥٤٤/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في الصرف، الحديث (١٢٤٢)، والنسائي (٢٨٣/٧) كتاب البيوع، باب: أخذ الورق من الذهب، وابن ماجه (٧٦٠/٢) كتاب التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق، الحديث (٢٢٦٢)، وابن حبان (١١٢٨ - موارد)، وابن الجارود، ص (٢٢٠) باب: ما جاء في الربا، الحديث (٦٥٥)، والدارقطني (٢٤ ٢٣/٣) كتاب البيوع، الحديث (٨١)، والحاكم (٤٤/٢) كتاب البيوع، والبيهقي (٢٨٤/٥) كتاب البيوع، باب: اقتضاء الذهب من الورق، كلهم من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به بزيادة «ما لم تفترقا وبينكما شيء» وقال الحاكم: (صحيح على شرط مسلم) وقال الترمذي: (لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر مرفوعاً). وقال البيهقي: (نفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من أصحاب ابن عمر). قال الحافظ في التلخيص (٢٦/٣): وروى البيهقي من طريق أبي داود الطيالسي قال: سئل شعبة عن حديث سماك هذا، فقال =

معناه: إذا افترتكما ولا يبقى البدلين ديناً لأحدكما في ذمة الآخر بعدما تفرقتما، فقد جوز رسول الله ﷺ بيع الدين بالدين وإن كان صرفاً إذا^(١) تفرقا وليس بينهما عمل على التفسير الذي قلنا، وأما في غير الصرف^(٢) الشرط أن يكون الافتراق عن عين بعين أو عن عين بدين؛ ألا ترى أن من اشترى حنطة بحنطة [أو حنطة]^(٣) بدراهم، وافترقا من غير قبض جاز لأنهما افترقا عن عين بعين، أو عين بدين. قلنا: وقد [قبضا البدلين حكماً ما افترقا عن عين بعين ولا عن عين بدين، وأما إذا افترقا بعد]^(٤) قبض البدلين أحدهما حقيقة والآخر حكماً كان البيع جائزاً سواء كان عقد صرف أو لم يكن، فإن من كان له على آخر دراهم فاشترى من عليه الدراهم [الدراهم]^(٥) بدينار حتى كان العقد صرفاً ونقد الدينار وتفرقا، جاز، وهذا افتراق [حصل عليه]^(٦) فلوس أو طعام فاشترى من عليه الفلوس أو الطعام ذلك بدينار حتى لم يكن العقد صرفاً ونقد الدينار وتفرقا، جاز، وهذا افتراق حصل بعد قبض البدلين أحدهما حقيقة والآخر حكماً.

وذكر مسألة الطعام في صلح الفتاوى [وقال: لا يجوز البيع وإن نقد الدراهم في المجلس، قالوا: وما ذكر في صلح الفتاوى]^(٧) محمول على ما إذا كان الطعام

شعبة: سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه، ونا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه، ورفعه لنا سماك بن حرب وأنا أفرقه. ١. هـ. وقد تعقب النووي في «المجموع» (٣٢٩/٩، ٣٣٠) قول البيهقي فقال: وهذا لا يقدح في رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مراسلاً وبعضهم متصلًا وبعضهم موقوفًا وبعضهم مرفوعًا كان محكومًا بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون ومحققو المحدثين من المتقدمين والمتأخرين.

- (١) في م: ثم.
- (٢) في أ: العرف.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.

مسلماً فيه؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز. أما إذا لم يكن مسلماً فيه بأن كان ثمن بيع أو قرض يجوز.

ثم الأصل في جواز عقد الصرف بعد قبض أحد البديلين أحدهما حقيقة والآخر حكماً حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - على ما روينا^(١).

فقد جوز رسول الله ﷺ بيع الدين بالدين إذا افترقا بعد قبض البديلين أحدهما حقيقة والآخر حكماً في غير عقد الصرف، وإنه يدل على جوازه بعد قبض البديلين حقيقة فيما هو صرف وفيما ليس بصرف، والمعنى في ذلك: أن أحد البديلين إذا كان مقبوضاً حقيقة والآخر حكماً، فقد ترجح جانب العينية على جانب الدينية؛ لأن أحدهما مقبوض حقيقة وحكماً، والآخر مقبوض حكماً، والعبرة للراجح^(٢) في أحكام الشرع.

وأما إذا حصل الافتراق بعد قبض أحد [البديلين لا غير إما حقيقة أو حكماً فإن حصل الافتراق بعد قبض أحد]^(٣) البديلين حقيقة جاز في غير الصرف ولم يجز في الصرف.

بيانه: فيمن اشترى ديناراً بعشرة دراهم حتى كان العقد صرفاً فقبض الدينار ولم يسلم العشرة أو قبض العشرة ولم يسلم الدينار حتى تفرقا كان البيع باطلاً.

ولو اشترى فلوساً أو طعاماً بدراهم حتى لم يكن العقد صرفاً وتفرقا بعد [قبض]^(٤) أحد البديلين [حقيقة يجوز؛ لأن الشرط في الصرف أن يتفرقا وليس بينهما عمل، وبعد قبض أحد البديلين حقيقة]^(٥) افترقا وبينهما عمل فإنه يحتاج إلى قبض البديل الآخر، والشرط فيما ليس بصرف أن يفترقا عن عين بعين، أو عين^(٦) بدين،

(١) تقدم.

(٢) في أ: للمعنى.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في م: بلا.

وإذا افترقا بعد قبض [أحد البديلين حقيقة فقد افترقا عن عين بدين، فإن حصل الافتراق بعد قبض أحد]^(١) البديلين حكما لا غير، لا يجوز سواء كان العقد صرفا أو لم يكن.

بيانه: [فيما إذا]^(٢) كان لرجل على رجل دينار فاشتري من عليه الدينار [الدينار]^(٣) بعشرة دراهم حتى كان العقد صرفا وتفرقا قبل نقد العشرة كان العقد باطلا [مع أن]^(٤) أحد البديلين مقبوض^(٥).

وكذلك إذا كان لرجل على غيره فلوس أو طعام، فاشتري من عليه الفلوس أو الطعام [الفلوس أو الطعام]^(٦) بدراهم وتفرقا قبل نقد الدراهم، كان العقد باطلا، وهذا فصل يجب حفظه، والناس عنه غافلون.

فإن العادة فيما بين الناس أن من كان له على آخر حنطة، أو شعير أو ما أشبه ذلك فصاحبها يأخذ ممن عليه عند غلاء السعر حطا بالذهب^(٧) أو الفضة^(٨) عن ذلك ويسمون ذلك فيما بينهم (كندم بما كرديني) فإنه فاسد لكونهما^(٩) افترقا عن دين بدين، والمعنى ما ذكرنا أن الشرط في عقد الصرف أن يتفرقا وليس بينهما عمل،

(١) سقط في م.

(٢) في م: فيمن.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: مقبوضين.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) الذهب: معدن ثمين معروف، ويقال له تبر، ويجمع على أذهب مثل سبب وأسباب.

ينظر: مختار الصحاح، للرازي (٩٤/١)، لسان العرب (٣٩٤/١)، المصباح المنير، ص (٢١٠)، الموسوعة الفقهية (٢٧٩/٢١).

(٨) الفضة: نوع من المعدن سميت كذلك لأنها تنفض وتنفق.

ينظر: مختار الصحاح، مادة (عرض) (٤٦١/١)، وتهذيب اللغة (٢٨٩/١)، والزاهر

في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٠٩)، وينظر: الشرح الكبير (٦٢٣/٢)، الأموال، لأبي

عبيد القاسم بن سلام، ص (٤٢٣)، تحرير ألفاظ التنبيه، ص (١١٤).

(٩) في م: لكونه.

وبعد قبض أحد البديلين حكما افترقا [عن عمل] ^(١) والشرط في غير عقد الصرف أن يفترقا عن عين بدين، أو [عن] ^(٢) دين بعين، وبعد قبض أحد البديلين حكما لا غير لم يوجد الافتراق عن عين بدين ولا عن دين بعين فلهذا لم يجوز.

وإذا اشترى دراهم بيضاء فأعطاه البائع مكانها سوداء، لو رضي به المشتري جاز؛ لأن السود دراهم ولكن مع العيب؛ ولأن ^(٣) الجنس واحد، فإذا رضي المشتري بسقوط ^(٤) حقه عن الجودة كان مستوفيا [لا] ^(٥) مستبدلا فيجوز من السود المضروب من النقرة السوداء لا ^(٦) الدراهم البخارية، حتى لو قبض مكان الدراهم البيض بخارية لا يجوز؛ لأن الجنس يختلف فيكون هذا استبدالا فلا يجوز.

وإذا أعطى البيض مكان السود ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - والشيخ أبو الحسن القدوري: أنه يجبر على القبول، وإليه أشار عصام - رحمه الله - في مختصره.

وذكر شمس الإسلام في شرحه: أن المديون إذا قضى أجود مما عليه لا يجبر رب الدين على القبول.

وإذا باع فلسا بفلسين حالة الرواج فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:
أحدها: أن يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وفي هذا الوجه البيع فاسد لوجهين:

أحدهما: أن هذا بيع الدين بالدين.

والثاني: أن الجنس بانفراده محرم للنساء عندنا على ما يأتي في موضعه إن شاء

الله تعالى.

(١) في م: عملا.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: وكان.

(٤) في م: يسقط.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: إلا.

الوجه الثاني: إذا باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما وفي هذا الوجه البيع جائز في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله .
وقال محمد - رحمه الله - : لا يجوز .

وجه قوله: أن الفلوس أثمان حتى لا تتعين بالتعيين وبيع الأثمان واحدا بالاثنتين لا يجوز كبيع الدراهم والدنانير واحدا باثنتين، ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : أن ثمنية الفلوس إنما تثبت باصطلاح الناس فإذا عيناه فقد أبطلا جهة الثمنية فعادت سلعة كما كانت فيجوز البيع متساويا ومتفاضلا .

فإن قيل: الثمنية [تثبت] ^(١) باصطلاح الكل، فلا تبطل باصطلاحهما ولا باصطلاح غيرهما؛ لأنه لا ولاية لهما على غيرهما .
ولو قلنا: إن الثمنية لا تبطل؛ لأن ربا النقد ^(٢) إنما يجري بالجنس والقدر وهو

(١) سقط في م .

(٢) انعقد الإجماع على تحريم ربا النقد، ويسمى ربا الفضل، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع، وذلك على النحو التالي:
أولا الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ . وجه الدلالة: هذه الآية دليل على تحريم ربا الفضل فالبيع هنا عام، ولكنه خصص بالربا وقوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ الألف واللام للعهد فيشمل جميع أنواع الربا .
ثانياً: السنة النبوية:

دلت السنة النبوية المطهرة على تحريم ربا الفضل وذلك فيما يلي:

١- روى أبو سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، إِلَّا وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ» [أخرجه البخاري (٣٧٩/٤)، (٣٨٠) كتاب البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة، حديث (٢١٧٧)، ومسلم (١٢٠٨/٣) كتاب المساقاة، باب: الربا، حديث (١٥٨٤/٧٥)] .

٢- وعنه أيضاً أن رسول الله ﷺ، قال: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ . إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ . وَلَا تُشْفُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ؛ وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ . إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ . وَلَا تُشْفُوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ؛ وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا عَائِبًا بِبَاجٍ» [أخرجه البخاري (٣٧٩/٤)، (٣٨٠) كتاب البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة، حديث (٢١٧٧)، ومسلم (١٢٠٨/٣) كتاب المساقاة، باب: الربا، حديث (١٥٨٤/٧٥)] .

٣- وعن عُمَرَ رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رَبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ رَبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رَبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» [أخرجه البخاري (٤٠٨/٤) في كتاب البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام =

الكيل أو الوزن، وهاهنا إن وجد الجنس لم يوجد القدر، أما الكيل فظاهر، وأما الوزن فإن الناس تعارفوا بيع الفلوس عددا لا وزنا، ولهذا قلنا: إذا باع فلسا بعينه بفلس بعينه وأحدهما أثقل وزنا من الآخر أنه يجوز، ولو كان موزونا لكان لا يجوز، كما إذا باع درهما بدرهم وأحدهما أثقل وزنا من الآخر وهاهنا لما جاز علمنا أن الوزن ساقط الاعتبار في الفلوس فلم يوجد إلا الجنس فلا يجري الربا.

قال شيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : وكل جواب ذكرناه في الفلوس فهو الجواب في الدراهم البخارية - أعني بها الغطارفة - لأنها من جملة الفلوس لأنها صفر [كالفلوس] ^(١) وكذلك الجواب في الرصاص والستوق . قالوا: ويجب أن يكون الجواب في العدالي كذلك؛ لأن الصفر فيه غالب فصار بمنزلة الفلوس .

الوجه الثالث: إذا كان أحد البديلين عينا والآخر دينا، وفي هذا الوجه: إن كان ^(٢) ما في الذمة مؤجلا [لا يجوز البيع لما ذكرنا أن الجنس بانفراده يحرم للنساء عندنا .

= والحكرة (٢١٣٤)، (٤/٤٤١، ٤٤٢)، في البيوع، باب: التمر بالتمر (٢١٧٠)، وفي باب بيع الشعير بالشعير (٢١٧٤)، ومسلم (٣/١٢٠٩)، في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (٧٩/١٥٨٦).

٤- وعن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَيَبِعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» .

ثالثا الإجماع: أجمع المسلمون على تحريمه ولم يعرف مخالف، إلا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - وقال الترمذي: بعد ذكره حديث أبي سعيد عن النبي ﷺ وفي الباب عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وأبي هريرة، وهشام بن عامر، والبراء، وزيد بن أرقم، وفضالة بن عبيد، وأبي بكرة، وابن عمر، وأبي الدرداء، وبلال . وحديث أبي سعيد عن النبي ﷺ في الربا، حديث حسن صحيح . والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم [سنن الترمذي، باب: ما جاء في الصرف (٣/٥٤٢)].
ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٠٦، ٣٠٧)، فتح القدير (٦/١٤٦، ١٥٣)، مواهب الجليل (٣/٣٠٠)، بلغة السالك (٣/٤٦، ٤٧)، المجموع (٩/٣٩١)، كشف القناع (٣/٥٤٢).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: كل.

وإن كان ما في الذمة غير مؤجل^(١) لا شك أن على قول محمد - رحمه الله - لا يجوز؛ لأن عنده لو باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز؛ فإذا كان أحد البدلين بغير عينه أولى .

وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - فقد اختلف المشايخ . بعضهم قال^(٢): يجوز؛ لأن الفلوس عندهما بمنزلة العرض تتعين بالتعيين حال [مقابلتها بجنسها]^(٣) ولهذا قال: لو باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما [وفي هذا الوجه: البيع جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله]^(٤) كما لو باع قمممة بقمميتين، وإذا صار الفلوس المعين على مذهبهما بمنزلة العرض كان بمنزلة ما لو باع عرضا بعينه بفلسين في الذمة .

ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأن الفلوس^(٥) عندهما إنما يتعين بالتعيين حال تعيين البدلين، أما حال تعيين أحد البدلين [فلا]^(٦)؛ وهذا لأن الفلوس الرائجة لها حكم العروض من وجه، ولهذا في ظاهر الرواية يجوز السلم في الفلوس، والسلم إنما يجوز في المثمنات لا في الأثمان - فمن هذا الوجه الفلوس بمنزلة العروض ولها حكم الأثمان من وجه .

ولهذا قالوا: إذا قوبلت بخلاف جنسها لا تتعين كالدرهم والدنانير حتى لو هلكت الفلوس المشار إليها لا يبطل العقد، فإذا كان للفلوس حكم العروض من وجه وحكم الأثمان من وجه وفر على الشبهين حظهما فلشبههما بالعروض قالوا بالتعيين حال تعيين أحد البدلين إلحاقا لهما بالعروض، ولشبههما بالدرهم قالوا بعدم التعيين حال تعيين أحد البدلين إلحاقا لهما بالدرهم، وإذا ألحقناها بالدرهم في هذه

(١) سقط في م .

(٢) في أ: قالوا لا، وفي م: قالوا .

(٣) في م: مقابلته بجنسه .

(٤) زاد في أ: يجوز، وبدل ما بين المعقوفين في م: يجوز .

(٥) في أ، م: الفلوسين .

(٦) سقط في أ .

الحالة كانت بمنزلة ما لو باع درهما بعينه بدرهمين بغير أعيانهما^(١).
ثم إذا باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما حتى جاز العقد عند أبي حنيفة - رضي الله
عنه - هل يشترط التقابض في المجلس؟ ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في
صرف الأصل ولم يشترط التقابض فهذا دليل على أن التقابض ليس بشرط.
وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط فإنه قال: إذا باع فلسا بفلسين
يجوز يدا بيد إذا كان بعينه.

ومن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر في الجامع الصغير؛ لأن التقابض مع العينية
إنما يشترط في الصرف وهذا ليس بصرف.

ومن مشايخنا من صحح ما ذكر في الجامع الصغير؛ لأن الفلوس لها حكم
العروض من وجه وحكم الدراهم [من وجه]^(٢) فمن حيث إن لها حكم العروض
جوزنا بيع واحد باثنين إذا كانا عينين كما لو باع سيفاً بسيفين، ومن حيث إن لها
حكم الدراهم شرط التقابض في المجلس مع العينية عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.
وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: إذا باع الفلوس [بالفلس]^(٣) وقبض
أحدهما ما اشترى ولم يقبض الآخر حتى تفرقا أو تقابضا ثم استحق ما في يد
أحدهما بعد الافتراق فالعقد صحيح على حاله.

وكذلك لو باع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير فقد اكتفى بقبض أحد البديلين لصحة
هذا العقد ولبقائه على الصحة فهذا دليل على أن التقابض ليس بشرط.
وفي المنتقى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا اشترى فلوساً
بدراهم وليس عند هذا فلوس ولا عند هذا دراهم، ثم إن أحدهما دفع وتفرقا، جاز.
وفيه أيضاً: إذا باع مائة فلس بدرهم نقداً أو نسيئته ونقد الدراهم قبل التفرق، جاز

(١) في م: أثمانهما.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

والفلوس عليه .

فهذا كله أمانة^(١) إلى أن التقابض في بيع الفلوس بالدرهم ليس بشرط .
وروى هشام عن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى فلوسا بدرهم وقبض
الفلوس ولم يقبض الدرهم حتى افترقا، فهو جائز. قال: ألا ترى أن من أسلم
الدرهم في الفلوس فقد اكتفى بقبض الفلوس لصحة العقد.

ووجه ذلك من وجهين:

أحدهما: أن الفلوس في الأصل عرض وليس بأثمان فإذا ثبت لها وصف الثمنية
لعارض فيجب إثبات هذا الوصف على وجه لا ينعدم المعنى الأصلي فإكتفينا بقبض
أحد البدلين كما في العروض إذ به يخرج من أن يكون دينا بدين، فأما قبض البدلين
[إنما يعتبر فيما هو أثمان بقضية الأصل وهذا ليس بهذه الصفة .

والثاني: أن قضية القياس^(٢) ألا يجب قبض البدلين في المجلس وإن كان العقد
صرفا ولكن عرفنا اشتراط التقابض في عقد الصرف بالنص والنص الوارد في
الصرف، ولا يكون واردا في بيع الفلوس^(٣) لأن ثمنية الفلوس^(٤) دون ثمنية الدرهم
والدنانير؛ لأن ثمنية الفلوس عارضة على شرف الزوال بالكساد فرد بيع الفلوس إلى ما
يقتضيه القياس .

ذكر القدوري في شرحه أيضا: قال محمد - رحمه الله - : وإذا اشترى فلوسا
بفلوس على أن كل واحد منهما بالخيار وتقابضا وتفرقا على ذلك، فالبيع فاسد لأن
الخيار يمنع الملك وصحة القبض وكأنهما افترقا من غير قبض، ولو كان أحدهما
بالخيار فالبيع جائز. ويجب أن يكون هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - ، ومحمد
يريد به: إذا كان الخيار لأحدهما لأن على أصلهما: خيار المشتري لا يمنع ثبوت

(١) في م: إشارة .

(٢) سقط في أ .

(٣) في م: الفلوس .

(٤) في م: الفلوس .

الملك له فيما اشترى فلا يمنع صحة القبض فيندم القبض المستحق من أحد الجانبين، والقبض إنما يؤثر في أحدهما لا فيهما.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : فالخيار يعتبر من الجانبين فإنه كما لا يملك على المشروط له الخيار [البذل الذي من جانبه عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يملك هو البذل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار]^(١) لأحدهما يمنع صحة القبض في تمامه^(٢) فيهما جميعاً.

قالوا: وينبغي على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - إذا باع فلساً بعينه بفلسين بأعيانها بشرط الخيار أن يجوز البيع لأنهما بمنزلة العروض في هذه الحالة عندهما فلم يكن القبض شرطاً ولو اشترى [فلوساً]^(٣) كاسدة في موضع لا ينفق فإن كانت بأعيانها جاز وإن لم تكن معينة^(٤) لا يجوز؛ لأنها بعد الكساد تكون عرضاً وشرط صحة العقد في العروض التعيين.

وإذا ادعى رجل على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتره المدعى عليه من المدعي بمائة دينار ثم تصادقا أنه لم يكن للمدعي [على المدعى]^(٥) عليه شيء فالعقد باطل تفرقا أو لم يتفرقا؛ لأن العقد يتعلق بالكر في الذمة بالإضافة إليه^(٦)،

(١) سقط في م.

(٢) في م: ثمنيته.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بعينها.

(٥) سقط في م.

(٦) الإضافة لغة: الضم والإمالة ومطلق الإسناد، وهي الأمر المعنوي. ولا تخرج الإضافة في اصطلاح الفقهاء عن معناها اللغوي، فهي تأتي بمعنى الإسناد، والنسبة، وضم الشيء إلى الشيء. فإذا قيل: الحكم مضاف إلى فلان، أو صفته كذا، كان إسناداً إليه، وإذا قيل: الحكم مضاف إلى زمان كذا، كان تخصيصاً. قال الجرجاني معرّف الإضافة: هي حالة نسبية متكررة، بحيث لا تعقل إحداها إلا مع الأخرى، وهي النسبة العارضة للشيء بالقياس إلى نسبة أخرى، وهي امتزاج اسمين على وجه يفيد تعريفاً أو تخصيصاً.

والعقد المضاف هو: ما صدر بصيغة تفيد تأخير الآثار المترتبة على العقد إلى الوقت

فإذا تبين أنه لم يكن في الذمة تبين أنه باع المعدوم، وبيع المعدوم باطل .
ولو ادعى دراهم أو دنانير أو فلوسا فاشتراها المدعى عليه بدراهم ونقد الدراهم
ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء . ففي مسألة الدراهم والدنانير إذا^(١) لم يتفرقا ورجع
بمثل ما اشترى يصح العقد ثم يتعلق بالمسمى في الذمة فيجعل كأنه وجد مطلقا فلا

= الذي أضيف إليه الإيجاب أو العقد .

فصيغة العقد المضاف تفيد وجود العقد في الحال، وتأخر أحكامه إلى المستقبل، ومثاله
في عقد الإجارة قول المالك: أجرتك داري لسنة من مطلع الشهر القادم، فقبول المستأجر
يكون قد استأجر المسكن اليوم، ولكن لا تبدأ الإجارة فعلاً إلا من مطلع الشهر حسب ما
تعاقدا عليه. وكذلك المسافر يستأجر مكانه في القطار، أو الباخرة، أو الطائرة قبل سفره
بمدة قد تطول وقد تقصر. ويرى بعض الفقهاء المعاصرين أن الإضافة في العقود نوعان:
الأول: الإضافة إلى الوقت، وهذا النوع من الإضافة هو المراد عند إطلاق الفقهاء لفظ
العقد المضاف .

الثاني: الإضافة إلى الشخص، والمراد بها: أن ينسب حكم التصرف إلى شخص
معلوم، أي: أن يضيف مباشر التصرف ذلك التصرف إلى غيره. وقد تكون الإضافة
بإذن من له الحق في مباشرة التصرف، أو بغير إذنه.
أما الأول: فمثاله عقد الوكالة، فإنه يصح، فمن وكل غيره في بيع، أو طلاق، أو إيصال
هبة، أو وديعة، فإن الوكيل يقوم مقام الموكل فيما وكل به، وتصرفات الوكيل معتبرة .
وأما الثاني فله حالتان:

الأولى: أن يكون التصرف لا يفتقر إلى إذنه، فإنه يصح .
ومثاله: تصرف الوصي في شأن الموصى عليهم، فالوصي لا يحتاج في تصرفاته إلى إذن
الموصى عليهم؛ لأنهم تحت وصايته، فتصرفاته تنفذ عليهم عملاً بكلام الموصي .
ومنها: الولاية، فإن تصرفات الولي تنفذ على من له الولاية عليهم، ولا يفتقر إلى
إذنه .

الحالة الثانية: أن يكون التصرف يفتقر إلى إذن الغير .
ومثاله عقد الفضولي، فهو تصرف بلا إذن، ولا وصاية، ولا ولاية، ولا قوامة. وحكم
العقد المضاف إلى زمن مستقبل ينعقد في الحال، إلا أن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد
الذي أضيف إليه، أي: أنه يؤخر حكمه إلى مجيء الزمان الذي أضيف إليه. وهذا النوع من
العقود صحيح، وهي أسباب لأحكامها وأثارها التي تكون في الوقت المحدد برضا
المتعاقدين .

ينظر: المصباح المنير، ص (١٣٩) مادة (ضيف)، ولسان العرب (٢٠٨/٩)،
التعريفات، للجرجاني، ص (٤٥)، وتيسير التحرير (١٢٩/١)، وأحكام المعاملات
الشرعية، علي الخفيف، ص (٢٢١)، والمدخل الفقهي العام، للزرقي (٥٠٧/١).

(١) في م: إن .

يبتل بتأخير القبض إلى آخر المجلس، ولو تفرقا عن المجلس بطل العقد لافتراقهما عن المجلس قبل قبض [أحد البديلين حقيقة في عقد الصرف، وفي الفلوس لا يبطل العقد وان تفرقا عن المجلس قبل قبض ما اشترى لأن في بيع الفلوس بالدرهم يكتفي بقبض]^(١) أحد البديلين حقيقة لأنه ليس بصرف على ما ذكرنا.

وإذا اشترى الرجل من غيره شيئاً بدرهم على المشتري وهما يعلمان أنه لا شيء للبائع على المشتري لا يجوز الشراء، ويكون هذا بمنزلة الشراء بغير ثمن؛ لأنه سمي ما^(٢) يتصور ثمناً.

وإذا باع درهما كبيراً بدرهم صغير أو درهما جيداً بدرهم رديء^(٣) يجوز لأن لهما فيه غرضاً صحيحاً فأما إذا كانا مستويين في القدر والصفة فبيع أحدهما بالآخر هل يجوز؟ وهل يصير مثله دينا في الذمة؟ اختلف المشايخ:

قال بعضهم: لا يجوز، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب وبه كان يفتي الحاكم الإمام^(٤) أبو أحمد.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: وإذا بيعت الدراهم [المغشوشة بالفضة الخالصة فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: أن تكون الفضة فيها معلومة بأن كان ثلثا هذه الدراهم]^(٥) صفراً وثلثها فضة فبيع هذه الدراهم بالفضة الخالصة وزناً بوزن [فإن كان وزناً]^(٦) الفضة الخالصة مثل وزن هذه الدراهم المغشوشة يجوز؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة مثل وزنه والباقي من الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذي في الدراهم فيقع الأمن عن الربا.

(١) سقط في م.

(٢) في م: ما لا.

(٣) زاد في م: لا.

(٤) في م: أبو حاتم.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

[وكذلك لو بيعت هذه الدراهم بفضة خالصة ووزنها أقل من وزن هذه الدراهم المغشوشة، فإن كانت الفضة الخالصة أكثر من الفضة التي في الدراهم المغشوشة صح أيضا؛ لأن قدر ما في الدراهم المخلوطة من الفضة يقابله من الفضة الخالصة مثله، والباقي الفضة الخالصة بإزاء الصفر الذي في الدراهم فيقع الأمن عن الربا]^(١).

وإن كانت الفضة الخالصة مثل وزن ما في الدراهم المخلوطة من الفضة كان باطلا؛ لأن الصفر لا يقابله شيء في هذه الصورة فيكون ربا. وكذلك إذا كانت الفضة الخالصة أقل وزنا من الفضة التي في الدراهم لا يجوز من طريق الأولى.

وكذلك إذا كان لا يدري أي الفضتين أكثر الخالصة منهما أم المخلوطة أو هما سواء لا يجوز؛ لأن هذا البيع يجوز بجهة واحدة وهي أن تكون الفضة الخالصة أكثر وزنا، ولا يجوز من وجهين:

وهما: أن تكون الفضة المخلوطة أكثر [أو سواء]^(٢) فكان ما يوجب الفساد أغلب فيرجح جانب الفساد.

الوجه الثاني: أن تكون الفضة في الدراهم المغشوشة غالبية بأن كان ثلثاها فضة وثلثاها صفرا، فبيعت بفضة خالصة لم يجز إلا سواء بسواء؛ لأن الصفر إذا كان أقل كان مغلوبا بل مستهلكا فلم يعتبر وصار كخبث^(٣) الفضة، واعتبر بيع الزيوف والجياد^(٤)، وقد جاءت السنة في هذا أن جيدها وردئها سواء، فلم يعتبر الصفر حال كونه مغلوبا [بل]^(٥) أهده.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: وزناً.

(٣) في م: لجانب.

(٤) في م: بالجياد.

(٥) سقط في م.

وفرق بين الصفر وبين الفضة^(١) وإن كانت مغلوبة ولم يجعلها هدرًا. والفرق: وهو أن الفضة وإن كانت أقل، فهي قائمة للحال حقيقة فإنها ترى وتشاهد؛ لأن اللون لون الفضة، وكذلك في المآل؛ لأنه متى أذيت تخلص الفضة وتخرج بيضاء نقية، ولا تحترق، وإنما يحترق الصفر، [وما أمكن تخليصه لا يكون مستهلكا فكانت الفضة قائمة باعتبار الحال والمآل.

هذا من جهة الحقيقة، وأما من جهة العرف فلأن الفضة^(٢) لا تجعل في الصفر لتصير خلطا للصفر، بل لترويج الصفر بالفضة ولهذا أسموه دراهم، ولهذا جعلوا الفضة ظاهرا والصفر باطنا، وكانت [الفضة]^(٣) معتبرة وإن كانت أقل من الصفر. وأما الصفر إذا كان أقل، فهو مستهلك باعتبار الحال؛ لأنه لا يشاهد في الدراهم، وكذا باعتبار المآل فإن الصفر يحترق عند التمييز؛ لأنه أضعف جوهرًا من الفضة، فكان أشد احتراقًا على ما يقوله^(٤) أهل الصنعة هم الساكون^(٥) ولم يكن [به]^(٦) عبرة، هذا من جهة الحقيقة، وهكذا من جهة العرف فإن^(٧) الصفر إنما يجعل في الفضة ليكون خلطا للفضة، وردا لها عن الجودة إلى الرداءة فصار بمنزلة خبث الفضة، فسقط اعتباره وصار هذا البيع بمنزلة بيع فضة جيدة بفضة رديئة، فيعتبر فيه المساواة على ما مر.

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا كانا على السواء بأن كانت الدراهم المخلوطة نصفها [فضة ونصفها]^(٨) صفرا، فبيعت بالفضة الخالصة قال في الكتاب: هذا على

(١) زاد في أ: اعتبر الفضة.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ: أصحاب و.

(٥) في أ: السباكون.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فأما.

(٨) سقط في م.

وجهين:

إما أن تكون^(١) الفضة التي في الدراهم غالبية على الصفر أو لم تكن. فإن كانت الفضة هي الغالبة، فهذا.

والوجه الثاني من أول هذه المسألة سواء، لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا وزنا بوزن، وإن لم تكن الفضة هي الغالبة، بل كانا على السواء فهو بمنزلة الوجه الأول من أول هذه المسألة^(٢) فيكون على التفصيل الذي مر.

فإن قيل: كيف يستقيم هذا التفصيل إذ الفضة التي في الدراهم إنما تكون أغلب من الصفر التي فيها أو^(٣) على السواء، وقد وضع المسألة فيما [إذا]^(٤) تساويا؟ قلنا: معنى هذا الكلام ما حكى عن العلماء من الصيارفة: أن الصفر والفضة إذا دخلا في النار والصفر أشدهما احتراقا وأسرعهما نفادا فيجوز أن يكون النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما على النار المذوب، وبعد ما حملا على^(٥) النار وأذيبا فاختلطا قد يحترق شيء من الصفر قبل أن يذهب شيء من الفضة فتصير الفضة في المآل^(٦) غالبية على الصفر.

فإنما أراد بقوله: النصف من هذا والنصف من ذلك حال حملهما على^(٧) النار وما فضل من الجواب فقال: إن كانت الفضة غالبية أو كانا على السواء أراد بذلك بعدما أذيبا وربما ينتقص الصفر فتصير الفضة غالبية، وربما لا ينتقص فيقيان على السواء.

فإن كانت الفضة هي الغالبة كان نظير الوجه الثاني، وإن كانا على السواء كان

(١) في م: كانت.

(٢) زاد في أ: سواء لا يجوز بيعها.

(٣) زاد في م: كانت.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: إلى.

(٦) في م: الحال.

(٧) في أ: إلى.

نظير الوجه الأول؛ فيكون على التفاصيل التي مرت.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في هذه المسألة ما إذا كان الصفر غالباً على الفضة، وإنما لم يذكر؛ لأنه وضع المسألة فيما إذا كانت الفضة والصفر سواء حال حملهما على^(١) النار، وتصير الغلبة بعد الذوب والاختلاط، وغلبة الصفر بعد الذوب إذا كانا سواء قبل ذلك لا يكون بحال؛ لأن الصفر أكثر احتراقاً من الفضة على ما مر؛ ولذلك^(٢) لم يذكر هذا الوجه في هذه المسألة، ولهذا قال في الجامع أيضاً: وإذا كانت الدراهم ثلثها صفر وثلثها فضة فاشترى بها رجل متاعاً وزناً، [جاز]^(٣) على كل حال ولا تتعين تلك الدراهم.

وإن اشترى بدرهم مسمى من هذه الدراهم بغير عينها عدداً وهي بينهم وزناً، فلا خير في ذلك؛ لأن قوله: اشتريت بكذا درهما انصرف إلى الوزن؛ لأنهم متى تعاملوا [الشراء]^(٤) بها وزناً لا عدداً تقررت الصفة الأصلية للدراهم، وهي الوزن، وصارت العبرة للوزن والثلث إذا كان موزوناً، وإنما يصير معلوماً بأحد أمرين: إما أن يذكر الوزن، أو بالإشارة إليه ولم يوجد شيء من ذلك؛ فكان الثمن مجهولاً، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة؛ لأن فيها الخفاف والثقال، والثقل معتبر عند الناس متى تعاملوا الشراء بها وزناً؛ فلهذا لم يجز.

وإن [اشترى بها]^(٥) بعينها عدداً، فلا بأس، وإن كان تعامل الناس المبايعة بها وزناً؛ لأن جهالة الوزن في المشار إليه لا تمنع جواز البيع، فصح ويصير التعيين معتبراً لبيان النقد والمقدار، فيصير كأنه قال: اشتريت بمثل وزن هذه الدراهم، فبعد ذلك إن أدى من غيرها يحتاج إلى وزن هذه الدراهم المشار إليها ليتمكن معرفة قدرها

(١) في أ، م: إلى.

(٢) في م: وإنما.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: اشتراها.

بالوزن، فيتمكن من أداء غيرها بمثل وزن هذه الدراهم فإن أدى عنها^(١) صح من غير^(٢) وزن، كما في الدراهم الخالصة، ولو عين^(٣) هذه الدراهم وسماها وقال: اشترت منك هذا المتاع بهذه الدراهم وهي كذا كذا درهما أراد^(٤) به تسمية الوزن وكانت تباع فيما بين الناس وزنا وقع ذلك على الوزن؛ لأن تقدير كلامه: اشترت منك هذا العرض بهذه الدراهم على أنها ألف أو على أنها مائة، ولو قال هذا، وجب على المشتري أن يوفيهما [وزنا على الوزن الذي يكون في بلادهم كذا هاهنا. هذا إذا كانت^(٥) بينهم وزنا، وإن كانت بينهم عددا فاشترى بها بغير عينها عددا جاز وإن كان فيها^(٦) الخفاف والثقال؛ لأن متى تعامل^(٧) الناس بها عددا لا وزنا فالجهالة من حيث الثقل والخفة لا توقعهما في المنازعة؛ فلا تمنع الجواز.

وإذا كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفرا فهي بمنزلة الدراهم الزيوف والنبهجة أن [من]^(٨) اشترى بها إن لم تكن مشارا إليها لا يجوز الشراء إلا وزنا كما لو كان الكل فضة زيفا، ولهذا [لم يجز]^(٩) استقراضها إلا وزنا. وإن كان مشارا إليها يجوز الشراء بها من غير وزن كما في الدراهم الزيوف.

وإن كانت الدراهم نصفها فضة، ونصفها صفر فالجواب فيها كالجواب فيما إذا كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر سواء؛ لأن عند الاستواء لا تصير الفضة تبعا للصفرة، فلا يجوز الشراء في حق الفضة إلا بطريق المساواة^(١٠) وكذا في حق

(١) في أ: عينها.

(٢) في أ: غيره.

(٣) في أ: غير.

(٤) في م: فأراد.

(٥) في أ: كان.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: تعاملوا.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: لا يجوز.

(١٠) في م: الوزن.

الصفحة.

ولو اشترى رجل من آخر ثوبا بدرهم بعينها من التي ثلثها صفر وهي عندهم وزنا أو عددا فلم ينفدها^(١) حتى ضاعت، لم ينتقض البيع حتى يعطيه مثلها؛ لأنها إن كانت تباع وزنا فهي بمنزلة الدراهم، وإن كانت تباع عددا فهي بمنزلة الفلوس الرائجة، وأيهما كان لا يتعين بالتعيين فهلاكها لا يوجب انتقاض البيع، وهذا إذا علم عددها أو وزنها حتى يتمكن المشتري من إعطاء مثلها عددًا أو وزنا كما قال محمد - رحمه الله - في الكتاب.

أما إذا لم يعلم، ينتقض^(٢) البيع؛ لأن الثمن يصير مجهولا فلا يتهيأ للمشتري رد مثل المشار إليه والحالة هذه.

وإن كانت الدراهم ثلثها فضة وثلثها صفر، فهي بمنزلة الدراهم النبهرجة والزيوف لا ينتقض البيع بهلاكها، فيرد مثلها وزنا إن علم وزن المشار إليه، [فإن لم يعلم^(٣)] ^(٤) ينتقض البيع، وكذلك الجواب فيما إذا كان نصفها فضة ونصفها صفر؛ لأنها إذا كانت هكذا فهي بمنزلة فضة ضمت إليها فليست برائجة، فلا تتعين أيضًا. وإن كانت الدراهم ثلثها صفر وبيعت وزنا بيع^(٥) السلع يجب أن تتعين بالتعيين، ويبطل البيع بهلاكها قبل التسليم، هكذا قال مشايخنا - رحمهم الله -.

وإذا كانت الدراهم صنوفا مختلفة، منها ما ثلثها [فضة وثلثها]^(٦) صفرا، ومنها ما ثلثها فضة وثلثها صفر، ومنها [ما]^(٧) نصفها فضة، فلا بأس ببيع إحدى هذه الصنوف بالصنف الآخر متفاضلا يدا بيد ولا خير في ذلك نسيئة.

-
- (١) في أ، م: يتفرقا.
 (٢) في م: لا ينتقض.
 (٣) زاد في م: وزن مشار إليه.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) في م: مع.
 (٦) سقط في م.
 (٧) سقط في م.

يريد به: أنه لا بأس ببيع ما كان الصفر فيه غالبًا بما كان الصفر فيه مغلوبًا، وبيع ما كان الصفر فيه مغلوبًا بما كان الصفر والفضة فيه على السواء، وعلى العكس يدا بيد، ولا خير في ذلك نسيئة.

[أما لا بأس به] ^(١) يدا بيد وإن كان متفاضلا؛ لأنه يصرف فضة هذا إلى صفر ذلك [وصفر ذلك] ^(٢) إلى فضة هذا، وجعل بمنزلة ما لو باع صفرا وفضة بصفر وفضة فإنه يجوز كيف ما كان، ولكن بعد أن يكون يدا بيد، وأما لا خير فيه نسيئة؛ لأن الوزن يجمعهما وهما ثمان فيحرم النساء.

وأما إذا باع جنسا منها بذلك الجنس متفاضلا، ففيما إذا كانت الفضة غالبية لا يجوز؛ لأن المغلوب ساقط الاعتبار فكان الكل فضة، فلا يجوز إلا مثلا بمثل، وفيما إذا كان الصفر غالبا أو كانا على السواء يجوز متساويا ومتفاضلا؛ لأن الصفر يعتبر ^(٣) والفضة كذلك، وأمكن صرف الجنس إلى خلاف الجنس، ويشترط أن يكون يدا بيد باعتبار صورة المسألة.

وعلى قياس هذه المسألة قالوا: إذا باع من العدليات ^(٤) التي في زماننا واحدا باثنين يجوز بعد أن يكون يدا بيد، هذه الجملة من الجامع الكبير.

وفي نوادر ابن سماعة: سئل أبو يوسف عن درهم بخاري بدرهمين بخاريين وقد يكون في بعض البخاري من النحاس دانقان ونصف وفي بعضه دانقان؟ قال: لا يجوز من قبل أن الفضة غالبية، فلا يجوز إلا مثلا بمثل.

وفي زمن الغطارف ^(٥) ببخارى أكثر المشايخ كانوا يفتون بجواز بيع غطريف ^(٦)

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: معتبر.

(٤) في م: العدليات.

(٥) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هارون الرشيد.

ينظر: رد المحتار (٥/٢٨٧)، شرح فتح القدير (٧/١٥٣)، العناية (٧/١٥٣).

(٦) في أ: غطريفه.

بغطريفين يدا بيد وكانوا يقولون: في كل غطريقي سدس فضة فإن بيع منها اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة بدرهم فضة خالصة يجوز، وتجعل^(١) الفضة الخالصة بمثل الفضة التي في الغطارف والفضل بإزاء النحاس.

وسئل أبو حنيفة - رحمه الله - عن الدراهم البخارية إذا كان الغالب فيها النحاس؟ فقال: هي بمنزلة الفلوس.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - لا يفتي بجواز بيع الغطارف واحد باثنين، وكان يقول: تفردت الغطارف في بلادنا ثمنا بحيث لا تبدل ولا تتعين^(٢) فالتحقت بالدراهم الجياد.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إذا كان النحاس هو الغالب على الفضة في الدراهم، وكل واحد منهما يتخلص على حدة إن خلص، لم يجوز أن يشتريها إلا بأكثر من الفضة التي فيها، فإن كانت تحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله، ولا بأس بأن يشتريها بأقل من الفضة التي فيها، وهي بمنزلة الفلوس، ولا يحتسب بالفضة التي تحترق فلا يبقى، [وإن كانت الفضة تبقى]^(٣) والصفير تحترق [لم يحتسب بالصفير، وعمول به كما يعامل بالفضة ثم قال: كل شيء من ذلك يحترق]^(٤) فيذهب ولا يذوب لم يحتسب به. والله أعلم بالصواب.



(١) زاد في م: من.

(٢) في م: تتغير.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

نوع آخر:

في بيع الأشجار، وفي بيع الثمار، وإنزال الكروم، والأوراق والمبطخة، وفي الزرع، والرطبة، والحشيش:

ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - فيمن اشترى أشجارا ليقطعها من وجه الأرض فلم يفعل حتى أتى على ذلك مدة، وجاء أوان الصيف وأراد المشتري أن يقطعها فهذا على وجهين:

الأول: ألا يكون في القطع ضرر بين بالأرض وأصول الأشجار، وفي هذا الوجه له أن يقطع وله أن^(١) يتصرف في ملكه وإن كان فيه ضرر بين فليس له أن يقطع دفعا للضرر عن صاحب الأرض وأصول الأشجار، وإذا لم يكن للمشتري ولاية القطع في هذه الصورة ماذا يصنع؟ اختلف المشايخ، بعضهم قال: يدفع صاحب الأرض قيمة الأشجار إلى مشتريها، وتصير الأشجار له، واختلفوا فيما بينهم أنه يدفع قيمتها مقطوعة أو قائمة؟ عامتهم على أنه يدفع قيمتها قائمة؛ لأنه تملكها قائمة، وهو الصحيح، وبعضهم قالوا: ينتقض البيع بينهما في الأشجار، ويرد صاحب الأرض على المشتري ما دفع إليه من ثمن الأشجار؛ لأنه عجز عن التسليم معنى. وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر الهندواني، واختاره الصدر الشهيد في واقعاته، وهكذا كان يفتي في جنس هذه المسائل^(٢) نحو مسألة بيع الأوراق وغير ذلك.

وفي شرح الطحاوي: شراء الشجرة على ثلاثة أوجه:

إما أن يشتريها للقطع بغير الأرض، أو يشتريها مع قرارها من الأرض، أو يشتريها ولم يشترط شيئاً، وقد ذكرنا هذه المسألة في الفصل الخامس.

وفي فتاوى أهل سمرقند: [إذا]^(٣) طلب الرجل من آخر أن يبيع منه أشجارا في

(١) في أ: لأن له.

(٢) في م: المسألة.

(٣) سقط في م.

أرضه للحطب، واتفقا على رجال من أهل النظر لينظروا إلى أشجار بعينها [أنها كم وقراً تكون من الحطب فاتفقوا على أن هذه الأشجار خمسة وعشرون وقراً من الحطب فاشتراها بثمان] ^(١) معلوم فلما قطعها كانت أكثر من خمسة وعشرين وقراً فأراد البائع أن يمنع الزيادة ليس له ذلك؛ لأن هذا وصف للشجر فيطيب للمشتري كالزيادة في الثوب.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل له مشجرة جعل على بعض الأشجار علامة فباع الشجر إلا الأشجار التي عليها العلامات فقطع المشتري الأشجار ^(٢) ثم ادعى البائع على المشتري أنك قطعت بعض الأشجار التي عليها العلامات ^(٣) وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه منكر.

وإن ادعى البائع أنه كسر أغصان الأشجار التي عليها العلامة، وقال المشتري: لم أتعمد ذلك لكن لم يكن منه بد إذ قطعت أشجاري، فإن كان ذلك مما يمكن التحرز عنه فعليه ضمان النقصان؛ لأنه غير مأذون من جهة البائع في ذلك، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان؛ لأنه مأذون من البائع في ذلك دلالة.

وفي واقعات الناطقي: إذا باع شجراً وعليه ثمر قد أدرك أو لم يدرك جاز وعلى البائع قطع الثمر من ساعته؛ لأن المشتري يملك الشجرة فيجبر على تسليمها فارغة. وكذلك لو أوصى بنخله لرجل وعليه ثمر ثم مات الوصي ^(٤) أجبر الورثة على قطع البسر ^(٥) هو المختار من الرواية.

وفي فتاوى أهل سمرقند: شجرة جوز أصلها واحد ولها فرعان، باع صاحبها أحد الفرعين جاز إن عين موضع القطع ولم يكن في القطع ضرر لأن هذا لا يستجمع

(١) سقط في م.

(٢) في م: المشجرة.

(٣) في أ: العلامة.

(٤) في م: الموصي.

(٥) في م: الشجر.

شرائطه .

وفي العيون: اشترى رجلان نخلة فيها ثمر وتواضعا على أن لأحدهما النخلة وللآخر الرطب فالبيع جائز ويقسم الثمن على قيمتهما؛ لأن كل واحد منهما يفرد بالبيع . وكذا لو اشترى أرضاً فيها نخل على أن لأحدهما الأرض وللآخر النخل جاز ولصاحب الشجر أن يقلعه، فإن كان في قلعه ضرر بين فهو بينهما لأنه حينئذ بمنزلة الفص مع الخاتم، والحلية مع السيف .

ويجوز شراء الشجرة بشرط القطع، وأما شراؤها بشرط القلع فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه [يجوز]^(١) في شفعة شيخ الإسلام في باب شفعة الأرضين والأنهار .

وقد ذكرنا جواز شراء الشجرة بشرط القطع^(٢) قبل ذلك^(٣) من غير ذكر خلاف المشايخ .

وفي العيون: إذا باع نصيباً له من مشجرة بغير إذن الشريك بغير أرض فإن كانت الأشجار قد بلغ أوان قطعها فالبيع جائز، وإن لم يبلغ لم يجز؛ لأن في الوجه الأول: شريكه لا يتضرر بالقسمة، وفي الوجه الثاني: يتضرر .
وأما بيع الثمار على الأشجار^(٤) فهو على وجهين :

(١) سقط في م .

(٢) في م: القلع .

(٣) في أ، م: هذا .

(٤) اتفق الفقهاء على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا كانت مع أصلها، لدخول الثمرة تبعاً لأصلها؛ لأنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً، ولأن احتمال الغرر فيه ضعيف .

وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها منفردة عن أصلها لها صور:

الصورة الأولى: أن يشتريها بشرط التبقية: اتفق الفقهاء على أنه لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والحب قبل اشتداده، بشرط تبقية الثمار على الشجر، بل حكى ابن قدامة الإجماع؛ لأن النبي ﷺ فيما رواه عنه عبد الله بن عمر: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، نَهَى الْبَائِعَ، وَالْمُسْتَرِيَّ» [أخرجه البخاري (٣٩٤/٤) في البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢١٩٤)، ومسلم (١١٦٥/٣) في البيوع، باب: النهي عن

الأول: أن يبيعه قبل الطلوع أي^(١) قبل الظهور، وفي هذا الوجه لا يجوز

بيع الثمار قبل بدو صلاحها (١٥٣٤/٤٩). والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، والبيع بشرط التبقية داخل في بيوع الغرر، لما في ذلك من التخاصم والتنازع وإيقاع العداوة والبغضاء؛ لذلك نهى البائع والمبتاع، لكن خالف هذا الإجماع يزيد بن أبي حبيب، فقال: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ولو بشرط التبقية.

الصورة الثانية: أن يبيعه بشرط القطع في الحال، فيصح البيع بالإجماع، وقد خالف هذا الإجماع الثوري وابن أبي ليلي، قال ابن رشد: وهو رواية ضعيفة. والعلة في النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية هي خوف التلف وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل حديث أنس، أن النبي ﷺ قال: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه». وهذا مأمون فيما يقطع؛ فصح بيعه كما لو بدا صلاحه؛ وفارق ما بعد بدو الصلاح لأمن العاهة فيه غالبًا بخلاف ما قبل بدو الصلاح، إلا أن الفقهاء قيدوا جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع في الحال بقيود بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه.

الصورة الثالثة: أن يبيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقًا، ولم يشترط قطعًا ولا تبقية: ففي هذه الصورة قولان لأهل العلم، ويرجع سبب خلافهم فيها أن إطلاق البيع وترك الاشتراط فيه يقتضي التبقية عند الجمهور، وعند الحنفية يقتضي القطع، وحملوا أحاديث النهي على البيع بشرط الإبقاء.

وهناك قولان للفقهاء في بيع الثمر حتى يطعم مطلقًا بلا شرط القطع وبيانها على النحو التالي:

القول الأول: يجوز بيع الثمر قبل أن يطعم إذا باعها مطلقًا - أي بدون شرط القطع أو التبقية - أو كان منتفعًا بها؛ وإلى هذا ذهب الحنفية، وابن القاسم من المالكية، والأوزاعي. القول الثاني: لا يجوز بيع الثمر قبل أن يطعم إذا باعها مطلقًا وإلى هذا ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

ينظر: الإفصاح على المذاهب الأربعة (١/٣٤٠)، وفتح القدير (٦/٢٨٧، ٢٩٠)، وبدائع الصنائع (٤/٣٢٦)، والهداية (٣/٢٥)، تبیین الحقائق (٤/١٢)، والبنية (٧/٦٠)، وبداية المجتهد (٢/١٧٧، ١٧٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٧٦-١٧٧)، ومغني المحتاج (٢/٨٨-٨٩، ٩١، ٤٩٩)، وفتح الباري (٤/٣٩٤)، وشرح النووي على مسلم (٤/٢٩)، وبلغة السالك لأقرب المسالك (٣/٢٣٤)، ومنح الجليل (٥/٢٩١)، الأم (٤/٩٦)، وحاشيتنا قليوبي وعميرة (٢/٢٩٠)، والغرر البهية (٣/٢٣٨)، والمغني لابن قدامة (٤/٦٣)، (٥/٤٨٦)، وكشاف القناع (٣/٢٨١-٢٨٢)، (٣٢٧، ٣٢٨)، ونيل الأوطار (٦/٣١٧)، وكشف الأسرار (١/٢٥٨)، والمنتقى (٤/٢١٨)، وعمدة القاري (٩/٣٩٦)، وشرح معاني الآثار (٤/٢٦)، والاختيار (٢/٦، ٧)، والفروع (٤/٧٣)، الروض المربع (٢/٢٦١)، المحلى (٨/٥٦٩، ٥٧٠).

(١) في م: أو.

البيع^(١).

الوجه الثاني: أن يبيعها بعد الطلوع، وأنه على ثلاثة أوجه:
أحدها: أن يبيعها قبل أن تصير متفعا [بها]^(٢) فإن لم يصلح لتناول بني آدم
وعلف الدواب، وفي هذا الوجه [اختلف]^(٣) المشايخ.
ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وشيخ الإسلام خواهر زادة
- رحمه الله -: أنه لا يجوز.

وذكر الشيخ أبو حسن القدوري - رحمه الله - في شرحه، والقاضي الإمام
الأسبيجاني - رحمه الله -: أنه يجوز، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب
الزكاة في باب العشر، وفي الجامع في كتاب الإجازات، وهو الصحيح.
والحيلة في ذلك حتى يجوز هذا البيع على قول الكل: أن يبيعه مع أوراقه، بأن

(١) اتفق الفقهاء على عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر، وعلى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو
الصلاح بشرط الترك، وعلى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به، وعلى
الجواز بعد بدو الصلاح. ولكنهم اختلفوا في تفسير بدو الصلاح.
فعند الحنفية: أن تؤمن العاهة والفساد.

وعند المالكية، والشافعية، والحنابلة: هو ظهور النضج وبدو الحلاوة.
وقد اختلف الفقهاء في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها عند إطلاق العقد على قولين:
القول الأول: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا باعها مطلقاً - أي: بدون شرط
القطع أو التبقية- أو كان متفعا بها ذهب إلى هذا القول: الحنفية، وابن القاسم من المالكية.
القول الثاني: لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا باعها مطلقاً وإلى هذا ذهب:
المالكية ما عدا ابن القاسم، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

ينظر: فتح القدير (٢٨٧/٦)، البناية (٦٠/٧)، بدائع الصنائع (٣٢٦/٤)، تبين الحقائق
(١٢/٤)، العناية (٢٨٧/٦)، المنتقى (٢١٨/٤)، بلغة السالك (٢٣٤/٣)، منح الجليل
شرح مختصر خليل (٢٩١/٥)، الأم، للشافعي (٩٦/٤)، حاشيتا قلوبوي وعميرة (٢/
٢٩٠)، الغرر البهية (٢٣٨/٣)، مغني المحتاج (٤٩٩/٢)، المغني (٤٨٦/٥)، الفروع
(٧٣/٤)، الروض المربع (٢٦١/٢)، كشف القناع (٣٢٧/٣)، الإنصاف (٣٢٨/٤)
(٦٦)، المحلى (٥٦٩/٨)، (٥٧٠).

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: البيع جائز اختلاف.

بيع^(١) للمشتري في أول ما يخرج من ورود^(٢) مع أوراقه فيجوز البيع في الكمثرى تبعا لبيع الأوراق، ويجعل كأنه ورق كله حتى يجوز البيع.

الوجه الثاني: إذا باعه بعد ما صار منتفعا [به]^(٣) إلا أنه لم يتناه عظمه وفي هذا الوجه البيع جائز إذا باع مطلقا، أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك فالبيع فاسد؛ لأن هذا^(٤) شرط فيه ما لا يقتضيه البيع ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: أن المشتري شرط لنفسه زيادة مال يحصل له سوى ما دخل تحت البيع من مال البائع، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط [يوجب فساد البيع]^(٥)، لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم إذا جاز البيع إذا باع مطلقا، أو بشرط القطع إذا ترك حتى أدرك هل^(٦) تطيب له الزيادة؟ إن ترك بإذن البائع أو استأجر منه الأشجار تطيب له الزيادة، لأن الزيادة إنما استفادها المشتري من مال البائع بإذنه فيطيب له ذلك.

الوجه الثالث: إذا باعه بعدما تنهى عظمه، ولا شك أن في هذا الوجه يجوز البيع إذا باعه مطلقا أو بشرط القطع، فإن باع بشرط الترك فالقياس ألا يجوز وبه أخذ أبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله، وفي الاستحسان يجوز وبه أخذ محمد رحمه الله.

وجه ما ذهب إليه محمد: أن شرط الترك لو أوجب فساد العقد في هذه الصورة إما أن يوجب من حيث إنه شرط فيه إجارة أو عارية، ولا وجه إليه؛ لأن إجارة النخل وإعارته لا تتحقق، أو من حيث إنه شرط فيه زيادة مال يحصل للمشتري من

(١) في أ: يبيع.

(٢) في م: ورده.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: شيء.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: هذا.

ملك البائع سوى^(١) المبيع ولا وجه إليه؛ لأنه تنهى عظمه. بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه؛ لأن فيه اشتراط زيادة من مال البائع سوى المبيع.

أما أبو حنيفة، وأبو يوسف - رحمهما الله - ذهبا في ذلك إلى أنه شرط في هذا البيع ما لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة.

بيانه: إن كان لا يثبت بهذا الشرط إجارة أو عارية، أو زيادة مال من مال البائع سوى^(٢) المبيع يحصل للمبيع^(٣) زيادة جودة وطراوة وللمشتري فيه منفعة، والبيع لا يقتضي هذا، ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع.

وإذا اشترى ثمار بستان على ما هو العرف ويقال [له]^(٤) بالفارسية: (برباع)، وبعض الثمار قد خرج، وبعضها لم يخرج بعد، هل يجوز هذا البيع؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز.

وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، وكان يزعم أنه مروى عن أصحابنا - رحمهم الله - .

وهكذا حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري أنه كان يفتي بجواز هذا البيع، وكان يقول: أجعل الموجود أصلاً في هذا العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً، ولهذا يشترط أن يكون الخارج أكثر؛ لأن الأقل تابع للأكثر ولا يجعل تابعاً للأقل.

وقد روي عن محمد - رحمه الله - في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز، ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة، ولكن يتلاحق البعض ببعض.

وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح عندي أنه لا يجوز هذا البيع؛ لأن المصير إلى هذا الطريق إنما يكون عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هاهنا لأنه يمكنه

(١) زاد في م: في.

(٢) زاد في م: في.

(٣) في أ: البائع.

(٤) سقط في م.

أن يبيع أصول هذه الأشياء مع ما فيها من الثمرة، وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري، وعلى هذا نص في القدوري، فإن كان البائع يعجبه بيع الأشجار فالمشتري يشتري الثمار الموجودة ببعض الثمن^(١) ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويحل للبائع^(٢) الانتفاع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق، ولا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم.

وإذا اشترى إنزال الكرم وبعض الثمار كان منتفعا وبعض الثمار لم يصر منتفعا لا شك أن هذا جائز على قول من قال بجواز شراء الثمار قبل أن تصير منتفعا، ومن قال بأن شراء الثمار قبل أن تصير منتفعا [بها]^(٣) لا يجوز اختلفوا فيما بينهم.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والأصح عندي أنه لا يجوز وطريقه ما قلنا.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى إنزال الكرم وبعضه نيء وبعضه قد نضج^(٤) فإن كان كل نوع بعضه نيء وبعضه أنضج جاز، فإن كان بعض الأنواع نيء والبعض قد نضج لا يجوز. قال: لأن المجوز العرف ولا عرف هاهنا.

وقد قيل: الصحيح أنه يجوز في الوجهين.

[وهذا]^(٥) إذا باع الكل، فإن^(٦) باع البعض وبعضها نيء أو الكل نيء لا يجوز، وكذلك إذا كان مشتركا بين رجلين باع أحدهما نصيبه وبعضه نيء أو الكل لا يجوز [البيع في الكل، ولكن الوجه في ذلك]^(٧) أنه^(٨) يحتاج إلى القسمة والمنتفع يقسم

(١) في م: الثمر.

(٢) في م: له البائع.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: جاز.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وإذا.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ، م: لأنه.

وغير المنتفع لا يقسم ، هكذا ذكر المعنى في فتاوى أهل سمرقند ، هذا إذا باع^(١) من شريكه .

أفتى ركن الإسلام السغدي : أنه يجوز .

وبعضهم قالوا : لو باع من المعامل لا يجوز ، ولو باع المعامل من رب الكرم يجوز كما في الزرع على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

وأما إذا باع من الأجنبي لا يجوز ، ولكن لما قالوا : إنه يحتاج إلى القسمة وغير المنتفع لا يقسم ؛ لأن بعض الثمار ينتفع به قبل النضج انتفاع إعلاف الدواب بها ، ومع هذا لا يجوز البيع في الكل ، ولكن الوجه في ذلك أنه يحتاج إلى القسمة [ولا تتأتى القسمة]^(٢) إلا بالقطع ، وفي القطع ضرر للشريك ، إن كان مشتركا ، وللبائع إن كان الكل له .

وفي متفرقات شيخ الإسلام الأوزجندي رحمه الله : أن بيع الثمار على رؤوس الأشجار قبل أن يبدو صلاحها لا يجوز ، وبعدها بدا صلاحها يجوز ، وفسر^(٣) بدو الصلاح بصيرورته منتفعا [به]^(٤) .

وقال : لا يشترط النضج إلا في الكمثرى ، والجوز ، والخوخ ؛ لأن هذه الأشياء غير منتفع بها من حيث الأكل قبل النضج ، وهذا ليس بصواب في الكمثرى لأن قبل النضج ينتفع بها من حيث إعلاف الدواب .

وفي صلح فتاوى أبي الليث رحمه الله : أنه إذا باع الثمار قبل أن تدرك ، إن كانت الثمار حصرما أو تفاحا وما أشبه ذلك يجوز ، وإن كانت خوفا أو كمثرى لا يجوز إلا أن يكون قد أدرك بعضها فيجوز فيما أدرك وفيما لم يدرك على تلك الشجرة إذا

(١) زاد في أ : من أجنبي فإن باع .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : وفسروا .

(٤) سقط في م .

لم يشترط الترك، وهذا كما قال أبو يوسف رحمه الله فيمن باع الفيلق^(١) وبعضها [دود]^(٢) لم يصرفليقا^(٣) جاز البيع في الكل، والجواب الذي ذكر غير مستقيم في الكمثرى لما مر.

ولو باع إنزال^(٤) الكرم والعنب كالمح إن عبر بعبارة العنب لا يجوز البيع لأنه لا^(٥) ينتفع به أصلاً، وإذا صار عنبا^(٦) ينقلب ذلك^(٧) جائزاً، وإذا لم يعبر بعبارة العنب لا يجوز البيع في الحال؛ لأنه لم ينتفع به أصلاً، وإذا صار عنبا ينقلب ذلك جائزاً.

والصحيح جواز البيع في هذه المسائل وإن لم يكن منتفعًا به في الحال لما مر. وإذا باع الثمر على الشجر والبعض قد خرج ثم خرج الباقي، فإن خلى^(٨) البائع جاز، ولو اختلط الحادث بالموجود فإن كان يعرف الحادث فالعقد صحيح على حاله، وإن كان لا يعرف فإن كان قبل التخلية فسد البيع؛ لأنه تعذر التسليم بسبب الاختلاط^(٩)، فإن كان بعد التخلية لا يفسد البيع لأن تمام العقد بالتسليم وقد وجد فانتهى نهايته فلا يفسد بالاختلاط، وإن^(١٠) اختلط ملك أحدهما بالآخر كانا^(١١) شريكين فيه، والقول قول المشتري في^(١٢) ذلك لأنه في يده.

(١) في أ: الفيلق.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: فيلقا.

(٤) في المحيط البرهاني: نزل.

(٥) في أ، م: لم.

(٦) زاد في أ: لا.

(٧) في أ: البيع.

(٨) في أ، م: خلل.

(٩) في أ، م: الهلاك.

(١٠) في أ: وقد.

(١١) في م: فكانا.

(١٢) زاد في م: قدر.

وفي القدوري أيضاً: إذا اشترى ثمرة بدا صلاح بعضها وصلاح الباقي يتقارب وشرط الترك جاز عند محمد - رحمه الله - لأن المعتاد أن الثمرة يترك^(١) أكثرها، ويتلاحق باقيها فصار كما لو كان الكل ملكه فصح شرط الترك عنده.

وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخراً كثيراً فالبيع جائز فيما أدرك ولم يجز في الباقي، وهذا إنما يكون في العنب غالباً؛ لأن بلوغ الأسود منه يتقدم ويتأخر باقيه تأخراً كثيراً فيصير كالحشيش إذا بلغ حده^(٢) ولم يبلغ الآخر فيجوز فيما بلغ عنده بشرط الترك دون ما لم يبلغ لما عرف من أصله.

وإذا اشترى الرجل عنب كرم على أنه ألف من فلم يخرج إلا قدر تسعمائة فللمشتري أن يطالب البائع بحصة مائة منّ من الثمن؛ لأن البيع بقدر المائة منّ لم يصح لمكان العدم وصح بقدر التسعمائة منّ، فيطالب البائع بحصة^(٣) ما لم يصح فيه البيع، ولا يطالب بحصة ما صح فيه البيع.

قالوا: على قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه: ينبغي أن يفسد العقد في الباقي؛ لأن العقد فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد وهو العدم، والأصل عنده أن العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد العقد في الباقي.

وكان القاضي أبو الحسين قاضي الحرمين يروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في جنس هذا: أن العقد فاسد في الكل، وبه كان يقول شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ، وكثير من المشايخ.

وكان شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول بأن العقد فيما يوجد صحيح عند الكل؛ لأن البائع ما ضم المعدوم إلى الموجود في البيع فباع الموجود وظن أنه مقدار معين وتبين أنه لم يكن ذلك المقدار، ولهذا لا يصير بائعاً المعدوم، وسيأتي

(١) في م: يدرك.

(٢) في أ: أحده.

(٣) في أ: حصته.

جنس هذه المسائل بعد هذا إن شاء الله تعالى .
وفي النوازل: إذا قال الرجل لغيره: بعث منك عنب هذا الكرم كل وقر بكذا،
والوقر معروف عندهم فهذا على وجهين:
إما أن يكون العنب من جنس واحد، وفي هذا الوجه يجوز البيع في الكل، ذكر
المسألة مطلقاً من غير ذكر خلاف .

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: يجب أن تكون المسألة على
الخلاف . على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يجوز في وقر واحد .
وعلى قولهما: يجوز في الكل بناء على مسألة الصبرة .
إذا قال لغيره بعث منك هذه الصبرة الحنطة كل قفيز بدرهم، [على^(١)] قول أبي
حنيفة - رحمه الله - : يجوز في قفيز واحد .

وعندهما: يجوز في الكل .
قال - رحمه الله - : والفتوى على قولهما تسييراً للأمر على الناس، وإن كان
العنب أجناساً مختلفة، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : ينبغي ألا يجوز أصلاً .
وعلى قولهما: يجوز في الكل بناء على مسألة القطيع، فإن من قال لغيره: بعثك
هذا القطيع من الغنم كل شاة بدرهم، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز
البيع أصلاً .

وعندهما: يجوز في الكل .
وأما بيع المبطخة، رجل أراد أن يبيع مبطخة على وجه [الصحة^(٢)] يصح البيع
بالاتفاق وينبغي أن يبيع الحشيش، وأشجار البطيخ ببعض الثمن الذي اتفقا عليه حتى
[إن^(٣)] ما يحدث بعد ذلك يكون على ملك المشتري، ثم يؤاجر الأرض من

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

المشتري ببقية الثمن ليتمكن المشتري من إبقاء الحشيش والأشجار فيحصل مقصودهما. في فتاوى أبي الليث رحمه الله.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا باع من آخر شجر البطيخ قبل أن يخرج الخرجة بهذه اللفظة: «ابن خياز زررا فروفعتم» جاز؛ لأن البيع يقع على شجرة البطيخ دون ما يخرج من الخرجة، ثم ما يخرج من الخرجة^(١) [يخرج]^(٢) على ملكه.

وفي هذا الموضوع أيضاً: مبطخة بين شريكين باع أحدهما نصيبه من إنسان من غير أرض، لا يجوز؛ لأن في قلعه ضرراً يلحق غير^(٣) البائع، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر، وإن رضي به فينبغي أن يشتري كل المبطخة من الشريكين ثم يفسخ البيع في النصف.

وأما بيع الزرع، والرطبة، والحشيش إذا باع الزرع وهو بقل إن باعه على أن يقطعه المشتري، أو على أن يرسل دابته فيه لتأكله جاز؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد، وإن باعه على أن يتركه لا يجوز؛ لأنه شرط [ما]^(٤) لا يقتضيه العقد.

وكذلك إذا باع رطبة وفارسيتها (سنستري) فهو على التفصيل الذي ذكرنا على المختار، وقد أخذ^(٥) به الفقيه أبو الليث - رحمه الله.

وفي فتاوى أبي الليث: أرض بين رجلين فيها زرع لهما باع أحدهما نصف الزرع الذي هو نصيبه من غيره بدون الأرض فهذا على وجهين: إن كان الزرع مدرجاً يجوز؛ لأنه لا يتضرر بهذا^(٦) البيع صاحبه؛ لأن أكثر ما فيه أن المشتري يقلع الزرع

(١) زاد في أ: بها ما لم.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: عين.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: فهذا.

ليمكنه أخذ النصف إلا أنه لا ضرر على صاحبه في ذلك إذا كان مدرّكاً، وإذا^(١) كان غير مدرّك لا يجوز إلا برضا صاحبه باع مطلقاً أو بشرط القطع، وإن باع بشرط الترك إنما لا يجوز وإن رضي به صاحبه؛ لأن هذا البيع شرط فيه شرط فاسد وأنه لا يوجد^(٢) الفصل بين الرضا وعدم الرضا، وأما إذا باع [مطلقاً]^(٣) أو بشرط القطع إنما لا يجوز إلا إذا رضي به صاحبه؛ لأنه يتضمن^(٤) إلحاق الضرر بصاحبه؛ لأنه لا يمكن المشتري قلع^(٥) النصف وإبقاء النصف باعتبار مساحة الأرض؛ لأن الزرع في أطراف الأرض يتفاوت فلا يكون في بعضها متلفاً، ولا يكون في البعض كذلك فتعذرت القسمة باعتبار مساحة الأرض فيجب اعتبار القسمة باعتبار المقلوع، وإذا قلع الكل وتضرر به صاحبه إذا لم يكن مدرّكاً، وأحد الشريكين إذا تصرف في المحل المشترك تصرفاً يتضرر به صاحبه، وأنه يقبل الرد لا يجوز تصرفه إلا برضاء صاحبه. هذه الجملة من صلح شيخ الإسلام.

ومسألة المبطخة التي تقدم ذكرها مع تعليلها: أن الإنسان لا يجبر على تحمل الضرر وإن رضي به، دليل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز وإن رضي به صاحبه، ثم في الفصل^(٦) الأول إذا لم يبيع نصف الزرع لو لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزاً؛ لأن المانع من الجواز قد زال، ويعلم من هذه المسألة كثيراً من المسائل.

وإذا كان الزرع كله لرجل باع نصفه من رجل بدون الأرض^(٧)، إن كان الزرع

(١) في م: وإن.

(٢) في م: يوجب.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في م: به.

(٥) في م: قطع.

(٦) في أ: الأصل.

(٧) زاد في أ: بدون الأرض لا يجوز.

مدرگًا يجوز، وإن لم يكن مدرگًا لا يجوز؛ لأن هذا البيع يتضمن إلحاق الضرر بالبائع في غير ما يتناوله البيع فيكون فاسدًا كبيع الجذع في السقف.

وإذا كان الزرع من الأرض مشتركًا بين رجلين باع أحدهما نصيبه من الزرع من شريكه بدون الأرض، لا يجوز إذا لم يكن الزرع مدرگًا؛ لأن هذا بيع يتضمن إلحاق الضرر بالمشتري فيما هو ليس بمعقود عليه؛ لأن البائع يأمر المشتري بقلع ما اشترى منه ليفرغ أرضه، وعلى هذا القطن وسائر أنواع الزرع إذا كان مشتركًا بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه بدون الأرض.

وأما إذا باع النصف مع نصف الأرض من شريكه أو من أجنبي بغير رضا شريكه جاز وقام المشتري مقام البائع. في شفعة شيخ الإسلام. وفي الأجناس: إذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه، يجوز في ظاهر الرواية.

وروى هشام عن محمد - رحمه الله - : أنه لا يجوز.

وإن كان الزرع بين رب الأرض وبين الأكار فباع رب الأرض نصيبه من الأكار، لا يجوز.

وإن باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز في الباب الأول من بيوع الواقعات، والمعنى في ذلك أنه لو نفذ البيع في الوجه الأول، فالبائع لا يأمر المشتري بقلع المشتري تفرغًا لأرضه^(١) فلا يتضرر به المشتري فلهذا افترقا، ولو كان الزرع مدرگًا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه.

وفي مزارعة الجامع الأصغر: قال نصير: مزارع بالثلث باع نصيبه من الزرع من رب الأرض أو غيره، لا يجوز.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : رجل دفع أرضه مزارعة ثم باع الأرض بزرعها والزرع بقل فأجاز المزارع، فهو جائز، فإن أجاز على أن يكون

(١) في م: للأرض.

[نصيبه]^(١) في الأرض مزارعة، فهذا فاسد.

وفي المتقى - رواية مجهولة - : إذا اشترى الرجل أرضاً فيها زرع للبائع، والحراث اشترى الأرض بنصيب البائع من الزرع [فإن طلب تسليم الأرض لم يجز، فإن قال: أمسكت حتى يستحصد الزرع، جاز، ولا يتصدق المشتري بشيء من الزرع]^(٢) [فإن الزرع له]^(٣) لأنه زاد في أرضه.

وفي الأصل: إذا باع رب الأرض الأرض وفيها زرع بينه وبين الأكار وجعله على وجهين:

الأول: أن يكون الزرع بقللاً^(٤) وفي هذا الموضع يتوقف البيع على إجازة المزارع سواء باع الأرض مع الزرع أو^(٥) بدون الزرع^(٦)، أما إذا باع مع الزرع فلأن بعض الزرع ملك للأكار وقد باعه صاحب الأرض بدون إذنه فيتوقف البيع فيه على إجازته، وكذلك يتوقف بيع الأرض ونصيب رب الأرض من الزرع؛ لأن المزارع استحق بقية نصيبه في الأرض إلى وقت الحصاد، فلو نفذ^(٧) البيع كان للمشتري قلع الزرع فبطل حق المزارع في بقية نصيبه.

وأما إذا باع الأرض بدون الزرع فلهذه العلة إن نفذ البيع يبطل حق البائع^(٨) في بقية نصيبه في الأرض.

فإن كان باع الأرض مع جميع الزرع فأجاز المزارع البيع في الأرض والزرع جميعاً نفذ^(٩) البيع، وانقسم الثمن على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع، فما أصاب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يده.

(٥) في م: و.

(٦) في أ، م: الأرض.

(٧) في أ: نقل.

(٨) زاد في أ: بيعه نصيبه.

(٩) في أ: بعد.

الأرض فهو لصاحب الأرض، وما أصاب الزرع فهو بين رب الأرض والمزارع نصفان، وإن لم يجز المزارع البيع فالمشتري بالخيار إن شاء يتربص حتى يدرك الزرع، وإن شاء نقض البيع؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع لحق المزارع فصار بمنزلة ما لو عجز بإباق العبد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن المشتري إذا علم بالمزارعة وقت البيع فلا خيار له؛ لأن تعلق حق الغير بالبيع^(١) بمنزلة العيب؛ لأن المشتري يمنع بسببه عن الانتفاع، والعيب مما يوجب فوات المنفعة، والشراء مع العلم لا يوجب الخيار^(٢). وإذا^(٣) كان صاحب الأرض باع الأرض بحصته من الزرع، وأجاز المزارع البيع أخذ المشتري الأرض، وحصه رب الأرض من الزرع بجميع الثمن، وإن لم يجز فالمشتري بالخيار، وإن أراد المزارع أن يفسخ البيع في هذه الصورة، فالصحيح أنه ليس له ذلك.

الوجه الثاني: إذا^(٤) كان الزرع مدرّكًا وقت البيع، وفي هذا الوجه: إن باع الأرض وحدها أو مع نصيبه من الزرع جاز البيع من غير توقف لانعدام الموجب للتوقف، وهو بطلان حق البائع في تبقية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك، وإن باع الأرض مع جميع الزرع ينفذ البيع في الأرض، ونصيب رب الأرض من الزرع، ويتوقف في نصيب المزارع فإن أجاز المزارع ذلك ينفذ البيع في حصته أيضًا، وكان له من الثمن حصة نصيبه من الزرع والباقي^(٥) من الثمن لرب الأرض، وإن لم يجز يخير المشتري إذا لم يعلم بالمزارعة^(٦) وقت الشراء لتفرق الصفقة عليه ولهذه المسألة تفرعات، وأجناس هذا يأتي في كتاب المزارعة.

(١) في أ، م: بالمبيع.

(٢) زاد في أ: وإذا كان صاحب الأرض والمزارع وإن لم يجز المزارع البيع، فللمشتري الخيار.

(٣) في م: وإن.

(٤) في م: وإن.

(٥) في أ: والثاني.

(٦) في أ: بالزراعة.

وذكر شيخ الإسلام في [شرح]^(١) كتاب العتاق في باب عتق الرقيق بين اثنين: أن رب الأرض إذا باع نصيبه من الزرع بدون الأرض من أجنبي أو باع المزارع نصيبه من أجنبي والزرع لم يدرك لم يجز البيع لدفع الضرر عن صاحبه، ثم إن صاحبه [إن]^(٢) باع نصيبه بعد ذلك من ذلك المشتري انقلب البيع الأول جائزاً؛ لأن المانع من الجواز قد ارتفع.

وفي البقالي: إذا كانت الأرض بين رجلين فزرعها أحدهما، ونبت الزرع فتراضيا على أن يعطيه الآخر مثل نصف البذر ويكون الزرع بينهما، يجوز، ولا يجوز قبل أن ينبت.

ولو طلب الآخر القلع قسمت الأرض، ويؤمر المزارع^(٣) بقلع ما في نصيب الشريك ويغرم نقصان نصيب الشريك إن كانت الزراعة قد نقصت الأرض^(٤).
ومن اشترى أرضاً، وزرعها، وأشرك غيره في الأرض والزرع جاز، ولو أشركه في الزرع دون الأرض^(٥) لا يجوز، ذكره محمد - رحمه الله - في الرقيات.
وإذا اشترى أرضاً وفيها زرع، والزرع بقل فقبل أن يقبض الأرض دفعها مزارعة إلى البائع بالنصف، لا يجوز؛ لأنه^(٦) يصير بائعاً للزرع وهو منقول قبل القبض، وإذا باع [الأرض مع نصف الزرع، أشار في كتاب المزارعة في باب القدر في المزارعة إلى أنه لا يجوز، ثم بيع]^(٧) نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار بأن زرع في ملكه. أما إذا لم يكن له حق القرار بأن كان

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الزارع.

(٤) في أ، م: الزرع.

(٥) زاد في أ: والزرع.

(٦) زاد في أ: لا.

(٧) سقط في أ.

متعدياً في الزراعة كالغاصب جاز بيع نصف الزرع^(١)؛ لأنه إذا لم يكن لصاحب الزرع حق القرار كان القلع مستحقاً ومستحق القلع^(٢) كالمقلوع، ولو كان مقلوعاً حقيقة جاز بيع نصفها كذا هاهنا، وعلى هذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض إن كان محققاً^(٣) في البناء لا يجوز، وإن كان متعدياً جاز، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في شرح كتاب الشفعة في باب العروض.

وإذا اشترى القصيل فهذا على وجهين:

الأول: أن يشتريه قبل أن يصير منتفعاً به، وفي جوازه اختلاف [على]^(٤) نحو ما بيناه في الثمار.

الثاني: أن يشتريه بعدما صار منتفعاً به يصلح لعلف الدواب، فإن اشترى القطع^(٥) أو أطلق الكلام فالبيع جائز، وإن اشتراه بشرط الترك فالعقد فاسد. ثم إذا جاز بأن اشتراه^(٦) بشرط [القطع] [أو]^(٧) [أو]^(٨) مطلقاً فاستأجر المشتري الأرض مدة معلومة، جاز، وفي فصل الثمار: لو استأجر الأشجار مدة معلومة [في]^(٩) مثل هذه الصورة؛ لا يجوز.

وفرق آخر بينهما: أن هاهنا لا يجوز لو استأجر الأرض إلى وقت الإدراك يلزمه أجر المثل، ولا يطيب له الفضل، [ولو استأجر الأشجار إلى وقت إدراك الثمر في مثل هذه الصورة يطيب له الفضل]^(١٠) فلا يلزمه شيء من الأجر.

(١) في م: الأرض.

(٢) في م: البائع.

(٣) في أ، م: مستحقاً.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: القلع.

(٦) في م: يشتريه.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: القلع.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

والفرق: أن الإجارة في مسألة النخيل أضيفت إلى غير محلها وهي الأشجار؛ لأن الحادث من الأشجار زيادة في الثمر، وزيادة في الثمر عين، والعين ليست بمحل الإجارة، والتصرف المضاف إلى غير محله لا جواز له ولا انعقاد فبقي مجرد الإذن بالترك من غير عقد ولا فساد فيه فيطيب الفضل ولا يجب الأجر.

وفي مسألة القصيل: الإجارة أضيفت إلى محلها وهو الأرض، والحاصل من الأرض منفعة التربة، فأما التربة في الحب يحصل من القصيل؛ لأن القصيل للحب كالشجرة للثمر، ولما وجدنا هاهنا أصلاً نضيف لحصوله زيادة العين إليه كان الحاصل من الأرض مجرد منفعة التربة فتعقد الإجارة عليها بوصف الصحة عند بيان المدة، وبوصف الفساد عند ترك بيان المدة، فما حصل من الزيادة بسببه [حاصل بسبب خبيث^(١)] وهو العقد الفاسد^(٢) فيجب [مع^(٣)] التصدق^(٤) أجر

(١) في أ: حسب.

(٢) العقد الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، فالخلل في العقد الفاسد يرجع إلى وصف من أوصافه، أو شرط من شروطه، لا إلى ركن من أركانه، مثال ذلك: أن يبيع شخص لآخر أرضاً مقابل ثمن محدد، ولكن هذا الثمن مؤجل إلى وقت ميسرة المشتري، ففي هذا المثال نجد أن عناصر العقد الصحيح قد توافرت كلها، ولكن وجد وصف منهني عنه - شرعاً - وهو تأجيل الثمن إلى أجل مجهول.

والعقد الفاسد قبل القبض له وجود شرعي، ولكنه وجود ضعيف، كما أن وجوده مهدد بالزوال، ولذلك لا يعدّ سبباً كافياً لترتيب الآثار، فلا ينتقل به الملك، ولكل من المتعاقدين فسخه، ويمكن أن يفسخه القاضي بناء على طلب كل ذي مصلحة، وهذا الفسخ دليل على الوجود الشرعي للعقد، ولولا هذا الوجود لما كانت هناك حاجة إلى الفسخ. أما إذا تم القبض فإن العقد الفاسد يقوى وتترتب آثاره ويثبت به الملك، ولكنه ملك من نوع خاص لا يفيد الانتفاع بالعين، ولكنه يفيد التصرف فيها. فإذا المقصود بالعقد الفاسد: أنه ما اختلف فيه أحد شروط الصحة والتي منها:

أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً يمنع المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً فسد البيع. أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع، فإن لم يكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد. الخلو من الشروط الفاسدة كشرط ما فيه غرر، أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه، ولم يرد به شرع، ولا جرى به عُرْف. الرضا، فلا يصح بيع المُكْرَه والهازل. خلو العقد من الربا، واشتراط تقابض البديلين في مجلس العقد في الصرف. أو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

فالعقد الفاسد عند الحنفية درجة بين الصحة والبطلان، ومن ثم كان مختلفاً عنهما من =

المثل .

وإذا باع جزء من الكرات بعدما علا يجوز، وإن باع كذا كذا جزء لا [يجوز؛ لأن البيع إنما ينعقد على ما هو موجود وقد علا وهي الجزء الأولى، أما الجزء الثانية والثالثة معدومة لم تنبت بعد فلا يجوز البيع، وكذا هذا في سائر البقول إذا باع منه جزء بعدما علا يجوز، وإن باع كذا كذا جزء لا^(١) يجوز، وكذا في القصيل إذا باعه بعد ما علا القصيل في الحال يجوز البيع، وكذلك هذا في الأشجار إذا باعها [وهي]^(٢) نابتة ليقطع أو ليقلع في الحال فهو جائز .

أما قوائم الخلاف وسعف النخيل فقد اختلف [المشايع]^(٣) في جواز بيعها،

= حيث كيفية ترتيب آثاره عليه، فلكونه مشروعاً بأصله يكون منعقداً، وإن كان انعقاده ضعيفاً، ولكونه غير مشروع بوصفه فإنه يكون مستحق الفسخ، إلا إذا كان الفساد راجعاً إلى وجود شرط فاسد، وتم إسقاطه، فإنه يخرج بذلك من دائرة الفساد إلى دائرة الصحة، ومن ثم لا يكون مستحقاً للفسخ .

أما عند الجمهور: فالعقد الفاسد والباطل مترادفان، أي: بمعنى واحد إذا اختلف فيه ركن أو شرط، ذلك أن الصحيح عندهم هو ما استجمع أركانه وشروطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية، والباطل خلاف ذلك، وعليه: يكون التصرف باطلاً أو فاسداً إذا اختلف الأصل أو الوصف عند الجمهور .

ينظر: بدائع الصنائع (١٥٦/٥-٢١٥)، حاشية ابن عابدين (٥٣٦/٤-٥٣٩)، فتح القدير (٤٦٤/٦)، بداية المجتهد (٢٣٠/٢)، الفروق (٢٣٦/٣)، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص (٢٢٤)، المدونة الكبرى، ص (١٤٨)، المجموع (٣٧٢/٩)، المغني (٢٥٥/٤)، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا (٦٨٩-٦٩٢)، استقرار الملك في العقود في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم عبد الرزاق الخولي، ص (٣٦٨)، أحكام المعاملات الشرعية، الأستاذ علي الخفيف، ص (٣٠٤)، الملكية ونظرية العقد، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، فقرة ٢١٦، ص (٤١٥)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٩٩٧م (١٧١/٤)، نظرية العقد والإرادة المنفردة، د. عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٥٨، ص (٥١٣) .

- (٣) سقط في م .
- (٤) زاد في أ: مع .
- (١) سقط في م .
- (٢) سقط في م .
- (٣) سقط في م .

ونص الكرخي في كتابه على الجواز، ورواه عن أصحابنا رحمهم الله ومن قال بعدم الجواز؛ لأن موضع القطع مجهول، فهو بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها لا يجوز؛ لأن موضع القطع مجهول حتى لو بين موضع القطع في القوائم يجوز البيع بلا خلاف، بمنزلة ما لو اشترى شجرة على أن يقطعها من وجه الأرض.

لو باع حشيشاً في أرضه إن كان صاحب الأرض هو الذي أنبت بأن سقاها لأجل الحشيش فبنت بكلفة جاز؛ لأنه ملكه؛ ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإذا نبت بنفسه لا يجوز؛ لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح في الأصل؛ ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه، فلهذا لم يجز بيعه، هكذا ذكر في النوازل.

وفي القدوري - رحمه الله - : لا يجوز بيع الكلاً في أرضه، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في الأرض.

قال ثمة: ولو ساق الماء إلى أرضه ولحقته مؤنة حتى خرج الكلاً، لم يجز بيعه. قال: لأن الشركة في الكلاً ثابتة بالنص، وإنما تنقطع الشركة بالحياسة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحياسة للكلاً فبقي الكلاً على الشركة ولا يجوز بيعه، وما ذكر في القدوري يخالف ما ذكر في النوازل. والله أعلم.



نوع آخر:

في بيع المرهون، والمستأجر، والمغصوب، والآبق، وحلال الدم، وبيع أرض الإجارة، والأكارة.
اختلفت عبارة الكتب في بيع المرهون^(١)، وقع في بعض الكتب: أن بيع المرهون فاسد^(٢).

(١) ذهب الفقهاء إلى أن المرتهن ليس له إلا حق استيفاء دينه من ثمن المرهون، فإذا تعذر على الراهن وفاء الدين للمرتهن عند الأجل فهل للراهن أن يبيع الشيء المرهون؟ اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب الحنفية والمالكية إلى أن بيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن. واستدلوا على ذلك بأن الراهن حين يتصرف في ملكه المرهون يعتبر كالموصي حين يوصي بجميع ماله، فينعقد تصرفه موقوفاً على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به. أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن بيع الشيء المرهون باطل. واستدلوا بقول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه أحمد (٤/٣١٠/٢٨٦٧) من حديث ابن عباس. وقال أحمد شاكر: إسناده صحيح] ووجه الاستدلال أن في بيع المرهون ضرراً على المرتهن؛ لأن ذلك ينافي حقه، إذ إن حقه قد تعلق بالشيء المرهون، فالتصرف فيه بالبيع ونحوه فيه إضرار به، والضرر ممنوع وتجب إزالته.

ينظر: الفتاوى الهندية (٣/١١٠، ١١١)، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣/٨٦)، وشرح الزرقاني على خليل (٥/١٩)، الجوهرية النيرة (١/٢٣٣)، نهاية المحتاج (٣/٣٨٨)، والمهذب، ص (٣١٠ - ٣١٢)، والمغني (٤/٤٤٦).

(٢) اختلف الفقهاء في بيع المرهون: عامتهم على أنه موقوف، وهو الصحيح، حتى لو قضى الراهن الدين، أو أبرأه المرتهن من الدين، أو رد الرهن عليه، أو أجاز ورضي به: تم البيع، ولا يحتاج إلى تجديد العقد. وإن لم يجز المرتهن بيعه، وطلب المشتري من القاضي التسليم: فالقاضي يفسخ العقد بينهما. . . .

وبيع المستأجر: نظير بيع المرهون، موقوف عند عامة المشايخ، وهو الصحيح، وللمشتري الخيار إذا لم يعلم وقت الشراء أن المشتري مرهون، أو مستأجر. . . . وقال الصدر الشهيد: الصحيح أن جواب ظاهر الرواية: له الخيار وإن كان عالماً به. . . . ولو أراد المستأجر فسخ البيع: ذكر الصدر الشهيد: أن له ذلك في ظاهر الرواية، وفي رواية الطحاوي: ليس له ذلك، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: أن فيه روايتين، والفتوى: على أنه ليس له ذلك. . . . ولو كانت الإجارة طويلة فباع، ثم جاء أيام الفسخ نفذ بيعه عند أكثر المشايخ. . . .

واختلفوا في المرتهن: قال بعضهم: له ذلك، وقال بعضهم: لا، وهو الصحيح. . . . ثم إذا لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة بينهما: نفذ البيع السابق، وكذا المرتهن إذا لم يفسخ حتى قضى الدين: نفذ البيع السابق، وليس للراهن والأجر حق الفسخ أصلاً، فإن أجاز المستأجر البيع نفذ، ولا ينزع من يده حتى يصل إليه ماله. . . . ينظر: الفتاوى الهندية (٣/١١٠).

ووقع في بعضها: أن البيع موقوف.

من مشايخنا من قال: في المسألة روايتان، وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف، فإن قضى الراهن المال، أو أبرأه المرتهن منه، أو رد الرهن عليه ورضي به تم البيع، وإن لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشتري من القاضي التسليم^(١) يفسخ العقد بينهما، وهذا لأن البيع صدر من المالك، وللمرتهن حق في المحل، وكما يجب مراعاة حق المالك يجب مراعاة [حق]^(٢) صاحب الأرض، وإنما يصير الحقان مراعين إذا قلنا بالتوقف، ومعنى قوله في بعض الكتب: إن بيع المرهون فاسد أنه لا حكم له وكان فاسدًا في حق الحكم، وهذا لأن البائع مالك العين [وتأثير حق الغير]^(٣) في رفع الحكم لا في فساد العقد في نفسه كبيع مال الغير.

وبيع المستأجر نظير بيع المرهون موقوف عند عامة المشايخ - رحمهم الله -، وهو الصحيح، وللمشتري الخيار إذا [لم]^(٤) يعلم وقت الشراء أن المشتري مرهون أو مستأجر لتأخر التسليم لحق المرتهن^(٥) والمستأجر.

وإن كان عالمًا به وقت الشراء فكذلك عند محمد - رحمه الله - ثبت له الخيار؛ لأن كون المشتري مرهونًا أو مستأجرًا عند محمد بمنزلة الاستحقاق، ومن اشترى من رجل مال غيره، والمشتري يعلم أن المشتري ملك^(٦) غير البائع، كان للمشتري حق النقص والرجوع على البائع بالثمن.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : ليس له حق النقص^(٧)؛ لأن كون المشتري مرهونًا أو مستأجرًا عنده بمنزلة العيب، ومن اشترى شيئًا معيبًا وعلم بكونه معيبًا

(١) زاد في م: القاضي.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: المرهون.

(٦) في م: مال.

(٧) في م: نقص الشراء.

وقت الشراء فلا خيار له في فسخ العقد.

ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - الخلاف على هذا الوجه.

وفي شرح حيل الخصاف، وأحاله على النوادر.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: إذا كان يعلم بكونه مرهوناً أو

مستأجراً فله الخيار في ظاهر الرواية.

وذكر القاضي الإمام الأسيبجي - رحمه الله - في شرحه: أنه إذا كان عالمًا^(١)

بكونه مرهوناً أو مستأجراً فلا خيار له في ظاهر الرواية.

وكذلك إذا اشترى أرضاً ولها أكار فهو على هذين الوجهين، يعني في حق ثبوت

الخيار للمشتري إذا علم وقت الشراء أن لها أكاراً أو لم يعلم. ذكره الصدر الشهيد

- رحمه الله - ، وليس للمستأجر حق الفسخ^(٢) بلا خلاف؛ لأن حقه في المنفعة

والبيع صادف الرقبة.

فأما المرتهن فهل له حق فسخ هذا البيع؟

اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: ليس له ذلك؛ لأن حقه في اليد لا في

الرقبة، والبيع يصادف الرقبة.

ومنهم من قال: له حق الفسخ؛ لأن البيع يبطل ملك الرقبة، وهو وسيلة [إلى]^(٣)

استيفاء الدين منه عند الهلاك.

وفي شرح الجامع: أن ظاهر الرواية ليس للمرتهن حق الفسخ.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أن له حق الفسخ.

وذكرت ومعها^(٤) ظاهر الرواية [ثمة]^(٥) أن حق المرتهن في اليد والحبس لا في

(١) في أ: يعلم.

(٢) في م: فسخ البيع.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: معه.

(٥) سقط في م.

المالية، والبيع يصادف العين من حيث المالية، فلم يكن^(١) البيع واقعًا على حق المرتهن ليدفعه بحكم الحق، ولو دفعه دفعه لأجل^(٢) الضرر فدفع^(٣) بسبب^(٤) النفاذ، وصار فصل الرهن وفصل الإجارة سواء، وليس للراهن، والآجر فسخ هذا البيع؛ لأن هذا البيع [ينعقد]^(٥) صحيحًا في حقهما، نص عليه الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي في باب ما يجب فيه اليمين.

وإنما التوقف في حق المستأجر والمرتهن، ثم على قول من يقول: إذا كان المشتري عالمًا بكونه مرهونًا أو مستأجرًا لا يكون له حق الفسخ، وتأخير التسليم إلى وقت انقضاء الإجارة أو إلى وقت فكاك الرهن لا يكون للبائع حق المطالبة بالثمن ما لم يجعل المعقود عليه بمحل التسليم وكذلك إذا اشترى شيئًا غائبًا لا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يكن المبيع مهياً للتسليم.

وكذلك إذا اشترى عبدًا فأبق قبل القبض، فإن المشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد، ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد.

الآجر [إذا باع المستأجر]^(٦) من رجل بغير إذن المستأجر، ثم باعه من المستأجر جاز البيع من المستأجر، وهو نقض للبيع الأول.

وفي رهن المنتقى: إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، ثم باعه من المرتهن، [جاز البيع من المرتهن]^(٧) وهو نقض للأول^(٨).

[وفي الباب]^(٩) الأول من رهن الجامع: إذا باع الراهن المرهون من رجل بغير

(١) في م: يبق.

(٢) زاد في م: الضرورة و.

(٣) في م: مندفع.

(٤) في أ: يسلب.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: من المبيع.

(٩) سقط في م.

إذن المرتهن، [ثم باعه من رجل آخر بغير إذن المرتهن]^(١) أيضًا، ثم أجاز المرتهن أحد البيعين، نفذ البيع الذي لحقته^(٢) الإجازة، والثلث للمرتهن يستوفي منه حقه. وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه [إذا]^(٣) أجاز البيع الأول، نفذ البيع الأول، وإن أجاز البيع الثاني، نفذ البيع الأول.

ولو كان مكان البيع الثاني رهناً أو إجازة، فأجاز المرتهن الرهن أو الإجازة، ينفذ البيع، ويبطل الرهن والإجازة.

وأما بيع المغصوب فقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه موقوف، إن أقر به الغاصب تم البيع ولزم، وإن جحده فكان^(٤) للمغصوب منه بينة عادلة فكذلك الجواب، وإن لم يكن له بينة [ولم يسلمه]^(٥) حتى هلك، انتقض البيع.

وبعض مشايخنا قالوا: قول محمد رحمه الله في الكتاب: وإن لم يكن للمغصوب منه بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع - بظاهره غير صحيح، وينبغي ألا ينتقض البيع؛ لأن المبيع وإن فات فقد أخلف بدلاً، والمبيع إذا فات فأخلف^(٦) بدلاً لا ينتقض البيع هاهنا إلا أن يختار المشتري النقص، فكان تأويل [قول]^(٧) محمد - رحمه الله - : انتقض البيع إذا اختار المشتري النقص.

وبعضهم قال^(٨): قول محمد بظاهره صحيح، وينتقض البيع من غير اختيار المشتري النقص؛ لأن الغاصب متى ضمن القيمة يملك المغصوب من وقت الغصب، ويبيع المولى كان بعد ذلك، فيظهر أنه كان بائعاً مال الغير وهو الغاصب

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لحقت.

(٤) في م: وكان.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وأخلف.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: قالوا.

بخلاف ما لو قبل بعد البيع، أو غصب؛ لأن القيمة هناك وجبت بعد البيع فمتى بقي^(١) البيع لا يؤدي إلى أن يصير بائعًا مال الغير.

وفي نوادر بشر قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن اشترى المغصوب من المغصوب منه، وهو في يد الغاصب، والغاصب جاحد له؟ قال: يجوز ويقوم المشتري في دعواه تلك^(٢) مقام المالك، قال: وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وذكر ابن سماعة - رحمه الله - في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز بيعه من غير الغاصب، وقلت: إنما^(٣) هو جائز.

وأما بيع الآبق فقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: أنه لا يجوز، وقال^(٤): صح أن النبي ﷺ نهى عن بيع الآبق^(٥).

(١) في أ: نفى.

(٢) في م: ذلك.

(٣) في م: أنا.

(٤) في م: فقال.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٣١/٦) وأحمد (٤٢/٣) وابن ماجه (٧٤٠/٢) كتاب التجارات: باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها حديث (٢١٩٦) وأبو يعلى (٣٤٥/٢) رقم (١٠٩٣) والدارقطني (١٥/٣) كتاب البيوع رقم (٤٤) والبيهقي (٣٣٨/٥) كتاب البيوع: باب النهي عن بيع الغرر وإسحاق بن راهويه والبخاري في «مسنديهما» كما في «نصب الراية» (١٥/٤) كلهم من طريق محمد بن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص».

وهذا إسناد ضعيف جدًا محمد بن إبراهيم مجهول.

ومحمد بن زيد ضعفه الدارقطني انظر: «الضعفاء والمتروكين» للدارقطني (٤٧٠).

وقال البيهقي: إسناد غير قوي.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (١٥/٤)،

ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» إلا أنه لم يذكر في إسناده محمد بن إبراهيم ومن جهة عبد الرزاق ذكره عبد الحق في «أحكامه» وقال: إسناد لا يحتج به وشهر مختلف فيه ويحیی ابن العلاء الرازي شيخ عبد الرزاق ضعيف وهو يروي عن جهضم به. وقال ابن القطان:

ولأنه معجوز [عنه]^(١)، والقدرة شرط جواز البيع، وبخلاف ما لو باع عبداً أرسله في حاجته؛ لأن القدرة على التسليم غالب هنا^(٢) وقت العقد حكماً واعتباراً؛ لأن الظاهر عوده، ولا كذلك الآبق.

فإن عاد من الإباق وسلمه^(٣) إلى المشتري روي عن محمد - رحمه الله - : أنه يجوز، وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا - رحمهم الله - وهكذا ذكر الإمام الأسيبجي - رحمه الله - في شرحه، [والمذكور في شرحه]^(٤) : إذا ظهر الآبق وسلمه إلى المشتري يجوز البيع، وأيهما امتنع إما البائع عن التسليم، أو المشتري عن القبض يجبر عليه ولا يحتاج إلى بيع جديد إلا إذا كان المشتري رفع الأمر إلى القاضي وطلب التسليم من البائع وظهر عجزه عن التسليم عند القاضي ففسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فحينئذ يحتاج إلى بيع جديد، وهذا لأن المانع من الجواز العجز عن التسليم بسبب الإباق، وقد ارتفع العجز حين ظهر من الإباق. وروى عنه رواية^(٥) أخرى: أنه لا يجوز ذلك البيع، ويحتاج إلى بيع آخر جديد، وبه أخذ جماعة من مشايخنا، وبه كان يفتي أبو عبد الله البلخي، وهكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب البيوع في باب البيوع الفاسدة؛ لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتاً وقت البيع فلا يجوز، وإن وجد من

= وسند الدارقطني يبين أن سند عبد الرزاق منقطع. ١. هـ.

والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (٣٧٣/١) رقم (١١٠٨) وقال:

سألت أبي عن حديث رواه حاتم بن إسماعيل عن جهضم بن عبد الله اليمامي عن محمد ابن إبراهيم الباهلي عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد أن النبي ﷺ «نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن ما في ضروعها إلا بكيل وعن شراء العبد الآبق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص»، قلت: لأبي من محمد هذا؟ قال: هو محمد بن إبراهيم شيخ مجهول.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: هناك.

(٣) في م: وسلم.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: روايتان.

بعد، وصار كما لو باع خمراً فصار خلا في المجلس وسلمه، أو باع طيراً في الهواء، أو سمكا في الماء، أو وحشا في الفضاء، ثم أخذه وسلمه في المجلس، فإنه لا يجوز البيع وطريقه ما قلنا، ومن أخذ بهذه الرواية يقول: تأويل الرواية الأولى أنهما يتراضيان عليه عند عود العبد فينعتد بينهما عقد جديد بالتعاطي، أما أن يقال: بأن ذلك العقد يجوز، فلا.

فإن جاء رجل إلى مولى الآبق، وقال: إن عبدك الآبق عندي قد أخذته فبعه مني، فباعه؛ جاز، ولو قال: هو عند فلان قد أخذته^(١) فبعنيه فباعه، لا يجوز. والفرق: أن فساد بيع الآبق عرف بالأثر، والأثر ورد في الآبق المطلق، وهو الآبق في حق المتعاقدين فبيما إذا قال الذي يريد شراءه: هو عبدي قد أخذته، فهذا^(٢) ليس بآبق في حق المشتري، [فلا يكون آبقاً مطلقاً، ولأن في الصورة الأولى العقد غير معجوز التسليم في حق المشتري]^(٣)، ولا كذلك في الفصل الثاني. وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن بيع الآبق جائز^(٤)، ذكر القدوري رحمه الله هذه الرواية مطلقة.

وكان أبو الحسن الكرخي رحمه الله يقول: [إن]^(٥) بيع [العبد]^(٦) الآبق فاسد، إلا أن يرضى المشتري أن ينتظر حتى يتمكن البائع من التسليم، وقاسه ببيع المرهون

(١) في م: أخذه.

(٢) في م: فهو.

(٣) سقط في م.

(٤) اتفق الفقهاء على أن للمالك بيع عبده الآبق إذا قدر على تسليمه للمشتري، كما يجوز للقاضي بيع الآبق إذا دفع إليه ورأى المصلحة في بيعه بعد أن يحبس، على خلاف في مدة حبسه بين المذاهب. وليس لأخذ الآبق أن يبيعه لأنه ليس ملكاً له عند من يقول بمنع بيع الفضولي ولأن المالك مجهول عند من يقول بصحة بيعه.

ينظر: الفتاوى الهندية (٢/٢٩٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١١)، والمجموع (٩/٢٧٣)، ونيل المآرب (١/٩٩).

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

والمستأجر.

وفي المنتقى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا باع الأبق والمشتري يعلم بمكانه جاز، فإن باعه وقبضه ثم اختلفا، فقال المشتري: لم أعلم [بمكانه حين بعثني، وقال البائع: لا بل علمت؛ فهو صحيح، وإن باعه ولم يعلم أحدهما]^(١) بمكانه؛ لم يجز.

وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، ثم إن المالك باع العبد من الغاصب وهو أبق بعد؛ فالبيع جائز.

والأصل: أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك، ثم باعه المالك، فأما إذا لم يكن التسليم محتاجا إليه كما في مسألتنا يجوز البيع، كتبه [في]^(٢) آخر إقرار المستزاد.

وأما بيع من هو حلال الدم. ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المأذون: أن عند أبي حنيفة رحمه الله: البيع موقوف، فإن قتل بطل، ووضع المسألة في المرتد. وفي مختلفات الفقيه أبي الليث رحمه الله: إذا اشترى عبداً قد حل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشتري، ولم يعلم فله أن يرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يقوم حلال الدم وحرام [الدم]^(٣) فيرجع بفضل ما بينهما.

وإذا اشتراه، وهو يعلم بكونه حلال الدم، فقتل عند المشتري فكذلك الجواب على أصح الروايتين عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح السير.

وإذا اشترى عبدا سارقا وقطعت يده عند المشتري كان المشتري بالخيار إن شاء رده ورجع بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه ورجع بنصف الثمن، وإن مات العبد قبل

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

الرد لا يرجع إلا بنصف الثمن في هذا الموضوع أيضًا.
وأما بيع أرض القطيعة [فهو]^(١) جائز، وهي التي أقطعها الإمام لقوم وخصهم بها؛ لأنهم ملكوها بالقطيعة فيجوز بيعهم.

وأما بيع الأرض الإخارة، والأكارة، والإخارة هي الأرض الخراب يأخذها إنسان بأمر صاحبها فيعمرها ويزرعها، والأكارة الأرض التي في يد الأكرة.

فنقول: إن باعها صاحبها جاز لأنه مالك رقبته، وإن باع الذي له إخراجها [وأكارتها]^(٢) لا يجوز البيع؛ لأن له العمارة لا غير، وأنها لا تتقوم^(٣).

وإن باع الأرض وهي في عقد مزارعة آخر قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : المزارع أولى في حرثه من أيهما كان البذر فإن أجاز المزارع البيع فلا أجر لعمله.

وفي مجموع النوازل: إذا أجاز المزارع يكون كلا النصيبين للمشتري، يريد به إذا كان في الأرض غلة، وإن لم يجز لا يجوز البيع، وكذا في الكرم سواء ظهرت الثمار أم لم تظهر، هذا الفصل في الزندويستي.

وقيل: الجواب في مسألة الأرض على التفصيل: إن كان البذر من المزارع لا يجوز في حقه؛ لأنه يستأجر الأرض، وإن كان من رب الأرض وقد ألقى البذر لا يجوز، وإن كانت الأرض فارغة يجوز، وكذلك في الكرم إن لم تظهر الثمار يجوز البيع، وبه كان يفتي ظهير الدين - رحمه الله.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) المحيط البرهاني (٦/٣٤٥)، الفتاوى الهندية (٣/١١٢).

نوع آخر في بيع الحيوانات:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: ولا يجوز بيع السمك^(١) في حظيرة لا يستطيع الخروج منها إذا كان لا يؤخذ إلا بحيلة وبصيد^(٢)، وإن كان يؤخذ بغير صيد جاز البيع، والمشتري بالخيار إذا رآه.

يجب أن يعلم أن هذه المسألة على وجهين:

إما أن اجتمع فيها باحتياله واصطياده بأن كان اصطاده^(٣) ثم أرسله^(٤) في الحظيرة، وفي هذا الوجه إن كان لا يقدر على أخذه من غير احتيال واصطياد لا يجوز بيعه؛ لأنه عاجز عن تسليمه^(٥) فهو كبيع الآبق.

وإن كان يقدر على أخذه من غير احتيال جاز بيعه لأنه ملكه بالاصطياد فقد باع ملكه، وهو قادر على التسليم فيصح كما لو باع عبدا له قد أرسله في حاجته، وإن

(١) ورد النهي عن بيع السمك في الماء للغر وذلك من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غر» [أخرجه أحمد (٣٨٨/١) وصوب الدارقطني والخطيب وقفه. (التلخيص لابن حجر ٧/٣)]. وجمهور الفقهاء متفقون على أنه لا يصح بيعه قبل اصطياده، كما لا يصح بيعه إذا صيد ثم أُلقي في الماء بحيث لا يمكن أخذه إلا بمشقة، وأنه فاسد، لأنه بيع ما لم يملك، وفيه غرر كثير فلا يغتفر إجماعا، ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده، فأشبهه الطير في الهواء، كما أنه مجهول فلا يصح بيعه، كاللبن في الضرع والنوى في التمر.

ومذهب الحنفية أنه باطل - باصطلاحهم فيه - ومنهم من ذهب إلى أنه فاسد، إذا بيع بعرض؛ لأن السمك يكون حينئذ ثمنا والعرض مبيعا، وإذا دخلت الجهالة على الثمن كان البيع فاسدا، ولم يكن باطلا. فإن بيع بالدرهم والدنانير فهو باطل، لعدم الملك في المبيع، إذ يتعين كون السمك حينئذ مبيعا، والدرهم أو الدنانير ثمنا. وفيه صور من الجواز بشروط خاصة وأحكام.

ينظر: تبين الحقائق (٤٥/٤)، والشرح الكبير للدردير (٦٠/٣)، شرح الخرشبي (٥/٥) ٦٩، (٧٥)، والمغني (٢٧٢/٤)، الدر المختار ورد المختار (١٠٦/٤)، وحاشية القليوبي على شرح المحلي (١٥٨/٢).

(٢) في م: الصيد.

(٣) في أ: اصطادهن.

(٤) في أ: أرسلهن.

(٥) في أ: تسليمهن.

اجتمع في الحظيرة لا باحتياله واصطياده لا يجوز بيعه أمكن أخذه من غير اصطياد واحتيال أو لم يمكن؛ لأنه لم يحوزه فلم يملكه فقد باع ما ليس بمملوك.

فرع على هذا التفصيل^(١)، وهو ما إذا اجتمع في الحظيرة لا باحتياله فقال له: سد موضع دخول الماء، فصار بحالة لا يستطيع الخروج منها لا يجوز البيع عند [بعض]^(٢) المشايخ؛ لأنه لم يملكه؛ لأن هذا القدر ليس بإحراز فهو بمنزلة طير طار في بيت إنسان فسد الباب، والكوة، وهناك لا يصير محرراً له بهذا القدر ما لم يأخذه كذا هاهنا فلا ملك بدون الإحراز، وإنما باع ما لا يملك فلا يجوز.

وعند بعض المشايخ: يجوز البيع إذا أمكن أخذه^(٣) من غير اصطياد؛ لأنه بما فعل صار أخذاً له حكماً فصار ملكاً له بمنزلة ما لو وقع في شبكته فيجوز بيعه وهذا الخلاف إذا لم يهيم الحظيرة للاصطياد، فأما إذا هيأها ملكه بلا خلاف فيجوز^(٤). وفي كل موضع جاز بيع السمك في الماء إذا قبضه [والمشتري لم يره]^(٥) فله الخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره.

وإذا أخذ سمكة وجعلها في جب ماء فالجواب فيه على التفصيل الذي قلنا في الحظيرة، إن كان يقدر على أخذها من غير اصطياد جاز بيعها.

وإن كان في الحظيرة سمك وقصب باع السمك والقصب جملة، فإن كان لا يمكن أخذ السمك إلا بصيد فالبيع فاسد في الكل اصطاد السمك قبل ذلك أو لا، أما في السمك فلأنه باع ما لم يقدر على تسليمه، [وأما في القصب]^(٦) فلجهالة الثمن؛ لأن قيمة السمك مجهولة لا تدري إذا كان لا يؤخذ بغير صيد، وجهالة قيمة السمك توجب جهالة حصة القصب، فيفسد البيع في القصب بجهالة الثمن، وإن كان لا

(١) في أ: الفصل.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أخذهن.

(٤) زاد في أ: بيعهن.

(٥) في م: المشتري ورآه.

(٦) سقط في م.

يمكن أخذ السمك من غير صيد إن لم يكن اصطاد السمك قبل ذلك، فالبيع فاسد في السمك، وهل يفسد في القصب؟

قالوا: على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - يفسد؛ [لأن^(١)] قبول العقد في السمك يصير شرطاً لقبوله في القصب إذا كانت الصفقة واحدة، وقبول العقد في [السمك]^(٢) شرط فاسد، فيفسد العقد في القصب.

وعلى قياس قولهما: لا يفسد؛ لأن قيمة السمك معلومة إذا كان يؤخذ بغير صيد فتكون حصة القصب معلومة^(٣)، بالحزر والظن [إذا كانت]^(٤) الصفقة متحدة وما يعرف بالحزر يكون مجهولاً فهو نظير ما إذا اشترى عبيدين بألف درهم، فإذا أحدهما حر، وإن كان اصطاد السمك قبل ذلك، يجوز البيع في الكل عندهم جميعاً.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه الجملة في شرح كتاب الشفعة قبل باب [تسليم الشفعة]^(٥)، فإذا أراد أن يبيع الرجل برج حمام مع الحمام إن باع ليلاً، جاز؛ لأن في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج، ويمكن أخذه من غير احتيال فيكون بائعاً ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البيت لا يمكن أخذه إلا باحتيال فيكون [بائعاً]^(٦) ما لا يقدر على تسليمه.

وفي المنتقى: إذا باع طيراً في الماء أو سمكة فيه وهي^(٧) مما يرجع إليه، أو طيراً يطير في السماء فيرجع إليه، فالبيع جائز، ويسلمه إذا رجع إليه، وكذا الطير الذي ألف وهو داجن، ويرجع إليه، وإن^(٨) توحش بعد الإلف ولا يؤخذ إلا بصيد فباعه

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: والصحيح على أن قولهما يفسد العقد في القصب؛ لأن حصة القصب تصير معلومة.

(٤) في م: إذ.

(٥) في م: التسليم.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وهو.

(٨) في م: وإذا.

لم يجز بيعه .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ولا يجوز بيع النحل^(١) ، وقال : إنما النحل بمنزلة الزنبور ، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : يجوز بيعه إذا كان مجموعا ، وجه قول محمد : أن هذا حيوان ينتفع به ويتمول فيصح بيعه ، وإن لم يؤكل كالحمار والبغل .
ولأبي حنيفة : أن النحل لا ينتفع بعينه ، وإنما ينتفع بما يحدث منه^(٢) فقبل

(١) اختلف الفقهاء في بيع النحل ، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجوز بيعه منفردا عن كوارته ؛ لأنه حيوان طاهر يخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس ، فهو كبهيمة الأنعام ، ويصح بيعه خارجا عن كوارته ومعها ، بشرط كونه مقدور التسليم ، فإن لم يكن مقدور التسليم لم يصح بيعه للغرر . وفارق سائر الطيور التي لا يجوز بيعها وهي خارج قفصها ؛ لأن النحل لا يأكل عادة إلا بما يراعاه ، فلو توقف صحة بيعه على حسبه لربما أضر به وتعدر بيعه . ويشترط في صحة بيع النحل أن يكون يعسوبه - وهو أميره - في الكوارة ، وأن يشاهد جميعه ، وإلا فهو من بيع الغائب ، وتجري فيه أحكامه . وقال الإمام النووي : إن باعه وهو طائر في الهواء فوجهان عند الشافعية ، والأصح الصحة .

وقال الحنفية : لا يصح بيع النحل إلا إذا كان في كوارته غسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل ، فيصح بيعه تبعا للعسل ؛ لأنه ليس بمنتفع به ، فلم يكن مالا بنفسه ، بل بما يحدث منه من العسل وهو معدوم عند بيع النحل وحده ، حتى إنه لو باع النحل مع الكوارة وفيها عسل ، يجوز بيعه تبعا للعسل . ويجوز ألا يكون الشيء محلا للبيع بنفسه منفردا ، ويكون محلا للبيع مع غيره كبيع الشرب مع الأرض . وروي عن محمد بن الحسن أنه يجوز منفردا ؛ لأنه حيوان منتفع به فيجوز بيعه .

وأجاز المالكية بيع النحل ، فقد جاء في حاشية الزرقاني نقلا عن الحطاب : ونحل الأجباح لا خلاف في جواز بيعه جزافا ؛ لمشقة عده ، وظاهره أنه يباع بدون الأجباح . وقال الشيخ أحمد الزرقاني : لا يباع بدونها ، وقال البرزلي : إن اشترى الأجباح دخلت النحل ، وكذا العكس . ولا يدخل العسل في الوجهين ، قاله ابن رشد وعليه الأجهوري . ويجمع بين ما قاله الحطاب وما قاله أحمد الزرقاني بحمل الجواز على بيعه حالة كونه في الجبج ، بدليل قوله : لمشقة عده ، وحمل ما قاله أحمد الزرقاني من المنع على ما إذا كان طائرا منها لعدم القدرة عليه .

ينظر : مغني المحتاج (٢/ ١٣) ، (٣/ ٣٥٠) ، وحاشية القليوبي (٢/ ١٥٨) ، وكشاف القناع (٣/ ١٥٢ ، ١٥٣) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠) ، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤) ، حاشية الزرقاني (٥/ ٣٢ ، ٣٣) .

(٢) زاد في م : قبل .

الحدوث لا يكون منتفعا [به]^(١)، والعين يصير مالا محلا للبيع لكونه منتفعا به؛ ولأنه من جملة الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور.

وذكر القدوري في شرحه: إذا كان في كوراتها عسل فاشترى الكورات بما فيها من النحل جاز عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وأبي يوسف - رحمه الله - أيضًا، ويدخل النحل في البيع تبعًا للعسل.

وأكثر أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - جواز بيع النحل مع العسل، وقال: إنما يدخل الشيء في العقد تبعًا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب، وهذا ليس من حقوقه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله -: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية: «مرعل» يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله - لحاجة الناس فإن [الناس]^(٢) يتمولون به.

وفي القدوري: ويجوز بيع دود القز إن ظهر القز فيه، وإن لم يظهر لا يجوز، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وقال محمد - رحمه الله -: يجوز البيع وإن لم يظهر فيه القز لما قلنا في النحل. قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته: والفتوى على قول محمد - رحمه الله -.

وأما بيع بذر دود القز فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأنه غير [منتفع به]^(٣) باعتبار ذاته بل باعتبار غيره، وذلك الغير معدوم.

[وعندهما]^(٤): يجوز اعتبارًا للعادة؛ لأنه يتولد منه ما هو منتفع به فصار كبذر البطيخ فيجوز بيعه.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ممتنع.

(٤) سقط في م.

والصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته اختار قولهما .
ولا يجوز بيع هوام الأرض كالحية، والعقرب^(١)، والوزغ، وما أشبه ذلك؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء حرام، ومحلية البيع يعتمد جواز الانتفاع بها.
ولا يجوز بيع ما يكون في البحر كالضفدع^(٢) والسرطان إلا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه .

فالحاصل: أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع.

وسياتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى .

وأما بيع الكلب وأشباهه [فقد]^(٣) ذكر القدوري - رحمه الله - : بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز، معلما كان أو غير معلم في رواية الأصل .
ولا شك في جواز بيع الكلب المعلم^(٤)؛ لأنه آلة للحراسة والاصطياد، [فيكون

(١) العقرب: دويبة من العنكبوت، ذات سم تلسع. ينظر: المنجد في اللغة والأعلام ص (٥١٩)، حياة الحيوان (١٣٥/٢).

(٢) الضفدع: حيوان برمائي ذو نقيق، يقال للذكر والأنثى، والجمع: ضفادع ويقال نقت ضفادع بطنه إذا جاع. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (ضفدع) (٥٤١/١).

(٣) سقط في م.

(٤) اتفق الفقهاء على حرمة بيع الكلب غير المنتفع به، لكنهم اختلفوا في إباحة بيع الكلب المنتفع به على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز بيع الكلب المنتفع به للصيد أو الحرث أو غيره وإباحة ثمنه وإلى هذا القول ذهب الحنفية.

القول الثاني: لا يجوز بيع الكلاب مطلقا منتفعا بها أو غير منتفع بها وإلى هذا القول ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية، والمشهور عن مالك، والحنابلة، والظاهرية.

القول الثالث: يجوز بيع الكلب المنتفع به للصيد أو الحراسة أو الزرع فقط، وإلى هذا ذهب ابن كنانة وسحنون من المالكية.

ينظر: بدائع الصنائع (١٤٣/٥)، وشرح فتح القدير (١١٨-١٢١/٧)، البحر الرائق (١٠٩/١)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٧٠/٦)، تحفة المحتاج (٢٣٤/٤، ٢٣٥)، المجموع شرح المذهب (٢٢٧/٩)، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، محمد بن علي تقي الدين، ابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة (١٢٦/٢)، الفواكه الدواني (٩٤/٢)، المغني (١٧١/٤)، كشف القناع (١٥٤/٣)، الكافي في فقه أهل المدينة (٦٧٤/٢، ٦٧٥)، المحلى (١٧٥/٦).

محلا للبيع، إلا أنه جاز بيع البازي المعلم، وإنما جاز؛ لأنه آلة الاصطياد^(١) وهذا لأنه إذا كان آلة للحراسة والاصطياد، كان منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا؛ لأن المال غير الآدمي خلق لمنافع الآدمي، والمال محل للبيع.

وأما بيع الكلب غير المعلم، فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إذا كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه.

قال محمد - رحمه الله - : هو الصحيح من المذهب؛ وهذا لأنه إذا كان يقبل التعليم كان منتفعا به، فيكون مالا محلا للبيع.

الدليل عليه أنه ذكر في النوادر: أنه لو باع الحر وجاز لأنه يقبل التعليم، [وهذا يبين لك أن غير المعلم إذا كان يقبل التعليم، فهو والمعلم سواء في حق محلية البيع، وإنما لا يجوز بيع الفهود الذي لا يقبل التعليم، وهكذا يقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم]^(٢) ويصطاد به أنه يجوز بيعه، وإن كان لا يقبل التعليم [ولا يصطاد]^(٣) به لا يجوز البيع.

قال: والفهد والبازي يقبلان التعليم على كل حال فيجوز بيعهما على كل حال، وأما القرد فقد اختلفت الروايات^(٤) فيه عن أبي حنيفة - رحمه الله . روى الحسن عنه: أنه يجوز بيعه.

وروى أبو يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز بيعه.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : أكره بيعه.

وروى ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : أنه يجوز بيعه^(٥).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: والاصطياد.

(٤) في م: الرواية.

(٥) اتفقت المذاهب على عدم جواز بيع سباع البهائم والطيور، إذا كانت مما لا ينتفع به بحال. فإن كانت مما ينتفع به جاز بيعه إلا الخنزير، فإنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به، فكذلك لا يجوز بيعه. لكنهم ذهبوا مذاهب في تفسير النفع الذي يجيز بيع السباع:

فالحنفية - في ظاهر الرواية من مذهبهم - والمالكية في الراجح من المذهب، ذهبوا إلى إطلاق النفع، ولو بالجلد، وبدون تفرقة بين المعلم وغيره. ومن نصوص الحنفية في هذا: صح بيع الكلب ولو عقورا، والفهد والفيل والقرد، والسباع بسائر أنواعها، حتى الهرة، وكذا الطيور، أي: الجوارح منها، علمت أو لا، سوى الخنزير، وهو المختار، للانتفاع بها وبجلدها. وعلل الزيلعي أيضا جواز بيعها بجواز الانتفاع بها شرعا، وبقبولها للتعليم عادة، ثم طرح هذا الضابط قائلا فيه: وكل منتفع به شرعا، في الحال أو في المآل، وله قيمة. . . جاز بيعه، وإلا فلا، وقال الحصكفي: جواز البيع يدور مع حل الانتفاع. وقال الباربرتي: وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع، ثبت في الفهد والنمر والذئب. بخلاف الهوام المؤذية، كالحيات والعقارب والزنابير، لأنها لا ينتفع بها. وكذا غير المؤذية من هوام الأرض: كالخنافس والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب، أو من البحر، كالضفدع والسرطان.

وأما مذهب المالكية فهو أن بيع الهر والسبع للجلد جائز، وأما للحم فقط، أو له وللجلد فمكروه. وهذا مبني على حكم لحم السباع عندهم. وأما سباع الطير ذوات المخالب، فلحمها مباح عندهم، كالباز والعقاب والرخم، وكرهوا الوطواط. وأما سباع البهائم، فلهم فيها ثلاثة أقوال: الكراهة. والمنع. والتفرقة بين العادي - الذي يعدو على الأدمي - كالأسد والفهد والنمر والذئب، فيحرم. وبين غير العادي، كالدب والثعلب والضبع والهر مطلقا، فيكره. لكن الذي في مختصر خليل كراهتها، حتى الفيل عنده - وفي عهده، كما قالوا - .

وأما الشافعية: فقد فسروا النفع بنحو الصيد والحراسة، ولو مآلا، بأن يرجى تعلم الحيوان. أما ما لا نفع فيه فلا يصح بيعه، الفواسق الخمس، وكذا ما لا يرجى تعلمه للصيد، لكبره مثلا. فالفهد ينتفع به للصيد، والفيل للقتال، والقرد للحراسة، والهررة الأهلية لدفع نحو فأر، والعندليب للأنس بصوته، والطاووس للأنس بلونه. وكتب الشيخ عميرة على قول النووي في منهاجه: فلا يصح بيع الحشرات وكل سبع لا ينفع. مبينا خصال انتفاء النفع، بقوله: مثل: ألا يؤكل، ولا يصال ولا يقاتل عليه، ولا يتعلم، ولا يصلح للحمل. كما قرر أن انتفاء النفع قد يكون حسا، وقد يكون شرعا، وأن انتفاء النفع ينفي المالية، فأخذ المال في مقابلته قريب - كما نقله عن الرافعي - من أكل المال بالباطل.

وأما الحنابلة فقد ذهبوا - كما في رواية عن أبي يوسف من الحنفية اعتمدها السرخسي إلى أنه لا يصح بيع ما لا يصلح للاصطياد، ولا يقبل التعليم بحال:

ومثل الحنابلة لما لا يصلح للاصطياد بالأسد والذئب والنمر والدب، وبالرخم والحدأة والغراب الأبقع والنسر والعققع وغراب البين، وبيضها، لأنه لا نفع فيه، فأخذ ثمنه أكل للمال بالباطل، ولأنه ليس فيها نفع مباح كالحشرات، فأشبهت الخنزير. فأما ما يصلح للاصطياد، كالفهد وكالصقر والباز، بأن كانت معلمة أو قابلة للتعليم، فإن فيها نفعاً مباحاً، فيصح بيعها، وبيع أولادها وفراخها، وبيضها لاستفراخه، فينتفع به مآلا. ومع

وبيع الفيل جائز؛ لأنه منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات.
وأما الهرة فقد ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح السير أنه يجوز بيعها.
وسئل عطاء بن أبي رباح عن ثمن الهرة؟ فقال: لا بأس به. والله أعلم.



ذلك نصوا على جواز بيع القرد، للحفاظ لا للعب؛ لأن الحفظ - كما قالوا - من المنافع المباحة.

ومثل الحنفية للمروى عن أبي يوسف: الأسد، إن كان يقبل التعليم ويصطاد به، يجوز بيعه وإلا فلا. الفهد والبازي يقبلان التعليم، فيجوز بيعهما على كل حال. النمر - كما يقول الكمال - لا يقبل التعليم لشراسته، فلا يجوز بيعه بحال، وكذا الكلب العقور على التخصيص عند أبي يوسف. القرد، فيه روايتان عن أبي حنيفة: الأولى: جواز بيعه لإمكان الانتفاع بجلده، وهي رواية الحسن عنه، وصححها الزيلعي.

والأخرى: لا يجوز بيعه، لأنه للتلهي، وهو محظور، فكان بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز. وصحح هذا الكاساني، وبنى عليه ابن عابدين أنه لولا قصد التلهي لجاز بيعه. لكن قصد التلهي يقتضي الكراهة، لا عدم الصحة، كما قال الحصكفي.

ينظر: الدر المختار (١١١/٤، ٢١٤)، والشرح الكبير، للدردير (١١/٣)، (١٣/٤)، وتحفة المحتاج (٢٣٨/٤)، وبدائع الصنائع (١٤٢/٥، ١٤٣)، تبيين الحقائق (١٢٦/٤)، العناية شرح الهداية (٢٤٧/٦)، وفتح القدير (٢٤٥/٦، ٢٤٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١٥/٢، ١١٧)، شرح المنهج وحاشية الجمل عليه (٢٥/٣، ٢٦)، حاشية عميرة على شرح المحلي، في ذيل حاشية القليوبي عليه (١٥٨/٢)، كشف القناع (١٥٣/٣، ١٥٦).

نوع في بيع المحرمات:

ولا يجوز بيع ذبيحة المجوسي، والمرتد وغير الكتابي، وكذلك لا يجوز بيع ما تركت التسمية عليه عمدا ويجوز بيع ذبائح أهل الكتاب، وهو على ما قلنا: إن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع، ولا يحل^(١) الانتفاع بذبحة المجوسي والمرتد، وغير الكتابي، وما تركت التسمية عليه عمدا فلا يجوز بيعها.

ويجوز الانتفاع بذبائح أهل الكتاب فيجوز بيعها، وسيأتي بعد هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - في ذبيحة المجوس بخلاف ما ذكر هاهنا.

وفي العيون: ولا بأس ببيع عظام الفيل وغيره من الميتة؛ لأن الموت لا يحل العظام ولا دم فيه ولا يتنجس فيجوز بيعه. إلا عظم الآدمي والخنزير فإن بيعهما لا يجوز.

قالوا: هذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، فأما إذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه، وفيه نظر.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا ذبح كلبه وباع لحمه، جاز، وكذا إذا ذبح حماره وباع لحمه، جاز، وهذا فصل اختلف فيه المشايخ بناء على اختلافهم في طهارة هذا اللحم بعد الذبح، واختاره^(٢) الصدر الشهيد على طهارته. ولو ذبح الخنزير وباع لحمه لا يجوز؛ لأن لحم الكلب المذبوح والحمار المذبوح منتهق به، لأنه يجوز أن يطعم سؤره لأنه طاهر، ولا كذلك لحم الخنزير لأنه ليس بمنتهق به؛ لأنه ليس [له أن يطعم سؤره]^(٣) لأنه نجس.

وفرق في الكلب والحمار بين ما إذا كانا مذبوحين، وبين ما إذا كانا ميتين، فلم يجز بيع لحمهما إذا كانا ميتين؛ لأن لحم الميت ليس بمنتهق به إذ ليس له أن يطعم

(١) في م: يجوز.

(٢) في م: واختيار.

(٣) سقط في م.

سؤره. قال عليه السلام: «لا تنتفعوا من الميتة بشيء»^(١).

(١) أخرجه الشافعي في «سنن حرملة» كما في «تلخيص الحبير» (٤٦/١)، وأحمد (٤/٣١٠)، (٣١١)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (١٦٧/٧)، وأبو داود (٤/٣٧٠، ٣٧١): كتاب اللباس: باب من روى ألا ينتفع بإهاب الميتة، الحديث (٤١٢٧) و (٤١٢٨)، والترمذي (٤/٢٢٢): كتاب اللباس: باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، الحديث (١٧٢٩)، والنسائي (٧/١٧٥): كتاب الفرع والعتيرة: باب ما يدبغ به جلود الميتة، وابن ماجه (٢/١١٩٤): كتاب اللباس: باب من قال لا ينتفع من الميتة لا بإهاب ولا عصب، الحديث (٣٦١٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/٤٦٨): كتاب الصلاة: باب دبغ الميتة، والبيهقي (١٤/١): كتاب الطهارة: باب في جلد الميتة.

وعزه الحافظ في «التلخيص» (٤٧/١) أيضا للدارقطني، وابن حبان، ورواه ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ (ص ١١٣) من حديث عبد الله بن عكيم قال: قرئ علينا كتاب رسول الله ﷺ ألا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب. وعند بعضهم: «قبل موته بشهر». وقال الترمذي: هذا حديث حسن، ويروى عن عبد الله بن عكيم عن أشياخ لهم وليس العمل على هذا عند أكثر أهل العلم، وقد روي هذا الحديث عن عبد الله بن عكيم أنه قال: أتانا كتاب النبي ﷺ قبل وفاته بشهرين قال: سمعت أحمد بن الحسن يقول: كان أحمد بن حنبل يذهب إلى هذا الحديث لما ذكر فيه قبل وفاته بشهرين، وكان يقول: كان هذا آخر أمر النبي ﷺ ثم ترك أحمد بن حنبل هذا الحديث لما اضطربوا في إسناده حيث روى بعضهم فقال: عن عبد الله بن عكيم عن أشياخ لهم من جهينة. قال ابن حجر في «التلخيص» (١/٤٧): وقال الخلال: لما رأى أبو عبد الله تزلزل الرواة فيه توقف فيه.

وقال: ومحصل ما أجاب به الشافعية وغيرهم عنه التعليل بالإرسال: وهو أن عبد الله بن عكيم لم يسمعه من النبي ﷺ والانقطاع بأن عبد الرحمن بن أبي ليلى لم يسمعه من عبد الله بن عكيم والاضطراب في سنده فإنه تارة عن كتاب النبي ﷺ وتارة عن مشيخة من جهينة وتارة عن من قرأ الكتاب والاضطراب في المتن فرواه الأكثر من غير تقييد ومنهم من رواه ب قيد شهر أو شهرين أو أربعين يوما أو ثلاثة أيام والترجيح بالمعارضة بأن الأحاديث الدالة على الدبغ أصح. اهـ.

وفي الباب عن ابن عمر وجابر:

قال ابن شاهين في «الناسخ والمنسوخ» (ص ١١٥): وقد روى عبد الله بن عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، عن رسول الله ﷺ بمثل ما كتب به النبي ﷺ إلى أرض جهينة اهـ.

حديث ابن عمر أخرجه ابن شاهين (رقم ١٥٢) بلفظ: نهى رسول الله ﷺ أن ينتفع من الميتة بعصب أو إهاب.

قال الحافظ في «التلخيص» (٤٨/١): وفيه عدي بن الفضل وهو ضعيف.

حديث جابر: أخرجه ابن شاهين (١٥٣) من طريق زمعة بن صالح عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ينتفع من الميتة بشيء».

وذكره الحافظ في «التلخيص» (٤٨/١) وعزه إلى ابن وهب في «مسنده»، وقال: وزمعة

وأما لحوم السباع فقد ذكر القدوري - رحمه الله - : أنه ذكر في الأصل أنه لا يجوز بيعها من غير فصل .

وروي عن أبي حنيفة: أنه يجوز بيعها إذا ذبحت .

وفي الفتاوى: إذا كان السبع ميتا لا يجوز بيع لحمه بلا خلاف، وإن كان مذبوحة فيه اختلاف المشايخ .

قال بعضهم: لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر، والفقيه أبو الليث؛ لأن على قولهما: هذا اللحم نجس .

وقال بعضهم: يجوز^(١)؛ لأن هذا اللحم طاهر، وهو اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - .

وروى إسماعيل بن حماد، وابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز بيعها^(٢) .

وأما جلود السباع والحمير والبغال فما كانت مذبوحة جاز بيعها، وما كانت بخلافه لم يجز، وهذا بناء على أن الجلود كلها تطهر بالذكاة أو بالدباغ إلا جلد الإنسان والخنزير، وإذا طهرت بالدباغ أو بالذكاة جاز الانتفاع بها فتكون محلا للبيع . أما بدون الدباغ والذكاة لا تطهر فلا يجوز الانتفاع بها فلا تكون محلا للبيع .

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أن هذه الجلود إنما تطهر بالذكاة [إذا كانت الذكاة]^(٣) مع التسمية، وبدون التسمية لا تطهر .

[وأما]^(٤) شعر الميتة وعظمها وصوفها وقرنها فلا بأس بالانتفاع به، وبيع ذلك كله جائز؛ لأنه لا حياة في هذه الأشياء فلا يحلها الموت فلا تنتجس .

= ضعيف . ورواه أبو بكر الشافعي من طريق أخرى قال الشيخ الموفق: إسناده حسن .

(١) زاد في م: البيع .

(٢) زاد في م: وإن كانت مذبوحة .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في أ .

وأما العصب ففيه روايتان، في رواية: جاز الانتفاع به وبيعه؛ لأنه طاهر، فقد صح أن رسول الله ﷺ «استعمله في إصلاح القوس»^(١) ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأن الخنزير عينه نجس بجميع أجزائه منع الشرع عن الانتفاع به إهانة لعينه، واستقباحا لذاته، وفي البيع إعزاز له، إلا أنه رخص للجواز للانتفاع به من حيث الخرز لأجل الضرورة، [ومواضع الضرورة]^(٢) مستثناة عن قواعد الشرع.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه كره الانتفاع به للخرازين؛ لأنه نجس ولا ضرورة في الانتفاع؛ لأن الخرز يحصل بغيره، وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبا ولا خفا خرز من شعر الخنزير^(٣).

وشعر الآدمي طاهر ولا يجوز الانتفاع به، وروي عن محمد - رحمه الله - : أنه جوز الانتفاع به.

ويجوز بيع السرقين والانتفاع به، وأما العذرة فلا يجوز الانتفاع بها ما لم تخلط بالتراب ويكون غالبا، وهذا لأن محلية البيع بالمالية، والمالية بالانتفاع، والناس اعتادوا الانتفاع بالبعر والسرقين من حيث الإلقاء في الأرض لكثرة الرعي، أما ما اعتادوا الانتفاع بالعذرة ما لم تكن مخلوطة بالتراب ويكون التراب هو الغالب.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : أفسده الحرام والغالب عليه الحلال^(٤)، فلا بأس أن يبيعه ويبين ذلك، فلا بأس بالانتفاع به كالفأرة تقع في السمن والعجين وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته، وكذلك^(٥) الزيت إذا وقع فيه ودك الميتة، فإن كان الزيت غالبًا جاز بيعه، وإن كان الودك غالبا لم يجز.

والمراد من الانتفاع حال غلبة الحلال الانتفاع في غير الأبدان، فأما في الأبدان

(١) لم أقف عليه.

(٢) سقط في م.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٣٥٠).

(٤) في م: الحرام.

(٥) في أ: ولا كذلك.

فلا يجوز الانتفاع به .

ويجوز بيع البربط والطلب والمزمار والدف والنرد^(١)، وأشباه ذلك في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وعندهما: لا يجوز بيع هذه الأشياء قبل الكسر .

ذكر المسألة في إجازات الأصل من غير تفصيل .

وذكر في السير الكبير تفصيلاً على قولهما فقال: إن باعها^(٢) ممن لا يستعملها ولا يبيعها هذا المشتري ممن يستعملها فلا بأس ببيعها قبل الكسر، وإن باعها ممن يستعملها [أو لبيعها]^(٣) هذا المشتري [ممن يستعملها]^(٤) لا يجوز بيعها قبل الكسر .

[قال]^(٥) شيخ الإسلام: ما ذكر من الإطلاق في الأصل محمول على التفصيل المذكور في السير، فوجه قولهما: أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فسقطت ماليتها

(١) اختلف العلماء في بيع آلات الملاهي بناء على اختلافهم في حكم الغناء على قولين: القول الأول: لا يجوز بيع آلات اللهو والغناء، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: يجوز بيع آلات الملاهي ويصح العقد عليها، وإلى هذا ذهب الظاهرية. ينظر: الهداية (٣/٢٤٠)، البحر الرائق (٨/٢١٤)، حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح (١/٢١٥)، شرح فتح القدير (٧/٤٠٩)، بدائع الصنائع (٤/١٨٩)، العناية في شرح الهداية (٧/٤٠٨)، التاج والإكليل (٨/١٦٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٦٦)، ١٦٧، الفواكه الدواني (٢/٢٩٨)، مغني المحتاج (٦/٣٤٧، ٣٤٨)، روضة الطالبين (١١/٢٢٧، ٢٢٨)، أسنى المطالب (٤/٣٤٤)، المهذب (٢/٣٢٦، ٣٢٧)، تحفة المحتاج (١٠/٢١٨)، حاشية الجمل (٥/٣٨٠)، حاشيتا قلوبوي وعميرة (٤/٣٢١)، المبدع (١٠/٢٢٧)، الفروع (٦/٥٧٤)، الإنصاف للمرداوي (١٢/٥١)، الكافي في فقه ابن حنبل (٤/٥٢٦)، المغني (١٠/١٧٤، ١٧٥)، غذاء الألباب في شرح منظومة الآداب (١/١٥٢)، المحلى (٧/٥٥٩).

(٢) في أ: باعهما.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

وألحقت بالعدم، ومن شرط جواز البيع المالية.
ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن هذه الآلات ليست بمحرمة العين وكونها آلة المعصية إنما توجب سقوط التقويم^(١)، والمالية إذا كانت متعينة للمعصية.
وهذه الأشياء لم تتعين آلة للمعصية؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء ممكن بوجه حلال بأن يجعل الرد سنجات^(٢)، والبربط والطبل والدف ظروف الأشياء، وإذا لم تكن متعينة للمعصية فلا يسقط تقومها [وماليتها حتى جاز بيعها وتقومها]^(٣) كالمتعينة، فإنه لا يتصور الانتفاع بعينها بطريق حلال لا يسقط تقومها وماليتها [حتى جاز بيعها كذا هنا]^(٤).

وذكر أبو الحسن - رحمه الله - في الجامع المنسوب إليه في ذبيحة المجوس:
وكل شيء يعملونه هو عندهم ذكاة كالتخنيق والضرب حتى يموت فإنه يجوز البيع بينهم عند أبي يوسف - رحمه الله -، ولو استهلكها مسلم ضمن القيمة وليس كالميت حتف أنفه.

وقال محمد - رحمه الله - : هو والميت حتف أنفه سواء؛ لأن الذكاة فعل شرعي، فإذا لم يكن الفاعل من أهله صار الذبح من حتفه، والموت حتف أنفه سواء.

ولأبي يوسف - رحمه الله - : أنهم يتمولون [ذبائحهم كما يتمولون]^(٥) الخمر ونحن أمرنا [ببناء]^(٦) الأحكام على اعتقادهم وأن نتركهم وما يدينون، وظهر حكم دياناتهم في حقهم بخلاف الميت حتف أنفه؛ لأنه ليس بمال في حق أحد.

(١) في أ: التقوم.

(٢) في م: سبحات.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

[وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يجوز بيع الأشربة المحرمة كلها إلا الخمر والخنزير وعلى مستهلكها الضمان^(١)][^(٢)].

وقال أبو يوسف، ومحمد رحمهما الله: لا يجوز بيعها ولا ضمان على مستهلكها لأنه حرم شربها، وقد قال عليه السلام: «إن الله إذا حرم شرب شيء حرم بيعه وأكل ثمنه»^(٣) أوجب تحريم البيع عند تحريم الشرب، وفيه إشارة إلى سقوط التقوم وذلك شرط لوجوب الضمان.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن حرمة هذه الأشربة ما ثبتت على طريق التعيين بل بالاجتهاد الذي يوجب العمل دون العلم فلا يوجب [سقوط]^(٤) التقوم والمالية للذين كانا من قبل، والحديث منصرف إلى ما ثبتت فيه الحرمة قطعاً وهو الخمر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في العصير إذا ذهب ثلثه^(٥) [واشتد: أنه]^(٦) لا يجوز بيعه بخلاف المنصف.

(١) نقل ابن عبد البر رحمه الله تعالى الإجماع على تحريم بيع الخمر فقال: «لا يحل لمسلم بيع الخمر ولا التجارة فيها». وقال ابن قدامة: «ولا يجوز بيع الخمر، ولا التوكيل في بيعه، ولا شراؤه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز». وقال ابن حجر: «وأجمعوا على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير».

ينظر: الاستذكار (٣١٧/٢٤)، المغني (٣٢٠/٦)، فتح الباري (٤٢٦/٤).

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه أحمد (٢٤٧/١)، (٢٩٣)، وأبو داود ٣٠٢/٢ كتاب البيوع باب في ثمن الخمر والميتة (٣٤٨٨)، والبيهقي ١٣/٦ كتاب البيوع باب تحريم بيع ما يكون نجسًا، كلهم من طريق أبي الوليد عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالساً عند الركن قال: فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: «لعن الله اليهود، ثلاثاً، إن الله تعالى حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه».

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: ثلاثه.

(٦) في أ: واستدانه.

نوع آخر: في بيع الجنس بالجنس:

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : ويجوز بيع الرطب بالتمر متساويًا كيلا، ولا يجوز متفاضلاً^(١).

(١) ورد النهي عن بيع الرطب بالتمر في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، أن النبي ﷺ: سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أينقص الرطب إذا جف؟» قالوا: نعم، قال: «فلا إذا» [أخرجه النسائي (٢٦٩/٧)، ونقل ابن حجر تصحيح ابن المديني له في بلوغ المرام، ص (١٩٣)]، وفي رواية أنه قال: «لا يباع رطب بياض» [أخرجه البيهقي (٢٩٥/٥) من حديث عبد الله بن أبي سلمة مرسلًا. ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي أنه قال: وهذا مرسل جيد، وهو شاهد لحديث سعد بن أبي وقاص يعني المتقدم. (نصب الراية ٤٣/٤) وهو كلام البيهقي كذلك]، ولا يستجيز جمهور الفقهاء: مالك والشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية هذا البيع، ونحوه: كالعنب بالزبيب، واللبن بالجبن، والحنطة الرطبة باليابسة، وذلك للحديث المذكور، قالوا: وفيه إشارة إلى أن المماثلة تعتبر عند الجفاف، وإلا فالنقص أوضح من أن يسأل عنه، وهي مجهولة الآن؛ ولأنه جنس فيه الربا، يبيع بعضه ببعض، على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان، فلم يجز. وعبرة الخرقى: ولا يباع شيء من الرطب بياض من جنسه، إلا العرايا. وربما اعتبره بعض المالكية من المزبنة، وهي - بتفسير ابن جزى - بيع شيء رطب بياض من جنسه، سواء أكان ربويا أم غير ربوي، فتمتنع في الربوي، لتوقع التفاضل والغرر، وتمتنع في غير الربوي للنهي الوارد عنها في الحديث، وللغرر. وتنفرد أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - بالقول بالجواز - كما يقول الكمال ابن الهمام ومتون الحنفية عليه. ونص الحصكفي على أنه: يجوز بيع رطب برطب، أو بتمر متماثلاً. . في الحال لا المأل، خلافا لهما، فلو باع مجازفة لم يجز اتفاقاً. وقد استدلل أبو حنيفة بحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد». [أخرجه مسلم (٢/١٢١١)] ففي وجه الاستدلال بهذا الحديث يقول أبو حنيفة: الرطب: إما أن يكون تمراً، أو لا يكون. فإن كان تمراً، جاز العقد عليه، لقوله في أول الحديث: التمر بالتمر، وإن كان غير تمر، جاز العقد عليه أيضاً، لقوله في آخر الحديث: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم. ولم يأخذ بحديث النهي السابق لأنه دائر على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وهو مجهول وعلى تقدير صحته، فقد ورد بلفظ نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة [أخرجه أبو داود (٦٥٨) وأعله الدارقطني والزيلعي بجهالة أحد رواته. (نصب الراية ٤/٤٣)] وهذه زيادة يجب قبولها.

ينظر: شرح المحلي على المنهاج (١٧٠/٢)، وتحفة المحتاج (٢٨١/٤)، المغني (٤/١٣٢)، شرح المنهج بحاشية الجمل (٥٦/٣)، والشرح الكبير للدردير (٥٢/٣)، والقوانين

وعندهما: لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متساويا [كيلا ومتفاضلا]^(١).
 فالأصل: أن كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه إن كانت المجانسة بينهما قائمة من
 وجه دون وجه لا يكتفى بالمماثلة الحالية لجواز البيع، عرف ذلك بالحديث
 المعروف وهو قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثلا^(٢) بمثل كيلا^(٣) بكييل،
 والذهب بالذهب مثلا^(٤) بمثل وزنا^(٥) بوزن»^(٦) قيد الجواز بالمماثلة الحالية [إذا
 كانت المجانسة قائمة للحال من كل وجه.

بعد هذا قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : التمر جنس الرطب من وجه
 دون وجه كان بعض معاني الرطب فاتت بالجفاف، والبعض باق؛ فلا يكتفى
 بالمماثلة الحالية^(٧) لجواز البيع.

= الفقهية، ص (١٦٨، ١٦٩)، الدر المختار (١٨٥/٤)، فتح القدير (١٦٨/٦، ١٦٩)،
 وتبيين الحقائق (٩٢/٤)، ٩٣ وبدائع الصنائع (١٨٨/٥).

- (١) سقط في أ.
- (٢) في م: مثل.
- (٣) في م: كيل.
- (٤) في م: مثل.
- (٥) في م: وزن.
- (٦) أخرجه مسلم (١٢١/٣) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث (١٥٨٧/٨٠)، وأبو داود (٦٤٣/٣) كتاب البيوع، باب: في الصرف، حديث (٣٣٤٩)،
 والترمذي (٥٤١/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، حديث (١٢٤٠)،
 والنسائي (٢٧٤/٧، ٢٧٥) كتاب البيوع، باب: بيع البر بالشعير، وابن ماجه (٧٥٧/٢) كتاب التجارات، باب: الصرف (٢٢٥٤)، وأحمد (٣١٤/٥)، والدارمي (٢/٢٠٨، ٢٥٩)
 كتاب البيوع، باب: في النهي عن الصرف، والدارمي (٢/٢٥٩) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الصرف،
 والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/٦٦)، وابن الجارود رقم (٦٥)، والدارقطني (٢٤/٣) كتاب البيوع، حديث (٨٢)، والبيهقي (٥/٢٧٧، ٢٧٨). وقال الترمذي: حسن صحيح.
- عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ،
 وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمَلْحُ بِالمَلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ،
 يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ؛ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ».
- (٧) سقط في أ.

فأبو حنيفة - رحمه الله - قال: المجانسة بين الرطب [والتمر]^(١) قائمة من كل وجه؛ لأنها كانت ثابتة من كل وجه قبل الجفاف [لاتحاد الاسم واتحاد المنفعة، وبعد الجفاف الاسم متحد؛ لأن الرطب يسمى تمرا، وبالجفاف]^(٢) لا يزول^(٣) جنس منفعتة بأصلها فإنه يجيء من التمر [جميع]^(٤) ما يجيء من الرطب، إنما يتمكن ضرب^(٥) نقصان، والمجانسة إذا كانت ثابتة من كل وجه [فإنما تزول من كل وجه إذا فات جنس]^(٦) منفعة بأصلها كما في الحنطة مع الدقيق، فإن بالطحن يفوت جنس منفعة أصلا وهي منفعة الزراعة واتحاد الهريسة وكما في المقلية مع غير المقلية؛ لأن بالقلي يفوت جنس منفعتها^(٧) أصلا وهي منفعة الزراعة، وهاهنا لم يفوت جنس منفعة بأصلها فكانت المجانسة ثابتة من كل وجه^(٨) فيكتفى بها لجواز البيع.

وأما بيع الرطب بالرطب يجوز إن^(٩) تساويا كيلا عند علمائنا رحمهم الله. وكذلك بيع الباقلاء الرطبة بباقلاء [رطبة]^(١٠).

وأما بيع البسر بالتمر فله ذكر في الكتب، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في بيوعه: أنه يجوز بالإجماع إذا تساويا كيلا يدا بيد. وأما بيع العنب بالزبيب فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز إذا تساويا

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: يفوت.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: صرف.
- (٦) زاد في أ: سقوط.
- (٧) في أ: منفعتة.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في م: إذا.
- (١٠) سقط في م.

[كيلا]^(١) هكذا ذكر في نوادر هشام، وذكر في موضع آخر أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - إنما يجوز هذا البيع على سبيل الاعتبار، وتفسيره: أن يكون^(٢) [الزبيب أكثر حتى يكون]^(٣) الزبيب بالزبيب من العنب والباقي^(٤) بإزاء^(٥) الماء القائم للحال وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يجوز.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه أن بيع العنب بالزبيب نظير بيع الرطب بالتمر على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يجوز إذا تساويا كيلا، وعلى قولهما: لا يجوز؛ فعلى ما ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - لا يحتاج إلى الفرق لأبي يوسف رحمه الله [في]^(٦) بيع العنب بالزبيب وبيع الرطب بالتمر، وعلى ما ذكره هشام يحتاج إلى الفرق.

والفرق أن الرطوبة التي في الرطب من^(٧) أجزاء التمر ولهذا ينطلق على الرطب اسم التمر^(٨)، ولو كانت الرطوبة شيئاً آخر، وأجزاء التمر شيئاً آخر لكان لا ينطلق على الرطب اسم التمر كما لا ينطلق على العنب اسم الزبيب، وإذا اعتبرت الرطوبة من أجزاء التمر كانا شيئاً واحداً إلا أن المجانسة بينهما قائمة من وجه دون وجه، والمماثلة في الحال في مثل هذا لا تكفي لجواز البيع.

أما الرطوبة التي في العنب ليست من أجزاء الزبيب، ولهذا لا ينطلق على العنب اسم الزبيب بل هما شيئان: ماء وثقل، فكانا كالسمسم مع الدهن، وإذا باع الحنطة [المبلولة بالحنطة]^(٩) اليابسة على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف

- (١) سقط في م.
- (٢) زاد في أ: أكثر.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في أ: الثاني.
- (٥) في م: بإزائه.
- (٦) سقط في م.
- (٧) في أ: في.
- (٨) زاد في م: كما لا.
- (٩) سقط في م.

[أيضاً]^(١): يجوز إذا تساوى كيلاً.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : لا يجوز. هكذا ذكر في الأصل.
قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه: إن الرواية محفوظة عن محمد - رحمه الله - أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلك لكن من ساعته يجوز بيعها باليابسة إذا تساوى كيلاً.

قال محمد - رحمه الله -، وهذا نظير زبيب يابس بزبيب قد بل بالماء عند أبي حنيفة - رحمه الله - : يجوز هذا البيع انتفخ أو لم ينتفخ.

وعند محمد - رحمه الله - : إذا انتفخ لا يجوز، وإذا لم ينتفخ يجوز.
وأما بيع الحنطة الرطبة بالحنطة اليابسة، ذكر بعض المشايخ أنه على الخلاف المذكور في بيع الحنطة [المبلولة]^(٢) بالحنطة اليابسة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : يجوز إذا تساوى كيلاً.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : لا يجوز.
وبعضهم ذكر قول أبي يوسف - رحمه الله - في هذه المسألة مع قول محمد - رحمه الله - .

فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين المبلولة باليابسة، وبين بيع الرطبة باليابسة.

والفرق: أن المبلولة مع اليابسة جنس واحد من كل وجه؛ لأن بالبل لم^(٣) يزل الاسم ولا جنس منفعته فإن المبلولة تصلح للطحن والزراعة كاليابسة إلا أنه [لم]^(٤) يكن فيه نوع نقصان، وإذا بقيت المجانسة من كل وجه كان شرط جواز البيع المماثلة

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: لا.

(٤) سقط في م.

في الحال وقد وجدت، أما الرطبة مع اليابسة جنسان من وجه؛ لأن الرطبة لا تصلح للطحن والزراعة، واليابسة تصلح لذلك فقد عدم في الرطبة جنس منفعتها فتزول المجانسة من وجوه وفي مثل هذه المجانسة^(١) في الحال لا تكفي، وأما^(٢) بيع الحنطة المبلولة [بالحنطة المبلولة]^(٣) فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: [يجوز]^(٤) إذا تساويا كيلا، وكذا الزبيب المنقع [والتمر المنقع]^(٥) بالتمر المنقع، وفي بيع المقلية بغير المقلية اختلاف المشايخ والأصح أنه لا يجوز وإن تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما ثابتة من وجه؛ لأن بالقلي يفوت جنس منفعة بأصلها وهي منفعة الزراعة والخبز، والمماثلة الحالية في مثل هذا لا تكفي للجواز. وأما بيع المقلية [بالمقلية]^(٦) فيجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل وجه فيكتفى لجواز [البيع]^(٧) بالمماثلة [الحالية]^(٨).

ولا خير في بيع الحنطة بالدقيق متساويا ومتفاضلا؛ لأن المجانسة بين الحنطة والدقيق ثابتة من وجه فائتة من وجه، أما ثابتة من وجه؛ لأن أثر الطحن في تفريق الأجزاء لا غير، والمجتمع لا يصير شيئاً آخر بالتفريق، بهذا تثبت حرمة ربا الفضل بين الحنطة والدقيق، وأما فائتة من وجه بدليل اختلاف الاسم والصورة والمعنى، والمماثلة الحالية في مثل هذا لا تكفي للجواز.

وبيع الدقيق [بالدقيق]^(٩) يجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن المجانسة بينهما قائمة من كل

(١) في أ، م: المماثلة.

(٢) في م: وإنما.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

وجه والاتفاق في القدر ثابت فيجوز البيع عند التساوي كيلا كبيع الحنطة بالحنطة، بيان المجانسة ظاهر، وبيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيلى فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا [ولهذا جاز المسلم كيلا]^(١)، ويجوز بيعه في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا.

وحكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساوى كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين. وإذا باع الحنطة بالحنطة وزناً فلا يجوز.

فالأصل فيه أن ما ثبت كيلاه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزناً كالحنطة بالحنطة، وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه كيلا كالدرهم بالدرهم^(٢) وكالدنانير بالدنانير كيلا، وما لا نص فيه ولكن عرف كونه مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ فهو مكيلاً أبداً، وإن اعتادوا الناس بيعه وزناً في زماننا، وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً، وما لم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ يعتبر فيه عرف الناس فإن تعارفوا كيلاه فهو مكيلاً، وإن تعارفوا وزنه فهو وزني، وإن تعارفوا وزنه وكيله فهو كيلى ووزني، وهذا [كله]^(٣) قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد أيضاً.

فأما على قول أبي يوسف: المعتبر في جميع الأشياء العرف سواء عرف كونه مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ أو موزوناً.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وأجمعوا على أن ما ثبت كيلاه بالنص إذا بيع وزناً بالدرهم يجوز.

وكذلك ما ثبت وزنه بالنص إذا بيع كيلاً بالدرهم، يجوز.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: بالدنانير.

(٣) سقط في م.

وعن محمد - رحمه الله - في المنتقى في باب صفة تسليم الثمن والمثمن: أن شراء البُر وزنا لا يجوز، فإن أخذه رد مثله بكيهه، فإن أكل قبل أن يكيهه فالقول قوله أنه كذا وكذا قفيزا مع يمينه^(١)، واستحسن في التمر أن يجوز بيعه وزناً إذا كان الثمن بعينه فيقول: بعتك منه كذا رطلاً بدرهم.

وفي المنتقى أيضاً في باب السلم الصحيح والفاقد رواية إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: لا يجوز في الحنطة السلم وزنا في آخر هذا الكتاب.
وقال أبو يوسف - رحمه الله -: لا بأس بالسلم في الحنطة بالوزن.
وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله -: إذا أسلم في التمر^(٢) وزنا جاز استحساناً.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه لا يجوز.
وفي المنتقى أيضاً في باب القرض وصحته وبطلانه عن محمد - رحمه الله -: لا يجوز الحنطة أن تقرض وزناً، فإن أخذها وأكلها قبل أن يكيهها فالقول قول المستقرض أنها كذا وكذا قفيزا.

وقال هشام - رحمه الله -: قلت لمحمد: إن التمر الذي يباع وزناً، قال: لا يصلح ذلك؛ لأن أصله كيلي.

وفي المنتقى: إذا باع التمر بالتمر كيلا بكيل مثلاً بمثل وتفاوت [في الوزن يجوز، فإن باعه وزناً بوزن مثلاً بمثل وتفاوت كيله]^(٣) ذكر في موضع منه: لا يجوز، وذكر في موضع آخر: أنه يجوز؛ لأن التمر يكال ويوزن.

قال: وكذلك كل ما يكال ويوزن لا بأس ببيعه بجنسه كيلا ووزناً.

وفي الأصل: ولا خير في الحنطة بالحنطة مجازفة.

(١) في أ: عينه.

(٢) في أ: الثمن.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في م: كيلا.

قالوا: وهذا إذا كانت الحنطة بحيث تكال، فأما إذا كانت قليلاً^(١) يجوز بيع البعض ببعض مجازفة.

قالوا: وكذلك الجواب في كل مكيل أو موزون، فإن بيعت الحنطة بالحنطة مجازفة ثم كيلا بعد ذلك فكانا متساويين لا يجوز.

فالأصل أن في كل موضع اعتبرت المماثلة بين البدلين في العيار الشرعي شرطاً لجواز العقد يشترط العلم بالمماثلة في العيار وقت مباشرة العقد ويجوز بيع الفضة بالفضة الكفة بالكفة، وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما؛ لأننا تيقنا بالتساوي في [المعيار؛ لأن معيار الفضة الوزن، وقد تيقنا التساوي في]^(٢) الوزن وإن لم يعلم مقدار ذلك.

وفي الأصل: إذا باع قفيزاً من حنطة بنصف قفيز هو أجود منها لا يجوز، فهذه المسألة تبين أن أدنى ما يكون مالا للربا من الحنطة نصف قفيز.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في كتاب الصرف في شرح الأحاديث: أن أدنى ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نحو الحنطة وأشباهها نصف صاع، وذلك مدان حتى لو باع مدين من الحنطة بثلاثة أمناء من الحنطة فصاعداً لا يجوز، [وكذلك إذا باع منوين من الشعير بثلاثة أمناء من الشعير فصاعداً لا يجوز]^(٣)، ولو باع منوين من الحنطة بمنوين من الحنطة، أو^(٤) منوين من الشعير بمنوين من الشعير يجوز.

ولو باع نصف منّ من الحنطة [بمنوين من الحنطة]^(٥) فصاعداً يجوز.

وقد صح عن عبادة بن الصامت - رحمه الله - أنه قال في خطبته بالشام: «أيها

(١) زاد في م: لا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: و.

(٥) سقط في م.

الناس إنكم [قد]^(١) أحدثتم^(٢) بيوعا لا يدري ما هي ألا وإن الحنطة بالحنطة مدين بمدین وإن الشعير بالشعير وذكر في التمر والملح مثل ذلك فمن زاد أو استزاد فقد أربى^(٣)، وبهذا يتبين أن ما ذكر محمد رحمه الله في الأصل أن أدنى مال الربا من الحنطة نصف قفيز أن المراد منه نصف صاع أو يكون في المسألة روايتان.

وإذا باع حنطة بحنطة وفي كل واحد من الجانبين حبات شعير^(٤) لا يجوز إلا متماثلا لأن الشعير مغلوب فكان مستهلكا. في الجامع في باب الدراهم المخلوطة. وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح الزيادات: أن في باب الوصية بعد باب المهر قبيل باب الحيض: إذا بيع الشعير بالحنطة وفي الشعير حبات الحنطة إن كان مثل ما يكون في الشعير يجوز.

وإذا باع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز، كما لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا، وبيع السويق بالسويق، [وبيع النخالة بالسويق]^(٥) نظير بيع الدقيق بالدقيق، وإذا باع دقيقاً منخولا بدقيق غير منخول جاز إذا تساويا؛ لأنهما جنس واحد إلا أن أحدهما أجود.

وبيع الحنطة بالسويق نظير بيع الحنطة بالدقيق. وبيع الدقيق بالخبز، وبيع الحنطة بالخبز يجوز متفاضلا ومتساويا بعد أن يكون يدا بيد.

وذكر في نوادر أبي يوسف - رحمه الله - وهكذا روى عن محمد - رحمه الله - : وهذا لأن المجانسة بين الخبز والحنطة، وإن كانت قائمة من وجه لأن الخبز أجزاء حنطة^(٦) قد طحنت^(٧) والاتفاق في القدر فائت^(٨) من كل وجه؛ لأن أحدهما كيلبي

(١) سقط في م.

(٢) في أ: أخذتم.

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٢١٠) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، حديث (١٥٨٧/٨٠).

(٤) زاد في أ: أنه.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: دقيق.

والآخر عددي، وفي مثل هذا لا يحرم^(١) ربا النقد، فالأصل أن ربا النقد لا يحرم إلا بوصفين وهو القدر والجنس، ويعني بالقدر الكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، فإن^(٢) اتفق البدلان جنسا وكيلا أو وزنا يحرم الفضل وما لا فلا.

وفي شرح الطحاوي: أن بيع الحنطة أو الدقيق بالخبز لا يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يدا بيد ولا نسيئة.

وعندهما: كيف ما كان وسيأتي بيع الحنطة بالخبز وأحدهما نسيئة في باب السلم إن شاء الله تعالى. وبيع الدقيق بالنخالة لا يجوز إلا بطريق الاعتبار عند أبي يوسف - رحمه الله -.

وقال محمد - رحمه الله - : لا يجوز إلا إذا تساويا.

وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - تساويا كيلا أو تفاضلا، [وعندهما: يجوز تساويا أو تفاضلا]^(٣) بعد أن يكون يدا بيد.

وإذا باع الزيت بالزيتون فهو على أربعة أوجه:

إما أن يكون الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الزيتون، وفي هذا الوجه البيع جائز ويجعل الدهن الذي في الزيتون بمثله من الدهن الخالص، والباقي^(٤) من الدهن الخالص^(٥) يجعل بإزاء الثفل^(٦)، وإن كان الدهن الخالص مثل الدهن الذي في الزيتون لا يجوز البيع؛ لأن الدهن يصير بمثله ويبقى الثفل^(٧) خاليا من^(٨)

(٧) في أ: طبخت.

(٨) في م: قد فات.

(١) في أ: يجوز.

(٢) في م: فإذا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: والثاني.

(٥) في أ: الحاصل.

(٦) في أ: النقل، والثفل بالضم والثافل ما استقر تحت الشيء من كُدرة. ينظر: المغرب، مادة (ثفل).

(٧) في أ: النقل.

(٨) في أ، م: عن.

العوض فيكون ربا، وهذا إذا كان الثفل في الآخر شيئاً له قيمة، فإن لم يكن له قيمة جاز البيع في هذا الوجه إذ لا يؤدي إلى الربا، وإن كان^(١) الدهن الخالص [أقل من]^(٢) الدهن الذي في الزيتون لا يجوز البيع؛ إذ يبقى بعض الدهن خالياً عن العوض، [وإن كان لا يدري لا يجوز [البيع]^(٣) لجواز أن الدهن الخالص مثل الدهن الذي في الزيتون]^(٤) أو أقل، والبيع في مال الربا عند مقابلة الجنس [بالجنس]^(٥) كما يبطل بفضل متحقق يبطل بفضل موهوم^(٦).

ألا ترى أن بيع الحنطة بالحنطة مجازفة لا يجوز، [وإنما لا يجوز]^(٧) لفضل موهوم.

وإذا باع دهن السمسم بالسمسم، أو العصير بالعنب، أو التمر الذي فيه نوى بالتمر الذي لا نوى فيه، أو الرطب بالدبس، أو الزبد^(٨) بالسمن، أو المحلوج^(٩) بالقطن، أو الغزل بالقطن، أو لب الجوز بالجوز فهو على ما ذكرنا في بيع الزيت بالزيتون، وهذا الذي ذكرناه قول علمائنا رحمهم الله.

وقال مالك والشافعي - رضي الله عنهما - : لا يجوز البيع وإن كان المفرز أكثر في المسائل كلها، والصحيح مذهب علمائنا رحمهم الله؛ لأن في السمسم والزيتون شيئان: حقيقة الدهن والثفل، فيمكننا تجويز هذا البيع متى كان الخالص أكثر، بأن يجعل ما في الزيت والسمسم بمثله من الخالص والباقي بإزاء^(١٠) الثفل كما بعد

(١) زاد في أ: لا يبرئ لا يجوز لجواز أن.

(٢) في أ: مثل.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: متوهم.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ، م: اللين.

(٩) في م: المخارج.

(١٠) في أ: بأن.

التمييز، وكان القياس فيما إذا باع الزيتون بالزيتون أو [السَّمْسَمِ بِالسَّمْسَمِ] ^(١) أو الحنطة بالحنطة أو التمر بالتمر متفاضلاً يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس؛ لأن في الزيتون ثقل ودهن، وفي الجانب الآخر كذلك في التمر تمر ونوى، وفي الحنطة دقيق ونخالة إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالنص، فإن النص لما أثبت الربا في هذه الأموال ^(٢) سقط اعتبار الحقيقة وجعل الكل شيئاً واحداً لا يجوز بيع الثفل بالزيادة من الخالص إلا باعتبار المماثلة؛ لأن الثفل دهن حكماً لما اعتبر الثفل مع الزيت شيئاً واحداً ولم توجد المماثلة بين الزيادة من الخالص وبين الثفل، فلا يجوز.

قلنا: والنص الوارد بإسقاط هذه الحقيقة في تلك الصورة لا يكون وارداً فيما تنازعنا فيه؛ لأن فيما تنازعنا فيه يتحقق الربا مع اعتبار هذه الحقيقة في بعض الأحوال بأن يكون الدهن الخالص مثل الدهن الذي في السَّمْسَمِ أو أقل، وإذا كان الربا في المتنازع فيه يتحقق [في بعض الأحوال مع اعتبار هذه الحقيقة في بعض الأحوال بأن يكون الدهن الخالص مثل الدهن الذي في السَّمْسَمِ لا ضرورة إلى إسقاط اعتبار هذه الحقيقة] ^(٣) وإذا لم يسقط اعتبار هذه الحقيقة حصل بيع الدهن الخالص [بجنسه] ^(٤) وبالثفل، والتقريب ^(٥) ما مر.

وفي المنتقى: ولا خير في القطن المحلوج بالقطن الذي فيه حب إلا مثلاً بمثل، وكذلك التمر بالتمر المشقوق.

وإذا اشترى تمرًا بنوى لا يجوز إلا إذا كان ما في التمر من النوى أقل ^(٦)، وكذلك

(١) في أ: السمن بالسمن.

(٢) زاد في أ: علماً لما.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: عن جنسه.

(٥) في أ: القريب.

(٦) زاد في أ: وإذا كان.

إذا اشترى قطنا بحب قطن، وكذلك إذا اشترى دقيقا غير منخول بنخالة.
وإذا باع السمن^(١) بالزبد فعن أبي حنيفة - رحمه الله - : [أنه]^(٢) أفسده على كل حال؛ لأن الزبد إذا حمل على النار انتقص.

قيل: لِمَ لا يقابل النقص بثفل الزبد^(٣) إذا كان السمن [في الباقي أكثر]^(٤).
قال: لأنه لا قيمة له، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

ذكر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه كان يكره^(٥) التمرة بالتمرتين،
وكان يقول: [كل]^(٦) شيء حرم منه الكثير فالقليل منه حرام.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في مجردة في مائة جوزة بمائة جوزة
يدا بيد بأعيانهما: أنه يجوز.

وفي الأصل: لو باع تمره بتمرتين أو جوزة بجوزتين، أو تفاحة بتفاحتين، فالبيع
جائز عندنا من غير ذكر خلاف.

فإن قيل: البيض والجوز جعلاً أمثالا في ضمان المستهلكات فينبغي ألا يجوز بيع
الواحد بالآخرين.

قلنا^(٧): لا مماثلة بينهما حقيقة [للتفاوت]^(٨) صغيراً أو كبيراً إلا أن الناس
اصطلحوا على إهدار التفاوت فيعمل [ذلك]^(٩) في حقهم وهو ضمان العدوانات
دون الربا الذي هو شرع عليهم.

(١) في أ: الثمن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: بالثقل.

(٤) في أ: أيضاً في البر.

(٥) في أ: يكرم.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: قلت.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في م.

وإذا باع شاة بلحم فإن كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساوى وزنا؛ لأن كل واحد منهما موزون فقد باع موزونا بجنسه متساويا [فيجوز]^(١)، وأراد بالمسلوخة: المفصولة عن السقط، [وإن كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز إلا على سبيل الاعتبار بأن]^(٢) يكون اللحم [المفصول]^(٣) أكثر ليصير بعضه بإزاء السقط، وإن كانت حية، فالقياس ألا يجوز إلا على سبيل الاعتبار، وهو قول محمد - رحمه الله - .

وعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف رحمه الله يجوز من [غير]^(٤) اعتبار؛ لأن^(٥) الشاة مع اللحم المفصول جنسان مختلفان، عرفنا ذلك بالنص فإن الله تعالى قال: ﴿فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾ أي: بعد نفخ الروح، فقد سماه خلقا آخر بعد نفخ الروح فعلمنا أن [الحي جنس آخر غير الجماد، فجعلنا]^(٦) الشاة الحية مع اللحم جنسين نسا فيجوز بيع أحدهما بالآخر كما لو كانا جنسين حقيقة بأن باع لحم البقرة بالشاة وما أشبهه.

وإذا باع ثوبا منسوجا بذهب، فالذهب الخالص لا بد لجوازه من الاعتبار، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر، وكان ينبغي أن يجوز البيع من غير اعتبار؛ لأن الذهب الذي نسج خرج من أن يكون موزونا^(٧)، ولهذا لا يباع وزنا، وربما الفضل يعتمد المجانسة والمعيار.

والجواب، وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن الناس متى تركوا الوزن في شيء ثبت كونه موزوناً بالنص، لا يخرج من أن يكون موزوناً؛ إذ ليس [إلى

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإنما شرط أن.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: أن.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وزنيا.

العباد^(١) تغيير^(٢) المنصوص عليه، ومتى تركوا الوزن فيما يثبت وزنه باصطلاحهم، ينظر: إن تركوا الوزن فيه للتعذر لا يخرج ذلك الشيء من أن يكون موزونا؛ ألا ترى أنه لو باع لب الجوز بالجوز لا يجوز إلا على طريق الاعتبار، والجوز عددي واللب موزون فينبغي أن يجوز من غير اعتبار، ولكن قيل: اللب الذي في الجوز موزون وإن ترك الناس وزنه؛ لأنهم إنما تركوا وزنه [للتعذر بسبب]^(٣) اتصاله بالقشر، فلم يخرج عن أن يكون موزونا فقد باع الموزون بجنسه وبشيء آخر فيشترط الاعتبار، وهذا لأن ترك الوزن إذا كان بسبب التعذر لا يكون إعراضا عن الاصطلاح فلا يبطل حكم الاصطلاح الأول، وإن تركوا الوزن فيه مع الإمكان فإنه يخرج من أن يكون موزونا، فإنه لو باع قمقمة من حديد أو صفر أو نحاس بقمقمتين من جنسها [بتلك القيمة ولا]^(٤) تباع وزناً فإنه يجوز يدا بيد؛ لأن الناس تركوا وزنها مع الإمكان، [وترك الوزن في]^(٥) الإمكان^(٦) فيما يثبت^(٧) وزنه باصطلاحهما إعراض عن الاصطلاح على الوزن [فينسج الاصطلاح على الوزن]^(٨) والوزن في هذه الأشياء يثبت باصطلاحهما، بخلاف قمقمة من ذهب أو فضة بقمقمتين من ذلك، حيث لا يجوز وإن تعارف الناس بيعها عدداً؛ لأن [صفة]^(٩) الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه^(١٠) فلا يتغير ذلك بالعرف، ولا يخرج من أن يكون موزونا بالعادة،

(١) في م: للعباد.

(٢) في أ: يعتبر.

(٣) في م: لتعذر سبب.

(٤) في م: وتلك القمقمة لا.

(٥) في أ: مع.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: ثبت.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: عليهما.

إذا ثبت هذا فنقول: الذهب المنسوج وزني بالنص، فنقول: الوزن فيه لا يخرج^(١) من أن يكون مال الربا، فعلى هذا الأصل جنس هذه المسائل.

وفي المنتقى^(٢): أن في اعتبار الذهب في السقف روايتان فلا يعتبر العلم في الثوب وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله -: أنه يعتبر. وذكر أبو سليمان في كتاب الحج عن محمد - رحمه الله -: لا بأس ببيع قرصة بقرصتين يدا بيد وإن كان بعض ذلك أكثر من بعض؛ لأن ذلك قد خرج من الكيل وليس مما أصله الوزن.

وذكر أبو [يوسف - رحمه الله-]^(٣): أن ثمار النخيل كلها جنس واحد [وقال عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر»^(٤) وهذا تمام؛ لأن الأصل متحد والمقصود كذلك وأما بقية الثمار فثمرة كل نوع من الشجر جنس واحد كالعنب كلها جنس واحد]^(٥) وإن اختلفت ألوانها وأجناسها، وكذلك الكمثرى كلها جنس واحد وإن اختلفت أنواعها.

وكذلك العنب جنس واحد حتى لم يجز بيع نوع من العنب بنوع آخر من العنب متفاضلا وعلى هذا التفاح والكمثرى، ويجوز بيع الكمثرى بالتفاح متفاضلا. وكذا [بيع]^(٦) التفاح بالعنب متفاضلا.

واللحوم معتبرة بأصولها، فالبقر والجواميس جنس واحد لا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا، والإبل جنس واحد عرابها، وبخاتها، وكذلك الغنم جنس واحد ضأنها ومعزها.

(١) في م: يخرج.

(٢) في م: البقالي.

(٣) زاد في أ: الحسن الكرخي، وفي م: أبو الحسن الكرخي.

(٤) تقدم.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

وزاد في المنتقى: والضأن [جنس واحد]^(١) والمعز جنس واحد من اللحم واللبن.

ولو باع لحم^(٢) الغنم بلحم البقر متفاضلا يجوز عنده اعتبارا بالأصول، وكذا لو باع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا يجوز، ويعتبر في اللبن الأصول أيضا كما في اللحم.

[والهروي مع]^(٣) المروي جنسان مختلفان لاختلاف المقصود والصورة، وكذلك الثوب المتخذ من القطن مع الثوب المتخذ من الكتان جنسان، إما لاختلاف الأصل^(٤)، أو لاختلاف الصفة^(٥) على وجه أوجب اختلاف الاسم والمقصود، وكذلك الزندنجي^(٦) مع الوداري جنسان مختلفان، ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح بيوعه، والمعنى ما ذكرنا.

وفي المنتقى: لا يصلح غزل قطن [لين بعزل قطن]^(٧) خشن إلا مثلا بمثل^(٨)، وإنما يفرق بينهما النسيج، ولا بأس بغزل قطن بغزل كتان واحد باثنين يدا بيد، والإلية واللحم جنسان يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، وكذلك الإلية وشحم البطن جنسان، وشحم الجنب من جنس اللحم وهو مع الإلية وشحم البطن جنسان، ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويا؛ لأن القطن ينقص بالغزل^(٩)، وهو نظير الحنطة بالدقيق.

والخل مع الزبيب جنسان لاختلاف جنسهما^(١٠)، وإذا كان أصلهما واحدا واختلف المضاف إليه كانا جنسين كالبنفسج مع الخيري، والله أعلم بالصواب.

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: في.

(٢) في أ: شحم.

(٣) في م: الهروي و.

(٤) في أ: الأمثل.

(٥) في أ: الصيغه.

(٦) في أ: الزيدسنجي.

(٧) سقط في م.

(٨) زاد في أ، م: القطن.

(٩) في أ: الغزل.

(١٠) في م: أصلهما.

نوع آخر في بيع الجمد:

قال عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ»^(١) والمراد من الماء المذكور في الحديث: الماء الذي في الآبار والأنهار؛ لأن هذا الماء وجد بإيجاد الله تعالى في مكانه فبقي على الإباحة على أصل الخلقة^(٢) حتى يوجد الإحراز، وإذا أخذه وجعله في [جرة، أو]^(٣) ما أشبهها من الأوعية، فقد أحرزه فصار أحق به فيجوز بيعه والتصرف فيه كالصيد الذي يأخذه.

وأما بيع ما جمعه الإنسان في حوضه من الماء إذا باعه كذلك في الحوض. ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب الشرب: أن الحوض إذا كان مجصصاً^(٤)، أو كان الحوض من نحاس أو صفر جاز البيع على كل حال، وكأنه - رحمه الله - جعل صاحب الحوض محرراً الماء بجعله في

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٠/٢) كتاب البيوع، باب: في منع الماء، حديث (٣٤٧٧)، وأحمد (٣٦٤/٥)، والبيهقي (١٥٠/٦) كتاب إحياء الموات، باب: ما لا يجوز إقطاعه من المعادن الظاهرة، كلهم من طريق حريز بن عثمان ثنا أبو خدّاش عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار». وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجه (٨٢٦/٢) كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاثة، حديث (٢٤٧٣) حدثنا محمد بن عبد الله بن يزيد ثنا سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث لا يمتنعن: الماء والكلأ والنار»، وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/٢٦٦، ٢٦٧): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات محمد بن عبد الله بن يزيد المقري أبو يحيى المكي وثقه النسائي وابن أبي حاتم ومسلمة الأندلسي والخليل وغيرهم وباقى رجال الإسناد على شرط الشيخين.

وللحديث شاهد أيضاً من حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجه (٨٢٦/٢) كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاثة، حديث (٢٤٧٢) من طريق عبد الله بن خراش بن حوشب الشيباني عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار وثمره حرام»، قال البوصيري في «الزوائد» (٢/٢٦٦): هذا إسناد ضعيف عبد الله بن خراش ضعفه أبو زرعة البخاري والنسائي وابن حبان وغيرهم.

(٢) في أ: الخلقة.

(٣) في م: حرزه و.

(٤) في أ: مخصصاً.

حوضه، ولكن يشترط أن ينقطع الجري حتى لا يختلط المبيع بغير المبيع. وإن لم يكن الحوض من الصفر أو النحاس ولم يكن مخصصاً^(١)، فقد اختلف المشايخ فيه على حسب اختلافهم^(٢) في بيع الجمد في المجمدة في الصيف على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال محمد - رحمه الله - : والمختار في هذه المسألة [إن سلم]^(٣) أولاً على سوم البيع ثم باع بعد التسليم جاز، وإن باع أولاً ثم سلم لا يجوز؛ لأن الحوض ينضب شيئاً من الماء فيهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولاً كان الهلاك قبل القبض فيسقط حصته من الثمن والقدر الهالك مما لا يعرف فيكون [حقه في]^(٤) الباقي من الثمن [مجهولاً، وأنه]^(٥) يوجب فساد العقد.

ورأيت في موضع آخر: إن كان صاحب الحوض ملأ الحوض من [ساقية نهر]^(٦) لا يجوز [بيعه]^(٧)؛ لأنه لم يصر محرراً له بحوضه وإنما باع ما لم^(٨) يملك. فإن^(٩) كان ملأه بالجرة أو بالقربة^(١٠) جاز البيع لأنه ملكه بالإحراز [أو بالقربة]^(١١) فقد باع ما ملكه فجاز.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا هيا الرجل مصنعه واستقى الماء بالأوعية حتى جمع فيها ماء كثيراً ثم باعه جاز البيع. ذكر المسألة

(١) في أ: مخصصاً.

(٢) في أ: اختصاصهم.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: حصة.

(٥) في م: جهولة وإنها.

(٦) في م: ساقيته.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: لا.

(٩) في م: وإن.

(١٠) في م: بالقربة.

(١١) في م: بالقربة.

مطلقاً من غير حوض وحوض .

قال: وإذا كان [الماء]^(١) يجتمع من السيول فلا خير فيه .

وأما بيع الجمد في المجمدة: إن^(٢) كان البيع في الشتاء وكان^(٣) الجمد بحيث لا يذوب في ذلك الوقت فلا ينقص^(٤) .

وإن كان البيع في الصيف: فقد أنكره بعض مشايخ بلخ [وقالوا: يجوز]^(٥) .
وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - : إن سلم أولاً على سوم [الشراء]^(٦) ثم باع بعد التسليم يجوز البيع، وإن باع أولاً ثم سلم لا يجوز؛ لأن في زمان الصيف يذوب بعض الجمد فيهلك بعض المبيع، فإذا كان البيع أولاً كان الهلاك قبل التسليم ولا يدري القدر الهالك حتى سقط^(٧) حصته من الثمن فيكون ثمن الباقي مجهولاً وأنه^(٨) يوجب فساد العقد، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كان التسليم أولاً .

وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : يفتي بالجواز على كل حال لتعامل الناس .
وكان الفقيه أبو نصر محمد بن سلام البلخي يقول: بجواز البيع بعد التسليم وقبل التسليم إذا لم يتخلل بين البيع والتسليم مدة طويلة بأن سلم بعد البيع بيوم أو يومين، أما لو سلم بعد ثلاثة أيام لا يجوز؛ لأن قدر ما يذوب في المدة القصيرة ساقط الاعتبار فيما بين الناس فصار وجوده والعدم بمنزلة، وعلى هذا أكثر مشايخ ما وراء النهر .

ثم إذا جاز البيع يثبت للمشتري خيار الرؤية إذا رآها حين وقع التسليم، وإن رآها

(١) سقط في م .

(٢) في م: وإن .

(٣) في م: أو كان .

(٤) في أ: ينتقص يجوز .

(٥) في م: وقال لا يجوز على كل حال .

(٦) سقط في أ .

(٧) في م: تسقط .

(٨) في م: وأنها .

بعدها وقع التسليم، فإن وقع التسليم بعد تمام ثلاثة أيام لم يكن له خيار الرؤية، وإن وقع التسليم قبل ذلك يبقى له خيار الرؤية إلى تمام ثلاثة أيام من وقت العقد. ذكره^(١) الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من بيوع واقعاته.

وفي كتاب الشرب: إذا باع الشرب وحده لا يجوز، وإذا باع الشرب مع الأرض [يجوز]^(٢).

(١) في م: ذكر.

(٢) سقط في أ.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى جواز التصرف في الشرب بالبيع، والإجارة، والصلح، وغيرها من أنواع التصرف كالهبة، والصدقة؛ فإن صالح رجلا على موضع قناة في أرضه يجري فيها ماء، وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز؛ لأن ذلك بيع موضع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه؛ لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، وإن صالح على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها، جاز، وهو إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة؛ لأن هذا شأن الإجارة.

أما الشرب بمعنى الماء، فقد جوز المالكية بيعه مطلقا، فله أن يشتري شرب يوم أو يومين بغير أصل الماء.

وقال الشافعية: لا يجوز بيع الماء إن وجب بذله. وإن لم يجب بذله بأن وجد محتاج الشرب ماء آخر فله بيع الماء، مقدرا بكييل أو وزن، ولا يجوز مقدرا بري الماشية والزرع. وقال الحنابلة: إن اشترى شرب يوم أو يومين من نهر رجل، أو صالح عليه وقدر بشيء يعلم به. قال القاضي: لا يجوز؛ لأن الماء غير مملوك، فلا يجوز بيعه، ولا الصلح عليه؛ لأنه مجهول. وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالربع والثلث جاز، وكان بيعا للقرار، والماء تابع له. قال ذلك القاضي. وقال ابن قدامة: يحتمل أن يجوز الصلح على الشرب من نهره أو قناته، لأن الحاجة تدعو إليه. والماء مما يجوز العوض عنه في الجملة، بدليل ما لو أخذه في إناء أو قرية يجوز بيعه، ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه كالقصاص.

وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز بيع الشرب منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع والشراء، ولو اشترى الشرب بدار وقبضها لزمه رد الدار؛ لأنها مقبوضة بحكم عقد فاسد، فكان واجب الرد كسائر العقود الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب، وإن باع الشرب مع الأرض جاز تبعا للأرض؛ لجواز كون الشيء تبعا لغيره، وإن لم تجعله التبعية مقصودا بذاته، ولا يجوز جعله أجرة لدار، ولا إجارته منفردا؛ لأن الحقوق لا تحتل الإجارة كما لا تحتل البيع. وإن باع الأرض ولم يذكر الشرب لم يدخل في البيع. وإن أجرها ولم يذكر الشرب لم يدخل قياسا، ويدخل استحسانا لوجود الذكر دلالة؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيكون مذكورا بذكر الأرض =

وإذا باع أرضاً مع شرب أرض أخرى، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل.

وحكي عن الفقيه أبي نصر محمد^(١) بن سلام: أنه يجوز. قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: [وإليه أشار]^(٢) محمد - رحمه الله - في الكتاب.

ولو قال: بعت منك [هذه الأرض بألف درهم وبعثت منك]^(٣) شربها، هل يجوز بيع الشرب؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه.

وفي شرب شيخ الإسلام - رحمه الله -: إذا اشتري كذا كذا قربة من [ماء الفرات]^(٤) جاز استحساناً، إذا كانت القربة بعينها لتعامل^(٥) الناس^(٦).

قيل: إنما يجوز إذا بين مكان رفع الماء نحو كعسكر اسجار أو أشباه ذلك. وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في رجل اشترى من سقاء كذا كذا قربة بدرهم من ماء دجلة على أن يوفيهها [ب]^(٧) منزله كان جائزاً إذا كانت قربة بعينها، وكذلك إذا قال: بعني كل راويتين من ماء دجلة بدرهم على أن توفيهما في منزلي، فروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رضي الله عنهم -: أن هذا البيع فاسد لوجهين:

= دلالة بخلاف البيع؛ لأن البيع تمليك العين، والعين تحتل الملك بدون المنفعة، ولا تجوز هبة الشرب والتصدق به؛ لأن ذلك كله تمليك، والحقوق المفردة لا تحتل التمليك، ولا يجوز الصلح؛ لأن الصلح في معنى البيع، ولا يصلح مهراً، ولا بدل خلع. ينظر: بدائع الصنائع (١٨٩/٦)، المبسوط (١٣٥/١٤، ١٣٦)، فتح القدير (٢٠٥/٥)، العناية بهامش الفتح (٢٠٤/٥).

(١) زاد في أ: بن محمد.

(٢) في م: أشار إلى.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: القراب.

(٥) في م: بتعامل.

(٦) زاد في أ، م.

(٧) في أ: في.

أحدهما: أن الماء ليس عنده.
 والثاني: أن القربة^(١) وعاء إذا ضاعت لا يعرف ما مقدارها.
 وإذا قال لغيره: اسق دوابي كذا [كذا]^(٢) شهرًا بدرهم، لم يجز.
 ولو قال: كل شهر كذا قربة، فهو جائز إذا أراه القربة.
 ولو قال لغيره: أسقيك ملء قراحك ماء، ففتح له من نهريه وسقاه، فلا شيء له.
 ولو قال: اسق دوابك من نهري أو من حوضي كذا كذا فذلك جائز. [والله
 أعلم]^(٣).



(١) في أ: القربة.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

نوع آخر في جهالة المبيع أو^(١) الثمن:

جهالة المبيع أو الثمن مانعة جواز البيع إذا كان يتعذر معها التسليم، فإن كان لا يتعذر لم يفسد العقد كجهالة كيل الصبرة، فإن باع صبرة معينة ولم يعرف قدر كيلها، وجهالة عدد الثياب المعينة إذا باع أثوابا معينة ولم يعرف عددها.

والإشارة إلى مكان البيع كافية للإعلام، حتى إن من قال لغيره: بعثك جميع ما في هذا البيت، بعثك جميع ما في كفي، يجوز البيع ويصير المبيع معلومًا بالإشارة. وفي المنتقى: إذا قال لغيره: بعثك كر طعام - وعنده كر طعام - فالبيع على الكر الذي عنده، وكذلك إذا قال: بعث جارية، وعنده جارية، هكذا [ذكر]^(٢).

وفي فتاوى الفضلي: إذا باع شعيرًا [له - يعني: شعيرًا]-^(٣) كان في ملكه ولم يضيف البيع إليه بالإشارة إليه، يجوز.

وتأويل مسألة الشعير: إذا باع الشعير في ملكه من نوع واحد، أما إذا كان أنواعا مختلفة لا يجوز، كما لو قال: بعثك عبدا لي، وله عبيد.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا باع طعاما والطعام في السواد، قال: إن كان المشتري يعلم مكان^(٤) الطعام فلا خيار له، وإن كان لا يعلم فله الخيار، وهذا دليل على جواز البيع.

وفي شرح عتاق الأصل: لو باع عبدا له وله عبد واحد، فقد اختلف المشايخ في جواز هذا البيع، فأشار محمد - رحمه الله - إلى أنه لا يجوز.

فرع على مسألة الشعير، وإن لم يكن في ملكه شعير أصلاً أو كان إلا أنه لم يعرف مقدار المبيع فالبيع باطل في الكل. في فتاوى الفضلي.

(١) في م: و.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: مقام.

وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد [-رحمه الله - قال: سألت محمداً^(١) - رحمه الله - : عن رجل دنا إلى وقر بطيخ، وقال: بكم عشر بطيخات - بغير عينها-؟، فقال: بكذا، فاشترى، ثم عزل البائع عشر بطيخات فقبلها المشتري ومضى على ذلك القول والبطيخ متفاوت، قال: هو جائز استحساناً، بمنزلة رجل قال للقصاب: بعني من هذا اللحم كذا، فباعه منه وقطع^(٢) له منه وأخذ على ذلك فالبيع جائز، وكذا الرمان، وهذا لأن البائع لما عزل كان ذلك بمنزلة ابتداء الإيجاب، وإذا قبل المشتري تم البيع الآن.

قال ثمة: ولو أنه [دنا]^(٣) إلى مائة شاة وقال [لصاحبها]^(٤): بكم عشرة منها؟ قال: بكذا، [فاشترى]^(٥) فالبيع باطل.

قالوا: وعلى قياس مسألة البطيخ والرمان، يجب أن يقال: إذا عزل البائع عشرة منها [وقبلها المشتري ومضى]^(٦) على ذلك أنه يجوز، وعلى قياس مسألة الشياه، يجب أن يقال في البطيخ والرمان: إذا لم يعزل البائع أو عزل ولكن لم يقبل المشتري، أنه لا يجوز، فإذا لا فرق بين هذه المسائل.

وفي المنتقى: رجل معه درهم قال لغيره: اشترت منك هذا الثوب مثلاً بهذا، وأشار إلى ما معه من الدراهم فباعه فوجده ستوقاً، فالبيع فاسد.

وفي الأصل: إذا قال: أخذت هذا منك بمثل ما [تبيع للناس]^(٧)، فهو فاسد.

ولو قال: بمثل ما أخذ به فلان من الثمن، فإن علماً مقدار ذلك [برقمه]^(٨) فالبيع

(١) سقط في م.

(٢) في م: فقطع.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: وقبل للمشتري فقطى.

(٧) في أ: يبيع الناس.

(٨) في أ: وقت، وفي م: وقت العقد.

جائز، وإن لم يعلما فالعقد فاسد، وإن علما بعد ذلك، وإن علما وهما في المجلس^(١) ينقلب العقد جائزا ويتخير المشتري؛ لأن ما يلزم المشتري من الثمن إنما يظهر للحال، وهذا خيار يكشف الحال.

وإذا اشترى شيئاً برقمه ولم يعلم المشتري رقمه فالعقد فاسد، وإن علم بعد ذلك، إن علم في المجلس جاز العقد.

وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول: وإن علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزاً، ولكن إن كان البائع دائماً على ذلك الرضا ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي^(٢).

وفي نوادر [ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - بشر عن أبي يوسف]^(٣)

(١) في م: مجلس.

(٢) الرضا: ضد السخط، جاء في المعجم الوجيز: رَضِيَهُ، وبه، وعنه، وعليه، رِضًا، وِرْضَاءً، وِرْضُونًا، ومِرْضَاءً: اختاره وقبله. ويقال: رضيه له: رآه أهلاً له. والجمع رُضَاة، فالرضا مصدر محض معناه: طيب النفس وارتياحها، أو الاختيار، وفي ذلك يقول ابن الأثير: «الرضا صفة نفسية قائمة بالقلب»؛ ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية. ويقصد بالرضا عند الفقهاء الاختيار، وعرفه الإمام البزدوي من الحنفية بقوله: ارتياح النفس وانسائها من عمل ترغب فيه وتستحسنه.

وعرفه بعض العلماء المعاصرين بقوله: ما يتجه إليه الإنسان ويختاره بإرادته الحرّة. فالرضا: يستعمل في القصد إلى الشيء مع الرغبة في آثاره. وقيل: إثارة الشيء واستحسانه. وعرفه جمهور الفقهاء بأنه: القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه على أن يأتي به اختياراً. وبذلك يكون الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور؛ فبمجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى بالرضا عند الجمهور، وإن لم يظهر أثر سروره، أو لم يكن قصده متجهاً إلى ما هو أحسن وأفضل، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا بعد أن يظهر أثر سروره على وجهه، أو أن يكون مستحسنًا ومفضلًا عنده. ومن ثم يتحقق الرضا لدى المشتري إذا رغب في شراء شيء معين عن إرادة واختيار حر، وقصد إلى تملك هذا الشيء، وظهر إثارة واستحسانه له؛ لكونه يحقق غرضه من الشراء. ويعتبر الرضا الدعامة الكبرى التي يقوم عليها عقد البيع، بل وسائر العقود؛ بحيث يمكن القول: إن الرضا هو أساس التعاقد وأصله.

ينظر: المعجم الوجيز، ص (٢٦٧)، مختار الصحاح ص (٢٤٦)، والتعريفات، للجرجاني ص (٨١)، لسان العرب (٣/١٦٦٣)، كشف الأسرار (٤/١٥٠٢).

(٣) في م: بشر عن أبي حنيفة.

- رحمه الله - : رجل له على رجل عشرة دراهم، فقال من له العشرة لمن عليه العشرة: بعنى هذا ببعض^(١) العشرة و[بعنى هذا الآخر بما بقي، فقال: نعم قد بعتك، فهو جائز، وإن قال:]^(٢) هذا ببعض العشرة، قال: لا يجوز، [وإن قال: بعنى هذا بما بقي يجوز]^(٣).

والفرق: أنه لما قال: بعنى هذا الثوب الآخر بما بقي، فكأنه قال: بعنى هذين الثوبين بعشرة فيصير جملة الثمن معلوما، والمبيع معلوما، ولا كذلك ما إذا قال: بعنى هذا الثوب الآخر ببعض العشرة.

وقيل: ينبغى ألا يجوز في الوجهين؛ لأن ثمن^(٤) كل واحد منهما مجهول وهذه الجالة مفضية إلى المنازعة، فإنه إذا وجد بأحدهما عيبا بعد القبض يرد^(٥) المعيب خاصة ويتنازعان^(٦) في ثمنه.

وفي المنتقى: إذا باع عدل بز برقمه، ثم باعه البائع من آخر قبل أن يبين الثمن الأول، فبيعه جائز من الثاني، ولو أخبره بالثمن فلم يختر أخذه حتى باعه البائع من غيره لم يجز بيعه الثاني، وأشار إلى الفرق فقال: لأن في الفصل الثاني أوجب البيع الأول وهو فيه بالخيار - يعنى الأول - يريد بهذا أن البيع قد صح من الأول. لما أخبر البائع الأول بالرقيم إلا أن له خيارًا يكشف الحال، فإذا صح البيع من الأول صار العدل ملكا للأول فالبيع الثاني صادف ملك الأول فلم يصح، وفي الفصل الأول لم يبين الثمن الأول فكان البيع من الأول فاسدًا فيكون للبائع [خيار]^(٧) نقضه، والبيع الثاني نقض للأول مقتضاه سابقًا عليه فكان البيع الثاني مصادفًا ملك

(١) زاد في أ: هذا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يمكن.

(٥) في م: فرد.

(٦) في م: ينزعان.

(٧) سقط في م.

البائع فيصح.

ثم قال عقيب هذه المسألة: ألا ترى أن المشتري لو استهلكه بعدما أخبر بالثمن كان عليه الثمن، ولو استهلكه قبل أن يخبر بالثمن فعليه القيمة، ثم قال: كل بيع يكون على المشتري فيه القيمة، فللبائع أن ينقضه وأن يبيعه قبل أن يسلمه، وكل بيع يكون على المشتري فيه الثمن [فيكون له فيه]^(١) الخيار، فليس للبائع أن ينقضه. وفي المنتقى: رجل اشترى من آخر مائة جوزة من جوز كثير بثمن معلوم، فلما عدها له البائع قال: لا أرضى، فليس له ذلك.

ولو اشترى من قصاب كذا رطلا من لحم بدرهم فقطع القصاب اللحم ووزنه وهو ساكت، فإن قطعه فوزنه ثم قال: لا أرضى، فله ذلك حتى يقول بعد الوزن: رضيت، قال: ولا يشبه هذا الجوز، وأشار إلى العلة فقال: لأن الجوز شيء واحد. وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن قال لغيره: بعثك نصيبي من هذا الطعام، ولم يبين كم هم فالبيع باطل، وإن بينه بعد ذلك، وهو قول زفر - رحمه الله -.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا قال الرجل لغيره: بعثك نصيبي من هذه الدار، ولم يبين النصيب، قال: قولي وقول أبي حنيفة أنه فاسد، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : هو جائز والمشتري بالخيار إذا علم إن شاء أخذ، وإن شاء لم يأخذ.

قال الحاكم أبو الفضل: قول محمد هاهنا بخلاف ما ذكر في الأصل. وعن الحسن بن أبي مالك قال: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول عن أبي حنيفة: إذا باع نصيبه من هذه الدار ولم يبين النصيب فالبيع فاسد إلا أن يتصادقا أنهما كانا يعرفان كم هو فيجوز، وقال ابن [أبي]^(٢) مالك: وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

(١) في م: له.

(٢) سقط في م.

قال: وكان أبو حنيفة - رحمه الله - أولاً يقول: بيع نصيبه جائز، لأنه معلوم في نفسه وإن كان مجهولاً عندهما؛ ألا ترى أنه إذا ولاه ما اشترى ولم يخبره، فالبيع جائز، وإن كان مجهولاً عندهما لما كان معلوماً في نفسه، ثم رجع أبو حنيفة - رضي الله عنه - وقال: بيع النصيب فاسد، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -، ثم رجع أبو يوسف عن هذا القول وقال: هو جائز بمنزلة التولية.

وذكر محمد - رحمه الله - في آخر شفعة الأصل: إذا باع الرجل من غيره كل حق له في هذه الدار، أو باع نصيبه من هذه الدار، فإن كان البائع والمشتري يعلمان مقدار نصيب البائع فيجوز، وإن كانا لا يعلمان لا يجوز.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يجوز وإن كانا^(١) لا يعلمان مقدار نصيب البائع.

وهكذا ذكر شيخ الإسلام في كتاب المضاربة قول أبي يوسف - رحمه الله - في هذه الصورة.

فعلى [ما]^(٢) ذكر من رواية أبي يوسف في مسألة كتاب الشفعة أنه يجوز وإن لم يعلم مقدار نصيبه^(٣) يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين مسألة ذكرها في كتاب المضاربة - صورتها: إذا دفع الرجل ألف درهم مضاربة على أن للمضارب مثل ما شرط فلان [في المضاربة، ورب]^(٤) المال مع المضارب لا يعلمان مقدار ما شرط فلان لمضاربه، فإن المضاربة لا تجوز عند الكل.

ووجه الفرق: وهو أن البدل في المعاوضات إنما يصير معلوماً بأحد أسباب

(١) في م: كان.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ، م: نصيبهما.

(٤) في م: لمضاربة ولي.

ثلاثة: إما بالتسمية، [أو بالإشارة إليه]^(١)، أو بالإشارة إلى الظرف الذي فيه البدل. فإن ذلك يكفي للجواز.

وإن كانا جاهلين بحال البدل، فإنه لو قال: بعت ما في هذا الجراب، أو قال: بعت ما في هذه الدار، ولا يعلمان ما في الدار والجراب جاز البيع؛ لأن الظرف الذي فيه البدل معلوم بالإشارة، وفي البيع إن لم توجد تسمية مقدار النصيب ولا الإشارة إلى النصيب الذي هو معقود عليه وجدت^(٢) الإشارة إلى الظرف المعقود عليه، وإن^(٣) قال: نصيبي من هذه الدار ونصيبه في هذه الدار لا محالة، والإشارة إلى الظرف المعقود عليه كافية^(٤) للجواز، وفي مسألتنا هذه لم توجد تسمية تفيد العلم بمقدار الربح ولا الإشارة إلى الربح [ولأن الربح]^(٥) معدوم بعد، والإشارة إلى المعدوم لا تتصور، ولا الإشارة إلى ظرف الربح؛ لأن الربح معدوم بعد فلا يتصور مظروفاً في شيء حتى يجعل^(٦) الإشارة إلى الظرف كالإشارة إلى المظروف، والإعلام إنما يثبت بهذه الأسباب، فإذا لم يوجد واحد منها بقي الربح مجهولاً، وصار قياس هذا من البيع أن لو قال: بعتك نصيبي من دار، ولم يقل: هذه الدار، فإنه لا يجوز؛ لأنه لم توجد تسمية مقدار المعقود عليه ولا حدوث الإشارة إليه ولا إلى الظرف الذي فيه المعقود عليه فلم يجز، كذلك هذا.

ثم قال في كتاب الشفعة: إن كان المشتري يعلم مقدار نصيب البائع، والبائع لم يعلم مقدار نصيبه، قال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يجوز. وقال أبو يوسف - رحمه الله -: يجوز، وقول محمد - رحمه الله - مضطرب.

(١) سقط في أ.

(٢) في م: ومثل.

(٣) في م: فإن.

(٤) في أ، م: كاف.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: تحتمل.

وقال في كتاب المضاربة: إذا دفع الرجل ألف درهم إلى رجل مضاربة وشرط المضارب مثل ما شرط فلان لمضاربه ولم يعلم أحدهما إما رب المال أو المضارب ما شرط فلان لمضاربه، وذكر أنه لا يجوز بلا خلاف، فأبو حنيفة - رحمه الله - لا يحتاج إلى الفرق بين مسألة المضارب^(١) وبين مسألة الشفعة حين جهل رب المال المشروط لفلان وعلم المضارب؛ لأن رب المال مشتر لعمل المضارب ببعض ما شرط له من الربح، والمضارب بائع عمله من رب المال ببعض الربح، فإذا جهل رب المال وهو بمنزلة المشتري كان بمنزلة ما لو جهل المشتري في مسألة كتاب الشفعة، ولو جهل المشتري في مسألة كتاب الشفعة بمقدار النصيب فسد البيع فكذلك هذا، وإنما يحتاج إلى الفرق إذا علم رب المال وجهل المضارب، فإن ثمة إذا جهل البائع مقدار النصيب وعلم المشتري جاز البيع، وهاهنا المشتري وهو رب المال علم بمقدار نصيبه لما علم شروط فلان إنما جهل البائع وهو المضارب، وقد قال: المضاربة [فاسدة فيحتاج إلى الفرق بين المسألتين في هذا الموضع، وجه الفرق له ظاهر، وهو أن في مسألة الشفعة]^(٢) جهالة البائع بمقدار النصيب إنما لم تمنع جواز البيع؛ لأنه لم يجهل مقصوده من البيع، فإن مقصود البائع من البيع الثمن، ومقصود المشتري المبيع، والبائع يعلم مقصوده من الثمن، والمشتري علم مقصوده من المبيع فجاز البيع، أما هاهنا: المضارب وإن كان بائعًا فقد جهل مقصوده من المضاربة؛ لأن مقصوده من المضاربة الربح، وقد جهل مقصوده من الربح إذا جهل بمشروط فلان فإنه لا يدري مقدار ربحه فأوجب ذلك فساد المضاربة، وصار قياس مسألة المضاربة من البيع: أن لو جهل البائع مقصوده من الثمن، فإن باع نصيبه من الدار بمثل ما باع فلان والمشتري عالم، وهناك البيع يكون فاسدًا وإن كان الجاهل هو البائع؛ لأنه حصل مقصوده بالبيع، فإذا من حيث المعنى

(١) في أ: المضاربة.

(٢) سقط في م.

لا فرق بين المسألتين، فإن في المسألتين جميعًا متى جهل البائع مقصوده بالعقد، كان العقد فاسدًا.

ذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا قال الرجل لغيره: ابتع [من] ^(١) هذا البيض عشرة بكذا، أن القياس فيه: أن البيع فاسد مثل الرمان وأشباهه، ولكن أستحسن تجويزه.

[ولو باعه عبدا فالبيع فاسد] ^(٢) إذا كان عنده ^(٣) عبد آخر؛ لأن الجهالة وإن ارتفعت بسبب عبد الغير بإضافة العبد ^(٤) إلى نفسه ما ارتفعت بسبب عبد آخر له إذا كان له عبد آخر، فإن اتفق البائع والمشتري أن [هذا العبد هو المبيع] ^(٥) فالبيع جائز. واختلف المشايخ في معنى قوله: البيع جائز.

منهم من قال: معناه أن البيع الأول يجوز إذا اتفقا أن المراد هذا. ومنهم من قال: ينعقد بينهما بيع آخر بالتعاطي لا أن ينقلب الأول جائزًا، ويكون معنى قول محمد - رحمه الله - : البيع جائز بالتعاطي.

وجه هذا: أن الفساد تمكن في صلب العقد؛ [لأن الفساد بسبب الجهالة، والجهالة تمكنت في صلب العقد] ^(٦) لأنه تمكن في المبيع وأنه في صلب العقد، وكل عقد يمكن الفساد في صلبه لا ينقلب جائزًا بعد ذلك، عرف ذلك في موضعه.

وجه القول الأول: أن ^(٧) الجهالة لا توجب فساد العقد لعينها، بل للإفضاء إلى المنازعة، وهذا القول أشبه وأقرب إلى ظاهر ما ذكر محمد - رحمه الله - في ^(٨)

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: له.

(٤) في م: العقد.

(٥) في م: المبيع هذا العبد.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: لأن.

(٨) في أ: من.

قوله: البيع جائز، وهذا إذا قال: بعتك عبدًا لي، وله عبد آخر.
فأما^(١) إذا قال له: بعتك عبدًا لي وليس له إلا عبد واحد، هل يجوز هذا البيع؟
إن^(٢) قال: عبدًا لي في مكان كذا، جاز البيع، وإن لم يقل: في مكان كذا، وإنما
قال: بعت عبدًا لي، ففيه اختلاف المشايخ.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : عامتهم على أنه لا يجوز البيع، قال
- رحمه الله - : وهو الصحيح، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب
العتق^(٣).

ولو قال: بعتك ذراعًا من هذه الدار، إن عين موضعه بأن قال: من هذا الجانب،
إلا أنه لم يميزه بعد، فالعقد ينعقد غير نافذ، حتى لا يجبر البائع على التسليم لأنه
باع معلومًا إلا أنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر يلحقه في غير ما يتناوله العقد، وإن
لم يعين موضع الذراع، على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز أصلاً.
وعلى قولهما: يجوز وتذرع^(٤) الدار، فإن كانت عشرة أذرع صار شريكًا بمقدار
[عشر الدار]^(٥) هكذا ذكر شيخ الإسلام^(٦).

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أن على قولهما اختلف المشايخ،
والأصح^(٧) أنه يجوز.

وإذا قال: بعتك ذراعًا من هذا الثوب، ولم يعين موضعه، أو قال: من هذه
الخشبة، ولم يعين موضعه، ذكر بعض مشايخنا: أنه على الخلاف الذي ذكرنا في

(١) في م: وأما.

(٢) في أ، م: فإن.

(٣) في م: العتاق.

(٤) في أ: فتعين، وفي م: فتذرع.

(٥) في م: عشرة.

(٦) في أ: شمس.

(٧) في م: والأصل.

[مسألة^(١)] الدار.

وذكر بعض المشايخ: أنه لا يجوز بالإجماع، فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إلى الفرق بين [الدار وبين الثوب]^(٢). وأشار شيخ الإسلام - رحمه الله - إلى الفرق فقال: في مسألة الدار: الذراع أضيف إلى غير محله من حيث العرف والعادة؛ لأن الدار لا تباع ذرعا عرفا وعادة، فلا يمكن العمل بحقيقة اسم الذراع فيجعل كناية عن غيره فجعلناه كناية عن السهم من حيث إن الذراع^(٣) اسم مقدار كالسهم فصار كما لو باع سهما من هذه الدار. وأما في مسألة الثوب: الذرع أضيف إلى محله عادة وعرفا؛ لأن الثوب يباع بالذراع عرفا وعادة، فلا يمكن العمل، فأمكن العمل بحقيقة اسم الذراع فلا يجعل كناية عن غيره.

قلنا: والذراع اسم للخشبة حقيقة فلماذا يجعله مجازًا وما يجعله عينا؟ فإذا لم يعين موضعا يبقى المعقود^(٤) عليه مجهولا على نحو ما قلنا لأبي حنيفة - رحمه الله - فلم يجز.

فقد أشار في هذا الفرق: أن يبيع سهم من الدار جائز عندهما، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: أن فيه اختلاف المشايخ على قولهما، والأصح أنه يجوز. وفي المنتقى: إذا باع ذرعا من خشبة أو ثوب من جانب معلوم فالبيع فاسد، فإن قطعه وسلمه إلى المشتري لم يكن للمشتري أن يمتنع من قبوله. وفيه أيضًا: عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن البيع جائز وللمشتري الخيار إذا قطعه البائع فإن شاء أخذه، وإن شاء ترك.

وإذا اشترى من آخر ثوبا على أنه عشرة أذرع بكذا ولم يبين حصة كل ذراع، أو

(١) سقط في م.

(٢) في م: الثوب والدار.

(٣) في م: الذرع.

(٤) في أ: المقصود.

بين ووجده أزيد بأن وجده أحد عشر ذراعًا، أو وجده أنقص بأن وجده تسعة أذرع، فالعقد جائز على كل حال، غير أنه إذا لم يبين حصة كل واحد من الذراعين ووجده زائدًا، سلمت له الزيادة مجانًا.

ولو وجده ناقصًا، لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يتخير المشتري، فإن بين حصة كل ذراع ووجده زائدًا فله الخيار إن شاء أخذه ولزمته حصة الزيادة، وإن شاء نقض العقد، [وإن وجده ناقصًا فله الخيار إن شاء أخذه وسقطت عنه حصة ذراع من الثمن، وإن شاء نقض العقد]^(١)، والجواب في الخشب والأرض^(٢) نظير الجواب في الثوب والدار؛ لأنه مذروع كالثوب والدار.



(١) سقط في أ.

(٢) في م: والثوب.

ومن هذا الجنس مسائل:

مسألة في الذرعيات، وهي هذه المسألة.

ومسألة في الكيليات والوزنيات: وصورتها: رجل باع من آخر صبرة على أنها خمسون قفيزاً مثلاً، أو^(١) اشترى زيتاً على أنه خمسون مثلاً فوجده أزيد بأن وجده أحداً^(٢) وخمسين أو وجده أنقص [بأن وجده تسعة وأربعين، فالبيع جائز، بين حصة كل قفيز ومن أو لم يبين؛ لأنه متى وجده إحدى وخمسين والداخل تحت العقد خمسون صار مشترياً قفيزاً من أحد وخمسين قفيزاً، وذلك جائز، سمى لكل قفيز ثمناً أو لم يسم؛ لأن الحنطة من ذوات الأمثال حتى يضمنها مستهلكة المثل من جنسها، والحادي والخمسون الذي لم يدخل تحت العقد ما لا يتفاوت في نفسها؛ لأن الباقي مجهولاً، ومتى وجده تسعة وأربعين فكذلك البيع جائز، لأنه لو لم يجز إنما لم يجز بجهالة ثمن الباقي، وثن الباقي معلوم، أما إذا بين لكل قفيز ثمناً فظاهر، وأما إذا لم يبين فلأن القفزان لا تتفاوت في نفسها فيقسم الثمن باعتبار عدد القفزان فيصير الزاهب معلوماً بيقين، وإذا صارت حصة الزاهب معلومة كان حصة الباقي معلوماً.

ولهذه المسألة تفرعات لم يذكرها محمد - رحمه الله - في الأصل. فمن جملتها: إذا قال لغيره: أبيعك بكذا على أنه أقل من كذا، فاشترى على ذلك فوجدها أقل من ذلك كذا، فالبيع جائز إلا رواية عن أبي يوسف رواها المعلى؛ لأن البيع معلوم بالإشارة ووجده على الشرط الذي سماه، والثمن معلوم بالتسمية فيجوز، وإن وجده كذا أو أكثر من ذلك فالبيع فاسد؛ لأن المبيع تناول بعض الموجود وهو أقل من الكرا كما سمي وذلك مجهول؛ لأنه لا يدري أن المشتري أقل من الكرا بقفيزين أو بقفيز وهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة.

(١) في أ: و.

(٢) في أ: إحدى.

وكذلك إذا قال: على أنها أكثر من كر، فوجدها أكثر من الكر بقليل أو كثير، فالبيع جائز إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - رواها المعلى؛ لأنه وجدها على شرطه والبيع تناول جميعها، وإن وجدها أقل من كر أو كرا فالبيع فاسد؛ لأنه لا بد من إسقاط حصة النقصان من الثمن وذلك غير معلوم وبسببه تقع المنازعة.

ولو قال: على أنها كر، فكذلك البيع جائز؛ لأنه يصير كرا من صبرة وذلك جائز ولزم المشتري كرا بجميع الثمن، والزيادة على الكر للبائع؛ لأنها لم تدخل تحت البيع.

ولو قال: على أنها كر أو أكثر، فالبيع جائز وجدها كرا أو أكثر منه أو أقل، غير أنه إن وجدها كرا أو أكثر فذلك سالم للمشتري بجميع الثمن ولا خيار له، وإن وجدها أنقص فالمشتري إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، أو قسم الثمن على الغالب والقائم، وإن شاء ترك.

والوجه في ذلك: أن البائع أدخل كلمة (أو) بين مقدارين فكان المراد أحدهما، فإذا وجد أنقص من كر لم يوجد واحد من المقدارين حتى يتعين مرادًا إلا بدليل من إثبات أحد المقدارين إما الكر أو الأكثر.

فنقول: إثبات الكر أولى من إثبات أكثر من الكر؛ لأن في إثبات الكر تجويز العقد، فإن من اشترى من آخر حنطة على أنها كر فوجدها أقل من كر يجوز، وفي إثبات الأكثر إفساد العقد، فإن من اشترى من آخر حنطة على أنها أكثر من الكر فوجدها أقل من الكر يفسد العقد، والعقد متى احتمل الصحة والفساد يحمل على وجه الصحة، فأثبتنا المقدار الذي فيه تجويز العقد وهو الكر، وصار كأنه اشتراها على أنها كر وجدها أقل، وهناك يقسم الثمن على الغالب والقائم فكذا هنا، هذه الجملة في المأذون الكبير في باب بيع المكيل والموزون، ولم يذكر ما إذا اشترى على أنها كر، وينبغي أن يجوز البيع سواء أخذها أقل من الكر أو أكثر، غير أنه إذا وجدها كرا لزم المشتري ذلك من غير خيار، وإذا وجدها كرا لزم المشتري قدر الكر

من غير خيار ويرد الزيادة، وإذا وجدها أنقص يتخير المشتري إن شاء أخذ الموجود بحصته، وإن شاء ترك.

وعلى قياس هذه المسائل يخرج ما إذا اشترى عينا معيناً في كرم معين على أنه كذا منا، فوجده كذلك أو أقل أو أكثر، ومسألة في العدييات المتقاربة.

والجواب فيه كالجواب في المكيل والموزون؛ لأن العدييات المتقاربة ألحقت بالمكيل والموزون في ضمان الاستهلاك حتى ضمن مستهلكا المثل من جنسها.

ومسألة العدييات المتفاوتة التي لا يضمن بمستهلكها المثل من جنسها كالأغنام

والثياب، وصورتها: اشترى عدلاً على أنه خمسون ثوباً، أو اشترى قطيعاً من الغنم

على أنه خمسين شاةً بكذا فوجدها زائداً، بأن وجدها إحدى وخمسين، أو وجدها

ناقصاً بأن وجدها تسعة وأربعين، فإن وجدها زائداً فالبيع فاسد سمي لكل واحد ثمناً

على حدة بأن قال: كل ثوب بكذا، أو لم يسم؛ لأن المبيع مجهول جهالة يوقعها في

المنازعة؛ لأن المبيع خمسون ثوباً فما زاد على ذلك يجب رده على البائع، ولا

يدري أي ثوب يرد على البائع، وإن كان المردود مجهولاً كان المبيع مجهولاً، وإن

وجدها أنقص من ذلك إن لم يسم لكل ثوب ثمناً فالبيع فاسد؛ لأن الثمن مجهول؛

لأن حصة الذاهب مجهولة، وجاهالة حصة الذاهب توجب جهالة حصة الباقي؛ وهذا

لأنه إذا لم يسم لكل واحد ثمناً فالثمن ينقسم باعتبار القيمة، ولا يدري قيمة الذاهب

ببقيين؛ لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً، وكانت حصة الذاهب مجهولة،

والتقريب ما ذكرنا.

فأما إذا سمي لكل واحد ثمناً بأن قال: كل ثوب بعشرة، كان البيع جائزاً في

الثياب الموجودة وهي تسعة وأربعون؛ لأن البيع معلوم والثمن كذلك.

أكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب: أن البيع جائز في الثياب الموجودة

قولهما، أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فالعقد فاسد في الكل؛ لأن العقد

فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم، والأصل عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن

العقد متى فسد في البعض بمفسد مقارن للعقد يفسد في الباقي . فكان أبو الحسن قاضي الحرمين روى عن أبي حنيفة : العقد فاسد في الكل في هذا الفصل .

وقد ذكر محمد في الجامع مسألة تدل على هذا، وصورتها: رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة فإذا أحدهما هروي والآخر مروى، ذكر أن البيع فاسد في الهروي والمروى جميعاً عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما: يجوز في الهروي في مسألة الجامع: الصفة لا أصل الثوب، فإذا كان فوات الصفة في أحد البديلين فوجب فساد العقد في الكل على مذهبه، ففوات أحدهما من الأصل لأن يوجب فساد الكل عنده أولى .

وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل ما ذكر من الجواب قول الكل . وإليه مال شمس الأئمة السرخسي .

قال شمس الأئمة الحلواني: الصحيح عندي أن على قول أبي حنيفة يفسد العقد في الكل، قال - رحمه الله - : وعلى هذا اشترى حنطة على أنها كر فوجدتها تنقص قفيزاً، يفسد العقد في الباقي عند أبي حنيفة وهو الصحيح^(١) .

قال - رحمه الله - : وعلى هذا إذا اشترى مائة جوزة كل جوزة بفلس فوجد بعض الجوز خاوياً، فإن العقد لا يجوز في الخاوي ويتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة - رحمه الله - وكذلك إذا اشترى مائة بيضة بدانق فوجد البيض مذرة، فإن العقد فاسد في الذي وجدها مذرة، ويتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

ثم إذا جاز البيع في الثياب الموجودة، ذكر أن المشتري يخير: إن أخذ كل ثوب بما سمي، وإن شاء ترك ذلك؛ لأن الصفقة تفرقت على المشتري قبل التمام، وإنه يوجب الخيار .

وذكر في النوادر: أن من اشترى من آخر ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ١٢٥) .

فوجده عشرة ونصفاً بأحد عشر وسلم له نصف ذراع مجاناً من غير خيار، فإن وجده تسعة ونصفاً يأخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن وجده عشرة ونصفاً أخذه بأحد عشر وإن شاء رده، وإن وجده تسعة ونصفاً أخذه بعشرة دراهم إن شاء، وإن شاء ترك. قال محمد - رحمه الله - : إن وجده عشرة ونصفاً أخذه بعشرة ونصف إن شاء، وإن وجده تسعة ونصفاً أخذه بتسعة ونصف. ما قاله محمد - رحمه الله - ظاهر؛ لأن من ضرورة مقابلة كل درهم بكل ذراع مقابلة نصف درهم بنصف ذراع. أبو يوسف - رحمه الله - يقول: لما صح الشرط صار كل ذراع في حكم المقابلة كثوب واحد يبيع على أنه ذراع، فإذا وجده أنقص لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت الخيار، كذا هنا.

وما قاله أبو حنيفة - رحمه الله - أصح؛ لأن الذراع دونه في حكم الصفة على ما مر، وإنما يصير أصلاً بمقابلة الثمن به، والمقابلة مقيدة بذراع فإذا عدم الذراع لم تثبت جهة الأصالة فبقيت لكونها صفة، فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة فيسلم له من غير شيء، وصار نقصان نصف ذراع بمنزلة تسعة أذرع جيدة فيتخير.

ومن المتأخرين من قال: ما ذكر من الجواب في الكتاب في فصل الثوب في القميص والسرراويل والعمائم والأقبية، أما إذا اشترى كرباساً لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر، لا يسلم له الزيادة؛ لأن هذا الكرباس في معنى الموزون والمكيل، وإن كان متصلاً بعضها ببعض - لكن ليس في الفصل ضرر - فيصير بمنزلة أشياء حقيقة، كالموزون لما كان لا يتمكن فيه العيب بتمييز البعض عن البعض اعتبر كل قفيز أصلاً فكذا ههنا، وعلى هذا: إذا باع ذراعاً من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز، كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها. والله أعلم.

نوع آخر في الأشياء المتصلة بغيرها وفي البيوع التي^(١) فيها استثناء:
قال محمد - رحمه الله - : لا يجوز شراء ألبان الغنم في ضروعها كيلا ولا
مجازفة بدراهم أو غير ذلك، إن كان مجازفة فلوجهين:
أحدهما: أن فيه غرراً، فإنه لا يدري ما في الضرع أنه لبن أو دم أو ریح.
والثاني: أن البيع يتناول اللبن الموجود حالة العقد لا ما يحدث وأنه يحدث ساعة
فساعة، فما يحدث بعد البيع يخلط بالمبيع خلطاً لا يمكن تمييزه فيصير قدر المبيع
مجهولاً يفضي إلى المنازعة، وإن باعه مكايلة فللمعنى الأول.
وكذلك لا يجوز بيع الولد في البطن؛ لأن فيه غرراً؛ لأنه لا يدري ما في البطن
ریح أو ولد، فكذلك لا يدري حي أو ميت.
ولو باع الحنطة في سنبلها جاز، بخلاف الولد في البطن واللبن في الضرع، ولا
فرق بينهما من حيث الصورة؛ لأن وجود الحنطة في السنبل ثابت من حيث الظاهر
إذا لم يكن الانتفاخ لعله، وإنما جاء الفرق؛ لأن في الموضعين الموجود وإن كان
ثابتاً إلا أنه بعد ما ثبت الموجود من حيث الظاهر تمكن في الولد واللبن غرر آخر،
وهو الغرر في كونه مالاً فإنه لا يدري أن الذي في البطن حرام ميت، ولا يدري أن
في الضرع لبناً أو دماً، وفي السنبل متى يثبت الموجود من حيث الظاهر لا يتمكن
الغرر في كونه مالاً، أو غير مال؛ لأن الحنطة على صفة ما كانت كان مالاً هذا إذا
باع حنطة في سنبلها، أما إذا باع حنطة مكايلة وله حنطة في سنبلها جاز البيع أيضاً؛
لأن الحنطة موجودة في ملكه، ولو اشترى من تلك الحنطة قبل الكدس لا يجوز،
وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم لأن فيه غرراً؛ لأنه يحدث ساعة فساعة وما يحدث
ملك البائع فيختلط بالمبيع بغير المبيع على وجه يتعذر^(٢) التمييز، ولا يدري فيما
دخل تحت العقد فيصير المعقود عليه مجهولاً.

(١) في م: الذي.

(٢) في أ: يعتبر.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر من الجواب قول محمد بناء على قول أبي يوسف: ينبغي أنه يجوز البيع، على قياس مسألة ذكرها في كتاب الصلح وصورتها: إذا ادعى الرجل في يدي رجل فصالحه من في يده الأغنام على صوف على ظهرها جاز الصلح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد.

ومنهم من قال: ما ذكر من الجواب في البيع قول الكل وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف ما يدل على صحة هذا القول، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لأبي يوسف - رحمه الله - بين مسألة البيع وبين مسألة الصلح.

والفرق: أن جواز الصلح في تلك^(١) المسألة استيفاء بعض الحق وترك البعض وأمكن تجويزه بهذا الطريق؛ لأن الصلح يجوز بدون الحق، وإنما يتحقق التجوز بدون الحق، وإنما التجوز بدون الحق باستيفاء البعض وترك البعض، فأما البيع فيملك مبتدئاً، والصوف على ظهر الغنم لا يقبل التملك ابتداءً، وقد ذكرنا قبل هذا: أن بيع شاة على ظهرها صوف منفصل بطريق الاعتبار جائز بلا خلاف، وبدون الاعتبار على الخلاف عند بعض المشايخ.

وأما قوائم الخلاف سعف النخل اختلف المشايخ فيه، منهم من لم يجوز بيعه، ومنهم من جوز بيعه.

وذكر أبو الحسن الكرخي في كتابه جوازه.

وروى الحسن بن زياد عن أصحابنا جوازه.

ومن لم يجوزه من المشايخ اختلفوا فيما بينهم في العلة، بعضهم قالوا: لأنه يزيد ساعة فساعة وتخليط المبيع بغير المبيع على وجه يتعذر تمييزه فكان نظير بيع الصوف على ظهر الغنم.

قالوا: لأن موضع القطع مجهول.

ومن جوز بيعه من المشايخ يجيب عن الأول، يقول: بأن القوائم تزيد من

(١) زاد في م: مسألة.

الإعلاء؛ ألا ترى إذا جعلنا على موضع القطع علامة فإذا مضى زمان العلامة لا تعلق بل تبقى في موضعها فتكون الزيادة حاصلة من ملك المشتري، بخلاف الصوف ينمو من أسفله؛ ألا ترى أنك خضبت أسفله ومضى زمان فالخضاب يعلو، فالزيادة إنما حدثت من ملك البائع فيكون للبائع، وقد اختلط بالمبيع ولا يدري قدره فيصير قدر المبيع مجهولاً.

ونجيب عن الثاني ونقول: إن كان موضع القطع مجهولاً فهذه جهالة لا توقعها في المنازعة، وإذا باع الصوف على ظهر الشاة، ثم إن البائع جز جز الأصواف وأجاز المشتري، أخذها بالبائع.

وروى بشر عن أبي يوسف: أنه ليس له ذلك إلا أن يستقبل البيع عن تراض منهما.

وروى هشام في هذه المسألة عن محمد بعبارة أخرى فقال: إن يبعه البائع ودفعه إلى المشتري لم يجز، ولا يجوز اللؤلؤة في الصدف.

وروى عن أبي يوسف: أنه يجوز؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلا بالسوق فأمكن تسليم المعقود عليه من غير ضرر.

وجه ظاهر الرواية: أنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بالسوق، والسوق شيء زائد لم يوجب العقد.

وإذا باع حب قطن في قطن بعينه، أو باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز. وأشار أبو يوسف إلى الفرق بين هذا وبين ما إذا باع الحنطة في سنبله، فقال: لأن الغالب في السنبلة الحنطة؛ ألا ترى أنك تقول: هذه حنطة وهي في سنبله، ولا تقول: هذا حب وهو في القطن، وإنما تقول: هذا قطن وكذلك في التمر.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا باع البزر الذي في البطيخ ممن يريد البذر ورضي صاحب البطيخ أن يقطع له البطيخ فالبائع باطل، وكذلك إذا باع حل السمسم - أي: دهنه - وزيت الزيتون لا يجوز؛ فإن سلم البائع ذلك لا يجوز،

هكذا ذكر القدوري في شرحه فقال: يشبه هذا الجذع في السقف، يريد به أن من باع الجذع في السقف لا يجوز، ولو نزع البائع وسلمه إلى المشتري جاز البيع. والفرق: أن في الجذع عين مال في نفسه، وإنما يثبت لاتصال بينه وبين غيره تعارض إلا أنه عد عاجزا عن التسليم حكما لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد وفيه ضرر، فإذا قلع والتزم الضرر زال^(١) المانع.

فأما حل السمسم وزيت الزيتون فهو معدوم فلا يكون محلا للبيع، وبزر البطيخ والنوى في التمر وإن كان موجودًا إلا أنه متصل به اتصال خلقة فكان بائعًا له فكان التسليم هناك بيعًا أصليًا إلا أنه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد.

وفي نوادر ابن سماعة قال: سألت محمدًا عن باع فصا في خاتم أو جذعًا في سقف وذلك لا ينزع إلا بضرر أملكه المشتري أم هو موقوف لا يملكه المشتري؟ قال: هو موقوف لا يملكه المشتري ما دام للبائع فيه خيار إن شاء سلم وإن شاء لم يسلم، أشار إلى ما قبل القلع، فإذا صار بحال لا يقدر البائع فيه على الامتناع من دفعه ملكه المشتري، فإن لم يخاصم المشتري في ذلك حتى باع البائع الخاتم بأسره أو باع البيت بأسره من إنسان آخر ودفعه إليه قال محمد - رحمه الله - : بيع البائع ثانيًا ينقض بيعه أولًا. قلت: رأيت إن باعني رجل فصا في خاتم، أو مسمارًا في باب، أو جذعًا في سقف، ثم دفع إلى المشتري الخاتم بأسره أو دفع الباب أو البيت بأسره فهلك في يده. قال محمد - رحمه الله - : القياس ألا يكون قابضًا حتى يدفعه إليه مقصودًا لا مخلصًا.

وذكر في المنتقى أصلًا من جنس هذه المسائل فقال: كل شيء أجبر البائع على دفعه إلى المشتري فدفعه إليه فضاع فلا ضمان عليه، وإذا كان الفص ينزع من غير ضرر يجبر على دفعه إليه، فإذا دفعه إليه مع الحلقة ثم ضاع من يده فقد لزمه البيع

(١) في م: زوال.

وعليه ثمنه ولا ضمان عليه في الحلقة، وكذلك في أجناسه.

قلت لمحمد - رحمه الله - : أرأيت إن اغتصبت جذعا فسقفت به بيتا أو اغتصبت أجرا فبنيت به دارًا، أو اغتصبت مسمارًا فجعلته في باب، ثم إنني بعث البيت والباب والدار يجوز البيع في ذلك؟ وإذا علم المشتري بذلك أيكون له الخيار في رد الدار والبيت والباب؟ قال: البيع جائز ليس للمشتري فيه خيار؛ لأن المغصوب منه لا يقدر على أخذ ذلك.

روى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل نظر إلى ألف من قطن فقال: قد اشتريت من طبخ هذا القطن مائة من، قال: هذا فاسد.

قال هشام: قلت لمحمد: لو كان لرجل شاة مذبوحة فاشترى رجل كروشها أو سلوخها، فهو جائز والسلخ وإخراجه على البائع وللمشتري الخيار إذا رآه، فلو كانت بطيخة مكسورة كانت بمنزلة الشاة المذبوحة يجوز بيع بزرها.

اشترى لؤلؤة في بطن دجاجة حية مع اللؤلؤة في بطنها وقد كان لها حين ابتلعها، فالشراء فاسد، ولو كانت ميتة فهو جائز، ولو اشترى كرش شاة مذبوحة غير مسلوخة جاز، وإخراجه على البائع والمشتري بالخيار إذا رآه، وكذلك إذا اشترى جلد شاة مذبوحة قبل السلخ جاز ولا يكون للمشتري الخيار؛ لأن الجلد مرئي، ولو باع الجلد والكرش قبل الذبح لا يجوز، فإن ذبح بعد ذلك ونزع الجلد والكرش وسلم لا ينقلب العقد جائزًا.

وفي الأصل: وإذا اشترى من آخر كذا منًا من صبرة لا يعرف قدره بأن قال: اشتريت منك من هذه الصبرة بهذا الزنبيل ولا يعرف كم يسع في الزنبيل، أو قال: بوزن هذا الحجر، جاز يدا بيد، شرط في الأصل أن يكون يدا بيد.

وفي القدوري لم يشترط ذلك، وجعل الجواب المشهور من الرواية.

وفي المنتقى: رجل اشترى من آخر طعامًا على أن يكيله زنبيل أو إناء يشبه الزنبيل ليس بمكيال فقال: اشتريت مثل هذا من هذه الصبرة بكذا، أن ذلك لا يجوز عند

أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله- ؛ لأن هذا الإناء لا يعرف ملؤه كما يعرف المكيال ، وليس هذا بمكايلة ولا مجازفة ، معناه : ليس هذا بيع مكايلة ولا بيع مجازفة .

قال ثمة : وكذلك إذا اشترى شيئاً يوزن واشتراط وزن صخرة أو حجر لا يعرف وزنه فهو مثل هذا الإناء .

ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال : إذا كان الإناء لا يتسع إذا حشي فيه الشيء الذي يكال به أنه يجوز .

وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا اشترى ملء هذا الجراب بدرهم لم يجز ؛ لأن الجراب مما يتسع ويضيق وكذا الزنبيل ، قال : إلا أن يكون الزنبيل المعين يابساً لا يتسع فيجوز البيع به .

وقيل : ما ذكر في الأصل وفي القدوري محمول على ما إذا كان الإناء من خزف أو من حديد أو خشب أو ما أشبه ذلك ، ومما يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجواليق والغرارة لا يجوز البيع منه .

نوع آخر في البيع يقع في المشترك:

إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يجوز وينصرف في تسمية النصف إلى نصيبه خاصة، ولو أقر بنصف عبد مشترك بينه وبين غيره لغيره ينصرف الإقرار إلى النصفين جميعاً، وإذا كانت الحنطة أو ما أشبهها من المكيلات أو الموزونات مشتركة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من شريكه أو من أجنبي، فإن كانت الشركة بسبب الخلط بين المالكين باختيارهما أو بغير اختيارهما يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه ولا يجوز من الأجنبي إلا بإذن شريكه، فإن كانت الشركة بسبب الميراث أو الشراء أو الهبة أو الاستيلاء يجوز بيع أحدهما نصيبه من الشريك أو من الآخر بغير إذن الشريك ولا يملك التصرف في نصيب الشريك إلا بإذن الشريك.

في شركة شيخ الإسلام: الشجرة إذا كانت مشتركة بين رجلين باع أحدهما نصيبه من الأجنبي لا يجوز، ولو كانت بين ثلاثة باع أحدهم نصيبه من أحد صاحبيه لا يجوز، ولو باع منهما يجوز، هكذا ذكر في الفتاوى الصغرى.

وإذا كانت الدار بين اثنين باع أحدهما نصيبه من بيت معين، ذكر في قسمة شرح الطحاوي: أن الإقرار يبطل البيع.

وفي شرح الزندويستي في إقرار الأصل: دار بين رجلين باع أحدهما بيتاً معلوماً جاز في نصفه عند أبي يوسف - رحمه الله - .



نوع آخر في البيع على شيئين:

أحدهما: لا يجوز البيع فيما إذا جمع بين عبيدين في البيع ثم ظهر أن أحدهما حر، فإن لم يبين كل واحد منهما من الثمن فالعقد فاسد في الكل بالإجماع، وإن بين حصة كل واحد منهما من الثمن، وكذلك الجواب عند أبي حنيفة يفسد، وعندهما يجوز العقد في القن.

وكذلك لو اشترى دينين من خل ثم ظهر أن أحدهما خمر، إن لم يبين حصة كل دن من الثمن فالعقد فاسد في الكل، وإن بين فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - يفسد العقد في الخل.

وكذلك إذا اشترى مسلوخين ثم ظهر أن إحدى المسلوخين ميتة، فهو على التفصيل والخلاف الذي ذكرنا.

فوجه قولهما: أن الفساد موجب المفسد فيقدر بقدر المفسد، وأكد ذلك بمسائل منها: إذا باع عبد غيره بألف درهم ولم يجز ذلك الغير البيع في عبده، فإن العقد يجوز في عبد البائع؛ لأن سبب الفساد وجد في البعض وهو الاستحقاق، وإذا باع عبيدين وأحدهما مدبر أو مكاتب أو أم ولد وسمي لكل واحد ثمنًا فالبيع جائز في القن.

وإذا اشترى جرابًا هراويًا على أن ما فيه خمسين ثوبًا كل ثوب بعشرة فوجده تسعة وأربعين.

وإذا اشترى عبيدين وقبض أحدهما ولم يقبض الآخر باعهما جميعًا بألف على أن كل واحد منهما بخمسمائة، جاز البيع فيما قبض، ولم يجز فيما لم يقبض.

وكذلك إذا اشترى عبدًا بألف درهم وقبض العبد ولم ينقد الثمن حتى باعه مع عبد آخر له من البائع بألف درهم كل واحد منهما بخمسمائة فإنه يجوز البيع في عبده ولا يجوز في العبد الذي اشتراه؛ لأن سبب الفساد وهو بيع ما اشترى بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن وجد في البعض، ولا يلزم على ما قلنا ما إذا لم يبين حصة كل

واحد من العبدین حتى ظهر أن أحدهما حر، فإن العقد يفسد في الكل؛ لأن سبب الفساد هناك وجد في جميع العقد في حصة الحر والقن جميعاً، أما في حصة الحر فظاهر، وأما في حصة القن لجهالة الحصة ابتداء؛ لأن الحر مع بدله غير داخل تحت العقد أصلاً بدليل أنه لو قبض الحر لا يملكه ولا بدل له، وإنما دخل في العقد القن مع بدله لا غير فيصير مشترياً القن بما لحصته من الألف ابتداء لو قسم الألف عليه وعلى الحر، وجهالة الحصة ابتداء يوجب فساد العقد؛ ألا ترى أن من قال لغيره: بعث منك هذا العبد بما يخصه من الألف لو قسم الألف عليه وعلى هذا الحر، فإن البيع لا يجوز، وإنما لا يجوز لما قلنا، فإذا بين حصة كل واحد منهما فسبب الفساد وجد في حق الحر لا غير؛ لأن سبب الفساد في حق القن حالة الإجمال جهالة حصته من الثمن، والجهالة ترفع عند بيان حصة كل واحد منهما.

ولا يلزم بيع الدراهم بالدراهم؛ لأن هناك سبب الفساد في حق الكل؛ لأن الدرهم الواحد قوبل بالدراهم فيجب قسمتها على الدراهم فإذا قسمناه على الدراهم يتمكن الربا في الدراهم جميعاً؛ لأنه يصير كل واحد منهما بنصف درهم.

ولا يلزم إذا اشترى عبداً بألف درهم ورطل من خمر، فإنه يفسد العقد في جميع العبد في حصة الألف والخمر جميعاً؛ لأن سبب الفساد هناك وجد في جميع العبد، أما في حصة الخمر فظاهر، وأما في حصة الألف؛ لأن ما يخص الألف من العبد مجهولة جهالة مقارنة من وجه إن كانت طارئة من وجه؛ لأن الخمر لا يدخل تحت العقد حتى لا يملك بدله بالقبض فباعترار البدل تكون الجهالة طارئة وباعتبار العين تكون الجهالة مقارنة، والمقارنة توجب الفساد، والطارئة لا توجب الجواز احتياطاً فقد وجد سبب الفساد في جميع العبد.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن سبب الفساد في هذه المسائل في جميع العقد، أما في حصة الحر فظاهر، وأما في حصة القن فهو اشتراط الربا.

بيانه: أن بدل الحر صار مشروطاً في حصة القن من حيث المعنى لأن الصفقة واحدة، والصفقة الواحدة إذا أضيفت إلى شيئين موجودين فقبول العقد في كل واحد منهما يصير شرطاً لصحة القبول في الآخر، حتى لو قبل المشتري العقد في أحدهما لا يجوز، وإذا صار قبول العقد في الحر شرطاً لقبول العقد في القن من حيث المعنى صار بدله مشروطاً في صحة القن معنى وبدل الحر ربا؛ لأنه مال متقوم شرط في العقد من غير عوض أصلاً؛ لأن الحر لا يصلح عوضاً عن المال فبقي بدله بغير عوض أصلاً فيكون ربا، وقد صار مشروطاً في حصة القن متقابلاً بالقن فيصير ربا، كما لو قال: بعتك هذا العبد بخمسمائة على ألا يسلم في خمسمائة أخرى بغير شيء.

وأما إذا باع عبده وعبد غيره.

قلنا: هناك لم يوجد سبب الفساد في حصة عبده وهو اشتراط الربا؛ لأن قبول المستحق مع بدله وإن صار شرطاً في عبده إلا أن بدله في نفسه ليس بربا؛ لأنه مقابل بما يصلح عوضاً وهو المستحق، والربا عبارة عن مال ملك بالبيع بغير عوض أصلاً، والعوض لا يصلح عوضاً عنه بوجه ما قال.

فإن قيل: إن لم يوجد سبب الفساد في حصة عبده من هذا الوجه وجد من وجه آخر وهو جهالة الحصّة.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن المستحق مع بدله دخل تحت العقد فكان البدل في الابتداء جميع المسمى وهو ألف درهم وإنه معلوم، وإنما يصير بالحصّة بعد ذلك إذا لم يجزه المستحق فتكون جهالة طارئة من وجه، فإذا جمع بين عبيد وأحدهما مكاتب أو مدبر أو أم ولد.

قلنا: هناك لم يتمكن سبب الفساد في حصة الفساد وهو اشتراط الربا؛ لأن هؤلاء دخول في العقد مع القن لقيام المالية فيهم وبدلهم ملك بمقابلة ما يصلح عوضاً عنه وإنه مقابل فلا يكون ربا لمال فلا يكون ربا، بخلاف بدل الحر على ما مر.

وأما مسألة الجراب فقد ذكر قبل هذا عن أبي حنيفة: أن العقد فاسد في الثياب الموجودة عند أبي حنيفة على رواية قاضي الحرمين واختيار شمس الأئمة الحلواني واستشهد بالجامع، ومن قال من المشايخ على قول أبي حنيفة: يجوز البيع في الثياب الموجودة يفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - بين مسألة الجامع وبين مسألة الجراب.

ووجه الفرق: أن الإضافة إلى الثوبين في مسألة الجامع قد صحت لوجود المضاف إليه من حيث الحقيقة وصار قبول العقد في المروي شرطاً لقبول العقد في الهروي أيضاً وبدل ربا لأنه بدل معلوم وأنه أشار وسمي والمشار إليه من خلاف جنس المسمى فيكون العبرة للمسمى معدوم وبدل المعلوم بالبدل الحر.

وأما في مسألة الجراب: فالإضافة إلى الثوب الخمسين لم تصح أصلاً لأنه لا بد لصحة الإضافة من مضاف إليه موجود فإذا كان معدوماً لا تصح الإضافة أصلاً ولم يصح قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبول العقد في الموجود ولم يصح بدل المعلوم الذي هو ربا مشروطاً في الوجود فخلا حصة الموجود عن شرط الربا.

وإذا باع عبدين أحدهما مقبوض والآخر غير مقبوض، ففي حق المقبوض لم يوجد اشتراط الربا؛ لأن بدل غير المقبوض من المبيع لا يكون ربا؛ لأن الربا عبارة عن فضل مال ملك بالبيع لا يقابله عوض وقد قابله عوض.

وأما مسألة شراء ما باع بأقل مما باع، قلنا: هناك لم يوجد سبب الفساد في العبد الذي لم يشتر وهو اشتراط الربا لما ذكرنا أن الربا فضل مال خال عن العوض ولم يوجد هذا فيما اشترى.

وذكر أبو الحسن الكرخي عن أبي يوسف فيمن باع جارية في عنقها طوق فضة بألف درهم نساءً: أن البيع باطل في الجميع. في قول أبي يوسف الأخير، وجعل أبو الحسن رجوع أبي يوسف في هذه المسألة رجوعاً في جميع ما هو من هذا الجنس من المسائل.

وإذا اشترى ضيعة وفيها قطعة من الوقف، كان الشيخ الإمام الأجل شمس الإسلام الحلواني يقول: البيع فاسد في الوقف والملك كما لو جمع بين حر وعبد. وكان القاضي ركن الإسلام أبو الحسن علي السغدري يقول: البيع جائز في الملك كما لو جمع بين عبد ومدبر، ثم رجع شمس الإسلام إلى قول ركن الإسلام. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا باع كرما فيه مسجد قديم وقد أطلق العقد هل يفسد البيع في الكرم؟

ينظر: إن كان المسجد عامراً يفسد؛ لأن المسجد إذا كان عامراً لا يدخل تحت البيع بالإجماع وكان الفساد قوياً، فينظر في حق الباقي، كما لو جمع بين حر وعبد، وإن كان المسجد خراباً لا يفسد العقد في الباقي؛ لأن دخول المسجد تحت البيع في هذه الصورة خلاف ظاهر، فعند بعض العلماء: المسجد إذا خرب واستغنى أهله عنه يعود إلى ملك الثاني إن كان حياً وإلى ورثته إن كان ميتاً، فلم يكن الفساد قوياً فصار كما لو باع عبداً ومدبراً، والذي ذكرنا في الوقف فكذلك في المقبرة. وفي الجامع الصغير قال أبو حفص: سمعت محمداً قال فيمن باع قرية عظيمة بما فيها وفيها مساجد ومقابر: إن البيع فاسد لأنه لما قال: «بما فيها» فقد أدخل المساجد والمقابر في البيع فيفسد البيع.

وفي المنتقى: لو شرط في بيع الدار فناءها، عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعند محمد: لا يفسد. قال: وليس هذا على تملك الفناء وقد علم الناس أنه لا يباع فناء الدار، فعلى هذا ينبغي ألا يفسد عند محمد في المقبرة والمسجد.

وإذا كانت الأرض مشتركة باع أحدهما جميع الأرض من صاحبه، كان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني يقول بفساد البيع، وكذلك كان يقول فيما إذا صالح المدعي عن دعواه على دار مشتركة وكان يشير إلى المعنى وأن ملك المشتري ليس بمحل للبائع في حق المشتري وكان بمنزلة ما لو جمع بين حر وعبد ولكن فيه نظر؛ لأن نصيب المشتري محل للبيع في الجملة فيكون بمنزلة ما لو جمع بين عبد

ومدبر، والدليل عليه: أن رب المال إذا اشترى من المضارب شيئاً من مال المضاربة بعدما ظهر الربح يجوز وإن كان بعض المشتري ملك المشتري، وإذا كان الفساد بسبب الافتراق لا لمعنى في نفس العقد وأنه يبطل بقدره خاصة وذلك أن يسلم عشرة دراهم في شيء، وخمسة دين عليه، وخمسة نقد بخمسمائة نقد، وخمسمائة له على فلان، أو بخمسمائة إلى العطاء، فسد البيع في الكل، ذكره القدوري في شرحه. وإذا اشترى من آخر محدوداً بعشرة دراهم وألف من بالحنطة وبين أوصافها إلا أنه لم يبين مكان الإيفاء للحنطة حتى فسد العقد على قول أبي حنيفة - رحمه الله - في حصة الحنطة هل يتعدى الفساد إلى الباقي؟ على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: ينبغي ألا يتعدى الفساد، وفي حصة الحنطة بسبب ترك مكان الإيفاء مختلف فيه، فإن مذهب أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: أن بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، وفساد بعض الصفقة إذا كان بسبب هو مختلف فيه لا يتعدى الفساد إلى الباقي عند أبي حنيفة، وإنما يتعدى الفساد إلى الباقي عنده إذا كان الفساد بسبب مجمع عليه. في بيوع الجامع وفي المتقى: رجل اشترى داراً أو طريقاً من طرق المسلمين بحدود معلومة - يعني جمع بين الدار وبين طرق المسلمين في البيع - فاستحق الطريق بعدما قبضها المشتري، فإن شاء المشتري رد الدار، وإن شاء أمسكها بحصتها إذا كان الطريق مختلطاً بالدار، أو كان مميزاً لزمته الدار بحصتها ولم يكن له الخيار، وإذا كان الطريق ليس بمحدود ولا يعرف فيفسد البيع، ولو كان الطريق مسجداً أو كان مسجداً خاصاً يجمع فيه فالقول مثل الطريق المعلوم، وإن كان مسجد جماعة فسد البيع كله، هكذا ذكر في النسخ.

وفي بعضها: وإن كان مسجداً جامعاً فسد البيع كله؛ لأن بيع المسجد الجامع لا يجوز ولا يحل، وكذلك إذا كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن الأصل مسجد جامع.

نوع آخر في البيوع الفاسدة والباطلة:

فمن جملة الصورة الفاسدة: أن يبيع بخمر أو خنزير، ومن جملة ذلك: بيع الدين من غير من عليه الدين، ومن جملة ذلك: صفقتان في صفقة نحو أن يقول: بعتك هذا على أن تبيني هذا، ومن جملة ذلك: يبعان في بيع نحو أن يقول: بعتك بقفيزي حنطة أو بقفيزي شعير، ومن جملة ذلك: شرطان في بيع نحو أن يقول: أعطني الثمن حالا بكذا، وإن كان مؤجلا فبكذا، ومن جملة ذلك: إذا باع وسكت عن الثمن؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال فيصير البدل مذكورًا بذكر البيع، ولكن بجعل المذكور هو القيمة؛ لأن الأصل في الأشياء هو القيمة وإنما عدل عنها عند وجود التسمية وصحتها، ولم توجد التسمية، وإذا صارت القيمة مذكورة صار كأنه قال: بعث بالقيمة بيع فاسد، وأما إذا باع على ألا ثمن له ففيه روايتان:

في رواية: لا ينعقد أصلاً، بخلاف ما إذا سكت عن ذكر الثمن؛ لأنه إذا سكت عن ذكر الثمن أمكن أن يجعل بيعاً بذكر العوض؛ إذ لا قوام للدلالة عند وجود الصريح بخلافها.

وفي رواية قال: ينعقد؛ لأن النفي منه لم يصح لأنه نفى حكم العقد فصار وجود هذا النفي والعدم بمنزلة فكأنه سكت عن ذكر الثمن.

ولو باع بالميتة أو الدم أو الذبيح، فالبيع باطل.

وروي عن محمد: إذا قال: أبيعك بما ترعى إبلي في أرضك أو بما تشرب من ماء بئرك أنه بيع منعقد؛ لأنه يسمي شيئاً متقومًا وأنه لو قطع الحشيش، أو استلقا الماء في إناء وباعه يجوز فيكون المسمى مالا قلنا بالانعقاد، ولكونه مجهولاً قلنا بالفساد بخلاف الفصل الأول؛ لأن المسمى هناك ليس بمال أصلاً.

وكذلك لو باع عبداً بجارية من جوارى المشتري ولم يبينهما، فهو بيع منعقد.

ولو قال: أبيعك بالكعبة، فهو بيع باطل؛ لأن المسمى ليس بمال.

وإذا باع شيئاً بمكاتب أو مدبر أو أم ولد، فهو بيع منعقد؛ لأن المالية ثابتة في هذه

المال، وإنما حرم بيعها لحق محترم لا لانعدام المالية، وأنه لا يمنع انعقاد البيع لوصف الفساد.

وإذا اشترى بميتة أو دم لا يملكه المشتري بلا خلاف بين المشايخ وروايته في السير الكبير والمأذون.

ثم اختلف المشايخ فيما بينهم أن المشتري بالميتة والدم هل يكون مضموناً على المشتري؟ أم يكون أمانة؟

قال بعضهم: هو مضمون. وإليه أشار محمد - رحمه الله - في بعض مسائل المأذون، وهو اختيار شمس الأئمة - رحمه الله -.

وقال بعضهم: أمانة.

ورأيت في الباب التاسع والعشرين بعد المائة من السير الكبير: أنه مضمون. وبعضهم قالوا: عند أبي حنيفة - رحمه الله - أمانة، وعندهما: مضمون. بناء على مسألة الجامع الصغير.

وذكر الإمام أحمد الطواويسي في شرحه: إذا اشترى بميتة أو دم وقبض، روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يكون مضموناً.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أنه يكون مضموناً.

ورأيت في السير الكبير. والمذكور في السير: إذا باع بالميتة أو الدم، فجاء مستحق وادعى المبيع على المشتري فلا خصومة بينهما؛ لأن المشتري خصماً له لأنه ملكه.

وفي كتاب المأذون أيضاً: أن المشتري بالميتة لا يصير مملوكاً للمشتري، والمذكور ثمة: أن العبد المأذون إذا بيع بالميتة وقبضه المشتري فهو على إذنه؛ لأنه لم يزل على ملك البائع، ولو بيع بالخمر والخنزير فليل: فهو على إذنه؛ لأنه لم يزل عن ملكه؛ لأن البيع الفاسد لا يزيل المبيع عن ملك البائع قبل القبض وبعد القبض فيصير محجوراً؛ لأنه زال عن ملك البائع إذا شرط الوفاء في العقد، فالبيع فاسد

بالاتفاق، فإن تواضعا قبل البيع ثم تبايعا خاليا عن الشرط، ففي قول أبي حنيفة - رحمه الله - : البيع جائز إلا أن يتصادقا أنهما على تلك المواضعة، وقالوا: البيع فاسد إلا إذا تصادقا أيهما أعرض عن تلك المواضعة، مذكور في مختلفات الفقيه أبي الليث - رحمه الله - في كتاب الإقرار^(١) من آخر الكتاب، إلا أن ثمة وضع المسألة في التلجئة، والتلجئة والوفاء سواء.



(١) زاد في م: تقريب.

نوع آخر في صفقة بشرط:

ذكر محمد - رحمه الله - في الزيادات في باب ما يقع من الطلاق بالأوقات المتفرقة على المال:

إذا قال لغيره: أبيعك هذا العبد على أن أبيعك هذه الأمة، أبيعك هذا العبد على أن أزيدك هذه الجارية بألف درهم، أو قال: أعطيك هذا العبد على أن أعطيك هذه الجارية بألف درهم، أو قال: أبيعك هذا العبد على أن أزيدك هذه الجارية بألف درهم، فذلك جائز كله ويصير العبد والأمة له بألف درهم.

وذكر في المزارعة: إذا قال الرجل لغيره: أدفع إليك نخيلي هذه معاملة بالنصف على أن أدفع إليك أرضي هذه مزارعة تزرعها ببذري على أن يكون الخارج بينهما نصفين، فالعقد فاسد كله لاشتراط أحدهما في الآخر.

واختلف فيه، منهم من قال: ما ذكر في الزيادات يصير رواية لما ذكر في المزارعة بالجواز، وما ذكر في المزارعة يصير رواية لما ذكر في الزيادات بالفساد، فيصير في المسألتين جميعًا روايتان.

وجه الفساد: أنه جعل أحد العقدين شرطًا في الآخر فيكون ذلك صفتين، ونهى الشرع عن ذلك.

وجه رواية الجواز: أن (على) هنا بمعنى (الواو) لأن حروف الصلاة يقام بعضها مقام البعض، وصار تقدير المسألة: أبيعك هذا العبد وهذه الأمة بألف درهم، أعطيك هذه النخيل معاملة وهذه الأراضي مزارعة بالنصف، ويكون هذا عقدا، لا أن يكون أحدهما مشروطًا في الآخر، وإنما جعلنا كلمة (على) بمعنى (الواو) تصحيحًا للعقد؛ لأن غرض المتعاقدين الصحة، وطريق الصحة في هذه الصورة هذا.

ومنهم من قال: لأن بين ما ذكر في المزارعة وبين ما ذكر في الزيادات فرق. والفرق: أن في باب المزارعة قال: أعطيك هذه النخيل معاملة بالنصف، وهذا

إيجاب عقد تام، ولهذا لو اقتصر عليه كان عقداً تاماً، وإنما ذكر المزارعة في الأرض بعد تمام العقد والنخيل، فيكون عقدين شرط أحدهما في الآخر.

وأما في مسألة الزيادات قال: أبيعك هذا العبد، وليس هذا بإيجاب تام وأنه لم يذكر له بدلاً، وإذا قال: على أن أبيعك هذه الأمة بألف، ثم الإيجاب الآن؛ لأنه ذكر البدل، وكان ذلك كله عقداً واحداً، وزاد في مسألة المزارعة: أبيعك هذا العبد بألف درهم على أن أبيعك هذه الجارية بمائة دينار، هناك يفسد العقد كله؛ لأن الإيجاب في العبد عقد تام قبل ذكر الجارية، وكانا عقدين أحدهما مشروط في الآخر ففسداً جميعاً.

وهذا الفرق صحيح على رواية هشام عن محمد - رحمه الله - إذا قال لغيره: بعتك عبدي هذا بألف درهم على أن أبيعك هذا الآخر بمائة دينار، أن هذا باطل. غير صحيح على رواية أخرى قيلت: البيع في ذلك أن البيع جائز في الغلامين جميعاً.

وإذا اشترى من آخر أرضاً بدراهم بالخيار (اكندم مريك هو خياران بردرمين كندم كار ويعقد).

قيل: تفسد الإجارة؛ لأن هذه مزارعة شرطت في إجارة فكانت صفقة في صفقة لا تفسد الإجارة؛ لأن وقت العقدين مختلف ولا يتصور اجتماعهما في وقت واحد يكون أحدهما مشروطاً في الآخر معنى، فإن كان أحدهما مشروطاً في الآخر صورة. نظير هذا ما ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المزارعة يشترط فيها المعاملة: إذا دفع غلاماً إلى حائك ليعلمه الحياكة خمسة أشهر بكذا يعطيه صاحب الغلام على أن يعطيه الحائك خمسة أشهر أخرى كل شهر كذا: أن الإجاريتين جائزتان وإن شرط إحداهما في الأخرى؛ لأن وقت الإجاريتين مختلف فلم يتصور اجتماعهما في وقت واحد فلا تكون إحداهما مشروطاً في الأخرى معنى، وإن كانت مشروطة فيها صورة كذا ههنا. والله أعلم.

ومسألة الخيار كانت واقعة الفتوى .

ومما يتصل بهذا النوع : بطلان العقد بعد وقوعه لو وصف الصحة .

ذكر في بيوع أهل الذمة من بيوع الكافي : اشترى مسلم من مسلم عصيرا فلم يقبضه حتى تخمر، فسد العقد . وإن صارت خلأ قبل أن يترافعا، فإن شاء المشتري أخذ، وإن شاء ترك، فإن خاصم قبل أن يتخلل أبطل القاضي البيع، وإن تخلل بعد؛ لأن ذلك لم يكن له عليه سبيل، هذا في الرواية .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وغيره : هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف .

أما على قول محمد - رحمه الله - : يبطل البيع بالخمير حتى لو تخلل لا يتمكن المشتري من قبضه، وإن لم يكن القاضي أبطل العقد بعد؛ لأن الخمر عنده كالهالك، وعندهما : كالإباق في آخر باب الخيار .

وذكر القدوري : أن الذي ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل : أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض فالبيع باطل . قال : وهو قوله . وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف : أن البيع بحاله .

وكان الكرخي يقول : معنى قوله في الأصل : (إن البيع باطل) أي للمشتري أن يبطله، واستدل بما قاله أنه لو تخلل قبل الفسخ كان للمشتري أن يأخذه فلو كان العقد يبطل لما ملك المشتري الأخذ .

قال القدوري : هذا لا يصح أنه لا يمتنع أن يفسد العقد لمعنى ثم يصح بزواله كما في الشروط الملحقة .

قد زعم الكرخي والقدوري : أن المشتري متمكن من الأخذ إذا لم يبطل القاضي البيع بينهما حتى تخلل في قول الكل ؛ لأن الكرخي استدل على أن العقد بالتخمر لم يبطل عند محمد - رحمه الله - كما هو مذهبنا، فأول قول محمد بما ذكرنا أن معنى قوله : (البيع باطل) إلى أن للمشتري أن يبطله، والقدوري لم يقبل تأويله، بل قال :

يفسد البيع عنده.

ثم نقول: قال أبو الحسن أيضا: معنى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: (أن العقد على حاله) إن لم يبطل بعد، أما يبطل بلا شك.

ووجه هذا: أن صحة العقد كان باعتبار المالية والتقوم، وبالتخمر إن سقطت القيمة لم تبطل المالية حتى لو اشترى به شيئا ملك، ولو زالت القيمة والمالية جميعا انفسخ العقد كما لو مات المبيع قبل القبض، ولو بينا جميعا بقي العقد جائزا، فإذا زال أحدهما وبقي الآخر ارتفع الجواز، ولم يرتفع أصل العقد؛ لأن هذا الفساد إنما كان يعارض على شرف الزوال فإذا زال صار كأن لم يكن، وهو معنى تأويل أبي الحسن لقول محمد - رحمه الله - .

قال: والعصير إذا تخمر في مدة الخيار للمشتري وقد قبضه فقد لزم البيع وعليه الثمن؛ لأن العين تعيبت في يده بعيب زائد، ولو كان للبائع، فعلى قول أبي يوسف: البائع على خياره، فإن سكت حتى مضى وقت الخيار جاز، وهذا قياس ما إذا استهلكه أجنبي في يد المشتري، وإن لم يختصما حتى صار خلا فاختيار البائع التزام البيع فله ذلك، ولا يعتبر رضا المشتري في المشهور من الرواية؛ لأن التخمر معد أنه عيب في ضمان المشتري صار التخلل كأن لم يكن، فلا معنى لاعتبار رضا المشتري.

ولو تباع الذميان خمرا بشرط الخيار للمشتري قبل أن يختار وقبل أن يقبض الخمر، بطل البيع في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: يلزم العقد. وهذا بناء على أن خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملك المشتري عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما: لا يمنع. فالمسألة تأتي بعد هذا.

ولما كان من أصلهما أن الخيار لا يمنع دخول المبيع في ملك المشتري، كان المسلم مالكا للخمر، فلو ردها بعد الإسلام انتقل الخمر من ملكه إلى ملك البائع برده، وذلك لا يجوز، فلتعذر الرد لزم العقد.

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لما كان خيار المشتري مانعاً دخول المبيع في ملك المشتري لم يبطل العقد، فبإسلام المشتري يملكها عند إسقاط الخيار بعد إسلامه بحكم العقد، وذلك لا يجوز في الخمر.

قال: ولو كان الخيار للبائع وأسلم البائع بطل البيع؛ لأن الخمر بقيت على ملكه، لما عرف أن خيار البائع يمنع زوال ملك البائع بالاتفاق، فلو لم يبطل العقد انتقل الملك في الخمر عنه بعد إسلامه، وذلك لا يجوز.

قال: ولو أسلم المشتري لم يبطل البيع، والبائع على خياره؛ لأن المسلم لا يحتاج إلى صنعة لإتمام العقد على الخمر إذا لم يكن الخيار مشروطاً فصار إسلامه في هذا البيع وإسلامه في البيع البات سواء، وهناك لا يفسد العقد بلا شك فهنا كذلك.

قال: ولو لم يتقابضا فأسلم أحدهما، بطل البيع إذا أسلم الذي له الخيار بلا شك وكذلك إذا أسلم الآخر؛ لأنه^(١) لو كان البيع باتاً فأسلم أحدهما قبل القبض بطل البيع؛ لأن الصفقة لم تتم [بعد]^(٢) فيجعل الطارئ عليها قبل تمامه بمنزلة المقارن لها، فإذا كان العقد يبطله فأسلم أحدهما قبل القبض في البيع البات، ففي البيع بشرط الخيار أولى. والله أعلم.



(١) من أول قوله: «بأن وجده تسعة وأربعين، فالبيع جائز...» إلى هنا سقط في أ.

(٢) سقط في م.

[بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ] ^(١)

الفصل السابع

في الشروط التي تفسد [البيع] ^(٢) والتي لا تفسده ^(٣)

يجب أن يعلم بأن الشرط في البيع لا يخلو: إما إن كان شرطاً يقتضيه العقد. معناه: أن يجب بالعقد من غير شرط، فإنه لا يوجب فساد العقد. كشرط تسليم المبيع على البائع، وشرط تسليم الثمن على المشتري، وهذا لأن اشتراط ما يجب بالعقد ^(٤) من غير [ذكر لغو] ^(٥)، لأنه لا يفيد شيئاً فصار ^(٦) وجوده كعدمه، فكأنه لم يشترط شيئاً. فيجوز البيع.

وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد على التفسير الذي قلنا إلا أنه يلائم العقد، ونعني به [أن] ^(٧) يؤكد موجب العقد، إذ تأكيد موجب الشيء يلائم ذلك الشيء. وذلك: كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلاً بالثمن، والكفيل معلوم بالإشارة أو التسمية حاضر مجلس العقد، فقبل ^(٨) الكفالة.

أو كان غائباً عن مجلس العقد فحضر قبل أن يتفرقا وقبل الكفالة، جاز البيع استحساناً، والكفالة وإن لم تكن من مقتضى ^(٩) العقد؛ إلا أنها تؤكد موجب العقد؛ لأن الكفالة وثيقة بجانب المطالبة، ولهذا اختص جواز الكفالة بالذم، والمطالبة موجب العقد فما يؤكدها يكون ملائماً للعقد فلا يؤثر في فساد العقد.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: تفسد.

(٤) في م: العقد.

(٥) في أ: شرط يلغو.

(٦) في م: وصار.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: تقبل.

(٩) في أ: مقتضيات.

وكذلك البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن رهنا، والرهن معلوم بالإشارة أو بالتسمية، جاز البيع استحسانا.

وإن^(١) لم يكن الرهن من مقتضيات العقد إلا أن الرهن يؤكد موجب العقد؛ لأن الرهن شرع وثيقة ومؤكدا بجانب الاستيفاء. ولهذا اختص جوازه بالأموال القابلة للاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكد يلائم العقد.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في شرحه: فرق محمد - رحمه الله - بين الكفيل وبين الرهن.

فشرط حضرة الكفيل مجلس البيع وقبوله الكفالة لجواز البيع.

ولم يشترط حضرة الرهن لجواز البيع. وإنما شرط العلم.

وفي القدوري: شرط أن يكون الرهن معيّنًا.

وهكذا شرط في المتقّى.

قال في المتقّى: وإن لم يكن الرهن معينا ولا مسمى، وإنما شرطا أن يرهنه بالثمن رهنا فالبيع فاسد؛ لأن جهالة الرهن توقعهما في منازعة التسليم والتسلم، فالمشتري يعطيه رهنا. والبائع يطالبه برهن آخر.

قال في المتقّى: إلا إذا تراضيا على تعيين الرهن في المجلس ودفع المشتري إليه قبل أن يتفرقا، أو يعجل المشتري الثمن ويبطلان الأجل فيجوز البيع استحسانا.

وكذلك إذا لم يكن الكفيل معينا ولا مسمى فالعقد فاسد؛ لأن جهالة الكفيل توقعهما في منازعة مانعة من التسليم والتسلم، لأن الناس متفاوتون في قضاء الدين وملاءمة الذمة^(٢).

وإن كان الكفيل حاضرا في مجلس العقد وأبى^(٣) أن يقبل الكفالة.

(١) في م: فإن.

(٢) في م: الذمم.

(٣) في م: وأما.

أو لم يأب ولكن لم يقبل حتى افترقا، أو^(١) أخذ في عمل آخر، فالبيع فاسد استحسانا، قبل ذلك، أو لم يقبل.

وشروط الحوالة في هذا الباب نظير شرط الكفالة.

يريد به: إذا وقع البيع بشرط أن يحيل المشتري البائع على غريم من غرمائه، فالعقد فاسد قياسًا واستحسانا.

وفي المنتقى رواية^(٢) ابن سماعة: إذا كان الرهن معينًا في العقد. بأن اشترى رجل من آخر دارا بألف درهم على أن يعطيه عبده هذا رهنا، فلما قبض الدار [امتنع عن [تسليم] ^(٣)] ^(٤) الرهن لم يجبر عليه، ولكن يقال للمشتري: [ادفعه، أو] ^(٥) افسخ العقد، أو عجل الثمن.

قال: وهو قول محمد - رحمه الله - .

وفي القدوري يقول: ولكن يقال [للمشتري] ^(٦): إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تفسخ العقد، وهذا لأن الرهن من جانب الراهن محض تبرع؛ لأن الحق يبقى عليه بعد الرهن كما كان قبل الرهن. ولا إجبار على التبرعات ولكن يخير^(٧) المشتري على نحو ما ذكرنا؛ لأن البائع ما يرضى^(٨) بزوال ملكه عن المبيع إلا بثمن مستوثق، فإذا فاتت الوثيقة فات وصف مرغوب فثبت له حق النقض - إلا أن يفى المشتري بالشرط أو يدفع القيمة على ما ذكره^(٩) القدوري؛ لأن يد الاستيفاء للبائع إنما تثبت

(١) في م: و.

(٢) زاد في م: عن.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: مبيع الدهن عن.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: يجبر.

(٨) في م: رضي.

(٩) في م: ذكر.

على المعنى وهو القيمة. فالاستيفاء في باب الرهن يقع في معنى الرهن لا من عينه. قال في المنتقى: وإن كان المشتري باع الدار أمرته بأن^(١) يدفع العبد أو يعجل الثمن، [قال]^(٢): لأن بعد البيع تعذر الفسخ فيخير بين دفع الرهن أو تعجيل^(٣) الثمن.

قال [ثمة]^(٤): إن مات العبد أمرته أن يدفع إليه رهنا^(٥) يساوي قيمة العبد^(٦) أو يعجل الثمن.

وإن كان العبد لم [يمت، يقال]^(٧) للمشتري: اعطه رهنا آخر سوى العبد، [فللبائع]^(٨) أن يمتنع^(٩)، فإن أراد المشتري أن يعطيه قيمة العبد دراهم أو دنانير، فليس للبايع أن يمتنع عنه.

ولو اشترى عبداً على أن يعطي البايع المشتري كفيلاً بما أدركه من درك فهو على ما ذكرنا.

إن كان الكفيل مجهولاً فالعقد فاسد. وإن كان معيناً حاضرًا وقبل، أو^(١٠) كان غائبًا فحضر قبل أن يفترق العاقدان وقبل. فالعقد^(١١) جائز استحساناً.

وإن كان الشرط لا يلائم العقد إلا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل. وإن لم يرد الشرع بجوازه ولكنه متعارف.

(١) في م: أن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يعجل.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ما.

(٦) في أ: البد.

(٧) في م: يجب فقال.

(٨) في أ: وليس للبايع.

(٩) زاد في م: عنه.

(١٠) في م: إن.

(١١) في م: العقد.

[كما إذا اشترى نعلا وشراكا على أن يحذوه البائع، جاز البيع، وإن كان القياس يأبى جوازه.

لأن التعارف^(١) والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر. وروى هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا اشترى من آخر نعلا على أن يحذوه، أن البيع فاسد.

وإن كان الشرط لم يعرف [ورود الشرع]^(٢) بجوازه في صورة وهو ليس بمتعارف^(٣). إن كان لأحد المتعاقدين فيه منفعة.

أو كان للمعقود عليه منفعة، والمعقود عليه من أهل أن يستحق حقا على الغير، فالعقد فاسد.

وتفسير منفعة المعقود عليه ما قال في الكتاب.

إذا باع عبدا بشرط ألا يبيعه ولا يهبه ولا يخرج عن ملكه بوجه من الوجوه، ففي هذا الشرط منفعة المعقود عليه.

فإن المملوك يسره ألا تتداوله الأيدي. وإذا وافقهم موضع لا يحبون البيع وتميل قلوبهم إلى ذلك الموضع، فالبيع بهذا الشرط لا يجوز عند علمائنا رضي الله عنهم. وتفسير منفعة أحد المتعاقدين:

أن يقول للبائع: بعني هذا العبد على أن أهب لك كذا أو أقرضك كذا، فالبيع بهذا الشرط فاسد.

ثم إذا شرط منفعة^(٤) المعقود عليه [فأما ما سوى الرقيق من الحيوانات التي لا تستحق على الغير حقا]^(٥)، إنما يفسد العقد إذا كان المعقود عليه من أهل أن يستحق

(١) سقط في م.

(٢) في م: ورد الشرط.

(٣) في م: متعارف.

(٤) في م: بمنفعة.

(٥) ما بين المعقوفين سقط في أ.

حقًا على الغير وذلك^(١) الرقيق .

[فأما ما سواه]^(٢) فاشتراط منفعته لا تفسد العقد - حتى لو اشترى شيئًا من الحيوانات سوى الرقيق فشرط ألا يبيعه أو لا يهبه فالبيع جائز . و[إن كان]^(٣) في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه .

فإن الناس يتفاوتون في الإحسان في حق دوابهم^(٤) فالمشتري ربما يكون أكثر تعاهدًا بالمشتري من غيره^(٥) .

وإنما جاء الفرق؛ لأن المعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق، [فالاستحقاق بالشرط]^(٦) يفيد وجوب المشروط في حقه لو صح .

والشرط متى أفاد وجوبًا يجب اعتباره، وإذا وجب اعتباره، فالمشروط له يطالب بالحكم^(٧)، والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع . فإن الشرع نهى عن بيع وشرط مطلقًا إلا أن يكون شرطًا يقتضيه العقد، أو يلائم موجب العقد، أو ورد الشرع بجوازه، أو كان متعارفًا صار مخصوصًا عن قضية النهي فبقي ما وراءه^(٨) داخلا تحت النهي فتقع المنازعة بينهما في إيفاء المشروط، وكل عقد يفضي إلى المنازعة يحكم بفساده^(٩) .

و[أما]^(١٠) إذا لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقًا على الغير فالشرط لا

(١) زاد في ب: وهو .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ، م .

(٤) في أ، م: دوابه .

(٥) زاد في أ: الفرق بين اشتراط ما فيه منفعة للمعقود عليه من أهل الاستحقاق وبين غيره ممن لا يستحق حقًا على الغير .

(٦) في م: فالشرط .

(٧) في م: الحكم .

(٨) في أ: عداها .

(٩) في م: فساده .

(١٠) سقط في أ .

يفيد^(١) وجوب المشروط في حقه فيجعل وجوده^(٢) والعدم بمنزلة. فكان البيع حاصلًا من غير شرط معنى.

وإن كان شرط المنفعة جرى بين أحد المتعاقدين وبين أجنبي.

بأن اشترى على أن يقرض البائع فلان الأجنبي كذا، وقبل المشتري ذلك.

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح الجامع في باب الزيادة في المبيع من

غير المشتري: أن العقد [لا]^(٣) يفسد.

[وذكر القدوري - رحمه الله تعالى - : أن العقد يفسد]^(٤).

وصورة ما ذكر القدوري - رحمه الله - : إذا قال المشتري للبائع: اشترت منك

هذا على أن تقرضني أو [أن]^(٥) تقرض فلانا. وذكر أن العقد فاسد.

وفي المنتقى: قال محمد - رحمه الله - : كل شيء [يشترطه المشتري]^(٦) على

البائع يفسد به البيع. فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل.

من ذلك: إذا اشترى من غيره دابة على أن [يهب له]^(٧) فلان الأجنبي^(٨) عشرين

درهما فهو باطل كما إذا اشترط على البائع أن يهب له عشرين درهما.

وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع. فإذا شرطه على أجنبي، فهو جائز

وهو بالخيار.

من جملة ذلك:

إذا اشترى من آخر عبدا بمائة درهم على أن يحط فلان الأجنبي عشرة دراهم

(١) في م: يقبل.

(٢) في أ: هو.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: يشترط للمشتري.

(٧) سقط في م.

(٨) زاد في م: يهب له.

عنه، فالبيع جائز وهو بالخيار. إن شاء أخذه [بمائة]^(١) وإن شاء ترك.
وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا اشترى من آخر شيئاً
على أن يهب البائع لابن المشتري أو لفلان الأجنبي من الثمن ديناراً، فالبيع فاسد.
وإن كان شرطاً لم يكن لأحد المتعاقدين [ولا للمعقود عليه منفعة بل فيه لأحد
المتعاقدين]^(٢) مضرة بأن باع ثوباً بشرط ألا يبيعه ولا يهبه، ذكر في آخر المزارة ما
يدل على أن البيع جائز، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - [ومحمد أيضاً].
وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه^(٣) : أن البيع فاسد وهو قول أبي يوسف
- رحمه الله - .

وجه الجواز لأبي حنيفة ومحمد - رحمة الله عليهما - : أن المشروط إذا كان
منفعة في حق المتعاقدين. إنما يوجب فساد العقد؛ لأن المشروط له يطالب بحكم
الشرط. والآخر يمتنع بحكم الشرع فيتنازعان ولا مطالبة في موضع الضرر فصار
وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة.

المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا اشترى من آخر شيئاً على أن يعطي
الثلث فلان، فالبيع جائز سواء كان حاضرًا فلان أو غائبًا.
وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح كتاب المكاتب في الباب الثاني
منه : أن من باع على أن يعطي ثمنه من مال فلان. فقد اختلف المشايخ في جواز هذا
البيع.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا باع الرجل عبدًا له من رجل
بالدين الذي للمشتري على فلان وهو ألف. ورضي به فلان فهو جائز. والمال للبائع
على الغريم الذي عليه الدين.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

لأنه لو قال لمولى العبد: بع عبدك فلانا بما له من الدين، فهذا جائز، ولمولى العبد ألف على الغريم. كأنه دفع غيره إلى الغريم ليبيعه بما للطالب عليه من الدين. وإذا باع عبده من رجل على أن يدفع المشتري ثمنه إلى غريم البائع، كان البيع فاسدًا.

وإنما فسد البيع لمكان الربا. لأن البائع شرط على المشتري لنفسه^(١) منفعة؛ لأنه شرط عليه أداء ماله عليه إلى غريم له، وفي هذا الشرط للبائع منفعة؛ لأنه يسقط عن نفسه مؤنة القضاء إلى الغريم.

ولأن الناس يتفاوتون في الاستيفاء، منهم من يسامح فيه، ومنهم من يماكس فيه فلسا وليس بإزاء هذه المنفعة المشروطة عوض. والربا ليس [إلا]^(٢) منفعة مشروطة في عقد المعاوضات لا يكون بمقابلتها عوض. فيتمكن في هذا البيع الربا من هذا الوجه، وبالربا يفسد البيع.

وكذلك إذا باع عبده من إنسان بألف درهم على أن يضمن المشتري عنه ألف الغريم له، فإن البيع فاسد. والوجه في فساده ما ذكرنا.

وإذا قال لغيره: بع عبدك من فلان [بألف درهم]^(٣) على أن [يكون]^(٤) الثمن علي والعبد لفلان، فهذا لا يجوز.
نص عليه محمد - رحمه الله - .

وكان أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - يقول بالجواز، واستبعده الخصاف.
وإذا قال: بعتك هذا العبد بألف درهم وعلى أن تقرضني عشرة [دراهم]^(٥)، جاز البيع ولا يعتبر قوله: (وعلى أن تقرضني) [شرطا في البيع]^(٦) لأنه ذكره بحرف

(١) في م: يتعينه.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(الواو) كان^(١) معطوفاً على الأول لا شرطاً.

وبمثله لو قال: على أن تقرضني عشرة، يعتبر ذلك شرطاً حتى يفسد البيع. وهو نظير ما لو كان [دفع]^(٢) لرجل أرضاً بيضاء فيها نخيل فقال: دفعت إليك النخيل معاملة على أن تزرع [الأرض البيضاء، فسدت المعاملة واعتبر قوله: (على أن تزرع)]^(٣) شرطاً للمزارعة في المعاملة.

ولو قال: على أن تزرع الأرض البيضاء، لا تفسد المزارعة ولم يعتبر هذا شرطاً، ويعرف من^(٤) هاتين المسألتين كثير من المسائل.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - هاتين المسألتين في صلح المبسوط في باب الصلح عن الدين.

وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - بخلاف ما ذكر ههنا - فيما إذا ذكر بحرف (الواو). فقال: وإذا قال: أبيعك عبدي هذا بألف درهم وعلى أن يخدمني سنة، فهذا^(٥) باطل.

[وإذا باع بستاناً]^(٦) بشرط أن يبني البائع حوائط الكرم، فالبيع فاسد ولو [لم]^(٧) يكن البناء^(٨) مشروطاً في البيع [بل]^(٩) كان موعوداً، كان البيع جائزاً ولا يجبر البائع على البناء ولكن للمشتري أن يرده إن لم يبن البائع.

قال: ولو باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري، فالبيع فاسد في المشهور من

(١) في م: لمكان.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: كان.

(٤) في م: عن.

(٥) في م: فهو.

(٦) في م: من باع.

(٧) سقط في م.

(٨) زاد في م: مستهلكا.

(٩) سقط في م.

الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن البيع جائز. وهو قول الشافعي - رحمه الله-؛ لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف فيما بين الناس؛ ولأن بيع العبد تسمية متعارف في الوصايا وغيرها. وتفسيره: البيع بشرط العتق [لأن العتق في المبيع قبض، حتى^(١)] إذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضاً، والقبض من أحكام العقد فاشترطه في العقد يلائمه ولا يفسده.

وجه الرواية المشهورة: «نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط»^(٢) ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ألا يبيع. يوضحه: أن موجب العقد الملك، [وقضية الملك أن يكون المالك]^(٣) على خيرة بين اتخاذ العتق وتركه، وقضية الشرط اللزوم، [واللزوم]^(٤) ينافي الخيرة فلم يكن ملائماً للعقد.

(١) في م: المبيع قبض.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد (٨٥/٤)، والخطابي في معالم السنن (١٤٥/٣ - ١٤٦)، والحاكم في «علوم الحديث» ص (١٢٨) ذكر النوع التاسع والعشرين في معرفة سنن رسول الله ﷺ يعارضها مثلها، وابن حزم في المحلى (٤١٥/٨ - ٤١٦)، عن عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة، فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرط شرطاً، فقال: البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته، فقال: البيع جائز والشرط جائز، فقلت: سبحان الله ثلاث من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة! فأتيت أبا حنيفة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالوا، حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط» البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالوا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة قالت: «أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بريرة فأعتقها» البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته، فقال: ما أدري ما قالوا، حدثني مسعر بن كدام، عن محارب بن دثار، عن جابر قال: «بعت النبي ﷺ ناقة وشرط لي حملانها إلى المدينة» البيع جائز والشرط جائز.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

ثم فرع على الرواية المشهورة. فقال: ولو أعتقه صح العتق ولزمه الثمن استحساناً في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: عليه القيمة، وهو القياس؛ لأن البيع قد فسد لمكان الشرط. وبالإعتاق تقرر الفساد.

وجه الاستحسان: أنه أسقط المفسد قبل تقررهِ فيجب الثمن [المسمى] ^(١) كما لو باع بأجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل مضيه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه لاقتضائه اللزوم الذي ينافي قضية الملك، والمالك ^(٢) مخير بين التحصيل والترك.

أما ما يلائمه باعتبار ما هو المقصود من الشرط وهو الإعتاق - لأنه إنهاء للملك، وإنهاء الشيء [يقرر ذلك الشيء] ^(٣) فيكون ملائماً؛ إلا أن يكون [باقياً بحكم الفساد] ^(٤) على الثبات كما كان الأمر هكذا ولكنه موقوف.

وإن استهلكه من وجه آخر تقرر الفساد [اعتباراً] ^(٥) لعدم هلاك ^(٦) ثمنه من حيث نفس الشرط، وإن أعتقه يتقرر ^(٧) الجواز باعتبار الملاءمة من حيث المقصود ولزمه الثمن المسمى.

وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة رضي الله عنه: أن المشتري إذا أعتق قبل القبض جاز. وهذا دليل على أن الفساد غير متقرر. إذ لو كان متقررًا لم يثبت الملك للمشتري قبل القبض، وما لم يثبت الملك للمشتري [لا يصح الإعتاق، والله أعلم] ^(٨).

(١) سقط في م.

(٢) في أ: وهو المالك.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: ثانيًا، فلم يحكم بالفساد ثانيًا.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: الهلاك.

(٧) في م: يتصور.

(٨) سقط في م.

نوع آخر: إذا باع برذونا^(١) على أنه هملاج^(٢)، فالبيع جائز. [وإذا اشترى شاة على أنها حامل، أو اشترى ناقة على أنها حامل، فالبيع جائز]^(٣). ذكره الحسن - رحمه الله - في بيوعه.

لأن المشروط صفة من أوصاف المبيع - لأن الولد ما دام في البطن بقي^(٤) حق التصرفات المضافة إلى الأم، ألحق بسائر أوصافها من اليد والرجل، فصار اشتراط أنها حامل كاشتراط أنها ذات يد وذات رجل.

وفي ظاهر الرواية: لا يجوز؛ لأن الحبل في البهائم زيادة فلا يدري وجودها وقت البيع فكان فيه^(٥) غرر فيفسد به [البيع]^(٦)، كما لو باعها^(٧) على أن معها ولدًا، بخلاف ما لو باع برذونا على أنه هملاج؛ لأن الوقوف على المشروط ممكن وقت البيع بالسير، أما ههنا بخلافه.

ولو باع شاة على أنها حلوب فالبيع جائز، كذا ذكره الحسن في المجرد، وكذا ذكره الطحاوي في اللبون؛ لأن المشروط صفة من أوصاف المبيع ويمكن الوقوف على وجوده وقت البيع فصار كما لو باع برذونا على أنه هملاج.

وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله -، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وذكره الكرخي وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني.

وإذا اشترى جارية على أنها ذات لبن، فهذا وما لو اشترى شاة على أنها لبون

(١) البرذون: مفرد البراذين وهو: ضرب من الدواب يخالف الخيل العراب، عظيم الخلقة غليظ الأعضاء. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (ب ر ذ ن).

(٢) هملجت الدابة: إذا سارت سيرًا حسنًا في سرعة، وهو فارسي معرب، وأمر مهملج: منقاد، مذل. ينظر: القاموس المحيط (١/٢٩٢).

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: في.

(٥) في م: به.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ، م: باع.

سواء. فمن قال بفساد البيع ثمة يقول بفساد البيع هنا. ووجه ذلك: أن المشروط وإن كان من أوصاف المبيع إلا أن هذا وصف لا يدرى وجوده وقت البيع، فكان في البيع غرر فيكون فاسدًا. ولو باع شاة على أنها تحلب كذا وكذا فالببيع فاسد باتفاق الروايات؛ لأن المشروط ليس بصفة في هذه الصورة.

فإنه لم يقل: (على أنها حلوب) وقال: (على أنها تحلب كذا وكذا) فيكون اشتراطاً للبن المحلوب وأنه مجهول على خطر الوجود، فاشتراطه يوجب غرراً في العقد فيوجب الفساد.

وكذلك لو اشتراها على أنها تضع بعد شهر، فالعقد فاسد. وكذلك [لو اشترى]^(١) سمسما أو زيتونا على أن فيه كذا [منا]^(٢) من الدهن^(٣) فالعقد فاسد.

وإذا اشترى دابة على أنها ذات لبن فالشراء جائز؛ لأن المشروط صفة^(٤) من أوصاف المبيع، والوقوف عليه ممكن وقت البيع، فهو بمنزلة ما لو اشترى فرسا على أنه هملاج.

ولو اشترى جارية على أنها حامل. فقد ذكر الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - : أن المشايخ اختلفوا في جواز هذا البيع^(٥).

بعضهم قالوا: لا يجوز، كما لو اشترط الحمل في البهائم. وهذا^(٦) القائل يستدل بما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب البيوع.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الدهون.

(٤) زاد في م: أسنان.

(٥) في أ: العقد.

(٦) في أ: وكذا.

إذا باع جارية وتبرأ من الحبل يجوز، فإنما يحكم بجواز البيع في الجارية إذا تبرأ^(١) من الحبل، فهذا دليل على أنه إذا اشترط الحمل يفسد البيع، وهذا لأن المشروط مما [لا]^(٢) يوقف عليه وقت البيع.

وقال بعضهم: البيع جائز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - : وهذا القول أصح عندي من قبل [أن]^(٣) الحبل في بنات آدم يعد نقصانا لا زيادة - لأنه يوجب ضعفاً فيها فاشترط الحمل يكون تبرؤاً عن العيب، ولا يكون اشتراطاً على الحقيقة؛ لقولك: بعتك هذه الجارية على أنها عوراء أو عرجاء.

والتبرؤ من العيب كما [يثبت بلفظ البراءة]^(٤) يثبت بالشرط^(٥).

(١) في أ: اشترى.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) اشتراط البراءة من العيب جائز عند الحنفية سواء أكان العيب معلوماً للمشتري أم مجهولاً له، ومهما كان محل العقد، وأجازته مالك والشافعي في الحيوان وحده. لأن الحيوان قلماً ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه.

والأصل في اعتبار البراءة من العيب أثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حين باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي. فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه. وقال عبد الله: بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه. فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم [أخرجه مالك في الموطأ (٦١٣/٢)]، وعند البيهقي في السنن (٣٢٨/٥)، وأورده القاضي زكريا الأنصاري في شرح الروض (٦٣/٢). وتلخيص مذاهب العلماء في اشتراط البراءة:

الاتجاه الأول: أن يبرأ من كل عيب، علمه البائع أو لم يعلمه. وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور، وروي عن ابن عمر وزيد.

الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يسميه، سواء أكان العيب مما يعاين أم لا، وهو مذهب ابن أبي ليلى وسفيان الثوري.

الثالث: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يضع يده عليه، والمراد بوضع اليد، إما

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : أن اشتراط الحمل إن كان من جهة البائع فهو تبرؤ. وإن كان من جهة المشتري فهو شرط على الحقيقة. والمشروط على خطر المعدوم^(١) فيفسد العقد.

ومن المشايخ من [قال: اشتراط]^(٢) الحمل في الجارية إن كان لأجل الزيادة؛ بأن يشتريها ليتخذها ظئراً، يفسد العقد.

وإن كان لا يريد اتخاذها ظئراً فاشتراط الحمل على وجه التبرؤ فيكون البيع جائزاً.

وقد ذكر هشام في نواتره عن محمد - رحمه الله - ما هو قريب من هذا فإنه روى عنه أنه قال: البيع جائز إلا أن يظهر المشتري أن يشتريها للظئورة حيث لا يجوز البيع.

وذكر الإمام الزاهد [أحمد]^(٣) الطواويسي: أن الجارية إن كانت نفيسة فالبيع جائز. لأن الحبل فيها عيب. واشتراط العيب فيها تبرؤ عن العيب فيجوز، وإن كانت خسيصة بحيث تشتري لتتخذ ظئراً فالبيع فاسد. لأن الحبل في مثلها يُعد زيادة.

قال - رحمه الله - : إلا أن يكون الحبل عيباً فيها فيجوز البيع فيها أيضاً. وفي المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا اشترى جارية على أنها حامل فإذا

= المعانية، وهو قول للشافعية فيما يمكن رؤيته، وإما حقيقة وضع اليد، وهو ظاهر النقل عن شريح وعطاء ورواية في مذهب أحمد ومذهب إسحاق.
الرابع: لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة، وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ والقول الظاهر من مذهب الشافعية.
الخامس: أن البراءة إنما هي في بيع السلطان للمغنم، أو على مفلس، أو في ديون الميت، كما قال بعضهم.

السادس: بطلان البيع أصلاً وهو قول في مذهب الشافعية.
ينظر: القوانين الفقهية، ص (٢٥٦)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١١٩)،
المقدمات، لابن رشد، ص (٥٨٠)، تكملة المجموع (١٢/٣٩٩ - ٤٠٠ و ٤٠٦ - ٤٠٧).

(١) في م: العدم.

(٢) في م: اشترط.

(٣) سقط في أ.

هي ليست بحامل، ولم يفصل بين ما إذا كان الشرط من المشتري أو من البائع، وبين ما إذا كانت الجارية خسيصة أو نفيسة.

وإذا اشترى جارية على أنها تحيض فوجدها لا تحيض، إن تصادقا على أنها لا تحيض بسبب الإياس، كان له الرد لأنه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل. ولو اشترى جارية ثيبًا على أن البائع لم يطأها ثم ظهر أنه كان وطئها، ليس له أن يردّها.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه: له أن يردّها. وبه أخذ بعض المشايخ.

وعلى هذا إذا وطئها بعد البيع قبل التسليم - ففي ظاهر الرواية: لا خيار للمشتري.

وفي رواية^(١) عن أبي حنيفة رضي الله عنه - : أنه^(٢) له الخيار. وإذا باع جارية على أنها مغنية، أو قمريا، أو غيره وشرط أن^(٣) يصيح [أو يطير]^(٤)، أو طيرا وشرط أن يجيء من المواضع البعيدة، أو كبشًا نطاحا، أو ديكًا مقاتلا، فالبيع فاسد. في قول أبي حنيفة^(٥) - رحمه الله - و[هو]^(٦) إحدى الروايتين عن محمد - رحمه الله - هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - .

لأن هذه جهات محظورة لكونها جهات تلهي فإذا [شرطها في العقد]^(٧) توجب فساد البيع.

(١) في أ: نوادر أبي يوسف.

(٢) في م: أن.

(٣) في م: أنه.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: يوسف.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: حالها في.

ولأن صياح القمري^(١) وقتال الديك عسى لا يوجد، والإجبار عليه غير ممكن، فكان المضبوط شيئاً لا يقدر على تسليمه فيوجب فساد البيع.

وروي عن محمد - رحمه الله - : إذا باع قمرية على أنها تصوت فصوتت فهو جائز؛ لأن هذه خلقة فيها فيكون تسليمه المشروط^(٢).

[وعلى هذه الرواية]^(٣) قال: إذا قتل المحرم القمرية المصوتة فإنه يضمن قيمتها مصوتة، بخلاف ما لو قتل صيداً يجيء من المواضع البعيدة؛ لأن هناك لا يعتبر [قيمة الصنعة]^(٤) في الضمان. لأن ذلك ليس بخلقة. هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - .

وذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا باع فاخنة أو قمرية، على أنها تصوت - ولم يذكر: فصوتت - وأجاب بالجواز.

وذكر في المنتقى: عن محمد فيمن اشترى حمامة يجيء من الصالحين: أن شريحاً ضمنه قيمة حمامة يجيء من الصالحين. وإنما أضمنه مثل ذلك ولا أجوزه في البيع.

وفي الأصل: إذا باع كلباً على أنه عقور، أو حمامة على [أنها]^(٥) دارة لا يجوز، إلا أن يبين ذلك على وجه العيب.

فعلى هذا في الكبش النطاح والديك المقاتل: لا يجوز البيع إلا إذا ذكر الصفة على وجه العيب.

(١) القمري: من (قمر) و(القمر) شدة البياض أو بياض إلى الخضرة، والقمري: ضرب من الحمام مطوق حسن الصوت، والجمع: قمر، والأنثى قُمريَّة، والجمع: قماري، وليلة قُمراء أي: مضية. ينظر: المعجم الوسيط، مادة (قمر) (٧٥٨/٢)، مختار الصحاح (١/٥٦٠).

(٢) في م: المشروطة.

(٣) في أ، م: ولهذا قال على هذه الرواية.

(٤) في م: فيه الصيغة.

(٥) سقط في م.

وإذا باع كلبا على أنه يصيد، [أو باع بازيا على أنه يصيد]^(١). قال أبو يوسف - رحمه الله - : البيع جائز، [و]^(٢) عن محمد - رحمه الله - روايتان .
وإذا باع جارية على أنها مغنية على وجه التبرؤ من العيب - فهو جائز - لأن كونها مغنية عيب، والتبرؤ عن العيب في البيع لا يفسد البيع .
وذكر في المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا باع جارية على أنها مغنية - أن البيع جائز ولم يشترط بيان ذلك على وجه العيب .
قال ثمة : ولا أرد البيع . إن كانت تغني [أو لا تغني]^(٣) - لأن هذا عيب تبرأ منه .
وفي القدوري : [إذا باع جارية على أنها مغنية فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله، الروايتين عن محمد رحمه الله روي عنه]^(٤) رواية أخرى : أنه إذا ذكر ذلك على وجه التبرؤ عن العيب فهو جائز .
قال محمد - رحمه الله - في الزيادات - : وإذا اشترى الرجل من آخر عبدا على أنه كاتب أو خباز، فالبيع جائز .
فإن قبضه المشتري فوجده كاتبا، أو خبازًا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم؛ لا يكون له حق الرد لوجود المشروط . فإن المستحق بمطلق الشرط أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية . كما في صفة^(٥) السلامة، المستحق بمطلق العقد أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية في الجودة كذا ههنا .
وقوله : (أدنى ما ينطلق عليه الاسم) معناه : [أن]^(٦) يفعل من ذلك ما يسمى الفاعل به خبازًا أو كاتبًا .

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) في م : الصيغة .

(٦) سقط في م .

وهذا لأن كل واحد في العادة لا يعجز عن أن يكتب على وجه تستين^(١) حروفه، وأن يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه، وبذلك لا يسمى كاتباً وخبازاً، فشرط الإتيان بأدنى ما ينطلق^(٢) عليه اسم الكاتب والخباز.

[و]^(٣) باعتباره لهذا قال: وإن وجده لا يحسن الكتابة والخبز - ومعناه: أنه لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتباً وخبازاً، كان للمشتري الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن؛ لأنه فات عليه شرط مرغوب فيه، فيقوم العبد كاتباً وخبازاً على أدنى ما ينطلق عليه الاسم، وهو المستحق بالشرط - ويقوم غير كاتب وخباز فينظر^(٤) إلى تفاوت ما بين ذلك؛ فإن كان مثلاً العشر^(٥). يرجع على البائع بعشر الثمن كما في خيار العيب، وإن كان التفاوت [مثلاً]^(٦) الخمس، يرجع على البائع بخمس الثمن، وسيأتي الكلام فيه في مسائل العيب إن شاء الله تعالى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : [ليس]^(٧) للمشتري أن يرجع على البائع ههنا بشيء؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري إنما^(٨) كان بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب للمشتري الرجوع على البائع بشيء.

ولكن في ظاهر الرواية أصح؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري ما كان بحكم الشرط، وليس أثر الشرط في إثبات الخيار للمشتري، بل أثره في صيرورة الشرط مستحقاً بالعقد، ثم ثبوت الخيار لعجز البائع عن تسليم ما صار مستحقاً للمشتري بالعقد،

(١) في أ: تتين.

(٢) في م: يطلق.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: وينظر.

(٥) في م: العشرين.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: لما.

وصار كعجز البائع عن تسليم صفة السلامة.

فإذا وقع الاختلاف بين المشتري وبين البائع في هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع. فقال المشتري لم أجده كاتباً ولا خبازاً. وقال البائع: إني سلمته إليك كاتباً وخبازاً ولكنه نسي عندك. وقد ينسى ذلك في مثل تلك المدة. فالقول قول المشتري، هكذا ذكر المسألة في بيع الجامع.

لأن الاختلاف وقع في وصف عارض، لأن الأصل عدم الكتابة والخبز فيكون القول قول المنكر لهذا الوصف وهو المشتري.

قال في الجامع أيضاً: وكذلك لو قال البائع: هو الساعة كما شرطت، وقال العبد: أنا كذلك إلا أنني لم^(١) أفعل، كان القول قول المشتري. ولا يعتبر قول العبد. إما لأنه لا شهادة له، أو لأنه شهادة فرد^(٢).

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن المشتري إذا زعم أن العبد ليس بخباز فإني أسأل العبد، فإن قال: لست بخباز رددته. فإن أراد المشتري أن يرده فاشتغل العبد بالكتابة والخبز. فإن فعل من ذلك ما يسمى الشخص به كاتباً وخبازاً في العادة، فليس له أن يرد، فإن كان بخلاف ذلك فله الرد.

وإن^(٣) اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز، وهي تحسن ذلك، فنسيت في يد البائع، ردها؛ لأن الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة، وصار الاستحقاق بحكم الوجود كالاستحقاق بحكم الشرط.

في القدوري: وكذلك إذا اشترى جارية على أنها بكر، فإذا هي غير بكر عرف ذلك بإقرار البائع، كان للمشتري الخيار لما مر، فلو امتنع الرد بسبب من الأسباب،

(١) في م: لا.

(٢) في م: ترد.

(٣) في م: وإذا.

رجع المشتري على البائع بحصة البكارة من الثمن، فتقوم وهي بكر، [وتقوم وهي غير بكر]^(١)، فيرجع بفضل ما بينهما ولكن من الثمن، ولو شرط الثيابة، فوجدها بكرًا فهي له، ولا خيار للبائع.

في القدوري: وإن وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في البكارة وكان الاختلاف بعد قبض المشتري الجارية، فقال المشتري: لم أجد لها بكرًا. وقال البائع: كانت بكرًا، لكن ذهبت البكارة عندك، كان القول قول البائع مع يمينه، لأن البكارة صفة أصلية في النساء، وكان المدعي لوجودها^(٢) وقت التسليم وهو البائع متمسكًا بالأصل. لكن يحلف البائع بالله لقد باعها وقبضها المشتري وإنها لبكر.

وليس المراد من قول المشتري: لم أجد لها [بكرًا]^(٣)، الامتحان بالوطء؛ لأن الوطاء مانع من الرد بالعيب، ولكن [معناه]^(٤): أنني علمت أنها ليست ببكر بخبرها أو بخبر غيرها، وهذا إذا وقع الاختلاف بعد^(٥) قبض الجارية.

فأما إذا وقع الاختلاف قبل قبض المشتري الجارية المشتراة، [فقال المشتري]^(٦): هي ليست بكرًا، وقال البائع: هي بكر - فالقاضي يريها النساء، بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك اتفاقاً على عدم البكارة وقت الخصومة، إنما اختلفا فيما مضى، ورؤية النساء للحال لا تفيد العلم فيما مضى، أما هاهنا اختلفا في قيام البكارة للحال، ورؤية النساء في الحال^(٧) تفيد العلم، فإن قلن: هي بكر. ذكر في

(١) سقط في م.

(٢) في م: لوجوبها.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: قبل.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) زاد في م: لا.

الجامع أنها تلزم المشتري من غير يمين البائع؛ لأن شهادة النساء [هنا]^(١) تأيدت بمؤيد فصارت^(٢) كشهادة النساء مع الرجال ولو قامت [شهادة]^(٣) للنساء^(٤) مع الرجال على البكارة لزمت الجارية^(٥) المشتري من غير يمين البائع، كذا ههنا. ونظير هذا: ما قال في كتاب الاستحسان: أن امرأة العين إذا ادعت أنها بكر بعد مضي المدة. إذا ادعى الزوج الوصول إليها. فالقاضي يريها النساء، فإن قلن: هي بكر تخير^(٦) من غير يمين الزوج. فقد أثبت الفرقة بشهادتهن من غير يمين الزوج لما تأيدت شهادتهن بمؤيد فههنا كذلك.

وإن قلن: إنها ليست ببكر، تلزم المشتري مع يمين البائع بالله إنها لبكر، ولا ينقض البيع؛ لأننا جعلنا في الابتداء القول للبائع^(٧).

ولو ردت الجارية عليه إنما ترد بشهادة النساء بانفرادهن، وشهادة النساء بانفرادهن إذا لم تتأيد بمؤيد غير معتبرة لبناء الأحكام عليها، وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر؛ لأن عنده: شهادة النساء حجة ضرورية الثبابة الرد، لجواز أنها كانت بنتًا وقت البيع، وعلم المشتري بذلك ورضي، فلم تثبت ثبابة بشهادتهن في حق الرد، فأما على قولهما: بشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة [إذا تأيدت بمؤيد، وإن لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في إلزام الخصم]^(٨) فينبغي ألا^(٩) تثبت الثبابة بشهادتهن في حق الفسخ.

(١) سقط في م.

(٢) في م: صارت.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: النساء.

(٥) زاد في م: على.

(٦) في أ: يجبر.

(٧) في م: قول البائع.

(٨) سقط في أ، وبدل ما بين المعقوفين في م: مطلقة.

(٩) في م: أن.

وقد روي عن [أبي يوسف و]^(١) محمد - رحمهما الله - في هذا الفصل: أنه ثبت الثيابة بشهادتهن في حق الفسخ على قياس قولهما. فعلى هذا يحمل ما ذكر ههنا على^(٢) قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وفائدة شهادة النساء ههنا على قول أبي حنيفة - رحمه الله - توجه اليمين على البائع [فإن قبل شهادتهن كان لا يتوجه يمين على البائع]^(٣)، والآن يتوجه. والوجه في هذا: أن دعوى^(٤) المشتري الثيابة على البائع لم يعتبر في حق توجه اليمين على البائع عند أبي حنيفة؛ لأنه عارض دعوى المشتري ما يبطلها وهو كون البكارة أصلاً في بنات آدم، وقد أبطل اعتبار هذا الأصل بمعارضة شهادة النساء. وبقي دعوى المشتري معتبرة في حق توجه اليمين على البائع. فإن نكل البائع، ردت الجارية عليه. وإن حلف، انقطعت الخصومة، ولزم المشتري الجارية. أما قبل شهادة النساء لم يبطل كون البكارة أصلاً، فبقيت المعارضة بينها وبين دعوى المشتري، فلا يعتبر دعوى [المشتري]^(٥) في حق توجه اليمين على البائع. فإن^(٦) لم يكن بحضرة القاضي من النساء من يثق بقولها، لزم المشتري من غير يمين البائع لما ذكرنا: أن دعوى المشتري [من غير شهادة غيره معتبرة في حق توجه اليمين على البائع]^(٧).

ولو كان المشتري اشترى عبداً، على أنه خباز أو كاتب، [ثم لم]^(٨) يقبضه

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) زاد في أ: أن.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) زاد في م: الرد.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) في م: وإن.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في م: فلم.

المشتري حتى قال: ليس هذا كما شرطت لي، يجبر على قبضه.
ولو اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري قبل القبض: ليس هذا كما شرطت لي، يجبر على قبضها.

لأن في الفصل الأول: القول قول المشتري، فلا يفيد الجبر على القبض.
وفي الفصل الثاني: القول قول البائع، يفيد الجبر على القبض.
وإذا^(١) اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع أبداً، فهو على وجهين: إما أن شرط جميع الخراج على البائع، وفي هذا الوجه: البيع فاسد؛ لأنه شرط شرطاً لا يقتضيه العقد، لأنه شرط قضاء دين [على]^(٢) المشتري، فالعقد لا يقتضيه ولا يلائمه، وأنه غير متعارف، وللمشتري فيه منفعة فيوجب فساد العقد.
[وإما]^(٣) إن شرط بعض الخراج على البائع مما هو من أصل الخراج، فالبيع فاسد لما قلنا.

وإن كان المشروط على البائع [فإنه على وجهين أيضاً إن كان المشروط على البائع]^(٤) ما هو زائد على أصل الخراج، فالبيع جائز. لأنه شرط بعض الخراج على البائع مما هو من أصل الخراج، فالبيع فاسد لما قلنا.
وإن كان المشروط على البائع ما هو زائد على أصل الخراج، فالبيع جائز؛ لأنه شرط في البيع أنه لا يجب تحمل الظلم على المشتري، وهذا ثابت بدون الشرط.
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا اشترى ضيعة على^(٥) خراج درهم، وخراجها ثلاثة دراهم، فإن كان المشتري عالمًا [بأن خراجها]^(٦) ثلاثة دراهم فالعقد

(١) في م: فإذا.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: مع.

(٦) في م: بخراجها.

فاسد؛ لأن هذا بيع بشرط أن يجب بعض الخراج على البائع، وهذا شرط فاسد لما مر.

فإن لم يعلم المشتري بذلك فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار، إن شاء قبلها بخراجها وإن شاء تركها.

وقد قيل: إذا^(١) كان المشتري يعلم أن خراجها ثلاثة دراهم، وإنما يفسد العقد إذا كان الدرهم الثاني والثالث من أصل خراجها، أما إذا كان خراجها في الأصل درهما وزيد عليه بعد ذلك درهمان، يجب ألا يفسد العقد كما في المسألة الأولى؛ إذ المعنى لا يوجب الفصل.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا باع أرضاً على أن خراجها درهم، فإذا خراجها ثلاثة دراهم، فالعقد فاسد. ذكر المسألة [مطلقاً من غير فصل بين ما إذا علم المشتري أن خراجها ثلاثة دراهم أو لم يعلم، ويجب أن تكون المسألة]^(٢) على التفصيل الذي ذكرنا في مسألة فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

ولو اشترى أرضاً على [أنه غير خراجية والأرض في الأصل خراجية]^(٣) فالبيع فاسد، وهذا إذا كانت الأرض خراجية في الأصل، [فأما إذا لم تكن خراجية في الأصل]^(٤) ووضع عليها الخراج ظلماً، فالبيع يكون جائزاً، وإذا كانت الأرض خراجية في الأصل؛ فإنما يفسد العقد إذا علم المشتري أنها خراجية على ما ذكرنا.

سئل القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني - رحمه الله - عن أرض خراجها عشرة باعها مالكها مع [خراج خمسة عشر. زاد عليها من]^(٥) خراج [أرض]^(٦)

(١) في م: إن.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أن خراجها والأرض غير خراجية.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

أخرى، قال: البيع فاسد، وكذا في جانب النقصان. هكذا أجاب، والجواب في جانب النقصان مؤول وتأويله ما ذكرنا.

فستل: وإذا^(١) لم يعلم مقدار أصل الخراج على هذه الأرض، واختلف البائع والمشتري في المقدار فادعى المشتري أقل وادعى البائع أكثر هل ينظر إلى خراج مثل هذه الأرض في تلك القرية؟ وإن أراد المشتري أن يحلف البائع ما يعلم أن أصل خراج هذه الأرض [في هذه القرية]^(٢) كذا، له ذلك؟ فقال: الخصم في الخراج نائب السلطان.

فستل: ما قوله إن كانت الأرض^(٣) خراجية إلا أنه لا يعلم كيف وضع [أصل]^(٤) الخراج، غير أنهم يوزعون الخراج على الشرب بذلك جرى العرف بينهم في القديم^(٥)، ثم باع رجل أرضا بغير خراج، أو بخراج قليل هل يجوز؟ قال: عندي^(٦) مخالف لحكم الشرع.

وإذا باع أرضاً وقال: إن خراجها كذا ثم ظهرت الزيادة، فالبيع جائز. وهل يكون [له]^(٧) الرد إذا ظهرت الزيادة؟ إن كانت الزيادة شيئاً يُعدها الناس عيباً، فله الرد.

وإذا اشترى أرضاً أو داراً على أنها حرة عن النوائب، فإذا طوّل^(٨) المشتري بالنوائب، فله أن يردها [على بائعها]^(٩) إن كان حيّاً، وعلى ورثته إن كان ميتاً.

-
- (١) في م: وإن.
 - (٢) سقط في أ.
 - (٣) في أ: البلده.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) غير واضحة في أ.
 - (٦) في م: عند.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في أ: يطالب.
 - (٩) في أ: البائع.

وكذلك إذا اشتراها على أن قانونها نصف دائق فإذا هو أكثر، فله أن^(١) يردّها، ثم [إن]^(٢) هذا البيع جائز.

بخلاف ما إذا اشترى الأرض على أنه لا خراج عليها، أو على أن خراجها [دراهم]^(٣) فإذا هو^(٤) أكثر^(٥) فالعقد فاسد، لأن الخراج حق وهو دين كسائر الديون، وقد شرط المشتري على البائع قضاء دين المشتري. فأما المؤنات والجبايات^(٦)، فالمشتري [شرط]^(٧) في العقد ألا يحتمل الظلم، وهذا ثابت بدون الشرط.

وإذا باع أرضاً على أنها منظور عن القانون، أو على أنها مشفوع [عن]^(٨) الخراج أو على أن [لا]^(٩) يؤخذ منه الجباية، فالعقد فاسد. كما إذا [باع على أنه لا يغصبه غاصب].

وإذا^(١٠) باع حانوتاً على أن غلتها عشرون [درهما]^(١١) فإذا هي خمسة عشر. فإن أراد بذلك أنها كانت تغل فيما مضى كذا، فهذا شرط لا ينتفع به [أحد]^(١٢) فلا يفسد [به العقد]^(١٣).

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) في أ: هي.
 - (٥) زاد في أ: بعقد.
 - (٦) في م: والحيات.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في أ.
 - (١٠) سقط في م.
 - (١١) سقط في م.
 - (١٢) سقط في م.
 - (١٣) في م: بالعقد.

وإن أراد بذلك أنها تغل في المستقبل وجعل ذلك شرطاً في العقد، فالبيع^(١) فاسد [وهو مجهول على المستقبل]^(٢)؛ لأن هذا شرط [شيء]^(٣) هو متفَع وفي وجوده غرر.

وإن أطلق ولم يفسر ولم يرد به شيئاً فالعقد فاسد، وهو محمول على المستقبل؛ لأن مراد الناس في عرفهم وعاداتهم المستقبل فيحمل عليه.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى من آخر سكنى له في حانوت رجل مركباً بمال، وقد أخبره بائع السكنى أن أجرة هذا الحانوت سنة. فإذا ظهرت أجرته عشرة، ليس له أن يرده على البائع وإن لم يسلم له شرطه^(٤)؛ لأنه إنما^(٥) لم يسلم له شرطه^(٦) في غير المشتري.

قال: وللمالك أن يكلف المشتري رفع السكنى وإن كان على المشتري ضرر؛ لأنه شغل ملكه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا اشترى من آخر طعاماً بطعام أو بغيره مما يكال أو يوزن واشترط عليه أن يوفيه إياه [في منزله]^(٧)، أو شرط عليه أن يحمله إلى منزله، فهذا على وجهين:

إما إن اشتراه في المصر أو خارج المصر، وقد اشتراه بمثله من جنسه أو بخلاف جنسه.

ففيما إذا اشترط عليه الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد، اشتراه في المصر أو خارج المصر، اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه، لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه

(١) في م: فالعقد.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: بشرطه.

(٥) في م: إذا.

(٦) في م: بشرطه.

(٧) في م: بمنزله.

البيع، لأن حمل البائع المبيع إلى منزل المشتري [ليس بواجب]^(١) وإنما يجب عليه التسليم في مكان العقد إذا كان المبيع فيه، فهو بمعنى قولنا: إنه شرط ما لا يقتضيه العقد وللمشتري فيه منفعة، ومثل هذا الشرط^(٢) يوجب فساد البيع. وإن شرط الإيفاء في منزله، إن اشتراه خارج المصر ومنزله في المصر، فالعقد فاسد سواء اشتراه بجنسه أو بخلاف جنسه.

لأنه شرط في البيع ما لا يقتضيه البيع، لأن البيع يقتضي التسليم في مكان البيع إن كان المبيع فيه، ومتى كان العقد خارج المصر لا يكون منزله في المصر مكان العقد في حق الإيفاء لا حقيقة وهذا ظاهر، ولا حكماً.

لأن خارج المصر مع المصر [لم يجعل كمكان واحد في حق الإيفاء شرعاً؛ ألا ترى أن في باب السلم لو شرط الإيفاء في المصر]^(٣) وأراد المسلم إليه أن يسلم خارج المصر، ليس له ذلك، ولا يجبر رب السلم على القبول^(٤).

(١) سقط في أ، م.

(٢) زاد في م: لا.

(٣) سقط في أ.

(٤) اختلف الفقهاء في مدى اشتراط تعيين مكان الوفاء بالمسلم فيه لصحة عقد السلم، ولهم في ذلك عدة أقوال هي:

القول الأول: للحنفية، حيث يرون أنه لا يشترط بيان مكان الوفاء بالمسلم فيه إذا لم يكن له حمل ومؤنة، فإذا كان له حمل ومؤنة، فقد اختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في اشتراط تعيين مكان الإيفاء، فقال أبو حنيفة: يشترط بيان مكان إيفاء المسلم فيه؛ لأن التسليم غير واجب في الحال، وإنما يجب إذا حل الأجل، ولا يدري أين يكون عند حلوله، فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قطعاً للمنازعة، ولأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن، بخلاف البيع؛ لأنه يوجب التسليم في الحال، ولا منازعة فيما لا حمل له.

وقال أبو يوسف، ومحمد: لا يشترط بيان مكان التسليم، ويسلمه في موضع العقد؛ لأن مكانه موضع الالتزام، فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض، والاستهلاك.

القول الثاني: ويسلمه إليه حيث لقيه عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين يسلمه في مكان العقد. كان أبو حنيفة يقول أولاً: إن تعيين مكان الإيفاء ليس بشرط، ولكن إن بينا مكاناً تعين ذلك المكان للإيفاء وإن لم يبيننا تعين موضع العقد للإيفاء، وهو قول أبي يوسف، ومحمد.

أما المالكية فمذهبهم أنه لا يشترط تعيين مكان الإيفاء، ولكن الأفضل أن يذكره ويعينه؛ لزوال التخاصم بين المتبايعين، ولأن إطلاق العقد يقتضي التسليم ببلد العقد، كما يقتضي إطلاق البيع ذلك، فإن لم يذكره لزم المسلم إليه دفعه في بلد عقد السلم، ولزم المسلم قبضه هناك. قال ابن جزى: «الأحسن اشتراط مكان الدفع فإن لم يعين في العقد مكاناً فمكان العقد، وإن عيناه تعين».

القول الثالث: للشافعية، وأرجح الأقوال عندهم أنه يشترط لصحة السلم بيان مكان المسلم فيه، إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم كالصحراء، أو كان لحمله مؤنة، فإن كان مكان العقد صالحاً للتسليم، أو لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة، فلا يشترط ذلك، ويتعين مكان العقد للتسليم بدلالة العرف، هذا إذا كان المسلم فيه مؤجلاً، فإن كان حالاً فلا يشترط فيه تعيين مكان الوفاء، ويتعين موضع العقد للتسليم. وقد استدل الشافعية على وجوب تعيين مكان المسلم فيه المؤجل إذا كان المكان لا يصلح للتسليم بأن الأغراض تختلف والأمكنة تتفاوت، فوجب البيان كما هو الأمر في الأوصاف، كما استدلو على وجوب التعيين إذا كان لحمله مؤنة بأن الثمن يختلف باختلاف المكان الذي سيسلم فيه، كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها.

القول الرابع: للحنابلة، ومذهبهم أنه لا يشترط ذكر مكان الإيفاء؛ لأن النبي ﷺ لم يذكره، فدل على أنه لا يشترط، ولأنه عقد معاوضة، فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبسوق الأعيان، اللهم إلا أن يكون موضع العقد غير صالح للوفاء فيه كصحراء وبحر وجبل ونحو ذلك، فيجب بيانه لتعذر الإيفاء في موضع العقد، فيكون محل التسليم مجهولاً، فاشترط تعيينه بالقول كالأجل.

القول الخامس: للظاهرية، ويرون أنه لا يجوز أن يشترط في السلم دفعه في مكان بعينه، فإن فعلاً فالصفقة كلها فاسدة، وعلى المسلم إليه أن يسلم المسلم فيه حيث لقيه عند محل الأجل في أي مكان من أرض الله، وحجتهم في هذا أن اشتراط مكان معين للوفاء شرط باطل؛ لأنه لم يرد في كتاب الله، ولا في سنة رسول الله ﷺ.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢١٣)، الهداية (٣/٨١-٨٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/٥١-٥٢)، المبسوط (١٢/١٢٧)، فتح القدير (٧/٩١)، العناية (٧/٩٥، ٩٦)، كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط (١)، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م (٤/١١٦)، الجوهرة النيرة (١/٢١٩)، المنتقى (٤/٢٩٨-٢٩٩)، الذخيرة (٥/٢٦٣)، مواهب الجليل (٤/٥٤٥)، جواهر الإكليل (٢/٦٦)، بداية المجتهد (٢/٣٣٣)، تهذيب الفروق والقواعد السننية بهامش أنوار البروق (٣/٢٩٨)، القوانين الفقهية، ص (٢٣٢)، المعونة، للقاضي عبد الوهاب (٢/٩٨٤)، وما بعدها، المهذب (١/٣٠٧)، الإقناع (٢/٩٢، ٩٣)، إعانة الطالبين (٣/١٩)، حاشية الشرقاوي (٢/٢٥)، (٢٦)، الحاوي (٧/٣١)، وما بعدها، المغني (٦/٤١٤)، الإنصاف (٥/١٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٢/٩٦)، مطالب أولي النهى (٣/٢٢٩)، منار السبيل (٢/٥٥٨)، المحلى (٨/٤٧).

وأما إذا اشتراه في المصر وشرط الإيفاء في منزله [ومنزله]^(١) في المصر .
 إن اشتراه بجنسه . بأن يشتري حنطة بحنطة . فإن العقد فاسد . لقوله : عليه
 السلام : «الحنطة بالحنطة مثل بمثل والفضل ربا»^(٢) .
 فقد جعل الفضل على المماثلة من حيث الكيل ربا بلا تفصيل بين فضل وفضل
 فهو على الكل^(٣) ، وقد شرط المشتري فضلا لنفسه وهو الإيفاء في منزله .
 فأما إذا اشتراه في المصر بخلاف جنسه وشرط الإيفاء في منزله ، ومنزله في
 المصر .

القياس : أن يكون البيع فاسداً ، وبالقياس أخذ محمد - رحمه الله - .
 وفي الاستحسان : البيع جائز . وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما .
 وجه القياس في ذلك : أنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد ، ولأحد المتعاقدين
 فيه منفعة ، فيفسد العقد ، كما لو اشتراه خارج المصر ، أو اشتراه في المصر بجنسه
 وشرط الحمل إلى منزله .

بيانه : وهو أن العقد يقتضي تسليم المبيع [في مكان البيع]^(٤) إذا كان المبيع فيه ،
 ومنزل المشتري ليس بمكان العقد حقيقة ، هذا ظاهر ، وكذلك حكماً ، لأن خارج
 المنزل مع المنزل لم يجعل في حكم مكان واحد في حق الإيفاء شرعاً .
 ألا ترى أن في باب السلم لو شرط الإيفاء في منزل رب السلم فأراد المسلم
 إليه^(٥) أن يسلم خارج المنزل ليس له ذلك . فكان اشتراطاً في غير مكان العقد .
 والعقد لا يقتضي ذلك .

(١) سقط في م .

(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٨/٨٣) ، والنسائي (٢٧٣/٧) من طريق أبي زرعة ، عن أبي هريرة عن
 النبي ﷺ قال : «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالْمِلْحُ بِالمِلْحِ ، مِثْلًا
 بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ ، فَمَنْ رَادَ أَوْ اشْتَرَا فَقدَ أَرَبَى ، إِلَّا مَا اخْتَلَفَتْ أَلْوَانُهُ» .

(٣) في أ : الكيل .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ : فيه .

وجه الاستحسان: وهو أنه شرط في البيع ما يقتضيه البيع .
 لأنه شرط الإيفاء في مكان البيع، والمصر مع اختلاف أماكنه^(١) جعل أماكنه
 كمكان واحد في حق الإيفاء، أصله مسألة السلم .
 فإن في باب السلم، إذا شرط الإيفاء في المصر [جاز]^(٢) وإن لم يبين محله من
 المصر، وهذا يبين لك أن المصر كله جعل كمكان واحد في حق الإيفاء .
 وإذا صار هكذا صار منزله بمنزلة مكان العقد حكما في حق الإيفاء، واشتراط
 الإيفاء في مكان العقد مما يقتضيه العقد .
 وإما إذا شرط الحمل إلى منزله، فهناك شرط ما لا يقتضيه العقد، لأن العقد لا
 يوجب الحمل إلى منزل المشتري .
 فأما إذا اشترى خارج المصر .
 قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد، لأنه شرط الإيفاء في غير مكان العقد على
 ما مر .

وأما إذا اشتراه بجنسه .

قلنا: هناك شرط ما لا يقتضيه العقد، فإن^(٣) منزله ليس مكان العقد في حق
 الإيفاء [متى]^(٤) حصل الشراء بجنسه، وهذا لأن منزله [بمنزلة]^(٥) مكان العقد في
 حق الإيفاء بالحقيقة متى حصل الشراء بالجنس، ونفينا الربا وألزمناه العمل بحكم
 الحقيقة متى حصل الشراء بخلاف الجنس؛ لأن اختلاف الجنس إبقاء الربا من اتفاق
 الجنس؛ فحينئذ يتعطل العمل بالشبهين فعملنا على الوجه الذي قلنا؛ لتمكين^(٦)

(١) في أ: أماكنها .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: لأن .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في أ، م .

(٦) في م: تمكنا .

العمل بالشبهين .

وفي الزيادات : إذا اشترى وقر حطب في المصر فعلى البائع أن يأتي به إلى منزل المشتري [عرفاً]^(١) ، ولو هلك في الطريق يهلك من مال البائع .
وإنما يجب على البائع ذلك ؛ لأن [إيفاءه]^(٢) إلى منزل المشتري مشروط^(٣) عرفاً . ولكن يجعل المشتري شرطاً للإيفاء في منزله لا شرطاً للحمل ؛ لأن شرط [الحمل]^(٤) يفسد العقد، وشرط الإيفاء بالعربية لا يفسد العقد، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

في فتاوى أبي الليث : أن التفاوت في لفظة الحمل في الإيفاء بالعربية ، وأما بالفارسية فلا تفاوت فيه^(٥) ، وكل موضع جاز شرط الإيفاء بالعربية يجوز [شرطها]^(٦) بالفارسية .

ولو اشترى حطباً في قرية شراء صحيحاً ، وقال موصولاً بالشراء من غير شرط في الشراء : أحمله إلى منزلي ، لا يفسد العقد ؛ لأن هذا ليس بشرط في البيع ، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع ؛ فلا يوجب فساد البيع .

وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - : إذا اشترى حطباً على ظهر الدابة ، وشرط على البائع تسليمه عند بيت المشتري ، فالبيع جائز ، فإن اشترى على الأرض وشرط حمله إلى منزله ، لا يجوز .

وفي فتاوى أهل سمرقند : إذا اشترى حطباً به خرق على أن يخززه البائع ، جاز ؛ لأنه عمل الناس .

(١) سقط في أ ، م .

(٢) في م : الإتيان به .

(٣) في م : مشروطاً .

(٤) سقط في م .

(٥) في أ : ففي .

(٦) سقط في أ .

وعن محمد بن سلمة - رحمه الله - : في الأشياء التي تباع على ظهر الدابة كالحطب والفحم، أن البائع يجبر على حملها إلى منزل المشتري .
 وإن كان صبره فاشتراها ليحملها البائع إلى منزله، فالبيع فاسد .
 وكذا إذا اشترى من خلقاني ثوبا وبه خرق على أن يخيطة [البائع]^(١) ويجعل عليه الرقعة، [جاز]^(٢) لما ذكرنا .

وإذا اشترى من كرباسي [كرباسا]^(٣) على أن يقطعه البائع قميصا ويخيطة، لا يجوز؛ لأنه لا تعامل^(٤) في هذا .

وإذا اشترى دارا واشترط مع الدار الفناء، وفي الواقعات: أن البيع فاسد؛ لأن الفناء لا يصير مملوكًا للمشتري، وكان هذا شرطًا فاسدًا في بيع الدار .
 وفي بيوع المتفني: إذا باع الرجل دارًا وكتب: بحقوقها وفنائها، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : العقد فاسد .

قال ابن سماعه: قال محمد - رحمه الله - : وأظنه هو قول أبي يوسف - رحمه الله - أن البيع جائز .

قال: وليس هذا عندنا على معنى التملك منه للفناء، وقد علم الناس أن الفناء لا يبيعه الرجل في^(٥) داره . والله أعلم .



(١) سقط في أ .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: يعمل .

(٥) في م: من .

نوع آخر: في شرط الأجل:

إذا شرط الأجل في بيع العين، فسد البيع، وإن شرط الأجل في الثمن، والثمن دين، فإن^(١) كان الأجل معلومًا، فالبيع جائز، وإن كان الأجل^(٢) مجهولًا فالبيع فاسد والأجل المجهول: أن يبيع إلى الحصاد والدياس أو إلى قدوم الحاج وأشباه ذلك، وهذا إذا شرط هذه الآجال في البيع.

أما إذا باشر البيع مطلقًا، ثم إن البائع أجل المشتري في الثمن إلى هذه الآجال، صح التأجيل.

رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - نصًا^(٣)؛ وهذا لأن الأجل إذا لم يكن مشروطًا في البيع لا يكون من نفس المبيع، وكان تأثير الأجل في تأخير المطالبة إلى هذه الآجال، وتأخير المطالبة إلى هذه الآجال صحيح كما في الكفالة.

وإذا قال: بعتك بألف درهم إلى شهر، فالبيع جائز.

ولو قال: إلى شهر بألف درهم، ذكر في النوادر: أنه لا يجوز؛ لأنه تأجيل في البيع^(٤) لا في الثمن.

وحكي عن شمس الأئمة الحلواني أنه يجوز؛ لأن قصد المتعاقدين تأجيل الثمن، وإن قال في رجب: أجلتك إلى رجب، فهو على رجب^(٥) القابل، ولو قال: إلى انسلاخه، [فإلى انسلاخ]^(٦) [رجب هذا]^(٧).

ولو^(٨) باع إلى النيروز والمهرجان [ذكره]^(٩) في الجامع الصغير وأجاب بالفساد

(١) في أ: فإذا.

(٢) في م: عن العبد.

(٣) في أ: أيضا.

(٤) في م: المبيع.

(٥) في أ: الرجب.

(٦) في أ: فهو.

(٧) في أ: هذا الرجب.

(٨) في م: وإذا.

(٩) سقط في م.

مطلقًا.

وذكر المسألة في الأصل وقال: إن كان لا يعرف بأن كان يتقدم أو يتأخر لا يجوز. كما في الحصاد والدياس: وإن كان معروفًا بالأيام بحيث لا يتقدم ولا يتأخر يجوز.

وقد ذكر الكرخي في كتابه قريبًا مما ذكر في الأصل. فإنه قيد الجواب بالفساد بما إذا كان المتعاقدان لا يعرفان وقته أو جهله أحدهما.

والصحيح من الجواب في هذه المسألة: أنهما إذا لم يبيئا نيروز المجوسي أو نيروز السلطان، فالعقد فاسد. وإذا بين أحدهما وكان يعرفان وقته، لا يفسد العقد. وإذا باع من آخر شيئًا بألف درهم وهما ببخارى على أن يوفيه الثمن بسمرقند مثلاً، لا يجوز العقد.

ولو باعه^(١) بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه الثمن بسمرقند، يجوز سواء كان الثمن شيئًا له حمل ومؤنة. أو كان شيئًا لا حمل له ولا مؤنة.

ولو استقرض من آخر ألف درهم ببخارى على أن يوفيه مثلها بسمرقند، أو استقرض [ببخارى ألف درهم إلى شهر على أن يوفيه مثلها، لا يجوز، فقد]^(٢) فرق بين القرض وبين البيع فيما إذا شرط مع^(٣) بيان مكان الإيفاء أجلًا معلومًا.

والفرق: أن الأجل في القرض لا صحة له، معلومًا كان الأجل أو مجهولًا. فصار ذكر الأجل وعدمه بمنزلة.

ولو لم يذكر الأجل في القرض وشرط أن يوفيه بسمرقند: لا يجوز لأنه قرض جر منفعة.

وفي باب البيع: الأجل المعلوم صحيح، وبيان مكان الإيفاء مع الأجل لا يفسد

(١) في م: باع.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: بين.

العقد. لأنه إذا ذكر أجلاً معلوماً مع بيان مكان الإيفاء، لا يكون شرطاً للإيفاء في ذلك المكان على وجه التأجيل، وإنما يكون لتخصيص القبض بذلك المكان فلا يفسد العقد.

وإذا لم يذكر مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلوماً كأن ذكر^(١) مكان الإيفاء على وجه التأجيل، وإنه يفسد العقد؛ لأنه أجهل مجهول، لأنه لا يدري في أي قدر من المدة يأتي سمرقند، فيكون أجلاً مجهولاً.

ثم إذا صح العقد مع الأجل المعلوم وحل الأجل. فإن كان الثمن شيئاً له حمل ومؤنة. لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء باتفاق الروايات.

وإن كان الثمن شيئاً ليس له حمل ومؤنة: فعلى ما أشار إليه في بيوع الأصل، وهو رواية الطحاوي عن أصحابنا: لا يطالبه إلا في مكان الإيفاء، وعلى رواية كتاب الإجازات [وكتاب الصرف: يطالبه في أي مكان ما ويلغو شرط الإيفاء في ذلك المكان.

لأنه إنما يراعى من الشروط ما يفيد لا ما لا يفيد، ولا يفيد تعيين مكان الإيفاء إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

فإن قيل: على رواية كتاب الإجازات^(٢) وكتاب الصرف: [إذا شرط الإيفاء ولم]^(٣) يكن للثمن حمل ومؤنة، ينبغي أن يصح البيع، إذا لم يشترط مع بيان مكان الإيفاء أجلاً معلوماً.

قلنا: يجب بهذا الشرط شيان: تأخير المطالبة إلى أن يأتي سمرقند، وتعيين سمرقند مكاناً للإيفاء. [والثاني لا يفيد فيما ليس له حمل ومؤنة فيلغو هذا الشرط في تعيين سمرقند مكاناً للإيفاء؛ لأنه]^(٤) لا يفيد إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

(١) في م: ذكره.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: وإذا تعاقدا الشرط ولم، وفي م: إذا تعاهدا شرط إذا لم.

(٤) سقط في م.

فأما في تأخير^(١) المطالبة إلى أن يأتي سمرقند [مفيد]^(٢). فإن من عليه ينتفع به فيعتبر هذا الشرط في حق تأخير المطالبة إن لم يعتبر في حق تعيين مكان الإيفاء. وفي القدوري: إذا لم يذكر في الثمن أجلاً فسد العقد في قول محمد - رحمه الله - وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أن القياس: أن يجوز العقد؛ لأن هذا الكلام عادة يذكر لتخصيص القبض بمكان، لا للتأجيل، ولو ذكرهما، فإذا أمكن الحمل على وجه الصحة. لا يحمل على وجه الفساد. لكنه استحسنت فيما له حمل ومؤنة أن يفسد العقد؛ لأن تسليمه^(٣) الثمن لا يجب في غير ذلك المكان فيصير في معنى التأجيل.

فأما فيما ليس له حمل ومؤنة، لا يفسد العقد؛ لأن^(٤) ما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه حيث شاء، فلا يصير شرط التسليم في مكان معين في معنى التأجيل، بل يلغو ذكر الشرط ويصير كأنه أطلق العقد^(٥).

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله -: أن اشتراط إيفاء الدراهم في عقد البيع، في بلد آخر لا حكم له. كان له حمل ومؤنة أو لم يكن، وله أن يأخذ بها إذا حل أجلها حيث لقيه، وإن كره ذلك الطالب.

وإن لم يكن للمال أجل فهو سواء في القياس، غير أنني أستحسن أن أفسد العقد، إذا كان له حمل ومؤنة للشرط الذي من الحمل والمؤنة.

وفي مجموع النوازل: رجل باع من آخر ثوباً بعينه ببغداد على أن يوفي^(٦)

(١) في أ: من تتأخر.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: تسليم.

(٤) في م: لا.

(٥) المبسوط للسرخسي (٣٧/١٤).

(٦) في م: يوفيه.

المشتري الثمن [أخًا للبائع]^(١) بسمرقند، فالبيع فاسد.
لأنه يوهم اشتراط الثمن لغير البائع وهو [الأخ]^(٢)، واشتراط الثمن لغير البائع^(٣)
أو على غير المشتري يوجب فساد البيع.
فإن صورنا المسألة فيما إذا كان الثمن للبائع والأخ وكيله بالقبض، فالبيع فاسد
أيضًا؛ لأن فيه أجلاً مجهولاً على نحو ما بينا.
وفيه أيضًا: رجل باع عبدًا بألف درهم على أن ينقده^(٤) خمسمائة عند مضي
شهر، فقال البائع: أنا أطلب منك جميع الثمن. فقال: البيع فاسد. لجهالة الأجل،
لأنه لا يدري ماذا يمكنه تسليمه عند كل أسبوع وفيه نظر، لأن هذا بمنزلة ما لو باع
على أن نصف الثمن مؤجل إلى شهر، فهذا كذلك.
وفي المنتقى: إذا باع عبدًا على أن يؤدي ثمنه إلى يوم القيامة فقال المشتري:
أؤدي الثمن في الحال، جاز البيع. والله أعلم بالصواب.



(١) في م: إذا كان البائع.

(٢) في م: الآخر.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: يقبضه.

نوع آخر: في البيع يقع على شيء فيصادفه على خلاف جنسه: إذا باع من آخر شخصاً على أنها جارية وأشار إليه، فإذا هو غلام فلا بيع بينهما، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا، والقياس أن ينعقد البيع ويكون للمشتري الخيار. والأصل في هذه المسألة وما يجانسها: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا^(١) في العقد فوجد المشار إليه على [خلاف]^(٢) ذلك.

إن كان الخلاف من حيث الجنس فالبيع باطل، حتى إن من باع من آخر فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج كان البيع باطلاً.

لأن المشار إليه من خلاف جنس المسمى، لأن الزجاج من خلاف جنس الياقوت، وإنما كان البيع باطلاً في هذه الصورة: لأن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى، فالعقد يتعلق بالمسمى وتلغو الإشارة، فإذا كان المسمى معدوماً كان المبيع^(٣) معدوماً، والبيع على المعدوم باطل.

وإنما كانت العبرة للتسمية في هذه الصورة: لأنه لا يمكن العمل بالإشارة والتسمية معاً في هذه الصورة.

لأن الإشارة توجب تعلق العقد بالمشار إليه وهو الزجاج، والتسمية [توجب]^(٤) تعلق العقد بالمسمى وهو الياقوت، والعقد الواحد لا يجوز أن يتعلق بالياقوت والزجاج بكل واحد منهما على الانفراد في وقت واحد، فلا بد من العمل بإحدهما^(٥) وإلغاء الأخرى.

فنقول: العمل بالتسمية^(٦)، وإلغاء الإشارة أولى من العمل على العكس.

(١) في م: اجتماعاً.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: المشتري.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: أحدهما.

(٦) زاد في أ: كما يقطع الشركة.

ولأن الإشارة مع التسمية إذا استويا، من حيث إن التسمية كما تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من خلاف جنسه، والإشارة تقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من خلاف جنسه.

ومن حيث إن التسمية إذا كانت تعرف الماهية^(١) فالإشارة لا تعرفها، والإشارة تقطع^(٢) الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه.

والتسمية لا تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من جنسه [فاستويا من هذا الوجه، إلا أن ما في التسمية من تعريف الماهية [ما في الإشارة من التعريف]^(٣) يقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه؛ لأن الماهية مقصودة لعينها، وقطع الشركة بين المشار إليه وبين غيره من جنسه^(٤) مقصود [لغيره]^(٥) لإمكان التسليم، لا لعينه، فلا شك أن المقصود لعينه فوق المقصود لغيره، وترجحت التسمية على الإشارة في هذا الوجه، فوجب العمل بها دون الإشارة عند تعذر العمل، والتقريب ما ذكرنا.

وإن [كان]^(٦) المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالفه في الصفة^(٧)، فالعقد جائز وللمشتري الخيار إذا رآه، كما إذا اشترى فصًا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر، فالبيع جائز وللمشتري الخيار إذا رآه.

لأن المشار إليه [إذا كان من جنس المسمى فالعبرة للإشارة؛ لأن المسمى وجد في المشار إليه]^(٨) وما هو المقصود من التسمية وهو تعريف الماهية قد حصل.

(١) في م: المالية.

(٢) زاد في أ: فقطع.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: وصفه.

(٨) سقط في أ.

لأن المشار إليه ياقوت كالمسمى: فصار حق التسمية مقتضياً. بقيت الإشارة للتعين، لأن المسمى شائع في الجنس، فالإشارة [تعيينه، وكان في الإشارة]^(١) زيادة تعريف في هذه الصورة، فكانت العبرة للإشارة حال اتفاق الجنس، وتلغو التسمية فكأنه أشار في البيع ولم يسم. وهناك ينعقد البيع على [المشار إليه]^(٢) فهأنا كذلك، إلا أنه أثبت للمشتري الخيار، لأنه شرط له زيادة وصف في المشار إليه حيث قال: إنه أحمر، كأنك قلت من الابتداء: بعثك هذا على أنه أحمر، فإذا وجده أصفر فقد فات الوصف المذكور في المشار إليه؛ فلهذا كان له الخيار.

وصار كما لو قال: بعث منك على أنه كاتب أو خباز، ولم يسم العبد فوجده غير كاتب أو غير خباز، وهناك يجوز العقد ويكون للمشتري الخيار.

إذا ثبت هذا جئنا إلى بيان مسألتنا وأنها على القياس والاستحسان^(٣).

وجه الاستحسان: أن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لأن اختلاف المجانسة بين الشيتين باختلاف الصورة، والمقصود والصورة في بني آدم مختلفة وهذا ظاهر، وكذلك المقصود مختلف^(٤)، فإن ما ينبغي من الذكر [من]^(٥) الزراعة والجهاد لا ينبغي من الأنثى، وما ينبغي من الأنثى من الغزل والطبخ والاستفراش لا ينبغي من الذكر.

وصار كالهروي مع المروي^(٦)، والزندنجي^(٧) مع الوداري، باعتبار جنسين مختلفين لاختلاف الصورة والمقصود، كذا هنا.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: المشتري.

(٣) زاد في م: وبيان.

(٤) زاد في م: فيه.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: الهروي.

(٧) في م: كالزند.

وإذا ثبت أن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان يتعلق العقد بالمسمى، والمسمى معدوم، فكان البيع باطلاً.

ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا [هي ضأن]^(١) فاليق جائز؛ لأن الذكر مع الأنثى في البهائم جنس واحد؛ لأن الصورة وإن كانت مختلفة فالمعنى واحد، لأن [ما]^(٢) ينبغي من الذكر من العمل والأكل، ينبغي من الأنثى، وفي منفعة الولاد يشتركان والمقصود راجح على الصورة، فيرجح ما يوجب اتحاد الجنس فجعلنا الجنس واحداً.

وقد ذكرنا أن في الجنس الواحد العبرة للإشارة كأنه إشارة ولم يسم، وهناك ينعقد العقد كذا هاهنا.

ثم ما ذكرنا أن المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى فالعقد يتعلق بالمسمى، فذلك: إذا لم يعلم المشتري والبائع أن المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فأما إذا علما بذلك فالعقد يتعلق بالمشار إليه، ألا ترى أن من قال لغيره: بعتك هذا الحمار وأشار إلى عبد قائم بينهما ينعقد العقد على العبد.

وكذلك إذا قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف درهم جارية وأشار إلى الدنانير تتعلق الوكالة بالدنانير.

وفي الزيادات: [ذكر]^(٣) مسألة الوكالة وشرط التعلق بالمشار إليه، علم الوكيل والموكل بالمشار إليه وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه، والله تعالى أعلم.



(١) في م: هو ذكر.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

ومما يتصل بهذا النوع:

ذكر القدوري - رحمه الله - : إذا باع دارًا على أن بناءها آجر فإذا هو لبن [فإذاً هو] ^(١) باطل؛ لأن الأغراض والمقاصد تتفاوت تفاوتًا فاحشًا فيلتحق بالجنس المختلف، فتعلق العقد [بالمسمى] ^(٢) والمسمى معدوم.

ولو باع دارًا على أن فيها بناء فإذا ^(٣) لا بناء فيها، فالبيع جائز، والمشتري بالخيار إن شاء أخذها ^(٤) بجميع الثمن [وإن شاء ترك] ^(٥).

وفي المسألة نوع إشكال، فإن انعدام الوصف أقوى من اختلاف الوصف، ثم اختلاف الوصف في المسألة الأولى منع انعقاد البيع، وعدم الوصف في المسألة الثانية لم يمنع.

والوجه في ذلك: وهو أن في المسألة الأولى بين الموجود والمذكور تفاوت فاحش في الأغراض، وباعتبار فحش التفاوت التحقًا بالجنسين المختلفين، فلا يدخل الموجود تحت المذكور، فلو أوجبنا العقد في الموجود فقد أوجبناه في غير ما تناوله الذكر؛ فإنه لا يجوز.

فأما اسم الدار يتناول العرصة بانفرادها - أيضًا - . فإذا انعدم البناء، لو أوجبنا العقد في العرصة فقد أوجبناه فيما تناول الذكر؛ فلهذا افترقا.

فهذا غاية ما قيل في الفرق بين المسألتين، ولم يتضح لنا وجهه.

وذكر الخصاص - رحمه الله - : إذا اشترى دارًا على أنها مبنية بالجص أو مسقفة

بالساج فكان بخلافه، أو كان معدومًا، فالبيع جائز.

فكذا النخل ^(٦) على أنه دقل، بخلاف الزرع على أنه حنطة فإذا هو شعير.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فإذاً.

(٤) في م: يأخذها.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: التحمل.

ولو باع جبة على أن ظهارتها كذا [وبطانتها كذا]^(١)، وحشوها كذا، فوجد الظهارة على ما شرط، والبطانة والحشو على خلافه، فالبيع جائز ويتخير المشتري، فإن كانت الظهارة من غير ما شرط فالبيع باطل. وهذا لأن الجبة تُنسب إلى ظهارتها وتُعرف بها فهي^(٢) الأصل، والبطانة والحشو تبع.

فإذا وجد الظهارة على خلاف ما سمي جنسًا كان المسمى معدومًا يقع العقد باطلًا، وإذا كانت الظهارة على وفاق المسمى جنسًا لم يكن المسمى معدومًا فجاز أن ينعقد [العقد]^(٣).

وروي: أن الظهارة إذا كانت أقل قيمة، مثل أن تكون البطانة وبرًا وسمورًا، والظهارة من كرباس وما أشبهه، فإن العقد لا يبطل.

وإذا باع قباء على أن بطانته هروي فإذا هي^(٤) مروي فالبيع جائز ويتخير المشتري، لأن البطانة تبع، والاختلاف يوجب الخيار ولا يمنع الانعقاد. وكذلك إذا قال: على أن حشوه قز، فإذا هو قطن.

ولو باع ثوبًا على أنه مصبوغ بزعفران، فالبيع باطل؛ لأن الأغراض تتفاوت بتفاوت^(٥) اللون تفاوتًا فاحشًا، فالتحقا بالجنس المختلف.

وذكر القدوري - رحمه الله - المسألة على هذا الوجه، وهكذا روى ابن سماعه عن محمد، وأشار محمد - رحمه الله - إلى العلة فقال: لأنه باع ما في الثوب من الصبغ، كما باع الثوب وشرط أن ذلك الصبغ عصفور وتبين أنه غيره وهو شيء قائم في الثوب.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: في.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ، م: هو.

(٥) في أ: بتهاون.

ولو قال لغيره: بعثك هذا الثوب القز أو الخز فكان مُختلَطًا، فإن كان السدادة مما شرط واللحمة من غيره فالبيع باطل، وإن كانت اللحمة مما شرط فالبيع جائز ويتخير المشتري في فصل القز.

وهذا^(١) لأن الثوب إنما يصير ثوبا بتركيب اللحمة بالسدادة، واللحمة أحدهما، فيضاف الثوب إلى اللحمة، فإذا كانت اللحمة على خلاف المشروط كان المسمى معدومًا فلا يصح العقد، وأما إذا كانت اللحمة من جنس المشروط وكان المسمى موجودًا ولكن اختلفت الصفة، انعقد العقد لوجود المسمى، ويثبت الخيار لفوات [الصفة]^(٢).

وفي الخز لا خيار للمشتري إذا كانت اللحمة خزًا والسدادة من غيره، لأن الخز لا يوجد إلا بهذه الصفة.

قال بشر: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل اشترى من آخر ثوبًا على أنه كتان فإذا ثلثه قطن، فله أن يرده، وإن قطعه لم يرجع بشيء. ولو كان أكثره قطنًا، فالبيع فاسد.

وإذا اشترى عبدًا على أنه فحل فإذا هو خصي، فللمشتري أن يرده. وإذا اشتراه على أنه خصي فإذا هو فحل، روى الحسن بن [أبي] مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : لا خيار [له]^(٤).

وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الخصى في العبد عيب فإذا شرطه فإنما يبرأ عن العيب.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الخصى في ثمنه أفضل من الفحل لرغبة الناس ببيعهم؛ لأنهم لا يمتنعون عن دخولهم [منازلهم] كما يمتنعون عن دخول الفحل،

(١) في م: وقال.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

قال: وهو^(١) في القيمة زيادة^(٢).

ولو اشتراه على أنه فحل، فإذا هو خصي وقد مات عند المشتري أو حدث به عيب عنده وقد اشتراه بعشرة آلاف درهم وقيمته خصيًّا ثلاثة آلاف درهم وقيمته فحلًّا ألف درهم. قال محمد - رحمه الله - : في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - : لا يلزمه شيء؛ لأن الخصي هاهنا أفضل قيمة من الفحل^(٣). وقال محمد - رحمه الله - : إن شاء المشتري أعطاه قيمته خصيًّا ثلاثة آلاف درهم؛ وهذا لأن العبد لو كان قائمًا كان للمشتري أن يرده على البائع ويسترد منه الثمن فإذا كان هالكًا رد قيمته ليكون ردًّا للعبد معني، غير أنه يشترط رضا البائع [لأن البيع]^(٤) ورد على صورة العبد بمعناه وتعذر^(٥) رد الصورة.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا اشترى سفينة على أنها من ساج، فإذا فيها غير الساج، قال: إن كان شيئًا لا بد [من]^(٦) أن يكون فلا خيار له، وهي^(٧) بجميع الثمن، يريد بهذا: أنه إذا استعمل فيها شيء من غير الساج لا يصلح ذلك الشيء إلا من غير الساج.

ولو كانت [كل]^(٨) السفينة من غير الساج فلا بيع بينهما.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أيضًا - في رجل قال لغيره: بكم هذا الغلام، وهو مشكل، فباعه فإذا هو جارية، أنه لا بيع بينهما.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أيضًا - في رجل قال لغيره: [بكم هذا

(١) سقط في أ.

(٢) في م: القيامة.

(٣) في أ: اللحم.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: وبعد.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: هو.

(٨) سقط في أ، م.

الثوب الهروي، والثوب مصنوع صنع الهروي، فقال: بكذا فباعه، قال: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : جعل^(١) مثل هذا الشرط أنه هروي، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

يريد بهذا: أنه لو تبين أنه مروى كان البيع باطلاً، قال أبو يوسف - رحمه الله - : ألا ترى أنه لو قال لغيره: بكم هذا الغلام، وهو مشكل، فباعه فإذا هو جارية، أنه لا بيع بينهما.

وعن شريح - رحمه الله - : لم يجعله شرطاً.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى من آخر سمكة على أنها عشرة أرتال ووزنها على المشتري، فوجد في بطنها حجراً وزنه ثلاثة أرتال أو نحو ذلك، والسمكة على حالها فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وإن كان قد شواها قبل أن يعلم بذلك، فإني أقوم السمكة على أنها عشرة أرتال، وأقومها^(٢) وهي سبعة أرتال [فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن].

فقد اعتبر محمد - رحمه الله - : نقصان وزن في السمكة بالعيب، حتى قال: تقوم السمكة عشرة أرتال، وتقوم سبعة أرتال^(٣)، وهذا هو ذات^(٤) العيب، ولم يعتبر نقصان الوزن بنفسه، إذ لو اعتبر ذلك لقال: يرجع بثلاثة أعشار الثمن^(٥).

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: في هذه الصورة المشتري لا يرجع بشيء.

وإن وجد في بطنها [طيئاً]^(٦) أو ما أشبه ذلك، فإن كان ذلك مما يأكل السمك

(١) سقط في م.

(٢) في أ: وإذا قومها.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: دار.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٤١٢)، البحر الرائق (٥/٣١١).

(٦) سقط في م.

لزمه البيع ولا خيار [له] ^(١).

وقال محمد - رحمه الله - : فيمن اشترى من آخر طسًّا على أنه عشرة أمناء فقبضه فإذا هو خمسة أمناء، فهو بالخيار إن شاء أمسكه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

و[قال] ^(٢) : هذا بمنزلة العيب.

وإن [حدث به] ^(٣) عيب عند المشتري وأبى البائع قبوله لأجل العيب، فإنه ينظر إلى الطست، فإن كانت قيمته ^(٤) على عشرة أمناء عشرين، وعلى خمسة أمناء عشرة، والعيب نقصه عن قيمته خمسة أمناء درهمًا، فإنه يرجع على البائع بنصف الثمن لنقصان الوزن، ويرجع - أيضًا - بعشر الثمن لأجل العيب، وذلك لأن العيب قد نقصه درهمًا.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا اشترى مسكًا فوجد فيها رصاصًا فهو بالخيار إن شاء رد الرصاص وحط عن الثمن بقدر وزن الرصاص، وإن شاء ترك. وإذا اشترى سمًّا ^(٥) وزنًا فوجد فيها رايبًا، قال محمد - رحمه الله - : إن كان رايبًا يوجد مثله في السمن فلا يُعد عيبًا، لزمه جميع الثمن، وإن كان يعد عيبًا فإن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وإن كان رايبًا لا يكون مثله في السمن، فإن شاء أخذه ^(٦) بحصته وإن شاء ترك، وهو نظير ما قال محمد - رحمه الله - في الثمار التي في السلال وفي أسفلها الحشيش : بأن الحشيش إذا كان بقدر ما يوضع في مثله أنه لا خيار له.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: فإن كان بها، وفي م: كان بها.

(٤) في م: قيمة الطست.

(٥) في أ، م: زيدا.

(٦) زاد في م: بجميع الثمن وإن شاء ترك، وإن كان رايبًا لا يكون مثله في السمن فإن شاء أخذه.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - في الزبيب يبيعه الرجل فيجد المشتري الطين والمسك^(١) فيبيعه الرجل فيجد به^(٢) المشتري رصاصًا، فإن^(٣) المشتري بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء رده.

وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : يرد الرصاص والطين وما أشبه ذلك بحسابه. وكذلك قال أبو يوسف - رحمه الله - في الرصاص والطين: أنه يرد الرصاص بحسابه، لأن الرصاص ليس من المسك، والطين ليس من الزبيب، فيردهما وأمثالهما بالحساب، فأما السمن يبيعه الرجل فيجد فيه رايًا يكون ذلك عيبًا فيه، فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء ترك، لأن هذا منه.

وفي الإملاء عن محمد - رحمه الله - : إذا باع الفص دون الفضة، وقطعه يضر بالفص دون الفضة أو يضر بهما^(٤)، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الفص بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته غير ناقص وعلى قيمته ناقصًا ثم يبطل عن المشتري حصة النقصان من الثمن، ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ الفص بما بقي من الثمن وإن شاء ترك.

قال محمد - رحمه الله - : إذا قال لقصاب^(٥): زن لي من هذا اللحم ثلاثة أرتال بكذا فقطعه ووزنه فللمشتري الخيار، لأن هذا ليس بشيء معلوم، ومعناه: أن مواضع^(٦) اللحم تتفاوت وكان له ألا يرضى بهذا.

وإن قال: زن لي من هذا الجنب، أو من هذا الرجل، ثلاثة أرتال بكذا، فوزن له فلا خيار له؛ لأن اللحم من موضع معين من الشاة قل ما يتفاوت، فهو بمنزلة ما لو

(١) في أ: المسك.

(٢) في م: فيه.

(٣) في م: وأن.

(٤) في م: بها.

(٥) في م: للقصاب.

(٦) في أ: موضع.

اشترى قفيرًا من صبرة .

ولو قال: زن [ما]^(١) عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرتال بدرهم، فهو جائز ولا^(٢) خيار له .

قال الحاكم أبو الفضل: ذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف - رحمه الله - في مثل هذه المسألة مثل ما قاله محمد - رحمه الله - .

وإذا اشترى رمانة [على أنها حامضة فقال بعد الشراء من غير أن يكسرها: إنها حلوة، وقال البائع: حامضة، فالقول قول البائع، لأن الرمانة قد تكون حلوة وقد تكون حامضة، وقد روي في الحلو بخلاف هذا .

فقد روي أن من اشترى من آخر رمانة^(٣) على أنها حلوة ثم اختلفا فيه، فالقول قول المشتري، وعلى البائع أن يوفيه شرطه، والمسألتان في بيع المتنفى .

إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : اشترى من آخر بيتًا من بر فإذا فيه دكان عظيم .

أو باع بئرًا من بر، وقال: إنه كذا كذا ذراعًا، فإذا هو أقل من ذلك، وقد أكل بعض البر، فنقول: حكم المسألة قبل أكل شيء من البر، [أن]^(٤) للمشتري الخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن [وإن شاء ترك .

وبعد أكل شيء من البر للمشتري أن يرد الباقي ومثل ما أكل ويرجع بجميع الثمن^(٥) .

وروى هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - مثل ما روى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - .

(١) سقط في م .

(٢) في م: لا .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في م .

قال إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : ولو كان طعامًا ما في قفيز، أو في حب، فباعه بعشرة دراهم، فإذا نصفه تبين، قال: يأخذه بنصف الثمن وأشار إلى الفرق، فقال: لأن القفيز والجب وعاء يُكالم بهما، ألا ترى [أن من قال لغيره]^(١): بعث [منك]^(٢) ملء هذا القفيز أو^(٣) ملء هذا الجب، يجوز، والبيت والبئر مما لا يكال بهما^(٤).

اشترى حبة لؤلؤة وشرط لها وزناً وتقابضاً ثم وجدها ناقصة وقد استهلكها، قال: لا يرجع عليه بشيء في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله -، ولكنه استقبح ذلك وترك قياسه فيه، لأن نقصان اللؤلؤة يحط من الثمن شيئاً كثيراً، وجعل له أن يرجع بالنقصان.

وفي باب الإجارة في آخر كتاب الصرف: إذا باع لؤلؤة على أنها مثقال، فإذا فيها مثقالان، فالزيادة تسلم للمشتري بغير ثمن؛ لأن الوزن فيما يضره التبعض بمنزلة الوصف، وقد ذكر أبو يوسف - رحمه الله - في الإملاء عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن البيع فاسد في هذه الصورة.

إذا اشترى بستاناً فيه نخل وشجر وشرط له أنه عشرة أجرة وقبضه بغير مساحة وأكل ثمره سنين ثم وجدته تسعة أجرة، لم يرد ولم يرجع بشيء في قياس قول^(٥) أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعن محمد - رحمه الله - : فيمن اشترى أرضاً فيها نخل وكرم على أنها عشرة أجرة مثل حالها [وقبضه بغير مساحة]^(٦) فأكل ثمرها سنين ثم تبين أنها خمسة

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: و.

(٤) زاد في م: ولا يشتري بهما.

(٥) في أ: محمد.

(٦) سقط في م.

أجربة، قال: تقوم هذه الأرض وهي خمسة أجربة بكم تساوي، ولو كانت عشرة أجربة في مثل حالها بكم تساوي، فيرجع بفضل ما بينهما.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : رجل اشترى من آخر جارية على أنها عذراء وقبضها وماتت في يده، ثم علم أنها لم تكن عذراء، لا يرجع على البائع [بشيء] ^(١) سواء كان ذلك ينقصها أو لا ينقصها.

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يرجع بقدر نقصانها. وإذا اشترى أرضًا بحقوقها وشربها وللبائع أراض ^(٢) مثلها، فإنه يقسم الشرب بينهم بالحصص، فإن لم [يكن] ^(٣) يكفي هذه الأرض ما يصيبها فللمشتري الخيار، إن شاء رد وإن شاء أخذ، هكذا ذكر في المتنفى.

وفيه [-أيضًا-] ^(٤) : إذا اشترى من آخر حنطة واكتال بعضها فرأى في البقية [اختلاطًا وتبنا] ^(٥) إلا أنه ينقص ذلك من الثمن.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : هو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه، وإن كان ^(٦) استهلك منها شيئًا لم يكن له أن يرد.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا اشترى خمسمائة قفيز حنطة فوجد فيها ترابًا، [فإن كان التراب] ^(٧) مثل ما يكون في الحنطة ولا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد ولا يرجع بنقصان العيب.

وإن كان التراب مثل ما [لا] ^(٨) يكون فيه ويعده الناس عيبًا، كان له أن يرد كل

(١) سقط في م.

(٢) في أ: أراض.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: اختلالها ولبنا.

(٦) في أ: شاء.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

الحنطة مع التراب، فإن ميز التراب عن الحنطة، فإن أمكنه أن يرد كلها على البائع بذلك الكيل، أو خلط البعض بالخلط فله الرد.

وإن كان لا يمكنه ذلك بأن انتقص بالتبعية^(١) ليس له الرد، وكذا الجواب فيما نظير الحنطة.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : في رجل اشترى من آخر ثوبًا ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه هروي وليس بهروي، وقال البائع: لم أشرط شيئًا، فالقول قول البائع، لأن المشتري قد أقر بالبيع ولا يصدق على ما يرد^(٢) به البيع.

وكذلك لو اشترى دهنًا في إناء بعينه ثم جاء يرده، وقال: اشتريته على أنه هروي^(٣) وهو ينفسخ، وقال البائع: لم أشرط شيئًا، فالقول قول البائع.

وكذلك إذا اشترى من آخر ثوبًا بعشرة وقبضه ثم قال المشتري: اشتريته على أنه عشرة أذرع، وهو سبعة، وقال البائع: لم أشرط شيئًا، فالقول قول البائع.

رجل اشترى أرضًا بشربها، فإذا لا شرب لها، فأراد المشتري أن يأخذ الأرض بحصتها ويرجع على البائع بحصة الشرب من الثمن، فإن له ذلك.

وإذا باع شجرة بأصلها وفي قلعها ضرر على البائع، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ ما فوق الأرض منها بقيمته، وإن شاء ترك.

وعن محمد - رحمه الله - قال: للبائع ألا يسلمها، فإن قلعها المشتري ضمنها^(٤)، والله أعلم.



(١) في م: بالبقية.

(٢) في أ: يدعي.

(٣) في أ: حبري.

(٤) زاد في م: لها.

نوع آخر: فيما إذا حصل الكيل^(١) أو الذرع أو العدّ:

إذا اشترى الطعام مكيالة وباعه من غيره مجازفة قبل أن يكيّله، هل يجوز؟
 ظاهر ما أطلق محمد - رحمه الله - في الأصل يدل على أنه لا يجوز.
 وذكر ابن رستم في نوادره: أنه إذا باعه مجازفة قبل أن يكيّله جاز، ولو باعه
 مكيالة^(٢) لا يجوز، فصار في المسألة روايتان:

وجه رواية ابن رستم: أن القدر كما هو معقود عليه، والعين المشار إليه - أيضاً -
 معقود عليه فمتى باعه مجازفة فقد باع العين [دون القدر، والعين]^(٣) مقبوض فصار
 بائعاً، ما تمّ قبضه فيه، ومتى باعه مكيالة فقد باع القدر مع العين، والقدر غير
 مقبوض قبل الكيل.

وجه ما ذكر في الأصل: أن القدر معقود عليه، والعين معقود عليه، وأحدهما
 مما [لا]^(٤) يختار عن الآخر، لأن القدر صفة للعين، لأنه لا يوجد بدونه، فإذا باع
 مجازفة فقد باع مقبوضاً وغير مقبوض، لأن العين الذي اشتراه مقبوض، والقدر
 ليس بمقبوض، فقد باع مقبوضاً وغير مقبوض صفقة واحدة فلا يجوز البيع في
 الكل.

وقد ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير خلافاً في هذا الفصل بين
 أبي يوسف [ومحمد]^(٥)، فقال على قول أبي يوسف: لا يبيعه حتى يكتاله^(٦)
 لنفسه.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : يبيعه من غير أن يكتال لنفسه.

(١) في أ: البيع.

(٢) زاد في م: قبل أن يكيّله.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: يكتال.

وقد اختلف المشايخ في فصل، وهو ما إذا اشترى طعامًا مكايلة، وكاله البائع بحضرة المشتري وسلمه إليه.

فمنهم من قال: ليس للمشتري أن يكتفي بذلك الكيل، ويكيل مرة أخرى. قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : الأصح أنه^(١) يكتفي بذلك الكيل. وكل جواب عرفته في المكيلات على الترتيب الذي ذكرنا فهو الجواب في الموزونات^(٢).

أما الكلام في الذرعات: إذا اشترى من آخر ثوبًا على أنه عشرة أذرع كان له أن يبيعه وأن يتصرف فيه قبل الذرع؛ [لأن الذرع]^(٣) في الذرعات متى لم يجعل بإزائه ثمن يسلك به مسلك الأوصاف، حتى لا يقسم الثمن على عدد الذرعان^(٤)، حتى لو وجده أحد عشر في مسألتنا، فالزيادة تسلم له، ولو وجده أنقص منه، لا يسقط شيء من الثمن، لكن يخير المشتري، كما لو اشترى ثوبًا على أنه صفيق فوجده رقيقًا.

وإن سلك به مسلك الصفة لم يصر الذرع معقودًا عليه، وكان المعقود عليه الثوب المشار إليه، وإنه يتعين من غير ذرع، فكان بمنزلة ما لو اشترى حنطة مجازفة على أنها جيدة وقبضها قبل أن يعلم بأنها جيدة فإن كانت في الجوالق^(٥) وتصرف فيها وهناك التصرف منه جائز كذا هاهنا.

وأما الكلام في العدديات: إذا اشترى من آخر عددًا بشرط العد [هل يجب إعادة العد]^(٦)؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتب الظاهرة.

(١) زاد في أ، م: لا.

(٢) في أ، م: الوزنيات.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: الذرعات.

(٥) في م: الجوالق.

(٦) سقط في م.

[قالوا]^(١): وقد ذكر الكرخي - رحمه الله - : على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - يشترط إعادة العد لإباحة^(٢) التصرفات إلحاقاً للعدديات بالوزنيات .

وعلى قولهما: لا يشترط إلحاق العدديات بالذرعيات .

وفي شرح القدوري: وأما العدديات^(٣) فيجب إعادة العد فيها في رواية، وفي رواية: لا يجب، وصحح القدوري هذه الرواية؛ لأن العد في العدديات بمنزلة الذرع في المذروعات، ألا ترى أن الربا لا يجري بين العدديات كما لا يجري بين المذروعات .

ثم في المذروعات لا تجب إعادة الذرع، فكذا في المعدودات لا تجب إعادة العد .

وفي القدوري: في باب بيع المبيع قبل القبض إذا اشترى طعاماً مكايلة أو موازنة شراء فاسداً وقبض بغير كيل، ثم باعه وقبضه المشتري، فالبيع الثاني جائز، وإنما يعتبر إعادة الكيل في البيعين الصحيحين .

وهذا لأن إعادة الكيل إنما تعتبر في الكيلين الصحيحين؛ لأن المستحق القدر المذكور، ويتصور التفاوت بين المذكور والموجود، فيعتبر إعادة الكيل؛ لإزالة ذلك الوهم احتياطاً .

(١) سقط في م .

(٢) الإباحة لغة: من البوح، وهو ظهور الشيء، وباح الشيء: ظهر، وباح به بوحاً، وبؤوحاً، وبؤووحة: أظهره، وباح ما كتمت، وباح به صاحبه، وباح بسرّه: أظهره، ويقال: رجل بؤوح بما في صدره، وبيحان بما في صدره، وإباحة الشيء: إحلاله له، يقال: أبحتك الشيء: أحللتك له، والمباح ضد المحظور، وأباح الرجل ماله: أذن في الأخذ والترك، وجعله مطلق الطرفين .

ينظر: لسان العرب (١/٥٣٤)، مختار الصحاح، ص (٤٣)، المصباح المنير، ص (٢٦)، المعجم الوسيط (١/٧٥)، القاموس المحيط، ص (٧٢٤)، معجم مقاييس اللغة، ص (٨٨) .

(٣) في م: المعدودات .

وهذا المعنى لا يوجد في البيع الفاسد، فإن الملك في البيع الفاسد إنما يثبت بالقبض، فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور في البيع، ولا يتصور التفاوت بين المستحق والموجود، والله أعلم.

* * *

فهرس المحتويات

تتمة كتاب الوقف

- ٣ الفصل السادس عشر: في الوقف في حال المرض
- الفصل السابع عشر: في الرجل الذي يقف على قوم فلا يقبلون، أو يقبل بعضهم دون بعض أو يكون بعضهم حيًا، وبعضهم ميتًا ١٢
- ١٥ الفصل الثامن عشر: في المسائل التي تتعلق بالصَّكِّ، وبما فيه
- الفصل التاسع عشر: في المسائل التي تتعلق بالدعاوى، والخصومات ٢٠
- ٢٠ والشهادات في الوقف
- ٢٠ المسائل التي تعود إلى الاستيلاء على الوقف
- ٢٧ المسائل التي تعود إلى الدعوى في الوقف
- ٣٢ المسائل التي تعود إلى الشهادة على الوقف
- ٤٦ الفصل العشرون: في المساجد وما يتصل بها
- ٤٦ فيما يرجع إلى نفس المسجد
- ٥٢ فيمن وقف عيناً وشرط منها لنفسه
- ٥٦ المسائل التي تعود إلى ما في المسجد
- ٥٩ المسائل التي تعود إلى الوقف على المسجد وما يتصل به
- ٦٥ المسائل التي تعود إلى قيم المسجد وما يتصل به
- ٦٩ تصرف أهل المسجد
- الفصل المكمل عشرين: في المسائل التي تعود إلى الرباطات، والمقابر،
والخانات والحياض، والطرق، والسقايات ٧٣
- الفصل الحادي والعشرون: في المسائل التي تعود إلى وقف الأشجار وفي
الأشجار التي تكون في المقبرة والمسجد وفي طريق العامة ٨٢
- الفصل الثاني والعشرون: في الأوقاف التي يستغنى عنها وما يتصل بها من
صرف غلة الأوقاف إلى وجوه آخر ٨٥

٩٣ الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات

كتاب الهبة

١٠٤ الفصل الأول: في ألفاظ الهبة

١٠٦ الفصل الثاني: في بيان شرائط جواز الهبة

١٢٠ الفصل الثالث: في هبة المجهول

الفصل الرابع: في حكم الشرط في الهبة ويدخل فيه شرط الخيار في الإبراء

١٢٩ عن الدين

١٣٣ الفصل الخامس: في هبة الوالدين للولد

١٤١ الفصل السادس: في حكم العوض

١٤٤ الفصل السابع: في حكم الرجوع في الهبة

الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع بين الواهب والموهوب له والشهادة في

١٥٢ ذلك

الفصل التاسع: في هبة الدين ممن عليه الدين جائزة قياسًا، واستحسانًا، وهبة

الدين من غير من عليه الدين جائزة إذا أمره بقبضه استحسانًا

١٥٦ الفصل العاشر: في هبة الرجل لعبد غيره والرجوع فيها والاختلاف الواقع في

١٥٩ ذلك

الفصل الحادي عشر: في الهدية الواقعة بين الزوجين ويتناول الأبوين من

١٦٦ المهدي إلى الصغير وفي تناول الأب مال ولده

١٦٩ الفصل الثاني عشر: في هبة المريض

١٧٣ الفصل الثالث عشر: في الصدقة

١٧٧ الفصل الرابع عشر: في المتفرقات

١٨٠ الفصل الخامس عشر: فيما يتعلق بالتحليل وما يتصل به

كتاب البيوع

١٨٦ الفصل الأول: فيما يرجع إلى انعقاد البيع

الفصل الثاني: في الاختلاف الواقع في الإيجاب والقبول وفي الحوادث التي

٢٢٤ تمنع صحة قبول المشتري

الفصل الثالث: في حبس المبيع بالثمن، وفي قبض المبيع بإذن البائع وبغير	
إذنه وفي نيابة أحد القبضين عن صاحبه، وفيما يلزم من المؤنة في تسليم	
المبيع، وتسليم الثمن	٢٣٤
إذا قبض المبيع قبل نقد الثمن بغير إذن البائع	٢٦٨
إذا باع الرجل من غيره ما هو في يد ذلك الغير	٢٧٩
تصرف أحد المتعاقدين في المبيع قبل القبض	٢٨٧
فيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع والثمن	٢٩٢
الفصل الرابع: في المسائل التي تتعلق بالثمن	٢٩٥
الفصل الخامس: فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحاً وما لا يدخل	
تحت البيع من غير ذكره صريحاً	٣٠٣
من اشترى عيناً لا يدخل الشرب في الشراء من غير ذكر	٣٠٣
من باع عيناً مع مرافقه، فيدخل في البيع جميع توابعه	٣٠٨
من باع عيناً دون ذكر مرافقه، فيدخل في البيع توابعه التي لها صفة التأيد	٣١٠
إذا اشترى جارية وعليها ثياب، فالثياب في المبيع عرفاً	٣١٩
الفصل السادس: في بيان ما يجوز بيعه، وما لا يجوز	٣٢٥
في بيع الدين بالدين، وبيع الأثمان، وبطلان العقد بسبب الافتراق عن	
المجلس قبل القبض	٣٢٥
في بيع الأشجار وفي بيع الثمار وإنزال الكروم والأوراق والمبطنخة وفي	
الزرع	٣٤٧
في بيع المرهون والمستأجر والمغصوب والأبعد وحلال الدم وبيع أرض	
الإجارة والأكارة	٣٦٩
في بيع الحيوانات	٣٧٩
بيع المحرمات	٣٨٨
في بيع الجنس بالجنس	٣٩٥
في بيع الجمد	٤١٣
في جهالة المبيع أو الثمن	٤١٩
في الأشياء المتصلة بغيرها وفي البيوع التي فيها استثناء	٤٣٦

٤٤٢.....	في البيع يقع في المشترك
٤٤٣.....	في البيع على شيئين
٤٤٩.....	في البيوع الفاسدة والباطلة
٤٥٢.....	في صفقة بشرط
٤٥٧.....	الفصل السابع: في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده
٤٦٩.....	إذا باع على أن في المبيع صفة هي له عادة فالبيع جائز.
٤٩٢.....	في شرط الأجل
٤٩٧.....	في البيع يقع على شيء فيصادفه على خلاف جنسه
٥١٢.....	فيما إذا حصل الكيل أو الذرع أو العدّ
٥١٧.....	فهرس المحتويات

* * *

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزيب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم التحيوي صابري يوسف طعيمة

المجّز العاشر

يحتوي على:

تتمّة كتاب البيوع



دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاويته بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts)

قياس الصفحات 17 x 24 cm

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H.

بلد الطباعة لبنان

طبعة الأولى

Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب البيوع]

الفصل الثامن

في بيان أحكام البيوع الفاسدة والتصرف في المملوك بالعقد
البيع الفاسد منعقد عندنا والملك موقوف على وجود القبض^(١)، ويشترط أن
يكون القبض بإذن البائع، [نص عليه القدوري في كتابه، ولفظ القدوري:
وما قبضه بغير إذن البائع]^(٢) في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض.
قال ثمة: وهذه الرواية هي المشهورة.

وفي الزيادات: إذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد من غير إذن البائع
ونهيه، فإن قبض في المجلس، يصح القبض استحساناً، ويثبت الملك للمشتري،
وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس، لا يصح قبضه قياساً واستحساناً ولا يثبت
الملك للمشتري، فإذا أذن له بالقبض فقبض في المجلس أو بعد الافتراق عن
المجلس، صح قبضه، ويثبت الملك قياساً واستحساناً.
وفي البقالي: لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها.

وعن الفقيه أبي جعفر الهمدواني - رحمه الله - أنه قال: يجب أن يجوز القبض
بعد الافتراق عن المجلس بغير إذنه إذا أدى الثمن.
والتخية في البيع الفاسد ليست بقبض، كتبه في شرح الزيادات. وذكر في
الجامع مسألة تدل على أنها قبض.

وصورة ما ذكر في الجامع: إذا اشترى الرجل من رجل شراء فاسداً و^(٣) العبد

(١) جمهور الفقهاء على عدم التفرقة بين البيع الباطل والبيع الفاسد. أما الحنفية فيجعلون البيع
الفاسد مرتبة بين البيع الصحيح والبيع الباطل. ويعرفه الحنفية بأنه: ما شرع بأصله دون
وصفه. أو هو: ما ترتب عليه أثره، ولكنه مطلوب التفاوض شرعاً، وهو مبين للباطل كما
يقول ابن عابدين؛ لأن ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلاً. وأيضاً حكم
الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض، والباطل لا يفيد أصلاً، وتباين الحكمين دليل تباينهما.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢/٢٩٧)، (٤/١٠٠)، وتبيين الحقائق (٤/٤٣)، وأشبه ابن

نجيم، ص (٣٣٧).

(٢) سقط في م. (٣) في أ: أو.

وديعة عند المشتري، إلا أنه ليس بحاضر عند الشراء، فأعتقه المشتري، كان عتقه باطلاً؛ لأن الملك في الشراء الفاسد لا يثبت بدون القبض، وما وجد من القبض لا ينوب عن قبض الشراء وبدون الملك لا يثبت العتق.

فإذا^(١) رجع المشتري إلى العبد وقبضه حقيقة، أو تخلى به بحيث يكون قابضاً له ثم أعتقه، صح الإعتاق؛ لأنه يصير قابضاً بإذن البائع كما لو كان الشراء جائزاً، ويرجع المودع إلى بيته ويخلي به، فإن هناك يصير قابضاً بإذن البائع حتى لا يكون للبائع ولاية الاسترداد، فهاهنا كذلك.

وإذا صار قابضاً بإذن البائع، صار المبيع ملكاً له بالعقد الفاسد. فالإعتاق صادف ملك نفسه، أفلا ترى أن محمداً - رحمه الله - أثبت الملك للمشتري في هذه الصورة، فإذا تخلى بالعقد حتى جوز إعتاقه، والملك في البيع الفاسد لا يثبت بدون القبض، ثم الملك وإن كان يثبت في البيع الفاسد عند اتصال القبض به عندنا، إلا أن هذا الملك مستحق للنقض إعداماً للفساد؛ لأن إعدام الفساد واجب حقاً للشرع، ولأجل ذلك قلنا: إنه يكره للمشتري أن يتصرف فيما اشتراه شراء فاسداً بتمليك أو انتفاع؛ لأن الفسخ مستحق إعداماً للفساد، وفي التصرف تقرير للفساد.

مع هذا لو تصرف فيه نفذ تصرفه لمصادفة ملكه، [فلا ينقض تصرفه، ولا يبطل به حق البائع في الاسترداد، سواء كان تصرفاً يحتمل النقص بعد ثبوته كالبيع وأشباهه، أو]^(٢) لا يحتمل، كالإعتاق وأشباهه، إلا الإجارة [والنكاح]^(٣)، فإن هذه التصرفات [لا]^(٤) يبطل حق البائع في الاسترداد على ما نبين بعد [هذا]^(٥) إن شاء

(١) في م: فإن.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

الله تعالى .

فلم يجعل للبائع بيعًا فاسدًا حق نقض تصرفات المشتري فيما سوى الإجارة والنكاح [مع أن للبائع حقًا في المشتري شراء فاسدًا، وهو حق الأخذ، وجعل للشفيع حق نقض جميع التصرفات للمشتري]^(١)؛ لما^(٢) أنه له في الدار المشفوعة حقًا .

واختلفت عبارة المشايخ في بيان الفرق:

بعضهم قالوا: الحق في المشتري شراء فاسدًا للبائع، وهذه التصرفات من المشتري [حصل]^(٣) عن تسليط البائع؛ لأن البائع أوجب له الملك المطلق بهذه التصرفات فتكون هذه التصرفات حاصلة عن تسليطه^(٤) فيكون راضيًا [به فيظهر نفاذها]^(٥) في حقه؛ فلا يكون له إبطالها بعد ذلك .

فأما الحق في الدار المشفوعة للشفيع وهذه التصرفات لم تصدر بتسليط من جهة الشفيع حتى يكون راضيًا بذلك؛ لأن التسليط إنما يثبت بالإذن نصًا، أو بإثبات الملك المطلق للتصرف^(٦) ولم يوجد واحد منهما من الشفيع، فكان تصرف المشتري حاصلاً بعد تسليط [البائع، وتصرف المشتري ليس]^(٧) من الشفيع، فكان له حق النقض .

ولأجل هذا المعنى وقع الفرق في الشراء الفاسد بين البيع والهبة والرهن، وبين الإجارة؛ لأن الإجارة^(٨) تصرف في المنافع مقصودًا؛ لأنها موضوعة لتمليك

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: مع .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ: تسليط .

(٥) في م: بنفاذها .

(٦) زاد في م: لو .

(٧) سقط في م .

(٨) في أ: لأنها .

المنافع، والتسليط من البائع في حق المنفعة [ما ثبت] ^(١) مقصودًا، لأن البيع لإيجاب ملك الرقبة مقصودًا، وإيجاب ملك المنفعة تبعًا، والتصرف من المشتري في المنفعة حصل مقصودًا؛ فلم يكن حاصلًا بتسليط البائع، فكان له حق النقض كما كان للشفيع أن ينقض جميع تصرفات المشتري، لما لم يكن حاصلًا بتسليط ^(٢).
فأما الرهن والبيع والهبة، هذه تصرفات حصلت في العين مقصودًا، والتسليط من البائع في حق تصرف يرد على ^(٣) العين ثابت مقصودًا؛ لأن التسليط ثابت بإيجاب الملك، [والملك] ^(٤) ثبت له في الرقبة مقصودًا؛ وهذا معنى ما نقول في الكتاب، وهذا عذر في الإجارة.

يريد بالعذر هذا، وهو أن الإجارة لم تحصل بتسليط البائع، فكان للبائع نقضه. وبعضهم قال: فسخ [البيع] ^(٥) لحق الله تعالى إعدامًا للفساد. وبهذه التصرفات يتعلق حق العبد في المحل، وحق العبد مع حق الله تعالى [إذا اجتمعا ترجح حق العبد على حق الله تعالى] ^(٦)، لحاجة العبد وغنى الله تعالى. إلا أن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار، وفساد الشراء عذر في فسخها فيفسخ ويسترد المشتري إعدامًا للفساد.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل من يفسخ الإجارة. وذكر في النوازل: أن القاضي هو الذي يفسخ، فكأنه مال إلى أن فسخ الإجارة بالعذر مختلف فيه، فيعتبر فسخ القاضي ليصير متفقًا عليها. والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة،

(١) سقط في م.

(٢) في م: بتسليطه.

(٣) في م: عند.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

[والفسخ يرد على حق الرقبة]^(١) - أيضًا - فتعلق حق الزوج^(٢) بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله [قائم]^(٣).

ولو أوصى بالعبد ثم مات، بطل حق الفسخ، ولا يشبه هذا الوارث. يريد به: أن المشتري شراء فاسدًا إذا مات لا يبطل حق الفسخ، وكان للبائع أن يسترد العين من وارث المشتري.

والفرق: أن ملك الموصى له متجرد^(٤) لثبوته بسبب منشأ، ولهذا لا يرد بالعيب [ويرد عليه]^(٥) فأشبهه ملك المشتري وما أشبهه، فانقطع حق الفسخ.

فأما ملك الوارث في حكم عين ما لو كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب [ويرد عليه]^(٦)، وذلك الملك كان مستحق النقض والفسخ فانقل إلى الوارث.

وكذلك ولو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد. المسألة الأولى في بيع القدوري، والمسألة الثانية في نكاح الجامع على سبيل الاستشهاد.

ولو كان المشتري ثوبًا فقطعه وخاطه أو بطنه وحشاه، بطل حق الفسخ. لأن هذه المعاني لو وجدت من الغاصب انقطع به حق الملك مع أن^(٧) حق العبد أبطأ سقوطًا فلا يسقط بهذه المعاني في حق الله تعالى فإنه أسرع سقوطًا كان أولى. ولو صبغ الثوب، فعن محمد - رحمه الله - : أن البائع بالخيار إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمته كما في الغصب.

وأطلق أبو الحسن الجواب في الصبغ: أنه ينقطع به حق البائع في الفسخ،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الرجوع.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: متجدد.

(٥) في أ: ولا يرد عليه، وسقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: أنه.

والصحيح ما قلنا، ولو كان الجواب كما أطلق فوجهه: أن حق الفسخ هاهنا أسرع سقوطاً من حق الاسترداد في الغصب، ولهذا [لا]^(١) يسقط بالبيع والهبة ونحو ذلك، فجاز أن يسقط بهذا بخلاف الغصب.

ولو كان المشتري داراً فبنى المشتري فيها بناء، بطل حق الفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأخير - رضي الله عنهما - .

وفي قوله الأول، وهو قول محمد - رحمه الله - : لا يبطل، اعتباراً بالغاصب^(٢) إذا بنى في الدار المغصوبة بناء، حيث لا ينقطع به حق المغصوب منه .

ولهما: أن النقص^(٣) في البيع الفاسد ما كان بحق البائع، وإنما كان لحق الشرع لينعدم به الفساد، وقد ذكرنا أنه إذا تعلق به حق آخر يمتنع النقص، إلا إذا بنى المشتري في الدار بناء فالعقد لم يتناول البناء، صار ثبوت حقه في البناء بمنزلة حق ثالث في البيع الثاني بل أقل، لأن الضرر [الذي]^(٤) يلحق المشتري بنقض البناء فوق الضرر الذي يلحق الثالث بنقض شرائه، فإذا لم ينقض البيع الفاسد بحق ثالث في البيع الثاني^(٥)، لثلاثاً^(٦) ينقض لحق المشتري في البناء أولى^(٧) .

بخلاف ما لو صبغ المشتري الثوب المشتري شراء فاسداً، لأن حق المشتري في الصبغ لا يبطل بنقض البيع بل ينتقل إلى القيمة، وهاهنا يبطل حق المشتري في البناء إذا نقض البيع؛ لأنه يؤمر برفع البناء هناك .

وبخلاف الغصب، لأن حق النقص كان لحق المغصوب منه، وحق المغصوب منه في العرصه قائم في كل وجه، فرجحنا جانب المغصوب منه، إما لأن العرصه

(١) سقط في أ، م .

(٢) في أ: بالغصب .

(٣) في م: القبض .

(٤) سقط في م .

(٥) في أ: الفاسد .

(٦) في أ: لأنه .

(٧) في م: الأول .

أصل والبناء تبع، أو لأن الغاصب مُتعد، والمغصوب منه مظلوم. وبخلاف ما إذا غصب ساحة وأدخلها في البناء، حيث ينقطع حق المغصوب منه، [لأنه]^(١) صار هالكاً من كل وجه، وحق الغاصب قائم من كل وجه، وحق المغصوب منه يفوت إلى بدل، وحق الغاصب يفوت [لا]^(٢) إلى بدل، فرجحنا حق الغاصب لهذا بخلاف ما تقدم.

وفي كل موضع تعذر رد المشتري شراء فاسداً على البائع، فعلى المشتري المثل فيما هو من ذوات الأمثال، والقيمة فيما ليس من ذوات الأمثال. والأصل: أن المقبوض بحكم عقد فاسد مضمون بالقيمة فيما لا مثل له وبالمثل فيما له مثل، لأن المقبوض في العقد الفاسد مضمون بجهة القبض فصار كالمغصوب.

وهذا لأن الأصل في الضمانات القيمة: لأنها هي الأعدل^(٣)، وإنما يصار إلى المسمى في موضع صحة التسمية تحرزاً عن المنازعة، والتسمية هاهنا لم تصح، فبقي الضمان الأصلي وهو القيمة.

ثم في كل موضع تعذر على البائع فسخ [البيع] و^(٤) الاسترداد لمانع، ثم زال ذلك المانع بأن فك المشتري الرهن، أو رجع في الهبة، أو عجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة، أو رد المشتري على البائع^(٥) بالعيب بعد القبض بقضاء، كان للبائع حق الاسترداد إذا لم [يكن]^(٦) القاضي قضى على المشتري بالقيمة.

لأن المانع زال بسبب هو [فسخ من كل وجه في حقهما في حق الثالث فصار كأن

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: لأن حق المغصوب منه.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: العدل.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: المشتري.

(٦) سقط في أ.

هذه العقود لم توجد، حتى لو زال المانع بسبب^(١) هو عقد جديد في حق الثالث بأن كان الرد بالعيب بعد [القبض]^(٢) بالتراضي، لا يكون للبائع حق الاسترداد ويجعل في حقه كأن المشتري اشتراه ثانيًا.

وهذا كله إذا لم يقض القاضي على المشتري بالقيمة.

وإن كان قد قضى عليه بالقيمة، لا يكون للبائع حق الاسترداد في الوجوه كلها. لأن القاضي أبطل حق البائع في^(٣) العين ونقله إلى القيمة بسبب إطلاق الشراء له ذلك، فلا يعود حقه إلى العين بعد ذلك.

وإن ارتفع السبب، كما لو قضى القاضي على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق، ثم عاد العبد من الإباق، لا يعود حق الملك^(٤) إلى المالك^(٥) كذا هاهنا. ولو زاد المشتري في يد المشتري، لا يمنع^(٦) الفسخ في الأحوال كلها إلا إذا كانت الزيادة من جهة المشتري، بأن كان المشتري ثوبًا فصبغه المشتري بصبغ يزيد فيه، أو كان سويقًا فَلَئَهُ بسمن أو عسل، فحينئذ يمتنع الفسخ لحق المشتري.

حتى لو رضي المشتري بالفسخ واسترداد المشتري مع الزيادة كان للبائع حق الاسترداد، فإن انتقص المشتري في يد المشتري بفعل نفسه أو بأفة سماوية، أو بفعل المشتري [فالبائع]^(٧) يسترد المبيع مع أرش النقصان، وليس له أن يترك المبيع على المشتري ويضمنه تمام القيمة إزالة للفساد.

وإن كان النقصان بفعل أجنبي، فللبائع أن يأخذ الأرش من المشتري [إن شاء، وإن شاء أخذه من الجاني، لأنه وجد من كل واحد منهما سبب ضمان النقصان من

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: عن.

(٤) في م: المالك.

(٥) في م: العبد.

(٦) في أ: يمتنع.

(٧) سقط في م.

المشتري^(١) بالقبض .

لأن المقبوض بحكم العقد الفاسد مضمون بالقبض [والأوصاف تضمن بالقيمة، و]^(٢) من الجاني بجناية^(٣)، فكان للبائع الخيار، فصار كما [لو]^(٤) انتقص المغصوب في يد الغاصب بفعل أجنبي، كان للمالك في أخذ الأرش الخيار كما ذكرنا كذا هاهنا .

ولو قتل أجنبي المبيع في يد المشتري، فللبائع أن يضمن المشتري، وليس له تضمين القاتل - فرق بين ضمان القاتل^(٥)، وبين ضمان النقصان .

فإن [في]^(٦) ضمان النقصان خير البائع بين تضمين المشتري، وبين تضمين الجاني .

والفرق: أن ما وجب على القاتل بالقتل بدل ملك المشتري؛ لأن الجارية قتلت على ملك المشتري، فلا يكون للبائع [على القاتل]^(٧) سبيل إلا بعد فسخ البيع في المبيع بسبب الهلاك، بخلاف ضمان النقصان؛ لأن هناك العقد انفسخ فيما بقي من المبيع بالاسترداد فيعتبر البيع^(٨) منفسخاً في حق [الجزء الفائت حكماً لانفساخ البيع في الأصل .

فإذا اعتبر البيع منفسخاً كان ما وجب عليه بمقابلة^(٩) الجزء الفائت بدلاً عن ملك البائع، [فكان للبائع]^(١٠) حق الأخذ من الجاني فلهذا افترقا .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: الجناية .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: القتل .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: عليه .

(٨) في م: المبيع .

(٩) سقط في م .

(١٠) سقط في م .

وبما ذكرنا من المعنى ظهر من التفرقة بين المشتري شراء فاسدًا وبين المغصوب، فإن المغصوب إذا قُتل في يد الغاصب كان للمالك أن يضمن القاتل إن شاء؛ لأن ما وجب على القاتل بقتل المغصوب بدل ملك المالك - لأن المغصوب باق على حكم [ملك المالك]^(١) فكان للمالك أن يأخذ مثل ذلك من القاتل، ولا كذلك المشتري شراء فاسدًا على ما بينا.

ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في مسألة البيع الفاسد الجواب عن فصل الحرمة [فقال: الحرمة]^(٢) لا تمنع ثبوت^(٣) الملك، ألا ترى أن بيع المدلس حرام لقوله ﷺ: «من غشنا فليس منا»^(٤) ومع ذلك يثبت الملك.

(١) في أ: الملك.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: بثبوت.

(٤) أخرجه مسلم (١/٣٤٨ الأبي) كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا»، حديث (١٠٢/١٦٤)، وأبو داود (٢/٢٩٤) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الغش، حديث (٣٤٥٢)، والترمذي (٣/٥٩٧) كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهية الغش في البيوع، حديث (١٣١٥) وابن ماجه (٢/٧٤٩) كتاب التجارات، باب: النهي عن الغش، حديث (٢٢٢٤)، وأبو عوانة (١/٥٧)، وأحمد (٢/٢٤٢)، والحميدي (٢/٤٤٧)، رقم (١٠٣٣)، وابن الجارود في المنتقى، رقم (٥٦٤)، وابن حبان (٤٩٠٥ - الإحسان)، وابن منده في الإيمان، رقم (٥٥٠-٥٥٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٢/١٣٤)، والحاكم (٢/٩٨)، والبيهقي (٥/٣٢٠) كتاب البيوع كلهم من طريق العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة به. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وأخرجه مسلم (١٠١/١٦٤)، والبخاري في الأدب المفرد (١٢٨٠)، وأحمد (٢/٤١٧)، ابن ماجه (٢٥٧٥) من طريق أبي صالح عنه. وللحديث شواهد من حديث ابن عمر وأبي بردة بن نيار وابن مسعود والحارث بن سويد وقيس بن أبي غرزة وأبي الحمراء وعائشة.

حديث ابن عمر: أخرجه أحمد (٢/٥٠)، والبزار (٢/٨٢ - كشف)، رقم (١٢٥٥) من طريق أبي معشر عن نافع عن ابن عمر أن النبي قال: «من غشنا فليس منا».
والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢/٢٨٨) وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني في «الأوسط» وفيه أبو معشر وهو صدوق وضعفه جماعة.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر أخرجه الدارمي (٢/٢٤٨) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الغش، والقضاعي في مسند الشهاب (٣٥١) من طريق يحيى بن المتوكل ثنا

ثم قال: اختلف المتأخرون، أن تصرف المشتري شراء فاسدًا جاز بعله أنه ملك التصرف [ابتداء، لا بناء]^(١) على ملك الغير.

قال مشايخ العراق: أنه ملك التصرف، واستدل بما قال في الكتاب أنه جاز بيعه؛ لأن البائع قد سلطه على ذلك.

وقال في كتاب الشفعة: من اشترى دارًا شراء فاسدًا فلا شفعة للشفيع فيها.

وقالوا: لو اشترى أمة شراء فاسدًا لا يحل له أن يطأها.

ولو ملك العين لكانت هذه الأحكام على عكس هذا.

وقال مشايخ بلخ - رحمة الله عليهم - : ملك التصرف بعله أنه ملك العين، وهو

القاسم بن عبيد الله عن عمه سالم بن عبد الله عن ابن عمر به ويحيى بن المتوكل قال الحافظ في التقريب (٣٥٦/٢) ضعيف.

حديث أبي بردة بن نيار أخرجه أحمد (٤٦٦/٣)، والبزار (٦٨/١ - كشف)، رقم (٦٨)، والطبراني في «الكبير» (١٩٨/٢٢)، رقم (٥٢١)، وابن أبي شيبه (٢٩٠/٧)، كلهم من طريق جميع بن عمير عن عمه يعني أبا بردة مرفوعًا.

وقال الهيثمي في «المجمع» (٣١/٢): رواه البزار وفيه جميع بن عمير وثقه أبو حاتم وضعفه البخاري وغيره.

حديث ابن مسعود أخرجه ابن حبان (٥٦٧)، والطبراني في الكبير (١٠٢٣٤)، وفي الصغير (٢٦١/١)، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (١٨٨/٤، ١٨٩)، والقضاعي في مسند الشهاب (٢٥٣) كلهم من طريق عاصم بن بهدلة عن زرعن بن مسعود قال: قال رسول الله: «من غشنا فليس منا والمكر والخديعة في النار».

حديث الحادث بن سويد أخرجه الحاكم (٩/٢).

حديث قيس بن أبي غرزة أخرجه أبو يعلى (٢٣٣/٢) رقم (٩٣٣) من طريق الحكم بن عتيبة عن قيس بن أبي غرزة مرفوعا بلفظ: «من غش المسلمين فليس منهم».

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٨٢/٤) وقال: رواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله ثقات وذكره الحافظ في «المطالب العلية» (١٣٦١) وعزاه إلى أبي يعلى.

حديث أبي الحمراء أخرجه ابن ماجه (٧٤٩/٢) كتاب التجارات، باب: النهي عن الغش، حديث (٢٢٢٥) من طريق أبي داود عن أبي الحمراء به مرفوعًا، وأبو داود، وهو نفي بن الحارث الأعمى متروك كذبه ابن معين وغيره.

حديث عائشة أخرجه البزار (٨٣/٢ - كشف)، رقم (١٢٥٦) وقال البزار: لا نعلمه عن عائشة إلا بهذا الإسناد والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٨١/٤) وقال: ورجاله ثقات.

(١) سقط في أ.

الأصح، بدليل [أن]^(١) من اشترى دارًا شراءً فاسدًا وقبضها فبيع بجنبها دار، فللمشتري شراء فاسدًا أن يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه.

وقالوا: لو اشترى جارية شراءً فاسدًا وقبضها ثم ردها على [البائع، وجب]^(٢) على البائع الاستبراء^(٣).

ولو لم يملك العين، لكانت هذه الأحكام على عكس هذا. ولو باع الأب أو الوصي عبدًا للصغير بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري وأعتقه المشتري جاز عتقه، ولو كان عتق المشتري على وجه الفساد [بالتسليط]^(٤) لما جاز، لأن عتقهما^(٥) أو تسليطهما على العتق لا يجوز.

وإنما لم يحل وطء الجارية، ولم تثبت الشفعة فيما ذكر، لأن قضاء القاضي بالشفعة تأكيد للفساد وتقريره، وفي الاشتغال بالوطء إعراض عن الرد [فلا يجوز له أن يطأها].

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : يكره الوطء ولا يحرم، مذكور في [٦] الباب الخمسين من أدب القاضي للصدر الشهيد - رحمه الله - .

وفي مختلف الفقيه أبي الليث - رحمه الله - : إذا وطئ المشتراة شراءً فاسدًا فعلقت منه فصارت^(٧) أم ولد له، غرم قيمتها دون عقرها في رواية البيوع.

وقال في كتاب الشرب: يغرم قيمتها وعقرها.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح البيوع: ما ذكر في الشرب

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الاسترداد.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: وتسليطها.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: صار.

تأويله: أن المشتري وطئها ولم يعلقها^(١)، وما ذكر في البيوع تأويله: أنه أعلقها^(٢).
وقال شيخ الإسلام: إذا لم يعلقها^(٣) يجب العقر باتفاق الروايات، وإذا أعلقها^(٤)
ففيه روايتان، قال: هكذا ذكر الطحاوي في كتابه.

وقيل: المذكور في البيوع قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، وفي
الشرب قول محمد - رحمه الله -؛ لأنه ذكر الاختلاف في الذي اشترى شراء فاسداً
وقبضها فزادت في بدنها ثم استهلكها المشتري أن في قولهما: عليه قيمتها وقت
القبض ولا يضمن الزيادة، وقد ذكرنا^(٥) أن البيع الفاسد مستحق النقض والفسخ
إعداداً للفساد وإزالة للحرمة^(٦).

قال القدوري في كتابه: وأيهما فسخ البيع قبل القبض ففسخه جائز على صاحبه
إذا كان بمحضر من صاحبه أو بعلم صاحبه، لأن الفسخ مستحق بحق الشرع فانتهى
اللزوم عن العقد، فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين، فيكون كل واحد
منهما بسبيل من^(٧) فسخه بغير رضا الآخر، لكنه توقف على علم الآخر؛ لأنه إلزام
يوجب الفسخ فلا يلزمه إلا بعلمه.

وإذا قبض [المبيع]^(٨)، فكل بيع لا يصح حذف المفسد عنه، مثل البيع بالخمير أو
الخنزير، فهو على ما ذكرنا قبل القبض.

لأن وجوب الفسخ لحق الشرع، وأنه مُتحتَم فكان كل واحد منهما بسبيل
[فيه]^(٩).

-
- (١) في م: يعقلها.
 - (٢) في م: أعقلها.
 - (٣) في م: يعقلها.
 - (٤) في م: أعقلها.
 - (٥) في م: ذكر.
 - (٦) في أ: الحرام.
 - (٧) زاد في م: صاحبه.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) سقط في م.

وإن كان الفساد بسبب شرط يقبل الحذف، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - : لكل واحد من المتعاقدين الفسخ.

وقال محمد - رحمه الله - : إن وجد الفسخ ممن له منفعة في الشرط صح، وإن فسخ الآخر لم يفسخ، وذلك مثل الشراء بثمن مجهول إلى القطاف^(١) وما أشبه ذلك، وكذلك الخيار الفاسد.

وجه قول محمد - رحمه الله - : أن منفعة الشرط إذا كانت عائدة إليه كان قادراً على تصحيح العقد بإسقاط الأجل، فإذا فسخ الآخر فقد أبطل حقاً ثابتاً لغيره فلا يجوز.

وأبو حنيفة وأبو يوسف -رحمهما الله- يقولان: بأن الفسخ مستحق [النقض]^(٢) حقاً للشرع فانتهى اللزوم عن العقد، والعقد إذا كان غير لازم فكل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخه.

أكثر ما في الباب: أن من [له]^(٣) الخيار قادر على التصحيح بالحذف، ولكن الكلام قبل الحذف وهو بمنزلة الإيجاب إذا وجد من البائع كان المشتري بسبيل من القبول، ثم البائع لو رجع قبل قبول المشتري صح، ولا يقال بأن رجوعه تضمن إبطال حق القبول على المشتري، كذلك هاهنا.

وفي شهادات الجامع: ذكر محمد - رحمه الله - مسألة البيع الفاسد، ذكر في فروعها: [لو]^(٤) كان القاضي نقض البيع بين البائع والمشتري بمحضر من البائع، شرط حضرة البائع ورضاه لصحة النقص، وفي موضع شرط حضرة البائع ولم يشترط رضاه.

(١) في م: العطاء.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ولو.

بعض مشايخنا قالوا: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع -موضوع^(١) اشتراط حضرة البائع دون رضاه، أن يكون الشرط الفاسد مشروطاً للمشتري، والمشروط له الشرط الفاسد يملك فسخ البيع الفاسد بمحضر صاحبه، رضي له^(٢) بذلك أو لم يرض.

وموضوع^(٣) اشتراط [حضرة]^(٤) البائع ورضاه، أن يكون الشرط الفاسد مشروطاً للبائع دون المشتري و[لمن]^(٥) لم يشترط له الشرط إذا انقضى البيع الفاسد لا يصح نقضه إلا بمحضر من صاحبه ورضاه.

وفي بيوع الجامع: رجل اشترى من آخر عبداً فاسداً وقبض المشتري العبد بإذن البائع ونقده الثمن، ثم أراد البائع أن يأخذ عبده، كان للمشتري أن يحبس العبد منه إلى أن يستوفي الثمن، لأن الفاسد من العقود يلحق بالجائز في حق الأحكام، وفي البيع الجائز إذا تفاسخا العقد بعد القبض، كان للمشتري حق حبس المشتري إلى أن يستوفي الثمن من البائع.

وهذا لأن المشتري إنما قبض العبد مقابلاً بما نقده، فصار كالرهن^(٦) به عند ارتفاع السبب بالفسخ، فكان له حق الحبس به كما في الرهن. فإن مات البائع ولا مال له غير العبد، كان المشتري أحق بالعبد من غرماء البائع؛ لأنه كان أحق به من البائع في حال حياة البائع، فيكون أحق به من غرمائه بعد وفاته فيباع العبد بحقه.

فإن^(٧) كان الثمن الثاني مثل الأول أخذه المشتري - فإذا^(٨) فضل الثمن الثاني

(١) في م: موضع.

(٢) في م: صاحبه.

(٣) في م: وموضع.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: كما لو رهن.

(٧) في م: وإن.

على الثمن الأول فالفاضل^(١) لغرماء البائع، فإن^(٢) كان الثمن الثاني أقل كان هو أسوة لسائر غرماء البائع يضرب هو معهم بقية حقه فيما يظهر له من التركة. وإذا^(٣) مات العبد في يد المشتري [كانت عليه قيمته لما ذكرنا. فيتقاصان فيترادان الفضل إن كان ثمة فضل، ولو كان المشتري]^(٤) اشترى العبد بألف درهم دين، كان للمشتري على البائع قبل الشراء، اشتراه بذلك شراء فاسدًا وقبضه بإذن البائع، ثم إن البائع أراد استرداد العبد بحكم فساد البيع، وأراد المشتري حبسه بما كان له عليه من الدين، لم يكن له ذلك.

فرق بين هذا وبين ما لو كان البيع جائزًا في هذه الصورة، فإن هناك للمشتري أن يحبس العبد إلى أن يستوفي ما على البائع من الدين.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الحكم في البيع الجائز، وإنما ذكر مسألة الإجارة بدين سابق للمستأجر على الآجر، وفرق فيها بين الإجارة الجائزة والإجارة الفاسدة في حق حكم الحبس بالدين السابق فقال: في الإجارة الجائزة للمستأجر حق حبس المستأجر بما كان له من الدين على الآجر، وقال في الإجارة الفاسدة: ليس له حق الحبس بذلك.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : ولا فرق بين الإجارة الجائزة وبين البيع الجائز - فالرواية في [الإجارة تكون رواية]^(٥) في البيع.

[و]^(٦) الفرق بين البيع الجائز وبين الفاسد: أن العقد في البيع [الجائز]^(٧) لا

(٨) في م : فإن .

(١) في م : فالفضل .

(٢) في م : وإن .

(٣) في م : وإن .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

يتعلق بغير^(١) ذلك الدين^(٢) بل بمثله ديناً في ذمة المشتري، ثم يلتقيان قصاصاً لاستوائهما قدرًا ووصفًا، فيصير البائع مستوفياً الثمن بحكم المقاصة^(٣) فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة، وهناك للمشتري حق حبس المبيع [بعد الإقالة]^(٤) إلى أن يستوفي الثمن، فكذا^(٥) إذا صار مستوفياً الثمن بحكم المقاصة^(٦).

فأما^(٧) في البيع الفاسد إن كان لا يتعلق العقد بعين ذلك الدين -أيضاً- ولكن لا يجب مثل ذلك ديناً في ذمة المشتري، وإنما يجب قيمة المبيع عند القبض، والقيمة [قبل القبض]^(٨) غير مُتقررة قبل الهلاك، فإنها تحتمل السقوط في كل ساعة وزمان بالفسخ.

فأما دين المشتري على البائع متقرر فلم يتفقا وصفًا، والمقاصة إنما تقع عند الاستواء في الوصف؛ ولهذا لم تقع المقاصة بين المؤجل والحال لعدم استوائهما وصفًا.

وإذا لم تقع المقاصة لم يصير البائع مستوفياً الثمن بالمقاصة ليعتبر ذلك بالاستيفاء حقيقة في هذه الصورة، وهو ما إذا وقع الشراء بدين كان [للمشتري على البائع قبل الشراء].

فإن مات البائع وعليه ديون كثيرة، والعبد عند^(٩) المشتري^(١٠)، ففيما إذا وقع الشراء فاسدًا، لا يكون أحق بالعبد؛ لأنه لم يكن أحق بالعبد حال حياة البائع حتى

(١) في م: بين.

(٢) في م: العين.

(٣) في أ: المقاصة.

(٤) في أ: بعدم الإفادة.

(٥) في م: وكذا.

(٦) في أ: المقاصة.

(٧) في م: وأما.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: على المشتري.

لم يكن له حق حبس العبد، فلا يكون أحق به بعد وفاة البائع .
 فبيع العبد ويُقسم الثمن بين غرماء البائع - ، والمشتري [من جملتهم - ، وفيما
 إذا وقع الشراء جائزًا، يجب أن يكون المشتري أحق بالعبد؛ لأنه كان أحق
 بالعبد^(١) حال حياة البائع حتى كان له حق حبسه من البائع، فيكون أحق به بعد
 وفاته - أيضًا - .

رجل اشترى سبلاً أو قصبان كرم أو قصبان شجر شراء فاسدًا وقبضه وغرسه
 وأطعم أو كان غاصبًا .

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : هما سواء وعلى المشتري والغاصب قيمة ذلك ،
 لأنه قد تغير، ولو كان غضب نخلًا قد أطعم فغرسه فنبت وأطعم عنده، أو كان ذلك
 شراء فاسدًا، قلع في الغضب ورد على صاحبه لأنه عين ماله .
 وأما في الشراء الفاسد فعلى المشتري قيمته، ولا يقلع في قول أبي حنيفة - رضي
 الله عنه - مثل قوله في الأرض إذا بناها .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان قلعه ينقص الأرض؛ لم أقلعه في
 الشراء الفاسد، مثل قوله في الثوب إذا قطعه وخاطه وحشاه، وإن كان قلعه لا ينقص
 الأرض؛ قلعه، مثل قوله في البناء أنه يهدم؛ لأن هدمه لا ينقص الأرض .
 وفي الغضب قلعه، وإن نقص الأرض مشتري الأرض شراء فاسدًا .

إذا باع العبد من غيره شراء صحيحًا، ليس للبائع الأول أن يأخذ العبد من
 المشتري [الثاني]^(٢)، وإنما له أن يضمن المشتري الأول قيمة العبد .
 ولو أراد أن يضمن المشتري الثاني قيمة العبد هل له ذلك؟

لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من الكتب، وذكر في
 المشتري من المكروه: إذا باع العبد من غيره وأعتق المشتري الثاني العبد كان للبائع

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

أن يضمن المشتري الثاني، كما له أن يضمن المشتري الأول.
فمن مشايخنا من قال: على قياس مسألة الإكراه^(١) ينبغي أن يكون للبائع حق تضمين المشتري الثاني القيمة في هذه المسألة، لأن الشراء من المكره فاسد، وأنه نوع من أنواع البيوع^(٢) الفاسدة.
ومنهم من قال: ليس للبائع [الأول]^(٣) تضمين المشتري الثاني قيمة العبد، وإنما له تضمين [المشتري]^(٤) الأول، وهذا القائل يفرق بين المكره وبين سائر البيوع الفاسدة، وهو الأصح.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه الجملة في شرح كتاب الإكراه.
إذا اشترى جارية شراء فاسدًا وقبضها فأراد البائع أن يأخذها منه، فادعى المشتري أنه باعها من فلان بيعًا صحيحًا وأقام على ذلك بينة - لا تقبل بينته.
ويقال للبائع: إن شئت فصدق المشتري فيما أقر به وضمنه قيمة الجارية يوم

(١) الكره - بالفتح والضم -: الإباء والمشقة. وقيل: - بالضم - ما أكرهت نفسك عليه، - وبالفتح -: ما أكرهك غيرك عليه، وجاء في الدر المختار: الإكراه في اللغة، حمل الإنسان على شيء يكرهه.

تعريف الإكراه في الاصطلاح: والناظر في استعمال الفقهاء لمصطلح الإكراه يجده لا يخرج عن معناه اللغوي. وهو ينقسم قسمين:

القسم الأول: الإكراه القوي ويسمى الملجئ: وهو أن يكون هناك تهديد من مُستكْرِه للمُستكْرِه بالقتل، أو قطع عضو من بدنه، أو تهديده بالضرب الشديد، أو الحبس الطويل مع تحقق ما توعد به.

الثاني: الإكراه الضعيف، ويسمى إكراهًا غير ملجئ: ويكون بتهديد من المُستكْرِه للمُستكْرِه بنحو الضرب الخفيف الذي لا يؤثر، أو الحبس مدة قصيرة، أو إتلاف بعض المال. والإكراه بقسميه من أهم عيوب الإرادة؛ لأنه يعدم الرضا لمن اتصف به ويأسر إرادته ويقسرها.

والإكراه: إما أن يكون بحق، وإما أن يكون بغير حق؛ بأن يجبر المالك من حاكم، أو ظالم، أو غاصب على بيع ملكه، وهو لا يريد البيع ولا حاجة له في بيعه.

(٢) في أ، م: الأشربة.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

قبضها [منك]^(١)، وإن شئت فكذبته وخذ منه جاريتك .

فإن قدم الغائب وصدق المشتري في إقراره، فإنه يأخذ الجارية من البائع .
لأن تصديقه استند إلى وقت الإقرار، فظهر أن الجارية بعد ما أقر بها المشتري
لغيره وصدقه المقر له في إقراره لم يكن للبائع حق أخذ الجارية .
فلهذا قال: يأخذ الجارية من البائع إذا أقر المشتري أنه باعها من رجل ولم يبين
ممن باعها، لا يبطل حق البائع في حق الأخذ؛ [لأنه لو أقر بمعلوم لا يبطل حق
البائع في الأخذ]^(٢)، فإذا أقر لمجهول^(٣) أولى؛ لأن الإقرار للمجهول باطل، [فهذا
باطل]^(٤) .

وهذا بخلاف مسألة ذكرها في الجامع، [و]^(٥) صورتها: اشترى عبدًا شراء
صحيحًا بثمن معلوم وقبضه ثم وجد [به]^(٦) عيبًا، فأراد أن يرده على بائعه بالعيب،
فأقام البائع بينة^(٧) أن المشتري أقر أنه باعه من رجل ولم يبين ممن باع، فإنه تقبل
هذه البينة ويقضي بصحة إقرار المشتري .

والفرق: أن في تلك المسألة المخاصم هو المشتري، فإذا ثبت [إقراره]^(٨) أنه
باعها من مجهول، كان بمنزلة ما لو أقر أن الجارية ليست لي فتبطل خصومته مع
البائع؛ لأن الحق في الخصومة له، وقد أقر ببطلان حقه في الخصومة .
فأما في هذه المسألة: المخاصم هو البائع، والمخاصم هو المشتري .
فإذا أقر المشتري أنه باعها من مجهول، كان بمنزلة ما لو أقر المشتري أن الجارية

(١) سقط في م .

(٢) سقط في أ .

(٣) في م: بمجهول .

(٤) سقط في م .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: منه .

(٨) سقط في م .

ليست له [فتبطل خصومته مع البائع، لأن الحق في الخصومة له، وقد أقر ببطلان حقه في الخصومة]^(١).

إلا أن المخاصم إذا أقر أن ما وقعت فيه الخصومة ليس له، لا تندفع عنه الخصومة، لأنه يريد أن يبطل حقاً على غيره، فلا يصدق عليه في ذلك، والله أعلم.



(١) سقط في م.

الفصل التاسع

في حكم شراء الفضولي وبيع أحد الشريكين في شيء كله أو بعضه وما يكون إجازة في ذلك، وما لا يكون، ويدخل فيه بعض مسائل بيع الغصب

وإذا اشترى الرجل شيئاً لرجل بغير أمره، كان ما اشتراه^(١) لنفسه وإن أجاز الذي اشترى^(٢) له^(٣)، وصورته: إذا قال البائع للمشتري: بعث منك هذا العين بكذا، فقال المشتري: اشتريت، ونوى بقلبه الشراء لفلان: وهذا بناء على أصل معروف: أن شراء الفضولي إنما يتوقف على الإجازة إذا لم يجد نفاذاً على المشتري كما لو كان المشتري عبداً محجوراً عليه أو صبيّاً محجوراً عليه^(٤).

(١) في م: اشتراه.

(٢) في م: اشتراه.

(٣) اختلف الفقهاء في حكم بيع الفضولي على قولين:

القول الأول: يجوز بيع الفضولي ويعتقد موقفاً على الإجازة، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم، وقول مرجوح في الجديد، ورواية عن الإمام أحمد. القول الثاني: لا يصح بيع الفضولي وإلى هذا ذهب الشافعية في الأصح، ورواية عن الإمام أحمد، والظاهرية.

ينظر: الهداية شرح بداية المبتدى، ص (٥١)، وبدائع الصنائع (١٤٧/٥ - ١٥٠)، حاشية ابن عابدين (١٤٣/٤)، ملتقى الأبحر (٢٤٦/١)، البحر الرائق (٢٨٠/٥)، (٢٨١)، تبیین الحقائق (١٨٣/٥)، منح الجليل مختصر خليل (٤٥٩/٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٢/٣)، جواهر الإكليل (٣٣٩/١)، المجموع (٣١٥/٩)، (٣١٦)، مغني المحتاج (٢١/٢)، المغني لابن قدامة (١٩٩/٢)، الإنصاف (٢٧١/٤)، كشف القناع (١٥٨/٣)، المبدع (١٦/٤، ١٧)، مطالب أولي النهى (١٥/٥، ١٦)، المحلى (٤٢١/٨)، مسألة: (١٤٤٦).

(٤) فرق الحنفية في كتبهم بين بيع الفضولي وشراؤه، أما بيعه فيعتقد صحيحاً موقفاً على الإجازة، سواء أضاف لنفسه، أم إلى المالك، وأما الشراء، فإن أضافه لنفسه نفذ عليه؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره، وإذا وجد العقد نفاذاً على العاقد نفذ عليه، ولا يتوقف، وإن أضافه لغيره، أو لم يجد نفاذاً عليه؛ لعدم الأهلية - كأن يكون العاقد صبيّاً، أو محجوراً عليه-: انعقد صحيحاً، موقفاً على إجازة هذا الغير الذي تم الشراء له، فإن أجازته نفذ عليه، واعتبر الفضولي وكبلاً ترجع إليه حقوق العقد.

ينظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥ - ١٥٠)، حاشية ابن عابدين (١٤٣/٤)، ملتقى الأبحر

(٢٤٦/١)، البحر الرائق (٥/٢٨٠، ٢٨١)، تبين الحقائق (٥/١٨٣)، شرح مختصر خليل للخرشي (٥/٩)، مغني المحتاج (٢/٢١)، كشاف القناع (٣/١٥٨).

والحنفية يذكرون شروطاً لنفاذ بيع الفضولي، وهي عبارة عن بقاء الملك، ويتحقق بقاء العاقدين: البائع والمشتري، وبقاء المعقود عليه بلا تغيير؛ لأن الإجازة تصرف في العقد، فلا بد من قيامه، وذلك بقيام العاقدين ومحل العقد، كما هو الحال في إنشاء العقد. واشتروا أيضاً ألا يبيع الفضولي الشيء على أنه لنفسه. وأما الثمن فإنهم اشتروا قيامه إن كان عرضاً، لأن العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع، ولم يشترطوا قيام الثمن إن كان ديناً. واشتروا أيضاً: بقاء المالك الأول، وهو المعقود له مع علمه بحال المبيع وقت الإجازة من وجوده أو عدمه؛ لأن العقد موقوف على إجازته، فلا ينفذ بإجازة غيره، فلو مات المالك لم ينفذ بإجازة الوارث، سواء أكان الثمن ديناً أم عرضاً. ولو لم يعلم المالك حال المبيع وقت الإجازة من بقائه أو عدمه، جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد، لأن الأصل بقاؤه. ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصح، ما لم يعلم المالك قيام المبيع عند الإجازة؛ لأن الشك وقع في شرط الإجازة، فلا يثبت مع الشك. وإذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشتري، والثمن مملوكاً له أمانة في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمه كالكيل، فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، من حيث إنه صار تصرفه نافذاً، ولذا يسمى هذا النوع من الإجازة (إجازة عقد). هذا إذا كان الثمن ديناً، فإن كان عيناً بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين ببيع مقايضة، اشترط قيام الأربعة المذكورة، وهي: العاقدان، والمبيع، ومالكه الأول، وخامس وهو ذلك الثمن العرض، وإذا أجاز مالك المبيع. والثمن عرض - فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشترياً للعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً، فينفذ على الفضولي، فيصير مالكا للعرض، والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله، ولذا تسمى إجازة العقد، كأنه قال: اشتر هذا العرض لنفسك، وانقده ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك، فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كثوب فقيمه. فيصير مستقرضاً للثوب. والقرض وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً. وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء، فيراعى فيه شرائط صحة المقتضي، وهو الشراء لا غير. وصرح الحنفية بأن للفضولي أن يفسخ قبل إجازة المالك، دفعاً للحقوق الضرر عن نفسه؛ لأن حقوق البيع ترجع إليه، بخلاف الفضولي في النكاح، لأنه معبر محض. وذكر الحنفية أيضاً أن الفضولي بعد الإجازة يصير حكمه حكم الوكيل، حتى لو حط من الثمن، ثم أجاز المالك البيع يثبت البيع والحط، سواء علم المالك الحط، أو لم يعلم، إلا أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة يثبت له الخيار. ووجهه كما في جامع الفصولين أنه يصير بالإجازة كوكيل، ولو حطه الوكيل، لا يتمكن الموكل من مطالبة المشتري به، كذا هذا. واشترط المالكية لصحة بيع الفضولي ثلاثة شروط: أحدها: ألا يكون المالك حاضراً مجلس البيع، ولكنه حاضر في البلد، أو غائب عنه غيبة قريبة، لا بعيدة بحيث يضر الصبر إلى قدومه أو مشورته. فإن كان حاضراً مجلس العقد

وسكت لزمه البيع، وللبائع الثمن، فإن مضى نحو عام ولم يطالب بالثمن فلا شيء له على البائع، ولا يعذر بجهل في سكوته إذا ادعاه. ومحل مطالبة المالك للفضولي بالثمن ما لم يمض عام، فإن مضى العام وهو ساكت سقط حقه في الثمن. هذا إن بيع بحضرته، أما إن بيع في غيبته فله نقض البيع إلى سنة، فإن مضت سقط حقه في النقض. ولا يسقط حقه في الثمن ما لم تمض مدة الحيازة، وهي عشرة أعوام. ثانيها: أن يكون في غير الصرف، وأما فيه فإنه يفسخ. ثالثها: أن يكون في غير الوقف، وأما فيه فباطل لا يتوقف على رضا واقفه، وإن كان الملك له.

وذكر المالكية أيضاً أن للمالك نقض بيع الفضولي، غاصبا أو غيره إن لم يفت، فإن فات بذهاب عينه فقط، فعليه الأكثر من ثمنه وقيمه. وقالوا: إن للمشتري من الفضولي الغلة قبل علم المالك، إذا كان المشتري غير عالم بالتعدي، أو كانت هناك شبهة تنفي عن البائع التعدي، لكونه حاضرا للأطفال مثلا كالأم تقوم بهم وتحفظهم، أو لكونه من سبب المالك - أي: من ناحيته - ممن يتعاطى أموره، ويزعم أنه وكيل، ثم يقدم المالك وينكر ونحو ذلك. ويدل له مسألة اليمين: ألا يبيع لفلان، فباع لمن هو من سببه. وتذكر كتب المالكية أيضاً حكما آخر فرعوه على الجواز لم يصرح به غيرهم، وهو حكم قدوم الفضولي على البيع، فقد ذكر الدسوقي في حاشيته: أنه قد قيل: بمنعه، وقيل: بجوازه، وقيل: بمنعه في العقار، والجواز في العروض. هذا والقول ببطلان بيع الفضولي عند الشافعية هو الصحيح المنصوص عليه في الجديد، وبه قطع صاحب المذهب، وجماهير العراقيين، وكثيرون، أو الأكثرون من الخراسانيين كما جاء في المجموع.

وأما القول بانعقاده موقوفاً على إجازة المالك فهو القول القديم الذي حكاه الخراسانيون، وجماعة من العراقيين، منهم: المحاملي في اللباب، والشاشي، وصاحب البيان. وأما قول إمام الحرمين: إن العراقيين لم يعرفوا هذا القول، وقطعوا بالبطلان، فمراده متقدموهم كما جاء في المجموع. ثم إن كل من حكاه إنما حكاه عن القديم خاصة، وهو نص للشافعي في البويطي، وهو من الجديد، قال الشافعي في آخر باب الغصب من البويطي: إن صح حديث عروة البارقي، فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضي، فالبيع والعتق جائزان. هذا نصه، وقد صح حديث عروة البارقي، فصار للشافعي قولان في الجديد أحدهما موافق للقديم. وظاهر كلام الشيخين (أي: الرفاعي، والنووي) على قول الوقف أن الموقوف الصحة، وقال إمام الحرمين: الصحة ناجزة، وإنما الموقوف الملك، وجرى عليه في الأم. والمعتبر عندهم في الإجازة إجازة من يملك التصرف عند العقد، فلو باع الفضولي مال الطفل، فبلغ وأجاز لم ينفذ. ومحل الخلاف في بيع الفضولي عندهم - كما جاء في نهاية المحتاج - ما لم يحضر المالك، فلو باع مال غيره بحضرته وهو ساكت لم يصح قطعاً. والخلاف المذكور عندهم في بيع الفضولي من حيث البطلان، أو الانعقاد يجري في كل من زوج ابنة

أما إذا وجد نفاذاً على المشتري ينفذ ولا يتوقف، وقد وجد نفاذاً على المشتري هاهنا فنفذ^(١) عليه ولم يتوقف فلا تعمل إجازة المشتري له فيه وهذا إذا أضاف العقد إلى نفسه، أما^(٢) إذا أضيف العقد إلى المشتري له فهو على وجوه:

أحدها: أن يقول البائع: بعث هذا العبد من فلان بكذا، فقال البائع: بعث، وقال المشتري: قبلت لفلان، أو قال: اشتريت لفلان، أو لم يقل: لفلان، وفي هذا الوجه يتوقف ولا ينفذ على المشتري.

[الثاني: أن يقول الفضولي لصاحب العبد: بع هذا العبد من فلان بكذا، فقال البائع: بعث، وقال المشتري: قبلت لفلان، أو قال: اشتريت لفلان، أو قال:

غيره، أو طلق منكوحته، أو أجر داره، أو وهبها بغير إذنه. =
والمذهب عند الحنابلة، وعليه أكثر الأصحاب: عدم صحة بيع الفضولي كما جاء في الإنصاف. وفيه: أن هذا هو الذي جزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الفروع، والمحزر، والرعائتين، والحاويين، والنظم وغيرها. وذكر صاحب كشاف القناع أن البيع لا يصح، حتى لو كان المالك حاضراً وسكت، ثم أجازته بعد ذلك لفوات شرطه، أي: لفوات الملك، والإذن وقت البيع. وأما الرواية التي تصحح بيع الفضولي وتجعله موقوفاً على الإجازة، فقد اختارها صاحب الفائق كما جاء في الإنصاف، وقال: قبض، ولا إقباض قبل الإجازة.

واتفق الفقهاء على أن من شروط البيع: أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، أو له عليه ولاية، أو وكالة تجيز تصرفه فيه، واتفقوا أيضاً على صحة بيع الفضولي، إذا كان المالك حاضراً وأجاز البيع؛ لأن الفضولي حينئذ يكون كالوكيل. واتفقوا أيضاً على عدم صحة بيع الفضولي إذا كان المالك غير أهل للإجازة.

ينظر: مجمع الأنهر (٩٤/٢، ٩٥)، والبحر الرائق (١٦٠/٦)، وجامع الفصولين (١/٢٣٠، ٢٣١)، العناية مع فتح القدير (٣١٢/٥، ٣١٣)، وتبيين الحقائق (١٠٦/٤)، الزرقاني (١٩/٥)، الشرح الكبير (١٢/٣)، والشرح الصغير (٢٦/٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٢/٣)، وجواهر الإكليل (٥/٢)، الخرشبي مع حاشية العدوي (١٨/٥)، والفروق، للقرافي (٢٤٤/٢)، المجموع (٢٥٩/٩)، ومغني المحتاج (١٥/٢)، وفتح الباري (٦٣٢/٦)، تحفة المحتاج (٢٤٧/٤)، ونهاية المحتاج (٣٩١/٣)، وروضة الطالبين (٣٥٣/٣)، الإنصاف (٢٨٣/٤)، والفروع (٤٦٦/٢)، (٤٦٧)، والمحزر في الفقه (٣١٠/١)، وشرح منتهى الإرادات (١٤٣/٢)، وكشاف القناع (١٥٧/٣).

(١) في م: فينفذ.

(٢) في م: فأما.

اشترت لفلان، أو لم يقل: لفلان، ففي هذا الوجه يتوقف ولا ينفذ على المشتري^(١).

الثالث^(٢): أن يقول صاحب العبد للفضولي: بعت منك هذا العبد لأجل فلان، فيقول الفضولي: قبلت أو اشترت^(٣)، أو يقول الفضولي لصاحب العبد: اشترت منك هذا العبد لأجل فلان، فيقول صاحب العبد: بعت، وفي هذا الوجه ينفذ^(٤) العقد على المشتري ولا يتوقف.

هذه الجملة من بيوع شرح الطحاوي.

ورأيت في موضع آخر: لو قال صاحب العبد للفضولي: بعت منك هذا العبد بكذا، وقال الفضولي: قبلت لفلان، أو قال: اشترت لفلان، أو بدأ الفضولي فقال: اشترت منك هذا العبد لفلان، وقال صاحب العبد: بعت منك، وذكر أن الصحيح أن العقد يتوقف ولا ينفذ على الفضولي.

وذكر محمد - رحمه الله - في وكالة الجامع في آخر باب الوكالة في البيوع ما يضمن وما لا يضمن مسألة تدل على أن الفضولي إذا اشترى وهو أن ينفذ عليه ينفذ^(٥) ولا يتوقف وإن أضاف الشراء إلى المشتري له نصًا.

وكتبت في تعليقي: إن هذا الفصل^(٦) اختلف فيه المتأخرون، فاختلفهم فيه بناء على اختلاف الروايات عن محمد - رحمه الله -.

وفي شرح الطحاوي - أيضًا - : [الفضولي]^(٧) إذا باع مال الغير فهو على وجهين: إن باعه بثمن لا يتعين بالتعيين، وإنما تلحقه الإجازة لقيام الأربعة: البائع،

(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: والثالث.

(٣) زاد في م: منك هذا العبد.

(٤) في أ، م: ينعقد.

(٥) زاد في م: عليه.

(٦) في م: فصل.

(٧) سقط في أ.

والمشتري، والمالك، والمبيع، فلا يشترط لصحة الإجازة قيام الثمن في يد البائع .
 وفي المنتقى: أن قيام الثمن في هذه الصورة شرط لصحة الإجازة .
 كتبه في آخر الفصل الرابع من مداينات الذخيرة .
 فإن أجاز المالك البيع في حال قيام الأربعة جاز البيع ويكون البائع كالوكيل
 المُجيز والثمن للمشتري إن كان قائماً، وإن هلك في يد البائع هلك أمانة .
 [وإن باعه^(١)] بثمن يتعين بالتعيين يشترط مع ذلك قيام الثمن لصحة الإجازة .
 ثم إن^(٢) صحت الإجازة في هذا الوجه، وهو ما إذا كان الثمن شيئاً يتعين
 بالتعيين^(٣) فالشراء ينفذ على المشتري ولا يتوقف، ويرجع المُجيز على البائع بقيمة
 ماله إن كان من ذوات القيم، وبمثله إن كان من ذوات الأمثال .
 وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا باع متاع غيره بغير إذنه ثم مات فأجاز
 صاحب المتاع البيع لا يجوز، فإنه موافق لما ذكره الطحاوي .
 فرق بين هذا وبين النكاح :
 والفرق : أن البيع إذا جاز تعين البائع وكياً لما عرف أن الإجازة في الانتهاء
 كالإذن في الابتداء فترجع إليه الحقوق، والميت لا يصلح وكياً .
 و[لا]^(٤) كذلك النكاح : فإن هناك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل .
 وفي نوادر ابن سماعة : قلت لمحمد - رحمه الله - : أرأيت رجلاً غصب من
 آخر حيواناً وباعه من آخر، فأجاز^(٥) المغصوب منه البيع ولا يعلم ما حال
 المغصوب .

(١) سقط في م .

(٢) في م : إذا .

(٣) زاد في م : وكان الثمن قائماً والثمن يكون للبائع دون المجيز لأن البائع صار مشترياً بالثمن
 إذا كان الثمن شيئاً يتعين بالتعيين .

(٤) سقط في أ .

(٥) في م : فأجازه .

قال محمد - رحمه الله - : البيع جائز حتى يعلم أنه تلف، قال : وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول، ثم رجع ببغداد، وقال : البيع فاسد حتى يعلم حياته . فإن قال المشتري : المبيع كان هالكًا وقت الإجازة، وقال البائع : إنما مات بعد الإجازة فالقول قول البائع .

ومن هذا الجنس ما ذكر هشام في نوادره، قال : سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل غصب من رجل عبدًا وباعه، ثم جاء المغضوب منه فأجاز البيع . قال : إن كان يقدر المغضوب منه على أخذ العبد فإمضاؤه جائز وإلا فإمضاؤه باطل .

وإن كان اغتصبه بالري والعبد بالكوفة، والغاصب والمغضوب منه بالري فأجاز المغضوب منه البيع، قال محمد - رحمه الله - : إمضاؤه جائز، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا علم أنه حي فإمضاؤه جائز، وإن لم يعلم أنه حي أو^(١) ميت فإمضاؤه باطل، وهو قول أبي يوسف الآخر وقد مرت هذه المسألة قبل هذا . اشترى عبدًا فقبضه فادعاه رجل أنه عبده، وأقام البينة وقد علم بالبيع ففضى له القاضي وقبضه ثم أمضى العقد فإمضاؤه باطل .

وإن قضى القاضي له بالعبد فلم يقبضه حتى أمضى العقد فإمضاؤه جائز، وكذلك إذا أمضاه قبل أن يقضي له القاضي بالعبد جاز إمضاؤه .

وفي نوادر ابن سماعة - رحمه الله - قال : إذا باع أحد الشريكين نصف الدار مشاعًا ينصرف ذلك إلى نصيبه .

ولو باع فضولي نصف الدار المشتركة^(٢) بين رجلين ينصرف البيع إلى نصيبهما . [فإن أجاز]^(٣) أحدهما صح [البيع]^(٤) في النصف الذي هو نصيب المُجيز، وهذا

(١) في م : أم .

(٢) في م : المشترك .

(٣) في م : فإذا أجازته .

(٤) سقط في أ .

قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وقال محمد وزفر - رضي الله عنهما - : البيع جائز في ربعها .

ولو وهب نصيبه من الدين المشترك للمديون جازت الهبة في نصيبه .

ولو وهب نصف الدين مُطلقاً تنفذ الهبة كما لو وهب نصف العبد المشترك .

الحسن بن زياد - رحمه الله - عن أبي يوسف - رضي الله عنه - في غلام بين رجلين، قال أحدهما لرجل: بعتك نصف هذا العبد، ينصرف البيع إلى النصف الذي هو له، ولو قال: أشركتك بنصفه فهو من النصفين .

هشام عن محمد - رحمه الله - : في غلام بين رجلين [وليسا]^(١) شريكين في الأشياء، قال أحدهما لصاحبه: قد وكلتك ببيع نصيبي في^(٢) هذا الغلام، فباع المأمور نصف هذا الغلام بعد هذا القول، ولم يبين أي النصفين هو، ثم مات العبد بعد تسليم المبيع منه، فقال البائع^(٣) بعد موته: قد بعته نصيبي، فالقول قوله .

قال: امرأة جاءت بألف درهم إلى رجل، فقالت: اشتر بهذه الألف هذه الدار لابني الصغير هذا، وله أب حي، فاشتري الرجل الدار وأجاز والد الصبي ذلك فالدار للمشتري والإجازة باطلة، تأويل المسألة: إذا أضاف ذلك الرجل العقد إلى نفسه .

امرأة اشترت لولدها الصغير ضيعة من مالها، وقع الشراء للأُم وتكون الضيعة للولد، لأنها تصير واهبة، والأُم تملك ذلك ويقع قبضها عنه .

في فتاوى أبي الليث، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل غصب من آخر عبداً وباعه الغاصب من رجل وسلمه إلى المشتري، ثم إن الغاصب صالح مولاه منه على شيء، قال: إن صالحه على القيمة دراهم أو دنانير جاز بيع الغاصب وهو بمنزلة ضمان القيمة، وإن صالحه على عرض من العروض فهذا بمنزلة

(١) سقط في م .

(٢) في م: من .

(٣) في أ: للبائع .

بيع مُستقل والبيع الأول باطل.

وفي المنتقى: رجل باع عبد رجل من رجل بغير أمره، ثم إن البائع [اشتراه من مولاه]^(١)، ثم إن البائع أقام بينة أنه اشتراه [من مولاه]^(٢) بعد بيعه^(٣)، قبل ذلك، هكذا قال محمد - رحمه الله - .

وفيه -أيضاً- : رجل باع عبد رجل بغير أمره، فقال له صاحب العبد: أحسنت، أو^(٤) أصبت، أو^(٥) وفق، فهذا لا يكون إجازة للبيع، وله أن يرده.

لأنه قد يكون هذا على التعجب والاستهزاء، ولكن إن قبض الثمن فهو إجازة للبيع، وكذلك^(٦) إذا قال: قد كفيته مؤنة البيع، أو^(٧): أحسنت فجزاك الله خيراً، لم يكن ذلك إجازة [للبيع]^(٨)، لأنه قد يجيء هذا على الاستهزاء.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل باع جارية رجل بغير أمره، فلقبه رب الجارية، فقال: أحسنت أو وفق، فالبيع جائز استحساناً. فصار في المسألة روايتان.

وفي المنتقى: أن قوله: بئس ما صنعت، إجازة، وكذلك قبض الثمن إجازة. بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل باع عبد رجل بغير أمره، فبلغه الخبر، فقال للبائع: قد وهبت لك الثمن، أو قال: قد تصدقت به عليك، فهذا إجازة للبيع إن كان قائماً.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل باع عبد رجل بغير إذنه [بمائة درهم]^(٩) فجاء المشتري إلى مولاه وأخبره أن فلاناً باع عبده منه، قال: إن كان

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ذلك.

(٤) في م: و.

(٥) في م: و.

(٦) في م: فكذلك.

(٧) في م: و.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ، م.

باعك بمائة درهم فقد أجزأت، فقال: إن كان باعه بمائة [درهم]^(١) أو أكثر من الدراهم جاز، وإن كان بأقل من مائة [درهم]^(٢) لا يجوز، وإن باعه بمائة^(٣) دينار لا يجوز، وإنما ينظر في هذا [إلى]^(٤) النوع الذي وصفه .
وكذلك إذا قال: إن باعك بمائة درهم^(٥) فهو جائز، فهو على ما وصفت لك .
ولو قال: إن باعك بمائة [درهم]^(٦) أجزت ذلك، فهذا عدة .
وإن^(٧) غصب عبدًا وباعه من غيره ثم أبق العبد من يد المشتري ثم أجاز المالك البيع، جاز عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافاً لزفر - رحمه الله - .
الفضولي إذا باع عبد الغير من رجل، فقال صاحب العبد للبائع: سلمت لك بيع هذا العبد، أو قال للمشتري: [سلمت شراء]^(٨) هذا العبد، كان ذلك تسليماً وإجازة للبيع بمنزلة قوله: أجزت بيع هذا العبد، أو^(٩): أجزت شراء هذا العبد، والله تعالى أعلم بالصواب .



-
- (١) سقط في م .
(٢) سقط في م .
(٣) في أ، م: بألف .
(٤) سقط في م .
(٥) زاد في أ: دينار .
(٦) سقط في م .
(٧) في م: وإذا .
(٨) في م: سلمتك من أمر .
(٩) في م: و .

الفصل العاشر

في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منها: في الاختلاف في صحة العقد وفساده.

هذا النوع ينبنى على عبارتين:

إحدهما: أن أحد المتعاقدين إذا ادعى صحة العقد، وادعى الآخر فساده، فإن كان مدعي الفساد^(١) لا يدفع استحقاق مال عن نفسه، لا يصدق في دعوى الفساد، وهذا لأن مدعي الفساد إذا كان لا يدفع عن نفسه استحقاق مال، كان من جانبه مجرد دعوى الفساد، ومجرد دعوى الفساد لا تقبل، لأن الظاهر شاهد لمدعي الجواز، وهو ظاهر عقله ودينه، لأن عقل الإنسان ودينه يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، وعن دعوى الجواز كاذبًا، وظاهر عقل مدعي الفساد [ودينه]^(٢) إن كان يمنعانه عن دعوى الفساد ما^(٣) يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد، وظاهر^(٤) عقل المدعي الجواز [شاهد له من كل وجه]^(٥)، وظاهر عقل مدعي الفساد شاهد له من وجه دون وجه، والقول قول من يشهد له الظاهر^(٦) أكثر، كان قوله أولى بالقبول.

أما إذا كان مدعي الفساد يدعي^(٧) الفساد ليدفع^(٨) استحقاق مال عن نفسه، لو جعلنا القول قول مدعي الجواز بشهادة الظاهر [له، فقد جعلناه مُستحقًا مالاً على صاحبه بشهادة الظاهر، والظاهر لا]^(٩) يصلح حجة للاستحقاق.

(١) زاد في م: بدعوى الفساد.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: كاذبا.

(٤) في م: فظاهر.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في م: فمن كان شهادة الظاهر له.

(٧) في م: بدعوى.

(٨) في م: يدفع.

(٩) سقط في م.

ومتى جعلنا القول قول من يدعي الجواز بشهادة الظاهر، إذا كان مدعي الفساد لا يدفع بدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه له، فقد اعتبرنا شهادة الظاهر [لدفع صفة المعصية عن فعلها، والمعاصي أبداً تدفع عن المسلمين بشهادة الظاهر]^(١).

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسائل فنقول في بيع العين:
إذا ادعى أحد المتعاقدين الفساد، بأن ادعى شرطاً فاسداً، فالقول قول من يدعي الصحة. لأن البيع^(٢) عقد مبادلة^(٣) من الجانبين، لأنه بيع بالمثل من الجانبين. فإن مَبَى البيع على المساواة، والمبادلة^(٤) من الجانبين، فمدعي الفساد بدعوى الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاق شيء من حيث المعنى، لأنه يحصل له مثل ما استحق [عليه متى جاز العقد، والاستحقاق يخلف بعد له كل استحقاق فكأنه لم يستحق عليه]^(٥)، فبقي مجرد دعوى الفساد من غير دفع الاستحقاق، فيكون القول قول من يدعي الجواز على ما مر.

وفي باب النكاح: إذا ادعى أحد الزوجين^(٦) الصحة، والآخر الفساد، بأن ادعى أحدهما أن النكاح [كان]^(٧) بغير شهود، وادعى الآخر أنه كان بشهود، أو ادعى أحدهما أن النكاح [كان]^(٨) في عدة الغير، وادعى الآخر أنه كان بعد انقضاء العدة، فالقول قول من يدعي الصحة^(٩).

لأن عقد النكاح عقد مبادلة^(١٠) من الجانبين، لأن من جانب الزوج المهر، وأنه

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: بيع العين.
 - (٣) في م: معادلة.
 - (٤) في م: والمعادلة.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في م: الشريكين.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) زاد في م: النكاح.
 - (١٠) في م: معادلة.

معين^(١)، ومن جانب المرأة منافع البضع، [ومنافع البضع]^(٢) في حكم الأعيان، فصار كبيع العين^(٣).

والمضارب إذا ادعى فساد العقد، بأن قال لرب المال: شرطت لي نصف الربح [إلا]^(٤) عشرة، ورب المال ادعى^(٥) جواز المضاربة، بأن قال: شرطت لك نصف الربح، فالقول [قول]^(٦) رب المال، لأن المضارب بدعوى الفساد لا يدفع استحقاقاً عن نفسه، [لأن رب المال [لا]^(٧) يستحق]^(٨) على المضارب بعقد المضاربة شيئاً؛ لأن المستحق على المضارب منفعه، والمستحق له جزء^(٩) من الربح وأنه عين مال، والمال خير^(١٠) من المنفعة، والاستحقاق بعوض [هو]^(١١) خير فلا استحقاق، فلم يكن المضارب بدعوى الفساد دافعاً عن نفسه استحقاقاً فلا يقبل قوله.

ورب المال إذا ادعى فساد المضاربة، بأن قال رب المال^(١٢) للمضارب: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، والمضارب ادعى جواز المضاربة، فالقول قول رب المال، لأن رب المال بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال، [لأن ما يستحق لرب المال منفعة المضارب، وما يستحق على رب المال عين مال هو جزء من الربح، والعين خير^(١٣) من المنفعة، وإذا كان ما يستحق على رب المال خيراً، كان

(١) في م: عين.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الأعيان.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: يدعي.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: وإن كان مستحقاً عن نفسه وإن كان مستحقاً.

(٩) في م: خير.

(١٠) في أ: جزء.

(١١) سقط في أ.

(١٢) زاد في م: لأن رب المال قال.

(١٣) في م: جزء.

رب المال بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه استحقاق زيادة مال^(١)، فكان القول قوله .
 وإذا ادعى رب السلم الأجل، والمسلم إليه ينكر، ولا بينة لواحد منهما، فالقول
 قول رب السلم استحسانًا، لأن المسلم إليه بدعوى الفساد بسبب^(٢) ترك الأجل لا
 يدفع عن نفسه استحقاقًا، لأن المسلم فيه على تقدير ثبوت الأجل وجواز العقد لا
 يصير مُستحقًا للحال، فلا يكون المسلم إليه بدعوى الفساد دافعًا عن نفسه
 استحقاقًا، فلا يقبل قوله، ويكون القول قول من يدعي الجواز، وهو رب السلم
 بشهادة الظاهر له، وستأتي مسألة الأجل في فصل السلم بتمامها إن شاء الله تعالى .
 العبارة الثانية: [أن]^(٣) العاقدین إذا اتفقا على وجود عقد واحد واختلفا في صحته
 وفساده، فالقول قول من يدعي الصحة كما في بيع العين، إذا ادعى أحدهما فساد
 العقد والآخر يدعي الجواز، فالقول قول من يدعي الجواز لأنهما [اتفقا]^(٤) على
 عقد واحد، لأن [البيع باشتراط شرط فاسد]^(٥)[^(٦)] لا يصير عقدًا آخر [بل يكون
 فاسدًا، فقد اتفقا على عقد واحد و]^(٧) اختلفا في صحته وفساده .

وكذلك في باب النكاح إذا ادعى أحدهما فساد العقد، بأن ادعى أن النكاح كان
 بغير شهود أو ما أشبه ذلك، وادعى الآخر أن النكاح بشهود، فالقول قول من يدعي
 الجواز؛ لأنهما اتفقا على وجود عقد واحد؛ لأن النكاح بسبب الفساد لا يصير عقدًا
 آخر، إنما اختلفا في صحته وفساده .

وكذلك في باب السلم إذا ادعى رب السلم [الأجل]^(٨)، وأنكر المسلم إليه

(١) زاد في أ: كان، وسقط في م .

(٢) في م: وبسبب .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: فساد .

(٦) في م: النكاح بسبب الفساد .

(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: إنما .

(٨) سقط في م .

الأجل، فالقول قول رب السلم استحساناً، لأن السلم بسبب الفساد لا يصير عقداً آخر، فقد اتفقا على وجود عقد واحد، واختلفا في صحته وفساده، فكان القول قول من يدعي الجواز.

وفي باب المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، وقال المضارب: شرطت لي نصف الربح، فالقول قول رب المال، لأن هنا^(١) ما اتفقا على وجود عقد واحد، بل اختلفا فيه، لأن رب المال يدعي الإجارة، لأن المضاربة إذا فسدت تصير إجارة فاسدة، وإذا جازت كانت شركة، فقد اختلفا في العقد الذي باشر، فالمضارب^(٢) ادعى الشركة وأنكرها رب المال، وأقر له بالإجارة، فيكون القول قول رب المال، كما لو أنكر المضاربة ولم يُقر بالإجارة. فإن قيل: هذا العذر الذي قلتم في فصل المضاربة يشكل بما إذا قال رب المال للمضارب: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة، وقال المضارب: شرطت لي الثلث، فالقول قول المضارب وقد اختلفا في نوع العقد.

قلنا: هناك اتفقا على عقد واحد ابتداء وهو الشركة، فإن المضارب ادعى ذلك، ورب المال أقر له بذلك ابتداء لما قال: شرطت لك ثلث الربح، لأن قوله: وزيادة عشرة، مقطوعة عن أول الكلام، فلا يتوقف أول الكلام عليه.

فكان هذا من رب المال دعوى عقد آخر بعد الإقرار، بوجود عقد واحد، فلا يصدق في دعواه، بخلاف قوله: إلا عشرة، لأن هذا استثناء وأول الكلام يتوقف على الاستثناء.

وأما إذا اختلف الزوجان في نكاح باسراه بأنفسهما أنه كان في حالة الصغر، أو بعد البلوغ، كان القول قول من يدعي النكاح في حال الصغر، لأن هناك ما اتفقا على وجود العقد^(٣)، بل اختلفا في وجوده، لأن عبارة الصغير فيما يضره أو يتردد بين

(١) في م: هناك.

(٢) في م: المضارب.

(٣) في م: العتق.

الضرر والنفع ملحق بالعدم كعبارة المجنون، فكان المدعي للنكاح في [حال الصغرى]^(١) مُنكراً وجود النكاح، فكان^(٢) القول قوله، وكان^(٣) بمنزلة ما لو قالت: تزوجتني قبل أن أخلق، وقال الآخر: لا، بعد الخلق.

أما هاهنا اتفقا على وجود العقد، وأنهما اتفقا أنهما كانا من أهل العقد حال مباشرة^(٤) العقد، وإنما اختلفا في صحته وفساده.

وإذا اختلف البائع والمشتري في الطوع والكره، قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى: كنا^(٥) نقول أولاً: إن القول قول من يدعي الكره وهو البائع لأنه ينكر زوال الملك، قال - رحمه الله - : وهكذا أفتى القاضي الإمام المُتتسب إلى أسبيجاب، وذكر [- رحمه الله -]^(٦) أيضاً في آخر^(٧) باب ضمان المكاتب: [أن المولى والمكاتب]^(٨) إذا اختلفا في الصحة والفساد أن القول قول من يدعي الصحة، والبينة بينة مدعي^(٩) الفساد.

والنكتة في شرح المختصر لعصام^(١٠): أن مدعي الفساد يدعي لحق شرط زائد والآخر ينكر، فعلى قياس هذه المسألة، يجب أن يكون القول في مسألة الطوع والكره قول مدعي الطوع، والبينة بينة مدعي الإكراه.

هذه الجملة ذكرها الصدر الشهيد - رحمه الله - ، وأنا أقول على قياس العبارة الثانية: القول قول من يدعي الطوع؛ لأنهما اتفقا على وجود عقد واحد.

- (١) في م: حالة.
- (٢) في م: وكان.
- (٣) في أ: فكان.
- (٤) في م: ما باشرا.
- (٥) في م: كما.
- (٦) في م: أنه.
- (٧) زاد في م: ذكر.
- (٨) سقط في أ.
- (٩) في م: من يدعي.
- (١٠) في أ: عاصم.

وعلى قياس العبارة الأولى: إذا^(١) ادعى البائع الإكراه على البيع بأقل من القيمة فالقول قول البائع، لأن البائع^(٢) بدعوى الفساد يدفع الاستحقاق عن نفسه وإذا^(٣) ادعى البيع بمثل القيمة، فالقول قول من يدعي الطواعية وهو المشتري؛ لأن البائع بدعوى الفساد لا يدفع الاستحقاق عن نفسه.

وفي الفتاوى: إذا ادعى دارًا في يد إنسان أنها ملكه، وأن أباه باعها منه في حال بلوغه بغير رضاه، وقال صاحب اليد: إن أباك باعها مني في حال صغرك. أن القول قول الابن، لأنه ينكر زوال ملكه.

وقد قيل: القول قول المشتري، فإنه مخرج عن العبارتين، قال: وهذا القول أقرب إلى الصواب عندي.

فإن أقاما البينة فالبينة بينة الابن، لأن بينته تثبت فساد العقد. وإن ادعى البائع بيع الوفاء^(٤)، وادعى المشتري [البيع البات]^(٥)، فإن كان الوفاء

(١) في م: إن.

(٢) زاد في أ: يدعي.

(٣) في م: وإن.

(٤) الوفاء لغة: ضد الغدر، يقال: وفى بعهده وأوفى بمعنى واحد، والوفاء: الخلق الشريف

العالي الرفيع، وأوفى الرجل حقه ووفاه إياه بمعنى: أكمله له وأعطاه وإفيا.

وفي اصطلاح الفقهاء، بيع الوفاء هو: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمي (بيع الوفاء) لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط.

هذا، ويسميه المالكية «بيع الثنيا» والشافعية «بيع العهدة» والحنابلة «بيع الأمانة» ويسمى أيضًا «بيع الطاعة» و«بيع الجائز» وسمي في بعض كتب الحنفية «بيع المعاملة». واختلف الفقهاء في الحكم الشرعي لبيع الوفاء.

فذهب المالكية، والحنابلة، والمتقدمون من الحنفية، والشافعية إلى: أن بيع الوفاء فاسد؛ لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري يخالف مقتضى البيع وحكمه، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام. وفي هذا الشرط منفعة للبائع، ولم يرد دليل معين يدل على جوازه، فيكون شرطًا فاسدًا يفسد البيع باشتراطه فيه. ولأن البيع على هذا الوجه لا يقصد منه حقيقة البيع بشرط الوفاء، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، والربا باطل في جميع حالاته.

وذهب بعض المتأخرين من الحنفية، والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض

مشروطاً في البيع، فهذا البيع فاسد، وصارت مسألتنا في الحاصل، أن البائع ادعى فساد العقد والمشتري ادعى الصحة.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع، لأنه يدعي أمراً بخلاف الظاهر وبيع الوفاء خلاف الظاهر في البياعات.

وإن لم يكن [الوفاء]^(١) مشروطاً في البيع فالبيع جائز^(٢)، وهو المختار، والقول

= أحكامه، وهو انتفاع المشتري بالمبيع - دون بعضها - وهو البيع من آخر. وحجتهم في ذلك: أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه، فرارا من الربا، فيكون صحيحا لا يفسد البيع باشرطه فيه، وإن كان مخالفا للقواعد، لأن القواعد تترك بالتعامل، كما في الاستصناع. ينظر: الفتاوى الهندية (٢٠٨/٣، ٢٠٩)، تبين الحقائق (١٨٤/٥)، والبحر الرائق (٦/٨)، وحاشية ابن عابدين (٢٤٦/٤، ٢٤٧)، ومواهب الجليل (٣٧٣/٤)، ومغني المحتاج (٣١/٢)، ونهاية المحتاج (٤٣٣/٣)، والإقناع (٥٨/٣)، وكشاف القناع (١٤٩/٣)، (١٥٠).

(٥) في م: البت.

(١) سقط في م.

(٢) لا يجوز للمشتري بطريق الوفاء أن ينتفع بالمبيع إلا إذا إذن البائع وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في (المادة ٣٩٨) على أنه: إذا شرط في الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك، مثلا: لو تقاول البائع والمشتري وتراضيا على أن الكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الإيفاء بذلك. أما إذا لم تشرط المنافع للمشتري واستهلكها بدون إذن فعليه الضمان؛ لأن المشتري لا يملك ما ينتج من المبيع بيع وفاء، مثلا: إذا استهلك المشتري ثمر البستان الذي اشتراه شراء وفاء ولم يبيع البائع له ذلك، فللبائع أن يضمه ما أخذ من الثمر متى أدها، دينه أما إذا أباح له ذلك؛ فلا ضمان. وإذا تلفت الغلة بلا تعد ولا تقصير من المشتري؛ فلا يلزمه الضمان، غير أن استهلاك بدل إيجار المبيع وفاء ليس بموجب للضمان، مثلا: لو أجر الطاحون التي اشتراها شراء وفاء بدون إذن البائع واستهلك أجرتها، وأراد البائع استرداد الطاحون وأداء ما عليه للمشتري؛ فليس له أن يضم المشتري الأجرة. وأن بيع الوفاء لا يسوغ للمشتري التصرف الناقل للملك كالبيع والهبة عند من يجيزه، ويترتب على ذلك عدة مسائل:

أ - عدم نفاذ بيع المبيع وفاء من غير البائع، وذلك لأنه كالرهن، والرهن لا يجوز بيعه.
ب - لا يحق للمشتري في بيع الوفاء الشفعة، وتبقى الشفعة للبائع، ففي الفتاوى الهندية نقلا عن فتاوى أبي الفضل: أنه سئل عن كرم بيد رجل وامرأة، باعت المرأة نصيبها من الرجل، واشترطت أنها متى جاءت بالثمن رد عليها نصيبها، ثم باع الرجل نصيبه، هل للمرأة فيه شفعة؟

قول من يدعي الوفاء، والبينة بينة صاحبه، لأن بيع الوفاء له حكم الرهن، وعند اجتماع الرهن والبيع في الدعوى، نقضي بالبيع، عُرف ذلك في موضعه، وهذا الذي ذكرنا إذا لم يكن الوفاء مشروطاً في البيع أن البيع جائز قول بعض المشايخ، وهو اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله -، والصحيح أنه فاسد، لأنه معروف إن لم يكن مشروطاً، والمعروف كالمشروط.

وفي الأمالي برواية بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل أقر أنه فعل كذا وهو مُستكره، وأقام على ذلك بينة، وأقام الطالب بينة أنه فعل ذلك وهو غير مُستكره ووقتا وقتاً واحداً، ولم يدعي إلا فصلاً واحداً، فالبينة بينة المُقر. وإن لم يكن لهما بينة، فالقول قول الطالب.

وذكر في كتاب الدعوى: اشترى من آخر جارية وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر

قال أبو الفضل: إن كان البيع بيع معاملة ففيه الشفعة للمرأة، سواء كان نصيبها من الكرم في يدها أو في يد الرجل.

وبيع الوفاء وبيع المعاملة واحد، كذا في التتارخانية.

ج - الخراج في الأرض المبيعة بيع وفاء على البائع.

د - لو هلك المبيع في يد المشتري فلا شيء لواحد منهما على الآخر.

هـ - منافع المبيع بيع وفاء للبائع كالأجارة وثمره الأشجار ونحوها، فلو باع داره من آخر بضمن معلوم بيع وفاء، وتقابضا، ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة، هل يلزمه الأجر؟ قال: لا، فتبين أن الملك لم ينتقل للمشتري، إذ لو انتقل لوجب الأجرة، وكذلك ثمر الشجر للبائع دون المشتري، فإن المشتري لو أخذ من ثمر الأشجار شيئاً، فإن أخذه بإذن البائع برئت ذمته، وإن أخذه بغير إذنه ورضاه ضمنها. وانتقال المبيع وفاء بالإرث إلى ورثة البائع، فلو باع رجل بستانه من آخر بيع وفاء، وتقابضا، ثم باعه المشتري من آخر بيعاً باتاً وسلم وغاب، فللبائع أو ورثته أن يخاصموا المشتري الثاني، ويستردوا منه البستان. وكذا إذا مات البائع والمشتريان، ولكل ورثة، فلورثة المالك أن يستخلصوه من أيدي ورثة المشتري الثاني، ولورثة المشتري الثاني أن يرجعوا بما أدى من الثمن إلى بائعه في تركته التي في أيدي ورثته، ولورثة المشتري الأول أن يستردوه، ويحبسوه بدين مورثهم إلى أن يقضوا الدين. ويحق للبائع أن يسترد مبيعه إذا دفع الثمن للمشتري في حالتي التوقيت وعدمه.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٤٧/٤)، الفتاوى الهندية (٢٠٩/٣)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، وأولاده، ط (٢)، ص (١٨٢، ١٨٣).

من وقت الشراء، فادعاه [البائع]^(١)، فقال المشتري: أصل الحبل لم يكن في ملكك^(٢)، وأنا^(٣) اشتريتها وهي حامل، وقال البائع: لا [بل]^(٤) أصل الحبل كان في ملكي، فالقول قول البائع.

لأنهما اتفقا على أنها كانت حاملاً في يد البائع، فبعد ذلك المشتري يدعي تاريخاً سابقاً^(٥) في العلوق، والبائع ينكر ذلك، وكان^(٦) ينبغي أن يكون القول قول المشتري، لأن المشتري يدعي جواز العقد، والبائع يدعي [فساد]^(٧) العقد لأنه^(٨) يقول: العلوق كان مني، وقد بعث أم الولد، فالقول قول من يدعي الصحة، ألا ترى أنهما لو اختلفا في تاريخ الشراء بعد ما ولدت في يد المشتري [بعد البيع بيوم]^(٩)، وادعاه البائع، فقال المشتري للبائع: اشتريتها منك منذ ستة أشهر أو أكثر، وقال البائع: اشتريتها مني منذ شهر، فالقول قول المشتري، لأنه يدعي جواز العقد.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين: أن سبب الفساد في مسألتنا ثبت بدليله فيكون القول قول من يدعي الفساد، وكما لو ثبت سبب^(١٠) الفساد بالبينة.

بيانه: أن سبب الفساد علوق هذا الولد من البائع، وقد ثبت ذلك بقول البائع، لأن الظاهر يشهد للبائع، لأنه هو المتمكن من الوطاء دون غيره.

أما في مسألة التاريخ: سبب الفساد لم يثبت بدليله، لأن سبب الفساد^(١١) هناك ما

- (١) سقط في م.
- (٢) في أ: ملكي.
- (٣) في أ، م: إنما.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في أ: شائغاً.
- (٦) في م: فكان.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: لأن.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في م: بسبب.
- (١١) في أ: العادة.

يدعيه البائع من التاريخ ، ولم يثبت ذلك بقول البائع ، لأن الظاهر لا يشهد للبائع لأنه باع [منه]^(١) منذ شهر ، وما لم يثبت الفساد بدليله فالقول قول من يدعي الجواز . ذكر في المتقى : بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في الإملاء : [ادعى رجل]^(٢) عبدًا في يد رجل أني اشتريته من صاحب اليد بألف درهم ، وقال صاحب اليد : بعته منك بالألف^(٣) درهم وشرطت عليه ألا يبيعه ، أو ما أشبه ذلك من الشروط التي تفسد البيع ، فالقول قول المشتري .

وإن كان مدعي الشرط هو المشتري فالقول قول البائع .

وإن^(٤) قال مدعي الشراء : اشتريت عبدك هذا بعدي هذا ، وقال البائع : بعته منك بألف درهم ورطل من خمر ، أو قال : بألف درهم وخنزير ، وأقاما البينة ، فالبينة بينة المشتري ، وإن ادعى البائع أن الثمن كله [خمر أو خنزير]^(٥) فالبينة بينة المشتري .

والحاصل : أنه إذا اتفقت بينة البائع والمشتري على^(٦) ما يصلح ثمنًا ، وأثبت أحدهما شرطًا زائدًا ، يفسد به البيع ، كما إذا اتفقا أن البيع كان بألف درهم وزاد أحدهما خنزيرًا ، أو رطلًا من خمر ، فالبينة بينة الفساد .

وإن^(٧) اختلفا في ذكر ما يصلح ثمنًا^(٨) ، بأن قال : كان البيع بألف درهم^(٩) ، وأثبت الآخر ما لا يصلح ثمنًا ، بأن قال : الثمن كله [خمر أو خنزير]^(١٠) ، فالبينة بينة الصحة .

(١) سقط في م .

(٢) في م : رجل ادعى .

(٣) في م : بألف .

(٤) في م : فإن .

(٥) في أ : خمرًا وخنزير .

(٦) زاد في م : ذكر .

(٧) في م : وإذا .

(٨) زاد في م : فأثبت أحدهما ما يصلح ثمنًا .

(٩) زاد في م : أو بهذا العبد .

(١٠) في أ : خمرًا وخنزيرًا .

وإن لم يكن لهما [بينة^(١)] ففي ما إذا ادعى أحدهما أن الثمن كله خمراً أو خنزيراً، لا يكون القول قول من يدعي الصحة.

وإن كان بعض الثمن دراهم أو^(٢) دنانير، والبعض خمراً أو^(٣) خنزير، فالقول قول من يدعي الصحة.

وذكر المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل باع من آخر داراً ثم قال: بعته بيعة فاسداً، وقال المشتري: اشتريتها شراءً صحيحاً، فإني أقول للبائع: كيف بعته، فإن أبي، أقول للمشتري: كيف اشتريته، فإن قال: اشتريته بألف ونقدت الثمن، حلفت^(٤) البائع على ذلك، فإن حلف، قلت للبائع: كيف بعته، فإن قال: بعته على أن يبيعي طعاماً أربح فيه، حلفت المشتري ما اشتراه بهذا الشرط، فإن حلف كان البيع صحيحاً، وإن قال البائع: [بعتهما بخنزير، فالقول قوله.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل قال لآخر: بعتك هذا العبد بألف درهم ورطل من خمر، وقال المشتري^(٥): اشتريته بألف درهم لا غير، قال: كان أبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول في مثل هذا: إن القول قول من يدعي الصحة، وأما أنا فأرى أن أجعل القول قول البائع. وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشتري.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : في رجل باع من آخر متاعاً وسلمه إلى المشتري ثم اختلفا، فقال المشتري: اشتريته بألف درهم، وقال البائع: بعته بألف درهم، أو [قال^(٦)]: بمائة دينار، وزاد في دعواه أمراً يفسد به البيع، إما شرطاً [فاسداً]^(٧)، أو ثمن

(١) سقط في م.

(٢) في م: و.

(٣) في م: و.

(٤) في م: حلف.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

حرام يفسد به البيع ، فإن البائع يحلف على دعوى المشتري ويتقضى البيع إن حلف ، وليس على المشتري يمين بدعوى البائع .

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : وقد قال في مجلس آخر بعد هذا في رجل باع عبداً من آخر ، وقد أقرأ جميعاً أنه كان آبقاً ، فقال البائع : بعتك في إباقه ، وقال المشتري : بعته بعد ما أخذته ، فالقول قول من يدعي [صحة البيع أيهما كان ، وكذلك في نظيره ، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الذي يدعي]^(١) الصحة .

رجل باع من آخر بيعاً فاسداً وسلمه إلى المشتري ، ثم إن البائع باعه من غيره بيعاً صحيحاً ، وقبضه المشتري الثاني ، فقال البائع للمشتري الثاني : بعته قبل أن أقبضه من المشتري الأول ، وقبل أن يفسخ البيع بيني وبينه^(٢) ، وقال المشتري الثاني : لا بل بعته مني بعدما قبضته وفسخت [البيع]^(٣) الأول ، فالقول قول المشتري الثاني ، ولا يصدق البائع على إبطال البيع الثاني ، وقد انفسخ البيع الأول بقبض المشتري الثاني .

إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : في رجل اشترى [ألف]^(٤) من قطن ، ثم اختصم^(٥) البائع والمشتري بعد ذلك ، وفي يد البائع [ألف من] القطن يوم الخصومة ، فقال البائع : لم يكن [في]^(٦) ملكي يوم البيع قطن أصلاً ، أو قال : قد كان ، وقد بعث ذلك القطن ، ولم يكن هذا القطن في ملكي يوم البيع ، وإنما حدث^(٨) بعد

(١) في م : الصحة .

(٢) في م : وبينك .

(٣) سقط في م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م : اختلف .

(٦) في أ : ألفا .

(٧) سقط في م .

(٨) في أ : أحدث .

ذلك، فالقول قول البائع [مع يمينه]^(١) أنه لم يبيع [منه]^(٢) هذا القطن .
وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل باع عبد غيره بغير
أمره، وسلمه إلى المشتري، ومات في يد المشتري، فجاء المولى بعد ذلك يطلب
ثمنه، وقال: قد كنت أجزت البيع، لا يقبل قوله إلا ببينة، ولو قال: كان باعه
بأمرى، قُبل قوله، والله أعلم.



(١) سقط في أ، م .
(٢) سقط في م .

نوع آخر: في الاختلاف الواقع بينهما في الثمن:

يجب أن يعلم أن البائع مع المشتري إذا اختلف في جنس الثمن أنه دراهم، أو دنائير، أو في قدره، أنه [ألف أو] ^(١) ألفان، أو ^(٢) في صفته أنه صحاح أو جياذ أو زيوف مكسره، والسلعة قائمة بعينها أنهما يتحالفان إن اختلفا قبل قبض المشتري المبيع أو بعده، لأن ^(٣) ظاهر قوله ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» ^(٤) غير أن هذا الاختلاف إذا كان قبل قبض المبيع فالتحالف على موافقة القياس، لأن المشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بالثمن الذي ادعاه، والبائع ينكر، والبائع يدعي على المشتري زيادة ألف في الثمن، والمشتري ينكر، وكان كل واحد منهما مُدعيًا ومُنكرًا، واليمين حجة المُنكر في الشرع، فكان ^(٦) التحالف قبل القبض على موافقة القياس.

وإن كان ^(٧) الاختلاف بعد القبض، فالتحالف على مخالفة القياس، والقياس ألا يحلف البائع، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما -، لأن المشتري لا يدعي على البائع [شيئًا يُنكره البائع] ^(٨)، لأن حق المشتري في المبيع رقبة وتصرفا وذلك سالم للمشتري الرقبة بحكم إقرار البائع والتصرف بالقبض،

(١) في م: ألفا و.

(٢) في م: و.

(٣) في أ: كان.

(٤) زاد في أ: لا يوجب الفضل، وزاد في م: لا يوجب الفساد.

(٥) أخرجه الدارمي (٢٥٠/٢) كتاب البيوع، باب: إذا اختلف المتبايعان، وأبو داود (٣/

٧٨٣)، كتاب البيوع والتجارات، باب: إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، الحديث

(٣٥١٢)، وابن ماجه (٧٣٧/٢) كتاب التجارات باب: البيعان يختلفان، الحديث

(٢١٨٦)، والدارقطني (٢١/٣) كتاب البيوع، الحديث (٧٢)، والبيهقي (٣٣٣/٥) كتاب

البيوع، باب: اختلاف المتبايعين، كلهم من رواية هشيم، عن ابن أبي ليلى، عن القاسم بن

عبد الرحمن عن أبيه به، إلا أن أبا داود لم يسق متنه بل أحاله على الذي قبله، وقال: فذكره

بمعناه، والكلام يزيد وينقص.

(٦) في م: وكان.

(٧) زاد في م: هذا.

(٨) سقط في م.

وكان ينبغي ألا يحلف البائع لكن حلفناه بالنص، ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف -رحمهما الله - : إن هذا الاختلاف لو وقع بين ورثتهما بعد القبض لا يتحالفان، لأن التحالف بعد القبض على مخالفة القياس بالنص، والنص تناول المتبايعين، وهذا الاسم لا يتناول الورثة.

وأما على قول محمد - رحمه الله - : فالتحالف بعد القبض على موافقة القياس، وبه أخذ بشر بن غياث، والكرخي - رحمهما الله - ؛ لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقداً ينكره^(١) صاحبه، فالبائع^(٢) يدعي على المشتري القبض^(٣)، [والمشتري ينكر]^(٤).

والمشتري يدعي على البائع العقد بألف، والبائع ينكر، والعقد بألف غير العقد بألفين، فكان كل واحد منهما منكراً من هذا الوجه، فكان التحالف بعد القبض على موافقة القياس، ولهذا قال محمد - رحمه الله - : بأن هذا الاختلاف لو وقع بين ورثتهما قبل القبض أو بعد القبض يتحالفان، لأن التحالف فيما بين المتعاقدين على موافقة القياس لكونهما مُنكرين فيمكن قياس ورثتهما عليهما.

وإذا وقع الاختلاف في المبيع، فالتحالف قبل نقد الثمن على موافقة القياس، [وبعد نقد الثمن التحالف على مخالفة القياس]^(٥) عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وقضيته^(٦): ألا يحلف المشتري لأنه مدع، لكن أوجبنا عليه اليمين بالنص الذي روينا^(٧)، لأنه لا فصل^(٨) فيه بين ما إذا وقع الاختلاف في الثمن

(١) في م: نكره.

(٢) في م: البائع.

(٣) زاد في أ، م: أو العقد بألفين.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: وقبضه القياس.

(٧) في م: روينا.

(٨) في أ: فصل.

أو في المبيع^(١)، لأنه أوجب اليمين على المدعي متى اختلفا في أحد بدلي العقد وهو الثمن، فكذا إذا اختلفا على البدل الآخر، ثم إذا وجب التحالف كيف يتحالفان؟^(٢).

ذكر في الأصل: أن كل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه^(٣)، وهكذا ذكر الكرخي في كتابه.

وذكر محمد - رحمه الله - في الزيادات^(٤): أن كل واحد منهما يحلف على دعوى نفسه وعلى دعوى صاحبه، يحلف البائع بالله ما بعته بألف كما ادعاه المشتري ولقد^(٥) بعته بألفين كما ادعيت أنت، ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بألفين كما ادعاه البائع ولقد^(٦) اشتريته بألف كما ادعيت أنت.

وكان أبو يوسف - رحمه الله - أولاً يقول: يبدأ بيمين البائع، ثم رجع، وقال: يبدأ بيمين المشتري، وهو قول محمد وزفر - رحمهما الله - وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة - رحمه الله -.

ثم إذا تحالفا، [ذكر]^(٧) في كتاب الدعوى أن القياس: أن يقضي بالبيع بأقل الثمنين^(٨) كما يدعيه المشتري، لأن البيع بأقل الثمنين^(٩) ثابت باتفاقهما.

وفي الاستحسان: يترادان العقد، لظاهر قوله ﷺ: «تحالفا وترادا»، فهذا أمر عرف بالنص بخلاف القياس، ويحتاج إلى فسخ القاضي أو إلى فسخهما لينفسخ

(١) زاد في م: أو بدلالته.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦ / ٤٤٣).

(٣) زاد في أ، م: يحلف البائع بالله ما اشتريته بألفين كما يدعيه البائع.

(٤) زاد في أ، م: في باب السلسلة.

(٥) في م: ولو.

(٦) في م: ولو.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: اليمينين.

(٩) في أ: اليمينين.

العقد، أما بدون ذلك لا يفسخ العقد بينهما.

وفي مسائل السلم^(١) نقول: فيما إذا اختلفا في المسلم فيه وفي مقدار رأس مال السلم وحلفا، فالقاضي يقول لهما: ماذا تريدان، فإن قالوا: نفسخ العقد، أو قال أحدهما ذلك، فالقاضي يفسخ العقد بينهما، وإن قالوا: لا نفسخ العقد، تركهما القاضي رجاء أن يعود أحدهما إلى تصديق صاحبه، فيمضيان البيع^(٢).

وفي كتاب البيوع للحسن بن زياد - رحمه الله - : إذا حلف كل واحد منهما على دعوى الآخر، فقبل أن يفسخ القاضي العقد بينهما فللبائع أن يقول^(٣): أنا آخذه بألفي درهم، وبعدهما فسخ القاضي العقد بينهما فليس لأحدهما كلام. وأيهما نكل عن اليمين لزمه ما ادعاه صاحبه لصيرورته مُقَرًّا بما يدعيه صاحبه عند نكوله.

وأيهما أقام بينة قبلت بيته، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع، لأن فيهما زيادة إثبات، هذا إذا وقع الاختلاف بين المتبايعين.

وإن وقع الاختلاف بين ورثتهما، أو بين ورثة أحدهما وبين الحي، فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع، وإن كان بعد القبض فكذلك عند محمد - رحمه الله -، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - : لا يتحالفان، [وهذا الذي ذكرنا]^(٤) إذا اختلفا في الثمن مقصودًا.

فأما إذا اختلفا في الثمن يقتضي اختلافهما في شيء آخر.

وصورته: رجل اشترى من رجل آخر سمًا في زق، ووزنه مائة رطل، ثم جاء بالزق ليرده [على صاحبه]^(٥) ووزنه عشرون، فقال البائع: ليس هذا زقي، وقال

(١) في م: المسلم.

(٢) في أ: في البيع.

(٣) زاد في م: إنما ألزمه المشتري بألف درهم وللمشتري أن يقول.

(٤) في م: وقد ذكرنا هذا هنا.

(٥) سقط في م.

المشتري: هو زقك، فالقول قول المشتري [مع يمينه]^(١)، سمي لكل رطل [ثمنًا]^(٢)، بأن قال: كل رطل بدرهم، أو لم يسم، وجعل هذا الاختلاف^(٣) في مقدار المقبوض [وفيه]^(٤) القول قول المشتري في أصل القبض: وكذا في مقدار المقبوض^(٥)، ثم هذا الاختلاف في الثمن، لأن زيادة وزن الزق ينتقص الثمن، وبنقصان وزن الزق يزداد الثمن، فالبايع يدعي زيادة [في الثمن والمشتري يُنكر، ولم يعتبر هذا الاختلاف في إيجاب التحالف، لأن الاختلاف]^(٦) في الثمن إنما وقع مقتضى اختلافهما في الزق فصار الأصل أن الاختلاف في الثمن إنما يوجب التحالف إذا كان الاختلاف واقعًا فيه مقصودًا.

وإذا اشترى عبدًا وقبضه ومات في يده واختلفا في الثمن، قال أبو حنيفة وأبو يوسف -رحمهما الله-: لا يتحالفان، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، وقال محمد -رحمه الله-: يتحالفان، ولقب [هذه]^(٧) المسألة أن هلاك السلعة هل يمنع التحالف؟ عندهما: يمنع، خلافًا لمحمد.

حجة محمد -رحمه الله-: قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا» من غير فصل [بين ما]^(٨) إذا كانت السلعة قائمة أو كانت هالكة.
ولأن كل واحد منهما [مدع ومدعى عليه، لأن كل واحد منهما]^(٩) يدعي على صاحبه عقدًا ينكره الآخر^(١٠) فيتحالفان كما في حال قيام السلعة.

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: اختلافًا.
- (٤) في أ: ثم هذا.
- (٥) سقط في م.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في أ: بينهما.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) في أ، م: صاحبه.

ولهما قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا»، [فالنص شرط^(١)] قيام السلعة لإيجاب التحالف.

وقد ذكرنا أن إيجاب التحالف بعد القبض على مخالفة القياس، والنص شرط كذلك^(٢) قيام السلعة، فما بعد هلاك السلعة يبقى على أصل القياس، ولأن حكم التحالف بعد صحة البيع، والهالك^(٣) لا يقبل الفسخ بسائر أسباب الفسخ فكذا بالتحالف، وهذا إذا هلكت السلعة بعد القبض، فأما إذا هلكت قبل القبض فقد انفسخ العقد حين هلكت السلعة، فلا معنى لاختلافهما إذا لم يكن الثمن مقبوضاً، وإذا هلكت نقص^(٤) المبيع إن هلك قبل القبض، فإنهما يتحالفان على القائم عندهم جميعاً.

وإن هلك بعد القبض فالقول قول المشتري مع يمينه^(٥) عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن يشاء البائع أن يأخذ القائم، ولا يأخذ من [ثمن]^(٦) الميت شيئاً [فحينئذ لا يحلف المشتري عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

هذا هو اختيار بعض المشايخ، واختار بعضهم، إلا أن يشاء^(٧) البائع أن يأخذ القائم ولا يأخذ معه شيئاً أصلاً [فحينئذ يتحالفان]^(٨) على قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يتحالفان في الهالك^(٩) ويتدان في القائم،

(١) سقط في م .

(٢) في م: كذلك .

(٣) في م: والهالك .

(٤) في م: بعض .

(٥) في م: اليمين .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

(٩) في م: القائم .

والقول قول المشتري في حصة الهالك في^(١) الثمن.

وقال محمد - رحمه الله - : يتحالفان فيهما، ثم يترادان البيع في الحي على العين، وفي الهالك على القيمة.

وصورتها: رجل اشترى عبيدين صفقة واحدة وقبضهما، ثم مات أحدهما واختلفا في الثمن، فقال المشتري: اشتريتهما بألف درهم، وقال البائع: بألفي درهم، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا.

وقال محمد - رحمه الله - في إقرار الأصل في باب الإقرار بالبيع: إذا خرج [بعض]^(٢) المبيع عن ملك المشتري: بأن باع مثلاً نصف العبد أو ما أشبهه، ثم اختلفا في الثمن، فإنهما لا يتحالفان لا فيما باع، ولا فيما بقي على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : القول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يأخذ ما بقي منه، فإذا رضي بذلك حينئذ يتحالفان على ما بقي في ملك المشتري ويبيع المشتري بحصته ما يخرج عن ملكه على قول المشتري.

وقال محمد - رحمه الله - : يتحالفان على قيمة العبد. إلا أن يشاء البائع أن يأخذ ما بقي من العبد وقيمة ما استهلكه المشتري منه. فحينئذ يتحالفان في القائم على العين، وفيما باع على القيمة.

وكلهم فرقوا^(٣) بين مسألة كتاب الإقرار وبين مسألة كتاب البيوع، أما أبو حنيفة - رضي الله عنه - : التحالف^(٤) بشرط أن يأخذ البائع الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً، وفي مسألة كتاب الإقرار: أن التحالف مُطلقاً غير مُعلق بشرط، فإنه لم

(١) في م: من.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فرق.

(٤) زاد في م: إلا.

يقول^(١): يتحالفان^(٢) إلا أن يرضى البائع ألا يأخذ من ثمن ما خرج عن ملكه شيئاً. وفي المسألتين جميعاً: الاختلاف^(٣) في الثمن بعدما خرج بعض المعقود عليه عن ملك المشتري، وأبو يوسف - رحمه الله -^(٤) في مسألة البيوع قال: يتحالفان في القائم رضي البائع أو كره، وفي مسألة الإقرار قال: لا يتحالفان [فيما بقي إلا أن يشاء البائع أن يأخذ النصف الباقي].

ومحمد - رحمه الله - في مسألة البيوع قال: يتحالفان^(٥) على القائم على العين، وعلى الهالك على القيمة رضي البائع أو كره، وهاهنا شرط لإيجاب التحالف في النصف الباقي رضي البائع بأخذ النصف الباقي [أو لم يرض]^(٦)، والفرق مكتوب في المستزاد.

وفي المنتقى: إذا اشترى جراباً هروياً واستهلك منه ثوباً أو هلك، ثم اختلفا في الثمن، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: ليس للبائع أن يأخذه، ولكن يأخذ الثمن الذي أقر به المشتري، وقال أبو يوسف - رحمه الله - في المستهلك: القول قول المشتري بالحصة وفي البقية يرد، إلا أن يرضى المشتري^(٧) أن يأخذها بما ادعى، وعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه.

قال الحاكم أبو الفضل: فرق أبو حنيفة - رحمه الله - بين هلاك الثوب من الجراب من غير فعل أحد، وبين موت أحد العبدین: فقال ثمة: للبائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ معه شيئاً، وقال هاهنا: ليس للبائع أن يأخذ ناقصاً^(٨).

-
- (١) زاد في م: لا.
 (٢) في أ: المتحالفان.
 (٣) في م: اختلفا.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في م.
 (٦) سقط في م.
 (٧) في م: البائع.
 (٨) زاد في أ، م: قال ثمة أيضاً.

واختلف قول أبي يوسف - رحمه الله - فيما إذا اختلف في قيمة الثوب الهالك ، فقال في موضع : القول^(١) قول المشتري ، وقال في موضع [آخر]^(٢) : القول قول البائع ، وكذلك قال في موت أحد العبدین : القول قول البائع في الهالك . وإذا اختلفا في الثمن وقد خرجت السلعة عن ملك المشتري ، لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - ، والقول قول المشتري مع يمينه . وعلى قول محمد - رحمه الله - : يتحالفان ويترادان في فصل الهالك . فإن عادت السلعة إلى ملك المشتري ، ثم اختلفا في الثمن . فإن عادت بسبب هو فسخ من كل وجه [نحو : الرد بخيار رؤية ، أو بخيار شرط أو عيب قبل القبض ، أو بعد القبض ناقصًا . تحالفا . وإن عادت بسبب جديد من كل وجه نحو^(٣) الإرث والصدقة و^(٤) الشراء ، لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وكذلك إذا عادت بسبب جديد في حق الثالث ، وبالفسخ في حق المتعاقدين كالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والإقالة ، لا يتحالفان^(٥) . وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى من رجل جارية بمحض من الحاكم ، [بثمن من الورق ، ثم مات ونسي الحاكم]^(٦) كم كان الثمن ، فخاصم البائع الورثة إلى الحاكم وأنكروا ذلك ، فأراد البائع أخذ الجارية . قال محمد - رحمه الله - : القاضي يقول للبائع : كم كان الثمن ، فإذا ادعى شيئًا سأله^(٧) عنه الورثة إن كانوا كبارًا ، وإن^(٨) كذبوه في ذلك حلفهم على دعواه : بالله ما

(١) زاد في أ ، م : فيها .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في أ : أو .

(٥) زاد في أ ، م : عندهما .

(٦) سقط في م .

(٧) في م : يسأل .

تعلمون إن أباكم اشترى الجارية بذلك، ويقول^(١) للورثة: ادعوا أنتم الثمن، فإن ادعوا شيئاً، حلف القاضي البائع^(٢)، فإن حلف ردوا البيع.

وإن كان الورثة صغاراً، نظر القاضي لهم، فإن ادعى البائع ثمناً ورأى القاضي أخذ الجارية بذلك الثمن خيراً لهم، [أخذ الجارية بذلك الثمن، وأعطاه الثمن من جميع المال، وإن لم ير ذلك خيراً لهم]^(٣)، استحلف البائع ما كان الثمن أقل من هذا على مقدار الجارية، فذلك^(٤) المقدار خيراً لهم، فإن حلف رد الجارية عليه. وإن كان فيهم كبير فأقر بما قال البائع، وأبى أن يحلف على علمه، لزمه في حصته زيادة الثمن فيما بين ما ادعى البائع إلى ما كان خيراً للصغير.

وإن كان فيهم كبار غيب [انتظر لهم]^(٥) اليمين، أو كتب [إلى القاضي]^(٦) الذي هم بحضرته يستحلفهم على دعواه إن طلب ذلك البائع.

وكذلك إذا لم يكن البيع بحضرة القاضي، وادعى الفريقان البيع واختلفا في الثمن [فهو على نحو ما بيناه]^(٧).

وإن ادعى الورثة وأقاموا البينة على البائع [أن البيع]^(٨) بلا تسمية الثمن، قال: شهادتهم باطلة، ويستحلف البائع، ويرد عليه الجارية، وإن كان البائع هو المدعي، والورثة يجحدون الشراء، استحلفوا على علمهم، فإن حلفوا بطل البيع وردت الجارية على البائع.

-
- (٨) في م: فإن.
 (١) في م: ويقولون.
 (٢) في أ، م: البينة.
 (٣) سقط في م.
 (٤) في م: بذلك.
 (٥) في م: انتظرت بهم.
 (٦) سقط في م.
 (٧) سقط في أ، م.
 (٨) في م: فالبيع.

رجل في يديه عبد ادعاه^(١) رجل عليه أنه باع [هذا]^(٢) العبد من الذي في يديه ومن رجل آخر بعينه بمائة دينار، وأقام الذي في يده العبد بينة أنه اشتراه^(٣) كله منه بألف درهم، فالعبد الذي في يديه بخمسمائة درهم وخمسين دينارًا، فإذا^(٤) أقام البائع بينة على إقرار المشتري أنه اشترى العبد منه بألفين، وأقام المشتري بينة على إقرار البائع أنه باعه بألف، أخذ المشتري [العبد بالألفين]^(٥).

وإن أقام المشتري بينة على إقرار البائع أنه باعه منه بألف، وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين، فليس على المشتري [إلا ألف]^(٦) وهذه براءة من الألف الأخرى.

هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا أقر المشتري بثمان [يسير]^(٧) والسلعة مُستهلكة وهي ثمن دراهم كثيرة، فإن أبا يوسف - رحمه الله - كان يقول: القول قول المشتري، ثم [فحشنا عليه فرجع]^(٨)، وقال: إن^(٩) كان من ذلك شيء يتغابن الناس في مثله قبلت قوله.

قال محمد - رحمه الله - : وأما أنا فأرى أن أُلزمه قيمة ذلك.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - في [عين]^(١٠) هذه الصورة: أنه إذا أقر المشتري بما لا يتغابن الناس في مثله، لا أقبل ذلك منه، وأقضي عليه بقيمة المبيع.

-
- (١) في م: ادعى.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) في م: اشترى العبد.
 - (٤) في م: إذا.
 - (٥) في م: بألفين.
 - (٦) في م: الألف.
 - (٧) سقط في م.
 - (٨) في أ: عليه فرجع.
 - (٩) في م: إذا.
 - (١٠) في أ: غير.

قال: فإن كنت قضيت عليه إنما أردت أن أقضي عليه بالقيمة، [فإذا]^(١) رجع وأقر بشيء يتغابن الناس فيه قبلت ذلك منه، وإن كنت [قد]^(٢) قضيت عليه بالقيمة لم أقبل رجوعه بعد القضاء.

قال هشام: وسألت محمدًا - رحمه الله -، عن رجل اشترى من رجل ثوبًا فقال المشتري: اشتريته بعشرين، وقال البائع: بعته بثلاثين، فتجاوزا الثوب وهو في أيديهما فتحرق وانقطع، وصار بعضه في يد البائع وبعضه في يد المشتري ولم يكن المشتري نقد الثمن: قال: يتحالفان، فإذا حلفا فالبائع بالخيار إن شاء سلم الثوب للمشتري بالعشرين ويحط من المشتري نصف ما نقص الثوب من العشرين، لأن كل واحد منهما قد جذب^(٣) فصار جائيًا.

قلت: لو كان أمسكه أحدهما ولم يجذبه وجذبه الآخر كان الضمان كله على الجاذب، قال: نعم قال: وهذا الجواب على قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وهو الجواب على قول أبي يوسف - رحمه الله -.

ولو اشترى ثوبين وقبضهما فاستهلك^(٤) أحدهما، والآخر قائم في يده، فقال البائع: بعتك الثوبين بثلاثين درهمًا، وقال المشتري: بعشرين درهمًا.

قال محمد - رحمه الله - : قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فإذا^(٥) حلفا فالبائع بالخيار، إن شاء [رضي بالبيع]^(٦) وأخذ العشرين، وإن شاء أخذ الثوب القائم ولا شيء له من ثمن الثوب المستهلك. سأل هشام محمدًا - رحمه الله - : على قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: مد.

(٤) في م: واستهلك.

(٥) في م: فإن.

(٦) في أ، م: أمضى البيع.

فيمن اشترى ثوبًا وشقه نصفين، وصبغ نصفه، والنصف الآخر في يده أبيض، ثم اختلفا في الثمن: قال: إن شاء^(١) البائع أخذ هذا النصف الأبيض، ولا شيء له غيره ولا سبيل له على المصبوغ، وإن شاء تركه وأخذ ما أقر به المشتري من الثمن.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا اشترى الرجل من آخر جارية وقبضها وماتت في يده واختلفا في ثمنها، فقال المشتري: اشتريتها منك بألف درهم، وبهذا الوصيف، وقال البائع: بعتهك بألفي درهم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - : تقسم الجارية على ألف درهم وعلى قيمة الوصيف، [فإن كانت قيمة الوصيف]^(٢) خمسمائة درهم، كان القول قول المشتري في ثلثي الجارية بألف درهم، ولا يتحالفان في ثلث الجارية، وفي^(٣) حصة الوصيف يتحالفان.

والأصل^(٤) في هذا: أن المتبايعين متى اختلفا في مقدار الثمن أو جنسه بعدما هلكت السلعة في يد المشتري وكان الثمن دراهم أو دنانير، فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - ، وعند محمد - رحمه الله - : يتحالفان ويفسخ العقد على [القائم مقصودًا، وعلى الهالك حكمًا وتبعًا]^(٥)، وقد مر هذا فيما تقدم، وإن كان الثمن عرضًا والمسألة بحالها، فإنهما يتحالفان [عندهم]^(٦) جميعًا ويفسخ العقد على القائم مقصودًا وعلى الهالك حكمًا وتبعًا للقائم باعتبار القيمة؛ لأن فسخ البيع [بسائر أسباب الفسخ]^(٧) جائز باعتبار القائم فكذا بالتحالف.

فأما إذا ادعى أحدهما أن بدل السلعة كان ثمنًا، وادعى الآخر أنه كان عرضًا.

(١) في م: سأل.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: هو.

(٤) في م: الأصل.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في أ: القيمة مقصودًا على المالك، وفي م: القيمة.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

إن كان مدعي العرض المشتري فإنهما يتحالفان عندهم جميعًا، ويغرم المشتري قيمة السلعة يوم قبضها لصاحبه.

وإن كان مدعي العرض البائع، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - [أيضًا]^(١): القول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان، [ويغرم]^(٢) المشتري الثمن الذي أقر به البائع، لأن البيع قابل للفسخ في زعم أحدهما غير قابل في زعم الآخر فيجب التحالف من وجه دون وجه، فعملنا بهما من الوجه الذي بينا.

إلا أنا عملنا بما يوجب التحالف متى كان المشتري مُدعيًا للعرض، لأننا عملنا بما يوجب التحالف متى كان البائع^(٣) مدعيًا للعرض لا يمكننا^(٤) تحليف البائع [لأن البائع]^(٥) إنما يحلف بدعوى المشتري، والمشتري لا يدعي عليه يمينًا^(٦)، ومتى كان المدعي للعرض المشتري أمكننا^(٧) تحليف البائع بدعوى المشتري، لأن المشتري يدعي يمينه^(٨) في هذه الحالة، فإنه يزعم أن البيع قابل للفسخ، وأن الثمن واجب على البائع^(٩)، فأمكن تحليف البائع بدعوى المشتري، وتحليف المشتري بدعوى البائع فيحصل العمل بما يوجب التحالف^(١٠).

فأما إذا ادعى أحدهما أن بدل [السلعة كان ثمنًا وعرضًا، وادعى الآخر أنه كان ثمنًا كله، إن كان المدعي للعرض المشتري فإنه تقسم]^(١١) السلعة على الثمن الذي

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في أ: المشتري.
- (٤) في أ، م: تمكينًا.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في م: ثمنًا.
- (٧) في أ: أمكن.
- (٨) في أ: ثمة.
- (٩) زاد في م: بدعوى.
- (١٠) زاد في أ: وإنما يمنع.
- (١١) سقط في م.

أقر به المشتري وعلى قيمة العرض، فما^(١) يخص السلعة من الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه عندهما.

ولا يتحالفان عندهما، ثم يغرم المشتري قيمة حصة العرض في^(٢) السلعة للبائع، وإن كان المدعي للعرض البائع، فالقول قول المشتري في الكل ولا يتحالفان عندهما اعتبار^(٣) البعض بالكل، وعند محمد - رحمه الله - : يتحالفان في جميع ذلك، لأن تعذر الفسخ عنده بهلاك السلعة لا يمنع التحالف.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة التي ذكرها محمد - رحمه الله - فنقول: المشتري إذا ادعى أن بدل الجارية بعضه [ثمن وبعضه]^(٤) عرض، فيكون لكل بعض حكم نفسه، فإذا تحالفا على ثلث الجارية وفسخ القاضي العقد على ثلث الجارية، كان على المشتري أن يرد ثلث الجارية على البائع؛ لأنه قد عجز عن ردها بسبب الهلاك فكان عليه [رد]^(٥) ثلث قيمة الجارية، وعلى قول محمد - رحمه الله - يتحالفان في الكل ويغرم جميع قيمة الجارية للبائع، وعلى هذا يُقاس جنس هذه المسائل.

قال هشام: سألت محمداً - رحمه الله - عن من اشترى من آخر حنطة بعينها، فقال المشتري: اشتريتها منك على أنها مائة قفيز بعشرة دراهم، وقال البائع: بعتكها جزافاً بستة دنانير، وأقاما^(٦) البينة، والحنطة قائمة، قال^(٧): البينة بينة البائع^(٨)، وإن أقام المشتري بينة أنه اشتراها منه بأربعة دنانير وعشرة دراهم، وأقام البائع بينة أنه باعه منه بخمسة دنانير فالبينة بينة البائع، وإن أقام المشتري بينة أنه اشتراها بخمسة

(١) في م: ما.

(٢) في م: من.

(٣) في م: اعتبر.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وأقام.

(٧) في م: فإن.

(٨) زاد في م: لكنها ثمان.

[دنانير]^(١) وعشرة دراهم على أنها مائة قفيز ووجدها خمسين قفيزاً، وأقام البائع بينة أنه باعها [منه]^(٢) بخمسة دنانير جزافاً، فالبينة بينة المشتري، وله الخيار، إن شاء أخذه بحصته من الثمن وهو ديناران^(٣) ونصف وخمسة دراهم لأنه ثمن واحد، لأن المشتري وافق البائع على خمسة دنانير.

قال^(٤) أبو سليمان: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في رجل باع طعاماً بعينه بعشرة دراهم، فقال البائع: بعتك جزافاً بعشرة، وقال المشتري: اشتريت [مكايلة بعشرة، قال: يتحالفان ويترادان، وكذلك كل ما يوزن.

ولو كان هذا في ثوب، فقال البائع: بعته ولم أسم ذراعاً، وقال المشتري: اشتريت^(٥) مذارعة، فالقول قول البائع: لأن الثوب إن نقص لم ينقص^(٦) من الثمن.

عمرو بن [أبي]^(٧) عمرو في الإملاء عن محمد - رحمه الله - : في رجل قال لآخر: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم زيوف أو نيهجة أو ستوقه أو رصاص، قال ذلك موصولاً، وقال المقر له: بالجياد^(٨)، فالقول قول المقر له في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - : في الزيوف والنهجة يتحالفان ويترادان، وأما في الستوق والرصاص، فالقول قول البائع عند أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأن المشتري لا يصدق على فساد البيع، وقال محمد - رحمه الله - : القول قول المشتري؛ لأنه لم يقر إلا ببيع فاسد، والله أعلم.

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في م.
- (٣) في م: دينار.
- (٤) في م: وقال.
- (٥) سقط في م.
- (٦) في م: أنقص.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في أ: الخيار.

نوع آخر في الاختلاف في الثمن، وفيه بعض مسائل الاختلاف في الثمن: وإذا وقع الاختلاف في المبيع: فقال المشتري: اشتريت منك [هذا العبد] مع هذه الجارية^(١) بألف درهم. وقال البائع: لا بل بعت منك^(٢) هذه الجارية بألف درهم.

فلا يخلو: إما أن قال البائع للمشتري: العبد ملكك لم أبعه [منك]^(٣)، وإنما بعتك الجارية بألف درهم ولي عليك ألف درهم ثمن الجارية، وفي هذا الوجه الألف لازم على المشتري والعبد سالم له. لأنهما اتفقا على سلامة العبد له، وكذلك اتفقا على وجوب الألف عليه، ولكن اختلفا في جهته، والاختلاف في الجهة في مثل هذا لا يعتبر^(٤) كمن قال لآخر: لك علي ألف درهم من ثمن متاع، وقال الآخر: لا بل من قرض، [كان له الألف]^(٥).

وإن^(٦) قال البائع للمشتري: العبد ملكي ما بعتك منك، وإنما بعتك الجارية بألف درهم، ذكر هذه المسألة في كتاب الإقرار في موضعين:

وأجاب في أحدهما^(٧): أن القول [في العبد]^(٨) قول البائع، لأن المشتري أقر له بملك العبد [حيث]^(٩) ادعى الشراء، [إلا أنه ادعى التمليك عليه، وهو أنكر التمليك عليه، والقول قول المنكر في الشرع]^(١٠)، فإذا حلف البائع على العبد، أخذ العبد ولا شيء على المشتري، لأن المشتري إنما أقر له بالألف على نفسه عوضاً عن العبد

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يضر.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في أ: إلى.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

ولم يسلم له العبد، فكان له ألا يعطيه الألف.

وأجاب في الموضوع الآخر: أنهما يتحالفان، لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقدًا غير العقد الذي ادعى صاحبه عليه، لأن [العقد على] ^(١) الجارية وكان ^(٢) العقد على العبد غير ^(٣) العقد على الجارية، فهو في معنى قولنا: كل واحد منهما يدعي على صاحبه عقدًا غير العقد الذي يدعيه صاحبه فيتحالفان كما لو اختلفا في جنس الثمن.

فإن ^(٤) كانا في يد البائع، فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا كانا في يد المشتري، وإن ^(٥) كان العبد في يده، [إن] ^(٦) صدق صاحب اليد المشتري فيما قال، أمر بالتسليم إليه، ثم الحكم فيه ما ذكرنا فيما إذا كان العبد في يد المشتري. وإن قال صاحب اليد: العبد ملكي، فالقول قوله مع يمينه ولا شيء على المشتري لأنه ما أقر بالألف على نفسه إلا عوضًا عن العبد ولم يسلم له العبد، وإن قال صاحب اليد: العبد للبائع، أمر بالتسليم إليه، والحكم فيه بعد ذلك ما ذكرنا فيما إذا كان في يد البائع.

وإن كان المشتري قال: اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم، وقال البائع: بعت منك هذه الجارية لا غير بألف درهم، فالجواب في هذه المسألة على التفاصيل التي مرت في المسألة المتقدمة.

وإذا اشترى من آخر جرابًا هرويًا وقبضه، فوجد فيه أحد عشر ثوبًا، فقال البائع: بعت منك هذا الجراب على أن فيه عشرة أثواب بمائة [درهم] ^(٧)، وقال المشتري:

(١) في م: العبد غير.

(٢) في م: فكان.

(٣) في م: من.

(٤) في م: وإن.

(٥) في م: فإن.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

اشتريته [منك]^(١) على أن فيه أحد عشر ثوبًا بمائة [درهم]^(٢)، وأراد كل واحد منهما استحلاف صاحبه، فالقاضي يحلف البائع على دعوى المشتري؛ لأن المشتري يدعي البيع في الثوب الحادي عشر، والبائع يُنكر، والقول قول المنكر، فإن نكل ثبت ما ادعاه المشتري، وإن حلف رد المشتري الجراب ولا^(٣) يحلف المشتري، أما رد المشتري، لأن البائع لما حلف فسد العقد، لأنه لم [يثبت البيع]^(٤) في الثوب الحادي عشر وأنه مجهول^(٥)، وجهالة المبيع توجب فساد العقد، والعقد [الفاسد واجب الرد.

وأما لا يحلف المشتري]^(٦)، لأن فائدة التحليف النكول الذي هو إقرار، والمشتري لو أقر بما ادعاه البائع كان العقد فاسدًا لما مر، فلا يفيد تحليفه. فإن قيل: ينبغي أن يجعل القول قول المشتري في هذه المسألة، لأنه يدعي جواز العقد.

قلنا: بدعوى الجواز يدعي استحقاق الثوب الحادي عشر والبائع ينكر. فإن اختلفا في وصف من أوصاف المبيع، فقال المشتري: اشترت منك هذا العبد على أنه كاتب، أو قال: على أنه خباز، وقال البائع: لم أشرط لك شيئًا، فالقول قول البائع، ولا يتحالفان.

[وفيما إذا اختلفا في صفة الثمن وهو دين، يتحالفان]^(٧)، لأن الدين يختلف باختلاف الصفة، وكان الاختلاف في الوصف اختلافًا في أصل الثمن، فكان^(٨) كل

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ولم.

(٤) في م: يفسد.

(٥) زاد في أ: فصار البيع.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: وكان.

واحد منهما مُدعيًا على صاحبه عقدًا غير العقد الذي يدعيه صاحبه، أما المبيع عين، والعين لا تختلف باختلاف الصفة، فلم يكن كل واحد منهما مُدعيًا عقدًا غير العقد الذي يدعيه صاحبه عليه.

وإذا قال: بعتك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت منك هذه الجارية بخمسين دينارًا، ولا بينة لهما، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه. فإن أقاما البينة، يقضي [بالباع فيهما]^(١) عندهم جميعًا، يقضي على البائع ببيع العبد والجارية، ويقضي على المشتري بألف درهم وخمسين دينارًا.

أما على قول محمد - رحمه الله - : فلأن الأصل عنده القضاء بالعقدين^(٢) مع إمكان القضاء بعقد واحد، فعند تعذر القضاء بعقد واحد أولى.

وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وأبي يوسف - رحمه الله - [أيضًا]^(٣) : فلأن الأصل [عندهما]^(٤) القضاء بعقد واحد، إلا إذا تعذر [فحينئذ يقضي بالعقدين، وقد تعذر]^(٥) القضاء بالعقد الواحد هاهنا، لأن إمكان القضاء بعقد واحد إنما يثبت بأحد طريقتين:

إما بإمكان رد إحدى البينتين، أو بإمكان القضاء بكل واحدة^(٦) من البينتين بإثبات الزيادة في عقد واحد على ما سيأتي بيانه في مسائل السلم.

وهاهنا رد إحدى البينتين غير ممكن، لأن كل واحدة منهما قامت على إثبات ما هو محتاج إليه، وتعذر القضاء بهما من حيث القضاء بإثبات الزيادة في كل واحد من البديلين، لأن العبد لا يتصور زيادة في الجارية، ولا الجارية في العبد، ولا الدراهم

(١) في م: بالعقدين.

(٢) في أ: بعقدين.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: عند.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: واحد.

في الدنانير، ولا الدنانير في الدراهم، وإذا فات إمكان القضاء بعقد واحد وجب القضاء بعقدين ضرورة.

ولو قال: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري: اشتريتها بخمسين دينارًا، وأقاما البينة، فالبينة بينة البائع، لأنها أكثر إثباتًا، ويقضي بعقد واحد، لأن القضاء بالعقدين مُتَعَذِرٌ، لأن المبيع عين، والعين الواحد متى صار مُسْتَحَقًّا للمشتري بالشراء لا يتصور أن يصير مُسْتَحَقًّا بالشراء مرة أخرى، ما لم يعد إلى البائع بسبب من الأسباب، ثم يشتري منه ثانيًا، والشهود لم يشهدوا بعوده^(١) إلى البائع، فكان^(٢) القضاء بالعقدين مُتَعَذِرٌ.

ولو قال المشتري: بعني هذه الجارية ووصيفا^(٣) بخمسين دينارًا، وقال البائع: بعتك الجارية وحدها بمائة دينار، وأقاما جميعًا^(٤) البينة، فإنه تقبل بينة كل واحد منهما فيما ادعى من إثبات الزيادة لنفسه، لأن القضاء بالعقدين متعذر، لأن الجارية باتفاقهما صارت مُسْتَحَقَّةً للمشتري من جهة البائع بالشراء، ولا^(٥) يتصور استحقاقها^(٦) بالشراء من جهته مع شيء آخر إلا بعد عود^(٧) الجارية إلى البائع، والشهود لم يشهدوا بذلك، وإذا تعذر القضاء بالعقدين وليست إحدى البينتين بالقبول أولى من الأخرى، لأن [كل واحدة]^(٨) منهما قامت على إثبات زيادة أعادها صاحبها وقت قبولها في إثبات ما قامت عليه لكل واحد منهما^(٩)، فتقبل بينة البائع

(١) في م: بالعود.

(٢) في م: وكان.

(٣) في أ: ووصيفها.

(٤) في م: الجميع.

(٥) في م: فلا.

(٦) في م: استحقاقهما.

(٧) في أ: دعوى.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: منها.

في إثبات الزيادة في الثمن، فيقضي على المشتري بمائة دينار، وتقبل بينة المشتري في إثبات الزيادة في المبيع فيقضي على البائع بالجارية والوصيف.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل باع من آخر ثوبًا هرويًا، فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا، فقال البائع: بعته على أنه ست في سبع، وقال المشتري: اشتريته على أنه سبع في ثمان، فالقول قول البائع مع يمينه.

وفي نوادر هشام - رحمه الله - : إذا اشترى من آخر ثوبًا، وقال: اشتريته منك بثمانية على أنه ثمانية أذرع في ثمان، وهو سبع، وقال البائع: بعتك بثمانية ولم أسم لك ذراعًا، فالقول قول البائع في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

ولو قال المشتري: اشتريت على أنه ثمان في ثمان كل ذراع بدرهم، وقال البائع: بعته^(١) بثمانية ولم أسم ذراعًا، فالقول قول المشتري، ويتحالفان ويترادان على قولهما.

قال هشام: سألت محمدًا - رحمه الله - : عن رجل له أجمة تساوي ألفًا [وفيها قصب يساوي ألفًا]^(٢)، فاشترى رجل منه الأجمة بعشرة آلاف درهم، ثم اختلفا فقال البائع: بعتك القصب، وقال المشتري: إنما وقع الشراء على الأصل، قال: فسد البيع.

إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى تبنًا في موضعين بكذا درهمًا، وقبض أحد الموضعين، وذهب الريح بالموضع الآخر، فاختلفا^(٣) في مقدار ما قبض وما ذهب، فإن كان ما قبض قائمًا تحالفًا وترادا، وإن كان مُستهلكًا، فالقول قول المشتري في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقال محمد - رحمه الله - : يتحالفان ويرد المشتري مثل ما أخذ من التبن^(٤)، والقول فيه قوله^(٥).

(١) في م: بعتك.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في م: واختلفا.

(٤) في أ: البثر.

(٥) البحر الرائق (٧/٢٢٣).

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل اشترى من آخر سرجًا، ثم اختلفا فقال البائع: بعته بغير ركابه، وقال المشتري: لا بل مع ركابه. أو اشترى خاتمًا، ثم اختلفا في فسه^(١)، فقال البائع: بعته بغير فسه، وقال المشتري: لا بل مع فسه، فإنهما يتحالفان ويترادان. وفي نوادر هشام: قال: سألت محمدًا عن رجل اشترى من آخر^(٢) كناسة بمائة درهم، ثم اختلفا، فقال المشتري: اشترت منك رقبة الأرض، وقال البائع: إنما بعته الكناسة التي عليها، قال: ينظر إلى الغالب من الثمن، فأيهما كان الغالب جعلها به.

وكذلك هذا في شراء الأجمة، والمبطخة، والمبقلة. وكذا في شراء النخلة مع الرطب، ينظر إلى الغالب. وفي البقالي: إذا اختلفا في الثياب^(٣)، والجراب، والراوية^(٤)، والماء، ونحوها^(٥)، على أيهما وقع البيع، اعتبر، [فإن استويا]^(٦) في العادة لم يجز. قال أبو يوسف - رحمه الله - : وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : في رجل اشترى عبدًا بألف درهم وقبضه ونقده الثمن، ثم ادعى المشتري أنه كان مع العبد أمة بعينها [دخلت]^(٧) في البيع، وجحد البائع ذلك، فالقول قول البائع، ولا يرد شيئًا من الثمن، بعد أن يحلف بالله ما باعه هذه الأمة مع العبد.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا قال الرجل لغيره: بعته هذا العبد بألف درهم، وأقام البينة، وقال المدعى عليه: اشترت منك هذا

(١) في م: قبضه.

(٢) في م: رجل.

(٣) في أ: الباب.

(٤) في م: والرواية.

(٥) في م: ونحوهما.

(٦) في أ: فإن اشترى الاقرار، وفي م: الثمن فإن اشترى الامرار.

(٧) سقط في م.

العبد الآخر بألف درهم، وأقاما^(١) البينة، فإني أجعلهما^(٢) جميعًا بألف. ولو قال المشتري: اشتريت^(٣) منك هذا بخمسمائة درهم، وهذا بخمسمائة درهم، وقال البائع: بعث هذا وحده منك بألف درهم، وأقاما^(٤) البينة، فإني أجعل عليه الألف للعبد الذي أقام عليه البائع بينة أنه باعه بالألف، وأجعل^(٥) عليه خمسمائة للعبد الآخر.

قال: وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: إذا قال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم وأقام بينة، وقال البائع: بل بعث هذا وحده^(٦) بألف درهم، وأقام بينة، [فإني أجعل عليه الألف^(٧)] ^(٨) وخمسمائة، ثم رجع، وقال: هما بألف، وقال زفر - رحمه الله - : قوله الأول أحب إلي.

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى من آخر جارية بمحض من الحاكم بثمن من الورق، ثم مات المشتري ونسي الحاكم كم كان الثمن، فخاصم^(٩) البائع الورثة إلى الحاكم، [وأنكروا ذلك، فأراد البائع أخذ الجارية، قال محمد - رحمه الله - :] ^(١٠) القاضي يقول للبائع: كم كان الثمن؟ فإذا ادعى شيئًا، يسأل عنه الورثة، إذا كانوا كبارًا، فإن كذبه في ذلك، حلفهم على دعوى البائع ما يعلمون أن أباهم اشترى الجارية بذلك.

-
- (١) في أ: وأقام.
 - (٢) في م: أجعلها.
 - (٣) في أ: اشتريتها.
 - (٤) في م: وأقام.
 - (٥) في م: وجعل.
 - (٦) في م: فوجده.
 - (٧) زاد في أ: فعليه الألف.
 - (٨) في م: فعليه ألف.
 - (٩) في م: وخاصم.
 - (١٠) ما بين المعقوفين في أ، م: فإن.

أما أصل التحليف لقيامهم مقام المورث^(١)، وأما التحليف على العلم، لأنهم يحلفون على فعل الغير، ويقال لهم: ادعوا أنتم الثمن، فإذا ادعوا شيئاً حلف القاضي البائع على ذلك ألبتة^(٢)، فإن حلف ردوا البيع، [فإن كان]^(٣) الورثة صغاراً، نظر القاضي لهم، فإن^(٤) ادعى البائع ثمناً، ورأى القاضي ذلك رغبة لهم أخذ الجارية بذلك الثمن، واعطاه الثمن من جميع المال، وإن لم ير ذلك خيراً لهم، استحلف البائع ما كان الثمن أقل من هذا على مقدار الجارية، [فإن حلف]^(٥) رد عليه الجارية.

فإن كان فيهم كبير وأقر بما قال البائع، وأبى أن يحلف على علمه، لزمه في حصته زيادة الثمن، فيما بين ما^(٦) ادعى البائع إلى [ما كان]^(٧) رغبة للصغير، لأن إقراره حجة في حقه دون [غيره]^(٨).

وإن كان فيهم كبار غيب انتظر^(٩) لهم اليمين، أو كتب إلى القاضي الذي هم بحضرته فيستحلفهم على دعواه إن طلب ذلك البائع. وكذلك إذا [كان]^(١٠) البيع بحضرة القاضي وادعى الفريقان البيع، واختلفا في الثمن، فهو على نحو ما بيناه.

وإن ادعى الورثة وأقاموا البينة على البائع [أن البيع]^(١١) بلا تسمية الثمن

(١) في م: الموت.

(٢) في أ، م: البينة.

(٣) في أ، م: وإن كانت.

(٤) في م: وإن.

(٥) بدل ما بين المعقوفين في أ: يعني على مقدار الجارية بذلك المقدار خير لهم فإن، وفي م: هذا على أمر هو رغبة.

(٦) زاد في م: إذا.

(٧) في م: مكان.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: انتظرت.

(١٠) في أ: لم يكن.

(١١) في م: بالبيع.

[قال]^(١): شهادتهم باطلة، ويستحلف البائع ويرد عليه الجارية، وإن كان البائع هو المدعي والورثة يجحدون الشراء، استحلفوا على علمهم، [فإن حلفوا بطل البيع وترد الجارية على البائع]^(٢)، والله أعلم.



(١) سقط في م.
(٢) سقط في أ، م.

الفصل الحادي عشر في الزيادة في الثمن [والمثمن]^(١) والحط والإبراء عن الثمن وفي هبة الثمن للمشتري

[شروط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية: بقاء المبيع، وكونه محلاً للمقابلة في حق المشتري]^(٢) حقيقة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن شيئاً من ذلك ليس بشرط، حتى إن على رواية الحسن: تصح الزيادة بعد هلاك المبيع، وفي ظاهر الرواية: لا تصح. وروى عن محمد - رحمه الله - : أن شرط صحة الزيادة كون المبيع قابلاً^(٣) للمقابلة في نفسه، لا لكونه قابلاً للمقابلة في حق المشتري [حقيقة]^(٤).

حتى إن على هذه الرواية: تصح الزيادة من المشتري في الثمن بعد ما باع المشتري^(٥) المبيع أو وهب وسلم أو تصدق وسلم، لأن المبيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه.

وفي ظاهر الرواية: لا تصح الزيادة؛ لأن المبيع لم يبق محلاً للمقابلة في حق المشتري.

والصحيح ما ذكر في هذه الرواية، لأن طريق تصحيح الزيادة في الثمن تغيير^(٦) العقد، والعقد بعد هلاك المعقود عليه لا يقبل التغيير، فيرد^(٧) على الموجود القائم، والعقد كلام^(٨) وجد بلا شيء وانعدم^(٩)، وإنما يجعل باقياً ببقاء محله، ومحله

(١) في أ: والثمن، وسقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: للبيع.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: للمشتري.

(٦) في أ: يعتبر.

(٧) في م: يرد.

(٨) زاد في أ: كما.

(٩) في م: والعدم.

المبيع^(١)، فإذا هلك المبيع فات محل العقد، فلا يبقى العقد، فلا يمكن القول بالتغيير.

والجواب عن رواية محمد - رحمه الله - على ظاهر الرواية، أن الزيادة من المشتري فيشترط محلية المقابلة في حقه.

يوضحه: أن تغيير المقابلة من وصف إلى وصف في معنى إنشاء المقابلة [على ذلك الوصف، ثم يشترط لصحة إنشاء المقابلة المعنوية كون المحل حقيقة كونه قابلاً للمقابلة]^(٢) في حق [المشتري]^(٣) المنشئ.

وكذا يشترط لصحة إنشاء المقابلة [المعنوية كون المحل]^(٤) قابلاً للمقابلة في حق المنشئ.

فلو^(٥) زاد في الثمن بعد ما رهن المبيع أو أجر، تصح الزيادة لأن المحل بقي قابلاً للمقابلة حقيقة في حق المشتري وقت شرط الزيادة فإن بيع المرهون والمستأجر من المرتهن والمستأجر صحيح نافذ، وإنما لا ينفذ بيعهما من الأجنبي لعجز البائع عن التسليم لحق المرتهن والمستأجر، لا لأنه ليس بمحل للمقابلة في حقه.

وكذلك لو زاد المشتري في الثمن بعد ما قطع [يد]^(٦) المشتري وأخذ المشتري أرشه، صحت الزيادة، لأن الزيادة لا تبطل محلية المقابلة في [حق]^(٧) المشتري فلا^(٨) تمنع الزيادة^(٩).

(١) في م: البيع.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: حقيقة كونه.

(٥) في م: ولو.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) في م: ولا.

(٩) في م: زيادة.

إلا أنه لا يملك الرد بالعيب لمكان الزيادة، لأن بالرد بالعيب يفسخ العقد فتبقى الزيادة مبيعاً مقصوداً بلا ثمن، أما في إثبات الزيادة [المنفصلة]^(١) لا يحتاج إلى الفسخ فلا يؤدي إلى هذا المعنى، وبهذا تبين أن الطريق المعبر في تصحيح الزيادة طريق^(٢) التغيير^(٣)، لا طريق^(٤) الفسخ.

ولو زاد المشتري في الثمن بعد ما أقال المبيع، لا تصح الزيادة. وفرق بين الكتابة والرهن، حيث جوز الزيادة في المبيع بعد الرهن، ولم يجوز بعد الكتابة، وكما^(٥) ثبت للمكاتب يد على نفسه ثبت [للمرتهن]^(٦) يد على المرهون.

والفرق: وهو أن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء، وإنه^(٧) يد الملك لا [يد]^(٨) حرية للملوك فبقي المرهون محلاً للمقابلة، فأما الكتابة تبطل يد المولى فيظهر للعبد حرية على نفسه ليتمكن من الضرب في أرض الله فيبتغي من فضل الله فينال^(٩) شرف الحرية؛ ولهذا^(١٠) تبطل محلية البيع.

ولهذا لو حلف ألا يبيع فباع المرهون يحنث في يمينه، ولو باع المكاتب لا يحنث، هذه الجملة من المحيط.

وفي القدوري: إذا صار المبيع مما لا يجوز العقد عليه نحو أن يعتق^(١١)

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: طريقة.
 - (٣) في أ: التعيين.
 - (٤) في م: طريقة.
 - (٥) في م: كما.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في أ: فإنه.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في أ: فيتناول.
 - (١٠) في م: وبهذا.
 - (١١) في م: يعتقه.

المشتري، أو يستولد، أو يدبر، أو يكون عصيرًا فيتخمر، أو يخرج المشتري عن ملكه، أو يهلك، ثم زاده المشتري، فالزيادة^(١) جائزة في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رضي الله عنهما - : لا يجوز .
وعلى هذا الخلاف إذا زاد الزوج في مهر امرأة^(٢) بعد موتها: وعلل لأبي حنيفة - رحمه الله - :

وقال: لأن الزيادة تثبت للحال ربحًا^(٣) وتبعًا لا أصلًا ومقصودًا، ثم بعد الالتحاق بأصل العقد تثبت المقابلة بين الزيادة وبين المبيع، وتثبت لهذه الزيادة حصة من الثمن، ولما كان هذا يراعي قيام المبيع وكونه محلًا للمقابلة حالة العقد لا حالة الزيادة.

ولو زاد بعد ما صار الخمر خلًا صحت الزيادة بلا خلاف، لأن الزيادة تقابل المبيع للحال صورة، ثم إذا التحق بأصل العقد يقابل^(٤) المبيع معنى، [فإن نظرنا إلى حالة المقابلة صورة، فالمحل صالح للمقابلة، وإن^(٥) نظرنا إلى حالة المقابلة معنى، فالمحل صالح -أيضًا- أما فيما بين ذلك ليس بحالة المقابلة [صورة، ولا حالة المقابلة]^(٦) معنى، فيحصل التخمر فيه عفوًا^(٧).

وفي البقالي: وتجوز الزيادة في المبيع^(٨) بعد هلاك المبيع بخلاف الزيادة في الثمن على^(٩) ظاهر الرواية.

(١) في م: والزيادة.

(٢) في م: المرأة.

(٣) في م: التحاقا.

(٤) في أ: بقاء.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: عقرًا.

(٨) في م: المسمى.

(٩) في أ، م: في.

وهكذا ذكر ابن سماعه - رحمه الله - في نوادره .
وكتبت في الجامع : إن عبارة عامة المشايخ في هذا : أن من شرط صحة الزيادة
في الثمن كون المبيع قابلاً للمقابلة في حق المشتري وقت شرط الزيادة، إلا أن
بعض المسائل لا تخرج على هذه العبارة .

والصحيح العبارة التي حكها ابن سماعه عن محمد - رحمه الله - أنه قال : كل
موضع حصلت الزيادة والمبيع^(١) على حال لو كان في الابتداء على تلك الحالة
يجوز استحقاقه بالاسم الذي عقد به ذلك العقد، فإنه تثبت الزيادة، وكل موضع
حصلت الزيادة والمبيع على حال لو كان في الابتداء على تلك الحالة لا يجوز
استحقاقه بالاسم الذي عقد به ذلك^(٢) العقد لا تثبت الزيادة؛ [وهذا لأن المزيد]^(٣)
حكمه حكم المزيد^(٤) عليه ويلتحق بالمزيد^(٥) عليه ويجعل كأن العقد ورد عليهما
جميعاً، فقلنا: إن كان المعقود عليه على حال لو كان في الابتداء على تلك الحالة
يجوز استحقاق المزيد عليه بذلك العقد وبذلك الاسم، فيجوز^(٦) استحقاق الزيادة،
وما لا فلا .

وحاصل هذا الأصل : أن من شرط صحة الزيادة في الثمن كون المبيع قابلاً
للمقابلة في حق المشتري بالاسم السابق وباللفظ السابق .
وبيان هذا الأصل : إذا اشترى عصيراً [فتحمر]^(٧)، ثم إن المشتري زاد البائع في
الثمن شيئاً، لا تصح الزيادة، [ولو صار العصير^(٨) خلاً، ثم زاده المشتري في
الثمن، تصح الزيادة .

- (١) في أ: بالبيع .
- (٢) في أ: عند .
- (٣) سقط في م .
- (٤) في أ: المرتد .
- (٥) في أ: المرتد .
- (٦) في م: يجوز .
- (٧) سقط في م .
- (٨) في أ: صارت الخل .

أما على عبارة عامة المشايخ؛ فلأن من شرط صحة الزيادة^(١) في الثمن^(٢) كون المبيع قابلاً للمقابلة في حق المشتري وقت شرط الزيادة، وبعد ما تخمر العصير فالبيع لم يبق قابلاً للمقابلة أصلاً، وبعد ما تخلل فهو قابل للمقابلة في حق المشتري، فصحت الزيادة في الوجه الثاني، ولم تصح في الوجه الأول.

وأما على الأصل الذي أشار إليه محمد - رحمه الله -، فلأن العصير بعد ما صار خمراً لم يبق قابلاً للمقابلة في حق المشتري بالاسم السابق، فإن من اشترى جرة عصير فإذا هو خمرة كان البيع باطلاً، وبعد ما صار خلاً فهو قابل للمقابلة في حق المشتري [بالاسم السابق، و^(٣) من^(٤) اشترى جرة عصير فإذا هو خل جاز ولكن يُخير؛ لأن الخل عصير إلا أنه حامض، فيتناوله الاسم، فمن حيث إن الاسم تناوله^(٥) يجوز العقد، ومن حيث إنه على صفة أخرى يثبت الخيار للمشتري.

ولو اشترى غزلاً ونسجه ثم زاد في الثمن لا تصح [الزيادة]^(٦)، أما على المعنى الأول على ما هو عبارة عامة المشايخ، فلأن المعقود عليه قد هلك [لزوال]^(٧) الاسم والصورة و[فات]^(٨) أكثر المنافع؛ ولهذا^(٩) ينقطع حق [المغصوب منه بهذه الصفة]^(١٠).

وأما^(١١) على المعنى الذي أشار إليه محمد - رحمه الله - فلأن المبيع لم يبق

- (١) سقط في م .
- (٢) زاد في أ: يصح .
- (٣) في أ: فإن .
- (٤) في م: فإن من .
- (٥) في م: يتناوله .
- (٦) سقط في م .
- (٧) في أ: إلا أنه زاد .
- (٨) سقط في م .
- (٩) في م: وهذا .
- (١٠) في أ: المالك به .
- (١١) في م: ولنا .

قابلاً للمقابلة في حق المشتري بالاسم السابق، [فإن من اشترى غزلاً فوجده ثوباً لا ينعقد العقد أصلاً]^(١)، فإن من باع حنطة فإذا هو دقيق لا ينعقد العقد أصلاً.

ولو اشترى ثوباً وقطعه وخاطه قميصاً ثم زاد في الثمن، صحت الزيادة. أما على المعنى الذي أشار إليه محمد - رحمه الله -؛ لأن المبيع بعد القطع والخياطة قابل^(٢) للمقابلة في حق المشتري بالاسم السابق، فإن من باع [من]^(٣) آخر ثوباً فإذا هو قميص ينعقد البيع، ولكن يُخير^(٤) المشتري.

وأما على المعنى الأول على ما هو عبارة عامة المشايخ، فلأن الاسم باق والصورة باقية، وكذلك بعض منافع الثوب، فكان^(٥) الرُّجْحان لجانب^(٦) القيام، وكذا إذا اشترى حديدًا وجعله سيفاً ثم زاد في الثمن، صحت الزيادة. وأنه يخرج على المعنيين بخلاف مسألة الغزل التي تقدم ذكرها، فإن هناك المعقود عليه [قد هلك]^(٧) على ما مر.

ثم إن محمداً - رحمه الله - سوى بين مسألة الثوب الذي قطعه وخاطه قميصاً وبين مسألة الحديد الذي جعله سيفاً، وبين مسألة الغزل الذي نسجه، وبين مسألة الحنطة التي طحنها في باب الغصب في حق انقطاع حق المغصوب منه [فقال: حق المغصوب منه]^(٨) ينقطع في المسائل كلها.

(١) سقط في أ، وزاد في م: ولو اشترى حنطة فطحنها، ثم زاد في الثمن لا تصح الزيادة، أما على المعنى الأول على ما هو عبارة المشايخ فلأن المعقود عليه قد هلك لأنه زال الاسم والصورة وفات أكثر المنافع ولهذا ينقطع حق المالك به، وأما على المعنى الذي أشار إليه محمد - رحمه الله - فلأن المبيع قابلاً للمقابلة في حق المشتري بالاسم السابق فإن من باع حنطة فإذا هو دقيق، لا ينعقد العقد أصلاً.

(٢) في م: قابلة.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يتخير.

(٥) في م: وكان.

(٦) في م: بجانب.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

وكذلك سوى بين الكل في باب البيع في الرد بالعيب، فقال: لو قال البائع في جميع هذه الصور^(١): رد العين فأنا أقبله كذلك ولا أدفع إليك النقصان، كان^(٢) له ذلك، فيرد فصل البيع وفصل الغصب إشكال في فصل الزيادة في مسألة الثوب إذا قطع وخيط، وفي مسألة الحديد إذا ضرب منه السيف، ثم يزيد^(٣) في الثمن على المعنى الأول [على ما هو عبارة المشايخ أن المعقود عليه قائم، فمن المشايخ الذين مالوا إلى المعنى الأول]^(٤) في فصل الزيادة في الثمن.

[منهم]^(٥) من قال: ينبغي أن يسوي بين مسألة الغزل والحنطة وبين مسألة الثوب والحديد في حق معنى^(٦) الزيادة، كما سوى بين الكل في حق انقطاع حق المغصوب منه، وفي انقطاع حق البائع عند الرجوع بنقصان العيب. ومنهم من صحح ما ذكرنا في الكتاب.

ووجه ذلك: أن المعقود عليه في مسألة الغزل [قد هلك]^(٧) على ما بينا، وفي مسألة الثوب والحديد قائم على ما ذكرنا، إلا أن^(٨) في باب الغصب إنما ينقطع حق المغصوب منه في مسألة الثوب والحديد أن المغصوب قائم، لأن الغاصب أحدث فيها صنعة متقومة فلم ينقطع حق المغصوب منه، واسترداد العين من الغاصب يبطل حقه عن الصنعة بغير عوض، لأن الاعتياض عن مجرد الصنعة لا يجوز. ولو انقطع حق المغصوب منه يبطل حقه عن العين بعوض، وهو الضمان، فإن الاعتياض عن الأعيان جائز، والإتلاف بعوض دون الإتلاف بغير عوض.

(١) في م: الصورة.

(٢) في أ، م: ليس.

(٣) في م: زيد.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: منع.

(٧) في م: هنالك.

(٨) في م: أنا ذكرنا.

ولابد من المصير إلى أحدهما، فصرنا إلى الأدنى، لأن تحمل الأدنى^(١) لدفع الأعلى أصل من أصول الشرع، وهذا هو التخريج في مسألة الثوب والحديد لفصل الرد بالعيب، [وهو]^(٢) أن حق البائع إنما ينقطع^(٣) مع قيام المعقود عليه، لأن المشتري أحدث فيها صنعة متقومة، إلى آخر ما ذكرنا في [باب الغصب في انقطاع]^(٤) حق المالك في باب الغصب، وانقطاع حق البائع في باب البيع^(٥) لوقوع المعارضة^(٦) بين الحقين، وترجح^(٧) حق الغاصب والمشتري على حق البائع والمالك، لأن المحل صار هالكًا.

أما في مسألتنا الحق لواحد، وهو المشتري، وحق الإنسان لا يعارض نفسه حتى يجب الترجيح، فهذا [هو]^(٨) وجه تصحيح ما ذكرنا في الكتاب.

وفي المنتقى: باع رجل ثوبًا، ثم لقيه المشتري وقال: إنك قد أغليت علي وبعيتي بأكثر مما^(٩) يساوي، وقال البائع: إني قد بعتك بعشرة، وقد كان باعه بعشرين، فهذا حط للعشرة من الثمن. ولو كان البائع قال للمشتري: قد أرخصت عليك وبعتك بنصف الثمن، وقال المشتري: قد اشتريته بعشرين، وقد كان اشتراه بعشرة، فهذا من المشتري زيادة في الثمن.

ولو لم يكن الأمر على هذا الوجه ولكن البائع قال للمشتري: بعتك ثانياً بعشرين [فتراضيا عليه، كان^(١٠) البيع الأول بعشرة وينفسخ البيع الأول و[ينعقد]^(١١) البيع

(١) في م: أدنى.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: انقطع.

(٤) في م: الغاصب فانقطع.

(٥) في أ: العيب.

(٦) في م: المعاوضة.

(٧) في أ: وترجح.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: هما.

(١٠) في م: وكان.

(١١) سقط في م.

الثاني .

وكذلك لو كان المشتري قال للبائع: اشترته منك ثانيًا بعشرة وتراضيا عليه، فكان^(١) الشراء الأول بعشرين^(٢)، [و]^(٣) ينتقض الشراء الأول بالثاني، ولا يشبه هذا الأول، ثم^(٤) إذا ذكر غلاء أو رخصًا فهو زيادة وحط، فإذا لم يذكر فهو [نقض للبيع الأول]^(٥).

وفي نوادر هشام قال: سمعت أبا يوسف - رحمه الله^(٦) - في رجل اشترى من آخر ثوبًا بعشرة دراهم وأرجح له دانقًا، قال: لا يقبله حتى يقول: أنت في حل، أو يقول: [هو]^(٧) لك، فإن فعل ذلك باعه المشتري على عشرة دراهم يعني مرابحة أو تولية^(٨) ولو وجد به عيبًا رده بعشرة.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل اشترى من آخر عبدًا، على أن البائع بالخيار، ثم إن المشتري قال للبائع: أصلحك على مائة درهم أعطيكها، على أن [تسقط الخيار وتمضي البيع]^(٩)، ففعل؛ جاز، وهذه زيادة ولو كان الخيار للمشتري فقال للبائع^(١٠): أصلحك على أن أحط عنك مائة أو أزيدك شيئًا على أن تقبل المبيع^(١١)، فهذا جائز - أيضًا - وسيأتي في فصل الخيار بخلاف هذا.

(١) في م: وكان.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ، م: قال.

(٥) في م: ينتقض الأول.

(٦) زاد في م: يقول.

(٧) سقط في م.

(٨) التولية هي: البيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ربح، فكأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على البيع.

ينظر: درر الحكام (٢/ ١٨٠)، القوانين الفقهية، ص (٢٦٣).

(٩) في أ، م: تسلم لي المبيع.

(١٠) في م: البائع.

(١١) في أ: للبيع.

وفي المنتقى: إذا مات البائع والمشتري، والسلعة قائمة، ثم زاد وارث أحدهما [وارث]^(١) الآخر شيئاً، فهو جائز في قولهم [جميعاً]^(٢).

وفي أول بيوع الجامع: إذا اشترى إبريق فضة بمائة دينار وتقابضا، [وتفرقا]^(٣)، ثم التقيا، فزاد المشتري البائع في الثمن عشرة دنانير صحت^(٤) الزيادة بشرط^(٥) قبض الزيادة^(٦)، لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد بطريق الإسناد^(٧) فتصير [زيادة، لأن الزيادة في مجلس]^(٨) الزيادة بدل الصرف، غير أن الإسناد^(٩) لا يدخل في فعل العباد، والقبض من أفعال العباد، فاعتبر في حق وجوب القبض حال ثبوت الزيادة، ولا يشترط قبض الإبريق في الحال، وإن كانت الزيادة تقابل الإبريق للحال، لأنها مقابلة^(١٠) للحال تسمية وصورة.

ثم إذا صحت التحقت بأصل العقد، وتثبت المقابلة من وقت وجود العقد، والمقابلة معنى أقوى من المقابلة صورة، وقبض الإبريق وجد وقت العقد حقيقة فوَقعت التسمية^(١١) عن اشتراط قبضها وقت وجود المقابلة صورة، أما في حق الزيادة فلا يمكن اعتبار القبض وقت المقابلة معنى فاعتبرناه وقت وجود المقابلة صورة.

[إذا ثبت هذا]^(١٢) جئنا إلى مسائل الحط والإبراء عن الثمن وهبة الثمن، فنقول:

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في م: وصحت.
- (٥) في م: تشترط.
- (٦) زاد في م: في مجلس الزيادة.
- (٧) في م: الاستناد.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في م: الاستناد.
- (١٠) في م: مقابل.
- (١١) في م: الغيبة.
- (١٢) سقط في أ، م.

حط بعض الثمن صحيح ويلتحق بأصل العقد عندنا كالزيادة، غير أن بين الحط والزيادة فرقاً من وجهين:

أحدهما: أن الحط صحيح سواء بقي المبيع محلاً للمقابلة وقت الحط أو لم يبق بخلاف الزيادة على ظاهر الرواية، لأن الحط إخراج ما [يتناوله الحط]^(١) من أن يكون ثمنًا للحال ويستند إلى [حال كمال فيشترط تمام الثمن لا قيام المبيع، فأما الزيادة قامت صورة المقابلة للحال ويستند إلى]^(٢) حال كمال الثبوت، فيشترط لها قيام المبيع بشرط أن يكون محلاً للمقابلة.

الثاني: أن يكون^(٣) اشترى عبيد بن صفقة واحدة بألف درهم فحط عنه المشتري مائة، كان الحط نصفين^(٤)، ولو زاد المشتري في هذه الصورة مائة، تنقسم الزيادة على قدر قيمتها^(٥).

والفرق: أن الحط يكون من الثمن فلا تعلق له بالمبيع^(٦)، فإذا قال: حطت من ثمنها مائة، فقد أدخلهما في الحط على السواء فانقسم الحط عليهما نصفين -، بخلاف الزيادة في الثمن لأنها^(٧) تقابل المبيعين وقد قابلهما^(٨) بهما مطلقاً، والمقابلة المطلقة تقتضي الانقسام على المبيعين باعتبار القيمة^(٩).

وإذا وهب بعض الثمن من المشتري قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل [القبض]^(١٠) فهو حط أيضاً.

(١) في م: يناله العقد.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، م: من.

(٤) في م: بصفتين.

(٥) في أ: قيمتهما.

(٦) في أ: بالبيع.

(٧) في أ: لأنهما، وفي م: لا.

(٨) في م: قبلهما.

(٩) في م: القسمة.

(١٠) سقط في أ.

وإن كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض، أو وهب البعض، بأن^(١) قال: وهبت منك بعض الثمن، أو قال: حطت بعض الثمن عنك، صح، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري، ولو قال: أبرأتك عن بعض الثمن بعد القبض، لا يصح الإبراء، وكان يجب ألا تصح الهبة والحط بعد القبض أيضاً كالإبراء، لأن المشتري قد برئ عن الثمن بالإيفاء، والحط والهبة لم يصادف دينا قائما في ذمة المشتري [فينبغي ألا يصح كالإبراء].

والجواب: أن الدين باق في ذمة المشتري^(٢) بعد القضاء، لأنه لم يقض عين^(٣) الواجب حتى لا يبقى في الذمة، [و]^(٤) إنما قضى مثله، فبقي ما في ذمته على حاله إلا أن المشتري لا يطالب به، لأن له مثل ذلك على البائع بالقضاء، فلو طالب البائع المشتري بالثمن، كان للمشتري أن يطالب البائع -أيضاً- فلا تفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، فعلم أن الثمن باق في ذمة المشتري بعد القضاء، والهبة والحط كل واحد منهما صادف دينا قائما في ذمة المشتري بعد القضاء، [و]^(٥) كان ينبغي ألا^(٦) يصح الإبراء أيضاً، [وإنما]^(٧) لم يصح [الإبراء، لأن الإبراء على نوعين، براءة قبض واستيفاء، وبراءة إسقاط]^(٨)، ولهذا يُقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، كما يقال: أبرأه براءة إسقاط، فإذا أطلق البراءة إطلاقاً انصرف إلى البراءة من حيث القبض، لأنه أصل وإذا انصرف إليه صار كأنه قال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، ولو نص على هذا، لا يسقط الواجب عن ذمة المشتري ولا يجب على البائع رد ما

(١) في م: فإن.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: غير، وفي م: حين.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م، والمحيط: أن.

(٧) في أ، م: إلا أنه إنما.

(٨) في أ، م: بالاستثناء وإبراء بإسقاط الواجب.

قبض [من المشتري]^(١)، كذا هاهنا.

فأما الهبة والحط لا تتنوع إلى نوعين، هبة إسقاط وهبة قبض، وحط إسقاط وحط قبض، ولهذا لا يقال: وهب الدين منه هبة قبض، وحط عنه حط قبض، وإنما هو نوع واحد وهو هبة إسقاط، [وحط إسقاط]^(٢)، فإذا كان نوعًا واحدًا وهو الإسقاط، صار كأنه نص عليه، وقال: حطت عنك حط إسقاط، ووهبت منك هبة إسقاط، ولو نص على ذلك أسقط الواجب عن ذمة المشتري ويبرأ^(٣) المشتري عما عليه كذا هاهنا.

وإذا برئ المشتري عما عليه في هذه الصورة، كان له أن يطالب البائع بما وجب له على البائع بالقضاء، لأن المطالبة تفيد، فهذا هو الفرق بين الهبة والحط والإبراء، وأن^(٤) مسألة الإبراء من مسألة الحط والهبة.

ولو^(٥) قال البائع للمشتري بعد قبض الثمن: أبرأتك براءة إسقاط، هناك^(٦) يصح الإبراء أيضًا، ويجب على البائع رد ما قبض من المشتري.

وأما إذا حط كل الثمن، أو وهب كل الثمن، أو أبرأه عن^(٧) كل الثمن، فإن كان ذلك قبل قبض الثمن صح الكل، ولكن لا يلتحق بأصل العقد.

فإن كان [ذلك]^(٨) بعد قبض الثمن؛ صح الحط والهبة ولم يصح الإبراء لما بينا، هذا جملة ما أورده^(٩) شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الشفعة، وفي شرح كتاب الرهن.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وبين.

(٤) في م: وزال.

(٥) في م: أن لو.

(٦) في م: هناك.

(٧) في م: من.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: أورد.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في الباب الثاني في شرح كتاب الرهن: أن الإبراء^(١) المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح؛ حتى يجب على البائع رد ما قبض من المشتري، [وسوى بين الإبراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى.

قال في الجامع الصغير: حط بعض الثمن^(٢) [إنما يلتحق بأصل [العقد إذا لم يكن المحطوط تبعًا^(٣) ووصفًا، [أما إذا كان تبعًا ووصفًا^(٤)، لا يلتحق بأصل^(٥) العقد، حتى لو اشترى دارًا بألف درهم جياذ ونقد الزيوف أو النهرجة ورضي البائع بذلك، فإن الشفيع [لا^(٦) يأخذها إلا بالجياذ.

وكذلك إذا اشترى دارًا بعبد فلم يتقابضا حتى أعور العبد عند بائعه وهو الذي اشترى الدار، ورضي بائع الدار بالعمور، فالشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحًا، بخلاف ما إذا لم يكن [المحطوط تبعًا^(٧) ووصفًا للثمن، فإن^(٨) حط نصف الثمن أو عشره أو [ما^(٩) أشبهه، كان هناك الشفيع يأخذ الدار بما بقي من الثمن بعد الحط، والله أعلم.



-
- (١) في م: الأمر.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) في أ: بيعا.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في م.
 (٦) سقط في م.
 (٧) في م: المخلوط بيعا.
 (٨) في م: وإن.
 (٩) سقط في م.

الفصل الثاني عشر في البيع بشرط الخيار

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في بيان ما يصح منه، وما لا يصح.

إذا شرط الخيار^(١) أربعة أيام أو أكثر، فعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : البيع جائز، وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إن سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع بسبب من الأسباب فالبيع جائز.

وقبل ذلك العقد موقوف عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما ذهب إليه أهل خراسان، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن.

وعلى ما ذهب [إليه]^(٢) أهل العراق فالعقد فاسد.

فإذا [أسقط الخيار]^(٣) قبل دخول اليوم الرابع ارتفع الفساد، وهو نظير البيع إلى الحصاد والدياس إذا سقط الأجل قبل دخول وقت الحصاد والدياس.

وإذا لم يكن الخيار مؤقتًا بوقت فلصاحب الخيار أن يختار في الثلاث فإن مضت الثلاث [قبل أن يختار البيع]^(٤)، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يجوز اختياره بعد الثلاث وينقلب

(١) اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الشرط على قولين:

القول الأول: يرى ثبوت خيار الشرط للعاقدين إذا اشترطاه؛ وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: يرى عدم ثبوت خيار الشرط، وإلى هذا ذهب ابن حزم من الظاهرية. ينظر: المبسوط (٤٢/١٣)، البناية شرح الهداية (٧٦/٧)، المنتقى (٤٧/٥)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٤١١/٤)، المهذب (٢٢٣/٩)، تحفة المحتاج (٤٣٠/٢)، المغني (٣٢١/٥)، كشاف القناع (٢٣٤/٣)، المحلى (٤٩٥/٨) (المسألة ١٤٢٠).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: سقط العقد.

(٤) سقط في أ، م.

العقد جائزًا وهكذا^(١) ذكر في الأصل .

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله^(٢) - : ينقلب العقد جائزًا إذا أسقطا الخيار إلى شهر، أما إذا أسقطاه بعد مُضي الشهر [لا]^(٣) ينقلب جائزًا عندهما .
وفي القدوري: إذا سقط^(٤) الخيار في أي وقت أسقطاه فالبيع جائز على قولهما .
وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن هذا البيع جائز، لأن الخيار ملائم للعقد^(٥) فصح شرطه من غير توقيت كخيار الرؤية وخيار العيب، إلا أنه^(٦) على هذه الرواية يجبر من له الخيار على أن يمضي أو يفسخ .

وروي عنه رواية أخرى، أنه قال: إذا اجتمعا فإن أجاز البيع وإلا فسخه .
وعنه رواية أخرى، أنه [قال]^(٧): إذا لم يكن للخيار مدة فلكل واحد منهما إبطال العقد .

وقال محمد - رحمه الله - : إذا كان الخيار للمشتري غير مؤقت فليس للبائع فسخ العقد وإنما ذلك إلى المشتري .

فإذا باع على أنه [إن]^(٨) لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالبيع جائز^(٩)

(١) في م: هكذا .

(٢) زاد في م: إنما .

(٣) سقط في أ .

(٤) في م: أسقطا .

(٥) في أ، م: العقد .

(٦) زاد في م: يقول .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

(٩) خيار النقد هو: حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ عند عدم نقد البدل من الطرف الآخر .

وقد تنوعت آراء الفقهاء في حكم خيار النقد في هذه الصورة، حيث يشترط البائع على

المشتري أن ينقده الثمن في مدة معلومة، وإلا فلا بيع بينهما على ثلاثة أقوال:

القول الأول: القائلون بالجواز: وهو مذهب الحنفية ما عدا زفر، والحنابلة، وهو أحد

ثلاثة أقوال عند المالكية، وبه قال عمر وابنه عبد الله - رضي الله عنهما - وإسحاق بن

راهويه، وسفيان الثوري، ومن الشافعية أبو ثور، وإسحاق .

و[كذا]^(١) الشرط، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في الأصل، واعلم بأن

جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: «قال: ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع: صح».

القول الثاني: القائلون بالمنع: وهو المعتمد في مذهب الشافعية، وقول آخر عند المالكية، وبه قال زفر من الحنفية، وهو مذهب الظاهرية. يقول الإمام النووي - رضي الله عنه - في المجموع شرح المذهب: «فرع: لو اشترى شيئاً بشرط أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، فوجهان حكاهما المتولي وغيره:

أحدهما: يصح العقد، ويكون تقدير الصورة:
الأولى: أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط.

وفي الثانية: أن البائع شرط لنفسه فقط، وهذا قول أبي إسحاق، قال: لأن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أجاز ذلك.

والثاني: وهو الصحيح باتفاقهم، وبه قطع الروياني وغيره: أن البيع باطل في صورتين؛ لأن هذا ليس بشرط خيار، بل هو شرط فاسد مفسد للبيع؛ لأنه شرط في العقد شرطاً مطلقاً، فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بينهما».

وجاء في أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك: «واشترط النقد فيه مبطل لا التبوع به. قال الدردير عاطفاً على مفسدات بيع الخيار: وبشرط النقد، أي: المتردد بين السلفية والثمنية، وإن لم ينقد بالفعل، بخلاف التطوع به بعد العقد، أي: فإنه جائز كما في الحطاب، ولفظه: وفهم من قوله بشرط النقد أن التطوع بالنقد جائز. قال في الرسالة: ولا يجوز النقد في الخيار، ولا في عدة الثلاث، ولا في المواضعة بشرط. قال ابن عرفة: شرط النقد في بيع الخيار مفسد، نقله المواق.

القول الثالث: القائلون بالكراهة مع جواز البيع وبطلان الشرط:

وبهذا قال مالك بن أنس - رضي الله عنه - جاء في المدونة: «قلت: فما قول مالك في رجل باع سلعة من رجل، على أنه إن لم ينقده إلى يوم أو يومين أو عشرة أيام فلا بيع بينهما؟ قال: قال مالك: أكره هذا البيع أن يعقده على هذا الشرط، فإن عقداً البيع على هذا الشرط بطل الشرط، وجاز البيع بينهما».

وجاء في موضع آخر من المدونة: «قلت: رأيت إن اشترت عبداً على أني إن لم أنقده إليه ثلاثة أيام فلا بيع بيننا؟ قال مالك: لا يعجبني أن يعقد البيع على هذا».

ينظر: تبين الحقائق (٣٠٢/٤)، درر الحكام (٣٠٩/١)، كنز الدقائق (١٥/٤)، مجمع الأنهر (٢٤/٢)، أسهل المدارك (٩٦/٢)، بلغة السالك (١٠٢/٣)، الفواكه الدواني (٢/٨٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧٥/٣)، المدونة (٢٠٥/٣)، المجموع شرح المذهب (٢٣٠/٩)، المغني والشرح الكبير (٢٣/٤)، الإنصاف (٣٥٨/٤)، كشاف القناع (١٩٦/٣)، المحلى (١٣٧/١٠).

(١) سقط في أ، م.

هذه المسألة على وجوه.

أما [إن]^(١) لم يبين الوقت أصلاً، بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن فلا بيع بيننا، أو بين [وقتاً]^(٢) مجهولاً بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن أياماً [فلا بيع بيننا]^(٣)، ففي هذين الوجهين: العقد فاسد.

وإن بين وقتاً معلوماً، إن كان ذلك الوقت مقدراً بثلاثة أيام أو دون ذلك [الوقت]^(٤)، فالعقد جائز عند علمائنا الثلاثة -رحمهم الله- والقياس يأبى جواز العقد^(٥) مع هذا الشرط، وبه أخذ زفر - رحمه الله -؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، فإنه شرط الفسخ حتى لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، والبيع لا يقتضي الفسخ متى لم ينقد الثمن [إلى]^(٦) ثلاثة أيام، وفيه منفعة للبائع، فإن المبيع يعود إلى ملكه متى [لم]^(٧) ينقد المشتري الثمن [إلى]^(٨) ثلاثة أيام، لأننا^(٩) تركنا القياس فيما إذا كان الوقت مقدراً بثلاثة أيام لحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - فإنه روي أنه باع ناقة من رجل على أنه [إن]^(١٠) لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما^(١١)، والمروي عن الصحابة - رضوان الله عليهم - فيما لا يوافق^(١٢) قياساً كالمروي عن رسول الله ﷺ.

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في أ، م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: البيع.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) سقط في م.
- (٩) في أ: لأن.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) تقدم.
- (١٢) في م: يقرن.

ولأن هذا شرط متعامل فيما بين الناس يشترطون ذلك فيما بينهم لدفع الغبن^(١)

(١) الغبن: كلمة تدل على ضعف واهتضام؛ يقال: غبن الرجل في بيعه، فهو يغبن غبنًا؛ وذلك إذا اهتضم فيه، وغبن في رأيه: وذلك إذا ضعف رأيه. وَعَبْنَهُ فِي الْبَيْعِ يُعْبِنُهُ غَبْنًا: إِذَا خَدَعَهُ وَوَكَّسَهُ، قِيلَ: غَبِنَ فِي الْبَيْعِ غَبْنًا: إِذَا غَفَلَ عَنْهُ بَيْعًا كَانَ أَوْ شِرَاءً، قَالَ ابْنُ السَّكَيْتِ: وَأَكْثَرُ مَا يَسْتَعْمَلُ فِي الشِّرَاءِ، وَالْبَيْعِ - بِالْفَتْحِ - وَفِي الرَّأْيِ يَأْسَكَانُ.

تعريف الغبن في اصطلاح الفقهاء: عند الحنفية: قال ابن نجيم: هو النقص في الثمن في البيع والشراء، ومثله النقص في البدل في باقي عقود المعاوضات. عند المالكية: الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله إذا اشتراها كذلك. فالغبن هو أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متكافئ مع الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر.

والغبن نوعان: فاحش، ويسير، وفي بيان هذين النوعين عدة مذاهب منها: المذهب الأول: الغبن الفاحش هو: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وتقدير أهل الخبرة.

واليسير: هو ما يدخل تحت تقويم المقومين وتقدير أهل الخبرة، كما لو اشترى سلعة بعشرة، فقومها بعض أهل الخبرة بخمسة، وبعضهم بستة، وبعضهم بسبعة، ولم يقل أحد إنها بعشرة، فهذا غبن فاحش؛ لأن الثمن الذي اشترت به السلعة لم يقوم به أحد من أهل الخبرة. أما إذا دخل تحت التقويم فيكون يسيرًا، بأن قال بعضهم: بثمانية، وبعضهم بسبعة، وبعضهم بعشرة، أو باثني عشر، وهذا هو المشهور عن الحنفية.

المذهب الثاني: الغبن الفاحش هو: الغبن الذي يخرج عن العادة، واليسير ما لم يخرج عن العادة، حيث لم يرد الشرع بتحديدته، فيرجع إلى العرف، فإذا اشترت سلعة بمائة ريال، ولم تجر العادة بشرائها بهذا السعر أو قريبًا منه، وإنما بأقل كثيرًا أو بأكثر، كان الغبن فاحشًا، وهذا القول للحنابلة، وهو قريب من الأول.

المذهب الثالث: الغبن الفاحش ما كان مقداره الثلث فأكثر زيادة ونقصانا، وهذا قول للمالكية وبعض الحنابلة. والمذهب الأول أضيظ، ولا يخرج عما جرت به العادة، أما التحديد بمقدار معين، فلا ينضبط في كل زمان ومكان. وقد اختلف الفقهاء في إثبات خيار الغبن للمشتري، ولهم في هذا المجال ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ويرى أصحابه أنه لا أثر للغبن الفاحش في العقود مهما كان مقداره، حتى لو باع ما قيمته خمسة بخمسين لشخص جاهل قيمتها، فيلزم البيع ولا يثبت للمشتري الخيار، وهذا هو ظاهر الرواية، في المذهب الحنفي، وهو قول عند المالكية.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الغبن الفاحش يؤثر في لزوم العقد، ويقضي بإعطاء المغبون حق الخيار، وهذا القول رواية في المذهب الحنفي في غير كتب ظاهر الرواية، وقول مشهور عند المالكية، وهو مذهب ابن حزم الظاهري.

الرأي الثالث: ويرى أصحابه أن الغبن إن كان بتغيير من العاقد الآخر أو الدلال، فللمغبون الحق في فسخ العقد، وإلا فلا، وهو الصحيح عند الحنفية، وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

عن أنفسهم متى لم ينقد المشتري الثمن، والقياس يترك بالتعامل. فإن^(١) بين المدة أكثر من ثلاثة أيام، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: البيع فاسد.

وقال محمد - رحمه الله -: البيع جائز.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: سوى أبو حنيفة - رضي الله عنه- بين هذا وبين خيار الشرط، فلم يجوز^(٢) أكثر من ثلاثة أيام، ومحمد سوى بينهما، [فيجوز فيهما]^(٣) أكثر من ثلاثة أيام، ولم يذكر محمد قول أبي يوسف - رحمه الله -.

وفي نوادر ابن سماعه، قال: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في رجل قال لآخر: بعثك عبدي بألف درهم، فإن لم تأتني بالثمن إلى سنة فلا شيء بيني وبينك، قال: هذا فاسد، وليس هذا بمنزلة [شرط]^(٤) الخيار.

والفرق^(٥) على هذه الرواية: بين هذا الشرط وبين شرط الخيار: أن القياس يأبى جواز العقد مع هذا الشرط [فالنص]^(٦) يقيد بثلاثة أيام، وفي شرط الخيار ورد النص بالزيادة على ثلاثة أيام.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه رجع عن قوله

= ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٤١١)، تاج العروس، مادة (غبين) (٣٥/٤٦٩)، تحرير ألفاظ التنبيه، ص (١٨٦)، حاشية ابن عابدين (٥/١٤٤)، البحر الرائق (٧/١٦٧)، مواهب الجليل (٤/٤٦٨)، والتاج والإكليل (٤/٤٦٨، ٤٦٩)، مواهب الجليل (٤/٤٧٢)، المنهاج للنووي مع شرحه مغني المحتاج للشرييني (٢/٦٤، ٦٥)، كشاف القناع (٣/٢١١)، والمغني (٣/٥٨٥)، المحلى (٨/٢٤٢)، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط (٢)، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م، ص (١١٨).

(١) في م: وإن.

(٢) في م: يجوزوا.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: له.

(٦) سقط في م.

بفساد البيع مع هذا الشرط أكثر من ثلاثة أيام، وقال بجوازه مثل قوله في شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام.

والحاصل: أن هذا البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري، فإذا بين المدة أكثر من ثلاثة أيام فالعقد فاسد عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويرتفع الفساد بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه أهل العراق، وعلى ما ذهب إليه أهل خراسان: العقد موقوف، فإذا مضى اليوم الثالث ولم ينقد الثمن الآن يفسد^(١) العقد. وإذا باع عبدًا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن [على ثلاثة أيام]^(٢) فلا بيع بينهما وهو جائز وهو بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع.

ويجوز شرط الخيار بعد البيع كما يجوز شرطه وقت البيع حتى إن المشتري إذا قال للبائع، أو قال البائع للمشتري بعد تمام البيع: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام، أو ما أشبه ذلك، صح وكان بالخيار^(٣) كما شرط^(٤).

وإن كان الخيار فاسدًا فسد العقد به في قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد - رضي الله عنهما -: لا يفسد، وهو نظير ما إذا ألحق شيئًا من الشروط الفاسدة بالعقد الصحيح.

وفي الفتاوى: من باع من آخر شيئًا وقبض المشتري المبيع ومضى أيام، فقال البائع للمشتري: أنت بالخيار، فله الخيار ما دام في المجلس، لأن هذا بمنزلة [قبوله]^(٥) الإقالة، ولو قال: أنت بالخيار ثلاثة أيام فله الخيار ثلاثة أيام كما سمي. وإذا اشترى الرجل شيئًا على أنه بالخيار إلى الغد أو إلى الظهر أو إلى الليل دخلت الغاية في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما

(١) في م: فسد.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الخيار.

(٤) زاد في أ: له.

(٥) في أ: قوله لك.

الله - : لا تدخل حتى كان له الخيار في الغد والليل وفي وقت الظهر عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما، هكذا ذكر المسألة في الأصل.

وذكر الحسن بن زياد في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - بخلاف ما ذكر في الأصل، فقال: إذا باع على أنه بالخيار إلى الليل فله الخيار ما بينه وبين أن تغيب الشمس، [فإذا غابت الشمس]^(١) بطل خياره عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

إذا قال للمشتري: خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيت^(٢) أخذته بعشرة، فهو خيار، وكذلك إذا قال: هو يبيع لك إن شئت اليوم.

وفي الفتاوى: باع عبداً [على أنه بالخيار ثلاثة أيام]^(٣) على أن يغله^(٤) ويستخدمه، جاز وهو على خياره، بخلاف ما لو باع كرمًا على [أنه بالخيار ثلاثة أيام على]^(٥) أن يأكل من ثمره حيث لا يجوز؛ لأن الغلة^(٦) لا حصة لها من الثمن والثمر حصة من الثمن.

وإذا اشترى شيئاً قبضه ووكّل رجلاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فالوكيل يفسخ البيع [بينهما، فالباع]^(٧) جائز والشرط صحيح حتى لو لم ينقد كان للوكيل أن يفسخ البيع.

وإذا باع أو اشترى على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد مضي شهر رمضان، فهو جائز وله الخيار رمضان كله وثلاثة أيام بعد شهر رمضان.

ولو قال أحدهما لصاحبه: لا خيار لك [في]^(٨) شهر رمضان، ولك الخيار بعد

(١) سقط في م.

(٢) في م: وصفته.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يشغله.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في أ: السلعة، وفي م: المنفعة.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

ذلك ثلاثة أيام، فالبيع فاسد، وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن باع شيئاً وشرط الخيار لسنة^(١) فالبيع جائز
ولا خيار له في السنة، فإذا مضت السنة فله الخيار يوماً.
[و]^(٢) خيار الشرط كما يثبت في البيع الصحيح^(٣) يثبت في البيع الفاسد^(٤)،

(١) في أ: لنفسه .

(٢) سقط في أ .

(٣) البيع الصحيح هو: ما شرع بأصله ووصفه، ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا من الموانع . أو هو:
ما ترتب عليه أثره من حصول الملك والانتفاع بالمبيع . وعلى ذلك فهو مباين للبيع الباطل .
ينظر: تبين الحقائق (٤/٤٣)، والموافقات، للشاطبي (١/٢٩٢)، ومنح الجليل (٢/٥٥٠).

(٤) اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار الشرط على أن هذا الخيار يدخل عقود المعاوضات
اللازمة التي لا يشترط فيها قبض العوضين، أو أحدهما في المجلس:
فيرى الحنفية صحة شرط الخيار في العقود اللازمة القابلة للفسخ، مثل: البيع،
والقسمة، والصلح على مال، والكتابة، والرهن . إذا شرط الخيار فيه للراهن، ولا
يجوز شرطه للمرتهن؛ لأن له نقض الرهن متى شاء بلا خيار . كما يصح شرط الخيار
في الخلع، والعق على مال إذا شرط للمرأة، والعبد .
ومذهب المالكية لا يجيزون خيار الشرط في العقود الجائزة كالشركة، والرهن،
والحوالة، والجعالة، والوصية، والقراض وغيرها، ولا يجيزونها كذلك في العقود التي
يشترط فيها التقاوض في المجلس كالصرف، والسلم، وبيع الطعام بالطعام، وكذلك في
العقود اللازمة التي لا يقصد بها العوض كالنكاح، والخلع .
ويجيز المالكية خيار الشرط في عقد الكتابة، مثلهم مثل الحنفية .
ويرى الشافعية صحة شرط الخيار في العقود اللازمة الواردة على العين، التي لا يشترط
فيها تسليم البدلين، أو أحدهما في مجلس العقد؛ فيصح في البيع وصلاح المعاوضة والقسمة
إن كانت فيها رد .

ومذهب الحنابلة يجيزون خيار الشرط في العقود المقصود منها المعاوضة التي لا تتوقف
صحتها على قبض البدلين، أو قبض أحدهما في مجلس العقد؛ فيصح عندهم خيار الشرط
في البيع، والصلح، والقسمة، والهبة التي بمعنى البيع، مثل: الصلح بعوض على عين، أو
الدين المقر به، أو القسمة التي بالتراضي، أو الهبة التي للثواب؛ إذ هي كلها أنواع من البيع
والإجارة .

ولا يجيز الحنابلة خيار الشرط في غير هذه العقود، مثل: الشفعة؛ وذلك لشبهها
بالفسخ، وكذلك في العقود التي يشترط فيها القبض في المجلس، كالصرف، والسلم،
وبيع الطعام بالطعام، وكذلك في العقود اللازمة التي لا يقصد بها العوض، كالنكاح،
والخلع، والوقف، وكذلك العقود الجائزة من الطرفين، أو أحدهما، كالشركة،

والقراض، والوكالة، والوصية، والرهن، والجعالة، والضمان، والوديعة.
 ينظر: المسبوط (١٧١/٦)، (٧٢/٨)، الجوهرة النيرة (١١٠/٢)، شرح البهجة شرح
 التحفة، الشيخ زكريا الأنصاري (٤٤٣/٢)، المنتقى شرح الموطأ، للباجي (١١٤/٥)،
 شرح مختصر خليل (١٤٣/٨)، المدونة (٤٨٩/٢) المغني والشرح الكبير (٢٤/٤).
 وخيار الشرط يصح أن يجعل للمشتري، أو للبائع، أو لكل منهما، أو لأجنبي. ولمن
 جعل الخيار لأجنبي الحق في الفسخ أيضاً، وهو ظاهر. وكذا يصح أن يكون الخيار لمن
 ذكر في كل المبيع، أو بعضه كثلته، أو نصفه. وإذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج
 البدلان عن ملكهما ما دام الخيار موجوداً، فإذا سقط خيار واحد منهما خرج بدله عن
 ملكه، وإذا كان المشتري هو الذي سقط خياره، والبائع باق على خياره، وهلك المبيع
 في يد المشتري. كان مضموناً عليه بالقيمة إن قيمياً، وبمثله إن مثلياً؛ لأن العقد انفسخ
 بهلاك المبيع فيضمنه كالمقبوض على سوم الشراء، وإن جعل الخيار لأحدهما دون
 الآخر، فلا يخرج ماله عن ملكه، ولا يدخل مال الآخر في ملكه؛ لأنه لا يجوز اجتماع
 البدلين في ملك واحد؛ هذا رأي الإمام.

وقال الصحابان: يدخل مال من لم يكن له الخيار في ملك من له الخيار؛ لئلا يكون
 سائبة، ولا سائبة، في الإسلام؛ وفيه: أن السائبة هي التي لا ملك فيها لأحد ولا تعلق
 ملك، وتعلق الملك موجود هنا؛ لأن من له الخيار حقه متعلق به؛ والسائبة: هي الناقصة
 التي يطلق سراحها لترعى حيث شاءت، ولا يجوز لأحد أن يتعرض لها، وكان ذلك
 موجوداً في الجاهلية ونسخ بالإسلام؛ وثمره الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه تظهر في
 مسائل منها: ما لو اشترى إنسان قريبه الذي هو رحم محرم منه كأخيه، وكان له الخيار
 دون البائع، فلا يعتق على قريبه عند الإمام، ويعتق عليه عند الصحابين؛ لدخوله في
 ملكه؛ وفي الحديث: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»؛ ومنها: ما لو باع
 شخص شيئاً لآخر فاشترط المشتري الخيار لنفسه دون البائع وقبضه، ثم أودعه عند
 البائع، وهلك عنده في الخيار، فعلى قول أبي حنيفة: يهلك من مال البائع؛ لارتفاع
 القبض بالرد، ويهلك على المشتري بقيمته؛ لصحة الإيداع عندهما؛ لأنه ملكه. ومجرد
 اشتراط الخيار لا تأثير له على صحة العقد، وإنما تتأثر صحة العقد بمدة الخيار،
 ويمكننا القول بأن للعلماء في صحة العقد مع شرط الخيار طريقين، وبيانها كالتالي:

الطريق الأول: أن العقد صحيح مهما كانت مدة الخيار، حتى لو شرط الخيار، ولم
 يذكر مدة، أو شرطه أبداً، فإن البيع صحيح لا غبار عليه، وبهذا قال الحسن بن حبي
 وجماعة من العلماء، وهي رواية عن أحمد بن حنبل، رحمه الله.

والطريق الثاني: أن العقد لا يصح إلا بتقييد مدة الخيار والعلم بها، وهذه طريقة العلماء
 القائلين باشتراط توقيت مدة الخيار؛ ومن ثم فإن كل فريق منهم لا يصحح العقد إلا بالتزام
 المدة التي يراها هذا الفريق هي أقصى مدة للخيار؛ بحيث لا يصح العقد مع تجاوزها؛ لذا
 فإنه يتفرع على اختلافهم في أقصى مدة لشرط الخيار الفروع التالية:

الفرع الأول: في تأثير إطلاق مدة الخيار على صحة العقد:

يتضح مما ذكرناه أن إطلاق مدة الخيار لا أثر له على صحة العقد عند أصحاب الطريق =

الأول؛ إلا أن هذه الطريقة طريقة فاسدة. يقول الكاساني: «شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال؛ فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد، وإنه مفسد للعقد في الأصل، وهو القياس. إلا أننا عرفنا جوازه استحساناً بخلاف القياس بالنص؛ فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس». أما لدى أصحاب الطريق الثاني، فإن إطلاق مدة الخيار مؤثر في صحة العقد، إلا أنهم قد اختلفوا في هذا التأثير على أقوال: القول الأول: أن إطلاق مدة الخيار يبطل العقد، وبه قال الشافعية، والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم.

القول الثاني: أن إطلاق مدة الخيار مفسد للعقد، وبه قال الحنفية، ولا فرق في ذلك عندهم بين أن تكون الجهالة متفاحشة أو متقاربة، إلا أنهم قد ذهبوا إلى أن العقد ينقلب صحيحاً؛ إذا أبطل صاحب الخيار خياره، أو بينه، أو سقط الخيار لأي سبب من الأسباب، ولزم البيع في الأيام الثلاثة التالية للعقد عند أبي يوسف، ومحمد، خلافاً لأبي حنيفة الذي يشترط حصول ذلك قبل مضي الأيام الثلاثة.

القول الثالث: أن إطلاق مدة الخيار لا يؤثر في صحة العقد، بل يبقى العقد صحيحاً ويجري تعديل على المدة، بحيث يرجع في تحديدها إلى العرف، فيتحدد الإطلاق بالمدة المتعارف عليها في العادة لاختبار مثل هذا المبيع. وهذا قول المالكية. القول الرابع: وهو موافق للقول السابق في صحة العقد، وتعديل الشرط، لكنه يختلف معه في هذا التعديل:

ففي حين يرى المالكية الرجوع في ذلك إلى العرف، فإن شيخ الإسلام ابن تيمية وهو صاحب هذا القول يرى تحديد الإطلاق بثلاثة أيام.

القول الخامس: أن إطلاق مدة الخيار لا أثر له على العقد، وهو يتفق مع القولين السابقين في ذلك إلا أنه يرى بطلان شرط الخيار كلية، لا أن يرجع به إلى العرف كما ذهب المالكية، ولا إلى ثلاثة أيام كما ذهب ابن تيمية.

الفرع الثاني: في تأثير الزيادة في مدة الخيار على ثلاثة أيام، على صحة العقد. وهذه يختص بمذهب القائلين بتحديد مدة الخيار بثلاثة أيام بلياليها، بحيث يمنع مجازوة هذه المدة مهما كان المعقود عليه، وهو مذهب أبي حنيفة، ووجه مشهور عن الشافعي. والاكتفاء بأن تكون المدة معلومة فحسب، جاوزت الثلاث أم لا. وقد اختلف القائلون بتحديد مدة الخيار بثلاثة أيام بلياليها مهما كان المعقود عليه في تأثير الزيادة على الثلاث في صحة العقد على قولين:

القول الأول: أن زيادة مدة الخيار على ثلاثة أيام بلياليها مفسد للعقد، لكنه ينقلب صحيحاً إذا أسقطت الزيادة على الثلاث، أو أسقط شرط الخيار كلية، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة.

القول الثاني: أن الزيادة على ثلاثة أيام بلياليها في مدة الخيار يبطل العقد، ولا ينقلب بعد ذلك صحيحاً، حتى ولو أسقطت الزيادة أو أجاز من له الخيار البيع قبل مرور الأيام

الثلاثة، وبهذا قال الشافعي، وزفر من الحنفية.
 الفرع الثالث: في أثر خيار الشرط على العقد: إذا كانت مدة الخيار مما قد يفسد فيه المبيع فإذا كان المبيع طعاماً أو فاكهة أو نحوهما من المبيعات التي يتسارع إليها الفساد، واشترط الخيار لمدة طويلة قد يفسد فيها هذا المبيع، فإن هذا البيع محكوم بعدم صحته، كما ذهب إلى ذلك المالكية، والشافعية على الصحيح عندهم. والعقد المقترن بخيار الشرط عقد غير لازم، وهل يجوز لصاحب الخيار فسخ البيع بدون علم الطرف الآخر؟ للعلماء في هذا قولان:

القول الأول: أن لمن له الخيار الحق في إجازة العقد أو فسخه في مدة الخيار، دون توقف على علم الطرف الآخر، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الحنفية.

القول الثاني: أنه إذا فسخ صاحب الخيار العقد كان فسخه موقوفاً على علم العاقد الآخر: فإن علم بالفسخ في مدة الخيار، انفسخ البيع، وإلا فإن البيع لازم والفسخ لاغ؛ لعدم علم الطرف الآخر به في مدة الخيار، وهو قول البعض الآخر من الحنفية. وإذا ثبت خيار الشرط لكل من المتعاقدين، فلا تغيير في حكم الملك في مدة الخيار؛ فالمبيع باق على ملك البائع، والتمن باق على ملك المشتري. أما إذا كان الخيار للبائع وحده، فملك المبيع باق له، ويخرج الثمن من ملك المشتري. وإذا كان الخيار للمشتري وحده، فملك الثمن باق له، ويخرج ملك المبيع من ملك البائع. وهذا مذهب الحنفية، وقد اختلفوا فيما بينهم في مسألة خروج ملك المبيع أو الثمن من البائع أو المشتري.

فأبو حنيفة يرى أن المبيع أو الثمن إذا خرجا عن ملك أحد العاقدين، لا يدخلان في ملك العاقد الآخر. ويرى محمد بن الحسن، وأبو يوسف أن المبيع أو الثمن إذا خرجا من ملك أحد العاقدين، دخلا في ملك الآخر. وعلى هذا يمكن إجمال مذهب الحنفية فيما يلي:

أولاً: إذا كان الخيار ثابتاً للعاقدين معاً، فملك المبيع باق للبائع، وملك الثمن باق للمشتري.

ثانياً: إذا كان الخيار للبائع فقط، فإن المبيع باق على ملكه، ويخرج الثمن من ملك المشتري، ويدخل في ملك البائع على رأي الصاحبين، ولا يدخل على رأي أبي حنيفة. ثالثاً: إذا كان الخيار للمشتري فقط، فإن ملك الثمن باق له، ويخرج ملك المبيع من البائع، ويدخل في ملك المشتري على رأي الصاحبين، ولا يدخل على رأي أبي حنيفة. القول الثاني: إذا ثبت خيار الشرط للعاقدين معاً، فإن الملك في المبيع والتمن يكون موقوفاً إلى انقضاء مدة الخيار؛ فإذا فسخ العقد، تبين أن ملك المبيع ما زال على ملك البائع، وأن الثمن ما زال على ملك المشتري. وإن نفذ البيع، تبين أن ملك المبيع قد انتقل إلى المشتري من حين العقد، وكذلك ملك الثمن قد انتقل إلى البائع من حين العقد. أما إذا كان الخيار لأحد العاقدين فقط، فإن ملكية المبيع تكون من نصيب هذا

حتى إن من اشترى عبدًا بألف درهم ورطل من خمر على أنه بالخيار [ثلاثة أيام]^(١) فقبضه المشتري بإذن البائع وأعتقه^(٢) في مدة الخيار لا يجوز لا نافذًا ولا موقوفًا، والله أعلم^(٣).

الذي شرط له الخيار، وتكون ملكية الثمن للعاقدا الآخر. وبناء عليه: إن كان الخيار للبائع فإنه لا تغيير في حكم الملك، فالمبيع باق على ملك البائع والثمن باق على ملك المشتري. أما إذا كان الخيار ثابتا للمشتري فقط، فإن ملك المبيع ينتقل إليه، وينتقل ملك الثمن إلى البائع. وهذا مذهب الشافعية. القول الثالث: أن حكم الملك في زمن الخيار لا يتغير مطلقا، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما، فالملك في المبيع باق للبائع، وفي الثمن باق للمشتري، في أي حالة من الحالات الثلاث.

وبهذا قال المالكية، وهو قول ضعيف عند الشافعية، ورواية مرجوحة عند الحنابلة، وهو مذهب الليث، والأوزاعي. القول الرابع: أن ملك المبيع ينتقل إلى المشتري، وملك الثمن إلى البائع، وسواء في هذا كون الخيار لهما أو لأحدهما.

وبهذا قال الحنابلة، وهو قول ضعيف للشافعية، والمالكية. القول الخامس: أن الملك في المبيع والثمن موقوف مطلقا في زمن الخيار، سواء في ذلك كون الخيار لهما أو لأحدهما، وهو قول ضعيف للشافعية. ينظر: بدائع الصنائع (١٧٤/٥)، البحر الرائق (٦/٦)، الفتاوى الهندية (٣٩/٣)، المبسوط (٤٥/١٣)، المقدمات الممهديات، لابن رشد الجدل (٥٦٠/٢)، بداية المجتهد (٢١١/٢)، شرح الخرشي (٣٠/٤)، المجموع شرح المهذب (١٩٠/٩) وما بعدها، مغني المحتاج (٤٨/٢)، نهاية المحتاج (٢٠/٤)، المغني والشرح الكبير (٥٢٧/٣) وما بعدها، كشاف القناع (٢٠٦/٣).

(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: فأعتقه.

(٣) اختلف الفقهاء فيما سيؤول إليه أمر خيار الشرط، إذا مات صاحبه على قولين:

القول الأول: أن الخيار يسقط بموت صاحبه، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، أما إذا كان الخيار للعاقدين معًا، فإن خيار الميت يسقط، ويبقى الحي على خياره. ومعنى هذا: أن الخيار إن كان للبائع فمات، لزم البيع، وكان الثمن ملكًا لورثته، والمبيع ملكًا للمشتري. وإن كان الخيار للمشتري فمات، لزم البيع، وكان المبيع ملكًا لورثته، والثمن ملكًا للبائع. وإن كان الخيار للبائع والمشتري معًا، فمات أحدهما فإن الحي منهما يبقى على خياره: فإن أمضى البيع، وكان الميت البائع، فإن الثمن يكون ملكًا لورثته، والمبيع يصبح ملكًا للمشتري. وإن كان الميت المشتري، فإن المبيع يصبح ملكًا لورثته، والثمن ملكًا للبائع. وإن فسخ الحي منهما البيع، وكان الميت هو البائع، فإن المبيع يظل على ملكه، وينتقل إلى ورثته، ويظل الثمن على ملك المشتري =

الحي . وإن كان الميت هو المشتري، فإن الملك في الثمن باق له، وينتقل إلى ورثته، ويبقى المبيع على ملك البائع الحي .

وقد ذهب إلى هذا القول الحنفية، والحنابلة، إلا أن الحنابلة قد استثنوا من ذلك ما إذا طالب صاحب الخيار بحقه في الخيار قبل موته؛ فإنهم قالوا بأن الخيار في هذه الحالة يكون لورثة الميت .

والحقيقة: أن هذا الاستثناء الوارد لدى بعض الحنابلة قد أغفله العديد من مصنفي الحنابلة، من ذلك مثلاً: قول صاحب المقنع: «ومن مات منهما - أي: العاقلين - بطل خياره ولم يورث»، لكن جاء في حاشية المقنع تعقيباً على هذه العبارة: «هذا المذهب، إلا أن يطالب به الميت» .

ويقول ابن قدامة: «المذهب: أن خيار الشرط بالنسبة للميت منهما يبطل بموته، ويبقى خيار الآخر بحاله، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته؛ فيكون لورثته» .

ثم إن الحنابلة قد استثنوا من هذه الحالة المستثناة ما إذا شرط الخيار للإرفاق بالإقراض، وخاف أن يذهب ماله، فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار، ولم يرد الحيلة ففي هذا يقول الإمام أحمد: هذا جائز، إلا أنه إذا مات انقطع الخيار فلم يكن لورثته .

هذا كله أدى إلى اختلاف النقل في تحديد موقف الحنابلة من سقوط الخيار بموت صاحبه: فنقل البعض عن الحنابلة أنهم موافقون للحنفية في سقوط الخيار بموت صاحبه مطلقاً، ولم يعولوا على الرأي القائل بانتقال الخيار للوارث إذا طالب المورث بحقه في الخيار قبل الموت .

في حين فصل بعضهم في مذهب الحنابلة: فذكروا أن الحنابلة يبطلون الخيار إذا مات صاحبه دون أن يطالب بحقه، أما إن طالب به قبل موته، فإنه يورث عنه .

لكن من فصل في مذهب الحنابلة أعوزه الدليل على ما ذهبوا إليه من انتقال الخيار إلى الوارث إذا طالب الميت بحقه في الخيار قبل الموت، وإنما أعوزهم الدليل عليه؛ لأن الحنابلة كانوا يكتفون بنقل هذا عن نص الإمام أحمد - رضي الله عنه - ولم يؤيدوه بدليل لا من النقل ولا من العقل، وإنما انصب استدلالهم على مسألة بطلان الخيار وعدم توريثه .

القول الثاني: أن خيار الشرط لا يسقط بموت صاحب الخيار، وإنما ينتقل إلى وارثه؛ فيكون له الحق في إمضاء العقد أو فسخه . وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية، إلا أن الرافعي قد حكى عن الشافعية قولاً شاذاً: أن الخيار يسقط بالموت، لكن النووي قد ضعف هذا القول، ورده قائلاً: «وهو ضعيف جداً ومردود»؛ ومن ثم فإن المعتمد عندهم أن الخيار لا يسقط بالموت .

كما أن هناك من الحنابلة وهم قائلون بسقوط الخيار بموت صاحبه، وآخرون يرون عدم سقوطه بالموت؛ فقد حكى أبو الخطاب منهم وجهاً يارث خيار الشرط مطلقاً .

إذا ثبت هذا: فإن مرجع الخلاف بين القولين هو: هل تورث الحقوق كالأموال أم لا؟ فعمد القائلين بسقوط الخيار بالموت: أن الأصل في الإرث أن يكون في المال فقط

.....

دون الحقوق؛ فلا يورث من الحقوق إلا ما قام الدليل على إلحاقه بالمال. أما عمدة القائلين بعدم سقوط الخيار وأنه ينتقل إلى الوارث فهو: أن الأصل في الإرث أن يشمل الأموال والحقوق، ولا يستثنى من ذلك إلا الحقوق التي قام الدليل على مفارقتها للمال؛ فإنها لا تورث.

وعلى هذا فإن التركة عند هؤلاء تشمل جميع ما للميت من الأموال والحقوق، إلا الحقوق التي تثبت للميت بصفة شخصية: كحق الانتفاع، أو العقود التي تنتهي بموته كعقد الزواج؛ فإن هذه الحقوق لا تدخل في التركة؛ فعلى هذا تكون التركة شاملة لحق الخيار. وهذا بخلاف ما ذهب إليه الأولون؛ حيث حصروا التركة في الأعيان المالية، وما هو في معناها: كحق التعلي والشرب وما أشبههما، وما كان تابعاً للمال من الحقوق، كحق الارتفاق. وخيار الشرط لا ينتمي إلى أحد هذه الأشياء الثلاثة؛ فليس مالا ولا هو بمعنى المال، ولا تابعاً له، وعليه فإن الخيار لا يدخل في التركة؛ فلا يورث. فإن قيل: على أي وجه اعتبر الأولون الخيار داخلاً في التركة؟

قيل: على اعتبار أن الخيار حق ثابت لإصلاح المال: كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن؛ ومن ثم فإنه يكون من مشتملات التركة. أما من خالف في ذلك، فلم يعتبر الخيار من مشتملات التركة؛ لأنه صفة للميت؛ إذ هو - أي: الخيار - ليس إلا مشيئة وإرادة، فلا ينتقل عن الميت كسائر أوصافه. فالخيار ليس وصفاً بالمبيع حتى يورث، بل هو وصف قائم بشخص من ثبت له الخيار؛ فلا يورث عنه؛ لأن الوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال، والإرث إنما يجري فيما يمكن نقله. أما إذا لم يعلم الوارث بموت مورثه إلا بعد انتهاء مدة الخيار، فقد ذكر الشافعية في ثبوت الخيار للوارث وجهين:

أحدهما: أن الخيار باق له؛ لأنه معذور لعدم علمه بموت مورثه. والثاني: أن الخيار ينتهي بانتهاء المدة، ويلزم العقد للوارث؛ لأن الخيار يثبت بالشرط، فثبوته بعد المدة فيه تخلف للمشروط عن شرطه. والراجح عندهم هو الوجه الأول، حيث ضعف النووي الوجه الثاني، وقال: إنه شاذ مردود.

فثبت بهذا أن خيار الوارث يبقى إذا لم يعلم بموت مورثه حتى انقضت مدة الخيار، لكن هل يكون خياره حينئذ على الفور، أم يكون له الخيار بقدر المدة التي كانت متبقية بعد موت مورثه، أم يتقدر خياره بمجلس علمه بالموت؟ ذكر الشافعية في هذا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الوارث إذا لم يعلم بموت مورثه إلا بعد انقضاء أمد الخيار، فإن خياره يكون على الفور، بحيث إن لم يفسخ بعد علمه بموت مورثه حتى انقضت مدة كان متمكناً فيها من الفسخ، سقط حقه في الخيار، ولزمه العقد؛ قياساً على خيار العيب.

والثاني: أن للوارث الحق في الخيار بعد علمه بموت مورثه بقدر المدة التي كانت متبقية من الخيار بعد الموت.

بمعنى: أنه إن كانت مدة الخيار ثلاثة أيام فمات صاحب الخيار بعد مضي يوم منها، ولم

نوع آخر:

في بيان ما ينفذ به هذا البيع وما لا ينفذ، وفي بيان ما ينفسخ به هذا البيع وما لا ينفسخ:

فنقول^(١): شرط الخيار إذا كان للبائع فنفوذ العقد لمعان:

أحدها: أن يجيز البيع صريحًا [في مدة الخيار]^(٢) سواء كان المشتري حاضرًا أو غائبًا.

الثاني: أن يموت البائع في مدة الخيار، [لأنه يعجز عن التصرف بحكم الخيار في

يعلم الوارث بموته إلا بعد مرور باقي الأيام الثلاثة، فإن حق الوارث في الخيار يكون بمقدار يومين؛ لأن الباقي من أمد الخيار حين مات المورث يومان، وابتداء هذين اليومين بالنسبة للوارث يكون من وقت علمه بالموت. ودليل هذا الوجه أن انتقال الخيار من المورث إلى وارثه بالموت يستلزم انتقاله من الزمن الذي شرط فيه إلى غيره.

الوجه الثالث: أن الخيار يثبت للوارث عند علمه بموت مورثه، وينتهي حق الوارث فيه بانتقاله عن المجلس الذي علم فيه بالوفاة. ولا فرق في هذا كله بين أن يتحد الوارث أو يتعدد مع اتحاد زمن علمهم بالموت. أما إن تعدد الورثة، وعلم بعضهم بموت المورث دون بعض، فإن الخيار يثبت لمن علم منهم، فإن فسخ العقد انفسخ، وإن أجازته توقفنا إلى أن يعلم بقية الورثة بموت المورث:

فإن علموا في أثناء مدة الخيار، ووافقوا من علم أولاً على إجازة العقد انتهى الخيار، ولزم العقد في حق جميع الورثة. أما إن رد بعض الورثة العقد، وأجاز البعض، فإن المغلب هاهنا جانب من رد منهم، فينفسخ العقد؛ دفعًا للضرر عن الجميع. وإن لم يعلم باقي الورثة بالموت إلا بعد انقضاء زمن الخيار، ففيه الخلاف السابق. والله أعلم.

ينظر: شرح فتح القدير (١٢٥/٥)، بداية المجتهد (٢/٢١١، ٢١٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٠٢)، شرح الخرشي (٤/٢٩)، المجموع شرح المهذب (٩/٢٢٢)، منتهى الإرادات (١/٣٥٩)، كشاف القناع (٤/٢١٠)، مطالب أولي النهى (٣/٩٩)، المقنع وحاشيته (٢/٤١)، المغني (٣/٤٩٤)، القواعد، لابن رجب، ص (٣١٦)، الخيارات في البيع، د/ محمد عبد الرحمن مندور، رسالة دكتوراه مخطوطة باليد، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ١٣٦٤ هـ - ١٩٤٥ م، ص (٤٤)، الخيار وأثره في العقود، د: عبد الستار أبو غدة، مطبعة مقهوي بالكويت، ١٩٨٥ م، ص (٣٢١)، بحوث في البيع، د. علي مرعي، مطبعة الأخوة الأشقاء، القاهرة، ط (١)، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م، ص (٢١٧، ٢١٨).

(١) في م: نقول.

(٢) سقط في م.

آخر جزء من أجزاء حياته فيسقط خياره ضرورة.

والثالث: أن تمضي مدة الخيار^(١) من غير فسخ من جهته، لأن بمضي^(٢) مدة

الخيار يسقط الخيار وهو المانع من نفوذ العقد.

وكذلك إذا أغمى عليه أو جُن حتى مضت الأيام الثلاثة.

ولو أنه أفاق في مدة الخيار، حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي:

أنه لا يكون على خياره.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أنه على خياره، قال

- رحمه الله - : وهو منصوص في المأذون وهو الأصح.

وإن سكر من الخمر لم يبطل خياره؛ لأنه عد عاقلاً كما في الطلاق.

وإن سكر [من البنج] [في المدة]^(٣) يبطل خياره، حتى لو زال السكر [من

البنج]^(٤) في المدة ليس له أن يتصرف بحكم الخيار، هكذا حكى^(٥) عن الشيخ

الإمام الزاهد [أحمد]^(٦) الطواويسي - رحمه الله - ، و^(٧) الصحيح أنه لا يبطل.

وإن ارتد، فإن عاد إلى الإسلام في المدة فهو على خياره إجماعاً، فإن مات أو

قُتل على الردة بطل خياره إجماعاً.

وإن تصرف بحكم الخيار بعدها، توقف تصرفه عند أبي حنيفة - رحمه الله -

ونفذ عندهما.

وفسخه بأحد أمرين: إما بالقول، أو بالفعل.

(١) سقط في م.

(٢) في م: مضي.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: وهو.

[أما القول]^(١) أن يقول: فسخت [البيع]^(٢)، فبعد ذلك ينظر: إن كان المشتري حاضرًا يصح الفسخ ولا يحتاج فيه إلى قضاء^(٣) قاض أو رضا. وإن كان غائبًا لا يصح الفسخ ويكون موقوفًا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - .

والمراد من الحضرة المذكورة في هذه المسألة: العلم بالفسخ في مدة الخيار حتى إن المشتري لو علم بالفسخ صح الفسخ، وإن لم يكن حاضرًا وإن علم بعد مضي المدة تم البيع، لأن تمام [المدة دلالة لزوم البيع]^(٤) وإذا اعترض^(٥) في حال توقف الفسخ، أبطل الفسخ.

فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن [من له]^(٦) الخيار تصرف برضا صاحبه ولا^(٧) يشترط علم صاحبه كالوكيل بالبيع إذا باع، فإنه لا يشترط علم الموكل لصحة البيع لما قلنا كذا ها هنا.

بيانه: أن [له]^(٨) ولاية البعض بحكم شرط الخيار، وعن أبي حنيفة وصاحبه شاركه في شرط الخيار.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى في النواذر مثل قولهما. [ولهما]^(٩): أن صاحب الخيار بالفسخ يلزمه حكمًا مُفيدًا على صاحبه ولصاحبه [فيه ضرر إذا لم يعلم به، ونعني بهذا الفسخ فسخ العقد فإن العقد ثابت لا في حق

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: قاض.

(٤) في م: البيع وإذا اعترف في حال توقف الفسخ أبطل الفسخ.

(٥) في أ: اعترف.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فلا.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ، م.

الحكم، ففسخه ورفعه يكون حكماً مبتدئاً.

وإنما قلنا: لصاحبه^(١) فيه ضرر^(٢) لم يعلم به لأنه ينبني على هذا الفسخ أحكام يلزمه أداؤها، فإذا كان لا يشعر بها يمضي على موجب العقد ولا يؤدي تلك الأحكام فيؤاخذ بسبب تركها.

وهذا الضرر إنما جاء من ناحية الفسخ بلا علم [صاحبه]^(٣) فيكون هذا إضراراً^(٤) منه لصاحبه^(٥) فوجب ألا يصح من غير علم صاحبه دفعاً للضرر عن صاحبه؛ لأن بالرد يعود العبد إلى ملك البائع وينبني على المالك أحكام يجب أداؤها، فإذا كان لا يعلم به لا يؤدي فيؤاخذ بترك الأداء، فلم يصح من غير علمه دفعاً للضرر عنه، ولا يلزم على ما قلنا الإجازة لأنه لا ضرر على صاحبه في الإجازة من غير علمه^(٦) فلا يتوقف صحتها على علمه لأنه^(٧) لازم في حقه قبل الإجازة فما لزمه أمر جديد بالإجازة.

وأما الفسخ بالفعل: أن يتصرف البائع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك كما إذا أعتق أو دبر أو كاتب.

لأن هذه التصرفات مختصة بالملك ولا يحتاج إليها للاختبار [فكان اختيار الملك]^(٨) دلالة، واختيار الملك يوجب نقض البيع.

ولأن بعد هذه التصرفات يتعذر عليه^(٩) الإجازة، لأن الحر ليس بمحل لابتداء

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: إذا.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في م: ضرر.

(٥) في م: بصاحبه.

(٦) في أ: علم به.

(٧) في أ: فلأنه، وفي م: وأنه.

(٨) في م: وكان اختياراً للملك.

(٩) في م: على.

البيع فلا يكون محلاً لإجازة البيع فيه .
والأصل في العقد الموقوف إذا حدث^(١) فيه ما تعذر به الإجازة أن يفسخ
العقد؛ لأنه مشروع بالإجازة لا بعينه .
وكذلك إذا باع من غيره، لأن البيع من التصرفات المختصة بالملك ولأن البيع قد
نفذ لأنه تأتي^(٢) في ملك البائع، والعقد النافذ^(٣) إذا طرأ على العقد الموقوف أوجب
انفساخه .

وكذلك لو وهب وسلم يفسخ البيع، فإذا وهب ولم يسلم فكذلك لا يكون نقضاً
للبيع، وإذا رهن وسلم يفسخ البيع .
وإذا أجز ذكر هذه المسألة في بعض المواضع، وقال: لا يكون فسخاً ما لم
يسلمه [إلى المستأجر وذكر في بعضها أنه يكون فسخاً وإن لم يسلمه]^(٤) إلى
المستأجر وبه أخذ عامة المشايخ -رحمهم الله - .

ثم تصح هذه التصرفات بغير محضر من المشتري بلا خلاف .
[لأنه وإن]^(٥) كانت هذه التصرفات توجب فسخ البيع، فالمشروط له الخيار لا
يملك فسخ البيع حال غيبة صاحبه [عن^(٦) صاحبه]^(٧) عند أبي حنيفة ومحمد -
رحمهما الله - لأن الفسخ بهذه التصرفات يثبت حكماً لا قصداً، [وقد يثبت الشيء

(١) في م: حديث .

(٢) في م: لا .

(٣) العقد النافذ هو: العقد الصحيح الذي لا يتعلق به حق الغير، ويفيد الحكم في الحال، أو هو
العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف وولايته، سواء أكانت الولاية أصلية كمن يعقد
العقد لنفسه، أم نيابية كعقد الوصي أو الولي لمن تحت ولايتهما، أو عقد الوكيل لموكله .
وحكم العقد النافذ: أنه لا يحتاج في ظهور آثاره إلى إجازة الغير .
ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (١/٩٥، ٣٠٤) .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) في م: وإذا .

(٦) في أ: عند .

(٧) سقط في م .

حكماً^(١) لغيره، وإن كان لا يثبت قصداً.

وقد روي^(٢) عن محمد - رحمه الله - ما يدل على اشتراط حضرة صاحبه، وستأتي تلك الرواية بعد هذا.

وفي المتقى: إذا باع عبداً على أن البائع [فيه بالخيار، ثم إن البائع]^(٣) أخذ الثمن من المشتري فذلك ليس بإمضاء للبيع، ولو أخذ بالألف من المشتري مائة دينار كان هذا إجازة للبيع، قال: لأنه عمد إلى الثمن بعينه فباعه، ولو قبض منه الألف، ثم باعه منه أو من غيره لم يكن ذلك إجازة منه للبيع، لأن هذه الألف التي باعها قضاء من الألف التي على المشتري فلا يكون التصرف فيه إجازة للعقد.

وفي القدوري: لو اشترى البائع بالثمن شيئاً من غيره لم يصح الشراء ولزمه البيع. وفيه أيضاً: رجل باع جارية بعبد رجل وشرط بائع الجارية الخيار لنفسه في الجارية، ثم إنه^(٤) وهب [العبد]^(٥) الذي اشتراه بالجارية أو عرضه^(٦) على بيع فهو إمضاء^(٧) للبيع.

ولو كان باع الجارية بألف درهم على أنه بالخيار في الجارية وقبض الألف، ثم وهبه أو أنفقه فهو على خياره، لأن له أن يدفع غيره.

ولو لم يكن قبض الثمن [من المشتري]^(٨) حتى اشترى منه بالألف شيئاً أو صارفه على مائة، فهذا نقض لخياره وإمضاء لبيعه.

والحاصل: أن الثمن إذا كان شيئاً يتعين^(٩) بالتعيين، فإذا قبض البائع الثمن

(١) سقط في م.

(٢) في م: مر.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: إن.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: يخرج.

(٧) في م: أيضاً.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: ويتعين.

وتصرف فيه من بيع أو (١) هبة فذلك إمضاء للبيع؛ لأن تصرفه صادف عين (٢) المستحق بالعقد فكان تقريراً للملك فيه فيكون دليل الإجازة، وإن كان الثمن شيئاً لا يتعين بالتعيين كالدرهم فتصرف فيه بعد ما قبض مع المشتري أو مع غيره، فذلك ليس بإمضاء للبيع.

وإن تصرف فيه قبل القبض مع المشتري بأن اشترى منه بالثمن ثوباً أو صارفه من الثمن وهو ألف درهم على مائة دينار، فذلك إجازة للبيع.

والفرق: أن التصرف قبل القبض أضيف إلى عين ما هو مستحق بالعقد؛ لأنه لا حق للبائع في ذمة المشتري إلا ما هو ثمن فكان تصرفه تقريراً للملك فيه فيكون دليل الإجازة، أما بعد القبض التصرف ما أضيف إلى ما هو مستحق بعينه أو بغير عينه؛ لأن ما يدخل تحت القبض غير مستحق بالعقد.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل باع عبدين من رجل على أن البائع فيهما بالخيار، ثم إن البائع نقض البيع في أحدهما بعينه أو بغير عينه فنقضه (٣) باطل وكأنه لم يتكلم بشيء، ولا يكون نقضه [بعض البيع ولا جميعه ولا شيء] (٤) منه، وله أن يُجيز البيع كله بعد ذلك.

وكذلك لو باع عبداً واحداً على أنه بالخيار [ثلاثة أيام] (٥)، ثم قال: قد نقضت البيع في نصفه، كان ذلك باطلاً وكأنه لم يتكلم بشيء وله أن يُجيز البيع في الكل بعد ذلك.

وفي المنتقى: باع من آخر بيضة على أن البائع فيها بالخيار فخرج منها فرخ بغير صنع المشتري، فليس للبائع أن يُجيز ذلك على المشتري، علل فقال من قبل أنه

(١) في م: و.

(٢) في أ: غير.

(٣) في أ: فقبحه.

(٤) في م: نقض البيع لا بجميعه ولا بشيء.

(٥) في أ: فيه، وسقط في م.

تحول عن حاله، وكذلك إذا باع كفى على أنه فيه بالخيار فصار تمرًا بعد القبض. وهذا إشارة إلى أن [هذا]^(١) العقد لا يبطل، وهكذا ذكر في الزيادات. وذكر الصدر الشهيد في واقعاته: أنه يبطل؛ لأنه لو بقي لبقية مع الخيار [ولو بقي معه لم يقدر]^(٢) البائع على إجازته^(٣)، وإن أبى المشتري، وهذا لا يجوز، لأن المبيع صار شيئًا آخر.

ولو لم يكن في [البيع]^(٤) خيار البائع فالمبيع باق والمشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ لأنه لو بقي البيع لا يلزم المشتري [إلا]^(٥) إذا شاء، وهذا جائز بعد تغير المبيع، وإن كان الخيار للبائع في عبد باعه فقال البائع للعبد: أنت حر، إن دخلت الدار، [أو قال: إن دخلت الدار]^(٦) فأنت حر، لم يكن هذا نقضًا للبيع. وكذلك إذا قال للعبد: أنت حر، وهذا العبد الآخر، ذكر المسألة في المنتقى. وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا باع عبدًا على أن^(٧) البائع فيه [بالخيار]^(٨) ثلاثة أيام [ثم]^(٩) قال له: أنت حر، وهذا العبد، لم يكن هذا نقضًا للبيع^(١٠)، فإذا مضى أجل الخيار قبل أن ينقض البيع وجب البيع وعتق العبد الآخر. وفي المنتقى^(١١): إذا باع رحي ماء على أن البائع فيه بالخيار [ثلاثة أيام]^(١٢)

(١) سقط في م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في أ: فيقدر، وفي م: فتعذر.

(٣) في م: الإجازة.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: ألف.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في م: للعقد.

(١١) زاد في م: أيضا.

(١٢) سقط في م.

فطحن فيه البائع فهو نقض للبيع، لأنه [لا]^(١) يحتاج إلى الطحن للاختيار، وليعرف ما طحن يطحن يوماً فتعين أن يكون الطحن اختياراً للملك.

وإذا كان الخيار للبائع فعرض المبيع على البيع، ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : أنه إن كان بمحضر من صاحبه يفسخ البيع، وإن كان بغير محضر من صاحبه لا يفسخ البيع.

وبعض مشايخنا قالوا: العرض^(٢) على البيع من البائع ليس بفسخ على كل حال، وإليه مال الشيخ [الإمام]^(٣) الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أن فيه روايتين. وفي المتقى عن محمد - رحمه الله - : أن البائع إذا عرض المبيع [على البيع]^(٤) لا يبطل خياره، وعلل فقال: لأن نقضه لا يجوز بغير محضر من المشتري. فهذا التعليل يشير إلى أن العرض على البيع لو كان بمحضر من المشتري أنه يكون نقضاً [للبيع]^(٥).

وإذا هلك المبيع في يد البائع انفسخ [البيع]^(٦) سواء كان الخيار للبائع أو^(٧) للمشتري.

وإن هلك في يد المشتري والخيار للبائع، إن هلك في الأيام الثلاثة فعلى المشتري [قيمته، وإن هلك بعد مضي الأيام الثلاثة فعلى المشتري]^(٨) الثمن.

لأن بمضي المدة تم العقد ولزم^(٩) الثمن فلا يفسخ بالهلاك في يد المشتري بعد

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: الغرم.
 - (٣) سقط في م.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في م: و.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في م: ولزوم.

ذلك فيبقى [الثلث لازماً]^(١)، فأما إذا هلك في الأيام الثلاثة فقد انفسخ العقد بهلاك المبيع، لأن الخيار قائم، وهذا لأن المبيع تعيب بالهلاك والموت، فإنه تعيب في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأن الموت لا يخلو عن سابقة عيب^(٢)، [إلا أن]^(٣) العيب الحادث في يد المشتري لا يعجز البائع عن الفسخ والإجازة بحكم الخيار [فلا ينافي نفي الخيار]^(٤) لأن بقاء الخيار حينئذ يكون بعيداً، وإذا كان الخيار قائماً عند الهلاك كان العبد [مملوكاً]^(٥) للبائع فيهلك على ملكه وينفسخ العقد ضرورة فلا يضمن المشتري الثمن ولكن يضمن القيمة؛ لأنه في معنى المقبوض على سوم الشراء؛ لأن المشتري إنما قبضه ليملكه بعوض عين كما في المقبوض على سوم الشراء فيضمن القيمة عند العجز عن الرد كما في تلك المسألة.

قال [هشام]^(٦): سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل باع داراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فتوارى المشتري في بيته [إلى أن]^(٧) يمضي الثلاث، فيجب له المبيع، هل يؤخذ [في]^(٨) هذا بالإعذار، قال: نعم، أبعث إليه من يعذره فإن ظهر وإلا أبطلت^(٩) خياره إلا أن [يجيء في]^(١٠) الثلاث، قلت: فإن لم يأت الخصم في الأيام حتى كان آخر الثلاثة الأيام أتك في وقت لا تستطيع أن تبعث إليه من قبلك^(١١) الإعذار فسألك أن تبطل الخيار عليه، قال: لا أفعل [ذلك]^(١٢)، قلت: فإن قال

(١) في أ: عندما.

(٢) في م: عين.

(٣) في أ: لأن.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: العبد ملكا.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: إذا كان.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ، م: أبطل.

(١٠) في م: في مجيء.

(١١) في أ، م: ذلك.

(١٢) سقط في أ، م.

الخصم: إني قد أعذرت^(١) إليه، وأشهدت فاختنى مني فاشهد لي بذلك، قال: أقول: اشهدوا أن هذا قد زعم أنه قد أعذر إلى صاحبه في الأيام الثلاثة كان يأتيه كل يوم ويعذر إليه فيختنى منه فإن كان الأمر كما [قال فقد أبطلت عليه الخيار، وإذا^(٢) ظهر بعد ذلك وأنكر سألت المدعي البينة على الخيار وعلى إعذاره كما]^(٣) كان ادعى.

وإذا كان الخيار للبائع وأبرأ البائع المشتري عن الثمن صح إبرؤه وكان ذلك إمضاء للبيع؛ لأن التصرف إنما يكون من المالك ومالكية الثمن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - موقوفة على إجازة العقد فيضمن الإقدام على هذا التصرف لإجازة العقد.

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - في الإملاء بخلاف هذا، وصورتها: رجل اشترى من آخر جارية بألف درهم على أن البائع بالخيار، ثم إن البائع وهب الثمن بعد ما قبضه لرجل ودفع^(٤) إليه، أو وهبه للمشتري ورده إليه، أو لم يكن قبضه فأبرأ المشتري منه لم يكن ذلك منه فسسخًا ولا إمضاء للبيع، فإذا أجاز البيع بعد ذلك، فالبيع جائز والهبة جائزة.

ولو كان المشتري نقد الثمن للبائع ثم وهبه للبائع وقبل ذلك البائع ثم أجاز البيع، ليس للبائع أن يأخذ المشتري بثمن آخر والثمن الموهوب^(٥) هو الثمن، وهبته باطله؛ لأنه وهب للبائع ما ملكه البائع؛ لأن البائع مالك لهذا الثمن لا المشتري. وهذا بناء على أن الخيار إذا كان للبائع، فالثمن يزول عن ملك المشتري ويدخل في ملك البائع عندهما.

(١) في م: أعدت.

(٢) في م: فإذا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: ودفعه.

(٥) في م: الموقوف.

بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : مسلم باع [من مسلم] ^(١) عصيراً على أن البائع بالخيار وقبضها المشتري فصارت في يده خمراً، فقد انتقض البيع .
[و] ^(٢) ذكر المسألة في المنتقى، قال: وضمن العصير .
وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - .

وقال ^(٣) الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : وقد قال في موضع آخر: البائع على خياره إن ^(٤) سكت حتى مضت الثلاث لزم البيع المشتري .
ثم [قال] ^(٥) : على ما ذكر بشر: أن البيع ينتقض لو لم يتخاصما ^(٦) حتى صارت خلافاً فاختار ^(٧) البائع إلزام البيع، فله ذلك .

ولا يعتبر رضا المشتري في المشهور من الرواية .
وفي بعض الروايات يعتبر رضا المشتري . هذا هو الكلام في جانب البائع .
وأما الكلام في جانب المشتري فنقول :
إذا كان الخيار [للمشتري] فنفوذ هذا البيع بما ذكرنا من المعاني الثلاثة وبمعنى آخر سواها، [وهو] ^(٨) أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك .

والأصل فيه : أن كل فعل باشر المشتري في المشتري بشرط الخيار له ^(٩) فعلاً يحتاج إليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال، فالاشتغال به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا يسقط خياره .

وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان، أو يحتاج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل [في

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : قال .

(٤) في م : فإن .

(٥) سقط في أ، م .

(٦) في أ، م : يختصما .

(٧) في م : واختار .

(٨) سقط في م .

(٩) من أول قوله: للمشتري فنفوذ، إلى هنا سقط في أ، وكلمة (له) سقط في م .

غير الملك^(١) بحال، فإنه يكون دليل الاختيار؛ وهذا لأنه متى فعل فعلاً يحتاج إليه للامتحان، ويحل في غير^(٢) الملك، بحال حتى جعل دليل الاختيار ويسقط خياره به أول مرة لا يفيد الخيار فائدته^(٣)، لأن فائدة شرط الخيار إمكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان فمتى لزمه البيع بفعل الامتحان أول مرة لا يمكنه الرد متى [لم]^(٤) يوافقه فيفوت فائدة شرط الخيار حينئذ.

ومتى فعل فعلاً لا يحتاج إليه للامتحان وجعل دليل الاختيار وسقط به الخيار، لا يؤدي إلى تفويت فائدة الخيار [فيسقط به الخيار]^(٥).

إذا^(٦) ثبت هذا فنقول: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره؛ لأن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان؛ لأن الجارية تشتري للخدمة [والخدمة]^(٧) لا تصير معلومة للمشتري من غير امتحان، فكان الاستخدام محتاجاً إليه للامتحان، وإنه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاشتغال به دليل الاختيار فبقي على خياره.

بخلاف ما لو وطئها حيث يبطل خياره [لأنه]^(٨) وإن كان الوطاء محتاجاً إليه للامتحان لأنه^(٩) يشتري للوطء، ولا يعلم كونها صالحة للوطء بالنظر إليها وإنما كان كذلك لأن الوطاء تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الإقدام عليه اختياراً للملك حتى لا يقع وطؤه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام؛ لأنه يحل في غير

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، وفي م: الامتحان فيحل في غير.

(٣) في م: فأثبتته.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: هذا إذا.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) في م: لا.

الملك، هذا إذا كان الاستخدام يسيرًا.

وأما إذا كان كثيرًا يخرج عن حد الامتحان والاختبار يكون اختيارًا للملك [فإن استخدمها مرة أخرى فإن كان في النوع الذي استخدمها في المرة الأولى كان اختيارًا للملك]^(١)، وإن كان في نوع آخر، لا يكون اختيارًا للملك؛ لأن الخدمة أنواع فكان الثاني من نوع آخر محتاجًا إليه للامتحان أيضًا، والإكراه على الاستخدام في المرة الأولى اختيار للملك.

فسر محمد - رحمه الله - الاستخدام في كتاب الإجازات فقال: بأن يأمرها بحمل المتاع على السطح، أو بإنزاله^(٢) من السطح، أو بتقديم الفعل بين يديه، أو [يأمرها]^(٣) بأن تغمز رجله بعد ألا يكون عن شهوة أو بأن تطبخ أو تخبز بعد أن يكون ذلك يسيرًا، فإن أمرها بالطبخ والخبز فوق العادة فذلك [يكون]^(٤) رضا، ولو اشترى دابة على أنه بالخيار فركبها لينظر إلى سيرها لا يسقط خياره ولو ركبها مرة أخرى [يسقط خياره؛ [لأن الركوب مرة أخرى]^(٥) غير محتاج إليه للامتحان بخلاف الركوب في المرة الأولى.

ولو سافر عليها سقط خياره]^(٦)؛ لأن السفر عليها غير محتاج إليه للامتحان، وكذلك إذا ركبها لحاجته^(٧) سقط خياره.

وكذلك لو حمل عليها [شيئا، وكذلك لو حمل عليها]^(٨) علفًا لها.

(١) في م: لأن المرة الأخرى في ذلك النوع غير محتاج إليها للامتحان لأن الامتحان حصل بالمرة الأولى.

(٢) في أ: تأثيرًا له.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) من قوله: لأن الركوب... إلى هنا سقط في أ.

(٧) في أ، م: لحاجة.

(٨) سقط في أ.

[و] ^(١) روي عن أبي يوسف وعن محمد -رحمهما الله - : أنه إذا حمل عليها علفًا لها لا يسقط [خياره] ^(٢).

ولو كان له دواب فحمل علف جميع دوابه عليها فذلك رضا.
ولو ركبها ليردها أو ليسقيها أو ليعلفها، لا يكون رضا بها، ولا يسقط خياره استحسانًا [و] ^(٣) كذا ذكر في الأصل.

وبعض مشايخنا قالوا: هذا إذا كان لا يمكنه [الرد والسقي والعلف ^(٤)] ^(٥) إلا بالركوب [وإن كان يمكنه بدون الركوب يبطل] ^(٦)، ويدل على هذا التأويل ما ذكر في السير الكبير في فصل العيب: أن جوالق ^(٧) العلف إذا كان واحدًا فركبها مع الجوالق ^(٨) [لا يكون] ^(٩) رضا بالعيب؛ لأنه لا يمكنه حمل الجوالق الواحد إلا بالركوب.

ولو كان جوالقين فركب ^(١٠) يكون رضا؛ لأنه يمكن حملها بدون الركوب.
ومن مشايخنا من قال: الركوب إذا كان لأجل الرد لا يسقط خياره ^(١١) وإن أمكنه الرد بدون الركوب [بخلاف الركوب] ^(١٢) للسقي والإعلاف.

والقاضي الإمام ركن الدين علي السغدري والشيخ الإمام شمس الأئمة

(١) سقط في أ، م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) في أ: الإعلاف.

(٥) في م: ضبطها.

(٦) في أ: فأن كان لا يمكنه ضبطها إلا بالركوع، وسقط في م.

(٧) في م: جواليق.

(٨) في م: الجوليق.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: فيركب.

(١١) في أ، م: الخيار.

(١٢) سقط في م.

السرخسي - رحمه الله - : على أن الركوب للسقي والإعلاف لا يكون رضا كما ذكر في الأصل؛ لأن الركوب للسقي وحمل العلف من أمور الرد؛ لأنه لو لم يسقها ولم يعلفها تهلك أو تنتقص^(١) فلا يمكنه الرد وربما يكون بالدابة^(٢) جموح لا يقدر على ضبطها إلا بالركوب فكان^(٣) الركوب من أسباب الرد فلا يمنع الرد.

ولو قص^(٤) حوافر الدابة أو أخذ من عرفها، فليس برضا. ولو ودجها أو بزغها فهو رضا، هكذا ذكر في القدوري؛ لأنه نقص وإتلاف جزء منها فيعتبر بإتلاف سائر الأجزاء.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في التوديع بخلاف ما ذكره القدوري - رحمه الله - .

ولو كانت شاة فجز صوفها ذكر في المنتقى أنه يسقط خياره. ولو كانت شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو رضا هكذا ذكر في القدوري؛ لأن اللبن زيادة منفصلة عنها، والزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب عندنا وكذا بخيار الشرط. وفي صلح القدوري رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - : إذا اشترى شاة أو بقرة على أنه بالخيار فاحتلب لبنها فقد انقطع خياره. وذكر البقالي قول محمد - رحمه الله - في هذا كقول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : هو على خياره حتى يشرب اللبن أو يستهلكه. ولو حجم الغلام أو سقاه دواء أو حلق رأسه فهو رضا. وعن أبي يوسف - رحمه الله - في حجامه الغلام: أنه لا يسقط خيار المشتري. وفي المنتقى: والأخذ من الشعر ليس برضا.

(١) في م: تنقص .

(٢) في أ، م: الدابة .

(٣) في م: وكان .

(٤) في أ، م: قبض .

وعن محمد - رحمه الله - : إذا أمر الغلام بجز^(١) رأسه فهذا ليس برضا إلا أن يريد به الدواء، [وكذا الطلي بالنورة إلا أن يريد به الدواء]^(٢)، وكذا غسل الرأس واللحية .

وفي المنتقى: إذا احتجم الغلام بأمر المشتري فهو رضا .
وفي موضع آخر منه: إذا رأى المشتري الخادم يحجم الناس بأجر فسكت فهو رضا، وإن كان يحجم بغير أجر فهذا ليس برضا لأن هذا بمنزلة الخدمة^(٣)، ألا ترى أن المشتري لو قال له: احجمني، [فحجمه]^(٤)، لا يكون [رضا]^(٥).
قال في المنتقى -أيضاً- : وأمر الخادم ليحمل شيئاً [ليس برضا، وليس هذا من الخدمة، وقد مر عن محمد - رحمه الله - مثل هذا .

ولو أمر الجارية بمشط أو دهن أو لبس فهو^(٦) ليس برضا -أيضاً- .
وكذلك إذا علق عتقها بشرط لا يسقط خياره ما لم يعتق بحكم اليمين .
ولو اشترى أرضاً فيها حرث، اشترى الأرض مع الحرث فسقى الأرض أو حصده أو فصل منه شيئاً يسقط خياره؛ لأن السقي للاستنماء، وإنه دليل الاختيار، والقطع ينقص^(٧) المعقود عليه وذلك مانع للرد فيسقط خياره ضرورة .
ولو سقى [من نهرها دوابه]^(٨) أو شرب بنفسه لا يسقط خياره؛ لأنه مباح بدون الملك فلا يكون فعله دليلاً على تقدير^(٩) الملك .

(١) في م: بحف .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: الحلقة .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: ينتقص .

(٨) سقط في م .

(٩) في أ: طريق .

ولو سقى من نهرها أرضاً له أخرى فهو رضا، بخلاف ما إذا سقى منه أجنبي بغير علمه فإنه^(١) لا يسقط خياره .

ولو رعت ماشية المشتري الكلاً يسقط خياره بخلاف ماشية الناس .
وكري^(٢) النهر وكبس البئر يسقط الخيار ولو انهدمت البئر فبناها لم يعد خياره ولو وقعت^(٣) فيها فأرة أو نجاسة سقط خياره .

وروي في الفأرة إذا نزع عشرين دلواً أنه على خياره .
وإذا سقى من البئر زرعه أو دوابه، فهو على ما ذكرنا في النهر .
وإذا باع المشتري على أنه بالخيار، ذكر^(٤) الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه في باب من الخيار قيل: لا يبطل خياره .

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه يبطل، وهو الصحيح، لأن البيع باتاً^(٥) كان أو بشرط الخيار من التصرفات المختصة بالملك وإنه غير محتاج إليه للاختيار فيصير به مختاراً للملك .

ولو عرض المشتري ليقوم لا يبطل خياره، ولو عرضه لبيع يبطل خياره؛ لأن العرض على جهة البيع من التصرفات المختصة بالملك، فإنه لا يعرض على البيع إلا المالك أو نائبه، وإنه غير محتاج إليه للاختيار فيصير به مختاراً كما في البيع .
ولو اشترى ثوباً ولبسه لينظر [إلى]^(٦) مقداره لا يسقط خياره، وإن لبسه ثانياً يسقط خياره؛ لأن اللبس ثانياً غير محتاج إليه للامتحان^(٧)، بخلاف اللبس أول مرة، فإن طال اللبس الأول سقط خياره -أيضاً- وإن لبسه ليتدفأ به بطل خياره .

(١) في م: فإن هناك .

(٢) في أ، م: وكذا .

(٣) في أ، م: وقع .

(٤) في م: وذكر .

(٥) في أ: تاماً .

(٦) سقط في م .

(٧) في أ، م: الاختبار .

ولو اشترى رحي^(١) فطحن فيها المشتري ليعرف مقدار [طحنها لا يبطل خياره؛ لأن الطحن محتاج إليه للامتحان والاختبار.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في شيء من^(٢) الكتب مقدار ذلك: وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله -: أنه إذا طحن بها زيادة [على]^(٣) يوم وليلة يبطل خياره وإن كان دون ذلك [لا يبطل خياره.

وفي]^(٤) البقالي: الطحن بالرحى لا يسقط خيار المشتري إلا أن يطول أو ينقصها.

وذكر الخصاف - رحمه الله -: أن الطحن يومًا أو نحوه لا يسقط [خيار المشتري]^(٥) حتى يجزيه ثم يزيد بعد ما بان له طحنها على قلة الماء وكثرته. وإن كان المشتري بشرط^(٦) الخيار للمشتري دارًا فسكنها المشتري سقط خياره هكذا ذكر المسألة في كتاب البيوع.

وفي القدوري: إذا سكن المشتري الدار أو أسكنها رجلاً بأجر أو بغير أجر أو ردم منها شيئًا أو أحدث فيها بناء أو جصصها أو طينها أو هدم منها شيئًا، فهو إمضاء للبيع.

وذكر في كتاب القسمة: أن [خيار]^(٧) الشرط في القسمة لا يبطل بالسكنى بعد القسمة، ألا ترى أن في كتاب القسمة وضع المسألة فيما إذا دام على السكنى. وفي كتاب البيوع ذكر السكنى مطلقًا، والقدوري - رحمه الله - ذكر السكنى مطلقًا

(١) زاد في م: ماء.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: وحكي عن.

(٥) في م: خياره.

(٦) في م: شرط.

(٧) سقط في م.

[أيضاً]^(١).

فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في كتاب البيوع محمول على ابتداء السكنى . [وما ذكر في كتاب القسمة محمول على ما]^(٢) لو دام على السكنى .
فإن كان المشتري ساكنًا في الدار قبل الشراء بإجارة أو عارية لا يسقط خياره كما ذكر في القسمة .

ومنهم من قال: خيار الشرط في المبيع^(٣) يسقط بالسكنى في الحالين كما أطلق محمد - رحمه الله - في كتاب البيوع، وفي القسمة لا يبطل خيار الشرط في الحالين غير أن محمدًا - رحمه الله - وضع المسألة^(٤) في الدوام على السكنى اتفاقًا، وإذا كان في الدار ساكن بأجر فباعها البائع برضاه، وشرط الخيار للمشتري فتركه المشتري [فيها أو استأدى]^(٥) الغلة فقد سقط خياره؛ لأنه أخذ عوض المنافع، وإنما يجب عوض المنافع [لمن كان]^(٦) ملك المنافع له . والمنافع إنما تملك بملك الأصل فكان أخذ عوض المنافع دليلًا على تقرير ملك الأصل .

وسئل أبو بكر - رحمه الله - عن من اشترى كتابًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام [ثم إنه انتسخ منه لنفسه لا يبطل خياره، ألا ترى أن من انتسخ من كتاب مبسوط ولم يرفعه لا يصير غاصبًا وإن قلب]^(٧) أوراقه قبل أو درس منه ولم يكتب قال: يبطل خياره؛ لأن شراء الكتاب للدراسة يكون للانتساخ وكذلك لو انتسخ لغيره لا يبطل خياره أيضًا .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : لو قيل: يبطل الخيار بالانتساخ دون

(١) سقط في أ .

(٢) بدل ما بين المعقوفين في أ: ما، وفي م: أما .

(٣) في أ: البيع .

(٤) زاد في أ: في القسمة .

(٥) في أ، م: فاستأدى .

(٦) في م: كان لمن .

(٧) بدل ما بين المعقوفين في م: إن انتسخ .

الدراسة كان متوجهاً^(١)، لأن في الدراسة كان امتحاناً لينظر إلى صحته فصار كالاستخدام للعبد وفي الكتابة [منه تبطل الخيار لأنه]^(٢) استعمال.

قال الفقيه [أبو الليث]^(٣) - رحمه الله - : وبه نأخذ.

وإذا بيعت دار بجنب الدار المشتراة بشرط الخيار للمشتري فأخذها المشتري بالشفعة فقد سقط خياره.

وإذا كان [الخيار للمشتري فأبرأه البائع عن الثمن لم يصح الإبراء في قول أبي يوسف - رحمه الله -، وروى عن محمد - رحمه الله - أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء فوجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن هذا]^(٤) إبراء عن دين غير واجب ولا^(٥) يصح كما قبل العقد.

وجه قول محمد - رحمه الله - : أن المشتري لما أجاز البيع استند وجوب الثمن إلى أصل العقد فكان^(٦) هذا إبراء عن دين واجب.

وإذا كان الخيار للمشتري فقال المشتري للبائع: إن لم أرد لها إليك اليوم فقد رضيتها، فهذا القول باطل، وله أن يردها بخيار الشرط.

وكذلك إذا قال: إن لم أفعل كذا [اليوم]^(٧) فقد أبطلت خيارى [ولو لم يقل: كذا، ولكن قال: أبطلت خيارى غداً وإذا جاء غد فقد أبطلت خيارى]^(٨) فهذا جائز. قال: لأن هذا وقت كائن لا محالة.

ولو قال بعد ما اشترى وشرط الخيار لنفسه شهراً: إن لم أتك بالثمن فيما بيني

(١) في م: ليتوجه.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فلا.

(٦) في م: وكان.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في أ.

وبين ثلاث فلا بيع بيني وبينك، فهو على ما قال، كان ذلك .
قال في أصل العقد، وكذلك إذا قال: إن لم آتك بالثمن إلى ثلاث فقد نقضت
البيع فيه .

وإذا كان الخيار للمشتري فولدت الجارية في يده أو أثمرت النخلة أو باضت
الدجاجة فقد سقط خياره؛ لأن فائدة الخيار الرد وقد تعذر الرد؛ لأنه لا وجه إلى رد
الأصل بدون الزيادة لأن الزيادة تبقى مبيعًا في يده بلا ثمن، ولا وجه إلى رد الأصل
مع الزيادة لأن العقد لم يرد عليها فكيف يرد الفسخ عليها .

وفي البقالي: ولا يسقط الخيار بالولد الميت والبيضة الفاسدة .
وفي المنتقى: إذا ولدت في يد المشتري ولدا ميتا إن لم تنقصها الولادة فهو على
خياره، وإن كانت الزيادة في [المبيع متصله متولدة من الأصل]^(١) كالسمن وما
أشبهه، سقط الخيار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -، وفي قول
محمد: لا يسقط .

ولو كان المشتري بشرط الخيار جارية فلمسها المشتري [بشهوة]^(٢) أو قبلها
بشهوة، سقط خياره، بخلاف ما إذا لمسها بغير شهوة؛ لأن اللمس بشهوة تصرف
يختص بالملك بخلاف اللمس بغير شهوة .

[و]^(٣) لأن اللمس بشهوة جماع حكمًا حتى يثبت [به]^(٤) حرمة المصاهرة، فيعتبر
بالجماع حقيقة، والجماع حقيقة يسقط الخيار، وكذا الجماع حكمًا .
وأما^(٥) اللمس بغير شهوة ليس بجماع حكمًا، وأنه فعل يحتاج إليه للامتحان فلا
يسقط الخيار .

(١) في أ: كتاب المبيع، وفي م: ذات المبيع .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ، م .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: فأما .

والنظر إلى فرجها بشهوة نظير اللبس بشهوة؛ لأنه جماع حكماً حتى تثبت به حرمة المصاهرة، بخلاف النظر إلى ما سوى الفرج من أعضائها بشهوة لأنه ليس بجماع أصلاً.

وإذا دعاها إلى فراشه، لا يبطل خياره، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - لأنه لعل إنما دعاها للاختبار ليعلم أنها تجيبه [أو لا؟] ^(١).

وإن كانت الجارية [تحتة] ^(٢) قد نظرت إلى فرج المشتري بشهوة، أو لمستته بشهوة أو قبلته بشهوة وأقر المشتري أنها فعلت [ذلك] ^(٣) بشهوة أجمعوا على أنه [إن] ^(٤) كان [ذلك] ^(٥) بتمكين المشتري بأن علم المشتري [ذلك منها] ^(٦) فتركها حتى فعلت، أنه يسقط خياره [لأن فعل الجارية بتمكين المشتري؛ ثم قالوا: كما لو] ^(٧) ^(٨) فعل المشتري ذلك بنفسه، ولو أن المشتري فعل [ذلك] ^(٩) بنفسه يسقط خياره فكذا هذا.

فأما إذا فعلت ذلك لا بتمكين من المشتري فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : يسقط خياره، وعلى قول محمد - رحمه الله - : لا يسقط.

وإن ^(١٠) وجدت المشتري نائماً فأدخلت فرجه فرجها يسقط خياره بالإجماع. وإن كان الخيار للمشتري والسلعة مقبوضة فحدث بها عيب لا يرتفع، لزم العقد وبطل الخيار، سواء كان بفعل البائع أو بغير فعله.

(١) في م: أو لا تجيبه.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في م: منها ذلك.

(٧) في أ: ثم قوله.

(٨) في م: لا فعل المشتري ثم قوله.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: فإن.

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : لا يلزم بجناية البائع ، لأن فيه تسليط البائع على إلزام العقد ، وبه يفوت فائدة الخيار للمشتري [لأن فائدة الخيار للمشتري]^(١) أن يتمكن المشتري من الفسخ شاء البائع أو^(٢) أبي رضي أم سخط .
ولهما : أن العقد قد لزم في القدر الذي تلف بالتعييب في ضمان المشتري وتقرر عليه حصته من الثمن ، فلو جاز رد الباقي كان^(٣) ذلك تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وذلك لا يجوز ، وإذا تعذر الرد لهذا المعنى لزم العقد ضرورة [و]^(٤) بهذا الطريق لزم العقد في فعل الأجنبي [لا أن يكون الأجنبي]^(٥) مُسلطاً على إلزام العقد وإذا لزم عندهما رجوع المشتري على البائع بالأرش ، لأن البيع قد تم بأول جزء من النقص فصار البائع جانباً على ملك المشتري في يد المشتري فيضمن الأرش .

وفي نوادر هشام ، قال : قلت لمحمد - رحمه الله - : رجل اشترى من رجل شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فجاء إلى باب البائع في الثلاث ليرده فاخفى منه البائع ، فأشهد المشتري ناساً أنه قد رد البيع بخياره ، ثم ظهر البائع بعد الثلاث ، فأخبرني أن أبا حنيفة - رحمه الله - قال : رده باطل إلا أن يجتمعا جميعاً .

قال هشام : وهو قول محمد - رحمه الله - ، وهي المسألة المعروفة : أن المشروط له الخيار في البيع لا يملك الفسخ إلا بحضوره صاحبه عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ومحمد - رحمه الله - ومعناه : إلا بعلمه .

وتأويل ما ذكر هشام - رحمه الله - : إن لم يعلم البائع بفسخ المشتري .

(١) سقط في م .

(٢) في م : و .

(٣) زاد في م : في .

(٤) سقط في أ ، م .

(٥) سقط في أ .

قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - : كيف يصنع المشتري، قال: إن أراد أن يستوثق ينبغي له أن [يأخذ من البائع]^(١) كفيلاً ممن يحب المشتري ويرضاه إن رد البيع ونقضه بخياره فرده يكون عليه جائزاً.

ولو اشترى على أن البائع إن غاب عنه^(٢) ففسخه عليه جائز، فالبائع فاسد في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن هذا شرط فاسد عندهما؛ لأنهما لا يريان الفسخ عند غيبة الآخر.

وعند^(٣) أبي يوسف - رحمه الله - : [يرى الفسخ عند غيبة الآخر. ولو]^(٤) اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم قال المشتري: إن شئت أخذه^(٥)، أو قال: رضيت أخذه، أو قال: أجزت شراؤه، لزمه ذلك. ولو قال: [هويت]^(٦) أخذه، أو أحببت أخذه، أو قال: أعجبني ذلك، أو قال: وافقني، لم يلزمه.

رجل اشترى من آخر جارية على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام ثم إن المشتري قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها، ثم أراد أن يردّها، وقال: لم يكن ذلك بشهوة، فالقول قوله مع يمينه هكذا روي عن محمد - رحمه الله - في المنتقى. ثم قال: ألا ترى أن رجلاً لو قبل امرأته أو لمسها أو نظر إلى فرجها ثم قال: لم يكن عن شهوة، كان القول قوله، كذا ها هنا.

ولو كان مباشرة ثم قال: كان ذلك مني بغير شهوة، لم يقبل قوله. وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يقول في القبلّة: يُفتى بحرمة المصاهرة ما لم

(١) في أ، م: يقول للبائع حتى يقيم له.
 (٢) في أ: غيبة.
 (٣) في أ، م: وعن.
 (٤) سقط في أ، م.
 (٥) في أ، م: خذه.
 (٦) سقط في م.

يتبين أنه [فعل]^(١) من غير شهوة، وفي المس^(٢) والنظر إلى فرجها كان [يقول]^(٣):
لا يفتى بحرمة المصاهرة ما لم يتبين^(٤) أنه فعل عن شهوة.

فعلى قياس ما قاله الصدر الشهيد ثمة^(٥) يجب أن يُقال في مسألة المشتري^(٦): إذا
قبلها ثم قال: لم يكن عن شهوة، ألا يُقبل قوله ويسقط^(٧) خياره.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : في رجل اشترى بئراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام
فغار ماؤها، قال: إن اختصما على تلك الحالة لم يكن له ردها، وإن لم يختصما
حتى عاد الماء^(٨) كان على خياره.

وإذا اشترى الرجل نهراً أو بئراً وهو بالخيار ثلاثة أيام ف وقعت في البئر شاة فماتت
أو وقعت فيها عذرة أو شيء مما يتنجس الماء به لم يكن له ردها قبل النزع،
ويلزمه^(٩) لأجل ذلك مؤنة [النزع]^(١٠)، فكان هذا عيباً حدث عند المشتري.
وهذا مما يسقط [خياره]^(١١).

وأما^(١٢) إذا نزع^(١٣) في مدة الخيار حتى طهر هل له أن يرد على البائع؟
ولم يذكر محمد - رحمه الله - هذا في الكتاب، واختلف المشايخ - رحمهم
الله - فقال بعضهم: له حق الرد؛ لأن العيب زال في مدة الخيار على وجه لم يبق له

-
- (١) سقط في م .
 - (٢) في م: اللمس .
 - (٣) سقط في م .
 - (٤) في م: يبين .
 - (٥) في م: ثم .
 - (٦) في م: الشراء .
 - (٧) في م: لا يسقط .
 - (٨) زاد في م: كما .
 - (٩) في م: ويلزم .
 - (١٠) سقط في م .
 - (١١) سقط في م .
 - (١٢) في أ، م: فأما .
 - (١٣) في م: نزع .

أثر فيكون المشتري على خياره قياسًا، كما^(١) لو حم العبد في مدة الخيار في يد المشتري ثم انقطع [عنه]^(٢) الحمى في مدة الثلاث، كان المشتري على خياره كذا هذا.

وحكى^(٣) الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن أستاذه أبي بكر البلخي - رحمه الله -: [أنه]^(٤) لا يكون له الرد -أيضًا- بعد النزع^(٥)؛ لأنه بقي بعد النزع نوع عيب فإنه [و]^(٦) إن طهر عندنا لا يطهر عند بعض العلماء بل يطهرها عند بعضهم فلا يطهر بالنزع^(٧).

وإن كان للعلماء اختلاف في طهارته ونجاسته [هل يعده الناس عيبًا بهذا]^(٨) الاشتباه فيكون بمنزلة العيب فلا يكون له الرد، ألا ترى أن قبل وقوع النجاسة في البئر كان الماء طاهرًا بلا اشتباه بالاتفاق، [وبالنزع]^(٩) بقي نوع اشتباه، بخلاف الحمى إذا انقطعت^(١٠)؛ لأنه زال من كل وجه، والله أعلم.



-
- (١) في م: على ما.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) زاد في أ: عن.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في أ: النزوح.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في أ: بالنزوح.
 - (٨) في أ، م: يقبل فيه رعاية الناس بسبب هذا.
 - (٩) في أ: وهذا النزوح، وفي م: وهذا النزع.
 - (١٠) في م: انقطع.

نوع آخر: [في اختلاف المتبايعين في اشتراط الخيار]^(١):

هشام قال: سمعت^(٢) أبا يوسف - رحمه الله - يقول^(٣): قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : رجل ادعى أنه باع هذا العبد من هذا أمس بألف درهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام ووجد المشتري الخيار، فالقول قول البائع، وهو المدعي بالخيار [عند أبي حنيفة - رحمه الله-]^(٤)، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : القول قول المشتري.

وكذلك إذا^(٥) كان المشتري هو الذي ادعى الشراء بشرط الخيار ووجد البائع الخيار، فالقول قول المشتري وهو المدعي [للخيار]^(٦) عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : القول قول البائع .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أن القول قول من يدعي الخيار .

وفي البقالي: عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن القول قول من ينفي الخيار .

وفيه أيضاً: القول قول من يدعي الخيار عند محمد .

قال البقالي - رحمه الله - : وأطلق في الأصل أن القول قول من ينفيه .

وكذا في المجرد .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا ادعى أحدهما الخيار لبيع قد مضى لم

أصدقه إلا ببينة، فإذا^(٧) ادعى أحدهما الخيار لبيع ابتاعه من ساعته ووصل دعواه

بالخيار فإنني أقبل ذلك من أيهما ادعاه .

(١) سقط في أ، م .

(٢) في م: سألت .

(٣) في م: قال .

(٤) سقط في م .

(٥) في م: إن .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: فإن .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن قال لامرأته: طلقتك أمس إن شئت .
وقالت المرأة: طلقنتي^(١) ألبتة، فالقول قول الزوج .
ولو قال: بعتك أمس إن شئت، وقال المشتري: اشتريته ألبتة، فالقول قول
المشتري .
وإنما افترقا؛ لأن [في]^(٢) قوله: بعتك أمس، أنك قبلته، وليس ذلك في
الطلاق .
وفي المجرد: إذا اختلفا في مقدار الخيار، فالقول قول من يدعي الأقل .
وإذا اتفقا على مقداره واختلفا في المضي، فالقول قول من أنكر المضي، والله
أعلم .



(١) في أ: طلقنتي .

(٢) سقط في م .

نوع آخر: في شرط الخيار في بعض المبيع:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: إذا اشترى الرجل شيئين بأن اشترى ثوبين أو عباين على أنه بالخيار [ثلاثة أيام]^(١) في أحدهما، يأخذ أيهما شاء بعشرة مثلاً ويرد [الباقى]^(٢)، فهو جائز في الثوبين، [وكذلك في الثلاثة]^(٣) استحساناً، [والقياس ألا يجوز].

فلا يجوز فيما زاد على الثلاثة قياساً واستحساناً^(٤).

وقد اختلف ألفاظ النسخ في هذه المسألة وقع في بعضها:

اشترى ثوبين^(٥) على أنه بالخيار [على أن]^(٦) يأخذ أيهما شاء بعشرة.

[وفي بعض النسخ: اشترى أحد الثوبين]^(٧).

وإنما جاز هذا العقد استحساناً مع كون المبيع مجهولاً؛ لأنه بمعنى ما جاءت به السنة وهو شرط الخيار ثلاثة أيام لمساس الحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، أما الحاجة فلأن الإنسان قد يشتري [الشيء]^(٨) لعياله ولا يعجبه أن يحمل معه عياله إلى السوق، ولا يرضى البائع بالتسليم إليه^(٩) ليحمله إلى عياله من غير عقد، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة لاختيار الأرفق [والأوفق]^(١٠) بمحضر من عياله والجهالة هنا غير مفضية إلى المنازعة؛ لأن التعيين إلى من له الخيار.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: شيئين.

(٦) سقط في م.

(٧) ما بين المعقوفين سقط في أ، وفي م: مثلاً.

(٨) في م: عسى.

(٩) زاد في أ: عسى، وفي م: ثم.

(١٠) سقط في أ.

بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه؛ لأن الجهالة هناك تُفضي إلى المنازعة. وبخلاف ما إذا لم يسم لكل ثوب ثمنًا لأن هناك ثمن ما يتناوله^(١) العقد مجهول وإنما اقتصر الجواب على الأثواب الثلاثة؛ لأن فيما زاد على الثلاث إنما انعدمت المنازعة ولم توجد الحاجة لاندفاعها بالثلاثة؛ لاقتصار صفات الأثواب على الجودة والوساطة والرداءة، وهذه الرخصة كانت قائمة بوصفين فلم تعم بأحدهما ويجوز هذا البيع إذا كان فيه شرط الخيار مع خيار التعيين.

وهل يجوز بدون شرط الخيار؟ فيه كلام على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ثم هذا البيع يجوز مع هذا الخيار ثلاثة أيام بلا خلاف.

وهل يجوز مع هذا الخيار أربعة أيام؟ لا شك أن على قولهما يجوز كما في العين الواحد.

وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فقد اختلف المشايخ فيه:

كان الكرخي - رحمه الله - يقول: لا يجوز؛ لأن هذا الخيار على قول الكرخي - رحمه الله - مُلحق بخيار الشرط لما نبين إن شاء الله تعالى.

وخيار الشرط إذا كان أربعة أيام يوجب فساد البيع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فكذا^(٢) هذا الخيار.

وكان ابن شجاع - رحمه الله - يقول: يجوز؛ لأن هذا الخيار على قول ابن شجاع غير مُلحق بخيار الشرط.

فأما إذا ذكر الخيار مُطلقاً ولم يوقته، كان الكرخي - رحمه الله - يقول: لا يجوز [هذا]^(٣) البيع، وإليه أشار في الجامع الصغير، وفي المأذون، فإنه وضع المسألة في الخيار المؤقت.

(١) في أ: يتناوله.

(٢) في م: وكذلك.

(٣) سقط في م.

وفائدة ذكر التوقيت أنه لا يجوز بدونه وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي، وفخر الإسلام علي البزدوي -رحمهم الله - .
وكان ابن شجاع يقول: يجوز، وإليه أشار في الجامع الكبير وفي بيوع الأصل، وإليه مال بعض المشايخ.

وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان.

وجه ما ذكره الكرخي: أن هذا الخيار لا يثبت إلا بالشرط؛ فلا يجوز إلا مؤقتًا [قياسًا على خيار الشرط في غير واحد.

ولهذا ذكره مؤقتًا]^(١) في بعض الكتب، وما ذكره مطلقًا في بعض الكتب فهو محمول على المؤقت.

وجه ما ذهب إليه ابن شجاع أن هذا الخيار ليس بخيار الشرط بل هو خيار تمييز ملك من له الخيار عن ملك [غيره]^(٢) ابتداء وانتهاء؛ لأنه فسر قوله: (على أنه بالخيار) بقول أحدهما: شئت وارد الآخر وإبداء الحكم للتفسير لا لأول الكلام، وخيار تمييز الملك لا يتوقت حتى لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط.

ولهذا ذكر محمد - رحمه الله - هذا الخيار في^(٣) بعض الكتب مطلقًا.

وإنما ذكر في بعض الكتب مؤقتًا لبيان أن العقد جائز، مع التوقيت^(٤) في الخيار كما هو جائز مع التأييد، لا لبيان أن التوقيت شرط للجواز^(٥).

وأما قول الكرخي: إنه لا يثبت [إلا]^(٦) بالشرط.

قلنا: إنما يتعلق ثبوته بالشرط قطعًا للمنازعة لأنه متى لم يشترط هذا الخيار

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: إلى.

(٤) في م: المؤقت.

(٥) في م: جائز.

(٦) سقط في م.

لأحدهما يثبت خيار التعيين^(١) لهما جميعًا بحكم الملك فلا ينفذ تعيين أحدهما على

(١) اختلف الفقهاء في مشروعية خيار التعيين للمشتري عند تعدد المبيع على قولين: أحدهما: ثبوت خيار التعيين للمشتري عند تعدد المبيع، وبهذا قال جمهور الحنفية، والمالكية، وحكاه ابن مفلح عن أبي الوفاء بن عقيل من فقهاء الحنابلة، وهو ظاهر كلام الشريف، وأبي الخطاب، ومثلوا له بنحو: بيع شاة مبهمة في شياه؛ إن تساوت القيمة. وحكاه المتولي من الشافعية عن قول في القديم عندهم، إلا أن النووي حكم بشذوذ هذا القول ورده.

والقول الثاني: عدم مشروعية خيار التعيين؛ وبهذا قال زفر من الحنفية، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

وهذان القولان مبنيان على اختلاف الفقهاء في جواز بيع واحد من شيئين، أو ثلاثة، أو أكثر، واختلافهم في بيع عدة أشياء مع استثناء أحدها، أو بعضها:

فذهب أبو حنيفة، وصاحبه إلى جواز العقد على واحد من أشياء؛ بشرط ألا تزيد هذه الأشياء على ثلاثة، وأن ينص في العقد على خيار التعيين، وأن يكون التخيير بين القيميات، لا المثليات، وأن تكون الأشياء التي يقع عليها التخيير معلومة العوض.

وذهب المالكية أيضًا إلى جواز بيع واحد من أشياء؛ بشرط أن تكون هذه الأشياء متحدة الجنس والصفة، وأن ينص على خيار التعيين في العقد؛ وأن يتحد ثمن هذه الأشياء. ويلاحظ أن المالكية يتفقون مع الحنفية في اشتراط النص على خيار التعيين في العقد؛ حتى يجوز بيع واحد من شيئين أو أكثر، ويخالفونهم في عدم الاقتصار على ثلاثة أشياء فقط، بل أجازوا أن يكون التخيير واقعا بين أكثر من ثلاثة أشياء.

وذهب الشافعية، والحنابلة في المعتمد عندهم إلى عدم صحة مثل هذا البيع، ووافقهم زفر من الحنفية، وهو مذهب الظاهرية؛ إلا أن المتولي من الشافعية حكى قولاً عن القديم يوافق مذهب الحنفية، وقد رد النووي هذا القول، وكذلك حكى عن أبي الوفاء من الحنابلة قول موافق للحنفية، وحكى عن أبي الخطاب والشريف أبي جعفر وجه قريب من مذهب المالكية، هذا بالنسبة لبيع واحد من عدة أشياء. أما بالنسبة لبيع عدة أشياء مع استثناء أحدها أو بعضها، فإن الأمر فيه لا يختلف عن سابقه عند كل من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وزفر من الحنفية؛ حيث أجازها المالكية بالشروط نفسها التي اشترطوها لجواز بيع واحد من عدة أشياء، ومنعه الباكون.

أما الحنفية، فقد اختلف مذهبهم في المسألتين: حيث أجازوا بيع واحد من عدة أشياء بالشروط المذكورة آنفاً، بينما منعوا بيع عدة أشياء مع استثناء أحدها، أو بعضها، موافقين في ذلك كلاً من الشافعية، والحنابلة، والظاهرية.

واختلف الفقهاء في مشروعية خيار التعيين للبائع على قولين:

أحدهما: لا يثبت خيار التعيين للبائع، وبهذا قال الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، ومن وافقهم على عدم ثبوت خيار التعيين للمشتري؛ فكان عدم ثبوته للبائع من باب أولى. وكذلك قال بعدم مشروعية خيار التعيين للبائع: المالكية، وجمهور الحنفية، وهم قائلون بمشروعيته للبائع فيما سبق، فثبت بذلك أنه يكاد أن يكون الأئمة جميعاً متفقين

على عدم ثبوت خيار التعيين للبائع، ولم يقدح في هذا الإجماع منهم إلا ما نقل عن بعض الحنفية من القول بمشروعيته.

القول الثاني: إن خيار التعيين يثبت للبائع، وبه قال الكرخي من الحنفية، وهو محكي في البحر أيضاً. واختلف الفقهاء في مشروعية خيار التعيين عند تعدد الثمن على قولين: القول الأول: إن بيع السلعة الواحدة بثمنين مختلفين، كأن يبيعه سلعة بدينار حال، أو عشرة مؤجلة، بيع فاسد، لا يصح، ومن ثم لا مجال لثبوت الخيار فيه. وبفساد هذا البيع قال الحنفية، والشافعية، والحنابلة في المعتمد عندهم، والظاهرية.

القول الثاني: إن هذا البيع صحيح، بشرط أن يقع البيع على الخيار لهما. وهو مذهب المالكية، ووجه عند الحنابلة. ويشترط في الأرجح توقيت هذا الخيار بمدة معينة، إن لم يتضمن خيار الشرط، على القول بصحة وروده بدونه، أما إن تضمن خيار الشرط فمدة الخيار صالحة لهما، وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضي المدة، دفعا للضرر عن الآخر إذا ماطل من له الخيار في التعيين. قال ابن قاضي سماوة: (وخيار التعيين لم يجز إلا مؤقتا بثلاثة أيام، إلا أن يكون مع ذلك خيار الشرط). ينظر: المبسوط (٥٥/١٣)، بدائع الصنائع (١٥٧/٥)، شرح فتح القدير (١٣١/٥)، مجمع الأنهر (٣١/٣)، تبيين الحقائق (٢١/٤، ٢٢)، حاشية ابن عابدين (٥٨/٤)، شرح الدردير على مختصر خليل (١٠٧/٣)، جامع الفصولين (٢٤٥/١)، حاشية الدسوقي على مختصر خليل (١٠٥/٣، ١٠٦)، مواهب الجليل (٤٢٣/٤)، الشرح الكبير (٥٨/٣)، الذخيرة (٤٧/٥)، المهذب (٣٥٠/١)، نهاية المحتاج (٤٠٨/٣)، حاشية الشيراملسي مع نهاية المحتاج (٤٠٨/٣)، مغني المحتاج (١٦/٢)، شرح المنهاج لابن حجر (٢٣/٤)، روضة الطالبين (٢٣/٣)، المجموع شرح المهذب (٩/٣١٢)، كشاف القناع (١٦٧/٣)، الفروع وتصحيح الفروع (٢٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٤٨/٢)، الإنصاف (٣٠٢/٤)، المحلى (٤٢٦/٨، ٤٢٧).

وذكر ملا خسرو من الحنفية أن خيار التعيين يمنع ابتداء حكم العقد، وهو انتقال الملك نظير خيار الشرط، ولكن الشرنبلالي لم يسلم له ذلك في الحاشية عليه، وعلل تلك المخالفة بقوله: أحد ما فيه التعيين غير ممنوع الحكم، غايته أنه مخير في بيان ذلك، بناء على القول بأنه لا يشترط في العقد خيار الشرط، كما في الجامع الكبير، وصححه فخر الإسلام. وهذا واضح؛ لأن خيار التعيين لا أثر له على لزوم العقد ما دام عاريا عن خيار الشرط؛ لأنه حق اختيار، وليس تعليقا لحكم العقد. فخيار التعيين يجعل ثبوت الملك بالعقد متعلقا بأحد الأشياء التي هي محل الخيار دون تخصيص بأحدها، ولا مجاوزة إلى غيرها، ولذلك لو قبض الأشياء المختار منها كان أحدها مبيعا مضمونا، والباقي أمانة في يده. وذكر المالكية في شأن الإلزام بالاختيار، والضمان ما يلي: إذا مضت مدة الاختيار ولم يختار - وكان له اختيار التعيين مجردا عن خيار الشرط - يلزمه النصف من كل من الثوبين - مثلا -؛ لأن ثوبا قد لزمه، ولا يعلم ما هو منهما، فوجب أن يكون فيهما شريكا.

صاحبه قبل اشتراط الخيار له وكان^(١) مُحتاجًا إليه لهذا لا لأنه خيار الشرط .
ثم إذا جاز البيع على الوجه الذي قلنا فقبضهما المشتري، فأحدهما معقود عليه
مضمون على المشتري بالثمن والآخر ملك البائع أمانة في يد المشتري؛ لأن الداخل
تحت العقد أحدهما لا كلاهما، والذي لم يدخل تحت العقد حصل قبضه بإذن
المالك لا على سوم الشراء ولا على جهة الوثيقة فيكون أمانة في يده كالوديعة
[فيرده]^(٢).

فإذا هلك أحدهما أو تعيب^(٣) وقد عجز عن رده بحكم الخيار لفوات الشرط وهو
الرد على الوجه الذي قبض تعين هو مبيعًا حين تعيب أو أشرف على الهلاك ويتعين
الآخر أمانة فيرد الآخر.

[وهذا]^(٤) بخلاف ما لو اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام
فهلك أحدهما عنده، فإنه لا يرد الباقي؛ لأن العقد يتناولهما، ولهذا ملك إتمام
العقد فيهما، فلو رد الباقي منهما بعد هلاك أحدهما كان^(٥) فيه تفريق الصفقة [على

ومثل ذلك: ما إذا ادعى ضياعهما، أو ضياع أحدهما، يلزمه النصف من كل من الثوبين
سواء أكان الثوبان آتئذ بيد البائع، أو المشتري، وسواء أكان المبيع مما يغاب عليه، أم لا،
وسواء أقامت بينة على الضياع، أم لا؛ لأن البيع على اللزوم، وقد قبض الشئيين على وجه
الإلزام، أي: إلزام أن له واحدا من الاثنين من حين القبض. ولزوم النصف من كل من
الثوبين إنما هو بكل الثمن الذي وقع البيع به.

فالمالكية في حال مرور مدة التعيين والامتناع عنه لا يرون إجباره على التعيين، بل
يطبقون مقتضى شرط التعيين، وإرادته تملك نصف محل العقد، أو ثلثه.

ينظر: حاشية الشرنبلالي مع درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامر بن علي
الشهير (بملا خسرو)، دار إحياء الكتب العربية (١٥١/٢)، بدائع الصنائع (٢٦١/٥)، فتح
القدر (١٣٢/٥)، المقدمات (٥٦٥/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٠٦/٣)،
(١٠٧)، حاشية الخرشبي (٣٥/٤).

(١) زاد في م: الشرط.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: أحدهما.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فإن.

البائع^(١) قبل التمام، وذلك لا يجوز.

أما هاهنا العقد تناول أحدهما، ولهذا لا يملك إتمام العقد فيهما، فبعدهما هلك أحدهما [إن تعيب لو]^(٢) رد [الباقى]^(٣) لا يكون فيه تفريق الصفقة قبل التمام. وكذلك إذا تصرف في أحدهما تصرفاً يبطل الخيار لزمه ثمنه، وتعين هو مبيعاً لأنه دليل الاختيار [والاختيار]^(٤) بالدلالة كالاختيار بالصریح.

ولو تصرف المشتري فيهما أو حدث العيب بهما وهما حيان، فهو على خياره؛ لأن المبيع أحدهما وليس أحدهما بتعين البيع فيه بأولى^(٥) من الآخر فكان على خياره فيرد الذي لم يختر^(٦) وليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب^(٧).

[والفرق: وهو أن العقد هاهنا قد لزمه في المبيع منهما بالتعيب.

وسقط خيار الشرط فيه فلا يتمكن من ردهما بخلاف ما قبل التعيب]^(٨)؛ لأن العقد هناك لم يلزمه في المبيع منهما وبقي خيار الشرط فكان له أن يردهما أما هاهنا بخلافه.

وإذا رد الذي لم يختر في مسألتنا، لا يلزمه أرش النقصان استحساناً والقياس أن يرد معه نصف أرش النقصان^(٩).

ولو ماتا معاً لزمه نصف ثمن كل واحد منهما.

وجه القياس: أن بحدوث العيب فيهما هلك جزء منهما، والجزء مُعتبر بالكل،

(١) سقط في أ، م.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في أ، م: أو.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ، م: أولى.

(٦) في أ، م: يجز.

(٧) في م: التعيب.

(٨) زاد في م: نصف.

(٩) في م: نقصان.

ولو [هلكا معاً شاعاً]^(١) [بين]^(٢) الأمانة والضمان فيهما وكذلك إذا هلك جزء منهما.

وجه الاستحسان: وهو [أن]^(٣) خيار التعيين لم يسقط بحدوث العيب بهما لأن المعيب محل لابتداء البيع [فيه]^(٤) فيكون محلاً للتعين^(٥).

وإذا بقي خيار التعيين صح تعيينه فتعين الذي تعين^(٦) للبيع فيه.

ومن ضرورة تعيينه للبيع يتعين الآخر للأمانة، وتعييب الأمانة في يد الأمين لا يوجب عليه [شيئاً من الضمان]^(٧).

بخلاف ما إذا ماتا [معاً]^(٨) لأنه سقط خيار التعيين بموتهما^(٩).

ولأن الهالك ليس محلاً لابتداء البيع فيه فلا يكون محلاً للتعين.

وإذا سقط خيار التعيين استحكمت الجهالة فكان طريق^(١٠) رفعها التوزيع

والشروع.

(١) في أ: هلك معاً شاع.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في أ، م: للبيان.

(٦) في أ: يعينه.

(٧) في أ، م: ضمنا.

(٨) سقط في م.

(٩) خيار التعيين ينتقل بالموت إلى وارث صاحب الخيار، فيقوم مقامه في تعيين ما يختاره من محل الخيار، والعلة في ذلك: أن لمورثه مالاً ثابتاً ضمن الأشياء التي هي محل الخيار، فوجب على الوارث أن يعين ما يختاره، ويرد ما ليس له إلى مالكة. ويكون أداء الثمن من التركة إن لم يكن قد أدى حال الحياة، ذلك أنه انتقل إليه ملك المورث ولم يكن متميزاً؛ بل مختلطاً بملك غيره، وهو البائع مثلاً، فثبت له الخيار لتعيين ملكه، وإفرازه عن ملك غيره. ينظر: جامع الفصولين (١/٢٤٥)، الفتاوى الهندية (٣/٥٥)، بدائع الصنائع (٥/٢٦٢).

(١٠) في م: فكان طريق.

ولهذا لزمه^(١) نصف ثمن كل واحد منهما بخلاف ما نحن فيه .

ثم هل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط [مع]^(٢) خيار التعيين؟
اختلف المشايخ فيه ، منهم من قال : لا يشترط وهو المذكور في الأصل والجامع
[الكبير]^(٣) فإنه ذكر هذه المسألة في الأصل والجامع [الكبير]^(٤) ولم يذكر [فيها]^(٥)
خيار الشرط ، وهذا القائل يقول : إذا لم يذكر خيار الشرط يلزمه العقد في أحدهما
ولا يردهما وإذا ذكر لا يلزم العقد في أحدهما وله أن يردهما .
[ومنهم من قال : يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين
وهو المذكور في الجامع الصغير]^(٦) .

وذكر الكرخي - رحمه الله - هذه المسألة في كتابه ولم يذكر فيها خيار الشرط ؛
لأن هذا الخيار عنده في معنى خيار الشرط ولهذا شرط التأقيت فيه^(٧) إذا حصل البيع
بشرط الخيار للمشتري .

وإن حصل البيع بشرط الخيار للبائع ، بأن قال البائع : بعثك أحد هذين الثوبين
على أي بالخيار أعين البيع في أحدهما دون الآخر .
لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة لا في بيوع الأصل ولا في الجامع
الصغير .

وذكر الكرخي - رحمه الله - في مختصره : أنه يجوز استحساناً [لا قياساً]^(٨) .

(١) في م : لزمتم .

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في أ ، م .

(٤) سقط في أ ، م .

(٥) سقط في أ ، م .

(٦) سقط في أ ، م .

(٧) زاد في م : هذا .

(٨) سقط في أ ، م .

قالوا: وإليه أشار محمد - رحمه الله - في المأذون؛ لأن هذا البيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسًا على خيار الشرط.

وذكر في المجرد: أنه لا يجوز؛ لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما^(١) يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء [له]^(٢)، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى الخيار لاختيار الأرفق؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى ما يقتضيه القياس.

هذا إذا باع أحدهما وشرط الخيار للمشتري ليأخذ أيهما شاء ولو لم يشترط الخيار للمشتري وإنما باعه أحد الثوبين أو أحد العبدین بعشرة مثلاً فإنه لا يجوز هذا العقد؛ لأن المبيع مجهول جهالة تُفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل باع من آخر عبيدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما، فالبيع فاسد^(٣)، وهذه المسألة في الحاصل على أربعة أوجه:

إما ألا يعين الذي فيه الخيار، ولا يفصل الثمن، وفي هذا الوجه البيع فاسد، لأن المبيع^(٤) مجهول، لأن الخيار يمنع حكم العقد في مدة الخيار، فالذي فيه الخيار هو غير داخل في الحكم وأنه مجهول لم يعينه، وإذا لم يكن عين الداخل في الحكم معلومًا [لم يكن الداخل في الحكم معلومًا]^(٥) فهو معنى قولنا: إن المبيع مجهول.

وإما ألا يعين الذي فيه الخيار ويفصل الثمن، وفي هذا الوجه العقد فاسد أيضًا لجهالة المبيع على ما بينا.

-
- (١) زاد في م: لا.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في أ، م: باطل.
 (٤) في م: البيع.
 (٥) سقط في م.

وإما أن يعين الذي فيه الخيار و[لا]^(١) يفصل الثمن، وفي هذا الوجه العقد فاسد أيضاً، لأن الثمن مجهول، لأنه يثبت بطريق الحصاة.

وإما أن يعين الذي فيه الخيار ويفصل الثمن بأن قال: كل واحد منهما بخمسائة [على أنني بالخيار في هذا ثلاثة أيام]^(٢)، وفي هذا الوجه^(٣) العقد جائز، لأن المبيع معلوم والثمن كذلك.

فرق بين الوجه الثالث وبين ما إذا اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدبراً أو مكاتباً، أو اشترى جارييتين فإذا إحدهما أم ولد فإن العقد ينعقد في حق القن بوصف الصحة، وإن كان انعقاد العقد في حق القن في هذه المسألة^(٤) بالحصاة؛ لأن العقد لا ينعقد في حق المدبر والمكاتب وأم الولد.

فمن مشايخنا -رحمهم الله- من لم يشتغل بالفرق وقال: على قياس هذه المسألة لا ينعقد العقد في حق القن في تلك [المسألة وصار]^(٥) ما ذكر هنا رواية في تلك المسألة^(٦).

ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح.

والفرق: ما ذكرنا^(٧) أن شرط الخيار يمنع انعقاد [العقد]^(٨) في حق الحكم [ويجعل العقد]^(٩) كالمعدوم [في حق الحكم]^(١٠) فيما شرط فيه الخيار، [وإذا لم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: الفصل.

(٤) في م: المسائل.

(٥) في أ: المسائل ويصير، وفي م: ويصير.

(٦) في أ، م: المسائل.

(٧) في م: ذكر.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) سقط في م.

ينعقد العقد في حق الحكم في حق المشروط فيه الخيار أو العقد في حق الآخر ينعقد ابتداء بالحصة والعقد لا ينعقد ابتداء بالحصة أما^(١) في المدبر والمكاتب وأم الولد، فالعقد^(٢) ينعقد في حق الحكم إذا لم يوجد في حقهم ما يمنع انعقاد العقد، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيع هؤلاء يجوز ولكن لم يثبت الحكم بحق محترم واجب والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم، فلا ضرورة إلى أن يجعل العقد غير مباشر في حق الحكم، فانعقد العقد في حقهم في حق الحكم كما انعقد في حق القن [ثم وجب قيمة القن بعد ذلك عند فسخ العقد على هؤلاء والانقسام أبداً يكون بالحصة ولا يوجب خلافاً في العقد]^(٣)، ولو كان المبيع شيئاً واحداً عدداً^(٤) أو مكيلاً أو موزوناً، وقد اشتراه بألف وشرط الخيار في نصفه للبائع و^(٥) للمشتري جاز. بخلاف ما إذا اشترى عبيدين بألف درهم وشرط الخيار في أحدهما بعينه.

والفرق، [وهو]^(٦) أن النصف من الشيء الواحد لا تتفاوت قيمته.

فإذا كان ثمن الكل معلوماً، كان ثمن النصف -أيضاً- معلوماً، فأما العبد الواحد من العبيد تتفاوت قيمته^(٧)، فكانت حصة المبيع من الثمن مجهولاً. ثم إذا جاز البيع مع شرط الخيار في النصف. فإن كان الخيار للمشتري كان له أن يرد النصف الذي شرط له الخيار فيه إن شاء، وإن شاء أجاز العقد. فإن أجاز العقد [فيه لزم]^(٨) الكل، وإن رد ينقض العقد في النصف [و]^(٩) إن كان

(١) في أ: فلو انعقد العقد في حق الآخر ينعقد بحصته ابتداء وهذا لا يجوز.

(٢) في م: العقد.

(٣) في أ: كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما، وهذا لا يمنع الجواز.

(٤) في م: عبداً.

(٥) في م: أو.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: أيضاً يتفاوت.

(٨) في م: لزمه.

(٩) سقط في م.

في رد النصف تفريق الصفقة على البائع وتنقيص^(١) المعقود عليه إلا أن البائع رضي بهذا التفريق؛ لأنه أثبت الخيار للمشتري في النصف، والخيار شرط للفسخ فيكون راضيًا بفسخ العقد [والخيار]^(٢) في النصف وتفريق^(٣) الصفقة عليه.

قال في الزيادات: إذا اشترى الرجل من آخر عشرين كل واحد منهما بألف درهم، وشرط الخيار في أحدهما بعينه للبائع حتى جاز العقد على ما مر قبل هذا.

فقال المشتري: أنا أخذ الذي لا خيار فيه وأنقد ثمنه لم يكن له ذلك؛ لأن البائع مسلط على [إجازة البيع]^(٤) الذي فيه الخيار، وعلى اعتبار الإجازة يجعل كأن البيع وقع تامًا^(٥) من الأصل، فتبين أن المشتري فرق الصفقة على البائع في القبض، والمشتري لا يملك تفريق الصفقة على البائع في القبض^(٦) حتى لو أراد أن يقبل العقد في البعض دون البعض ليس له ذلك، فلا^(٧) يملك تفريق الصفقة في حق القبض ولكن يتوقف الأمر إن فسخ البائع البيع في الذي فيه الخيار فقد تفرقت الصفقة، وكان للمشتري أن يأخذ الآخر بالثمن^(٨).

وإن أجاز العقد فيه أو سقط الخيار فيه بمضي المدة أخذ الكل بجميع الثمن، ولو أراد البائع من المشتري أن ينقد جميع الثمن وأبى المشتري لا يجبر عليه. ولو أراد البائع أن يسلم الذي لا خيار فيه إلى المشتري ويقبض ثمنه من المشتري، ويوقف العبد الآخر، وقال المشتري: لا أقبل منك ولا أعطيك شيئًا من

(١) في م: وينقص.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ويتفريق.

(٤) في أ: إيجاز البيع.

(٥) في م: باتا.

(٦) في أ: العبد.

(٧) في م: ولا.

(٨) في م: بثمانه.

الثلث حتى تجيز البيع في العبد الآخر فأخذهما أو نفسخ العقد فيه، فأخذ العبد الذي تم البيع فيه بحصته فذلك إلى المشتري؛ لأن [على]^(١) اعتبار إجازة البائع في [العبد]^(٢) الآخر يتبين أنه فرق الصفقة على المشتري في القبض، وليست له هذه الولاية.

ولو أراد^(٣) البائع أن يدفع العبدين إلى المشتري ويأخذ ثمنهما لم يجبر المشتري على ذلك؛ لأن الذي فيه الخيار لم يملكه المشتري، والإنسان لا يجبر على قبض ما لم يملكه.

وإن قال المشتري: أنا أخذ العبدين وأنقد ثمنهما، ليس له ذلك إلا برضا البائع؛ لأن الذي فيه الخيار بقي على ملكه^(٤)، والإنسان لا يجبر على تسليم ملكه إلى غيره ولكن الأمر موقوف حتى يظهر الفسخ من البائع أو الإجازة، فإن أجاز البائع البيع قبضهما المشتري جميعاً، وإن فسخ قبض الذي وجب البيع فيه بثمنه ولا يجبر المشتري بسبب تفريق الصفقة عليه لرضاه بذلك.

ولو كان الخيار للمشتري في هذه الصورة، فأراد المشتري أن يأخذ العبد الذي وجب البيع فيه وينقد ثمنه وأبى البائع [لا يجبر البائع]^(٥) عليه لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، على اعتبار إجازة المشتري البيع في [العبد]^(٦) الآخر. وكذلك لو أراد البائع أن يسلم إلى المشتري العبد الذي وجب فيه البيع ويأخذ ثمنه وأبى المشتري ذلك فذلك [كله]^(٧) إلى المشتري.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) في أ، م: أبى.

(٤) في م: ملك المشتري.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ، م.

(٧) سقط في أ، م.

ولو قال [المشتري: أنا]^(١) آخذ العبدین^(٢) وأنقد ثمنهما وأكون على خيارى وأبى البائع ذلك، لا يجبر البائع [على ذلك]^(٣).
وكذلك لو قال البائع للمشتري: أعطيك العبدین [وآخذ الثمنين]^(٤) وأنت على خيارك، لا يجبر المشتري عليه، لأن هذا جبر على تسليم ما [لم]^(٥) يلزم المشتري وهو ثمن المشروط فيه الخيار، والله أعلم.



(١) سقط في أ، م.
(٢) في أ، م: الثوبين.
(٣) في أ، م: عليه.
(٤) سقط في م.
(٥) سقط في م.

نوع آخر: في شرط الخيار لغير العاقد:

يجب أن يعلم أن من اشترى شيئاً أو باع شيئاً، واشترط الخيار [لغيره]^(١)، فالقياس ألا يجوز العقد، وبالقياس أخذ زفر - رحمه الله - .

وفي الاستحسان: يجوز العقد، ويثبت الخيار للعاقد، ثم يصير المشروط له الخيار وكيلاً من جهة العاقد^(٢) في الفسخ والإجازة.

وإنما كان كذلك؛ لأن تقدير هذا الشرط عندنا كأن العاقد شرط الخيار لنفسه، ثم وكل المشروط له الخيار بالتصرف بحكم الخيار.

ولو صرح بهذا كان العقد جائزاً، فإنه لو قال: بعت على أني بالخيار، ثم وكلت فلاناً بالتصرف بحكم الخيار إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ، صح، وصار فلاناً وكيلاً من جهته إذا علم بذلك، وكذلك إذا كان تقديره هذا.

وإنما جعلنا تقديره هذا؛ لأن اشتراط^(٣) ما يجب بالعقد لغير العاقد لا يجوز إلا^(٤) بحكم الوكالة أو^(٥) النيابة، [فيصح من]^(٦) هذا الوجه خلافاً لكلامه على الجواز.

هذا كما قال علماؤنا: أعتق عبدك عني [على ألف]^(٧) درهم فأعتق، [فإن الأمر يصير]^(٨) مشترياً منه أولاً، ثم موكلاً إياه بالعتق تصحيحاً للأمر حتى لا يلغو، وكذلك هذا.

ومهما^(٩) ما أجاز، أو نقض، صح ذلك؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: العقد.

(٣) في أ: استرداد.

(٤) سقط في أ، وفي م: بحكم ويجوز.

(٥) في م: و.

(٦) في أ: فيصح من، وفي م: فتصح.

(٧) في م: بألف.

(٨) في أ، م: فإنه يصير الأمر.

(٩) في أ: ولهما.

أما المشتري فبالأصالة^(١)، وأما المشروط له الخيار فلأنه وكل من جهة المشتري بالفسخ والإجازة.

فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر، فإن عرف السابق منهما فالسابق أولى؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية فنفذ حال وجوده وأفاد حكمه؛ فلا يعمل الآخر بعد ذلك. وإن خرج الكلامان [منهما]^(٢) معًا ذكر في المأذون: أن الفسخ أولى.

وذكر في بيوع الأصل: أن تصرف المشتري أولى بقضاء أو إجازة. [وجه ما ذكر في بيوع الأصل]^(٣): أن العمل بالأمرين جميعًا متعذر؛ لأن العقد الواحد لا يجوز أن [يكون]^(٤) مفسوخًا كله وغير مفسوخ كله، ولا بد من إثبات أحدهما وإلغاء الآخر فنقول: إثبات تصرف المشتري وإلغاء تصرف الوكيل أولى؛ لأن تصرف المشتري أصل؛ لأنه يتصرف بحكم الملك، وتصرف الوكيل بناء عليه فيكون كالتبع له، ولا شك أن إلغاء التبعية واعتبار الأصل أولى.

وجه ما ذكر في المأذون: أن العمل بهما لما تعذر، وجب العمل بأحدهما، فكان^(٥) العمل بالفسخ أولى لوجهين:

أحدهما: أن الاحتياط فيه، فإن الفسخ يوجب الحرمة على المشتري، والإجازة توجب الإباحة، فإذا اجتمعا رجحنا المحرم على المبيح على ما عرف أن المبيح مع المحرم إذا اجتمعا يترجح المحرم على المبيح.

فإن قيل: هذا اعتبار جانب المشتري، وإنه يوجب أن يكون الفسخ أولى، واعتبار جانب البائع يوجب أن تكون الإجازة أولى؛ لأن الإجازة تثبت حرمة [في]^(٦) حقه

(١) في أ، م: فظاهر.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: كان.

(٦) سقط في م.

والفسخ يثبت إباحة في حقه، فيجب أن تكون الإجازة أولى باعتبار جانب البائع^(١)، فلم يصير المشتري بهذا^(٢) الاحتياط بأولى من البائع.

والجواب عنه: أن مراعاة الاحتياط من كلا الجانبين مُتَعَدَّر، فلا بد من مراعاة أحد الجانبين، فكان مراعاة جانب المشتري أولى؛ [لأنه يحتاج]^(٣) في جانبه إلى إثبات الحل ابتداء؛ لأنه [لم يكن]^(٤) ثابتاً^(٥) له، وفي جانب البائع يحتاج إلى إبقاء الحل، [لأن الحل]^(٦) كان ثابتاً له، وبالفسخ يعود إليه قديم ملكه ويحل له قديم ملكه، فيكون إبقاء باعتبار قديم الملك لا إثباتاً مبتدأ [والبقاء أسهل من الابتداء]^(٧).

وأى جانب راعيناه [فقد راعيناه]^(٨) مع الشك إذا لم يعرف السابق فنقول: مراعاة جانب المشتري بالاحتياط أولى؛ لأن الإبقاء^(٩) مع الشك أخف من الإثبات ابتداء بالشك؛ لأن الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت ابتداء مع الشك، فلهذا كان مراعاة الاحتياط في جانب البائع.

والثاني: وهو أن الإجازة لا ترد على الفسخ فإن المفسوخ لا يجاز^(١٠). والفسخ [يرد على الإجازة؛ لأن المجاز يفسخ فإذا اجتمعاً معاً كان الفسخ]^(١١) أولى كنكاح الحرة مع نكاح الأمة إذا اجتمعاً، كان نكاح الحرة أولى بالجواز؛ لأنه يرد على نكاح الأمة ونكاح الأمة لا يرد على نكاح الحرة فعند الاجتماع كان نكاح

(١) في أ: البيع.

(٢) في م: بهذه.

(٣) في م: لأننا نحتاج.

(٤) سقط في أ، وفي م: كان.

(٥) في أ: ثابت.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: الإيقاع.

(١٠) في م: يختار.

(١١) سقط في أ.

الحررة أولى .

وكما قلنا في العتق والبيع إذا توافقا فأجاز المالك كلاهما كان العتق أولى، وكذلك^(١) هذا.

قيل: ما ذكر في البيوع قول محمد - رحمه الله - ، وما ذكر في المأذون قول أبي يوسف - رحمه الله - لأن محمدًا - رحمه الله - يقدم ولاية المالك^(٢) على ولاية النيابة، وأبو يوسف - رحمه الله - سوى بينهما .

أصله في الوكيل بالسلم أو بشراء شيء بغير عينه إذا عقد ولم يحضره^(٣) النية . فعلى قول محمد - رحمه الله - : يقع العقد للوكيل ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - : يحكم النقد^(٤) .

وقيل: ما ذكر في البيوع والمأذون من ترجيح أحد التصرفين^(٥) على الآخر . قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

فأما على قول محمد - رحمه الله - : ينبغي أن تصح الإجازة في النصف [وينسخ في النصف الآخر]^(٦) ثم يكون للمشتري الخيار إن كان الخيار مشروطًا للبائع والأجنبي لتفرق الصفقة على المشتري .

فإن كان الخيار مشروطًا للمشتري والأجنبي، فللبائع الخيار؛ لما يلحقه من الضرر بسبب عيب الشركة وتفرق الصفقة .

وإنما قالوا هذا قياسًا على مسألة أخرى اختلف فيها أبو حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - وهو أن الوكيل بالبيع إذا باع مع الموكل وخرج الكلامان معًا وباع كل

(١) في م : فكذا .

(٢) في أ ، م : الملك .

(٣) في م : يحضر .

(٤) في م : العقد .

(٥) في م : المصرفين .

(٦) سقط في م .

واحد منهما من رجل.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : بأن بيع الموكل أولى .

وقال محمد - رحمه الله - : يجوز بيع كل واحد منهما في نصف العبد وتكون العهدة عليهما ويخير كل واحد من المشتريين^(١) إن شاء رضي كل واحد منهما بنصف العبد وإن شاء رد .

فأبو حنيفة - رضي الله عنه - لم يعمل بالتصرفين متى كان التصرف يقابل^(٢) طلب الترجيح لأحدهما، وعمل بالراجح وأبطل الآخر .

وكذلك في الفسخ والإجازة لا يعمل بهما، بل يطلب الترجيح لأحدهما ويعمل بالراجح إلا أنه رجح على رواية كتاب البيوع تصرف الموكل بسبب الأصالة . ورجح في المأذون الفسخ على الإجازة من أيهما وجد للوجهين الذي ذكرنا .

فأما محمد - رحمه الله - لم يشتغل^(٣) بالترجيح في بيع الوكيل والموكل، بل عمل بقدر الإمكان وأثبت^(٤) تصرف كل واحد منهما في النصف، فعلى قياس ذلك يجب أن يثبت تصرف كل واحد منهما في النصف متى أجاز أحدهما وفسخ الآخر، ويثبت^(٥) الإجازة في النصف [والفسخ في النصف، والله أعلم]^(٦) .

قال محمد في الأصل : في رجل اشترى الجوز أو البيض فكسره فوجده فاسدًا فله أن يرده .



-
- (١) في م : المشتري .
 (٢) في أ : يتعامل .
 (٣) في م : يستقبل .
 (٤) في م : وأن .
 (٥) في م : يثبت .
 (٦) سقط في م .

نوع آخر: في البيع والشراء لغيره مع شرط الخيار:

هذا النوع يشتمل على قسمين: قسم في البيع، وقسم في الشراء.

فأما قسم البيع: قال محمد - رحمه الله - : رجل أمر رجلاً أن يبيع عبده وأمره أن يشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز البيع؛ لأنه خالف أمر أمره؛ لأنه أمره ببيع لا يلزمه ولا يزيل ملكه إلا برضاه وقد أتى ببيع يلزمه ويزيل ملكه من غير رضاه.

فرق أبو حنيفة وأبو يوسف - رضي الله عنهما - بين هذا وبين المأمور بالبيع الفاسد إذا باع بيعاً جائزاً فإنه ينفذ^(١) على الأمر.

والفرق: وهو أن البيع^(٢) نوعان، نوع يزيل الملك بنفسه، وهو ما إذا كانت السلعة مقبوضة، ونوع لا يزيل الملك بنفسه وهو ما إذا لم تكن السلعة مقبوضة، وكلا النوعين داخل^(٣) تحت عقد الوكالة فلا^(٤) يتحقق الخلاف من هذا الوجه، ولو^(٥) تحقق إنما يتحقق من حيث إسقاط الخيار، وذلك خلافاً^(٦) إلى ما ينفعه؛ لأن الخيار الثابت بحكم فساد العقد مُستحق على العاقد، فإنه يفترض عليه الفسخ إزالة للفساد ودفعاً للحرام.

فإذا باع الوكيل بيعاً صحيحاً فقد أسقط عنه حقاً مُستحقاً عليه فكان خلافاً إلى خير، فلا يُعد خلافاً.

فأما خيار الشرط فيثبت حقاً له؛ لأنه ينتفع به، فكان تركه وإسقاطه خلافاً إلى شر فيعتبر خلافاً.

(١) في أ: ينعقد.

(٢) زاد في م: الفاسد.

(٣) في م: دخلا.

(٤) في م: ولا.

(٥) في م: لو.

(٦) في أ: بخلاف.

فإن باعه وشرط الخيار للآمر كما أمره به نفذ تصرفه عليه، لأنه وافق أمره، ويثبت له الخيار ولأمره؛ لأن القياس يأبى شرط الخيار لغير العاقد؛ لأنه من حقوق العقد، ولا يمكن إثبات حق العقد لغير العاقد إلا أنا جوزنا ذلك بطريق، وهو أن العاقد لما^(١) شرط لغيره فقد قصد تصحيحه وأمكن تصحيحه بجعله [شرطاً للخيار]^(٢) لنفسه بطريق الاقتضاء أولاً.

ثم جاعلاً ذلك الغير نائباً^(٣) ووكيلاً عن نفسه في الفسخ والإجازة كأنه^(٤) قال: شرطت الخيار لنفسي وجعلتك نائباً بحق نفسي في الفسخ والإجازة، فإن فسخ الوكيل العقد صح فسخه، كما لو شرط الخيار لنفسه لا غير، فإن أجاز بطل خياره وخيار الأمر؛ لأن ذلك ثابت بطريق النيابة.

ولأن^(٥) العقد لا يلزم على الأمر بإجازة الوكيل؛ لأن الأمر لم يرض بلزوم العقد عند رضى الوكيل واختياره، ويكون له خيار الإجازة لا خيار الشرط، ولهذا لا يتوقف هذا الخيار بعد إجازة الوكيل بمدة^(٦) الخيار [وتصرفه]^(٧).

قال: ولو كان الأمر أمره بالبيع مُطلقاً فباع وشرط الخيار للآمر أو للأجنبي صح عملاً بإطلاق اللفظ، فإن مطلق اسم البيع كما يتناول البيع^(٨) البات [يتناول البيع]^(٩) بشرط الخيار.

وأيهما تصرف فسحاً أو إجازة، يريد به العاقد والمشروط له الخيار صح تصرفه

(١) في م: إلى.

(٢) في م: شرط الخيار.

(٣) زاد في أ: بحق نفسي في الفسخ.

(٤) في م: كأن.

(٥) في م: ولكن.

(٦) في م: مدة.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: بيع.

(٩) في أ: البيع المبيع.

لما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد شرط للعاقد وتوكيل للمشروط^(١) له الخيار بالفسخ والإجازة بحكم الخيار، فيصح فسخ العاقد وإجازته بحكم اشتراط الخيار ويصح فسخ المشروط له الخيار وإجازته بطريق النيابة والوكالة عن العاقد ويلزم هذا العقد بإجازة الوكيل.

لأن الأمر لما أمره بالبيع مطلقاً مع أن اسم البيع [يتناول البيع البات]^(٢) والبيع بشرط الخيار، فقد رضي بلزوم العقد عند رضا الوكيل.

فلم يصر بإسقاط الخيار بالإجازة بمنزلة الفضولي فلا يتوقف على إجازة الأمر بخلاف ما تقدم وإن فسخ أحدهما وأجاز الآخر، وخرج الكلامان منهما معاً. ففي رواية كتاب المأذون: الفسخ أولى؛ لأنه أُلزم.

وفي رواية [كتاب] البيوع^(٣): تصرف المالك أولى؛ لأنه أقوى.

وإن أمره بالبيع بشرط الخيار لنفسه، أي: للمأمور، فباع بشرط الخيار لنفسه أو للآمر أو للأجنبي فلما ذكرنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد وتوكيل للمشروط له الخيار بالفسخ والإجازة [بحكم الخيار]^(٤) فصار شرط الخيار لنفسه كما أمره به فيجوز.

وأما قسم الشراء: قال محمد - رحمه الله - : وإذا أمر رجلاً بأن يشتري [له]^(٥) عبداً بعينه [أو بغير عينه]^(٦) وسمى له ثمنًا أو جنسًا حتى صح [الأمر]^(٧)، وأمره أن يشتري الخيار لنفسه يعني للمأمور، فاشترى وشرط الخيار لنفسه أو للآمر أو

(١) في م: المشروط.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: الثابت.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

لأجنبي^(١) نفذ على الأمر؛ لأنه وافق [أمره]^(٢)، أما إذا شرط الخيار لنفسه فظاهر. وأما إذا شرط الخيار للأمر وللأجنبي فلما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد شرط للعاقد.

ولو أمره أن يشترط الخيار للأمر فاشتراه بغير خيار أو شرط الخيار لنفسه، لا ينفذ على الأمر؛ لأنه خالفه عما ينفعه إلى ما^(٣) يضره؛ لأنه أمره بشراء لا يلزمه^(٤) إلا برضاه، وقد أتى بشراء يلزمه من غير رضاه فلا ينفذ على الأمر لكن يلزم المأمور، بخلاف قسم البيع، فإنه إذا أمره بالبيع بشرط الخيار للأمر فباعه^(٥) من غير شرط الخيار لنفسه حيث لا ينفذ أصلاً لا على الأمر ولا على المأمور.

وكذلك لو أمره أن يشترط الخيار لنفسه يعني للوكيل، فاشتراه بغير خيار، لا ينفذ على الأمر، وكان ينبغي أن ينفذ؛ لأنه لما أمره أن يشترط الخيار لنفسه فقد أمره بشراء يلزمه برضا المأمور، فإذا اشترى ولم يشترط الخيار فقد رضي المأمور بلزوم هذا الشراء للأمر، فهذا شراء دخل تحت الأمر فنفذ على الأمر.

والجواب [أن]^(٦) الأمر لما أمره بالشراء بشرط الخيار لنفسه، فإنما رضي بشراء لا يلزمه بنفسه، وإنما يلزمه بإجازة توجد بعد العقد، فإذا اشترى ولم يشترط الخيار لنفسه، فقد أراد أن يلزمه هذا الشراء بنفسه فصار مُخالفاً إلى شر، فلا يلزم الأمر ويصير المأمور مُشترتياً لنفسه على ما ذكرنا.

ولو أمره أن يشترط الخيار للأمر فاشترى وشرط الخيار للأمر كما أمره به حتى نفذ على الأمر، ثم أجاز المأمور البيع، بطل خياره [والأمر على خياره]^(٧)، وإنما

(١) في م: للأجنبي.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: ما لا.

(٤) في أ: يلزم.

(٥) في م: فباع.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

كان كذلك لما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد يقتضي ثبوته للعاقد، فإذا ثبت الخيار للعاقد بطل بإبطاله، إلا أنه لا يلزم الأمر لما ذكرنا أن الأمر ما رضي بلزوم هذا العقد من غير اختياره فيتوقف على إجازته واختياره.

واختلف المشايخ أن الباقي للأمر بعد إجازة الوكيل خيار الشرط أو خيار آخر؟ بعضهم قالوا: خيار شرط؛ لأنه ذو حظ من هذا العقد، فإن^(١) المبيع يدخل في ملكه، ويجب الثمن في ذمته، فصح اشتراط الخيار له على طريق الخصوص فلا يبطل إلا بإبطاله.

وقال بعضهم: لا يبقى له الخيار، لما ذكرنا أن ثبوت شرط الخيار لغير العاقد بطريق النيابة من العاقد، فإذا أبطل العاقد خياره بالإجازة بطل خيار الأصل فيبطل خيار النائب^(٢) ضرورة، ولكن يبقى له خيار آخر، وهو أنه ما رضي بالتزام حكم العقد من غير اختياره فيبقى له هذا الخيار، [وهو يخير]^(٣) بين التزام حكم العقد وعدم التزامه كما في مسألة البيع وهذا أقيس.

وإن كان شراء الفضولي لا يتوقف على الإجازة، إلا أنه إنما [لا]^(٤) يتوقف إذا وجد نفاذاً على المشتري، كما إذا اشترى شيئاً لغيره بغير أمره.

فإذا^(٥) اشترى ولم يشترط الخيار للأمر حتى صار مخالفاً وجد نفاذاً على المشتري فإن أجاز، لتعلق حق البائع والأمر به فيتوقف على إجازة الأمر كما في البيع، وصار الشراء الذي لا يجد نفاذاً على المشتري في حق التوقف على إجازة الأمر نظير مسألة البيع.

فإن أجاز الأمر العقد بعد ذلك، كان العبد للوكيل حتى لو هلك العبد بعد ذلك

(١) في م: لأن.

(٢) في أ: النيابة.

(٣) في م: ونخيره.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وإذا.

في يد الوكيل هلك من مال الوكيل؛ لأن الإجازة من الوكيل قد صحت إلا أنها لم تعمل في حق الأمر لحقه، فإذا زال حقه بالنقص عملت الإجازة السابقة عملها في حق الوكيل، [فدخل العبد]^(١) في ملك الوكيل وضمانه فإن هلك يهلك من ماله. ونظير هذا الوكيل بالبيع إذا رد عليه بالعيب من غير قضاء القاضي فإنه يتوقف على قبول الموكل، فإن قبل لزمه، وإن رد لزم الوكيل والمعنى ما ذكرنا كذا ها هنا. وإذا اشترى الرجل شيئاً لغيره بأمره، وشرط الخيار للأمر كما أمره به حتى يثبت^(٢) الخيار للأمر وللوكيل، ثم اختلف البائع والوكيل بعد ذلك، فقال البائع: إن الأمر قد رضي، والأمر غائب وأنكر الوكيل ذلك فالقول قول الوكيل [بلا يمين]^(٣)؛ لأن البائع يدعي على الوكيل سقوط خياره بعد ما كان ثابتاً، ووجوب الثمن على الوكيل بعدما لم يكن واجباً عليه والوكيل ينكر ذلك فيكون القول قوله. ألا ترى [أنه]^(٤) لو ادعى الرضا على الوكيل في مدة الخيار وأنكر الوكيل [ذلك]^(٥) كان القول قول الوكيل فكذا هذا، ثم يكون القول قول الوكيل بلا يمين. وفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى الرضا على الموكل في مدة الخيار وأنكر الوكيل ذلك، كان القول قول الوكيل مع يمينه.

والفرق: أن الدعوى في مسألتنا توجه على الأمر مقصوداً؛ لأنه^(٦) ادعى رضا الأمر لا رضا المشتري وعلى المشتري تبعاً واقتضاء؛ لأن رضى الأمر متى ثبت سقط خيار المشتري ولزمه الثمن، وحكم التبع حكم الأصل، وهذه الدعوى لم تصح في حق إيجاب اليمين على من توجه^(٧) عليه الدعوى مقصوداً وهو الأمر، فإن

(١) في م: فيوكل العقد.

(٢) في م: ثبت.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: فإن.

(٧) في م: توجب.

الآمر لو كان حاضرًا وأنكر الرضا لا يستحلف الأمر بهذه الدعوى، وكيف تصح في حق توجه اليمين على من توجه عليه الدعوى تبعًا وهو المشتري .
 بخلاف ما لو ادعى الرضا على المشتري؛ لأن الدعوى توجه هناك على المشتري مقصودًا وهو أصل فيما ادعى عليه؛ لأن الأصل في حق الحقوق راجع للعاقد كأنه اشترى لنفسه .

ثم إنما لم يجب اليمين على الأمر متى كان حاضرًا وادعى عليه الرضا؛ لأن الأمر في حق حقوق العقد نائب عن المشتري لما مر، والدعوى عن النائب لا تصح في حق إيجاب اليمين [عليه]^(١)، وإن كان [لا]^(٢) يصح في حق سماع البينة كالوكيل بالخصومة والأب والوصي فتصح^(٣) الدعوى في مال اليتيم على هؤلاء في حق سماع البينة ولم تصح في حق إيجاب اليمين فكذلك هذا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : [أن]^(٤) في استحلاف الوكيل في هذه المسألة روايتين [و]^(٥) على أصح الروايتين يستحلف الوكيل .

هذا إذا أنكر المشتري ما ادعاه البائع، ولم يقر البائع بيته على ما ادعى^(٦) .
 فأما إذا أقام البائع البينة أن^(٧) الأمر قد رضي فإن البيع^(٨) لازم للأمر [وإن كان]^(٩) الأمر غائبًا؛ لأن المشتري انتصب خصمًا عن الأمر حكمًا؛ لأن البائع ادعى على المشتري حقًا بسبب ادعاه على الغائب، وبين المشتري والغائب اتصال سبب وهو

(١) سقط في أ، م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: تصح .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) سقط في م .

(٦) في أ: ادعاه .

(٧) زاد في أ: البائع .

(٨) في م: البائع .

(٩) في م: فإن .

الأمر ولا يثبت ما ادعى على المشتري إلا بإثبات ما ادعى على الغائب فينتصب المشتري خصمًا عن الغائب .

فإن لم يقيم له بينة على ذلك إلا أن المشتري [قد]^(١) صدقه فيما ادعى من رضا الأمر، ثم حضر الأمر في مدة الثلاث وأنكر الرضا، وادعى أنه نقض البيع بمحضر من البائع، ذكر أن الشراء يلزم المشتري ولا يلزم الأمر حتى لا يكون للوكيل أن يرجع على الأمر بالثمن إذا لم يكن الثمن مدفوعًا إليه؛ لأن المشتري بإقراره أن الأمر رضي فقد أقر على نفسه بسقوط حقه في الخيار ووجوب الثمن عليه، وعلى الأمر بالرجوع بالثمن [على البائع]^(٢) .

فإذا أنكر الأمر الرضا^(٣) صح إقرار الوكيل في حقه، ولم يصح في حق الأمر . وإذا لم يصح إقراره في حق الأمر، صار وجود هذا الإقرار في حق الأمر وعدمه بمنزلة .

ولو عدم فقال الأمر في مدة الخيار: كنت فسخت [البيع]^(٤) والبائع حاضر كان القول قوله؛ لأنه حكى أمرًا يملك استيفاءه^(٥) للحال، ومن حكى أمرًا يملك استيفاءه^(٦) للحال فإنه يصدق فيما حكى .

هذا إذا قال الأمر هذه المقالة في مدة الخيار، فأما إذا قال هذه المقالة بعد مدة الخيار فإن البيع يلزمه ولا يكون مصدقًا فيما حكى، [لأنه حكى]^(٧) أمرًا لا يملك استيفاءه^(٨) للحال فلزمه البيع لمضي^(٩) المدة لا بإقرار المشتري، والله أعلم .

(١) سقط في أ، م .

(٢) سقط في أ، م .

(٣) في م: القاضي .

(٤) سقط في أ، م .

(٥) في م: استئنافه .

(٦) في م: استئنافه .

(٧) سقط في م .

(٨) في م: استئنافه .

(٩) في م: بمضي .

ومما يتصل بهذا^(١) النوع:

وإذا باع الوصي أو الأب شيئاً من مال الصغير وشرط الخيار لنفسه فهو جائز، فإذا بلغ الصبي في مدة الخيار تم البيع وبطل الخيار في قول أبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد - رحمه الله - في ظاهر الرواية: ينتقل الخيار إلى الصبي، فإذا^(٢) أجاز البيع في مدة الخيار جاز وإن رد بطل.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: أن الخيار إنما يثبت حقاً^(٣) للعاقد لكونه من حقوق العقد، وقد تعذر استيفاؤه بعد البلوغ لانقطاع الولاية فيسقط، ولا ينتقل إلى غير العاقد كما لا ينتقل إلى الوارث بعد موت المورث.

وجه قول محمد - رحمه الله -: أن الخيار من حقوق العقد، والعقد وقع للصغير فكذا الخيار، إلا أنه كان لا يستوفيه بنفسه لعجزه، فإذا قدر على [الاستيفاء بالبلوغ يستوفيه. نظيره الملك، فإن الملك فيما يشتريه الأب والوصي للصغير يقع للصغير، إلا أنه كان لا يتصرف في ملكه بنفسه لعجزه، فإذا قدر على^(٤) التصرف بالبلوغ تصرف، أما أن ينتقل من الأب والوصي إليه [بالبلوغ فكذا هذا]^(٥) هاهنا. إذا ثبت أن الخيار ينتقل للصبي بعد البلوغ على قول محمد - رحمه الله - نقول: ليس^(٦) للوصي أن يجيز وله أن يفسخ؛ لأن له ولاية الإجازة بحكم الخيار، ولم يبق له الخيار بعد البلوغ لانقطاع الولاية.

أما يملك الفسخ؛ لأنه لما شرط الخيار فقد تبين^(٧) أنه لم يرض بالتزام العهدة إلا

(١) في م: من هذا.

(٢) في م: فإن.

(٣) في م: حظاً.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: كذا ههنا.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: بين.

عند وجود الإجازة منه، فإذا انعدمت الإجازة منه كان له أن يفسخ دفعًا للعهد عن نفسه، ويجوز أن يثبت حق الفسخ للإنسان وإن لم يكن له ولاية الإجازة، كالفضولي إذا [باع مال الصغير]^(١) كان له أن يفسخ قبل إجازة المالك ولا يكون له أن يجيز، كذا هاهنا.

وفي النوادر عن محمد - رحمه الله - ثلاث روايات: قال في رواية مثل ما قال أبو يوسف - رحمه الله - . وقال في رواية: ينتقض العقد؛ لأنه تعذر القول^(٢) ببقائه مع الخيار وبدون الخيار.

وقال في رواية أخرى: ينتقل الخيار إلى الصبي. واختلفت الروايات عن محمد - رحمه الله - في مضي مدة الخيار. فقال في إحدى الروايتين: يلزم العقد، لاستحالة بقاء الخيار بعد المدة. وفي رواية أنه قال: لا يلزم إلا بإجازته، لأن عنده الإجازة في معنى ابتداء العقد فيجعل البلوغ الطارئ على العقد قبل الإجازة بمنزلة المقارن للعقد وكان مقارنًا للعقد، فإن باع فضولي مال الغير وشرط الخيار لنفسه لا يلزم العقد [من غير إجازة المالك وإن مضت مدة الخيار فهاهنا لا يملك [أيضًا الإجازة]^(٣). ولو باع المكاتب وشرط الخيار لنفسه^(٤)، فعجز في الثلاث تم البيع في قولهم؛ لأن المكاتب عاقد لنفسه، فكان الخيار ثابتًا له أصلًا، والعجز أوجب بطلان ولايته فصار كموت من له الخيار.

وكذلك المأذون إذا عزل^(٥) المولى في الثلاث بطل خياره لما مر.

(١) في م: يبيع.

(٢) في م: الترك.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في أ.

(٥) في م: غلبه.

ولو اشترى الأب أو الوصي شيئاً [للصبي]^(١) بدين في الذمة وشرط الخيار ثم بلغ الصبي فأجاز الأب أو الوصي، جاز العقد عليهما والصبي بالخيار إن شاء أجاز وإن شاء فسخ؛ لأن ولاية الأب والوصي إن انقطع عن الصغير بالبلوغ فلم يبق لهما ولاية الإجازة أو الفسخ في حق الصغير، أما بقي لهما ولاية الإجازة في حق أنفسهما. فإن أجاز الصبي تم البيع في حقه، وإن فسخ زال حق الصغير، فيصح الشراء في حق الأب أو^(٢) الوصي لوجود الإجازة منه.

ونظير هذا الوكيل بالشراء بشرط الخيار للموكل، إذا اشترى وشرط الخيار للموكل، ثم أجاز العقد تعمل الإجازة في حقه دون الموكل حتى إن الموكل إن رضي بالشراء لزمه البيع، وإن فسخ العقد ورد^(٣) المبيع يلزم الوكيل، فهاهنا كذلك. وإن لم يجز الصبي شيئاً حتى مات الوصي بعد ما رضي بالبيع أو قبل ذلك، فاليتيم على خياره، وإن لم يمت^(٤) الوصي ومات العبد في يد الوصي في وقت الخيار أو بعد مضيه، أو مات اليتيم في وقت الخيار قبل رضا الوصي بالمشتري أو بعده فالشراء لازم للمشتري، والله أعلم.



(١) سقط في أ، م.

(٢) في م: و.

(٣) في م: فرد.

(٤) في م: يجز.

نوع آخر: في الاختلاف في نفس المشتري بشرط الخيار عند^(١) الرد: وإذا اشترى الرجل من آخر شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم جاء به ليرده على البائع بحكم الخيار، فقال البائع: ليس هذا هو الذي بعته، وقال المشتري: هو ذلك، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن في خيار الشرط المشتري ينفرد بالفسخ فيفسخ العقد بمجرد قوله، وبقي ما قبض في يده ملك^(٢) البائع. والمشتري يقول للبائع: مالك الذي قبضت منك هذا، والبائع يقول: غيره، فيكون القول قول المشتري في تعيين المقبوض [باعتباره أميناً]^(٣) كالمودع أو ضميناً^(٤) كالغاصب.

ولو كانت السلعة غير مقبوضة في هذه الصورة فأراد^(٥) [المشتري إجازة العقد في عين في يد البائع، فقال البائع: ما بعته هذا، وقال]^(٦) المشتري: لا بل بعته هذا. لم يذكر محمد - رحمه الله - [هذه الصورة]^(٧) في شيء من الكتب، [و]^(٨) قالوا: ينبغي أن يكون القول قول البائع كما لو ادعى عليه بيع هذه^(٩) العين وأنكر البائع البيع أصلاً، وقال: ما بعته شيئاً.

ولا يتحقق الخلاف في الفسخ هاهنا؛ لأن المشتري ينفرد بالفسخ والمبيع في يد البائع، وإنما يتحقق الخلاف حالة الإجازة كما إذا كانت السلعة مقبوضة، [و]^(١٠) لا

-
- (١) في م: عن.
 - (٢) في أ، م: مال.
 - (٣) في م: اعتباراً.
 - (٤) في م: ضمناً.
 - (٥) في م: وأراد.
 - (٦) سقط في م.
 - (٧) في أ، م: هذا الفصل.
 - (٨) سقط في أ، م.
 - (٩) في أ، م: هذا.
 - (١٠) سقط في م.

يتحقق الخلاف^(١) لأنه أجاز والمبيع في يده، إنما يتحقق الخلاف حالة الفسخ، هذا الذي ذكرنا إذا كان الخيار للمشتري.

وأما إذا كان الخيار للبائع إن كانت السلعة مقبوضة فجاء المشتري بالسلعة^(٢) ليردها على البائع في مدة الخيار، فقال البائع: ليس هذا الذي بعثك وقبضته^(٣) مني، وقال المشتري: الذي بعثني وأقبضتني هذا، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الحال لا يخلو، إما^(٤) أن يدعي البائع هلاك ما باع منه أو ادعى القيام في يده فإن ادعى الهلاك، فقد ادعى ضمان القيمة على المشتري وإن لم يكن واجباً والمشتري ينكر، وإن ادعى البائع [أن المبيع قائم]^(٥) فقد تصادقا على أن للمشتري حق الرد؛ لأن للمشتري حق الرد في مدة الخيار حتى يخرج عن ضمان القيمة، إلا أنهما اختلفا في تعيين المقبوض فيكون القول قول المشتري مع يمينه.

وإذا كانت السلعة غير مقبوضة وأراد^(٦) البائع إلزام البيع في عين فقال المشتري: ما اشتريت هذا، ذكر أن القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه ولاية إتمام الشراء في هذه^(٧) العين والمشتري ينكر فالقول قول المشتري مع يمينه كما لو أنكر المشتري الشراء أصلاً، والله أعلم.



(١) زاد في م: حالة الإجازة.

(٢) في م: بسلعة.

(٣) في م: وقبضت.

(٤) في م: ما.

(٥) سقط في أ، م.

(٦) في م: فأراد.

(٧) في م: هذا.

الفصل الثالث عشر

في خيار الرؤية

صورة المسألة: أن يقول الرجل لغيره: بعت منك [هذا]^(١) الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا، والدرة التي في كفي [هذه]^(٢) وصفتها كذا، ولم يذكر الصفة، أو يقول: بعت منك هذه الجارية المتنتقة^(٣).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ، م.

(٣) خيار الرؤية هو: حق المشتري في فسخ البيع، أو إمضائه عند رؤية المبيع المعين الذي لم يره عند العقد.

ومثاله: أن يقول البائع للمشتري مثلاً: بعتك محصول أرضي بجهة كذا من القمح هذا العام، على أن يكون ثمن الإردب كذا، فيقبل المشتري، وهو لم يسبق له أن رأى هذا القمح. وقد عرفته الموسوعة الفقهية بأنه: «حق يثبت به للمتملك الفسخ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره». ويمكن أن يُعرّف بأنه: حق يثبت بمقتضاه للعاقداً أن يفسخ العقد، أو يمضيه عند رؤية محله المعين، إذا لم يكن قد رآه حين العقد، أو قبله بوقت لا يتغير فيه. لكي يثبت للمشتري خيار الرؤية لا بد من وجود شرطين:

الأول: ألا يكون المشتري قد رأى العين المبيعة عند البيع، وينبغي على فقدان هذا الشرط ألا يكون له الخيار إن كان قد رآها حين البيع، وكذلك إن كان قد رآها قبل العقد، ولم تتغير حالها عند العقد لم يثبت له الخيار، فإن تغيرت حالها التي كان قد رآها عليها بحيث يكون المبيع مختلفاً للمشتري الخيار.

أما الثاني: فلا بد من أن يكون المعقود عليه مما يتعين بالتعيين، إذ الفسخ يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين يملك بالقبض، ولا يملك بالعقد، ومن ثم لا يرد الفسخ عليه، ولا بد من كون المعقود عليه يقبل الفسخ، أي: يفسخ بالرد. واختلف الفقهاء في مدة خيار الرؤية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحابه أن الخيار يمتد ما دام مجلس الرؤية، فإذا انتهى المجلس ولم يكن ثم رد سقط الخيار، وصار العقد بذلك لازماً.

ويقول بهذا فقهاء الشافعية في الأصح عندهم، وفقهاء الحنابلة في قول لهم.

القول الثاني: ويرى أصحابه أن مدة خيار الرؤية لا تنتهي إلا إذا وجد الرضا صراحة من الممتلك بعد الرؤية، ويثبت رضا الممتلك بألفاظ مثل: رضيت بالعقد، أو: أمضيت العقد، أو: أجزته، كما يثبت هذا الرضا منه بالمعنى، كأن يصدر عنه تصرف يدل على ذلك، مثل: أن يتتبع بالمبيع، أو يبيعه، أو يؤجره، أو يقوم برهنه، أو بغير ذلك.

ومثل ذلك في انتهاء الخيار ما لو تعذر فسخ العقد بهلاك المبيع المعقود عليه في يد

العاقِد - أي: المشتري - أو يلحق هذا المبيع عيب، أو نقص، أو يتغير تغيرًا، أو يزيد زيادة تمنع الرد. فإن لم يكن شيء مما ذكرنا، بقي العاقِد على خياره مهما طالَّت المدة، وهذا هو مذهب الحنفية.

القول الثالث: ويرى أصحابه ثبوت الخيار على الفور؛ إذ يسقط الخيار للمشتري إذا مضى وقت بعد رؤية المشتري للمبيع، وكان يمكن للمشتري في هذا الوقت أن يفسخ العقد إن أراد، فلما لم يفعل المشتري ذلك، وكان متمكنًا منه، فإن حقه يسقط في الخيار. ويقول بهذا بعض الحنفية، والشافعية في القول المرجوح عندهم، وهو مذهب الحنابلة.

والحنفية يثبتون خيار الرؤية بحكم الشرع دون حاجة إلى اتفاق العاقدين على إثباته. كما أنهم يجعلون هذا الخيار للمشتري مطلقًا حتى ولو كان المبيع موافقًا للوصف الذي أخبر به عند العقد؛ وذلك لأن هذا الخيار مشروع عندهم للتروي في أمر العقد.

والمالكية لا يثبتون خيار الرؤية بحكم الشرع، بل لا يثبت عندهم إلا باشتراط المشتري، وبدون اشتراط هذا الخيار لا يصح بيع الغائب عندهم إلا إذا وصف.

والشافعية ينفون خيار الرؤية مطلقًا على قولهم الجديد؛ لمنعهم بيع الغائب مطلقًا. والحنابلة يوافقون الشافعية في إحدى روايتين عندهم، وفي الرواية الأخرى يثبتون الخيار للمشتري إذا خرج المبيع على خلاف ما وصف به.

وأن الظاهرية يبطلون البيع إذا ظهر المبيع مخالفًا لما وصف به، دون أن يكون للمشتري الخيار في ذلك.

وخيار الرؤية يثبت في عقد البيع، وهو هنا عقد الشراء؛ إذ إن المشتري هو الذي يثبت له الخيار، ولا يثبت للبائع، فالعقد بالنسبة للمشتري عقد شراء. وكذلك فلا يثبت خيار الرؤية في عقد السلم؛ لأن خيار الرؤية إنما يثبت بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون محل العقد شيئًا معينًا مثل ثوب أو دار.

والشرط الثاني: أن يكون محل العقد وقت العقد غير مرئي؛ فيكون للمشتري الخيار إن لم يكن قد رأى المبيع، ووجدته وقت الرؤية على غير ما قام العقد عليه، فإذا كان قد رآه فلا يثبت له الخيار. ولا يتحقق هذان الشرطان في عقد السلم بالنسبة للمسلم فيه، وذلك لسببين:

السبب الأول: أن المسلم فيه دين كائن في ذمة المسلم إليه، وإذن فقد فقد الشرط المثبت لخيار الرؤية وهو التعيين؛ وعليه فلا يصلح أن يتحقق فيه هذا الخيار.

وأما السبب الثاني: فلأن المسلم فيه دين موصوف حين العقد بصفات خاصة تضبطه وتعرفه، فإذا ما أحضره المسلم إليه عند التسليم موافقًا لما وصف به، فقد تحقق الرضا به، وبذلك يكون ذكر الصفة قائمًا مقام المشاهدة، وعلى هذا فلا فائدة من اشتراط خيار الرؤية فيه؛ إذ لا مقتضى له. وكذلك يثبت خيار الرؤية في عقد الاستصناع، ففيه يثبت للمستصنع، ولا يثبت للصانع. وكذلك لا يثبت خيار الرؤية في عقد الإجارة إلا في إجارة الأعيان، وذلك نحو إذا ما استأجر زيد من عمر دارًا ولم يرها. فلما رآها لم

وأما إذا قال: بعت منك ما في كمي هذا، أو [ما]^(١) في كفي هذه^(٢)، من شيء، هل يجوز هذا البيع؟
 لم يذكره في المبسوط، قال عامة مشايخنا - رضي الله عنهم -: [إطلاق الجواب]^(٣) يدل على جوازه عندنا.
 ومنهم من قال: لا يجوز [لجهالة المبيع]^(٤).



تعجبه، فله فسخ الإجارة بخيار الرؤية. ويثبت خيار الرؤية في الصلح على دعوى المال، والقسمة، ومثل ذلك؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، ولا يثبت خيار الرؤية في بدل الخلع، والصلح عن دم عمد، والمهر، ومثل ذلك؛ لأن هذه العقود لا تنفسخ بالرد لهذه الأموال، وبالجملة فإن خيار الرؤية يثبت في كل ما ينفسخ العقد فيه برده، ولا يثبت في كل ما لا يحتمل الانفساخ.

ينظر: العقود الدرية (١٣٨/٢)، المبسوط (٣٤/٢١)، الفتاوى الهندية (٥٨/٣)، البحر الرائق (٢٨/٦)، تبيين الحقائق (٢٤/٤)، بدائع الصنائع (٢٩٢/٥)، حاشية العدوي (٢/١٨٨)، التاج والإكليل (١١٨/٦)، مواهب الجليل (٢٩٦/٤)، تحفة المحتاج (٤/٢٦٤)، مغني المحتاج (٣٥٧/٢)، نهاية المحتاج (٤١٧/٣)، والمثبور (١٤٩/٢)، حاشية قليوبي وعميرة (٢٠٥/٢)، الأم (٧٥/٣)، شرح المهذب (٢٠٧/٩)، الإنصاف (٢٩٦/٤)، المغني والشرح الكبير (٥١/٤).

(١) سقط في م.

(٢) في م: هذا.

(٣) في م: إطلاقه.

(٤) في أ: هاهنا، وسقط في م.

وهذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه: في بيان صفته وحكمه وموضع ثبوته:

فنقول: [وللمشتري فيما^(١)] لم يره^(٢) الخيار إذا رآه بالحديث المعروف^(٣).

(١) في م: والمشتري ما.

(٢) زاد في م: له.

(٣) يختلف الأثر الذي ينتجه خيار الرؤية بالنسبة لصفة العقد من حيث لزومه، أو عدم لزومه تبعًا لاختلاف حالين:

الحال الأولى: أثره على صفة العقد قبل الرؤية.

الحال الثانية: أثره على صفة العقد بعد الرؤية.

أما أثره قبل الرؤية فإنه يجعل العقد غير لازم؛ لعدم تحقق الرضا بالمبيع، وقد قيل: إن عدم اللزوم هاهنا بالنسبة للمشتري فقط.

وقيل: بل يشترك في هذا المشتري والبائع؛ فيكون البيع غير لازم من قبلهما معًا؛ وبهذا أخذ بعض الحنابلة، والشافعية «على القول بصحة بيع الغائب الموصوف، وهو أيضًا رأي للمالكية، ولكنه ضعيف في المذهب».

إذا ثبت هذا، فإنه لا تصح إجازة العقد قبل الرؤية؛ لأن الإجازة لا تكون إلا بعد ثبوت الخيار، والخيار هاهنا لا يثبت إلا بالرؤية، ومن ثم يكون لصاحب الخيار الحق في الخيار ما لم توجد الرؤية، حتى ولو أجاز البيع قبل ذلك؛ لأن تلك الإجازة غير معتبرة شرعًا؛ إذ إن الرضا بالمبيع لا يتحقق إلا بعد رؤيته.

هذا بالنسبة لإجازة البيع، أما فسخه فهل يجوز قبل الرؤية أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذا على قولين:

القول الأول: أن فسخ البيع قبل الرؤية صحيح، وإلى هذا ذهب جمهور الحنفية، والشافعية في وجه عندهم.

القول الثاني: أن فسخ البيع قبل الرؤية لا يجوز، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية، وهو وجه عند الشافعية، وإليه ذهب الحنابلة.

وإذا كان الراجح في صفة العقد قبل الرؤية هو عدم اللزوم، فإنه يكون كذلك بعد الرؤية أيضًا.

وإذا كانت إجازة العقد ممتنعة قبل الرؤية، فإن الإجازة بعد الرؤية تكون معتبرة، وبها يلزم العقد.

أما فسخ العقد بعد الرؤية، فجمهور الفقهاء على جوازه، إلا أن الحنابلة قد شرطوا لذلك بأن يظهر المبيع على خلاف ما وصف به؛ قياسًا على ما لو ظهر المبيع معيبًا بعيب عند البائع.

وأما إن ظهر المبيع على ما وصف به حين العقد، فلا يجوز فسخ العقد بعد الرؤية؛ لتمام العقد بالرضا الناشئ عن العلم بالمبيع عن طريق الوصف.

وإذا ثبت أن البيع مع خيار الرؤية غير لازم، وهو في هذا يوافق خيار الشرط وما شابهه من الشروط، فإنه يختلف معه في حكم العقد، حيث لا يمنع خيار الرؤية من انتقال الملك؛ على الراجح.

حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الملك ينتقل في البيع مع خيار الرؤية؛ فيثبت الحل للمشتري في المبيع في الحال بعد تمام العقد بصدور القبول موافقاً للإيجاب، وكذلك بالنسبة للثمن، حيث يثبت فيه الحل للبائع في الحال.

والحجة في هذا: أن «سبب نقل الملك هو العقد الصحيح وقد وجد، فيرتب عليه حكمه، حيث لا مانع منه، إلا أن الملك في هذا العقد الذي فيه خيار الرؤية غير تام، بمعنى أن لمن له حق الخيار فسخ العقد دون توقف على رضا الطرف الآخر، ودون التجاء إلى القضاء؛ لاحتمال زوال الرضا عند الرؤية؛ فكان الملك فيه غير تام حتى يتمكن من له حق الخيار من إزالة الضرر الذي يحتمل أن يلحقه من جراء هذا العقد». وقد خالف المالكية في هذا، فقالوا بعدم انتقال الملك مع خيار الرؤية، واحتجوا لذلك بأن العقد مع خيار الرؤية محتمل للفسخ، وبالتالي فهو غير مستقر؛ فلا ينتقل به الملك. ولعل هذا منهم مبني على اعتبارهم خيار الرؤية خياراً شرطياً لا حكماً؛ فكأنه استمد أثره في منع نقل الملك من هذه السمة.

أو بعبارة أخرى: يكون منعهم لانتقال الملك مع خيار الرؤية قياساً له على خيار الشرط؛ بجامع أن كلاهما خيار شرطي لا حكمي، وهم يقولون بعدم انتقال الملك مع خيار الشرط؛ فكذلك لا ينتقل مع خيار الرؤية.

إلا أنه يمكن أن يجاب عن هذا بالفرق بين خيار الرؤية وخيار الشرط؛ إذ يكون «التعليق في خيار الشرط داخلاً على الحكم في حقيقة الأمر، فلم يوجد الحكم وهو الملك قبل انقضاء المعلق عليه وهو الخيار.

وأما خيار الرؤية فليس فيه تعليق يمنع من نقل الملك حالاً، ولكن لما كان عدم الرضا مقارناً للعقد منع من تمام الحكم فقط؛ اقتصاراً على ما تقضي به ضرورة ثبوت الخيار». وأما ما ذهبوا إليه من الاحتجاج بعدم استقرار العقد مع خيار الرؤية؛ فيمتنع انتقال الملك لذلك، فإنه يجاب عنه بأن: استقرار العقد لا دخل له في ترتب حكمه، وإنما يظهر أثر عدم الاستقرار في التمكن من فسخ العقد؛ بدليل أن «بيع المعيب وعقد العارية المطلقة عن الوقت غير مستقرين؛ لإمكان فسخهما، ومع ذلك يترتب عليهما الحكم».

إذن، فإن عدم استقرار العقد مؤثر في التمكن من الفسخ؛ فيجوز لصاحب الخيار فسخه دون توقف على رضا الطرف الآخر، ودون حاجة إلى حكم القاضي بذلك.

هذا، وقد ذكر الشافعية في انتقال الملك مع خيار الرؤية وجهين:

أحدهما: موافق للرأي الأول.

والثاني: موافق لرأي المالكية.

وموافقتهم للمالكية بناء على اعتبار أن البيع ليس تأمناً، وأما موافقتهم للرأي الأول فبناء على اعتبار أن البيع تام.

وهذا الخيار غير مؤقت بخلاف خيار الشرط، لأن ثبوت هذا الخيار عُرف بالحديث وإنه مطلق، فإنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «فهو بالخيار إذا رآه»^(١)؛ ولأنه لا يورث بمنزلة خيار الشرط^(٢).

ينظر: بدائع الصنائع (٢٩٢/٥)، شرح فتح القدير (١٣٩/٥)، الخرخشي (٣٤/٥)، المجموع شرح المذهب (٢٩٩/٩)، الخيار وأثره في العقود، ص (٥٤٨)، الخيارات في البيع، للدكتور/ مندور، ص (١٣٨، ١٣٩)، بحوث في فقه المعاملات، ص (٢٣٢).

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٣، ٥)، البيهقي (٢٦٨/٥)، وقال الحافظ في تخليص الحبير (٣/١٣) روى من حديث عمر بن إبراهيم الكردي مذكور بالوضع.

ويغني عنه ما رواه ابن عمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ، فَكُلٌّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا وَكَانَا جَمِيعًا، أَوْ يُحَيِّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ: فَإِنْ حَيَّرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ - فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا، وَلَمْ يَثْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْبَيْعَ - فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ». أخرجه مالك في الموطأ (٦٧١/٢) كتاب البيوع، باب: بيع الخيار، الحديث (٧٩)، وأحمد (٥٦/١)، والبخاري (٤/٣٢٨) كتاب البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (٢١١١)، ومسلم (٣/١١٦٣) كتاب البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، الحديث (٤٣/١٥٣١)، وأبو داود (٣/٧٣٢ ٧٣٥) كتاب البيوع والإجازات، باب: في خيار المتبايعين، الحديث (٣٤٥٤) و(٣٤٥٥)، والترمذي (٣/٥٤٧) كتاب البيوع، باب: ما جاء في البيّعين بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (١٢٤٥)، والنسائي (٧/٢٤٨) كتاب البيوع، باب: وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما، وابن ماجه (٢/٧٣٦) كتاب التجارات، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، الحديث (٢١٨١)، والشافعي (٢/١٥٤) كتاب البيوع، باب: في خيار المجلس، رقم (٥٣١، ٥٣٤)، وابن طهمان في «مشيخته» رقم (١٨٠، ١٨١)، وعبد الرزاق (٨/٥٠ ٥١)، والحميدي (٦٤٥)، والطيالسي (١/٢٦٦ -منحة)، رقم (١٣٣٨)، وأبو أمية الطرسوسي في «مسند ابن عمر»، رقم (٧٩)، وأبو يعلى (١٠/١٩٢) رقم (٥٨٢٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/١٢)، والدارقطني (٣/٥) كتاب البيوع، والطبراني في «المعجم الصغير» (٢/٢٧)، والبيهقي (٥/٢٦٨، ٢٦٩)، وأبو نعيم في «أخبار أصفهان» (١/٢٢٠)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣/١٠٤، ١٠٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٤/٣٢٦) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر به.

(٢) اختلف الفقهاء فيما سيؤل إليه أمر الخيار، إذا مات صاحبه على قولين:

القول الأول: أن الخيار يسقط بموت صاحبه، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، أما إذا كان الخيار للعاقدين معًا، فإن خيار الميت يسقط، ويبقى الحي على خياره. ومعنى هذا: أن الخيار إن كان للبائع فمات، لزم البيع، وكان الثمن ملكًا لورثته، والمبيع ملكًا للمشتري. وإن كان الخيار للمشتري فمات، لزم البيع، وكان المبيع ملكًا لورثته، والثمن ملكًا للبائع. وإن كان الخيار للبائع والمشتري معًا، فمات أحدهما فإن الحي منهما يبقى على خياره: فإن

أَمْضَى الْبَيْعِ، وَكَانَ الْمَيْتَ الْبَائِعِ، فَإِنَّ الثَّمَنَ يَكُونُ مَلِكًا لَوْرَثَتِهِ، وَالْمَبِيعَ يَصْبِحُ مَلِكًا لِلْمَشْتَرِيِّ. وَإِنْ كَانَ الْمَيْتَ الْمَشْتَرِيَّ، فَإِنَّ الْمَبِيعَ يَصْبِحُ مَلِكًا لَوْرَثَتِهِ، وَالثَّمَنَ مَلِكًا لِلْبَائِعِ. وَإِنْ فَسَخَ الْحَيُّ مِنْهُمَا الْبَيْعَ، وَكَانَ الْمَيْتَ هُوَ الْبَائِعِ، فَإِنَّ الْمَبِيعَ يَظَلُّ عَلَى مَلِكِهِ، وَيَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَيَظَلُّ الثَّمَنُ عَلَى مَلِكِ الْمَشْتَرِيِّ الْحَيِّ. وَإِنْ كَانَ الْمَيْتَ هُوَ الْمَشْتَرِيَّ، فَإِنَّ الْمَلِكَ فِي الثَّمَنِ بَاقٍ لَهُ، وَيَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَيَبْقَى الْمَبِيعُ عَلَى مَلِكِ الْبَائِعِ الْحَيِّ. وَقَدْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ الْحَنْفِيَّةُ، وَالْحَنْبَلَةُ، إِلَّا أَنَّ الْحَنْبَلَةَ قَدْ اسْتَشْنَوْا مِنْ ذَلِكَ مَا إِذَا طَالَبَ صَاحِبُ الْخِيَارِ بِحَقِّهِ فِي الْخِيَارِ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ فَإِنَّهُمْ قَالُوا بِأَنَّ الْخِيَارَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَكُونُ لَوْرَثَةِ الْمَيْتِ. وَالْحَقِيقَةُ: أَنَّ هَذَا الْاسْتِثْنَاءَ الْوَارِدَ لَدَى بَعْضِ الْحَنْبَلَةِ قَدْ أَغْفَلَهُ الْعَدِيدُ مِنْ مُصَنِّفِي الْحَنْبَلَةِ، مِنْ ذَلِكَ مَثَلًا: قَوْلُ صَاحِبِ الْمَقْنَعِ: «وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمَا - أَيُّ: الْعَاقِدِينَ - بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَمْ يَوْرَثْ»، لَكِنْ جَاءَ فِي حَاشِيَةِ الْمَقْنَعِ تَعْقِيًّا عَلَى هَذِهِ الْعِبَارَةِ: «هَذَا الْمَذْهَبُ، إِلَّا أَنَّ يَطَالِبُ بِهِ الْمَيْتَ». وَيَقُولُ ابْنُ قَدَامَةَ: «الْمَذْهَبُ: أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ بِالنِّسْبَةِ لِلْمَيْتِ مِنْهُمَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِ، وَيَبْقَى خِيَارَ الْآخَرِ بِحَالِهِ، إِلَّا أَنَّ يَكُونُ الْمَيْتَ قَدْ طَالَبَ بِالْفَسْخِ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ فَيَكُونُ لَوْرَثَتِهِ». ثُمَّ إِنَّ الْحَنْبَلَةَ قَدْ اسْتَشْنَوْا مِنْ هَذِهِ الْحَالَةِ الْمُسْتَثْنَاءِ مَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ لِلْإِقْرَاضِ، وَخَافَ أَنْ يَذْهَبَ مَالُهُ، فَاشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ، وَلَمْ يَرِدِ الْحِيلَةُ فِي هَذَا يَقُولُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ: هَذَا جَائِزٌ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ انْقَطَعَ الْخِيَارُ فَلَمْ يَكُنْ لَوْرَثَتِهِ. هَذَا كُلُّهُ أَدَّى إِلَى اخْتِلَافِ النُّقْلِ فِي تَحْدِيدِ مَوْقِفِ الْحَنْبَلَةِ مِنْ سَقُوطِ الْخِيَارِ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ: فَنَقَلَ الْبَعْضُ عَنِ الْحَنْبَلَةِ أَنَّهُمْ مُوَافِقُونَ لِلْحَنْفِيَّةِ فِي سَقُوطِ الْخِيَارِ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ مُطْلَقًا، وَلَمْ يَعُولُوا عَلَى الرَّأْيِ الْقَائِلِ بِانْتِقَالِ الْخِيَارِ لِلْوَارِثِ إِذَا طَالَبَ الْمَوْرَثَ بِحَقِّهِ فِي الْخِيَارِ قَبْلَ الْمَوْتِ. فِي حِينِ فَصَلَّ بَعْضُهُمْ فِي مَذْهَبِ الْحَنْبَلَةِ: فَذَكَرُوا أَنَّ الْحَنْبَلَةَ يَبْطُلُونَ الْخِيَارَ إِذَا مَاتَ صَاحِبُهُ دُونَ أَنْ يَطَالِبَ بِحَقِّهِ، أَمَا إِنْ طَالَبَ بِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ، فَإِنَّهُ يَوْرَثُ عَنْهُ. لَكِنْ مِنْ فَصَلٍ فِي مَذْهَبِ الْحَنْبَلَةِ أَعُوذَهُ الدَّلِيلُ عَلَى مَا ذَهَبُوا إِلَيْهِ مِنْ انْتِقَالِ الْخِيَارِ إِلَى الْوَارِثِ إِذَا طَالَبَ الْمَيْتَ بِحَقِّهِ فِي الْخِيَارِ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا أَعُوذُهُمُ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْحَنْبَلَةَ كَانُوا يَكْتَفُونَ بِنَقْلِ هَذَا عَنِ نَصِّ الْإِمَامِ أَحْمَدَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَلَمْ يُؤَيِّدُوهُ بِدَلِيلٍ لَا مِنْ النُّقْلِ وَلَا مِنَ الْعَقْلِ، وَإِنَّمَا أَنْصَبَ اسْتِدْلَالَهُمْ عَلَى مَسْأَلَةِ بَطْلَانِ الْخِيَارِ وَعَدَمِ تَوْرِيثِهِ. الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا يَسْقُطُ بِمَوْتِ صَاحِبِ الْخِيَارِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى وَارِثِهِ؛ فَيَكُونُ لَهُ الْحَقُّ فِي إِمْضَاءِ الْعَقْدِ أَوْ فُسْخِهِ. وَهَذَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ، إِلَّا أَنَّ الرَّافِعِيَّ قَدْ حَكَى عَنِ الشَّافِعِيَّةِ قَوْلًا شَادًّا: أَنَّ الْخِيَارَ يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ، لَكِنَّ النَّوَوِيَّ قَدْ ضَعَفَ هَذَا الْقَوْلَ، وَرَدَّهُ قَائِلًا: «وَهُوَ ضَعِيفٌ جَدًّا وَمَرْدُودٌ»؛ وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ الْمُعْتَمَدَ عِنْدَهُمْ أَنَّ الْخِيَارَ لَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ. كَمَا أَنَّ هُنَاكَ مِنَ الْحَنْبَلَةِ وَهُمْ قَائِلُونَ بِسَقُوطِ الْخِيَارِ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ، وَآخَرُونَ يَرَوْنَ عَدَمَ سَقُوطِهِ بِالْمَوْتِ؛ فَقَدْ حَكَى أَبُو الْخَطَّابِ مِنْهُمْ وَجْهًا بِإِرْثِ الْخِيَارِ الشَّرْطِيِّ مُطْلَقًا.

إِذَا ثَبِتَ هَذَا: فَإِنَّ مَرَجِعَ الْخِلَافِ بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ هُوَ: هَلْ تَوْرَثَ الْحَقُوقُ كَالْأَمْوَالِ أَمْ لَا؟ فَعَمْدَةُ الْقَائِلِينَ بِسَقُوطِ الْخِيَارِ بِالْمَوْتِ: أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْإِرْثِ أَنَّ يَكُونُ فِي الْمَالِ فَقَطْ دُونَ

الحقوق؛ فلا يورث من الحقوق إلا ما قام الدليل على إلحاقه بالمال. أما عمدة الفائلين بعدم سقوط الخيار وأنه ينتقل إلى الوارث فهو: أن الأصل في الإرث أن يشمل الأموال والحقوق، ولا يستثنى من ذلك إلا الحقوق التي قام الدليل على مفارقتها للمال؛ فإنها لا تورث. وعلى هذا فإن التركة عند هؤلاء تشمل جميع ما للميت من الأموال والحقوق، إلا الحقوق التي تثبت للميت بصفة شخصية: كحق الانتفاع، أو العقود التي تنتهي بموته كعقد الزواج؛ فإن هذه الحقوق لا تدخل في التركة؛ فعلى هذا تكون التركة شاملة لحق الخيار. وهذا بخلاف ما ذهب إليه الأولون؛ حيث حصروا التركة في الأعيان المالية، وما هو في معناها: كحق التعلي والشرب وما أشبههما، وما كان تابعا للمال من الحقوق، كحق الارتفاق. وخيار الشرط لا ينتمي إلى أحد هذه الأشياء الثلاثة؛ فليس مالا ولا هو بمعنى المال، ولا تابعا له، وعليه فإن الخيار لا يدخل في التركة؛ فلا يورث. فإن قيل: على أي وجه اعتبر الأولون الخيار داخلا في التركة؟ قيل: على اعتبار أن الخيار حق ثابت لإصلاح المال: كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن؛ ومن ثم فإنه يكون من مشتملات التركة.

أما من خالف في ذلك، فلم يعتبر الخيار من مشتملات التركة؛ لأنه صفة للميت؛ إذ هو - أي: الخيار - ليس إلا مشيئة وإرادة، فلا ينتقل عن الميت كسائر أوصافه. فالخيار ليس وصفاً بالمبيع حتى يورث، بل هو وصف قائم بشخص من ثبت له الخيار؛ فلا يورث عنه؛ لأن الوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال، والإرث إنما يجري فيما يمكن نقله.

أما إذا لم يعلم الوارث بموت مورثه إلا بعد انتهاء مدة الخيار، فقد ذكر الشافعية في ثبوت الخيار للوارث وجهين:

أحدهما: أن الخيار باق له؛ لأنه معذور لعدم علمه بموت مورثه. والثاني: أن الخيار ينتهي بانتهاء المدة، ويلزم العقد للوارث؛ لأن الخيار يثبت بالشرط، فثبوته بعد المدة فيه تخلف للمشروط عن شرطه.

والراجح عندهم هو الوجه الأول، حيث ضعف النووي الوجه الثاني، وقال: إنه شاذ مردود.

فثبت بهذا أن خيار الوارث يبقى إذا لم يعلم بموت مورثه حتى انقضت مدة الخيار، لكن هل يكون خياره حينئذ على الفور، أم يكون له الخيار بقدر المدة التي كانت متبقية بعد موت مورثه، أم يتقدر خياره بمجلس علمه بالموت؟ ذكر الشافعية في هذا ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الوارث إذا لم يعلم بموت مورثه إلا بعد انقضاء أمد الخيار، فإن خياره يكون على الفور، بحيث إن لم يفسخ بعد علمه بموت مورثه حتى انقضت مدة كان متمكنا فيها من الفسخ، سقط حقه في الخيار، ولزمه العقد؛ قياسا على خيار العيب.

والثاني: أن للوارث الحق في الخيار بعد علمه بموت مورثه بقدر المدة التي كانت متبقية من الخيار بعد الموت.

بمعنى: أنه إن كانت مدة الخيار ثلاثة أيام فمات صاحب الخيار بعد مضي يوم منها، ولم

لأن الثابت [له] ^(١) ليس إلا ولاية الفسخ والإجازة وإنه لا يبقى بعد موت العاقد، والإرث إنما يجري فيما بقي بعد الموت ^(٢).

يعلم الوارث بموته إلا بعد مرور باقي الأيام الثلاثة، فإن حق الوارث في الخيار يكون بمقدار يومين؛ لأن الباقي من أمد الخيار حين مات المورث يومان، وابتداء هذين اليومين بالنسبة للوارث يكون من وقت علمه بالموت. ودليل هذا الوجه أن انتقال الخيار من المورث إلى وارثه بالموت يستلزم انتقاله من الزمن الذي شرط فيه إلى غيره.

الوجه الثالث: أن الخيار يثبت للمورث عند علمه بموت مورثه، وينتهي حق الوارث فيه بانتقاله عن المجلس الذي علم فيه بالوفاة.

ولا فرق في هذا كله بين أن يتحد الوارث أو يتعدد مع اتحاد زمن علمهم بالموت. أما إن تعدد الورثة، وعلم بعضهم بموت المورث دون بعض، فإن الخيار يثبت لمن علم منهم، فإن فسخ العقد انفسخ، وإن أجازته توقفنا إلى أن يعلم بقية الورثة بموت المورث: فإن علموا في أثناء مدة الخيار، ووافقوا من علم أولاً على إجازة العقد انتهى الخيار، ولزم العقد في حق جميع الورثة.

أما إن رد بعض الورثة العقد، وأجاز البعض، فإن المغلب هاهنا جانب من رد منهم، فينفسخ العقد؛ دفعاً للضرر عن الجميع. وإن لم يعلم باقي الورثة بالموت إلا بعد انقضاء زمن الخيار، ففيه الخلاف السابق. والله أعلم.

ينظر: شرح فتح القدير (١٢٥/٥)، بداية المجتهد (٢/٢١١، ٢١٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/١٠٢)، شرح الخرشي (٤/٢٩)، المجموع شرح المهذب (٩/٢٢٢)، منتهى الإرادات (١/٣٥٩)، كشاف القناع (٤/٢١٠)، مطالب أولي النهى (٣/٩٩)، المقنع وحاشيته (٢/٤١)، المغني (٣/٤٩٤)، القواعد، لابن رجب، ص (٣١٦)، الخيارات في البيع، ص (٤٤)، الخيار وأثره في العقود ص (٣٢١)، بحوث في البيع، للدكتور/ علي مرعي، ص (٢١٧، ٢١٨).

(١) سقط في م.

(٢) يسقط خيار الرؤية بعدة أمور وهي:

١- أن يتعذر رده بإحداث تغيير في المبيع، كالبناء على الأرض، وصبغ الثوب.
٢- أن يتصرف المشتري في المبيع تصرفاً يوجب حقاً للغير، كأن يرهنه. وكذلك إذا باعه بيعاً باتاً دون أن يشترط لنفسه الخيار، أو أجره؛ لأن في إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتب لهم بهذه التصرفات.

٣- هلاك المبيع وتعيبه في يد المشتري؛ لأنه بالتعيب لا يمكن إرجاع المبيع إلى البائع كما تسلمه المشتري. وكذلك الهلاك؛ لانعدام المعقود عليه، والفسخ يكون بالحالة التي كان عليها المبيع عند العقد، وقد استلمه سليماً، فلا يرده معيماً؛ لذا يسقط الخيار.

٤- موت من له الخيار، فخيرار الرؤية لا يورث؛ لأن خيار الرؤية إرادة ومشئنة، والوارث لا يورث مورثه في رغبته.

وهذا الخيار لا يسقط بالإسقاط مقصودًا حتى لو قال: أسقطت خياري، لا يسقط، بخلاف [خيار]^(١) الشرط.

ولو باع شيئًا لم يره، بأن ورث شيئًا لم يره حتى باعه، جاز البيع ولا خيار له في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - [الآخر، وكان يقول أولًا: له الخيار، فعلى قوله الأول قاس جانب البائع بجانب المشتري، وعلى قوله الآخر فرق بينهما وكأنه اعتمد على ما روي أن عثمان بن عفان - رضي الله عنه -]^(٢) باع أرضًا كانت له بالبصرة من طلحة [بن عبيد الله]^(٣)، فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار، لأنني اشتريت شيئًا لم أره، [وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال]^(٤) عثمان: لي الخيار، لأنني بعت ما لم أره، فحكما جبير بن مطعم - رضي الله عنه - فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم يُنكر عليه [أحد]^(٥).

وفي صرف القدوري: وليس في الدراهم والدنانير خيار الرؤية. وكذلك في سائر الديون، لأنه لا فائدة في الرد، فإن العقد لا يفسخ بردها؛ لأن العقد لم يرد على عينها، فإذا رد وقبض ثانيًا لا بد وأن يثبت خيار الرؤية - أيضًا - كما في المقبوض الأول فيؤدي إلى ما لا يتناهى. ولو كان شيئًا بعينه بأن كان إناء أو تبرًا أو حليًا مصوغًا^(٦) فله خيار الرؤية؛ لأن الرد مفيد هاهنا؛ لأنه يتعين بالتعيين وينفسخ العقد فيه بالرد.

ينظر: بدائع الصنائع (٢٩٥/٥) وما بعدها، شرح فتح القدير (١٤١/٥، ١٤٩)، الفتاوى الهندية (٥٩/٣)، العناية شرح الهداية (١٥٩/٥) وما بعدها.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) بدل ما بين المعقوفين أ، في م: وقال.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: مصبوغا.

وإنما يثبت هذا الخيار في كل عقد يفسخ بالرد كالإجارة^(١) والصلح عن^(٢) دعوى مال [والقسمة والشراء]^(٣) وما أشبه ذلك [من العقود التي تفسخ بالرد]^(٤)، ولا يثبت في كل عقد لا يفسخ برده كالمهر، وبدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، وما أشبه ذلك^(٥) من العقود التي يكون المردود مضموناً بنفسه لا بما يقابله. ولو اشترى عيناً بدين، فالخيار للمشتري ولا خيار للبائع.

ولو تبايعا عيناً بعين: فكل^(٦) واحد منهما بالخيار؛ لأن الرد من كل جانب مفيد لأن العقد يفسخ برد كل واحد منهما ويعود إلى الراد عين ما كان.

ولو اشترى شيئاً قد كان رآه وهو لا يعرفه، بأن رأى ثوباً في يد إنسان ثم إن صاحب الثوب لفه في منديل وباعه منه، أو رأى جارية في يد إنسان ثم رآها متنقبة عنده، فاشتراها منه ولم يعلم بأنه ذلك الثوب أو^(٧) تلك الجارية فله الخيار إذا رآه بعد ذلك؛ لأنه جاهل بأوصاف المعقود عليه وقت العقد وهو العلة الموجبة للخيار.

وفي المنتقى: إذا عرض على رجل جراب هروي فنظر إلى كل ثوب ثم إن صاحب الثوب لف^(٨) ثوباً من الجراب في منديل فاشتراه^(٩) الذي عرض^(١٠) [عليه]^(١١) الجراب فله الخيار إذا رآه، وإن كان بين له صاحب الجراب أنه من ذلك [الجراب]^(١٢) حتى [ينسبه إلى شيء يعرفه بعينه، لأنه جاهل بأوصاف المعقود عليه

(١) في م: نحو البيع والإجارة.

(٢) في م: على.

(٣) في م: والقيمة.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) زاد في أ: في عقد كالمهر.

(٦) في م: فلكل.

(٧) في م: و.

(٨) في م: لفه.

(٩) في م: اشترى.

(١٠) في أ، م: اعترض.

(١١) سقط في أ، م.

(١٢) سقط في م.

حالة الشراء فإنه لا يدري أن الثوب الذي اشتراه جيد أو رديء .
 وفي الأصل: لو رأى ثوبين وعرضهما عليه، ثم لف أحدهما في مندبل ثم اشتراه منه ولم يره، ولم يعلم أيهما هو: فهو بالخيار إذا رآه لما ذكرنا أنه جاهل بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء فإنه لا يدري أنه جيد أو رديء .
 ولو أتاه بالثوبين جميعًا [و]^(١) قد لف كل واحد منهما في مندبل وقال: هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك أمس، فقال: أخذت هذا الثوب بعينه بكذا، وهذا الثوب بعينه بكذا، ولم يرهما حالة الشراء فهذا على وجهين:
 إما أن اشتراهما [بثمن واحد]^(٢) بأن قال: [أخذت كل واحد منهما]^(٣) بعشرة [أو بعشرين]^(٤)، وفي هذا الوجه لا خيار له؛ لأنه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوى بينهما في الثمن؛ لأن ذلك دليل على أنهما كانا مشتركين في الوصف .

وإذا كانا مشتركين في الوصف، كان عالمًا بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء .
 وأما إن اشتراهما بثمن^(٥) مختلف بأن قال: [أخذت]^(٦) هذا بعشرين، وهذا بعشرة .

وفي هذا الوجه له الخيار؛ لأن التفصيل في الثمن دليل على أن أحدهما أجود من الآخر ولم يعلم وقت الشراء أن الذي قابله العشرون جيد أو رديء ولو قال: أخذت أحدهما بعشرين، ولم يعلم^(٧) أيهما هو فهذا^(٨) فاسد، لأن المبيع مجهول جهالة

(١) سقط في م .

(٢) في م: واحدا واحدا .

(٣) سقط في أ، وفي م: هذا .

(٤) في أ: وهذا بعشرة، وفي م: وهذا بعشرين .

(٥) زاد في أ، م: مجهول .

(٦) سقط في م .

(٧) في أ، م: يسم .

(٨) في م: فإن هذا .

توقعهما في المنازعة .

ولو اشترى شيئاً قد رآه وعلم وقت الشراء أنه ذلك الشيء فلا خيار له، إلا أن يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه .

وإن ادعى المشتري التغير فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي عارضاً، والبائع يُنكر .

قالوا: وهذا إذا كانت المدة قريبة يعلم أنه لا يتغير في مثل تلك المدة فأما إذا كانت المدة بعيدة، فالقول قول المشتري؛ لأن الظاهر يشهد له .

وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وقال: أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير أكان يصدق على ذلك، لا شك أنه لا يصدق .

وبه كان يفتي الصدر الشهيد والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمهما الله - . قال: وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، حتى إن من اشترى من آخر عدل زطي ولم يره فقبضه وحدث بثوب منه عيب فليس له أن يرد منه شيئاً بخيار الرؤية؛ لأنه عجز عن رد ما تعيب في يده، فلو رد شيئاً من الباقي تفرقت الصفقة على البائع قبل التمام وإنه لا يجوز .

وكذلك لو لم يتعيب منه شيء وأراد أن يرد بعض الأثواب دون البعض ليس له ذلك؛ لأن فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام .

ثم إنما منع خيار الرؤية تمام الصفقة؛ لأنه إنما يثبت بسبب [جهالة]^(١) وصف المعقود عليه وبجهالة أصل المبيع ووصفه أثر في منع الجواز ولزومه، بأن اشترى ثوباً من جملة الثياب لا بعينه بجهالة الوصف مع العلم بالأصل يؤثر في منع اللزوم دون الجواز عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

(١) سقط في أ .

وإذا امتنع اللزوم لم تكن الصفقة تامة؛ لأن اللزوم من أحكام الصفقة وليس للمشتري أن يُخير قبل الرؤية، حتى لو أجاز ثم رآه فله أن يرده ويجوز أن يفسخ وإن لم يره عند عامة المشايخ، وهكذا روى [بشر بن الوليد]^(١) عن أبي يوسف - رحمه الله - في الأمالي.

وهكذا ذكر في شرح الطحاوي وفي القدوري، وهو الصحيح. والفرق: وهو أن صحة الفسخ تعتمد عدم [اللزوم للعقد]^(٢) والعقد هاهنا غير لازم لتمكن الخلل في الرضا، أما ولاية الإلزام تعتمد تمام الرضا وأنه يتم الرضا بعد العلم بأوصاف المعقود عليه، وإنه لا يتحقق قبل الرؤية.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أن المشتري إذا قال بعدما رأى: أسقطت^(٣) الخيار [لم يسقط]^(٤) الخيار، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، حتى لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ولا إلى رضا البائع لكن لا يصح هذا الرد إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما -.

أما الرضا به يصح بعد الرؤية بمحضر من البائع وبغير محضر منه بالاتفاق. والرضا^(٥) على ضربين، رضا بالصريح ورضا بالدلالة.

فالرضا بالصريح أن يقول المشتري بعد الرؤية: رضيت، أو يقول: أجزت. والرضا بالدلالة^(٦) أن يراه ثم يشتريه أو يراه بعد الشراء فيقبضه، أو يتصرف فيه بعد الرؤية تصرف المالك^(٧) على نحو ما عرف في خيار الشرط.

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: لزوم العقد.
 - (٣) في م: أسقط.
 - (٤) في م: لو سقط.
 - (٥) زاد في م: به.
 - (٦) في م: بالدليل.
 - (٧) في م: المالك.

فإذا فعل شيئاً من ذلك، سقط خياره وهو النوع الثاني في^(١) هذا الفصل.
 إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية تصرف الملاك فهو على وجهين:
 إن كان تصرفاً لا يمكن فسخه بعد وقوعه ونفاذه نحو الإعناق والتدبير لزم البيع
 وبطل خياره، لأنه ملك المشتري قبل الرؤية فنفذت هذه التصرفات، [وبعد نفاذ هذه
 التصرفات]^(٢) يتعذر الفسخ فيبطل الخيار ضرورة.

وكذلك إن^(٣) علق بالمبيع حقاً للغير بأن آجر أو رهن أو باع بشرط الخيار
 للمشتري؛ لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار ضرورة حتى لو افتك
 المرهون أو مضت مدة الإجارة، أو رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون
 له الرد.

[وإن كان]^(٤) تصرفاً لم يتعلق به حق الغير بأن باع بشرط الخيار لنفسه أو وهب
 ولم يسلم أو عرض على البيع لا يبطل خياره.
 فإن كانت هذه التصرفات منه بعد الرؤية يبطل خياره.
 ذكر القدوري - رحمه الله - هذه الجملة في كتابه.

والفرق [بين ما]^(٥) قبل الرؤية وبين ما بعد الرؤية في حق التصرفات التي لم يتعلق
 بها حق الغير:

أن خيار الرؤية [لو بطل بهذه التصرفات إنما يبطل من حيث إن دليل الرضا
 بالإمسك لا باعتبار تعلق حق الغير، إلا أن خيار الرؤية]^(٦) لا يسقط بصريح الرضا
 قبل الرؤية فبدليل^(٧) الرضا أولى.

-
- (١) في م: من.
 (٢) سقط في م.
 (٣) في أ، م: لو.
 (٤) سقط في م.
 (٥) في م: بينهما.
 (٦) سقط في م.
 (٧) في م: فبدليل.

أما بعد الرؤية يسقط هذا الخيار بصريح الرضا وكذا يسقط بدليله -أيضاً- .
 وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه- أن المشتري إذا باعه بشرط الخيار
 لنفسه يسقط خياره، وقيل: تلك الرواية أصح.
 وذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسي -رحمهما الله- في شرحهما: أن
 هذا الخيار يبطل بالعرض على البيع.
 وذكر القاضي الإمام علي السعدي - رحمه الله - أنه لا يبطل كما ذكر القدوري
 - رحمه الله - .

ورأيت في نسخة أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - : لا يبطل هذا الخيار
 بالعرض على البيع، وعلى قول محمد - رحمه الله - : يبطل.
 وروي أن هذا الخيار يبطل بنقد الثمن.

وفي المنتقى: اشترى شيئاً لم يره فقال للبائع: بعه، أو قال: بعه لنفسك، فهذا
 رد الساعة^(١)، باعه البائع أو لم يبعه وقد انتقض البيع.
 ولو قال ذلك بعد ما رآه لم يذكر هذا الفصل في هذه المسألة وإنما ذكره بعد هذا
 في مسألة الشاة، فقال: إذا اشترى شاة ولم يقبضها حتى قال للبائع: بعه أو بعه
 لنفسك، فهو سواء.

فإن كان لم يرها فهو [الساعة نقض]^(٢) البيع^(٣) ورد بخيار الرؤية.
 وإن كان قد رآها لم يكن نقضاً^(٤) حتى يقول: [قد]^(٥) قبلت ذلك، وأنا أبيع.
 وإذا اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة، فله أن يرد الدار
 المُشترأة بخيار الرؤية رواه إبراهيم عن محمد - رحمه الله - .

(١) في أ، م: السلعة.

(٢) في أ: للسلعة نقض، وفي م: السلعة بنص.

(٣) في م: للبيع.

(٤) في م: بقضاء.

(٥) سقط في م.

وفي الأصل: إذا اشترى عدل زطي لم يره ثم باع ثوبًا منه ثم نظر إلى ما بقي فلم يرض به، فليس له أن يرد الكل بخيار الرؤية، فإن [عاد بعد] ^(١) ما باع ^(٢) ملكه بسبب هو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الرؤية، إلا على رواية [علي] ^(٣) بن الجعد عن أبي يوسف - رحمه الله -، فإنه روى عنه أن خيار الرؤية إذا سقط لا يعود وإن عاد إليه قديم ملكه كخيار الشرط.

وإن ولدت ولدًا، فإن بقي الولد، فليس له الرد على كل حال.

وإن مات الولد: إن أوجبت الولادة نقصانًا ظاهرًا [فليس له الرد إلا برضا البائع وإن لم توجب نقصانًا ظاهرًا] ^(٤) فكذا على رواية كتاب المضاربة؛ لأن على رواية كتاب المضاربة: الولادة في بني آدم عيب لازم أبدًا.

وإن كانت شاة فولدت في يد المشتري، فإن بقي الولد فليس للمشتري أن يرد ^(٥) على كل حال.

وكذلك [لو قتل ولدها هو أو غيره] ^(٦)، وإن مات، كان له الرد لأنه لما مات من غير صنع أحد جعل كأن ^(٧) لم يكن، [و] ^(٨) بالولادة لا يكون عيبًا فيها، لأنها لا توجب نقصًا ^(٩) في البهائم.

ولو أجاز المشتري العقد في بعض المبيع دون البعض بأن اشترى ثوبين أو عبيدين أو ما أشبه ذلك، ورآهما بعد ما قبضهما ورضي بأحدهما فقال: رضيت بهذا، لم

(١) في م: أعاد.

(٢) زاد في م: إلى.

(٣) سقط في أ، م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: يردهما.

(٦) في أ: إن قتل الولد، وفي م: إن كان قبل الولد.

(٧) في م: كأنه.

(٨) سقط في أ، م.

(٩) في أ، م: نقصانًا.

[يجزأ]^(١)، لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام، والخيار على حاله لأن إلزام بقية المبيع لم يوجد، والرضا به مُتَعَذِر، ورد الباقي وحده مُتَعَذِر لما فيه من تفريق الصفقة، فتعين رد الكل وصار وجود الإجازة في البعض والعدم بمنزلة.

ذكر المسألة على هذا الوجه ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - . قال ثمة: [ولو لم يقل: رضيت بهذا، ولكن عرض أحدهما على البيع، لم يكن له أن يردهما، لأن خيار الرؤية سقط]^(٢) حكماً بالعرض^(٣) على البيع، [ويثبت للزوم حكماً]^(٤).

وما ثبت حكماً لا مرد له فيلزم العقد في الآخر ضرورة.

قال ثمة: وكذلك لو كانا في يد البائع فرأهما وقبض أحدهما فهو دليل الرضا بهما وليس له أن يردهما.

وفي المنتقى: عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه سوى بين الرضا بأحدهما وبين عرض أحدهما على البيع، وقال: لا يبطل خياره حتى يرضاهما أو يعرضهما على البيع، فهذا إشارة إلى أنه لو عرضهما على البيع أنه يبطل خياره.

وقد ذكرنا قبل هذا عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن [المشتري]^(٥) لو عرض المبيع [على البيع أنه]^(٦) لا يبطل خياره.

وفي القدوري عن أبي يوسف - رحمه الله - : لو عرض المشتري بعض [المبيع]^(٧) على [البيع]^(٨) أنه لا يبطل خياره.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: للعرض.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

وفي المنتقى - أيضًا - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : فيمن اشترى جاريتين فرأهما ورضي بإحدهما فهو رضا بهما ، ولو رأى إحدهما ورضي بها لم يكن راضيًا بهما .

[و] ^(١) عن أبي يوسف - رحمه الله - في الأمالي : اشترى ثوبًا لم يره فإذا هو قصير لا [يمكن قطعه] ^(٢) ، فأراد أن يرده ، فقال له البائع : أره ^(٣) الخياط ، فإن قطعه فأمسكه ^(٤) وإلا فرده ^(٥) . فأراه الخياط [فأبى أن] ^(٦) يقطعه فله أن يرده ، وليس هذا كعرضه على البيع ، [و] ^(٧) هذا بمنزلة ما لو قال : اذهب به فإن رضيت وإلا فرده . وفي الفتاوى : سئل أبو بكر - رحمه الله - عن اشترى أرضًا ولها أكار فزرعها الأكار برضا المشتري بأن ^(٨) تركها عليه على الحالة المتقدمة ، ثم رآها ، فليس ^(٩) له أن يردها ؛ لأن فعل الأكار كفعل المشتري .

وعن محمد - رحمه الله - : فيمن اشترى تمرًا بالري وهو في أوعية ^(١٠) فحمله إلى الكوفة ، ولم يكن رآه ، هل له أن يرده بالكوفة؟ قال : لا ، ولكن [يحملة إلى] ^(١١) الري [ويرده ثمة] ^(١٢) .

وفي الفتاوى : إذا اشترى لبنًا على أن يحمله البائع إلى منزل المشتري ، وكان ذلك بالفارسية ^(١٣) ، صح البيع ، فحمله البائع إلى دار المشتري ولم يكن رآه فأراد أن

-
- (١) سقط في م .
 - (٢) في أ ، م : يقطعه .
 - (٣) في م : أراه .
 - (٤) في م : وأمسكه .
 - (٥) في م : فرد .
 - (٦) في م : فإذا لم .
 - (٧) سقط في م .
 - (٨) في م : فإن .
 - (٩) في م : ليس .
 - (١٠) في م : أوعيته .
 - (١١) سقط في م .
 - (١٢) في أ : ويرد ثمنه .
 - (١٣) زاد في م : حتى .

يرده بخيار الرؤية ليس له ذلك، لأنه لو رده يحتاج البائع إلى الحمل فيصير بمنزلة عيب حدث^(١) عند المشتري.

اشترى من آخر دارًا لم يرها فأسكن فيها رجلاً بغير أجر فسكن ذلك الرجل هل يبطل خيار الرؤية؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في شيء من الكتب، وذكر [في]^(٢) خيار الشرط: إن كان المشتري^(٣) إذا أسكن^(٤) في الدار رجلاً بأجر أو بغير أجر أنه يبطل خيار الشرط.

فعلى قياس مسألة خيار الشرط، ينبغي أن يبطل خيار الرؤية.

وقيل: ينبغي أن يبطل خيار الرؤية عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، لأن الساكن بمنزلة الوكيل بالقبض؛ لأنه لما أمره بالسكنى فقد سلطه على القبض؛ إذ لا يتهياً السكنى إلا بالقبض [لأن هذا تسليط]^(٥) على القبض.

[والوكيل بالقبض]^(٦) إذا قبضه وهو يراه^(٧) يبطل خيار الموكل.

وإذا اشترى من آخر دارًا لم يرها [فراها]^(٨) ولم يقل: بسند آ نانيا مدبل، بل قال^(٩) لقوم: كواه ياشيد برخر بدن من اين خانه، ثم أراد أن يردها بخيار الرؤية، ليس له ذلك؛ لأن الإشهاد على الشراء دليل على إرادته تقرير [الملك، وتقرير]^(١٠) الملك في المشتري يبطل خيار الرؤية [فيه]^(١١)، والله أعلم.

(١) في أ، م: حادث.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: للمشتري.

(٤) في م: سكن.

(٥) في أ، م: ليس إلا التسليط.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: رآه.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: وقال.

(١٠) في م: الشراء وتفريق.

(١١) سقط في م.

نوع آخر: فيما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال الخيار:

وإذا رأى بعض المبيع ورضي به ولم ير الباقي هل يكون على خياره؟
فالأصل^(١) فيه أن غير^(٢) المرئي إن كان تبعًا للمرئي فليس له رد غير المرئي
وإذا^(٣) كان رؤية المرئي لا يعرف حال غير المرئي [بقي على خياره]^(٤) لأن التبع
حكمه حكم المتبوع فيصير مرئيًا تبعًا للمرئي، فإذا^(٥) سقط الخيار في الأصل سقط
في التبع.

بيانه: إذا اشترى جارية أو عبدًا ورأى وجهه ورضي به، لا يكون له الخيار بعد
ذلك، ولو رأى ظهرها ولم ير وجهها فله خيار الرؤية؛ لأن سائر الأعضاء في العبيد
والجوارى تبع للوجه، ألا ترى أنه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر
الأعضاء.

وفي الدواب يشترط النظر إلى مقدمها وإلى مؤخرها هكذا ذكر القدوري - رحمه
الله - قال: لأنه في العادة عند الشراء^(٦) في هذه الأشياء ينظر إلى مقدمها ومؤخرها
ولا يلتفت إلى شيء آخر فصار ذلك أصلاً وغيره تبعًا.

وذكر في موضع آخر: أن عند أبي يوسف - رحمه الله - يعتبر النظر إلى مقدمها
ومؤخرها، وعند محمد - رحمه الله - يعتبر النظر إلى مؤخرها لا غير.

وفي المنتقى قال أبو يوسف - رحمه الله - في الدواب: يسأل النخاسون، فإن
قالوا: يحتاج مع النظر إلى الوجه والكفين النظر إلى مؤخرها لنقصان يكون في
مؤخرة من غير عيب، فله الخيار ما لم ينظر إلى مقدمها ومؤخرها، [وإن كان

(١) في م: فالأفضل.

(٢) في م: يختر.

(٣) في م: فإذا.

(٤) سقط في أ، م.

(٥) في م: وإذا.

(٦) في م: التساوي.

مؤخرها^(١) لا يكون فيه نقصان من غير عيب ينظر^(٢) إلى المقدم فلا يكون له خيار بعد ذلك، وإن كان [النظر]^(٣) إلى مؤخرها لا يحتاج إلى النظر إلى مقدمها لما أنه لا يكون في مقدمها نقصان من غير عيب، لم يكن [له الخيار]^(٤) إذا نظر إلى مؤخرها. وعن محمد - رحمه الله - في الدواب: أنه يحتاج إلى النظر إلى وجهها وجسدها والنظر إلى قوامها لا يكفي.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - في البرذون والبغل: يكفي أن يرى شيئاً منه إلا الحافر والذنب والناصية.

وفي شاة القنية لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها.

وفي شاة اللحم: لا بد من الجس حتى يتبين به الهزال والسمن.

وفي المنقول: إذا كان شيئاً مقصوداً منه كالوجه في المغافر، وموضع^(٥) العلم في بعض الثياب، فلا بد من النظر إلى ذلك الموضع لسقوط الخيار. كذا روى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وإن لم يكن شيئاً [منه]^(٦) مقصوداً كالكرباس إذا^(٧) نظر إلى ظاهره مطوياً فلا خيار له بعد ذلك؛ لأن التفاوت بين المرئي وغير المرئي في الكرباس وأشباهه يسير^(٨).

فإن وجد الباقي مثل ما رآه فلا خيار له، وإن وجد دونه فله الخيار.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: إذا اشترى [ثياباً في]^(٩) جراب

(١) سقط في م.

(٢) في م: فنظر.

(٣) في أ، م: إذا نظر.

(٤) في م: خياراً.

(٥) في م: ومواضع.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فإذا.

(٨) في م: يشترط.

(٩) سقط في أ، م.

هروي فأراه من كل ثوب قطعة فلا خيار له وإلا له الخيار .
 قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - : إذا كان المشتري طنفسة فرأى أسفلها
 ولم ير وجهها وموضع الفرش^(١) منها، قال: لا خيار له، [و]^(٢) قال: هذا شيء
 واحد وقد ذكر^(٣) قبل هذا بخلافه .
 وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن اشترى بساطاً: أن له الخيار حتى يرى
 جميعه .

وما كان له وجهان من لونين^(٤) مختلفين فإنه يشترط رؤية كلا الوجهين .
 وعن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى جبة مبطنة^(٥) ورأى بطانتها [ورضي بها،
 لا يبطل خياره^(٦) حتى يرى الظهارة^(٧)، يريد به إذا كانت بطانتها]^(٨) دون ظهارتها .
 وكذلك الحكم في كل شيء مبطن بطانته^(٩) دون ظهارته .
 وأما السمرور وكل شيء بطانته أرفع^(١٠) ثمناً من الظهارة فرأى البطانة ورضي بها
 بطل خياره، إلا أن تكون البطانة [مقصودة]^(١١) فحينئذ يشترط رؤيتها^(١٢) .
 وفي فتاوى النسفي: إذا اشترى مكاعب وجعلت^(١٣) وجوه المكاعب بعضها إلى
 بعض فنظر المشتري إلى ظهورها لا يبطل خيار الرؤية، ولو نظر إلى وجوهها ولم

-
- (١) في أ: الشيء .
 - (٢) سقط في م .
 - (٣) في م: ذكرنا .
 - (٤) في م: ثوبين .
 - (٥) في م: مقطنة .
 - (٦) في م: خيارها .
 - (٧) في م: الظاهرة .
 - (٨) سقط في أ .
 - (٩) في م: ببطانة .
 - (١٠) زاد في أ: وأرفع .
 - (١١) سقط في أ، م .
 - (١٢) في م: رؤيتهما .
 - (١٣) في م: رجل .

ينظر إلى الصرم يبطل خيار الرؤية، لأن الوجه أصل والصرم تبع. وإذا اشترى رحي بأداتها ومن أداتها شيء مباين لم يره فله الخيار إذا رآه ويرد الكل.

وإن كان المشتراة دارًا فرأى حيطانها ولم ير داخلها ورضي به فلا خيار له بعد ذلك.

قالوا: وهذا إذا لم يكن في جوف الدار أبنية، أو كان، إلا أنه لا تختلف أبنية ذلك الموضع بل تكون على تقطيع واحدًا.

أما إذا كان داخل الدار أبنية وتختلف أبنيته دون ذلك الموضع فله الخيار. وما ذكر من الجواب في «الكتاب» فذلك بناء على عادة أهل الكوفة وبغداد فإن أبنية دورهم لا تختلف.

وبعض مشايخنا من أهل زماننا قالوا في البيت الصغير وهو الذي يسمى (عله خان)، إذا رأى خارج البيت ورضي به، يبطل خياره كما هو جواب «الكتاب». وفي الدور يعتبر رؤية داخلها كما هو جواب المشايخ.

وقالوا أيضًا في الدور: يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى إنه إذا كان في الدار بيتان شتويان أو بيتان صيفيان وبيتان بطابق، يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا في بلد يكون العلو مقصودًا كما في سمرقند.

وبعضهم شرط رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه. وإن كان المشتري بستانًا، يشترط رؤية رؤوس الأشجار ويكتفى به لأن رؤية رؤوس الأشجار [تكفي تعرف حالة الباقي].

وفي كتاب القسمة لم يشترط رؤية رؤوس الأشجار^(١) - أيضًا - : وصورة^(٢) ما

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: صورته.

ذكر ثمة: إذا اقتسما بستانًا وكرمًا فأصاب [واحد منهما]^(١) البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذي أصابه، ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكن^(٢) رأى الحائط من ظاهره، فلا خيار لواحد منهما.

فقد اكتفى برؤية ظاهر الحائط، ولم يشترط رؤية رؤوس الأشجار ويجب أن يكون الجواب المذكور في البستان بناء على عادة بلادهم.

أما في [عادة]^(٣) بلادنا لا يكتفي برؤية حائط البستان ولا برؤية رؤوس الأشجار ويشترط رؤية داخل الكرم؛ لأن داخل الكرم في [بلادنا]^(٤) يتفاوت تفاوتًا فاحشًا. وإن كان المبيع أشياء ففي العدييات المتفاوتة^(٥) نحو الثياب التي اشتراها في جراب والبطيخ الذي يكون في الشريحة^(٦) وغير ذلك، لا بد من رؤية كل واحد. وإذا رأى البعض، فهو بالخيار في الباقي؛ لأن كل واحد مقصود ورؤية المرئي لا يعرف حال الباقي، ولكن إذا أراد الرد يرد الكل تحرزًا عن تفريق الصفقة على البائع قبل التمام.

وفي العدييات المتقاربة نحو الجوز والبيض رؤية البعض تكفي إذا وجد الباقي مثل المرئي أو فوّه؛ لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي. والمكيل والموزون نظير العدييات المتقاربة يكتفى^(٧) فيه برؤية^(٨) البعض إذا كان في وعاء واحد بلا^(٩) خلاف.

(١) في م: أحدهما.

(٢) في أ: ولكنه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: المتقاربة.

(٦) في أ: السريحة.

(٧) في م: يكفي.

(٨) في م: رؤية.

(٩) في م: فلا.

وإذا كان في وعاءين فرأى [ما في] ^(١) أحد الوعاءين: اختلف [فيه المشايخ] ^(٢). قال مشايخ العراق: إذا رضي بما رأى يبطل خياره في الكل إذا وجد [ما] ^(٣) في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه، أما إذا وجده دونه فهو على خياره ولكن إذا أراد الرد يرد الكل وهو الصحيح.

وفي المنتقى: رجل اشترى من [رجل] ^(٤) آخر حنطة في بيتين متفرقين فرأى ما في أحد البيتين ورضي به ثم رأى ما في البيت الآخر فلم يرض به. فإن كان طعاماً واحداً، لزمه البيع فيهما ^(٥)، وإن كان الذي رآه أخيراً ليس من الطعام الذي رآه أولاً، فله أن يرد ^(٦) عليه، وكذلك ^(٧) الكيل كله والوزن كله.

وفيه -أيضاً-: إذا اشترى زقين من السمن [أو الزيت] ^(٨) أو العسل أو حمليين من القطن أو الحناء أو الشعير أو شيء من الحبوب ورأى أحدهما فرضي به فليس له أن يرد الآخر إلا أن يكون مخالفاً للأول فحيثئذ يأخذهما أو يردهما.

وهذه المسائل تؤكد قول مشايخ العراق.

فإن قال المشتري في هذه الفصول: لم أجد الباقي على [تلك] ^(٩) الصفة التي رأيت المرئي بل هو دونه، وقال البائع: [لا بل] ^(١٠) وجدته على تلك الصفة، فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة.

(١) سقط في أ، م.

(٢) في أ، م: المشايخ فيه.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فيها.

(٦) في م: يرد.

(٧) في أ: قال وكذلك.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

وإن كان المعقود عليه شيئاً مغيباً في الأرض: كالثوم، والبصل، والشلجم^(١)، والجزر، والفجل، فإن كان شيئاً يُكّال أو يوزن بعد القلع: كالجزر والثوم والبصل، فإذا قلع المشتري شيئاً منه بإذن البائع، أو قلع البائع ورضي به المشتري سقط خياره فيما بقي، وإن قلع المشتري ذلك بغير إذن البائع سقط خياره [في الكل]^(٢) حتى لم يكن له أن يرده^(٣)، رضي بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية أخرى من الأرض أقل منه^(٤) أو لم [يوجد، هذا]^(٥) إذا كان المقلوع شيئاً له ثمن، وإن كان المقلوع شيئاً لا ثمن له، لا يسقط خياره؛ لأنه^(٦) بالقلع صار معيباً لأنه كان حياً ينمو وبعد القلع صار من الأموات لا ينمو، والعيب الحاصل في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية فيمتنع الرد إلا إذا كان المقلوع شيئاً لا ثمن له، حيثئذ وجوده والعدم بمنزلة فكأنه لم يقلع شيئاً.

وإن كان ذلك المقلوع شيئاً يُباع عدداً كالفجل، فرؤية البعض لا تبطل خياره فيما بقي إذا حصل القلع من البائع أو من المشتري بإذن البائع.
[وإن قلعه]^(٧) المشتري بغير إذن البائع وكان المقلوع شيئاً له ثمن، يسقط خياره لأجل العيب، هكذا ذكر في الأصل.

وفي القدوري: إذا اشترى شيئاً مغيباً [في الأرض]^(٨): كالجزر، والبصل، فله الخيار إذا رأى جميعه، وإن رأى بعضه ورضي به، فهو على خياره في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

(١) في أ: السلجم.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يرد.

(٤) في م: منها.

(٥) في م: يجد فيها شيئاً.

(٦) في م: ولأنه.

(٧) في م: وإذا قلع.

(٨) سقط في أ، م.

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - : إذا قلع شيئاً [مما]^(١) يستدل به على الباقي في عظمه ورضي به المشتري [فهو لازم].

وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل اشترى عشرة أجربة جزر في الأرض وقبض الأرض^(٢) وبعث الغلام وأمره بقلع^(٣) الجزر فقلع كله.

ثم جاء المشتري هل له خيار الرؤية؟ قال: نعم، قلت: قد نقصه القلع ثلث القيمة، قال: وإن نقصه؛ لأنه لم ينقصه من عيب إنما نقصه من سعر.

وفي النوازل: إذا اشترى كروجين^(٤) من [الجزر فقلع]^(٥) بعض الجزر فوجده جيداً في أحد الكروجين^(٦) ثم قلع الآخر فوجده معيباً، قال: لا يرد [شيئاً منه لأنه تعيب بالقلع]^(٧)، ولكن يرجع بنقصان العيب.

ولو اشترى جزراً في جوالق^(٨) فوجد في أعلاه جزراً طويلاً وفي أسفله جزراً قصيراً صغيراً فإن كان الطويل يشتري بأكثر مما يشتري الصغير فهو عيب [فيرجع بالنقصان]^(٩).

وإذا اشترى دهناً في قارورة، فنظر إلى القارورة ولم [يصب الدهن على راحته]^(١٠)، يعني كفه، أو على أصبعه منه شيئاً، فهذا ليس برؤية عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعن محمد روايتان.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فقلع.

(٤) في م: كردجين.

(٥) في م: جزر فقطع.

(٦) في م: كردجين.

(٧) سقط في أ، م.

(٨) في م: جواليق.

(٩) سقط في أ، م.

(١٠) في أ: يصب على راحته، وفي م: يعلم راحته.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا رأى عنب كرم فله الخيار [حتى يرى
[من] (١) كل نوع منها شيئاً .

وفي النخيل إذا رأى بعضه ورضي بطل خيار الرؤية وجعل رؤية نوع من أنواع
النخيل جائزاً على كله .

وإذا اشترى رماناً حلوًا وحامضًا ورأى أحدهما فله الخيار (٢) إذا رأى الآخر .
وفيه -أيضاً- : إذا اشترى حمل نخل فرأى بعضه ورضي به لم يلزم البيع حتى
يرى كله فيرضى به .

وكذلك الثمار الظاهرة كلها ما يدخل منها في الكيل والوزن وما يدخل في العد (٣)
بعد أن يكون في رأس النخل والشجر، وليس هذا كالذي جمع وخلط وجعل في
موضع واحد .

وفي البقالي : إذا اشترى وزناً من تراب المعدن بعينه، فله الخيار إذا خرج ما فيه .
وفيه -أيضاً- : ورؤية [أحد] (٤) المصراعين أو أحد الخفين لا تكفي .
وفي الفتاوى : إذا اشترى نافجة مسك وأخرج المسك منها، فليس له أن يردها
برؤية أو عيب؛ لأن الإخراج يدخل فيها عيباً حتى لو لم يدخل كان له أن يردهما .



(١) سقط في م .

(٢) سقط في أ .

(٣) في م : العدد .

(٤) سقط في م .

نوع آخر: في شراء الأعمى وبيعه:

شراء الأعمى وبيعه جائز، وهو بمنزلة البصير الذي لم ير^(١)، وتقليبه وجسه بمنزلة النظر من الصحيح فيما يُجس، وفي المشمومات يعتبر الشم، وفي المذوق يعتبر الذوق؛ لأن هذه الأشياء مما يعرف [به بعض]^(٢) أوصاف المعقود عليه فيقام مقام النظر للعجز، وأما الثوب: فلا بد من صفته وبيان طوله ورفعته، لأنه أقصى ما يستدل به على أوصافه، وسقوط اعتبار النظر كان لضرورة العجز ولا ضرورة في الأقصى فيعتبر.

وإذا اشترى التمر على رأس النخل يعتبر [فيه الوصف]^(٣) لأنه هو الممكن. وكذلك العقار، وقيل: يمس^(٤) الحائط والبنيان.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يوقف في مكان لو كان بصيرًا [لرآه فيحصل له]^(٥) العلم.

وفي الحقيقة لا اختلاف بين الروايات، والمنظور في الروايات كلها أقصى ما يتصور.

(١) ذهب الحنفية، والحنابلة، والمالكية إلى أنه يصح بيع الأعمى بالصفة لما يصح السلم فيه، ويصح شراؤه بالصفة لما يصح السلم فيه.

وقال الشافعية: كل عقد يشترط فيه الرؤية لا يصح من الأعمى، كالبيع والإجارة، والرهن، والارتهان ونحو ذلك مما يشترط لصحته رؤية المعقود عليه، أما ما لا يشترط فيه الرؤية كالسلم فيصح مباشرة الأعمى به إن كان رأس المال في الذمة؛ لأن السلم يعتمد بالوصف لا الرؤية؛ ولأنه يعرف صفته بالسمع، ويتخيل ما يميزه. ويوكل غيره فيما لا يجوز مباشرته في العقود.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٦٨/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٤/٣)، وكشاف القناع (١٦٥/٣)، نهاية المحتاج (٤٢٢/٣)، وأسنى المطالب (٢/١٨).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الصفة.

(٤) في أ: يلمس.

(٥) في أ: فرآه حصل له، وفي م: فرآه حصل له به.

[و] ^(١) عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه يوكل بصيرًا حتى يقبضه الوكيل، وهو ينظر إليه، وهذا أصله مستقيم، فإن عنده الوكيل بالقبض يملك إسقاط خيار الرؤية على ما نبين [بعد هذا] ^(٢) إن شاء الله تعالى.

ولو وصف له [فرضي به] ^(٣)، ثم أبصر ^(٤) فلا خيار له، لأن العقد قد تم حين وصف له، وسقط الخيار فلا يعود بعد ذلك [إلا بسبب جديد] ^(٥).

ولو اشترى البصير ثم عمي، انتقل الخيار إلى الوصف ^(٦)، لأن المعنى الناقل ^(٧) للخيار من النظر إلى الوصف ^(٨) العجز، وفي هذا كونه أعمى وقت العقد، وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية [سواء] ^(٩)، والله أعلم.



-
- (١) سقط في أ، م.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في أ، م.
 (٤) في م: البصر.
 (٥) سقط في أ، م.
 (٦) في م: الصفة.
 (٧) في م: الباقي.
 (٨) في م: الصفة.
 (٩) سقط في م.

نوع آخر: في الاختلاف في الرؤية:

إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية ما اشترى، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه أمرًا حادثًا، وهو لزوم العقد بسبب حادث وهو الرؤية والمشتري يُنكر، فالقول قول المُنكر.

ولو أراد المشتري أن يرده، فقال البائع: ليس هذا [هو]^(١) الذي بعته، وقال المشتري: هو ذلك، فالقول قول المشتري؛ لأن في خيار الرؤية المشتري ينفرد بالفسخ فيفسخ العقد بقول المشتري، وبقي الاختلاف في المقبوض فيكون فيه القول قول القابض كما في باب الغصب والوديعة وما أشبه ذلك.

وإن^(٢) كان المشتري محدودًا وأقر المشتري بقبض المحدود المشتري، ثم قال بعد ذلك: لم أر جميع [الحدود، لم يقبل قوله]^(٣)، لأن القبض في المحدود لا يتصور بدون الرؤية، فالإقرار بقبض المحدود المشتري ينقض دعواه في عدم الرؤية [في]^(٤) بعضه، والله أعلم.



(١) سقط في م.

(٢) في أ، م: وإذا.

(٣) في أ، م: المحدود لا يقبل.

(٤) سقط في م.

نوع آخر: في الوكيل والرسول:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - :
إذا اشترى طعاماً لم يره ووكّل وكيلاً بقبضه فقبضه الوكيل بعدما رآه ونظر إليه، فليس
للمشتري أن يرده، [ولو أرسل رسولاً بقبضه فقبضه الرسول بعدما رآه ونظر إليه
فللمشتري أن يرده]^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - : الوكيل والرسول سواء وللمشتري أن
يرده إذا رآه إن شاء وإن شاء أخذه.

وأصل المسألة: أن الوكيل بالقبض يملك إبطال خيار الرؤية عند أبي حنيفة
- رضي الله عنه - وعندهما: لا يملك، وإنما يملك إبطاله عند أبي حنيفة
- رحمه الله - إذا^(٢) قبضه وهو ينظر إليه، فإن^(٣) قبضه مستوراً ثم أراد بعد ما نظر
إليه إبطال الخيار قصداً فليس له ذلك.

فوجه قولهما: أن التوكيل يتناول القبض، وإبطال خيار الرؤية ليس من القبض في
شيء^(٤)، ولهذا لا يملك إبطال خيار الشرط ولا إبطال خيار العيب.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن التوكيل بالشيء توكيل بما هو من تمامه؛ ألا
ترى أن التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض الذي هو من تمام الخصومة وإتمام القبض
بإبطال خيار الرؤية لأن تمام القبض بتمام الصفقة، والصفقة لا تكون تامة مع خيار
الرؤية فيتضمن^(٥) التوكيل بالقبض توكيلاً بالرؤية المُسقطه للخيار.

فيقتضي تتميم القبض لا مقصوداً فيملك إسقاط الخيار مُقتضى تتميم القبض،
ولم يملك إسقاطه مقصوداً لهذا.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، م: بأن.

(٣) في أ، م: فأما إذا.

(٤) زاد في م: فهذا لا يملك إبطاله مقصوداً.

(٥) في أ: فيصير.

وأما خيار الشرط فقد ذكر القدوري - رحمه الله - : أن من اشترى شيئاً على أنه بالخيار فوكل وكيلاً فقبضه بعد ما رآه، فهو على هذا الخلاف -أيضاً- .

ولئن سلمنا: فلأن خيار الشرط لا يحتمل البطلان مُقتضى تميم القبض، ولهذا لا يبطل خيار الشرط لو قبضه المشتري [بنفسه]^(١).

وأما خيار العيب: فقد ذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : أنه يبطل بقبض الوكيل [بالقبض]^(٢) والصحيح أنه لا يبطل، وإليه أشار في الأصل ونص عليه القدوري في كتابه؛ لأنه يمنع تمام القبض، فلا يتضمن التوكيل بالقبض توكيلاً بإبطال خيار العيب.

فأما الرسول، [قلنا: إن الرسول]^(٣) ليس له إلا تبليغ الرسالة، أما تميم ما أرسل به [ليس إليه]^(٤)، هذا هو الكلام في الوكيل^(٥) بالقبض.

أما الوكيل^(٦) بالشراء فرؤيته كرؤية الموكل بالاتفاق.

بخلاف الرسول بالشراء^(٧)، فإن رؤيته لا تكون كرؤية المرسل.

فإذا^(٨) وكل إنساناً أو أرسله قبل الشراء حتى رآه ثم اشتراه الموكل أو المرسل بنفسه، يثبت^(٩) له خيار الرؤية.

وهكذا كان يفتي الصدر الشهيد - رحمه الله - .

وإذا اشترى شيئاً لم يره ثم قال لغيره: إني^(١٠) اشتريت سلعة فاذهب وانظر إليها،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: قلنا الرسول، وسقط في م.

(٤) في أ، م: إلى المرسل لا إلى الرسول.

(٥) في أ، م: التوكيل.

(٦) في م: التوكيل.

(٧) في أ، م: في الشراء.

(٨) في م: فأما إذا.

(٩) في م: ثبت.

(١٠) في أ: إن.

فإن كانت^(١) تصلح فافرض بها وخذها، أو قال: فإن رضيت بها فخذها، فذهب ورضي.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب الخيار بغير شرط: أن هذا لا يجوز. ورأيت في موضع: أن هذا^(٢) يجوز عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - . وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - [فإن قيل: يجوز، فله وجه]^(٣). وإن قيل: لا يجوز، فله وجه.

والوكيل بالشراء إذا اشترى شيئاً ولم يره وقد كان رآه الموكل ولم يعلم به الوكيل، ثبت للوكيل خيار الرؤية، ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب المضاربة.

وهذه المسألة في الحاصل على وجهين:

إما إن كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه، بأن قال له مثلاً: اشتر لي عبداً بكذا، فاشترى عبداً قد كان رآه الموكل ولم يره الوكيل، فللوكيل^(٤) خيار الرؤية.

وإن كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، بأن قال مثلاً: اشتر لي عبد فلان بكذا، فاشتراه الوكيل، وقد [كان]^(٥) رآه الموكل إلا أن الوكيل لم يره، فليس للوكيل خيار الرؤية. والوجه في ذلك: أن الوكيل بالشراء في حق الحقوق بمنزلة^(٦) المالك كأنه اشترى لنفسه، وفي حق الحكم وهو الملك نائب عن المالك، وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه، فيجعل في حق الحكم، كأن الوكيل اشترى [بنفسه، وإذا ثبت هذا فنقول: إن كان وكيلاً بشراء]^(٧) شيء لا بعينه أمكن إثبات خيار الرؤية للوكيل.

(١) في م: كان.

(٢) زاد في أ، م: لا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: له.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وبمنزلة.

(٧) سقط في أ.

أما إن اعتبرنا أصالة^(١) الموكل في حق الحكم وهو الملك وجعلنا كأن الموكل^(٢) اشترى بنفسه، لأن الموكل لم يعلم أن [المشترى مرثيه]^(٣)؛ لأن الموكل إنما يصير مُشترياً بشراء الوكيل وحال ما اشترى الوكيل فالموكل غائب لا يدري [أن المشتري أي عبد، ومن يشتري شيئاً قد رآه إلا أنه لم يعلم أن المشتري ذلك المرثي يثبت له خيار الرؤية، كما لو اشترى ثوباً ملفوفاً قد كان رآه إلا أنه لم يعلم وقت الشراء أنه ذلك الثوب الذي رآه]^(٤).

فأما إذا كان وكيلاً بشراء عبد بعينه، إذا^(٥) أمكن إثبات خيار الرؤية له نظراً إلى جانب أصالته، لأنه اشتراه ولم يره، ولا يمكن إثبات خيار الرؤية نظراً إلى جانب الموكل، لأنه اشترى ما رآه وهو عالم به.

أما إذا كان مأموراً بشراء عبد بغير عينه، والموكل [لا يعلم أنه يشتري عبداً قد رآه أو اشترى^(٦) عبداً لم يره، وإذا جهل بحال^(٧) المشتري صار كأنه]^(٨) اشترى بنفسه، ولم يعلم أن المشتري مرثيه، والذي ذكرنا في خيار الرؤية كذلك في خيار العيب. [فإذا كان الوكيل وكيلاً بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبداً به عيب قد علم الموكل بالعيب]^(٩) ولم يعلم الوكيل، فللوكيل خيار العيب.

فإن كان وكيلاً بشراء عبد بعينه فاشتراه وبه عيب قد علم الوكيل به ولم يعلم الموكل^(١٠)، فليس للوكيل خيار العيب.

(١) زاد في م: في حق الحقوق؛ لأنه اشترى ما لم يره وأما إن اعتبرنا أصالة.

(٢) في م: الوكيل.

(٣) في أ: الشراء مرثية.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في أ: أنه أمر به.

(٥) في م: إن.

(٦) في م: يشتري.

(٧) في م: حال.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، م: الوكيل

وإن اشترى شيئاً قد رآه الوكيل إلا أنه لم يره الموكل، فليس للوكيل خيار الرؤية ولا للموكل؛ لأنه أمكن^(١) إثبات خيار الرؤية نظرًا إلى جانب الموكل فلا يمكن إثباته نظرًا إلى جانب الوكيل، لأن الوكيل قد رآه فلا يثبت بالشك، والله أعلم.



(١) في أ: إن أمكن.

الفصل الرابع عشر في العيوب من هذا الكتاب

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في بيان معرفة العيوب:

قال القدروي في كتابه: كل ما يوجب نقصاً في الثمن في عادات التجار فهو عيب؛ لأن المالية مقصودة في البيع، وما ينقص الثمن ينقص المالية وكان^(١) عيباً^(٢).

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : أن ما يوجب نقصاً في العين من حيث المشاهدة والعيان فهو عيب، وذلك كالشلل في أطراف الجوارى، والهشم في الأواني، وما لا يوجب نقصاً في العين من حيث المشاهدة والعيان، ولكن يوجب نقصاً في منافع العين فهو عيب؛ لأن الأعيان يقصد [بها]^(٣) المنافع، وما لا

(١) في م: فكان.

(٢) عرف الحنفية العيب بأنه: «ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة»؛ ومن ثم يمكن تعريفه عندهم بأنه: عقد يقتضى السلامة من العيب؛ فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة، فعند فواتها يتخير كي لا يتضرر بالزام ما لا يرضى به، كما إذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد.
وعرفه المالكية بأنه «لقب لتمكن المبتاع من رد مبيعه على بائعه؛ لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة كميته قبل ضمانه متباعه».

وعرفه الشافعية بأنه «المتعلق بفوات مقصود مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي أو تغيير فعلي»؛ فالأول ككون العبد كاتباً، أو الدابة حاملاً أو ذات لبن؛ والثاني كعدم بول العبد الكبير في الفراش؛ فإن ظن عدم بوله ناشئ من حكم العرف على الأعيان بالسلامة؛ والثالث كتحمير وجهه، وتسويد شعر وتجعده الدال على قوة البدن؛ فإذا اختلفت الأمور، ثبت الخيار.

وعرفه الحنابلة بأنه «هو النقص» وهو ما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالباً.

ينظر: تبين الحقائق (٤/٣٣٤)، حدود ابن عرفة، ص (٣٧٣)، حاشية الشرقاوي على التحرير (٢/٤٠)، الإنصاف (٤/٤٠٥).

(٣) سقط في م.

يوجب نقصاناً في العين ولا في منافع العين [إلا أن]^(١) يعتبر فيه عرف الناس، إن عدوه عيباً كان عيباً وإلا فلا.

إذا ثبت هذا فنقول: العمى والعمور والحوول والأصعب الزائدة [والناقصة عيب لما قلنا، والولادة القديمة ليست بعيب لما قلنا، والولادة]^(٢) القديمة ليست بعيب على رواية كتاب البيوع، وعلى رواية كتاب المضاربة عيب، حتى إن من اشترى جارية قد ولدت عند البائع لا من البائع، أو عند بائع البائع ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد، فعلى رواية كتاب البيوع ليس له أن يردها بخيار العيب إذا لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر، وعلى رواية كتاب المضاربة يرد وإن لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر، وفي البهائم لا يرد ما لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر باتفاق الروايات.

والحبل في الجارية عيب يزول بالولادة، على رواية كتاب البيوع نفس الولادة ليس بعيب؛ فإذا^(٣) قبضها ووجدها حاملاً فولدت فلا رد ولا رجوع، إلا أن يتمكن بسبب الولادة نقصان ظاهر.

وفي البهائم الحبل ليس بعيب، وترك الختان في الجارية والغلام ليس بعيب إذا كانا مجلوبين، سواء كانا صغيرين أو كبيرين؛ لأن الكفار لا يختنون، وإن كانا مولودين فإن كانا صغيرين فكذلك، وإن كانا كبيرين فهو عيب؛ لأنه لا يمكن أن يترك كذلك، والختان في الكبير يوجب زيادة الألم فيوجب نقصاً^(٤) في اللذات والمراد من الكبير البالغ.

والزنا في^(٥) الجارية عيب، وليس بعيب في الغلام إلا أن يكون مدمناً على ذلك،

(١) في م: لا.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: كان مجلوبين.

(٤) في م: نقصاناً.

(٥) في م: من.

وهذا لأن الاستفراش مطلوب مقصود من الجوارى، والزنا يخل به؛ لأن الزانية لا تستفرش عادة، والمقصود من العبيد الأعمال خارج البيت والزنا لا يخل به، إلا إذا اعتاد ذلك فحينئذ يكون عيباً؛ لأن ذلك يضعفه ويعجزه عن الأعمال. وفي كتاب الإجازات: إذا اشترى جارية قد كانت زنت في يد البائع فله أن يردها، وإن لم تزن عند المشتري.

وروي عن محمد - رحمه الله - : وإذا كانت الجارية ولد الزنا فهو عيب، وليس بعيب في الغلام.

وفي البقالي: لو كان أبوها أو جدها لغير رشده فهو عيب^(١) عندي في الجوارى اللاتي يتخذن أمهات الأولاد، وأما غير ذلك فليس بعيب، إلا أن يكون عيباً عند النخاسين.

وفي المنتقى: شرب النبيذ مما يحل [وما لا يحل]^(٢) ليس بعيب في الجارية والغلام، ولكنه عيب في دينه، وفيه أيضاً: والشخر فيهما عيب، ويحتمل أن يكون المروي: الشجر - بالجيم وفتح الشين - وفارسيته: (سواحبيكي نراندام). والبخر والذفر في الجوارى عيب، وفي العبد ليس بعيب؛ لأن الاستفراش مقصود من الجوارى وإنه يخل بهما، والمقصود من العبد العمل وإنه لا يخل بهما، هكذا ذكر في بعض النسخ.

وعن هذا قيل: إن كثرة الأكل عيب في الجوارى دون العبيد؛ لأنهما تورث التخمة فيخل بها الاستفراش.

وفي بيوع الأصل: الذفر في العبيد ليس بعيب، إلا أن يكون عن داء. وفي موضع المنتقى: الذفر ليس بعيب لا في الجارية ولا في الغلام بخلاف البخر

(١) زاد في م: وفي نوادر ابن رشد عن محمد رحمه الله: إذا كان أبوها أو جدها لغير رشده فهو عيب.

(٢) سقط في م.

في الجواري .

وفي موضع آخر منه : الذفر ليس بعيب إلا أن يكون^(١) داءً فيكون في الجارية دون الغلام .

وفي البقالي : البخر والذفر ليس بعيب في الغلام ، إلا أن يفحش .

وفي النوادر : الذفر ليس بعيب ، إلا أن يوجب نقصاناً فاحشاً بأن يوجد رائحة ذلك ببعد [منه]^(٢) .

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : إلا أن يكون ذلك فاحشاً لا يكون ذلك في الناس مثله ، وذلك يكون لداء في الباطن .

والنكاح عيب في الجارية والغلام ، وكذلك الزنا^(٣) عيب في الجارية والغلام ، وانقطاع الحيض في البالغة عيب ؛ لأن انقطاع الحيض في أوانها يكون لداء في باطنها ، إلا أن دعوى المشتري لا تسمع ما لم يدع انقطاع الحيض بالحبل أو لداء ، وسيأتي ذلك في موضعه .

والاستحاضة عيب أيضاً ؛ لأنه علامة المرض ، ولا يقبل قول الأمة في الفصلين جميعاً ، إلا رواية عن محمد - رحمه الله - . والكفر عيب في الجواري والعبيد ؛ لأن المسلم لا يأتئنه على نفسه ولا على المصالح الدينية من اتخاذ ماء الطهارة وحمل المصحف وكذلك في المعاملات ؛ لأنه ربما يؤكله بما هو حرام .

والبخر عيب وهو الانتفاخ تحت السرة ، والأدر عيب وهو عظم الخصيتين ، وسيلان الماء من النجو عيب ، والعسر عيب - وهو أن يعمل بيساره ولا يعمل بيمينه - ، والسن [السوداء والخضراء]^(٤) عيب ، وفي الصفراء^(٥) اختلاف الروايات ، والغناء في

(١) زاد في م : من .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : الدين .

(٤) في م : السود أو الخضضر .

(٥) في م : الصفرة .

الجارية التي تتخذ أم ولد عيب، والعدة عن الطلاق الرجعي في الجارية عيب، وعن الطلاق البائن ليس بعيب، والأخرام في الجارية ليس بعيب؛ لأن المشتري يتمكن من إزالته من غير مؤنة تلحقه، وهذا هو الأصل: أن كل عيب يتمكن المشتري من إزالته من غير مؤنة تلحقه وكان البيع بحال إذا أزيل العيب عنه لا ينقص فهو ليس بعيب يوجب الرد كما في مسألة الأخرام.

وكما إذا اشترى ثوبًا نجسًا ولم يعلم به، ثم علم وكان الثوب بحال إذا غسل لا ينتقص^(١) الثوب لا يكون له حق الرد على ما هو المختار للفتوى في تلك المسألة، وستأتي مسألة الثوب بعد هذا.

والعنة والخصاء عيب ذكره في العيون، والسن الساقط عيب ضررًا كان أو غيره هو الصحيح، والظفر الأسود عيب إذا كان ينتقص^(٢) الثمن، والبلول^(٣) والحال كذلك عيب إذا كان ينتقص^(٤) الثمن، والصهوبة في الشعر، وفارسيته: (نوري)، وقيل فارسيته: (حرماكون). عيب، والتخنث في الغلام [عيب]^(٥)، حتى لو وجده مخنثًا رده بالعيب؛ لأن هذا مما يعده التجار عيبًا قالوا: وهذا إذا كان التخنث من حيث العمل القبيح يأتي بالأفعال القبيحة^(٦)، أما إذا كان التخنث من حيث المشية^(٧) والقول لا يرد؛ لأنه لا يعد عيبًا.

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يحكي عن أستاذه هذا إذا كان مخنثًا في الرديء من الأفعال حتى كان خليطًا للنساء ويفسدهن، أما إذا كان به نوع رعونة ونوع تخنث كلين في صوته وتكسر في مشيته، فإن كان ذلك يسيرًا لا يكون

(١) في م: ينقص.

(٢) في م: ينقص.

(٣) في م: والعللول.

(٤) في م: ينقص.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: القبيح.

(٧) في م: التشبه.

عيبًا، وإن كان فاحشًا يكون عيبًا، والعشى عيب، وتفسيره عند بعضهم: ضعف في البصر، وعند بعضهم: ألا يبصر عند أدنى الظلمة^(١).

وَالْعَقْلُ عَيْبٌ، وهو أن يكون المأثي منهما سَبَهُ الكَيْسِ، والفتق عيب، قيل معناه: أن يصير السيلان واحدًا، وقيل معناه: ريح في المئانة ربما^(٢) يهيج بالإنسان فيقتله، وَالسَّلْعَةُ عَيْبٌ وهو^(٣) القروح التي في العنق - تسمى بالفارسية: (اس حرك)^(٤)، والكي عيب إلا أن يكون سيمه كما يكون في بعض الدواب، والفحج عيب - وهو في الأدمي تقارب صدور قدميه -، والقرع عيب، والصد والفرع وهو مفرج الرسغ، والحيف عيب - وهو إقبال كل واحد من الإبهامين على صاحبه والصدف عيب وهو التواء في أصل العنق.

والشديق عيب، وهو توسع مفرط في الفم، وَالشَّتْرُ عَيْبٌ، وهو انقلاب في الأجناف - وبه كان يسمى الأشتر^(٥) [وفارسيته]^(٦): (ناخنة وبادسيل نوى درخيم إن دوخيم). كل ذلك عيب.

والجرب في العين وفي غير العين عيب، والسرقعة، والبول في الفراش، والإباق في حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب، هذا هو لفظ القدوري، وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرًا، فإذا بلغ فهو عيب آخر، سواء الذي كان حتى لو أبق أو سرق في يد البائع قبل البلوغ، ثم فعل عند المشتري بعد البلوغ، لم يكن له أن يرده^(٧).

(١) في م: ظلمة.

(٢) في م: وما.

(٣) في أ: وهي.

(٤) المبسوط، للسرخسي (١٠٩/١٣)، البحر الرائق (٤٩/٦).

(٥) المبسوط، للسرخسي (١١٢/١٣)، البحر الرائق (٤٨/٦).

(٦) سقط في م.

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٤٤/٦).

وفي [المنتقى]^(١): إذا اشترى عبداً يعقل^(٢) البيع والشراء، والإباق والسرقة والبول في الفراش منه^(٣) عيب، فتقيده^(٤) المسألة بالذي يعقل^(٥) البيع والشراء [دليل على أنه إذا كان لا يعقل البيع والشراء]^(٦) فهذه الأشياء منه لا تكون عيباً. وذكر في موضع [آخر]^(٧) في المنتقى مثل ما ذكر في القدوري.

من مشايخنا^(٨) من قال: إنما تكون هذه الأشياء عيباً إذا كان الصغير بحيث يميز، أما إذا كان صغيراً جداً لا يكون عيباً، وبعض مشايخنا قالوا: البول في حالة الصغر إنما يكون عيباً إذا كان ابن خمس فما فوقه أما إذا كان ابن سنة أو سنتين فليس ذلك بعيب، فأما الجنون فهو عيب واحد في حالة الصغر والكبر، حتى لو جن في يد البائع قيل البلوغ، ثم جن عند المشتري بعد البلوغ، فله الرد.

وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيباً من الجنون، قال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، وأما يوم وليلة فما دونه فليس بعيب. وقال بعضهم: المطبق عيب، وغير المطبق ليس بعيب.

والسرقة وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب؛ لأن السرقة إنما كانت عيباً؛ لأن الإنسان لا يأتى السارق على مال نفسه^(٩)، وفي حق هذا المعنى العشر وما دونها سواء.

وقيل: ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين أو ما أشبه ذلك لا يكون عيباً، والعيب

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: يفعل.
- (٣) في م: فيه.
- (٤) في م: فيفسده.
- (٥) في م: يفعل.
- (٦) سقط في م.
- (٧) سقط في م.
- (٨) زاد في م: منهم.
- (٩) في م: بعينه.

في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى أو غيره إلا في المأكولات، فإن سرقة^(١) ما يؤكل لأجل الأكل من المولى لا يعد عيبًا، ومن غير المولى يعد عيبًا، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل لأجل البيع عيب من المولى ومن غير المولى. وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب، والإباق في السفر وما دون [السفر]^(٢) عيب بلا خلاف بين المشايخ، وتكلموا في أنه هل يشترط الخروج من البلدة؟ وهذا لأن الإباق إنما كان عيبًا؛ لأنه يوجب فوات المنافع على المولى، وفي حق هذا المعنى السفر وما دون السفر سواء.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا [كان ١٨٠ - المشتري]^(٣) أمة وأبقت عنده، ثم وجدها واستحقها مستحق بيته، وذلك^(٤) الإباق [لازم]^(٥) لها أبدًا، وكذلك لو أبقت من رجل كانت عنده بإجارة أو عارية^(٦) أو ودیعة، ولو أبقت من الغاصب إلى مولاها، فهذا ليس بإباق، وإن أبقت فلم ترجع إلى الغاصب ولا إلى المولى، وهي تعرف منزل مولاها وتقوى على الرجوع إليه فهو عيب، وإن كانت تعرف منزل مولاها ولا تقوى على الرجوع إليه، فليس بعيب، وإن أبقت في دار الحرب من المغنم قبل أن يقسم، ثم ردت إلى المغنم، فهذا ليس بإباق^(٧)، وإن بيعت في المغنم وقسمت فوقعت في سهم وأبقت في دار الحرب تريد الرجوع إلى أهلها أو لا تريد، فهو إباق.

ثم اختلف المشايخ في فصل الجنون [إلى معاودة الجنون]^(٨) في يد المشتري هل

(١) في م: سرق.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: اشترى.

(٤) في م: فذلك.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: إجارة.

(٧) في م: بعيب.

(٨) سقط في أ.

هو شرط للرد؟ بعضهم قالوا: إنها ليست بشرط، بل إذا ثبت وجوده عند البائع يرد به، وإليه مال الشيخ شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وشيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - وهو رواية المنتقى، فقد نص في المنتقى: أنه إذا جن في صغره أو كبره مرة واحدة، فذلك عيب فيه أبدًا، عاوده أو لم يعاوده.

وفي الجامع الصغير يقول: الجنون عيب أبدًا، وهذا لأن سبب الجنون آفة^(١) الدماغ وهي إذا تمكنت لا تزول، هكذا قال أهل الطب.

وإذا [أبقت في يده]^(٢) كان للمشتري حق الرد، وإن لم يجن في يده.

وبعض مشايخنا قالوا: المعاودة في يد المشتري شرط، وهو المذكور في الأصل، وفي الجامع الكبير؛ إذ ليس من ضرورة وجود هذه الآفة بقاؤها، فالله تعالى قادر على أن يزيل تلك الآفة بكاملها، ولئن سلمنا أن تلك الآفة لا تزول بالكلية إلا أن^(٣) ما يبقى بعد زوال الجنون الظاهر لا يعد عيبًا؛ لأنه لا يفوت بها شيء من المنافع، وفيما عدا الجنون من السرقة، والبول في الفراش والإباق، ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرحه: ظاهر الجواب أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري.

ومن المشايخ^(٤) من قال: يشترط، وهو الصحيح. وبعضهم ذكروا في شروحهم أن معاودة هذا الأشياء في يد المشتري شرط بلا خلاف بين المشايخ، وهكذا ذكر في عامة الروايات.

وذكر في بعض روايات [كتاب الاستحسان]^(٥): المعاودة في يد المشتري ليس

بشرط.

(١) زاد في م: تحل.

(٢) في م: بقيت في نفسه.

(٣) في م: أن.

(٤) في م: مشايخ.

(٥) في م: كتب الاستحلاف أن.

وإذا اشترى جارية فوجدها دميمة^(١) أو سوداء ليس له حق الرد بالعيب إذا كانت تامة الخلقة، وستأتي المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا اشترى غلامًا أمرد فوجده مخلوق اللحية فهو عيب في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - وسيأتي فرع هذه المسألة بعد هذا.

وإذا اشترى جارية تركية لا تعرف التركية، أو لا تحسن والمشتري عالم بذلك، إلا أنه لا يعلم أنه عيب عند التجار فقبضها ثم علم أنه عيب، فإن كان هذا عيبًا بيّنًا لا يخفى عن الناس كالعور ونحوه لم يكن له أن يردها؛ لأنه رضي به، وإن لم يكن بيّنًا يخفى على الناس كان له الرد؛ لأنه لم يرض به.

وأما إذا اشترى جارية هندية لا تعرف الهندية ينظر: إن عده أهل البصر عيبًا فله الرد، وإن لم يعدوه عيبًا فليس له الرد بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ذلك عيب عند أهل البصر لا محالة، ولا كذلك المسألة الثانية.

قيل: إذا كان لا يعرف التركي والهندي وإن كان حبشياً فالجواب ما ذكرنا، وإن كان مولدًا فهو ليس بعيب.

وإذا اشترى جارية فوجد بها وجع الضرس يأتي مرة بعد أخرى، فإن كان حديثًا ليس له الرد، وإن كان قديمًا فله الرد؛ لأنه علم أنه كان في يد البائع، في فتاوى أهل سمرقند.

وإذا كان بها حمى [غب]^(٢) في يد البائع فزال ثم عاد في يد المشتري^(٣) غبًا، [فليس له]^(٤) الرد لاتحاد السبب، فإن اتحد السبب يوجب^(٥) اتحاد الحكم، وإن عاد في يد المشتري ربعًا فليس له الرد لاختلاف السبب؛ لأن اختلاف السبب يوجب

(١) زاد في م: وجارية فوجدها دميمة.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: إن عاد في يد المشتري.

(٤) في م: فله.

(٥) في م: موجب.

اختلاف الحكم.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : اشترى عبداً فأصابه حمى في يد المشتري ، وقد كان أصابه في يد البائع ، فإن أصابه في يد المشتري لوقته فله الرد؛ لأنه لو^(١) أصابه لوقته علم أنه تولد بالسبب الذي كان يتولد عند البائع وإنه ذلك الحمى بعينه ، وإن أصابه لغير وقته لا يرده؛ لأنه تولد من سبب آخر فكان حمى آخر ولا^(٢) يكون له الرد [به]^(٣) .

وإذا [اشترى]^(٤) جارية ثيباً على أن البائع لم يطأها ، ثم ظهر أنه كان وطئها ما^(٥) قبل البيع فليس له الرد ، في الزيادات في باب الكسب ، والعلة في الشرح في المنتقى .

اشترى جارية على أنها عذراء فقبضها وماتت في يده ، ثم ظهر أنها كانت ثيباً لا يرجع على البائع بشيء ، سواء كان [ذلك]^(٦) ينقصها أو لم^(٧) ينقصها ، رواه الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وروى أبو مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يرجع عليه بمقدار نقصانها^(٨) . وفي الروايات : [إذا]^(٩) اشترى جارية فوجدها محترقة الوجه ، بحيث لا يستبين لها قبح ولا جمال كان له حق الرد لفوات صفة السلامة ، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب قومت محترقة الوجه كما هي ، وقومت صحيحة غير محترقة الوجه ،

-
- (١) في م : إذا .
 - (٢) في م : فلا .
 - (٣) سقط في م .
 - (٤) سقط في م .
 - (٥) سقط في م .
 - (٦) سقط في م .
 - (٧) في م : لا .
 - (٨) في م : نقصها .
 - (٩) سقط في م .

و[لكن على القبح وعلى الجمال فيرجع بفضل ما بينهما وإن]^(١) قومت على القبح؛ لأن المستحق بالعقد السلامة عن العيوب دون الجمال؛ ألا ترى [أنه]^(٢) لو اشترى جارية فوجدها قبيحة وهي سليمة عن العيوب لا يكون له الرد بسبب العيب، وهذه المسألة [نص]^(٣) أن القبح في الجوازي ليس بعيب.

رجل اشترى من آخر غلامًا بركبته ورم، فقال البائع: إنه ورم حديث أصابه ضرب فأورمه وليس بقديم، واشتراه المشتري على ذلك، ثم ظهر أنه قديم ليس له أن يرده؛ لأنه رأى العيب ورضي به، وكل عيب قديم حديث في أوله.

وكذلك [إذا]^(٤) قال البائع: إن كان قديمًا، فجوابه عليّ ثم تبين أنه قديم ليس له الرد، وكذلك إذا اشتراه^(٥) على أنه حديث، فإذا هو قديم ليس له الرد، ذكر المسألة في فتاوى الفضلي - رحمه الله - .

قيل: المسألة مشكلة فإنه إذا اشترى غلامًا به حمى، فقال البائع: إنه غب. فاشتراه على ذلك فإذا هو ربع، أو على العكس، فإنه يرده، وهذا الإشكال ليس بشيء؛ لأن هناك عاين العيب ورضي به وقد ظهر الربع والربع غير [الغب]^(٦) لاختلاف مادتهما؛ ألا ترى أنه يختلف النوبة والذي ظهر [له]^(٧) لم يعاينه ولم يرض به، فأما الورم بهذه^(٨) الصفة قد يكون قديمًا وقد يكون حديثًا.

وقد وقعت في زماننا واقعة الفتوى من جنس مسألة الورم، فقد باع واحد من الفقهاء فرسًا، وقد ظهر بإحدى رجليه قرحة هي أثر الختام، فقال [البائع]^(٩): هي

- (١) سقط في م.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) سقط في م.
- (٥) في م: اشترى.
- (٦) في م: عيب ليس بعيب.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في م: فهذه.
- (٩) سقط في م.

قرحة أخرى غير الختام، واشترى^(١) من البائع على ذلك، ثم ظهر أنه كان أثر الختام، فأفتى ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - أن المشتري ليس له الرد وقاسه على مسألة الورم.

وفي صلح الفتاوى: اشترى جارية وبها قرحة ولم يعلم المشتري أنها عيب فله الرد، وهذه المسألة تفارق مسألة الورم؛ لأنه إذا لم يعلم أن هذه القرحة عيب لا يكون راضيًا بالعيب، والصحيح من الجواب في مسألة القرحة أنه إن كان هذا عيبًا بيّنًا لا يخفى على الناس لا يكون له الرد؛ لأنه قد رضي بالعيب، وإن^(٢) لم يكن هذا عيبًا بيّنًا فله الرد.

وفي صرف القدوري: إذا قال: أبيعك هذه الدراهم وأراها إياه ثم وجدها زيوفًا، قال: يستبدلها، إلا أن يقول [له]^(٣): هي زيوف وتبرأ^(٤) عن عيبها.

ومن جنس مسألة الورم مسائل ذكرها في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - صورتها: إذا اشترى من آخر سويقًا على أن البائع لته بمن من السمن، والمشتري ائتمنه وقت الشراء، ثم ظهر أنه لته بنصف من السمن، فلا خيار للمشتري؛ لأن هذا شيء يعرف بالعيان وهو معاين مرئي، وهو نظير ما لو اشترى من آخر صابونًا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن، فتبين أنه اتخذ بأقل من ذلك والمشتري ينظر إليه وقت الشراء.

إذا اشترى من آخر قميصًا على أنه اتخذ من عشرة أذرع من كرباس، فتبين أنه اتخذ من أقل من ذلك، والمشتري ينظر إليه وقت الشراء، فإنه لا خيار للمشتري، والمعنى ما ذكرنا والله تعالى أعلم.

(١) في م: واشتراه.

(٢) في م: فإن.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أو براء.

نوع آخر: في معرفة عيوب الدواب:

سئل شيخ الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - عن اشترى بقرة ووجدها قليلة الأكل فقال بالفارسية: ناحورات. قال: له الرد. [قال]^(١): ولو وجدها بطيئة الذهاب فقال بالفارسية: (كاهل). فليس له الرد، إلا إذا اشترها بشرط أنها تجول. وفي الفتاوي: اشترى بقرة فوجدها لا تحلب، إن كان مثلها يشتري للحلب فله الرد؛ لأن المعروف كالمشروط، وإن كان يشتري للحم لا يرد. وفي المنتقى: إن^(٢) كانت الدابة تعثر كثيرًا دائمًا فهو عيب، وإن كان في الأحيان فليس بعيب.

ذكر في «الأصل» السم^(٣) عيب وهو يبس^(٤) في اليد أو في الرجل أو في المرفق، والجيف عيب وهو تداني القدمين وتباعد الفخذين، وقيل: هو خلاف العينين وهو أن يكون إحداهما زرقاء والأخرى غير زرقاء. والعزل^(٥) عيب وهو ميلان^(٦) في الذنب، والمشيش عيب وهو شيء يخرج في ساق الدابة يكون له حجم وليس له صلابة، والجرد (بالدال) عيب وهو كل ما كان حدث في عُرْقُوبِهِ^(٧) مِنْ تَزْنُدٍ أَوْ انتفاخ عصب^(٨)، والعرقوب^(٩) زائد مشش^(١٠).

(١) سقط في م.

(٢) في م: إذا.

(٣) في م: قسم.

(٤) في م: تبين.

(٥) في م: والعزله.

(٦) في م: ثميلانان.

(٧) في م: عروقه.

(٨) المسوط، للسرخسي (١١٢/١٣)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٤٨/٦)، البحر الرائق (٥١/٦).

(٩) العُرْقُوبُ: العصب الغليظ الموتر فوق عقب الإنسان، وعُرْقُوبُ الدابة في رجلها بمنزلة الركبة في يدها. وعُرْقَبُ الدابة: قطع عُرْقُوبِهَا. ينظر: العين، للفراهيدي (٢٩٦/٢)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (١٨٠/١)، لسان العرب (٥٩٤/١).

(١٠) المَشْشُ شيء في الدابة يَشْخَصُ حتى يكون له حجم وليس له صلابة العظم الصحيح، وقد

وخلع الرسن^(١) عيب، وهو أن يكون له حيلة بخلع راسه من العذار وإن شد عليه^(٢).

وَبَلُّ المِخْلَاةِ [عيب]^(٣) إذا كان ينقص الثمن، والمَهْقُوعُ^(٤) عيب، فسرّه في «الأصل» [فقال: مأخوذ من الهقعة وهي الدائرة التي تكون في صدره من الجانب الأيسر ويكون ذلك أبيض ويسام به، وفسر في «المنتقى» فقال]^(٥): المهقوع: الذي إذا [سار سمع]^(٦) ما بين [خاصرتيه وفرجه]^(٧) صوت، والانتشار عيب وهو انتفاخ العصب عند الإيعاب^(٨)، وقيل: هو اتساع سواد العين حتى كاد يأخذ البياض كله. وإذا كانت الدابة تأكل الذباب^(٩) فقد ذكر في موضع من^(١٠) «المنتقى»: أنها إذا كانت تأكل كثيرا فهو عيب، وإن كانت تأكل في الأحيان^(١١) فليس بعيب. وذكر في موضع آخر منه أن محمداً رحمه الله سئل عن الشاة تأكل [الذباب]^(١٢) فلم يره عيباً ترد به.

مَشَّتْ بِإِظْهَارِ التَّضْعِيفِ، وَفِي أَجْنَاسِ النَّاطِقِي: المَشَّشُ عَيْبٌ، وَهُوَ نَفْخٌ مَتَى وَضَعْتَ الإِصْبَعِ عَلَيْهِ ذَمِي، وَإِذَا رَفَعْتَهَا عَادَ. يَنْظُرُ: المَغْرَبُ، مَادَةٌ (مَشَّشٌ).

- (١) في م: الرأس.
- (٢) الأصل، للشيباني (١٩٣/٥)، المبسوط، للسرخسي (١١٢/١٣).
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: والملفوع.
- والمهقوع من الخيل الذي به الهقعة، وهي دائرة في جنبه حيث يكون رُحْلُ الرَّاكِبِ، وَعَنْ العُورِيِّ: فِي أَعْلَى صَدْرِهِ، وَعَنْ ابْنِ دَرِيدٍ: بِيَاضٍ فِي جَانِبِهِ الأَيْسَرِ يَتَشَاءَمُ بِهَا، وَفِي المَنْتَقَى: المَهْقُوعُ الَّذِي إِذَا سَارَ سُمِعَ مَا بَيْنَ الخَاصِرَةِ وَفَرْجِهِ صَوْتٌ، وَهُوَ عَيْبٌ. يَنْظُرُ: المَغْرَبُ، مَادٌ (هَقَعَ).
- (٥) سقط في م.
- (٦) في م: صار.
- (٧) في م: خاصرتيه وقوحته.
- (٨) في م: الإيعاب.
- (٩) في م: الدبان.
- (١٠) في م: في.
- (١١) في م: أحيان.
- (١٢) سقط في م.

رجل اشترى حمارا فنزا عليه^(١) حمر هل يكون هذا عيبا يرد به؟
 حكى أن هذه المسألة صارت واقعة ببخارى فلم تتفق [أجوبة]^(٢) أئمة ذلك
 العهد، فأجاب القاضي [الإمام]^(٣) عبد الملك بن الحسين النسفي رحمه الله: إن
 كان مقهورا فهو ليس بعيب، وإن سلم نفسه^(٤) فهو عيب، فاتفقوا عليه. والله أعلم.



(١) في م: عليها.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في م.
 (٤) زاد في م: لذلك.

نوع آخر في العيوب التي تكون في الجمادات:

إذا اشترى خفين فوجدهما ضيقين^(١) لا تدخل رجله فيهما ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح بيوعه: إن كان لا يدخل في رجله لعله لا يرد، وإن كان لا يدخل لا لعله في رجله يرد.

وذكر في «فتاوى الفضلي» - رحمه الله - : أنه لو اشتراهما ليلبسهما فله الرد، وإن اشتراهما لا ليلبسهما لا يرد.

وكان القاضي الإمام علي السغدري رحمه الله - يفتي بالرد اشتراهما للبس أو لغير اللبس، فإن وجد أحدهما أضيّق من الآخر فإن كان خارجاً عما عليه خفاف الناس في العادة يرد وما لا فلا.

في «فتاوى الفضلي»: اشترى خشبة ووجد فيها فأرة ميتة، فهو^(٢) عيب، فإذا اشترى ثوباً فوجد فيه دمًا إن كان ينقصه الغسل، فهو عيب وإن كان [لا ينقصه الغسل]^(٣) فليس بعيب، وقد مر شيء من هذا في النوع الأول ذكر المسألة في العيون.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا اشترى من آخر ثوباً نجسًا ولم يبين البائع، جاز، وإذا علم المشتري، فله الرد؛ لأن النجاسة عيب لأنه يمنع أداء الصلاة، وعلى قياس المسألة الأولى تأويلها: إذا^(٤) كان الثوب بحال ينقصه^(٥) الغسل.

وإذا اشترى كرمًا فظهر أنه^(٦) شربة على تأوق^(٧) يوضع على ظهر نهر أو على موضع آخر، فله حق الرد؛ لأنه عيب فاحش فيما بين الناس في هذا الموضع أيضًا.

(١) في م: ضيقا.

(٢) في م: فهذا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: إن.

(٥) في م: يقتضيه.

(٦) في م: أن.

(٧) في م: بارق.

وإذا اشترى حنطة يشار إليها فوجدها رديئة، فليس له حق الرد بالعيب، بخلاف ما إذا وجدها مسوسة [أو عفنة]^(١).

وكذلك إذا اشترى إناء فضة بعينها فوجدها [ناقصة]^(٢) رديئة من غير عشر^(٣) ولا كسر فليس له حق الرد بالعيب، فلم يعتبر الرداءة في المكيل والموزون عيبًا في «شرح الكافي» في كتاب الصرف في باب العيوب.

وفي «نوادر المعلى» عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا اشترى نقرة فضة بعينها بدنانير، ثم اختلفا فقال المشتري: اشتريتها على أنها بيضاء فإذا هي سوداء. وقال البائع: لم تشتر شيئًا، فقال: السواد عيب في الفضة وللمشتري أن يردّها. اشترى حزمة بقل فأصاب في جوفها حشيشًا فإذا^(٤) كان ذلك يعد عيبًا فله الخيار، فإن شاء رد وإن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن كان لا يعد [عيبًا]^(٥) ليس له الرد. في «واقعات الناطفي».

إذا وجد في الأرض المشتراة طريقًا يمر فيه الناس فهو عيب. في بيوع «فتاوى الفضلي».

وجد في الكرم بيوت نمل كثيرة^(٦)، فهو عيب، في هذا الموضوع أيضًا. وفي «المنتقى»: اشترى مصحفًا فوجد في حروفه سقطًا، أو اشتراه على أنه منقوط بالنحو فوجد في نقطه سقطًا، قال: هذا عيب يرد به.

وفيه أيضًا: إذا اشترى مصحفًا على أنه جامع فإذا فيه آيتان ساقطتان أو آية، فقال: هذا عيب يرد به.

-
- (١) في م: وعقبة.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) في م: عش.
 - (٤) في م: فإن.
 - (٥) سقط في م.
 - (٦) في م: كثير.

قال: ووجدت في موضع آخر: رجل اشترى مصحفًا لولده، قال المعلم: إن فيه خطأ كثيرًا^(١)، قال: إن كان [فيه خطأ]^(٢) الكتابة يرد ويرجع بالثمن.

وفي «فتاوى الفضلي»: لو اشترى أرضًا فنزت عند المشتري وقد كانت كذلك عند البائع، فله أن يرد^(٣)؛ لأن سبب النز واحد، وليس لها أسباب مختلفة، فيكون كالحمي إلا إذا رفع المشتري وجه الأرض فيعلم أنها نزت لرفع التراب، أو جاء الماء الغالب من موضع آخر؛ لأنه حيثئذ يعلم أن هذا غير النز الذي كان في يد البائع.

وفي «الفتاوى الصغرى» قال: ينظر: إن كان النز بسبب آخر؛ بأن كان في يد البائع [بسبب]^(٤) نز نهر وفي يد المشتري [بسبب]^(٥) نز نهر آخر لا يرد، وإن كان بعين ذلك السبب، يرد ولا ينظر أن يكون النز عاد^(٦) في يد المشتري أكثر مما [كان]^(٧) في يد البائع، أو كان ذلك القدر بل إذا كان بعين ذلك السبب يملك الرد كيف ما كان.

وكذلك إذا اشترى كرمًا وقد ظهر في يد المشتري نباري يمكن تخريجها بالتأمل. وفي «فتاوى الفضلي» أيضًا: رجل اشترى جارية وفي إحدى عينيها بياض فانجلى البياض، ثم عاد فقبض المشتري، وهو لا يعلم بذلك، ثم علم، فله أن يرد. ولو قبض وفي إحدى عينيها بياض وهو لا يعلم، ثم انجلى البياض ثم عاد لا يرد. والفرق: وهو أن الثاني غير الأول حقيقة، ففي الوجه الأول: حدث في يد البائع فيوجب الرد، وفي الوجه الثاني: حدث في يد المشتري، فلا يوجب الرد.

(١) في م: كبير.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: يرجع.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: صار.

(٧) سقط في م.

وفي «فتاوى أبي الليث»: اشترى خمسمائة قفيز حنطة فوجد فيها ترابًا إن كان ذلك التراب مثل ما يكون في [مثل]^(١) تلك الحنطة لا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد [ولا أن يرجع]^(٢) بنقصان العيب؛ لأن ذلك ليس بعيب، وإن كان ذلك التراب لا يكون في مثل تلك الحنطة ويعده الناس عيبًا، فإن أراد [أن]^(٣) يرد الحنطة كلها فله ذلك؛ لانعدام المانع من الرد، وإن أراد أن يميز التراب فيرده على البائع بحصته من الثمن ويحبس الحنطة، ليس له ذلك^(٤)؛ لوجود المانع على ما تبين.

هذا إذا لم يميز فلو ميز فوجد ترابًا كثيرًا يعده الناس عيبًا فإن أمكنه أن يردها كلها على البائع بذلك الكيل لو خلط البعض ببعض، فله أن يرد؛ لأنه أمكنه الرد كما قبض، [فإن لم يمكنه الرد بذلك الكيل لو خلطهما بأن انتقص بالسقية ليس له الرد؛ لأنه لا يمكنه الرد كما قبض]^(٥) لكن يرجع [بحصة نقصان]^(٦) العيب، وهو نقصان الحنطة إلا أن يرضى البائع أن يأخذها ناقصة فيكون له ذلك؛ لأن النقصان إنما يمنع الرد لحق البائع وقد رضي ببطلان حقه. هذا إذا اشترى الحنطة، وكذا إذا اشترى السمسم وسائر ما كان نظير الحنطة فوجد فيها ترابًا فهو على التفصيل الذي ذكرنا. فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى مسكا فوجد فيها رصاصا حيث يميز الرصاص، ويرده على البائع بحصته من الثمن قل أو كثر.

والفرق: أن في الحنطة يسامح في القليل من التراب فلا يميز الكثير؛ لأن في ذلك ضررا بالبائع لما أنه لا يظهر المسامحة في القليل [وفي المسك لا يسامح في القليل]^(٧)؛ فلم يكن في التمييز ضرر بالبائع، ولهذا يستوي^(٨) فيه القليل والكثير في

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الرد.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: بحصته بنقصان.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: استوى.

الحنطة لا [فيه]^(١).

وفيه أيضا: لو اشترى نقرة من نحاس فأذابها فخرج منها حجر مثل ما يخرج من النحاس، فله أن يمسه من الثمن بحسابه إلا أن يشاء البائع أن يأخذها كذلك ويرد الثمن كله؛ لأن القليل من الحجر لا يسامح في النحاس كالرصاص في المسك. وإذا اشترى شحمًا قديدًا فوجد فيه ملحًا كثيرًا فهو على ما ذكرنا في الحنطة يجد فيها التراب. والله أعلم.



(١) سقط في م.

نوع آخر في بيان ما يمنع الرد [بالعيب]^(١) وما لا يمنع :

قال علي الرازي : إذا وجد بالمشتري عيباً فأراد رده فقال البائع للمشتري : أتبيعه ، فقال المشتري : نعم ، فليس للمشتري أن يرده .

قال : لأن قوله : نعم ، عرض على البيع والعرض على البيع يبطل حق المشتري في الرد فإذا أراد المشتري أن يرد المشتري على البائع بالعيب فقال له البائع : بعه ، فإن لم يشتريه علي ، فعرض فلم يشتريه لا يرده على بائعه ، وبمثله لو وجد البائع الثمن زيوفاً فأراد أن يرده فقال المشتري : أنفقه ، فإن لم يرج رده استحساناً . هكذا ذكر عن أبي يوسف ، والرواية في صلح النوازل .

الأصل في هذا النوع : أن المشتري متى تصرف في المشتري بعد العلم بالعيب تصرف الملاك ، بطل حقه في الرد ؛ لأنه دليل الإمساك ودليل الرضا [بالعيب] ، بيان هذا الأصل إذا اشترى دابة فوجد بها جرحاً فداواها أو ركبها لحاجة نفسه ، فليس له أن يردها ؛ لأن المداواة دليل الرضا والإمساك ، وكذلك الركوب لحاجة نفسه ، ولو داواها من عيب قد برئت إليه فله أن يردها بعيب آخر لم تبرأ إليه ؛ لأنه لم يرض بذلك العيب والاستخدام بعد العلم بالغيب مرة لا يكون دليل الرضا^(٢) .

بعض مشايخنا قالوا : لأنه يجوز أن يكون للامتحان والاختبار ليعلم أنه مع العيب هل يصلح له أم لا ، ولكن هذا ليس بصحيح بدليل مسألة الركوب واللبس التي^(٣) تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى ، ولكن الصحيح أن يقال : بأن الاستخدام مرة لا يختص بالملك ، والاستخدام في المرة الثانية دليل الرضا ، وكذلك الاستخدام في المرة الأولى دليل الرضا . فسر الاستخدام في كتاب الإجازات فقال : بأن يأمرها بحمل المتاع على السطح أو [بإنزاله عن^(٤) السطح ، أو بأن يأمرها بأن تغمز رجله

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : الذي .

(٤) في م : على .

بعد ألا يكون عن شهوة، أو يأمرها بأن تطبخ أو تخبز بعد أن يكون يسيرا، فإن أمرها بالخبز والطبخ فوق العادة فذلك يكون رضا. ولو ركب الدابة ينظر إلى سيرها أو لبس الثوب ينظر إلى [قدره فهذا]^(١) منه رضا، وقد ذكرنا في خيار الشرط أن^(٢) ذلك ليس برضا.

والفرق: أن خيار الشرط مشروع للاختبار، والركوب واللبس مرة محتاج^(٣) إليه للاختبار ولو بطل خيار الشرط بالركوب واللبس [مرة]^(٤)، لفاتت فائدة ما شرع للاختبار في خيار الشرط، وأما خيار العيب الاختبار إنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول [إلى الجزء]^(٥) الفائت فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجاً إليه للاختبار وإنه لا يحل بدون الملك فيجعل [ذلك]^(٦) دليل الرضا. والركوب ليردها أو ليسقيها أو ليعلفها لا يكون دليل الرضا استحساناً.

قال مشايخنا- رحمهم الله - : هذا إذا لم يمكنه^(٧) الرد والسقي والإعلاف إلا بالركوب، بأن كان لا يمكنه ضبطها إلا بالركوب، فأما^(٨) إذا أمكنه ذلك بدون الركوب [كان الركوب]^(٩) رضا.

والدليل على صحة هذا ما ذكر^(١٠) محمد رحمه الله في «السير الكبير»: أن جوالق العلف إذا كان واحداً فركب [فهذا]^(١١) لا يكون رضا، لأن الجوالق إذا كان

(١) في م: قدرها.

(٢) في م: لأن.

(٣) في م: يحتاج.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: بجزء.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: يكن.

(٨) في م: وأما.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: ذكره.

(١١) سقط في م.

واحدًا لا يمكن حمله إلا بالركوب، وإذا كان الجوالق اثنين فركب يكون رضا؛ لأن حمل الجوالق بدون الركوب ممكن.

ومن المشايخ من قال: الركوب للرد لا يكون رضا وإن أمكنه الرد بدون الركوب؛ لأنه^(١) يفضي إلى الرد ونفوذه^(٢) ولا كذلك الركوب للسقي والعلف، ولو حمل عليها [علفها]^(٣) وركبها مع العلف فهذا ليس برضا، وإنه مؤول عند بعض المشايخ على ما ذكرنا.

ولو^(٤) حمل عليها علف دابة أخرى، وركبها أو لم يركبها، فهذا يكون رضا. [ذكر في السير الكبير: إذا اشترى الرجل دابة في دار الإسلام، وغزا عليها فوجد بها عيبا في دار الحرب، فإن كان البائع معه في العسكر خاصمه حتى يردها عليه؛ لأنه صار مطلوباً من جهته وليس لعيب فله أن يتصرف منه وإن لم يكن حاضراً فإنه [صار مطلوباً من جهته]^(٥) ينبغي له ألا يركبها ولكن يسوقها معه حتى يخرجها فيردها؛ لأن الركوب بعد العلم بالعيب رضا منه بها فليتحرز^(٦) عن ذلك إلا أن يركبها ليسيقها أو ليسوقها إلى علفها أو حمل عليها معلفاً، فإن هذا لا يكون رضا منه بالعيب فإنه لا يتمكن من ردها إلا بأن يسقيها ويعلفها وربما لا تنقاد له [في ذلك ما لم]^(٧) يركبها، فلا يكون ذلك دليل الرضا منه من حيث إنه انتفاع بملكه فيكون ذلك أنه رضا ليتقرر^(٨) ملكه.

ويستوي في ذلك إن لم يجد دابة أخرى أو وجدها؛ لأن القدر الذي له غير معتبر

(١) في م: لا.

(٢) في أ: يفرق.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: وإذا.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: والتحرز.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: يتقرر.

فيما يرجع إلى حق البائع، والركوب لحاجته دليل على الرضا فيكون بمنزلة تصريح بالرضا فإن أتى الإمام فأخبر فقال له الإمام: اركبها فركبها بأمره، لم يستطع ردها أيضًا؛ لأنه هو الذي التمس ذلك من الإمام وقد كان متمكنًا منه قبل أمره، فلا يتغير الحكم باعتبار أمره بعد أن يركبها طائعا، وإن أكرهه الإمام على ذلك حتى خاف عليه الهلاك، فإن نقصها ركوبه، فكذلك الجواب بمنزلة ما لو تعيبت فيه بأفة سماوية، [فإن لم ينقصها]^(١) ركوبه فله أن يردها بالعيب؛ لأن عند الإكراه ينعدم [الفعل]^(٢) من المكره ويصير آلة إن كان الإكراه بالقتل، وإن كان الإكراه بالحبس أو القيد ينعدم الرضا، وإنما لا يستطيع ردها بعد الركوب لوجود [دليل الرضا]^(٣) فإذا انعدم ذلك في الركوب مكرهاً فيمكن من ردها.

وإن لم يكرهه ولكن قال: اركبها وأنت على ردك لها فركبها لزمته، وكان [هذا]^(٤) القول من الأمر باطلاً؛ لأنه فتوى بخلاف حكم الشريعة وليس بقضاء من جهته؛ لأن القضاء يستدعي مقضيًا له ومقضيًا عليه، فإذا^(٥) ارتفعا إلى قاض من بعد ذلك فردها بالعيب على طريق الاجتهاد، فإن رفعت إلى قاض آخر يرى ما صنع الأول خطأ، فإنه يمضي قضاء الأول ولا يرده؛ لأن القضاء الأول حصل في موضع الاجتهاد، فإن ظاهر النصوص الموجبة لطاعة الأمير تخرج ركوبه من أن يكون رضا بالعيب.

وكذلك التنصيص من الأمير بقوله: وأنت على ردك، يسقط اعتبار دليل الرضا بالعيب منه عند الركوب؛ لأن الدليل إنما يعتبر إذا لم يوجد التنصيص بخلافه، ثم إذا تعذر^(٦) ردها فإن كان ذلك لوجود دليل الرضا منه لم يرجع بحصة العيب من الثمن،

(١) في م: فإن نقصها.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: فإن.

(٦) في م: لم يتعذر.

[فإن كان ذلك النقصان دخلها بأن كان ركبها مكرها وأنه يرجع بحصة العيب من الثمن^(١)]، إلا أن يرضى البائع بالرد عليه، وهذا لأن دليل الرضا كصريحه. ولو أكرهه على الرضا بالعيب صريحا لم يسقط به حقه في الرد، فكذا إذا أكرهه على ما يكون دليل الرضا، فإذا انعدم الرضا بقي اعتبار النقصان، فكأن ذلك حصل بغير صنع أحد، وذلك يمكنه من الرجوع بنقصان العيب، إلا أن يرضى البائع بالرد عليه.

فالسكنى في الدار هل يكون رضا؟ فهو على ما ذكرنا في خيار الشرط. وعن أبي يوسف رحمه الله: فيمن اشترى جارية لها لبن، فأرضعت صبيا لها أو للمشتري، ثم وجد المشتري بها عيبا، فله أن يردها، ولو أنه حلب لبنها فاستهلك لبنها أو شربه، ثم وجد [المشتري]^(٢) بها عيبا لم يردها. وعلى هذا قالوا: إذا اشترى شاة فأرضعت ولدها، فاطلع على عيب بها بعد ذلك، فله أن يردها، فأما إذا حلبها فأثلفه^(٣)، لم يكن له أن يردها بالعيب إذا اطلع عليه بعد ذلك.

وفي «المنتقى»: إذا اشترى شاة فشرب^(٤) من لبنها، قال أبو يوسف رحمه الله: له أن يردها بالعيب.

وفيه عن محمد - رحمه الله - : إذا اشترى شاة واحتلبها، ثم وجد بها عيبا يلزمه، ويرجع بنقصان العيب، وإن جزَّ صوفها، ثم وجد بها عيبا، [يلزمه]^(٥)؛ فإن لم يكن الجزُّ نقصاناً، فله أن يردها.

وقال محمد - رحمه الله - : والجز عندني ليس بنقصان. وفي موضع آخر من^(٦)

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فأبلغه.

(٤) في م: وشرب.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: في.

«المتقى»: إذا جَزَّ صوف الشاة بعد العلم بالعيب فهو رضا بالعيب، ولو أخذ من صوفها^(١) فليس برضا.

وفي «نوادر» بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : اشترى^(٢) شاة وحلبها، ثم وجد بها عيباً فإني أقسم الثمن على قيمتها وقيمة اللبن، فيردها بحصتها من الثمن. وفي «المتقى»: إذا طلاه بعدما رأى به العيب، أو حجمه، أو جز رأسه، فليس ذلك برضا.

وفيه عن أبي يوسف رحمه الله: إذا اشترى جارية فوجد بها عيباً، فداواها، فإن كان ذلك [دواءً من ذلك]^(٣) العيب، فهو رضا، وإن لم يكن دواءً منه، فليس برضا إلا أن يكون ذلك ينقصها فيكون ذلك رضا، ولو أصابها عنده [زمنة فشق]^(٤) عينها فإن^(٥) كان ذلك ينقصها، فهو رضا، وإن لم ينقصها فليس برضا.

ولو حجم العبد بعد النظر إلى العيب، فإن كانت الحجامة دواء ذلك العيب فهو رضا، وإن لم تكن دواء ذلك العيب، فليس برضا.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: جعل الحجامة والتوديع^(٦) في موضع آخر رضا من غير اشتراط هذا الشرط.

وفي بيوع «فتاوى أبي الليث» - رحمه الله - : اشترى أمة ترضع وأمرها أن ترضع صبيّاً [له]^(٧)، فهذا لا يكون رضا؛ لأن الأمر [بالرضاع للاستخدام]^(٨)، ولو حلب لبنها، [فأكل أو باع، فهذا رضا؛ لأن اللبن جزء منها واستيفاء جزء منها دليل

(١) في م: عرقها.

(٢) في م: إذا اشترى.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: رمية وسق.

(٥) في م: إن.

(٦) في م: والتوفيق.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: بلا رضاع استخدام.

الرضا، ولو حلب لبنها^(١)، ولم يبع ولم يأكل، فكذلك الجواب.
وفي صلح الفتاوى: أن الحلب بدون البيع والأكل لا يكون رضا.
وفي «المنتقى»: اشترى مملوكًا و^(٢) وجد به عيبًا، وضربه، فإن أثر به الضرب، لم يرده، وإن لم يكن له أثر، فله أن يرده.
وفي موضع آخر منه قال: فضربه ضربًا لم يؤثر؛ بأن لطمه أو ضربه سوطين أو ثلاثة، فله أن يرد.

وإذا وطئ الجارية المشتراة، ثم اطلع على عيب بها لم يردها، ويرجع بنقصان العيب سواء كانت بكرًا أو ثيبًا [إلا]^(٣) أن يقول البائع: أنا قبلتها^(٤) كذلك، [وكذلك إذا]^(٥) قبلها بشهوة، وكذا الجارية إذا جعلت أجرة فوطئها الآجر ثم اطلع على عيب بها، فليس له أن يردها ولكن يرجع بنقصان العيب إلا أن يقول المستأجر: أنا أقبلها كذلك، فإن وطئها المشتري أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة بعدما علم بالعيب، فهو رضا بالعيب، وليس له أن يردها، ولا أن يرجع بنقصان العيب.

وإذا وطئها غير المشتري في [يد البائع]^(٦) بزنا، فليس له أن يردها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرجع بنقصان العيب إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك؛ لأنها تعيبت عنده بعيب زائد، وهو عيب النقصان؛ إذ أوجب الوطء نقصانًا أو عيب الزنا إن لم يوجب الوطء نقصانًا فيها، وإن كان الوطء بشبهة حتى وجب العقرب على الواطئ، فليس له الرد، وإن رضي به البائع، لمكان^(٧) الزيادة، على ما يأتي بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى.

(١) سقط في م.

(٢) في م: فوجد.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أقبلها.

(٥) في م: إذا كان.

(٦) في م: المشتري.

(٧) في م: فكان.

ولو زوجها المشتري، لم^(١) يكن له أن يردها وطئها الزوج أو لم يطأها، رضي به البائع أو لم يرض؛ لأن النكاح يوجب الصداق، والصداق زيادة منفصلة^(٢)، وإنها تمنع الرد على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

ولو كان لها زوج عند البائع، فوطئها عند المشتري فإن كانت الجارية بكرًا، فليس للمشتري أن يردها بالعيب إلا برضا البائع؛ لأنه فات جزء منها في ضمان المشتري بصنع من العباد، وإن كانت الجارية ثيبًا إن نقصها الوطاء، فكذلك الجواب لا يملك المشتري ردها إلا برضا البائع، وإن لم ينقصها [الوطء كان للمشتري أن يردها]^(٣) على البائع، هذا الذي ذكرنا في [السبب فيما إذا]^(٤) وطئها الزوج في يد البائع مرة، ثم وطئها عند المشتري، وأما إذا لم يطأها عند البائع مرة إنما وطئها عند المشتري لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الأصل» وقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه يرد.

فقد ذكر في «المتقى»: اشترى جارية وقبضها ولها زوج كان عند البائع، فوطئها الزوج في يد المشتري لم يمنع وطؤه المشتري عن ردها بالعيب، وإن كان الوطاء عيبًا إلا أن هذا عيب قد برئ البائع إلى المشتري منه، وإذا عرضه على البيع بعدما علم بالعيب، أو أجره أو رهنه، فذلك رضا بالعيب، وليس^(٥) له أن يرد، ولا أن يرجع بنقصان العيب.

وإذا اشترى برذونًا، وأخصاه ثم اطلع على عيب به، كان له الرد؛ إذا لم ينقصه الخصاء. ذكره^(٦) في «فتاوى أهل سمرقند»، وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين

(١) في م: وإن لم.

(٢) في م: متصلة.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: البنت فيما.

(٥) في م: فليس.

(٦) في م: ذكر.

المرغيناني يفتي بخلافه .

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: وإذا اشترى من آخر ثوبًا، فقطعه ولم يخطه حتى اطلع على عيب به، لم يرده، ولكن يرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، فليس له ذلك، هذه المسألة تنبني على أصل أن المبيع إذا انتقص في يد المشتري بأفة سماوية [أو بفعل المشتري]^(١) أو بفعل أجنبي، ثم اطلع المشتري على عيب كان عند البائع، لا يرده بالعيب؛ لأن حق الرد إنما يثبت للمشتري دفعًا للضرر عنه، ولا يجوز للإنسان أن يدفع [الضرر]^(٢) عن نفسه بالإضرار بالغير. وفي الرد بعدما انتقص في يد المشتري إضرار بالبائع؛ فلا^(٣) يملك المشتري رده، ولكن يرجع بنقصان العيب دفعًا للضرر عن نفسه، غير أن النقصان إذا كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري فامتناع الرد لدفع الضرر عن البائع لا غير، فإذا قال: أنا أقبله كذلك، فقد رضي بالضرر وله ذلك؛ فكان^(٤) للمشتري أن يرده، وإن^(٥) كان النقصان بفعل أجنبي من قطع أو ما أشبهه حتى وجب الأرش، فامتناع الرد بحق البائع دفعًا للضرر عنه، وبحق الشرع أيضا؛ لأن العقد لم يرد على الأرش، فلا يرد عليه الفسخ فتعذر رد الأرش، [ورد المبيع بدون رد الأرش]^(٦) متعذر؛ لمكان الربا؛ لأن الأرش يبقى في يد المشتري مبيعًا مقصودًا بلا عوض، وإنه ربا، والربا حرام حقا للشرع، فإذا قال البائع: أنا أقبله كذلك، فقد أراد إبطال حق الشرع، وليس للعبد هذه الولاية، هذا هو الكلام في النقصان الحادث في يد المشتري .

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: ولا .

(٤) في م: وكان .

(٥) في: وإذا .

(٦) سقط في م .

جئنا إلى الزيادة الحادثة في يد المشتري فنقول: الزيادة نوعان: متصلة، ومنفصلة.

فالمتصلة نوعان: غير متولدة عن المبيع: كالصبغ وما أشبهه وإنها تمنع الرد بالعيب بالاتفاق، سواء قال البائع: أنا أقبله^(١) كذلك، أو لم يقل؛ لأنها [تمنع]^(٢) فسخ الملك في الأصل؛ لأن الملك لو فسخ في الأصل إما أن يفسخ في الأصل والزوائد، أو في الأصل لا غير، ولا وجه إلى الأول؛ لأنه لو فسخ الملك في الزوائد إما أن يفسخ^(٣) مقصودا ولا وجه إليه؛ لأنه لم^(٤) يرد عليها عقد، ولا ما له شبهة بالعقد مقصودا، أو يفسخ الملك في الزوائد تبعا لفسخ الملك في الأصل، ولا وجه إليه أيضا؛ لأن هذه الزيادة^(٥) أبدا إن كانت تبعا للأصل بحكم الاتصال، فلها حكم الأصل؛ لأنها كانت أصلا قبل الاتصال، ولا وجه إلى أن يفسخ الملك في الأصل بدون الزيادة؛ لأنه يؤدي إلى أمر غير مشروع؛ لأنه يؤدي إلى [أن]^(٦) يصير الأصل ملكا للبائع، ويبقى الصبغ للمشتري، والشركة على هذا الوجه^(٧) غير مشروع، وفي حق هذا المعنى لا فرق بين أن يقول البائع: أنا أقبل^(٨) كذلك، وبين ألا يقول.

ومتولدة من المبيع: كالسمن والجمال وإنها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية؛ لأنه^(٩) فسخ العقد على الزيادة ممكن تبعا للأصل إذا رضي من له حق في

(١) في م: أقبل.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: الملك.

(٤) في م: لا.

(٥) في م: الزوائد.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: الوجه.

(٨) في م: أقبله.

(٩) في أ: لأن.

الزيادة؛ لأن السمن والجمال تبع للأصل من كل وجه، لا يتصور أصلاً بحال؛ لأنه متصل بالأصل فيكون تبعاً له بحكم الاتصال، فإذا انفسخ العقد على الأصل ينفسخ فيهما، فإن أبي المشتري الرد، وأراد الرجوع بنقصان العيب، وقال البائع: لا أعطيك نقصان^(١) العيب، ولكن رد علي المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن هل للبائع ذلك؟

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - ليس له ذلك.
وعلى قول محمد رحمه الله: له ذلك.

وهذا^(٢) لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع الفسخ على الأصل إذا لم يوجد الرضا ممن له الحق في الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد - رحمه الله - لا يمنع فسخ العقد في^(٣) الأصل وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة أو لم يوجد، كما في مسألة المهر إذا زاد زيادة متصلة بعد القبض، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، هذا هو الكلام في الزيادة المتصلة.

وأما الزيادة المنفصلة فنوعان^(٤) أيضاً: متولدة عن^(٥) المبيع: كالولد والثمرة وما هو [في معناهما]^(٦) كالأرش والعقر، و[إنها]^(٧) تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ عندنا؛ لأنه لا يمكن فسخ العقد على الزيادة لا^(٨) مقصوداً لما ذكرنا، ولا تبعاً للأصل؛ لأن الولد بعد الانفصال ليس بتبع للأصل [لا]^(٩) حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكماً، فإن شيئاً من أحكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض،

(١) في م: بنقصان.

(٢) في م: هذا.

(٣) في م: على.

(٤) في م: نوعان.

(٥) في م: من.

(٦) في م: بمنعاهما.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: ولا.

(٩) سقط في م.

ولا يجوز أن يفسخ العقد في الأصل دون الولد؛ لأن الولد مبيع من وجه؛ لأنه متولد من المبيع، والمتولد من الشيء يحدث على صفة الأصل كالمتولد من المدبر والمكاتب، وما يكون مبيعاً من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد فسخ العقد مجاناً بغير عوض؛ لأنه يكون [ربا وكذا]^(١) ما يكون مبيعاً من وجه وهاهنا بعدما فسخ العقد في الأصل يبقى الولد سالماً للمشتري مجاناً بغير عوض.

وغير متولدة من المبيع: كالكسب والغلة، وإنها لا تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ، وطريقه أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، ويسلم الزيادة للمشتري مجاناً بغير عوض وأمكن القول به؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة بوجه ما؛ لأنه لم يرد عليها العقد، ولا ما له شبه بالعقد، وما تولد^(٢) من عين^(٣) المبيع حتى يكون مبيعة بحكم الولد، بل تولدت من المنافع، والمنافع غير الأعيان، ولهذا كانت منافع الحر مالاً مع أن الحر ليس بمال، وكسب المكاتب والمدبر لا يكون مكاتباً ومدبراً، وسلامة ما ليس بمبيع من وجه ما للمشتري لا يمنع فسخ العقد على الأصل؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا.

إذا ثبت هذا الأصل جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: إذا اشترى ثوبا وقطعه، ولم يخطه فامتناع الرد لنقصان حصل بفعل المشتري، فيرتفع برضا البائع لما قلنا، وإذا صبغ بعصفر فامتناع الرد بسبب الزيادة المتصلة؛ ولأنه لا يرتفع رضا البائع لما ذكرنا، فعلى هذا إذا قطع الثوب وخاطه، ثم وجد به عيباً فقال البائع: أنا أقبله كذلك، ليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد هاهنا بسبب الزيادة المتصلة، وهي الخياطة، فلا يرتفع برضا البائع.

وفي «المنتقى»: إذا اشترى عبداً كاتباً أو خبازاً فقبضه فنسي ذلك في يده، ثم اطلع على عيب به، فله أن يرده.

(١) في م: زنا فكذا.

(٢) في م: تولدت.

(٣) في م: غير.

وفي «المنتقى»: إذا اشترى من آخر تمرا بالري وحمله إلى الكوفة، ثم اطلع على عيب هناك، فأراد أن يرده، قال محمد رحمه الله: ليس له ذلك حتى يرده إلى ذلك الموضع.

علل فقال: لأن لحمله مؤنة، ولو كان مكان التمر جارية، فقد^(١) أشار محمد - رحمه الله - إلى أنها ليست نظير التمر، حيث قال: أرى سعر هذه ثمة وهاهنا قريباً، ولا [أرى بحملها]^(٢) تلك المؤنة.

وفي «القدوري»: اشترى شيئاً فأجره من غيره، ثم اطلع على عيب به، فله أن ينقض الإجارة، ويرد المستأجر بالعيب، بخلاف ما لو رهنه^(٣) من غيره. والفرق: أن الإجارة تنقض بالأعذار والرهن لا.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: وإذا اشترى الرجل من آخر جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فلا خيار له في ردها؛ لأن العيب إنما يثبت حق الرد للمشتري إذا عجز البائع عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم، ولم يعجز؛ لأنه التزم تسليمها معيبة لما علم المشتري [بعيها]^(٤) وقت البيع، فإن لم يقبضها المشتري حتى انجلى البياض ثم عاد البياض، فهي لازمة للمشتري ولا خيار له في ردها.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن له الخيار، والصحيح ما ذكرنا في ظاهر الرواية؛ لأن البياض الثاني وإن كان غير الأول حقيقة فهو [غير الأول]^(٥) حكماً من حيث إن البائع بسببه لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم [ولا يعجز لأنه التزم تسليمها]^(٦).

(١) في م: فقال.

(٢) في م: أدري حملها.

(٣) في م: وهبه.

(٤) في م: إذا عجز.

(٥) في م: عين.

(٦) سقط في م.

بيانه: وهو أن المشتري لما اشتراها مع علمه بالبياض الأول فالبائع لم يلتزم تسليمها سليمة عن عيب البياض بهذه^(١) العين، وإنما التزم تسليمها معيبة بهذا العيب، والبياض الأول وقت العقد كان بياضًا ظاهرًا مع احتمال ألا يكون، والثاني بهذه الصفة [وإن كان الثاني]^(٢) غير الأول حكمًا من حيث إن البائع لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم.

قال في «الكتاب»: ألا ترى أن رجلا لو اشترى جارية وثنيها ساقطة أو سوادا والمشتري علم بذلك، فلم يقبضها حتى نبتت ثنيها الساقطة، وذهب السواد عن ثنيها، ثم سقطت تلك الثنية أو عاد السواد، فالجارية لازمة للمشتري، وإنما كانت لازمة؛ لأن البائع لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم على ما ذكرنا، ولم يرو عن أبي يوسف أرحمه الله - في مسألة السن خلاف ما ذكره في «الكتاب». واختلف المشايخ في ذلك، منهم من قال: هذا قول الكل، ومنهم من قال: لا بل مسألة السن على الاختلاف أيضا.

ولو^(٣) قبضها وهي بيضاء إحدى العينين أو ثنيها ساقطة وهو يعلم بذلك، ثم انجلى البياض، ونبتت الثنية، ثم عاد البياض وسقطت الثنية، ثم وجد بها عيبًا آخر، كان عند البائع، ردها بذلك العيب؛ لأن الواجب على المشتري أن يردها على الوجه الذي قبضها، وقد قبضها معيبة بهذا العيب.

قال في «الكتاب»: ألا ترى لو اشترى شاة حاملًا، وولدت في يد المشتري ولدًا، ثم هلك الولد، ثم وجد بها^(٤) عيبًا، كان له أن يردها على البائع؛ لأن الولادة لا تمكن نقصانًا^(٥) باعتبار أن بالولادة حدثت زيادة منفصلة، فإذا هلكت فقد ذهبت

(١) في م: بهذا.

(٢) في م: فكان.

(٣) في م: لو.

(٤) في م: به.

(٥) زاد في م: في الشاة لا محالة يمتنع حق الرد بسبب ذلك لكن امتناع الرد بالولادة.

الزيادة، وجعلت كأن لم تكن فكان المشتري قادرًا على رد ما قبض كذا هاهنا. ولو لم يعد البياض في العين الذي ذهب عنها البياض، لكن ابيضت العين الأخرى، لم يكن له أن يرد الجارية بالعيب أبداً؛ لأنه عجز عن ردها كما قبضها؛ لأنه قبضها وهي صحيحة هذه العين، والآن يردّها وهي [مبيضة هذه العين، ولم تبيض] ^(١) العين الأخرى، ولكن عاد البياض في العين التي ذهب عنها البياض بفعل المشتري؛ بأن ضرب المشتري عينها فابيضت، ثم وجد بها عيباً آخر كان عند البائع، لم يكن له أن يردّها، بخلاف ما إذا عاد البياض.

والفرق: وهو أنه لما انجلى البياض فقد حصلت زيادة متصلة ^(٢) فإذا ضربها المشتري صار جالباً ^(٣) تلك الزيادة، وإنه مانع من الرد، بخلاف ما إذا عاد البياض، لأن هناك هلكت الزيادة لا بصنع المشتري فلم يصير المشتري جالباً ^(٤) لها فإن قال: أنا أقبلها كذلك وأرد جميع الثمن، كان للمشتري أن يردّها عليه بخلاف ما إذا عاد البياض بضرب الأجنبي في يد المشتري حيث لا يكون للمشتري أن يردّها بالعيب، وإن رضي به البائع.

والفرق: أن في الفصل الأول المانع من الرد حق البائع فإذا رضي به فقد أسقط حقه، والمانع في الفصل الثاني حق الشرع، وحق الشرع لا يسقط بإسقاط العبد. هذا الذي ذكرنا كله إذا اشتراها مع علمه أنها بيضاء إحدى العينين، فأما إذا اشتراها، ولم يعلم بكونها بيضاء إحدى العينين، وقبضها، ثم علم، كان له أن يرد، فإن لم يرد حتى انجلى البياض، لم يكن له أن يردّها بعد ذلك، وإن استحقتها سليمة ما لم يعلم بالعيب وقت العقد؛ لأنه لما انجلى البياض [فقد استوفى عين حقه؛

(١) في م: معيبة هذا.

(٢) في م: منفصلة.

(٣) في م: حابسا.

(٤) في م: حابسا.

لوجوده في يده وبعدما استوفى عين حقه، لا يكون له الخيار، فإن عاد البياض^(١)، لا يكون له أن يردها أيضا؛ لما ذكرنا أنه لما انجلى البياض، صار المشتري مستوفيا عين حقه حكما، وبعود البياض لا ينتقض الاستيفاء؛ لأن قبض المبيع لا يحتمل الانتقاض، كما لو قبض السالمة ثم ماتت.

ولو وجد بها عيبا آخر، كان له أن يردها [به؛ لأنه]^(٢) لما انجلى البياض، صار المشتري مستوفيا عين حقه حكما، فوَقعت البراءة للبائع عن^(٣) العيب؛ لأن البراءة كما تقع [بالإبراء تقع بالاستيفاء]^(٤)، فصار كأنه أبرأه نصًّا عن هذا العيب.

ولو أبرأه المشتري عن عيب، ثم وجد بالمبيع عيبا آخر، كان له أن يرده بذلك العيب، فهنا كذلك؛ فقد جعل البياض [العائد]^(٥) كأنه غير عين الأول في حق الرد به، وجعل^(٦) كأنه عين الأول في حق الرد بعيب آخر.

وكذلك إذا اشترى جارية وهي ساقطة الثنية أو مسودة الثنية، وهو لا يعلم بذلك فقبضها، ثم علم بذلك، ثم زال السواد، أو^(٧) نبتت الثنية، لم يكن له أن يردها. ولو وجد بها عيبا آخر، كان له أن يردها، ثم في كل موضع ثبت للمشتري حق الرد إذا قال في وجه البائع: قد أبطلت البيع، إن كان قبل القبض، انتقض البيع، قبل البائع أو لم يقبل، وإن كان بعد القبض، فإن قبل البائع، فكذلك ينتقض البيع، وإن لم يقبل لا ينتقض البيع. وإن كان بغير محضر من البائع، لا ينتقض البيع، وإن كان قبل القبض^(٨).

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: عين.

(٤) في م: بالإسقاط.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: وجعله.

(٧) في م: و.

(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٥٦/٦).

أصل المسألة في العيون، وفصل الحضرة في وكالة الباقي^(١). وفي «المتقى»: اشترى عبدا محموما كان تأخذه حمى^(٢) كل يومين أو ثلاثة، فأطبق عليه عنده، فله أن يرده وإنه مخالف لما ذكرنا في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله، فقد ذكر ثمة: أن المشتري إذا اشترى عبداً وبه مرض فازداد المرض في يد المشتري، فليس له أن يرده على بائعه، وإن كان صاحب فراش عنده فهو عيب غير الحمى فلا يرده ويرجع بالأرش، وكذلك إذا كانت به قرحة فانفجرت عنده، أو جدري فانفجر، فله أن يرده، ولو كان به جرح فذهبت [يده]^(٣) به، أو كانت موضحة، فصارت آمة فليس له أن يرده.

وفيه أيضاً: لو اشترى عبدا فاستقاله فأبى أن يقيله، قال: هذا ليس بعرض على البيع، وله أن يرده.

إذا وهب المبيع بعدما اطلع على عيب به، ولم يسلم فليس له أن يرده على بائعه؛ لأن هذا دلالة الرضا بالعيب ألا ترى أن العرض على البيع يمنع الرد وإنما منع لأنه دلالة الرضا، ولو فعل شيئاً من ذلك قبل العلم بالعيب، يعني العرض والهبة بدون التسليم، فهذا لا يكون رضا، ولا يمنع الرد لو علم بالعيب بعد ذلك. مسألة الهبة في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله.

اشترى شيئاً وخاصم البائع في عيب به، وترك الخصومة أياماً، ثم عاد إلى الخصومة، فقال له البائع: لم تركت الخصومة قال: لأنظر وأسأل أهذا عيب؟ فله أن يخاصمه في العيب ويرده؛ لأن هذا ليس دلالة الرضا.

وكذلك^(٤) إذا أراد [الرد، ولم يجد]^(٥) البائع، فأطعمه وأمسكه أياماً، ولم

(١) في م: الساقى، وكذلك في المحيط.

(٢) في م: الحمى.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: وكذا.

(٥) في م: فلم يمنع.

يتصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا، ثم وجد البائع، فله أن [يرده، قال محمد رحمه الله]^(١): على هذا أدركت مشايخ زمني.

وفي «المنتقى»: رجل اشترى من رجل عبداً، ثم إن المشتري أمر رجلاً ببيعه، ثم علم الأمر بعد ذلك أن به عيباً، قال: إن باعه الوكيل بمحضر من الموكل، ولم يقل الموكل شيئاً، فهذا منه رضا بالعيب، حتى [لو لم]^(٢) ينقض البيع، ليس للمشتري أن يرد العبد على بائعه بذلك العيب.

قال: وكذلك إذا علم [به]^(٣) الوكيل أنه يذهب من فوره لبيعه، فلم ينهه، فهذا منه رضا.

اشترى إبريسماً وبله فإذا هو «دار وكرده امله» لا يرده، ويرجع بنقصان العيب؛ لأن البلى في الإبريسم عيب.

اشترى كرماً وأكل الثمار، ثم اطلع على عيب، فليس له الرد^(٤) وإن رضي به البائع، وكذا^(٥) إذا اشترى بقرة فأكل من لبنها.

اشترى قدومًا وأدخله في النار، ثم اطلع على عيب لم يرده^(٦).

اشترى ذهباً فأدخله في النار، ثم اطلع على عيب، رده؛ لأن الذهب لا ينقص^(٧) بالإدخال في النار، والحديد ينقص^(٨).

سئل شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - عن اشترى منشراً وحدده، ثم

اطلع على عيب [به قال]^(٩): لم يرده إلا برضا البائع؛ لأنه ينتقص منه [شيء]^(١٠).

(١) بدل ما بين المعقوفين في م: يرد.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أن يرد.

(٥) في م: وكذلك.

(٦) زاد في م: ولو.

(٧) في م: ينتقص.

(٨) في م: ينتقص.

(٩) سقط في م.

بسبب التحديد.

قال محمد رحمه الله: رجل اشترى من آخر عبداً قد سرق عند البائع، ولم يعلم، فقطع عند المشتري، فللمشتري أن يرده على البائع، ويرجع بجميع الثمن. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يرده ولكن يرجع بنقصان العيب، فيقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما.

وحاصل هذا: أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - يجعل هذا بمنزلة الاستحقاق؛ فيكون عيباً في الباقي مضافاً إلى ضمان البائع، وعلى هذا إذا اشترى عبداً فوجده حلال الدم بقصاص، أو ردة، وقتل عند المشتري يرجع على البائع بجميع الثمن، بمنزلة ما لو استحق العبد.

وعندهما: يقوم مباح الدم، ويقوم معصوم الدم فيرجع بفضل ما بينهما. وفي «نوادير هشام»: قال [محمد]^(١) - رحمه الله - : ففي قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا اشترى عبداً قد سرق عند البائع، ولا يعلم به المشتري، وسرق عند المشتري أيضاً فقطعت يده بالسرقتين جميعاً، قال: يرجع عليه بالنصف.

فوجه قولهما: أن فوات المبيع مضاف إلى أمر حادث في ضمان المشتري، لا إلى أمر كان في ضمان البائع، فلا يجري مجرى الاستحقاق؛ كمن اشترى جارية حاملاً وولدت عند المشتري، وهلك في نفاسها، لا يضاف الهلاك إلى أمر كان في ضمان البائع، ولا يجري مجرى الاستحقاق، وإنما كان كذلك؛ لأن السبب الموجود في يد البائع حل بالدم والحياة، وأثر في إتلافهما دون المالية، وإنما ذهبت [المالية]^(٢) ضرورة أنها لا تبقى بدون الحياة وهذا أمر غير مضاف إلى الجنائية^(٣).

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - وجهان:

(١٠) سقط في م.

(١) في م: قلت لمحمد.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الحياه.

أحدهما: أن التلف حصل بفعل كان في ضمان البائع فينتقض به قبض^(١) المشتري، ويجعل كأنه تلف في يد البائع، وقاسه على ما لو غصب عبداً، فقتل العبد رجلاً [كان]^(٢) في يد الغاصب، ثم رده؛ فقتل قصاصاً يرجع المالك على الغاصب بجميع القيمة؛ لأن الرد انتقص بسبب كان عند الغاصب، فصار كأنه قتل في يد الغاصب.

من المشايخ من ربط هذا الوجه بمسائل منها: أن البائع لو قطع يده، ثم باعه فمات العبد في يد المشتري، لا يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن، وإن^(٣) زال القبض بسبب كان في يد البائع.

وكذلك إذا اشترى أمة حبلى فولدت عند المشتري، فماتت، لا يرجع بجميع الثمن، وإن ماتت بسبب كان في يد البائع.

وكذلك إذا اشترى عبداً محموماً، ولم يعلم به، ثم قبضه، ثم مات من الحمى، يرجع بالتقصان لا بجميع الثمن، وإن مات بسبب كان في يد البائع، إلا أن هذا^(٤) ليس بشيء والمسائل غير لازمة.

أما مسألة قطع اليد لأن قطع اليد لا يوجب الهلاك لا محالة، والإنسان قد يسلم منه، فالتلف عند المشتري، [ولم يحصل]^(٥) بسبب كان عند البائع لا محالة، وهو تخريج^(٦) لمسألة الحمى.

وأما فصل الولادة فمن مشايخنا من قال: مسألة الولادة على هذا الخلاف أيضاً، وما ذكر في «الكتاب» أنه لا يرجع بجميع الثمن قولهما، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - يرجع بجميع الثمن؛ الدليل عليه أن محمداً - رحمه الله - ذكر

(١) في م: فتعين.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: وإذا.

(٤) في م: والذين.

(٥) في م: لم يجعل.

(٦) في م: التخريج.

في «الكتاب»: إذا غصب من آخر جارية فحملت عند الغاصب، فردها على المالك، فولدت، وماتت في نفاسها، قال: يرجع بجميع الثمن على الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله، وجعل كأنها ماتت في يد الغاصب كذا ها هنا ولئن سلمنا فوجه التخريج أن الولادة ليست بسبب الهلاك لا محالة، والتقريب ما مر.

وجه آخر لأبي حنيفة أرحمه الله - : أن العبد الذي هو مستحق القتل لا قيمة له، إذ القيمة عبارة عن الغرة، وغرة الأشياء باعتبار تمولها وادخارها لإقامة المصالح، ومتى [كان] ^(١) مستحق [القتل] ^(٢)، كان حرام الاستيفاء فلم يكن متقومًا، والبيع لا ينعقد ^(٣) على غير المتقوم ^(٤) كالميتة والدم والخمر، فإن كان المشتري علم بذلك العيب، [فعهدهما] ^(٥): لزمه العبد، ولا يرجع بنقصان العيب؛ لأنه عيب رضي به. وأما عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فمن مشايخنا من قال: إنه ^(٦) عند أبي حنيفة كذلك، وهذا غير صحيح، إنما الصحيح أن عند أبي حنيفة العلم والجهل سواء؛ لأن هذا بمنزلة الاستحقاق عنده، والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وإن تداولته البيوع، ثم قتل ^(٧) عند المشتري الآخر يراجعون عند أبي حنيفة - رحمه الله - بمنزلة الاستحقاق. وعندهما بمنزلة العيوب.

وإن كان المشتري أعتق العبد ثم قتل، فعندهما: يرجع بنقصان العيب، وأما عند

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: ينفذ.

(٤) عرف الحنفية المال المتقوم بأنه: المال المباح الانتفاع به شرعًا. وهو يستعمل في معنيين: الأول: ما يباح الانتفاع به.

والثاني: بمعنى المال المحرز؛ فالسلك في البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقومًا بالإحراز. فالمعنى الأول: هو معنى المال الشرعي، والثاني: معناه العرفي.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٠/٥)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١٠١/١) مادة (١٢٧).

(٥) سقط في م.

(٦) في م: أن.

(٧) في أ: نقل.

أبي حنيفة فعلى قول ما ذكرنا من الوجه الأول له: [أن]^(١) بالقتل يفوت يد المشتري مضافاً إلى سبب كان في يد البائع، ينبغي ألا يرجع بشيء؛ لأن^(٢) بالإعتاق فات^(٣) ملك المشتري بالقطع والقتل فلا يتصور انتقاصه بالقتل والقطع، وعلى قول ما ذكرنا من الوجه الثاني أن البيع غير منعقد لعدم تقوم العبد فيرجع بجميع الثمن. والله أعلم.

ذكر الحسن بن زياد في «كتاب الاختلاف»: إذا اشترى بدرهم وتقابضا^(٤) ثم باعه المشتري من بائعه، ثم وجد به عيباً قديماً، قال أبو يوسف رحمه الله: له أن يرده على المشتري الأول إذا لم يعلم به. قال: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله. وفي «شرح الجامع»: من [تعليقي في]^(٥) كتاب الوكالة في باب نقل الوكالة في الطلاق: رجل اشترى من آخر عبداً وباعه من غيره، ثم اشتراه من ذلك الغير، ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول، لم يرده على الذي اشتراه منه؛ لأنه غير مفيد؛ لأنه لو رده عليه، كان للمردود عليه أن يرده عليه ثانياً؛ لأنه اشتراه منه فلا يفيد^(٦) الرد، ولا يرده على البائع الأول؛ لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته فيسمي البائع الأول صالحاً، والمشتري الأول جعفر، والمشتري الثاني زيداً، فصورة مسألتنا هذه بعد تسميتنا هؤلاء: اشترى جعفر عبداً من صالح، ثم إن جعفر باعه من زيد، ثم إن جعفر اشتراه من زيد ثانياً، ثم اطلع جعفر على عيب قديم كان بالعبد، فعلى ما ذكرنا في «الجامع» ليس لجعفر أن يرده على زيد؛ لأنه لو رده على زيد كان لزيد أن يرده على جعفر؛ لأنه قد اشتراه منه؛ فلا يفيد الرد.

وعلى ما ذكره الحسن بن زياد في كتاب «الاختلاف» كان لجعفر أن يرده على

(١) سقط في م.

(٢) في أ: إلا.

(٣) في أ: فإذا.

(٤) في أ: وتراضيا.

(٥) في م: تعليق.

(٦) في م: يفيد.

زيد، ثم يرد زيد على جعفر، وإنه مفيد حتى يرده جعفر على صالح^(١)؛ لأن بدون ذلك لا يعود لجعفر^(٢) قديم ملكه المستفاد من جهة صالح.

[ثم]^(٣) على ما ذكره في كتاب الاختلاف إذا^(٤) رد [جعفر العبد على زيد، ثم رد زيد على جعفر إنما كان لجعفر حق الرد على صالح إذا كان الرد على]^(٥) جعفر؛ لأن الرد بالقضاء^(٦) فسخ من كل وجه في حق الناس كافة، فيعود إلى جعفر قديم ملكه الذي استفاده من جهة صالح في حقه^(٧) وفي حق صالح، فكان [له الرد]^(٨) على صالح.

وأما إذا كان الرد على جعفر بغير قضاء، [والرد بغير قضاء]^(٩) بيع جديد في حق الثالث، لا يعود إلى جعفر قديم ملكه الذي استفاده من جهة صالح، فلا يكون له حق الرد على صالح.

وتبين بما ذكرنا^(١٠) في كتاب «الاختلاف» أن المذكور في «شرح الجامع» قول محمد رحمه الله.

وفي «المنتقى»: إذا اشترى من آخر دينارًا بدراهم، ثم إن مشتري الدينار باع الدينار من رجل آخر، ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبًا، فرده على المشتري الأول بغير قضاء، كان للمشتري الأول أن يردها^(١١) على بائعه^(١٢) بذلك العيب.

(١) زاد في م: لأن بدون ذلك لا يكون لجعفر أن يرد على صالح.

(٢) في م: إلى جعفر.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: على.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: بقضاء.

(٧) في م: حربه.

(٨) في م: إلا بالرد.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: ذكر.

(١١) في أ: يردهما.

(١٢) في م: بائعها.

قال: ولا يشبه الصرف هاهنا [العروض]^(١) قال: لأن البيع لا يقع على الدينار بعينها، وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم له على رجل، وقضاها آخر، فوجد فيها زيوفًا، فردها عليه بغير قضاء [قاض]^(٢)، فله أن يردها على الأول. وفي «المنتقى»: اشترى عبدًا فوجده أعمى، فقال المشتري للبائع: أريد أن أعتقه عن كفارة يميني، فإن جاز عني وإلا رددته، فله أن يرده، وهو نظير مسألة الثوب التي بعدها.

وفي «العيون»: اشترى من آخر ثوبًا فإذا [هو صغير، فأراد رده فقال له البائع: أره الخياط، فإن قطعه وإلا رده عليّ، فأراه الخياط فإذا]^(٣) هو صغير فله أن يرده، وكذا الخف والقلنسوة، وكذا إذا قضاه دراهم زائفة، وقال للبايع: أنفقها فإن جازت عليك وإلا ردها^(٤) علي، فقبلها على ذلك، فلم تنفق عليه، فله أن يردها استحسانًا، ذكره في كتاب «الصلح من النوازل».

وفي «المنتقى»: اشترى شيئًا بألف درهم وقبض الألف فوجدها نبهرجة، ثم عرضها على البائع، فهذا منه رضا بها، وليس له أن يردها.

وفي «المنتقى»: عن محمد - رحمه الله - المشتري في خيار العيب إذا قال للبائع: إن لم أرد لها إليك^(٥) اليوم فقد رضيته بالعيب، فهذا القول باطل وله الرد. العبد المأذون إذا اشترى شيئًا فوجده معيبًا وقد أبرأه البائع من الثمن أو وهب له الثمن وقبل العبد ذلك لا يملك الرد بالعيب؛ لأنه [رده ردا]^(٦) بغير شيء فيكون تبرعًا فلا يملكه^(٧)، ولو كان مكان العبد المأذون حر إن [كان]^(٨) وجد به العيب بعد

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: تردها.

(٥) في م: عليك.

(٦) في م: مردود.

(٧) في م: يملك.

القبض لا يملك [الرد]^(١).

والفرق: أن في العيب الصفقة بعد القبض [تامة، فكان الرد]^(٢) إلزامًا فلا يشتغل القاضي به إذا لم يكن فيه فائدة، ولا فائدة ههنا؛ لأنه لا يستفيد بهذا الرد شيئًا. أما قبل القبض الصفقة ليست بتامة، فكان الرد امتناعًا عن الإتمام، [والامتناع عن الإتمام]^(٣) لا يتوقف على الفائدة.

إذا أقر المشتري أن هذا البيع [كان]^(٤) لفلان غير البائع، وكذبه فلان، ثم اطلع المشتري على عيب [به]^(٥) له أن يرده.

وكذلك لو باع ثم رد عليه بسبب هو فسخ من كل وجه، ثم اطلع على عيب كان به عند البائع فله الرد، ولو كان الإقرار لغيره بعدما رأى العيب، فكذلك الجواب، يعني: له أن يرد بالعيب إذا كذبه المقر له.

وفي المنتقى^(٦) بعد العلم بالعيب لا يكون له حق الرد، فإن عاد إليه بسبب هو فسخ وقد تقدم في باب من البيوع التي يرجع فيها بالعيب^(٧).



-
- (٨) سقط في م.
 (١) سقط في م.
 (٢) في م: فإنه كان إلزامًا.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.
 (٥) سقط في م.
 (٦) في أ: المبيع.
 (٧) في م: المعيب.

نوع آخر: فيما إذا وجد العيب ببعض المشتري:

إذا اشترى شيئين ووجد بأحدهما عيبًا، وكان ذلك قبل أن يقبضهما أو قبض أحدهما، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، [ولو قبضهما رد المعيب خاصة، لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لهذا القبض فرد المعيب خاصة لا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع من قبل التمام]^(١)، وليس له أن يردهما إلا برضا^(٢) البائع، وهذا الجواب يستقيم في شيئين يستغني كل واحد منهما في الانتفاع به عن الآخر، [فأما إذا كانا شيئين لا يستغني أحدهما في الانتفاع به عن الآخر]^(٣) كزوجي خف، ومصراعي الباب وما [أشبه ذلك]^(٤) إذا قبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، ليس له أن يرد المعيب خاصة؛ لما فيه من الإضرار بالبائع، ولكن له أن يردهما أو يمسكهما، هكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل.

إذا^(٥) اشترى زوجي ثور ثم وجد بأحدهما عيبًا بعد القبض، فأراد أن يرد المعيب خاصة، فظاهر الجواب أن له ذلك^(٦).

قال مشايخنا رحمهم الله: إذا^(٧) ألفت أحدهما العمل مع صاحبه، وصار بحال لا يعمل إلا مع صاحبه، [فإنه لا]^(٨) يرد المعيب خاصة، وصار بمنزلة شيء واحد، وإن كان المشتري شيئًا واحدًا فوجد ببعضه عيبًا قبل القبض أو بعده، فليس له أن يرد المعيب خاصة.

(١) سقط في م.

(٢) في م: أن يرضى.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: أشبهه.

(٥) في م: وإذا.

(٦) البحر الرائق (٦/٦٨).

(٧) في م: إن.

(٨) في م: فله أن.

وإن [كان المعقود عليه مما يكال أو يوزن من ضرب واحد، فوجد ببعضه عيبًا، ليس له أن يرد المعيب خاصة، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده أما قبل القبض فظاهر، وأما بعد القبض بخلاف ما إذا^(١) كان المعقود عليه ثوبين أو عبدین . والفرق أن المكيل والموزون جعل كشيء واحد من حيث الحكم في حق البيع^(٢)؛ لأن المالية والتقوم للمكيل والموزون تثبت بالاجتماع وإن^(٣) الحبة الواحدة بانفرادها لا تكون مالا متقوما قابلا للبيع، وإذا^(٤) كانت المالية القابلة للبيع تثبت بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد حكمًا، ولو كان شيئًا واحدًا حقيقة بأن كان ثوبًا ووجد ببعضه عيبًا فأراد أن يرد المعيب خاصة ليس له ذلك، كذلك^(٥) هاهنا .

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - أنه كان يقول : على قياس قول محمد - رحمه الله - يجب أن يرد بعض المكيل والموزون بالعيب، [و]^(٦) إن كان مجتمعًا إذا كان التمييز لا يزيد بالمعيب عيبًا، وكذلك إذا وجد البعض صغارًا فأراد أن يغربل ليرد الصغار من الحب الذي هو تحت الغربال، ويمسك الباقي، ليس له ذلك، وكذلك إذا اشترى الجوز أو البيض فوجد البعض صغارًا، فأراد أن يرد الصغار خاصة، ويمسك الباقي [فليس]^(٧) له ذلك .

وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني - رحمه الله - أنه قال: ما ذكر من الجواب في المكيل والموزون محمول على ما إذا كان الكل في وعاء، أما إذا كان

- (١) سقط في م .
- (٢) في أ: المبيع .
- (٣) في م: فإن .
- (٤) في م: وإن .
- (٥) زاد في م: هذا .
- (٦) سقط في م .
- (٧) في م: ليس .

في أوعية مختلفة، فوجد [في وعاء]^(١) واحد معيبًا فإنه يرد ذلك وحده، بمنزلة الثوبين والصنفين كالحنطة والشعير، وكان يفتي به ويزعم أنه رواية عن أصحابنا - رحمهم الله - وبه^(٢) أخذ الشيخ الإمام خواهر زاده - رحمه الله - .

وقد عثرت على^(٣) الرواية في «المنتقى» وصورة ما ذكر ثمة: إذا اشترى زق سمن أو عسل، أو اشترى جرة زيت أو دهن، أو سلة زعفران، أو قوصرة تمر، أو جوالق حنطة أو دقيق، فوجد بشيء من ذلك عيبًا قبل القبض أو بعده، فهو بالخيار إن شاء نقض البيع، وإن شاء أمضى^(٤)، وليس له أن ينقض البيع في المعيب خاصة؛ لأن هذا شيء واحد والحال^(٥) فيه قبل القبض وبعد القبض سواء.

ولو اشترى قوصرتي تمر، أو جرتي زيت أو زقي^(٦) عسل، أو كرين متفرقين في وعائين أو خابيتي خل، فوجد بأحدهما عيبًا قبل القبض، فله أن يدع المبيع، أو يأخذ المبيع، وإن كان بعد القبض، فليس له أن يرد إلا الذي به العيب^(٧).

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : قال أبو يوسف أرحمه الله - : [إلا]^(٨) إذا كان شراء^(٩) مثل الأول زيتًا واحدًا أو سمنا واحدًا، فيرد كله [أو يترك كله]^(١٠) في قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وهو قولنا.

وقال أبو الفضل أيضا: وجدت في البيوع عن أبي حنيفة: إذا اشترى أثوابًا فقبضها أو لم يقبضها، رد المعيب خاصة، ولزمه الآخر.

(١) في م: ما في .

(٢) في م: وكذا .

(٣) في م: عن .

(٤) في م: أمضاه .

(٥) في م: فالحال .

(٦) في أ: فرقي .

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/ ٥٦١) .

(٨) سقط في م .

(٩) في م: سواء .

(١٠) سقط في م .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أرحمه الله - : إذا اشترى عشرة قواصر تمر، فوجد ببعضها عيبًا، فإن كان تمرًا واحدًا من صنف واحد، ليس له أن يرد إلا جميعه، أو يأخذ جميعه، وإن كان مختلفًا، له أن يرد^(١) المعيب خاصة.

وكذلك قال الفقيه أبو جعفر أرحمه الله - فيما إذا اشترى لفائف إبريسيم، فوجد بعض ما في لفائفه معيبًا، وأراد أن يرد ذلك خاصة بأن يميز المعيب، فليس له ذلك، وبمثله لو وجد لفافة منها كلها معيبًا كان له أن يرد ذلك ويمسك ما لا عيب فيه. وكذلك إذا اشترى [عددًا من كر]^(٢) الغزل فوجد في كل واحد^(٣) شيئًا معيبًا، لا يكون له أن يميز ذلك ويرده خاصة، وإن وجد بعض العدد^(٤) معيبًا له أن يرد ذلك، ويمسك ما لا عيب به.

ومن المشايخ من قال: لا أفرق^(٥) بينهما إذا كان الكل في وعاء واحد أو أوعية، ليس له أن يرد البعض بالعيب وإطلاق محمد - رحمه الله - في «الأصل» يدل عليه، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وفي «المنتقى»: قال محمد رحمه الله: رجل اشترى طعامًا ووجد به عيبًا، فأراد أن يرد البعض دون البعض، فله ذلك، وكذلك كل ما يكال ويوزن^(٦)؛ لأنه ليس في^(٧) رد بعضه ضرر على البائع.

قال محمد رحمه الله: وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : ليس له أن يرد البعض دون البعض، قال: وأظنه قول أبي يوسف رحمه الله.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل اشترى جاريتين صفقة

(١) زاد في م: جنس.

(٢) في م: عودًا من كبة.

(٣) في م: واحدة.

(٤) في م: العود.

(٥) في م: خرق.

(٦) في م: أو.

(٧) في م: له.

واحدة، ورأى بإحداهما عيبًا قبل القبض، فأعتق التي لا عيب فيها^(١)، [لزمه الأخرى، ولو قبض التي لا عيب بها]^(٢) ثم أراد ردها فله ذلك، ولو كان قبض التي بها عيب، وهو يعلم بالعيب لا يرد؛ لرضاه، ولو وجد العيب بهما جميعًا، فقبض إحداهما، فله أن يردهما جميعًا، ولو كان^(٣) قبض إحداهما، وأعتقها وهو لا يعلم بالعيب، ثم وجد بالأخرى عيبًا فلم يقبضها فله أن يردّها، وإذا قبضهما جميعًا فأعتق إحداهما وهو يعلم بعيب الأخرى، فليس هذا منه رضا، ولو قبض واحدة وترك واحدة ثم حدث بكل واحدة عيب، فله أن يدع التي لم يقبض إلا أن يرضى^(٤) البائع أن يقبل الأخرى بعيها، وإن شاء البائع ذلك قيل للمشتري: خذهما جميعًا أو ردهما جميعًا.

وفي «نوادير ابن سماعة»: عن محمد أرحمه الله - : إذا اشترى عبيدين وعلم بعيب أحدهما، فهو رضا بعيبيهما جميعًا.

وفي «المنتقى»: رجل اشترى ثلاثة أعبد، فقبض أحدهم، ثم وجد بأحد الباقيين عيبًا، فليس له [إلا]^(٥) أن يردهم جميعًا أو يأخذهم جميعًا، ولو كان أعتق العبد الأول، لزمه بحصته من الثمن، وهو بالخيار في الباقيين إن شاء أخذهما وإن شاء ردهما، وليس له أن يرد المعيب وحده إلا أن يرضى البائع.

وإذا اشترى جراب هروي، وأخذ ثوبًا منه وقطعه وخاطه، أو باعه، ثم وجد بثوب من الجراب عيبًا، فللمشتري أن يأخذ ما بقي من الثياب، ويرد الذي به العيب خاصة؛ لأنه حين استهلك ثوبًا فكأنه قبض كله.

ولو قال البائع: لا أسلم لك أنا أرضى أن ترد الجراب كله، فليس له ذلك إلا أن

(١) في م: بها.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في م: كان.

(٤) في م: لا يرضى.

(٥) سقط في أ.

يشاء المشتري، ولو كان قطع الثوب ولم يخطه فرضي البائع أن يمك الجراب، ويأخذ الثوب المقطع، فله ذلك، [ذكر]^(١) مسألة الجراب في «المنتقى». وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا اشترى مصراعي باب [واحد]^(٢) وأخذ أحدهما بإذن البائع، ثم ذهب ليأخذ الآخر فوجده قد سرق من البائع، هلك على البائع؛ لأنه هلك في يده، ويرد عليه المشتري ما أخذ إن شاء؛ لأنه صار معيبًا، فلو أنه حين أخذ أحدهما عيبه^(٣) تصرفه^(٤) قاس^(٥) وباقي المسألة على حالها، كان الهلاك على المشتري؛ لأن تعيب المأخوذ^(٦) يؤثر في غير المأخوذ^(٧) فيصير قابضًا له. وكذا في الخفين والنعلين.

وفيه^(٨) أيضًا: إذا اشترى ضيعة مع غلاتها، واطلع على عيب بها، وأراد ردها ساعة وجدها معيبة؛ لأنه لو جمع الغلات امتنع الرد؛ لأن ذلك يكون رضا منه بالعيب، ولو ترك الغلات، فكذلك يمتنع الرد؛ لأنه تضييع فيزداد العيب. وإذا اشترى مشجرة ووجد ببعض الأشجار عيبًا، فأراد أن يرد المعيب خاصة ليس له ذلك؛ لأنها وإن كانت متباينة فهي كشيء واحد معنى^(٩)، ألا ترى أن المعيب لو ردها خاصة لا تشتري من البائع بمثل ما تشتري مع غيرها^(١٠).



-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) سقط في م.
 - (٣) في أ: عينه.
 - (٤) في م: تصرف.
 - (٥) هكذا بالمخطوط.
 - (٦) في أ: الموجود.
 - (٧) في أ: الموجود.
 - (٨) في م: فيهما.
 - (٩) في م: معين.
 - (١٠) في م: غيره.

نوع آخر: في كيفية الرجوع بنقصان العيب، وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع:

كيفية الرجوع بنقصان العيب أن يقوم المبيع^(١) ولا عيب به، ويقوم^(٢) وبه ذلك العيب، فإن كان التفاوت ما بين القيمتين النصف^(٣)، فالمشتري يرجع على البائع بنصف الثمن، وعلى هذا القياس فافهم.

وإذا باع المشتري المبيع بعدما علم بالعيب [به]^(٤)، فالأصل في هذا [أن]^(٥) في كل موضع لو كان المبيع قائمًا على ملك المشتري أمكنه الرد على البائع، إما برضاه أو بغير رضاه، فإذا أزاله عن ملكه [بالباع، أو ما أشبهه لا يرجع بنقصان العيب، وفي كل موضع لا يمكنه الرد لو كان المبيع قائمًا على ملكه فإذا أزاله عن ملكه]^(٦)، يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن المشتري [الثاني]^(٧) قام مقام المشتري [الأول]^(٨) بالعيب^(٩) فصار كون المبيع في يد المشتري الثاني ككونه في يد المشتري الأول، ولو كان المبيع في يد المشتري الأول، وأراد أن يرجع بنقصان العيب مع إمكان الرد، ليس له ذلك، وعند تعذر الرد له ذلك، وكذا إذا كان في يد المشتري الثاني. بيان هذا الأصل: إذا تعيب المبيع في يد المشتري بعيب، ثم اطلع بأنه^(١٠) كان في يد البائع، كان له أن يرده برضى البائع، فإذا خرج المبيع عن ملكه في هذه الصورة بيع أو ما أشبهه ليس له أن يرجع بنقصان العيب.

(١) في م: المعيب.

(٢) في أ: ولا يقوم.

(٣) في أ، م: العشر.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: بالبائع.

(١٠) في م: أن.

وإذا اشترى ثوبًا وصبغه أو اشترى دارًا وبنى فيها بناءً ثم اطلع على عيب به، ليس له أن يرده، فإن رضي به البائع، فإذا أخرجه عن ملكه في هذه الصورة بالبيع أو ما أشبهه، يرجع بنقصان العيب.

وذلك نحو الإعتاق والتدبير، والاستيلاء؛ لأن العتق في ملك الغير لا يتصور بسبب الضمان؛ لأنه لا^(١) ينفد أصلاً، فإذا^(٢) لم يكن [بسبب]^(٣) الضمان في ملك الغير لا يمكننا أن نجعل الضمان واجبًا بالسبب ثم تساقط عنه بسبب الملك حتى يصير سقوط الضمان بسبب الملك [وقد زال عنه الملك]^(٤) بالإعتاق بدلاً عن الملك على نحو ما ذكرنا في القتل فهو^(٥) معنى قولنا: لم يصل إليه عوض الجزء^(٦) الفأنت بخلاف فصل القتل وبخلاف ما لو أعتقه على مال أو كاتبه؛ لأنه وصل إليه عوض الجزء^(٧) الفأنت؛ لأن البدل مقابل جميع^(٨) الأجزاء بالقائم والفأنت؛ لأن [حقه في الجزء الفأنت]^(٩) قائم من حيث الاعتبار ما له يصل إليه بدله.

ولو قتله أجنبي لا يرجع بالنقصان قتله عمدًا أو خطأ؛ لأنه وصل إليه العوض، وهو القصاص أو القيمة.

قال^(١٠) «القدوري» رحمه الله: وإذا اشترى ثوبًا أو طعامًا وخرق الثوب أو استهلك الطعام، ثم اطلع على عيب، كان [له أن]^(١١) يرجع بنقصان العيب بلا

(١) في أ: لولا.

(٢) في م: وإذا.

(٣) في م: سبب.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: في.

(٦) في م: الجزء.

(٧) في م: الجزء.

(٨) في م: الجميع.

(٩) في م: في حقه الجزء الفأنت.

(١٠) زاد في م: في.

(١١) في أ: لا.

خلاف، ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس، أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب به، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يرجع بنقصان العيب، وقالوا: يرجع، والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الأكل واللبس في ملك الغير سبب الضمان، وإنما سقط الضمان عنه بسبب الملك والتقريب ما ذكرنا.

وإذا اشترى عبدًا وباع بعضه وبقي البعض لم يرد ما بقي؛ كيلا يتضرر البائع، ضرر عيب الشركة، ولم يرجع بنقصان العيب بحصة ما باع بلا خلاف، وهل يرجع بحصة ما بقي؟

ففي ظاهر رواية أصحابنا: لا يرجع. وعن محمد رحمه الله أنه يرجع، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه متشبث بالمبيع^(١) بالقدر^(٢) الذي باع بيد المشتري منه مع إمكان الرد بأن يرد المشتري منه ذلك بعيب بقضاء، [فيصير]^(٣) راضيًا في القدر الذي باع فيصير راضيًا بالباقي ضرورة عدم التجزؤ.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن اشترى ثوبًا وباع نصفه، ثم وجد بالنصف الآخر عيبًا أنه يرد ما بقي.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يرد، ويرجع بفضل العيب.

قال أبو الفضل: هذا خلاف جواب «الأصل».

ولو اشترى حنطة وسويقًا، وطحن^(٤) الحنطة و^(٥) لت السويق، ثم اطلع على عيب به، رجع بنقصان العيب؛ لأنه لم يتشبث بالمبيع بعد العلم بالعيب مع إمكان الرد؛ لأنه لا يمكنه الرد بعد الطحن ولت السويق، وإن رضي به البائع؛ لمكان الزيادة؛ فلا يصير راضيًا بالعيب فيرجع بحصة النقصان.

(١) في أ: بالبيع.

(٢) في أ، م: في العقد.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: فطحن.

(٥) في م: أو.

وإذا اشترى طعامًا فأكل بعضه، ثم وجد بالباقي عيبًا فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يرد ما بقي، ولا يرجع بأرش ما أكل، ولا بأرش ما بقي.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يرد ما بقي، ويرجع بأرش ما أكل وما بقي.
وقال محمد رحمه الله: يرد ما بقي، ويرجع بنقصان العيب فيما أكل^(١).

فالحاصل أن أبا حنيفة وأبا يوسف - رضي الله عنهما - يجعلان المكيل والموزون في حكم شيء واحد، فلا يرد بعضه بالعيب كما في العبد الواحد، وإنما اختلفا في الرجوع بنقصان العيب؛ فعند أبي حنيفة أرحمه الله - الأكل بمنزلة البيع حتى لو أكل جميع الطعام، ثم اطلع على عيب به، لا يرجع بنقصان العيب، كما لو باع، وصار^(٢) أكل بعض الطعام وإنه^(٣) شيء واحد عنده بمنزلة بيع نصف العبد، وهناك لا يرجع بنقصان العيب أصلاً.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - الأكل بمنزلة الطحن حتى إن عنده بعد ما أكل الطعام إذا اطلع على عيب، يرجع بنقصان العيب كما لو طحن الحنطة، ثم اطلع على عيب بها، فصار أكل بعض الطعام كطحن بعض الحنطة، وذلك لا يمنع الرجوع بنقصان العيب في الكل.

ومحمد - رحمه الله - جعل المكيل والموزون في حكم شيئين؛ لأنه مما لا يضره التبعض، والأكل عنده بمنزلة الطحن، فكأنه اشترى شيئين حنطة وشعيرًا وطحن أحدهما، ثم اطلع على عيب بالكل، وهناك يرجع بحصة ما طحن، ويرد الباقي وكذلك هاهنا.

هذا جملة ما ذكر في «الأصل».

وذكر في موضعين من «المتقى» عن محمد أرحمه الله - أنه إذا أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب أنه يرجع بنقصان العيب فيما أكل، وفيما بقي، ولا يرد

(١) في م: بقي.

(٢) في م: فصار.

(٣) في م: فإنه.

الباقى .

وذكر في موضع آخر منه عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى : إذا أكل [بعض الطعام]^(١)، ثم اطلع على عيب كان بالذي أكل وبالذي بقي، فإنه يرجع بنقصان عيب ما أكل، وكذلك جميع ما يكال أو يوزن مما لا ينقصه التبعض .

وأما إذا باع بعض المكيل والموزون فعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما- لا يرد ما^(٢) بقي، ولا يرجع بشيء من النقصان؛ لأنه في حكم شيء واحد، فصار بمنزلة العبد الواحد .

وعن محمد - رحمه الله - أنه يرد ما بقي، ولا يرجع بحصة العيب فيما باع . هكذا ذكر في «الأصل» .

وكان الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو الليث -رحمهما الله- يفتيان في هذه المسائل بقول محمد - رحمه الله - على ما ذكر في «الأصل» رفقا بالناس، وعليه اختيار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله .

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله : من^(٣) اشترى دقيقاً وخبز بعضه، ثم تبين أن الدقيق مُر^(٤)، رد الباقي بحصته من الثمن، ورجع بالنقصان بحصة ما استهلك وهو بناء على مذهب محمد أرحمه الله- على ما هو المذكور في «الأصل» .

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله : أنه إذا باع بعض الطعام، رد ما بقي في يده، ولا يرجع بنقصان عيب ما باع .

وفي موضع آخر من المنتقى : إذا باع بعض الطعام ثم وجد بالباقي عيباً، لم يرد الباقي، ولم يرجع بالنقصان في قولهم جميعاً .

إذا العبد أبق المبيع بعد القبض، ثم علم المشتري به عيباً كان عند البائع، لا

(١) سقط في م .

(٢) في م : فيما .

(٣) في م : أن من .

(٤) في م : من .

يكون له أن يرجع بنقصان العيب ما دام العبد حيًّا، فإذا مات [له^(١) أن^(٢)] يرجع بنقصان العيب، وهذا؛ لأن الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد بالعيب، وإنما يصار إلى الخلف عند وقوع اليأس عن الأصل، وما دام العبد حيًّا لا يقع اليأس عن الأصل؛ فلهذا لا يرجع بنقصان العيب.

وإذا اشترى أرضًا ووقفه، ثم وجد به عيبًا، رجع بنقصان العيب، ذكر المسألة هلال الرازي أرحمه الله - في «وقفه».

ولو جعله مسجدًا، ثم وجد به عيبًا، لا يرجع بنقصان العيب.

ذكر^(٣) القدوري - رحمه الله - المسألة في «شرحه».

والفرق بينهما: أنه لما جعله^(٤) مسجدًا فقد جعله لله تعالى، قال الله تعالى:

﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾^(٥) ومتى صار لله تعالى زال عن ملكه، ولهذا

لا يعتبر فيه شرطه، فإنه لو جعل داره مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان لا يعتبر هذا الشرط، ولو بقي على حكم ملكه لا اعتبر شرطه؛ لأنه حينئذ يكون هذا شرطًا في ملكه، علم أن الدار زال عن ملكه باتخاذها مسجدًا كالإزالة بالبيع، وهناك لا يرجع بالأرض، فهاهنا كذلك، أما بجعله وقفًا لا يزيله عن ملكه؛ لأن الموقوف باق على حكم ملكه^(٦)؛ ألا ترى أنه يعتبر شرطه، فلم توجد الإزالة في باب الوقف، فلا يمنع الرجوع بالأرض.

ذكر القدوري أرحمه الله - مسألة المسجد في «شرحه» من غير ذكر خلاف، وفي

موضع آخر أن على قول محمد أرحمه الله - لا يرجع بنقصان العيب، وعلى قول أبي

(١) في أ: في إلا.

(٢) في م: الآن.

(٣) زاد في أ: في.

(٤) في م: جعل.

(٥) سورة الجن آية: ١٨ .

(٦) في م: ملك الواقف.

يوسف - رحمه الله - يرجع بناء على أن [عند^(١)] محمد - رحمه الله - المسجد مؤبد فتم الإزالة عن ملكه، وعند^(٢) أبي يوسف - رحمه الله - المسجد [ليس^(٣)] بمؤبد فلم تتم الإزالة عن ملكه، وصار من حيث المعنى كأنه لا إزالة.

ولو اشترى ثوبًا وكفن [به^(٤)] ميتًا، فإن كان المشتري وارث الميت، وقد [كان^(٥)] اشترى بشيء^(٦) من التركة، رجع^(٧) بالأرث.

ولو تبرع بالتكفين أجنبي، لم يرجع [بأرث العيب^(٨)].

والفرق أن المشتري إذا كان وراثًا وقد اشترى بالتركة لمورثه، فالملك في الكفن لم يثبت للوارث، بل هو على ملك^(٩) المورث^(١٠) فبقي الملك في الكفن على الوجه الذي أوجبه العقد وقد تعذر الرد، فيرجع بالأرث بخلاف ما إذا تبرع أجنبي بالكفن؛ لأن الكفن ملك المتبرع، وبالتكفين أزاله عن ملكه، فبطل حقه من كل وجه، كما لو تبرع به على إنسان في حال حياته.

وإذا مات العبد المشتري في يد المشتري [الثاني^(١١)]، ثم اطلع على عيب به ورجع على بائعه، وهو المشتري الأول بنقصان العيب، فالمشتري^(١٢) الأول لا يرجع على بائعه بنقصان العيب؛ لأن البيع الثاني لم يفسخ، فلم يثبت^(١٣) حق الرد

- (١) سقط في م .
- (٢) في أ، م: وعن .
- (٣) سقط في م .
- (٤) سقط في م .
- (٥) سقط في م .
- (٦) في أ: شيئًا .
- (٧) في أ: ورجع .
- (٨) سقط في م .
- (٩) في أ: حكم .
- (١٠) في م: الميت .
- (١١) سقط في م .
- (١٢) في م: والمشتري .
- (١٣) في م: يفت في .

للمشتري الأول، فلا يثبت له حق الرجوع بالنقصان خلفاً عنه، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعلى قول أبي يوسف: يرجع .

ذكر قول أبي يوسف في هذه المسألة في «المنتقى» ولم يذكر قول محمد - رحمه الله - .

وذكر في «المنتقى» أيضاً قول [محمد]^(١) في مثل هذه المسألة نظير قول أبي يوسف - رحمه الله - في هذه المسألة، وذكر قول أبي يوسف أرحمة الله عليه - بخلافه، وصورتها: رجل اشترى من آخر جارية وباعها من غيره، فولدت في يد المشتري الثاني ولدًا ووجد بها عيبًا قد كان دلسه البائع الأول، ولم يعلم به المشتري الأول، ورجع المشتري الثاني على المشتري الأول بنقصان العيب، لا يرجع المشتري الأول على بائعه بذلك في قول أبي يوسف - رحمه الله - . وقال محمد رحمه الله: يرجع .

ذكر في صلح العيون: اشترى جارية وقبضها وباعها وسلمها، فباعها الثاني، ثم ظهر بها عيب فيردها المشتري الآخر على بائعه بغير قضاء، لم يكن لبائعه أن يخاصم بائعه في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وبه أخذ صاحباه، وكان أبو حنيفة - رحمه الله - أولاً يقول: إن كل شيء لو ارتفع إلى القاضي فيقضي، ففعله هذا دون القاضي فهو على دعواه ولا يبطل عقدًا^(٢) .

وإذا اشترى عبدًا فأخبره^(٣) البائع: إن عبدي هذا أبق، فاشتره ثم أراد أن يرده بذلك، ليس له ذلك [لأنه]^(٤) لما قال: وجدت به ذلك العيب صار مصدقًا للبائع في

(١) سقط في م .

(٢) في م: حقه .

(٣) في م: أخبره .

(٤) سقط في أ .

إقراره بالعيب، [وظهر العيب]^(١) في هذه المسألة وأمثالها في الجامع في باب العيب بالمبيع، وما يكون عيبًا وما لا يكون عيبًا.

ذكر في «فتاوي أهل سمرقند»: إذا اشترى سمناً ذائباً فأكله، ثم أقر البائع أنه قد كان [وقع]^(٢) فيه [الفأرة وماتت]^(٣)، يرجع بنقصان [العيب]^(٤) عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وعليه الفتوى.

وإذا اشترى شجرة فقطعها فوجدها لا تصلح [إلا]^(٥) للحطب، يرجع بنقصان العيب، إلا أن يأخذها البائع مقطوعة، في هذا الموضع أيضاً، قالوا: وهذا إذا اشتراها [لا]^(٦) لأجل الحطب، أما إذا اشتراها لأجل الحطب، لا يرجع بنقصان العيب.

قال محمد - رحمه الله - في «الجامع»: رجل مسلم اشترى عصيراً فقبضه وتخمر في يده، ثم اطلع على عيب به، لم يرده، ويرجع بنقصان العيب؛ لأن تعذر الرد كان لا بصنع من جهة المشتري، فإذا^(٧) قال البائع: أنا آخذ الخمر بعيبها فليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد لحق الشرع؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء عقد جديد في حق الشرع فيمتنع في الخمر فعلم أن الامتناع لحق الشرع؛ فلا يسقط برضا العبد، فإن لم يخاصمه في العيب [حتى]^(٨) صارت خلاً رجع بنقصان العيب، فلا يرده^(٩) إلا أن يقبله البائع؛ لأن العين وإن عاد مالا متقومًا، إلا أنه لم يعد خلا، والرغبات تختلف باختلاف الصفات، فلا يرده إلا أن يقبله البائع؛ لأن امتناع الرد لحق البائع وقد رضي

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الفأر ومات.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فإن.

(٨) سقط في أ.

(٩) زاد في م: العيب.

به البائع .

ولو أن نصرانيًا اشترى من نصراني خمرًا وتقابضا، ثم أسلما، ثم وجد المشتري بالخمير عيبًا، لا يرده بالعيب، وإن قبله البائع [كذلك، ولكن يرجع بنقصان العيب، وإن لم يرجع بنقصان العيب حتى صار الخمر خلًّا لم يرده بالعيب، إلا أن يرضى البائع]^(١).

قال محمد - رحمه الله - في «الأصل»: رجل اشترى الجوز والبيض فكسره فوجده فاسدًا، فله أن يرده، ويأخذ الثمن كله.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : يريد به إذا وجده خاويًا أو وجده متن اللب، أو وجد البيض مذرة؛ لأنه تبين أن البيع لم يصح؛ لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

أما إذا وجده قليل اللب أو وجد لبه فاسدًا، أو لم يكن فاسدًا^(٢) فهذا من باب العيب، وليس من باب الفساد، وقد تعذر الرد بسبب الكسر فيرجع بنقصان العيب، إلا أن يرضى البائع بأن^(٣) يأخذه مكسورًا، حتى لو وجده بهذه الصفة قبل الكسر، كان له حق الرد بسبب العيب؛ لأن الرد ممكن.

والمسألة على هذا التفسير المذكورة في «المنتقى»، وصورة ما ذكر ثمة: إذا اشترى جوزًا وكسر^(٤) بعضه فوجده فاسدًا لا ينتفع به، فإنه يرده [نبيًا عند محمد - رحمه الله-]^(٥)، ويرد ما بقي، ويأخذ الثمن كله، وإن كان ما كسر ينتفع به وله ثمن بأن^(٦) كان قليل اللب، أو كان أسود اللب، فإنه لا يرده، ولا يرد ما بقي، ولكن يرجع

(١) سقط في م.

(٢) في م: مكسرًا.

(٣) في م: أن.

(٤) في م: فكسر.

(٥) سقط في أ.

(٦) في م: فإن.

بنقصان العيب فيما كسر^(١).

قال ثمة: وهذا العيب، والأول ليس بعيب، بل هو عدم، وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب أما إذا كسره، وهو عالم بعيبه صار راضيًا فيبطل حقه من كل وجه. ثم [ما]^(٢) ذكر في «الكتاب» مستقيم في البيض، فإنه لا قيمة لقشره، فإذا وجده فاسدًا يتبين^(٣) أن المبيع لم يكن [مالاً، فتبين]^(٤) أن البيع كان باطلاً؛ لعدم مصادفته محله [فيرده]^(٥) ويرجع بجميع الثمن، وفي الجوز أيضاً مستقيم إذا لم يكن للقشر قيمة.

أما^(٦) إذا كان للقشر قيمة بأن^(٧) كان في موضع يعز^(٨) الحطب، ويستعمل قشر الجوز استعمال الحطب فوجده خاوياً، اختلف المشايخ فيه منهم من قال: يرجع بحصة اللب، ويصح العقد في حق القشر بحصته؛ لأن [العقد في حق]^(٩) القشر صادف محله.

ومنهم من قال: يرد القشر، ويرجع بجميع الثمن؛ لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، فإذا كان اللب لا يصلح للانتفاع به، لم يكن محل البيع موجوداً، وإن كان للقشر قيمة فتبين أن العقد^(١٠) وقع باطلاً، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وأما إذا اشترى بيض نعامة وكسرها ووجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٥٧١).

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أو تبين.

(٤) في م: ما تبين.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: إلا.

(٧) في م: كأن.

(٨) في م: بغير.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: البيع.

«الجامع [الصغير]^(١)»: أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف؛ لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه، بخلاف قشر الجوز على قول بعض المشايخ.

وأما إذا كسر بيض النعامة فوجد فيها فرخاً ميتاً اختلف فيه المتأخرون، منهم من قال: لا يجوز؛ لأنه اشترى شيئين أحدهما^(٢) ميت فلا^(٣) يجوز كما بعد الانفصال. ومنهم من قال: يجوز؛ لأن الميت في معدته، ومثل هذا لا يمنع جواز العقد كما لو اشترى جارية، وفي بطنها ولد ميت.

وأما إذا وجد البعض من الجوز أو البيض فاسداً، لم يذكر [محمد - رحمه الله -]^(٤) في «الكتاب».

وحكي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أنه: إذا اشترى ألفاً أو ألوفاً فوجد فيها عشرة أو نحوها خاوية، لا يرجع بشيء؛ لأن الكثير من الجوز لا يخلو عن مثل هذا في العرف والعادة، فهو نظير التراب في الحنطة، ثم إنه جعل العشرة قليلاً [من الألف و]^(٥) الألوفاً جميعاً وما^(٦) زاد على ذلك كثيراً.

فقد حكي عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أيضاً أنه قال: إذا اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً مذرة لا يكون له أن يرجع بشيء، وجعل الثلاث في المائة قليلاً.

وأما إذا اشترى عشرة من الجوز فوجد فيها خمسة خاوية اختلف^(٧) المشايخ فيه

-
- (١) سقط في م.
 - (٢) في م: وأحدهما.
 - (٣) في م: ولا.
 - (٤) سقط في م.
 - (٥) في م: في الألف أو.
 - (٦) في م: أو ما.
 - (٧) في م: واختلف.

بعضهم قالوا: [يجوز]^(١) العقد في الخمسة التي فيها اللب بنصف الثمن بالإجماع .
 وبعضهم قالوا: [يفسد العقد]^(٢) في الكل بالإجماع، وبعضهم قالوا: العقد فاسد
 في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه جمع في العقد بين ما له قيمة، وبين ما لا
 قيمة له فيفسد كالحي والميتة، وعندهما: يصح العقد في الخمسة التي فيها لب
 بنصف الثمن وهو الأصح؛ لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما، فإن الثمن ينقسم
 على الأجزاء^(٣) لا على القيمة .

وكذلك إذا اشترى بطيخة وكسرها فوجدها منتنة لا تصلح لأحد من الناس، ولا
 لعلف الدواب، فإنه يرجع بجميع الثمن، فإن^(٤) كان يصلح لعلف الدواب، أو كان
 قشره يصلح لعلف الدواب فهذا من باب العيب فيرجع بنقصان العيب؛ لتعذر الرد
 بسبب الكسر .

وكذلك الرمان إذا اشتراه فوجده مرًا إن كان يصلح لعلف الدواب أو يتكلف بعض
 الناس لأكله فهذا من باب العيب، وإن كان لا يصلح لأكل أحد من الناس، ولا
 لعلف الدواب فالعقد باطل، وعلى هذا القثناء والبندق إذا وجده مرًا بعدما كسره،
 وعلى هذا حكم الثمار وغيره من الفواكه .

وفي «المنتقى»: اشترى بطيخًا بدرهم عددًا وكسر واحدًا بعد القبض فوجده
 فاسدًا لا ينتفع به، رد كله .

قال: الجوز شيء واحد فإذا وجد بعضه فاسدًا، رد كله .

قال: واللوز والفسق والبندق والبيض نظير الجوز، والرمان، والسفرجل والقثاء
 والخيار نظير البطيخ .

وفي «المنتقى»: اشترى دابة وقبضها فسرت من يده، ثم علم بها عيبًا، لم يكن

(١) سقط في م .

(٢) في أ: يجوز العقد في الخمسة التي تفسد .

(٣) في م: الآخر .

(٤) في م: وإن .

له أن يرجع على البائع بنقصان العيب، رواه [الحسن]^(١) بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله-^(٢).

وفيه أيضًا: إذا اشترى ثوبًا فقطعه لابن صغير له، وخاطه فوجد به عيبًا، فليس له أن يرجع بنقصان العيب، ولو كان الابن كبيرًا رجع [كله]^(٣)؛ لأن في الوجه الأول: الهبة تمت^(٤) بالقطع، ولم يمتنع^(٥) الرد بالقطع، فإن البائع لو رضي به يجوز، فكانت الهبة في حال لم يكن الرد ممتنعًا، فيبطل [بها]^(٦) حق الرد وهو الأصل، فيبطل الخلف وهو الرجوع بنقصان العيب.

أما في الوجه الثاني: الهبة إنما تتم بالتسليم، وبالخياطة امتنع الرد، والهبة وقعت في حال كان الرد باطلاً، وثبت حق الرجوع بنقصان العيب. وكذلك لو قطع لمملوكه أو لأم ولده فله أن يرجع بنقصان العيب.

وفي «فتاوى الفضلي» - رحمه الله - : اشترى بغيرًا وقبضه فلما أدخله داره^(٧) سقط، فذبحه إنسان فنظروا إلى أمعائه فوجدوها فاسدة فسادًا قديمًا^(٨)، ينظر: إن ذبحه الذابح بغير أمر المشتري، لم يرجع [المشتري على البائع]^(٩) بنقصان العيب؛ لأن الذابح يضمن القيمة، وإن ذبحه بأمر المشتري يرجع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة ما لو اشترى طعامًا فأكله، ثم وجد به عيبًا، فإنه يرجع بنقصان العيب.

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: قال.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ثبتت.

(٥) في م: تمتع.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: وجد به عيبًا فله أن يرجع بنقصان العيب وفي فتاوى الفضلي: اشترى.

(٨) في م: قديمة.

(٩) سقط في م.

وإذا اشترى جملاً وظهر به عيب فوقع وانكسر عنقه فنحره، ليس له أن يرجع على البائع بشيء؛ لأن النحر [حصل]^(١) بعد العلم، وذلك يمنع الرجوع بالنقصان. رجلان لكل واحد منهما بغير فتبايعا وتقابضا، ثم وجد أحدهما عيباً في البعير الذي اشتراه فمات في يده، وقد مرض البعير الآخر فله الخيار، إن شاء رجع بحصة العيب من البعير الآخر، [وإن شاء رجع بحصة العيب من قيمة البعير الآخر صحيحاً، وإنما يخير لمرض البعير الآخر.

ولو اشترى عبداً بجارية وتقابضا^(٢) فوطئ المشتري الجارية، ثم رأى صاحب العبد فلم يرض^(٣)، أو وجد به عيباً فرده^(٤)، يخير: إن شاء ضمن مشتري الجارية قيمتها يوم قبضها [مشتريها]^(٥)، وإن شاء أخذ الجارية ولا يضمه النقصان إن كانت بكرًا ولا العقر إن كانت ثيبًا؛ لأن الوطاء حصل في ملك الواطئ. والله أعلم.



(١) سقط في م.
 (٢) في م: ولو اشترى جارية بعبد.
 (٣) في م: يرضه.
 (٤) في م: فيرده.
 (٥) سقط في م.

نوع آخر: في دعوى العيب والخصومة فيه:

[في^(١)] قول المشايخ: إن قيام العيب في الحال شرط سماع الخصومة. معناه: أن قيام العيب في الحال شرط يحلف البائع [على البتات]^(٢) للرد عليه، حتى لا يحلف البائع: [والله]^(٣) لقد بعته وسلمته ما به هذا العيب؛ ألا ترى أن المشتري إذا ادعى أنني وجدته معيبًا بعيب كذا وهذا العيب كان موجودًا عند البائع، فالقاضي يسمع دعواه حتى يسأل البائع أن هذا العيب للحال؟ فإن أقر تتوجه الخصومة أنه هل كان عنده؟ ويسأله القاضي عن ذلك، فإن أقر رده [عليه]^(٤)، وإن أنكر يسأل المشتري البينة على قيام العيب للحال، فإن^(٥) أراد المشتري أن يحلف البائع على قيام العيب في الحال، ففيه اختلاف المشايخ، وستأتي المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

يجب أن يعلم أن^(٦) العيب نوعان:

ظاهر: يعرفه القاضي بالمشاهدة والعيان؛ كالقروح والعمى والإصبع الزائدة وأشباهها.

وباطن: لا يعرفه القاضي بالمشاهدة والعيان.

والظاهر أنواع: [قديم]^(٧) كالإصبع الزائدة ونحوها، وحديث: لا يحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالجراحات وما أشبهها، وحادث لا يحتمل التقدم على مدة البيع.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وإن.

(٦) في م: بأن.

(٧) سقط في م.

وأما الباطن فنوعان^(١):

نوع [يعرف بآثار قائمة؛ كالثيابة، والحبل، والداء في موضع لا يطلع عليها الرجال.

ونوع لا يعرف^(٢) بآثار قائمة كالسرقة والإباق والجنون، فإن كانت الدعوى في عيب ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة ينظر إليه، فإن وجدته، سمع الخصومة، وإلا^(٣) فلا، ثم إذا سمع الخصومة، فإن كان العيب قديماً أو حادثاً لا يحدث من وقت البيع إلى وقت الخصومة، كان للمشتري أن يرد؛ لأننا عرفنا قيامه للحال بالمعاينة، وتيقنا بوجوده عند البائع إذا كان لا يحدث مثله، [أو لا]^(٤) يحدث في مثل هذه المدة فيرده المشتري، إلا أن يدعي البائع سقوط حق المشتري في الرد بالرضا وغيره^(٥)، ويكون القول قول المشتري فيه مع يمينه.

ثم عند طلب البائع يمين المشتري يحلف [المشتري]^(٦) باتفاق الروايات، وعند عدم طلبه هل يحلف المشتري؟ عامة المشايخ على أنه لا يحلف في ظاهر الرواية. ورأيت في «المنتقى» رواية عن أبي يوسف رحمه الله: أن المشتري إذا أراد الرد بعيب لا يحدث مثله يحلف بالله ما علم بالعيب حين اشتراه، ولا رضي به منذ علم، ولا عرضه^(٧) على بيع.

قال: وكان أبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: لا أحلف المشتري حتى يدعي ذلك البائع، قال: وأحب إلي أن أستحلفه وإن لم يدع البائع ذلك. وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - رواية أخرى: أن المشتري لا يحلف على ذلك

(١) في م: نوعان.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: يعرفه.

(٣) في م: وما لا.

(٤) في أ: و.

(٥) في م: أو غيره.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: عرض.

من غير فصل .

ثم كيف يحلف المشتري؟ أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقه في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه لا^(١) نصًّا ولا دلالة^(٢)، وهو الصحيح .

وإن كان عيبًا يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة، ويحتمل التقدم عليه، أو كان مشكلاً، فالقاضي يسأل البائع: أكان^(٣) به هذا العيب في يدك^(٤)؟ فإن قال: نعم، كان للمشتري حق الرد إلا أن يدعي البائع سقوط حق المشتري في الرد، ويثبت^(٥) ذلك بنكوله أو بالبينة، وإن أنكر، فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن للمشتري بينة على كون هذا العيب عند البائع .

ثم كيف يحلف البائع؟ ذكر في «الأقضية» في موضع: يحلف بالله لقد بعته وما به هذا العيب، وهذا لا يكاد يصح؛ لجواز أنه حدث به هذا العيب بعد البيع قبل التسليم، وإنه يكفي لثبوت حق الرد .

وذكر في موضع آخر منه: أنه يحلف بالله، لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب . وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في «الجامع» والقدوري في «كتابه» . وهذا [لا يكاد]^(٦) يصح؛ لجواز أن العيب حدث بعد البيع قبل التسليم وإنه يكفي للرد، فمتى حلف عليهما كان البائع بارًا في يمينه لو كان العيب حادثًا بعد البيع قبل التسليم، فيبطل حق المشتري في الرد .

وذكر في كتاب الاستحلاف: أنه يحلف بالله، لقد سلمته بحكم هذا البيع، وما به هذا العيب، وهذا [لا يكاد]^(٧) يصح؛ لجواز أنه كان، إلا أن المشتري رضي به،

(١) في م: ولا .

(٢) في م: كناية .

(٣) في أ: كان .

(٤) في أ: يده .

(٥) في م: وثبت .

(٦) في أ: الإيكال .

(٧) في أ: الإيكال .

أو أبرأه عنه، فالاعتماد على ما روى بشر عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يحلف بالله، ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالعيب الذي يدعيه، وهذا تحليف على الحاصل، وإنه موافق لمذهب محمد رحمه الله في كثير من المسائل على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإن كان عيبًا لا يحتمل التقدم على مدة البيع، فالقاضي لا يرده على البائع؛ لأنه تيقن بانعدامه في يده.

وأما إذا كان العيب باطنًا، فإن كان يعرف بآثار قائمة في البدن، وكان ذلك في موضع يطلع عليه الرجال، فإن كان للقاضي بصارة بمعرفة الأمراض، ينظر بنفسه^(١) في ذلك، وإن لم يكن له بصارة في موضع^(٢) يسأل عن من له بصارة في ذلك، ويعتمد على قول المسلمين العدلين، وهذا أحوط والواحد يكفي، فإذا أخبره واحد مسلم عدل [بذلك، يثبت]^(٣) العيب بقوله في حق توجه الخصومة، فيحلف البائع، ولا يرده^(٤) بقول هذا الواحد. هكذا ذكر بعض المشايخ في «شرح الجامع» وفي «شرح أدب القاضي» للخصاف.

وذكر بعض [المشايخ]^(٥) في «شرح المبسوط»: إن^(٦) لم يتفق اثنان عدلان من الأطباء، لا يثبت العيب في حق توجه الخصومة، فبعد [ذلك]^(٧) ينظر: إن كان هذا العيب مما يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة عرف ذلك بقول الواحد أو^(٨) المثني أو^(٩) أشكل عليهما ذلك واختلفوا فيما بينهم، فإنه لا يرد على البائع بل يحلف، وإن

(١) في أ: في نفسه.

(٢) في م: ذلك.

(٣) في م: ثبت.

(٤) في م: يرد.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: إنه ما.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: و.

(٩) في م: و.

كان هذا العيب لا يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة؛ بأن^(١) عرف وجوده بقول الواحد لا يرد ويحلف البائع، وإن عرف وجوده بقول المثني، ذكر في الأفضية، وفي القدوري: أنه يرد بقولهما، وهكذا ذكر^(٢) في «شرح الجامع».

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يرد بقول المثني، ويحلف^(٣)؛ لأنهم لا يشهدون عن حقيقة الأمر، وإنما يشهدون عن ظن وإنه لا يصلح حجة للرد.

وفي «أدب القاضي» للخصاف رحمه الله: قبل القبض يرد بقول المثني، وبعد القبض يحلف البائع.

وإن^(٤) كان عيباً لا يطلع عليه إلا النساء كالحبل وما أشبه ذلك، فالقاضي يريها النساء، والواحدة^(٥) العدالة تكفي، والثنتان أحوط، فإذا قالت واحدة عدلة: إنها حبلى أو قالت اثنتان^(٦) ذلك، ثبت العيب في حق توجه الخصومة، فبعد ذلك إن قالت أو قالتا: كان ذلك عند البائع، إن كان ذلك بعد القبض، لا يرد ولكن يحلف البائع؛ لأن شهادة النساء حجة ضعيفة والعقد بعد القبض قوي، ولا يجوز فسخ [العقد]^(٧) القوي بحجة ضعيفة.

وإن كان ذلك قبل القبض، فكذلك لا يرد بقول الواحدة وهل يرد بقول المثني؟ ذكر بعض المشايخ^(٨): أن على قياس قول أبي حنيفة أرحمه الله - لا يرد، وعلى قياس قولهما يرد.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في «أدب القاضي»: أنه لا يرد في ظاهر رواية

(١) في م: أن.

(٢) زاد في م: بعض المشايخ.

(٣) زاد في م: بالله.

(٤) في م: فإن.

(٥) في أ: الواحدة.

(٦) في م: ثنتان.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: مشايخنا.

أصحابنا .

وفي «القدوري»: أنه لا يرد في المشهور من قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن ثبوت العيب بشهادتين أمر ضروري، ومن ضرورة إثبات العيب توجه الخصومة لما^(١) ليس من ضرورته الرد فيحلف البائع، فإذا نكل فقد تأكدت شهادتهن^(٢) بنكوله فيثبت الرد.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أرحمه الله - مطلقاً: أنه يثبت الرد بشهادتهن؛ لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلع عليه الرجال. إلا في الحبل؛ لأن معرفة الحبل من جملة ما تولى الله علمه بنفسه، أما معرفة ما سوى الحبل جميعه ممكن بالنظر إليه، فجاز الرد بشهادتهن. وفي «النوادر» عن أبي يوسف رحمه الله: أن قبل القبض يثبت الرد بشهادتهن، بخلاف ما بعد القبض.

والفرق: أن شهادة النساء وإن كانت^(٣) حجة ضعيفة إلا أن العقد قبل القبض ضعيف أيضاً، ولهذا^(٤) ملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض من غير قضاء، [ولأن هنا]^(٥) يجوز فسخ العقد الضعيف^(٦) بحجة ضعيفة بخلاف ما بعد القبض.

وفي «المنتقى»: ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: اشترى جارية وقبضها وادعى أنها رتقاء أراها النساء، فإن قلن: هي رتقاء رددتها على البائع. وكذلك إذا ادعى أن بها كية قديمة في موضع لا ينظر إليه إلا النساء قال: وأرد في مثل هذا بقول امرأة واحدة.

(١) في م: ما.

(٢) في أ: بشهادتين.

(٣) في م: كان.

(٤) في م: فلهذا.

(٥) في م: ولا رضا و.

(٦) زاد في م: أيضاً.

قال ثمة: وحكي عن محمد بن الحسن مثل ذلك.

وفي «نوادير هشام» عن محمد رحمه الله: اشترى جارية وادعى بها حبلاً وأحضر امرأة عدلة شهدت بذلك، قال: أقبل شهادتها على أن أستحلف^(١) البائع بالله، لقد باعها وقبضها المشتري وما هي يومئذ بحامل، وإن لم تشهد المرأة قلت للبائع: أهي حامل عندك الساعة، فإن لم يقر قلت: احلف ما هي عندك الساعة حامل.

وعن إبراهيم^(٢) عن محمد رحمه الله: أن من اشترى من آخر جارية فادعى أنها خنتي يحلف البائع على ذلك؛ لأن هذا من جملة ما لا يطلع عليه الرجال، والنساء، فتعذر معرفة ما وقع عليه^(٣) الدعوى من جهة غيرهما فيعتبر الدعوى والإنكار، والجواب في دعوى الاستحاضة في حق حكم الرجوع إلى النساء لتوجه الخصومة، وفي الرد بشهادتهن قبل القبض وبعده كالجواب في دعوى الحبل على الوجه الذي ذكرنا. هكذا ذكر في كتاب «الاستحلاف».

ولكن إذا شهد الرجال على الاستحاضة، قبلت شهادتهم؛ لأن درور الدم [يراه الرجال]^(٤)، فجاز أن يثبت بشهادتهم.

فأما إذا ادعى المشتري انقطاع حيضها، وأراد ردها بهذا السبب، لا يوجد لها^(٥) رواية في المشاهير، وحكي عن الحاكم الإمام أبي محمد الكوفي^(٦) - رحمه الله - أنه قال: يسأل^(٧) المشتري أولاً عن مقدار مدة الانقطاع، [فإن ادعى الانقطاع في مدة يسيرة لا يعد عيباً، وإن ادعى الانقطاع]^(٨) في مدة كثيرة، سمعت دعواه؛ لأن

(١) في م: يستحلف.

(٢) في م: محمد بن رستم.

(٣) في م: فيه.

(٤) في م: تراه الحامل.

(٥) في أ: هذا.

(٦) في أ، م: الكوجي.

(٧) في م: فيسأل.

(٨) سقط في أ.

الناس يعدونه عيبًا، فحينئذ يسأل البائع: أهي كما ادعاه المشتري، فإن قال: نعم، سأله: أكانت منقطعة الحيض عنده؟ فإن قال: نعم، ردها بإقراره عليه، وإن قال: هي كذلك للحال، ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي، وإنما حدث هذا العيب في يد المشتري، توجهت الخصومة على البائع لتصادفهما على قيام العيب للحال، فإن طلب المشتري يمين البائع، يحلف البائع على ذلك^(١).

وكيفية الاستحلاف فيه كما في دعوى سائر العيوب، فإن حلف، برئ، وإن نكل، رد عليه؛ لأن نكوله بمنزلة إقراره، وإنه حجة ملزمة، فإن شهد الشهود للمشتري على انقطاع الحيض عند البائع، لا تقبل شهادتهم، بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة.

والفرق: أن الاستحاضة درور الدم، وإنه مما يوقف عليه، أما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبًا لا يقف عليه الشهود، فقد تيقن^(٢) القاضي بكذبهم، فلا يقبل شهادتهم.

وإن أنكر البائع انقطاع حيضها للحال، هل يستحلف البائع على ذلك؟ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا يستحلف، وعلى قولهما: يستحلف.

بعد هذا يحتاج [إلى بيان]^(٣) الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة. قالوا: ويجب أن تكون هذه المسألة نظير [مسألة]^(٤) مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض، وفي تلك المسألة الروايات مختلفة: فعن أبي يوسف رحمه الله: أنه قدر الكثير [بثلاثة أشهر، وعن محمد: أنه قدر الكثير]^(٥) بأربعة أشهر وعشر، ثم رجع وقدر الكثير بشهرين^(٦) وخمسة أيام.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٧٦/٦).

(٢) في م: يتعين.

(٣) في م: لبيان.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ: بشهر.

وعن أبي حنيفة وزفر رضي الله عنهما: أنهما كانا يقدران الكثير بستين. فإذا عرفت المدة الكثيرة، فما دون ذلك يكون يسيراً، والكثير عيب دون اليسير. فإن كان القاضي مجتهداً كان له أن يقضي بما أدى إليه اجتهاده من هذه الأقاويل، وإن لم يكن مجتهداً يأخذ بالمدة التي اتفق أصحابنا أرحمهم الله - أنها كثيرة، وهي ستان حتى لا يكون خروجاً عن أقاويلهم.

فإن ادعى الانقطاع في مدة كثيرة فينبغي أن يدعي الانقطاع بأحد السبعين^(١): إما بالداء، أو بالحبل حتى تسمع دعواه.

الدليل عليه ما ذكر في «فتاوي الفضلي» رحمه الله: إذا اشترى جارية وهي طاهرة، فامتد طهرها ولم تحض من غير ظهور الحبل بها، ليس له أن يردها على بائعها ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل أو بالداء؛ لأن الارتفاع بدون هذين الشيئين^(٢) لا يعد عيباً، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، والمرجع في الداء إلى قول الأطباء.

فإن أخبرت امرأة واحدة بالحبل أو طيبان^(٣) بالداء فتمام المسألة على ما كتبنا^(٤) قبل هذا.

قال: ويعتبر في ذلك أقصى ما ينتهي إليه ابتداء حيض النساء عادة، وذلك سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

ذكر^(٥) الصدر الشهيد رحمه الله في بيوع «الجامع الصغير»: وفي دعوى الحبل: لو قالت امرأة واحدة: إن بالجارية حبلاً، و^(٦) قالت امرأتان^(٧) أو ثلاثة: ليس بها

(١) في م: الستين.

(٢) في م: الستين.

(٣) في أ: طيباً.

(٤) في م: كتبنا.

(٥) في م: ذكره.

(٦) في م: أو.

(٧) في م: امرأه.

حبل، تتوجه الخصومة على البائع بقول تلك المرأة، ولا يعارضها قول المرأتين والثلاث في أنه ليس بها حبل، فإن قال البائع للقاضي: المرأة التي تقول: إنها حامل جاهلة ينبغي للقاضي أن يختار^(١) لذلك امرأة [عالمة]^(٢).

بقي هاهنا فصل آخر لا بد من معرفته أن الاستحاضة^(٣) وانقطاع الدم والحبل هل يثبت بقول الجارية؟ وقد ذكر في كتاب الاستحلاف ما يدل على أنه لا يثبت، فقد ذكر ثمة: أن من اشترى^(٤) أمة، وادعى بها حبلاً أو استحاضة، فالقاضي لا يجعل بين البائع وبين المشتري خصومة حتى تشهد امرأة أو امرأتان [أنها حبلى أو مستحاضة]^(٥)، وبهذا يتبين^(٦) أن ما ذكره^(٧) الصدر الشهيد - رحمه الله - في «الجامع الصغير»: أنه^(٨) لا يقف عليه غيرها^(٩) غير مستقيم، وأن الطريق إقرار البائع أو^(١٠) شهادة المرأة في الاستحاضة والحبل، وفي الانقطاع إقرار البائع.

وأما إذا كان العيب باطناً لا يعرف بآثار قائمة بالبدن^(١١) نحو: الإباق، والجنون، والسرقة، والبول^(١٢) في الفراش، فإنه يحتاج إلى إثباته في الحال؛ لأنه لا يعرف عياناً، وطريق معرفة ثبوته على ما ذكر محمد رحمه الله في «الجامع»: أن القاضي يسأل البائع أن هذا العيب في الحال؟

قالوا: إنما يسأل البائع عن ذلك إذا صح دعوى المشتري، وإنما تصح دعوى

(١) في أ: يحتاج.

(٢) سقط في م.

(٣) في أ: فالاستحاضة.

(٤) زاد في م: جارية.

(٥) في م: أن بها حبلاً أو استحاضة.

(٦) في م: تبين.

(٧) في م: ذكر.

(٨) في أ: لأنه.

(٩) في م: غيره.

(١٠) في أ: و.

(١١) في م: باليد.

(١٢) في أ: البوال.

المشتري إذا ادعى أن هذه العيوب كانت في يد البائع، وقد وجدت في يد المشتري إلا أن في الجنون يصح دعوى المشتري بهذا القدر، وفي الإباق، والسرقة، والبول في الفراش لا بد لصحة [الدعوى]^(١) من زيادة شيء، وهو أن يقول المشتري: هذه العيوب كانت في يد البائع، وقد وجدت في يد المشتري والحالة متحدة، ويعني باتحاد الحالة أن يكون وجودها في يد البائع وفي يد المشتري قبل البلوغ^(٢) بعده. أما لو كانت في يد البائع قبل البلوغ ووجدت في يد المشتري بعد البلوغ فهذا لا يكفي لصحة الدعوى والسؤال للبائع، وفي الجنون سواء كان الجنون في يد البائع والمشتري قبل البلوغ، أو كان في يديهما^(٣) بعد البلوغ، أو كان في يد البائع قبل البلوغ^(٤) فهذا^(٥) يكفي لصحة الدعوى لسؤال البائع؛ [و]^(٦) هذا لأن الجنون عيب واحد؛ لأن سببه واحد وهو آفة الدماغ^(٧) ففي أي حال^(٨) وجد في يد المشتري فهو [عين ما]^(٩) كان في يد البائع.

أما في الإباق وأشباهه يختلف العيب باختلاف الحالة؛ لاختلاف السبب فسبب الإباق والسرقة في حالة الصغر قلة العقل، وبعد البلوغ سببه قلة المبالاة، وسبب البول في الفراش قبل البلوغ ضعف المثانة، وبعد البلوغ [سببه]^(١٠) داء في الباطن. وإذا اختلف سبب العيب باختلاف الحالة يختلف العيب، واختلاف العيب

(١) سقط في م.

(٢) في م: أو.

(٣) في م: أيديهما.

(٤) زاد في أ: وفي يد المشتري قبل البلوغ.

(٥) زاد في م: لا.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: تحل بالدماغ.

(٨) في م: حالة.

(٩) في م: عيب.

(١٠) سقط في م.

[يمنع^(١) الرد .

ثم إذا صح دعوى المشتري، فالقاضي يسأل البائع [هل]^(٢) العيب [في الحال؟ فإذا]^(٣) أقر به ثبت العيب في حق توجه الخصومة، فيسأل: أكان هذا العيب بها عندك، فإن أنكرك يحلف على البتات، وإن أنكرك البائع قيام هذا العيب للحال، فإن أقام المشتري بينة على ذلك، ثبت قيام العيب في الحال، وتوجهت الخصومة على البائع في أن هذا العيب هل كان بها في يده. فإن لم يكن للمشتري بينة على ذلك، وطلب من القاضي أن يحلف البائع بالله ما يعلم قيام العيب فيه في الحال. ذكر في «الجامع الكبير»: أنه يحلفه، ونسب الجواب إلى قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- فإنه^(٤) قال: [قال]^(٥) يعقوب ومحمد رحمهما الله: إنه يحلف، ولم يذكر قول أبي حنيفة، رضي الله عنه.

فمن مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب قول الكل إلا أنه لم يذكر قول أبي حنيفة؛ لا لأن قوله بخلاف قولهما؛ بل لأنه لم يحفظ قوله.

وحكى القاضي أبو الهيثم عن القضاة الثلاثة أن المسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه لا يحلف.

وحكى عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ - رحمه الله - أنه قال: وجدت في كتاب الاستحلاف لمحمد بن سلمة - رحمه الله - أن المسألة على الخلاف.

وفي القدوري: أن على قول أبي حنيفة: لا يستحلف.

وجه قولهما: أنه ادعى عليه معنى لو أقر به، يلزمه، فعند الإنكار^(٦) يستحلف

كما في سائر الدعاوى.

(١) سقط في م .

(٢) في أ: أيهما هذا .

(٣) في م: للحال فإن .

(٤) زاد في م: فإن .

(٥) سقط في م .

(٦) زاد في أ: الإمكان .

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن اليمين شرع لدفع خصومة متحقة لا لإنشائها، ومتى استحلف البائع هاهنا لا تنقطع الخصومة بينهما، بل تتحقق بينهما خصومة أخرى فإنه [متى]^(١) نكل عن اليمين يتحقق العيب للحال فيحدث بينهما خصومة أخرى [في]^(٢) أن هذا العيب هل كان عند البائع؟ ويستحلف البائع مرة أخرى، ولا كذلك سائر الدعاوى.

وفي «المبسوط» وفي «أدب القاضي»: جعل طريق معرفة ثبوت [هذه العيوب]^(٣) للحال البينة، فقال: لا يثبت للمشتري حق الخصومة مع^(٤) البائع ما لم يقيم بينة^(٥) على وجود هذه العيوب في يد نفسه، فإن لم تكن له بينة، وطلب يمين البائع، فهو على الاختلاف الذي مرَّ.

ثم إذا ثبت وجود هذه العيوب في يد المشتري، وأنكر البائع كونها عنده، ولم يكن للمشتري بينة، واحتج^(٦) إلى تحليف البائع، كيف يحلف البائع؟ فعلى رواية بشر بن الوليد: يحلف بالله، ما لهذا قبلك حق الرد بالسبب الذي يدعيه.

وذكر في «الأقضية»: أن في الجنون يحلف بالله ما جُن عندك قط، وفي الإباق والسرقة يحلف بالله، ما سرق وما أبق، وما بال في الفراش عندك حتى^(٧) بلغ مبلغ الرجال، وهذا بناء على ما قلنا: إن الجنون لا يختلف باختلاف الحالة، وما عداه من السرقة والإباق والبول في الفراش يختلف باختلاف الحالة، واتحاد العيب شرط ثبوت حق الرد.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: هذا العيب.

(٤) زاد في أ: من.

(٥) في م: البينة.

(٦) في م: واحتاج.

(٧) في م: منذ.

ثم إذا [حلفنا]^(١) البائع، فإذا حلف برئ عن دعوى المشتري، وإن نكل، يرد عليه بنكوله، ولا يحلف المشتري على الرضا من دعوى البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد مرّ هذا.

ثم إذا ادعى البائع ذلك كيف يحلف المشتري؟ أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقه في الرد من الوجه الذي يدعيه البائع لا صريحاً ولا دلالة.

وقال أبو بكر الرازي رحمه الله: يحلف بالله إنك محق في ردك العبد على البائع، فقيل له: إن الاستحلاف [مشروع على النفي، وهذا الاستحلاف على الإثبات، فقال: الاستحلاف]^(٢) قد شرع على الإثبات أيضاً، فإن المودع إذا ادعى الرد أو هلاك الوديعة فإنه يستحلف على الرد وعلى الهلاك، وهذا استحلاف على الإثبات^(٣).



(١) في م: اختلفا حلف.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الثبات.

نوع آخر في الاختلاف^(١) الواقع فيه :

[و]^(٢) عن محمد في «الإملاء»: إذا اشترى الرجل من آخر عبيدين بألف درهم صفقة واحدة ووجد عيبًا بأحدهما بعد ما قبضهما، ثم اختلفا في قيمتهما يوم وقع البيع فقال المشتري: [كان]^(٣) قيمة المعيب ألفي درهم وقيمة الآخر ألف درهم، وقال البائع على عكس هذا، لم يلتفت إلى قول واحد منهما، وينظر إلى قيمة العبيدين يوم يختصمان فيه، فإن كانت قيمة كل واحد منهما يوم الخصومة [ألف درهم]^(٤) رد^(٥) المعيب خاصة بنصف الثمن بعد ما حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه.

وإن أقاما [جميعًا]^(٦) البينة على ما ادعيا [أخذ بيئتهما جميعًا فيما^(٧) ادعيا]^(٨) من الفضل فيجعل قيمة المردود ألفي درهم على ما شهد به شهود المشتري ويجعل قيمة الآخر ألفي درهم على ما شهد به شهود البائع فيرد المشتري المعيب بنصف الثمن. ولو مات أحدهما والآخر قائم ووجد بالقائم عيبًا واختلفا في قيمة القائم، وفي قيمة الميت ولا بينة لهما، فالقول قول البائع في قيمة الهالك، [ويقوم الباقي على قيمته يوم اختصما ولو أقاما البينة على قيمة الهالك]^(٩) [فالبينة بينة البائع أيضًا، ولو لم يقيما بينة على قيمة الهالك، و]^(١٠) أقاما البينة على قيمة الحي فالبينة بينة المشتري.

(١) في أ: اختلاف.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: ألفا، وسقط في م.

(٥) في أ: و.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في م: إذا.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: ولو.

وفي «النوازل»: اشترى خلًّا في خابية وحمله في جرة له فوجد فيها فأرة ميتة فقال البائع: هذه الفأرة كانت في جرتك، وقال المشتري: لا بل كانت في خابيتك، فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر العيب.

وفي «فتاوي أهل سمرقند»: اشترى دهنًا بعينه في آنية بعينها وأتى على ذلك زمان^(١) فلما فتح رأس الآنية وكان رأسها مشدودًا منذ قبضها ووجد فيها فأرة ميتة وأنكر البائع أن تكون في يده فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر العيب.

وتأويل المسألة: إذا كان رأسها مشدودًا وقت القبض ولم يعلم^(٢) [انفتاحها بعد ذلك إلى أن وجد فيه^(٣) الفأرة [ولا عدمه]^(٤)، أما لو عرف^(٥) استمرار الشد وعدم انفتاح رأس الآنية التي^(٦) وجد فيها الفأرة فالقول للمشتري وله الرد.

[و]^(٧) إذا اشترى عبدًا وقبضه، ثم جاء به وقال: وجدته محلوق اللحية وأنكر البائع [فالقول قول البائع]^(٨)، فإن أثبت المشتري أنه محلوق اللحية اليوم، فإن لم يكن أتى على البيع^(٩) وقت يتوهم^(١٠) خروج اللحية عند المشتري له أن يرد؛ لأنه ثبت العيب عند البائع وإن كان أتى على البيع^(١١) مثل ذلك لم يرد ما لم تقم البيينة أنه كان محلوق اللحية عند البائع أو يستحلفه فينكل.

وإذا^(١٢) ادعى المشتري عيبًا بالمبيع والبائع يعلم أن هذا العيب كان به [وقت]^(١٣)

(١) في أ، م: أيام.

(٢) زاد في أ: استمرار الشد ولا.

(٣) في أ: فيها.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في م.

(٦) في أ، م: إلى أن.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في م.

(٩) في أ: المبيع.

(١٠) في أ، م: يقوم فيه.

(١١) في أ: المبيع.

(١٢) في م: فإن.

البيع وسعه ألا يأخذها حتى يقضي القاضي عليه بردها؛ لأنه [لو] ^(١) أخذها بغير قضاء، لم يكن له أن يردها على بائعه.

وفي «المنتقى»: رجل باع من آخر عبدًا وقبضه المشتري وطعن به لعيب ^(٢)، وقال: اشتريته اليوم ومثله [لا] ^(٣) يحدث [في] ^(٤) اليوم، وقال البائع: بعته منذ شهر ومثله يحدث في الشهر، فالقول للبائع ^(٥).

وفيه أيضًا [رجل] ^(٦): اشترى من آخر جارية ووجد بها عيبا فخاصم البائع إلى صاحب الشرطة والسلطان لم يوله الحكم فقضى ^(٧) على البائع ودفعها إليه وقضى للمشتري بالثمن كله وبيع ^(٨) المشتري [قبل] ^(٩) أن يأخذ الثمن منه؛ لأنه يعلم أن البائع قد كان دلس العيب.

وفيه أيضًا: اشترى دابة وأراد أن يردها بعيب فقال البائع: قد ركبتها في حوائجك بعدما علمت بالعيب، وقال المشتري: [لا] ^(١٠) بل ركبتها لأردها عليك فالقول قول المشتري، وتأويل المسألة على قول بعض المشايخ: إذا كان لا يمكنه الرد إلا بالركوب.

وفيه أيضًا: رجل اشترى من رجل غلامًا بجارية ووجد مشتري الجارية [بالجارية] ^(١١) عيبًا وردها ^(١٢) واختلفا في الغلام فالقول قول الذي في يده ^(١٣)

(١٣) سقط في أ، وفي م: يوم.

(١) سقط في م.

(٢) في م: بعيب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: قول البائع.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: يقضى.

(٨) في أ: وبيع، وفي م: وسع.

(٩) سقط في م.

(١٠) سقط في م.

(١١) سقط في م.

الغلام.

وفيه أيضاً: رجل باع من آخر جارية وقال: بعتها وبها قرحة [في موضع كذا وجاء المشتري بالجارية ولها^(١) قرحة في ذلك الموضع وأراد ردها، فقال البائع: ليست هذه]^(٢) القرحة تلك القرحة، والقرحة التي أقررت بها قد برئت وهذه قرحة حادثة عندك، فالقول قول المشتري، وكذلك لو قال [البائع]^(٣): بعته وإحدى عينها بيضاء وجاء المشتري بالجارية وعينها اليسرى بيضاء، وأراد أن يردها فقال البائع: كان البياض بعينها اليمنى وقد ذهب، وهذا بياض حادث بعينها اليسرى، فالقول قول المشتري.

وكذلك إذا قال البائع: بعته وبرأسها شجة، إلى آخر المسألة، فإن قال البائع: في فصل الشجة كانت شجته^(٤) موضحة فصارت منقلة عندك، فالقول قول البائع في هذا، وكذلك في فصل بياض العين لو قال البائع: كانت نكتة بياض ازداد عندك والعين مبيضة كلها أو عامتها فالقول قول البائع، وإن كانت^(٥) بعينها نكتة بياض فقال البائع، كان البياض مثل الخردل أقل من هذا [إذا جاء من هذا]^(٦) أمر متقارب جعلت القول قول المشتري، وإن تفاوت، فالقول قول البائع.

ولو قال: بعته وبها حمى فجاء المشتري بها محمومة يريد ردها فقال البائع: زادت الحمى، لا يصدق البائع، وكان للمشتري أن يردها، ولو قال البائع: بعته وبها عيب، ثم جاء المشتري وبها عيب، وأراد ردها فقال البائع: لم يكن [بها]^(٧)

(١٢) في م: فيردها.

(١٣) في م: يديه.

(١) في أ: وبها.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في م: تلك.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: شجة.

(٥) في م: كان.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

هذا العيب، وإنما كان كذا وكذا، فالقول قوله؛ لأن العيوب مختلفة.
ولو قال: بعته وبه عيب في رأسه، فجاء به المشتري^(١) وأراد أن يرده بعيب
[برأسه]^(٢) فالقول قول المشتري أنه^(٣) هذا العيب وإن كذبه البائع.
والحاصل: أن البائع إذا نسب العيب إلى موضع وسماه فالقول قول المشتري،
وإذا لم ينسبه^(٤) إلى موضع بل ذكره مطلقاً فالقول قول البائع.
قال محمد رحمه الله [في «الجامع»]^(٥): إذا^(٦) اشترى جارية وقبضها، ثم ادعى
أن لها زوجاً وأراد ردها فقال البائع: كان لها زوج عندي، ولكن مات عنها أو طلقها
وانقضت عدتها، ثم بعته، فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر ثبوت حق الرد؛ لأن
النكاح إنما يثبت حق الرد على تقدير البقاء إلى وقت البيع، [فإذا أنكر البقاء]^(٧) إلى
وقت البيع فقد أنكر ثبوت حق الرد، وإن قال البائع: كان لها زوج فلان عين الزوج
إلا أنه طلقها قبل البيع فكذلك الجواب القول قول البائع ما دام الزوج غائباً، فإذا
حضر الزوج، فإن صدق البائع في الطلاق لا يثبت للمشتري حق الرد؛ لأنه لم يثبت
العيب وإن كذبه وقال: ما طلقته، فالقول قول الزوج؛ لأنهم اتفقوا على وجود
النكاح ولم يثبت الطلاق بمجرد قول البائع فكان للمشتري حق الرد بعيب النكاح،
وهذا الفصل مشكل؛ لأن ثبوت النكاح ههنا مضاف إلى تصديق المشتري، فإنه لولا
تصديق المشتري ما ثبت النكاح بإقرار البائع، لحصول الإقرار بعد زوال ملكه،
وحصول العيب مضافاً إلى المشتري لا يثبت له حق الرد، وإن قال البائع: كان لها

(١) في م: يرده.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: أن.

(٤) في أ: ينسب.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: إن.

(٧) سقط في م.

زوج بعد البيع إلا أنه طلقها [منذ التسليم، أو]^(١) قال: بعد التسليم لم يقبل قوله؛ لأن البائع أقر بقيام النكاح^(٢) وقت البيع، ثم ادعى زواله والمشتري ينكر. ولو كان لها زوج عند المشتري فقال المشتري للبائع: قد كان هذا الزوج عندك، وقال البائع: كان زوجها عندي غير هذا وطلقها ذلك الزوج أو مات عنها، وقال المشتري: بل هو هذا، فالقول قول البائع، ولا يكون للمشتري حق الرد؛ لأن ما أقر به البائع بطل بتكذيب المشتري وما ادعاه المشتري لم يثبت لعدم تصديق البائع بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك اتفاقاً على عيب واحد متصل بالعقد، فكان القول قول من ينكر زواله.

واستشهد محمد رحمه الله في «الكتاب» فقال: ألا ترى أن رجلاً لو اشترى عبداً وقبضه فمات عند المشتري، فادعى المشتري أن البائع باعه ويأحدي عينه بياض، ومات هو كذلك، وقال البائع: كان ذلك لكنه زال قبل البيع، فالقول قول البائع، ولو قال: زال عنه^(٣) بعد البيع، فالقول قول المشتري، ولو قال البائع: كان البياض بعينه اليمنى فزال عندك وقد حدث البياض عندك باليسرى، وقال [المشتري: بل]^(٤) البياض عندك كان باليسرى [كان]^(٥) القول قول البائع؛ لأن ما أقر به البائع بطل بتكذيب المشتري وما ادعاه المشتري لم يثبت؛ لعدم تصديق البائع بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك اتفاقاً على عيب واحد متصل بالعقد، فكان القول قول من ينكر زواله. قال [في «الجامع»]^(٦) أيضاً: رجل اشترى من آخر جارية، ثم أقام بينة أن لها زوجاً معروفاً غائباً لا تقبل [هذه الشهادة؛ لأن]^(٧) هذه بينة قامت لغائب أو على

(١) في م: و.

(٢) في م: العيب.

(٣) في م: عينه.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

غائب، وليس عنه^(١) خصم حاضر، [و]^(٢) طعن أبو حازم القاضي في جواب هذه المسألة فقال: ينبغي أن تقبل هذه البيعة؛ لأن الحاضر يدعي لنفسه حق الرد، ولا يتوصل إلى إثباته إلا من بعد إثبات حق الغائب، وهو النكاح و^(٣) في مثل [هذه الصورة]^(٤) ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب^(٥) في إثبات حقه إذا كان للحاضر حق فيما [هو]^(٦) حق للغائب، أو يكون ما هو حق الغائب سبب حق الحاضر أما إذا لم يكن فلا.

ألا ترى أن من تزوج امرأة فادعت أنه كان تزوج أختها قبلها، وأقامت على ذلك بيعة والأخت غائبة، لا تقبل بيعتها؟ وإن كان لو ظهر نكاح أختها حصل^(٧) الخلاص عن حباله^(٨) هذا الزوج.

ولكن قيل: [لما]^(٩) لم يكن لها حق^(١٠) في نفس [نكاح الأخت]^(١١)، ولم يكن [نكاح الأخت]^(١٢) سبب حقها لم تنتصب هي خصمًا عن أختها.

إذا ثبت هذا فنقول: حق الغائب النكاح، والنكاح ليس حق الحاضر، ولا بسبب حقه، [لأن حقه]^(١٣) في الرد بالعيب والنكاح ليس بسبب للرد^(١٤) بل الموجب للرد

(١) في م: عنده.

(٢) سقط في م.

(٣) زاد في أ: الجواب.

(٤) زاد في أ: أن، وفي م: هذا.

(٥) زاد في م: والجواب عن هذا أن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب.

(٦) سقط في م.

(٧) زاد في أ، م: لها.

(٨) في أ: حيالة، وفي م: حالة.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: حقا.

(١١) في أ: النكاح.

(١٢) في أ: النكاح.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) في م: الرد.

التزام البائع تسليم المعقود عليه سليماً، ولكن [عند]^(١) ظهور العيب كما أن عند ظهور الإحصان [يجب الرجم بزنا المحصن لا بنفس الإحصان]^(٢)، وكما أن عند يسار الحالف تجب الكفارة بالعتق باليمين، لا بنفس اليسار فكذا هاهنا، وإذا لم يكن للحاضر حق في النكاح ولم يكن النكاح سبباً لحق الحاضر لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب.

وكذلك لو شهد الشهود أن لها زوجاً ولم يعرفوه فشهادتهم باطلة؛ لأنهم شهدوا بالنكاح لمجهول^(٣)، ولو شهدوا بالنكاح لغائب معروف لا تقبل شهادتهم، فإذا شهدوا لغائب مجهول أولى. ولو شهدوا على إقرار [البائع]^(٤) أن لها زوجاً معروفاً غائباً، أو على إقراره بأن لها زوجاً مجهولاً صح؛ لأن هذه شهادة على إقرار البائع وهو معلوم حاضر بخلاف الوجه الأول على ما مر.

قال في «الكتاب»: ألا ترى أنه لو شهد الشهود أن لفلان على فلان شيئاً أو غصب منه شيئاً، كان باطلاً، ولو شهدوا على إقراره أنه غصب من فلان شيئاً، كان ذلك جائزاً؟ [فهاهنا]^(٥) كذلك وإذا قبلت الشهادة ظهر النكاح فكان للمشتري أن يردّها مع [يمينه بالله]^(٦) ما يعلم أن الزوج مات عنها أو طلقها طلاقاً بائناً، هكذا^(٧) ذكر في «الجامع».

من مشايخنا من قال: هذا إذا ادعاه البائع فأما بدون الدعوى، فالقاضي لا يحلف المشتري؛ لأنه نصب لفصل الخصومات، وذلك إنما يكون عند الدعوى، والأصح أن القاضي يحلف المشتري على هذا في الحالين؛ صيانة لقضائه.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: المجهول.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: فكذا هنا، وهناك.

(٦) في م: مشيئة الله.

(٧) في م: فكذا.

وإذا اشترى خادمًا وقبضه [وطعن]^(١) بعيب فيه، فجاء بالخادم ليرده فقال البائع: ما هذا بخادمي، وقال المشتري: هذا خادمك الذي اشتريته^(٢)، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري لا يملك الفسخ بخيار العيب إلا بقضاء أو رضاء، ولم يوجد قضاء ولا رضاء فلم يفسخ^(٣) البيع، بفسخه بقي المشتري بما يدعي في هذا العين المعين مدعيًا حق الفسخ لنفسه^(٤)، والبائع ينكر، فيكون القول قول البائع، كما لو تصادقا أن المبيع هذا إلا أن المشتري ادعى عيبًا فيه [آخر]^(٥) والبائع ينكر، وهناك القول قول البائع كذا هاهنا. والله أعلم.



-
- (١) سقط في م.
 (٢) في م: اشتريت.
 (٣) في م: يفسخ.
 (٤) زاد في أ، م: فيه.
 (٥) سقط في م.

نوع آخر [منه]^(١):

وإذا أصاب الإمام والجند غنائم في دار الحرب، فأخرجوها^(٢) إلى دار الإسلام، فباع الإمام أو بعض أمنائه الغنائم لمصلحة رآها حتى جاز البيع، فوجد المشتري بجارية عيبًا لا يدري أكان العيب يوم الشراء أو لم يكن، لم يكن له أن يخاصم الإمام في الرد بالعيب؛ لأن بيع^(٣) الإمام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين، ولو صار خصمًا في هذا البيع [خرج]^(٤) بيعه من أن يكون قضاء، فإن القاضي لا يصلح خصمًا.

وإذا عرفت هذا الحكم في حق القاضي فكذا في حق أمينه؛ لأن أمينه نائب عنه، وهذا بخلاف ما إذا نصب الإمام وصيًا عن الميت بالتصرف حيث تلحقه العهدة؛ لأنه نائب الميت، ولكن ينصب القاضي، والميت كان يصلح خصمًا في حياته، فكذا نائبه.

وإذا لم يصلح الإمام خصمًا ولا نائبه، كان للإمام أن يجعل أمينه خصمًا للمشتري ابتداء^(٥)، وإن شاء نصب آخر دفعًا للضرر عن المشتري، فإن أقام المشتري البيعة على الخصم أن العيب كان بالجارية يوم اشتراها، ردها عليه، وإن لم يكن له بيعة، فأراد استحلاف من يخاصمه، لا يستحلف؛ لأن المقصود من الاستحلاف النكول الذي هو قائم مقام الإقرار، ولو أقر هذا الخصم بالعيب لا يصلح^(٦) إقراره [للمعنى الذي قلنا، فكذا]^(٧) هذا الذي نصبه الإمام^(٨) [إذا أقر لا يصلح إقراره، وإذا]^(٩) لم

- (١) سقط في أ.
- (٢) في م: وأخرجوها.
- (٣) في م: مع.
- (٤) سقط في م.
- (٥) زاد في أ: إن شاء.
- (٦) في أ، م: يصح.
- (٧) في م: ولو أن.
- (٨) في م: القاضي.
- (٩) في م: أقر بالعيب و.

يصح إقراره لما قلنا، فالقاضي يخرج من الخصومة وينصب للمشتري^(١) خصمًا آخر؛ لأنه لا وجه إلى الخصومة مع هذا الخصم؛ لأنه مقر بالعيب فينصب خصمًا آخر نظرًا للمشتري، وإذا^(٢) نصب القاضي خصمًا آخر، ورد المشتري الجارية على هذا الخصم الآخر بينة أقامها، فالقاضي يبيع الجارية، ويوفي المشتري ثمنها، فإن كان الثمن الثاني مثل الثمن الأول فيها، وإن كان أنقص أعطاه الفضل من بيت المال، وإن كان الثمن الثاني أفضل، جعل الفضل للفقراء إن كانت الجارية من الخمس، وإن كانت من الأربعة الأخماس، جعل الفضل في بيت المال؛ لأن ذلك حق الغانمين، وتعذر صرفه إلى كل الغانمين؛ لكثرتهم وتفرقهم، وتعذر صرفه إلى [بعض الغانمين]^(٣)؛ لما فيه من إبطال حق البعض، فكان بمنزلة اللقطة فيوضع في بيت المال^(٤)، هذه الجملة من بيوع «الجامع».

وفي «المنتقى»: رجل اشترى عبدًا وباعه من ابنه، ثم مات الأب، والابن وارثه، لا وارث له غيره، ثم وجد الابن بالعبد عيبًا قديمًا، لم يستطع رده، وذكر عين^(٥) هذه المسألة في «الزيادات» وزاد ثمة: وباعه من مورثه في صحته، ثم مات المورث، وورثه هذا البائع لا وارث له غيره، ثم وجد بالعبد عيبًا قد كان دلّسه البائع الأول، لا يكون له أن يرده؛ لأنه لا وجه إلى الرد على البائع الأول؛ لأن الملك المستفاد من جهة البائع الأول قد انعدم ببيع الوارث [عن المورث]^(٦)، ولا وجه إلى الرد على نفسه؛ لأنه لو رد، لرد لنفسه، فيصير الواحد رادًا ومردودًا عليه، وإنه لا يجوز، ولا ينصب^(٧) القاضي هنا وصيًا عن الميت؛ لأنه لو نصبه [إما أن]^(٨) ينصبه

(١) في م: المشتري.

(٢) في م: فإذا.

(٣) في م: البعض.

(٤) في م: مال المسلمين.

(٥) في م: غير.

(٦) في أ: من المورث، وفي م: من الموروث.

(٧) في م: يتنصب.

(٨) في م: إنما.

ليرده على الوارث أو على البائع الأول، ولا وجه إلى أن يرده على البائع الأول؛ لأنه ما جرى بينهما معاقدة، والسبب المتخلل قائم، ولا وجه إلى أن يرده على الوارث؛ [لأن في هذا إيجاب المورث الدين على الوارث]^(١) بعد الموت وإنه مستحيل إذا لم يكن وارث آخر؛ [وهذا]^(٢) لأن ما يجب من الدين للمورث على الولد^(٣) يملكه الوارث كما يملك سائر أملاكه.

وإذا ملك ما على نفسه، يسقط ضرورة أن الإنسان لا يثبت له على نفسه دين، فلم يكن في إيجاب الدين للمورث على الوارث فائدة.

قال مشايخنا رحمهم الله: وهذا إذا لم يكن على الميت دين، فأما إذا كان عليه دين، فالقاضي ينصب^(٤) خصمًا للميت؛ ليرد العبد على الوارث لأنه إذا رده على الوارث لا يملك الوارث ما عليه؛ لأن دين المورث يمنع وقوع الملك للوارث، فكان الرد مفيدًا بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين.

قال في «المتقى»: ولو كان مع هذا الابن ابن آخر [كان]^(٥) ذلك الآخر خصمًا فيه، يرده على الابن^(٦) البائع^(٧)، ثم [إنه]^(٨) يرده على بائعه.

وفي «الزيادات» أيضًا: رجل اشترى عبدًا وباعه من وارثه في صحته بثمن معلوم، وقبض الثمن، ثم مات البائع وورثه هذا المشتري، [و]^(٩) لا وارث له غيره، ثم وجد به عيبًا، كان له أن يرد فينصب القاضي^(١٠) وصيًا عن الميت ليرده الوارث

(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الوارث.

(٤) في م: ينتصب.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: ابن.

(٧) زاد في م: من الميت.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: القضاء.

عليه، والرد هاهنا مقيد^(١)، إذ لا يستحيل وجوب الدين للوارث على مورثه بعد الموت، ألا ترى أنه [إذا حفر بئراً على قارعة الطريق، ومات ووقع فيها دابة الوارث وهلكت وجبت قيمة الدابة للوارث على المورث إلا أنه]^(٢) لا يمكنه الخصومة مع المورث والرد عليه، فينصب القاضي وصياً عن المورث [ليرد عليه]^(٣) الوارث، فإذا رد ارتفع السبب المتخلل بقضاء القاضي، وعاد الملك المستفاد من جهة البائع الأول فيرده الوصي على البائع الأول، ويأخذ الثمن منه، ويدفعه إلى الوارث، فإن قيل: رد الوارث إنما يكون للرجوع بالثمن، ورجوع الوارث بالثمن يكون في تركة الميت، وتركة الميت سالمة للوارث بغير مزاحم، فأبي فائدة له في هذا^(٤)؟

قلنا: التركة سالمة للوارث إرثاً وبالرد والرجوع تسلم له التركة اقتضاء^(٥) لدينه، وفيه فائدة حتى لا يتقدم عليه غريم آخر، ولا^(٦) يزاحمه وارث آخر إن ظهر، [و]^(٧) هذا إذا نقده الثمن، فأما إذا لم ينقده الثمن لا يكون له الرد إذا لم يكن معه وارث آخر؛ لأنه لا فائدة في الرد في هذه الصورة؛ لأن فائدة الرد في مثل هذه الصورة استفادة البراءة عن الثمن وقد استفاد البراءة بالموت؛ لاستحالة أن يجب للميت على وارثه دين.

وفي «المنتقى»: رجل اشترى لنفسه من ابنه الصغير عبداً وقبضه، وأشهد على ذلك، ثم وجد به عيباً، فأراد أن يرده لنفسه على ابنه، ثم يرد^(٨) لابنه على بائعه، فليس له ذلك، ولكن يأتي القاضي^(٩) حتى يجعل لابنه خصماً يرده عليه، ثم يرده

(١) في م: مفيد.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ليرده على.

(٤) في م: الرد.

(٥) في م: أيضاً.

(٦) في م: وفي.

(٧) سقط في م.

(٨) في أ: يرده.

(٩) في م: للقاضي.

الأب لابنه [الصغير]^(١) على الذي اشتراه منه . وكذلك لو كان الأب باع من ابنه الصغير عبداً وقبضه لابنه من نفسه، ثم وجد به عيباً، وأراد رده على نفسه لابنه . وفيه أيضاً: رجل باع [من رجل]^(٢) عبداً بأمة وتقابضا، ثم وجد مشتري الأمة بالأمة^(٣) إصبغاً زائداً وردّها عليه بقضاء قاض، وأخذ العبد، ثم إن مولى الأمة اطلع على أن مشتري الأمة قد كان وطئها قبل أن يستردها، والوطء لا ينقصها شيئاً وذلك بعدما ماتت الأمة في يدي الذي ردت إليه أو بعد ما باعها، فليس له شيء، قال: لأنه قد كان له أن يرد الأمة ويأخذ العبد . والله أعلم .



(١) سقط في م .

(٢) سقط في أ .

(٣) في م: عيباً .

نوع آخر في البراءة عن العيوب:

إذا باع شيئاً على أنه بريء من كل عيب، صح البيع، وتثبت البراءة عن [كل عيب]^(١).

وقال الشافعي: لا تصح البراءة، وعلى هذا الخلاف^(٢) الإبراء عن الحقوق المجهولة والصحيح مذهبنا؛ لأن الإبراء إسقاط فيه معنى التملك، أما إسقاط بدليل أنه صح من غير قبول كالطلاق والعتاق، وأما^(٣) فيه معنى التملك بدليل أنه يرتد^(٤) بالرد، [وأياً ما كان فالجهالة]^(٥) لا تمنع صحته، أما صحة الإسقاط فظاهر، وأما صحة التملك؛ فلأن^(٦) هذا تملك^(٧) يحتاج فيه إلى التسليم؛ لأن ما وقعت البراءة عنه مسلم لمن وقعت البراءة له، والجهالة إذا لم تمنع التسليم، والتسليم لا يمنع صحة التملك؛ كما لو اشترى قفيزاً من صبرة.

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث، وهذا بناء على [أنه]^(٨) إذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض، هل يصح هذا الشرط؟ عند أبي يوسف يصح، وعند محمد لا يصح، [فأما إذا]^(٩) كان من مذهب محمد أن البراءة عن العيب الحادث لا تصح لو نص عليه فعند الإطلاق أولى، وعند أبي يوسف لما صحت البراءة عنه حالة التنصيص عليه، فكذا حالة الإطلاق.

(١) في م: العيوب كلها.

(٢) في م: الاختلاف.

(٣) زاد في أ: لا، وزاد في م: ما.

(٤) في م: يرد.

(٥) في م: وإنما كان بالجهالة.

(٦) في م: لأن.

(٧) زاد في م: لا.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: وإذا.

وجه قول محمد: أن هذا إبراء قبل وجود السبب؛ لأن سبب الفسخ العيب، فالإبراء قبل وجود العيب يكون إبراء قبل وجود السبب، [والإبراء قبل وجود السبب] ^(١) لا يجوز.

ولأبي يوسف: أن حق المشتري في صفة السلامة [مقصود^(٢)]، وصفة السلامة تستحق بالعقد لاقتضاء مطلق العقد صفة السلامة ^(٣) ^(٤) فصار الإبراء عن كل عيب إبراء عما يقتضيه مطلق العقد من صفة السلامة، فكان ^(٥) إبراء بعد وجود السبب؛ لأن سبب استحقاق صفة السلامة العقد، ولو شرط أنه بريء عن كل عيب به لم ينصرف إلى الحادث ^(٦) في قولهم جميعاً، وكذلك إذا خص ضرباً من العيوب صح التخصيص ^(٧).

(١) سقط في م.

(٢) في أ: مقصوداً.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: لأن في الفسخ مقصوداً وصفة السلامة تستحق بالعقد إذن.

(٥) في م: وكان.

(٦) في أ، م: حادث.

(٧) اتفق أهل العلم على ثبوت الخيار للمشتري عند اطلاعه على عيب من العيوب في المعقود عليه؛ ولذا يقول العلامة ابن قدامة: «إنه متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به، فله الخيار بين الإمساك والفسخ، سواء علم البائع العيب وكتمه، أو لم يعلم، لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً».

وقد استدل أهل العلم في ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

إذ عدم العلم بالعيب في المعقود عليه ينافي الرضا الوارد في الآية هو ركن من أركان البيع؛ لقوله ﷺ «إنما البيع عن تراض».

وقوله ﷺ: «لا يحل لامرئٍ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه». فالعقد المتلبس بالعيب تجارة عن غير تراض.

وفي هذا يقول التهانوي في إعلاء السنن: «خيار الرد بالعيب ليس هو مؤيد بالإجماع وآثار الصحابة والقياس؛ لأن الرضا لم يتم من المشتري مع وجود العيب وعدم علمه به». وبذلك تكون الآية الكريمة دالة على أن العاقد لا يلزمه المعقود عليه، بل له حق الرد، وهو حق قرره الشارع الحكيم له بمقتضى الآية السالفة.

- وأما السنة: فقد استدل أهل العلم على ثبوت خيار العيب بما يلي:
- ١- ما روته السيدة عائشة أم المؤمنين: «أن رجلا ابتاع غلاما، فاستغله، ثم وجد به عيبا، فرده بالعيب، فقال البائع: غلة عدي، فقال ﷺ: «الغلة بالضم».
 - ٢- ما رواه ابن أبي ذئب، عن مخلد بن خفاف، أنه قال: ابتعت غلاما، فاستغللته، ثم ظهرت منه على عيب؛ فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز، ف قضى لي برده، وقضى علي برد غلته، فأتيت عروة، فأخبرته، فقال: أروح إليه العشية، فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضم، يفرح إليه عروة، ف قضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به عليّ له».
 - ٣- ما رواه حكيم بن حزام عن النبي ﷺ أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما، وإن كذبا وكتما مُحِقَّ بركة بيعهما».
 - ٤- قوله ﷺ: «من باع عيبا لم يبينه لم يزل في مقت الله، ولم تزل الملائكة تلعنه».
 - ٥- قوله ﷺ: «من غشنا فليس منا».
 - ٦- قوله ﷺ: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا إلا بينه له».
- وهذه الأحاديث دلت على أن مقتضى العقد السلامة؛ إذ هي الأصل في المبيع، والعيب طارئ عليه، والعقد عند الإطلاق ينصرف إلى الأصل في البيع، ويؤيد ذلك قضاء رسول الله ﷺ برد الغلام بسبب العيب، كما دلت السنة أيضًا على أن من علم بسلعته عيبا لم يجز بيعها حتى يبينه للمشتري، فإن لم يبينه أتم وعصى؛ ولذلك قال البغوي في شرح السنة: «والتدليس في البيع حرام، مثل: أن يخفي العيب أو يُصْرِي الشاة، أو يغمز وجه الجارية، فيظنها المشتري حسناء، أو يجعل شعرها، غير أن البيع معه يصح، ويثبت للمشتري الخيار إذا وقف عليه».
- وأما المعقول: فبالقياس على بيع المصرة، حيث ثبت للمشتري حق الفسخ في البيع بالتصرية؛ ليدفع عن نفسه الغبن، بل ثبوته هنا أولى؛ إذ التصرية ليست بعيب؛ إذ قلة اللبن من باب فوات كمال مظنونه؛ ولهذا يقول ابن قدامة في المغني: «إثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب، وهذا هو القياس».
- واشترط الفقهاء شروطا في خيار الرد بالعيب، منها:
- أولا: ألا يكون المشتري عالما بالعيب وقت العقد، أو وقت القبض، فإن كان عالما به فلا خيار له؛ لأنه في هذه الحالة يكون راضيا بالعيب، والرضا بالعيب مسقط للخيار؛ لما فيه من إسقاط للحق. ولذا قال العلامة السبكي: «عند العلم لا خيار».
- وقال الفقيه الكمال ابن الهمام: «العلم بالعيب عند البيع، أو القبض مسقط للرد والأرش».
- ثانيا: أن يكون العيب قديما موجودا بالمبيع، سواء كان ذلك قبل العقد أو بعده؛ فقبل القبض يكون المبيع من ضمان البائع.
- ومثل ذلك: ما لو كان سببه متقدما على القبض: كقطع يد الرقيق بجناية سابقة على القبض، وجهلها المشتري، أما إذا لم يكن العيب قديما، بل حدث بعد تسليم المعقود

عليه، فلا خيار؛ لأن المعقود عليه قد حصل سلماً في يد المشتري؛ إذ العيب لم يحدث إلا بعد تسليم المعقود عليه.

ثالثاً: ألا يزول العيب قبل علم المشتري به؛ لأن العيب إن زال قبل علم المشتري لم يكن هناك مقتض للخيار. ولا يثبت الخيار إن زال العيب بعد العلم به وقبل الفسخ؛ لعدم وجود الضرر. ولم يرتض ذلك أشهب من علماء المالكية.

وفي وجه لأصحاب الشافعي مرجوح قالوا: إنه يثبت الخيار؛ لأنه قد ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير إسقاط المشتري له؛ لأنه صار حقا له.

وقد نوقش هذا بأن العيب سبب، والخيار مسبب؛ فإذا ارتفع السبب لم يبق المسبب. رابعا: أن يكون العيب باقيا، وتنقص به العين نقصانا يفوت به غرض صحيح أو تنقص قيمتها، وأن يكون هذا العيب مما يغلب في جنس المبيع عدمه. أما إذا كان من المألوف وجوده في أمثاله فلا يعد عيبا معتبرا، والرجوع في معرفة ذلك إلى التجار وأرباب الصنائع، وفي هذا يقول الكاساني: «التعويل في الباب على عرف التجار، فما نقص الثمن أي: القيمة - في عرفهم - فهو عيب يوجب الخيار».

وقال الحطاب: «التعويل في اعتبار الشيء عيبا، أو عدمه، هو على عرف التجار». خامسا: ألا يكون العيب مما يمكن إزالته بلا مشقة، فإن أمكن ذلك كالتجاسة تكون في الثوب الذي لا ينقص بالغسل، لم يكن له حق الرد.

سادسا: أن يكون العيب في محل المبيع؛ أما العيوب التي تكون في غير المبيع كالعيوب المتعلقة بشخص العاقد مثلا، فلا شأن لها.

وفي هذا يقول ابن عابدين: إذا باع حق الكدك في حانوت لغيره، فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا، فظهر أنها أكثر فليس للبائع الرد بهذا السبب؛ لأن هذا ليس بعيب في المبيع.

سابعا: أن يكون المبيع معينا بالتعيين، فلا يثبت في المبيع في الذمة؛ لأن الذي التزمته الذمة هو السليم؛ فالمعيب ليس بمبيع، ولا يثبت في المعين الغائب الموصوف؛ إذ موضعه خيار الرؤية.

ثامنا: ألا يكون البائع قد اشترط البراءة من كل عيب يوجد به، بأن يقول للمشتري عند التعاقد: «بعتك هذه السلعة على أنني بريء من كل عيب» فإن شرط البائع شرطا كهذا فلا خيار للمشتري؛ عملا بموجب الشرط الذي ارتضاه.

واختلفت مذاهب الفقهاء في مدى صحة شرط البراءة من العيوب، كالاتي: أولاً: مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن البيع بشرط البراءة من كل عيب، سواء كانت مسماة أو لم تسم، ظاهرة كانت أو خفية، معلوما بها العيب وقت البيع أو لم يعلم - صحيح، إذ ليس للمشتري حق في الرجوع على البائع فيما اشتراه بهذا الشرط.

ثانياً: مذهب المالكية: ذهب المالكية إلى أن البائع لا ينتفع بالبراءة من العيوب، فللمشتري حق رد المبيع على البائع إذا استبان له عيب فيه، إلا في الرقيق؛ فإن الشرط مقيد بأن يكون العيب خفياً، والبائع غير عالم به، وأن يكون المبيع قد مكث عنده مدة

تكنفي في العادة لظهور ما قد يكون به من العيوب، فلو باعه بشرط البراءة وهو يعلم بالعيب أو باعه فور شرائه، لم يصح هذا الشرط.

قال الخرشي: «من اشترى عبداً على البراءة من العيوب التي لا يعلمها وطالت إقامته عند بائعه، ثم باعه المشتري لآخر ولم يذكر أنه ابتاعه بالبراءة، فإذا علم بذلك المشتري منه، فإن له الرد؛ لأن كتمه ما ذكر كعيب كتمه».

ثالثاً: مذهب الشافعية: رأي الشافعية فيمن باع عيناً بشرط البراءة من العيب طريقان: أحدهما: أن المسألة على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يبرأ من كل عيب؛ لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع، كما لو أوقفه عليه.

والثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب؛ لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين، فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول، والرهن المجهول.

والثالث: أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد، وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع.

والطريق الثاني: أن المسألة على قول واحد، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به، ولا يبرأ من غيره. وهو أظهر أقوال الشافعية.

رابعاً: مذهب الحنابلة: لفقهاء الحنابلة في ذلك روايتان:

الأولى: «لا يبرأ البائع من شيء من العيوب إلا العيب الذي يعلم به المشتري، دون ما جهله».

الرواية الثانية: «يبرأ البائع من العيوب التي لم يعلمها وقت البيع، ولا يبرأ من العيوب التي يعلمها».

وعليه فإن الرواية الأولى محل وفاق، ولا دخل لها في النزاع. يقول الفقيه المرداوي في الإنصاف: «وكذا لو باعه وشرط البراءة من عيب كذا إن كان لم يبرأ، وهذا المذهب في ذلك بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الفروع وغيره، وقال: هذا ظاهر المذهب. قال أبو الخطاب، وجماعة: لأنه خيار يثبت بعد البيع؛

فلا يسقط كالشفعة. وعنه: يبرأ، إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه، واختاره الشيخ تقي الدين، ونقل ابن هانئ: إن عينه صح. ومعناه نقل ابن القاسم وغيره: لا يبرأ، إلا أن يخبره بالعيوب كلها؛ لأنه مرفق في البيع، كالأجل والخيار. وقال في الانتصار: الأشبه بأصولنا

نظر الصحة كالبراءة في المجهول. وذكره هو وغيره رواية، وذكره في الرعاية قولاً. قال في المستوعب: خرج أصحابنا الصحة من البراءة من المجهول. واختاره في الفائق.

ينظر: بدائع الصنائع (٢٧٥/٥)، البحر الرائق (٣٩/٦)، شرح فتح القدير (٣٥٥/٦)، حاشية ابن عابدين (٥/٥)، تبين الحقائق (٤٣/٤)، العناية شرح الهداية (٣٩٦/٦)، المدونة (٣٦٧/٣)، شرح الخرشي (١٢٩/٥)، المنتقى شرح الموطأ (١٧٩/٤)، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير (٢٧٧/٢)، مواهب الجليل (٤٣٦/٤)، حاشية الجمل (٣/١٣٠)، نهاية المحتاج (٢٣١/١)، تحفة المحتاج (٣٦٨/٤)، شرح السنة (٣٢٣/٤)،

ولو كانت^(١) البراءة عامة واختلفا في عيب، فادعى المشتري أنه حادث، وقال البائع: كان به يوم العقد، فالقول قول البائع في قول محمد.
وقال زفر والحسن: القول قول المشتري، ولا يتأتى [على]^(٢) هذا قول أبي يوسف؛ لأن البراءة العامة عنده تتناول القائم والحادث، فلا يفيد هذا الاختلاف على قوله إلا على رواية شاذة عنه: أن البراءة العامة [عنده]^(٣) لا تتناول الحادث، فحينئذٍ على تلك الرواية جواب أبي يوسف في هذه المسألة نظير الجواب عند^(٤) محمد.

ووجه قول زفر والحسن رحمهما الله: أن البراءة تستفاد من جهة المشتري، فيكون القول قوله فيما أبرأ.

وجه قول محمد: أن الإبراء حصل بصفة العموم فيتناول العيوب كلها، فالمشتري بدعوى حدوث بعضها يدعي خروج شيء بعينه من اللفظ فلا يقبل قوله، ولو كانت البراءة عن كل عيب بها واختلفا على نحو ما ذكرنا، فالقول قول المشتري؛ لأن الإبراء يتناول عيباً موصوفاً بكونه [في الحال]^(٥) فلا يدخل تحته إلا ما يثبت بالحجة أنه بذلك الوصف.

قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: رجل اشترى من رجل جارية وقال البائع للمشتري: أنا بريء من يدها، ولم يذكر عيباً فوجد [المشتري]^(٦) بيدها عيباً. قال:

حاشيتا قليوبي وعميرة (٢٦٢/٣)، الأم (١٨٢/٨)، المجموع شرح المهذب (٦٠٩/١١)، أسنى المطالب (٦٣/٢)، كشف القناع (١٩٦/٣) (١١١/٥)، الإنصاف (٣٥٩/٤) (٨/١٩٩)، مطالب أولي النهى (٦٦٧/٣)، المغني، لابن قدامة (١٢٩/٤)، إعلام الموقعين (٣٠٣/٣).

- (١) زاد في م: له.
- (٢) سقط في م.
- (٣) سقط في م.
- (٤) في م: عن.
- (٥) في م: قائماً به للحال.
- (٦) سقط في م.

هو بريء، قلت: وإن قال: أنا بريء منها، قال: لا يبرأ عن العيب؛ لأنه لا يقع هذا على البراءة عن العيب في كلام الناس.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: رجل اشترى من رجل ثوبًا وأراه البائع خرقة فيه فقال المشتري: أبرأتك عن هذا الخرق، ثم [جاء المشتري]^(١) بعد ذلك يريد قبض الثوب، فإذا فيه ذلك الخرق فقال المشتري: ليس هذا الخرق مثل ما رأيته حين أبرأتك حين كان رأيته شبرًا، والآن ذراع، فالقول قوله في ذلك، وكذلك القول في زيادة بياض عين الجارية.

وفي «نوادير إبراهيم» عن محمد رحمه الله: [إذا قال: أبرأتك عن كل عيب [بعينه]^(٢)، فإذا هو أعور، لا يبرأ، وكذلك]^(٣) إذا قال: أبرأتك عن كل عيب بيده، فإذا يده مقطوعة لا يبرأ، وإن كان أصبع مقطوعة من يده يبرأ، وإن كان أصبعان مقطوعين^(٤) فهذان عيبان، لا يبرأ، وإن كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف، فهذا عيب واحد، فيبرأ.

وفي كتاب «العلل»: عن محمد - رحمه الله - إذا قال: أبرأتك عن كل عيب بعينها، فإذا هي عمياء، فهو بريء، ولو قال: أبرأتك عن كل عيب بكفها، فإذا هي مقطوعة الكف، لا يبرأ؛ لأن الكف بعد القطع لا تسمى كفًا فأما العين بعد العمى تسمى عينًا، ففي مسألة العين الإبراء صادف محله فصح، وفي مسألة الكف الإبراء لم يصادف محله، فلم يصح.

وفي القدوري: إذا اشترى عبدًا على أن به عيبًا واحدًا فوجد به عيبين وقد تعذر رده بموت أو ما أشبه ذلك، فعند أبي يوسف الخيار إلى البائع.

وقال محمد - رحمه الله - : الخيار إلى المشتري يرجع بنقصان أي العيبين شاء،

(١) في م: إن المشتري جاء.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في أ.

(٤) في م: مقطوعان.

فيقوم العبد وبه العيبان، ويقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه، فيرجع بفضل [ما]^(١) بينهما، وإنما كان الخيار إلى المشتري عند محمد - رحمه الله -؛ لأنه هو المبرأ عن العيب، فكان تعيين ما وقعت البراءة [عنه إليه]^(٢).

قال في «الزيادات»: وكذلك^(٣) إذا وجد به ثلاثة عيوب وتعيب عنده بعيب زائد حتى تعذر الرد يرجع بنقصان العيبين من الثلاثة أي ذلك شاء [عند محمد]^(٤)، فيقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه، ويقوم وبه العيوب الثلاثة فيرجع بفضل ما بينهما.

وفيه أيضاً: إذا اشترى عبيدين على أن بأحدهما عيباً فوجد بأحدهما عيباً، فليس له حق الرد، ولو وجد به عيبين، فله حق الرد، وكذلك لو وجد بكل واحد [منهما]^(٥) عيباً [فله الرد، وبعد]^(٦) ذلك ينظر، إن كان ذلك قبل القبض ردهما جميعاً تحرزاً عن تفريق الصفقة [قبل التمام]^(٧) وإن كان بعد القبض رد أيهما شاء، وهذا قول محمد، فالخيار إلى المشتري عند محمد رحمه الله؛ لأن^(٨) الخيار إنما يثبت للمشتري حقاً له فكان التعيين إليه، فإن كان قبض أحد العبيدين ولم يعلم بالعيب فيه، ثم علم بالعيب [بالعبد]^(٩) الآخر، وقبضه مع العلم [بالعيب، ثم علم بالعيب]^(١٠) الذي قبضه أولاً، له^(١١) أن يرد أيهما شاء، فإن أراد رد الذي قبضه مع

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: عيباً فيه.
- (٣) في م: يرجع.
- (٤) سقط في م.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في م: فتعذر.
- (٧) سقط في م.
- (٨) في أ: وهذا لأن.
- (٩) سقط في م.
- (١٠) سقط في م.
- (١١) في م: كان له.

العلم [بالعيب]^(١) فقال البائع: ليس لك أن تردده؛ لأنك رضيت بعيبه حين قبضته مع [العلم]^(٢) بالعيب، لا يلتفت إلى قول البائع؛ لأن القبض مع العلم بالعيب إنما يكون رضا بالعيب، إذا كان عيبًا يثبت له حق الرد، وهذا العيب ما^(٣) كان يثبت له حق الرد؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد بأحدهما، وحين قبض الثاني مع العلم بالعيب، فالعيب بالأول^(٤) لم يكن معلومًا فهذا العيب ما كان يثبت له حق الرد؛ فكان قبض الثاني مع العلم بالعيب وجوده وعدمه^(٥) بمنزلة، وإن علم [بقيام العيب]^(٦) بالعبدین ثم قبضهما أو قبض أحدهما، كان ذلك منه اختيارًا لهما، لكنه لما علم بالعيب فيهما قبل القبض يثبت له حق الرد فيهما، فإذا قبض فقد قبض بعد العلم بالعيب المثبت حق^(٧) الرد، وإنه دليل الرضا.

وهذه المسألة نص أن قبض^(٨) المبيع مع العلم بالعيب رضا بالعيب.

قالوا: ومحمد - رحمه الله - لم يذكر هذه المسألة في شيء من الكتب، وإنما ذكر ههنا.

وذكر القدوري - رحمه الله - أن قبض بعض المبيع لا يكون رضا بالعيب، حتى لا يسقط خياره عند أبي يوسف - رحمه الله - .

ووجه ذلك: أن تمام الصفقة معلق بقبض جميع المعقود عليه، فإذا قبض أحدهما دون الآخر، لا يمكن إلزام [العقد]^(٩) في المقبوض وحده؛ لما فيه من تفريق الصفقة

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: فما .

(٤) في م: الأول .

(٥) في م: والعدم .

(٦) في م: بالعيب .

(٧) في م: بحق .

(٨) في م: بعد .

(٩) سقط في م .

على البائع قبل التمام، ولا يمكن^(١) إلزام العقد فيهما؛ لأنه لم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا بغير المقبوض، فلم يبق ههنا وجه [سوى]^(٢) إبقاء الخيار في كل المبيع.

وتبين بما ذكر في القدوري أن المذكور ههنا قول محمد - رحمه الله - ووجه ذلك: أن القبض وضع لإتمام الملك، فكان كالعقد الذي وضع للملك، فكان الرضا به رضا بالملك، ولما كان لا يملك التفريق، كان الرضا بالبعض رضا بالكل، والله أعلم.



(١) في م: يمكننا.

(٢) سقط في م.

نوع آخر بمسائل الإبراء :

الموكل إذا أبرأ البائع عن العيب، صح إبراؤه.

وارث المريض إذا أبرأ البائع، لا يصح إبراؤه، وإن كان ذلك في مرض الموت؛ لأنه لا ملك للوارث في مال مورثه في حال حياته، وفي مرض موته له شبهة الملك، والإبراء لا يثبت بالشبهة، ولهذا لو عفا عن جارح مورثه في الخطأ لا يبرأ، وإنما لم يبرأ لما قلنا، وإذا لم يصح الإبراء للحال لا يتوقف على ملك يحدث، كالوارث إذا أعتق، ثم مات المورث، أو المولى إذا عتق عبد المكاتب، ثم عجز المكاتب فإنه لا ينفذ، وإنما لا ينفذ لما قلنا.

وارث المريض إذا أبرأ البائع بعد موت المورث يصح الإبراء؛ لأن الملك والحق له.

وكذلك رجل اشترى عبداً وباعه من آخر، ثم مات المشتري الأول، ثم ظهر بالعبد عيب كان عند البائع الأول، فأبرأ وارث المشتري الأول البائع عن العيب صح الإبراء، حتى لو رد العبد عليه لا يستطيع رده على البائع، وإن كان الرد ممتنعاً في الحال، إلا أن سبب حق الرد موجود؛ فيحصل الإبراء بعد وجود سبب الحق فيصح، والله تعالى أعلم.



نوع آخر في [الضمان عن]^(١) العيوب:

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف: اشترى من رجل عبداً وضمن له [من]^(٢) رجل عيوبه فوجد به عيباً ورده فلا ضمان عليه في قياس قول أبي حنيفة، وهذا على العهدة.

وقال أبو يوسف: هو ضامن للعيوب هذا مثل ضمان الدرك و^(٣) الاستحقاق، وكذلك لو ضمن له رجل [ضمان]^(٤) السرقة والعتاق فوجده حرّاً أو مسروقاً ضمن، وكذلك لو ضمن رجل العمى والجنون فوجده كذلك، رجع على الضامن بالثمن، ولو مات عنده قبل أن يرده وقضي على البائع بنقصان العيب، كان للمشتري أن يرجع بذلك على الضامن، ولو ضمن له بحصة ما يجد من العيوب فيه من الثمن، فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فإن رده المشتري رجع [بجميع الثمن]^(٥) على الضامن بذلك، كما يرجع على البائع.

ابن سماعة عن أبي يوسف: لو اشترى رجل عبداً فقال له رجل: ضمننت لك عماء، وكان أعمى، فرده على البائع لم يرجع على ضامن العمى بشيء، ولو قال: إن كان أعمى فعليه حصة العمى من الثمن فرده بالعمى كان له أن يضمن حصة العمى.

ولو اشترى عبداً فوجد به عيباً فقال له رجل: ضمننت لك هذا العيب لم يلزمه شيء.

وفي «واقعات الناطفي»: لو قال المشتري للبائع: أنت بريء من كل حق لي قبلك، دخل العيب [تحت]^(٦) الإبراء، هو المختار، ولا يدخل الدرك؛ لأن العيب حق له قبله للحال، والدرك لا، والله أعلم.

(١) في م: ضمان.

(٢) سقط في أ.

(٣) في م: في.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

نوع آخر في الصلح عن العيوب:

قال محمد في «الأصل»: إذا اشترى الرجل من آخر عبدًا بألف درهم وقبضه منه ونقده الثمن، ثم وجد به عيبًا فأنكر^(١) البائع أن يكون باعه وبه ذلك العيب، ثم صالحه البائع على أن يرد عليه دراهم مسماة حالة أو إلى أجل، فهو جائز. والحاصل: أن الناس تكلموا في المشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا أن حقه [في ماذا]^(٢)، والأصح أن في ابتداء ما يحدثه العيب حقه في الجزء الفائت يطالب به البائع؛ لأنه ضمن له تسليمه بالعقد، ومن العيوب ما يكون بعرض الزوال، وإذا زال صار قادرًا على تسليمه.

ف قيل: يطالبه في الابتداء به، ثم إن البائع يعجز عن تسليمه إليه لفواته^(٣) فينفسخ البيع فيه، ويصير حق المشتري في حصة العيب من الثمن، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن يعتبر استيفاء لحصة العيب من الثمن، ويجوز حالًا ومؤجلًا، وإذا وقع على خلاف جنس الثمن يعتبر معاوضة بين المأخوذ وبين حصة العيب من الثمن، وفيما إذا صالح عن العيب على أكثر من حصة من الثمن، فطريق^(٤) الجواز [أن بمقدار]^(٥) حصة العيب هذا استيفاء لحصة العيب، وما زاد على ذلك فالبايع حط عنه من الثمن، ولو صالحه من العيب على دينار، فإن نقده قبل أن يتفرقا، فهو جائز، وإن افترقا قبل أن ينقده، بطل الصلح، ولو كان المشتري باعه ونقد الثمن، ثم اطلع على عيب به، فصالحه بآئعه منه على دراهم لم يجز؛ لأنه لا حق للمشتري بعدما باعه لا في الرد بالعيب ولا في الرجوع [بتقصان العيب]^(٦)، وإنما صالح فيما

(١) في م: وأنكر.

(٢) في م: إذا.

(٣) في م: لفوته.

(٤) في م: بطريق.

(٥) في م: مقدار.

(٦) في م: بتقصان.

ليس بحق له، فإن كان العبد مات عند المشتري الثاني [فرجع على بائعه بنقصان العيب، ثم إن البائع الثاني]^(١) صالح البائع الأول على صلح.

فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: الصلح باطل.

وعندهما^(٢): صحيح بناء على أن المشتري الثاني إذا رجع على بائعه، هل لبائعه

أن يخاصم البائع الأول؟ عند أبي حنيفة ليس له ذلك خلافا لهما.

وذكر في المأذون: إذا حدث به عيب عند المشتري الآخر فيرجع على بائعه

بالنقصان ليس لبائعه أن يرجع على البائع الأول [ولم يذكر]^(٣) فيه خلافاً، واختلف

المشايع فيه منهم من قال: هو قول [أبي حنيفة]^(٤).

[ومنهم من]^(٥) فرق لأبي يوسف ومحمد بين المسألتين.

والفرق: [أن]^(٦) في تلك المسألة للبائع الأول أن يقول للمشتري الأول: سبيك

أن تقبل منه لأقبل منك فإذا لم تقبل، فأنت الذي فوت حقه فلا^(٧) يمكنه الاحتجاج

عليه^(٨) ههنا فقلنا بأنه يرجع عليه، وإن كان الثمن مكيلاً أو موزوناً بغير عينه وبين

الكيل والصرف وتقابضا، ثم وجد بها^(٩) عيباً فصالح، فإن وقع الصلح على بعض

الثمن من جنسه فهو استيفاء لا استبدال، فيجوز حالاً ومؤجلاً سواء كان الثمن قائماً

في يد المشتري أو [كان]^(١٠) مستهلكاً، وإن^(١١) وقع الصلح على خلاف جنس

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: الصلح.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: ولا.

(٨) زاد في م: بنحوه.

(٩) في م: بالعبد.

(١٠) سقط في م.

(١١) في م: فإن.

الثلث^(١) فهو معاوضة، ففي كل موضع حصل الافتراق فيه عن ثمن بدين يجوز، وفي كل موضع حصل الافتراق فيه عن دين بدين لا يجوز.

وإن كان الثمن مكياً أو موزوناً بعينه وتقابضاً فصالحه على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلاً أو بعينه، فهو جائز إن كان الذي أخذه [عوضاً عن الجارية]^(٢) مستهلكاً، وإن كان الذي هو ثمن قائماً بعينه لم يجز الصلح على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلاً ومستهلكاً، وجاز حالاً إذا أوفاه إياه قبل أن يتفرقا أو كان بعينه؛ لأن الثمن في هذه المسألة تعين في العقد [بالتعيين]^(٣) فكان [حق المشتري]^(٤) في عين ما أدى، فكان^(٥) ما وقع عليه الصلح عوضاً عما استوجبه عليه ومبادلة المكيل والموزون بجنسه مؤجلاً لا يجوز.

وفي المسألة الأولى: الثمن استحق بالعبد ديناً قائماً يرجع بحصة العيب من ذلك لا من عين المقبوض فجاز الصلح عن^(٦) مثله حالاً ومؤجلاً. ولو طعن في بياض بعينها فصالحه البائع من ذلك على أن حط عنه درهماً، كان جائزاً، فلو أنه انجلى البياض بعد ذلك، رد الدرهم^(٧) على البائع. وكتبت في كتاب المزارعة: ولو زال البياض بمعالجة المشتري لا يرد الدراهم على البائع.

وكذلك لو طعن بحبل فيها، فصالحه البائع على أن حط عنه درهماً، ثم ظهر أنه لم يكن بها حبل، فإنه يرد الدرهم، وكذلك لو اشترى أمة فوجدها منكوحه للغير فأراد أن يردها على البائع، فصالحه البائع على دراهم، ثم طلقها الزوج طلاقاً بائناً،

-
- (١) في م: الثمن.
 (٢) في م: ثمن العبد.
 (٣) سقط في م.
 (٤) في م: حقه.
 (٥) في م: وكان.
 (٦) في م: على.
 (٧) في م: الدراهم.

كان على المشتري رد الدراهم .

اشترى كر حنطة، بكر شعير وتقابضا ثم طعن بعيب بأحدهما، فصالحه الآخر على درهم^(١) أو على قفيز حنطة، أو على قفيز شعير، لم يجوز؛ لأن الحنطة بالحنطة مثل بمثل فتكون الزيادة ربًا، كما لو كان عند ابتداء العقد، وإذا لم تصح الزيادة هل يفسد البيع؟ إن كان بلفظ الصلح بأن قال: صالحتك عن العيب على هذا الدرهم، لا يفسد، وإن كان بلفظة الزيادة بأن قال: صالحتك على أن [أزيد لك]^(٢) قفيز حنطة أو درهماً، فسد البيع^(٣) عند أبي حنيفة؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، ولو كان موجودًا لدى العقد، كان العقد فاسدًا كذا هاهنا.

صالحه من كل عيب على درهم جاز سواء طعن المشتري بعيب أو لم يطعن؛ لأن هذا إبراء عن العيوب المجهولة بعد وجوب سبب الحق [له]^(٤)، وذلك صحيح، ولو اشترى العيوب منه بدرهم، لا يجوز؛ لأن الشراء والصلح وقع من جهة العيب من الدرهم، وذلك مجهول؛ [إلا أن]^(٥) مثل هذه الجهالة تمنع صحة [البيع، ولا تمنع صحة]^(٦) الصلح.

صالحه من العيب على ركوبه دابته في حوائجه شهرًا، فهو جائز، قالوا: وتأويله إذا شرط ركوبه في المصر [أما]^(٧) إذا شرط ركوبه خارج المصر إذا^(٨) أطلق لا يجوز؛ لمكان الجهالة، نص على هذا التفصيل في كتاب الإقرار.

صالحها من عيب الغلام على أن تزوج نفسها منه، [صح، وكان هذا]^(٩) إقرارًا

(١) في م: دراهم.

(٢) في م: أنقذك.

(٣) في م: العقد.

(٤) سقط في م.

(٥) في أ: لأن.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: و.

(٩) في م: وهذا.

بالعيب؛ لأن النكاح لا يصح إلا بمال، وكان كالبيع إذا باعت ثوبًا منه [بحصته من] (١) العيب (٢)؛ كان إقرارًا منها بالعيب؛ لأن البيع لا يصح إلا بمال بخلاف الصلح.

اشترى ثوبًا فقطعه قميصًا وخاطه فباعه (٣) بعد ذلك، أو لم يبعه، ثم (٤) اطلع على عيب به أو كان البيع بعد ظهور العيب، ثم صالحه من العيب على دراهم، جاز (٥)؛ لأن حقه قد تعذر (٦) في الرجوع بنقصان العيب بسبب الخياطة، ألا ترى (٧) لو كان في يده ليس [للبيع] (٨) أن يقول: أنا أقبله كذلك، وإنما صالح عن حقه، وكذلك إذا صبغه بصبغ أحمر، ثم باعه أو لم يبعه حتى صالح (٩) من العيب، ولو قطعه ولم يخطه حتى باعه، ثم صالحه من العيب، لا (١٠) يصح؛ لأن حقه لم يتقرر في الرجوع بنقصان العيب؛ لأن القطع المجرد نقصان، ألا ترى أن للبايع أن يقول: أنا أقبله كذلك، وإنما صالح عما ليس بحق له، والسواد بمنزلة القطع المفرد عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعندهما (١١): بمنزلة القطع مع (١٢) الخياطة.

[صالحه على أن أبرأه عن كل عيب فهو جائز سمي أو لم يسم خلافًا لابن أبي ليلى، وكان أبو حنيفة رحمه الله يحتاط في ذلك ويقول: نكتب في صك الصلح:

-
- (١) في م: بحصة.
 - (٢) زاد في أ: لأن النكاح لا يصح إلا بمال إذا.
 - (٣) في م: وباعه.
 - (٤) في م: حتى.
 - (٥) في م: كان جائزًا.
 - (٦) في أ: تقرر.
 - (٧) زاد في م: أنه.
 - (٨) سقط في م.
 - (٩) في م: صالحه.
 - (١٠) في م: لم.
 - (١١) في م: وقالاهما.
 - (١٢) في م: من.

برئت من كل عيب سميته وعرفته أو يكتب في الصك أنه باع العبد وخرج عن ملكه، ثم عاد إلى ملكه بصدقة أو ما أشبهها.

أكثر ما في الباب أن هذا حيلة بالكذب إلا أن الكذب مباح لإحياء حقه، ولدفع الظلم عن نفسه كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل لا يمكنه الإشهاد، فإذا أصبح يشهد ويقول: علمت الآن، وكذلك الصغيرة تبلغ في جوف الليل، فإذا أصبحت تقول: بلغت الآن وأجزت نفسي فيرخص فيه كذا ههنا.

وحيلة أخرى: أن تعلق المشتري أعتقه بمخاصمته في عيب تجد بها، فإذا خاصمه عتق العبد ولا يمكنه الرد ولا الرجوع بنقصان العيب^(١).

طعن بعيب في عينها، ثم صالحه البائع من عيبها على شيء جاز، وإن لم يذكر العيب، وجعل تسمية محل العيب [بمنزلة تسمية العيب]^(٢).

وقال في «الأصل»: اشترى أمة بخمسين دينارًا وقبضها وطعن المشتري بعيب بها، فاصطلحا على أن قبل البائع السلعة ورد عليه تسعة وأربعين دينارًا، فالرد جائز، وهل يطيب للبائع ما استفضل من الدينار؟ ينظر: إن كان البائع مقرًا أن هذا العيب [كان]^(٣) عنده على قول أبي حنيفة ومحمد لا يطيب، ويجب عليه رده على المشتري، وعلى قياس قول أبي يوسف لا يلزمه الرد، بناءً على أن عند أبي يوسف الإقالة بأكثر من الثمن الأول أو بأقل يعتبر بيعًا جديدًا [لا إقالة، فلا يلزمه]^(٤) الرد. وأما إذا كان [جاحدًا أن هذا]^(٥) العيب كان عنده، إن كان عيبًا لا يحدث مثله [فكذلك الجواب، وإن كان عيبًا يجوز أن يحدث مثله]^(٦) طاب الفضل للبائع

(١) ما بين المعقوفين مثبت من المحيط البرهاني.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لإقالة فلا يلزمه.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

بالاتفاق، وإن لم يقر ولم ينكر بل سكت، فهو وما لو أنكر سواء، ولو كان المشتري^(١) أخذ ثوبًا وقبل [منه]^(٢) السلعة على أن يرد الثمن كله عليه فهذا وما لو حبس شيئًا من الثمن سواء.

وإن كان مكان الثوب دراهم، فإن قبضها في المجلس فالجواب^(٣) كما ذكرنا، وإن^(٤) كاتب^(٥) إلى أجل لا يجوز على كل حال.

اشترى ثوبًا فقطعه قميصًا ولم يخطه، [ثم وجد]^(٦) به عيبًا أقر البائع أنه كان عنده، فصالحه البائع على أن قبل البائع الثوب، وحط المشتري عنه من الثمن مقدار درهمين، كان جائزًا، ويجعل ما احتبس عند البائع من الثمن بمقابلة ما انتقص بفعل المشتري.

وقال في «الأصل» أيضًا: طعن المشتري بعيب جحده^(٧) البائع فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة، ويأخذ الأجنبي بما وراء المحطوط، ورضي به الأجنبي، فالبيع [من الأجنبي]^(٨) جائز؛ لأن المشتري باع ملك نفسه، وحطه إياه جائز؛ لأن حطه [لاقي ملك]^(٩) نفسه وهو الثمن، ويكون هذا من المشتري رضاء بالعيب، وحط البائع لا يجوز؛ لأنه لاقي ملك الغير^(١٠)، وكان للأجنبي الخيار، إن شاء أخذ بما وراء العشرة من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنه إنما اشترى ليسلم له المشتري بما وراء العشرة من الثمن، وتبين أنه إنما سلم له بما وراء العشرة، وهذه

(١) في م: البائع.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: والجواب.

(٤) في م: فإن.

(٥) في م: كان.

(٦) في م: فوجد.

(٧) في م: فجحده.

(٨) سقط في م.

(٩) في م: لا في.

(١٠) في أ: لغيره.

المسألة تدل على أن المشتري إذا ظهر أنه صار مغبوناً على وجه لا يتغابن في مثله أنه يثبت له الخيار، [وأدلة الكتب معارضة]^(١)، ظاهر الجواب أنه لا خيار له .
وعن محمد فيمن اشترى [صبرة]^(٢) حنطة فوجد في أسفلها دكاناً فله الخيار .
وإذا اشترى طعاماً في جفنة^(٣)، ثم علم مقداره يثبت له الخيار، وهو خيار التكشف^(٤) وخيار الكمية^(٥).

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: كان القاضي الإمام يقول: الفقيه عبد الله [كان]^(٦) يفتي بثبوت الخيار للمشتري إذا صار مغبوناً، وكان يقول: هب كان في [المسألة روايتان]^(٧): فأختار^(٨) هذه الرواية رفقا بالناس وستأتي مسألة الغبن بعد هذا وما هو المختار فيها للفتوى إن شاء الله تعالى .
إذا كان الثمن عشرة مثلاً، فاصطلحوا على أن يأخذ هذا الأجنبي^(٩) الثوب بشمانية، وعلى أن حط^(١٠) البائع الأول عن المشتري الأول درهماً، جاز سواء كان قبل قبض الثمن أو بعده لما عرف أن الحط بعد قبض الثمن صحيح .

اشترى ثوباً بعشرة وتقابضا وسلمه المشتري إلى قصار فقصره^(١١) وجاء به متخرقاً، فقال المشتري: لا أدري عند القصار تخرق أو كان به عند البائع، فاصطلحوا على أن يقبل المشتري الثوب، ويرد القصار عليه درهماً على أن يأخذ القصار منه أجرة، وعلى أن يحط البائع عن المشتري درهماً، فذلك جائز، وكذلك

(١) في م: فإذا فالكتب في هذا معارضة .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: صبرة .

(٤) في م: الكشف .

(٥) في م: الكمية .

(٦) سقط في م .

(٧) في م: المسألتين روايتين .

(٨) في م: كاختار .

(٩) في م: هذا الأجنبي .

(١٠) في م: وعلى أن هط .

(١١) زاد في م: المشتري .

لو كان هذا الصلح على أن يقبله البائع منه .
قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : وهذا إشارة إلى أنه إذا صالحه على أن يقبله البائع ، ويغرم له القصار درهمًا ، ويترك له المشتري درهمًا أنه يجوز .
قال مشايخنا : [وهو غلط ؛ لأن^(١)] اشترط ترك الدرهم على المشتري صحيح ؛ لأن البائع جاحد للعيب ، أما اشترط الدرهم على القصار باطل ؛ لأنه ما كان بينه وبين القصار سبب يستوجب به الضمان عليه ، و[في^(٢)] زعمه أنه يملك الثوب ابتداء^(٣) من جهة المشتري بعد ما تخرق في يد القصار ، فاشترط^(٤) أخذ الدرهم منه هدر إلا أن يكون تأويله أن القصار يضمن الدرهم أولاً للمشتري ، ثم المشتري يدفع ذلك إلى البائع ليقبل المبيع منه^(٥) ، فحينئذ يجوز ؛ لأنه يزعم أنه يملك المبيع ابتداء ، وهذه الزيادة بدل^(٦) ما تلف عند القصار ، فكان له أن يأخذ إذا رد جميع الثمن .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : تأويله^(٧) أن يقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب من المشتري ، على أن يحط المشتري عن البائع درهمًا ، ويأخذ المشتري من القصار درهمًا ويعطيه المشتري أجرة .

وفي «فتاوى الفضلي» : اشترى من آخر جارية ، ووجد بها عيبًا فاصطلحا^(٨) على أن يدفع البائع كذا درهمًا والجارية للمشتري ، فهو جائز ؛ لأن هذا صلح عن العيب ، وإن اصطلحا على أن يدفع المشتري ذلك والجارية للبائع^(٩) لا يجوز ؛ لأنه ربا إلا

(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : أبدا .

(٤) في م : فاشترطه .

(٥) في م : عند .

(٦) في م : تدل على .

(٧) في م : تأويل المسألة .

(٨) في أ ، م : فاصطلحوا .

(٩) في م : للبيع .

إذا باعه منه بأقل من الثمن الذي اشتراها منه بعد أن كان نقد الثمن كله .
وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد: رجل اشترى من آخر عبدًا ووجد به عيبًا قبل أن يقبضه، وصالحه من العيب على عبد آخر، وقبضهما المشتري، ثم استحق أحد العبدين، رجع المشتري بحصة المستحق من الثمن أيهما كان، كأنه اشتراها جميعًا، ولو قبض [العبد المشتري]^(١)، ثم وجد به عيبًا فصالحه منه على عبد، ودفع الثمن، ثم استحق العبد المشتري يبطل^(٢) الصلح في العبد الثاني.
وفي «نوادير ابن سماعة» أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله مثل هذا إلا أن وضع المسألة في تلك الرواية في الجارية فقال: رجل اشترى جارية ووجد بها عيبًا قبل القبض أو بعده، فصالحه البائع على جارية أخرى، [ثم]^(٣) استحققت الجارية الأولى، بطل الصلح^(٤).

(١) في م: المشتري العبد.

(٢) في م: بطل.

(٣) سقط في م.

(٤) زيادة من المحيط البرهاني يتم بها الفائدة: وفي «المنتقى»: رجل اشترى من آخر كر حنطة بعشرة دراهم وقبض الكر ولم يدفع الثمن، حتى وجد بالكر ينقصه العشرة فأراد رده فصالحه البائع من العيب على كر شعير بعينه، فإنه جائز، وحصة الشعير نقصان العيب، وإن كان بغير عيبه، ووصفه وسمى أجله فهو باطل؛ لأنه صار بمنزلة سلم لم يدفع إليه رأس ماله، فإن دفع إليه غير الثمن وقال هذا حصة الكر الشعير فهو جائز والشعير سلم، وكذلك إذا دفع إليه كل الثمن، ولو دفع إليه عشر الثمن ولو نقل عشر هذا حصة الشعير، فإن الذي نقده من جميع الثمن فيثبت عشر كر الشعير ويبطل تسعة أعشاره.

نوع آخر منه: قال محمد في «الجامع»: عبد أو دار في يدي رجل أقام رجل بينته أنه باعه من ذي اليد بألف درهم، وأقام آخر بينته أنه باعه من ذي اليد بمائة دينار قضى القاضي بالثمنين على ذي اليد؛ لأن المبيع إذا كان مسلمًا إلى المشتري كانت الحاجة إلى إثبات الثمن والثمن دين فصار، كما لو ادعى أحدهما ألف درهم والآخر مائة دينار، وكذلك إن أقام كل واحد منهما بينته أن العبد عبده باعه من ذي اليد بما يدعيه من الثمن؛ لأن المبيع إذا كان مسلمًا إلى المشتري لا يحتاج كل واحد منهما إلى إثبات الملك لنفسه ليترجح بالنتائج، فإن وجد المشتري بالعبد عيبًا وأراد أن يرده ليس له أن يرده عليهما؛ لأنه إذا رد عليهما كان رادًا على كل واحد منهما النصف، وكل واحد زعم أنه باعه كله فكان له ألا يقبل النصف مع عيب الشركة، ولكن يرده على أيهما شاء؛ لأن في زعم كل واحد أن البائع هو، وأن للمشتري حق الرد عليه وحق استرداد جميع الثمن منه، =

وفي زعم المشتري أن له حق استرداد كل الثمن من كل واحد منهما، فلهذا كان له أن يرد على أيهما شاء، ويسترد الثمن منه، وإذا رده على أحدهما لا يكون له على الآخر سبيل لا في الرد ولا في الرجوع بنقصان العيب. أما في الرد ببعظه عن ذلك حين رد على الأول، وأما في الرجوع بنقصان العيب؛ لأن في زعم الآخر إلى نصيبه منه وإن له حق الرد بالعيب على لا على صاحبي، فإذا رد على صاحبي مع أنه ليس له حق الرد عليه كان ذلك منه بمنزلة تمليك مبتدأ وبه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب، فإن لم يرده بالعيب على أحدهما حتى تعيب عند المشتري بعيب ذا يد لا يكون له حق الرد عليه، ولكن يرجع بنقصان العيب على أيهما شاء؛ لأن في زعم كل واحد منهما أن له حق الرجوع بنقصان العيب عليه وهو يدعي على كل واحد منهما جميع الثمن فقد اتفقا على استحقاق قدر النقصان، فيرجع على أيهما شاء بذلك، إلا أن يقول الذي يريد أن يرجع عليه بالنقصان أنا أقبله كذلك، فحينئذ يرد عليه لامتناع الرد إنما كان دفعًا للضرر عنه، فإذا رضي به كان للمشتري أن يرد عليه فإن أبي أن يرده عليه وأعطاه النقصان كان للمشتري أن يرجع على الآخر بنقصان العيب. فرق بين هذا وبين ما لو رد على أحدهما حيث لا يكون له على الآخر سبيل، والفرق بينهما أن فصل الرجوع على أحدهما بنقصان العيب في حق استرداد جميع الثمن من صاحبي أخذ ذلك منه بغير حق، فإذا أخذ منه قدر النقصان، فقد أخذ بعض حقه، وهذا لا يوجب سقوط حقه في الرجوع بنقصان العيب علي، أما في فصل الرد في زعم الآخر أن للمشتري حق الرد على بالثمن لا على صاحبي، فإذا رد عليه لم يكن له حق الرد عليه كان ذلك منه بمنزلة بيع جديد، وبه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب. ولو مات العبد، ثم اطلع على عيب قديم رجع بنقصان العيب عليهما إن شاء لما مر، ولو قطعت يد العبد المشتري وأخذ المشتري أرشها، ثم وجد به عيبًا قديمًا كان له أن يرجع بالنقصان عليهما؛ لأن الأرش زيادة منفصلة والزيادة مانعة من الرد بالعيب، فيكون له حق الرجوع بنقصان العيب عليهما لما مر، فإن قال أحدهما: أنا أقبله كذلك؛ لأن امتناع الرد بسبب الزيادة إنما كان لحق الشرع تحررًا عن الربا، فلا يسقط ذلك برضا العبد، فإن باعه المشتري فإنه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب، والفرق وهو أن البيع إنما يوجب بطلان الرجوع بنقصان العيب في موضع بقي حق الرد في نفسه بعد حدوث العيب ليصير المشتري بالبيع راضيًا بذلك العيب، فيبطل حقه من كل وجه. وفيما إذا تعيب المبيع بعيب زائد بقي للمشتري حق الرد في نفسه، ولهذا لو قال البائع: أنا أقبله كذلك كان له أن يرده عليه، وبالبيع يبطل حقه من كل وجه، أما بعد القطع لم يبق له حق الرد في نفسه، ولهذا لو قال البائع: أنا أقبله كذلك لا يملك الرد، فإذا لم يبق حقه في الرد تعذر حقه في النقصان قبل البيع، فلا يبطل بالبيع، فإن كان أقام أحدهما البينة أنه عبد وباعه من ذي اليد يوم الجمعة بمائة دينار يقضى بالثمنين؛ لأن الحاجة ههنا إلى إثبات الثمن، فإن وجد به عيبًا رده إلى الثاني، وكذلك لو تعذر بالعيب يرجع بنقصان العيب على الثاني دون الأول؛ لأن القضاء بالعقدين على هذا الترتيب يوجب انقطاع حق المشتري عن الأول، فلهذا يرد بالعيب ويرجع بالنقصان على الثاني دون الأول.

نوع آخر في الوصي والوكيل والمريض:

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل اشترى عبداً بألف درهم وقبضه، ولم ينقد الثمن حتى مات وأوصى^(١) إلى رجل، ولا مال له سوى العبد، وعليه دين ألف درهم سوى الثمن، فوجد الوصي بالعبد عيباً فرده^(٢) بالعيب بغير [قضاء القاضي، فرده]^(٣) جائز، [وليس للغريم نقضه]^(٤)؛ لأن الموجب للرد قد وجد، لو امتنع الرد إنما يمتنع لحق الغريم، [وحق الغريم يتعلق]^(٥) بمالية العبد لا بعينه، ولأن الرد بالعيب بغير قضاء قاض بمنزلة بيع جديد في حق الثالث والغريم ثالثهما، فصار في حق الغريم كأن الوصي باع هذا العبد وللوصي هذه الولاية [ويرجع الوصي على البائع، فيأخذ منه نصف الثمن، ويدفعه إلى الغريم الآخر، والوصي هو الذي يلي ذلك؛ لأن هذا الرد اعتبر بيعاً جديداً]^(٦) في حق الثالث، وقبض الثمن من حقوق العقد، فيكون للعاقد.

ولو أن البائع لم يقبل هذا العبد من الوصي حتى خاصمه إلى القاضي، فإن كان القاضي علم [بدين الآخر]^(٧) لا يردّه، بل يبيعه ويقسم الثمن بينهما؛ لأن فيه إبطال حق غريم^(٨) الآخر؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه، فيبطل البيع ويعود إلى الأصل، فيسقط الثمن، فلا^(٩) يصل الغريم^(١٠) شيء، ولا يضمن البائع نقصان

(١) في م: فأوصى.

(٢) في م: فيرده.

(٣) في م: قاض فيرده.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: معلق.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في م: وليس للغريم نقض الرد لأن هذا الرد وصية في حق الغريم بيع مبتدأ وليس للغريم نقض بيع الوصي لأن بالبيع لا يفوت حق الغريم لأن حق الغريم في مالية العبد والمالية لا تفوت بالبيع ويرجع الولي الذي يلي ذلك لأن هذا الرد اعتبر معاوضة جديدة.

(٧) في م: تبين غريم آخر.

(٨) في م: الغريم.

(٩) في م: ولا.

العيب لا قبل بيع القاضي ولا بعده، أما بعد بيع القاضي؛ فلأن بيع القاضي حصل للميت، فيجعل كأن الميت باع بنفسه، [ولو باع الميت نفسه]^(١) حال حياته، ثم اطلع [على عيب]^(٢) به، لم يرجع بنقصان العيب فهاهنا كذلك، وأما^(٣) قبل بيع القاضي فلأن امتناع الرد في هذه الصورة كان بمعنى من جهة المشتري، وهو اكتسابه سبب وجود الدين للغريم [الآخر]^(٤) وامتناع الرد بمعنى من جهة المشتري لا يثبت حق الرجوع بنقصان العيب.

وإن لم يعلم القاضي بدين الغريم^(٥) وخاصم الموصي^(٦) البائع في العيب رده بالعيب على البائع؛ لأن الموجب للرد قد ظهر وهو العيب، وفي المانع شك، ويبطل الثمن الذي للبائع على الميت؛ لأن الرد بقضاء القاضي [فسخ]^(٧) من كل وجه، ومتى صح الفسخ والثمن غير منقود يبطل عن المشتري [فبإبراء الميت عن الدين]^(٨)، فإن أقام الغريم الآخر بينة على دينه، خير البائع المردود عليه إن شاء أمضى الرد وضمن الغريم الآخر نصف ثمن العبد، فيصير الثمن بينهما [نصفان]^(٩)، وإن شاء نقض الرد، ورد العبد حتى يباع في دينهما؛ لأنه^(١٠) ظهر دين الغريم الآخر بعذر صحيح، هذا الرد من القاضي [يعد]^(١١) فسحًا من كل وجه؛ لما فيه من إبطال

(١٠) زاد في م: إلى .

(١) في م: في .

(٢) سقط في م .

(٣) في م: وما .

(٤) سقط في م .

(٥) زاد في م: الآخر .

(٦) في م: الوصي .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في أ .

(٩) سقط في م .

(١٠) زاد في م: لما .

(١١) سقط في م .

حق الغريم الآخر، فاعتبر رده بيعًا جديدًا كيلا يبطل هذا الرد، وأمكن اعتباره بيعًا جديدًا؛ لوجود معنى البيع فيه، وهو التملك والتملك^(١).

ولو أن رجلاً اشترى عبدًا في صحته بألف درهم وقبض العبد ولم ينقد الثمن حتى مرض وعليه دين ألف درهم، فوجد بالعبد عيبًا، فرده^(٢) بغير قضاء أو [استقال البيع البائع فأقاله، فإن برئ]^(٣) من مرضه، فجميع ما صنع صحيح، وإن لم يبرأ من مرضه ومات منه وقيمة العبد مثل الثمن أو أقل منه ولا مال له غيره، كان الجواب فيه كالجواب في الوصي إذا رد العبد بغير قضاء، وأقاله البائع وقيمة العبد مثل الثمن أو أقل منه؛ لأن المريض مرض الموت يملك بيع ماله، ولا يمكن إثارة بعض الغرماء على البعض كالوصي، ولو لم يقبل البائع [البيع حتى]^(٤) خاصم المشتري البائع إلى القاضي في العيب في مرض المشتري، فالقاضي يرد [العبد]^(٥) عليه سواء علم بدين الغريم الآخر أو لم يعلم، بخلاف مسألة الوصي، فإنه إذا خاصم البائع في العيب إلى القاضي [وعلم القاضي]^(٦) بدين الغريم الآخر، فالقاضي لا يرده.

والفرق: سواء أن المثبت للرد موجود في الحالين لكن عسى يمتنع عمل المثبت، والموجب لمانع^(٧)، ففي مسألة المريض المانع وهو حق الغريم موهوم؛ لأن حق الغريم إنما يتعلق بمال المريض إذا كان المريض مرض الموت ولا يدري في الحال أنه هل يتصل بهذا المرض الموت أو لا يتصل، [وإذا وقع الشك]^(٨) لا يمتنع عمل المثبت.

(١) زاد في م: بالتراضي.

(٢) في م: فبرده.

(٣) في م: استقبال البائع بإقالة فإن براء.

(٤) في م: العبد حين.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في أ.

(٧) في م: المانع.

(٨) في م: ومع الشك في المانع.

أما في فصل الوصي المانع ثابت قطعاً؛ لأن الوصي إنما يخاصم البائع بعد الموت، وبعد الموت المانع ثابت قطعاً، فجاز أن يمتنع عمل المثبت والموجب. فإن مات المشتري من مرضه بعدما رده عليه، فالجواب فيه كالجواب في الوصي إذا رده بالعيب بقضاء، ولم يعلم القاضي بدين الغريم الآخر؛ لأنه لما مات ظهر أن المرض مرض الموت من ابتدائه، [فظهر]^(١) أن حق الغريم الآخر كان متعلقاً بماله حتى^(٢) رده القاضي على البائع كما لو رده الوصي، فيكون الجواب فيه كالجواب في الوصي، إلا في خصلة أن هاهنا متى كانت قيمة العبد^(٣) أكثر من الثمن، فإنه لا يجبر المردود عليه بنقض^(٤) الرد، ويبيع العبد ويقسم الثمن^(٥) نصفين.

ولو قال: أنا أمسك العبد وأرد نصف القيمة حتى تزول المحاباة، لم يكن له ذلك، وفي الوصي يجبر المردود عليه.

والفرق: أنه لما مات من مرضه ظهر أنه ما كان للقاضي ولاية الفسخ؛ لتعلق حق الغريم بماله، وأن فسخه لم يصح، فاعتبر عقدًا جديدًا وفيه محاباة، والمحاباة لا تعفى من^(٦) المريض.

وإن قلت: إذا كان عليه دين مستغرق لتركته، فتعذر تصحيح الرد من^(٧) هذا الوجه، وتعذر تصحيحه بتبليغ الثمن إلى تمام الصحة^(٨)؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ من كل وجه، فلا^(٩) يصح الفسخ بأكثر من الثمن الأول، وإذا تعذر تصحيح

(١) سقط في م.

(٢) في م: حينما.

(٣) في م: الآخر.

(٤) في م: بل ينقضي.

(٥) في م: ثمنه بينهما.

(٦) في م: عن.

(٧) في م: في.

(٨) في م: الثمن.

(٩) في م: ولا.

الرد بالطريقتين، تعين نقض الرد، فأما الوصي فيعفى عنه المحاباة اليسيرة، فأمكن تصحيح الرد بمثل الثمن، فلهذا يخير^(١) فيه البائع. وهذه المسألة من أغرب^(٢) المسائل، فإن [عفي فيه]^(٣) المحاباة اليسيرة من الثابت ولم يعف من الأصل^(٤) وهو المريض.

وإذا أمر رجل^(٥) رجلاً ببيع عبد له، فباعه الوكيل وسلمه وقبض الثمن من المشتري، أو لم يقبض حتى وجد المشتري بالعبد عيباً، وخاصم الوكيل في العيب، فقبله الوكيل بغير قضاء، فإن كان ذلك عيباً يحدث مثله من وقت البيع يلزم الوكيل دون الموكل، فلا يكون للوكيل أن يخاصم الموكل، وإن كان عيباً لا يحدث مثله في تلك المدة ذكر في^(٦) «الأصل» أنه يلزم الموكل.

يجب أن يعلم أن^(٧) الوكيل بالبيع والشراء خصم في الرد بالعيب؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد؛ فيرجع إلى العاقد، والوكيل في حق الحقوق كالعاقد لنفسه.

وإذا رد عليه بالعيب بعد القبض، فهو على وجهين:

إن رد عليه برضاه والعيب مما يحدث مثله، يلزم الوكيل باتفاق الروايات، ولا يكون [له]^(٨) مخاصمة الموكل، كأن الوكيل اشتراه ثانياً من المشتري، وإن كان عيباً لا يحدث مثله في مدة البيع، ذكر في بيوع «الأصل» [أنه]^(٩) يلزم الموكل؛ لأنهما

(١) في م: يجبر.

(٢) في م: أعرف.

(٣) في م: عفا عنه.

(٤) في م: الأرض.

(٥) في م: الرجل.

(٦) زاد في م: بيوع.

(٧) في م: بأن.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

فعلا بأنفسهما عين ما يفعله القاضي ؛ لأن الرد متعين في هذا الفصل ، فيجعل فعلهما كفعل القاضي ، وذكر في عامة الروايات أنه يلزم الوكيل ؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي عقد جديد في حق الثالث والموكل ثالثهما .

وإن كان الرد بقضاءٍ فهو على ثلاثة أوجه : إن كان^(١) بينة قامت على الوكيل والعيب مما يحدث مثله في مدة البيع ، لزم الموكل ؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة ، فتعذر الرد على الموكل ، وإن كان الرد بنكول الوكيل ، فكذلك يكون ردًا على الموكل ؛ لأن الوكيل مضطر [في النكول كما هو مضطر]^(٢) في سماع البينة إذا لم يسبق منه ما يطلق له اليمين على انتفاء^(٣) العيب ؛ لأن الإنسان كما يوكل غيره ببيع السليم ، يوكل^(٤) ببيع المعيب ، فاعتبر نكوله بالبينة ، وإن كان الرد بإقرار الوكيل يكون ردًا على الوكيل ، ولكن الوكيل مع الموكل على خصومته ، فإن أقام بينة أن هذا العيب كان عند الموكل رده عليه ، وإن لم يكن له بينة ، فله أن يحلف الموكل ، فإن نكل رده عليه ، وإن حلف لزم الوكيل ، وهذا لأن الرد حصل بقضاء القاضي على كره منه ، فإن صورة هذه المسألة أن يقر الوكيل بالعيب أولاً ، ثم يجحد ويأبى القبول حتى يحتاج فيه إلى قضاء القاضي .

قلنا : والرد بقضاء [القاضي]^(٥) فسخ من كل وجه ، غير أن هذا الفسخ استند إلى سبب قاصر وهو الإقرار ، فمن حيث إنه فسخ كان للوكيل حق مخاصمة الموكل ، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء ، ومن حيث إنه استند إلى دليل قاصر ، يلزم الوكيل إلى أن يقيم الحجة على الموكل ، وهذا [كله]^(٦) إذا كان [عيبًا]^(٧) يحدث مثله في

(١) زاد في م : الرد .

(٢) سقط في م .

(٣) في م : أسماء .

(٤) زاد في م : غيره .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

مدة البيع، فإن كان عيباً لا يحدث مثله في مدة البيع، فالقاضي يرده من غير بينة وإقرار ويمين، ويكون [ذلك]^(١) ردًّا على الموكل؛ لأن القاضي إنما قضى بالرد؛ لعلمه أنه كان عند الموكل، وعلمه بهذا فوق علمه بالبينة، وهذا كله إذا كان الوكيل حرًّا بالغًا، فإن كان مكاتبًا أو عبدًا مأذونًا، فالخصومة [في الرد]^(٢) بالعيب تمنعهما، ولا يرجعان على المولى^(٣)؛ لأنهما يعقدان لأنفسهما بطريق الأصاله، إلا أنه يقع الملك في تصرف المأذون للمولى لا بكونه نائبًا عن المولى، بل بكونه^(٤) المولى نائبًا عن العبد في حق الحكم؛ ضرورة تعذر الإثبات للعبد فبقي التصرف فيما عداه واقعًا^(٥) للعبد، فلهذا لا يرجعان على المولى^(٦). ولكن يباع المأذون فيه ويلزم الدين المكاتب، وإن كان الوكيل صبيًّا محجورًا عليه أو عبدًا محجورًا، فلا خصومة منهما، وإنما الخصومة مع [الوكيل]^(٧)؛ لأن في توجيه الخصومة عليهما ضرر للصبي والمولى وإنه متنفذ^(٨)، وإذا تعذرت الخصومة منهما توجهت على من كان أقرب الناس إليهما في هذا العقد، وهو^(٩) الموكل.

وذكر محمد - رحمه الله - في «الجامع الكبير»: أن من أمر عبد غيره ليشتري^(١٠) نفسه للأمر من مولاه بألف درهم، فقال: نعم، [فأثاه مولاه]^(١١) وقال: بعني نفسي لفلان بألف درهم، ففعل، فهو للأمر، فإن وجد الأمر بالعبد عيبًا، فأراد خصومة

- (١) سقط في م.
- (٢) في م: بالرد.
- (٣) في م: الموكل.
- (٤) في م: لكون.
- (٥) في م: دفعا.
- (٦) سقط في أ.
- (٧) في م: الموكل.
- (٨) في أ: منفي.
- (٩) سقط في أ.
- (١٠) في م: أن يشتري.
- (١١) سقط في م.

البائع، فإن كان ذلك العيب معلوماً للعبد يوم اشترى نفسه، لم يرد به؛ لأن العبد كان وكيلًا بالشراء، والوكيل [بالشراء]^(١) إذا اشترى مع [العلم]^(٢) بالعيب يمتنع الرد؛ لأنه أسقط حق الرد، و[حق]^(٣) الرد من حقوق العقد، فيكون إلى العاقد، استيفاءً وإسقاطاً، وإن لم يكن العبد عالمًا بذلك، فله الرد، والذي يلي الخصومة في ذلك العبد؛ لأنه لم يرض به وإنه من حقوق العقد، فيكون إلى العاقد. والعاقد هو العبد فكان للعبد الرد من غير استطلاع رأي الأمر؛ لأن المشتري، وهو العبد في يد نفسه، وهو وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الرد بالعيب من غير استطلاع رأي الموكل ما دام المشتري في يده^(٤) على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى^(٥). وإذا أمر الرجل غيره أن^(٦) يشتري له عبد فلان بكذا، فاشترى ونقد الوكيل البائع الثمن، وقبض العبد، واطلع على عيب به، فما دام العبد في يد الوكيل، رده على البائع من غير استطلاع رأي الموكل، فإن^(٧) كان قد سلم العبد إلى الأمر، لا يرد من غير استطلاع رأي الموكل.

والفرق: أن في الرد بإبطال العقد الذي هو حق الوكيل، وإبطال الملك الذي هو حق الموكل، فكان الوكيل في الرد أصيلاً من وجه نائباً من وجه، فلكونه أصيلاً، ملك الرد من غير استطلاع رأي الموكل ما دام العبد في يده، [ولكونه نائباً، لم يملك الرد من غير استطلاع رأي الموكل بعدما]^(٨) سلمه إلى الموكل، ومتى كان العبد في يد الوكيل^(٩)، فأراد الوكيل الرد، فادعى البائع رضا الأمر بهذا العيب، فإن

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: يد غيره.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٦٠٩).

(٦) في م: بأن.

(٧) في م: وإن.

(٨) سقط في أ.

(٩) في م: الموكل.

أقام على ذلك بينة قبلت بيته، وامتنع الرد، وإن لم يكن [له]^(١) بينة وأراد استحلاف الوكيل ليس له ذلك، بخلاف ما إذا ادعى على الوكيل أنك رضيت بالعيب، وأراد استحلاف الوكيل حيث له ذلك.

والفرق^(٢): أنه إذا ادعى الرضا على الوكيل، [فالوكيل يستحلف بطريق الأصالة، وإذا ادعى الرضا على الموكل]^(٣)، فالوكيل لا يستحلف بطريق الأصالة^(٤)، وإنما يستحلف بالنيابة^(٥)، والنيابة لا تجري في الاستحلاف^(٦)، وإذا لم يستحلف الوكيل، رد^(٧) الوكيل الجارية على البائع، ثم [إذا]^(٨) حضر الموكل وادعى الرضا وأراد استرداد الجارية من يد البائع، فله ذلك، ولو كان الوكيل بالشراء وكيلاً بالخصومة في العيب، فادعى البائع أن المشتري رضي [بهذا العيب]^(٩) فالوكيل لا يملك رده [حتى يحضر]^(١٠) الموكل فيحلف. والله أعلم.



-
- (١) سقط في م.
 (٢) زاد في م: وهو.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) في م: بطريق النيابة.
 (٦) في م: الحلف.
 (٧) في م: ورد.
 (٨) سقط في م.
 (٩) في م: بالعيب.
 (١٠) في أ: بحضرة.

نوع آخر:

فيما إذا [خرج] ^(١) المشتري عن ملك المشتري ثم عاد إليه فأراد الرد بالعيب: رجل اشترى من آخر عبداً وقبضه وباعه من رجل آخر، ثم إن المشتري الآخر وجد به عيباً ورده على المشتري الأول، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الرد منه قبل القبض، وفي هذا الوجه للمشتري الأول أن يرده على البائع الأول، سواء كان الرد بقضاء أو بغير قضاء [إن كان الرد بقضاء؛ فلأن] ^(٢) الرد قبل القبض فسخ للعقد من الأصل في حق الناس كافة، وإن كان بغير قضاء؛ لأنه تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل، ولهذا لم يتوقف على قضاء القاضي. وهذا المعنى يعم العقار والمنقول جميعاً.

ومعنى آخر يخص المنقول: أن الرد بالعيب قبل القبض لا يمكن أن يعتبر بيعاً جديداً أصلاً؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، فجعلناه فسحاً في حق الكل [أصلاً] ^(٣)، فصار كأنه لم يبيع، فعلى ^(٤) هذا التعليل لا يرد العقار عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده، فأمكن أن يعتبر بيعاً جديداً في حق البائع الأول.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، واختلفت فيه الروايات: أن الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء في العقار هل يعتبر بيعاً جديداً في حق الثالث؟ ذكر في كتاب الشفعة: أنه لا يعتبر.

قال شيخ الاسلام - رحمه الله -: [ما ذكر] ^(٥) في كتاب الشفعة قول محمد - رحمه الله -، فإن بيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز.

(١) سقط في م.

(٢) في م: لأن.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في م: قول.

(٥) سقط في م.

أما على قول أبي حنيفة يعتبر بيعًا جديدًا؛ لأن عنده بيع العقار قبل القبض جائز. وبعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في كتاب الشفعة^(١) قول الكل، فيتأمل عند الفتوى.

و[الثاني]^(٢): إن كان الرد من المشتري الثاني بعد القبض، إن كان الرد برضا المشتري الآخر^(٣) من غير قضاء قاض، فالمشتري الأول لا يرده على بائعه؛ لأن الرد بالعيب بالتراضي فسخ في حق المتعاقدين عملاً باللفظ، وعقد جديد في حق الثالث عملاً بالمعنى، وهو التملك والتملك^(٤) بالتراضي، والبائع^(٥) الأول ثالثهما، فصار في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه ثانيًا، فلا يكون له حق الخصومة مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بنقصان العيب.

وفي «القدوري» عن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى دينارًا بدرهم وقبض الدينار وباعه من ثالث، ثم وجد المشتري الآخر به عيبًا فرده على الأوسط بغير قضاء، كان للأوسط أن يرده على الأول، ولا يشبه هذا العروض، وقد مرت المسألة من قبل، وهذا إذا كان عيبًا يحدث مثله في مدة البيع الثاني فأما إذا كان عيبًا لا يحدث مثله في مدة البيع الثاني فعلى رواية البيوع والإقرار: يرد على بائعه، وعلى رواية «الجامعين» والمأذون والوكالة: لا يرد على بائعه.

وإن كان الرد بقضاء قاض^(٦) فهو على ثلاثة أوجه:

فإن كان الرد بالبينة كان للمشتري الأول أن يرد على بائعه إذا ثبت أن العيب كان عند بائعه؛ [لأن الرد]^(٧) بالبينة فسخ في حقهما وفي حق الثالث، إذ ليس فيه معنى

(١) زاد في م: أنه.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الأول.

(٤) في م: والتمليك.

(٥) في م: فالبائع.

(٦) في م: القاضي.

(٧) في م: والرد.

البيع وهو التمليك والتملك^(١) بالتراضي فصار كأنه لم يبيع، وإن حصل الرد بنكوله أو بإقراره بقضاء القاضي^(٢) بأن أقر بالعيب أولاً، ثم أبى القبول، فكذلك الجواب عند علمائنا - رحمهم الله - رده على البائع الأول؛ لأن هذا فسخ حصل بقضاء القاضي بغير^(٣) رضا المشتري الأول، فيكون فسخاً في حق الكل كما لو حصل الرد بالبينة.

وإنما قلنا: حصل بغير رضا المشتري [الأول]^(٤)، أما نصاً فظاهر، وأما دلالة فلأن الرضا بالفسخ بطريق الدلالة لو ثبت إنما يثبت من حيث إنه باشر سبب الفسخ بالنكول أو بالإقرار بالعيب، والنكول والإقرار بالعيب ليس بسبب للفسخ، فإن الفسخ لا يوجد وإنما يوجد^(٥) بقضاء قاض عن اختيار، وحكم الشيء ما يثبت به من غير أن يتخلل بين السبب و[بين]^(٦) الحكم فعل^(٧) فاعل مختار، أكثر ما فيه أن القاضي مضطر في هذا، وهذا الاضطرار إنما جاء من جهة المشتري الأول بإقراره أو بنكوله، فيكون بمعنى المكره من جهته، وفعل المكره ينتقل إلى المكره، فيصير كأن المشتري [الأول]^(٨) باشر الفسخ من جهته بنفسه.

إلا أنا نقول: فعل المكره إنما ينتقل إلى المكره فيما صلح آلة للمكره [كما]^(٩) في القتل والإتلاف، وأما فيما لا يصلح آلة للمكره، فعل^(١٠) المكره لا ينتقل إليه.

(١) في م: والتمليك.

(٢) في م: قاض.

(٣) في م: بعد.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وجد.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فعلى.

(٨) سقط في م.

(٩) سقط في م.

(١٠) في م: فعلى.

ألا ترى [أن] ^(١) في حق الإثم في الإكراه على القتل لا يصير فعل [المكره] ^(٢) منقولاً إلى المكره؟ لأنه في حق الإثم لا يصلح آلة له لما قلنا، و[أما] ^(٣) القاضي لا يصلح آلة للمشتري الأول في حق القضاء بالفسخ؛ لأن القضاء بالفسخ يكون بالكلام، والإنسان لا يصلح [أن يكون] ^(٤) آلة لغيره في الكلام؛ إذ لا يتصور أن يصير الشخص [الواحد] ^(٥) متكلماً بكلام غيره.

قال بعض مشايخنا: هذا الجواب الذي ذكر في فصل البينة والنكول مستقيم إذا لم يجحد المشتري الأول أن هذا العيب كان عنده بل سكت، فإن البينة على الساكت مسموعة، والساكت يستحلف أيضاً، فأما إذا جحد الأول أن هذا العيب كان عنده ورد عليه بالنكول أو بالبينة.

فعلى قول محمد - رحمه الله - : ليس له أن يخاصم البائع الأول لمكان التناقض.

وعلى قول أبي يوسف: له ذلك؛ لأن القاضي [لما] ^(٦) قضى عليه بالرد فقد ^(٧) أبطل جحوده والتحق بالعدم.

وعامتهم على أن الجواب في فصل الإقرار هكذا إن سبق منه الجحود نصاً، بأن قال: بعته ^(٨) وما به هذا العيب، وإنما حدث عندك، ثم أقر به بعد ذلك وأبى القبول، فرد عليه القاضي، لا يكون له مخاصمة بئعه عند محمد رحمه الله؛ لأنه جعل مقرراً لبائعه بسلامة العبد عن العيب حيث قال للمشتري الثاني: لم يكن به هذا

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: هذا.

(٨) في م: بعته.

العيب حين بعته منك، لو بطل إقراره للبائع الأول بسلامته عن العيب، إنما يبطل بإقراره الثاني بعد ذلك، ولا يقدر المقر له على إبطال إقراره الأول بإقرار يكون منه بعد ذلك، فبقي إقراره الأول بسلامة المبيع عن هذا العيب عند البائع الأول، فلا يصح منه دعوى كون السلعة معيبة^(١) بعد ذلك؛ لمكان التناقض.

وذكر في «المنتقى»: إذا اشترى عبداً وقبضه وأراد أن يرده على بائعه بالعيب فقال البائع: هذا العيب حدث عندك، واستحلف القاضي البائع، فأبى أن يحلف فرده عليه، قال: له أن يرده على بائعه، أي: له أن يخاصم بائعه فيه، ولو لم يأب اليمين ولكن أقر بالعيب، فرد عليه بإقراره لم يكن له أن يخاصم بائعه، فقد^(٢) ذكر المسألة مطلقاً من غير تفصيل.

وفي «نوادير هشام»: عن محمد رحمه الله في رجل اشترى من آخر داراً وقبضها، ثم ردها بعيب بغير قضاء، قال: كان أبو حنيفة يقول مرة: كل شيء لو رفعنا^(٣) إلى القاضي قضى به، ففعل^(٤) هذا دون القاضي، فهو على حقه^(٥) مع بائعه الأول. ولو وهبها وسلم، ثم رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء، فله أن يردها على بائعه، بناء على أن الرجوع في الهبة فسخ من كل وجه، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، وفيه كلمات كثيرة قد ذكرناها في كتاب الهبة من هذا الكتاب.

قال محمد - رحمه الله - في «الجامع»: رجل اشترى من آخر جارية وباعها من غيره، فظهر بها عيب عند المشتري الآخر مما يحدث مثله، فجاء بها إلى المشتري الأول وأراد الرد عليه، فقال المشتري الأول: بعته وما كان بها هذا العيب، وإنما حدث عندك، وأقام المشتري الآخر بينة أن هذا العيب كان بها عند البائع الأول،

(١) زاد في م: عند البائع الأول.

(٢) في م: فيه.

(٣) في م: ارتفعاً.

(٤) في م: ففعله.

(٥) زاد في م: فيه.

فردها^(١) القاضي على المشتري الأول، فلأول أن يردها بذلك العيب على البائع الأول عند أبي حنيفة [وأبي يوسف]^(٢) رحمهما الله.

وقال محمد - رحمه الله - : لا يردها.

وجه^(٣) قول محمد: أن المشتري الأول لما^(٤) ادعى حدوث العيب عند المشتري الثاني، فقد أنكر قيامه عنده وأقر أنه لم يكن عند البائع الأول، وبقضاء القاضي صار مكذبًا في إنكاره لا في إقراره؛ لأن شرط جواز القضاء بالرد على المشتري الأول قيام العيب عنده لا قيام العيب عند بائعه، فبقي حكم إقراره، فلا يكون له أن يخاصم بائعه.

ولهما: أن المشتري الأول صار مكذبًا شرعًا فيما زعم بقضاء القاضي عليه بالرد، والتحق^(٥) زعمه بالعدم.

نظيره مسألة الشفعة، فإن المشتري إذا أقر بالشراء بألف والدار في يديه^(٦)، وأقام البائع بينة على البيع^(٧) بألفين، فالشفيع يأخذ من المشتري بألفين، وإن زعم المشتري أن حقه في الألف^(٨)، ولكن لما صار مكذبًا شرعًا بقضاء القاضي التحق زعمه بالعدم، وما يقول بأنه صار مكذبًا شرعًا فيما أنكر لا فيما أقر.

قلنا: الإقرار بعدم العيب عند البائع الأول لم يوجد نصًا، وإنما يثبت^(٩) في ضمن دعوى الحدوث في يد المشتري [الثاني، وإذا]^(١٠) صار مكذبًا في المتضمن، بطل

(١) في م: فيردها.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: فوجه.

(٤) في م: لو.

(٥) في م: فالتحق.

(٦) في م: يده.

(٧) في أ: البائع.

(٨) في م: الأول.

(٩) في م: ثبت.

(١٠) في م: فإذا.

المتضمن ضرورة.

هذا إذا أقام المشتري الآخر بينة على أن هذا العيب كان عند البائع الأول، فأما إذا أقام بينة أن هذا العيب كان عند المشتري الأول، لم يذكر هذا الفصل في «الجامع». وإنما^(١) ذكره في إقرار الأصل، وقال: [ليس]^(٢) للمشتري الأول مخاصمة بائعه بالإجماع.

[ووجه ذلك]^(٣): أن المشتري الأول لم يصبر مكذبًا فيما أقر من كون الجارية سليمة وقت شرائه عند البائع الأول؛ لأن المقر الأول إنما يصير مكذبًا في إقراره إذا قضى القاضي بالبينة عليه بخلاف ما أقر به، [وهنا القاضي لم يقض على المشتري الأول بخلاف ما أقر به]^(٤)؛ لأن المشتري الأول أقر بكونها سليمة وقت شرائه إياها عند^(٥) البائع الأول، والقاضي قضى بكونها معيبة وقت بيع المشتري الأول من المشتري الثاني؛ لأن القاضي قضى بالرد على المشتري الأول، وشرط كونها معيبة عند المشتري الأول؛ [لا]^(٦) عند البائع الأول [لأن عند البائع الأول لم يثبت بقضاء القاضي كونها معيبة عند البائع]^(٧) فلا يصير المشتري الأول مكذبًا في إقراره بكونها معيبة^(٨) عند البائع [الأول، فلهذا]^(٩) لا يكون له حق مخاصمة البائع الأول، وقود^(١٠) هذا التعليل ألا يكون للمشتري الأول حق مخاصمة بائعه في المسألة

(١) في م: إنما.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: ووجهه.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: عن.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

(٨) في م: سليمة.

(٩) في م: ولهذا.

(١٠) في م: فعود.

الأولى بالإجماع، وقود ما ذكر^(١) من العلة لهما في المسألة الأولى أن يكون للمشتري الأول حق مخاصمة بائعه عندهما في هذه المسألة أيضًا^(٢).

وفي «المنتقى»: اشترى من آخر دارًا وسلمها إلى إنسان، ثم افترقا قبل القبض، ثم رأى المشتري بالدار عيبًا، فله أن يردها على بائعها، وإن لم يتفرقا حتى تناقضا السلم، فليس^(٣) له أن يردها على بائعها، وهذا يجب أن يكون على قول محمد - رحمه الله -؛ لأن بيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز، فلا يمكن^(٤) أن تجعل هذه المناقضة بيعًا جديدًا في حق البائع الأول، وقد ذكرنا جنس هذا في [أول الفصل]^{(٥)(٦)}.

(١) في م: ذكرنا.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٦١٣).

(٣) في م: فكذلك.

(٤) في م: ولا.

(٥) في م: ما تقدم.

(٦) زيادة من المحيط البرهاني يتم بها الفائدة: نوع آخر منه: قال محمد - رحمه الله - في «الجامع»: رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم وقبضه، ثم باعه من آخر بمائة دينار وتقابضا، ثم إن المشتري الآخر لقي بائعه وزاد في الثمن خمسين دينارًا، حتى صحت الزيادة ودفع المشتري الزيادة إلى البائع، ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا فرده على البائع بقضاء قاض استرد الثمن والزيادة جميعًا، وكان للمشتري الأول أن يرد على بائعه؛ لأن المبيع عاد إلى قديم ملكه، وكأن المشتري الآخر لم يزد في الثمن شيئًا، ولكنهما التقيا فجدد العقد بينهما بألفي درهم صح، وينقض البيع الأول بطريق الاقتصار كأنهما تقابلا، ثم تعاقدا، فإن وجد المشتري الآخر بالعبد عيبًا فرده لم يكن لبائعه أن يرده على بائعه الأول؛ لأن هذا الرد لا يعود إليه قديم ملكه بالعقد الأول، لما عرف أن الإقالة عقد جديد في حق الثالث، والبائع الأول ثالثهما، فصار في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه ثانيًا من المشتري الآخر، فلم يعد إلى المشتري الأول بالرد بالعيوب الملك المستفاد من جهة البائع الأول بخلاف الزيادة؛ لأنها لا توجب فسخ العقد الأول على أصح الأقوال؛ لأن الزيادة تصرف في وصف العقد، والتصرف في وصف البيع تقريرًا لأصله، فعاد إلى المشتري الأول بالرد عليه قديم ملكه، أما ههنا بخلافه. ولو كان المشتري الثاني زاد في الثمن عرضًا بعينه، ثم وجد بالعبد عيبًا ورده على المشتري الأول بقضاء، رده المشتري الأول على البائع الأول لما مر، وإن لم يجد المشتري الثاني بالعبد عيبًا لكنه هلك العرض قبل أن يقبض البائع الثاني، وقيمة



العرض خمسون دينارًا، فإنه ينقض العقد في ثلث العقد ويكون ذلك الثلث إلى البائع الثاني؛ لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد، ويصير كأن المشتري الثاني اشتراه بمائة دينار، وعرض قيمته خمسون دينارًا، فإن وجد المشتري بعد ذلك بالعبد عيبًا ورد الثلثين الباقيين على البائع الثاني بقضاء، فإن للبائع الثاني أن يرد العبد على البائع بذلك العيب؛ لأنه عاد إلى البائع الثاني ملكه الذي استفاده من جهة البائع؛ لأن في الثلث انتقض العقد بهلاك أحد العرضين وإنه فسخ من الأصل، وفي الثلثين انتقض العقد بالرد بقضاء القاضي، وإنه فسخ من الأصل أيضًا، ولو كان لم يهلك العرض ولكن إقالة البيع في ثلث العبد، ثم وجد بالباقي عيبًا يرده على بائعه، أما في الثلث ما عاد إليه الملك المستفاد من جهة البائع الأول، وأما في الثلثين، فحتى لا يتضرر البائع الأول ضرر عيب الشركة.

نوع آخر منه :

فيما إذا ادعى المشتري البيع من^(١) آخر وجحد المشتري الثاني الشراء وحلف عليه، ثم وجد المشتري الأول بالمشتري عيباً وأراد رده .

رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم وتقابضا، وباعه من آخر، فجحد المشتري الآخر، فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولم يكن له بينة، فحلف القاضي المشتري الآخر، وعزم^(٢) المشتري [الأول]^(٣) على ترك^(٤) الخصومة، ثم وجد به عيباً كان عند البائع الأول، فأراد رده على البائع الأول، فاحتج عليه البائع الأول بدعواه [البيع]^(٥) من المشتري الثاني، فالقاضي يرده [عليه]^(٦) ولا يبطل حقه بدعواه البيع من الثاني؛ لأن دعوى المشتري الأول البيع من الثاني قد بطلت بيمين الثاني؛ لأن اليمين، حجة قاطعة لخصومته [ههنا]^(٧)، فبطل دعواه [بيمين الثاني]^(٨)، والتحق بالعدم، إلا أن المشتري متى علم أنه صادق في دعوى البيع لا يسعه الرد فيما بينه وبين الله تعالى، إلا إذا عزم ألا يخاصم الثاني، إذا وجد بينة يوماً من الدهر، فحينئذ يسعه الرد فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن بجحود الثاني يفسخ العقد في حقه على ما عرف، ويتوقف الفسخ في حق المشتري الأول، فإذا عزم على ترك الخصومة فقد ساعده على الفسخ فيفسخ العقد فيما بينهما.

قالوا: وهذا إذا عزم المشتري الأول على ترك الخصومة بعد [ما]^(٩) حلف

(١) زاد في م: رجل .

(٢) في م: فحلف وزعم .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: تلك .

(٥) سقط في م .

(٦) سقط في م .

(٧) سقط في م .

(٨) سقط في م .

(٩) سقط في م .

الثاني، [أما إذا عزم على ترك الخصومة قبل حلف الثاني، فليس له أن يخاصم بئعه .

والفرق: أن بعد حلف الثاني^(١)، ولم يكن للمشتري الأول بينة يتعذر إبقاء العقد، فيكون الأول مضطراً في مساعدته في الفسخ، فلم يحتمل معنى المبادلة، فكان فسخاً من كل وجه في حق الناس كافة .

أما^(٢) قبل حلف الثاني، فالمشتري الأول غير مضطر في فسخ البيع الثاني، لجواز أنه متى حلف الثاني ينكل، وإذا لم يكن مضطراً في فسخ البيع الثاني فاعتبرت هذه المساعدة منه بيعاً جديداً في حق الثالث، فلا يكون له مخاصمة البائع الأول، وإن صدقه المشتري الآخر في الشراء وتصادقا أن البيع بينهما كان [تلجئة و]^(٣) سمعة، فرده على المشتري الأول، ثم وجد المشتري الأول بالعبد عيباً كان عند بئعه، كان له أن يرده على بئعه؛ لأن البيع بينهما إنما ظهر بإقرارهما وإنما يثبت على الوجه الذي [أقرا به، وقد أقرأ أنه]^(٤) تلجئة فيثبت كذلك، والبيع تلجئة لا يزيل المبيع عن ملك البائع، فبقي [الملك للمشتري]^(٥) المستفاد من جهة بئعه على حاله فلا يمتنع^(٦) الرد .

وكذلك إن^(٧) اتفقا على أنهما كانا بالخيار في هذا البيع، أو على أن فلانا منهما بعينه كان بالخيار، فرده صاحب الخيار [، أو]^(٨) رده المشتري الأول على بئعه . وكذلك لو اتفقا على أن المشتري الثاني لم يرده ورده^(٩) بخيار الرؤية، فللمشتري

(١) سقط في م .

(٢) في م: فأما .

(٣) سقط في م .

(٤) في م: أقر .

(٥) في م: ملك المشتري .

(٦) في م: يمنع .

(٧) في م: لو .

(٨) سقط في م .

(٩) في م: فيرده .

الأول أن يرده على بائعه؛ لأن الرد بخيار الشرط وبخيار الرؤية فسخ للعقد من الأصل في حق الناس كافة.

وكذلك إن^(١) اتفقا أن البيع الثاني كان بألف درهم إلى العطاء فرد البيع الثاني، فللمشتري الأول أن يرده على بائعه؛ لأن البيع إلى العطاء بيع فاسد، والرد بفساد السبب فسخ في حق الناس كافة.

ولو تصادق المشتري الأول والثاني على^(٢) جريان بيع بات بينهما، ثم خير أحدهما صاحبه ثلاثة أيام ولياليها، جاز، وقد مر هذا في فصل الخيار.

ولو أن من شرط له الخيار في هذه الصورة نقض البيع، لم يكن للمشتري الأول أن يرده على بائعه بحكم العيب؛ لأن البيع في الأصل لما وقع باتًا تعلق به حق البائع الأول، وهو انقطاع حق المشتري الأول في الرد، فهما [في إثبات]^(٣) الخيار وتحصيل الفسخ يريدان إبطال ذلك الحق على البائع الأول، وليس^(٤) لهما هذه الولاية، ولو لم يخير أحدهما صاحبه بالفسخ^(٥) ولكن وجد المشتري بالعبد عيبًا ورده على المشتري الأول، فأراد المشتري أن يرده على البائع الأول، وقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه قبل هذا.

ولو أن المشتري الأول مع^(٦) المشتري الثاني أقر بالبيع الثاني عند القاضي، ثم جحد البيع، وأنكرا أن يكونا أقرّا عنده بشيء جعل القاضي جحودهما فسحًا للعقد؛ لأن الجحود جعل كناية شرعًا عن الفسخ، فإن أراد المشتري الأول أن يرده^(٧) على

(١) في م: إذا.

(٢) زاد في م: بيع.

(٣) في م: بإثبات.

(٤) في م: ليست.

(٥) في م: الفسخ.

(٦) في م: و.

(٧) في م: يرد.

بائعهُ [بعد^(١)] ذلك لم يكن له ذلك؛ لأن البيع قد ثبت عند القاضي بإقرارهما، وجوهرهما جعل نقضًا باختيارهما، فكان بمنزلة الإقالة، حتى لو أراد المشتري الآخر إمساك العبد بعد ذلك ليس له ذلك، وكذلك لو أعتقه المشتري الآخر [لم يصح إعتاقه]^(٢)، ولو أعتقه المشتري الأول [صح]^(٣)؛ لأن الإقالة تمت فيما بينهما. رجل اشترى عبدًا وقبضه ووجد به عيبًا فأراد أن يردّه، فأقام البائع بينة أن المشتري أقر أنه باعه من فلان، قبلت بيته، ولم يكن للمشتري أن يردّه^(٤)، سواء كان فلان حاضرًا أو غائبًا.

فرق بين هذا وبين ما إذا أقام البينة أن المشتري باعه من فلان [الغائب حيث]^(٥) لا تقبل بيته، وكان للمشتري أن يردّه عليه بالعيب.

والفرق: أن في الفصل الأول البينة قامت على إثبات إقرار المشتري الأول، والمشتري الأول حاضر، وليس في قبولها قضاء على الغائب بالبيع؛ لأن الإقرار حجة قاصرة فقبلت، وثبت إقرار المشتري الأول بالبيع، فلا يتمكن من الرد بعد ذلك.

أما في الفصل الثاني البينة قامت على إثبات البيع من الغائب، وذلك ممتنع؛ لما فيه من القضاء على الغائب من غير [أن يكون عند]^(٦) خصم حاضر، فلم تقبل هذه البينة، وصار وجودها والعدم بمنزلة، ولو^(٧) انعدمت كان للمشتري أن يردّه على البائع بالعيب كذا ههنا.

وقد قيل: يجب أن تقبل هذه البينة في الفصل الثاني أيضًا؛ لأن دعوى البائع البيع

(١) سقط في م.

(٢) في م: ثم عتاقه.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يردّها.

(٥) في م: وفلان غائب.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: فلو.

على المشتري من الغائب^(١)، وكل بائع مقر بالملك للمشتري منه، بمنزلة دعوى البائع إقرار المشتري أن هذا العين ملك فلان الغائب، ولو ادعى البائع إقرار المشتري بذلك، وأقام البينة أليس أنه يقبل بيئته؟ فهنا يجب أن يكون كذلك. ويدل عليه ما ذكر الناطفي في أجناسه: أن من ادعى عيئاً في يد رجل أنه له، فقال المدعى عليه في دفع دعواه: إنه مبطل في هذه الدعوى؛ لأنك بعت هذا العين من فلان، وأقام على ذلك بينة فإنه يقبل بيئته.

وطريقه: أن دعوى المدعى عليه بيع المدعي من فلان [فأقام على ذلك بينة]^(٢)، وكل بائع مقر بالملك للمشتري منه، بمنزلة دعواه إقرار المدعي أنه ملكه، ولو ادعى إقراره أنه ملك فلان وأقام على ذلك بينة، أليس أنه تقبل بيئته وتندفع عنه الخصومة؟ فكذا ههنا.

فعلى قياس مسألة الأجناس: ينبغي أن تقبل بينة البائع ههنا في الفصل الثاني. ولو كان البائع أقام البينة أن المشتري باع هذا العبد من هذا الرجل وهو حاضر، لكنهما يجحدان البيع والشراء لم يرد المشتري الأول؛ لأن البينة في هذه الصورة قامت على خصمين حاضرين فقبلت وثبت البيع بينهما، فإذا تجاحدا البيع جعل ذلك إقالة منهما للبيع، والإقالة بيع جديد في حق الثالث، والبائع الأول ثالثهما، فاعتبر في حقه بيعاً جديداً، فبطل حق الرد بالعيب، والله أعلم.



(١) في م: البائع.

(٢) سقط في م.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

إذا قال المشتري: وجدت المبيع معيبًا، لا يجبر على أداء الثمن، ولكن يقيم المشتري البينة على ما ادعى، ويحلف البائع؛ لأنه لو تعجل في جبر المشتري على أداء الثمن مع دعوى المشتري العيب ربما يحتاج إلى نقضه، فإن قال المشتري: شهودي غيب فأمهلني حتى يحضر شهودي أو آتيك بكتاب^(١) حكمي، فالقاضي لا يلتفت إليه ويحلف البائع، فإن حلف، أمر المشتري بأداء الثمن، وإن أبى أن يحلف لا ينتظر حضور الشهود.

[بخلاف ما إذا قال: شهودي حضور، فإن هناك القاضي ينتظر حضور الشهود]^(٢) في بيوع الجامع الصغير

وكذلك المديون إذا ادعى إيفاء الدين، في شرح عصام، يريد به [أن]^(٣) القاضي يأمر المديون بإقامة البينة أو يحلف رب الدين، فإن حلف، يجبر المديون على إيفاء الدين^(٤)، والله أعلم.



(١) في م: في كتاب.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: الديون.

الفصل الخامس عشر

في بيع التلجئة^(١)

وإذا قال رجل لغيره: إني أريد أبيعك عبدي هذا تلجئة لأمر أخاف، وحضر هذه المقالة شهود، فقال له المشتري: نعم، ثم خرجا إلى السوق فتبايعا وأشهدا على ذلك، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: إذا تصادقا بعد البيع أنهما أنشئا البيع على تلك المواضعة، وفي هذه الصورة: البيع فاسد بلا خلاف؛ لأن ما تواضعا في السر من التلجئة والهزل يجعل مشروطاً في البيع الذي تعاقدا ضرورة الحاجة إلى بيع التلجئة والهزل، فإن بيع التلجئة مما يحتاج إليه لخوف من جهة الظلمة على الأموال، حتى يندفع الظلم عن صاحب المال على وجه لا يزول ماله عن ملكه، وهذه الحاجة لا تندفع متى أفصحا بالتلجئة وقت البيع؛ لأن الظالم لا يترك صاحب المال متى علم أنه يبيع تلجئة، ولو باع من غير مواضعة تقدمت بزوال الملك عن عينه، فهي معنى قولنا: إن ما تواضعا في السر يجعل مشروطاً في البيع، [ولو شرط في البيع]^(٢) الذي تعاقدا في الظاهر نصاً أنه تلجئة، أليس إن البيع يقع باطلاً؟ كذا ههنا.

(١) يعرف بعض الحنفية بيع التلجئة بأنه: عقد ينشئه لضرورة أمر فيصير كالمدفوع إليه. وعرفه صاحب الإنصاف بقوله: هو أن يظهر بيعاً لم يريداه باطنا بل خوفاً من ظالم ونحوه دفعا له. وسماه الشافعية بيع الأمانة، وصورته كما ذكر النووي في المجموع أن يتفقا على أن يظهر العقد، إما للخوف من ظالم ونحوه، وإما لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً، ثم يعقد البيع. وأما التلجئة التي أضيف هذا البيع إليها فترد في اللغة بمعنى: الإكراه والاضطرار.

وأما في الاصطلاح: فيرجع معناها إلى معنى الإلجاء، وهو الإكراه التام أو الملجئ، ومعناه كما يفهم من حاشية ابن عابدين أن يهدد شخص غيره بإتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح إذا لم يفعل ما يطلبه منه.

ينظر: الفتاوى الهندية (٢٠٩/٣)، وبدائع الصنائع (١٧٦/٥)، الإنصاف (٢٦٥/٤)، أسنى المطالب (١١/٢)، المجموع (٣٣٤/٩)، القاموس المحيط، والصحاح، والمصباح المنير مادة (لجأ)، ابن عابدين (٨٠/٥)، وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبرزدي (٣٥٧/٤).

(٢) سقط في م.

الثاني من هذه الوجوه: إذا تصادقا بعد البيع أنهما كانا قد أعرضا عن تلك المواضعة، قبل هذا البيع، وفي هذا الوجه: البيع جائز بلا خلاف؛ لأن إليهما نقض تلك المواضعة، وقد تصادقا عليه فانتقضت [تلك]^(١) المواضعة وجعلت كأنها لم توجد أصلاً، ولو لم توجد المواضعة أصلاً وتبايعا، أليس إنه يقع البيع جائزاً؟ كذا ها هنا.

الثالث من هذه الوجوه: إذا تصادقا على المواضعة على التلجئة قبل البيع إلا أن أحدهما ادعى البناء على تلك المواضعة، [وادعى الآخر الإعراض عن تلك المواضعة]^(٢)، قال أبو حنيفة - رحمه الله - : البيع جائز، والقول قول من يدعي [الإعراض عن تلك المواضعة، لأنه يدعي جواز العقد.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : البيع فاسد، والقول قول من يدعي^(٣) [البناء على تلك المواضعة؛ لأنه متمسك بما عرف ثبوته باتفاقهما. ذكر الخلاف على هذا الوجه في كتاب الإقرار.

وعلى هذا الخلاف إذا اتفقا على المواضعة ثم تعاقدا ثم قالوا: لم^(٤) يخطر ببالنا شيء وقت البيع.

فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : البيع جائز.

وعلى قولهما: البيع فاسد.

ولو ادعى أحدهما المواضعة على التلجئة وأنكر الآخر المواضعة، على التلجئة، فالقول قول المنكر للمواضعة، فإن أقام المدعي للمواضعة بينة على المواضعة وقال^(٥): بنينا البيع على تلك المواضعة، إن صدقه الآخر في البناء، فالبيع فاسد،

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: لا.

(٥) في م: وقالوا.

وإن قال الآخر: أعرضنا عن تلك المواضعة، فالمسألة على الاختلاف، على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : البيع فاسد.

وعلى قولهما: البيع جائز.

فإن اتفقا أن البيع بينهما كان تلجئة ثم أجازاه أحدهما، لم تجز ما لم يجيزاه جميعًا؛ لأن الهزل مشروط في البيع من الجانبين، وبيع الهازل في معنى البيع بشرط الخيار، من حيث إن الهزل يعدم الرضا بحكم العقد لا بأصله كشرط الخيار، والخيار في البيع إذا كان مشروطًا من الجانبين لا يجوز البيع بإجازة أحدهما، ويجوز بإجازتهما. كذا ههنا.

وإن اتفقا أن البيع كان تلجئة وقبض المشتري العبد على ذلك وأعتقه، فالعق^(١) باطل، ولا يشبه هذا المشتري من المكره إذا قبض العبد وأعتقه، حيث ينفذ^(٢). وقد ثبت للبائع الخيار في المسألتين.

ولو تواضعا على أن يخبرا أنهما تبايعا هذا العبد أمس بألف درهم ولم يكن بينهما بيع ثم أفرا بذلك، فليس هذا بيع؛ لأنهما لم يتبايعا إنما أخبرا عن بيع معدوم، والإخبار عن المعدوم كذب، فإن قالوا: أجزنا هذا البيع - يعني: البيع الذي أقرنا به - لا يجوز؛ لأنهما يجيزان بيعًا معدومًا؛ لأنهما أخبرا عن بيع المعدوم، والإجازة لا تعمل في المعدوم.

وإن ادعى أحدهما أن هذا الإقرار هزل وتلجئة، وادعى الآخر أنه جد، فالقول قول من يدعي الجد، كذا ههنا.

هذا إذا كانت التلجئة في ذات البيع، وإن كانت التلجئة في البدل، بأن تواضعا في السر أن الثمن ألف درهم، إلا أنهما يتعاقدان في العلانية بألفي درهم ليكون أحد الألفين سمعة، فإن تصادقا على الإعراض عن تلك المواضعة، فالبيع جائز بألفي

(١) في م: فالقبض.

(٢) زاد في م: عتقه.

درهم، وإن تصادقا على أنهما [بنيا]^(١) على تلك المواضعة، فعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : البيع جائز بألف درهم، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، وفي رواية أخرى عنه : أن البيع فاسد. كذا ذكر^(٢) شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه .

وإن تصادقا على أنه لم تحضرهما نية وقت المعاقدة، فعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : البيع بألف درهم .

قال شمس الأئمة السرخسي : وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - وفي إحدى الروايتين عنه : البيع بألفي درهم، وهي الرواية المذكورة في كتاب الإقرار، وهذه الرواية أصح .

وهذه^(٣) المواضعة السابقة إنما تجعل كالمشروط في العقد إن^(٤) لم يوجد منهما ما يدل على الإعراض عنها، وقد وجد ههنا ما يوجب الإعراض عنها؛ لأنهما قصدا بيعًا جائزًا .

ولو اعتبرت تلك المواضعة مشروطة في هذا البيع يفسد هذا البيع؛ لأنه يصير كأنه قال : بعت منك بألفين على ألا يجب أحد الألفين؛ لأن الهزل عمله في البيع من الوجوب لا في الإخراج بعد الوجوب؛ لأنه بمعنى خيار الشرط .

ولو تواضعا في السر أن الثمن مائة دينار وتعاقدا في العلانية بعشرة آلاف درهم فالبيع^(٥) بعشرة آلاف، وهذا استحسان، والقياس : ألا يجوز البيع، وهو طعن عبثي؛ لأن الدراهم [لم]^(٦) تثبت ثمنًا لكونها هزلًا وسمعة، والدنانير لم تثبت ثمنًا؛

(١) سقط في م .

(٢) في م : ذكره .

(٣) في م : لأن .

(٤) في م : إذا .

(٥) في م : انعقد البيع .

(٦) سقط في م .

لأنها لم تذكر في البيع [فبقي البيع]^(١) بغير تسمية الثمن.

وجه الاستحسان: أنه وجد ما يوجب الإعراض عن تلك المواضعة، وهو إقدامهما على البيع على قصد الجواز؛ إذ لا جواز لهذا البيع إلا بعد الإعراض عن تلك المواضعة، فثبت^(٢) الإعراض عن تلك المواضعة، وكان البيع بالدرهم حاصلًا ابتداءً فيجوز، فإن عقد البيع في السر بثمن، ثم عقدا في العلانية مرة أخرى، فإن عقدا في العلانية بجنس ما عقدا به في السر إلا أنه أكثر مما عقدا في السر بأن تبايعا في السر بألف درهم، ثم تبايعا في العلانية بألفي درهم إن أشهدا أن ما يعقدان في العلانية مهزول^(٣) وسمعة، فالعقد عقد السر، وإن لم يشهدا على ذلك، فالعقد عقد العلانية، وإن قالا في السر: نريد أن نظهر بيعًا علانية، وهو بيع تلجئة وباطل فاجتمعا على ذلك، ثم إن أحدهما قال: علانية، وصاحبه حاضر كما قلنا كذا وكذا في السر، وقد بدا لي أن أجعله بيعًا صحيحًا وصاحبه يسمع ذلك، فلم يقل شيئًا حتى تبايعا، فالبيع جائز.

ولو لم يسمع صاحبه ذلك وتعاقدا، فالبيع فاسد، وإن قبضه المشتري فأعتقه. وإن^(٤) كان البائع هو الذي قال ذلك القول فعتقه جائز وعليه الثمن؛ لأن البيع جائز^(٥) من جهة البائع بما أبطل الشرط، ولو لم يبق للبائع الخيار إنما بقي الخيار للمشتري، فإن^(٦) أعتقه فقد أجاز البيع، فجاز ووجب الثمن، وإن كان المشتري هو الذي قال ذلك القول فعتقه باطل، والله تعالى أعلم.

(١) سقط في م.

(٢) في م: فيثبت.

(٣) في م: فهذل.

(٤) في م: فإن.

(٥) في م: جاز.

(٦) في م: فإذا.

الفصل السادس عشر

في تصرف المريض مع الوارث، وفي تصرف الأب على الصغير وفي تصرف الصغير لنفسه

إذا باع من وارثه واشترى من الوارث بمثل قيمته، لا يصح البيع والشراء أصلاً قبل إجازة الورثة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعندهما: يصح، وإن حابى لا تصح المحاباة أصلاً عند الكل، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، ويقال للمشتري: إما أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة، وإلا يفسخ، في باب إقرار العبد لمولاه والمأذون الكبير لشيخ الإسلام خواهر زادة - رحمه الله - .

وفي الزيادات: أن نفس البيع من الوارث لا يصح من غير إجازة الورثة بالإجماع وهو الصحيح؛ لأن المحاباة وصية بلا خلاف، والوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة بلا خلاف.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب مزارعة الأرض^(١) على سبيل الاستشهاد مسألة شراء المريض من وارثه وقال: ألا ترى أن مريضاً [لو اشترى شيئاً]^(٢) من وارثه بمعاينة الشهود وأعطاه الثمن كان جائزاً إذا لم يكن فيه محاباة، كما لو اشترى أجنبي.

قال ثمة: الوارث إنما يخالف الأجنبي في الإقرار، فأما فيما ثبت معاينة فالوارث والأجنبي فيه سواء، ولم يذكر في المسألة خلافاً، فهذه المسألة دليل على جواز شراء المريض من الوارث عند الكل.

الأب إذا اشترى الطعام للصغير من مال نفسه يكون متبرعاً، وإن كان للصغير مال استحساناً. في باب نكاح الصغير في^(٣) أدب القاضي.

(١) في م: المريض.

(٢) في م: اشترى.

(٣) في م: من.

الصبي المأذون إذا اشترى قريب نفسه صح وعتق عليه، والأب أو^(١) الوصي إذا اشترى قريب الصبي والمعتوه، لا يجوز على الصبي والمعتوه، وينفذ على الأب والوصي، وإذا^(٢) اشترى للمعتوه أمة كان استولدها بالنكاح يلزم الأب قياسًا. وفي الاستحسان: يجوز على المعتوه شراء واحدة من ذلك^(٣)، الأصح هو الأول أنه لا يجوز، هذا وأجناسه من الشريك والمضارب وغيره، سوى الصبي والمأذون. وفي الباب الحادي عشر بعد المائة من الزيادات: صبي أو معتوه وهب له أخوه فقبضه له أبوه أو وصيه، جاز وعتق؛ لأنه لا يغرم شيئًا، بخلاف الشراء، وإن وهب له نصفه، وأستحسن أيضًا أن أجزه وأعتقه عليه، لكن لا يضمن الصبي، بل يسعى العبد في نصيب الشريك، هذا وأجناسه في الثلث الأخير من وكالة المنتقى، والله أعلم.



(١) في م: و.
 (٢) في م: وإن.
 (٣) في م: لكن.

الفصل السابع عشر

في جحود أحد المتبايعين أو جحودهما

جحود ما عدا النكاح فسخ للعقد، في شركة شيخ الإسلام - رحمه الله - .
 ذكر في كتاب الإقرار في باب الإقرار بالبيع: أن البيع لا يفسخ بجحود أحد المتبايعين وينفسخ بجحودهما، فلو أنهما جحدا البيع، ثم إن المشتري ادعى^(١) ذلك الشراء، لا يثبت الشراء، وإن أقام البينة على الشراء، ولو صدقه البائع على [غير]^(٢) الشراء، يثبت الشراء ولم يجدد بيعًا بعدما انفسخ العقد بجحودهما، وطريقه: أن جحودهما البيع يرتفع بضده، وهو الإقرار بالبيع، والفسخ إنما يثبت بسبب الجحود، فإذا ارتفع [الجحود ارتفع]^(٣) الفسخ الثابت بسببه، ومتى ارتفع [رافع العقد]^(٤) يعود العقد كما لو تقايلا البيع، ثم تفاسخا الإقالة بعد ذلك فإنه يعود البيع وإن لم يجدد العقد^(٥)، كذا هنا. والله أعلم.

* * *

-
- (١) زاد في م: بعد.
 (٢) سقط في م.
 (٣) سقط في م.
 (٤) سقط في م.
 (٥) في م: عقدا.

الفصل الثامن عشر في الإقالة^(١)

(١) الإقالة في اللغة: الإقالة في اللغة: مصدر «أقال - يقيل - إقالة» قال في المصباح: «وأقال الله عشرته: إذا رفعه من سقوطه، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد، وقاله قيلا من باب باع لغة، واستقاله البيع فأقاله، وجاء في موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية: «الإقالة - لغة - الإسقاط والرفع».

تعريف الإقالة في الاصطلاح: تنوعت أقوال الفقهاء في بيان ماهية الإقالة وذلك على النحو التالي:

تعريف الحنفية: الإقالة عندهم هي: رفع العقد القابل للفسخ بخيار.

تعريف المالكية: عرف المالكية الإقالة بأنها: ترك المبيع لباتعه بثمنه.

تعريف الشافعية: الإقالة عندهم هي: رفع العقد المالي بوجه مخصوص.

تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة الإقالة بأنها: رفع العقد السابق بالثمن الأول ورجوع كل واحد من العاقدين في ماله.

ينظر: المصباح المنير، مادة (قيل)، موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية، للتهانوي، طبع خياط، بيروت (١٢١/٥)، مادة (قيل)، حاشية ابن عابدين (١١٦/٥)، البحر الرائق (١٠٦/٦)، شرح الخرشي (١٦٥/٥)، حاشية الجمل على شرح المنهج (١٣٨/٣)، المغني (٢٠٠/٦)، القواعد، ص (٣٨٠)، الروض المربع (١٧٩/٢).
وانفق الفقهاء على مشروعية الإقالة من الكتاب والسنة النبوية المطهرة والأثر والإجماع والمعقول.

أولاً - الكتاب: احتج الفقهاء على مشروعية الإقالة من الكتاب بقوله تعالى: ﴿فَأَصْفَحْ أَصْفَحَ الْجَمِيلِ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية: أمر الله - عزَّ وجلَّ - بالصفح عن الناس، ومن الصفح الإقالة.

ثانياً - السنة النبوية المطهرة: استدل الفقهاء على مشروعية الإقالة بأحاديث من السنة النبوية يمكن بيان أبرزها فيما يلي:

١- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا، أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» [أخرجه أحمد (٢٥٢/٢)، وأبو داود (٧٣٨/٣) كتاب البيوع والإجازات، باب: في فضل الإقالة، حديث (٣٤٦٠)، وأبو يعلى في «معجم شيوخه»، ص (٣٤٤)، رقم (٣٢٦)، وابن حبان (١١٠٣ - موارد)، والحاكم (٤٥/٢)، والبيهقي (٢٧/٦) كتاب البيوع، باب: من أقال المسلم إليه بعض السلم، وفي شعب الإيمان (٣١٤/٦)، رقم (٨٣١٠)، والخطيب في تاريخ بغداد (١٩٦/٨) من طريق يحيى بن معين ثنا حفص بن غياث عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: فذكره. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. وصححه ابن حبان. وأخرجه ابن حبان (١١٠٤ - موارد)، والبيهقي

(٢٧/٦) كتاب البيوع، باب: من أقال المسلم إليه بعض المال وفي شعب الإيمان (٦/٢٦٠)، رقم (٨٠٧٦)، والطبراني في مكارم الأخلاق، رقم (٦٠) وقاسم بن أصبغ في «مصنفه» والبزار كما في المقاصد الحسنة، ص (٣٩٩)، رقم (١٠٦٥) من طريق إسحاق بن محمد الفروي ثنا مالك بن أنس عن سمي عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من أقال نادماً عشرته أقاله الله عز وجل عشرته يوم القيامة. وقال البزار: تفرد به إسحاق عن مالك. وصححه ابن حبان. وأخرجه ابن ماجه (٢/٧٤١) كتاب التجارات، باب: الإقالة، حديث (٢١٩٩) من طريق مالك بن سعيير ثنا الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلماً أقال الله عشرته يوم القيامة». قال البوصيري في الزوائد (١٧٣/٢): هذا إسناد صحيح على شرط مسلم. وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٦/٣٤٥) والبيهقي (٦/٢٧) من طريق مالك عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة به. قال السخاوي في المقاصد الحسنة، ص (٣٩٩): وهي أصح من طريق مالك عن سمي بل قيل: إن تلك خطأ. وأخرجه الحاكم في علوم الحديث، ص (١٨) والبيهقي (٦/٢٧) من طريق عبد الرزاق عن معمر بن محمد بن واسع، عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال نادماً أقاله الله نفسه يوم القيامة ومن كشف عن مسلم كربة كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه». قال الحاكم: هذا إسناد من نظر فيه من غير أهل الصنعة لم يشك في صحته وليس كذلك فإن معمر بن راشد الصنعاني ثقة مأمون ولم يسمع من محمد بن واسع ومحمد بن واسع ثقة مأمون ولم يسمع من أبي صالح].

٢- عن أبي شريح قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَقَالَ أَحَاهُ يَبِعَا أَقَالَهُ اللَّهُ عَشْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» [أخرجه الطبراني في الأوسط (١/٢٧٢) رقم (٨٨٩)، قال المنذري في الترغيب (٢/٥٦٧) والهيثمي (٤/١١٠): «رواته ثقات». كذا قالوا! وشريك صدوق سيء الحفظ، وعبد الملك لم يدرك أبا شريح؛ لأنه من أتباع التابعين.

وروي مرسلًا: أخرجه عبد الرزاق (٢/٥٦) بإسنادين صحيحين عن يحيى بن أبي كثير وهارون بن أبي عائشة].

وجه الدلالة من هذين الحديثين: دل هذان الحديثان على مشروعية الإقالة؛ إذ النبي ﷺ نذب إليها بما يوجب التحريض على الثواب والأجر الأخروي إخبارًا أو دعاء وكلاهما لا يكون إلا لمشروع.

٣- عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: ابتاع رجل ثمر حائط، في زمان رسول الله ﷺ. فعالجه، وقام فيه، حتى يتبين له الثفصان. فسأل رب الحائط أن يضع له، أو أن يقيله. فحلف أن لا يفعل. فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ، فذكرت ذلك له. فقال رسول الله ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيرًا». فسمع بذلك رب الحائط، فأتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، هو له [أخرجه مالك في الموطأ (٢/٦٢١) كتاب البيوع، باب: الجائحة في بيع الثمار والزرع، حديث (١٥)، وعنه الشافعي في المسند

(١٤٩/٢) كتاب البيوع، باب: فيما نهي عنه من البيوع حديث (٥١١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٠٥/٥)، وفي السنن الصغير (٢٥٣/٢، ٢٥٤)، رقم (١٩٠٢)، ومعرفة السنن والآثار (٣٣٣/٤)، رقم (٣٤٢٧ - العلمية)، كلهم مرسلًا ووصله البخاري في صحيحه رقم (٢٧٠٥)، ومسلم رقم (١٥٥٧).

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث بظاهره على مشروعية الإقالة؛ إذ وصف النبي ﷺ الإقالة بأنها من أفعال الخير، وفعل الخير مطلوب فالإقالة مشروعة.

ثالثًا - الأثر: روي عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أنه اشترى من رجل أرضًا، فأبطأ عليه تسلم الثمن؛ فقال له: ما منعك عن أن تقبض الثمن؛ فقال: إنك اشتريت مني الأرض رخيصة وكلما قابلني رجل لامني على هذا البيع؛ فقال له: أنت حر في الرجوع، فآختر ما تشاء، الأرض أم الثمن [أخرجه النسائي (٣١٨/٧) في كتاب البيوع، باب: حسن القضاء والرفق في المطالبة عن عبد الله بن محمد بن إسحاق عن إسماعيل بن علي عن يونس عن عطاء بن فروخ عن عثمان، وأحمد في المسند (٥٨/١، ٧٠/١)، وعطاء مولى قريش حجازي روى عن عثمان، وابن عمر، وابن عمرو، وعنه يونس بن عبيد، وعلي بن يزيد بن جعدان، ذكره ابن حبان في الثقات وقال: عداه في أهل المدينة كان انتقل إلى البصرة، وقال: ذكر علي بن المديني في العلل أنه لم يلق عثمان - رضي الله عنه - وساق الحافظ ابن حجر في التهذيب الحديث (٢١٠/٧)، والحديث أخرجه ابن ماجه (٧٤٢/٢) في كتاب التجارات، باب: السماح في البيع (٢٢٠٢)، وقال الشهاب البوصيري (١٧٦/٢): هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع عطاء بن فروخ لم يلق عثمان بن عفان وله شاهد في صحيح البخاري وغيره من حديث جابر بن عبد الله، ورواه الترمذي في الجامع من حديث أبي هريرة].

وجه الدلالة من هذا الأثر: ووجه الدلالة من الأثر ظاهر، فإن البيع قد تم انعقاده ووقع صحيحًا مستوفيًا أركانه وشروطه، وأصبحت الأرض ملكًا لعثمان - رضي الله عنه - ولكن البائع ندم في بيعته بعد ذلك، وأراد النجاة منه فأظهر ندمه بإبطائه في تسلم الثمن، فجعله عثمان حرًا في الرجوع عن بيعه، والرجوع عن البيع في هذه الصورة إقالة على القول بأنها فسخ، ونحن نعلم جيدًا أن سيدنا عثمان - رضي الله عنه - من أقرب الصحابة إلى النبي ﷺ، فما فعل شيئًا أو أمر بشيء إلا أنه يعرف أن ذلك مشروع.

رابعًا: الإجماع: قال ابن المنذر: لا نعرف خلافًا بين أهل العلم من السلف والخلف في جواز العمل بالإقالة.

خامسًا - المعقول: قالوا: إن العقد حق للعاقدين، وكل ما هو حقهما، فالأصل أنهما يملكان رفعه برضاهما لحاجتهما إلى ذلك في المعاملة؛ لأن العاقد قد يندم على ما أقدم عليه، ولا يجد أمامه طريقًا إلى التحلل من العقد، فشرع الله الإقالة وندب إليها لإزالة الغم عن النادم، وتفريج الكرب عن المكروب.

ينظر: تفسير الفخر الرازي (٢٠٦/١٩)، تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل (١٠/٣٧٦٨)، تفسير البيضاوي (٩٠/٣)، سبل السلام (٣٣/٣)، الاختيار (١٢/٢)، تكملة فتح القدير (٢٤٦/٥).

الأصل عند أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الإقالة تجعل فسخاً^(١) في حق المتعاقدين في الصور كلها، فإن أمكن تصحيحها فسخاً [تصح فسخاً، وإن تعذر

(١) للفقهاء في تكييف الإقالة أقوال: الأول: أنها فسخ ينحل به العقد في حق العاقدين وغيرهما، وهو قول الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن. وجه هذا القول أن الإقالة في اللغة عبارة عن الرفع، يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثرتي، أي ارفعها، والأصل أن معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه، ولأن البيع والإقالة اختلفا اسما، فتخالفا حكما، فإذا كانت رفعا لا تكون بيعا، لأن البيع إثبات والرفع نفي، وبينهما تناف، فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخا محضا، فتظهر في حق كافة الناس.

الثاني: أنها بيع في حق العاقدين وغيرهما، إلا إذا تعذر جعلها بيعا فإنها تكون فسخا، وهذا قول أبي يوسف والإمام مالك. ومن أمثلة ذلك أن تقع الإقالة في الطعام قبل قبضه. وجه هذا القول أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل، وقد وجد، فكانت الإقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني.

الثالث: أنها فسخ في حق العاقدين بيع في حق غيرهما، وهو قول أبي حنيفة. وجه هذا القول أن الإقالة تنبئ عن الفسخ والإزالة، فلا تحتمل معنى آخر نفيا للاشتراك، والأصل العمل بحقيقة اللفظ، وإنما جعل بيعا في حق غير العاقدين، لأن فيها نقل ملك بإيجاب وقبول بعوض مالي، فجعلت بيعا في حق غير العاقدين محافظة على حقه من الإسقاط، إذ لا يملك العاقدان إسقاط حق غيرهما.

ويترتب على اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة آثار في التطبيق في أحوال كثيرة منها ما يلي: أولا - الإقالة بأقل أو أكثر من الثمن: إذا تقابل المتبايعان ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول، أو سميا جنسا آخر سوى الجنس الأول، قل أو كثر، أو أجلا الثمن الأول، فالإقالة على الثمن الأول، وتسمية الزيادة والأجل والجنس الآخر باطلة على القول بأن الإقالة فسخ، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أو بعده، وسواء أكان المبيع منقولا أم غير منقول، لأن الفسخ رفع العقد الأول، والعقد وقع بالثمن الأول، فيكون فسخه بالثمن الأول، وحكم الفسخ لا يختلف بين ما قبل القبض وما بعده، وبين المنقول وغير المنقول، وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل، وتبقى الإقالة صحيحة، لأن تسمية هذه الأشياء لا تؤثر في الإقالة، ولأن الإقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن، حيث إن رفع ما لم يكن ثابتا محال. وتكون الإقالة أيضا بمثل الثمن الأول المسمى، لا بما يدفع بدلا عنه، حتى لو كان عشرة دنانير فدفع إليه دراهم عوضا عنها، ثم تقايلا - وقد رخصت الدنانير - رجع بالدنانير لا بما دفع، لأنه لما اعتبرت الإقالة فسخا، والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد، كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلا.

ينظر: الاختيار (١/١٨٤)، وبدائع الصنائع (٧/٣٣٩٤ - ٣٣٩٦)، وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير (٦/٤٨٧ - ٤٩١)، والخرشي (٥/١٦٦)، والمدونة (٩/٧٦١)، والمغني (٤/١٣٥).

تصحيحها فسحًا^(١) لا تصح.

بيان هذا الأصل من المسائل: إذا باع جارية بألف درهم وتقايلها العقد بينهما بألف درهم، فعلى قوله صحت الإقالة، وإن تقايلها بألف وخمسمائة صحت الإقالة [بألف]^(٢)، ويلغو ذكر الخمسمائة؛ لأن في الألف وخمسمائة ذكر الألف فيمكن تصحيحها إقالة بالألف بالغًا [مبلغ]^(٣) الزيادة.

وإن تقايلها بخمسمائة، فإن كان العبد قائمًا في يد المشتري على حاله^(٤) لم يدخله عيب صحت الإقالة بألف، ويلغو ذكر الخمسمائة، فيجب على البائع رد الألف على المشتري، وإن دخله عيب تصير إقالة بخمسمائة، ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب؛ لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع، جاز أن يحتبس^(٥) عند البائع بعض الثمن.

بعض مشايخنا قالوا: تأويل المسألة أن تكون حصة العيب خمسمائة أو أقل أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه، ولكن جواب «الكتاب» مطلق. ولو كانت الإقالة بجنس آخر، ذكر في عامة الكتب أنها تصح إقالة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - بالثمن الأول ويلغو ذكر جنس آخر. وذكر بعض المشايخ في شرح «الجامع الصغير» أن^(٦) على قول أبي حنيفة رضي الله عنه تبطل الإقالة في هذه الصورة، وإن ازدادت الجارية ثم تقايلها، فإن كانت الزيادة قبل القبض صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة.

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أنه.

(٥) في م: يحبس.

(٦) في م: أنه.

وإن كانت الزيادة بعد القبض: إن كانت منفصلة، فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛ لأنه تعذر تصحيحها^(١) فسحاً بسبب الزيادة [؛ لأن الزيادة]^(٢) المنفصلة مانعة فسخ العقد حقاً للشرع، وأبو حنيفة رحمه الله لا يصح الإقالة إلا بطريق الفسخ.

وإن كانت الزيادة متصلة، فالإقالة صحيحة عنده؛ ولأن الزيادة المتصلة عند أبي حنيفة رحمه الله لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطان حقه في الزيادة، وقد وجد الرضا لما تقايلا، فأمكن تصحيحها فسحاً فتصح فسحاً عنده.

والأصل عند أبي يوسف - رحمه الله - : أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين إذا لم يوجد منهما دليل البيع بأن تقايلا بمثل الثمن الأول، وكان العقد قابلاً للفسخ، ففي هذه الصورة تجعل الإقالة فسحاً في حقهما، أمكن اعتبارها بيعاً جديداً، أو لم يمكن؛ بأن كانت الإقالة في المنقول قبل [القبض]^(٣)، وإذا وجد منهما دليل البيع و^(٤) أمكن جعلها بيعاً تجعل بيعاً سواء أمكن جعلها فسحاً، أو لم يمكن فإن لم يمكن أن تجعل بيعاً وأمکن أن تجعل فسحاً، كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض، أو تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما، فالإقالة في هذه الصورة تجعل فسحاً؛ لأنه تعذر [جعلها بيعاً]^(٥)، وإن لم يمكن أن تجعل بيعاً ولا فسحاً، تبطل كما في بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول.

بيان هذا الأصل من المسائل: إذا تقايلا قبل قبض الجارية، والجارية قائمة على حالها لم تتغير إلى زيادة أو نقصان، أو تغيرت إلى زيادة [أو]^(٦) نقصان، [فالإقالة

(١) في م: صحتها.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: إن.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

صحيحة عنده فسحًا^(١) إذا تقايلا بالثمن الأول، أو بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة^(٢) أو نقصان؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، وأمكن اعتبارها فسحًا؛ لأن النقصان لا يمنع الفسخ على كل حال. وكذلك الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ؛ فتجعل فسحًا.

وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول، بطلت الإقالة؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسحًا؛ لأن الفسخ ما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر.

وإن تقايلا بعد القبض فإن كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير، وقد تقايلا بالثمن الأول، فالإقالة عنده صحيحة فسحًا؛ لأنه لم يوجد دليل البيع والعقد قابل للفسخ فتجعل الإقالة فسحًا، وكذلك إذا سكتنا عن الثمن الأول؛ لأن الثمن الأول يصير مذكورًا مقتضى الإقالة فإن الإقالة ما يكون بالثمن الأول.

وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تجعل الإقالة بيعًا؛ لأنه وجد دليل البيع وهو الزيادة في الثمن أو النقصان عنه، وإن أمكن جعلها بيعًا فجعلناها بيعًا حتى لا تلغو الزيادة أو النقصان. وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول تجعل بيعًا عنده؛ لأنه وجد دليل البيع، وأمكن اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول بعد القبض جائز [فجعلناها بيعًا]^(٣).

وإن تغيرت الجارية إلى نقصان بأن تعيبت في يد المشتري بفعل المشتري أو بأفة سماوية، فإن^(٤) تقايلا بمثل الثمن الأول أو سكتنا عن ذلك^(٥)، تجعل الإقالة فسحًا عنده، غير أن البائع إذا لم يعلم بالعيب [وقت الإقالة، كان له الخيار إن شاء أمضى

(١) سقط في م.

(٢) في م: زيادة.

(٣) في م: فجعلنا.

(٤) في م: وبه قال.

(٥) في م: ذكر الثمن الأول.

الإقالة وإن شاء رد، وإن علم بالعيب^(١) فلا خيار له، وهذا؛ لأن البائع في إقالة بيع العرض بالدرهم^(٢) بمنزلة المشتري عند الشراء.

وإن تغيرت الجارية إلى زيادة، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والأرش والعقر تجعل الإقالة بيعًا؛ لأنه تعذر اعتبارها فسحًا؛ لمكان الزيادة، وأمكن اعتبارها بيعًا فجعلناها بيعًا، وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب في هذا والجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير سواء؛ لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ عند وجود^(٣) الرضا ممن له الحق في الزيادة، وقد وجد الرضا هاهنا لما تقايلا.

والأصل عند محمد رحمه الله: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين إذا لم يوجد منهما دليل البيع، [بأن تقايلا بجنس الثمن الأول وكان البيع قابلاً للفسخ. وإن وجد منهما دليل البيع^(٤) لم يمكن أن تجعل فسحًا وأمكن جعلها بيعًا تجعل بيعًا رواية واحدة، كما قاله أبو يوسف رحمه الله.

ولو تقايلا بعد القبض بالثمن الأول، ولكن بعد الزيادة المنفصلة، أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول، وإن وجد منهما دليل البيع وأمكن جعلها بيعًا وفسحًا، كما لو تقايلا بعد القبض والجارية قائمة على حالها بجنس الثمن الأول ولكن بزيادة أو نقصان.

وعن محمد^(٥) رحمه الله روايتان: في رواية كتاب المأذون يجعلها بيعًا، وفي رواية كتاب الشفعة يجعلها فسحًا، وإن لم يمكن جعلها بيعًا ولا فسحًا تبطل الإقالة. بيان هذا الأصل من المسائل: إذا تقايلا قبل قبض الجارية تصح الإقالة ويكون فسحًا عند محمد رحمه الله إذا حصلت الإقالة بالثمن الأول، أو على جنس الثمن

(١) سقط في م.

(٢) زاد في م: ينزل.

(٣) زاد في م: دليل.

(٤) سقط في م.

(٥) زاد في م: فيه.

الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، وإن حصلت الإقالة على خلاف [جنس]^(١) الثمن الأول تبطل الإقالة عنده على نحو ما قلنا ولأبي^(٢) يوسف - رحمه الله - .
 وإن تقايلا بعد قبض الجارية فإن كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير وقد تقايلا بالثمن الأول وقد سكتنا عن الثمن الأول يجوز الإقالة عنده فسحاً على [نحو]^(٣) ما قلنا [لأبي يوسف]^(٤) .

وإن تقايلا بجنس الثمن الأول ولكن بزيادة أو نقصان فعن محمد في هذه الصورة روايتان، ففي^(٥) رواية كتاب المأذون: تصح الإقالة بيعاً، وفي رواية كتاب الشفعة: تصح فسحاً؛ لأنه وجد دليل البيع وأمكن جعلها^(٦) بيعاً وفسحاً، وفي مثل هذه الصورة عن محمد روايتان.

وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول، صحت الإقالة عنده بيعاً رواية واحدة؛ لأنه وجد دليل البيع وتعذر جعلها فسحاً؛ لأن الفسخ ما يكون بمثل الثمن الأول، وأمكن جعلها بيعاً، وفي مثل هذه الصورة تصح الإقالة بيعاً عنده رواية واحدة.

وإن كانت الجارية [قد]^(٧) تغيرت عن حالها إلى [زيادة أو نقصان، إن كان التغير إلى]^(٨) نقصان بأن تعيبت في يد المشتري بفعل أجنبي أو بأفة سماوية، فالجواب فيه عند محمد - رحمه الله - نظير الجواب عند أبي يوسف رحمه الله .

وإن تغيرت الجارية إلى زيادة، فإن كانت الزيادة منفصلة تصح الإقالة عنده بيعاً

-
- (١) سقط في م .
 - (٢) في م: وعند أبي .
 - (٣) سقط في م .
 - (٤) سقط في م .
 - (٥) في م: في .
 - (٦) في م: جعله .
 - (٧) سقط في م .
 - (٨) سقط في م .

في الفصول كلها؛ لأنه تعذر اعتبارها فسحاً لمكان الزيادة، وأمكن اعتبارها بيعاً فجعلناها بيعاً، وإن كانت الزيادة متصلة فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير؛ لأن الزيادة المتصلة لا تمنع صحة الفسخ عنده، سواء وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة أو لم يوجد، وإذا كان الفسخ لا يتعذر بسبب الزيادة المتصلة، صار وجودها والعدم بمنزلة.

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب المأذون [فقال]^(١): إقالة العبد المأذون له في التجارة: إذا باع جارية بألف [درهم]^(٢)، ثم إن العبد أقال البيع^(٣) في الجارية، وجعلها على وجهين: إما أن كانت الإقالة قبل قبض المشتري الجارية، أو بعد قبضه إياها، وجعل كل وجه على وجهين: إما أن كان الثمن موهوباً، أو غير موهوب. فإن كانت الإقالة قبل قبض الجارية والثمن غير موهوب تصح الإقالة فسحاً عندهم إلا في فصل، وهو ما إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك تبطل الإقالة عندهم.

وأما^(٤) في سائر الفصول؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعاً جديداً؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وأمكن جعلها فسحاً إذا كان الثمن غير موهوب للمأذون؛ لأنه لا يكون فسحاً بغير ثمن فيجعل فسحاً.

وأما^(٥) إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول فلائنه كما تعذر اعتبارها بيعاً تعذر اعتبارها فسحاً؛ لأن في الفسخ ما يكون بمثل الثمن الأول فيبطل^(٦) ضرورة. وإن كان الثمن موهوباً للمأذون، فالإقالة باطلة عندهم جميعاً في الفصول كلها؛

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: البائع.

(٤) في م: فأما.

(٥) في م: فأما.

(٦) في م: فبطلت.

لأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا لحصولها قبل القبض في المنقول، تعذر اعتبارها فسخًا لما كان الثمن موهوبًا؛ لأنه يكون فسخًا بغير ثمن، والمأذون لا يملك ذلك؛ لأنه يكون تبرعًا.

وإن تقايلا قبل قبض الجارية بعد ما تغيرت الجارية إلى زيادة أو نقصان، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها؛ لأن الزيادة قبل القبض، والنقصان قبل القبض لا يمنع الفسخ على كل حال، فصار وجود ذلك والعدم بمنزلة، فتصح الإقالة فسخًا إذا كان الثمن غير موهوب، إلا إذا حصلت الإقالة على خلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك لا تصح الإقالة أصلًا، وإن كان الثمن موهوبًا للمأذون لا تصح الإقالة في الفصول كلها عندهم جميعًا.

وأما^(١) إذا تقايلا بعد قبض الجارية، فإن تقايلا والثمن غير موهوب، فإن كانت الجارية قائمة على حالها، إن تقايلا بالثمن الأول أو سكتا عن ذكر الثمن الأول تصح الإقالة فسخًا عنده؛ لأنه لم يوجد دليل البيع وأمكن اعتبارها فسخًا.

وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن إلى زيادة أو نقصان تصح الإقالة فسخًا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ويلغو ذكر الزيادة والنقصان، وعلى قول أبي يوسف: تجعل بيعًا؛ لأنه وجد دليل البيع، وهو ذكر الزيادة أو النقصان وأمكن اعتبارها بيعًا وفسخًا، فجعلناها بيعًا حتى لا تبطل الزيادة أو النقصان، وعن^(٢) محمد في هذه الصور روايتان.

وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : تبطل الإقالة لتعذر اعتبارها فسخًا.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: تصح الإقالة بيعًا جديدًا؛ لأنه أمكن اعتبارها بيعًا جديدًا، هذا إذا تقايلا والجارية قائمة على حالها.

(١) في م: فأما.

(٢) في م: وعند.

فإن كانت الجارية قد تغيرت، إن^(١) تغيرت إلى زيادة وكانت الزيادة منفصلة، فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة رضي الله عنه على كل حال؛ لأنه يعتبر الإقالة فسخًا، وتعذر اعتبارها فسخًا لمكان الزيادة المنفصلة.

وعندهما: تصح الإقالة بيعًا جديدًا في الفصول كلها؛ لأنه أمكن اعتبارها بيعًا. وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب [فيه كالجواب فيما]^(٢) إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير^(٣) هذا إذا تقايلا بعد القبض والثلث غير موهوب.

فأما إذا تقايلا بعد القبض والثلث موهوب للمأذون، فإن كانت الجارية قائمة على حالها وقد تقايلا بالثلث الأول بطلت الإقالة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه قد [تعذر اعتبارها فسخًا إذا كان الثلث موهوبًا.

وعندهما: تجعل بيعًا؛ لأنه إن^(٤) تعذر اعتبارها فسخًا أمكن اعتبارها بيعًا؛ لأن البيع بعد هبة الثلث صحيح. وإن سكتنا عن ذكر الثلث الأول فكذا ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله الإقالة باطلة.

وعند^(٥) أبي يوسف رحمه الله: تصح بيعًا.

واضطربت روايات المأذون في هذا الفصل عند [محمد - رحمه الله -، في بعض الروايات اعتبرها بيعًا كما فيما تقدم، وفي بعض الروايات قال: ^(٦) الإقالة باطلة كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله.

ووجه هذه الرواية: أن الإقالة عند محمد رحمه الله إنما تجعل بيعًا عند تعذر اعتبارها فسخًا إذا أمكن جعلها بيعًا ههنا؛ لأنهما سميا ثمنًا، ولم يصير الثلث الأول

(١) زاد في م: كانت.

(٢) في أ: كما.

(٣) زاد في أ: وإن تغيرت إلى نقصان بأن تعيبت في يد المشتري أو بأفة سماوية، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: ويقول.

(٦) سقط في م.

مذكورًا بمقتضى الإقالة؛ لأن الثمن الأول إنما يصير مذكورًا بمقتضى الإقالة إذا بقي للعقد ثمن، ولم يبق ههنا ثمن فلم يصر الثمن الأول مذكورًا، والبيع لا يصح من [غير]^(١) تسمية الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن غير موهوب؛ لأن هناك صار الثمن الأول مذكورًا بمقتضى الإقالة فأمكن أن يجعل بيعًا.

وإن تقايلا بجنس الثمن الأول ولكن بزيادة أو نقصان، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: الإقالة باطلة.

وعلى قولهما: تصح بيعًا.

وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : الإقالة باطلة.

وعلى قولهما: تجعل بيعًا.

فإذا^(٢) تقايلا وقد تغيرت عن حالها والثمن موهوب، فإن تغيرت إلى زيادة وكانت الزيادة منفصلة نحو الأرش والولد والعقر، فعند أبي حنيفة رحمه الله الإقالة باطلة. وعندهما الإقالة صحيحة بيعًا رواية واحدة إلا في فصل واحد، وهو ما إذا سكتا عن ذكر الثمن، فإن في هذا الفصل عن محمد رحمه الله روايتان: في رواية تصح الإقالة [بيعًا]^(٣)، وفي رواية تبطل الإقالة.

وإن^(٤) كانت الزيادة متصلة، فهذا وما لو كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير سواء، وإن تغيرت إلى نقصان بأن تعيبت بفعل المشتري أو بأفة سماوية، فهذا وما لو كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير سواء عندهم جميعًا. هذه الجملة من «مأذون شيخ الإسلام خواهر زاده» رحمه الله.

وفي «القدوري»: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : الإقالة فسخ في حق

(١) سقط في م.

(٢) في م: فأما إذا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: فإن.

المتعاقدين، عقد جديد في حق الثالث^(١).

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الإقالة بيع إلا إذا تعذر فتجعل فسخًا.

وقال محمد - رحمه الله - : هو فسخ [إلا]^(٢) إذا تعذر فيجعل بيعًا.

وقال زفر - رحمه الله - : هو فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما.

وفي «المنتقى» قال محمد - رحمه الله - : [إن]^(٣) الإقالة بعد القبض وقبل القبض مناقضة وليست ببيع، وكذلك قال أبو حنيفة، ثم هذا الخلاف^(٤) الذي ذكرنا فيما إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة، أما إذا حصل بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو الرد، فإنها لا تجعل بيعًا وإن أمكن جعلها بيعًا.

وإذا حصل الفسخ^(٥) بلفظ الإقالة فهو بيع جديد في حق الثالث بلا خلاف، حتى إن الشفيع إذا سلم الشفعة في بيع، ثم إن البائع مع المشتري تقايلا البيع يتجدد للشفيع حق الشفعة واعتبرت الإقالة بيعًا^(٦) جديدًا في حقه، ونظائر هذا كثيرة.

ثم قول أصحابنا - رحمهم الله - : إن الإقالة بعد القبض بالتراخي بيع جديد في حق الثالث مجرى على إطلاقه، وقولهم: إنه فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على إطلاقه، فلا بد من أن يزداد عليه شيء آخر، وقد ذكر محمد - رحمه الله - مسائل تدل عليه وللمشايع فيه كلمات.

[ثم إنما تعتبر الإقالة فسخًا في حق المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، فأما ما لم يكن من موجبات البيع وإنما ثبت بأمر زائد أو شرط زائد فالإقالة تعتبر بيعًا جديدًا في حقه على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى]^(٧).

(١) في م : ثالثهما.

(٢) سقط في م .

(٣) سقط في م .

(٤) في م : الاختلاف .

(٥) في م : البيع .

(٦) في م : عقدا .

(٧) سقط في م .

قال محمد - رحمه الله - في «شهادات الجامع»: وإذا اشترى الرجل من رجل عبداً بكر من طعام وسط إلى أجل أو حالاً وتقابضا، [وقد كان أعطاه المشتري حنطة أجود من المشروط أو أردأ أو مثل المشروط]^(١)، ثم تقايلا، لا يلزمه^(٢) رد [المقبوض بعينه]^(٣) وإن كان قائماً^(٤)؛ لأن الطعام في هذه المسألة ثمن فإنه دخل عليه حرف (الباء) والثن لا يتغير^(٥) عند البيع فلا يتغير^(٦) عند الفسخ، وكذا لا يجب عليه مثل المقبوض وإنما يجب عليه رد مثل المشروط في العقد سواء كان المقبوض أجود من المشروط أو أردأ منه. هكذا في عامة نسخ هذا الكتاب وعليه عامة المشايخ، وكذلك لو كان الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء كان الجواب ما قلنا.

ولو كان الرد بالعيب بقضاء أو بعد القبض بقضاء أو بغير قضاء، أو كان الرد بخيار الرؤية أو بخيار الشرط، كان على البائع رد مثل المقبوض؛ لأن الرد بهذه الأسباب فسخ للبيع من كل وجه فارتفع البيع من الأصل وجعل كأن لم يكن فيما يستقبل من الأحكام، ولو عدم البيع ووجب على القابض رد ما قبض بعدما ملكه بسبب صحيح ووجب عليه رد مثل المقبوض [كما في العوض]^(٧)، أما الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والإقالة عقد جديد في حق الثالث فصار كأن المشتري باع العبد ثانيا من البائع بمثل الثمن المشروط في البيع [الأول]^(٨)، ولو صرح بالبيع بمثل الثمن الذي كان مشروطاً في البيع الأول يجب على البائع رد مثل المشروط في البيع

(١) سقط في م.

(٢) في م: يلزم بائع العبد.

(٣) في م: غير المقبوض.

(٤) زاد في م: في يده.

(٥) في م: يتعين.

(٦) في م: يتعين.

(٧) سقط في م.

(٨) سقط في م.

الأول، ولا يجب رد مثل المقبوض كذا هاهنا.

فإن قيل: الإقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، أما فيما بين المتعاقدين يعتبر فسحًا، ألا ترى أن بعد الإقالة في مسألتنا لو باع البائع العبد من المشتري قبل أن يقبضه من المشتري يجوز، ولو باعه من غيره لا يجوز؛ لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين فعاد إلى البائع قديم ملكه فيما^(١) بينهما وإنه مقبوض، فيصير بائعًا للمنقول بعد القبض، فيجوز وفي^(٢) حق الثالث بيع جديد، فيصير بيع المنقول قبل القبض فلا يجوز.

إذا ثبت هذا [فنقول]^(٣): وجوب رد مثل المشروط، أو مثل المقبوض من حق المتعاقدين؛ فاعتبرت الإقالة في هذا فسحًا فيلزمه رد مثل المقبوض، لا رد مثل المشروط، كما لو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء.

بعض مشايخنا قالوا في الجواب عن هذا الإشكال: لأن^(٤) الإقالة فسخ فيما بين المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، وهو ما ثبت بنفس البيع من غير شرط لصيرورة العين مبيعًا، فإنها من موجبات البيع، فإنها تثبت بنفس البيع من غير شرط؛ فتعتبر الإقالة في حق العين فسحًا في حق المتعاقدين، فيكون العين [عائدًا]^(٥) إلى ملك البائع بحكم الفسخ لا بحكم البيع الجديد، وكان للبائع أن يبيع العين من المشتري قبل القبض، كما لو كان الرد بقضاء، فأما إذا لم يكن من موجبات العقد، وإنما يثبت بأمر زائد أو بشرط الإقالة فيه تعتبر بيعًا جديدًا فيما بين المتعاقدين أيضًا، الدليل على صحة ما قلنا مسألتان:

إحدهما: من له الدين المؤجل إذا اشترى عبدًا من مديونه بذلك الدين ثم تقايلا

(١) زاد في م: بقي.

(٢) في م: في.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: أن.

(٥) سقط في م.

العقد، لا يعود [الأجل، وكذلك إذا وجد المشتري بالعبد عيباً فرده بغير قضاء، لا يعود]^(١) [الأجل، و]^(٢) اعتبرت الإقالة والرد بالعيب بغير قضاء بيعاً جديداً في حق الأجل وإن كان الأجل من حقها؛ إذ لو اعتبر فسخاً في حقه لكان يعود الأجل، كما لو كان الرد بعد القبض [بقضاء]^(٣)، أو قبل القبض بقضاء، أو بغير قضاء، وإنما جعل هكذا لأن الأجل ليس من موجبات البيع؛ فإنه لا يثبت بنفس البيع، وإنما يثبت بأمر زائد.

المسألة الثانية: إذا اشترى عبداً وقبضه، ورد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وتقايلا البيع في العبد من غير عيب، ثم جاء مستحق واستحق العبد بينة وأحد الشاهدين مشتري العبد، فالقاضي لا يقبل شهادته، واعتبر الإقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء بيعاً جديداً في حق الشهادة.

وإن كانت هذه الشهادة تدور فيما بين البائع والمشتري؛ إذ لو اعتبر فسخاً في حق الشهادة، لكان يقبل الشهادة، كما لو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، وإنما فعل هكذا لأن الشهادة ليست من موجبات البيع، فاعتبر الإقالة في حقهما بيعاً جديداً، كأن المشتري باع العبد ثانياً من البائع، ولو كان هكذا، لكان لا يقبل شهادة المشتري على البائع للمستحق؛ لكونه ساعياً في نقض^(٤) ما تم به كذا هاهنا، إلا أن عندي أن مسألة الشهادة لا تصلح حجة لما ادعوا أن شهادة المشتري وإن كانت على البائع، وهي المستحق والمستحق ثالث فيعتبر الإقالة في حق الشهادة في حق المستحق بيعاً جديداً، وكان من^(٥) زعم المستحق أن شهادة المشتري له باطلة، والمدعي إذا زعم بطلان شهادة الشهود تبطل شهادتهم فعدم قبول شهادته لاعتبار الإقالة عقداً^(٦) في

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: قبض.

(٥) في م: في.

(٦) زاد في أ: في حق الشهادة.

حق المستحق؛ لأن في حق المتعاقدين، بخلاف ما إذا كان الرد بالعيب نقضاً؛ لأن ذلك فسخ في حقهما وفي حق المستحق، والمستحق هناك لم يزعم بطلان [شهادة المشهود]^(١) له، أما هاهنا بخلافه، ثم التقريب لهذا القائل في مسألتنا أن زيادة الجودة على المشروط [في البيع ونقصان الجودة عن المشروط ليس]^(٢) من موجبات البيع، وإنه لا يجب ذلك بالبيع، وإنما ثبت بعارض أمر آخر يريد المشتري الجودة على المشروط أو يبرئ البائع عن الجودة؛ فاعتبرت الإقالة في حقه بيعاً جديداً فإن كان ذلك في حق المتعاقدين، وصار كأن المشتري باع العبد ثانياً [من البائع، وهناك يجب على البائع رد مثل المشروط في البيع الأول]^(٣) على ما ذكرنا، بخلاف الرد بقضاء؛ لأن ذلك فسخ من كل وجه، فيظهر في حق الجودة كما يظهر في حق الأصل، وكان أبو جعفر - رحمه الله - يقول في الإقالة والرد بالعيب بغير قضاء؛ لأن المقبوض إذا كان أردأ من المشروط أنه يجب على البائع رد مثل المقبوض، ولا يجب رد مثل المشروط.

قال الفقيه هذا - رحمه الله - : خرجت حاجاً فلما وصلت إلى بغداد دخلت على بعض الفقهاء، وهو كان يدرس هذه المسألة وسوى بين الأجدود والأردأ في الإقالة كما هو المذكور في عامة النسخ، فقلت: هذا خطأ، فاستحضر نسخة محمد - رحمه الله - وكان فيها إشارة إلى ما قلت.

والوجه في ذلك: أنه [لو]^(٤) لزم المشتري رد مثل المشروط في هذا الوجه، للزمه تفاوت ما بين المقبوض والمشروط، وهو تفاوت ما بين الرديء والوسط بسبب تبرعه؛ لأن حقه كان في الوسط بحكم الشرط، فهو أداء^(٥) يجوز بالرددي فقد

(١) في م: الشهادة للمشهدود.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في المحيط: إذا.

تبرع بمقدار ذلك التفاوت، فلو لزمه [المشروط، فقد لزمه]^(١) ذلك التفاوت بسبب تبرعه، وإنه لا يجوز، وهذا وجه حسن مقبول.

وبعض مشايخنا قالوا من وجه آخر في مسألة أخرى صورتها: رجل اشترى من آخر طعامًا على أنه كُرِّ وكالَه البائع وقبضه المشتري، ثم تقايلا البيع وكالَه البائع، فوجده ينقص فقيزًا أو يزيد فقيزًا وتصادقا أنه من نقصان الكيل أو من زيادته، فإن جميع الطعام مع الزيادة للبائع فالإقالة جائزة بجميع الثمن، وكذلك إذا أصاب الطعام ماء فابتل وزاد، وكان رطبًا فيس وانقص وتصادقا أن زيادته ونقصانه من ذلك، فالإقالة جائزة، والطعام كله للبائع بجميع الثمن، ولا يحط عنه شيء بسبب النقصان، إلا أن الماء إن كان أفسد الطعام، ولم يعلم به البائع حتى تقايلا، كان للبائع الخيار إن شاء أخذه، وأعطاه جميع الثمن، وإن شاء رد^(٢) الإقالة، ولا شيء عليه من الثمن؛ وهذا لأن الإقالة فسخ ما بين المتعاقدين في حق ما كان من خالص حق المتعاقدين من العقد الذي وقعت الإقالة فيه، والكيل من خالص حقوقهما؛ لأنه قبض حكما، فيعتبر بالقبض الحقيقي، والقبض الحقيقي في غير الذهب والفضة من خالص حقوقهما، وكذلك القبض الحكمي، وإذا كان الكيل من خالص حقوقهما، فاعتبرت الإقالة فسخًا في حق الكيل فيما بين المتعاقدين، لا يجب مراعاة الكيل فيما بينهما؛ لأن البائع حينئذ يملك الطعام بملكه القديم لا تملكًا جديدًا، وإنما تجب مراعاة الكيل في الملك الجديد المستفاد^(٣) بالمبادلة، لا في الملك القديم، ألا ترى أنه لا يجب مراعاة الكيل إذا حصل الرد بخيار الرؤية، أو بشرط العيب بعد القبض. فإن قيل: الإقالة قد تعتبر بيعًا جديدًا فيما كان من خالص حق المتعاقدين، ألا ترى إنما اعتبرت بيعًا جديدًا في حق الأجل في الصورة التي ذكرنا قبل هذه^(٤)، مع

(١) سقط في م.

(٢) في أ: دره.

(٣) في م: والمستفاد.

(٤) في م: هذا.

أن الأجل خالص حق المتعاقدين .

قلنا: الأجل وإن كان من حق المتعاقدين إلا أنه تعلق بالثمن لا بالمبيع ، والإقالة إنما تعتبر فسخًا في حق المتعاقدين فيما يتعلق بالمبيع ، أما فيما كان يتعلق بالثمن لا تعتبر فسخًا ، بل تعتبر بيعًا جديدًا ، إلا أنه لا يمكن اعتبارها فسخًا فيما يتعلق بالثمن ؛ لأن صحة الفسخ باعتبار المبيع ، لا باعتبار الثمن ، ألا ترى أنه يصح الفسخ إذا كان المبيع قائمًا ، وإن لم يكن الثمن قائمًا ، ولا يصح الفسخ إذا كان الثمن قائمًا ولم يكن المبيع قائمًا ، فإذا اعتبرت الإقالة بيعًا جديدًا في حق الأجل ، صار في حق الأجل كأن البائع اشترى العبد ثانيا ، ولو كان البائع اشترى العبد ثانيا لا يعود الأجل ، كذا هاهنا .

فأما الكيل من الحقوق التي تتعلق بالمبيع ، فاعتبرت الإقالة فسخًا في حقه ، وإذا اعتبرت الإقالة فسخًا في حق الكيل ، لا يجب على البائع الكيل لما ذكرته . وخرج على هذه المسألة التي تقدم ذكرها ؛ لأن زيادة الجودة على المشروط ونقصان الجودة عن المشروط تتعلق بالثمن ، والإقالة بيع جديد فيما يتعلق بالثمن ، وإن كان ذلك من حقوق المتعاقدين ، وإذا اعتبرت الإقالة عقدًا جديدًا في حق زيادة الجودة ونقصانها ، يجب على البائع رد مثل المشروط على ما مرَّ .

وتخريج آخر: أن يقول: الإقالة إنما تعتبر فسخًا في حق المتعاقدين فيما هو من حقوق العقد التي جرت الإقالة فيها ، إنما هو من حقوق عقد آخر جرى بين البائع وبين المشتري قبل هذا العقد ، وهو عقد المدائنة السابقة على هذا البيع ، والإقالة لا يمكن أن تجعل فسخًا في حق مثل هذا الحق ، فاعتبر بيعًا جديدًا ، وأما الكيل من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة فيه ، فيعتبر الإقالة في حقه فسخًا ، ولكن يشكل على هذا الوجه المسألة التي تقدم ذكرها ؛ لأن زيادة الجودة على المشروط ونقصانها عن المشروط من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة فيه ؛ فينبغي أن تعتبر الإقالة فسخًا في حقه (١) .

(١) زاد في م: وقد اعتبر بيعًا جديدًا في حقه .

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصلح: رجل له على رجل دين مؤجل، فصالح المديون رب الدين عن الدين على عبد بعينه، ودفعه إليه، فاستحق العبد من يد رب الدين، أو ردّه رب الدين بعيب بقضاء، فإن المال يكون على حاله مؤجلاً؛ لأن الأجل هاهنا ما أسقط بإسقاط من له مقصوداً؛ إنما سقط حكماً للصلح، وقد انفسخ الصلح من كل وجه بالاستحقاق وبالرد بالعيب بقضاء فيعود الأجل.

وأما إذا أقال الصلح إن أقاله على ما كان من الأجل فيعود الدين مؤجلاً؛ لأن الإقالة في حق الأجل بمنزلة بيع جديد على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

ولو باع رب الدين العبد من المديون بيعاً جديداً بما كان من الأجل في الثمن يجب الثمن مؤجلاً، كذا ههنا، فأما إذا أقاله مطلقاً من غير شرط الأجل [هل يعود الأجل؟] ^(١) لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا التفصيل في هذا الكتاب.

وذكر في الوكالة: أنه لا يعود الأجل، وكان ينبغي أن يعود الأجل؛ لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين فيما كان من حقوقهما [كملك الثمن] ^(٢) وملك المثلث، والأجل من حقوقهما، فيعتبر الإقالة فسخاً في حقه فينبغي أن يعود الأجل؛ ألا ترى أنه لو كان بالدين رهن، والرهن في يد الطالب بعد الصلح، فتقايلا من غير شرط الراهن فإنه يعود الرهن؛ لأن الرهن من حقوقهما، فاعتبرنا الإقالة فسخاً في حقه، حتى عاد الرهن، ففي الأجل يجب أن يكون كذلك.

ولو كان مكان الرهن كفالة، بأن كفل رجل عن المديون بالدين، ثم إن المديون مع رب المال تصالحا على عبد ثم تقايلا الصلح، فإنه لا يعود كفيلاً فقد جعل الإقالة فيما بين المتعاقدين في فصل الرهن فسخاً، حتى قال: يعود الرهن، ولم يجعلها فسخاً فيما بينهما في حق الأجل والكفالة، حتى لا يعود الأجل والكفالة.

والوجه في ذلك كله: أن نقول بأن الإقالة إنما تجعل فسخاً فيما بين المتعاقدين

(١) سقط في أ.

(٢) في م: كذا الثمن.

فيما كان من أحكام العقد، فالإقالة تعتبر بيعًا في حقه، فإن كان من حقهما؛ وهذا لأن الإقالة فسخ لفظًا بيع معنى، فاعتبرنا^(١) اللفظ فيما كان من أحكام العقد من حقوقهم، فاعتبرنا الإقالة فسخًا في حقه فيما بينهما عملاً باللفظ والمعنى لما قلنا، وحكم البيع ما ثبت بنفس البيع كملك الثمن وملك المثل، أو ثبت بعارض شرط، إلا أنه تعذر حكم العقد [شرط لما شرط له العقد، أما ما ثبت بعارض شرط، فإنه لا يتعذر حكم العقد]^(٢) بل يقيده، فذلك لا يمكن أن يجعل حكم العقد؛ لأن ما يعتبر حكم الشيء لا يكون حكمًا [له]^(٣).

إذا ثبت هذا فنقول: الرهن من حكم البيع؛ لأنه وإن ثبت حكم البيع بعارض شرط، إلا أنه مشروع للاستيفاء، والاستيفاء حكم البيع لما فيه استيفاء يعتبر من حكمه فيعتبر الإقالة فسخًا في حق الرهن، فيعود الرهن إذا كان الرهن في يد الطالب؛ لأن الرهن بدون القبض لا يكون، فأما الأجل فليس من حكم البيع؛ لأنه يجب بعارض شرط وفيه يعتبر حكم العقد؛ لأن حكم البيع الاستيفاء، والتأجيل لتأخير الاستيفاء، فلا يجعل حكم العقد فلا تجعل الإقالة فسخًا في حق الأجل، بل تعتبر بيعًا جديدًا، وصار كأن رب الدين باع العبد من المديون ثانيًا ولم يذكر أجلاً، وهناك لا يثبت الأجل كذا ههنا؛ لأن الإقالة ليست من أحكام البيع أيضًا؛ لأن الكفالة تثبت بعارض شرط، وإنها لا تقرر حكم العقد؛ لأن الكفالة لإثبات المطالبة من غير المشتري، والبيع لا يوجب ذلك بحال حتى يجعل من أحكامه، فاعتبرت في حقها بيعًا جديدًا كما في الأجل، فأما في الرهن [فمشروع الاستيفاء]^(٤) من مال المشتري والبيع أوجب ذلك فأمكن أن يجعل من أحكامه، فهذا غاية ما قيل في الفرق بين الكفالة والرهن، والله أعلم.

(١) في م: فاعتبر.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: فمشروع والاستيفاء.

نوع آخر من هذا الفصل:

وفي «القدوري»: وقبول الإقالة على المجلس؛ لأن الإقالة نظير البيع في حق ارتباط أحد اللفظين بالآخر، فيعتبر له المجلس كما في البيع.
قال: وتصح الإقالة بلفظين، أحدهما: يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول: أقلني، فيقول: أقلت.

وقال محمد رحمه الله: لا يقوم إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارًا بالبيع. ولهما: أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله: أقلني، مساومة، بل كان تحقيقًا للتصرف كما في النكاح، وبه فارق البيع.

وفي «نوادير ابن سماعه» قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله [يقول في رجل باع عبدًا لرجل، ثم لقيه المشتري ولم يقبض المبيع قال: إنك قد أغليت علي فلا حاجة لي فيما بعنتي، فأقلني، فقال البائع: قد أقلتك، قال: ينتقض البيع، وإن لم يقل المشتري: قبلت أو رضيت، وهذه الرواية عن أبي يوسف^(١) توافق رواية القدوري عن أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله.

قال: كذلك لو كان قال [له]^(٢) المشتري: فافسخ البيع فيما بيني وبينك فقال البائع: قد فسخت البيع فهو فسخ؛ ألا ترى لو قال: جعلت الإقالة إليك في العقد الذي اشتريت منك فأقلني؛ فقال: قد أقلتك، أو قال: قد جعلت الفسخ إليك ففسخ [كان]^(٣) جائزًا.

وفي «المنتقى» عن محمد - رحمه الله - [مسألة تدل]^(٤) على أن قوله مثل قولهما، [فإنه]^(٥) قال في رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم قال

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ما يدل.

(٥) سقط في م.

المشتري للبائع: أقلني على أن أؤخرك بالألف^(١) سنة، فقال: قد فعلت، جازت الإقالة ولم يجز التأخير.

وكما يصح قبول الإقالة نصًا بالقول يصح قبولها دلالة بالفعل، ألا ترى أن من باع من آخر ثوبًا، ثم قال للمشتري: إني أقلت البيع الذي بيني وبينك في هذا الثوب فاقطعه لي قميصًا، فقطعه^(٢) فور مقالة البائع، فإنه تتم الإقالة بينهما، وجعل قطع المشتري فور مقالة البائع قبولاً للإقالة وإن كان القطع فعلاً، ولو لم يقطعه المشتري قميصًا فور مقالة البائع، بل ذهبوا عن ذلك المجلس واشتغلوا بعمل آخر يكون قطعاً لذلك المجلس، ثم قطعه لا تتم الإقالة.

وأصل المسألة ما ذكر في السير الكبير: رجل له أمتعة كثيرة وهو مع أصحابه في سفينة باع من أمتعته من أصحابه وسلم الأمتعة إليهم ولم يقبض الثمن، فوصلوا إلى مكان خافوا على أنفسهم الغرق لو لم يخففوا سفينتهم، فقال صاحب [الأمتعة]^(٣): إني قد أقلت المشتري ما اشتروا فمن كان معه شيء مما اشتري فليطرحه، فسمعوا ذلك منه وطرحوا ما اشتروا منه فور مقالته، وهذه إقالة تامة^(٤)، فقد جعل الطرح دلالة قبول الإقالة مع أن الطرح فعل.

قال محمد - رحمه الله - في «الجامع [الصغير]:»^(٥) رجل أسلم^(٦) إلى رجل جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا، فماتت الجارية في يد المسلم إليه، فعليه قيمتها يوم قبضها، وإن هلكت الجارية أولاً ثم تقايلا جازت الإقالة وعليه قيمة الجارية.

(١) في م: بألف.

(٢) زاد في م: قميصاً.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: ثابتة.

(٥) سقط في م.

(٦) في م: باع.

اعلم بأن من هذا الجنس أربع مسائل:

إحداها: بيع العرض [بالعرض]^(١):

إذا تباع الرجلان عرضاً بعرض وتقابضا، ثم هلك أحد العرضين ثم تقايلا، فالإقالة صحيحة، وكذلك [لو هلك]^(٢) أحد العرضين^(٣) بعد الإقالة قبل التسليم بحكم الإقالة [بقيت]^(٤) الإقالة على الصحة. ولو تقايلا بعد ما هلك العرضان فالإقالة باطلة.



(١) سقط في م.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: العوضين.

(٤) في أ: تثبت.

والثانية: بيع العرض بالدرهم أو دنانير:

إذا تباع الرجلان عرضاً بدرهم أو دنانير وتقابضا، ثم تقايلا بعدما هلكت الدراهم فالإقالة صحيحة، ولو تقايلا بعدما هلكت العروض فالإقالة باطلة، ولو تقايلا وهما قائمان، ثم هلك أحدهما قبل التسليم بحكم الإقالة^(١)، إن هلك العرض بطلت الإقالة، وإن هلكت الدراهم بقيت الإقالة على الصحة، [وقد ذكر مع العرض بالدرهم أو بالدنانير في فصل الإقالة^(٢)].

ثم^(٣) الفرق بين فصل بيع العرض بالعرض، وبين فصل بيع العرض بالدرهم أو بالدنانير: أن الإقالة صحتها تعتمد قيام العقد من حيث الحكم؛ لأنها رفع للعقد، ورفع العقد إنما يتصور حال قيامه والبيع قائم في بيع العرض [بالعرض]^(٤) من حيث الحكم بقيام أحد العرضين؛ لأن قيام العقد قبل هلاك أحدهما كان بهما لا بأحدهما بعينه، وليس أحدهما بعينه بأن يضاف قيام العقد إليه حكماً بأولى من الآخر؛ لأن كل واحد منهما مال حقيقة وحكماً؛ لأن كل واحد عين حقيقة وحكماً، وكل واحد منهما مثنى من وجه، وثمن من وجه فلا مزية لأحدهما على الآخر، فكان^(٥) قيام العقد من حيث الحكم بهما جميعاً، وإذا كان قيام العقد حكماً بهما جميعاً لا بأحدهما بعينه، لم يرتفع العقد بهلاك أحدهما على ما عرف أن الثابت بشيئين لا يزول بزوال أحدهما، فبقي العقد بقيام أحدهما، فجازت الإقالة حال قيام أحدهما لقيام العقد بقيام أحدهما، كما جازت حال قيامهما، فأما في بيع العرض بالدرهم أو بالدنانير، فقيام^(٦) العقد حكماً مضاف إلى المبيع خاصة لا إلى المبيع والثمن

(١) سقط في م.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١١٦/٧).

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: وكان.

(٦) في م: قيام.

جميعًا؛ لأن للمبيع فضل مزية على الثمن، فإن المبيع مال حقيقة وحكمًا؛ [لأنه عين حقيقة وحكمًا، والثمن دين حقيقة وحكمًا]^(١) إن لم يكن مشارًا إليه، وإن كان مشارًا إليه دين حكمًا؛ لأن البيع لا يتعلق بعين المشار إليه، وإنما يتعلق بمثله دينًا في الذمة ولهذا جاز الاستبدال به قبل القبض^(٢).

قلنا: والدين في الذمة مال حكمًا واعتبارًا، وليس بمال حقيقة، ولهذا قالوا: بأن البراءة عن الدين تصح من غير قبول [كالطلاق والعتاق، ويرتد بالرد؛ لأنه مال حكمًا وهبة العين لا تصح من غير قبول]^(٣)، ولا تتأدى زكاة العين بالدين؛ لأن الدين أنقص من العين، فصار مؤديًا الكامل بالناقص.

وكذلك قالوا فيمن حلف وقال: مالي صدقة^(٤) على المساكين، وله ديون على الناس، لا تدخل تحت مطلق اسم المال من غير نية؛ لأنه ناقص في كونه مالاً، وإذا كان للمبيع ضرب مزية [على الثمن لا بد من إظهار مزيته، وقد تعذر إظهار مزية المبيع على الثمن في حق انعقاد البيع؛ لأنه لا بد]^(٥) لانعقاد البيع من مثنى ومثنى، فأظهرنا مزيته في حق البقاء فجعلنا بقاء العقد مضافاً إلى قيام المبيع حتى يظهر فضل مزيته على الثمن في حالة البقاء، لما تعذر إظهار مزيته على الثمن في حق الانعقاد، فجعلنا قيام البيع حكمًا كله مضافاً إلى المبيع لا إلى الثمن، فإذا هلك المبيع ارتفع البيع وإن بقيت الدراهم والدنانير.

والدليل على [أن]^(٦) بقاء البيع مضاف إلى قيام المبيع لا إلى الثمن، أنا أجمعنا على أنه لو وجد الثمن زيوفًا حال قيام المبيع فرده واستحق الثمن، فإنه يرجع بمثله

(١) سقط في م.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١١٧/٧).

(٣) سقط في م.

(٤) في م: في.

(٥) في م: المبيع في حق الثمن.

(٦) سقط في م.

ولا يفسخ البيع، ولو كان قيام المبيع مضافاً إليه لكان يفسخ البيع برده، كما في بيع العرض بالعرض لو استحق [أحد العرضين]^(١) أو وجد به عيباً فرده، فإنه ينتقض البيع في الثاني، وفي [التمن لما]^(٢) بقي البيع على حاله، علمنا أن قيام العقد مضاف إلى المبيع، فإذا هلك ارتفع البيع، فلا يرتفع مرة أخرى بالإقالة.

* * *

(١) في م: أحدهما أو.

(٢) في م: المثنى بما.

المسألة الثالثة: في بيع الثمن بالثمن:

إذا تبايعا درهمًا بدرهم أو دينارًا بدينار أو دراهم بدنانير، وتقايلا بعد هلاك [البديلين أو أحد البديلين، صحت الإقالة، وفي بيع العرض بالعرض لو تقايلا]^(١) بعدما هلك البدلان، لا تصح الإقالة.

والفرق: وهو أن في باب الصرف لو تقايلا قبل هلاك البديلين صحت الإقالة وتعلقت الإقالة بمثل الدراهم والدينانير التي قبضها^(٢) دينًا في الذمة لا بأعيانها، حتى كان لكل واحد منهما أن يرد مثل ما قبض بعينه، [ولا يلزمه رد ما قبض بعينه]^(٣)؛ وهذا لأن الفسخ معتبر^(٤) بالعقد، والعقد لا يتعلق بأعيانها وإن أشير إليها عندنا، فكذا الإقالة لا تتعلق بأعيانها وإنما تتعلق بمثلها دينًا في الذمة، فإذا^(٥) كانت الإقالة لا تتعلق بأعيانها لو كانا قائمين، صار هلاكهما كقيامهما بخلاف بيع العرض بالعرض؛ [و]^(٦) لأنهما متى كانا قائمين تتعلق الإقالة بأعيانها، فمتى كانا هالكين لم يبق شيء من المعقود عليه، ولا بد لقيام العقد من قيام المعقود عليه.

فإن قيل: في باب الصرف لم يبق شيء من المعقود عليه لما هلك البدلان؛ لأن كل واحد من البديلين وجب في الذمة، وقد سقط ذلك بالقضاء، فالإقالة^(٧) لم تصادف معقودًا عليه، فيجب^(٨) ألا تصح الإقالة.

فالجواب عنه: أن الدين مما لا يسقط بالقضاء، ألا ترى أن البائع إذا حط عن

(١) سقط في م.

(٢) في م: قبضا.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: يعتبر.

(٥) في م: وإذا.

(٦) سقط في م.

(٧) في م: والإقالة.

(٨) في م: فوجب.

المشتري بعض [الثلث]^(١) بعد ما قبض الثمن [صح مع الحط]^(٢) لإسقاط بعض الثمن، ولو كان الثمن يسقط بالقضاء كان لا يصح الحط كما لو حصل الحط بعد الإبراء، [وإذا كان كذلك]^(٣) فالدين الواجب في الذمة مما لا يسقط بالقضاء إلا أن الطالب لا يطالب الغريم بعد القضاء؛ لأن المطالبة لا تفيد، فإنه لو طالبه الطالب بما بقي في ذمته، طالبه الغريم بما وجب له في ذمة الطالب؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، وإذا كان كذلك^(٤) هو المعقود عليه وهو الدين قائم في ذمة كل واحد منهما، فصحت الإقالة باعتبار ما بقي في ذمتهما، كما صح العقد باعتبار ما يجب في ذمتهما.



(١) سقط في م.

(٢) في م: يصح الحط والحط.

(٣) سقط في م.

(٤) في أ: مما.

المسألة الرابعة: إذا كان رأس المال عرضاً وهلك العرض، ثم تقايلا السلم صحت الإقالة؛ لقيام المسلم [فيه]^(١)، وكان قيام المسلم مضافاً إلى قيام المسلم فيه، وإن كان المسلم فيه ديناً، ورأس المال إذا كان عرضاً كان^(٢) عيناً حقيقة وحكماً، وفرق بين فصل السلم وبين بيع العرض بالدرهم. والفرق: أن في بيع العرض بالدرهم المبيع مال حقيقة [و]^(٣) حكماً؛ لأنه عين حقيقة وحكماً والثلث دين حقيقة وحكماً أو حكماً لا حقيقة، فكان للمبيع ضرب مزية على الثمن، والتقريب ما مر.

فأما المسلم فيه إن كان ديناً حقيقة فهو عين حكماً؛ لأنه مبيع؛ ولهذا لم يجز الاستبدال به قبل القبض، والمبيع ما يكون عيناً، فكان له حكم العين، ورأس المال إن كان عيناً حقيقة فهو دين حكماً، حتى لو افترقا قبل قبض رأس المال، بطل السلم^(٤)، وإن^(٥) كان رأس المال عيناً، وجعل كأن الافتراق حصل عن دين بدين

(١) سقط في م.

(٢) في م: أو.

(٣) سقط في م.

(٤) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أن من شروط صحة السلم تسليم رأس ماله في مجلس العقد، فلو تفرقا قبله بطل العقد. واستدلوا على ذلك:

أولاً: بقوله ﷺ: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم». والتسليف في اللغة التي خاطبنا بها رسول الله ﷺ هو الإعطاء، فيكون معنى كلامه عليه الصلاة والسلام «فليعط»؛ لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه، فإن لم يدفع إليه رأس المال فإنه يكون غير مسلف شيئاً، بل واعداً بأن يسلف. قال الرملي: (ولأن السلم مشتق من تسليم رأس المال، أي: تعجيله، وأسماء العقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق تلك المعاني فيها).

ثانياً: بأن الافتراق قبل قبض رأس المال يكون افتراقاً عن كاليء بكاليء؛ أي: نسيئة بنسيئة، وهو منهي عنه بالإجماع.

ثالثاً: بأن في السلم غرراً احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتعجيل قبض العوض الآخر، وهو الثمن، كي لا يعظم الغرر في الطرفين.

رابعاً: بأن الغاية الشرعية المقصودة في العقود ترتب آثارها عليها بمجرد انعقادها، فإذا تأخر البدلان كان العقد عديم الفائدة للطرفين خلافاً لحكمه الأصلي، مقتضاه وغايته، ومن هنا قال ابن تيمية عن تأخير رأس المال في السلم: فإن ذلك منع منه لئلا تبقى ذمة كل منهما مشغولة بغير فائدة حصلت لا له ولا للآخر، والمقصود من العقود القبض، فهو عقد لم =

يحصل به مقصود أصلاً، بل هو التزام بلا فائدة. خامساً: إن مطلوب الشارع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفساد والفتن. وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين، توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي إلى ذلك باشتراط تعجيل قبض رأس المال. ولا يخفى أن اشتراط قبض رأس مال السلم قبل التفريق عند جمهور الفقهاء إنما هو شرط لبقاء العقد على الصحة، وليس شرط صحة؛ لأن السلم ينعقد صحيحاً بدون قبض رأس المال، ثم يفسد بالافتراق قبل القبض. وبقاء العقد صحيحاً يعقب العقد ولا يتقدمه، فيصلح القبض شرطاً له.

وقد جاء في المادة (٣٨٧) من مجلة الأحكام العدلية: «يشترط لبقاء صحة السلم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس مال السلم انفسخ العقد». وقد خالف المالكية في المشهور عندهم جمهور الفقهاء في اشتراط تعجيل رأس مال السلم في مجلس العقد، وقالوا: يجوز تأخيره اليومين والثلاثة بشرط وبغير شرط، اعتباراً للقاعدة الفقهية: «ما قارب الشيء يعطى حكمه»، حيث إنهم اعتبروا هذا التأخير اليسير معفواً عنه؛ لأنه في حكم التعجيل، ومن هنا قال القاضي عبد الوهاب البغدادي في كتابه (الإشراف) في تعليل جواز ذلك التأخير اليسير: «فأشبه التأخير للتشاغل بالقبض». قال ابن رشد في «المقدمات الممهدة»: (وأما تأخيره فوق الثلاث بشرط، فذلك لا يجوز باتفاق، كان رأس المال عيناً أو عرضاً. فإن تأخر فوق الثلاث بغير شرط لم يفسخ إن كان عرضاً. واختلف فيه إن كان عيناً: فعلى ما في المدونة من باب السلم يفسد بذلك ويفسخ. وعلى ما ذهب إليه ابن حبيب أنه لا يفسخ إلا أن يتأخر فوق الثلاث بشرط). بقي بعد هذا مسألة مهمة، وهي: ما لو عجل المسلم بعض رأس المال في المجلس وأجل البعض الآخر، فما هو الحكم؟. اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

أحدهما: للحنفية، والشافعية، والحنابلة، وهو أنه يبطل السلم فيما لم يقبض، ويسقط بحصته من المسلم فيه، ويصح في الباقي بقسطه. قال ابن نجيم: «وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال بقدره، ولا يشيع الفساد لأنه طارئ، إذ السلم وقع صحيحاً في الكل، ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح».

والثاني: للمالكية، وابن أبي ليلى، وهو أنه يبطل السلم في الصفقة كلها. علل المالكية قولهم هذا بأنه «متى قبض البعض وآخر البعض فسد؛ لأنه دين بدين». أي: ابتداء دين بدين. ومستند ابن أبي ليلى أن الأصل عنده في أبواب المعاملات أن العقد إذا ورد الفسخ على بعضه انفسخ كله. ولو أراد رب السلم أن يجعل الدين الذي في ذمة المسلم إليه رأس مال سلم، فإن ذلك غير جائز عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وغيرهم، لأنه يؤدي إلى بيع الدين بالدين. وخالف في ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم فذهبا إلى أن الدين الذي في ذمة المدين إن كان حالاً يجوز جعله رأس مال سلم، وحجتها على الجواز هو عدم تحقق المنهية عنه - وهو بيع الكالئ بالكالئ، أي: الدين المؤخر بالدين المؤخر - على هذه المسألة، إذا كان الدين المجمعول رأس مال السلم غير مؤجل في ذمة المدين؛ لأنها

فاستويا، فصار قيام العقد مضافاً إليهما، كما في بيع العرض بالعرض، لا إلى أحدهما بعينه. والله أعلم.

تكون من قبيل بيع الدين المؤخر بالدين المعجل؛ ولوجود القبض الحكمي لرأس مال السلم من قبل المسلم إليه في مجلس العقد، لكونه حالاً في ذمته. فكأن المسلم - إذ جعل ما له في ذمته معجلاً رأس مال السلم - قبضه منه ورده إليه، فصار ديناً معجلاً مقبوضاً حكماً، فارتفع المانع الشرعي؛ ولأن دعوى الإجماع على المنع غير مسلمة. أما إذا كان الدين المعجول رأس مال السلم مؤجلاً في ذمة المدين فلا خلاف لأحد من الفقهاء في منع ذلك شرعاً، وأنه من بيع الكالئ بالكالئ المحذور، لكونه ذريعة إلى ربا النسئة. أما إذا جعل رب السلم ماله الموجود في يد المسلم إليه رأس مال السلم، فهل يصح ذلك، وينوب القبض السابق للعقد مناب القبض المستحق في مجلسه، أم لا يصح ذلك ويحتاج إلى قبض جديد؟.

للفقهاء في المسألة قولان:

أحدهما: للحنبلة، وهو أن قبض المسلم إليه السابق للعين المعجولة رأس مال السلم ينوب عن القبض المستحق بالعقد، ويقوم مقامه سواء أكانت العين في يده أمانة أم مضمونة، ولا يحتاج إلى تجديد القبض.

والثاني: للحنفية، وهو أنه ينوب القبض السابق لرأس مال السلم عن القبض المستحق في مجلس العقد، إذا كانت يد المسلم إليه يد ضمان لا يد أمانة، لأنه إذا كان القبض البديل مثله القبض المستحق أو أقوى منه أمكن أن ينوب عنه. أما إذا كان في يده أمانة - كيد الوكيل والوديع والشريك ونحو ذلك - فإن القبض السابق لا يقوم مقامه، ويحتاج إلى تجديد القبض في المجلس ليصح عقد السلم.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٠٢، ٢٠٣)، فتح القدير والعناية (٥/٢٢٧)، حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٨)، مجمع الضمانات، البغدادي، ص (٢١٧)، البحر الرائق (٦/١٧٧)، تأسيس النظر، لأبي زيد عبید الله بن عمر الدبوسي، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص (٩٥)، الفروق للقرافي (٣/٢٩٠)، شرح الخرشبي (٥/٢٢٠)، المقدمات الممهدة، لابن رشد، ص (٥١٦)، مواهب الجليل (٤/٥١٤) وما بعدها، منح الجليل (٣/٤ و ٣/٣)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/١٦٣)، تكملة المجموع للسبكي (١٠٧/١)، الإشراف على مسائل الخلاف (١/٢٨٠)، روضة الطالبين (٤/٣)، الأم (٣/٩٥)، المهذب (١/٣٠٧)، مغني المحتاج (٢/١٠٢)، فتح العزيز (٩/٢٠٩)، كفاية الأخيار (١/١٤٢)، حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/١٢٢)، الشرح الكبير على المقنع (٤/٣٣٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٢٠، ٢٢١)، المغني (٤/٣٢٨)، كشف القناع (٣/٢٩١)، إعلام الموقعين (٢/٩)، نيل الأوطار (٥/٢٥٥) وما بعدها.

(٥) في م: فإن.

الفصل التاسع عشر

في مسائل الاستبراء

قال محمد - رحمه الله - في «الأصل»: إذا اشترى جارية وجب على المشتري أن يستبرئها بحيضة إذا كانت ممن تحيض، حتى لا يجوز له أن يطأها قبل أن تحيض بحيضة.

والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس^(١) «ألا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى تضعن حملهن، ولا الحبالى حتى تستبرأ^(٢) بحيضة»^(٣)

(١) (أوطاس) هو واد في ديار هوازن: قال القاضي عياض: وهو موضع الحرب بحنين، وبه قال بعض أهل السير. قال الحافظ: والراجح أن وادي أوطاس غير وادي حنين، وهو ظاهر كلام ابن إسحاق في السير. ينظر: نيل الأوطار (٦/٣٦٢).

(٢) في م: يستبرئهن.

(٣) ورد ذلك من حديث أبي سعيد الخدري وابن عباس وأبي هريرة والعرباض بن سارية، وعلي ابن أبي طالب، ورويف بن ثابت وأبي أمامة وابن عمر ورجل ثقة.

حديث أبي سعيد الخدري: أخرجه أحمد (٣/٨٧)، وأبو داود (٢/٦١٤) كتاب النكاح، باب: في وطأ السبايا، حديث (٢١٥٧)، والحاكم (٢/١٩٥) كتاب النكاح، والبيهقي (٩/١٢٤) كتاب السير، باب: المرأة تسبى مع زوجها وفي (٧/٤٤٩) كتاب العدد، باب: استبراء من ملك الأمة عنه أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

وحديث ابن عباس: أخرجه ابن الجارود، ص (٢٤٤) كتاب النكاح، الحديث (٧٣٢)، وأبو يعلى (٤/٣٧٣، ٣٧٤)، رقم (٢٤٩١) من طريق الأعمش عن مجاهد عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ نهى عن لحوم الحمر، وعن كل ذي ناب من السباع وأن توطأ السبايا حتى يضعن».

وأخرجه النسائي (٧/٣٠١) كتاب البيوع، باب: بيع المغانم، والدارقطني (٣/٦٩) كتاب البيوع (٢٦٠)، وأبو يعلى (٤/٣٠٤)، رقم (٢٤١٤)، والحاكم (٢/١٣٧) من طريق ابن أبي نجیح عن مجاهد عن ابن عباس به.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي وأخرجه الدارقطني (٣/٢٥٧) كتاب النكاح، باب: المهر (٥٠) من طريق سفيان بن عيينة عن عمرو بن مسلم الجندي عن عكرمة عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع أو حائل حتى تحيض. وذكره الهيثمي بهذا اللفظ في «المجمع» (٧/٥) وقال: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات. وذكره الهيثمي أيضًا بلفظ آخر عنه قال: نهى رسول الله ﷺ يوم حنين عن بيع الخمس حتى يقسم وعن أن توطأ النساء حتى يضعن ما في بطونهن إن

والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط، والتحرز من^(١) أن يصير ساقياً مائه زرع غيره، لكن لا يمكن بناء الحكم على حقيقة هذا المعنى؛ لبطونه، فبني الحكم على السبب الظاهر، وهو استحداث ملك الرقبة واليد؛ لأن الصيانة إنما تجب عليه حقيقة في تلك الحالة؛ لأن بملك الرقبة يقدر^(٢) على الفعل

كن حبالى. وقال الهيثمي ورواه الطبراني في الأوسط وفيه عصمة بن المتوكل وهو ضعيف. حديث أبي هريرة: أخرجه الطبراني في الصغير (٩٥/١) من طريق بقة بن الوليد، عن إسماعيل بن عياش عن الحجاج بن أرطاة عن داود بن أبي هند عن الشعبي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «أنه نهى في وقعة أوطاس أن يقع الرجل على حامل حتى تضع». وقال الهيثمي (٧/٥): رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه بقة والحجاج وكلاهما مدلس.

حديث العرياض بن سارية: أخرجه الترمذي (١٣٣/٤) كتاب السير، باب: ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا (١٥٦٤) من طريق أبي عاصم النبيل عن وهب بن خالد عن أم حبيبة بنت العرياض بن سارية أن أباه أخبرها: «أن رسول الله ﷺ نهى أن توطأ السبايا حتى يضعن ما في بطونهن» ثم قال الترمذي: «غريب».

حديث روفيع بن ثابت: أخرجه أحمد (١٠٨/٤، ١٠٩)، وأبو داود (٦١٥/٢، ٦١٦) كتاب النكاح، باب: في وطء السبايا، الحديث (٢١٥٨)، والترمذي (٤٣٧/٣) كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، الحديث (١١٣١)، وابن الجارود، ص (٢٤٤) كتاب النكاح، الحديث (٧٣١)، والبيهقي (١٢٤/٩) كتاب السير، باب: المرأة تسبى مع زوجها وفي (٤٤٩/٧) كتاب العدد، باب: استبراء من ملك الأمة عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها» بلفظ أبي داود. وقال الترمذي: «حديث حسن» وقد روي من غير وجه عن روفيع بن ثابت.

وحديث أبي إمامة: رواه الطبراني كما في المجمع (٣٠٣/٤) عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر أن توطأ الحبالى حتى يضعن». وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح.

وحديث ابن عمر: رواه الطبراني كما في المجمع (٣٠٣/٤) ولفظه «كل جارية بها حبل حرام على صاحبها حتى تضع ما في بطنها». وقال الهيثمي: وفيه يحيى بن عبد الله البابلتي وهو ضعيف. حديث الثقة. أخرجه أبو يعلى كما في المطالب العالية (٧٢/٢)، حديث (١٦٨٣) من حديث يحيى بن سعد بن دينار مولى آل الزبير قال: أخبرني الثقة أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر أن يوقع على الحبالى». وقال الهيثمي في المجمع (٣٠٣/٤) رواه أبو يعلى ويحيى لا أعرفه.

(١) في م: عن. (٢) في م: تعذر.

شرعاً، وبملك اليد يقدر^(١) عليه حقيقة، فتعلق الحكم به لهذا، وتعدى الحكم من المنصوص عليه - وهي المسبية^(٢) - إلى المشتراة بهذه العلة، ويستوي على ظاهر الرواية أن يكون البائع ممن يطؤها أو لا يطؤها؛ لأن [هذا]^(٣) الحكم بناء على استحداث حل الوطاء بملك الرقبة واليد.

وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الجارية إذا كانت بكرًا: أنه يجب الاستبراء.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : [أنها]^(٤) إذا كانت بكرًا وقد أحاط علم المشتري أنها لم توطأ لم يجب الاستبراء.

وفي «المنتقى»: رجل وهب جارية لابنه الصغير ومكثت في ملكه [أربعة أشهر]^(٥)، ثم قومها على نفسه واشتراها، فلا استبراء عليه عند أبي يوسف - رحمه الله - .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : عليه الاستبراء.

وإن كانت ممن لا تحيض؛ لصغر أو كبر استبرأها بشهر؛ لقيام الشهر في غير ذوات الحيض مقام الحيض، [و]^(٦) في ذوات الحيض كما في العدة، كما لا يجوز له أن يطأها ولا يقبلها ولا يلمسها بشهوة، ولا ينظر إلى عورتها؛ لأن هذه الأشياء دواع إلى الوطاء، والداعي إلى الشيء يعطى له حكم ذلك الشيء.

ويشترط في الاستبراء حيضة كاملة بعد استحداث ملك الرقبة واليد، حتى إن الحيضة قبل القبض لا يجتزأ بها عن [حيضة الاستبراء إلا في]^(٧) رواية عن أبي

(١) في م: تعذر.

(٢) في م: السبب.

(٣) سقط في م.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: أشهرًا.

(٦) سقط في م.

(٧) في أ: الحيضة إلا.

يوسف - رحمه الله - لما ذكرنا أن هذا الحكم مبني على استحداث حل الوطء بملك الرقبة واليد جميعاً لا على حقيقة تعرف براءة الرحم.

ولو انقطع الحيض لعله، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يطؤها حتى تمضي مدة لو كانت حاملاً ظهر الحمل لثلاثة^(١) أشهر.

وقال محمد - رحمه الله - : يعتبر أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم رجع وقال: شهران وخمسة أيام.

وقال زفر: سنتان.

وروى «المعلی» عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل اشترى جارية تحيض في السنة مرة واحدة، قال: عليه أن يستبرئها بحيضة.

قيل [له]^(٢): قد كنت تقول قبل هذا: يستبرئها بثلاثة أشهر، قال: الآن^(٣) أقول بخلاف هذا، فسئل^(٤) عن اشترى جارية مستحاضة لا يعلم حيضها كيف يستبرئها؟ قال: يدعها [من]^(٥) أول الشهر عشرة أيام.

ولو ملك جارية حاملاً لا يطؤها حتى تضع حملها، وبعد ما وضعت حملها لا استبراء عليه بالحديث الذي روينا، ولأن وضع الحمل في حق حصول المقصود، وهو تعرف براءة الرحم فوق الحيضة، وإن وضعت حملها قبل القبض، فعليه الاستبراء كما لو حاضت قبل القبض.

وإذا اشترى جارية لها زوج، [و]^(٦) لم يدخل بها، فطلقها قبل أن يقبضها المشتري، فعلى المشتري أن يستبرئها بحيضة، هكذا ذكر في «الأصل».

وفي كتاب «الحيل»: أنه لا استبراء على المشتري، فعلى رواية كتاب «الحيل»

(١) في م: ثلاثة.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: والآن.

(٤) في م: قيل.

(٥) سقط في م.

(٦) سقط في م.

اعتبر وقت الشراء، ووقت الشراء [هي] ^(١) مشغولة بحق الغير. وعلى رواية الأصل اعتبر وقت القبض، وهو الصحيح؛ لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض، وهي وقت القبض فارغة عن حق الغير.

وإن كان الزوج طلقها بعد قبض المشتري، فلا استبراء على المشتري، وهذا هو الحيلة لإسقاط الاستبراء أن يزوجه البائع قبل البيع [من رجل] ^(٢)، أو يزوجه المشتري بعد الشراء قبل القبض، ثم يقبضها المشتري، ثم يطلقها الزوج، فلا يجب الاستبراء على المشتري؛ [لأن وقت وجوب الاستبراء وقت القبض، ووقت القبض هي مشغولة بحق الزوج فلا يجب عليه الاستبراء] ^(٣)، وبعد ما طلقها زوجها وصارت فارغة عن حقه لم يوجد السبب، وهو استحداث حل الوطاء باستحداث ملك الرقبة واليد.

قال شيخ الإسلام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: إنما لا يجب الاستبراء على المشتري ^(٤) في هذه الصورة إذا كان البائع لا يطؤها، أما إذا كان البائع يطؤها يجب الاستبراء تحرزاً عن سقي مائه زرع غيره.

وهكذا روى ابن سماعه في «نواده» عن محمد رحمه الله.

والمذكور ثمة: رجل اشترى جارية لها زوج وقبضها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ^(٥)، فلا استبراء على المشتري إلا أن يكون البائع زوجها بعد وطئه إياها قبل أن تحيض، فإني لا أحب لهذا ^(٦) المشتري في هذه الصورة أن يطأها حتى تحيض، حتى لا يجتمعا عليها في طهر واحد، وإن لم يكن يجد ^(٧) المشتري حرة فلا إسقاط

(١) سقط في م.

(٢) في م: رجلا.

(٣) سقط في م.

(٤) زاد في أ: تحرزاً.

(٥) في م: أن يدخل.

(٦) في م: هذا.

(٧) في م: يجب.

الاستبراء حيلة أخرى، وهو أن يتزوجها المشتري قبل الشراء، ثم يشتريها ويقبضها، فلا يلزمه الاستبراء؛ لأن بالنكاح يثبت له عليها الفراش، فإنما استبرأها وهي في فراشه، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير. وفي «المنتقى»: رجل تزوج أمةً، ثم اشتراها، قال: أستحسن أن يستبرئها، رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - .

[وروى] ^(١) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - عن ^(٢) أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه الصورة: أنه لا استبراء عليه. وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الاستبراء. وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يقول: رأيت في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ أنه إنما لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة إن لو تزوجها ووطئها ثم اشتراها؛ لأنه حينئذ يملكها، وهي مشغولة بعذر، فأما إذا استبرأها ^(٣) قبل أن يطأها فلما استبرأها يبطل النكاح، فحال ثبوت ^(٤) ملك اليمين لا نكاح، فيجب الاستبراء؛ لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطاء بملك اليمين، وكان يقول بحسنه ودقته - رحمه الله - : ولكن عندي فيه شبهة ^(٥).

وإذا باع جارية ولم يسلمها إلى المشتري حتى تارك المشتري البيع، فلا استبراء على البائع استحساناً، وإذا ردها بالعب بعد القبض، [أو تقايلاً بعد القبض] ^(٦)، فعلى المشتري أن يستبرئها بحيضة، فإذا رجعت الآبقة، أو ردت المغصوبة، أو فكت المرهونة، أو عجزت المكاتبه، أو انتقضت الإجارة، لم يكن على المولى أن يستبرئها [بلا خلاف].

(١) سقط في م.

(٢) في م: و.

(٣) في م: اشتراها.

(٤) زاد في م: الملك.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣٣/٧)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣١٧).

(٦) سقط في م.

وإذا كان الخيار للمشتري فردها بعد القبض، فليس على البائع أن يستبرئها^(١) عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما، فإذا^(٢) رد القاضي المبيع على البائع لفساد^(٣) البيع، فعليه أن يستبرئها. وإذا تزوج جارية وكان الزوج يطؤها، لم يكن على الزوج استبراء في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يستبرئها بحيضة استحساناً؛ كيلا يؤدي إلى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن عقد النكاح متى صح تضمن العلم ببراءة الرحم شرعاً، وهو المقصود من الاستبراء.

فإذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها، يستحب له أن يستبرئها، ثم يبيعها. وإذا أراد الرجل أن يزوج أمته من إنسان، وقد كان يطؤها، بعض مشايخنا قالوا: يستحب أن يستبرئها بحيضة، ثم يزوجه كما لو أراد بيعها.

والصحيح أن هاهنا يجب الاستبراء، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - بخلاف ما إذا أراد أن يبيعها. والفرق: [أن]^(٤) في فصل البيع يجب الاستبراء على المشتري، فيحصل المقصود به، فلا معنى للإيجاب على البائع.

أما في فصل النكاح لا يجب الاستبراء على الزوج ليحصل به معنى الصيانة، فمست الحاجة إلى إيجابه على المولى^(٥).

وفي «المتقى»: الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أكره للرجل أن

(١) سقط في م.

(٢) في م: وإذا.

(٣) في م: بفساد.

(٤) سقط في م.

(٥) في م: الزوج.

يبيع جارية كان يطؤها حتى يستبرئها بحيضة، وإذا^(١) كانت لا تحيض أبدًا، أو كانت [آيسة فبشهر]^(٢)، وإن ارتفع حيضها بعد الوطء فبأربعة أشهر أو خمسة [أشهر]^(٣)، وإن جامعها في الحيض فلا يبيعها حتى تطهر من حيضة أخرى.

وإذا زنت أمة^(٤) الرجل فليس عليه استبراء في قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: أحب إلي ألا يطأها حتى يستبرئها بحيضة.

وروي عن محمد - رحمه الله - رواية أخرى أنه قال: يجب عليه الاستبراء، وإن

حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها.

وإذا كان للرجل جارية يطؤها فاشتري أختها، كان له أن يطأ^(٥) الأولى وليس له

أن يطأ^(٦) الثانية، أما له أن يطأ^(٧) الأولى؛ لأنه لو لم يكن له ذلك إنما لم يكن حتى

لا يصير جامعًا بين الأختين وإنه حرام، إلا أن المحرم الجمع بين الأختين إما

نكاحًا، أو وطئًا، وأما الجمع [بينهما]^(٨) نكاحًا لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ

الْأُخْتَيْنِ﴾^(٩) والمراد منه النكاح، وأما وطئًا فلقوله عليه السلام: «لا يحل لامرئ

يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين»^(١٠) وبوطء الأولى بعدما

(١) في م: وإن.

(٢) في م: النية فبشهرين.

(٣) سقط في م.

(٤) في م: امرأة.

(٥) في م: يطأها.

(٦) في م: يطأها.

(٧) في م: يطأها.

(٨) سقط في م.

(٩) سورة النساء آية: ٢٣.

(١٠) لم أجده بهذا اللفظ. وذكره السيوطي في الدر المنثور (٢/٢٤٥) عن وهب بن منبه، أنه

سأله عن وطء الأختين الأمتين؟ فقال: أشهد أنه فيما أنزل الله على موسى عليه السلام: إنه

ملعون من جمع بين الأختين. وعزه لابن أبي شيبة، وابن المنذر، عن وهب بن منبه. وقال

الحافظ في التلخيص (٣/٣٦١) بعد أن ذكر قبله حديث: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر

فلا يجمع ماءه في رحم أختين: لا أصل له باللفظين وقد ذكر ابن الجوزي اللفظ الثاني ولم

يعزه إلى كتاب من كتب الحديث، وقال ابن عبد الهادي: لم أجده له سندًا بعد أن فتشت عليه

في كتب كثيرة.

اشترى أختها لا يصير جامعًا بينهما نكاحًا، وهذا ظاهر، ولا وطفًا وماءً؛ لأن رحم المشتراة غير مشغول بمائه حقيقة وهذا ظاهر. ولا حكمًا؛ لأن بنفس الشراء لم يثبت له عليها فراش حتى يقام ذلك مقام الشغل.

ألا ترى أنها لو جاءت بولد لا يثبت النسب منه بدون دعوى، فهو معنى قولنا: إنه بوطء الأولى لا يصير جامعًا بين الأختين نكاحًا ووطئًا وماءً، وهذا بخلاف ما لو كان مكان الشراء تزوجًا، بأن تزوج بالأخت بعدما وطئ الأولى، ليس له أن يطفأ الأولى؛ لأنه لو وطئ الأولى بعدما تزوج أختها يصير جامعًا بينهما ماءً؛ لأن رحم المتزوجة يصير مشغولاً بمائه حكمًا؛ لأن النكاح ألحق بالوطء في حق إثبات النسب حكمًا، وإذا صار رحم المتزوجة مشغولاً بمائه حكمًا، ولو وطئ الأولى يصير جامعًا بينهما. فإن قيل: لو صار رحم المتزوجة مشغولاً بمائه حكمًا بنفس النكاح ينبغي ألا يجوز نكاحها حتى لا يصير جامعًا بينهما ماءً.

قلنا: بنفس النكاح وإن صار جامعًا بينهما، إلا أن ذلك الجمع ليس بحرام. بيانه: أن المحرم الجمع مطلقاً^(١)، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل فيقتضي جمعا من كل وجه إذا كان الآخر مثل الأول؛ لأن الجمع بهما يحصل^(٢) بالآخر، والآخر ههنا ليس مثل الأول؛ لأن الآخر ههنا النكاح، والنكاح وطء حكمًا لا حقيقة، فبالنكاح يصير رحم المنكوحة مشغولاً بالماء حقيقة وحكمًا، فلم يكن الثاني مثل الأول، ولا يحصل به الجمع من كل وجه فلا تتأتى الحرمة، وهذا بخلاف ما لو تزوج بالأخت بعدما وطئ الأولى ليس له أن يطفأ الأولى؛ لأن هناك بوطء الأولى مرة أخرى يتحقق الجمع بينهما ماءً من كل وجه؛ لأن رحم المتزوجة صار مشغولاً بمائه حقيقة^(٣) وحكمًا، فالآخر ههنا الوطاء والأول^(٤) النكاح [وفي الوطاء ما في

(١) في م: المطلق.

(٢) في م: حصل.

(٣) زاد في م: وبوطء الأولى مرة أخرى يصير رحم الأولى مشغولة بمائه حقيقة وحكمًا.

(٤) في أ: فالأول.

النكاح^(١) وزيادة، فالقدر الذي وجد في الأول وجد في الثاني وزيادة شيء، فيحصل الجمع من كل وجه وتتأتى الحرمة، أما ههنا بخلافه.

وإن لم يكن وطئ واحدة منهما يريد به في مسألة الشراء فله أن يطأ أيتها يشاء ولا يصير جامعًا بين الأختين لا نكاحًا ولا ماءً ولا وطئًا، فكان له أن يطأ أيتها يشاء، فإن كان وطئهما جميعًا فقد أساء؛ لأنه ارتكب ما نهى عنه شرعًا، فإنه جمع بين الأختين ماءً، والجمع بين الأختين ماءً منهي عنه شرعًا ومن ارتكب ما نهى عنه شرعًا كان مسيئًا ولا يقرب واحدة منهما حتى يبيع الأخرى أو يزوجها أو يكاتبها؛ لأنه قبل البيع والنكاح والكتابة لو وطئ إحداها صار جامعًا بينهما ماء مرة أخرى؛ لأن كل واحدة منهما صارت مشغولة [بمائه لما]^(٢) وطئها، وما بقي من الشغل منهما لا يحل له وطء واحدة منهما؛ كيلا يصير جامعًا بينهما، غير أن الشغل من الوطء^(٣) أمر باطن لا يوقف عليه حقيقة، فلا بد من إقامة سبب ظاهر مقام الشغل، فأقمنا بقاء ملك الوطء^(٤) له فيهما على الكمال بعدما وطئها وإنه أمر ظاهر وسبب مؤد إلى الشغل مقام الشغل، فما بقي ملك الوطء^(٥) له فيهما على الكمال باق قبل النكاح والبيع والكتابة، فبقي الشغل فيهما من حيث الاعتبار، فلو وطئ واحدة منهما يصير جامعًا بينهما ماءً وإنه حرام، فلماذا منع من وطء واحدة منهما بعدما وطئها حتى يبيع الأخرى أو يزوج أو يكاتب، فإن باع أو زوج أو كاتب إحداها حل له وطء الباقية؛ [لأن بوطء الباقية]^(٦) لا يصير جامعًا بينهما؛ لأن ملك الوطء أقيم مقام الشغل، فزوال ملك الوطء يقوم مقام زوال الشغل، وبالنكاح [والوطء]^(٧) والبيع زال ملك

(١) سقط في م.

(٢) سقط في م.

(٣) في م: الواطئ.

(٤) في م: الواطئ.

(٥) في م: الواطئ.

(٦) سقط في م.

(٧) سقط في م.

الوطء، وبالكتابة كذلك.

ألا ترى أن المولى لو وطئها غرم عقدها، وإذا زال الشغل عن الأولى من حيث الحكم، يزول ملك الوطاء عنها، لم يصير بوطء الثانية جامعًا بينهما ماءً ولا نكاحًا، فحل وطاء الثانية.

فلو أن [الزوج]^(١) طلق المتزوجة أو اشترى المولى الذي باع أو ردت عليه بعيب، فلا ينبغي أن يطأ واحدة منهما حتى يملك فرج^(٢) الأخرى غيره؛ لأنه بعدما انقضت العدة واشترى ثبت له ملك الوطاء فيها^(٣)، وقد ذكرنا أن ملك [الوطء]^(٤) فيهما بعد وجود الوطاء قائم مقام الشغل حكمًا؛ لكون الشغل باطنًا، وإذا ثبت الشغل يعود ملك الوطاء في الأخرى، فمتى وطئ الأخرى صار جامعًا بينهما ماءً. ولو ارتدت إحداهما عن الإسلام لم يحل له وطاء الأخرى؛ لأن الشغل باق بعد الردة لقيام ملك الوطاء، فإن ملك الوطاء لا يزول بالردة حتى لو وطئها لا يغرم العقر، وإنه قائم مقام الشغل بعد وجود الوطاء، وإذا لم يزل الشغل بالردة متى وطئ الأخرى يصير جامعًا بينهما ماءً وإنه حرام شرعًا.

ولو رهن إحداهما أو أجرها أو دبرها أو لحقها دين أو جنت جنابة، فإنه لا ينبغي له أن يقرب الأخرى؛ لأن ملك الوطاء لا يزول عن إحداهما بهذه الأسباب، فإنه لو وطئها بعد الجنابة وبعد التدبير لا يغرم عقرها أو بعد الرهن ولحقوق الدين إن غرم العقر لا يغرم عقدا يزول عن ملكه، وإنما يغرم عقرًا يتعلق به حق الغرماء وحق المرتهن ويكون ملكًا له؛ لأن العقر قائم مقام ما استوفى بالوطء وإنه باق على ملكه بعد لحوق الدين والرهن، إلا أنه مشغول بالدين وكذلك بدله.

بخلاف ما لو كاتب إحداهما؛ لأن ملك الوطاء يزول بالكتابة حتى غرم عقرًا

(١) سقط في م.

(٢) في م: فيزوج.

(٣) في م: فيهما.

(٤) سقط في م.

خارجًا عن ملكه فصار كالنكاح والبيع .

والأختان من الرضاع ومن النسب سواء، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) والجمع بين الأختين من النسب نكاحًا وماءً ووطنًا حرام، وكذا يحرم من الرضاع أيضًا .

وإذا كانت عند الرجل أمة يطؤها، فاشترى عمتها أو خالتها أو بنت أختها من نسب كان أو رضاع، فهو بمنزلة الأختين؛ لأن الجمع بين الأختين نكاحًا وماءً ووطنًا إنما يحرم^(٢)؛ لأنهما ذواتا رحم محرم وهذا المعنى موجود في الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها وبنت أختها لأنهما ذواتا رحم محرم فيحرم الجمع بينهما نكاحًا وماءً

(١) أخرجه مالك (٦٠١/٢) كتاب الرضاع، باب: رضاعة الصغير، حديث (١)، والبخاري (٣٠٠/٥) كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض، حديث (٢٦٤٤)، ومسلم (١٠٦٨/٢) كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، حديث (١٤٤٤/٢)، والنسائي (١٠٢/٦، ١٠٣)، كتاب النكاح، باب: لبن الفحل، والدارمي (١٥٦، ١٥٥/٢) كتاب النكاح، باب: ما يحرم من الرضاع، وعبد الرزاق (٤٧٦/٧)، رقم (١٣٩٥٢)، وأحمد (١٧٨/٦)، وابن الجارود (٦٨٧)، وأبو يعلى (٣٣٨/٧)، رقم (٤٣٧٤) والبيهقي (١٥٩/٧) كتاب النكاح، باب: ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع... كلهم من طريق عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: وله لفظ آخر مطولاً.

وللحديث طريق آخر عن عائشة: أخرجه مالك (٦٠٧/٢) كتاب الرضاع، باب: جامع ما جاء في الرضاعة، حديث (١٥)، والشافعي (١٩/٢، ٢٠)، كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرضاع، حديث (٥٩)، وعبد الرزاق (٤٧٧/٧) رقم (١٣٩٥٤)، وأحمد (٤٤/٦)، (٥١)، وأبو داود (٥٤٥/٢، ٥٤٦) كتاب النكاح، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، حديث (٢٠٥٥)، والترمذي (٤٥٣/٣٠) كتاب الرضاع، باب: ما جاء يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حديث (١١٤٧)، وابن ماجه (٦٢٣/١) كتاب النكاح، باب: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، حديث (١٩٣٧)، والنسائي (٩٩/٦)، والدارمي (١٥٦/٢) كتاب النكاح، باب: ما يحرم من الرضاع، وسعيد بن منصور (١/٢٧٣) رقم (٩٥٣)، وابن حبان (٤٢٠٩-الإحسان)، ومحمد بن نصر في «السنة»، ص (٨٦)، رقم (٣٠٤)، والبيهقي (١٥٩/٧) كتاب النكاح، باب: ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣٣٣/٦) من طرق عن عروة عن عائشة مرفوعًا بلفظ يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة. وقال الترمذي: حسن صحيح .

(٢) في م: حرم .

ووطنًا كما حرم بين الأختين .

وإذا اشترى الرجل الجارية وقبضها وعليها عدة من زوج أو من طلاق أو وفاة يوما أو أكثر أو أقل، فليس عليه استبراء بعد انقضاء العدة، وذلك أن الاستبراء لم يجب حالة القبض لكونها مشغولة بالعدة حالة القبض، كما لا يجب إذا كانت مشغولة بالنكاح؛ لأنه لا يستفيد ملك الوطاء، وإذا لم يجب الاستبراء حالة القبض، لو وجب وجب بالطلاق [وبالطلاق]^(١) لا يجب؛ لأنه بالطلاق استحدث ملك الوطاء تبعًا لملك اليمين [لا باستحداث ملك اليمين]^(٢)؛ ولأن الفراغ ثبت بمضي العدة في حق حل الأزواج ففي حق المولى أولى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، والصلاة والسلام على محمد وآله وصحبه وسلم^(٣).



(١) سقط في م .

(٢) سقط في م .

(٣) ثبت في م: علقت هذا الجزء وهو الثاني وما قبله من كتاب الذخيرة، جعله الله ذخيرة للجناب العالي عن السادة الموالى صدر الشريعة مؤيد الحقيقة قاضي القضاة شيخ مشايخ الإسلام قدوة الأئمة العظام محرر القضايا والأحكام مميز الحلال من الحرام مؤيد شريعة سيد الأنام عليه من الله أفضل الصلاة وأتم السلام، الحاكم العادل الفارق بين الحق والباطل مصطفى أفندي بدمشق الشام، مد الله أيام ظله مدى الأيام، ولا زالت الخيرات على يديه متتابعة ونجوم سعده أهلة وبالخيريات نابعة بمحمد والبدون تابعة. والسلام. وقد وافق الفراغ من تحريرها بقرية داريا الكبرى عشية نهار الأربعاء وليلتها وصاحبها نهار الخميس رابع شهر جمادى الثاني من شهور سنة سبع وتسعين وتسعمائة، وكان ابتداء تحريرها في جمادى الأولى سنة ست وتسعين وتسعمائة، ووافق الفراغ منهما في التاريخ المذكور أعلاه على يد أضعف العباد وأحوجهم إلى رحمة ربه الكريم الباري: على حيدر، الشهير بابن قاسم، العكاري موطنًا والدمشقي مسكنًا. هذا مع كتابة وقائع الناحية المذكورة من كتب الحج والسجلات والمواريث والناقلات أسأل الله العظيم حسن الخاتمة بخير مئة وكرمه. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ورضي الله عن الصحابة أجمعين. تاريخ النسخ: ٩٩٧هـ.

الفصل العشرون

في الاستصناع^(١)

يجب أن يعلم أن الاستصناع جائز في كل ما جرى التعامل فيه^(٢)، كالقطنسوة والخف والأواني المتخذة من الصفر والنحاس وما أشبه ذلك استحساناً، ولا يجوز فيما لم يجر^(٣) التعامل فيه، كالثياب وما أشبهها، والقياس: ألا يجوز الاستصناع أصلاً، وبه أخذ زفر والشافعي - رحمهما الله-^(٤).

(١) الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء: أي: دعا إلى صنعه، ويقال: اصطنع فلان باباً، إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً، كما يقال: اكتتب، أي: أمر أن يكتب له. وفي الاصطلاح: هو على ما عرفه بعض الحنفية، عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، فإذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا درهما، وقبل الصانع ذلك، انعقد استصناعاً عند الحنفية.

وقد أجاز الحنفية عقد الاستصناع من باب الاستحسان، لأن القياس أن هذا العقد لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان.

ووجه الاستحسان: أن الناس قد تعاملوا في هذا العقد من عهد النبي ﷺ وحتى الآن من غير تكبر، والقياس يترك بالإجماع.

ينظر: لسان العرب والصحاح وتاج العروس، مادة (صنع)، بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧)، المبسوط، للسرخسي (١٢/١٣٨)، تحفة الفقهاء (٢/٥٣٨)، مجلة الأحكام العدلية، المادة (٣٨٨)، تبين الحقائق (٤/١٢٣).

(٢) يرى جمهور الحنفية أن عقد الاستصناع وارد على عين مالية موصوفة في الذمة هي الشيء المطلوب صناعته؛ بينما يرى الفريق الآخر من فقهاء الحنفية أن عقد الاستصناع وارد على العمل الذي يقوم به الصانع.

ينظر: البحر الرائق (٦/١٨٦)، شرح فتح القدير (٧/١١٥).

(٣) في ج: يجب.

(٤) يشترط الحنفية لجواز الاستصناع عدة شروط:

- ١ - بيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يكون معلوماً بدونه.
- ٢ - أن يكون استصناع السلعة مما يجرى التعامل فيه بين الناس.
- ٣ - يشترط أبو حنيفة ألا يكون في الاستصناع أجل، فإن ضرب أجلاً صار سلماً، فيشترط فيه شروط السلم.

وقال أبو يوسف، ومحمد: الأجل ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال ضرب فيه الأجل أم لا. وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي تأجيل الثمن كله في عقد الاستصناع، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محددة.

وجه القياس في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام: «أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان»^(١) و«رخص في السلم»^(٢)، وهذا بيع ما ليس عنده، لا على وجه

ينظر: بدائع الصنائع (٣/٥).

ويشترط في المصنوع أن يكون مما جرت عادة الناس باستصناعه، فإن لم تجر العادة باستصناعه انقلب سلماً بشرط استيفائه شرائط السلم. وعقد الاستصناع ينقلب سلماً إذا ضرب فيه الأجل وكان فيما لم تجر العادة باستصناعه واستوفى شروط السلم وذلك عند الإمام أبي حنيفة، أما عند صاحبيه فهو سلم إذا لم تجر العادة باستصناعه واستوفى شروط السلم، ضرب فيه الأجل أو لم يضرب. أما جمهور الفقهاء فقد أجازوا الاستصناع فيما جرت العادة باستصناعه كقطعة أثاث وباب وشباك، أو لم تجر العادة باستصناعه كالمعدات الحربية وشبكات الكمبيوتر والأجهزة الطبية المتطورة؛ وذلك تحت مسمى عقد السلم وشريطة استيفاء شروطه.

ينظر: بدائع الصنائع (٣/٥)، حاشية ابن عابدين (٢٢٣/٥)، تحفة الفقهاء، للسمرقندي (٣٦٣/٢).

ونصت مجلة الأحكام العدلية في (المادة ٣٩١) على أنه: لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً، أي: وقت العقد، أي لا يلزم فيه تعجيل الدفع. وقد بين في المادة (٣٨٧) من مجلة الأحكام العدلية أن تعجيل دفع الثمن شرط في السلم لا في الاستصناع. وعلى كل فكما يكون الاستصناع صحيحاً بالتعجيل يكون صحيحاً بتأجيل بعض الثمن، أو كله ويجوز أن يكون الأجل فيه لشهر، أو أكثر، أو أقل ولا يقاس على السلم.

(١) أخرجه أحمد (٤٣٢/٢، ٤٧٥، ٥٠٣)، والترمذي كتاب البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة (٥١٣/٢) حديث (١٢٣١)، والنسائي (٢٩٥/٧، ٢٩٦) كتاب البيوع، باب: بيعتين في بيعة، وابن الجارود ص (٢٠٥)، باب: المبيعات المنهي عنها من الغرر وغيره، الحديث (٦٠٠)، والبيهقي (٣٤٣/٥) كتاب البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، وأبو يعلى (٥٠٧/١٠) رقم (٦١٢٤)، وابن حبان (١١٠٩ - موارد)، من حديث أبي هريرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) أخرجه أحمد (٢٨٢/١)، والبخاري (٤٢٩/٤) كتاب البيوع، باب: السلم في وزن معلوم، الحديث (٢٢٤٠) و(٢٢٤١)، ومسلم (١٢٢٦/٣، ١٢٢٧) كتاب المساقاة، باب: السلم، الحديث (١٦٠٤/١٢٧)، وأبو داود (٧٤٢، ٧٤١/٣) كتاب البيوع والتجارات، باب: في السلف، الحديث (٣٤٦٣)، والترمذي (٦٠٢/٣، ٦٠٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء في السلف في الطعام والتمر، الحديث (١٣١١)، والنسائي (٢٩٠/٧) كتاب البيوع، باب: السلف في الثمار، وابن ماجه (٧٦٥/٢) كتاب التجارات، باب: السلف في كيل معلوم، الحديث (٢٢٨٠)، وابن الجارود، ص (٢٠٨، ٢٠٩) باب: في السلم، الحديث (٦١٤) و(٦١٥)، والدارمي (٢٦٠/٢) كتاب البيوع، باب: في السلف، والدارقطني (٣/٣) كتاب البيوع، رقم (٣)، والحميدي (٢٣٧/١)، رقم (٥١٠)، والطبراني في الصغير (٢١٢/١)، والشافعي (١٦١/٢)، رقم (٥٥٧)، والبيهقي (١٨/٦) كتاب البيوع، باب: جواز السلف

السلم، فلا يجوز عملاً بظاهر النص، ولأن من جواز الاستصناع فيما للناس فيه تعامل إما أن يجوزه إجارة أو بيعاً أو سلماً، ولا وجه إلى تجويزه بيعاً؛ لأنه باع ما ليس عنده، ولا وجه إلى تجويزه سلماً؛ لأنه لم توجد شرائط جواز السلم، وإذا لم يمكن تجويزه على موافقة هذه العقود كان باطلاً، كالاستصناع في الثياب فهذا على وجه القياس.

وجه الاستحسان: أن القياس وإن كان يأبى جواز الاستصناع من الوجه الذي قلتم، إلا أنا تركنا القياس وجوزناه بتعامل الناس، فإن الناس تعاملوا الاستصناع في هذه الأشياء من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، ولا رد من الصحابة رضي الله عنهم ولا من التابعين رحمهم الله، وتعامل الناس من غير نكير [ولا رد]^(١) من علماء كل عصر [حجة يترك بها القياس، ويخص بها الأثر.

ألا ترى أن دخول الحمام بأجر جائز استحساناً؛ لتعامل الناس من غير نكير من علماء كل عصر^(٢)، وإن كان القياس يأبى جوازه؛ [لأن مدة ما يمكن في الحمام وقدر ما يستعمل من الماء مجهول. وكذلك لو قال لسقاء: أعطني شربة ماء بفلس، جاز ذلك لتعامل الناس فيه من غير نكير ورد من علماء كل عصر، وإن كان القياس يأبى جوازه]^(٣) فكذلك هذا.

والأصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن»^(٤)، والمسلمون رأوا الاستصناع حسناً فيكون حسناً

= المضمون بالصفة، وفي (١٩/٦) باب: السلف في الشيء، والبغوي في «شرح السنة» (٤/٣٢٨). كلهم عن ابن عباس قال: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ، وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي ثَمَرٍ، فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجْلِ مَعْلُومٍ».

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) تقدم.

بخلاف الاستصناع فيما لا يتعامل الناس فيه نحو الثياب وما أشبه ذلك؛ لأن المجوز للاستصناع التعامل، ففيما لا تعامل للناس فيه لا يجوز، فيعمل فيه بالقياس. ثم الاستصناع فيما للناس فيه تعامل إذا جاز استحساناً فإنما يجوز معاقدته لا مواعدة بدليل أن محمداً رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة لجاز قياساً واستحساناً. والدليل عليه: أنه فصل بين ما للناس فيه تعامل، وبين ما لا تعامل للناس فيه، ولو كانت مواعدة لجاز في الكل.

والدليل عليه: أن محمداً رحمه الله قال في «الكتاب»: إذا فرغ الصانع من العمل، وأتى به كان المستصنع بالخيار؛ لأنه^(١) اشترى ما لم يره، فقد سماه شراء. وكذلك [قال]^(٢): إذا قبض الآخر فإنه يملكه، ولو كانت مواعدة لا معاقدته؛ لكان لا يصير الآخر ملكاً له، فدل أنه ينعقد معاقدته لا مواعدة، ثم كيف ينعقد معاقدته لا مواعدة؟^(٣)

(١) في ج: أنه لو.

(٢) سقط في ج.

(٣) من شروط الاستصناع: ألا يكون مؤجلاً إلى أجل يصح معه السلم عند أبي حنيفة وهو شهر فأكثر؛ وعلى ذلك إذا خلا من الأجل، أو أجل إلى أجل دون الأجل المشروط وهو الشهر، فإن العقد يصح ويكون استصناعاً بشرط أن يكون العرف قد جرى به بين الناس والذي جرى به العرف بين الناس مثل الخف والطست، والذي لم يجر به العرف بين الناس هو الثوب. وإن أجل إلى أجل يقبل في السلم كان العقد سلماً، واشترط فيه ما يشترط في السلم من شرائط مثل: قبض البدل في المجلس، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في العقد. ووجه قول أبي حنيفة: أنه إذا حدد العاقد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم، إذ هو عقد على مبيع في الذمة مؤجلاً - والعبرة في العقود لمعانيها، لا لصور الألفاظ. ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه، كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له، أو يخطط قميصاً بغزل نفسه، ينقلب العقد سلماً بالانفاق. أو يقال: إن التأجيل للإمهال وتأخير المطالبة، وذلك لا يكون إلا عند لزوم العقد، والاستصناع عقد غير لازم، فلا يتفق مع ذكر هذا الأجل، فإن ذكر فيه كان ذكره دليلاً على أن المراد به عقد سلم فينقذ سلماً، وعندئذ يجب أن تتوافر فيه شرائط السلم. وعلى هذا إذا ذكر الأجل فيه على سبيل الاستعجال لا على سبيل الإمهال، بأن قال المستصنع للصانع: =

نقول: ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعًا انتهاء متى سلم قبل التسليم بساعة، بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولا يستوفى المصنوع من تركته. ولو انعقد بيعًا ابتداءً وانتهاءً لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم.

وقال محمد رحمه الله: إذا أتى به الصانع، كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره، ولو^(١) انعقد إجارة ابتداء وانتهاء، لم يكن له خيار الرؤية كما في الخياط^(٢) والصباغ، ولو كان ينعقد بيعًا عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار

على أن تفرغ من هذا المطلوب غدا أو بعد غد، أو في شهر أو في شهرين على الأكثر، كان استصناعًا اتفاقًا بين أصحاب المذهب الحنفي؛ لأن ذلك ليس بتأجيل ولا يمنع المطالبة. أما أبو يوسف، ومحمد من الحنفية: ذهبوا إلى عدم اشتراط هذا الشرط، يعني أن عقد الاستصناع يصلح مع ذكر الأجل، أي: أجل متعارف في الاستصناع ولن ينقلب بأجل السلم سلمًا؛ بل يبقى استصناعًا ترجيحًا لإعمال اللفظ على حقيقته؛ ولأن العادة جارية بضر الأجل في الاستصناع فيحمل الأجل عند ذكره على الاستعجال؛ لأن العقد غير لازم. والراجح: هو قول الصحابين، وذلك لمسايرته لظروف الحياة العملية، فهو الأولى بالاعتبار والأخذ.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٢٣/٤)، فتح القدير، لابن الهمام (٣٥٥/٥)، بدائع الصنائع (٣/٥)، المبسوط (١٣٩/١٢)، بدائع الصنائع (٣/٥).
وحكم عقد الاستصناع في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة؛ ثبوت ملك غير لازم في حقه، حتى يثبت له خيار الرؤية إذا رآه: إن شاء أخذه، وإن شاء تركه. وأما حكمه في حق الصانع، فهو ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له، وهذا جواب ظاهر الرواية. وبعبارة أخرى: ثبوته لملك للمستصنع في العين المباعة في الذمة، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكًا غير لازم.

ينظر: شرح فتح القدير (٣٥٦/٥)، رد المحتار (٢٢٣/٤)، بدائع الصنائع (٣/٥)، المبسوط (١٣٩/١٢).

ويرى جمهور الحنفية أن عقد الاستصناع عقد جائز، بمعنى أنه لكل من طرفيه (الصانع والمستصنع) أو للمستصنع وحده الخيار في فسخه أو إمضائه بعد إتمام التصنيع ورؤية المبيع، بينما يرى الفريق الآخر من فقهاء الحنفية وعلى رأسهم الإمام أبو يوسف أن عقد الاستصناع حينئذ لازم لكل من طرفيه، بمعنى أنه لا خيار لواحد منهما. ينظر: البحر الرائق (١٨٦/٦)، شرح فتح القدير (١١٥/٧).

(١) في ج: وإذا.

(٢) في أ: الخياطة.

الرؤية؛ لأنه يكون مشترئاً ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المرئي، علمنا أنها تنعقد إجارة ابتداء، وإن كان القياس ياباه؛ لأنه إجارة على عمل في ملك الأجير، ثم يصير بيعاً انتهاءً قبل التسليم بساعة، وإن كان القياس يأبى أن تصير الإجارة بيعاً، لكن تركنا القياس في الكل؛ لمكان التعامل.

والمعنى في ذلك: أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً، فلا بد من اعتبارهما جميعاً، واعتبارهما جميعاً في حالة واحدة متعذر؛ لأن بين الإجارة والبيع تناف فجوزناها إجارة ابتداء؛ لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة، ويمنع انعقاد البيع، فاعتبرناها إجارة ابتداء وجعلناها بيعاً قبل التسليم بساعة؛ توفيراً على الأمرين حظهما كما جعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض اعتبرنا تبرعاً في الابتداء عملاً باللفظ، وبيعاً انتهاءً؛ عملاً بالمعنى، وكذا هذا.

ولهذا قلنا: لو مات قبل التسليم، تبطل الإجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره، وهذا بخلاف ما لو استأجر ورأفًا ليكتب^(١) له كتاباً بحبره، أو صبغاً ليصبغ ثوبه بصبغه، فإنه تنعقد إجارة ابتداء وانتهاء، وإن كان فيه تملك العين من المستأجر وهو الحبر والصبغ؛ لأن تملك الحبر والصبغ ممكن من غير أن يجعل بيعاً في الانتهاء لاتصال الصبغ بملكه، فإن إيصال الصبغ بملك الإنسان سبب لملك الصبغ من غير عقد أصلاً، فإذا أمكننا ملك الصبغ من غير بيع لم يضطر إلى أن تجعل بيعاً للعمل انتهاءً، وإنه خلاف القياس، فأما هاهنا تملك العين من المستصنع بيعاً غير ممكن وإن اعتبرناها إجارة ابتداء؛ لأن العمل لا يصير ملكاً له قبل ملك المحل، فإذا لم [يمكن تملك العين]^(٢) منه تنعقد الإجارة تبعاً للعمل، احتجنا إلى تملك العين منه أولاً ولا يمكننا ذلك إلا بالبيع فجعلناه بيعاً انتهاءً. وجعلناه^(٣) بيعاً قبل التسليم بساعة ليثبت له خيار الرؤية، وقد أورد محمد

(١) في أ: للكتب.

(٢) في أ: تملك تملك اليقين.

(٣) في أ: وجعلنا.

- رحمه الله - الاستصناع في كتاب البيوع.

فإن قيل: لو كان ينعقد إجارة، لكان الصانع يجبر على العمل، ويجبر المستصنع على إعطاء الدراهم كما في سائر الإجازات، ولو أتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العقد، برئ الصانع عما لزمه بالاستصناع، ولو انعقد إجارة، لا يستحق^(١) عليه العمل بعد العقد.

قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة.

روي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الصانع لا يجبر على العمل بل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، وإذا أتى الصانع بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول؛ بل هو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل.

وذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه: أن هذا العقد ليس بلازم، ولم ينسب هذا القول إلى أحد.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - أولاً: يجبر المستصنع دون الصانع وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله، ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول.

وجه ما وري عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه، وأما [المستصنع]^(٢)؛ فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع.

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً، وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله: أن المستصنع اشترى شيئاً لم يره، والصانع باع شيئاً لم يره، وللمشتري ما لم يره الخيار بالنص لا للبائع.

(١) في المحيط: لاستحق.

(٢) المثبت من المحيط البرهاني.

وجه ما روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، وهو المذكور في القدوري : لأنه لا يجبر كل واحد منهما أما الصانع إنما لم يجبر على العمل ، وإن كان ينعقد إجارة ؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بإتلاف عين ، والإجارة تنفسخ بهذا القدر ، ألا ترى أن المزارع له أن يمتنع من العمل إذا كان البذر من جهته ، ورب الأرض كذلك ؛ لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بإتلاف^(١) عين . وكذلك لو استأجر رجلاً ليقطع يده وقد وقعت فيها أكلة ، كان له أن يمتنع ، فكذلك هذا .

ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله ؛ لأن الإجارة في الآخرة شراء ما لم يره ، ومن اشترى ما لم يره كان له أن يفسخ العقد ولا يعطي البدل ، ولأن جواز الاستصناع بخلاف القياس لأجل الحاجة ، والضرورة في الجواز لا في اللزوم ، بقي اللزوم على أصل القياس .

وعن هذا قلنا : إن للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع ؛ لأن العقد ليس بلازم ، فإذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه ؛ لأن الصانع بالإحضار أسقط خياره ولزم العقد من جانبه ، فإذا رضي به المستصنع يثبت اللزوم في حقه أيضاً ، فلا يكون للصانع أن يبيع بعده .

وأما قوله : لو أتى بمصنوع صنعه قبل العقد لم يجبر على العمل ، قلنا : المقصود من العمل المعمول ، فإذا سلم المعمول سقط عنه العمل^(٢) ، هذا إذا لم يضرب لذلك أجلاً .

فأما إذا ضرب لذلك أجلاً قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يصير سلماً ، ولا يبقى استصناعاً حتى يجب تعجيل رأس المال في المجلس ، ومتى أتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه لا يكون له خيار الرؤية .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : إنه لا يصير سلماً بل يبقى

(١) في ج : بالإتلاف .

(٢) سقط في ج .

استصناعًا، وهذا الاستصناع فيما للناس فيه تعامل. وأما ما لا تعامل للناس فيه كالاستصناع في الثياب، فإنه ينقلب سلمًا بضرب الأجل بالإجماع هكذا قالوا. وذهبنا [في]^(١) ذلك إلى أن الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعًا انتهاء، فإذا ضرب فيه الأجل، فاعتبار معنى الإجارة فيه يمنع أن يصير سلمًا؛ لأن الإجارة لا تصير سلمًا بضرب الأجل، كما لو قال للخياط: خط هذا الثوب غدًا أو إلى شهر لا يصير سلمًا، واعتبار معنى البيع يوجب أن يكون سلمًا؛ لأن المستصنع في حكم مبيع عين، ولهذا يثبت للمستصنع خيار الرؤية، وضرب الأجل لا يصح في الأعيان، وإنما يصح في الديون، فضرب الأجل اقتضى أن يكون المبيع دينًا في الذمة، والمبيع لا يثبت دينًا في الذمة إلا سلمًا، فقد اجتمع ما يوجب أن يكون الاستصناع سلمًا وما يمنع، وقد أمكن تجويزه استصناعًا من غير أن نجعله سلمًا، فلا نجعله سلمًا^(٢) وقد استوى الموجب لصيرورته سلمًا مع المانع بخلاف ما [لا]^(٣) تعامل للناس فيه؛ لأنه لا يمكن تجويزه استصناعًا فجوزناه سلمًا.

وأما أبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: اجتمع ما يوجب أن يصير الاستصناع سلمًا وما يمنع وترجح ما يوجب أن يكون سلمًا على ما يمنع فجعلناه سلمًا، وإنما قلنا ذلك؛ لأن اعتبار معنى الإجارة أن يمنع أن يكون سلمًا على ما يمنع فاعتبار معنى البيع يوجب أن يكون سلمًا فقد استويا.

وهذا اعتبار آخر يوجب أن يصير سلمًا وهو أننا لو جوزناه سلمًا ورجحنا جانب البيع، كان في ذلك تجويز هذا العقد على موافقة القياس من وجه؛ لأن المبيع حينئذ يثبت دينًا في الذمة وثبوت المبيع في الذمة على موافقة القياس من كل وجه كما في السلم، فأما متى صار استصناعًا لم يكن المبيع في الذمة دينًا ولا عينًا، وهذا خلاف القياس من كل وجه، فصار ما يوجب صيرورته سلمًا شيئان وما يمنع شيء واحد،

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ: نغفله.

(٣) سقط في ج.

فتكون العبرة لما يوجب .

ثم إذا صار سلمًا لم يجز للمستصنع خيار الرؤية كما في سائر الأحكام لا يثبت خيار الرؤية، وإن اشترى ما لم يره .

فرق بين هذا وبين ما إذا باع العين؛ لأن للمشتري في بيع العين خيار الرؤية وإنما كان كذلك، لأن إثبات خيار الرؤية لا يفيد في السلم؛ لأن فائدة خيار الرؤية لا يفسخ إذا^(١) لم يرد عين ما تناوله العقد؛ لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض بعينه، وإنما يتناول مثله ديتًا في الذمة فلا يفسخ العقد برده بل يعود حقه إلى مثله، وإذا لم يفسد ثمرته وحكمه لا يثبت، وفي بيع العين [يفيد ثمرته]^(٢) وحكمه؛ لأن حكمه الفسخ، والبيع يفسخ متى رده بخيار الرؤية؛ لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ العقد برده، وإذا أفاد حكمه وثمرته يثبت. والله أعلم.



(١) في ج: السلم لأنه .

(٢) في ج: بعد موته .

الفصل الحادي والعشرون في الاستحقاق وحكمه

استحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن الخصومة من المستحق، وطلب الحكم من القاضي دليل نقض العقد، فينتقض به العقد كما ينتقض بصريح النقض، حتى لا تعمل إجازة المستحق بعد ذلك. وعن أبي يوسف رحمه الله: أن أخذ المستحق العين بحكم القاضي دليل النقض فينتقض به^(١) العقد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أن المستحق إذا قال عند الخصومة: أنا أقيم البيئة لأجيز^(٢) العقد، فحكم^(٣) له، لا ينتقض العقد وتعمل إجازته، وإن لم يقل ذلك، لا تعمل إجازته.

وفي ظاهر الرواية: ليس شيء من ذلك دليل النقض؛ أما الخصومة وطلب الحكم فلائهما لإثبات الاستحقاق وإظهاره، والاستحقاق لو كان ثابتًا ظاهرًا يوم البيع لا يمنع انعقاد البيع، فظهوره^(٤) في الانتهاء لا يوجب النقض والفسخ من طريق الأولى، والأخذ بحكم القاضي، يحتمل التأويل^(٥) والتلوم، ويحتمل النقض والفسخ، والعقد جائز بيقين، فلا يثبت النقض بالشك.

وإذا أجاز المستحق البيع وعمل إجازته، كان الثمن للمستحق ولكن البائع يقبضه^(٦) ويدفعه إلى المستحق.

(١) في أ: بعد.

(٢) في أ: لا يجيز.

(٣) في أ: فحكمه.

(٤) في أ: بظهوره.

(٥) في أ: التأمل.

(٦) في أ: يقتضيه.

وإذا كان المشتري شيئاً واحداً كالثوب الواحد والعبد الواحد، فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده، فللمشتري الخيار في الباقي، إن شاء أخذه بحصته^(١) وإن شاء ترك، فإذا كان المشتري [شيئان]^(٢) كالثوبين والعبدین فلم يقبضهما حتى استحق أحدهما، أو قبض أحدهما فللمشتري الخيار في الآخر؛ لأن الصفقة تفرقت على المشتري قبل التمام، وإن استحق أحدهما بعد القبض، فلا خيار في الآخر وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لأنها إنما تفرقت بعد التمام.

وإن كان المشتري مكيلاً أو موزوناً، واستحق بعضه قبل القبض، فللمشتري الخيار فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، وإن استحق بعضه بعد القبض فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - في الإملاء: رجل اشترى زق سمن أو عسل، أو جرة زيت، أو دهن، أو سلة زعفران، أو جوالقاً من دقيق أو حنطة، ثم استحق طائفة منها، فللمشتري الخيار إن شاء أخذ الباقي بحسابه من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن هذا شيء واحد؛ فيكون الحال فيه قبل القبض وبعده سواء.

ولو كان اشترى زقي^(٣) سمن أو قوصرتي تمر أو جرتي زيت أو جوالقي^(٤) حنطة أو خابيتي خل واستحق إحداهما، إن كان قبل القبض فله أن يرد البيع كله، وإن كان بعد القبض، فليس^(٥) له أن يرد الأخرى ولا يرجع إلا بحساب ما استحق، وكذلك سائر ما وصفت لك.

وذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل اشترى من آخر عشر بيضات، واستحق بعضها أو تلف قبل القبض أنه قال: فيه قولان:

(١) في ج: بالحصّة.

(٢) هكذا في أ: والصواب: شيئين.

(٣) في أ: زق.

(٤) في أ: جوالق.

(٥) في أ: فله.

أحدهما: أن يبطل من الثمن بقدر العدد.

والثاني: أنه يبطل بقدر حصة ذلك من الثمن لو قسم الثمن على القيمة، فعلى القول الأول: لم يجعلها مختلفة، وعلى القول الثاني جعلها مختلفة.

وفي المتقى: رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم ووهب البائع الثمن للمشتري قبل القبض أو بعده، ثم استحق العبد، فلا سبيل للمشتري على البائع؛ لأن ما وهب البائع [للمشتري]^(١) ماله، فلا يضمن له مال وماله في يده، ولو أجاز^(٢) مستحق العبد العقد قبل أن يقضى له بالعبد فإن البيع جائز، والهبة جائزة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه إن كانت الهبة قبل قبض الثمن، ويضمن البائع مثله لرب العبد، ولا تجوز الهبة بعد القبض فيرد به المشتري ويكون لرب العبد.

وأما في قول أبي يوسف رحمه الله: فلا تجوز الهبة في الوجهين جميعًا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن له في الابتداء ببيع عبده فباعه ووهب الثمن للمشتري، كان الحكم ما ذكرنا فهاهنا كذلك.

اشترى دارًا وبنى فيها بناءً، ثم استحق رجل^(٣) الدار بالبينة، ونقض بناء المشتري، فالمذكور في عامة الكتب أن المشتري يرجع بقيمة البناء على البائع، وذكر في شركة الجامع: أن المشتري بالخيار في البناء المنقوض إن شاء أمسكه، ولا يرجع على البائع بما لحقه من زيادة غرم؛ لأنه لما اختار النقص فقد أبرأ البائع عن الضمان، وإن شاء ترك النقص على البائع، ورجع عليه بقيمة البناء مبيئًا.

وبعض مشايخنا قالوا: إذا اختار المشتري إمساك النقص، فله أن يرجع على البائع بما يلحقه من زيادة غرم، وقاسه على ما إذا خرق ثوب إنسان خرقًا فاحشًا، كان لصاحب الثوب أن يمسه الثوب ويضمنه النقصان كذا هنا.

(١) سقط في م.

(٢) في أ: جاز.

(٣) في أ: الرجل.

ولو أن المشتري باع الدار من رجل آخر وبني فيها المشتري الثاني بناء، ثم استحقها رجل من المشتري الثاني، رجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن وبقيمة البناء، ويرجع المشتري الأول على بائعه بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة البناء عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما: يرجع عليه بقيمة البناء.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى أنه قال في رجوع المشتري الأول على بائعه بقيمة البناء: أنا أقف في هذا حتى أنظر.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: ذكر المعلى عن أبي يوسف أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - قال: لا يرجع المشتري الأول على بائعه بالثمن حتى يؤدي، وقال أبو يوسف - رحمه الله - : حتى يقضي عليه، وفرق أبو يوسف - رحمه الله - بين هذا وبين ما إذا غصب رجل من رجل عبداً وجنى العبد في يد الغاصب جنائية، ثم قبضه المغضوب منه، فليس للمغضوب منه أن يرجع على الغاصب بأرش جنائته حتى يرجع عليه.

وفي المنتقى: رجل اشترى داراً وبني فيها بناء، ثم استحق نصف الدار شائعاً، رد ما بقي من الدار، ورجع بنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في نصفها، ولو كان استحق نصف الدار بعينه فإن كان البناء في النصف فيه خاصة، رجع بقيمة البناء، وإن كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد ذلك النصف، ولا يرجع بشيء من قيمة البناء.

وعن محمد - رحمه الله - فيمن اشترى داراً على أن البائع بالخيار فبني المشتري فيها بناء، ثم أجاز البائع البيع، ثم استحقت الدار قال: لا يرجع على المشتري بشيء من قيمة البناء؛ قال: لأنه بني فيها قبل أن يملكه البائع منه.

وفي شركة الجامع: اشترى داراً من رجلين وبني فيها، ثم استحق رجل الدار ونقض بناء المشتري، ثم حضر أحد البائعين، كان للمشتري الخيار: إن شاء أمسك المنقوض، وإن شاء سلم نصف المنقوض إليه ورجع عليه بنصف قيمة البناء؛ لأنه

كان مغرورًا من جهته في النصف، فإن حضر البائع الآخر بعد ذلك، كان للمشتري الخيار في النصف الآخر، واختياره أحد الشئيين مع الأول في أحد النصفين لا يكون اختيارًا لذلك مع الثاني، فله أن يختاره مرة أخرى.

وإذا اشترى أرضًا وأحيها - أي: عمرها - فاستحقت من يد المشتري، هل يرجع [على] ^(١) البائع بما أنفق في العمارة؟ فلا رواية في هذه المسألة عن أصحابنا رحمهم الله.

وقد قيل: لا يرجع؛ لأن الإحياء حصل بصرف المنافع إليه، والمنافع عندنا لا تتقوم إلا بالعقد.

قال محمد - رحمه الله -: ويضمن البائع في الأرض المشتراة إذا استحقت الغرس والزرع، وضمان الزرع أن ينظر ما بين قيمة الزرع فيضمنه البائع.

قال هشام - رحمه الله -: وذلك إذا لم يستحصد.

رجل اشترى دارًا وبنى فيها وغاب، ثم إن البائع باعها من رجل آخر ونقض المشتري الآخر بناء الأول وبنى فيها بناءً، ثم جاء الأول واستحقها، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: أن يكون الثاني بناها بآلات هي ملكه، وفي هذا الوجه يضمن المشتري الثاني للمشتري الأول حصة البناء من الدار العامرة وبعض البناء الأول للمشتري الأول إن كان قائمًا، وإن كان الثاني استهلكه ضمن قيمة ذلك للمشتري الأول، وإن بنى بنقض الأول، فالمشتري الثاني يضمن للمشتري الأول حصة البناء من الدار العامرة، فللمشتري الأول أن يمسك البناء وليس للمشتري الثاني رفعه؛ لأنه عين ملك الأول فإن زاد المشتري الثاني في ذلك زيادة، أعطاه قيمة الزيادة من غير أن يعطيه أجره العامل؛ لأن الزيادة عين مال متقوم، فأما العمل فلا يتقوم إلا بالعقد، ولم يوجد العقد.

(١) سقط في ج.

وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله: رجل اشترى أرضاً بشرها واستحق الشرب قبل القبض، أخذ الأرض بجميع الثمن إن شاء، وكذلك المسيل^(١) وإن كان قد قبض وأحدث فيها غرساً أو بناء أو زرعاً، رجع بنقصان الشرب والمسيل.

قال محمد - رحمه الله - : كل شيء إذا بعته وحده لم يجز البيع فيه، فإذا استحق ذلك الشيء فإن شاء المشتري أخذ الباقي بجميع الثمن وإن شاء ترك، وكل شيء إذا بعته وحده جاز بيعه وإذا بعته مع غيره، جاز أيضاً، كان له حصة من الثمن. فإذا ادعى المشتري استحقاقاً للعبد المشتري، وأراد أن يرجع على بائعه بالثمن، وأنكر البائع البيع منه، فأقام المشتري بينة على البيع قبلت بيته، وكان له الرجوع بالثمن على البائع، ولا يشترط حضرة العبد لسماع هذه البينة، وكان للبائع أن يرجع على بائعه بالثمن، وإن أنكر هو البيع؛ لأن القاضي لما قضى عليه صار مكذباً في إنكاره فالتحق إنكاره بالعدم.

وإذا استحق العبد من يد مشتريه بالملك المطلق، وقضى القاضي بالعبد للمستحق، وقصر يد المشتري عن العبد، ورجع المشتري على بائعه بالثمن، فأقام البائع البينة أن هذا العبد نتج في ملكي من أمتي، وأن القضاء للمستحق وقع باطلاً، وليس لك حق الرجوع علي بالثمن، قبلت بيته إذا أقامها بحضرة المستحق. إليه

(١) حق المسيل: حق من حقوق الارتفاق كالشرب، فإن كان هذا الحق غير ثابت لأحد فليس له أن يلزم صاحب الأرض به، وإن كان ثابتاً له، فله الانتفاع به ولو جبراً على المالك، وبينني على ذلك أنه: إذا كان لشخص أرض تسقى بواسطة الآلات أو الترع، بدون أن يكون له حق من قديم الزمان في تصريف مياه تلك الأرض إلى التي دونها، فليس له إلزام صاحبها بمرور الماء فيها. إذا كان لشخص مسقى ماء جار بحق في أرض شخص آخر، وكان ذلك الحق ثابتاً له من قديم الزمان، فليس لصاحب الأرض أن يمنعه من جريان الماء في أرضه؛ لأن هذا الحق قد اكتسب من قديم الزمان، والأصل أن القديم يبقى على قدمه ما لم يترتب عليه ضرر فاحش. ولو فرض أن شخصاً سقى أرضه فسأل الماء منها إلى أرض جاره فأتلّف زرعها، فإما أن يكون السقي معتاداً، أو غير معتاد، فإن كان الأول: فلا ضمان عليه لعدم تعديه، وإن كان سقيه الأرض غير معتاد، وترتب عليه إتلاف الزرع، ضمن قيمته التي يقدرها أهل الخبرة جزاء تعديه.

أشار في السير الكبير في^(١) آخر باب صاحب الساق .
وكذلك إذا أقام البائع بينة على أن هذا العبد نتج في ملك بائعي من أمته قبلت بينته
إذا أقامها بحضرة المستحق .

إن محمداً - رحمه الله - شرط المستحق بقبول هذه البينة من البائع .
وبعض مشايخنا أبوا ذلك، وقالوا: ينبغي ألا يشترط حضرة المستحق، وهكذا
حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله^(٢) - .
وبعض مشايخنا قالوا: لا، بل حضرة المستحق شرط، كما أشار إليه محمد
- رحمه الله - .

وقيل: على [قياس]^(٣) قول محمد وأبي يوسف الآخر: يشترط حضرة
المستحق، وعلى قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف أيضا الأول رحمهما الله: لا
يشترط حضرته، وهذا القول أشبه وأظهر .

ووجه ذلك: أن قضاء القاضي بالعبد للمستحق هاهنا نفذ ظاهراً لا باطناً، وانفسخ
العقد ظاهراً لا باطناً عند محمد - رحمه الله - وأبي يوسف الآخر، فكان للمشتري
أن يأخذ العبد من المستحق، فهذه البينة تتعدى إلى المستحق، فيشترط حضرته،
فأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الأول فقضاء القاضي في العبد
المستحق نفذ ظاهراً وباطناً، وانفسخ العقد ظاهراً وباطناً، فلا يتمكن المشتري من
أخذ العبد من المستحق، فهذه البينة لا تتعدى إلى المستحق؛ فلا يشترط حضرته .
استحق المبيع من يد المشتري الآخر ورجع على بائعه فصالحه بائعه على مال
قليل، فلبائعه أن يرجع على بائعه بجميع الثمن .

أبرأ المشتري البائع عن الثمن، ثم استحق المبيع من يد المشتري لا يرجع على

(١) في ج: وفي .

(٢) زاد في ج: بفرغاة .

(٣) سقط في ج .

بائعه بالثمن؛ لأنه لا ثمن له على بائعه، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على البعض.

استحق دابة من يد رجل، وقال المستحق عند الدعوى: غابت الدابة مني منذ سنة، فقبل أن يقضي القاضي بالدابة للمستحق أخبر المستحق عليه البائع عن القصة، فأقام البائع بينة أن الدابة ملكه منذ عشر سنين فقضى القاضي بالدابة للمستحق؛ لأن المستحق ما ذكر تاريخ الملك في الدابة، إنما ذكر تاريخ غيبة الدابة، بقي دعواه الملك من غير تاريخ، والبائع ذكر تاريخ الملك، ودعواه دعوى المشتري؛ لأن المشتري تلقى الملك من جهته، فيقضي كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين، غير أن التاريخ لا عبرة له حالة الانفراد عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فيشترط اعتبار ذلك التاريخ، وبقي الدعوى في الملك المطلق، فيقضى بالدابة للمستحق.

إذا استحق العبد من يد المشتري وقضى القاضي بالعبد للمستحق، فأراد المشتري أن يرجع على بائعه فادعى البائع أنه نتج عنده، ولم يمكنه إثباته، ورجع المشتري عليه بالثمن، وصدقه بائعه في الشراء منه؛ [له]^(١) أن يرجع على بائعه، وإن زعم أن العبد نتج عنده، فيكون دعوى الشراء^(٢) من غيره تناقضاً منه إلا أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم؛ ولأن القاضي لما قضى عليه بالثمن للمستحق فقد كذبه فيما زعم من نتاج العبد عنده، فالتحق دعوى التناج بالعدم.

وكذلك لو أنكر بائعه الشراء منه، فأقام هو البينة على الشراء منه رجوع عليه بالثمن، وإن صار متناقضاً لما زعم أن العبد نتج عنده؛ لأنه صار مكذباً فيما زعم على ما ذكرنا.

اشترى من رجل داراً وقبضها ثم باعها من غيره ثم اشتراها منه ثانياً ثم استحققت

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: المشتري.

من يده حكي عن شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله أن له أن يرجع على البائع الأول؛ لأن القضاء بالملك للمستحق أوجب فسخ البياعات، فخرج بيع المشتري الأول^(١) وشراؤه ثانيًا من اثنين، فصار كأنه لم يبيع من غيره.

قد ذكرنا في أول الفصل: أن الروايات اختلفت فيما إذا استحق المبيع من يد المشتري، فعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن الخصومة من المستحق والآخذ، وطلب الحكم من القاضي دليل نقض البيع، فيتفضل به البياعات كلها.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن أخذ مستحق العين بحكم القاضي دليل الفسخ فيتفضل به البياعات، وفي ظاهر الروايات ليس شيء من ذلك نقضًا للعقد، وإنما ينتقض البيع بصريح النقض من المستحق، فإذا نقضه انفسخ البيع الذي كان بين مشتري الأجير وبائعه، ويرجع مشتري الأجير على بائعه وبعد ذلك يرجع على بائعه إلى البائع الأول، ولا يرجع أحد من الباعة على بائعه قبل أن يرجع عليه، ولا يظهر أثر الفسخ فيما بينهم إلا بالرجوع.

إذا ثبت هذا فنقول: نسمي المشتري الأول زيدًا، والمشتري منه جعفر، فيرجع المشتري الأول وهو زيد أولاً على جعفر؛ لأن جعفرًا بائعه آخرًا، ثم يرجع جعفر على المشتري وهو زيد؛ لأنه اشتراه منه أولاً، ثم زيد على البائع الأول، أما بدون ذلك لا يرجع زيد على البائع الأول؛ لأن المشتري الأول إذا لم يرجع على جعفر، وجعفر لم يرجع عليه لم يفسخ البيع الذي جرى بين زيد وجعفر، كيف يرجع زيد وهو المشتري الأول على البائع؟.

قيل: ويجب أن يكون الجواب في الرد بالعيب نظير الجواب في الاستحقاق، حتى إن في مسألتنا لو وجد المشتري الأول وهو زيد بالدار عيبًا بعد ما باعها من جعفر، واشتراها منه ثانيًا، ردها زيد على جعفر، ثم يردها جعفر على زيد، ثم يردها زيد على البائع الأول؛ وهذا لأن حق الرد بالعيب وإن كان ينقطع بالبيع إلا أن

(١) المثبت من المحيط.

القاضي لما ردها على البائع الآخر انفسخ العقد الذي جرى بين المشتري الآخر والبائع الآخر، وصار كأن لم يكن، حتى لو كان الرد من المشتري الآخر بغير قضاء لا يكون لبائعه أن يرده على البائع.

وفي شرح الجامع من تعليق في كتاب الوكالة في باب ما يكون وكالة في الطلاق: رجل اشترى [من آخر]^(١) عبدًا وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول، لم يرده على الذي اشتراه منه؛ لأنه غير مفيد؛ لأنه لو رده عليه كان للمردود عليه أن يرده عليه ثانيًا؛ لأنه اشتراه منه، فلا يفيد رده على البائع الأول؛ لأن [هناك]^(٢) الملك غير مستفاد من جهته، فعلى قياس هذا ينبغي أن يقال في فصل الاستحقاق: إن المشتري الآخر لا يرجع على بائعه على ظاهر الرواية؛ لأنه لو رجع بائعه لرجع بائعه عليه أيضًا؛ لأنه اشتراه منه فلا يفيد الرجوع، ويجوز أن يكون بين الرد بالعيب وبين الاستحقاق.

وفرق في بيوع المنتقى: ذكر الحسن بن زياد رحمه الله في كتاب الاختلاف: اشترى من آخر عبدًا بدرهم^(٣) وتقابضا ثم باعه المشتري من بائعه ثم وجد به عيبًا قديمًا.

قال أبو يوسف رحمه الله: له أن يرده على المشتري الأول إذا لم يعلم [به]. وقال^(٤): هو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقد ذكرنا مسألة الرد بالعيب قبل هذا.

[رجل]^(٥) اشترى من آخر كرمًا اشترى الأرض والنخيل جميعًا وقبضهما، ثم استحق العرصة وحدها، كان للمشتري أن يرد الأشجار على بائعه، ويرجع عليه

(١) المثبت من المحيط.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: بدرهم.

(٤) في ج: و، والمثبت من المحيط.

(٥) سقط في ج.

بجميع الثمن.

ومثله لو اشترى حمارًا مع بردعته، اشترى الحمار والبردعة جميعًا وقبضهما، ثم استحق الحمار دون البردعة، ليس للمشتري أن يرد البردعة، ويرجع على البائع بجميع الثمن، بل يمسك البردعة بحصتها من الثمن.

والفرق: أن في فصل الكرم اشترى الأشجار النامية والمثمرة، وبعد استحقاق العرصة يؤمر المشتري بقلع الأشجار، وبالقلع يخرج عن حد الثمر، ويصير حطبًا، وهذا عيب فاحش فيثبت للمشتري حق الرد، وهذا المعنى لا يتأتى في فصل البردعة؛ لأن باستحقاق الحمار لا تصير البردعة شيئًا آخر، ولا يخرج عن الانتفاع الذي اشتراها لأجله فلهذا افتراقًا.

أحال البائع رجلًا على المشتري بالثمن، وأدّى المشتري الثمن إلى المحال له، ثم استحققت الدار من يد المشتري، فالمشتري على البائع يرجع بالثمن؟ ذكر في مجموع النوازل عن شيخ الإسلام علي السغدري رحمه الله: أن المشتري يرجع على البائع.

قيل له: وإن لم يظفر المشتري بالبائع هل يرجع على المحال له؟ قال: لا. وفي الجامع أن المشتري بالخيار إن شاء رجع على [القابض، وإن شاء رجع على] (١) الأمر.

فإذا اشترى شيئًا من الوكيل، فاستحق المشتري من يد المشتري فعند الاستحقاق يرجع المشتري بالثمن على الوكيل إن كان المشتري دفع الثمن على الوكيل، وإن شاء دفع الثمن على الموكل.

يقال للوكيل: طالب الموكل بالثمن وادفعه إلى المشتري، وتفاوت ما بين الصورتين:

أن في الصورة الأولى: يطالب الوكيل بنقد الثمن من مال نفسه، ولا ينتظر أخذه

(١) المثبت من المحيط.

من الموكل .

وفي الصورة الثانية: ينتظر أخذه من الموكل .

اشترى شاة وقبضها، واستحقت من يده، ثم وصل إلى المشتري يومًا من الدهر لا يؤمر بالتسليم إلى البائع؛ لأنه وإن حصل مقرًا بالملك للبائع لكن مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار لا جرم .

اشترى^(١) عبدًا قد أقر أنه ملك فلان البائع ثم وصل المشتري إليه يومًا، يؤمر بالتسليم إلى بائعه؛ لأن إقراره بالملك له لم يبطل .

في قسيمة شيخ الإسلام: اشترى عبدًا أقر أنه ملك البائع وتقابضا، ثم استحق من [يده]^(٢) بالبينة يرجع على البائع بالثمن، وليس للبائع أن يقول للمشتري: إنك أقرت أنه كان ملكي، وأن الثمن صار ملكا لي ومن زعمك أن المستحق غاصب، فلا يرجع علي كما لو غصب منك حقيقة؛ لأن المشتري يقول: إنما أقرت لك بالثمن بشرط أن أملك المبيع ظاهرًا وباطنًا، وقد نفذ علي القضاء ظاهرًا، وإذا صار العبد ملكًا للمستحق ظاهرًا لا يبقى الثمن ملكًا لك ظاهرًا، وإن بقي ملكًا لك باطنًا حتى يستوفي^(٣) قضية العقد الموجب للتساوي بخلاف الغصب؛ لأن الغصب لا يزيل ملك المغصوب منه ظاهرًا، كما لا يزيله من حيث الباطن .

وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله: إذا^(٤) استحق المشتري من يد المشتري، وأراد أن يرجع بالثمن، فقال البائع للمشتري: قد علمت أن الشهود شهدوا بزور^(٥)، وأن المبيع لي، فقال المشتري: أنا أشهد أن المبيع لك، وأن

(١) في ج: لو اشترى .

(٢) المثبت من المحيط .

(٣) في ج: تستوي .

(٤) في ج: إن .

(٥) إذا شهد إنسان بالزور فسق وردت شهادته؛ لأنه من أكبر الكبائر؛ والدليل عليه ما روى خريم ابن فاتك أن النبي ﷺ قال: «عُدَّتْ شَهَادَةُ الزُّورِ بِالْإِشْرَاقِ بِاللَّهِ» قاله ثلاثًا، ثم تلا قوله تعالى: ﴿فَأَجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [سورة الحج: ٣٠] . =

وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «شاهد الزور لا تزول قدماءه حتى يتبوا مفعده من النار». وعن أبي بكره قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أُنبتكم بأكبر الكبائر؟ قلنا: بلى يا رسول الله، قال: الإشرāk بالله، وعقوق الوالدين، وكان مُتَكِنًا فجلس، قال: ألا وقول الزور، وشهادة الزور» حتى قلنا: ليته سكت.

ومع هذا التحذير الشديد الذي ورد به القرآن الكريم والسنة النبوية من شهادة الزور؛ صيانة لحقوق الناس، فإن الإسلام أيضا قد صان حق الشاهد نفسه؛ فلا يُبادر إلى تكذيبه، واتهامه بشهادة الزور، بل قال الحنفية: إن شاهد الزور لا يثبت كونه شاهد زور، إلا إذا أقر على نفسه، ولم يدع سهوا أو غلطا. واعترض على هذا: بأنه قد تُعلم شهادة الزور بغير ذلك؛ كما إذا شهد بموت زيد، أو بأن فلانا قتلته، ثم ظهر زيد حيًا، أو برؤية الهلال، فمضى ثلاثون يومًا، وليس في السماء علة، ولم ير الهلال. وإنما لا تثبت شهادة الزور بالبينة؛ لأنها ستكون بينة على النفي، والبينة حجة للإثبات دون النفي. أما عند الشافعية فتثبت شهادة الزور من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقر أنه شاهد زور.

الثاني: أن تقوم البينة على أنه شاهد زور.

الثالث: أن يشهد بما يُقطع بكذبه، بأن شهد على رجل أنه قتل، أو زنى في وقت معين في موضع معين، والمشهود عليه في ذلك الوقت كان في بلد آخر. وأما إذا شهد بشيء خطأ فيه، فلا يكون شاهد زور؛ لأنه لم يقصد الكذب. وإن شهد لرجل بشيء، وشهد به آخر أنه لغيره، لم يكن شاهد زور؛ لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر؛ فلم يقدح ذلك في عدالته. وإذا كان الإسلام قد صان للشاهد حقه، ومنع من اتهمه إلا إذا ظهر ما يؤكد شهادته بالزور من إقرار ونحوه فإن هذا يتطلب من جانب آخر وضع عقوبة تحول دون شهادة الزور؛ ومن ثم قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: شاهد الزور يعزر بتشهيره على الملاء في الأسواق ليس غير. وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: يوجعه الحاكم ضربًا ويحبسه. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى أنه يشهر عندهما أيضًا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي. وقال بهذه الرواية مالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى. واستدل أبو يوسف ومحمد لما ذهب إليه بما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه: أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا، وسخم وجهه. ولا يقال: الاستدلال بهذا غير مستقيم على مذهبهما؛ لأنهما لا يريان التسخيم؛ لأنه يحمل التسخيم على أنه كان سياسة. واستدل أبو حنيفة: بأن شريحًا كان يُشهر ولا يضرب، وما روي عن عمر من أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطًا وسخم وجهه، فمحمول على السياسة؛ بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم. والتشهير منقول عن شريح رحمه الله تعالى فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيًا، وإلى قومه إن كان غير سوقى، بعد العصر أجمع ما كانوا، ويقول: إن شريحًا يقرتكم السلام، ويقول: «إنا وجدنا هذا شاهد زور؛ فاحذروه، وحذروا الناس منه». وأما الشافعية، فقالوا: إذا ثبت أنه شاهد زور عزره الحاكم؛ لما روي عن عمر أنه قال: «شاهد الزور عليه أربعون

الشهود شهدوا بزور، فللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن مع هذا الإقرار. قال: لأن المبيع لم يسلم له، فلا يحل للبائع أخذ الثمن، وقد استحق المبيع من يد المشتري.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه لله: رجل اشترى من آخر جارية وقبضها، ثم جاء رجل وادعاها، وأقر المشتري أنها لهذا المدعي، فإذا أراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن، فقال البائع للمشتري: إنما هي للمدعي؛ لأنك وهبتها له، فالقول قوله، ولا يرجع المشتري عليه بالثمن.

استحق حمارًا من يدي رجل ببخارى، وقبض المستحق عليه السجل، ووجد بائعه بسمرقند، فقدمه إلى قاضي حضرة سمرقند، وأراد الرجوع عليه بالثمن، وأظهر سجل قاضي بخارى، فأقر البائع بالبيع، ولكن أنكر الاستحقاق، وكون السجل سجل قاضي بخارى، فأقام المستحق عليه البينة أن هذا سجل قاضي بخارى، لا يجوز لقاضي سمرقند أن يعمل به، ويقضي للمستحق عليه بالرجوع بالثمن ما لم يشهد الشهود أن قاضي بخارى قضى على المستحق عليه بالحمار الذي اشتراه من

سوطًا». ولأنه فعل كبيرة لا حد فيها فشرع فيها التعزير، وتعزيره إلى اجتهاد الحاكم: فإن رأى أن يضربه ضربه دون الأربعين؛ لأن التعزير عندهم دون أقل الحدود. وإن كان كبيرًا أو ضعيفًا، ورأى أن يحبس فعل؛ لأن الردع يحصل به، ويشهر أمره، أي: يعرف الناس بحاله. قال الشافعي رحمه الله: فإن كان من قبيلة ففي قبيلته والقبيلة: هم الجماعة من آباء متفرقين وإن كان من أهل العلم والحديث، شهره بين أهل العلم والحديث، وإن كان من أهل المساجد شهره في المساجد. وتشهيره: أن يأمر معه الحاكم رجلاً ثقة إلى الجماعة الذين يراد تشهيره فيهم، فيقول: السلام عليكم، إن القاضي فلانًا يقرأ عليكم السلام، ويقول لكم: إن هذا شاهد زور فاعرفوه. وقال أبو علي بن أبي هريرة: إن كان من أهل الصيانة لم يناد عليه؛ لما روي عنه عليه السلام أنه قال: «أفيلوا ذوي الهَيئات عَثراتِهِمْ إِلَّا فِي الْحُدُودِ» وليس ما ذهب إليه أبو علي بشيء؛ لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «اذْكُرُوا الْفَاسِقَ بِمَا فِيهِ يَعْرفُهُ النَّاسُ». ولأنه إذا اشتهر أمره تجنبه الناس في الإسهاد، وإذا لم يُشهره اغتر الناس به وأشهدوه. وما ذكره أبو علي غير صحيح؛ لأنه قد خرج بشهادة الزور عن أن يكون من أهل الصيانة.

ينظر: المبسوط (١٦/١٤٥)، وتبيين الحقائق (٤/٢٤١)، وفتح القدير (٧/٤٧٥)، وأسنى المطالب (٤/٣٠٢)، وشرح البهجة (٥/٢٢٤)، والمغني لابن قدامة (١٠/٢٣٣).

هذا البائع وأخرجه من يد المستحق عليه؛ لأن الخط يشبه الخط، ولا يجوز الاعتماد على نفس السجل، بل يشترط أن يشهدوا على قضاء القاضي، وعلى قصر يد المستحق. في شهادات المتقضى.

استحق حمازًا بشهادة شاهدين عدلين عدلتهما المشهود عليه، قال: أسأل عن الشاهدين إن زكيا رجع المشهود [عليه]^(١) على البائع بالثمن، فإن لم يزكيا قضى على المشهود عليه ولا يرجع هو على البائع بالثمن بمنزلة الإقرار.

عين في يدي رجل جاء رجل واستحق هذا العين من يد صاحب اليد، وأراد صاحب اليد أن يرجع على بائعه بالثمن، ورجع ثم قال لابن^(٢) البائع: قد كنت اشترت [منك]^(٣) هذه العين بكذا، فأرجع عليك بذلك الثمن، تسمع دعواه الثاني، ويرجع عليه بالثمن الذي ذكره أيضًا لجواز أنه اشترى العين من البائع، ثم جاء ابن البائع وادعى العين لنفسه، فاشترى منه^(٤) ثانيًا، فعند الاستحقاق يثبت له حق الرجوع بالثمنين جميعًا، وإن كان الصبي أحد المشترين؛ لأن^(٥) الرجوع بالثمن عند الاستحقاق يعتمد صورة الشراء، أما لا يعتمد صحة الشراء لا محالة.

رجل في يديه عبد، ثم استحقه رجل ببينة، وطلب^(٦) من القاضي أن يحلف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به، ولا خرج عن ملكه، فقال المستحق: قد كنت بعته منذ ملكته وخرج من يدي، لكن اشتريته من ستة أشهر من فلان - ذكر اسمه واسم أبيه وجده - وأقام بينة فشهد شهود أنه عبده اشتراه من فلان منذ سنة، فهذا استحقاق.

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: لأن.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: مشتر.

(٥) في ج: إلا أن.

(٦) في ج: المطلوب.

وإن شهدت بينة أن هذا عبده ملكه منذ سنة، فهذا ليس باستحقاق ولا أقضي له به، من قبل أنه لم يقر لأحد.

قوله: (رجل لا أعرفه) بمنزلة ما لم يقر لأحد؛ وكذلك إذا قال: اشتريته من فلان التيمي^(١)، قال: ولا يكون المعرفة في هذا إلا كما يكون في كتاب القاضي إلى القاضي.

وسئل شمس الأئمة الأوزجندی - رحمه الله - عن رجل اشترى من آخر جارية، ثم ظهر أنها حرة وقد مات البائع، ولم يترك شيئاً ولا وارث له ولا وصي، غير أن بائع الميت حاضر قال: القاضي يجعل للميت وصياً حتى يرجع المشتري على وصي الميت، ثم وصي الميت يرجع على بائع الميت.

وسئل عمن اشترى سكناً في دكان وقف فقال المتولي: ما أذنت له بالسكنى وأمر بالرفع، هل للمشتري أن يرجع على البائع؟ قال: إن كان المبيع بشرط القرار، رده لفوات الشرط وظهور العيب، وإلا فلا رجوع له على البائع [بوجه ما]^(٢) لا بالثمن ولا بالتقصان.

ذكر في مجموع النوازل: في رجل اشترى من آخر أرضاً وقبضها فجاء مستحق واستحقها بالبينة وقضى القاضي بالأرض له، وطلب المشتري من البائع الثمن فرد الثمن عليه، ثم ظهر فساد الدعوى وفساد القضاء بفتوى الأئمة، هل للمستحق عليه أن يسترد تلك الأرض ويقول: قد ظهر بطلان القضاء؟ قال: لا؛ لأن [المشتري]^(٣) لما رجع على البائع بالثمن ورد البائع الثمن عليه، فقد فسخ العقد فيما بينهما بالتعاطي فانفسخ العقد من كل وجه وارتفع حكمه فكيف يستردها؟

قال: ولو لم يرجع المشتري على البائع بعد ما قضى القاضي بالأرض للمستحق وفسخ العقد بينهما، ثم ظهر بطلان قضاء القاضي وبطلان الاستحقاق، كان

(١) في ج: التيمي.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في ج.

للمستحق عليه استرداد الأرض؛ لأنه ظهر بطلان الفسخ بناء على ظهور بطلان القضاء بخلاف الفصل الأول.

هكذا ذكر، ويجب أن يكون هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً.
وهو قول محمد - رحمه الله - .

أما على قول أبي يوسف آخرًا، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يكون للمستحق عليه استرداد الأصل، فالأصل عندهما: أن قضاء القاضي متى اعتمد سببًا صحيحًا من حيث الظاهر، ثم ظهر عدم المسبب من الأصل لا يبطل القضاء، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور.

رجل وهب لرجل عبدًا أو تصدق به عليه، فاستحق من يد الموهوب له، أو من يد المتصدق عليه، كان للواهب أو للمتصدق أن يرجع على بائعه بالثمن، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - .

وروى ابن سماعة أيضًا: في رجل اشترى من رجل عبدًا وقبضه ووهبه، ثم إن الموهوب له وهبه من رجل آخر، ثم استحق العبد من يد الموهوب له الآخر^(١)، كان للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن، وكأن المشتري للعبد باعه من رجل، ثم إن المشتري الآخر وهبه من رجل واستحق من يد الموهوب له، فالمشتري الأول لا يرجع على بائعه قبل أن يرجع المشتري الآخر على بائعه، وهو الموهوب له، فإذا رجع عليه، رجع المشتري الأول على بائعه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الكبير: رجل اشترى ثوبًا فقطعه وخاطه قميصًا، ثم ادعى رجل أن الثوب له، وأقام البينة ففضى القاضي له بالقميص، ولا يرجع المشتري على البائع بشيء.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن الاستحقاق متى وقع على ملك البائع رجع المشتري على البائع بالثمن؛ وهذا لأنه متى وقع الاستحقاق على ملك البائع لم

(١) زاد في ج: وهبه من رجل آخر.

يسلم المبيع للمشتري جهة البائع بالبيع فلا يسلم الثمن للبائع؛ إذ البيع عقد معاوضة يقتضي السلامة، ومتى وقع الاستحقاق على حدوث الملك للمشتري، فالبيع يسلم للمشتري من جهة البائع، وإنما زال بسبب حدث من جهة المشتري فلا يمنع سلامة الثمن للبائع، وإنما يعرف وقوع الاستحقاق على حدوث الملك للمشتري إذا حدث في العين ما يمنع الاستحقاق من الأصل.

فإذا عرفت هذا الأصل فنقول في هذه المسألة: الاستحقاق وقع على حدوث الملك للمشتري، لا على الملك من الأصل؛ إذ لو كان الثوب للمستحق من الأصل لصار للذي خاطه، فإن من غضب ثوب إنسان وخاطه قميصًا ينقطع حق الملك، ويصير القميص للغاصب عن ضرورة استحقاق القميص أن يكون بملك حدث على ملك المشتري، وبهذا لا يتبين أن المبيع لم يسلم للمشتري من جهة البائع.

وكذلك لو اشترى حنطة وطحنها، ثم جاء رجل وأقام البينة أن الدقيق له، يقضي القاضي بالدقيق للمستحق، ولا يرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق وقع على حدوث الملك للمشتري لما قلنا، فقد سوى بين الخياطة والطحن وهما، افترقا في حق صحة الزيادة، وإنما كان كذلك باعتبار أن المانع من صحة الزيادة هلاك المبيع، وبالطحن يهلك المبيع وهي الحنطة، أما بالخياطة لا يهلك المبيع؛ لأن المبيع هو الثوب وبعد الخياطة الثوب باق، أما المانع من الرجوع على البائع بالثمن حدوث معنى الاستحقاق من الأصل بالخياطة مع الطحن يستويان في حق هذا المعنى.

وكذلك لو أن رجلاً غضب من رجل ثوبًا فقطعه وخاطه قميصًا، ثم جاء رجل وأقام البينة أن القميص له، وأخذ القميص من الغاصب لا يبطل الضمان الأول؛ لأن الملك لم يستحق من الأصل، بل الاستحقاق مقصور على صاحب اليد لما قلنا في المسألة الأولى، فبقي ملك المغصوب منه في الثوب غير مستحق وقد امتنع رده على المغصوب منه بسبب الاستحقاق فيجب عليه قيمة الثوب. وكذلك الجواب في

الحنطة يطحنها .

ولو أن رجلاً اشترى شاة فذبحها وسلخها، وأقام رجل البيئة أن الجلد واللحم والأطراف والرأس له وأخذ ذلك كله، كان للمشتري الأول أن يرجع على بائعه بالثمن؛ لأن الاستحقاق ورد على الملك المطلق، ولم يوجد هاهنا ما يمنع من الأصل؛ لأن حق الملك ينقطع عن اليمين لهذه الأشياء، فوجب القضاء بالملك من الأصل، فتيين أن الاستحقاق على ملك البائع، ولو كان هذا في الغصب لبطل حق المغصوب منه عن الضمان لما ذكرنا؛ لأن هذه الأشياء لا تقطع حق الملك عن العين لما ذكرنا، فورود الاستحقاق على ملك المغصوب منه فوجب بطلان حقه عن الضمان .

وكذلك لو اشترى ثوباً فقطعه ولم يخطه، ثم استحق رجل الثوب المقطوع بالبيئة، فإن المشتري يرجع بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق ورد على الملك المطلق ولم يوجد هاهنا ما يمنع القضاء بالملك من الأصل؛ لأن مجرد القطع لا يقطع ملك المستحق، ولو كان هذا في الغصب بأن غصب رجل ثوباً فقطعه ولم يخطه، ثم استحقه رجل بالبيئة يبطل حق الأول عن الضمان؛ إذ الملك صار مستحقاً من الأصل .

ولو أن رجلاً غصب من رجل لحماً فشواه، وأقام رجل البيئة أن هذا اللحم المشوي له، ففضى به له، رجع المغصوب منه على الغاصب بقيمة اللحم؛ لأن الاستحقاق لم يثبت من الأصل؛ إذ لو جعل هذا استحقاقاً له من الأصل، لصار الغاصب مالكا له بالشيء، فمن ضرورة الاستحقاق بهذه البيئة أن يجعل الاستحقاق مقصوراً على الحال، ويجعل كأن المغصوب منه كان مالكا، ثم الغاصب يملك عليه بالشيء ثم المستحق يملك عليه بوجه من الوجوه، ثم أوجب في اللحم هاهنا القيمة، فهذا دليل على أن اللحم مضمون بالقيمة لا بالمثل .

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، قال بعضهم: هو مضمون بالمثل، وتأويل هذه

المسألة على قوله: إذا لم يوجد مثله، ولو كان هذا في الشراء بأن اشترى لحمًا فشواه، ثم أقام رجل البينة أنه له وقضى به له، لم يرجع على البائع بالثمن؛ لأن الاستحقاق مقصور على المشتري لما قلنا.

لو أقام المستحق البينة في هذا كله أن هذا اللحم قبل أن يشويه المشتري، وذلك الثوب قبل أن يقطعه المشتري، وتلك الحنطة قبل أن يطحنها المشتري، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، ولو كان هذا في الغصب بطل حق الأول عن الضمان؛ لأن الاستحقاق هاهنا ثبت من الأصل، وتبين أن المشتري والغاصب كان غاصبًا بهذه الأشياء من المستحق وكان ضامنًا للمستحق.

ولو أن رجلًا اشترى من رجل شاة وذبحها وسلخها فأقام الرجل البينة أن اللحم له، وأقام آخر بينة أن الجلد له، وأقام آخر بينة أن الرأس والأطراف له وقضى القاضي بذلك، ودفع إلى كل أحد ما استحقه بيئته، لم يرجع المشتري على البائع بشيء؛ لأن هذا الاستحقاق مقصور على المشتري؛ لأن تملك هذه الأشياء على الافتراق لا يتصور إلا بعد الذبح؛ إذ لا يجوز أن يستحق كل واحد منهم جزءًا من الشاة وهي حية، وإنما يجوز ذلك بعد الذبح، فكان الاستحقاق مقصورًا على المشتري، ألا ترى أن المدعي لو أقام البينة على شيء من هذه الجملة أنه له وأقام الذي في يديه بينة على مثله أن صاحبه أولى؛ لأن ذا اليد أسبقهما تاريخًا؛ لأنه يثبت الملك لنفسه من الأصل والخارج يثبت لنفسه ملكًا بعد الذبح، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعي لهذه الجملة رجل واحد؛ لأن ذلك يصلح استحقاقًا من الأصل؛ لأن الواحد يجوز أن يستحق هذه الجملة من الشاة والشاة حية، ألا ترى [أن] (١) المدعي لو أقام البينة على ذلك وذو اليد أقام البينة على مثله أن المدعي أولى.

وكذلك على هذا لو أن رجلًا اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا ولم يخطه، فأقام رجل البينة أن الكمين له، وأقام الآخر البينة أن الدخاريص له وقضى القاضي لهما، لا

(١) المثبت من المحيط.

يرجع المشتري على البائع بالثمن، وإنما لا يرجع لما قلنا. وفي مجموع النوازل: باع من آخر حمارًا على أنه غارقي يريد به ألا يرجع عليه عند الاستحقاق قال: للمشتري أن يرجع على البائع عند الاستحقاق؛ لأن الرجوع حق ثابت شرعًا في البيع الجائر والفاقد.

وقيل: يجب أن يكون البيع بهذا الشرط فاسدًا؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيكون للمشتري أن يسترد الثمن، ويكون للبائع أن يسترد المبيع بحكم فساد العقد.

استحقت جارية اسمها دكير وفي السجل كتب اسمها دلير، فأراد المشتري الرجوع على البائع بالثمن فقال البائع: الجارية التي بعته منك اسمها بتعشه والتي ورد الاستحقاق عليها اسمها دكير، فليس للمشتري أن يرجع على البائع إلا إذا أقام المشتري البينة على أن الجارية التي اشتريتها منك اسمها دكير، وقد ورد الاستحقاق عليها؛ فحينئذ يرجع عليه بالثمن.

وكذلك إذا أقام المشتري البينة من الابتداء أن الجارية التي اشتريتها منك ورد عليها الاستحقاق ولي الرجوع عليك بالثمن، وقبلت بينته وإن لم يسم المشتري الجارية.

اشترى من آخر جارية قيمتها ثلاثون وهي بكر، فازدادت ثم استحقت وقيمتها يوم الاستحقاق خمسون، وقد أزال المشتري بكارتها، فإنه يضمن نقصان البكارة للمستحق؛ فينظر إلى قيمتها بسبب إزالة البكارة فيجب على المشتري ذلك القدر، ولا يرجع المشتري على البائع بما ضمن من نقصان البكارة للمستحق.

اشترى من آخر قراطيس بثمان معلوم وأعطى المشتري حمارًا معينًا في ثمن القراطيس بسبعين، قيمته أربعون، فعند استحقاق القراطيس يرجع المشتري على البائع بسبعين، هكذا ذكر في مجموع النوازل.

وفي كتاب شرح الطحاوي في الرجل يبيع ما يسوي ألف درهم بألفي درهم،

وينقده من الثمن ألفاً إلا عشرة ثم يبيع من البائع بألف وعشرة عرضاً يساوي عشرة، قال: الأحوط للبائع أن يشتري ببقية الثمن وهي ألف وعشر: ذهباً يساوي عشرة حتى إن المبيع لو استحق من يد المشتري يرجع على البائع بمثل ما أعطاه، إلا أن الصرف يبطل بالاستحقاق.

ولو كان باع ببقية الثمن عرضاً من العروض يساوي عشرة فعند الاستحقاق يرجع على البائع بألفي درهم وفيه مضرة للبائع، وإنه يؤيد ما ذكر في مجموع النوازل. وفي فتاوى الصغرى: لو استأجر من آخر دابة إلى سمرقند، فجاء آخر وادعى عليه الدابة، ولم يصدقه أنه مستأجر، واستحقها عليه، لا يكون للآخر أن يرجع على بائعه؛ لأن ذلك الاستحقاق ظلم محض؛ لأنه لم يقع على خصم.

قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - رجل اشترى أمة ليست بحاضرة فقبضها ولم يقر بالرق، وباعها من رجل آخر ولم يقر بالرق وباعها من آخر، ولم يقر بالرق أيضاً، وقبضها المشتري الآخر ثم ادعت أنها حرة. قال: يعتقها القاضي، ويرد بعضهم الثمن على البعض.

فإن قال المشتري الأول: قد كانت أقرت بالرق، وليس له على ذلك بينة، ولم يقر المشتري الثاني بذلك. قال: أرد المشتري الثاني بالثمن على المشتري الأول، ولا أرد المشتري الأول على بائعه؛ لأن المشتري الأول مقر أنها أقرت له بالرق. وفي الفتاوى: رجل اشترى جارية؛ وباعها حتى تداولتها الأيدي، ثم ادعت^(١) الجارية في يد المشتري الآخر أنها حرة الأصل وردها صاحبها على بائعها بقولها، وقبل بائعها منه وردها هو أيضاً على بائعه، وقبل منه، وأراد أن يرد على بائعه، فليس لبائعه ألا يقبلها منه إن لم تكن انقادت للبيع فتثبت الحرية بقولها في حق الكل، فإن كانت انقادت للبيع بأن بيعت وسلمت إلى المشتري وهي ساكنة، فللبائع الأول ألا يقبلها؛ لأنه لما انقادت للبيع قد أقرت بالرق فدعوى حرية الأصل منها بعد

(١) في أ: ادعى.

ذلك دعوى العتق العارض، والعتق العارض لا يثبت بمجرد قولها، وكان للأول ألا يقبلها كما لو ادعت العتق العارض.

قال هشام: وسألت محمدًا - رحمه الله - عن غلام لم يبلغ الحلم باعه إنسان، وأقر بأنه مملوك له وهو يعبر عن نفسه، ثم استحق بالحرية وغاب البائع، ولا يدري أين هو، هل يرجع المشتري على الغلام بالغرور؟ قال: لا. قلت: والرجل الذي اشترى عبدًا أقر على نفسه بالرق وغاب البائع، وقبض المشتري العبد ولم ينقد الثمن، وأعتق القاضي العبد؛ لأنه كان حر الأصل، هل يشهد القاضي ببراءة المشتري عن الثمن والبائع غائب قال: نعم. والله أعلم.



نوع آخر: مسائل الاستحقاق من خلال جنس ما تقدم:

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الدعوى: رجل اشترى من آخر أمة شراء جائزاً أو فاسداً أو ملكها بهبة أو صدقة واستولدها، ثم استحقها رجل بيينة أقامها، قضى القاضي بالجارية وأولادها للمستحق؛ لأن الأولاد فرع [ملكه]^(١) إلا إذا ثبت غرور المستولد، ولا بد لذلك من البيينة على الشراء أو الهبة أو ما أشبه ذلك، فإذا أقام المستولد بيينة على ذلك يثبت غروره؛ لأنه وطئها على حساب أنها ملكه وهذا هو حد الغرور، وولد المغرور حر بالقيمة فيقضي القاضي حينئذ للمستحق بالجارية وبقيمة الولد، ويقضي بعقر الجارية أيضاً، ولا يرجع المستولد على مملكتها بالعقر بائعاً كان أو واهباً، ويرجع بقيمة الأولاد عليه إن كان بائعاً، ولا يرجع عليه إن كان واهباً.

والفرق: أن البائع بالبيع ضمن سلامة الجارية للمشتري؛ لأن المشتري ضمن له سلامة الثمن، وهذا عقد مجازاة ومقابلة، ولأجل ذلك ثبت له حق الرد بالعيب، وضمنان^(٢) سلامة الجارية يكون ضمان سلامة الزوائد بطريق التبعية ولم تسلم الزيادة للمشتري لما ضمن قيمتها للمستحق، فيرجع على البائع بذلك بحكم الضمان، فأما الواهب لم يضمن سلامة [الموهوب]^(٣) للموهوب له ليصير ضامناً سلامة الزوائد بطريق التبعية؛ لأن ضمان سلامة المبيع من البائع بمقابلة ضمان سلامة البدل ولا بدل في الهبة، ومجرد الغرور لا يثبت حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة إما نصاً أو في ضمن^(٤) عقد المعاوضة، حتى لو كان الواهب ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصاً يقول: بأنه يرجع على الواهب بقيمة الولد، فإن كان المشتري باع الأمة من رجل آخر واستولدها المشتري الثاني، ثم استحقها رجل آخر، وأخذ الجارية وقيمة الأولاد من المشتري الثاني، رجع المشتري الثاني على

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: ضمان.

المشتري الأول بقيمة الأولاد، والمشتري الأول هل يرجع على بائعه بقيمة الأولاد؟
على قول أبي حنيفة: لا يرجع، وعلى قولهما: يرجع.
حجتهم: أن البائع الأول ضمن للمشتري [الأول]^(١) سلامة الأولاد ولم يسلم له
الأولاد حين أخذ منه قيمة الأولاد.

والدليل عليه أن المشتري الأول في هذه الصورة يرجع على بائعه بالثمن.
ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة أولاده
لا سلامة أولاد المشتري منه، وهذا لأن ضمان السلامة في ضمان^(٢) البيع، وإنما
يثبت ضمان [سلامة]^(٣) أولاد المشتري الثاني [في ضمان البيع الثاني]^(٤) والبيع
الثاني مقصور على البائع الثاني؛ لأنه حصل باختياره، فما وجد من ضمان السلامة
في ضمانه^(٥) يكون مقصورًا على البائع الثاني أيضًا؛ ألا ترى أن ضمان تسليم المبيع
إلى المشتري الثاني لما وجب بالبيع الثاني، [والبيع الثاني]^(٦) مقصورًا على البائع
الثاني وجب التسليم على البائع الثاني لا على البائع الأول بخلاف الرجوع بالثمن؛
لأن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة ما باع منه، ولم يسلم له ذلك لما رجع
المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن.

وروى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : فيمن اشترى جارية ووهبها لرجل
وسلمها إليه، ثم إن الواهب اشترى من الموهوب له واستولدها واستحقها مستحق،
رجع على البائع وهو الموهوب له بقيمة الولد؛ لأنه مغرور.
وفي المنتقى: رجل وطئ جارية ابنه، فولدت له، فضمن قيمتها لابنه، ثم ولدت

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: ضمن.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) في ج: ضمنه.

(٦) المثبت من المحيط.

له ولدًا آخر، ثم استحقتها رجل فقضى بها [له]^(١) وبعقرها يرجع على الابن بالقيمة التي ضمن له وبقيمة الولد.

قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب «الأصل»، وذكر بعد هذا مسائل:

رجل وطئ جارية ابنه وعلقت منه، فادعى الولد حتى ثبت النسب منه، وغرم قيمة الجارية للابن، ثم ولدت بعد ذلك أولادًا، ثم استحقتها رجل وأخذ عقرها وقيمة الولد، فعلى قول محمد - رحمه الله - لا يرجع الأب على ابنه بشيء من قيمة الأولاد.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يرجع عليه بقيمة كل ولد ولدته بعد الولد الأول. وفيه أيضًا: جارية بين رجلين، اشتريها من رجل فاستولدها أحدهما وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها، ثم استولدها ثانيًا، ثم استحقتها مستحق، وقضى القاضي له بالجارية وبقيمة الولدين وبالعقر على المستولد؛ فإن المستولد يرجع على الشريك بما ضمن [له]^(٢)، ثم يرجعان بالثمن على البائع، ويرجع المستولد على البائع بنصف قيمة [الولد في]^(٣) حصته من المشتري، ولا يرجع عليه بالنصف الباقي؛ لأنه حصة شريكه لم يشترها منه ولا من الشريك.

قالوا: ولو أن رجلاً غصب أمة فأبقت منه، فضمن قيمتها، ثم وجدها واستولدها، ثم استحقتها مستحق وأخذها وعقرها وقيمة ولدها بقضاء القاضي، فالغاصب يرجع على المغصوب منه بالقيمة التي دفعها إليه وبقيمة الولد.

روى المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : في رجل اشترى أمة وأعتقها، ثم تزوجها فجاءت بولد، ثم استحقتها رجل، قال: هو مغرور، ويرجع بقيمة الولد، وقال محمد - رحمه الله - : هو ليس بمغرور، ولا يرجع بقيمة الولد. والله أعلم.

(١) سقط في ج.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) في ج: الولدين.

الفصل الثاني والعشرون

في السلم^(١)

(١) السلم - في اللغة - هو السلف، ومنه يقال: أسلم في كذا، وكذا، أي: أسلف فيه. وقال الشافعي - رحمه الله -: «السلم: السلف». وقال الماوردي: «أما السلف والسلم فهما عبارتان عن معنى واحد؛ فالسلف لغة عراقية، والسلم لغة حجازية». وعرفه ابن عابدين بأنه «شراء أجل بعاجل». وعرف بعض فقهاء المالكية السلم بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر الثمن لأجل. وعرفه ابن قدامة بأنه: «عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في المجلس».

ينظر: القاموس المحيط مادة (س ل م)، وأدب الكاتب، لابن قتيبة، ص (٣٤٩)، (٣٥٠)، وإصلاح المنطق، لابن السكيت، ص (٥٩)، وغريب القرآن، لأبي بكر السجستاني، تحقيق: محمد أديب عبد الواحد، دار قتيبة، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص (٢٥٩)، ورد المختار على الدر المختار لابن عابدين (٢٠٣/٤)، وملتقى الأبحر (١٣٧/١)، والشرح الكبير (١٩٦/٣)، ومواهب الجليل (٥١٤/٤)، وأسهل المدارك (٣١١/٢)، والأم، للشافعي (٩٤/٣)، والحاوي، للماوردي (٣٨٨/٥)، والمغني، لابن قدامة، ص (٣١٢).

وثبتت مشروعية السلم بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، على النحو الآتي:
أولاً الكتاب: احتجوا من القرآن الكريم على مشروعية السلم بما يلي:
١- قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾. وجه الدلالة: تدل هذه الآية الكريمة على مشروعية السلم من وجوه:
أحدها: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية...» ثم تلا هذه الآية.

الوجه الثاني: أن لفظ الآية يصلح للسلم ويشمله بعمومه.
الوجه الثالث: أن قوله تعالى في أواخر هذه الآية: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدْرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُوبُوهَا﴾. إنما هو في البيع الناجز؛ فدل على أن ما قبله من الموصوف غير الناجز؛ كذا نص عليه الماوردي.
٢- قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.

وجه الدلالة: تدل هذه الآية الكريمة على مشروعية عقد السلم من جهة أن السلم نوع من أنواع البيوع. وقد نصت الآية على أن الله تعالى قد أحل البيع مطلقاً؛ ومن ثم تدخل كل أنواع البيوع في هذا الحل إلا ما جاء دليل خاص بتحريمه، وما دام السلم نوع من أنواع البيوع؛ ولم يأت دليل خاص به يحرمه فهو داخل في هذا الحل.

ثانياً: السنة: يدل لمشروعية السلم من السنة النبوية المطهرة ما يلي:
١- عن ابن عباس قال: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ، وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي ثَمَرٍ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ»

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في [بيان] ^(١) شرائط السلم:

فنقول: للسلم شرائط كثيرة ^(٢):

[أخرجه البخاري (٥٠١/٤) كتاب البيوع، باب: السلم في وزن معلوم، حديث (٢٢٤٢)، (٢٢٤٣)].

وجه الدلالة: أقر النبي ﷺ في هذا الحديث أهل المدينة على السلف، وزادهم فيه شروطاً تكفل العدالة بين المتعاقدين، وهذا يدل على مشروعيته.

٢- وَعَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي أَوْفَى رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا، قَالَا: «كُنَّا نُصِيبُ الْمَعَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ، فَتُسَلِّفُهُمْ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّرْبِيبِ».

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قد أقر بعض الصحابة - رضي الله عنهم - في هذا الحديث على السلف، وهم كانوا يتعاملون به وهو ﷺ بين أظهرهم؛ فدل ذلك على مشروعية السلم؛ لأنه لو لم يكن مشروعاً لما أقرهم ﷺ عليه.

ثالثاً: الإجماع: أجمع الفقهاء على مشروعية عقد السلم، وقد نقل هذا الإجماع عدد من الأئمة، منهم ابن رشد حيث قال: «أجمعوا على جوازه - يعني: السلم - في كل ما يكال أو يوزن؛ لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور». وقال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز». وقال البهوتي: «هو جائز بالإجماع». وقال النووي: «أجمع المسلمون على جواز السلم».

ينظر: بداية المجتهد (٢/٢٤١)، الحاوي (٥/٣٨٨)، شرح النووي على صحيح مسلم (١١/٤١)، المغني لابن قدامة (٤/١٨٥، ٣١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٤).

(١) سقط في ج.

(٢) شروط السلم: هي شروط عقد البيع، يضاف إليها بعض الشروط: ذكرها الفقهاء في كتبهم، مع الاختلاف في بعضها، ويمكن إجمالها فيما يلي:

١- أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط صفاته كالكميل والموزون والمذروع، ولا يصح فيما لا ينضبط بالصفة.

٢- أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً، فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده، وحدائته وقدمه، وجودته ورداءته، وبالجملة يصفه بما يحصل به تمام معرفته بحيث لا يبقى فيه جهالة مفضية إلى المنازعة.

٣- أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد.

٤- أن يكون مؤجلاً أجلاً معلوماً كالشهر ونحوه.

٥- أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله.

٦- تسليم رأس المال في مجلس العقد عند الجمهور، وأجاز المالكية اشتراط تأخير اليومين والثلاثة، وأجازوا تأخيره أكثر من ذلك ما لم يكن مشروطاً.

٧- اشترط أبو حنيفة والشافعية تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة.

إحداها: [بيان جنس المسلم فيه كقولنا: تمر.

والثاني: بيان نوعه كقولنا فارسي أو ما أشبهه.

والثالث: بيان صفته كقولنا: جيد أو رديء.

والرابع: ^(١) بيان قدره في المكيلات بالكيل، والموزونات بالوزن.

[والمعدودات بالعد؛ لأن بدون بيان هذه الأشياء يقع بينهما منازعة من التسليم والتسلم، أما إذا لم يبين الجنس، فإن المسلم فيه أجناس مختلفة فالمسلم فيه ربما يعطي جنسا، ورب السلم يطالبه بجنس آخر وليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر؛ لأنهما متعاوضان وقضية المعاوضة التساوي، وأما إذا لم يبين النوع والصفة؛ فلأن المسلم فيه يختلف باختلاف النوع وصفته فتعين كل واحد منهما نوعا آخر وصفة أخرى، وأما إذا لم يبين المقدار؛ فلأن كل واحد منهما يعين المقدار غير ما يعين صاحبه ^(٢)، وينبغي أن يعلم مقداره بمقدار يؤمن ففقه من أيدي الناس، ولو أعلم ^(٣) قدره بمقدار معين نحو أن يقول: بهذا الإناء بعينه أو بهذا الزنبيل أو بوزن هذا الحجر، لا يجوز إذا كان لا يعلم كم يسع في الإناء، ولا يعرف وزن الحجر، فبيع العين يخالف بيع السلم في هذا في المشهور.

[فإن] ^(٤) من قال لغيره: بعت منك من هذه الصبرة بهذا الزنبيل أو بوزن هذا الحجر، جاز في المشهور من الرواية؛ لأن التسليم في باب السلم لا يعقب العقد، وإنما يكون بعد حلول ^(٥) الأجل، ومن الجائز أن يهلك ذلك الإناء والحجر قبل حلول الأجل، فلا يدري كم يجب تسليمه.

= ينظر: تبين الحقائق (١١٠/٤)، بداية المجتهد (٢/٢٤٥)، مغني المحتاج (١٠٢/٢) وما بعدها، المغني مع الشرح الكبير (٣١/٤) وما بعدها.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) في ج: أعلما.

(٤) في ج: قال.

(٥) في أ، ج: حل.

فأما بيع العين التسليم يعقب العقد، فإنه لا يهلك في هذه الساعة اللطيفة غالبًا فلا تتمكن الجهالة.

وكذا في الذرعيات ينبغي أن يعلم قدره بذرع يؤمن فقده من أيدي الناس وإن علمه بخشبة بعينها ولا يدري كم هي أو بذراع يده أو يد فلان، لا يجوز.

والثاني: أن يكون المسلم فيه مؤجلًا بأجل معلوم حتى إن السلم الحال لا يجوز وهذا مذهبنا، واختلفت الروايات في أدنى الأجل الذي لا يجوز السلم بدونه.

ذكر ابن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي قال: إنه مقدر بثلاثة أيام فصاعدًا قال: وهو قول أصحابنا - رحمهم الله - .

وعن أبي الحسن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه، وإلى عرف الناس في تأجيل مثله، وإن كان ما أجل أجلاً يؤجل لمثله في العرف والعادة، يجوز السلم، وما لا فلا.

وعن أبي بكر الرازي - رحمه الله - أنه قال: أقل مقدار ما يتعلق به جواز السلم أن يكون زيادة على مجلس العقد ولو بساعة.

وعن محمد - رحمه الله - أنه قدر أدناه بالشهر فصاعدًا وعليه الفتوى.

والثالث: أن يكون المسلم فيه موجودًا من وقت العقد إلى وقت محل الأجل حتى إن السلم في المنقطع لا يجوز، وهذا مذهبنا.

وحد الانقطاع ما ذكره الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - ألا يوجد في السوق الذي يتاع فيه، وإن كان يوجد في غير السوق، وعلى هذا انقطاع الدراهم إذا انقطع المسلم فيه عن أيدي الناس في أوانه، يجبر رب السلم.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يفسخ السلم.

والرابع: مكان الإيفاء إذا كان المسلم فيه شيئًا له حمل ومؤنة كالحنطة وغير ذلك، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه [آخرًا]^(١)، وكان أبو حنيفة أولاً يقول:

(١) المثبت من المحيط.

بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ولكن إن بينا مكاناً للإيفاء، تعين ذلك المكان للإيفاء، وإن لم بينا مكاناً يتعين مكان العقد للإيفاء، وهو قولهما، وعلى قوله الآخر إذا لم بينا مكاناً للإيفاء، لا يتعين مكان العقد للإيفاء، بل يبقى مكان الإيفاء^(١) مجهولاً.

وأجمعوا على أن مكان العقد يتعين لإيفاء رأس المال، وأجمعوا على أن في بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا في مجلس العقد يتعين مكان العقد^(٢) لإيفاء المبيع، وأجمعوا على أن مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعين للإيفاء.

وعلى هذا الخلاف إذا باع عبدًا حاضرًا بكر حنطة دينًا في الذمة إلى أجل عند أبي حنيفة - رحمه الله - آخرًا يشترط بيان مكان الإيفاء للحنطة وهو الصحيح. وعندهما: يتعين مكان العقد للإيفاء.

وعلى الخلاف إذا قسم الرجلان دارًا على أن يرد أحدهما كرمًا مؤجلًا في الذمة على صاحبه عند أبي حنيفة - رحمه الله - آخرًا يشترط بيان مكان [الإيفاء]^(٣) للحنطة^(٤) لصحة القسمة وهو الصحيح، وما ذكر في كتاب القسمة محمول على قوله الأول.

وعندهما: يتعين مكان القسمة لإيفاء الحنطة.

وعلى هذا الخلاف إذا أجره داره بما له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة - رحمه الله - [آخرًا]^(٥) يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة الإجارة.

وعندهما: يتعين مكان الدار للإيفاء.

وجه قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - في المسألة: أن سبب الالتزام

(١) زاد في ج: مكان العقد.

(٢) في أ، ج: العين.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في أ، ج: الحنطة.

(٥) المثبت من المحيط.

السلم، فيتعين مكان السلم للإيفاء كما في القرض والغصب وما أشبه ذلك؛ وهذا لأن العقد عقد معاوضة، والمعاوضة تقتضي التساوي، وإذا وجب تسليم أحد البديلين، وهو رأس المال في مكان العقد، يجب تسليم البديل الآخر فيه تحقيقاً للتساوي، ألا ترى أن في بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا في مكان العقد حتى وجب تسليم المبيع في مكان العقد [يجب تسليم الثمن في مكان العقد]^(١)، وإن كان غائبًا عن مكان العقد حتى وجب تسليمه في المكان الذي فيه يجب تسليم الثمن في ذلك المكان ليستوي حكم البديلين، كذا هنا.

وإذا تعين مكان العقد للإيفاء، كان مكان الإيفاء^(٢) معلومًا، ولو فسد العقد هاهنا فسد لجهالة مكان الإيفاء.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن مكان العقد لو تعين مكانًا للإيفاء، إما أن يتعين نصًا بالعقد أو ضرورة، لا وجه إلى الأول؛ لأن العقد لا يتعرض للمكان أصلاً من حيث النص، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن الضرورة إنما تتحقق إذا وجب تسليم المعقود عليه عقيب العقد حتى يصير مطالبًا بالتسليم عقيب العقد، فيتعين مكان العقد للإيفاء ضرورة وجوب التسليم عليه في مكان العقد، وفي هذه المسائل التي ذكرناها لم يجب تسليم المعقود عليه عقيب العقد، فلم يصر مطالبًا بالتسليم في مكان العقد، فلا يتعين مكان العقد للإيفاء، وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء، ولم يعين مكانًا آخر يبقى مكان الإيفاء مجهولاً، وإنه يفسد العقد فيما له حمل ومؤنة؛ لمكان المنازعة. وأما إذا كان المسلم فيه شيئًا ليس له حمل ولا مؤنة لا يشترط بيان مكان الإيفاء بالإجماع.

وهل يتعين مكان [العقد]^(٣) للإيفاء؟ ذكر في بيوع «الأصل» وفي الجامع الصغير

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ، ج: العقد.

(٣) المثبت من المحيط.

ما يدل على أنه يتعين عندهم جميعًا، [وذكر في كتاب الإجازات ما يدل على أنه لا يتعين عندهم جميعًا]^(١)، وإن بنا مكانًا آخر للإيفاء [فيما]^(٢) ليس له حمل ومؤنة هل يتعين ذلك المكان للإيفاء؟ وذكر في كتاب الإجازات أنه لا يتعين، ذكر الطحاوي - رحمه الله - أنه يتعين، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الأصل .

الخامس: قبض رأس مال السلم سواء كان رأس المال شيئًا يتعين بالتعيين أو لا يتعين بالتعيين، وإنما كان كذلك لأن السلم عقد جوز بخلاف القياس لحاجة المفاليس إلى رأس المال، فإذا افترقا من غير قبض رأس المال تبين أنه لا حاجة فيعمل فيه بالقياس، فقد ذكر قبض رأس المال في المجلس، وقبض رأس المال في المجلس ليس بشرط لا محالة، وإنما الشرط القبض قبل افتراقهما بالأبدان، ألا ترى إلى ما ذكر في النوادر: لو تعاقدا عقد السلم ومشيا ميلًا أو أكثر، ولم يغب أحدهما عن صاحبه، ثم قبض رأس المال فافترقا، جاز.

وفي النوادر أيضًا: لو ناما أو نام أحدهما، لم يكن ذلك فرقة.

وفيه أيضًا: إن أبى المسلم إليه قبض رأس المال في المجلس، أجز عليه.

الشرط السادس: أن يكون عقد السلم تامًا لا خيار فيه، وإذا عقد عقد السلم بشرط الخيار لهما أو لأحدهما، فالسلم فاسد إلا إذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق بالأبدان، ورأس المال قائم في يد المسلم إليه، فحينئذ ينقلب العقد جائزًا. ولو كان رأس المال هالكًا في يد المسلم إليه وقت إبطال الخيار لا ينقلب العقد جائزًا. والله أعلم.



(١) المثبت من المحيط.

(٢) سقط في ج.

نوع آخر في بيان ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز:
إذا أسلم ثوبًا هرويًا في ثوب مروى لا يجوز، وإذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير
لا يجوز أيضًا.

والأصل في جنس هذه المسائل معرفة علة^(١) الحرمة في ربا النقد، وفي ربا
النساء، فنقول: ربا النقد يحرم^(٢) بوصفين وهو القدر والجنس، ويعني بالقدر الكيل
في المكيلات والوزن في الموزونات، وربي النساء يحرم بأحد وصفي علة ربا النقد،
وهو [الجنس بثمانين بأن أسلم هرويا في ثوب هروي أو]^(٣) الوزن أو الجنس في
مثمانين أو ثمنين حتى إنه إذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز لوجود الكيل
في مثمانين^(٤).

وكذا إذا أسلم [دراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في ثمنين، وإذا أسلم^(٥)
الحديد في الزعفران لا يجوز لوجود الوزن في مثمانين، فإذا أسلم]^(٦) الدراهم في
الزعفران يجوز؛ لأنه لم يوجد الوزن في مثمانين أو ثمنين إنما وجد في ثمن ومثمان.
ولا بأس بأن يسلم الفلوس في الحديد والرصاص وما أشبهه؛ لأنه لم يجمعهما
أحد وصفي علة ربا^(٧) النقد، وهو الوزن والجنس.

والمراد من الفلوس الفلوس الرائجة، أما لو كانت كاسدة لا يجوز إسلامها في
الحديد والرصاص؛ لأنها بالكساد صارت وزنية، فيكون هذا إسلام الموزون في
الموزون وهما مثمانان، وإذا أسلم الفلوس في الصفر لا يجوز؛ لأنه جمعهما
الجنسية.

(١) في ج: علية.

(٢) في ج: محرم.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في ج: المثمانين.

(٥) في ج: في.

(٦) المثبت من المحيط.

(٧) في ج: الربا.

ولو أسلم النصل في الحديد لا يجوز؛ لمكان الجنسية، وكذا السيف في الحديد.

وإن أسلم السيف في الصفر يجوز إذا كان السيف يباع عدداً، وإن كان يباع وزناً لا يجوز؛ لأن في الوجه الثاني جمعهما الوزن، وفي الوجه الأول لا. وإذا أسلم كيلياً نحو الحنطة أو الشعير في الدراهم أو الدينير لا يجوز سلماً؛ لأن الدراهم لا تصلح سلماً فيه، وكذلك الدينير، وهل تجوز بيعاً؟ إن كانت بلفظ البيع يجوز البيع بثمن مؤجل.

وإذا أسلم الدراهم في المكيلات وزناً، أو أسلم الدراهم في الوزني كيلاً، ومعناه: إذا أسلم فيما ثبت كيله وزناً بالنص أو أسلم فيما ثبت وزنه بالنص كيلاً. روى الحسن - رحمه الله - في «المجرد» عن أصحابنا - رحمهم الله -: أنه [يجوز.

وذكر الطحاوي عن أصحابنا: أنه^(١) لا يجوز، فصار فيه روايتان. وفي المنتقى ذكر قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما فيما إذا أسلم في المكيل وزناً في طرف عدم الجواز، و^(٢) قول أبي يوسف في طرف الجواز. واتفقت الروايات عن أصحابنا رحمهم الله: أن ما ثبت كيله بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزناً، وإن تماثلاً وزناً كالحنطة [بالحنطة]^(٣) وأشباهها؛ لأن الشرع ورد فيها [بالجواز]^(٤) بشرط التماثل في الكيل.

قال في فتاوى أهل سمرقند: لو علم أنهما تماثلاً كيلاً يجوز. وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزناً لا يجوز إن تماثلاً في الوزن؛ لأن الدقيق كيلي حتى لو علم أنهما تماثلاً كيلاً يجوز.

(١) سقط في ج.

(٢) زاد في ج: في.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في ج.

وفي فتاوى أهل سمرقند أيضاً: وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه كيلاً كالدرهم بالدرهم كيلاً إلا رواية شاذة عن أبي يوسف - رحمه الله - قال: يجوز إذا اعتاد الناس ذلك.

والحاصل: أن ما ثبت كيله بالنص، فهو مكيل أبداً، وما ثبت وزنه بالنص، فهو موزون أبداً، وما لا نص فيه ولكن عرف كونه مكياً على عهد رسول الله ﷺ بعرف أهل زمانه فهو مكيل أبداً، وإن تعارف الناس بيعه وزناً في زماننا، وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً، وما لم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ يعتبر فيه عرف الناس في زماننا، إن تعارفوا كيله فهو مكيل، وإن تعارفوا [وزنه فهو موزون، وإن تعارفوا]^(١) كيله ووزنه فهو مكيل وموزون، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يعتبر في جميع الأشياء عرف الناس في زماننا، عرف كون ذلك بالنص^(٢) مكياً على عهد رسول الله ﷺ أو موزوناً أو لم يعرف، وما ثبت كيله أو وزنه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه مجازفة.

فإن تبايعا صبرة بصبرة مجازفة، ثم كيلاً بعد ذلك فكانتا^(٣) متساويتين لم يجوز العقد عندنا؛ إذ المعتبر في جواز العقد العلم بالمساواة وقت العقد، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه في آخر الباب الأول من كتاب البيوع.

وينعقد السلم بلفظ البيع والشراء إذا وجد شرائط السلم، ذكره في بيوع المنتقى. وذكر شيخ الإسلام في شرحه: ذكر الحسن رحمه الله في المجرد: أنه لا يجوز. وذكر في بيوعه: أنه يجوز.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: الشيء.

(٣) في أ: فكان، وفي ج: فكانا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: أنه يجوز عندنا؛ خلافاً لزفر رحمه الله.

وإذا أسلم في اللبن في حينه^(١) كيلاً أو وزناً معلوماً إلى أجل معلوم جاز؛ لأن [كون]^(٢) اللبن مكياً أو موزوناً غير ثابت بالنص، ولم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ، فتكون العبرة [فيه]^(٣) للعرف، والناس اعتادوا بيعه كيلاً ووزناً. وكذلك الخل والعصير^(٤) نظير اللبن لما قلنا، ثم ذكر اللبن في حينه.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : هذا في ديارهم؛ لأن اللبن كان ينقطع من أيدي الناس في بعض الأوقات، أما في زماننا لا ينقطع فيجوز في كل وقت، والخل يوجد في كل وقت فلا يشترط الحين، والعصير لا يوجد في كل وقت فيشترط السلم في حينه في هذا الباب أيضاً^(٥).

وإذا شرط في السلم طعام قرية أو أرض خاصة لا يبقى طعامها في أيدي الناس، فالسلم فاسد، وإن شرط طعام موضع يبقى طعامه كطعام خراسان وما وراء النهر يجوز؛ [لأنه]^(٦) إذا كان لا يبقى طعامها في أيدي الناس لا تثبت القدرة على التسليم قطعاً أو شبهاً^(٧) به وقت حلول الأجل، فلا بد منها لجواز التسليم^(٨)، وإذا [كان]^(٩) طعامها بقي تثبت القدرة على التسليم قطعاً أو شبهاً^(١٠) بالقطع، ذكر المسألة في الأصل.

-
- (١) في ج: جنسه.
 - (٢) المثبت من المحيط.
 - (٣) سقط في ج.
 - (٤) في ج: بالعصير.
 - (٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٧٥).
 - (٦) المثبت من المحيط.
 - (٧) في ج: شبيهاً.
 - (٨) في ج: السلم.
 - (٩) المثبت من المحيط.
 - (١٠) في ج: شبيهاً.

وذكر في الأصل أيضًا: إذا أسلم في حنطة هراة خاصة وهي تنقطع من أيدي الناس، لا يجوز، بخلاف ما إذا أسلم في ثوب هروي حيث يجوز، قال عامة المشايخ: لم يرد بهذا هراة خراسان؛ لأن تلك بلدة عظيمة لا يتوهم انقطاع حنطتها عن أيدي الناس، وإنما أراد قرية في الفرات تسمى هراة، وطعام تلك القرية مما يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس.

ثم اختلفوا فيما بينهم قال بعضهم: لا فرق بين مسألة الحنطة وبين مسألة الثوب؛ لأن محمدًا - رحمه الله - ذكر: إذا أسلم في حنطة هراة، وهو^(١) مما ينقطع عن أيدي الناس لا يجوز.

[وذكر إذا أسلم في ثوب هروي يجوز، ولم يذكر هو ينقطع عن أيدي الناس، ولو كان ينقطع من أيدي الناس لا يجوز]^(٢)، فعلى هذا يقع الفرق بين الثوب والحنطة.

والفرق: أن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان؛ لأن الهروي ما نسج [على]^(٣) صفة معلومة سواء نسج على تلك الصفة بهراة أو غيرها يسمى هرويًا، وذلك الجنس مما لا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس حتى لو كانت هذه النسبة لتعيين المكان وثبات^(٤) ذلك مما^(٥) يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس لا يجوز السلم أيضًا، فأما نسبة الحنطة إلى مكان لتعيين ذلك المكان، فإذا كان طعام ذلك الموضع مما يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، لا يجوز السلم فيه حتى لو كان نسبة الحنطة إلى مكان لبيان ذكر الصفة لا لتعيين المكان كالحراني ببخارى، فإنه يذكر لبيان الجودة، لا يفسد السلم، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع.

(١) في ج: وهي.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في ج: وبيان.

(٥) زاد في ج: لا.

قال في الجامع الصغير: لا [خير]^(١) بالسلم في الجوز والبيض عددًا ووزنًا وكيلاً، ولا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء وما أشبه ذلك؛ لأن الجوز والبيض عددي متفاوت والسلم في العدديات المتفاوتة^(٢) لا يجوز والتفاضل بين العددي المتفاوت، والمتقارب^(٣) ما نقل^(٤) عن أبي يوسف - رحمه الله - أن كل ما يتفاوت أحاده في القيمة فهو عددي متفاوت وما لا يتفاوت أحاده في القيمة فهو عددي متقارب^(٥).

ثم قال: يجوز السلم في الجوز والبيض عددًا، ولم يشترط للجوز إعلام الصفة أنه جيد أو وسط أو رديء.

قالوا: وقد ذكر محمد - رحمه الله - أنه يجوز السلم في الجوز وإن لم يسم وسطًا ولا جيدًا، [وأما البيض: إن بين بيض الأوز أو الدجاجة أو الحمام يجوز، وإن لم يسم وسطًا ولا جيدًا]^(٦)، فلم يجعل إعلام الصفة شرطًا للجواز في البيض والجوز؛ لأنه لما سقط إعلام القدر [حتى]^(٧) جاز السلم فيهما عددًا مع أن بين العددين تفاوت من حيث القدر، فلأن يسقط إعلام الصفة أولى.

وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله: ولا خير في السلم في الجوز الهندي وفي بيض النعام.

وعنه أيضًا: إذا أسلم بيض الأوز في بيض الدجاج أو أسلم بيض النعام في بيض

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في المحيط: جائز ولا كذلك الرمان والسفرجل؛ لأنه عددي متفاوت والسلم في العدديات المتفاوتة.

(٣) في ج: والمتفاوت.

(٤) في ج: نص.

(٥) في ج: متفاوت.

(٦) بدل ما بين المعقوفين في أ: في القبض بغير قضاء والإقالة عقد جديد في حق الثالث فصار كأن المشتري باع العبد ثانيا من زيادات السلم.

(٧) سقط في ج.

الدجاج، جاز، وإن أسلم بيض الدجاج في بيض نعامة أو أسلم بيض الدجاج في بيض الأوز^(١) إن كان في حين يقدر عليه، فإن كان في حين لا يقدر عليه لا يجوز. قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: ويجوز السلم في الفلوس عددًا، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فمن مشايخنا من قال: إن جواز السلم في الفلوس قولهما؛ لأن ثمنية الفلوس عندهما قابلة للبطلان؛ لأن الفلوس إنما صار ثمنًا باصطلاح الناس، وإلا فهي سلعة في الأصل، وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم على خلافه، فإذا أقدمنا على السلم فيها و^(٢) السلم لا يجوز إلا [في]^(٣) المثلث، تضمن ذلك إبطال الاصطلاح الأول، فعادت سلعة، فيجوز السلم فيها. فأما على قول محمد رحمه الله: ينبغي ألا يجوز؛ لأن ثمنية الفلوس عنده ليست مقابلة للبطلان حتى لا يجوز بيع الفلوس بالفلسين، والسلم في الأثمان لا يجوز. قالوا: وقد روى أبو الليث الخوارزمي - رحمه الله - عن محمد - رحمه الله - نصًا: أن السلم في الفلوس لا يجوز.

ومن المشايخ من قال: [جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق [لمحمد - رحمه الله]^(٤) - بين السلم والبيع. والفرق: أن من ضرورة^(٥) جواز السلم كون المسلم فيه مثنًا، فيتضمن إقدامها [على البيع]^(٦) إبطالاً لذلك الاصطلاح في حقهما، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنًا فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم، وبيع الدنانير بالدنانير جائز، فلا يتضمن إقدامهما على البيع إبطالاً لذلك الاصطلاح في حقهما، فبقي ثمنًا

(١) في ج: إوز.

(٢) في ج: فإن.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) سقط في ج.

(٥) سقط في أ.

(٦) المثبت من المحيط البرهاني.

كما كان، فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين.

ويجوز السلم في الثوم^(١) والبصل كيلاً لا عدداً، ذكرهما شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه وجعلهما من العدديات المتفاوتة.

والسلم في الباذنجان يجوز عدداً، ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه.

والسلم في الكاغد يجوز عدداً؛ لأنه عددي ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته.

[ولا خير في السلم]^(٢) في الرطبة؛ [لأن الرطبة]^(٣) لا تباع وزناً إنما تباع حزمًا وبين الحزم تفاوت، وكذلك في الحطب حزمًا وأوقارًا، فإن بين شيئًا من ذلك على وجه لا تتمكن المنازعة في التسليم والتسلم يجوز.

وفي بعض الشروح: لو بين الطول والعرض والغلظ في المسألتين، أو كان عرف ذلك، جاز.

وإذا أسلم في كندم بسكو أو قال: كندم سره، يجوز؛ لأنه يراد بهذه الألفاظ: الجيدة. في فتاوي أبي الليث - رحمه الله - .

وفي الأصل: ولا في الزجاج إلا أن تكون مكسرة، فيها وزنا معلومًا فيجوز، وكذلك جوهر الزجاج فإنه موزون معلوم على وجه لا تفاوت فيه، فأما الأواني المتخذة من الزجاج فهي عديدة متفاوتة، فلا يجوز السلم فيها إلا بذكر العدد ولا بذكر الوزن.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: إلا أن يكون شيئًا معروفًا يعلم أنه لا تفاوت في المالية كالمكاحل والطاسات، فإن أبعاد ذلك لا تختلف في المالية إنما

(١) في أ، ج: الثوب.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

تختلف أنواعه، وكل نوع معلوم عند أهل هذه الصنعة، فيجوز السلم فيه حينئذ بذكر العدد.

ولا بأس في السلم في الثياب والبسط والحرير، بعد أن يشترط طولها وعرضها بذرع معلوم، وتبين صفتها، وهذا استحسان.

والقياس ألا يجوز؛ لأن الثياب ليست من ذوات الأمثال، لكن استحساناً لحديث ابن عباس وعلي رضي الله عنهما، والمعنى فيه أن الثياب مصنوع العباد والعبد إنما يصنع ماله، فإذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا تفاوت يسير، والتفاوت اليسير في المعاملات محتمل.

ثم إن محمداً - رحمه الله - شرط لجواز هذا السلم بيان الطول والعرض والصفة، ولم يشترط بيان الوزن.

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - : ولا شك أن بيان الوزن في الكرباس ليس بشرط؛ لأن الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن في [الرداري ولا]^(١) يختلف بالثقل والخفة.

وهل يشترط بيان الوزن في الحرير؟ اختلف المشايخ فيه :

ذكر الكرخي - رحمه الله - في مختصره: أنه لا يشترط، والصحيح أنه يشترط، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وهكذا ذكر في شرح القدوري: أن الحرير لا يختلف باختلاف الوزن، قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: من أصحابنا من قال: إذا كان مع ذكر الطول والعرض والرفعة والذرع لا يتفاوت الوزن في الحرير، لا يشترط ذكر الوزن، كما قال الكرخي - رحمه الله - .

وإن كان مع ذلك يتفاوت، لا بد من ذكر الوزن.

وفي المنتقى: أنه لا بد من بيان ذكر الوزن في الحرير.

(١) في ج: الوداري وما.

وفي الممتقي أيضاً: إذا باع ثوب خز بثوب خز يداً بيد لا يجوز إلا وزناً؛ لأنه إن كان بيعاً^(١) فلا يباع إلا وزناً كأواني الصفر، وإن بين الوزن ولم يبين الذرع لا يجوز؛ لأن الذرع في المذروعات بمنزلة الصفة فكأنه أسلم في موزون وترك صفته.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرحه: إذا شرط الوزن في الحرير، ولم يشترط الذرعان إنما لا يجوز السلم إذا لم يبين لكل ذرع^(٢) ثمناً يجوز وإن بين طولها وعرضها بذراع رجل معروف فلا خير فيه، هكذا ذكر في الأصل. قال مشايخنا - رحمهم الله - أراد بقوله: (بذراع رجل معروف). فعل الذرع لا الاسم وهو الخشب؛ ألا ترى أنه قال: لو مات ذلك الرجل لم يدر رب السلم ما حقه في السلم، وإذا شرط كذا ذراعاً مطلقاً، فله ذراع وسط اعتباراً للنظر من الجانبين.

واختلف المشايخ في تفسير قوله: فله ذراع وسط، بعضهم قالوا: أراد به المصدر، وهو فعل الذرع لا الاسم وهو الخشب يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الإرخاء.

وقال بعضهم: أراد به الخشب؛ لأن خشب الذرع يتفاوت في الأسواق، منها ما يكون أقصر ومنها ما يكون أطول.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - والصحيح أنه يحمل عليها إذا شرط مطلقاً، فيكون له الوسط منهم نظرًا للجانبين.

قال في الأصل: ولا بأس بالسلم في التبن^(٣) كيلاً معلوماً ووزناً معلوماً.

قال: وكيله الغرارة، فإن كان معلوماً يجوز، وإن كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه،

فقد شرط الكيل في التبن.

(١) في ج: بياناً.

(٢) في ج: ذراع.

(٣) في أ: السن.

وقد اختلف المشايخ، قال بعضهم: إنه مكيل على كل حال؛ لأنه متولد من المكيل وهو الحب فلا يتعين. وقال بعضهم: إن تعارف الناس وزنه فهو موزون، وإن تعارفوا كيله، فهو مكيل.

ولا بأس بالسلم في البواري بعد أن يشترط ذرعًا معلومًا وصفة معلومة وصنعة معلومة، هكذا ذكر في القُدوري.

ولا خير في السلم في جلود الإبل والبقر؛ ولأنه عددي متفاوت، وإن بين لذلك ضربًا معلومًا يجوز، والأدم إذا كانت تباع وزناً يجوز السلم بذكر الوزن إذا بينوا على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسلم.

ولا بأس بالسلم في الغراسة إلا أن يشترط من ذلك شيئاً معروف الطول والعرض والتقطيع والصفة.

ولا خير في السلم في الرؤوس والأكارع؛ لأنها من العدديات المتفاوتة؛ لأن التفاوت الذي يكون من رأس ورأس، وكراع تفاوت يعتبره الناس فيما بينهم، وتجري المماكسة لأجله، ولا يشترطون إلا بعد الإشارة.

ولا خير في السلم في اللحم في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - من غير فصل بين ما إذا كان منزوع العظم أو لم يكن.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - : لا بأس به إذا بين الجنس بأن قال: شاة أو بقرة، وبين السن بأن قال: جذع أو ضأن، وبين نوع بأن قال: خصي أو فحل، وبين صفة اللحم بأن قال: سمين أو مهزول، وبين الموضع بأن قال: من الجنب مثلاً، وبين القدر بأن قال: عشرة أمناء.

فوجه قولهما: أن الجهالة تنعدم ببيان هذه الأشياء، ولو لم يجز السلم لمكان الجهالة.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - وجهان:

أحدهما: أن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، يقل اللحم عند عظم العظم ويكثر

عند صغره، فكان السلم فيه مجهولاً، وهذا التعليل يقتضي جواز السلم إذا كان منزوع العظم.

الثاني: أن اللحم يتفاوت من حيث السمن والهزال، ورغائب الناس تتفاوت فيه أيضاً، وهذا التعليل يقتضي ألا يجوز السلم فيه وإن كان منزوع العظم. ولا بأس بالسلم في الشحوم، والأليات لا تختلف سمناً وهزالاً، وكذلك ما فيها من الدسم لا يختلف باختلاف ما فيها من العظم.

قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس بالسلم في السمك المالح وزناً معلوماً وطرياً^(١) معلوماً، بحيث أن يعلم أن السلم في السمك عددياً لا يجوز طرياً كان أو مالحاً؛ لأنه عددي يتفاوت فيه الصغير والكبير، وأما السلم فيه وزناً إن كان طرياً، وكان السلم فيه في غير حينه لا يجوز، هكذا ذكر في الأصل.

وطعن بعض المشايخ في قوله: (في غير حينه). وقالوا: الطري ما يوجد في الأحايين كلها؛ لأن وجوده بالأخذ وأخذه ممكن في الأوقات كلها، فالجواب أن الأخذ قد ينعقد في بعض الأوقات بأن يتجمد الماء أو يكثر أو ما أشبه ذلك فلهذا شرط الحين، فإن كان أسلم في الطري في حينه، أو كان السلم في المالح. ذكر في الأصل: أنه يجوز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وروى أبو يوسف - رحمه الله - في الأمالي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن السلم في السمك لا يجوز بحال من الأحوال.

وجه هذه الرواية: أن السمك لحم فلا يجوز السلم فيه، كما لا يجوز في لحم البقر والشاة عنده.

وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله على ظاهر الرواية: السلم في لحم البقر والشاة إنما لم يجز إما لأن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه هاهنا؛ لأن العظم في السمك ساقط الاعتبار فيما بين الناس لا تجري المماسة

(١) في ج: وضرباً.

باعتباره؛ ولأن اللحم متفاوت من حيث السمن والهزال، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه هنا؛ لأن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، وهذا كله قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رضي الله عنهما - : لا يجوز السلم في كبار السمك، وفرقا بينه وبين اللحم؛ لأن في اللحم يمكن بيان مكان اللحم فيزول الجهالة، وفي السمك لا يمكن، وهذا كله في كبار السمك، وأما الصغار منه، فالسلم فيها جائز موزوناً معلوماً أو كَيْلاً معلوماً طرئاً كان أو مالحاً، بعد أن يكون السلم في الطري في حينه، فقد فرقا بين الصغار .

والفرق في الكبار إنما لا يجوز عندهما؛ لأنه يمكن بيان مكان اللحم، وهذا المعنى لا يتأتى في الصغار .

قال في الأصل: ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها، أما في الطيور، فلا يجوز؛ لأنه سلم في الحيوان إنما كان باطلاً لتفاوت الحيوان في نفسها تفاوتاً يعتبره الناس، ومن الطيور ما لا يتفاوت تفاوتاً يعتبره الناس كالعصفور^(١) وكان ينبغي أن يجوز السلم فيه كما في الجوز والبيض، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن بطلان السلم في الحيوان ثابت نصاً، والعبرة في المنصوص لغير المنصوص، لا للمعنى، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان، وإليه أشار محمد - رحمه الله - حين سئل: لماذا لا يجوز السلم في الحيوان؟ لأنه لا يضبط بالوصف؟ قال: لا، لأنني أجوز السلم في الدجاج، ولا أجوزه في الشاة، ولضبط الشاة أهون علي من ضبط الدجاج لكن للشبه .

والثاني: أن العصفور وإن كان من العدديات المتفاوتة إلا أنه بمعنى المنقطع؛ لأنه

(١) العصفور: جنس طير من الجوائم المخروطيات المناقير، الأنثى عصفورة، وعظم ناتئ في جبين الفرس، وهما عصفوران يمنة ويسرة، ومسمار السفينة، والجمع: عصافير، ويقال: نقت عصافير بطنه جاع، وطارت عصافير رأسه تكبير و(العصفورة) مؤنث العصفور. ينظر: المعجم الوسيط مادة (عصفر) (٢/٦٠٤، ٦٠٥).

مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد، وقد يمكن أخذه وقد لا يمكن، ولا رجحان لإمكان الأخذ على عدم الإمكان حتى يقام مقام الوجود في أيدي الناس، فيبقى العبارة للانقطاع بخلاف السمك الطري؛ لأن إمكان الأخذ في السمك راجح على عدم الإمكان، فيكون العبارة لإمكان الأخذ [في مقام إمكان الأخذ]^(١) مقام الوجود في أيدي الناس.

وأما في لحومها: فإما عددًا فلا إشكال لا يجوز؛ لأنه عددي متفاوت، وإما وزنًا فهل يجوز؟

فظاهر ما ذكر محمد - رحمه الله - يدل على أنه لا يجوز؛ لأنه أطلق إطلاقًا. فمن مشايخنا من قال: بأن المسألة على الاختلاف لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز. كما لو أسلم في اللحم.

ومنهم من يقول: لا يجوز وزنًا عند الكل إلا أنه حمل المذكور من لحم الطير على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع، فلا يجوز بسبب الانقطاع عندهم جميعًا، وإن ذكر الوزن.

فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد. فيجوز عند الكل؛ لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس، فإنه لا تجري المماكسة [بسببه]^(٢) فكان بمنزلة عظم الألية وعظم السمك، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - .

ولا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -، لا وزنًا ولا عددًا؛ لأن الخبز يختلف بالعجن والنضج وكيفية [الخبز]^(٣)، فمنه الخفيف ومنه الثقيل، والمقاصد مختلفة، ومع التفاوت لا يمكن تجويز السلم فيه، وعلى^(٤) قول

(١) المثبت من المحيط.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) المثبت من المحيط.

أبي يوسف رحمه الله: يجوز وزنًا.

واختيار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف - رحمه الله - : إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من جنس المسمى حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض.

وبيع الحنطة بالخبز وبيع الدقيق به وبيع [الخبز]^(١) بهما يجوز متساويًا ومتفاضلاً إذا كانا نقدين، وإن كان أحدهما نسيئة والآخر نقدًا، فإن كان الخبز نقدًا يجوز بالاتفاق، وإن كان الخبز نسيئة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يجوز. وعند أبي يوسف - رحمه الله - يجوز بناء على اختلافهم في جواز السلم في الخبز وزنًا.

والمشايخ رحمهم الله أفتوا بقول أبي يوسف في هذه المسألة.

وإذا أراد دفع الحنطة إلى الخباز^(٢) جملة وأخذ الخبز متفرقًا ينبغي أن يبيع صاحب الحنطة خاتمًا أو سكينًا من الخباز بألف من الخبز مثلاً ويجعل الخبز ثمنًا ويصفه بصفة معلومة حتى يصير دينًا في ذمة الخباز ويسلم الخاتم إليه، ثم يبيع الخباز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يريد الدفع [إليه]^(٣) ويدفع الحنطة فيبقى له على الخباز الخبز الذي هو ثمن، هكذا قيل، وهو مشكل عندي. قالوا: إذا دفع دراهم إلى خباز، وأخذ منه كل يوم شيئًا من الخبز، فكلما أخذ يقول: هو على ما قاطعتك عليه.

ولا بأس بالسلم في الجبن والبصل إذا كان معلومًا عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت، هو الصحيح.

ولا بأس بالسلم في القطن والكتان والإبريسم والنحاس والحديد والرصاص

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: خباز.

(٣) سقط في ج.

والصفر والشبة، وهذه الأشياء من ذوات الأمثال، والحناء والوسمة والرياحين اليابسة التي تكال نظير هذه الأشياء، وأما الرياحين الرطبة والبقول والقصب والخشب والحطب، فهذه الأشياء ليست من ذوات الأمثال، فلا يجوز السلم فيها. في باب البيع بالفلوس في كتاب الصرف.

وفي بيع الأصل: لا بأس بالسلم في الجذوع إذا بين ضربًا معلومًا وبين الطول والعرض والغلظ والأجل والمكان الذي يوفيه فيه، وكذلك الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب، وإعلام الغلظ في القصب بإعلام ما يشد به أنه ذراع أو شبر، والغزل من ذوات الأمثال ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أول إجارته.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - في كتابه: أن كل ما كان موزونًا فهو مثله. قال: ولا بأس بالسلم في الآجر واللبن إذا اشترط من ذلك شيئًا معروفًا وأجلًا معلومًا ومكانًا معلومًا وأراد بقوله: (شيئًا معلومًا) لبنًا معلومًا.

ولو اشترى آجرة من أتون لم يجز من غير إشارة، رواه الحسن في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن وضع المسألة في المجرد في مائة آجرة من أتون. وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - وجه الفرق، فقال: الآجر من العدديات المتفاوتة باعتبار القدر متى كان اللبّن واحدًا؛ لأن ما يكون من التفاوت [بين^(١) لبّن ولبّن من حيث المقدار لا يعتبره الناس فيما بينهم متى كان اللبّن واحدًا. ولا تجري المماكسة [بينهم^(٢)] لأجل ذلك، فأما باعتبار الصفة وهي النضج من العدديات المتفاوتة؛ لأن التفاوت من حيث النضج بين آجر وآجر تفاوت يعتبره الناس فيما بينهم، وتجري فيه المماكسة فيما بينهم فألحق بالعدديات المتفاوتة في باب السلم باعتبار الحاجة، وبالعدديات المتفاوتة في البيع لانعدام الحاجة.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ج.

ويمكن أن يقال: بأن الأجر من العدديات المتفاوتة إذا كان اللبن واحدًا في السلف وفي بيع العين جميعا، وفساد المبيع في مسألة المجرد لاختلاف اللبن لا كما قلتم، فإن موضوع مسألة المجرد: لو باع مائة آجرة من أتون ولم يذكر أن الملبن واحد أو مختلف، وكما يوضع في الأتون اللبن من ملبن واحد يوضع اللبن من مواضع^(١) مختلفة، فيمكن أن تحمل مسألة المجرد على الملاين المختلفة، وعند ذلك لا يقع الفرق بين مسألة السلم وبين مسألة المجرد، كالبيع.

ثم ذكر في هذه المسألة مكانًا معلومًا، واختلف المشايخ فيه، قالوا: أراد به مكان الإيفاء، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال بعضهم: أراد به المكان الذي يضرب فيه اللبن. والله أعلم.



(١) في ج: ملاين.

نوع آخر من هذا الفصل يتصل بهذا النوع:

إذا أسلم إلى رجل دينًا له عليه لم يجز؛ لأن هذا بيع الدين بالدين، ونهى رسول الله ﷺ عن ذلك، فإن لم يفترقا حتى نقده في المجلس يعني نقد رب السلم رأس المال في المجلس صح؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود، وإن عينت فلا يتعين ذلك الدين، وإن أضيف العقد إليه فصار وجود الإضافة إلى الدين والعدم بمنزلة، ولو لم توجد الإضافة إلى الدين وقبض الدراهم في المجلس صح، فهأنا كذلك.

قال: ولو أسلم إليه دراهم له على ثالث لم يصح السلم، وإن نقده في المجلس؛ لأن الفساد هأنا ما كان باعتبار الإضافة إلى الدين، وإنما كان باعتبار شرط [التسليم على ثالث، وهو شرط يغير مقتضى العقد أن يكون] ^(١) التسليم على العاقد، فإذا شرط ^(٢) التسليم على غيره، فقد غير مقتضى العقد، ففسد العقد، وبالنقد في المجلس لا يتبين أنه لم يشترط شرطًا يغير مقتضى العقد، فلا ^(٣) يرتفع الفساد لهذا. وذكر في الجامع الصغير: رجل أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة ونقده مائة، ومائة كانت له دينًا على المسلم إليه، فحصة النقد جائزة، وحصة الدين باطلة، هكذا ^(٤) ذكر المسألة في الكتاب.

واعلم بأن هذه المسائل على وجهين:

إما أن يقول: أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة ولم يضيف المائتين إلى دراهم بعينها، ثم نقد رب السلم من المائتين مائة وجعل المائة الأخرى قصاصًا بدين كان له قبل عقد السلم، أو قال: أسلمت هذه المائة والمائة الدين التي لي عليك في كر حنطة، ففي الوجه الأول جاز السلم بحصة ما نقد عندهم جميعًا، ويبطل بحصته

(١) المثبت من المحيط.

(٢) زاد في ج: به.

(٣) في ج: ولا.

(٤) في ج: وهكذا.

ما لم ينقد عندهم جميعًا؛ لأن السلم وقع جائزًا نافذًا من الابتداء خاليًا عن الشروط الفاسدة لما ذكر المائتين مطلقًا.

ألا ترى أنه لو نقد المائتين كلها في المجلس، جاز، وإنما فسد بعض السلم بعد ذلك بسبب طارئ، وهو أنه لم ينقد المائة وجعلها قصاصًا بما له على المسلم إليه، والعقد متى فسد بعضه بسبب طارئ، فإنه يقتصر الفساد على ما وجد فيه الفساد، ولا يستتبع في الكل، كما لو باع عبيدين وهلك أحدهما قبل القبض، وكما إذا أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة ونقد مائة ولم ينقد المائة الأخرى حتى افترقا عن المجلس صح السلم بحصة ما نقد، وبطل بحصة ما لم ينقد.

فرقوا بين الصرف والسلم، فإنه إذا اشترى مائة دينار بألف درهم مطلقًا غير مضاف إلى دراهم بعينها ونقد خمسمائة وجعل الخمسمائة الأخرى قصاصًا بالدين الذي له على بائع الدينار كان ذلك جائزًا، وهاهنا قال: لا يجوز.

والفرق: أن جواز الصرف على موافقة القياس إلا أن القبض شرط بقاءه على الصحة، وقد وجد القبض في جميع الألف من بائع الدينار؛ لأنه قبض خمسمائة حقيقة وخمسمائة في ذمته كالمقبوض له، وأما عقد السلم فيجوز^(١) بخلاف القياس لحاجة المسلم إليه، ومتى جوزناه في ذمته لا تندفع حاجته، فلو جوزناه جوزناه من غير حاجة، وما جوز لحاجة لا يمكن تجويزه لغير حاجة، فلهذا افترقا.

هذا إذا لم يضاف المائتين إلى دراهم بعينها [فأما إذا]^(٢) أضاف المائتين إلى دراهم بعينها بأن قال: أسلمت إليك هذه الخمسمائة التي لي عليك في كذا وكذا كَرٍّ من طعام، فكذلك الجواب عند علمائنا الثلاثة -رحمهم الله- لا يفسد العقد في الكل بناء على أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات بالتعيين عندنا، فصار وجود الإضافة إلى الدين وهي دراهم والعدم بمنزلة ولو عدت الإضافة وباقي

(١) في ج: جوز.

(٢) في ج: أما إن.

المسألة بحالها، جاز العقد في حصة المنقود كذا هاهنا.
 فرق علماؤنا - رحمهم الله - بين هذه المسألة وبين ما إذا قال: أسلمت إليك
 هذه الخمسمائة والخمسمائة [الدين التي لي على فلان ونقد خمسمائة]^(١)، فإن
 السلم يبطل في الكل، وهاهنا يجوز بحصة ما نقد، ولم يوجد في المسألتين جميعاً
 إلا الإضافة، وإنها باطلة عندنا، وإنما كان كذلك؛ وذلك لأن في تلك المسألة رب
 السلم أضاف السلم إلى دراهم له في ذمة غير ذمة المسلم إليه وبشرط التسليم عليه
 والإضافة إن لغت في استحقاق المشار إليه إلا أنه بقي شارطاً تسليم [إحدى
 الخمسمائتين]^(٢) على غيره، فكان بمنزلة ما لو ذكر ألف مطلقاً على أن ينقد
 خمسمائة بنفسه، وينقد خمسمائة فلان فيكون فساد العقد بسبب اشتراط تسليم بعض
 الثمن على غير العاقد، وإنه مفارق للعقد، فوجب فساد الكل، ألا ترى أنه لو نقد
 الكل من ماله لم يجز وهاهنا لغت الإضافة إلى الدراهم، ولم يوجد بعد إلغاء
 الإضافة اشتراط تسليم بعض الثمن على غير العاقد. والله أعلم.



(١) في ج: على زيد.

(٢) في ج: أحد الخمسمائة.

نوع آخر: في قبض رأس المال وقبض المسلم فيه ومسائلهما:
قال القدوري - رحمه الله - في شرحه: لا يجوز للمسلم إليه أن يبرئ رب السلم من رأس مال السلم؛ لأن الإبراء إسقاط، والساقط متلاش، فإن عدم به القبض والقبض وجب حدًا من حدود الشرع، فلا يجوز إسقاطه، قال: فإن أبرأه وقبل رب السلم البراءة بطل عقد السلم، وإن رد البراءة لم يبطل؛ لأن العقد قد صح بتراضيهما فلا يقدر أحدهما على فسخه إلا برضا الآخر، والمسلم إليه يريد فسخ العقد بالإبراء لما مر أنه ينعدم به القبض، قبض المستحق، فلا يقدر من غير قبول صاحبه.

قال: ولا يجوز أن يأخذ برأس المال شيئًا آخر من غير جنسه؛ لأنه يسقط به القبض المستحق شرعًا.

قال: ولو أعطاه من جنسه أجود أو أردأ ورضي المسلم إليه بالأردأ جاز؛ لأنه جنس حقه أصلًا إلا أنه دون حقه وصفًا، فمن حيث جنس حقه أصلًا صح التجوز به، ومن حيث إنه دون حقه وصفًا فمن حيث يشترط رضاه.

قال: ولو أعطاه أجود من حقه أجبر على القبول، وقال زفر رحمه الله: لا يجبر؛ لأنه متبرع فيما يرجع إلى صفة الجودة، ولو تبرع بزيادة قدر، كان له ألا يقبل تبرعه، فكذا إذا تبرع بزيادة صفة الجودة.

ولنا: أنه لو وفاه حقه بكماله وأحسن فيه قضاء الدين، وقد قال عليه السلام: «خيركم أحسنكم قضاء للدين»^(١)، ولأن صفة الجودة قائمة بالعين، فكانت^(٢) من توابع الإيفاء، وليس له أن يمتنع من الاستيفاء.

ولو قال المسلم إليه لرب السلم: خذ هذا وزدني درهمًا، يجب أن يعلم أن ههنا

(١) أخرجه البخاري (٦٩/٥)، في الاستقراض، باب: استقراض الإبل (٢٣٩٠)، ومسلم (٣/

١٢٢٥)، في المساقاة، باب: من استسلف شيئًا فقضى خيرًا منه (١٢٠/١٦٠١).

(٢) في ج: فكان.

مسألان:

إحدهما: أن يكون السلم في المكيلات والموزونات.

والثانية: أن يكون في الذرعيات، وكل مسألة على أربعة أوجه:

إما أن يأتي المسلم إليه بالزيادة من حيث القدر أو بالزيادة من حيث الصفة، أو بالنقصان من حيث القدر أو بالنقصان من حيث الصفة فإن كان المسلم فيه مكيلاً وقد أتى بالزيادة من حيث القدر بأن أسلم عشرة دراهم في عشرة أقفزة حنطة، فجاء المسلم إليه بأحد عشر قفيزاً من الحنطة، وقال لرب السلم: خذ هذا وزدني درهماً فإنه يجوز، وإنما [جاز] ^(١) لأن تجويزه لا يؤدي إلى الربا ^(٢)؛ لأننا إن جعلنا المؤدى عين ^(٣) الواجب حكماً لا غيره ضرورة أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز صار المؤدى مقابلاً بالدرهم، فيصير رب السلم على هذا الاعتبار مشترياً أحد عشر قفيزاً بأحد عشر درهماً، وهذا جائز، وإن اعتبرنا الحقيقة وجعلنا المؤدى غير الواجب في الذمة؛ لأن الواجب في الذمة دين، وهذا عين صار رب السلم باعتبار الحقيقة مشترياً أحد عشر قفيزاً بعشرة أقفزة حنطة له في ذمة المسلم إليه وبزيادة درهم فيكون جائزاً؛ لأن العشرة تكون بالعشرة والدرهم بإزاء القفيز الحادي عشر، فكان جائزاً فدل على أن تجويزه يؤدي إلى الربا.

فأما إذا أتى بأزيد من حيث الصفة بأن أسلم عشرة دراهم في عشرة أقفزة حنطة وسط، فأتى المسلم إليه بعشرة أقفزة حنطة جيدة، وقال: خذها وزدني درهماً، ذكر في بيوع «الأصل»: أنه لا يجوز، ولم يذكر فيه خلافاً.

وذكر في كتاب الصلح وقال: لا يجوز على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويجوز على قول أبي يوسف - رحمه الله - فكان المذكور في بيوع «الأصل» قول

(١) سقط في ج.

(٢) في أ: الزيادة.

(٣) في ج: غير.

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وجه ما ذهب إليه أبو يوسف - رحمه الله - ظاهر، وهو أن تجويزه^(١) هذه المعاوضة إن تعذر باعتبار الحال لما تبين في حجته^(٢) أمكن تجويزها بطريق الزيادة، بأن جعل رب السلم كأنه زاد في رأس المال درهماً والمسلم إليه زاد في الجودة، والزيادة تلتحق بأصل العقد وتجعل كالموجود لدى العقد [وإذا جعلناها كالموجود لدى العقد]^(٣) صار كأنه أسلم أحد عشر درهماً في عشرة أقفزة جيدة [ولو أسلم أحد عشر درهماً في عشرة أقفزة جيدة]^(٤)، جاز فكذلك هاهنا .

وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فيقولان: إن تجويز [هذا التصرف]^(٥) باعتبار الحال متعذر؛ لأنه باعتبار الحال يأخذ عين الواجب في ذمة المسلم إليه من حيث الحقيقة، [فيصير من حيث الحقيقة]^(٦) رب السلم مشترياً عشرة أقفزة حنطة جيدة بعشرة أقفزة حنطة وسط في ذمة المسلم إليه وزيادة درهم بإزاء الجودة، وهذا لا يجوز؛ لأن الجودة في مال الربا لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها، فإنه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة، بزيادة درهم بإزاء الجودة لم يجز، فباعتبار الحقيقة يتمكن الربا، وباعتبار الحكم لا يتمكن الربا؛ لأن المستوفى عين الواجب في باب السلم من حيث الحكم، فعلى هذا الاعتبار يكون ما يأخذ مقابلاً بالدرهم لا بجنسه من الحنطة فيصير رب السلم مشترياً عشرة أقفزة حنطة جيدة بأحد عشر درهماً، وهذا ليس بربا فيتمكن الربا من وجه دون وجه فتتمكن شبهة الربا .

وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - (بأن تجويز هذا التصرف بطريق الإلحاق ممكن) مشكل؛ لأن الزيادة إنما تلتحق بأصل العقد إذا صحت حين وجدت؛ لأنها

(١) في ج : تجويز .

(٢) في ج : حجتهما .

(٣) سقط في ج .

(٤) سقط في ج .

(٥) في ج : هذه التصرفات .

(٦) سقط في ج .

تصح للحال أولاً، ثم تستند، وهذه الزيادة لم تصح للحال لما تمكنت شبهة الربا فكيف تستند وصار كالزيادة بعد هلاك المبيع، فإنها لا تصح وإن كانت تستند. ولو صحت لكان إثباتها^(١) في الحال غير ممكن، هذا الذي ذكرنا إذا أتى بأزيد مما شرط عليه.

فأما إذا أتى بأنقص مما شرط عليه، فإن أتى بالنقص من حيث القدر، بأن أتى بتسعة أقفزة وقد أسلم إليه في عشرة أقفزة، فقال: خذ هذا وأرد عليك درهماً، فإنه يجوز عندهم جميعاً؛ لأنهما تقايلا السلم في بعض المسلم فيه، وذلك قفيز واحد، والإقالة في بعض المسلم فيه جائزة [لما مر]^(٢).

فأما إذا أتى بأنقص من حيث الصفة بأن أسلم في عشرة أقفزة حنطة جيدة فأتى بعشرة أقفزة حنطة وسط، وقال: خذها وأرد عليك درهماً، لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

فأما أبو يوسف فيقول: بأن تجوز هذا التصرف^(٣) بأن تعذر بطريق الإقالة للحال؛ لأنه أقاله على مجرد الوصف، والإقالة على مجرد الوصف لا تصح، أمكن تصحيحه بطريق الحط؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد كالزيادة، فإذا التحق بأصل العقد، صار كأنه أسلم في الابتداء بتسعة دراهم في عشرة أقفزة حنطة وسط، فيكون جائزاً بهذا الاعتبار^(٤).

ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - طريقان:

أحدهما: أن يقال بأننا لو جوزنا هذا التصرف يتمكن فيه شبهة الربا؛ لأن المؤدى باعتبار الحقيقة غير الواجب، فيكون مقابلاً بجنسه من الحنطة، فيصير رب السلم

(١) زاد في أ: وصار.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: المتصف.

(٤) في ج: الاختيار.

بائعًا بعشرة أقفزة حنطة له جيدة في ذمة المسلم إليه بعشرة أقفزة حنطة بعينها [وسط]^(١) وزيادة درهم، وإنه ربا، وباعتبار الحكم يصير مشتريًا عشرة أقفزة حنطة وسط بتسعة دراهم التي كانت رأس المال، وإنه ليس بربا، فيتمكن الربا من وجه، ولا يتمكن من وجه، فتتمكن شبهة الربا [وشبهة الربا]^(٢) مانعة جواز العقد كالحقيقة.

والثاني: أنه أقال السلم على مجرد الوصف، ومجرد الوصف لا يقبل العقد، فلا يقبل الفسخ.

فإن قيل: مجرد الوصف مما يقبل ابتداء العقد، فإن المسلم فيه لو كان ثوبًا وسطًا، فأتى المسلم إليه بثوب جيد، وقال: خذ هذا وزدني درهمًا، فإنه يجوز، وقد صار المسلم إليه مانعًا مجرد الوصف من رب السلم؛ وقد جاز ذلك.

قلنا: العقد على مجرد الوصف إنما جاز من رب السلم؛ لأن الأصل له فيصير الأصل له، وشراء الوصف مع الأصل جائز، فأما هاهنا لو صحت الإقالة على مجرد الوصف يبقى الأصل لرب السلم، ويصير الوصف للمسلم إليه بالإقالة، والوصف على هذا الوجه لا يقبل العقد، فإنه لو باع الجودة من الثوب بدون الأصل لا يجوز، فكذلك لا تجوز الإقالة، لأن في الإقالة رب السلم بائع للجودة بدون الأصل.

وقول أبي يوسف - رحمه الله - بأن تصحيح هذا التصرف بطريق الحط [ممكناً]^(٣) قلنا: هذا إذا أمكن إثباته^(٤) للحال ولم يكن للوجهين اللذين ذكرنا.

والجواب في الموزونات نظير الجواب في المكيلات، هذا الذي ذكرنا كله إذا كان المسلم فيه مكيلاً أو موزوناً.

فأما إذا كان المسلم فيه ذرعياً بأن كان ثوباً وجاء بأزيد من حيث القدر بأن أسلم

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: وإنها.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في ج: ثباته.

عشرة دراهم في عشرة أذرع، فأتى بثوب هو أحد عشر ذراعًا، وقال لرب السلم: خذ هذا وزدني درهمًا، جاز؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا على ما بينا، وكذلك إذا أتى بالزيادة من حيث الصفة، فإنه يجوز عندهم جميعًا بخلاف ما لو كان المسلم فيه مكبلاً أو موزونًا حيث لا يجوز على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

والفرق: أن تجويز هذا في الثوب لا يؤدي إلى الربا؛ لأن المأخوذ إما أن يعتبر عين^(١) الواجب من حيث الحكم، فيكون مقابلًا بالدرهم فيصير مشتريًا ثوبًا جيدًا بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز^(٢) يعتبر الحقيقة، فيعتبر المؤدى غير الواجب، فيصير رب السلم على هذا الاعتبار مشتريًا ثوبًا جيدًا بثوب وسط في ذمة المسلم إليه، وزيادة درهم بإزاء الجودة، وإنه جائز في غير مال الربا؛ لأن للجودة في غير مال الربا قيمة عند مقابلتها بجنسها.

فإنه لو اشترى ثوبًا جيدًا بثوب رديء وزيادة درهم بإزاء الجودة كان ذلك جائزًا، فأما في الحنطة جاز هذا باعتبار أن المأخوذ عين^(٣) الواجب، فيكون مقابلًا بالدرهم، فيكون مشتريًا عشرة أفقرة حنطة جيدة بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز، فباعتبار الحقيقة يكون المؤدى مقابلًا بما وجب لرب السلم في ذمته، فيصير مشتريًا عشرة أفقرة حنطة جيدة بعشرة أفقرة حنطة له وسط في ذمة المسلم إليه وزيادة درهم، وهذا لا يجوز، فيتمكن الربا من وجه، ولا يتمكن من وجه فيثبت [شبهة]^(٤) الربا.

وأما إذا أتى بالنقصان من حيث الصفة بأن أسلم في ثوب جيد، فأتى بثوب وسط، وقال لرب السلم: خذ هذا لأرد عليك درهمًا، لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويجوز في قول أبي يوسف رحمه الله.

(١) في ج: غير.

(٢) في ج: أو.

(٣) في ج: غير.

(٤) المثبت من المحيط.

وجه قول أبي يوسف ما ذكر في فصل المكيل أن تصحيح هذا التصرف بطريق الحط، وإلا كان بأصل العقد ممكن.

ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : الوجه الثاني الذي ذكرنا في فصل المكيل أن هذه الإقالة لو صححت، صحت على مجرد الوصف، وتعذر تصحيح الإقالة على مجرد الوصف على ما مرّ، ولا يجيء في هذا الفصل لأبي حنيفة - رضي الله عنه - الوجه الأول الذي ذكرنا في فصل المكيل من شبهة الربا؛ لأن التجويز في الثوب لا تتمكن [فيه]^(١) شبهة الربا، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه.

وفي المنتقى: كان أبو حنيفة - رحمه الله - يجيز هذا، وهو رواية أبي سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - قال ثمة: وأخبرنا محمد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه مكروه.

وأما إذا أتى بأنقص من حيث القدر بأن أتى بتسعة أذرع وقال: خذها وأرد عليك درهماً لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، وعند أبي يوسف [يجوز]^(٢)؛ وهذا لأن الذرع إذا لم يجعل له حصة من الثمن، فهو بمنزلة الصفة حتى تسلم [الزيادة]^(٣) للمشتري في بيع العين من غير عوض، وإن وجده أنقص لا يحط عنه شيء من الثمن، وإذا كان بمنزلة الصفة في هذه الحالة كانت الإقالة على ذراع^(٤) منها، والإقالة على مجرد الجودة سواء.

ولو قال: السلم على مجرد الجودة، كانت المسألة على هذا الخلاف، حتى لو لم يبق لكل ذرع حصة من الثمن يجوز؛ لأنه يصير بمنزلة القدر في هذه الحالة، والإقالة على القدر جائزة، إنما [لا]^(٥) يجوز على مجرد الوصف.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في ج: ذرع.

(٥) المثبت من المحيط.

وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأن هذه التصرفات إنما شرعت للتوثيق، ومعنى للتوثيق فيما يتأخر قبضه، وقبض رأس المال في المجلس مستحق، فلم يكن التوثيق ملائماً به.

ولنا: أن رأس المال دين كسائر الديون، فيصح أخذ الرهن والحوالة والكفالة [به]^(١) قياساً على سائر الديون، واستحقاق قبض رأس المال في المجلس لا ينفي معنى التوثيق.

قال: فإن فارق رب السلم المسلم إليه قبل القبض بطل العقد، وإن كان الكفيل والمحال عليه في المجلس، ولا يضرهما^(٢) افتراق الكفيل والمحال عليه إذا كان المتعاقدان في المجلس؛ لأن القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد تتعلق بالمتعاقدين فيعتبر^(٣) بقاء المجلس في حقهما، ولا يضرهما افتراق غيرهما.

قال: ولو أخذ به رهناً فإن افتراقا والرهن قائم، انتقض العقد، ولو هلك في المجلس مضى العقد على الصحة؛ لأن الاستيفاء لا يتم إلا بهلاك الرهن، والافتراق قبل تمام القبض موجب انتقاض السلم.

ولو أخذ^(٤) المسلم^(٥) بالمسلم فيه رهناً فهلك الرهن صار مستوفياً؛ لأن القبض وجد حقيقة ويتم بالهلاك والرهن، وإن لم يكن من جنس حقه صورة، فهو من جنسه معنى وهي المالية، والمرتهن إنما يصير^(٦) مستوفياً دينه من مالية المرهون لا من صورته.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: يغيرها.

(٣) في أ: فيصير.

(٤) في أ: أحدث.

(٥) في ج: السلم.

(٦) في ج: يعتبر.

ولو لم يهلك الرهن ولكن مات المسلم [إليه وعليه ديون كثيرة، فصاحب السلم أحق بالرهن إلا أنه لا يجعل^(١) الرهن بدينه بل]^(٢) يباع بجنس حقه حتى لا يصير مستبدلاً بالمسلم فيه قبل القبض.

إذا قال رب السلم للذي عليه السلم: كل ما لي عليك من الطعام فاعزله في بيتك أو^(٣) في غرائرك، ففعل ذلك، ورب السلم ليس بحاضر، فإنه لا يكون قبضاً من رب السلم؛ لأن رب السلم لو دفع إليه غرائر نفسه وقال: كل ما لي عليك من السلم في غرائري هذا، ففعل ورب السلم ليس بحاضر فإنه لا يصير قابضاً، وإن صح الأمر باعتبار الغرائر من حيث إنه أمره بشغل غرائره إن لم يصح باعتبار الحنطة؛ لأنها ملك المسلم إليه فلا يصير قابضاً ههنا ولم يصح الأمر لا باعتبار الحنطة ولا باعتبار الغرائر؛ لأن كليهما ملك المسلم إليه أولى، هذا إذا كان رب السلم غائباً.

فأما إذا كان رب السلم حاضراً في منزل المسلم إليه، وكان بحضرته لا شك أنه لا يصير قابضاً إذا لم يخل بينه وبين الطعام؛ لأن القبض إنما يثبت إما بالقبض حقيقة بأن يأخذ مواجهة^(٤) أو بتخلية المسلم إليه إياه ولم يوجد واحد منهما.

فأما إذا خلى بينه وبين الطعام، وكان ذلك في منزل المسلم إليه بأن قال: خلّيت بينك وبين الطعام فانقله، هل يصير قابضاً أم لا؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأصل نصّاً.

وقد ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: أن على قول أبي يوسف رحمه الله: لا يصير قابضاً حتى لو هلك بعد ذلك كان الهلاك على المسلم إليه.

وعلى [قول]^(٥) محمد - رحمه الله - : يصير قابضاً.

(١) في ج: يحصل.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) في أ: و.

(٤) في أ، ج: بتزاحمه.

(٥) سقط في أ.

وظاهر ما ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير يدل على أن المذهب عنده كذلك^(١)؛ لأنه قال: ورب السلم ليس بحاضر، فهذا يدل على أنه إذا كان حاضرًا في منزله إذا خلى بينه وبين الطعام يصير قابضًا. وذكر الخصاف - رحمه الله - في كتاب الإقالة قول أبي يوسف - رحمه الله - كما ذكر القدوري من قوله.

وذكر هشام - رحمه الله - في نوادره عن محمد رحمه مثل ما ذكر القدوري عنه. وجه قول محمد رحمه الله: أن التخلية [من البائع، فيصير المشتري بها قابضا قياسا على ما لو حصلت التخلية من]^(٢) غير منزل البائع، وإنما قلنا بأن التخلية قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة المسلم إليه يده على الحقيقة، وقد أزالها حين خلى بينه وبين الطعام.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: بأن التخلية لم تصح فلا يعتبر، وإنما قلنا ذلك؛ لأن من شرط صحة التخلية زوال [يد]^(٣) المسلم إليه حتى [إذا]^(٤) كان في يده حقيقة وقال: خليت لا يصير قابضًا، وهاهنا يد المسلم إليه إن زالت من حيث الحقيقة لم تزل من حيث الحكم؛ لأن المنزل وما فيه في يده حكمًا، فيده إن زالت حقيقة لم تزل حكمًا، فلم تثبت التخلية، فأما إذا دفع رب السلم غرائر نفسه، وقال للمسلم إليه: كل ما لي عليك من الطعام في غرائري، فإنه لا يصير قابضًا إذا جعلها في غرائره حتى إذا هلك لا يهلك على رب السلم.

فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى طعامًا بعينه يشترط الكيل، ثم دفع المشتري إلى البائع غرائر، وقال له: كلها في غرائري، فكال في غرائره، فإن المشتري يصير قابضًا.

(١) في أ: وكذلك.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) المثبت من المحيط.

وجه الفرق بينهما: وهو أن القبض لو ثبت في باب السلم، فإنما يثبت إما بالكيل أو بجعل الحنطة في غرائر رب السلم، ولا يجوز أن يثبت القبض بالكيل؛ لأن الكيل لم يصير منقولاً إلى رب السلم؛ لأن أمره بالكيل لم يصح؛ لأن الكيل يلاقي ملك المسلم إليه، وإذا لم يصح أمره بالكيل لم يصبح الكيل منقولاً إلى رب السلم كما قبل الأمر، ولا يجوز أن يثبت القبض بجعل الحنطة في غرائره وإن صح الأمر به من حيث إنه تصرف في الغرائر، والغرائر ملك رب السلم؛ لأن جعل المسلم إليه الحنطة في غرائر رب السلم غير منقول إلى رب السلم؛ لأن المسلم إليه في ذلك عامل لنفسه؛ لأن الحنطة ملك المسلم إليه، وقد أذن له رب السلم بجعله في غرائره، فصار معيّرًا الغرائر من المسلم إليه، والمستعير عامل لنفسه في الانتفاع بالعارية وإن كان بأمر المعير، ولهذا كان قرار الضمان عليه، وإذا صار عاملاً لنفسه فيما صح الأمر به لم يصير منقولاً إلى الأمر حتى يصير فعله كفعله، فإذا لم يصير فعله منقولاً إليه لا في حق الكيل، ولا في جعله في الغرائر صار الحال بعد الأمر كالحال قبل الأمر، وقبل الأمر لا يصير قابضاً لهذا، فكذلك هاهنا بخلاف شراء العين؛ وذلك لأن الفعل صار منقولاً إلى المشتري في حق الكيل وجعل الحنطة في غرائره بعد الكيل من كل وجه؛ لأنه يضع^(١) ملك المشتري في ملك المشتري ومنفعة ذلك له فيكون عاملاً له، [وإذا صار عاملاً له]^(٢) صار فعله منقولاً إلى الأمر حكماً، فيجعل كأن الأمر فعل بنفسه، ولو فعل بنفسه حقيقة صار قابضاً، وكذلك إذا صار فعل البائع منقولاً [إليه]^(٣).

وعن هذا قلنا: إن في شراء العين إذا أمر المشتري البائع بالطحن، فطحن يصير قابضاً، وفي السلم لا يصير رب السلم قابضاً؛ لأن الأمر بالطحن في باب السلم لم

(١) في أ، ج: يمنع.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

يصح؛ لأن الطحن يلاقي ملك المسلم إليه، فيصير الحال بعد الأمر كالحال قبله، وأما الأمر [بالطحن]^(١) في باب الشراء قد صح؛ لأنه لاقى ملك المشتري ومنفعة الطحن خالصة للمشتري، فانتقل فعله إليه.

فإن قيل: في فصل الشراء ينبغي ألا يصح الأمر في حق ثبوت القبض؛ لأن البائع لا يصلح وكيلًا عن المشتري في القبض، ألا ترى أنه لو وكله بذلك نصًا لا يصح، قلنا: القبض بالأمر يثبت حكمًا لا قصدًا، ويجوز أن يثبت الشيء حكمًا وإن كان لا يثبت قصدًا على ما عرف، وما ذكرنا من الجواب في فصل السلم فيما إذا لم يكن في غرائر^(٢) السلم حنطة لرب السلم، فأما إذا كان، فكال المسلم إليه المسلم فيها بأمره، هل يصير رب السلم قابضًا؟ فلا رواية في هذا الفصل.

وقد قيل: لا يصير قابضًا.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: والأصح عندي أنه يصير قابضًا، والله أعلم.



(١) سقط في ج.

(٢) زاد في أ، ج: رب.

نوع آخر في السلم ينتقض [فيه القبض] ^(١) بعد الافتراق:

إذا قبض المسلم إليه رأس المال، ثم وجدها أو بعضها زيوفاً أو نبهرجة فهانها

مسائل:

إحداها: أن يجدها ^(٢) مستحقة، وكان ذلك في مجلس العقد، فإنه يقف على إجازة المستحق، إن أجاز، جاز، وإن لم يجز بطل السلم؛ لأنه لما ظهر أنها مستحقة، ظهر أن رب السلم صار قاضياً ^(٣) دينه من مال الغير، فيكون القضاء موقوفاً على إجازة صاحب المال، كما لو باع ماله، فإن أجاز ورأس المال قائم جاز؛ لأن القبض توقف على إجازة المستحق، ولو توقف القبض على إجازته، فإنما يجوز بإجازته إذا كان المعقود ^(٤) عليه قائماً ويصير مثل ما نقد ديناً لصاحب المال على رب السلم؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن له صاحب المال في الابتداء أن يقضي دينه من ماله ضمن مثل ما قبض لصاحب المال، فكذا إذا أجاز قضاءه في الانتهاء، وإن لم يجز انتقض القبض والقضاء؛ لأنه كان موقوفاً على إجازته، فإذا لم يجز، بطل كما لو توقف البيع على إجازته، فإنه ينتقض إذا لم يجز فكذا هانها.

وإذا انتقض القبض صار كأنه لم يقبض، فإن قبض دراهم أخرى في المجلس بقي العقد على الصحة، وجعل كأنه آخر القبض إلى آخر المجلس، وإن لم يقبض بطل العقد.

وإن وجدها ستوقة وكان [ذلك] ^(٥) في مجلس العقد، وتجاوز [به] ^(٦) المسلم

(١) في ج: القبض فيه.

(٢) في أ، ج: يجد

(٣) في أ: قابضا.

(٤) زاد في أ: قائماً فكذا إذا توقف القبض على إجازته فإنما يجوز بإجازته إذا كان المقبوض،

وفي ج: المقبوض.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) المثبت من المحيط.

إليه، لا يجوز؛ لأن الستوة ليست من جنس رأس المال؛ لأن رأس المال فضة، والستوة ليست بفضة من حيث الحكم؛ لأن الرصاص والنحاس في الستوة غالب على الفضة، والفضة مغلوبة^(١)، والعبارة للغالب، فكان الكل [نحاسًا أو رصاصًا]^(٢) من حيث الحكم. ولو كان الكل نحاسًا أو رصاصًا من حيث الحقيقة ورأس المال فضة إذا تجوز به المسلم إليه، لم يجوز؛ لأنه يصير [مستبدلاً برأس]^(٣) مال السلم قبل القبض، وإنه لا يجوز، هذا إذا تجوز به.

وأما إذا رده وقبض مكانه آخر في المجلس، جاز؛ لأنه إذا قبض آخر مكانه، فكانه آخر القبض إلى آخر المجلس.

وإن وجدها زيوفًا أو نهرجة، وكان ذلك في مجلس العقد، إن تجوز به المسلم إليه جاز؛ لأن الزيوف من جنس رأس المال؛ لأن الزيوف من الدراهم ما تكون الفضة فيه غالبية^(٤) على الغش، والعبارة للغالب، فكان الكل فضة، فالتجوز به لا يصير مستبدلاً برأس المال، وإن رده [و]^(٥) استبدل به في مجلس العقد يجوز، وجعل كأنه آخر القبض إلى آخر المجلس، وإن افتراقا قبل الاستبدال بطل السلم. فأما إذا وجد [شيئًا منها مستحقًا]^(٦) وكان ذلك بعد الافتراق عن المجلس، فإن^(٧) أجازته المالك وكان رأس المال قائمًا جاز؛ لأن خيار الإجازة لا يمنع صحة القبض، فلا يتيقن أن الافتراق عن المجلس حصل قبل قبض رأس المال، وإذا صح القبض على سبيل التوقف، جاز بإجازته إذا كان رأس المال [قائمًا]^(٨)، وإن رد بطل

(١) في أ، ج: معلومة.

(٢) في أ، ج: نحاس أو رصاص. والمثبت من المحيط.

(٣) في أ، ج: مستبدا.

(٤) في ج: غالبًا.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) في ج: منها مستحقة.

(٧) في ج: إذا.

(٨) المثبت من المحيط.

السلم بقدره قل أو كثر عندهم جميعاً؛ لأن القبض كان موقوفاً بين أن يكون قبض رأس المال متى أجاز، وبين أن [لا]^(١) يكون قبض رأس المال متى لم يجز، والموقوف بين الشيين إذا تعين أحدهما كان هو الثابت من الأصل، فكان قبض رأس المال لم يوجد أصلاً.

وأما إذا وجد شيئاً منها ستوقه، وكان بعد الافتراق عن المجلس، بطل السلم بقدره قل أو كثر تجوز به، أو رد أو^(٢) استبدل مكانه أو لم يستبدل لما ذكرنا أن الستوقه ليست من جنس [رأس]^(٣) المال، وإذا لم تكن من [جنس]^(٤) رأس المال، ظهر أن الافتراق عن مجلس العقد حصل من غير قبض رأس المال بقدر الستوقه، فبطل السلم بقدره ولا يعود جائزاً بالقبض بعد المجلس كما لو لم يقبض هذا القدر أصلاً في المجلس ثم قبض.

وأما إذا وجد شيئاً منها زيوفاً، وكان ذلك بعد الافتراق عن المجلس، فإن تجوز به جاز، كما لو تجوز به في المجلس، وإن لم يتجوز به ورده أجمعوا على أنه [إذا]^(٥) لم يستبدل في مجلس الرد أن السلم يبطل بقدر ما رده، [وأما إذا استبدل مكانه أخرى في مجلس الرد، فالقياس: أن يبطل السلم بقدره، وبالقياس أخذ زفر، وفي الاستحسان: لا يبطل متى كان المردود قليلاً، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة رحمهم الله، وإن كان كثيراً فعند أبي حنيفة يبطل وعندهما: لا يبطل استحساناً. وكذلك على هذا الاختلاف أحد المتصارفين إذا وجد شيئاً مما قبض زيوفاً ورد بعد المجلس.

وجه القياس: أن الرد بالزيافة مما ينقض قبض المسلم إليه في رأس المال من

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: و.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) سقط في ج.

(٥) سقط في أ.

الأصل، بدليل أنه: إذا لم يستبدل مكانه أخرى في مجلس الرد بطل السلم بقدره^(١)، ولو لم ينتقض قبضه من الأصل، وإنما انتقض من وقت الرد مقصوراً على الرد، كان لا يبطل السلم كما لو وهب رأس المال منه، ولهذا ينفرد الراد بالرد^(٢).

والدليل على^(٣) أبي حنيفة - رضي الله عنه - ما إذا كان المردود كثيراً^(٤)، وإذا كان الرد بالزيادة مما ينتقض^(٥) قبضه من الأصل وإنما انتقض^(٦) من وقت الرد لو بقي السلم بعدها^(٧) صحيحاً، [فإنما يبقى صحيحاً]^(٨) بصحة القبض الثاني، والقبض الثاني صح من وجه، ولم يصح من وجه صح من حيث [إن]^(٩) مجلس الرد مجلس العقد حكماً؛ لأن العقد كان باقياً على الصحة إلى وقت الرد حكماً بسبب قيام المعقود عليه وكون المقبوض رأس المال، وكذا إذا كان العقد قائماً إلى وقت الرد، كان مجلس الرد مجلس العقد من حيث الحكم، فصح المقبوض الثاني باعتبار الحكم، وباعتبار الحقيقة لا يصح القبض الثاني؛ لأنه لم يوجد في مجلس العقد حقيقة، فإن حقيقة [العقد]^(١٠) توجد بالإيجاب والقبول، [فقد دار]^(١١) القبض الثاني بين أن يصح، وبين ألا يصح، والصحة لم تكن ثابتة، فلا يثبت بالشك والاحتمال.

(١) المثبت من المحيط البرهاني.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٩٤/٧).

(٣) في ج: أن.

(٤) في ج: كبير.

(٥) في ج: ينتقض.

(٦) في ج: انتقض.

(٧) في ج: بعد هذا.

(٨) المثبت من المحيط.

(٩) المثبت من المحيط.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في ج: قدر.

وأبو حنيفة - رحمه الله - هكذا يقول في المردود: إذا كان كثيراً^(١) إلا أنه في القليل استحسن وصحح القبض الثاني وإن كان القياس يأبى صحته لنوع ضرورة، فإن أموال الناس لا تخلو عن قليل زيف يكون فيها، لو أخذنا بحقيقة القياس في القليل، لضاق الأمر على الناس، والقياس يترك بالضرورة والخرج، فرجحنا كون هذا المجلس مجلس العقد حكماً على كونه غير مجلس العقد حقيقة بسبب الحرج والضرورة، وهذه الضرورة^(٢) في الكثير؛ لأن أموال الناس تخلو عن كثير الزيوف، فكانت العبرة فيه^(٣) للقياس.

والقياس: أن يبطل السلم بقدر المردود كما قاله زفر - رحمه الله - بخلاف الستوقة والمستحقة؛ لأن أموال الناس تخلو عن المغصوب والنحاس والرصاص قليلاً كان أو كثيراً.

وأبو يوسف ومحمد - رضي الله عنهما - قالوا: بأن القبض الثاني صح من وجه ولم يصح من وجه كما قاله زفر - رحمه الله - فيعتبره صحيحاً احتيالياً لجواز العقد، فإنه يحتال لجواز العقد ما أمكن، فرجحنا كون هذا المجلس مجلس العقد حكماً على كونه غير مجلس [العقد حقيقة احتيالياً منا لجواز العقد كما رجح أبو حنيفة - رحمه الله - كون هذا المجلس مجلس العقد على كونه غير مجلس]^(٤) العقد حقيقة إذا كان المردود قليلاً ولهذا سمياه استحساناً.

وهذا بخلاف ما لو وجد ستوقة أو مستحقة ولم يجز المستحق؛ لأن هناك ظهر أن العقد كان باطلاً كما تفرقا عن المجلس؛ لأنه لم يوجد قبض رأس المال، فأما هنا فبقي العقد صحيحاً بعد الافتراق لوجود قبض [رأس]^(٥) المال، وإنما يبطل القبض

(١) في ج: كبيراً.

(٢) في ج: معلومة معدومة.

(٣) في ج: فيها.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) سقط في ج.

بالرد، فيكون العقد باقياً إلى مجلس الرد، فيكون مجلس الرد مجلس العقد حكماً، فيعتبر بما لو كان مجلس العقد حقيقة ولو كان مجلس العقد حقيقة إذا تفرقا بعد قبض رأس المال، جاز كذا هنا.

ثم اتفقت الروايات الظاهرة المشهورة عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - [أن]^(١) ما زاد على النصف كثير، حتى إذا كان المردود بالزيادة أكثر من النصف كان كثيراً، وإن كان المردود أقل من النصف كان قليلاً، وهذا لأن الكثرة والقلة بين شيئين من حيث الحقيقة إنما تعرف بالمقابلة لا بالتسمية؛ لأن ما من قليل إلا يوجد ما هو أقل منه، فمتى كان المردود أكثر من النصف كان المردود كثيراً، [وإذا كان المردود أقل من النصف كان قليلاً]^(٢) باعتبار المقابلة؛ لأن ما يقابله من غير المردود أقل فكان المردود كثيراً، وإذا^(٣) كان المردود أقل من النصف كان قليلاً؛ لأن ما يقابله من غير المردود أكثر، فيكون المردود قليلاً باعتبار المقابلة، وأما النصف ففيه روايتان:

في رواية: جعله كثيراً.

وفي رواية: جعله قليلاً.

وفي [رواية]^(٤) أخرى: ما زاد على الثلث كثير، والثلث وما دونه قليل، وهذه الرواية موافقة لما ذكر في الصيد والذباح؛ لأن الذاهب في العضو في الشاة إذا كان أكثر من الثلث فهو كثير، والثلث وما دونه قليل. والله أعلم.



(١) سقط في ج.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) في ج: وإن.

(٤) المثبت من المحيط.

نوع آخر في الاختلاف الواقع بين رب السلم وبين المسلم إليه وإنه على وجوه:
الأول: أن يقع الاختلاف بينهما في المسلم إليه أو في رأس المال أو فيهما ويجب
أن يعلم بأن هاهنا مسألتان^(١):

الأولى: ما إذا كان رأس المال ديناً كالدارهم والدنانير وإنها^(٢) على وجوه ثلاثة:
الأول: أن يقع^(٣) الاختلاف في المسلم إليه وإنه على وجوه ثلاثة:

إن وقع الاختلاف في جنسه بأن قال رب السلم: أسلمت عشرة دراهم في كر
حنطة، وقال المسلم إليه: أسلمت إليك عشرة دراهم في كر شعير ولم يكن لهما بينة
تحالفا استحساناً، ويبدأ بيمين المسلم إليه في قول أبي يوسف - رحمه الله -
الأول، وفي قوله الآخر يبدأ بيمين رب السلم، وإذا تحالفا، فالقاضي يقول لهما:
ماذا^(٤) تريدان؟ لأن العقد لا يفسخ بمجرد التحالف كما في بيع العين، فإن قالوا:
نفسخ العقد أو قال أحدهما ذلك فسخ القاضي العقد بينهما، وإن قالوا: لا نفسخ،
تركهما رجاء أن يعود أحدهما إلى تصديق صاحبه، وأيهما أقام بينة قبلت بيته، وفي
قبول بينة المسلم إليه إشكال؛ إذ لا وجه [إلى قبولها]^(٥) لإثبات [العشرة لنفسه؛ لأن
رب السلم قد أقر له بعشرة، ولا وجه إلى قبولها لإثبات الشعير؛ لأنه يثبت^(٦)
الشعير للغير، والبينة لا تقبل على إثبات حق الغير، ولكن الوجه في ذلك أن بينة
المسلم إليه إنما تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه، وكما تقبل بينة الإنسان لإثبات الحق
لنفسه تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه^(٧).

(١) في ج: مسألتين.

(٢) في ج: وإنهما.

(٣) في ج: وقع.

(٤) في ج: ما.

(٥) في ج: لقبولها.

(٦) المثبت من المحيط.

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/١٠٠).

[ألا ترى] ^(١) أن بينة المودع على الرد مقبولة لإسقاط اليمين عن نفسه؛ لأن البراءة حاصلة له بقوله: رددت. وإن ^(٢) أقام البينة إن لم يتفرقا عن مجلس العقد، فعند محمد - رحمه الله - يقضى بعقدين، يقضي على رب السلم بعشرين درهماً وعلى المسلم إليه بكر حنطة وكر شعير، وإن تفرقا عن المجلس وقد نقد رب السلم عشرة لا غير، يقضى بعقد واحد ببينة رب السلم، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - أيضاً: يقضى بعقد واحد ببينة رب السلم على كل حال. فالأصل عند محمد - رحمه الله - في جنس هذه المسائل أن يقضى بسلمين ما أمكن، فإن ^(٣) لم يمكن لضرورة حينئذ [يقضى] ^(٤) بسلم واحد، وإنما كان الأصل القضاء بعقدين؛ لأنه اجتمع ما يوجب القضاء بعقدين، فإن كل واحد منهما ادعى عقداً [لا] ^(٥) بمنزلة العقد الذي ادعاه صاحبه، فإن العقد على الحنطة غير العقد على الشعير، وما يوجب القضاء بعقد واحد، فإنهما مع اختلافهما اتفقا على أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد فكان القضاء بعقدين، وفيه عمل بالبيتين، وبدعوى العقدين صورة أولى من القضاء بعقد واحد، وفيه تعطيل إحدى البيتين.

إذا ثبت هذا فنقول: ما دام في مجلس العقد أمكن القضاء بالعقدين [إذ يمكن القضاء] ^(٦) بعشرين في كل عقد بعشرة، إذ يمكن نقد رأس المال لكل عقد في مجلسه، أما إذا تفرقا عن المجلس، وقد نقد رب السلم عشرة لا غير لا يمكن القضاء بعقدين إذا لم ينقد رأس مال أحدهما في المجلس فنقضي ببينة رب السلم؛ لأن رب السلم ببينته يثبت الحق لنفسه، والمسلم إليه يثبت الحق لغيره.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: فإن.

(٣) في ج: وإن.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) سقط في ج.

(٦) المثبت من المحيط.

والأصل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: القضاء بسلم واحد إلا إذا تعذر، فيقضى بسلمين حيثنذ على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإنما كان الأصل هو القضاء بعقد واحد مما^(١) يأباه القياس؛ لأن القياس يأبى جواز السلم؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان.

إذا ثبت هذا فنقول: القضاء بعقد واحد هاهنا ممكن يرد بينة المسلم إليه؛ لأن بينة المسلم إليه قامت على إثبات العشرة لنفسه، وعلى إثبات الشعير لغيره، والعشرة ثابتة له بإقرار رب السلم، فلا تقبل بينته من هذا الوجه، وكذلك لا تقبل بينته على إثبات الشعير؛ لأن البينة على الشعير قامت على إثبات ما أقر به للغير، والبينة على إثبات ما يقر به الإنسان لغيره غير مقبولة، فإن من أقر لإنسان بشيء وكذبه المقر له، فقال المقر: أنا أقيم البينة على ذلك لا تقبل بينته، فهو معنى قولنا: أمكن رد بينة المسلم إليه، فيمكن القضاء بعقد واحد بينة رب السلم من هذا الوجه فيقضى به. وإن اختلفا في قدر المسلم فيه، فهذا وما لو اختلفا في جنس المسلم فيه سواء؛ إذ المعنى لا يوجب الفصل.

وإن اختلفا في صفة المسلم فيه ولا بينة لواحد منهما، القياس: أن يتحالفا، وفي الاستحسان: لا يتحالفان، وبالقياس نأخذ.

وجه الاستحسان: أنهما اختلفا في صفة المبيع، فلا يتحالفان كما في بيع العين. [وجه]^(٢) القياس: أن الاختلاف في صفة المسلم فيه، وإنه دين بمنزلة الاختلاف في أصل المعقود عليه في بيع العين بأن قال المشتري: اشتريت منك هذا الكر، وقال البائع: لا بل بعثك هذا الكر الآخر، وهذا لأن الدين غائب^(٣) عنا معرفة صفته فيختلف أصله باختلاف صفته، فهو معنى قولنا: الاختلاف في صفة المسلم فيه،

(١) في ج: تعليلا لما.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: غيب.

وإنه دين بمنزلة الاختلاف في أصل المعقود عليه في بيع العين. [ولو اختلفا في أصل المعقود عليه في بيع العين]^(١) تحالفا، كذا هاهنا، بخلاف ما إذا اختلفا في صفة المعقود [عليه في بيع العين أنه عشرة أذرع أو أحد عشر؛ لأن المعقود عليه]^(٢) غير مشار إليه، والعين لا يصير عينين باختلاف الصفة، فيكون الاختلاف واقعا في الصفة لا في المعقود عليه، لا يوجب التحالف؛ لأن هذا ليس باختلاف فيما هو من صلب العقد الذي لا يوجد العقد بدونه. فإن البيع [يوجد]^(٣) بدون هذه الصفة، فكان بمنزلة ما لو اختلفا في شرط يلحق بالعقد الذي يوجد [بدونه العقد]^(٤)، وذلك لا يوجب التحالف، كذلك هاهنا.

والمعنى في ذلك: أن التحالف عرف بخلاف القياس بالنص فيما إذا وقع الاختلاف فيما هو موصوف في صلب العقد الذي [لا]^(٥) يوجد العقد بدونه، فيبقى ما وراءه على أصل القياس، فإن قامت لأحدهما بينة فإنه يقضى ببينته طالبا كان أو مطلوبا؛ لما مرّ، وإن أقاما جميعا البينة فعلى قولهما: لا شك أنه يقضى بعقد واحد ببينة رب السلم كما لو اختلفا في جنس المسلم فيه أو [في]^(٦) قدره.

وأما [على]^(٧) قول محمد رحمه الله: ذكر في بعض المواضع أنه يقضى بعقدين، وإنه قياس، وبه نأخذ؛ لأن الاختلاف في صفة الدين على جواز القياس جعل بمنزلة الاختلاف في أصل المعقود عليه.

هذا إذا اختلفا في المسلم فيه ورأس المال [شيء]^(٨) لا يتعين بالتعيين فأما إذا

(١) سقط في ج.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ج: العقد بدونه.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ج.

(٧) سقط في ج.

(٨) سقط في ج.

اختلفا في رأس المال، ورأس المال شيء لا يتعين بالتعيين إن اختلفا في جنسه بأن قال رب السلم: [أسلمت]^(١) إليه عشرة دراهم في كر حنطة وقال المسلم إليه: لا بل أسلمت إلي دينارًا في كر حنطة، ولا بينة لواحد منهما، فإنهما لا يتحالفان قياسًا، ويكون القول قول رب السلم؛ لأنهما اتفقا على حق رب السلم واختلفا في حق المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه يدعي الدينار^(٢) ورب السلم ينكر، والقول قول [رب السلم لا]^(٣) المنكر في الشرع.

وفي الاستحسان: يتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن في بيع العين، فإن أقاما البينة، فعند محمد - رحمه الله - يقضى [بعقدين]^(٤) على رب السلم بدينار وعشرة دراهم، ويقضى على المسلم إليه بكري حنطة إن لم يترقا عن مجلس العقد؛ لأن القضاء بعقدين على هذا الوجه ممكن؛ لأن رأس المال دين والمسلم فيه كذلك، ومحل الدين الذمة، وفي الذمة سعة فأمكن القضاء بعقدين، ومن أصله القضاء بعقدين إلا في موضع التعذر، ولم يذكر في «الكتاب» قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - في هذه الصورة.

وذكر ابن سماعة في نوادره عنهما: أنه يقضى بعقدين.

وذكر الكرخي - رحمه الله - : أنه يقضى بعقد واحد بينة المسلم إليه وهو الصحيح؛ لأن الأصل عندهما أن يقضى [بعقد واحد ما أمكن القضاء]^(٥) بعقد واحد^(٦) بينة برد بينة رب السلم؛ لأن^(٧) بينته قامت على إثبات العشرة وكر حنطة ثابت له بإقرار المسلم إليه، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، والعشرة ثابتة للمسلم إليه

(١) سقط في أ.

(٢) في ج: دينارًا.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) زاد في ج: بينة.

(٧) في ج: بأن.

بإقرار رب السلم، فبينة رب السلم قامت في حق العشرة على إثبات ما أقر به لغيره، فهو معنى قولنا: أمكن رد بينة رب السلم فأمكن القضاء بعقد [واحد]^(١) فيقضى به. وإن وقع الاختلاف في قدر رأس المال أو صفته، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وقع الاختلاف في صفة المسلم فيه أو قدره، فأما إذا اختلفا في المسلم فيه وفي رأس المال، ورأس المال شيء لا يتعين بالتعيين بأن اختلفا في جنس المسلم فيه، وفي جنس رأس المال، ولا بينة لواحد منهما يتحالفان قياساً واستحساناً؛ لأن كل واحد منهما يصير مدعيًا ومدعى عليه، المسلم إليه يدعي الدينار على رب السلم ورب السلم ينكر، ورب السلم يدعي الحنطة على المسلم إليه، والمسلم إليه ينكر، فيتحالفان قياساً واستحساناً كما في بيع العين، فإن أقام أحدهما بينة قبلت بيته، وإن أقام البينة يقضى بالعقدين إن لم يتفرقا عن مجلس العقد بلا خلاف.

أما عند محمد - رحمه الله - فظاهر.

وأما عندهما؛ فلأن عندهما إنما يقضى بعقد واحد عند الإمكان ولا إمكان هاهنا؛ لأن إمكان القضاء بعقد واحد يرد إحدى البينتين، أو بقول كل واحد منهما في إثبات الزيادة مع القضاء [بعقد واحد]^(٢)، وهنا تعذر القضاء بعقد واحد بعذر واحد يرد إحدى البينتين؛ لأن بينة كل واحد منهما قامت في موضعها أو محلها؛ لأن رب السلم أقام البينة على الحنطة، والحنطة غير ثابتة له بإقرار المسلم إليه؛ [لأن المسلم إليه]^(٣) منكر للحنطة، والمسلم إليه أقام البينة على الدينار، والدينار غير ثابت بإقرار رب السلم؛ [لأن رب السلم]^(٤) منكر للدينار، فهو [معنى]^(٥) قولنا: تعذر رد [البينتين، وتعذر قبول واحد في إثبات الزيادة مع]^(٦) القضاء بعقد واحد؛

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ج.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) سقط في أ.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) سقط في ج.

لأن الزيادة إنما تتحقق في جنس واحد لا في جنسين مختلفين، فالدينار لا يصلح زيادة في الدراهم، والدراهم لا تصلح زيادة [في الدينار، والحنطة لا تصلح زيادة في] ^(١) الشعير، وكذا الشعير لا يصلح زيادة في الحنطة، فتعذر القضاء بعقد واحد من هذا الوجه فيقضى بعقدين ضرورة.

وإن وقع الاختلاف في قدر المسلم فيه وفي قدر رأس المال، ولا بينة لهما يتحالفان، وإذا أقام أحدهما بينة قبلت بيئته، وإن أقاما البينة [قضي بعقدين] ^(٢) عند محمد - رحمه الله - إن لم يتفرقا عن مجلس العقد.

وعندهما: يقضي بعقد واحد إذ القضاء بعقد واحد ممكن بأن تقبل ^(٣) بينة كل واحد منهما على إثبات الزيادة في عقد واحد على ما أقر له ^(٤) صاحبه؛ لأن الجنس واحد، فيمكن القضاء بكل واحد من البيئتين في عقد واحد من حيث إثبات الزيادة من غير إثبات عقد آخر، فلا ضرورة إلى القضاء بعقدين، فيقضى على رب السلم بعشرين ببينة المسلم إليه، ويقضى على المسلم إليه بكرين ببينة رب السلم.

وإن اختلفا في صفة رأس المال والمسلم فيه، فالجواب في حق التحالف أن يتحالفا قياساً واستحساناً؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه فيتحالفان قياساً واستحساناً كما لو اختلفا في جنس رأس المال والمسلم فيه؛ فالجواب في البينة عندهم [جميعاً] ^(٥) كالجواب فيما إذا اختلفا في صفة المسلم فيه أو في صفة رأس المال لا غير، [فكل جواب عرفته ثمة في حق إقامة البينة عندهم جميعاً فهو الجواب هنا، هذا الذي ذكرنا إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير] ^(٦).

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: يقضي بالعقدين.

(٣) في أ: يقول.

(٤) في ج: به.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) المثبت من المحيط.

المسألة الثانية: إذا كان رأس المال عينًا بأن كان عرضًا إن اختلفا في جنس المسلم فيه، فإنهما لا يتحالفان قياسًا، ويكون القول قول المسلم إليه؛ لأنهما اتفقا على حق المسلم إليه، واختلفا في حق رب السلم؛ لأن رب السلم يدعي حنطة والمسلم إليه ينكر، فيجب أن يكون القول قول المسلم إليه ولا يتحالفان، ولكن في الاستحسان يتحالفان، ثم الجواب إلى آخره على ما بينا.

فإن قامت لأحدهما بيعة، فإنه يقضى ببيئته، وإن أقاما جميعًا البيعة، فإنه يقضى بعقد واحد عندهم جميعًا.

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا إشكال؛ لأن عندهما^(١) يقضى بسلم واحد مع إمكان القضاء بسلمين فحال عدم الإمكان أولى.

وأما على قول محمد رحمه الله؛ فلأنه تعذر القضاء بعقدين؛ لأن رأس المال عين، والعين متى جعلت^(٢) رأس مال في السلم لا يمكن أن يجعل رأس مال في سلم آخر إلا بعد إثبات الشراء ثانيًا من المسلم إليه ولا يمكن إثبات الشراء؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك فتعذر القضاء بعقدين فوجب القضاء بعقد واحد، بخلاف ما لو كان رأس المال دراهم أو دنانير؛ لأنه يجب دينًا في الذمة، وفي الذمة سعة، فيمكن القضاء بعشرين كما يمكن بعشرة فقد أمكن القضاء بعقدين، فلا يقضى بعقد واحد.

وإن اختلفا في قدر المسلم فيه، فالجواب في حق التحالف والبيعة كالجواب في [الفصل الأول]^(٣) عندهم جميعًا.

وإن اختلفا في صفة المسلم فيه إن لم تقم لأحدهما بيعة، فالقياس على ما مضى من الاستحسان أن يتحالفا، وفي الاستحسان: [ألا يتحالفا]^(٤)، وبالقياس نأخذ، ثم

(١) في ج: عندهم.

(٢) في ج: حصل.

(٣) في ج: المسألة الأولى.

(٤) في ج: لا يتحالفان.

الجواب إلى آخره على ما بينا، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته. وإن أقاما جميعًا البينة يقضى بعقد واحد عندهم جميعًا؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن إلا بعد الشراء ثانيًا من المسلم إليه، والشهود لم يشهدوا بالشراء.

فإن اختلفا في جنس رأس المال ولم يقم لأحدهما بينة، القياس: ألا يتحالفان ويكون القول قول رب السلم.

وفي الاستحسان: يتحالفان.

وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته لما بينا، وإن أقاما جميعًا البينة فعلى قول محمد - رحمه الله - يقضى بعقدين؛ لأن القضاء بالعقدين ممكن؛ لأن كل فريق شهد بعين لم يشهد به الآخر، والقضاء بعينين في عقدين ممكن، فيقضى بعقدين كما لو اختلفا في جنس رأس المال ورأس المال دين.

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: يقضى بعقد واحد على رواية الكرخي وهو الأصح؛ لأن القضاء بعقد واحد ممكن برد إحدى البيئتين وهي بينة رب السلم؛ لأنها قامت على إثبات ما هو ثابت له بإقرار المسلم إليه رأس المال قامت على إثبات إقراره بغيره، وعلى نفي ما يدعيه المسلم إليه ولما أمكن رد [إحدى]^(١) البيئتين أمكن القضاء بعقد واحد.

وإن اختلفا في مقداره إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقياس: أن يكون القول قول رب السلم ولا يتحالفان؛ لأن المسلم إليه يدعي زيادة ثوب في رأس المال ورب السلم ينكر، وفي جانب المسلم فيه اتفقا على أنه كر حنطة إلا أنهما يتحالفان استحساناً^(٢)، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته. وإن أقاما جميعًا البينة يقضى بعقد واحد عندهم؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن؛ لأن أحد الثوبين باتفاق البيئتين صار رأس [المال في عقده]^(٣)، فلا يتصور أن يجعل رأس المال في عقد

(١) سقط في ج.

(٢) زاد في ج: بالأثر.

(٣) في ج: مال في عقد.

آخر إلا بإدراج زيادة لم يشهد به الشهود وهو الشراء .
 وإن^(١) اختلفا في صفته إن لم يقم لأحدهما بينة، فإنهما لا يتحالفان قياسًا واستحسانًا، ويكون القول قول رب السلم؛ لأنهما اختلفا في صفة رأس المال وهو عين، فكان بمنزلة ما لو اختلفا في صفة المعقود عليه في بيع العين، فيكون القول قول منكر الزيادة قياسًا واستحسانًا، فإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بعقد واحد عندهم جميعًا^(٢).

وإن اختلفا فيهما إن اختلفا في جنس رأس المال وفي جنس المسلم فيه إن لم تقم لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان قياسًا واستحسانًا؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته وإن أقاما جميعًا البينة يقضى بعقدين لما ذكرنا فيما إذا اختلفا في جنس رأس المال والمسلم فيه وهما دينان .

وإن اختلفا في قدر رأس المال والمسلم فيه إن لم تقم [لأحدهما]^(٣) بينة، فعندهم إنهما يتحالفان قياسًا واستحسانًا، وإن قامت لأحدهما بينة يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فإنه يقضى بعقد واحد عندهما جميعًا ويقبل بينة كل واحد منهما في إثبات الزيادة؛ لأن القضاء بعقدين متعذر لما ذكرنا، ويمكن العمل بالبنتين من حيث إثبات الزيادة؛ لأن الجنس واحد من الجانبين^(٤).

وأما إذا اختلفا في صفة رأس المال والمسلم فيه ولم يقم لأحدهما بينة، فإنهما

(١) في ج: وإذا.

(٢) قال في المحيط: لأن رأس المال واحد وهو عين.

(٣) سقط في أ.

(٤) قال في المحيط: وأما إذا اختلفا في صفة رأس المال والمسلم فيه وهما دينان: واختلفا في صفة قدر المال والمسلم فيه، إن لم يقم لأحدهما بينة، فإنهما يتحالفان قياسًا واستحسانًا، فإن قامت لأحدهما بينة فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة فإنه يقضى بعقد واحد عندهما جميعًا وتقبل بينة كل واحد منهما في إثبات الزيادة، لأن القضاء بعقدين متعذر لما ذكرنا، ويمكن العمل بالبنتين من حيث إثبات الزيادة؛ لأن الجنس واحد من الجانبين .

يتحالفان قياسًا واستحسانًا، وإن قامت لأحدهما بينة فإنه يقضى ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة فإنه يقضى بعقد واحد ويقبل بينة كل واحد منهما، في إثبات الزيادة يقضى بثوب هو أحد عشر ذراعًا وبكر حنطة جيدة؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن رأس المال عين ولا بد من قبول كل واحدة من البيتين؛ لأنهما قامتتا على إثبات ما هو غير ثابت، فيقضى بعقد واحد ويقضى بالزيادة الثابتة بالبيتين جميعًا، هذا الذي ذكرنا كله إذا اختلفا في المسلم فيه أو في رأس المال أو فيهما.

الوجه الثاني: إذا اختلفا في بيان مكان الإيفاء، فقال الطالب: شرط لي الإيفاء في مكان كذا، [وقال المطلوب: لا، بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا]^(١) لمكان دون ذلك المكان، ولم تقم لهما بينة، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يتحالفان قياسًا واستحسانًا، ويكون القول قول المسلم إليه مع يمينه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إنهما يتحالفان استحسانًا.

وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله: ذهبا في ذلك إلى أنهما اختلفا في مقدار المسلم فيه من حيث المعنى أو في مقدار رأس المال فيتحالفان، كما لو اختلفا في قدر المسلم فيه حقيقة أو في مقدار رأس المال، وإنما قلنا ذلك؛ لأن المسلم إليه يلزمه زيادة قفيز أو قفيزين لمؤنة الكراء متى لزمه النقل إلى المكان الذي يدعيه رب السلم، وكذا رب السلم تلزمه زيادة درهم لو لزمه النقل من المكان الذي يدعيه المسلم إليه، ومؤنة الكراء تلحق بأصل المال حتى كان له أن يضم مؤنة الكراء إلى الثمن ويبيعه مرابحة على الكل.

فإذا صارت مؤنة النقل مستلحقة بأصل المعقود عليه، فكأن رب السلم يدعي عليه اثني عشر قفيزًا بعشرة دراهم وهو يقول: عشرة أقفزة فكأن المسلم إليه يدعي عليه أحد عشر أو اثني عشر درهمًا بكر حنطة، ورب^(٢) السلم يقول: عشرة دراهم،

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ: فرب.

فنزل اختلافهما في بيان مكان الإيفاء من حيث المعنى منزلة اختلافهما في مقدار المسلم فيه أو في رأس المال، وذلك مما يوجب التحالف فكذا هذا، وهذا بخلاف ما لو^(١) اختلفا في مقدار الأجل، فإنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول رب السلم في الزيادة؛ لأن الاختلاف في الأجل ليس باختلاف في المعقود عليه ولا في بدله لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث المعنى، [وذلك]^(٢) لأن رب السلم لا تلزمه زيادة مال بسبب نقصان الأجل، فلا يكون الاختلاف في الأجل اختلافًا في المعقود عليه ولا في بدله، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس بالنص، والنص إنما ورد بإيجاب التحالف إذا اختلفا في بدل المعقود عليه أو في المعقود عليه، فإذا لم يوجد الاختلاف في المعقود عليه، ولا في بدله، لا حقيقة ولا معنى، يرد إلى ما يقتضيه القياس، والقياس يوجب أن يكون القول قول المنكر، وعلى المدعي البينة، فبهذا تعلقا.

وأما أبو حنيفة - رضي الله عنه - ذهب في ذلك إلى أن التحالف وجب نصًا بخلاف القياس، والنص الوارد بإيجاب التحالف متى اختلفا في المعقود عليه أو في بدله لا يكون واردًا دلالة فيما إذا اختلفا في مكان الإيفاء؛ لأن مؤنة الكراء معقود عليه من وجه، [وليس بمعقود عليه من وجه من حيث إنه ليس بإزائه بدل مقابلة لم يكن معقودًا عليه، و]^(٣) من حيث إنه^(٤) مال يلزمه بسبب تسليم المعقود عليه، كان معقودًا عليه، ولهذا قالوا^(٥) في بيع المرابحة: إنه يقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريت بكذا، [إنما يشتريه، وهو إنما يلحقه من مؤنة الكراء]^(٦).

(١) في ج: إذا.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ج.

(٥) في ج: قال.

(٦) ما بين المعقوفين في ج: بما يشتريه، وبما يلحقه من مؤنة الكراء أو، وفي المحيط: ولهذا قال محمد رحمه الله: إنهما إذا أقاما جميعًا البينة، فإنه لا يقضى بعقدين، وإن أمكن القضاء

وإذا كان بمنزلة المعقود عليه من وجه دون وجه لم يكن النص الوارد بإيجاب التحليف^(١) متى اختلفا في المعقود عليه أو في بدله من كل وجه وأرادا^(٢) نصًا^(٣) دلالة، ورد هذا إلى ما يقتضيه القياس، فالقياس [يقتضي]^(٤) أن يكون القول قول المسلم إليه؛ لأن رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ذلك. أو يقال: اختلفا في شرط ملحق بالعقد يوجد العقد بدونه، فلا يوجب التحالف، وإن كان لا يصح العقد إلا به قياسًا على الأجل، [وإنما قلنا ذلك]^(٥)؛ لأن بيان مكان الإيفاء شرط يلحق بالسلم، والسلم يوجد بدون بيان مكان^(٦) الإيفاء إلا أنه يكون فاسدًا كالأجل، والدليل على أن الاختلاف في المكان كالاختلاف في الأجل أن^(٧) الأسعار تختلف باختلاف المواضع والأمكنة كما تختلف باختلاف الأيام والأزمنة.

ألا ترى أن التجار يجلبون الطعام وغيره من السلع من بلد إلى بلد لطلب الربح كما يجلبونها لوقت يأتي رجاء الربح بسبب تغير السعر، ثم الاختلاف في الأجل لم يوجب التحالف، فكذا في بيان الإيفاء.

وأما الجواب عما قلنا: إن كان الاختلاف في بيان [مكان]^(٨) الإيفاء اختلافًا في قدر المسلم فيه أو في رأس المال معنى، فمن حيث الحقيقة اختلاف في شرط ملحق بالعقد يوجد العقد بدونه كالأجل، فيجب التحالف من وجه، ولا يجب من

= بالعقدين كما إذا اختلفا في مقدار الأجل وقامت لهما بينة. المحيط البرهاني في الفقه العماني (١٠٦/٧).

(١) في ج: التحالف.

(٢) في ج: وأرد.

(٣) في أ، ج: هنا.

(٤) سقط في ج.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ج: لأن.

(٨) المثبت من المحيط.

وجه، فلا^(١) يجب هذا إن لم تقم بينة لأحدهما، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته طالبا كان أو مطلوبا لما ذكرنا. وإن أقاما جميعا بينة ذكرنا^(٢) أنه يقضى ببينة الطالب؛ لأن في بينته زيادة إثبات، وهو النقل إلى المكان الذي يدعيه^(٣) بينة المسلم إليه، فكانت^(٤) أولى بالقبول ويقضى بعقد واحد^(٥)، [هذا الذي ذكرنا إذا اختلفا في بيان مكان الإيفاء]^(٦).

الوجه الثالث: [أما]^(٧) إذا اختلفا في الأجل، فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: أما إن اختلفا في أصل [الأجل]^(٨)، بأن قال أحدهما: كان بأجل، وقال الآخر: بغير أجل أو اختلفا في مقدار الأجل بأن قال رب السلم: كان [الأجل شهرا، وقال

(١) في ج: ولا.

(٢) في ج: ذكر.

(٣) في ج: بنفيه.

(٤) في ج: فكان.

(٥) قال في المحيط البرهاني: وهذا عند أبي يوسف - رحمه الله - لا إشكال؛ لأنه على مذهبه لو اختلفا في المقدار المعقود عليه من حيث الحقيقة وقامت لهما بينة لا يقضي بعقدين فهذا أولى. وإنما يشكل على قول محمد رحمه الله؛ لأن الأصل عنده أن يقضى بعقدين متى اختلفا في مقدار المعقود عليه على الحقيقة ليكون عملا بالبنتين، وهنا قال: يقضى بعقد واحد مع إمكان القضاء بعقدين بأن يقضى ببينة رب السلم بعشرة دراهم في كل حنطة إلى المكان الذي ادعاه رب السلم وببينة المسلم إليه بعشرة دراهم في كل حنطة إلى المكان الذي يدعيه المسلم إليه، ولكن وجه الفرق له ما ذكرنا أن مؤنة الكراء معقود عليه من وجه دون وجه على ما بينا، والاختلاف في مقدار المعقود عليه من كل وجه، ورأس المال دين يوجب القضاء بعقدين متى قامت لهما بينة على مذهبه، والتحالف إذا لم تقم لهما بينة والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه من كل وجه كالأجل لا يوجب القضاء بعقدين متى قامت لهما بينة ولا التحالف إذا لم يقم لهما بينة، فإذا كان لهما بينة عملنا بالشبهين في حق حكمين مختلفين، فعملنا بشبه المعقود عليه في حق التحالف ليمكننا العمل بالشبه الآخر؛ لأننا متى عملنا بشبه المعقود عليه في حق القضاء بعقدين يلزمنا إظهار هذا الشبه في حق التحالف من الطريق الأولى؛ لأن التحالف أسهل ثبوتا من القضاء بعقدين حتى وجب التحالف في بيع العين في موضع لا يجب القضاء بعقدين.

(٦) سقط في أ.

(٧) المثبت من المحيط.

(٨) المثبت من المحيط.

المسلم إليه : لا بل شهرين ، أو اختلفا في المضي بأن قال رب السلم^(١) : كان شهرًا وقد مضى ، وقال المسلم إليه : لم يمض بعد ، وإنما أسلمت إلي الساعة .
فإن^(٢) اختلفا في أصل الأجل ، فهذا على وجهين : إما أن يكون مدعي^(٣) الأجل الطالب أو المطلوب ، فإن كان مدعي^(٤) الأجل هو الطالب ، والمطلوب ينكر ولم تقم لهما بينة ، فالقياس : أن يكون القول قول المطلوب مع يمينه .

وفي الاستحسان : يكون القول قول الطالب مع يمينه .
وجه القياس في ذلك : وهو أن المطلوب بإنكار الأجل إن^(٥) كان يدعي فساد العقد إلا أنه يدفع استحقاق مال عن نفسه بدعوى الفساد ، فيكون القول قوله إذا لم يسبق [منه]^(٦) إقرار بالجواز .

بيان ما قلنا : أن السلم في جانب المسلم إليه بيع بأقل الثمنين ، فيكون ما يستحق عليه من المسلم فيه أكثر مما يحصل له من رأس المال ، فكان دافعًا عن نفسه استحقاق مال بدعوى الفساد فيكون القول قوله .

وإن كان مدعيًا لفساد العقد كالمضارب ورب المال إذا اختلفا فقال رب السلم : شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ، وقال المضارب : شرطت [لي]^(٧) الثلث أو النصف ، [كان]^(٨) القول قول رب المال ، وإن كان مدعيًا للفساد بما ادعى ؛ لأنه دافع بدعوى الفساد استحقاقًا عن نفسه ، [على ما مر بيانه قبل هذا]^(٩) .

(١) المثبت من المحيط البرهاني .

(٢) في ج : فإذا .

(٣) في ج : يدعي .

(٤) في ج : يدعي .

(٥) في ج : إذا .

(٦) المثبت من المحيط .

(٧) المثبت من المحيط .

(٨) المثبت من المحيط .

(٩) المثبت من المحيط .

وللاستحقاق طريقان [في ذلك]^(١) أحدهما: أن يقال: إن المطلوب لما أقر بالسلم فقد أقر بالأجل؛ لأن السلم عبارة عن أخذ مال عاجل بأجل فصار مقرراً بالأجل راجعاً عنه، فلا يصدق في الرجوع.

والثاني: وهو أن المطلوب بإنكار الأخذ يدعي فساد العقد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقاً؛ لأن المسلم فيه غير مستحق عليه للحال، متى ثبت الأجل وجاز العقد، وإذا لم يكن مستحقاً عليه للحال من جواز العقد لا يكون بدعوى الفساد دافعاً استحقاقاً عن نفسه للحال، وأحد المتعاقدين إذا ادعى الفساد والآخر الصحة، ومدعي الفساد ليس يدفع استحقاقاً عن نفسه بما يدعي من الفساد، فإنه لا يصدق في دعوى الفساد^(٢)، هذا إذا كان الطالب هو مدعي الأجل.

فأما إذا كان المطلوب هو المدعي الأجل، قال أبو حنيفة رحمه الله: بأن القول قوله استحساناً.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : بأن القول قول الطالب قياساً. وجه قولهما: أن الطالب بإنكار الأجل، وإن كان يدعي فساد العقد إلا أنه بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال للحال؛ لأن رأس المال يستحق عليه للحال في السلم متى ثبت جواز السلم، ولا يحصل له للحال عوض، إنما يحصل له في الثاني؛ لأن المسلم فيه آجل، والآجل لا يعادل العاجل؛ والنقد خير من النسئة، و[قد ذكرنا أن]^(٣) أحد المتعاقدين إذا ادعى الفساد يكون القول قوله، إذا كان دافعاً عن نفسه استحقاقاً للحال؛ لأن المسلم فيه... بخلاف [ما]^(٤) لو أنكر المطلوب الأجل وادعى الطالب ذلك؛ لأن المطلوب بإنكار الأجل يدعي فساد العقد من غير

(١) المثبت من المحيط.

(٢) قال في المحيط: دافعاً استحقاقاً عن نفسه بما يدعي من الفساد، فإنه لا يصدق في دعوى الفساد كما في النكاح، وكما في المضارب على ما مر.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) سقط في ج.

أن يدفع عن نفسه استحقاقاً للحال؛ لأن المسلم فيه لا يستحق عليه للحال، [و] (١) متى جاز العقد فيكون القول قول من يدعي الصحة.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن كل واحد منهما بإنكار الأجل مدعٍ للفساد من غير دفع الاستحقاق عن نفسه، فيكون القول قول من يدعي الجواز [وإنما قلنا ذلك] (٢)؛ لأن ما يحصل لكل واحد منهما في باب السلم مثل ما يستحق عليه من حيث المعنى في جانب المسلم إليه لو كان المستحق عليه زيادة؛ لأنه بيع بأقل الثمنين من جانبه فهو آجل، وما يحصل له، وإن كان ناقصاً فهو عاجل، والعاجل وإن قل خير من الأجل، والزائد خير من الناقص، فكان في كل واحد من البديلين ضرب نقصان ونوع زيادة فاستويا، فالتحق السلم بهذا المعنى بالنكاح وبيع العين فيسقط اعتبار الاستحقاق في كل واحد من الجانبين كأنه لا استحقاق أصلاً، فصار المنكر الأجل مدعياً للفساد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقاً، فيكون القول قول من يدعي الصحة، وهذا بخلاف رب المال إذا ادعى فساد المضاربة؛ لأنه دافع عن نفسه استحقاق مال؛ لأن ما يستحق عليه خير مما يحصل له؛ لأنه يستحق عليه عين مال ويحصل له منفعة والعين خير من المنفعة.

وفي باب السلم ما يحصل لكل واحد منهما [عين مال إلا أن في كل واحد منهما] (٣) نوع نقصان ونوع زيادة [وإذا استويا] (٤) زال اعتبار الاستحقاق من الجانبين فيبقى دعوى الفساد من غير دعوى الاستحقاق فيكون القول قول من ينكر الفساد؛ لأن الظاهر يصلح لدفع المعصية عن فعل الغير، هذا إذا لم يرق لأحدهما بينة. [وإن قامت] (٥) لأحدهما بينة قبلت بيئته، [وإن أقاما البينة فالبينة بينة من يدعي الأجل؛

(١) سقط في ج.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: فاستويا.

(٥) في ج: فإن قام.

لأنه يثبت زيادة شرط في العقد [ليس في] ^(١) [بينه] ^(٢) الآخر، هذا إذا اختلفا في أصل الأجل.

وإن اختلفا في مقدار الأجل إن لم يقم لأحدهما بينة، فالقول للطالب مع يمينه، ولا يتحالفان عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - ^(٣).

والوجه أن التحالف واجب بخلاف القياس من الوجه الذي ذكرنا، والشرع علق وجوبها باختلافهما في المعقود عليه أو في الثمن؛ لأنه علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهذا اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يوجد به البيع، والبيع يوجد بالمبيع وبالثمن، لا بالأجل ولا بثمر ملحق به، وإذا كان كذلك صار تقدير الحديث كأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو في الثمن تحالفا وترادا، ولو نص على هذا، لا ^(٤) يجب التحالف في شرط ملحق به لا قياساً ولا دلالة؛ لأن الشرط الملحق بالعقد دون المبيع والثمن؛ [ولأنهما متبايعان اختلفا فيما يوجد العقد بدونه، فوجب ألا يتحالفا قياساً على ما لو اختلفا في الأجل والخيار في بيع العين، وإنما قلنا ذلك؛ لأن السلم بدون الأجل يكون سلمًا إلا أنه يكون فاسدًا بخلاف ما لو اختلفا في مقدار المسلم فيه ورأس المال؛ لأنهما اختلفا

(١) في ج: تنفيها.

(٢) سقط في أ.

(٣) قال في المحيط البرهاني: وقال زفر: يتحالفان. وجه قول زفر قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا» (١) فقد أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين بلا فصل بينما إذا وقع الاختلاف بينهما في المعقود عليه أو في بدله أو شرط ملحق بالعقد، فلو خليت فظاهر الحديث كنت أقول بأنهما إذا اختلفا في الأجل أو في خيار الشرط في بيع العين يتحالفان إلا أنني تركت ظاهره بالإجماع، ولا إجماع على ظاهره؛ لأنهما متبايعان اختلفا فيما لا يجوز العقد بدونه، فوجب أن يتحالفا قياساً على ما لو اختلفا في مقدار المسلم فيه أو في مقدار رأس المال، بخلاف ما إذا اختلفا في الأجل وخيار الشرط في بيع العين، فإنهما يتحالفان؛ لأن الأجل في بيع العين وخيار الشرط مما يجوز العقد بدونه، فلم يكن الاختلاف الواقع فيه كالاختلاف الواقع في مقدار الثمن أو في مقدار المعقود عليه.

(٤) في ج: لم.

فيما هو من صلب العقد الذي لا يوجد العقد بدونه^(١)، هذا إذا لم يقد لأحدهما بينة وإن قامت لأحدهما بينة، يقضى ببينته إن قامت للمطلوب؛ فلأنه يثبت الزيادة، وإن قامت للطالب؛ فلأنه يثبت حادثاً يسقط به اليمين^(٢) عن نفسه، فيقبل كالمشتري إذا تفرد بإقامة البينة على ألف درهم.

وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة المطلوب؛ لأنه يدعي زيادة الأجل ففي بينته زيادة إثبات، ولا يقضى بعقدين عندهم جميعاً، عند^(٣) أبي يوسف رحمه الله لا إشكال، وعند محمد رحمه الله؛ لأن الاختلاف في مقدار الأجل لا يجعل العقد عقدين، ولهذا لم يتحالفوا، بخلاف ما إذا^(٤) اختلفا في مقدار المسلم فيه أو في رأس المال؛ لأن ما يدعيه كل منهما من العقد غير ما يدعيه صاحبه ولهذا تحالفوا.

وإن اختلفا في المضي إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقول قول المطلوب أنه لم يمض؛ لأن الطالب يدعي توجه المطالبة بعدما لم يكن متوجهاً والمطلوب ينكر، فيكون المطلوب متمسكاً بما كان ثابتاً، فيكون القول قوله، وإن قامت لأحدهما بينة يقبل بينته، وإن قامت للمطلوب لا شك أنه يقبل بينته؛ لأنه يثبت زيادة أجل ببينته، وإن قامت للطالب، فكذاك تقبل بينته؛ لأنه يدعي إيفاء الأجل، وتوجه المطالبة على المسلم إليه بعد ما لم يكن ثابتاً فتقبل ببينته.

وإن أقاما جميعاً البينة، فالبينة بينة المطلوب؛ لأن [ببينته تثبت زيادة أجل من حيث المعنى، فكان القول قوله في شيء، والبينة^(٥) ببينته في شيء آخر، وهذا جائز كما في المودع إذا ادعى الرد، كان القول قوله؛ لأنه منكر للضمان فالبينة ببينته؛ لأنه مثبت للرد، كذلك هذا.

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ: الثمن.

(٣) في ج: عن.

(٤) في ج: لو.

(٥) المثبت من المحيط.

الوجه الرابع: إذا وقع الاختلاف بينهما في قبض رأس المال [في المجلس^(١)، فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض رأس المال [وأقام المسلم البينة أنه قبض رأس المال]^(٢) قبل الافتراق، فإن [كان]^(٣) رأس المال في يد المسلم إليه، فالبينة بينة المسلم [إليه]^(٤) والسلم جائز؛ لأن بيئته قامت على [إثبات القبض وبينة رب السلم قامت على]^(٥) النفي، والبيئات مقبولة على الإثبات دون النفي.

والثاني: أن بيئته تثبت عقداً جائزاً وبينة رب السلم تثبت عقداً فاسداً، ولا يقال بأنه لا يدعي على رب السلم شيئاً إذا كان رأس المال في يده بل يقر له بكر حنطة ويريد أن يثبت إقراره لغيره، فكيف يقبل بيئته؛ لأننا نقول: موضوع^(٦) المسألة أن رب السلم ينكر قبضه في مجلس العقد ويدعي عليه غضباً بعد التفرق أو وديعة حتى يكون مدعيًا استحقاق ما في يد المسلم إليه من الدراهم، فيكون القول قول المسلم إليه لإنكاره استحقاق ما في يده، وتقبل بيئته أيضًا؛ لأنها قامت على الإثبات، وفي قبولها فائدة وهو سقوط اليمين.

ولو كانت الدراهم في يدي رب السلم والمسلم إليه يقول: قبضت ثم غضبت مني بعد ذلك، أو أودعتك، ورب السلم يقول: لم يقبض وتفرقتنا^(٧) قبل [القبض]^(٨)، وأقاما البينة فالبينة بينة المسلم إليه؛ لأنها قامت على إثبات القبض واستحقاق ما في يد رب السلم.

ثم ذكر محمد - رحمه الله - جواب هذه المسألة فيما إذا قامت لهما بينة ولم

(١) المثبت من المحيط.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) سقط في أ.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) في ج: موضع.

(٧) في ج: وتفرقا.

(٨) سقط في ج.

يذكر الجواب فيما إذا قامت لأحدهما بينة، أو لم تقم لهما بينة أصلاً، ولا بد من معرفته فنقول: إن قامت لأحدهما بينة على الوجه الذي ذكرنا إن قامت لرب السلم لا تقبل؛ لأنها قامت على النفي، فلا تقبل. وإن كانت لو قبلت كان في قبولها استحقاق ما في يد المسلم إليه كبينة رب الوديعة لا تقبل على نفي الرد، فإنها لو قبلت كان في ذلك إيجاب الضمان، وبينة المسلم إليه تقبل؛ لأنها قامت على الإثبات، وفيها سقوط اليمين عنه واستحقاق ما في يد الطالب.

وإن لم تقم لأحدهما بينة، فهذا على وجهين:

إما أن تكون الدراهم في يد المطلوب أو في يد الطالب، فإن كانت في يد المطلوب إن كان الطالب لا يدعي عليه غصباً ولا وديعة، وإنما يقول: ما قبضت رأس المال، فإنه لا يمين على واحد منهما؛ لأن اليمين يجب على المنكر، وأحدهما لا يدعي على صاحبه حقاً، أما المطلوب يقر بالسلم للطالب، وليس يدعي عليه شيئاً، والطالب يكذبه في إقراره ولا يدعي على المطلوب شيئاً^(١). وإن ادعى الطالب الغصب منه أو الوديعة بعد ما أنكر القبض في المجلس، فالقول قول المطلوب؛ لأن المطلوب أقر للطالب^(٢) بكر حنطة وكذبه الطالب فيما أقر له وادعى على المطلوب استحقاق ما في يده من الدراهم والمطلوب أنكر^(٣)، فيكون القول قوله مع يمينه. كمن أقر لإنسان بدينار وكذبه المقر له، وادعى عليه عشرة دراهم وإن كانت الدراهم في يد رب السلم، فإن كان المطلوب ادعى القبض ولم يدع على الطالب غصباً ولا وديعة بعد ذلك، فلا يمين على واحد منهما؛ لأن المطلوب أقر له^(٤) بالسلم وكذبه الطالب في إقراره^(٥)، ولم^(٦) يدع الطالب على المقر شيئاً، ولا

(١) ثبت في حاشية ج: وقف شيخ الإسلام المرحوم عبد الحي الحنفي عفا الله عنه.

(٢) في ج: الطالب.

(٣) في ج: ينكر.

(٤) في ج: للطالب.

(٥) في ج: الإقرار.

(٦) في ج: فلم.

المقر على الطالب شيئاً.

وإن^(١) ادعى المطلوب الغصب أو الوديعة بعد ما ادعى قبض رأس المال في المجلس وأنكر الطالب، فمن مشايخنا من قال: القول قول المطلوب مع يمينه، فيحلف ويجوز السلم، ويأخذ رأس المال من رب السلم، وذهبوا في ذلك إلى أن المطلوب ادعى صحة العقد، ورب السلم ادعى فساده، فيكون القول قول من يدعي الصحة كما لو اختلفا في أصل الأجل كان القول قول من يدعي الأجل عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - على كل حال.

وإذا جعلنا القول قوله مع اليمين^(٢) وجوزنا السلم وأثبتنا له حق استحقاق ما في يد رب السلم يكون الاستحقاق مضافاً إلى إقرار الطالب؛ لأن الطالب يجعل مقيداً بالقبض، ثم ينكر؛ لأن السلم عبارة عن أخذ عاجل بأجل، فيصير مقراً بتسليم رأس المال، ثم راجعاً بعد ذلك، فيكون الاستحقاق مضافاً إلى إقراره لا إلى يمينه كما في الأجل. وكما لو اختلف الزوجان في النكاح بشهود وغير شهود جعل القول قول من يدعي النكاح، وإن كان يستحق ما يدعيه على صاحبه؛ لأنه [لا]^(٣) يصير مستحقاً بإقراره، فإن الإقرار بالنكاح إقرار بشهود؛ لأنه لا جواز للنكاح إلا بشهود.

ومنهم من قال: بأن هذا هكذا إذا قال الطالب للمطلوب لم يقبض موصولاً بأن قال: أسلمت إليك وسكت، ثم قال: إلا أنك لم تقبض، أو قال: أسلمت إليك ولم تقبض بالعطف لا بالاستثناء؛ لأنه مع العطف اعتبر مفصلاً، كما في المضاربة. إذا قال رب المال: شرطت لك نصف الربح وعشرة، اعتبر هذا مفصلاً، وكما في الطلاق قبل الدخول اعتبر قوله: وطالق ثانياً مفصلاً بخلاف الاستثناء، ومتى كانت الحالة هذه يكون القول قول المطلوب مع يمينه؛ لأن السلم في هذه الحالة

(١) في ج: وإذا.

(٢) في ج: يمينه.

(٣) المثبت من المحيط.

عبارة عن التسليم^(١) لا عن العقد، ولهذا قالوا: إن المطلوب إذا أقر بالسلم، ثم قال: إني لم أقبض مفصولاً، وقال رب السلم: قبضت، كان القول قول رب السلم استحساناً مع يمينه.

قالوا: لأن المطلوب أقر بالقبض، فإذا^(٢) صار عبارة عن التسليم صار رب السلم مقرراً بالقبض، ثم صار راجعاً عنه فلا يصدق، فأما إذا كان موصولاً: لم يقبض والمطلوب يقول: قبضت، يجب أن [يكون القول قول الطالب في هذه المسألة ولا]^(٣) يكون القول قول المطلوب؛ لأن [السلم]^(٤) في هذه الحالة [جعل]^(٥) عبارة عن العقد لا عن التسليم، ولهذا صدق المطلوب إذا أقر بالسلم وأنكر القبض موصولاً، وإذا جعل عبارة عن العقد لا عن التسليم، لا يكون الطالب مقرراً بالقبض، ثم منكر القبض بعد الإقرار ومتى لم يجعل مقرراً^(٦) بالقبض متى جعلنا القول قول المطلوب مع يمينه استحق يمينه مالا ادعاه على الطالب، واليمين حجة للدفع لا للاستحقاق لظاهر الحال بخلاف الأجل؛ لأن السلم لا جواز له بدون الأجل بحال من الأحوال، فإنه متى وقع بغير أجل لا ينقلب جائزاً بضرب الأجل، فيكون الإقرار بالسلم لا محالة إقراراً بالأجل سواء اعتبر عقداً أو^(٧) تسليماً، فأما السلم وهو العقد يجوز من غير قبض رأس المال، وإنما^(٨) القبض شرط لبقاء العقد على الصحة، فأمكنتنا أن نجعل السلم عبارة عن العقد لا عن القبض والتسليم.

الوجه الخامس: إذا جاء المسلم إليه بعد ما تفرقا عن المجلس بقبض رأس

(١) سقط في أ، وفي ج: السلم.

(٢) في ج: وإذا.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) المثبت من المحيط.

(٧) في ج: أم.

(٨) في ج: وإنما.

المال، وقال: وجدته زيوفًا، إن صدقه بذلك رب السلم كان له أن يرده على رب السلم، وإن كذبه في ذلك وأنكر أن يكون من دراهمه وادعى المسلم إليه أنه من دراهمه، فهذه المسألة على ستة أوجه:

إما [أن يكون]^(١) المسلم إليه أقر قبل ذلك، فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقي، أو قال: [قبضت]^(٢) رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، وفي هذه الوجوه الأربعة، لا تسمع دعواه الزيادة حتى لا يستحلف رب المال؛ لأنه متناقض في دعوى الزيادة؛ لأنه أقر بقبض الجياد أولاً، أما في قوله: قبضت الجياد، فظاهر، وأما في قوله: قبضت حقي، قبضت رأس المال؛ لأن حقه الجياد، ورأس المال الجياد، وأما في قوله: استوفيت الدراهم؛ لأن الاستيفاء عبارة عن تمام الحق، فكأنه قال: قبضت الدراهم التي هي تمام حقي، وتمام حقه في الجياد. وأما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقياس أن يكون القول قول رب السلم؛ لأن المسلم إليه يدعي على رب السلم فسخ القبض ليرجع عليه بالجياد ورب السلم ينكر.

وفي الاستحسان: القول قول المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه بدعوى الزيادة منكر^(٣) قبض حقه، ولم يسبق منه الإقرار بقبض مطلق الدراهم، واسم الدراهم مطلقاً كما يتناول الجياد يتناول الزيوف، ورب السلم يدعي إيفاء الحق فيكون القول قول المسلم إليه، لأنه لو أقر بقبض الدراهم، ثم قال: وجدته زيوفًا، كان القول قول المسلم إليه فههنا أولى.

وأما إذا قال: وجدتها ستوفة أو رصاصًا، ففي الوجوه الأربعة لا شك أنه لا يقبل قوله، وكذلك في الوجه الخامس، وهو: ما إذا قال: قبضت الدراهم؛ لأنه منكر

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج: ينكر.

قبض الدراهم بعد ما أقر بقبض الدراهم؛ لأن الستوق والرصاص [ليساً]^(١) من جنس الدراهم [بعد ما أقر بقبض الدراهم].

وفي الوجه السادس^(٢) وهو: ما إذا قال: قبضت، يقبل قوله؛ لأنه أقر بمطلق القبض لا بقبض الدراهم، فبدعواه أن ما قبض ستوقه أو رصاصاً لا يكون متناقضاً، وإذا جاء المسلم إليه بدراهم ستوقه أو رصاص وجدها في رأس المال، وقال: هذا نصف رأس المال، وقال رب السلم: [هو ثلث رأس]^(٣) المال، فالقول قول المسلم إليه، ولو كان زيوفاً أو نهرجة أو مستحقة واختلفا في مثل ذلك، فالقول قول رب السلم مع يمينه ذكر القدوري - رحمه الله - المسألة على هذا الوجه.

والفرق: وهو أن قبض المستحق والزيوف وقع صحيحاً، وإن كان أحدهما على سبيل النفاذ والآخر على سبيل التوقف^(٤)، وإنما ينتقض بالرد بعد الحكم بالصحة، فالمسلم إليه يدعي الانتقاض في النصف ورب السلم ينكر فيما زاد على الثلث، فيكون القول قول رب السلم مع يمينه، أما في الستوق والرصاص حق القبض لم يقع صحيحاً، ولهذا لو تجوز به لا يجوز، فكان الاختلاف في قدر المقبوض، ورب السلم يدعي زيادة في القبض والمسلم [إليه]^(٥) ينكر، فيكون القول قول المسلم إليه مع يمينه^(٦).

(١) سقط في ج.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) في أ: بدراهم، وفي ج: بل رأس.

(٤) في ج: الوقف.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) قال في المحيط البرهاني: قال الوجه السادس: رجل قال لآخر: أسلمت إلي عشرة دراهم في كراحنطة إلا أنني لم أقبضها، فإن ذكر قوله إلا أنني لم أقبضها موصولاً بكلامه صدق قياساً واستحساناً، وإن ذكر موصولاً بأن سكت ساعة، ثم قال: إلا أنني لم أقبضها، صدق قياساً، ولم يصدق استحساناً، وهذا؛ لأن قوله: إلا أنني لم أقبضها، بيان تغيير لا بيان تقرير؛ لأن قوله: أسلمت إلي، على جواب الاستحسان صار عبارة عن قوله: أسلمت إلي رأس المال، لا عن قوله: باشرت معي عقد السلم؛ لأن قوله: أسلمت، إن صار للعقد

إذا كان المسلم ثوبًا جيدًا، ثم اختلفا في الذي جاء به المسلم إليه، فقال رب السلم: إنه ليس بجيد، فالقاضي يريه رجلين من أهل تلك الصنعة؛ فإذا^(١) اجتمعا على أنه جيد مما يقع عليه اسم الجياد، أجبر رب السلم على أخذه، والله أعلم.



= حقيقة بسبب الشرع، والاستعمال نفي للقبض حقيقة بالشرع والاستعمال أيضًا وترجح حقيقة القبض بحكم الوضع، فإنه في الأصل موضوع للتسليم لا للعقد. وإذا ترجح أحد الاحتمالين على الآخر صار الاسم للراجح حقيقة وللآخر مجازًا، وإذا صار هذا الاسم مجازًا للعقد صار قوله عنيت بالعقد إرادة للمجاز، وإرادة المجاز من الكلام يغير الكلام من حيث الحقيقة، ولكنه بيان من حيث إن العرب تتكلم بالحقيقة وتريد المجاز، فهو معنى قولنا: إن هذا بيان تغيير فيصح موصولاً، ثم إذا لم يصدق على جواب الاستحسان ذكر أن القول قول الطالب مع يمينه، وكان ينبغي ألا يستحلف الطالب على جواب الاستحسان؛ لأن قوله: أسلمت إلي، على جواب الاستحسان صار عبارة عن قوله: أسلمت إلي رأس المال. ولو قال: أسلمت إلي رأس المال، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض، لا يصح دعواه حتى يستحلف الطالب على دعواه؛ لأنه صار مناقضًا في الدعوى كذا ههنا، والجواب إنما لا يصدق في دعوى العقد على طريق الاستحسان؛ لأنه ادعى المجاز من كلامه لا لأنه مناقض؛ لأن المناقضة إنما تثبت بصد ما أقر له من كل وجه بأن قال: قبضت، ثم قال: لم أقبض، وههنا لم يقر بصريح القبض، وإنما أقر بالسلم، وإنه يحتمل العقد مجازًا، وإن كان حقيقة للتسليم لا للعقد، وإذا كان محتملاً للمجاز لا يصير مناقضًا في قوله لم أقبض فيكون دعواه صحيحًا، ومن ادعى دعوى صحيحًا يستحلف خصمه على دعواه هذا إذا قال: أسلمت إلي. أما إذا قال: دفعت إلي عشرة، أو قال: نقدتني لكنني لم أقبضها، قال أبو يوسف: لا يصدق وصل وإن فصل، كما لو قال: قبضت، ثم قال: لم أقبض وقال محمد: يصدق إن وصل، وإن فصل لا يصدق، والمسألة معروفة في كتاب الإقرار.

(١) في ج: فإن.

نوع آخر: منه: في شرط الإيفاء والحمل ومسائلهما:

إذا شرط رب السلم على المسلم إليه أن يوفيه السلم [في مصر]^(١) كذا، ففي أي مكان دفعه [إليه]^(٢) من ذلك المصر فله ذلك، وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه في موضع آخر، فقد جوز السلم من غير بيان مكان الإيفاء في المصر، إنما فعل كذلك؛ لأن المصر مع تباين محالها واختلاف أماكنها جعل كمكان واحد حكمًا؛ لأن القيمة لا تختلف بتفاوت محال^(٣) المصر، وإذا كان كذلك صار مكان الإيفاء معلومًا، فجاز السلم، وله أن يدفعه في أي مكان شاء من ذلك المصر؛ لأن المصر لما جعل كمكان واحد من حيث الحكم، صار كأنه شرط الإيفاء في مكان واحد من حيث الحقيقة، ولو كان كذلك ففي أي ناحية من ذلك المكان أوفاه، فله ذلك، وليس لرب السلم أن يعين مكانًا آخر كذا ههنا.

وإن اختلفا فقال رب السلم: شرطت لي أن توفيني في محلة كذا، [وقال رب السلم: أعطيك في محلة أخرى غير دارك أجبر رب السلم على القبول لما ذكر، وإذا شرط رب السلم أن يوفيه إياه في مكان كذا]^(٤)، فقال المسلم إليه لرب السلم: خذه في غير ذلك المكان وخذ مني الكراء^(٥)، فأخذه جائز ولا يسلم له الكراء^(٦). أما أخذه السلم، فلأنه استوفى عين الحق، وأما عدم سلامة الكراء^(٧)؛ لأن المأخوذ صار ملكًا لرب السلم بالأخذ فهذا إذا أخذ الكراء [من المسلم إليه، فإنما]^(٨) أخذ الكراء انتقل ملك نفسه، والإنسان بنقل ملك نفسه لا يستوجب الكراء على غيره،

(١) المثبت من المحيط.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) في ج: محل.

(٤) المثبت من المحيط البرهاني.

(٥) في ج: الكر.

(٦) في ج: الكر.

(٧) في ج: الكر.

(٨) سقط في ج.

وإذا لم يسلم له الكراء كان له الخيار، إن شاء أمسك المقبوض ورد الكراء، وإن شاء رد المقبوض مع الكراء ليوفيه في المكان المشروط؛ [لأنه إنما رضي بقبضه في غير المكان المشروط]^(١) بشرط أن يسلم له الكراء، فإذا لم يسلم له الكراء، فقد تعين^(٢) عليه شرطه فيتخير.

قالوا: وإنما يتخير إذا كان المقبوض قائماً، فأما إذا هلك لا خيار له؛ لأنه إنما يثبت الخيار^(٣) ليتقضى قبضه، وإنما يمكنه نقض قبضه قبل الهلاك لا بعد الهلاك، فإذا شرط رب السلم على المسلم إليه أن يحمل السلم إلى منزله بعد ما أوفى في المكان الذي شرط فيه الإيفاء، بأن شرط عليه أن يوفيه السلم في درب سمرقند ببخارى، ثم يحمله إلى منزله بكلاباد، فلا خيار في السلم على هذا الوجه؛ لأن بالإيفاء في المكان المشروط بدرب سمرقند يصير المسلم فيه ملكاً لرب السلم، فإذا شرط عليه الحمل إلى كلاباد، صار مستأجراً له [أو]^(٤) مستعياً به، فيكون إجارة أو إعارة مشروطة في عقد السلم، فيوجب فساد السلم كما في نفع العين، وكما لو اشترى حنطة على أن يطحنها المشتري، فهذا إذا شرط الحمل إلى منزله بعد الإيفاء في المكان المشروط، فأما إذا شرط الحمل إلى منزله ابتداء قبل اشتراط الإيفاء في محلة من المصر، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - يقول بجواز السلم استحساناً، وكان يقول: اشتراط الحمل إلى منزله واشتراط الإيفاء في منزله سواء؛ لأن الإيفاء في منزله لا يتصور بدون الحمل إلى منزله، [ولو شرط الإيفاء في منزله ابتداء أليس أنه يجوز استحساناً فكذا إذا شرط الحمل إلى منزله]^(٥)، وكان يقول: إنما يفسد السلم

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: تغير.

(٣) في ج: بالخيار.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) المثبت من المحيط.

باشتراط الحمل إلى منزله إذا كان اشتراط الحمل بعد اشتراط الإيفاء في مكان، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله .

وروي عن أبي عبد الله البلخي - رحمه الله - أنه كان يقول: اشتراط الحمل إلى منزله يوجب فساد السلم سواء كان ابتداء أو بعد شرط الإيفاء في مكان، ويروي ذلك عن أصحابنا رحمهم الله، فإنه يثبت هذه الرواية عنهم .

والوجه في ذلك: أن الإيفاء مما يقتضيه عقد السلم، فإنه يجب على المسلم إليه إيفاءه، واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط لا يوجب الفساد، فأما لا يقتضي الحمل؛ لأن على المسلم إليه [الإيفاء]^(١) دون الحمل وقد يتصور الإيفاء بدون الحمل بأن يشتريه المسلم إليه في المكان المشروط [ويوفيه]^(٢) من غير حمل، فقد شرط في السلم ما لا يقتضيه، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيوجب الفساد .

هذا كما قال أبو حنيفة رضي الله عنه وأبو يوسف - رحمه الله - فيمن اشترى وقر حطب، وشرط الحمل إلى منزله لم يجز البيع قياساً واستحساناً؛ لأن البيع لا يقتضي الحمل، ولو شرط الإيفاء في منزله يجزئه استحساناً؛ لأن البيع يقتضي الإيفاء، كذا ههنا .

وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا شرط في السلم حمله إلى موضع كذا، فهو جائز، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه من قبل أن الطعام في ملك المسلم إليه وضمائه حتى يسلمه .

ولو شرط أن يوفيه إياه في منزله بعدما يوفيه في محلة كذا، بأن قال: على أن توفيني في درب سمرقند، ثم توفيني بعد ذلك في منزلي بكلاباذ .

عامّة المشايخ على أنه لا يجوز قياساً واستحساناً؛ لأن اشتراط الإيفاء في منزله بعد الإيفاء في مكان لا يتصور، ولو اشترط الحمل بعد الإيفاء في مكان؛ ليس أنه

(١) المثبت من المحيط .

(٢) المثبت من المحيط .

لا يجوز قياسًا واستحسانًا.

وكان الفقيه أبو نصر محمد بن محمد بن سلام - رحمه الله - يقول: يجوز السلم استحسانًا؛ لأن شرط الإيفاء ثانيًا يفسخ الشرط الأول؛ لأن الموفى لا يتصور إيفاءه ثانيًا، وإذا انفسخ الشرط الأول صار كأنه شرط الإيفاء إلى منزله، وهناك يجوز السلم استحسانًا كذا هاهنا.

بخلاف ما لو شرط الحمل [لأن اشتراط الحمل]^(١) لا يتضمن فسخ شرط الإيفاء؛ لأن الموفى يتصور حمله، وإذا لم يفسخ الشرط الأول، ففي شرط الحمل شرط [لإجارة أو لإعارة]^(٢) فيوجب فساد السلم.

ولو شرط أن يوفيه إياه في منزله ابتداء، بعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: المسألة على القياس والاستحسان، القياس: ألا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، قال الحاكم الشهيد رحمه الله: هذا القياس والاستحسان فيما إذا لم يبين منزله، ولم يعلم المسلم إليه أنه في أي محلة، أما إذا تبين أو علم المسلم إليه ذلك يجوز قياسًا واستحسانًا! والله أعلم.



(١) سقط في أ.

(٢) في ج: الإجارة والإعارة.

نوع آخر: من هذا الفصل في الإقالة والصلح:

يجب أن يعلم بأن الإقالة في السلم جائزة؛ لأن السلم نوع بيع، فيجوز إقالته كما يجوز [إقالة] (١) سائر أنواع البيوع، وقد صح أن رسول الله ﷺ قال: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» (٢) والمراد أخذ السلم حال قيامه ورأس المال بعد انفساخه، فدل (٣) الحديث أن السلم قابل للفسخ والإقالة. ولو أقاله في البيع وأخذ البعض جاز؛ لأنه لو أقال في الكل يجوز، فيجوز في البعض أيضًا اعتبارًا للبعض بالكل. ولو أبرأ رب السلم المسلم إليه عن المسلم فيه، فيجوز (٤)، بخلاف ما لو أبرأ المسلم إليه رب السلم عن رأس المال، حيث لا يجوز.

والفرق: وهو أن قبض المسلم فيه ليس بمستحق حقًا للشرع، بل هو حق العبد، فيصح الإبراء عنه، أما قبض رأس المال مستحق حقًا للشرع ليخرج العقد من أن يكون دينًا بدين، فلا يصح الإبراء [عنه] (٥)، ومتى صحت الإقالة يجب على المسلم إليه رد رأس المال إلى (٦) رب السلم، فإن أراد رب السلم أن يستبدل برأس المال شيئًا بعد الإقالة، لم يجز استحسانًا، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة - رحمهم الله - .

(١) المثبت من المحيط.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، من كره أن يأخذ بعض سلمه وبعضا طعاما (٨/٥)، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب: الرجل يسلف في الشيء هل يأخذ غيره؟ (٨/١٤). ووجدته مرفوعًا ولكن بلفظ آخر فعن عطية، عن أبي سعيد، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أسلفت في شيء فلا تصرفه إلى غيره» أخرجه ابن ماجة في سننه (٢/٧٦٦) كتاب التجارات، باب: من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره، والدراقطني في سننه كتاب البيوع (٣/٤٥)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/٢٩) كتاب البيوع. قال علماء الحديث: عطية العوفي لا يحتج به، وإن كان الجلة قد رووا عنه، وضعفه أحمد وغيره، وحسن الترمذي حديثه.

(٣) في ج: فيدل.

(٤) في ج: يجوز.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) في ج: على.

ولقب المسألة أن الاستبدال برأس مال السلم بعد الإقالة قبل القبض هل يجوز؟ على قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - لا يجوز، وهذا استحسان، والأصل فيه قوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»^(١) ومتى جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الإقالة قبل القبض صار آخذاً عين السلم وعين رأس المال.

والمعنى فيه: وهو أن الإقالة في باب السلم قبل قبض رأس المال تمت من وجه من حيث إنها أفادت لرب السلم ملك الرقبة، ولم تتم من وجه من حيث إنها لم تفد لرب السلم ملك التصرف، وملك اليد وحق رب السلم في المسلم إليه^(٢) يثبت بنفس العقد ويتأكد بتسليم رأس المال، فما لم يقبض رأس المال يكون حقه في المسلم فيه [قائماً]^(٣) من وجه، فما يأخذ من وجه بدلاً عن رأس المال، وإنه جائز؛ لأنه وجب بسبب فسخ السلم لا بسبب السلم، ويأخذ من وجه بدلاً عن المسلم فيه^(٤)؛ لأن الإقالة من حيث إنها لم تتم لم توجد؛ لأنه لا حكم لها شرعاً من ذلك الوجه، فيصير مستبدلاً بالمسلم فيه من وجه وإنه [لا]^(٥) يجوز، وبرأس مال السلم من وجه وإنه يجوز، وقع الشك في الجواز، فلا يجوز بالشك والاحتمال، ولأجل ما ذكرنا من المعنى لم يشترط قبض رأس المال في مجلس الإقالة في باب السلم؛ لأننا إذا اعتبرنا حق رب السلم في المسلم فيه من وجه لا يجب قبضه كما لا يجب قبض المسلم فيه، وإن اعتبرنا حقه في رأس المال فكذلك لا يجب قبض رأس المال؛ لأنه لم يجب بعقد السلم؛ لأنه وجب بفسخ السلم، وفسخ السلم لا يكون سلماً في حقهما ولا في حق الثالث؛ لأن الفسخ حصل قبل قبض المبيع، فيكون

(١) تقدم، وزاد في ج: والمعنى فيه وهو أن الإقالة.

(٢) في ج: فيه.

(٣) سقط في ج.

(٤) في ج: كبير.

(٥) سقط في أ.

فسخًا في حق الكل .

وإذا قبض رب السلم رأس ماله وتقايلا السلم، ثم اختلفا في مقدار رأس المال، فقال المسلم إليه: كان رأس المال خمسة، وقال رب السلم: لا بل كان رأس المال عشرة، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه، ولا يتحالفان .

فرق بين هذا وبين بيع العين، فإن في بيع العين إذا تقايلا العقد حال قيام العين، واختلفا في مقدار الثمن، فإنهما يتحالفان ويفسخ الإقالة فيما بينهما بعد التحالف .

والفرق: أن المقصود من التحالف شرعًا الفسخ حتى يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله، والإقالة في باب السلم لا تقبل الفسخ لا حكمًا ولا قصدًا، فإنهما لو قالوا: نقضنا الإقالة، لا تنتقض، وإن كان رأس المال عوضًا وهلك بعد الإقالة في يد المسلم إليه لا تنفسخ الإقالة، وإذا لم تكن الإقالة في باب السلم قابلة للفسخ لا تنفسخ بالتحالف، فالتحالف لا يفيد ثمرته في الإقالة في السلم، فلم يجز الاشتغال به فوجب اعتبار الدعوة والإنكار، فأما الإقالة في بيع العين قابلة للفسخ؛ ألا ترى أنهما لو قالوا: نقضنا الإقالة، تنتقض ويعود الأمر إلى ما كان قبل الإقالة، وكذلك إذا هلك العين في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع والثمن دراهم، فإن الإقالة تنتقض ويعود الأمر إلى ما كان قبل الإقالة، فالتحالف يفيد ثمرته في الإقالة في بيع العين، فجاز الاشتغال به .

قياس الإقالة في السلم من الإقالة في بيع العين أن لو تقايلا بعض ما قبض رب السلم والمسلم فيه قائم في يده، ثم اختلفا في مقدار رأس المال، وهناك يتحالفان أيضًا؛ لأن الإقالة في هذه الحالة تحتمل الفسخ قصدًا، بفسخهما الإقالة على ما يقوله بعض مشايخنا وهو الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - .

ثم إنما كانت الإقالة في باب البيع قابلة للفسخ، ولم تكن الإقالة في باب السلم قابلة للفسخ؛ لأن في باب السلم ما تناولته الإقالة وهو المسلم فيه قد يسقط بالإقالة؛

لأن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه، فملك^(١) المسلم إليه^(٢) بالإقالة يسقط^(٣) عنه، فلا يمكن تصحيح فسخ الإقالة باعتبار المعقود [عليه]^(٤) لو صح، صح باعتبار رأس المال، وإنه ثمن فالإقالة لا تصح باعتبار الثمن، فكذا فسخها، فأما في باب البيع ما تناولته الإقالة وهو المبيع قائم حقيقة فيمكن تصحيح الفسخ باعتبار المعقود عليه حتى لو هلك المعقود عليه بعد ما تقايلا وتقابضا، ثم أراد أن ينقضا الإقالة لم يكن له ذلك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل أسلم إلى رجل في كر حنطة، فقال رب السلم للمسلم إليه: أبرأتك من نصف السلم، وقبل المسلم إليه، وجب رد نصف رأس المال؛ لأن هذا إقالة في نصف السلم، هكذا قاله أبو نصر محمد بن محمد بن سلام، والفقهاء أبو بكر الإسكافي - رحمة الله عليهما - لأن السلم نوع بيع.

ومن اشترى شيئاً ثم قال المشتري للبائع قبل أن يقبض المشتري: وهبت لك نصفه، وقبل البائع، صار إقالة في النصف بنصف الثمن، كذا هنا. وقال أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : هذا حط ولا يرد شيئاً من رأس المال، قال: وهو بمنزلة حط نصف الثمن في البيع.

وفيه أيضاً: وقال أبو نصر فيمن أسلم دراهم في شيء، ثم إن رب السلم وهب ذلك الشيء للمسلم إليه إن قبل المسلم إليه، فعليه أن يرد رأس المال. وقال أبو بكر: ليس عليه الرد، وهبته تبرئه من ذلك.

[وفي «نوادير إبراهيم بن رستم» عن محمد: رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة وله عليه أيضاً كر إلى سنة، فأقاله السلم على أن يعجل له الكراء كنسبة مال

(١) في أ، ج: فهلك.

(٢) في ج: فيه.

(٣) في ج: فسقط.

(٤) المثبت من المحيط.

الإقالة جائزة والكراء إلى أجله^(١)، وإذا كان السلم حنطة ورأس المال مائة درهم، فصالحه على أن يرد عليه مائتي درهم أو مائة درهم أو خمسين كان باطلاً؛ لأن الصلح عن السلم متى لم يكن مضافاً إلى رأس المال بيع^(٢) المسلم فيه، وههنا الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مائة وخمسون من رأس مالك، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، فأما إذا قال: صلحتك من السلم على مائة من رأس مالك كان جائزاً؛ لأن الصلح على رأس المال في باب السلم إقالة، وإقالة السلم قبل القبض جائزة إن كان لا يجوز بيعه.

بعد هذا اختلف المشايخ في قوله: صلحتك من السلم على خمسين درهماً من رأس مالك، أنه يصير إقالة في جميع السلم، أو في نصف الثمن؟ وإن قال: صلحتك من السلم على مائتي درهم من رأس المال لا يجوز، يريد بقوله: لا يجوز الزيادة؛ فالإقالة في باب السلم على أكثر من رأس المال لا تجوز [عندهم جميعاً]^(٣) بمعنى أنه لا تثبت الزيادة أما يقع، تقع الإقالة بقدر رأس المال كما في بيع المنقول لو تقايلا على أكثر من الثمن الأول قبل القبض تصح الإقالة بمثل الثمن؛ فلا تثبت الزيادة، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وأشار شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: إلى أنه تبطل الإقالة في هذا الوجه أصلاً، هذه الجملة من كتاب الصلح.

وفي بيوع الأصل: إذا صالح أحد ربي السلم مع المسلم إليه على حصة من رأس المال، فالصلح موقوف عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما على إجازة الآخر، فإن أجاز^(٤) وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً بينهما وما بقي من الطعام مشتركاً

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في ج: يقع.

(٣) سقط في ج.

(٤) في أ: أجازا.

بينهما، وإن رد، بطل الصلح وبقي حق كل واحد قبل المسلم إليه في الطعام، وهذا إذا أسلما عشرة دراهم مشتركة إلى رجل في كر من طعام، فإن لم يكن العشرة مشتركة بينهما لكن أسلما عشرة دراهم، ثم نقد كل واحد منهما خمسة، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا في البيوع.

وذكر بعض المشايخ في شرح البيوع أنه يجوز هذا الصلح في حصة المصالح بالإجماع.

وبعضهم قالوا: هذا ليس بصحيح، فقد ذكر في صلح الأصل هذا الفصل، وذكر فيه قول أبي حنيفة - رحمه الله - على حسب ما ذكر في الفصل الأول، ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا قال أحد ربي السلم عقد السلم بحصته، وقد اختلف المشايخ فيه على نحو ما ذكرنا في الفصل المتقدم، والله أعلم.

[ومسائل الصلح في هذا الباب كثيرة سيأتي بيانها في كتاب الصلح إن شاء الله تعالى] (١).



(١) سقط في ج.

نوع آخر من هذا الفصل في مسائل الوكالة في السلم: إذا وكل الرجل غيره أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة كان التوكيل صحيحاً؛ لأنه وكله بما يملكه بنفسه ويجري فيه النيابة، والتوكيل بمثله صحيح كالتوكيل بشراء العين وكالتوكيل بالبيع.

بيانه: أن الحال لا يخلو: إما أن يكون^(١) رأس المال عيناً أو ديناً، فإن كان عيناً، فقد أمره بالتصرف في عين مملوك له من حيث الإزالة عن ملكه إلى غيره بعوض يحصل له، وهو يملك [ذلك]^(٢) بنفسه، فيملك [الأمر به].

وإن كان رأس المال ديناً بأن كان دراهم، فقد أمره بإيجاب رأس المال في ذمته ورب السلم يملك إيجاب رأس المال ديناً في ذمته فبملكه^(٣)، يملك الأمر به كما لو وكله بالشراء^(٤).

فرق بين هذا وبين ما إذا وكل رجلاً بقبول السلم بأن قال: خذ لي عشرة دراهم في طعام مسمى، فإن التوكيل لا يصح حتى إذا قبل الوكيل السلم يصير قابلاً لنفسه حتى يكون رأس المال له، وله منفعة من الموكل لأن التوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك الوكيل لنفسه بقضية الأصل؛ لأن قبول السلم بيع ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان مما لا يملكه الموكل بنفسه، فكان القياس: ألا يجوز لو قبل الموكل بنفسه، فكان القياس كما في بيع العين إذا باع ما لا يملك، لكن عرفنا ذلك بالنص، فإن النبي عليه السلام: «رخص في السلم»^(٥)، والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده لا في الأمر ببيع ما ليس عنده، ففي الأمر ببيع ما ليس عنده تكون العبرة للقياس، والقياس يأبى جواز الأمر ببيع ما ليس عنده. بخلاف التوكيل بالشراء حيث

(١) في ج: كان.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في أ.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٢١/٧).

(٥) تقدم.

يصح وإن لم يكن الثمن في ملكه؛ لأن الشراء بما ليس عند الإنسان جائز على موافقة [القياس، فكان الأمر به جائزاً على موافقة]^(١) القياس أيضاً.

وإذا ثبت أن التوكيل بالسلم جائز، فالوكيل هو الذي يطالب بتسليم المسلم فيه عند محل الأجل، وهو الذي يسلم رأس المال؛ لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد عند علمائنا الثلاثة، ثم إن كان الوكيل نقد دراهم الموكل أخذ المسلم فيه ودفعه إلى الموكل، وإن كان نقد دراهم نفسه، ولم يدفع إليه الذي وكله شيئاً يرجع على موكله، وكان ينبغي ألا يرجع؛ لأنه أمره بالسلم وما أمره بالنقد.

قلنا: الوكيل مضطر في هذا النقد؛ لأن حقوق العقد حق الوكيل، وإنما يبقى قبض المسلم فيه حقاً له إذا نقد رأس المال، فأما إذا لم ينقد لا يبقى حقاً؛ لأن السلم يفسد حينئذ، فكان مضطراً في هذا النقد لإحياء حق نفسه، ومن قضى دين غيره مضطراً، كان له الرجوع بما قضى على المقضي عنه. وإذا عقد الوكيل السلم، ثم أمر الموكل بأداء رأس المال وذهب الوكيل، فقد بطل السلم.

وكذلك لو كان الذي عليه السلم وكل رجلاً بقبض رأس المال وذهب عن المجلس قبل أن يقبض وكيله رأس المال، بطل السلم؛ لأن السلم^(٢) قبض رأس المال قبل افتراق المتعاقدين عن مجلس العقد، ولم يوجد.

وإذا دفع الرجل إلى رجل دراهم ليسلمها [له]^(٣) في الحنطة، فناول الوكيل رجلاً فأسلم إلى رجل، فهذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر، فالعقد للأمر، وإن نواه لنفسه، وإن عقد العقد بدراهم مطلقة، فإن تصادق أنه نواه للأمر فهو للأمر، وإن نقد دراهم نفسه بعد ذلك، وإن تصادق أنه نواه لنفسه [فهو لنفسه]^(٤)، وإن نقد [دراهم للأمر]^(٥) بعد ذلك؛ وهذا لأن الوكيل بالسلم لا يصير

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: الشرط.

(٣) سقط في ج.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) في أ، ج: رب الأمر.

محجورًا عن السلم لنفسه؛ لأنه وكيل بشراء شيء بغير عينه، والوكيل بشراء شيء بغير عينه لا يصير محجورًا عن الشراء لنفسه؛ لأن ما هو المقصود للآمر من الأمر لا يفوت؛ لأن مقصود الأمر تحصيل ما سمي للآمر بعد شراء الوكيل لنفسه، وإذا لم يصر الوكيل محجورًا عن الشراء لنفسه [ملك الشراء لنفسه]^(١) وللآمر، فأى ذلك [نوى]^(٢)، فقد نوى ما يملك^(٣) فصحت نيته إذا ثبتت نيته بتصادقهما.

وأما إذا تكاذبا في النية فقال الموكل: نويت لي، وقال الوكيل: نويت لنفسي، يحكم النقد: إن نقد الوكيل من مال نفسه، كان السلم للوكيل، وإن نقد من مال الموكل كان السلم للموكل، هكذا ذكره محمد - رحمه الله - في الأصل.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر محمد قول أبي يوسف - رحمه الله - وأما على قول محمد رحمه الله: فالسلم يقع للوكيل ولا يحكم النقد، كما لو تصادقا أنه لم يحضره نية.

فعلى قول هذا القائل لا يحتاج محمد - رحمه الله - إلى الفرق بين حالة التكاذب وبين ما إذا تصادقا أنه لم يحضره نية؛ لأنه جعل الوكيل عاملاً لنفسه في الحالين جميعًا.

وبعضهم قالوا: [لا]^(٤) بل المذكور في «الكتاب» قولهم: يحكم النقد حالة التكاذب بلا خلاف.

فعلى قول هذا القائل يحتاج محمد - رحمه الله - إلى الفرق بين حالة التكاذب وبين حالة التصادق أنه لم يحضره النية.

والفرق: أن في حالة التكاذب استويا في الدعوى والإنكار، الوكيل ادعى أنه

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: يملكه.

(٤) سقط في ج.

[نوى]^(١) لنفسه والموكل أنكر ذلك، والموكل ادعى أنه نواه له، وأنكر الوكيل [ذلك]^(٢)، فقد استويا في الدعوى والإنكار، وفي مثل هذا [يحكم]^(٣) الحال كما في مسألة الطاحونة، وأما في حالة التصادق لم يوجد منهما الدعوى والإنكار، فلم يجب تحكيم الحال، وجعلنا السلم واقعا للوكيل؛ لأن الأصل في عمل الحر أن يكون لنفسه إلا إذا نص بخلافه.

وأما إذا تصادقا أنه لم تحضره النية، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيما بينهما، قال محمد: لا يحكم النقد ويجعل السلم واقعا للوكيل؛ لأن الأصل في عمل الحر أن يكون له إلا إذا نص على خلافه ولم ينص، فوقع العقد للوكيل، وبعدهما وقع للوكيل لا ينتقل إلى الموكل النقد من ماله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحكم في هذا النقد؛ لأن هذا العقد صالح لكل واحد منهما لما ذكرنا أن الوكيل يملك مباشرة هذا العقد لنفسه كما يملك مباشرته للموكل، فيحكم النقد إذا عزفته^(٤) النية حملا لأمره على الصلاح حتى لا يصير غاصبا دراهم الأمر متى عقد لنفسه. والله أعلم.



(١) المثبت من المحيط.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في ج: غرته.

الفصل الثالث والعشرون

في المتفرقات

بيع رقبة الطريق، وهبته جائزة، وبيع مسيل الماء - يعني: الموضوع الذي يسيل فيه الماء- وهبته باطل، وكذلك بيع موضع الجذع من الحائط، وهبته لا يجوز بالاتفاق، وبيع حق المرور^(١) فيه روايتان وعلى الرواية التي جوزه يدخل فيه مقدار

(١) حق المرور: هو أن يكون لشخص حق المرور في أرض شخص آخر. وقد نصت عليه المادة (١٢٢٥) من مجلة الأحكام: «إذا كان لأحد حق المرور في عرصه آخر، فليس لصاحب العرصه أن يمنعه من المرور والعبور». وقد نصت المادة (١٢٢٤) على حكم عام يتعلق بثبوت الحقوق في المرافق، هو: «يعتبر القدم في حق المرور، وحق المجرى، وحق المسيل. يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه؛ لأن الشيء القديم يبقى على حاله ولا يتغير إلا أن يقوم الدليل على خلافه. أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له. يعني: إذا كان الشيء المعمول به غير مشروع في الأصل فلا اعتبار له، وإن كان قديماً، ويزال إن كان فيه ضرر فاحش. مثلاً: إذا كان لدار مسيل قدر في الطريق العام، ولو من القديم، وكان فيه ضرر للمارة فإن ضرره يرفع، ولا اعتبار لقدمه». قال الأتاسي: وكذا لا اعتبار لقدمه إذا كان غير مشروع، وإن كان ضرره خاصاً. كما إذا كان لرجل كوة تشرف على مقر نساء جاره فإنه يجب إزالة الضرر، وإن كان قديماً، كما أفتى في الحامدية قائلاً: ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بينا، فلو كان مشروعاً كما إذا ثبت بالبينة الشرعية أن الجار أحدث البناء بعد أن كانت الكوة تشرف على أرض سبخة لا يجب عليه إزالة الضرر.

ينظر: شرح مجلة الأحكام العدلية (٤/١٦٧).

وهذه الحقوق إما أن تكون ثابتة للشخص من قديم الزمان، أو لا، فإن كان الأول: فإما أن يترتب على إبقائها ضرر فاحش، أو لا، وكل له حكم يخصه. فإن كانت ثابتة قديماً ولم يترتب على استيفائها ضرر فلصاحب الحق استيفاؤه؛ لأن الأصل بقاء القديم على قدمه، إذ الغالب أنه لم يستفد هذا الحق إلا بوجه شرعي، والقديم هو الذي شوهد وجوده ولا يعرف الأقران الأمر الذي كان عليه قبل الحالة المشاهدة الآن، كما إذا شوهد إنسان يمر في ملك إنسان آخر مدة طويلة بحيث لا تعلم الناس ابتداء مروره، فإذا ثبت الحق بهذه الكيفية سمي قديماً واكتسبه صاحبه، وينبني على ذلك أنه إذا ثبت لشخص حق من هذه الحقوق على ملك غيره فلا يجوز لصاحب الملك منعه من استيفائه، ولكن له منعه من استيفاء أكثر من حقه، فلو ثبت لشخص حق المرور في أرض غيره بنفسه وأولاده فقط وأراد المرور بمواشيه أو عربته فلصاحب الملك منعه؛ لأنه يريد استيفاء حق غير مخول له فلا يجوز إلا برضا من له الشأن. وإن كانت هذه الحقوق ثابتة قديماً ولكن يترتب على استيفائها ضرر فاحش منع مالكة من استيفائها، سواء كانت موجودة في ملك عام أو خاص. وينبني على ذلك أنه =

مرور رجل واحد، ذكره في شرح كتاب الصلح.

وبيع التعلي لا يجوز على كل حال.

في الباب الثاني من شرح الجامع الصغير: بيع رقبة الطريق على أن يكون للبائع

حق المرور جائز، بخلاف بيع حق المرور بانفراده في رواية.

وبيع السفل على أن يكون لصاحب الدار حق قرار العلو جائز.

قالوا: هذه المسألة في قسمة شمس الأئمة - رحمه الله - .

وذكر في العيون: فيمن باع دارًا، على أن للبائع طريقًا، ووصف طوله وعرضه،

لا يصح البيع، ولو قال: إلا طريقًا، وباقي المسألة بحالها يصح، وكذلك على هذا

لو قال: بعثك داري هذه بعشرة آلاف درهم على أن لي هذا البيت، فالبيع فاسد.

ولو قال: إلا هذا البيت، جاز البيع بجميع الثمن لما قلنا. ولو قال: أبيعك هذه

الجارية بمائة دينار على أن لي عشرها، فللمشتري تسعة أعشارها بجميع الثمن.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب القسمة: أن الطريق إذا كان

مشاركًا بين رجلين: فباع أحدهما نصف نصيبه من هذا الطريق، لا يجوز البيع إلا

برضا شريكه؛ لأن شريكه يتضرر بهذا البيع؛ لأن قبل البيع كان شريكه واحدًا والآن

يصير اثنين، وفي ذلك ضرر على الساكت في الحال، فإن الطريق تضيق بكثرة

المارة، وفي الثاني متى جهل مقدار الأنصبة في الطريق يقسم^(١) على عدد

الرؤوس، هكذا ذكر مسألة بيع واحد من أهل السكة شيئًا من داره وإنه مشكل، يظهر

ذلك عند من تأمل في الجواب عن الإشكال، فعلى هذا: السكة إذا كانت غير نافذة

باع واحد من أهل السكة شيئًا من دار أو أجر لا يجوز إلا برضا الباقيين.

= إذا كان لشخص مسيل قدر في الطريق العام أو الخاص، وكان مضرًا بالعامه أو بأهل هذا الطريق يرفع ضرره ولو كان قديمًا، فتجب إزالته شرعًا منعًا لضرره؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» يعني: لا ينبغي أن يضر أحد غيره ولا يضره غيره؛ لأن ذلك يولد الشقاق والبغضاء، وكلاهما منهي عنه شرعًا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنزَعُوا أَمْوَالَكُم مِّنْ بَيْنِكُمْ وَأُصْرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الظَّالِمِينَ﴾.

(١) زاد في ج: الطريق.

فإن قيل: أليس إذا^(١) باع داره في سكة غير نافذة من جماعة يجوز البيع من غير رضا أهل السكة، مع أنه يزداد الشركاء في الطريق؟
 قلنا: ببيع الدار لجماعة^(٢) يزداد الشركاء حكماً لنفاذ البيع لا مقصوداً بالبيع، فإن بيع الدار يتصور من غير شركة تثبت للمشتري في الطريق، بأن باع ولم يشترط الطريق، فهذا التعليل يقتضي أن يجوز بيع واحد من أهل السكة شيئاً من بيته من غير رضا الباقيين؛ لأن هناك الشريك في الطريق يزداد حكماً لنفاذ البيع في بيع الدار لا مقصوداً، أما في بيع نصف نصيبه من الطريق المشترك يزداد الشريك مقصوداً، ولا كل ما يثبت بيعاً وحكماً يدل على أنه ثبت مقصوداً. والله أعلم.



(١) في ج: إن.

(٢) في ج: من الجماعة.

نوع آخر:

ما يحدث من النقصان في العقار قبل القبض يكون محسوبًا على المشتري عند بعض المشايخ؛ لأنه بمنزلة المقبوض، وعامة المشايخ على أن يكون محسوبًا على البائع.

قالوا: وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على ما قاله عامة المشايخ، وصورتها: رجل ادعى أرضًا في يدي رجل، فصالحه المدعى عليه من ذلك على أرض أخرى، فغرقت الأرض التي وقع الصلح عليها، كان للمدعي الخيار، وإن شاء نقض الصلح، وإن شاء تربص [إلى أن^(١)] ينضب عنه الماء، فإن اختار التربص ونضب الماء عنه، فإن أحدث الغرق نقصانًا في الأرض، كان للمدعي الخيار، وإن لم يحدث نقصانًا فلا خيار له. والله أعلم.



(١) في أ: إذا لم.

نوع آخر:

لا بأس ببيع العقار قبل القبض في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ولا بأس بأن يربح عليهما، هكذا ذكر في كتاب الصلح، فقد حكم بطيب الربح، فإن لم يكن المبيع في ضمانه من كل وجه؛ لأن المبيع إنما يصير في ضمان المشتري بالقبض، والقبض في العقار وجد من حيث المعنى من حيث إنه وقع الأمن عن انتقاض الملك فيه بالهلاك، ولأجل ذلك جاز البيع قبل القبض، ولم يوجد من حيث الحقيقة والحكم، فإن ما يفوت من الأوصاف يكون محسوبًا على البائع لا على المشتري، على ما عليه عامة المشايخ.

والجواب قضية القياس أن يطيب الربح بمطلق الملك وإن لم يكن في ضمانه؛ لأنه بدل ملكه فيكون طيبًا له، وإنما عرفنا عدم الطيب بالشرع حال عدم الضمان من كل وجه، وههنا وجد الضمان من وجه، فإن العقار في معنى المقبوض حتى جاز البيع قبل القبض عندهما كان كالاسترباح على بدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، والمهر قبل القبض فإنه يطيب له، فإن هذه الأشياء دخلت في ضمانه من وجه حتى جاز التصرف فيها قبل القبض كذا ههنا.

ذكر في الباب الأول من شهادات الجامع: شاهدان شهدا على رجل يعتق عبدًا فردت شهادتهما لمكان الشبهة أن المولى وكل أحد الشاهدين في بيعه فباعه من صاحبه الذي يشهد معه، صح البيع؛ لأن قول الشاهدين لما لم ينفذ على المولى بقي العبد على ملكه فصح توكيله وقام الوكيل مقامه في البيع، والبائع والمشتري وإن تصادقا على فساد المبيع، ولكن قولهما ليس بحجة في حق غيرهما، والمولى غيرهما فلا يعتبر إقرارهما في حق المولى، ويجعل في حق المولى كأنهما لم يتصادقا، وعتق العبد؛ لأن المشتري يقر بحريته، وقد دخل في ملكه ويكون ولاؤه موقوفًا؛ لأن المولى مع المشتري كل واحد منهما ينفيه عن نفسه، وبرئ المشتري عن الثمن في قياس قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ويصير البائع ضامنًا

للثمن للآمر؛ لأن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عندهما قبل القبض، فقد أبرأ البائع، والوكيل ههنا ببراءة المشتري عن الثمن لما زعم أن المبيع حر فنقد إقراره، ويصير ضامناً للثمن، وعلى^(١) قول أبي يوسف - رحمه الله - الثمن على المشتري عند أبي يوسف - رحمه الله - في مسألتنا لا يكون للوكيل حق الاستيفاء منه بل يستوفيه الموكل.

فرق أبو يوسف بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن حتى لم يصح الإبراء عنده، فالوكيل الذي يستوفي الثمن من المشتري دون الموكل.

والفرق: أن [في]^(٢) تلك المسألة الثمن واجب على المشتري نزع الوكيل ولم يصح الإبراء منه عند أبي يوسف - رحمه الله - فصار وجود هذا الإبراء والعدم بمنزلة، ولو انعدم حق المطالبة بالثمن للوكيل فكذا التحق بالعدم، أما ههنا الوكيل ما زعم وجوب الثمن على المشتري؛ لأن في زعمه أن المشتري حر، فإنه^(٣) لا يطالبه بالثمن، وزعم كل إنسان معتبر في حقه؛ فصار الوكيل عاجزاً عن المطالبة، فتكون ولاية المطالبة للموكل، أصله ما إذا كان الوكيل عبداً محجوراً، أو صبيّاً محجوراً، وعن هذا قال بعض مشايخنا: الوكيل بالقبض^(٤) إذا مات قبل قبض الثمن وله وصي كانت ولاية المطالبة بالثمن وقبضه للموكل؛ لأن الوكيل عاجز عن المطالبة، والقبض إلى الوصي؛ لأن الوصي قائم مقام الوكيل، فكان الوكيل قادراً على القبض.

بيانه: وإن باع الوكيل العبد من رجل لم يشهد معه بالعتق فالبيع جائز، ولا يعتق العبد ولا يبرأ المشتري عن الثمن، وإن أقر البائع ببراءته عن الثمن الأول؛ لأن الإقرار بالبراءة لم يثبت نصاً، وإنما يثبت في ضمن الإقرار بالحرمة، وقد بطل إقرار البائع بتكذيب المشتري إياه فبطل ما ثبت في ضمنه، فإن صدق المشتري البائع في

(١) زاد في ج: هذا.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: وإنه.

(٤) في ج: بالبيع.

الإقرار بحرية العبد، إن كان التصديق قبل قبض الثمن، بطل الثمن وغرم الوكيل للآمر مثله في قياس قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : الثمن للآمر على المشتري بحاله، ويطلب الأمر المشتري بذلك دون الوكيل، وصارت هذه المسألة والمسألة الأولى وهو ما إذا باعه من الذي شهد معه وإن كان التصديق من المشتري بعد قبض الثمن فالثمن للآمر؛ لأن الأمر ملك عينه فقبض نائبه، وليس للوكيل ولاية إبطال العتق عليه .

ألا ترى أن الوكيل بالبيع في سائر الصور إذا قبض الثمن ثم وهب ما قبض من المشتري أو أبرأه عن الثمن، كان باطلاً، كذا ههنا إلا أن هناك لا يضمن الوكيل للمشتري شيئاً وقال: هاهنا يضمن الوكيل للمشتري مثل ما قبض منه .

والفرق في سائر الصور في زعم الوكيل أنه لا ثمن على المشتري لكون المشتري حرّاً، وأن ما قبض هو قبض بغير حق، فصار مضموناً عليه وقد عجز عن رده لحق الأمر، فكان عليه ضمانه؛ فلهذا افترقا .

إذا أقر أنه غصب من فلان شيئاً أو أقر أن فلاناً أودعه شيئاً، ثم إن المقر اشترى ذلك الشيء من المقر له جاز وإن لم يعرف مقداره؛ لأن هذا بيع لا يحتاج فيه إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره، إذا كان لا يحتاج فيه إلى التسليم جائز .

اختلف المشايخ في بيع الهازل أنه منعقد أو ليس بمنعقد؟

بعضهم قالوا: إنه منعقد . وهكذا ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الإكراه: أن الهازل بمعنى خيار الشرط من حيث إنه لا يثبت إلا بالشرط، فإنهما لو أضمر الهزل بالقلب لا يثبت الهزل كما لا يثبت الخيار إلا بالشرط، ومن حيث إنه عدم فيه الرضا بأحكام البيع، فصار قوله: بعث هازلاً، وقوله: بعث على أني بالخيار إلى الأبد، سواء، وهناك ينعقد البيع إلا أنه لا يفيد الملك وإن قبضه، كذا ههنا ينعقد البيع ولكن لا يفيد الملك بعد القبض، وإنما يظهر أثر الانعقاد عند إجازة المالك، فإن

المالك لو أجاز به رضي به يقع الملك .

الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض، ودبغ البائع جلدها، هل يعود حكم البيع في الجلد بحصته؟ لا نص في هذا الفصل عن أصحابنا - رحمهم الله- وقد اختلف المشايخ، والأصح أنه لا يعود.

وفي الشاة المرهونة إذا ماتت ودبغ المرتهن جلدها، نص عن محمد - رحمه الله- أنه يعود حكم الرهن في الجلد بحصته. مسألة الرهن المذكورة في الجامع الصغير.

وفي الأصل ذكر في الزيادات: رجل اشترى من آخر دارًا بعبد والدار في غير يد البائع، وصاحب اليد يدعي أنها له، فخاصم المشتري صاحب اليد، فلم يقض له القاضي بشيء، فطلب المشتري من القاضي أن يفسخ العقد بينه وبين البائع لعجزه عن تسليمه، أجابه القاضي إلى ذلك وفسخ العقد بينهما وأمر البائع برد العبد إلى المشتري، فلو وصل الدار إلى يد المشتري يومًا من الدهر، فالفسخ ماض حتى لا يؤمر المشتري برد العبد على البائع؛ لأن القاضي فسخ العقد بينهما بسبب عجز البائع عن التسليم، وبوصول الدار إلى يد المشتري بعد ذلك بسبب من الأسباب لا يتبين أن العجز لم يكن فلا يتبين أن الفسخ لم يكن نافذًا، وهل يؤمر المشتري بتسليم الدار إلى البائع؟ ذكر ههنا أنه لا يؤمر، فلم يجعل الإقدام على الشراء على رواية الزيادات إقرارًا بكون المشتري ملكًا للبائع، إذ لو كانا أقرأ بذلك لكان ينبغي أن يؤمر المشتري بتسليم الدار إليه، كما لو صرح المشتري بالإقرار بالملك للبائع وقت الشراء وباقي المسألة بحالها، فإن هناك يؤمر المشتري بتسليم الدار إلى البائع.

وذكر في الجامع الكبير: أن الإقدام على الشراء إقرار بكون المشتري ملك البائع ينبغي أن يؤمر المشتري بتسليم الدار إلى البائع على رواية الجامع، وإن كان الإقدام على الشراء إقرارًا بكون المشتري ملك البائع إلا أن ليس هذا بإقرار مصرح بل هو في ضمن الشراء وقد انتقض الشراء ههنا فينتقض ما ثبت في ضمنه، وليس هذا كما

إذا كان الإقرار مصرحاً به؛ لأن الإقرار حصل ابتداء لا في ضمن الشراء، فانتقاض الشراء لا يوجب انتقاض الإقرار، فبقي الإقرار كما كان. فعلى قول هذا التعليل: إذا استباع من أحد عيئاً، أو استام فلم يتفق بينهما بيع، ثم وصل إليه ذلك العين يوماً ما من الدهر، يؤمر بالتسليم إلى الذي استامه واستباعه منه؛ لأن الإقرار بالملك وإن حصل في ضمن الاستيام والاستباعة إلا أنه لم يرد عليهما نقض حتى ينتقض الإقرار الثابت في ضمنهما فبقي الإقرار كما كان.

اشترى من آخر محدوداً بعشرة دنانير وألف من الحنطة وبين أوصافها إلا أنه لم يبين مكان إيفاء الحنطة حتى فسد العقد، في قول أبي حنيفة - رحمه الله - في حصة الحنطة هل يتعدى الفساد في حصة الحنطة بسبب ترك بيان مكان الإيفاء؟ مختلف فيه، فإن من مذهب أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - أن بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، وفساد بعض الصفقة إذا كان بسبب هو مجمع عليه، نص عليه في بيوع الجامع الأصل أن من باع جملة واستثنى منه شيئاً، فإن استثنى ما جاز إقراره بالعقد جاز الاستثناء وصح العقد، وإن استثنى ما لا يجوز إقراره بالعقد على الوجه الذي يتناوله الاستثناء بطل العقد، في بيوع الكافي في باب البيوع إذا كان فيها شرط ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

إذا باع بألف ورطل من خمر، ثم اتفقا على إسقاط الخمر، ينقلب العقد صحيحاً عندنا، ولا ينفرد به أحدهما بل اشتراط اتفاقهما على ذلك، وهذا بخلاف ما لو حصل البيع إلى أجل مجهول، حيث ينفرد من له الأجل بإسقاطه.

وموضع الفرق في شرح شمس الأئمة للكافي في باب البيوع إذا كان فيها شرط، وأما إذا باع إلى وقت هبوب الريح، أو إلى وقت مطر السماء، ثم أسقط الأجل لا ينقلب العقد جائزاً؛ لأن المفسد مقرر للحال فأوجب ذلك فساد العقد، فلا ينقلب جائزاً بعد ذلك.

قال سيدنا الصدر الإمام الأجل تاج الدين - تغمده الله بالرحمة والرضوان - ،

وإليه أشار الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة - رحمه الله - في هذا الباب أيضاً: من عليه الدين المؤجل إذا باع شيئاً من صاحب الدين بذلك الدين وقبضه المشتري، ثم تقايلا العقد يعود الدين بعد الدين أما لا يعود الأجل، ذكره في بيوع الجامع في آخر باب بيع الكيل يزيد أو ينقص.

ولو رده المشتري بسبب هو فسخ من كل وجه يعود الأجل كما كان. اشترت امرأة لولدها الصغير ضيعة من مالها وقع الشراء للأم وتكون الضيعة للولد؛ لأنها تصير واهبة، والأم تملك ذلك ويقع قبضها عنه. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

صبي باع أو اشترى وقال: أنا بالغ، ثم قال بعد ذلك: أنا غير بالغ. وإن قال أولاً في وقت يبلغ مثله في ذلك الوقت، لم يلتفت إلى جحوده، ولو توقت له وقتاً فوقته اثنتا عشرة سنة، هكذا ذكره في الباب الأول في بيوع الواقعات، وهاهنا دقيقة أخرى، وهو أنه يشترط بعد بلوغه اثنتي عشرة سنة ألا يكون بحالة لا يحتمل مثله. ذكر هذه الدقيقة في قسمة فتاوى الفضلي هكذا، ولم يتضح لي وجهه.

الإجازة تلحق العقود أما لا تلحق الأفعال عند أبي حنيفة - رحمه الله - وعند أبي حنيفة تلحق الأفعال والعقود، حتى إن الغاصب إذا رد المغصوب على أجنبي فأجاز المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي، عند محمد - رحمه الله - : خرج الغاصب من الضمان، عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا، في الباب الأول من وصايا الجامع في تعليقي.

وذكر محمد - رحمه الله - في الباب الآخر من بيوع الكافي: أن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع قبل أن ينقد الثمن، فلما علم البائع بذلك سلم ذلك ورضي به، كان هذا مثل إذنه في القبض في جميع ذلك؛ لأن الإذن في الانتهاء كالإذن في الابتداء، فهو تنصيب على أن الإجازة تلحق الأفعال، فيحتمل أن يكون هذا قول محمد - رحمه الله - أن يكون عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان فيتأمل

عند الفتوى .

إذا أمر رجلاً أن يحمل تراباً من منزله ليرميه ، فحمل المأمور فباعه من إنسان ، جاز البيع للآمر والثن له ، في بيوع فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .
 باع ذراعاً من طين هذه الأرض ليحفره المشتري ، جاز ، في هذا الموضوع أيضاً .
 إذا باع مال الغير ، فهو على وجهين : إما أن يبيعه بثمن دين أو بثمن عين ، ففي الوجه الأول : يشترط قيام الأربعة للحقوق الإجازة ، البائع والمشتري والمالك والمبيع ، ولا يشترط قيام الثمن في يد البائع^(١) .

وفي الوجه الثاني : يشترط قيام الثمن أيضاً للحقوق الإجازة ، فإن أجاز المالك عند قيام الخمسة ، جاز البيع ويكون الثمن للبائع دون المخير ، ويرجع المخير على البائع بقيمة ماله إذا لم يكن له مثل ، وبمثله إن كان له مثل ، هذه الجملة في بيوع شرح الطحاوي .

وذكر في بعض المواضع اشتراط قيام الثمن لعمل الإجازة إذا كان الثمن دراهم (اكرد لارد لالى كرد) ثم انفسخ العقد ، فإن استحق المبيع أو رد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء لا يسترد منه الدلالية كذا قاله الصدر الشهيد - رحمه الله - في إجازات النوازل .

دفع المنادي ثوباً لبيعه فنأدى ولم يبع ، فباع صاحبه بنفسه ، فللمنادي أجر مثله قياساً ، وفي الاستحسان لا شيء له بحكم العرف ، فإن الناس لا يعدون لهذا العمل أجراً ، فعلى هذا : الدلال^(٢) إذا عمل عمله ولم يبع يكون في وجوب الأجر قياس واستحسان . والله أعلم .

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/١٩٦) .

(٢) الدلال : الذي يجمع بين البيعين ، والاسم الدلالة والدلالة ، والدلالة - بكسر الدال المشددة - ما جعلته للدليل أو الدلال ، وقال ابن دريد : الدلالة : - بالفتح - حرفة الدلال . ينظر : لسان العرب (١١/٢٤٩) ، مادة (دلل) .

نوع آخر: في بيان ما يتم من القيود بشرط واحد وما لا يتم.
الأصل أن كل عقد يصلح الواحد فيه وكياً من الجانبين يتم العقد فيه بشرط واحد، ويقوم ذلك مقام شطرين، وكل عقد لا يصلح الواحد فيه وكياً من الجانبين لا يتم بالشرط الواحد وعلى هذا مسائل:

إحداها: البيع.

إذا قال لآخر: بعني هذا العبد بألف درهم، فقال: بعته، لا يتم البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت.

والثانية: الإقالة.

إذا قال: أقلني، فقال: أقلت. لا تتم الإقالة.

والثالثة: إذا قال: أجرني، فقال: أجزت، لا تتم الإجارة.

والرابعة: النكاح.

إذا قال الرجل لامرأة: زوجيني نفسك مني، فقالت المرأة: زوجت. تم النكاح، وإن لم يقل الزوج: قبلت.

الخامسة: الخلع.

إذا قالت المرأة لزوجها: اخلعني بمائة درهم، فقال الزوج: قد فعلت، ثم فعلت انخلع، وإن لم تقل المرأة: قبلت. وبمثله لو قالت: اخلعني، ولم تذكر المال، فقال الزوج: قد فعلت. لا يتم الخلع ما لم تقل المرأة: قبلت.

والسادسة: إذا قال لإنسان: اكفل لي بنفسي، وقال رجل آخر: اكفل بنفس فلان. فقال: كفلت، تمت الكفالة.

والسابعة: بيع نفس العبد من العبد إذا قال المولى لعبده: اشتر نفسك مني بألف درهم، فقال العبد: اشتريت. عتق بألف وإن لم يقل المولى: قبلت.

والثامنة: الهبة:

إذا قال لإنسان: هب لي هذا العبد، فقال: وهبت، تمت الهبة، وإن لم يقل

الآخر: قبلت.

والتاسعة: الإبراء ممن عليه الدين:

إذا قال لصاحب الدين: أبرئني عما لك علي، فقال: أبرأتك، تمت البراءة، وإن

لم يقل الآخر: قبلت.

هذه الجملة في بيوع الواقعات في باب البيوع الجائزة بعلامة الواو، والله أعلم

بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

* * *

فهرس المحتويات

تتمة كتاب البيوع

- ٣ الفصل الثامن: في بيان أحكام البيوع الفاسدة والتصرف في المملوك بالعقد
الفصل التاسع: في حكم شراء الفضولي وبيع أحد الشريكين في شيء كله أو
بعضه وما يكون إجازة في ذلك، وما لا يكون، ويدخل فيه بعض مسائل
٢٤ بيع الغصب
- ٣٤ الفصل العاشر: في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري
- ٣٤ في الاختلاف في صحة العقد وفساده
- ٤٨ في الاختلاف الواقع بينهما في الثمن
- ٦٤ في الاختلاف في الثمن وفيه بعض مسائل الاختلاف في الثمن
- الفصل الحادي عشر: في الزيادة في الثمن والمثمن والحط والإبراء عن الثمن
٧٤ وفي هبة الثمن للمشتري
- ٨٩ الفصل الثاني عشر: في البيع بشرط الخيار
- في بيان ما ينفذ به هذا البيع وما لا ينفذ، وفي بيان ما يفسخ به هذا البيع
وما لا يفسخ
- ١٠٤ في اختلاف المتبايعين في اشتراط الخيار
- ١٣١ في شرط الخيار في بعض المبيع
- ١٣٣ في شرط الخيار لغير العاقد
- ١٤٨ في البيع والشراء لغيره مع شرط الخيار
- ١٥٣ في الاختلاف في نفس المشتري بشرط الخيار عند الرد
- ١٦٤ الفصل الثالث عشر: في خيار الرؤية
- ١٦٦ في بيان صفته وحكمه وموضع ثبوته
- ١٦٩ فيما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال الخيار
- ١٨٦ في شراء الأعمى وبيعه
- ١٩٥ في الاختلاف في الرؤية
- ١٩٧

١٩٨ في الوكيل والرسول
٢٠٣ الفصل الرابع عشر: في العيوب من هذا الكتاب
٢٠٣ في بيان معرفة العيوب
٢١٦ في معرفة عيوب الدواب
٢١٩ في العيوب التي تكون في الجمادات
٢٢٤ في بيان ما يمنع الرد بالعيب وما لا يمنع
٢٤٩ فيما إذا وجد العيب ببعض المشتري
 في كيفية الرجوع بنقصان العيب، وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب
٢٥٥ وما لا يمنع
٢٧٠ في دعوى العيب والخصومة فيه
٢٨٤ في الاختلاف الواقع فيه
٢٩٣ وإذا أصاب الإمام والجند غنائم في دار الحرب، فأخرجوها إلى دار الإسلام
٢٩٨ في البراءة عن العيوب
٣٠٨ مسائل الإبراء
٣٠٩ في الضمان عن العيوب
٣١٠ في الصلح عن العيوب
٣٢١ في الوصي والوكيل والمريض
٣٣٠ فيما إذا خرج المشتري عن ملك المشتري ثم عاد إليه فأراد الرد بالعيب
 فيما إذا ادعى المشتري البيع من آخر وجحد المشتري الثاني الشراء وحلف
٣٣٩ عليه، ثم وجد المشتري الأول بالمشتري عيبًا وأراد رده
٣٤٤ في المتفرقات
٣٤٥ الفصل الخامس عشر: في بيع التلجئة
 الفصل السادس عشر: في تصرف المريض مع الوارث، وفي تصرف الأب
٣٥٠ على الصغير وفي تصرف الصغير لنفسه
٣٥٢ الفصل السابع عشر: في جحود أحد المتبايعين أو جحودهما
٣٥٣ الفصل الثامن عشر: في الإقالة
٣٨٦ الفصل التاسع عشر: في مسائل الاستبراء

٣٩٩	الفصل العشرون: في الاستصناع
٤٠٩	الفصل الحادي والعشرون: في الاستحقاق وحكمه
٤٣٢	مسائل الاستحقاق من خلال جنس ما تقدم
٤٣٥	الفصل الثاني والعشرون: في السلم
٤٣٦	في بيان شرائط السلم
٤٤٢	في بيان ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز
٤٥٩	إذا أسلم إلى رجل دينًا له عليه لم يجز
٤٦٢	في قبض رأس المال وقبض المسلم فيه ومسائلهما
٤٧٤	في السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق
٤٨٠	في الاختلاف الواقع بين رب السلم وبين المسلم إليه وإنه على وجوه
٥٠٦	في شرط الإيفاء والحمل ومسائلهما
٥١٠	في الإقالة والصلح
٥١٦	في مسائل الوكالة في السلم
٥٢٠	الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات
٥٢٣	ما يحدث من النقصان في العقار قبل القبض يكون محسوبًا على المشتري ..
٥٢٤	لا بأس ببيع العقار قبل القبض
٥٣١	في بيان ما يتم من القيود بشرط واحد وما لا يتم
٥٣٣	فهرس المحتويات

AD-ḌAḤĪRA AL-BURHĀNIYYA

BY
AL-IMAM BURHAN ADDIN MAHMOUD
BEN AHMAD IBN MAZA
AL-MARGHINANI AL-BUKHARY
(D. 616 H.)

EDITED BY
DR. ABU AHMAD AL-ADILY - IBRAHIM MOHAMMED SALIM
OSAMA KAMAL OBAYD - ARABI IBRAHIM ABDULLAH
FAHIM AL-SAYED FAHIM AL-TAHYAWI - SABER YUSUF TOAYMA



الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم التحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الحادي عشر

يحتوي على:

الصرف - المدائيات - الحوالة - الصلح -

الرهن - المضاربة - الإجازات



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصرف^(١)

- (١) الصرف لغة: تطلق كلمة صرف في اللغة على معان متعددة، منها:
- ١- الفضل والزيادة: يقال لهذا صرف على هذا، أي فضل، وبين الدرهمين صرف، أي فضل، لجودة فضة أحدهما.
 - والصرف في الدرهم هو فضل بعضه على بعض في القيمة.
 - فالصرف هو فضل الدرهم على الدرهم، والدينار على الدينار؛ لأن كل واحد منهما يصرف عن قيمة صاحبه.
 - ٢- البيع والمبادلة: فيطلق الصرف على بيع الذهب بالفضة؛ لأنه ينصرف به عن جوهر إلى جوهر، وصرفت الذهب بالدرهم؛ أي بعته. وصرف النقد بمثله، بدله، والصراف هو من يبدل نقدًا بنقد.
 - ٣- الرد والتحويل: صرف الشيء صرفًا: رده عن وجهه، وانصرف عنه: تحول عنه وتركه، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ صَرَفَكُمْ عَنْهُمْ لِيَبْتَلِيَكُمْ وَلَقَدْ عَفَا عَنْكُمْ وَاللَّهُ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾.
 - والمعنى ردكم الله عن الكفار بالهزيمة بعد أن استوليتهم عليهم ليمتحنكم فيظهر المخلص من غيره.
 - ٤- التقلب والحيلة: يقال: فلان يصرف ويتصرف ويصطرف لعياله؛ أي يكتسب لهم، وصرفت الصبيان: قلبتهم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَصْرِيفَ الرِّيحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لَأَنْتَ لَا تَأْتِي الْقَوْمَ بِعَفْوٍ﴾. أي: تقلبها جنوبًا وشمالًا، باردة وحارة بما ينفع الناس، والمخلوقات والزرع.
 - ٥- الإنفاق: صرف المال: أنفقه، والتصريف في جميع البياعات: إنفاق الدراهم، والتصريف في الدراهم: إنفاقها.
 - ٦- الصرف: هو التوبة، أو القيمة، والميل، والنافلة: قيل: الصرف: التوبة، والعدل: الفدية، ومنه قوله ﷺ: «لا يقبل الله منه صرفًا ولا عدلاً». وقيل الصرف النافلة، والعدل الفريضة، وقيل: الصرف: القيمة، والعدل: المثل، وقيل: الصرف: الميل، والعدل: الاستقامة.
- وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، على أن مصطلح الصرف يطلق على مبادلة النقد بالنقد، بجنسه ومن غير جنسه، وإن كانت تعبيراتهم مختلفة في اللفظ، ولكنها متفقة في المعنى. ولإيضاح ما أجمل نذكر تعريفًا لكل مذهب، وذلك على الوجه الآتي:
- تعريف الصرف وفي الاصطلاح:
- عرفه الحنفية: بأنه: بيع الأثمان بعضها ببعض كبيع الذهب بالذهب أو الذهب بالفضة. وعرفه المالكية: بأنه بيع النقد بنقد مغاير لنوعه كبيع الذهب بالفضة، أما بيع النقد بنقد مثله فهو مراطة إذا كان بالوزن، ومبادلة إذا كان بالعدد.
- وعرفه الشافعية بأنه: بيع النقد من جنسه ومن غير جنسه.
- ويذكر الإمام النووي فائدة في تسمية الصرف فيقول: قال الأصحاب، الصرف: بيع

الذهب بالفضة والفضة بالذهب والذهب بالذهب ورأيت في مختصر البويطي ما يقتضي أن الصرف اسم لبيع أحد النقدين بالآخر والمصارفة اسم لبيع النقد بجنس. وعرفه الحنابلة بقولهم: المصارفة بيع نقد بنقد اتحد الجنس أو اختلف. ينظر: المبسوط للسرخسي (٢/١٤)، شرح فتح القدير (١٣٣/٧)، مواهب الجليل للحطاب (٢٢٦/٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣)، مغني المحتاج للشربيني الخطيب (٢٥/٢)، الروض المربع (١٠٧/٢)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٧٣)، وكشاف القناع (٣/٢٦٦ - ٢٧١)، ومطالب أولي النهى (٣/١٧٣). وعقد الصرف مشروع بالكتاب، والسنة، والإجماع: أما الكتاب: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾. وجه الدلالة من الآية: دلت الآية بعمومها على مشروعية البيع، والصرف نوع من أنواع البيع، وذلك بإجماع الفقهاء.

ومن السنة: أحاديث كثيرة - أذكر منها:

ما رواه البخاري - عن عبد الرحمن بن أبي بكره قال: قال أبو بكره - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء، وبيعوا الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئتم» [أخرجه البخاري (٢١٧٥، ٢١٨٢)، ومسلم (١٥٩٠)، والنسائي (٧/٢٨١، ٢٨٠)، وأحمد (٣٩، ٣٨/٥) وابن حبان (٥٠١٤)، والبيهقي (٥/٢٨٢)].

وروى البخاري عن ابن شهاب عن مالك بن أوس أخبره: أنه التمس صرفاً بمائة دينار، فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوينا، حتى اصطرف مني، فأخذ الذهب يقبلها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر يسمع ذلك. فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء» [أخرجه البخاري (٤٠٨/٤) في كتاب البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة (٢١٣٤)، (٤/٤٤١، ٤٤٢)، في البيوع، باب: التمر بالتمر (٢١٧٠)، وفي باب بيع الشعير بالشعير (٢١٧٤)، ومسلم (٣/١٢٠٩)، في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٥٨٦/٧٩)].

وجه الدلالة من الحديثين: يدل الحديثان بوضوح على جواز الصرف، واشتراط التقابض في المجلس وقبل التفرق، وأنه لا بد من التماثل في الجنس الواحد، فإذا اتحد الجنس فلا بد من التماثل والتقابض في المجلس، وإن اختلف الجنس كذهب بفضة - فلا يشترط التماثل وإنما يشترط التقابض في المجلس فقط، ويوضح ذلك قول الإمام النووي، وابن عبد البر التاليين:

وأما الإجماع: فقد نقله وقال به أكثر من واحد.

قال الإمام النووي: «تحريم النسيئة وهو حرام في الجنس والجنسين إذا كان العوضان جميعاً من أموال الربا كالذهب بالذهب والذهب بالفضة، والحنطة بالحنطة، والتمر، وذلك مجمع عليه بين المسلمين».

هذا الكتاب يشتمل على اثني عشر فصلاً:

الفصل الأول

في بيان شرط جوازه وحكمه

أما بيان شرط جوازه على الخصوص ثلاثة:

أحدها: ألا يتفرقا إلا عن تقابض، والمراد منه: تفرق الأبدان لا الذهب عن موضع الجلوس للعقد لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، ثم قبض أحد البدلين قبل التفرق في بيع الدراهم^(١) بالدراهم، وفي بيع الدينار بالدينار، وفي بيع الدرهم^(٢) بالدينار، اشتراطه على موافقة القياس؛ لأن الدراهم والدينار لا يتعينان في عقود المعاوضات بالتعيين، أما يتعينان بالتقاضي فشرطنا قبض أحد بدلي الصرف لتزول الدينية على أحد بدلي الصرف، فإنه على موافقة القياس كما في سائر البياعات،

وقال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد».

وقال ابن عبد البر: «وجملة مذاهب العلماء في ذلك أن الذهب والورق يدخلهما الربا في الجنس الواحد من وجهين... وهما التفاضل والنسيئة فلا يجوز ذهب بذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد وكذلك الورق بالورق، فأما الجنسان بعضهما بعض كالذهب بالورق فجائز التفاضل فيها بإجماع من العلماء، ولا يجوز فيها النسيئة بإجماع من العلماء».

ينظر: مختار الصحاح، ص (٣٦١، ٣٦٢)، والقاموس المحيط (١٦١/٣، ١٦٢)، ولسان العرب (١٩٠/٩) مادة (صرف)، والمصباح المنير (٤٦٢/١) مادة (صرف)، والمعجم الوسيط (٥١٥/١، ٥١٦) مادة (صرف)، والسراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، للشيخ الإمام الخطيب الشربيني، وبهامشه التفسير المسمى بأنوار التنزيل وأسرار التأويل، للقاضي البيضاوي، طبع بالمطبعة الخيرية، المكتبة، الأزهر (٢٠٩/١)، وشرح القاموس المسمى بتاج العروس (٢/١٦٢، ١٦٣)، والصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية (١٣٨٥/٤، ١٣٨٦)، وينظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام (١٣٣/٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٣)، مغني المحتاج (٢/٢٥)، فتح الباري (٤/٤٤٣)، المجموع، للنووي (١٠/٦٨)، الشرح الكبير مع المغني، لابن قدامة (٤/١٦٥)، كشف القناع (٣/٢٦٦)، الاستذكار، لابن عبد البر (١٩/٢١٩)، التمهيد، - لابن عبد البر (١٦/١٢).

(١) في ج: الدرهم.

(٢) في أ: الدراهم.

وكذلك اشتراط قبض أحد بدلي الصرف فيما يتعين بالتعيين من الذهب والفضة وهو ما إذا بيع التبر بالتبر أو بيع القلب بالقلب على مخالفة القياس، فإن في سائر البياعات، إذا بيع عين بعين لا يشترط قبضهما، ولا قبض أحدهما قبل التفرق يجب أن يكون في الصرف كذلك مع هذا شرط قبض أحد البدلين إذا بيع القلب بالقلب، وشرط قبض البدلين إذا بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير [بالدنانير]^(١)، عرف ذلك بالنصوص. من جملة ذلك قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والذهب بالذهب وزن بوزن يد بيد»^(٢).

فإن قيل: كيف يجوز أن يقال بأن قبض بدلي الصرف قبل الافتراق شرط جواز العقد وأنه يشترط بعد العقد لإحالة العقد، وشرط الجواز ما يشترط حالة العقد كالشهادة في باب النكاح والمالية في بيع العين بالثمن، فأما ما يجب بعد العقد يكون حكم العقد لا شرط جواز العقد.

قلنا: شرط [جواز العقد]^(٣) ما يشترط مقارنة لحالة العقد إلا أن اشتراط القبض مقارنة بحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض؛ لما فيه من إثبات اليد

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٢١/٣) كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا حديث (١٥٨٧/٨٠)، وأبو داود (٦٤٣/٣) كتاب البيوع، باب: في الصرف، حديث (٣٣٤٩)، والترمذي (٥٤١/٣) كتاب البيوع، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، حديث (١٢٤٠)، والنسائي (٢٧٤/٧)، وأحمد (٢٢٥٤)، وأحمد (٣١٤/٥)، والدارمي (٢/٧٥٧) كتاب التجارات، باب: الصرف (٢٢٥٤)، وأحمد (٣١٤/٥)، والدارمي (٢/٢٥٨)، (٢٥٩) كتاب البيوع، باب: في النهي عن الصرف، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٦٦/٤)، وابن الجارود رقم (٦٥)، والدارقطني (٢٤/٣) كتاب البيوع، حديث (٨٢)، والبيهقي (٢٧٧/٥)، (٢٧٨).

وقال الترمذي: حسن صحيح. كلهم عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ؛ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ».

(٣) في ج: الجواز.

على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس؛ لأن مجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول، فصار القبض موجودًا بعد العقد إذا وجد في مجلس العقد كالموجود وقت العقد من حيث الحكم، ولو كان موجودًا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط جواز العقد، وكذا إذا كان موجودًا وقت العقد من حيث الحكم، ثم اختلف المشايخ - رحمهم الله - أن التقابض قبل الافتراق شرط صحة العقد أو شرط بقاءه على الصحة، وإلى كل واحد منهما أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب، فعلى قول من يقول: إنه شرط بقاء العقد لا يتأتى هذا الإشكال، وعلى قول من يقول: [شرط]^(١) صحة العقد يتأتى [هذا]^(٢) الإشكال، ولكن وجه الجواب ما ذكرنا.

الشرط الثاني: ألا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد وهو الملك عن العقد، فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي يحصل به التعيين.

[الشرط الثالث: ألا يكون في هذا العقد أجل؛ لأن شرط الأجل ينعدم لاستحقاق القبض الذي به يحصل التعيين]^(٣). فرجع الكل إلى معنى واحد أن الفساد بسبب انعدام القبض الذي يحصل به التعيين [وخيار الرؤية]^(٤)، وخيار العيب يخالف خيار الشرط والأجل في هذا الباب؛ لأن بخيار العيب والرؤية لا يمتنع الملك فكان القبض الذي يحصل به التعيين ثابتًا، فيصح العقد ولا كذلك الأجل وخيار الشرط، فهذا هو الفرق بين هذه الفصول، وإن افترقا من غير تقابض أو^(٥) شرط الخيار أو^(٦)

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) المثبت من المحيط البرهاني.

(٥) في أ: و.

(٦) في أ: و.

الأجل، فسد البيع ثم لا يصح بعد ذلك أبداً، أما [إذا افترقاً]^(١) من غير تقابض^(٢)؛ فلأنه فات شرط صحة العقد وهو المعين أيضاً إذا كان فيه أجل فإنما يفسد العقد إذا لم يتقابضا، فأما إذا تقابضا لا يفسد العقد؛ لأن الإقباض يكون إسقاطاً للأجل ولو شرطاً الخيار ثم أبطلاً قبل الافتراق أو كان الخيار لأحدهما فأبطله الذي هو له قبل الافتراق جاز استحساناً عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا شرط الخيار في بيع العين أربعة ثم أسقطا الخيار قبل دخول اليوم الرابع، وقد مر الكلام فيه في كتاب البيوع، وإن كان لأحدهما أجل فيما عليه أو لهما فأبطلاً ما لهما من الأجل قبل التفرق جاز استحساناً. وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لا يبطل حتى يرضى به صاحبه .

وفرق بين هذا وبين الخيار، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن الأجل يثبت حقاً لصاحب الأجل، وصاحب الحق يتمكن من إسقاط حقه من غير أن يتوقف على رضا غيره؛ ألا ترى أن خيار الشرط لما كان يثبت حقاً للمشروط له الخيار، فالمشروط له الخيار متمكن من إسقاطه من غير أن يتوقف؛ لتوقف ذلك على رضا غيره؛ كذا هاهنا .

ثم فرق بين بيع الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير، وبين بيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير، حيث لم يشترط في بيع الفلوس بالدراهم وفي بيع الفلوس بالدنانير قبض البدلين قبل الافتراق، فاكتفى بقبض أحد البدلين .

وفي بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، والدنانير بالدراهم يشترط قبض البدلين، وقد ذكرنا الفرق في كتاب البيوع، ولا يفيد النساء في أحد البدلين في الدراهم بالدنانير وأشبه ذلك، ثم إن المشروط له النسبته ونقد البعض دون البعض

(١) المثبت من المحيط البرهاني .

(٢) في أ: قبض .

فسد البيع في الكل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وذلك بأن يشتري دينارًا بعشرة دراهم إلى شهر فنقد خمسة ثم افترقا.

قال: يجوز بحصة الخمسة، وإن اشتراه بخمسة نقد وبخمسة نسيئة فنقد الخمسة وافترقا فالصرف فاسد كله؛ لأن العقد وقع على الفاسد، ولو نقد العشرة كلها جاز وهذا نقض^(١) لما كان قبله، ذكر المسألة على هذا الوجه في المنتقى.

وفي القدوري: لو اشترى دينارًا بعشرة دراهم نسيئة ثم نقد بعض العشرة دون البعض فسد البيع في الكل في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يصح بمقدار ما قبض، ولو قبض الدراهم وهي مستحقة فالقبض صحيح، وإذا أجاز المالك ينفذ. والله أعلم بالصواب.



(١) في أ: نقد.

ومما يتصل بهذا الفصل :

معرفة حد التفرق، فاعلم بأن التفرق الذي أوجب بطلان عقد الصرف أن يتفرق المتعاقدان بأبدانهما عن مجلس الصرف قبل التقابض فيأخذ كل واحد منهما في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر، وهذا تفرق معتبر يوجب بطلان العقد سواء كان البيع دينًا بدين كالدراهم بالدنانير أو أحدهما بصاحبه .

أو [كان]^(١) عينًا بعين كالأواني في^(٢) القلب وهذا؛ لأن القلب أو الآنية وإن كان يتعين بالتعيين إلا أن معنى الثمنية لا تبطل بالصيغة؛ لأن هذا معنى لازم بأصل التخليق فألحق بجنسه وهو الدراهم والدنانير، فيشترط قبض البدلين في المجلس كما في الدراهم والدنانير .

ولو قاما عن مجلس الصرف فذهبا معًا في جهة واحدة فرسخًا أو ما أشبه ذلك ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه، جاز العقد، وهذا دليل على أن العبرة التفرق^(٣) بالأبدان لا الذهاب عن مجلس العقد .

قال : وكذلك لو طال قعودهما في مجلس العقد أو ناما في مجلس العقد أو أغمي عليهما ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه جاز هكذا^(٤) ذكر القُدوري رحمه الله في كتابه .

وذكر مسألة النوم والقعود^(٥) والإغماء علي بن الجعد^(٦) عن أبي يوسف على نحو ما ذكر القُدوري رحمه الله .

وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله مسألة الذهاب معًا ميلًا أو أكثر على نحو

(١) سقط في أ .

(٢) في ج : و .

(٣) في أ، ج : للتفرق .

(٤) في أ، ج : هذا .

(٥) في ج : والقعود .

(٦) في أ : الجعدي .

ما ذكر القدوري - رحمه الله - فقال^(١): إذا ناما أو نام أحدهما فهذه فرقة، ولو ناما جالسين لم تكن فرقة.

وعن محمد رحمه الله رواية أخرى: إذا نام^(٢) طويلاً بطل الصرف، وإن كان يسيراً فهو على صرفه، فهذه المسألة دليل أيضاً أن العبرة للتفرق بالأبدان، والأصل في ذلك ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «وإن [استنظر أن]^(٣) يدخل بيته فلا^(٤) تنتظره»^(٥)، وقال أيضاً: وإن وثب من سطح فثب^(٦) معه، وكذلك إن قام أحدهما عن المجلس وبقي الآخر كذلك لا يبطل الصرف ما لم يتفرقا بأبدانهما؛ لأنهما لو قاما معاً وذهبا معاً لا يبطل الصرف، فإذا قام أحدهما أولى. قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: ولا يشبه هذا خيار المخيرة، يريد به: أن خيار المخيرة يبطل بالقيام عن المجلس؛ لأن خيار المخيرة يبطل بالإعراض، والقيام^(٧) عن المجلس دليل الإعراض.

فأما بطلان الصرف بالافتراق بالأبدان قبل قبض البدلين، وذلك لا يتحقق بمجرد قيام أحدهما أو قيامهما عن المجلس.

وعن محمد - رحمه الله - رواية أخرى: أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بما هو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس والنوم طويلاً وأشباه ذلك.

وعن محمد - رحمه الله -: إذا^(٨) كان لرجل على غيره ألف درهم وكذلك الغير

(١) في ج: قالا.

(٢) في ج: ناما.

(٣) في ج: استنظر بأن.

(٤) في ج: ولا.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١١٦/٨)، حديث (١٤٥٤٢)، وينظر: الأصل، للشيباني (٥٨٨/٢)، الهداية في شرح بداية المبتدي (٨١/٣)، البناية شرح الهداية (٦٨٩/٦).

(٦) في ج: فثبت.

(٧) في ج: والقياس.

(٨) في ج: أنه إذا.

عليه مائة دينار فأرسل من عليه الدراهم إلى صاحبه رسولاً، وقال: بعتك الدينانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي، فقال صاحبه: قد قبلت فهو باطل. علل، فقال: من قبل أنهما تصارفا وهما متفرقان، ومعنى هذا الكلام: أن عبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكأن المرسل باشر البيع مع صاحبه وهما متفرقان حقيقة، وأما في البيع إذا أرسل رسولاً فقال: بعتك العبد الذي في مكان كذا، فقبل ذلك الرجل البيع جائز؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل المرسل تكلم بالعقد مع صاحبه وهما متفرقان، إلا أن الافتراق في غير الصرف ليس بصائر.

وعن محمد - رحمه الله - فيمن قال لقوم: اشهدوا أنني اشتريت من ابني الصغير هذا الدينار بعشرة دراهم، ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل؛ لأنه [لا] (١) يمكن اعتبار الافتراق بالأبدان؛ لأن العاقد هو فيعتبر المجلس. والله أعلم بالصواب.



(١) المثبت من المحيط.

الفصل الثاني

في بيع الدرهم بالدرهم، والدينار بالدينار، والدرهم بالدينار

وفي بيع الفلوس: مسائل بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، والدراهم بالدنانير مرت في كتاب البيوع، وبعض مسائل بيع الفلوس ذكرناها في كتاب البيوع أيضا ومن جملة ما لم يذكر من مسائل بيع الفلوس ثمة:

إذا اشترى [الرجل]^(١) متاعًا بعينه، أو عرضا بعينه، أو فاكهة بعينها بفلوس ليست عنده، فهو جائز؛ لأن الفلوس ثمن كالدراهم والدنانير، ولو اشترى شيئًا بعينه مما ذكرنا بدرهم أو دنانير ليست عنده، جاز الشراء كذا هاهنا.

ولو^(٢) اشترى متاعًا بعينه بدرهم بعينها، [ثم]^(٣) كان له أن يعطي مثل تلك الدراهم، كذا هاهنا.

فإن قيل: الفلوس إنما صارت ثمنًا باصطلاح الناس لا بالشرع، فإذا عينا الفلوس في العقد، فقد قصدا تعليق العقد بالمعين^(٤) وجعله مثنًا فيجب أن يبطل الاصطلاح على الثمنية في حقهما، قال أبو حنيفة، رضي الله عنه فيمن باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، فإنه [يجوز] و^(٥) ينفسخ الاصطلاح على الثمنية في حقهما تحقيقًا لجواز البيع؛ إذ لا يجوز هذا البيع مع بقاء الثمنية.

والجواب عن هذا الإشكال أن يقال: بأن التعيين محتمل، يجوز أن يكون لتعليق العقد بالعين، ويجوز أن يكون لبيان قدر الواجب وصفته كأنه قال: بعث منك بمثل هذه الفلوس، فإن كان التعيين^(٦) لتعليق العقد به ينفسخ ذلك الاصطلاح السابق،

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: وإذا.

(٣) سقط في ج.

(٤) في أ: بالعين، وفي ج: العين بالعين.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) في أ: البيع.

وإن كان لبيان القدر الواجب في الذمة وصفته لا يفسخ الاصطلاح السابق، فلا يثبت الانفساخ بالاحتمال حتى لو تصادقا أنهما قصدا تعليق العقد بعينه يقول: بأنه يبطل ذلك الاصطلاح وتصير الفلوس مثنًا لا يجوز للمشتري أن يعطي البائع مثلها، وفيما أورد من المسألة الاصطلاح على الثمنية لم يبطل بسبب^(١) التعيين لكون التعيين محتملاً على ما ذكرنا، كما في هذه المسألة، وإنما بطل الاصطلاح ثمة مقتضى جواز^(٢) البيع؛ لأن البيع لا يجوز، وهما ثمانان؛ لأن بيع الأثمان واحد باثنين من جنس واحد لا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين، وهاهنا الجواز^(٣) ثابت من غير يقين^(٤)، فإن بيع المتاع بفلوس في الذمة، جائز^(٥) ولا تبطل الثمنية لا مقتضى^(٦) جواز البيع، ولا مقتضى^(٧) التعيين، ولو أعطى تلك الفلوس وافترقا، ثم وجد فيها فلسًا لا ينفق فرده واستبدله هل ينتقض العقد؟

ففي هذه الصورة، وهو ما إذا كان الفلوس ثمن متاع لا يبطل العقد سواء كان المرود قليلاً أو كثيراً، استبدل أو لم يستبدل؛ لأن أكثر ما فيه أن القبض في الفلوس قد انتقض بالرد، وصار كأن لم يكن، إلا أنه لو لم يقبض الفلوس وافترقا لا ينتقض [العقد]^(٨)؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين كذا هاهنا.

وإن كانت الفلوس ثمن الدراهم، فهو على وجهين: إما إذا كانت الدراهم مقبوضة، فرد الذي لا ينفق واستبدل أو لم يستبدل، فالعقد باق على الصحة؛ وكذلك لو وجد الكل في هذه الصورة لا تنفق فردها واستبدل أو لم يستبدل، فالعقد

-
- (١) في ج: سبب.
 - (٢) في أ: بجواز.
 - (٣) في أ، ج: الجواب.
 - (٤) في ج: تعيين.
 - (٥) في أ: جاز.
 - (٦) في ج: يقتضي.
 - (٧) في ج: يقتضي.
 - (٨) سقط في ج.

باق على الصحة؛ لأن أكثر ما فيه^(١) أن قبض الدراهم ينتقض بالرد، ويصير كأن لم يكن، أو كأنه لم يقبض الفلوس، ولكن لو لم يقبض الفلوس والدراهم مقبوضة و^(٢) افترقا لا ينتقض العقد؛ لما ذكرنا أن في بيع الفلوس بالدراهم يكتفى بقبض أحد البديلين قبل الافتراق.

فإن لم تكن الدراهم مقبوضة أو وجد كل الفلوس لا تنفق فردها بطل العقد في قول أبي حنيفة وزفر رحمة الله عليهما، استبدل في مجلس الرد [أو لم يستبدل]^(٣). وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن^(٤) استبدل في مجلس الرد، فالعقد صحيح على حاله، وإن لم يستبدل، انتقض العقد، وإن كان البعض لا ينفق فردها، فالقياس أن ينتقض العقد بقدره قليلاً كان أو كثيراً، استبدل في مجلس الرد، أو لم يستبدل في قول أبي حنيفة [وبه قال]^(٥) زفر رحمهما الله، لكن أبا حنيفة رضي الله عنه استحسّن في القليل إذا رده واستبدل في مجلس الرد ألا ينتقض العقد أصلاً. واختلفت الروايات عن أبي حنيفة - رحمه الله - في تحديد القليل، فقال في رواية: إذا زاد على النصف، فهو كثير، وما دونه قليل، وفي رواية: إذا بلغ النصف فهو كثير، وفي رواية قال: إذا زاد على الثلث.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا ردها، واستبدل في مجلس الرد، لا ينتقض العقد قليلاً كان المردود أو كثيراً، وهذا إذا كانت الفلوس فلوساً قد تروج، وقد لا تروج، فأما إذا كانت الفلوس لا تروج بحال، وقد تفرقا فرد الفلوس، ينتقض العقد^(٦)؛ واستبدل في المجلس أو لم يستبدل، فإن وجد بعض الفلوس بهذه

(١) في ج: في الباب.

(٢) في ج: أو.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في ج: إذا.

(٥) في ج: وهو قول.

(٦) زاد في ج: به.

الصفة، فرد ينتقض العقد بقدره استبدل في مجلس الرد^(١) أو لم يستبدل.
وإذا اشترى الرجل بدانق فلساً^(٢) أو بقيراط فلساً^(٣)، فهذا جائز استحساناً هكذا
ذكر في الأصل.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا إذا كان الدانق أو القيراط معلوماً فيما
بين الناس لا يختلف في معاملاتهم، فإذا كان مختلفاً يأخذ بعضهم عشرة وبعضهم
تسعة، لا يجوز [العقد]^(٤)؛ لمكان المنازعة، ولم يذكر شيخ الإسلام خواهر زاده
وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله [هذا الفصل على]^(٥) هذا التفصيل في
شرحهما.

ولو اشترى شيئاً بدرهم فلوس قال في الكتاب: كان مثل ذلك في القياس، يريد
به: أن القياس على الاستحسان الذي ذكرنا في الدانق أنه يجوز، ثم قال: وهو في
الدرهم أفحش ولم ينص على الجواز وعدم الجواز.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز فيهما، وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز فيهما.
وروى هشام عن محمد رحمه الله: يجوز فيما دون الدراهم، ولا يجوز في
الدرهم^(٦).

فوجه قول زفر رحمه الله: أن الدانق والدرهم^(٧) ذكر للوزن والفلوس عددي
فيلغو ذكر الوزن فيه، ويبقى ذكر الفلوس، ومجرد ذكر الفلوس من غير ذكر العدد لا
يكفي لجواز العقد.

(١) في أ، ج: العقد.

(٢) في ج: فلس.

(٣) في ج: فلس.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) سقط في ج.

(٦) في أ: الدراهم.

(٧) في ج: والدراهم.

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول بذكر الدانق والدرهم^(١) يصير عدد الفلوس معلومًا؛ لأن قدر ما يؤخذ بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق، وكذلك قدر الدانق من الفلوس معلوم في السوق، فتسمية الدرهم والدانق كتسمية ذلك العدد في الإعلام على وجه لا تتمكن المنازعة فيه بينهما.

ومحمد - رحمه الله - يقول فيما دون الدرهم كثير الاستعمال للعبارة عما يوجد من عدد الفلوس، فيقام مقام تسمية ذلك العدد، أما في الدرهم وما فوق ذلك لم يكثر استعماله للعبارة عما يوجد به من الفلوس، فلا يقام هو مقام تسمية ذلك العدد، أما في الدرهم فبقي عبارة عن الفضة؛ لأن مطلق اسم الدانق يقع على الدانق من الفضة، ألا ترى أنه [لو]^(٢) قال لغيره: بعتك هذا بدانق ينصرف^(٣) إلى الدانق من الفضة، فإذا ذكر بعد ذلك الفلوس صار تقدير المسألة كأنه قال: بعتك بدانق فضة على أن تعطيني مقام الفضة فلوسًا فيكون هذا صفقة في صفقة، فلا يجوز.

وقال: إذا^(٤) أعطى رجل رجلاً درهمًا، وقال: أعطني بنصفه كذا فلسًا، وبنصفه درهمًا صغيرًا، وزنه^(٥) نصف درهم، فهذا جائز؛ لأنه جمع بين عقدين كل واحد منهما يجوز بحالة الانفراد؛ لأنه جمع بين عقد الصرف وبين عقد البيع؛ لأن ما يخص الدرهم الصغير من الدرهم الكبير صرف، وما يخص الفلوس من الدرهم الكبير بيع فيحكم بالجواز حالة الاجتماع، فإن تفرقا قبل قبض الدرهم الصغير والفلوس، فالعقد قائم في حصة الفلوس منتقض^(٦) في حصة الدرهم الصغير؛ [لأن في حصة الدرهم الصغير]^(٧) العقد صرف، وقد افترقا فيه قبل قبض أحد البديلين،

(١) في أ، ج: الدراهم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج: يصرف.

(٤) في ج: وإذا.

(٥) في أ، ج: وزن.

(٦) في ج: فينتقض.

(٧) المثبت من المحيط.

وفي حصة الفلوس العقد بيع، وقد قبض بدله من الدرهم الكبير، ففي حصة الفلوس الافتراق عن عين بدين، وإن لم يكن دفع الدرهم الكبير^(١) حتى افترقا، بطل البيع في الكل.

ولو قال: أعطني بنصف هذا الدرهم الكبير كذا كذا فلسًا، وأعطني بنصفه درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة، فإن العقد يفسد كله عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز في حصة الفلوس؛ وهذا لأن العقد فسد في الدرهم الصغير؛ لمكان الربا، فإن مقابلة نصف درهم بنصف درهم إلا حبة يكون ربا، ومن أصل أبي حنيفة - رحمه الله - أن العقد إذا فسد بعضه لمعنى الربا يفسد الكل، عرف ذلك في كتاب البيوع.

وكان الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري، والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمهم الله - يقولون: الصحيح أن العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعًا على ما عليه وضع المسألة في «الأصل»؛ لأن الصفقة صفتان على ما عليه وضع المسألة في الأصل أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي درهمًا صغيرًا، وإذا تكرر قوله: أعطني، تكرر العقد، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، بمنزلة ما لو قال لغيره: بعني بنصف هذه الألف عبدًا، وبنصفها كذا كذا رطلًا من خمر، وهناك لا يبطل العقد في العبد، وإن بطل في الخمر لما كانت الصفقة متفرقة.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه مظفر^(٢) بن اليمان والشيخ الإمام الأجل [شمس الإسلام خواهر زاده]^(٣) رحمهم الله: أنهم صححوا ما ذكر في الكتاب.

ووجه ذلك: أن الصفقة متحدة هاهنا؛ لأنها لو تفرقت، تفرقت بتكرر قوله:

(١) في أ: الكثير.

(٢) في ج: المظفر.

(٣) في ج: شيخ الإسلام.

أعطني، ولا وجه إليه؛ لأن قوله: أعطني، مساومة ويتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع ما لم يقل: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة؟ والتقريب ما ذكرنا.

ولو [قال]^(١): أعطني به كذا وكذا فلسًا ودرهمًا صغيرًا، وزنه نصف درهم إلا قيراطًا، كان ذلك كله جائزًا بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى صرح بالفساد، حيث جعل بإزاء الدرهم الصغيرة نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، أما في هذه المسألة لم يصرح بفساد العقد، فإنه لم يبين بالدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير، فإنه لم يقل وأعطني بنصف الدرهم الكبير درهمًا صغيرًا وزنه مثل وزن الدرهم الكبير إلا قيراطًا بإزاء الدرهم الصغير فيجعل من الدرهم الكبير مثل وزنه، وذلك نصف درهم إلا قيراطًا، والباقي من الدرهم الكبير يجعل بإزاء الفلوس بخلاف المسألة المتقدمة على ما ذكرنا.

ولو اشترى فلوسًا بدرهم وافترقا، ثم وجد شيئًا من الفلوس مستحقًا، ولم يجزه المستحق، فإن كان مشتري الفلوس نقد الدرهم، فإنه يستبدل مثله ويجوز العقد؛ لأن أكثر ما في الباب أن القبض في المستحق قد انتقض إلا أن الدرهم مقبوض، وقد ذكرنا أن في بيع الفلوس^(٢) بالدرهم يكتفي بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، ألا ترى أنه لو استحق كل الفلوس^(٣) فردها^(٤) أو لم يقبض الفلوس أصلًا حتى تفرقا، وأن مشتري الفلوس نقد الدرهم يبقى العقد على الصحة فهانئا أولى، وإن لم يكن نقد الدنانير فالعقد ينتقض بقدر المستحق إن كان المستحق بعض الفلوس، وفي الكل إن

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ: الفلوس.

(٣) في ج: الفلس.

(٤) في ج: ودرهما بعدما افترقا.

كان المستحق جميع الفلوس؛ لأن القبض في المستحق قد انتقض وصار كأن لم يكن فكان الافتراق عن دين بدين، إما في الكل، وإما في البعض، وإذا وقع الشراء بالفلوس الرائجة وكسدت الفلوس قبل القبض، أو كان المشتري فلوسًا وكسدت قبل القبض فقد ذكرنا هذه المسائل مع أخواتها وما يتصل بها في كتاب البيوع فلا يفيد ذكرها. والله أعلم.



الفصل الثالث

في الرد بالعيب وخيار الرؤية بالاستحقاق في باب الصرف

وإذا اشترى شيئاً محلياً بدرهم أكثر مما فيه وتقابضاً وتفرقاً، ثم وجد بالسيف عيباً في جفنه أو نصله أو حمائله، فله أن يرده، وله أن يرد الكل ما وجد فيه العيب وما لم يجد؛ لأنه شيء واحد، فإن رده وقبله صاحبه بغير قضاء قاض، ثم فارقه قبل أن يقبض البديل بطل الرد عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعاد العقد على حاله، وقال زفر: لا يبطل الرد وعلى هذا الخلاف إذا تقايلا الصرف ثم افترقا قبل قبض البديل بطلت الإقالة عند علمائنا الثلاثة قالوا: الإقالة بعد القبض والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء فسخ من وجه بيع جديد من وجه فاعتبرناها بيعاً جديداً في حق وجوب قبض البديل بعد الإقالة قبل الافتراق.

فقلنا: إذا افترقا بعد الإقالة قبل قبض بدل الصرف تبطل الإقالة فاعتبرناها فسحاً في جواز الاستبدال نقداً إذا استبدل بعد الإقالة يبطل الصرف يجوز عملاً بالمعنيين جميعاً بقدر الممكن، ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء ثم افترقا قبل أن يقبض البديل لا تبطل الإقالة؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض فسخ في حق الكل، وقبض البديل إنما يجب بحكم عقد الصرف لا بحكم فسخ الصرف ولا كذلك الرد بعد القبض بغير قضاء.

ولو اشترى حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيباً، فأراد أن يرد الجوهر دون الحلي، ليس له ذلك، ويقال له: إما أن ترد الكل أو تترك الكل. وهذا لأن الانتفاع المقصود منه وهو انتفاع التحلي لا يتأني بالكل، فصار بالنظر إلى المقصود كأن الكل شيء واحد، فهو بمنزلة ما لو اشترى مصراعين باب أو زوجي خف، ووجد بأحدهما عيباً وأراد أن يرد الذي^(١) وجد العيب به وحده، لم يكن له ذلك. والمعنى ما ذكرنا.

(١) في أ: ذلك.

ولو اشترى إناء فضة فإذا هو غير فضة، فلا بيع بينهما؛ لأنه أشار وسمى، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمسمى، لأنه معدوم فلا يقع البيع، ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر، وهو الذي أفسدها فهو بالخيار، إن شاء أخذها وإن شاء ردها وهذا؛ لأن المشار إليه من جنس المسمى فإن مثله يسمى إناء فضة في الناس فيتعلق العقد بالمشار إليه، وإنه موجود فوق العقد جائزاً إلا أن به عيباً فيثبت الخيار للمشتري لمكان العيب، ولو كانت الفضة رديئة من غير غش فليس له الرد؛ لأن حق الرد إنما يثبت إما بفوات المشروط، كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب فوجده غير كاتب، أو لنقصان تمكن في المعقود عليه؛ بأن وجد المبيع فائت الطرف أو ما أشبه ذلك ولم يوجد شيء من ذلك.

أما فوات المشروط؛ لأنه لم يشترط له عند العقد إلا كون الإناء من فضة، والإناء من الفضة كما [لو] (١) شرط.

وأما تمكن النقصان في المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه العين، وبسبب الرداءة لا يتمكن النقصان في العين.

يوضحه: أن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، ووصفه بالرداءة (٢) بأصل الخلقة، ألا ترى أن بالرداءة تنعدم صفة الجودة، وبمطلق العقد لا يستحق صفة الجودة، وإنما يستحق صفة السلامة.

وإذا اشترى إبريق فضة بذهب، ووجد به عيباً فهلك في يده، أو حدث به عيب آخر، فله أن يرجع بنقصان العيب، وهذا ظاهر، ولو كان الثمن فضة لم يرجع بالنقصان.

والفرق: أن الثمن كان من جنس الإبريق فمتى رجع بالنقصان رجع بشيء من الثمن، وعند ذلك يظهر التفاضل فيتحقق الربا، وإذا كان الثمن من خلاف جنس

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: الزيادة.

الإبريق فمتى رجع بالنقصان لا يظهر التفاضل فلا يتحقق الربا. وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا والدرهم زيوف وأنفقها المشتري وهو لا يعلم، فلا شيء له على البائع في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف رحمه الله: يرد كما قبض فيرجع بالجياد.

وقال القُدوري - رحمه الله - في شرحه: فالظاهر من قول محمد رحمه الله: أنه مع أبي يوسف.

وذكر أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - قول [أبي حنيفة]^(١) - رحمه الله - مع محمد^(٢).

فوجه قول أبي يوسف: أن حقه في الجودة متقوم وقد أمكن استدراكه برد مثل المقبوض والرجوع بالجياد، فيرد مثل المقبوض ويستوفي ما كان حقًا له.

ولأبي حنيفة: أن المستوفي في مثل جنس حقه أصلاً، إلا أن له حق الرد بسبب العيب، فيتعين المقبوض للرد؛ لأنه لو ردَّ عيبًا آخر فبقي لا يمكن تحقيق معنى الرد.

وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم ثم استحق نصف الدينار، ورجع بنصف الدراهم وله نصف الدينار، ولا خيار له في الباقي؛ لأن الشركة في هذا ليس بعيب، وكذلك بعشرة الفضة؛ لأن الشركة فيها ليس بعيب لأنه لا يضرها التبعض، ولو كان المبيع قلبًا فاستحق البعض منه كان للمشتري أن يرد الباقي، إن شاء، وإن شاء أمسكه بحصته؛ لأن الشركة هاهنا عيب فيرد الباقي بعيب الشركة.

ولو باع درهمًا بدينار، ثم قال: برئت إليك من كل عيب بهذا الدرهم فوجده ستوفًا لم يبرأ، ولو وجده زيفًا برئ.

والفرق: أن البراءة وقعت من^(٣) عيب بالدرهم^(٤) والزييف درهم قام [به]^(٥)

(١) في ج: محمد.

(٢) في ج: أبي حنيفة.

(٣) في ج: عن.

(٤) في أ: بالدرهم.

(٥) سقط في ج.

العيب فدخلت الزيادة تحت البراءة، أما الستوقة ليست بدرهم فلا يمكن أن يجعل هذا داخلاً تحت البراءة.

وعن محمد - رحمه الله - فيمن قال: أبيعك هذه الدراهم فأراها إياه، ثم وجدها زيوفاً قال: ببدلها، إلا أن يقول: هي زيوف أو يبرأ عن عيبتها؛ وهذا لأنها وإن عينت لا تتعين، فصار وجود التعيين والعدم بمنزلة، ومطلق الدراهم تنصرف إلى الجياد فاستحق صفة الجودة بمطلق الاسم، وقد فاتت صفة الجودة إذا وجدها زيوفاً، فكان له أن يبدلها.

قال: إلا أن يبرأ عن عيبتها، أو يقول: إنها زيوف^(١)، فقد برئ^(٢) عن عيبتها فحينئذ لا يبقى له خيار العيب.

وعن محمد رحمه الله: فيمن اشترى ديناراً بدراهم وتقابضا، ثم إن مشتري الدينار باع الدينار من غيره بألف، ثم وجد الثالث به عيباً فرده على الأوسط بغير قضاء، كان للأوسط أن يرده على الأول، قال: ولا يشبه هذا العروض.

والفرق: أن الدينار المعيبة لا تملك بالعقد؛ لأنها لا تتعين بالعقد في التعيين، وإنما يقع العقد على دراهم في الذمة، والملك في المعيبة يثبت بالقبض، وقد انتقض قبض الثالث بالرد فعاد إلى الأوسط قديم ملكه فكان له الرد، فأما العروض، فإنها تملك بالعقد عيباً؛ لأنها تتعين بالتعيين في العقد، وإنما يعود إلى البائع بفسخ ذلك البيع^(٣) بالرد، والرد بالعيب بعد ذلك القبض بغير قضاء إن كان فسحاً في حق المتعاقدين فهو عقد جديد في حق الثالث، فلم يعد إلى الأوسط قديم ملك في حق البائع الأول، ولا يكون له الرد على البائع الأول.

قال القدوري رحمه الله في شرحه: وليس في الدينار والدراهم خيار الرؤية إذا كان الكل نوعاً واحداً، قال: وكذلك سائر الديون في العقود؛ وهذا لأن الرد في

(١) زاد في ج: لأنه قال إنما هي زيوف.

(٢) في ج: يبرأ.

(٣) في أ: المبيع.

خيار الرؤية لا يقبل؛ إما لأنه يفسخ العقد بالرد؛ لأن العقد لم يرد على هذا المعين^(١) فكيف يفسخ العقد برده؛ أو لأنه لو رده يأخذ مثله فيثبت له خيار الرؤية أيضاً، وكذلك في الكرة الثالثة فيؤدي إلى ما لا يتناهى، ولو كان شيئاً بعينه إناءً أو تبراً أو حلماً مصوغاً، فله أن يرد بالعيب وخيار الرؤية؛ لأن الرد بخيار الرؤية هاهنا مفيد؛ لأنها تتعين في العقد فيفسخ العقد فيه بالرد بخيار الرؤية، ولو استحق بعضه وهو بعينه قبل القبض أو بعده، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ ما بقي بالحصّة، وإن شاء ترك فإن استحق فلم يحكم به للمستحق حتى أجاز المستحق جاز، وكان الثمن فيما أجاز له للمستحق يأخذه البائع ويسلمه إليه؛ وهذا لأن على ظاهر الرواية: العقد الذي جرى من البائع والمشتري لا يفسخ بمجرد الاستحقاق، تلحقه الإجازة وكذلك بحكم القاضي.

فإذا لم يفسخ ذلك العقد بمجرد الاستحقاق تلحقه الإجازة من المستحق، ويصير كأنه العقد من الابتداء ورد بإذن المستحق فيصير البائع وكياً من جهته وحقوق العقد تتعلق بالوكيل فيأخذ البائع الثمن من المشتري ويدفع إلى المستحق لهذا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المستحق إذا قال عند الخصومة: أنا أقيم البيّنة لأجيز العقد فحكم له جاز بإجازته، وإن لم يقل ذلك لم يجز فهنا زيادات آخر وسيأتي جملة ذلك في كتاب أدب القاضي.



(١) في ج: العين.

ومما يتصل بهذا الفصل :

وإذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم وتقابضا، ثم جاء بائع الدينار بدراهم^(١) زيوف وقال: وجدتها في تلك الدراهم فأنكر مشتري الدينار أن تكون هذه الدراهم من دراهمه، فهذه المسألة على وجوه:

إما إن أقر بائع الدينار قبل ذلك فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقي، أو قال: قبضت رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، أو قال: قبضت الدراهم أو قال: قبضت ولم يرد عليه.

ففي الوجه الأول والثاني والثالث والرابع: لا تسمع دعوى بائع الدينار حتى لا يستحلف مشتري الدينار على ذلك؛ لأن بائع الدينار متناقض في هذه الدعوى. وفي الوجه الخامس: وهو ما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقول قول بائع الدينار، وعلى مشتري الدينار البينة أنه أعطاه الجياد استحساناً.

ووجه ذلك: أن بائع الدينار بدعواه أنها من دراهمه وهي زيوف ينكر قبض حقه، ولم يسبق منه إقرار يناقض دعواه؛ لأن الذي سبق منه ليس إلا الإقرار بقبض الدراهم، ومطلق اسم الدراهم يتناول الزيوف، فكأن بائع الدينار قال: لم أقبض حقي، وقال مشتري الدينار: أوفيت حقي. فكان القول قول بائع الدينار، وكان [على]^(٢) المشتري البينة أنه^(٣) أوفاه.

كذلك الجواب في الوجه السادس: وهو ما إذا قال بائع الدينار: قبضت ولم يزد على هذا؛ لأنه لو قال: قبضت الدراهم. كان القول قوله في دعوى الزيادة فهنا أولى، ولو قال: وجدتها ستوقة أو رصاصاً لا شك ألا يقبل قوله في الوجوه الأربعة، ففي دعوى الستوقة والرصاص أولى.

(١) في ج: بدرهم.

(٢) سقط في ج.

(٣) زاد في ج: إذا.

وكذلك في الوجه الخامس: لا يقبل قوله وفي الوجه السادس يقبل قوله.
 فرق بين الوجه السادس وبين الوجه الخامس.
 والفرق: أن في الوجه الخامس بائع الدينار متناقض في دعوى الستوة والرصاص؛ لأنه أقر بقبض الدراهم، والستوة والرصاص ليسا من جنس الدراهم فادعى الستوة والرصاص فكأنه أقر أنه قبض الدراهم، ثم قال: لم أقبض الدراهم، أما في الوجه السادس: هو ليس بمتناقض في دعوى الستوة والرصاص؛ لأنه ذكر القبض، أما ما ذكر شيئاً آخر، والقبض يرد على الستوق والرصاص كما يرد على الجيد، فهذا هو الفرق بين الصورتين.



الفصل الرابع

في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه

ولو أن رجلاً ابتاع من رجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط عن ثمنه درهماً، وقبل المشتري الحط وقبض الدراهم المحطوة من البائع ففسد البيع كله في قول أبي حنيفة رحمه الله .

وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله : الحط باطل .

غير أن عند أبي يوسف - رحمه الله - : لا يصير المحطوط هبة مبتدأة حتى [كان على] ^(١)مشتري القلب أن يرد الدراهم على بائعه والعقد الأول صحيح .

وفي قول محمد رحمه الله : يصير ذلك هبة مبتدأة حتى كان للمشتري أن يمتنع عن تسليم الدراهم إلى البائع .

وجه ^(٢)قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في بطلان الحط : أن الحط لو صح

يبطل من حيث صح .

بيانه : أن الحط لو صح التحق بأصل العقد فيصير العقد فاسداً من الأصل لمكان الربا، وإذا فسد العقد من الأصل، لا يكون المحطوط ثمناً؛ لأن المحطوط من المسمى، والمسمى لا يبقى ثمناً ففسد العقد من الأصل فهو معنى قولنا : إنه لو صح العقد لبطل من حيث صح، فلا يصح بهذا الطريق .

قلنا : إذا حط جميع الثمن لا يصح حتى لا يفسد العقد؛ لأنه لو صح لبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويبقى العقد بلا ثمن فلم يصح من الابتداء كذلك ^(٣)ههنا .

فبعد هذا قال محمد - رحمه الله - : يجعل المحطوط هبة مبتدأة؛ لأن الحط

(١) في ج : إن .

(٢) في ج : فوجه .

(٣) في ج : كذا .

صح حقيقة أفاد معنى الهبة وهو التملك بغير عوض فعند تعذر تصحيحه بحقيقته يجعل كناية عن الهبة صيانة للتصرف عن الإلغاء.

وأبو يوسف - رحمه الله - لا يجعله هبة مبتدأة؛ إذ ليس في الحط معنى الهبة؛ لأن الهبة إيجاب ملك مبتدأ، والحط إخراج^(١) المحطوط عن الإيجاب وليس فيه إيجاب ملك مبتدأ.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: إن تعذر تصحيح الحط بحقيقته؛ لأنه لو صح بحقيقته لبطل من حيث صح أمكن أن يجعل مجازاً عن إنشاء العقد بما وراء المحطوط.

بيان هذا الكلام: أن في الموضع الذي صح الحط حقيقة بأن لم يكن ثم ربا كان من حكمه أن يصير العقد الموجود بما وراء المحطوط، من الأصل فعند تعذر العمل بالحقيقة يحصل الحط كناية عن إنشاء العقد بما وراء الحط كأن البائع قال للمشتري ثانياً: بعثك هذا القلب بتسعة دراهم. وقبل المشتري، وهناك يفسخ العقد الأول ويثبت الثاني، وإن كان انعقاد الثاني بوصف الفساد إلا أن الفاسد من البيع بمنزلة الصحيح، حتى يقع الحث في اليمين على ألا يبيع بالبيع الفاسد، فيرتفع الأول بالثاني كما لو كان الثاني صحيحاً.

وهكذا نقول في حط جميع الثمن إن عند تعذر تصحيحه يجعل كناية عن حكمه إلا أن حكمه بيع بغير^(٢) ثمن، وإذا جعلناه كناية عنه صار كأن البائع قال للمشتري ثانياً: بعثك بغير شيء، ولو قال هكذا لا ينعقد الثاني ولا يفسخ الأول؛ لأن انفساخ الأول حكم انعقاد الثاني، هذا إذا حط بائع القلب عن ثمن القلب درهماً، فأما إذا زاد المشتري في ثمن القلب درهماً وقبل البائع ذلك:

فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : تصح الزيادة ويلتحق بأصل العقد ويفسد

(١) في ج: لإخراج.

(٢) في ج: بعين.

العقد كله .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا تصح الزيادة، ولا يصير هبة مبتدأة .
وأبو حنيفة رحمه الله: سوى بين الحط والزيادة فحكم بصحتهما^(١) والتحاقهما
بأصل العقد، وبفساد العقد بتسميتهما .

وكذلك أبو يوسف - رحمه الله - سوى بين الزيادة والحط، ولم يجعل شيئاً
منهما هبة مبتدأة .

ومحمد رحمه الله فرق بين الزيادة والحط فصحح الحط هبة مبتدأة ولم يصحح
الزيادة هبة مبتدأة .

والفرق: أن في الحط معنى الهبة؛ لأن المحطوط يصير ملكاً للمحطوط عنه بغير
عوض، وليس في الزيادة معنى الهبة؛ لأن الزيادة لو صحت تلحق بأصل العقد
ويأخذ حصته من المبيع، والهبة تمليك بغير عوض، والتمليك بغير عوض لا يصلح
كناية عن التملك بعوض فلهذا اختلفا .

ولو اشترى قلب فضة وثوباً بعشرين درهماً، وفي القلب عشرة دراهم وتقابضا،
ثم حط البائع درهماً من ثمنها جميعاً، فإن المحطوط يكون عنهما بصفة في الثوب،
فيصح البيع في الثوب بحصته من العشرين، ويحط من ثمنه نصف درهم، هذا بلا
خلاف، وكذلك يصح نصف الحط في القلب عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -
حتى يفسد العقد في كل القلب؛ لأنه يكون بمقابلته أولى^(٢) من وزنه، إلا أن هذا
فساد طارئ ولا يفسد به العقد في حصة الثوب .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يصح الحط في حصة القلب إلا
أن محمداً - رحمه الله - يجعله هبة، وأبو يوسف - رحمه الله - لا يجعله هبة
مبتدأة .

(١) في ج: بصحتها .

(٢) في المحيط: أقل .

وهذا بخلاف ما لو قال البائع: حططتك درهمًا عن ثمنها، لا يصح ولم يقل: جميعًا، فإن الحط يصح كله ويصرف^(١) إلى الثوب ويبقى العقد في القلب جائزًا. ووجه الفرق: أنه متى قال: حططت عنك من ثمنها، ولم يقل: عنهما جميعًا، فلم يصرح^(٢) بالفساد فيحتال بصحة الحط ما أمكن؛ لأن ظاهر عقله ودينه يحمله على ذلك.

وإنما قلنا: لم يصرح بالفساد؛ لأنه وإن كنى عن شيئين بقوله: هما، إلا أنه يجوز أن يكنى عن شيئين ويراد به أحدهما؛ لأن الكناية عن الجمع^(٣) معتبر بصريح الجمع، وصريح الجمع يذكر ويراد به الخصوص وكذا الكناية عن الجمع. فإذا كان محتملاً للخصوص حمل عليه بظاهر عقله ودينه احتيالاً للصحة، بخلاف ما لو قال: من ثمنهما جميعًا؛ لأنه [متى]^(٤) صرح بالفساد؛ لأنه لا يمكن حمله على أحدهما مع قوله: جميعًا؛ لأن قوله: (جميعًا) كلمة تأكيد، وكلمة التأكيد متى ذكرت عقب صريح الجمع، فإنها تذكر لمنع^(٥) الخصوص لا فائدة له سوى ذلك كما في قوله تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾^(٦) فكذا إذا ذكرت عقب الكناية عن الجمع كان ذكرها لمنع الخصوص وإذا كانت فائدة هذه الكلمة المنع عن الخصوص وقد صرح بها لا يمكن الحمل على الخصوص فحمل عليها، فإذا حمل عليها صار كأنه نص فقال: حططت عنك نصف درهم من ثمن القلب، ونصف درهم من ثمن الثوب، ولو صرح بهذا كان تصريحًا منه بالفساد، كذا هاهنا. فإن قيل: هذا يشكل بما إذا نقد عشرة؛ وقال: هذا المنقود من ثمنهما جميعًا،

(١) في ج: ويضرب.

(٢) في ج: يصح.

(٣) في ج: الجميع.

(٤) سقط في ج.

(٥) في أ: بجميع.

(٦) سورة الحجر آية: ٣٠.

فإنه يجعل المنقود من ثمن القلب استحساناً، وقد ذكر كلمة التأكيد عقيب الكناية عن الجمع، ولم يمنع ذلك الحمل على الخصوص.

قلنا: ذكر كلمة التأكيد بعد الكناية عن الجمع في مسألة النقد لم تصح؛ لأنه لو لم يذكر كلمة التأكيد بأن قال: من ثمنها، ولم يقل: (جميعاً). لم يكن الخصوص ثابتاً من جهته، وإنما كان ثابتاً من جهة الشرع؛ لأن الشرع جعل الفضة مستحقة بالفضة في العقد، قال عليه السلام: «الفضة بالفضة»^(١)، أي: بيع الفضة بالفضة فكذا في القبض تكون الفضة مستحقة بالفضة شرعاً؛ لأن للقبض شبهة بالعقد من حيث إن القبض يفيد ملك التصرف، كما أن العقد يفيد [ملك]^(٢) الرقبة.

وإذا كان التخصيص قبل ذكر كلمة التأكيد في مسألة النقد من جهة الشرع لم يمنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد من جهة العبد وصار ذكر كلمة التأكيد في مسألة النقد ولم يمنع الخصوص بسببها والعدم بمنزلة ولو عدت فإنه يجعل المنقود عن القلب، وكذا إذا جعل ذكرها كالعدم بخلاف مسألة الحط؛ لأن هناك الخصوص ثابت بدون ذكر كلمة التأكيد من جهته بظاهر عقله ودينه؛ لأن الحط ليس ببيع، ولا هو في معنى البيع، وإنما هو إخراج بعض الثمن من العقد بغير عوض يحصل للبائع.

واستحقاق الفضة بالفضة ثابت شرعاً في البيع، أو فيما هو في معنى البيع وهو القبض فإذا لم يكن الحط بيعاً، ولا في معنى البيع وهو القبض لم يثبت استحقاق الفضة بجنسها شرعاً في الحط، وكان الخصوص في الحط بدون ذكر كلمة التأكيد ثابتاً من جهة العبد لا من جهة الشرع، فجاز أن تعمل كلمة التأكيد من جهة العبد في منع الخصوص، وإذا امتنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد انصرف الحط إليهما، والتحق بأصل العقد، فكأنه أنشأ البيع وقال: اشتريت منك القلب بتسعة ونصف، واشتريت هذا الثوب بتسعة ونصف ولو صرح بذلك يفسد العقد في القلب ولا يفسد

(١) تقدم.

(٢) سقط في ج.

في الثوب كذا هاهنا.

قال: ولو أن رجلاً اشترى من آخر قلب فضة بعشرين ديناراً وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط عن المشتري عشرة دنانير فذلك جائز؛ لأن هذا الحط لا يبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويجعل كأنه باع من الابتداء قلب فضة بعشرة دنانير، ويبع القلب من الفضة بعشرة دنانير جائز كيف ما كان لاختلاف الجنس، ثم يبقى الحط جائزاً، وإن لم يقبض مشتري القلب قدر المحطوط من بائع القلب في مجلس الحط؛ لأن الحط ليس بصرف لا حقيقة ولا معنى؛ لأنه إخراج بعض الثمن عن العقد من غير عوض يحصل للبائع، فإن قدر المحطوط يعود إلى ملك المشتري من غير عوض، فإذا لم يكن فيه معنى البيع لا يمكن أن يعتبر صرفاً في حق الثالث فلا يجب القبض بخلاف الإقالة؛ لأنها بيع معنى [فيمكن]^(١) أن يعتبر صرفاً في حق الثالث فيجب القبض.

قال: وإذا اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار ثم إن أحدهما زاد صاحبه شيئاً ينظر: إن زاد بائع القلب وكانت الزيادة ثوباً ورضي به مشتري القلب فالزيادة جائزة؛ لأن الزيادة لو صحت لا تبطل من حيث صحت؛ لأنها تلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد من الابتداء، ورد على قلب فضة فيه عشرة دراهم، وعلى ثوب بدينار وذلك جائز، فهاهنا كذلك.

ولا يشترط قبض الثوب في المجلس؛ لأن ما يخص الثوب من الدينار بيع وليس بصرف، وإن كانت الزيادة ذهباً وكانت من قبل البائع ينظر: إن كانت الزيادة ديناراً أو أكثر صحت الزيادة عند أبي حنيفة - رحمه الله - وبطل العقد؛ لأن الدينار يكون بالدينار فيبقى القلب ربا، إن كانت الزيادة نصف دينار ويبقى القلب مع شيء من الدينار ربا إن كانت الزيادة أكثر من الدينار.

(١) المثبت من المحيط.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا تصح الزيادة ويبقى العقد على الصحة، فإن كانت الزيادة نصف دينار فهو جائز، وتلتحق الزيادة بأصل العقد، وصار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار وذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة بدل الصرف.

فإن قيل: كان ينبغي ألا يصح العقد في الزيادة، وإن وجد قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد وصارت كالموجود لدى العقد، وإذا صارت كالموجود لدى العقد صار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار، وقبض الدينار وسلم القلب ولم يسلم نصف الدينار حتى تفرقا، وهناك لا يصح العقد في الزيادة وهي نصف دينار كذا هاهنا.

والجواب: أن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد القائم وقت الزيادة، ولا يستند إلى وقت إنشاء العقد، وإنما يثبت الملك في الزيادة من وقت شرط الزيادة وهذا؛ لأن ثبوت الزيادة قول العاقد إنه وجد الآن^(١)، والحكم لا يثبت قبل سببه. فهو معنى قولنا: إن الزيادة لا تلتحق بإنشاء العقد الثابت، إنما تلتحق بأصل العقد القائم حكماً؛ وهذا لأن أصل العقد السابق قائم في الحال حكماً ولهذا يرد عليه الفسخ، وإذا التحقت الزيادة بالعقد القائم وقت شرط الزيادة كان مجلس الزيادة في حق الزيادة كمجلس العقد، فلهذا صح قبض الزيادة في مجلس الزيادة، وإن لم يقبض الزيادة في مجلس الزيادة بطل العقد في الزيادة بما يخصها من الدينار؛ لأن بعض الدينار صار بمقابلة الزيادة وقد بطل العقد في الزيادة فبطل فيما يخصها من الدينار، هذا إذا كانت الزيادة من بائع القلب ثوباً أو ذهباً.

وإن كانت الزيادة من بائع القلب فضة، فإنه يجوز الزيادة وإن كثرت؛ لأنه يصير بائعاً القلب من الفضة بدينار فيجوز كيف ما كان، وإن كانت الزيادة ذهباً من قبل

(١) في ج: الأثر.

مشتري القلب، فإن كانت الزيادة ثوبًا يصح ولا يشترط قبض الثوب في المجلس لما ذكرنا، وإن كانت الزيادة ذهبًا، فإن كانت دينارًا أو أكثر جازت الزيادة، ويصير كأن مشتري القلب اشترى القلب بدينارين أو بأكثر منهما وكل ذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة في مجلس الزيادة، وإن لم يقبضها بطل العقد في القلب بحصة الزيادة؛ لأن حصة الزيادة من القلب صرف، فإذا لم يوجد قبض الزيادة في المجلس بطل الصرف في الزيادة ويبطل فيما يخصها من القلب ضرورة، وإن كان مشتري القلب زاد فضة، فإن كانت الفضة مثل القلب أو أكثر لا يجوز؛ لأن القلب يكون بمثله من الفضة فيبقى الدينار، والدينار مع^(١) شيء من الفضة ربا، وإن كانت الفضة أقل من القلب، والباقي من القلب يكون بإزاء الدينار فيجوز. والله أعلم.



(١) في أ: من.

الفصل الخامس

في الصلح في الصرف

رجل اشترى من رجل عبدًا بمائة دينار وتقابضا، ثم وجد مشتري العبد بالعبد عيبًا، وخاصم البائع فيه فأقر بالعيب أو جحد وصالح المشتري عن العيب على دنانير، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون بدل الصلح أقل من حصة العيب من الثمن بأن كانت حصة العيب من الثمن عشرة دنانير، ووقع [الصلح]^(١) على أقل من عشرة دنانير وافترقا قبل التقابض، وفي هذا الوجه: الصلح جائز.

من مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب يستقيم على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي ألا يجوز الصلح إذا افترقا قبل التقابض.

وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في المغصوب منه إذا صالح مع الغاصب بعد هلاك المغصوب على أكثر من قيمته على قول أبي حنيفة رحمه الله: يجوز؛ لأن حق المغصوب منه بمجرد الهلاك لا ينتقل عن العين إلى القيمة إلا بقضاء أو رضاء قبل القضاء، أو الرضاء يكون الصلح واقعا عن المغصوب فيجوز على أكثر من قيمته فكذا ههنا حق المشتري لا ينتقل عن الجزء الفائت إلى حصة من الثمن إلا بقضاء القاضي أو تراض منهما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فقبل القضاء أو الرضاء يكون الصلح واقعا عن الجزء الفائت، وإنه دين معنى فيبطل الصلح بالافتراق عن المجلس قبل قبض بدله؛ لأن الافتراق يكون عن دين بدين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : صلح المغصوب منه مع الغاصب على أكثر من قيمته لا يجوز؛ لأن عندهما حق المغصوب منه بمجرد الهلاك ينتقل عن العين إلى القيمة فيكون الصلح واقعا عن القيمة، فلا يجوز على أكثر من القيمة لمكان الربا فكذا هاهنا حق المشتري ينتقل عن الجزء الفائت من

(١) سقط في ج.

الثلث، وذلك عشرة دنانير، فيكون الصلح واقعا من حيث المعنى على عشرة دنانير على ثمانية دنانير، ولو كان هكذا حقيقة لا يبطل الصلح بالافتراق قبل قبض بدل الصلح؛ لأن هذا ليس بصرف بل هو استيفاء لبعض [الحق]^(١) وإسقاط لبعض الحق كذا هاهنا.

ومن المشايخ من قال: ما ذكر ههنا قول الكل، وهذا القائل يقول: بأن حق المشتري في الجزء الفائت ينتقل إلى حصته من الثمن من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو التراضي منهما.

وفرق هذا القائل على قول أبي حنيفة - رحمه الله - بين هذه المسائل وبين مسألة الغصب.

والفرق: أن في باب الغصب حق المالك باق في عين المغصوب قبل الهلاك لو انتقل إلى القيمة؛ إنما ينتقل بنفس الهلاك، وليس من ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة؛ لأن الهلاك على ملكه مقصور بأن أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب^(٢)، فإذا لم يكن من ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة بقي حق المغصوب منه في عين العبد، وإنما صالح عن عين المغصوب لا عن قيمته، فيجوز كيف ما وقع الصلح، فأما^(٣) حق المشتري في الأصل في^(٤) الثمن لا في المبيع، وإنما انتقل إلى المبيع أجزأ به بالمبيع، فإذا عجز البائع عن تسليم شيء منه قبل القبض عجزاً لا يرجى زواله، انفسخ البيع وانتقل حقه إلى الثمن^(٥).

ألا ترى أنه لو هلك المبيع كله قبل القبض ينتقل حق المشتري إلى جملة الثمن فلا يحتاج فيه إلى القضاء والتراضي، فكذا إذا هلك البعض فإذا انتقل حق المشتري

(١) سقط في ج.

(٢) في ج: الغاصب.

(٣) زاد في أ: في.

(٤) في أ: من.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (١٨٩/٧).

إلى حصة الجزء الفأث من الثمن، كان الصلح واقعا عن حصة الجزء الفأث من الثمن، فلا يبطل له بالافتراق قبل القبض لما قلنا لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

فأما إذا وقع الصلح على أكثر من حصة العيب، فإن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها بأن وقع الصلح على اثني عشر دينارًا، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يجوز الصلح. وعلى قولهما: لا يجوز الصلح.

وجه قولهما: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن، فإذا كانت حصة العيب من الثمن عشرة، ووقع الصلح على اثني عشر فقد تمكن الربا.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح ههنا بطريق المعاوضة لمكان الربا، أمكن تصحيحه بطريق آخر بأن يجعل البائع موفيًا حصة العيب بتمامه، وذلك عشرة حاطا^(١) [دينارين عن ثمن الباقي، ولو كان كذلك يصح ما صنع ويجب رد]^(٢) دينارين عن ثمن الباقي إن كان الثمن مقبوضًا ويسقط عن المشتري هذا القدر^(٣) إن لم يكن الثمن مقبوضًا كذا هاهنا.

وإن كان البائع صالح المشتري عن العيب على دراهم، فإن قبض بدل الصلح قبل أن يتفرقا جاز، وإن تفرقا قبل قبض بدل الصلح بطل الصلح؛ وهذا لأن الصلح وقع عن حصة الجزء الفأث من الثمن وحصة الجزء الفأث من الثمن دنانير، فإذا صالحه على دراهم لا يمكن تصحيحه بطريق استيفاء البعض وإسقاط البعض؛ لأن الجنس^(٤) مختلف لو صح صح بطريق المعاوضة، وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأنه صرف، والصرف لا يصح إذا وقع الافتراق قبل قبض أحد البدلين.

(١) في أ: خلطا.

(٢) المثبت من المحيط البرهاني.

(٣) في أ: القلب.

(٤) في أ: الجزء.

وإذا ادعى رجل على رجل مائة درهم فأنكر المدعى عليه ذلك^(١)، أو أقر ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو إلى أجل، ثم افترقا قبل القبض، فالصلح جائز، أما إذا كان الصلح عن إقرار؛ فلأن هذا الصلح استيفاء للبعض وإبراء عن البعض في زعم المدعي والمدعى عليه، وليس بصرف، وأما إذا كان حاضرًا؛ فلأن هذا الصلح في زعم المدعي استيفاء للبعض وإبراء عن البعض إن كان بدل الصلح حالاً، وتأجيل للبعض إن كان بدل الصلح مؤجلاً، وفي زعم المدعى عليه ابتداء عن اليمين فليس بصرف، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض، وكذلك لو كان فيه خيار الشرط لواحد منهما فافترقا قبل التقابض لا يبطل الصلح؛ لأن أثر الخيار في فوات القبض، وهذا الصلح لا يبطل بفوات القبض فاشتراط الخيار كيف يؤثر فيه؟ فإن كان صالحه على خمسة دنانير وافترقا قبل التقابض بطل الصلح، وإن افترقا بعد القبض، فالصلح صحيح؛ لأن هذا صلح على خلاف جنس الحق، فلا يمكن تصحيحه إلا بطريق المعاوضة فيكون [صرفاً]^(٢)، والتقابض في الصرف شرط. والله أعلم.



(١) في ج: ملك.

(٢) سقط في ج.

الفصل السادس

في بيع الإناء وزناً فيزيد أو ينقص

إذا اشترى سيفاً محلي فيه مائة درهم من الحلية بمائتي درهم، ثم علم أن فيه مائتي درهم، فهذا على وجهين:

إما إن علم ذلك بعد ما تقابضا وتفرقا، وفي هذا الوجه بطل العقد في الكل؛ لأنه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد في الحلية بالزيادة؛ لأن الزيادة بإزاء الحلية فيكون صرفاً ولم يوجد قبض بدله في المجلس لما تفرقا، ولا وجه إلى تصحيحه في جميع الحلية [بمائة]^(١)؛ لأنه يكون ربا فبطل العقد في الحلية ضرورة، فإذا بطل العقد في الحلية بطل في النصل؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر. هذا إذا علم بذلك بعد ما تفرقا.

وأما إذا علم ذلك قبل أن يتفرقا فالمشتري بالخيار إن شاء زاد في الثمن مائة أخرى، وإن شاء فسخ العقد في الكل، وإنما خير؛ لأن المشتري إنما رضي بجميع السيف بمائتي درهم، فإذا آل الأمر إلى أن يلزمه مائة أخرى زيادة على المائتين لا يكون راضياً فيكون له الخيار، فإن اختار السيف لزمه مائة أخرى؛ لأنه الثمن، وذلك مائتان إن قسم من الابتداء على الحلية والنصل والجفن والحماثل نصفان؛ لأنهما شرطاً في البيع أن الحلية مائة والمائة لا تكون إلا بمائة، فكأنهما قالوا: على أن المائة بمائة والمائة الأخرى بإزاء النصل والجفن والحماثل، فإذا صار بإزاء الحلية مائة يحتاج إلى أن يزيد بحصتها مائة أخرى [حتى يصير]^(٢) مشترياً مائتين بمائتين فلا يتمكن الربا فيزيد مائة أخرى ويقبض البائع الثمن مع الزيادة، ويقبض المشتري السيف؛ لأنهما في المجلس بعد فيصح العقد.

فرق بين هذا وبين ما إذا علما في الابتداء؛ أن وزن الحلية مائتا درهم وقد تباعا السيف بمائتي درهم، ثم أراد المشتري أن يزيد مائة أخرى قبل أن يتفرقا، فإن العقد

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ج.

لا يجوز.

والفرق: أنهما إذا علما في الابتداء أن الحلية مائتا درهم وقد تبايعا بمائتي درهم فقد أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنه لا بد وأن يكون بمقابلة النصل والجفن والحماثل شيء من الثمن، فيكون بمقابلة الحلية أقل من وزنها، وبيع الفضة بالفضة وأحدهما أقل وزناً من الآخر لا يجوز.

فهو معنى قولنا: أوقعا العقد بصفة الفساد، والعاقدان إذا أوقعا العقد بصفة الفساد [وإلى ما يحتاج إلى] ^(١) تصحيحه؛ لأنه لا يمكن، فأما في مسألتنا هذه ما أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنهما لم يعلما وقت العقد أن الحلية مائتا درهم؛ إنما علماها مائة درهم، فإذا تبايعا بمائتي درهم فقد جعلوا بمقابلة الحلية مائة درهم؛ لأن المائة مستحقة بمثلها شرعاً فكأن بائع السيف قال للمشتري: بعث منك حلية السيف وهي مائة درهم بمائة، وبعث منك النصل والجفن والحماثل بمائة أخرى، ولو صرح بذلك لا يكون ذلك إيقاعاً للعقد بصفة الفساد فيمكن تصحيحه متى رضي المشتري بالزيادة.

وإذا اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بألف درهم، فإذا فيه ألفا درهم، إن علم ذلك في المجلس، فالمشتري يزيد ألفاً أخرى إن شاء أخذ كل الإبريق، فإن لم يزد، يبطل العقد في نصف الإبريق ويصح في نصف الإبريق؛ لأن الفساد بسبب الافتراق قبل قبض ^(٢) بدل الصرف، وذلك بقدر النصف، فيفسد العقد بقدر النصف ويصح بقدر النصف؛ إذ تصحيح العقد في نصف القلب شائعاً ممكن بخلاف مسألة السيف؛ لأن تصحيح العقد في نصف الحلية شائعاً غير ممكن؛ لأن بيع نصف الحلية شائعاً لا يجوز؛ لأن الحلية بمنزلة الوصف، وبيع بعض الأوصاف لا يجوز ولا يمكن تصحيح البيع في نصف الحلية، فلا يمكن تصحيح البيع في الكل بالزيادة بعد الافتراق عن المجلس لما ^(٣) قلنا فتعين جهة البطلان في الكل.
أما في القلب فبخلافه على ما بينا. والله أعلم.

(١) في المحيط: ولا يحتال.

(٢) في أ: القبض.

(٣) في أ: بما.

الفصل السابع في الوكالة بالصرف

فإذا وكل الرجل رجلين بدراهم يصرفانها فعقدا جميعًا، ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطل حصة الذاهب، وهو النصف وبقيت حصة الباقي وهو النصف؛ وهذا لأن القبض^(١) من حقوق العقد، والوكيل في حقوق العقد كالمالك، ولو كانا مالكين فعقدا عقد الصرف، ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطل حصة الذاهب وبقيت حصة الباقي كذا هاهنا، فقد جوز قبض أحدهما وإن كانا وكيلين بالقبض.

وفرق بين هذا وبين الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون الآخر حيث لا يجوز.

والفرق: أن الوكيل بالقبض يقبض بحكم الأمر.

ألا ترى أن المالك لو عزله عن القبض صح عزله والمالك إنما رضي بقبضهما وأمانتهما، فلا يكون راضيًا بقبض أحدهما، فأما الوكيل في باب الصرف إنما يقبض لحق المالك، ألا ترى أنه لو عزله، المالك عن القبض لا يعمل عزله، فإذا قبضه بحق الملك^(٢) كان الوكيلان بالصرف في حق القبض كالمالكين. ولو كانا مالكين فذهب أحدهما، وقبض الآخر جاز كذا هاهنا.

وإن ذهب الوكيلان عن مجلس الصرف كل واحد منهما إلى ناحية أخرى فقبض رب المال لا يجوز لما ذكرنا أن الوكيلين في [حق حكم]^(٣) القبض بمنزلة المالكين ولو كانا مالكين فذهبا عن مجلس العقد كل واحد منهما إلى ناحية، ووكلا رجلاً بالقبض فقبض لم يجز، كذا هاهنا.

وإذا وكل الرجل رجلاً بدراهم يصرفها بدنانير، فصرفها الوكيل وتقابضا وأقر

(١) في ج: العقد.

(٢) في ج: المالك.

(٣) في ج: حكم حق.

مشتري الدراهم باستيفاء الدراهم ثم جاء مشتري الدراهم بدرهم زيف وقال: وجدتها في تلك الدراهم، فقبله الوكيل وأقر أنه من تلك الدراهم لزم الوكيل دون الموكل؛ لأن الرد على الوكيل حصل بإقراره، فإنه لولا إقراره أن هذا من تلك الدراهم، لما تمكن مشتري الدراهم من رده لما أقر بالاستيفاء والرد^(١) بالعيب إذا كان بإقرار الوكيل لا يلزم المردود كما في بيع العين.

قال: ولو جحد الوكيل أن هذا الدرهم من تلك الدراهم، فأقام مشتري الدراهم بينة أن هذا من تلك الدراهم، ولم يكن أقر مشتري الدراهم بالاستيفاء، فالقاضي يقبل بينته^(٢) ويرد الدرهم على الوكيل ويلزم الأمر.

فمن المشايخ من قال: ما ذكر في الكتاب: أن القاضي يقبل بينة مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم، إذا لم يقر بالاستيفاء خطأ؛ لأن في هذه الصورة القول قول المشتري^(٣) إن هذا الدرهم من تلك الدراهم استحساناً كما في مسألة السلم إذا جاء المسلم إليه بدرهم زيف، وقال: وجدت هذا في رأس المال ولم يكن أقر بالاستيفاء كان القول قوله استحساناً فكذا هاهنا، وإذا كان القول قوله لم يكن في هذه الصورة موضع إقامة البينة، والبينة في غير موضعها كيف تسمع.

وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - صحح ما ذكر محمد [في الكتاب]^(٤) فقال رحمه الله: بل القول قول مشتري الدراهم في هذه الصورة استحساناً، لكن مع اليمين فهو بهذه البينة أسقط اليمين عن نفسه، والبينة لإسقاط اليمين مقبولة، ألا ترى أن المودع إذا أقام البينة على الرد والهلاك قبلت بينته مع أن القول في الرد بالهلاك قوله، إنما قبلت لإسقاط اليمين عن نفسه كذا هاهنا.

(١) في أ: للرد.

(٢) في ج: بينة مشتري الدراهم.

(٣) في ج: مشتري الدراهم.

(٤) سقط في ج.

وكان الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الخيراخري - رحمه الله - يقول: ليس في الكتاب أن مشتري الدراهم يكلف إقامة البينة، وإنما فيه أنه إذا أقام البينة قبلت بينته، ولعله أقام البينة لدفع اليمين عن نفسه فكان كالمودع قال: وكذلك إن استحلف الوكيل على ذلك فنكل ورد عليه بنكوله لزم الموكل، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - .

بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب خطأ أيضاً؛ لأنه لا يمين على الوكيل في هذه الصورة، وإنما اليمين على مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم؛ لأن الشرع جعل القول قول مشتري الدراهم في هذه الصورة ومن جعل القول قوله شرعاً يتوجه عليه اليمين.

وإنما [يرد إذا]^(١) حلف على ذلك، أما أن يحلف الوكيل فلا، وإنما الصحيح من الجواب أن يحلف مشتري الدراهم، ويرد على الوكيل ويكون ذلك ردًا على الأمر؛ لأنه رد على الوكيل بغير اختياره^(٢) بما هو حجة في حق الأمر.

قلنا: ما ذكر من الجواب صحيح، لكن على طريق القياس لا على طريق الاستحسان؛ لأن على طريق الاستحسان: لا يمين على الوكيل، وعلى طريق القياس: على الوكيل اليمين، والقول قول الوكيل مع يمينه كما في بيع العين، فكان ما ذكر من استحلاف الوكيل ونكوله ذكره على طريق القياس.

وإذا وكله بألف درهم يصرفها وهما بالكوفة ولم يسم له مكاناً، ففي أي ناحية من الكوفة صرفها، فهو جائز؛ لأنه لو صرفها في مصر آخر يجوز فهذا أولى، وإن خرج بها إلى الحيرة وصرفها، فهو جائز ولا ضمان على الوكيل. أما جواز البيع؛ فلأن الأمر بالبيع مطلق فلا يتقيد بمكان الأمر إلا بدليل، ولا دليل فيما لا حمل له ولا مؤنة؛ لأن قيمته لا تختلف باختلاف الأمكنة، ففي أي مكان صرفها كان ذلك بأمره

(١) في ج: يزداد.

(٢) في ج: إجازة.

[فيجوز، وأما]^(١) لا ضمان على الوكيل وإذا سافر بها، والأمر بالبيع لا يقتضي الإذن بالمسافرة لأن البيع ممكن من غير أن يسافر بها.

لأننا نقول: الإذن بالمسافرة إن لم يثبت مقتضى الأمر بالبيع ثبت مقتضى الأمر بالحفظ؛ لأنه لما دفع الدراهم إليه ليصرفها فقد أمره بحفظها، ولم يقيد الأمر بالحفظ لمكان الأمر نصًّا، ولم يتقيد به دلالة حال الأمر حتى لا يلزمه مؤنة الرد من غير تحصيل ما هو المقصود بالأمر عند الرد عليه وليس له حمل ومؤنة فيقع الأمر بالحفظ عامًّا فكان له الحفظ في الأماكن كلها فهذا إذا لم يكن للموكل به حمل ومؤنة.

فأما إذا كان له حمل ومؤنة كالعبد والطعام وأشباه ذلك فباعها في بلد آخر غير الكوفة إن لم ينقلها إلى ذلك البلد جاز البيع قياسًا واستحسانًا، فإن نقلها إلى بلد آخر وباع ذلك، في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان أنه إذا نقل إلى سكة فاستأجر كذلك فإن ضاع أو سرق منه فهو ضامن.

وإن سلم حتى باع أجزت البيع ولم ألزم الأمر من الآخر شيئًا، وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة وقال: أستحسن وأضمنه ولا أجزى البيع. اتفق عليه رواية أبي سليمان، ورواية أبي حفص، فكان ما ذكر في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه إذا سلم حتى باع أنه يجوز البيع جواب القياس لا جواب الاستحسان.

فصار حاصل المسألة أن فيما له حمل ومؤنة إذا باعه الوكيل في مصر آخر جاز البيع قياسًا ولا يلزم الأمر شيئًا من الآخر^(٢)، وفي الاستحسان لا يجوز البيع. وجه القياس في ذلك: أنه لو لم يجز البيع في مصر آخر، إنما لم يجز كيلا يلزم المالك الكراء، ولا يلزم الكراء هاهنا متى جوزنا بيع الوكيل؛ لأن الوكيل في النقل

(١) في أ، ج: فيجوزونها.

(٢) في ج: الأجر.

مخالف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن من دفع إلى غيره شيئاً له حمل ومؤنة لبيعه فإنما يريد البيع في المكان الذي دفعه إليه حتى لا يلزم الكراء ومؤنة النقل من غير أن يحصل له مقصوده وهو البيع .

فهو معنى قولنا: إن الوكيل مخالف في النقل فلا يلزم الأمر الكراء فلا يمنع جواز بيعه ولا^(١) ترتفع الوكالة بالنقل؛ لأن هذا خلاف من حيث الفعل وبالخلاف^(٢) من حيث الفعل لا ترتفع^(٣) الوكالة على ما عرف في موضعه .

وجه الاستحسان: أنا لو أجزنا بيعه في مصر آخر، وجعلنا بيعه بأمر الأمر يجب الكراء على الأمر؛ لأن الحمل حصل للأمر فيجب الكراء عليه، ولا وجه إلى إيجاب الكراء على الأمر؛ لأن الأمر لم يرض به .

وبيان أنه لم يرض به ما ذكرنا من العرف في وجه القياس، بخلاف ما إذا باعه في مصر آخر من غير أن ينقله إلى ذلك المصر؛ لأن هناك لا يلزم الأمر الكراء متى جوزنا بيع الوكيل وهذا هو التخريج لما لا حمل له ولا مؤنة .

وإذا وكل الرجل رجلاً بألف درهم يصرفها، ثم إن الموكل صرف تلك الألف بنفسه فجاء الوكيل بعد ذلك إلى بيت الموكل، وأخذ من بيته ألفاً غيرها وصرفها، فهو جائز على الموكل فلم يجعل الألف التي أضيفت إليها الوكالة متعينة في حق بطلان الوكالة متى صرفها الموكل بنفسه وقال: لو دفع الموكل تلك الألف إلى الوكيل فسرت من يديه^(٤) أو هلكت في يده . بطلت الوكالة بالشراء، وجعل الألف بعدما دفعها إلى الوكيل متعينة في حق بطلان الوكالة متى سرقت من يده أو هلكت في يده .

والوجه في ذلك: أن الوكالة بالشراء بمعنى الشراء من حيث إنها سبب لثبوت

(١) في ج: فلا .

(٢) في ج: والخلاف .

(٣) في ج: ترتفع .

(٤) في ج: يده .

الشراء في الباقي بين الوكيل وبين الموكل، متى حصل الشراء من الوكيل، فإن الوكيل يصير بائعًا ما اشترى من الموكل، وذلك بالوكالة السابقة.

ولهذا كان للوكيل حسب المشتري من الموكل بالثمن، وإذا كانت الوكالة بالشراء سببًا لثبوت الشراء في الثاني ألحق بالشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل القبض بإضافة الشراء إليهما، ويتعينان بالقبض فكذا في الوكالة بالشراء التي ألحقت بالشراء، وهذا بخلاف ما لو أمره ببيع شيء يتعين بالتعيين، ثم إن الموكل باع ذلك الشيء بنفسه، فإنه تبطل الوكالة حتى لا يكون للوكيل أن يأخذ مثله من بيته ويبيعه؛ لأننا ألحقنا الوكالة بالشراء فما يتعين بالشراء يتعين في الوكالة. والله أعلم.



الفصل الثامن

في الاستبدال بدل الصرف

قال محمد - رحمه الله - : وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار فنقد^(١) مشتري الدينار تسعة دراهم وبقي درهم، ونقد مشتري الدراهم الدينار فلم يفرقا حتى قال مشتري الدراهم لمشتري الدينار: بعني بالدرهم الذي عندك كذا فباعه، فإن البيع لا يجوز ولا يبرأ مشتري الدينار عن بدل الصرف، وقال زفر - رحمه الله - : يجوز البيع، ولكن مشتري الدينار لا يبرأ عن بدل الصرف.

واعلم بأن الاستبدال بدل الصرف قبل القبض لا يجوز أجمع عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر - رحمهم الله - غير أن زفر قال: بجواز^(٢) البيع في هذه الصورة؛ فلا يتعلق العقد بالدين المضاف إليه حتى لو تصادقا بعد ذلك أنه لا دين لا يبطل البيع، فإذا لم يتعلق العقد بعين بدل الصرف، لا يكون هذا استبدالاً ببديل الصرف قبل القبض، فيجوز.

ثم فرق زفر - رحمه الله - بين ما [إذا]^(٣) أضيف العقد إلى الدراهم الدين، وبين ما إذا أضيف العقد إلى الدراهم العين، [فقال: إذا أضيف العقد إلى الدراهم العين يتعلق بها، وإذا أضيف إلى الدراهم الدين لا]^(٤) يتعلق العقد بها.

والفرق له: أن في الدين التعيين أضيف إلى غير محله، فإن الدين لا يقبل التعيين والتصرف المضاف إلى غير محله يلغو، فأما في العين أضيف إلى محله فيصح^(٥) التعيين كما في سائر التصرفات المضافة إلى محلها.

وعلمائنا رحمهم الله قالوا: بأن التعيين أضيف إلى ما هو مثنى من وجه؛ لما

(١) في ج: فيفسد.

(٢) في ج: يجوز.

(٣) سقط في ج.

(٤) المثبت من المحيط.

(٥) في أ، ج: ليصح.

ذكرنا أن الدراهم والدنانير إذا قوبل بعضها ببعض، وكل واحد من البديلين مثنى من وجه، فصار مشتري الدراهم مشتريًا بما هو مثنى من وجه، والشراء المضاف إلى المثنى يتعلق بعينه، فأما إذا تعلق بعينه جعل^(١) المشتري مستبدلاً ببدل الصرف قبل القبض، وإنه لا يجوز، بخلاف الشراء المضاف إلى سائر الديون سوى بدل الصرف؛ لأن هناك الشراء حصل بما هو ثمن من كل وجه، والشراء المضاف إلى الثمن من كل وجه لا يتعلق بعينه، أما هاهنا فبخلافه.

وفي كتاب الصرف: إذا اشترى الرجل ألف^(٢) درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض، فأعطاه مكانها سوداء، ورضي بها البائع جاز؛ [و]^(٣) ذلك لأن هذا ليس باستبدال، فالسود^(٤) والبيض من الدراهم جنس واحد، وإنما أبرأه عن صفة الجودة حين^(٥) يجوز بالسود، فكان مستوفياً بها بهذا الطريق لا مستبدلاً.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: ومراده من السود الدراهم المضروبة من النقرة [السود لا]^(٦) الدراهم البخارية؛ لأن أخذ البخارية مكان الدراهم البيض لا يجوز؛ لأنه يكون استبدلاً لاختلاف الجنس، وكذلك لو قبض مشتري الدراهم الدراهم فأراد أن يعطي ضرباً آخر من الدنانير سوى ما شرط، لا يجوز إلا برضا صاحبه، وإذا رضي به صاحبه كان مستوفياً [لا]^(٧) مستبدلاً لا يكون الجنس واحداً. قيل: هذا إذا أعطاه ضرباً دون المسمى، فأما إذا أعطاه ضرباً فوق المسمى، فلا حاجة إلى رضا صاحبه. والله أعلم.

(١) في أ، ج: حصل.

(٢) في أ، ج: بألف.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في أ، ج: بالسود.

(٥) في أ: حتى.

(٦) في أ، ج: السوداء إلى.

(٧) المثبت من المحيط.

الفصل التاسع

فيما يكون قصاصًا بدل الصرف وما لا يكون

رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بتلك العشرة ودفع الدينار إليه، فهو جائز.

وهذا صرف بدين مسبق^(١) وجوبه، والصرف بدين لسبق وجوبه جائز لحديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما، فإنه روي أنه سأل رسول الله ﷺ وقال: إني أكره الإبل بالبيع إلى مكة بالدراهم وأخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير وأخذ مكانها دراهم، وربما قال: أبيع، فقال عليه السلام: «لا بأس إذا افترقتما، وليس بينكما عمل»^(٢).

ومن هذا الجنس ثلاث مسائل:

إحداها: هذه^(٣).

المسألة الثانية: رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بعشرة دراهم ودفع الدينار حتى وجب لكل واحد منهما على صاحبه عشرة، ثم جعل العشرة التي هي ثمن الدينار^(٤) قصاصًا بالعشرة التي كانت على بائع الدينار فيكون قصاصًا، وهذا استحسان^(٥) أخذ به علماؤنا الثلاثة رحمهم الله.

والقياس: ألا يصير قصاصًا، وهو قول زفر رحمه الله.

ولقب المسألة: أن المتصارفين إذا جعل بدل الصرف قصاصًا بدين وجب قبل عقد الصرف وبدون جعلهما قصاصًا لا يصير قصاصًا واستحسانًا.

(١) في أ: فسبق.

(٢) تقدم. وينظر: المبسوط للسرخسي (١٢٦/١٣).

(٣) زاد في أ، ج: المسائل.

(٤) في أ: دينار.

(٥) في ج: الاستحسان.

وجه القياس: أن المعاوضة بدين وجب قبل عقد الصرف استبدال ببدل الصرف^(١) وليس باستيفاء؛ لأن علة الاستيفاء قبض مال مضمون من جنس بدل الصرف بعد عقد الصرف وإنما قضى بائع الدينار ببدل الصرف دينا وجب عليه مثل عقد الصرف؛ لأن صاحب آخر الدينين يكون قاضيًا لأولهما، وصاحب أول الدينين يكون مقتضيًا؛ لأن القضاء بعد الوجوب فلا يسبقه، ودين الصرف وجب آخرًا، فمتى جازت المقاصة صار بائع الدينار قاضيًا ببدل الصرف دينًا كان عليه قبل عقد الصرف، وفي القضاء استبدال؛ لا يملك فكان بدل الصرف ما في الذمة والاستبدال ببدل الصرف لا يجوز.

وعن هذا قالوا: إذا أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم أراد أن يتقاصا رأس مال السلم بدين كان واجبًا لرب السلم قبل عقد السلم لا يجوز؛ لأنه استبدال برأس مال السلم، وكذا لو كان للمسلم إليه كر على رب السلم قبل عقد السلم دين هو مثل السلم، ثم حل السلم فأراد أن يجعل المسلم فيه قصاصًا بما كان واجبًا للمسلم إليه على رب السلم قبل عقد السلم لا يجوز، وإنما لا يجوز؛ لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل القبض [فيه]^(٢) كذا هاهنا.

وجه الاستحسان من وجهين:

أحدهما: أنهما لما أقدمتا على هذه المقاصة فقد قصدا تصحيحها وأمكن تصحيحها بتعيين العقد بتلك العشرة التي وجبت دينًا قبل عقد الصرف فإن عقد الصرف بتلك العشرة جائز على ما بينا، وكذا طريقان:

أحدهما: أن يفسخ الصرف المرسل وينعقد صرف آخر بتلك العشرة، كما لو باع بألف ثم باع بألفين أو يبقى أصل العقد المرسل، ولكن [بتغير وصف]^(٣)، فإنه إلى

(١) زاد في ج: وإنما قضى بائع الدينار.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: يتغير وصفه.

الآن كان متعيّنًا بوصف الإطلاق، والآن يتقيد بتلك^(١) العشرة كما في الزيادة، وهما يملكان إبطال العقد وتغييره كما يملكان إبقاءه، فيتضمن إقدامهما على هذه المقاصة والحالة هذه فسخ الصرف المرسل وتعليق العقد بتلك العشرة كما في الزيادة في الثمن والمثمن؛ ولهذا لم تصح هذه المقاصة إلا بتراضيهما، وإن كان جنس الدين واحدًا؛ لأن طريق تصحيح هذه المقاصة فسخ ما عقد من الصرف المرسل أو بتغييره، وفسخ العقد أو تغييره [لا يصح]^(٢) إلا بعد وجود التراضي منهما بخلاف السلم؛ لأن تصحيح ما قصدا في السلم غير ممكن بالطريق الذي عيناه في الصرف، وهو فسخ السلم المرسل، [وإثبات [سلم]^(٣)]^(٤) آخر أو تغييره وتعليقه بتلك العشرة، فإنهما لو صرحا بذلك وقالوا: فسخنا السلم وحددناه بذلك الدين لا يجوز؛ لأن السلم بدين سبق وجوبه لا يجوز. ألا ترى إن قال لغيره: أسلمت إليك العشرة التي لي عليك في كر حنطة لا يجوز، وفي الصرف لو صرحا بذلك يجوز؛ لأن الصرف بدين سبق وجوبه يجوز وهي المسألة الأولى.

الوجه الثاني: وفي هذا الوجه لا يحتاج إلى التعرض لفسخ العقد المرسل، ولا لتغييره ولكن يقول: القياس يأبى جواز المقاصة، وإن تقاصا؛ لأنه استبدال وليس باستيفاء على ما مر، لكننا تركنا القياس فيه لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، فإن فيه أن رسول الله جوّز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف، ومتى جاز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف علمنا أن قضاء دين وجب قبل عقد الصرف يبدل الصرف جائز.

وإذا جاز هذا في الصرف المضاف إلى الدين فكذا في الصرف المضاف إلى الدين

(١) في ج: بتالي.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ج.

فكذا في الصرف المرسل إلا أنه لم تجز هذه المقاصة قبل تراضيهما عليها، وإن لم يثبت فسخ ما عقد من الصرف على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة لحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بخلاف القياس، والحديث يقتضي الجواز حال وجود الرضا منهما؛ لأن الحديث ورد في الصرف المضاف إلى الدين، والصرف المضاف إلى الدين لا يصح إلا بتراضيهما، فحال عدم التراضي يعمل فيه بقضية القياس.

والقياس يأبى جواز هذه المقاصة بخلاف السلم على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة في السلم لو [كان]^(١)، كان بدلالة حديث عبد الله بن عمر لا بصريحه، وفي السلم صريح نص بخلافه، وهو قوله عليه السلام: «ولا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»^(٢)، فكان العمل في السلم بصريح النص أولى.

المسألة الثالثة: رجل باع من آخر دينارًا بعشرة دراهم ودفع الدينار، ولم يقبض العشرة حتى وجب لمشتري الدينار عشرة دراهم على بائع الدينار، فأراد مشتري الدينار أن يجعل ما وجب له قصاصًا بما وجب عليه من بدل الصرف، ورضي به بائع الدينار، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا تقاصًا بدل الصرف بدين وجب بعد عقد الصرف.

[والجواب فيها: أن ينظر إن وجب هذا الدين بعد عقد الصرف]^(٣) بالغصب أو بالقرض بأن غصب أو استقرض بائع الدينار من مشتري الدينار عشرة دراهم صار قصاصًا تقاصًا أو لم يتقاصًا؛ لأنه وجد بعد عقد الصرف قبض حقيقي وهو من جنس المستحق بعقد الصرف، وإنه قبض مضمون فيعتبر واقعًا بجهة الصرف.

ألا ترى أن مثل هذا [في]^(٤) السلم يجوز حتى إن رب السلم إذا غصب من

(١) المثبت من المحيط.

(٢) تقدم. وينظر: السنن الكبرى (٢٩/٦)، التعليق المغني على الدارقطني (٣/٤٥، ٤٦).

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) المثبت من المحيط.

المسلم إليه بعد عقد السلم وبعد ما حل الأجل كراً^(١) هو مثل المسلم فيه أو استقرض كراً^(٢) هو مثل المسلم فيه يصير قصاصًا تقاصًا أو لم يتقاصًا، وكذلك المسلم إليه إذا غصب من رب السلم أو استقرض منه دراهم وهو مثل رأس المال يصير قصاصًا برأس المال تقاصًا أو لم يتقاصًا.

فأما إذا وجب هذا الدين بعد عقد [الدين عقد]^(٣) الصرف بسبب الشراء بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوبًا بعشرة دراهم إن لم يجعله قصاصًا لا يصير قصاصًا باتفاق الروايات.

وإن جعله قصاصًا ذكر في الزيادات، وفي كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه يصير قصاصًا، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يصير قصاصًا.

وجه ما ذكر في الزيادات، وفي رواية أبي سليمان: أنهما لما أقدما على هذه المقاصة فقد^(٤) أنشأ عقد الصرف على هذا الدين، ومن ضرورته انفساخ الصرف المرسل؛ وهذا لأنه لا صحة لهذه المقاصة إلا بعد انفساخ الصرف المرسل، وإنشاء صرف آخر على هذا الدين الواجب بعد عقد الصرف، ولو صرحا بذلك أليس أنه يجوز؟ كذا هاهنا.

وجه ما ذكر في رواية أبي حفص: أن جواز هذه المقاصة بدين وجب قبل عقد الصرف عرف بخلاف القياس؛ لحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - والحديث الوارد في دين وجب قبل عقد الصرف لا يكون واردًا في دين وجب بعد عقد الصرف؛ لأن ههنا صريح نصوص آخر بخلافه يوجب قبض بدلي الصرف وهو آثار الصحابة - رضي الله عنهم -.

(١) في ج: كذا.

(٢) في ج: كذا.

(٣) سقط في ج.

(٤) في أ: فهو.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري - رحمه الله - يميل إلى رواية الزيادات ورواية أبي سليمان.

حكى [ذلك عنه]^(١) القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - رحمه

الله - يميل إلى رواية أبي حفص - رحمه الله - .



(١) في ج: عن .

ومما يتصل بمسائل المقاصة، وإن لم يكن من جنس مسائل [هذا الفصل]^(١):
 ما ذكر في المنتقى وصورتها: رجل له عند رجل وديعة وللمودع على صاحب
 الوديعة دين، هو من جنس الوديعة لم تصر الوديعة قصاصًا بالدين قبل أن يجتمعا
 عليه وبعدما اجتمعا عليه لا يصير قصاصًا أيضًا ما لم يرجع إلى أهله فيأخذه، وإن
 كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصًا لا يحتاج إلى شيء غير ذلك، ومتى صار
 دينًا صار قصاصًا، وحكم المغصوب إذا كان المغصوب قائمًا في يد رب الدين
 وحكم الوديعة سواء، وحكم الدينين إذا كانا [أحدهما علة والآخر]^(٢) من جنس لا
 تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما مؤجلًا والآخر حالًا، أو كان
 أحدهما علة والآخر وضئًا^(٣). والله أعلم بالصواب.



(١) في ج: الباب.

(٢) سقط في ج.

(٣) في المحيط: صحاحًا.

الفصل العاشر

في بيع الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه

ولا يجوز بيع الإناء المتخذ من الفضة بالدرهم إلا وزناً بوزن، وكذلك لا يجوز بيع الإناء المتخذ من الذهب بالدنانير إلا وزناً بوزن؛ لأن الصياغة فيه بمعنى الجودة ولو كان أحد البدلين جيداً والآخر رديئاً لم يجز ما لم يتساويا وزناً. قال عليه السلام: «جيدها ورديتها سواء»^(١)، كذلك ههنا فلم يخرج الذهب والفضة عن الوزن بالصيغة حتى أثبت الربا من المصيوغ وغير المصيوغ.

وفرق بين [الفضة والذهب]^(٢)، وبين الحديد والرصاص والصفير، حيث أخرج هذه الأشياء [بالصيغة عن حد الوزن]^(٣) حتى يجوز^(٤) بيع إناء من حديد [بحديد]^(٥) غير مصيوغ^(٦) كيف ما كان، ويجوز بيع إناء متخذ من رصاص برصاص غير مصيوغ كيف ما كان^(٧).

والفرق: أن وزن الذهب والفضة ثابت بالشرع^(٨) فما بقي الذهب والفضة يبقى الوزن معتبراً وبعد الصيغة بقي^(٩) ذهباً وفضة، فيبقى الوزن معتبراً وهذا موزون بيع

(١) قال الزيلعي في نصب الراية «حديث غريب» (٣٧/٤)، وأخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٤٩) عن عبادة أن رسول الله ﷺ قال: «ثم الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مُدِّي مُدِّي والشعير بالشعير مُدِّي مُدِّي والتمر بالتمر مُدِّي مُدِّي والملح بالملح مُدِّي مُدِّي فمن زاد أو ازداد فقد أربى»، أمّا لفظة «جيدها ورديتها» فقد قال ابن حجر في الدرّاية: «حديث جيدها ورديتها سواء لم أجده ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد».

(٢) في ج: الذهب والفضة.

(٣) في ج: عن حد الوزن بالصيغة.

(٤) في ج: جوز.

(٥) سقط في ج.

(٦) في ج: مصنوع.

(٧) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٢٢٢، ٢٢٣).

(٨) في ج: في الشرع.

(٩) في ج: يبقى.

بموزون من جنسه فلا يجوز إلا متساويا، فأما الوزن في الحديد والصفير والرصاص ما ثبت بالشرع، وإنما ثبت باصطلاح الناس، وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاح آخر منهم بخلاف الاصطلاح الأول، وقد اصطلحوا في الأواني المتخذ من هذه الأشياء بخلاف الاصطلاح الأول، حتى باعوها عدداً وتركوا وزنها مع إمكان الوزن، فخرج عن حد الوزن وصار [عدداً، فهو] ^(١) عددي بيع بموزون، فيجوز متساوياً ومتفاضلاً حتى قالوا: لو اعتادوا بيع الأواني المتخذة من هذه الأشياء بالوزن لا بالعدد، لا يجوز بيعه بغير المصنوع من جنسه إلا متساوياً وزناً.

وعن هذا قلنا: إن الناس إذا تعاملوا بيع الأواني المتخذة من هذه الأشياء بالعدداً يجوز بيع الواحد بالاثنين، والطريق ما قلنا.

والحديد كله نوع واحد جيده ورديته [سواء] ^(٢)، ولا يجوز البيع إلا وزناً بوزن؛ لأن الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل، وفي الأصل، وهو الذهب والفضة يجعل أنواع النقرة والذهب نوعاً واحداً وكذا الحديد.

وإن افترقا قبل التقابض لا يبطل البيع؛ لأن هذا بيع، وليس بصرف؛ ولكن يشترط أن يكون عيناً بعين لينتفي التساء، وكذلك هذا الحكم في سائر الموزونات. وإذا باع الرجل من آخر سيفاً محلي بفضة بسيف محلي بفضة وقبض أحدهما السيف الذي اشتراه ولم يقبض الآخر السيف الذي اشتراه، ثم افترقا، فسد العقد في الكل.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن في الأموال الربوية يصرف الجنس إلى الجنس في المبادلات إذا لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة، [وإن] ^(٣) كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة] ^(٤) يصرف الجنس إلى

(١) في ج: عددياً فهذا.

(٢) سقط في ج.

(٣) في ج: فإذا.

(٤) سقط في أ.

خلاف الجنس، وإنما وجب صرف الجنس إلى الجنس عند جواز العقد بالنص، وهو قوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثل بمثل، والفضة بالفضة مثل بمثل»^(١) فقد جعل الجنس بالجنس حالة المماثلة وحال المماثلة في الأموال الربوية حالة جواز العقد. ونوع من المعنى يدل عليه أنا لو صرفنا الجنس إلى خلاف الجنس احتجنا إلى التقويم بأرائنا واجتهادنا، وإذا صرفنا الجنس إلى الجنس استغنيا عن الاجتهاد؛ فإنه لا مزية لأحدهما على الآخر^(٢)؛ لأن المالية تنشأ عن الذات، فإذا استويا في الذات، استويا في القيمة من حيث القطع، وإنما وجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة؛ لأن صرف الجنس إلى الجنس [إذا]^(٣) لم يكن فيه فساد العقد بالنص، ولا نص فيما إذا كان في صرف الجنس إلى الجنس فساد العقد، فبطلت.

فيه دليل آخر: وقد وجد دليل آخر يوجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس، وهو ظاهر عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين مباشرة الصحيح، والجائز من العقود دون الفاسد، والجواز هاهنا في صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

إذا ثبت هذا فنقول: ليس في صرف الحلية إلى الحلية فساد العقد، أما إذا كانت الحليتان في الوزن على السواء فظاهر، وأما إذا كان إحداهما أقل من الأخرى؛ فلأن أقلهما يكون بمثل وزنها من الأخرى، والباقي من حلية التي هي^(٤) أكثر مع جفنه ونصله بمقابلة الجفن والنصل من الآخر، فصرفنا الجنس إلى الجنس.

فإذا فعلنا هكذا كانت الحلية بالحلية فإذا افترقا من غير قبض أحدهما فقد بطل العقد في حصة الحلية؛ لوجود الافتراق قبل قبض بدل الصرف، فيبطل في الكل؛

(١) تقدم.

(٢) زاد في ج: في المالية.

(٣) المثبت من المحيط.

(٤) في أ: هو.

لأن الكل بمنزلة شيء واحد.

فإن قيل: إن لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس هاهنا فساد العقد في الحال ففيه فساد العقد في الثاني، وهو ما إذا افترقا من غير قبض إحداهما، وليس في صرف الجنس إلى خلاف الجنس فساد العقد لا في الحال ولا في الثاني؛ لأن العقد حيث لا يكون صرفاً أصلاً، وكما يحتال لتصحيح العقد يحتال لإبقاء العقد على الصحة.

ألا ترى أن من اشترى من آخر ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً وقبض مشتري الثوب والدرهم [الثوب والدرهم]^(١) ونقد عشرة دراهم ولم يقل: إنها بمقابلة الدراهم أو بمقابلة الثوب يجعل بمقابلة الدراهم؛ إبقاء للعقد على الصحة كذا هاهنا.

قلنا: إنما يحتال^(٢) لبقاء العقد على الصحة إذا أمكن، أما إذا لم يمكن فلا؛ وهذا لأن الاحتيال^(٣) لإبقاء العقد على الصحة بحكم ظاهر^(٤) عقلهما ودينهما؛ لأن الظاهر من حال العاقل الدين أنه يقصد مباشرة العقد على وجه يبقى على الصحة، وبقاؤه على الصحة هاهنا بصرف الجنس إلى خلاف الجنس، إلا [أن]^(٥) في هذا الظاهر تعارض؛ لأن هذا الظاهر كما يقتضي صرف الجنس [إلى خلاف الجنس يقتضي صرف الجنس إلى الجنس]^(٦) حتى يجب التقابض في مجلس الصرف، فيحصل مقصود كل واحد منهما من عقد الصرف؛ [لأن مقصود كل واحد منهما من عقد الصرف]^(٧) لا يتم [إلا بالقبض، وليس أحد الظاهرين بالاعتبار بأولى من

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ، ج: يختار.

(٣) في أ، ج: الاختيار.

(٤) في أ: ظاهره أحدهما.

(٥) المثبت من المحيط.

(٦) سقط في أ، وفي ج: الجنس.

(٧) المثبت من المحيط البرهاني.

الآخر؛ إذ ليس في اعتبار أحدهما فساد العقد وفي اعتبار الآخر جوازه، فسقط اعتبار كلا الظاهرين ويعمل فيه بظاهر قوله عليه السلام: «الذهب بالذهب مثل بمثل»^(١). بخلاف ما ذكر من المسألة؛ لأن هناك الاحتيال لإيفاء العقد على الصحة ممكن؛ لأنه لا يعارض فيما ذكرنا من الظاهر؛ لأن في جعل المنقود بمقابلة العشرة إبقاء العقد على الصحة، وليس في جعله بإزاء الثوب تفويت عرض المتعاقدين، فعملنا بالظاهر الذي قلنا في صرف المنقود إلى العشرة إبقاء للعقد على الصحة، وأما هاهنا بخلافه على ما ذكرنا.

وإذا اشترى الرجل من آخر سيفاً محلي بفضة بعينه بثوب وعشرة دراهم وتفرقا قبل أن يتقابضا بطل العقد في الكل؛ لأن العشرة التي مع الثوب مصروفة إلى الحلية إن كانت الحلية مثل وزنها، وإن كانت الحلية أكثر من وزنها يصرف العشرة إلى الحلية بمثل وزنها، والباقي من الحلية والنصل والجفن كله بمقابلة الثوب^(٢).

[ولو اشترى رجل من رجل مثقالاً من فضة، ومثقالاً من نحاس بمثقال من فضة وثلاث مثاقيل من حديد، فهو جائز عندنا، ويجعل المثقال من الفضة بمثله من المثقالين، ويجعل النحاس الذي مع هذا المثقال بمثقال فضة وثلاث مثاقيل حديد، وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص يجوز، ويجعل مثقال صفر بمثقال صفر، والحديد بالرصاص.

وإذا اشترى إناء من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلاً وقبض الإناء، فهو جائز إن دفع إليه الحديد قبل أن يتفرقا^(٣)؛ لأن الحديد موزون والموزون في الذمة إذا قوبل بعين يصير ثمناً على ما مر في كتاب البيوع خصوصاً إذا صحبه حرف الباء، وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر، ولكن يشترط قبض

(١) تقدم.

(٢) المثبت من المحيط البرهاني.

(٣) المثبت من المحيط البرهاني.

الحديد قبل أن يتفرقا؛ لأن الوزن يجمعهما، والوزن في ثمين أو مثنين يحرم النساء إلا أنه في المجلس^(١) عفو، وخارج المجلس ليس بعفو.

هكذا ذكر المسألة في «الأصل» وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرحه» مفصلاً، فقال: إن كان ذلك الإناء يباع في العادة عدداً لا وزناً لا يشترط قبض الحديد في المجلس؛ لأن هذا افتراق عن عين بدين في جنسين مختلفين، وإن كان ذلك الإناء لا يباع وزناً في العادة، فلا بد من قبض الحديد في المجلس؛ لأنه بيع موزون بموزون من جنسه، والدينية فيه عفو قبل الافتراق، وليس بعفو بعد الافتراق.

ولو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الإناء حتى افترقا، فالعقد صحيح؛ لأن ما كان ديناً قد تعين بالقبض قبل الافتراق والإناء عين، فترك القبض فيه قبل الافتراق لا يضر. والله أعلم.



(١) في ج: الجنس.

الفصل الحادي عشر

في الصرف والغصب والوديعة

وإذا غصب الرجل من آخر قلب فضة أو ذهب، واستهلكه، فعليه قيمته مصوغاً من خلاف جنسه؛ لأنه تعذر تضمينه بمثله؛ لأن القلب ليس من ذوات الأمثال، وتعذر تضمينه من [غير]^(١) جنسه غير مصوغ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق المغصوب منه من الصنعة والجودة، وتعذر تضمينه من جنسه مصوغاً؛ لأنه يؤدي إلى الربا، أو إلى تفويت حق المغصوب منه في الجودة؛ لأنه يصل إلى صاحب القلب مثل وزن القلب وزيادة، فإذا تعذر تضمينه بهذه الوجوه تعين تضمينه مصوغاً من خلاف جنسه؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا أو إلى تفويت حق المغصوب منه في الجودة ثم إذا ضمنه القاضي قيمته من خلاف جنسه، صار القلب ملكاً له بالضمان على ما عرف. فبعد ذلك ينظر إن قبض المغصوب منه القيمة قبل أن يتفرقا بقي التضمين صحيحاً بالإجماع، وإن تفرقا قبل قبض القيمة، فكذلك^(٢) لا يبطل التضمين عند علمائنا الثلاثة، رحمهم الله وكان ينبغي أن يبطل وهو شبهة زفر - رحمه الله - في المسألة. ووجه ذلك أن هذا صرف ثبت حكماً لإيجاب الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل، فيشترط له التقابض كما لو ثبت الصرف قصداً.

والجواب وهو قول علمائنا الثلاثة، رحمهم الله: أن قضاء القاضي بقيمة العين عند التعذر بمنزلة قضائه برد العين حالة [قيام]^(٣) العين لكون القيمة قائمة مقام العين، ثم القاضي لو قضى على الغاصب برد عين القلب لا يشترط القبض في المجلس، فكذا إذا قضى برد القيمة؛ لأن هذا صرف ثبت حكماً للضمان الواجب بالغصب لا مقصوداً وما ثبت حكماً لغيره لا مقصوداً لا يراعى له من الشرائط ما

(١) المثبت من المحيط.

(٢) في أ، ج: وكذلك.

(٣) المثبت من المحيط.

يراعى له لو ثبت مقصودًا.

ألا ترى أن قيام المضمون حالة التضمين ليس بشرط لصحة التضمين مع أن التضمين يثبت المعاوضة؛ ولأن هذه المعاوضة ثبتت^(١) حكمًا للتضمين لا مقصودًا، فلم يشترط لها ما يشترط لو كان ثبتت^(٢) هذه المعاوضة قصدًا.

وبيانه: أن هذه المعاوضة تثبت حكمًا لأن المعاوضة لا بد لها من صنع من جهة المتعاضين والموجود من الغاصب الغصب، والغصب نفسه ليس بموجب الملك في المغصوب للغاصب، وإنما هو موجب للضمان على الغاصب، ثم من ضرورة وجوب الضمان على الغاصب زوال المغصوب عن ملك المغصوب منه إلى ملك الغاصب كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد.

فهو معنى قولنا: إن هذه معاوضة تثبت حكمًا وإنما جعلنا هذه المعاوضة لوجوب الضمان؛ لأنها تثبت وجوب الضمان من غير أن يتخلل بين الضمان والمعاوضة فعل فاعل مختار، وحكم الشيء ما ثبت عقيب ذلك الشيء من غير تخلل واسطة اختيارية، والتقريب ما ذكرنا.

وكذلك إن اصطلاحًا على القيمة، فهو على هذا الخلاف، ولو أخرج القيمة عنه شهرًا جاز عند علمائنا الثلاثة أيضًا.

وإذا غصب الرجل من آخر ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار وقبض المائة دينار^(٣) قبل أن يتفرقا جاز، وإن لم تكن الدراهم في يده وقت الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء.

وكذلك إن صالح منها على مائة دينار وقبض المائة دينار^(٤) قبل أن يتفرقا؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق بمعنى الشراء فقد وجد قبض البدلين في مجلس

(١) في أ، ج: ثبت.

(٢) في أ، ج: ثبت.

(٣) في أ، ج: الدينار.

(٤) في أ، ج: الدينار.

العقد أحدهما حقيقة والآخر حكمًا.

ثم يستوي في هذا أن تكون الدراهم قائمة في منزل الغاصب، أو كانت مستهلكة، ففي الحالين جميعًا يجوز الشراء بالمائة دينار^(١) إذا قبض المائة في المجلس، أما إذا كانت قائمة؛ فلأن الغاصب قابض لها بيده، وإن كانت مستهلكة؛ فلأنه قابض لها بذمته.

وكذلك لو كان الذي غصبه إناء فضة، ثم اشتراه الغاصب من المغصوب منه أو صالحه على جنس حقه أو على خلاف جنس حقه وقبض المغصوب منه البدل قبل أن يتفرقا، وأما إذا تفرقا قبل أن يقبض المغصوب منه المائة الدينار فالشراء لا يجوز قياسًا واستحسانًا، سواء كان المغصوب قائمًا أو مستهلكًا، وأما الصلح، فإن المغصوب مستهلك^(٢) حقيقة بأن أحرقه الغاصب، أو حكمًا بأن كان معيّنًا أو حلف الغاصب وتفرقا قبل قبض البدل، القياس أن يبطل الصلح. وفي الاستحسان: لا يبطل.

ولو كان المغصوب قائمًا في يد الغاصب، وهو مقر به، ولا يمنع المالك من أخذه، لا يجوز الصلح قياسًا واستحسانًا.

وجه الاستحسان: وهو الفرق بين البيع والصلح إذا كان المغصوب مستهلكًا أن في الصلح [إن]^(٣) تعذر العمل بلفظ الصلح باعتبار المبادلة من حيث إن قبض البدل قبل الافتراق شرط في المبادلة كما في البيع أمكن العمل بمجازه بأن يجعل الصلح كناية عن التضمين.

ويصير معنى قوله: صالحتك بمنزلة قوله: ضمنك قيمته من خلاف جنسه، أو من جنسه بمثل وزنه غير مصوغ، فإن له أن يضمه مثل وزنه من جنسه غير

(١) في أ: الدينار.

(٢) في ج: مستهلكا.

(٣) المثبت من المحيط.

مصوغ^(١)، وقبض القيمة ليس بشرط لصحة التضمين عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - على ما بينا، فيجعل كذلك.

وإنما قلنا: إنه أمكن العمل بمجازه وهو التضمين؛ لأن بين التضمين وبين الصلح موافقة من حيث المعنى الخالص؛ لأن الصلح أخذ بعض الحق وترك بعض الحق؛ لأنه أخذ الحق من حيث المعنى وترك الحق من حيث الصورة، وحق المغصوب منه في الصورة معتبر حتى لا يكون للغاصب حال قيام المغصوب أن يمسك المغصوب ويعطيه مثله، فثبت أن في الصلح معنى التضمين.

[فعند تعذر]^(٢) العمل به باعتبار المبادلة يجعل كناية عن التضمين تصحيحًا له، والتقريب ما ذكرنا.

بخلاف ما إذا كان المغصوب قائمًا بعينه، والغاصب مقر لا يمنع المالك من أخذه؛ لأن هناك لا يمكن أن يجعل الصلح كناية عن تضمين القيمة؛ إذ ليس له حق تضمين القيمة والحالة هذه، ولا يمكن تصحيحه بطريق المبادلة؛ لأن قبض البدل في المجلس في المبادلات شرط، ولم يوجد، ولا يمكن^(٣) تجويزه بطريق استيفاء البعض والإبراء عن البعض؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل.

فأما إذا كان المغصوب مستهلكًا، [فللمالك]^(٤) حق تضمين الغاصب، فيمكن تصحيح الصلح باعتبار معنى التضمين، فصحناه كذلك.

أما في فصل البيع كما تعذر العمل بحقيقته، وهو المبادلة؛ لأن قبض البدلين في المبادلات شرط، ولم يوجد تعذر العمل بمجازه بأن يجعل كناية عن التضمين أيضًا؛ لأنه ليس في البيع معنى التضمين؛ لأن التضمين أخذ بعض الحق وترك بعض الحق، وليس في البيع هذا المعنى؛ لأن قبل البيع لم يكن لواحد منهما على صاحبه

(١) في أ: مصنوع.

(٢) في أ، ج: فقد تعمد.

(٣) في أ، ج: يكون.

(٤) حدث في - تقديم وتأخير يخل المعنى.

حق، وإنما وجب الحق بالبيع وما وجب بالبيع استوفاه بكماله، فليس فيه معنى أخذ بعض الحق وترك البعض^(١)، فكما تعذر العمل بحقيقة البيع مبادلة، تعذر جعله مجازاً عن التضمين، أما في الصلح معنى التضمين؛ لأن قبل التضمين إذا كان العين قائماً فللمالك أخذ العين، وبعد ما هلكت العين، وعجز المالك عن أخذ العين إذا ضمنه فقد أخذ بعض الحق وترك البعض؛ فكان في الصلح معنى التضمين من الوجه الذي بينا، والتقريب ما مر.

ولو أن رجلاً أودع رجلاً ألف درهم وقبضها المودع، ووضعها في بيته، ثم التقيا في السوق، فباع صاحب الوديعة دراهم الوديعة من المودع بمائة دينار، وقبض صاحب الوديعة الدينار، وافترقا قبل أن يحدد المودع في الوديعة قبضاً، فقد بطل البيع؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض أحد البديلين؛ لأن المودع بنفسه الشراء لا يصير قابضاً الوديعة بحكم الشراء؛ لأن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء وقد مر هذا في كتاب البيوع، بخلاف ما إذا كان مكان الوديعة غصب؛ لأن هناك الغاصب يصير قابضاً المغصوب بجهة الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب أيضاً عن قبض الشراء؛ لأن كل واحد منهما قبض ضمان، وقد مر هذا في كتاب البيوع. والله أعلم.



(١) في ج: بعض الحق.

الفصل الثاني عشر

في المتفرقات

قال محمد - رحمه الله - : إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم، فزاد^(١) عليها دانقا فوهبه له هبة، ولم يدخله في البيع [فهو جائز]^(٢) [يريد بقوله: لم يدخله في البيع أن الهبة]^(٣) لم تكن مشروطة في الشراء إذ لو كانت مشروطة في الشراء لأفسد^(٤) الشراء، وإنما جاز هذا التصرف؛ لأنه لو لم يجز، إنما لم يجز لمكان الربا، وإذا وهب الدانق منه، فقد انعدم الربا.

قالوا: وإنما تصح هبة الدانق إذا كان الدرهم بحيث يضره الكسر؛ لأنه [حينئذٍ لا يكون]^(٥) هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلا تتم قبل القسمة والتمييز.

ولا يجوز بيع الذهب بالذهب مجازفة، ولا بيع الفضة بالفضة مجازفة إذا لم يعرف وزنها أو وزن أحدهما، والأصل فيه قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثل بمثل وزن بوزن والذهب بالذهب مثل بمثل وزن بوزن»^(٦)، فقد جعل المماثلة في الوزن شرط جواز البيع ولم توجد المماثلة في الوزن هاهنا، فإن وزنا فوجدا متماثلين فهذا على وجهين:

إن وزنا في مجلس العقد، فالبيع جائز، وإن وزنا بعد الافتراق عن المجلس لا يجوز العقد، وهو نظير بيع الصبرة بالصبرة مجازفة، وقد مر الكلام فيه قبل هذا. ويجوز بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب إذا اعتدل البدلان في كفة الميزان وإن لم يعلم مقدار كل واحدٍ منهما [لتيقننا]^(٧) بالمماثلة وزناً، والمماثلة إذا وزن أحدهما

(١) ثبت في الحاشية: إذا شرط أن الزائد هبة.

(٢) سقط في ج.

(٣) في أ: إن.

(٤) في أ: لأفسده.

(٥) في ج: لا يكون حينئذٍ.

(٦) تقدم.

(٧) سقط في ج.

لصاحبه أظهره إذا وزن كل واحد منهما بالسخت^(١) عقد الصرف إذا فسد بسبب الافتراق عن المجلس قبل القبض لا يخرج المشتري عن ملك المشتري قبل الرد على البائع .

بيانه في مسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع [الكبير]^(٢): رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين وقبض الإبريق ونقد دينارًا واحدًا، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر، فسد البيع في نصف الإبريق، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الآخر، فإن حضر رجل بعدما غاب بائع الإبريق وادعى نصف الإبريق لنفسه، كان المشتري خصمًا؛ لأن المشتري مالك جميع الإبريق؛ لأن السبب وإن فسد في النصف؛ لمكان الافتراق لا يبطل ملكه فيه ما لم يرده؛ لأن فساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض به، فأولى ألا يمنع بقاء الملك في المقبوض فكان كل الإبريق ملكًا للمشتري، فيكون خصمًا للمدعي .

هشام قال: سألت أبا يوسف - رحمه الله - : عمن باع درهمًا بدرهم، فرجع أحدهما فخلطه صاحب الرجحان، قال: هذا جائز؛ لأنه لا يقسم . الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : لا بأس ببيع خاتم فيه فص بخاتمين فيهما فسان، وكذلك السيف المحلى بسيفين . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا بأس ببيع المغشوش إذا ثبت أو كان ظاهرًا يرى، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وقال في رجل حمل على الفضة النحاس، فلا يبيعه حتى يبين، قال: ولا بأس بأن يشتري بستوقة إذا بين، وأرى للسلطان أن يكسرها^(٣) لعلها تقع في أيدي^(٤) من لا يبين .

بشر في الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله: وأكره للرجل أن يعطي الزيوف

(١) في ج: بالسحاب .

(٢) المثبت من المحيط .

(٣) ثبت في الحاشية: كسر الدراهم الستوقة .

(٤) زاد في ج: الناس .

والنهرجة والستوقة والمكحلة والمزيفة والبخارية وإن بين ذلك، ويجوز بها عند الأخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام، وما كان ضررًا عامًا فهو مكروه، وليس يصلحه تراضي هذين الحاضرين من قبل ما يتجوز فيه من الدلسة على الجاهل به، ومن الفاجر الذي لا يتحرج. وقال: كل شيء لا يجوز بين الناس، فإنه ينبغي أن يقطع، ويعاقب^(١) صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه.

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن الرد بالعيب بعد القبض لا يبطل الصرف، وكذلك الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة موت العبد قبل أن يقبضه، وأما في الرد بخيار الشرط بعد القبض يرجع بالدنانير التي أعطاه بدل الألف درهم الثمن.

وفي كتاب الصرف: إذا اشترى ألف درهم بعينها بمائة دينار والدرهم بيض، فأراد مشتري الدراهم أن تبرع على بائه بالجودة وأبى بائه تبرعه فله ذلك.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وهو نظير ما ذكر في الجامع: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فأتاه بألف^(٢) جياذ، وأبى صاحب الدين أن يقبل ذلك، لا يجبر عليه، وإن أتى بجنس حقه وزيادة؛ لأنه تبرع فكان له ألا يقبل تبرعه وكذا هاهنا.

قال: وكذلك لو اشترى منه ضربًا من الدنانير وقال للبائع: أعطني دنانير غيرها لم يكن له ذلك وإن كان ما طلب دون حقه إلا أن يرضى الآخر.

وفي المنتقى: وللذي عليه السود [أن]^(٣) يؤدي بيضًا هو مثل السود أو أجود منه، ويجبر من له على القبول، وكذا من عليه البيض إذا أدى سودًا مثله يجبر على القبول عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

(١) ثبت في الحاشية: قطع الدرهم الزيف وعقوبة صاحبه.

(٢) زاد في ج: درهم.

(٣) سقط في ج.

قال هشام: سمعت محمداً - رحمه الله - يقول في رجل له ابن صغير قال: اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني هذا بعشرة دراهم، ثم مات الأب قبل أن يزن العشرة، فإنه يبطل الصرف بقيامه.

قال: وسمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول: رجل اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبضه على أن الدينار مثقال وحنة ثم افترقا، فوزن الدينار، فإذا هو ينقص حبة، وهو مثقال سواء، فإنه يرجع البائع بحصة الحبة من الدينار، أو يرد الدينار الناقص على البائع ويأخذ منه ديناراً بوزن مثقال وحنة ويكون البائع شريكه في الحبة الزائدة. وإن^(١) أقرض الرجل رجلاً ألف درهم، وأخذ بها كفيلاً، ثم إن الكفيل صالح الطالب على عشرة دنانير وقبضها، فهو جائز؛ لأن الكفيل قائم مقام الأصيل، والأصيل لو صالح عن الألف درهم على عشرة دنانير جاز إذا قبض الدنانير في المجلس، فكذا إذا صالح الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بالدراهم؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالصلح.

ولو ملك ما في ذمته بالأداء أو بالهبة رجع به على الأصيل، وكذا إذا ملكه بالصلح.

ولو أن الكفيل صالحه على مائة درهم، لم يرجع على الأصيل إلا بمائة درهم، وإنما كان كذلك؛ لأن الصلح في معنى إبراء الكفيل عما زاد على المائة.

فإن قيل: إذا كان^(٢) إبراء الكفيل عما زاد على التسعمائة، وإبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل كان يجب^(٣) أن يكون للطالب حق الرجوع على المكفول عنه بتسعمائة كما لو قبض من الكفيل مائة، وقال له: أبرأتك عن التسعمائة وليس ذلك بالإجماع.

(١) في ج: وإذا.

(٢) زاد في ج: هذا.

(٣) في أ: يوجب.

قلنا: البراءة عن التسعمائة إنما تثبت من حيث إن الصلح يجوز بدون الحق، بمعنى استيفاء البعض، والإبراء عن الباقي، فيجعل هذا كالمنصوص عليه كأنه قال: تجوزت بدون الحق، [وإنما يقع التجوز بدون الحق إذا برئ]^(١) الأصيل عما وراء المستوفى، فصرفنا الأمر^(٢) إليهما لهذه الضرورة.

وصار كأنه قال للكفيل وقت الصلح: استوفيت منك مائة وأبرأتك والأصيل عن تسعمائة، ولو نص على هذا كان لا يرجع الطالب على المكفول عنه بشيء كذا هاهنا بخلاف ما لو صالحه على عشرة دنانير؛ لأن هناك الكفيل ملك جميع ما في ذمته بالدنانير العشرة؛ لأن الدنانير العشرة تصلح بدلاً عن الألف درهم، فصار بمنزلة ما لو ملك ما في ذمته بالأداء، وهناك الكفيل يرجع على الأصيل بالألف، فكذا ما [في ذمته]^(٣) بالصلح، أما في مسألتنا فبخلافه.

هذا الذي ذكرنا إذا صالح الكفيل مع الطالب، فأما إذا صالح الكفيل مع الأصيل على عشرة دنانير، وذلك قبل أن يؤدي الكفيل شيئاً إلى الطالب، صح الصلح إذا قبض الكفيل الدنانير من الأصيل لما عرف أن الكفالة إذا كانت بأمر يوجب ديناً للكفيل على الأصيل، ولكن مؤجلاً إلى أن يؤدي، فإذا صالح الكفيل مع الأصيل فإنما صالح عن دين له مؤجل، والصلح عن الدين المؤجل صحيح بشرط قبض بدل الصلح في المجلس، ثم صلح الكفيل مع الأصيل لا يوجب سقوط مطالبة الطالب لا عن الكفيل ولا عن الأصيل، فيطالب الطالب إن شاء الأصيل، وإن شاء الكفيل، فإن طالب الكفيل وأخذ منه الألف لا يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأن الأصيل ملك ما كان للكفيل في ذمة الأصيل بالصلح، فيعتبر كما^(٤) لو ملكه بالأداء، ولو ملكه

(١) في أ: إذ.

(٢) في ج: الإبراء.

(٣) في ج: بدينه.

(٤) في ج: بما.

بالأداء بأن أدى الأصيل دين^(١) الكفيل قبل أداء الكفيل دين الطالب، ثم أخذ الطالب الدين من الكفيل لا يرجع الكفيل على الأصيل بشيء كذا هاهنا.

وإن طالب الأصيل وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع على الكفيل بالألف، إلا أن يشاء الكفيل أن يعطي الأصيل الدنانير التي أخذها منه؛ وهذا لأن الكفيل صار مستوفياً الدراهم من الأصيل بهذا الصلح؛ لأنه أخذ الدنانير بدلاً عن الدراهم، والبدل قائم مقام المبدل، فيعتبر بما لو صار مستوفياً الدراهم بجنسه بأن دفع الأصيل إلى الكفيل الألف درهم، وهناك الطالب إذا رجع على الأصيل وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع بما أدى على الكفيل؛ لأن الأصيل إنما أدى الألف درهم إلى الكفيل ليستفيد البراءة عن دين الطالب ولم يستفد، فكان له الرجوع بما أدى كذا هاهنا.

ثم قال: إلا أن يشاء الكفيل أن يعطي الأصيل الدنانير التي أخذها منه، معناه: إذا قال الكفيل للأصيل حين أراد الأصيل أن يرجع عليه بالألف درهم: أنا أعطيك الدنانير التي أخذتها منك، ولا أعطيك الألف درهم فللكفيل ذلك؛ لأن الكفيل يقول للأصيل: أنا أخذت منك الدراهم بطريق الصلح.

ومبنى الصلح على الإغماض والتجاوز بدون الحق، وإنما رضيت أنا بالتجاوز بدون حق بشرط أن أكون أنا المباشر لقضاء دين الطالب لعلمي أن الطالب يرضى عني بدون الحق، فإذا باشرت أنت وأردت الرجوع إلي^(٢) بجميع الألف فقد فات غرضي من هذا الصلح، فلا أَرْضِي به وهذا يصلح حجة للكفيل، فلهذا كان له الخيار بين أن يعطي الألف درهم، وبين أن يعطيه العشرة الدنانير. والله أعلم.

* * *

(١) في ج: دون.

(٢) في ج: علي.

كتاب المداينات

عن نفسه، أو عن غيره، والأمر به والقرض والاستقراض

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الأول: فيما يجري بين الدائن والمدين

من عليه الدين^(١) المؤجل إذا قضى المال قبل حل أجله، ثم استحق المقبوض من يد الطالب، عاد المال مؤجلاً؛ لأن الأجل ما يسقط هاهنا مقصوداً، إنما يسقط حكماً للقضاء من قبل من له الأجل.

والأصل أن الأجل إذا سقط للسبب ثم انفسخ الصلح.

وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله - : رجل له على رجل ألف درهم حالة فقال له رب الدين: إن دفعت إلي غداً خمسمائة، فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عندك سنة، وإذا^(٢) لم تدفع غداً خمسمائة فالألف عليك على حالها، فهذا جائز.

(١) الدين لغة: هو ما له أجل، جاء في القاموس: أن الدين ما له أجل، وجمعه: أدين، وديون، ورجل مدين، ومديون، ومدان: عليه دين أو أكثر. وفي لسان العرب: الدين في اللغة: كل شيء غير حاضر، والدائن يطلق على آخذ الدين وعلى المعطي له، والأكثر استعماله في الثاني، والمدين والمديون: من عليه الدين، وقيل: المديون: كثير الدين، وهي لغة بني تميم، والحجازيون لا يقولون: مديوناً، وإنما يقولون: مدينًا. ينظر: القاموس المحيط (٢٦/٤)، لسان العرب (٢٤/١٧)، محيط المحيط (٧٠٢/١).

وعرفه الكمال ابن الهمام: بأنه اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن شيء آخر، كبديل المتلف، والقرض، والمبيع، وغير ذلك، وعرفه ابن نجيم بأنه: لزوم حق في الذمة. وعرفه صاحب شرح منح الجليل بأنه: الشيء الموصوف المتعلق بالذمة. وعند الشافعية: ما ثبت في الذمة بأي سبب من الأسباب، وهو عام يشمل جميع الحقوق المتعلقة بالذمة، سواء كانت مالية، أو غير مالية.

وعرفه صاحب كشف القناع بأنه: الشيء الموصوف في الذمة إلى أجل. ينظر: فتح القدير (٤٣١/٥)، شرح منح الجليل (٢٦/٣)، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٥٦)، كشف القناع (٢٨٩/٣)، المغني، لابن قدامة (٣١٢/٤)، فتح الغفار شرح المنار (٢٠/٣).

(٢) في ج: وإن.

لو أن جماعة جاءوا إلى رجل فاستقرضوا منه دراهم، وأمروا المقرض أن يدفع إلى واحد منهم فدفع، لا يلزم المدفوع إليه إلا حصته، وهذا لأن المدفوع إليه وكيل من جهة شركائه بقبض أنصبتهم، وقبض الوكيل ينصرف^(١) إلى الموكل فكأنهم قبضوا بأنفسهم، وهناك كان الجواب كما قلنا.

في مجموع النوازل: مسلم باع خمراً وقضى بثمانه ديناً عليه لمسلم، لا يحل للمطالب أن يأخذه.

وإن كان الدين على نصراني فباع خمراً وقضى بثمانها^(٢) ديناً عليه لمسلم، جاز للمطالب أن يأخذه؛ لأن بيع الخمر من المسلم لا يصح، ولا يصير الثمن مملوكاً للبائع، بل يبقى على ملك المشتري، والبائع يدفع مال الغير إلى رب دينه قضاء عن دينه، فلا يحل لرب الدين أخذه، أما بيع الخمر من النصراني صحيح فصار الثمن مملوكاً له، فإنما قضى البائع دين نفسه بمال نفسه فيحل لرب الدين أن يأخذ ذلك. في القدوري: في كتاب الحظر والإباحة: رجل له على رجل آخر دراهم جياذ بقضاء دائنيه فقال: أنفقها فإن لم ترج لك فردها علي، ففعل فلم ترج له، فله أن يردها استحساناً.

قال عقيب ذكر جواب هذه المسألة: كذا قاله أبو يوسف، فيحتمل أن هذا قوله خاصة، كما قال فيمن كان له على آخر دراهم جياذ فاقترض منه زيوفاً، ولم يعلم بذلك حتى أنفقها، أنه يرد عليه مثل زيوفه فيرجع بمثل جياذه.

وعن محمد - رحمه الله - مثل ذلك، ويحتمل أن يكون هذا قول الكل. فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى عينا فوجده معيباً وأراد رده، فقال له البائع: بعه فإن لم يشتر رده علي، فعرضه على البيع فلم يشتر منه، ليس له أن يرده. والفرق: أن المقبوض من الدراهم ليس له عين حق القابض، بل هو جنس حقه

(١) في ج: ينتقل.

(٢) في أ: بثمانها.

أو^(١) تجوز بها خاصة وصار عين حقه، فإذا لم يتجاوز بقيت على ملك الدافع فصح أمر الدافع القابض بالتصرف فيه، وكان عرض القابض تصرفاً^(٢) منه في ملك الغير بإذن المالك.

ومن كان له على آخر دين، فتصرف في ملك المدينون بأمره، لا يسقط دينه إلا أنه إذا راج له تلك الدراهم، فإنما يسقط دينه؛ لأن في الابتداء تصرف للدافع، وفي الانتهاء لنفسه وكأن البائع وكله بأن يبيع دراهمه لأجل الدفع، وما يحصل له بها يقتضيه بدينه، وذلك صحيح.

أما مشتري العين فمالك للعين وإن كان معيناً إلا أن له حق الرد بالعيب، فلا يمكن أن يجعل قول البائع بعد إذنًا منه بالتصرف للبائع، فكان عرض المشتري المبيع على البيع تصرفاً^(٣) منه في المبيع لنفسه، وذلك يوجب سقوط خياره، ولو لم يسقط خياره إنما لا يسقط بقول البائع وإن لم يشتر رده عليه، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل هذا منه وعدا بالقبول لو رده، إلا أن المواعيد لا يتعلق بها للزوم؛ ولأن هذا شرط يخالف حكم الشرع^(٤) فيبطل، كما لو شرط المرتهن على الراهن لا يكون الرهن مضموناً، كما لو شرط البائع على المشتري ألا يفسخ العقد بهلاك المبيع.

إذا قبض الدراهم من مديونه اقتضاءً للدين وأنفقها ثم ردت عليه بعيب الزيادة، فإن كان حين أنفقها يعلم أنها زائفة، فله أن يردها سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء. فرق بين هذا وبين البيع إذا قبله البائع بغير قضاء، فإن هناك لا يكون للبائع أن يرده على بائعه.

والفرق: أن هناك الرد إذا كان بغير قضاء جعل عقداً جديداً في حق الثالث، وهو

(١) في ج: و.

(٢) في أ: قصرنا.

(٣) في أ: قصرنا.

(٤) ثبت في حاشية ج: الشرط المخالف للشرع.

البائع^(١)، أما هاهنا لا يمكن أن يجعل بيعًا جديدًا؛ لأنه لم يملكه^(٢) الرد على ما قدمناه^(٣).

قال أبو يوسف - رحمه الله - : من أقرض كر حنطة عفن وقبض المستقرض فاستهلكها ثم قضاه كر حنطة جيدة، فإن قال له الطالب: لي عليك حنطة جيدة وصدقه المطلوب وقضاه، ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفنا، فللمستقرض أن يرجع فيها قضاء ويعطيه كرًا عفنا مثل القرض.

وإن لم يكن الطالب قال له: كري جيد، لكن المستقرض قضى جيدًا من غير شرط جاز، وليس له أن يرجع.

قال ثمة: ويحتمل أن يكون جواب الوجه الأول قول أبي يوسف - رحمه الله - خاصة على ما قدمنا في دعوى الواقعات.

عن محمد - رحمه الله - من قال لآخر: لي عليك ألف درهم فقال الآخر - إن حلفت^(٤) أنها لك علي أديتها إليك، فحلف فأداها إليه المدعى عليه - إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرط، فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى؛ لأن ذلك المشروط باطل^(٥)؛ لأنه على خلاف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي.

في النوازل: استقرض دراهم بخارية ببخارى، واشترى ساجة بدرهم بخارية فالتقيا في بلدة^(٦) لا يقدر فيها على البخارية يؤجل قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا ويستوثق منه؛ لأنه ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، ويستوثق منه نظرًا للطالب.

(١) زاد في ج: هو الأول.

(٢) ثبت في حاشية ج: قضاه أجود.

(٣) في ج: قدمنا.

(٤) ثبت في حاشية ج: إن حلفت أديتها.

(٥) ثبت في حاشية ج: دفع شيئًا على شرط فاسد.

(٦) ثبت في حاشية ج: التقيا في بلد غير بلد الدراهم.

من عليه قفيز حنطة لآخر إذا قال له: ليس عندي فبعني تلك الحنطة^(١) فباعها منه فاشتراها من عليه، فالبيع فاسد وإن أراد صحته ينبغي أن يشتري المقرض ثوبا بتلك الحنطة ويقبضه منه ثم يبيعه منه بالدرهم؛ لأن الحنطة في الذمة تصلح ثمنًا، ولا تصلح مبيعًا إلا بطريق السلم.

وما ذكر من الجواب من^(٢) أصل المسألة على الإطلاق خلاف رواية الجامع؛ فقد ذكر في الجامع: أن من كان له على آخر طعام فاشترى ذلك الطعام بدرهم معلومة ونقد الدرهم في مجلس الشراء أنه يجوز الشراء.

من عليه دين إذا حمل حنطة وألقاها في بيت الدائن، فقال له الدائن: كلها حتى ننظر كم هي، فكالها ولم يجر بينهما بيع، فإن لم يكن جرى بينهما بيع مقابلة متقدمة تواضعا فيها على شيء مقدر بكل قفيز، فلا بيع بينهما.

أعطى المدينون دينه إلى الدائن حيث أخذ اللصوص^(٣) الطريق يأخذون أموال المسافرين، فأراد الدائن ألا يأخذ منه، ليس له ذلك؛ لأن المدينون حيثما قدر على الأداء، فله أن يؤدي، كذا ذكر [إبراهيم عن أبي يوسف]^(٤) - رحمه الله - .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : عندي أن اللصوص إذا استولوا عليهم فله أن يمتنع من القبض؛ لأن المال صار في أيدي اللصوص؛ ألا ترى أن الكفيل بالنفس إذا سلم في مفازة أو في موضع لا يقدر المكفول له على استيفاء حقه منه، لم يصح تسليمه حتى كان للمالك ألا يقبل، وإذا لم يقبل لا يبرأ الغاصب عن الضمان. ويقول الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يفتى .

في رهن المنتقى: رجل له على رجل عشرون درهمًا، فدفع من عليه إلى من له

(١) ثبت في حاشية ج: اشترى حنطة في ذمته .

(٢) في ج: في .

(٣) ثبت في حاشية ج: أعطاه دينه عند اللص .

(٤) في ج: عن إبراهيم بن يوسف .

مائة درهم وقال: خذ منها عشرين لحقك^(١)، فضاعت قبل أن يأخذها فإنها من مال الدافع.

وفيه أيضاً: رجل له على رجل دينار، فدفع من عليه إلى من له دينارين، وقال: خذ أحدهما قضاء لك، فضاعا قبل أن يأخذ أحدهما بدينه، فدينه على حاله، وهو مؤتمن فيهما.

ولو قال: أحدهما قضاء لك، كان قابضاً له بدينه. والله سبحانه أعلم.



(١) ثبت في حاشية ج: دفع له أكثر من حقه وقال له: خذ منها.

الفصل الثاني

في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المديون أحد الورثة^(١) إذا قضى دين التركة من مال نفسه، ثم هلكت التركة قبل أن يرجع فيها، ثم ورثوا من ميت آخر لا يكون للذي قضى دين الميت الأول أن يرجع في تركة الميت الثاني؛ لأن القاضي إنما قضى الدين من خالص ماله ليصير ذلك دينا في مال الميت الأول لا في مال الميت الثاني، كتبت في شرح السير في باب السرية تؤمن حصناً ثم تلحقها سرية أخرى.

في وصايا المنتقى: رجل مات وعليه ديون وترك ابنا وقد كان اشترى عبدا في حياته ولم يقبضه ولم ينقد الثمن، فقضى ابن البائع الثمن وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص.

روى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - قال: وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به.

وصورة مسألة الرهن: رجل مات وعليه ديون وبعض الدين رهن، فقضى بعض الورثة^(٢) دين الغريم الذي بدينه رهن وافتك الرهن، فإنه يكون بينه وبين الغرماء، ولا يكون الوارث الذي قضى الدين أولى من بقية الغرماء.

من قضى دين غيره بأمره أو بغير أمره يخرج المقضي به عن ملك القاضي إلى ملك المقضي له من غير أن يدخل في ملك المقضي عنه؛ ألا ترى أن قضاء القاضي^(٣) عن الميت صحيح، مع أن الميت ليس من أهل الملك ابتداء.

ومن قضى دين غيره بسبب، فعند ارتفاع ذلك السبب^(٤) يعود المقضي به إلى ملك القاضي إن قضاه بغير أمر المقضي عنه، وإن قضاه بأمر المقضي عنه يعود إلى

(١) ثبت في حاشية ج: قضى الوارث الدين من ماله.

(٢) ثبت في حاشية ج: دفع الوارث الثمن وقضى المبيع وعليه ديون.

(٣) ثبت في حاشية ج: قضى الوارث دينا به رهن وأخذه.

(٤) ثبت في حاشية ج: قضاء دين غيره لسبب ثم ارتفع السبب.

ملك المقضي عنه؛ لأن الأصل عند ارتفاع السبب أن يعود المقضي به إلى ملك القاضي؛ إلا أن القضاء إذا كان بأمر المقضي عنه، فالقاضي استحق البدل عليه. فلو قلنا: بأنه يعود إلى ملك القاضي بعد ارتفاع السبب بجميع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وإنه لا يجوز، هذا المعنى معدوم فيما إذا قضى بغير أمره؛ لأن القاضي في هذه الصورة لا يستحق البدل على المقضي عنه فيرد إلى الأصل. وعن هذا قلنا: إن من قضى الثمن عن المشتري بأمر المشتري ثم انفسخ البيع، يعود الثمن إلى ملك [القاضي، ولو كان قضى عن ملك المشتري بأمر المشتري ثم انفسخ البيع يعود الثمن إلى ملك] ^(١) المشتري.

وإذا مات الرجل وعليه ديون ^(٢) كثيرة، فجاء رجل عند القاضي وأقر أن للميت عليه كذا وكذا من الدراهم أو الدينانير، فأمر القاضي المقر بأداء ما عليه إلى غريم الميت، صح أمره. فإذا دفع برئ عن دين الميت؛ لأن للقاضي ولاية قضاء الدين عن الميت، فلما أمره بما هو داخل تحت ولايته فصح الأمر وصح الدفع بناء عليه. ولو أن هذا الغريم قضى دين الميت بما عليه بغير أمر القاضي، حكي فتوى شيخ الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن القضاء صحيح وسقط عنه ديون الميت. وفي آخر كفالة الجامع في شرح شيخ الإسلام: مديون الميت إذا قضى دين الميت إلى غريم له على الميت دين كان ذلك مملوكاً لغريم الميت الذي له على الميت دين.

وفي الفتاوى: إذا مات الرجل وعليه دين ألف درهم وله مكاتب مكاتبته ألف درهم، فأدى المكاتب مكاتبته إلى غريم المولى قضاء مما له على مولاه بغير أمر الوصي، جاز استحساناً.

قال: وهو بمنزلة ما لو كان للميت وديعة عند إنسان ألف درهم، وعلى الميت

(١) سقط في أ.

(٢) ثبت في حاشية ج: أمر القاضي مديون الميت بقضاء ديونه.

لرجل دين ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى غريم الميت وقال: هذه الألف مال فلان الميت عندي أديت إليه قضاء عن دينك عليه، جاز.

وفي الفتاوى أيضًا: رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وعلى المودع لرجل ألف درهم دين، فدفع المودع الوديعة إلى غريم المودع، فللمودع الخيار إن شاء أجاز القضاء، ولا شيء له على المودع، وإن شاء ضمن المودع فيأخذ منه ألف ويسلم المؤدى لرب الدين؛ لأن المودع ملك الوديعة بأداء الضمان شائعًا على الدفع إلى الغريم وتبين أنه قضى دين الغير من ماله بغير أمره فيكون متبرعًا.

وأشار محمد - رحمه الله - في كفالة الأصل: إلى أن المودع ضامن الوديعة إلى غريم صاحب الوديعة.

وصورة ما ذكر في كتاب الكفالة: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وقال له: اقض بهذا ما وجب لفلان علي من الدين، فلا يدفعها إلا بمحضر من فلان، فدفعتها إليه بغير محضر من فلان فدفعتها إليه، كان ضامنًا.

ألا ترى أن محمدًا - رحمه الله - ضمن الوكيل الدراهم مع أن الدراهم أمانة في يده وقد دفعها إلى غريم صاحب الأمانة. والله أعلم.



الفصل الثالث

في المديون يدفع المال إلى رجل وأمره أن يقضي به دينه

ذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - : رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده أو باعه بها ثوباً، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم فجعلها قصاصاً، فهذا كله جائز .

قال هشام: يعني لا يكون متطوعاً فيما أدى .

فإن دفع إليه غلاماً فقال: بعه وأعط فلاناً ثمننا قضاء له مما له عليّ، فأعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء مما له على رب الغلام، فهذا متطوع .
فهذا إذا دفع المولى إلى رجل مالا ليقضي دينه، وقال للمدفع عليه: ادفع هذا إلى رب ديني فلان قضاء مما له عليّ، وخذ الصك، فدفع إليه ولم يأخذ الصك، لا يضمن .

ولو قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك .

وعلى هذا: المشتري إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع البائع وذكر أخذ الصك، فهو على ما ذكرنا من الوجهين .
ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان، فدفع بغير محضر منه، ذكر في الأصل: أنه ضامن .

قيل: هذا إذا كان الرجل رفيع القدر يحتشم الناس مخالفته، فأما إذا كان وضيع القدر لا يحتشم الناس مخالفته، ولا ضمان؛ لأن الأمر شرط شرطاً لا يفيد .

وفي الفتاوى: سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن المديون إذا بعث بالدين على يدي رجل فجاء به إلى الطالب وأخبره بذلك ورضي به وقال للذي جاء بالمال: اشتر بها شيئاً، فذهب فاشترى ببعضه شيئاً وهلك الباقي .

قال: قد قيل: إنه يهلك من مال المطلوب .

وقيل: إنه يهلك من مال الطالب .

قال - رحمه الله - : وهو الصحيح . وعلل فقال : لأنه مأمور^(١) بشراء شيء وكأنه قبضه ، والصحيح من العلة أن يقال : إن الرضا يقتضيه في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء ، وهذه العلة تشير إلى أن الإجارة تلحق بالأفعال ، وهو الصحيح . والله أعلم .

* * *

(١) في ج : لما أمر .

الفصل الرابع

إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه ذكر في وكالة الممتقى برواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل له على رجل مال، فجاء رجل للمديون وقال: ادفع ما لفلان عليك من الدين إليّ فإنه سيجيز قبضي وما وكلني بقبضه، فدفعت إليه ما لفلان عليه، ثم أجاز الذي له المال ذلك، فإن كان المال قائماً في يدي القابض جاز إجازته، وإن كان المال ضاع من يد القابض، ثم أجاز رب الدين قبضه، لا تعمل إجازته، وإن كان المال قائماً في يد القابض فقال الطالب: أجزت قبضه، وقال المطلوب: لا أجز ذلك، ونهى المدفوع إليه عن الدين إلى الطالب، ليس للمطلوب ذلك، والقبض جائز.

وفيه أيضاً: رجل له على رجل ألف درهم، فأتاه رجل وقال: أقبضني ما لفلان عليك فإنه سيجيز قبضي وما وكلني به، فدفعت الغريم الألف لفلان عليه مع علمه أنه ليس بوكيل في القبض.

المال في يد المدفوع إليه بمنزلة الوديعة من الدافع، إن أراد قبضه منه قبل أن يقدم الغائب فله ذلك، وإن ضاع من يد المدفوع كان من مال الدافع، ولم يكن على القابض في ذلك ضمان.

وكتب في شرح الزيادات فيمن قال لغيره: لفلان عليّ كذا وكذا من المال فاقبضه لعل هو يجيز قبضك، فقبضه منه، ثم أراد الدافع استرداد ذلك منه، ليس له ذلك. قال في الممتقى: إن قدم الطالب قبل أن يضيع المال من يد القابض فأجاز الطالب القبض، فالمال ساعة أجاز الطالب القبض يصير للطالب إن ضاع بعد الإجازة كان من الطالب ولا يحتاج القابض إلى أن يقبض المال للطالب بعد إجازته ذلك قبضاً جديداً، وصار كأنه كان وكيلاً يوم قبض المال للطالب.

وهذا نظير رجل باع عبد رجل من رجل بغير أمر مولى العبد، وقال للمشتري: اشتر مني عبد فلان بكذا، وإنه لم يوكلني ببيعه، ولكني أرجو أن يجيز ذلك، فاشتره

المشتري على ذلك ودفع إليه الثمن، فقبضه البائع ووضعه عنده، ثم أجاز مولى العبد البيع، فهو جائز، ويصير ذلك الثمن لمولى العبد ساعة أجاز البيع، ولو ضاع الثمن في يد البائع قبل أن يجيز مولاه البيع، فلا ضمان فيه للمشتري على البائع قبل أن يجيز مولاه؛ لأن الثمن كان عنده بمنزلة الوديعة للمشتري، فإن أجاز مولاه البيع بعد ذلك لم يجز، ولا يكون له أن يرجع على المشتري بثمن، ولا يكون له أن يضمن البائع. والله أعلم.



الفصل الخامس

في المديون إذا أمر غيره أن يقضي دينه ، ثم إن المديون قضى الدين لنفسه في كتاب الأفضية : رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : في رجل أمر رجلاً أن يدفع إلى فلان ألفاً عليه ، ثم قضى الأمر الطالب ماله ، فدفع المأمور الألف بعد ذلك إلى الطالب ، فإن الدافع يرجع بما دفع إلى القابض ، ولا يرجع به على الأمر ، فقد أثبت القول بدفع الموكل حتى لم يثبت له حق الرجوع على الأمر ، ولم يشترط على المأمور بدفع الأمر .

وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة وشرط العلم بدفع الأمر بصيرورة المأمور معزولاً .

وجه ما ذكر في الأفضية : أن هذا عزل حكمي وليس بقصدي ؛ لأنه ما صرح بعزله ، إنما يصرفه الأداء ، والأداء تصرف في المؤدى ، وليس بتصرف في الوكيل إلا أن الوكيل ينزل ضرورة فوات المأمور به ، فإن المأمور به إسقاط الدين عن ذمته بالدفع ، ولا يتصور ذلك بعدما سقط الدين على المأمور ، فهو معنى قولنا : إن هذا عزل حكمي ، ولا يتوقف على العلم .

وجه ما ذكر في كتاب الوكالة : أن عزل المأمور لم يثبت بدفع الأمر ؛ لأنه لا وجه له من طريق الحكم ، ولكنه منع له عن الدفع لعدم الفائدة .

بيانه : أن طريق قضاء الدين أن يصير المؤدى مضموناً على رب الدين ، ولرب الدين على المديون بمثله فيلتقيان قصاصاً ، ويتصور وجود قبض المديون المضمون بعد دفع الموكل ، فكان كالمأمور وهو جعل المقبوض مضموناً على القابض متصوراً فلم يكن من ضرورة عزله ، ولكن منعه عن الدفع ؛ لأن الأمر بالدفع يفيد إلى حين فراغ ذمته دلالة ، وقد فرغت ذمته عن الدين بالدفع ، فكان هذا بمنزلة العزل القصدي فيتوقف على العلم .

قال في الأفضية : فإن أقام بينة - يعني : المأمور - على أنه قضاها بعد الأمر قبل أداء الأمر ، فللدافع أن يرجع بماله إن شاء على القابض ، وإن شاء على الأمر ، والله أعلم .

الفصل السادس

في المأمور بقضاء الدين إذا قال: وقبضت، وصدقه الأمر في ذلك
وكذبه رب الدين

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا أمر الرجل غيره أن يقضي دينه عنه، فقال المأمور بعد ذلك الأمر: فقبضت وأرجع بذلك عليك. وصدقه المديون، وقال رب الدين: ما قبضت شيئاً. فالقول قول رب الدين مع يمينه؛ لإنكاره القبض حتى كان له أن يرجع على المديون بدينه، ولا يرجع المأمور على الأمر بشيء وإن صدقه في القضاء؛ لأن القضاء لم يثبت، كما حكمنا برجوع رب الدين على المديون، فإن جحد الأمر القضاء، وأقام المأمور بينة على القضاء ورب الدين غائب، قبلت بينته وقضي على المأمور بالمال؛ لأنه يدعي لنفسه حقا على الأمر فيكون خصماً في إثبات سببه، والأمر منكر بحقه فيكون خصماً^(١) في إنكار سببه ويكون ذلك قضاء على^(٢) الغائب بالقبض، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن الحاضر انتصب خصماً عنه فيعدل القضاء إليه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع عقيب ذكر هذه المسألة: وكذلك الكفيل على هذا - يريد به: إذا كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه في ذلك، وكذبه صاحب المال وحلف وأخذ ماله من المكفول عنه، لم يرجع الكفيل عن المكفول عنه لما قلنا.

ولو أن الأمر جحد القضاء أيضاً، فأقام المأمور بينة أنه قد قضى صاحب المال، رجع المأمور على الأمر؛ لأن الثابت من القضاء بالبينة كالثابت عياناً، وتقبل هذه البينة على الطالب أيضاً، وإن كان الطالب غائباً إذا كان الأمر حاضراً ويتنصب الحاضر خصماً عن الغائب، والله أعلم.

(١) في ج: سبباً.

(٢) في ج: عن.

ومما يتصل بهذا الفصل :

ذكر في كتاب الأفضية : رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم، وأن فلاناً أمر هذا أن يدفعها إليّ من هذه الألف الوديعة التي له عندي، وجحد المودع الأمر بذلك، فأقام المدعي بينة على الألف الوديعة والأمر بالدفع إليه وقضى القاضي عليه، يكون ذلك قضاء على الغائب ويتصب الحاضر خصماً عن الغائب، والله أعلم.



الفصل السابع

في الرجل يأمر غيره بدفع المال إلى غيره فيرجع المأمور بذلك على الأمر
أو لا يرجع

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا قال الرجل لغيره: انقد فلاناً عني ألف درهم، أو قال: اقض، أو قال: ادفع، أو قال: أعط، وذكر (عني) في هذه الألفاظ فهذا كله من الأمر إقرار بالدين، وإذا فعل المأمور ذلك، فإن له أن يرجع على الأمر بما دفع، وكذلك إذا لم يقل: (عني) ولكن قال: الألف التي له علي، كان إقراراً من الأمر، ويرجع المأمور بما أدى على الأمر، وإن لم يشترط الرجوع والضمان. فرق بين هذا وبين ما إذا قال لآخر: أدّ عني زكاة مالي، أو أطعم عني عشرة مساكين عن كفارتي، أو قال: تصدق عني بعشرة دراهم على المساكين، أو قال: هب فلاناً عني ألف درهم، ففعل ذلك، لا يرجع المأمور على الأمر إلا أن يشترط الضمان.

والوجه في ذلك: أن الأمر طلب التملك من المأمور في الوجوه كلها بما أمره أن يقضي عنه ويؤدي عنه؛ لأنه لا يكون قاضياً عن الأمر إلا وأن يكون المقضي به ملكاً للأمر، إلا أن الملك للأمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض؛ لأن الأمر بالتمليك من الأمر إنما يثبت في ضمن الأمر بالتمليك من القابض عنه، فينظر إلى ملك القابض حتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل، حتى لو ظهر ألا دين عليه يسترد ذلك إلى القرض.

وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتى إذا ظهر ألا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض، فيثبت للقابض مثل ذلك. فإذا ثبت الملك للأمر في الموضوعين جميعاً ثبت مثل ما ثبت للقابض.

ثم إن محمداً - رحمه الله عليه - يسوي^(١) في فصل الدين بين قوله: اقض فلاناً

(١) في ج: سوى.

عني، وبين قوله: أعط فلاناً عني. نظير الجواب في قوله: هب فلاناً عني حتى لا يكون للمأمور حق الرجوع على الأمر إلا بالشرط؛ لأن الهبة والعطية سواء. والجواب: أن الهبة لا تستعمل في قضاء الدين، لا يقال: وهب فلاناً دينه إذا قضاها، وإنما يستعمل للتمليك بغير بدل، أما لفظة (الإعطاء) كما تستعمل في التمليك بغير بدل تستعمل ببدل، وهو قضاء الدين، يقال: فلان أعطى فلاناً دينه إذا قضاها، فإن كان المراد قضاء الدين، لا يزول ملك المأمور عن المدفوع بغير بدل، وإن كان المراد العطية يزول ملك المأمور عن المدفوع بغير بدل، ولا يزول ملكه عن المدفوع بغير بدل، بالشك والاحتمال.

ولو قال: انقده ألف درهم عني على أنني ضامن لها، أو: على أنني به كفيل، أو: على أنها لك علي، أو: إلي، أو: قبلي، أو عندي، كان هذا إقرارًا، وكان للمأمور أن يرجع بما قضى على الأمر، ويستوي في حق رجوع المأمور على الأمر أن يكون المأمور نقده الدراهم، ونقده بها مائة دينار أو باعه بها جارية أو غير ذلك؛ لأنه أوفاه^(١) ألف درهم بالمقاصة؛ لأن بالبيع يجب بالثمن للمأمور في ذمة الأمر، ثم المأمور يجعلها قصاصًا بالألف التي للطالب على الأمر بما لو ادعاه باليد. وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: إذا قال لغيره: اضمن لفلان الألف التي له علي، فضمنها له، ثم أداها.

قال زفر - رحمه الله - : متطوع ولا يرجع على الأمر بشيء، إلا أن يكون خليطًا له.

قال: وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يرجع بها على الأمر وإن لم يكن خليطًا له. ولو قال: عني. رجع بها عليه.

(١) في أ: أرفاه.

ولو قال: اقضه الألف التي له علي، فهذا مثل قوله: اضمن لي^(١).
ولو قال الأمر: ادفع فلاناً ألف درهم قضاء له. ولم يقل: عني.
أو قال: اقض فلاناً ألف درهم. ولم يقل: عني. ولا قال^(٢): على أي ضامن لها.

ولا قال: على أي كفيل لها. على أنها لك علي. فدفعها المأمور إلى فلان، فإن كان المأمور شريكاً للأمر، أو كان خليطاً له - وتفسير الخليط: أن يكون المأمور في السوق بينهما أخذ وإعطاء، وبينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله ببيع منه أو بقرض - فإنه يرجع على الأمر بالإجماع.
وكذلك إذا كان المأمور في عيال الأمر، فإنه يرجع على الأمر وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة فالمأمور لا يرجع على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - : يرجع.

ولو قال لغيره: أنفق علي، فأنفق، رجع على الأمر وإن لم يشترط الرجوع.
وذكر [شيخ الإسلام]^(٣) الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - في شرح كتاب الأقضية: أن في الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة وأشباه ذلك لا يوجب الرجوع إلا بالشروط. إلا رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - .
هكذا ذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع في باب متصل بأبواب القضاء.

وإذا دفع الرجل إلى رجل مالا وقال:جاهد به في سبيل الله، أو قال: حج به، أو قال: أنفق على نفسك مع عيالك. فهو قرض، إلا أن ينوي الصلة. في السير الكبير في باب الجنس.

(١) في ج: له.

(٢) في أ: قاله.

(٣) في ج: الشيخ.

وفي شرح السير: إذا دفع إلى رجل وقال: أنفقها على نفسك، أو^(١) عيالك، فهذا قرض.

أبو يوسف - رحمه الله - يقول: أما^(٢) قوله: اقض فلاناً، ادفع فلاناً ألف درهم قضاء، كلام محتمل: اقض عني، ويحتمل: اقض عن أجنبي، ويحتمل: اقض عنك إلا أنا لو جعلناه على قوله: (عني) صح هذا الأمر من كل وجه؛ لأنه يكون أمراً بدفع ملكه؛ لأن ما قضى به يصير مملوكاً للأمر أولاً، ثم يصير المأمور دافعا ملكه، والأمر [هذا]^(٣) بالتصرف في ملكه صحيح من كل وجه.

ومن حمل على قوله: (عنك) أو عن أجنبي، إن كان يصح هذا الأمر من حيث إنه أمره بما هو حسن ومعروف لا يصح من حيث إن الأمر يلاقي ملك الغير، ويجب تصحيح كلام العاقل ما أمكن يحمل على قوله: (عني) ولو كان صرح بقوله: (عني) أليس أنه يرجع عليه بما أدى؟ فكذا ههنا.

ولهما: أن هذا الكلام محتمل في نفسه، فإن كان المراد: اقض عنك، أو عن أجنبي، لا يثبت حق الرجوع، [ولا يثبت حق الرجوع]^(٤) بالشك. وما يقول فإنه يحمل على قوله: (عني) صح الأمر من كل وجه.

قلنا: قوله: (عني) ليس مذكورا، وغير المذكور إنما يجعل مذكورا إذا لم يكن للكلام صحة بدونه أصلاً، وههنا الكلام صحيح وإن كان المراد منه: عنك أو عن أجنبي من حيث إن هذا بما هو معروف وحسن، وليس كما لو كان شريكا له أو خليطا له أو كان في عياله؛ لأن الخلط سببه استعانة كل واحد منهما بصاحبه، والشركة كذلك، فإن المعتاد أن كل واحد منهما مستعين من صاحبه في قضاء الدين من مال الشركة حتى يحتسب من ماله، وكذلك المعتاد أن يستعين كل إنسان بمن

(١) زاد في ج: أو قال على.

(٢) في ج: أن.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في ج.

يقول في قضاء دينه من ماله، وإنما يصير مستعيناً إذا حمل على القضاء عنه، والأجير الخاص وهو الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة بمنزلة من في عياله.

ولو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم، لم يكن قضاء له وليس بخليط له ولا شريك له، فدفع لا شك أنه لا يرجع على الأمر في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - كما في المسألة الأولى.

إلا أن الفرق بين المسألتين على قولهما أن المسألة الأولى لا يكون للدافع استرداد ما دفع من القابض. وفي المسألة الثانية: له استرداد ما دفع من القابض؛ لأن في المسألة الأولى: الدفع حصل بطريق القضاء، والدفع متى حصل بطريق القضاء لا يكون للدافع ولاية الاسترداد، وفي المسألة الثانية: الدفع ما حصل بطريق القضاء؛ لأن الدفع حصل بحكم الأمر، والأمر تناول مجرد الدفع، والدفع قد يكون بحكم القضاء، فلا يكون للدافع حق الاسترداد وقد يكون بحكم الإيداع، والإيداع أدنى ما يحمل عليه فيكون له الاسترداد.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: يرجع على الأمر.

وبعضهم قالوا: لا يرجع على الأمر.

وبعضهم قالوا: يرجع على القابض، ولا يرجع على الأمر. والله أعلم.



الفصل الثامن

فيما يجري بين رب الدين وورثة المديون

غريم الميت إذا وهب الدين للوارث صح؛ لأنه وهب لمن عليه معنى، ولو ورد الوارث الهبة فقد قيل: عند أبي يوسف - رحمه الله - : تترد. وعن محمد - رحمه الله - : لا تترد.

وقيل: الخلاف فيما إذا وهب الدين للميت فرده الوارث، أما في هذه الصورة: يرتد بلا خلاف.

فإذا وهب غريم الميت الدين لورثته، فالهبة لهم كلهم. في أول وصايا المحيط. وإذا مات من عليه الدين وسأل وارثه صاحب الدين أن يؤجله المال فأجله، لا يجوز هذا التأجيل. هكذا ذكر الخصاص - رحمه الله - في كتاب الحيل.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر الخصاص قول محمد - رحمه الله - أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ينبغي أن يصح التأجيل، وردوا هذه المسألة إلى مسألة مذكورة في كفالة الأصل صورتها: غريم الميت إذا أبرأ الميت عن الدين فرده وارثه على قول محمد - رحمه الله - : لا يصح رده؛ لأن الدين ليس عليه.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : يصح رده؛ لأنه هو المطالب بالدين، فلما عمل رد الوارث عند أبي يوسف - رحمه الله - جعل كل الدين عليه، يجب أن يعمل تأجيل رب الدين عن الوارث، ويجعل كأن الدين على الوارث.

قالوا: والصحيح: أن ما ذكر الخصاص - رحمه الله - قول الكل؛ لأن الأجل ثبت صفة للدين، ولا دين على الوارث ولا يثبت الأجل في حقه، فبعد هذا إما أن يثبت الأجل للميت، أو يثبت الأجل في المال.

لا وجه إلى الأول؛ لأن الدين يسقط عن ذمة الميت بالموت، يوضحه أن الأجل الثابت لهذا الشخص يسقط بالموت، فكيف يثبت له الأجل ابتداء.

ولا وجه إلى الثاني؛ لأن المال عين، والأعيان لا تقبل التأجيل.

قال مولانا - رحمه الله - : عندي المسألة على الخلاف، والله أعلم.

الفصل التاسع في القرض^(١) والاستقراض

(١) القرض في اللغة: مصدر قَرَضَ الشيءَ يُقْرِضُهُ؛ إذا قَطَعَهُ. والقِرْضُ: اسم مصدر بمعنى الإقراض. يقال: قَرَضْتُ الشيءَ بالمقراض، والقِرْضُ: ما تعطيه الإنسان من مالك لثَقْضَاهُ، وكأنه شيء قد قطعته من مالك، ويقال: إن فلاناً وفلاناً يتقارضان الثناء، إذا أثنى كلُّ واحد منهما على صاحبه، وكان معنى هذا أن كل واحد منهما أقرض صاحبه ثناءً، كقرض المال. واصطلاحاً: عند الحنفية: ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه. وعند المالكية: دفع المال على وجه القربة لله تعالى لينتفع به آخذه ثم يرد له مثله أو عينه.

وعند الشافعية: الإقراض تملك الشيء على أن يرد بدله. وعند الحنابلة: دَفْعُ مالٍ إرفاقاً لمن ينتفع به ويردّ بدله. ينظر: حاشية ابن عابدين (١٦١/٥)، وحاشية العدوي (١٦١/٢)، وحاشيتنا قليوبي وعميرة (٣٢٠/٢)، وكشاف القناع (٣١٢/٣). والقرض: هو نقل ملكية محله من المقرض إلى المقترض، هل يتم بالعقد، أم يتوقف على القبض، أم لا يتحقق إلا بتصرف المقرض فيه أو استهلاكه...؟ على أربعة أقوال: أحدها: للحنفية في القول المعتمد، والشافعية في الأصح والحنابلة: وهو أن المقرض إنما يملك المال المقرض بالقبض. قال الشافعية: غير أن الملك في القرض غير تام لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ.

واستدلوا على ذلك:

أ- بأن مأخذ الاسم دليل عليه؛ لأن القرض في اللغة القطع، فدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم.

ب- وبأن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بيعاً وهبة وصدقة وسائر التصرفات، وإذا تصرف فيه نفذ تصرفه، ولا يتوقف على إجازة القرض، وتلك أمارات الملك، إذ لو لم يملكه لما جاز له التصرف فيه.

ج- وبأن القرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع، أما المعاوضة: فلأن المقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضاً عما استقرضه، وأما التبرع: فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال المقرض بسائر التصرفات، غير أن جانب التبرع في هذا العقد أرجح؛ لأن غايته وثمرته إنما هي بدل منافع المال المقرض للمقرض مجاناً؛ لأنه لا يقابله عوض في الحال، ولا يملكه من لا يملك التبرع، ولهذا كان حكمه كباقي التبرعات من هبات وصدقات، فتنتقل الملكية فيه بالقبض لا بمجرد العقد، ولا بالتصرف، ولا بالاستهلاك.

والثاني: للمالكية، وهو أن المقرض يملك القرض ملكاً تاماً بالعقد وإن لم يقبضه، ويصير مالاً من أمواله، ويقضى له به، وقد ذهب إلى هذا الشوكاني ورجحه، وحجته =

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز:

قال محمد - رحمه الله - : فكل شيء يكال أو يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب جاز استقراضه، والأصل فيه : أن ما كان من الأمثال يكون مضموناً على الغاصب والمستهلك بالمثل جاز استقراضه؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان، فما يكون من ذوات الأمثال نحو المكيالات والموزونات والعديدات المتقاربة يمكن اعتبار المماثلة المشروطة في القرض فيه، فيجوز استقراضه، وما لا يكون من ذوات الأمثال نحو الحيوان والآلئ والجواهر والأكارع والرؤوس لا يجوز استقراضه؛ لأن طريق معرفة

أ= أن التراضي هو المناط في نقل ملكية الأموال من بعض العباد إلى بعض .
والثالث: للشافعية في القول المقابل للأصح، وهو أن المقترض إنما يملك المال المقرض بالتصرف، فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه قبله، والمراد بالتصرف: كل عمل يزيل الملك، كالبيع والهبة والإعتاق والإتلاف ونحو ذلك قالوا: لأنه ليس بتبرع محض، إذ يجب فيه البدل، وليس على حقائق المعاوضات، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله .

والرابع: لأبي يوسف، وهو أن القرض لا يملك بالقبض ما لم يستهلك، وحقته أن الإقراض إعارة، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، إذ لو كان معاوضة للزم فيه، كما في سائر المعاوضات؛ ولأنه لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكاتب، وهؤلاء يملكون المعاوضات، فثبت بذلك أن الإقراض إعارة، فتبقى العين على حكم ملك المقرض قبل أن يستهلكها المقترض. ومن حيث وجبه: ذهب الفقهاء إلى أن المقترض تشغل ذمته ببذل القرض للمقرض بمجرد تملكه لمحل القرض، ويصير ملتزماً برد البدل إليه أما صفة البدل، ومكان رده، وزمانه .

ينظر: حاشية ابن عابدين (١٧٣/٤)، وبدائع الصنائع (٣٩٦/٧)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم (٢٠٤/٢)، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه (١٥٠/٢)، والشرح الكبير للرددير وحاشية الدسوقي عليه (٢٢٦/٣)، وحاشية الخرشبي (٢٣٢/٥)، والبهجة شرح التحفة (٢٨٨/٢)، وأسنى المطالب (١٤٣/٢)، وروضة الطالبين (٣٥/٤)، والمهذب (٣١٠/١)، ونهاية المحتاج (٢٢٦/٤)، وتحفة المحتاج (٤٨/٥)، وفتح العزيز (٣٩١/٩، ٣٩٢)، ومغني المحتاج (١٢٠/٢)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (٣٢٠)، وكشاف القناع (٣٠١/٣)، وشرح منتهى الإرادات (٢٢٥/٢)، والمبدع (٢٠٦/٤).

القيمة الحرز وبه لا تثبت المماثلة المعتبرة في القرض، وهي المماثلة من غير زيادة ولا نقصان كما لا يثبت به المماثلة المشروطة في الأموال الربوية، وكذا استقراض الثياب لا يجوز؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال حقيقة، وإنما صارت من ذوات الأمثال شرعاً في باب السلم حتى جاز السلم فيها بشرط مخصوص وهو الأجل، والأجل لا يثبت في القرض، فلم يكن من ذوات الأمثال ههنا لا حقيقة ولا شرعاً. وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا يجوز إقراض الخبز واستقراضه وزناً وعدداً.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في رواية مثل قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وعن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا بأس به وزناً. وقال ابن أبي مالك: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن استقراض الخبز مرة، قال: لا بأس به. قال: وعليه أفعال الناس جارية. قال ابن أبي مالك: وهذا قوله المعروف.

وذكر في بعض المواقع أن على قول محمد - رحمه الله - يجوز عدداً ولا يجوز وزناً.

وفي المنتقى: عن محمد - رحمه الله -: أنه جوز قرض الخبز بالعدد. قال: وبلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي - رحمه الله -. وقال محمد - رحمه الله -: الوزن في قرض الخبز من الدنانير، والوزن أحب. ويجوز استقراض الجوز كيلاً؛ لأنه يكال مرة ويعد أخرى، ولهذا جاز السلم فيه كيلاً، ويجوز استقراض الكاغدة عدداً؛ لأنه عددي متقارب. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: لا خير في قرض الحنطة والدقيق بالوزن وكذلك التمر وإن كان حيث يوزن. قال هشام - رحمه الله -: قلت لمحمد: التمر عندنا بالري يباع وزناً، فما تقول فيمن أقرضه بالوزن؟ قال: لا يصلح ذلك؛ لأن أصله كيلي.

وعن محمد - رحمه الله - أيضاً قال: إنه لا يجوز الحنطة أن تقرض وزناً، فإذا أخذه وأكله قبل مكياله فالقول قول المستقرض أنه كذا كذا قفيز.

وعن إبراهيم عن محمد - رحمه الله - في رجل أقرض رجلاً عشرة أرطال لحم الغنم، قال: غير جائز، وإنه مشكل؛ لأن اللحم من ذوات القيم على مذهبه، حتى إن من أتلف على إنسان لحماً غرم قيمته. ذكر في بيوع الجامع.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع: أن اللحم من ذوات الأمثال.

قال: وتأويل ما ذكر محمد - رحمه الله -: أنه يضمن بالقيمة أنه قال ذلك في موضع لا يوجد له مثل، فعلى ما ذكر هو - رحمه الله - يرتفع الإشكال.

وذكر بعض مشايخنا في شرح الجامع الصغير: أن اللحم من ذوات الأمثال يضمن بالمثل في ضمان العدوانات ويجري فيه الربا.

وإليه أشار الطحاوي - رحمه الله - في كتابه حيث قال: ما كان موزوناً فهو مثلي. ذكر صاحب الإيضاح أنه مضمون بالمثلي.

وفي غضب المتقى عن أبي حنيفة - رضي الله عنه -: أنه مضمون بالقيمة. وبعض مشايخنا قالوا: إن استقرض اللحم على الخلاف كالسلم.

وإذا اشترى شيئاً بلحم في الذمة، ذكر في الإجازات: أن اللحم يصلح أجرة، قولهما لا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.

وقيل: هو قول الكل.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا كانت الدراهم ثلثها فضة وثلثها صفر فاستقرض رجل منها عدداً وهي جارية بين الناس عدداً بغير وزن، فلا بأس به، وإن لم يجز بين الناس إلا وزناً لم يجز استقرضها إلا وزناً؛ لأن الصفر متى كان غالباً كانت العبرة للصفير؛ لكونه غالباً وتكون الفضة ساقطة الاعتبار لكونها معلومة، وكون الصفر موزوناً ما ثبت بالنص، وما لم يثبت كيله ووزنه بالنص، والعبرة في

ذلك لتعامل الناس، فمتى تعاملوا موزوناً فلا يجوز استقراضه إلا وزناً كالذهب والفضة، ومتى تعاملوا بنفسه عدداً فلا يجوز استقراضه إلا عدداً؛ فقد أسقط محمد - رحمه الله - اعتبار الفضة في القرض متى كانت معلومة، ولم يسقط في جواز البيع حتى قال: لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا على سبيل الاعتبار.

وإنما كان كذلك؛ لأن القرض أسرع جوازا من البيع؛ لأنه مبادلة صورة بيع حكماً؛ لأن رد المثل في القرض قائم مقام رد العين حكماً، ولهذا جاز استقراض الفضة، ولو كان صرفاً كان صرفاً بنسيئة وذلك لا يجوز فعلم أنه متبرع حكماً، والربا إنما يتحقق في البيع لا في التبرع، فاعتبر الفضة المعلومة في البيع دون القرض لضيق حال البيع وسعة حال التبرع ولتظهر مزية البيع على القرض.

فإن كانت الدراهم ثلثاها فضة وثلثها صفر، لا يجوز استقراضها إلا وزناً، وإن تعامل الناس التبايع بها عدداً؛ لأن الفضة إذا كانت غالبية بمنزلة ما لو كان الكل فضة لكنها زيف، ولو كان كذلك لا يجوز استقراضها إلا وزناً، وإن تعامل الناس التبايع بها عدداً كذلك ههنا.

وإن كان الدراهم نصفها فضة ونصفها صفراً لم يجز استقراضها إلا وزناً على كل حال؛ لأنه لم يسقط اعتبار واحد منهما؛ لأن إسقاط اعتبار واحد منهما إنما يكون حال كونه معلوماً ولم يوجد، فوجب اعتبارهما^(١) لم يجز الاستقراض في حق الفضة إلا وزناً، وإذا تركوا ذلك بطل الاستقراض في الفضة فبطل في الصفر ضرورة.



(١) في أ: اعتبارها.

نوع آخر: في بيان ما يكره من القراض وما لا يكره:

ذكر^(١) محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - :
أنه كان يكره كل قرض جر منفعة .

قال الكرخي - رحمه الله - : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد وذلك بأن
أقرضه غلة ليرد عليه صحاحاً أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطاً فأعطاه
المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به^(٢) .

(١) في ج: ذكره .

(٢) اختلف الفقهاء في بدل القرض الذي يلزم المقرض أدائه على ثلاثة أقوال:

أحدها: للمالكية، والشافعية في الأصح، وهو أن المقرض مخير في أن يرد مثل الذي
أقرضه إذا كان مثلياً؛ لأنه أقرب إلى حقه، وبين أن يرده بعينه إذا لم يتغير بزيادة أو نقصان،
وهو قول أبي يوسف من الحنفية. أما إذا كان قيمياً، فله أن يرده بعينه ما دامت العين على
حالتها لم تتغير، أو بمثله صورة، لما صح عن النبي ﷺ أنه «استسلف بكرا ورد رباعياً»،
وقال: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء»، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد
القرض قياساً على ما له مثل. قال الهيثمي: ومن لازم اعتبار المثل الصوري اعتبار ما
فيه من المعاني التي تزيد بها القيمة، فيرد ما يجمع تلك الصفات كلها، حتى لا يفوت
عليه شيء .

والثاني: وهو قول أبي حنيفة، ومحمد، وهو أن المقرض بمجرد تملكه للعين
المقرضة، فإنه يثبت في ذمته مثلاً لا عينها ولو كانت قائمة، حتى لو أراد المقرض أن
يأخذ محل القرض بعينه من المستقرض فليس له ذلك، وللمستقرض أن يعطيه غيره،
وأنه لو استقرض شيئاً من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات من الذهب أو
الفضة، فرخصت أسعارها أو غلت فعليه مثلاً، ولا عبرة برخصها وغلائها، وأنه إذا
تعذر على المقرض رد مثل ما أقرضه بأن استهلكها ثم انقطعت عن أيدي الناس، فعند
أبي حنيفة يجبر المقرض على الانتظار إلى أن يوجد مثلاً، ولا يصار إلى القيمة إلا إذا
تراضيا عليها. وذهب الصحابان إلى أنه يصار إلى القيمة؛ لأن مبنى قول الحنفية
بوجوب المثل مطلقاً دون القيمة هو عدم صحة القرض عندهم إلا في المثليات .

والثالث: للحنابلة، حيث فرقوا بين ما إذا كان محل القرض مثلياً مكيلاً أو موزوناً، وبين
ما إذا كان قيمياً لا ينضبط بالصفة كالجواهر ونحوها، وبين ما إذا كان سوى ذلك، وقالوا:
أ- إن كان محل القرض مثلياً من المكيلات أو الموزونات، فيلزم المقرض مثله، ولو
أراد رده بعينه فيجبر المقرض على قبوله ما لم تتغير عينه بعيب أو نقصان أو نحو ذلك، سواء
تغير سعره أو لا، لأنه رده على صفة حقه، فلزم قبوله كالسلم، ولو تغير حالها بنحو ما
ذكرنا، فإنه لا يلزمه قبول المردود لما فيه من الضرر عليه؛ لأنه دون حقه، ويجب على
المقرض أداء مثله. وفي الحالين إذا رد المقرض المثل وجب على المقرض قبوله،

سواء رخص سعره أو غلا أو بقي على حاله، وذلك لأن المثل يضمن في الغصب والإتلاف بمثله، فكذا هاهنا، فإن أعوز المثل - أي: تعذر - فعليه قيمته يوم إعوازه؛ لأنه يوم ثبوت القيمة في الذمة.

ب- وإن كان محل القرض غير مكيل ولا موزون، فيجب رد قيمته يوم القبض إن كان مما لا ينضبط بالصفة، كالجواهر ونحوها قولاً واحداً؛ لأن قيمتها تتغير بالزمن اليسير باعتبار قلة الراغب وكثرته. أما ما ينضبط بالصفة كالمذروع والمعدود والحيوان، فيجب رد قيمته يوم القرض لأنها تثبت في ذمته، وهو المذهب. وفي وجه آخر يجب رد المثل صورة؛ لأن النبي ﷺ: «استسلف من رجل بكرا فرد مثله».

ومذاهب الفقهاء في صفة بدل القرض، إنما هو من حيث المثل أو القيمة لمحل القرض، أما من حيث الجودة والرداءة في الوصف، أو الزيادة والنقصان في القدر، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وابن حبيب من المالكية، وغيرهم إلى أن المقترض لو قضى دائته ببديل خير منه في القدر أو الصفة، أو دونه، برضاها ما جاز ما دام أن ذلك جرى من غير شرط أو مواطأة، وذلك لما صح عن النبي ﷺ «أنه استسلف بكرا، فرد خيرا منه»، وقال: «إن خياركم أحسنكم قضاء»؛ ولأنه لم تجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء حقه، فحلت كما لو لم يكن قرض، بل إن الحنفية والشافعية نصوا على أنه يستحب في حق المقترض أن يرد أجود مما أخذ بغير شرط، وأنه لا يكره للمقرض أخذه. وذهب مالك إلى التفصيل في المسألة، فكره أن يزيد المقترض في الكم والعدد إلا في اليسير جدا، وقال: إنما الإحسان في القضاء أن يعطيه أجود عيئاً وأرفع صفة، وأما أن يزيده في الكيل أو الوزن أو العدد فلا، وهذا كله إذا كان من غير شرط حين السلف. وروي عن أحمد المنع من الزيادة والفضل في القرض مطلقاً، وعن أبي بن كعب، وابن عباس، وابن عمر - رضي الله عنهم - أن المقرض يأخذ مثل قرضه، ولا يأخذ فضلاً؛ لئلا يكون قرضاً جر منفعة. ونص الحنفية على أن المدين إذا قضى الدين أجود مما عليه، فلا يجبر رب الدين على القبول، كما لو دفع إليه أنقص مما عليه، وإن قبل جاز، كما لو أعطاه خلاف الجنس. قال في الفتاوى الهندية: وهو الصحيح.

ينظر: الفتاوى الهندية (٢٠٧/٣)، حاشية ابن عابدين (١٧٢/٤، ١٧٣)، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢٧٩/١)، وبدائع الصنائع (٣٩٥/٧)، والكافي لابن عبد البر، ص (٣٥٨)، والخرشي وحاشية العدوي عليه (٢٣٢/٥)، والقوانين الفقهية، ص (٢٩٣، ٢٩٤)، أسنى المطالب (١٤٣/٢، ١٤٤)، وتحفة المحتاج (٤٤/٥)، وروضة الطالبين (٣٥/٤، ٣٧)، نهاية المحتاج (٢٢٤/٤)، والمهذب (٣١١/١)، وشرح منتهى الإرادات (٢٢٦/٢)، وكشاف القناع (٣٠١/٣، ٣٠٢)، والمبدع (٤/٢٠٧، ٢٠٨)، والمغني (٤٣١/٦، ٤٣٢)، والإنصاف (١٢٩/٥).

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في القرض وجوب رد بدله في نفس البلد التي وقع فيها، وأن للمقرض المطالبة به فيها، ويلزم المقترض الوفاء به حيث قبضه، إذ هو المكان

الذي يجب التسليم فيه .
 قال الشوكاني: ووجهه أن المقرض محسن وما على المحسنين من سبيل، فلو كان عليه أن يتجشم مشقة لرد قرضه لكان ذلك منافيا لإحسانه . لكن لو بذله المقرض في مكان آخر، أو طالبه المقرض به في بلد أخرى، فإن كان مما لا حمل له ولا مؤنة كالدرهم والدنانير، فقد اتفق الفقهاء على أنه يلزم مقرضها أخذها بغير محل القرض، إذ لا كلفة في حملها ولا ضرر عليه . وأما ما له حمل ومؤنة كالمكيل والموزون . فقد اتفق الفقهاء على أن المقرض لا يلزم أخذه بغير محله، لما فيه من زيادة الكلفة، إلا إن رضي المقرض بأخذه جاز، والحكم كذلك عند الشافعية والحنابلة إذا كان المكان مخوفا . ولو التقى المقرض والمقترض في غير بلد القرض، وقيمة محل القرض في البلدتين مختلفة، فطلب المقرض أخذه منه، فذهب الشافعية، والحنابلة، ورواية عند الحنفية إلى أنه يلزم المقرض أداؤها، وتعتبر قيمة بلد القرض؛ لأنه محل التملك . وقال أبو يوسف: تكون القيمة يوم القرض . وقال محمد: يوم الخصومة .

والرواية الثانية عند الحنفية: يستوثق للمقرض من المطلوب بكفيل حتى يوفيه مثله حيث أقرضه . وقال ابن عبد البر من المالكية: لو لقي المقرض المقرض في غير البلد الذي أقرضه فيه فطالبه بالقضاء فيه لم يلزمه ذلك، ولزم أن يوكل من يقبضه منه في ذلك البلد الذي أقرضه فيه، ولو اصطلحا على القضاء في البلد الآخر كان ذلك جائزا إن كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلوله لم يلزم .

ينظر: رد المحتار (٤/١٧٤)، والفتاوى الهندية (٣/٢٠٤)، وحاشية ابن عابدين (٤/١٧٢، ١٧٣)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٣٥٨)، وشرح الخرخشي (٥/٢٣٢)، والتاج والإكليل (٤/٥٤٨)، وروضة الطالبين (٤/٣٦)، والبهجة شرح التحفة (٢/٢٨٨)، وأسنى المطالب (٢/١٤٣)، ونهاية المحتاج (٤/٢٢٤) وما بعدها، وتحفة المحتاج (٥/٤٦)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٢٨)، وكشاف القناع (٣/٣٠٦)، والاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، ص (١٣٢) .

اختلف الفقهاء في وقت رد البدل في القرض على قولين:
 أحدهما: للحنفية، والشافعية، والحنابلة، وهو أن بدل القرض يثبت حالا في ذمة المقرض، وعلى ذلك فللمقرض مطالبته به في الحال مطلقا، كسائر الديون الحالة؛ ولأن القرض سبب يوجب رد المثل في المثليات، فكان حالا، كالإتلاف، ويتفرع على هذا الأصل أنه لو أقرضه تفاريق، ثم طالبه بها جملة، فله ذلك؛ لأن الجميع حال، فأشبه ما لو باعه بيوعا متفرقة حالة الثمن، ثم طالبه بثمنها جملة .
 والثاني: للمالكية، وهو قول لابن القيم، وهو أن البدل لا يثبت حالا في ذمة المقرض، وعلى ذلك قالوا: لو اقترض مطلقا - من غير اشتراط أجل - فلا يلزمه رد البدل لمقرضه إن أراد الرجوع فيه، ويجبر المقرض على إبقائه عنده إلى قدر ما يرى في العادة أنه انتفع به .

واختلف الفقهاء في صحة اشتراط الأجل ولزومه في القرض على قولين:

أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والأوزاعي، وابن المنذر، وغيرهم، وهو أنه لا يلزم تأجيل القرض، وإن اشترط في العقد، وللمقرض أن يسترده قبل حلول الأجل؛ لأن الأجل في القروض باطلة، قال الإمام أحمد بن حنبل: لكن ينبغي للمقرض أن يفي بوعده. واستثنى الحنفية من أصلهم بعدم لزوم الأجل في القرض أربع مسائل: إذا كان مجحودا بأن صالح المقرض المقترض الجاحد للمقرض على مبلغ إلى أجل فيلزم الأجل، أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده، أو أحاله على آخر فأجله المقرض، أو أحاله على مديون مؤجل دينه؛ لأن الحوالة مبرئة، والرابعة الوصية، بأن أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة. وقد استدلت الحنابلة على عدم لزوم اشتراط الأجل في القرض بأنه عقد منع فيه التفاضل، فممنوع فيه الأجل كالصرف، إذ الحال لا يتأجل بالتأجيل، وبأنه وعد، والوفاء بالوعد غير لازم. واحتج الحنفية على عدم صحة تأجيله بأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة، ولا يملكه من لا يملك التبرع، كالوصي والصبي، ومعاوضة في الانتهاء، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه، كما في الإعارة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة، وهو ربا. ومع اتفاق هؤلاء الفقهاء على أن شرط الأجل في القرض فاسد غير ملزم للمقرض، فقد اختلفوا في عقد القرض هل يفسد بفساد الشرط أم لا؟

فقال الحنفية، والحنابلة: القرض صحيح، والأجل باطل.

وقال الشافعية: إذا شرط في القرض أجل نظر: فإن لم يكن للمقرض غرض في التأجيل - أي: منفعة له - لغا الشرط، ولا يفسد العقد في الأصح؛ لأنه زاد في الإرفاق بجره المنفعة للمقرض فيه، ويندب له الوفاء بشرطه.

أما إذا كان للمقرض فيه غرض، بأن كان زمن نهب، والمستقرض مليء، فوجهان: أصحهما: أنه يفسد القرض؛ لأن فيه جر منفعة للمقرض.

والثاني: للمالكية، والليث بن سعد، وابن تيمية، وابن القيم، وهو صحة التأجيل بالشرط، فإذا اشترط الأجل في القرض، فلا يلزم المقرض رد البديل قبل حلول الأجل المعين، واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم».

ثم فرع المالكية على قولهم هذا: أنه لو رغب المقرض تعجيله لربه قبل أجله لزم المقرض قبوله؛ لأن الحق في الأجل للمقرض، فإذا أسقط حقه لزم المقرض قبوله، وأجبر على ذلك، عينا كان البديل أو عرضا، أو كان نفس المال المقرض.

ينظر: بدائع الصنائع (٣٩٦/٧)، والفتاوى الهندية (٢٠٢/٣)، والتنف في الفتاوى، للسغدي (٤٩٣/١)، وحاشية ابن عابدين (١٧٠/٤)، والزرقاني على خليل (٢٢٩/٥)، وحاشية الخرخشي (٢٣٢/٥)، والتاج والإكليل (٥٤٨/٤)، وميارة على التحفة (٢/١٩٦)، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه (١٥٣/٢)، والبهجة شرح التحفة (٢/٢٨٨)، والكافي، لابن عبد البر، ص (٣٥٨)، وفتح العزيز (٣٥٧/٩)، وروضة الطالبين (٣٤/٤)، ونهاية المحتاج (٢٢٦/٤)، وأسنى المطالب (١٤٢/٢)، وكشاف

وكذلك إذا أقرض الرجل رجلاً دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غال هو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطاً في القرض، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعاً بثمن غال.

فعلى قول الكرخي - رحمه الله - : لا بأس به .

وذكر الخصاف - رحمه الله - في كتابه وقال : ما أحب له ذلك .

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رضي الله عنه - : أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم يكن أشتره منه طالبني بالقرض في الحال.

وذكر محمد - رحمه الله - أن الخصاف لم يذكر الكراهة إنما قال : لا أحب له، فهو قريب من الكراهة ولكنه دون الكراهة .

ومحمد - رحمه الله - لم ير بذلك بأساً، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئاً، لا بأس به من غير فصل . هذا دليل على أنه رفض قول السلف .

قال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : ما نقل عن السلف فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة وهو شراء المتاع في مسألتنا بثمن غال مشروطه في الاستقراض وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد - رحمه الله - محمول على ما إذا لم تكن المنفعة وهي الإهداء مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف .

هذا إذا تقدم الإقراض على البيع، فأما إذا تقدم البيع على الإقراض وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً، ثم أقرضه ستين ديناراً أخرى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً .

ذكر الخصاف - رحمه الله - : أن هذا جائز .

= القناع (٣/٣٠١)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٢٥)، والمغني (٦/٤٣١)، والمبدع (٤/٢٠٦)، إعلام الموقعين (٣/٣٧٥).

وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه: كان له سلع، وكان إذا استقرض إنساناً منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمن غال ثم نقد منه بعض الدنانير إلى تمام حاجته.

وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة [فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب وكان قرضاً جر منفعة]^(١).

ومن المشايخ من قال: إن كانا في مجلس واحد كره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة فكأنهما وجدوا معاً، فكانت المنفعة مشروطة في القرض.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يفتي بقول الخصاص، ويقول محمد بن سلمة ويقول: هذا ليس بقرض جر منفعة، هذا بيع جر منفعة وهو القرض، والله أعلم.



(١) سقط في أ.

نوع آخر: في هدية المستقرض ودعوته:

إذا كانت الهدية مشروطة في الاستقراض فهو حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، وإذا لم يقبل^(١) لم تكن الهدية مشروطة في الإقراض ولم يعلم أنه أهدى لأجل الدين أو لا.

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أنه لا بأس بقبولها، والتورع عنه أولى. وهذا حكى عن بعض المشايخ بعد هذا إن كانت المهاداة جرى بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصدقة، أو كان المستقرض معروفاً بالجد والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لأجل الدين، ولا يتورع عنه حتى يتبين أنه أهدى لأجل^(٢) الدين.

ومن قال بالكرهية في مسألة البيع إذا تقدم القرض على البيع يقول: الكراهية في مسألة البيع ههنا أيضاً.

وعن محمد: أنه لم ير به بأساً من غير تفصيل.

جئنا إلى دعوى المستقرض فنقول:

قال محمد - رحمه الله - : ولا بأس بأن يجيب دعواه.

رجل له على رجل دين . . . قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : هذا جواب الحكم فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين أو أشكل عليه الحال.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : هذا إذا كان يدعوه قبل الإقراض، أما إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يوماً، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أو زاد في الباجات فإنه لا يحل ويكون خبيثاً. والله أعلم.



(١) زاد في أ: وإذا.

(٢) زاد في م: لا.

نوع آخر: في الرجحان في بدل القرض:

وإذا أرجح في بدل القرض، لو^(١) لم يكن الرجحان مشروطاً في القرض، لا بأس به.

روي أن رسول الله ﷺ: «استقرض من رجل درهماً ففضاه فأرجح وقال: إنا كذلك نزن»^(٢).

قال مشايخنا - رحمهم الله - : والرجحان على ضريين: إن كان يدخل تحت الوزنين فلا بأس به، وإن كان يدخل تحت الوزنين فهو على ثلاثة أقسام: إن كانت الدراهم مكسرة.

أو كانت صحاحاً لا يضرها الكسر.

أو كانت صحاحاً يضرها الكسر.

ففي الوجه الأول والثاني: لا يجوز؛ لأنه تعذر اعتبارها زيادة على بدل القرض؛ لأنه يكون ربا، وتعذر اعتبارها هبة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة.

وفي الوجه الثالث: إن كان الرجحان زيادة، لا يجوز.

وإن كان الرجحان لا يمكن تمييزها إلا بالكسر يجوز بطريق الهبة، فيكون هذا هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة. والله أعلم.



(١) في ج: و.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦٨/٨)، برقم (١٤٣٤٣).

نوع آخر: في تعيين المستقرض وانقطاعه:

وإذا استقرض فلوسًا فكسدت، فإنه على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : ترد عينها إن كانت قائمة، ومثلها إن كانت مستهلكة.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - ومحمد أيضًا: فقد ذكر بعض مشايخنا في شرح كتاب الصرف: أن المشايخ اختلفوا فيه على قولهما.

قال بعضهم: ترد عينها إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة فعليه قيمتها.

وقال بعضهم: عليه قيمتها على كل حال. وفي المنتقى: ما يدل على هذا القول؛ فقد ذكر ثمة: إذا استقرض فلوسًا فسقطت فعليه مثلها في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : عليه قيمتها في آخر ما فسدت بساعة قليلة قبل أن تكسد.

والحاصل: أن من مذهب محمد - رحمه الله - : أنه يعتبر قيمتها في آخر يوم كانت رائجة ويجب على المستقرض والغاصب ذلك.

وقال يعقوب: عليه قيمتها يوم استقرض، فقد ذكر القيمة ولم يفصل فيما إذا كانت قائمة رد عينها بالإجماع، وإن كانت هالكة فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

وهذه المسألة الحاصل أنها فرع لمسألة أخرى في كتاب الغصب: أن من غصب من آخر رطبًا وهلك عنده واستهلك ثم انقطع أو ان الرطب.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : عليه قيمته من الفضة يوم الانقطاع.

ووجه كونها على تلك المسألة: أن الواجب على المستقرض رد مثل ما قبض، وعلى الغاصب كذلك، وقد حصل قبض الفلوس وهي رائجة فيجب رد مثلها من ذلك الضرب رائجة وقد عجز عن تسليم رائجة بالكساد، وكما أن غاصب الرطب عجز عن تسليم الرطب، ومستقرض الفلوس عجز عن رد الصفة وهو كونها رائجة، وإذا صارت هذه بناء على تلك المسألة، لو أوجبنا القيمة على أبي حنيفة

- رضي الله عنه- وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ههنا، كما أوجب اعتبار القسمة ثمة .

قلنا: وإيجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد؛ لأن قيمتها كاسدة وعينها سواء، بل إيجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها فأوجبنا المثل على قوله ولم نوجب القيمة لهذا.

وعلى قولهما: لما أوجبنا اعتبار قيمتها رائجة إما يوم الاستقراض وإما في آخر يوم كانت رائجة كان إيجاب القيمة من الفضة.

وعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الفلوس وإنما كان بالاستبدال به جائز بعد أن يكون الافتراق عن عين بدين.

والجواب في العدل على ما ذكرنا من غير تفاوت.

وحكي عن جماعة كثير: أنهم كانوا يفتون بقول محمد - رحمه الله - للناس .

وهكذا كان يفتي الصدر الشهيد برهان الأئمة - رحمه الله .

ثم اختلف المشايخ في استقراض الفلوس على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لم يجوزوه على قوله .

وبعضهم جوزوه . والله أعلم .



نوع آخر: في المستقرض أخذه المقرض في بلدة أخرى:

في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا أخذ المقرض المستقرض في بلدة أخرى، فإن شاء أخذه حتى يؤديه في الموضع الذي استقرضه، وإن شاء أخذه بقيمة ذلك الموضع ههنا، وإن أبى المستقرض أن يعطيه القيمة أجبر عليه.

قال إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : رجل استقرض من آخر طعامًا بالعراق فأخذه المقرض بمكة.

قال أبو يوسف - رحمه الله : عليه قيمته يوم قرضه.

وقال محمد - رحمه الله - : عليه قيمته بالعراق، ثم اختصما وليس عليه أن يرجع معه إلى العراق ويأخذ طعامه.

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه : فإذا استقرض دراهم بخارية والتقيا في بلدة لا يقدر على البخارية، فإن كان ينفق في ذلك البلد، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا فاستوثق منه، وإن كان بلده لا ينفق وجبت القيمة.

بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : رجل أقرض رجلاً طعامًا أو غصبه إياه وله حمل ومؤنة، والتقيا في بلدة أخرى الطعام فيه أغلى أو أرخص، فإن أبا حنيفة قال : يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث غصب أو حيث أقرضه.

قال أبو يوسف - رحمه الله - : إن تراضيا على هذا فحسن، [وإن هما]^(١) طلب القيمة أجبرت الآخر عليه وهي القيمة في البلد الذي غصب أو^(٢) استقرض على حال يوم القبض والقول في ذلك قول المطلوب، وإن كان الغصب قائما بعينه في يده أجبرته على أخذه ولا أجبره على القيمة.

وفي بيع الأماشي : رجل استقرض من آخر شيئاً من الكيلي أو الوزني فانقطع في أيدي الناس . قال : يجبر المقرض على التأخير حتى يدرك الحديث .

(١) في ج : وإنهما .

(٢) زاد في ج : به .

عند أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الحق لا ينقطع عن العين بهلاك العين على ما عرف في موضعه، فإذا بقي الحق في العين لوجود العين عليه معلومة يجبر على التأخير إلى وقت الإدراك ليصل إليه عين حقه. أكثر ما في التأخير ضرب ضرر للمقرض؛ لأن في أخذ [فوق]^(١) عين الحق ضرر المستقرض، وهذا الضرر فوق ضرر التأخير، فكان أولى بالرفع.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رضي الله عنهما - : في رجل استقرض من آخر شيئاً من الفواكه كيلاً أو وزناً فلم يقبضه المقرض حتى انقطع، فهذا لا يشبه الفلوس إذا كسدت؛ لأن هذا مما يوجد فيجبر صاحبه على تأخيره إلا أن يجيء إلا أن يتراضياً على قيمته.

وهذا الوجه: مثل رجل استقرض من رجل طعاماً من بلد، الطعام فيه رخيص، فالتقيا في بلد الطعام فيه غال، فأخذه الطالب في حقه، فليس له أن يحبسه، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له حتى يعطيه إياه في البلد الذي استقرضه. والله أعلم.



(١) سقط في ج.

نوع آخر: في الشرط في القرض:

إذا قال لغيره: أقرضني عشرة دراهم على أن أعطيك مكانها ديناراً، ففعل فعلية عشرة دراهم مثل الدراهم التي قبضها، وإنما كان كذلك؛ لأنه شرط في القرض ما لا يقتضيه القرض؛ لأنه شرط أن يكون القرض مضموناً بغيره لا بمثله، والقرض يوجب ضمان المثل فهو معنى اشترط في القرض ما لا يقتضيه القرض، إلا أن القرض لا يبطل بهذا الشرط الفاسد؛ لأنه تبرع، والتبرع لا يبطل بالشرط، فيصح القرض ويبطل الشرط، والقرض متى صح يوجب المثل.

وإذا أقرض بالكوفة بشرط أنه يوفيه بالبصرة، فهذا فاسد لا يجوز له؛ لأنه قرض جر منفعة؛ لأن المستقرض يكفيه خطر الطريق إن لم يكن له حمل ومؤنة، وإن كان له حمل ومؤنة يكفيه خطر الطريق^(١).

وعلى هذا السفاتج التي يتعامل بها التجار، فإنهم يقرضون فيما بينهم ويكتب المستقرض للمقرض سفتجة إلى مكان، فإن كان ذلك شرطاً في القرض فهو مكروه؛ لأنه قرض جر منفعة فإنه يسقط عن المستقرض مؤنة الحمل أو خطر الطريق، وإن لم يكن مشروطاً في القرض، فلا بأس به، ولا يجوز الأجل في القرض، ولو فعل ذلك كان حالاً سواء أجل بعد القرض أو أقرض مؤجلاً، وهذا قول علمائنا - رحمهم الله -.

وقال مالك وابن أبي ليلى: يصح التأجيل.

وأجمعوا على أن التأجيل فيما عدا القرض من قيم المتلفات، وضمن المستهلكات وضمن البياعات صحيح.

وإنما لم يصح التأجيل في القرض عندنا؛ لأن القرض في معنى العارية؛ لأن ما يسترده المقرض في الحكم كأنه عين ما دفع، إذا لم يجعل كذلك كان هذا مبادلة المستقرض بجنسه نسيئة، وإنه حرام.

(١) هكذا في المخطوط.

وإذا ثبت أن القرض في معنى العارية فنقول: العارية شرعت غير لازمة حقاً للشرع، ولو صح التأجيل لصارت لازمة إلى مضي الأجل، فيكون فيه تغيير حكم الشرع، وإنه لا يجوز.

وعارية الدراهم والدنانير قرض، وكذلك كل ما أجزنا فيه القرض من الكيل والوزن والعددي المتفاوت بإعارتها قرض؛ لأنه تعذر العمل فيه بحقيقة الإعارة؛ لأن الإعارة لتمليك منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فتجعل مجازاً عن القرض، وأمکن ذلك المعير تسليط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يردّه عليه، ففيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يصير مسلطاً له على استهلاك عينه في حاجته على أن يردّه مثله وذلك إقراض، حتى إنه لو استعار الدراهم لأجل منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء عينها، فإن استعارها ليزن بها موازينه أو نحو ذلك يكون عارية حقيقة، ولا يكون قرضاً.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل قال لغيره: اضمن عني لفلان الألف التي له علي، ففعل وأداها أيضاً من عنده، ثم إن الضامن آخر المضمون عنه، فالتأخير جائز، وليس هذا بمنزلة القرض.

ولو قال: اقض عن هذا الرجل ألف درهم، ففعل ثم أخره بها لم يجز التأخير؛ لأن هذا أداء عنه فصار مقرضاً، والتأجيل في القرض باطل، والأول أداء عن نفسه. والله أعلم.

نوع آخر: في شراء المستقرض [قضاء بحق نفسه]^(١):
ويدخل فيه إذا أراد المستقرض دفع عين المستقرض قضاء لحق المقرض، أو
أراد المقرض أخذ عين المستقرض قضاء بحق نفسه.

قال محمد - رحمه الله - : رجل أقرض رجلاً كرا من طعام وقبضه المستقرض،
ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكرا الطعام الذي له عليه بمائة دينار جاز؛
لأن الكرا القرض دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف ولا بعقد السلم، وبيع
الدين الذي لم يجب بعقد الصرف ولا بعقد السلم جائز، لما روينا من حديث
عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - وإنما لم يجز بيع المسلم فيه قبل القبض ممن
عليه، وبيع بدل الصرف قبل القبض ممن عليه؛ لأن المسلم فيه مبيع، وبيع المبيع
قبل القبض إذا كان منقولاً لا يجوز؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، وكذلك بدل
الصرف مبيع؛ لأن العقد لا بد له من مبيع وثمان، وليس أحد البديلين في أن يجعل
مبيعا بأولى من الآخر، فجعلنا كل واحد منهما مبيعا وثمانا، وكان بيعه بيع المبيع
المنقول قبل القبض، ولا يجوز، أما الدين الواجب بالقرض ليس بمبيع، فيجوز بيعه
ممن عليه قبل القبض بالحديث الذي روينا.

ثم إن محمداً - رحمه الله - لم يذكر في الكتاب أن الكرا المستقرض قائم في يد
المستقرض وقت الشراء أو مستهلك، وأجاب بجواز هذا الشرط مطلقاً.
فإن كان الكرا المستقرض مستهلكاً وقت الشراء، فالجواز قول الكل؛ لأن
المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بالاستهلاك، ويجب بمثله ديناً في ذمته بلا
خلاف.

فإذا اشترى الكرا الذي للمقرض عليه فقد أضاف الشراء إلى ما هو موجود، فيصح
الشراء بلا خلاف.

وإن كان الكرا المقبوض قائماً في يد المستقرض وقت الشراء، فالجواب على

(١) سقط في أ.

قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : أن المستقرض يصير مملوكًا للمستقرض بنفس القبض بحكم القرض عنهما ويجب مثله دينا في الذمة، فإذا أدى الكر الذي عليه فقد اشترى ما هو موجود.

أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - : ينبغي ألا يجوز هذا الشراء؛ لأن على قوله: المستقرض لا يصير ملكًا للمستقرض ما لم يستملكه، ولا يجب مثله دينا في الذمة قبل أن يستملكه، وإن أضاف الشراء إلى الكر الذي في ذمته، ولا كر في ذمته فقد أضاف الشراء إلى المعدوم فلا يجوز.

ثم فرق بينما إذا اشترى المستقرض الكر الذي عليه، وبين ما إذا اشتراه غيره، فإن اشترى غيره، لا يجوز بالاتفاق، وشراؤه جاز عند الكل إذا كان المستقرض هالكًا، وعندهما: إذا كان قائمًا.

والفرق له: إذا اشتراه غيره إنما لا يجوز؛ لأن التسليم محتاج إليه هناك والبائع لا يتمكن من التسليم إلا بالقبض فكان عاجزًا عن التسليم في الحال، والعجز عن تسليم المبيع وقت البيع يمنع جواز البيع، أما ههنا التسليم غير محتاج إليه؛ لأن الكر في ذمة المشتري، وما يكون في ذمة الإنسان يكون في قبضه، ولهذا افتراقا.

ثم إذا جاز هذا البيع، فإن قبض المقرض الثمن من المستقرض قبل أن يتفرقا فالشراء ماض على صحته؛ لأن الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حقيقة فيما ليس بصرف.

وإن افتراقا قبل قبض المقرض الثمن من المستقرض انتقض البيع وعاد الكر دينا في ذمة المشتري؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين وإنه جائز فيما هو صرف، وفيما ليس بصرف، وهذا بخلاف ما لو وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة فتبايعا الكر بالكر وتفرقا من غير قبض فإن هناك لا يبطل العقد؛ لأن هناك الافتراق حصل بعد قبض البدلين حكما لازما في ذمة كل واحد منهما مقبوضه؛ لأن ذمته في يده، والافتراق بعد قبض البدلين حكما ليس بجائز فيما هو صرف ولا فيما ليس

بصرف، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا.

وعلى ما حكينا عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - في كتاب البيوع من هذه النسخة: يبطل العقد في هذه الصورة أيضاً. فإن قيل: ينبغي ألا يبطل العقد في مسألتنا وإن افترق قبل قبض المقرض الثمن؛ لأن الكر في ذمة المستقرض في حكم المقبوض، حتى إن من كان له على آخر دين فباعه بعشرة دراهم وقبض العشرة وتفرقا جاز، وجعل ما في الذمة من الدينار كالمقبوض حتى جاز عقد الصرف، فهاهنا يجب أن يكون ما في الذمة كالمقبوض. والجواب عن هذا أن يقال: بأننا وإن جعلنا الكر الذي في ذمة المستقرض في حكم المقبوض إلا أنه دين حقيقة، فالدراهم إذا لم تقبض فهي دين حقيقة وحكماً، فكان الرجحان لجانب الدينية، والعبرة للراجح في حق الأحكام، وفي مسألة^(١) الصرف التي ذكرناها أحد البدلين وهو الدراهم مقبوض حقيقة وحكماً، والبدل الآخر وهو الدينار مقبوض حكماً، فكانت الدينية هناك [مرجوح، والمرجوح]^(٢) ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح.

وعلى ما حكينا عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الله الشيباني - رحمه الله - فوجه الجواب وهو الفرق بين مسألتنا وبين مسألة الصرف: أن الشرط في باب الصرف أن يفترقا وليس بينهما عمل، فإذا^(٣) كان الدينار في الذمة وجد قبض الدراهم في الذمة وافترقا، فقد افترقا وليس بينهما العمل، وفيما وراء الصرف الشرط أن يحصل الافتراق عن عين بعين حقيقة، أو عن عين بدين حقيقة.

وفي مسألتنا: إذا لم يقبض الدراهم لم يوجد الافتراق عن عين بعين حقيقة، أو عن عين حقيقة بدين فلهذا افترقا، ولو أن المستقرض لم يشتر من المقرض الكر

(١) في ج: المسألة.

(٢) في ج: مرجوع والمرجوع.

(٣) في ج: فإن.

الذي عليه، ولكن طالبه المقرض بما له عليه من القرض والكر القرض قائم^(١) في يد المستقرض بعد، فإن للمستقرض الخيار إن شاء دفع عين ذلك الكر، وإن شاء دفع إليه كرا آخر، ولو أراد المقرض أن يأخذ عين ذلك الكر^(٢) من المستقرض، لم يكن له ذلك إلا برضا المستقرض^(٣).

قالوا: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما-؛ لأن الكر المستقرض يزول عن ملك المقرض ويصير مملوكاً للمستقرض بنفس القرض، ولهذا لو باع المستقرض المستقرض من غيره أو وهبه أو تصدق به عليه يجوز، ولا يقف على إجازة المقرض، ولو بقي العين المستقرض على ملك المقرض لتوقف تصرفات المستقرض على إجازة المقرض، فإذا صار المستقرض ملكاً للمستقرض بنفس القرض التحق بسائر أملاكه، ثم لو أراد المقرض أن يأخذه المستقرض كرا، كان للمستقرض في الأصل لم يكن له^(٤) ذلك إلا برضا المستقرض، وكذا إذا أراد أن يأخذ الكر المستقرض.

عاد إلى فصل الشراء فقال: إذا اشترى المستقرض الكر الذي عليه بعشرة دراهم مثلاً ونقد الدرهم في المجلس حتى جاز الشراء والكر المستقرض قائم في يد المستقرض بعينه، فوجد به عيباً قد دلسه المقرض، بأن كان غصبا مثلاً، وتصادقا فأراد أن يرده بالعيب على المقرض لم يكن له ذلك؛ لأنه لا وجه إلى أن يرده بحكم الشراء بما ورد عليه، ولا وجه إلى أن يرده بحكم القرض؛ لأنه تبرع لا يوجب السلامة عن العيب، بل يوجب على المستقرض مثله، ولكن يرجع بنقصان العيب^(٥)؛ لأن المبيع كر في الذمة ويجب بدلاً عن المستقرض، والمستقرض

(١) في ج: القائم.

(٢) زاد في أ: وإن شاء دفع إليه.

(٣) في أ: المقرض.

(٤) في ج: لك.

(٥) زاد في ج: من.

معيب، والكر الذي وجب في الذمة بدلاً عنه يكون معيباً أيضاً، ومطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، فقد اشتراه على أنه سليم وقد ظهر أنه معيب وتعذر رده؛ لأنه كان في ذمة المستقرض وكما اشتراه سقط عن ذمته؛ إذ لا يجوز أن يستوجب الإنسان لنفسه شيئاً في ذمة نفسه، فهو بمنزلة ما لو اشترى عبداً وهلك في يده، ثم اطلع على عيب، وهناك يرجع بنقصان العيب كذا هاهنا.

قال: ولو أن رجلاً استقرض من رجل كرا من طعام وقبضه، ثم إن المستقرض اشترى ما عليه بكر من طعام وسط ودفع إليه الكر الوسط قبل أن يتفرقا عن المجلس، فالعقد جائز، ولو لم ينقد الكر الوسط حتى افترقا عن المجلس فقد بطل العقد، ثم إذا نقد الكر الوسط حتى جاز العقد أو وجد المستقرض بالكر المستقرض عيباً، لا يرده ولا يرجع بنقصان العيب.

بخلاف المسألة المتقدمة، وهو ما إذا اشترى الكر الذي عليه بعشرة دراهم وباقي المسألة بحالها، فإن^(١) هناك يرجع بنقصان العيب رجع ببعض الكر الذي دفع المستقرض، فيصير المستقرض مشترياً كراً من الحنطة [بأقل من كر حنطة]^(٢) وإنه ربا، فأما إذا كان الشراء بالدراهم، لو رجع بنقصان العيب رجع ببعض الدراهم التي دفعها المستقرض إلى المقرض، فيصير المستقرض مشترياً كراً بأقل من عشرة دراهم، وإنه لا يكون ربياً.

قال: ولو أن رجلاً استقرض من رجل كرا من طعام وقبضه، ثم إن المستقرض اشترى ذلك الكر المستقرض بعينه من المقرض لا يجوز هذا.

ذكر هذا الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن عندهما المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بنفس القرض، فيصير مشترياً ملك نفسه، أما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فالكر المستقرض باق على ملك المقرض،

(١) في أ: بأن.

(٢) سقط في أ.

فيصير المستقرض مشتريا ملك غيره فيصح .

فرق أبو حنيفة - رحمه الله - ومحمد أيضًا بين هذا وبين ما إذا اشترى رب المال من مضاربه شيئًا من عروض التجارة فإنه يصح ، وإن اشترى ملك نفسه .
والفرق: أن شراء رب المال إنما يصح؛ لأنه يستفيد به ملك التصرف، لأنه لم يكن له فيما اشترى ملك التصرف فكان شراؤه مفيدًا في حق نفسه، فأما المستقرض بشراؤه لا يستفيد شيئًا، لا ملك الرقبة ولا التصرف؛ لأنه استفاد جميع ذلك قبل هذا الشراء^(١) بالاستقراض، فلم يكن شراؤه مفيدًا في حق نفسه، فلا يصح .
وفرقا أيضًا بين ما إذا اشترى رجل من آخر شيئًا، ثم إن المشتري اشترى ذلك الشيء منه ثانيًا بأكثر من الثمن الأول أو بأنقص منه، فإنه يصح الشراء وقد اشترى ملك نفسه .

والفرق: أن في مسألة الشراء الأول يفسخ مقتضى إقدامهما على الشراء الثاني تصحيحًا للشراء، فأمكن القول بانفساخ الشراء الأول؛ لأن الشراء قابل للفسخ، وإذا انفسخ الشراء الأول مقتضى الشراء الثاني، فالمشتري بالشراء الثاني يستفيد ملك الرقبة وملك التصرف فيصح .

فأما في مسألة القرض لا يمكن القول بانفساخ القرض الأول مقتضى إقدامهما على الشراء .

واختلف عبارة المشايخ في ذلك، بعضهم قالوا: فسخ القرض لا يتم إلا برد^(٢) المستقرض؛ لأن تمام القرض بقبض المستقرض، فتمام فسخه يكون برد المستقرض والرد فعل، والأفعال مما لا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء، فلا يثبت فسخ القرض إلا إذا سقط اعتبار الرد شرطًا لتمام فسخ القرض، ولا وجه إليه؛ لأن ما صار شرطًا للشيء لا يسقط اعتباره وإن كان ينوب ذلك الشيء بطريق الاقتضاء؛

(١) في أ: بالشراء .

(٢) في أ: بالرد .

ألا ترى أن من قال لغيره: أعتق عبدك عني، بغير شيء لا يثبت الهبة بطريق الاقتضاء؛ لأن القبض شرط صحة الهبة فإنه فعل فلا يمكن إثباته بطريق الاقتضاء، إلا إذا سقط اعتبار القبض شرطاً للهبة ولم يسقط، وإن كان ثبوت الهبة مقتضى غيره وهو الإعتاق عن الأمر، كذا ها هنا.

وبعضهم قالوا: القرض إعارة ولهذا لا يصح التأجيل فيه، والإعارة لتمليك المنفعة بشرط رد العين، إلا أن فيما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك العين قام عينه مقام المنفعة من حيث الحكم، وقام رد البديل مقام رد العين، فيقوم قبض العين مقام قبض المنفعة أيضاً، وعندما حصل قبض المنفعة حقيقة لا يمكن فسخ العقد عليها، فكذا بعدما حصل قبضها حكماً بقبض ما أقيم مقامها وهو العتق.

بعضهم قالوا: القرض حكمه حكم الأثمان والأثمان مما لا يرد عليها الفسخ، والدليل على أن حكم القرض حكم الثمن، أن المستقرض إذا جاء بالكر وقال للمقرض: اقبضه، فإنه كره، وإن حل له أن يتصرف أكلاً وغير ذلك قبل الكيل، فيثبت أن القرض حكمه حكم الثمن ولا يرد عليه الفسخ، وإذا لم يفسخ العوض يبقى الكره على ملك المستقرض، فالمستقرض بهذا الشراء لا يستفيد شيئاً لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف فلا يصح هذا الشراء.

قال: ولو كان المستقرض هو الذي باع الكره من المقرض جاز. ذكر المسألة من غير خلاف وإنه ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لأن المستقرض ملك المستقرض بنفس القرض عندهما، فإنما باع ملك نفسه.

واختلف المشايخ على قول أبي يوسف - رحمه الله - : بعضهم قالوا: يجوز؛ لأن على قول أبي يوسف - رحمه الله - المستقرض إن كان لا يملك المستقرض بنفس القرض إلا أنه يملك التصرف فيه بيعة وهبة واستهلاكاً يصير مملوكاً له، وبالباع من المقرض صار متصرفاً فيه ومستهلكاً له على

نفسه فملكه وزال عن ملك^(١) المقرض فصح البيع منه .

رجل استقرض من رجل مائة درهم على أنها جياذ، فقبضها ولم يستهلكها حتى اشترى ما عليه من الدراهم بعشرة دنانير، وقبض الدنانير وتفرقا، جاز الشراء بلا خلاف .

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : فلأن الدراهم المستقرضة صارت مملوكة للمستقرض بنفس القرض، ووجب مثلها دينا في ذمة المستقرض، فإذا اشتراها بالدراهم فقد أضاف الشراء إلى موجود، فصارت هذه المسألة نظير المسألة الأولى .

فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - : فلأن الدراهم المستقرضة وإن لم تصر مملوكة للمستقرض بنفس القرض ولم يجب مثلها دينا في الذمة، إلا أن بيع الدراهم في الذمة جائز وإن لم تكن الدراهم في الذمة؛ لأنها لو كانت في الذمة فالعين لا تتعلق بغير تلك الدراهم لما ذكرنا أن ما لا يتعلق بالعقد بالإشارة إليه إذا كان عينا لا يتعين بالإضافة إليه إذا كان دينا في الذمة وإنه جائز .

بخلاف المسألة الأولى على قول أبي يوسف - رحمه الله - ؛ لأن الطعام يتعين في العقد، ويتعين العقد ثمة بالإشارة إليه إذا كان دينا، فإذا كان الطعام في ذمته صار مشتريا المعدوم فلم يجزئ، أما الدراهم بخلافه على ما ذكرنا، فإن وجد المستقرض الدراهم المستقرضة ربا أو نهرجة لم يردها؛ لأنه لو ردها إما أن يردها بحكم الشراء، أو بحكم القرض، وكلا الوجهين متعذر على ما ذكرنا فيما إذا كان المستقرض طعاما، فلا يرجع بنقصان العيب هاهنا أيضا بخلاف ما إذا كان المستقرض طعاما وقد اشتراها المستقرض بالدراهم وباقي المسألة بحالها فإن هناك يرجع المستقرض بنقصان العيب .

والفرق أن العقد يتعلق بالكر الذي في ذمة المستقرض بالإضافة إليه؛ ألا ترى أن

(١) في أ: ملكه .

من كان له على آخر طعامًا فاشترى من عليه ذلك الطعام ثم تضادفا على أنه لم يكن عليه شيء فإنه يبطل الشراء، فإذا تعلق العقد بالكر الذي في ذمة المستقرض وقد اشتراه بمائة درهم بحصة العيب، يرجع بنقصان الدراهم الذي هو ثمن فيصير مشتريًا الكر بأقل من مائة درهم وإنه ليس بربا.

أما العقد لا يتعلق بالدراهم الذي هي عين بالإشارة إليها فلا يتعلق بالإضافة إليها إذا كانت دينًا؛ ألا ترى أن من كان له على آخر دراهم فاشترى من عليه تلك الدراهم ثم تضادفا على أنه لم يكن عليه شيء لا يبطل ذلك البيع، وإذا لم يتعلق العقد بالدراهم التي في ذمة المستقرض وجب للمستقرض في ذمة المقرض مائة درهم جياذ بدلًا عن الدينير، وللمقرض على المستقرض مائة جياذ يزعمها، فصار قصاصًا وصار المقرض قاضيًا ما كان للمقرض بما وجب عليه^(١) على المقرض بدلًا عن الدينير، ولو رجع بنقصان العيب يسلم له مائة وزيادة بما ردها^(٢)، وهذا ربا لسقوط قيمة الجودة في الدراهم عند مقابلتها بجنسها^(٣).

فإن قيل: كيف تقع المقاصصة هاهنا وإن الذي وجب للمستقرض على المقرض جياذ، والذي وجب للمقرض على المستقرض زيوف، والتفاوت في الوصف يمنع المقاصصة، فأما التفاوت في الوصف يمنع وقوع المقاصصة بنفسه أما لا يمنع وقوع المقاصصة إذا جعلاه قصاصًا، وقد جعلاه قصاصًا؛ لأنهما أقدمتا على بيع الدينير التي هي قرض مع علمهما أن العقد لا يتعلق بتلك الدراهم، فإن هذا العقد لا يفيد سوى سقوط ما على المستقرض من الدراهم، كأن قصدهما بذلك المقاصصة، وإذا لم يرجع المستقرض على المقرض بنقصان العيب، هل له أن يرد على المقرض مثل دراهمه الزيوف ويرجع عليه بمثله دراهم جياذ؟

(١) في ج: له.

(٢) في أ: ردها.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/١٣٣).

فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : ليس له ذلك .

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - له ذلك .

وهذه المسألة فرع مسألة أخرى، أن من كان له على آخر ألف درهم جياذ فأوفاه المديون ولم يعلم رب الدين بذلك، فهلك المقبوض في يد القابض أو استهلك، ثم علم بذلك فأراد أن يرد مثل المقبوض ويرجع بالجياذ .

القياس: أن ليس له ذلك، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد أيضًا .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : له ذلك، وهو الاستحسان .

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن المقبوض لو كان قائمًا بعينه ويمكن رده،

كان له أن يرده ويرجع بالجياذ، فإذا عجز عن رد العين وتمكن من رد المثل يجب أن يكون له رد المثل ويجعل رد المثل كرد العين أيضًا لحقه في الجودة نظرًا له .

وجه قولهما: أن المقبوض إذا كان قائمًا بعينه فأراد رده ينتقض القبض عن الأصل

فيعود حقه في الأصل ليعود في الجودة بيعًا أيضًا، أما برد مثل المقبوض لا ينتقض

القبض في المقبوض؛ لأن المثل ليس بمقبوض فبرد عين المقبوض لا ينتقض

القبض في المقبوض ولا يعود حقه في الأصل ليعود في الجودة بيعًا لو عاد حقه في

الجودة عاد ابتداء وحقه لا يعود في الجودة ابتداء، هذا إن^(١) وجد المستقرض

الدرهم المستقرضة زيوفًا أو نبهجة، فإن وجدها ستوقه أو رصاصًا وكان ذلك بعد

ما اشترى ما عليه بعشرة دنانير ونقد الدنانير، فإن لم يتفرقا عن مجلس البيع فقد

استبدل الستوقه والرصاص بالجياذ، فيأخذ من المقرض مائة درهم جياذ والبيع ماض

على الصحة؛ لأنه لما ظهر أن الدراهم ستوقه ورصاصًا ظهر أن ما وجب في ذمة

المستقرض بعقد القرض مثلها ستوقه، واستقرض الستوقه وإن كان فاسدًا لأنها

عروض، واستقرض العروض فاسد؛ إلا أن^(٢) القرض الفاسد يوجب ضمان المثل

(١) في ج: إذا .

(٢) في أ: لأن .

فيما هو من ذوات الأمثال كالقرض الصحيح، والمستقرض ببيع الدنانير استوجب على المقرض مائة درهم جياذ، والستوقة ليست من جنس الدراهم فلم يحصل الاستيفاء وهما في مجلس العقد، فيستبدل المستقرض الستوقة بالجياذ وبقي العقد على الصحة؛ إذ ليس فيه إلا تأخير قبض بدلي الصرف إلى آخر المجلس، وذلك ليس بضائر، وإن تفرقا عن المجلس بطل البيع؛ لأنهما قبل قبض أحد البديلين في عقد الصرف.

وهذا بخلاف ما إذا كانت الدراهم زيوفاً أو نبهجة وتفرقا عن المجلس بعد قبض الدنانير حيث لا يفسد العقد؛ لأن الزيوف من جنس الدراهم، وقد وجب مثل المستقرض من الزيوف في ذمة المقرض على المقرض، وبين ما إذا كان واجبا للمقرض على المستقرض بالقرض، والافتراق حصل قبل قبض البديلين، أحدهما حقيقة، والآخر حكما، وإنه كان لصحة العقد.

قال: والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في جميع ما ذكرنا؛ لأن الفلوس أثمان وإنها تتعين بالتعيين، فصار حكم الفلوس إذا كان قرصاً كحكم الدراهم الزيوف والنبهجة.

فإذا استقرض الرجل من آخر فلوساً وقبضها، ثم اشترى ما وجب في ذمته من الفلوس بدراهم أو دنانير وبقدر الدنانير أو الدراهم، ثم وجد بالفلوس عيباً لا يخرجها من الثمنية كالزيادة في الدراهم، فإنه لا يردّها ويرجع بنقصان العيب، وإن وجد بها عيباً يخرجها من الثمنية ومن أن تتكون من جنس فلوس الناس، فإنه يردّها ويستبدلها، وإن لم يستبدلها وتفرقا عن المجلس لا يبطل العقد، وإن حصل الافتراق قبل قبض أحد البديلين إلا أن يبيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير ليس بصرف، والافتراق قبل قبض أحد البديلين فيما ليس بصرف لا يوجب بطلان العقد^(١).

فإذا أقرض صبيّاً محجوراً عليه أو معتوهاً مالا ودفعه إليه فاستهلكه فلا ضمان

(١) في م: العيب.

عليه في قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما- .

وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - : هو ضامن . وهو الصحيح ؛ لأن هذا بمنزلة الوديعة ، من حيث إن المالك في الموضوعين سلطه على الاستهلاك . ولو أقرض عبداً محجوراً عليه فاستهلكه العبد ، فلا ضمان عليه ما دام عبداً فإذا عتق يوماً أخذ به ، ذكر المسألة من غير خلاف ويجب أن يكون هذا الخلاف أيضاً على قول أبي يوسف - رضي الله عنه - يؤاخذ به للحال كما في الوديعة ؛ ألا ترى أنه نص على أنه في الصبي ، والصبي والعبد سواء ، كما في الوديعة . وإذا كان الدينان مؤجلين لا تقع المقاصصة حتى يتقاصا ، وكذلك إذا كان أحدهما معجلاً والآخر مؤجلاً ، أو كان أحدهما وضحاً والآخر غلة .

أبو سليمان عن أبي يوسف - رحمه الله - : في رجل بعث بكتاب مع رسول إلى رجل أن ابعث لي بكذا وكذا درهماً قرضاً لك علي ، فبعث مع الذي أوصله الكتاب ، لم يكن من مال الأمر حتى يصل إليه .

ولو أن رجلاً أرسل إلى رجل رسوياً أن ابعث إلي بعشرة دراهم قرضاً . فقال : نعم ، وبعث بها مع رسوله ، فالأمر ضامن لها إذا أقر أن رسوله قبضها . وإذا أمر غيره أن يرهن مالا ويلزم الربح عنه ويؤدي ليؤدي الأمر إليه فأدى المأمور الربح ، لا يرجع على الأمر ؛ لأن التملك مقتضى الأداء بالأمر إنما ثبت إذا صح الأمر ، ولم يصح ، فلا يثبت التملك وبدونه لا يثبت حق الرجوع .

استقرض كر حنطة ثم قضاها فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف من غير كيل ، بخلاف البيع ، في الباب الثاني من شرح الجامع الصغير .

ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف : فإذا أقرض الرجل رجلاً ألف درهم وقبضها المستقرض ، ثم إن المقرض قال للمستقرض : اصرف الدراهم التي عليك - ولم يبين متى يصرف - لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة - رحمه الله - ويقع الصرف للمستقرض .

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : [أنه]^(١) يصح التوكيل عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما فهاننا كذلك .

وأما إذا قال: اصرفها، ولم يزد عليه، لا يصح التوكيل عندهم جميعاً؛ لأن (الهاء) في قوله: (اصرفها) يجوز أن تكون كناية عن الألف التي قبضها المستقرض، ويجوز أن تكون كناية عن الألف التي قبضها صار ديناً للمقرض في ذمة المستقرض. فإن كان كناية عن الألف التي قبضها المستقرض، لا يصح التوكيل؛ لأن تلك الألف ملك للمستقرض، فهذا أمر بالتصرف في ملك الغير، وإنه لا يصح.

وإن كان كناية عن الألف التي وجب للمقرض في ذمة المستقرض كان التوكيل صحيحاً؛ لأن هذا أمر بالتصرف في ملك نفسه صحيح، فيصح التوكيل على هذا التقدير مطلقاً، وعلى التقدير الأول لا يصح، ولا يصح بالشك والاحتمال.

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إذا لم يبين متى يصرف إليه وقع الشك في صحة هذا التوكيل، فلا يصح هذا التوكيل بالشك.

وإذا قال: اصرفها إلي، إن بين متى يصرف إليه صح التوكيل؛ إذ لا يصح هذا التوكيل بالشك.

ولو قال: اصرفها إلي، بلا خلاف، ولم يبين متى تصرف، فالمسألة على الخلاف؛ لأن قوله: اصرفها، انصرف إلى الدين الذي وجب في ذمة التوكيل، أما إذا انصرف إلى الدراهم التي قبضها المستقرض، فالصرف لا يكون للموكل بل يكون للتوكيل؛ لأن تلك الدراهم ملك التوكيل.

وإن صرف قوله: اصرفها، إلى الدين الذي للموكل في ذمة التوكيل، صار كأنه صرح به، وهناك المسألة على الخلاف كذا هاننا.

ولو أن لرجل على رجل ألف درهم، فدفع المطلوب إلى الطالب دراهم وقال: اصرفها، أو خذ حقك منها، فقبضها وهلك في يده قبل أن يصرفها، فهو من مال

(١) سقط في ج.

الآمر؛ لأن الأمر أمره بشيئين: بالمصارفة للآمر، وبأخذ حقه من الدراهم التي حصل للآمر بحكم المصارفة، فقبضه الدنانير قبض الوكيل بالبيع، وقبض الوكيل بالبيع قبض أمانة، فإذا هلكت الدنانير في يده هلك من مال الأمر، كما لو هلكت الجارية الموكل ببيعها في يد الوكيل، وكذا لو صرف الدنانير وقبض الدراهم، فهلكت الدراهم في يده قبل أن يأخذ حقه من الدراهم هلكت من مال الأمر أيضًا؛ لأنه وكيل يبيع الدنانير بالدراهم أو لا فيقع قبض الدراهم للموكل قبل أن يأخذ الوكيل حقه منها.

ألا ترى أنه لو لم يقل له: خذ منها حقك، كان قبضه للآمر، وكان هلاك المقبوض على الأمر، كذا هاهنا، فإن أخذ منه حقه ثم هلك المأخوذ بحقه في يده هلك من ماله.

وهو بمنزلة ما لو كان عند رجل وديعة، وللمودع على صاحب الوديعة دين، فقال له صاحب الوديعة: خذ حقك من الوديعة التي في يديك، فهلكت الوديعة قبل أن يأخذ المودع حقه منها، يهلك من مال صاحب الوديعة، ولو أخذ منها حقه وهلك المأخوذ في يده، هلك من مال المودع، كذا هاهنا.

وهذا بخلاف ما لو دفع إليه الدنانير وقال: اصرفها بحقك، أو قال: بعها بحقك، فباعها بدراهم مثل حقه، فكما قبض الدراهم يصير المقبوض له حتى لو هلك في يده هلك من ماله؛ لأن هاهنا ما أمره بشيئين إنما أمره بشيء واحد وهو البيع بحقه، وإنما يكون بائعًا بحقه إذا كان قبض الدراهم واقعا له، فقد أمره بالبيع وجعل المقبوض بعد البيع كأنه قال: بع هذه الدنانير منه فاقبض الدراهم بحقك، ولو قال هكذا أليس أن المقبوض يصير للقابض بنفس القبض، كذا هاهنا. والله أعلم بالصواب.

الفصل العاشر

في المتفرقات

إذا قال لآخر: أقرضني عشرة أقفزة حنطة، فأقرضه، أو استأجر من يحمله، فأجر الحمل على المقرض، في إجازات النوازل.

وكذا لو قال له المستقرض: استأجر من يحمله، ففعل، كان على الآخر؛ لأنه هو العاقد.

وكذا لو قال المستقرض: استأجر لي من يحمله، ففعل، كان على الآخر على المقرض أيضاً؛ لما مر إلا أنهما ههنا يرجع على المستقرض بالأجر؛ لأن الإجارة وقعت له، كذا ذكر هناك.

وينبغي أن يكون القول قول المستقرض: استأجر من يحمله، كقوله: استأجر لي من يحمله، إذا كان ذلك بعدما سلم المقرض الأقفزة إلى المستقرض قبل أن لم يكن سلمها إليه وقد قال له المستأجر: استقرض فلانا.

فالجواب كذلك؛ لأن الحمال إذا كان معيناً، صار المقرض في الاستئجار وكيل المستقرض معني، فيرجع المقرض على المستقرض، وإن لم يكن الحمال معيناً، لا يرجع المقرض على المستقرض بالأجر سواء قال: استأجر حمالا ولم يزد أو قال: استأجر لي حمالاً.

في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : المديون إذا أبى أن يقضي ما عليه، إن كان مما يعمل بيده أو له عمل معروف، فإنه يؤجر من رجل ويأخذ الأجر فيقضى به ديونه.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا استقرض الرجل مالا في مرضه وعين الشهود، ودفع المقرض المال إلى المستقرض، أو اشترى شيئاً بألف درهم وعين الشهود قبض المبيع، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، أو استأجر شيئاً بمعاينة الشهود وعليه ديون الصحة، فإن هذه الديون تكون متساوية كديون الصحة، وإن تعلقت هذه

الديون بماله بعد تعلق حق غرماء الصحة، وليس في بعض هذه التصرفات إبطال حقهم وهو القرض والنكاح، وفي بعضها إن كان إبطال حقهم، ولكن لحاجة المريض وهو لا يملك النقل والإبطال لحاجته، فإن قضى المريض دين هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوا القابض فيما قبض؟

ينظر: إن قضى دين المقرض ودين البائع، لا يكون لغرماء الصحة حق المشاركة، فإن قضى دين المرأة ودين الآخر يكون لهم حق المشاركة. والفرق: أن المريض بقضاء دين البائع فالمقرض لم يبطل حق غرماء الصحة؛ لأن حق غريم الصحة في معنى الأموال - وهو المالية - لا في أعيانها، وما وصل إليه من العوض في القرض والبيع يصلح لقضاء حق غرماء الصحة، ولا يصير القضاء مبطلاً حقهم، أما ما وصل إليه من العوض في الإجارة والنكاح لا يصلح لقضاء حق غرماء الصحة فيصير بهذا القضاء مبطلاً، وليست له هذه الولاية.

وفي فتاوى النسفي: السلطان إذا صادر رجلاً وطالبه بشيء من المال ظلماً، وطلب الرجل من غيره أن يدفع إلى السلطان المال المطالب به ويدفع إلى أعيانه شيئاً من المال، ويقال لذلك بالفارسية: جعل ومؤنة فدفع الرجل ذلك كله، ثم أراد أن يرجع على الأمر بما دفع بأمره وطلبه.

قال: ليس له ذلك؛ لأنه أمره بالدفع بمنزلة أمره بأن يتلف ماله بأن قال له: ألق مالك في البحر، وهناك لا ضمان على الأمر، فهذا كذلك.

وذكر الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن له الرجوع، والمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية. ثم في المطالبة الشرعية وهو الدين إذا أدى المأمور رجوع على الأمر فكذا في المطالبة الحسية.

واستدلالاً بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في السير الكبير: لو أمر واحداً من أسرى المسلمين رجلاً أن يشتري له ثمن أسره بكذا، فاشتراه، رجوع بالثمن

على الأمر، مع أنهم ظالمون في إمساكه وطلب المال منه وكذا هاهنا، وعليه الفتوى.

وفي الجامع في باب الكفالة بالصراف: رجل له على رجل ألف درهم جيد، فقال صاحب المال: أعطني ألف درهم نبهجة وتفرقا من غير قبض، صح؛ لأنه حط عن صفة الجودة بصراف فلا يبطل بالافتراق عن المجلس من غير قبض.

وكذلك لو قال: اقض عني غريمي هذا بألف درهم نبهجة، أنه ليس بصراف، فإنه لم يقل: على أن الخيار لك.

فإذا كان لرجل على رجل دين مؤجل فقال المديون: أبطلت الأجل، أو قال: تركت، صح بخلاف قوله: لا حاجة لي فيه، وبخلاف قوله: برئت منه، أضاف البراءة إلى نفسه.

روي أنه يصح إذا أضاف البراءة إلى نفسه، كما يصح إذا أضاف البراءة إلى رب الدين فقال: برئت إلينا.

المأمور بقضاء الدين إذا قضى أجود مما أمر به، يرجع بمثل ما أمر به، أو أردأ يرجع بما كفل به ولو قضى أردأ مما أمر به، رجع بمثل المؤدى. والكفيل بالمال إذا أدى أجود مما كفل به أو أردأ، يرجع بما كفل به.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل له على رجل عشرة دنانير، فقال رجل لصاحب الدنانير: أقرضني الدنانير، قال لمديونه: أعط فلانا الدنانير التي لي عليك، وأحاله عليه، فأخذ بها عروضاً أو دراهم أو ما أراد، كان جائزاً.

ولو قال رجل لرجل: وهبت لك الألف درهم التي لي على فلان وقال لفلان: أعطها إياه، فإن أعطاه عرضاً لم يبرأ.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل عليه ألف درهم لرجل، أمر الذي عليه رجلاً أن يدفعها عنه إلى الطالب ليرجع الدافع بها على الأمر فدفعها

المأمور بعد ذلك إلى الطالب وأراد أن يرجع بها على الأمر^(١)، وأقام الأمر بينة أنه قد دفع الألف إلى الطالب بعدما أمر المأمور بالدفع قبل أن يدفع المأمور، ولا سبيل للمأمور على الأمر في الرجوع بما دفع، وله أن يرجع إلى الذي دفع.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال الرجل لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم أو قال: أعط فلاناً ألف درهم على أنني ضامن لها والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام فدفع المأمور إلى فلان ألف درهم، فالألف قرض للدافع على الأمر، وليس له أن يأخذها من القابض، وللأمر أن يأخذها بعينها من القابض؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد وجهين: إما التحمل بطريق الكفالة، وهو المعهود من لفظ الضمان. وإما جهة الأصالة بالاستقراض.

والأول لا وجه إليه؛ لأن شرط الضمان بطريق التحمل أن يكون الضمان ثابتاً في حق الأصيل، ولا ضمان على المدفوع إليه هاهنا ليتحمله^(٢) الأمر بالكفالة، فتعذر جهة الأصالة بالاستقراض وصار المدفوع إليه وكياً عن الأمر بالقبض، كأن الأمر قال للدافع: أقرضني ألف درهم أدفعها إلى فلان فإني وكيله بالقبض، وإذا قبضه صار قرضاً على الأمر وديعة عن الوكيل وهو القابض، إن هلك في يده لا شيء عليه؛ لكونه أميناً، وإن أتلفه يضمن.

فإنما شرط في الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضرًا لسمع^(٣) الكلام؛ لأن المدفوع إليه لا يصير وكياً عن الأمر في القبض، فالتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل، فشرط علمه وسماعه ليصير وكياً.

ولو قال لغيره: أعط فلاناً ألف درهم، أو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أنني ضامن لك عنه بهذه الألف، والمدفوع إليه حاضر يسمع الكلام، ففعل. فالألف

(١) في أ: وأقام الأمر بينة أنها له ودفع الألف إلى الطالب وأراد أن يرجع بها على الأمر.

(٢) في ج: يتحمله.

(٣) في ج: يسمع.

قرض للمأمور على القابض، والآمر ضامن لها عنه يأخذ أيهما شاء.
 فرق بين هذا وبين ما إذا قال: على أني ضامن لك، فقد نص على أن القابض مكفول عنه وتعذر أن يجعل الآمر ضامناً عن القابض بحكم الكفالة وإنما يصير القابض مكفولاً عنه إذا صار القابض مستقرضاً، فصار تقدير ما قال كأنه قال: أقرض فلاناً ألف درهم على أنه ضامن لها، ولم يقل: عنه. لم يجعل الآمر القابض مكفولاً عنه، وتعذر أن يجعل الآمر ضامناً عن القابض بحكم الكفالة على ما مر فجعله ضامناً لها بحكم القرض للصحة.

ولو أن المقرض هو الذي خاطب الدافع فقال: أعطني ألف درهم، أو قال: ادفع إلي ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها، فإن الألف قبض للمأمور على القابض، وفلان كفيل لها^(١) عنه.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الآمر هو الذي يلي المخاطبة والقابض ساكت.
 والفرق: أن المخاطبة متى كانت من القابض، فقد جرى بين القابض وبين الدافع ما هو سبب الضمان، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه، بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره فدفع إليه، كان مضموناً عليه كأنه أقرضه، فإذا جرى بينهما سبب الضمان، فإن^(٢) شرط القابض ضماناً آخر كان هذا ضمان كفالة؛ لأنه ضمان طراً عن ضمان ثابت على غيره، وهذا هو حد الكفالة، فصار تقدير ما قال القابض للدافع: أقرضني ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها، فأما إذا كانت المخاطبة من الآمر لم يجر بين القابض والدافع سبب الضمان، بدليل أنه لو لم يقل الآمر: على أني ضامن لها، واقتصر على الأول فدفع إليه الألف، كان القابض أميناً لا ضميناً، وكان هذا من الآمر مشورة بأن يودعه ألف درهم، وإن لم يجر بينهما سبب الضمان تعذر أن يجعل استقراضاً، أما ههنا بخلافه.

(١) في ج: بها.

(٢) في ج: فإذا.

وإذا قال الرجل لغيره: أعط فلاناً ألف درهم على أنني ضامن لها، فقال: نعم، ففعل، فالقرض على القابض، والامر كفيله؛ لأن قول فلان: نعم، جواب، والجواب يتضمن إعادة الكلام الأول، فصار كأن فلاناً قال: نعم أعطني ألف درهم على أن فلانا ضامن لها، ولو نص على هذا فقد جرى بين الدافع والقابض ما هو سبب الضمان، بدليل أن القابض لو قال: أعطني ألفاً، ولم يقل: على أن فلاناً ضامن لها، كان الألف مضموناً عليه، فكان ضمان الألف ضماناً طارئاً عن ضمان ثابت على القابض، وهذا هو حد الكفالة، فكان كفالة.

وإذا قال: هب لفلان ألف درهم على أنني ضامن لها، ففعل المأمور ذلك وقبض الموهوب له منه، كانت الهبة جائزة والامر ضامن للدافع، ويكون الواهب في الحقيقة هو الأمر دون المأمور، حتى كان للأمر أن يرجع في الهبة، ولا يكون للمأمور ذلك، وهذا لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الأمر بحكم الكفالة عن القابض؛ إذ لا ضمان على الموهوب له، وعلى المتصدق عليه، فجعل الأمر ضماناً بحكم القرض جاعلاً المأمور وكياً عن نفسه بالهبة والصدقة، وجاعلاً القابض وكياً عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وصار تقدير المسألة كأن الأمر قال لذلك الرجل: أقرضني ألف درهم ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا، كان الجواب كما قلنا فهانئاً كذلك.

وإذا قال الرجل لغيره: هب لي ألفاً على أن فلاناً ضامن لها - وفلان حاضر - فقال: نعم، ثم وهب المأمور ألف درهم، فالهبة من الضامن، فيكون المال قرضاً للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض: هب لي تنصيص على أنه لا ضمان عليه لأحد في المقبوض فلا يمكن أن يجعل قوله: على أن فلاناً ضامن لها، اشتراطاً للضمان بحكم الكفالة، فجعل ضماناً لحكم القرض، وصار فلاناً بقوله: نعم، مستقرضاً الألف من الدافع، جاعلاً الدافع وكياً عن نفسه بالهبة من القابض احتياطاً للجواز. والله أعلم بالصواب.

كتاب الحوالة^(١)

(١) الحوالة - بفتح الحاء وكسرهما - اسم من أحال. يقال: أحال الغريم: زجَّاه عنه إلى غريم آخر، وتحول من مكانه: انتقل، وحولته تحويلاً: نقلته من موضع إلى موضع. وفي الوجيز: الحوالة: اسم من أحال الغريم إذا دفعه عنه إلى غريم آخر. وفي الاصطلاح:

عرَّفها الحنفية: بأنها «نقل الدين من ذمة إلى ذمة». وعَرَّفها المالكية: بأنها «طرح دين عن ذمة بمثله في أخرى». وعَرَّفها الشافعية: بأنها «عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة». وعَرَّفها الحنابلة: بأنها «تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى». ويلاحظ من تعريفات الفقهاء للحوالة أنهم متفقون على أنها نقل للدين وتحويل له، وهو ما يتفق مع المعنى اللغوي للحوالة.

وهل الحوالة نقل للدين والمطالبة معاً، أم نقل للدين فقط؟ اختلف فقهاء الحنفية في ذلك: فذهب أبو يوسف إلى أنها تنقل الدين والمطالبة معاً، واستدل بالإجماع على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين، أو وهبه منه صح، ولو أبرأ المحيل، أو وهبه منه لم يصح، وذهب محمد بن الحسن من الحنفية إلى أنها تنقل المطالبة فقط دون الدين، فهو باق في ذمة المحيل.

والراجح: أنها تنقل الدين والمطالبة، وذلك لما في الحوالة من معنى النقل والتحويل، كما أن من أثار الحوالة براءة ذمة المحيل من دين المحال، وانتقال الحق إلى المحال عليه، فإذا لم يترتب على الحوالة نقل الدين بهذا الحق، فما هي فائدة انتقاله للمحال إذن؟

ينظر: لسان العرب (١٠٥٦/٢، ١٠٥٧)، المصباح المنير، ص (٩٧)، المعجم الوجيز، ص (١٧٩)، تبیین الحقائق (١٧١/٤)، شرح فتح القدير، لابن الهمام (٧/٢٤٢، ٢٤٣)، حاشية ابن عابدين (٣٥٩/٥)، مواهب الجليل (٩٠/٥)، الشرح الكبير للدردير (٣٢٤/٣)، مغني المحتاج (١٩٣/٢)، المغني مع الشرح الكبير (٥٤/٥، ٥٥). والحوالة مشروعة، بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَأَفْكُلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧]. وقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢].

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله - تعالى - أمرنا بالتعاون فيما بيننا، وأمرنا بفعل الخير، والحوالة نوع من التعاون، وفيها خير وتيسير على الناس في معاملاتهم.

أما السنة: فقد أخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع».

ففي هذا الحديث أمر من الرسول ﷺ للدائن أنه إذا أحيل على مدين آخر فليحتل، وسواء كان هذا الأمر للوجوب، أم للندب، أم للإباحة فهي مشروعة.

وأما الإجماع: فقد انعقد الإجماع على جواز حوالة الدين.

وأما المعقول: فإن الحوالة تتضمن فروغاً متفقاً على جوازها، فقد يوجد بها تبرع من المحال عليه، وقد يكون بها توكيل للمحتال بالقبض، وبها التزام من المحال عليه كالتزام

- هذا الكتاب يشتمل على خمسة فصول:
- الفصل الأول: في بيان شرائط الحوالة وحكمها.
- الفصل الثاني: في بيان أنواع الحوالة.
- الفصل الثالث: في عود الدين إلى ذمة المحيل.
- الفصل الرابع: [في^(١)] بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة.
- الفصل الخامس: في المتفرقات.



الكفيل، وما من فرع من هذه الفروع إلا وقد اتفق على جوازه، والمشتمل على الجائز جائز. وأيضاً شرعت الحوالة لحاجة الناس للتعامل بها خاصة في زماننا هذا، الذي كثرت فيه الالتزامات، وأصبحت الحوالة من أسهل وأسرع الوسائل لانتقال الالتزامات بين الأفراد والجماعات، وكل هذا يدل على سماحة الدين الإسلامي، ويسره، وصلاحيته لكل زمان ومكان. وقد أجاز فقهاء الحنفية الحوالة لمن ليس عليه دين للمحيل، وأسموها حوالة الدين المطلقة، وإن سماها البعض توكيلاً في الاقتراض أو حمالة، وأجروا عليها أحكام الحوالة وأجازوها، فإذا كانت الحوالة جائزة لمن ليس عليه دين، كانت على من عليه دين أولى بالجواز.

ينظر: فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/٢٣٩)، بدائع الصنائع (٦/١٦)، بداية المجتهد (٢/٣٠٠)، مغني المحتاج (٢/١٩٣)، كشاف القناع (٣/٣٨٢).

(١) سقط في أ.

أما الأول

فنعقول: من شرائط الحوالة^(١) رضا المحتال عليه وقبول الحوالة سواء كان على

(١) يشترط الحنفية لفاذ الحوالة أن يكون المحيل بالغا؛ لأن في الحوالة معنى المعاوضة، ومعاوضات الصبي المميز لا تنفذ إلا بإجازة وليه. فحوالته منعقدة موقوفة على الإجازة. والبلوغ شرط صحة عند الجمهور. فإذا كان المحيل مميزا غير بالغ ففيه الخلاف المشهور بين الفقهاء في تصرفات الصغير المميز إذا باشرها بنفسه: أتكون باطلة، أم موقوفة على إجازة وليه، إن رآها وفق مصلحته؟ ويشترط الحنفية لفاذ الحوالة أن يكون المحال بالغا، لما قلناه في المحيل، ولذا ينعقد احتيال الصبي المميز، ولكنه لا ينفذ إلا بإجازة وليه، وهذه الإجازة مشروطة بأن يكون المحال عليه أملاً من المحيل. وهذه الشريطة يوافق عليها المالكية والشافعية، ويخالف فيها الحنابلة، لأنهم لا يشترطون رضا المحال، إلا على احتمال ضعيف للحنابلة. أما شريطة بلوغ المحال عليه، فسبق بحثها كشرط انعقاد أثناء بحث المحال عليه وشرائطه. ويشترط في المحال عليه عند الحنفية، أن يكون متمتعاً بأهلية الأداء الكاملة. أن يكون عاقلاً، لما قدمناه في المحال، فلا تصح الحوالة على مجنون، أو صبي لا تمييز له. كما يشترط أن يكون بالغا، فلا يصح من الصبي قبولها بحال، قياساً على الكفالة، وما دام ليس في ذمته، ولا عنده للمحيل ما يفي بالدين المحال به؛ لأن قبول هذه الحوالة حينئذ تبرع ابتداء، إن كانت الحوالة بأمر المحيل، وتبرع ابتداء وانتهاء إن لم تكن بأمره، إذ لا يملك حق الرجوع عليه في هذه الحالة الأخيرة، سواء بعد ذلك أكان الصبي مأذوناً في التجارة أم غير مأذون، بل وسواء قبوله بنفسه وقبول وليه له؛ لأنه من التصرفات الضارة، فلا يملكه الولي. والتقييد - بكونه ليس في ذمته ولا عنده للمحيل ما يكفي - ليس في كلام الحنفية. ولكن ابن عابدين استظهره في حاشيته على البحر فإذا اختل هذا القيد - بأن كان في ذمته، أو عنده للمحيل ما يكفي سداد دينه - فينبغي ألا يشترط بلوغه لأصل انعقاد الحوالة، بل لفاذها، فتنعقد موقوفة على إجازة وليه إن كان دون البلوغ. وعندئذ ينبغي أن تكون شريطة البلوغ هذه شريطة نفاذ مطلوبة في المحال عليه بالنسبة إلى الحوالة المقيدة بالدين الذي عليه؛ لأن فيها معنى المعاوضة انتهاء، حيث يقضى فيها دين بدين بطريق التقاص، فحتاج إلى إذن الولي، أو إجازته. أما إذا كانت الحوالة مطلقة، فإن بلوغ المحال عليه عندئذ شريطة انعقاد لا بد منها، لأنها كما قال صاحب البحر هنا: إن كانت بأمر المحيل كانت تبرعاً ابتداء، معاوضة انتهاء، وإن كانت بدون أمره كانت تبرعاً ابتداء وانتهاء فهي من المضار التي لا يملكها على الصغير وليه كسائر التبرعات، فلا تصح من غير البالغ ولو بإذن وليه، أو إجازته. وكون المحال عليه مديناً للمحيل، أو عنده مال له، لا يمنع إطلاق الحوالة دون ارتباطها بالدين، أو المال الذي للمحيل عنده، إلا أن يقال: إنها عندئذ تعقد مقيدة حكماً بهذا المال أو الدين، ولو صدرت بصيغة مطلقة، وتكون موقوفة على إجازة الولي.

المحتال [عليه]^(١) دين للمحيل أو لم يكن، عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - وكذلك رضا الطالب وقبوله شرط لصحة الحوالة بلا خلاف^(٢).

شرائط تتعلق بأهلية المحيل:

أ- العقل: يشترط في المحيل أن يكون عاقلاً، فلا تتعدّد حوالة المجنون، والصبّي اللذين لا تميّز لديهما. إذ العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها.
ب- نفاذ التصرفات المالية: ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحوالة تصح من المحجور عليه لفلس بشرطتين: إذن القاضي، وعدم ظهور دائن آخر. وعليه بعض الشافعية. ولكنهم ضعفوه؛ لأن الحجر لحق الغرماء بعامة، وقد يكون ثمّ دائن آخر في الواقع ونفس الأمر. والرأيان يردان في حوالة السفه بإذن وليه، إلا أن القول بالجواز هنا في حالة الحجر للسفه أقوى، حتى لقد قطع به إمام الحرمين. ويرى كثير من الفقهاء أن الإجازة اللاحقة لتصرف السفه كالإذن السابق. ومن هؤلاء الحنفية، والمالكية. فإذا كان الدين على اثنين فأحالا به، وأحدهما نافذ التصرف والآخر بخلافه - أو كانا هما المحال عليهما معاً، وأحدهما غير نافذ التصرف - فيجري فيه الخلاف المعروف في نتيجة تفريق الصفقة.

ينظر: بدائع الصنائع (١٦/٦)، وحاشية ابن عابدين (٣٦٠/٥)، ومجمع الأنهر (٢/٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٦)، والخرشي على خليل (٢٠٤/٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٢٦)، وشرح منح الجليل (١٨٠/٦)، ومغني المحتاج (١٤٨/٢، ١٧٢)، والمهذب (١/٣٣٧ - ٣٣٨)، والفروع (٢/٦٢٦).

(١) سقط في أ.

(٢) رضا المحال، والمحال عليه، مختلف في اعتبارهما من شرائط الانعقاد، أو من شرائط النفاذ؟

أولاً: رضا المحيل: ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى اشتراط رضا المحيل، وعللوه بأنه مخير في جهات قضاء الدين، فلا تتعين عليه جهة قهراً، كجهة الدين الذي له على المحال عليه.

واشترط الحنفية أن تقع الحوالة عن رضا من المحيل؛ لأنها إبراء فيه معنى التملك، فيفسدها الإكراه كسائر التملكيات. وفي اشتراط رضاه اختلاف بين روايتي القدوري والزيادات: ووجه رواية القدوري الموجبة: أن ذوي المروءات قد يأنفون من أن يحمل عنهم أحد شيئاً من ديونهم، فلا بد من رضاهم، ثم يطرد الباب كله على وتيرة واحدة. ووجه الرواية الصحيحة النافية: أن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يلحقه به ضرر، بل فيه نفعه عاجلاً وأجلاً: أما عاجلاً؛ فلأنه سيكفي المطالبة بدينه في الحال، وأما أجلاً؛ فلأن المحال عليه لا يرجع عليه إن لم يكن بأمره قد قبل حوالة دينه، فلم يبق معنى لاشتراط رضاه. لكن كثيراً من محققي المذهب لا يرون أن هناك في الحقيقة خلافاً: فإن القدوري لم يوجب رضا المحيل لنفاذ عقد الحوالة، بل ليسقط بالوفاء دين المحيل في ذمة المحال عليه - إن كان - وليرجع هذا

إلى المحيل بما أدى عنه إن لم يكن مدينا له . فإنه لا رجوع على المحيل ولا سقوط لدينه ما لم يرض .

ثانيا: رضا المحال: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى وجوب رضا المحال للمعنى نفسه الأنف في رضا المحيل؛ ولأن الدين حقه، فلا ينتقل من ذمة إلى ذمة إلا برضاه، إذ الذمم تتفاوت يسارا وإعسارا، وبذلا ومطلا، وتتأثر بذلك قيمة الدين نفسه، ولا سبيل إلى إلزامه بتحمل ضرر لم يلتزمه .

واشترط أبو حنيفة، ومحمد أن يكون هذا الرضا في مجلس العقد، حتى إذا كان غائبا عن المجلس ثم بلغه خبر الحوالة فأجازها، لم تنفذ الحوالة، لأنها لم تنعقد أصلا؛ إذ إن رضا المحال عندهما ركن في انعقادها . أما عند أبي يوسف فيكتفى منه بمجرد الرضا، أينما كان ولو خارج مجلس العقد، فيكون شريطة نفاذ .

وأما الحنابلة فلا يوجبون رضا المحال، إلا على احتمال ضعيف عندهم . بل يجبر المحال على القبول، إذا كان المحال عليه مليئا غير جاحد ولا مماطل . وقال بعض الحنابلة: يستغنى بتاتا عن قبول المحال، فإن قبل فذاك، وإن لم يقبل فلا بأس، والحوالة نافذة برغمه .

قال صاحب الإنصاف: في رواية عن الإمام أحمد: لا يبرأ المحيل إلا برضا المحال . فإن أبى أجبره الحاكم، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة . وقيل: يتوجه أن للمحال مطالبة المحيل قبل إجبار الحاكم .

ومبنى الرويتين: أن الحوالة هل هي نقل للحق، أو تقييض؟ فإن قلنا: هي نقل للحق، لم يعتبر لها قبول . وإن قلنا: هي تقييض، فلا بد من القبض بالقول، وهو قبولها . فيجبر عليه المحال .

واستدل الحنابلة بظاهر حديث أبي هريرة عند الجماعة: قال ﷺ: «مطل الغني ظلم»، و«إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» . ويفسره لفظ أحمد وابن أبي شيبه: «من أحيل على مليء فليحتل» . فقد أمر صلوات الله عليه الدائن بقبول الحوالة، أو الالتزام بمقتضاها، والأمر بأصل وضعه للوجوب، وليس هنا ما يصرفه عن هذا الأصل .

كما استدلوا بالمعقول: فإن الدائن الذي يهيب له مدينه مثل دينه عدا ونقدا من يد أخرى فيأبى أن يأخذه، ويصر على أن ينقده إياه مدينه بالذات، لا يكون إلا متمتتا معاندا .
ثالثا: رضا المحال عليه:

ذهب جمهور الفقهاء (الحنابلة، والمالكية في المشهور عندهم، والشافعية في الأصح) إلى أنه لا يشترط رضا المحال عليه؛ لقول الرسول ﷺ: «من أحيل على مليء فليتبع» ولم يقل: على مليء راض . ولأن الحق للمحيل، فله أن يستوفيه بغيره، كما لو وكل غيره بالاستيفاء .

وذهب الحنفية في المشهور عندهم إلى اشتراط رضا المحال عليه، سواء أكان مدينا أم لا، وسواء أساوى الدينان أم لا؛ لأن الناس يتفاوتون في تقاضي ديونهم رقفا وعنفا، ويسرا وعسرا، فلا يلزم من ذلك بما لم يلتزمه . وقياسا على المحال، فإن المحال عليه مثله في أنه

وأما رضا من عليه الدين وأمره فليس بشرط قبول الحوالة من غيره، حتى إن من قال لغيره: إن لك على فلان كذا وكذا من الدين^(١)

طرف في الحوالة لا تمام لها بدونه فليكن مثله في اشتراط رضاه. ينظر: بدائع الصنائع (١٦/٦)، فتح القدير (٤٤/٥)، وحاشية ابن عابدين (٢٨٩/٤)، وحاشية الخرشي على خليل (٢٣٢/٤)، وبداية المجتهد (٢٩٩/٢)، ومغني المحتاج (٢/١٩٢، ١٩٣)، والمهذب (١/٣٣٧، ٣٣٨)، والمغني، لابن قدامة (٥٨/٥)، الفروع (٢/٦٢٦)، والإنصاف (٥/٢٢٨)، وقواعد ابن رجب، ص (٣٢).

(١) صرح المالكية، والشافعية، والحنابلة بأن من شروط الحوالة، أن يكون المحيل مدينا للمحال ولو بدين حوالة سابقة، أو دين كفالة، أو بدين مركب من هذا كله أو بعضه. وعلوه بأن ليس من المتصور حوالة دين لا وجود له. ويثبت الدين بطرق الإثبات المقررة فقها، وينص المالكية على الاكتفاء بإقرار المحال بثبوته. واشترط الحنفية أن يكون المحيل مدينا للمحال. وإلا كانت الحوالة على مدين وكالة بالقبض، أو هبة دين، أو بيع دين من غير من هو عليه، وهذه الهبة وهذا البيع باطلان عندهم.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤٨١/٤)، وحاشية الخرشي على خليل (٢٣٣/٤)، ومغني المحتاج (٢/١٩٨)، ونهاية المحتاج (٤/٤١٠)، والمغني، لابن قدامة (٥٦/٥)، ٦١ و٦٩، ونيل المآرب (١/٣٨٢).

ويشترط في المال المحال به عند الحنفية أن يكون ديناً لازماً. قياساً على الكفالة: بجامع أن كلا من الكفالة والحوالة عقد التزام بما على مدين. فالأصل أن كل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة، وما لا فلا. ومقتضى ذلك ألا تصح حوالة الزوجة بنفقتها المفروضة - بالقضاء أو بالتراضي - غير المستدانة، لأنها دين ضعيف يسقط بالطلاق وبموت أحد الزوجين. لكنهم نصوا على صحة الكفالة بها استحساناً. ومن قواعدهم أن كل دين تصح كفالته تصح حوالاته، ما لم يكن مجهولاً. وإذن فتصح حوالة دين النفقة هذا، بل تصح بالنفقة غير المفروضة - رغم أنها تسقط بمضي شهر - إذا تمت الحوالة قبل سقوطها، وإلا فلا تصح، لأنهم كذلك قالوا في الكفالة بها، وأولوا به قول من نفى صحة الكفالة بها، معللاً بأنها ليست ديناً أصلاً. أما مهر الزوجة فدين قوي صحيح يصدق عليه أنه لا ينقطع استمرار وجوبه إلا بالأداء أو الإبراء، وإن أمكن أن يعرض له ما يبطل حكم العقد نفسه، كالطلاق المنصف للمهر قبل الدخول، فتصح الحوالة بالمهر بلا نزاع. وأما دين الزكاة، فليس ديناً حقيقة بالمعنى الخاص من كل وجه - ولذا لا يستوفى من تركة المتوفى - فلا تصح الحوالة به. وهذا كله عند الحنفية، أما غيرهم فلا يشترطون اللزوم بإطلاق الفقهاء عدا المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة. ومما فرعه المالكية على اشتراط اللزوم، أن الحوالة لا تصح بالدين الذي يستدينه صبي، أو سفيه ويصرفه فيما له عنه غنى؛ لأن الولي لا يقره. والذي اعتمده الشافعية، أن الشرط هو أن يكون الدين لازماً، أو آيلاً إلى اللزوم بنفسه: فاللازم هو الذي لا خيار فيه،

والآيل إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار؛ لأن الأصل في البيع لزوم الثمن، وأن الخيار عارض في طريق اللزوم، وبزوال العارض يعود الأصل تلقائياً. ثم بمجرد الحوالة بالثمن في مدة الخيار يبطل خيار الطرفين؛ لأن تراضيهما بالحوالة إجازة للعقد الذي بنيت عليه؛ ولأن بقاء الخيار في الثمن ينافي اللزوم الذي في طبيعة عقد الحوالة. وعلى هذا، فإن الجعل المشروط للعامل في الجعالة، لا تصح الحوالة به عند الشافعية قبل تمام العمل؛ لأنه لم يلزم بعد، وقد لا يلزم قط، ثم هو إذا لزم فليس لزومه بنفسه، بل بواسطة العمل. أما الكثرة الغالبة من الحنابلة فقد جروا على عدم اعتبار هذه الشريطة أصلاً. ولذا فهم مصرحون بصحة الحوالة بمال الكتابة، ويجعل العامل في الجعالة حتى قبل الشروع في العمل. ومنهم من يضيف إيضاحاً لوجهة نظرهم أن الحوالة بمنزلة الوفاء. وكذلك يجيزون الحوالة بالثمن في مدة الخيار، بل هذا أولى لأنه آيل إلى اللزوم. ثانياً: كون المال المحال به أو عليه يصح الاعتياض عنه:

أ- المال المحال به: اشترط الشافعية صحة الاعتياض عن المال المحال به، ورأوا أنها تغني عن شريطة اللزوم أو الأيلولة إليه. فما لا يصح الاعتياض عنه - كالمسلم فيه، وكل مبيع قبل قبضه، ودين الزكاة - لا تصح الحوالة به برغم لزومه. والمالكية، وجماهير الحنابلة، يصرحون بهذه الموافقة، كل على طريقته. ومما يستدل به لعدم صحة الاعتياض عن المسلم فيه حديث أبي سعيد أنه رضي الله عنه قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره». لكن قالوا: إن في إسناده عطية بن سعد العوفي، قال المنذري: لا يحتج بحديثه، ويغني عنه النهي الثابت عن بيع ما لم يقبض. وقد نص بعض الحنفية على صحة ضمان المسلم فيه، ومعنى ذلك صحة الحوالة به أيضاً، إذ من قواعدهم أن كل دين صح ضمانه صحت حوالاته ما لم يكن مجهولاً. وصرح به السرخسي في المبسوط، كما صرح به بعض الحنابلة تنزيلاً له منزلة الموجود لصحة الإبراء منه. لكن الشافعية وموافقيهم يفرقون في دين السلم من حيث تصحيحهم ضمانه دون الحوالة به بأن دين السلم لا يصح الاعتياض عنه، وأن الحوالة اعتياض، لأنها بيع بخلاف الضمان. وظاهر أن كل من يجيز أخذ القيمة عن الزكاة، لا يسلم بهذا التعليل (عدم صحة الاعتياض) لمنع الحوالة بدين الزكاة، فالذي لا يرى علة مانعة أخرى يصرح بجواز الحوالة به. ومن الشافعية أنفسهم من يصرح أيضاً بصحة الحوالة بدين الزكاة، على أنها استيفاء لا بيع. والثمن في مدة الخيار تصح الحوالة به عند كثيرين، كالشافعية، والحنابلة؛ لأن الحوالة متسامح فيها استثناء؛ لأنها إرفاق. ولا اعتبار هذه الشريطة نص المالكية - خلافاً لأشهب - على امتناع أن يكون الدينان - المحال به، والمحال عليه - طعامين من بيع - سلم - بل هم يقتصرون على هذا القدر في صياغة هذه الشريطة؛ لأن الذي يمتنع عندهم بيعه قبل قبضه إنما هو طعام المعاوضة لا غير. (ومقتضى هذه العلة أن تمتنع عندهم أيضاً الحوالة بدين على دين، وأحدهما طعام من بيع، والآخر من قرض). وهذا هو الذي قرره أبو الوليد بن رشد. وقد جرى عليه خليل في البيوع، ولكنه جرى هنا في الحوالة على عدم امتناع هذه الصورة، متى كان

أحد الدينين حالا - كما حكى عن مالك نفسه، وعليه عامة أصحابه عدا ابن القاسم - ركونا إلى قول - وهو جدير بأن يمثل المذهب المالكي حقا - ابن يونس: إن هذا هو الأصوب، تغليباً لجانب الدين الآخر الذي ليس بطعام معاوضة. أما ابن القاسم فلم يصححها إلا بشريطة حلول الدينين كليهما، فهو تنزيل للحلول منزلة القبض.

ب - المال المحال عليه: الذين اشترطوا صحة الاعتياض عن المال المحال عليه، هم الذين اشترطوا مثلها في المحال به، فعلى ما هناك لا تصح الحوالة برأس مال السلم، وعلى ما هنا لا تصح الحوالة عليه، وكذا المسلم فيه، وكل مبيع قبل قبضه، ودين الزكاة وإن كان عند الحنابلة- في كل من دين السلم المسلم فيه، ورأس ماله - وجه بصحة الحوالة عليه وبه. وواضح بناء هذه الشريطة على أن الحوالة بيع، وقد فرغنا من ذلك قبلاً.

ثالثاً: كون المال المحال به، أو عليه، مستقراً:

أ- المال المحال به:

الدين المستقر هو الذي لا يتطرق إليه انفساخ بتلف مقابله، أو فواته بأي سبب كان كتعذر المال المسلم فيه في عقد السلم. فالمهر قبل الدخول وقبل الموت، والأجرة قبل استيفاء المنفعة، أو قبل مضي المدة، والثلث قبل قبض المبيع، وما شاكل ذلك، كلها ديون لازمة يصح الاعتياض عنها، ولكنها غير مستقرة؛ لأنها عرضة للسقوط بفوات مقابلهما، كردة الزوجة، وموت الأجير أو المستأجر، وتلف المبيع؛ فلا تصح الحوالة بها، وبالأولى إذا اختلت شريطة أخرى، كالثلث في مدة الخيار، لانتفاء لزومه. وهذه الشريطة يجزم بها كثير من الحنابلة وإن لم يكونوا جمهورهم، على أن بعضهم يدعي أنه الأشهر عندهم.

ب - المال المحال عليه: لم يصرح باشتراط استقراره سوى الحنابلة أيضاً نقلاً عن نص أحمد، وفي التفريع على ذلك يقول ابن قدامة: (دين السلم ليس بمستقر، لكونه عرض الفسخ، لانقطاع المسلم فيه) ثم يقول: (وإن أحالت المرأة على زوجها بصدقتها قبل الدخول لم يصح؛ لأنه غير مستقر، وإن أحالها الزوج به صح؛ لأن له تسليمه إليها، وحوالته به تقوم مقام تسليمه، ولا يظهر لهذه الشريطة وجه وجيه في المحال به، ما دام المدين يملك حق إيفاء دينه قبل استقراره، كما سنرى في كلام ابن قدامة المقدسي الذي سننقله قريباً في المال المحال عليه، وفي كلام المجدد بن تيمية. وإن أحالت به بعد الدخول، صح؛ لأنه مستقر، وإن أحال البائع بالثلث على المشتري في مدة الخيار، لم يصح في قياس ما ذكر، وإن أحاله المشتري به، صح؛ لأنه بمنزلة الوفاء، وله الوفاء قبل الاستقرار. ويلحظ هنا أن ابن قدامة في كلامه هذا يجري على عدم التفريق بين الدين غير اللازم كمال الكتابة، والثلث في مدة الخيار، وبين الدين اللازم غير المستقر كدين السلم، والمهر قبل الدخول، كما أنه جرى على عدم اشتراط الاستقرار إلا في الدين المحال عليه دون المحال به، فصح إحالة الزوج لزوجته بمهرها قبل الدخول، ومنع الإحالة منها عليه؛ لأن له الإحالة به، حيث يصح منه التسليم. ومع ذلك ففي الحنابلة من ينازع في اعتبار هذه الشريطة، فالمجدد بن تيمية في «المحرر» لم يستثن من

فأحل به علي^(١)، ورضي بذلك صاحب الدين، صحت الحوالة، فإن أدى المال لا يرجع بذلك على الذي عليه الأصل وبرئ الذي عليه الأصل كما في الحوالة بالأمر.

وأما حكم الحوالة فنقول: حكم الحوالة براءة المحيل وتتوجه المطالبة على المحتمل عليه عند علمائنا الثلاثة.

والحوالة في حق براءة الأصل تخالف الكفالة، فإن الكفالة لا توجب براءة الأصل، ثم إن بعض مشايخنا - رحمهم الله - ذكروا في شروحه: أن أبا يوسف ومحمدا - رحمهما الله - اختلفا فيما بينهما أن الحوالة توجب براءة الأصل عن المطالبة والدين جميعاً أو عن المطالبة دون الدين.

فذكروا: أن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يوجب براءة الأصل عن المطالبة والدين، وعلى قول محمد - رحمه الله - يوجب براءة الأصل عن المطالبة

= الديون التي تصح الحوالة بها وعليها سوى دين السلم - فمنع الحوالة به وعليه - وهذا الذي استثناه منازع في منعه عندهم: فقد حكى صاحب الإنصاف صحة الحوالة بدين السلم وعليه مطلقاً.

رابعاً: كون المال المحال عليه ناشئاً عن معاوضة مالية:

وهذه الشريطة شريطة لزوم. فالذي يخالغ زوجته على مال، ثم يحيل على هذا المال، فتموت الزوجة ولو موسرة قبل أن يقبضه المحال، أو تفلس - كما استظهره - يكون للمحال الرجوع عليه بدينه. هذه حوالة صحيحة ولازمة ابتداءً، ولكنها قد تتحول عن هذا اللزوم. هكذا قرره ابن المواز من المالكية. والمالكية أنفسهم مترددون في قبوله ولو قبل فليس منافياً للزوم العقد، بل عقد الحوالة لازم مالم يوجد ما يقضي التخيير فيه كعقد البيع، فإنه لازم بعد مدة الخيار، وقد يلحقه بعد ذلك خيار العيب.

ينظر: مجمع الأنهر (١٢٣/٢)، وحاشية ابن عابدين (٢٥١/٤، ٢٦٣)، ومجلة الأحكام العدلية مادة (٦٨٨)، وحاشية ابن عابدين (٢٦٣/٤)، والمسوط (٤٧/٢٠)، وحاشية الخرشبي على خليل (٢٣٣/٤)، وبداية المجتهد (٣٠٠/٢)، ومغني المحتاج (١٩٤/٢)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٢١/٣)، والباجوري على ابن قاسم (١/٣٩٢)، والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص (١٥١)، والنهاية على المنهاج وحواشيتها (٤١٠/٤، ٤١١)، والإنصاف (٢٢٥/٥)، ومطالب أولي النهى (٣٢٥/٣، ٣٢٦)، والفروع (٢/٦٢٤، ٦٢٥)، والمغني، لابن قدامة (٥٥/٥، ٥٦).

(١) زاد في أ: فلان.

دون الدين .

قالوا: وثمرة الخلاف تظهر في فصلين:

أحدهما: أن [المحتال]^(١) له إذا أبرأ المحيل عن الدين بعد الحوالة على قول أبي يوسف: لا يصح إبراءه؛ لأن عنده المحيل قد برئ عن الدين بالحوالة والإبراء لم يصادف محله .

قالوا: وأورد محمد - رحمه الله - في الكتاب مسألتين ليحتج بهما على قول أبي يوسف - رحمه الله - :

أحدهما: أن المحيل إذا أدى دين المحتال له لا يكون متطوعاً، ويجبر المحتال على القبول، ولو برئ عن الدين، لكان متطوعاً حتى [إنه]^(٢) لا يجبر على القبول كما لو أداه الأجنبي .

الثانية: أن المحيل لا يصلح وكياً عن المحتال له بقبض الدين من المحتال^(٣) عليه؛ وإنما لا يصلح^(٤)؛ لأن الدين باق في ذمة المحيل، والمحتال بالقبض [يعمل لتفريغ ذمته]^(٥)، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح وكياً عن غيره .

وأبو يوسف - رحمه الله - يعترض عن الفصل الأول ويقول: المحيل بالحوالة وإن برئ عن الدين، ولكن براءة مؤقتة، وبالأداء يستفيد براءة مؤبدة، فكان ذا حظ في هذا الأداء فلا يكون متطوعاً، ويعتذر عن الفصل الثاني ويقول: إنما لا يصلح وكياً؛ لأنه يعمل لنفسه باستفادته براءة مؤبدة لا باستفادته^(٦) أصل البراءة. والله أعلم بالصواب .

الفصل الثاني: الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان، كان للراهن أن يسترد

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: المحيل .

(٤) في أ: يصح .

(٥) في أ: بالعمل يعمل لنفسه .

(٦) في أ: باستفادته .

الرهن منه عند أبي يوسف - رحمه الله - كما لو أبرأه منه، وعند محمد - رحمه الله - ليس له [ذلك]^(١) كما لو أجل الدين.

وفي شرح الزيادات ذكرت الخلاف في مسألة الرهن على عكس ما ذكرت هاهنا، فأحلته إلى النوادر.

وعن بعض المشايخ - رحمهم الله - أن في مسألة الرهن عند محمد - رحمه الله - روايتين، وبعض مشايخنا أنكروا هذا الخلاف وقالوا: لم ينقل إلينا عن محمد - رحمه الله - نص أن الحوالة لنقل المطالبة دون نقل الدين، إلا أن محمدًا - رحمه الله - ذكر في الكتاب أحكامًا متشابهة، واعتبر الحوالة في حق بعض ما أحيل، وجعل المحول بها المطالبة دون الدين، واعتبرها في بعض الأحكام وجعل المحول بها المطالبة والدين.

وإنما فعل هكذا؛ لأن اعتبار حقيقة اللفظ توجب نقل المطالبة والدين؛ لأن الحوالة مبنية على النقل، وقد أضيفت إلى الدين واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة؛ لأن الحوالة تأجيل معنى.

ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلسًا، يعود الدين إلى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل، والعمل بالحقيقة والمعنى متعذر في كل حكم واعتبر الحقيقة في حق بعض الأحكام فقال: لا يصح إبراء المحتال له [ما]^(٢) على المحيل، ولا يصح هبة المحتال له الدين من المحيل^(٣).

[وأن المحيل إذا نقد المحتال ما له بعد الحوالة]^(٤)، يجبر المحتال له على القبول.

وإذا وكل المحتال له المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يجوز.

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: له.

(٤) سقط في أ.

وإذا أبرأ المحتال له المحتال عليه من الدين، فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل وإن كانت الحوالة بأمره، ولو وهب الدين من المحتال عليه، رجع على المحيل إن لم يكن للمحيل عليه دين يقضى، وصار الجواب في حق المحتال عليه كالجواب في حق الكفيل، فإذا أبرأ المحتال له المحتال عليه لا يرتد إبراؤه برد المحتال عليه.

وإذا وهب الدين من المحتال عليه ترتد هبته برده كهبة الدين من الكفيل وإبرائه. ولو كانت الحوالة لنقل الدين والمطالبة، كان الإبراء والهبة في حقه على السواء ويرتد برده كما في حق الأصيل، والله أعلم.



الفصل الثاني

في بيان أنواع الحوالة

يجب أن يعلم بأن الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة.

[فالمقيدة]^(١): أن يقيد المحيل الحوالة بالدين الذي له على المحتال عليه، وبالعين الذي له في يد المحتال عليه بالغصب أو بالوديعة^(٢).

والمطلقة: أن يطلق الحوالة إطلاقاً أو يرسل [لها]^(٣) إرسالاً ولا يقيد بها بالدين الذي له على المحتال عليه، ولا بالعين الذي له في يد المحتال عليه، أو يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين.

وأما المطلقة: فالحالة منها: أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف درهم فيجوز، وتكون الألف على المحتال عليه حالة؛ لأن الحوالة لتحويل الدين من الأصل، وإنما يتحول على الصفة التي كانت على الأصيل قبل أن يؤدي، ولكن إذا لوزم فله أن يلازم الأصيل، وإذا حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل، وإذا أدى يرجع على الأصيل بما أدى.

(١) سقط في أ.

(٢) يقسم فقهاء الحنفية الحوالة إلى نوعين:

الأول: حوالة مقيدة: وهي ما قيد الوفاء فيها بما للمحيل لدى المحال عليه من دين، أو عين، فهي تفترض أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل، أو واضحًا يده على عين مملوكة له.

الثاني: حوالة مطلقة: وهي ما لا يشترط فيها أن يكون للمحيل مال لدى المحال عليه، فقد يكون المحال عليه مدينًا، أو غير مدين، وإذا كان مدينًا فلا يقيد الوفاء بما للمحيل عليه، وكلا النوعين جائز عند الحنفية. ويقول بالحوالة المطلقة ابن الماجشون من المالكية، وقول مرجوح عند الشافعية.

وأما عند جمهور الفقهاء فالحوالة عندهم مقيدة دائمًا، وذلك لأنهم يشترطون في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينًا للمحيل.

ينظر: بدائع الصنائع (١٦/٦)، شرح فتح القدير (٢٤٦/٧)، تبين الحقائق (١٧٣/٤)، المنتقى، للباجي (٦٧/٥)، مغني المحتاج (١٩٤/٢)، المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة (٥٤/٥، ٥٥).

(٣) سقط في أ.

وأما المطلقة المؤجلة: رجل له على رجل ألف درهم من ثمن بيع إلى سنة، فأحال بها على رجل إلى سنة فالحوالة جائزة، والمال على المحتال عليه إلى سنة؛ لأنه قبل لذلك.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - في الأصل ما إذا حصلت الحوالة مبهمة، هل يثبت الأجل في حق المحتال عليه؟ قالوا: وينبغي أن يثبت كما في الكفالة. وهذا؛ لأن المحتال عليه متحمل عن الأصيل وما^(١) على الأصيل دين مؤجل فيجب على المحتال عليه كذلك.

إن مات الذي عليه الأصيل لم يحل المال على المحتال عليه؛ لأن حلول الأجل في حق الأصيل استغناء عن المؤجل بموته، وهذا المعنى لا يؤتى في حق المحتال عليه؛ لأنه حي محتاج إلى الأجل، فالأجل^(٢) في حقه إنما يحل تبعاً لحلوله على الأصيل ولا وجه إليه؛ لأن الأصيل برئ عن الدين بالحوالة، فالتحق بسائر الأجانب.

وإن مات المحتال عليه قبل حلول الأجل، والذي عليه الأصيل^(٣) حي حل^(٤) المال عليه؛ لأنه بالموت استغنى عن الأجل، فإن لم يكن له وفاء، رجع المحتال له بالمال على الذي عليه الأصيل إلى أجله.

فإن سقط حكمًا للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل، وكان بمنزلة ما لو باع المديون بدين مؤجل عبدًا من الطالب، ثم استحق العبد عاد الأجل؛ لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض البيع، كذا هاهنا.

وإن كان المال حالاً على الذي عليه الأصيل من قرض وأحاله بها على رجل إلى

(١) في أ: وإنما يتحمل على الأصيل و.

(٢) في أ: لو حل الأجل.

(٣) في أ: حال.

(٤) سقط في أ.

سنة فهو جائز، وإن كان هذا تأجيلاً في القرض؛ لأن المال يجب على المحتال عليه بحكم الحوالة [لا] ^(١) بالقرض، والتأجيل في الحوالة جائز، فكان بمنزلة ما لو أجل الطالب الكفيل بالقرض فإنه يجوز؛ لأن المال يجب على الكفيل [بعقد] ^(٢) الكفالة لا بالقرض، فالواجب بالكفالة يقبل الأجل.

وإن مات المحتال عليه قبل مضي الأجل مفلساً، عاد المال إلى المحيل حالاً. وكذا لو كان المال حالاً على الذي عليه الأصل من ثمن بيع أو غضب، وأحاله بها [على] ^(٣) رجل إلى سنة ومات المحتال عليه قبل مضي الأجل مفلساً، فإنه يعود المال إلى المحيل حالاً.

وأما الحوالة المقيدة فنوعان:

مقيدة بالعين الذي في يد المحتال عليه، ومقيدة بالدين الذي على المحتال عليه ^(٤)، وصورتها:

رجل له عند رجل ألف درهم وديعة أو غضباً وعلى صاحب الوديعة أو الغضب لرجل ألف درهم ديناً أحال صاحب الوديعة الطالب على المودع [أو الغاصب] ^(٥)، بالألف على أن يعطيه من الألف التي هي له عنده وديعة أو غضباً، فليس للمحيل أن يأخذ ذلك من المحتال عليه بعد الحوالة؛ لأن المحتال له إنما رضي بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يوفي حقه بما في يده، ولأن الحوالة إذا قيدت بها تعلق بها حق المحتال وهو حق استيفاء الدين منها وأخذ المحيل يبطل هذا الحق ولا يمكن. فإن دفعها المودع إلى المحيل صار ضامناً لها؛ لأنه استهلك محلاً تعلق به حق المحتال ^(٦).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: وأما المقيدة بالدين الذي في يد المحتال عليه.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في أ: عليه.

ولو كانت الحوالة مطلقة غير مقيدة بالوديعة والغصب، فليس للمودع والغاصب أن يؤدي دين المحتال له من الوديعة والغصب، وللمحيل أن يأخذ الوديعة والغصب من يد المحتال عليه.

بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة، فإن أخذ المحيل من مال المحتال عليه، ثم إن المحتال له أخذ ماله من المحتال عليه، كان للمحتال عليه أن يرجع على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة لأمره وأدى فكان له الرجوع.

وأما الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه وصورتها: رجل له على رجل ألف درهم، أحال المطلوب الطالب بالألف على رجل للمطلوب عليه ألف درهم ديناً على أنه يؤديها من الألف التي للمطلوب عليه فإنها جائزة.

فإن مات المحيل في هاتين الصورتين وهما^(١): ما إذا كانت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه أو بالعين الذي في يد المحتال عليه، فالمحتال^(٢) لا يكون أخص بذلك المال استحساناً.

فرق بين المحيل وبين الراهن قال: الراهن لو مات وعليه ديون كثيرة، فالمرتهن يكون أخص بالمرهون.

فالفرق: أن العين الذي في يد المحتال عليه للمحيل، والدين الذي للمحيل على المحتال عليه لم يصير مملوكاً للمحتال عليه بعقد الحوالة لا يدا وهو^(٣) ظاهر، ولا رقبة [لأن]^(٤) الحوالة ما وضعت للتملك، إنما وضعت للنقل وهذا المعنى يشمل الصورتين.

ومعنى آخر [لا]^(٥) يشمل الصورة الأولى أن تملك الدين من غير من عليه الدين

(١) في أ: وهي.

(٢) زاد في أ: له.

(٣) في أ: وإنه.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

لا يجوز، ولكن بالحوالة يثبت للمحتال^(١) له الدين على المحتال عليه مع بقاء دين المحيل وعينه على ملكه، إلا أن المحيل لا يملك أخذ ذلك الدين من المحتال عليه لما ذكرنا من المعنيين في الصورة الأولى؛ لا؛ لأن [ما للمحيل]^(٢) على المحتال عليه صار مملوكاً للمحتال له.

وبه فارق المرتهن؛ لأن المرتهن ملك المرهون يدًا وحبسًا ويثبت له نوع اختصاص بالمرهون [«شرعًا»]^(٣) لم يثبت لغيره، فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه. فأما المحتال له فلم يملك ذلك الدين، بل بقي على ملك المحتال عليه فيكون بين غرماء المحيل.

و[إذا]^(٤) أخذ المحتال له حصته لا يكون للمحتال له أن يرجع على المحتال عليه ببقية دينه؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك الدين، ولم يبق شيء من ذلك. وإذا وقعت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بالعين من الذي في يده من غضب أو وديعة، ثم إن المحتال له أبرأ المحتال عليه من دينه، صح الإبراء، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه. ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه، أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه، لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه.

والفرق بينهما: أن الهبة من أسباب الملك، والإرث كذلك، فيملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة، فيعتبر كما^(٥) لو ملكه بالأداء، ولو ملكه بالأداء، لا يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه؛ لأنه لو رجع عليه بدينه كان للمحتال عليه أن يرجع عليه بمثل ذلك؛ لأنه قبل الحوالة بأمره وأدى بأمره، فلا يفيد الرجوع، كذا هاهنا.

(١) في أ: بالمحيل.

(٢) في أ: المحيل.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: بما.

وأما الإبراء فليس من أسباب الملك، بل هو موضوع للإسقاط فلم يملك المحتال عليه ما في ذمته بالإبراء، ولكن بالإبراء خرج المحتال عليه عن ضمانه للمحتال له [دينه]^(١) وهو الشاغل، فكان له أن يرجع بذلك عليه.

فإن وقعت الحوالة مطلقة غير مقيدة، فمات المحتال له وورثه المحيل ينظر: إن كانت الحوالة بغير أمر الأصيل، يرجع المحيل على المحتال عليه، فكان للمورث حق الرجوع على المحتال عليه حال حياته فكذا الورثة بعد موته.

ولو كانت الحوالة بأمر المحيل وباقي المسألة بحالها لا يكون للمحيل حق الرجوع على المحتال عليه بحكم الإرث، وكان للمحتال عليه أن يرجع بمثل ذلك عليه؛ لأن في الحوالة بالأمر إذا أدى للمحتال ورجع على الأصيل فلا يكون مفيداً، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل.

فلو^(٢) كان مكان الحوالة كفالة، بأن كفل رجل عن رجل بغير أمر المكفول عنه، ثم مات المكفول له وورثه المكفول عنه، لا يكون للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بالمال. بخلاف الحوالة.

فالفرق: أن الكفالة لا توجب براءة الأصيل، وبالإرث يملك ما في ذمة المحتال عليه لورثته^(٣) أو تقوم مقامه في المطالبة والاستيفاء إذا كان الاستيفاء مفيداً.

وإذا كانت الحوالة بغير أمر فالاستيفاء مفيد على ما مر، فلهذا افترقا. فإذا وقعت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه فمرض، ثم أدى المحتال عليه ذلك إلى المحتال، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة ولم يترك شيئاً سوى [الألف]^(٤) الذي كان له على المحتال عليه، سلم المؤدى للمحتال له، فلا يكون لغرماء المحيل على ذلك سبيل؛ لأن المؤدى حق المحتال عليه لما عرف

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ولو.

(٣) في أ: الورثة.

(٤) سقط في أ.

أن الديون تقضى بأمثالها ولا حق لغرماء المحيل في مال المحتال عليه، ويؤخذ بألف أخرى من المحتال عليه، ويقسم بين غرماء المحيل عليه، كأحدهم؛ لأن المحتال عليه قضى المحتال^(١) من مال نفسه بأمر المحيل، فاستوجب الرجوع على المحيل، وللمحيل على المحتال عليه مثل ذلك، فوَقعت المقاصة بينهما، وصار المحتال عليه مستوفياً ما وجب على المحيل بحكم المقاصة في مرض المحيل ولا يسلم المستوفى بل يكون بين جميع غرماء المحيل كما لو استوفى حقيقة.

فإن قيل: دين عليه آخر الدينين وآخر الدينين يجعل قصاصاً لهما فيجعل المحيل مقتضياً^(٢) والمريض إذا قبض دينا وجب له على الغير ومات لا يكون لغرماء المريض على ذلك الغير سبيل.

قلنا: المريض إذا اقتضى ديناً، وجب له على الغير سبيل؛ لأن المريض نقل حق الغرماء عما كان في ذمة ذلك الغير إلى ما قبض؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالمقبوض وللمريض ولاية النقل فخلت ذمة المديون عن حق الغرماء، فلا يكون للغرماء بعد ذلك سبيل.

وفي مسألتنا: وإن جعل المحيل مقتضياً ولكن بهذا الاقتضاء لا يصير ناقلاً حتى الغرماء عما وجب في ذمة المديون إلى المقبوض؛ لأن حق غرماء المحيل لا يثبت فيما قبضه المحيل بطريق المقاصة فلا يكون ناقلاً حقهم بل يكون قاطعاً يدهم مبطلاً حقهم، وليست له هذه الولاية، فيبقى حق غرماء المحيل في ذمة مديونه كما كان، فكان لهم حق المشاركة مع مديونه لهذا، وصار كرجل له على امرأة دين تزوجها في مرضه بذلك الدين وهو مهر مثلها، ثم مات وعليه ديون كثيرة، فلا تختص المرأة به، بل تكون أسوة الغرماء.

وإن صار الزوج مقتضياً ومستوفياً ما عليها؛ لأن بهذا الاقتضاء لم ينقل حق

(١) في أ: المحيل.

(٢) في أ: منتقفاً.

غرمائه عما وجب في ذمتها إلى المستوفى بالمقاصة، كذا هاهنا .
 ولو كانت الحوالة مقيدة بالألف التي هي وديعة للمحيل عند المحتال عليه
 والمسألة بحالها، فدفعتها المحتال عليه إلى المحتال له، فلا ضمان على المحتال
 عليه؛ لأنه أمين سلم إلى من أمر المالك بتسليمها إليه .
 ولكن لغرماء المحيل أن يشاركوا المحتال له فيما قبض، بخلاف المسألة
 الأولى؛ لأن المقبوض هاهنا خالص ملك المحيل، وفي المسألة الأولى المقبوض
 خالص ملك المحتال عليه . والله أعلم .



الفصل الثالث

في عود الدين إلى ذمة المحيل

إذا مات المحتال عليه، إن لم يترك وفاء، ولا كفيلاً بمال، عاد الدين إلى ذمة المحيل عندنا؛ هذا؛ لأن المحتال له إنما رضي بنقل الدين أو المطالبة على حسب ما اختلفوا فيه من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه بشرط سلامة الدين في^(١) ذمة المحتال عليه، ولم يسلم له هذا الشرط لما مات المحتال عليه ولم يترك مالا ولا كفيلاً بالمال. فلو لم تعد المطالبة أو الدين إلى المحيل لتضرر به المحتال له.

وإن جحد المحتال عليه الحوالة، ولم يكن للمحيل بينة حاضرة على ذلك، وحلف المحتال عليه فحلف، فعلى ظاهر الرواية يعود الدين إلى المحيل.

وروي عن محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه لا يعود. إذا فلسه القاضي وأخرجه من السجن، فعلى قول أبي حنيفة، وأبي يوسف - رحمة الله عليهما - الأول: لا يعود إلى ذمة المحيل، وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد - رحمه الله - يعود.

وإن مات المحتال عليه وبالمال كفيل عنه بأمره أو بغير أمره، لا يعود الدين إلى ذمة المحيل؛ لأنه ترك من يؤدي عنه ولو ترك ما يؤدي به، لا يعود الدين إليه، فكذا إذا ترك من يؤدي عنه.

ولو مات المحتال عليه ووقع الاختلاف بين المحتال له والمحيل، فقال المحتال له: إنه مات مفلساً وعاد ديني إلى المحيل.

وقال المحيل: لا بل مات عن وفاء، ولم يعد الدين إليّ، فالتقول قول المحتال له؛ لأنه متمسك بالأصل، فإن الفقر أصل في بني آدم، وعلى المحيل البينة.

فإن قيل: المحتال له يتمسك بهذا الأصل بدعوى عود الدين إلى ذمة المحيل معني، والمحيل بدعوى الوفاء ينكر ذلك معني، والعبرة في الدعاوى والإنكار

(١) في أ: من.

للمعنى لا للصورة.

هذا كما قالوا: فيمن أوصى لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان وقال: أنا فقير، وقالت الورثة: إنه غني، فالقول قول الورثة.

وإن كان قول الموصي [به دعوى بالأصل]^(١) على الورثة، والورثة ينكرون ذلك، والجواب هنا هكذا إذا لم يكن المتمسك بالأصل منكرًا معنى بوجه من الوجوه كما في مسألة الوصية. فإنه يدعي الفقر ليس يدفع شيئًا عن نفسه من حيث المعنى، إنما يدعي استحقاق الوصية لا غير، فيترجح المعنى على الصورة.

وفي مسألتنا المتمسك بالأصل وهو الطالب منكر معنى؛ لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء، يدعي توجه المطالبة على الورثة وإنها لم تكن ثابتة على الوارث.

وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك له لا يعود الدين إلى المحيل، والطالب بدعوى الفقر ينكر ذلك، فقد انضم إلى التمسك بالأصل الإنكار معنى، وفي مثل هذا القول قول المتمسك بالأصل. والله أعلم.



(١) في أ: له.

الفصل الرابع

في بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة

إذا أحال المولى غريمًا على المكاتب حوالة مقيدة ببدل الكتابة، ثم إن المولى أعتق المكاتب حتى تسقط بدل الكتابة، لا تبطل الحوالة استحسانًا، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة، رحمهم الله.

وفي القياس تبطل الحوالة وبه أخذ زفر، رحمه الله.

وعلى هذا الخلاف، إذا باع عبدًا من رجل بألف درهم، ثم إن البائع أحال غريما على المشتري حوالة مقيدة بالثمن، فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أو رد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط، أو خيار عيب قبل القبض أو بعد القبض لا تبطل الحوالة.

ولو استحق العبد المبيع أو استحق الدين الذي قيد به الحوالة من جهة الغرماء، أو ظهر أن العبد المبيع كان حرًا فتبطل الحوالة بالإجماع.

وجه القياس: أنه فات ما تعلق به الحوالة كما في فصل الاستحقاق والحرية.

وجه الاستحسان: أن ما تعلق به الحوالة لم يفت.

وبيانه من وجهين:

أحدهما: أن الحوالة تعتبر متعلقة بمثل ما أضيف إليه الحوالة من الدين متى سقط الدين بعد الوجوب بسبب فسخ المدائنة لا مقصودًا [به الهبة]^(١) أو الإبراء، ولا تعتبر متعلقة بعين ذلك الدين إذا ظهر أن الدين لم يكن واجبًا وقت الحوالة.

أما باستحقاق المبيع، أو بظهوره حرًا أو سقط بعد الوجوب [أو]^(٢) مقصودًا به الهبة أو الإبراء، وقد قررنا هذا الكلام في كتاب الكفالة، فكذا في الحوالة؛ لأن كل واحد من التصرفين ينعقد تبرعًا ابتداءً، وينعقد معاوضة انتهاءً متى كان بأمر الأصيل.

(١) في أ: بالهبة.

(٢) سقط في أ.

الوجه الثاني: أن للحوالة المقيدة طرفين: طرف الوجوب، وطرف الاستيفاء، فطرف الوجوب يتعلق بدين واجب، أو مال موجود، وقد صادفت الحوالة دينًا [واجبًا]^(١) في هذه المسائل سوى مسألة الاستحقاق والحرية، فصحت وثبت الوجوب.

وطرف الاستيفاء وهو تعين هذا الدين بالقبض من مال المديون لم يفت، والمعتبر في بقاء الحوالة الثابتة الطرف الثاني فوجب القول بالبقاء.

بخلاف ما إذا استحق العبد أو وجد حرًّا؛ لأن طرف الوجوب هناك قد بطل؛ لأنها لم تصادف دينًا واجبًا بخلاف ما إذا هلكت الوديعة؛ لأن بهلاك الوديعة يفوت شرط البقاء لفوات ما تعين للاستيفاء.

وبخلاف استحقاق الوديعة؛ لأن باستحقاق الوديعة يفوت شرط الوجوب والاستيفاء جميعًا.

وذكر في المنتقى: عن أبي يوسف - رحمه الله - ما ذكر في الزيادات فقال: رجل باع عبدًا من رجل بألف درهم، ولم يتقابضا حتى أحال البائع غريمه على المشتري بثمان العبد، ثم مات العبد في يد البائع أو فسخ المشتري البيع فيه بالعيب بحكم أو بغير حكم، بطلت الحوالة.

وإذا لم تبطل الحوالة وأدى المكاتب بدل الكتابة إلى المحتال له، رجع بها على المولى؛ لأنه أدى دين المولى بأمره، إلا أن قبل العتق، كان لا يرجع على المولى؛ لأن للمولى عليه بدل الكتابة، فلو رجع هو على المولى عليه بمثله من بدل الكتابة، فلا يفيد الرجوع؛ هذا المعنى زال بالإعتاق فيكون له الرجوع، وإذا كانت الحوالة مقيدة بألف درهم هي وديعة في يد المحتال عليه أو غضب فهلكت الوديعة في يد المحتال عليه، لا تبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف، وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون، وكان المغصوب قائما معنى: فما قيد به الحوالة لم

(١) سقط في أ.

يفت .

أما الوديعة هلكت لا إلى خلف؛ لأنها أمانة في الأصل، وما كان في الأصل أمانة لا يخرج بالهلاك من أن يكون أمانة، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب ضمناً، فما قيد به الحوالة فات صورة ومعنى .

وكذلك لو قال المودع: ضاعت الوديعة وحلف [على]^(١) ذلك بطلت الحوالة؛ لأنه بقى أميناً بعد الحوالة، والقول في هلاك الأمانة قول الأمين، فقبل قوله . فصار الهلاك الثابت بقوله كالثابت عياناً .

وإن استحققت الوديعة، أو استحق الغصب، بطلت الحوالة؛ لأن بالاستحقاق يفوت شرط الوجوب والاستيفاء جميعاً . والله أعلم .



(١) سقط في أ .

الفصل الخامس

في المتفرقات

قال: في الجامع الصغير: رجل أحال رجلاً بألف درهم، فقبض المحتال له من المحتال عليه، ثم اختلفا فقال المحيل: هو مالي، وقال المحتال: هو مالي، فالقول قول المحيل.

واختلف المشايخ في تصوير هذه المسألة ومعناها، بعضهم قالوا: المراد من المحتال: المحتال له، ومعناه: أن المحيل يقول للمحتال: لا شيء لك، وإنما أنت وكيل في قبض دين كان لي على فلان.

وقال المحتال له: بل كان لي عليك دين، فأحلتني به على فلان ليؤديني من الدين الذي عليه، وإنما جعل القول قول المحيل؛ لأن لفظة الحوالة قد تستعمل في نقل التصرف على سبيل التوكيل، كما تستعمل في نقل الدين.

ألا ترى أن محمداً - رحمه الله - قال في كتاب المضاربة: إذا امتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح، لا يجبر هو على التقاضي، ولكن يقال له: أحل رب المال على الغرماء، أي: وكله بقبض الدين، وإذا كانت الحوالة مستعملة فيهما، يجب حمله على الأدنى، والتوكيل أدنى.

وقال بعضهم: المراد بالمحتال: المحتال عليه.

ومعنى المسألة: أن المحتال عليه إذا أدى الدين إلى المحتال له، وأراد الرجوع على المحيل، فقال المحيل: أنا أحلته بما كان عليك، على أن تؤدي دين المحتال له من مالي، فليس لك رجوع علي.

وقال المحتال عليه: لم يكن لك على شيء، إنما قبلت الحوالة بأمرك، وأديت دينك، فلي أن أرجع عليك، فالقول قول المحيل؛ لأن المحتال عليه يدعي على المحيل حق الرجوع والمحيل ينكر، والصحيح هو الأول.

وقد نص محمد - رحمه الله - في كتاب الحوالة والكفالة: أن القول قول

المحتال عليه في الفصل الثاني، وإنما كان القول قول المحتال عليه في هذه الصورة؛ لأن المحيل يدعي على المحتال عليه دينًا لنفسه، والمحتال عليه ينكر، وليس للمحيل أن يحتج على المحتال عليه بقبول الحوالة؛ فإن الحوالة كما تقع وتصح إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين وإذا كان هكذا لا يكون الإقدام على الحوالة إقرارًا منه بالدين والتقريب ما ذكرنا.



فرع على الفصل الأول:

في المنتقى ووضع المسألة فيما إذا لم يقبض المحتال له فأراد المحيل أن يرجع على المحتال عليه وقال: إنما أحلته بوكالة لا بدين، لم يحكم له بذلك حتى يحضر المحتال؛ لأنه قضاء على الغائب.

وفيه أيضاً: لو أحال على غريمه وللمحتال له على المحيل دين ولم يقيد الحوالة بدينه، فله ذلك.

أحال الرجل رجلاً على رجل بمال على أن المحتال له بالخيار فهو جائز، والمحتال له بالخيار، إن شاء مضى على الحوالة، وإن شاء رجع على المحيل. وكذلك إن أحال عليه على أن المحتال متى شاء رجع على المحيل فهو جائز، وللمحتال له الخيار أن يرجع على أيهما شاء وهو في المنتقى أيضاً.

وفيه أيضاً: رجل له على رجل ألف درهم، فأتاه يتقاضاه فقال: قد كنت أحلتك بها على فلان، وأنكر الطالب، فالقاضي يسأل المطلوب البينة على ما ادعى من الحوالة، فإن أقام البينة عليها وكان المحتال عليه حاضرًا، قبلت البينة، وإن كان المحتال عليه غائبًا، فالقاضي يسأل البينة على الطالب أنه ما^(١) احتال على فلان، فإن أقام بيينة على ذلك، وقف الأمر، فلم يجعل للطالب سبيلاً على المطلوب، ولم يبرأ المطلوب من المال حتى يقدم المحتال عليه.

وإذا قدم وأقر بالحوالة، أمر القاضي الطالب باتباعه وأبرأ المطلوب، وإن أنكرها كلف المطلوب بإعادة البينة فإن الشهود غابوا أو ماتوا حلف المحتال عليه على الحوالة، فلو لم يكن للمطلوب بيينة على الحوالة وسأل يمين الطالب ما احتال^(٢) على فلان بالمال حلف على ذلك.

هشام قال: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن رجل أحال رجلاً بمال على

(١) في أ: قد.

(٢) في أ: أحال.

رجل، فغاب المحتال عليه، فقال المحتال له: إن صاحبي جحد الحوالة، لا يصدق، وإن أقام البينة على أنه جحده، لا تقبل بيئته؛ لأن المشهود عليه غائب. وفي المنتقى: رجل اشترى عبدًا بألف درهم وقبضه، ثم أحال المشتري البائع بالثمن على غريمه من المال الذي له عليه، ثم رد المشتري العبد بالعيب بقضاء، فإن القاضي يبطل الحوالة، فإن كان البائع أجل المحتال عليه إلى أجله [فإن الأجل ينتقض أيضًا]^(١).

وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال، أو وهبه له، أو اشترى منه ثوبًا وقبضه، ثم رد المشتري العبد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء، فقد جازت الهبة والإبراء، والبائع ضامن للمال.

وكذلك لو مات العبد في يد البائع قبل القبض، وكذلك الاستحقاق بعد القبض، وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال أو وهبه له.

وفي واقعات الناطفي - رحمه الله - إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف درهم أو بجميع حقه، وقبل منهم، ثم أحاله أيضًا بجميع حقه على آخر وقبل منه، صار الثاني نقضًا للأول، وبرئ الأول، وهكذا ذكر في المنتقى.

وفيه أيضًا: رجل أحال رجلاً له عليه دين على رجل، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي عليه الأصل، [برئ المحتال عليه الأول فإن نوى المال على الذي عليه الأصل لا]^(٢) يعود على المحتال عليه الأول.

بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا أعطى الثمن كفيلاً ثم إن الكفيل أحال البائع على إنسان، فأراد البائع أخذ المال من المشتري دون المحتال عليه، ليس له ذلك، قال: من قبل أن الحوالة بمنزلة شيء اشتراه من الكفيل ولم يقبضه، فليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل بالمال ما دام المبيع قائمًا لم يتغير.

وفيه أيضًا: المشتري إذا أحال بالثمن على إنسان، ثم إن أجنبيًا قضاه عن

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

المشتري، لم يكن للمحتال عليه أن يرجع بذلك على المشتري .
ولو قضاه ولم يبين، فالقول قوله .

ولو كان غائباً أو ميتاً والقضاء على المحتال عليه ما لم يبين الدافع .
وفيه أيضاً: رجل أحال رجلاً على غريمه بألف درهم، ثم إن المحيل قال
للمحتال له: كنت وكيلى أحلتك بمالي ليتقاضاه، فالقول قوله، فإن كان المحتال له
غائباً وأراد المحيل أن يأخذ المال من المحتال عليه وقال: إنما أحلته لو كالة لا بدين
لم يحكم له بذلك حتى يحضر المحتال له؛ لأنه قضاء على الغائب .

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل له على رجل ألف درهم وبها
كفيل، وعلى رب الدين لرجلين ألفاً درهم ديناً، لكل واحد منهما ألف درهم، أحال
رب الدين أحد غريميه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين، وأحال الغريم الآخر
على الأصيل حوالة مقيدة بذلك الدين فهذا على وجهين:

أما إن حصلت الحوالتان على التعاقب، وإنها على وجهين:

أما إن بدأ بالحوالة على الأصيل أو بالحوالة على الكفيل .

فإن بدأ بالحوالة على الكفيل، صحت الحوالتان، أما الحوالة على الكفيل
فظاهر .

وأما الحوالة على الأصيل، فلأن تأخير المطالبة على الكفيل لا يوجب تأخير
المطالبة عن الأصيل ولا براءته عن الدين، فيصح تقييد الحوالة بها .

ولا تبطل الحوالة الأولى بالحوالة الثانية؛ لأن المطالبة قد تأخرت عن الكفيل
بالحوالة الأولى، والحوالة الثانية قد وجدت، والمطالبة عن الكفيل متأخرة، فلا
تتأخر المطالبة عن الكفيل بتأخير المطالبة عن الأصيل، فلا تبطل الحوالة بهذا .

فإذا أدى الكفيل شيئاً، لا يكون له أن يطالب المكفول عنه بما أدى؛ لأن من
حجته أن يقول: لولا قبولك الحوالة لكنت أتبرأ بقبولي الحوالة، وإنما بقيت في هذه
الورطة بقبولك الحوالة وكنت مختاراً فيه، فلا يكون لك حق الرجوع علي، ولكن
يرجع على المحيل؛ لأنه قبل الحوالة بأمره، فهو الذي أوقعه في هذه الورطة،

فوجب عليه تخليصه .

فلو أن الكفيل لم يؤد شيئاً، ولكن أدى المكفول عنه، برئ المكفول عنه بالأداء، وبرئ الكفيل عن دين الكفالة حكماً لبراءة المكفول عنه وصارت الحوالة على الكفيل مطلقة، عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

وإذا أدى الكفيل إلى المحتال له، لا يكون له أن يطالب المكفول عنه ولكن يطالب المحيل .

وإن بدأ بالحوالة على الأصيل، ثم بالحوالة على الكفيل، فالحوالة على الأصيل صحيحة، والحوالة على الكفيل باطلة؛ لأن الكفيل برئ عن مطالبة المحيل حكماً لبراءة الأصيل بالحوالة عليه، فالحوالة على الكفيل وجدت حال كونه بريئاً عن المطالبة فلم يصح .

فلو بطلت الحوالة على الأصيل بموته مفلساً، أو بوجه من الوجوه، عادت المطالبة إلى المحيل، وإلى الكفيل، فالحوالة الماضية على الكفيل لا تعود؛ لأنها وقت وقوعها وقعت باطلة، فلا تعود إلى الصحة إلا بالاستئناف ولم يوجد .

ولو وقعت الحوالتان معاً جازتا، أما الحوالة على الأصيل فلا سبيل .
وأما الحوالة على الكفيل، فلأن الحوالة على الكفيل حصلت حال قيام الدين وتوجه المطالبة عليه .

بيانه: أن المطالبة إنما تسقط عن الكفيل حسب سقوطها عن الأصيل، وسقوط^(١) المطالبة عن الأصيل حكم صحة الحوالة فتتأخر المطالبة^(٢) فكانت المطالبة متوجهة على الكفيل حالة الحوالة على الأصيل، والحوالة على الكفيل حصلت مقارنة للحوالة على الأصيل، فكانت الحوالة على الكفيل حال توجه المطالبة عليه، فصحت، والله أعلم بالصواب^(٣) .

(١) في أ: وبسقوط .

(٢) في أ: الحوالة .

(٣) زاد في أ: هذا آخر الجزء الثالث يتلوه الجزء كتاب الصلح على التمام والكمال والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . تمت ثم .

كتاب الصلح^(١)

هذا الكتاب يشتمل على ستة عشر فصلاً:

الفصل الأول: [في بيان أنواع الصلح.

الفصل الثاني: في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا

تحتاج.

الفصل الثالث: في بيان ما يصلح بدلاً ومبدلاً في الصلح وما لا يصلح.

الفصل الرابع: في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز وإنه يشتمل على أنواع.

الفصل الخامس: في صلح الأب والجد والوصي.

الفصل السادس: في الصلح في السلم.

الفصل السابع: في الصلح عن الغير.

الفصل الثامن: في الصلح عن العيب.

الفصل التاسع: في الصلح على أن يحلف المدعى عليه وهو بريء من المال أو

يحلف المدعي وأن على المدعى عليه ضمان المال.

(١) الصُّلْحُ لغة: اسم مصدر، ل: صالحه مُصَالِحَةً، وصِلَاحًا - بكسر الصاد-. قال الجوهري:

والاسم: الصُّلْحُ، يذُكَّرُ ويؤنَّثُ، وقد اصطَلَحَا، وصَالَحَا، واصْطَلَحَا - مشدّد الصاد -

وصلح الشيء - بضم اللام وفتحها - . ينظر: لسان العرب (٤/٢٤٧٩).

واصطلاحًا:

عرفه الحنفية بأنه: عَقْدٌ وُضِعَ لرفع المناصب.

وعرفه الشافعية بأنه: عَقْدٌ يحصل به قَطْعُ النزاع.

وعرفه المالكية بأنه: انتقال عن حَقٍّ، أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه.

وعرفه الحنابلة بأنه: مُعَاقَدَةٌ يتوصل بها إلى مُوَافَقَةٍ بين مختلفين.

والأصل فيه قبل الإجماع، قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وخبر

النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحلَّ حرامًا، أو حرّم حلالًا».

ينظر: شرح فتح القدير (٢٣/٨)، حاشية ابن عابدين (٤/٤٧٢)، شرح منح الجليل

(٣/٢٠٠)، مواهب الجليل (٥/٨١)، الشرح الصغير (٤/٥٣٠)، أسنى المطالب

(٢/٢١٤)، مغني المحتاج (٢/١٧٧)، كشف القناع (٣/٢٩)، المغني، لابن قدامة

(٤/٥٢٧).

الفصل العاشر: في الاستحقاق في الصلح.

الفصل الحادي عشر: فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وما لا

يشترط.

الفصل الثاني عشر: في الصلح عن الظلة الشارع.

الفصل الثالث عشر: في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال.

الفصل الرابع عشر: في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء.

الفصل الخامس عشر: في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح.

الفصل السادس عشر: في المتفرقات^(١).



(١) سقط في أ.

في بيان أنواع الصلح

فنقول: الصلح على أربعة أنواع:

إما أن يقع من^(١) معلوم إلى^(٢) معلوم، بأن يدعي المدعي حقًا معلومًا في دار في يدي رجل فصالحه المدعى عليه على مال معلوم وإنه جائز.

وإما أن يقع عن مجهول على معلوم وإنه على وجهين:

إن كان المصالح عنه بحيث يحتاج إلى تسليمه لا يجوز، كما لو ادعى حقًا في دار في يد^(٣) رجل ولم يسمه، واصطلاحًا على أن يعطيه المدعي مالا معلومًا لتسليم المدعى عليه للمدعي ما ادعاه وإنه لا يجوز.

وإن كان المصالح عنه بحيث لا يحتاج إلى تسليمه، بأن اصطلاحًا في هذه الصورة على أن يعطي المدعى عليه مالا معلومًا للمدعي لترك المدعي دعواه، فهو جائز. وإما أن يقع^(٤) عن مجهول على مجهول، وإنه على وجهين أيضًا:

إن كان لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، بأن ادعى رجل حقًا في دار في يدي رجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقًا في أرض في يد المدعي ولم يسمه فاصطلاحًا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه، فهو جائز.

وإن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، بأن اصطلاحًا على أن يدفع أحدهما من عند نفسه مالا، ولم يبينه، على أن يترك الآخر دعواه، أو على أن يسلم إليه ما ادعاه، وإنه لا يجوز.

وإما إن يقع عن معلوم على مجهول، وإنه على وجهين أيضًا:

إن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم لا يجوز، وإن كان لا يحتاج فيه إلى

(١) في أ: وقع من.

(٢) في أ: على.

(٣) في أ: يدي.

(٤) في أ: وقع.

التسليم والتسلم [يجوز]^(١)، والأصل في ذلك [أن]^(٢) الجهالة لا تفسد العقد لعينها، بل لغيرها وهي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

ألا ترى أنه لو باع قفيزاً من صبرة، يجوز والمبيع مجهول، إلا أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

إذا ثبت هذا فنقول^(٣): كل موضع لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، فالجهالة فيه لا تفضي إلى مثل هذه المنازعة، فلا يمنع جواز الصلح، وفي كل موضع يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم، فالجهالة تفضي إلى مثل هذه المنازعة فتمنع جواز الصلح.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: فيقول في.

الفصل الثاني

في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا يحتاج

إذا وقعت^(١) الدعوى فيما يتعين بالتعيين، فقال المدعى عليه للمدعي: (صلح كم أزين مدعي يامن بدرهم له بتوميدهم) فقال المدعي: فعلت، لا يتم الصلح ما لم يقل المدعى عليه: قبلت؛ لأن هذا طلب البيع، ومن طلب البيع من غيره، وقال ذلك الغير: بعث لا يتم البيع ما لم يقل الطالب: قبلت.

وكذلك إذا وقعت^(٢) الدعوى فيما لا يتعين بالتعيين نحو الدراهم والدنانير، وطلب الصلح على جنس آخر.

وأما إذا وقعت^(٣) الدعوى في الدراهم أو الدنانير، وطلب الصلح منه على ذلك الجنس [يصح و]^(٤) يتم الصلح بقول المدعي: فعلت، ولا يحتاج إلى قبول المدعى عليه؛ لأن هذا الطلب^(٥) إسقاط بعض الحق والإسقاط يتم بالمسقط.

* * *

(١) في أ: وقع.
(٢) في أ: وقع.
(٣) في أ: وقع.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: طلب.

الفصل الثالث

في بيان ما يصلح بدلاً ومبدلاً في الصلح وما لا يصلح

ذكر في شرح الطحاوي - رحمه الله - : أن من ادعى عين مال في يدي رجل نحو الدار وغير ذلك، فصالح منه على شيء فإن كان الذي وقع عليه الصلح دراهم أو دنائير بغير عينها، والشرط فيه بيان مقدارها ويقع على الجياد من نقد البلد. وإن كان في البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها، وإن لم يكن لبعضها غلبه؛ لا يجوز الصلح ما لم يبين نقداً [منها]^(١) مع بيان القدر. ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة، وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس في هذه الصورة ليس بشرط.

وإن كانت الدنائير أو^(٢) الدراهم معينة، فإنه يجوز الصلح ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف ولا يتعلق العقد بعينها.

وإن كان الذي وقع عليه الصلح كيلياً كالحنطة والشعير أو وزنياً كالحديد والصفير إن كان معيناً، وأضاف العقد إليهما^(٣) وهو حاضر أو غائب بعد أن كان ذلك في ملك المدعى عليه صح الصلح، ويقع ذلك على ما سمي من الكيل والوزن، فإن أشار إليه ولم يسم الكيل والوزن جاز، ويتعين ذلك [في]^(٤) العقد.

وإن ضرب الأجل في الحنطة إذا كانت بعينها كان^(٥) باطلاً ويفسد الصلح. ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في الباب الثاني من كتاب الصلح: وإن كان موصوفاً في الذمة، فالشرط فيه بيان القدر^(٦) والوصف، وبيان الأجل فيه ليس بشرط.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: و.

(٣) في أ: إليه.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في أ: ذلك.

(٦) في أ: العقد.

كذا ذكره شيخ الإسلام، ولو بين الأجل جاز ويثبت^(١) الأجل.

وإن كان الذي وقع عليه الصلح ثياباً، فإن كانت معينة يجوز ويشترط فيه الإشارة لا غير، وإن كانت غير معينة [يجوز و]^(٢) يشترط [فيه]^(٣) جميع شرائط السلم^(٤).

من بيان طوله وعرضه ورفعته [إن كان ضرب]^(٥) لذلك أجلاً، فإن لم يضرب^(٦) لذلك أجلاً، لا يجوز، ومتى ضرب لذلك أجلاً، كان للثياب^(٧) حكم المسلم فيه، وللمصالح عنه حكم رأس المال.

وإن كان الذي وقع عليه الصلح حيواناً، أو مالاً^(٨) يجوز السلم فيه لجهالته، فلا يجوز الصلح، إلا إذا كان معيناً.

وصار الحاصل في جنس هذه المسائل: أنه إذا وقع الصلح على دين، فحكمه حكم الثمن في البيع، وإن وقع على عين فحكمه حكم المبيع فما^(٩) يصلح ثمناً في البيع أو مبيعاً يصلح أن يكون بدلاً في الصلح، ويجوز الصلح عليه، وما لا فلا.

فإن وقع الصلح على منفعة، فحكمه حكم الإجارة، فكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الإجارة، يجوز استحقاتها بعقد^(١٠) الصلح حتى إنه لو صالح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز.

وإن قال: أبداً، أو حتى يموت، لا يجوز.

والأصل في ذلك: أن الصلح معاوضة، إن كان عن إقرار فهو معاوضة المال بالمال من الجانبين؛ لأن المال ثابت من الجانبين.

(١) في أ: وثبت.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: المسلم.

(٥) في أ: وإن كانت تضرب.

(٦) في أ: تضرب.

(٧) في أ: للبيان.

(٨) زاد في أ: لا.

(٩) في أ: فيما.

(١٠) في أ: لعقد.

وإن كان عن إنكار فهو معاوضة المال بالمال في حق المدعي بزعمه؛ لأن المال ثابت في حقه.

ولهذا إذا كان الصلح [على دار] ^(١) كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة من المدعي، وفي زعم المدعي عليه إن لم يكن ثابتاً فاليمين متوجهة عليه، فما يدفع إلى المدعي يدفع عوضاً عن اليمين وفداء عنه، والمفاداة عن اليمين جائزة شرعاً، فكان معاوضة من الجانبين.

إلا أن حكم الجانبين قد اختلف: المال عوض في حق المدعي عن شيء، وفي حق المدعي عليه عن شيء آخر، ويجوز أن يكون العقد واحداً [ما] ^(٢) لم يختلف حكم البذل من الجانبين [و] ^(٣) يعتبر البذل عوضاً في حق أحد المتعاقدين عن شيء، وفي حق الآخر عن شيء [آخر] ^(٤).

كما لو اشترى عبداً أقر بحريته، فالثمن في حق البائع يعتبر عوضاً عن العبد، وفي حق المشتري يعتبر مفاداة عن الحر وتخليصاً له عن ذل الرق.

وهذا هو عبارة عامة المشايخ، وعبارة بعضهم: أن الصلح عن الإنكار ^(٥) إذا وقع الدعوى في المال معاوضة المال بزعم المدعي حقيقة فكذلك بزعم المدعي عليه

(١) في أ: دارا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) قال ابن رشد في (بداية المجتهد): وأما الصلح على الإنكار، فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه: أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع. ثم قال: فالصلح الذي يقع فيه ما لا يجوز في البيوع، هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام: صلح يفسخ باتفاق، وصلح يفسخ باختلاف، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال، وإن لم يطل ففيه اختلاف. وفرق الحنفية، والحنابلة بين تكيفه في حق المدعي، وبينه في حق المدعي عليه وقالوا: يكون الصلح على مال المصالح به معاوضة في حق المدعي؛ لأنه يعتقد عوضاً عن حقه؛ فيلزمه حكم اعتقاده، وعلى ذلك: فإن كان ما أخذه المدعي عوضاً عن دعواه شقفا مشفوعاً، فإنها تثبت فيه الشفعة لشريك المدعي عليه؛ لأنه أخذه عوضاً، كما لو اشتراه. ويكون الصلح على الإنكار في حق المدعي عليه خلاصاً من اليمين وقطعاً

حكماً؛ لأن الصلح معاوضة عن اليمين بزعم المدعى عليه، واليمين مال حكماً إذا وجبت بسبب^(١) دعوى المال؛ لأنها وجبت بدلاً عن المال.

[ولهذا قلنا: إن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين يقضى عليه بالمال]^(٢)؛ لأن^(٣) بنكوله منع حق المدعي في أصل البدل فيعيده القاضي إلى أصل حقه، فكان معاوضة المال بالمال بزعم المدعى عليه حكم من هذا الوجه.

والدليل على أن الصلح على الإنكار في مثل هذه الصورة معاوضة المال بالمال في جانب المدعى عليه، أنهما لو اختلفا في مقدار المصالح عنه أو في بدل الصلح، أنهما يتحالفان ويرد بدل الصلح بالعيب اليسير والفاحش كما [هو]^(٤) في البيع. وإذا ثبت أن الصلح معاوضة يعتبر سائر^(٥) المعاوضات، فما صلح عوضاً ومعوّضاً عنه في سائر المعاوضات، يصلح عوضاً ومعوّضاً عنه في الصلح وما لا فلا، والله تعالى أعلم.

= للمنازعة؛ لأن المدعي في زعم المدعى عليه المنكر غير محق ومبطل في دعواه، وأن إعطائه العوض له ليس بمعاوضة، بل للخلاص من اليمين، إذ لو لم يصلح ويعط العوض لبقى النزاع ولزمه اليمين. وقد عبر الحنابلة عن هذا المعنى بقولهم: يكون صلح الإنكار إبراء في حق المنكر؛ لأنه دفع إليه المال افتداء ليمينه ودفعاً للضرر عنه، لا عوضاً عن حق يعتقد عليه.

وقد جاء في مادة (١٥٥٠) من مجلة الأحكام العدلية: الصلح على الإنكار أو السكوت، هو في حق المدعي معاوضة، وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة، فتجري الشفعة في العقار المصالح عنه، ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد المدعي للمدعى عليه هذا المقدار المنكر شقفاً لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن المدعي يعتقد أنه أخذ ماله أو بعضه مسترجعاً له ممن هو عنده، فلم يكن معاوضة، بل هو كاسترجاع العين المغصوبة. ينظر: مجمع الأنهر (٣٠٨/٢، ٣٠٩)، والبحر الرائق (٢٥٦/٧)، وتبيين الحقائق (٥/٣١، ٣٣)، ودرر الحكام، لعلي حيدر (٢٥/٤) وما بعدها، وبداية المجتهد (٨/٩٢ - ٩٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٤)، وكشاف القناع (٣/٣٨٥)، والمبدع (٤/٢٨٦)، والمغني، لابن قدامة (٤/٥٢٩، ٥٣٠).

(١) في أ: لسبب.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لأنه.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: سائر.

الفصل الرابع

في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه: في صلح بعض الورثة، قال محمد - رحمه الله - في الأصل: أيما امرأة صولحت من ثمنها ولم يكن لزوجها دين على الناس وكان ما أخذت أكثر من نصيبها من العين كان ذلك جائزاً. وإن لم يبين لها ما ترك زوجها، فاعلم^(١) بأن هذه المسألة لا تخلو من وجهين: الأول: إذا لم يكن في التركة دين وقد ترك الزوج دراهم وعروضاً وصولحت على دراهم.

إن كان ما أخذت من الدراهم أكثر من نصيبها من الدراهم جاز، ويجعل المثل من الدراهم بالمثل، والباقي بمقابلة العروض، غير أن ما يخص الدراهم من الدراهم، يكون صرفاً، فيشترط قبض البدلين في المجلس إذا كانت الورثة مقرين بالتركة غير مانعين لنصيبها؛ لأن نصيبها من التركة أمانة في هذه الحالة في أيديهم، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان.

وإن صار نصيبها مضموناً، بأن كانوا جاحدين للتركة أو مقرين إلا أنهم كانوا مانعين نصيبها من التركة إلا أنه لا يحتاج إلى قبضها في المجلس؛ لأن قبض الغصب ينوب [عن قبض الضمان وإنما يحتاج إلى قبض بدل الصلح لا غير. وإن كان ما أخذت مثل نصيبها]^(٢) من الدراهم لا يجوز؛ لأنه تبقى العروض خالياً عن العوض.

وكذلك إذا كان ما أخذت أقل من نصيبها من الدراهم لا يجوز؛ لأنه تبقى العروض مع بعض الدراهم خالياً عن العوض فتعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة، وتقدير تجويزه بطريق الإبراء عن الباقي؛ لأن التركة عين، والإبراء عن

(١) في أ: اعلم.

(٢) سقط في أ.

الأعيان باطل.

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : إنما يبطل الصلح عن مثل نصيبها من الدراهم وعلى أقل من نصيبها من الدراهم حالة التصادق، أما [حالة المناكرة فالصلح جائز؛ لأن^(١)] حالة المناكرة المعطي يعطي المال ليقطع المنازعة ويفدي يمينه فلا يتمكن الربا، وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - بعد هذا، وإن لم يعلم مقدار نصيبها من الدراهم التي تركها الزوج لم يجز الصلح؛ لأن هذا الصلح فاسد من وجهين، صحيح من وجه، فكانت العبرة لجانب الفاسد.

وإن صولحت على عروض^(٢) أو دنانير جاز وإن قل؛ لأنه لا يتمكن الربا في خلاف الجنس.

وإن كانت تركة الزوج دنانير وعروضاً فصولحت على الدنانير فهو على التفاصيل التي قلنا في الدراهم، وإن صولحت على الدراهم جاز على كل حال. وإن كان في تركة الزوج دراهم وعروض فصولحت على دراهم أو على دنانير لا يجوز إلا إذا كان بدل الصلح أكثر من نصيبها من ذلك النقد والباقي بإزاء العروض والنقد الآخر.

وإن صولحت على دراهم ودنانير جاز على كل حال، فيصرف الجنس إلى خلاف الجنس، إلا أن ما يخص الدراهم من الدنانير، وما يخص الدنانير من الدراهم صرف، فيشترط قبض البدلين في المجلس، وما يخص العروض ليس بصرف، فلا يشترط فيه قبض البدلين في المجلس.

ثم في الموضع الذي يجوز هذا الصلح لا يحتاج إلى معرفة مقدار حصتها من جملة التركة.

وهذا مشكل؛ لأن جواز هذا الصلح بطريق البيع، إلا أن هذا البيع لا يحتاج فيه

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: عوض.

إلى التسليم، وبيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره، إذا كان لا يحتاج فيه إلى التسليم جاز.

ألا ترى أن^(١) من أقر أنه غصب من فلان شيئاً، أو أقر أن فلاناً أودعه شيئاً، ثم إن المقر اشترى ذلك الشيء من المقر له جاز، وإن كانا لا يعرفان مقداره كذا هاهنا. وإن كانت التركة مجهولة لا يدري ما هي، ذكر [شيخ الإسلام]^(٢) الإمام ظهير الدين الميرغيناني - رحمه الله - في شرح كتاب الشروط: أنه لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما فيه من احتمال الربا، بأن كان في التركة مكيل و^(٣) موزون ونصيبها من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : يجوز هذا الصلح؛ لأنه يحتمل ألا يكون في التركة من جنس بدل الصلح، وإن كان يحتمل أن يكون نصيبها من ذلك أكثر من بدل الصلح أو أقل فيكون فيه احتمال الاحتمال، وذلك لا يكون معتبراً.

وإن كانت التركة عقاراً أو أراضي أو^(٤) حيواناً أو^(٥) أمتعة وكل ذلك في يد المدعى عليهم إلا أن المدعي لا يدري ما هو فصالحهم على مكيل أو موزون، جاز، وقد مر جنس هذا الوجه.

الثاني: إذا كان في التركة دين، فإن أدخلوا الدين في الصلح بأن صالحوها من الدين والعين على مال، أو صالحوها على أن تأخذ هي الدين من الغريم وتترك حقها في سائر الأموال، كل^(٦) ذلك باطل؛ لأنه تملك الدين من^(٧) غير من عليه الدين، ومتى فسد الصلح في حصة الدين فسد في حصة العين؛ لأن العقد واحد، فيكون

(١) في أ: أنه.

(٢) في أ: الشيخ.

(٣) في أ: أو.

(٤) في أ: و.

(٥) في أ: و.

(٦) في أ: وكل.

(٧) في أ: في.

[في هذه المسألة إشكال]^(١) لأبي حنيفة - رحمه الله - فيمن أسلم حنطة في شعير وزيت .

[و]^(٢) عندهما: تبطل في حصة الشعير، ولا تبطل في حصة الزيت .

وإن لم يدخلوا الدين في الصلح جاز الصلح عن باقي التركة وبقي^(٣) الدين على الغريم بينهم على فرائض الله تعالى .

وإن أرادوا إدخال الدين في الصلح، فالوجه: أن تستقرض المرأة منهم مثل نصيبها في^(٤) الدين، [ثم]^(٥) تحيلهم بذلك على غريم ليعطيهم من نصيبها، ويقبل الغريم ذلك، ثم يصلحونها عن بقية المال، فيصير جميع الدين والعين ملكاً لهم . أو^(٦) يعجلوا للمرأة لنصيبها من^(٧) الدين من أموالهم متطوعين عن الغريم، فإن قضاء الدين عن غيره متطوعاً جائز، ثم يصلحونها عما بقي .

وأما إذا لم يكن الدين معلوماً وقت الصلح وقع^(٨) جائزاً على ما ذكرناه من الوجوه .

ثم إذا ظهر دين للميت في يد^(٩) رجل هل يكون داخلاً تحت الصلح؟ لا رواية لهذه المسألة .

قال الفقيه أبو بكر الأعمش - رحمه الله - : ولقائل أن يقول: لا يدخل، ولقائل أن يقول: يدخل .

(١) في أ: هذه إشكالا .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: وباقي .

(٤) في أ: من .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: و .

(٧) في أ: في .

(٨) في أ: ووقع .

(٩) في أ: يدي .

ثم على قول هؤلاء: إذا أدخل^(١) ما ظهر تحت الصلح، إن كان ما ظهر عينًا، لا يوجب فساد الصلح، وإن كان ما ظهر دينًا، إن كان الدين مستثنى [من الصلح لا يفسد الصلح، وإن لم يكن مستثنى]^(٢) يفسد الصلح.

وإذا شرطوا في هذا الصلح إن ظهر على الميت دين، فلا شيء عليها لا يصح الصلح.

وكذا لو شرطوا أنه لو ظهر للميت دين، فلا حصة لها من ذلك الدين، لا يصح الصلح.

وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - : لو شرطوا في هذا الصلح: أن لو طمع السلطان من هذه التركة شيئًا، فلا شيء عليك، أنه لا يصح الصلح، ولكن ليس هذا بصواب؛ لأن هذا شرط أن يظلم، بخلاف ما إذا شرطوا: أنه لو ظهر على الميت دين فلا شيء عليها.

في المنتقى قال هشام في نوادره: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن امرأة ادعت^(٣) ميراثها على ورثة زوجها فصالحوها وهم جاحدون أنها امرأة الميت، على أقل من نصيبها من المهر أو من الميراث والمهر، ونصيبها من الميراث من الدراهم أكثر؟ قال: الصلح جائز.

وإنما جاز لما حكينا عن الحاكم الشهيد - رحمه الله - ثم قال: لا يطيب للورثة إن علموا، وإن أقامت المرأة بعد ذلك بينة أنها امرأته أبطلت الصلح.

وإن صالحها الابن من ميراثها على دراهم ودنانير ولا وارث للميت غيرهما، وفي التركة دراهم وذهب في بيت الابن، قال: لا يجوز الصلح إلا أن يكون ما ترك الميت من الذهب والفضة حاضرًا عند الصلح، ويكون غصبًا في ضمان الابن.

(١) في أ: دخل.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أودعت.

قال: قلت لأبي يوسف - رحمه الله: ما تقول في رجل مات وترك ابنين وعلى الميت دين، وله دين وأرضون، فصالح أحد الابنين الآخر على كذا درهما على أن الدراهم التي لأبيهما بينهما على حاله، وعلى أن الدين الذي على أبيهما^(١) هو لها ضامن وهو كذا درهما؟ قال: الصلح جائز، وإن لم يسم ما عليه من الدين فالصلح باطل، والله أعلم.



(١) في أ: أبيهم.

نوع آخر في الصلح في الودعية والعارية:

وإذا وقع الصلح في الودعية، فهو على أربعة أوجه:

[الوجه^(١) الأول: إذا ادعى صاحب المال الإيداع وجدد المودع وقال: ما أودعتني^(٢) شيئاً، ثم صالحه صاحب المال على مال معلوم جاز الصلح، وهذا بلا خلاف.

[و^(٣) الوجه الثاني: أن يدعي صاحب المال الإيداع، والاستهلاك، والمودع أقر بالودعية إلا أنه لم يدع الرد والهلاك بل سكت، ثم صالحه صاحب المال على مال معلوم، وهذا^(٤) الصلح جائز بلا خلاف أيضاً.

والوجه الثالث: إذا ادعى صاحب المال الإيداع والاستهلاك، وادعى المودع الرد أو^(٥) الهلاك فهذا الصلح باطل عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ، وصحيح^(٦) عند محمد وأبي يوسف آخرًا.

وأجمعوا على أن المودع إذا حلف على ما ادعى، ثم صالحه، [ن الصلح] لا يجوز^(٧).

ثم إن عامة المشايخ لم يفرقوا بين ما إذا قال المالك أولاً: استهلكتها، وقال المودع بعد ذلك: ضاعت، أو قال: رددت، وبين ما إذا قال المودع: أولاً ضاعت، أو قال: رددت، وقال المالك بعد ذلك: استهلكتها، وذكروا الخلاف على نحو ما بينا في الصورتين جميعاً في شروحهم.

وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني - رحمه الله - يقول: إذا قال

(١) سقط في أ.

(٢) في م: أودعني.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فهذا.

(٥) في أ: و.

(٦) في أ: ولا صحيح.

(٧) سقط في أ.

المالك أولاً: استهلكتها، وقال المودع: ضاعت، أو قال: رددت، يجوز الصلح بلا خلاف.

وهكذا كان يقول الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - قالوا: وقد ذكر هذه المسألة^(١) في المنتقى على الخلاف أيضاً.

قال في الأصل: لو جحد المالك أن يكون المودع قال هذه المقالة قبل الصلح، والمودع قال: لا، بل قلتها يريد به ما في الوجه الثالث بعد ما وقع الصلح، أو^(٢) قال المالك: لم يقل قبل الصلح ضاعت الودعية أو رددت، والمودع يقول: [لا]^(٣) بل قلت، فالقول قول المالك.

وهذا التفرع إنما يتأتى على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه-؛ لأنه^(٤) على قوله: لو حصل الصلح بعد هذه المقالة من المودع كان الصلح باطلاً فالمستودع بما قال يدعي فساد العقد، والمالك يدعي الجواز وهو الوجه الثاني، فيكون القول قول مدعي الجواز، وإنما^(٥) لا يجيء على قول محمد وأبي يوسف - رحمهما الله - آخرًا؛ لأن على قولهما: الصلح صحيح، قال المستودع هذه المقالة قبل الصلح أو لم يقل.

فإن أقام المستودع بينة على ذلك فضل^(٦) قبول البينة على قول أبي يوسف - رحمه الله - أيضاً.

الوجه الرابع: إذا قال المودع: هلكت أو رددت، والمالك لم يقل شيئاً بل سكت، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل.

(١) في أ: الصورة.

(٢) في م: لو.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لأن.

(٥) في أ: أما.

(٦) في أ: وفضل.

وذكر الكرخي: أن على قول أبي يوسف أولاً وآخرًا: لا يجوز الصلح، وعلى قول محمد - رحمه الله - : يجوز.

وإذا كانت الوديعة قائمة بعينها، وهي مائتا درهم فصالح المودع المالك على مائة درهم، فإن كان المودع جاحدًا للوديعة يجوز الصلح في الحكم. ولكن لا يحل للمودع الفضل فيما بينه وبين ربه، ولو كان المودع مقرًا بالوديعة فالصلح باطل.

ولو صالحه على عرض^(١) جاز الصلح كيفما كان العرض، وإن صالحه على عشرة دنانير، فإن صالحه وهو جاحد للوديعة فالصلح صحيح إذا تفرقا بعد قبض الدنانير، سواء كانت الدراهم حاضرة في مجلس الصلح، أو كانت غائبة عن مجلس الصلح.

[فأما إذا كان المودع مقرًا بالوديعة، إن كانت الوديعة حاضرة في مجلس الصلح]^(٢)، فالصلح صحيح إذا جدد المودع القبض، وقبض المالك الدنانير في ذلك المجلس، فإن لم يجدد المودع القبض، فالصلح باطل، وإذا كانت الوديعة غائبة عن مجلس الصلح فالصلح باطل.

امرأة استودعت رجلاً وديعة كانت عندها لغيرها ثم قبضتها، ثم استودعتها آخر، وقبضتها منه أيضًا، وفقد متاع منها فقالت: ذهب بينكما ولا أدري من أضاعه، وقالوا: لا ندري ما كان في وعائك، غير أنك دفعت إلينا فلم نفتشه ورددناه عليك، فصالحتهما من ذلك على مال، فهي [ضامنة]^(٣) لصاحب المتاع.

والصلح فيما بينهما وبينها جائز، ثم صلحهما على قيمة المتاع لا يخلو من وجهين:

(١) في أ: عوض.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

[الوجه الأول:]^(١) أما إن كان بعد ما ضمنها المالك قيمة المتاع، وفي هذا الوجه يجوز الصلح على أي بدل، سواء كان مثل قيمة المتاع أو أقل منها مما يتغابن الناس فيه، فالصلح جائز، وبرئاً عن ضمان المتاع حتى لو أقام صاحب المتاع بعد ذلك بينة على ما ادعى [من]^(٢) المتاع [و]^(٣) لم يكن لها على المودعين سبيل.

[الوجه الثاني:]^(٤) وإن صالحت ببذل^(٥) أقل من قيمة المتاع قدر ما لا يتغابن [الناس]^(٦) فيه لا يجوز الصلح، وللمالك الخيار، إن شاء ضمن المودعين، وإن شاء ضمن المرأة قيمة المتاع إن قامت [له]^(٧) بينة على المتاع.

وإن ضمن المودعين: رجعا على المرأة بما دفعا إليها، وإن ضمن المرأة: نفذ الصلح عليها.

والجواب في الصلح في العارية نظير الجواب في الودعية إن أنكر المستعير العارية أصلاً، ثم صالح صح الصلح، وإن أقر بالعارية ولم يدع الرد ولا الهلاك، والمالك يدعي الاستهلاك، فالمسألة على الخلاف؛ وهذا؛ لأن العارية أمانة عندنا كالودعية، فصار الجواب فيها كالجواب في الودعية من هذا الوجه.

وكذلك الجواب في المضاربة، وكل مال أصله أمانة.



-
- (١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: هو.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

نوع آخر في الصلح في الغصب:

قال محمد - رحمه الله - : رجل غصب من رجل ثوبًا قيمته عشرة، فاستهلكه، فصالح منه على مائة درهم، جاز على قول أبي حنيفة - رحمه الله .
وقال محمد وأبو يوسف - رحمهما الله - : لا يحل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه، هكذا ذكر المسألة في الجامع الصغير .

وذكر هذه المسألة في الأصل ووضعها في العبد وقال: إن كان العبد قائمًا، جاز الصلح، سواء كان البدل حالًا أو مؤجلًا، وسواء كان الصلح عن^(١) إنكار أو عن إقرار .

وإن كان العبد مستهلكًا، فصالحه على دراهم مسماة مثل قيمة العبد أو أقل جاز، حالًا كان أو مؤجلًا .

وأما إذا صالح على أكثر من قيمة العبد دراهم أو دنانير، [و]^(٢) إن كان حالًا، فهو على الخلاف الذي ذكرناه .

والوجه لأبي حنيفة - رحمه الله - : أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكمًا، فيجوز بالغًا ما بلغ كالاكتياض عن الثوب [القائم]^(٣) بالحيوان [القائم حقيقة، وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان]^(٤) حكمًا؛ لأن الواجب^(٥) في رقبة الغاصب حق للمالك، مثل الحيوان، والثوب من جنسه؛ لأنه ضمان عدوان فيكون مقيدًا بالمثل - عرف ذلك في موضعه - والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى .

ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو^(٦) المكيلات

(١) في أ: على .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ: الواجد .

(٦) في أ: ونحو .

والموزونات وغير ذلك .

وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية وغير ذلك، إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة وتجعل القيمة عوضاً عما في الذمة، وينتقل الحق إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن [إلا بسابقة التقويم]^(١)؛ لأن الآخذ والدافع لا يعرفان ذلك لما بينهما من التفاوت الفاحش في الأصل، ولا ضرورة في الوجوب؛ لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى أعلم^(٢) بذلك، فصح ما ادعينا، أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان .

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في بيوع الجامع في آخر باب [من]^(٣) البيع بشيء من المكيل أو بالدرهم عن أبي يوسف - رحمه الله - مسألة تدل على رجوعه إلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن حق المغصوب منه قبل قضاء القاضي بالقيمة في العين .

في المنتقى عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن من غصب من آخر شاة وذبحها وأكلها، وضمن رجل تلك الشاة، لم يكن عليه الشاة؛ لأنه ليس على الغاصب شاة، [و]^(٤) إنما عليه قيمتها .

وكذلك لو أقرض رجل رجلاً شاة، فاستهلكها المستقرض بعدما قبضها، فضمنها رجل لم يلزمه شيء؛ لأنه ليس عليه شاة .

فهذا تنصيص على أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - : [أن]^(٥) حق المالك بعد استهلاك العين في القيمة لا في العين، فصار عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان، وقد كتبنا هذه الرواية في كتاب الغصب من هذه النسخة .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: عالم .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

(٥) سقط في أ .

فإن كان صالحه على ألف، فأقام الغاصب بينة أن قيمته كانت خمسين، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا منفعة له في قبول هذه البينة فلا تقبل. وعلى قولهما: في قبول هذه البينة فائدة فتقبل.

ثم إن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ذكر في شرح الأصل: أن فصل الإباق على الخلاف كفصل الهلاك.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذا الخلاف في فصل الهلاك، وذكر في فصل الإباق: أن الجواب هكذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وعلى قولهما اختلف المشايخ.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبه في الإباق.

أما لو كان مستهلكاً حقيقة فلا خلاف أن الصلح على أكثر من قيمته لا يجوز، حتى لو تصادقا أن ما وقع عليه الصلح أكثر من القيمة لا يجوز.

ولكن إذا اختلفا في القيمة فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا تقبل بينة الغاصب على أن القيمة دون بدل الصلح؛ لأن إقدامه على الصلح إقرار منه أن قيمته مثل بدل الصلح أو أكثر فيصير متناقضاً في دعواه أن قيمته دون ذلك.

وهما يقولان: هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الإنسان قل ما يعرف قيمة شيء لم يعرفه بعد ذلك.

هذا إذا وقع الصلح على أكثر من قيمة العبد حالاً، أما لو وقع الصلح على أكثر من قيمته مؤجلاً، ذكر في بعض المواضع أنه على هذا الخلاف، [فالصحيح] ^(١) على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يجوز؛ لأن على قوله هذا الصلح وقع من العبد أو ^(٢) الثوب وذلك عين، فيكون هذا افتراقاً عن عين بدين وإنه جائز.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: و.

وحكي عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ - رحمه الله - : أنه لا يجوز هذا الصلح عند أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن العبد أو الثوب [إما]^(١) عين حكمًا [وإما دين]^(٢) حقيقة، والدرهم دين حقيقة وحكمًا، فكان الرجحان لجانب الدينية، والعبرة للراجح.

فالحاصل: أن هذا افتراق بعد قبض أحد البدلين، والافتراق بعد قبض أحد البدلين حكمًا يبطل العقد، نص عليه في بيوع الجامع في باب بيع العروض والديون.

وعلى هذا إذا وقع الصلح على دراهم حالة وافتراقاً من غير قبض بدل الصلح، يبطل الصلح على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الصلح عنده وقع عن العبد أو الثوب وهو دين حقيقة وإن كان عينًا حكمًا، فيكون هذا افتراقاً بعد قبض أحد البدلين حكمًا وإنه يبطل العقد.

وهكذا ذكر في الجامع الكبير في آخر باب من البيع بشيء من المكيل أو بالدرهم، وصورة ما ذكر ثمة:

رجل اشترى من آخر جارية فقطع رجل يدها قبل قبض المشتري، واختار المشتري اتباع الجاني، فلم يقض على الجاني بالدرهم أو بالدنانير حتى صالحه من ذلك على كر حنطة وسط، فإن دفع الجاني الكر قبل الافتراق، فالصلح ماض على الصحة، وإن تفرقا قبل دفع الكر بطل الصلح [لأن هذا الصلح]^(٣) وقع عن اليد؛ لأن حق المتلف عليه قبل قضاء القاضي عن المتلف بأحد نوعي القيمة، إما الدرهم أو الدنانير في العين وإن كان المتلف آدميًا.

ألا ترى أن ما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب المعامل: من قتل رجلاً خطأ فلم يقض القاضي بالدية سنين ثم قضى بها، يعتبر التأجيل من وقت القضاء.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: إما عين.

(٣) سقط في أ.

وطريقه: أن الواجب قبل القضاء العين والمثل، وإنما ينتقل إلى الدية بقضاء القاضي فيعتبر الأجل من وقت القضاء إذا كان حق المتلف عليه قبل القضاء في المثل.

وإذا صالحه على كر لا بعينه صار مشترياً اليد بالكر، واليد وإن كانت^(١) عينا إلا أنه دين على الحقيقة، وإذا لم يقبض الكر في المجلس كان هذا افتراقاً عن دين حقيقة بدين حقيقة وحكماً، فيبطل الصلح، [و]^(٢) هذا هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله.

وعلى هذا إذا وقع الصلح في مسألة الغصب على دراهم مثل قيمة العبد مؤجلاً لا يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا لو وقع الصلح على دراهم مثل قيمة العبد حالاً وافتراقاً من غير قبض بدل الصلح بطل الصلح عند أبي حنيفة - رحمه الله.

وإن صالحه على طعام في الذمة، إن كان العبد قائماً جاز الصلح على كل حال، وإن كان العبد مستهلكاً إن سلم في المجلس يجوز، وإن لم يسلم لا يجوز. وإن صالحه على طعام ودفع إليه قبل أن يفتراق جاز؛ لأنه حصل الافتراق عن عين بدين فيجوز إذا كان بلفظة الصلح، وإن كان بلفظة البيع لا يجوز؛ لأنه يصير بائعاً ما ليس عنده.

وقالوا: يجب أن يكون تأويل [هذه]^(٣) المسألة: أنه باع بطعام حال والطعام ليس في ملكه، ثم اشتراه وسلمه في المجلس.



(١) في أ: كان.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

نوع آخر في صلح العامل بيده:

وإذا دفع الرجل إلى قصار ثوبًا لتقصيره فخرقه القصار بدقة، فصالحه رب الثوب على دراهم مسماة، فهذا على وجهين:

إما أن يصلحه على دراهم ليكون الثوب للقصار، وفي هذا الوجه الصلح جائز حالة^(١) كانت الدراهم أو مؤجلة؛ لأن ما بذله القصار من الدراهم بذلها بإزاء سببين: بإزاء الثوب [المتخرق]^(٢)، وإزاء قيمة الخرق؛ لأن قيمة الخرق قد وجبت عليه دراهم أو دنانير، فما يقابل الثوب يكون ثمن الثوب^(٣) وثن الثوب يجوز حالاً ومؤجلاً.

وما أصاب قيمة الخرق، إن كان حالاً فهو استيفاء لعين^(٤) الحق، وهو قيمة الخرق.

وإن كان مؤجلاً فهو تأجيل لما وجب له من قيمة الخرق وليس بمصارفة، فيجوز حالاً ومؤجلاً.

الثاني: أن يصلحه على دراهم ليأخذ رب الثوب ثوبه، وفي هذا الوجه: الصلح جائز أيضاً، حالة^(٥) كانت الدراهم أو مؤجلة.

فإن^(٦) كانت حالة^(٧)؛ فلأنه استوفى عين الحق وهو قيمة الخرق، وإن كانت مؤجلة^(٨)؛ فلأنه أجل ما وجب له من قيمة الخرق، وكل ذلك جائز.

وكذلك إذا صالحه على دنانير؛ لأن قيمة الثوب دراهم أو دنانير، فعلى أيهما

(١) في أ: حالا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: العبد.

(٤) في أ: بعين.

(٥) في أ: حالا.

(٦) في أ: إن.

(٧) في أ: حالا.

(٨) في أ: مؤجلاً.

صالح يكون مستوفياً عين حقه، ومؤجلاً عين حقه.
وإن وقع الصلح عن مكيل أو موزون، فإن كان المكيل أو الموزون بعينه^(١) جاز الصلح، سواء وقع الصلح على أن يكون الثوب لرب الثوب أو القصار وإن كان المكيل أو الموزون في الذمة.

وإن وقع الصلح على أن يكون الثوب للقصار، فالصلح باطل فيما يخص الخرق، جائز فيما يخص الثوب؛ لأن ما يخص الثوب يكون ثمن الثوب، وثمن الثوب يجوز أن يكون مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة.

وما يخص قيمة الخرق يكون ديناً بدين؛ لأن قيمة الخرق في ذمة القصار دراهم أو دنانير، والمكيل الموزون في الذمة أيضاً، فيكون افتراقاً عن دين بدين.

وإن وقع الصلح على أن يكون الثوب [لرب الثوب]^(٢) لا يجوز؛ لأن المكيل أو الموزون بمقابلة ما وجب من قيمة الخرق على القصار وذلك دراهم أو دنانير، فإذا كان المكيل أو الموزون في الذمة كان هذا ديناً بدين [فلا]^(٣) يجوز.

فإن ادعى الأجير المشترك نحو الخياط والقصار أن العين قد هلك عنده، ثم صالحه بعد ذلك على دراهم، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله: الأجير المشترك [أمين فلا يصح]^(٤) الصلح بعد قوله: هلك العين، كما في المدوع.

وعندهما: الأجير المشترك ضامن فيصح الصلح بعد قوله: هلك العين كما [في]^(٥) الغاصب.

والراعي إذا كان أجيراً مشتركاً [فهو كالقصار]^(٦)، وإن كان أجيراً خاصاً وهو أجير وحده فهو أمين بلا خلاف، فكان الجواب فيه كالجواب في المدوع.

(١) في أ: تعينه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ضامن فيصح.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

نوع آخر في الصلح عن الدين:

إذا^(١) ادعى رجل على رجل ألف درهم سود، فصالحه من ذلك على ألف درهم نجية، والنجية اسم لما هو أجود من السود.

فاعلم أن هذه المسألة على أربعة أوجه:

الوجه الأول: أن يكون عليه ألف درهم سود حالة^(٢) فصالحه على ألف درهم نجية إلى أجل، فإنه^(٣) لا يجوز.

لأن هذه مصارفة إلى أجل؛ لأنهما قصدا أن تصير الجودة للطالب وذلك لا يكون إلا بعقد الصرف، والصرف إلى أجل باطل، بخلاف ما إذا لم تكن النجية صرفاً على السود، فإنه يجوز هذا الصلح؛ لأنه لم يكن النجية صرفاً [كانت هي]^(٤) والسود سواء، فلم يكن هذا العقد مصارفة بل تأجيلاً لما عليه فيجوز.

ألا ترى أنه لو صالحه عن ألف درهم سود على ألف درهم سود إلى أجل يجوز، وإنما جاز لما قلنا.

الوجه الثاني: إذا كان عليه ألف درهم سود مؤجلة فصالحه على ألف درهم نجية حالة جاز إذا نقد النجية في المجلس؛ لأن هذه مصارفة بدين وجب قبل عقد الصرف، وقد قبض بدله في المجلس.

الوجه الثالث: إذا كان عليه ألف درهم نجية [حالة]^(٥) فصالحه على ألف درهم سود إلى أجل وإنه جائز؛ لأن هذا من صاحب الدين إبراء عن الجودة وتأجيل للباقي، وكل ذلك جائز [من غير اعتبار عقد الصرف فلم يكن صرفاً]. وكذلك لو صالحه على أقل من ألف^(٦) درهم سود حالاً أو مؤجلاً فهو جائز.

(١) في أ: وإذا.

(٢) في أ: حال.

(٣) في أ: وإنه.

(٤) في أ: كان هو.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

الوجه الرابع: إذا كان عليه ألف درهم نجية مؤجلاً فصالحه على ألف سود حالة فإنه لا يجوز وإنه اعتياض عن الأجل.

وكذلك إذا كان له على رجل ألف درهم مؤجل أو مائة درهم مؤجل صالحه على خمسمائة أو على خمسين حالة لا يجوز؛ لأن المعجل خير من المؤجل، فتكون هذه الزيادة بإزاء ما حط عنه فيكون اعتياضاً عن الأجل.

وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم، فصالحه منها على عشرة دنانير إلى أجل لم يجز، مقرّاً كان أو جاحداً.

[إن] ^(١) كان مقرّاً؛ فلأن هذا صرف بالنسيئة، وإن كان جاحداً؛ فلأن الصلح بناء على زعم المدعي، ومن [زعم المدعي] ^(٢) أن هذا صرف بالنسيئة.

وكذلك إذا صالحه منها على طعام في الذمة مؤجل أو غير مؤجل وتفرقا قبل القبض فهو باطل؛ لأن هذا افتراق عن دين بدين.

وإذا كان له على آخر ألف درهم ومائة دينار، فصالحه من ذلك على خمسمائة درهم وعشرة دنانير إلى شهر، فهو جائز؛ لأنه حط بعض حقه وأجله في الباقي. ولو كان صالحه على خمسين درهماً فضة بيضاء تبراً جاز.

قال شيخ الإسلام: وتأويل المسألة إذا كان التبر مثل ما عليه أو دونه أما إذا كان أجود مما ^(٣) عليه لم يجز؛ لأنه اعتياض عن الجودة [وهو] ^(٤) باطل.

ولو كان عليه مائة درهم وعشرة دنانير فصالحه منها على مائة درهم وعشرة دراهم إلى أجل لم يجز؛ لأن المائة بالمائة استيفاء، والعشرة بإزاء الدنانير صرف وإنه إلى أجل فلا يجوز، وإذا بطل حصّة الصرف بطل التأجيل في المائة، وإن لم تكن المائة بالمائة مبادلة بل تأجيل لعين الحق، إلا أن التأجيل في المائة كان مقيداً شرط إن سلم

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: زعمه.

(٣) في أ: منه.

(٤) سقط في أ.

له عشرة دنانير مع الدراهم ولم يسلم له العشرة دنانير لما فسد الصرف فلا يثبت التأجيل، وإن كان صالحه عليها حالة ودفعها إليه فهو جائز، وإن قبض عشرة دراهم قبل أن يفترقا ويصيب المائة فهو جائز؛ لأن العشرة حصة الصرف وقد وجد قبضها، والمائة ليست حصة الصرف، وترك القبض فيه لا يوجب بطلان العقد.

وإذا كان لرجل على رجل [ألف درهم]^(١) لا يعرفان وزنها، فصالحه المطلوب من ذلك على ثوب أو حنطة، فهو جائز.

فأما إذا كان صالحه على دراهم فالقياس^(٢): ألا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز؛ لأن^(٣) هذا الصلح جائز من وجهين: [إما]^(٤) إن كان المصالح عنه أكثر من بدل الصلح أو مثله، فسد^(٥) من وجه، وهو أن يكون المصالح عنه أقل، فيترجح جانب الجواز.

بخلاف ما إذا اشترى والمسألة بحالها حيث لا يجوز.

وإذا وقع الصلح عن الدراهم التي في الذمة على كر حنطة بعينها، وتفرقا قبل أن يقبض الكر، جاز؛ لأنه لو اشترى كر حنطة بعينه^(٦) بالدراهم التي له على المطلوب، ثم تفرقا قبل قبض الكر، جاز، كذا هاهنا.

ولو وقع الصلح عن كر حنطة في الذمة على عشرة دراهم فإن قبض العشرة قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل قبض العشرة بطل؛ لأن من عليه [الكر]^(٧) صار مشترياً الكر الذي عليه بالعشرة، والجواب في الشراء على هذا التفصيل.

(١) في أ: دراهم.

(٢) في أ: والقياس.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: وفسد.

(٦) في أ: بعينها.

(٧) سقط في أ.

وإذا كان عليه ألف درهم مؤجلة^(١) فصالحه قبل حل الأجل على خمسمائة حالة لا يجوز؛ لأنه اعتياض عن الأجل.

وإذا كان عليه ألف درهم، فصالحه منها على مائة درهم إلى شهر، وإن [لم]^(٢) يعطها إلى شهر فبمائتي^(٣) درهم فهذا لا يجوز، وإن كان هذا الصلح خطأ؛ لأن المحطوط مجهول وهو تسعمائة إن أوفاه مائة إلى شهر، وإن لم يوفه إلى شهر، فالمحطوط ثمانمائة، وجهالة المحطوط تمنع صحة الحط.

وإذا^(٤) كان لرجل على رجل ألف درهم من ثمن بيع إلى أجل فصالحه الطالب على إن أعطاه كفيلاً وآخر عنه سنة بعد الأجل، فهو جائز؛ لأن الكفيل بعد حلول المال من الطالب والتأجيل من حقه فلا تتحقق بينهما شبهة المعاوضة.

بخلاف ما لو قال: زدني في الأجل حتى أزيدك في المال، حيث لا يجوز؛ لأن ذلك معاوضة المال بالأجل، فلم يجوز.

وكذلك لو كان [به]^(٥) كفيل، فصالحه على أن يبرأ هذا الكفيل، وعلى أن يدخل رجلاً آخر معه في الكفالة، وعلى إن آخر عنه بعد الأجل شهراً سماه فهو جائز؛ لأنه لما أبرأ الكفيل الأول صارت هذه المسألة كالمسألة الأولى، ولو صالحه على تعجيل نصف المال على أن يؤخر عنه ما بقي سنة بعد الأجل كان باطلاً.

والأصل في هذه المسألة وما يشاكلها أن الطالب متى أجل ديناً ليتعجل^(٦) ديناً، للطالب تعجيله، كان جائزاً، وإذا أجل ليتعجل ما ليس له تعجيله كان باطلاً. وكذلك لو كان لرجل على آخر ألف درهم من ثمن متاع إلى أجل ومائة دينار من

(١) في أ: مؤجل.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: بمائتي.

(٤) في أ: وإن.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: يستعجل.

ثمن أمة إلى أجل، فعجل الدينير^(١) كلها على إن آخر عنه الدراهم كلها سنة بعد حلها، كان فاسدًا؛ لأنه أجل دينًا ليتعجل ما ليس له تعجيله^(٢).
وفي المنتقى: لرجل^(٣) على رجل ألف درهم حالة، فقال له رب الدين: إن دفعت إلي غدا خمسمائة، [فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك سنه، وإن لم تدفع إلي غدا خمسمائة]^(٤) فالألف عليك على حالها، فهذا جائز.



(١) في أ: المائة الدينار.

(٢) في أ: تعجيل.

(٣) في أ: رجل له.

(٤) سقط في أ.

نوع آخر في الصلح والإبراء على الشرط:

قال في الجامع الصغير: في رجل له على رجل ألف درهم فقال: ادفع غداً منها خمسمائة على أنك^(١) بريء عن الخمسمائة، قال: إن دفع إليه الخمسمائة برئ عن الخمسمائة، وإن لم يدفع الخمسمائة إليه^(٢) غداً، عادت الألف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .

وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا تعود، وهاهنا ثلاثة فصول:

أحدهم: هذا.

والثاني: إذا قال: صالحتك عن الألف على خمسمائة تدفعها إلي غداً على أنك إن لم تدفعها غداً، فالألف عليك على حالها.
ف قيل: صح الإبراء.

فإن نقد خمسمائة غداً بقي الإبراء ماضياً، وإن لم ينقد بطل الإبراء.

والثالث: إذا قال: أبرأتك عن خمسمائة غداً.

فهاهنا الإبراء يقع إذا قبل، أعطى الخمسمائة غداً، أو لم يعط.

وذكر هذه المسألة في الأصل، ووضعها في الحط وجعلها على ثلاثة أوجه:

[الوجه الأول]^(٣): إن قال: حطت عنك خمسمائة على أن تنقد لي خمسمائة

ولم يوقت لذلك وقتاً، فإذا^(٤) قبل الغريم ذلك صح الحط وجد الإعطاء أو لم يوجد

عندهم؛ لأن كلمة (على) إنما تستعمل لتعليق الإيجاب بالقبول لا لتعليقه بفعل

الإعطاء؛ ألا ترى أن الرجل إذا قال لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألفاً صار

الطلاق معلقاً بالقبول لا بالإعطاء.

(١) في أ: أنه.

(٢) في أ: إلى.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: إذا.

وتعليق البيع بخطر القبول جائز مع ضيق حال المبيع^(١)، فكذا يجوز تعليق البراءة بخطر القبول مع سعة حاله بطريق الأولى، فإذا وجد القبول فقد وجد الشرط فتثبت البراءة.

بخلاف ما لو قال: حطت عنك خمسمائة إن نقدتني خمسمائة؛ لأن كلمة (إن) لتعليق الإيجاب بالفعل الذي ذكر معه لا لتعليقه بالقبول.

بدليل أنه إذا قال لامرأته: إن أديت إلي ألفاً، فأنت طالق، لا يقع الطلاق ما لم يوجد منها الأداء، وإذا كانت هذه الكلمة لتعليق الإيجاب بالفعل فنقول:

تعليق البراءة بخطر الفعل لا يجوز؛ لأنه تمليك من وجه فلا يصح تعليقه، كما لا يصح تعليق البيع الذي هو تمليك من كل وجه بخطر الفعل.

[الوجه الثاني]^(٢): وإن قال: حطت عنك خمسمائة على أن تنقدني خمسمائة اليوم، وإن لم تنقد اليوم، فالمال عليك على حاله، فقبل^(٣) صح الحط. وإذا نقد خمسمائة في اليوم بقي الحط ماضياً، وإذا لم ينقد [حتى]^(٤) مضى اليوم بطل الحط كما شرطاً.

وذلك؛ لأنه علق البراءة بخطر القبول؛ لأنه ذكر بكلمة على وإنه جائز ثم علق بعض البراءة بعدم النقد في اليوم وإنه جائز؛ لأن تعليق بعض البيع لعدم النقد جائز مع ضيق حاله، حتى إن من باع من آخر عبداً بألف على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا، كان البيع بهذا الشرط جائزاً.

وإذا لم ينقد في ثلاثة أيام بطل البيع، فلا يصير^(٥) تعليق بعض البراءة بعدم النقد مع سعة حاله أولى.

(١) في أ: البيع.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: فقيل.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: يصح.

ويجوز أن يسقط الدين ثم يعود؛ ألا ترى أنه إذا أبرأ غريمه عن الدين سقط الدين، فإن رده الغريم عاد بعد السقوط لا أنه يتوقف السقوط على وجود القبول. وإنما يظهر هذا بفصل ذكر في النوادر [و] ^(١) صورتها: إذا كان لرجل على أبيه المريض دين فقال الابن: يا أبت قد حللتك مما عليك من الدين. فقال الأب: لا أريده، لا يعمل رده؛ لأن الدين قد سقط بإبرائه، وهو بالرد يعيده، فيكون وصية لولده ولا وصية لوارث.

[الوجه الثالث] ^(٢): وإن قال: حطت عنك خمسمائة على أن تنقدي خمسمائة اليوم، ولم يقل: إن لم تنقدي فالمال عليك على حاله، فلم ينقد الخمسمائة اليوم. قال أبو حنيفة، ومحمد - رحمهما الله - : يبطل الحط والمال كله عليه على حاله.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : الحط جائز، وجد النقد أو لم يوجد. الوجه لأبي حنيفة، ومحمد: أن هذا حط بعوض وقد فات الحط، كما لو حط وشرط أن يعطيه بالباقي رهنا، أو كفيلاً فلم يعطه.

وإنما قلنا: إن هذا حط بعوض؛ لأنه حط خمسمائة بشرط أن ينقد خمسمائة [في] ^(٣) اليوم، ونقد خمسمائة في اليوم يصلح عوضاً عن الحط؛ لأن الطالب ينتفع به؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى المال كما في بعض الأوقات حاجة ماسة لأمر من الأمور، فيحط بعض الدين فيتسارع ^(٤) الغريم إلى إيفاء الباقي وقد فات النقد في اليوم.

[وجه] ^(٥) ما قاله أبو يوسف: أن ^(٦) النقد لا يصلح عوضاً عن الحط؛ لأن النقد

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) في أ: ليتسارع.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ: بأن.

قبل الحط كان واجبًا، فأما النقد قبل الحط كان^(١) عوضًا عن المدينة، وبعد الشرط جعله عوضًا عن الحط، فيعتبر واجبًا مرة أخرى ليصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته؛ إذ الثابت مرة يعتبر ثابتًا مرة أخرى إذا أفاد.

ألا ترى أن من ظاهر من امرأته صح [الظهار]^(٢) الثاني والثالث لما كان إثباته مرة أخرى مفيدًا، وهو وجوب الكفارة.

إذا ثبت هذا فنقول: النقد وإن كان واجبًا بحكم المدينة قبل هذا الصلح، إلا أنه يعتبر واجبًا مرة أخرى إذ لم يكن واجبًا؛ لأنه يفيد إيجابه مرة أخرى حتى يصير عوضًا عن الحط فيبطل الحط بفواته، وليس كالبيع، وذلك؛ لأن اشتراط النقد في البيع لم يصير عوضًا عن شيء، فلم^(٣) يكن عوضًا عنه بنفس العقد فيجب^(٤) نقد الثمن بإزاء تسليم المبيع، وبالشرط يكون بإزاء تسليم المبيع، فاشتراط النقد هناك لا يفيد إلا ما أفاده نفس العقد، ولا يراعى من الشروط ما لا يفيد. فيجعل وجود هذا الشرط وعدمه بمنزلة.

فأما هاهنا النقد كان واجبًا قبل الحط بحكم المدينة لا عوضًا عن شيء وبالشرط جعله [عوضًا]^(٥) عن الحط فيعتبر النقد واجبًا مرة أخرى بحكم [الشرط؛ لأن في اعتباره واجبًا مرة أخرى بحكم]^(٦) الشرط زيادة فائدة لم تكن ثابتة قبل الشرط، فلهذا افترقا.

قال في القُدوري: فيمن كان له على رجل ألف درهم فقال له: متى^(٧) أديت إلي خمسمائة منها فأنت بريء من الباقي، فأدى إليه خمسمائة، وأبى الطالب أن يفي له.

(١) زاد في أ: واجبا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لم.

(٤) في أ: يجب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) زاد في أ: ما.

فإن أبي حنيفة - رحمه الله - قال له: ولا يبرئ مما بقي وكذلك قال: لو صالحتك على أنك متى أديت إلي الخمسمائة فأنا بريء من خمسمائة، فهذا باب واحد؛ لأن هذا براءة معلقة، وتعليق براءة صاحب الأصل بالشرط لا يجوز؛ لأن فيها معنى التمليك، بخلاف تعليق البراءة.



نوع آخر في الصلح عن دعوى العقار:

وفيه بعض مسائل الإبراء:

ادعى دارًا في يدي رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار، فهو على وجهين: إن وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه، فهو جائز. وإن وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقعت قبلها الدعوى، فذلك الصلح جائز؛ لأن في زعم المدعي أنه أخذ بعض حقه وبدل البعض في زعم المدعى عليه أنه فدى عن يمينه.

وإذا جاز هذا الصلح، فهل تسمع دعوى المدعي بعد ذلك؟ وهل تقبل بيته على باقي الدار؟

ففيما إذا وقع الصلح على بيت من دار أخرى، لا تسمع دعواه باتفاق الروايات؛ لأن هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكأنه باع ما ادعى بما أخذ، وفيما إذا^(١) وقع الصلح على بيت من هذه الدار، وذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفي - رحمه الله - في شرح الكافي: أنه تسمع.

وهكذا كان يفتي الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - . وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أنه لا تسمع دعواه [وهو ظاهر الرواية]^(٢).

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أنه تسمع. قالوا: وهكذا ذكر في بعض روايات الصلح، واتفقت الروايات أن المدعى عليه لو أقر بالدار للمدعي أنه يؤمر بتسليم الدار إليه.

وجه رواية ابن سماعة: أن المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي، إلا أن الإبراء لاقي عينًا، والإبراء عن الأعيان باطل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

(١) في أ: أدى.

(٢) سقط في أ.

[و] ^(١) وجه ظاهر الرواية: أن الإبراء لاقى عيئاً ودعوى، فإن المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه، والإبراء عن الدعوى صحيح [و] ^(٢) إن كان الإبراء عن العين لا يصح.

فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذه ^(٣) العين صح الإبراء، حتى لو ادعى بعد ذلك لا تسمع.

أو نقول: الإبراء لاقى الدعوى، فإن ^(٤) قوله: أبرأتك عن هذه ^(٥) العين. معناه: أبرأتك عن دعوى هذه ^(٦) العين.

ألا ترى أن قول المغضوب منه للغاصب: أبرأتك عن العبد المغضوب. معناه: أبرأتك عن ضمان العبد المغضوب.

وبهذه المسألة يتبين أن معنى قولنا: البراءة ^(٧) عن الأعيان لا يصح؛ لأن العين لا تصير ملكاً للمدعى عليه بالإبراء، إلا أن يبقى المدعي على دعواه.

[و] ^(٨) في آخر كتاب الدعوى من المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في رجل خاصم رجلاً في دار يدعيها، ثم قال: أبرأتك عن هذه الدار، أو قال: أبرأتك عن خصومتي، فهذا كله باطل، وله أن يخاصم.

ولو قال: قد برئت من هذه الدار، أو ^(٩) قال: أبرأت من دعوى ^(١٠) هذه الدار،

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: هذا.

(٤) في أ: في.

(٥) في أ: هذا.

(٦) في أ: هذا.

(٧) في أ: أبرأتك.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: و.

(١٠) في أ: دعوى في.

كان جائزًا، ولا حق [لي]^(١) فيها ولو جاء بينة لم أقبلها.

وفي المنتقى: إبراهيم بن رستم عن محمد - رحمه الله: رجل ادعى دارًا في يدي رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال: برئت عن دعوي في النصف الباقي، أو قال: برئت من النصف الباقي، أو قال: لا حق لي في النصف الباقي، ثم أقام البينة على جميع الدار لا تقبل بيته.

ولو قال: صالحتك على نصفها على أن أبرأتك من دعوي في النصف الآخر^(٢)، ثم أقام بينة، كان له أن يأخذ الدار كلها.

وفرق بين قوله: برئت. وبين قوله: أبرأتك؛ قال: ألا ترى أن عبدًا في يد رجل، لو قال له رجل: برئت منه، كان بريئًا منه، ولو قال: أبرأتك منه، كان له أن يدعيه، وإنما^(٣) أبرأه من ضمانه.

قال: وقال أصحابنا - رحمهم الله جميعًا - إذا قال: أنت مني بريء وأنا منك بريء، كان له أن يدعي في العبد.

ادعى دارًا في يدي رجل واصطلحا على أن يسكنها صاحب اليد سنة ثم يدفعها إلى المدعي [يجوز، وكذلك إذا اصطلحا على أن يسكنها المدعي]^(٤) سنة، ثم يدفعها إلى صاحب اليد جاز.

وإذا^(٥) ادعى على رجل دينًا، واصطلحا على دار [على]^(٦) أن يسكنها الذي عليه الدين سنة، ثم يسلمها إلى المدعي فلا^(٧) يجوز.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الباقي.

(٣) في أ: ربما.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: وإن.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: لا.

الفصل الخامس

في صلح الأب والجد والوصي

إذا كان للصغير دار أو^(١) عبد فادعى^(٢) رجل فيه دعوى، فصالحه أبو الصبي على مال الصبي .

إن كان للمدعي بينة عادلة، جاز الصلح بعد أن يكون بمثل القيمة أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه إذا كان للمدعي بينة عادلة، كان المدعي متمكناً من الأخذ فيصير الأب في معنى المشتري للصغير، فالجواب في فصل المشتري ما ذكرناه^(٣). وإن لم يكن للمدعي بينة أصلاً، أو كان [له]^(٤) بينة غير عادلة لا يجوز الصلح، وإن كان شهوده مستورين، قال بعض مشايخنا: لا يجوز الصلح .

وقال بعضهم: يجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - بناء على جواز الحكم بظاهر العدالة .

وقال بعضهم: إن كان شهود المدعي مستورين فينبغي للأب أن يصلح المدعي على المشروط^(٥) .

وإن كان الأب صالح من مال نفسه، جاز على كل حال^(٦)؛ لأنه تبرع على الصغير بماله .

وإن كان الأب ادعى للصغير، ثم صالح، إن لم يكن للأب بينة عادلة جاز الصلح على كل حال، وإن^(٧) كان له بينة عادلة، لا يجوز الصلح، إلا بمثل حقه أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يصير بائعاً مال الصغير، فالجواب في بيع الأب مال

(١) في أ: و .

(٢) في أ: ادعى .

(٣) في أ: ذكرنا .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ: الشطر .

(٦) في أ: شيء .

(٧) في أ: فإن .

الصغير هكذا، والجد حال عدم الأب ووصيه بمنزلة الأب.
 و صلح الوصي على الورثة، [إن كان]^(١) الورثة صغارًا كلهم كصلح الأب،
 وقعت^(٢) الدعوى لهم أو عليهم؛ لأنه^(٣) قائم مقام الأب.
 وإن كانت الورثة كبارًا كلهم، إن كانوا حضورًا فالصلح باطل على كل حال،
 وقعت^(٤) الدعوى في العقار أو في المنقول؛ لأنه لا ولاية له على الكبار الحضور لا
 بيعًا ولا شراء.

وإن كانوا غيبا إن وقعت^(٥) الدعوى عليهم، لا يجوز صلحه أصلاً؛ لأنه يصير
 مشتريًا لهم وإن وقعت^(٦) الدعوى [في العقار لا يجوز صلحه؛ لأنه يصير بائعًا
 عقارهم]^(٧)، وليس له هذه الولاية.

وإن وقعت^(٨) الدعوى^(٩) في المنقول: إن لم يكن له [بهذه الولاية]^(١٠) بينة
 عادلة، يجوز الصلح على كل حال، وإن كان له بينة عادلة جاز الصلح بمثل القيمة
 وبأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأنه يصير بائعًا منقولهم، وبيع الوصي منقول
 الورثة إذا كانوا كبارا غيبا يجوز بمثل القيمة، وبأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه.
 وإن كانت الورثة صغارًا أو كبارًا، إن وقع الصلح عليهم والكبار حضور لا يجوز
 في حصة الكبار عندهم؛ لأنه يصير مشتريًا [لهم]^(١١) ويجوز في حصة الصغار إذا لم

(١) في أ: إذا كانت.

(٢) في أ: وقع.

(٣) في أ: لأنهم.

(٤) في أ: وقع.

(٥) في أ: وقع.

(٦) في أ: وقع.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: وقع.

(٩) زاد في أ: لهم، إن وقع الدعوى في العقار لا يجوز صلحه؛ لأنه يصير بائعًا عقارهم وليس
 له هذه الولاية.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

يكن لهم فيه ضرر عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، المنقول والعقار في ذلك على السواء؛ لأنه يصير بائعًا نصيبهم، وقد ثبت له ولاية بيع نصيب الصغار.

ومن مذهب أبي حنيفة: أن الوصي إذا ثبت له بيع [بعض]^(١) التركة كان له بيع جميعها، وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يجوز صلحه على الصغار ولا يجوز على الكبار وإن كان الكبار غيبًا.

وإن وقعت^(٢) الدعوى عليهم، لا يجوز صلحه في حصة الكبار على كل حال ويجوز في حصة الصغار إن^(٣) لم يكن فيه ضرر.

وإن وقعت^(٤) الدعوى لهم، فإن وقعت^(٥) الدعوى في المنقول جاز الصلح [وكذلك صلح]^(٦) الوصي على الصغار والكبار جميعًا إذا لم يكن لهم فيه ضرر.

وإن وقعت^(٧) الدعوى في العقار، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : يجوز صلحه على الصغار والكبار إذا لم يكن [لهم]^(٨) فيه ضرر.

وعلى قولهما: لا يجوز صلحه على الكبار، ويجوز على الصغار إذا لم يكن [لهم]^(٩) فيه ضرر.

وصلح وصي^(١٠) الأم والعم والأخ مثل صلح وصي الأب في تركة الأم والعم والأخ، إن وقعت الدعوى للصغير ما خلا العقار؛ لأن لوصي هؤلاء بيع ما هو موروث للصغير من جهة هؤلاء فكذا الصلح.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وقع.

(٣) في أ: إذا.

(٤) في أ: وقع.

(٥) في أ: وقع.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: وقع.

(٨) سقط في أ.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ: الوصي.

فأما ما كان موروثاً للصغير من جهة غير هؤلاء، فليس لوصيهم بيعه، فلا يجوز صلحه فيه .

وفي كتاب الشروط: إذا ادعى رجل دعوى في دار يتيم فقبل أن يقيم البينة، ليس للولي أن يصالح، وبعد ما جاء بالبينة العادلة وعرف الوصي عدالتهم، له أن يصالح. قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - حاكياً عن شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله -: إذا علم الوصي أن للمدعي شهوداً عدولاً يشهدون له بذلك، وإنما لا يصالحه الوصي قبل إقامة البينة إذا علم أنه لو أقام المدعي البينة يرغب في الصلح بعد ذلك. أما إذا علم أنه لا يرغب في الصلح بعد إقامة البينة لا بأس بأن يصالحه قبل إقامة البينة.



الفصل السادس

في الصلح في السلم

إذا كان السلم حنطة ورأس المال مائة درهم، فصالحه^(١) من السلم على أن يرد عليه مائتي درهم أو مائة^(٢) أو خمسين، كان باطلاً؛ لأن الصلح عن السلم إذا لم يكن مضافاً إلى رأس المال بيع للمسلم^(٣) فيه، وهاهنا الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مائة أو خمسين من رأس مالك، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

وأما إذا قال: صالحتك من المسلم فيه على مائة من رأس مالك، كان جائزاً، وكذلك إذا قال: على خمسين درهماً من رأس مالك؛ لأن الصلح على رأس المال في باب السلم إقالة؛ لأنهما قصدا بالصلح إعادة رأس المال إلى رب السلم، وإنما يعود إليه رأس المال بالإقالة، أما بالبيع [وما اتصل به فلا يعود به]^(٤) رأس المال^(٥)، والصلح يحتمل معنى الإقالة، فجعلناه إقالة، وإقالة السلم جائزة. وإذا كان رأس مال السلم عرضاً فتقايلا السلم وهلك العرض قبل التسليم لا تبطل الإقالة.

والأصل: أن الإقالة في باب السلم لا تحتمل التبعض بعد وقوعه، فالجملة فيه أن المسلم فيه وإن كان ديناً فقد أعطي له حكم العين، وإنما جعل ديناً في حق حكمين:

أحدهما: أنه يقبل الأجل، والآجال تختص بالديون.

الثاني: أنه يسقط بلفظ الإبراء، فصحة الإبراء تختص بالديون.

(١) في أ: صالحه.

(٢) في أ: مائتي درهم.

(٣) في أ: المسلم.

(٤) في أ: ما يصلح إليه لا يكون.

(٥) في أ: مال.

وفيما عدا هذين الحكمين أعطي له حكم الأعيان، فهلاك ما يقابله من العرض لا يمنع الإقالة لا ابتداء ولا بقاء، كما لو اشترى [عرضًا بعرض] ^(١) وهلك أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة، لو هلك أحدهما بعد الإقالة قبل التسليم، لا يمنع بقاء الإقالة. والله أعلم.



(١) في أ: عوضا بعوض.

الفصل السابع في الصلح عن العين

قال محمد رحمه الله: وإذا ادعى رجل حقاً قبل رجل فصالحه عنه غيره فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الدعوى واقعا في الدين، وإنه ينقسم إلى قسمين:

الأول: أن يكون المدعى عليه منكرًا، وإنه يشتمل على فصلين:

[الفصل^(١) الأول: أن يكون المصالح صالح عن المدعى عليه بغير أمره وذلك لا يخلو، أما إن قال المصالح للمدعي: صالح فلانًا على ألف درهم من دعواك، على فلان، وفي هذا الوجه يتوقف^(٢) على إجازة المدعى عليه، ولا ينفذ على المصالح ولا على المدعى عليه. وإن رد المدعى عليه بطل الصلح وإن أجاز جاز فكان المطالب بالمال هو المدعى عليه.

وأما إذا^(٣) قال المصالح: صالحني، وفي هذا الوجه ينفذ على المصالح، وأما إن^(٤) صالح فلانًا على ألف على أنني ضامن، وفي هذا الوجه: ينفذ على المصالح أيضًا، ويلزمه المال ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به ملكًا له.

وأما إن قال: صالحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا ففي هذا الوجه اختلف المشايخ، بعضهم [قالوا: وهو نظير قوله صالحني، وبعضهم قالوا: هو نظير قوله صالح فلانًا].

الفصل الثاني: أن يكون المصالح صالح المدعي بأمر المدعى عليه، ففيما لو قال

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يقف.

(٣) في أ: إن.

(٤) زاد في أ: قال.

المصالح للمدعي: صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك، نفذ الصلح على المدعى عليه والبدل على المدعى عليه.

وفيما إذا قال: صالحني، فكذلك ينفذ الصلح على المدعى عليه إلا أن البدل هاهنا على المصالح؛ لأن العقد مضاف إليه.

وفيما إذا قال: صالح فلاناً على ألف من مالي، فكذلك الجواب؛ لأن إضافة العقد إلى ماله كإضافته إلى نفسه.

وفيما إذا قال: صالح فلاناً على ألف على أي ضامن، فكذلك ينفذ الصلح على المدعى عليه أيضاً. غير أن في هذا الفصل، يعتبر العقد جارياً بين المدعي والمدعى عليه، ويعتبر المصالح كفيلاً عن المدعى عليه، فيطالب المدعى عليه إن شاء بحكم العقد، وإن شاء طالب المصالح بحكم الكفالة، هكذا ذكره شيخ الإسلام.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في هذه الصورة أن المال يجب على المصالح بحكم العقد لا بحكم الكفالة، وفائدة وجوب المال عليه بحكم العقد أنه إذا أراد الرجوع على الكفيل وهو المدعى عليه، يرجع قبل الأداء أو بعده سواء أمره بالضمان أو لم يأمره كما في الوكيل بالشراء إذا ضمن المال.

وفيما إذا قال: صالحتك على ألف درهم ولم يزد على هذا، اختلف المشايخ على نحو ما ذكرناه.

القسم الثاني: إذا كان المدعى عليه مقراً بالمال، وإنه يشتمل على فصلين أيضاً: الأول: أن يكون المصالح صالح المدعي بغير أمر المدعى عليه.

وفيما إذا قال: صالح فلاناً على ألف درهم، يقف الصلح على إجازة المدعى عليه.

وفيما إذا قال: صالحني ينفذ على المصالح.

وفيما إذا قال: صالح فلاناً على ألف من مالي، فكذلك ينفذ الصلح على المصالح، ولا يصير الدين المدعى للمصالح.

وإن كان المدعى عليه مقرراً بالدين وبالصلح صار المصالح مشترياً له من المدعى ،
إلا أن شراء الدين من صاحبه لا يجوز لغير المديون .

وفيما إذا قال : صالح فلاناً على أنني ضامن ، يقف الصلح على إجازة المدعى
عليه ، ويحمل قوله : على أنني ضامن على ضمان الكفالة .

وفيما إذا قال : صالحتك ، اختلاف المشايخ على نحو ما بينا .

الفصل الثاني من هذا القسم :

إذا صالح المصالح المدعي بأمر المدعى عليه .

ففيما إذا قال : صالحني على ألف ، أو قال : صالح فلاناً على ألف درهم من
مالي ، نفذ الصلح على المدعى عليه ؛ لأنه كان بأمره ، ولكن يجب المال على
المصالح ، ثم يرجع هو على الأمر .

وفيما إذا قال : صالح فلاناً على ألف على أنني ضامن ، ينفذ الصلح على المدعى
عليه ، ولكن في هذه الصورة يعتبر العقد جارياً بين المدعي وبين المدعى عليه ،
ويعتبر المصالح كفيلاً على ما هو اختيار شيخ الإسلام - رحمه الله - عن المدعى
عليه حتى لا يرجع على المدعى عليه قبل الأداء . بخلاف قوله : صالحني أو صالح
فلاناً على ألف من مالي .

وفيما إذا قال : صالحتك على ألف من دعواك على فلان ، اختلف المشايخ فيه .

الوجه الثاني من هذا الفصل : إذا كان الدعوى واقعاً في العين ، وإنه ينقسم إلى

قسمين أيضاً :

الأول : أن يكون المدعى عليه منكراً ، والجواب في هذا القسم من الوجه الأول :
وهو ما إذا وقعت الدعوى في الدين وقد وقع الصلح بأمر المدعى عليه أو بغير أمره .

الثاني : أن يكون المدعى عليه مقرراً ، ففي الفصل الأول من هذا القسم وهو ما إذا
وقع الصلح بغير أمر المدعى عليه والجواب : نظير الجواب في هذا الفصل من الوجه
الأول في الدين إلا في خصلة ، أن هاهنا إذا نفذ الصلح على المصالح بأن قال :

صالحني أو قال: صالح فلاناً على ألف من مالي يصير العين المدعى به ملكاً للمصالح؛ لأن المصالح صار مشترياً إياه من المدعي بالصلح إذا كان المدعى عليه مقرراً، وشراء العين من المالك صحيح.

الفصل الثاني: وهو ما إذا وقع الصلح بأمر المدعى عليه، فهذا وما لو وقعت الدعوى في الدين في هذا الفصل سواء وإن كان المصالح صالح المدعي على دراهم، ثم قال: لا أؤديها، هل يجبر على الأداء؟ ينظر: إن كان أضاف العقد إلى نفسه أو إلى ماله أو ضمن بدل الصلح يجبر عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لا يجبر عليه.

وفي كتاب الشروط: إذا وقع الصلح من المدعي مع الفضولي على مال معلوم على أن يكون العين المدعى به للفضولي^(١) لا للمدعى عليه، والمدعى عليه جاحد [دعوى]^(٢) المدعي، جاز الصلح سواء أضاف الفضولي الصلح إلى ماله أو لم يضيف، وسواء ضمن ذلك أو لم يضمن؛ لأنه صار مشترياً للمدعى به من المدعي بثمان معلوم فجاز، وإذا جاز كان للمصالح أن يطالب المدعي بتسليم المدعى به؛ لأنه صار مشترياً منه فيطالب بائعه بتسليم المبيع، فإن أمكنه التسليم بأن أقام بينة أو أقر المدعى عليه للمدعي سلم إليه، وإن [كان]^(٣) لم يمكنه، كان للمصالح أن يفسخ الصلح ويرجع بدل الصلح عليه؛ لأنه في [معنى المغضوب]^(٤) من غير الغاصب والغاصب جاحد ولا بينة له وحكمه ما بينا.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في البيوع: أن المولى إذا باع العبد المغضوب من رجل والغاصب جاحد، فإن البيع موقوف فإن أمكنه التسليم بإقامة الحجة بعد البيع وإلا كان للمشتري فسخ البيع، كذا هاهنا.

(١) من قوله: «قالوا: وهو نظير قوله صالحني...» إلى هنا، سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: المعنى تابع للمغضوب.

فإذا^(١) أراد المدعي أن يخاصم مع المدعى عليه ويقيم البينة على أن المدعى به ملك للمشتري منه أو يحلفه لينكل والمدعى عليه جاحد صحت خصومته معه؛ لأن المدعى عليه مدعي الملك لنفسه فانتصب خصمًا له .

وإن أقر المدعى عليه أنه للمدعي يأخذه من يده لإقراره له ويسلمه إلى المشتري إن^(٢) خاصمه المشتري، وإن كان المدعى عليه جاحدًا صحت خصومته لما قلنا، وإن أقر للمدعي لا تسمع خصومته؛ لأنه صدقه المشتري في ذلك، ففي زعم المشتري أنه مودع المدعي أو غاصب وله خصومة له معهما.



(١) في أ: فإن .

(٢) في أ: وإن .

الفصل الثامن

في الصلح عن العيب

اشترى رجل من آخر عبداً بألف درهم، وقبضه ونقده الثمن، ثم وجد به عيباً، فأنكر البائع أن يكون باعه وبه ذلك العيب، ثم صالح^(١) البائع على أن يرد عليه دراهم مسماة حالة أو إلى أجل، فهو جائز.

والحاصل: أن الناس تكلموا أن المشتري إذا وجد بالعبد عيباً فحقه في ماذا؟ والأصح أنه في ابتداء ما يجد به العيب فحقه^(٢) في الجزء الفائت فيطالب^(٣) به البائع؛ لأنه ضمن له تسليمه سليماً بالعقد من العيوب ما يكون بعرض الزوال.

فإذا زال صار قادراً على تسليمه كما التزم، فيطالب^(٤) في الابتداء، ثم إن البائع يعجز عن تسليمه بحكم فواته فيفسخ البيع فيه، فيصير [حق]^(٥) المشتري في حصة العيب من الثمن، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن، يعتبر استيفاء لحصة^(٦) العيب من الثمن، فيجوز حالاً ومؤجلاً، وإذا وقع على خلاف جنسه فيعتبر معاوضة. بين المأخوذ وبين حصة العيب من الثمن.

وفيما إذا صالح عن العيب على أكثر من حصة الثمن فطريق الجواز أن يكون بمقدار حصة العيب، وهو استيفاء لحصة^(٧) العيب، وما زاد على ذلك فالبايع حط عنه من الثمن.

ولو صالحه من العيب على مائة دينار، فإن نقده قبل أن يفترقا هو جائز، وإن تفرقا قبل أن ينقده بطل الصلح.

وإذا طعن في بياض بعينه، فصالحه البائع من ذلك على أن حط عنه درهما كان

(١) في أ: صالحه.

(٢) في أ: حقه.

(٣) في أ: يطالب.

(٤) في أ: فيطالبه.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: بحصة.

جائزًا فلو أنه انجلى البياض بعد ذلك رد الدرهم على البائع .
وكذا لو طعن بحبل بها [عيبًا]^(١)، فصالحه البائع على أن حط عنه درهما، ثم
ظهر أنه لم يكن بها حبل، فإنه يرد الدرهم^(٢).

وكذا إذا اشترى أمة فوجدها منكوحه، فأراد أن يردها على البائع، فصالحه البائع
على دراهم، ثم طلقها الزوج طلاقًا بائنًا كان على المشتري رد الدراهم .
فكذا^(٣) إذا ادعى المشتري العيب وأنكر البائع، فاصطلحا على أن يرد البائع شيئًا
من الثمن، ثم تبين أنه لم يكن بالمبيع عيب، كان للبائع أن يسترد ما أدى، وعلى هذا
إذا ادعى على إنسان مالا وحقًا في شيء فصالحه على مال، ثم تبين أنه لم يكن ذلك
المال عليه وذلك الحق لم يكن ثابتًا، كان للمدعى عليه حق استرداد ذلك المال .
ولو صالحه من العيب على ركوب دابته في حوائجه شهرًا، جاز .

قال: تأويله إذا شرط - ركوبه في المصر، فأما إذا شرط ركوبه خارج المصر، أو
أطلق، لا يجوز، نص على التفصيل في كتاب الإقرار، وإنما لم يجز لمكان
الجهالة .

فلو اصطلحا على أن قبل البائع السلعة ورد على المشتري أقل مما أخذه منه
بدرهم، أو درهمنين، جاز، فإن اصطلحا [على]^(٤) أن يحط كل واحد يعني البائع
والمشتري درهماً وزيادة، ويأخذه الأجنبي بما وراء المحطوط ورضي به الأجنبي،
كان بيعًا للأجنبي من المشتري وبيع المشتري من الأجنبي جائز؛ لأن المشتري باع
ملك نفسه، وحط المشتري أيضًا جائز؛ لأن حطه لاقى ملك نفسه، وهو الثمن،
فيكون هذا من المشتري رضا بالعيب .

وحط البائع باطل؛ لأنه لاقى ملك الغير حتى إنه إذا كان الثمن مثلاً عشرة فيأخذ
الأجنبي بتسعة [إن شاء وإن شاء ترك]^(٥).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الدراهم .

(٣) في أ: وكذا .

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: إن شاء الله تعالى .

الفصل التاسع

في الصلح على أن يحلف المدعى [عليه]^(١) وهو بريء من المال أو يحلف المدعي وأن على المدعى عليه ضمان المال

وإذا اصطالحا على أن يحلف المدعى عليه وهو بريء من المال فيحلف ما له قبله قليل أو^(٢) كثير، فالصلح باطل، حتى [إنه]^(٣) لا يبرأ المدعى عليه من المال والمدعي على دعواه.

فإن أقام بينة أخذه بها، وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلف المدعى عليه عند القاضي بعد تلك اليمين، فله ذلك.

وإن كان القاضي هو الذي استحلفه، لم يكن له أن يحلفه ثانيًا.

والحاصل: أن المدعى عليه لا يبرأ عن المال بحلفه، سواء حلف في مجلس القاضي أو غير مجلس القاضي إلا أنه إذا حلف عند القاضي يبرأ عن التحليف ثانيًا. ولو اصطالحا على أنه إن حلف فهو بريء من الخصومة إلى أن يجد البينة فحلف، فهل يبرأ عن الخصومة؟ اختلف المشايخ في هذا الفصل، منهم من قال: يبرأ عن الخصومة إلى أن يجد البينة، حتى لو أراد استحلافه عند القاضي مرة أخرى لم يكن له ذلك. بخلاف ما لو اصطالحا على أنه بريء عن المال إذا حلف.

وما يذكر في الكتاب أن له استحلافه مرة أخرى عند القاضي محمول على ما إذا اصطالحا على أنه بريء عن المال متى حلف.

ومنهم من قال: لا يبرأ عن الخصومة وهو الأصح، حتى كان له استحلافه مرة أخرى، وهذا؛ لأن البراءة عن الخصومة لو وقعت، إما أن تقع بحكم اليمين ولا وجه إليه؛ لأن اليمين حصل في غير مجلس القاضي من المدعى عليه، وليس من حكم هذه اليمين وقوع البراءة عن الخصومة.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ولا.

(٣) سقط في أ.

وإما أن تقع بحكم التعليق، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن تعليق البراءة عن الخصومة باطل؛ لأنه مما لا يحلف به.

قال محمد - رحمه الله - : فإن أقام الطالب بينة على حقه، يؤخذ بذلك المطلوب.

وإذا اصطلحا على أن يحلف المدعي على دعواه، على أنه إذا حلف، فالمدعى عليه ضامن للمال، فحلف المدعي على ذلك فأبى المدعى عليه أن يعطيه المال، كان له ذلك.



الفصل العاشر

في الاستحقاق في الصلح

ولو أن رجلاً في يديه^(١) دار فادعى رجل فيها حقاً، فصالحه الذي في يديه^(٢) الدار على دراهم مسماة، ثم إن الدار استحققت من يدي المدعى عليه، كان له أن يرجع بدراهمه على المدعي.

فإن استحق طائفة من الدار نصفها أو ثلثها أو ربعها، لم يرجع على المدعي بدراهمه بشيء، وكذلك لو استحق منها بيت معلوم بخلاف ما لو استحققت^(٣) كلها، فإذا استحق بدل الصلح في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس أو وجده ستوقه أو رصاصاً أو زيوفاً أو نبهرجة، [فإن وقع الصلح على جنس حقه بأن ادعى ألف درهم ووقع الصلح على مائة درهم]^(٤)، فالمدعي يرجع بمثل بدل الصلح، وذلك مائة من الجياد، ولا يرجع بأصل دعواه؛ لأن [في]^(٥) هذا الصلح حط لبعض الحق و^(٦) استيفاء لبعض الحق، فكأنه أبرأه عن تسعمائة واستوفى مائة، وهناك كان الجواب كما قلنا.

وإن وقع الصلح على خلاف جنس حقه، فإن ادعى مائة دينار ووقع الصلح على مائة درهم، فهذا الصلح معاوضة، فيرجع بمثل بدل الصلح إن وقع الاستحقاق في المجلس، وإن وقع بعد الافتراق عن المجلس يرجع بأصل الدعوى، والله أعلم.



(١) في أ: يده.

(٢) في أ: يده.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: في.

الفصل الحادي عشر

فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وفيما لا يشترط
وإذا كان لرجل [على رجل]^(١) ألف درهم جيد، فصالحه على ألف درهم
بهرجة يجوز، ولا يكون هذا صرفاً حتى لا يشترط القبض في المجلس، بل يكون
حطاً لصفة الجودة.

- ولهذا إذا كان له على آخر ألف درهم جيد حالاً، فصالحه على ألف درهم
[بهرجة]^(٢) مؤجلة يجوز، ولو كان هذا مصارفة لا يجوز مؤجلة، وحط صفة
الجودة جائز.

- وإذا وقع الصلح من دعوى على دراهم وافتراقاً قبل قبض بدل الصلح لا
ينتقض الصلح؛ لأن الصلح إن وقع عن إقرار، فهذا افتراق عن عين^(٣) بدين
بزعمهما، وكذلك إن وقع عن إنكار بزعم المدعي، وفي زعم المدعي، هذا دفع
المال لإسقاط^(٤) اليمين عن^(٥) نفسه، وقبض البديل في المجلس في معاوضة تنعقد
على الإسقاط ليس بشرط كما في الخلع والعتق على مال.

- وإذا وقع الصلح من الدراهم التي في الذمة على دنانير أو من الدنانير التي في
الذمة على دراهم، فهذا صرف حتى يشترط قبض بدل الصلح في المجلس.

- وإذا وقع الصلح من الدراهم التي في الذمة على دراهم^(٦) أقل منها، فهذا ليس
بصرف حتى لا يشترط قبض البديل في المجلس.

فالأصل: أن الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق يعتبر مبادلة، وإذا وقع على

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: دين.

(٤) في أ: لا إسقاط.

(٥) في أ: على.

(٦) في أ: دنانير.

جنس الحق يعتبر استيفاء للبعض وإسقاطاً للباقي^(١).

- وإذا صالح عن المائة التي في الذمة على عشرة إلى أجل يجوز، وهذا حط عن بعض الحق وتأجيل للباقي.

- وإذا كان لرجل على رجل دين ألف درهم من قرض^(٢) أو غضب وهي من غلة الكوفة، فصالحه على خمسمائة نجية، كان أبو يوسف - رحمه الله - يقول أولاً: إن نقد النجية في المجلس، فإنه يجوز الصلح، وإن [لم]^(٣) ينقد، فالصلح باطل، وتكون البراءة عن خمسمائة صحيحة، حتى يكون لصاحب الدين على المديون خمسمائة غلة لا غير، ثم رجع عن هذا فقال^(٤): ولا يجوز الصلح نقد أو لم ينقد، ويكون لصاحب الدين على المديون ألف درهم غلة، وهو قول محمد - رحمه الله - أن هذه مصارفة لأنهما قصدا أن تصير الجودة حقاً للمدعي بعد أن لم يكن. - ولهذا شرط أبو يوسف - رحمه الله - على قوله الأول قبض النجية في المجلس، والقبض إنما يجب باعتبار المصارفة.

- وإذا كانت مصارفة بعد هذا، إما أن يقال: هذا مصارفة ألف غلة بخمسمائة [نجية أو مصارفة خمسمائة نجية بخمسمائة غلة بشرط أن يكون بريئاً عن خمسمائة]^(٥) أخرى غلة، وأي ذلك اعتبر فهو باطل، وإذا بطل الصلح صار وجوده وعدمه بمنزلة، ولو عدم كان له عليه ألف درهم غلة فكذا هذا.

- وإذا كان له على رجل كر حنطة فصالحه من ذلك على عشرة دراهم، فإن قبض العشرة قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل أن يقبض العشرة بطل؛ لأن من عليه الكر صار مشترياً للكر الذي كان عليه بالعشرة، والجواب في الشراء على هذا التفصيل.

(١) في أ: البعض.

(٢) زاد في أ: من.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وقال.

(٥) سقط في أ.

- رجل غصب إناء فضة واستهلكه، وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم تفرقا قبل قبض القيمة، فالقضاء ماض.

- وكذلك لو اصطلحا على القيمة، ثم تفرقا قبل القبض، فالصلح ماض؛ لأن هذا ليس بصرف؛ لأن الواجب بالاستهلاك القيمة؛ لأنها هي المثل بالقضاء لتقدير ذلك

[أكثر ما في الكتاب: أن^(١) المستهلك يصير مملوكًا للمستهلك قبل الاستهلاك متى أدى الضمان^(٢) إلا أن ذلك أمر ضروري؛ لأن عند أداء الضمان ملك المغصوب منه بدل المغصوب، فمست^(٣) الضرورة إلى إزالة المغصوب عن ملكه؛ كيلا يجتمع البديل والمبدل في ملك رجل واحد، فهذا أمر ضروري فلا يعتبر مصارفة، فلا يضر^(٤) الافتراق.

وسئل بعض مشايخنا عن من كان له على آخر مائة دينار نيسابورية فصالحه على مائة بخارية، وتفرقا قبل القبض قال: يبطل الصلح؛ لأنهما نوعان فيكون مصارفة فيشترط القبض، والصحيح أنه لا يشترط القبض، ولا يبطل الصلح؛ لأن النيسابورية أجود من البخارية، وصاحب النيسابورية حط عنه صفة الجودة، فصار كأنه حط عنه بعض الوزن، ولو كان على القلب يشترط قبض بدل الصلح بلا خلاف؛ لأن هذه مصارفة؛ لأنهما قصداً أن تصير الجودة للطالب، بعد أن لم تكن، [وإن لم تصر^(٥) الجودة للطالب لا مبادلة بينهما، وقد مر جنس هذا في الفصل المتقدم.

ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: إذا ادعى رجل على رجل عشرة دراهم وعشرة دنائير، فصالحه المدعى عليه على خمسة دراهم من ذلك كله نقدًا أو

(١) في أ: أكثر ما في الباب.

(٢) زاد في أ: صحيح.

(٣) في أ: الضروري.

(٤) في أ: يعتبر.

(٥) في أ: وأن تصير.

نسيئة، فهو جائز؛ لأن الصلح وقع على جنس الحق؛ لأن الأصل في أموال الربا أن يصرف الجنس إلى الجنس إذا لم يكن في ذلك فساد العقد، فيصير مستوفياً من العشرة الدراهم خمسة منها عن الخمسة الأخرى وعن العشرة دنانير، فيجوز، سواء كانت^(١) هذه الخمسة نقدًا، أو نسيئة، ويخرج من هذه المسألة كثير من المسائل.



(١) في أ: كان.

الفصل الثاني عشر في الصلح عن الظلة الشارعة

وإذا كان للرجل ظلة شارعة أو كنيف شارع على طريق العامة فخاصمه إنسان في طرحه، فصالحه صاحب الظلة على دراهم مسماة على أن يتركها، فالصلح باطل وإن كان الإمام صالح صاحب الظلة على دراهم مسماة على أن يترك الظلة جاز الصلح، إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع تلك الدراهم في بيت المال.

وأما إن وقع الصلح^(١) على أن يعطى صاحب الظلة دراهم مسماة إلى هذا المخاصم ليرفع المخاصم الظلة جاز الصلح على كل حال.

وإن أخذ صاحب الظلة الدراهم من المخاصم لي طرح الظلة، إن كانت الظلة قديمة يجوز، وإن كانت حديثة اختلف فيه، والصحيح أنه لا يجوز.

وأما إذا كان لا يدري حال الظلة لا يجوز أيضاً على أصح الأقوال؛ لأن ما يكون على طريق العامة إذا لم يعرف حاله يجعل حديثاً، ولهذا قالوا: للإمام حق رفعها إذا كان لا يعرف حالها، فعلم أن هذه الظلة إذا لم يعرف حالها، وحكم ما لو عرف حدوثها^(٢) سواء.

وإن كانت الظلة على طريق خاص في سكة غير نافذة، فإن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم مسماة من صاحب الظلة ويترك [الظلة]^(٣) لا يجوز إذا كانت الظلة قديمة.

وإن كانت حديثة، إن لم يكن المخاصم من أهل تلك السكة وليس له حق المرور تحت الظلة، فيتوقف^(٤) الصلح على إجازة من له حق المرور، ولهذا إذا كان

(١) زاد في أ: على الطريق إن وقع الصلح.

(٢) زاد في أ: يتعين.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: يتوقف.

المصلح من أهل تلك السكة إن أضاف الصلح إلى جميع الظلة^(١) فالصلح [يصح]^(٢) في حصته ويتوقف في حصة شركائه، فإن أجاز شركاؤه جاز الصلح في الكل وإن لم يجيزوا صلحه ورفعوا الظلة لا شك أن الصلح يبطل في حصة شركائه، حتى كان لصاحب الظلة أن يرجع على المخاصم بحصة شركائه إن كان دفع إليه جميع البدل.

وهل يرجع بحصته؟ اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يرجع [عليه]^(٣).
وأما إذا كان الصلح مضافاً إلى نصيبه خاصة فإنه يجوز الصلح، وبعد ذلك ينظر إن^(٤) تبرع الشركاء بترك الظلة سلم له جميع بدل الصلح.
وإن رفعوا الظلة هل يرجع صاحب الظلة على المخاصم بجميع البدل؟ فالمسألة على الاختلاف.

وإن كان لا يعرف حالة الظلة لا يجوز الصلح؛ لأنها في الحكم قديمة؛ لأن ما كان في سكة غير نافذة إذا لم يعرف حاله يجعل قديماً، بخلاف ما إذا كان على طريق العامة، ولهذا لم يكن لأحد رفعها وكان كالجذوع الساقطة في دار إنسان إذا كان لا يدري حالها، تجعل قديمة حتى لا يكون لصاحب الدار رفعها، ولكن صاحب الجذوع يمنع من البناء كذا ها هنا.

وأما إذا وقع الصلح على الطرح والرفع، إن وقع الصلح على أن يأخذ المخاصم دراهم فيرفع الظلة، فهو جائز على كل حال؛ لأنه صار مستأجراً له لرفع الظلة بمال معلوم، فيجوز كما لو استأجر غيره.

وإن وقع الصلح على أن يأخذ صاحب الظلة من المخاصم دراهم ويرفع

(١) في أ: الصلح.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: إلى.

[الظلة]^(١) جاز إن كانت الظلة قديمة، وكذلك إذا كانت حديثة أو لا يدري حالها. قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - تأويل هذا: أن الظلة كانت على بناء مبني على الطريق، وصاحب الظلة يدعي ملك ذلك الموضع لنفسه أو يدعي حق قرار الظلة بسبب صحيح، فيسقط حقه بما يأخذ من المال بطريق الصلح على الإنكار.

قال شيخ الإسلام: وما ذكرنا من الجواب في سكة غير نافذة، فتأويله: إذا كان مشتركاً بينهم وأرضاً مشتركة بينهم، فبنوا فيها مساكن وحجراً، ورفعوا بينهم طريقاً حتى يكون الطريق ملكاً لهم.

فأما إذا كانت السكة في الأصل اختطت بأن بنوا دوراً وتركوها هذا الطريق للمرور، فالجواب فيه كالجواب في طريق العامة؛ لأن قدر الطريق يبقى على ملك جماعة المسلمين، ولهذا كان لجماعة المسلمين أن يقفوا فيها حالة الزحام.

وأما إذا أراد رجل إحداث ظلة في طريق العامة ولا يضر بالعامة، فالصحيح من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - أن لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع وحق الطرح.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : له حق الخصومة في المنع من الإحداث وليس له حق الرفع.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس له حق المنع ولا حق الرفع، وأما إذا كان يضر ذلك بالمسلمين، فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع والرفع جميعاً.

وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة، فإنه لا يعتبر فيه^(٢) الضرر وعدم الضرر عندنا، بل يعتبر فيه الإذن من الشركاء.

ومن خالفنا اعتبر الضرر حتى إذا لم يدخل على أهلها ضرر لا يمنع، وشبه ذلك

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: في.

بالجلوس على قارعة الطريق للاستراحة [من الشمس]^(١).
 وأما الكلام في الإباحة وعدم الإباحة، ذكر أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله - أنه
 يباح إحداث الظلة على طريق العامة ولا يَأْثَمُ قبل أن يخاصم أحد في ذلك، وبعد ما
 خاصمه^(٢) إنسان لا يباح الانتفاع بها، ويأثم بترك الظلة.
 وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يباح له الانتفاع إذا كان مما لا يضر
 بالعامة.



(١) في أ: بالشمس.

(٢) في أ: خاصم.

الفصل الثالث عشر

في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال

إذا وقع الصلح بين الشفيع والمشتري فهذا على وجوه:
إن صالح على أن يأخذ نصف المشتري أو ثلثه أو رבעه على أن يسلم الشفعة في الباقي كان جائزاً.

ولا إشكال في جواز هذا الصلح؛ لأنه إما يعتبر أخذاً بالشفعة أو بشراء مبتدأ، وأي ذلك اعتبر كان جائزاً؛ لأن المأخوذ معلوم وهو نصف الدار أو ثلثها أو رבעها والتمن معلوم بيقين فيكون جائزاً ولا إشكال في جواز هذا الصلح.

وإنما الإشكال في أنه يصير أخذاً ما أخذ بشراء مبتدأ حتى تتجدد الشفعة للشفيع فيما أخذه^(١) مرة أخرى، والجواب فيه على التفصيل.

إن وجد هذا الاصطلاح منهما بعد ما تأكد حق الشفيع بالطلبين بأن وجد من الشفيع طلب الموائبة أو^(٢) طلب الإشهاد، فإنه يصير أخذاً النصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما [أخذه بالشفعة]^(٣) مرة أخرى، ويصير مسلماً الشفعة في النصف حتى [لو]^(٤) كان له شريك في المبيع أو في الطريق^(٥)، كان للجار أن يأخذ النصف الذي لم يؤخذ بالشفعة.

وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع، فإنه يصير أخذاً النصف بشراء مبتدأ، ويتجدد فيما أخذ الشفعة.

هذا إذا اصطلحا على النصف أو الثلث.

فأما إذا اصطلحا على أن يأخذ بيتا منها بعينه بما يخصه من الثمن وسلم الشفعة

(١) في أ: أخذ.

(٢) في أ: و.

(٣) في أ: أخذ الشفعة.

(٤) سقط في أ.

(٥) زاد في أ: حتى.

في الباقي كان الصلح باطلاً ولا شك في بطلان الصلح؛ لأنه إما أن يعتبر هذا أخذاً بالشفعة في الباقي أو [بشراء]^(١) مبتدأ، وأي ذلك كان فإنه لا يصح متى كان ثمنه مجهولاً، وهاهنا ثمن البيت مجهول؛ لأن الحصة لا تعرف إلا بالحزر والظن، ولا إشكال فيه، وإنما الإشكال في بطلان شفעתه، والجواب في بطلان شفעתه على التفصيل الذي ذكرناه^(٢).

إن كان هذا الصلح [قبل الطلب بطلت شفעתه؛ لأن طلب البعض منه]^(٣) مثل تأكد حقه والسكوت عن الطلب سواء.

وإن كان بعد تأكد حقه بالطلبين كان على شفעתه في جميع الدار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ لأنه إنما سلم الشفعة في الباقي بعد التأكد بشرط أن يسلم له البيت، فإذا لم يسلم له البيت لم يصح له التسليم، فكان على حقه.

فأما إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسمأة يعطيها المشتري، كان الصلح باطلاً، ويصير مسلماً الشفعة.

أما [أن الصلح باطل، فلأنه]^(٤) اعتياض عن حق الشفعة وإنه باطل، عرف في كتاب الشفعة على الاستقصاء ويصير مسلماً الشفعة.

وإن كان التسليم بشرط العوض لم يسلم له العوض.

فرق بين هذا وبين ما إذا وقع الصلح على أن يأخذ بيتاً منها بما يخصه من الثمن على أن يسلم الشفعة في الباقي. ذكر أنه على شفעתه في جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإزاء التسليم، وقال هاهنا بأن التسليم جائز.

فإذا وقع الصلح عن الكفالة بالنفس على دراهم لم يجز الصلح عنها، وهل تبطل

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ذكرنا.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الصلح باطلاً لأنه.

الكفالة بالنفس [على دراهم؟] ^(١) فيه روايتان:

في رواية كتاب الشفعة والحوالة، والكفالة وفي الصلح وفي رواية أبي حفص - رحمه الله - تبطل وبه يفتى.

وفي الصلح في رواية أبي سليمان - رحمه الله - [لا تبطل، فعلى رواية أبي سليمان] ^(٢) تقع الحاجة إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين الشفعة، فإنه إذا وقع الصلح عن الشفعة على دراهم مسماة، لم يجز الصلح وتبطل الشفعة.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

الفصل الرابع عشر

في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء

من عليه الدين المؤجل إذا قضى المال قبل حل أجله ثم استحق المقبوض من يد الطالب، عاد المال مؤجلاً؛ لأن الأجل إنما يسقط^(١) حكماً للقضاء لا مقصوداً من قبل من له الأجل.

والأصل أن الأجل إذا سقط حكماً للسبب، فعند انفساخ ذلك السبب من كل وجه يعود الأجل كما لو سقط حكماً للصلح ثم انفسخ الصلح.

وكذلك لو وجدها زيوفاً أو نبهجة، أو ستوقه فردها يعود الأجل.

وكذلك لو صالح منه على عبد فاستحق العبد أو رد عليه بعيب بقضاء، يعود

الأجل.

وإذا قال المطلوب: أبطلت الأجل، صار المال حالاً؛ لأن الأجل حقه فيعمل فيه

إبطاله.

وكذلك لو قال: جعلت المال حالاً صار المال حالاً.

وإذا قال: تركت الأجل، ففيه روايتان: قال: لا يبطل الأجل كما في قوله: لا

حاجة لي في الأجل؛ لأن هذا الكلام محتمل، يحتمل تركه في ملكه كقوله: بعت

جميع عبيدي وتركت هذا، معناه: تركته في ملكي، ويحتمل أبطلته فلا يبطل

بالشك.

وفي رواية: يبطل الأجل؛ لأن الترك في مثل هذا إبطال بحكم العرف يقال: فلان

ترك حقه، ويريدون به الإبراء.

وإذا قال المطلوب للطالب: برئت من الأجل (بنصب التاء)، سقط الأجل؛ لأنه

وصفه بالبراءة عن الأجل الذي هو حقه، وإنما يتصف بالبراءة عن حقه إذا سقط

حقه.

(١) في أ: سقط.

وأما إذا قال (برفع التاء) برئت من الأجل، ذكر في رواية أبي سليمان - رحمه الله - أنه لا يبطل، وذكر في رواية أبي حفص أنه يبطل.

حكى عن الحاكم عبد الرحمن الكاتب - رحمه الله - أنه كان يقول: ليس في المسألة اختلاف الروایتين، ولكن^(١) ما ذكر في رواية أبي سليمان محمول على ما إذا قال برفع التاء، وما ذكر في رواية أبي حفص محمول على ما إذا قال بنصب التاء. ومن المشايخ من قال: إذا ذكر برفع التاء ففي المسألة روايتان: وإذا قال الطالب للمطلوب برئت من الدين (بنصب التاء) يبرأ عن الدين بالاتفاق.

وإذا قال: برئت (برفع التاء)، بعض مشايخنا - رحمهم الله - قال يبرأ، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - عن أستاذه أن في هذا الفصل روايتين.



(١) في أ: لكن.

الفصل الخامس عشر

في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح

[في المنتقى]^(١)، قال هشام: سألت محمدًا - رحمه الله - في رجل ادعى على رجل مالا وجحده المدعى عليه، أو أعطاه إياه أو صالحه من دعواه، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعى قال قبل القضاء أو قبل الصلح: ليس لي قبل فلان شيء، فالقضاء والصلح ماضيان وإن أقام بينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء بطل الصلح والقضاء.

ولو كان القاضي قد قضى عليه بالمال ببينة، ثم أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر قبل أن يقضي له القاضي أنه ليس له عليه شيء بطل المال فيه.

بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا وقع الصلح على ألف درهم دين على عبد [ثم]^(٢) تصادقا أنه لا دين، فالمدفوع إليه العبد بالخيار، إن شاء رده على صاحبه، وإن شاء أمسك العبد ورد عليه ألف درهم على أن يسلمها له، ثم المدعى عليه أراد أن يقيم بينة أنها له ليرجع في الألف، ليس له في ذلك.

وكذلك [لو ادعى دارًا في يدي رجل فصالحه على ألف درهم على أن يسلمها ذا اليد، ثم أقام ذو اليد البينة]^(٣) أنها لفلان، اشتراها منه، أو أنها كانت لابن فلان مات أبوه وتركها ميراثًا له، هكذا روى ابن سماعة، عن أبي يوسف - رحمه الله - وعلل فقال فيها قوله: فإنما افتدى يمينه بما بذل فلا^(٤) يستطيع أن يرجع فيه.

قال: ولو أقام بينة أنه اشتراه^(٥) من المدعى قبل الصلح، قبلت بيته وبطل الصلح.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: إن أقام بينة.

(٤) في أ: فلان.

(٥) في أ: اشتراها.

ولو لم يقيم بينة على الشراء، وإنما أقام بينته على صلح صالحه قبل هذا، أمضيت الصلح الأول وأبطلت الثاني.

قال: كل صلح وقع بعد صلح فالأول صحيح، والثاني باطل، وكل صلح وقع بعد الشراء، فهو باطل.

وإن كان شراء بعد شراء فالشراء الثاني أحق، وإن كان صلحًا بما اشترى بعد ذلك أجزنا الشراء وأبطلنا الصلح.

ذكر في بعض الكتب: إذا صلح على مال، ثم أعاد الصلح على مال آخر، إن كان البديل الثاني مثل الأول، فالصلح هو الأول دون الثاني، وإن كان الثاني أكثر من الأول أو دون الأول، فالصلح هو الثاني، وهو نظير ما لو باع ثم باع ثانيًا.

ادعى دارًا في يدي رجل، فادعى المدعى عليه الصلح قبل ذلك ولم يقيم على ذلك بينة وقضى القاضي بالدار للمدعي، وباعها المدعي من رجل ثم إن المدعى عليه أراد أن يحلف المدعي بالله ما صلحتني من دعواك في هذه الدار قبل الدعوى، فله ذلك.

فإذا حلفه ونكل عن اليمين، كان للمدعى عليه الخيار إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء ضمنه.

وإذا [ادعى دارًا]^(١) في يدي رجل إرثًا عن أبيه، ثم اصطلحا على شيء، ثم المدعى [عليه]^(٢) أقام بينة أنه كان اشترى من أبي هذا المدعي حال حياته، أو أقام بينة أنه كان اشتراها من فلان، وفلان كان اشتراها من أبي هذا المدعي لا تقبل بينته؛ لأنه ساع في نقض^(٣) ما تم به؛ لأنه لو ظهر ذلك يبطل الصلح.

وقد كتبنا مثل^(٤) هذا عن أبي يوسف - رحمه الله - : فيما إذا وقعت الدعوى

(١) في أ: كان دار.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: نقص.

(٤) في أ: قبل.

مطلقاً، ثم أقام المدعى عليه بينة على أنه كان اشتراها من هذا المدعي قبل الصلح قبلت بينته ويبطل الصلح.

وإذا وقع الصلح عن دعوى الدين، ثم إن المدعى عليه ادعى الإيفاء قبل الصلح وأقام على ذلك بينة، لا تقبل بينته، وعلى هذا فتوى بعض مشايخ زماننا.

وقد كتبنا في كتاب الدعوى، فيه اختلاف المشايخ، والوجه لقول هذا القائل أنه ساع في نقض ما تم به؛ لأنه لو ثبت الإيفاء يبطل الصلح.

ولو ادعى الإبراء قبل الصلح إن كان الصلح عن إنكار لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته؛ لأنه ساع في إبطال الصلح.

وإن كان الصلح عن إقرار تسمع دعواه؛ لأنه لا يبطل الصلح.



الفصل السادس عشر

في المتفرقات

لا ينبغي للقاضي أن يباشر [الصلح] بنفسه، بل يفوض ذلك إلى غيره من المتوسطين به لورود الأثر عن عمر - رضي الله عنه .

وينبغي للقاضي ألا يبادر في القضاء، بل يرد الخصومة إلى الصلح مرتين أو ثلاثاً إذا كان يرجو الإصلاح بينهم، بأن كانوا يميلون إلى الصلح ولا يطلبون القضاء .

وإن أبوا الصلح فهذا على وجهين :

إن كان وجه القضاء ملتبساً غير مستبين فللقاضي أن يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثاً .

وإن كان وجه القضاء مستبيناً ينظر :

إن وقعت الخصومة بين أجنبيين يقضي بينهم ولا يردهم إلى الصلح متى أبوا .
وإن وقعت الخصومة بين أهل قبيلتين أو بين المحارم، يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثاً وإن أبوا الصلح، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام في أول شرح كتاب الصلح .
وفي مجموع النوازل: ادعى رجل على رجل ديناً خمسة آلاف درهم، وكرماً في يده، وجحده المدعى عليه ذلك، ثم إن المدعى عليه صالحه على ألف درهم، كان جائزاً، ويكون هذا الصلح في حق الكرم معاوضة وفي حق الدراهم استيفاء لبعض الحق وحطاً للباقي، وتقسم الألف على خمسة آلاف وعلى قيمة الكرم حتى يظهر حصة الكرم .

وفيه أيضاً: سئل شيخ الإسلام - رحمه الله - عن صحة صلح وبراءة، وكان فيه: ادعى فلان مالا معلوماً، وأنه صالحه من ذلك على ثمانية آلاف درهم وكان في آخره أنه أبرأه عن جميع دعاويه وخصوماته فقال: الصلح غير صحيح؛ لأنه أجمل الذي كان فيه الدعوى فقال: ادعى مالا معلوماً، وصالح على كذا، فلا بد من بيان ذلك المال لينظر أنه مثل بدل الصلح أو أقل أو أكثر ومن جنسه أو من خلاف جنسه،

وهل هو صرف؟

وقد ذكر أنه قبض في غير مجلس الصلح فلا يمكن تصحيحه على الإطلاق مع هذا الاحتمال^(١).

وفيه أيضًا: سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح؟ قال: لا؛ لأن طريق تصحيح الصلح على الإنكار من جانب المدعي أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضا عن حقه [و]^(٢) لا بد أن يكون ثابتا في حقه ليتمكن تصحيح هذا الصلح. ادعى على آخر مالا معلوما، وادعى المدعى عليه الصلح، إن كان الصلح على جنس الحق لا حاجة إلى ذكر قبض بدل الصلح [وإن كان]^(٣) على خلاف جنس حقه لا بد من ذكر قبض بدل الصلح متى^(٤) ذكر قبضه في مجلس الصلح.

وهل يشترط بيان بدل الصلح؟ بعض المتأخرين قالوا يشترط وبعضهم قالوا: لا يشترط وذكره يغني عن بيانه كما في ثمن المبيع وإنه لا يحتاج إلى بيانه عند ذكر قبضه.

وفي فتاوى الفضلي: اشترى من آخر ضيعة، ثم اشترى هذه الضيعة رجل آخر من البائع أيضًا، واستولى المشتري الثاني عليها وأخذها قهرا، فصالح المشتري الثاني المشتري الأول على مال على أن يتركها في يد المشتري الثاني ولا يخاصمه فيها، وأخذ المال، ثم أراد المشتري الثاني استرداد بدل الصلح، قال: على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : الضيعة صارت ملكا للمشتري الثاني من جهة المشتري الأول؛ لأنه صار كأنه اشتراها من المشتري الأول، وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما. فليس للمشتري حق استرداد بدل الصلح من هذا الوجه.

وعند محمد - رحمه الله - : بيع العقار قبل القبض لم يجز، فلا يجوز هذا البيع

(١) في أ: الاحتمالات.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ومن.

فكان للمشتري الثاني حق استرداد ما دفع إلى المشتري الأول، وبقي الملك في الضيقة للمشتري الأول، وبقي المشتري الثاني غاصبا على حاله.

قال المدعي بعد ما صالح وقبض بدل الصلح: إني كنت مبطلا في الدعوى، كان للمدعى عليه أن يرجع بما أخذ من بدل الصلح.

ادعى على آخر أن له خمسين دينارا في يده من مال الشركة وعليه خمسون دينارا قرضا والمدعى عليه مقر بمال الشركة، ثم اصطلحا على خمسين دينارا، لا يصح الصلح في حصة الشركة ويصح في حصة القرض؛ لأن هذا الصلح في حصة الشركة معاوضة فيكون ربا، وفي حصة القرض إسقاط بعض الحق.

وإن أنكر المدعى عليه مال الشركة، ثم اصطلحا، فالصلح جائز في حصة القرض والشركة جميعا، وبالإلكار صار مال الشركة دينا فيكون هذا الصلح إسقاطا في حصة الشركة والقرض جميعا.

قيل لصاحب الدين: (أزين مبلغ حدين بمأن)، فقال: (ما ندم). فهذا منه إسقاط لذلك المقدار عرفا، فإن الناس تعارفوا على هذا اللفظ للإسقاط إذا شرطا^(١) في الصلح، فإن كان الشرط فاسداً، يبطل به الصلح، وإن لم يكن فاسداً، لا يبطل به الصلح.

ادعى على وارث الميت^(٢) دينا في تركته وأثبتته بالبينة، ثم إن وارثا آخر غير الذي أقيمت عليه البينة صالح المدعي على بعض ما ادعى، فلما طلب بدل الصلح، قال المصالح: أنا أقيم عليه بينة أن مورثي أوفاك هذا المال، لا تقبل بينته. ولو أقام وارث آخر بينة على ذلك، تقبل.

الوكيل بالخصومة إذا صالح لا يصح الصلح، بخلاف ما إذا أقر. كان على الميت دينار ومبلغ من الحنطة والشعير، فصالح غريمه مع ورثته على

(١) في أ: اشترطا.

(٢) في أ: ميت.

دنانير معدودة وعلى قدر من الحنطة دون ما كان على الميت وتفرقوا من غير قبض، فقد بطل الصلح.

كان على رجل ألف درهم دين، ففضاه دراهم مجهولة بالدين، لا يجوز، ولو أعطاه على وجه الصلح يكون جائزاً. وإن كان مجهولاً فيحتمل أن المقبوض أكثر من أحد البدلين.

أحد ربي الدين إذا صالح عن الدين المشترك من نصيبه على ثوب، فالشريك الساكت بالخيار: إن [شاء اختار الغريم، وإن^(١)] شاء اختار اتباع [الشريك، فإن اختار اتباع]^(٢) شريكه، رجع عليه بربع دينه إلا أن يشاء شريكه أن يرد عليه نصف الثوب فحينئذ لا يكون له أن يرجع عليه بشيء من الدين.

ادعى عبداً في يدي رجل أنه عبده، وأنكر المدعى عليه ذلك، فقبل أن يقيم المدعي البينة توسط المتوسطون على أن يدفع المدعي خمسة دراهم أو ما أشبه ذلك ويأخذ العبد، فاصطلحا على هذا الوجه، فهذا الصلح صحيح، ويكون دفع المدعي للدرهم ليقطع الخصومة تيسيراً للأمر على نفسه من إقامة البينة ونحوها، فيكون جائزاً كما في جانب المدعى عليه إذا دفع مع الإنكار شيئاً.

المدعى عليه إذا صالح المدعي عن حقه كان إقراراً له بالحق، ولو صالح عن دعواه لا يكون إقراراً [له]^(٣) بالحق.

وإذا كان له على آخر ألف درهم، فصالحه منها على خمسمائة جاز، ولو باع ما في ذمته بخمسمائة لا يجوز.

وذكر في أجناس الناطفي: ادعى حقاً في دار في يد الورثة، فصالح أحدهم من حقه على أن يكون له خاصة جاز، وإن ظفر^(٤) به.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: قر.

قال الناطفي: وهذا دليل على جواز البيع المجهول بلفظ الصلح. كذا حكى عن صلح الأصل فالمذكور ثمة: دار في يد ورثة ادعى رجل فيها حقا وبعضهم غائب، فصالح الحاضر منهم المدعي على شيء مسمى من جميع حقه فهو جائز؛ لأنه في حصة شركائه متبرع بالصلح، و صلح المتبرع جائز إذا التزم العوض، والدار للورثة على حالها؛ لأن المدعي يسقط حقه بما أخذ من العوض ولا يملك شيئاً مما يأخذ منه العوض، ولا يرجع هذا المصالح عليهم بشيء؛ لأنهم لم يأمره بدفع شيء.

ولو كان صالح على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة، فهو جائز أيضاً؛ لأن المدعي يملك ما يدعيه لنفسه من الذي يصلحه بما يستوفي منه من العوض والصلح مبني [على] (١) زعمه فيجوز، ثم يقوم هذا المصالح مقام المدعي فيما بينه وبين شركائه على حجة المدعي، فإن ثبت له بالحجة ملك شيء معلوم ثبت ملكه في ذلك بالشراء.

وإن لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التي لم تسلم له؛ لأن المدعي عاجز عن تسليم ذلك إليه والصلح مبني على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم في ذلك القدر فيبطل الشراء منه، ويرجع بما يقابله من البدل.

ألا ترى أن رجلا لو ادعى دارا في يد آخر فصالحه رجل منها على عبد على أن تكون الدار له، ثم خاصمه الذي في يديه الدار فلم يظفر بشيء، كان له أن يرجع على المدعي بالعبد إن كان قائماً أو بقيمته إن كان هالكا؛ لأن العقد انفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما كذا هاهنا.

وفي شفعة الجامع من مكتوبي: رجل مات وترك ألف درهم ولرجلين لكل واحد منهما على الميت ألف درهم، حضر أحدهما وصالح الوارث عن خمسمائة

(١) سقط في أ.

وأخذها، ثم حضر الآخر فإنه يأخذ الخمسمائة الباقية [التي]^(١) في يد الوارث ونصف الخمسمائة التي أخذها المصالح، فيكون للثاني ثلاثة أرباع الألف وللأول ربع الألف.

وبمثله لو أن الأول حين حضر قضى القاضي له بخمسمائة، ثم حضر الآخر فإنه لا يكون للآخر إلا الخمسمائة الباقية في يد الوارث. والله أعلم.



(١) سقط في أ.

كتاب الرهن^(١)

هذا الكتاب يشتمل على أربعة عشر فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرائطه.

الفصل الثاني: في وضع الرهن على يدي العدل.

الفصل الثالث: في بيان الدين الذي يجوز الرهن به.

الفصل الرابع: في هلاك الرهن بضمنان وبغير ضمان.

الفصل الخامس: في نفقة الرهن وأشباهاها.

الفصل السادس: في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن.

الفصل السابع: في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى فيه والشهادة عليه.

الفصل الثامن: في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا

يكلف.

(١) الرهن يطلق لُفَةً على: العين المرهونة. قال ابن سيده: الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مَنَابَ ما أخذ منه. يقال: رهنت فلاناً رهناً، وارتهنته: إذا أخذه رهناً، والرهينة - واحدة الرهائن -، والهاء للمبالغة كالشئمة والشتم، ثم استعملوا في معنى المرهون، فقيل: هو رهن بكذا، أو رهينة بكذا. وقال ابن عرفة: الرهن في كلام العرب هو الملزم، يقال: هذا رهن لك، أي: دائم محبوس عليك، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وقوله عز وحل: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] أي: محتبس بعمله، ورهينة: محبوسة بكسبها. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن؛ كالديون.

وعرفه المالكية بأنه: مال قبضه توثقاً به في دين.

وعرفه الشافعية بأنه: جعل عين مال متمولة وثيقة بدين؛ ليستوفي منها عند تعذر وفائه.

وعرفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين؛ ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم.

ينظر: لسان العرب (٣/١٧٥٧، ١٧٥٨)، المصباح المنير (١/٣٣٠)، الصحاح (٥/٢١٢٨)، المغرب (١/٣٥٦)، تكملة فتح القدير (١/١٣٥)، مجمع الأنهر (٢/٥٨٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٣١)، أسهل المدارك (٢/٢٦٦)، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير (٢/١٠٩)، مغني المحتاج (٢/١٢١)، الإقناع في فقه الحنابلة (٢/١٥٠)، المغني، لابن قدامة (٤/٣٦١).

- الفصل التاسع : في استحقاق الرهن بعد الهلاك .
- الفصل العاشر : في الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض .
- الفصل الحادي عشر : في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد بعدما قبض الرهن والراهن يموت وعليه ديون كثيرة .
- الفصل الثاني عشر : في رهن الأب والوصي .
- الفصل الثالث عشر : في الرجل يستعير من آخر شيئاً على أن يرهنه بدينه .
- الفصل الرابع عشر : في المتفرقات .



الفصل الأول

في بيان شرائطه

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الرهن: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً، فقد أشار إلى أن القبض شرط جواز الرهن^(١).

(١) لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه، أو من ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن. ثم اختلفوا في بعض التفاصيل. فقال الشافعية، والحنابلة: إن كل عين جاز بيعها، جاز رهنها؛ لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها؛ ولأن ما كان محلاً للبيع، كان محلاً لحكمة الرهن، فيصح عندهم بيع المشاع، سواء رهن عند شريكه، أم عند غيره، قبل القسمة، أم لم يقبلها، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن المسلم، أو ارتهانه كلباً، أو خنزيراً، أو خمراً. وقال المالكية: يجوز رهن ما فيه غرر يسير، كبعير شارد، وثمر لم يبد صلاحه؛ لأن للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر؛ لأنه شيء في الجملة، وهو خير من لا شيء، بخلاف ما فيه غرر شديد كالجنين، وزرع لم يخلق. واشترط الحنفية في المرهون ما يلي:

١- أن يكون محوزاً - أي: مقسوماً - فلا يجوز رهن المشاع.
٢- وأن يكون مفرغاً عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن، كدار فيها متاعه.

٣- وأن يكون مميزاً، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة، كالثمر على الشجر بدون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة، فصار كالشائع. ينظر: حاشية الطحطاوي (٢٣٥/٤)، والهداية (١٢٦/٤)، وبلغة السالك (١٠٩/٢)، وشرح الزرقاني (٢٣٧/٥)، وفتح الباري (٦٩/٩، ٧٠)، والمجموع (١٩٨/١٣)، ونهاية المحتاج (٢٣٨/٤)، والمغني، لابن قدامة (٣٧٤/٤). واتفق الفقهاء على أنه يجوز أخذ الرهن بكل حق لازم في الذمة، أو آيل إلى اللزوم، ثم اختلفوا في بعض التفاصيل.

فقال الشافعية: يشترط فيما يجوز أخذ الرهن به ثلاثة شروط:
١- أن يكون ديناً، فلا يصح أخذ الرهن بالأعيان مضمونة كانت، أو أمانة، وسواء كان ضمان العين بحكم العقد، أو بحكم اليد، كالمستعار، والمأخوذ بالسوم، والمغضوب، والأمانات الشرعية كالوديعة ونحوها، وقالوا: لأن الله تعالى ذكر الرهن في المدائنة، فلا يثبت في غيرها؛ ولأن الأعيان لا تستوفى من ثمن المرهون، وذلك مخالف لقرض الرهن عند بيعه.

٢- أن يكون الدين ثابتاً، فلا يصح أخذ الرهن بما ليس بثابت، وإن وجد سبب وجوبه، فلا يصح بما سيقرضه غداً، أو نفقة زوجته غداً؛ لأن الرهن وثيقة حق، فلا يتقدم عليه،

وهو رأي الحنابلة .

٣- أن يكون الدين لازماً، أو آيلاً إلى اللزوم، فلا يصح جعل الجعالة قبل الفراغ من العمل؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاطها.

فيصح عندهم أخذ الرهن بكل حق لازم في الذمة ثابت غير معرض للإسقاط من الراهن، كدين السلم، و عوض القرض، و ثمن المبيعات، و قيم المتلفات، و المهر، و عوض الخلع غير المعينين، و الدية على العاقلة بعد حلول الحول، و الأجرة في إجارة العين.

وقال المالكية: يجوز أخذ الرهن بجميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات، إلا الصرف، و رأس مال السلم؛ لأنه يشترط فيهما التقابض في المجلس، و يجوز أخذ الرهن بدين السلم و القرض، و المغصوب، و قيم المتلفات، و أرش الجنائيات في الأموال، و جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة، و الجائفة، و ارتهان قبل الدين من قرض أو بيع، و ما يلزم المستأجر من الأجرة بسبب عمل يعمله الأجير له بنفسه أو دابته، و ما يلزم بسبب جعالة ما يلزم بالعارية المضمونة.

وقال الحنفية: يجوز أخذ الرهن بعوض القرض و إن كان قبل ثبوته، بأن يرهنه ليقرضه مبلغاً من النقود في الشهر القادم، فإن هلك الرهن في يد المرتهن، كان مضموناً بما وعد من الدين، و برأس مال السلم، و ثمن الصرف، و المسلم فيه، فإن هلك الرهن في المجلس تم الصرف و السلم، و صار المرتهن مستوفياً حقه حكماً، و إن افترقا قبل نقد - قبض - أو هلاك، بطلا.

و يجوز الرهن بالأعيان المضمونة بعينها كالمغصوبة، و بدل الخلع، و الصداق، و بدل الصلح عن دم العمد؛ لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائماً و جب تسليمه، و إن كان هالكا تجب قيمته، فكان رهناً بما هو مضمون.

أما الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، و الأمانات الشرعية كالودائع، و العواري، و المضاربات، و مال الشركة، فلا يجوز أخذ الرهن بها.

وقال الحنابلة: يصح الرهن بكل دين واجب، أو ماله إلى الوجوب، كقرض، و قيمة متلف، و ثمن في مدة الخيار، و على العين المضمونة كالمغصوب و العواري، و المقبوض على وجه السوم، و المقبوض بعقد فاسد.

لأن المقصود من الرهن الوثيقة بالحق، و هو حاصل، فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، فإن تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن، فأشبهت ما في الذمة.

و يجوز أخذ الرهن على منفعة إجارة في الذمة، كمن استؤجر لبناء دار، و حمل شيء معلوم إلى محل معين، فإن لم يعمل الأجير العمل ببيع الرهن، و استؤجر منه من يعمل. و يجوز أخذ الرهن بدية على عاقلة بعد حلول الحول لوجوبها، أما قبل حلول الحول، فلا يصح؛ لعدم وجوبها. و لا يجوز أخذ الرهن على جعل الجعالة قبل العمل، و لا على عوض مسابقة قبل العمل؛ لعدم وجوب ذلك، و لا يتحقق أنه يؤول إلى الوجوب. و بعد العمل جاز فيهما.

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: الرهن قبل القبض جائز إلا أنه غير لازم، وإنما يصير لازماً في حق الراهن بالقبض، فكان القبض شرط اللزوم [لا شرط]^(١) الجواز، كالقبض في الهبة والأول أصح. وهذا القبض يقع بالتخلية في ظاهر الرواية، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

ومن شرائطه: أن يكون المرهون مقسوماً حتى إن رهن المشاع عندنا لا يجوز سواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتمل، وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه. والشيوخ الطارئ يبطل الرهن، هكذا ذكر [في]^(٢) الزيادات، وبه أخذ شمس

ولا يصح أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين، كقطعة من الذهب جعلت بعينها ثمنًا، والأجرة المعينة في الإجارة، والمنفعة المعينة المعقود عليها في الإجارة، كدار معينة، ودابة معينة، لحمل شيء معين إلى مكان معلوم؛ لأن الذمة لم يتعلق بها في هذه الصور حق واجب، ولا يؤول إلى الوجوب؛ ولأن الحق يتعلق بأعيان هذه الأشياء.

ينظر: بدائع الصنائع (١٣٥/٥)، وحاشية الطحطاوي (٢٤٠/٤)، والهداية (١٣٣/٤)، والخرشي (٢٣٦/٥)، وبداية المجتهد (٢٤٤/٢)، وبلغة السالك (١١٦/٢)، ونهاية المحتاج (٢٣٦/٤)، وروضة الطالبين (٥٣/٤)، وأسنى المطالب (١٥٠/٢)، والمغني، لابن قدامة (٣٦٤/٤)، وكشاف القناع (٣٢٢/٣)، والإنصاف (١٣٧/٥)، (١٣٨). واختلف الفقهاء فيما يلزم به الرهن: فذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أن عقد الرهن لا يلزم إلا بالقبض والإقباض من جائز التصرف، وللراهن الرجوع عنه قبل القبض لقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. فلو لزم عقد الرهن بدون قبض لما كان للتقييد به فائدة؛ ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض. وقال بعض أصحاب الإمام أحمد: إن كان المرهون مكبلاً، أو موزوناً، لا يلزم رهنه إلا بالقبض، وفيما عداهما روايتان عن أحمد، إحداهما: لا يلزم إلا بالقبض، والأخرى: يلزم بمجرد العقد كالبيع. وقال المالكية: يلزم عقد الرهن بالعقد، ثم يجبر الراهن على التسليم للمرتهن؛ لأنه عقد يلزم بالقبض، فيلزم بالعقد قبله كالبيع. هذا، وإذا شرط الراهن أو الكفيل في عقد ما، ثم لم يف الملتزم، بالشرط فلآخر الفسخ.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣٠٨/٥)، وبداية المجتهد (٢٤٥/٢)، وحاشية البناني على شرح الزرقاني (٢٣٣/٥)، وأسنى المطالب (١٥٥/٢)، ونهاية المحتاج (٢٥٣/٤)، والمغني، لابن قدامة (٣٦٤/٤).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهو الصحيح .

وصورته : أن يرهن جميع العين ثم يتفاسخا العقد في النصف أو ما أشبه ذلك .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه رجع عن هذا وقال : الشيوخ الطارئ لا يبطل
الرهن بخلاف المقارن ، وقاس ذلك بصيرورة المرهون ديناً في الذمة ، فإن من أتلف
المرهون أو باع المرهون بثمن فالقيمة والثمن يكونان^(١) رهناً في ذمة من عليه .
وابتداء عقد الرهن مضافاً إلى دين في الذمة لا يجوز ، وحال البقاء فكذا الشيوخ .
ولو رهن أرضاً وقبضها ، ثم استحق طائفة منها ، إن كان المستحق غير معين ،
يبطل الرهن في الباقي .

وإن كان المستحق بعينه بقي الرهن في الباقي جائزاً ، ولا يكون للمرتهن خيار
فيما بقي ، ولا يكون له المطالبة بشيء آخر مكان المستحق .

والشيوخ فيما بين الراهين لا يمنع صحة الرهن إذا وقع العقد في حق المرتهن
جملة حتى إذا كان لرجل على رجلين دين على كل واحد منهما دين على حدة رهناه
به عبداً مشتركاً بينهما بجميع حقه رهناً واحداً جاز .

وإذا رهن كل واحد منهما نصيبه من العبد لا يصح ، وإنما لا يصح هذا العقد ،
وإن لم يتمكن من الشيوخ في الثاني [لوجود]^(٢) مانع صحة الرهن .

ألا ترى إلى ما ذكر في الأصل وفي الجامع : إذا رهن الرجل عبده بألف درهم
نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة لا يجوز ؛ لأنه لو جاز يتفرق الرهن لتفرق^(٣)
الدين فيؤدي إلى أن يفتك أحد النصفين^(٤) عند أداء خمسمائة وبقي الرهن [بتفرق
الدين]^(٥) في النصف الآخر شائعاً ، فعلم أن الشيوخ في الثاني مانع صحة الرهن .

(١) في أ: يكون .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: بتفرق .

(٤) في أ: النصيين .

(٥) سقط في أ .

رجل له على رجل ألف درهم دين وله على آخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة، فرهناه عبداً مشتركاً بينهما^(١) بجميع حقه وقيمة العبد ألفا درهم صح الرهن.

وإذا هلك العبد في يد المرتهن يصير المرتهن مستوفياً من الدين بقدر قيمة العبد وذلك أربعة أخماس دينه فيصير مستوفياً من الدنانير ثمانين ويبقى عشرون ديناراً على الذي عليه الدنانير، ويصير مستوفياً من الدراهم ثمانمائة ويبقى له مائتا درهم على الذي عليه الدراهم، ويرجع من عليه الدنانير [على الآخر]^(٢) بأربعمائة دراهم، فيرجع من عليه [الدراهم على الآخر]^(٣) بأربعين ديناراً، وهذه الجملة في الباب الثالث من رهن الجامع من^(٤) مكتوبي.

ومن شرائطه: أن يكون المرهون مفرزاً عن غيره فارغاً عن الشغل حتى لو رهن ثمرة في نخل بدون النخل، والشجر دون الأرض، أو البناء دون الأرض فهو باطل، إلا أن يقول: بأصولها، فحينئذ يدخل مواضعها من الأرض في الرهن وذلك معين معلوم فيجوز.

وكذلك لو رهن الأرض دون البناء لا يجوز، ولو رهن الأرض دون النخيل لم يجز في ظاهر الرواية.

وكذلك لو رهن الأشجار دون الثمار لا يجوز.

[قال]^(٥) في شرح الطحاوي: [إلا إذا فصل أحدهما من صاحبه وسلمه إليه مفصلاً، أو أمر الراهن المرتهن بالفصل والقبض فحينئذ يجوز في هذه المسائل كلها.

(١) زاد في أ: واحدا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الدنانير.

(٤) في أ: في.

(٥) سقط في أ.

وأما إذا رهن نخلاً فيها تمر، ورهن أرضاً فيها زرع ولم يتعرض للزرع والتمر بالنفي والإثبات جاز، ويدخل التمر والزرع في الرهن.

فالحاصل: أن كل ما كان متصلاً بالمرهون اتصال اختلاط وامتزاج يدخل في الرهن من غير ذكر، بخلاف البيع والهبة.

ولو رهن داراً فيها متاع الراهن لا يصح، قال في شرح الطحاوي: وكذلك لو رهن حانوتاً فيه متاع الراهن أو رهن جوالقاً فيه متاع الراهن، والحيلة في ذلك أن يودع أولاً من المرتهن فيه من المتاع، ثم يرهن الدار والجوالق منه.

أو يودع المتاع منه بعد ما رهن الدار، ثم يسلم إليه ما رهن فيصح الرهن والتسليم.

ولو رهن المتاع الذي في الدار والحانوت والجوالق وخلي بينهما وبين المرتهن صح التسليم.

ومن شرائطه: أن يكون المرهون شيئاً يقبل البيع والشراء، حتى لو رهن خمراً أو خنزيراً بدين عليه، لا يكون المرهون مضموناً عليه.

ومن جملة شرائطه: أن يكون الراهن حاصلاً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون حتى إذا رهن بما لا يمكن استيفاءه من الرهن كان الرهن باطلاً، كالرهن بالحدود والقصاص وكذلك الرهن بالأعيان.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: الرهن بالأعيان باطل مضموناً كان العين أو غير مضمون.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - الرهن بالأعيان على ثلاثة أوجه: أحدهما: الرهن بعين هو أمانة كالوديعة في يد المودع وما أشبه ذلك وإنه باطل. وزاد في شرح الطحاوي على هذا فرعاً فقال: ليس له أن يحبس رهناً به ولو هلك في يده قبل الحبس هلك أمانة، ولو هلك بعد الحبس يهلك مضموناً عليه.

الثاني: الرهن لعين مضمون بعينه، كالمغصوب وغيره وإنه صحيح.

وفرع على هذا في شرح الطحاوي - رحمه الله - وله أن يحبس الرهن حتى يسترد العين^(١)، فإن هلك الرهن في يده قبل استرداد العين لا يصير مستوفياً العين،

(١) يكون للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن.

وللرهن ثلاثة أحكام:

الأول: أن يكون للمرتهن حق حبس المرهون - أي: صلاحية توقيفه - بينما يؤدي المدين - أي: الراهن - أو أجنبي الدين الذي جعل الرهن في مقابلته إلى المرتهن، أو إلى نائبه كوكيله، أو وصيه، أو يهب المرتهن الرهن، أو يبرئه منه.

الثاني: أن يكون المرتهن أحق وأولى من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن قبل الفكاك، إذا توفي الراهن، أو كان حياً.

الثالث: يسقط من الدين عند هلاك المرهون في يد المرتهن بمقدار المرهون.

الحاصل: أن الرهن عند الحنفية ثلاثة أضرب:

١- رهن صحيح، وهو الرهن بالدين، والأعيان المضمونة بأنفسها.

٢- رهن فاسد، كالرهن بالخمير، والخنزير.

٣- رهن باطل، كالرهن بالأمانات، والأعيان المضمونة بغيرها، وبالدرء.

- وعليه: فالرهن الصحيح، والفاسد يتعلق بهما الضمان، كما يتعلق بالبيع الصحيح، والفاسد.

- أما الرهن الباطل فلا يتعلق به ضمان، كالبيع بالميتة والدم. فلو استأجر مغنية أو نائحة، وأعطائها بالأجر رهناً، فهو باطل، وإن ضاع من يدها، لم يكن عليها ضمانها؛ لأن الإجارة باطلة، والأجر غير مضمون، والرهن إذا لم يكن في مقابلة شيء مضمون، يكون باطلاً.

رغم أن جمهور الفقهاء لا يفرقون في قواعدهم العامة بين الباطل والفاسد، إلا أنه بالنسبة لبعض الأحكام نجد التفريق بينهما.

والضمان مما يفترقان فيه، وبيان ذلك فيما يلي:

في قاعدة عند الشافعية، والحنابلة: أن كل عقد اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع، ففاسده كذلك يقتضي الضمان، وإن اقتضى صحيحه عدم الضمان كالقراض، ففاسده كذلك لا يقتضي الضمان. لكن عدم اقتضاء الضمان مقيد بما إذا كان القبض صحيحاً، بأن كان الإذن في قبضه صادراً من أهله، ويكون وضع اليد عليه في هذه الحالة صحيحاً، وحينئذ فلا ضمان مع فساد القبض. أما إذا لم يوجد إذن أصلاً، أو صدر ولم يكن صحيحاً، لكونه من غير أهله، أو في ظل الإكراه، فإن القبض يكون باطلاً، وحينئذ يجب الضمان مطلقاً، سواء أكان صحيحه لا ضمان فيه، أم كان فيه الضمان. جاء في نهاية المحتاج: فاسد كل عقد صدر من رشيد كصحيحه، في الضمان وعدمه؛ لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم كالبيع والإعارة، ففاسده أولى. وإن اقتضى صحيحه عدم الضمان كالرهن، والهبة من غير ثواب، والعين

ويقوم للأول الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به ويسترد العين .
ولو هلك الرهن قبل الرد، فله أن يحبس العين بضمان الرهن، وإذا هلك العين
قبل استيفاء الضمان صار مستوفياً الضمان إذا كان في قيمته وفاء .
الثالث: الرهن بعين هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فإنه لا يجوز وهكذا
روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - والكرخي في مختصره، فإن هلك قبل
القبض هلك أمانة، وإن هلك بعد القبض صار مضموناً عليه ضمان غصب .
وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصرف: أن المشتري إذا أخذ من البائع
رهنًا بالمبيع يجوز .

وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، فإن هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالأقل

المستأجرة، ففاسده كذلك لا يقتضي الضمان . ومثل ذلك في حاشية الجمل، وغيرها من
كتب الشافعية . واعتبار عدم الضمان مع البطلان في عقود التصرفات والأمانات؛ لوجود
الإذن الصادر من أهله، والضمان إن كان الإذن من غير أهله، هو أيضًا مذهب الحنفية،
والمالكية في الجملة على ما يستفاد من أقوالهم، مع الاختلاف فيمن يعتبر أهلاً للإذن،
ومن لا يعتبر كالفقيه، ومع الاختلاف أيضًا في العقود المضمونة في صحيحها، أو غير
المضمونة كالرهن والعارية . ويعتبر أبو حنيفة المبيع في البيع الباطل إذا قبضه المشتري
أمانة، ولا ضمان عليه لو هلك؛ لأن العقد إذا بطل بقي مجرد القبض بإذن المالك،
وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي، والقائلون بالضمان يعللون ذلك بأنه لا يكون أدنى
من المقبوض على سوم الشراء . ويفرق المالكية في العقد الفاسد بين ما قبض على جهة
التملك فيكون مضموناً، وما قبض على جهة الأمانة فلا ضمان فيه .

جاء في الفواكه الدواني: كل مبيع فاسد قبضه المبتاع قبضاً مستمراً بعد بت البيع،
فضمانه من المبتاع من يوم قبضه؛ لأنه قبضه على جهة التملك، لا على جهة الأمانة .
ومثل ذلك في الشركة: لو اشترك من لا يعتبر إذنه، كصبي غير مأذون، أو سفیه، فلا
ضمان .

ينظر: الجوهرة النيرة (١/١٢٩، ١٣٠)، والهداية (٤/١٣٤)، والأشباه والنظائر، لابن
نجيم، ص (٣٣٧)، وبدائع الصنائع (٥/١٧٣)، وفتح القدير والعناية والكفاية عليه (٥/
٤٩٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/٤٠)، والفواكه الدواني (٢/١٢٩)، ونهاية المحتاج
(٥/٢٢٨، ٢٢٩، ٤/٢٧٤، ٢٧٥)، والجمل على المنهج (٣/٥١٧)، والأشباه
والنظائر، للسيوطي، ص (٣٠٩)، وأسنى المطالب (٤/٤٧٩)، وشرح منتهى الإرادات
(٢/٣٢٦)، والمغني، لابن قدامة (٤/٤٢٥ و ٥/٧٣)، والقواعد، لابن رجب، ص
(٦٧ و ١٥٣)، والقواعد والفوائد الأصولية، ص (١١٢) .

من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه .
وله أن يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن في يده ،
ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض ، وعلى
المشتري أن يرد الرهن ، ولو هلك في يده قبل الرد هلك بالأقل ، ويجب عليه
الضمان بالأقل للبائع ، ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع .
كما يتم الرهن بقبض المرتهن يتم بقبض العدل .



الفصل الثاني

في وضع الرهن على يدي العدل

وإذا ارتهن من آخر رهناً على أن يضعه على يدي عدل وقبضه العدل، استتم الرهن بقبضه، حتى لو هلك الرهن في يد العدل هلك على المرتهن، ويعتبر العدل نائباً عن المرتهن في حق هذا الحكم، ونائباً عن الراهن في حق حكم الضمان، حتى لو استحق الرهن وضمن العدل، رجع العدل بما ضمن على الراهن دون المرتهن. وإذا سلط العدل على البيع كان له أن يبيعه، وبدون التسليط على البيع ليس له أن يبيعه، وإذا سلط على البيع، وامتنع عن البيع ورفع المرتهن الأمر إلى القاضي، فالقاضي يجبره على البيع بعد أن يقيم البينة على الرهن والتسليط على البيع. أطلق محمد - رحمه الله - إطلاقاً ولم يفصل فيما إذا كان البيع مشروطاً في عقد الرهن أو لم يكن وهذه المسألة على وجهين:

أما إذا كان البيع مشروطاً في عقد الرهن، بأن ارتهن من آخر رهناً على أن يضعه على يدي عدل يبيعه إذا حل أجل كذا، ويوفي المرتهن ثمنه قضاء لحقه، ورضي به الراهن والعدل، وفي هذا الوجه يجبر العدل على البيع بلا خلاف:

إما؛ لأن البيع شرط في ضمن عقد لازم، وهو عقد الرهن فيصير لازماً تبعاً. وإما؛ لأن التوكيل^(١) الحاصل بإيفاء الدين من الرهن وقد استحق هذا على الراهن بعقد الرهن بحيث يجبر عليه، والتوكيل إذا حصل بحق يجبر الموكل على إيفائه يجبر الوكيل عليه كالتوكيل بالخصومة.

و[أما]^(٢) إذا لم يكن البيع مشروطاً في عقد الرهن، وإنما أمر بالبيع بعد ما تم عقد الرهن.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وفي هذا الوجه اختلف المشايخ

- رحمهم الله - .

(١) من قوله: «إلا إذا فصل أحدهما من صاحبه...» إلى هنا، سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

بعضهم قالوا: لا يجبر على البيع، وهكذا ذكر الكرخي - رحمه الله - في كتابه، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً، فمن قال: لا يجبر، مال إلى المعنى الأول، ومن قال: يجبر، مال إلى المعنى الثاني، وهو الصحيح.

وذكر شمس الأئمة - رحمه الله - : أن البيع إذا لم يكن مشروطاً في الرهن، فالعدل لا يجبر عليه في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يجبر.

ثم إن محمداً - رحمه الله - ذكر الجبر على البيع ولم يبين تفسيره.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة - رحمه الله - تفسيره: الحبس [بأن]^(١) يحبس أياماً حتى يبيع، فإن لج بعد حبس الإمام يجبر الراهن على البيع؛ لأن البيع كان^(٢) مستحقاً للمرتهن إيفاء لحقه^(٣) وتعذر إيفاءه من جهة العدل فيتعين الراهن لذلك؛ لأن أصل الحق عليه. ألا ترى أن العدل لو مات يجبر الراهن على البيع. فإن أبى الراهن البيع، ذكر في الزيادات والنوادر: أن القاضي يبيع.

قيل: هذا قولهما لا قول أبي حنيفة - رحمه الله - بناء على بيع مال المديون إذا لم يكن موقوفاً.

وقيل: هو قول الكل؛ لأن بيع المرهون صار مستحقاً للمرتهن إيفاء بحقه ولا كذلك بيع سائر الديون.

ولو أراد الراهن عزل العدل من غير رضا المرتهن، وإن كان البيع مشروطاً في عقد الرهن، لا يملك ذلك بالاتفاق، وإن لم يكن مشروطاً في عقد الرهن فكذلك عند بعض المشايخ - رحمهم الله - .

قال شيخ الإسلام: هو الصحيح.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: صار.

(٣) في أ: بحقه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنه يملك عزله في ظاهر^(١) الرواية .

وفي رواية أبي سليمان : لا يملك .

ولو مات العدل بطل التسليط على البيع ، إن كان مشروطاً في عقد الرهن ، وإن لم يكن مشروطاً في عقد الرهن فكذلك عند بعض المشايخ .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : العدل يخالف الوكيل بالبيع المفرد من أربعة أوجه :

أحدها : أن العدل يبيع الولد ، ويجبر على البيع ، إما على الوفاق أو على الخلاف ، ولا ينعزل بموت الراهن على الوفاق أو على الخلاف ، ولا ينعزل بعزل الراهن على الوفاق أو على الخلاف .

وهذه الأحكام غير ثابتة في حق الوكيل بالبيع المفرد ، وفيما عدا هذه الأحكام ، العدل والوكيل بالبيع المفرد على السواء .

وفي المنتقى : [روى]^(٢) بشر عن أبي يوسف : رجل رهن من آخر عبداً ووضعاه على يدي^(٣) عدل ، وغاب الراهن ، فقال المرتهن : أمرك ببيعه ، وقال العدل : لم يأمرني ببيعه ، قال : [لا]^(٤) أقبل بينة المرتهن عليه .

وفي المنتقى : روى عمرو بن أبي عمر ، وفي الإملاء عن محمد - رحمه الله - إذا مات العدل وفي يده الرهن وقد كان وكيلاً بالبيع فأوصى إلى رجل ببيعه لم يجز ، إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة : وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه من شيء ، فيجوز حينئذ لوصيه ببيعه ، ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى ثالث به .

(١) في أ : سائر .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ : يد .

(٤) سقط في أ .

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن وصي العدل يقوم مقامه في البيع ، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أيضًا: أن وصي العدل يقوم مقام العدل بمنزلة المضارب يموت والمال عروض وأن وصيه يقوم مقامه في البيع .

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : هذا الجواب خلاف جواب الأصل .
وإذا دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن كان ضامنًا قيمة الرهن إن دفعه إلى المرتهن ؛ لأنه دفع إليه ملك الغير ، وإن دفعه إلى الراهن ، فلأنه أبطل ملك اليد على المرتهن .

فإن أراد العدل أن يجعل القيمة رهناً عنده لا يقدر ؛ لأن القيمة وجبت دينًا في ذمته ، فلو جعلناه رهناً في يده صار الواحد قاضيًا ومقتضيًا ما عليه فيتعذر [رد]^(١) ذلك [فبعد ذلك]^(٢) إما أن يجتمع الراهن والمرتهن ويقبضان^(٣) ذلك من العدل ويجعلانه رهنا في يد^(٤) هذا العدل ، أو في يد^(٥) عدل آخر ، أو يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي إن تعذر اجتماعهما فيأخذ القاضي القيمة من العدل ويجعله رهناً عند ذلك العدل أو عند عدل آخر ، هكذا ذكر شيخ الإسلام .

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : إن تعمد الدفع إلى أحدهما تؤخذ القيمة منه وتوضع على يدي عدل آخر ؛ لأنه ظهر منه الخيانة مرة ، وإذا أخطأ في الدفع ، وكان بحيث يجهل مثله ، فإنه يؤخذ منه ، ثم يرد عليه إذا لم تظهر منه الخيانة فيبقى عدلاً .

ثم إذا جعل القيمة في يدي العدل ، وقضى الراهن دين المرتهن ينظر :
إن كان العدل [ضمن بدفع]^(٦) الرهن إلى الراهن ، فالقيمة تسلم للعدل ؛ لأنه لا

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ : ويقتضيان .

(٤) في أ : يدي .

(٥) في أ : يدي .

(٦) في أ : ممن يدفع .

وجه إلى أن يأخذه الراهن؛ لأنه وصل إليه عين ماله، ولا وجه إلى أن يأخذه المرتهن؛ لأنه وصل إليه حقه فتبقى القيمة للعدل، فإن كان العدل قد ضمن بدفع الرهن إلى المرتهن، كان للراهن أن يأخذ القيمة منه.

وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك؟

ينظر: إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن، لا يرجع.

وإن استهلكه المرتهن يرجع عليه؛ لأن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعاره أو أودعه ملكه، فإن هلك في يده لا يضمن وإن استهلكه يضمن.

وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً بأن قال: هذا رهنك خذ بحقك واحبس به دينك، رجع العدل عليه بقيمته، استهلكه المرتهن أو هلك؛ لأنه دفع إليه على جهة الضمان.

وإذا دفع العدل الرهن إلى أجنبي وديعة من غير ضرورة، فهو ضامن؛ لأن العدل أمين في حق الرهن، فصار الجواب فيه كالجواب في المودع، وكذلك الجواب في حق المرتهن؛ لأن المرتهن حافظ للرهن في يده فصار^(١) الجواب فيه كالجواب في المودع.

وإذا مات العدل فأجمع الراهن والمرتهن على أن يضعه على يد غيره فلهما ذلك، وإن أبى الراهن ذلك وطلب المرتهن من القاضي أن يضعه على يدي عدل وضعه القاضي على يدي عدل.

فإن جعل القاضي المرتهن عدلاً، له ذلك إذا كان المرتهن [مثل العدل]^(٢) في نفسه.

وإن أراد أن يضعه على^(٣) يد الراهن، ذكر في بعض الروايات أنه ليس له ذلك؛

(١) في أ: فكان.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: في.

لأنه لا يفيد فائدة الرهن؛ لأن فائدة الرهن أن يتسارع إلى قضاء الدين بواسطة الضجر، والراهن لم يضجر إذا وصل الرهن إلى يده، وفي بعض الروايات له ذلك؛ لأن الضجر لا يفوت لكونه ممنوعاً من الانتفاع به شرعاً^(١).

(١) اختلف الفقهاء في جواز الانتفاع بالمرهون، وفيمن له ذلك:

فذهب الحنفية إلى أنه ليس للراهن، ولا للمرتهن الانتفاع بالمرهون مطلقاً، لا بالسكنى، ولا بالركوب، ولا غيرهما، إلا بإذن الآخر، وفي قول عندهم: لا يجوز الانتفاع للمرتهن ولو بإذن الراهن؛ لأنه ربا، وفي قول: إن شرطه في العقد كان ربا، وإلا جاز انتفاعه بإذن الراهن.

وقال المالكية: غلات المرهون للراهن، وينوب في تحصيلها المرتهن، حتى لا تجوز يد الراهن في المرهون، ويجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بشروط، هي:

١- أن يشترط ذلك في صلب العقد.

٢- وأن تكون المدة معينة.

٣- ألا يكون المرهون به دين قرض.

فإن لم يشترط في العقد، وأباح له الراهن الانتفاع به مجاناً، لم يجز؛ لأنه هدية مديان، وهي غير جائزة، وكذا إن شرط مطلقاً، ولم يعين مدة للجهالة، أو كان المرهون به دين قرض؛ لأنه سلف جر نفعاً.

وفرق الحنابلة بين المرهون المركوب، أو المحلوب، وبين غيرهما، وقالوا: إن كان المرهون غير مركوب، أو محلوب، فليس للمرتهن، ولا للراهن الانتفاع به إلا بإذن الآخر. أما المرتهن: فلأن المرهون ونمائه ومنافعه ملك للراهن، فليس لغيره أخذها بدون إذنه، وأما الراهن: فلأنه لا ينفرد بالحق، فلا يجوز له الانتفاع إلا بإذن المرتهن. فإن أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالمرهون جاز، وكذا إن أذن الراهن للمرتهن بشرط:

١- ألا يكون المرهون به دين قرض.

٢- وألا يأذن بغير عوض، فإن أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بغير عوض، وكان المرهون به دين قرض، فلا يجوز له الانتفاع به؛ لأنه قرض جر نفعاً، وهو حرام، أما إن كان المرهون بثمن مبيع، أو أجره دار، أو دين غير القرض، جاز للمرتهن الانتفاع بإذن الراهن، وكذا إن كان الانتفاع بعوض، كأن يستأجر الدار المرهونة من الراهن بأجرة مثلها في غير محاباة؛ لأنه لم ينتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن شرط في صلب العقد أن ينتفع بها المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد.

أما المركوب، والمحلوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب، ويحلب بقدر نفقته متحرياً العدل - من غير استئذان من الراهن بالإئناق، أو الانتفاع - سواء تعذر إئناق الراهن، أم لم يتعذر. واستدلوا بحديث: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً»، والبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة». وقالوا: إن قوله ﷺ: «بنفقته» يشير إلى الانتفاع بعوض النفقة، ويكون هذا في حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه ليسا بسبب الركوب وشرب الدر، بل بسبب الملك. فإن لم يتفقا

وإذا شرطاً أن يكون العدل هو الراهن، ويقوم الراهن ببيعه عند محل الأجل فهذه المسألة على وجهين:

الأول: إذا شرطاً ذلك في عقد الرهن، وفي هذا الوجه لا يصح الرهن، [وإن قبضه]^(١) المرتهن؛ لأنه شرط في الرهن أن يكون عند المرتهن ساعة، ثم يكون عند الراهن، فهو بمنزلة ما لو قال: رهنتك يوماً [ويوماً لا]^(٢).

الثاني^(٣): إذا شرطاً ذلك بعد تمام الرهن فإن لم يقبض المرتهن الرهن لا يصح؛ لأن القبض شرط صحة الرهن، وإذا قبضه صح، كذا إذا قبضه وباعه الراهن، إن باعه وهو في يد المرتهن فالثمن للمرتهن، وإن أخذه من يد المرتهن، ثم باعه فالثمن للراهن، ولا يكون المرتهن أخص منه.

وإذا باع العدل الرهن وتوى الثمن في يد العدل، توى على المرتهن ألا ترى أنه لو هلك الرهن في يده كان التوى على المرتهن، فكذا إذا هلك الثمن؛ لأن الثمن قائم مقام الرهن.

= على الانتفاع بالعين المرهونة في غيرهما لم يجز الانتفاع بها، فإن كان داراً أغلقت، وإن كانت حيواناً تعطلت منافعه حتى يفك الرهن.

وقال الشافعية: ليس للمرتهن في المرهون إلا حق الاستيثاق، فيمنع من كل تصرف، أو انتفاع بالعين المرهونة، أما الراهن، فله عليها كل انتفاع لا ينقص القيمة كالركوب ودر اللبون، والسكنى، والاستخدام، لحديث: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً»، وحديث: «الرهن مركوب ومحلوب». وقس على ذلك ما أشبهه من الانتفاعات. أما ما ينقص القيمة كالبناء على الأرض المرهونة، والغرس فيها، فلا يجوز له إلا بإذن المرتهن؛ لأن الرغبة تقل بذلك عند البيع.

ينظر: حاشية الطحطاوي (٢٣٦/٤)، حاشية ابن عابدين (٣١٠/٥)، بلغة السالك على الشرح الصغير (١١٢/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٤٦/٣)، والقوانين الفقهية، ص (٣١٩)، روضة الطالبين (٧٩/٤ - ٩٩)، أسنى المطالب (١٦١/٢)، المغني، لابن قدامة (٤٢٦/٤ - ٤٣٢).

(١) في أ: قبض.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وأما الثاني.

وإذا باع العدل الرهن بالدراهم، [وكان الدين دنانير]^(١) أو كان على العكس، فله أن يصرفها بما هو من جنس الدين بخلاف الوكيل بالبيع المفرد، فإنه ليس له أن يصرف الثمن إلى غيره؛ لأن العدل كما أمر بالبيع أمر بقضاء الدين، ولا يمكنه قضاء الدين في مثل هذه الصورة إلا بالصرف، فدخل الصرف تحت الأمر بخلاف الوكيل بالبيع المفرد.

وعلى هذا الأصل: إذا كان الراهن سلط المرتهن على البيع عند محل الأجل، يبيعه ويستوفي دينه [فإن باعه]^(٢) بدنانير والدين دراهم كان له أن يشتري بالدنانير [دراهم مثل دراهمه ويقبض ذلك، وكذلك لو كان دينه حنطة كان له أن يشتري بالدنانير]^(٣) حنطة حتى يستوفي دينه، ذكره ابن سماعة في نوادره.

وإذا باع العدل بالنسيئة ذكر في الأصل أنه يجوز من غير تفصيل ومن غير ذكر خلاف مشايخنا رحمهم الله.

وإذا باع بنسيئة غير معهودة بأن باع مثلاً إلى عشر سنين أو ما أشبهه، ينبغي أنه لا يجوز عندهما.

وقال الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - : إذا وجد من الراهن ما يدل على أنه يريد البيع بالنقد بأن قال: المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني فبعه حتى أنجو منه فباعه بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بع عبيدني فإني أحتاج إلى النفقة.

ولو كان المرتهن هو العدل، وقال له الراهن: بعه واستوف دينك من ثمنه، فباعه^(٤) بالنسيئة يجوز كيفما باع.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح الزيادات في باب الرهن يكلف صاحبه بالإحضار:

(١) في أ: والدنانير.

(٢) في أ: فباعه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: فباع.

العدل إذا جن جنوناً ووقع اليأس من إفاقته ينزل [وإن جن جنوناً يرجى إفاقته]^(١)، حتى إذا عاد عقله له أن يبيع^(٢)، إلا أنه إذا باع في جنونه لا يصح بيعه، سواء كان يعقل البيع والشراء بأن كان جنونه في شيء آخر، أو لا يعقل البيع والشراء، وكان ينبغي أن يصح بيعه إذا كان يعقل الشراء والبيع؛ لأنه لو وكله في هذه الحالة فباع جاز، إلا أنه لا يلزمه العهدة، نص عليه في الوكالة.

فمن المشايخ من قال: على قياس ما ذكر في الوكالة ينبغي أن يصح البيع في هذه الحالة؛ وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ومن المشايخ من فرق، وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله؛ لأن التوكيل هاهنا حصل وهو كامل الرأي وهناك حصل مع نقصان رأيه.

وفي وكالة المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - وعيسى عن محمد - رحمه الله - : رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم، فصار الوكيل معتوهاً، إلا أنه يعقل البيع والشراء والحفظ فاشتري ما أمر به، لم يجز شراؤه على الأمر بذلك.

قال في رواية بشر: وليس^(٣) هذا كأمره وهو معتوه، فقد أشار إلى الفرق الذي ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في أول كتاب الرهن في باب العدل أن العدل بمنزلة المودع، وكل ما يملك المودع من حفظ العين [بنفسه]^(٤) بيد من في عياله وبيد الأجير عند الضرورة يملك العدل ذلك أيضاً، ولا يملك المسافرة بالرهن إذا كان الطريق مخوفاً، وإذا كان آمناً إن وجد التقييد بالمصر لا يملك، وإن لم يوجد التقييد بالمصر يملك.

وذكر في غير رواية الأصول أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ببيعه.

(٣) زاد في أ: في.

(٤) سقط في أ.

الطريق آمناً يملك المسافرة بها على كل حال وعلى قول محمد - رحمه الله - إذا كان سفرًا له منه بد يضمن على كل حال .

العدل إذا كانا^(١) اثنين فدفعا أحدهما كل الرهن إلى صاحبه، إن كان شيئاً لا يحتمل القسمة، لا يضمن الدافع ولا القابض .

وإن كان شيئاً يحتمل القسمة فدفعا أحدهما نصيبه إلى صاحبه قبل القسمة أو بعد القسمة، فالقابض لا يضمن بالاتفاق .

وهل يضمن الدافع؟

عند أبي حنيفة يضمن، وعندهما لا يضمن .



(١) في أ: كان .

الفصل الثالث

في بيان الدين الذي يجوز الرهن به

يجب أن يعلم بأن الرهن إنما يصح بدين هو واجب أو بدين وجد سبب وجوبه . كالرهن [بالأجر قبل وجوبه، أما الرهن بدين لا يجب ولم يوجد سبب وجوبه كالرهن]^(١) بالدرك لا يصح؛ لأن الرهن لإيفاء ما رهن به من حيث الحكم فإنه يثبت في الحال يد الاستيفاء في حق الحبس ومتى هلك يصير مستوفياً لدينه من حيث الحكم، وإنما يصح إذا كان الاستيفاء متصوراً من حيث الحقيقة والإيفاء من حيث الحقيقة إنما يصح بعد وجوب الحق أو بعد وجود سبب الوجوب .

فإن قيل: أليس إنه إذا دفع ثوباً إلى رجل على أن يقرضه عشر دراهم صار الثوب رهناً، وقد حصل الرهن قبل وجود سببه؛ لأن القرض ثبت من حيث الاعتبار سابقاً عليه، كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم يثبت البيع سابقاً على العتق . وإذا ثبت القرض سابقاً على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار، ثم لا يشترط وجوب الدين على الحقيقة لصحة الرهن لا محالة، بل يكتفى بوجوبه ظاهراً .

بيانه: في المسائل التي ذكرها محمد - رحمه الله - في الجامع فمن جملتها: رجل ادعى على رجل ألف درهم فجحد المدعى عليه ذلك فصالحه المدعى عليه من ذلك على خمسمائة [درهم]^(٢) على الإنكار، وأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم تصادقا على أنه لا دين، فإن على المرتهن قيمة الرهن خمسمائة للراهن .

واعلم بأن هذا الرهن جائز عندنا؛ لأنه حصل بدين واجب من حيث الظاهر، فإن الصلح على الإنكار جائز عندنا، وبدل الصلح بعد الصلح واجب . ألا ترى أنهما لو

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

رفعا الأمر إلى القاضي وقصا عليه القصة فالقاضي يلزم المدعى عليه بتسليم بدل الصلح، وإذا امتنع عن التسليم يحبسه بطلب المدعي.

فعلم أن المال الذي حصل به الرهن واجب ظاهرًا فإذا هلك الرهن صار المرتهن مستوفيًا دينه حكمًا بهلاك الرهن، فيعتبر كما^(١) لو استوفاه حقيقة باليد.

ولو استوفاه حقيقة باليد ثم تصادقا على أن المال لم يكن واجبًا فإن الدعوى وقعت باطلاً وكان على المستوفي رد ما استوفى، كذا هاهنا.

فإن قيل: إنهما اتفقا على أن الدين لم يكن، فلم كان اعتبار حكم الظاهر حتى يصير الرهن مضمونًا أولى من اعتبار حكم الحقيقة حتى لا يصير الرهن مضمونًا؟^(٢) قاعدة الشرع في بناء الأحكام على الظواهر لا على الخفاء والبواطن^(٣) وإليه أشار في قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «إنما أقضي بالظاهر والله يتولى السرائر»^(٤).

قال: لو أن رجلاً اشترى من آخر عبداً بألف درهم وقبضه ورهن^(٥) بالثمن رهناً، فهلك الرهن عند المرتهن، ثم ظهر أن العبد حر أو استحق، ضمن المرتهن الأقل^(٦) من قيمة الرهن ومن الثمن؛ لأن الرهن حصل بدين واجب ظاهرًا.

ألا ترى أنه^(٧) قبل ظهور الحرية والاستحقاق لو اختصم البائع والمشتري إلى القاضي، فالقاضي يقضي بالثمن، وقد ذكرنا أن وجوب الدين ظاهرًا يكفي لصحة الرهن ويصير به مضمونًا.

قال: لو أن رجلاً استأجر نائحة أو مغنية بأجر معلوم ورهن بالأجر رهناً، فهلك

(١) في أ: بما.

(٢) في أ: وأما.

(٣) زاد في ب: والاطلاع على الخفاء والبواطن.

(٤) لا أصل له بهذا اللفظ.

(٥) زاد في أ: وقبض.

(٦) في أ: الأول.

(٧) في أ: أن.

الرهن في يد المرتهن لم يكن مضموناً؛ لأن الرهن حصل بما ليس بواجب أصلاً، ألا ترى أنهما لو ترافعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن، فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر.

مسلم اشترى من مسلم خمراً أو خنزيراً أو ميتة بدراهم معلومة فأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن في يد المرتهن، هلك غير مضمون؛ لأن الرهن قد وقع ولا دين أصلاً. ولو اشترى من آخر خلاً بدراهم معلومة ورهن بها رهناً، وظهر أن الخل خمرة، أو اشترى شاة على أنها مذبوحة بدراهم معلومة ورهن بها رهناً وظهر أن الشاة ميتة وقد هلك الرهن، يهلك مضموناً؛ لأن الرهن حصل بدين واجب [ظاهراً]^(١).

قال: لو أن رجلاً قتل عبد رجل، وأعطاه بقيمته رهناً ثم ظهر أن القتيل كان حرّاً وقد هلك الرهن، هلك مضموناً بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن، وكذلك لو ظهر استحقاؤه بل أولى؛ لأن باستحقاق الدين الذي حصل به الرهن لا يبطل بل يظهر أنه كان لغيره.

ولو ظهر عدمه بأن ظهر أن المقتول حر، لا يبطل ضمان الرهن فهانئ أولى. الرهن بالخراج جائز؛ لأن الخراج دين كسائر الديون، في أول كفالة الجامع الصغير.



(١) سقط في أ.

الفصل الرابع

في هلاك الرهن بضمان وغير ضمان

إذا هلك المرهون في يد المرتهن أو في يد العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض وإلى الدين، فإن كان قيمته مثل الدين، سقط الدين [بهلاكه، وإن كانت قيمته أكثر من الدين، سقط الدين]^(١) أيضاً وهو في الفضل أمين وإن كان أقل من الدين سقط قدر قيمة الرهن، ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين.

هذا هو الحكم في الرهن الصحيح، وكذلك الحكم في الرهن الفاسد، هكذا ذكر في الجامع، وذكر في شرح القدوري، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وذكر الطحاوي عن الكرخي - رحمهما الله - أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد لا يكون مضموناً، والأول أصح، والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلاً، نص عليه محمد - رحمه الله - في الجامع.

والباطل من الرهن ما لا يكون منعقداً أصلاً كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقداً لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع.

وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالاً والمقابل به يكون مالاً مضموناً وشرط جواز الرهن ما ذكرنا ففي كل موضع كان الرهن مالاً والمقابل مضموناً إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز فينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرائط الجواز وفي كل موضع لم يكن [الرهن]^(٢) مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً لا ينعقد الرهن أصلاً.

فعلى هذا تخريج المسائل: فإن برئ الراهن من الدين من غير أداء، ولا إيفاء، إما بالهبة أو بالإبراء ثم هلك الرهن في يد المرتهن من غير أن يمنعه عن الراهن، هلك مضموناً عليه قياساً^(٣).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: عليه.

وفي الاستحسان يهلك أمانة وبه أخذ علماؤنا الثلاثة - رحمهم الله - هذا بيان حكم الهلاك.

فأما حكم النقصان فإن كان النقصان من حيث العين يوجب سقوط الدين بقدره، وإن كان من حيث السعر لا يوجب سقوط شيء من الدين عند علمائنا الثلاثة. وأما إذا برئ الراهن بالإيفاء، ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك مضموناً حتى يجب على المرتهن رد ما استوفى على الراهن.

والوجه في ذلك: أن عقد الرهن عقد استيفاء، فإن المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفياً دينه بالعين في حق ملك اليد بالحبس ويتقرر ذلك الاستيفاء^(١) من وقت وجود القبض، فإذا هلك الرهن بعد قضاء الدين وتقرر الاستيفاء من وقت وجوده حصل^(٢) الاستيفاء مرة بالهلاك وظهر بطلان القضاء.

فأما الإبراء فيقتصر على الحال، ولا يظهر أنه كان قبل الاستيفاء، فلا يظهر بطلان الاستيفاء.

وإذا تبرع إنسان بقضاء دين الراهن، ثم هلك وجب على المرتهن رد ما قبض من المتبرع بناء على الأصل الذي قلناه^(٣).

ويرده^(٤) على المتبرع؛ لأن ما قضى لم يصير ملكاً للقباض؛ لأنه قضى بغير أمره، بل بقي على ملكه فإذا وجب الرد وجب الرد على المتبرع.

وإذا أحال الراهن المرتهن على رجل بمال، وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضموناً بالدين قياساً واستحساناً؛ لأن الراهن برئ من الدين من غير إيفاء، فكان بمنزلة ما لو برئ بالإبراء.

(١) زاد في أ: بالهلاك.

(٢) زاد في أ: بعد.

(٣) في أ: قلنا.

(٤) في أ: ويرد.

والجواب أن الراهن برئ من الدين بعوض فكان بمنزلة ما [لو]^(١) برئ بالإيفاء .
 بيانه: أن الحال لا يخلو: إما أن يكون للراهن على المحتال عليه دين أو لم
 يكن، فإن كان عليه دين يزول ذلك الدين عن ملكه حين استوفى المحتال له ذلك .
 وإن لم يكن عليه دين وأداه الحويل من هذا الوجه رجع بما أدى^(٢) على الراهن،
 فكان بمنزلة ما [لو]^(٣) برئ بالإيفاء من هذا الوجه .

ولم يذكر في الأصل ما إذا أراد الراهن بعد الحوالة أن يأخذ الرهن من يد المرتهن
 هل له ذلك؟ وذكر في موضع آخر ليس له ذلك .

وإذا رهن من آخر عبدًا يساوي ألفًا بألف ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء،
 وكان هذا التصادق بعد ما هلك الرهن، كان على المرتهن أن يرد ألفًا على الراهن؛
 لأن الرهن حالة الهلاك كان مضمونًا ظاهرًا فحصل الاستيفاء حكمًا وبعد الاستيفاء
 الحقيقي لو وجد التصادق على الوجه الذي قلنا، [كان]^(٤) على المستوفي أن يرد ما
 استوفى كذا هاهنا .

فأما إذا تصادقا قبل هلاك الرهن أنه لم يكن عليه شيء ثم هلك الرهن يهلك
 مضمونًا أو أمانة؟

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - أن فيه اختلاف المشايخ، وذكر شمس الأئمة
 الحلواني - رحمه الله - نص محمد - رحمه الله - في الجامع أنه يهلك أمانة .
 وإذا أعطاه رهنًا مكان الأول، فالرهن هو الأول ما بقي القبض دون الثاني حتى إذا
 هلك الأول، هلك مضمونًا بالدين، ولو هلك الثاني هلك أمانة، وإذا رد الأول صار
 الثاني رهنًا، ولو هلك بعد ذلك يكون مضمونًا .

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل له على آخر ألف درهم غلة،

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: ادعى .

(٣) سقط في أ .

(٤) سقط في أ .

فقال الذي عليه الألف لرب الدين أمسك هذه الألف الوضح بحقك واشهد لي بالقبض، فهذا اقتضاء^(١)، ولو قال: أمسك هذه الألف الوضح حتى آتيك بحقك واشهد لي بالقبض فهذا رهن.

قال لآخر: أقرضني، قال: لا أقرضك إلا برهن فرهنه رهنًا فضع قبل أن يقرضه ولم يكن سمي ما يقرضه، فإنه يعطيه ما شاء.

قال محمد - رحمه الله - : ولا يستحسن أقل من درهم، ذكره في مجموع النوازل.

وفي المنتقى: روى بشر عن أبي يوسف: رجل رهن رجلًا ثوبًا.

وقال: أرجع إليك وأخذ منك شيئًا فضع الرهن.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - [يعطيه]^(٢) المرتهن ما يشاء وكذلك قولنا.

[وذكر]^(٣) في موضع آخر من المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - آخرًا: رجل

قال لغيره أقرضني وخذ هذا الرهن، ولم يسم القرض وأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع فعليه قيمة الرهن.

ولو استقرض منه خمسين فقال المرتهن: لا يكفيك ولكن ابعث إلي برهن حتى

أبعث إليك ما يكفيك فبعث إليه بالرهن فضع في يد المرتهن، فعليه الأقل من الرهن ومن خمسين درهمًا.

فالحاصل أن المستقرض إذا سمي شيئًا ورهن فهلك الرهن قبل أن يقرضه،

فالرهن مضمون بالأقل من قيمته، ومما سمي، وإذا لم يكن سمي شيئًا فقد اختلف أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيما بينهما على ما بينا.

سئل عمن كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأس

المديون رهنًا بدينه وأعطاه منديلًا صغيرًا يلفه على رأسه.

(١) في أ: قبضا.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

قال: وأحضر ديني أردھا عليك، فذهب الرجل وجاء بدينه بعد أيام وقد هلكت العمامة.

قال: هلكت بالدين؛ لأن رب الدين أخذھا رهناً والغريم بتركھا عنده، وذھابه صار راضياً بكونها رهناً فصار رهناً.

رجل رهن عبداً فأبق، سقط الدين بحساب^(١) نقصان القيمة، إن كان هذا أول إباق، وإن كان أبق قبل ذلك لم ينتقص من الدين شيء هكذا في مجموع النوازل. وذكر في المنتقى أنه يبطل الدين بقدر ما نقصه الإباق من غير تفصيل، وهكذا ذكر في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله.

ولو كان القاضي جعل [الرهن]^(٢) بما فيه حين أبق ثم ظهر فهو رهن على حاله. وفيه أيضاً: روى إبراهيم بن رستم عن محمد - رحمه الله: رجل رهن من رجل ثوباً وقال له: إن لم أعطك إلى كذا وكذا فهو بيع بما لك علي، قال: لا يجوز، وقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن»^(٣) هو هذا.

(١) في أ: بحسب.

(٢) سقط في أ.

(٣) ورد هذا الحديث موصولاً ومرسلاً.

أما الموصول: فهو من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً. وقد رواه عن الزهري جماعة وهم: زياد بن سعد، وإسحق بن راشد، ومالك، ويحيى ابن أبي أنيسة، وابن أبي ذئب، وسليمان بن داود، ومحمد بن الوليد، ومعمّر. أما رواية زياد بن سعد:

فأخرجها ابن حبان (١١٢٣ - موارد)، والحاكم (٥١/٢)، والدارقطني (٣٢/٣) كتاب البيوع: حديث (١٢٦)، والبيهقي (٣٩/٦) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون، وأبو نعيم في الحلية (٣١٥/٧) كلهم من طريق سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».

قال الدارقطني: وهذا إسناد حسن متصل.

وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري وقد تابعه - يعني زياد - مالك، وابن أبي ذئب، وسليمان بن أبي داود الحراني، ومحمد بن الوليد الزبيدي، ومعمّر بن راشد على هذه الرواية، ووافقه الذهبي. وصحح هذا الطريق أيضاً ابن حبان.

وقال أبو نعيم: غريب من حديث ابن عيينة عن زياد عن الزهري تفرد به عبد الله العابدي عن أبيه.

قلت: وفي كلام أبي نعيم نظر من وجهين:
الأول: قوله عبد الله العابدي عن أبيه، فالسند ليس فيه ذكر لوالد عبد الله إنما هو عبد الله العابدي عن سفيان مباشرة.

الثاني: دعوى تفرد عبد الله العابدي به كيف وقد تابعه إسحاق بن الطباع عند ابن حبان في صحيحه.

رواية إسحاق بن راشد:
أخرجها ابن ماجه (٨١٦/٢) كتاب الرهن، باب: لا يغلط الرهن، حديث (٢٤٤١) من طريق محمد بن حميد حدثنا إبراهيم بن المختار عن إسحق بن راشد عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلط الرهن».

قال الحافظ البوصيري في الزوائد (٢٥٧/٢): هذا إسناد ضعيف محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في رواية، فقد ضعفه في أخرى، وضعفه أحمد، والنسائي، والجوزجاني، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المقلوبات وقال ابن وارة: كذاب. رواية مالك:

أخرجه ابن جميع في «معجم شيوخه» (ص ٢١٠ - ٢١١) رقم (١٦٨) من طريق محمد ابن كثير، والخطيب في تاريخ بغداد (٣/٣٠٣ - ٣٠٤)، (١٦٥/٦) من طريق إبراهيم بن أبي سكينه، ومحمد بن كثير كلاهما عن مالك بن أنس عن الزهري عن سعيد المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلط الرهن له غنمه وعليه غرمه».

رواية يحيى بن أبي أنيسة:
أخرجها الشافعي في الأم (١٦٧/٣) باب ضمان الرهن، وفي «المسند» (١٦٤/٢) كتاب الرهن، حديث (٥٦٨) من طريق الثقة عن يحيى بن أبي أنيسة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلط الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

رواية ابن أبي ذئب:
أخرجها الدارقطني (٣٣/٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٧)، والحاكم (٥١/٢)، والبيهقي (٣٩/٦) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون من طريق إسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلط الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه».

وأخرجه الدارقطني (٣٣/٣٠) كتاب البيوع، حديث (١٣٣)، والحاكم (٥١/٢)، وابن حزم في المحلى (٩٩/٨)، وابن عدي في الكامل (١٥٤٦/٤) كلهم من طريق عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ثنا شبابه عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.

قال الزيلعي في نصب الراية (٣٢٠/٤)، وصححه عبد الحق في أحكامه من هذا

الطريق، قال ابن القطان: وأراه إنما تبع في ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه، وعبد الله

ابن نصر هذا لا أعرف حاله، وقد روى عنه جماعة، وذكره ابن عدى في «كتابه»، ولم يبين من حاله شيئاً إلا أنه ذكر له أحاديث منكورة منها هذا انتهى كلامه، وقال في التنقيح - ابن عبد الهادي -: عبد الله بن نصر البزار الأنطاكي ليس بذلك المعتمد، وقد روى عن أبي بكر بن أبي عياش، وابن علية ومعن بن عيسى وابن فضيل وروى عنه أبو حاتم الرازي. أ. ه. وقد روى ابن أبي ذئب هذا الحديث مرسلًا أيضًا.

أخرجه الشافعي في «المسند» (١٦٣/٢) كتاب الرهن، حديث (٥٦٧)، وابن أبي شيبة (١٨٧/٧) رقم (٢٨٤١) وعبد الرزاق (٢٣٧/٨) رقم (١٥٠٣٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٠/٤)، والبيهقي (٣٩/٦) كتاب الرهن، باب: في زيادات الرهن، من طرق عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلًا.
رواية سليمان بن داود:

أخرجه الدارقطني (٣٣/٣) كتاب البيوع رقم (١٢٨)، والحاكم (٥١/٢)، وابن عدى في الكامل (١٧٦/١) من طريق أبي مسيرة أحمد بن عبد الله بن مسيرة ثنا سليمان بن داود الحراني عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن حتى يكون لك غنمه وعليك غرمه».
وأحمد بن عبد الله بن مسيرة ضعيف.

قال ابن عدى: حدث عن الثقات بالمناكير، ويحدث عن لا يعرف، ويسرق حديث الناس.

وذكره الدارقطني في الضعفاء والمتروكين (٥١).

رواية محمد بن الوليد:

أخرجه الدارقطني (٣٣/٣) كتاب البيوع، حديث (١٢٩) والحاكم (٥١/٢) من طريق إسماعيل بن عياش ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه».
رواية معمر:

أخرجه الدارقطني (٣٣/٣) كتاب البيوع، حديث (١٣١)، والحاكم (٥٢/٢) من طريق معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه».

قال الدارقطني: أرسله عبد الرزاق، وغيره عن معمر.

أما الحديث المرسل:

فأخرجه مالك (٧٢٨/٢) كتاب الأفضية، باب: ما لا يجوز من غلق الرهن حديث (١٣) ومن طريقه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٠/٤)، والخطيب في تاريخ بغداد (٢٤٢/١٢) عن الزهري عن سعيد بن المسيب به مرسلًا.

وقد تابع مالك جماعة منهم.

يونس وشعيب أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠٠/٤ - ١٠١).

وفيه أيضًا: داود بن رشيد عن محمد - رحمه الله - رجل اشترى من آخر ثوبا بعشرة دراهم فلم يقبضه حتى أعطاه ثوبًا، هل يكونان جميعًا رهنا بالثمن؟ قال: لا يكونان^(١) رهنا وللمشتري أن يسترد الثاني، فإن هلك الثاني، وقيمتها سواء، هلك بخمسة دراهم؛ لأنه كان مضمونًا بخمسة دراهم.

وفيه أيضًا: [روى]^(٢) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل له على رجل مال وأعطاه ثوبًا، قال: أمسك هذا حتى أعطيك حقه.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - هو رهن، وقال أبو يوسف - رحمه الله: هو ودیعة وليس برهن.

ولو قال: أمسك هذا بمالك، فهو رهن في قولهما وقد مرت هذه المسألة في صورة أخرى.

وفيه أيضًا: [روى]^(٣) ابن سماعه عن محمد - رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ثوبين.

قال: خذ أيهما شئت رهنا بالمائة التي لك عليّ فأخذهما وضاعا في يده، لا يذهب من الدين شيء وجعل ذلك بمنزلة رجل له على رجل عشرون درهماً فدفعت الذي عليه الدين إلى الطالب مائة درهم.

وقال: خذ منها عشرين، فضاعت قبل أن يأخذها، فإنها هلكت من مال الدافع والدين عليه بحاله.

= ومعمّر: أخرجه عبد الرزاق (٢٣٧/٨) رقم (١٥٠٣٣)، والدارقطني (٣/٣٣)، والبيهقي (٤٠/٦) كتاب الرهن، باب: الرهن غير مضمون وتابعه أيضًا ابن أبي ذئب، وقد تقدمت تخريج روايته الموصولة والمرسلة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤٠/٣٢١ قال صاحب التنقيح: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني وابن عبد البر وعبد الحق... .
قلت: وقد صحح وصله أيضا الحاكم، وابن حبان، وابن حزم.

(١) في أ: يكون.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

ولو دفع إليه بثوبين وقال: خذ أحدهما رهناً بدينك فأخذهما [وقيمتهما على السواء]^(١)، فضاعاً، ذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالضمان فتكون بالدين إن كان مثله.

وذكر في موضع آخر في المنتقى: رجل رهن عند رجل ثوبين وقال: خذ أحدهما رهناً لك بعشرتك أو قال: خذ أيهما شئت رهناً بدينك فالرهن باطل، وإن ضاعاً جميعاً لم يكن عليه ضمان ودينه على حاله.

ولو كان عليه^(٢) دينار فدفع إليه دينارين، وقال: خذ أحدهما قضاء لك فضاعاً قبل أن يأخذهما بدينه، فدينه على حاله وهو مؤتمن.

ولو قال: خذ أحدهما قضاء لك كان قابضاً بدينه ولا يشبه هذا الرهن.

وفيه أيضاً [روى]^(٣) ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل له على رجل مال فقضاه بعضه، ثم دفع إليه عبداً وقال: خذ هذا رهناً عندك بما بقي من مالك أو قال: هذا رهن عندك بشيء إن كان بقي لك فإني لا أدري أبقى لك شيء من المال، أو لم يبق، فهو جائز، وهو رهن بما بقي إن كان قد بقي منه شيء.

وإن لم يبق منه شيء، وهلك العبد في يد المرتهن، فلا ضمان عليه فيه؛ لأنه لم يأخذه على شيء مسمى.

ولو قضاه الراهن مائة^(٤)، ثم قال خذها رهناً بما كان فيها من زيوف أو ستوق فهو رهن جائز بما كان فيها ستوقاً. وأما الزائف فهو استيفاء، فلا يكون رهناً.

الحسن بن زياد عن أبي يوسف - رحمه الله - في كتاب الاختلاف رجل له على رجل مائة درهم فأعطاه ثوباً وقال: هذا رهن ببعض حقتك وقبضه، فهلك قال زفر

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لو عليه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ماله.

- رحمه الله - يهلك بقيمته، وقال أبو يوسف - رحمه الله - يذهب بما يشاء^(١) المرتهن ويرجع [عليه]^(٢) بفضل الدين.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رهن شجرة فرصاد تساوي مع الورق عشرين درهما فذهب [وقت]^(٣) الأوراق، وانتقص ثمنه، قال أبو بكر الإسكاف - رحمه الله - يذهب من الدين حصة النقصان.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله: عندي أنه لا يسقط شيء من الدين، وهذا بمنزلة تغير السعر؛ لأن الشجرة لم تتغير عن حالها فلا يسقط، شيء من الدين، إلا أن يكون النقصان في الثمن لنقصان في نفس الشجرة أو بتناثر الأوراق، فحيثذ يسقط من الدين بحسابه، وما قاله الفقيه أبو بكر أشبهه وأقرب إلى الصواب؛ لأن الأوراق بعد ذهاب وقتها لا قيمة لها أصلاً و[لا]^(٤) تقابل بشيء فصار بمنزلة الهلاك.

الحسن بن زياد - رحمه الله - في كتاب الاختلاف: رجل رهن من آخر عبيد بألف درهم فاستحق أحدهما والباقي بحصته، ولكنه لا يفتكه إلا بجميع الألف، وكذلك إن كان أحدهما حرًا أو مدبرًا.

وفي العيون عن محمد - رحمه الله - رجل رهن غلامين بألف درهم، ثم قال للمرتهن: إني احتجت إلى أحدهما فرده علي ففعل، فإن الباقي رهن بنصف الألف حتى لو هلك يهلك من الدين نصفه ولكن [لا]^(٥) يفتكه إلا بجميع الألف. فالأصل أن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين ولكن عند الهلاك، لا يضمن أكثر من قيمته.

(١) في أ: شاء.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

المعلی عن أبي يوسف - رحمه الله - إذا رهن من آخر عبداً قيمته ألفان بألف على أن المرتهن ضامن للفضل، فهو رهن فاسد هكذا روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله .

رهن من آخر عبداً فقال المرتهن: أخذ هذا على أنه إن ضاع، ضاع بغير شيء، فقال الراهن: نعم، [قال: الرهن^(١)] جائز، والشرط باطل فإن ضاع ذهب بالمال^(٢).

وذكر في العيون عن محمد - رحمه الله - إذا رهن غلامين بألف وقيمتها ألف، ثم إن الراهن قال للمرتهن: إني احتجت إلى أحدهما فرده علي ففعل فإن الباقي رهن بالألف^(٣)، ولكن لو مات، مات بحصته فالأصل أن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين، ولكن لا يضمن أكثر من قيمته.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: المال.

(٣) زاد في أ: كلها.

الفصل الخامس

في نفقة الرهن وأشباهاها

نفقة الرهن: إذا كان الرهن شيئاً يحتاج إلى النفقة نحو العبد والدابة على الراهن، وكذلك أجر الحمال الذي يحمل العلف من السوق إليهما على الراهن، وكذلك كفته على الراهن ويستوي في ذلك أن يكون الرهن في يد المرتهن أو العدل^(١).

وفي مجموع النوازل: إذا أبى الراهن أن ينفق على الرهن، فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه، فإذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن [إلى أن]^(٢) يستوفي النفقة، وإن هلك الرهن بعد ذلك، فلا شيء على الراهن وهذا قول زفر - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : ليس له أن يحبس بالنفقة، وإذا هلك في يد المرتهن، فالنفقة دين على الراهن بحالها^(٣).

وثن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن ذكر المسألة مطلقة في موضع آخر من كتاب الرهن، [وذكر]^(٤) أن مداواة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض يجب على قسمتها. فما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن، وما كان من حصة الأمانة فعلى

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الرهن على الراهن.

لأنها من حقوق الملك، وكل ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لا على المرتهن. لقول النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه» [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٩/٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٤٣٠/٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال ابن عبد البر: هذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة، فإنهم يعللونها]. ولأن الرقبة والمنفعة على ملك الراهن فكانت النفقة عليه. ووافقهم الحنفية فيما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته، أما ما يحتاج إليه لحفظ المرهون فقال الحنفية: إنه على المرتهن؛ لأن حبس المرهون له. ينظر: تبیین الحقائق (٦٨/٦)، والتاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (٥/٢٣)، والمهذب (٣١٤/١)، والمغني، لابن قدامة (٤٣٨/٤).

(٢) في أ: حتى.

(٣) في أ: بحاله.

(٤) سقط في أ.

الراهن؛ لأن المرتهن في حصة الأمانة مودع، ونفقة الوديعة على المودع، وهكذا ذكر القدوري في شرحه.

ومن المشايخ من قال: إنما يجب ثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن إذا كانت الجراحة أو^(١) المرض حدث عند المرتهن، أما إذا كان حادثاً عند الراهن يجب على الراهن.

ومن المشايخ من قال: لا بل يجب على المرتهن على كل حال وإطلاق محمد - رحمه الله - في الكتاب يدل عليه.

وعن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - أن ما حدث عند المرتهن من ذلك فثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن وما كان [حادثاً]^(٢) عند الراهن إن لم يزد في يد المرتهن حتى لم يحتج فيه إلى زيادة مداواة فالمداء على الراهن، وإن زاد في يد المرتهن حتى احتج إلى زيادة مداواة فالمداء على المرتهن. [لكن]^(٣) لا يجبر^(٤) المرتهن؛ لأن الراهن كان لا يجبر على المداواة وإن كان يجبر على النفقة فالمرتهن أولى، ولكن يقال له: هذا أمر حدث عندك فإن أردت إصلاح مالك وإحياءه حتى لا يتوى مالك فداؤه.

وفي شرح الطحاوي: حفظ المرهون على المرتهن حتى إن الراهن لو شرط للمرتهن شيئاً على الحفظ لا يصح ولا يسعه، بخلاف الوديعة، فإن المودع إذا شرط للمودع شيئاً على الحفظ يصح.

وأجرة الراعي إذا كان [الرهن شيئاً]^(٥) يحتاج إلى الرعي على الراهن، وأجرة المأوى والمربض على المرتهن، وكذلك أجرة الحارس على المرتهن.

(١) في أ: و.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: يحبس.

(٥) سقط في أ.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: إن كان في منزل المرتهن سعة فعليه أن يأوي الدابة إليها، وإن لم يكن فيه سعة واحتاج المرتهن إلى أن يتكأ له منزلاً فالكراء على الراهن.

وفي القدوري: لو كان الرهن^(١) أمة فولدت فأجر الظئر على الراهن، وسقي البستان وتلقيح النخيل وجزاز الثمر على الراهن.

وذكر هناك أصلاً فقال: كل نفقة كانت لمصلحة الرهن ولنفسه فهو على الراهن، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن.



(١) في أ: الراهن.

[زوائد الرهن]^(١)

قال محمد - رحمه الله - ناقة أو بقرة لها لبن فلبنها رهن معها، وكذلك أصواف الغنم وسمونها وأولادها كلها ترهن مع الأصل، وكذلك ثمرة الأشجار وما ينبت من الأشجار في أرض الرهن^(٢).

وأما نخلة الأرض والدار التي تؤاجر لا تكون رهناً، فالأصل أن كل ما يتولد من غير الرهن يسري إليه، وكذلك [ما]^(٣) كان بدل جزء من أجزاء الرهن يسري إليه حكم الرهن أما ما كان بدلاً عن المنفعة فلا يسري إليه حكم الرهن.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وما أنفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو فيه متطوع، فإن أمره القاضي أن ينفق ويجعله ديناً على الراهن فإنه قال: ويجعله القاضي ديناً.

(١) سقط في أ.

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في أن زيادة المرهون المتصلة كالسمن وكبر الشجر تتبع الأصل. أما الزيادة المنفصلة فقد اختلفوا في حكمها:

قال الحنفية: إن نماء المرهون كالولد، والثمر، واللبن، والصوف، ونحو ذلك رهن مع الأصل، بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالأجرة، والصدقة، والهبة، فلا تدخل في الرهن، وهي للراهن.

وذهب الشافعية إلى أن الزيادة المنفصلة بأنواعها لا يسري عليها الرهن؛ لأن الرهن لا يزيل الملك فلم يسر عليها كالإجارة.

ويقول المالكية: إن ما تناسل من الرهن، أو نتج منه كالولد يسري إليه الرهن، وما عدا ذلك من الزوائد كالصوف واللبن، وثمار الأشجار وسائر الغلات فلا يسري عليها الرهن. وذهب الحنابلة إلى أن زوائد العين المرهونة المنفصلة رهن كالأصل، لا فرق بين ما تناسل منها أو نتج منها كالولد، وبين غيره كالأجرة، والثمر، واللبن، والصوف، وقالوا: لأنه حكم ثبت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء والمنافع بأنواعها، كالمملك بالبيع وغيره؛ ولأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيها كالممتصل. وقالوا في سراية الرهن على الولد: إنه حكم مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير، والاستيلاء.

ينظر: نهاية المحتاج (٤/٢٨٩)، أسنى المطالب (٢/١٧٣)، حاشية ابن عابدين (٥/٣٣٥)، وفتح القدير (٩/١٢٩)، بداية المجتهد (٢/٢٤٦)، القوانين الفقهية، ص (٣١٩)، المغني، لابن قدامة (٤/٤٣٠)، الإنصاف (٥/١٥٨)، كشف القناع (٣/٣٣٨).

(٣) سقط في أ.

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : وهكذا نقول في كتاب اللقيط ، وأكثر مشايخنا على هذا أنه لا بد من التنصيص على أن يكون ذلك دينًا على الراهن ، وأما بمجرد الأمر بالإنفاق لا يصير دينًا .

وهذا ؛ لأن أمر القاضي في هذا الموضوع ما كان لإلزام المأمور شيئًا فإنه لا يلزم الإنفاق . وإن أمره القاضي بذلك لكن المقصود هو النظر ، وذلك يتردد بين الأمر بالإنفاق حسبة وبين الأمر دينًا فعند الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما فلا يصير دينًا إلا بالتنصيص عليه .

وفي المنتقى : الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان الراهن غائبًا وأنفق المرتهن على الرهن بقضاء القاضي ، رجع على الراهن بها ، وإن كان الراهن حاضرًا ، لا يجوز ولا يرجع عليه .
وقال أبو يوسف : يرجع عليه فيهما جميعًا .



الفصل السادس

في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

إذا تصرف الراهن في المرهون قبل سقوط الدين من غير رضى المرتهن تصرفاً يلحقه الفسخ كالباع والإجارة والكتابة والهبة والصدقة والإقرار ونحوها، لا يجوز ذلك التصرف في حق المرتهن أصلاً، ولا يبطل حقه في الحبس، وإذا قضى الراهن الدين وبطل حق الحبس نفذت تصرفات الراهن^(١).

(١) لا خلاف بين الفقهاء في أنه ليس للراهن التصرف في المرهون بعد لزوم العقد بما يزيل الملك كالبيع، والهبة، والوقف، أو يزحم المرتهن في مقصود الرهن، كالرهن عند آخر، أو يقلل الرغبة في المرهون، إلا بإذن المرتهن. فإن تصرف بما ذكر، فتصرفه موقوف على إجازة المرتهن؛ لأنه تصرف يبطل حق المرتهن في الوثيقة، فلم يصح بغير إذنه، فإن أذن له صح التصرف، وبطل الرهن إن كان التصرف مما ليس فيه للمرهون بدل كالوقف، والهبة، ويسقط حق المرتهن في حبس المرهون؛ لأن المنع كان لحقه، وقد زال بإذنه. وإن كان للمرهون بدل كالبيع ففيه تفصيل: فإن كان الإذن مطلقاً، والدين مؤجلاً، صح البيع وبطل الرهن لخروج المرهون من ملك الراهن بإذن المرتهن، ولا يحل ثمن العين المرهونة محلها؛ لعدم حلول الدين. أما إذا كان حالاً عند الإذن، قضى حق المرتهن من ثمن المرهون، وحمل إذنه على البيع من غرضه لمجيء وقته؛ ولأن مقتضى الرهن بيعه والاستيفاء منه، ولا يبطل الرهن، فيكون الراهن محجوراً في ثمن المرهون إلى وفاء الدين. وإن شرط في الإذن أن يقضى الدين من ثمن المرهون، صح البيع للإذن، ولغا الشرط؛ لأن التأجيل أخذ قسطاً من الثمن، وهو لا يجوز، ويكون الثمن رهناً مكان المرهون؛ لأن المرتهن لم يأذن في البيع إلا طامعاً في وفاء الدين من ثمنه، فلم يسقط حقه منه مطلقاً، وإلى هذا ذهب الحنابلة.

وقال الحنفية: إذا باع الراهن وأجاز المرتهن البيع، جاز؛ لأن توقيف البيع لحقه، وقد رضى بسقوطه، وإن نفذ البيع بإجازة المرتهن، ينتقل حقه إلى بدله؛ لأن حقه بالمالية، وللبدل حكم المبدل، وإن لم يجز المرتهن البيع، يبقى موقوفاً في أصح الروايتين في المذهب، وللمشتري الخيار بين أن يصبر حتى يفك الراهن المرهون، وبين أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيفسخ البيع لفوات القدرة على التسليم، وفي رواية: للمرتهن فسخ البيع؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك، له أن يفسخ، أو يجيز. وعن أبي يوسف: إن شرط المرتهن في الإجازة أن يكون الثمن رهناً، فهو رهن؛ لأنه إذا أجاز بهذا الشرط لم يرض ببطلان حقه عن العين، إلا أن يكون متعلقاً بالبديل، فإن لم يشترط ذلك فقد سقط حقه عن المرهون، والثمن ليس بمرهون حتى يتعلق به حق. وقال المالكية: إن أذن المرتهن للراهن بالبيع بطل الرهن عن العين المرهونة، وحل

وإن تصرف تصرفاً لا يلحقه الفسخ نفذ، وبطل الرهن عندنا.
بعد ذلك ينظر: إن كان الراهن موسراً فلا سعاية عليه، وعلى الراهن الضمان،
وإن كان الدين حالاً في الأصل أو كان مؤجلاً، ولكن قد حل الأجل أجبر الراهن
على القضاء، وإن لم يحل الأجل أخذ المرتهن قيمة العبد وحبسها بدينه مكان
العبد.

وإن كان الراهن معسراً فللمرتهن أن يستسعى العبد وينظر في ذلك: إلى قيمة
العبد يوم العتق، وإلى قيمته يوم الرهن وإلى الدين فيستسعى في أقلهما^(١) ثم يرجع
العبد على الراهن بما سعى إذا أيسر ويرجع المرتهن على الراهن ببقية دينه إن فضل
الدين عن السعاية.

وإن كان مكان العتاق تدبير فالجواب فيه نظير الجواب في العتاق إلا في
خصلتين:

إحدهما: أن في فصل العتاق^(٢) إذا كان الراهن معسراً فالعبد يسعى في الأقل من
ثلاثة أشياء. وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ.
والثانية: أن بالتدبير لا يرجع المدبر على المولى بما سعى؛ لأن بالتدبير لا يخرج
من أن يكون سعائته [من]^(٣) مال المولى فيسعى في جميع الدين ولا يرجع، ولا
كذلك في فصل العتق.

= مكانها الثمن رهنا، إن لم يأت الراهن برهن كالأول.
وقال الشافعية: إن شرط في إذن البيع أن يكون الثمن رهنا، لم يصح البيع، سواء أكان
الدين حالاً، أم مؤجلاً، لفساد الإذن بفساد الشرط.
ينظر: حاشية الطحطاوي (٤/٢٤٧)، وتكملة فتح القدير وحاشية سعدي جليبي (٩/١١١)،
وحاشية ابن عابدين (٥/٣٢٧)، والقوانين الفقهية، ص (٣١٩)، وحاشية
الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٤٣)، وشرح الزرقاني (٥/٢٤٣)، ونهاية المحتاج
(٤/٢٥٩ - ٢٦٨)، والمجموع (٣/٢٤٠)، وأسنى المطالب (٢/١٥٨، ١٦٣)،
والمغني، لابن قدامة (٤/٤٠١)، وكشاف القناع (٣/٣٣٤).

(١) في أ: أقلها.

(٢) في أ: العتق.

(٣) سقط في أ.

وإذا أجز المرتهن الرهن من أجنبي بغير أمر الراهن فالغلة للمرتهن ويتصدق بها عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ؛ لأنه بمنزلة الغاصب .

وإذا كان الراهن أذن له في ذلك كان الأجر للراهن ويتنقض الرهن حتى لا يعود إلا بتجديد من ذي قبل، وكذلك لو أن المرتهن رهن الرهن من غيره بإذن الراهن يتنقض الرهن ولا يعود رهناً إلا بتجديد من ذي قبل .

فإن كان المرتهن استهلك هذه الغلة ضمنها وإن هلك في يده فلا ضمان عليه؛ لأنه وكيل بالإجارة والجواب في الوكيل بالإجارة إذا قبض الأجر على هذا الوجه . ولو كان الرهن دابة أو عبداً فركب المرتهن الدابة، أو استعمل العبد بغير إذن الراهن، فهلك في حال الاستعمال فهو ضامن، ولا يسقط شيء من الدين وتكون القيمة رهناً عنده مقام العين^(١) كما لو أتلف أجنبي آخر، فإن ترك الاستعمال، عاد رهناً كما كان حتى لو هلك في هذه الحالة هلك مضموناً بالدين .

وإن كان الراهن أذن له في ذلك، فهلك في يده في حالة الاستعمال هلك غير مضمون حتى لا يسقط شيء من الدين؛ لأن استعمال المرتهن بإذن الراهن كاستعمال الراهن بإذن المرتهن .

ولو أعاره المرتهن بإذن الراهن من أجنبي فهلك في يد المستعير لا يسقط شيء من الدين ولكن للمرتهن أن يعيده إلى يده .

والحاصل: أن بيد العارية ينعدم ضمان الرهن، ولا يرفع عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن يعيده إلى يده .

ولو ولدت ولدًا في يد المستعير رهناً كان المستعير أو أجنبيًا أو مرتهناً، كان الولد مرهونًا .

وبيد الإجارة والرهن يبطل عقد الرهن، وبيد الوديعة لا يبطل عقد الرهن حتى لو أودع المرتهن الرهن من رجل بإذن الراهن أو أودعه الراهن بإذن المرتهن، كان

(١) في: العبرة .

للمرتهن أن يعيده إلى يده .

وإذا أجز المرتهن الرهن من الراهن ، فالإجارة باطلة ، وهو بمنزلة ما إذا أعار منه أو أودع منه ، فله أن يسترده .

وإذا أعار المرتهن الرهن من الراهن ثم مات الراهن ، يرجع الرهن إلى المرتهن ، ولا يكون بين الغرماء ؛ لأن أصله كان مقبوضاً فكان له استرداده منه حال حياته ، فكذا من تركته بعد وفاته .

وإذا كان المصحف رهناً وأذن الراهن للمرتهن أن يقرأ فيه فالمصحف في حالة القراءة عارية حتى لو هلك [يهلك]^(١) بغير شيء ، وإذا فرغ من القراءة عاد رهناً كما كان .

وفي عارية الواقعات : رجل رهن عند رجل خاتماً ، وقال للمرتهن : تختم به فتختم به فهلك في حالة التختم ، إن أمره أن يتختم في الخنصر يهلك أمانة والدين على حاله ؛ لأنه صار عارية فيخرج من أن يكون مضموناً بالرهن ، وإن أخرجه من الإصبع ثم هلك ، هلك بالدين ؛ لأنه عاد ضمان الرهن .

وإن أمره أن يتختم بالبنصر فهلك في حالة التختم ، يهلك بالدين ؛ لأنه لا يكون عارية ؛ لأن هذا أمر بالحفظ لا بالاستعمال ، وهو الصحيح .

ولو أمره أن يتختم في الخنصر ، وجعل الفص من جانب الكف فهذا وما لو أمره أن يجعل الفص من جانب الكف سواء وهو الصحيح . ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - في باب إجارة الحلبي .

وإذا أثمر النخيل والكرم وهو رهن وخاف المرتهن على الثمر الهلاك فباعه بغير أمر القاضي لم يجز بيعه ، وكان ضامناً ، ولو باعه القاضي بنفسه أو باعه بأمر القاضي ، نفذ البيع ولا يجب الضمان ، وإن جز الثمرة وقطف العنب بغير أمر القاضي ، فلا ضمان عليه استحساناً ؛ لأن هذا من باب الحفظ ، وحفظ المرهون حق

(١) سقط في أ .

المرتهن .

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : هذا إذا جز كما يجز عنده، ولم يحدث فيه نقصان، فإن تمكن فيه نقصان من عمله فهو ضامن، فتسقط حصته من الدين في^(١) الرهن .

ولو كانت شاة فذبحها وهو يخاف الهلاك يضمن قياسًا واستحسانًا .

والحاصل: أن كل تصرف يزيل العين عن ملك الراهن كالبيع والإجارة فذلك ليس بمملوك للمرتهن، ولو فعل يضمن وإن كان فيه تحصين وحفظ عن الفساد إلا إذا كان بأمر القاضي، وكل تصرف لا يزيل العين عن ملك الراهن كان للمرتهن ذلك إن^(٢) كان يغير أمر القاضي [إذا]^(٣) كان فيه حفظ أو تحصين عن الفساد. فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل .

وفي الزيادات: إذا حلب المرتهن الشاة المرهونة وشربه، فلا ضمان عليه، ولا يسقط شيء من الدين كما لو فعل الراهن بنفسه .

ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجب عليه الضمان، ويكون رهناً عند المرتهن محبوبًا بالدين مع الشاة .

وكذلك لو فعل الراهن بنفسه بغير إذن المرتهن ضمن قيمته وتكون القيمة رهناً عند المرتهن مع الشاة .

إذا لبس الثوب المرهون بغير إذن الراهن، حتى تخرق صار ضامنًا قيمة الثوب، فيحتسبه له من ذلك ما كان فيه من الدين بطريق المقاصة ويؤدي ما زاد على ذلك إلى صاحب الثوب .

وفي فتاوى أهل سمرقند: المرهونة إذا أرضعت صبي المرتهن لم يحتسب؛ لأن لبن الآدمي لا ثمن له .

(١) في أ: و .

(٢) في أ: وإذا .

(٣) سقط في أ .

وفي مجموع النوازل: إذا رهن الرجل من آخر ثوبًا يساوي عشرين درهماً بعشرة دراهم، ثم إن الراهن أذن للمرتهن في لبسه [فأنقصه ستة دراهم]^(١)، ثم لبسه المرتهن بغير إذن الراهن فأنقصه^(٢) أربعة دراهم، ثم ضاع [الثوب]^(٣)، وقيمته عشرة دراهم فإن المرتهن يرجع على الراهن بدرهم [من دينه ويسقط من دينه تسعة دراهم]^(٤).

والوجه في ذلك: أن الثوب لما رهن بعشرة وقيمته عشرون صار كل درهمين رهنًا بدرهم، فإذا ذهبت ستة بلبس المرتهن بإذن الراهن فقد وجب للمرتهن على الراهن ثلاثة؛ لأن هذه الستة ذهبت باستعمال الراهن معنى؛ لأن استعمال المرتهن بأمر^(٥) الراهن كاستعمال الراهن بنفسه فضمن الستة الذاهبة تكون على الراهن وذلك ثلاثة دراهم بمقابلة كل درهمين بدرهم، فإذا ذهبت أربعة بعد ذلك بلبس المرتهن بغير إذن الراهن فهذه الأربعة كلها مضمونة^(٦) على المرتهن؛ لأنها ذهبت باستعماله فلما هلك وقيمته عشرة صار المرتهن مستوفيًا من دينه خمسة، وقد وجب على المرتهن أربعة للراهن، وللمرتهن على الراهن ثلاثة، فصارت ثلاثة بثلاثة قصاصًا ويبقى على المرتهن درهم فيحسب عليه من حقه وبقي له إلى تمام حقه درهم؛ لأنه استوفى خمسة بهلاكه وقضى ثلاثة بطريق المقاصة فاحتسب عليه درهم مما هلك باستعماله، فجملة ما حصل له تسعة وبقي له إلى تمام حقه درهم فيرجع بذلك على المرتهن.

وإذا باع الراهن [الرهن]^(٧)، يقف على إجازة المرتهن [أو قضاء دينه]^(٨).

(١) في أ: فنقصه.

(٢) في أ: فقبضه.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: بإذن.

(٦) في أ: مضمونة.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في أ.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه ينفذ، فإن لم يجز المرتهن البيع ولم يبطله القاضي، هل يبقى البيع منعقدًا حتى إذا سقط حق المرتهن عن الرهن ينعقد ذلك البيع ولا يحتاج إلى تجديد البيع، أو يبطل حتى إذا سقط حق المرتهن عن الرهن يحتاج إلى تجديد البيع؟

ذكر في آخر الباب الأول من رهن الجامع: أنه يبقى منعقدًا.

وروي عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا يبقى منعقدًا.

قيل: ما ذكر أنه يبقى جواب الاستحسان.

وجه القياس في ذلك: وهو أن الحق معتبر بالحقيقة، ولو كان للغير حقيقة ملك يوقف أصل العقد والنفذ على إجازته حتى إذا لم يجز بطل الأمران فكذلك هاهنا. [وجهه]^(١) الاستحسان: وهو أن الحق دون الحقيقة، فإن حقيقة الملك في المبيع منع نفاذ بيع الفضولي ووقوع الملك للمشتري أصلاً، والحق يمنع النفاذ ولا يمنع أصل الملك، فإن المشتري من الراهن إذا قبض يملكه ملكاً فاسدًا فثبت أن الحق دون الحقيقة فأوجب توقف النفاذ لا توقف أصل العقد حتى يظهر مزية الحقيقة على الحق ويظهر انحطاط رتبة الحق عن الحقيقة.

قال: فإن لم يجز المرتهن البيع ولم يبطله القاضي حتى رهنه الراهن من آخر فأجاز المرتهن الرهن، بطل الرهن، وجاز البيع؛ لأن البيع من الراهن وقع للمرتهن؛ لأن المرتهن ذو حظ من البيع؛ لأنه يتحول حقه من العين إلى ثمنه؛ لأن البدل قائم مقام مبدله، ويجوز أن يكون البيع حقًا للمرتهن؛ ألا ترى أن الراهن إذا مات فإنه يباع الرهن بدينه ويكون المرتهن أحق بالثمن من سائر الغرماء.

وكذلك إذا رهن وسلطه على أن يبيعه عند محل الأجل، فنزل المرتهن في إجازة المبيع منزلة المالك، والبيعان متى توقفا على إجازة المالك فأبي البيعين أجاز^(٢)

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أجازا.

جاز، وكذلك هاهنا.

فأما الرهن لا يقع للمرتهن؛ لأنه لا ينتفع به، وإنما يقع للراهن فلا تعتبر إجازة المرتهن لتنفيذ الرهن، وإنما تعتبر لإبطال حقه في الرهن فكأنه ناقض الرهن ورده عليه.

ولو كان كذلك ينفذ البيع ويبطل الرهن^(١)؛ لأنه لما زال حق المرتهن بقيت العبرة لحق الراهن، وبيعه كان سابقاً على الرهن.

ثم ذكر في الكتاب: أن الثمن في البيع يصير رهناً حتى إذا توى توى من ماله، وإذا خرج كان هو أحق به من سائر غرمائه.

وروى أبو حازم عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يصير رهناً إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً، فإذا لم يشترط فإنه لا يصير رهناً؛ لأن المرتهن لما أجاز البيع نفذ البيع وصار الثمن مملوكاً للراهن وإنه مال آخر ملكه بسبب جديد، فلا يصير رهناً من غير شرط، كما لو أجر الراهن الرهن فأجاز المرتهن لا تصير الأجرة رهناً من غير شرط؛ لما بينا، وكذلك هاهنا.

ووجه ما ذكر في ظاهر الرواية: وهو أن المرتهن لما أجاز البيع نفذ وتحول حقه من العين إلى ثمنه؛ لأن الثمن قائم مقام المثل، فتحول حق المرتهن فتعلق حقه بالثمن.

وهذا هو الأصل في جنس هذه المسائل: أن من تصرف في غير مملوك له، وقد تعلق به حق الغير، فأجاز صاحب الحق تصرفه، هل يتعلق حقه ببدله، ينظر: إن كان ما وجب من البديل بدلاً عما تعلق به حقه، يتعلق حقه بالبديل، وإن كان ما وجب من البديل^(٢) بدلاً عما لم يتعلق به حقه، لا يتعلق^(٣) حقه بالبديل.

ألا ترى أن الأجر إذا باع المستأجر فأجاز المستأجر لا يتعلق حقه بالثمن؛ لأن

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦/٣٤١).

(٢) في أ: المبدل.

(٣) زاد في أ: به.

الثلثين وجب بدلاً عن العين وحقه في المنفعة.
وأما حق المرتهن فيتعلق بالعين فجاز أن يتعلق حقه ببذله.
وفي القدوري: إذا كان البيع مشروطاً في الرهن فالثلثين رهن وإن لم يكن مشروطاً
في الرهن، فالثلثين [لا]^(١) يكون رهناً عند محمد - رحمه الله.
قال الطحاوي - رحمه الله - في اختلاف العلماء: لم نجد في ذلك خلافاً.
وفي شرح الطحاوي - رحمه الله - أن الثلثين رهن من غير ذكر خلاف. وهو
الصحيح.



(١) سقط في أ.

الفصل السابع

في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى [فيه] ^(١) والشهادة عليه

اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: هلك في يدك، فقال المرتهن: قبضته مني بعد الرهن وهلك في يدك، فالقول قول الراهن؛ لأن المدعى عليه يدعي استردادًا عارضًا.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة الراهن أيضًا ويصير المرتهن ضامنًا.

وإن قال المرتهن: هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه كان القول قوله لإنكاره دخوله في ضمانه، والبينة بينة الراهن لإثباته إيفاء الدين.

وإذا قال الراهن: رهنتك هذه الجارية بخمسمائة، وقال المرتهن: رهنتني بألف، فالقول قول الراهن، مع يمينه ولم يكن رهنًا إلا بخمسمائة.

وإن قال الراهن: رهنتكها بألف درهم، وقال المرتهن: بل رهنتها بخمسمائة، روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنهما يتحالفان ويترادان.

[روى] ^(٢) عيسى بن أبان عن محمد - رحمه الله - : إذا كان الرهن ثوبًا وأذن الراهن للمرتهن فلبسه وهلك واختلفا في هلاكه في حالة اللبس أو بعد ما نزعه وعاد رهنًا، فالقول قول المرتهن؛ لأنهما قد اتفقا على خروجه من الرهن فلا يصدق الراهن ^(٣) في عوده إلى الرهن ^(٤).

وعنه أيضًا: رهن من آخر عبدًا يساوي ألف درهم وسلط الراهن المرتهن على بيعه فقال المرتهن: بعته بخمسمائة، وقال الراهن: لم تبعه ولكن مات في يدك، فإنه ^(٥) يحلف الراهن بالله ما يعلم أن المرتهن باعه بخمسمائة ويكون القول قوله،

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الرهن.

(٤) في أ: الراهن.

(٥) في أ: قال.

ولا يستحلف بالله [لقد]^(١) مات في يدي المرتهن؛ لأنه لو قال: لا أدري أमत في يده أو لا ولكني أدري أنه لم يبعه، لكان ذلك له فيحلف بالله ما يعلم أنه باعه بخمسائة.

[روى]^(٢) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كان الثوب رهناً وقد أذن [الراهن للمرتهن في لبسه يوماً فجاء به متخرقاً]^(٣)، فقال المرتهن: تخرق في لبس^(٤) ذلك اليوم، وقال الراهن: لم تلبسه في ذلك اليوم ولم يتخرق في لبسك، فالقول قول الراهن.

فإن أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم، غير أنه قال: أصابه هذا الخرق قبل اللبس أو بعده، فالقول قول المرتهن أنه أصابه في لبسه؛ لأنهما اتفقا على خروج الثوب من الضمان بلبس المرتهن فكان القول قول المرتهن في مقدار ما عاد إلى ضمانه، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى اتفقا على دخوله في الضمان ضمناً صحيحاً ولم يعترف الراهن بخروجه من الضمان فلا يقبل قول المرتهن في ذلك. إذا كان الرهن عبداً فأقام الراهن بينة أنه أبق عند المرتهن وأقام المرتهن بينة أنه رده على الراهن فأبق عنده، قال ابن سماعة: قال محمد - رحمه الله - آخذ بينة المرتهن؛ لأنه قد يأبق عنده ثم يجده فيرده فيكون دينه على حاله وهو بريء منه. [روى]^(٥) بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا وقع الاختلاف بين الراهن والمرتهن في ولد المرهونة فقال المرتهن: ولدته عندي، فالقول قول المرتهن؛ لأنه في يده ولم يقر أنه أخذه من غيره، ولو قال المرتهن: رهنتها جميعاً، وقال الراهن: رهنت الأم وحدها، فالقول قول الراهن.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وهو متخرق.

(٤) في أ: لبيسي.

(٥) سقط في أ.

وإذا أنكر الراهن [الرهن]^(١)، فإن كان المرتهن ادعى الرهن مع القبض تقبل منه البينة على الارتهان والقبض، وإن كان المرتهن ادعى مجرد العقد لا تسمع منه البينة عليه؛ لأن مجرد العقد ليس بلازم، وإن كان المرتهن جحد الرهن فالقول قول المرتهن، وسواء شهد الشهود على معاينة القبض أو على إقرار الراهن بذلك فهما سواء عند أبي حنيفة الآخر وهو قولهما.

إذا أقام الراهن بينة [أنه رهنه]^(٢) عبدًا يساوي ألفي درهم بألف درهم، وأنكر المرتهن ولا يدري ما صنع بالعبد، ضمن قيمة العبد ويحسب له من ذلك بقدر الدين، ويرد الباقي على الراهن.

ولو أقر المرتهن بالرهن والموت عنده هلك بما فيه ولا يضمن الزيادة؛ لأنه أمين في الزيادة ولم يوجد منه جحود فلا يضمن الزيادة.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم وهو مقر به فادعى رب الدين على المديون أنه رهنه عبدًا له، وقبضه منه والمديون يجحد ذلك قضى القاضي بالرهن بينة رب الدين.

ولو كان المديون يدعي الرهن على رب الدين، ورب الدين يجحد، فإن كان الرهن قائمًا في يد المرتهن، فالقاضي لا يقضي بالرهن بينة المطلوب على رواية كتاب الرهن، وعلى رواية كتاب الرجوع عن الشهادات يقضي.

وجه ما ذكر في كتاب الرهن: أن الجحود في العقد صار كناية عن الفسخ فيوجب الفسخ متى حصل ممن يملك الفسخ، والمرتهن يملك الفسخ؛ لأن الرهن [ليس بلازم]^(٣) من جانبه فصار جحوده بمنزلة قوله: فسخت الرهن، وبعد ما قال المرتهن: فسخت الرهن، فالقاضي لا يقضي بالرهن بينة المديون كذا هاهنا.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: لازم.

ووجه ما ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات: أن جحود العقد كما يصلح كناية عن الفسخ يصلح عبارة عن إنكار العقد أصلاً وهو الحقيقة، فيعتبر إنكاراً للعقد لا فسخاً حتى يمكن للراهن إثباته بالبينة تصحيحاً للبينة بقدر الممكن.

بخلاف ما لو قال: فسخت؛ لأن قوله: فسخت، صريحاً لا يحتمل إنكار العقد من الأصل، بل هو رفع العقد بعد وجوده، والقضاء بالعقد بعد وجود ما يرفعه متعذر.

وإن كان هالكاً في يد المرتهن؛ فالقاضي يقضي ببينته باتفاق الروايات؛ لأن جحود المرتهن الرهن بعد هلاك الرهن لا يمكن أن يجعل فسخاً؛ إذ هو لا يملك فسخ الرهن بعد هلاكه فيجعل إنكار العقد من الأصل فيتمكن الراهن من إثباته بالبينة.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في كتاب الحيل: رجل في يديه رهن والراهن غائب، فأراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضي حتى يسجل له ذلك ويحكم بأنه رهن في يديه.

فالحيلة في ذلك: أن يأمر المرتهن رجلاً غريباً حتى يدعي رقبة هذا الرهن ويتقدم المرتهن إلى القاضي فيقيم المرتهن بينة عند القاضي أنه رهن عنده فيسمع القاضي بينته على الرهن^(١) ويقضي بكونه رهناً عنده ويدفع [عنه]^(٢) خصومة الغريب، فهذا تنصيب من الخصاف - رحمه الله - : أن البينة على الرهن مقبولة من المرتهن لدفع خصومة مدعي الرهن عن نفسه حال غيبة الراهن.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في كتاب الرهن، وشوش الجواب، ففي بعض المواضع شرط حضرة الراهن لسماع هذه البينة والمشايخ فيه يختلفون. منهم من قال: ما ذكر في بعض المواضع من اشتراط حضرة الراهن لسماع هذه

(١) في أ: الراهن.

(٢) سقط في أ.

البينة وقع غلطاً، والصحيح أنه تقبل هذه البينة وإن كان الراهن غائباً كما تقبل بينة المودع [على الوديعة حال غيبة المودع]^(١)، وبينة الغاصب والمستأجر والمضارب على الغاصب والإجارة والمضاربة حال غيبة المالك.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان: في إحدى الروايتين: تقبل البينة حال غيبة الراهن؛ لأنه لما رهنه منه فقد استحفظه فيه، فإذا تعذر عليه الحفظ إلا بإقامة البينة وإثبات الملك للراهن صار خصماً في ذلك كما في الوديعة وأشباهاها.

وفي رواية أخرى: لا تقبل هذه البينة حال غيبة الراهن، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وهذا؛ لأن في قبول هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب [قضاء على الغائب]^(٢)، ولا حاجة لصاحب اليد إلى ذلك لدفع الخصومة عنه كما لو أقام بينة أنه وديعة في يده.

وقد أجاب محمد - رحمه الله - بهذا في نظائره في السير الكبير فقال: العبد المرهون إذا أسر ثم أخذه المسلمون فوجده المرتهن قبل القسمة وأقام بينة أنه رهن عنده لفلان وأخذه، لا يكون هذا قضاء على الغائب بالرهن؛ لأنه لا يحتاج إلى إثبات الرهن؛ لأن الإيداع كاف، فتبين بهذا أن قبول هذه البينة لإثبات الرهن على الغائب لا وجه إليه.

وإذا أقام الراهن بينة على المرتهن أنه رهنه رهناً وأقبضه^(٣) ولم يسم الشهود الرهن، ولم يعرفوه، فإنه يسأل المرتهن عن الرهن والقول قوله [عند]^(٤) مشايخ بلخ.

وقالوا: تأويله: إذا شهد الشهود أنه رهن شيئاً مجهولاً وقبض وشهدوا على معاينة الرهن والقبض، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة، وهو نظير ما لو شهد الشهود

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وقبضه.

(٤) سقط في أ.

على الإقرار بغصب شيء مجهول، فالقاضي [لا]^(١) يقبل البينة وأجبر الغاصب على البيان، فأى شيء بين، فالقول قوله، وإن شهدوا على معاينة غصب شيء مجهول لا تقبل كذا هاهنا.

وإذا أقام الرجل بينة أنه استودع ذا اليد هذا الثوب وأقام ذو اليد [بينة]^(٢) أنه ارتهنه منه يؤخذ بيينة المرتهن ويجعل كأنه أودع أولاً ثم رهن؛ لأن الرهن يرد على الإيداع، وإن كان الإيداع لا يرد على الرهن إلا برضى المرتهن.

ولو كان الراهن أقام بينة على أنه باعه منه وأقام المرتهن بينة على الرهن، جعلته بيعاً وأبطلت الرهن، ويجعل كأنه رهن أولاً ثم باع؛ لأن البيع يرد على الرهن، وجنس هذه المسائل في [كتاب]^(٣) الشهادات.

قال: ادعى رجل على رجلين رهناً وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه وأقبضه^(٤)، والمتاع لهما جميعاً وهما يجحدان الرهن، يستحلف الذي لم يرقم عليه البينة بالله ما رهنه، فإن نكل ثبت الرهن عليهما، على أحدهما بالبينة وعلى الآخر بالنكول القائم مقام الإقرار، وإن حلف رد الرهن عليهما؛ لأن الرهن انتفى [من]^(٥) الأصل في نصيب الحالف فتعذر القضاء به في نصيب الآخر؛ لأن نصيبه نصف شائع من العين.

وإن كان الراهن واحداً والمرتهن اثنين فقال أحدهما: ارتهنت أنا وصاحبي هذه العين منك بمائة، وأقام البينة.

وقال المرتهن الآخر: لم يرهنه، وقد قبضا العين^(٦) وجحد الراهن الرهن، فعن

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وقبضه.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: الثوب.

أبي يوسف - رحمه الله - روايتان:

ذكر في باب الشهادة في الرهن من رهن الأصل: أنه يرد الرهن على الراهن كما في الوجه الأول.

وذكر في العيون رواية بشر عنه: أن العين لا يكون رهناً للمدعي بحصة دينه ولا يبطل الرهن بجحود صاحبه، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله.

وقال محمد - رحمه الله - في ذلك الباب من رهن الأصل: أقضي به رهناً وأجعله في يد الذي أقام البينة وعلى يد^(١) عدل، فإذا قضى الراهن مال الذي أقام البينة أخذ الرهن، وإن هلك الرهن ضمن نصيب الذي أقام البينة من المال، وبه نفتي.

ووجه الفرق لأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - بين هذا وبين ما تقدم: أن ثمة لم يثبت الرهن في نصيب أحدهما لانعدام الحجة فيبطل في نصيب الثاني ضرورة. أما هاهنا: المدعي أثبت الرهن ببينته في جميع العين وهو خصم في ذلك؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات حقه في نصيبه إلا بإثبات الرهن على الراهن وعلى المرتهن الآخر، فينتصب خصماً ضرورة فيقضي بالرهن في جميعه، ثم الآخر بجحوده صار راداً للرهن في نصيبه، وهو يتمكن من ذلك.

أما^(٢) لا يتمكن من إبطال حق الآخر فلا يعود شيء منه إلى الراهن كما لو ثبت ارتهانها معاينة، ثم أراد أحدهما رده لم يكن له ذلك حتى يجتمعا على الرد، لكن لا يمكن إلزام الجاحد إمساكه مع رده بجحوده، ويتعذر جعل الكل في يد المدعي لإقراره أن الراهن لم يرض بذلك فيجعل على يديه^(٣) ويد عدل^(٤) إلى أن يستوفي هو دينه.

(١) في أ: يدي.

(٢) زاد في أ: ما.

(٣) في أ: يده.

(٤) في أ: العدل.

وفي مجموع النوازل [روى] ^(١) شيخ الإسلام أبو الحسن - رحمه الله - عن رجل ادعى على آخر أنه رهن هذا ولكنه لا يدري بكم رهنه، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة؛ لأن القضاء بالرهن لا بد له من القضاء بالدين وتعذر القضاء بالدين، هاهنا لمكان الجهالة، فيتعذر القضاء بالرهن.



(١) سقط في أ.

الفصل الثامن

في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا يكلف الأصل في هذا الفصل: أن المرتهن إذا طالب الراهن بقضاء الدين وأبى الراهن ذلك، وأبى أن يحضر المرتهن الرهن، إن كان المرتهن قادرًا على إحضار الرهن من غير مؤنة تلزمه، كان للراهن أن يمتنع عن القضاء إلى أن يحضر المرتهن الرهن، وإن لم يكن المرتهن قادرًا على إحضار الرهن أصلاً مع قيام الرهن، أو لم يكن قادرًا عليه إلا بمؤنة تلزمه، فليس للراهن أن يمتنع عن القضاء في الحال.

والمعنى في ذلك: وهو أن الدين بدل [عن^(١)] الرهن من وجه وليس ببدل من وجه، فمن حيث إن الرهن يشتمل على الإيفاء والاستيفاء بدل، ومن حيث إن الاستيفاء ليس بحكم أصلي للرهن، بل الحكم الأصلي حق الحبس ليس ببدل، فكان بدلاً من وجه دون وجه.

فقلنا: إذا قدر المرتهن على إحضار الرهن من غير مؤنة تلزمه، لا يملك قبض الدين إلا بعد إحضاره اعتباراً لمعنى البدلية كما في البيع.

وقلنا: إذا لم يقدر على إحضاره [اعتباراً]^(٢) مع قيام الرهن، [أو لم يقدر على إحضاره]^(٣)، إلا بمؤنة، لا يتأخر تسليم الدين اعتباراً بطريق عدم البدلية، بخلاف البيع؛ لأن الثمن في باب البيع عوض محض.

ذكر في مجموع النوازل: سئل نجم الدين عمر النسفي - رحمه الله - عن رجل رهن من آخر عبداً بكورة مرغينان وانتقل المرتهن إلى سمرقند فجاءه الراهن وقضاه دينه، فقال المرتهن: الرهن بمرغينان فاذهب واقبضه، والراهن يطالبه بتسليمه بسمرقند، هل يلزمه ذلك بسمرقند؟

قال: نعم، إذا قضى دينه.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

وهذا الجواب يخالف ما ذكره في الزيادات، فالمذكور في الزيادات: أن من رهن [من] (١) آخر شيئاً وسلمه إلى المرتهن ثم لقيه المرتهن في غير المصر الذي فيه الرهن وطلبه بقضاء الدين وأبى الراهن ذلك حتى يحضر الرهن، فإن كان الرهن شيئاً له حمل ومؤنة أجبر الراهن على قضاء الدين، ولا يجبر المرتهن على إحضار الرهن لما ذكرنا.

يوضحه: أن عين الرهن أمانة في يد المرتهن ومؤنة الرد لا تجب على الأمين كما في الوديعة، وإذا لم تجب عليه مؤنة الرد ولا يمكنه التسليم إلا بمؤنة، فيسقط عنه التسليم ضرورة، ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن، إن طلب الراهن ذلك (٢)؛ لأن الرهن يحتمل الهلاك في هذه الحالة، وعلى تقدير الهلاك لا يجب قضاء الدين، وإذا قضي يجب نقضه فيحلف ليصير حال الرهن معلوماً ويحلف على البتات؛ لأن هذا تحليف على الهلاك في يده (٣).

(١) سقط في أ.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مؤنة المرهون على الراهن كعلف الحيوان، وسقي الأشجار، وجذاذ الثمار وتحفيفها، وأجرة مكان الحفظ، والحارس، ورعي الماشية وأجرة الراعي ونحو ذلك، لقوله ﷺ: «لا يغلُق الرهن من رهنه الذي رهنه، عليه غرمه، وله غنمه» ولأنه ملكه، فوجب عليه ما يحتاج لبقاء الرهن.

وقال الحنفية: إن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه، أو تبعيته كعلف الدابة، وأجرة الراعي، وسقي البستان، فعلى الراهن، وما يحتاج لحفظ المرهون كماوى الماشية، وأجرة الحفظ، فعلى المرتهن؛ لأن حبس المرهون له. وإذا امتنع من وجبت عليه مؤنة المرهون أجبره الحاكم عليه، فإن أصر فعله الحاكم من ماله بقدر الحاجة، وإن قام المرتهن بالمؤنة بغير إذن الحاكم، صار متطوعاً، فلا يرجع على الراهن بشيء، وإن قام بالمؤنة بإذن الحاكم، أو أشهد على الإنفاق عند فقد الحاكم، وامتناع من وجب عليه المؤنة، أو كان غائباً عن البلد، رجع بما أنفق عليه.

وقال المالكية: يرجع المرتهن على الراهن بما أنفقه وإن لم يأذن له الحاكم أو الراهن. ينظر: حاشية الطحطاوي (٢٣٨/٤)، حاشية ابن عابدين (٣١٦/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥١/٣)، بلغة السالك (١٢٠/٢)، أسنى المطالب (١٦٩/٢)، نهاية المحتاج (٢٧٩/٤)، حاشية قليوبي (٢٧٥/٢)، كشف القناع (٣٣٣/٣)، المغني، لابن قدامة (٤٣٨/٤).

(٣) في أ: يديه.

قال: وكذلك إذا كان الرهن شيئاً [ليس]^(١) له حمل ولا مؤنة؛ لأن المرتهن أمين في حق العين، والأمين لا يخاطب بتسليم الأمانة في غير المصر الذي كانت الأمانة فيه.

من مشايخنا من قال: هذا الذي ذكر في الكتاب [جواب القياس]^(٢) يجبر المرتهن على الإحضار أولاً؛ لأن الأمانة في حق ما لا حمل له ولا مؤنة على السواء. ومنهم من قال: لا، بل [ما]^(٣) ذكر جواب القياس والاستحسان. وفرق هذا القائل بين المبيع^(٤) وبين الرهن، فإن من اشترى من آخر شيئاً له حمل ومؤنة ولقيه البائع في غير المصر الذي باعه فيه وطالبه بالثمن لم يجبر المشتري على أداء الثمن حتى يحضر البائع المبيع.

ووجه الفرق: أن في باب البيع إنما يثبت للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن بإزاء مطالبة المشتري إياه بتسليم المبيع، وليس للمشتري أن يطالب البائع بتسليم المبيع هاهنا لعجزه عن ذلك؛ فلا يكون للبائع حق مطالبة المشتري بتسليم الثمن. وأما في باب الرهن: حق المطالبة بتسليم الدين ليس بإزاء حق المطالبة بتسليم الرهن، ألا ترى أن حق المطالبة بتسليم الدين كان ثابتاً قبل عقد الرهن، فكان له أن يطالبه، إلا أن يتوى الرهن أو يكون بحيث يجب على المرتهن دفعه، وليس على المرتهن دفعه في غير البلد الذي هو فيه.

عبارة أخرى في الفرق: أن المبيع والثمن عوضان من كل وجه، والمعاوضة تقتضي التساوي بين العاقدين، فإذا تراخى قبض أحدهما من غير فعل العاقد وجب تراخي [قبض]^(٥) الآخر تحريماً للموافقة وتحقيقاً للتسوية، وليس بين الرهن والدين

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: قياس.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: البيع.

(٥) سقط في أ.

معاوضة من كل وجه على ما مر؛ فلم يكن من ضرورة تراخي قبض أحدهما تراخي [قبض]^(١) الآخر، هذا إذا لقيه المرتهن في غير المصر الذي فيه الرهن.

وإن لقيه في المصر الذي فيه الرهن وطالبه بالدين وأبى الراهن ذلك حتى يحضر المرتهن الرهن، والرهن جارية، يؤمر المرتهن بإحضار الجارية أولاً؛ لأن المرتهن قادر على إحضار الجارية من غير مؤنة تلزمه^(٢).

وفي مثل هذه الصورة: يؤمر المرتهن بإحضار الرهن في المواضع كلها، [أي: إذا كان الرهن جارية والراهن والمرتهن في مصرهما، وذلك]^(٣) إما لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلو قبض المرتهن ماله قبل إحضاره الجارية فقد قبض مع قيام ما هو بمعنى الاستيفاء.

أو لأنه يحتمل أنه هلك في هذه المدة وصار المرتهن مستوفياً دينه، [فلو]^(٤) استوفى دينه قبل الإحضار حصل الاستيفاء مكرراً، لكن تركنا قضية القياس في موضع يلزم المرتهن مؤنة في إحضار الرهن، فما عداه يبقى على أصل القياس. ثم إذا أحضر المرتهن الجارية فيقال للراهن: سلم الدين ثم اقبض الجارية، وهذا؛ لأن المرتهن عين حق الراهن فيجب على الراهن تعيين حق المرتهن أيضاً، إلا أن تعيين الدراهم والدنانير لا يقع إلا بالتسليم ليحصل التعيين.



(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: إذا كان الرهن جارية والراهن والمرتهن في مصرهما.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

الفصل التاسع

في استحقاق الرهن بعد الهلاك

رهن من آخر عبدًا، فهلك في يد المرتهن، [وهلك الرهن في يد المرتهن] ثم استحقه رجل بالبينة، كان له أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن الراهن ملكه بأداء الضمان سابقًا على عقد الرهن السابق فتبين أنه رهن ملك نفسه، وأن المرتهن صار مستوفيًا دينه، فلا يرجع بالدين على الراهن.

[وإن ضمن المرتهن، رجع بما ضمن على الراهن بقيمة الرهن؛ لأن المرتهن]^(١) في قبض الرهن عامل للراهن، فكان له الرجوع بما غرم كما يرجع المستأجر على الآجر والمودع على المودع، ويرجع بالدين عليه أيضًا.

وكان ينبغي ألا يرجع على الراهن بالدين؛ لأن قرار الضمان على الراهن، فصار تضمين^(٢) المرتهن، وقرار الضمان على الراهن بمنزلة تضمين الراهن، ولو ضمن الراهن، لا يرجع المرتهن بدينه، فهأنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: أنه إذا ضمن الراهن، فالراهن يملك المرهون من جهة المستحق سابقًا على عقد الرهن وتبين أنه رهن ملك نفسه فصح الرهن وصار المرتهن بالهلاك مستوفيًا دينه، فلا يرجع بعد ذلك بالدين على الراهن.

أما إذا ضمن المرتهن، فالراهن لا يملك [من جهة المستحق إلا بملكه من جهة المرتهن؛ لأن المرتهن غاصب في حق المستحق فلا بد وأن يملكه]^(٣) من جهة المستحق بأداء الضمان، ولكن من حيث إن قرار الضمان على الراهن ينتقل الملك من المرتهن إلى الراهن.

والمرتهن إنما صار ضامنًا من وقت قبضه بحكم [الرهن]^(٤)، فيملكه الراهن بعد

(١) في أ: و.

(٢) في أ: يضمن.

(٣) في أ: يضمن.

(٤) سقط في أ.

عقد الرهن، فالرهن لم يقع على ملك الراهن في هذه الصورة فلم يصح ولم يصح المرتهن مستوفياً [دينه]^(١)، فكان له الرجوع بدينه على الراهن^(٢).



(١) سقط في أ.
(٢) في أ: المرتهن.

الفصل العاشر

في الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض

الأصل في هذا الفصل أن من رهن عددًا من الأعيان عند رجل وقبضها المرتهن، ثم إن الرهن قضي بعض الدين فأراد أن يقبض بعض الرهن ينظر: إن لم يبين حصة كل عين من الدين، لم يكن له ذلك.

وإن بين حصة كل عين من الدين ذكر في الزيادات [أن له ذلك، وذكر في كتاب الرهن أنه ليس له ذلك.

قيل: ما ذكر في كتاب الأصل قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وما ذكر في الزيادات^(١) قول محمد - رحمه الله - .

وقيل: في المسألة روايتان، وهو الأصح، وذكر ابن سماعة عن محمد في النوادر بمثل ما أجاب به في كتاب الرهن.

أما إذا لم يبين حصة كل عين من الدين إنما لم يكن له ذلك باعتبار أن الصفقة متحدة من كل وجه، فإذا قضي بعض الدين و^(٢) قبض بعض الرهن، فقد فرق الصفقة على صاحبه.

والفقه في ذلك: أن المقصود من الرهن إضجار الرهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وهذا المقصود يفوت إذا تمكن من استرداد ما يحتاج إليه قبل قضاء جميع الدين بهذا الطريق.

قلنا: المشتري إن أراد أن يؤدي بعض الثمن ويقبض المبيع، لم يكن له ذلك. وإذا بين حصة كل عين [من الدين]^(٣)، فالمسألة على روايتين: وجه ما ذكر في كتاب الرهن أن الصفقة متحدة؛ لأن قوام الصفقة بالإيجاب والقبول، وقد اتحد

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أو.

(٣) سقط في أ.

الإيجاب والقبول، وإنما تفرقت التسمية لا غير، وتفریق التسمية مع اتحاد الإيجاب والقبول لا يوجب تفریق الصفقة.

ألا ترى أن تفریق التسمية^(١) في باب البيع مع اتحاد الإيجاب والقبول لم يوجب تفریق الصفقة حتى لم يكن للمشتري أن ينقد بعض الثمن ويقبض بعض المبيع. ووجه ما ذكرناهنا: أن العقد يعرف بحكمه؛ إذ هو المقصود وحكمه يقوم بمحله فيتحد باتحاد المحل، ويتعدد [بتعدد]^(٢) المحل هذا هو الأصل، إلا إذا تعذر القول بالتعدد.

أما إذا لم يبين حصة كل عين من الدين تعذر القول بالتعدد؛ [لأنه لو تعدد صار البديل في كل عقد مجهولاً وجهالة البديل توجب فساد العقد]^(٣).

فإذا بين حصة كل عين من الدين، فقد ارتفع هذا التعدد فبقي على قضية الأصل، وهكذا نقول في البيع إنه يتعدد بتعدد المبيع، إلا أنه ليس للمشتري أن يقبل البيع في البعض دون البعض لا لاتحاد البيع، ولكن جرت فيما بين التجار بضم الرديء إلى الجيد ترويضاً للرديء مع تفصيل الثمن، فلو جاز له قبول البيع في البعض لقبول العقد في الجيد ويترك في الرديء على البائع فيتضرر به البائع.

فأما في باب الرهن فضم الرديء إلى الجيد ليس بمعتاد ولو كان معتاداً إلا أنه ليس في قبول العقد في الجيد دون الرديء إضرار بالراهن؛ لأن الجيد لا يزول عن ملكه حتى يبقى له الرديء لا غير، ولا تصير حصة الرديء [بمقابلة]^(٤) ما سمي من الدين إذا كانت قيمته أقل مما سمي فيبقى على قضية الدليل.

استشهد محمد - رحمه الله - في الزيادات بمسائل أن تفریق التسمية توجب

اختلاف الرهن فمنها:

(١) في أ: الصفقة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

أنه إذا سمي لأحد العبدین ألف درهم وللآخر مائة دينار فنقد ما بإزاء أحدهما من المال ملك قبضه .

ومنها: أن من رهن عبدًا بألف درهم يجوز، فيصير ثلثه رهناً بثلث الألف ونصفه رهناً بنصف الألف، ولو صرح به فقال: رهنك منك ثلث هذا العبد بكذا ونصفه بكذا، لا يجوز؛ لأن الرهن قد اختلف وعند اختلاف الرهن يتمكن الشيوخ .

ومنها: أن من رهن عبدًا نصفه بخمسمائة درهم ونصفه بخمسين دينارًا لا يجوز؛ لما قلنا ولو لم تكن الصفقة متفرقة، لجاز .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : هذه المسائل كلها ممنوعة على رواية كتاب الرهن .

واستدل في الكتاب أيضًا لبيان الفرق بين البيع والرهن بمسائل منها:

إذا رهن من آخر جارية بألف درهم، ثم قال للمرتهن: زدتك في خمسمائة من المال هذا الغلام رهناً فقبضه، ثم إن الراهن قضاه خمسمائة وقال: هذه الخمسمائة التي زدتك فيها الغلام، كان للراهن أن يقبض الغلام، ولو كان هذا في البيع بأن اشترى جارية بألف درهم فلم يقبضها حتى زاده البائع في خمسمائة من الثمن غلامًا فنقد المشتري خمسمائة من الثمن، وقال: هذه الخمسمائة التي زدتنى فيها هذا الغلام وأراد أن يقبض الغلام قبل أن يعطى بقية الثمن، ليس له ذلك .

استدل بهذا البيان [على] ^(١) أن الرهن يفترق بافتراق البذل والبيع لا يفترق .

قال مشايخنا - رحمهم الله - هذه المسألة ممنوعة على رواية كتاب الرهن، وليس للراهن أن يقبض الغلام .

ومنها: أن من رهن من آخر جارتين بألف كل واحدة منهما بخمسمائة وقبض ^(٢) المرتهن، ثم إن الراهن قضى المرتهن خمسمائة وقال: هذه الخمسمائة التي في هذه

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: وقبضها .

الجارية خاصة، ثم إن الرهن قال للمرتهن: زدتك مع هذه الجارية التي قضيتك الدين منها هذا الغلام رهناً، كانت الزيادة في الاعتبار.

ولو كان هذا في البيع بأن باع جاريتين بألف درهم كل واحدة منهما بخمسمائة ثم إن المشتري قضى ثمن إحدى الجاريتين ورضي البائع، ثم زاد البائع غلاماً على تلك الجارية التي قبض ثمنها كان صحيحاً.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وهذه المسألة ممنوعة على رواية كتاب الرهن، وينبغي أن تصح الزيادة.



الفصل الحادي عشر

في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد بعدما نقض الرهن
وفي الراهن يموت وعليه ديون كثيرة

ولو أن رجلاً أخذ من رجل رهناً فاسداً بأن كان الرهن في مشاع، على أن يقرضه
ألف درهم وتقابضا واستهلك الراهن الدراهم، ثم إن الراهن نقض الرهن بحكم
الفساد، وأراد استرداد الرهن، فليس له ذلك حتى ينقد المال؛ لأن المرتهن استفاد
البدل في العين بالدراهم التي أداها ليتوصل إليها بحبس الرهن، فكان له حق الحبس
إلى أن تصل إليه الدراهم كما في الرهن الجائر.

فإن هلك الرهن في يد المرتهن يهلك مضموناً بالأقل من قيمته، ومن الدين؛ لأن
هلاك الرهن قبل التسليم إلى الراهن ينتقض بالقبض ويعود الرهن بحكمه ومن حكم
عقد الرهن أنه إذا هلك المرهون في يد المرتهن يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومن
الدين، هذا هو الحكم في الرهن الجائر والفساد جميعاً.

وهذا؛ لأن قبض الرهن قبض بجهة الاستيفاء، ولو استوفى أقل من الدين
حقيقة، كان ذلك القدر مضموناً عليه ويبقى الباقي من الدين على المديون على
حاله.

ولو استوفى أكثر من الدين، كان المضمون قدر الدين وما زاد على ذلك يكون
أمانة؛ لأنه أخذه بإزاء المال، فإذا كان الحكم في حقيقة الاستيفاء هكذا فكذا في
جهة الاستيفاء، فلهذا استوى الجائر والفساد في حق هذا الحكم وهو كون المرهون
مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين.

والرهن يخالف البيع، فإن المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة، وفي الصحيح
مضمون بالمسمى.

والوجه في ذلك: أن البدل الأصلي للأشياء القيمة؛ لأنها هي العدل والمسمى
قيمة اصطلاحية، صير إليها عند صحة التسمية صيانة للعقد عن الفساد بإيجاب القيمة

التي هي مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة.

ففي الجائز منه الصيانة تحصل بالعدول عن البدل الأصلي فعدلنا عنه، وفي الفاسد منه الصيانة لا تحصل، فإن عدلنا عن البدل الأصلي فلا نعدل عنه؛ لعدم الموجب للعدول عنه للصيانة، فلعدم^(١) الموجب للعدول عن البدل الأصلي فلا يعدل عنه.

أما الرهن فعينه أمانة، وإنما الضمان فيه باعتبار يد الاستيفاء، وذلك بقدر الدين خاصة وفي هذا: الرهن الجائز والفاسد سواء.

فإن مات الراهن وعليه ديون كثيرة كان المرتهن أحق بالرهن من غرماء الراهن؛ لأنه كان أحق به من الراهن حال حياته، فيكون أحق به من غرمائه، ألا ترى أن [في الرهن]^(٢) الجائز المرتهن يكون أحق بالرهن من غرماء الراهن بعد وفاته، وطريقه ما قلنا.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - أنه ليس للمرتهن حق [حبس]^(٣) المرهون في الرهن الفاسد؛ لأنه إصرار على المعصية، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لأن الراهن لما نقض فقد ارتفعت المعصية، وحبس المرتهن الرهن مدة ليصل إلى حقه لا يكون منه إضرار؛ لأن الراهن يجبر ليسلم ما قبض من الدين ويأخذ الرهن، فإذا امتنع عن التسليم فهو المقرر للمعصية دون المرتهن، ألا ترى أن في الشراء الفاسد أثبتنا للمشتري حق الحبس إلى أن يستوفي الثمن، ولم يكن ذلك إصراراً على المعصية.

ولو كان الرهن الفاسد بدين سابق على الرهن وسلمه، ثم أراد الراهن أن يسترده كان له ذلك؛ لأن المرتهن ما أدى بمقابلة الرهن شيئاً ليثبت له حق الحبس بالمؤدى، ولم يتعلق الرهن بالدين أيضاً لفساد العقد حتى تثبت المقابلة بين الرد وبين ذلك

(١) في أ: فالعدم.

(٢) في أ: الراهن في.

(٣) سقط في أ.

الدين فكيف يثبت له حق الحبس .

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك المرتهن أعطى مآلاً بمقابلة الرهن حقيقة، وبخلاف الرهن الصحيح؛ لأنه تعلق بذلك الدين المسمى فتحققت المقابلة بين الرهن وبين ذلك الدين حكماً.

ولو كان رهنه مدبراً أو أم ولد أو شيئاً لا يكون رهناً، كان للراهن حق أخذ الرهن قبل نقد المال سواء كان الرهن بدين سابق أو بدين لاحق؛ لأن رهن هذه الأشياء باطل، وليس بمنعقد أصلاً؛ لأن عقد الرهن عقد استيفاء فيكون محله ما يمكن^(١) استيفاء الحق منه، والمدبر وأم الولد ليسا بمحل الاستيفاء لهذا الحق فلا يكونان محلين لعقد الرهن، والتصرف في غير محله لا ينعقد أصلاً.

وأما الشائع محل استيفاء هذا الحق فيكون محلاً للرهن، وإنما جاء الفساد من ناحية أخرى فكان الرهن مصادفًا محله فانعقد مفيدًا لحكمه فالتحق بالجائز؛ فلهذا افترقا.



(١) في أ: يتمكن.

الفصل الثاني عشر في رهن الأب والوصي

للأب والوصي إيفاء دينهما من مال الصغير حكماً بالبيع عندهما حتى إنهما لو باعا مال اليتيم من رب دينهما بمثل ما عليهما من الدين يجوز، وتقع المقاصة بين ما كان للمشتري عليهما من الدين وبين ما وجب للصبي على المشتري. وعند أبي يوسف - رحمه الله - لا يملكان ذلك ولا تقع المقاصة، فكذا الإيفاء بالرهن.

وأجمعوا على أنهما لو أرادا إيفاء دينهما على الحقيقة من مال الصغير أنهما لا يملكان ذلك، فإذا صح الرهن بدينهما وهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه، ويضمنان الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين، وإذا كانت القيمة أكثر من الدين يضمنان^(١) مقدار الدين ولا يضمنان^(٢) الزيادة؛ لأنهما^(٣) فيما زاد مودعا^(٤) مال الصغير ولهما هذه الولاية.

وإذا كان على الميت دين، وله وصي، فرهن بعض مال الميت من بعض غرمائه، لا يجوز، وكان لباقي الغرماء نقضه؛ لما ذكرنا أن الرهن إيفاء حكمي، ولو أثر بعض الغرماء بالإيفاء الحقيقي لا يجوز، فكذا إذا أثره بالإيفاء الحكمي.

وإذا رهن الوصي خادماً لليتيم من نفسه بدين له على اليتيم، أو رهن خادماً لنفسه من اليتيم، لم يجز^(٥).

(١) في أ: يضمن.

(٢) في أ: يضمن.

(٣) في أ: لأنه.

(٤) في أ: مودع.

(٥) اختلف الفقهاء في جواز رهن الوصي مال الصغير بدين على الصغير:

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه لا يجوز للوصي رهن مال اليتيم بدين عليه، إلا أن يكون في ذلك مصلحة لليتيم، ويكون عند ثقة.

ولو رهن الأب متاع نفسه من ابنه الصغير، أو ارتهن متاع الصغير بدين له على الصغير يجوز.



وذهب الحنفية إلى أن للوصي أن يرهن مال الصغير عند الأجنبي بتجارة باشرها، أو رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة؛ لأن للوصي التجارة بمال الصغير تمييزاً له، والرهن من توابع التجارة، فيملكه إيفاء واستيفاء، وزادوا: لو رهن الوصي مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير، جاز؛ لاشتماله على أمرين جائزين. واختلف الفقهاء في جواز رهن الوصي مال الصغير بدين للوصي على الصغير:

ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة إلى أنه ليس للوصي أن يرهن مال الصغير بدين له على الصغير؛ لأن الرهن إيفاء حكماً، فلا يملكه الوصي كالإيفاء حقيقة؛ ولأن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن، كما لا يتولى طرفي العقد في البيع؛ ولأن الوصي متهم في رهنه مال الصغير بدين لنفسه، فلا يجوز له ذلك. وذهب الحنابلة في إحدى الروايتين إلى أنه يجوز ذلك للوصي.

ينظر: تبين الحقائق (٧٣/٦)، وتكملة البحر الرائق (٢٨١/٨)، والهداية وشروحها (٩٠/٩)، ومواهب الجليل (٤١٩/٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٣٢)، وأسنى المطالب (١٥٥/٢)، وروضة الطالبين (٦٣/٤)، والمهذب (٣٣٠/١)، ومغني المحتاج (١٢٢/٢)، وكشاف القناع (٣٢٢/٣)، والمغني، لابن قدامة (٤/٣٩٧)، الإنصاف (٣٣/٥).

الفصل الثالث عشر

في الرجل يستعير من آخر شيئاً ليرهنه بدينه

استعار من آخر ثوباً ليرهنه بدينه، فهو جائز إذا رهنه بدينه بأي شيء كان وأي قدر كان؛ لأن الإعارة حصلت مطلقة، فهو بمنزلة الإعارة للانتفاع مطلقاً.

ولو سمي له شيئاً فرهنه بأقل من ذلك أو أكثر، فالمسألة على ثلاثة أوجه:
[الوجه الأول]^(١): إذا كان قيمة الثوب مثل الدين المسمى بأن كان قيمة الثوب المستعار عشرة والدين عشرة ففي هذا الوجه، إذا رهن بأقل من العشرة أو بأكثر من العشرة يصير ضامناً للثوب.

[الوجه^(٢) الثاني]: أن تكون قيمة الثوب أكثر من الدين المسمى بأن كان قيمة الثوب اثني عشر والدين المسمى عشرة وفي هذا الوجه إذا رهن بأكثر من الدين المسمى، أو بأقل من قيمة الثوب.

الثالث: أن يكون قيمة الثوب تسعة والدين عشرة وفي هذا الوجه: إن زاد على المسمى يضمن^(٣) قيمة الثوب وإن نقص، فإن كان النقصان إلى تمام القيمة بأن رهن بتسعة، لا يضمن شيئاً، وإن كان النقصان أقل من ذلك بأن رهن بثمانية، يضمن قيمة الثوب.

وإن أعاره ليرهنه لرجل بشيء سماه، فرهن بجنس آخر أو أعاره ليرهنه من رجل فرهنه من رجل آخر، فهو ضامن.

والحاصل: أن ما كان مفيداً من التقييد يجب اعتباره، وفي كل موضع لم يصير المستعير مخالفاً وهلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على المستعير بقدر ما صار المرتهن مستوفياً له من دينه؛ لأن رجوع المعير على المستعير بعلته أنه قضى دينه

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: نصف.

من ماله بأمره فإنما يرجع بقدر ما حصل القضاء .

وإن لم يكن الرهن قد هلك، ولكن أصابه عيب، ذهب من الدين بحسابه ووجب لرب الثوب مثله على الراهن؛ لأن النقصان حصل بذلك القدر .

استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه، فاستعمله قبل أن يرهنه، ثم رهنه برئ عن الضمان؛ لأنه أمين عاد إلى الوفاق، فدلّت المسألة على أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه .

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أن المستعير لا يبرأ بالعودة إلى الوفاق، وإنما يبرأ المستعير هنا بالرهن والتسليم إلى المرتهن، فإن يد المرتهن هاهنا من حيث المعنى كيد المعير حيث تحقق مقصوده فكان ذلك بمنزلة الرد على المالك حكمًا، فيبرأ بهذا لا بالعود إلى الوفاق، فإن افتكه ثم استعمله، فهو ضامن، ولو ترك الاستعمال ثم هلك بأفة أخرى، لا ضمان عليه .

قال شمس الأئمة: هذا؛ لأنه بعد الفكك مودع، والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق، وأشار شيخ الإسلام - رحمه الله - في تعليل هذه المسألة إلى أنه مستعير وإبرأؤه بالعود إلى الوفاق .

وفي المنتقى: استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه، فرهنه بمائة درهم إلى سنة، ثم إن صاحب الثوب أخذ المستعير بثوبه ليرده عليه فله ذلك، فإن كان أعلمه أنه يرهنه إلى سنة، فإن افتكه رب الثوب من ماله لم يكن متطوعًا، ورجع به على الراهن . وإن كان الراهن غائبًا وصدق المرتهن رب الثوب أنه ثوبه، فإنه يدفعه إليه، ويأخذ دينه، ولم يكن رب الثوب متطوعًا، وإن قال المرتهن: لا علم لي أنه ثوبك، لم يكن له على الثوب سبيل .

وفي فتاوى أبي الليث: أعار رجلًا شيئًا ليرهنه، وله حمل ومؤنة فرهنه، يجب رده على المعير؛ لأن للمعير فيه منفعة؛ لأنه لو هلك ضمن المستعير، فصار كالإجارة .

ألا ترى أنه لو دفع إليه شيئاً ليبيعه بأكرار حنطة، فحمله على الأمر كذا هذا وفي هذا نظر؛ لأن رد العارية على المستعير وهذه من جملة العواري وما ذكر من الضمان، فليس بمنفعة للمعير؛ لأنه إنما استحق على المستعير قدر الدين دون الرهن، وضمان [المائة درهم]^(١) بمقابلة عين قيمته مائة درهم لا يعد منفعة، كيف وإن هذه المنفعة لا تجامع الرد، فلا تعتبر في إيجاب مؤنة الرد على المعير. بخلاف الإجارة؛ لأن منفعته تعود إلى الأجر حيث يأخذ العين بإزاء المنفعة، والعين خير من المنفعة، وكذا هذه المنفعة تحصل له باعتبار سلامة العين، فجاز أن يعتبر في إيجاب مؤنة الرد عليه أخذاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «له غنمه وعليه غرمه».



(١) في أ: المعير.

الفصل الرابع عشر

في المتفرقات

وفي العيون: رجل تزوج امرأة على ألف درهم، فرهنها جرابًا هرويًا يساوي ألف درهم، ثم طلقها قبل الدخول بها، فهلك الرهن يهلك بألف عند زفر - رحمه الله. ولو لم يكن سمي لها مهرًا، فهلك الرهن، فعليها مهر المثل وعلى الزوج المتعة عند زفر، وقال أبو يوسف: يهلك الرهن بما بقي، كذا ذكر هاهنا. وذكر في نكاح الأصل: إذا أخذت المرأة بصدقتها رهنًا قيمته مثل الصداق، فهلك [الرهن]^(١) عندها فهو بما فيه، فإن طلقها قبل الدخول بها ضمنها نصف الصداق، كما لو استوفت جميع الصداق حقيقة.

وإن هلك الرهن بعد الطلاق، فلا ضمان عليها في ذلك؛ لأن نصف الصداق سقط بالطلاق من غير عوض عوضه.

ولو سقط الكل بإبرائها، خرج الرهن من أن يكون كله مضمونًا، فكذا إذا سقط النصف قائمًا يبقى ضمان الرهن بما بقي، وعند هلاكه إنما صارت مستوفية بما بقي، فلهذا لم يعوضها شيئًا، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة هلك الرهن، وجميع الصداق كان واجبًا، فصارت بهلاكه مستوفية الكل، فبالطلاق لزمها رد النصف.

ولو لم يكن في النكاح تسمية، فرهن عندها^(٢) بمهر المثل فهلك الرهن وفي قيمته وفاء بمهر المثل، صارت مستوفية.

فإن طلقها قبل الدخول بها، فعليها رد ما زاد على قدر المتعة؛ لأن المتعة هنا كنصف المسمى هناك.

وإن طلقها قبل الدخول بها والرهن قائم، فليس لها أن تحبس الرهن بالمتعة في قول أبي يوسف - رحمه الله - الآخر، وهو القياس وعلى قوله الأول، وهو قول

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: عندهما.

محمد - رحمه الله - وهو استحسان^(١) لها أن تحبس .

والحاصل: أن الرهن بمهر المثل رهن بالمتعة، وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف أولاً وبه أخذ محمد - رحمه الله .

وفي القياس، وهو قول أبي يوسف الأخير لا يكون رهناً بالمتعة وهذه من المسائل التي رجع فيها أبو يوسف من الاستحسان إلى القياس، وحققها باب المهور من نكاح الأصل .

ولو استقرض دراهم، وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين حتى يوفيه دراهمه، أو داره ليسكنها، فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة، إن استعمله فعليه أجر مثله، ولا يكون رهناً .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - رجل أتى المدينة ونزل خاناً، فقال له صاحب الخان: لا أدعك تنزل هاهنا ما لم تعط شيئاً، فدفع إليه ثيابه، فهلك عنده . إن رهنها من قبل الإجارة، فالرهن بما فيه، وإن أخذها منه؛ لأنه ظنه سارقاً فخشي منه يضمن صاحب الخان، كذا قال عصام بن^(٢) أبي يوسف - رحمه الله . قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : عندي أنه لا يضمن؛ لأنه لم يكن مكرهاً في الدفع إليه .

رجل عليه ألف درهم لآخر وبها كفيل، فأخذ الطالب من الأصيل رهناً، وأعطاه الكفيل أيضاً رهناً، قال زفر - رحمه الله - : أيهما هلك، [هلك]^(٣) بالدين كله . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا هلك الثاني فإن علم رهنه بالرهن الأول حين رهنه، هلك بالنصف، وإن لم يعلم هلك بجميع الدين .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : ذكر في آخر كتاب الرهن أنه يهلك

(١) في أ: المستجاب .

(٢) في أ: عن .

(٣) سقط في أ .

بالنصف، ولم يشترط العلم، فاحتمل أن هذا تفسير لذلك، واحتمل في رواية كتاب الرهن يستوي العلم والجهل، فيكون في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: ما قال زفر - رحمه الله - .

والثاني: ما قال أبو يوسف - رحمه الله - .

والثالث: رواية كتاب الرهن .

وجه قول زفر - رحمه الله - أن كل واحد منهما لم يرض بالرهن في متاعه إلا بجميع الدين، ولكل واحد منهما غرض صحيح، فغرض الكفيل أن يرجع عند هلاك رهنه بكل الدين على الأصيل، وغرض الأصيل ألا يرجع الكفيل عليه بشيء على تقدير هلاك رهن الأصيل .

وأبو يوسف - رحمه الله - يقول: الأمر كذلك إذا لم يعلم الثاني بالرهن الأول، أما إذا علم^(١) به فقد رضي بأن يكون رهنه زيادة في الرهن الأول .

وجه رواية كتاب الرهن: أن كل واحد منهما يطالب بجميع المال [فكانا]^(٢) كشخص واحد في إيفاء هذا الدين، فيجعل الرهن من الثاني زيادة في الرهن الأول، فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وقيمة الرهنين سواء. فأيهما هلك، هلك بنصف الدين .

وعن محمد - رحمه الله - فيمن له على آخر ألف درهم فرهنه أجنبي بها عبدًا بغير إذن المديون [ثم جاء رجل آخر ورهن بها عبدًا بغير أمر المطلوب]^(٣) جاز، فالأول رهن بالألف والآخر بخمسةائة .

ولو أن المديون رهن متاعه بالدين الذي عليه وتبرع أجنبي فرهن متاعًا آخر، فعن محمد - رحمه الله - فيمن له على آخر ألف درهم أن رهن المديون لو هلك، هلك

(١) في أ: لم يعلم .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في أ .

بجميع الدين، ورهن المتبرع لو هلك، هلك بنصف المال؛ لأن رهن المديون صار مضموناً بجميع الدين فلا يملك المتبرع غير موجب عقده عليه؛ لأن^(١) رهن المتبرع زيادة في رهن المديون فيكون بنصف الدين.

وفي العيون: يضمن بالغصب، وإذا كان رهناً يذهب من الدين بحسابه وما لا فلا.

بيانه: إذا غصب^(٢) غلاماً شاباً فشاخ، يضمن النقصان، فكذا في الرهن يذهب من الدين بحسابه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا كان بالدين رهن وكفيل بإذن المديون، فقضى الكفيل الدين، ثم هلك الرهن عند المرتهن، يرجع الكفيل على المطلوب دون الطالب؛ لأن الكفيل بمنزلة الرسول من المطلوب، لكن المطلوب هو الذي يرجع على الطالب.

وكذا من باع شيئاً وأخذ بالثمن كفيلاً بإذن المشتري، فأدى الكفيل ثم هلك المبيع قبل القبض، لا سبيل للكفيل على البائع، لكن المخاصمة مع البائع للمشتري لما ذكرناه.

وفي العيون: رهن أمة ذات زوج، جاز، وللزوج أن يغشاها وليس للمرتهن أن يحول بينه وبين ذلك، وليس هذا من الحقوق التي تفسد الرهن، فإن ماتت من وطء الزوج، سقط الدين كما لو ماتت من المرض وهذا استحسان.

وفي القياس: يهلك من مال الراهن؛ لأن الراهن هو الذي سلطه فكأنه^(٣) هو الذي وطئها.

وجه الاستحسان: أنه لم يوجد من الراهن بعد عقد الرهن ما يصير به متلفاً مباشرة

(١) في أ: وأما.

(٢) في أ: رهن.

(٣) في أ: فكان.

أو تسبباً^(١)، وحين قبل المرتهن الرهن مع علمه^(٢) أنها منكوحة فقد رضي بهذه على هذه الصفة، فأكثر ما فيه أنه لم يرض بوطء الزوج إياها لكن لا معتبر برضاه بذلك؛ لأن حق الزوج كان سابقاً على حقه.

فالمسألة في الباب الأخير من رهن الأصل.

قال أبو يوسف - رحمه الله - فكذا لو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضى المرتهن، فالجواب كذلك.

ولو زوجها بغير رضاه، فالنكاح جائز، لكن المرتهن أن يمنعه من غسيانها كما يمنع المولى لو لم يكن لها زوج.

بخلاف ما لو كانت ذات زوج وقت الرهن حيث لا يكون للمرتهن منعه^(٣)؛ لأن هناك حق المرتهن ما يثبت^(٤) في البضع لتعلق حق الزوج به سابقاً على الرهن.

أما هاهنا لم يكن لغير الراهن حق في بضعها وقت الرهن فتعلق به حق المرتهن كما تعلق بجمعها^(٥) وإن لم يغشها لم يكن المهر رهناً.

وإن ماتت من غسيانها فإن شاء المرتهن ضمن الراهن وإن شاء ضمن الزوج، ثم يرجع الزوج على المولى إن كتبه؛ لأنه غره، وإن لم يكتمه لم يرجع؛ لانعدام الغرور.

رجل رهن عند رجل خاتماً فأمسكه المرتهن، ثم رهن من آخر، فهلك في يد الثاني، فالجواب فيه^(٦) على التفصيل:

إن كان الأول استعمله على وجه صار غاصباً فالمالك في التضمين بالخيار؛ لأنه حينئذ يصير الثاني مودع الغاصب، وإن كان الأول لم يستعمله أصلاً فالضمان على

(١) في أ: تسبباً.

(٢) في أ: علمنا.

(٣) في أ: منع.

(٤) في أ: ثبت.

(٥) في أ: بنصفها.

(٦) في أ: أنه.

الأول دون الثاني في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ؛ لأن الثاني مودع المودع هكذا ذكر في بعض المواضع .

وذكر هذه المسألة في شرح الطحاوي مطلقة من غير تفصيل، فقال: لو رهن المرتهن من غيره بغير إذن الراهن وهلك في يد الثاني، فالراهن الأول بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني .

أخذ الرهن من الكفيل يصح، مذكور في كتاب الرهن في باب رهن المضارب والشريك، والارتهان من الفضولي لا يصح في هذا الباب أيضًا .

السلطان إذا أخذ الخراج أو العشر من المرتهن لا يرجع المرتهن على الراهن، فيكون متبرعًا؛ لأنه مظلوم فلا يكون له ولاية الظلم على غيره في باب رهن الأرض وغيره من كتاب الرهن .

وذكر في كتاب الرهن في باب العارية: استعار جارية [ليرهنها]^(١) فرهنها، ثم وطئها الراهن أو المرتهن [فإنه يدرأ الحد عنهما]^(٢)، هكذا ذكر في كتاب الرهن وذكر في كتاب الحدود، وقال: يجب الحد على المرتهن إلا أن يدعي الشبهة .

ورواية كتاب الرهن محمولة على هذا أيضًا؛ لأنه لا اختصاص للمرتهن في ذلك، إلا حبس وإمساك فصار كالمطلقة ثلاثًا، وثمة لو ادعى [الشبهة]^(٣)، سقط الحد، وإن لم يدع لا، والجامع بينهما أن المحل محل الاشتباه، فصح دعوى الشبهة منه، والحكم في الراهن كالحكم في المرتهن .

وذكر فيه أيضًا: أنه يجب المهر على الواطئ^(٤) فيكون رهنًا معها، ثم جعل المهر رهنًا، [ولم يجعل]^(٥) الكسب رهنًا .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: يدرأ .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ: الراهن .

(٥) في أ: وجعل .

والفرق: أن المهر بدل منفعة البضع، ومنفعة البضع ملحقة بالأجزاء شرعاً تعظيماً لها، والأجزاء داخل تحت حكم الرهن فكذا بدلها^(١). بخلاف الكسب؛ لأن ذلك بدل المنفعة حقيقة فلم يلتحق بالأجزاء شرعاً، والمنافع لا تدخل تحت حكم الرهن، فكذا بدلها^(٢).

ذكر في باب رهن الأرض: أن من رهن أرضاً فيها شجر يدخل الشجر في الرهن كما يدخل في البيع، ويدخل ثمر^(٣) الشجر من غير ذكر [في]^(٤) الرهن، بخلاف البيع. وكذلك الزرع يدخل.

وسقي الشجر يكون على الراهن؛ لأن ذلك من جملة النفقة. ولو أنفق المرتهن كان متطوعاً؛ لأنه قضى حقاً عن^(٥) غيره لا بأمره، وليس للمرتهن أن يبيع ثمرة الرهن وإن خاف عليها الفساد؛ لأن له ولاية الحبس لا ولاية البيع، ولا ضرورة فيه، لإمكان رفعه إلى القاضي حتى لو كان في موضع لا يمكنه الرفع إلى القاضي، ولو^(٦) كان بحال يفسد قبل أن يرفع، جاز له أن يبيعه، ذكره شيخ الإسلام على الأسبيجاني - رحمه الله - في شرح كتاب الرهن.

وليس للراهن أن يزرع الأرض المرهونة ولا يؤجرها، وكذلك المرتهن؛ لأن كل واحد منهما منهي عن الانتفاع بالرهن.

الراهن إذا باع المرهون وسلم، فللمرتهن الخيار: إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المشتري، وإن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن في آخر بيوع الجامع الصغير في باب المأذون، وهذا إشارة إلى أن البيع من الراهن موقوف.

(١) في أ: بدله.

(٢) في أ: بدله.

(٣) في أ: ثمن.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: على.

(٦) في أ: أو.

إذا رهن الكافر من الكافر خمراً ووضعها على يدي مسلم وقبضها المسلم، صح الرهن، لكن تنزع من يد المسلم وتوضع في يد كافر عدل، في كتاب الرهن [في باب رهن أهل الكفر].

اشتراط الخيار للراهن في الرهن ثلاثة أيام يجوز كالبيع، ولا معنى لاشتراطه للمرتهن، مذكور في كتاب الرهن في باب رهن المكاتب والعبد في آخره^(١).



(١) سقط في أ.

كتاب المضاربة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على ستة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في بيان شرائطها وحكمها.

الثاني: في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها.

الثالث: في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها.

(١) المضاربة والقراض لفظان مترادفان، إلا أنّ المضاربة: لغة أهل العراق، والقراض: لغة أهل الحجاز، والمضاربة لغة: مفاعلة من ضرب في الأرض: إذا سار فيها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [سورة المزمّل: ٢٠]. ينظر: لسان العرب (٢٥٦٦/٤).

والمضاربة اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها-: عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب.

وعرفها المالكية بأنها: توكيل على تجرّ في نقدٍ مضروبٍ مُسلمٍ بجزء من ربحه. وعرفها الشافعية بأنها: أن يدفع رجل إلى آخر مالا ليتجرّ فيه والربح مشترك. وعرفها الحنابلة بأنها: دفع مال معلوم أو ما في معناه لمن يتجرّ فيه بجزء معلوم من ربحه.

اشتملت هذه التعاريف على ثلاثة أمور:

الأول: اشتراك شخصين فأكثر بالمال من جانب، والعمل من جانب آخر.

الثاني: تصرف العامل في المال للاتجار.

الثالث: الربح يكون بينهما.

وقد كان عقد المضاربة مشهوراً عند العرب شائعاً في قريش؛ حيث كان أهل مكة يقدمون مالهم مضاربة لمن يتجرّ به؛ كما أنه كان لقريش رحلتان تجاريتان؛ هما رحلتا الشتاء والصيف، وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك في قوله تعالى: ﴿لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ﴾ [١] ﴿لِإِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ﴾ [٢]. والأصل فيها قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، أي: ليس عليكم حرج في أن تطلبوا زيادة من ربكم، وهي الربح. والآية شاملة للقراض والتجارة جميعاً.

ينظر: مجمع الأنهر (٣٢١/٢)، وحاشية ابن عابدين (٤٨٣/٤)، وأسهل المدارك (٣٤٩/٢)، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني (٢٥٩/٢)، والمغني، لابن قدامة (٥٢/٥)، والإشراف في منازل الأشراف، لأبي بكر ابن أبي الدنيا القرشي البغدادي، تحقيق: د. نجم عبد الرحمن خلف، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط (١)، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م (٧/٢)، حاشية البيجوري (٢٩/٢) ومغني المحتاج (٣٠٩/٢)، وتحفة المحتاج (٤١٩/٢) ونهاية المحتاج (١٥٧/٥).

- الرابع: في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها.
- الخامس: في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا يجوز.
- السادس: في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر.
- السابع: في شرط الربح لثالث.
- الثامن: في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا.
- التاسع: في بيان ما يملكه المضارب وما لا يملكه.
- العاشر: في موت المضارب.
- الفصل الحادي عشر: في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالاً مضاربة، أو يدفع مال ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة.
- الفصل الثاني عشر: في القسمة في المضاربة.
- الفصل الثالث عشر: في العيب.
- الفصل الرابع عشر: في الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب، وإقامة البينة على ما وقع فيه الاختلاف.
- الفصل الخامس عشر: في هلاك مال المضاربة.
- الفصل السادس عشر: في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة.
- الفصل السابع عشر: في نفقة المضارب.
- الفصل الثامن عشر: فيما يشترط على المضارب من الشرط.
- الفصل التاسع عشر: يجد رأس المال أنقص وصفاً أو قدراً.
- الفصل العشرون: في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه، ويدخل فيه ما إذا امتنع عن البيع حتى يجد ربحاً.
- الفصل الحادي والعشرون: في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة.
- الفصل الثاني والعشرون: في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعاً وينفق الكرى من عند نفسه.

- الفصل الثالث والعشرون: في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه .
- الفصل الرابع والعشرون: في نهي رب المال المضارب عن التصرف .
- الفصل الخامس والعشرون: في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة، ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال وعكسه .
- الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات .



الفصل الأول

بيان شرائط المضاربة وجوازها

أما الأول: في بيان شرائطها وجوازها.

فنعول: من جملة شرائط جواز المضاربة^(١) أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير

(١) ذكر الفقهاء لصحة المضاربة شروطا وهي:

ما يتعلق بالصيغة من الشروط: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد في المضاربة من الصيغة، وهي الإيجاب والقبول، وتنعقد بلفظ يدل على المضاربة، مثل قول رب المال للعامل - ضمن الصيغة-: ضاربتك، أو قارضتك، أو عاملتك، أو ما يؤدي معاني هذه الألفاظ؛ لأن المقصود المعنى، فجاز التعبير بكل ما يدل عليه، ولأنه أتى بلفظ يؤدي معنى عقد المضاربة، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ، حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف. وقبول العامل يكون بلفظ يدل على الرضا والموافقة، متصلا بالإيجاب بالطريق المعبر شرعا في عقد البيع وسائر العقود.

واشترط اللفظ في كل من الإيجاب والقبول في عقد المضاربة هو مذهب الحنفية، وقول جمهور فقهاء المالكية، والأصح عند الشافعية.

وذهب الحنابلة، وهو القول المقابل للأصح عند الشافعية إلى أنه لا يشترط في القبول قول: قبلت ونحوه أو التلطف به، بل القبول بالفعل، وتكون مباشرته قبولا للمضاربة كالوكالة.

وقال بعض المالكية - منهم ابن الحاجب -: إن المضاربة تنعقد بصيغة دالة على ذلك ولو من أحدهما ويرضى الآخر، ولا يشترط اللفظ في صيغة المضاربة إذا وجدت القرينة؛ لأن المضاربة عندهم إجارة على التجرة بمال - أي: البيع والشراء لتحصيل الربح - بجزء من ربحه، والإجارة تكفي فيها المعاوضة كالبيع، فتكفي المعاوضة في انعقاد المضاربة كذلك. ويشترط في كل من طرفي عقد المضاربة - وهما رب المال والعامل - شروط لا بد منها لصحة المضاربة، وتفصيل ذلك فيما يلي:

قال المالكية والشافعية: يشترط لصحة المضاربة أن تقع من أهل التصرف وهو الحر البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكل، أي المتأهل لأن يوكل غيره ويتوكل لغيره؛ لأن العاقدين كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وموكل لصاحبه، فمن جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له عقد شركة المضاربة، ومن لا فلا، وعلى ذلك لا تصح المضاربة من عبد إلا بإذن سيده أو كان مأذونا له في التجارة، وكذا غيره من المحجور عليهم.

وقال الرملي: ويجوز لولي المحجور عليه من صبي ومجنون وسفيه أن يضارب من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه، سواء أكان الولي أبا أم جدا أم وصيا أم حاكما أم أمينه، ومحل ذلك ألا يتضمن عقد المضاربة الإذن في السفر، فإن تضمن الإذن في السفر اتجه كونه كإرادة الولي السفر بنفسه. وأما المحجور عليه بالفلس فلا يصح أن يضارب ويصح أن يكون عاملا. وتصح المضاربة من المريض ولا يحسب ما زاد على

عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -
 أو فلوسا رائجة عند محمد - رحمه الله - .
 حتى إن المضاربة^(١) بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعا .
 وروى الحسن بن زياد في المجرد عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن المضاربة
 بالفلوس جائزة .
 وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - الدراهم التجارية لا تجوز المضاربة
 بها كالفلوس .
 وأما المضاربة بالتبر، فهو على ما ذكرنا في الشركة بالتبر .
 وفي القدوري: أن من دفع إلى رجل عرضا وقال: بعه واعمل بثمره مضاربة،
 فباعها بدراهم أو دنانير، وتصرف فيها جاز؛ لأنه لم يصف المضاربة إلى العروض،

=
 أجره المثل من الثلث؛ لأن المحسوب منه ما يفوته من ماله، والربح ليس بحاصل حتى
 يفوته، وإنما هو شيء يتوقع حصوله، وإذا حصل كان بتصرف العامل .
 وقال الحنفية: يشترط في رب المال والمضارب أهلية التوكيل والوكالة لأن المضارب
 يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل، فيشترط في الموكل أن يكون ممن يملك فعل
 ما وكل به بنفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فلا يصح التوكيل
 من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا؛ لأن العقل من شرائط الأهلية، ألا ترى أنهما لا
 يملكان التصرف بأنفسهما . ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلا، فلا تصح وكالة المجنون
 والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة، فتصح وكالة الصبي
 العاقل والعبد، مأذونين كانا أو محجورين .
 وقال الحنابلة: لا يصح شيء من الشركة - ومنها المضاربة - إلا من جائز التصرف؛
 لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع .
 ينظر: بدائع الصنائع (٢٠/٦)، (٨١-٨٢)، والدر المختار (٤/٤٨٤، ٤٨٥)، والشرح
 الصغير وحاشية الصاوي (٣/٤٥٧، ٤٥٨، ٦٨٢، ٦٨٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح
 الكبير (٣/٥١٧)، وشرح الخرخشي وحاشية العدوي (٦/٢٠٣)، والمدونة (٥/١٠٧)،
 والفواكه الدواني (٢/١٧٥)، وروضة الطالبين (٥/١٢٤) وما بعدها، وكشاف القناع
 (٣/٥٠٧، ٥٠٨)، نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسي (٥/٢٦٦)، وشرح منتهى
 الإرادات (٢/٣٢٧ - ٣٢٨)، ومغني المحتاج (٢/٣١٤)، المغني، لابن قدامة
 (١/٥ - ٢) .

(١) في أ: المضارب .

وإنما أضافها إلى الثمن، فالثمن تصح به المضاربة.
ومن جملة شرائطها: أن يكون رأس المال معلوما عند العقد حتى لا يقعان في
المنازعة في الثاني.

والعلم به بأحد الطريقتين إما بالإشارة أو التسمية، فقد ذكر محمد - رحمه الله -
في مضاربة الأصل: إذا دفع [إلى رجل]^(١) دراهم مضاربة لا يدري واحد منهما ما
وزنها فهو جائز؛ لأن جهالة الوزن لا توقعهما في المنازعة في الحال، وفي الثاني
يتوهم المنازعة بأن يشتري المضارب برأس المال شيئاً قبل الوزن، ويبيع ويربح، ثم
يحتاجان إلى القسمة فتقع بينهما منازعة في مقدار رأس المال، وقد لا تقع هذه
المنازعة بأن وزنا الدراهم والدنانير قبل الشراء لا يعرف قدر وزنها مع ضيق حالهما
فالمضاربة أولى.

ومن جملة الشرائط أن يكون رأس المال عينا لا ديناً؛ فالمضاربة بالديون لا
تجوز، حتى إن من كان له على آخر ألف درهم فأمره صاحب الدين أن يعمل بها
مضاربة، حتى لا تجوز المضاربة؛ لأن سبيل المضاربة أن تكون أمانة في يد
المضارب؛ لأن المضارب أمين في حق رأس المال، ولا يتصور أن يكون أمينا فيما
عليه من الدين. أما قبل القبض من نفسه؛ لأن الدين مضمون على المديون.

وأما بعد القبض من نفسه؛ لأن قبضه من نفسه لم يصح؛ لأن المديون لا يصلح
وكيلاً عن صاحب الدين في قبض ما عليه.

وهذا بخلاف^(٢) ما لو غصب رجل من رجل ألف درهم، والدراهم قائمة في يد
الغاصب، فقال المغصوب منه للغاصب: اعمل بها مضاربة بالنصف، صحت
المضاربة، وإن كان رأس المال مضموناً قبل عقد المضاربة؛ لأنه صار أمانة بعقد
المضاربة؛ لأنه لما قال له: اعمل بها مضاربة، ومن حكم رأس المال أن يكون أمانة

(١) في أ: الرجل.

(٢) في أ: يجوز.

في يد المضارب، فقد أبرأه عن ضمان الغصب.
وبخلاف ما إذا كان للرجل على رجل دين، فقال رب المال لرجل آخر: اقبض ما لي من فلان، واعمل به مضاربة بالنصف، فهو جائز؛ لأنه هناك أضاف المضاربة إلى ما بعد القبض، وبعد القبض يصير أمانة في يده؛ لأنه [لا] ^(١) يصلح وكيلاً عن رب المال في قبض دينه عن غيره، أما هنا بخلافه.

وإذا فسدت المضاربة في هذه الصورة، بعد هذا إذا اشترى وربح أو خسر، كان الربح والخسران عليه، والدين على المشتري على حاله لصاحب الدين عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما: ما باع واشترى يكون جائزاً على صاحب الدين، والربح له، والخسران عليه، وكان بريئاً من الدين.

وهذا الخلاف بينهم فرع مسألة عرفت في كتاب البيوع: أن رب الدين إذا قال للمديون: اشتر لي عبداً بالدين الذي لي عليك، ولم يعين البائع. أو قال: أسلم ما لي عليك، ولم يعين المسلم إليه.

فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : التوكيل لا يصح، وإذا اشترى و ^(٢) أسلم، كان ذلك واقعاً للتوكيل، ولا يبرأ عن الدين فيها هنا كذلك.

وفي الأصل: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين، فقال الآخر اقبض ديني من فلان، واعمل به مضاربة بالنصف، فقبض بعضها وعمل فيه، جاز.

بخلاف ما إذا قال: اقبض ديني من فلان، ثم اعلم به مضاربة، فقبض البعض وعمل فيه، فإنه لا يجوز؛ لأن كلمة (ثم) توجب الترتيب، فكان [الإذن بالعمل] ^(٣) مرتباً على القبض، كأنه قال: اقبض الدين الذي على فلان، ثم اعلم به بعد القبض.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: أو.

(٣) في أ: العمل بالإذن.

بخلاف (الواو) فإنه^(١) لا يوجب الترتيب بين المعطوف والمعطوف عليه، بل يقتضي وجودهما كيف ما كان وجدا معا، أو على التعاقب. أو قال: اقبض ديني من فلان، لتعمل بها مضاربة بالنصف أو قال: يعمل به مضاربة بالنصف، فقبض البعض، وعمل به، لا يجوز.

ومن جملة الشرائط: أن يكون رأس مال المضاربة مسلما إلى المضارب. ومن جملة الشرائط: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوما على وجه لا ينقطع به الشركة على^(٢) الربح، فما يقطع الشركة في الربح، يعمل فيه بقضية القياس.

بيان هذا: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن ما زرق الله تعالى في ذلك من شيء، فللمضارب من ذلك مائة درهم [أو أقل]^(٣)، أو خمسون أو أقل أو أكثر، بعد أن سمى من ذلك شيئا معلوما لا يجوز؛ [لأن]^(٤) هذا الشرط يقطع الشركة في الربح، عسى ألا يربح إلا قدر ما شرط للمضارب من الربح، أو أقل من ذلك فيستحق المضارب جميع ذلك، ولا يبقى لرب المال شيء.

ولو شرط للمضارب نصف الربح، أو ربح نصف المال، كانت المضاربة جائزة لاشتراط^(٥) نصف ربح المال شائعا، واشتراط ربح النصف سواء كذا اشتراط ربح ثلث المال شائعا، واشتراط ثلث ربح المال سواء. وذلك جائز؛ لأنه معلوم، وشرطه لا يقطع الشركة.

وكذلك لو شرط عليه ربح مائة درهم، من رأس المال لا بعينها، إذا كان رأس المال ألف درهم مثلا، واشتراط عشر الربح سواء.

(١) في أ: لأنه.

(٢) في أ: في.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: لأن اشتراط.

ولو شرطاً ربح هذه المائة بعينها، أو شرط ربح هذا النصف من المال بعينه، فالمضاربة فاسدة؛ لأن هذا الشرط [قد]^(١) يقطع الشركة في الربح؛ لأنه ربما لا يربح إلا المائة المعينة، أو النصف المعين، فيكون كل ذلك للمضارب، وربما لا يربح على هذه المائة المعينة، أو على هذا النصف المعين، ويربح على ما سواه، فيكون كل الربح لرب المال، وإذا شرط للمضارب نصف الربح إلا عشرة دراهم أو ثلث الربح إلا عشرة دراهم، فالمضاربة فاسدة؛ لأنه يجوز ألا يربح إلا عشرة، فيأخذها رب المال، ولا يبقى للمضارب شيء، وكذلك إذا شرط له نصف الربح وزيادة عشرة لا يجوز؛ لأنه يجوز ألا يربح إلا عشرة، فيأخذها المضارب، ولا يبقى لرب المال شيء.

جئنا إلى بيان حكمها:

فنقول: حكم المضاربة شرعا صيرورة المضارب وكَيْلا بعد تسليم رأس المال إليه؛ لأنه أمره بالشراء، ويكون رأس المال أمانة في يده؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، ليرده عليه، فكان بمنزلة المودع، وفي الانتهاء إذا ظهر الربح يصير شريكا؛ لأنه يستحق بعض الربح.



(١) سقط في أ.

أحكام المضاربة

وإنما سمينا هذه الأشياء حكم المضاربة؛ لأن حكم الشيء ما يثبت به، والذي يثبت بالمضاربة هذا.

ولهذا قال مشايخنا - رحمهم الله - : إن المضاربة في ابتدائها إيداع، وعند الشروع في العمل وكالة، فإذا ظهر الربح في الانتهاء يصير شركة، وإذا خالف المضارب يصير غصبا، وإذا فسدت صارت إجارة فاسدة.

فهذه أحكام تنبني عليها، فيجب أن يراعى كل حكم منها في وقته وأوانه. ثم في كل موضع فسدت المضاربة، فباع المضارب، واشترى وربح مالا كثيرا، فإنه لا يكون له شيء من الربح، وإنما له أجر مثل عمله.

وكان كالمزارعة، إذا فسدت لا يكون للمزارع ما شرط من الخارج وإنما له أجر مثل عمله، فكذلك ها هنا، وإن لم يربح، فكذلك له أجر مثل عمله، وإن لم يحصل الخارج وكذلك هذا.

وهذا بخلاف الشركة الفاسدة، إذا عمل الشريك بعد ذلك، فإنه لا يستحق أجرا. وهذا الذي ذكرنا^(١) ظاهر الرواية.

وذكر القدوري، عن أبي يوسف - رحمهما الله - : أن المضارب إذا لم يربح في المضاربة الفاسدة، فلا أجر له.

ثم في ظاهر الرواية: إذا كان له أجر مثل عمله، يجب بالغا ما بلغ أم لا يجاوز على ما شرط له؟ يجب أن تكون المسألة على الاختلاف على قياس المسألة التي ذكرناها في آخر كتاب الشركة، في باب الاحتشاش والاحتطاب، على أن يكون المجموع بينهما نصفين، فالشركة فاسدة.

ولو عمل أحدهما، وأعان الآخر، كان ذلك للعامل، ولا شيء للمعين من المجموع، وللمعين على العامل أجر مثل عمله، عند أبي يوسف - رحمه الله - لا

(١) زاد في أ: جواب.

يجاوز على نصف الخارج، الذي شرط [له]^(١).
وعلى قول محمد - رحمه الله - : يجب بالغاً ما بلغ، فيجب أن يكون هذا على ذلك الخلاف، ويجوز ألا يجاوز على المشروط ها هنا عند محمد - رحمه الله - أيضاً.

وكذلك لو عمل المضارب بالمال، فتلف كله، فله أجر مثل عمله بخلاف القصار والخياط.

ولا ضمان على المضارب فيما هلك في يده، وإن فسدت المضاربة إذا كان الهلاك من غير تعديه.

ذكر المسألة في الأصل من غير ذكر الخلاف.
وفي القدوري: إذا فسدت المضاربة، ثم هلك المال في يد المضارب لم يضمن.

وروي عن محمد - رحمه الله - : أنه يضمن.
حكى عن الطحاوي أنه كان يقول: ما ذكر في الأصل يجب على المضارب ضمان ما هلك عنده، إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه، فإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه، لا يضمن.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يضمن، ويكون أميناً في الحالين؛ لأن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة.
والخياط أجير مشترك، والمال في يد الأجير المشترك إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يكون مضموناً عندهما، وإلا فلا يكون مضموناً.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يكون مضموناً عليه، فيجب أن يكون هذا على الخلاف.

وحكى عن الفقيه الهندواني أنه يقول: ما ذكر في الأصل قولهم جميعاً، ولا

(١) سقط في أ.

يكون المال مضمونا على المضارب، وإن فسدت المضاربة عندهم جميعا، وهو الظاهر فإنه لم يحك فيه خلافا.

فعلى هذا يحتاج أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - إلى الفرق بين هذا وبين الأجير المشترك إجارة فاسدة؛ فإن المال يكون مضمونا عنده بالإجارة الفاسدة، على قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - إلا أن يهلك بأمر لا يمكن التحفظ والتحرز عنه، وها هنا قال بأن المال يكون أمانة عنده، وإن كانت المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة.

والفرق: أن المضاربة متى فسدت فهي إجارة معني، من حيث إن المضارب ابتغى بعمله عوضا، مضاربة لفظا، فعملنا بالمعنى، فأوجبنا له أجر مثل عمله ربح، أو لم يربح كما لو استأجره، وعملنا باللفظ، وجعلنا المال أمانة في يده. فأما الإجارة الفاسدة، إجارة لفظا ومعنى، فكان الأجير أجيرا مشتركا لفظا ومعنى، فيكون المال عنده [مضمون]^(١) وعندهما إلا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه.



(١) سقط في أ.

الفصل الثاني

في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها

ذكر في آخر مضاربة الأصل: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر عملت [فيه]^(١)، فالمضاربة جائزة والشرط باطل.

وقال في مزارعة الأصل: إذا دفع أرضا مزارعة بنصف الخارج وجعل للمزارع أجر عشرة دراهم كل شهر عمل فيه للمزارعة، فالمزارعة باطلة.

وكان عيسى بن أبان - رحمه الله - يطعن على محمد، وكان يقول: ينبغي أن يستوي المسألتان في الصحة والفساد.

فقال: يصحان جميعا؛ لأن [في]^(٢) كل واحد من العقدين معنى الشركة ولهذا جازت وإن كان البدل معدوما، فالشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة. أو يفسدان جميعا؛ لأن في كل واحد من العقدين معنى الإجارة والإجارة تبطلها الشروط الفاسدة.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان:

وجه رواية الفساد: أن هذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح.

[وجه رواية الجواز: أن هذا عقد على ربح معلوم لا يوجب قطع الشركة في الربح]^(٣)، ثم ألحق به شرط فاسد، فيصح العقد، ويبطل الشرط، إلا أن هذا إنما يتأتى على قولهما، لا على قول أبي حنيفة - رحمه الله -.

فالخلاف بين أبي حنيفة، وبين صاحبيه في الشروط الفاسدة الملحقة بالبيع معروف.

وعامة المشايخ على الفرق بين مسألة المضاربة، وبين مسألة المزارعة، وهو

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الصحيح .

ووجه الفرق: أن في كل واحد من العقدين معنى الشركة ومعنى الإجارة، إلا أن معنى الإجارة راجح في المزارعة على الشركة فيما عدا استحقاق البدل. ولهذا قالوا: لا يصح من غير توقيت، ويجبر العامل على العمل وأن يفسد بالشروط الفاسدة، ما عدا استحقاق البدل، فيعتبر إجارة في حق هذا الحكم، اعتباراً للراجح، والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة.

فأما معنى الشركة في المضاربة راجح على معنى الإجارة، فيما عدا تسليم رأس المال إلى المضارب، ولهذا صح من غير توقيت، ولم يجبر المضارب على العمل وألا تفسد بالشروط الفاسدة، ما عدا تسليم رأس المال إليه، فيعتبر المضاربة شركة في حق هذا الحكم، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وإن عمل المضارب على هذا الشرط، فإنه لا يصح أجيراً؛ لأنه عمل في شيء هو فيه شريك.

وقال محمد - رحمه الله - : فيمن دفع ألفاً مضاربة بالنصف، وعلى أن يدفع رب المال أرضه إليه ليزرعها سنة، أو على أن يسكن داره سنة، فالشرط باطل، والمضاربة جائزة.

ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضاً يزرعها رب المال سنة، أو يدفع داره إلى رب المال يسكنها سنة، فسدت المضاربة؛ لأن رب المال جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار؛ فصارت حصة العمل مجهولة.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: روي عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل دفع مالا إلى رجل مضاربة، على أن يبيع في دار رب المال، أو دار المضارب، كان جائزا.

ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال، أو رب المال دار المضارب، فهذا لا يجوز؛ لأنه إذا شرط البيع في أحد الدارين، فقد خص البيع بمكان، ولم يعقد على منافع الدار، وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل ذلك أجرة.

قال القدوري - رحمه الله - : وينبغي أن يكون الفساد المذكور في هذه المسألة راجعا إلى الشرط، لا إلى أصل العقد.

قال القدوري في كتابه أيضا: كل شرط فاسد في المضاربة يوجب جهالة الربح، أو قطع الشركة في الربح يوجب فساد المضاربة.

وما لا يوجب شيئا من ذلك، لا يوجب فساد المضاربة، نحو أن يشترط أن يكون الوضعية عليهما؛ لأن في المضاربة معنى الوكالة، والوكالة لا تبطلها الشروط الفاسدة، ولأن صحة عقد المضاربة موقوف على القبض، فصارت المضاربة من هذا الوجه بمنزلة الهبة، والهبة لا تبطلها الشروط الفاسدة.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في أول المضاربة أن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وإذا شرط للمضارب ربح عشرة [دراهم]^(١) فسدت؛ لأنه شرط فاسد؛ لأنه شرط ينتفي به الشركة في الربح عسى ألا يربح غير عشرة.

دفع ماله إلى رجل مضاربة، وشرط على المضارب أنه إن اشترى دقيقا، فله الربع، وإن اشترى حنطة فله النصف، وإن اشترى الشعير فله الثلث، فهذا جائز، وله أن يشتري تلك الأشياء على ما سمى، فإن اشترى الحنطة، فقد وقع المضاربة على الحنطة، فليس له أن يصرف إلى غيره. في القدوري.

وفيه أيضا قال: إن عملت في المصر فلك الثلث، وإن سافرت فلك النصف، فاشترى في البلد، وباع في السفر، قال: المضاربة على الشرط، فإذا اشترى في المصر، فله ما شرط له في المصر سواء باع في المصر أو غيره.

ولو اشترى ببعض المال في السفر، وبالبعض في المصر فربح كل واحد على ما شرط.

هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا دفع مالا مضاربة على أنه إن خرج في

(١) سقط في أ.

سفره، فنفقته على نفسه، ليس من المضاربة، فالمضاربة جائزة والشرط باطل.
قال في فتاوى أهل سمرقند: دفع مالا مضاربة وقال: تخرج إلى الري فما ربحت
في ذهابك فهو بيننا نصفان، وما ربحت في رجوعك فهو بيننا أثلاثا، ثلثه لك وثلثاه
لي، أو قال: ربح هذا الشهر بيننا نصفان، والشهر الثاني أثلاثا، فالمضاربة جائزة
والربح على الشرط؛ لأن كل شرط من هذين الشرطين صحيح على الانفراد.



الفصل الثالث

في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها

إذا قال الرجل لغيره: خذ هذه الألف معاملة بالنصف فهو مضاربة ويجعل لفظ المعاملة كناية عن المضاربة؛ لما في المضاربة من العمل وكذا إذا قال: خذ هذه الألف، واعمل بها، على أن ما رزق الله تعالى من ذلك من شيء فهو بيننا، ولم يقل المضاربة، فهو مضاربة جائزة؛ لأنه إن لم يذكر لفظ المضاربة، فقد ذكر جميع معنى المضاربة فإن معنى المضاربة الشراء والبيع.

فالشركة في الربح سبب البيع والشراء، والبيع والشراء صارا مذكورين بذكر العمل؛ لأن اسم العمل، اسم عام يتناول البيع والشراء كما يتناول غيرهما من الأعمال، وقد ذكر الشركة في الربح بقوله: على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا، والعقد كما يكون^(١) مذكورا بذكر لفظه، يصير مذكورا بذكر معانيه.

ولو قال: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف أو الثلث، أو بالعشر فهو مضاربة جائزة استحسانا؛ لأن [جميع]^(٢) معاني المضاربة صارت مذكورة، والبيع والشراء صارا مذكورين [بذكر]^(٣) العمل.

والشركة في الربح صارت مذكورة بذكر النصف عقيب ذكر الشراء. ودفع المال يراد به عرفا النصف من الربح فهو معنى قولنا: إن جميع معاني المضاربة قد صارت مذكورة.

ولو قال: خذ هذه الألف، وابتع به متاعا، فما كان من فضل فلك كذا، فسمى شيئا معلوما، ولم يزد على ذلك، فهو مضاربة استحسانا؛ لأنه ذكر جميع معاني المضاربة.

(١) في أ: يصير.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

أما ذكر الشراء والشركة في الربح فظاهر. وأما ذكر البيع؛ فلأن البيع صار مذكورا، مقتضى ذكر نصيب المضارب من الفضل والربح؛ لأن الفضل والربح لا يتحقق إلا بالبيع. ولو قال: خذ هذه الألف بالنصف، أو على نصف، ولم يزد عليه، فهو مضاربة استحسانا، ويصير تقدير هذه المسألة: خذ هذه الألف، واعمل بها بالنصف أو على النصف؛ وهذا؛ لأن كلمة (على) والباء تصحبان الأبدال، فاقضى ذكر النصف مقرونا بحرف البدل، فيستقيم استحقاق البدل عليه، وذلك العمل لا الأخذ منه، فصار العمل مذكورا. فهو معنى قولنا: إن تقدير هذه المسألة: خذ هذه الألف واعمل بها.

ولو قال: خذ هذه الألف، واشتر بها هرويا بالنصف، أو قال: رقيقا بالنصف، ولم يزد على هذا^(١)، فالمضاربة فاسدة؛ لأنه لم يأت بجميع معاني المضاربة؛ لأنه لم يذكر البيع لا نصًّا، ولا باسم آخر، إنما ذكر الشراء، وذكر النصف^(٢) عقيب ذكر الشراء وحده لا يراد به عرفا النصف من الربح، حتى يصير المبيع مذكورا، مقتضى ذكر الربح، حتى لو قال: اشتر بها هرويا، أو قال: رقيقا على أن لك نصف الفضل، أو نصف الربح، تجوز المضاربة، ويصير البيع مذكورا مقتضى ذكر الربح والفضل. فإن اشترى بالألف هرويا أو رقيقا بالنصف، فالمشترى للآمر وليس له أن يبيع ما اشترى، فإن باع مع ذلك، فالبيع باطل، وهو ضامن قيمته، إن لم يقدر عليه؛ لأنه وكيل بالشراء خاصة، فكان منعدهما في البيع فإن أجاز رب المال، والمال قائم، أو لا يدري حاله، فالبيع جائز، والثلث لرب المال؛ لأنه فضولي في هذا البيع، فإذا اتصلت الإجازة به جاز، وشرط قيام المبيع؛ لأنه وقت الإجازة؛ لأن الحكم يثبت بالإجازة فلا بد من قيام المحل وقت الإجازة.

(١) في أ: هذه.

(٢) في أ: الشراء.

وإن كان لا يعلم حاله، فالأصل هو البقاء حتى يعلم^(١) هلاكه.
ولو قال: خذ هذه الألف مضاربة واشتر بها هرويا بالنصف، أو قال رقيقا
بالنصف لا رواية لهذه المسألة في شيء من الكتب.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن عبد الله البلخي - رحمه الله - يقول: يجب ألا
يجوز هذا مضاربة، فقد ذكر في المزارعة أن من دفع إلى رجل أرضا وبذرا، وقال:
خذها مزارعة اسقها بالنصف، أو قال خذ هذه النخيل معاملة واحفظها بالنصف،
ذكر المعاملة والمزارعة فاسدة وإن ابتداء الكلام بالعموم؛ لأنه رده إلى الخصوص
بقوله فاسقها بالنصف على مخالفة ما يوجب حكم العام، فإن حكم العام أن يكون
جميع النصف مقابلا لجميع العمل، وقد قابله، فإذا عمل واحد منها، وذكر بعض ما
شملة العام على مخالفة حكمه يوجب تخصيص العموم، فإذا وجب تخصيص العام
صار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم بالخاص لا غير.

ولو تكلم بالخاص بأن قال: اسق هذه الأرض بالنصف، احفظ هذه النخيل كان
فاسدا، فكذا ها هنا، ابتداء بما يوجب العموم، وهو ذكر المضاربة، فإنه يتناول البيع
والشراء باستحقاق بعض الربح بهما فكما قال: فاشتر بها هرويا بالنصف، فقد رده
إلى الخصوص على مخالفة ما يوجب حكم العام، فإن حكم العام أن يكون النصف
بإزاء البيع والشراء لا بإزاء الشراء وحده، فإذا قال: فاشتر بها هرويا بالنصف، فقد
جعل النصف بمقابل الشراء لا غير، فصار كأنه لم يتكلم بالعام، وإنما تكلم
بالخاص لا غير، ولو تكلم بالخاص لا غير كانت المضاربة فاسدة كذا ها هنا.

قال - رحمه الله - لقائل أن يقول: إذا لم تحفظ مسألة المزارعة أن المضاربة
جائزة، إذا قال لغيره بالفارسية: (ابن رويكير وتصرف كن بطريق شركة باهرج سؤدا
ايد سيمه برابوز ونهمه برابوز) كان مضاربة فإنه^(٢) نص على الشركة؛ لأنه يؤدي

(١) في أ: يعرف.

(٢) في أ: وإن.

معناها .

دفع إلى رجل مائة وأمره أن يشتري بها مسطحة ليكون الربح بينهما، كانت المضاربة صحيحة، وإذا فعل المدفوع إليه ما أمر به وحصل الربح كان الربح بينهما على الشرط .

* * *

الفصل الرابع

في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها

قال محمد - رحمه الله - : إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن ما رزق الله تعالى من شيء في ذلك، فذلك كله للمضارب، فهذا قرض حتى لو قبض المال على هذا الشرط، وربح أو وضع أو هلك المال قبل أن يعمل به كان الربح للمضارب، والوضيعة والهلاك عليه، وهذا؛ لأنه شرط جميع الربح للمضارب، ولن يصير جميع الربح للمضارب إلا أن يصير رأس المال ملكا له، فيصير رب المال مملكا رأس المال من المضارب في ضمن اشتراط جميع الربح له. إلا أن هذا تمليك بطريق التبرع؛ لأنه لم يشترط لنفسه عوضا.

والتبرع نوعان: هبة [عوض^(١)]، وقرض، وأثبتنا القرض؛ لأن رب المال لما ملك المضارب رأس المال شرط عليه رد رأس المال بقوله مضاربة؛ لأن المضاربة تقتضي رد رأس المال على رب المال.

وإذا دفع ألف درهم مضاربة على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فذلك كله لرب المال، فهذا بضاعة، فإن عمل المضارب وربح فالربح لرب المال بتمامه، وإن وضع فالوضيعة على رب المال أيضا.

* * *

(١) سقط في أ.

الفصل الخامس

في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا يجوز

وإذا دفع ألف درهم إلى رجل مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء في ذلك، فهو بينهما، فهذه مضاربة جائزة؛ لأن كلمة (بين) في اللغة كلمة تنصيف، فكأنه قال: على أن الربح بيننا نصفان، وهناك يجوز المضاربة، فهاهنا كذلك. وكذلك إن دفع إليه دراهم مضاربة على أنهما شريكان في الربح، ولم يبين مقدار ذلك، فالمضاربة جائزة؛ لأن مطلق الشركة يقتضي المساواة فكأنه قال: على أن الربح بيننا نصفان.

وكذلك إذا دفع إليه مالا وقال: اعمل بها شركة، ولم يزد على هذا فهذه مضاربة جائزة، والربح بينهما نصفان لما ذكرنا، ولو قال على أن للمضارب شركاء فالشركة والشرك واحد، عند أبي يوسف، وهو بينهما نصفان، وقال محمد - رحمه الله - : المضاربة فاسدة.

وإذا دفع ألف درهم مضاربة على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح، فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إذا علم رب المال والمضارب ما^(١) شرط فلان لفلان من الربح، وفي هذه الوجه المضاربة جائزة؛ لأن البيع بمثل ما باعه فلان جائز، فالمضاربة أولى. [الثاني]^(٢): وإن لم يعلم ذلك لا يجوز؛ لأنهما جهلا مقدار الربح لكل واحد منهما.

[الثالث]^(٣): وإن علم أحدهما، إما رب المال، وإما المضارب وجهل الآخر، فإن المضاربة لا تجوز.

(١) في أ: بما.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الفصل السادس في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن للمضارب نصف الربح، أو [قال]^(١) ثلثه، ولم يتعرض لجانب رب المال فالمضاربة جائزة، فللمضارب ما شرط له، والباقي لرب المال؛ لأن البيان والشرط إنما يعتبران في جانب المضارب، لا في جانب رب المال؛ لأن المضارب هو الذي يستحق الربح بالشرط.

فإن قال: على أن لرب المال نصف الربح^(٢) أو قال ثلثه ولم يعين^(٣) للمضارب شيئاً، فالمضاربة جائزة استحساناً؛ لأنه لو لم تجز المضاربة إنما لم تجز؛ لأنه لم يبين نصيب المضارب، وقد بين ذلك دلالة؛ لأن رب المال [لما]^(٤) خص نصيبه من الربح بالنصف أو الثلث يجب أن يكون لهذا التخصيص فائدة، إذا صار بيانا أن الباقي للمضارب.

فأما إذا لم يصر بيانا نصيب المضارب، كان ما ذكر من النصف أو الثلث من الربح لغوا.

إذا قال لغيره: خذ هذه الألف مضاربة بالثلثين فهذا جائز، ويصير الثلثان مشروطا للمضارب.

وإن قال رب المال: عنيت الثلثين لي لم يصدق.

* * *

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: المال.

(٣) في أ: يبين.

(٤) سقط في أ.

الفصل السابع في شرط الربح لثالث

وإذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المال فهو على وجوه:
أحدها: إذا شرط ذلك لأجنبي:

وفي هذا الوجه: إن شرط العمل للأجنبي، فالمضاربة جائزة، والشرط جائز،
ويصير رب المال دافعًا المال مضاربة إلى رجلين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي،
فالمضاربة جائزة، والشرط باطل، ويجعل الشرط للأجنبي كالمسكوت عنه، ويكون
لرب المال.

الوجه الثاني: إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب، أو لعبد رب المال:
فإن شرط عمل العبد مع ذلك، فالمضاربة جائزة، والشرط جائز أيضًا، على كل
حال.

وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك، فإن لم يكن على العبد دين، صح الشرط،
سواء كان عبد المضارب، أو عبد رب المال؛ لأنه إن تعذر تصحيح هذا الشرط في
حق العبد؛ لأن الربح إنما يستحق إما برأس المال أو بالعمل أو بضمآن العمل، ولم
يوجد واحد من هذه الأسباب في حق العبد، فأمكن تصحيحه في حق مولاه؛ لأن ما
شرط للعبد مشروط لمولاه إذا لم يكن عليه دين.

فإن كان عبد المضارب، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الشرط، فيكون
المشروط كالمسكوت عنه، فيكون لرب المال؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط،
وتعذر تصحيحه للمضارب؛ لأنه يملك^(١) كسب عبده، عند أبي حنيفة إذا كان على
العبد دين.

وعندهما: يصح الشرط، ويجب الوفاء به.

وإن كان عبد رب المال، فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف.

(١) في أ: لا يملك.

الوجه الثالث: إذا شرط بعض الربح لمن لا تقبل شهادة المضارب له أو شهادة رب المال نحو المرأة، والمكاتب، أو ما أشبههما.

والجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لأجنبي.

ولو شرط بعض الربح لقضاء دين [المضارب]^(١)، أو لقضاء دين رب المال، فهو جائز، ويكون المشروط [للمشروط]^(٢) له قضاء دينه.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

الفصل الثامن

في الرجل يدفع المال بعضه مضاربة وبعضه لا

وإذا دفع إلى رجل [ألفاً]^(١)، وقال: نصفها عليك قرض، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فأخذها على ذلك، فهو جائز على ما سميا؛ لأنه جمع بين عقدين على المشاع^(٢)، لو أفرد كل واحد منهما على المشاع جاز فإنه لو قال: دفعت إليك نصف هذه الألف قرضاً يجوز.

وكذلك إذا قال: دفعت إليك نصف هذه الألف مضاربة يجوز، فيجوز إذا جمع بينهما.

وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز. ولا توجد هذه الرواية إلا هاهنا. وفيه طعن أبي القاسم الصفار.

فإذا جاز هذا العقد كان لكل واحد نصف حكم نفسه، ومن حكم القرض أنه إذا هلك بعض القرض يهلك على المستقرض.

ومن حكم المضاربة: أن رأس المال إذا هلك في المضاربة يهلك أمانة، فإذا قال: خذ هذه الألف، على أن بعضها قرض عليك، على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة، على أن الربح كله لي، فإنه يجوز ويكره؛ لأنه قرض جر منفعة، فإنه شرط مع المثل لنفسه عملاً في ماله.

ولو قال: خذ هذه الألف، على أن نصفها قرض عليك، ونصفها مضاربة تعمل فيه بالنصف، فهو جائز، ولم يذكر الكراهة هاهنا.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الكراهة ثمة ذكرها هنا؛ لأن القرض في الموضوعين جميعاً جر منفعة.

ومنهم من قال: سكوت محمد عن ذكر الكراهة في هذه المسألة دليل على أنه لا كراهة، وإنما جاء الفرق لاختلاف الموضوع.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: مشاع.

ذكر في هذه المسألة أنه دفع إليه ألف درهم، وقال: نصفها قرض لك، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فقد عطف المضاربة على القرض، ولم يجعله شرطاً في القرض، وإذا لم يصر مشروطاً في القرض كان هذا منفعة حصلت للمقرض من غير شرط في القرض، وفي المسألة المتقدمة جعل المضاربة^(١) شرطاً في القرض بأن قال: على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة.

وكلمة (على)، كلمة شرط، فصارت المضاربة^(٢) شرطاً في القرض، فكان هذا قرضاً جر منفعة شرطت في القرض.

والمكروه منفعة شرطت في القرض، لا مطلق المنفعة.

ولو قال: على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة للمضارب، وقبضها المضارب على ذلك غير مقسومة، فإن هذه الهبة فاسدة والمضاربة^(٣) جائزة. فإن هلك المال في يد المضارب، قبل أن يعمل به، أو بعد ما عمل به، فهو ضامن لنصف المال حصة الهبة.

ولا يضمن حصة المضاربة، وهذا نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون. ولا توجد بهذه المسألة رواية إلا في هذا الكتاب.

فإن ربح في المال ربحاً، كان نصف الربح للمضارب، ونصفه للمضاربة؛ لأن نصف الدراهم ملك المضارب بالهبة، فحصته من الربح تكون له ونصفه مضاربة فحصته من الربح تكون بين المضارب [ورأس]^(٤) المال فيحصل للمضارب ثلاثة أرباع الربح، ولرب المال الربح، ولم يذكر محمد رحمه الله في الكتاب أن حصة الهبة من الربح، هل تطيب للمضارب، أو يتصدق.

وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول: ينبغي أن يتصدق به عند أبي حنيفة

(١) في أ: البضاعة.

(٢) في أ: البضاعة.

(٣) في أ: والمقارضة.

(٤) سقط في أ.

ومحمد رحمهما الله .

وعند أبي يوسف رحمه الله : لا يتصدق ؛ لأن المقبوض بحكم عقد فاسد بمنزلة المغصوب حتى يجب رده بزوائده المتصلة والمنفصلة .

ولو كانت الدراهم مغصوبة، فتصرف فيها وربح، كانت المسألة على الخلاف . وكان الفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمه الله يقول : لا يتصدق ؛ لأن الدراهم هاهنا صارت مملوكة، ولكن بعقد فاسد، والدراهم متى صارت مملوكة، وتصرف فيها المالك، وربح يطيب له الربح عند الكل، سواء ملكت بعقد صحيح، أو بعقد فاسد، نص عليه محمد رحمه الله في مضاربة الأصل، وفي الجامع الكبير .

وإنما الخلاف في الدراهم المغصوبة، إذا تصرف وربح، وفي المبيع بيعًا فاسدًا، إذا تصرف فيه وربح .

ولو سمي نصفها بضاعة، ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده، فالهالك على رب المال، وإن ربح فلرب المال ثلاثة أرباع الربح، وللمضارب [ربح الربح]^(١) .

ولو سمي نصفها وديعة، ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز، فإن قسم المضارب المال نصفين، وعمل بأحد النصفين على المضاربة ووضع، فالوضعية عليه وعلى رب المال نصفها؛ لأن قسمته لا تصح؛ لأن القسمة لا تقوم بالواحد، فإن اشترى شيئًا بنصف الدراهم للمضاربة ونقد الدراهم، فقد نقد نصف الثمن من مال الوديعة، ونصفه من مال المضاربة؛ لأنه ما من جزء من أجزاء المال إلا ونصفه وديعة، ونصفه مضاربة، وإنما أمره بالشراء بمال المضاربة، لا بمال الوديعة، فصار ضامنًا حصة الوديعة، لا حصة المضاربة، فكانت الوضعية عليهما من هذا الوجه، وإن ربح فالربح بينهما، إلا ما كان حصة الوديعة يتصدق به المضارب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله .

(١) في أ: ربح .

الفصل التاسع

في بيان ما يملكه المضارب، وما لا يملكه

وإذا دفع مالا مضاربة بالنصف، ولم يزد على هذا، فهذه مضاربة مطلقة. وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات؛ لأن المطلق [يتناول]^(١) كلها وله أن يعمل ما هو من عادات التجار كالإبضاع والإيداع، واستئجار الأجير للعمل في المال؛ لأنه لا يتوصل إلى الربح إلا بذلك، وذلك من عادات التجار. وكذلك يستأجر البيوت لحفظ الأموال، والسفن والدواب، وله أن يبيع بالنقد والنسيئة.

وله أن يوكل بذلك، بكل ما كان المضارب أن يفعله، فله أن يوكل؛ لأن التوكيل داخل تحت العقد؛ لأنه يتوصل إلى المقصود به.

وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة، من مال المضاربة وأن يرهن كذلك؛ لأنه يملك الإيفاء، والاستيفاء، والرهن للإيفاء والارتهان للاستيفاء.

ولو استدان المضارب على رب المال لم يجز؛ لأن العقد انعقد على مال مقدر، ومتى نفذت الاستدانة عليه، ازداد المحل على ما يتناوله العقد، وهذا لا يجوز. فإن رهن به من متاع المضاربة شيئاً ضمنه؛ لأن الدين لزمه خاصة فإذا رهن^(٢) يصير كأنه أوفى بمال المضاربة دين نفسه [فيلزمه]^(٣) فيضمن.

وإن كان رب المال أذن له في الاستدانة، كان الدين عليهما نصفين ولو باع شيئاً وأخر الثمن، جاز.

وأما على قول أبي حنيفة ومحمد، فلأن الوكيل يملك ذلك، فالمضارب أولى، إلا أن الوكيل يضمن إذا أخر، والمضارب لا يضمن؛ لأن المضارب يملك أن يعقد

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: رضي.

(٣) سقط في أ.

العقد، ثم يبيعه بالنساء، والوكيل لا يملك ذلك.

وأما عند أبي يوسف رحمه الله: تأخير المضارب، للفقهاء الذي ذكرنا، أنه يملك الإقالة ثم البيع [بالنسيئة]^(١)، والوكيل لا يملك ذلك.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: تأخير المضارب للفقهاء الذي ذكرنا أنه يملك الإقالة، ثم البيع والوكيل يملك^(٢) ذلك.

فلو احتال على رجل أيسر أو أعسر فهو جائز؛ لأن الحوالة من عادات التجار، وليس له أن يقرض؛ لأنه تبرع، وكذلك لا يأخذ سفتجة؛ لأن هذا استدانة على رب المال، وكذلك لا يعطي سفتجة؛ لأنه إقراض إلا إذا نص على ذلك.

وله أن يسافر بالمال في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولو نهاه رب المال أن يخرج من تلك البلدة، فليس له أن يخرج سواء اشترى، أو لم يشتري.

والأصل في هذا: أن رب المال إذا خصص بعد العقد، فإن كان لم يشتريه شيئاً، أو كان تصرف فيه، والمال عين فتخصيصه جائز، كما لو خصص في الابتداء؛ لأنه يملك العزل في هذه الحالة فكذلك يملك النهي، عن بعض مقتضى العقد.

وأما إذا اشترى متاعاً فكل شيء استفاده المضارب بإطلاق المضاربة فليس لرب المال أن ينهاه، ولو نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينص نحو أن يقول: لا تبع بالنسيئة؛ لأن حق التصرف ثابت، فإنه يحتاج إلى أن يبيعه ليظهر الربح، فإذا نهاه عن ذلك فقد أبطل حقه في التصرف، وعزله عنه فلم يصح، وإذا لم يملك عزله حتى ينص المال لم يملك تخصيص الإذن أيضاً؛ لأنه عزل من وجه.

فإذا ثبت هذا فنقول: إذا نهاه عن المسافرة، لم يصح نهيه على الروايات المشهورة؛ لأنه يملك السفر بإطلاق العقد، وعلى الرواية التي لا يملك المسافرة إلا بتعميم التفويض إليه، فالنهي صحيح، وأما إذا نهاه عن الشركة وخلطه بالمال جاز

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لا يملك.

نهيته؛ لأنه بمنزلة النهي عن التصرف فيه قبل الشراء.

ولو مات رب المال، فقد انعزل المضارب من طريق الحكم سواء علم به أو لم يعلم، ولا يملك الشراء المبتدأ، ويملك بيع ما اشترى لينض المال، ولا يملك المسافرة؛ لأنه إنما يملك ثمة بالعقد، والعقد قد ارتفع بموت رب المال، وهذا بخلاف النهي عن السفر؛ لأن العقد لم يرتفع [ثمة]^(١).

ولو أن المضارب خرج بالمال بعد موت رب المال إلى مصر رب المال لم يضمن استحساناً؛ لأن رأس المال يجب عليه تسليمه إلى الورثة فلا بد من رده إلى مصرهم. وللمضارب الأمر^(٢) العام المعروف بين الناس، وليس له أن يعمل ما فيه ضرر، ولا يعمل به التجار، ولا أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه، ولا أن يحمل إلى السفر المخوف الذي يخافه التجار؛ لأن مطلق الأمر ينصرف إلى ما يتعارفه الناس. ولو دفع إليه مالا، وقال: اعمل برأيك، ثم قال: لا تعمل برأيك فنهيه صحيح، وهذا محمول على ما إذا نهاء قبل أن يعمل فيه، وكذلك إذا قال: لا تبع من فلان، أو لا تشتتر كذا وكذا، صحيح^(٣) إذا كان قبل الشراء.

ولو دفع إلى رجلين مالا مضاربة، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يقل، فليس لأحدهما أن يبيع ويشترى إلا بإذن صاحبه؛ لأنه رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما، فإن أذن له الشريك جاز؛ لأنه حصل العقد برأيهما.

ولو دفع إلى واحد، وأجاز ما صنع في ذلك، فاشترى به خمرا أو خنزيرا أو ميتة، أو مدبرا، أو أم ولد، وهو يعلم، أو لا يعلم، فهو ضامن للدراهم التي دفع؛ لأن الأمر ينصرف إلى ما يتحقق منه الربح وذلك إنما يكون بالبيع بعد الشراء، وهذه الأشياء لا يجوز بيعها فلم يتضمنها الإذن.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الأمن.

(٣) في أ: صح.

ولو اشترى بيعًا فاسدًا مما يملك إذا قبض، فليس بمخالف وما اشترى على المضاربة؛ لأن الإذن عام في الصحيح، والفاسد إذا أمكن بيعه.

ولو اشترى عينًا بما^(١) لا يتغابن الناس في مثله، فهو مخالف سواء قال: اعمل برأيك، أو لم يقل؛ لأن الوكيل بالشراء لا يملك الشراء بالغبن الفاحش، وقوله: اعمل برأيك يفيد التعميم فيما هو [من]^(٢) التجارة، ولا ينصرف إلى التبرع، وهذا تبرع من وجه.

ولو باع بما لا يتغابن الناس، فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجوز.

على هذا الاختلاف الوكيل بالبيع، فهما يقولان الأمر والتوكيل يتقيدان بالمتعارف، وذلك من المثل كالتوكيل بالشراء، ولأن هذا بيع من وجه، تبرع من وجه، ولهذا يعتبر من الثلث، والأمر ينصرف إلى ما هو بيع من كل وجه، وأبو حنيفة رحمه الله يقول بأن الأمر مطلق، فلا يجوز التقييد مع إمكان العمل بالإطلاق. قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا قال: اعمل برأيك، فله أن يعمل جميع ما في هذا الباب غير الإقراض، والاستدانة، وأخذ السفاتج، والشراء بما لا يتغابن الناس فيه، وقد قيل: المضارب يملك على المضاربة ما كان تجارة من كل وجه أو^(٣) من وجه [فما كان]^(٤) من صنيع التجار لا يملكه المضارب على المضاربة.

إذا ثبت هذا فنقول: لا يملك تزويج العبد من المضاربة بلا خلاف، وهل يملك تزويج الأمة؟ ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله أنه يملك^(٥) في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

(١) في أ: مما.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ولا.

(٤) في أ: ولم يكن.

(٥) في أ: لا يملك.

الفصل العاشر

في موت المضارب

[وإذا] (١) مات المضارب وعليه ديون ومال المضاربة في يده معروف (٢)، وهي دراهم، فرب المال أحق برأس المال وحصته من الربح، وإن قال غرماء المضارب وورثته: إن الدين الذي على المضارب دين المضاربة وأنكر رب المال، فالقول قول رب المال مع يمينه، فإن أقاموا البينة على دعواهم كان دينهم في مال المضاربة اعتبارًا للثابت بالبينة كالثابت معاينة وإن لم يقيم لهم بينة على ما ادعوا فلهم أن يستحلّفوا رب المال على علمه.

وإن كان مال المضاربة عروصًا أو رقيقًا، فالذي يلي بيع ذلك وصي المضارب

(١) سقط في أ.

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في انفساخ عقد المضاربة وبطلان الالتزامات المترتبة عليه بموت المضارب أو رب المال إذا كان مال المضاربة ناضًا - أي من جنس رأس مالها -، وذلك لأن المضاربة تتضمن الوكالة، والوكالة تنسخ بموت أحد عاقدتها ولا تورث، فتبطل المضاربة. أما إذا كان المال عروضًا تجارية، فقد اختلف الفقهاء في بطلان عقد المضاربة بموت أحدهما، وذلك على قولين:

أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو بطلان المضاربة بموت أحد العاقدين، فتباع السلع والعروض حتى ينض رأس المال جميعه، ويوزع بين ورثة المتوفى والطرف الباقي.

والثاني: للمالكية، وهو أن المضاربة لا تبطل بوفاة رب المال أو المضارب، أما رب المال إذا مات فيخلفه ورثته في المال، ويبقى العامل على قراضه إذا أراد الورثة بقاءه، وإن أرادوا فسخ العقد وأخذ مالهم كان لهم ذلك بعد نضوضه. وأما المضارب إذا مات فيخلفه ورثته في حق عمله في المضاربة، وليس لرب المال أن ينتزعه منهم إذا أرادوا العمل فيه إلا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لمورثهم.

ينظر: بدائع الصنائع (١١٢/٦)، والعقود الدرية لابن عابدين (٦٧/٢ - ٦٨)، ورد المحتار (٦٥٤/٥ - ٦٥٥)، والهداية مع العناية وتكملة فتح القدير (٤٧٠/٨)، والفتاوى الهندية (٣٢٩/٤)، والخرشي (٢١٣/٦)، والمدونة (١٣٠/١٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٧٩/٣)، والبهجة شرح التحفة (٢٢١/٢)، ونهاية المحتاج (٢٣٧/٥)، والمغني، لابن قدامة (١٧٢/٧)، وأسنى المطالب (٣٩٠/٢)، وشرح منتهى الإرادات (٣٣٦/٢)، وينظر: مادة (١٨٦٥) و (١٨٦٦) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، المنتقى، للباجي (١٧٤/٥ - ١٧٥).

دون رب المال، وإن لم يكن له وصي جعل القاضي له وصيًا، هكذا ذكر المسألة في المضاربة الكبيرة^(١)، وذكر في المضاربة الصغيرة، وقال: رب المال ووصي المضارب يبيعان ذلك معًا، هذا إذا كان مال المضاربة^(٢) معروفًا.

ولو أقر المضارب به في مرضه وعليه ديون الصحة، فرب المال أسوة لغرمائه، هكذا ذكر في الأصل، وإنه مشكل، إلا أن يكون تأويله أن تكون المضاربة معروفة في الصحة، إلا أنه لا يعرف مال المضاربة إلا بقوله؛ لأن المضاربة إذا كانت معروفة في حال الصحة فرب المال بمقدار رأس المال بمنزلة غريم الصحة؛ لأن رأس المال إنما صار دينًا في تركة المضارب بالمضاربة والتجهيل والمضاربة حدثتا^(٣) في حالة الصحة، والتجهيل وجد معاينة، فصار بمنزلة غريم الصحة من هذا الوجه.

وفي القدوري: إذا كان لا يعرف مال المضاربة إلا بقوله، فأقر بأنه مال المضاربة، فإن لم يكن عليه دين جاز إقراره، وإن كان عليه دين الصحة لم يجز إقراره، والغريم أحق بالمال، وإذا كان عليه دين في المرض، فإن كان بدأ بالإقرار بالمضاربة فهو أولى، وإن أقر بالدين ثم بالمضاربة تحاصا؛ لأن الإقرار بالدين قد صح، وتعلق حق الغرماء بهذا المال، فإذا أقر بالمضاربة، فقد أقر بمال مستهلك، فكان إقرارًا بالدين.



(١) في أ: الكبرى.

(٢) في أ: المضارب.

(٣) في أ: حدثت.

الفصل الحادي عشر

في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالا مضاربة، أو يدفع مال ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة

قال في الأصل: وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالا مضاربة لابنه، وابنه صغير في عياله، على أن يعمل الأب معه بالمال فما رزق الله تعالى في ذلك من شيء، فللمضارب ثلثه، وللابن ثلثه والمضاربة على هذا الوجه جائزة، ومراده صبي يعقل، ويقدر على العمل، أما لو كان صبياً لا يقدر على العمل، لا تجوز المضاربة للابن. فقد ذكر القدوري رحمه الله في كتابه: إذا أخذ الرجل لابنه الصغير الذي لا يعقل مالا مضاربة؛ ليعمل هو، فالمضاربة للأب، ولا شيء للابن؛ لأن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل، ولم يوجد واحد منهما في حق مثل هذا الصبي.

وفي وضع المسألة في الأصل إشارة إلى هذا، فإن محمداً رحمه الله قال: على أن يعمل الأب معه بالمال.

قال القدوري رحمه الله، وإن كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له، يريد به إذا لم يشترط عمل الأب معه [ولم يشترط له شيء من الربح بدليل مسألة الأصل، قال القدوري: فإن عمل الأب]^(١) بأمر الابن فهو متطوع، وإن كان بغير أمره فهو بمنزلة الغاصب.

وإذا دفع الأب مال ابنه الصغير مضاربة إلى نفسه فهو جائز، وإنه مشكل؛ لأن زوال يد الدافع شرط صحة المضاربة، ولم يوجد هاهنا، والجواب: زوال يده من حيث الاعتبار، وإن لم تزل يده من حيث الحقيقة؛ لأن قبل دفع المال إلى نفسه كانت يد الأب يد نيابة عن الصغير من كل وجه للحفظ، وبعد الدفع صار يده يد نفسه على المال من وجه، حتى يستفيد بهذه اليد ربحاً، وزوال اليد الثابت على رأس المال من وجه يكفي لصحة المضاربة؛ لأننا متى شرطنا زوال اليد الثابت [على رأس

(١) سقط في أ.

المال^(١) من كل وجه، صارت مضاربة أبداً، فإن يد المضارب يد رب المال من وجه.

وكذلك إذا أخذ الوصي مالاً مضاربة على الصغير الذي في عياله على أن يعمل معه، على أن يكون للوصي الثلث، وللصغير الثلث ولرب المال الثلث، فهذه المضاربة جائزة.

وإذا دفع الوصي مال الصغير إلى نفسه مضاربة، فهو جائز، وإنما جاز؛ لأن للصغير فيه نفع ظاهر؛ لأن المضارب ينمي ماله من غير عوض يستحق من ماله؛ لأن ما يستحقه المضارب من الربح يعتبر حادثاً من عمله الذي هو رأس ماله، لا من مال الصغير حتى لا يصير إجارة، وكان هذا التصرف نفعاً في حق الصغير من كل وجه. فالوصي يملك مثل هذا التصرف في مال الصغير مع نفسه، ثم الأب إذا أخذ مال ابنه الصغير مضاربة لنفسه، أو الوصي إذا فعل وشرط عمل الصغير مع نفسه، والصغير يعقل التجارة ويقدر عليها، فسدت المضاربة؛ لأن الصغير مأذون، والصبي مأذون في [مال نفسه]^(٢) بمنزلة البالغ، ورب المال إذا كان بالغاً وشرط عمل نفسه مع المضارب، أليس إنه يفسد المضاربة كذا هاهنا.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ماله.

الفصل الثاني عشر في القسمة في المضاربة

إذا كان رأس مال المضاربة ألف درهم [فربح فيها ألف درهم]^(١) فاقسما الربح فأخذ كل واحد منهما خمسمائة والألف التي أعد لرأس المال في يد المضارب لم يأخذها رب المال، حتى هلكت في يد المضارب، فإن قسمتها باطلة، والخمسمائة التي قبضها رب المال تكون من رأس المال^(٢)، ويؤدي المضارب الخمسمائة التي أخذها لنفسه من الربح إلى رب المال إن كان قائماً بعينه، حتى يتم له رأس ماله، وإن هلكت في يده [رد]^(٣) مثلها على رب المال والألف التي هلكت في يد المضارب من الربح.

واعلم بأن قسمة الربح قبل قبض رأس المال موقوفة إن بقي ما أعد لرأس المال في يد المضارب، حتى قبضه [رب]^(٤) المال، كانت القسمة جائزة، وتبين أن المقسوم كان ربها وإن هلك ما أعد لرأس المال في يد المضارب، كانت القسمة باطلة وتبين أن المقسوم كان رأس المال.

والحيلة لهما ألا تنتقض تلك القسمة أن يستوفي رب المال رأس ماله أولاً، ثم يقتسمان الربح، ثم يرد رب المال رأس المال على المضارب، ويقول: اعمل بها على المضاربة التي كانت ويكون عنده مضاربة مستقبلية.

ولو هلك المال في يد المضارب بعد ذلك لا تنتقض القسمة الأولى وعلى هذا إذا ربح^(٥) المضارب ألفين، وأخذ كل واحد [منهما]^(٦) ألف درهم حصته من الربح،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ماله.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: دفع.

(٦) سقط في أ.

ثم ضاعت الألف التي أعدت لرأس المال، كان ما قبضه رب المال من حساب رأس المال^(١).

ويأخذ رب المال من الألف التي قبضها المضارب نصفها لنفسه؛ لأنه ربح، والألف التي أعدت لرأس المال تهلك أمانة.

ولو أن رب المال قبض رأس المال أولاً، ثم اقتسما الربح، ثم أخذ المضارب حصته، ولم يقبض رب المال حصته حتى هلك حصه رب المال فالذي هلك يهلك عليهما، والذي بقي في يد المضارب فهو بينهما؛ لأن القسمة قد انتقضت بهلاك حصه رب المال قبل القبض وصار الحال بعد انتقاض القسمة كالحال قبل مباشرتها. والأصل أن في قسمة المكيل والموزون إذا^(٢) هلك أحد النصيبين قبل القبض تنتقض القسمة، ويعود الأمر على ما كان قبل القسمة.

يريد به إذا لم يكن المقسوم في أيديهما قبل القسمة؛ لأن هذه القسمة مبادلة من وجه، إفراز من وجه؛ لأن كل واحد لما أخذ نصفه قد تم ملكه، ونصفه ملك صاحبه عوضاً عما ترك من نصيبه على صاحبه.

فباعتبار المبادلة إذا ملك أحد النصيبين قبل القبض انتقضت القسمة، ولا ينقطع حق من هلك نصيبه عما قبض صاحبه.

وباعتبار الإفراز ينقطع، فلا ينقطع بالشك والاحتمال.

ولو هلك نصيب المضارب، ولم يهلك نصيب رب المال، لا تنتقض القسمة؛ لأنه إنما هلك المقبوض، وهلاك المقبوض لا يوجب انتقاض المبادلة كما في البيع، فإن من اشترى عبداً بجارية، وقبض العبد، ولم يسلم الجارية حتى هلك العبد لا ينتقض، ويؤمر مشتري العبد بتسليم الجارية، ويتم البيع بينهما.

وإذا قسم المضارب ورب المال، وأقرا بها وأخذ كل واحد منهما حصته ثم

(١) في أ: ماله.

(٢) في أ: إن.

اختلفا، فقال المضارب: قد كنت دفعت رأس المال إلى رب المال، وأنكر رب المال ذلك، فالقول قول رب المال، ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا بقبض رأس المال.

قوله في الكتاب: القول قول رب المال، يعني فيما يدعي المضارب على رب المال من خلوص الخمسائة التي قبضها لنفسه؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال، يدعي خلوص تلك الخمسائة له، وانقطاع شركة رب المال فيها، ورب المال ينكر.

وأما في حق براءة المضارب عن ضمان رأس المال، القول قول المضارب؛ لأن رب المال، يقول: رأس المال في يد المضارب وقد جحد، فصار ضامنًا بجحوده، والمضارب ينكر.

ولهذا قالوا: يحلف كل واحد منهما، المضارب، ورب المال؛ لأن كل واحد منهما جعل مدعيًا، ومدعى عليه، رب المال يدعي ضمان رأس المال، والمضارب يدعي خلوص الخمسائة التي قبضها لنفسه.

ثم إذا حلفا، انتفى الضمان عن المضارب بحلفه، وانتفى قبض رب المال رأس المال بحلفه أيضًا.

فكأن ألفًا من مال المضاربة قد هلكت، فيصرف الهلاك إلى الربح وكان ما قبضه رب المال من الخمسائة من رأس المال، والخمسائة التي قبضها المضارب من رأس المال أيضًا، فتد على رب المال إن كانت قائمة، وإن كانت هلكت^(١) غرمها لرب المال حتى يتم له رأس المال.

وقوله في الكتاب: ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا منه بقبض رأس المال قياسًا.

وفي الاستحسان: يكون إقرارًا بقبض رأس المال.

(١) في أ: هالكة.

وجه القياس: أن رب المال أقر بقسمة الربح مطلقا، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل، والكامل من قسمة الربح هي القسمة بعد قبض رأس المال، فأما قسمة الربح قبل قبض رأس المال ناقصة لكونها موقوفة.

وجه الاستحسان: أن العرف ظاهر فيما بين التجار أنهم يجسئون المال عن المضاربين ويدعون رأس المال في أيديهم ويقسمون الربح، فصرفنا مطلق اسم القسمة إلى قسمة ناقصة بحكم العرف، وصرف مطلق الاسم إلى الناقص بحكم العرف جائز، فأما إذا اختلفا قبل قسمة الربح فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال وهذه الألف التي في يدي ربح، وقال رب المال: لم أقبض منك شيئا، فإنه يحلف رب المال؛ لأن المضارب يدعي لنفسه شركة في الألف القائمة لما ادعى ربحا، ورب المال ينكر، فيكون القول فيه قول رب المال مع يمينه، فإن حلف رب المال بالله ما قبض رأس المال من المضارب، أخذ الألف القائمة برأس المال، ثم يستحلف المضارب على دعوى رب المال؛ لأنه يدعي عليه ضمان رأس المال، فإن حلف برئ عن الضمان ولكن لم يثبت قبض رب المال رأس المال فيأخذ رب المال الألف القائمة من المضارب برأس المال، وإن نكل المضارب عن اليمين فقد أقر بضمان رأس المال فيأخذ رب المال الألف القائمة برأس المال، والألف الذي على المضارب يكون ربحا فيرجع رب المال على المضارب بخمسمائة منها حصته من الربح، فإن أقاما البينة على ما ادعيا، قضى ببينة رب المال، وإن أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بما ادعى، فإن علم أول الإقرارين من آخرهما، بأن أرخا وتاريخ أحدهما سبق فالبينة بينة الذي يدعي الإقرار الآخر، وإذا لم يعلم بأن لم يؤرخا، أو أرخا وتاريخهما على السواء فالبينة بينة المضارب. والله أعلم.

الفصل الثالث عشر

في العيب

وإذا اشترى المضارب عبداً للمضاربة، ووجد به عيباً، فالخصم هو المضارب، فإذا أقاما البينة أن هذا العيب كان عند البائع، رده عليه فإن ادعى البائع الرضا على المضارب، يستحلف المضارب بالله على ذلك، ما رضيت بهذا العيب، فإن نكل حتى صار مقرراً بالرضى لا يرده على البائع، كما في الوكيل الحاضر. إلا إذا لم يمكنه الرد على البائع، يكون المشتري على المضاربة.

من مشايخنا من قال: يجب أن يكون الجواب في حق المضارب على التفصيل: إن كان الرضى بالعيب قبل القبض يلزم المضاربة، وإن كان بعد القبض لا يلزم المضاربة، إلا أن يشاء رب المال أن يكون كذلك على المضاربة؛ لأن المضارب وكيل بالشراء، والجواب في الوكيل بالشراء على هذا التفصيل.

ومن المشايخ من قال في المضارب: إذا رضي بالعيب أنه يلزم المضاربة ولا يضمن المضارب على كل حال رضي بالعيب قبل القبض أو بعده، بخلاف الوكيل [الخاص]^(١).

والفرق: أن الرضى بالعيب من صنيع التجار، فإنهم يرضون بالعيب إذا رأوا الربح على^(٢) الميعب، وقد دخل تحت المضاربة التجارة مرة بعد مرة، فيدخل فيها ما كان من صنيع التجار، فأما الوكيل فلم يؤمر بالتجارة مرة بعد أخرى، فلا يكون الرضى بالعيب على المبيع لا يستحلف لا^(٣) المضارب ولا رب المال.

أما رب المال؛ فلأن المضارب في حق العقد بمنزلة المالك كأنه اشترى لنفسه فيكون رب المال بمنزلة الأجنبي على هذا الاعتبار.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: و.

(٣) في أ: إلا.

ولو ادعى الرضى على أجنبي لم يستحلف الأجنبي، كذا هاهنا.
فإذا لم يستحلف رب المال مع أن هذه الدعوى موجهة^(١) عليه لا يستحلف
المضارب بطريق الأولى^(٢)، أو دعوى العيب لم يتوجه بالعيب فتسمع بيئته، ويبطل
حق المضارب في الرد.

وكذلك إذا أقر المضارب أن رب المال قد رضي بالعيب، صح إقراره وبطل
حقه^(٣) في الرد.

ولو اشترى المضارب عبدًا به عيب قد علم به رب المال، ولم يعلم المضارب
فللمضارب أن يرده.

ولو كان عقد المضاربة على أن يشتري عبد فلان بعينه، وبيعه وبه عيب قد علم
به رب المال، ولم يعلم المضارب به، فليس للمضارب أن يرده.
وعلى هذا إذا اشترى عبدًا قد رآه رب المال، ولم يرد المضارب فللمضارب خيار
الرؤية.

ولو [كان]^(٤) عقد المضاربة على أن يشتري عبد فلان بعينه، وقد كان رب المال
رآه، فليس للمضارب خيار الرؤية.

إذا باع المضارب عبدًا من المضاربة فطعن المشتري فيه بعيب بعد ما قبضه،
والعيب يحدث مثله، وأقر المضارب أنه كان عنده، ورد القاضي عليه بإقراره أو قبله
المضارب بنفسه بغير قضاء، أو استقال المشتري فأقاله، فذلك جائز على رب
المال؛ لأن أكثر ما فيه أن تكون هذه التصرفات بيعًا جديدًا في حق الثالث، ورب
المال ثالث، فصار في حق رب المال كأن [المضارب]^(٥) اشترى للمضاربة ما باع

(١) في أ: موجه.

(٢) في أ: أولى.

(٣) في أ: حق المضارب.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

من مال المضاربة إلا أن المضارب يملك ذلك، وبهذا الحرف يقع الفرق بين المضارب وبين الوكيل.

ولو لم يقر المضارب بالعيب، بل أنكر، ثم صالح المشتري من العيب على شيء، إن كان قيمة المصالح عليه مثل حصة العيب من الثمن أو أكثر بحيث يتغابن الناس في مثله، يجوز، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس في مثله، لا يجوز. ذكر المسألة في الكتاب من غير ذكر خلاف.

ف قيل: هذا الجواب على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: يجوز. وقيل: لا يجوز بلا خلاف.

وإذا أخرج المضارب الثمن بعيب طعن فيه المشتري، فذلك جائز على رب المال بالإجماع؛ ألا ترى أنه لو حط عن المشتري بعض الثمن لأجل العيب، جاز ذلك على رب المال، فهذا أولى، بخلاف الوكيل بالبيع إذا أخرج الثمن لعيب طعن فيه المشتري، حيث لا يصح التأخير عند أبي يوسف رحمه الله وعندهما: يصح بضمان.

وإن حط من غير عيب أيضًا جاز على رب المال، ولا ضمان [أيضًا]^(١) على المضارب، وقد مر من قبل، ثم إذا حط بعض الثمن لأجل العيب فإن كان حصة العيب من الثمن مثل ما حط أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، جاز؛ لأن هذا تجارة، وإن كان أقل [من]^(٢) مقدار ما [لا]^(٣) يتغابن الناس فيه، أو كان^(٤) الحط بغير عيب، صح الحط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويضمن ذلك من ماله لرب المال^(٥)؛ لأنه صار دينًا لرب المال على المضارب.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: جاز.

(٥) زاد في أ: ويكون رأس المال.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: لا يصح الحط، ويكون المال على المشتري على حاله، ولو أحال المشتري المضارب بالثمن على إنسان وقبل المضارب الحوالة، جاز على رب المال، ولا ضمان على المضارب، سواء كان المحال عليه [ملء أم]^(١) المشتري أو لم يكن، بخلاف الوكيل الخاص بالبيع إذا احتال بالثمن حيث لا يجوز على قول أبي يوسف رحمه الله وعندهما: يجوز، ويضمن الوكيل [الثمن للآمر]^(٢).



(١) في أ: أم من.

(٢) سقط في أ.

الفصل الرابع عشر في الاختلاف بين رب المال والمضارب وإقامة البينة على ما وقع فيه الاختلاف

وإذا قال المضارب: شرطت لي نصف الربح أو ثلثه، وقال رب المال: [شرطت لك مائة من الربح، أو قال]^(١): لم أشروط لك شيئاً، وفسدت المضاربة ولك أجر مثل عملك، فالقول قول رب المال مع يمينه.

وكان ينبغي أن يكون القول قول المضارب؛ لأن رب المال يدعي فساد العقد والمضارب يدعي صحة العقد، وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن المتعاقدين إذا اتفقا على نوع، واختلفا في صحته وفساده فالقول قول من يدعي الصحة، كما في البيع والنكاح.

وأما إذا اختلفا في نوع العقد، لا يجعل القول قول من يدعي الصحة بل يجعل القول قول صاحب المال.

ألا ترى أن صاحب المال إذا ادعى إجارة فاسدة، وادعى الآخر شراءً جائزاً، كان القول قول رب المال؛ هذا لأنهما اختلفا في نوع العقد^(٢)؛ لأن رب المال ادعى إجارة فاسدة، وإنه ادعى مضاربة فاسدة.

فالمضاربة إذا فسدت كانت إجارة فاسدة، والمضارب ادعى مضاربة جائزة والمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان، فقد اختلفا في نوع العقد، فكان القول قول صاحب المال مع يمينه ولا يتحالفان.

ولو^(٣) ادعى صاحب المال البيع، والآخر ادعى الهبة، فإنهما يتحالفان؛ لأن هناك ادعى كل واحد منهما على صاحبه عقداً، لو أقر به يلزمه، وإذا^(٤) أنكر

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: فالشراء مع الإجارة نوعان مختلفان وههنا اختلفا في نوع العقد.

(٣) في أ: وإذا.

(٤) في أ: وإن.

يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف يفيد ثمرته، وهو القضاء بالعقد الذي وقع النزاع فيه، وهناك ادعى كل واحد منهما على صاحبه عقداً، لو اقر به صاحبه لا يلزمه؛ لأن رب المال ادعى على المضارب إجارة فاسدة، والإجارة الفاسدة غير لازمة، والمضارب ادعى على رب المال مضاربة، والمضاربة وإن كانت جائزة فهي غير لازمة ولرب المال فسخها خصوصاً إذا كان رأس المال ناضباً، فالتحاف على دعوى العقد هاهنا لا يفيد ثمرته، ويعتبر حاصل الدعوى والإنكار.

وفي الحاصل: المضارب ادعى على رب المال زيادة ربح على أجر المثل، ورب المال ينكر، فيكون القول قول رب المال.

وكذلك إذا قال المضارب: شرطت لي نصف الربح، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة، فالقول قول رب المال؛ لأنهما [لم يتفقا]^(١) على نوع عقد، فالمضارب ادعى مضاربة جائزة، ورب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه ادعى شرط بعض الثلث حين ادعى استثناء العشرة دراهم من الثلث، وذلك البعض مجهول لا يدري إن كان الثلث عشرين كان المشروط له نصف الثلث، وإن كان الثلث أربعين كان المشروط [له]^(٢) ثلاثة أرباع الثلث.

وجهالة المشروط للمضارب يوجب فساد المضاربة، والتقريب ما ذكرنا، وإن أقاما البينة في هاتين المسألتين، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها أكثر إثباتاً.

ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، وقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم ولك [علي]^(٣) أجر مثل عملك، فالقول قول المضارب، وله ثلث الربح؛ لأنهما اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة، وهو اشتراط الثلث، إلا أن رب المال بدعوى شرط الزيادة على الثلث يدعي شرطاً زائداً يوجب فساد العقد

(١) في أ: لا يتفقان.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

فلا يقبل قوله، كما في البيع إذا اتفقا على البيع وادعى أحدهما أجلاً مجهولاً وخياراً مجهولاً يوجب فساد العقد، وأنكر الآخر.

بخلاف قوله: شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة؛ لأن هناك ما اتفقا على ما يكفي لصحة العقد؛ لأن الكلام المقرون بالاستثناء تكلم بما وراء المستثنى، وذلك مجهول على ما مر، وجهالة المشروط يمنع صحة العقد.

وإذا ادعى رب المال البضاعة، وادعى المضارب مضاربة صحيحة أو فاسدة، فالقول قول رب المال، فإذا أقاما البينة فالبينة بينة المضارب.

وكذا لو ادعى لرب المال مضاربة أو بضاعة، وادعى الذي في يديه المال أنه أقرضني، فإن الربح كله لي، فالقول قول رب المال، والبينة بينة المضارب.

فرع على المسألة الثانية، فقال: إذا هلك المال في يد العامل بعد ما اختلفا على ما بينا، فالمضارب يضمن جميع ما في يديه لرب المال، علم أو لم يعلم؛ لأنه ادعى ما كان أمانة عنده لنفسه، فصار جاحداً، والأمانة تضمن بالجحود، هكذا ذكر محمد في الأصل.

قال مشايخنا: هذا الجواب صحيح فيما إذا ادعى رب المال البضاعة، أو ادعى المضاربة الفاسدة، فأما إذا ادعى رب المال مضاربة صحيحة، بأن ادعى شرط النصف أو شرط الثلث لا يصح هذا الجواب، وينبغي ألا يضمن المضارب في هذه الصورة جميع ما في يده لرب المال، وإنما يضمن ما وراء المشروط له بزعم رب المال، فكيف يضمن ذلك لرب المال.

ولو ادعى رب المال القرض، وادعى العامل المضاربة، فالقول قول رب المال، فإن هلك المال في يده قبل العمل، فلا ضمان عليه؛ لأنه لو ضمن ضمن بالقبض، وقد اتفقا على أن القبض بإذن المالك، سواء كان مضاربة أو قرضاً، وإن هلك المال بعد العمل، فالمضارب يضمن؛ لأن العمل في مال الغير سبب للضمان، إلا إذا كان العمل بإذن صاحب المال وهما لم يثبت إذن صاحب المال بالعمل؛ لأن صاحب

المال يقول: أقرضتك وقد عملت في ملكي لا بإذني، والمضارب يقول: عملت بإذنيك.

وإذا لم يثبت إذن صاحب المال، عمل فيه بقضية الأصل وهو الضمان وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة رب المال، ضاع المال قبل العمل أو بعده. ويكون هذا من باب العمل بالبيتين، يجعل كأنه دفع إليه المال مضاربة ثم أقرضه، وهناك إذا هلك المال قبل العمل أو بعده، فإن الآخذ ضامن فها هنا كذلك.

ولو ادعى رب المال الغصب، وادعى المضارب المضاربة، وقد هلك المال في يد المضارب، إن هلك قبل العمل، فلا ضمان عليه، وإن هلك بعد العمل، فهو ضامن، وإن أقاما جميعًا البينة على ما ادعى من ذلك فالبينة بينة المضارب هلك بعد ما عمل أو قبل أن يعمل، حتى لا يجب الضمان في الوجهين جميعًا، بخلاف ما إذا ادعى المضارب المضاربة، وادعى رب المال القرض، فإن هناك البينة بينة رب المال.

والفرق: أن ثمة طريق العمل بالبيتين تقديم المضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، فإن الدراهم المغصوبة إن كانت في يد الغاصب على حالها، فقال له رب المال: اعمل بها مضاربة، جاز.

فأما الغصب لا يرد على المضاربة؛ لأن المضارب لا يصير غاصبًا لمال المضاربة إلا بالخلاف، ولم يدع رب المال الغصب ليتمكننا العمل بالبيتين. ولو عاينا أنه غصب منه ثم جعله صاحب المال مضاربة في ذلك بالنصف فلا ضمان، كذلك ها هنا.

وفي المتقى عن محمد: إذا قال العامل: أخذت منك غصبًا، فالربح لي بالضمان، وقال رب المال: إنما أمرتك أن تعمل به، فالقول قول رب المال، فالبينة بينة رب المال أيضًا.

ولو أقام رب المال بينة^(١) على إقرار العامل أنه أخذه بضاعة وأقام العامل بينة على إقرار رب المال أنه أخذه غصبًا، فالبينه بينة رب المال.

علل فقال: لأن^(٢) الغصب يكون بضاعة بعد أن يكون غصبًا.

وهذا إذا لم يعلم أي الإقرارين أول، فإن علم فالبينه بينة صاحب الإقرار الثاني. وإذا ادعى أحدهما العموم في المضاربة، والآخر الخصوص فيها، فاعلم بأن العموم في المضاربة كما يثبت بالتنصيص عليه، يثبت بمقتضى لفظة المضاربة.

وإذا قال المضارب: دفعت إلي المال مضاربة بالنصف، ولم تسم شيئًا، وقال رب المال: دفعت مضاربة في البزّ أو في الطعام، فإن كان قبل التصرف، فالقول قول رب المال، ويجعل إنكار رب المال العموم نهائيًا له عن العموم، ولو ثبت العموم بالنص، أو اتفاقهما، ثم نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف عمل نهيه، فهاهنا أولى.

وإن كان هذا الاختلاف بعد التصرف، فالقول قول المضارب مع يمينه استحسانًا.

وإن كان رب المال يدعي العموم، فالقول قوله قياسًا واستحسانًا؛ وهذا لأن رب المال بقوله: دفعت المال مضاربة في البزّ أو في الطعام يدعي تعيين موجب المضاربة، وأنكر المضارب ذلك.

بيانه: أن موجب عقد المضاربة العموم؛ لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض كلها، [فإنها تحتاج إلى الضرب في الأرض كلها]^(٣)، بجميع أنواع التجارات، لا لنوع منها، فإن نوعًا منها يوجد في بعض الأرض، فدعوى رب المال بخصوص دعوى تغيير موجب العقد من هذا الوجه.

(١) من قوله: «رب المال مضاربة أو بضاعة...» إلى هنا، سقط في أ.

(٢) في أ: إن.

(٣) سقط في أ.

فإن أقاما البينة، فإن وقتا وقتين أحدهما قبل صاحبه يقضى بيينة التي تثبت آخر الأمرين، ويكون هذا من باب العمل، بالبينتين؛ لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولاً، ثم نهاه عن العموم وأذن له بالخصوص، أو أذن له بالخصوص أولاً، ثم أذن له بالعموم.

وإن لم يوقت البينتان وقتاً، أو وقتاً وقتين على السواء، أو وقتت إحداهما وقتاً دون الأخرى، قضى بيينة رب المال؛ لأنه تعذر القضاء بهما، لا معاً؛ لأنهما لا يقعان معاً، ولا على الترتيب؛ لأن الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذر القضاء بالأمرين، تعذر العمل بالبينتين، فيعمل بيينة رب المال؛ لأنها تثبت ما ليس بثابت، هكذا ذكر في الأصل.

وفي القدوري: إذا أقاما البينة، فإن نص شهود المضارب أنه أعطاه مضاربة في كل تجارة، فالبينة بيئته، وإن لم يشهدوا بهذا الحرف، فالبينة بيينة رب المال. وإذا اتفقا على [الخصوص، واختلفا في النوع الذي وقع فيه]^(١) الخصوص، فالقول قول رب المال؛ لأنهما اتفقا على تعيين العقد، والإذن يُستفاد من جهة رب المال، فكان القول قوله.

وإن أقاما جميعاً البينة، الجواب على التفصيل الذي مرّ في الفصل المتقدم. وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى جميع البلدان، أو قال: لم تأمرني بشيء. وقال رب المال: أمرتك أن تخرج إلى البصرة وحدها، فالقول قول المضارب. ولو قال المضارب: أمرتني أن أخرج إلى البصرة، والكوفة، وقال رب المال: إلى البصرة وحدها، فالقول قول رب المال.

وإذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال، فقال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي

(١) سقط في أ.

النصف، فالقول قول المضارب في قدر رأس المال، والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: القول قول رب المال فيهما، وهو قول زفر؛ لأنهما اتفقا على أن جميع المال مال المضاربة، والمضارب يدعي استحقاقاً لنفسه، ورب المال ينكر، فالقول قوله.

ووجه قوله - وهو قولهما - : أن الاختلاف وقع في قدر المقبوض أولاً، والمضارب ينكر زيادة القبض، فكان القول قوله.

ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً، كان القول قوله، فأما في مقدار ما شرط له من المال، فالقول قول رب المال؛ لأنه يستفاد بشرطه وهو منكر الشرط في الزيادة. ولو كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال، أو أقل، فالقول قول المضارب عندهم.

ولو جاء المضارب بثلاثة آلاف، فقال: ألف من ذلك رأس المال وألف ربح، وألف هي بضاعة، أو ودیعة، أو دين، فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها؛ لأن كل من كان في يده شيء، فالقول فيه قوله، إلا أن يقر لغيره وعليه اليمين.

ومن أقام منهما بينة على ما ادعى من فضل، قبلت بيته؛ لأن رب المال يدعي فضلاً من الربح، والبيئات شرعت للإثبات.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، وأشهد عليه في العلانية أنها قرض يتوثق بذلك حتى يجتهد المضارب في حفظ المال، مخافة أن يأخذه رب المال بالقرض، فعمل المضارب في المال وربح أو وضع، فإن تصادقا أن القرض كان تلجئة في الظاهر، وأن الثابت في الباطن هو المضاربة، كان كما تصادقا؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما، وإن اختلفا في ذلك فقال رب المال: كان القرض حقيقة، ولم يكن تلجئة، وقال المضارب: لا بل كان القرض تلجئة، والثابت في الحقيقة

المضاربة، وأقام المضارب بينة على ما قال، فهذا وما لو تصادقا أن القرض كان تلجئة سواء.

ولو شاهد شاهدان بالمضاربة، ولم يزيدا على ذلك، فالقرض أولى؛ لأن بينة القرض أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت العين.

ولو^(١) شهد شهود المضاربة أن القرض كان تلجئة، وأن الثابت حقيقة المضاربة، فشهادتهم أولى؛ لأنهم عرفوا ما عرفه الفريق الآخر وزيادة.



(١) في أ: وإن.

الفصل الخامس عشر

في هلاك مال المضاربة

وإذا دفع إلى إنسان مالا مضاربة وهلك^(١) قبل التصرف، بطلت المضاربة؛ لأن العقد انعقد على المال المعين في العقد، فإذا هلك محل العقد بطل^(٢). والقول قول المضارب في هلاكها إن لم يعلم ذلك مع يمينه؛ لأنه بمنزلة المودع.

ولو استهلك رأس المال أو [أنفقه أو أعطاه]^(٣) رجلاً فاستهلكه لم يكن له أن يشتري عليه شيئاً؛ لأنه صار مضموناً عليه بالتعدي. ومن حكم المضارب^(٤) أن يكون أميناً، فإن أخذه من الذي استهلك كان له أن يشتري على المضاربة. رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه أخذ العوض فصار بمنزلة الثمن.

وروى محمد رحمه الله: أن المضارب إذا أقرضها رجلاً، فإن رجعت إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك العين، وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

وقال أصحابنا جميعاً رحمهم الله: إذا اشترى بالألف المضاربة جارية، ولم ينقد

(١) في أ: فهلك.

(٢) إذا هلك مال المضاربة في يده، بسبب تعديه أو تقصيره أو تفریطه، فإنه يضمنه، وإلا فالخسران والضياع على رب المال، دون العامل؛ لأنه أمين، كالوديع. ولو هلك في يده من غير تفریط، لا يضمنه؛ لأنه متصرف فيه بإذن مالكة، على وجه لا يختص بنفعه. وإذا أتلف العامل مال القراض والمضاربة ضمنه، ووجب عليه بدله، لكن يرتفع القراض؛ لأنه وإن وجب عليه بدله، لكن لا يدخل في ملك المالك إلا بالقبض، فيحتاج إلى استئناف القراض.

ينظر: القوانين الفقهية، ص (١٨٦)، وروضة الطالبين (١٣٩/٥)، وكشاف القناع (٣/٥٢٣، ٥٢٢).

(٣) في أ: أنفقها أو أعطاه.

(٤) في أ: المضاربة.

الثلث حتى هلك، رجع على رب المال، ويكون رأس ماله ألفين فإن هلك ثانيًا رجع عليه، وكذلك كلما هلك قبل النقد، ويكون رأس ماله جميع ما غرم مع الألف. فرق بين هذا، وبين الوكيل بالشراء إذا اشترى، وقبض الثمن من الموكل، ثم هلك قبل أن ينقده البائع، لم يرجع على الموكل ثانيًا؛ لأن المضارب مأمور بالتصرف مرة بعد أخرى، فلم يتناهى موجب العقد بالنقد، فكان له أن يرجع، فأما الوكيل بالشراء، فقد تنهى موجب الوكالة في حقه بالشراء، ووجب له على الأمر مثل ما وجب للبائع عليه، فإذا قبض مرة لم يجب له الحق ثانيًا. وإنما اعتبر ما غرم من رأس المال؛ لأن عقد المضاربة لتحصيل الربح فإذا لم يعتبر من رأس المال، وهلك مجانًا، يخسر رب المال، ويربح المضارب، وهذا لا يجوز.

ولو تصرف المضارب في الألف التي^(١) صارت ألفين، ثم اشترى بهما جارية ثمنها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقد، رجع على رب المال بألف وخمسمائة، ويغرم المضارب [من ماله خمسمائة]^(٢)؛ لأن الربح قد حصل وظهر ملك المضارب في ربع الجارية فيغرم حصته، وذلك الربع من الثمن فيكون ثلاثة الأرباع على رب المال، ويخرج ربع الجارية من المضاربة، وأما ثلاثة الأرباع فهي للمضاربة؛ لأن ضمان رب المال لا يخرج من المضاربة بخلاف ضمان المضارب؛ لأن حق المضارب يظهر في الربح، والربح لا يتحقق إلا بعد القسمة، وإذا قسم لا يجوز أن يكون للمضارب رأس مال في المضاربة، فأما نصيب رب المال فعلى حاله، ورأس ماله جميع ما ضمن، وذلك ألفان وخمسمائة، فإن بيعت الجارية بأربعة آلاف، أخذ المضارب حصة الربح، وذلك ملكه، وبقي ثلاثة آلاف، ألفان وخمسمائة من ذلك رأس المال وخمسمائة ربح، فيكون بينهما على الشرط.

(١) في أ: حتى.

(٢) في أ: ماله بخمسمائة.

وروي عن محمد رحمه الله في المضارب إذا اشترى جارية بألفي درهم، ألف ربح، وقيمتها ألف، فضاعت الألفان قبل أن ينقد البائع أن على المضارب^(١) الربع، وهو خمسمائة، وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا.

ولو كانت الجارية تساوي ألفين، والشراء بألف، وهي مال المضاربة فضاعت، غرمها رب المال كلها؛ لأن الشراء وقع بما هو رأس المال والربح إنما يظهر في الثاني، فيكون الضمان على رب المال.

ولو اشترى جارية تساوي ألفين، بأمة تساوي ألفاً، وقبض التي اشترى، ولم يدفع أمته حتى ماتت، فإنه يغرم من قيمة التي اشترى عليه من ذلك خمسمائة؛ لأنهما لما هلكا، قد انفسخ العقد فوجب عليه رد ما اشترى وقد عجز فيغرم القيمة، وهي ألفان، فكان المضمون ألفين، فيصير كأنه اشترى بألفين فيضمن ربعها.

ولو كانت قيمة التي اشتراها ألفاً، وقيمة الأمة التي كانت عنده ألفين فقبض التي اشتراها، ثم هلكتا لا يرجع على رب المال؛ لأن المضمون هاهنا قيمة التي اشتراها، ولا فضل في ذلك على رأس المال.

وإنما يجوز للمضارب أن يشتري جارية قيمتها ألف بألفين، إذا قال رب المال: اشتر بالقليل والكثير، وإلا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يجوز.

وقد أشار أبو الحسن إلى أن محمداً رحمه الله يعتبر المضمون على المضارب، الذي يغرمه، دون ما وجب عليه الثمن، يريد بهذا أن المضارب إذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه^(٢)، فإن كان ما يضمنه زائداً على رأس المال، كان للمضارب حصة ذلك، وإلا فلا.

وروي عن محمد رحمه الله، رواية أخرى بخلاف هذا.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف درهم، ونقد المال، فقال رب المال: اشتريته

(١) في أ: البائع.

(٢) في أ: ضمان.

على المضاربة ثم ضاع، وقال المضارب: لا بل اشتريته بعد ما ضاع المال، وكنت أرى أن المال عندي، فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل في كل ما يشتري أن يعتبر مشترياً لنفسه حتى يقوم الدليل بخلافه.

ولو أقاما البيئته، فالبيئته بينة المضارب.

ولو قال رب المال: ضاع قبل الشراء، وقال المضارب: لا بل بعد الشراء، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي وقوع العقد له ليرجع عليه بالثمن ورب المال ينكر، فالقول قوله. فإن أقاما البيئته، فالبيئته بينة المضارب؛ لأنها توجب الضمان، فكانت أولى.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألف درهم، ولم ينقدها حتى اشترى بها عبداً على المضاربة، وقال: أبيع الجارية وأنقد الثمن، فإنه يصير مشترياً العبد لنفسه، لا للمضاربة؛ لأنه اشترى العبد بعد ما فني مال المضاربة؛ لأن الدراهم التي هي مال المضاربة صارت مشغولة بدين الجارية، والمشغول بالدين، كالأئيل عن يد المديون من حيث الحكم، والمضارب إذا اشترى للمضاربة بعد ما فني مال المضاربة، صار مشترياً لنفسه.

وإذا اشترى المضارب جارية وقد هلك مال المضاربة في يده، فقال رب المال: ضاع قبل الشراء، وصرت مشترياً الجارية لنفسك، وقال المضارب: لا بل ضاع بعد ما اشتريت الجارية، فالجارية على المضاربة، وأنا أرجع عليك بالثمن، فالقول قول رب المال؛ لأنه أقر على رب المال بما لا يملك استثنافه للحال عليه؛ لأنه أقر عليه بالشراء، وهو لا يملك الشراء عليه في الحال؛ لأن المال هالك، ومن أقر بما لا يملك استثنافه للحال لا يقبل قوله، وإن أقاما البيئته، فالبيئته بينة المضارب.

ولو قال له رب المال: اشتريتها حال قيام المال، وصارت الجارية للمضاربة ثم ضاع المال، وقال المضارب: اشتريتها بعد ما ضاع المال، وكنت أرى أن المال عندي، فالقول قول المضارب؛ لأن المضارب أقر بما يملك استثنافه للحال؛ لأنه

ادعى الشراء لنفسه وهو يملك الشراء لنفسه بعد هلاك مال المضاربة، فيقبل قوله في ذلك، وإن أقاما البينة لم يذكر هذا الفصل في شيء من الكتب.

قالوا: ويجب أن تكون البينة بينة رب المال؛ لأن رب المال بيته تثبت ما ليس بثابت بقوله، والمضارب يثبت ما هو ثابت بقوله. ألا ترى أن في الفصل المتقدم جعلنا البينة بينة المضارب؛ لأن المضارب يثبت ببينه ما ليس بثابت بقوله، كذا هاهنا، والله تعالى أعلم.



الفصل السادس عشر

في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة

المضارب لا يملك دفع المال إلى غيره، إلا إذا أذن له رب المال بذلك نصًّا، بأن قال له: ادفع المال مضاربة، أو دلالة، بأن دفع المال إليه مضاربة وقال له: اعمل فيه برأيك، فما ربحت من شيء فهو بيني وبينك نصفان، فدفع المال إلى آخر مضاربة بالنصف، وربح الآخر للمضارب الثاني نصف الربح، والنصف الآخر بين رب المال والمضارب الأول نصفان.

ولو كان قال رب المال: فما كان من فضل، فهو بيني وبينك نصفان، [أو قال: فما كان من ربح فبيني وبينك نصفان]^(١)، فنصف الربح للمضارب والنصف لرب المال.

والفرق: أن في الفصل الأول رب المال شرط لنفسه نصف ربح ينسب إلى المضارب الأول، حيث قال: فما ربحت من شيء فهو بيننا واشترط المضارب النصف المطلق للثاني لا ينافي شرط رب المال؛ لأنه قد بقي نصف منسوب إلى المضارب، فصار نصف الربح للثاني، والنصف الآخر بين الأول، ورب المال من هذا الوجه.

وفي الفصل الثاني شرط رب المال لنفسه النصف المطلق ولا يسلم له النصف المطلق، إلا بأن ينصرف شرط المضارب الأول^(٢) النصف للثاني إلى نصيبه خاصة، فانصرف إليه وصار النصف لرب المال، والنصف للمضارب الثاني، وخرج الأول من البين.

فرع في القدوري على الفصل الثاني، فقال: لو شرط المضارب الأول للثاني ثلث الربح جاز، وكان لرب المال نصف الربح كما شرط، وللمضارب الثاني ثلث

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: و.

الربح، وللأول سدس الربح؛ [لأن شرط الأول انصرف إلى نصيبه خاصة]^(١). وإن شرط الأول للثاني ثلثي الربح جازت التسمية، وكان نصف الربح لرب المال، والنصف للمضارب الثاني، ويغرم المضارب الأول للثاني مثل سدس الربح؛ لأن شرط الثلثين للثاني [إن لم يصح في حق رب المال، صح في حق الأول وقد التزم الأول للثاني]^(٢) ثلثي الربح، ولم يسلم يرجع عليه بقدر ما لم يسلم بحكم الضمان.

وفرع أيضاً على الفصل الأول، فقال: لو شرط الأول للثاني ثلث الربح، أو أقل من ذلك، أو شرط له ثلثي الربح، فهو جائز.

ويكون للمضارب الثاني قدر ما شرط، وما بقي فهو بين الأول ورب المال نصفان؛ لأن في الفصل الأول المشروط لرب المال نصف ربح منسوب إلى الأول، والمنسوب إلى الأول من الربح ما وراء المشروط.

وفي المنتقى: بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، وأمره أن يعمل فيه برأيه، فدفع المضارب إلى آخر مضاربة، وقال: ما رزقني الله فبيني وبينك فنصف الربح لرب [المال]^(٣) والنصف الآخر بين المضاربين؛ لأن المضارب الأول شرط للثاني نصف ما رزقه الله، فالذي رزقه الله نصف الربح، فيكون للثاني نصف ذلك.

وفي القدوري أيضاً: إذا لم يقل رب المال للمضارب: اعمل فيه برأيك، فدفع المضارب إلى غيره مضاربة، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني ويربح، فإن عمل ولم يربح، فلا ضمان عليه.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: إذا عمل، ضمن ربح أو لم يربح.
وقال زفر رحمه الله: يضمن بمجرد الدفع إلى الثاني، عمل الثاني أو لم يعمل،
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى: أنه إذا عمل الثاني، ضمن الأول إن
كان فيما اشترى ربح، وإن لم يكن فيما اشترى ربح، فلا ضمان على واحد منهما.
والحاصل: أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن
علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأنه لو وجب الضمان إما أن يجب بمجرد العقد ولا
وجه إليه؛ لأن مجرد العقد قول، وإنه لا يؤثر في المال، ولهذا لا يضمن الفضولي
بمجرد [العمل في] (١) مال الغير، ولا يجوز أن يجب الضمان على الأول بالتسليم
لأجل التصرف، وعلى الثاني بالقبض لأجل التصرف؛ لأن لهما ذلك، ألا ترى أن
للمضارب أن يدفع إلى غيره بضاعة والدفع والقبض بضاعة قبض ودفع لأجل
التصرف.

بعد هذا شرط أبو حنيفة رحمه الله للضمان تصرف الثاني مع الربح لا مجرد
التصرف؛ لأنه متى ربح الثاني، فقد ثبت له حق الشركة في الربح، والربح ملك رب
المال، وإثبات الشركة في مال الغير سبب الضمان، ألا ترى أنه متى دفع المال
بضاعة إلى الثاني لم يضمن شيئاً؛ لأنه لا شركة في الربح.

وهما اكتفيا بمجرد التصرف، وقالوا: إن سبب الضمان الشركة في الربح، إلا أن
بمجرد التصرف ثبت للثاني الشركة على وجه لا يملك الأول الإبطال عليه، وبالبيع
يظهر الربح، فكانت الشركة ثابتة حكماً من هذا الوجه، والشركة في الربح سبب
لوجوب الضمان.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرحه، وجعل وجوب الضمان،
بمجرد العمل ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله، وجعل اشتراط الربح مع العمل،

(١) سقط في أ.

لوجوب الضمان رواية أبي يوسف رحمه الله .

ومتى وجب الضمان، فللمالك الخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني في قولهم جميعًا .

وهذا الجواب ظاهر على قولهما؛ لأنهما يقولان: وجوب الضمان على المودع الثاني مشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يرى وجوب الضمان على المودع الثاني .

وها هنا أوجب الضمان على المضارب الثاني، وإنما كان كذلك؛ لأن المضارب يعمل لنفسه، والمودع لا يقبض لنفسه، فإن ضمن الأول، صحت المضاربة بينه وبين الثاني، والربح بينهما على ما شرطنا .

فإن ضمن الثاني، رجع على الأول، وصحت المضاربة؛ لأن تضمين الثاني، وقرار الضمان على الأول ليضمن الأول، ولو ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني، فكذا هاهنا .

ولو قال رب المال في هذه الصورة: أنا أجز (١) تصرفكما، وأخذ من الربح ما كان مشروطًا في المضاربة الأولى، ليس له ذلك ولو استهلك المضارب الثاني المال قبل أن يعمل فيه للمضاربة، فالضمان على المضارب الثاني خاصة؛ لأنه لم يوجد من الأول سوى العقد والتسليم، وكل ذلك ليس بسبب الضمان .

ولو غصب المال من المضارب الثاني غاصب، قبل أن يعمل (٢) الثاني للمضاربة، فلا ضمان على واحد من المضاربين، والضمان على الغاصب؛ لأنه لم يوجد منهما سوى العقد، والتسليم والقبض، وكل ذلك ليس سبب الضمان .

ثم المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة، ولم يكن رب المال قال للأول: اعمل فيه برأيك، فعمل به الثاني وربح، إنما (٣) يجب الضمان عليهما إذا كانت

(١) في أ: أجزت .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: أنه .

المضاربتان جائزتين، فأما إذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما، حتى لو هلك المال في يد الثاني، فلا [ضمان عليه؛ لأن الضمان على الأول، بسبب اشتراك الثاني في الربح، وإذا كانتا فاسدتين فما]^(١) أثبت الأول للثاني شركة في الربح، بل استأجر الثاني ليعمل في مال المضاربة، والمضارب إذا استأجر أجيئاً ليعمل في مال المضاربة، فعمل الأجير، فلا ضمان على واحد منهما.

وكذلك إن كانت الأولى جائزة، والثانية فاسدة؛ لأن الثانية إذا كانت فاسدة، لا يثبت للثاني شركة في الربح، بل يكون أجيئاً، وللمضارب أن يستأجر أجيئاً ليعمل في مال المضاربة.

وكذلك إن كانت الأولى فاسدة، والثانية جائزة؛ لأن الأولى متى كانت فاسدة، تكون المضاربة الثانية فاسدة؛ لأنها لا تفيد الشركة في الربح؛ [لأن الربح]^(٢) كله لرب المال.

[إذا كانت الأولى فاسدة، فلا تفيد الثانية شركة في الربح]^(٣)، وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح، تكون فاسدة، وإذا^(٤) كانت المضاربة الثانية فاسدة، لا يثبت للثاني شركة في الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثاني شركة في الربح. فإن قيل: إذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الأولى، [لا]^(٥) يتأتى هذا القسم، وهو ما إذا^(٦) كانت المضاربة الأولى فاسدة، والثانية جائزة.

قلنا: جواز الثانية في هذه الصورة أن يكون المشروط للثاني من الربح مقدار ما تجوز معه المضاربة في الجملة، بأن كان المشروط للأول من الربح مائة أو نصف

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وإن.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: كانت.

الربح مع زيادة مائة، والمشروط للثاني نصف الربح أو ثلثه أو رבעه، ثم إذا كانت الأولى فاسدة، بأن شرط للأول مائة درهم من الربح، وشرط للثاني نصف الربح، فعمل المضارب الثاني فللمضارب الأول على رب المال أجر مثل عمله؛ لأن عمل الثاني منسوب للأول، فكأن الأول عمل بنفسه، وهناك للأول أجر مثل عمله على رب المال، كذا هاهنا.

وللثاني مثل نصف الربح الذي ربح في مال المضاربة على الأول؛ [لأن]^(١) الأول صار مستأجرًا للثاني بنصف ربح ما يخرج من هذا المال والأول أجير أيضًا، متى فسدت المضاربة الأولى، والأجير متى استأجر أجيرًا للعمل الذي استوجب عليه، يكون أجر الثاني على الأول.

فإن قيل: إذا كان الثاني أجيرًا، يجب أن يكون له أجر مثل عمله لا مثل نصف هذا المال، كما في الإجارة المحضة؛ لأن هذه إجارة فاسدة، ومن استأجر رجلًا لبيع له ويشترى بهذا المال بنصف ربح هذا المال، كانت الإجارة فاسدة، فباع واشترى، كان له أجر مثل عمله، لا مثل نصف الربح الذي خرج من هذا المال؟ قلنا: المضاربة الفاسدة إن كانت إجارة معنى، فهي مضاربة لفظًا، فمن حيث إن اللفظ لفظ المضاربة، صح تسمية نصف الربح، ومن حيث إنها إجارة معنى، وجب ذلك في مال المضارب [الأول]^(٢) ليكون عملاً باللفظ والمعنى.

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة، وقال له: اعمل برأيك، فدفع المضارب إلى غيره مضاربة، وقال: اعمل برأيك كان للثاني أن يدفع إلى الثالث مضاربة، فكان المضارب الثاني في هذا مثل الأول.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

الفصل السابع عشر في نفقة المضارب

قال محمد رحمه الله: إن تصرف في مصره فنفقته في مال نفسه، وإن سافر بمال المضاربة، فنفقته في مال المضاربة. والمرجع في ذلك العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين التجار أن المضارب ما دام في مصره ينفق من مال نفسه^(١).

(١) اختلف الفقهاء في نفقة المضاربة: قال الكاساني: يستحق المضارب النفقة بعمله في مال المضاربة على سبيل الوجوب؛ لأن الربح في المضاربة يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه، فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها، فكان إقدام المضارب ورب المال على هذا العقد - والحال ما ذكر - إذنا من رب المال للمضارب بالإتفاق من مال المضاربة، فكان مأذونا له في الإتفاق دلالة، فصار كما لو أذن له به نفا، ولأنه يسافر لأجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال. وشرط الوجوب خروج المضارب بالمال من المصّر الذي أخذ المال منه مضاربة، سواء كان مصره أو لم يكن، فما دام يعمل به في ذلك المصّر فإن نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة، وإن أنفق منه شيئا ضمن؛ لأن دلالة الإذن لا تثبت في المصّر، وكذا إقامته في الحضر لا تكون لأجل المال؛ لأنه كان مقيما قبل ذلك، فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصّر، سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك، حتى لو خرج من المصّر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة لوجود الخروج من المصّر لأجل المال، وإذا انتهى إلى المصّر الذي قصده، فإن كان ذلك مصر نفسه أو كان له في هذا المصّر أهل سقطت نفقته حين دخل؛ لأنه يصير مقيما بدخوله فيه لا لأجل المال، وإن لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل، لكنه أقام للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه، وإن نوى الإقامة خمسة عشر يوما فصاعدا، ما لم يتخذ ذلك المصّر الذي هو فيه دار إقامة؛ لأنه إذا لم يتخذ دار إقامة كانت إقامته فيه لأجل المال، وإن اتخذه وطنا كانت إقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الأصلي، ولو خرج من المصّر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود إلى المصّر الذي أخذ المال فيه مضاربة فإن نفقته من مال المضاربة حتى يدخله، فإذا دخله: فإن كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته، وإلا فلا. وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة، كأجير يخدمه أو يخدمه دابته؛ لأن نفقتهم كنفقة نفسه؛ لأنه لا يتهيأ للسفر إلا بهم.

وكل ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة، وللعامل أن ينفق من مال نفسه ما له أن ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون دينا في المضاربة، حتى كان له أن يرجع فيها؛ لأن الإتفاق من المال وتدييره إليه، فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة،

لكن بشرط بقاء المال، حتى لو هلك لم يرجع على رب المال بشيء - كذا ذكر محمد - لأن نفقة المضارب من مال المضاربة، فإذا هلك هلك بما فيه، كالدين يسقط بهلاك الرهن، والزكاة تسقط بهلاك النصاب. وتحسب النفقة من الربح أو لا إن كان في المال ربح، فإن لم يكن فهي من رأس المال؛ لأن النفقة جزء هالك من المال، والأصل أن الهالك ينصرف إلى الربح، ولأننا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لآزداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال. والمراد من النفقة هنا: الكسوة والطعام والإدام والشراب وأجر الأجير، وفراش ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه، وغسل ثيابه، ودهن السراج والحطب ونحو ذلك، وقال: ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة؛ لأن المضارب لا بد له منها، فكان الإذن ثابتا من رب المال دلالة، وأما ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والأدهان وما يرجع إلى التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة، لا في مال المضاربة، وذكر الكرخي خلاف محمد أنه في مال المضاربة عنده، وذكر في الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد أنه يكون في مال المضاربة على قياس قول أبي حنيفة، والصحيح أنه يكون في ماله خاصة؛ لأن وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الإذن الثابت عادة، وهذه الأشياء غير معتادة، وعلى هذا إذا قضى القاضي بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الأشياء، وأما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والإدام، وقال بشر: سألت أبا يوسف عن اللحم فقال: يأكل كما كان يأكل؛ لأنه من المأكول المعتاد. وإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضاربة؛ لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر، لم يبق الإذن، فيجب رد ما بقي إلى المضاربة. وقدر النفقة يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف، فإن جاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد. وتكون نفقة العامل في المضاربة الصحيحة لا الفاسدة؛ لأنه أجير في الفاسدة فلا نفقة له، إذ إن نفقة الأجير على نفسه.

وقال المالكية: يجوز لعامل المضاربة الإنفاق من مالها على نفسه في زمن سفره للتجارة وإقامته في البلد الذي يتجر فيه وفي حال رجوعه حتى يصل إلى وطنه، ويقضى له بذلك عند المنازعة بشروط:

الأول: أن يسافر فعلا للتجارة، أو يشرع في السفر، أو يحتاج لما يشرع به فيه لتنمية المال - ولو دون مسافة القصر - من طعام وشراب وركوب ومسكن وحمام وحجامة وغسل ثوب ونحو ذلك على وجه المعروف حتى يعود لوطنه، ومفهوم الشرط أنه لا نفقة للعامل في الحضر، قال اللخمي: ما لم يشغله عن الوجوه التي يقات منها، أي بأن كانت له صنعة مثلا ينفق منها فعملها لأجل عمل المضاربة، فله الإنفاق من مالها، قال أبو الحسن: وهو قيد معتبر. الثاني: ألا يبنى بزوجه التي تزوج بها في البلد التي سافر إليها لتنمية المال، فإن بنى بها سقطت نفقته؛ لأنه صار كالحاضر، فإن بنى بها في طريقه التي سافر فيها لم تسقط. الثالث: أن يحتمل مال المضاربة الإنفاق بأن يكون كثيرا عرفا، فلا نفقة في السير.

وإذا سافر ينفق من مال المضاربة، ولا عرف في الأجير ينفق في مال المستأجر فيكون نفقته في مال نفسه.

الرابع: أن يكون سفره لأجل تنمية المال، أما لو كان سفره لزوجة مدخول بها وحج وغزو فلا نفقة له من مال المضاربة، لا في حال ذهابه ولا في حال إقامته في البلد التي سافر إليها، وأما في حال رجوعه فإن رجوعه من قرية فلا نفقة له، وإن رجع من عند أهل لبلد له بها أهل فله النفقة؛ لأن سفر القرية والرجوع منه لله، ولا كذلك الرجوع من عند الأهل. والنفقة بالمعروف تكون في مال المضاربة لا في ذمة رب المال، ولو أنفق من مال نفسه رجوع به في مال المضاربة، فإن تلف فلا رجوع له على ربه، وكذا لو زادت النفقة على المال لا رجوع له على ربه بالزائد. وللعامل أن يتخذ خادما من المال في حال سفره إن كان أهلا لأن يخدم بالشروط السابقة. وليس للعامل نفقة الدواء، وليس من الدواء الحجامة والحمام وحلق الرأس بل من النفقة. وللعامل أن يكتسي من مال المضاربة إن طال سفره حتى امتهن ما عليه، ولو كانت البلد التي أقام بها غير بعيدة، فالمدار على الطول ببلد التجار، والطول بالعرف، وذلك مع الشروط السابقة. ويوزع الإنفاق إن خرج العامل لحاجة غير الأهل والقرية مع خروجه للمضاربة على قدر الحاجة والمضاربة، فإن كان ما ينفقه على نفسه في حاجته مائة وفي المضاربة مائة فأنفق مائة كان نصفها عليه ونصفها من مال المضاربة، وإن كان ما ينفقه على نفسه في اشتغاله بالمضاربة مائتين وزع الإنفاق على الثلث والثلثين.

وقال الشافعية: لا ينفق العامل من مال المضاربة على نفسه حضرا جزما، وكذا سفرا في الأظهر كما في الحضر؛ لأن له نصيبا في الربح فلا يستحق شيئا آخر، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءا من رأس المال وهو ينافي مقتضاه، فلو شرط له النفقة في العقد فسد، وفي مقابل الأظهر أنه ينفق من مال المضاربة بالمعروف ما يزيد بسبب السفر كالإداوة والخف والسفرة والكراء؛ لأنه حبسه عن الكسب بالسفر لأجل المضاربة، فأشبهه حبس الزوجة بخلاف الحضر، وتحسب النفقة من الربح فإن لم يكن فهي خسرا لحق المال.

وقال الحنابلة: ليس للمضارب نفقة من مال المضاربة ولو مع السفر بمال المضاربة؛ لأنه دخل على أن يستحق من الربح شيئا فلا يستحق غيره، إذ لو استحقها لأفضى إلى اختصاصه به حيث لم يربح سوى النفقة إلا بشرط، قال تقي الدين ابن تيمية: أو عادة فإن شرطها رب المال وقدرها فحسن قطعا للمنازعة، فإن لم يقدرها واختلفا فله نفقة مثله عرفا من طعام وكسوة؛ لأن إطلاق النفقة يقتضي جميع ما هو ضروراته المعتادة.

ينظر: بدائع الصنائع (١٠٥/٦ - ١٠٧)، الدر المختار ورد المحتار (٤/٤٩٠)، والاختيار (٣/٢٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥٣٠ - ٥٣١)، والشرح الصغير (٣/٧٠٥)، مغني المحتاج (٢/٣١٧)، ونهاية المحتاج (٥/٢٣٣)، وروضة الطالبين (٥/١٣٥ - ١٣٦)، كشاف القناع (٣/٥١٦ - ٥١٧)، والمغني، لابن قدامة (٥/٧٢).

وكذلك لا عرف في أحد الشريكين أنه ينفق من مال صاحبه خاصة فيكون نفقته في المال المشترك.

وكذلك لا عرف في المستبضع أنه ينفق من مال البضاعة، فيكون نفقته في مال نفسه.

ثم المضارب إذا سافر بمال المضاربة فنفقته فيما يكتري كركوبه، وما ينفق على نفسه من كسوة وطعام، وماء لشربه^(١)، وأجر أجير يخدمه ويفرش فراشاً ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها، وغسل ثيابه، وشراء دابة ليركبها في مال المضاربة، وكذلك أجرة الحمام، والحلاق في مال المضاربة وأما ثمن الدواء والحجامة فهو من مال المضارب.

وكذلك [الدهن]^(٢) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: الدهن في مال المضاربة.

وروى الحسن رحمه الله أنه إذا احتجم أو اختضب، أو أكل فاكهة مثل ما يصنع التجار، فكذلك المضاربة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال الحسن الكرخي: وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، والظاهر أنه كالحجامة؛ لأنه غير معتاد في حق الرجال.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن اللحم، فقال: كما تأكل وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل ويخدمه، ويخدم دوابه فنفقته في مال المضاربة، حرًّا كان أو عبدًا، إلا عبد رب المال إذا بعته ليعينه فإن نفقته في مال رب المال خاصة، وكذلك إذا كان معه دواب رب المال بعثها معه ليحمل المتاع فنفقة الدواب في مال رب المال.

فإن أنفق المضارب من مال المضاربة على عبد رب المال أو على دابته فإن كان

(١) في أ: شربه.

(٢) سقط في أ.

بأمر رب المال، حسب ذلك من مال رب المال، وإن كان بغير أمر رب المال يصير ضامناً.

فإن ربح ربحاً بدأ برأس المال، وما وراء ذلك فهو ربح يقسم بين رب المال والمضارب على الشرط، فما أصاب المضارب من الربح يقابل بما عليه من الضمان فإن كانا على السواء لا يأخذ المضارب شيئاً، ولا يؤخذ منه شيء، وإن كان نصيبه من الربح أكثر أخذ الزيادة.

قال القدوري رحمه الله: وسبيل النفقة أن تحتسب من الربح إن كان وإن لم يكن فهو من رأس المال، وما أطلق للمضارب من النفقة فذلك بالمعروف على ما هو المتعارف بين التجار، فإذا جاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة.

فإن أنفق المضارب من مال نفسه أو استدان على المضاربة رجع في المضاربة بذلك.

ويبدأ برأس المال ثم^(١) بالنفقة ثم بالربح، وإنما بدأ برأس المال مع أن في المال دين، وسبيل الدين أن يقدم، ألا ترى أنه لو كان في المضاربة دين آخر يقدم على رأس المال؛ لأن النفقة بدل عمل المضارب، وبدل عمله من الربح، فكما يبدأ برأس المال قبل الربح، فكذا يبدأ به قبل النفقة.

وإن هلك مال المضاربة^(٢)، لم يرجع على رب المال بشيء؛ لأن النفقة بدل عمله وبدل عمله في المال.

وإن كان أنفق من مال المضاربة^(٣) قبل أن يشتري بها، فإن^(٤) كان مال المضاربة مثلاً ألف درهم، فأنفق خمسمائة على نفسه قبل أن يشتري بها شيئاً يستوفي رب

(١) زاد في أ: برئ.

(٢) في أ: المضارب.

(٣) في أ: المصارب.

(٤) في أ: بأن.

المال رأس المال، وذلك ألف أولاً، وكان ينبغي أن يستوفي خمسمائة؛ لأن أكل المضارب بأمر رب المال كأكل رب المال بنفسه.

والجواب: محل النفقة الربح إلا أنه كان للمضارب أن ينفق من رأس المال قبل ظهور الربح؛ ليصير ما أنفق من رأس المال ديناً للمضاربة متى ظهر الربح، فإذا ظهر الربح، وجب استيفاء ذلك من الربح.

ولو خرج المضارب من مصره ليشتري الطعام مسيرة أقل من ثلاثة أيام، وأقام هناك مدة يبيع ويشتري، فنفته في مال المضاربة، وإن كان يغدو ثمة، ثم يروح ويمسي في منزله، فليس بخارج من مصر، بل هو بمنزلة أهل مصر؛ لأن أهل مصر يتجرون في السوق بالنهار ويبيتون في منازلهم.

ولو نوى المضارب الإقامة في مصر من الأمصار، فنفته في مال المضاربة، وإنما يبطل نفقته من مال المضاربة بإقامته في مصر، يتخذ دار إقامة، هكذا ذكر القدوري رحمه الله.

قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا دفع إلى رجل مالاً مضاربة بالكوفة، وللمضارب أهل بالكوفة، وأهل بالبصرة، ووطنه فيهما جميعاً وخرج من الكوفة يريد البصرة، فله النفقة من مال المضاربة في الطريق فإذا انتهى إلى البصرة كانت نفقته في ماله، وإن لم تكن الكوفة وطناً له فنفته ما دام بالكوفة في ماله، فإن خرج من الكوفة مسافراً، ثم عاد إليها فنفته بالكوفة في مال المضاربة.

ولو سافر المضارب بماله ومال المضاربة، أو بمال رجلين فنفته في المالين بالحصص، وإن كان أحد المالين بضاعة، فنفته في مال المضاربة؛ لأنه متبرع بالعمل في البضاعة، فلا يعتبر السفر واقعاً لهما إلا أن يتفرغ للعمل في البضاعة، فحيثُ ينفق من مال نفسه، وليس له على رب البضاعة شيء إلا أن يكون أذن له المبضع بالنفقة من البضاعة؛ لأن المستبضع متبرع.

فإذا رجع المسافر إلى مصره، رد ما فضل عنده من ثياب الكسوة والطعام إلى

المضاربة؛ لأن السفر قد انقطع، فتقطع نفقته.

وإذا كانت المضاربة فاسدة، فلا نفقة للمضارب في مال المضاربة؛ لأن المضارب في هذه الصورة أجير، والأجير لا يستحق النفقة على المستأجر. وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، فاشترى بها، وبألف من عنده عبدًا وأنفق عليه فهو متطوع، فإن رفع الأمر إلى القاضي أمره بالنفقة، ويكون قسمة، أما الأمر بالنفقة؛ لأن للقاضي ولاية على الغائب في حفظ ماله وذلك بالإئناق هاهنا، فيأمره بالنفقة.

وأما القسمة، فلأن القاضي لما أمره بالنفقة على نصيب الغائب فقد أفرز نصيب الغائب، وهذا منه قسمة.

ولو اشترى بالألف المضاربة جارية تساوي ألفين، فالحاصل من مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله أن النفقة عليهما، وقال محمد رحمه الله: النفقة على رب المال.

وعلى هذا الخلاف إذا أبق فرد^(١)، فالخلاف في الجعل كالخلاف في النفقة، وقد روي عن محمد رحمه الله رواية أخرى: أن رب المال إذا أبق أن ينفق، فالنفقة عليهما أرباعًا.

فرع على مسألة الجعل، فقال: على قول أبي حنيفة - رحمه الله - يخرج العبد من المضاربة، ويجبر كل واحد منهما على أن يعطي حصته من الجعل؛ لأنه لما وجب الجعل بقدر الحصّة، فقد تعين حق كل واحد منهما، ولم يتعين حق المضارب في الربح إلا بعد تعيين^(٢) رأس المال، فكان هذا قسمة.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحسب الجعل في بيع المرابحة ويحسب فيما بين رب المال والمضارب، فإن كان هناك ربح فالجعل فيه، وإلا فهو وضعية من رأس المال.

(١) في أ: فردها.

(٢) في أ: تعين.

الفصل الثامن عشر

فيما يشترط على المضارب من الشرط

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، وهما بالكوفة، فإن لم يشترط على المضارب أن يعمل بالكوفة، فله أن يسافر بالمال؛ لأنه مودع في حق المال، وللمودع أن يسافر بالوديعة، إذا أمر بالحفظ مطلقاً غير مقيد بمكان، وإن شرط عليه أن يعمل بالكوفة، فليس له أن يعمل بها في غير الكوفة؛ ولأن هذا شرط مفيد من كل وجه، فيجب مراعاته، ويصير المضارب بتركه مخالفاً ضامناً.

فالألفاظ [التي]^(١) تعتبر شرطاً ستة:

أ) يقول: دفعت إليك هذا المال مضاربة، على أن تعمل به في الكوفة.

أو يقول: لتعمل به بالكوفة.

أو يقول: تعمل بالكوفة بالجزم.

أو يقول: تعملُ بها بالكوفة بالرفع.

أو يقول: فاعمل بها بالكوفة.

أو يقول: دفعت المال مضاربة بالنصف بالكوفة.

أو قال: اعمل بالكوفة، فهذا مشورة، ولا يجب مراعاته، ولو خرج بالمال من

الكوفة لا يصير ضامناً.

والأصل: معرفة الشرط من المشورة أن رب المال إذا ذكر عقيب لفظة المضاربة

لفظاً لو اعتبر ابتداء لا يصح بأن كان لا يستقيم إلا أن يبدأ به، ومتى اعتبر متعلقاً بما

تقدم، فإنه يصح، فإنه يعتبر متعلقاً بما تقدم، فلا يعتبر ابتداء حتى لا يلغو، وإذا ذكر

كلاماً يستقيم الابتداء به لا يعتبر متعلقاً بما قبله ويصير كلاماً مبتدأ.

قلنا: الألفاظ الستة مما لا يصح الابتداء بها، لا يستقيم الابتداء بقوله: على أن

(١) سقط في أ.

تعمل بالكوفة^(١)، وكذلك في أخواتها، إلا أن يعد ما دفع المال مضاربة، لو سكت زماناً، ثم قال: على أن تعمل بالكوفة، فإنه لا يصح ولا يستقيم، فاعتبر معلقاً بما قبلها، فصارت بمعنى الشرط.

أما قوله: اعمل بالكوفة مما يستقيم الابتداء به، وكذلك: واعمل؛ لأن الواو مما يجوز أن يبدأ به، فاعتبر كلاماً [مبتدأ]^(٢) غير متعلق بما قبله، فلم يصح شرطاً، فتثبت المضاربة مطلقة عن الشروط، ويكون قوله: اعمل بها بالكوفة، واعمل بها بالكوفة مشورة من رب المال، أشار على المضارب أنك إن فعلت كذا كان أنفع وأحسن. وإذا خرج بالمال عن الكوفة في موضع لم يكن له أن يخرج بها من الكوفة، ولم يشتر به، ولم يبيع حتى إذا رده إلى الكوفة يعود مضارباً [وأميناً]^(٣).

ولو اشترى بعد ذلك بالمال شيئاً، جاز شراؤه على المضاربة؛ لأنه مودع خالف من حيث الفعل، ثم عاد إلى الوفاق.

وإن اشترى بها خارجاً عن الكوفة، وباع وربح أو وضع، فالربح له والوضيعة عليه؛ لأنه صار متصرفاً بغير أمر المالك، فيكون الربح له والوضيعة عليه.

وإن اشترى ببعض المال، خارج الكوفة، وعاد بما بقي، عاد أميناً في حق ما بقي، وما اشترى خارج الكوفة، فهو للمضاربة^(٤)، ويصير المضارب ضامناً لما اشترى به.

ولو شرط عليه أن يعمل في سوق الكوفة، فعمل بالمال في الكوفة، ولكن في غير سوق الكوفة، جاز على المضاربة استحساناً؛ لأن سوق الكوفة يذكر ويراد به عرفاً الكوفة كلها، يقال: هذا الشيء يوجد في سوق الكوفة [أي: في الكوفة]^(٥)،

(١) تبين الحقائق (٥/٦٠).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: المضارب.

(٥) سقط في أ.

فصار قوله : على أن تعمل بها في سوق الكوفة ، وقوله : على أن تعمل بها في الكوفة سواء .

خرج على هذا ما إذا قال : لا تعمل إلا في سوق الكوفة ؛ لأنه لما قال : لا تعمل إلا في سوق الكوفة ، علم أنه لم يرد بسوق الكوفة جميع الكوفة ، وإنما أراد به السوق لا غير ، ولا عبارة للعرف إذا جاء الصريح بخلافه .

ولو قال : على أن تشتري بها الطعام ، فهذا على الحنطة ودقيقها ؛ لأن الطعام متى ذكر مقروناً بالشراء يراد به الحنطة ، ودقيقها عرفاً ، ولو اشترى غيرهما يصير مخالفاً . والجواب في تخصيص المال نظير الجواب في تخصيص المصر كل ما اعتبر شرطاً للمضاربة في تخصيص المصر يعتبر شرطاً في تخصيص المال .

ولو قال : على أن يشتري من فلان ، ويبيع منه ، فهو على فلان خاصة وليس له أن يشتري من غيره ، ولا أن يبيع من غيره .

ولو قال : على أن يشتري من أهل الكوفة ويبيع ، فباع من رجل هو متوطن إلا أنه ليس بكوفي ، إذا اشترى من مثل هذا الرجل جاز على المضاربة .

ولو قال : على أن يشتري بالنقد ، ويبيع بالنقد ، فهذا على النقد حتى لو باع بالنسيئة ، أو اشترى بالنسيئة يصير مخالفاً .

وهذا الجواب : في جانب البيع ظاهر ؛ لأن شرط النقد في جانب البيع مفيد في حق الأمر .

أما شرط النقد في جانب الشراء غير مفيد في حق الأمر فلا يجب مراعاته . فمن مشايخنا من قال : إنما يصير مخالفاً بالشراء بالنسيئة إذا لم يشتري بالنسيئة مثل ما يشتري بالنقد ، لما فيه من تقليل المشتري ؛ لأن المشتري بالنسيئة ، يكون أقل مما يشتري بالنقد .

أما إذا اشترى بالنسيئة مثل ما اشترى بالنقد ، لا يصير مخالفاً . ومنهم من قال : يصير مخالفاً من الوجهين ، وإطلاق محمد رحمه الله في الكتاب

يدل [عليه ؛ لأن^(١)] هذا الشرط مفيد في جانب الشراء أيضا؛ لأن الناس لا يتبايعون متى علموا أن في مال المضاربة دين، فيقل الربح، ومتى علموا أنه ليس في مال المضاربة دين تعاملوا به، فيكثر الربح، فيجب مراعاته.

ولو قال: على أن تباع بالنسيئة، ولا تباع بالنقد، فباع بالنقد فإن كان باع بالنقد بمثل ما يباع ذلك بالنسيئة، جاز؛ لأن اشتراط النسيئة في البيع، والنهي عن البيع بالنقد لا يفيد أصلاً إذا باع بالنقد بمقدار ما يباع بذلك نسيئة، فإن كان نسيئة يباع بألف وخمسمائة، ونقدًا يباع بألف، فباع هو نقدًا بألف وخمسمائة.

قال: ألا ترى أنه لو أمر رجلاً ببيعه عبده بألف درهم، وقال: لا تبع أكثر من ذلك، فإنه يجوز، وهذا مذهبنا.

وقال: زفر رحمه الله: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف إذا وكله أن يبيع عبده بألف درهم، فباع بألفين فإنه يجوز. روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله: إذا قال المضارب: لم تسم لي الكوفة، وقال رب المال: سميت لك الكوفة دون ما سواها فإن دفع إليه المال بالكوفة، وهما من أهل الكوفة، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ليس له أن يسافر بالمال، وإن كان الدافع في مصر غير الكوفة، فللمضارب أن يخرج به حيث شاء من قبل أن رب المال قد أقر بالسفر إلى وجه من الوجوه، فإذا أقر بالسفر، كان القول قول المضارب.

فإذا لم يقر، فهو كرجل دفع إلى آخر دراهم، يشتري له بها ثوبًا أو طعامًا، فليس له أن يسافر بها.

قال أبو يوسف رحمه الله: أستحسن في هذا شيئًا لا أحفظه عن أبي حنيفة رحمه الله، أنه إذا كان يذهب، ويرجع من يومه، فله ذلك.

(١) في أ: على أن.

الفصل التاسع عشر

في المضارب يجد رأس المال أنقص وصفاً وقدراً

قال محمد رحمه الله في الزيادات: وإذا قال الرجل لغيره: خذ هذه الألف درهمًا مضاربة، فأخذها المضارب، واشترى جارية للمضاربة بألف درهم جياذ، كما اقتضاه مطلق تسمية الدراهم، ثم نظر إلى الدراهم، فإذا هي نبهجة أو زيوفًا. فإن لم يعلم بالمشار إليه وقت الدفع والأخذ، أو علم به أحدهما دون الآخر، أو علما به، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه، فالمشتري^(١) جائز على المضاربة.

وهذا؛ لأن في المضاربة أمرًا بالتصرف وتوكيلًا، والوكالة في هذه الوجوه الثلاثة تتعلق بالمسمى على ما كتبنا في الوكالة من هذا الكتاب فكذا المضاربة.

فإن قيل: إذا تعلقت المضاربة بالمسمى، وقبض المسمى فلم يوجد قبض رأس المال والشراء قبل قبض رأس المال لا يكون للمضاربة.

قلنا: بقبض الزيوف يمكن أن يجعل قابضًا للمسمى لكونه من جنس المسمى، فكان الشراء حاصلًا بعد قبض رأس المال، فبعد ذلك إن أعطى المضارب بائع الجارية تلك الدراهم، وتجاوز بها البائع، فلا رجوع للمضارب على رب المال بشيء، ويكون رأس المال (الزيوف)؛ لأنه هو الخارج عن ملك رب المال.

وإن لم يتجاوز بها بائع الجارية، وردها على المضارب، يردها المضارب على رب المال، ويرجع على رب المال بالجياذ؛ لأنه اشترى بالجياذ بأمره، ويكون رأس مال المضاربة الجياذ كما ذكرنا، فإن كان المضارب نظر إلى الدراهم قبل الشراء، وعلم أنها زيوف فاشترى بها [جارية نفذ الشراء على المضاربة والجارية على المضاربة؛ لأن مقصود رب المال الربح]^(٢) لا عين الجارية فالربح حاصل حصل

(١) في أ: فالشراء.

(٢) سقط في أ.

الشراء بالجياد أو بالزيوف، وكان رأس المال الزيوف لما ذكرنا. ولو كانت الدراهم التي قبضها المضارب ستوقه أو رصاصًا، فاشترى المضارب بألف درهم جياد، فهي لرب المال، ولا يكون للمضارب في الوجوه الثلاثة التي ذكرنا؛ لأن المضاربة بطلت، ولا يمكن أن يجعل قابضًا له بقبض الستوق والرصاص؛ لاختلاف الجنس، وبدون قبض رأس المال لا تصح المضاربة، ولكن [إذا]^(١) لم تصح المضاربة، صح التوكيل؛ لأن قبض الثمن ليس بشرط لصحة التوكيل فيحصل الشراء بحكم التوكيل، فكان المشتري لرب المال، وللمضارب أجر عمله؛ لأنه ابتغى عن منافعه عوضًا، ولم يحصل له العوض لما بطلت المضاربة.

ولو كانت الدراهم جيادًا إلا أنه أنقص من المسمى، بأن كانت خمسمائة مثلاً، فاشترى المضارب جارية بألف درهم، فنصف الجارية للمضاربة، ونصفها لرب المال، في الوجوه الثلاثة؛ لأن الوكالة تعلق بالمسمى، وقد وجد قبض المسمى بمقدار النصف، فتصح المضاربة في النصف، وفي النصف الآخر صح التوكيل، فكان نصف الجارية للمضاربة، والنصف لرب المال من هذا الوجه.

فإذا باع المضارب هذه الجارية بعد ذلك وربح، فنصف الثمن لرب المال وأما النصف الآخر فيستوفي منه رب المال رأس ماله، والباقي ربح، فيكون بينهما على الشرط، وليس على المضارب أجر المثل، فيما اشترى لرب المال؛ لأنه عمل عملاً فيه شريك؛ لأنه شريك بحصة المضاربة.

فلو كان المضارب مع رب المال يعلمان أن الدراهم زيوفًا أو ستوقه أو ناقصة ويعلم كل واحد منهما [يعلم]^(٢) صاحبه بذلك، فالمضاربة تتعلق بالمشار إليه، وإن كانت الدراهم زيوفًا أو نبهرجة، فاشترى بها شيئًا كان لرب المال؛ لأن المضاربة لم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

تصح؛ لانعدام قبض رأس المال، ولكن صحت الوكالة، وتعلقت بالمشار إليه.
 فإذا اشترى بها حصل الشراء بوكالة رب المال، فيقع لرب المال، وكان
 للمضارب أجر [مثل]^(١) عمله على رب المال لما ذكرنا.
 وإن كانت الدراهم ناقصة فالمضاربة على ما قبض والوكالة كذلك حتى لو اشترى
 جارية بألف درهم والمقبوض خمسمائة فنصف الجارية على المضاربة ونصفها
 للمضارب؛ لأن باجتماع العلوم الأربعة كما تنتفي المضاربة عما زاد عن المقبوض
 تنتفي الوكالة عنده.



(١) سقط في أ.

الفصل العشرون

في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه ويدخل فيه ما إذا امتنع
عن البيع حتى يجد ربحًا

قال: وإذا باع المضارب مال المضاربة بالنسيئة، فإن كان في المال ربح أجبر
المضارب على التقاضي، [وإن لم يكن فيه ربح، لا يجبر على التقاضي]^(١)؛ لأنه إذا
كان فيه ربح فقد سلم للمضارب بدل عمله فيجبر على إتمام العمل، ومن إتمام
العمل استيفاء ما وجب للمضارب من الديون على الناس، فلهذا أجبر على
التقاضي.

أما إذا لم يكن في مال المضاربة ربح، فلم يسلم للمضارب بدل عمله فكان
متبرعًا في تقاضي الديون، فلا يجبر.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع والمستبضع بعد ما باع، لا يجبران^(٢) على التقاضي
وطريقه ما قلنا.

ولكن يجبر المضارب على أن يحيل رب المال على الغرماء، حتى إذا طالب رب
المال المشتري بالثمن لا يمنع من إيفاء الثمن إليه.

ألا ترى أن الوكيل بالبيع والمستبضع بعدما باع، إذا امتنع^(٣) عن التقاضي أجبرا
على أن يحيل صاحب المال على المشتري، وطريقه ما قلنا.

ثم إذا كان في مال المضاربة دين، إن كان الدين في مصر المضارب لا نفقة له في
مال المضاربة، وإن كان الدين في مصر آخر، فإن نفقة سفره ونفقة ذلك المصر ما
دام في التقاضي في مال المضاربة، وإن طال سفر المضارب في ذلك ومقامه حتى
أتت النفقة على جميع الدين، وفضل نفقته على الدين حسب له نفقته مقدار الدين،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يجبر.

(٣) في أ: امتنع.

وما زاد على ذلك يكون على المضارب؛ لأن الزيادة على ذلك لو لزم رب المال، يصير المضارب مستدينًا على رب المال، والمضارب لا يملك ذلك. وإذا باع المضارب شيئًا من مال المضاربة بالنسيئة في غير مصره، وأراد المضارب أن يكون هو المتقاضي حتى تكون نفقته في مال المضاربة، وقال رب المال: أنا أتقاضي حتى لا تكون نفقته في مال المضاربة، فإن لم يكن في المال ربح فإن المضارب يجبر على أن يحيل رب المال فيكون رب المال هو المتقاضي دون المضارب، وإن كان التقاضي حقا من حقوق المضارب من حيث إنه من حقوق العقد؛ لأننا إن راعينا حق المضارب أبطلنا حق المضارب مجرد حقه في التقاضي فكان الترجيح لجانب رب المال.

وإن كان في مال المضاربة ربح، فالمضارب هو المتقاضي؛ لأن التقاضي إنما يصير إلى رب المال، إذا أمكن جبر المضارب على أن يحيل بما وجب من الديون وتعذر الجبر هاهنا؛ لأنه إنما يجبر ليحيل رب المال بجميع الدين، ولا وجه إليه؛ لأن بعض الدين ملك المضارب، والإنسان لا يجبر على أن يحيل غيره بملكه ولا وجه أن يحيله بقدر رأس المال، وحصته من الربح؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، وإنه باطل.

وإذا اشترى المضارب بالمال متاعًا، فقال: المضارب أنا أمسكه حتى أجد ربحًا كثيرًا، وأراد رب المال بيعه فهذا على وجهين: إما أن يكون في مال المضاربة فضل، بأن كان رأس المال ألفًا واشترى بها متاعًا يساوي ألفين أو لم يكن في مال المضاربة فضل بأن كان رأس المال ألفًا واشترى بها متاعًا يساوي ألفًا.

وفي الوجهين جميعًا لا يكون للمضارب حق الإمساك من غير رضا رب المال، إلا أن يعطي رب المال رأس المال، إن لم يكن فيه فضل أو رأس المال وحصته من الربح، إن كان فيه فضل، فحينئذ له حق إمساكه.

وإذا لم يعط رب المال ذلك، ولم يكن له حق إمساكه، هل يجبر على البيع؟ فإن كان في المال فضل، يجبر المضارب على بيعه؛ لأنه سلم له بدل عمله، فيجبر على العمل.

إلا أن يقول: لرب المال أعطيك رأس المال، وحصتك من الربح، إن كان في المتاع فضل، أو يقول: أعطيك رأس المال إن لم يكن في المتاع فضل. وإذا اختار ذلك، فحيث لا يجبر على البيع، ويجبر رب المال على قبول ذلك نظرًا من الجانيين، ومراعاة لكلا الطرفين.

وإن لم يكن في المال فضل، لا يجبر على البيع، ويقال لرب المال: المتاع كله خالص مالك، فإما أن تأخذه برأس مالك، أو تبيعه حتى تصل إلى رأس مالك.



الفصل الحادي والعشرون

في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة

إذا أراد المضارب أن يبيع مال المضاربة [مرابحة]^(١) كان له أن يضم إلى الثمن ما أنفق في حمل المال، وما أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم، وما لا بد لهم منه بالمعروف، ويبيع^(٢) مرابحة على الكل، ويقول: قام عليّ بكذا، ولا يقول: اشترت بكذا، ولا يضم إلى الثمن ما أنفق على نفسه من كسوة أو طعام. والأصل في هذا النوع من المسائل: أن كل مؤنة ونفقة تعارف التجار إلحاقها برأس المال كان للمضارب أن يضم ذلك إلى رأس المال ويبيعه مرابحة على الكل من غير بيان، إلا أن يضم أجرة السمسار ونحوه إلى رأس المال لما جرى التعارف به.

قلنا: وقد تعارفوا إلحاق ما أنفق المضارب على المتاع برأس المال وما تعارفوا إلحاق ما أنفق على نفسه برأس المال.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ويبيعه.

الفصل الثاني والعشرون

في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعاً وينفق الكرى من عند نفسه

إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، فاشترى متاعاً^(١) ثم حمله بمائة درهم من عند نفسه، أو قصره، فهو متطوع فيما صنع، سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، أو لم يقل.

وإن صبغها^(٢) فهو شريك بما زاد الصبغ فيه، ولا يضمن.

البيان: إذا كان قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، وإن لم يقل ضمن.

أصل المسألة: أن المضارب لا يملك الاستدانة على المضاربة، إلا بالتنصيص

عليه، سواء قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، وقد مرت المسألة من قبل.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا اكرى بمائة من عنده، أو قصر الثياب، فقد استدان على المضاربة، بعد استغراق رأس المال، ولم ينفذ على رب المال إذا لم يأمره صريحاً، ولا ضمان على المضارب، في قصادته؛ لأن المضارب لا يكون أشقى حالاً من الغاصب، والغاصب إذا قصر الثوب المغصوب، لا يضمن كذا ها هنا.

وإن باع المضارب الثياب بعد ذلك، ولم يربح، فالثمن كله للمضاربة ولا شيء للمضارب منه؛ لأنه ليس للمضارب في الثوب عين مال قائم وإن ربح أخذ رب المال رأس ماله، والربح يقسم بينهما على ما شرط.

وإن صبغه بعصفر أو زعفران، أو ما أشبه ذلك مما يزيد في الثوب فإن كان رب المال قال له: اعمل فيه برأيك، فالمضارب لا يضمن؛ لأنه خلط ماله بمال المضاربة، فإن الصبغ عين مال قائم يرى ويشاهد.

وإذا ضمن المضارب متى لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك، كان رب

(١) لعلها: ثوباً.

(٢) لعلها: صبغها.

الثوب بالخيار؛ لأن المضارب صبغ ثوبه بغير إذنه فكان كالغاصب وفي فصل الغصب يتخير رب الثوب؛ لأنه صاحب الأصل، فإن شاء ضمن المضارب جميع قيمة الثياب^(١) أبيض يوم صبغه، وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاده الصبغ فيه يوم الخصومة، وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة فضل، وإن كان فيه فضل، فيقدر ما كان حصة المضارب لا يضمته؛ لأنه بدأ [بقدر صبغ مال]^(٢) نفسه، والله أعلم.



(١) لعلها: الثوب.
 (٢) في أ: القدر صبغ ملك.

الفصل الثالث والعشرون

في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه

وإذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم، ومال المضاربة ألف درهم وقد نقد ثمن العبد من مال نفسه، ثم قال: اشتريت العبد لنفسي وقال رب المال: اشتريته للمضاربة، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: أن يضيف المضارب الشراء إلى المضاربة، بأن قال: اشتريت هذا العبد بمال المضاربة، وفي هذا الوجه القول قول رب المال؛ لأن إضافة المضارب الشراء إلى^(١) المضاربة إقرار من المضارب أنه اشترى العبد للمضاربة دلالة؛ لأنه حصل بدل العبد مال المضاربة، والبدل أبداً يكون لمالك البدل.

ولو أقر صريحاً بذلك، ثم قال بعد ذلك: اشتريت لنفسي، لا يصدق فكذا هاهنا.

فإن قيل: كيف يكون مقرراً بإضافة الشراء إلى مال المضاربة، وهذه الإضافة ساقطة الاعتبار شرعاً؟

قلنا: هذه الإضافة ساقطة الاعتبار في حق استحقاق المضاف إليه فأما في حكم أحكام آخر معتبرة:

ألا ترى: أنها اعتبرت في حق بيان الصفة والمقدار.

وألا ترى: أنها اعتبرت في حق جواز العقد، إذا كان في البلد نقود مختلفة فجاز أن يعتبر في حق صيرورة المضارب مقرراً بالشراء للمضاربة.

وإذا وقع الشراء للمضاربة، فبالنقد من مال المضارب لا يتحول الشراء إليه، وكان له أن يحبس مال المضاربة بما نقد في ثمن العبد كما في الوكيل الخاص. وأما إذا لم يصف الشراء إلى مال المضاربة، ولا إلى ماله، وفي هذا الوجه:

(١) زاد في أ: مال.

القول قول المضارب مع يمينه؛ لأن الأصل أن يتصرف الإنسان لنفسه، ولم يوجد هاهنا ما يدل على مخالفة هذا الأصل، لا من حيث النص، ولا من حيث الدلالة، كما في الفصل الأول، ولم يحكم النقد.

وإن كان الحال حال التكاذب، كما في حكم النقد في الوكيل الخاص حالة التكاذب؛ لأن تحكم النقد يوجب أن يكون الشراء للمضارب؛ لأنه نقد من مال نفسه، وإن اتفقا أنه لم يحضره نية وقت الشراء.

قال أبو يوسف رحمه الله: يحكم النقد.

وقال محمد رحمه الله: يكون للمضارب.



الفصل الرابع والعشرون

في نهي رب المال المضارب عن التصرف

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ثم نهاه رب المال عن التصرف، عمل نهيه إذا كان رأس المال دراهاً على حالها.

وإذا صار رأس المال عرضاً لا يعمل نهيه للحال، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة ناصباً، حتى لو باع العرض بدراهم أو بعرض جاز.

إلا أنه إذا باع بعرض آخر لا يعمل النهي، فلو باع بالدراهم يعمل النهي.

الأصل في جنس هذه المسائل أن مال المضاربة إذا كان من جنس رأس المال من كل وجه بأن كان رأس المال دراهاً، ومال المضاربة دراهاً، وهي في الجودة والصرف مثل رأس المال، أو رأس المال دنانير، ومال المضاربة مثلها، عمل نهى رب المال إياه عن التصرف، حتى لا يملك المضارب التصرف فيه أصلاً.

وإذا كان مال المضاربة من خلاف جنس رأس المال من كل وجه، بأن كان مال المضاربة عرضاً فنهي رب المال إياه عن التصرف لا يعمل في الحال أصلاً، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال.

وإذا كان مال المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنية، إلا أنه من خلاف جنسه من حيث الحقيقة، بأن كان رأس المال دراهاً ومال المضاربة دنانير، أو على العكس، يعمل نهى رب المال إياه عما هو شراء من كل وجه، ولا يعمل نهيه عما هو شراء من وجه، حتى لا يملك شراء العروض، ويملك صرفه بما هو من جنس رأس مال المضاربة، بأن كان مال المضاربة دراهاً، ورأس المال دنانير، أو على العكس يعمل نهى رب المال إياه عما هو شراء من كل وجه ولا يعمل نهيه عما هو شراء من وجه.

وكل جواب عرفته في الفصول كلها إذا منع رب المال المضارب عن التصرف، فهو الجواب فيما إذا مات رب المال، ففي كل موضع انعزل المضارب بمنع رب

المال أو عزله ينعزل بموت رب المال ، فقد سوى بين العزل القصدي والحكمي في حق المضارب .

ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح العزل الحكمي ؛ لأن العزل القصدي في حق المضارب إنما لم يصح لما فيه من إبطال حق مستحق للمضارب ، وكل ذلك لا يتفاوت القصدي والحكمي .



الفصل الخامس والعشرون

في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة

ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال، وبيع رب المال من المضارب إذا دفع مال المضاربة إلى رب المال بضاعة بعضه أو كله، فاشترى بها رب المال وباع فهي مضاربة على حالها، ويصير رب المال معيّنًا للمضارب في العمل؛ لأنه عمل بإذنه، وعمل المعين منقول إلى المستعين، كما لو استعان بأجنبي. وإذا انتقل عمله إلى المضارب صار كأن المضارب عمل بنفسه، ويستوي أن يكون مال المضاربة ناضًا أو صار عرضًا.

فإن كان رب المال أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى به، إن كان رأس المال ناضًا، فهو نقض للمضاربة، وإن صار رأس المال عرضًا، لا يكون نقضًا للمضاربة؛ وهذا لأن رب المال لا يمكن أن يجعل معيّنًا للمضارب، ولم يوجد من المضارب استعانة، فجعل^(١) مقتضى وقوع عمل رب المال لنفسه، فلا يربو على النقض صريحًا.

ولو نقض رب المال المضاربة صريحًا ومال المضاربة ناض، يعمل نقضه ولو كان رأس المال عرضًا لا يعمل نقضه للحال، بل يقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًا.

وإذا باع رب المال مال المضاربة من المضارب، أو باع المضارب ذلك من رب المال فهو جائز سواء كان في المال فضل على رأس المال، أو لم يكن. غير أنه متى باع رب المال من المضارب، بطلت المضاربة، ومتى باع المضارب من رب المال لم تبطل المضاربة، ويكون رب المال بالخيار إن شاء دفع الثمن إلى المضارب، وبقيت المضاربة على حالها، وإن شاء أمسك الثمن ونقض المضاربة؛ لأن رأس المال صار في يد رب المال في الانتهاء فيعتبر بما لو كان في يده في الابتداء، وهناك هو بالخيار إن شاء دفع حتى يبقى المضاربة، وإن شاء أمسك ونقض المضاربة.

(١) زاد في أ: ثبت.

الفصل السادس والعشرون

في المتفرقات

في فتاوى أبي الليث رحمه الله: دفع رجل إلى رجل مضاربة ولم يقل: اعمل في ذلك برأيك، إلا أن معاملة التجار في تلك البلاد أن المضاربين يخلطون المال، ورب المال لا ينهاهم عن ذلك، فيعمل في ذلك على معاملات الناس، وإذا غلب التعارف بينهم في مثل هذا، رجوت ألا يضمن فيكون الأمر في ذلك محمولاً على ما تعارفوا.

دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، ثم شارك المضارب رجلاً بدرهم من غير المضاربة، ثم اشترى المضارب وشريكه عصيراً من شركتهما، ثم جاء المضارب بدقيق من المضاربة، فاتخذ منه ومن العصير فلانج ثم اتخذ الفلانج بإذن الشريك. ينظر إلى قيمة الدقيق قبل أن يتخذ منه الفلانج وإلى قيمة العصير فما أصاب حصة الدقيق فهو على المضاربة، وما أصاب حصة العصير، فهو بين المضارب وبين الشريك، لكن هذا إذا كان رب المال أذن له أن يعمل فيه برأيه، وإن لم يكن أذن له بذلك، وفعل بغير إذن الشريك، فالفلانج له، وهو ضامن مثل الدقيق لرب المال ومثل حصة شريكه من العصير.

وإن كان أذن له رب المال في ذلك، والشريك لم يأذن له فالفلانج للمضاربة، فالمضارب ضامن [من] ^(١) حصة الشريك من العصير. وإن كان الشريك أذن له، ورب المال لم يأذن له، فالفلانج بينه وبين الشريك، وهو ضامن لرب المال مثل الدقيق.

ولو اشترى المضارب دقيقاً، وأعطاه رب المال دقيقاً آخر، وقال له: اخلطه بهذا الدقيق على سبيل ما تواضعنا، فخلط ثم باع الكل. أما مقدار ثمن دقيق المضاربة فهو على ما اشترط في عقد المضاربة.

(١) سقط في أ.

وأما ثمن الدقيق الآخر فكله لرب المال، له ربحه وعليه وضيعته وللمضارب أجر مثله ولا تصرف في بيعه.

هكذا قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله.

وقال: الفقيه أبو الليث رحمه الله؛ إنما يكون للمضارب أجر مثله إذا لم يكن خلط الدقيق بمال المضاربة، فأما إذا خلط فلا أجر له؛ لأنه عمل في شيء وهو فيه شريك.

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: مضارب نزل خاناً، ومعه ثلاثة من رفقائه، فخرج المضارب مع الاثنين، وبقي الرابع، وترك الباب غير مغلق فهلك بعض أمتعة المضارب.

إن كان الرابع ممن يعتمد عليه في حفظ المتاع، لا يضمن المضارب ويضمن الرابع، وإن كان لا يُعتمد عليه، فالمضارب يضمن^(١). كما قال ابن سلمة في أهل السوق إذ قاموا واحد بعد واحد، وترك السوق فسرق منهم شيء ضمن الآخر؛ لأنهم ائتمنوه.

وفي العيون: إذا قال المضارب: لم يدفع إلي شيئاً، ثم قال: بلى قد دفعت إلي شيئاً، ثم اشترى به يكون على المضاربة، وإن ضاع قبل أن يشتري، فهو ضامن. والقياس: أن يضمن على كل حال، حين جرده، ويكون المشتري له.

لكني أستحسن إذا جحد ثم أقر به، ثم اشترى أن يبرأ من الضمان، وإن جحد ثم اشترى، ثم أقر فهو ضامن والمتاع له.

وكذلك الوكيل بشراء عبد بغير عينه بألف، والألف مدفوع إليه ولو كان العبد معيئاً، فاشتراه في حالة الجحود، وبعد ما أقر، فهو للأمر.

ولو دفع إليه عبداً لبيعه فجرده، ثم أقر به فباعه، جاز وبرئ عن الضمان.

قال ابن سماعة رحمه الله: وينبغي أنه إذا باعه، ثم أقر أن يجوز أيضاً.

(١) في أ: ضامن.

ولا يحل للمضارب وطء جارية المضاربة، سواء كان في المال ربح أو لم يكن،
وسواء أذن له بذلك، أو لم يأذن.

وهل يحل لرب المال وطؤها؟

إذا كان في الجارية فضل، لا يحل له الوطاء، والدواعي لذلك؛ لأن الجارية
مشترك بينه وبين المضارب.

فإن لم يكن في الجارية فضل، ذكر في المضاربة الكبيرة أنه ليس له وطؤها وذكر
في المضاربة الصغيرة أحب إلي ألا يطأها.

فمن المشايخ من قال: ليس في المسألة روايتان، ولكن بين محمد رحمه الله:
بما ذكره في المضاربة الصغيرة أنه أراد بما ذكر في المضاربة الكبيرة التنزيه دون
التحريم.

ومنهم من قال في المسألة روايتان.

إذا زوج رب المال جارية المضاربة من المضارب، فإن كان فيها فضل على رأس
المال، لا يجوز؛ لأن للمضارب فيها شركة، وإن لم يكن فيها فضل، يجوز.

وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة، على أن يشتري بها الثياب ويقطعها
ويخيطها بيده، على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان، أو على أن
يشترى الجلود الأدم، ويخزنها خفًا، فهو جائز على ما اشترط؛ لأن في المضاربة
معنى الشركة، ومعنى الإجارة، فأبي ذلك اعتبرنا أمكن تجويزها على هذه الأعمال.

وهذا بخلاف ما لو دفع إليه دراهم على أن يحتطب ويحتش على أن ما رزق الله
تعالى من شيء فهو بيننا نصفان، فإن المضاربة لا تجوز، وإن كانت الإجارة على
الاحتطاب تجوز؛ لأن الشركة فيها باطلة.

وفي القدوري: إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل القيمة أو أكثر جاز؛ لأنه
يصير معينًا للمضارب، وإعانة رب المال المضارب صحيحة، ولا يكون نقصًا
للمضاربة.

وأما إذا باع بأقل من قيمته بغبن [يسير أو فاحش]^(١)، لم يجز بيعه إلا أن يجيزه المضارب.

وكذلك: إذا كان المضارب اثنين فباع أحدهما بإذن رب المال لم يجز إلا بمثل القيمة أو أكثر، إلا أن يجيز المضارب الآخر لرب المال.

إذا فسخ المضاربة، ورأس المال عروض، لا ينفذ الفسخ وإن تراضيا على الفسخ، ورأس المال عروض يصح الفسخ. ذكره شيخ الإسلام في باب شراء المضارب وبيعه.

وإذا صار رأس المال دراهم أو دنانير، ينفذ ذلك الفسخ؛ لأنه في إجازات شيخ الإسلام رحمه الله، في كيفية نقض الإجارة عند رأس الشهر.

وإن كان بعض رأس المال عرضاً، وبعضه نقدًا لا ينفذ الفسخ، ويكون موقوفًا حتى إذا صار نقدًا ينفذ الفسخ، هكذا ذكر في بعض المواضع.

دفع مالا مضاربة شهرا يجوز، ويتوقت^(٢) فيما دون شيخ الإسلام رحمه الله^(٣).



(١) في ج: بشراء فاحش.

(٢) في ج: ويتوقف.

(٣) ثبت في أ: ثم كتاب المضاربة من الذخيرة.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإجازات^(١)

هذا الكتاب يشتمل على خمسة وعشرين فصلاً:

الأول: في الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها.

الثاني: في بيان [أنه]^(٢) متى يستحق الأجر.

الثالث: في الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة.

الرابع: في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط ويدخل فيه بعض

مسائل الشروط في الإجارة.

الخامس: في تصرف المؤاجر في الأجرة.

(١) الإجارة - مثلثة الهمزة - وأن لغة الكسر أفصح من لغتي الضم والفتح، وهي مصدر سماعي بوزن فعالة من أجر الدار والعبء، بالقصر، من بابي نصر، وضرب، يقال: أجر يأجر كنصر ينصر، وأجر يأجر، كضرب يضرب، وهذه لغة بني كعب، ومصدرهما القياسي: الأجر، والإجارة أيضاً اسم للأجرة، وهي الكراء، مأخوذة من الأجر، وهو ما يستحق على عمل الخير، ولهذا يدعى به، يقال: أجرك الله أجراً: أي: أثابك، وقد يطلق الأجر على الأجرة، ويقال أيضاً: أجرت زيداً الدار إيجاراً، فأنا مؤجر؛ أي: أكريته إياها. وأجرت زيداً مؤجرة، فأنا مؤاجر، أي: عاقدته على الإجارة، ويقال: استأجرت الدار، أي: أكريتها، والعبء، أي: اتخذته أجيراً. وأما الإجارة من السوء ونحوه، فهي مأخوذة من أجار إجارة كإيماء وإعادة وزناً ومعنى، فهمزتها زائدة، بخلاف الإجارة بالمعنى السابق؛ فإن همزتها فاء الكلمة.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: عقدٌ على المنافع بعوض.

وعرفها الشافعية: بأنها تملك منفعة بعوض، بشروط معلومة.

وعرفها المالكية بأنها: تملك منفعة غير معلومة، زمناً معلوماً، بعوض معلوم.

وعرفها الحنابلة بأنها: عقد على منفعة مباحة معلومة، تؤخذ شيئاً فشيئاً، مدة معلومة من

عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم.

ينظر: الصحاح (٥٧٢/٢)، المصباح المنير (١١/١)، المغرب، ص (٢٠) المطلع،

ص (٢٦٣)، فتح القدير (٥٨/٩)، المبسوط (٧٤/١٥)، مجمع الأنهر (٣٦٨/٢)،

مواهب الجليل (٣٨٩/٥)، شرح الخرخشي (٢/٧)، أسهل المدارك (٣٢١/٢)، مغني

المحتاج (٣٣٢/٢)، الإقناع (٧٠/٢)، كشف القناع (٥٤٦/٣)، الإنصاف (٣/٦).

(٢) سقط في ز.

- السادس: في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على الآجر.
- السابع: في إجارة المستأجر وإعارته.
- الثامن: في انعقاد الإجارة بغير لفظه^(١) الإجارة وفي الحكم ببقاء الإجارة وانعقادها مع وجودها بما ينافيها.
- التاسع: في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز.
- العاشر: في بيان ما يجب على المستأجر، وما يجب على الآجر.
- الحادي عشر: فيما يكون الأجير مسلماً مع الفراغ منه.
- الثاني عشر: فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر.
- الثالث عشر: في بيان الأعمال التي يمنع المستأجر عنها والتي لا يمنع.
- الرابع عشر: في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحي^(٢).
- الخامس عشر: في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذراً وما لا يصلح.
- السادس عشر: فيما يكون فسخاً للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ.
- السابع عشر: في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهها.
- الثامن عشر: في الإجارة للخدمة^(٣).
- التاسع عشر: في إجارة الظئر.
- العشرون: في الإجارة على أحد الشئيين^(٤).
- الحادي والعشرون: في الجمع بين الوقت^(٥) والعمل في عقد الإجارة.

(١) في أ: لفظ.

(٢) في أ: الإجارة.

(٣) في ز: الخدمية.

(٤) في أ: الشرطين.

(٥) في أ: الوقتين.

الثاني والعشرون: في الاختلاف الواقع [بين الأجر والمستأجر]^(١) وفي الدعاوى والخصومات وإقامة البيئات^(٢).

الثالث والعشرون: في إجازة^(٣) الدواب.

الرابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك.

الخامس والعشرون: في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك.



(١) في ز: في المستأجر والأجر.

(٢) في ز: البينة.

(٣) في أ: إجازات.

الفصل الأول

في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها
أما بيان ألفاظها فنقول: الإجارة إنما تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي نحو أن
يقول أحدهما: آجرت، ويقول الآخر: قبلت، أو استأجرت، ولا تنعقد بلفظين
أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول أحدهما: آجرني، ويقول الآخر:
آجرت، وهذا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة^(١) فيعتبر ببيع العين، وفي بيع العين إنما
ينعقد العقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي، ولا ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن
المستقبل كذا هاهنا.

ولا تنعقد بلفظة العارية أيضًا حتى إن من قال لغيره أعرتك هذه الدار شهرًا، أو
من قال: كل شهر بكذا، وقبل المخاطب ذلك كانت إجارة صحيحة. ذكره شيخ
الإسلام - رحمه الله - في كتاب الهبة، في باب العطية، وفي باب العوض في الهبة
من شرح الصدر الشهيد^(٢).

[وأما]^(٣) إذا وضعت منفعة الدار من آخر شهرًا بعشرة دراهم، أو أعاره عيّنًا شهرًا
بعشرة دراهم حكى أبو [طاهر الدبوسي]^(٤) - رحمه الله - عن أبي حنيفة

(١) المعقود عليه في الإجارة مطلقا عند الحنفية هو المنفعة، وهي تختلف باختلاف محلها.
وعند المالكية، والشافعية أن المعقود عليه إما إجارة منافع أعيان، وإما إجارة منافع في
الذمة. واشتروا في إجارة الذمة تعجيل النقد، للخروج من الدين بالدين.
وعند الحنابلة محل العقد أحد ثلاثة:

الأول: إجارة عمل في الذمة في محل معين أو موصوف. وجعلوه نوعين: استئجار
العامل مدة لعمل بعينه، واستئجاره على عمل معين في الذمة كخياطة ثوب ورعي غنم.
الثاني: إجارة عين موصوفة في الذمة.
الثالث: إجارة عين معينة لمدة محددة.

ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٧٤، ١٧٥)، والفتاوى الهندية (٤/٤١١)، والشرح الكبير
وحاشية الدسوقي (٣/٤)، وبداية المجتهد (٢/٢٤٩)، والمهذب (١/٣٩٩)، ومنهاج
الطالبين (٣/٦٨)، والمغني، لابن قدامة (٦/٨)، وكشاف القناع (٣/٤٦٩، ٤/٢ - ١٠).

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٣٩٣)، البحر الرائق (٧/٢٩٧).

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: الظاهر الدباس.

- رحمه الله - : أنه لا يلزمه قبل استيفاء المنفعة [وبعد استيفاء المنفعة]^(١) يعتبر إجارة.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن الإجارة تنعقد بلفظة الهبة.

وفي باب العطية من هبة الأصل: إذا قال: داري هذه لك هبة إجارة كل شهر بدرهم، أو قال: إجارة هبة فهذه إجارة في الوجهين، ولم يذكر في الكتاب أن هذه الإجارة جعلت لازمة.

وذكر الخصاف - رحمه الله - : أنها لا تكون لازمة حتى كان لكل واحد منهما أن يرجع فيها قبل القبض، وإذا سكنها يجب عليه أجر المثل، وإذا قال لغيره: بعث منك منافع هذه الدار كل شهر بكذا، أو قال: شهر بكذا، ذكر في العيون: أن الإجارة فاسدة، وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب الصلح: أن فيه اختلاف المشايخ.

وهذا؛ لأن القياس يأبى جواز هذه الإجارة؛ لأن محل حكم الإجارة المنفعة وإنها منعدمة، والمعدوم لا يصلح محلاً لحكم العقد والإضافة إليه، إلا أن الشرع ورد بجوازها إذا باشر العقد على العين بلفظ الإجارة أو باشر على المنفعة بلفظ الإجارة، وكل لفظ يختص بتمليك الأعيان لا يلحق بلفظ^(٢) الإجارة والبيع يختص بتمليك الأعيان فلا يلحق به، والعارية والهبة والتمليك لا يختص بتمليك الأعيان فيلحق بها، وعن هذا قلنا: إذا قال: آجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا، أو قال: ملكتك منافع هذه الدار شهراً بكذا، يجوز، فبقي لفظ^(٣) البيع على أصل القياس. وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح في آخر باب العقار: إذا ادعى رجل

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: بلفظة.

(٣) في أ: بلفظة.

(٤) في أ: شقصا.

سقفاً^(١) من دار في يدي رجل فصالحه المدعى عليه على سكنى بيت معلوم من هذه الدار عشر سنين، جاز.

فلو أجره - يعني هذا البيت - المصالح عليه من الذي صالحه جاز عند أبي يوسف خلافاً [لمحمد]^(٢).

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - : قصار شارطه رجل على أن يقصر له ثوباً مروياً بدرهم، ورضي به القصار، فلما رأى القصار الثوب قال : لا أرضى به فله ذلك، قال : وكذلك الخياط.

والأصل فيه : أن كل عمل يختلف في نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، [وكل عمل لا يختلف باختلاف المحل لا يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل]^(٣)، والقصار يختلف باختلاف المحل وكذلك الخياط^(٤)، فلاجل ذلك أثبتنا له خيار الرؤية^(٥) فيهما.

قال ثمة : وإذا استأجر رجلاً ليكيل له كر حنطة فلما رأى الحنطة قال : [لا أرضى به فليس له ذلك]^(٦)، خلافاً لمحمد - رحمه الله - وهذا بناء على أن عند محمد - رحمه الله - يعتبر هذا العقد إجارة، وليس للمستأجر أن يؤجر من الأجر [فكذلك هنا إذا أجره من الذي صالحه لا يجوز]^(٧).

وأبو يوسف يقول : إن المدعي ما ملك منفعة هذا البيت بعقد، بل ترك بعض حقه وقنع بالبعض، وإنما بقيت المنفعة على أصل ملكه فيملك أن يؤجر^(٨) من كل جزء.

(١) المثبت من المحيط البرهاني.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ : الخياطة.

(٤) في أ، ز : المحل.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ : يؤاجر.

(٨) في ز : قال.

ولو باع المدعي هذا السكنى بيعًا من رجل لم يجز، بعض مشايخنا، قالوا^(١):
إنما لم يجز بيع السكنى لترك التوقيت، لا؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ^(٢) البيع،
[وقال بعضهم: لا يجوز بيع السكنى وإن كان مؤقتًا]^(٣).

قال شيخ الإسلام رحمه الله: فصل بيع السكنى مشكل عندي؛ لأن لفظ^(٤) البيع
[يملك]^(٥) بها الرقبة، وملك الرقبة سبب لملك المنفعة، فكان ينبغي أن يجوز
استعارة لفظ^(٦) البيع لتمليك المنفعة [به]^(٧) مجازًا.

قال رحمه الله: والوجه في ذلك أن المنفعة معدومة للحال وإيجادها ليس في يد
البشر، والمعدوم لا يصلح محلاً لإضافة العقد إليه إلا أن الشرع أقام غير الموجود
وهو الدار المنتفع^(٨) بها مقام المنفعة في جواز إضافة الإجارة [إليها]^(٩).

إذا ثبت هذا فنقول: لفظ البيع إن أضيف إلى الدار فهو صالح لتمليك عينها فلا
يجعل مجازًا عن غيره، فإن أضيف إلى المنفعة والمنفعة معدومة والمعدوم لا يصلح
لإضافة العقد إليه، [سواء كانت الإضافة بلفظ الإجارة أو بلفظ البيع]^(١٠)، حتى لو
قال الحر لغيره: بعك نفسي شهرًا بكذا لعمل كذا، فهو إجارة؛ لأنه لا يصلح
لتمليك عين الحر فيجعل مجازًا عن تمليك المنفعة.

هكذا ذكر محمد - رحمه الله - وإنه مشكل عندي؛ لأن علة عدم جواز البيع
هاهنا لو كانت هي العدم ينبغي ألا تنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك وبالإجماع
تنعقد.

(١) في أ: بلفظة.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ: لفظة.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ: لفظة.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ: المبيع.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) سقط في أ، ز.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح الحيل: أن الإجارة لا تنعقد بلفظ^(١) البيع، وذكر ثمة عن الكرخي - رحمه الله - أنه كان يقول: إن الإجارة لا تنعقد بلفظ^(٢) البيع رجع وقال: تنعقد.

في نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله: إذا قال الرجل لغيره: أعطيتك هذا العبد يخدمك سنة بكذا، جاز، وهذه إجارة.

وفيه أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ثوبًا لبيعه على أن ما زاد [على كذا]^(٣) فهو له، قال: هذا على جهة الإجارة، وهذه إجارة فاسدة، ولو ضاع الثوب من يده ضمن.

وتنعقد الإجارة بالتعاطي.

بيانه: ما ذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في إجازات الأصل في باب إجارة الثياب: إذا استأجر قدورًا بغير أعيانها لا يجوز، لتفاوت بين القدور من حيث الصغر والكبر، وإن جاء بقدور وقبلها منه على الكراء الأول جاز، وتكون هذه إجارة مبتدأة بالتعاطي.

وإذا دفع داره إلى رجل على أن يسكنها ويرمها، ولا أجر عليه فهذا ليس بإجارة، بل هي عارية.

فأما بيان شرائطها فنقول: يجب أن تكون الإجارة معلومة العمل^(٤)، إن وردت هذه الإجارة على العمل، والمنفعة إن وردت الإجارة على المنفعة، وإعلام المعقود عليه، وإعلام المعقود به، وإعلام المعقود عليه، شرط يحرز عن المنازعة كما في باب البيع.

(١) في أ: بلفظة.

(٢) في أ: بلفظة.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: والعمل.

(٥) في أ، ز: بيان.

وإعلام المنفعة [إن كان الأجر دراهم أو دنائير فلا بد من بيان^(١)] القدر، وبيان الصفة، أنه جيد أو رديء، ويقع على نقد البلد إن كان في البلدة نقد واحد، ويقع على نقد البلد الذي وقع فيها [عقد]^(٢) الإجارة حتى إن من استأجر دابة بالكوفة إلى الدير بدراهم فعلى المستأجر نقد الكوفة، وإن كان في البلد نقود مختلفة، فإن كانت النقود في الرواج على السواء ولا فضل للبعض على البعض، أي [صرف البعض]^(٣) على البعض، فالعقد جائز ويعطى المستأجر أي نقد شاء وإن كانت^(٤) الأجرة مجهولة؛ لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة.

وإن كانت النقود في الرواج على السواء وللبعض صرف على البعض فالعقد فاسد؛ لأن هذه جهالة تفضي إلى المنازعة، وإن كان أحدهما أروج فالعقد جائز، وينصرف^(٥) إلى الأروج، وإن كان للآخر فضل عليه يحكم العرف.

وفي نوادر [بشر عن]^(٦) أبي يوسف - رحمه الله - : إن كانت الأجرة [فلسًا]^(٧) فغلا أو رخص قبل القبض فلا أجر الفليس لا غير، وإن كسد فعليه قيمة المعقود عليه، وكذلك كل شيء مما يكال أو يوزن [مما ينقطع]^(٨) إذا استأجر بشيء^(٩) منه وجعل أجله قبل انقطاعه فهو مثل الفليس، وإن كانت الأجرة مكيلًا أو موزونًا أو عددًا متقاربًا فإعلامها ببيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان إيفائها إذا كان لها حمل ومؤنة، وإن لم يكن به حمل ومؤنة لا يحتاج إليه، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: صرفًا للبعض.

(٣) في أ: دنت، وفي ز: بقيت.

(٤) في أ: فينصرف.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) في ز: شيئًا.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا يحتاج إلى ذلك في الأحوال كلها، والاختلاف في هذا نظير الاختلاف في السلم؛ لأن الأجرة لا يجب تسليمها عقيب العقد، فصار نظير المسلم فيه، غير أن عندهما في باب السلم يتعين موضع العقد للتسليم، وهاهنا لا يتعين ولكن في إجارة الأرض والدار، تسليم عين الأرض والدار المستأجرة، وفي العمل بيده حيث يوقع العمل.

وفي نوادر هشام عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر أرضاً بطعام إلى أجل ولم يسم أين يقبض الطعام، قال: هي جائزة في قولي، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: وهذا بخلاف السلم في قول أبي حنيفة رحمه الله. وإذا كانت الأجرة عروضاً أو ثياباً يشترط فيه جميع شرائط السلم؛ لأن الأجرة نظير المسلم فيه على ما [بيناً]^(١) فيشترط فيه جميع شرائط السلم.

يوضحه: أن وجوب الثياب دينا في الذمة عرف بالشرع بخلاف القياس، كأنما جاء الشرع بطريق السلم فیراعى جميع شرائط السلم، وهذا كله إذا كانت الأجرة عينا فإعلامه بالإشارة؛ لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف، وإذا كانت الأجرة حيواناً لا تجوز إلا إذا كانت^(٢) عيئاً؛ لأن الحيوان لا يجب دينا في الذمة بدلا عما هو مال، وإذا كانت الأجرة منفعة إن كانت من جنس المعقود عليه لا تجوز عندهما، وإن كانت من خلاف جنس المعقود عليه جاز بلا خلاف.

بيان الأول: إذا استأجر سكنى دار بسكنى دار.

بيان الثاني: سكنى دار بركوب دابة.

وهذه المسألة فرع مسألة أخرى عرفت في كتاب البيوع، أن الجنس في المسميين يحرم للنساء عندنا، حتى لو أسلم [هرويا في هروي]^(٣) لا يجوز عندنا.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: كان.

(٣) في أ، ز: قوها في قوهي.

قلنا: ويبيع المنفعة بمنفعة من جنسها بمنزلة بيع العين بجنسه نساء؛ لأن النساء من البديل ما لا يكون عينًا، والمنفعة لأنها معدومة، فكانت نساء، والجنسية في المسميين يحرم للنساء، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النساء في الجنس المختلف ليس بحرام، كما في بيع العين، حتى إنه لو أسلم قوهيًا في مروي جاز فها هنا كذلك.

فإن قيل: إذا اختلف الجنس، إن كان لا يفسد هذا العقد من هذا الوجه يفسد من وجه آخر؛ لأن المنفعة دين من الجانبين، والدينية من الجانبين توجب الفساد، وإن اختلف البديل.

قلنا: كلا البديلين من حيث الحقيقة [و] ^(١) إن لم يكن عينًا؛ لأنها معدومة، إلا أن التي لم يصحبها حرف (الباء) [تعتبر عينًا حكمًا لأنها معقود عليه، ولا بد لانعقاد عقد المعاوضة من قيام المعقود عليه حالة العقد إذا لم يكن سلماً، وإذا كان كذلك أقيم محل المنفعة فيما لم يصحبه حرف (الباء)] ^(٢) مقام المنفعة فيكون عينًا ولا ضرورة فيما صحبه حرف (الباء)، نحو أن يكون غير العين حقيقة وحكمًا، والآخر اعتبر عينًا حكمًا فكان بمنزلة بيع العين نساءً بخلاف جنسه ^(٣).

وفي فتاوى أبي الليث: لا خير في معاوضة الثيران بالثيران للأكداس؛ لأنها استبدال ^(٤) منفعة بمنفعة [من جنسها، ثم إذا قوبلت المنفعة بمنفعة كانت من جنسها] ^(٥)، حتى فسد العقد واستوفى الأجر المنفعة، كان عليه أجر المثل، في ظاهر الرواية ^(٦).

(١) سقط في ز.

(٢) المثبت من المحيط البرهاني.

(٣) المحيط البرهاني (٣٩٦/٧).

(٤) في أ: استدلال.

(٥) في أ: بجنسها.

(٦) المحيط البرهاني (٣٩٦/٧).

وعن أبي يوسف: أنه لا شيء عليه؛ لأن المنفعة إنما تتقوم إذا هو ثبت بالتقويم. وجه ظاهر الرواية: أن لفظ الإجارة لفظ معاوضة فصار كما لو استأجر دارًا ولم يسم الأجر وسكنها وهناك يجب أجر المثل فهنا كذلك.

ولو كان عبدًا واحدًا بين اثنين فتهاياه فخدم أحدهما يومًا ولم يخدم الآخر، فلا أجر له.

وقال أبو الحسن - رحمه الله - في جامعه: إذا كان عبدًا واحدًا بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه ليخيط^(١) معه شهرًا على أن يصوغ نصيبه مع هذا شهرًا، فإن هذا لا يجوز في العقد الواحد وإنما يجوز في العملين المختلفين إذا كانا في عبيدين^(٢).

وأما بيان حكم الإجارة فنقول: حكم الإجارة وقوع الملك في البدلين، كما في بيع العين يقع معًا كما فرعا^(٣) من العقد إلا لمانع، وفي الإجارة يقع الملك في البدلين ساعة فساعة؛ لأن المعاوضة تقتضي التساوي؛ لأن الظاهر من حال المتعاقدين ألا يرضيا بالتفاوت، والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهي الأجرة.



(١) في ز: ليحفظ.

(٢) بدائع الصنائع (٤/١٩٤)، والفتاوى الهندية (٤/٤١٢).

(٣) في ز: فرغنا.

ومما يتصل بهذا الفصل: بيان ما يصلح أجره وما لا يصلح أجره، [و^(١) الأصل فيه: أن ما يصلح أن يكون ثمنا في البياعات، يصلح أن يكون أجره في الإجازات، إلا المنفعة فإنها تصلح أجره إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا، وإنما اعتبرنا الأجره بالبيع؛ لأن الإجارة بيع كسائر البياعات، إلا أن سائر البياعات ترد على العين، والإجارة ترد على المنفعة، وإنما وقع الفرق بينهما في المنفعة؛ لأن الثمن يجب أن يكون مملوكا بنفس البيع إذا لم يكن في البيع خيار، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد لأنها معدومة، أما الأجره فليس من شرطها أن تملك بنفس العقد، وكانت الأجره كالنكاح، فإن المنفعة تصلح أن تكون مهرا في النكاح، إذ ليس من شرط المهر أن يملك بنفس العقد، فأمر^(٢) تسمية هذا العقد مهرا صحيح.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فأين.

ومما يتصل [بهذا الفصل]^(١): إذا أضاف الإجارة إلى وقت في المستقبل، بأن قال: آجرتك داري أي هذه غداً أو ما أشبهه فإنه^(٢) جائز، بناء على الأصل الذي ذكر، أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، فالعقد في حق الحكم كالمضاف إلى وقت وجود المنفعة، فسمي الإجارة في حق الحكم على الإضافة، فكيف تكون مانعة صحة الإجارة، فلو أراد نقضها قبل مجيء ذلك الوقت، فعن محمد - رحمه الله - فيه روايتان، في رواية قال: لا يصح النقض، وفي رواية قال: يصح.

في وجه هذه الرواية: أنه لم يثبت للمستأجر حق في هذا العقد؛ لأنه غير منعقد أصلاً، ولهذا لا يملك الإجارة بالتعجيل في هذه الإجارة.

وجه الرواية الأولى: أن العقد قد انعقد فيما بين المتعاقدين وإن لم ينعقد في حق الحكم فالأجر بالنقض إبطال العقد المنعقد حقاً للمستأجر فلا يقدر على ذلك، وعلى هذه الرواية يملك الأجرة بالتعجيل في هذه الإجارة.

وإذا باع الأجر المستأجر في الإجارة المضافة قبل مجيء ذلك الوقت، ذكر شمس الأئمة الحلواني في رهن الجامع: أن فيه روايتين، في رواية: لا ينعقد البيع، ولا تبطل الإجارة المضافة، وفي رواية: ينفذ البيع وتبطل الإجارة.

ولو أجر مكان البيع فهو على الروايتين أيضاً في إجازات شرح الطحاوي. وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الإجازات: أن الأصح أن الإجارة المضافة لازمة قبل وقتها.

والقدوري - رحمه الله - ذكر هذه الرواية عن محمد - رحمه الله - في باب الأوقات، ولم يذكر الرواية عنه، وصورة ما ذكر القدوري: إذا عقد عقد الإجارة على وقت لم يأت بعد، ثم أراد المؤجر بيع الدار قبل حضور وقت الإجارة

(١) في أ: هذه الأصل.

(٢) في أ: وإنه.

فللمستأجر أن يمنعه من ذلك.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في الإجازات: عن محمد - رحمه الله - في مسألة البيع والإجارة روايتان، كما ذكر شمس الأئمة الحلواني في الأولى، في رواية: لا تنعقد الإجارة المضافة؛ لأنه لا حق للمستأجر حالاً، فنفذ البيع والإجارة الثانية، ثم لا يثبت حق المستأجر الأول.

قال: وبه نفتي، وفي رواية: لا ينفذ البيع؛ لأن حق المستأجر وإن لم يثبت للحال ولكن يثبت في الثاني.

وفي أول إجازات المتقى [روى] ^(١) ابن سماعة عن محمد: رجل قال لآخر: آجرتك داري غداً بدرهم، وباعه اليوم أو وهبه.

قال: ما صنع من ذلك فهو جائز، وتنتقض الإجارة إن جاء غداً والدار ليست في ملكه، وإن رد عليه بقضاء أو رجع في هبته قبل مجيء [وقت الإجارة] ^(٢) رجعت على حالها.

معنى قولنا: إن جاء غداً والدار ليست في ملكه، لم يرجع بالدار بالعيب نقضاً، أو بالرجوع في الهبة إلى ملكه، وإن رجع إليه بملك مستقبل بطلت الإجارة، وذكر بعض هذه المسألة قريب رواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - بخلاف ما ذكرناه هنا.

فقال: إذا قال لآخر: آجرتك داري هذه رأس الشهر بعشرة دراهم ثم أراد أن يبيعه قبل رأس الشهر ليس له ذلك؛ لأنه أجرى فيه حقاً لهذا رأس الشهر.

وفي النوازل [رجل] ^(٣) قال لآخر: آجرتك داري هذه غداً بدرهم، ثم آجرها اليوم من آخر إلى ثلاثة أيام، فجاء الغد وأراد المستأجر الأول أن ينقض الإجارة

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ: غد.

(٣) سقط في أ، ز.

الثانية قال نصير إذا جاء الغد فللمستأجر الأول نقض الإجارة .
وقال أبو الليث: فيه روايتان عن أصحابنا، في [رواية للأول، أن يفسخ الإجارة
الثانية، وبه أخذ نصير، وفي^(١)] رواية أخرى ليس له النقض، وبه أخذ [الفقيه]^(٢)
أبو جعفر، وأبو الليث - رحمهما الله - وهو قول عيسى بن أبان - رحمه الله .
وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال لغيره: إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه
الدار، فهو جائز وإن كان فيه تعليقاً، وهذا قول الفقيه أبي بكر الإسكافي .
وقال الفقيه أبو الليث: وجعلنا هذا نظير ما لو قال: آجرتك هذه الدار غداً .
وقال أبو القاسم الصفار: لا يجوز؛ لأنه تعليق بخطر، بخلاف قوله: آجرتك
غداً .



(١) سط في ز .

(٢) سقط في أ .

ومما يتصل بهذا الفصل أيضًا، ذكر في شرح السير الكبير: رجل أجر داره من رجل شهرًا بعشرة [دراهم]^(١)، ثم إن الأجر قال للمستأجر قبل مضي الشهر: لا تسكن في داري شيئًا من الشهر الداخل، وأشهد عليه، أنه إن أقام الشهر الداخل فيها، فأجر الشهر الداخل عشرين درهما، فأقام الشهر الداخل فيها، كان عليه عشرون درهما؛ لأن أجر الدار يجب للشرط، والشرط للشهر الداخل عشرون، والمستأجر رضي بهذا الشرط كما أقام فيها في الشهر الثاني؛ لأن إقامته في الشهر الثاني بعد كلام الأجر دلالة على رضاه بالأجر المسمى فإنه صرح وقال: رضيت بالأجر المسمى للشهر الداخل.

قال مشايخنا رحمهم الله: وعلى قياس هذه المسألة: إذا أراد المغصوب منه تخويف غاصب الدار حتى يرد الدار عليه فجاء بشاهدين عدلين إلى الغاصب وأشهدهما على الغاصب، وقال الغاصب بحضرتهما: إن رددت الدار علي وإلا أخذت منك كل شهر كذا أجرة الدار، فهذا إشهاد صحيح، فإذا لم يرد الغاصب الدار بعد هذا، فالمغصوب منه يستحق الأجر المسمى على الغاصب، وطريقه ما قلنا في المسألة المتقدمة.

وبنحوه روى ابن سماعه عن محمد رحمه الله.

وصورة ما روى ابن سماعه: إذا قال صاحب الدار: هذه داري فاخرج منها فإن تركتها فهي عليك بكذا، فجحدتها الغاصب سكنها، ثم أقام صاحب الدار بينة عليه بعد أشهر، فلا أجر له، ولو كان مقرًا بالدار كان سكنه رضاء بالإجارة ويجب الأجر المسمى.

ثم في مسألة الإجارة: إذا قال المستأجر وقت ما له الأجر: لا أريد بهذا الأجر، ثم سكنها في الشهر الداخل، لا يلزمه عشرون درهما للشهر الداخل؛ لأنه قد رد على المؤاجر عقد الإجارة بعشرين درهما وارتد وصار كأن لم يكن. هكذا ذكر

(١) سقط في أ، ز.

مشايخنا رحمهم الله في شرح السير .
وعلى قياس هذه المسألة مسألة الغاصب كذا يكون .
وفي نوادر هشام قال : سألت محمدًا عن رجل اكرى دارًا سنة بألف درهم فلما
انقضت المدة قال له رب الدار : إن فرغت داري اليوم وإلا فهي عليك بكذا ،
والمشتري مقر له بالدار .
قال محمد رحمه الله : إنا نجعلها في مقدار ما ينقل متاعه منها بأجر مثلها وإن
فرغها إلى ذلك الوقت وإلا جعلتها بما قال بعد ذلك .



الفصل الثاني

في بيان أنه متى يستحق الأجر

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: في رجل استأجر بيتًا شهرًا بدرهم، قال: كلما سكن يومًا أخذ من الأجر بحساب ذلك، وكذلك الكراء إلى مكة، وكذلك في إجارة الأرض.

يجب أن يعلم بأن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة^(١) ولا تملك بالعقد المنفعة، إذا لم يشترط التعجيل في الأجرة، سواء كانت الأجرة عينًا أو دينًا، هكذا ذكره محمد - رحمه الله - في الجامع^(٢).

وذكر في الإجازات: أن الأجرة إذا^(٣) كانت عينًا لا تملك بنفس العقد، وإذا^(٤) كانت دينًا تملك بنفس العقد، وتكون بمنزلة الدين المؤجل.

[و]^(٥) عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع^(٦).

وبعضهم قالوا: ما ذكر في كتاب الإجازات قول محمد أولاً، وما ذكر في الجامع^(٧) قوله آخرًا.

وهذا لما ذكرنا أن الإجارة عقد معاوضة فتوجب المساواة بين المتعاقدين ما أمكن ما لم يغير بالشرط كما في بيع العين، ومتى قلنا: إنه يجب إيفاء الأجر قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة، ويفضل المؤجر على المستأجر؛ لأن المؤجر يملك الأجرة بالقبض رتبة وتصرفًا، والمستأجر إن ملك المنفعة بقبض المستأجر تصرفًا لم يملكه رتبة، لما ذكرنا أن وقوع الملك في المنفعة يتأخر إلى حال وجودها.

(١) في أ، ز: الأجرة.

(٢) زاد في ز: وفي كتاب التحري.

(٣) في أ: إن.

(٤) في أ: إن.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) زاد في ز: وفي كتاب التحري.

(٧) زاد في ز: والتحري.

فلهذا قلنا: إن إيفاء الأجر يتأخر إلى ما بعد استيفاء المنفعة، وإذا ثبت إيفاء الأجر إنما يجب بعد استيفاء المنافع عندنا.

فنعول: كان أبو حنيفة - رحمه الله - أولاً يقول: لا يجب شيء من الأجر إلا بعد استيفاء جميع المنفعة، سواء كانت الإجارة معقودة على المدة كما في إجارة الدار والعييد، أو على قطع المسافة كما في كراء الدابة إلى مكان كذا، أو على العمل كما في القصار والخياط والصباغ وهو قول زفر - رحمه الله - .

وقال: فإن وقعت الإجارة على المدة كما في إجارة الأرض والدواب والعييد، وعلى قطع المسافة كاستئجار الحمال، والدابة، وإنما يجب إيفاء الأجر بحصة ما استوفى إذا كان لما استوفى حصة معلومة من الأجر، ففي الدار يوفي أجر كل يوم^(١)، وفي قطع المسافة إذا استأجر مرحلة يجب عليه حصة ما استوفى.

قال القدوري: وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله .

وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين، فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله، وإن كان حصة ما استوفى معلومة، إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال، وحيث يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قوله الآخر، يجب على المؤجر^(٢) إيفاء الأجر بعد ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الحمال.

فوجه قوله الآخر: أنه ثبت من أصلنا أن إيفاء الأجر لا يجب إلا بعد استيفاء المنفعة.

والأصل: أن إيفاء أحد البديلين في العقد إذا كان لا يجب إلا بعد استيفاء البديل الآخر فإنه لا يجب إيفاء شيء منه إلا بعد استيفاء البديل الآخر كما في باب البيع، فإنه لو وجب تسليم المبيع بناء على إيفاء الثمن، لا يجب تسليم شيء من المبيع قبل

(١) زاد في ز: ويوم.

(٢) في ز: المؤاجر.

إيفاء جميع الثمن كذا هاهنا .

وجه قوله الآخر: أن القياس في باب البيع أن يجب على البائع تسليم المبيع بقدر ما استوفى من الثمن، حتى يستويا في ملك التصرف، إلا أنا تركنا هذا القياس في بيع العين لما فيه من معنى الرهن، وهو حبس المبيع بالثمن، وحكم الرهن حبس الرهن بالدين، ومن حكم الرهن ألا يجب على المرتهن تسليم شيء من الرهن ما لم يوجد إيفاء جميع الدين، فتركنا هذا القياس في المبيع لما فيه من معنى الرهن، وهذا المعنى لا يتأتى في إجارة ليس للمؤجر^(١) حق الحبس بعد الفراغ من العمل وبعد إيفاء المنفعة؛ لأن معنى الرهن إنما يثبت بثبوت حق الحبس للمؤجر^(٢)، فكل إجارة ليس للمؤجر^(٣) فيها حق الحبس، كانت العبرة لحقيقة القياس، وحقيقة القياس حق الحبس؛ لأنه بالثوب مال قائم كما في الصبغ .

فأما إذا كان بيض^(٤) الثوب لا غير، اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: له حق الحبس؛ لأن البياض الذي حدث في الثوب أثر عمله فيقوم مقام المبيع فيكون له حق الحبس كما في الخياط .

ومنهم من قال: ليس له حق^(٥) الحبس؛ لأن البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف إلى عمله؛ لأنه غير حادث بعمل بل البياض [الذي كان في الأصل]^(٦) كان حاصلًا ولكن استتر بالثوب^(٧) فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الأصل . وإذا ثبت حق الحبس بالأجرة عندنا لم يصير بالحبس متعديًا فبقي العين عند أبي حنيفة - رحمه الله - أمانة في يده كما كان، فإذا هلك بغير صنعه لا يضمن شيئًا إلا

(١) في ز: للمؤجر .

(٢) في ز: للمؤجر .

(٣) في ز: للمؤجر .

(٤) في أ: ينقص .

(٥) سقط في أ، ز .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ، ز: بالدرن .

[أنه]^(١) يسقط الأجر؛ لأنه هلك بالعمل قبل التسليم، وهلاك المبيع قبل التسليم
يوجب سقوط البدل كالمبيع^(٢) إذا هلك في يد البائع [«قبل القبض»]^(٣).

وأما عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فالعين كان مضموناً على القصار
والصباغ بسبب القبض إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه فبقي بعد الحبس
مضموناً كما كان، فإذا هلك فلصاحبه الخيار. إن شاء ضمنه غير معمول؛ لأنه لم
يصر مسلماً للعمل فلا يستحق الأجر، وإن شاء ضمنه معمولاً؛ لأن العين مضمون
عندهما بالقيمة، والعمل تبع العين، والتبع يوافق الأصل ولا يخالفه، فإذا كان
الأصل مضموناً بالقيمة صار التبع مضموناً بالقيمة أيضاً.

فإن قيل: العمل مبيع هلك في يد البائع بغير صنعه، والمبيع لا يتصور أن يكون
مضموناً على البائع بالقيمة بحال لا عند الهلاك ولا عند الاستهلاك، كما في العين
المبيع إذا هلك عند البائع واستهلك البائع لا يضمن القيمة، فلم جعلتم العمل المبيع
هاهنا مضموناً بالقيمة؟

فقلنا: نحن ما جعلنا العمل مضموناً بالقيمة أصلاً ومقصوداً بلا ضرورة، ويبقى
للعين ويجوز أن يثبت الحكم تبعاً للغير، ولا يثبت قصداً، وفي باب البيع لا ضرورة
إلى جعله مضموناً بالقيمة، أما هاهنا بخلافه. وإذا ضمنه قيمته معمولاً أعطاه الأجر؛
لأن المبيع كان مسلماً تقديراً واعتباراً بوصف البدل إليه، ولو صار مسلماً إليه حقيقة
بعطية الأجر كذلك هاهنا، وهكذا الجواب لو أبلغه الأجير بخبر صاحب الثوب، إن
شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا يعطيه الأجر، وإن شاء ضمنه قيمته معمولاً وأعطاه
الأجر.

وفي شرح القدوري: قال أبو يوسف - رحمه الله: في الحمال إذا طلب الأجر

(١) سقط في ز.

(٢) زاد في أ: العين.

(٣) سقط في أ، ز.

بعمل ما بلغ المنزلة قبل أن يضعه ليس له ذلك؛ لأن حق المطالبة أن يثبت بعد تمام العمل، والوضع من تمام العمل، فلا يثبت عنه حق المطالبة قبل الوضع، ولو هلكت العين في يد الأجير من غير صنعه، ومن غير أن يحبسها بالأجر، فإن كان في عمله أثر في العين كما في الصباغ والخياط سقط الأجر، وإن لم يكن لعمله أثر في العين كالحمال والمكاري لا يسقط [الأجر]^(١).

والفرق: أن العمل الذي له أثر في العين بمنزلة العين المعقود عليه، والبدل في مقابلته فصار كالمبيع [إذا هلك]^(٢) قبل التسليم، وأما ما لا أثر له في العين فليس هناك عين معقود عليه وإنما يصير موفياً المعقود عليه حالاً^(٣)، فإذا انتهى إلى المكان المشروط فقد أوفى العمل بتمامه فلا يسقط الأجر [بهلاكه]^(٤) بعد ذلك.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله: نساج نسج ثوب رجل فذهب به إليه فطلب منه أن يقبض منه الثوب ويعطيه الأجر، فقال له صاحب الثوب: اذهب به إلى منزلك حتى إذا رجعنا من الجمعة سرت إلى منزلي ووفيت عليك الأجر، فاختمت الثوب من يد النساج في الرجعة، قال: إن كان الحائك دفع الثوب إلى صاحب الثوب [بحيث لو]^(٥) ذهب به لم يكن الحائك يمنعه من ذلك، فإن دفعه إلى الحائك على وجه الرهن هلك الثوب بالأجر كما هو حكم الرهن، وإن دفع الثوب على وجه الوديعة، هلك [على الأمانة]^(٦) والأجر على حاله؛ لأنه سلم إلى صاحب الثوب فتقرر عليه الأجر، وإن كان في الابتداء لو أراد صاحب الثوب أن يذهب بالثوب لم يكن يدعه النساج، وكذلك إذا تركه صاحب الثوب عنده فقد اختلف العلماء فيه.

(١) سقط في أ.

(٢) في ز: يهلك.

(٣) زاد في ز: فحالاً.

(٤) في أ، ز: بهلاك العين.

(٥) في ز: إن.

(٦) في أ، ز: أمانة.

قال بعضهم: يضمن.

وقال بعضهم: لا، وهي مسألة الأجير المشترك إذا هلك العين في يده من غير صنعه.

وفي المنتقى: حائك عمل ثوبًا لرجل، فتعلق الأجر به ليأخذه، وأبى الحائك ذلك حتى يأخذ الأجر [فتخرق]^(١) من مد صاحبه، لا ضمان على الحائك، وإن تخرق من مدهما فعلى الحائك نصف ضمان الخرق.

وفي الفتاوى: إذا استأجر حمالًا ليحمل حملاً إلى بلد فحملة، فقال له صاحبه: أمسكه عندك، فأمسك فهلك، فلا ضمان عليه بلا خلاف؛ لأنه ليس له حق الحبس، فإذا قال له: أمسكه، كان أمانة في يده، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا يوجب الضمان عليه، ولو كان هذا قصارًا فأمره بإمساكه - يعني: ليوف الأجر - فهلك فهو على الاختلاف، وعلى قياس مسألة النساج يجب أن تكون هذه المسألة على البعض أيضًا.



(١) سقط في أ، ز.

ومما يتصل بمسائل [هذا الفصل]^(١)، ذكر محمد - رحمه الله - في بيوع الجامع في باب البيع الفاسد والعق في ذلك: رجل استأجر عبدًا ليعلمه سنة بمائة درهم ورطل من خمر، وتقابضا ثم أراد الأجر أن ينقض عقده بحكم الفساد فله ذلك، ولكن لا يسترد العبد حتى يرد الأجر اعتبارًا للفساد منه بالجائر، وهذا؛ لأن الأجر بمقابلة ما سلم وهو العين القائم مقام المنافع، وجعل الحبس بمنزلة حبس المنفعة، فإن مات الأجر بيع العبد ويستوفي المستأجر أولاً الأجرة، وما بقي فهو لغرماء الأجر؛ لأنه يثبت للمستأجر يد مستحقة لا يقدر الأجر على^(٢) إبطالها في حال حياته، واختص المستأجر بالعقد حال حياة الأجر فيختص به بعد وفاته حتى يستوفي كمال حقه، فإن مات العبد بعد فسخ الإجارة قبل الاسترداد مات من مال الأجر كما في الإجارة الجائزة، وهذا؛ لأن حبس العين ما حصل مقصودًا وإنما حصل ضرورة إمكان حبس المنفعة فيكون غير ما في نفسه فيكون أمانة.

فإن قيل: كيف تكون العين أمانة في يد المستأجر، وقد قلت: إن الأجر لو مات فالمستأجر أحق به.

قلنا: مثل هذا جائز، ألا ترى أن الزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن، ومع هذا فالمرتهن أحق بها حتى يستوفي دينه، كأن المعني فيه أن الضمان يتعلق بقبض مقصود ولم يوجد ذلك في حق العين على ما مر، وأما الاختصاص بعد الموت يعتمد ثبوت حق الحبس في العين، وحق الحبس هاهنا ثابت في العين ضرورة حبس المنفعة، ولأن هناك المعقود عليه قبل القبض كما يوجب بطلان العقد يوجب بطلان الفسخ، فإذا بطل الفسخ عاد العبد على الحالة الأولى قبل الفسخ. وإذا استأجر الرجل من آخر دارًا بدين كان للمستأجر على الأجر يجوز، وكذلك إذا استأجر عبدًا بدين كان للمستأجر على الأجر يجوز، فإن فسخا الإجارة وأراد

(١) في أ، ز: الحبس.

(٢) زاد في أ، ز: بعضها و.

المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق كان له ذلك، ولو كانت الإجارة فاسدة وفسخا الإجارة بحكم فساد السبب، فأراد المستأجر أن يحبس المستأجر بالدين السابق ليس له ذلك.

والفرق بينهما: أن العقد لا يتعلق بالدين وإنما يتعلق بمثله، وإنما تصير الأجرة مثل الدين بشرط التعجيل، فيضمن ذلك التعجيل لتصير الأجرة مثل الدين ووقعت المقاصة بينهما، وصار الأجر قابضاً بطريق المقاصة فيصير كما لو استوفاه حقيقة، فأما في الإجارة الفاسدة مثل الدين لا يجب العقد؛ لأن أكثر ما في الباب أن يجعل الأجرة مشروطة التعجيل، ولكن الأجرة لا تملك ولا تصير ديناً باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة ما لم يوجد استيفاء المنفعة حقيقة، ومتى لم تصر ديناً لا تقع المقاصة فلا يصير مستوفياً الأجر أصلاً بمقابلة تسليم العبد، ولا يملك حبس العبد، فإن مات الأجر والأجر دين عليه كان قبل العقد، ففي الإجارة الجائزة لما ملك المستأجر حبس العبد كان أحق به من الأجر حال حياته فيكون أحق به من غرمائه بعد موته، وفي الإجارة الفاسدة ما لم يملك الحبس لم يكن المستأجر أحق به من الأجر حال حياته فلا يكون أحق به من غرمائه بعد الموت، ولكنه يكون أسوة لغرمائه إذا أجز ولم يسلم للمستأجر حتى مات الأجر وانفسخت الإجارة. ولا يكون للمستأجر حق الحبس إلى أن يستوفي الأجرة المعجلة في باب الإجارة.



الفصل الثالث

الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة

إذا استأجر دارًا شهرًا بأجر معلوم أو استأجرها سنة أو كل شهر، فابتدأ المدة من حين وقع العقد، وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا استأجرها كل شهر؛ لأن الإجارة تناولت الأبد، فلا بد وأن يدخل الشهر من حين وقع عقد الإجارة، وإنما يشكل فيما إذا استأجرها شهرًا واحدًا، فإنه عين للإجارة الشهر الذي يلي العقد بدلالة الحال أو بمقتضى مطلق العقد، أما بدلالة الحال فإن الظاهر من حال العاقد الدين أن يقصد بتصرفه الصحة، ولم تصح الإجارة لو لم يتعين الشهر الذي يليها؛ لأنه حيثئذ تكون الإجارة على شهر لا بعينه، وأما مقتضى العقد فلأن مطلق العقد يوجب حكمه للحال كبيع العين المطلق، وحكم الإجارة وقوع الملك للمستأجر في المنفعة، وإذا تعين الذي يلي الإجارة، ينظر: إن وجدت الإجارة في الوقت الذي يهل فيه الهلال يعتبر الشهر بالحلال؛ لأن الهلال أصل في الشهر والأيام كالبديل عنه، وقد أمكن اعتبار الأصل فلا يصار إلى البديل، وإن وجدت الإجارة في وسط الشهر يعتبر الشهر الذي يلي العقد بالأيام وكذا كل شهر [بعد ذلك] ^(١) بلا خلاف.

أما عند أبي حنيفة - رحمه الله - : العبرة للأيام إذا وقعت الإجارة في وقت الشهر وإن كان آخر المدة وأولها معلومين، بأن استأجرها شهرًا مسميًا عشرة أو ما أشبه ذلك، أو استأجرها سنة، وإذا لم يكن آخر المدة معلومًا أولى.

وأما على قولهما: إنما يعتبر الشهر بالأيام ويكمل من آخر المدة معلومًا حتى أكمل إكماله ^(٢) الثاني، وإن وقعت الإجارة على اثني عشر شهرًا أو ما أشبه ذلك من الأشهر المسماة وكانت الإجارة في وسط الشهر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يعتبر جميع الشهور بالأيام.

(١) في أ، ز: يعطيك.

(٢) في ز: من الشهر.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر الشهر الأول بالأيام ويكمل الأخير وباقي الشهور بالأهلة.

فوجه قولهما: أن في الشهر الأول والأخير اعتبار ما هو الأصل وهو الهلال غير ممكن فلا يعتبر، وفيما عدا ذلك أمكن اعتبار الأصل فيعتبر.

ولأبي حنيفة - رحمه الله - : كما تعذر اعتبار الهلال في الشهر الأول تعذر اعتباره في الشهر الثاني والثالث؛ لأن الشهر الأول يجب إكماله من الشهر الثاني؛ لأنه متصل به، وإذا وجب إكمال الشهر الأول من الشهر الثاني انتقص الشهر الثاني فيجب إكماله من الشهر الثالث؛ لأنه متصل به ثم وثم إلى آخر المدة، فقد تعذر اعتبار الهلال في جميع المدة فيعتبر بالأيام.

وإن استأجر دارًا سنة مستقبله وذلك حين يهل الهلال، تعتبر السنة بالأهلة اثني عشر شهرًا، وإن كان ذلك في بعض الشهر تعتبر السنة بالأيام ثلاثمائة وستين يومًا في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وإحدى الروایتين عن أبي يوسف - رحمه الله - ، وفي رواية أخرى وهو قول محمد - رحمه الله - : يعتبر الشهر الأول بالأيام ويكمل من الشهر الأخير، وباقي الشهور وذلك أحد عشر شهرًا بالأهلة.

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في رجل استأجر منزلًا كل شهر بثلاثة دراهم مثلاً، قال: في قياس قولي تكون الإجارة فاسدة، ولكن أستحسن أجزائها في الشهر الأول وفيما عداه فلكل واحد منهما أن يفسخه.

قال الحاكم أبو الفضل: أراد بقوله: (في قياس قولي)، القياس على ما إذا اشترى كل قفيز من هذا الطعام بدرهم فإنه على جميع الطعام عندهما، وعمل كله كل في الشمول والإحاطة فيتناول جميع الشهور، إلا أنها لو تناولت جميع الشهور فسد العقد؛ لأن جميع الشهور مجهولة، ولكن أستحسن وقال: يجوز العقد في الشهر الأول بصفة الزوم لا جهالة ولا مزاحم له وفيما عدا ذلك يثبت العقد بطريق الإضافة، وفي العقد المضاف لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد، فأما إذا لم

يفسخ حتى دخل الشهر الثاني لزمه العقد فيه .

في الأصل: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا كل شهر بعشرة دراهم، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: هذا جائز، ولكل واحد منهما أن ينقض الإجارة في رأس الشهر، فإن سكن يومًا أو يومين لزمه الإجارة في الشهر الثاني، واختلفت عبارة المشايخ - رحمهم الله - في تخريج المسألة .

بعضهم قالوا: أراد بقوله: (هذا جائز)، أن الإجارة في الشهر الأول جائزة، فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالإجارة فاسدة لجهالة المدة إلا أنه إذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الإجارة في رأس الشهر جازت الإجارة في الشهر الثاني؛ لأن الشهر الثاني صار كالشهر الأول .

وبعضهم قالوا: لا، بل الإجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث، كما جازت في^(١) الشهر الأول، وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه، وإنما جازت الإجارة في الشهر الأول وإن كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر، وإنما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن^(٢) كانت الإجارة جائزة فيما زاد على الشهر الأول لنوع ضرورة .

وبيانها: أن موضوع الإجارة ألا تزول الرقبة عن ملك المؤجر ولا يجعلها ملكًا للمستأجر، ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر، لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى؛ لأنه لا يملك سكنها ولا يبيعها ولا هبتها أبد الدهر؛ لأنه لا نهاية لجملة الشهور ولهذا لا يجوز، ولهذه الضرورة يثبت لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وإن كانت الإجارة جائزة في الشهر^(٣) وفيما زاد على الشهر، وكان ينبغي أن يثبت هذا الخيار في كل ساعة ليزول المعنى الذي ذكرنا، إلا أننا لو أفتينا على ذلك لا تفيد الإجارة فائدتها؛ لأن كل واحد من

(١) في ز: فيما وراء .

(٢) في أ: ولو .

(٣) في أ، ز: الشهور .

المتعاقدين يمنع من الإجارة مخافة الفسخ فلهذه الضرورة تأخر الفسخ [إلى رأس الشهر؛ لأن بهذا القدر تصير الإجارة مفيدة وليس ما وراء الشهر من الأوقات بعد ذلك أولى من البعض فثبت الخيار رأس كل شهر لهذه الضرورة والثابت بالضرورة كالثابت بالشرع.

ولو شرط الخيار رأس كل شهر تأخر الفسخ إلى رأس الشهر، كذا هاهنا، إلا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية إن كان الفسخ لكل واحد منهما رأس كل شهر، وإن في ثبوت الخيار؛ لأن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال، فكلما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك المضي وقت الخيار، وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ؛ لأنه لم يجيء وقته، والصحيح في أحد الطرق الثلاثة، إما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الشهر: فسخت الإجارة فيتوقف هذا الفسخ إلى انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حيثئذ عمله، ونفذ؛ لأنه لم يجد نفاذاً وقت وجوده، والفسخ إذا لم يجد نفاذاً وقت وجود ثبوته يتوقف إلى وقت نفاذه، وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي - رحمه الله - .

ونظير هذا ما قاله محمد - رحمه الله - في البيوع: رجل اشترى عبداً على أنه بالخيار، فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ للحال بل يتوقف إلى زوال الحمى في مدة الخيار.

وقال^(١) في المضاربة: رب المال إذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضاً لم ينفذ الفسخ في الحال بل يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنائير فينفذ الفسخ حيثئذ كذا هاهنا، أو يقول مريد الفسخ في خلال الشهر: فسخت الإجارة رأس الشهر، فيفسخ العقد إذا أهل الهلال، ويكون [هذا]^(٢) فسخاً

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

مضافاً^(١) إلى رأس الشهر، وعقد الإجارة يصح مضافاً [فكذا فسخه يصح مضافاً]^(٢)، أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها [الهلال]^(٣) ويومها. وهذا القائل يقول: لم يرد محمد - رحمه الله - بقوله: (لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة) [رأس الشهر]^(٤) من حيث الحقيقة وهي الساعة التي يهل فيها الهلال، وإنما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها، وهذا كما قال محمد - رحمه الله - في كتاب الأيمان: إذا حلف الرجل يقضين حق فلان رأس الشهر، فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحنث استحساناً.

وفي القدوري يقول: غرة الشهر أول ليلة ويومها إذا كان لكل واحد منهما أن يفسخ الإجارة رأس الشهر، إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر من صاحبه هل يصح؟

من مشايخنا من قال: إنه على الخلاف، على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يصح، وعلى قول أبي يوسف: [يصح]^(٥)، وهذا؛ لأن الخيار ثبت لكل واحد منهما رأس الشهر لنوع ضرورة [والثابت ضرورة]^(٦) والثابت شرطاً سواء، ولو كان الخيار مشروطاً لكل واحد منهما كانت المسألة على الخلاف كذا هاهنا.

ومنهم من قال: لا يصح الفسخ هذا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف. والفرق لأبي يوسف - رحمه الله - : إنما ملك الفسخ بغير محضر من صاحبه؛ لأنه مسلط على الفسخ والخيار مشروط، والمسلط على التصرف يملك التصرف

(١) في أ: معتاداً.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ.

بغير محضر الوكيل بالبيع، فأما مسألتنا: كل واحد منهما غير مسلط على الفسخ، وإنما هو مسلط على الانتفاع، وإنما يثبت الخيار لنوع فكان بمنزلة الخيار بسائر الأعدار وفي ذلك لا يصح الفسخ إلا بمحضر من صاحبه.

وفي شروط الحاكم أحمد السمرقندي - رحمه الله - : إذا استأجر دارًا كل شهر بكذا فعجل أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الأجر ذلك، فلا يكون لأحدهما ولاية الفسخ بعد أن عجل وكان التعجيل منهما دلالة العقد في الشهر الثاني والثالث.

قال في الأصل: فإذا استأجر عبدًا ليخدمه كل شهر بكذا، فإن له أن يستخدمه من السحر^(١)، إلى ما بعد العشاء الأخيرة، والقياس أن يستخدمه آناء الليل والنهار؛ لأن الشهر اسم للكل إلا أن ما بعد العشاء الأخير إلى السحر صار مستثنى بحكم العرف، فإن العرف فيما بين الناس أنهم لا يستخدمون المماليك بعد العشاء الأخير إلى السحر صار مستثنى بحكم العرف كالمشروط.

وقال أيضًا في رجل يكارى رجلًا يومًا إلى الليل بعمل معلوم على الأجير أن يعمل بعد بكرة الغداة إلى غروب الشمس، والقياس أن يعمل من طلوع الفجر الثاني عملاً باسم اليوم، إلا أن ما بعد طلوع الفجر الثاني إلى ما بعد صلاة الغداة صار مستثنى عن الإجارة عرفًا والمعروف كالمشروط.

قال محمد - رحمه الله - : والعمال بالكوفة إنما يعملون إلى العصر وليس لهم ذلك؛ لأن اسم اليوم ينطلق على هذا الزمان من حين طلوع الفجر إلى غروب الشمس، إلا أن ما بعد طلوع الفجر إلى ما بعد صلاة الغداة صار مستثنى على الإجارة بعرف غالب؛ لأن الأجراء لا يعملون قبل صلاة الغداة وليس فيما بعد العصر عرف غالب، فإن بعض الأجراء يعملون إلى العصر، وبعضهم [يعملون]^(٢) إلى غروب الشمس، وليس أحد الوجهين بأغلب من الآخر يخصص الاسم إنما

(١) في ز: الضحى.

(٢) سقط في ز.

يجوز بعرف غالب.

قال أيضاً: وإذا تَكَارَى دابة من الغداة إلى العشاء يردّها عند^(١) زوال الشمس؛ لأن بزوال الشمس تنتهي الإجارة؛ لأنه إذا زالت الشمس فقد وجد أول وقت العشاء عرفاً وشرعاً، لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ «صلى بنا إحدى صلاتي العشي إما الظهر وإما العصر»^(٢)، وأما عرفاً فإن مخاطبات الناس

(١) في ز: بعد.

(٢) أخرجه مالك (٩٣/١) كتاب الصلاة، باب: ما يفعل من سلم من ركعتين ساهياً، حديث (٥٨)، والبخاري (٦٧٤/١) كتاب الصلاة، باب: تشييك الأصابع في المسجد، حديث (٤٨٢)، (٢٠٥/٢) كتاب الأذان، باب: هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس، حديث (٧١٤)، (١١٨/٣) كتاب السهو، باب: من لم يتشهد في سجدي السهو، حديث (١٢٢٨)، وباب: من يكبر في سجدي السهو، حديث (١٢٢٩)، (٤٨٣/١٠) كتاب الأدب، باب: ما يجوز من ذكر الناس، حديث (٦٠٥١)، (٢٤٥/١٢) كتاب أخبار الآحاد، باب: ما جاء في إجازة خير الواحد، حديث (٧٢٥٠)، ومسلم (٤٠٣/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له، حديث (٥٧٣/٩٧)، وأبو داود (١/٣٣٠، ٣٣١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدين، حديث (١٠٠٨ - ١٠١١)، والترمذي (٢٤٧/٢) كتاب الصلاة، باب: ما جاء في الرجل يسلم في الركعتين من الظهر والعصر، حديث (٣٩٩)، والنسائي (٢٢/٣) كتاب السهو، باب: ما يفعل من سلم من ركعتين ناسياً، وابن ماجه (٣٨٣/١) كتاب الصلاة، باب: فيمن سلم من ثنتين أو ثلاث ساهياً، حديث (١٢١٤)، والدارمي (٣٥١/١) كتاب الصلاة، باب: سجود السهو من الزيادة، وأبو عوانة (١٩٦/٢)، وأحمد (٢٣٤/٢، ٢٣٥)، والحميدي (٤٣٣/٢)، رقم (٩٨٣)، وعبد الرزاق (٣٤٤٨)، وابن الجارود في «المنتقى»، رقم (٢٤٣)، وابن خزيمة (٣٦/٢، ٣٧)، رقم (٨٦٠)، (١١٧/٢، ١١٨)، رقم (١٠٣٥، ١٠٣٦)، وابن حبان (٢٢٤٠، ٢٢٤٦)، والدارقطني (٣٦٦/١) كتاب الصلاة، رقم (١)، والبيهقي (٢/٢٥٤) كتاب الصلاة، باب: من قال يسلم عن سجدي السهو، (٢/٢٥٦) باب: الكلام في الصلاة على وجه السهو، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١/٤٤٤) باب: الكلام في الصلاة لما يحدث فيها من السهو، والطبراني في «المعجم الصغير» (١/١١٢)، والبخاري كما في «نظم الفرائد»، ص ٢٢٢، والبغوي في «شرح السنة» (٢/٣٣٨) من طريق محمد بن سيرين عن أبي هريرة به. وقال الترمذي: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح. أخرجه مالك (٩٤/١) كتاب الصلاة، باب: ما يفعل من سلم من ركعتين ساهياً، حديث (٥٩) عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد أنه قال: سمعت أبا هريرة... فذكره.

ومن طريق مالك أخرجه مسلم (٤٠٣/١، ٤٠٤) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له، حديث (٥٧٣/٩٩)، والنسائي (٢٠/٣) كتاب السهو، وأحمد (٤٦٠/٢، ٥٣٢)، وعبد الرزاق (٣٤٤٨)، وابن خزيمة (١١٩/٢) رقم (١٠٣٧)، وابن حبان (٢٢٤٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٤٥/١)، والبيهقي (٣٣٥/٢)، والبخاري في «شرح السنة» (٣٣٧/٢).

تنبيه: عزا العلائي هذا الطريق في نظم الفرائد، ص (٢٢٤) لأبي داود ولم أجده فيه. وأخرجه البخاري (٢٠٦/٢) كتاب الأذان، باب: هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس، حديث (٧١٥)، (١١٦/٣) كتاب السهو، باب: إذا سلم في ركعتين أو في ثلاث، حديث (١٢٢٧)، ومسلم (٤٠٤/١) كتاب المساجد، باب: السهو في الصلاة والسجود له، حديث (٥٧٣/١)، وأبو داود (٣٣٢/١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدين، حديث (١٠١٤)، والنسائي (٣١/٣) باب: التحري، وأحمد (٤٢٣/٢)، وأبو عوانة (١٩٧/٢)، والحميدي (٤٣٣/٢، ٤٣٤)، رقم (٩٨٤)، وابن خزيمة (١١٩/٢)، رقم (١٠٣٨)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤٤٥/١)، والبيهقي (٢٥٠/٢) كتاب الصلاة، باب: من قال يسجدهما قبل السلام، من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة به.

وأخرجه أبو داود (٣٣١/١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدين، حديث (١٠١٢)، وأبو يعلى (٢٤٤/١٠، ٢٤٥)، رقم (٥٨٦٠)، وابن خزيمة (١٢٤/٢)، رقم (١٠٤٠، ١٠٤١) من طريق الأوزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن أبي هريرة.

وأخرجه الدارمي (٣٥٢/١) كتاب الصلاة، باب: سجدة السهو من الزيادة، وابن خزيمة (١٢٥/٢) رقم (١٠٤٢، ١٠٤٣) من طريق يونس عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة وعبيد الله وأبو بكر بن عبد الرحمن.

أخرجه النسائي (٢٥/٣) باب: ذكر الاختلاف على أبي هريرة في السجدين من طريق عقيل عن الزهري عن سعيد وأبي سلمة وأبي بكر بن عبد الرحمن وابن أبي حثمة عن أبي هريرة.

وأخرجه مالك (٩٤/١) كتاب الصلاة، رقم (٦٠) عن الزهري عن أبي بكر بن سليمان ابن أبي حثمة بلاغًا. وتوبع مالك تابعه صالح بن كيسان.

أخرجه أبو داود (٣٣١/١) كتاب الصلاة، باب: السهو في السجدين، حديث (١٠١٣)، والنسائي (٢٥/٣)، والبيهقي (٣٥٨/٢) كتاب الصلاة، وأخرجه عبد الرزاق (٣٤٤١)، والنسائي (٢٤/٣) من طريق معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة عن أبي هريرة.

وقال الزهري: وكان ذلك قبل بدر ثم استحكمت الأمور بعد، ومن هذه الروايات عن الزهري تجد أن الزهري اضطرب في هذا الحديث اضطرابًا شديدًا وقد بين ذلك ابن عبد البر في «التمهيد» فقال: وأما قول الزهري في هذا الحديث، أنه ذو الشمالين، فلم يتابع عليه،

يعتبر زوال الشمس، يقولون قبل الزوال: كيف أصبحت، ويقولون بعد الزوال: كيف أمسيت، فثبت أن بعد زوال الشمس يدخل أول وقت العشاء، والإجارة تنتهي بدخول أول جزء من الغاية، قالوا: وهذا في عرفهم، أما في عرفنا الإجارة لا تنتهي بزوال الشمس وإنما تنتهي بغروب الشمس؛ لأن اسم العشاء في عرفنا^(١)، ينطلق

=
وحمله الزهري على أنه المقتول يوم بدر، وقد اضطرب على الزهري في حديث ذي اليمين، اضطرابًا، أوجب عند أهل العلم بالنقل تركه، من روايته خاصة؛ لأنه مرة يرويه عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة (٧٥٧)، قال: بلغني أن رسول الله ﷺ، ركع ركعتين، هكذا حدث به عنه مالك، وحدث به مالك أيضًا، عنه عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة، بمثل حديثه عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة.
ورواه صالح بن كيسان (٧٥٨)، عنه أن أبا بكر بن سليمان بن أبي حثمة أخبره أنه بلغه أن رسول الله ﷺ، صلى ركعتين، ثم سلم، وذكر الحديث وقال فيه، فأتم ما بقي من صلاته، ولم يسجد السجدة الثانية تسجدان، إذا شك الرجل في صلاته، حين لقنه الرجل، قال صالح، قال ابن شهاب: فأخبرني هذا الخبر سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال: وأخبرني به أبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن وعبيد الله بن عبد الله، ورواه ابن إسحاق، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، وعروة ابن الزبير، وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة، قال: كلُّ قد حدثني بذلك، قالوا: صلى رسول الله ﷺ بالناس الظهر، فسلم من ركعتين، وذكر الحديث.
وقال فيه الزهري: ولم يخبرني رجل منهم أن رسول الله ﷺ سجد سجدة السهو، فكان ابن شهاب، يقول: إذا عرف الرجل ما يبني من صلاته، فأتى بها، فليس عليه سجدة السهو؛ لهذا الحديث. وقال ابن جريج: حدثني ابن شهاب، عن أبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، عن ابن شهاب، عن النبي عليه السلام، صلى ركعتين في صلاة الظهر، أو العصر، فقال له ذو الشمالين ابن عبد عمرو: يا رسول الله، أقصرت الصلاة؟ أم نسيت؟ وذكر الحديث، ورواه معمر، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة، عن أبي هريرة، وهذا اضطراب عظيم، من ابن شهاب، في حديث ذي اليمين، وقال مسلم ابن الحجاج، في كتاب التمييز له: قول ابن شهاب: إن رسول الله ﷺ، لم يسجد يوم ذي اليمين سجدة السهو، خطأ وغلط. وقد ثبت عن النبي عليه السلام أنه سجد سجدة السهو ذلك اليوم من أحاديث الثقات ابن سيرين وغيره. وقال: لا أعلم أحدًا من أهل العلم والحديث المنصفين فيه، عول على حديث ابن شهاب في قصة ذي اليمين لاضطرابه فيه وأنه لم يتم له إسنادًا ولا متنًا، وإن كان إمامًا عظيمًا في هذا الشأن، فالغلط لا يسلم منه أحد، والكمال ليس لمخلوق، وكل أحد يؤخذ من قوله ويترك إلا النبي ﷺ، فليس قول ابن شهاب إنه المقتول يوم بدر حجة؛ لأنه قد تبين غلظه في ذلك.

(١) زاد في أ: أن.

على ما بعد غروب الشمس، وكذلك إذا قال بالفارسية: (أين خريدرم كرفتم تاشباتكاه)، فهذا إلى غروب الشمس في عرفنا.

إن تكارى دابة يوماً ليركبها، فإنه يركبها من حين طلوع الفجر [الثاني]^(١) إلى غروب الشمس عملاً بحقيقة اسم اليوم، وإنما ترك العمل بحقيقة هذا الاسم فيما إذا استأجر رجلاً يوماً ليعمل به عمل كذا.

قلنا: إن على الأجير أن يعمل بعد صلاة الفجر بحكم العرف الغالب على ما مر، والعرف في الدابة بخلاف ذلك، فإن الناس يركبون الدواب في جنازاتهم بغلس ليصلوا إلى مقصدهم قبل الليل فيعمل^(٢) بحقيقة الاسم، فإذا استأجر دابة ليلاً، فإنه يركبها عند غروب الشمس إلى^(٣) الفجر [الثاني]^(٤)، فكأنه نص على ذلك، ولو نص على ذلك كان الجواب كما قلنا فهنا كذلك.

وفي فتاوى أبي الليث: أعطى رجلاً درهمين ليعمل به يومين فعمل له يوماً واحداً وامتنع عن العمل في اليوم الثاني، فإن كان سمي له عملاً فالإجارة جائزة، ويجبر على العمل، وإن لم يعمل حتى مضي اليوم الثاني لا يطالب بالعمل، وإن كان سمي له العمل، إلا أنه قال: يومين من الأيام، فالإجارة فاسدة لجهالة الوقت، وله أجر مثله إن عمل.

وفي فتاوى الفضلي: إذا استأجر رجلاً يوماً ليعمل كذا فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة ولا يشتغل بشيء آخر سوى المكتوبة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: قال بعض مشايخنا: إن له أن يؤدي السنة أيضاً، وانفقوا أنه لا يؤدي نفلاً. وعليه الفتوى.

وفي غريب الرواية: قال أبو علي الدقاق - رحمه الله - : المستأجر لا يمنع

(١) سقط في أ، ز.

(٢) زاد في ز: فيها.

(٣) زاد في ز: أن يطلع.

(٤) سقط في ز.

الأجير في المصر من إتيان الجمعة ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله بذلك إن كان بعيداً، وإن كان قريباً لم يحط عنه شيئاً من الأجر، فإن كان بعيداً فاشتغل قدر ربع النهار حط عنه ربع الأجر، فإن قال الأجير: حط من الربع مقدار اشتغالي بالصلاة، لم يكن له ذلك، ثم قال: يحتمل أن يحتمل^(١) من الربع مقدار اشتغاله بالصلاة^(٢).



(١) كذا في أ، ولعل الصواب: يحط.
 (٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٤١٠).

الفصل الرابع

في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط

ويدخل فيه بعض مسائل الشروط في الإجارة

ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الفتاوى الصغرى: إذا استأجر الرجل [رجلاً]^(١) (تابسب دبك روئين بسايد) ببدل معلوم ففعل ذلك بالعشرة وامتنع عن الباقي، قال: إن كان قد أراه القدور وقت الاستئجار يجبر على الباقي، وإن لم يرها لم يجبر؛ لأن في الوجه الأول: الإجارة قد صحت، وفي الوجه الثاني: لم تصح لجهالة المعقود عليه^(٢).

وأصل هذه المسألة^(٣) ما ذكره محمد - رحمه الله - في الإجازات: أن من شرط قصارًا على أن يقصر له عشرة أثواب ببدل معلوم، ولم يره الثياب ولم تكن عنده، كان فاسدًا، وإن أراه الثياب كان جائزًا.

وإذا سمي له جنسًا من الثياب، ذكر شيخ الإسلام خواهرزاده في شرحه: أن هذا نظير ما لم يره، يعني يكون فاسدًا.

وذكر شمس^(٤) الأئمة السرخسي في شرحه: أنه إن بالغ في بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلومًا فهو وما لو أراه الثياب سواء، فيجوز أن يكون قول شمس الأئمة في مسألة القدر^(٥) كقوله في القصار فيتأمل عند الفتوى.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : قصار شرطه رجل على أن يقصر له ثوبًا مرويًا بدرهم ورضي به القصار، فلما رأى القصار الثوب، قال: لا

(١) سقط في أ، ز.

(٢) زاد في ز: وعلى هذا: إذا استأجر رجلاً (ما ينسب زيد تنحى بماله) ففعل ذلك بالعشرة وامتنع عن الباقي، فهو على الوجهين الذي ذكرناهما.

(٣) في ز: المسائل.

(٤) في ز: شيخ.

(٥) زاد في أ، ز: والمرنديجي.

أرضى به، فله ذلك، قال: وكذلك الخياط.

والأصل فيه: أن كل عمل يختلف في نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل، والقصارة^(١) تختلف باختلاف المحل وكذلك الخياطة، فلاجل ذلك أثبتنا له خيار الرؤية فيهما.

قال ثمة: وإذا استأجر رجلاً ليكيّل له كر حنطة، فلما رأى الحنطة، قال: لا أرضى به، فليس له ذلك.

وكذلك إذا استأجر رجلاً ليحتجم له بدائق - ورضي به، فلما كشف عن ظهره قال: لا أرضى به فليس له ذلك؛ لأن العمل هاهنا لا يختلف، ذكره الحاكم الشهيد - رحمه الله -.

في المنتقى: رجل استأجر رجلاً بدرهم على أن يحلج له قطنًا معلومًا وسماه، فهو جائز إذا كان القطن عنده، وكذلك إذا قال: أقصر لي مائة ثوب مروى، جاز إن^(٢) كان الثياب عنده.

والأصل: أن الاستئجار على عمل في محل هو عنده جائز، والاستئجار على عمل في محل ليس عنده لا يجوز، كما لا يجوز [بيع]^(٣) ما ليس عند الإنسان، قال: وهو بالخيار إذا رأى الثياب، ولا خيار له في مسألة القطن، وهو بناء على الأصل الذي قلناه.

قال في نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل استأجر غلامًا سنة بدار [له]^(٤)، فاشتغل الغلام سنة ومضت السنة ونظر آجر الغلام إلى الدار ولم يكن رآها فقال: لا حاجة لي فيها، قال: له ذلك وله أجر مثل غلامه، وفي المسألة نوع إشكال.

(١) في أ، ز: والقصار.

(٢) في أ: إذا.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في ز.

ووجهه: أن بالرد بخيار الرؤية يفسخ العقد من الأصل فتصير المنافع مستوفاة بلا عقد فكيف تتقوم؟

والجواب: أن الانفساخ لا يظهر في حق المستوفي، أو يقول: المنافع كما تتقوم بالعقد تتقوم بالشرط، وبالرد بخيار الرؤية لا يتبين أن الشرط لم يكن.

رجل استأجر كرمًا لم يره، وقد كان باع صاحب الكرم الأشجار قبل الإجارة حتى صحت الإجارة^(١)، كان للمستأجر خيار الرؤية في الكرم، ولو تصرف في الكرم تصرف الملاك بطل خيار الرؤية في الكرم كما في البيع، وإن أكل الثمار من الكرم. فقد قيل: لا يبطل خيار الرؤية؛ لأنه تصرف في المشتري وهو الثمار لا في المستأجر وهو الكرم^(٢)، ويثبت خيار العيب في الإجارة كما في البيع، إلا أن في الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض، [وفي البيع ينفرد المشتري بالرد قبل القبض وبعد القبض]^(٣)، يحتاج إلى القضاء أو الرضا.

وروى إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : رجل أجر من آخر دارا أشهرها مسماة ببدل معلوم على أنه بالخيار فيها شهرًا ودفعها إلى المستأجر فسكنها المستأجر قبل إجازة رب الدار فلا أجرة عليه فيما سكن، وإنما يجب عليه الأجر فيما سكن بعد إجازة المالك وجعل الإجارة بالخيار كالمعدوم في حق الحكم كما في باب البيع. وعن إبراهيم عن محمد: رجل قال لغيره: استأجرتك اليوم على أن تنقل هذا التل إلى موضع كذا، وذلك لا ينقل إلا في أيام كثيرة، قال: هذا يكون على اليوم ولا يكون على العمل.

والأصل: أن المستأجر متى جمع بين العمل وبين الإضافة إلى الزمان في العقد، ومثل ذلك العمل فلا^(٤) يقدر الأجير على تحصيله في ذلك الزمان كان العقد على

(١) زاد في أ: لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

(٢) زاد في ز: ولو قيل: يبطل، فله وجه أيضا.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: ما لا.

الزمان، وكان استحقاق الأجير الأجر معلقًا بتسليم النفس في ذلك الزمان؛ لأن الإجارة نوع [من البيع]^(١)، فيراعى له كون المبيع مقدورًا عليه. وفي النوازل: قال لآخر: آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجرة شهر رمضان، أو قال: على ألا أجر عليك في شهر رمضان، فهذه إجارة فاسدة.

وفيه أيضًا: آجر حمامًا سنة ببدل معلوم على أن يحط عنه أجرة شهرين للتعطيل، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يغيّر مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه ألا يلزمه أجرة أيام التعطيل شهرًا كان أو أكثر أو أقل، فحكمه بحط أجرة شهرين يخالف مقتضى العقد، حتى لو قال: على أن مقدار ما كان معطلًا فلا أجر عليه فيه، يجوز؛ لأن هذا يوافق مقتضى العقد ويقرره.

وهو نظير ما قال في الجامع الصغير: إذا اشترى زيتًا على أن يحط عنه لأجل الزق، خمسين رطلًا لا يجوز، ولو قال: على أن يحط مقدار وزن الزق جاز. وفيه أيضًا: استأجر حماميًا على أنه إن نابته نائبة فلا أجر له، فالإجارة فاسدة؛ لأن النائبة أن يمرض أو^(٢) يعرض له شغل، فهذا شرط فاسد، هكذا ذكر، ولم يذكر أن (الهاء) في قوله: (إن نابته) ضمير الآجر أو ضمير المستأجر، فإن كان ضمير المستأجر فإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأنه شرط يخالف موجب العقد، وموجب العقد وجوب الأجر إذا سلم الأجير نفسه للعمل مرض المستأجر أو لم يمرض؛ لأن ذلك ليس بقدر هاهنا، وإن كان ضمير الآجر فإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأنه شرط ابتغاء الأجر بمطلق المرض واعتراض الشغل، وذلك قدر لا يعجزه عن العمل فإن أعجزه فموجبه حق الفسخ لانتفاء الأجر أبداً، وإن كان موجبه انتفاء الأجر لكن مقصورًا على مدة المرض أو الشغل وقد شرط^(٣) الإجارة مطلقًا بالكلية فلاجل ذلك

(١) في ز: بيع.

(٢) في ز: ولا.

(٣) في أ، ز: نصت.

فسد العقد .

وفيه أيضًا: حانوت احترق واستأجره رجل كل شهر بخمسة دراهم على أن يعمره على أن يحتسب بنفقته فعمره فهذه الإجارة فاسدة، وإنما فسدت هذه الإجارة؛ لأن هذا في معنى استئجار المستأجر بالقيام على العمارة، فكان إدخال صفقة في صفقة أخرى، ولأن شرط العمارة على المستأجر شرط يخالف مقتضى العقد^(١)؛ لأن إصلاح الملك على المالك فيوجب فساد العقد، فإن سكن المستأجر الحانوت فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأن الأجر لم يرض بالمسمى وحده، وللمستأجر النفقة^(٢) التي أنفقها في العمارة وأجر مثله في قيامه على العمارة؛ لما ذكرنا أن اشتراط العمارة على المستأجر في معنى استئجار المستأجر للقيام عليها، أكثر ما فيه أن هذا عقد فاسد، إلا أن المنافع تقوم بالعقد الفاسد.

وفيه [أيضًا]^(٣): خان بعضه خراب وفيه حوانيت عامرة، استأجر رجل العامرة كل شهر بخمسة عشر درهما، والخراب كل شهر بخمسة [دراهم]^(٤)، على أن يعمره الخراب بماله، ويحسب نفقته من جملة الأجر، فاعلم بأن استئجار الخراب ليعمره بماله ويتنفع به بعد ذلك فاسد، إذا شرط أن تكون العمارة للأجر، وللمستأجر على المؤجر نفقته وأجر مثله فيما عمل، وللمؤجر أن يسترد الحوانيت التي عمرها المستأجر منه لما فسدت الإجارة، وأما الحوانيت العامرة فالإجارة فيها جائزة لعدم المفسد.

وفي الأصل: رجل تكارى من رجل [دارًا سنة]^(٥) على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، فإن رضيها أخذها بمائة درهم، وإن لم يرض أخذها بخمسين درهمًا، فذلك

(١) في أ، ز: الشرع.

(٢) في ز المنفعة.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ز: دابة.

فاسد لوجهين:

أحدهما: أنه صفتان في صفقة واحدة، أو شرطان في عقد واحد، وكل ذلك لا يجوز.

والثاني: أن الأجر مجهول فإنه مائة إن رضيها وخمسون إن لم يرضها، ولا يدرى أن يرضها [أو لا يرضها]^(١).

فرق أبو حنيفة - رضي الله عنه - بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجر منزلاً على أنه قعد^(٢) فيه خياطاً فأجر كل شهر عشرة [دراهم]^(٣)، وإن قعد^(٤) فيه حداداً أو قصاراً أو طحاناً فأجر كل شهر عشرون [درهماً]^(٥)، فإن الإجارة جائزة على قوله الآخر، وهاهنا قال: لا يجوز.

والفرق: أن هناك الإجارة وقعت على معنيين مختلفين، وسمى لكل واحد منهما بدلاً معلوماً وشرط لنفسه الخيار وهذا جائز في بيع العين، فإنه لو اشترى عبدان على أنه بالخيار إن اختار هذا أخذه بألفين، وإن اختار هذا أخذه بألف فهو جائز، وكذلك في الإجارة فإنه إذا دفع إلى خياط يوماً هذا على أنه إن خاطه روميًا فله درهم، وإن خاطه فارسياً فله نصف درهم، وذلك جائز، فكذا هاهنا.

أما في المسألة أوقع العقدين على منفعة واحدة ببدلين مختلفين على أنه بالخيار إن رضي أخذه بمائة^(٦) درهم، وإن لم يرضه أخذه بخمسين^(٧) كان العقد فاسداً وكذا في بيع المنفعة، فإن سكنها وجب عليه أجر المثل في ثلاثة أيام، أما بعد ثلاثة أيام فلائنه سكنها بحكم العقد والثلاثة أيام، ولأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح.

- (١) سقط في أ.
- (٢) في أ، ز: فعل.
- (٣) سقط في أ، ز.
- (٤) في أ، ز: فعل.
- (٥) سقط في أ، ز.
- (٦) في أ، ز: بألف.
- (٧) في أ، ز: بخمسمائة.

ولو كانت الإجارة صحيحة وللمستأجر فيه خيار إذا سكنها في الأيام الثلاثة وجب عليه الأجر، فكان السكنى منه دليل الاختيار، وكذا إذا كان فاسدًا ولا يضمن ما أهدم من سكنه لا في مدة الخيار ولا بعد مضي الخيار، وليس لأحدهما فيه خيار الشرط، ولا يضمن ما أهدم من سكنه في مدة الخيار؛ لأن الفاسد من العقود معتبر بالصحيح.

ولو كانت الإجارة جائزة والخيار فيها للمستأجر إذا سكن في مدة الخيار^(١) وأهدم الدار من سكنه لا يضمن؛ لأنه بالسكنى سقط خياره وملك المنافع عندهم جميعًا فصار مستوفيًا بحكم الإجارة فلم يضمن ما انهدم من سكنه فكذلك هذا، وكما في بيع العين إذا كان المشتري بالخيار وقبض ما اشترى وهلك شيء مما في يده لزمه البيع وكان عليه الثمن كذا هاهنا، وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار مشروطًا لصاحب الدار فإنه يضمن^(٢) المستأجر قيمة ما انهدم من سكنه في مدة الخيار، كما في بيع العين إذا هلك شيء من المبيع في يد المشتري وكان الخيار للبائع فإنه يضمن فيه ذلك كما لو كان غاصبًا وكذلك هنا^(٣).

وإن قال: أنا بالخيار ثلاثة أيام فإن رضيها أخذها بمائة درهم كانت الإجارة جائزة؛ لأن البدل معلوم إلا أنه شرط فيها خيار الشرط، وخيار الشرط مما لا يفسد عقد الإجارة عندنا.

وقال الشافعي - رضي الله عنه - : بأنه يفسدها؛ وذلك؛ لأن خيار الشرط في الإجارة يجعل الإجارة بمعنى المضاف؛ لأن الخيار متى سقط لا يقطع الملك من وقت العقد؛ لأن ما وجد من المنافع في مدة الخيار تلاشى، وإنما يقع معتبرا من حين سقوط الخيار فيصير بمعنى المضاف، ومن مذهبه أن إضافة الإجارة إلى وقت

(١) زاد في ز: لا لا إلى.

(٢) زاد في أ، ز: من.

(٣) في ز: هذا.

يأتي لا يجوز بخلاف البيع؛ لأن المبيع قائم وقت سقوط الخيار، فيقع الملك من وقت العقد لا من وقت سقوط الخيار فلا يصير بالمعنى المضاف.

وعلمائنا رحمهم الله ذهبوا في ذلك إلى أنه يصير بمنزلة المضاف إلى وقت سقوط الخيار إلا أن إضافة الإجارة إلى وقت يأتي جائز، إلا أن الإجارة مما يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع في نفسها فيصير مضافاً من حيث الاعتبار، فتصير المسألة على هذا فرعاً على تلك المسألة، فإن سكنها في الثلاثة الأيام فقد لزمته الإجارة؛ لأن السكنى منه دليل الاختيار كما في بيع العين فتلزمه الإجارة، وكان عليه أجر ما سكن ولا ضمان عليه فيما انهدم.

قالوا: أورد هذه المسألة عقيب الأولى ليثبت حكم إجارة صحيحة شرط فيها الخيار للمستأجر حتى يعتبر الفاسد به.

رجل استأجر ثوراً من رجل ليطحن عليه [كل يوم]^(١) عشرين قفيزاً فوجده المستأجر لا يطحن إلا عشرة أقفزة، كان المستأجر بالخيار، إن شاء رضي به كذلك، وإن شاء رد؛ لأنه لم يسلم له بشرط متفجع به فيخير، كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده غير كاتب وغير خباز، فإن رضي به لزمه أجر كل يوم بتمامه كما في بيع العين إذا رضي بالعبد كذلك غير كاتب وغير خباز لزمه جميع الثمن، وإن رد كان عليه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه ولا يحط عنه شيء بسبب النقصان عن العمل؛ لأن الإجارة وقعت على الوقت ولهذا يستحق الأجر وإن لم يطحن عليه شيئاً، وكان ذكر المقدار لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله لا لتعلق العقد، وإذا كان العقد واقعاً على الوقت لا على العمل يوزع الأجر على الأيام لا على العمل فيلزمه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه، والله أعلم.

(١) سقط في أ.

الفصل الخامس

في تصرف المؤجر في الأجر

روى أبو سليمان عن محمد - رحمه الله - في الإملاء: رجل أجر أرضه من رجل بألف درهم وقبضها، وزرعها أو لم يزرعها ولم تمض السنة حتى أخذ رب الأرض من المستأجر خمسين دينارًا [من الأجر]^(١)، ولم يكن شرط في العقد تعجيلاً، فهو جائز، قال:؛ لأن الإجارة كان أصلها صحيحاً، وإن انتقضت الإجارة في شيء من السنة رد رب الأرض على المستأجر من الدراهم التي أجر بها الأرض بقدر ما هي من السنة، ولم يرد من الدنانير شيئاً.

علل وقال:؛ لأن أصل الصرف كان صحيحاً، وهذا قول محمد - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف الأول، وعلى قول أبي يوسف الآخر: يرد رب الأرض من الدنانير التي أخذها من المستأجر بقدر ما بقي من السنة؛ لأن على قوله الآخر لا يجوز الصرف إلا بقدر ما يجب الأجر.

والحاصل: أنه إذا شرط في العقد تعجيل الأجرة فتصارفا الأجر، وأخذ رب الأرض بالدراهم دنانير فالعقد صحيح بلا خلاف، وإن [لم]^(٢) يشترط فيه تعجيل الأجرة فتصارفا جاز الصرف في قول أبي يوسف، وهو قول محمد.

وفي قوله الآخر: لا يجوز الصرف؛ لأن هذه مصارفة بدين غير واجب حال المصارفة؛ لأن الأجرة غير واجبة قبل استيفاء المنفعة، واشتراط التعجيل لم يوجد نصاً قبل هذه المصارفة، وغير المنصوص إنما يجعل منصوصاً عليه إذا لم يكن لأجل المنصوص عليه صحة بدونه، وأصل الصرف صحيح بدون اشتراط التعجيل قبله، فإنه إذا نقد الأجرة في المجلس جاز؛ لأنه إذا لم ينقد يبطل الصرف بعد الصحة فلو أثبتنا لبقاء العقد على الصحة لا لإثبات صحة أصل العقد، وإنه لا

(١) في ز: بالأجر.

(٢) سقط في ز.

يجوز، وهذا إذا كانت الأجرة دينًا، فإن كان عينًا بأن كانت نقرة بعينها فأعطاه المستأجر مكانه دينًا لا يجوز على كل حال بلا خلاف؛ لأن الأجرة إذا كانت عينًا فهو بمنزلة المبيع واستبدال المبيع، قبل القبض لا يجوز.

وإذا أبرأ الأجر المستأجر من الأجرة قبل استيفاء [المنفعة]^(١) ولم يكن شرط التعجيل أو وهبها منه، أو تصدق بها عليه لم يجز في قول أبي يوسف - رحمه الله - عينا كانت الأجرة أو دينًا، والإجارة على حالها لم تفسخ.

وقال محمد - رحمه الله - : إن كانت الأجرة دينًا جازت الهبة والإبراء، قبل المستأجر ذلك أو لم يقبل ولا تنتقض الإجارة، وإن كانت^(٢) عينًا ووهبها منه وذلك كان قبل أن يتقابضا، فإن قبل الهبة بطلت الإجارة، وإن رد الهبة عادت الإجارة على حالها ولا تبطل.

وأبو يوسف قال: الإبراء إسقاط فيعتمد سابقة الوجوب والهبة تملك فيعتمد سابق الملك، ولا وجوب ولا ملك قبل استيفاء المنفعة، وقبل اشتراط التعجيل. و[قال]^(٣) محمد^(٤): الوجوب والملك سابق^(٥)، فيقام مقام الوجوب والملك في حق صحة التصرف.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - فرق بين الإبراء والهبة إذا كانت الأجرة دينًا وبين الهبة إذا كانت [الأجرة]^(٦) عينًا فجوز الهبة والإبراء في الدين قبل المستأجر ذلك أو لم يقبل، ولم يجوز الهبة في العين من غير قبول المستأجر. والفرق: أن الإبراء والهبة في الدين إسقاط فيه معنى التمليك، فمن حيث إنه

(١) سقط في أ، ز.

(٢) زاد في أ: الأجرة.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: سبب.

(٥) في أ: ثابت.

(٦) سقط في أ.

إسقاط لم يتوقف على القبول، ومن حيث إنه تملك يرتد بالرد، والهبة في العين تملك محض، والتمليك المحض لا يعمل بدون القبول، فلو شرط التعجيل في الأجرة، أو مضت المدة للإبراء جائز والهبة جائزة بلا خلاف ولا تنتقض الإجارة، ولو وهب بعض الأجرة أو أبرأه منها والأجرة دين، وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة وقبل اشتراط التعجيل فذلك جائز بلا خلاف، وأما على قول محمد - رحمه الله - فظاهر، وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - [لا يصح]^(١).

وفي مجموع النوازل: إذا استأجر دارًا ثم إن الأجر وهب أجر شهر رمضان، إن استأجرها سنة جازت الهبة؛ لأنه إبراء بعد وجود سبب الوجوب وهذا قول محمد - رحمه الله - فإن استأجرها كل شهر لم يجز إلا إذا دخل رمضان عند محمد - رحمه الله -.

ولو اشترى المؤجر من المستأجر عينًا من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم جميعًا ويتعلق العقد بمثل الإجارة دينًا في الذمة، وتقع المقاصة بين الثمن وبين الأجر، واختلف المشايخ - رحمهم الله - في بقية المقاصة.

قال بعضهم: الشراء يقع بثمن مؤجل بسبب تأخر الأجرة، وإذا وجب الأجر وحل الدينان التقيا قاصًا حقيقة.

وقال بعضهم: الشراء يقع بثمن حال، ويثبت اشتراط تعجيل الأجر من جانب المستأجر وتقع المقاصة بينهما للحال.

وثمره الخلاف فيما إذا انتقضت الإجارة قبل استيفاء المنفعة، بقي الشراء على القيمة على قول من يقول بأن الشراء حصل بثمن ليس للمستأجر أن يطالب المؤجر بالثمن للحال ما لم تمض مدة الإجارة، وعلى قول من يقول بأن الشراء يثبت بثمن حال كان له أن يطالب بالثمن للحال، وكذا لو أخذ بالأجرة كفيلاً أو رهناً جاز في قولهم جميعًا.

(١) سقط في أ، ز.

[ذكر الحاكم الشهيد في المتقى]^(١) عن محمد - رحمه الله^(٢) - : رجل آجر أرضه من رجل بأجر معلوم وقبض الأجر الأجرة، [فلم يزرع المستأجر الأرض، حتى]^(٣) وهب الأجر الأجر للمستأجر ودفعه إليه، ثم انتقضت الإجارة بوجه من الوجوه، كان للمستأجر أن يرجع على المؤجر بما أعطاه من الأجر [إلا]^(٤) بحصة ما مضى من السنة والأرض في يد المستأجر؛ لأنه لم يسلم للمستأجر بعض المعقود عليه فلا يسلم الأجر بحصته^(٥)، ولو كان وهب له قبل القبض لم يرجع عليه بشيء وهذا ظاهر.

استأجر من آخر شيئاً إجارة طويلة مرسومة صحيحة معلومة بدراهم معلومة، وأعطاه مكان الدراهم دنانير ثم تفاسخا العقد، فالأجر يطالب بالدراهم لا بالدنانير؛ لأن التعجيل مشروط بالطويلة، والأجرة تملك بالتعجيل في الإجارة الصحيحة، فإذا قبض مكان الدراهم دنانير كانت هذه مضاربة بدين سبق وجوبه، وأنه صحيح وصار المستأجر بإيفاء الدنانير موفياً للدراهم [ولو كان العقد فاسداً]^(٦)، وباقي المسألة بحالها يطالب الأجر بالدنانير لا بالدراهم؛ لأن الأجرة لا تملك باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة، فلم تصح المصارفة فلا يصير المستأجر موفياً بالدراهم فلا يجب على الأجر إيفاء الدراهم.



(١) في أ، ز: و.
 (٢) زاد في أ، ز: في.
 (٣) في أ، ز: ثم.
 (٤) سقط في ز.
 (٥) زاد في أ، ز: من البلد.
 (٦) سقط في أ، ز.

الفصل السادس

في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على المالك

قال محمد - رحمه الله - : ليس [على المستأجر] ^(١) رد ما استأجر على المالك وعلى الذي آجر أن يقبض من منزل المستأجر، وليس هذا كالعارية، فإن رد المستعار على المستعير .

والفرق: أن الرد بمنفعة القبض، فكل من كان منفعة القبض عائدة إليه كان الرد عليه، قال عليه السلام: «الخراج بالضمنان» ^(٢).

وقال عليه السلام: «الغنم بإزاء الغرم» ^(٣). ومنفعة قبض المستعار عائدة إلى المستعير؛

(١) في أ: للمستأجر.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٤/٣) كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، حديث (٣٥٠٨)، والترمذي (٥٧٢/٣)، كتاب البيوع: باب: كما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا، حديث (١٢٨٥)، والنسائي (٢٥٤/٧) كتاب البيوع، باب: الخراج بالضمنان، حديث (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٧٥٣/٢)، كتاب التجارات، باب: الخراج بالضمنان، حديث (٢٢٤٢)، وأحمد (٤٩/٦)، وابن ماجه (٧٥٤)، وعبد الرزاق (١٤٧٧٧)، والطيالسي (٢٦٧/١ - منحة)، رقم (١٣٤٧)، وأبو يعلى (٣٠/٨)، رقم (٤٥٣٧)، وابن حبان (١١٢٥ - موارد)، والدارقطني (٥٣/٣)، رقم (٢١٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢١/٤)، والبيهقي (٣٢١/٥) كتاب البيوع، باب: المشتري يجد بما اشتراه عيبًا، والحاكم (١٤/٢)، كلهم من طريق ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة به.

وقال الترمذي: حسن صحيح غريب. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وصححه أيضًا ابن حبان. وأخرجه أبو داود (٢٨٥/٣) كتاب البيوع، باب: فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، حديث (٣٥١٠)، وابن ماجه (٧٥٤/٢) كتاب التجارات، باب: الخراج بالضمنان، حديث (٢٢٤٣)، والدارقطني (٥٣/٣)، والحاكم (١٥/٢)، وابن الجارود في المنتقى، رقم (٦٢٦)، كلهم من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وقد توبع مسلم بن خالد تابعه خالد بن مهراون. وأخرجه الخطيب (٢٩٧/٨)، وتابعه أيضًا عمر بن علي المقدمي. وأخرجه الترمذي (٥٧٣/٣)، كتاب البيوع، باب: كما جاء فيمن يشتري العبد، حديث (١٢٨٦)، وقال: حسن صحيح غريب.

(٣) لا يصح مرفوعًا إنما هو قاعدة فقهية.

ينظر: المنشور في القواعد الفقهية، للزركشي (١٢٠/٢)، والأشباه والنظائر، للسيوطي،

ص (١٣٦).

لأن المنفعة سلمت له مجاناً فكانت مؤنة الرد عليه، ولهذا كانت نفقة المستعار على المستعير، ومنفعة قبض المستأجر عائدة إلى المؤجر فإن حقه يتأكد في الأجرة فكانت مؤنة الرد عليه.

فإن قيل: منفعة قبض المستأجر عائدة إلى المستأجر أيضاً، فإن بالقبض يتمكن من الانتفاع.

قلنا: الترجيح لجانب الأجر؛ لأن منفعته فوق منفعة المستأجر؛ لأن الحاصل للأجر عين فإنه يبقى، والحاصل للمستأجر مجرد منفعة فإنها لا تبقى، وما يبقى خير مما لا يبقى فكان الرجحان لجانب الأجر فكان هو أولى بإيجاب الرد عليه.

الثاني: أن يتساوى الجانبان فلا جرم يقع التعارض بين ما يوجب الرد على الأجر وبين ما يوجب الرد على المستأجر فنقول: إيجابه^(١) على الأجر أولى؛ لأن المستأجر ملكه ومؤنته على المالك يقتضيه الاصل.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا استأجر الرجل رحي يطحن عليه شهراً بأجر معلوم، فحملة إلى منزله فمؤنة الرد على رب الرحا، وأراد بالرحا رحا اليد، ويقال بالفارسية (دستاس)، ثم قال: المصّر وغير المصّر في ذلك سواء في القياس في الإجارة، [والعارية]^(٢) ففي الإجارة [مؤنة الرد]^(٣) تجب على رب المال، وفي العارية على المستعير.

قال مشايخنا: [وتأويل]^(٤) هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال في العارية والإجارة، ففي الإجارة تجب مؤنة الرد على رب المال، وفي العارية تجب مؤنة الرد على المستعير، فأما إذا حصل الإخراج بغير إذن رب المال فمؤنة الرد على الذي أخرجته مستعيراً كان أو مستأجراً؛ لأنه صار غاصباً بالإخراج، ومؤنة الرد على

(١) في أ: الجباية.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

الغاصب .

وفي النوازل: رجل أجر من آخر مرجلاً شهراً ليطبخ فيه العصير، وشرط على المستأجر أن يحمله إلى منزل المؤجر عند الفراغ، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد^(١)؛ لأن موجب العقد أن يكون رد المستأجر على المالك، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد، وإن لم يشترط ذلك على المستأجر لا تفسد الإجارة، فإذا فرغ من عمله قبل مضي الشهر. فعليه الأجر إلى تمام الشهر، وإن كان استأجره كل يوم بكذا، فإذا فرغ من عمله سقط الأجر عنه رده إلى صاحبه أو لم يرده؛ لأن الحمل على صاحبه بعد الفراغ.

وفيه أيضاً: رجل استأجر حباباً وكيزاناً، وقال له المؤجر: ما لم تردها علي صحيحة فلي عليك كل يوم [درهم]^(٢)، فقبضها، قال: الإجارة في الحباب فاسدة وفي الكيزان جائزة، يريد به إذا سمي للحباب أجراً معلوماً وللکيزان أجراً معلوماً صحت في الكيزان المسمى وفي الحباب أجر المثل، وإنما فسدت الإجارة في الحباب؛ لأن لها حملاً ومؤنة وما له حمل ومؤنة فاشترط رده على المستأجر يوجب فساد الإجارة، وأما الكيزان فليس لها حمل ومؤنة فاشترط ردها على المستأجر لا يوجب فساد الإجارة ويقع لغواً.

وقيل: بفساد الإجارة في الكيزان أيضاً؛ لأن رد المستأجر على المالك على كل حال، فاشترطه على المستأجر اشتراط ما لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ لأنه تجري المماكسة في حمل الكيزان وردها خصوصاً إذا كسرت. وفي كتاب الشروط للإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني رحمه الله: أن من استأجر دابة ليذهب بها إلى مكان كذا بدرهم واشترط الأجر على المستأجر أن يردها إلى منزل الأجر، قال: الإجارة جائزة وطريق الجواز أن يجعل الرد إلى منزل الأجر

(١) زاد في ز: والشرع.

(٢) سقط في أ، ز.

مع الدراهم أجرة الذهاب إلى مكان كذا فيكون المبدول من جانب المؤجر شيئاً ومنفعة في نفسه في الرد إلى منزل الآجر.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل استأجر من آخر دابة من موضع مسمى من المصر إلى موضع مسمى ذاهباً وجائياً، فإن على المستأجر أن يردها إلى الموضع الذي استأجرها فيه، وهذه المسألة دليل على جواز هذا العقد، فإن محمداً - رحمه الله - قال: على المستأجر الرد إلى المكان الذي استأجرها فيه. قال ابن سماعة: هذا شرط معتبر، وأنه يقول: منزله مكان الإيفاء في باب السلم، فإن ذهب بها إلى منزله وأمسكها ضمن إذا هلكت؛ لأن الذهاب إلى منزله في هذه الصورة لم يدخل تحت العقد فيصير متعدياً بالذهاب إلى منزله، فإن قال المستأجر: أنا أركب من هذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي، فليس على المستأجر أن يردها إلى المكان الذي استأجر فيه، وعلى المؤجر أن يأتي منزل المستأجر ويأخذها منه؛ لأن عقد الإجارة انتقض لما عاد إلى منزله فلم يجب الرد على المالك.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - فيمن استأجر دابة من مصر إلى مصر فأمسكها في بيته فهلكت، قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك الناس ليهيئوا أمورهم فلا ضمان عليه، والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك خرجت من الإجارة، وهي مغصوبة عنده.

وعند محمد - رحمه الله - أنه قال بالضمان من غير هذا التفصيل.

[وفي كتاب الشروط للإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - :^(١) رجل استأجر دابة أياً معلومة يركبها في المصر، فانقضت الأيام فأمسكها في منزله، ولم يجيء صاحبها ليأخذها فنفتت [الدابة]^(٢) فلا ضمان عليه من قبل أنه ليس بمتعد

(١) في ز: وفيه أيضاً.

(٢) سقط في أ، ز.

في الإمساك؛ لأنه ليس عليه أن يردها على صاحبها وإنما على صاحبها أن يجيء حتى يقبضها، فلو أن المستأجر ساق الدابة ليردها على المالك في منزله مع أنه ليس عليه الرد فهلكت في الطريق فلا ضمان عليه، ولو ذهب المالك إلى بلد آخر وذهب هذا الرجل بالدابة ليردها على المالك فهلكت في الطريق كان عليه الضمان، ويصير بالإخراج عن البلدة غاصبًا.

وفي المنتقى: استأجر دابة وردها إلى منزل الآجر وأدخلها مربطها وربطها، أو أغلق عليها، فلا ضمان [عليه]^(١)، يعني إذا هلكت أو ضاعت كل شيء يفعل بها صاحبها إذا ردت عليه، فإذا فعل المستأجر يبرأ، ولو أدخلها [دار صاحبها أو أدخلها]^(٢) مربطها ولم يربطها أو لم يغلق عليها فهو ضامن يعني إذا هلكت أو ضاعت.

استأجر دابة إلى سمرقند أو إلى بخارى، فإذا دخل المكارى البلدة يجب عليه أن يأتي إلى بيت المستأجر، في أول إجارة الدواب.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

الفصل السابع

في إجارة المستأجر وإعارته

دفع المستأجر أو المزارع الأرض إلى رب الأرض مزارعة، ويدخل فيه الآجر الأول أيضًا مع المستأجر الأول إذا فسخا الإجارة الأولى هل تنسخ الثانية؟ قال محمد - رحمه الله - : وللمستأجر أن يؤجر البيت المستأجر من غيره، فالأصل عندنا أن المستأجر يملك الإجارة فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وهذا؛ لأن الإجارة لتمليك المنفعة والمستأجر في حق المنفعة قام مقام الآجر فلما صحت الإجارة من الآجر تصح من المستأجر أيضًا، فإن آجره بأكثر مما استأجر به من جنس ذلك ولم يزد في الدار شيئًا آخر من ماله مما يجوز عقد الإجارة عليه لا تطيب له الزيادة عند علمائنا - رحمهم الله - .

وعند الشافعي - رضي الله عنه - : تطيب له الزيادة .

وأما إذا زاد في الدار شيئًا كأن جصصها أو طينها وما أشبه ذلك، أو آجر مع ما استأجر شيئًا من ماله يجوز أن يعقد عليه عقد الإجارة ويطيب له الزيادة .

ذكر الخصاص - رحمه الله - في كتاب الحيل: أنه إذا كان المستأجر دارًا وكنسها من التراب ثم آجرها بأكثر مما استأجر لا تطيب له الزيادة، وإن آجرها بأكثر مما استأجر وقال عند الإجارة: على أن أكنس الدار يطيب له الفضل .

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الحيل: وإن كان المستأجر أرضًا فعمل لها مسنة، فذلك زيادة يطيب له الفضل، قال: وكذلك كلما عمل فيها عملاً يكون قائمًا فكذلك زيادة ويطيب له الفضل .

وإن كرا أنهارها، ذكر الخصاص: أنها زيادة توجب طيب الفضل .

قال القاضي الإمام علي السغدني: أصحابنا - رحمهم الله تعالى - في هذا مترددون بعضهم يعدون هذا زيادة وقالوا: يتيسر على المستأجر إجراء الماء إليها ويسهل العمل فيها فكان ذلك زيادة، وبعضهم لا يعدون هذا زيادة؛ لأنه لم يوجد إلا

رفع التراب وذلك ليس بزيادة، ولو جاز أن تطيب له الزيادة بهذا لجاز أن يقال: إذا استأجر دابة وأعطها شعيراً أنه تطيب له الزيادة، فإنه نظير ما لو استأجر أرضاً لا يمكن زراعتها لما قبلها من التراب فرفع التراب ثم آجرها بأكثر مما استأجر فإنه لا يطيب له الفضل وإن تيسر الزراعة بما عمل.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمه الله: إذا استأجر شيئين صفقة واحدة فزاد في أحدهما شيئاً، وفي بعض النسخ: [لو أصلح]^(١) في أحدهما شيئاً، له أن يؤجرهما بأكثر مما استأجرهما، [ولو كانت الصفقة متفرقة فليس له أن يؤجرهما بأكثر مما استأجرهما المستأجر]^(٢).

إذا آجر المستأجر الدار [من المؤجر]^(٣) هل تنفسخ الإجارة الأولى بالإجارة الثانية مع أن الثانية لم تصح؟، اختلف العلماء فيه، بعضهم قالوا: تنفسخ. قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله: هذا غلط؛ لأن الثاني فاسد والأول صحيح، والفاسد لا يقدر على رفع الصحيح، وعامتهم على أنه لا تنفسخ الأولى بالثانية، ولكن إذا قبض الآجر الأول المستأجر من المستأجر الأول حتى انتهت مدة الإجارة الأولى تنتهي الإجارة الأولى، [لكن بمضي مدة الأولى]^(٤)، لا؛ لأن الثانية فاسخة للأولى، حتى إن بعد مضي بعض المدة لو استرد المستأجر الأول المستأجر من الآجر الأول وأراد أن يسكنها بقية المدة فله ذلك، وعلى هذا حكم الإجارة إذا أخذ الآجر الأول المستأجر من المستأجر بحكم هذه الإجارة ودام على ذلك حتى انتهت المدة فلا آجر على المستأجر، وإن لم يقبضه منه فعلى المستأجر الأول الأجر.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: ذكر في كتاب المزارعة: إذا دفع أرضه مزارعة ثم

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: بأجرة.

(٤) سقط في أ.

إن رب الأرض أخذها مزارعة من المزارع، فالمزارعة الثانية باطلة والأولى على حالها كذا في الإجارة، ولو أن المستأجر أعار المستأجر من المالك لا يسقط عنه الأجر بلا خلاف بين المشايخ.

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمهما الله: رجل استأجر دارًا [من رجل] ^(١) ثم إن المستأجر أجرها من صاحبها أو أعارها منه فذلك نقض للإجارة الأولى.

ولو استأجر أرضًا ثم دفعها إلى صاحبها مزارعة إن كان البذر من قبل صاحب الأرض لم يجز وهذه مناقضة، وإن كان البذر من قبل المستأجر جاز.

وذكر ابن رستم في «نوادره» عن محمد رحمه الله: أنه لا يجوز دفع الأرض المستأجرة مزارعة إلى رب الأرض سواء كان البذر من جهة رب الأرض أو من جهة المستأجر، ولو استأجر رب الأرض بالدرهم ليعمل في الأرض جاز.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: رجل استأجر من آخر دارًا أو أرضًا وزاد المستأجر فيها بناء ثم أجرها من الآخر أو أعارها منه كان هذا نقضًا للإجارة الأولى.

قال في فصل الإجارة في «نوادر ابن سماعة»: وعلى رب الأرض حصة بناء المستأجر من الأجر.

قال الحاكم الشهيد رحمه الله: وهذه المسألة دليل على جواز إجارة البناء وحده. وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر من رجل دارًا إجارة طويلة، ثم أجرها من الآخر الأول لا تصح الإجارة الثانية وما أخذه المستأجر الأول فهو محسوب من رأس المال، والإجارة الأولى تنتقض بالشهر الأول من الإجارة الثانية، فأما فيما بعد الشهر الأول شك الفضلي رحمه الله في انتقاضها؛ ثم قال: كلما دخل شهر بعد شهر يجب أن تنتقض الأولى.

(١) سقط في ز.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري رحمه الله: نظير ما لو باع، ثم باع، فإن الثاني يفسخ الأول كذا ها هنا.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام: أكثر ما فيه أن العقد الثاني فاسد، ولكن يجوز أن يقع العقد فاسدًا ويوجب انتقاض عقد وقع صحيحًا.

ألا ترى أن المشتري إذا باع المشتري من البائع قبل القبض فهذا العقد لا يصح ويوجب انتقاض العقد الأول على ما رواه خالد بن صبيح عن أبي يوسف رحمه الله.

وذكر في كتاب الصلح مسألة تدل على أن المستأجر يملك الإجارة من المالك. وصورتها: الموصى له بغلة عبد بعينه إذا أجر العبد من أجنبي أو وارث الموصى له يجوز.

ووجه الدلالة: وهو أن الوارث قائم مقام المورث وحال الموصى له بالغلة كحال المستأجر وإذا أجر المستأجر المستأجر من رجل ثم إن المستأجر الثاني أجره من المالك

كان القاضي أبو علي النسفي رحمه الله يحكي عن أستاذه: أنه يجوز. وهكذا ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في «المتقى»: عن محمد: أن الإجارة من المالك لا تجوز سواء كان المستأجر الأول أجر بنفسه أو أجر مستأجره.

قال رحمه الله: وعليه عامة المشايخ.

قال^(١) الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى الصغرى: الغاصب إذا أجر المغصوب من غيره ثم إن المستأجر من الغاصب أجره من الغاصب وأخذ منه الأجر، كان للغاصب أن يسترد منه ما دفع إليه من الأجر لوجهين:

أحدهما: أن إجارة المستأجر من الغاصب جعل ردا للمغصوب، كما جعل بيع

(١) في ز: ذكر.

المشتري شراءً فاسدًا من بئعه جعل ردًا للمشتري الثاني أن إجازة الغاصب العقد^(١) فيصير المستأجر من الغاصب مؤاجرا من أجره، وأنه لا يجوز. وعلى هذا المستأجر من المالك إذا أجر من غيره ثم إن المستأجر الثاني أجره من المستأجر الأول لا يصح.

إذا استأجر كرمًا ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى المؤاجر معاملة فهذا على وجهين: إن كان المالك باع الأشجار كما هو أحد الطريقتين جاز وإن كان دفع الأشجار معاملة كما هو الطريق الآخر لا يجوز.

وإذا استأجر إجارة فاسدة فأجر المستأجر من غيره إجارة صحيحة جاز إليه أشار في إجازات الأصل.

ومن المشايخ من قال: إنه لا يجوز، واستخرج الرواية من مسألة ذكرها في كتاب الإجازات في باب إجارة الدور.

وصورتها: رجل دفع داره إلى رجل على أن يسكنها ويرمها ولا أجر له، وأجرها هذا الرجل من رجل وانهدم من سكنى الأجر^(٢)، ضمن الثاني بالاتفاق، وهذا إشارة إلى أن الإجارة الثانية صحيحة^(٣).

ألا ترى أنه أوجب الضمان على الثاني، وألا ترى أنه سماه غاصبًا، وعامة المشايخ على أنه يضمن^(٤).

قالوا: وما ذكر في كتاب الإجازات ليس برواية في هذه المسألة؛ لأن ذلك ليس بإجارة بل هو عارية؛ لأنه ما ذكر المرمة على سبيل الشرط؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط وإنما ذكر على سبيل المشورة، فإن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فكان الأول مستعيرًا مستأجرًا، والمستعير لا يملك أن يؤجر.

(١) في ز: قد انعقد.

(٢) في أ، ز: الدار.

(٣) في أ، ز: لم تصح.

(٤) في أ، ز: يملك.

وزان مسألتنا من تلك: أن لو ذكر المرمة على سبيل الشرط ولو كان هكذا حتى كان العقد الأول إجارة فاسدة لا يجب الضمان على الثاني، وتصح الإجارة من الثاني، ثم على قول من يقول بأن المستأجر إجارة فاسدة يملك أن يؤاجر من غيره إجارة صحيحة إذا أجر كان للأول أن ينقض الثاني.

كما إذا اشترى شيئاً فاسداً وأجره من غيره جائزة بخلاف ما إذا اشترى شراء فاسداً وباعه من غيره بيعاً صحيحاً.

وفي النوازل عن أبي نصر - رحمه الله - : أن المستأجر إجارة فاسدة إذا قبض الدار ليس له أن يؤاجرها من غيره لكن لو آجرها استحق الأجر على المستأجر الثاني.

المستأجر إذا أجر من غيره أو دفع إلى غيره مزارعة، ثم إن المستأجر الأول فسخ العقد الأول هل يفسخ العقد الثاني؟ اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه يفسخ اتحدت المدة أو اختلفت، أما إذا اتحدت المدة فظاهر، وأما إذا اختلفت فلأنه لما فسخ الإجارة الأولى [تبين أن المستأجر فضولي في الإجارة من الثاني في هذه المدة وهو المدة بعد فسخ الأول، والفضولي في المعاوضات المالية يملك الفسخ قبل الإجازة.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر الرجل من غيره موضعاً إجارة طويلة ثم إن المستأجر أجره من عبد الآخر، فإن كان بغير إذن مولى العبد لم يحسب على المستأجر ما أخذ من العبد من رأس ماله؛ لأنه ليس للعبد أن يفسخ الإجارة بغير إذن المولى، وأما إذا كان العبد استأجره بإذن المولى، فقد توقف الشيخ الإمام فيه، والصحيح أن يقال: استأجر العبد بإذن المولى كاستئجار المولى بنفسه، وقد مرّ الكلام فيه من قبل.

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل أجر داره من رجل كل شهر بدرهم ثم باعها من آخر، فكان المشتري يأخذ أجرة الدار من هذا المستأجر وأتى على ذلك زمان، وقد

كان وعد المشتري البائع أنه إن رد الثمن عليه رد عليه داره ويحتسب عليه ما قبض من المستأجر، ثم جاء البائع بالدرهم وأراد أن يحسب الأجر من ذلك. قال: لما طلب المشتري الأجر من المستأجر كان ذلك إجارة منه وصار بمنزلة إجارة مستقلة وجميع ما أخذ من الأجر للمشتري، وليس للبائع من الأجر لا قليل ولا كثير؛ لأن الأجر وجب بعقد المشتري على ما ذكرنا، ومواضعة المشتري على رد الدار وعد منه فإن أنجز فحسن وإلا فلا شيء عليه، وإن كان الشرط في البيع فالبيع فاسد؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، الأجر المستأجر من رجل آخر لا تنعقد الإجارة الثانية في حق الأجر حتى لو سقط حق المستأجر الأول لا يلزمه التسليم إلى المستأجر الثاني؛ لأن الإجارة تصادف المنفعة والمنفعة صادفت حقًا للأول، فالإجارة الثانية صادفت حق الغير فلم تنعقد، والإجارة تخالف البيع فإن بيع الأجر المستأجر ينعقد نافذًا في حق البائع حتى لو سقط حق المستأجر يلزمه التسليم إلى المشتري، إنما لا ينفذ في حق المستأجر حتى لا يكون للمشتري حق الأخذ من المستأجر؛ لأن البيع يصادف الرقبة والرقبة لم تصر حقًا للمستأجر، فالبيع ما صادف حق المستأجر إنما صادف حق البائع فانعقد صحيحًا لكن لا يؤمر المستأجر بتسليمه إلى المشتري صيانة لحق المستأجر، فإذا سقط حق المستأجر زال المانع فعمل ذلك البيع عمله.

ثم المشتري في هذه المسألة بالخيار إن شاء تربص حتى انقضت مدة المستأجر، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ويطلب التسليم هكذا ذكر في «الزيادات» ولم يفصل بين ما إذا علم المشتري بكونه مستأجرًا أو لم يعلم وهذا قول محمد. وعلى قول أبي يوسف: إذا علم المشتري بكونه مستأجرًا لا يجوز، وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع.

ولو أراد المستأجر فسخ هذا البيع ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «الفتاوى»: أن في ظاهر الرواية له ذلك، وفي رواية الطحاوي ليس له ذلك وأحال إلى رهن

الجامع لشمس الأئمة الحلواني في شرح «الأسبيجاني» إنه ليس للمستأجر حق الفسخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي، وهكذا ذكر في شرح القدوري، وفي شرح الساقى في رهن الجامع للسيد الإمام أبي شجاع، وذكر شيخ الإسلام أن في المسألة روايتين: في رواية للمستأجر حق الفسخ وهو القياس، وفي رواية ليس له حق الفسخ وهو الاستحسان وعليه الفتوى.

وفي «إجازات النوازل»: رجل استأجر حانوتاً كل شهر بثلاثة دراهم مثلاً، فلما مضى شهران قال له صاحب الحانوت: إن رضيت كل شهر بخمسة دراهم وإلا فأفرغ الحانوت فلم يفرغ بل سكن فيه فعليه لكل شهر خمسة وسكناه رضا بما قال صاحب الحانوت، ولو قال المستأجر: لا أرضى بخمسة وسكنها لا يجب عليه إلا الأجر الأول.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: إذا قال لغيره: بكم تؤاجر هذه الغرارة شهراً؟ فقال: بدرهمين، فقال المستأجر: لا بل بدرهم، وقبضها ومضى الشهر، يجب أجر المثل لا يزداد على درهمين ولا ينقص من درهم، والصحيح [أنه يجب درهم لما ذكرنا]^(١).



(١) ما بين المعقوفين بياض في أ، ز، والمثبت من المحيط البرهاني.

[الفصل الثامن]

في انعقاد الإجارة بغير لفظة الإجارة وفي الحكم ببقاء الإجارة
وانعقادها بما ينافيها^(١)

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - ومن رعى غنم إنسان إذا قال الراعي لصاحب الغنم: لا أرعى غنمك بعد هذا إلا أن تعطيني كل يوم درهما فلم يقل صاحب الغنم شيئاً وترك غنمه معه لزمه لكل يوم درهم؛ لأن ترك صاحب الغنم غنمه معه رضا منه بما قاله الراعي .

وفيه أيضاً: رجل استأجر أجييراً ليحفظ شهره كل شهر بكذا ثم مات المستأجر فقال الوصي [للأجير]^(٢): اعمل عملك كما كنت، فإننا لا نحبس عنك الأجر فأتى على ذلك أيام ثم باع الوصي الضيعة فقال المشتري للأجير: اعمل عملك كما تعمل فإننا لا نحبس عنك الأجر فهذا على أن ما عمل الأجير في حياة الأول يجب في تركته، ومن حين قال له الوصي: اعمل عملك يجب على الوصي، ومن حين قال له المشتري: اعمل عملك، يجب على المشتري، إلا أن الواجب في تركه الميت المسمى لوجود التسمية منه، والواجب على الوصي وعلى المشتري أجر المثل إذا لم يعلم مقدار المشروط من الميت أما إذا علما بذلك فعليهما المسمى .

وفيه أيضاً: رجل استأجر من رجل حملاً بعشرة بعضها جياذ وبعضها زيوف، فقال المكارى في الطريق: أنا أطلب الكل جياذاً فقال المستأجر بالفارسية: (حنان كتم له ترخوا مني)، فهذا وعد منه ولا يلزمه بذلك شيء وكذلك لو استزاده في الأجر فأجابه بذلك .

قال في الأصل: إذا استأجر دابة إلى مكان مسمى فمات صاحب الدابة في وسط الطريق كان للمستكري^(٣) أن يركب الدابة إلى المكان المسمى بالأجر، وإذا وصل

(١) سقط في ز .

(٢) سقط في ز .

(٣) في أ، ز: المشتري .

إلى ذلك يرفع الأمر إلى القاضي، وفي هذا الفصل إشكال؛ لأن المكارى مؤجر وموت المؤجر يوجب انتقاض الإجارة، وإنما لا ينتقض؛ لأن الحالة حالة العذر والإجارة تنعقد ابتداء بالعذر، فإن من استأجر سفينة شهراً فمضت المدة والمستأجر وسط البحر فإنه تنعقد بينهما إجارة مبتدأة، فلأن تبقى حالة العذر كان أولى، وبيان العذر أنه يخاف على نفسه وماله؛ لأنه لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة، ولا يكون ثمة قاض حتى يرفع الأمر إليه فيؤجر الدابة منه ثانياً، حتى قال مشايخنا - رحمهم الله - : لو وجد دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة، وكذا لو كان الموت في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة؛ لأنه لا ضرورة إلى إبقاء الإجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الآجر؛ لأنه يمكنه المرافعة إلى القاضي حتى يؤجر الدابة منه، نص على هذا في الشروط، وإليه أشار في الأصل فإنه قال في غير هذه المسألة: فإذا وصل ذلك يرفع الأمر إلى القاضي بعد تأخير^(١) الأمر بالمرافعة إلى أن يصل ذلك المكان، ولو كان الموت في موضع فيه قاض لم يكن لتأخير الأمر بالمرافعة معنى وفائدة ثم إذا ركب المستكري الدابة إلى ذلك المكان وأنفق عليها في الطريق كان متبرعاً حتى لا يرجع على ورثة المكارى بذلك، [وكذلك إذا استأجر المستكري رجلاً يقوم على الدابة كان أجره على المستكري، ولا يرجع بذلك]^(٢) على ورثة المكارى؛ لأن الإنفاق والاستئجار حصل بغير إذن الورثة وبغير إذن من يلي على الورثة، ثم إذا وصل إلى ذلك المكان رفع الأمر إلى الحاكم؛ لأن الإجارة قد انفسخت إلى ذلك المكان؛ لأنه زال العذر لما وصل إلى ذلك المكان، وإذا انتقضت الإجارة بقيت دابة الغير في يده بغير إجارة فيرفع الأمر إلى القاضي [فيقضي القاضي]^(٣) بما هو الأصلح لورثة الميت، فإن رأى القاضي [الصالح]^(٤) في أن

(١) في أ، ز: أجر.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في أ.

يؤجر [الدابة]^(١) منه ثانيًا بأن عرف المستأجر ثقة أمينًا، ورأى الدابة قوية حتى عرف أن الورثة يصلون إلى عين مالهم، [متى آجر منه فعل]^(٢)، فإن عرف أنهم وإن وصلوا يلحقهم ضرر عظيم يبيع الدابة ويكون بيعه حفظًا للمال على الغائب لا قضاء على الغائب، فإن كان المستأجر قد عجل الأجر إلى رب الدابة وفسخ القاضي الإجارة [وباع الدابة]^(٣) فادعى المستأجر ذلك فالقاضي يأمره بإقامة البينة على دعواه؛ لأنه يدعي دينًا على الميت ومجرد الدعوى بدون بينة لا تكون معتبرة شرعًا، أو ينصب القاضي وصيًا عن الميت حتى^(٤) يسمع [البينة من]^(٥) الخصم، وللقاضي ولاية نصب الوصي عن الميت.

ذكر محمد - رحمه الله - في السير الكبير مسألة: السفينة إذا انقضت مدة الإجارة [والسفينة في وسط البحر، ومسألة الزق الذي فيه الزيت إذا انقضت مدة الإجارة]^(٦) في المفازة ولا يجد المستأجر سفينة أخرى أو زقًا آخر وأبى الأجر أن يؤجر منه وقد حضرهم الإمام، [إن كان الإمام]^(٧) يجعل ذلك للمستأجر كل يوم بكذا شرط أن تكون هذه الإجارة من الإمام.

وقد ذكر ابن سماعة في نواته هذه المسألة عن محمد - رحمه الله - ولم يشترط أن يكون المؤجر هو الإمام، بل شرط أن يقول المستأجر: استأجرت هذه السفينة كل يوم بكذا، أو يؤجره واحد من أصحابه ورفقائه، فإن أبى الأجر بعد ذلك أن يعطيه السفينة أو الزق استعان المستأجر بأعوانه ورفقائه حتى يترك السفينة والزق عليه إلى أن يجد سفينة أخرى وزقًا آخر، وإنما احتيج إلى إنشاء العقد في هذه الصورة؛

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: لثلاث.

(٥) في أ، ز: إلا على.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ، ز: فالإمام.

لأن وضع المسألة أن صاحب السفينة أو صاحب الزق أبا الإجارة صريحاً مع إباته ذلك صريحاً لا يمكن إثبات العقد دلالة فلا بد من إثباته صريحاً وبهذه المسألة تبين أن من سكن دار غيره لا يجب الأجر إذا كان صاحب الدار يأبى ذلك، وإن كانت الدار معدة للاستغلال إلا إذا استأجر الساكن بنفسه، فيقول: استأجر كل شهر بكذا، ثم ليس في مسألة السفينة والزق اختلاف الروايتين، وما ذكر في السير محمول على ما إذا حضر الإمام، وما ذكر في نوادر ابن سماعة محمول على ما إذا لم يحضر الإمام.

وفي الأصل: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يدرك يترك في يده إلى أن يستحصد بأجر المثل، ولو مات الآجر أو المستأجر في وسط المدة وفي الأرض زرع يترك الأرض في يد المستأجر أو في يد ورثته بالأجر المسمى.

وفي المنتقى: إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض رطاب تركت فيها بأجر مثلها حتى تجز، وهو على أول جزء [تدرك بعد انقضاء]^(١) الإجارة.

وقال في الموت: إذا مات المؤجر وفي الأرض رطاب تركت بالمسمى حتى تجز؛ لأن للجزء الأولى^(٢) غاية معلومة فصارت الرطبة نظير الزرع، وإنما اعتبر بالجزء الأولى؛ لأن طريق الترك: إما إبقاء ذلك العقد في الفصلين كما ذهب إليه بعض المشايخ؛ لأن القول بانفساخه والتجديد من ساعته في صورة العيب، وحاشا الشرع من^(٣) ذلك وإما تجديد العقد فيهما؛ لأن حكم البقاء في هذا الباب يخالف حكم الابتداء؛ لأن العقد الأول إذا بقي يبقى المسمى وإذا تجدد العقد يجب أجر المثل، وإذا اختلف الحكم لا يكون عيباً إذ بقاء العقد في الفصل [الثاني]^(٤) وتجديده في الأول؛ لأن الحاجة في الفصل الأول إلى الابتداء وفي الفصل الثاني

(١) في أ، ز: فتنقضي.

(٢) في أ، ز: الأول.

(٣) في أ، ز: عن.

(٤) سقط في أ، ز.

إلى البقاء، وأيا ما كان فهو ضروري، والثابت بالضرورة لا يراعى فيه النهاية فيقع على الجزة الأولى لهذا.

ومن هذا الجنس: إذا استأجر من آخر زقاقاً وجعل فيها خلاً وانقضت الإجارة في الصحراء، جعل عليه بأجر مثلها لأنها تترك على الإجارة الأولى.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: في رجل استأجر أرضاً سنة، وزرعها ثم اشتراها المستأجر ورجل آخر [حتى]^(١) انقضت الإجارة نترك الزرع في الأرض حتى يستحصد ويكون للشريك على صاحب الزرع أجر مثل نصف الأرض.

وفي الأمالي: عن أبي يوسف إذا انقضت مدة الإجارة والزرع بقل فلم يختصموا فيه حتى استحصد فله من الأجر بحساب ذلك، ولا يتصدق رب الزرع بالفضل وإن انقضت مدة الإجارة، ولم يخرج الزرع فسخت الإجارة ورددت الأرض على صاحبها فإن خرج بعد ذلك رددت إلى صاحب البذر، فيكون له الزرع وعليه أجر مثل الأرض وكذلك لو لم يختصموا حتى يستحصد.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا استأجر أرضاً وغرس فيها أشجاراً ثم انقضى وقتها فعلى المؤجر قيمة الأشجار مقلوعة؛ لأن حق المستأجر أشجار مقلوعة؛ لأن لرب الأرض قلع أشجاره، إلا أنه يمنع عن ذلك دفعا للضرر عن الغارس كذا ذكرها هنا. والصحيح أنه إذا انقضت المدة فلرب للأرض أن يطالب المستأجر بتفريغ أرضه إذا كان فيها غرس بخلاف ما إذا كان فيها زرع حيث يترك؛ لأن لإدراك الزرع نهاية، ولا كذلك الغرس

وليس لرب الأرض أن يملك الأشجار على الغارس إذا لم يكن في قلعها ضرر فاحش بالأرض.

وفيه أيضاً: استأجر من آخر بيتاً ووضع فيه حبات خل فانقضت مدة الإجارة والمستأجر يأبى تفريغ الحانوت فإن كان الخل بلغ مبلغاً لا يفسد بالتحويل يؤمر

(١) سقط في ز.

بالتحويل، وإن كان يفسد لا يؤمر بالتحويل، ويقال للمستأجر: إن شئت فرغ الحانوت، وإن شئت فاستأجر منه إلى وقت إدراكه، والمراد من قوله: (استأجر منه) الحكم بأجر المثل عليه لا الاستئجار ابتداءً ببديل مسمى؛ لأن هذا بمنزلة مدة نقل المتاع وتفريغ الدار، والواجب هناك أجر المثل دون الإجارة ابتداءً، ولو مات المؤجر أو المستأجر قبل انقضاء المدة، ولم يتيسر التفريغ يجب المسمى استحساناً والقياس أن يجب أجر المثل كما بعد انقضاء المدة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا انقضت مدة الإجارة ورب الدار غائب فلم يرد المستأجر الدار بل سكن فيها سنة ثم حضر رب الدار لا يلزمه الأجر لما بعد انقضاء المدة؛ لأنه سكنها بلا عقد ولو مات المؤجر فسكنه المستأجر اختلف المشايخ فيه منهم من قال: يجب الأجر؛ لأنه مات على الإجارة وليس بغاصب.

ومنهم من قال: هو غاصب في الشهر الأول بعد الموت؛ لأن الإجارة تثبت صريحاً أو دلالة وقد عدم الأمران ويلزمه الأجر في الشهر الثاني إذا طلب صاحب الدار الأجر.

وقيل: إذا سكن بعد الموت، أو بعد انقضاء المدة فلا أجر عليه قبل الطلب، وإذا سكن بعد الطلب فعليه [الأجر]^(١) لما سكن بعد الطلب سواء كان في الشهر الأول أو في الشهر الثاني.

وهذا القائل يقول: لا فرق [في هذا]^(٢) بين الدار المعدة للإجارة وغير المعدة للإجارة إنما ذلك في ابتداء السكنى على ما مر، والأصح أنه يلزمه الأجر إذا كانت الدار معدة للاستغلال على كل حال.

وفي الأمالي عن محمد رحمه الله: رجل استأجر أرضاً بدرهم معلومة سنة، وزرعها ثم مات المؤجر قبل أن يستحصد الزرع، واختار المستأجر المضي على

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

الإجارة حتى يستحصد الزرع وبالأجر كفيلاً قال: لا يبرأ الكفيل من أجر ما بقي إلى أن يستحصد الزرع، وكذلك لو لم يمت الأجر ولكن مات المستأجر واختار ورثته ترك الزرع في الأرض حتى يستحصد لم يبرأ الكفيل من الكفالة، فإن قال المؤاجر: لا أرضى إلا أن يكون الأجر على ورثة الميت؛ لأن مال الميت لا يفي بالأجر، ليس له ذلك؛ لأنها تركت على الإجارة الأولى، والأجر في الإجارة الأولى في مال الميت وفي بالأجر أو لم يف، ولو انقضت السنة، ثم مات المستأجر والزرع بقل واختار ورثته ترك الزرع بأجر المثل، فالأجر عليهم في مالهم دون مال الميت. استأجر أرضاً فزرع زرعاً ثم إنهما تفاسخا عقد الإجارة والزرع بقل هل تترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع؟ وقد قيل: لا يترك؛ لأن المستأجر رضي ببطلان حقه في الزرع حيث أقدم على الفسخ عن اختيار.

وقد قيل: تترك. وهذا القائل يستدل بما ذكرها محمد رحمه الله في كتاب المزارعة، وصورتها: رجل دفع أرضه مزارعة إلى غيره وأجر الزارع وزرع في آخر السنة والزرع بقل لم يستحصد، وأراد رب الأرض أن يقلع الزرع، لا يتمكن من ذلك وتثبت بينهما إجارة في نصف الأرض حكماً إلى أن يستحصد صيانة لحق المزارع في الزرع ويغرم المزارع نصف أجر مثل هذه الأرض، وقد رضي المزارع هاهنا ببطلان حقه في الزرع حيث آخر الزرع إلى آخر السنة، مع هذا صان الشرع حقه وأثبت الإجارة في نصف الأرض كذا هاهنا. والله أعلم بالصواب.

الفصل التاسع

في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز

هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه يفسد العقد فيه؛ لمكان الجهالة:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا استأجر الرجل قدرًا بعينه ليطنخ فيه اللحم فإن بين الوقت بأن قال: يومًا، أو بين مقدار اللحم يجوز، وإن لم يبين واحدًا منهما لا يجوز لمكان الجهالة، وكذا في إجارة المكايل والموازين ينبغي أن يبين المدة أو مقدار ما يكيله أو يزن، وإن لم يبين واحدًا منهما، لا يجوز لمكان الجهالة. قال في الأصل: إذا استأجر الرجل نصيبًا من دار غير مسمى، بأن قال لغيره: استأجرت منك نصيبك من هذه الدار، أو من هذا العبد ولم ينسأ نصيبه على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف: يجوز، وهو بالخيار، إذا عمل بالنصيب بعد ذلك، وهو قول محمد - رحمه الله -.

أما على قول أبي حنيفة لا يشكل أنه لا يجوز؛ لأن المستأجر مشاع مجهول، فإن النصيب مجهول لا يدري أنه ثلث أو نصف أو ربع، ولهذا قال: لو باع نصيبًا من دار والمشتري لا يعلم، لا يجوز البيع لجهالة المبيع فدل أن المستأجر مشاع مجهول ولو كان مشاعًا معلومًا بأن أجز النصف أو الثلث لم يجز عنده، فإذا كان مشاعًا مجهولًا أولى ألا يجوز.

وعلى قول أبي يوسف لا يشكل أنه يجوز؛ لأن جهالة النصيب عند المشتري لا يمنع جواز البيع عنده، حتى قال: إذا اشترى نصيبًا من دار ولم يعلم مقداره جاز وله الخيار إذا علم بالنصيب بعد ذلك، فلا يمنع جواز الإجارة أيضًا، وإذا لم يجز أن يمنع الجواز لأجل هذه الجهالة على مذهبه بقي بعد ذلك مجرد الشروع، والشروع عنده غير مانع من جواز الإجارة.

وإنما الإشكال على قول محمد - رحمه الله -؛ لأن جهالة النصيب عنده يمنع جواز البيع فيجب أن يمنع جواز البيع أيضًا، فإن كان الشروع لا يمنع الجواز على

مذهبه، ولكن من مشايخنا من قال: بأن قول محمد هاهنا يلحق بقول أبي حنيفة - رحمه الله - لا بقول أبي يوسف؛ لأنه ذكر محمد عقيب قول أبي يوسف فقد ذكر قول أبي حنيفة فيلحق قوله بقول أبي حنيفة، ألا تجوز هذه الإجارة على قول أبي حنيفة وهو قول محمد، فعلى هذا لا يثبت الرجوع عن محمد في البيع.

ومنهم من قال: قول محمد ملحق بقول أبي يوسف، يعني تجوز الإجارة على قوله، واختلفوا فيما بينهم، منهم من أثبت رجوع محمد عما ذكر في البيع؛ لأن جهالة النصيب إذا لم يمنع جواز الإجارة لا يمنع جواز البيع، ومنهم من لم يثبت رجوع محمد عن فصل البيع^(١)، وفرق على قوله بين الإجارة وبين البيع وهو اختيار الكرخي.

والفرق، وهو أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة في حق المنافع والأجرة تجب عند استيفاء المنافع وعند استيفاء النصيب معلوم، فأما البيع ينعقد حال وجوده والمبيع حال وجوده مجهول فلا يجوز.

قال: رجل استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو ذكر أنه يزرعها ولكن لم يذكر أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة، أما إذا لم يذكر أنه يزرعها، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه؛ لأن الأرض تارة تستأجر للزراعة، وتارة للبناء وللغرس ونحوهما ولا رجحان للبعض على البعض فيما لم [يذكر أي شيء يزرعها، فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه؛ لأن الأرض تستأجر لزراعة^(٢) الذرة والأرز والتفاوت في ذلك في حق الأرض تفاوت فاحش فما لم يبين شيء من ذلك^(٣) لا يصير المعقود عليه معلوماً، فإن زرعها نوعاً من هذه الأنواع ومضت المدة فالقياس: أن يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد.

(١) في أ، ز: المبيع.

(٢) زاد في أ: الحنطة وتستأجر لزراعة.

(٣) في ز: يبين.

وفي الاستحسان: يجب المسمى وينقلب العقد جائزاً؛ لأن المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال، والإجارة تعد في الانعقاد فصار ارتفاع الجهالة في هذه الحالة [وعدم^(١)] ارتفاعها لدى العقد سواء فيجوز العقد.

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى بغداد ليحمل عليها ولم يذكر أي شيء يحمل عليها فالإجارة فاسدة؛ لأن الأحمال متفاوتة، فإن^(٢) اختصما قبل أن يحمل عليها شيئاً أبطل القاضي الإجارة؛ لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله، وإن حمل عليها ما يحمل الناس على مثلها وهلكت^(٣) في الطريق فلا ضمان؛ لأنه حمل عليها بإذن صاحبها وإن بلغ ذلك المكان المسمى فعليه أجر المثل قياساً والمسمى استحساناً وقد مر وجه القياس والاستحسان في المسألة المتقدمة.

وإذا استأجر الرجل إبلاً إلى مكة ليحمل عليها [محملاً^(٤)] فيه رجلان وما يصلحهما من الوطأ والدثر وقد رأى المكارى الرجلين ولم ير الوطأ والدثر، فهو فاسد قياساً لجهالة المحمول، وفي الاستحسان يجوز وينصرف ذلك إلى ما يحتاج إليه مثلهما في طريق مكة من الوطأ والدثر وذلك معلوم عرفاً فيما بينهم، والمعلوم عرفاً كالمعلوم شرعاً^(٥).

وكذلك إذا استأجر راحلة ليحمل عليها كذا كذا من الدقيق والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت، ويعلق بها من المعاليق من المطهرة وما أشبههما، ولم يبين شيئاً من ذلك فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا.

وإذا استأجر إبلاً أو حماراً ليحمل عليها الحنطة ولم يبين مقدار الحنطة، ولا أشار إليها، ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الإجازات أنه لا يجوز، وذكر شمس الأئمة

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ: وإن.

(٣) في أ: وهلك، وفي ز: أو هلك.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٤٦٥).

الحلواني رحمه الله في «شرحه» أنه يجوز، وينصرف إلى المعتاد، وهذا القول أشبه بمسألة المحمل والراحلة.

وقال محمد رحمه الله في كتاب الإجازات: إذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر باثني عشر درهما، ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم جاز؛ لأنه بين جنس العمل إلا أنه لم يبين مقداره، وبيان جنس العمل يكفي لجواز الإجارة، وله أن يطحن عليها مقدار ما تحمل الدابة وتطيق وما يطحن مثلها قدرًا في العرف.

قال: وهو نظير ما لو استأجرها ليحمل عليها جاز، وله أن يحمل عليها قدر ما تحتمل.

قال: رجل استأجر دارًا أو بيتًا ولم يسم الذي يريد لها، القياس: أن تفسد الإجارة.

وفي الاستحسان: لا تفسد.

وجه القياس: أن المقصود من الدار والبيت الانتفاع ووجوه الانتفاع مختلفة متفاوتة فقد^(١) يكون من حيث السكنى ووضع الأمتعة، وقد يكون من حيث الحداد فلا تجوز ما لم يبين شيئًا من ذلك، كما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها، أو استأجر للركوب ولم يبين من يركب.

وجه الاستحسان: أن المعقود عليه معلوم عرفًا وهو السكنى وهو البيت عرفًا بين [أو لم يبين، ويؤجر]^(٢) للسكنى فانصرف مطلق العقد عليه لما عرف أن المعلوم عرفًا كالمعلوم شرعًا، فصار كأنه استأجر دارًا أو بيتًا للسكنى، ولو صرح بذلك أليس إنه يجوز وإن لم يبين من يسكن؛ لأن السكنى مما يقع فيه التفاوت، بين ساكن وساكن بخلاف ما لو استأجر دابة للحمل والركوب ولم يبين ماذا تحمل ومن يركب؛ لأن حمل بعض الأشياء وركوب بعض الأشخاص غير معلوم عرفًا لينصرف مطلق

(١) في ز: فلا.

(٢) في ز: ويؤجر.

العقد عليه بل الكل متفاوت، والحمل والركوب مما يقع فيه التفاوت فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلومًا فلا يحكم بجواز الإجارة.

وإذا دفع إلى سمسار درهمًا وأمره أن يشتري له كذا وكذا على أن يكون الدرهم المدفوع إليه له، أو دفع إليه درهما وأمره بأن يبيعه ويكون هذا الدرهم له، أو استأجر رجلاً آخر بدرهم لبيع أو يشتري فهذا فاسد؛ لأن البيع والشراء قد يتمان بكلمة واحدة، وقد يتمان بعدة كلمات فكان المعقود عليه مجهولاً والحيلة في ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يستأجره يوماً إلى الليل بأجر معلوم لبيع له ويشتري؛ لأن المعقود عليه في هذه الصورة المنفعة، ولهذا يستحق الأجر متى سلم نفسه، وقد صارت المنفعة معلومة ببيان الوقت.

الثانية: أن يأمره أن يبيع له ويشتري ولا يشترط له شيئاً فيكون معيناً له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل بمثل ذلك الأجر؛ لأن هذه استعانة ابتداء إجارة انتهاء، ولهذا قال مشايخنا - رحمهم الله - يجبر على إعطاء العوض إذا امتنع.

ثم في السمسار وفي جميع ما كان فاسداً من ذلك إذا باع واشترى فله أجر المثل لا يجاوز به المسمى كما في سائر الإجازات الفاسدة ويطيب له ذلك؛ لأنه يدل عليه فيطيب له كما يطيب قيمة المبيع للبائع في البيع الفاسد عند عجز المشتري عن رد العين؛ لأنه بدل ملكه لكن يَأْتَمُّ بمباشرته هذا العقد؛ لأنه معصية.

وإذا استأجر نهرًا يابسًا ليجري فيه الماء إلى أرض له، أو إلى [رحى ماء]^(١) له، أو استأجر مسيل ماء ليسيل ماء ميزابه [فيه]^(٢)، أو استأجر ميزابا يسيل فيه غسلته أو بالوعة، ليصب فيها بوله، والنجاسات لا يجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول.

أما في الفصل الأول: فلائنه لا يمكنه إجراء الماء في كل النهر؛ لأن النهر لا

(١) في أ، ز: حمام.

(٢) سقط في أ، ز.

يستمسك ذلك فلا بد من أن ينقص شيئاً وقد مر ما ينقص مجهول فيصير الثاني مجهولاً وجهالة المعقود عليه يوجب فساد المعقود إذا لم يكن للناس فيه تعامل، فأما خرج على هذا الدخول في الحمام بأجر حيث جوز مع الجهالة في المعقود عليه؛ لأن للناس فيه تعامل، فأما ما عدا ذلك من الفصول، فلأن ما يسيل فيه من الماء والبول قد يقل وقد يكثر.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: الحرف المعتمد عليه في جنس هذه المسائل أن الإجازات جوزت بخلاف القياس لحاجة الناس، وهذه ليست من إجازات الناس فيعمل [فيها]^(١) بالقياس.

وروي عن محمد رحمه الله: إذا استأجر موضع أرض معروف ليسيل مائه فهو جائز، كأنه ذهب إلى أن المانع من جواز العقد الجهالة؛ لأنه لا يدري كم يأخذ الماء من النهر والسطح، فإذا عين الموضع جاز.

وفي العيون: لو استأجر نهرًا يابسًا ولم يقل شيئًا جاز وله أن يجري فيه الماء، وكذا لو استأجر موضع أرض معلوم مدة معلومة ولم يقل شيئًا جاز وله أن يسيل فيه الماء.

ولو استأجر ميزابًا ليركبه في داره جاز، ولو استأجره وهو في الحائط ليسيل الماء فيه، لم يجز لما قلنا.

وإذا استأجر موضعًا من حائط ليضع عليه جذعًا، أو استأجر موضع كوة من الحائط بنقبها ليدخل عليه منها الضوء والريح، أو استأجر حائطًا ليني عليه ستره، أو استأجر موضع [وتد في الحائط ليعلق به الأشياء أو استأجر موضع]^(٢) ميزاب في حائطه لا يجوز.

بعض مشايخنا قالوا: إنما لا يجوز إذا لم يبين [موضع]^(٣) البناء والجذع والكوة

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ز.

والوتد حتى يكون المعقود عليه مجهولاً، أما إذا بين ذلك [يجوز]^(١).
ومنهم من قال: إنما لا يجوز إذا لم يبين مقدار الجذع والكوة والوتد حتى لا
يجوز لمكان الجهالة، أما إذا بين جاز.
ومنهم من قال: لا يجوز على كل حال، وإطلاق لفظ الكتاب يدل عليه،
والمعنى ما ذكرنا أنه ليس من إجازات الناس.

ولو استأجر حائطاً ليدق^(٢) فيها الأوتاد يصلح عليها الأبريسم لينسج به شعراً أو
ديباجاً لا يجوز كذا ذكره بعض مشايخنا - رحمهم الله؛ لأن هذا ليس من إجازات
الناس، وفي عرف ديارنا ينبغي أن يجوز؛ لأن الناس تعاملوا ذلك في الفصلين
جميعاً.

وفي نوادر هشام: استأجر وتداً يوتد به جاز (معنا فتح يمز ذكرقب يالحاية نرد
ويرد بوار حانه نحت كند).

وفي بعض النوادر: استأجر وتداً ليعلق بعض أمتعته لا يجوز، معناه وتدا مشدودا
في حائط صاحب الوتد؛ لأن الأول من إجازات الناس، والثاني ليس من إجازات
الناس.

وإذا استأجر طريقاً ليمر فيه فهو فاسد في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما:
يجوز^(٣) في القدوري، وفي بعض روايات إجارة الأصل، وهذا؛ لأن المستأجر
مشاع؛ لأن مروره لا يشغل جميع الطريق وإنما يشغل بعضه فإذا لم يعين طائفة منه
للمرور فكأنه استأجر جزءاً شائعاً فكانت المسألة على الخلاف، يعني لو بين مكاناً
معلومًا تجوز الإجارة بلا خلاف.

وكان الشيخ الإمام الأجل الزاهد أحمد الطواوسي يقول: إذا لم يبين مكاناً

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: ليتدقها، وفي ز: ليستدقها.

(٣) زاد في أ، ز: مذکور.

معلوماً يمنع ألا تجوز الإجارة بالإجماع لجهالة المعقود عليه .
 وذكر شيخ الإسلام في إجازات الأصل إذا استأجر من آخر شجرًا أو نخلاً ليشد
 الدابة أو يبسط الثياب على أغصانها يجوز .
 وفي القدوري: من استأجر نخلاً أو شجراً ليبسط عليها ثيابه لم يجز؛ لأن [هذه
 ليست] ^(١) من إجازات الناس .

وفي «المنتقى»: استأجر أرضاً أو سطحاً ليحفف عليه ثيابه جاز، ولا يشبه هذا ما
 إذا استأجر نخلاً ليحفف عليها ثيابه .
 وإذا تكارى دابة إلى بغداد على أنه إن بلغه إليها فله رضاه يعني ما يرضى من
 الأجر، فالإجارة فاسدة لجهالة البدل، وكذلك إذا استأجرها بحكمه أو بحكم
 صاحب الدابة .

فإن قيل: جهالة البدل إنما يوجب فساد الإجارة إذا لم يكن الخيار مشروطاً
 لصاحب البدل، فأما إذا كان مشروطاً له فلا، ألا ترى أن من قال لغيره: أجزت منك
 هذه الدابة إلى بغداد بهذين العبدين، على أنك بالخيار تأخذ أيهما تشاء ^(٢) وترد
 الآخر جاز، والآخر مجهول، ولكن لما شرط الخيار لصاحب البدل ^(٣) لم يمنع ذلك
 جواز الإجارة .

قلنا: هذا هكذا إذا كان جنس البدل معلوماً، وهاهنا جنس البدل مجهول .
 والقياس يأبى جواز الإجارة وإنما جوزت لتعامل الناس ولا تعامل إذا كان جنس
 البدل مجهولاً فيعمل فيه بقضية القياس وهاهنا جنس البدل مجهولاً .
 وكذلك إذا تكارى دابة بمثل ما يتكارى أصحابه كانت الإجارة فاسدة قالوا: هذا
 إذا لم يكن ما يتكارى أصحابه مثل هذه الدابة معلوماً بل كان مختلفاً، بأن كان بعض

(١) في ز: هذا ليس .

(٢) في ز: شئت .

(٣) في أ: العبد .

أصحابه يكري مثل هذه الدابة بعشرة [وبعضهم يكري بأقل من ذلك]^(١)، وبعضهم بأكثر، فأما إذا كان ذلك معلومًا بأن كان أصحابه يتكاثرون مثل هذه الدابة بعشرة لا يزيدون ولا ينقصون وقد عرف ذلك، كان العقد جائزًا كما لو باع بمثل ما باع فلان، وكان ذلك معلومًا وقت العقد، أو علم في مجلس العقد وهناك البيع جائز كذا هاهنا.

وإن كان ذلك مختلفًا فعليه وسط من ذلك، يريد به أن أجر مثل هذه الدابة يختلف باختلاف الأحوال قد تكون عشرة، وقد تكون بأكثر من عشرة، وقد تكون أقل فعليه الوسط من ذلك نظرًا [من الجانبين]^(٢) ومراعاة لكلا الطرفين.

ذكر محمد رحمه الله في السير الكبير في باب من النفل الذي يستحق بالقتل ولا يستحق إذا اختلف فيه: إذا قتل بطريق القوم فقال الأمير: من جاء برأسه حتى ينصبه فيعلموا أن رئيسهم قد قتل فيتفرقون فله كذا، فذهب رجل وجاء برأسه فلا شيء له إذا كان المشركون قد تحولوا عن ذلك المكان فلا يحتاج في المجيء برأس البطريق إلى القتال، وكان ينبغي أن يكون له ما سمي له الأمير؛ لأنه استأجره بعمل معلوم فيه منفعة للمسلمين، وليس هذا من أعمال الجهاد إذا كان لا يحتاج فيه إلى القتال، والاستتجار على مثل هذا العمل جائز.

والجواب: أن هذا الاستتجار لم ينعقد أصلاً لا بوصف الصحة ولا بوصف الفساد؛ لأن الأجر مجهول غاية الجهالة. وفي مثل هذا لا تنعقد الإجارة أصلاً، كما لو قال الأمير: استأجرت واحداً من أهل العسكر حتى يجيء برأس البطريق ولم يعين أحداً، وهذا؛ لأن الإجارة إنما تنعقد بوصف الصحة أو الفساد إذا وجد الإيجاب والقبول، وههنا وإن وجد الإيجاب من الأمير لم يوجد القبول من الأجير؛ لأن القبول من الأجير إذا كان الأجير واحداً لا بعينه، إنما يوجد إذا وجد القبول من

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: للجانبين.

جملة [أهل] (١) العسكر؛ لأن الأجير فيهم وتعد اعتبار القبول من أهل (٢) العسكر أكثرهم فلم تنعقد هذه الإجارة أصلاً فلا يوجب [شيئاً] (٣).

ولو كان الأمير عين واحداً من أهل العسكر فقال: إن جئتني برأسه فلك كذا، فذهب ذلك الرجل وجاء (٤) برأسه، أو قال الأمير لجماعة بأعيانهم: أيكم جاءني برأسه فله كذا، فجاء رجل منهم برأسه، فله أجر المثل؛ لأن ههنا انعقدت الإجارة لوجود القبول من الأجير إذا كان الأجير واحداً بعينه أو واحداً من قوم معينين إلا أنها انعقدت بوصف الفساد.

أما إذا كان الأجير واحداً من القوم، فقد اختلفت عبارة المشايخ فيه، قال بعضهم: الإجارة فاسدة؛ لأن الأجير مجهول، وهذا القائل إذا كان الأجير واحداً بعينه يجب المسمى ويقول: ما ذكر محمد من وجوب أجر المثل جواب ما إذا كان الأجير واحداً بعينه.

وعامتهم قالوا: لا يجوز؛ لأن الأجير مجهول وكذلك مقدار العمل مجهول؛ لأنه لا يدري موضع مصرع هذا البطريق فربما يكون بعيداً وربما يكون قريباً، وفيه غرر؛ لأنه لا يدري الجرة أم لا، وهذا القائل يقول: إلا إذا كان الأجير واحداً يجب أجر المثل أيضاً للمعنى الثاني والثالث.

ثم قال: يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى ويكون ذلك في القيمة وذلك في باب الاستئجار في أرض الحرب والنفل فيه: إذا قال أمير عسكر المسلمين في دار الحرب وقد أقاموا على مطمورة ليس فيها رجال مقاتلون وإنما كان فيها النساء والصبيان والأموال، فقال الأمير: من حفظ الليلة حتى يصبح فلكل رجل حفظها كذا، فحفظها قوم حتى أصبحوا فلكل رجل منهم ما سمي له الإمام؛ لأن الاستئجار

(١) سقط في ز.

(٢) في أ، ز: جميع.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وذهب.

على حفظ أمتعة الغنيمة وأنه ليس من أعمال الجهاد فيجوز، فقد جوز هذه الإجارة حتى أوجب المسمى لكل من حفظ.

وإن لم يكن الأجير معيناً وقت خطاب الأمير، بعض مشايخنا قالوا: يجوز، قالوا:؛ لأن الذي يشتغل بالحفظ يتعين بالاشتغال به أجيراً.

ففي المسألة المتقدمة يجب أن يتعين الذي يذهب ويجيء بالرأس بالذهاب والمجيء بالرأس أجيراً.

وبعض مشايخنا قالوا في مسألة حفظ الحصن: الإجارة لا تنعقد حيث لم يخاطب قومًا معينين وإنما يثبت في الزمان الثاني حين يشتغل الحافظ بالحفظ ويرضى الإمام فهو في معنى الإجارة بالتعاطي وذلك جائز، ففي المسألة المتقدمة: يجب أن يكون كذلك، وبهذه المسألة يتبين أن الصحيح في فساد الإجارة في المسألة المتقدمة المعنى الثاني والثالث.

ألا ترى أن في المسألة؛ لأنه لما انعدم المعنى الثالث وهو جهالة مقدار العمل الغرر صحت الإجارة.



نوع آخر يفسد العقد فيه :

وفي «الأصل»: إذا استأجر أرضاً بدرهم مسماة وشرط خراجها على المستأجر، فإن هذا لا يجوز.

واعلم بأن هذه المسألة على وجهين: إما إن كان هذا الخراج خراج مقاسمة كلها، بأن كان الخراج نصف ما تخرجه الأرض، أو ما أشبهه، أو بعضها بأن كان وظيفة^(١) كل جريب درهم، وسدس ما يخرج منها أو ما أشبهه، أو كان الخراج خراج [وظيفة كلها، بأن كانت وظيفة كل جريب درهماً فإن كان الخراج خراج]^(٢) مقاسمة كلها أو بعضها فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن خراج المقاسمة على المؤاجر عنده، فإذا شرطه على المستأجر، فقد جعله أجراً، وإنه مجهول كله أو بعضه^(٣)؛ لأن [مقدار]^(٤) ما تخرج الأرض مجهول.

أو نقول: شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين^(٥) وهو الأجر فيه منفعة وإن أداء^(٦) الخراج لا^(٧) ينفك عن ذل وهوان ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد، وعندهما يجوز هذا العقد؛ لأن عندهما خراج المقاسمة على المستأجر، فقد شرطاً [شرطاً يقتضيه العقد]^(٨) فلا يفسد به العقد.

فإن كان الخراج خراج وظيفة كلها فالعقد جائز بلا خلاف بين العلماء؛ لأن خراج الوظيفة معلوم فتكون الأجرة معلومة.

ومن مشايخنا من قال: ينبغي ألا يجوز وإن كان الخراج خراج وظيفة؛ لأن

(١) زاد في ز: في.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: نصفه.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في ز: العاقدين.

(٦) في أ، ز: أراد من.

(٧) في أ، ز: أنه لا.

(٨) في أ، ز: يقتضيه.

النقصان عن وظيفة عمر - رضي الله عنه - جائز إذا كانت [الأرض]^(١) لا تطيق ذلك بالإجماع، وقدر ما ينقص مجهول لا يعرف وإن خراج الوظيفة على الآجر بالإجماع، فإذا شرطاً ذلك على المستأجر فقد شرطاً شرطاً لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين منفعة وهو الآجر فيفسد به العقد.

ولو كانت أرضاً عشرية فأجرها، وشرط العشر على المستأجر جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن العشر عندهما على المستأجر فقد شرطاً شرطاً يقتضيه العقد، فلا يوجب فساد العقد.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز؛ لأن العشر عنده على المؤجر، فإذا شرطاً ذلك على المستأجر فقد جعلاً ذلك أجراً وإنه مجهول وشرط شرطاً لا يقتضيه العقد فيوجب فساد العقد.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل استأجر أرضاً بدرهم على أن يكرها، أو يزرعها، أو يسقيها ويزرعها فهذا جائز؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد، فإن العقد يقتضي السقي والكراب؛ لأن العقد عقد للمزارعة ولا ينتفع بالأرض من حيث الزراعة غالباً إلا بالسقي والكراب [وإن شرط عليه أن يشيها أو يسرقها فهو فاسد]^(٢) واختلفوا في تفسير التثنية:

قال بعضهم: أن يردها مكروبة، فإن كان [تفسيرها هكذا]^(٣) فهو شرط يخالف العقد؛ لأنه شرط تعود منفعته إلى رب الأرض بعد انتهاء العقد.

وقال بعضهم: تفسير التثنية أن يكرها مرتين ثم يزرعها فإن كان تفسيرها هكذا فالفساد يختص بديارهم؛ لأن في ديارهم تخرج الأرض [ريعاً تاماً]^(٤) بالكراب مرة فكذا في ديار نسف فيكون هذا الشرط في مثل هذا الموضع شرطاً لا يقتضيه العقد

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: تفسيره هذا.

(٤) في أ، ز: ثانياً.

ولأحدهما فيه منفعة [وهو رب الأرض لا منفعة]^(١) تبقى بعد مدة الإجارة فيوجب فساد العقد حتى لو كانت لا تبقى لا يفسد العقد فأما إذا كانت الأرض في بلدة يحتاج إلى تكرار الكراب فاشترط التثنية لا يفسد العقد؛ لأنه يكون من مقتضيات العقد، وكذلك إذا شرط عليه أن يسرقها فإن كان السارقين من عند المستأجر فقد شرط عليه شيئاً^(٢) هو مال فإن كان تبقى منفعته إلى العام الثاني يفسد العقد؛ لأنه شرط شرطاً لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة وهو الأجر، وإن كان لا تبقى منفعته إلى العام القابل لا يفسد العقد.

وذكر شيخ الإسلام في «شرح الإجازات»: إذا شرط على المستأجر أن يردّها مكروبة بكراب في مدة الإجارة، فالعقد فاسد؛ لأن وقت الكراب مجهول قد يكون يوماً وقد يكون يومين أو ثلاثة، وذلك الوقت مستثنى عن الإجارة؛ لأن المستأجر فيه عامل لرب الأرض فيوجب جهالة مدة الإجارة، فتفسد الإجارة، [وإن شرط أن يردّها مكروبة بكراب يكون بعد الإجارة]^(٣) فالمسألة على وجهين.

أما إذا قال صاحب الأرض: أجزّتك هذه الأرض بكذا وبأن تكربها بعد مضي المدة وفي هذا الوجه العقد جائز.

وأما إذا قال: أجزّتك بكذا على أن تكربها بعد انقضاء مدة الإجارة وفي هذا الوجه العقد فاسد، وإن أطلق الكراب إطلاقاً ينصرف إلى الكراب بعد العقد، ويصح العقد ولكن جواب هذا الفصل يخالف ظاهر ما ذكرنا^(٤) ها هنا، ولا يظن به - رحمه الله - أنه قال ذلك جزافاً، فالظاهر أنه عشر على رواية أخرى بخلاف ما ذكرها هنا. وكذلك إذا شرط كرى الأنهار على المستأجر يفسد العقد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد على المستأجر؛ لأن قضية العقد أن يكون كرى الأنهار على المؤجر؛

(١) سقط في ز.

(٢) في أ، ز: عينا.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: ذكر.

لأنه من جملة التمكّن من الانتفاع فيكون على الآجر، فاشتراطه على المستأجر يخالف مقتضى العقد، ومن مشايخنا من فرق بين الجداول والأنهار، فقال: اشتراط كرى الجداول صحيح؛ لأنه لا يبقى أثره بعد مضي السنة، وأما أثر كرى الأنهار يبقى بعد مضي السنة فيصير الآجر شرطاً عليه عملاً يختص هو بمنفعته، والأول أصح. وإذا تكارى داراً من رجل سنة بمائة درهم على ألا يسكنها فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط في الإجارة ما لا يقتضيه العقد، وللمؤاجر فيه منفعة، فإن المستأجر إذا لم يسكن الدار لم يمتلئ بئر الوضوء والمخرج، وإذا سكن يمتلئ ذلك، والتفريغ على رب الأرض^(١) فيتضرر فكان في هذا الشرط منفعة لرب الأرض من هذا الوجه. وقال فيمن استأجر داراً وشرط على المستأجر أن يسكن هو بنفسه^(٢)، ولا يسكن معه غيره: إن الإجارة جائزة، وللمؤاجر في هذا الشرط فائدة^(٣)؛ لأنه متى يسكن معه غيره يمتلئ بئر المخرج والوضوء أسرع مما يمتلئ لو سكن هو وحده، ومع هذا جوز العقد^(٤) في هذه الصورة، ولم يجوزه في الصورة الأولى.

قال شيخ الإسلام رحمه الله في «شرح»: لا بد من التأويل إذ لا يجيء بينهما فرق، فنقول: تأويل الصورة الثانية أنه إذا لم يكن في بئر الدار بالوعة، ولا بئر وضوء، ومتى لم يكن فيها البئر فلا منفعة للمؤاجر في هذا الشرط؛ لأنه لا يتضرر بإسكان غيره إذا كانت الحالة هذه؛ لأن ما يجتمع على ظاهر الدار فأخراج ذلك على المستأجر، وكثرة السكان لا يوهن البناء ولا يفسده.

وتأويل الصورة الأولى أنه إذا كان في الدار بئر وضوء وبئر بالوعة، وإذا كان كذلك كان لرب الدار في هذا الشرط نوع منفعة، وإنه شرط لا يقتضيه العقد، فأوجب فسادها، ثم إذا فسدت الإجارة في هذه الصورة الأولى فسكن فيها

(١) في أ، ز: الدار.

(٢) في أ، ز: سنة.

(٣) في أ، ز: منفعة.

(٤) في أ، ز: الإجارة.

المستأجر، فعليه أجر المثل بالغًا ما بلغ.

رجل تكارى من رجل دارًا كل شهر بعشرة، على أن ينزلها بنفسه وأهله، على أن يعمر الدار ويرمم ما كان فيها من خراب، ويعطي أجر حارسها، وما يأتيها من يأتيه من جهة سلطان أو غيره فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل بعض الأجر مجهولًا جهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ ولأنه متى لم توجد النائة ولم يخرب شيء من الدار حتى [لم]^(١) يحتج إلى المرمة لا يدري بأي قدر يعطيه وجهالة الأجر وإن قلت توجب فسادها.

وهذا الجواب صحيح في العمارة والنائب^(٢)؛ لأن العمارة والنائب^(٣) على رب الدار، وإنها مجهولة في نفسها فصار هو بهذا الشرط شرطًا لنفسه شيئًا مجهولًا.

فأما أجر الحارس فهو على الساكن؛ فلا يكون بهذا الشرط شرطًا لنفسه شيئًا مجهولًا، فلا يفسد العقد، فإن لم يسكنها فلا أجر عليه؛ لأن الإجارة فاسدة، والأجر في الفاسد من الإجازات لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة، وإن سكنها فله أجر مثلها بالغًا ما بلغ لا يجاوز بها المسمى المعلوم.

والأصل أن العقد إذا فسد مع كون المسمى كله معلومًا يجب أجر المثل، ولا يزداد على المسمى حتى إن المسمى إذا كان خمسة وأجر المثل عشرة يجب خمسة لا غير؛ وهذا؛ لأن المنافع عندنا غير متقومة بنفسها، وإنما ثبت^(٤) لها حكم المتقوم بالعقد، وقد قوماها^(٥) بالعقد بقدر التسمية، وأمكن اعتبار التسمية إذا كان المسمى معلومًا كله، فما زاد عليها تبقى غير متقومة على ما كانت في الأصل.

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: والثواب.

(٣) في أ: والثواب.

(٤) في ز: يثبت.

(٥) في ز: قوما.

وإذا فسد العقد لجهالة المسمى أو لعدم المسمى، يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، حتى إن المسمى إذا كان خمسة وأجر المثل عشرة يجب عشرة؛ لأنه لا يمكن تقويم المنافع في^(١) هذه الصورة بالمسمى فأوجبنا قيمتها بالعقد بالغة ما بلغت، وكذلك إذا كان المسمى بعضه مجهولاً وبعضه معلوماً كما في مسألة المرممة، والنائبة^(٢) [يجب]^(٣) أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى؛ لأن بعضه مجهول ولا يمكن تقدير القيمة بقدر المعلوم؛ لأنهما ما قوماها به فحسب، إنما قوماها به وبالزيادة.

وإذا تعذر تقويمها بجميع المسمى وبالقدر^(٤) المعلوم، أوجبنا قيمتها بالغة ما بلغت. هذا هو الكلام في طرف الزيادة على المسمى.

وأما الكلام في طرف النقصان عن المسمى نقول: إذا كان المسمى كله [معلوم القدر]^(٥)، وفسد العقد بسبب آخر من الأسباب ينقص^(٦) عن المسمى حتى إذا كان أجر المثل خمسة والمسمى^(٧) عشرة يجب خمسة، وإذا كان المسمى بعضه مجهولاً وبعضه معلوماً لا ينقص عن الأجر^(٨) المعلوم حتى إن في المسألة النائبة والمرممة^(٩) إذا كان أجر المثل خمسة يجب عشرة، وهو القدر المعلوم من المسمى؛ وهذا؛ لأن قضية القياس فيما إذا كان المسمى كله معلوم القدر [ألا]^(١٠) ينقص عن المسمى؛ لأن قيمة المنافع تثبت بسبب التسمية، فيجب التقدير بها ما أمكن كما في الجائز،

(١) في أ، ز: و.

(٢) في أ: الثانية.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ، ز: بالعقد.

(٥) في أ، ز: معلوما بقدر.

(٦) زاد في أ، ز: المسمى.

(٧) في أ، ز: وأجر المثل.

(٨) في ز: القدر.

(٩) زاد في أ، ز: حتى.

(١٠) في أ، ز: لا.

والتقدير بها ممكن إذا كان المسمى كله معلومًا، فيجب التقدير بها، إلا أنا تركنا القياس لضرورة، وهو ألا تقع التسوية بين الجائز وبين الفاسد، ولا تجوز التسوية بينهما، وهذه [الصورة معدومة]^(١) فيما إذا كان المسمى بعضه معلومًا وبعضه مجهولًا؛ لأننا إذا أوجبنا مقدار المعلوم من المسمى، ولم ينقص عنه لا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن حكم الجائز أن يجب جميع المسمى، وإن كان بعض المسمى معلومًا وبعضه مجهولًا [لا]^(٢) يجب بعض المسمى، وهو القدر المعلوم، ولا يجب شيء من المجهول فلا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد. وعن هذا قلنا: إن من استأجر من آخر دارًا سنة بمائة على ألا يسكنها حتى فسدت الإجارة لو سكنها يجب أجر المثل، فإن كان أجر المثل أقل من مائة يجب مائة؛ لأننا لو أوجبنا قدر المائة لا يؤدي إلى التسوية بين الجائز والفاسد؛ لأن فيه إيجاب بعض المسمى لا الكل؛ لأن المستأجر سكن الدار فعلى هذا الأصل يخرج جنس هذه المسائل.



(١) في أ، ز: الضرورة معلومة.

(٢) سقط في أ.

نوع آخر في قفيز الطحان وما هو في معناه:

صورة قفيز الطحان أن يستأجر الرجل من آخر ثورًا ليطحن به الحنطة على أن يكون لصاحبه قفيز من دقيقتها، أو استأجر إنسانًا ليطحن له الحنطة بنصف دقيقتها أو ثلثه أو ما أشبه ذلك، فذلك فاسد؛ لأنه منهى عنه، وروي عن رسول الله ﷺ أنه: «نهى عن قفيز الطحان»^(١).

وقال النبي ﷺ لرافع بن خديج في آخر حديث معروف: «لا تستأجره بشيء منه»^(٢)، والمعنى فيه أنه جعل الأجر شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل الأجر بعض الدقيق الذي يخرج من عمله، وإنه معدوم في الحال وليس له حكم الموجود؛ لأنه غير واجب في الذمة؛ لأنه إنما يجب في الذمة ما له وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين أو حكمًا كاليمين، والحيلة في ذلك لمن أراد الجواز أن يشترط صاحب الحنطة قفيزًا من الدقيق [الجيد ولم يقل من هذه الحنطة، أو يشترط ربع هذه الحنطة من الدقيق الجيد]^(٣)؛ لأن الدقيق إذا لم يكن مضافًا إلى حنطة بعينها يجب في الذمة، والأجر كما يجوز أن يكون عينًا مشارًا إليه يجوز أن يكون دينًا في الذمة، ثم إذا جاز حيثئذ نعطيه ربع دقيق هذه الحنطة، وإنما شرط أن يقال ربع هذه الحنطة من الدقيق ليكون الأجر معلوم القدر. ولو^(٤) استأجر حانوتًا بنصف ما يربح فيه فالإجارة فاسدة، وإن كان على

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٣٠١/٢) حديث (١٠٢٣)، والطحاري في مشكل الآثار (١/٣٠٧) باب بيان مشكل ما روي عن نهيه عن قفيز الطحان، والدارقطني (٤٧/٣) كتاب البيوع، حديث (١٩٥)، والبيهقي (٣٣٩/٥) كتاب البيوع، باب: النهي عن عسب الفحل، من طريق سفيان الثوري عن هشام أبي كليب عن ابن أبي نعم عن أبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان».

قفيز الطحان: هو أن يستأجر رجلًا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز من دقيقتها.

والقفيز: مكيال يتواضع الناس عليه. ينظر: النهاية (٩٠/٤).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٦٣/٤) برقم (٤٣٥٤).

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) زاد في ز: شاء.

المستأجر أجر مثل الحانوت وإنما فسدت الإجارة؛ إما؛ لأن ما يربح مجهول، أو؛ لأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله.

ولأن هذه الإجارة في الابتداء إن صادفت محلاً غير مشترك بينه وبين المستأجر ففي الانتهاء صادفت محلاً مشتركاً، وهذا؛ لأنه لا شركة في ابتداء العمل بالمحل، ولكن يتم العمل والمحل مشترك؛ لأنه يجب بعض الأجر بابتداء العمل، فلو صادف محلاً مشتركاً ابتداء وانتهاء لم تنعقد الإجارة ولم يجب الأجر، لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا صادفت محلاً غير مشترك في الابتداء ومحلاً مشتركاً في الانتهاء لم يمنع انعقاد العقد، ومنع الجواز، ومشايخ بلخ كنصير بن يحيى، ومحمد بن سلمة، وغيرهما، كانوا يفتون بجواز هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم في الثياب، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر، وتجوز هذه الإجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان؛ لأن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره فيكون وارداً فيه دلالة فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك وعملنا بالنص في قفيز الطحان كان تخصيصاً لا تركاً أصلاً، وتخصيص النص بالتعامل جائز ألا ترى أنا جوزنا بالاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده، وإنه منهي عنه، ولكن قيل تجوز الاستصناع بالتعامل تخصيصاً من النص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا تركاً للنص أصلاً؛ لأننا عملنا بالنص في غير الاستصناع.

قالوا: وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان فإنه لا يجوز، ولا يكون لمعاملتهم عبرة، لأننا لو اعتبرنا معاملتهم كان تركاً للنص أصلاً، وبالتعامل لا يجوز ترك النص أصلاً، وإنما يجوز تخصيصه، ولكن مشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، وتعامل أهل بلدة واحدة لا يخص الأثر؛ لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى أن يجوز التخصيص وترك التعامل من أهل

بلدة أخرى يمنع التخصيص، فلا يثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع، فإنه وجد التعامل فيه في البلاد كلها.

وإذا فسدت الإجارة كان للحائك أجر مثل عمله والثوب لصاحب الغزل. قال: وكذلك الطعام يحمله الرجل في سفينة أو على دابة [بالنصف]^(١)، لا يجوز ولا تجيء هاهنا [العلة الأولى التي]^(٢) ذكرناها في الحائك أن^(٣) الأجر معدوم؛ وأن الأجر موجود هاهنا مشار إليه، وإنما تجيء العلة الثانية أن العمل في الانتهاء يقع في شيء مشترك؛ لأنه بابتداء العمل يصير بعض الطعام ملئاً للعامل فيقع^(٤) العمل في محل مشترك وهذا يوجب الفساد إن كان لا يمنع الانعقاد.

وفي «شرح القدوري»: وإذا دفع الرجل إلى رجل دابة ليعمل عليها بالنصف فإن تقبل الطعام وحمل عليها، كان الأجر كله للمتقبل، ولصاحب الدابة أجر مثل الدابة، وإن أجر الدابة ليحمل عليها فهو لرب الدابة، ولهذا أجر مثل عمله.

وفي مضاربة الأصل: وإذا دفع الرجل إلى رجل دابة ليعمل عليها، ويؤاجرها على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فأجرها واحد عليها، فإن جميع غلة الدابة يكون لصاحب الدابة وللعامل أجر مثل عمله؛ فيما عمل؛ لأن تصحيح هذا العقد مضاربة متعذر؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة منافع الدابة [ومنافع الدابة]^(٥) مما يتعين في العقود، فلا يصلح رأس مال المضاربة، وإذا تعذر جعلها مضاربة جعلناها إجارة، وإنها إجارة فاسدة لوجهين:

أحدهما: أنه استأجر العامل ليؤاجر دابته بنصف أجر الدابة، وإنه معدوم غير واجب في الذمة، ولا عين مشار إليه، فصار في معنى قفيز الطحان.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: المعنى الذي.

(٣) في أ، ز: لأن.

(٤) في أ، ز: فيهم فيتم.

(٥) سقط في أ، ز.

والثاني: أنه استأجره ليؤاجر دابته ولم يبين لذلك مدة، وفي مثل هذا لا تجوز الإجارة، وإن كان البدل معلومًا فلأن لا يجوز هاهنا والبدل [مجهول]^(١) أولى بعد هذا ننظر إن أجر العامل الدابة من الناس وأخذ الأجر كان الأجر كله لرب^(٢) الدابة؛ لأنه بدل منافع دابته، ألا ترى أنها لو هلكت قبل التسليم، بطلت الإجارة. وألا ترى أنه لو حمل ذلك على دابة أخرى أو على ظهره لا يستحق الأجر دل على أن ما أخذ بدل منافع دابته، وقد أجرها بإذنه فيكون له وكان هذا بمنزلة ما لو أمره ليبيع دابته على أن [يكون]^(٣) نصف الثمن له، فباعها كان كل الثمن لصاحب الدابة؛ لأنه ثمن دابته كذا هاهنا وللعامل أجر مثل عمله؛ لأنه يتبغي لعمله عوضا لما شرط لنفسه نصف أجر الدابة؛ فيكون له أجر مثل عمله لما فسدت الإجارة وهذا بخلاف ما إذا كان العامل لا يؤاجر الدابة من الناس وإنما يتقبل الأعمال من الناس، ثم يستعمل الدابة في ذلك فإن الأجر يكون للعامل وعلى العامل أجر مثل الدابة؛ لأنه إذا تقبل الأعمال من الناس فما يأخذ من الأجر يكون بدل عمله لا بدل منافع دابته.

ألا ترى لو هلكت الدابة في هذه الصورة قبل التسليم لا تبطل الإجارة، وألا ترى أن له أن يحمل على دابة أخرى أو على ظهره فدل أن [ما أخذ من الأجر بدل عمل العامل]^(٤)، فيكون له وعليه أجر مثل الدابة؛ لأنه استعمل دابة الغير بإذنه ببدل مجهول.

وإذا دفع الرجل إلى الرجل بعيرًا ليسقي الماء ويبيع على أن ما رزق الله في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان، فهو فاسد؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العقد مضاربة؛ لأنه جعل رأس مال المضاربة ما يتعين بالتعيين، وهو منافع الدابة، ولكن هذه الإجارة

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: لصاحب.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ز: الأجل بدل عمله.

فاسدة؛ لأنه جعل الأجر نصف ثمن ما يبيع من الماء، وثمان ما يبيع من الماء مجهول، فكان الأجر مجهولاً؛ ولأنه جعل الأجر بعض ما يحصل من عمله، فكان في معنى قفيز الطحان.

إذا استعمل [البعير، و]^(١) الراوية وباع الماء كان الثمن كله للعامل؛ لأنه بدل الماء لا بدل منافع الدابة ألا ترى لو هلكت الدابة قبل التسليم لا يبطل البيع، ولو هلك الماء قبل التسليم يبطل البيع، دل أنه بدل الماء، والماء كان مملوكاً للعامل ملكه بالإحراز بالراوية فكان الثمن بدل ملك العامل، فيكون للعامل، وعلى العامل أجر مثل البعير والراوية بخلاف المسألة الأولى؛ [لأن في المسألة الأولى]^(٢) ما أخذ العامل فهو بدل منافع الدابة فيكون لصاحب الدابة، وللعامل أجر مثل عمله على صاحب الدابة.

وهكذا الجواب: إذا أعطاه شبكة ليصيد بها على أن ما صاد بها من شيء فهو بينهما، فما اصطاد يكون للصائد؛ لأن الصيد مباح كالماء يملكه الصائد بالإحراز وعليه أجر مثل الشبكة؛ لأنه استعمل الشبكة بحكم إجارة فاسدة؛ لأنه جعل الأجر نصف^(٣) ما يحصل من عمله.

وإذا تكارى الرجل بعيراً ليحمل عليها أمتعة نفسه ويبيعهها من الناس على أن يكون أجر البعير نصف ما يحصل بتجارته، فهذا فاسد وجميع ما اكتسب المستكري هو له، وعليه لصاحب البعير أجر مثل بعيره^(٤) لاستيفائه منفعة البعير بحكم إجارة فاسدة.

وإذا دفع الرجل إلى الرجل بيتاً لبيع فيه البر، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان، فقبض البيت، وباع فيه البر، فأصاب مالا، فإن جميع

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: مثل.

(٤) في أ: عمله.

ذلك لصاحب البر، ولصاحب البيت عليه أجر مثل البيت.
واعلم بأن هذه الإجارة فاسدة؛ لأنه لم يذكر فيها مدة؛ ولأن الأجر وهو نصف ما يربح مجهول، وإذا فسدت الإجارة كان على العامل أجر مثل البيت، وكان ما أصاب العامل من المال له؛ لأنه بدل بره، ولو كان صاحب البيت دفع البيت إليه ليؤاجر ويتاع فيه البر على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، فهذا فاسد؛ لأن المدة مجهولة والأجر مجهول، فإذا أجر البيت وأخذ أجره، كان الأجر كله لصاحب البيت؛ لأنه بدل منافع بيته وقد أجره بإذنه؛ لأنه استأجره ليؤاجر بيته إجارة فاسدة، فإذا استوفى عمله؛ كان له على رب البيت^(١) أجر مثل عمله بخلاف المسألة [الأولى]^(٢)، فإن ثمة ما أصاب العامل من المال يكون كله له؛ لأنه بدل بره أما هاهنا بخلافه.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر رجلاً ليحصد له القصب في الأجمة على أن يعطي أجره خمس حزمات من قصب هذه الأجمة، لا يجوز؛ لأنه في معنى قفيز الطحان؛ ولأن الحزمات مجهولة، وإن عين خمس حزمات، وقال: استأجرتك بهذه الحزمات الخمس يجوز، ولو لم يضيف الأجر إلى قصب الأجمة، بل قال: استأجرتك على أن تحصد هذه الأجمة بخمس حزمات من القصب، لا يجوز لجهالة الحزمات.

بخلاف تذرية الكدس، واجتناء القطن بحيث يجوز إذا ذكر في الأجر حنطة أو قطنًا من غير أن يضاف إلى حنطة الكدس أو القطن المجتنى، وإن كان لا يجوز إذا أضيف إليهما.

والفرق: أن هناك المفسد عند الإضافة ليس هو الجهالة؛ لأن الحنطة والقطن لا يتفاوت [الوسط]^(٣) منهما، بل المفسد كون ذلك في معنى قفيز الطحان، [وإذا لم

(١) في ز: الملك.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

يضيف لم يكن في معنى قفيز الطحان، وها هنا المفسد عند الإضافة كونه في معنى قفيز الطحان^(١)، والجهالة، وبعدم الإضافة لا يخرج عن حد الجهالة، فلم يجوز. ومن جنس مسائل قفيز الطحان: إذا دفع إلى آخر بقرة [على أن يعلفها، وما يكون من اللبن والسمن بينهما أنصافاً]^(٢)، فالحادث لصاحب البقرة وعليه أجر مثل عمل المدفوع إليه، [وقيمة علفه]^(٣) [إن علفها من علف هو ملكه لا ما سرحها في المرعى]^(٤)، وهذا؛ لأن المدفوع إليه غير متبرع فيما صنع؛ لأنه إنما فعل ذلك رجاء أن يسلم له نصف الحادث، ولا يسلم له نصف الحادث لفساد العقد؛ لكون البدل مجهولاً.

قال: ولو مشى^(٥) على ذلك زماناً واتخذ المدفوع إليه بعض اللبن مصلاً، والبعض قائم في يده، فما كان قائماً في يده من اللبن فهو للمالك، وما اتخذ المدفوع إليه اللبن مصلاً فهو للمدفع إليه؛ [لأنه انقطع]^(٦) حق المالك عنه لتبدل الاسم والمعنى، وعلى المدفوع [إليه]^(٧) لصاحب البقرة مثل ذلك اللبن؛ [لأن اللبن]^(٨) مثلى.

وما ذكر من انقطاع حق المالك من المصل مشكل؛ لأن الاسم والعين وإن تبدل ولكن بصنع مأذون فيه من جهة المالك.

وعلى هذا إذا دفع الدجاجة إلى رجل لتكون البيضات بينهما، [لا يجوز والحادث كله صاحب الدجاج]^(٩)، فلو أن المدفوع إليه دفع البقرة أو الدجاجة إلى رجل آخر

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: بالعلف ليكون الحادث بينهما.

(٣) في أ، ز: وثمن العلف.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في ز: مضى.

(٦) في أ، ز: فانقطع.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) سقط في أ، ز.

بالنصف فهلك في يده، فالمدفوع إليه الأول ضامن؛ لأن العين أمانة عنده، وليس للأمين أن يدفع الأمانة إلى غيره من غير ضرورة فلو [أن المدفوع إليه دفع] ^(١) البقرة إلى السرح ^(٢) فلا ضمان عليه؛ لمكان العرف.

وفي بيوع الفتاوى: امرأة أعطت بذر العلق ^(٣) إلى امرأة بالنصف، فقامت عليه حتى أدرك فالعلق ^(٤) لصاحب ^(٥) البذر؛ لأنه حدث من بذره ^(٦) ولها على صاحبة البذر قيمة الأوراق، وأجر مثلها.

وفي إجازات الفتاوى: إذا دفعت بذر العلق ^(٧) إلى أختها وأختها إلى أخرى على أن العلق ^(٨) بينهم أثلاثاً، فلما خرج الدود [قالا: إن أكثرها قد هلك] ^(٩)، فقال ^(١٠) لهما: ادفعا إلي ثمن البذر وأنا منه بريء وهما كاذبان فقد خرج العلق ^(١١) كله، فالعلق ^(١٢) كله لها، ولهما عليها قيمة [ورق] ^(١٣) القرصاد ^(١٤)، إن كان له قيمة وأجر مثل عملهما في ذلك.

وفي مضاربة «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا دفعت إلى امرأة دوداً لتقوم عليه

-
- (١) في ز: دفع المدفوع إليه.
 - (٢) في أ، ز: رجل.
 - (٣) في أ، ز: العليق.
 - (٤) في أ، ز: فالعليق.
 - (٥) في أ: لصاحبة.
 - (٦) في أ، ز: بذرها.
 - (٧) في أ، ز: العليق.
 - (٨) في أ، ز: الفيلق.
 - (٩) في أ، ز: قالتا هلك أكثرها.
 - (١٠) في أ، ز: فقالت.
 - (١١) في أ، ز: الفيلق.
 - (١٢) في أ، ز: فالفيلق.
 - (١٣) سقط في أ، ز.
 - (١٤) في أ: القرصاد.

بنفقتها على أن العلق^(١) بينهما نصفان، فهو بمنزلة المضاربة فكل العلق^(٢) لصاحب الدود وعليها أجر مثل العاملة، وثمر الأوراق، ولو غصب من آخر دود القرّ أو بيض الدجاجة^(٣)، فأمسكها حتى خرج العلق^(٤) أو الفرخ لمن يكون [الفرخ و]^(٥) العلق^(٦)؟

حكى عن شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أنه قال: إن خرج بنفسه فهو لصاحبه.

والحيلة في جنس هذه المسائل: أن يبيع صاحب البيضة [نصف البيضة]^(٧)، وصاحب الدجاجة والبقرة نصف الدجاجة والبقرة من المدفوع إليه، ويبرئه عن الثمن فيكون للمشتري وما يخرج بينهما نصفان.

رجل له غريم في مصر آخر، قال لرجل: اذهب إلى فلان وطالبه بالذي عليه، [وهو كذا]^(٨) فإن قبضته فلك عشرة من ذلك، ففعل فله^(٩) أجر المثل؛ لأن هذا في معنى قفيز الطحان، فلم يصح هذا العقد، [وقد استوفى منافعه بحكم هذا العقد]^(١٠)، فيجب أجر المثل.



-
- (١) في أ، ز: الفيلق.
 (٢) في أ، ز: الفيلق.
 (٣) في ز: الدجاج.
 (٤) في أ، ز: الفيلق.
 (٥) سقط في أ، ز.
 (٦) في أ، ز: الفيلق.
 (٧) سقط في أ، ز.
 (٨) سقط في أ، ز.
 (٩) في أ، ز: بنافلة مثل.
 (١٠) سقط في أ، ز.

نوع آخر في فساد الإجارة لكون المستأجر مشغولاً بغيره:

قال محمد - رحمه الله: إذا استأجر الرجل أرضاً فيها زرع أو رطبة أو قصب أو شجر أو كرم مما يمنع الزراعة فهو فاسد؛ لأنه آجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه؛ لأنه لا يمكن تسليم الأرض إلا بقلع الأشجار والزرع، وفي قلع الأشجار والزرع ضرر بالآجر؛ لأن الأشجار على ملك الآجر، ومثل هذا يوجب فساد العقد كما في بيع العين، ألا ترى أنه لا يجوز بيع الجذع في السقف، وإنما لا يجوز؛ لأنه باع ما لا يمكنه تسليمه إلا بضرر ويلزمه في غير ما دخل تحت العقد كذا هاهنا. والمراد من الزرع المذكور في هذه المسألة، الزرع الذي [لم يدرك بحيث يضره الحصاد، أما إذا أدرك الزرع]^(١) بحيث لا يضره الحصاد.

ذكر شيخ الإسلام في «شرح» في كتاب الإجازات: أنه يجوز ويؤمر الآجر بقلع الزرع^(٢)، وهكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «شرح كتاب الإجازات»، وهو نظير ما لو أجر داراً فيها متاع الآجر، فإن الإجازات جائزة ويجبر الآجر على التفرغ^(٣)، هكذا روي عن محمد رحمه الله.

وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله فيما إذا استأجر بيتاً مشغولاً بأمته الآجر كذا نظن أن الإجازات جائزة والتسليم لا يصح فكنا نفتي به حتى وجدت رواية عن محمد رحمه الله الإجارة لا تجوز، وجعلها كأرض فيها زرع ومن أجر أرضاً فيها زرع لا يجوز فإن فرغها وسلمها لا يصح أيضاً بخلاف ما إذا باع جذعا في السقف ثم إن محمداً - رحمه الله - نص على فساد هذا العقد، وهكذا حكى عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أن هذا العقد فاسد.

وبعض مشايخنا قالوا: إنه موقوف إلى تفرغ^(٤) الأرض، وقاسوا هذه المسألة

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: المزروع.

(٣) في أ: التفرغ.

(٤) في أ، ز: تفرغ.

على مسألة بيع الجذع في السقف .

والحاكم الشهيد رحمه الله : مال إلى ظاهر ما ذكر محمد رحمه الله ، فرق بين هذه المسألة وبين [مسألة^(١)] بيع الجذع في السقف .

وفي القدوري : إذا استأجر سنة فيها رطوبة [سنة^(٢)] فالإجارة فاسدة [عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله]^(٣) ، فإن قلع رب الأرض [الرطوبة]^(٤) وسلمها أرضاً بيضاء فهو جائز وقياسه على ما إذا باع الجذع في السقف ثم نزع الجذع وسلمه إلى المشتري ، وإن اختصما قبل ذلك ، فأبطل الحاكم الإجارة ، ثم قلع الرطوبة [بعد ذلك]^(٥) ، لم يفسد^(٦) العقد ، وإن مضى من مدة الإجارة شيء قبل أن يختصما ثم قلع الرطوبة فالمستأجر^(٧) بالخيار ، إن شاء قبضها على تلك الإجارة وطرح عنه أجر ما لم يقبض ، وإن شاء ترك^(٨) . هذه جملة ما ذكره القدوري .

ثم الزرع إذا لم يدرك وأراد جواز [الإجارة]^(٩) في ذلك ، فالحيلة في ذلك أن يدفع الزرع إليه معاملة إن كان الزرع لرب الأرض على أن يعمل المدفوع إليه في ذلك بنفسه وأجرائه وأعوانه على أن ما رزق الله تعالى من الغلة فهو [بينهما]^(١٠) على أن من مائة سهم سهم من ذلك للدافع وتسعة وتسعون سهماً للمدفع إليه ثم يأذن له الدافع أن يصرف السهم الذي له إلى مؤنة هذه الضيعة ، أو إلى شيء

(١) سقط في ز .

(٢) سقط في أ ، ز .

(٣) سقط في أ ، ز .

(٤) سقط في أ ، ز .

(٥) سقط في أ ، ز .

(٦) في أ : يعد .

(٧) في أ : فالمشتري .

(٨) الفتاوى الهندية (٤/٤٤٦) . في الفتاوى : لم يصح إلا بالاستئناف .

(٩) سقط في أ ، ز .

(١٠) سقط في أ ، ز .

[أراد]^(١) ثم يؤجر^(٢) الأرض منه، وإن كان الزرع لغير رب الأرض ينبغي أن يؤاجر الأرض منه بعد مضي السنة [التي]^(٣) فيها الزرع فيجوز وتصير الإجارة^(٤) مضافة إلى وقت في المستقبل.

وحيلة أخرى إذا كان الزرع لرب الأرض أن يبيع الزرع منه بثمن معلوم ويتقاضان، ثم يؤاجر الأرض منه، وكذلك الحيلة في الشجر والكرم، يدفع الأشجار والكرم معاملة أو^(٥) يبيع الأشجار والكرم منه، ثم يؤاجر الأرض منه. وإذا وقعت الإجارة على مشاع في كرم أو أرض فيها نخل حتى احتيج فيه إلى بيع الأشجار لا بد من بيع كل الأشجار، ويبيع النصف شائعا لا يكفي، وسيأتي جنس هذا في فصل الإجارة الطويلة إن شاء الله تعالى.

وكان الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد رحمه الله يقول: إذا استأجر أرضا فيها أشجار فإن كانت الأشجار وسط الأرض لا يجوز.

قال: وكذلك المزارعة، وإن كانت في نواحي الأرض على المسنى^(٦) جازت المزارعة، وإن كان وسط الأرض شجرة أو شجرتان صغيرتان مثل البالية التي مضى عليها حول أو حولان يجوز، وإن كانت الشجرة عظيمة لا يجوز.

أرض فيها رطبة اشترى رجل ما على الأرض من الرطبة ليحصدها، ثم استأجر أرضها^(٧) لا يجوز؛ لأن بينها وبين الأرض شيء ليس للمؤاجر. وكذلك إن كان في الأرض شجرة فاشترى ما على الأرض ليقلمها ثم استأجر الأرض لا يجوز.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: يؤاجر.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: إجارة.

(٥) في أ، ز: أن.

(٦) في ز: المسنات.

(٧) في ز: أرضا.

وإن اشترى الرطبة بأصلها [لا يجوز]^(١) أو اشترى من النخيل بأصلها ليقطعها واستأجر جاز، وإذا استأجر البناء دون الأرض ففيه روايتان، قال القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله: كان أبو نصر رحمه الله يقول: لا تجوز إجازة البناء دون [الأرض]^(٢) فأوردت عليه إجازة الفسطاط فإن ذلك جائز فلم يتهماً له الفرق.

وإذا اشترى ثماراً على رؤوس الأشجار، ولم يدرك بعد ثم استأجر النخيل ليترك فيه الطلع مدة معلومة، ففعل حتى أدرك الطلع فإن الإجازة باطلة، ويرجع بالأجر إذا كان نقده، ويطيب له ما زاد في الثمار؛ أما بطلان الإجازة فلأن هذه ليست من إجازات الناس، ولأن المستحق بهذه الأجرة الأجر التي يحدث في الثمار من النخيل، وإنها أعيان لا منافع، وجواز الإجازة متصور على ورودها على المنافع وإنما يطيب للمشتري الزيادة ولأن الإجازة من صاحب النخيل إذن للمشتري فالترك للإجازة إن بطلت فالإذن لم يبطل فكانت الزيادة حاصلة من نخيل البائع بإذن البائع. ولو اشترى رجل من رجل قصيلاً ليقطعه أو أطلق العقد حتى صح الشراء ثم استأجر الأرض مده معلومة ليترك القصيل جاز، بخلاف ما لو استأجر النخيل مدة معلومة ليترك عليها الثمار لا يجوز^(٣).

والفرق: أن الإجازة صدرت من أهلها مضافة إلى محلها فالأرض محل الإجازة؛ لأنها مما يمكن الانتفاع بها ببقاء عينها منفعة مطلوبة من الأرض وهو السكنى والزراعة وغيرهما من المنافع، أكبر ما في الباب أن هذه الإجازة أضيفت إلى محلها وقد خلت عما يفسدها فجاز، بخلاف النخيل؛ لأنه ليس للنخيل منفعة مطلوبة سوى الزيادة التي تتصل بالثمرة وهي أعيان، وإنما يعتبر الشيء محلاً للعقد باعتبار مطلوب من ذلك الشيء، وإن كان المطلوب من النخيل العين لم يكن النخيل محلاً

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ.

(٣) الفتاوى الهندية (٤/٤٤٧).

للإجارة؛ فلهذا لم يجز، وإن تركه هذا المستأجر حتى بلغ الزرع الأجر للبائع وطابت الزيادة له لصحة الإجارة، ولو كان المشتري للقصيل استأجر الأرض إلى أن يدرك ولم يذكر مدة معلومة، فالإجارة فاسدة لجهالة المدة، وإن^(١) تركه في الأرض حتى أدرك لزمه أجر المثل؛ لأنه استوفى منفعة بالإجارة الفاسدة، بخلاف النخيل حيث لا يجب الأجر هناك أصلاً؛ لأن هناك بطلت الإجارة لعدم المعقود عليه وهو المنافع فلا يجب الأجر أصلاً، أما هاهنا بخلافه.

قال: ويطيب له من الزرع بقدر الثمن وما غرم من الأجر؛ لأن هذا رأس ماله، وليس يربح^(٢) فيكون طيباً ويتصدق بالفضل.

فرق بينه وبين إجارة النخيل في هذا الوجه حيث لا يجوز ومع ذلك يطيب له الفضل.

والفرق بينهما: ما أشار إليه محمد رحمه الله في الكتاب هو أن الإجارة من البائع إذن للمشتري بالترك إلا أن إجارة النخيل غير مشروع بحال من الأحوال فلم يكن منعقداً بوصف الفساد فكان باطلاً والباطل وجوده والعدم بمنزلة بقي الإذن بالترك مطلقاً غير فاسد فلهذا تطيب له الزيادة، فأما إجارة الأراضي فلها جواز في الحيلة؛ لكون الأراضي محلاً للإجارة، وإنما فسدت الإجارة هاهنا لفوات شرط الجواز، وهو كون المدة معلومة فانعقدت فاسدة والفساد ليس بلغو بل هو معتبر فيؤثر في فساد الإذن الذي ثبت في ضمن الإجارة، فحصلت الزيادة في ملك البائع بناء على إذن فاسد؛ فلهذا لا يطيب له؛ فهذا هو الفرق بينهما.

هذا الذي ذكرنا قياس على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تطيب له الزيادة في الوجوه كلها، على أن شرط الزيادة عنده الضمان، وقد وجد في هذه الوجوه كلها.

(١) في ز: فإن.

(٢) في أ: في بيع.

نوع آخر: في الاستئجار على الطاعات:

وإذا استأجر رجلاً ليعلمه القرآن، أو ليعلم ولده القرآن لا يجوز، ومعناه لا ينعقد العقد أصلاً حتى لا يجب للأجير شيء بحال من الأحوال هذا هو جواب الكتاب، وإنما لم يجز؛ لأن الإجارة وقعت على عمل ليس في وسع الأجير إيفاؤه؛ لأن التعليم إنما يتم بالتعليم كالكسر بالانكسار، والتعليم ليس في وسع المعلم، ومثل هذه الإجارة لا تجوز، ولأن المعلم مع المتعلم يشتركان في منفعة التعليم وفي هذا الاستئجار لا يجوز ومشايخ بلخ جوزوا الاستئجار على تعليم^(١) القرآن إذا ضرب لذلك مدة، وأفتوا بوجوب المسمى، وعند عدم الاستئجار أصلاً، و^(٢) عند الاستئجار بدون ذكر المدة، أفتوا بوجوب أجر المثل، قالوا: وإنما كره تعليم القرآن بالأجر في الصدر الأول؛ لأن حملة القرآن كانوا قليلاً، فكان التعليم واجباً حتى لا يذهب القرآن، وأما في زماننا كثر حملة القرآن فلم يبق التعليم واجباً، فجاز الاستئجار عليه.

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - كان المتأخرون من أصحابنا يجوزون ذلك ويقولون: إنما كره المتقدمون ذلك؛ لأنه كان للمعلمين عطاء من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من معاشهم، وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة^(٣) وللمتعلمين مروءة في المجازاة والإحسان من غير شرط، وأما اليوم ليس لهم عطيات من بيت المال والتعليم يشغلهم عن اكتساب ما لا بد لهم من أمر المعاش، وانقطع رغبة المتعلمين في الاحتساب ومجازاة المعلمين من غير شرط فتجوز الإجارة على الحدود المرسومة وهذا استحسان.

أيضاً استحسنت المشايخ، وكذا نفتي بجواز الاستئجار على تعليم الفقه في زماننا. والاستئجار على الأذان والإقامة لا يجوز؛ لأنه استئجار على عمل للأجير فيه

(١) في ز: تعلم.

(٢) في أ: أو.

(٣) في أ، ز: السنة.

شركة؛ لأن المقصود من الأذان والإقامة أداء الصلاة بجماعة بأذان وإقامة، وهذا النوع كما يحصل للمستأجر يحصل للأجر، وكذا الاستئجار على الحج والغزو وسائر الطاعات لا يجوز؛ لأنه لو جاز لوجب على القاضي جبر الأجير عليها ولا وجه إليه؛ لأن أحدًا لا يجبر على الطاعات وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام ركن الإسلام على السغدي - رحمهما الله - لا يفتيان بجواز الاستئجار على تعليم القرآن.

وهكذا حكى عن الشيخ الإمام الأجل ركن الدين أبي الفضل رحمه الله وفي روضة الزندويستي، كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزي يقول: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر. وسيأتي بيان الحيلة للجواز على قول الكل في فصل الاستئجار على تعليم الأعمال.

وكذلك الاستئجار على تعليم الفقه لا يجوز، ذكره في أدب القاضي في أول باب القسمة.

وكذلك الاستئجار على تعليم الشعر والأدب لا يجوز، وهذا كله إذا لم يذكر مدة معلومة، فأما إذا ذكر لذلك مدة معلومة بأن استأجره^(١) شهرًا ليعلم ولده الشعر أو الأدب يجوز، وكذا على هذا سائر الأعمال نحو الخط والهجاء وسائر الحرف، إذا استأجره عليه إن بين لذلك مدة يجوز، ويستحق المسمى إذا سلم نفسه، تعلم أو لم يتعلم، وإن لم يبين لذلك وقتًا ينعقد [العقد]^(٢) فاسدًا حتى يستحق أجر المثل إذا تعلم.



(١) في ز: استأجر.

(٢) سقط في أ، ز.

نوع آخر: في الاستئجار على المعاصي:

إذا استأجر حمالاً ليحمل له خمراً فله الأجر في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - لا أجر له، فوجه قولهما أن حمل الخمر معصية؛ لأن الخمر للشرب، والشرب معصية، وقد لعن رسول الله ﷺ حامل الخمر والمحمول إليه، وذلك يدل على كون الحمل معصية، وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: الخمر يحمل للإراقة أو التخليل كما يحمل للشرب فلم يكن متعيناً للمعصية فيجوز الاستئجار عليه.

قال القدوري في كتابه: قال محمد - رحمه الله: ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله إلى بلدة أخرى، قال أبو يوسف رحمه الله: لا أجر له، وقلت: إن كان الحمال يعرف أنه جيفة، فلا أجر له، وإن لم يعلم فله الأجر.

قال أبو يوسف: و[على]^(١) هذا الخلاف ما لو استأجره لنقله [من بلد إلى بلد، ولنقله]^(٢) إلى مقبرة البلد يجوز [عند الكل]^(٣)؛ لأن ذلك لدفع أذاه عنهم فصار كاستئجار الكناس واستئجار المسلم ليخرج له حماراً ميتاً من داره. وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا أجر نفسه من مجوسي ليوقد له ناراً، فلا بأس به.

وأبو حنيفة سوى بين هذا وبين ما إذا أجر نفسه من ذمي ليحمل له خمراً، وهما فرقا بين المسألتين.

ووجه الفرق التصرف في النار والانتفاع بها جائز في الجملة ولا كذلك في الخمر والانتفاع بها.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - رجل استأجر رجلاً ليصور له صوراً أو تماثيل الرجال في بيت أو فسطاط فإني أكره ذلك وأجعل له الأجر، قال هشام: تأويله إذا كانت الأصابع^(١) من جهة الأجير.

وقد ذكر في العيون عن محمد رحمه الله ما يدل على صحة هذا التأويل، صورته، لو استأجر رجلاً لينحت له الأصنام أو يزخرف بيتاً بتماثيل، والأصابع من رب البيت، فلا أجر له، وهذا؛ لأن الصبغ من قبل الأجير لا يمكن إيجاب الأجر بمقابلته أو بمقابلة الصبغ الذي هو عين مال، ولا يمكن إيجابه بمقابلة نفس العمل؛ لأنه معصية، وكذلك لو استأجر نائحة أو مغنية فلا أجر لها؛ لأن فعلها معصية.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا استأجر رجلاً لينحت له طنبوراً أو بربطاً ففعل، يطيب له الأجر إلا أنه آثم في الإعانة على المعصية وإنما وجب الأجر في هذه المسألة، ولم يجب في نحت الصنم؛ لأن جهة المعصية ثمّ متعينة؛ لأن الصنم لا ينحت إلا للمعصية، أما في البربط والطنبور جهة المعصية ليست بمتعينة؛ لأنها كما يصلح للمعصية يصلح لغير المعصية بل يجعل وعاء للأشياء.

ولو استأجر الذمي مسلماً لبني له بيعة أو كنيسة جاز، ويطيب له الأجر؛ لأنه بدل عمله.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تجوز الإجارة على شيء من اللهو والمزامير والطلب وغيره؛ لأنها معصية، والإجارة على المعصية باطلة؛ لأن الأجير مع المستأجر يشتركان في منفعة فتكون هذه واقعة على عمل هو فيه شريك.

قال: وإن أعطي المستأجر شيئاً من اللهو ليلهو به فضاع أو انكسر فلا ضمان عليه؛ لأن الإجارة لما لم تنعقد بقي مجرد الإذن، كما في استئجار النخيل فكان الأخذ بإذن المالك فمتى ضاع أو انكسر لا يكون عليه شيء، كما لو أذن ولم يؤاجر.

(١) في ز: الامتناع.

قال: وإذا استأجر الذمي من المسلم ببيعة ليصلي فيها فإن ذلك لا يجوز؛ لأن صلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه، وأي ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة؛ لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا يجوز.

وكذلك [المسلم]^(١) إذا استأجر من المسلم بيتًا ليجعلها مسجدًا ليصلي فيه المكتوبة أو النافلة، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا رحمهم الله، وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز.

وكذلك الذمي [إذا]^(٢) استأجر رجلاً من أهل الذمة ليصلي بهم فإن ذلك لا يجوز؛ لأن هذه معصية عندنا وطاعة في دينهم وأي ذلك اعتبرنا لا تجوز هذه الإجارة.

وإذا استأجر الرجل من أهل الذمة مسلمًا ليحمل له خمراً ولم يقل ليشرّب^(٣)، أو قال ليشرّب جازت الإجارة في قول أبي حنيفة خلافاً لهما.

وكذلك إذا استأجر الذمي [بيتاً من مسلم]^(٤) لبيع فيه الخمر، جازت الإجارة في قول أبي حنيفة رحمه الله [خلافاً لهما]^(٥).

والوجه لأبي حنيفة فيما إذا نص على الشرب أن هذه إجارة وقعت على أمر مباح؛ لأنها وقعت على [حمل الخمر]^(٦) ليشرّبها الذمي، أو وقعت على الدار لبيع الذمي الخمر فيها وبيع الذمي الخمر وشربه الخمر مباح له؛ لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في ز: للشرب.

(٤) في ز: من مسلم بيتاً.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في ز: خمر.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر الذمي من المسلم بيتًا يصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأن [ثمة]^(١) صفة المعصية، وإن انتفت في حقه ثابتة في حق المسلم فتبقى صفة الطاعة، والاستئجار على الطاعة لا يجوز، وهاهنا صفة المعصية متى انتفت عن الشرب لديانته يبقى فعلاً مباحاً في نفسه ليس بطاعة فتجوز الإجارة، وفيما إذا لم ينص على الشرب، فالوجه^(٢) له أن الخمر^(٣) كما يكون للشرب، وإنه معصية في حق المسلم يكون للتخليل، وإنه مباح للكل فإذا لم ينص على الشرب يجب أن يحمل على التخليل حملاً لهذا العقد على الصحة.

وهو نظير ما لو استأجر الذمي من المسلم بيتاً ولم يقل^(٤) ليصلي فيه، فإنه يجوز، وإن كان له أن يصلي فيه ويتخذه بيعة وكنيسة.

وإذا استأجر الذمي مسلماً ليحمل له ميتة أو دمًا يجوز عندنا^(٥)؛ لأن نقل الميتة والدم لإمطة الأذى عن الناس، وإمطة الأذى عن الناس مباح فتكون الإجارة واقعة على أمر مباح فيجوز، وقد تكون للأكل فتكون الإجارة واقعة على فعل حرام، فلا تجوز، فإذا أطلق تحمل الإجارة على الحمل لإمطة الأذى تجوزًا للإجارة.

وإذا استأجر الذمي ذميًا لينقل الخمر، أو استأجر منه بيتًا لبيع فيه الخمر جاز عندهم جميعًا؛ لأن الخمر عندهم كالخل عندنا، وهذا بخلاف ما لو استأجر ذمي من ذمي بيتًا يصلي فيه حيث لا يجوز؛ لأن صلاتهم عندهم معصية عندنا، وأي ذلك كان لم تجز الإجارة، وأما في الخمر متى انتفت صفة المعصية تبقى بعد ذلك صفة الإباحة، والاستئجار على فعل مباح جائز.

ولو استأجر مسلماً ليرعى له خنازير يجب أن تكون على الخلاف كما في الخمر

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: الوجه.

(٣) في ز: الحمل.

(٤) في ز: يسم.

(٥) في أ، ز: عندهم جميعًا.

وإذا استأجره لبيع له ميتة لم يجز؛ لأن بيع الميتة لا يجوز في دين من الأديان؛ لأنه لا ثمن لها، وإذا لم يجز بيعه [فقد استأجر]^(١) على فعل ليس في وسع الأجير تحصيله بحال.

وإذا استأجر الذمي من المسلم دارًا ليسكنها فلا بأس بذلك؛ لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير، لم يلحق المسلم في ذلك [شيء]^(٢)؛ لأن المسلم لم يؤجر لها إنما أجر للسكنى، وكان بمنزلة ما لو أجر دارًا من فاسق كان مباحًا، وإن كان قد يعصي فيها، وإن اتخذ [فيها]^(٣) بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك إن كان في السواد. قال شيخ الإسلام رحمه الله: وأراد بهذا إذا استأجرها الذمي ليسكنها، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة [أو بيعة فيها، فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة]^(٤) لا يجوز ألا ترى إلى ما ذكر قبل هذا أن الذمي إذا استأجر من المسلم بيعة يصلي فيها لم يجز.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في سواد الكوفة؛ لأن عامة سكانها أهل الذمة والروافض، أما في سوادنا عامة سكانها المسلمون فيمنعون عن إحداث الكنائس كما يمنعون عنها في الأمصار، وكثير من المشايخ قالوا: لا يمنعون عن إحداث الكنائس في سوادنا أيضًا.



(١) في ز: فتكون الإجارة.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في أ، ز.

نوع آخر:

قال: وإذا استأجر كتابًا يقرأ فيه لم يجز شعراً كان أو فقهاً أو غيره.
وكذلك إذا استأجر مصحفاً، وإنما لا يجوز؛ لأن الإجارة عقدت على القراءة
والنظر، والإجارة على النظر والقراءة لا تنعقد؛ لأن القراءة لا تخلو إما أن تكون
طاعة أو معصية أو مباحاً.

فإن كانت القراءة طاعة كقراءة القرآن والأحاديث، كان هذا إجارة على الطاعة،
والإجارة على الطاعة لا تنعقد.

وإن كانت معصية كالنياحة والغناء فهو إجارة على المعصية، والإجارة على
المعصية باطلة.

وإن كان مباحاً كقراءة كتب الأدب، فلأن القراءة والنظر مباح له بغير إجارة، إنما
لا يباح له حمله وتقليب الأوراق والإجارة لا تنعقد على ما كان يملكه المستأجر قبل
الإجارة من غير إجارة، [ولا تنعقد على حمله وتقليب الأوراق وإن كان لا يملكه
المستأجر من غير إجارة]^(١)؛ لأنه لا فائدة للمستأجر في ذلك، ألا ترى أنه لو نصّ
فقال: استأجرت منك هذا الكتاب لأحمله وأقلب أوراقه، فإن الإجارة لا تصح
فكذلك هاهنا.

وكذلك إذا استأجر قارئاً ليقراً عليه شيئاً لا يجوز؛ لأن القراءة التي وقعت الإجارة
عليها إن [كانت طاعة أو معصية لا تجوز الإجارة عليها، إما؛ لأن الاستئجار على
الطاعات والمعاصي باطلة وإما؛ لأن القارئ مع السامع يشتركان في منفعة القراءة؛
لأنه كما ينتفع السامع بالقراءة من حيث العظة والتلذذ ينتفع بها القارئ العمل فقد
استأجره لعمل هو شريك فيه، ومثل هذا لا يجوز على ما مرّ، وإن كانت القراءة التي
وقع عليها الإجارة مباحاً كقراءة كتب الأدب وما أشبه ذلك، لا تجوز الإجارة عليها
للووجه الثاني.

(١) سقط في أ.

نوع منه: في الاستئجار على الأفعال المباحة نحو تعليم الصناعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشبه ذلك.

وإذا دفع عبده إلى رجل يقوم عليه أشهرًا مسماة في تعليم النسخ على أن أعطاه المولى كل شهر شيئًا مسمى فهو جائز، أما على قول من قال: بأن الإجارة على تعليم القرآن لم تجز؛ لأن تعليم القرآن طاعة فظاهر؛ لأن تعليم النسخ مباح وليس بطاعة، وأما على قول من قال: بأن الإجارة على تعليم القرآن إنما لا تجوز؛ لأن التعليم ليس من عمل الأجير بل من فهم المتعلم، فلأن الإجارة هاهنا وقعت على أن يقوم عليه ويحفظه، ولكن ذكر النسج ليرغب الولي فيما يحصل له في أثناء العقد عن عمل الحياكة، فإن الصبي ربما يأخذ ذلك بفهمه وذكائه، فهذا جار مجرى البيع والمقصود هو القيام عليه وفي وسع الأستاذ الوفاء به حتى لو شرط عليه تعليم الحياكة، ولم يقل ليقوم عليه في عمل كذا يجب ألا يجوز كما في تعليم القرآن. ولو شرط على المعلم أن يقوم على ولده شهرًا في تعليم القرآن يجب أن يجوز، وإن كان الأستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم على غلامه في تعليم ذلك، فهو جائز، وإن لم يشترط كل واحد منهما على صاحبه الأجر يعني الأستاذ مع الولي، ودفعه على وجه الإجارة، فلما فرغ الأستاذ من التعليم، قال الأستاذ: لي الأجر على رب العبد، وقال رب العبد: لا بل لي الأجر على الأستاذ، فإني أنظر في ذلك العمل إلى ما يصنع أهل تلك الصنعة في تلك البلدة فإن كان المولى هو الذي يعطي الأجر جعلت على الأستاذ أجر مثله للمولى.

قال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله: معنى قوله: (دفعه على وجه الإجارة) أن ذلك العمل مما لا يعمل بغير بدل.

إذا استأجر الرجل سمسارًا ليشتري له الكرايس أو استأجر دلالًا لبيع له ويشترى فإن لم يبين لذلك أجلًا لا يجوز، وقد ذكرنا المسألة مع ما فيها من الحيلة للجواز من قبل.

وفي «واقعات الناطقي»: إذا قال الرجل: بع هذا المتاع ولك درهم أو قال: اشتر لي هذا المتاع ولك درهم، ففعل فله أجر مثله لا يجاوز به الدرهم؛ لأن هذا الاستئجار وقع فاسدًا فكان عاملاً له بإجارة فاسدة فيجب له أجر المثل، وفي الدلال والسمسار يجب أجر المثل وما تواضعوا عليه أن من كل عشرة دنانير كذا، فذلك حرام عليهم.

وفي «العيون»: رجل دفع إلى آخر ثوبًا فقال له: بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك.

قال أبو يوسف: إن باعه بعشرة أو لم يبعه فلا أجر له، وإن تعب في ذلك؛ لأنه نفى الأجر إذا باعه بعشرة لما علقه بأكثر من عشرة ولو باعه باثني عشر، أو أكثر أو أقل فله أجر مثل عمله.

وقال محمد رحمه الله: له أجر مثل عمله، وإن لم يبيع فإذا تعب في ذلك؛ لأنه عمل بحكم إجارة فاسدة، والفتوى على قول أبي يوسف؛ لأن الأجر مقابل بالبيع دون مقدماته، فلا يستحق الأجر بدون البيع وإن تعب في عمله بحكم إجارة فاسدة. وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا قال لدلال: اعرض صنعتي وبعها على أنك إذا بعته فلك من الأجر كذا، فلم يقدر الدلال على إتمام الأمر فباعها دلال آخر.

قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله: إن كان الأول قد عرضها وذهب له في ذلك دور جار يعتد به فأجر المثل له واجب بقدر عنائه وعمله.

وعن أبي نصر مثل ما قاله الفقيه أبو القاسم فإنه سئل عمن دفع ثوبًا إلى منادى لبيعه بأجر فنادى، ولم يبع صاحبه قال: له أجر مثله؛ لأنه عمل بإجارة فاسدة.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا هو القياس أمّا في الاستحسان لا يجب له الأجر؛ لأن العرف والعادة جرت أنهم لا يأخذون الأجر إلا بالبيع وهذا موافق لقول أبي يوسف في المسألة المتقدمة، وعليه الفتوى.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل يبيع ثيابًا بالمزايدة، أجر مناديًا ينادي

بيع ذلك، فإن بين له وقتاً أو قال ينادي كذا صوتاً فذلك جائز وما لا فلا. وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف: رجل ضلّ شيئاً، فقال: من دلني عليه فله درهم فدلّه إنسان فلا شيء له؛^(١) لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر.

ولو قال لإنسان بعينه: إن دللتني عليه فلك درهم، فإن دلّه من غير مشي معه فكذلك الجواب لا يستحق به الأجر، وإن مشى معه ودلّه فله أجر مثله؛ لأن هذا عمل يقابل بالأجر عرفاً وعادة، إلا أنه غير مقدر ففسد العقد ووجب به أجر المثل. وفي «فتاوى أهل سمرقند»: استأجر رجلاً ليصيد له أو يحتطب، فإن [كان]^(٢) وقت لذلك وقتاً جاز، وإن لم يوقت، وعين الحطب، فالإجارة فاسدة، وما صاد أو احتطب فهو للمستأجر^(٣) وإن كان الحطب الذي عينه ملك المستأجر، فالإجارة جائزة.

وفي السير الكبير أن الاستئجار على الاحتطاب والاحتشاش جائز. وفي «القدوري»: عن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: اقتل هذا الذئب [أو هذا]^(٤) الأسد ولك درهم، وهما صيد ليس للمستأجر، فله أجر مثله لا يجاوز به درهماً؛ لأنه يحتاج في الصيد إلى المعالجة، فيصير العمل مجهولاً باعتباره فيجب أجر المثل.

قال: ويكون الصيد للمستأجر؛ لأن القتل سبب الملك وعمل الأجير يقع للمستأجر.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا استأجر الرجل رجلاً ليهدم جداره، أو يبني حيطانه كل ذراع بكذا، أو ليكسر حطبه جازت الإجارة، وإن لم يذكر الأجل.

(١) ما بين المعقوفين بياض في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ، ز: للمشتري.

(٤) في أ، ز: و.

والأصل في جنس هذه المسائل أن العمل إذا كان معلومًا، فلو^(١) أراد المستأجر أن يشرع في ذلك العمل [في الحال]^(٢) يمكنه الشروع فيه ويقدر عليه، فإنه تجوز الإجارة من غير ذكر الأجل، وكذلك لو ذكر الأجل إلا أنه لم يبين مقدار العمل، وهو يقدر على الشروع في الحال يجوز أيضًا.

بيان الأول: ما ذكرنا من مسألة الهدم، وبناء الحائط، وكسر الحطب، وكذلك لو استأجر رجلاً ليخبز له عشرين طنًا من الخبز بدرهم يجوز، وإن لم يذكر الأجل؛ لأن العمل معلوم.

بيان الثاني: لو استأجره ليخبز له اليوم إلى الليل جاز، وإن لم يبين مقدار العمل؛ لأن العمل صار معلومًا بذكر الأجل.

ولو استأجر رجلاً ليدري كدسه، أو قال بالفارسية: باين يك خرمن من رابا وكن لا يجوز. ولو قال: يا ين يك درهم أين ويوار بابازكن يجوز؛ لأن في الجدار وجنسه لو أراد الأجير أن يشرع في العمل في الحال لا يقدر أما تدرية الكدس لا تتم به وحده، وإنما يتم به، وبالريح فلم يكن قادرًا على العمل فلا يصح.

وفي «الأصل»: استأجره ليني له حائطًا بالآجر والجص، وسمى كذا كذا أجرة من هذه [الأجرار]^(٣) وكذا كذا^(٤) من الجص، ولم يسم الطول والعرض كانت الإجارة فاسدة قياسًا، صحيحة استحسانًا.

وجه القياس: أن مقدار الطول والعرض مجهول، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة.

وجه الاستحسان: أن مقدار الطول والعرض معلوم عرفًا؛ لأن بعد [بيان]^(٥)

(١) في أ: ولو.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ، وفي ز: الإجازات.

(٤) في أ: كرا.

(٥) سقط في أ، ز.

الآجر عددًا والجص كيلاً يعرف أهل هذه الصنعة مقدار طوله وعرضه .
ولو سمي كذا كذا عددًا من الآجر أو اللبن ولم يسم الملبن ولم يره إياه إن كان
ملبن أهل تلك البلدة واحدًا أو كان لهم ملابن إلا أن غالب عملهم على ملبن واحد،
جازت الإجارة استحساناً؛ لأن ملبنهم إن كان واحدًا ينصرف مطلق الاسم إليه .
وكذلك إذا كان لهم ملابن مختلفة، ولم يغلب استعمال واحدة منها، كانت
الإجارة فاسدة؛ لأن في هذه الصورة الملبن لا يصير معلومًا لا شرطًا ولا عرفًا
وجهالة الملبن توجب فساد الإجارة؛ لأن العمل مما يتفاوت بتفاوت الملبن صغراً
وكبيراً .

وإذا استأجره ليبنى له حائطًا بالمرص^(١) وشرط عليه الطول والعرض جاز؛ لأن
العمل معلوم إذا بين الطول والعرض وبدون بيان الطول والعرض لا يجوز^(٢)؛ لأن
العمل لا يصير معلومًا .

وإذا استأجره ليعمر له هذه الساحة بيتين ذي سقفين أو ذي سقف واحد، وبين
طوله وعرضه وغير ذلك، ويقال بالفارسية: شكروداون لا يجوز، هكذا ذكر في
«فتاوى أبي الليث» رحمه الله .

والصواب أنه يجوز إذا كان بآلات المستأجر لتعامل الناس، ومسألة الاستئجار
لبناء الحائط بالآجر والجص التي تقدم ذكرها يشهد لهذا القول .

ولو استأجره ليحفر له بئرًا في داره وسمى عمقها وسعتها، حتى جازت الإجارة،
فلما حفر بعضها ألقى حبلًا أشد عملاً وأشد مؤنة، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة
التي تحفر بها الآبار ويلحقه زيادة مشقة وتعب، فإنه يجبر على العمل؛ لأنه ضمن
بعقد الإجارة حفر هذا الموضع بالآلة التي تحفر بها الآبار، وقد أمكنه ذلك فقد قدر
على الوفاء بما ضمن بعقد الإجارة [فيجبر عليه، وإن كان لا يقدر على حفرها بالآلة
التي تحفر بها الآبار لا يجبر عليه؛ لأنه ما قدر على الوفاء بما ضمن بعقد

(١) في أ، ز: بالرهص .

(٢) زاد في ز: الإجارة .

الإجارة^(١)؛ لأنه ضمن الحفر بالآلة التي تحفر بها الآبار لا بآلة أخرى، وهل يستحق الأجر بقدر ما عمل؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في «الكتاب». و[حكى]^(٢) فتوى شمس الإسلام محمود الأوزجندی رحمه الله: [أنه]^(٣) يستحق إذا كان يعمل في ملك المستأجر، بخلاف ما إذا كان [يعمل]^(٤) في غير ملكه، وقاس هذه المسألة على ما إذا استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في بيت المستأجر فحاط بعضه فسرق الثوب، أو حفارًا ليحفر له بئرًا في دار المستأجر فحفر البعض فانهار فإنه يستحق الأجر بقدره وإن كان يعمل ذلك في غير ملكه فلا أجر له كذا هاهنا.

وعلى قياس ما ذكر القدوري أن الخياط إذا حاط في بيت المستأجر بعض الثوب ألا أجر له؛ لأنه لا ينتفع به يجب أن يقال هاهنا: إنه لا يجب الأجر أيضا؛ لأنه لا ينتفع به.

وإن شرط عليه أن كل ذراع في طين أو سهلة بدرهم، وكل ذراع في جبل بدرهمين، وكل ذراع في الماء بثلاثة وبيّن مقدار طول البئر عشرة مثلا، فهو جائز؛ لأن الأجر معلوم حال وجوبه؛ لأن الأجر إنما يجب بعد العمل وبالعمل يصير جميع الأجر معلومًا؛ لأننا نعلم بأي قدر حفر في السهلة وبأي قدر [حفر]^(٥) في الجبل. ولو استأجره ليحفر له بئرًا في داره، وظهر الماء^(٦) قبل أن يبلغ المسمى الذي شرط عليه، فإن أمكنه الحفر في الماء بالآلة التي تحفر بها الآبار أجبر على الحفر، فإن احتيج إلى اتخاذ آلة أخرى لا يجبر عليه على نحو ما ذكرنا في المسألة المتقدمة. وكذلك لو استأجره ليحفر له في حجارة مروءة، فلما حفر البعض استقبله حجارة

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) زاد في ز: في البئر.

[صفا]^(١) أصم، فإن أمكنه حفر الصفا بالآلة التي يحفر بها المروّة أجبر على الحفر، وما لا فلا.

وإن استأجر رجلاً ليحفر له حوضاً عشرة في عشرة وبين عمقها وعرضها ببدل معلوم، فحفر خمسة في خمسة يجب ربع المسمى؛ لأنه أوفى ربع العمل؛ لأن مربع عشرة في عشرة مائة، وخمسة في خمسة خمسة وعشرون.

وإذا استأجر الرجل رجلاً ليحفر له قبراً فحفر فانهارت أو دفن فيه إنسان قبل أن يأتي المستأجر بجنازته فهو على التفصيل الذي ذكرنا في حفر البئر قبل هذا إذا كان ذلك في ملك المستأجر فله الأجر، وإن كان في غير ملكه فلا أجر له.

ولو استأجره ليحفر له قبراً ولم يسم في أيّ المقابر جاز استحساناً وينصرف إلى المكان الذي يدفن فيه أهل تلك المحلة موتاهم.

قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الجواب بناءً على عرف أهل الكوفة، فإن لكل محلة مقبرة يدفنون موتاهم فيها، وأما في زماننا تنقل الموتى من محلة إلى مقابر محلة أخرى فلا بد من تسمية المكان حتى لو كان موضعاً كان لأهل كل محلة مقبرة خاصة لا ينفلون موتاهم إلى محلة أخرى أو كان موضعاً لهم مقبرة واحدة جازت الإجارة من غير تسمية المكان.

وإذا عيّن المستأجر للأجير مكاناً يحفر فيها القبر فحفر في مكان آخر، فالمستأجر بالخيار إن شاء رضي بذلك وأعطاه الأجر، وإن شاء رد ذلك عليه ولا أجر له؛ لأن الأجير موافق من وجه من حيث إنه أمر بحفر القبر، ومخالف من وجه من حيث إنه لم يحفر في المكان الذي أمر بالحفر فيه، فإن شاء مال إلى جهة الوفاق وجعله عاملاً بعقد وأعطاه الأجر، وإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وجعله عاملاً بغير عقد ولم يعطه الأجر، وإذا لم يصف له طول القبر وعرضه وعمقه، جاز الاستئجار استحساناً، ويؤخذ بأوسط ما يعمله الناس.

(١) سقط في أ، ز.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات:

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز أن يستأجر من عقار مائة أذرع أو من أرض جريباً^(١) أو جريبين أو^(٢) أكثر من ذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز^(٣)؛ لأن من أصل أبي حنيفة أن بيع الذراع من الأرض لا يجوز وعندهما يجوز؛ لأنه عبارة عن التصيب وإجارة المشاع جائزة عندهما.

ولا يجوز استئجار القناة والبئر والنهر ليسقي منهما غنمه أو أرضه؛ لأن المقصود هو الماء وإنه عين، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة، وكذلك إذا كان لرجل شرب في النهر فاستأجره ليسقي غنمه أو أرضه لم يجز لما قلنا.

والحيلة في ذلك أن يؤاجر منه موضعاً معلوماً من حريم القناة والنهر ليكون عطناً لمواشيه ويبيح له سقي المواشي من البئر والنهر فيجوز.

ذكر شمس الأئمة رحمه الله قالوا: وهذا إذا كان المواشي بحيث ينقطع الماء عن شربها فأما إذا لم يكن كذلك فلا حاجة إلى الإذن إذا لم يضر المواشي بحريم البئر والنهر.

ولا تجوز إجارة الآجام والأنهار للسّمك وغيره، أما للسّمك فلأن هذه الإجارة لا تفيد إلا ما كان ثابتاً له من قبل؛ لأن المشروط في هذه اصطيات السّمك والمستأجر^(٤) كان يملك اصطيات السّمك من غير إجارة، ولأن هذه الإجارة عقدت على استحقاق العين، وأما لغير السّمك، فلأن غير السّمك في الآجام والأنهار والقصب^(٥) والماء، وإنها عين.

ولا تجوز إجارة المراعي لم يرد [به]^(٦) إجارة الأراضي، فإن إجارة الأرض

(٤) في ز: فالمستأجر.

(٥) في ز: والمصب.

(٦) سقط في أ، ز.

(١) في أ: مائتين.

(٢) زاد في ز: كان.

(٣) في ز: لا يجوز.

جائزة وإنما أراد إجارة الكلاء، وإنما^(١) لم يجز؛ لأنها وردت على العين .
والحيلة في جوازها أن يستأجر موضعاً من الأرض فيضرب فيه فسطاطاً أو ليحمله
حظيرة لغنمه فتصح الإجارة، ويبيح صاحب المرعى له الانتفاع بالمرعى .
قال محمد في كتاب الشرب: إذا استأجر الرجل مرعى لدوابه بعبد أو أمة أو ثوب
أو دراهم مسماة سنة فرعى في تلك السنة فالأجارة باطلة، ولا ضمان عليه فيما
رعاه، فإن كان الذي أجز المرعى قد قبض العبد وأعتقه أو باعه، فبيعه وعتقه جائز؛
لأنه أعتق وباع ما يملكه بعقد فاسد .

فإن قيل: ينبغي ألا يملك العبد؛ لأن الإجارة وردت على العين والإجارة لا
تتعقد على العين أصلاً لا جائزاً ولا فاسداً .

ألا ترى أن من استأجر نخيلاً ليجز ثمرته بعبد وقبض المؤاجر العبد لا يملك؛
لأن الإجارة لم تعقد أصلاً؛ لأنها وردت على العين من كل وجه، وهنا الإجارة كما
وردت على العين وردت على المنفعة بأن الدواب تكون في المرعى حالة الرعي،
والاستئجار الأرض لكيثونة الدواب فيها جائز؛ لأنه ورد على المنفعة، فما يخص^(٢)
المنفعة يكون إجارة، وما يخص الكلاء يكون بيعاً فاسداً قد شرط هذا البيع الفاسد في
الإجارة فكانت الإجارة فاسدة .

بخلاف مسألة النخيل؛ لأنه ثمة الإجارة وردت على العين من كل وجه فلم ترد
على المنفعة بوجه ما، فلم ينعقد أصلاً .

فإن قيل: إذا وردت الإجارة على المنفعة والعين كان ينبغي أن تجوز بحصة
المنفعة وتصير العين تبعاً للمنفعة . كما لو استأجر ظئراً لترضع ولده .

قلنا: الحبر إنما اعتبر تبعاً؛ لأن الكتابة لا تتصور بدونها، فالإجارة وردت على
الكتابة فاعتبر الحبر تبعاً، فأما كينونة الدواب في هذه الأرض تتصور بدونها،
والإجارة وردت على الكتابة فاعتبر الحبر تبعاً، فأما كينونة الدواب في هذه الأرض

(٢) في ز: يختص .

(١) في أ، ز: والماء .

تتصور من غير رعي، فإنه لو استأجرها لكيثونة الدواب فيها ولم يكن ثم كلاً كان جائزاً، فلما تصور كيثونة الدواب فيها من غير كلاً اعتبر الكلاً مقصوداً لا تبعاً. وإذا اتخذ الرجل مشرعة على شاطئ الفرات ليسقي منها السقاءون. ويأخذ منهم الأجر، فهذا على وجهين: إما أن بنى هذه المشرعة على ملكه، أو بنى على ملك عامة الناس. فإن بنى على ملك نفسه إن أجرها منهم للاستقاء^(١) لم يجز، وإن أجر ما ملكه؛ لأن الإجارة وقعت على استهلاك المنفعة مقصوداً، وإن أجرها ليقوم فيها السقاءون ويضعون القرب فيها ويوقفون فيها الدواب جاز؛ لأنه أجر ملكه لمنفعة معلومة ببدل معلوم.

وأما إذا بنى المشرعة على ملك العامة ثم أجرها من السقائين لا يجوز سواء أجر منهم ليقوموا فيها ويضعون القرب لا يجوز في الأحوال كلها. أما إذا أجر للاستقاء؛ لأنه أجر ما لا يملكه؛ لأن هذا المكان ببناء المشربة عليه لم يصير ملكاً له؛ لأنه لعامة المسلمين ولم ينقطع ارتفاق العامة عنه لا يصير مملوكاً بالإحياء، وإذا لم يملكه بما صنع فقد أجر موضعاً لا يملكه للاستقاء. ولو أجر موضعاً يملكه للاستقاء، لا يجوز فهذا أولى.

وأما إذا أجر منهم لوضع القرب وما أشبه فكذلك لا يجوز الإجارة حتى لا يستوجب عليهم الأجر؛ لأن هذا المكان بقي على ملك العامة ولهم حق الانتفاع به، فكل من استأجره فإنما استأجره موضعاً له حق فيه من غير إجارة، فكان بمنزلة ما لو أجر ملك إنسان من صاحب الملك وذلك لا يجوز فكذا هذا.

فإن قيل: للأجير حق الانتفاع بهذا المكان وفي الإجارة نوع انتفاع له. قلنا: للأجير الانتفاع بشرط ألا يضر بالغير، ومتى استوجب الأجر فقد أضر بالغير وليس له مثل هذا الانتفاع.

(١) في ز: للاستقاء.

قال محمد: وإذا استأجر [الرجل]^(١) دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعيرًا أو ما أشبه ذلك من الوزنيات [أو]^(٢) الكيليات ليعمل بها كل شهر بدرهم لا تجوز؛ لأن الإجارة جوزت بخلاف القياس لمنفعة مقصودة من الأعيان، والمنفعة المقصودة من المكيلات والموزونات لا يمكن استيفاؤها إلا باستهلاكها فتكون هذه الإجارة معقودة^(٣) على استهلاك العين، والإجارة لا تنعقد على استهلاك العين.

ولو استأجر الدراهم أو الدنانير شهرًا ليزن بها أو استأجر الحنطة أو الشعير ليعبر بها مكياله ذكر في «الأصل» أنه يجوز، قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله: وعندي أنه لا يجوز.

وبعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في «الأصل» محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بهما^(٤) مكيالًا لا بعينه، [وما ذكر أبو الحسن محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بهما مكيالًا بعينه]^(٥).

وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان، وجه الجواز أن هذه منفعة مطلوبة. وجه عدم الجواز أن هذه المنفعة ليست بمقصودة من هذه الأعيان فلا تصح الإجارة عليها، ولو استأجر الدراهم أو الحنطة يومًا مطلقًا ولم يبين لماذا استأجرها؟ لم يذكر هذه المسألة في «الأصل».

قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: ولقائل أن يقول: يجوز ويحمل على الانتفاع بهما^(٦) وزنًا احتياليًا لجواز العقد، ولقائل أن يقول: لا يجوز وإليه مال الكرخي رحمه الله لأننا وإن حملناه على الانتفاع [بهما]^(٧) وزنًا لا يجوز العقد على قول الكرخي على ما مر.

وعن أبي القاسم الصفار رحمه الله: إذا استأجر منه حجر ميزان كل يوم أو كل

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: مقصودة.

(٤) في ز: بها.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في أ، ز: بها.

(٧) سقط في أ، ز.

شهر بدرهمين هل يجب الأجر؟

قال: إن كان ذلك حجرا كما ذكر وليس له قيمة لا يجب الأجر ولا تجوز هذه الإجارة وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في باب الإجارة الفاسدة في تعليل مسألة لو استأجر حجرا ليزن به يوما إلى الليل جاز هكذا ذكر بعض مشايخنا - رحمهم الله - .

وإذا استأجر الرجل نخلاً [أو شجراً]^(١) على أن يكون ما أثمر للمستأجر لا يجوز؛ لأن هذه إجارة عقدت على استحقاق العين ومحل الإجارة المنفعة دون العين على ما مرّ، فلا يمكن العمل بحقيقة الإجارة، ولا يمكن أن تجعل مجازاً عن البيع؛ لأن الإجارة لا تصير سبباً لملك الرقبة قط، فكيف يمكن أن تجعل كناية عن البيع، وإذا أطلق الإجارة على النخيل إطلاقاً ولم يشترط شيئاً، لم يذكر محمّد هذه المسألة في «الأصل».

قال شيخ الإسلام رحمه الله: ولقائل أن يقول: يجوز وتصرف الإجارة إلى منفعة محضة تتحقق من الأشجار مع بقاء العين كبسط الثياب على أغصانها أو شد الدابة بها، والإجارة على مثل هذه المنفعة جائزة.

وقد ذكرنا مسألة استئجار النخيل لبسط الثياب عليها وما فيها من الاختلاف مع أجناسها فيما تقدم.

ولو استأجر سطحاً لبيت عليه شهراً ذكر في كتاب الصلح وفي بعض روايات كتاب الإجازات أنه يجوز^(٢)، وذكر في بعض المواضع أنه لا يجوز، فمن مشايخنا من وفق فقال: ما ذكر في كتاب الصلح وفي بعض روايات كتاب الإجازات محمول على ما إذا كان العلو مسقفاً أو إن لم يكن مسقفاً يكون محجراً، بأن يدور عليه الحائط؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو موضع السكنى عادة فجاز الاستئجار للبيتوتة عليه.

(٢) في أ، ز: لا يجوز.

(١) في أ: وثمرًا.

و[ما]^(١) ذكر في بعض المواضع محمول على ما إذا لم يكن مسقفاً ولا محجراً؛ لأنه^(٢) إذا لم يكن بهذه الصفة، فهو ليس موضع السكنى عادة فلا يجوز الاستئجار للبيتوتة عليه.

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان. ومن المشايخ من رد ما ذكر في بعض المواضع، وقال: يجوز استئجار السطح للبيتوتة على كل حال، وإطلاق لفظ كتاب الصلح، وفي بعض روايات كتاب الإجازات يدل عليه، ووجه ذلك أن السطح مسكن يمكن السكنى فيه بنصب خيمة أو ما أشبهه، فتجوز الإجارة عليه.

وإذا استأجر القاضي رجلاً ليقوم عليه في مجلس القضاء شهراً بأجر مسمى، فهو جائز؛ لأنه استأجره مدة معلومة بأجر معلوم لعمل مباح وهو قيامه في مجلسه فيصح كما لو استأجره شهراً للخدمة، ويدخل في ذلك الحدود والقصاص؛ لأنه مجرد القيام في مجلسه لا يفيد القاضي، والإجارة لا تنعقد بما لا فائدة فيه للمستأجر، وإنما يفيد القيام في مجلسه إذا قام لبعض^(٣) ما يعرض للقاضي من هذه الأسباب فصار القيام بإقامة هذه [الأسباب]^(٤) مستحقاً للقاضي ثمرة من ثمرات ما وقعت عليه الإجارة، وهو القيام في مجلسه لا أن يكون [هذا]^(٥) معقوداً عليه حتى لا تجوز الإجارة عليه.

ولو استأجره القاضي لإقامة الحدود خاصة أو لاستيفاء القصاص خاصة إن لم يذكر لذلك مدة لا شك أنه لا يجوز الإجارة، وإن ذكر لذلك مدة لم يذكر محمداً رحمه الله في «الكتاب» هذا الفصل.

وذكر الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في كتابه أنه يجوز، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني^(٦)، والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويس في «شرح كتاب الإجازات».

(١) سقط في أ، ز. (٢) في ز: إلا أنه. (٣) في ز: ببعض. (٤) سقط في أ، ز. (٥) سقط في أ، ز. (٦) في أ، ز: السرخسي.

[وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده في «شرح كتاب الإجازات»^(١) أنه لا يجوز، وإنما اختلفوا لاختلافهم في علة عدم الجواز إذا لم يذكر لذلك مدة فالكرخي ومن تابعه قالوا: إذا لم يذكر لذلك من مدة إنما لم يجوز؛ لأن المعقود عليه العمل وإنه مجهول لا يدري كم يوجد ومع الجهالة فيه خطر لا يدري أيوجد أو لا يوجد، وهذا المعنى لا يتأتى [فيما]^(٢) إذا ذكر لذلك مدة؛ لأن عند ذكر المدة المعقود عليه تسليم النفس لا العمل، والشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام قال: إذا لم يذكر لذلك مدة إنما لا يجوز إما لإقامة الحدود، فلأنها طاعة والاستتجار على الطاعة لا يجوز.

وإن ذكر لذلك مدة. كما لو استأجر رجلاً سنة ليعلم ولده القرآن، وإما لاستيفاء القصاص [إنما]^(٣) لا يجوز كيلاً يصير الأجير كالمستوفي لنفسه من وجه حتى لا يستحق بإزائه أجرًا، وسنقرر هذا المعنى بعد هذا إن شاء الله تعالى. هذا المعنى موجود فيما إذا ذكر لذلك مدة ولعدم الجواز.

لاستيفاء القصاص معان كثيرة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى وكل ذلك لا يوجب الفصل لذكر المدة وعدم ذكرها.

وإذا قضى القاضي لرجل على رجل بالقصاص بالنفس، فاستأجر المقضي له رجلاً ليستوفي ذلك على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز. وعلى قول محمد رحمه الله يجوز، وفيما دون النفس تجوز [الإجارة]^(٤) بالإجماع.

محمد رحمه الله يقول: استأجره لعمل معلوم وهو حز الرقبة، فيجوز قياساً على ما لو استأجره لذبح^(٥) شاة له أو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - معان أحدها: أن القصاص مما لا يجري فيه التملك، فإنه لو وهب من غير القتال أو باع لم يجوز ومتى انعقدت

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في ز: ليذبح.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

الإجارة على القتل ووجب البدل له، إما^(١) المسمى، أو أجر المثل يثبت التملك من حيث المعنى؛ [لأن الأجير فيما يعمل كالعامل لنفسه من حيث]^(٢) إنه يأخذ لذلك أجرًا فيصير من وجه كالمستوفي لنفسه، فيحصل له نوع ملك، والقتل لا يقبل ذلك، فلم يجب البدل حتى يكون معينًا له في القتل من كل وجه فلا يثبت [له]^(٣) معنى التملك، وهذا معنى [ما يقول]^(٤) في «الكتاب»: (إن القتل ليس بعمل) أي: ليس بعمل [يجوز فيه]^(٥) أخذ الأجر عليه، فأما لا شك أنه عمل في نفسه ومن سلك هذه الطريقة سلم الإجارة على ذبح الشاة فإنه متى استحق به أجرا، [ثبت الملك من حيث المعنى]^(٦) أكثر ما في الباب أنه يصير كالذابح لنفسه من وجه، ولكن الذابح لنفسه من كل وجه من جهته جائز بأن ملك الشاة منه فكذا يجوز من وجه، بأن استأجره للذبح بخلاف القصاص فيما دون النفس؛ لأن له حكم المال حتى جاز للوصي استيفاؤه وجاز القضاء بالنكول عند أبي حنيفة رحمه الله واعتبر فيه التساوي والتكافؤ ولو كان مالا من كل وجه جاز التملك من كل وجه.

فإذا كان له حكم المال من وجه، جاز التملك من وجه بخلاف القصاص في النفس؛ لأنه ليس له حكم المال بوجه [ما]^(٧)، فإذا لم يكن له حكم المال لا يكون [قابلاً]^(٨) للتملك بوجه ما، ومتى صحت الإجارة يثبت للأجير نوع ملك من حيث المعنى على ما بينا فامتنع جواز الإجارة.

المعنى الثاني: أن القياس يأبى جواز الإجارة، وإنما جوزنا لتعامل الناس باعتبار حاجتهم، ولا تعامل في الاستئجار على قتل النفس فبقي على أصل القياس. خرج على هذا الاستئجار على قطع الطرف؛ لأن فيه تعاملًا؛ ألا ترى أن الأطباء يقطعون أطراف الناس بالأجر لأكلة وقعت فيه، ومن سلك هذه الطريقة، سلم

(٥) في ز: فلا يجوز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(١) في أ، ز: أو.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: القول.

الإجارة على ذبح الشاة؛ لأن الناس تعاملوا الإجارة على ذبح الشاة. المعنى الثالث: أن الإجارة عقدت على عمله وعلى عمل غيره؛ لأن في القتل شيئاً: قطع الحلقوم والأوداج، وزهوق الروح، والقطع إن كان من فعل الأجير فزهوق الروح من فعل الله^(١) تعالى، ومثل^(٢) هذه الإجارة لا يجوز، كما لو استأجر لبيع له ويشترى ولم يذكر لذلك مدة، ومن سلك هذه الطريقة يقول: لا يجوز الاستئجار على ذبح الشاة، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله تعالى - في [شرح]^(٣) السير الكبير، وعلل لهما؛ القتل مجهول قد يكون بحز الرقبة، وقد يكون بالقد بنصفين، وقد يموت^(٤) الرجل بضربة واحدة، وقد يموت بضربات، فهذا استئجار على فعل مجهول فلا يجوز، بخلاف قطع الطرف؛ لأن قطع الطرف لا يكون إلا بطريق واحد، فكان استئجاراً على فعل معلوم، ومن سلك هذه الطريقة يسلم مسألة الذبح؛ لأنه فعل معلوم في نفسه وهو قطع الودجين والحلقوم، حتى لو استأجر على قتل الشاة لا يجوز أيضاً، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله: إذا قتل هذا الأجير ذلك الرجل كما لا يجب له المسمى لا يجب له أجر المثل.

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر رجلاً لبيع له ويشترى ولم يبين لذلك مدة، فباع الأجير أو اشترى فإنه يجب أجر المثل.

والوجه في ذلك: أن أجر المثل إنما يجب في الإجارة اعتباراً بالإجارة الجائزة، وإنما يجب في إجارة فاسدة من جنسها إجارة جائزة، وفي البيع من جنس الإجارة الفاسدة إجارة جائزة، فإنه وإن بين الوقت لذلك لا تجوز الإجارة على قياس العبارة الثانية؛ لأنها غير متعاملة، وعلى قياس العبارة الثالثة تجوز كما في الاستئجار على البيع والشراء؛ ولهذا لم يجب أجر المثل كما لم يجب المسمى.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يكون.

(١) في أ: الإله.

(٢) في ز: وفي مثل.

قال محمد رحمه الله في السير في باب من القتل الذي يستحق بالقتل فلا يستحق إذا اختلف فيه: إذا قتل بطريق القوم قال الأمير: فمن جاء برأسه حتى ينصبه فيعلموا أن رئيسهم قد قتل فيتفرقون فله كذا، فذهب رجل وجاء برأسه فلا شيء له إذا كان المشركون قد تنحوا عن ذلك، ولا يحتاج في المجيء برأس البطريق إلى القتال، وكان ينبغي أن يكون ما سمي له الأمير؛ لأنه استأجره لعمل معلوم فيه منفعة للمسلمين وليس هو من أعمال الجهاد إذا كان لا يحتاج فيه إلى القتال، والاستئجار على مثل هذا العمل جائز.

والجواب: أن هذا الاستئجار لم ينعقد أصلاً لا بوصف الصحة ولا بوصف الفساد؛ لأن الأجر مجهول على الجهالة وفي مثل هذا لا تنعقد الإجارة أصلاً كما قال الأمير: استأجرت واحداً من أهل العسكر حتى يجيء برأس البطريق لم يعين أحداً، وهذه^(١) الإجارة إنما تنعقد بوصف الصحة أو الفساد إذا وجد الإيجاب والقبول، وهنا إن وجد الإيجاب من الأمير لم يوجد القبول من الأجير إذا كان الأجير واحداً لا بعينه، إنما يوجد إذا وجد القبول من جملة أهل العسكر لا من الأجير وتعذر اعتبار القبول من أهل العسكر لكثرتهم^(٢)، فلم تنعقد هذه الإجارة أصلاً فلا يوجب شيئاً، ولو كان الأمير عين واحداً من أهل العسكر فقال له: إن جئتني برأسه فلك كذا، فذهب ذلك الرجل وذهب برأسه أو قال الأمير: لجماعة بأعيانهم. هذه المسألة قد تقدمت بجميع فروعها من قبل هذه الفصول وفيها اختلاف المشايخ.

إذا استأجر سنوراً لأخذ الفأرة لا يجوز، ولو استأجر كلباً أو بازيًا ليصيد به ذكر في أضاحي الزعفراني أنه يجوز؛ لأن الأول ليس من إجازات الناس، والثاني من إجاتهم.

وذكر القدوري مسألة الكلب والبازي، وقال: لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليم

(١) في أ: وهذا لأن.

(٢) في ز: أكثرهم.

المعقود عليه فإنه لا يمكن إجبار الكلب والبازي على الصيد.
وقال في «المنتقى»: وكذلك إذا استأجر ديكًا ليصيح لم يجز، وذكر ثمة أصلاً
فقال: كل شيء من هذا يكون فيه من غير فعل أحد لا يستطيع الإنسان أن يضربه
حتى^(١) يفعل فلا يجوز البيع فيه والإجارة.

ولو استأجر فحلاً للإنزاء فهو باطل؛ لقوله عليه السلام «وإن من السحت ثمن
الكلب ومهر البغي وعسب التيس»^(٢) والمراد به أخذ الأجرة؛ ولأن نفس الإنزاء
ليس بمقصود، وإنما المقصود الإغلاق وليس في وسعه إيفاؤه.

وعن أبي يوسف فيمن استأجر ثياباً ليبسطها في بيت ولا يجلس عليها أن الإجارة
فاسدة؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة، والإجارة جوزت بخلاف القياس؛
[لتحصيل منفعة]^(٣) مقصودة، وكذا روي عن محمد رحمه الله فيمن استأجر دابة
ليجنبها يتزين بها فلا أجر لها؛ لأن قود^(٤) الدابة ليست بمنفعة مقصودة.

وفي «المنتقى»: إذا استأجر تيساً أو كبشاً للدلالة ليسوق به الغنم لا يجوز.
وفي «القدوري»: لو استأجر شاة ليرضع بها جدياً أو صبيّاً لم يجز وليس هذا
كالآدمي، ومن استأجر من آخر عبداً أو دابة وشرط على المستأجر طعام العبد أو
علف الدابة، لم يجز؛ لأن ما شرط يصير أجرة، وإنه مجهول وجهالة الأجر توجب

(١) في أ، ز: فلا.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٩/٤) كتاب الإجازات، باب: الجعل على
الحجامة، والخطيب في التاريخ (٣٣٩/١) كلاهما من طريق رباح بن أبي معروف عن عطاء
عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن من السحت كسب الحجام» لفظ الطحاوي،
ولفظ الخطيب: «من السحت كسب الحجام، وثمان الكلب، ومهر البغي»، وأخرجه أحمد
(٢٩٩/٢، ٣٣٢، ٣٤٧، ٤١٥، ٥٠٠) من طريق آخر عن أبي هريرة بلفظ: «نهى
رسول الله ﷺ عن كسب الحجام، وثمان الكلب، وكسب البغي»، وأخرجه الحارث بن أبي
أسامة في مسنده (٤٣٣ - بغية) قال: حدثنا أبو النضر ثنا أبو معاوية يعني شيبان عن ليث عن
عطاء عن أبي هريرة به مرفوعاً: «أربع كلهن من السحت مهر البغي، وثمان الكلب، وكسب
الحجامة، وضراب الفحل».

(٣) في ز: لمنفعة.

(٤) في أ، ز: ترك.

فساد الإجارة، وعلى هذا إذا استأجر عبدًا كل شهر بأجر معلوم وطعامه أو استأجر دابة كل شهر بأجر معلوم وعلفها لا تجوز؛ لأن بعض الأجر مجهول ومعنى آخر من هذه المسائل أنه شرط شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأن طعام العبد المستأجر وعلف الدابة المستأجرة على الأجر على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ومثل هذا الشرط يوجب فساد الإجارة.

وفي «المتقى»: استأجر سيفًا شهرًا ليتقلد به أو استأجر قوسًا شهرًا ليرمي عنه يجوز، وإذا استأجر وتدًا ليتد به، ذكر هذه المسألة في «المتقى» بهذه العبارة [في موضع وذكر]^(١) أنه يجوز [وذكر في موضع آخر]^(٢) إذا استأجر وتدًا، ليعلق به بعض أمتعته لا تجوز هذه الإجارة.

ولو استأجر قومًا يحملون [الجنازة]^(٣) أو يغسلون ميتًا، فإن كان في موضع لا يجد من يغسله غير هؤلاء فلا أجر لهم، وإن كان ثمة أناس آخر غيرهم فلهم الأجر؛ لأن في الوجه الأول أقاموا فرضًا وهم متعينون له، ولا كذلك الوجه الثاني. إذا استأجر أرضًا لينصب فيها الشبكة للصيد جاز إن وقت ذكره والعيون. إذا استأجر أرضًا ليلبن فيها فالإجارة فاسدة؛ لأنها وقعت على العين، واللبن كله للبان^(٤) وعليه قيمة التراب إن كان له قيمة وأجرة الأرض وإن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع وكان في رفع التراب منفعة لرب الأرض فلا شيء عليه.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: للبان.

فهرس المحتويات

- ١١٦ في شراء المستقرض قضاء بحق نفسه
١٣٠ الفصل العاشر: في المتفرقات

كتاب الحوالة

- ١٣٩ الفصل الأول: بيان شرائط الحوالة وحكمها
١٤٩ الفصل الثاني: في بيان أنواع الحوالة
١٥٧ الفصل الثالث: في عود الدين إلى ذمة المحيل
١٥٩ الفصل الرابع: في بطلان الحوالة بعد وقوعها
صحيحة
١٦٢ الفصل الخامس: في المتفرقات

كتاب الصلح

- ١٧١ الفصل الأول: في بيان أنواع الصلح
١٧٣ الفصل الثاني: في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا يحتاج
١٧٤ الفصل الثالث: في بيان ما يصلح بدلاً ومبدلاً في الصلح وما لا يصلح
١٧٨ الفصل الرابع: في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز
١٨٤ في الصلح في الودعية والعارية
١٨٨ في الصلح في الغصب
١٩٣ في صلح العامل بيده
١٩٥ في الصلح عن الدين
٢٠٠ في الصلح والإبراء على الشرط
٢٠٥ في الصلح عن دعوى العقار
٢٠٨ الفصل الخامس: في صلح الأب والجد والوصي
٢١٢ الفصل السادس: في الصلح في السلم
٢١٤ الفصل السابع: في الصلح عن العين
٢١٩ الفصل الثامن: في الصلح عن العيب
٢٢١ الفصل التاسع: في الصلح على أن يحلف المدعى [عليه] وهو بريء من المال أو يحلف المدعى وأن على المدعى عليه ضمان المال
٢٢٣ الفصل العاشر: في الاستحقاق في الصلح
٢٢٤ الفصل الحادي عشر: فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وفيما لا يشترط
٢٢٨ الفصل الثاني عشر: في الصلح عن الظلة الشارعة
٢٣٢ الفصل الثالث عشر: في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال
٢٣٥ الفصل الرابع عشر: في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء
٢٣٧ الفصل الخامس عشر: في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح
٢٤٠ الفصل السادس عشر: في المتفرقات

كتاب الصرف

- ٥ الفصل الأول: في بيان شرط جوازه وحكمه
١٣ الفصل الثاني: في بيع الدرهم بالدرهم، والدينار بالدينار، والدرهم بالدينار
٢١ الفصل الثالث: في الرد بالعيب وخيار الرؤية بالاستحقاق في باب الصرف
٢٨ الفصل الرابع: في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه
٣٦ الفصل الخامس: في الصلح في الصرف
٤٠ الفصل السادس: في بيع الإئاء وزناً فيزيد أو ينقص
٤٢ الفصل السابع: في الوكالة بالصرف
٤٨ الفصل الثامن: في الاستبدال ببديل الصرف
٥٠ الفصل التاسع: فيما يكون قصاصاً ببديل الصرف وما لا يكون
٥٧ الفصل العاشر: في بيع الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه
٦٣ الفصل الحادي عشر: في الصرف والغصب والودعية
٦٨ الفصل الثاني عشر: في المتفرقات

كتاب المديونات

- ٧٥ الفصل الأول: فيما يجري بين الدائن والمديون
٨١ الفصل الثاني: في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المديون
٨٤ الفصل الثالث: في المديون يدفع المال إلى رجل وأمره أن يقضي به دينه
٨٤ الفصل الرابع: إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه
٨٦ الفصل الخامس: في المديون إذا أمر غيره أن يقضي دينه، ثم إن المديون قضى الدين لنفسه
٨٨ الفصل السادس: في المأمور بقضاء الدين إذا قال: وقبضت، وصدقه الأمر في ذلك وكذبه رب الدين
٨٩ الفصل السابع: في الرجل يأمر غيره بدفع المال إلى غيره فيرجع المأمور بذلك على الأمر أو لا يرجع
٩٦ الفصل الثامن: فيما يجري بين رب الدين وورثة المديون
٩٧ الفصل التاسع: في القرض والاستقراض
٩٨ في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز
١٠٢ في بيان ما يكره من القراض وما لا يكره
١٠٨ في هدية المستقرض ودعوته
١٠٩ في الرجحان في بدل القرض
١١٠ في تعيين المستقرض وانقطاعه
١١٢ في المستقرض أخذه المقرض في بلدة أخرى
١١٤ في الشرط في القرض

٣٨٧	الفصل السادس عشر: في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة
٣٩٣	الفصل السابع عشر: في نفقة المضارب
٤٠٠	الفصل الثامن عشر: فيما يشترط على المضارب من الشرط
٤٠٤	الفصل التاسع عشر: في المضارب يجد رأس المال أنقص وصفاً وقلداً
٤٠٧	الفصل العشرون: في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه ويدخل فيه ما إذا امتنع عن البيع حتى يجد ربحاً
٤١٠	الفصل الحادي والعشرون: في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة
٤١١	الفصل الثاني والعشرون: في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعاً وينفق الكرى من عند نفسه
٤١٣	الفصل الثالث والعشرون: في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه
٤١٥	الفصل الرابع والعشرون: في نهي رب المال المضارب عن التصرف
٤١٧	الفصل الخامس والعشرون: في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال، وبيع رب المال من المضارب ..
٤١٨	الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الإجازات

٤٢٦	الفصل الأول: في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها
٤٤١	الفصل الثاني: في بيان أنه متى يستحق الأجر
٤٤٩	الفصل الثالث: الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة
٤٤٩	الفصل الرابع: في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط ويدخل فيه بعض مسائل الشروط في الإجارة
٤٦٠	الفصل الخامس: في تصرف المؤجر في الأجر
٤٦٨	الفصل السادس: في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على المالك
٤٧٢	الفصل السابع: في إجارة المستأجر وإعارته
٤٧٧	الفصل الثامن: في انعقاد الإجارة بغير لفظة الإجارة وفي الحكم ببقاء الإجارة وانعقادها بما ينافيها ..
٤٨٥	الفصل التاسع: في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز
٤٩٢	في ما يفسد العقد فيه لمكان الجهالة
٤٩٢	نوع آخر يفسد العقد فيه
٥٠٣	في قفيز الطحان وما هو في معناه
٥١٠	في فساد الإجارة لكون المستأجر مشغولاً بغيره
٥٢٤	في الاستئجار على الطاعات
٥٢٦	في الاستئجار على المعاصي
٥٥١	فهرس المحتويات

كتاب الرهن

٢٤٩	الفصل الأول: في بيان شرائطه
٢٥٨	الفصل الثاني: في وضع الرهن على يدي العدل ..
٢٦٨	الفصل الثالث: في بيان الدين الذي يجوز الرهن به ..
٢٧١	الفصل الرابع: في هلاك الرهن بضمنان وغير ضمنان ..
٢٨٢	الفصل الخامس: في نفقة الرهن وأشباهها
٢٨٧	الفصل السادس: في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن
٢٩٦	الفصل السابع: في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى [فيه] والشهادة عليه
٣٠٤	الفصل الثامن: في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا يكلف ..
٣٠٨	الفصل التاسع: في استحقاق الرهن بعد الهلاك ..
٣١٠	الفصل العاشر: في الرهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض
٣١٤	الفصل الحادي عشر: في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد بعدما نقض الرهن وفي الراهن يموت وعليه ديون كثيرة
٣١٧	الفصل الثاني عشر: في رهن الأب والوصي
٣١٩	الفصل الثالث عشر: في الرجل يستعير من آخر شيئاً ليرهنه يديه
٣٢٢	الفصل الرابع عشر: في المتفرقات

كتاب المضاربة

٣٣٣	الفصل الأول: بيان شرائط المضاربة وجوازها ..
٣٤٢	الفصل الثاني: في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها
٣٤٦	الفصل الثالث: في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها ..
٣٥٠	الفصل الرابع: في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها ..
٣٥١	الفصل الخامس: في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا يجوز
٣٥٢	الفصل السادس: في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر
٣٥٣	الفصل السابع: في شرط الربح لثالث
٣٥٥	الفصل الثامن: في الرجل يدفع المال بعهده مضاربة وبعضه لا
٣٥٨	الفصل التاسع: في بيان ما يملكه المضارب، وما لا يملكه
٣٦٢	الفصل العاشر: في موت المضارب
٣٦٤	الفصل الحادي عشر: في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالا مضاربة، أو يدفع مال ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة
٣٦٦	الفصل الثاني عشر: في القسمة في المضاربة ..
٣٧٠	الفصل الثالث عشر: في العيب
٣٧٤	الفصل الرابع عشر: في الاختلاف بين رب المال والمضارب وإقامة البيينة على ما وقع فيه الاختلاف
٣٨٢	الفصل الخامس عشر: في هلاك مال المضاربة ..

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم التحيوي صابر يوسف طعيمة

المجلد الثاني عشر

يحتوي على:

تتمّة كتاب الإجازات - الشّعة - القسمة



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الإجازات]

الفصل العاشر

في بيان ما يجب على المستأجر وما يجب على الأجر

نفقة المستأجر على الأجر سواء كانت الأجرة عيناً أو منفعة، حتى إن من استأجر دابة إلى بغداد بسكنى بيت شهراً أو بخدمة عبد شهراً، أو استأجر عبداً بسكنى بيت شهراً، كان علف الدابة ونفقة العبد على الأجر، وهذا الحكم ظاهر إذا كانت الأجرة عيناً، مشكل فيما إذا كانت الأجرة منفعة؛ لأن الأجرة إذا كانت عيناً إنما تجب النفقة على الأجر مع أن المستأجر في قبض المستأجر؛ لأنه عامل لنفسه، وللأجر^(١) من حيث إنه يستوفي المنفعة وللأجر من حيث إنه يحصل له الأجر إلا أن ما يحصل للأجر غير ما يحصل للمستأجر؛ لأن الحاصل للأجر عين وللأجر^(٢) منفعة، والعين خير من المنفعة؛ لأن العين تبقى زمانين والمنفعة لا تبقى زمانين والباقي خير من الفاني فيترجح جانب الأجر على جانب المستأجر، وجعل المستأجر في القبض عاملاً للأجر من كل وجه، وصار المستأجر في القبض عاملاً من كل وجه فصار المستأجر بمنزلة المودع [فلهذا كانت النفقة]^(٣) على الأجر. أو لم يكن.

فأما إذا كان الأجر منفعة فلا يجوز رجحان أحد الجانبين على الآخر في قبض المستأجر فلا جرم يبقى ما كان على ما كان، والنفقة في الأصل كانت على المالك. فإذا لم يثبت الرجحان لأحد الجانبين في هذا القبض تبقى المنفعة على المالك، كما كان في الأصل وصار نفقة المستأجر في هذه الصورة نظير نفقة المرهون، [فإن نفقة المرهون]^(٤) تجب على الراهن، وإن كانت منفعة قبض المرهون مشتركة بين

(١) زاد في أ، ز: لنفسه.

(٢) في ز: والحاصل للمستأجر.

(٣) في ز: قليلاً كانت المنفعة.

(٤) سقط في ز.

الراهن وبين المرتهن، فإن الراهن بقبض المرتهن يصير موفياً دينه، والمرتهن بقبضه يصل إلى استيفاء الدين فإن قبض المرتهن يضرع الراهن فيحمله ذلك على قضاء الدين، ولا رجحان لأحد الجانبين على الآخر فيبقى ما كان على ما كان كذا ها هنا. وتطيين الدار، وإصلاح ميازيها وما كان^(١) [من]^(٢) بنائها [يكون على صاحب الدار، وكذلك كل ستري تركها يخل بالسكنى يكون]^(٣) على رب الدار دون المستأجر؛ لأن إصلاح الملك على المالك، ولا يجبر على ذلك، ولكن للمستأجر أن يخرج إذا لم يعمل؛ لأنه عيب حصل في المعقود عليه، ولا يجب على المالك إزالة العيب وللمستأجر ألا يرضى بذلك، وإن كان استأجرها وهي كذلك ورآها فلا خيار له؛ لأنه عقد مع العلم بالعيب فيلزمه.

قال: وإصلاح بئر الماء، وبئر البالوعة والمخرج على رب الدار وإن كان امتلاء من فعل المستأجر فلا يجبر على ذلك لما بينا، ولو انتقضت الإجارة وفي الدار تراب من كئسه فعليه أن يرفعه؛ لأنه اجتمع بفعله فصار بمنزلة متاع وضعه فيها^(٤)، وإن كان امتلاء خلائها ومجاريها من فعله، فالقياس أن يلزمه نقله؛ لأنه حدث بفعله كالرماد والتراب وإنما استحسنوا [وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة بين الناس]^(٥)، فيما كان مغيباً في الأرض [فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة]^(٦)، فالانتفاع به لا يحصل إلا من هذا الوجه.

وإن كان الانتفاع بالمجاري من حيث الأجر، وبالإبراء من حيث التخلي فيه إذا كانت المنفعة من هذا الوجه تحصل كان مستحقاً بالعقد، فلم يجب عليه نقله.

(١) في ز: هي.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: قال.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في أ، ز.

قال: وإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك [لم]^(١) يحسب له ما أنفق؛ لأنه فعل بغير أمر مالكة، فكان متبرعاً.

[إذا]^(٢) استأجر داراً فيها بئر ماء كان له أن يستقي من ماء البئر للوضوء وغيره بغير إذن صاحب الدار؛ لأن له حقاً في ماء البئر قبل [الإجارة]^(٣) على ما علم، فبعد الإجارة أولى، فإن وقعت في البئر فأرة أو نزلت بها آفة فليس على واحد [منهما]^(٤) إصلاحه.



(١) سقط في أ، ز.
(٢) سقط في أ، ز.
(٣) سقط في أ، ز.
(٤) سقط في أ، ز.

الفصل الحادي عشر

فيما يكون الأجير مسلمًا مع الفراغ منه^(١)

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله - رجل استأجر رجلاً ليخبز له خبزاً، فلما أخرج الخبز من التنور احترق من غير فعله، فلا ضمان عليه وله الأجر، وهكذا إذا كان الخباز يخبز في بيت المستأجر؛ وهذا؛ لأنه لما أخرج الخبز من التنور فقد أتم العمل؛ لأن عمله جعل الدقيق خبزاً، ومتى أخرجه من التنور صار منتفعًا به انتفاع الخبز، فتم عمله وصار مسلمًا لقيام يد المستأجر على الخبز؛ لأن الخبز في بيته، والبيت في يده، فيثبت يده على الخبز ضرورة ثبوت يده على البيت، وإذا صار مسلمًا وجب الأجر، فإذا هلك بعد ذلك فقد هلك بعد ما صار مسلمًا إلى المستأجر، فلهذا قال: وأما الأجير فلا ضمان عليه، أما عند أبي حنيفة فلا لأنه لم يهلك من عمله، وأما على قولهما فلا لأنه هلك بعد التسليم.

وذكر القدوري في شرحه في هذه المسألة أن عليه الضمان على قولهما؛ لأن العين مضمونة على الأجير بمنزلة المغصوب في يد الغاصب فلا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته، ثم على ما ذكر^(٢) القدوري إذا وجب الضمان عندهما كان لصاحب الدقيق الخيار إن شاء ضمنه دقيقًا مثل دقيقه، ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزًا وأعطاه الأجر [كله]^(٣).

قال القدوري في شرحه: ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما؛ لأن ذلك صار مستهلكًا قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان فهو رماد لا قيمة له، وإن لم يخرج من التنور حتى احترق، فلا أجر له؛ لأنه لم يتم العمل، فإن ما

(١) في أ: من.

(٢) في ز: ذكره.

(٣) سقط في أ، ز.

عمل غير منتفع به فصار كأنه لم يوجد أصلاً فلهذا [لم يجب] ^(١) الأجر .
 وفي القدوري: إذا استأجر رجلاً ليني له بناء في داره أو فيما هو في يده أو يحفر
 له بئراً أو قناة في داره [أو نهراً، فعمله] ^(٢) ولم يفرغ منه حتى انهدم البناء، وانهارت
 البئر فله من الأجر بحصة ما عمل؛ لأن العمل بقدر ما عمل وقع مسلماً؛ لأن محل
 العمل في يد المستأجر فيستحق الأجر، وإن كان ذلك في غير ملكه ولا هو في يده
 فلا أجر له حتى يفرغ منه ويسلمه إليه؛ لأن التسليم لم يوجد، فإن العمل في المحل
 [إنما] ^(٣) يعتبر مسلماً إلى المستأجر [على تقدير] ^(٤) كون المحل في يده .

وقال الحسن بن زياد رحمه الله: إذا أراه موضعاً من الصحراء ليحفر فيه بئراً فهو
 بمنزلة ما لو كان في ملكه ويده قال: وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه تثبت
 يده عليه بالتعيين؛ لأنه يثبت له ضرب خصوصية فيجعل بمنزلة الملك ^(٥) فيما
 بينهما .

وعن محمد أنه لا يصير قابضاً إلا [بالتخلية وهو الصحيح؛ لأنه وإن عين لم تثبت
 يده على المحل .

وفي «الأصل» يقول: ^(٦) إذا استأجر ليحفر له بئراً في الجبانة فحفرها فلا أجر له
 حتى يسلمها إلى صاحبه قال مشايخنا رحمهم الله: إن محمداً رحمه الله سلم هذه
 الإجارة ولم يشترط بيان موضع الحفر قالوا: وهذه إشارة إلى أن بيان الموضع في
 غير ملكه ليس بشرط .

قال في الأصل: إذا استأجر الرجل رجلاً ليضرب له لبناً في داره وعين الملبن، أو

(١) في أ، ز: وجب .

(٢) سقط في ز .

(٣) سقط في ز .

(٤) في أ، ز: بقدر .

(٥) في أ، ز: المالك .

(٦) سقط في أ، ز .

سمى ملبنا [معلوماً]^(١)، جازت الإجارة؛ لأنه استأجره لعمل معلوم، وإن لم يبين الملبن ولا يسمى ملبنا معلوماً، وإن كانت بلدة ملابنهم مختلفة وجميع الملبن في الاستعمال سواء فالإجارة فاسدة، وإن كانت بلدة لأهلها ملبن واحد وملبن مختلفة إلا أنه أغلب^(٢) استعمالهم واحد منها تجوز الإجارة؛ لأن الملبن معلوم في هذه الحالة عرفاً وإن لم يكن معلوماً شرطاً، فألبنه وأصاب المطر اللب فآفسده قبل أن يرفعه فلا أجر له، وإن كان يعمل في داره.

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً في داره فخاط بعض الثوب فسرق يستحق [الأجر]^(٣) بقدره.

وكذلك إذا استأجر حفاراً يحفر بئراً في داره فحفر بعضه [فانهار استحق]^(٤) الأجر بقدر ما حفر، وكذلك إذا استأجر بناءً ليبنى له بناء في أرضه فبنى البعض فانهدم، فإنه يستحق من الأجر بقدره.

والفرق بين هذه المسائل وبين مسألة الملبن^(٥): أن [في مسألة اللب قدر ما وجد من العمل]^(٦) أن وقع مسلماً إلى المستأجر من الوجه الذي صار مسلماً في تلك المسائل، إلا أن هذا القدر من العمل في مسألة اللب غير مقابل بالأجر؛ لأن الأجر مقابل بعمل التلبين، وهذا العمل من أعمال التلبين وليس بعمل تلبين؛ لأن التلبين لم يتم بعد^(٧).

ألا ترى أنه يحتاج إلى إحداث عمل آخر فيما عمل، وهو النصب والتسوية^(٨)

(١) سقط في ز.

(٢) في أ، ز: غلب.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: فإنه يستحق.

(٥) في أ: اللب.

(٦) في أ، ز: قدر ما وجد من العمل في مسألة اللب.

(٧) المحيط البرهاني (٧/٤٤٢).

(٨) في أ، ز: والإقامة.

فيكون ما يجد به من العمل فيما عمل إتمامًا^(١) للعمل الأول؛ لأنه يجعل^(٢) في محل عمل الأول فيكون إتمامًا لذلك [العمل]^(٣) وإذا لم يتم التلبين قبل النصب والإقامة والأجر مقابل بالتلبين لم يستحق شيئًا.

وإن كان يعمل في داره كما لو استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا في داره^(٤) فقطع الثوب، وقبل الخياطة سرق الثوب لا يستحق بإزاء ما عمل شيئًا وإن وقع ذلك القدر مسلمًا؛ لأنه يعمل في داره وإنما كان كذلك؛ لأن الأجر مشروط بمقابلة الخياطة، وما صنع ليس بخياطة إنما [هو]^(٥) عمل من أعمال الخياطة.

وكذلك إذا استأجر رجلًا ليخبز له دقيقًا معلومًا في داره فنخل الدقيق وعجن [ثم سرق]^(٦) قبل أن يخبزه لا يستحق أجرًا^(٧).

وكذلك لو أحرق الخبز في التنور قبل إخراجه من التنور لا أجر له، وإن كان يخبز في بيت المستأجر؛ لأن الأجر مقابل بالخبز ولم يوجد الخبز إنما وجد عمل من أعماله فكذا في مسألتنا. بخلاف ما إذا خاط بعض الثوب؛ لأن القدر الذي أتى به خياطة ألا ترى أنه لا يحتاج إلى فعل آخر [فيما خاط، فإنما يحتاج إلى إحداث فعل آخر في محل آخر مثل الأول وما يوجد من الفعل في محل]^(٨) لا يكون إتمامًا لما وجد من الفعل في محل آخر.

وكذلك قدر ما حفر [حفر]^(٩) تام، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى إحداث فعل آخر

(١) في أ، ز: إنما.

(٢) في أ، ز: يحصل.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: بيته.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ، ز: الأجر.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) سقط في أ، ز.

فيما حفر وفي البناء كذلك، فإذا^(١) تم الفعل الذي صار [الأجر]^(٢) به مقابلاً وقد وقع مسلماً إذا كان يعمل في داره استحق الأجر بقدره، وإن هلك بعد ذلك قياس مسألة اللبن من هذه المسائل أن لو أصابه المطر بعد ما نصبه بعد الجفاف ولم يشرحه فأصابه المطر فأفسده^(٣) فعلى قول أبي حنيفة: له الأجر إذا كان يعمل في داره. وعلى قولهما: لا أجر له ما لم يشرحه، وأجمعوا على أنه إذا لم يعمل في دار المستأجر لا يستحق الأجر وإن وجد هذه الأعمال ما لم يسلمه إلى المستأجر منصوباً عند أبي حنيفة.

وتشريحه^(٤): عندهما.

وحاصل الخلاف بينهم: أن التلين بماذا يتم؟

قال أبو حنيفة: بالنصب والتسوية بعد الجفاف.

[وقال أبو يوسف ومحمد]^(٥) بهذه الأشياء وبالتشريح أيضاً.

وفي «القدوري» الخياط إذا خاط في بيت المستأجر، فإن خاط بعضه لم يكن له أجر؛ لأنه لم ينتفع به وإن هلك فلا ضمان عليه فلم يوجب الأجر بخياطة بعض الثوب، وإنه يخالف ما ذكر في «الأصل»

قال في «القدوري»: وإن فرغ منه فله الأجر؛ لأنه صار مسلماً للعمل، وعلى قولهما^(٦): إذا هلك قبل الفراغ من العمل أو بعده قبل التسليم إلى المالك فهو ضامن، فالمحل مضمون في يد الأجير عندهما فلا يخرج عن الضمان إلا بالتسليم إلى المالك، فإذا هلك كان صاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه ولا أجر

(١) في أ، ز: وإنما.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في ز: فأفسد.

(٤) في أ، ز: وشرحه.

(٥) في أ، ز: وقالوا.

(٦) في أ، ز: هذا.

له، وإن شاء ضمنه [قيمته]^(١) مخيطةً وأعطاه الأجر.
 وفي الأصل: إذا استأجر رجلاً ليضرب له [لبناً بملبن]^(٢) معلوم فهو بمنزلة
 الخباز، وإخراجه من الأتون من تمام عمله حتى لو هلك قبل الإخراج بعد ما نضج
 وكف عنه فإنه لا أجر له؛ لأن غير اللبان لا يحسن إخراج ذلك من الأتون فكان
 كإخراج الخبز من التنور، ولو هلك بعد ما أخرج من الأتون فله الأجر كما في مسألة
 الخبز، وهذا إذا كان يعمل في دار المستأجر، وأما إذا كان يعمل في دار نفسه فلا
 أجر له حتى يسلمه إلى المالك كما في مسألة الخبز.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: البناء بملبن.

الفصل الثاني عشر

فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر

في «الوقاعات»: رجل دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه فقطعه ومات قبل أن يخيطه؛ قال عيسى بن أبان: لا أجر له؛ لأن الأجر مقابل بالخياطة والقطع ليس من الخياطة ولهذا لو أراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب بعد القطع قبل الخياطة، [فقال البائع: أنا أقبله كذلك فله ذلك ولو كان القطع بين الخياطة]^(١) لم يكن له ذلك كما لو خاطه.

وقال أبو سليمان: له أجر القطع؛ لأن الأجر مقابل باتخاذ الثوب والقطع من جملته.

وعن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة يذهب بها إلى منزله ويركبها إلى موضع قد سماه فدفعتها إليه وذهب بها إلى منزله ثم [بدا]^(٢) له ذلك فردها فعليه [من]^(٣) الأجر بحساب ما ذهب إلى منزله.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد في خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبضه^(٤) رب الثوب فلا أجر للخياط؛ لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل؛ لأنه لو أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتقه^(٥) فعليه أن يعيد العمل؛ وهذا؛ لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله فصار كأن لم يكن بخلاف ما إذا فتقه أجنبي؛ لأن فتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً، وكذلك الإسكافي^(٦)، على هذا.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: يقبض.

(٥) في أ، ز: فتق.

(٦) في أ، ز: الإسكاف.

وكذلك المكاري إذا حمل في بعض الطريق فخوفه فرجع فأعاد الحمل إلى الموضوع الأول لا أجر له، هكذا ذكر في الفتاوى ولم يذكر الجبر على الإعادة، وينبغي أن يجبر كما في المسائل المتقدمة ومسألة السفينة التي بعد هذا.

وكذلك الملاح، إذا حمل الطعام إلى موضع كذا المسمى^(١) في العقد فضربت الريح السفينة وردتها إلى مكان العقد فلا أجر للملاح إن لم يكن الذي اكتراها معه؛ لأن العمل لم يقع مسلماً إليه، وإذا لم يكن الذي اكترى معه حتى لم يجب الأجر لا يجبر الملاح على أن يعيد العمل وإن كان الملاح هو الذي رد السفينة أجبر على الإعادة إلى الموضوع المشروط، لما قلنا وإن كان الموضوع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فيه، فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه فيه ويكون له أجر مثله فيما سار هذا المسير؛ لأننا لو صححنا التسليم وأجبرنا رب الطعام على القبض لتلف المال عليه وقد أمكن صون ماله مع مراعاة حق صاحب السفينة بإيجاب أجر المثل له.

فإن قال الذي اكترى السفينة بعدما ردها الريح: لا حاجة لي في سفينتك، أنا أكثرى غيرها فله ذلك رواه هشام عن محمد رحمه الله.

ولو اكترى بغلاً إلى موضع معلوم فركبه فلما سار بعض الطريق جمع به فرده إلى موضعه، فعليه الأجر بقدر ما سار؛ لأن بذلك القدر صار مستوفياً المنفعة بنفسه فإن قال المستأجر للقاضي: مر صاحب البغل فليلغني^(٢) إلى حيث استأجرت وله [علي]^(٣) الذي شارطته عليه، قال: إن شاء الأجر^(٤) فعل ذلك وإلا قيل للمستأجر: استأجره إلى ذلك المكان الذي بلغت ثم هو يحملك من ثمة إلى حيث استأجرت هكذا رواه هشام عن محمد، قال: وعلى هذا السفينة.

(١) في أ، ز: مسمى.

(٢) في أ، ز: ليلغني.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: الأجير.

قال في الجامع الصغير: إذا استأجر الرجل رجلاً ليذهب إلى البصرة ويجيء بعياله فوجد بعضهم ميتاً فجاء بمن بقي فله^(١) من الأجر بحسابه؛ لأنه أوفاه بعض العمل فيجب من الأجر بحساب ذلك.

حكى^(٢) عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال: تأويل المسألة إذا كانت المؤنة قبل نقصان العدد أما إذا كانت مؤنة البعض^(٣) ومؤنة الكل سواء يجب جميع الأجر. وقال: وفيه أيضاً: رجل استأجر رجلاً ليذهب بكتاب له إلى فلان [بالبصرة]^(٤) ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً قد مات فرد الكتاب، فلا أجر له وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال محمد - رحمه الله - : له أجر الذهاب.

وقول أبي يوسف مضطرب.

واعلم بأن هنا مسألتان:

إحدهما: إذا استأجر رجلاً ليذهب بكتاب إلى البصرة إلى فلان ولم يشترط عليه المجيء بجوابه.

الثانية: أن يشترط عليه المجيء بجوابه ومحمد - رحمه الله - ذكر في الكتاب ما إذا اشترط^(٥) عليه المجيء بالجواب، ولم يذكر ما إذا لم يشترط عليه المجيء بالجواب ولا بد من ذكرهما فنقول: فيما إذا لم يشترط عليه المجيء بجوابه إذا ترك الكتاب ثمة حتى يوصل إليه إذا حضر إذا كان غائباً أو إلى قربته إن كان ميتاً فإنه يستحق الأجر كاملاً؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه إذ لا وسع له في الاتصال بأبلغ من هذا الوجه إذا وجد المرسل إليه غائباً أو ميتاً، وكذلك إذا وجد المرسل إليه ودفع

(١) في أ، ز: وله.

(٢) في ز: حتى حكى.

(٣) في أ، ز: النفسين.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ، ز: شرط.

الكتاب إليه فلم يقرأ حتى عاد من غير جواب فله الأجر؛ لأنه أتى بالمشروط عليه، وإن لم يجده أو وجده ولكن لم يدفع الكتاب إليه بل رد الكتاب، فعلى قول أبي حنيفة لا أجر له في الذهاب، وهو قول أبي يوسف.

وأجمعوا على أنه إذا استأجره^(١) ليذهب بطعام إلى البصرة إلى فلان، فذهب ولم يجد فلاناً أو وجده ولكن لم يدفع [الطعام]^(٢) إليه بل رده أنه لا أجر له.

وأجمعوا على أنه إذا استأجره ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة فذهب إلى البصرة فلم يجد المرسل إليه أو وجده إلا أنه لم يبلغه الرسالة ورجع فله الأجر.

وأجمعوا على أنه لو ذهب إلى فلان بالبصرة ولم يذهب بالكتاب أنه لا أجر له، وفيما إذا شرط عليه المجيء بجوابه إذا دفع إلى فلان وأتى بالجواب فله الأجر كاملاً؛ لأنه أوفى^(٣) جميع المعقود عليه، ولو كان المكتوب إليه غائباً فدفع إلى آخر ليدفعه إليه [أو دفع]^(٤) المكتوب إليه، فلم يقرأ ورجع هذا الرجل فله أجر الذهاب؛ لأنه استؤجر لإيصال الكتاب إليه وللمجيء بالجواب، وقد وجد الإيصال بقدر الإمكان ولم يوجد المجيء بالجواب فيجب أجر الإيصال.

ولو مزق الكتاب ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: أن عليه أجر الذهاب في قولهم ولا يفتى به؛ لأنه [قد]^(٥) أبطل عمله حيث مزقه وإن رد الكتاب، قال أبو حنيفة: لا شيء له من الأجر وقال محمد: له أجر الذهاب وقول أبي يوسف مضطرب.

محمد رحمه الله يقول: رد الكتاب حصل بإذن المستأجر دلالة فلا يسقط الأجر كما لو أذن له بذلك نصاً بأن قال: إن لم تجد فلاناً فأت إلي بالكتاب وإنما قلنا ذلك؛ لأنه ربما يكون [في الكتاب]^(٦) سرّاً لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه غير

(١) في أ، ز: استأجر.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: أدى.

(٤) في أ، ز: إلى.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز.

المرسل إليه، ومتى ترك الكتاب ثمة ربما يفتحه غيره فيطلع عليه فهذا الاعتبار يصير^(١) مأمورًا برد^(٢) الكتاب متى لم يجد فلانًا، وربما^(٣) لا يكون سرا فيكون مأمورًا بالترك هناك^(٤) إذا لم يجده حتى يوصل إليه إن كان غائبًا وإلى ورثته إن كان ميتًا.

وإذا لم ينص صاحب الكتاب على الترك ثم ولا على الرد ثانيًا دخل [كلا]^(٥) الأمرين تحت الإذن، كما في الرسالة فإن الرسول قد يكون مأمورًا بترك التبليغ إلى غير المرسل إليه بأن يكون سرًا لا يرضى أن يطلع عليه غير الرسول^(٦) والمرسل إليه، وربما لا يكون سرًا فيكون مأمورًا بالتبليغ إلى غير المرسل إليه إذا لم يجده حتى يبلغ [إليه]^(٧) متى حضر فيحصل مقصود المرسل فدخل كلا الأمرين تحت الإذن فكذلك هذا، وإذا كان كذلك صح قولنا: إن رد الكتاب حصل بإذن المستأجر [دلالة].

وهذا بخلاف ما لو كان المستأجر شيئًا^(٨) له حمل ومؤنة، فلم يجد المرسل إليه فرد ثانيًا؛ لأنه غير مأمور بهذا الرد من جهة المالك لا نصا ولا دلالة؛ لأنه لا ضرر^(٩) عليه متى ترك المحمول^(١٠) على يدي عدل^(١١) حتى يوصله إليه فلم يثبت الإذن بالرد دلالة بل الثابت دلالة من جهته النهي عن الرد حتى لا يضيع ما لحقه من

(١) في أ، ز: لا يكون.

(٢) في أ، ز: بترك.

(٣) زاد في أ، ز: كان.

(٤) في أ، ز: هنا.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في ز: المرسل.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) في أ، ز: ضرورة.

(١٠) في أ، ز: العمل.

(١١) في أ، ز: غيره.

المؤنة بخلاف الكتاب؛ لأنه ربما يكون فيه سر لا يرضى بأن يطلع عليه غيره، فإذا لم يأمره بالترك هناك يثبت^(١) الإذن بالرد إليه ثانيًا فبهذا تعلق محمد رحمه الله وإنه واضح.

وأما أبو حنيفة رحمه الله ذهب في ذلك إلى أن الرد حصل بغير إذن المالك نصًا ودلالة فلا يستحق الأجر قياسًا على ما إذا أمره بالترك هناك إذا لم يجده، وإنما قلنا: إنه حصل بغير إذنه نصًا؛ لأنه أمره بالإيصال إليه لا بالرد لا نصًا ولا دلالة؛ لأن الإذن بالرد لو ثبت دلالة [إنما يثبت]^(٢) لنوهم أن يكون في الكتاب سر لا يرضى أن يطلع عليه غيره، ولا يجوز أن يثبت الإذن بالرد دلالة من جهة المالك [بهذا]^(٣)؛ لأن الحال لا يخلو إما أن يكون الكتاب مختومًا أو غير مختوم، فإن كان مختومًا يجد عدلًا لا يفتح الختم ولا يطلع على ما فيه غير المرسل إليه وإن كان غير مختوم لا يكون فيه سر [فإذا أفسى]^(٤) السر فلا يتحقق الإذن بالترك هناك فلا يثبت الإذن بالرد دلالة بهذا السبب ولم^(٥) يأذن له بالرد^(٦) نصًا فكان الرد حاصلًا بغير إذنه وليس كالرسول وذلك؛ لأن الرجوع قبل التبليغ إلى غير المرسل إليه حصل بإذن المرسل دلالة؛ وذلك؛ لأنه ربما تكون الرسالة [سرًا]^(٧) لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه [أحد]^(٨) ولا يمكنه التبليغ إلى [المرسل إليه بحيث لا يطلع عليه]^(٩) غير المرسل إليه، فيصير مآذونًا بالرجوع من غير تبليغ إلى غير المرسل إليه دلالة فأما التبليغ في

(١) في أ، ز: ثبت.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: وإذا أمن من.

(٥) في أ، ز: ولا.

(٦) في أ، ز: بالإذن.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) سقط في ز.

(٩) سقط في أ، ز.

باب الكتاب بقدر الإمكان بأن يترك الكتاب ثمة ممكن^(١) من غير إفشاء ما فيه من السر بأن كان مختومًا، [وإن كان]^(٢) غير مختوم فلا يكون فيه سر فلا يثبت الإذن بالرد دلالة، فيكون الرد بغير إذن المالك فلا يستوجب الأجر كما لو كان المحمول شيئًا له حمل ومؤنة.

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح إجازات «الأصل»: وينبغي ألا يسلم الرسالة على مذهب أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن^(٣) الأجير يستحق الأجر على [المرسل لا على]^(٤) المرسل إليه؛ لأن الأجر إنما يستحق على العاقد والعاقد هو المرسل إليه.

وذكر الشيخ الإمام^(٥) علي البزدوي رحمه الله هذه المسألة في تعليقه، وذكر قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله.

وفي «نوادير هشام» عن محمد رحمه الله: رجل تكارى سفينة على أن يذهب بها إلى موضع كذا فيحمل له كذا، فيجيء به فذهب صاحب السفينة إلى ذلك الموضع فلم يجد ذلك الشيء ثم رجع قال: يلزمه كراء السفينة فارغة فإن قال: اكتريتها منك على أن تحمل لي الطعام من موضع كذا إلى هاهنا فذهب بها فلم يجد الطعام فرجع بالسفينة فلا شيء له من الكراء.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله في الدابة مثل هذا وصورته: رجل استأجر دابة من بغداد ليذهب [بها إلى المدائن ويحمل عليها طعامًا من المدائن، فذهب فلم يجد الطعام فإن على المستأجر أجر الذهاب، ولو استأجرها ليحمل عليها من المدائن ولم يستأجرها ليذهب]^(٦) من موضع العقد وباقي المسألة بحالها [فإنه لا

(١) في أ، ز: فيتمكن.

(٢) في أ، ز: أو.

(٣) في ز: ثم.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في ز: الإسلام.

(٦) سقط في أ، ز.

أجر^(١) عليه في الذهاب.

والفرق: أن في المسألة الأولى العقد انعقد على شيئين: على الذهاب إلى ذلك الموضع والحمل^(٢) منه إلى هاهنا، وقد ذهب إلى ذلك الموضع فقد استوفى بعض المعقود عليه فيجب الأجر بحصته.

وفي المسألة الثانية^(٣): العقد انعقد على شيء واحد وهو الحمل من ذلك الموضع إلى هاهنا ولم ينعقد على الذهاب إلى ذلك الموضع؛ لأن الذهاب غير مذكور ولم يوجد حمل الطعام من ذلك الموضع فلم يوجد استيفاء المعقود عليه أصلاً فلماذا لا يجب شيء من الأجر.

وعلى هاتين [المسألتين]^(٤) قسنا مسألة صارت واقعة للفتوى وصورتها: رجل اشترى من آخر شجرة في قرية واستأجر أجيرًا ليقلعها، فذهب به إلى موضع الشجرة ثم [إن]^(٥) البائع مع المشتري تقايلا البيع في الشجرة ولم يتهياً^(٦) قلع الشجرة على الأجر هل [يجب للأجير]^(٧) أجر الذهاب؟.

فقلنا: إن استأجرا الأجير^(٨) ليذهبوا إلى موضع الشجرة ويقلعوها فلهم أجر الذهاب؛ لأن العقد انعقد على شيئين: على الذهاب والقلع، فإن استأجرهم لقلع الشجرة ولم يتعرض للذهاب في العقد فلا أجر لهم.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله في شرح كتاب السير الكبير قبل باب هدية أهل الحرب أن من استأجر رجلاً ليحمل له طعاماً أو حطباً من

(١) في أ، ز: فإن الأجر.

(٢) في أ، ز: المحمول.

(٣) في أ، ز: الثالثة.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في أ، ز: يهياً.

(٧) في أ، ز: لهم.

(٨) في أ، ز: الآخر.

قريته إلى منزله في المصر فذهب الرجل ولم يجد الطعام والحطب له أجر الذهب .
وقال على مسألة ذكرها محمد رحمه الله في السير وصورتها: رجل من أهل
العسكر استأجر رجلاً ليأتي له من الطعام بالعلف من بعض المطامير، وسمى
مطمورة بعينها بأجرة معلومة فالإجارة جائزة؛ لأن مقدار العمل معلوم والأجرة
معلومة، فلو ذهب الأجير إلى تلك المطمورة ولم يجد فيها طعاماً ولا علفاً، ورجع
إلى المستأجر بغير شيء فله أجر الذهب يعني: حصة الذهب من المسمى، وإنه
يخالف مسألة مجموع النوازل.

وفي «النوازل»: رجل استكرى دابة إلى بلد ليحمل من هناك حمولاً به، فجاء
المكاري فقال: ذهبت فلم أجد الحمل فإن صدقه المستكري في ذلك، فعليه أجر
الذهب [خالياً]^(١) من غير حمل.

وقوله: إلى بلدة كذا بمنزلة قوله: ليذهب بها إلى بلدة كذا.

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر دابة في المصر ليحمل الدقيق من الطاحونة أو
ليحمل الحنطة من قرية كذا فذهب فلم يجد الحنطة قد طحنت أو لم يجد الحنطة في
القرية، فعاد إلى المصر ينظر^(٢): إن كان قال: استأجرت منك هذه الدابة من هذه
البلدة حتى أحمل الدقيق من طاحونة كذا، يجب نصف الأجر؛ لأن الإجارة وقعت
صحيحة من البلدة إلى الطاحونة من غير حمل شيء، فيجب نصف الأجر بالذهب
ثم الإجارة من الطاحونة [إلى البلدة إنما كانت بشرط حمل الدقيق ولم يوجد فلا
يجب الأجر، فأما إذا كان قال: استأجرت منك هذه الدابة بدرهم حتى أحمل الدقيق
من الطاحونة]^(٣) فهذا هنا لا يجب الأجر في الذهب.

وفي «فتاوى أهل سمرقند»: استأجر رجلاً ليذهب إلى موضع كذا ويدعو فلاناً

(١) سقط في أ، ز.

(٢) زاد في أ، ز: قال.

(٣) سقط في أ، ز.

بأجر مسمى فذهب الرجل إلى ذلك الموضع فلم يجد فلاناً، يجب الأجر.
وفي «فتاوى الأصل»: استأجر رجلاً ليقطع له الأشجار في قرية بعيدة، ولم
يتعرض للذهاب [والمجيء]^(١) فلا أجر على المستأجر في ذهابه ومجيئه؛ لأن
المعقود عليه العمل، وهو قطع الأشجار ولم يعمل في ذهابه ومجيئه.



(١) سقط في أ، ز.

الفصل الثالث عشر

في بيان الأعمال التي يمنع^(١) المستأجر منها والتي لا يمنع^(٢)

إذا^(٣) استأجر دارًا أو بيتًا و^(٤) لم يسم الذي يريد لها حتى جازت الإجارة استحسانًا لا قياسًا، على ما مر قبل هذا كان للمستأجر أن يسكنها؛ لأن الإجارة انصرفت إلى السكنى عرفًا، ولو انصرفت إلى السكنى نصًا كان له أن يسكنها وأن يسكنها من شاء؛ لأن الناس لا يتفاوتون، ولو وقع التفاوت كان يسيرًا فلا يعتبر فكذا هاهنا، وله أن يضع متاعه فيها؛ لأن هذا من جملة السكنى، وله أن يربط فيها دوابه. قال مشايخنا - رحمهم الله - : إنما يكون له ولاية ربط الدواب فيها، إذا كان فيها موضعًا معدًا لربط الدواب، فأما إذا لم يكن فليس له ولاية ربط الدواب فيها، وما ذكر فهو بناء على عرف ديارهم؛ [لأن عرف ديارهم]^(٥) الربط يكون في الدار لسعة دورهم، أما في ديارنا فخلافة.

وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل مما لا يضر بالبناء ولا يوهنه نحو الوضوء وغسل الثياب، أما كل عمل يضر بالبناء ويوهنه نحو الرحى والحدادة والقصارة فليس له ذلك إلا برضى صاحبه؛ لأن كل عمل هذا حاله فهو مستثنى عن الإجارة بحكم الشرط.

يوضحه أن الإجارة وضعت للانتفاع مع بقاء العين، فما يؤدي إلى فساد العين لا يكون داخلًا تحت الإجارة.

بعض مشايخنا قالوا: أراد بالرحى رحى الماء، ورحى الثور، لا رحى اليد، وبعض مشايخنا قالوا: يمنع عن الكل.

(١) في ز: يمتنع.

(٢) في ز: يمتنع.

(٣) في أ، ز: وإذا.

(٤) في أ، ز: أو.

(٥) سقط في ز.

وبعضهم قالوا: إن كان رحي اليد يضر بالبناء يمنع عنه وإن كان لا يضر بالبناء لا يمنع عنه، وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله وعليه الفتوى.

وأما كسر الحطب فيها فقد ذكر بعض مشايخنا - رحمهم الله - أنه لا يمنع عن المعتاد؛ لأنه من جملة السكنى، وبعضهم قالوا يمنع ويؤمر بالكسر خارج الدار؛ لأنه يؤثر في فساد البناء لا محالة، فلو أنه أقعد فيها قصارًا أو حدادًا أو عمل ذلك بنفسه فانهدم شيء من البناء ضمن [قيمة]^(١) ذلك؛ لأن الانهدام أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى؛ لأن مجرد السكنى لا يؤثر في الانهدام فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصارة؛ لأنها ليست بدخلة تحت العقد فيكون متعديًا فيها؛ فيضمن ما تلف بها ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان وإن [لم ينهدم]^(٢) شيء من البناء بعمل الحدادة والقصارة لا يجب الأجر قياسًا؛ لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت العقد.

ألا ترى أنه كان سبب الضمان وإذا لم يكن داخلًا [تحت]^(٣) العقد صار الحال فيه بعد العقد والحال قبل العقد سواء.

ويجب المسمى استحسانًا؛ لأن المعقود عليه السكنى، وفي الحدادة سكنى وزيادة فقد استوفى المعقود عليه وزيادة فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل أحد عشر وسلمت الدابة وهناك^(٤) يجب الأجر كذا هاهنا وإن اختلف الأجر والمستأجر في ذلك فقال المستأجر: استأجرت للحدادة، وقال الأجر: استأجرت للسكنى دون الحدادة، فالقول قول الأجر؛ لأنه لو أنكر الإجارة أصلاً كان القول قوله فكذا إذا أنكر الإجارة في نوع دون نوع، ولأن الحدادة

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، ز: انهدم.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: وهنا.

والقسارة مما لا يستحق بمطلق العقد، وإنما يستحق بالشرط والمستأجر يدعي زيادة شرط على مطلق العقد، والآجر ينكر والقول قول المنكر، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر؛ لأن المستأجر يثبت زيادة شرط.



ومما يتصل بهذه المسألة: إذا استأجر الرجل من آخر داراً على أن يقعد فيها حداً وأراد أن يقعد فيها قصاراً فله ذلك إن كانت مضرتهمما واحدة وإن كانت مضرة القصاراة أقل، وكذلك الرحي على هذا وإنما كان كذلك إذ ليس في ذلك على صاحب الدار زيادة ضرر لم يرض به، فإن قيل: ينبغي ألا يكون له ذلك؛ لأن هذا خلاف من حيث الجنس، وإن الحدادة مع القصاراة جنسان مختلفان فلا عبرة للضرر والمنفعة حالة الخلاف في الجنس، ألا ترى أن من وكل رجلاً بأن يبيع عبده بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز؛ لأنه خالف الجنس.

والجواب عنه أن المخالفة فيما نحن فيه في الصفة لا في الجنس؛ لأن أصل المعقود عليه في الموضوعين السكنى بالدار إلا أن السكنى تختلف والمخالفة متى كانت في الصفة لا في الجنس والعبرة للضرر والمنفعة وكان بمنزلة ما لو وكله بأن يبيع بألف زيوف فباع بألف جياذ وذلك جائز فكذا هاهنا.

تكراراً منزلاً أو داراً من رجل على أن يسكن فيها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها طعاماً حنطة أو^(١) شعيراً أو^(٢) تمرًا وغير ذلك فأراد رب الدار أن يمنعه عن ذلك، قال؛ لأنه يخرب الدار، قال: ليس له ذلك.

وعلى فقال:؛ لأن وضع هذه الأشياء من جملة السكن الذي يرتفق الناس بها من المساكن، فيكون داخلاً تحت العقد فلا يكون لصاحب الدار أن يمنعه من ذلك كما لا يمنعه من السكنى.

رجل استأجر داراً وحفر فيها بئراً للماء وليتوضأ فيها فعطب فيها إنسان ينظر: إن كان حفر بإذن رب الدار فلا ضمان كما لو حفر رب الدار بنفسه وهذا؛ لأنه غير متعد في الحفر بإذن رب الدار؛ [لأن]^(٣) لرب الدار حفره بنفسه فكان له الإذن بالحفر

(١) في أ، ز: و.

(٢) في أ، ز: و.

(٣) سقط في أ، ز.

والمسبب إذا لم يكن متعدياً في السبب لا يضمن، وإن كان قد حفر بغير إذن رب الدار فهو [ضامن؛ لأنه متعد في الحفر بغير إذن رب الدار]^(١)؛ لأنه حفر في موضع ليس له حق الحفر؛ [لأن الحفر]^(٢) تصرف في رقبة الدار، والمستأجر يملك التصرف في منفعة الدار لا في رقبته.

رجل استأجر من رجل حانوتاً [وحانوتاً]^(٣) آخر من رجل آخر، فنقب أحدهما إلى الآخر يرتفق بذلك فإنه يضمن ما أفسد من الحائط ويضمن أجر الحانوتين بتمامه، أما يضمن ما نقب من الحائط؛ لأنه نقب حائط غيره بغير أمره وعليه أجر الحانوتين كاملاً، وإن ضمن بعض ما استأجر.

فرق بين هذا وبين مسألة تأتي بعد هذا وصورتها: إذا استأجر بيتاً ولم يشترط أنه يقعد فيه قصاراً أو حداً فأقعد فيه قصاراً أو حداً حتى انهدم [شيء من البناء]^(٤)، قال: يضمن ما انهدم [ولا أجر]^(٥) عليه فيما ضمن، فقد أسقط عنه أجر ما ضمن في تلك المسألة ولم يسقط شيء من الأجر هاهنا، وإنما فعل هكذا؛ لأن النقب في مسألتنا لم يضر بالسكنى؛ لأنه نقب ليرتفق عليه لا ليضر بالسكنى، ألا ترى لو حصل مثل هذا بأقعد سماوية فإنه لا يجبر المستأجر إذا لم يضر بالسكنى وإذا لم يضر هذا النقب بالسكنى صار مستوفياً جميع المعقود عليه من ملك الأجر بتمامه فكان عليه جميع الأجر.

فأما في المسألة التي تأتي بعد هذا وضع المسألة إذا انهدم البيت كله [وانهدام البيت كله]^(٦) مما يضر بالسكنى.

-
- (١) سقط في ز.
 - (٢) سقط في ز.
 - (٣) سقط في أ، ز.
 - (٤) سقط في أ، ز.
 - (٥) في أ، ز: والأجر.
 - (٦) سقط في أ.

ألا ترى أنه لو حصل هذا بأقّة سماوية يجبر^(١) المستأجر [المشتري]^(٢)، فإذا حصل بفعل المستأجر وصار قدر ما ضمن ملكاً له من وقت العقد سقطت^(٣) حصته من الأجر؛ لأنه لم يستوف جميع ما ورد عليه العقد من ملك الأجر بل استوفى البعض من ملكه والبعض من ملك الأجر.

وإذا تَكَارَى منزلاً ولم يسم ما يعمل فيه فقعد فيه حداً أو قصاراً، فانهدم الدار من عمله فعليه ضمان ما انهدم وقد مرت هذه المسألة في أول هذا الفصل.

قال: ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأنه ملك المضمون بالضمان من وقت العقد؛ لأن سبب الضمان مجموع عمل الحدادة والقصارة لا الجزء الأخير^(٤) الذي حصل الانهدام عقيبه وإذا صار الانهدام مضافاً إلى الكل صار [هذا]^(٥) العمل من وقت العقد سبب ضمان فيملكه من ذلك الوقت، وإذا ملك المضمون من ذلك الوقت انقطعت^(٦) به الإجارة فيما ملك وصار متفعلاً بما ضمن بحكم الملك لا بحكم الإجارة، فلا يكون عليه الأجر فيما ضمن ولم يقل في «الكتاب» إنه هل يجب الأجر فيما لم يضمن، وهو الساجّة وينبغي أن يجب؛ لأن الامتناع الوجوب فيما ضمن لثبوت الملك فيما ضمن للمستأجر من وقت العقد ولم يثبت له الملك في الساجّة؛ [لأن الملك حكم الضمان ولا يجب الضمان في الساجّة]^(٧) وإن لم تنهدم الدار من عمله يجب الأجر استحساناً وقد مرّ وجهه في أول هذا الفصل.

وإذا ربط المستأجر دابته على باب الدار المستأجرة فضربت إنساناً فمات أو هدمت حائطاً قال: لا ضمان عليه؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق

(١) في أ: يخيّر.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ: سقط.

(٤) في أ: الأجير.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في أ: انقطع.

(٧) سقط في أ، ز.

المنزل عرفاً، والناس في عاداتهم يرتفقون بالمساكن، وإذا كان هذا من مرافق السكنى عرفاً ملكه المستأجر بالإجارة فلم يكن متعدياً في فعله ذلك فلا يصير ضامناً.

ولو أدخل صاحب الدار دابته في الدار المستأجرة أو ربطها على بابها فأوطأت إنساناً فهو ضامن إلا إذا فعل ذلك بإذن المستأجر أو دخل الدار متعمداً ليرم منها ما استرم.

وهذا؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق السكنى والسكنى بالإجارة صار للمستأجر فكذا ما كان من مرافقه وإذا صار للمستأجر لا يبقى للآجر فكان الآجر في هذا بعد ذلك^(١) والأجنبي سواء.

وهذا بخلاف ما لو أعار رجل داره [من رجل]^(٢) ثم إن المعير ربط دابته على باب الدار فضربت إنساناً أو هدمت جداراً فإنه لا ضمان؛ لأنه بعد الإعارة بقي للمعير ولاية ربط الدابة على بابها فلا يكون متعدياً في فعل ذلك.

إذا تكارى داراً من رجل شهراً بدرهم، وفي الدار بئر فأمر الآجر المستأجر أن يكنس البئر، ويخرج التراب منها [فأخرجه وألقاه]^(٣) في صحن الدار فعطب به إنسان فلا ضمان على المستأجر سواء أذن له رب الدار أن يلقي التراب في صحن الدار أو لم يأذن.

لأن وضع التراب على ظاهر الدار من جملة الانتفاع بالدار وللمستأجر ذلك؛ ألا ترى أن له أن يضع آنية نفسه وتراب نفسه في صحن الدار وكان له وضع التراب في صحن الدار أيضاً، وإذا كان كذلك لم يكن هو في هذا الفعل متعدياً فلا يضمن، كما لو وضع أمتعة أخرى لنفسه.

(١) في ز: تلك.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ: فأخرج، وفي ز: فأخرج وألقاها.

فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المستأجر بئراً [بغير إذن]^(١) رب الدار، والفرق: أن الحفر تصرف في رقة الدار وليس بانتفاع بالدار وب عقد الإجارة لا يملك التصرف في رقة الدار فمتى كان بغير إذن رب الدار كان متعدياً فيه فيضمن ما هلك به هذا إذا كنس المستأجر البئر فألقى الطين في صحن الدار وإن فعل الآجر ذلك وألقى الطين في صحن الدار فعطب به إنسان إن فعل ذلك بإذن المستأجر فلا ضمان عليه وإن فعل بغير إذن المستأجر فعليه الضمان.

والجواب [فيه نظير الجواب فيما]^(٢) إذا وضع متاعاً [آخر]^(٣) له في الدار المستأجرة فعطب به إنسان وهذا؛ لأن وضع الشيء في الدار من جملة الانتفاع بالدار والانتفاع بالدار صار للمستأجر بعقد الإجارة ولم يبق للآجر فيكون متعدياً فيما صنع؛ هذا إذا حصل إلقاء التراب في صحن الدار، وإن حصل الإلقاء خارج الدار في طريق المسلمين فعطب به إنسان، فالملقي ضامن^(٤) الآجر والمستأجر في ذلك على السواء وليس لواحد منهما شغل طريق المسلمين بالتراب وغيره.

رجلان استأجرا حانوتاً يعملان فيه^(٥) بأنفسهما، فاستأجر أحدهما أجيرو وأقعدته في الحانوت مع نفسه وأبى صاحبه [أن يدعه]^(٦)، قال: له أن يفعل في نصيبه ما شاء ما لم يدخل على شريكه [في نصيبه]^(٧) ضرر بين بأن يصير آخذاً شيئاً من نصيب صاحبه بيقين بأفعال أجراءه، وهذا؛ لأن كل واحد منهما ملك منفعة نصف الحانوت فكان لكل واحد نصف الانتفاع بالحانوت لا^(٨) الزيادة على ذلك [وإن]^(٩) أراد

(١) في أ، ز: بإذن.

(٢) في أ: فيما نظير فيه الجواب.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ، ز: من.

(٥) في أ: هما.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) في ز: لأن.

(٩) سقط في أ، ز.

أحدهما أن يبني وسط الحانوت بناء فليس له ذلك؛ لأنه تصرف في رقبة الحانوت وليس للمستأجر ذلك.

وإذا بنى المستأجر تنورًا أو كانونًا في الدار المستأجرة فاحترق بعض بيوت^(١) الجيران أو احترق بعض الدار لا ضمان عليه فعل بإذن رب الدار أو بغير إذنه؛ لأن هذا انتفاع بظاهر رقبة الدار [على]^(٢) وجه لا يغير هيئة^(٣) الباقي إلى نقصان بخلاف الحفر؛ لأنه تصرف في رقبة الدار وبخلاف البناء؛ لأنه يوجب تغيير هيئة^(٤) الباقي إلى نقصان فإن صنع المستأجر في نصب التنور شيئًا لا يصنعه الناس من ترك الاحتياط في وضعه أو أوقد نارًا لا يوقد مثله في التنور كان ضامنًا.

وذكر في شرح الطحاوي أن للمستأجر أن يعير ويودع، ويؤاجر، ذكر مطلقًا، وتأويلها إذا كان للمستأجر شيئًا لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، أما إذا كان شيئًا يتفاوت الناس في الانتفاع به، فليس له أن يؤاجر، ولا أن يعير حتى إن من استأجر دابة ليركبها بنفسه، ليس له أن يؤاجر غيره ولا أن يعيره.



(١) في أ: تنور.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: رقبة.

(٤) في أ، ز: رقبة.

الفصل الرابع عشر

في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحي

وعمارة الحمام في إصلاح قدره ومسيل مائه وما لا يمكن الانتفاع إلا به على الأجر؛ لأنها من مرافق الحمام فيكون في إصلاحها إصلاح الحمام، وإن شرط المرممة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن قدر المرممة يصير أجرة وإنه مجهول ولو شرط رب الحمام على المستأجر عشرة دراهم [في] ^(١) كل شهر لمرمته مع الأجر [وأذن له أن ينفقها عليه] ^(٢) كان جائزاً؛ لأن جميع الأجر معلوم، وهذا هو الحيلة لجواز الإجارة متى أراد أن يجعل بعض المرممة أن يبين قدر ما تحتاج إليه المرممة في الإجارة ثم يأمره بصرف ذلك إلى المرممة فيصير وكياً من جهته بالإنفاق عليه.

هكذا ذكر في الكتاب، ولم يحك خلافاً، من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز هذا التوكيل إذا لم يعين الأجر أو باعه الآلات؛ لأن المصروف إليه الدين يكون مجهولاً، وهذا يمنع جواز الوكالة على مذهبه لو كما قال: أسلم ما لي عليك من الدين، ولم يعين المسلم إليه ^(٣).

ومنهم من قال بأنه يجوز بلا خلاف فيحتاج أبو حنيفة إلى ^(٤) الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة البيوع.

ووجه الفرق له هو أن حالة التوكيل شراء الآلة واستئجار الأجير الأجرة غير واجبة حتى يكون أمراً [إياه] ^(٥) بصرف الدين إلى المجهول فلا يجوز، وإذا لم تكن الأجرة واجبة حالة التوكيل كان بمنزلة ما لو وكله بهذا قبل الإجارة، وقبل الإجارة لو وكله

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ: عليه.

(٤) في أ، ز: أن.

(٥) سقط في أ، ز.

بهذا جازت الوكالة له، وإن لم يعين بائع الآلة ولا الأجر إلا أنه ليس له على الوكيل دين حتى يصير أمراً له بصرف الدين إلى المجهول فجاز وكذلك هذا، بخلاف مسألة السلم؛ لأن الدين واجب حالة التوكيل، وإذا وكله بذلك ولم يعين المسلم إليه فقد أمره بصرف ما عليه من الدين إلى المجهول، فلم يجز.

كما لو قال: أد ما لي عليك [رجلاً]^(١) من عرض الناس حتى قالوا: لو كانت الأجرة واجبة وقت التوكيل يجب ألا يجوز على قول أبي حنيفة ما لم يعين الأجراء وباعة الآلات كما في [مسألة]^(٢) السلم.

وإذا قال المستأجر: قد رمت الحمام بها لم يصدق، والقول قول رب الحمام؛ [لأنه يدعي إيفاء ما عليه من الأجر ورب الحمام ينكر فيكون القول قول رب الحمام]^(٣) إلا أن يقيم البينة على ذلك، كما لو ادعى الإيفاء حقيقة، وإن أراد المستأجر أن يقبل قوله في ذلك من غير حجة، فالحيلة أن يدفع العشرة إلى رب الحمام ثم يدفعها رب الحمام [إليه]^(٤) ويأمره بإنفاقها في مرمة^(٥) الحمام، فيكون أميناً.

وحيلة أخرى لإسقاط الحجة عن المستأجر أن يجعلاً لمقدار^(٦) المرمة عدلاً حتى يكون القول قول العدل فيما ينفق؛ لأن العدل أمين.

وليس لرب الحمام أن يمنع المستأجر بثر الماء، ومسيل ماء الحمام وموضع سرقينه وإن [لم]^(٧) يشترط، وكذلك كل شيء لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بالحمام إلا به، فهو على ذلك.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ، ز: مدة.

(٦) في أ، ز: بمقدار.

(٧) سقط في ز.

وإنما كان كذلك؛ لأن هذه الأشياء من مرافق الحمام ومرافق المستأجر تدخل في الإجارة من غير شرط؛ ولأنه لا يتهيأ الانتفاع بالمستأجر إلا به كما يدخل الطريق. قال: ولو أن مسيل [ماء الحمام]^(١) امتلاً فإنه يجب على المستأجر تفرغ ذلك ظاهراً كان أو باطناً، إن كان ظاهراً فلا إشكال وإن كان باطناً فكذلك يجب على المستأجر، بخلاف البالوعة إذا امتلأت من جهة المستأجر فإن التفرغ يجب على الأجر.

ووجه الفرق: أن تفرغ مسيل الماء ممكن من غير نقض شيء من البناء؛ لأنه يكون مجصصاً مسقفاً يمكن [تنقيصه بالدخول]^(٢) فيه من غير نقض شيء من البناء فأشبهه ظاهر الأرض من هذا الوجه بخلاف بئر البالوعة؛ لأنه لا يمكن تفرغه إلا بنقض شيء من البناء ولا يملك المستأجر نقض شيء من البناء إنما يملكه رب الدار فجعل على رب الدار، وإن حصل التكفل^(٣) من جهته.

قال: ولو أن رب الحمام اشترط على المستأجر نقل الرماد والسرقين، فإن ذلك لا يفسد الإجارة؛ لأنه شرط في الإجارة ما تقتضيه الإجارة من غير شرط؛ لأن نقل الرماد والسرقين الذي اجتمع من عمل المستأجر عليه، فلا يوجب فساد الإجارة، وإن شرط على رب الحمام أوجب فساد الإجارة؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فيوجب فساد العقد.

قال: وإذا استأجر الرجل^(٤) من رجل حمامين أشهرًا مسماة كل [شهر]^(٥) بأجر معلوم فانهدم أحدهما، فهذا على وجهين: إما أن ينهدم أحدهما قبل القبض أو بعده، فإن انهدم أحدهما قبل القبض، كان المستأجر بالخيار فيما بقي إن شاء أخذ

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: الدخول بنفسه.

(٣) في أ، ز: الشغل.

(٤) في ز: رجل.

(٥) سقط في أ.

الباقى بحصته من الأجر وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة تفرقت على المستأجر قبل التمام فيما يوجب تسليمه جملة بحكم العقد فكان له الخيار فى الباقى، كما لو اشترى عباىن فهلك^(١) أحدهما قبل القبض كان له الخيار فى الباقى إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك فكذلك [هذا]^(٢).

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر حمامًا سنة بكذا فلم يسلم إلى المستأجر شهرين ثم سلم فى الباقى وأبى المستأجر فإنه يجبر على قبضه، والصفقة تفرقت على المستأجر قبل التمام ولم يثبت الخيار للمستأجر ثمة وأثبت هاهنا.

ووجه الفرق بينهما: أنه متى كان المستأجر حمامًا واحدًا ولم يسلم فى بعض المدة فإنما تفرقت الصفقة فى حق المنافع لا فى حق العين، [فإنه سلم العين]^(٣) كله؛ لأنه لم يفت من العين شيء وتفرقت التسليم فى حق المنافع لا يثبت للمستأجر خيارًا؛ لأنه^(٤) لم يستحق على الأجر تسليم المنافع جملة؛ لأنه ليس فى وسع الأجر ذلك وإنما [لا يستحق]^(٥) عليه تسليمه متفرقا على حسب ما يوجد ويفرق التسليم فيما لم يستحق تسليمه جملة لا يثبت للمستأجر خيارًا كما لو ملك أعيانًا بصفقات متفرقة.

فأما إذا هلك أحد الحمامين فقد تفرق على المستأجر تسليم ما استحق على الأجر جملة قبل التمام؛ لأنه يفرق التسليم فى حق العين وقد استحق على الأجر تسليم العين جملة، وتسليم العين جملة ممكن [و]^(٦) تفرق التسليم قبل التمام على العاقد فيما استحق تسليمه جملة يثبت له خيارًا، فقد فرق بين المسألتين من هذا الوجه،

(١) فى ز: وهلك.

(٢) سقط فى أ، ز.

(٣) سقط فى أ.

(٤) فى أ: إلا أنه.

(٥) فى أ، ز: استحق.

(٦) سقط فى أ.

هذا إذا انهدم أحدهما قبل القبض، [فأما إذا انهدم أحدهما بعد القبض]^(١) فلا خيار للمستأجر؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام على وجه لم يوجب تعيب الباقي، فإن انهدم أحدهما [لا]^(٢) يوجب خللاً في منفعة الباقي لتباين مرافقهما وتفرق الصفقة بعد التمام إذا لم يوجب تعيب الباقي لا يثبت للمستأجر خياراً.

كما لو اشترى عبيدين وقبضهما ثم هلك أحدهما بعد القبض قالوا: وعليه إشكال كان يجب أن يثبت الخيار هاهنا. وإن انهدم أحدهما بعد القبض؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام؛ لأن المنافع لم تصر مقبوضة بقبض الحمام ولا تتم الصفقة إلا بقبض المعقود عليه إلا أن الجواب عن هذا الإشكال ما ذكرنا أن الصفقة تفرقت قبل التمام في حق المنافع، أما في حق العين تفرق بعد التمام وتفرق الصفقة في حق المنافع لا يوجب للمستأجر خياراً على ما مر.

وتفرق التسليم فيما استحق تسليمه متفرقاً لا يثبت للعاقدة خياراً، أما إذا انهدم قبل القبض فقد تفرق التسليم في حق العين قبل التمام، وتفرق التسليم في حق العين يثبت للعاقدة خيار الفسخ؛ لأنه استحق تسليمه جملة لما كان في وسع الأجير^(٣) تسليمه جملة، هذا إذا كان المستأجر حمامين، فأما إذا كان المستأجر حماماً واحداً ثم انهدم بيت منها كان له الخيار سواء انهدم قبل القبض أو بعد القبض أما قبل القبض فله الخيار لوجهين:

أحدهما: أن الصفقة تفرقت في حق العين قبل التمام.

والثاني: أن انهدام بيت منها يوجب تعيباً في منفعة الباقي؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها منفعة الحمام إلا بالكل، وإن انهدم بعد القبض ثبت [له]^(٤) الخيار بسبب العيب؛ لأن انهدام بيت منها أوجب خللاً في منفعة الباقي، وإنه عيب حدث قبل القبض،

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ، ز: الأجير.

(٤) سقط في أ، ز.

فأثبت للمستأجر الخيار .

قال في الأصل : وإذا استأجر الرجل رحى بالبيت الذي هو فيه ومتاعها^(١) بعشرة دراهم كل شهر ثم طحن فيها طحينًا بثلاثين درهمًا في الشهر فربح عشرين ، هل تطيب له الزيادة أو لا؟ فهذا على وجهين : أما إن أصلح فيها شيئًا ينتفع به في الرحى بأن كرى نهرها أو نقب الحجر أو لم يصلح ، فإن لم يصلح فإن كان يلي الطحن بنفسه تطيب له الزيادة ؛ لأنه أجر الرحى ونفسه ، والزيادة على أجر الرحى يجعل بإزاء منفعة نفسه فيجوز .

وأما إذا كان رب الطعام هو الذي يلي الطحن بنفسه فإنه لا تطيب له الزيادة ؛ [لأنه ليس بإزاء الزيادة]^(٢) عوض فيكون ربح ما لم يضمن ، فلا تطيب [الزيادة]^(٣) ، وإن كان أصلح شيئًا فإنه تطيب له [الزيادة]^(٤) ، وإن كان لا يلي الطحن بنفسه ، وتجعل الزيادة بإزاء منفعة ما أصلح فلا يكون ربحًا فتطيب له [الزيادة]^(٥) .

وإذا استأجر [الرجل]^(٦) رحى [ماء]^(٧) على أن يطحن فيها [حنطة فطحن فيها]^(٨) غير الحنطة هل يصير مخالفًا؟ إن كان ضرر ما يطحن مثل ضرر الحنطة أو دونه لا يكون مخالفًا ؛ لأنه خلاف صورة لا معنى وإن كان في الضرر فوق ضرر الحنطة يكون مخالفًا فيعتبر فيه أحكام الغصب .

قال : وإذا استأجر رحى من رجل وبيتًا من [رجل]^(٩) آخر وبعيرًا من آخر

(١) في أ: ومتاعًا .

(٢) سقط في أ .

(٣) سقط في أ ، ز .

(٤) سقط في أ ، ز .

(٥) سقط في أ ، ز .

(٦) سقط في أ ، ز .

(٧) سقط في أ ، ز .

(٨) سقط في أ ، ز .

(٩) سقط في أ ، ز .

واستأجر الكل صفقة واحدة كل شهر بأجر معلوم وأجروا ذلك فهو جائز؛ لأنه لو أفرد العقد على [كل] ^(١) واحد من هذه الأشياء جاز وكذا إذا جمع بين الكل في عقد واحد وصار كما لو اشترى هذه الأشياء جملة منهم صفقة واحدة وإنه يجوز ويقسم الثمن بينهم على [قدر] ^(٢) قيم ^(٣) أموالهم فكذا هذا فإن لم يؤجروا ولكن اشتركوا على أن يكون من عند أحدهم الرحي ومن الآخر البيت ومن [الثالث البعير] ^(٤) على أن يؤجروا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء كان بينهم أثلاثاً كانت هذه شركة فاسدة.

قال: وإذا كان لرجل بيت ونهر ورحي ومتاعها فانكسر الحجر الأعلى فجاء رجل فنصب مكانه حجراً بغير أمر صاحبه وجعل يطحن للناس بأجر معلوم، ويتقبل الطعام بالأجر فهو مسيء في ذلك ولا أجر عليه؛ لأنه غاصب لما عدا الحجر الأعلى والغاصب إذا أجر ما غصب لا أجر عليه، والأجر يكون له، ويكون مسيئاً فكذلك هذا.

ولو كان وضع [الحجر] ^(٥) الأعلى برضا صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان وعلى أن يعملأ بأنفسهما كان هذا مثل الباب الأول يعني [متى] ^(٦) أجروا الحجر الأعلى كان جميع الأجر لصاحب الحجر الأعلى وإن تقبل كل واحد منهم، فهو بينهم.

قال: ولو أن رجلاً بنى على نهر بيتاً ونصب فيه رجل [رحي] ^(٧) بغير رضا

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ز: قيمة.

(٤) في أ، ز: الآخر الجمل.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ز.

صاحب النهر ثم تقبل الطعام [وطحنه وكسب]^(١) مالا كان الكسب له؛ لأنه هو العاقد للإجارة فيكون الأجرة له ويصير غاصبا لأرضه فتعتبر فيه أحكام الغصب فيضمن ما انتقص من أرضه كغاصب الأرض، ولكن لا يضمن الماء؛ لأن الماء قبل الإحراز غير مملوك لصاحب النهر فلا يضمن للماء شيئا.



(١) في ز: واكتسب.

الفصل الخامس^(١) عشر

في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذرًا وما لا يصلح

الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا؛ لأن الفسخ في باب الإجارة امتناع عن القبول من وجه، وفسخ لعقد منعقد من وجه؛ لأن الإجارة في حق المعقود عليه، وهو المنافع يتجدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، وفي حق الأجرة يعتبر منعقدًا في الحال؛ لأنه ضرورة في حق الأجرة، وإنما تأخر وقوع الملك في الأجرة [لا لعدم]^(٢) انعقاد العقد في حقه للحال بل ضرورة تأخر الملك في المنفعة تحقيقًا للتساوي؛ ولهذا قلنا: إن الأجرة تملك بالتعجيل أو باشتراط التعجيل، ولو لم يكن العقد منعقدًا في طرف الأجرة، لما ملكت بالتعجيل [أو اشتراط]^(٣) التعجيل [كما إذا]^(٤) أضيفت إلى وقت ثان.

وإذا اعتبرت الإجارة منعقدة في الحال في حق الأجرة، وفي حق المنافع يعتبر متجددًا انعقادها ساعة فساعة كان الفسخ امتناعًا عن القبول من وجه فسحًا لعقد منعقد من وجه فعملنا بهما في الحالين، فاعتبرناه امتناعًا عن القبول حال عذر تمكن في العاقد فجوزناه من غير قضاء، و[لا]^(٥) رضا صاحبه على ما عليه^(٦) إشارات «الأصل» و«الجامع الصغير»، و[و]^(٧) اعتبرناه فسحًا لعقد منعقد حال عدم العذر فلم نجوزه بغير رضا صاحبه توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبهة الامتناع عن القبول حالة عدم العذر؛ لأننا لو أظهرنا شبهة الامتناع عن القبول حال عدم العذر، يلزمنا إظهاره حال العذر بطريق الأولى فحيثئذ يتعطل العمل

(١) في ز: الرابع.

(٢) في أ: لانعدام.

(٣) في ز: إذا اشترط.

(٤) في أ، ز: كيف لو.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ: فيه.

(٧) سقط في أ، ز.

بالشبهين فعملنا على الوجه الذي قلنا؛ ليمكننا العمل بالشبهين.

واستقبح محمد رحمه الله قول من يقول: بأن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار، فقال: أرأيت لو أن رجلاً أمر رجلاً ليقلع سنه لوجع أصابه، أو استأجر [رجلاً]^(١) ليقطع يده لأكلة وقعت فيها، فسكن الوجع وبرأت اليد أيجبر المستأجر على المضي على الإجارة والتمكين من قلع السن وقطع اليد، أرأيت إذا استأجر رجلاً ليتخذ له وليمة لعرس، فماتت [العروس]^(٢) أيجبر المستأجر على المضي؟ لا شك أنه لا يجبر، لما في المضي من الضرر^(٣)، [وإنه]^(٤) قبيح.

ثم العذر إذا تحقق تنفسخ الإجارة بنفس العذر أو تحتاج فيه إلى الفسخ؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا نصاً في شيء من الكتب وإشارات الكتب متعارضة، في بعضها يشير [إلى]^(٥) أنها تنفسخ^(٦) بنفس العذر، وبه أخذ بعض المشايخ، وفي عامتها يشير [إلى]^(٧) أنها يحتاج فيه إلى الفسخ، وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح.

ومن المشايخ من قال: كل عذر يمنع المضي في موجب العقد شرعاً، تنتقض الإجارة بنفسه ولا تحتاج فيه إلى الفسخ كما في مسألة الأكلة وقلع السنّ، فإن بعد ما برأت اليد وسكن الوجع لا يجوز قلع السنّ وقطع اليد فلا فائدة في إيفاء العقد فينتقض ضرورة، وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعاً ولكنه يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ، ثم [إذا]^(٨) احتيج إلى الفسخ على ما عليه إشارات عامة الكتب [هل]^(٩) ينفرد صاحب العذر بالفسخ أو يحتاج فيه إلى قضاء القاضي أو رضا

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ، ز: العذر.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في أ، ز: لم تنفسخ.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) سقط في أ، ز.

العاقِد الآخر؟

ذكر في الزيادات أنه يشترط القضاء أو^(١) الرضا.

وأشار في الجامع الصغير وفي الأصل أنه لا يشترط القضاء أو الرضا من شرط النقص من المشايخ اختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا: ما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه كما إذا لحق الأجر دين، وهو يدعي أنه لا وفاء له إلا من ثمن الدار ويحتمل أن له وفاء بغير الدار المستأجرة، فيحتاج فيه إلى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء.

وما ذكر في الأصل والجامع الصغير محمول على ما إذا كان العذر أمرًا واضحًا لا اشتباه فيه، فلا يحتاج فيه إلى القضاء ومنهم الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والشيخ الإمام فخر الإسلام على البزدوي رحمهم الله.

وصحح شيخ الإسلام الرواية المطلقة وصحح شمس الأئمة الحلواني في مسألة الدين إذا باع المستأجر المتأجر بعذر^(٢) الدين رواية الزيادات وهكذا ذكر فخر الإسلام أن في الدين يفتى برواية الزيادات وفيما عدا الدين يفتى بعامة الروايات، وهكذا كان يفتى الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله.

وجه رواية الجامع الصغير والأصل: أن هذا في معنى العيب قبل القبض فإن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار حقيقة، والعيب قبل القبض يوجب الفسخ من غير قضاء ولا رضا كما في بيع الغبن.

وجه رواية الزيادات: أن هذا إن كان في معنى العيب قبل القبض حقيقة كما قلتم فهو في معنى العيب بعد القبض حكمًا فإن أقيم قبض الدار مقام قبض المنفعة في حق تمام العقد فيشترط فيه القضاء أو الرضا.

إذا حدث في العين المستأجرة عيب لا يوجب [خللاً]^(٣) في المنافع، وإذا لم

(١) في أ: و.

(٢) في أ: بقدر.

(٣) سقط في أ.

يكن خللاً في المنافع لم يكن للمستأجر عيب أن يفسخ العقد به، وذلك نحو العبد المستأجر للخدمة إذا ذهب^(١) إحدى عينيه، وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره، أو يسقط حائطاً من الدار لا ينتفع به في سكنها، وهذا؛ لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة فإذا لم يتمكن الخلل في المنافع كان المعقود عليه قائماً من كل وجه فلا معنى لإثبات الخيار، وإن كان العيب يوجب خللاً في المنافع كالعبد إذا مرض والدابة إذا دبرت، والدار إذا انهدم بعض بنائها^(٢) حتى أوجب نقصاناً في سكنى الباقي كان للمستأجر أن يفسخ العقد؛ لأنه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه على الوجه المستحق بالعقد لتمكن الخلل فيه، فإن شاء رضي بالخلل واستوفاه كذلك، وإن شاء فسخ العقد.

وإن بنى المؤاجر ما سقط من الدار قبل فسخ المستأجر فلا خيار للمستأجر؛ لأن الخلل قد ارتفع والعقد يتجدد انعقاده على حسب المنافع فلم يتمكن الخلل في المعقود عليه في العقد الآتي فلا يكون له حق الفسخ ولو كان المؤاجر غائباً فليس للمستأجر أن يفسخ؛ لأن هذا رد بالعيب وحضور العاقدين شرط صحة الرد بالعيب عرف ذلك في كتاب البيوع.

ولو سقطت الدار كلها فله أن يخرج، سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فهذا إشارة إلى أن عقد الإجارة يفسخ بانهدام الدار، فإنه قال: فللمستأجر أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً، ولو لم يفسخ العقد واحتيج في الفسخ إلى حضرة صاحبه، كما في المسألة المتقدمة.

وهذا فصل اختلف أصحابنا فيه، بعضهم قالوا: يفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى، وانقطاع الشرب عن الأرض إذا كان لا يمكنه أن يزرع، واستدل هذا القائل باللفظ الذي ذكرنا.

(١) في أ، ز: ذهب.

(٢) في أ، ز: بنائها.

وبه كان يفتي شيخ الإسلام وشمس الأئمة رحمهما الله ولكن يثبت للمستأجر حق الفسخ بغيبة الأجير .

ومنهم من قال: لا يفسخ العقد بانهدام الدار، واستدل هذا القائل بما [ذكر محمد في كتاب الصلح أنه إذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم يفسخ الصلح . واستدلوا أيضًا بما]^(١) روى هشام عن محمد رحمه الله فيمن استأجر بيتًا فانهدم ثم بناه الأجير فليس للمستأجر أن يمتنع ولا الأجير فهذا إشارة إلى أن العقد لا يفسخ بانهدام الدار؛ وهذا؛ لأن المنفعة ما فاتت من كل وجه، [فإن الانتفاع بالعرصة ممكن من وجه بأن ينصب خيمة فيها أو إن فاتت المنفعة من كل وجه، إلا]^(٢) أنها^(٣) ما فاتت على وجه التأييد إنما فاتت على وجه يحتمل العود فأشبهه إباق العبد المستأجر، وذلك لا يوجب انفساخ العقد .

ونصّ في إجازات «الأصل» في باب الرحي [أن الإجارة في^(٤) الرحي]^(٥) لا تنفسخ بانقطاع الماء عنها .

وفي «فتاوى الفضلي»: المؤاجر إذا نقض الدار المستأجرة برضا المستأجر أو بغير رضاه لا تنتقض الإجارة؛ لأن الأصل باق .

[قال]^(٦): وهذا بمنزلة ما لو غصب الدار المستأجرة من المستأجر، وهناك لا تنتقض الإجارة، بل يسقط الأجر عن المستأجر ما دامت الدار في يد الغاصب ومن المشايخ من قال: يفسخ العقد بانهدام الدار ثم يعود بالبناء ومثل هذا جائز . ألا ترى أن الشاة المباعة إذا ماتت في يد البائع يفسخ العقد، ثم إذا دبغ جلدها

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في ز: لأنها.

(٤) زاد في ز: باب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ز.

يعود العقد بقدره كذا هاهنا .

وإن بنى المؤاجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ [العقد]^(١) إن شاء هكذا ذكر في «النوادر» وإنه يخالف راوية هشام عن محمد رحمه الله في مسألة البيت .

ووجه هذه الرواية أن التغير^(٢) قائم فيها؛ لأن الدار إذا كانت جديدة تكون أبرد في بعض الأوقات وأحر في بعضها وعلى قياس هذه الرواية ينبغي أن يكون للمستأجر حق الفسخ إذا سقط بعض البناء وبناءه الآخر قبل الفسخ، ويجوز أن يكون بينهما فرق فيتأمل عند الفتوى .

وقال محمد - رحمه الله - في السفينة المستأجرة: إذا نقضت وصارت ألواحًا، ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر، قال محمد رحمه الله: ولا يشبه هذا الدار؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى، ألا ترى أن من غصب من آخر ألواحًا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك، وأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها .

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر دارًا وقبضها، فانهدم بيت [منها]^(٣) يرفع عنه من الأجر بحصته ولا يؤخذ واحد منهما ببنيانه .
وإذا استأجر غلامًا لخدمته في المصر ثم أراد المستأجر أن يسافر فهذا عذر له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه إلا بحبس نفسه [في المصر]^(٤)؛ إذ لا يمكنه أن يخرج بالعبد؛ لأن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر، وحبس نفسه في مكان بعينه^(٥) عقوبة فيصير عذرًا له في فسخ الإجارة، وأما إذا استأجره لخدمته

(١) سقط في أ، ز .

(٢) في ز: العين .

(٣) سقط في أ، ز .

(٤) سقط في أ، ز .

(٥) في أ، ز: الغربية .

مطلقًا ولم يقيده بالمصر، ثم أراد المستأجر أن يسافر هل يكون له عذر في فسخ الإجارة؟ فهذه المسألة تنبني على مسألة أخرى أن من استأجر عبدًا في المصر للخدمة هل له أن يسافر به؟ إن لم يكن له أن يسافر به كان عذرًا [له] (١)، وإن كان له أن يسافر به لم يكن عذرًا وستأتي المسألة في فصل الاستئجار للخدمة.

فإن قال المؤاجر للقاضي: إنه لا يريد السفر، ولكنه يريد فسخ الإجارة، وقال المستأجر: أنا أريد السفر، فالقاضي (٢) يقول للمستأجر: مع من تخرج فإن قال: مع فلان وفلان، فالقاضي يسألهم أن فلانًا هل يخرج معكم؟ وهل استعداد للخروج؟ فإن قالوا: نعم ثبت العذر وما لا فلا؛ وهذا؛ لأن الخروج لا بد له من الاستعداد قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً﴾ (٣).

وبعض مشايخنا قالوا: القاضي يحكم بزيه وثيابه فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرًا وهذا؛ [لأن] (٤) الزي والسيما حجة يجب العمل بها عند اشتباه الحال على ما عرف في موضعه.

وبعضهم قالوا: إذا أنكر الأجر السفر، فالقول قوله. وبعضهم قالوا: القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت [على السفر] (٥)، وإليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله.

وكذلك لو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله إنك قد خرجت قاصدًا إلى الموضع الذي ذكرت، ولو أراد ربّ العبد أن يسافر لا يكون ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة؛ لأنه (٦) يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في مكان معين بأن

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: أن.

(٣) سورة التوبة آية: ٤٦ .

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في أ: لا.

يخرج إلى السفر، ويخلي بين المستأجر وبين العبد.
ونظير هذه المسألة إذا استأجر من آخر داراً ليسكنها ثم عزم على السفر، [لا يكون ذلك عذراً]^(١) له في فسخ الإجارة.

وإذا استأجر حانوتاً في سوق ليعمل فيه عملاً مثلاً بزازي، فالحقه دين أو أفلس، وقام عن السوق، فهذا عذر في فسخ الإجارة؛ لأنه فات ما هو المقصود من هذه الإجارة؛ لأن المقصود منها أن يتجر في هذا الحانوت ولا يمكنه ذلك بعد الإفلاس، وبعد ما لحقه الديون؛ لأن الغرماء يأخذون الأموال منه، ويمنعونه عن التصرف فيها^(٢).

ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن أراد المستأجر أن يتحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص، ويعمل ذلك العمل لم يكن^(٣) ذلك عذراً؛ لأن ما هو المقصود من هذه الإجارة لم يفت واستيفاء ما وقع عليه العقد ممكن من غير أن يلحق المستأجر ضرر، ولكن يفوته [نفع]^(٤) طمعه، إلا أن تحصيل النفع ليس بواجب إنما الواجب دفع الضرر.

ولو أراد أن يقوم من هذا العمل ويعمل عملاً آخر ذكر في «الفتاوى الصغرى» أن هذا عذر.

[و]^(٥) فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر غلاماً ليعمل له عمل الخياطة، ثم بدا له أن يأخذ في عمل آخر، فإن ذلك ليس بعذر؛ لأنه [لا]^(٦) يمكنه أن يحمل^(٧) الغلام

(١) في أ، ز: فإن ذلك عذر.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٥٠٠).

(٣) زاد في ز: له.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ، ز: يفقد.

في ناحية الدكان يعمل له عمل الخياطة وهو في ناحية [أخرى]^(١) يعمل عملاً آخر بخلاف [ما]^(٢) إذا كان يعمل بنفسه .

وذكر في فتاوى «الأصل»: هذه المسألة على التفصيل فقال: إن تهيأ له العمل الثاني على ذلك الدكان ليس له النقص؛ لأنه لم يتحقق الضرر^(٣) وإن لم يتهيأ فله النقص؛ لأنه يتحقق العذر، وذكر في «الجامع الصغير»^(٤) مطلقاً أنه ليس بعذر، [كما ذكر في «الفتاوى الصغير»]^(٥)، ومسألة «الجامع الصغير» تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

المؤاجر^(٦) إذا وجد زيادة على الأجرة لا يكون ذلك عذراً له في فسخ الإجارة؛ لأنه [لا]^(٧) يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلزمه إنما يفوته نوع نفع [طمعه]^(٨) غير أنه لا عبرة لفوات المنفعة على ما مرَّ .

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: رجل ساكن في قرية استأجر أرضاً في قرية أخرى ثم بدا له أن يترك هذه الأرض، ويزرع أرضاً أخرى في قرية أخرى قال: إن كان بينهما مسيرة سفر كان عذراً له في فسخ الإجارة، وما لا فلا؛ وهذا؛ لأن المسافة إذا كانت بعيدة يلحقه الضرر، وإذا كانت قريبة لا يلحقه الضرر، وقدرت البعيدة بمسيرة [السفر]^(٩) .

وإذا لحق الأجر دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن الدار المستأجرة، فهذا عذر في

(١) سقط في أ، ز .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ز: العذر .

(٤) سقط في ز .

(٥) سقط في أ، ز .

(٦) في أ، ز: الأجر .

(٧) سقط في أ، ز .

(٨) سقط في أ، ز .

(٩) سقط في أ .

فسخ الإجارة؛ لأنه لا يمكنه إيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه، وهو الحبس، فإنه يحبس لو امتنع عن البيع وإيفاء الثمن فيصير ذلك عذرًا له في فسخ الإجارة.

فإن قيل: ينبغي ألا يحبس القاضي إذا^(١) تعلق بماله حق المستأجر، ويؤخر الحبس إلى أن تنقضي مدة الإجارة، قلنا: القاضي لا يصدقه في أنه لا وفاء له إلا [من]^(٢) ثمن المستأجر فيحبسه لهذا.

وينبغي للأجر أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وليس للأجر أن يفسخ بنفسه، وقد مرّ هذا.

ثم إذا رفع الأجر الأمر إلى القاضي إن طلب من القاضي أن ينقض الإجارة فالقاضي لا ينقضها؛ لأنه [لا حق للأجر]^(٣) في نقض الإجارة، إنما حقه في البيع قضاء لدينه وتخليصًا لرقبته، فلو نقض القاضي الإجارة بطلبه ربما لا يتفق البيع بعد ذلك أو يكون احتياليًا [فيصير النقض]^(٤) مقصودًا، ويبطل حق المستأجر، وإنه لا يجوز، وإن طلب من القاضي أن يبيع المستأجر بنفسه أو بأمر الأجر^(٥) أو غيره بالبيع، أجابه القاضي إلى ذلك، وهذا الجواب إنما يتأتى على ظاهر الرواية؛ لأن حق المستأجر لا يمنع البيع [ولكن يمنع]^(٦) التسليم.

وللمشتري الخيار بين أن يتربص إلى أن تمضي الإجارة، وبين أن يرفع الأمر إلى القاضي، ويطلب التسليم أو الفسخ، وإذا رفع الأمر إلى القاضي، وأثبت البائع الدين بالبيئة، فالقاضي يمضي البيع ويتضمن ذلك نقض الإجارة ويأخذ الثمن من المشتري ويسلمه إلى الغريم.

(١) في أ: إذ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ز: فيكون البعض.

(٥) في أ: المستأجر.

(٦) سقط في أ، ز.

قال: وإلى أن يمضي القاضي البيع فالأجرة واجبة على المستأجر؛ لأن المستأجر في يده، وهو متمكن من الانتفاع به فيجب عليه الأجر، فكان الأجر للأجر؛ لأنه بدل ملكه ويكون طيباً له؛ لأنه وجب بحكم عقد صحيح، وكذلك لو أن الأجر باع الدار بنفسه قبل أن يتقدموا إلى القاضي، ثم تقدموا إلى القاضي، فعلى المستأجر أجر الدار حتى ينقض القاضي الإجارة بإمضاء البيع وتنفيذه لما ذكرنا من المعنى. هذا إذا كان الدين على الأجر ظاهرًا معلومًا للقاضي، وأما إذا لم يكن ظاهرًا معروفًا، وإنما عرف بإقرار الأجر وصدقه المقر له في إقراره وكذبه المستأجر، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - بيعت الأرض، ونقضت الإجارة، وعلى قولهما لا تباع الأرض ولا تنقض الإجارة فهما لا يقولان^(١) بصحة إقراره في حق المستأجر؛ لأنه تضمن إضرارًا بالمستأجر بإبطال حقه عن عين المستأجر؛ لأن حقه تعلق بعين المستأجر؛ ولهذا لا يصح [إقرار]^(٢) الأجر بعين المستأجر لغيره فيكون إقرارًا على المستأجر، وإقرار الإنسان على غيره لا يصح.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول بصحة إقراره؛ لأنه تصرف في ذمته؛ لأن [محل الدين]^(٣) الذمة ولا حق لأحد في ذمته؛ فكان إقرارًا على نفسه، فيصح الإقرار، ويثبت^(٤) الدين مطلقًا.

وما يقولان بأن فيه ضرر للمستأجر قلنا: لا ضرر للمستأجر في نفس الإقرار، وإنما ضرره في البيع والاستيفاء، وإنه فعل اختياري لا يضاف إلى الإقرار، فلا يصير به مقرًا على الغير، كإقرار العبد على نفسه بالقصاص، ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا ثبت الدين مطلقًا بإقرار الأجر صار الأجر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع فيجب عليه البيع كما في المسألة الأولى، ويحبس إذا امتنع عنه.

(١) في أ: يقومان.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

(٤) قي أ: ويجب.

وعندهما [لما]^(١) لم يثبت الدّين بإقراره في حق المستأجر لم يصّر قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع، فلا يجب عليه البيع، فلا يحبس كما إذا امتنع عنه، ولكن المقر له يلزم الأجر، ويدور معه حيث دار فإذا انقضت مدة الإجارة الآن يحبسه؛ لأنه [صار]^(٢) قادرًا على قضاء الدين بواسطة البيع.

إذا أجر داره ثم أراد أن ينقض الإجارة ويبيع الدار؛ لأنه لا نفقة له ولعياله، فله ذلك، هكذا ذكر في «فتاوى أبي الليث»؛ لأن هذا أشد من الحاجة إلى قضاء الدين وذلك عذر فهذا أولى.

وفي «الأصل»: إذا انهدم منزل الأجر، ولم يكن له منزل آخر، فأراد أن يسكن هذا المنزل لم يكن له ذلك.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا تكارى إبلًا من الكوفة إلى بغداد، ثم بدا له أن يتكارى بغلا [فعلى هذا]^(٣) ليس بعذر بل هذا تمني أما لو اشترى بعيرًا أو دابة فهو عذر؛ لأنه استغنى عن الإجارة فصار كما لو ترك السفر.

وفي الأصل: إذا استأجر من آخر منزلًا ثم إن المستأجر اشترى منزلًا وأراد أن يتحول إليه ويفسخ الإجارة، فليس له ذلك؛ وهذا ليس بعذر؛ لأنه يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحق نفسه؛ فإنه يؤجر منزله الذي اشترى^(٤)، ويصرف الأجر إلى الذي استأجره، وكلمًا^(٥) أمكنه استيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحق نفسه وماله، لم يصلح عذرا في فسخ الإجارة فعلى قياس ما ذكر في «الأصل» ينبغي أن يقال في مسألة «الفتاوى»: إنه إذا اشترى بعيرًا أو [دابة لا]^(٦) يكون عذرًا.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: فهذا.

(٤) في ز: اشتراه.

(٥) في أ: كما.

(٦) في أ: أراد به أن، وفي ز: دابه أن.

قال في الجامع الصغير: الخياط إذا استأجر غلامًا؛ ليخيط معه فأفلس الخياط، وقام عن السوق فهذا عذر؛ لأنه تنقطع تجارته بالإفلاس فتبقى التجارة غرامة عليه فيثبت له حق الفسخ دفعًا للغرامة عن نفسه.

فإن قيل: الخياط يتوصل إلى الخياطة بمال قليل، فكيف يتحقق إفلاسه، قلنا: الخياط إنما يتوصل بمال قليل إذا كان يعمل لغيره، أما إذا كان يعمل لنفسه^(١) لا يتوصل إليها إلا بمال كثير.

ومحمد - رحمه الله - قال: هذا خياط يعمل لنفسه على أن الخياط الذي يعمل لغيره قد يتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانتة عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه أو يلحقه ديون كثيرة وصار الناس بحال لا يأمنون على أمتعتهم، فأما إذا أراد أن يترك الخياطة ويعمل في الصرف فهذا ليس بعذر لفسخ الإجارة.

وقال في كتاب الإجازات: إذا استأجر من آخر حانوتًا لبيع فيه الطعام، ثم بدا له أن يقعد في سوق الصيارفة فهذا عذر.

والفرق أن في مسألة كتاب الإجازات لا يمكنه استيفاء المعقود عليه، إلا بحبس نفسه في هذا السوق المعين؛ إذ لا يمكنه الجمع بين تجارتين في سوق واحد، وحبس نفسه في مكان معيّن عقوبة وعذاب فجعل ذلك عذرًا دفعًا للعقوبة عن نفسه، أما في مسألة «الجامع الصغير» يمكنه استيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في هذا السوق المعين، بأن يقعد بنفسه في سوق الصيارفة، ويستعمل الغلام في عمل الخياطة في ذلك السوق، فلم يجعل ذلك عذرًا.

وإذا استأجره لنقض بناء له أو ليخيط أو ليقطع قميصًا له أو يبني له بناء أو ليزرع أرضًا له ببذره، ثم بدا له ألا يفعل كان ذلك عذرًا له؛ لأنه لا يمكنه المضي على الإجارة إلا باستهلاك المال في بعض الصور، وهو الزراعة والقطع والبناء أما الزراعة

(١) في أ: بنفسه.

والقطع فظاهر، وأما البناء؛ فإن^(١) فيه [إتلاف المالية]^(٢). وكذلك إذا استأجره للحجامة والفصد؛ لأن في الحجامة والفصد إيلاام وإتلاف جزء من البدن، ولو امتنع الأجير عن العمل في هذه الصورة يجبر عليه، ولا تفسخ الإجارة؛ لأنه يمكنه المضي على الإجارة من غير ضرر يلزمه. وإذا استأجر أرضاً ليزرعها فغرقت الأرض أو نزلت كان ذلك عذراً له في فسخ الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات قبل التسليم، وإنه يثبت للعاقد حق الفسخ، وطريقه ما قلنا. فإن مرض المستأجر وعجز عن الزراعة فإن كان ممن يعمل بنفسه [فهذا عذر]^(٣)؛ لأنه عجز عن الانتفاع بالأرض لمرضه، إذا كان يعمل بنفسه فهو بمنزلة ما لو عجز عن الانتفاع بالأرض بأن غرقت أو نزلت، وذلك عذر فهذا كذلك، وإن كان يعمل بأجرائه فهذا ليس بعذر؛ لأن مرضه لا يمنع أجراءه عن العمل في الأرض.

وإذا أبق العبد المستأجر فللمستأجر أن يفسخ الإجارة وهو^(٤) عذر؛ لأن المعقود عليه فات قبل التسليم، فهو عذر بمنزلة الأرض إذا غرقت أو نزلت، وإذا وجد العبد المستأجر للخدمة سارقاً فهو عذر؛ لأن هذا بمنزلة العيب في المعقود عليه؛ لأن السرقة توجب نقصاناً في الخدمة؛ لأنه متى كان سارقاً لا يأمنه المستأجر على ماله إذا خلى بينه وبين أعمال الخدمة في الدار خوفاً من سرقة^(٥) ماله ويتعسر عليه ملازمته كل ساعة وأوان.

[فهو معنى]^(٦) قولنا: فهو عيب في المعقود عليه فيثبت للعاقد الخيار كما إذا

(١) في ز: فلأن.

(٢) في ز: إتلافا.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: وهذا.

(٥) زاد في أ، ز: على.

(٦) سقط في أ.

وجد العبد المشتري سارقًا، وإذا^(١) كان العبد غير حاذق للعمل الذي استأجره له، فهذا لا يكون عذرًا للمستأجر في فسخ الإجارة؛ لأنه [لا]^(٢) عيب في المعقود عليه ولا نقصان، إنما فات صفة الحذاقة فهو بمنزلة صفة الجودة فلا تصير مُستحقة بمطلق العقد، بل يراعي في استحقاقها الشرط ألا ترى أن من اشترى حنطة ولم يشترط جودتها فوجدها وسطًا، لا يكون له حق الفسخ كذا هاهنا.

وإن كان عمله فاسدًا كان له الخيار؛ لأن هذا عيب في المعقود عليه فهو بمنزلة ما لو وجد الحنطة عفنة.

وإذا وقعت الإجارة على دواب بعينها لحمل [المتاع]^(٣)، فماتت، انفسخت الإجارة بخلاف ما إذا وقعت على دواب لا بعينها وسلم الأجر إليه دوابًا فماتت لا يفسخ العقد، وعلى الأجر أن يأتي بغير ذلك.

والفرق: أن عند تعيين الدواب المعقود عليه منافع الدواب المعيّنة، فإذا هلكت فقد هلك المعقود عليه فيبطل، وأما عند انعدام التعيين المعقود عليه فعل الحمل في ذمة الأجر والإبل آلة الحمل، [و]^(٤) كما أن [التي]^(٥) عينها الأجر [بعد العقد]^(٦) آلة الحمل فغيرها آلة الحمل فلا معنى لانفساخ العقد، فإن وقعت الإجارة على دواب بعينها [ومرضت]^(٧) فللمستأجر حق الفسخ؛ لأن منفعة الحمل تنتقض بالمرض، فكان [ذلك]^(٨) عيبًا في المعقود عليه. وعن أبي يوسف رحمه الله: [أن]^(٩) للمؤاجر حق الفسخ أيضًا؛ لأن الركوب والحمل مع المرض يوجب زيادة ضرر في

(١) في أ، ز: وإن.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في أ، ز.

(٩) سقط في أ، ز.

ملكه، وذلك غير مستحق [بالعقد]^(١)، وإن مرض الآجر في هذه الصورة ذكر القدوري رحمه الله في «شرحه» أن له حق الفسخ، وهذا خلاف رواية «الأصل»، فعلى ما ذكره القدوري يحتاج إلى الفرق بين ما إذا مرض [المؤاجر]^(٢)، وبين ما إذا أراد أن يقعد [ولا يخرج]^(٣) فإن^(٤) ذلك لا يكون عذرًا له في فسخ الإجارة. والفرق: أنه إذا مرض [فقد]^(٥) عجز عن الخروج، وغيره لا يقوم مقامه في الخروج إلا بمؤنة وضرر يلحقه فيكون ذلك عذرًا [له]^(٦)، وأما إذا أراد أن يقعد ولا يخرج فما عجز عن الخروج، بل هو قادر عليه، وإنما تركه باختياره؛ فكان عليه أن يقيم غيره مقامه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في امرأة ولدت قبل الفجر قبل أن تطوف طواف الزيارة وأبى الحمال أن يقيم معها مدة النفاس، فهذا عذر للحمال في فسخ الإجارة. ولو ولدت قبل يوم النحر فجاء [يوم النحر]^(٧) وقد بقى من مدة النفاس كمدة^(٨) الحيض، عشرة^(٩) أو أقل أجبر الحمال على المقام معها؛ لأنه لا يمكن جبرها على الخروج وترك طواف الزيارة في الفصلين جميعًا، فلا يمكن جبر الحمال في الفصل الأول؛ لأنه ما جرت العادة بالمقام بمكة بعد الفراغ من الحج مثل مدة النفاس فيتضرر الحمال بذلك فيفسخ العقد دفعًا للضرر عنه.

أما في الفصل الثاني جبر الحمال على المقام ممكن؛ لأن العادة جرت بالمقام

-
- (١) سقط في أ، ز.
 - (٢) سقط في أ، ز.
 - (٣) سقط في أ، ز.
 - (٤) في أ: لأن، وفي ز: فلأن.
 - (٥) سقط في أ.
 - (٦) سقط في أ، ز.
 - (٧) سقط في أ.
 - (٨) في ز: مدة.
 - (٩) زاد في أ: أو غيرها.

بعد الفراغ من الحج مثل هذه المدة فلا يتضرر الحمال بذلك .
وإذا اشترى شيئاً وأجره من غيره، ثم اطلع على عيب به [فله رده]^(١) بالعيب
وتفسخ الإجارة؛ لأننا لو بقينا عقد الإجارة يتضرر الآجر من حيث إنه يلزمه المبيع
معيباً .

وإذا أجر الرجل نفسه في عمل من الأعمال ثم بدا له أن يترك [ذلك]^(٢) العمل
وينتقل إلى غيره، بأن كان حجاجاً مثلاً أجر نفسه للحجامة، ثم أنفت نفسه من هذا
العمل، وأراد أن يترك، ليس له ذلك؛ لأنه التزم العمل وصح الالتزام؛ ولا عار فيه
وقت الالتزام؛ لأنه من أهله وإنما أراد أن يترفع^(٣) الآن فيقال له: أوف ما التزمت ثم
ترفع^(٤) فإن كان ذلك العمل ليس من عمله، وهو مما يعاب بذلك فله أن يمتنع عن
العمل وأن يفسخ الإجارة؛ لأنه إذا لم يكن ذلك العمل من عمله يلحقه العار في
المضي عليه، فيصير ذلك عذراً له في فسخ الإجارة وكذلك الإجارة في المرأة إذا
أجرت نفسها ظئراً، وهي مما تعاب بذلك فلاهلها أن يخرجوها، وكذلك إذا أبت لم
تجبر عليه لما ذكرنا .

وعن محمد رحمه الله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شيئاً سماه فزرعها وأصاب
الزرع آفة، وقد ذهب وقت زراعة ذلك النوع، فإن أراد أن يزرع ما هو أقل ضرراً من
الأول أو مثله فله ذلك وإلا فسخت الإجارة، وألزمته ما مضى من الأجر؛ وهذا
[لأن]^(٥) في إبقاء العقد [مع]^(٦) فوات المقصود إضرار بالمستأجر ولا [ضرر
للأجر]^(٧) في زراعة ما هو دون الأول أو مثله .

(١) في أ: فلا يرده .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ، ز: يرتفع .

(٤) في أ: يرتفع، وفي ز: ارتفع .

(٥) سقط في أ، ز .

(٦) سقط في أ .

(٧) في أ: يلزمه، وفي ز: يلزمه فيما .

وإذا انتقص الماء عن الرّحى ، فإن كان النقصان فاحشًا فللمستأجر حق الفسخ ، وإن كان غير فاحش ، فليس له حق الفسخ ؛ لأن مدة الإجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبًا ، وتخلو عن نقصان فاحش غالبًا ؛ وهذا ؛ لأن الماء لا^(١) يجري على سنن واحد دائمًا ، [بل]^(٢) ينتقص مرة ويزيد^(٣) أخرى غير أن النقصان الفاحش في مدة قليلة ليس بغالب ، وغير الفاحش غالب ، فإذا أقدم على استئجار الرّحى مع علمه بما ذكرنا يصير راضيًا بغير الفاحش ، ولا يصير راضيًا بالفاحش فلا يثبت حق الفسخ في غير الفاحش لمكان الرضا ، ويثبت في الفاحش لانعدام الرضا .

قال القدوري في «شرحه» : إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه ، فهو نقصان فاحش .

وفي «واقعات الناطفي» : إذا قل الماء ويدور الرّحى ويطحن على نصف ما كان يطحن ، فللمستأجر ردّه أيضًا ، ولو لم يردّه حتى طحن كان هذا رضا منه ، وليس له أن يرد الرّحى بعد ذلك ، وهذه الرواية تخالف رواية القدوري . هذا^(٤) إذا انتقص الماء عن الرّحى في بعض المدّة ، نحو أن يستأجر رّحى ماء [كل شهر]^(٥) بأجر مسمّى فانقطع الماء عن الرّحى في بعض الشهر ، فلم يعمل فللمستأجر الخيار هكذا ذكر في «الأصل» ، وهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ بانقطاع الماء عن الرّحى ؛ لأن المعقود عليه منفعة الطّحن وإن [فاتته قبل القبض]^(٦) . إلا أن العود موهوم ، ومثله لا يوجب انفساخ العقد بل يثبت الخيار للعائد كالعبد المستأجر إذا أبق^(٧) في مدة الإجارة ، فإن لم يفسخ حتى عاد الماء لزمته الإجارة فيما بقي من الشهر ؛ لزوال

(١) في أ: لما .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ز: ويزداد .

(٤) في أ، ز: و .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ، ز: قل .

(٧) زاد في أ، ز: العبد .

الموجب للفسخ، ويرفع عنه الأجر بحساب ذلك هكذا ذكر محمد رحمه الله في «الأصل».

واختلف المشايخ في تفسير قوله: بحساب ذلك، بعضهم قالوا: [معناه]^(١) بحساب ما انقطع من الماء في الشهر حتى إذا انقطع الماء عشرة [أيام سقط حصته عشرة أيام]^(٢) من الشهر، وذلك ثلث^(٣) المسمى فيسقط عنه ثلث المسمى وهذا؛ لأن المعقود عليه [في إجارة الرحي]^(٤) منفعة الطحن لا غير؛ لأن الرحي تستأجر للطحن لا غير؛ فيجعل المعقود عليه منفعة الطحن، وقد فاتت منفعة الطحن في مدة عشرة أيام، فيسقط الأجر بقدره.

كما لو استأجر عبدًا لخدمه شهرًا فأبق عشرة أيام، [فإنه]^(٥) يسقط الأجر بقدره، وذلك ثلث المسمى فكذا هذا.

وقال بعضهم: أراد بقوله: «بحساب ذلك» أي: بحصة ما انقطع من الماء. وبيان ذلك: أن ينظر إلى بيت رحي عشرة أيام، وهو يطحن [بكم يستأجر؟ فإن كان يطحن]^(٦) يستأجر عشرة أيام بعشرة ولا يطحن يستأجر بخمسة سقط خمسة دراهم، وهو حصة ما انقطع من الماء، ولا يسقط [ثلث]^(٧) المسمى كما قاله الأولون؛ وذلك؛ لأن منفعة الطحن إن فاتت بقيت منفعة السكنى وربط الدواب، فيسقط الأجر بقدر ما فات، ويبقى بقدر ما بقي.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: وما قاله الأولون أصح؛ لأن ظاهر الرواية يشهد

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: يثبت.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ، ز.

بهذا؛ فإنه قال في «الأصل»: الماء إذا^(١) انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر، فلا أجر عليه في ذلك، فقد^(٢) نفى الأجر عنه أصلاً، ولو كانت منفعة السكنى معقوداً عليه مع منفعة الطحن لأوجب بقدر ما يخصّ [منفعة]^(٣) السكنى؛ وهذا؛ لأن الرحى لا تستأجر لمنفعة السكنى، وإنما تستأجر لمنفعة الطحن فيجعل منفعة الطحن هو المعقود عليه مقصوداً، وغيره يدخل تبعاً، والبدل لا يقابل الأتباع فيكون الأجر كله بإزاء منفعة الطحن.

وذكر القدوري في «شرحه»: أن من استأجر رحى ماء سنة، فانقطع الماء بعد ستة أشهر، فأمسك الرحى حتى مضت^(٤) مدة الستة أشهر فعليه الأجر لستة أشهر، ولا شيء عليه للباقي، وإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه بقي شيء من المعقود عليه فبقى الأجر بحصته، فهذا يدل^(٥) على [أن]^(٦) ما سوى منفعة الطحن داخل في هذا العقد أصلاً لا تبعاً فيكون دليلاً على ما قاله الآخرون.

وفي «نوادير ابن سماعة» [عن محمد رحمه الله]^(٧): لو استأجر رحى ماء، والماء منقطع عنها وقال: أنا أصرف ماء نهري إليها، وكان ذلك بلا حفر ولا مؤنة، يلزمه [الأجر]^(٨) صرف الماء إليه أو لم يصرف، وإن كان ينبغي لذلك حفر نهر من نهره إلى نهر الرحى ومؤنة فقال: بدا لي في حفرها كان له أن يترك الإجارة، فإن حفر وأجرى الماء ثم بدا له أن يصرف الماء إلى زرعه، ويترك الإجارة، لم يكن له ذلك

(١) زاد في ز: كان.

(٢) في أ: ففي.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: انقضت.

(٥) في أ: كذلك، وفي ز: كذلك لأن.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في أ.

ويلزمه الأجر، فإن جاء من ذلك ضرر عظيم يذهب فيه زرعه [ويضر بماله إضرارًا عظيمًا]^(١) إن قطع الماء عنه جعل هذا عذرًا له أن يترك الإجارة.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر أرضًا فانقطع عنها شربها، وقد بقي من الإجارة شيء، قال: إن كانت مما يصلح أن يزرع فيها [عرفًا]^(٢) فلم يخاصم في الإجارة، ولم ينقضها حتى مضت المدة، يلزمه الأجر تأمًا، فإن خاصم فيها، كان له أن يردها ويعطيه من الأجر بحسابه، وإن كانت مما لا يزرع فيها [عرفًا]^(٣) لم يلزمه أجرها فيما بقي من السنة، وإن لم يخاصم في ردها. قال في «الأصل»: وإذا استأجر الرجل موضعًا على نهر ليبني عليها بناء ويتخذ عليها رحى على أن الحجارة والحديد والمتاع من عند المستأجر، فهو جائز؛ لأنه أجر أرضًا مملوكًا له ليبني فيها بناء مدة معلومة بأجر معلوم فيكون جائزًا، كما لو استأجر أرضًا ليبني عليها منزلًا أو دارًا وإن^(٤) انقطع ماء النهر كان عذرًا في فسخ الإجارة؛ لأن بناء الرحى إنما يكون لمنفعة الطحن، فإذا فات منفعة الطحن كان عذرًا في فسخ الإجارة.

وكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتًا ليتجر فيها فأفلس كان عذرًا في فسخ الإجارة فكذلك هذا، فإن فسخ الإجارة لم يبق لواحد منهما على صاحبه سبيل، وإن لم يفسخ حتى عاد الماء سقط حقه في الفسخ؛ لأن الموجب للفسخ زال قبل الفسخ فيسقط حقه في الفسخ كما لو زال الإفلاس في مسألة الحانوت قبل الفسخ، وهل يسقط عنه من الأجر بحساب ما انقطع من الماء أو لا يسقط؟ لم يذكر هذا في «الكتاب».

قالوا: ويجب ألا يسقط؛ لأن ما هو المعقود عليه [قائم بها جميعه؛ لأن المعقود

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ: أو.

عليه منفعة^(١) وضع البناء على هذا المكان لا منفعة الطحن فإنه لم يستأجر [إلا رحي^(٢)] إلا أن المقصود من وضع هذا البناء الطحن فكان الطحن ثمرة من ثمرات هذا العقد، والأجر يقابل المعقود عليه لا الثمرة.

فكان بمنزلة ما لو استأجر حانوتاً ليتجر فيه فأفلس فلم يفسخ حتى مضى الشهر، لم يسقط شيء من الأجر؛ لأن المعقود عليه السكنى وإنه قائم إلا أن السكنى كان للتجارة ففوات التجارة في بعض مدة الإجارة أثبت للمستأجر حق الفسخ، ولم يوجب سقوط شيء من الأجر فكذلك [هذا]^(٣) بخلاف ما لو استأجر الرحي؛ لأن الإجارة وقعت على منفعة الطحن، وقد فاتت هذه المنفعة في مدة انقطاع الماء فلا بد من أن يسقط من الأجر بقدره.

وإذا خاف أن ينقطع الماء ففسخ الإجارة فأكرى^(٤) البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لما ذكرنا.

وإن انقطع الماء يكون عذراً؛ لأن بيت الرحي مستأجر لمنفعة الطحن، وكذلك لو شرط ألا خيار متى انقطع الماء لا يكون لهذا الشرط عبرة؛ لأنه شرط عليه الأجر حال فوات المعقود عليه قبل القبض، وهذا شرط باطل، كما لو شرط البائع الثمن على المشتري متى هلك المبيع في يده، كان هذا الشرط باطلاً كذا هذا.

وفي «فتاوي أبي الليث»: رجل استأجر طاحونين بالماء في موضع يكون الحفر على المؤاجر عادة فاحتاج النهر إلى الكراء^(٥) وصار بحال لا يعمل إلا إحدى الرحاتين^(٦)، وإن كان بحالٍ لو صرف الماء إليهما جميعاً يعملان^(٧) عملاً ناقصاً، فله

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الرحي.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ز: فني.

(٥) في ز: الكرى.

(٦) في ز: الرحين.

(٧) في أ، ز: يعمل.

الخيار لاختلاف^(١) ما هو المقصود بالعقد وعليه أجرهما إن لم يفسخ؛ لتمكنه من الانتفاع [بهما]^(٢)، وإن كان بحال لو صرف الماء إليهما لم يعمل، فعليه أجر إحداهما إن لم يفسخ؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع بالثانية، فإن تفاوت أجرهما، فعليه أجر أكثرهما إذا كان [كل]^(٣) الماء يكفي لكل واحدة منهما؛ لأن الشك وقع في سقوط الزيادة وإن كان ذلك في موضع يكون الحفر على المستأجر، فعليه الأجر كاملاً؛ لأنه هو المعطل لما لم يحفر مع أن الحفر عليه.

رجل استأجر عبداً من رجل كل شهر بدرهم مثلاً، فمرض العبد ولم يقدر على مثل ما كان يعمل إلا أنه قد يعمل عملاً دون العمل الذي كان يعمل في الصحة، فله أن ينقض الإجارة، وإن لم ينقضها حتى مضى الشهر يلزمه الأجر، وإن مرض مرضاً لا يقدر على شيء من العمل فلا أجر له.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل استأجر رجلاً ليحفر له بئراً فلقي جبلاً فإن له الأجر بحساب ما حفر، فإن كانت بلدة يكون فيه ذلك فبلغ إلى ما [هو أصلب]^(٤) مما رأى، فإن كان يعلم أن ذلك سيلقاه كان عليه أن يحفره، وإن قال: لم أعلم، حلف بالله أنه لم يعلم وكان له من الأجر بحساب ما حفر. قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله: هذا الجواب [خلاف]^(٥) جواب «الأصل» وقد مرّ جنس هذه المسألة قبل هذا.

وعنه أيضاً: في رجل استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في موضع أراه إياه، وأراه قدر استدارتها، [وشرط عليه أن يحفرها عشرة أذرع كل ذراع بكذا، فحفر منها أذرعاً ثم مات]^(٦)، فإنه يقوم ما حفر ويقوم ما بقي ثم يقسم الأجر على القسمين فيعطى حصة

(١) في ز: لاختلال.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ز: أصاب.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

ما حفر .

علل فقال : ؛ لأن كل ذراع منها سابغ في أسفلها وأعلىها ومعنى هذا أنه ينظر إلى قيمة ذراع من الأعلى وإلى قيمة ذراع من الأسفل ؛ [لأن في] ^(١) الأعلى الحفر يكون أرخص وفي الأسفل أغلى ، فلا بد من الجمع بين القيمتين ^(٢) لتحقيق معنى العدل ، ثم إذا ظهر قيمة الأعلى وقيمة الأسفل يجعل كل ذراع منهما ، فيكون كل ذراع من الذراعين وتكون حصته من القيمتين .

وإذا تَكَارَى دابة فوجدها لا تبصر بالليل أو وجدها جموحًا أو عضوًا ، فله أن يردها ؛ لأنه وجد المعقود عليه معيًّا فكان له الرد كما في بيع الغبن ^(٣) ، فإن ردها فليس له أن يطالبه بدابة أخرى إن وقعت الإجارة على هذه الدابة بعينها ؛ لأن الإجارة انفسخت بردها وإن وقعت الإجارة على دابة لا بعينها ، فله أن يطالبه بدابة أخرى . وفي «مزارعة العيون» : إذا استأجر من آخر أرضًا وزرعها فلم يجد ماء لسيقيها ، فيبس الزرع قال : إن كان استأجرها بغير شرب ولم ينقطع ماء النهر الذي يرجى منه السقي فعليه الأجر ، وإن انقطع كان له الخيار ، وإن كان استأجرها بشربها ، فانقطع الشرب عنها فمن يوم فسد الزرع من انقطاع الشرب ، فالأجر عنه ساقط كما لو انقطع الماء عن الرحي المستأجرة .

وفي موضع آخر : إذا استأجر أرضًا وماء ليزرعها فخرّب ^(٤) النهر الأعظم ، فلم يستطع سقيها فهو بالخيار إن شاء ردها وإن شاء أمسكها ، فإن لم يرد حتى مضت المدة فعليه الأجر إذا كان بحال يمكنه أن يحتال بحيلة ليزرع فيها شيئًا ، أما إذا كان بحال لا يمكنه أن يزرع فيها شيئًا ما بوجه من الوجوه ولا حيلة له في ذلك ، فلا أجر عليه .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ ، ز : القسمين .

(٣) في أ : العين .

(٤) في أ : فجذب .

وفي «فتاوى الفضلي»: استأجر أرضاً فانقطع الماء فإن كانت الأرض تسقى بماء الأرض، أو بماء المطر لكن انقطع المطر أيضاً فلا أجر عليه؛ لأنه لم يتمكن من الانتفاع بها.

وفي «الوقعات»: لو استأجر أرضاً فغرقت الأرض قبل أن يزرعها فلا أجر عليه كما لو غصبها من المستأجر [رجل وزرعها، ولو زرعها المستأجر]^(١) فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت فعليه الأجر كاملاً؛ لأنه قد زرع، رواه ابن رستم عن محمد رحمه الله.

وروى هشام عن محمد: رجل استأجر أرضاً [فزرعها وقل ماؤها]^(٢) فانقطع فله أن يخاصم الأجر حتى يفسخ القاضي العقد بينهما، وبعدما فسخ القاضي العقد يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل حتى يدرك زرعه، فإن سقى زرعه لا يكون له حق الفسخ بعد ذلك، وكان ذلك منه رضاء، والفتوى في مسألة هلاك الزرع أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع، إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله أو دونه في الضرر بالأرض.

وفي مزارعة «فتاوى أهل سمرقند»: رجل استأجر أرضاً من أراضي الجبل فزرعها فلم يمطر عامه ولم تنبت حتى مضت السنة ثم مطر^(٣)، ونبت، فالزرع كله للمستأجر، وليس عليه كراء الأرض، ولا نقصانها، وأحاله إلى «نوادير ابن سماعة» أما لا كراء عليه؛ فلتقرر العذر في كل^(٤) المدة، وأما عدم النقصان، فلأن الزراعة حصلت بإذن المالك.

قوله: لا كراء عليه قبل النبات فأما بعد النبات يجب أن يترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل، كما لو انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد بعد،

(١) سقط في أ.

(٢) في ز: فرزعه وقل ماؤه.

(٣) في ز: مطرت.

(٤) في ز: جميع.

فإن هناك تترك الأرض في يد المستأجر بأجر المثل كذا هاهنا. ولو استأجر خيمة وانكسر أوتادها فالأجر واجب، وليس للمستأجر حق الفسخ لأجله، ولو انقطع الأطناب فلا أجر؛ لأن الأطناب على الأجر والأوتاد على المستأجر.

وإذا قلع الأجر شجرة من أشجار الضياع المستأجرة، فللمستأجر [حق] (١) الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة.

وإذا استأجر رجلاً ليذهب بحمولته إلى موضع كذا، فلما ذهب نصف الطريق بدا للمستأجر ألا يذهب إلى ذلك الموضع، ويترك الإجارة، وطلب من الأجر نصف الأجر قال: إن كان النصف الباقي من الطريق مثل الأوّل في الصعوبة والسهولة، فله ذلك وإلا يسترد بقدره.

إذا أجر داره من مسلم فكان المستأجر يجمع الناس فيها على الشراب ويبيع المسكر فيها فإن صاحب الدار يمنع المستأجر عن ذلك بطريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا يصير عذراً في فسخ الإجارة في شرح السير الكبير في باب إحداث أهل الذمه البيع والكنائس.

استأجر من آخر حانوتاً سنة وظهر الحانوت إلى مسجد فمضت سنة وقد سرق من الحانوت من جانب المسجد في هذه المدة ثلاث مرات، هل للمستأجر أن يفسخ الإجارة؟

فقد قيل: له ذلك استدلالاً بمسألة المعتدة إذا كانت تعتد في منزل الزوج إلا أنها خافت سقوط المنزل أو يغار على متاعها، كان لها أن تتحول عنه إلى منزل آخر، فقد جوز محمد - رحمه الله - لها الخروج من منزل العدة خوفاً على متاعها فيجوز للمستأجر أيضاً فسخ الإجارة والخروج عنه خوفاً على متاعه.

إذا استأجر داراً ليعلمه هذا العمل في هذه السنة، فمضى نصف السنة ولم يعلمه

(١) سقط في أ.

شيئا، كان له حق الفسخ، هذا فتوى شيخ الإسلام على الأسبيجاني رحمه الله. استأجر أجيرو يوما للعمل في الصحراء كاتخاذ الطين ونحوه فسلم^(١) ذلك اليوم بعدما أخرج الأجير إلى الصحراء، لا أجر له؛ لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر، هكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني رحمه الله. سئل شمس الأئمة الحلواني: عمن استأجر حمامًا في قرية مدة معلومة، فنفر^(٢) الناس، ووقع الخلاف، ومضت مدة الإجارة، هل يجب الأجر؟ قال: إن لم يستطع الرفق^(٣) بالحمام فلا، وأجاب ركن الإسلام علي السعدي بلا مطلقًا، ولو بقي بعض الناس، وذهب البعض، يجب الأجر، كذا أجابا.



(١) في ز: فمطر.
 (٢) في أ، ز: فبغوا.
 (٣) في أ، ز: التوفيق.

الفصل السادس عشر

فيما يكون فسخًا للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ

كل من وقع له عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته، ومن لم يقع له العقد لا تنفسخ الإجارة بموته^(١)، وإن كان عاقدًا، يريد به الوكيل والأب والوصي؛

(١) الأصل عند جمهور الفقهاء - المالكية، والشافعية، والحنابلة - أن الإجارة لا تنفسخ بموت العاقدين أو أحدهما، بل تبقى إلى انقضاء مدة الإجارة؛ لأنه عقد لازم فلا تنفسخ بالموت، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة.

وعند الحنفية تنفسخ الإجارة بموت العاقدين أو أحدهما إذا كان قد عقدها لنفسه. ويتفق الفقهاء على أن إجارة الموقوف لا تنفسخ بموت ناظر الوقف قبل مضي مدة الإجارة إذا كان الناظر الذي أجر هو الواقف أو الحاكم أو نائبه، أو كان الناظر المشروط له النظر من الواقف أجنبيًا بأن كان الوقف على غيره؛ لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم والعقود لا تنفسخ بموت الوكيل. أما إذا كان الذي أجر الموقوف هو الموقوف عليه أو أحدهم، فللفقهاء في ذلك تفصيل بيانه ما يلي:

قال الحنفية: لو أجر مستحق الوقف بأقل من أجره المثل فإن الإجارة تفسخ، وهذا إذا كان يغبن فاحش ولا ضرورة للإجارة بالأقل.

وفي الخانية: وقف على أرباب وأحدهم متول فأجره من رجل ثم مات هذا المتولي لا تبطل الإجارة؛ لأن الإجارة للموقوف فلا تبطل بموت العاقد كما لا تبطل بموت الوكيل في الإجارة.

وقال المالكية: إذا أكرى المستحق لوقف سنين، ومات قبل انقضاء المدة فإن الإجارة تنفسخ لانقطاع حقه من الوقف بمجرد موته وانتقال الحق لمن يليه في ترتيب الوقف على الأصح من الخلاف عند ابن رشد وغيره. ومقابل الأصح: إذا أكرى المستحق الوقف مدة يجوز له كراؤه فيها ومات قبل انقضاء المدة فإن كراءه لا يفسخ.

وقال الشافعية: لو كان الناظر هو المستحق للوقف وأجر بدون أجره المثل، فإذا مات في أثناء المدة انفسخت الإجارة كما قاله ابن الرفعة، ولو أجر البطن الأول من الموقوف عليهم العين الموقوفة مدة، ومات البطن المؤجر قبل تمام المدة وكان الواقف قد شرط لكل بطن منهم النظر في حصته مدة استحقاقه فقط، فالأصح أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة. لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجر لغيره ولا ولاية له عليه ولا نيابة، ومقابل الأصح لا تنفسخ الإجارة كالمملك، ولو أجر أحد الموقوف عليهم المشروط له النظر بالأرشدية ثم مات، انفسخت الإجارة في نصيبه خاصة كما أشار إليه الأذرعى واعتمده الغزي في الفتوى.

وقال الحنابلة: إن أجر الناظر المستحق للوقف وكان الواقف قد وقفه عليه وشرط له النظر ثم مات لم تنفسخ الإجارة بموته؛ لأنه أجر بطريق الولاية أشبه الأجنبي، وإن أجر المستحق لكونه أحق بالنظر مع عدم الشرط، أو لكون الوقف عليه لم تنفسخ الإجارة

وهذا؛ لأن موت من وقع العقد له إنما يوجب انفساخ العقد؛ لأن ابتداء العقد انعقد موجبًا للاستحقاق عليه، فإذا مات وثبت الملك للوارث فمتى تعين^(١) العقد يكون الاستحقاق واقعًا على الوارث فيكون خلاف ما وقع عليه العقد ابتداءً، فأما إذا لم يقع له وتعين^(٢) العقد بعد موته يكون الاستحقاق على وفاق ما وجب^(٣) العقد؛ لأن المستحق عليه قائم، وكذا المستحق، وكذا المتولي في الوقف إذا عقد ثم مات؛ لأن حكم العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في آخر شرح كتاب «التحري»: أن من أجر ملك الغير ومات الآجر قبل إجازة المالك أنه تنفسخ الإجارة كما في بيع الغبن. وإن وقعت الإجارة على شيء بعينه فهلك ذلك الشيء، بطلت الإجارة بهلاكه؛ لأن المعقود عليه قد هلك، وهلاك المعقود عليه يوجب بطلان العقد. فإن وقعت الإجارة على دابة بعينها بأن استأجر رجلاً بأن يحمل هذا المتاع على إبل، فهو جائز؛

= في وجه كما لو أجر ولي مال موليه أو ناظر أجنبي ثم زالت ولايته. قال القاضي في المجرد: هذا قياس المذهب، وهو أشهر وعليه العمل. وقال في التنقيح: وإن مات المؤجر انفسخت إن كان المؤجر الموقوف عليه أصل الاستحقاق. وقيل: لا تنفسخ كملكه وهو أشهر وعليه العمل. وما سبق من أقوال الفقهاء إنما هو بالنسبة للمؤجر، أما المستأجر إذا مات فإن الإجارة لا تنفسخ عند جمهور الفقهاء بناء على أصلهم في عدم فسخ الإجارة بموت العاقدين أو أحدهما، أما عند الحنفية فإن إجارة الموقوف تنفسخ بموت المستأجر؛ لأنه عاقد لنفسه بناء على أصلهم في أن الإجارة تنفسخ بموت العاقدين أو أحدهما إذا كان قد عقدها لنفسه، أما إذا كان المستأجر جماعة فلا تبطل بموت بعضهم قبل تمام المدة وتصرف حصة الميت إلى ورثته.

ينظر: الاختيار (٦١/٢)، و(٤٧/٣)، وحاشية ابن عابدين (٣/٣٩٨)، وبدائع الصنائع (٤/٢٢٢)، والفتاوى الخانية (٣/٣٣٤)، وأسهل المدارك (٢/٣٣٠، ٣٣١)، ومنح الجليل (٣/٧٩٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٣٣)، والشرح الصغير (٥/٣١٨)، ومغني المحتاج (٢/٣٥٦)، ونهاية المحتاج (٥/٣١٤، ٣١٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٣٧٣)، والمغني، لابن قدامة (٥/٤٦٩).

- (١) في أ: تعينا، وفي ز: بقينا.
- (٢) في أ: لو تعينا، وفي ز: لو بقينا.
- (٣) في ز: وجد.

لأن المعقود عليه الحمل، وهو معلوم، والإبل آلة الحمل وتعيين آلة الحمل ليس بشرط.

ثم إذا جاز هذا العقد وجاء الآجر بإبل، ودفعتها إلى المستأجر فماتت في يده، فعلى المستأجر أن يأتي بغير ذلك ليحمل المتاع؛ وليس له أن يفسخ الإجارة بموت ما سلم؛ لأن المعقود عليه هاهنا إذا لم يعين الدابة وفعل الحمل كان واجباً في الذمة، والإبل آلة إيفاء ذلك فإذا [هلكت]^(١) بقي الإيفاء مستحقاً عليه في ذمته كما في الابتداء.

فأما إذا عين الإبل والمعقود عليه منفعة دابة بعينها، فإذا هلكت بطل العقد ضرورة.

وإذا قال الآجر للمستأجر: بع المستأجر فقال هلا^(٢) لا تنسخ الإجارة ما لم يبع؛ لأن قوله: «بع» ليس بصريح في الفسخ، بل هو توكيل بالبيع والفسخ من ضرورات البيع فما لم يبع لا يثبت ما هو من ضروراته.

وحكي عن بعض المشايخ أن الآجر إذا قال للمستأجر: بع المستأجر من فلان فباع من غيره [جاز]^(٣).

ولو كانت الإجارة رهناً فقال الراهن للمرتهن بع الرهن من فلان فباع من غيره^(٤) لا يجوز.

والفرق أن ثمن الرهن [رهن]^(٥) والناس يتفاوتون في اليسار والإعسار، ولا كذلك ثمن المستأجر.

وفي الإجارة الطويلة إذا قال المستأجر للآجر: [ما لا حازت]^(٦) يده فقال: هلا

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ: هل.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٥١٠).

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، ز: أجات.

بدرهم تنفسخ الإجارة، وإن لم يدفع وكذلك في باب البيع إذا قال المشتري للبائع: بعها^(١)، فقال البائع: هلا بدرهم ينفسخ العقد، إليه^(٢) أشار محمد رحمه الله في الباب الرابع من «الزيادات».

وعلى هذا قالوا: إذا قال المستأجر للآجر [في]^(٣) الإجارة الطويلة: فإن^(٤) أجازت^(٥) يده فقال: رويما شد تنفسخ الإجارة، [وفي الإجارة الطويلة إذا أخذ مال الإجارة من غير سابقة الطلب إن أخذ الكل تنفسخ الإجارة]^(٦)، وإن أخذ البعض دون البعض قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إن أخذ الأكثر ينفسخ العقد، وإن أخذ الأقل لا ينفسخ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله.

وقال بعضهم: [لا]^(٧) ينفسخ العقد بأخذ البعض من غير تفصيل، وقال بعضهم: ينفسخ العقد بقدر ما أخذ.

[وقال بعضهم: إن أخذ]^(٨) البعض بطريق الفسخ أو بدلالة تدل على الفسخ ينفسخ العقد في الكل، وإن كان المأخوذ أقل وإن^(٩) أخذ [من غير]^(١٠) دلالة تدل [على الفسخ]^(١١) لا ينفسخ ما لم يأخذ الكل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

وإن بعث المستأجر [للاجر قال الآجر]^(١٢) سيم نقد شده است باياني بکير،

(١) في أ، ز: بها ثمن بازاده.

(٢) في ز: إليهما.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ز: مال.

(٥) في أ: أجازت.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) سقط في أ، وفي ز: إن أخذ.

(٩) في أ، ز: بأن.

(١٠) في ز: بغير.

(١١) في ز: عليه.

(١٢) في أ: إلى الأجير، وفي ز: إلى الآجر.

فلما جاء المستأجر قال الآجر: أنفقت الدراهم على نفسي، لا تنفسخ الإجارة.
وإذا قال المستأجر [للآجر]^(١) عند الفسخ: فسخت الإجارة في المحدود^(٢) الذي
استأجرته منك، صح الفسخ، وإن لم يذكر حدود المستأجر ولا أضاف
[المستأجر]^(٣) إلى الآجر، وكذلك إذا قال الآجر للمستأجر: فسخت الإجارة في
المحدود^(٤) الذي آجرته منك يصح الفسخ.

وفي فتاوى شمس الأئمة^(٥) الأوزجندی رحمه الله: رجل استأجر من رجلين دارًا
مشتركة بينهما، ثم دفع المفتاح إلى أحدهما وقبل، انفسخت الإجارة في حصته؛
لأن دفع المستأجر المفتاح وقبول الآخر ذلك دلالة الفسخ، والإجارة كما تنفسخ
بصريح الفسخ، تنفسخ بدلالة الفسخ.

ألا ترى أن المستأجر والآجر لو تكاريا دارًا واحدة ودفع المستأجر المفتاح إلى
الآجر وقبل الآجر ذلك تنفسخ الإجارة بينهما وطريقه ما قلنا وإذا باع الآجر المستأجر
بغير إذن المستأجر نفذ البيع في حق البائع والمشتري، ولا ينفذ في حق المستأجر
حتى سقط حق المستأجر بعمل ذلك البيع، ولا يحتاج إلى تجديده، وذكر الصدر
الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من رهن الجامع في هذا الفصل روايتين قال:
والصحيح أنه لا يحتاج إلى تجديد البيع، وإن أجاز المستأجر البيع نفذ البيع في حق
الكل، ولكن لا ينزع العين من يد المستأجر إلى أن يصل إليه ماله، وإن رضي بالبيع
اعتبر رضاه [بالبيع لفسخ الإجارة لا لانتزاع]^(٦) من يده.

وعن بعض مشايخنا أن الآجر إذا باع المستأجر بغير رضی المستأجر، وسلم ثم

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الحدود.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ: الحدود.

(٥) في ز: الإسلام.

(٦) في أ، ز: بفسخ الإجارة إلا أن ينزع.

أجاز المستأجر البيع والتسليم، بطل حقه في الحبس .
[وإذا باع]^(١) الأجر المستأجر بغير رضا المستأجر وأراد المستأجر فسخه فقد
ذكرنا في كتاب البيوع أنه ليس له ذلك .

[وذكر الصدر الشهيد في «الفتاوى الصغرى»: أن له ذلك]^(٢) في ظاهر الرواية،
وفي رواية الطحاوي ليس له ذلك، وأحاله إلى رهن الجامع لشمس الأئمة الحلواني
رحمه الله، وكان القاضي الإمام الأسيبجي رحمه الله يقول: ليس للمستأجر حق
الفسخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهكذا ذكره نجم الدين
النسفي رحمه الله في شرح «الشافعي» والسيد الإمام أبو شجاع في رهن الجامع .
وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في «شرح الجامع»: أن في المسألة
روايتان في رواية ليس له ذلك، وإنه استحسان وعليه الفتوى .

الأجر والمستأجر إذا جن لا تفسخ الإجارة .
ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في إجازات الأصل في باب إجارة الظئر، وذكر في
المأذون الكبير في باب الحجر على الصبي والمعتوه وكتبت في باب إجارة الظئر من
المستزاد: إذا جن المستأجر لا تبطل الإجارة .

وفي المنتقى عن محمد رحمه الله: رجل استأجر رجلاً [شهرًا]^(٣)؛ ليعمل له
عملاً معلوماً مسمى بأجر معلوم مثلاً بدرهم، ثم أمره في خلال الشهر بعمل آخر
مسمى بدرهم مثلاً، فالإجارة الثانية فاسخة للإجارة الأولى بالقدر الذي دخل في
الإجارة الثانية، حتى لا يكون له أجران، بل يرفع عنه الأجر الأول بحصة ذلك
القدر، وإذا فرغ من العمل الثاني لزمه أجره، وذلك درهم، وتعود الإجارة الأولى .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ، ز .

(٣) سقط في أ، ز .

الفصل السابع^(١) عشر

في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهها

إذا استأجر الرجل ثوبًا ليلبسه إلى الليل بأجر معلوم، فهو جائز، وكذلك إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فهو جائز، ولو لم يبين من يلبس أو من يركب لا يجوز.

فرق بين هذا، وبين ما إذا استأجر عبدًا للخدمة، ولم يبين من المخدوم، أو استأجر دارًا للسكنى ولم يبين من يسكن حيث يجوز.

والفرق: أن الناس تتفاوت في اللبس والركوب تفاوتًا فاحشًا، فإن [رب]^(٢) لا لبس الثوب يفسد الثوب، إذا لبسه يومًا كالجزار، وآخر لا يفسده وإن لبسه أيامًا كالبزاز، ورب راكب لا يفسد الدابة إذا ركب عليها شهرًا بل يصلحها ولهذا يبذل [الأجر]^(٣) للرايض^(٤) ولا يرضى بركوب غيره الدابة.

وإذا كان التفاوت فاحشًا كانت جهالة الراكب واللابس مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم؛ لأن صاحب الدابة [والثوب]^(٥) يقول للمستأجر: استأجرته لتلبسه وتركه، وقال المستأجر: استأجرته لألبس وأركب غيري.

وأما الناس لا يتفاوتون في السكنى واستخدام العبد [تفاوتًا]^(٦) فاحشًا فلا تكون جهالة المستخدم مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فلا يمنع ذلك جواز العقد.

وإن ألبسه غيره فهو ضامن إن أصابه شيء، يريد: إذا استأجره ليلبسه بنفسه وإن

(١) في ز: السادس.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ز: للرايض.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في أ.

لم يصبه [شيء] ^(١) فلا أجر عليه .

أما الضمان [إذا أصابه شيء] ^(٢) ؛ لأن إلباس غيره لم يدخل تحت العقد؛ لأنه شرط لبسه وقد صح هذا الشرط لما ذكرنا أن الناس يتفاوتون في اللبس، وأما [عدم الأجر] ^(٣) إذا لم يصبه شيء؛ لأنه استوفى ما ليس بداخل تحت العقد أصلاً والمنافع لا تتقوم بدون العقد .

بيانه: أن التفاوت بين اللابس واللابس والراكبين يتفاوت تفاوتاً فاحشاً اختلف اللبسان لاختلاف اللابس، فهو معنى قولنا: استوفى ما ليس بمعقود عليه، وإنه لا يوجب الأجر .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجر حانوتاً ليقعد فيه فامياً، فأقعد فيه قصاراً وسلم الحانوت، فإنه يجب الأجر، والتفاوت بين سكنى الفامي وبين سكنى القصار ^(٤) تفاوت فاحش ثم لم يجعل ما استوفى باعتبار التفاوت الفاحش جنساً آخر غير ما تناوله العقد .

والفرق: أن في تلك المسألة العقد على شيئين على السكنى وعلى العمل، ولا تفاوت في السكنى، وإنما التفاوت في حق العمل، والعقد انعقد على السكنى فصار مستوفياً ما تناوله العقد وزيادة واستيفاء الزيادة لا يمنع وجوب الأجر، وأما هاهنا العقد انعقد على شيء واحد وهو اللبس، ولبس غيره جنس آخر من لبسه على ما ذكرنا، فلم يستوف المعقود عليه أصلاً فلهذا لا يجب الأجر .

فإن قيل: هب أنه استوفى ما ليس بمعقود عليه [إلا] ^(٥) أنه كان متمكناً من استيفاء

المعقود عليه [بأن يلبس بنفسه والتمكن من استيفاء المعقود عليه، لا يمنع] ^(٦)

(١) سقط في أ، ز .

(٢) سقط في أ، ز .

(٣) في أ: الأجر عليه .

(٤) في أ، ز: الحداد .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في أ، وفي ز: كافي .

وجوب الأجر .

قلنا: التمكن من استيفاء المعقود عليه إن أوجب الأجر إنما يوجب إذا لم تنزل يد الإجارة، وكما ألبس غيره فقد زالت يد الإجارة، ألا ترى أنه يضمن [و] ^(١) إن هلك الثوب [لا من] ^(٢) لبس الغير، [ولما زالت] ^(٣) يد الإجارة انفسخت الإجارة [فلم] ^(٤) يوجد التمكن من الاستيفاء حال قيام الإجارة، فلهذا لم يجب الأجر .

في مسألة الثوب والدابة إذا لم يبين اللابس والراكب حتى فسدت الإجارة فلم يختصما إلى القاضي حتى لبس هو يومًا إلى الليل ^(٥) [فهو جائز وعليه المستحق استحسانًا] ^(٦)، والقياس ألا تعود الإجارة جائزة، ويجب عليه أجر المثل .

وفي الاستحسان تعود جائزة ويجب المستحق؛ لأن المعقود عليه متعين حالة العقد من حيث الحكم، إن كان مجهولاً من حيث الحقيقة .

بيانه: وهو أن الإجارة يتجدد [انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فحال ما يستوفي المنفعة يتجدد] ^(٧) العقد والمعقود عليه متعين في هذه الحالة، فهو معنى قولنا: إن المعقود عليه يتعين حالة العقد من حيث الحكم، ولو كان متعينًا من حيث الحقيقة أليس إنه يجوز العقد فكذا إذا كان متعينًا من حيث الحكم؛ إذ المقصود من العقد الحكم لا عينه، ولا يصير المستأجر غاصبًا [الثوب] ^(٨) بإلباسه غيره بخلاف المسألة الأولى فإن هناك يصير المستأجر غاصبًا بإلباسه غيره .

والفرق: أن الداخل تحت العقد هاهنا إما لبسه أو لبس غيره؛ لأنه استأجره للباس

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: لأن .

(٣) في أ: لما أزال .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ: اللباس .

(٦) سقط في أ، ز .

(٧) سقط في ز .

(٨) سقط في أ .

مطلقًا والجمع بين الأمرين في حالة واحدة متعذر، فيكون العقد متناولاً أحدهما، فأيهما تعين كان هو الداخل تحت العقد، فأما في المسألة الأولى فالداخل تحت العقد لبسه، فأما لبس غيره ليس بداخل تحت العقد أصلاً فلهذا افترقا. وإذا استأجر رجل قميصًا ليلبسه يومًا إلى الليل بدرهم فلم يلبسه ووضعته في منزله حتى مضى اليوم، فعليه الأجر كاملاً.

فرق بين هذا وبين ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر فأمسكها في منزله حيث لم يجب الأجر، وقد تمكن من استيفاء المعقود عليه [في الفصلين جميعًا، والفرق بناء على الفصل الذي تقدم ذكره في هذا الكتاب أن يتمكن من استيفاء المعقود عليه]^(١) إنما يوجب الأجر إذا ثبت التمكّن في المدة التي ورد عليها العقد في المكان الذي أضيف إليه [العقد لا المكان الذي أضيف إليه]^(٢) خارج المصر، ولا يثبت التمكّن من استيفاء المعقود عليه خارج المصر والدابة في المصر، حتى لو وجد التمكّن بهذه الصفة في مسألة الدابة بأن ساق الدابة في ذلك المكان، ولم يركبها نقول بوجوب الأجر.

قياس مسألة الدابة [من]^(٣) مسألة الثوب أن لو استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل فحبسها في منزله ولم يركبها، فهناك يجب الأجر أيضًا ثم ذكر حكم الضمان، وفرق فيه بين مسألة الثوب وبين مسألة الدابة، فقال: لو أمسك الثوب في منزله ولم يلبس حتى هلك لا يصير ضامنًا، [وفي مسألة الدابة قال: يصير ضامنًا]^(٤).

والفرق: أن في مسألة الدابة الإمساك حصل بغير إذن صاحب الدابة، [لأن صاحب الدابة]^(٥) إنما أذن له بإمساك يجب به الأجر، وفي مسألة الثوب الإمساك

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في أ.

حصل بإذن المالك؛ لأن الأجر به فيكون حاصلًا بإذن المالك حتى إن في مسألة الدابة لو وجب الأجر بالإمسك في منزله بأن استأجرها ليركبها يومًا إلى الليل يقول: لا يجب الضمان إذا هلكت الدابة.

إذا استأجرت المرأة ثوبًا لمخرج تخرج به يومًا بدرهم فلبسته في بيتها فعليها الأجر؛ لأن اللبس وجد فيما قدر [به]^(١) المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه مقدر باليوم لا بالمكان؛ لأنه لم يسم المكان الذي تخرج إليه فلم يصح لتقدير المعقود عليه [فكان المعقود عليه^(٢) مقدرًا باليوم، و[صار]^(٣) ذكر الخروج في حق التقدير [هو]^(٤) والعدم بمنزلة كأنها^(٥) استأجرته لتلبسه يومًا إلى الليل، ولم تقل لمخرج تخرج به إلى الليل وهناك إذا لبسته^(٦) في بيتها كان عليها الأجر، بخلاف ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم خارج المصر فركبها في منزله حيث لا يجب الأجر؛ لأن هناك ذكر مكانًا معلومًا، ولم يذكر المدة والمكان المعلوم يصلح لتقدير المعقود عليه [فصار المعقود عليه]^(٧) مقدرًا بالمكان ولم يوجد الاستيفاء أما هاهنا بخلافه، حتى إنه لو استأجر دابة ليركبها يومًا إلى الليل ولم يسم المكان، إذا ركبها في منزله يجب الأجر كما في مسألتنا.

ولو ضاع الثوب في اليوم فلا أجر عليها؛ لأن الضياع حال بينها وبين الانتفاع به وإن اختلفا في الضياع، فقال رب الثوب: لم يضع في اليوم، وقالت هي: بل ضاع في اليوم، فإنه يحكم الحال إن كان في يدها وقت المنازعة فالقول [قول رب الثوب

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في ز: كأنه قال.

(٦) في أ: لبستها.

(٧) سقط في أ، ز.

مع يمينه وإن لم يكن في يدها وقت المنازعة فالقول^(١) قولها. معنى قوله: «يحكم الحال إن كان في يدها وقت المنازعة» أن تقول المرأة: ضاع في اليوم ثم وجدته، هذا إذا ضاع ثم وجد، وإن لم يوجد لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأكراب^(٢) وينبغي أن يكون القول قولها أيضًا؛ لأنها أنكرت وجوب الأجر.

وإن سرق الثوب منها، فلا ضمان عليها، بخلاف الأجير المشترك إذا سرق العين من يده فإنه يضمن على قولهما.

والفرق أن مستأجر الثوب فيما يقبض عامل لرب المال؛ لأن ما يستفيده رب الثوب من المنفعة بقبض المستأجر الثوب أكثر مما يستفيده المستأجر؛ لأن صاحب الثوب يستفيد العين، وهو الأجرة، والمستأجر يستفيد المنفعة، والعين خير من المنفعة، فيجعل^(٣) المستأجر في القبض عاملاً للأجر فأشبهه المودع، والوديعة إذا سرقت من يد المودع لا ضمان عليه.

أما الأجير المشترك في القبض عامل لنفسه؛ لأن ما يستفيده من المنفعة بسبب هذا القبض أكثر مما يستفيده صاحب المال؛ لأن الأجر يستفيد به عينًا وصاحب المال يستفيد به منفعة فجعل قابضًا لنفسه فأشبهه الغاصب.

ولو تخرق الثوب من لبسها فلا ضمان عليها، وإن حصل الهلاك بجناية يدها، بخلاف الأجير المشترك إذا هلك المال من جناية يده حيث يضمن.

والفرق أن في مسألتنا الهلاك حصل من عمل ليس بإزائه أجر؛ لأن الفساد حصل من اللبس، والأجر ليس بإزاء اللبس بل بإزاء تسليم الثوب للبس، ألا ترى أنه إذا سلم الثوب يستحق الأجر لبست أو لم تلبس، والهلاك متى حصل من عمل ليس

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: الإكذاب.

(٣) في أ: يجعل.

بإزاء أجر لا يجب الضمان على العامل متى عمل كالمعين وأجير الواحد إذا دق وتخرق، أما في الأجير المشترك لا يستحق الأجر إلا بالدق فصار الأجير المشترك معاوضاً، ومطلق المعاوضة يقتضي السلامة عن العيب كما في بيع العين.

ولو استأجر فسطاطاً يخرج به إلى مكة ذاهباً^(١) و^(٢) جائئاً ويحج به ويخرج في يوم كذا فهو جائز، وإن لم يبين متى يخرج فإن لم يكن لخروج الحاج وقت معلوم، بحيث لا يتقدم خروجهم عليه، ولا يتأخر [عنه]^(٣) فالإجارة فاسدة قياساً، واستحساناً، وإن كان لخروجهم وقت معلوم بحيث لا يتقدم ولا يتأخر، فالإجارة جائزة استحساناً؛ لأن المعلوم عرفاً كالمعلوم شرعاً، فإن انقطع أطنابه أو انكسر عموده، فلم يستطع نصبه فلا أجر عليه.

ولو اختلفا فيه فهذا على وجهين: أما إذا اختلفا في مقدار الانقطاع مع اتفاقهما على أصل الانقطاع وفي هذا الوجه القول قول المستأجر، وإن اختلفا في أصل الانقطاع، ذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يحكم الحال كما لو وقع هذا الاختلاف في انقطاع الماء في إجارة الرحي، وسيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى هكذا ذكر هذا [الجواب مشكل في مسألة الفسطاط ظاهر في مسألة الرحي؛ لأن الماء قد ينقطع ثم]^(٤) يعود فيمكن تحكيم الحال، وأما الأطناب إذا انقطع أو العمود إذا انكسر يبقى إلى وقت الخصومة كذلك، فكيف يستقيم تحكيم الحال.

وإن كان المستأجر اتخذ أطناباً من عند نفسه، أو عموداً من عند نفسه ونصبه حتى رجع فعليه الأجر كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه في إجارة الفسطاط السكنى وقد سكن فيه، وإن انكسرت الأوتاد [فلم يقدر على نصبه حتى

(١) في أ: ذهاباً.

(٢) في ز: أو.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ.

رجه فعليه الأجر كله، فرق بين الأوتاد^(١) وبين الأطناب والعمود.
والفرق أن الأوتاد على المستأجر فلم يعجز عن الانتفاع بالفسطاط.
وإذا أوقد [نارًا]^(٢) في الفسطاط كان كالإسراج، إن أوقد مثل ما يوقد الناس
عرفًا، وعادة في الفسطاط وأفسد الفسطاط فلا ضمان عليه، وإن جاوز المتعارف
فهو ضامن، فبعد ذلك ينظر إن أفسد كله بحيث لا ينتفع به ضمن قيمة الكل ولا أجر
عليه، وإن أفسد بعضه لزمه ضمان النقصان، وعليه الأجر كاملاً إذا كان قد انتفع
بالباقى؛ لأن فساد البعض أوجب نقصاناً في الباقي، فإذا استوفاه مع النقصان
[كان]^(٣) راضياً بالعيب فيجب عليه جميع الأجر، كما لو استأجر داراً وانهدم حائط
منها وأوجب نقصاناً^(٤) في الباقي فسكن كذلك، كان عليه جميع الأجر كذا هاهنا.
وإن لم يفسد شيء منه وسلم، وكان جاوز المعتاد فالمسألة على القياس
والاستحسان؛ القياس ألا تجب الأجرة، وفي الاستحسان يجب وقد مر جنس هذه
المسألة.

وإن شرط صاحب الفسطاط [على المستأجر]^(٥) ألا يوقد فيه ولا يسرج فيه
ففعّل، فهو ضامن، وعليه الأجر كاملاً إذا سلم الفسطاط؛ لأنه استوفى المعقود عليه
وزيادة.

وإذا استأجرت المرأة حلياً معلوماً لتلبسه يوماً إلى الليل ببدل معلوم فحبسته أكثر
من يوم صارت غاصبة.

قالوا: وهذا إذا حبسته^(٦) بعد الطلب أو حبسته مستعملة، فأما إذا حبسته للحفظ
لا تصير ضامنة قبل وجود الطلب من صاحبها؛ وذلك؛ لأن العين تقع أمانة في يدها

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في أ، ز.
- (٣) سقط في أ، ز.
- (٤) في أ: ما في.
- (٥) سقط في أ، ز.
- (٦) في أ: حبست.

فلا يصير مضموناً إلا بالاستعمال أو بالمنع بعد وجود الطلب كالوديعة، بخلاف المستعير إذا أمسك العين بعد المدة حيث يضمن؛ لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم؛ لأن [من] (١) حكم الطلب وجوب الرد، وقد وجب الرد عليه بعد مضي المدة.

أما في الإجارة فلم يوجد الطلب لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، ولم يوجد الاستعمال؛ فلهذا لا يجب الضمان، والحد الفاصل بين الإمساك للحفظ وبين الإمساك للاستعمال أنه إذا أمسك العين في موضع تمسك للاستعمال في ذلك الموضع فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسك للاستعمال في ذلك الموضع فهو حفظ؛ فعلى هذا إذا تسورت بالخلخال، أو تخلخلت بالسوار، أو تعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق، فهذا كله حفظ وليس باستعمال؛ لأن الإمساك وجد في موضع لا يمسك للاستعمال فكان حفظاً فلا يضمن.

وإن ألبست غيرها في ذلك اليوم فهي ضامنة ولا أجر عليها؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي.

وإن استأجرته كل يوم بأجر مسمى فحبسته شهراً ثم جاءت فعلية أجر كل يوم حبسته؛ لأن الإمساك في كل يوم حصل بحكم الإجارة وإن استأجرته يوماً إلى الليل، فإن بدا لها حبسه كل يوم بذلك الأجر فلم ترده عشرة أيام، فالإجارة على هذا الشرط فيما عدا اليوم فاسدة قياساً؛ لأن الإجارة فيما عدا اليوم معلقة بالشرط، وهو أن يبدو لها.

وفي الاستحسان تجوز الإجارة؛ لأن هذا شرط متعارف يحتاج إليه، فإنها إذا خرجت إلى العرس أو إلى وليمة لا تدري كم تبقى فتححتاج إلى مثل هذا الشرط لدفع الضرر والضمان، وتعليق الإجارة بمثل هذا الشرط لدفع الضرر والضمان جائز. ونقول: الإجارة فيما عدا اليوم معلق بالمشيئة فكان تفسيراً للقبول، كأنه قال:

(١) سقط في أ.

آجرتك فيما عدا اليوم الأول إن قبلت، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن شئت جاز، وكان تفسيرًا للقبول؛ [لأن القبول]^(١) لا يكون [إلا عن]^(٢) مشيئة، وصار كأنه قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن قبلت، وذلك جائز كذا هاهنا.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ز.

الفصل الثامن^(١) عشر في الإجارة للخدمة^(٢)

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إذا استأجر الرجل امرأته^(٣) لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لا يجوز؛ لأن خدمة الزوج مستحقة على المرأة ديانة؛ لما فيه من حسن المعاشرة، وإن لم تكن مستحقة عليها [حكماً]^(٤)، والإجارة على ما كان مستحقاً على الأجير ديانة [لا]^(٥) حكماً لا تجوز، كما لو استأجرها لعمل من أعمال البيت من الخبز والطبخ ورضاع ولده منها، ولو استأجرها لتخدمه فيما ليس من جنس خدمة البيت كرعي دوابه وما أشبه ذلك، يجوز؛ لأن ذلك غير مستحق عليها لا حكماً ولا ديانةً.

وفي مجموع النوازل: رجل زوج أمته ثم آجرها من زوجها لأجل الخدمة يجوز؛ لأن خدمة الزوج غير مستحقة عليها، فالإجارة وردت على ما ليس بمستحق عليها، فيصح.

ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها قال: هو جائز، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وروى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه باطل.

وذكر في كتاب جعل الأبق: أن المرأة متى استأجرت زوجها فله ألا يخدمها، ومتى رفع إلى القاضي، فالقاضي يفسخ العقد وينقضه، فمن مشايخنا من قال: ليس في المسألة اختلاف الروايتين لكن تأويل ما روى أبو عصمة أنه باطل أنه سيطل. ومنهم من قال: لا بل في المسألة روايتان، على ظاهر الرواية يجوز، وله حق

(١) في ز: السابع.

(٢) في أ، ز: في الخدمة.

(٣) في ز: امرأة.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

الفسخ بالمرافعة إلى القاضي، وعلى رواية أبي عصمة لا يجوز. واتفقت الروايات أن الأب إذا أجر نفسه للخدمة من ابنه لا يجوز، حتى كان له أن يفسخ من غير قضاء ولا رضى، واتفقت الروايات في الزوج والأب إذا خدما أنهما يستحقان المسمى.

نص على هذا في كتاب المزارعة، فإنه قال في المزارعة: كل من لا يجوز أن يستأجر للخدمة فله أجر المثل إلا الوالد والزوج فوجه ما روى أبو عصمة أن الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذل ونقيصة بالخادم. ولهذا قالوا^(١): الكافر إذا اشترى عبدًا مسلمًا فإنه يجبر [على]^(٢) بيعه حتى لا يستخدمه قهراً من غير عوض يحصل للعبد فيكون في ذلك إذلالاً بالمسلم وليس للكافر إذلال^(٣) المسلم، فدل أن الاستخدام على سبيل القهر من غير عوض يحصل للخادم ذل وليس للمسلم أن يذل نفسه.

إذا ثبت هذا فنقول: [بأن]^(٤) إجارة المرأة زوجها للخدمة لو صحت كان في ذلك استخدام الزوج على سبيل القهر من غير عوض يحصل له من وجه؛ لأنه إن حصل له عوض باعتبار ملك الرقبة فإن الأملاك من حيث [ملك]^(٥) الرقبة متباينة^(٦) لم يحصل له العوض [باعتبار المنافع متصلة ما للزوج كما للمرأة، وما للمرأة كأنه للزوج ولهذا لم يجز لواحد منهما أن يضع زكاة ما له في يد صاحبه فباعتبار المنفعة لا يحصل العوض]^(٧) فلا ينتفي الذل، وكان كالأب إذا أجر نفسه من ابنه للخدمة فإنه لا يجوز؛ لأنه من وجه كالحاصل من غير عوض من حيث إن للأب شبه ملك

(١) في ز: قال.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ز: استدلال.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ، ز: عن يسار.

(٧) سقط في أ، ز.

في مال ولده، وهذا بخلاف المسلم إذا أجر نفسه من كافر للخدمة حيث يجوز باتفاق الروايات؛ لأنه وإن كان يستخدمه قهراً بعقد الإجارة إلا أنه يستوجب عليه عوضاً من كل وجه على سبيل القهر، فينتفي الذل أما هاهنا بخلافه.

وجه ظاهر الرواية: وهو أن الفرق بين الزوج وبين الأب أن ما للزوج [من مال امرأته دون ما للأب في مال ولده؛ لأن للأب]^(١) في مال ولده^(٢) شبهة ملك [حتى لو]^(٣) وطئ جارية ابنه، وقال: علمت أنها علي حرام لا يحد، وليس للزوج في مال امرأته شبهة ملك، ولهذا لو وطئ جارية زوجته، وقال: علمت أنها علي حرام يحد ولو كان للزوج في مال زوجته مثل ما للأب في مال ولده، لكان لا تجوز الإجارة [أصلاً]^(٤)، ولو لم يكن للزوج في مال زوجته شيء أصلاً لكان تجوز الإجارة، وكما لو أجر نفسه لخدمة أجنبية فإذا كان له في مال المرأة شيء، ولكن دون ما للأب في مال ابنه حكمنا بجواز العقد وأثبتنا له حق الفسخ بالمرافعة إلى القاضي توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الممكن.

ثم الزوج أو الأب إذا خدم كان له المسمى واتفقت الروايات في ذلك، وهذا الحكم لا يشكل في الزوج على ظاهر الرواية؛ لأن على ظاهر [الرواية]^(٥) هذه الإجارة جائزة، إنما يشكل على رواية أبي عصمة؛ [لأن على هذه الرواية]^(٦) الإجارة فاسدة، وكذلك يشكل في الأب على الروايات كلها؛ لأن استئجار الابن أباه للخدمة فاسدة [على الروايات كلها]^(٧).

وفي الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل، والجواب: أنا إنما حكمنا بفساد هذه

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: امرأته.

(٣) في ز: ولهذا.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ.

الإجارة في^(١) الزوج على رواية أبي عصمة، وفي الأب على الروايات كلها نظرًا للأب والزوج حتى لا يلحقه^(٢) ذل بسبب الخدمة، والنظر في إيجاب المسمى متى خدم لا^(٣) في إيجاب أجر المثل وأن أجر المثل لا يزداد على المسمى، إذا كان المسمى شيئًا معلومًا فلا يستحق^(٤) الزيادة إذا كان أجر مثله يزيد على المسمى، وينقص عن المسمى إذا نقص أجر المثل عن المسمى، وإذا حكمنا بوجود المسمى لا ينقص عنه شيء بعد ذلك فكان النظر في إيجاب المسمى من هذا الوجه، فلهذا أوجبنا المسمى.

هذا كما قلنا في العبد المحجور إذا أجر نفسه لا تجوز الإجارة، ولكن إذا عمل وسلم من العمل يستحق المسمى؛ لأننا إنما حكمنا بالفساد نظرًا للمولى، والنظر متى عمل وسلم في التجويز حتى لا تزول منافع عبده مجانًا كذا هاهنا.

وإن استأجرت المرأة زوجها ليرعى غنما، أو يقوم على عمل لها جاز.

أما على ظاهر الرواية فظاهر، وأما على رواية أبي عصمة فلا لأنه لا ذل فيه.

ولو استأجر الرجل ابنه للخدمة أو استأجرت المرأة ابنها لم يجز، وإذا خدم فلا أجر له؛ لأن خدمة الأب واجبة على الابن، والإجارة وردت على ما هو المستحق فلا يجوز، إلا إذا كان الابن عبدًا للغير أو مكاتبًا للغير فاستأجر أحدهما من المولى ليخدمه فحيثئذ يجوز؛ لأن خدمة الأب لا تلزم الابن إذا كان عبدًا للغير، أو مكاتبًا للغير.

وإن^(٥) كان الابن حرًا فاستأجره أحدهما ليرعى غنمًا أو استأجره لعمل آخر وراء

الخدمة، فإنه يجوز.

(١) في أ، ز: على.

(٢) في ز: يلحقهما.

(٣) في أ، ز: وفي.

(٤) في أ، ز: تثبت.

(٥) في أ، ز: أو.

وإذا استأجر عبدًا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانًا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة، وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة؛ لأن الاستخدام بالكوفة ثابت بدلالة الحال فيعتبر بما لو ثبت نصًا.

بيانه: أن المستأجر له حمل ومؤنة، والظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد؛ لأن الرد على الأجر فيتعين موضع العقد مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال، فإن سافر به ضمن؛ لأن الكوفة تعين مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال، فيعتبر بما لو تعين بالنص، وهناك لو سافر بالعبد يضمن، كذا هاهنا هكذا ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في إجازات الأصل. وذكر في صلح «الأصل» أن من ادعى دارًا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة أن له أن يخرج بالعبد إلى أهله؛ لأن الإذن بالاستخدام حصل مطلقًا فاعتبره بالعبد الموصى له بالخدمة.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في «شرح كتاب الصلح»: لم يرد بقوله: «يخرج بالعبد إلى أهله» أن يسافر به، إنما أراد بقوله أن يخرج به إلى أهله في القرى، [و^(١) أفنية البلدة.

قال رحمه الله: وهذا كما^(٢) قلنا في باب الإجارة: من استأجر عبدًا ليخدمه ليس له أن يسافر به، وله أن يخرج به إلى أهله في القرى وأفنية البلدة.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يفرق بين مسألة الصلح وبين مسألة الإجارة، وكان يقول في مسألة الصلح: لصاحب^(٣) الخدمة أن يسافر بالعبد، وليس للمستأجر أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة.

وحكي عن أبي إسحاق الحافظ أنه كان يقول: لا رواية عن محمد رحمه الله في

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ: لما.

(٣) في أ، ز: لحاجة.

فصل الإجارة ولقائل أن يقول: للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في مسألة الصلح، ولقائل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الإجارة في «إجارات الأصل» على نحو ما كتبنا.

قال [محمد]^(١) - رحمه الله - : وليس للمستأجر أن يضرب الغلام؛ لأن صاحب الغلام لم يأذن له في الضرب، وإنما أذن له في الاستخدام، [والضرب ليس من الاستخدام]^(٢) في شيء، ولا ضرورة إليه أيضًا؛ لأنه يمكن استخراج الخدمة من العبد بدون الضرب باللائمة، فلا يصير الضرب مأذونًا فيه، خرج على هذا فصل الدابة: فإن لمستأجر الدابة للركوب أن يضرب الدابة؛ لأنه لا يمكن استخراج السير من الدابة [بدون الضرب]^(٣)، فصار الضرب ثمة مأذونًا فيه، أما هاهنا بخلافه. ذكر مسألة ضرب الدابة هاهنا مطلقة، وفي الأصل: وليس لمستأجر الدابة أن يضربها أصلًا في قول أبي حنيفة، ولو ضربها فعطبت يضمن، وكذلك الكبح باللجام.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : له أن يضربها ضربًا معتادًا ولا ضمان عليه إذا عطبت بالضرب المعتاد.

وعن الفقيه إسماعيل الزاهد: إن استأجر دابة ليركبها فضربها فماتت، إن كان ضربها بإذن صاحبها وأصاب الموضع المعتاد لا ضمان عليه إجماعًا، وإن أصاب غير الموضع المعتاد يضمن إجماعًا، إلا أن يكون مأذونًا له في ذلك الموضع بعينه، وأما إذا ضربها في الموضع المعتاد بغير إذن صاحبها ضمن عنده، خلافًا لهما، والمستعير يضمن إجماعًا.

ولو دفع المستأجر الأجر إلى العبد، فإن كان العبد هو العاقد، فقد برئ من

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: إلا بالضرب.

الأجر؛ لأنه دفع الأجر إلى العاقد، وإن لم يكن عاقداً لا يبرأ، وإن حصل الدفع إلى من يده يد المولى [ضمن] ^(١) من حيث الحكم.

[وفرق بين هذا وبين المودع إذا دفع الوديعة إلى عبد المودع حيث لا يضمن، والفرق أن يد العبد يد المولى من حيث الحكم] ^(٢) لا من حيث الحقيقة، والأجر كان على المستأجر فباعترار الحكم يجب، وباعتبار الحقيقة لا يجب، فلا يجب بالشك.

وإذا استأجر الرجل عبداً للخدمة فله أن يكلفه ما هو من أنواع الخدمة؛ لأن الخدمة اسم جنس فيتناول جميع أنواعه، وله أن يكلفه أن يخيط له ثوباً وأن يخبز له، هكذا ذكر في الكتاب.

قالوا: وهذا إذا كان خياطة وخبزاً لا بد للمستأجر منه، فأما إذا أراد أن يقعه خياطاً يخيط ثياب الناس، أو يقعه خبازاً يخبز للناس، ليس له ذلك؛ لأن هذا تجارة واكتساب المال، فلا يدخل تحت اسم الخدمة.

قال: وطعام العبد على صاحبه، وليس من ذلك شيء [على المستأجر] ^(٣)؛ لأن المستحق على المستأجر المشروط عليه في العقد والطعام غير مشروط على المستأجر في العقد لا نصاً ولا عرفاً.

قال: وإذا نزل للمستأجر ضيفان، فعلى العبد المستأجر أن يخدمهم؛ لأن خدمة ضيفان المستأجر من جملة خدمة المستأجر، ألا ترى أنه لولا هذا العبد [كان] ^(٤) على المستأجر أن يخدمهم ديانة ومروءة، قال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه» ^(٥)، وإذا كان على المستأجر خدمة نفسه صارت خدمة ضيفانه كخدمته.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) أخرجه مسلم (٦٩/١) في كتاب الأيمان، باب: الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم الصمت إلا عن الخير (٤٨/٧٧).

وإن تزوج المستأجر امرأة بعد ما استأجر العبد، فعلى العبد أن يخدم المستأجر ويخدم المرأة أيضًا؛ لأن حال المرأة لا يكون أقل من حال الضيف، وعلى العبد خدمة الضيف فكان عليه خدمة المرأة من طريق الأولى.

وفي المنتقى رواية إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - رجل أجر عبدًا له سنة ثم إن العبد أقام بينة أنه كان المولى أعتقه [قبل الإجارة]^(١)، فالأجرة للعبد؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا في هذه الإجارة فتوقف على [إجازة]^(٢) العبد، ونفذ بإجازته والمبدل وهو المنافع بعد العتق للعبد فكان البدل للعبد أيضًا.

ولو قال العبد: إني حر، وقد فسخت الإجارة ولم يكن له بينة ودفعه القاضي إلى مولاه، وأجبره المولى على العمل، ثم أقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه [قبل الإجارة]^(٣) فلا أجر للعبد ولا للمولى.

ولو لم يقل: فسخت كان [الأجر]^(٤) للعبد، وإن كان غير بالغ وادعى العتق وقد أجره مولاه. وقال: [قد]^(٥) فسخت الإجارة، ثم عمل وباقي المسألة بحالها فالأجر للغلام.

قال في الكتاب: وهذا بمنزلة اللقيط في حجر رجل [آجره]^(٦)، وفي المسألة إشكال؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيًا عنه، فإن عقده يوقف على إجازته، فينبغي أن يعمل فسخه حتى لا يكون الأجر، ثم أشار إلى الجواب وقال: هو بمنزلة اللقيط في حجر رجل.

وبيان ذلك: أن الملتقط إنما ملك إجارة اللقيط؛ لأنه بالإجارة يجعل ما ليس بمتقوم في حقه متقومًا، وإنه نظر في حق الصغير، وهذا المعنى يقتضي أن يملك المولى إجارة معتقه إذا كان صغيرًا في حجره فينفذ عقد الإجارة عليه بصفة اللزوم فلا

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ.

يملك فسخها بعد اللزوم.

قال في القدوري: وإذا أجر الرجل عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر أعتقه، فعتقه جائز؛ لأنه أعتق ملك نفسه والرقبة بعد الإجارة باقية على ملك المولى فينفذ عتقه، وكان العبد بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، وهذا بناء على ما قلنا: إن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها، والمنافع بعد العتق^(١) حدثت على ملك العبد، فيصير العقد في حق المنافع الحادثة بعد العتق كأنه صدر من الفضولي فتوقف على الإجازة، فإذا جاز لم يكن له أن ينقض [الإجارة]^(٢) بعد ذلك، وأجر ما مضى للسيد وما بقي للعبد، ونفذ العقد عليهما بإجازة العبد فكان بدلها للعبد.

وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى؛ لأن قبض البدل من حقوق العقد فيثبت للعائد والعائد هو المولى، وإن كان المولى حين أجر عبده استعجل الأجرة، ثم أجاز العبد بعد العتق فالأجرة كلها للسيد؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل، وفي تلك الحالة المبدل على حكم ملك المولى فصارت الأجرة مملوكة للمولى و^(٣) الإجارة من العبد تقرر^(٤) حكم ذلك الملك فلا يتغير بالعتق.

ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى، ثم عتق بعد ما مضى مدة فله حق الفسخ، والعبد هو الذي يلي قبض الأجرة؛ لأن العقد كان منه، ولو أجر المكاتب عبده، ثم عجز ورد في الرق، فالإجارة باقية في قول أبي يوسف.

وقال محمد رحمه الله: تنقض الإجارة.

ولو استأجر عبداً ثم عجز بطلت الإجارة في القولين.

ولو أجر الرجل [عبداً]^(٥) له ثم استحق [وأجاز]^(٦) المستحق الإجارة، فإن كانت

(١) في أ، ز: القبض.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: من.

(٤) في ز: فتقرر.

(٥) سقط في أ، ز.

الإجارة قبل استيفاء المنفعة [جاز وكانت الأجرة للمالك؛ لأن الإجارة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أجاز بعد استيفاء المنفعة]^(١) لم تعتبر الإجارة والأجر للعاقده؛ لأن المنافع قد مضت وتلاشت.

وابتداء العقد عليها لا يجوز فلا تلحقها الإجارة؛ لأن الإجارة في معنى ابتداء العقد، وإن أجاز في بعض المدة، فالأجرة في الماضي والباقي للمالك في قول أبي يوسف رحمه الله.

وقال محمد رحمه الله: أجر ما مضى للغاصب وما بقي فهو للمالك.

وجه قول أبي يوسف: أن العقد قائم فتلحقه الإجارة.

وجه قول محمد: أن العقد ينعقد ساعة فساعة، ففي [حق]^(٢) ما مضى من منفعة العقد قد انعدم فلا تلحقه الإجارة.

وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله: إذا آجرت المرأة دارها من زوجها وسكنها جميعاً، فلا أجر لها، قال: وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو تخبز هكذا ذكر.

وقيل في المعنى: إن التسليم شرط لصحة الإجارة، ولوجوب الأجرة وسكنها معه يمنع التسليم، والحكم ممنوع والعلة مردودة، والقياس على استئجارها للطبخ والخبز غير صحيح؛ لأن الخبز والطبخ مستحق عليها ديانة، والسكنى غير مستحق عليها لا ديانة ولا حكماً.

وقوله: بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم، قلنا: لا يمنع؛ لأنها تابعة للزوج في السكنى.

ولو استأجر الرجل غلاماً ليخدمه فرفع الغلام من متاع البيت ووقع من يده على شيء آخر من متاع البيت فكسره فلا ضمان على الغلام، ولو وقع على ودعة كانت عند المستأجر وكسرها فالغلام ضامن.

(٦) سقط في أ، ز.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ، ز.

ومما يتصل بهذا الفصل : إجارة الصبي والاستتجار له :

إذا آجر الأب أو الجد أو الوصي الصبي في عمل من الأعمال فهو جائز؛ لأن لهؤلاء ولاية استعمال الصغير من غير عوض، بطريق التهذيب والريضة فمع العوض أولى، ولا تجوز إجارة غيرهم إذا كان له واحد منهم؛ لأنه لا ولاية لأحد على الصغير حال قيام واحد منهم وإن لم يكن واحد منهم وآجره ذو رحم محرم منه، وهو في حجره جاز بطريق التهذيب والريضة، فإن لصاحب الحجر ولاية تهذيب من في حجره.

وإذا كان في حجر ذي محرم فأجره آخر هو أقرب كالصبي إذا كان في حجر عمه وله أم فأجرته الأم جاز في قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وقال محمد: لا يجوز، فوجه قول محمد: أن هذه الولاية في غير الأب والجد ووصيهما بطريق التهذيب والريضة، وإنما تثبت ولاية التهذيب والريضة لمن كان الصبي في حجره، ولأبي يوسف رحمه الله: أن القرابة مؤثرة في إثبات الولاية، فإذا ملكه الأبعد ملكه الأقرب من طريق الأولى.

وللذي [ولي] ^(١) الإجارة على الصغير أن يقبض الأجرة؛ لأنه من حقوق العقد فيتعلق بالعاقد، وليس له أن ينفقها عليه؛ لأنها مال الصغير، وليس لغير الأب والجد ووصيهما ولاية التصرف في مال الصغير ^(٢).

وكذلك إذا وهب للصغير شيء فللذي الصغير في حجره أن يقبضه ولكن لا ينفق على الصغير لما قلنا.

وللأب والجد ووصيهما إجارة عبد الصغير وسائر أمواله، وأما غير هؤلاء [ممن هو في حجره لا يؤجر عبده] ^(٣)، وعن محمد - رحمه الله - أنه قال: أستحسن أن

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: الصبي.

(٣) في أ: في مال الصغير، وفي ز: ممن الصغير في حجره لا يملك إجارة مال الصغير؛ لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصغير.

يؤجروا^(١) عبده؛ لأنه ظهرت ولايتهم في نفس الصغير نظرًا له، فكذا يظهر ولايتهم في مال الصغير نظرًا له، وكذلك أستحسن أن ينفقوا عليه ما لا بد له منه؛ لأن في تأخير ذلك ضررًا بالصغير.

ولو آجر الأب والجد ووصيهما الصغير ثم بلغ الصغير، فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ.

فرق بين هذا وبين ما إذا أجروا عبدًا للصغير، ثم بلغ الصغير حيث لا يكون له ولاية الفسخ.

والفرق: أن الإجارة^(٢) مال محض منفعة في حق الصغير؛ إذ بها يحصل للصغير مال وهو الأجر بمقابلة ما ليس بمتقوم، وهو المنافع فينوب الأب والجد ووصيهما فيها^(٣) مناب الصغير، وصار كأنه آجر نفسه وهو بالغ، وأما إجارة الصغير لم تمحض نفعًا في حق الصغير؛ لأنه إتعاب بدنه فكان ينبغي ألا يملكها هو لكن ملكوها من حيث التهذيب والرياضة فلهؤلاء ولاية تهذيب الصبي ورياضته، وهذه الولاية قد انقطعت بالبلوغ.

و[لو]^(٤) آجر الوصي نفسه للصبي لا يجوز، فأما على قول محمد - رحمه الله - فلأن الوصي لا يملك بيع مال نفسه من الصغير مع أنه مقابلة العين بالعين، فلأن لا يملك إجارة نفسه منه وإنه مقابل المنفعة بالعين أولى.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فلأنه إنما يملك بيع مال نفسه من الصغير إذا كان النفع فيه ظاهرًا للصغير ولا نفع في بيع المنفعة للصغير، وإن كان بأقل من قيمته حيث لا يتغابن الناس في مثله؛ لأن ما يحصل للوصي عين وما يحصل للصغير منفعة، والعين خير من المنفعة.

(١) في أ: يؤجر.

(٢) في أ، ز: إجارة.

(٣) في أ، ز: فيهما.

(٤) سقط في أ.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني -رحمه الله - يقول: كان القاضي يقول: على قياس مسألة المضاربة ينبغي أن يقال للولي^(١) أن يؤاجر نفسه في عمل من أعمال اليتيم بأقل من الأجر، فإن للوصي أن يجعل مضاربا لليتيم في ماله، والمضاربة إجارة والمضارب أجير رب المال. قال رحمه الله: وبه قال بعض مشايخنا.

قال رحمه الله: والصحيح أنه لا يجوز بخلاف المضاربة. والفرق: أن في فصل المضاربة ليس يشترط لنفسه شيئاً من مال اليتيم، إنما يشترط لنفسه مقدار المشروط من الربح، ويضمن ذلك من دخوله في ملك اليتيم، وليس فيه ضرر لليتيم، بل يحصل له منفعة ظاهرة فصحت. فأما في الإجارة الوصي يستخلف لنفسه من مال اليتيم شيئاً ويبدل للصغير من نفسه منفعة، والمال خير من المنفعة؛ فلم تكن الإجارة خيراً في حق الصغير؛ فلهذا لم تصح.

ولو استأجر الوصي الصغير لنفسه فينبغي أن يجوز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان بأجرة لا يتغابن بمثلها؛ لأن في هذا التصرف نفع الصغير؛ لأنه يحصل له العين وهو الأجر بمقابلة المنفعة.

فأما الأب إذا استأجر الصغير لنفسه لا شك في جواز هذه الإجارة، وأما إذا أجر نفسه للصغير بمثل القيمة، ذكر في عامة الروايات أنه يجوز عندهم جميعاً؛ لأنه باع منفعة له من الصغير بمثل القيمة، فتعتبر بما لو باع عيناً له من الصغير بمثل القيمة وذلك جائز فكذا هذا.

وذكر في بعض الروايات: أنه لا يجوز، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه. ووجه ذلك: أن العمل للصغير واجب على الأب ديانة إن لم يكن واجباً من حيث الحكم، فالوجوب ديانة مانع من جواز الإجارة لما مر من قبل هذا.

(١) في ز: للوصي.

الوصي إذا استأجر من نفسه عبداً لليتيم ليعمل لليتيم آخر هو في حجره وهو وصيهما لا يجوز؛ لأنه باع منفعة أحد اليتيمين من الآخر فيعتبر بما لو باع عيناً من أعيان مال أحدهما من الآخر، وذلك لا يجوز فهذا كذلك.

الصبي المحجور إذا أجر نفسه لم يجز، وكذلك العبد المحجور إذا أجر نفسه لم يجز، وهذا؛ لأن الإجارة لو كانت من المالك ولم يسم بدلاً يجب أجر المثل [بالغاً]^(١) ما بلغ، ولو كان مسمى فيه الأجرة وجب المسمى، ولا يزداد عليه، فالزيادة على المسمى إذا لم تجب على المستأجر؛ لأن المؤاجر أبطلها بالتسمية، فالوصي أيضاً لو لم يسم الأجر أصلاً يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وإذا سمى الأجر لو لم تجب الزيادة على المسمى، إنما لا تجب لإبطال الوصي الزيادة بالتسمية، وليس له إلى إبطالها سبيل ويجعل في حق الزيادة كأن التسمية لم توجد أصلاً.

والقاضي ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله كان يفتي بقول الخصاص^(٢) حتى حكي أنه قال: لو غضب إنسان دار صبي يجب عليه أجر المثل في هذه الصورة بالغاً ما بلغ إلا إذا انتقص المنزل بسبب سكنى المستأجر وكان ضمان النقصان أنفع لليتيم من أجر المثل فحيثئذ يجب ضمان النقصان، أما بدون ذلك يجب المثل إلا إذا انتقص بسبب سكناه وضمن النقصان أنفع في حق الصغير فحيثئذ يجب ضمان النقصان.

وفي وصايا الفتاوى: رجل أقعد صبيًا مع رجل يعمل معه فاتخذ هذا الرجل كسوة، ثم بدا للصبي ألا يعمل، قال: إن [كان]^(٣) أعطاه كرباسًا، والصبي هو الذي تكلف خياطته لم يكن للرجل على الكسوة سبيل؛ لأن الصبي ملكه بخياطته فانقطع عنه حق الدافع.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: الجصاص.

(٣) سقط في أ، ز.

الفصل التاسع عشر

في إجارة الظئر^(١)

القياس يأبى جواز إجارة الظئر؛ لأنها ترد على استهلاك العين مقصودًا وهو اللبن^(٢)، فهو بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة [بأجرة معلومة]^(٣)

(١) الظئر: المرأة التي تستأجر للرضاعة، وأصل الظئر: الناقة التي تعطف على ولد غيرها، ومنه قيل للمرأة الأجنبية تحضن ولد غيرها: ظئر، وللرجل الحاضن: ظئر أيضا، والجمع أظآر مثل حمل وأحمال، وربما جمعت المرأة على ظئار بكسر الظاء وضمها. ينظر: المصباح المنير، مادة (ظئر)، ص (١٤٧).

(٢) اتفق الفقهاء على مشروعية إجارة الظئر؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجُوهِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْكُمْ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بِبَنَاتِكُمْ مَعْرُوفٍ وَإِنْ نَعَسْتُمْ فَسَرِّضْ لَهُنَّ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ حَوْلَ بَنَاتِكُمْ كَامِلَاتٍ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِضُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَالْقَوْلُ اللَّهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقد وضع الفقهاء عدة ضوابط لعقد إجارة الظئر وهي:

١- أن يكون عقد الرضاع معلوما من حيث مدته؛ لأنه لا يمكن تقدير المنفعة إلا به، ومكانه؛ لأنه يختلف فيشق عليها في بيته، ويسهل عليها في بيتها، ومقدار الأجر، ومعرفة الصبي؛ لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره، ونهامته وقناعته.

٢- إذن الزوج؛ لأن الرضاع يفوت حقه في الخدمة والاستمتاع، إلا إذا خيف الهلاك على الرضيع إذا انتظرنا إذن الزوج، فإنه يجب على المرأة القيام بالإرضاع نزولا على مقتضى الضرورة.

٣- ألا يضار أبناء المرضعة من جراء قيامها بإرضاع غيرهم.

واختلف الفقهاء في محل عقد إجارة الظئر على النحو التالي:

١- ذهب بعض الفقهاء إلى أن محل عقد إجارة الظئر هو منافع المرضعة التي تلزم بالقيام بها، كالعناية بالطفل، وتربيته، وخدمته، وإرضاعه، وهذا يعني أن إجارة الظئر ترد على منافع الجسد لا على الجسد نفسه.

٢- وذهب بعض الفقهاء إلى إن إجارة الظئر ترد على لبن المرأة نفسها؛ لأنه هو المقصود من التعامل؛ كما أن قول الله سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجُوهِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْكُمْ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بِبَنَاتِكُمْ مَعْرُوفٍ وَإِنْ نَعَسْتُمْ فَسَرِّضْ لَهُنَّ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦]. قد ربط بين الحصول على الأجرة وبين حصول الإرضاع فعلا؛ فدل هذا على أن محل العقد هو اللبن، وهو ما يعني أن المرضعة لو أرضعته دون أن تخدمه استحققت الأجر،

ليشرب لبنها، لكن [جوزنا هذا]^(١) استحسانًا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾^(٢)، وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودًا، وإنما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي، واللبن يدخل فيها تبعًا لهذه الأشياء، وهذا جائز. كما لو استأجر صباغًا ليصبغ له الثوب وإنها^(٣) جائزة، وطريق الجواز: أن يجعل العقد واردًا على فعل الصباغ، والصبغ يدخل فيها تبعًا، فلم يكن الاستهلاك واردًا على استهلاك العين مقصودًا.

خرج على هذا فصل البقرة والشاة؛ لأن هناك عقد الإجارة مقصود^(٤)، وإذا جازت الإجارة ينظر بعد هذا: إن لم يشترط في عقد الإجارة أنها ترضع الصبي في منزل الأب، فلها الخيار إن شاءت أرضعت الصبي في منزل الأب وإن شاءت أرضعته في منزلها؛ لأنه إنما يستحق على الأجير ما يشترط عليه، ولم يشترط

ولو خدمته دون الرضاع لم تستحق الأجر. يضاف إلى ذلك أن المرضعة لو تركت إرضاع الطفل، وقامت بالخدمات الأخرى فلا تسمى مرضعة وإنما تسمى حاضنة. وهنا قد يتساءل سائل كيف يمكن ورود عقد الإجارة على عين من المرضعة وهو لبنها ولم يرد على منافعها وهو الأصل في عقد الإجارة؟! ويجب على هذا التساؤل: بما يقرره كثير من الفقهاء بأن عقد إجارة الظئر يعتبر عقدا ذا طبيعة خاصة، ومنح هذه الطبيعة على سبيل الاستثناء؛ لأن الضرورة تدعو إليه لبقاء الأدمي ولا يقوم غيره مقامه، ولأن الأعبان التي تتجدد شيئًا فشيئًا تأخذ حكم المنفعة.

ينظر: الهداية شرح البداية (٣/٢٤١)، تكملة البحر الرائق (٣٧/٨، ٣٨)، المسبوط (١١٨/١٥)، شرح فتح القدير (٢/٣٥٥)، حاشية ابن عابدين (٦/٣٣٧)، البحر الرائق (٣/٢٣٨)، بدائع الصنائع (٤/١٧٥)، الفتاوى الهندية (٤/٣٤٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٣)، التاج والإكليل (٤/٣٦٤)، روضة الطالبين (٥/١٩٢)، نهاية المحتاج (٥/٢٩٥)، مغني المحتاج (٢/٣٤٥)، الكافي في فقه أحمد بن حنبل (٢/٣٠٠)، المغني، لابن قدامة (٦/٧٣، ٧٤)، فتاوى ورسائل ابن تيمية في الفقه (٣٠/٢٢٩)، إعلام الموقعين (٢/٣٤)، المحلى (٨/١٨٩).

(٣) سقط في ز.

(١) في ز: جوزناها.

(٢) سورة الطلاق آية: ٦.

(٣) في ز: وإنه.

(٤) في ز: مقصودًا.

عليها^(١) الإرضاع في منزل الأب لا نصًّا ولا عرفًا، فلا يلزمها ذلك .
 وإن شرط عليها الإرضاع في منزل الأب أرضعته في منزل الأب فكان^(٢) ينبغي
 ألا يصح هذا الشرط؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه مطلق العقد، ولأحد المتعاقدين فيه
 منفعة .

والجواب: أن الثابت بهذا الشرط زيادة جودة في المعقود عليه؛ لأن الإرضاع في
 منزل الأب أجود للصبى من الإرضاع في منزلها، واشتراط زيادة الجودة في المعقود
 عليه الذي لا يقتضيه مطلق العقد، لا يفسد العقد .

كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب، أو اشترى بدراهم جياذ، وكذلك إذا لم
 يشترط ذلك عليها صريحًا ولكن كان العرف الظاهر^(٣) فيما بين الناس أن الظئر يرضع
 الصبي في منزل أبيه لزمها ذلك؛ لأن المعروف فيما بين الناس كالمشروط . ولو
 ضاع الصبي من يدها، أو وقع فمات، أو سرق شيء من حلي الصبي، أو ثيابه فلا
 ضمان على الظئر، أما ضمان الصبي؛ فلأنه ضمان آدمي، وضمان الآدمي لا يجب
 بالعقد .

ألا ترى أن ضمان الآدمي تتحمله العاقلة، وضمان المعقود عليه لا تتحمله العاقلة
 كالثمن والأجر، وهذا ضمان عقد؛ لأنه لولا عقد الإجارة لما ضمن الظئر، فأما
 ضمان ما على الصغير من الثياب والحلي؛ وما عليه تبع له فإذا لم يجب ضمان
 الأصل، فكيف يجب ضمان التبع؟

وطعام الظئر وكسوتها على الظئر إذا لم يشترط ذلك في عقد الإجارة على
 المستأجر؛ لأن الأجير بعقد الإجارة إنما يستحق على المستأجر ما شرطه^(٤) لا ما لم
 يشترط له .

(١) في ز: عليه .

(٢) في ز: وكان .

(٣) في ز: ظاهرًا .

(٤) في ز: شرط له .

فإن قيل: الطعام وإن لم يكن مشروطاً لها نصّاً فهو مشروط لها عرفاً، والمعروف كالمشروط.

قلنا: إنما يجعل المعروف كالمشروط في العقد إذا كان فيه تجويز العقد، وفي جعل الطعام مشروطاً لها في العقد فساد^(١) عندهما قياساً واستحساناً، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - قياساً، ولا يجعل ذلك مشروطاً في العقد.

وإن استأجرها بالدرهم فلا بد من بيان قدرها وصفتها، وإن استأجرها بمكيل أو موزون، فلا بد من بيان قدره وصفته، وإن استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم، وقد مرّ ذلك في صدر الكتاب، وإن استأجرها بطعامها وكسوتها ووصف ذلك، جاز بالاتفاق، وإن لم يصف، فالقياس ألا يجوز، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي - رحمهم الله -.

وفي الاستحسان يجوز، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - .
وجه القياس في ذلك: أن الإجارة مجهولة وجهالة الأجرة يوجب فساد العقد، كما في سائر الإجازات.

وجه الاستحسان: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢) والمراد منه: أجرة^(٣) الرضاع، لا نفقه النكاح؛ لأن الله تعالى ذكر الإرضاع أولاً، ثم أوجب الرزق والكسوة ولم يذكر النكاح، والحكم إذا نقل^(٤) عقيب سبب وإنما يحال بالحكم إلى السبب المنقول، والسبب المنقول الإرضاع، فعلم أن المراد من الآية أجرة الرضاع.

فوجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى أوجب أجرة الرضاع مع الجهالة، فإنه تعالى قال: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾، وإنما يقال: هذا فيما كان مجهول الصفة والنوع كما في

(١) زاد في ز: العقد.

(٢) سورة البقرة آية: ٢٣٣ .

(٣) في ز: أجر.

(٤) في ز: فعل.

قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١)، فهذا دليل على أن الطعام والكسوة يصلح أجره الرضاع مع الجهالة، ولأن هذا يجري مجرى نفقة الولد؛ [لأن الواجب في الحاصل والحقيقة نفقة الولد]^(٢)؛ لأن إيصال النفقة إلى الولد بواسطة الظئر، فإذا كان هذا يجري مجرى النفقة صح مع الجهالة، والجهالة لا توجب فساد العقد بعينها بل للإفضاء إلى المنازعة والجهالة هاهنا لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن العادة فيما بين الناس، في البلدان التوسعة على الظئر وترك المنازعة في طعامهن وكسوتهن؛ لأن البخس في ذلك يؤدي إلى الضرر بالولد، ومثل هذه العادة معدومة في سائر الإجازات.

وإذا صحت هذه الإجارة كان لها الوسط من الطعام والكسوة كما في نفقة الولد، والذي يجب على الظئر بعد الاستئجار والإرضاع والقيام بأمر الصبي فيما يصلحه من رضاعه وغسل ثيابه، وأما الإرضاع فظاهر، إلا أن العادة فيما بين الناس أن الظئر هي التي تتولى ذلك فصار ذلك كالمشروط، وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فهو على الظئر، وكان ذلك عرف ديارهم، أما في عرفنا ما يعالج به الصبيان على أهله إن كان الصبي يأكل الطعام، وعلى الظئر أن تهبه، والمرجع في جميع ذلك العرف؛ وهذا؛ لأن هذه الأشياء من توابع الإرضاع.

والأصل: أن الإجارة إذا وقعت على عمل، فكل ما كان من توابع ذلك العمل، ولم يشترط ذلك على الأجير في الإجارة فالمرجع فيه العرف.

وليس للظئر ولا للمسترضع أن تفسخ هذه الإجارة إلا بعذر كما في سائر الإجازات، وكان ينبغي أن تكون للظئر ولاية الفسخ من غير عذر؛ لأن المعقود عليه في جانبها اللبن وإنه عين، واستهلاك العين عذر في فسخ العقد كما في باب المزارعة، فإن^(٣) لمن كان البذر من جهته حق فسخ المزارعة؛ لأنه يحتاج إلى

(١) تقدم.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: كان.

استهلاك العين .

وكما إذا استأجر جزأً ليجزله حقاً من هذا الأديم، ثم بدا له ألا يقطع الأديم، كان له فسخ العقد؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك العين كذا هاهنا .

والجواب: هذا هكذا إذا كان العين متقومًا يضمن بالاستهلاك، فيكون اللبن والمنفعة سواء فلا يعتبر استهلاكه عذرًا في الفسخ، والعذر لأجل الصبي إلا^(١) يأخذ لبنها أو يتقيأ؛ لأن المقصود لا يحصل متى كانت الحالة هذه، وكذلك إذا حبلت؛ لأن الحبل يفسد اللبن، وكذلك إذا مرضت؛ لأن اللبن يفسد بالمرض^(٢) .

وكذلك إذا كانت سارقة؛ لأنه يلحقهم زيادة ضرر، وكذلك إذا كانت فاجرة بينة الفجور؛ لأنها ربما تحبل وربما تدخل بيتهم فاجراً إن كانت ترضع في بيتهم، وفي ذلك ضرر على أهل الصبي ولأنها تتشاغل عن حفظ الصبي، وكذلك إذا أرادوا سفراً وأبت الخروج معهم، وهذا؛ لأنه لا يجب على الظئر بعقد الإجارة أن تسافر معهم، ولا يجب على أهل الصغير ترك المسافرة، وفي ترك الصغير عند الظئر ضرر لأهله، فيتعين الفسخ عند ثبوت هذه الوجوه .

وكذلك إذا كانت سيئة الخلق بذئثة اللسان؛ لأنه لا يمكنهم تسليم المعقود عليه إلا بتحمل الأذى، وفيه ضرر زائد، والعذر من جانب الظئر أن تمرض مرضاً لا تستطيع معه الإرضاع إلا بمشقة تلحقها؛ لأنه لا يمكنها إيفاء المعقود عليه إلا بزيادة الضرر .

وكذلك إذا حبلت، وكذلك إذا آذوها بألستهم ولم يكفوا عنها؛ لأنه لا يمكنها تسليم المعقود عليه إلا بضرر زائد، وهو تحمل الأذى .

وكذلك إذا لم تكن معروفة بالظئورة وهي مما يعاب عليها، فلها الفسخ بخلاف ما إذا كانت تعرف بذلك .

(١) في ز: أن .

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٤٦/٧) .

ومعنى قوله: «أنه لا تعرف بذلك»، أن تكون هذه أول إجارة منها، وكان الصبي قد ألقها ولا يأخذ لبن غيرها وهي لا تعرف بالظئورة كان لها الفسخ أيضاً في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه ليس لها الفسخ إذا كان يخاف على الصبي من ذلك.

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : الاعتماد على رواية أبي يوسف.

وتأويل قول محمد - رحمه الله - : إذا كان الصبي يعالج بالغذاء من الفانيد والتمر ونحو ذلك مما يعالج به الصبيان، أو يأخذ لبن الغير بنوع حيلة، أما إذا كان لا يعالج بالغذاء، ولا يأخذ لبن غيرها فجواب محمد - رحمه الله - كجواب أبي يوسف، وعليه الفتوى.

وفي العيون: إذا استأجر ظئراً لصبي شهراً، فلما انقضى الشهر أبت أن ترضع بأجر مثلها، قال الحاكم - رحمه الله - : يحتمل أن يكون هذا الجواب في المعروفة بهذا العمل، وإن كان لها زوج معروف فأجرت نفسها للظئورة بغير إذن الزوج، ذكر في الأصل مطلقاً: أن للزوج حق الفسخ.

قيل: هذا إذا كان الزوج يشينه ذلك لشرفه، أما إذا كان ممن لا يشينه ذلك، فليس له حق الفسخ.

وقيل: له حق الفسخ في الحالين، وهو الصحيح، أما إذا كان الزوج من الأشراف ويعاب به بين أقرانه، أنه يعذر بذلك؛ لأن الإجارة على الرضاع تعد دناءة والنكاح يفسخ لدفع ضرر العار حتى كان للأولياء حق الفسخ إذا زوجت نفسها من غير كفؤ، مع أن النكاح لا يفسخ بسائر أسباب الفسخ أولى أن يفسخ به هذا.

ألا ترى أن الغلام المأذون أو البالغ إذا أجر نفسه من رجل ليخدمه ويكون معه كان للأولياء حق الفسخ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم كذا

ها هنا .

ألا ترى أن المرأة إذا كانت من الأشراف، وأهل البيوتات، فأجرت^(١) نفسها للظئورة، كان للأولياء حق الفسخ، وإنما كان لهم حق الفسخ لدفع العار عن أنفسهم .

والثاني: أن هذه الإجارة مما يوجب خللاً لحق الزوج؛ لأنها حال ما تشتغل بخدمة الصبي لا يمكنها خدمة الزوج، وللزوج أن يمنع المرأة عما يوجب خللاً في خدمته، وأما إذا لم يكن [الزوج]^(٢) من الأشراف فللعلة الثانية، وإن كان زوجها مجهولاً لا تعرف أنها امرأته إلا بقولها، فليس له أن ينقض الإجارة .

وإذا كان لها زوج معروف وقد استؤجرت شهراً، فانقضى الشهر والصبي لا يأخذ لبن غيرها إن كانت أجرت نفسها بغير إذن الزوج، فللزوج أن يأباه، وإن خيف أن يموت الصبي، وإن كانت أجرت نفسها بإذن الزوج، فليس للزوج أن يمنعها إذا كان الصبي لا يأخذ لبن غيرها .

في العيون: وإن كان الزوج قد علم الإجارة، فأراد أهل الصبي أن يمنعه عن غشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بصبيهم، فلهم أن يمنعه عن ذلك في منزلهم؛ لأن لهم ولاية منعه عن غشيانها؛ لأن غشيانها في منزلهم لا يكون إلا بعد الدخول في منزلهم، وإن لقيها في منزله فله أن يغشاها؛ لأن الغشيان صار مستحقاً له بعقد النكاح لو سقط هذا الحق إنما يسقط دفعاً للضرر عن الصبي، والحبل أمر موهوم ولا يسع للظئر أن تمنعه عن ذلك؛ لأن هذا الحق لم يسقط بسبب هذه الإجارة، فلا يكون للمرأة منعه عن ذلك، وكل ما يضر بالصبي نحو الخروج عن منزل الصبي زماناً كثيراً، وما أشبهه، فلهم أن يمنعوها عنه، وما لا يضر بالصبي فليس لهم منعها^(٣) عنه؛ ألا ترى أنها لا تمنع من تمكين الزوج في منزله مع أن فيه وهم

(١) في ز: أجرت .

(٢) سقط في ز .

(٣) في ز: أن يمنعوها .

الضرر.

وفي الأصل: إذا استأجر الرجل ظئراً لولده الصغير، ثم مات الرجل، لا تنتقض الإجارة؛ لأن إجارة الظئر وقعت للصغير؛ لأن الأب فيما يتصرف للصغير وكيل عن الصغير [شرعاً]^(١)، فيعتبر بالوكيل الحقيقي في باب الإجارة إذا مات لا تبطل الإجارة، فكذا الوكيل الشرعي.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - يقول: إنما لا تبطل إجارة الظئر بموت الأب، وهذا؛ لأنه إذا كان للصغير مال، فالإجارة وقعت للصغير باعتبار المنفعة والأجر جميعاً، فإن أجز الإرضاع يجب في مال الصبي، فكانت الإجارة واقعة للصبي من كل وجه فتبقى بقاء الصبي، فأما إذا لم يكن للصغير مال فتكون الإجارة واقعة للأب، فتبطل بموت الأب.

ومنهم من قال: لا، بل في الحالين جميعاً لا تبطل الإجارة بموت الأب، وإطلاق محمد - رحمه الله - في الكتاب يدل عليه.

ووجه ذلك أن الإجارة وقعت للصبي من كل وجه، باعتبار المنفعة والأجر جميعاً، فإن الأجر يجب في ذمة الصبي، والأب يقضي ما وجب على الصغير من ماله؛ ألا ترى أنه لو ظهر للصغير مال كان للأب أن يقضي ذلك من ماله فعلم أن الإجارة وقعت للصغير من كل وجه فلا تبطل بموت الأب، أو نقول: إن وقعت الإجارة للأب باعتبار الأجرة وقعت للصغير باعتبار المنفعة، فمن حيث إنها وقعت للأب إن كانت تبطل بموت الأب، فمن حيث إنها وقعت للصغير لا تبطل، فلا تبطل بالشك.

أو نقول: لا فائدة في نقض الإجارة بموت الأب؛ لأنه يحتاج إلى إعادة مثلها في الحال.

ثم قال محمد - رحمه الله - : أجز الظئر في ميراث الصبي.

(١) سقط في ز.

قيل: أراد به أجر ما يستقبل من المدة بعد موت الأب، أما ما وجب من الأجر حال حياة الأب يستوفى من جميع التركة.

وقيل: الكل يستوفى من نصيب الصغير، وهو الصحيح.

وفي النوازل: استأجر الرجل ظئراً ليرضع ابنه الصغير، فلما أرضعته شهراً مات أب الصغير، فقالت عمة الصغير للظئر: أرضعيه حتى نعطيك الأجر فأرضعته شهراً^(١)، قال: إن لم يكن للصبي مال^(٢) حين استأجرها الأب، فمن يوم مات الأب الأجر على العمة، ثم ينظر: إن كانت وصية الصغير رجعت بذلك في مال الصغير وإلا فلا، وإن كان للصبي مال يوم استأجرها فالأجر كله في مال الصبي، وأشار إلى المعنى فقال:؛ لأن في الفصل الأول الإجارة قد انقضت بموت الأب، فإذا قالت العمة: أرضعيه ووافقته على ذلك، انعقدت^(٣) بينهما إجارة مبتدأة فيكون الأجر على العمة من هذا الوجه، وفي الفصل الثاني الإجارة لم تنتقض بموت الأب، بل تبقى على حالها؛ لأن العقد وقع للصغير من كل وجه فيكون الأجر في مال الصبي.

وإذا^(٤) ماتت الظئر انتقضت الإجارة كما في سائر الإجازات إذا مات الأجر، وكذا إذا مات الصبي؛ لأن العقد وقع له فيبقى ببقائه ويبطل بموته، ولأنها عجزت عن إيفاء المعقود عليه عجزاً لا يرجى زواله، فهو بمنزلة العبد المستأجر إذا مات وذلك يوجب انفساخ العقد كذا هاهنا.

وإذا استأجر الرجل ظئراً ترضع صبيين له فمات أحدهما فإنه يرفع عنه نصف الأجر؛ لأنها بقدر النصف قد عجزت عن إيفاء المعقود عليه.

بيانه: أنه لا يمكن إيفاء المعقود عليه بدون الصبي، وليس لأب الصبي إقامة

(١) في ز: شهراً.

(٢) زاد في أ: يوم استأجرها، فالأجر كله.

(٣) في ز: انعقد.

(٤) في ز: وإن.

صبي آخر مقام الصبي لما يقع بين الصبيين من التفاوت في الإرضاع، فهو معنى قولنا: عجزت عن إيفاء المعقود عليه بقدر النصف فتفسخ الإجارة في النصف، فلهذا قال: يرفع عنه نصف الأجر.

ولو استأجرت ظئرين يرضعان صبيًا واحدًا فماتت إحدهما، فالأخرى بنصف الأجر إن كان لبيهما واحدًا، وإن كان متفاوتًا فبحساب ذلك.

والحاصل: أن الأجر يتوزع على لبيهما، وإن أجزت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيًا لهم ولا يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوا هذه الإجارة، فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت، وهذه جناية^(١) منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين، ولا تتصدق بشيء^(٢)، وهذا الجواب لا يشكل، إذا قال أب الصغير للظئر: استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا؛ لأن الظئر في هذه الصورة تعتبر أجيبة مشتركة؛ لأن الأب أوقع العقد أولاً على العمل، وإنما يشكل إذا قال لها: استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا؛ لأنها أجيبة وحد في هذه الصورة؛ لأنه أوقع العقد على المدة أولاً، وسيأتي بيان ذلك في باب الراعي إن شاء الله تعالى. وليس للأجير الواحد أن يؤاجر نفسه من آخر، وإذا أجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول، ويأثم.

والوجه في ذلك: أن الأجير الواحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار، وإن كان أجير وحد من حيث إنه أوقع العقد في حقهما على المدة وإن كانت أجيبة وحد من كل وجه بأن أوقع العقد في حقهما على المدة والعمل لا يمكنها إيفاء العمل لكل واحد منهما على الكمال في تلك المدة، بأن أجزت نفسها يوماً للحصاد وللخدمة فخدم في بعض اليوم الأول، وخدم في بعض اليوم الثاني، لم يستحق الأجر كاملاً على الأول فيأثم بما منع، ولو كانت أجيبة مشتركة من كل وجه، استحققت الأجر كاملاً ولم تأثم، فإذا كان بينهما وقت تأثم لشبهها بالأجير الواحد.

(١) في أ: خيانة.

(٢) ينظر: المبسوط (١٢٧/١٥) وتبيين الحقائق (١٢٩/٥).

وقلنا: بأنها تستحق الأجر كاملاً لشبهها بالأجير المشترك.
وإذا دفعت الظئر الصبي إلى خادمتها حتى أرضعته فلها الأجر كاملاً استحساناً؛
لأنه لم يشترط عليها الإرضاع بثديها^(١)، فهو نظير من استأجر قصاراً ليقصر له ثوباً،
أو خياطاً ليخيط له ثوباً ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بغيره، فإنه يستحق الأجر
كذا هاهنا.

والمعنى فيه: أن قوله: ليخيط ليقصر لترضع، كما يذكر ويراد به المباشر، يذكر
ويراد به السبب فلا تتعين المباشرة مراداً إلا بالتنصيص عليه، [فأما إذا]^(٢) شرط
عليها الإرضاع بنفسها فدفعتها إلى خادمتها حتى أرضعته، هل تستحق الأجر؟ اختلف
المشايع فيه، والصحيح أنها لا تستحق.

وإن أرضعته بلبن شاة، أو غذته بطعام حتى انقضت المدة فلا أجر لها؛ لأن هذا
لا يسمى إرضاعاً فلا يتحقق إيفاء المعقود عليه وبدونه لا تستحق الأجر، وإن
جحدت الظئر ذلك، وقالت: ما أرضعته^(٣) بلبن البهائم وإنما أرضعته بلبني^(٤)،
فالقول قولها مع يمينها استحساناً، وإن قامت لأهل الصبي بينة على ما ادعوه فلا أجر
لها.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : تأويل المسألة أنهم
شهدوا أنها أرضعته بلبن نفسها لا تقبل شهادتهم؛ لأن هذه شهادة قامت على النفي
مقصوداً بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك النفي دخل في ضمن الإثبات، وإن أقاما
البينة أخذت ببينة الظئر.

وإذا استأجر الأب أم^(٥) الصغير لإرضاعه فهو على وجهين: إما أن يستأجرها^(٦)

(١) في ز: ببدنها.

(٢) في ز: وإذا.

(٣) في ز: أرضعت.

(٤) في ز: لبني.

(٥) ثبت في الحاشية: استأجر أمه لإرضاعه.

(٦) في ز: استأجرها.

حال قيام النكاح أو بعد الطلاق، وإما أن يستأجرها^(١) بمال نفسه أو بمال الصغير، فإن استأجرها حال قيام النكاح بمال نفسه لا يجوز.

واختلف عامة المشايخ في تخريج المسألة بعضهم قالوا: إرضاع الصبي حال قيام النكاح واجب عليها ديانة وإن لم يكن واجباً عليها حكماً؛ وهذا؛ لأنه اجتمع ما يوجب أن يكون الإرضاع واجباً عليها من حيث إن النكاح وضع لاستحقاق الوطاء على المرأة، ولإستحقاق المهر على الزوج، لا لإرضاع يوجب [ألا يكون الإرضاع]^(٢) واجباً عليها، ومن حيث إن الامتناع عن إرضاع الصغير حال قيام النكاح سبب النفرة، والنفرة سبب فوات مصالح النكاح يوجب أن يكون [الإرضاع]^(٣) واجباً عليها، فجعلناه واجباً ديانة لا حكماً.

إذا ثبت هذا فنقول: اعتبار الحكم إن كان يوجب جواز هذه الإجارة فاعتبار الديانة يمنع الجواز؛ لأن الإجارة للاستحقاق فإنه يجوز إيرادها على ما ليس بمستحق، فلا يثبت الجواز بالشك.

وبعضهم قالوا: لا يجوز هذا العقد؛ لأنه مهجور بين^(٤) الناس؛ فإنك هل ترى امرأة في نكاح رجل تأخذ الأجر على إرضاع ولده منها، ولعرف الناس أثر في جواز العقد وفساده، ألا ترى لو استأجر الرجل مرآة^(٥) ليسوي عمامته جاز، ولو استأجر حياً لذلك لا يجوز، وما افترقا إلا من حيث إن الأول عمل الناس، والثاني ليس عمل الناس.

وبعضهم قالوا: إنما لا يجوز هذا العقد؛ لأنه استأجرها لعمل [هي]^(٦) فيه

(١) في ز: استأجرها.

(٢) في ز: أن يكون.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: من.

(٥) في ز: امرأة.

(٦) سقط في ز.

شريك؛ لأنهما شريكان في الولد، والإجارة لمثل هذا العمل لا يجوز، وكما لا يجوز استئجارها لا يجوز استئجار خادمتها المملوكة لها وما يجب بالأجر^(١) فهو لها فيكون استئجار خادمتها كاستئجارها، وكذا لا يجوز استئجار مدبرتها، ولو استأجر مكاتبه لها جاز.

وإن استأجرها بمال الصغير، روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أنه يجوز، وهو مشكل على العبارات كلها، هذا إذا استأجرها حال قيام النكاح. وأما إذا استأجرها بعد الطلاق، فإن كان الطلاق رجعيًا لا يجوز؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع ملك النكاح، فصار الحال بعد الطلاق الرجعي كالحال قبل الطلاق، وإن كان الطلاق بائنًا ففي ظاهر الرواية يجوز.

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : [أنه]^(٢) لا يجوز؛ لأن هذا منع ثبت بالنكاح فيبقى ما بقيت العدة كمنع نكاح الأخت وأربع سواها، ومنعها عن زوج آخر.

وجواب ظاهر الرواية يخرج على العبارة الأولى والثانية، أما^(٣) على العبارة الأولى؛ فلأننا إنما أوجبنا [الإرضاع]^(٤) عليها ديانة؛ لأن الامتناع عنه^(٥) سبب لوجوب الخلل في مصالح النكاح بواسطة النفرة، وهذا المعنى لا يتأتى بعد الطلاق البائن؛ لأن مصالح النكاح لا حصول لها بعد البينونة، وأما على العبارة الثانية؛ فلأن هذا العقد غير مهجور فيما بين الناس ولا يخرج على العبارة الثالثة، وإنه ظاهر، وهذا إذا استأجر زوجته لإرضاع ولده منها فأما^(٦) لإرضاع ولده من غيرها يجوز،

(١) في ز: الأجر.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: وأما.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: منها.

(٦) في ز: وإذا أجزها.

وإنه يخرج على العبارات كلها .

ولو استأجر الرجل أمته أو ابنته أو أخته ترضع صبيًا له جاز، وكذلك كل ذات رحم محرم منه .

وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا استأجر ظئرًا لترضع ولد سنة بمائة درهم على أنه إن مات الصبي قبل ذلك فالدرهم كلها للظئر فهذا شرط يفسد الإجارة؛ عند موت الصبي قبل المدة وعود الأجرة^(١) إلى المستأجر بقدر ما بقي من المدة، فإذا شرط خلافه فسد به العقد، فإن مات الصبي قبل ذلك فلها بقدر ما أرضعت أجر مثلها وترد البقية إلى المستأجر .

وفي فتاوى الفضلي: استأجر ظئرًا ترضع ولده سنة على أن أجرتها ليلة ويومًا خمسون درهمًا، وباقي السنة ترضع مجانًا فإن أرضعت شهرين ثم مات الولد يحسب لها من ذلك أجر مثلها على رضاع شهرين ونصف وترد الباقي؛ لأن هذه إجارة فاسدة؛ إما؛ لأن قضية العقد انقسام الأجرة على منافع المدة، وقد شرط خلافها، أو لأنهما شرطًا عقد التبرع في الإجارة .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : مسلمة ترضع ولد الكافر بالأجر، فلا بأس به، فقد صح أن عليًا - رضي الله عنه - أجر نفسه من كافرة، ليسقي لها الماء^(٢) . والله أعلم .



(١) في ز: المدة .

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٤٥١) .

الفصل العشرون^(١) في الإجارة على أحد الشئيين

الأصل أن الإجارة إذا وقعت على أحد الشئيين وسمى لكل واحد أجرًا بأن قال: أجزتكم هذه الدار بخمسة، أو هذه الأخرى بعشرة، أو كان هذا القول في حانوتين أو عبيدين أو [مسافتين مختلفتين]^(٢) نحو أن يقول: إلى واسط بكذا أو إلى الكوفة بكذا، فذلك كله جائز عند علمائنا.

وكذلك إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن ذكر أربعة أشياء لم يجز، وكذلك هذا في أنواع الصبغ والخياطة إذا ذكر ثلاثة جاز، فإن زاد عليها لم يجز استدلالاً بالبيع؛ وهذا؛ لأن عقد الإجارة يسامح فيها من تحمل الجهالة والخطر ما لا يتحمل في البيع، فإذا جاز في البيع إلى ثلاثة فلأن يجوز في الإجارة أولى.

إلا أن فرق ما بين الإجارة، والبيع: أن الإجارة تصح من غير شرط الخيار، والبيع لا يصح من غير شرط الخيار.

والفرق: أن الإجارة لا تجب بنفس العقد، وإنما تجب بالعمل، فإذا أخذ في أحد العملين صار البدل معلومًا عند وجوبه بخلاف البيع؛ لأن الثمن يجب بنفس العقد وإنه مجهول، أو نقول: عقد الإجارة في حق المعقود عليه كالمضاف، وإنما ينقذ عند إقامة العمل، وعند ذلك لا جهالة بخلاف البيع؛ لأن عقد البيع لازم في الحال، [وفي الحال]^(٣) الجهالة متحققة.

ولو قال: أجزتكم هذه الدار على أنك إن قعدت فيها حدادًا فالأجرة عشرة، وإن قعدت فيها خياطًا فالأجر خمسة، جاز في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الإجارة فاسدة؛ لأن الأجرة هاهنا لا

(١) في ز: التاسع عشر.

(٢) في ز: مساقين مختلفين.

(٣) سقط في ز.

تجب بالسكنى بل بالتخلية، ألا ترى أنه لو لم يسكن الدار بعدما خلى بينه وبين الدار يجب الأجرة، وإذا كان يجب الأجر بالتخلية كان الأجر مجهولاً وقت الوجوب؛ لأنه لا يدري أن التخلية وقعت للحدادة فيجب عشرة، أو للخياطة فيجب خمسة بخلاف الرومي والفرسي؛ لأن هناك الأجر لا يجب [إلا]^(١) بالعمل، والعمل بعد وجوده معلوم في نفسه، فكان الأجر معلوماً حال الوجوب.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول على قوله الآخر: الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا، وإنما تملك بالعمل وحالة العمل الأجرة معلومة.

وعلى هذا إذا أجر دابة^(٢) من إنسان إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها حنطة فالأجرة عشرة، وإن حمل عليها شعيراً فالأجرة خمسة، جاز في قول أبي حنيفة [الآخر]^(٣) خلافاً لهما.

وعلى هذا إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم على أنه إن حمل عليها هذه الحمولة فالأجر عشرة، وإن ركبها فالأجر خمسة، فالعقد جائز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما قالوا: بأن الأجر [قد]^(٤) يجب بدون الركوب.

ألا ترى أنه لو ساقها ولم يركبها، وقد شرط في العقد الحمل، يجب الأجر، وإن ساقها وقد شرط في العقد ما وصفت لك من الركوب أو الحمل لا يدري ما يعطيه من الأجر، ولأبي [حنيفة]^(٥) - رحمه الله - ما ذكرنا أن الأجر ما يجب بنفس العقد، وإنما يجب بالعمل وحال وجود العمل الأجر معلوم.

واختلفت عبارة المشايخ على قول أبي حنيفة في تخريج مسألة الدار والدابة أنه إذا سلم الدار والدابة، لم يسكن الدار ولم يحمل الدابة ولم يركبها:

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: دابته.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

بعضهم قالوا^(١): يجب أقل المسميين؛ لأن التسليم لا يكون لهما، وإنما يكون لأحدهما، فمتى جعلناه للخياطة أو للشعير أو للركوب فالخمس واجبة، ومتى جعلناه للحدادة أو للحنطة^(٢) أو للحمل، فالعشرة واجبة والخمس متعينة^(٣)، وما زاد عليها مشكوك والمال لا يجب بالشك.

وإذا كان كذلك، كان موجب هذا العقد خمسة متى وجب الأجر بالتسليم بدون العمل، والمسمى بمقابلة كل منفعة إن وجد استيفاء المنفعة، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب.

وبعضهم قالوا: إذا وجد التسليم ولم يوجد استيفاء المنفعة، يجعل التسليم لهما إذ ليس أحدهما بأن يجعل التسليم له بأولى من الآخر، فيجعل [النصف]^(٤) لهذا والنصف للآخر، فيجب نصف أجر الحدادة ونصف أجر القصار ونصف أجر الحمل ونصف أجر الركوب، وإذا وجب هكذا صار موجب هذه الإجارة سبعة ونصف متى وجب الأجر بالتسليم بدون استيفاء المنفعة، وإن وجد استيفاء المنفعة يجب المسمى بمقابلة تلك المنفعة، وكل ذلك معلوم حالة الوجوب.

قال في الجامع الصغير: إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة بنصف درهم، فإن جاوز إلى القادسية فبدرهم فهو جائز، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في المسائل المتقدمة.

وذكر الكرخي مثل هذه المسألة وفصل الجواب فيها تفصيلاً.

وصورة ما ذكر الكرخي: إذا استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة وإلى الكوفة بعشرة، فإن كانت المسافة إلى القصر نصف المسافة إلى الكوفة فالعقد جائز،

(١) في ز: قال.

(٢) في ز: للخياطة.

(٣) في ز: متيقنة.

(٤) سقط في ز.

وإن كان أقل أو أكثر فالعقد فاسد، وهذا؛ لأن المسافة إلى القصر إذا كانت نصف المسافة إلى الكوفة فحال ما يسير فالأجر معلوم، وهو خمسة إلى القصر جاوز القصر أو لم يجاوز، وأما إذا كانت المسافة إلى القصر أقل من النصف أو أكثر فحال ما يسير الأجر معلوم؛ لأنه إن لم يجاوز القصر فالأجر خمسة وإن جاوز فالأجر إلى القصر بقدر حصته وذلك دون الخمسة أو فوقها، فكان الأجر مجهولاً حال سبب الوجوب، وهذا على أصل محمد - رحمه الله تعالى -؛ لأن عنده جهالة الأجر عند وجود سبب الدين يفسد العقد، فأما على أصل أبي حنيفة - رحمه الله - فالعقد جائز والوجه ما ذكرنا.

وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى: من استأجر من آخر دابة على أنه إن أتى عليها الكوفة فبعشرة، وإن أتى القصر وهو المنتصف فبخمسة، فهو جائز.
قال: ولو قال: وإن أتى القصر وهو المنتصف فبنصيبه لا يجوز قال:؛ لأنه إذا أتى القصر لا يدري ما عليه ستة أو خمسة.

كتب ابن سماعة إلى محمد - رحمه الله - : في رجل استأجر رجلاً على عدل زطي وعدل هروي قال: احمل أي هذين شئت إلى منزلي على أنك إن حملت الزطي فلك أجر درهم، وإن حملت الهروي فلك درهمان، فحمل الهروي والزطي جميعاً إلى منزله فالإجارة جائزة، وأيهما حمل أول مرة فهو الذي لاقاه الإجارة، وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له إن ضاع في قولهم جميعاً؛ وهذا؛ لأن الإجارة وقعت على أحدهما لا بعينه فإذا حمل أحدهما تعين معقوداً عليه وانتهت الإجارة بحمله، فيكون متطوعاً في الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع في يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن، وإن حملهما جملة فه^(١) نصف أجر كل واحد منهما، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن ضاعا واعتبر كل واحد معقوداً عليه من وجه دون وجه فينصف الضمان عنده.

(١) في ز: فعليه.

ألا ترى أنه ينصف^(١) الأجر بلا خلاف. وعلى قولهما: ضمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان في حق كل واحد منهما وهو القبض بغير إذن.

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لغيره: إن حملت هذه الخشبة [إلى ذلك الموضع]^(٢) فلك درهمان، وإن حملت هذه الخشبة الأخرى إلى ذلك الموضع فلك درهم، فحملهما جملة إلى ذلك الموضع، فله درهمان، أو جب أكثر الأجرين بكماله، وإنه يخالف رواية ابن سماعة في العدلين.

ولو قال للخياط: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فلك نصف درهم، فالشرط الأول صحيح في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - حتى إنه لو خاطه في اليوم الأول وجب له درهم، والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه في اليوم الثاني يجب أجر المثل.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - الشرطان جائزان حتى لو خاطه في اليوم الأول فله درهم، ولو خاطه في اليوم الثاني فله نصف درهم.

وقال زفر: الشرطان باطلان، هكذا ذكر المسألة في الجامع الصغير. وذكر في إجازات الأصل: إذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا ليخيط له قميصًا وقال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن لم تفرغ منه اليوم فلك نصف الأجر^(٣)، وذكر الخلاف على نحو ما ذكر في الجامع الصغير.

حكى عن الفقيه أبي القاسم الصفار - رحمه الله - أنه قال: الصحيح موضوع ما ذكر في الجامع الصغير، أما على ما هو موضوع كتاب الإجازات ينبغي أن تفسد الإجارة في اليوم والغد جميعًا بلا خلاف.

ووجه ذلك: أن هذا عقد واحد شرط فيه شرط^(٤) فاسد، ومثل هذا الشرط

(١) في ز: يتصدق.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: درهم.

(٤) في ز: شرطًا.

يوجب فساد الإجارة .

بيانه : أن قوله : وإن لم تفرغ منه اليوم ، ليس بإجارة على حدة ؛ لأنه مما لا يبدأ به الإجارة ، فكان شرطاً مشروطاً في الإجارة [في المضاف] ^(١) إلى اليوم وإنه شرط فاسد ؛ لأنه يوجب تغيير الأجر الواجب في اليوم إلى النقصان ؛ لأنه متى خاط نصف الثوب في اليوم مثلاً يجب نصف الأجر ، قضية [رب العقد] ^(٢) المضاف إلى اليوم ، وإذا لم يخط الباقي في اليوم يصير أجر ذلك النصف ربعاً بعد أن كان نصفاً ، فهو معنى قولنا : هذا عقد واحد شرط فيه شرط فاسد ، بخلاف قوله : إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غداً فلك نصف درهم ؛ لأنهما إجاتان ؛ لأن قوله : إن خطته ، مما يبدأ ^(٣) به الإجارة ولم يشترط في إحداهما شرطاً فاسداً ، فعلم أن الصحيح موضوع ما ذكر في الجامع الصغير .

فرق أبو حنيفة بين هذه المسألة وبين ما إذا قال : إذا خطته - تركية - أو قال : رومية فلك درهم ، وإن خطته - فارسية - فلك نصف درهم ، فإن هناك يجوز الشرطان بلا خلاف .

والفرق : أن في مسألة اليوم والغد علق استحقاق نصف درهم بفوات العمل في اليوم وبوجود العمل في الغد ؛ لأن كلمة (إن) للشرط ، وتعليق الأجرة بالعمل في الغد إن كان يصح ؛ لأنه تعليق البدل بإبقاء المعقود عليه ، فتعليقها بفوات العمل لا يصح كتعليقها بشرط آخر ، وأما في اليوم استحقاق الأجرة معلق بإيفاء المعقود عليه ، فتعليقها بفوات العمل لا يصح ، كتعليقها بشرط آخر ، وأما في اليوم استحقاق الأجرة معلق بإبقاء المعقود عليه وهذا لا يوجب فساد العقد ، وفي التركية والفارسية ما علق الأجر بفوات شيء ولا بوجوده ، فإنه يقدر أن يشتغل للحال بأي عمل شاء ،

(١) في ز : المضافة .

(٢) في ز : للعقد .

(٣) في ز : يبدأ .

فيصير الأجر معلومًا، وأما في مسألة اليوم والغد لا يقدر أن يشتغل لعمل في الغد إلا بفوات العمل في اليوم وفوات اليوم، فيتعلق استحقاق نصف درهم بالشرط فيفسد العقد فيجب أجر المثل في اليوم الثاني، فإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزداد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم، وهو رواية الأصل.

وهذا يشير إلى أن يجوز أن يزداد على نصف درهم، وهو رواية الأصل، والجامع الصغير.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن له أجر مثله لا يزداد على نصف درهم، فصار عن أبي حنيفة روايتان، وصحح القدوري رواية ابن سماعة.

ولو خاطه في اليوم الثالث، فله أجر مثله^(١) في قولهم. واختلفت الروايات عن أبي حنيفة في ذلك، روي عنه: أنه لا يزداد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم. وروي عنه رواية أخرى: أنه لا يجاوز به نصف درهم وينقص عن نصف درهم إن كان أجر مثله أقل من نصف درهم.

واختلفت الروايات في ذلك عنهما أيضًا، قال القدوري في شرحه: والصحيح عندهما أنه ينقص عن نصف درهم ولا يزداد عليه.

ولو قال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته في اليوم الثاني فلا أجر لك، قال محمد - رحمه الله - في الإملاء: إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم في قولهم جميعًا؛ لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني [لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الثاني]^(٢) لا ينفي أصل العقد، فكان في اليوم الثاني عقدًا لا تسمية فيه، فيجب أجر المثل، هذا الذي ذكرنا إذا جمع بين الأمرين.

(١) في ز: المثل.

(٢) سقط في ز.

وأما إذا ورد العقد على اليوم بأن قال: إن خطته اليوم فلك درهم، ولم يزد عليه، فخاطه في الغد، هل يستحق الأجر؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من الكتب.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول: إن على قولهما يستحق أجر المثل، متى خاط في الغد بلا تسمية؛ لأن ذكر اليوم عندهما حالة الانفراد للاستعجال لا للتوقيت، ولهذا صحت [هذه] ^(١) الإجارة عندهما حالة الانفراد، وإن كان ذكر الوقت حالة الانفراد عندهما للاستعجال لا للتوقيت فكان العقد باقياً في الغد على قولهما بلا شك، فيكون عاملاً بحكم الإجارة فيستحق الأجر، إلا أنه يستحق أجر المثل دون المسمى حتى يدفع ضرر النقصان عن نفسه كذا ههنا.

وأما على قول أبي حنيفة فلقائل أن يقول: بأنه لا أجر له متى عمل في الغد؛ لأن أبا حنيفة - رضي الله عنه - يجعل ذكر اليوم للتوقيت حالة الانفراد، حتى قال بفساد هذه الإجارة؛ لأنه باعتبار هذا التوقيت تكون الإجارة منعقدة على تسليم النفس في المدة، وباعتبار ذكر العمل تكون الإجارة منعقدة على العمل، فيصير المعقود عليه مجهولاً، وإذا ثبت هذا من مذهبه حالة الانفراد فنقول: بأحد الاعتبارين وهو اعتبار العقد على العمل يجب الأجر إذا عمل في الغد، وباعتبار الأجر وهو التوقيت ^(٢) لا يجب الأجر؛ لأنه لم يبق العقد وأنه لم يكن واجباً فلا يجب بالشك والاحتمال. ولقائل أن يقول: بأن عليه الأجر؛ لأن العقد ينعقد ^(٣) في اليوم بأي الأمرين اعتبرناه إلا أن بأحد الاعتبارين يبقى في العقد، وباعتبار الآخر لا يبقى، والعقد كان ثابتاً بيقين فلا يرتفع بالشك، وإذا بقي العقد كان عاملاً في الغد بحكم العقد إلا أنه يجب أجر المثل؛ لأن العقد في الغد يبقى بوصف الفساد؛ لأنه يبقى من وجه دون

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: التأقيت.

(٣) في ز: منعقد.

وجه، ومثل هذا يوجب فساد العقد كما في بيع المقايضة^(١)، إذا هلك أحد البديلين فإنه يبقى العقد ولكن بوصف الفساد كذا هاهنا، فكانت المنافع في الغد مستوفاة بحكم عقد فاسد فيجب أجر المثل.

كتب ابن سماعة إلى محمد - رحمه الله - في رجل استأجر رجلاً على عدل زطي وعدل هروي وقال: احمل أيهما شئت إلى منزلي على أنك إن حملت الزطي فلك أجر درهم، وإن حملت الهروي فلك أجر درهمين، فحملهما إلى منزله: فكتب في الجواب: إن الإجارة جائزة وأيهما حمل أولاً فهو الذي لاقاه الإجارة وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له إن ضاع في قولهم جميعاً؛ وهذا؛ لأن الإجارة وقعت على أحدهما لا بعينه، فإذا حمل أحدهما تعين هو معقوداً عليه وانتهت الإجارة بحمله فكان متطوعاً في حمل الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع في يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن، وإن حملهما جميعاً، فعليه نصف أجر كل واحد منهما، وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن ضاعا واعتبر كل واحد منهما معقوداً عليه من وجه دون وجه فينتصف الضمان عنده؛ ألا ترى كيف تنصف الأجر بلا خلاف.

وعلى قولهما: ضمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان في حق كل واحد وهو قبض بغير إذن. وذكر هذه المسألة في موضع آخر ووضعها في الخشبين على هذه الصورة، وقال: إذا حملهما فله درهمان أوجب أكثر الأجرين بكماله.



(١) في ز: المقايضة.

الفصل [الحادي والعشرون]^(١)

في الجمع بين الوقت^(٢) والعمل في عقد الإجارة

قال محمد - رحمه الله - : في الجامع الصغير: رجل استأجر خبازا؛ ليخبز له هذه المخاتيم دقيق هذا اليوم بدرهم، فهو فاسد.

وفي إجازات الأصل عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - أنه جائز. هما يقولان: تصحيح العقود واجب ما أمكن، وقد أمكن بأن يجعل العقد واقعا على العمل وهو الخبز، فيكون أجير مشترك؛ وهذا؛ لأنه أوقع العقد على العمل ابتداء.

وقوله: اليوم وإن كان ذكر الوقت إلا أنه يحتمل أنه أراد إيقاع العقد على المنفعة فيكون أجير وحده فيفسد العقد؛ لجهالة المعقود عليه، ويحتمل أنه قصد بذكر الوقت الاستعجال لا إيقاع العقد على المنفعة فيبقى أجيرا مشتركا فيصح العقد فيحمل ذكر الوقت على سبيل الاستعجال تصحيحا للعقد بقدر الممكن.

وأبو حنيفة - رحمة الله عليه - يقول: المعقود عليه مجهول، وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد.

بيانه: أن ذكر الوقت يدل على أن المعقود عليه المنافع؛ إذ الوقت يختص بتقدير المنافع به، وذكر العمل في الابتداء يدل على أن المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن؛ لأن العمل متى صار معقودا عليه لا يجب الأجر إلا بالعمل، ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الأجر بتسليم النفس، وأغراض الناس مختلفة فجهل المعقود عليه وإنه يوجب فساد العقد.

وقولهما: بأن ذكر الوقت فيه للتعجيل، فيه نظر؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة قد يكون الغرض هو التعجيل، وقد يكون الغرض العقد على المنفعة، فلا

(١) في ز: العشرون.

(٢) في أ: الوقتين.

يترجح أحدهما مع المماثلة في الرغبة من غير دليل .
وفي إجازات الأصل: إذا استأجر من آخر ثوراً^(١) يطحن عليه كل يوم عشرين
قفيزاً، فهذه الإجارة جائزة، ولم يذكر خلافاً، فمن مشايخنا من قال: هذا الجواب
يجب أن يكون قولهما .

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ينبغي أن تفسد الإجارة على قياس مسألة
الخبز؛ لأنه جمع بين الوقت والفعل في المسألتين فكان المعقود عليه مجهولاً .
ومنهم من قال: لا، بل هذه الإجارة جائزة على قول الكل، فهذا القائل يحتاج
إلى الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - بين هذه المسألة وبين مسألة الخبز .

والفرق: وهو أن ذكر مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يكون
لتعليق العقد بالعمل حتى يصير العمل معقوداً عليه مع الوقت، فيوجب فساد الإجارة
للجهالة، وإنما يكون لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله، وإذا كان لهذا ذكر في العرف
والعادة بقيت الإجارة على الوقت، فجاز عندهم جميعاً، فأما في الخباز مقدار العمل
لا يذكر عرفاً وعادة لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله، وإنما يذكر لتعليق العقد بالعمل
وصيرورته معقوداً عليه، فيصير جامعاً بين الوقت والعمل، فيصير المعقود عليه
مجهولاً فأوجب فساده، حتى إن في مسألة الخباز لو كان يذكر مقدار العمل لبيان قوة
الخباز ومبلغ عمله، نقول بجواز الإجارة على قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وفي الأصل أيضاً: لو شرط على الخباز أن يخبز له هذه^(٢) العشرة المختاتيم
دقيق، وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم تجوز هذه الإجارة عندهم جميعاً .
وإن ذكر الوقت والعمل، فأبو حنيفة - رحمه الله - يحتاج إلى الفرق بين هذه
المسألة وبين المسألة الأولى .

والفرق: أن في مسألة الفراغ اليوم ما ذكر مقصوداً، وإنما ذكر لإثبات صفة^(٣) في

(١) في ز: بعيرًا .

(٢) في ز: بهذه .

(٣) في ز: حقه .

العمل والفراغ منه في اليوم، وصفة العمل تبع للعمل لا يصلح معقودًا عليه مقصودا فكذا ما ذكر لأجله من اليوم لا يصلح معقودا عليه مقصودا فتعين العمل معقودا عليه، فجاز.

بمنزلة ما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز، فإن الكتابة والخبازة^(١) لا تجعل معقودًا عليه مقصودًا حتى لا يكون بإزائها ثمن؛ لأنها ذكرت صفة للعبد، فكانت تبعًا فكذا هاهنا، فأما في تلك المسألة اليوم لا يذكر صفة [في العمل]^(٢) فكان مذكورًا مقصودًا كالعمل، وقد أضيف العقد إليهما إضافة على السواء، وليس أحدهما بأن يجعل معقودًا عليه بأولى من الآخر فيصير المعقود عليه مجهولاً.

قال في الأصل [أيضًا]^(٣): وإذا دفع الرجل عبده إلى حائك يعلمه النسيج وشرط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر بكذا وكذا، فهذا لا يجوز؛ لأن التحذيق ليس في وسعه؛ وكان ينبغي أن يجوز هذا العقد على قولهما، وإن لم يكن التحذيق في وسعه؛ لأن العقد وقع على المدة، كما لو استأجره يومًا لبيع ويشترى، فإنه يجوز وإن لم يكن ذلك في وسعه؛ لأن العقد وقع على المدة.

فالجواب - وهو الأصل في جنس هذه المسائل-: أن العقد على المدة، إنما يصح عندهما إذا ذكر مع المدة نوعًا من العمل معلومًا في نفسه كما في البيع والشراء، فإنه معلوم في نفسه إلا أنه من غير ذكر المدة لا يجوز العقد؛ لأن من غير ذكر المدة العقد يقع على العمل، والعمل ليس في وسعه، وإذا ذكر المدة، فالعقد يقع على تسليم النفس في المدة لهذا العمل، وذلك في وسعه.

قلنا: والتحذيق ليس بمعلوم في نفسه؛ إذ ليس له حد يعرف به [لا للأقصى ولا للأدنى]^(٤) وإذا لم يكن معلومًا في نفسه صار ذكره والعدم بمنزلة، ولو انعدم ذكر

(١) في ز: والخبز.

(٢) في ز: للعمل.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: الأقصى ولا الأدنى.

العمل أليس أنه لا تجوز الإجارة.

ولكن هذا الأصل على قولهما ينتقض بمسألة البناء التي تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى في بيان أصل أبي حنيفة.

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله: أنه متى جمع بين الوقت وبين العمل في عقد الإجارة إنما يفسد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه يصلح معقوداً عليه حالة الانفراد الوقت والعمل، أما إذا ذكر العمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه، لا يفسد العقد.

بيانه ما^(١) ذكر في آخر باب إجارة^(٢) البناء: إذا تكارى رجل رجلاً يوماً إلى الليل ليبنى له بالجص والآجر، جاز بلا خلاف، وإن جمع بين الوقت والعمل؛ لأنه ما ذكر العمل على وجه يجوز إفراده بالعقد عليه، فإن لم يبين مقداره، وما لم يكن مقدار العمل معلوماً لا يجوز إفراد العقد عليه، [فالعقد انعقد على المدة، فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه]^(٣)، بأن بين مقدار البناء لا تجوز الإجارة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

استأجر رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزاً إلى الليل، فهو فاسد، ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، وهذا الجواب مستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه جمع بين الوقت وبين العمل وكل واحد منهما يصلح معقوداً عليه حالة الانفراد، مشكل على قولهما، فقد ذكرنا قبل هذا من جنس هذه المسائل أن على قولهما العقد جائز.

فمن مشايخنا من قال: بهذه المسألة ثبت رجوعهما إلى قول أبي حنيفة؛ إذ لا يتضح الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل.

ومنهم من قال: ما ذكر في هذه المسألة قياس قولهما، وما ذكر فيما تقدم

(١) في ز: فيما.

(٢) في ز: إجازات.

(٣) سقط في ز.

استحسان على قولهما؛ إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين تلك المسائل والله أعلم .
قال محمد - رحمه الله - في إملائه: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا اكرت
إبلاً إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل بعير^(١) بعشرة دنانير، ولم يزد على
هذا فالإجارة جائزة، فإن وفى بالشرط أخذ الأجر الذي شرط له، وإن لم يف
بالشرط فله أجر مثله لا يزداد على ما شرط له، وهو قول أبي يوسف [ومحمد]^(٢) .
في الرجل يستأجر الدابة إلى الكوفة أيامًا مسماة، أو قال: استأجرتك اليوم لتخيط
هذا القميص، فالعقد فاسد، فرواية أبي يوسف عن أبي حنيفة تخالف رواية محمد
- رحمه الله - [عنه]^(٣) .

قال الكرخي: وليس في المسألتين [اختلاف الرواية، وإنما اختلف الجواب
لاختلاف الموضوع؛ موضوع رواية محمد - رحمه الله -]^(٤) أنه ابتداء^(٥) بذكر
العمل والمسير فيكون المقصود هو العمل وذكر المدة بعد ذلك للاستعجال، فكان
المعقود عليه معلومًا وهو العمل، فيجوز على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فبعد
ذلك إذا عجل فقد وفى بالشرط فاستحق المسمى، وإذا لم يعجل فلم يف بالشرط
فيجب أجر المثل .

وموضوع رواية أبي يوسف - رحمه الله - أنه ذكر المدة أولاً فعلم أن المدة
مقصودة بالعقد، وذكر العمل وإنه يصلح مقصودًا أيضًا فكان المعقود عليه مجهولًا
عند أبي حنيفة؛ فلم يجز .

وقد ذكرنا في أول هذا الفصل مسألة الجامع الصغير: وهي ما إذا استأجر خبازًا
ليخبز له هذه العشرة المخاتيم دقيق هذا اليوم أنه فاسد على قوله، وإن ابتداء بذكر

(١) في أ: قفيز .

(٢) سقط في ز .

(٣) سقط في ز .

(٤) سقط في ز .

(٥) في ز: يبدأ .

العمل، فعلم أن ما ذكره الكرخي ليس بصحيح، وأن في المسألة روايتين على قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقد قيل: الفتوى على قول أبي حنيفة على الفساد سواء ابتداء بذكر المدة أو بذكر العمل إذا لم يتم العقد على المذكور أولاً، بأن لم يذكر الأجر معه، فأما إذا تم العقد على المذكور أولاً بأن ذكر الأجر معه، ثم ذكر الثاني لا يفسد العقد عند أبي حنيفة سواء ابتداء بذكر العمل أو بذكر المدة.

وصورة ذلك: إذا قال للخباز: استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي كذا، أو قال: استأجرتك على أن تخبز كذا بدرهم اليوم، فهذه الإجارة جائزة عند أبي حنيفة - رحمه الله - في الوجهين.

ولو قال: استأجرتك اليوم على أن تخبز لي كذا بدرهم، أو قال: استأجرتك على أن تخبز اليوم كذا بدرهم، فهذه الإجارة عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا تجوز في الوجهين جميعاً؛ وهذا؛ لأنه إذا لم يذكر الأجر مع الأول وإنما ذكر الأجر بعد ذكرهما فقد قابل الأجر بشيئين كل واحد منهما يصلح أن يكون معقوداً عليه وليس أحدهما بأولى^(١) من الآخر، فكان المعقود عليه مجهولاً يفسد^(٢) العقد عنده، وأما إذا ذكر الأجر مع الأول، فقد تم العقد وتعين الأول مراداً من العقد بتمام العقد، فالثاني لا يصلح من [إجماله، ويكون]^(٣) ذكر الثاني إما لتعيين العمل أو للتعجيل، فلا يفسد العقد عنده.

وروى محمد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : [أنه]^(٤) إذا قال: في اليوم، تجوز كيف ما كان، بخلاف ما إذا قال: اليوم، وهذا؛ لأن بقوله: في اليوم، يظهر أن مراده من ذكر المدة للاستعجال؛ لأن (في) للظرف والمظروف قد يشغل جزءاً من

(١) في ز: أولى.

(٢) في ز: ففسد.

(٣) في ز: احتمالاه. فيكون.

(٤) سقط في ز.

الظرف^(١) لا جميعه، فلم يصلح ذكر اليوم مع حرف في تقدير العمل به .
وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا تقبل الرجل من رجل طعاماً على أن
يحملة من موضع إلى موضع إلى اثني عشر يوماً [بكذا]^(٢)، فلم يحملة في اثني عشر
بل حملة في أكثر من ذلك : لا^(٣) يلزمه الأجر، كمن استأجر رجلاً على أن يخيط
ثوبه في يومه بدرهم فخاطه في اليومين، وهذا الجواب مستقيم على قول أبي حنيفة
غير مستقيم على قولهما؛ لأن من أصلهما: أن العقد في مثل هذا يقع على العمل
دون الوقت .



(١) في ز: المظروف .

(٢) سقط في أ .

(٣) في ز: فلا .

الفصل الثاني^(١) والعشرون

في الاختلاف الواقع بين الأجر والمستأجر وفي الدعاوى والخصومات وإقامة البيئات

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في الاختلاف الواقع بين الأجر والمستأجر في البديل أو في المبدل:
قال محمد - رحمه الله - وإذا اختلف الشاهد في مقدار الأجر، فهو على وجهين: إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد؛ بأن وقع هذا الاختلاف قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة، سواء كان المدعي يدعي أقل المالين، أو يدعي أكثر المالين [و]^(٢) إن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين دون العقد؛ بأن وقع هذا الاختلاف بعد استيفاء المعقود عليه، إن كان المدعي يدعي أقل المالين، لا تقبل الشهادة عندهم بالإجماع، وإن كان يدعي أكثر المالين فإن اتفق الشاهد على الأول لفظاً؛ بأن شهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف، والمدعي يدعي الألف والخمسمائة تقبل الشهادة على الأقل بالإجماع، وإن لم يتفقا لفظاً بأن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، والمدعي يدعي الألفين لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة - رحمه الله - أصلاً.

وعندهما: تقبل على الأقل^(٣)، وستأتي هذه المسألة مع أجناسها في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

ولو أن رجلاً ادعى قبل رجل أنه اكترى دابتين بأعيانهما بعشر دراهم إلى بغداد، وأقام على ذلك البينة، وأقام رب الدابتين أنه أكرها إحداهما بعينها إلى بغداد بعشرة دراهم، كان أبو حنيفة [يقول أولاً]^(٤) بأنه يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بخمسة

(١) في ز: الحادي.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: الأول.

(٤) في ز: أولاً يقول.

عشر درهماً إذا كان أجر مثلهما على السواء، وهو قول زفر رحمه الله .
ثم رجع وقال: يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بعشرة دراهم، وهو قول أبي
يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعى صاحب الدابة أنه أجره إلى العراق أو
إلى هراة وهي المنتصف بعشرة، وقال المستأجر: لا، بل استأجرته إلى بغداد
بخمسة [عشر]^(١)، كان يقول أولاً: يقضى إلى بغداد باثني عشر ونصف، وهو قول
زفر - رحمه الله - ثم رجع وقال: يقضى بعشرة دراهم إلى بغداد، وهو قول أبي
يوسف ومحمد، - رحمهما الله - فكذلك هذا^(٢) الذي ذكرنا إذا اتفقا على جنس
الأجر، وأما إذا اختلفا في جنس الأجر بأن قال صاحب الدابة: أكرتكم إحداهما إلى
بغداد بدينار، وأقام البينة على ذلك، وأقام المكتري البينة على ذلك أنه استكراهما
جميعاً إلى بغداد بعشرة دراهم، فإنه يقضى بإجارة الدابتين إلى بغداد بدينار وخمسة
دراهم إذا كان أجر مثلهما على السواء.

ووجه الفرق بينهما: أن في المسألة الأولى أمكننا رد بينة صاحب الدابة؛ لأنه
يثبت بينة ما هو ثابت له بإقرار المستكري وهي عشرة، وبينة المستأجر قامت على
إثبات إجارة أخرى ولم يثبت له ذلك بإقرار صاحب الدابة، فأما إذا اختلفا في جنس
الأجر فلا بد من قبول بينة كل واحد منهما؛ لأن بينة كل واحد منهما تثبت بما هو
غير ثابت بإقرار صاحبه؛ لأن صاحب الدابة أثبت إجارة دابة أخرى بدينار، فلا بد
من قبولها؛ لأن الدينار غير ثابت له بإقرار المستكري، والمستكري تثبت بيئته إجارة
دابتين ولم يثبت له ما ادعى بإقرار صاحب الدابة فلا بد من قبولها^(٣)، وإذا وجب
قبول بينة كل واحد منهما يثبت إجارة الدابتين بدينار وخمسة عشر درهماً إن كان أجر
مثلهما على السواء.

(١) سقط في ز.

(٢) زاد في ز: هو.

(٣) في ز: قبولهما.

وإذا قال المؤاجر: أنا أجرتك الدابة إلى هذا الموضع، وقال الراكب: لا، بل أعرتني الدابة، وجاوز الموضع فهلكت، فإنه يضمن؛ لأن الإذن إنما يستفاد من جهة المؤاجر، فيكون القول قوله في مقدار ذلك وقد أنكر الإذن فيما وراء ذلك الموضع الذي ذكره فجعل ركوبه بغير عقد، فلا أجر عليه؛ لأن صاحب الدابة يدعي عليه أجرًا وهو ينكر فيكون القول قوله.

ولو ركب رجل دابة إلى بغداد فقال الراكب: أعرتنيها، وقال رب الدابة: أجرتها منك بكذا، فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه إن هلكت الدابة من ركوبه؛ لأنهما اتفقا أن الركوب كان بإذن.

في نوادر هشام عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع ثوبًا إلى خياط ثم قال رب الثوب: [أنا]^(١) أعطيتك الثوب على أن أجره درهم، وقال الخياط: لم تسم أجرًا، فالقول قول رب الثوب، ولو قال رب الثوب: لم أسم لك أجرًا وقد أخذته على سبيل الأجر، وقال الخياط: سميت لي درهمًا، فإنه يحلف رب الثوب وله أجر مثله؛ لأن الاختلاف على هذا الوجه إنما يقع إذا كان بين التسمية وبين أجر المثل تفاوتًا، فالخياط في المسألتين يدعي زيادة ورب الثوب [ينكر، فالقول قول المنكر مع يمينه.

ثم إذا حلف رب الثوب]^(٢) يقضى للعامل بأجر المثل؛ لاتفاقهما على الشرط الذي يقوم مقام العقد في حق تقوم المنافع بأجر المثل.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: ولو أن رجلاً أسلم ثوبًا إلى صباغ يصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلفا في الأجر بعد الفراغ من^(٣) العمل فقال الصباغ: عملته بدرهم، وقال رب الثوب: بل عملت لي بدانقين، فإن قامت لهما

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: عن.

بينة يؤخذ ببينة الصباغ؛ لأن الصباغ تثبت بينته زيادة، وإن لم يقم لأحدهما بينة ذكر أنه يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل القول قول من شهد له قيمة الصبغ، فإن كان قيمة الصبغ درهماً أو أكثر فالقول قول الصباغ مع يمينه بالله ما صبغته بدانقين، فإن كان قيمة ما زاد الصبغ دانقين أو أقل فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه بالله ما شرطت له درهماً.

فرق بين هذا وبين المتبايعين إذا اختلفا في مقدار السلم، قال: يتحالفان ولا يحكم فيه المبيع حتى يجعل القول قول من يشهد له قيمة المبيع، وههنا [قال: يحكم]^(١) قيمة ما زاد الصبغ فيه.

ووجه الفرق بينهما: أن تحكيم قيمة المبيع لا يفيد ثمرته في بيع العين؛ لأن ثمره تحكيم القيمة أن يجعل موجب العقد قيمة المعقود عليه حال اختلافهما في مقدار البدل كما أنهما اتفقا على أن موجب العقد ذلك، إلا أنهما اختلفا فيما يغير هذا الموجب إما إلى زيادة أو إلى نقصان، ولا يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الثمن؛ لأن سبب وجوب القيمة لم يوجد في بيع العين؛ لأن سبب وجوبها القبض بحكم عقد فاسد والغصب، وقد اتفقا على انتفاء الغصب والعقد الفاسد حين اتفقا على عقد جائز، وإذا لم يوجد سبب وجوب القيمة، لم يمكن أن يجعل قيمة المبيع موجب البيع حال اختلافهما في مقدار الثمن، وإذا لم يمكن إثبات موجب آخر حال اختلافهما في موجب العقد، تحالفا إذ الفسخ ممكن، فأما فيما نحن فيه حال اختلافهما في مقدار الأجر أمكننا أن نجعل قيمة الصبغ موجب العقد؛ لأن سبب وجوب قيمة ما زاد فيه الصبغ على صاحب الثوب، فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر، كأنهما تصادقا على ذلك، ثم اختلفا فيما يغير موجب العقد إما إلى زيادة أو نقصان، فإن كانت قيمة ما زاد الصبغ فيه درهماً فكأنهما اتفقا على أن موجب هذه الإجارة كان درهماً إلا أن صاحب

(١) في ز: يحكم قال.

الثوب يدعي البراءة عما زاد على دانقين والصباغ ينكر، ولو كان كذلك كان القول قول الصباغ مع يمينه، ولا يتحالفان كما في بيع العين إذا اتفقا على أن الثمن كان ألفاً إلا أن المشتري إذا ادعى براءة خمسمائة عن الثمن، والبائع ادعى على المشتري زيادة خمسمائة على الألف، وأنكر المشتري، ولو كان كذلك تحالفا وترادا، وإن كان رد المعقود عليه متعذراً فكذلك هذا، بخلاف ما إذا شهد لأحدهما فإنهما يتحالفان؛ لأننا نجعل قدر قيمة الصبغ موجب العقد كأنهما تصادقا أن العقد انعقد بذلك، إلا أن الذي يدعي النقصان عن قيمة الصبغ بعد ذلك ادعى الزيادة على ذلك المقدار، وادعى البراءة عن ذلك، ولو كان كذلك لا يتحالفان، أما هاهنا بخلافه.

ثم إذا حلفا لم تثبت الزيادة التي ادعاها الصباغ ولا تثبت البراءة التي ادعاها صاحب العقد، فوجب القضاء بنصف درهم؛ لأنه موجب العقد في هذه الحالة كأنهما اتفقا على ذلك، وكان الجواب فيه كالجواب في مسألة النكاح، إذا اختلف الزوجان في مقدار المسمى أنه كان ألفاً أو ألفان فإنه يحكم مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد؛ لأن للنكاح موجباً معلوماً، ولو وقع النكاح بغير تسمية، وهو مهر المثل فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار المهر؛ كأنهما اتفقا على ذلك إلا أن مهر المثل إن كان يشهد لواحد منهما فالزوج بدعوى الألف يدعي البراءة على الألف والزوج ينكر، وإن كان لا يشهد لواحد منهما بأن كان ألفاً وخمسمائة فإنهما يتحالفان؛ لأننا نجعل ألفاً وخمسمائة موجب العقد؛ لأنهما اتفقا على ذلك إلا أن الزوج ادعى البراءة عن خمسمائة والمرأة تنكر، والمرأة تدعي الزيادة خمسمائة على الزوج، والزوج ينكر، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن كان الفسخ متعذراً فكذلك هذا.

وكذلك إذا كان الصبغ زعفراناً فهو مثل العصفير؛ لأنه يوجب زيادة في الثوب، وإن كان الصبغ أسود، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله [فالجواب فيه كالجواب في العصفر والزعفران؛ لأن للسواد موجباً معلوماً على قولهما لو حصل بغير عقد، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في مقدار الأجر كأنهما اتفقا على ذلك ثم اختلفا فيما يغيره إما إلى زيادة أو إلى نقصان كما في الحمرة.

فأما على قول أبي حنيفة: ليس لهذا الصبغ موجب معلوم لو حصل بغير عقد فإن صاحب الثوب لا يضمن شيئاً، وإذا لم يمكن أن يجعل شيء آخر موجب العقد غير المسمى اعتبرنا اختلافهما في مقدار المسمى، والاختلاف بين المتعاقدين متى وقع في مقدار المسمى وفسخ العقد متعذر فعند أبي حنيفة رحمه الله يجعل القول قول المنكر للزيادة كما في بيع العين بعد الهلاك، وكما لو وقع الاختلاف في مقدار الأجر للأعمال التي ليس لها موجب معلوم لو حصل بغير عقد عند الكل كما في الحمل والقصارة ويجعل القول قول المنكر للزيادة ولا يتحالفان متى اختلفا [في حال ما لا يمكن فسخ العقد فكذلك ها هنا.

هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر. فأما إذا اختلفا^(١) في أصل الأجر في السواد فقال صاحب الثوب: عملته لي بغير أجر، وقال الصباغ: لا بل عملته بأجر، ذكر أن القول قول صاحب الثوب مع يمينه، ولا يتحالفان عند أبي حنيفة - رحمه الله - وكان يجب أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد، ادعى أحدهما الهبة والآخر البيع فيجب أن يتحالفا عندهم^(٢) وإن كان فسخ العقد متعذراً كما في صبغ يوجب الزيادة.

وكما في [بيع]^(٣) العين إذا اختلفا في نوع العقد بعد الهلاك إلا^(٤) أن الجواب عنه

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: جميعاً.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: لا.

أن الاختلاف في نوع العقد بعد القبض إنما يوجب التحالف إذا كان إيجاب التحالف يفيد ثمرته، وهو التراد كما في صبغ يوجب الزيادة وكما في بيع العين فإنهما متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين، فإنه يجب رد العين إن كان قائماً، ورد القيمة إن^(١) كان هالكاً، فكان التحالف مفيداً ثمرته أما هاهنا التحالف لا يفيد ثمرته فإن ثمرته التراد، ولا يجب التراد متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا يجب [رد]^(٢) العمل؛ لأنه غير ممكن، ولا رد القيمة؛ لأن مجرد العمل لا يتقوم بغير عقد، وههنا يصير [بغير عقد]^(٣) متى حلفا، فلهذا لم يجب التحالف وإذا لم يجب التحالف، جعلنا القول قول رب الثوب؛ لأنه ينكر الأجر ويقوم عمله.

وكان الجواب في هذه المسألة عند أبي حنيفة كالجواب عند الكل فيما إذا اختلفا في نوع العقد في مسألة الحمل والقسارة، وثمة لا يتحالفان عندهم جميعاً، وعندهما يتحالفان ومتى حلفا يجب على رب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فيه، يفيد التحالف ثمرته وهو التراد عندهما فيتحالفان عندهما كما في بيع عين^(٤) بعد الهلاك عند الكل.

قال: ولو أن رجلاً اختلف هو^(٥) والقصار في أجر ثوب، فقال: القصار: عملته بربع درهم، وقال رب الثوب: عملته بقيراط، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل أو بعد الفراغ من العمل، فإن^(٦) اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل أو بعد الفراغ عن العمل، فإن اختلفا في مقدار

(١) في ز: إذا.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: عقدا.

(٤) في ز: العين.

(٥) في ز: مع.

(٦) ما بين المعقوفين يوجد فراغ في أ.

الأجر قبل الشروع في العمل فإنهما يتحالفان ويترادان، وهكذا الجواب فيما تقدم من المسائل لو اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل، تحالفا وترادا وذلك؛ لأن الإجارة نوع بيع فيعتبر بيع العين؛ ولهذا لا يثبت الحيوان ديناً في الذمة في الإجارة كما في بيع العين^(١)، لو اختلفا في مقدار البدل حال إمكان الفسخ يتحالفان ويترادان فكذا هذا.

فأما إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد الفراغ من العمل، ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه، ولم يحكم قيمة ما زادت القسارة فيها.

فرق بين هذا وبين مسألة الصباغ إذا صبغه بعصفر أو بزعفران، ثم اختلفا في مقدار الأجر فإنه يضمن ما زاد الصبغ فيه حكماً حال اختلافهما في مقدار الأجر ممكن؛ لأن لاتصال هذا الصبغ بثوبه موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل من غير عقد، وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية كأنهما تصادقا على ذلك، ثم ادعى أحدهما ما غيره إما إلى زيادة أو نقصان، وليس لاتصال القسارة بثوب غيره موجب معلوم لو حصل بغير عقد، فإن من قصر ثوب إنسان بغير عقد، فإنه لا يضمن صاحب الثوب شيئاً إن قصر من غير مال فلا إشكال فيه؛ لأن المتصل بثوبه مجرد عمل، ومجرد العمل يتقوم من غير عقد، ولا^(٢) شبهة عقد، وإن قصر بمال اتصل من بياض البيض وغيره [فكذلك]^(٣)؛ لأن ما اتصل بثوبه ليس عين مال قائم لا في الحال ولا في الثاني، في الحال فلا إشكال؛ لأن المتصل بالثوب أثر مال لا غير، وكذلك في الثاني إذا فصل عن الثوب ما اتصل به من بياض البيض وغيره بالغسل لا يكون المتصل في نفسه مالا متقوماً، وإذا لم يكن المتصل بالثوب عين مال قائم، لم يجب على صاحب الثوب

(١) زاد في ز: وفي بيع العين.

(٢) في أ: فلا.

(٣) سقط في ز.

شيء متى حصل بغير^(١) عقد بخلاف الصبغ؛ لأن ما اتصل بالثوب من الصبغ عين مال.

ألا ترى أنه لو فصل عن الثوب كأن يكون مالا متقومًا [بالثوب الصبغ]^(٢)؛ لأنه يصلح لصبغة ثوب آخر، وعين المال القائم متقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، وإذا لم يكن للقصاره موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل بغير عقد، لم يمكن أن يجعل ذلك موجبا للعقد حال اختلافهما في مقدار المسمى حتى يجعل كأنهما اتفقا عليه ثم ادعى أحدهما ما يغيره إما إلى زيادة أو [إلى]^(٣) نقصان.

وإذا لم يمكن إثبات شيء آخر سوى المسمى يوجب العقد وجب اعتبار اختلافهما في المسمى، والاختلاف متى وقع في مقدار المسمى حال ما لا يمكن الفسخ فإنه يجعل القول قول المنكر للزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ولا يتحالفان كما في بيع العين.

فأما على قول محمد - رحمه الله - هل يتحالفان؟ لم يذكر هذا في الكتاب، ومشايخنا في ذلك مختلفون، فمن مشايخنا من قال: يتحالفان على قول محمد رحمه الله على قيمة العمل، وهو أجر المثل، وما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

ومنهم من قال: على قول محمد: لا يتحالفان في باب الإجارة بعد الفراغ من العمل، وظاهر ما ذكر في الكتاب يدل على هذا فإنه لم يذكر خلافاً، وإنما اختلفوا على قوله لاختلافهم في نكته محمد - رحمه الله - في بيع العين إذا اختلفا في البيع بعد هلاك السلعة بأي سبب تجب القيمة على المشتري؟ عند بعضهم إنما تجب القيمة حكماً لفساد العقد؛ لأنهما اتفقا على العقد واختلفا في التسمية.

(١) في ز: في غير.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وإذا تحالفا لم يثبت واحد من المسميين ، فكأنه باع ولم يسم الثمن ، ولو باع ولم يسم الثمن ، كان [البيع]^(١) فاسدًا فيجب رد العين إذا كان العين قائما ورد القيمة إذا كان هالكًا ، فمن قال : نكته في تلك المسألة هذا ، قال : يجب هاهنا أن يتحالفا ؛ لأن التسمية إذا لم تثبت تفسد الإجارة كأنه استأجره ولم يسم له أجرًا ، فيجب رد أجر المثل بعد استيفاء العمل فيكون التحالف مفيدًا على قول محمد - رحمه الله - فيتحالفاً عنده أيضًا .

ومنهم من قال : نكته في تلك المسألة أن القاضي يفسخ العقد بعد التحالف متى طلبا أو طلب أحدهما فيجب على قابض العين رد العين إذا كان قائمًا ، ورد القيمة إن كان هالكًا بسبب انفساخ العقد ، أو ؛ لأنه لما لم يثبت واحد من العقدين لما حلفا و^(٢) العين في يده بغير عقد إلا أن العين متقوم بعقد وبغير عقد ، فمن قال بأن نكته هذه في تلك المسألة يقول : هاهنا لا يتحالفا ؛ لأن القاضي إما أن يفسخ الإجارة أو لا يقضي بواحد من العقدين متى حلفا ، ومتى فسخ الإجارة أو لم يقض بواحد من العقدين فإنه لا يجب رد القيمة ؛ لأن العمل يبقي بغير عقد ، والعمل لا يتقوم بغير عقد ، وإذا لم تجب القيمة لم يجب التحالف ؛ لأن ثمرته التراد إما رد العين أو رد القيمة حتى يصل كل واحد منهما إلى رأس ماله ، فيجوز حق كل واحد منهما وها هنا يبطل حق القصار أصلًا ، وهذا لا وجه له ، إنما ذكر اختلاف المشايخ على قول محمد - رحمه الله - في مسألة القصار ولم يذكره في الصبغ وذلك ؛ لأن اختلاف المتعاقدين في الصبغ ليس في موجب العقد ، بل فيما يغير موجب العقد ، لما ذكرنا أن موجب العقد في باب الصبغ حال اختلافهما في مقدار التسمية ما يكون موجباً للصبغ لو حصل بغير عقد كأنهما اتفقا^(٣) أن العقد على ذلك ، ثم اختلفا فيما يغيره

(١) سقط في ز .

(٢) في أ: في .

(٣) زاد في ز: على .

إلى زيادة أو [إلى]^(١) نقصان، ومثل هذا الاختلاف في بيع العين لا يوجب التحالف متى لم توجد الدعوى والإنكار من الجانبين، وفي فصل القسارة الاختلاف وقع في موجب العقد لا في المغير؛ إذ ليس ها هنا موجب آخر سوى التسمية، والاختلاف متى وقع في مقدار المسمى، فإنه يجب التحالف، إذا أمكن رد المعقود عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - أو رد قيمته عند محمد.

كيف يقال للقسارة موجب، والقصار متى قصر الثوب، فإن له أن يحبس الثوب بالأجر كما في الصباغ، فإذا لحقت القسارة في حق الحبس بالصبغ، فكذا في حق أن يجعل له موجب حال اختلافهما في مقدار التسمية يجب أن يلحق بالصبغ؟ والجواب عنه من وجهين:

الأول: أن يقال: بأن القسارة إنما لحقت بالصبغ في حق الحبس؛ لأن الحبس إنما يكون حال قيام العقد والقسارة متقومة حال قيام العقد، فإذا كان له أثر في الثوب وهو متقوم حال قيام العقد كان الأجر مقابلاً به فكان له الحبس بالأجر كما في الثوب المصبوغ، فأما في غير حالة العقد فلا قيمة له لما ذكرنا، وإنما يجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار التسمية^(٢) ما يجب في غير حالة العقد موجبا لم يمكن تحكيمه وجعله موجبا للعقد حال اختلافهما في مقدار الأجر فوجب اعتبار اختلافهما في مقدار المسمى.

والثاني: [أن]^(٣) القصار يشبه الحمال والمكاري من حيث إنه ليس في الثوب عين مال قائم، ويشبه الصباغ من حيث إن له عملاً وأثر مال فوفرنا على الشبهين حظهما، فألحقناه بالحمال والمكاري، في حق التحالف فلم يجب^(٤) التحالف كما في المكاري والحمال، وجعلنا القول قول صاحب المال، وفي حق الجنس ألحقناه

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: القيمة.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يوجب.

بالصباغ توفيراً على الشبهين حظهما، هذا إذا اختلفا في جنس الأجر أنه دراهم أو دنانير، أو صفته أنه جيد أو رديء يتحالفان إذا كان الاختلاف قبل الشروع في العمل.

وإن كانت الأجرة عيناً إن^(١) اختلفا في جنسه أو قدره يتحالفان، ولو اختلفا في صفته لا يتحالفان والقول قول المستأجر بخلاف ما إذا كانت الأجرة ديناً.

وقد ذكرنا الفرق في كتاب البيوع بين ما إذا اختلفا في صفة الثمن وهو دين وبين ما إذا اختلفا في صفته وهو عين فهذا بناء على ذلك.

وإذا اختلفا في مقدار البدل وكان ذلك قبل استيفاء المنفعة تحالفا كما في بيع العين، فبعد ذلك إن كان الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر، وإن كان الخلاف في المنفعة يبدأ بيمين المؤاجر؛ وهذا؛ لأن اليمين حجة المنكر فمن كان أثبتهما إنكاراً يبدأ بيمينه، وأيهما نكل عن يمينه لزمه دعوى صاحبه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر إن كان الخلاف في الأجرة، وإن كان الخلاف في المنفعة فالبينة بينة المستأجر؛ لأن البيئات شرعت للإثبات فما كان أكثر إثباتاً كانت أولى بالقبول.

ولو ادعى المؤاجر فضلاً فيما يستحقه من الأجر، وادعى المستأجر فضلاً فيما يستحقه من المنفعة، فالأمر في التحالف على ما بينا، وإن أقاما البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذي يستحقه، نحو أن يدعي الأجر شهراً بعشرة، والمستأجر شهرين بخمسة، وأقاما البينة يقضى بشهرين؛ لأن بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فتقبل بينة كل واحد منهما على تلك الزيادة، فإن لم يكن لواحد منهما بينة، وقد استوفى بعض المنفعة فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه، ويتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي؛ لأن العقد ينقصد ساعة فساعة فيصير في حق كل جزء من المنفعة كأن العقد انفرد فيه.

وإن اختلفا في الأجرة نوعين: إن ادعى أحدهما دراهم والآخر دنانير فالأمر في

(١) في ز: إذا.

التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة على ما بينا، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الأجر؛ لأن الأجر يثبت حقاً له، فكان هو أشبه بالمدعين فتكون بيته أولى بالقبول، وإن اختلفا في المدة مع ذلك، أو في المسافة بأن قال المؤاجر: أجرتك إلى القصر بدينار، وقال المستأجر: بل إلى الكوفة بعشرة دراهم، وأقاما البينة فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لأنهما اختلفا في الأجرة إلى القصر، فكانت بينه الأجر أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً ففضينا إلى القصر بدينار، ثم المستأجر يدعي من القصر إلى الكوفة بخمسة دراهم والأجر منكر أصل العقد فكانت بينة المستأجر أولى؛ لأنها تثبت الإجارة.



نوع آخر: إذا قال للحمال: احمل هذا إلى بيتي، أو قال للخياط: إن كان الخياط معروفاً أنه يخيط بأجر، والحمال معروفاً أنه يحمل بأجر، [كذلك]^(١) يجب الأجر وإلا فلا. في خلع الطلاق في شرح الكافي.

دفع إلى قصار ثوباً ليقصره، ولم يذكر له أجراً، لم يذكر جوابها في الأصل، وفي غير رواية الأصول فيها ثلاثة أقوال: على قول أبي حنيفة - رحمه الله - هو متبرع. وعلى قول أبي يوسف كذلك، إلا أن يكون خليطه، وهو أن يكون يدفع إليه ثيابه^(٢) للقصار بالأجر عادة.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : إن اتخذ دكاناً وانتصب لعمل القصار بالأجر، يجب الأجر، وإلا فلا.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وعليه الفتوى.

وفي باب الأجر من صرف الكافي: القول قول المنكر للإجارة؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد، بخلاف ما لو دفع إلى آخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع: قرض، وقال الآخر: هبة؛ لأن العين متقوم بنفسه فالأجر يدعي الإبراء عن قيمته.

وفي نكاح النوازل: [إذا]^(٣) دفع إلى قصار ثوباً ليقصره ولم يذكر الأجر، يحمل على الإجارة لمكان العرف^(٤).

وفي إجازات المتقى: سئل محمد - رحمه الله - : عن قصار دفع إليه ثوب فقصره وقال: قصرته بغير أجر وضاع^(٥)، قال: أما في قولي إذا كان قصاراً نصب نفسه للقصار، لم أصدقه وأضمنه كما لا أصدق رب الثوب في هذه الصورة إذا قال للقصار: قصرت لي مجاناً. وقال القصار: قصرته بأجر.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ثوبا.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: التعارض.

(٥) في ز: فضاع.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - : القول قول القصار، كما أن عنده القول قول رب الثوب إذا قال: قصرته بغير أجر.

وفيه: هشام عن أبي يوسف: دفع إلى خياط ثوبا ثم إن صاحب الثوب قال: دفعته على أن أجره درهم، وقال الخياط: لم تسم لي أجرا، فالقول قول رب الثوب، ولو قال: لم أسم لك أجرا وقد أخذته على سبيل الأجر، وقال الخياط: سميت لي، يحلف رب الثوب، وللعامل أجر مثل عمله.



نوع آخر: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره له بدرهم فقال القصار: هذا ثوبك وقد قصرته بدرهم كما أمرتني، وقال دافع الثوب: ليس هذا ثوبي، وثوبي غير هذا، فالقول قول القصار أن هذا ثوبه، ولا يضمن بقول الدافع، والقول قول دافع الثوب فيما ادعى عليه القصار ولا أجر للقصار، أما القول قول القصار في أن هذا ثوبه؛ لأن هذا الاختلاف في تعيين المقبوض، ولا أجر للقصار؛ لأن الأجر إنما يستحق بإقامة العمل في المحل المأذون فيه وقد اختلفا فيه، وإن قال رب الثوب: هذا ثوبي ولم آمرك أن تقصره، والذي دفعت إليك لتقصره غير هذا، فإنه يأخذ هذا الثوب ولا أجر عليه.

قال: ولو كان هذا في القطع والخياطة لم يأخذه ولكنه يضمن الخياط قيمته ويتركه على الخياط إن شاء، ولم يثبت مثل هذا الخيار في فصل القصار؛ لأن الخياط وجد منه نوع استهلاك، والقصار لم يوجد منه الاستهلاك أصلاً.

هشام قال: سألت محمدًا عن رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره له بدرهم، فأعطاه القصار ثوبًا وقال: هذا ثوبك، وقال رب الثوب: هذا ثوبي، فأخذه رب الثوب: ويراه عوضًا عن ثوبه، قال: لا يسعه لبسه أو قال: يبعه إلا أن يقول رب الثوب للقصار: أخذته عوضًا عن ثوبي، فيقول القصار: نعم؛ لأن عند ذلك ينعقد بينهما مبادلة ويصير هذا الثوب ملكًا للدافع بالمبادلة.

هشام قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن القصار ومن في معناه إذا دفع إليهم الشيء بأجر إن ادعى رد ذلك الشيء على الدافع، لا يصدق عليه إلا ببينة، وكذلك الأجير المشترك في رعي البقر والغنم، وهذا الجواب مستقيم على قول محمد - رحمه الله - ومن يرى أن يد الأجير المشترك يد ضمان، أما من يرى أن يده يد أمانة وهو أبو حنيفة - رحمه الله - يقول: يقبل^(١) قوله كما في المودع، وكذلك إن^(٢) ادعى

(١) في ز: القول.

(٢) في ز: إذا.

الموت كان كما إذا ادعى الرد ولو تكارى رجلا ليحمل [له]^(١) مملوكًا، ثم ادعى أنه مات، صدق من غير بينة، وليس ولد آدم كالبهائم.

رجل يبيع شيئًا في السوق فاستعان بواحد من أهل السوق على بيعه، فأعانه رجل منهم، ثم طلب الأجر، فإن العبرة في ذلك لعادة أهل السوق، فإن كان عادتهم أنهم يعملون بأجر، يجب أجر المثل، وإن كان عادتهم أنهم يعملون بغير أجر، فلا شيء له.

وإذا قال لخياط: خط هذا الثوب حتى أعطيك أجرك، فقال الخياط: لا أريد الأجر، ثم خاطه قال: لا أجر له.

قال: وإذا اختلف الخياط ورب الثوب، فالقول قول رب الثوب؛ لأن الإذن من قبله يستفاد فكان القول^(٢) قوله فيما أذن فيه، قال: والخياط ضامن.

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الخياط، ولا ضمان عليه؛ وإنما ينفيه^(٣) رب الثوب؛ [لأنه]^(٤) ما أقر بحصول الإذن إلا على ذلك الوصف.

فإن أنكر الإذن أصلاً كان القول قوله، وإذا أنكر الإذن إلا بصفة يكون القول قوله فإذا لم يوجد على الوصف الذي أذن، يجب الضمان [عليه]^(٥).

قال: وإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله؛ لأنه امتثل الأمر في أصل ما أمر، وهو القطع والخياطة ولكن قد يغير الوصف، فكان لصاحب الثوب الرضا به.

وقال بعض أصحابنا: فإن منفعة القميص والقباء يقع على وجه واحد وإنما تختلف الأغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب، وكانوا يقولون: لو قطعه سراويل لم يجب له الأجر؛ لأنه نوع آخر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه.

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: فالقول.

(٣) في أ: بقول.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في ز.

قالوا^(١): والرواية تخالف هذا؛ فإنه روي عن محمد - رحمه الله - أنه لو دفع شيئاً إلى رجل ليضرب طسّاً فضربه كوزاً فإن شاء ضمنه مثل شبهه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل ما عمل فكذا في السراويل يجب أن يكون كذلك، وإنما أوجبنا أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بالمسمى إلا على صفة مخصوصة، فإذا لم يسلم له على ذلك وجب أجر المثل ولا يجاوز المسمى.

وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا أمره أن ينزع ضرساً له بأجر، ونزع فقال الأمر: أمرتك بغير هذا، فالقول قول الأمر مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وكذا لو أمره أن يقطع شيئاً من جسده أو ييط [بوجهه]^(٢) قرحة لما بينا أن الأمر من قبله يستفاد، فكان القول قوله.

قال: ولو أعطى صباغاً ثوباً ليصبغه ثم اختلفا فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بالعصفر، وقال الصباغ: بالزعفران، فالقول قول رب الثوب لما ذكرنا أن الأمر من قبله يستفاد.



(١) في ز: قال.

(٢) سقط في ز.

نوع آخر: ولو استأجروا من رجل بيتًا فباع فيه زمانًا ثم خرج منه، واختلفا فيما بيته من الرفوف وأشباهه، فقال رب البيت: كان هذا في بيتي حين استأجرته، وقال المستأجر: لا بل أنا أحدثته، فالقياس أن يكون القول قول رب الدار^(١) مع يمينه؛ لأنه بائع الأرض والبناء فتكون هذه الأشياء مركبًا بالأرض، والبناء لرب الدار فكذلك ما كان تبعًا للبناء والأرض يكون له.

ألا ترى أنهما لو اختلفا في خشب السقف أو في الباب المركب أو في العلو، كان القول قول رب الدار مع يمينه، فكذلك هذا.

وفي الاستحسان: أن القول قول المستأجر.

وجه هذا: أن العرف فيما بين الناس أن المستأجر هو الذي يحدث هذه الأشياء، فكان العرف شاهداً للمستأجر، فيكون القول قوله.

فإن قيل: إن كان العرف شاهداً للمستأجر للتبعية بسبب التركيب شاهداً لرب الدار فلما صار شاهداً أولاً من شاهد رب الدار.

والجواب عنه أن يقال: بأن التركيب [محتمل]^(٢) بين أن يكون من المستأجر وبين أن يكون من صاحب الدار؛ لأن كل واحد منهما يحدث ذلك وله فعله، وقد استويا في التركيب، ثم يرجح الحدوث من المستأجر بدلالة العرف، فصار شاهد المستأجر أولاً من هذا الوجه.

وهكذا الجواب في الطحان والصباغ إذا اختلفا فيما يحدثه الصباغ في العرف والعادة دون الأجر، فالمسألة على القياس والاستحسان.

والحاصل في جنس هذه المسائل أن كل شيء يحدثه المستأجر عادة لحاجته إليه، فالقول قول المستأجر^(٣).

(١) في أ، ز: الثوب. والمثبت من المحيط.

(٢) سقط في ز.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٤٥/٧).

ولو اختلف رب الدار والمستأجر في شيء من بناء الدار غير ما ذكرنا أو في باب أو في خشبة أدخلها في السقف، فقال رب الدار: أنا أجرتك وهذا فيها، وقال المستأجر: [بل]^(١) أنا أحدثت، فإن القول في هذا قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه تابع لأرضه وبنائه، ولا عرف أن المستأجر هو الذي يحدث ذلك، فيكون لرب الدار، وما كان له في الدار من لبن موضوع رطب أو يابس، أو جذع موضوع، أو باب موضوع أو آجر أو جص فهو للمستأجر؛ لأنه في يده حقيقة وحكمًا، ولم يعرف كونه في يد صاحب الدار فيكون القول قول المستأجر.

وإنما قلنا: إنه في يده أما حقيقة فلا إشكال، وأما حكمًا فلأنه ليس بتابع للدار؛ لأنه غير مركب فيه، بل موضوع فيه.

فإن [قيل]^(٢): أقاما جميعًا البينة على ذلك ففي كل شيء جعلنا القول فيه قول المستأجر، فالبينة بينة رب الدار؛ لأن رب الدار يدعي خلاف الظاهر، [وأبدا البينة بينة من يدعي خلاف الظاهر]^(٣).

ولو اختلفا في الجص أو في السترة أو في التنور، فالقول فيه قول رب الدار. قيل: هذا في التنور، بناء على عرفهم، أما عرفنا القول [فيه]^(٤) قول المستأجر؛ لأن المستأجر هو الذي يحدثه في عرفنا.

وفي بعض الفتاوى: إذا باع مستأجر الحانوت سكنى الحانوت من رجل وقبضه المشتري فجاء صاحب الحانوت واستحق السكنى من يد المشتري، فالمسألة على وجهين: إن كان السكنى متصلًا ببناء الحانوت وهو ليس من آلات صناعة المستأجر^(٥)، فالقول قول صاحب الحانوت مع يمينه، فإذا حلف يرجع المشتري

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) زاد في أ: وإن كان من آلات صناعة المستأجر وهو تكرر.

على المستأجر بالثمن، وإن كان من آلات صناعة المستأجر، فالقول قول المستأجر، ولا سبيل لصاحب الحانوت على السكنى.

ولو انهدم بيت من الدار فقال المستأجر: نقضه لي، وقال رب الدار: بل هو لي، إذا عرف انهدامه فالقول قول رب الدار، فإن كان النقض منقولاً فالقول في المنقول قول المستأجر؛ لكونه في يده؛ لأن هذا منقول وإن كان في يد المستأجر حقيقة إلا أنه عرف كونه في يد صاحب الدار إذا عرفناه^(١) أنه نقض بيت انهدم، وفي المنقول إنما يجعل القول قول ذي اليد إذا لم يعرف أنه في يد المدعي فأما إذا علم، فالقول قول المدعي وإن كان لا يعرف، فالقول قول المستأجر؛ لأنه في يده ولم يعرف أنه في يد المدعي، وإن كان رب الدار أمر المستأجر^(٢) أن يبني في الدار على أن يحسب ذلك من الأجر، واختلفا فقال المستأجر: أمرتني بالبناء وقد بنيت، وقال رب الدار: ما بنيت، فالقول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه إيفاء الأجر وهو ينكر وإن أقر بالبناء إلا أنهما اختلفا في مقدار ما أنفق، ذكر أن القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه يدعي زيادة إنفاق ورب الدار ينكر.

قالوا: هذا إذا كان مشكل الحال بأن^(٣) اختلف في ذلك أهل تلك الصناعة: فقال بعضهم: كما يقول رب الدار^(٤): إنه يذهب في نفقة مثل هذا البناء قدر ما يدعيه رب البيت. وقال بعضهم: لا، بل قدر ما يقوله المستأجر حتى يقرر معرفة قول أحدهما من جهة الغير، فتعتبر حينئذ الدعوى والإنكار، والمستأجر يدعي زيادة إنفاق ورب البيت ينكر، فيكون القول قوله.

فأما إذا أجمع أهل تلك الصناعة على قول أحدهما، وقالوا: يذهب من النفقة في مثل هذا البناء ما يقوله أحدهما، فالقول قوله؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه

(١) في ز: عرف.

(٢) زاد في ز: على.

(٣) في ز: وإن.

(٤) في ز: البيت.

من جهة غيرهما ولا يلتفت إلى قولهما .
ولو كان على باب بيتهما^(١) مصراعان، أحدهما ساقط، والآخر معلق بالباب
واختلفا، في الساقط، فالقول قول رب الدار إذا عرف أنه أخوه، وإن كان منقولاً
فالقول قول المستأجر في المنقول إنما كان كذلك؛ لأن كونه في يد رب الدار لما
عرف أنه أخو المعلق، وفي مثل هذا القول قول رب الدار على ما مر .

ولو كان بيتاً سقفه مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان مطروحاً في
البيت واختلف رب الدار والمستأجر فيه فقال رب الدار: هو سقف هذا البيت، وقال
المستأجر: بل هو لي، وهو يقر أن تصاويره موافق لتصاوير البيت، فإن القول في
ذلك قول رب الدار مع يمينه، وإن كان منقولاً؛ لأنه منقول عرف كونه في يد رب
الدار لما كان تصاويره موافقاً للتصاوير التي كان على السقف .

إذا تكرر منزلاً من رجل في داره، وفي الدار ساكن كل شهر بدرهم فأدخله في
الدار وخلقى بينه وبين المنزل، وقال: اسكنه، فلما جاء رأس الشهر، طلب رب
المنزل الأجر، فقال المستأجر: ما سكتته، حال بيني وبين النزول فيه الذي كان
يسكن في الدار، أو غاصب ولا بينة له بذلك، والساكن مقر بذلك أو جاحد لا
يلتفت إلى قول الساكن؛ لأنه شاهد على الغير أو مقر، وشهادة الفرد والإقرار على
الغير لا يقبل، وإذا لم يقبل قول الساكن بقى الاختلاف بين الأجر والمستأجر فينظر
في ذلك إن كان المستأجر هو الساكن في الدار حالة المنازعة، فالقول قول رب
الدار، وعليه الأجر .

وإن كان في المنزل غير المستأجر، فالقول قول المستأجر ولا أجر عليه؛ وذلك؛
لأن كل الأجر لا يستحق بنفس العقد ولا بأصل التسليم وإنما يستحق كل الأجر
بدوام التسليم من ابتداء المدة إلى آخرها على البقاء ما لم يتم دليل على الزوال فمن

(١) في أ: منهما .

الجائز أنه زال التسليم بعد ما وجد بدليل أوجب زواله [بأن]^(١) غصب منه غاصب . وهذا هو حد استصحاب الحال، والثابت باستصحاب الحال ثابت من وجه غير ثابت من وجه، ولهذا صلح للدفع ولم يصلح للاستحقاق، وجميع الأجر غير واجب فلا يمكننا إيجابه بدوام تسليم [ما]^(٢) ثبت باستصحاب الحال ما لم يترجح ما يوجب [دوام]^(٣) التسليم على ما يوجب زواله فحكمنا في ذلك الحال [وقلنا]^(٤): إن كان الساكن هو المستأجر ترجح ما يوجب دوام التسليم على ما يوجب زواله^(٥)، فكان الحكم له، وإذا كان الساكن غيره ترجح ما يوجب زوال الدوام على ما يوجب دوامه، فكان الحكم له .

نظيره ما لو وقع الاختلاف بين مستأجر الطاحونة والأجر بعد انقضاء مدة الإجارة في جريان الماء وانقطاعه فيما مضى فإنه يحكم الحال وإن كان الماء جارياً حالة المنازعة، فالقول قول من يدعي دوام التسليم، وإن كان الماء منقطعاً، فالقول قول من يدعي زوال الدوام فكذلك هذا .

فإن قيل: المستأجر أقر بالتسليم في الابتداء، فهلا جعل ذلك حكماً على بقاء التسليم إلى آخر المدة كما جعل بقاء التسليم في آخر المدة على بقاء التسليم فيما مضى؟

والجواب عنه: أن كل الأجر مما لا يستحق بأصل التسليم؛ لأن منافع المدة معدومة للحال، وإنما يوجد ساعة فساعة^(٦) فيجعل التسليم موجوداً ساعة فساعة كالعقد سواء، وإذا كان لا يستحق كل الأجر بأصل التسليم الموجود في الابتداء لا يمكننا أن نجعل التسليم الموجود في الابتداء حكماً على دوامه، وإذا كان يستحق

- (١) سقط في أ .
- (٢) سقط في أ، ز .
- (٣) سقط في أ، ز .
- (٤) سقط في أ .
- (٥) في ز: دوامه .
- (٦) في ز: بعد ساعة .

بدوام التسليم إلى آخر المدة أمكننا أن نجعل قيام التسليم في آخر المدة حكمًا على وجوده فيما مضى إذا لم يعرف وجود المانع من التسليم فيما مضى .

رجل تكارى من رجل بيتًا كل شهر بدرهم، فلما جاء رأس الشهر طلب رب البيت أجر البيت فقال المستأجر: إنما أعرتنيه أو^(١) أسكنتنيه بغير أجر، وصاحب البيت ينكر ذلك ولا بينة بينهما، فالقول قوله، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة صاحب المنزل؛ لأنه هو المدعي فإنه ادعى عليه أجرًا وأثبتته بالبينة .

وكذلك إذا قال الساكن: إن الدار داري لا حق لك فيها، فالقول قول الساكن مع يمينه؛ لأن الأجر ادعى عليه شئئين الأجر وكون الدار ملكًا له، والساكن أنكر الأمرين جميعًا، فيكون القول قوله فيهما في الأجر؛ لأنه ينكر وجوب الأجر في ذمته وفي الدار؛ لأن الدار في يده، فإن قال الساكن: الدار لفلان وكلني بالقيام عليها، فالقول قول الساكن ويكون خصمًا للمدعي؛ لأنه ادعى عليه الأجر ويكون الدار ملكًا له، والمستأجر أنكر الأجر، فكان القول قوله .

ولو ادعى أن يده في الدار يد غيره حتى يندفع عن نفسه خصومته في الدار، فلا تندفع عنه الخصومة بمجرد قوله: إن يده في الدار يد غيره ما لم يقيم الدليل على ما ادعى عندنا .

وإن قال المستأجر: إنك وهبتني المنزل، فلا أجر لك، وقال الأجر: بل أجرتك، فالقول قول المستأجر في الأجرة؛ لأن صاحب المنزل يدعي عليه الأجر والمستأجر ينكر، وفي الدار القول قول صاحب المنزل؛ لأن المستأجر أقر بكون الدار ملكًا [له]^(٢) وادعى التملك من جهته، وأنكر صاحب المنزل، فيكون القول قوله، وإن أقاما البينة تؤخذ بينة الموهوب له؛ لأننا نجعل كأن الأمرين كانا بجعل كأنه أجر منه ثم وهب له^(٣) بعد العقد .

(١) في ز: و .

(٢) سقط في ز .

(٣) في ز: منه .

ولو كان كذلك ثبتت الهبة ولم يكن عليه أجر، فكذا هذا. بخلاف ما إذا ادعى الساكن العارية وأقاما جميعًا البينة، فإن البينة هناك بينة صاحب المنزل وفي الحقيقة الفرق؛ لأننا نجعل كأن الأمرين كانا بأجر منه ثم أعار منه بعد الإجارة، إلا أن الإجارة لا ترتفع بالإعارة^(١) وترتفع بالهبة، وهذا كله إذا لم يكن أقر الساكن بأصل الكراء. ثم ادعى الهبة أو العارية فإنه لا يصدق وعليه الأجر إلا أن يقيم البينة على الهبة فحينئذ لا أجر عليه؛ لأن الهبة تثبت بالبينة، وللمستأجر خيار الرؤية إن لم يكن رأى المستأجر اعتبارًا لبيع المنفعة ببيع العين، فإن اختلفا فقال صاحب الدار: قد كنت رأيت، وقال المستأجر: لم أر، فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، فإن عدم الرؤية أصل فإذا حلف أنه لم يرها يردها إلا أن تقوم بينة أنه قد رآها.

رجل تكارى منزلاً من رجل في داره على أن أجره أن يكفيه وعياله نفقتهم ومؤنتهم ما دام في الدار، فالإجارة فاسدة؛ لأن الأجر مجهول فإنه لا يدري قدر ما يكفيهم، وجهالة الأجر مما يوجب فساد الإجارة؛ فإن سكن فعليه أجر المثل كما في سائر الإجازات الفاسدة؛ فإن قال المستأجر: أنفقت على عيالك، وقال صاحب المنزل: لم تنفق، فالقول قول صاحب المنزل؛ لأنه يدعى عليه الإيفاء؛ لأن ما أنفق على عياله بأمره يكون ديناً عليه وله عليه مثله فيلتقيان قصاصاً فالمستأجر يدعي الإيفاء من هذا الوجه وصاحب المنزل ينكر، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة^(٢) المستأجر؛ لأنه يدعي الإيفاء ويثبته بالبينة ويجب له ما قامت من البينة من أجر مثلها؛ لأن ما أنفق صار ديناً على رب المنزل، وأجر المثل دين لرب المنزل عليه فيلتقيان قصاصاً.

رجل تكارى داراً شهرًا بعشرة دراهم فسكنها يومًا أو يومين ثم تحول إلى دار

(١) في أ: الإجارة.

(٢) زاد في ز: صاحب.

أخرى، كان للآجر أن يطالبه بأجر جميع الشهر؛ لأن [جميع]^(١) الإجارة لازمة في الشهر فلا يملك فسخها إلا بعذر وإن تحول من دار إلى أخرى لا يكون عذرًا، فإن قال: إنما^(٢) استأجرتها يومًا واحدًا، فالقول قوله؛ لأنه أقر بالإجارة في يوم وأنكر الإجارة في باقي الشهر، ولو أنكر الإجارة أصلًا ورأسًا كان القول قوله، فكذا إذا أقر بالبعض وأنكر البعض، وإن أقام البينة فالبينة بينة الآجر؛ لأنه يثبت الإجارة فيما زاد على اليوم ببينة.

وإذا استأجر من آخر دارًا شهرًا بدرهم فسكنها شهرين فعليه أجر الشهر الأول دون الشهر الثاني، وقد مرت المسألة من قبل، فإن هدم شيء من سكنه في الشهر الثاني يضمن، ولا ضمان فيما انهدم من سكنه في الأول، فإن اختلفا فيما انهدم فقال المستأجر: إنما انهدم من سكني في الشهر الأول، وصاحب الدار يقول: إنما انهدم من سكنك في الشهر الثاني فعليك الضمان، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه ضمان ما انهدم وهو ينكر، فيكون القول قوله والبينة بينة صاحب الدار؛ لأنه هو المدعي.

رجل تكارى بيتًا أو دارًا على أن يسكنها [شهرًا]^(٣) فأعطاه صاحب المنزل المفتاح، فلما مضى الشهر جاء رب المنزل يطلب الأجر، فقال المستأجر: لم أقدر على فتحه، وقال الآجر: لا، بل قدرت على فتحه وسكنت، ولا بينة لهما، فإنه ينظر إلى المفتاح الذي دفع إليه للحال إن كان يلائم هذا الغلق ويمكن فتح الباب به فالقول قول رب الدار، ولا يصدق المستأجر في قوله: لم أقدر على فتحه، وإن كان ما دفع من المفتاح مفتاحًا لا يلائم الغلق ولا يمكن فتح الباب، فالقول قول المستأجر، وإن أقام جميعًا البينة فالبينة بينة رب المنزل، وإن كان المفتاح مفتاحًا لا

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أنا.

(٣) سقط في أ.

يلائم الغلق؛ لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البيئة بخلافه، كما في مسألة الطاحونة لو أقام المستأجر البيئة أن الماء كان منقطعاً فيما مضى، فإنه يقضى بالبيئة وإن كان جارياً للحال وكذلك ههنا.

فإن قيل: إذا كان المفتاح لا يلائم الغلق فكيف تقبل البيئة على أنه كان يقدر على فتحه؟

قلنا: إنما تقبل إذا كان رب المنزل يدعي أنه كان يلائم الغلق ولكن غيره، والمستأجر يقول: لا، بل لم يكن ملائماً من الأصل، فتقبل البيئة على ما يدعيه رب البيت.

وفي الجامع الصغير: أجر من أجر حانوتا ودفع إليه المفتاح، فلم يقدر المستأجر على فتحه وضل المفتاح أياما ثم وجده، فإن كان يمكن فتح الحانوت بهذا المفتاح فعليه أجر ما مضى؛ لأن التسليم [تم] (١) من الأجر وإنما جاء التقصير من جانب المستأجر، وإن كان لا يمكن فتحه لم يجب الأجر؛ لأن التخلية لم تصح.



(١) سقط في ز.

نوع آخر: إذا استأجر الرجل من آخر حمامًا مدة معلومة ثم اختلفا في قدر الحمام إنه للمستأجر أو لصاحب الحمام؟ فالقول قول صاحب الحمام؛ لأنه مركب في بنائه ولا عرف في أن المستأجر يحدث ذلك بخلاف الأتون؛ لأن العرف أن المستأجر هو الذي يتولى ذلك فكان الحكم في الموضوعين جميعًا للعرف، ولو انقضت مدة الإجارة وفي الحمام رماد كثير وسرقين كثير فقال رب الحمام: السرقين لي، وقال المستأجر: هو لي وأنا أنقله فالقول قول المستأجر إذا^(١) لم يعرف كون المدعى به في يد صاحب الحمام على ما مر قبل هذا، فأما الرماد^(٢) كان ذلك من عمل المستأجر وكان مقرًا بذلك فعليه أن ينقله؛ لأنه صار مشغولًا من جهته وقد أمكن تفريغه من غير نقض شيء من البناء فيكون على المستأجر تفريغه كما لو كان مشغولًا بأمتعته، وإن جحد أن يكون من عمله، فالقول قوله؛ لأن صاحب الحمام يدعي تفرير هذا المكان وهو ينكر؛ ولأنه يدعي تسليم هذا المكان، والحاصل أن المستأجر ينكر؛ لأن الشغل يمنع التسليم فيكون القول قوله.



(١) في ز: إذ.

(٢) في ز: الرد.

نوع آخر: إذا تكارى ثلاث دواب من بغداد إلى مدينة الري بأعيانها كانت الإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم والأجر معلوم، فجازت الإجارة وإنما شرط مدينة الري؛ لأنه لو استأجرها إلى الري كان لا تصح الإجارة على ما نذكره^(١) في ظاهر الرواية؛ لأن اسم الري يشتمل على المدينة وعلى الرستاق فإن جوار الري يسمى ريًا وهي من مدينة الري بمراحل، فكان بمنزلة من استأجر دابة إلى خراسان لم يجز؛ لأن خراسان تشتمل على أمصار كثيرة فكذلك هذا.

وإذا جازت الإجارة لو أن المكارى باع هذه الدواب من غيره أو وهب أو تصدق [أو أجر]^(٢) أو أعار أو أودع فجاء المستكري ووجد الدواب في يد غيره، فأراد أن يقيم البينة على إجارته هل تقبل بينته؟ فهذا على وجهين:

إما أن يكون المكارى حاضرًا أو غائبًا فإن كان المكارى حاضرًا فإنه تقبل بينته عليه، وإن كان يقر أنه أجرها منه؛ لأن بينة المستأجر قامت على خصم حاضر؛ لأن المستأجر مع الذي في يده الدابة تصادقا أن الملك في الدابة كان للمكارى، والمكارى صدقهما في ذلك فيثبت الملك للمكارى في الدابة بتصادقهم جميعًا فكان المكارى خصمًا للمستأجر فتقبل بينته عليه.

فإن قيل: كيف تقبل بينته والمكارى يقر أنه أجر هذه الدابة منه أولاً كما يدعيه المستكري والبينة لا تقبل على المقر؟

قلنا: المكارى وإن أقر بذلك إلا أنه لم يصح إقراره لحق ذي اليد، وإذا لم يصح إقراره صار وجود هذا الإقرار منه وعدمه بمنزلة.

ونظير هذا ما قالوا فيمن باع من آخر عينًا ثم ادعى البائع أنه كان باع من غيره أولاً فإنه لا يصدق فيما أقر به، فلو أن الأول أقام البينة على ما ادعى سمعت بينته وإن كان البائع مقرًا بذلك؛ لأن إقراره غير مقبول لحق الثاني فصار وجود إقراره وعدمه بمنزلة

(١) في أ: يذكره.

(٢) سقط في ز.

فقبلت البينة عليه، كذلك هذا، وإذا سمعت بينة المستأجر، وكان المكارى باعه من غيره، فإن كان باعه بعذر، بأن كان عليه دين فادح لم يكن للمستأجر سبيل على الدابة؛ لأن الإجارة تنتقض متى حصل البيع حالة العذر بقضاء القاضي على الروايات كلها، وبغير قضاء القاضي على عامة الروايات، وفي رواية الزيادات: لا تنتقض فإذا انتقضت الإجارة لا يبقى للمستأجر على الدابة سبيل.

وإن كان باعها بغير عذر كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وإذا بقي إجارة المستأجر وقد ثبت بالبينة أن إجارته كانت سابقة على بيع الذي في يده الدابة؛ كان المستأجر أحق بها إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وما يقول في الكتاب أن البيع مردود، فتأويله إذا فسخ المشتري؛ وذلك أن المستأجر لما كان أحق بالدابة بتأخر^(١) قبض المشتري فيتخير إن شاء تربص إلى أن تنقضي مدة الإجارة، وإن شاء فسخ البيع كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض، فإذا تربص حتى انقضت مدة الإجارة يكون البيع جائزاً ولا يكون للمستأجر حق الفسخ؛ لأنه توصل إلى حقه من غير فسخ، وإن [كان]^(٢) أجر من غيره - يعني: المستأجر الأول - أجر أو أعار أو وهب أو تصدق كان المستأجر الأول أحق بها إلى أن يستوفي إجارته، ثم تجوز هذه التصرفات ويكون الجواب في [حق]^(٣) هذه التصرفات كالجواب فيما إذا باعه بغير عذر؛ لأن العذر لا يتحقق في حق هذه الأسباب حتى تنقضي الإجارة، هذا الذي ذكرنا إذا كان المكارى حاضرًا.

فأما إذا كان المكارى غائباً فإن بينة المستأجر تقبل إذا كان الذي في يديه الدابة مشترياً أو متصدقاً عليه أو موهوباً له؛ لأن الذي في يده الدابة متى كان مشترياً أو متصدقاً عليه يدعي الملك لنفسه فيما في يده فينتصب خصماً له فقبلت بينته، بعد

(١) في ز: يتخير.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

هذا إن كان باعه المكارى بعذر فلا سبيل على الدابة؛ لأن الإجارة انتقضت، وإن كان باعه بغير عذر أو وهب أو تصدق كان المستأجر أحق به إلى أن يستوفي إجارته، فأما الذي في يديه الدابة مستأجرًا أو مستعيرًا أو مودعًا وقد صدقه المستكري فيما قال لا تقبل بيته؛ لأنه ثبت بتصادقهما أن ذا اليد مستأجر أو مستعير أو مودع من رجل معروف، والمودع والمستعير والمستأجر لا ينتصب خصمًا، فالبينة قامت على خصم فلا تقبل.

ثم يقول في الكتاب: والمستأجر أحق بها حتى^(١) يستوفي إجارته، ولم يذكر أن المستأجر الأول أحق بها أم الثاني، ويجب أن يكون المستأجر الثاني أحق بها؛ لأن المكارى إذا كان حاضرًا فبينة المستأجر أولى بقبوله في هذه الحالة، والثابت بالبينة كالثابت معاينة، ولو عاين القاضي إجارته أولاً جعل الأول أحق بها، فكذا إذا ثبت بالبينة، وأما إذا كان المكارى غائبًا فبينة الأول لا تقبل في هذه الحالة فيكون الثاني أحق بها إلى أن يستوفي إجارته.

ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - المسألة على هذا الوجه فلم يجعل المستأجر الثاني خصمًا للمستأجر الأول. وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى والشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - أن بينة المستأجر على صاحب اليد إذا كان مستأجرًا مقبولة وجعله خصمًا له، وفرقا بين المستأجر والمعير^(٢) والمودع.



(١) في ز: إلى أن.

(٢) في ز: والمستعير.

نوع آخر: رجل استأجر دابة من رجل إلى واسط بعشرة دراهم، وقال المكارى للمستكرى: استكر علي غلامًا يتبعك ويتبع الدابة وأجره علي وأعطه نفقته ينفق علي نفسه وعلى الدابة من كراء الدابة وقد برئت من الأجر بذا القدر، وأنكر صاحب الدابة استئجار العبد، فالقول قول صاحب الدابة [أنه]^(١) لم يستأجره وعلى المستكرى البينة أنه استأجر الغلام، وإن كان المستكرى وكيلاً بالاستئجار؛ لأن الوكيل بالاستئجار بمنزلة الوكيل بالشراء. قال: اشترت وهلك عندي وأراد أن يرجع بالثمن على موكله، فالوكيل بالشراء إذا أقر أنه اشترى وهلك عنده ولم يكن الثمن مدفوعًا إليه وأنكر الموكل فالقول قوله يعني الموكل مع يمينه، وعلى الوكيل البينة أنه اشترى فكذلك ها هنا، فإن أقام البينة على أنه استأجر الغلام بعد هذا وأقر الغلام أنه قبض منه النفقة إلا أنه ضاع أو سرق منه وأنكر المكارى كان القول قوله، يعني: قول الغلام؛ لأنه لما ثبت استئجار الغلام صار الغلام وكيلاً من جهة المكارى بقبض ما على المستكرى من الكراء بمقدار النفقة، والوكيل بقبض الدين إذا قال: قبضت وهلك عندي كان القول قوله فكذا هذا.

فإن قيل: كيف يصير الغلام وكيلاً من جهة المكارى بقبض ما عليه من الكراء بمقدار نفقته ونفقة الدابة وهو لم يعلم بهذه الوكالة؟ قلنا: المستكرى أخبره بذلك؛ لأنه حال ما يستأجره يخبره أنه يستأجره ليفعل كذا، فيصير وكيلاً، فكذلك هذا.

وإذا تكارى دابة من الكوفة إلى فارس وسمى مدينة معلومة فالإجارة جائزة؛ لأن المعقود عليه معلوم، والأجر معلوم فإن اختلفا في النقد فقال المستأجر: أعطيتك نقد فارس؛ لأن الوجوب كان بفارس ونقد فارس أنقص، وقال المكارى: لا بل عليك نقد الكوفة؛ لأن العقد كان بالكوفة ونقد الكوفة أزيد، كان عليه نقد المكان الذي حصل فيه الوجوب وذلك؛ لأن الوجوب تبع للعقد؛ لأنه حكم من أحكام

(١) سقط في ز.

العقد، والأحكام تابعة لأسبابها، وإذا كان الوجوب تبعاً للعقد كان العقد أصلاً فكان إيجاب نقد مكان العقد وإنه أصل أولى من إيجاب نقد مكان الوجوب، فكان هذا بمنزلة ما لو اشترى عبداً بألف درهم إلى سنتين ثم تغير النقد عما كان وقت العقد وإنه يجب نقد ما كان وقت العقد لا نقد ما كان وقت المطالبة؛ لأن المطالبة تبع للعقد؛ لأنه وجب بسبب العقد فكان اعتبار مكان العقد وإنه أصل أولى من اعتبار مكان المطالبة وإنه تبع فكذلك هاهنا.

وإذا استأجر الرجل دابة إلى الحيرة فقال رب الدابة: هذه الدابة دونك فاركبها، معنى قوله: [دونك]^(١): خذها، فلما كان بعدما رجع من الحيرة اختلفا فقال المستكري: لم أذهب بها إلى الحيرة وما لك علي الأجر، فهذا على وجهين: إما أن يعلم خروجه إلى الحيرة، أو لا، فإن لم يعلم خروجه فالتقول قول المستأجر؛ لأنه متى لم يعلم خروجه فحاصل اختلافهما وقع في التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد والمستأجر ينكر فيكون القول قول المستأجر. وإن علم خروجه إلى الحيرة فالتقول قول صاحب الدابة؛ لأنه متى علم خروجه إلى الحيرة فقد ثبت التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد، وحاصل اختلافهما بعد ذلك إنما وقع في انقطاع التسليم.

المستأجر يدعي انقطاع التسليم بعده، وصاحب الدابة ينكر فيكون القول قوله، وكان مستأجر الدار إذا ادعى غصبا منه بعد ما سلم الدار إليه، وصاحب الدار ينكر وهناك القول قول صاحب الدار إذا لم يكن في الدار غاصب وقت المنازعة، كذا ههنا.



(١) سقط في ز.

نوع آخر: إذا وقع الاختلاف بين المستأجر وصاحب الرحى، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مقدار مدة الانقطاع بأن قال صاحب الرحى: انقطع خمسة أيام، وقال المستأجر: انقطع عشرة أيام، أو يختلفا في أصل الانقطاع بأن قال المستأجر: انقطع الماء، وقال صاحب الرحى: لم ينقطع.

فإن اختلفا في مقدار مدة الانقطاع بعدما اتفقا على الانقطاع فالقول قول المستأجر مع يمينه لوجوه ثلاثة:

أحدها: وهو أن صاحب الرحى مع المستأجر اتفقا على زوال التسليم بعد ما كان ثابتاً حين اتفقا على انقطاع الماء؛ لأن انقطاع الماء يوجب زوال التسليم، ولهذا سقط الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد ذلك يدعي تسليمًا مبتدأ بعود الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر فيكون القول قوله، كما لو لم يكن التسليم ثابتاً وادعى صاحب الرحى التسليم والمستأجر ينكر كان القول قوله كذلك هذا^(١).

الثاني: أن صاحب الرحى يدعي على المستأجر زيادة أجر والمستأجر ينكر فكان القول قول المستأجر مع يمينه.

الثالث: أن العقد انفسخ في يده خمسة أيام باتفاقهما على انقطاع الماء؛ لأن انقطاع الماء يوجب انفساخ العقد، [ولهذا أسقط]^(٢) الأجر بقدره، فصاحب الرحى بعد مضي خمسة أيام يدعي عود العقد والمستأجر ينكر، فكان القول قول المستأجر مع يمينه.

فأما إذا اختلفا في أصل الانقطاع فإنه يُحكَّم الحال إن كان الماء جارياً في الابتداء وقت^(٣) الخصومة فالظاهر أنه لم ينقطع فيما بين ذلك، فمن ادعى الانقطاع فقد ادعى خلاف الظاهر فكان مدعيًا والآخر منكرًا، وإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة فالقول قول المستأجر؛ لأن الظاهر يشهد للمستأجر؛ لأن الانقطاع للحال

(١) في ز: ههنا.

(٢) في ز: وهذا يسقط.

(٣) في ز: ووقت.

يدل على انقطاعه فيما مضى من حيث الظاهر فيجعل القول قول المستأجر .
 وإذا استأجر [الرجل]^(١) رعى ماء فانكسر أحد الحجرين والدوارة فهذا عذر وله
 أن يفسخ الإجارة لما ذكرنا [من]^(٢) قبل هذا، فكذلك إن انكسر البيت فإن اختلفا
 فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مدة الانكسار بعد ما اتفقا على الانكسار،
 والجواب فيه كالجواب فيما إذا اختلفا في قدر مدة الانقطاع أو في أصل الانقطاع.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

نوع آخر: إذا ظهر أن المستأجر مغضوب ووقع الاختلاف بين المالك وبين الأجر.

في نوادر ابن سماعه وهشام عن محمد - رحمه الله - : رجل أجر دارًا من رجل بدراهم معلومة فاستحقها رجل ببينة وقال : كنت دفعتها إلى الأجر وأمرته أن يؤجرها فالأجرة لي، وقال الأجر : كنت غضبتها منه وأجرتها فالأجرة لي، فالحق قول رب الدار؛ ويأخذ الأجر؛ لأن الظاهر شاهد^(١) لرب الدار، فإن الظاهر أن الإنسان يتصرف في ملك الغير لذلك الغير، وإن أقام الأجر بينة على ما ادعى من الغضب لم تقبل بينته؛ لأن بهذه البينة يريد إبطال قول المستحق والبيانات شرعت للإثبات لا للإبطال، فإن أقام بينة على إقرار المستحق بما ادعى من الغضب تقبل بينته فكانت الأجرة له؛ لأنه بهذه البينة لا تبطل حق^(٢) المستحق إنما يثبت إقراره بالغضب، ثم إذا ثبت الغضب يترتب عليه حكم الإجارة، ولو^(٣) كان الأجر بنى في الأرض بناء ثم أجرها مبنية فقال رب الأرض : أمرتك أن تبني وتؤاجر، وقال الأجر : غضبتها وبنيتها وأجرتها، قال : يقسم الأجر على قيمة الأرض غير مبنية وعلى البناء، فما أصاب الأرض فهو لرب الأرض، وما أصاب البناء فهو للغاصب؛ لأن في البناء الظاهر شاهد للغاصب؛ لأن البناء في يده.



(١) في ز: يشهد.

(٢) في ز: قول.

(٣) في ز: فلو.

الفصل الثالث^(١) والعشرون

في إجارة^(٢) الدواب

استأجر دابة إلى سمرقند فدفع إليه رب الدابة دخلاً وبينها وتلقى ذلك الأجر، ولا يجبر رب الدابة أن يرسل غلامه معه، وقال محمد - رحمه الله - : يؤمر بأن يرسل غلامه معه. قال شيخ الإسلام: إن شاء ما لا يجبر عليه. قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا تكارى الرجل من الرجل إبلاً مسماة بغير عينها من الكوفة إلى مكة فالإجارة جائزة.

قال الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - : ليس تفسير المسألة أنه استأجر إبلاً بغير أعيانها؛ لأن استئجار الإبل بغير أعيانها لا يجوز؛ لمكان الجهالة المعقود عليه.

وإنما تفسير المسألة: أن يقبل^(٣) المكارى الحمل، فيقول المستكري^(٤): احملني إلى مكة بكذا على إبل، فيكون المعقود عليه الحمل في ذمة المكارى، وإنه معلوم، والإبل آلة الحمل، وجهالة الآلة لا توجب فساد الإجارة، كما في الخياطة والقصارة وما أشبه ذلك.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : ونحن نفتي بالجواز كما [ذكر]^(٥) في الكتاب، وتفسير ذلك ما قلنا وصار ذلك معتاداً، حتى لو لم يكن كذلك لا يجوز. وفي الفتاوى: إذا تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه ولم يرجع إلى خمسة أيام، قال: يجب درهماً أجره الذهاب؛ لأنه مخالف في الرجوع.

(١) في ز: الثاني.

(٢) في أ: إجازات.

(٣) في ز: يتقبل.

(٤) في ز: المكتري.

(٥) سقط في ز.

إذا استأجر بعيرًا إلى مكة، فهذا على الذهاب دون المجيء، وفي العارية على الذهاب والمجيء؛ لأن في الإجارة مؤنة الرد على المؤاجر، وفي العارية مؤنة الرد على المستعير.

وفي الأصل: رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة على أن يحمل عليهما [عشرين]^(١) مختومًا، فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم قال: يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة منهما، ولا ينظر إلى ما حمل عليهما؛ لأن أجر الدابة على قدر سيرها وقوتها وسرعتها وإبطائها.

وإن تكارى قوم مشاة إبلًا على المكاري يحمل عليها من مرض منهم، أو من أعيانهم فهذا فاسد؛ لأن الراكب مجهول.

في الأصل أيضًا: ولو شرطوا عليه عقبة الأجير وتفسيرها: أن يركب واحد منهم ثم ينزل ثم يركب الآخر ثم ينزل، فذلك جائز؛ لأن الراكب معلوم. وإذا أجر الرجل دابته إلى الجبانة، أو إلى الجنازة فهذا لا يجوز.

قالوا: إنما لا يجوز إلى الجبانة في بلدة إذا كانت لأهلها جبانتان، إحداهما: بعيدة والأخرى قريبة. كما كان في بلاد محمد - رحمه الله -، ولا يدري إلى أيتهما أجر، أما إذا كانت الجبانة واحدة يجوز وتقع الإجارة على أول حدود من تلك الجبانة، كما لو استأجر دابة من محلة إلى محلة وفي الجنازة إنما لا يجوز إذا كان المصلى اثنين أو ثلاثة، ولا يدري إلى أيهما أجر، أما إذا كان المصلى واحدًا أو أكثر إلا أنه يعلم إلى أيهم أجر يجوز.

وإذا استأجر دابة ليشيع عليها رجلاً، أو ليلتقي عليها، لا يجوز؛ لأن المعقود عليه في الدابة إنما يصير معلومًا إما ببيان مدة معلومة إذا كان الركوب مستغرقًا جميع المدة، أو بتسمية مكان، ولم يوجد واحد منهما؛ أما المدة فظاهر، وأما المكان فلأنه لم يذكر أنه إلى أي مكان يشيعه وفي أي مكان يتلقاه فيبقى المعقود عليه

(١) سقط في ز.

مجهولاً، وهذه جهالة توقعهما في المنازعة؛ ولهذا لا يجوز.
ومن هذا الجنس إذا استأجر دابة من رجل كل شهر بعشرة، على أنه متى بدا له من ليل أو نهار حاجة ركبها، فإن كان سمي بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز، وإن لم يسم مكاناً لا يجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأن المعقود عليه في الدابة لا يصير معلوماً ببيان المدة إذا لم يكن^(١) الركوب مستغرقاً جميع المدة، وإنما يصير معلوماً ببيان المكان، فأما إذا استأجر يوماً ليقضي حوائجه في المصر، فهو جائز وإن لم يبين مكاناً؛ لأن الركوب ههنا مستغرق جميع المدة، فهو بمنزلة ما لو استأجر رجلاً يوماً للخدمة أو للخياطة، وذلك جائز.

وإذا تكارى الرجل دابة من رجل على أن يركب مع فلان تشيعه إلى مكان معلوم حتى جازت الإجارة، فحبسها من الغداة إلى انتصاف النهار، ثم بدا للرجل ألا يخرج فرد الدابة عند الظهر، فلا أجر لعدم تمكنه من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، وهل يضمن بهذا الحبس؟

إن حبسها قدر ما يحبس الناس لانتظار خروج ذلك الرجل لا يضمن، وإن كان أكثر من ذلك يضمن؛ لأن المالك لم يأذن بحبس لا يستوجب الأجر به، لكن قدر ما يحبس الناس لخروج ذلك الرجل محتاج إليه فصار ذلك مستثنى عرفاً وبقي ما وراءه على أصل القياس.

وإذا تكارى الرجل دابة من الكوفة ليركبها إلى مكة [المعظمة]^(٢) أو إلى مصر آخر كان له أن يبلغ بها منزله سواء استأجرها للركوب أو للحمل وهذا استحسان.
والقياس أن يقال: كما انتهى إلى حدود الكوفة، وجب أن تنتهي الإجارة، كما لو استأجر في المصر من محلة [إلى محلة]^(٣)، ومنزل المستأجر في المحلة المشروط

(١) في ز: يصر.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

إليها، فإنه تنتهي الإجارة إذا انتهى إلى أول تلك المحلة، ولا يبلغ بها منزله كذا هاهنا.

وجه الاستحسان: أن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من استأجر دابة إلى مصر أو قرية أنه يبلغ بها منزله، وكذلك في الأحمال العرف فيما بين الناس أنهم يبلغون حمولاتهم إلى منازلهم وحوانيتهم والمعروف كالمشروط، وهذا العرف معدوم في المحلة، والمعنى في ذلك أنه ربما تكون المسافة إلى المحلة المشروط إليها إلى منزل المستأجر على أضعاف ما يكون فيما بين المحلتين، ويصح أن يستأجر الرجل دابة إلى موضع ويدخل في الإجارة^(١) أضعاف ما ورد عليه الإجارة، أو نقول: هذا العرف فيما بين الناس إذا كانت الزيادة على المكان المشروط دونه، أما لا عرف إذا كانت الزيادة فوقه أو مثله، فترد هذه الزيادة إلى ما يقتضيه القياس.

وإذا استأجر الرجل دابة للحمل، فله أن يركبها، وإن استأجرها للركوب لم يكن له أن يحمل عليها، وإن حمل عليها لا يستحق الأجر.

والفرق بين الأمرين: أن اسم الحمل يقع على الركوب، يقال: حمل فلان فلاناً على دابته إذا ركبها، وإذا كان اسم الحمل يقع على الركوب دخل الركوب تحت اسم الحمل، أما اسم الركوب لا يقع على الحمل، فلا يدخل الحمل تحت اسم الركوب.

وفي البقالي: إذا استأجر دابة للحمل، فحمل عليها رجلاً لا يضمن؛ لأنه أخف. وإذا استأجر دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم، ولم يسم كم يطحن عليها في كل يوم، فالإجارة جائزة، وإذا سمي ما يطحن؛ لأنه إذا سمي ما يطحن، فالإجارة وقعت على عمل معلوم، إلا أنه لم يبين مقدار العمل، وبيان مقدار العمل بعد بيان جنس العمل ليس بشرط، وله أن يطحن عليها مقدار ما تحمل الدابة وتطيق، وما

(١) زاد في ز: زيادة.

يطحن مثلها قدرًا في العرف، وهو نظير ما [لو استأجرها]^(١) ليحمل عليها الحنطة، ولم يبين مقدار ما يحمل عليها، فإنه يجوز على ما ذكره شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وله أن يحمل عليها قدر ما يحمل عليها كذا هاهنا.

وإذا تكارى دابة من [رجل إلى]^(٢) بغداد على أنه يعطيه الأجر إذا رجع من بغداد، فمات المستأجر ببغداد، ولم يرجع، كان للمكاري أن يأخذ أجر الذهاب من تركته؛ لأن أجر الذهاب قد وجب بالذهاب إلى بغداد، إلا أن المكاري كان لا يطالبه بذلك قبل الرجوع؛ لأنه ضرب لذلك أجلاً معلوماً وهو قدر رجوعه من بغداد، فإذا مات، فقد حل الأجل فكان له المطالبة بذلك، كما في سائر الديون المؤجلة إذا مات من عليه الدين قبل حلول الأجل.



(١) في ز: إذا استأجر.

(٢) سقط في ز.

الفصل الرابع^(١) والعشرون

في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

منه: قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل استأجر حملاً بسرج، فنزع ذلك السرج، وأسرجه بسرج يسهل بمثله الحمر فعطب، فلا ضمان عليه. الأصل فيما ذكر من جنس هذه المسائل: أن المستأجر إذا خالف فيما شرط من الحمل على الدابة، أنه ينظر: إن كان الجنس واحداً وضرر الثاني مثل ضرر المشروط أو أقل^(٢)، فلا ضمان؛ لأن الجنس إذا كان واحداً فقد استوى الضرران، وإذا كان ضرر الثاني أقل لم يوجد الخلاف إلا من حيث الصورة والخلاف من حيث الصورة لا يكفي لوجوب الضمان، وإن كان ضرر الثاني أكثر من ضرر المشروط، يجب الضمان بقدر الزيادة؛ لأنه في الزيادة خالف صورة ومعنى، وإن كان الجنس مختلفاً يجب ضمان كل الدابة، ولا يعتبر فيه قلة الضرر ولا كثرته؛ لأن هذا الخلاف صورة ومعنى؛ لأن هذا الجنس لم يدخل تحت العقد أصلاً، فصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله.

بيان هذا الأصل في تخريج المسائل: [إذا]^(٣) استأجر دابة ليحمل عليها حنطة بكيل معلوم إلى مكان معلوم فحمل عليها شعيراً مثل^(٤) ذلك الكيل إلى ذلك المكان، وهلك الدابة، لا يضمن؛ لأن الشعير يمثل كيل الحنطة يكون أخف على الدابة من الحنطة، فهذا خلاف صورة لا معنى.

وإن كان الشعير يمثل قدر^(٥) الحنطة، وباقي المسألة بحالها حيث يضمن؛ لأن

(١) في ز: الثالث.

(٢) في ز: مثله.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: يمثل.

(٥) في ز: وزن.

الشعير بوزن الحنطة يكون أكثر كيلاً من الحنطة، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة، فيكون هذا خلافاً صورة ومعنى.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب العارية: إذا استأجر دابة ليحمل عليها كذا مثلاً من الحنطة، فحمل عليها مثل ذلك الوزن من الشعير أو السمسم أو الأرز، فإنه يضمن قيمتها.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أنه لا يضمن استحساناً، وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما [وزناً]^(١)؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة، فكان داخلاً تحت الإذن، وبه^(٢) كان يفتي الصدر الشهيد - رحمه الله -.

ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أفقرة شعير، فحمل عليها خمسة أفقرة حنطة، ضمن قيمتها.

وقيل: فيه روايتان.

وإذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيراً بكيل معلوم، فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل ضمن قيمتها؛ لأن الحنطة بمثل كيل الشعير يكون أثقل على الدابة من الشعير، فيكون ضررها أكثر، فيكون خلافاً صورة ومعنى، وإن كان بمثل وزن الشعير، لا يضمن.

فرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة أفقرة شعير، فحمل عليها أحد عشر قفيزاً من شعير، حيث يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمتها إذا كانت الدابة مما يقوى على حمل أحد عشر قفيزاً، وفيما إذا حمل عليها حنطة بمثل كيل الشعير؛ قال: يضمن جميع قيمتها؛ لأن هناك المحمول عليها من جنس المسمى، وإنما هلكت الدابة بنقل^(٣) أحد عشر قفيزاً، وعشرة منها مأذون فيها

(١) سقط في أ.

(٢) في ز: فبه.

(٣) في ز: بثقل.

والحادي عشر ليس بمأذون فيه، فيضمن بذلك العدد، أما هاهنا بخلافه .
 وإذا استأجرها^(١) ليحمل عليها حنطة أو شعيرًا بوزن معلوم، فحمل عليها لبنًا^(٢)
 أو رملاً أو حديدًا بمثل وزن الحنطة أو الشعير، يضمن؛ لأن الحنطة أو الشعير
 [ينبسط]^(٣) على ظهر الدابة، والحديد والرمل واللبن^(٤) يجتمع في مكان واحد،
 فيكون أذى^(٥) لظهر الدابة، فيكون خلافًا صورة ومعنى، وكذلك إذا حمل عليها تبنًا
 أو حطبًا أو قطنًا بمثل وزن الحنطة والشعير ضمن؛ لأن التبن والحطب والقطن يأخذ
 من ظهر الدابة من غير موضع الحمل، فيكون أشق على الدابة، فيكون خلافًا صورة
 ومعنى .

ولو استأجر ليحمل عليها تبنًا أو حطبًا أو قطنًا أو رملاً أو حديدًا أو لبنًا فحمل
 عليها حنطة أو شعيرًا بمثل وزن هذه الأشياء، [لا يضمن]^(٦)؛ لأنهما لا يأخذان شيئًا
 من ظهر الدابة من غير حمل وفي موضع الحمل ينسطان، فيكون حملهما أيسر على
 الدابة، فيكون خلافًا صورة لا معنى .



(١) في أ: استأجر .

(٢) في أ: البناء .

(٣) سقط في أ .

(٤) في أ: اللين .

(٥) في ز: أدن .

(٦) سقط في ز .

نوع آخر: وإذا استأجر من رجل^(١) دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختومًا، فعطبت الدابة من ذلك بعدما بلغت المكان المشروط، فعليه الأجر كاملاً، ويضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة، أما عليه الأجر كاملاً؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يملك شيئًا من المستأجر، فكان عليه الأجر كاملاً، كما لو استأجر دارًا ليسكن فيها فسكن فيها حدادًا أو قصارًا، ولم ينهدم شيء من الدار من عمله، فإن عليه الأجر كاملاً كذا هاهنا.

وإنما قلنا: استوفى المعقود عليه وزيادة؛ لأن المعقود عليه حمل عشرة مخاتيم، وقد استوفى ذلك وزيادة حيث حمل أحد عشر مختومًا، والزيادة لا تمنع استيفاء المعقود عليه، كما لو حمل عشرة مخاتيم حنطة، وركب دابة أخرى للأجر، وكما لو استأجر دارًا ليسكن فيها [فسكن فيها]^(٢) حدادًا أو قصارًا، ولم [يهلك شيء]^(٣) من المستأجر، وإن ضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة، والمضمون يصير ملكًا للضامن؛ لأن الجزء المضمون ليس بمستأجر؛ [لأن المستأجر]^(٤) عنده من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة؛ لأنه قدر المعقود عليه بالحمل لا بالمدة، فيصير المستحق له من هذه الدابة قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة، كما في الأجير المشترك المستحق عليه قدر ما سمي من العمل؛ لأن المعقود عليه مقدر بالعمل فصار قدر حمل عشرة مخاتيم حنطة مستأجرًا، وما زاد على ذلك غير مستأجر، وحكم المستأجر يخالف حكم غير المستأجر، فيجعل كل بعض من حيث الحكم بمنزلة دابة على حدة، كما في باب الرهن: إذا كان بعض الرهن مضمونًا، وبعضه أمانة يعتبر كل بعض في حق الجناية عليه بمنزلة عبد على حدة؛ لأن حكم الأمانة يخالف حكم المضمون، كذا هاهنا.

(١) في أ: أجر.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ز: يملك شيئًا.

(٤) سقط في أ.

وإذا كان كل بعض بمنزلة دابة على حدة من حيث الحكم، جعل [كأنه]^(١) كان عنده دابتان، أحدهما مستأجرة، والأخرى غير مستأجرة، وقد حمل على المستأجرة عشرة مخاتيم، وعلى غير المستأجرة مختومًا، وهناك لا يصير شيء من المستأجرة مضمونًا مملوكًا للمستأجر كذا هاهنا، فهو معنى قولنا: الجزء المضمون ليس بمملوك للمستأجر، والتقريب ما ذكرنا^(٢).

وأما يضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمة الدابة؛ لأن الدابة تلفت بسبب الثقل وثقل العشرة من ذلك مأذون فيه، وثقل الجزء الحادي عشر غير مأذون فيه. قالوا: تأويل المسألة من وجهين:

أحدهما: إذا كانت الدابة تطيق حمل ما زاد، [وكانت تسير مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق، يضمن جميع قيمتها على قياس مسألة تأتي بعد هذا. والثاني: أن يحمل عليها]^(٣) أحد عشر مختومًا دفعة واحدة أما إذا حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، ثم حمل عليها مختومًا، وعطبت الدابة، يضمن قيمتها بتمامها، إذا حمل الحادي عشر في المكان الذي حمل العشرة، أما إذا حمل في مكان آخر جناتكه يقتراك براء ويخت، يضمن بقدر الزيادة على قياس مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا استأجر ثورًا ليطحن به^(٤) عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختومًا، وتلفت الدابة، أو استأجر ليكري به جريئًا، فكرى جريئًا ونصفًا، وهلك الثور، فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن الطحن [يكون]^(٥) شيئًا فشيئًا، فكلما طحن عشرة انتهى العقد، فبعد ذلك هو في طحن^(٦) الحادي عشر

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ذكر.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في ز: فكان.

(٤) في أ: بها.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في أ: الطحن.

مخالف من كل وجه، فيضمن جميع قيمتها، كما لو طحن عليها قفيزاً ابتداءً، أما الحمل يكون دفعة^(١) واحدة، وبعض المجهول مأذون فيه، فلا يضمن بقدره^(٢).
روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - فيمن استأجر دابة ليحمل عليها حنطة مسماة الكيل، فحمل عليها أكثر مما سمي، وسلمت ثم نفقت في يده بعد ذلك من غير ذلك، فإنه ضامن بحصة الزيادة.



(١) في ز: بدفعة.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥٦٨/٧).

نوع آخر: قال: وإذا استأجر دابة ليركبها، فركب هو وحمل مع نفسه آخر، إن سلمت الدابة، فعليه الأجر كاملاً؛ ولا ضمان، أما لا ضمان فظاهر، وأما فعليه الأجر كاملاً؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، ولم يهلك شيء من المستأجر؛ لأنه لا ضمان لما سلمت الدابة، ولو ثبت الملك بالضمان، وإن هلكت الدابة من ركوبها بعدما بلغا المكان المشروط، فعليه الأجر كاملاً وضمن نصف قيمة الدابة، وإنما ضمن نصف القيمة؛ لأن الدابة تلفت من ركوبها، فيكون التالف بركوب كل واحد منهما النصف، وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه، فيعطى لكل ركوب حكم نفسه، ويكون للمالك في ذلك الخيار، إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن ذلك الغير.

فإن ضمن المستأجر، لا يرجع على ذلك الغير مستأجراً وإن كان مستعيراً لا يرجع^(١) عليه، ثم في حق الضمان يستوي أن يكون ذلك الغير أخف أو أثقل؛ لأن العبرة في باب الركوب للعدد؛ لأن التلف لا يحصل بالثقل؛ لأن رب نحيف ركوبه يفسد الدابة، لقلته هدايته بأمر الركوب؛ لحركاته^(٢) واضطرابه، ورب جسيم على الدابة لا يفسدها لهدايته بأمر الركوب وقلته حركاته واضطرابه على الدابة؛ فسقط اعتبار الوزن في الراكب، وبقيت العبرة للعدد^(٣).

قالوا: وإنما يضمن نصف قيمة الدابة إذا كانت تطيق ركوب اثنين، أما إذا كانت لا تطيق ركوب اثنين يضمن قيمة الدابة جميعها؛ لأن ركوبها والحالة هذه. قيل: معنى إن كان ركوباً صورة^(٤)، والعبرة للمعنى، وإنما كان على المستأجر الأجر كاملاً وإن ضمن نصف القيمة وصار نصف الدابة ملكاً له بالضمان؛ لأن القدر المضمون ليس بمستأجر؛ لأن المستأجر من هذه الدابة قدر ركوبه؛ لأن المعقود

(١) في أ: يجب.

(٢) في ز: وكثرة حركاته.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٥٦٨).

(٤) في أ، ز: ضرورة.

عليه مقدر بالعمل، فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجرًا وما زاد على ذلك غير مستأجر، والتقريب ما ذكرنا.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - أوجب في هذه المسألة نصف القيمة مطلقًا، وذكر في الجامع الصغير فيمن استأجر دابة إلى القادسية فأردف رجلًا خلفه، فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة.

وذكر في الجامع الصغير أيضًا بعد مسألة القادسية بكثير واعتبر فيها الحزر والظن. وفي القدوري يقول: المستأجر يضمن النصف، سواء كان الثاني أخف أو أثقل. قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله -: وحاصل ذلك: أن يعتبر الحزر والظن، فإن أشكل يعتبر الوزن، وإن حمل عليها مع نفسه صغيرًا لا يمكنه استعمال الدابة، ولا تصريفها ضمن بحساب ما زاد؛ لأن الصغير إذا كان بهذه الصفة، فحملة وحمل شيء آخر سواء، ولو حمل عليها مع نفسه شيئًا آخر، وتلفت الدابة ضمن بقدر الزيادة، وطريق معرفة الزيادة في ذلك أن يحزر القاضي الراكب ويزن ما حمل مع نفسه أو يرجع في ذلك إلى من له بصارة معروفة أن هذا الحمل لم يزد على قدر ركوبه، كذلك هاهنا.

ثم إذا ركب وحمل عليها مع نفسه حملًا إنما يضمن بقدر ما زاد إذا ركب في غير مكان الحمل؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل لا يجتمعان في مكان واحد، فيبقى موافقًا في البعض مخالفًا في البعض، فيضمن بحساب ما خالف، فأما إذا ركب على مكان الحمل يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقل الراكب مع ثقل الحمل يجتمعان في مكان واحد، فيكون أدق على الدابة. فعلى قياس هذه المسألة نقول:

إذا استأجر دابة ليركبها، فركبها وحمل على عاتقه غيره، يضمن جميع قيمة الدابة، وهذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركب عليها مع الحمل، أما إذا كانت لا تطيق ذلك يجب جميع الضمان في الأحوال كلها.

وإذا استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق عشرين

مختوما وأمر المكاري أن يحمل عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة، ولو حملاه جميعا المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة، ضمن المستكري ربع القيمة وإن كانت في حق الغير فحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعاهما على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيئاً ويجعل حمل المستأجر مما كان مستحقاً له بالعقد.

وإذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها إن لبس من ذلك مثل ما يلبسه الناس، فلا ضمان، وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن بحساب ذلك؛ لأن في الفصل الأول ما زاد من الثياب ليس بداخل تحت الإجارة أصلاً لا عرفاً ولا شرطاً، فيضمن بحساب ذلك، كما لو حمل عليها شيئاً آخر. وإذا استأجر دابة ليركبها فلم يركب بنفسه بل أركب غيره، ضمن قيمة الدابة؛ لأن ركوب غيره ليس بداخل تحت العقد؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب.

وفي الأصل: إذا تكارى الرجل من غيره دابة ليحمل عليها إنساناً بأجر معلوم، فحمل عليها امرأة ثقيلة، فعطبت الدابة، فإن كانت الدابة بحال تطبيق حملها، فإنه لا ضمان؛ فإنه حمل عليها إنساناً كما سمي في العقد؛ لأن اسم الإنسان يقع على الرجل والمرأة جميعا وعليه الأجر استحساناً؛ لأنه استأجرها للركوب ولم يبين الراكب ف وقعت الإجارة فاسدة. فإذا أركب إنساناً انقلبت الإجارة جائزة استحساناً. فإن كانت الدابة بحال لا تطبيق حملها يكون ضامناً؛ لأن الدابة إذا كانت لا تطبيق حملها كان حملها عليه إتلافاً لا حملاً، والإتلاف لم يدخل تحت الإذن.

إذا استأجر دابة ليركبها، فحمل عليها صبيّاً صغيراً لا يستمسك بنفسه على الدابة بمنزلة الحمل؛ ألا ترى أن من استأجر دابة ليركبها فأردف مع نفسه صغيراً لا يستمسك نفسه على الدابة ضمن بقدر ثقله، ولو أردف مع نفسه من يستمسك نفسه على الدابة ضمن نصف القيمة، فثبت أن وضع الصبي على الدابة حمل، وليس بإركاب، والحمل مع الركوب جنسان مختلفان، فصار به غاصباً.

نوع آخر: وإذا استأجر حمارًا بسرج، فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر، فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالإجماع؛ لأنه موافق في البعض صورة ومعنى؛ لأنه أسرج كما شرط في العقد، إلا أن هذا السرج أثقل من الذي شرط في العقد، فهو بمنزلة ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر مختمًا. فإن كان السرج الثاني أخف من الأول، أو مثله فلا ضمان؛ وإن أوكفه بإكاف هو أثقل ضمن بقدر الزيادة، وإذا استأجر حمارًا بإكاف ليركبه، فنزع الإكاف وأسرجه، فلا ضمان؛ لأن السرج أخف على الدابة من الإكاف، فلم يكن هذا خلافًا معنى.

ولو استأجر حمارًا ليركبه فحمل عليه مكان السرج إكافا وركبه، فهو ضامن. هكذا ذكر في الجامع الصغير.

قالوا: وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : هو ضامن بقدر ما زاد وذكر في الأصل وقال: هو ضامن بقدر ما زاد ولم يذكر الخلاف.

فمن مشايخنا من قال: لا اختلاف بين الروايتين عن أبي حنيفة، فإنه ذكر في الجامع الصغير أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - هو ضامن ولم يذكر أنه ضامن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، فصار ما ذكر في الأصل تفسيرًا لما ذكر في الجامع الصغير.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان:

على قول أبي حنيفة على رواية الأصل: يضمن بقدر ما زاد، وهو قولهما. وعلى رواية الجامع الصغير: يضمن جميع القيمة، وهذا إذا كانت لا توكف أصلًا أو لا توكف بمثل هذا الإكاف؛ يضمن جميع القيمة في قولهم جميعًا.

وكان الفقيه أبو بكر - رحمه الله - يوفق بين الروايتين، ويقول: رواية الجامع الصغير محمولة على دابة لا تصلح للإكاف. ومن المشايخ من قال: لم يوفق بين

الروائيتين من هذا الوجه، وذكر لكل رواية وجهًا.

وجه ما ذكر في الأصل: وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -: أن المستأجر فيما صنع، موافق في البعض صورة ومعنى؛ لأن الإكاف والسرج جنس واحد؛ لأن كل واحد منهما آلة الركوب، وكل واحد منهما متخذ من الخشب، إلا أن الإكاف أثقل من السرج، فكان بمنزلة ما لو حمل عليها سرجًا آخر أثقل من السرج المأمور به.

وجه ما ذكر في الجامع الصغير وهو الأصح: أنه مخالف في الكل^(١) صورة ومعنى، أما صورة؛ فلأن الإكاف غير السرج صورة واسمًا وهيئة. وأما معنى: فلأن الإكاف أثقل من السرج على الدابة، فكان مخالفًا صورة ومعنى؛ فيضمن جميع قيمة الدابة إذا هلكت من ذلك قياسًا على ما إذا استأجر دابة ليحمل عليها شعيرًا، فحمل عليها مثل ذلك الكيل حنطة.

ولو استأجر حمارًا عربيًا فأسرجه وركبه فهو ضامن. قال مشايخنا - رحمهم الله -: إذا استأجره من موضع إلى موضع لا يمكن الركوب بالإسراج يثبت دلالة، وكذلك لو استأجره ليركبه في المصر، والمستأجر ممن لا يركب في المصر عربيًا فعليه الضمان؛ لأنه لم يثبت الإذن بالإسراج في حقه لا نصًا ولا دلالة، ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد، لا ذكر لهذه المسألة في الأصل. وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يضمن بقدر ما زاد كما لو ركبها وأركب مع نفسه غيره.

وبعضهم قالوا: يضمن جميع القيمة، وهو الصحيح؛ لأنه بما صنع مخالف في الكل صورة ومعنى، أما صورة فلأنه أمره أن يركبها عربيًا وقد ركبها مع السرج، وأما معنى فلأن الركوب على السرج أثقل وأضر بالدابة؛ لأن ثقل الراكب والسرج يجتمعان في مكان واحد فكان أدق لظهر الدابة، بخلاف ما إذا ركب وأركب مع

(١) في ز: كل.

نفسه غيره؛ لأن ثقل الآخر لم يجتمع في المكان الذي ركبه بنفسه. ولو استأجر دابة بغير لجام وألجمها، لا ضمان عليه؛ إذا كانت [دابة]^(١) تلجم مثلها؛ لأن اللجام في الأصل وضع لضبط الدابة عن السير، فلا بد للراكب من ذلك إذا كانت دابة تلجم مثلها، فيصير مأذونًا بالإلجام، حتى لو كانت دابة لا تلجم يصير ضامنًا لإمكان الضبط من غير لجام، ولو كان عليها لجام فأبدله بلجام آخر، فلا ضمان. هكذا ذكر القُدوري في شرحه.



(١) سقط في ز.

نوع آخر: قال محمد - رحمه الله - : إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة [بدرهم]^(١)، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة، فنفتت فهو ضامن. وكذلك العارية، هكذا ذكر في الجامع الصغير.

قيل: هذا إذا استأجرها أو استعارها إلى الحيرة ذاهبًا لا جائيًا. فأما إذا استأجرها أو استعارها إلى الحيرة ذاهبًا وجائيًا فإذا ردها إلى الحيرة، ونفتت لا ضمان عليه، وهذا التفصيل على هذا الوجه مذكور في الشروط والنوادير.

وقيل: هو ضامن في الوجهين، وإليه أشار في الجامع الصغير حيث أطلق المسألة إطلاقًا، وكتبت المسألة أن المستأجر والمستعير، إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق هل يبرأ عن الضمان؟

فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يبرأ كالمودع. وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب العارية.

وبعضهم قالوا: لا يبرأ بخلاف المودع، وإليه أشار محمد - رحمه الله - [في كتاب العارية]^(٢) في الجامع الصغير. وهكذا أطلق المسألة في القدوري.

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أن المستأجر يبرأ بالعود إلى الوفاق.

وصورة ما ذكر ابن سماعة: رجل استأجر من آخر دابة أيامًا معلومة، يركبها^(٣) في المصر، فخرج عليها من المصر ثم ردها إلى المصر في تلك الأيام، فنفتت في يده، لم يضمن بمنزلة المودع.

وجه قول من فرق بينهما: إذا استعار أو استأجر ذاهبًا وجائيًا، وبين ما إذا استأجر

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: يركب عليها.

أو استعار ذاهبًا لا جائيًا فإذا جاوز الحيرة لم ينته العقد، فإذا عاد إلى الحيرة عاد وعقد الإجارة وعقد الإعارة باق والمستأجر والمستعير كل واحد منهما مأمور بالحفظ بمقتضى الإجارة والعارية؛ لأنهما لا يمكنهما استيفاء المنفعة إلا بالحفظ، فما بقي العقد يبقى الأمر بالحفظ، فإذا عاد إلى الوفاق، وجب أن يبرأ عن الضمان؛ لأن الأمر بالحفظ في حق المودع مطلق، فيتناول كل زمان، وبعدهما خالفه^(١) دخل العين في ضمانه لم يقع الأمر بالحفظ؛ لتضرر المأمور به بعد ذلك، فإذا عاد إلى الوفاق عاد الأمر بالحفظ والعقد باق، فصار ممثلاً والتقريب ما مر.

وإذا استأجر أو استعار ذاهبًا لا جائيًا فإذا جاوز بها إلى الحيرة انتهى العقد نهايته، فإذا انتهى الأمر بالحفظ؛ لأن الأمر بالحفظ إنما يثبت بمقتضى الإجارة والعارية، فيرتفع بارتفاع الإجارة والعارية، فإذا عاد إلى الحيرة عاد والأمر بالحفظ ليس بقائم، فلا يصير ممثلاً أمر المالك، فلا يعود أمينًا بخلاف المودع؛ لأن الأمر بالحفظ في الوديعة ثابت مقصودًا وإنه مطلق فيتناول كل زمان، والتقريب ما مر.

وجه قول من سوى بينهما أن المالك ما أمر المستعير والمستأجر بالحفظ مقصودًا إنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع وإنما يثبت لهما ولاية الحفظ تبعًا للاستعمال لا بأمر ثابت من جهة المالك، فإذا جاوز الحيرة صار غاصبًا للدابة، ودخلت في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد إما على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ولم يوجد هاهنا ذلك. والصدر الشهيد - رحمه الله - : كان يميل إلى القول الثاني.

وغيره من مشايخ زماننا كانوا يميلون إلى القول الأول.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في النوادر رواية أخرى: أنه إذا استعار أو استأجر ذاهبًا لا جائيًا يبرأ عن الضمان؛ لأنه إذا استأجر أو استعار ذاهبًا لا جائيًا فالرد يكون على المالك، ويكون المستأجر في هذه المسألة بمنزلة الغاصب، والغاصب لا

(١) في ز: خالف و.

بيراً إلا بالرد على المالك أو من هو قائم مقام المالك، فأما إذا استأجر ذاهباً لا جائياً فالرد يكون على المالك، فيكون المستأجر والمستعير بمنزلة المودع، فيبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق.

وفي القدوري: وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيمن استأجر دابة إلى مكان معلوم، فلما سار بعض الطريق ادعاها لنفسه، وجحد أن يكون استأجرها، وصاحب الدابة يدعي الإجارة: فإن نفقت من ركوبه، فلا ضمان، وإن نفقت من ركوبه قبل أن يركب، ضمن ولو انتقضت المسافة فجاء بها ليردها على صاحبها، فتلفت، وجب الضمان، فقد جعلاه ضامناً بالجحود، ثم أسقطا عنه الضمان بالركوب، وهذا يقتضي أن تكون يد المستأجر قائمة مقام يد الآجر.

وعلى محمد - رحمه الله - لهذا فقال: لأنه ليس لرب الدابة أخذها منه، فلم يكن بجحوده مانعاً حقه. بخلاف المودع إذا جحد الوديعة؛ لأن هناك لصاحبها أخذها فبالجحود منعها منه، ثم عقب هذا التعليل فقال: لو انكسرت أو ضعفت حتى لا يمكن ركوبها ضمن قيمتها منكسرة، وعاطبة؛ لأن الرد واجب إذا كانت الدابة بهذه الصفة، فتعلق بالجحود الضمان كما في الوديعة.

وذكر في المنتقى برواية ابن سماعة عين هذه المسألة، وأجاب على التفصيل الذي ذكره القدوري: أن الدابة إن هلكت قبل الركوب ضمنها، وإن ركبها وهلكت من ركوبه، فلا ضمان. ويخرج عن ضمان الغصب.

قال ثمة: ألا ترى أنه لو غصب من آخر دابة، ثم إن المالك أجزها منه إلى الكوفة بعشرة دراهم جاز، وبرئ عن الضمان إذا ركبها كذا ههنا، وهذا؛ لأن بجحود المستأجر الإجارة إن انفسخ العقد في حق المستأجر، وصار المستأجر غاصباً العين لم يفسخ في حق الآجر، فإذا ركبها إلى المكان المسمى وعقد الإجارة قائم في حق الآجر فإنما ركبها بحكم العقد في حق الآجر والضمان جميعاً.

استكرى دابة لمسيرة فرسخ، فسار عليها سبعة فراسخ فعليه من الكراء مقدار ما

شرط وفيما زاد على الفرسخ هو غاصب، فلا أجر عليه. ولو أرضى صاحب الدابة كان له خيرًا في الأجرة؛ لأنه تقاص في الأجرة بالحساب^(١).

استأجر حمارًا ليحمل عليه وقر حنطة إلى المدينة، فحمل الحنطة إلى المدينة وباعها، وانصرف إلى منزله، فوضع على الحمار مقدار قفيز من الملح، فأخذه مرض في الطريق، فمات، فعليه ضمان الحمار إذا حمل عليه الملح بغير إذن صاحبه؛ لأنه صار غاصبًا بذلك^(٢)، فدخل في ضمانه.

استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع إلى منزله يومًا إلى الليل، فكان يحمل الحنطة إلى منزله، وإذا أراد الذهاب ثانيًا كان يركبها، فعطبت الدابة، ذكر عن أبي بكر الرازي - رحمه الله - : أنه يضمن؛ لأنه استأجرها للحمل بدون الركوب، فكان غاصبًا في الركوب.

قال أبو الليث - رحمه الله - : هو القياس، لكن في الاستحسان لا يضمن؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس كذلك فصار كأنه أذن له من طريق الدلالة، وإن لم يأذن بالإفصاح.

استأجر حمارًا ليحمل عليه اثني عشر وقرًا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، وكلما عاد من أرضه يحمل عليه وقرًا من اللبن، فإن هلك الحمار في الرجوع مع اللبن يضمن قيمة الحمار دون الأجر؛ لأنهما لا يجتمعان، ولو^(٣) سلم الحمار حتى تم العمل، فعلى المستأجر تمام الدرهم، في كل وقر من التراب نصف دائق ويجوز أن يخالف في العمل ثم يجب الأجر المسمى، إذا سلمت الدابة عن ذلك العمل كما في مسألة فرسخ وسبعة فراسخ التي مرت.

وكمّن استأجر دابة إلى موضع معين، فجاوز ثم عاد إلى الوفاق لا يعود أمينًا بل

(١) في ز: بالحسنات.

(٢) في ز: في ذلك.

(٣) في ز: وإن.

هو ضمين، حتى لو هلكت الدابة في طريق ذلك الموضع المعين، يضمن قيمتها، ثم إذا سلمت الدابة يجب تمام الأجر؛ وكذا لو استأجر دابة ليركب هو بنفسه إلى مكان كذا، فركب وأردف غيره صار غاصبًا في النصف إذا كانت الدابة مما تطيق مثلهما، ولو سلمت الدابة يجب تمام الأجر كذا ههنا.

ولو استأجر حمارًا ليحمل عليه كذا كذا حملًا، فزاد على ما سمي وحمل الحمولة إلى ذلك المكان، فلما وضع الحمولة وجاء بالحمار سليمًا، ضاع قبل أن يرده صاحبه، ينظر إلى مقدار ما زاد من الحمولة، فيضمن من قيمة الحمار بذلك القدر؛ [لأنه صار غاصبًا من الحمار بذلك القدر]^(١) فلا يبرأ عن ضمان ما صار غاصبًا منه إلا بالرد. رواه بشر عن أبي يوسف، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

وهكذا ذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن من استأجر حمارًا من الكوفة إلى القادسية ذاهبًا وجائئًا فجاوز به القادسية، ثم عاد به سليمًا إلى الكوفة، فعليه نصف ما سمي من الأجر عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -؛ لأنه صار غاصبًا فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد.

وفي المنتقى: استأجر غلامًا شهرًا بعشرة في الخياطة فاستعمله في اللبن ليلبته بعشرة فعطب في ذلك ضمن، وإن لم يعطب في ذلك حتى رده إلى الخياطة فعطب فيها فلا ضمان، قال: ولا يشبه هذا ما إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان.

وعن أبي يوسف: فيمن استأجر دابة من مصر، فأمسكها في بيته فهلكت. قال: إن أمسكها مقدار ما يمسك الناس ليتهيئوا أمورهم، فلا ضمان والأجر ثابت، وإن أمسكها أكثر من ذلك خرجت من الإجارة، وهي مغصوبة [معلومة]^(٢) عنده.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وفي فتاوى الفضلي: استأجر حمارًا وتركه على باب داره، ودخل المنزل [ليرجع إلى حبيسته]^(١)، فخرج فلم يجد الحمار. قال: إن غاب الحمار عن بصره ضمن، إلا أن يكون في موضع لا يعد هذا القدر من الذهاب تضييعًا مثل أن يكون في سكة غير نافذة، أو يكون في بعض القرى فحيث لا ضمان^(٢).

ورأيت في بعض الفتاوى: إذا ربط الدابة المستأجرة على باب داره، ودخل داره ثم خرج ولم يجد الحمار، فهو ضامن إن غاب عن بصره من غير فصل. وإذا كان للمستأجر حماران فاستعمل على أحدهما فضاع الآخر، إن غاب عن بصره، فهو ضامن.

وفي فتاوى الأصل: استأجر حمارًا فضل في الطريق، فتركه ولم يطلبه حتى ضاع، قال: إن ذهب الحمار من حيث لا يشعر به، وهو حافظ له فإذا علم وطلبه ولم يظفر [به]^(٣)، فلا ضمان عليه. وكذلك لو لم يطلبه، وكان آيسًا من وجوده، لو طلب بالقرب في حوالي الموضع الذي ذهب منه لا ضمان؛ لأن المطلوب من الأمين الحفظ، وقد ذهب الحمار ههنا من غير ترك حفظ، وإن ذهب وهو يراه ولم يمنع، فهو ضامن، يريد به إذا غاب عن بصره؛ لأنه لما لم يمنعه، فقد قصر في الحفظ فيصير ضامنًا. وعلى هذا مستأجر الحمار إذا جاء بالحمار إلى الخباز، وترك الحمار واشتغل بشراء الخبز فضاع الحمار، إن غاب عن بصره فهو ضامن، وإن لم يغب عن بصره فلا ضمان.

وفي فتاوى الفضلي: إذا استأجر حمارًا وربطه على رأى في سكة نافذة، وهناك قوم ليسوا من عيال المستأجر، ولا من أجراءه فسرق الحمار، فإن كان المستأجر لم يستحفظهم ضمن لتركه الحفظ الواجب عليه. وإن كان استحفظهم أو بعضهم وقبلوا حفظه ولم يكن اشترط ركوب نفسه في عقد الإجارة، وكان الأغلب في ذلك

(١) في المحيط: ليرفع خشبة الحمار.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٥٨٠، ٥٨١)، مجمع الضمانات، ص (١٧).

(٣) سقط في ز.

الموضع أن يؤم من يحفظ فيه لا يكون إضاعة لها، لم يضمن؛ لأنه ليس بمضيع ولا تارك الحفظ. وإن كان الموضع موضعاً يؤم من يحفظ الدواب، يكون إضاعة لها فهو ضامن. هذا إذا لم يستحفظهم، فأما إذا استحفظهم وقبلوا حفظه، فالضمان على الذي قبل الحفظ لا على المستأجر؛ لأن الذي قبل الحفظ هو المضيع.

هذا كله إذا لم يشترط المستأجر ركوب نفسه، وأما إذا اشترط ركوب نفسه ليس له أن يودعها من أجنبي؛ لأنه ليس له أن يعيرها^(١) أو يؤجرها من غيره. ومن ليس له الإجارة، ليس له الإيداع؛ لأن الإعارة والإجارة نوع ائتمان فإذا لم يشترط ركوب نفسه فله أن يودع؛ لأن له أن يعير ويؤجر ومن له أن يعير ويؤجر فله أن يودع. ومن هذا الجنس: رجل استأجر حماراً واستأجر رجلاً؛ ليحفظ الدابة فهلكت الدابة في يد الأجير، إن كان المستأجر استأجر لنفسه يضمن. وإن لم يسم الراكب، فلا ضمان. والمعنى ما ذكرنا.

وفيه أيضاً: استأجر حماراً ليحمل عليه إلى المدينة، فحمل وساقه في طريق المدينة، ثم تخلف لحاجة بول أو غائط أو حديث مع غيره، فذهب الحمار قبله وعطب^(٢)، فإن لم يبعد عنه الحمار ولم يتوار عنه فلا ضمان. وإن توارى عنه فإنه^(٣) ضامن؛ لأنه مضيع.

وفي فتاوى الأصل: مستأجر الحمار إذا أوقف الحمار وصلى الفجر فذهب الحمار وانتهب، فإن رآه ينتهب أو يذهب فلم يقطع الصلاة ضمن؛ لأنه ترك الحفظ الواجب مع القدرة عليه؛ لأن خوف فوات المال مبيح قطع الصلاة.

وفيه أيضاً: وسئل أبو بكر عن من أمر رجلاً أن يستكري له ويذهب إلى مكان كذا، على أن يوفي الأمر الأجرة، ففعل المأمور ذلك فأدخله رباطاً، فهجم عليه اللصوص في ذلك الرباط، واستولوا على الحمار قال: فإن كان الرباط على الطريق

(١) زاد في أ: يودعه لغيرهما، وإذا شرط ركوب نفسه.

(٢) في ز: فعطب.

(٣) في ز: فهو.

الذي كان يمر المستأجر عليه، فلا ضمان وعليه الأجر إن كان فرغ من استعماله؛ لأنه لم يخالف.

رجل استأجر رجلاً ودفع إليه حملاً ليذهب إلى بلد كذا، ويشتري له شيئاً فذهب المأمور وأخذ السلطان حمر القافلة، فذهب بعض أصحاب الحمر في طلب الحمر، ولم يذهب البعض، وهذا الأجير لم يذهب أيضاً. قال: إن كان الذين ذهبوا لطلب الدواب منهم من وجد دابته، ومنهم من لم يجد دابته فلا يلزم من لم يذهب في ترك الذهاب بسبب ما لزم من ذهب من الشدة والمشقة فلا ضمان.

وفي فتاوى [الفضلي أيضاً]^(١): رجل استأجر من آخر حملاً ليذهب به إلى موضع معلوم فأخبر أن في الطريق لصوصاً، فلم يلتفت إلى ذلك الخبر، وذهب وأخذه اللصوص وذهبوا بالحمار. قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله - : إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق مع هذا الخبر بدوابهم وأموالهم فلا ضمان، وإلا فهو ضامن؛ لأنه في الفصل الأول ليس بمضيع، وفي الفصل الثاني مضيع.

سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن جماعة أجرة كل واحد منهم حمارة رجلاً وأمروا رجلاً يذهب معه يتعاهد الدواب، فإننا لا نعرفه فذهب معه، فقال له المستأجر: قف هاهنا حتى أذهب أنا بحمار واحد وأحمل الجوالق فذهب بالحمار فلم يقدر على الحمار، فلا ضمان على المتعاهد لأنهم أمروه بتعاهد ما في يد الغير وهو المستأجر ولا يلزمه العدة.

ومن هذا الجنس في فتاوى النسفي وصورته: رجل استكرى دابة من القرية إلى المصر فبعث صاحب الدابة رجلاً مع المستكري فاشتغل المبعوث في الطريق بأمر فذهب المستكري وحده وضاع الحمار من يده، فلا ضمان على الرجل المبعوث؛ لأن صاحب الدابة ما سلم الدابة إليه؛ وإنما تركها في يد المستكري [منه وحده

(١) في ز: الأصل.

وضاع الحمار من يده إلى^(١) الذي هو أمين صاحب الدابة، فإنه لا يوجب الضمان. وفي فتاوى الفضلي: اکتري رجل حمارًا من بلدة كسرى إلى بخارى فبقي الحمار في الطريق وصاحب الحمار ببخارى فأمر المستكري رجلاً أن ينفق على الحمار في علفه كل يوم مقدارًا معلومًا، وقاطعه أجرته إلى أن يقبض صاحب الحمار حماره، فأمسك الأجير الحمار أيا ما وأنفق عليه ثم علفه، ثم هلكت الدابة في يد الأجير. ففي المسألة حكمان: حكم النفقة، وحكم الضمان، أما حكم النفقة: فقد مر من قبل، وأما حكم الضمان فإن كان المستكري اکتراه^(٢) لركوبه فهو ضامن قيمة الحمار؛ لأنه إذا اکتراه لركوبه فليس له أن يودع على ما مر من قبل هذا. وإن كان اکتراه للركوب فلم يسم الراكب فلا ضمان عليه؛ لأن له أن يودع في هذه الصورة. وفي بعض الفتاوى: (خر كراي درراه بما يذكر كير يده دفت وخررا بما ند وحداوند بآخر يود) فأخذ للصوص الحمار وذهبوا به، فلا ضمان على المستكري، وكذلك إذا كان المكارى مع الحمار إلا أن المستكري لم يكن معه، فذهب المكارى وترك الحمار وأخذ للصوص الحمار فلا ضمان.

قالوا وهذا إذا لم يمكن المكارى حمل المتاع على دابة أخرى، وأما إذا أمكنه ولم يحمل، كان عليه الضمان.

وفيه أيضًا: وإذا دفع الرجل فرسه إلى رجل ليذهب إلى قرية ويوصله إلى ولده، فذهب به وسار مرحلة، ثم إنه سيب الفرس في رباط، ومضى لوجهه، فجاء رجل من أهل تلك القرية، فمر على الرباط فعرف الفرس فاستأجر رجلاً ليذهب به إلى تلك القرية، فذهب الأجير بالفرس فهلك الفرس، فضمن الفرس على من يجب؟ قال: لا شك أن الأول ضامن بتسييبه، وأما المستأجر^(٣) الذي ذهب بالفرس إلى منزله، إن كان لم يأخذ الفرس فلا ضمان عليه؛ لأنه لم تثبت يده على الفرس، وإن

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: استكراه.

(٣) في ز: مستأجر الأجير.

أخذه ثم دفعه إلى الأجير، فإن أشهد أنه أخذه ليرده على صاحبه، وكان الأجير ممن في عياله لا ضمان أيضاً؛ لأن الملتقط بالإشهاد يصير أميناً، وللأمين أن يدفع الأمانة إلى من في عياله، ويحفظه في عياله بيده. وإن ترك الإشهاد أو أشهد الأجير لم يكن في عياله ضمن؛ لأنه صار غاصباً بالأخذ من غير إشهاد أو صار ضامناً بالدفع إلى من ليس في عياله، وأما الأجير فهو ضامن على كل حال؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، لا على وجه الحسبة، هكذا ذكر.

وهذا الجواب في حق الأجير مشكل إذا كان المستأجر أشهد على نفسه أنه أخذ ليردها على المالك، والأجير في عيال المستأجر. وإن سلم الفرس في ذلك الرباط إلى ابن أخ صاحب الفرس، لا يبرأ عن الضمان. وإذا ضمن الأجير، لا يرجع بما ضمن على المستأجر بخلاف المودع والمستأجر، فإنهما يرجعان بما ضمنا على المودع والمؤاجر؛ لأنهما يمسكان العين لصاحب العين.

أما المودع فظاهر، وأما المستأجر فلأن صاحب العين يستحق عليه الأجرة بهذا الإمساك فهذا^(١) عين، والمستأجر يستحق المنفعة والعين خير من المنفعة، فكانا عاملين لصاحب العين في إمساك العين، فيرجعان بما لحقهما من الضمان على صاحب العين، فأما الأجير فإنما يمسك العين لنفسه؛ لأنه بهذا الإمساك يستحق الأجر على صاحب العين بمقابلة نفسه، فكان في هذا الإمساك عاملاً لنفسه، فلا يرجع بما لحقه من المغرم على غيره.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل استأجر حماراً لينقل آلات من خربة، وأخذ في النقل، فانهدمت الخربة وهلك الحمار، فإن انهدمت من معالجة المستأجر ضمن قيمة الحمار؛ لأنه^(٢) تلف بصنعه، وإن انهدمت من غير معالجة بل لرخاوة فيها ولم يعلم المستأجر به فلا ضمان؛ لأنه لم يتلف بصنعه، ولا قصر في

(١) في ز: ولهذا.

(٢) في ز: لأن الحمار.

حفظه .

وفيه أيضًا: اكرى حمارًا ليحمل عليه الشوك، فدخل في سكة فيها نهر، فبلغ موضعًا ضيقًا، فضرب الحمار فوق الحمار في النهر مع الحمل، فاشتغل المستأجر بقطع الحبل فهلك الحمار، إن كان المكان بحال لا يسير فيه مثل ذلك الحمار، فهو ضامن؛ لأنه عرض الحمار للتلف، وإن كان الحمار يسع في ذلك الموضع مع الحمل، إن عنف في الضرب حتى وثب الحمار بضربه يصير ضامنًا أيضًا، لما ذكرنا، وإن وقع لا من ضربه فلا ضمان [عليه]^(١)؛ لأنه لم يتلفه لا بمباشرة ولا تسببًا.

وفيه أيضًا: استأجر حمارًا لينقل عليه الحطب من الكرم، وكان ينقل عليه الحطب ويوقره كما يوقر مثله، فصرم الحمار على حائط ووقع في النهر وهلك، إن لم يعنف عليه في السوق، بل ساق مثل ما يسوق الناس بمثل ذلك الحمل في ذلك الطريق، فلا ضمان؛ لأنه ما تلف بفعله، وإن كان بخلافه، فهو ضامن.

رجل استأجر حمارًا وقبضه فأرسله في كرمه وتركه، فسرت بردعته فأصابه البرد، فمرض فرده على صاحبه مع ذلك المرض، إن كان الكرم حصينًا والبرد بحال لا يضر بالحمار، لو كان عليه البرد لا ضمان عليه؛ لأنه لم يقصر في حفظهما؛ لأنهما محفوظان البردعة محفوظة عن السارق بحصن الكرم، والحمار محفوظ عن البرد بالبردعة.

وإن كان الكرم غير حصين، والبرد بحال يضر بالحمار مع البردعة، ضمن قيمتها. أما ضمان البردعة فبتضييعه وتركه الحفظ الواجب عليه، وأما ضمان الحمار؛ لأن إرساله في برد مهلك بمنزلة إلقاءه في النار وذلك استهلاك، فلا يبرأ بالرد إلى المالك عن شيء من ضمانه، كما لو خرج المغصوب ثم رده إلى المالك،

(١) سقط في ز.

فمات من ذلك. بخلاف ضمان الغصب. وإن كان البرد بحال يضر بالحمار مع البردعة [والكرم حصين، فعليه قيمة الحمار دون البردعة]^(١)؛ لأنه أتلف الحمار دون البردعة، ولو كان الكرم غير حصين وكان بحال لا يخاف التلف على الدابة مع بردعته فهو ضامن لقيمة البردعة، وهو نقصان الحمار وقت الرد على صاحبه؛ لأنه بمنزلة الغاصب للحمار حين أرسله في الكرم، وإذا سلمه إلى صاحبه برئ من الضمان بقدر ما رد، وتقرر عليه ضمان النقصان بموت الحمار.



(١) سقط في ز.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات :

هشام عن محمد- رحمه الله - : استأجر غلامًا من رجل سنة، كل شهر بعشرة دراهم، وقبض العبد، فلما مضى نصف السنة جحد المستأجر أن يكون استأجر العبد، وقيمته يوم جحد ألفا درهم، فمضت السنة وقيمته ألف درهم، ثم مات العبد. قال: الإجارة لازمة، ويلزمه أجر جميع السنة، ويضمن قيمة العبد بعد السنة.

قال هشام: قلت لمحمد- رحمه الله - : كيف اجتمع الأجر والضمان؟ قال محمد: لم يجتمعا.

فسر هشام ذلك، فقال: الأجر وجب لاستعماله العبد في السنة، والضمان وجب بعد مضي السنة؛ لأن بعد مضي السنة وجب عليه رد العبد على المالك، فوجب الضمان واختلف سبب وجوبهما واختلف الزمان، فكيف يظهر الاجتماعان؛ وعلى قياس قول [محمد و]^(١) أبي يوسف - رحمهما الله - : ينبغي أن يلزمه الأجر قبل الإنكار، فيبطل عنه الأجر بعد الإنكار.

استأجر قميصًا ليلبسه ويذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع، ولبسه في منزله.

قال أبو بكر- رحمه الله - : هو مخالف ولا أجر عليه.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : عندي أنه [غير]^(٢) مخالف، وعليه الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير، فلا يصير به ضامنًا، فلا يسقط الأجر؛ لأن الأجر مقابل بمنفعة اللبس دون الحمل إلى ذلك المكان وإنما ذكر المكان استئذانًا من الأجر لو اتفق الذهاب إليه، فكان تعيين المكان لازمًا في حق الأجر دون المستأجر. قال أبو الليث - رحمه الله - : وهذا بخلاف ما لو استأجر دابة ليذهب إلى موضع

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

كذا، فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف؛ لأن في الدابة تجوز الإجارة إلا أن يبين المكان، وفي الثوب يحتاج إلى بيان الوقت دون المكان، فوقعت الإجارة في الدابة على المكان المذكور، والركوب في المصر ليس خلافاً إلى خير فصار مخالفاً، أما ههنا بخلافه.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل جاء بدابته إلى بيطار، وقال: انظر فيها فإن بها علة فنظر فيها فقال: تحت أذنها علة، يقال لها: فارة يعني فأمره صاحب الدابة بإخراجها، فأخرج ذلك بأمر صاحب الدابة وماتت الدابة، فلا ضمان على البيطار؛ لأنه مأذون فيه.

وفي المنتقى: رجل قال لصيرفي: انقد لي عشرة دراهم بكذا، ففعل ثم أدخل صاحب الدراهم فيها زيوفاً أو ستوقاً، فلا ضمان على الصيرفي؛ لأنه لم يبطل عليه حقاً، ولكن يرد من الأجر بحساب ما وجد زائفاً، حتى إن في مسألتنا يرد عشر الأجر، ولو وجد الكل زيوفاً يرد كل الأجر؛ لأنه لم يوف المعقود عليه بذو القدر. وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - : إذا أخذ من له الدراهم دراهمه ممن عليه، وقد انتقدها الناقد، ثم خرج بعض الدراهم زيوفاً أو ستوقاً فلا ضمان على الناقد؛ ولكن يرد القابض الزيوف على الدافع، فإن أنكر الدافع وقال: ليس هذا من دراهمي، فالقول قول القابض؛ لأنه لو أنكر القبض أصلاً كان القول قوله، فكذا إذا أنكر القبض فيما عدا هذا.

سأل وراقاً أن يكتب له جامع القرآن وينقطه ويعشره ويعجمه، وأعطاه الكاغد والحبر، وشرط له أربعين درهماً، فكتب وترك بعض العواشير وأخطأ في النقط، قال: إن فعل ذلك في كل ورقة فالدافع بالخيار، إن شاء أخذ المكتوب وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به أربعين درهماً، وإن شاء ترك المكتوب وضمنه مثل بياضه وحبره.

وإن كان الوراق وافقه في بعضه وخالفه في بعضه، أخذ وأعطاه حصة ما وافق من

المسمى، وحصّة ما خالفه من أجر المثل؛ لأنه فيما وافق جرى على موجب العقد، فاستحق حصته من المسمى، وفيما خالف لم يجرِ على موجب العقد من كل وجه، فكانه عمل بإجارة فاسدة فيستحق أجر المثل.

ولو دفع إلى صباغ ثوبًا، وأمره أن يصبغه بزعفران أو ببقم، فخالف فصبغه غير ما سمى، إلا أنه من ذلك الصبغ يريد بأنه لم يشبع صبغه، وقد كان أمره صاحب الثوب أن يشبعه، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه^(١) أبيض، ويسلم له الثوب، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله، لا يزداد به على المسمى.

في الأصل وفي القدوري: إذا أمر إنسانًا أن ينقش اسمه في فص خاتمه، فغلط ونقش اسم غيره، ضمن الخاتم؛ لأنه فوت عليه الغرض المطلوب من الخاتم، وهو الختم به، فصار كالمستهلك له.

وفيه أيضًا: لو أمره أن يحمر له بيتًا فخضره، قال: يعطيه ما زاد الخضرة فيه ولا أجر له؛ لأنه عمل ما لم يستأجر له، فلا يستحق الأجر، ولكن يعطيه من قيمة الصبغ ما زاد في البيت.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رحمه الله -: في رجل استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة، قال: هو ضامن، يريد به أن يمكن في الأرض نقصان فلا أجر عليه، وهذا؛ لأن الرطبة لا تعرف نهايتها وضررها بالأرض ظاهر، وإنه مخالف ضرر سائر وجوه الزراعة، فصار غاصبًا فلا يجب الأجر.

قال محمد - رحمه الله - فيه أيضًا: في رجل دفع إلى خياط ثوبًا، وأمره أن يخيطة قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، وأقر بالخلاف، فلصاحب الثوب الخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه وترك القباء عليه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به المسمى، هكذا ذكر ههنا.

(١) زاد في ز: وإن.

وفي الأصل: وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه لا خيار لصاحب الثوب، والخياط ضامن قيمة ثوبه .

بعض المشايخ قالوا: أراد بالقباء القرطق الذي هو ذو طاق واحد، فإن هذا القباء يشبه القميص، فإن بعض الناس يستعملونه استعمال القميص، فكان موافقاً من وجه مخالفاً من وجه، وإن شاء رضي به باعتبار جهة الموافقة، وإن شاء تركه باعتبار جهة المخالفة إلا أن في الكتاب أطلق القباء إطلاقاً فدل على أن الحكم في الكل واحد. وجه ما روى الحسن: أن الخياط مخالف من كل وجه؛ لأنه خالفه في جنس ما أمره، وإنه أمره بخياطة القميص، فكان مخالفاً من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه أنه متى قطع ثوب غيره، وخاطه يملكه بالضمان، ولا يبقى لصاحب الثوب الخيار، فكذا هذا.

وجه ظاهر الرواية وهو: أن الخياط فيما صنع موافق من وجه، مخالف من وجه، فيتخير كما لو خالفه في خياطة القميص من حيث الطول والقصر.

إلا أن عبارة مشايخنا اختلفت في إثبات الموافقة من وجه، والمخالفة من وجه: منهم من يقول: إن خياطة القباء تشبه خياطة القميص من وجه من حيث الدخايرص والكمين وإن كان يخالف خياطة القميص فيما عدا ذلك. وإذا كان يوافق خياطة القميص من وجه، ويخالفه من وجه، كان موافقاً من وجه مخالفاً من وجه. ومنهم من يقول: في إثبات المخالفة والموافقة من وجه، وصاحب الثوب أمره بإدخال الخيوط في ثوبه لخياطة القميص، وهذا أدخل الخيوط في ثوبه بخياطة القباء، فكان مخالفاً من وجه موافقاً من وجه، والموافقة وإن قلت توجب إثبات الخيار حتى لا يلغو اعتبار الإذن والموافقة من وجه بخلاف ما لو غصب ثوباً فقطعه وخاطه قباء؛ لأنه مخالف في القطع، وفي إدخال الخيوط في ثوبه، فكان مخالفاً من كل وجه، بخلاف ما نحن فيه.

ومنهم من يقول: إنه موافق في الخياطة، فإن الخيوط التي استعملها فيه داخل

تحت الإذن، وإنما حصل الخلاف في نفس القطع، والغاصب إذا قطع الثوب ولم يخطه لم يمنع صاحبه من الأخذ فكذلك هذا لا يمنع رب الثوب من أخذه، بخلاف الغاصب فإنه مخالف في القطع والخياطة، فكان مخالفاً من كل وجه، وقد استهلك الثوب وأحدث صنعة متقومة بغير أمره، فهو معنى قولنا: إنه موافق من وجه مخالف من وجه، وإذا كان موافقاً من وجه مخالفاً من وجه، كان لصاحب الثوب الخيار، إن شاء ترك القباء عليه، وضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي، هذا على قول من يقول: إنه يعطيه أجر المثل متى خالفه من وجه؛ لأن العقد يفسد بالخلاف من وجه ظاهر.

وعلى قول من يقول: يعطيه المسمى إذا رضي بالعيب، نقول: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا اختار [وأخذ]^(١) القباء ولم يرض بالعيب وله أن يأخذ القباء ولا يرضى بالعيب، ومتى كانت الحالة هذه، فإنه يعطيه أجر المثل، فأما إذا رضي بالعيب، يعطيه المسمى.

وسياتي بيان القولين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن اختلفنا، فقال الخياط: أمرتني بهذا. وقال رب الثوب: أمرتك بقميص، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأن الأمر استفيد من جهته، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط؛ لأن الخياط أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه عنه، وهو الإذن وذلك غير ثابت، فهو بينته يثبت ما ليس بثابت، وصاحب الثوب يثبت ما هو ثابت، وهو الضمان فكانت بينة الخياط أولى. ولو أمره بأن يخط له قميصاً فخاطه سراويلاً، هل يتخير رب الثوب؟ فعلى قول العبارة الأولى في مسألة القباء لا يتخير؛ لأن السراويل لا يشبه القميص أصلاً؛ إذ ليس له كم ولا دخريص، وعلى قول العبارة الثانية والثالثة فإنه أقرب إلى الصواب؛ فقد روي عن محمد - رحمه الله - فيمن دفع إلى رجل شياً ليضرب له طسئاً، فضرب له كوزاً، كان له أن يأخذه ويعطيه أجر المثل، فكذا

(١) سقط في ز.

في السراويل . وقد مرت مسألة السراويل .

قال: إذا دفع إلى حائك غزلاً لينسجه له سبعمًا في أربع، يريد به أن يكون طوله سبعمًا وعرضه أربعًا، فخالف، فهذا على وجهين:

إما أن يكون الخلاف من حيث القدر، أو من حيث الصفة، والخلاف من حيث القدر على وجهين: إما أن يكون إلى زيادة بأن حاك ثمانية في أربع، أو إلى نقصان بأن حاك ستًا في أربع .

والخلاف من حيث الصفة على وجهين أيضًا: إما أن يكون من حيث الزيادة، بأن أمره أن ينسجه رقيقًا فنسجه صفيقًا، أو من حيث النقصان، بأن أمره، أن ينسجه صفيقًا فنسجه رقيقًا، في الفصول كلها صاحب العمل بالخيار، إن شاء ترك الثوب على النساج وضمنه غزلاً مثل غزله، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر، وإنما يخير صاحب الغزل؛ لأن النساج موافق في أصل العمل مخالف في الصفة في الفصول كلها.

أما إذا كان الخلاف من حيث الزيادة والنقصان في القدر، فكذلك مخالف في الصفة إن زاد في الذرع، فلأنه لو استعمل جميع الغزل بقدر ما أمر به كأن يجعل الثوب أضعف، وإذا زاد في الذرع يصير أرق بقدر ما أمر به وإن نقص عن القدر فلأنه لو استعمل الغزل في جميع ما أمر به كان يحصل الثوب أرق . وبسبب النقصان في الذرع يحصل الثوب [أصفق]^(١)، والصفاقة والرقعة مقصودة في الثياب، فصح قولنا^(٢): إنه موافق في أصل العمل مخالف في الصفة، فيتخير صاحب الثوب إن شاء مال إلى الخلاف، وجعله عاملاً بغير عقد وترك الثوب عليه، وضمنه غزله، وإن شاء مال إلى الوفاق وأخذ الثوب وأعطاه الأجر .

ولم يذكر محمد - رحمه الله - : أنه يعطيه المسمى أو أجر المثل .

(١) سقط في ز .

(٢) في ز: قوله .

وقد اختلف فيه المشايخ، قال بعضهم: إنه يعطيه أجر المثل على كل حال، لا يجاوز به ما سمي إن كان أجر مثل عمله أكثر، وإن كان أقل أو مثل المسمى يعطيه ذلك.

وقال بعضهم: يعطيه المسمى إذا أخذ الثوب ورضي بالعيب، وإذا أخذ الثوب ولم يرض بالعيب، فإنه يعطيه أجر المثل لا يجاوز به ما سمي. وإلى هذا ذهب أبو بكر الأعمش، ومحمد بن سلمة - رحمهما الله -.

وجه ما قال بأنه يعطيه أجر المثل: أن الحائك مخالف من وجه موافق من وجه، باعتبار أصل العمل موافق، وباعتبار الصفة مخالف، والصفة في الغائب معتبرة؛ لأن الغائب بالصفة يعرف، ولو كان مخالفاً من كل وجه، بأن كان الخلاف في الجنس لا في الصفة كان العمل متعرياً عن العقد، ولو كان موافقاً من كل وجه في حق العمل والصفة جميعاً، كان العمل [موافقاً لجهة العقد من كل وجه، فإذا كان مخالفاً من وجه] ^(١) موافقاً من وجه، كان العقد قائماً من وجه فائتاً من وجه، والعقد إذا كان قائماً من وجه غير قائم من وجه، فإنه يجعل عقداً فاسداً كما قالوا في بيع المقايضة: إذا هلك العوضان قبل القبض، فإن البيع يفسد؛ لأن البيع على القائم قائم من وجه، يفسخ من وجه، فحكم بفساده على ما عرف في موضعه، فكذلك هنا، لما كان العقد قائماً من وجه غير قائم من وجه يحكم بفساد الإجارة، والمستحق في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا ينقص عن المسمى، ولا يجاوز به المسمى. وإذا وجب أجر المثل على قول هذا القائل، فإن كان الخلاف من حيث القدر، يعتبر أجر المثل من العمل المأمور به وهو سبعة أذرع في أربعة، لا أجر مثل العمل الثاني به ثمانية أذرع في أربعة؛ لأن الزيادة على السبع حصل بغير عقد، فلا يجب زيادة أجر بسبب تلك الزيادة، ولكن لا يجاوز به المسمى كما في سائر الإجازات الفاسدة.

وإن كان الخلاف من حيث النقصان والقدر، فإنه يعطيه أجر مثل ما عمل مقدراً

(١) سقط في ز.

بحصته من المسمى؛ لأن بعض المسمى قد سقط؛ لأنه أتى ببعض العمل ولم يأت بالبعض فتسقط حصة ما لم يعمل من المسمى، ويبقى بعض المسمى، فينظر إلى أجر مثل عمله فيما عمل، وإن كان أقل أو مثل حصة الباقي من المسمى [فينظر إلى أجر مثل عمله فيما عمل]^(١) فإنه يعطيه ذلك، وإن كان زيادة يعطيه بقدر حصته من المسمى، ولا يجاوز به، وإن كان الخلاف من حيث الصفة، إن كان من حيث الزيادة فإنه يعطيه أجر مثل عمله بقدر العمل المأمور به، ولا تعتبر الزيادة؛ لأن الزيادة حصلت بغير عقد، فإن كان ذلك المسمى يعطيه ذلك، وإن كان أكثر من ذلك، لا يجاوز به المسمى.

وإن كان من حيث النقصان: فإنه يعطيه أجر مثل عمله مقدراً بجميع المسمى، لا ينقص المسمى، بخلاف ما إذا كان النقصان من حيث القدر، فقد سقط بعضه وبقي البعض، فبقي أجر المثل الباقي، فأما إذا كان النقصان من حيث الصفة، فإنه لا يسقط شيء من المسمى؛ لأنه لا حصة للأوصاف من المسمى، فيكون جميع المسمى على حاله، فيعتبر أجر المثل به؛ فإن كان مثله، أو أقل، فإنه يعطيه ذلك، فإن كان أكثر لا يجاوز به المسمى، وأما من قال بأنه يعطيه المسمى متى رضي بأخذ الثوب معيئاً، وأما إذا لم يرض بالعيب وأخذ الثوب فإنه يعطيه أجر المثل، ذهب في ذلك إلى أن الأمر كما قال الأولون: إن هذا مخالف من وجه موافق من وجه، في مثل هذا الموضع إنما حكم بفساد [العقد]^(٢) متى تعذر العمل بهما في الحالين. كما في مسألة بيع المقايضة، فجعلناه بيعاً فاسداً عملاً بالأمرين من الوجه الذي قلتم، فأما إذا أمكن العمل بهما في الحالين، فإنه لا يجعل العقد فاسداً وقد أمكننا في الحالين أن نعتبر الوفاق، متى اختار أخذ الثوب ورضي بالعيب، ويعتبر العقد جائزاً في هذه الحالة ويعطيه المسمى، ويعتبر الخلاف متى اختار أخذ الثوب ولم يرض

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

بالعيب ويوجب عليه أجر المثل؛ لأنه لم يوجد من العامل ما يوجب زوال ملك صاحب الغزل عن الثوب؛ لأن أصل العمل حصل بإذن صاحب الغزل، إلا أن فيه عيباً وله ألا يرضى بالعيب، ولا يوافق^(١) صاحب الغزل في العيب إلا بأن يعطيه أجر مثل عمله، فيعطيه أجر مثل عمله عملاً بالخلاف، ولأنه متى رضي بالعيب سقط اعتبار العيب حكماً، وصار كأنه أتى بالمأمور به فلزمه المسمى إلا في نقصان. وإذا لم يرض لم يسقط اعتباره، فكان موافقاً من وجه مخالفاً من وجه، فوجب أجر المثل، ثم على قول هذا القائل: إذا وجب اعتبار المسمى، إن كان الخلاف من حيث القدر إن كان إلى زيادة يجب المسمى لا غير، ولا يجب بسبب الزيادة شيء، وإن كان إلى نقصان ينقص عن المسمى بحصة ما نقص من العمل، وإن كان الخلاف من حيث الوصف إن كان إلى زيادة، يجب المسمى ولا يجب بسبب الزيادة شيء، وإن كان إلى نقصان يجب المسمى؛ إذ الفئات [وصف لا]^(٢) أصل، والأجر لا يقابل الأوصاف.

قال: وإذا دفع إلى خياط ثوباً، وقال: انظر إلى هذا الثوب، فإن كفاني قميصاً فاقطعه وخطه لي بدرهم فقال: نعم، ثم قطعه، وقال بعد ما قطعه: إنه لا يكفيك، فالخياط ضامن قيمة الثوب، وإنما كان كذلك؛ لأن القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب؛ لأن الإذن بالقطع معلق بشرط الكفاية؛ لأنه ذكر الشرط بحرف التعليق، والمتعلق بالشرط عدم قبل الشرط، فهو معنى قولنا: إن القطع حصل بغير إذن صاحب الثوب.

ولو قال للخياط: انظر إلى هذا الثوب أيكفيني قميصاً، فقال: نعم. فقال له: اقطعه، فقطعه، فإذا هو لا يكفيه قميصاً، لا ضمان عليه؛ لأن القطع ههنا حصل بإذن المالك؛ لأن الإذن بالقطع ههنا مطلق لا تعليق فيه؛ لأنه لم يذكر حرف

(١) في أ: يتوفر.

(٢) سقط في أ.

التعليق، فبقي الإذن مفصولاً عن أول الكلام.

ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار أنت طالق، يقع الطلاق في الحال. ولو قال: فأنت طالق، لا يقع إلا بعد الدخول. وما افترقا إلا لما قلنا. ولو قال: انظر إلى هذا الثوب أيكفيني قميصاً. فقال: نعم. فقال صاحب الثوب: فاقطعه، أو قال: اقطعه إذن، فلما قطعه إن كان لا يكفيه، لا ذكر لهذه المسألة في الكتب.

حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله - أنه قال: يضمن، أما في قوله: اقطعه إذن، فلائنه لا يبتدأ به الكلام وإنما يذكر جواباً للشرط فاقضى شرطاً وصار كأنه قال: إن كان يكفيني فاقطعه إذن، وأما في قوله: فاقطعه؛ لأن حرف (الفاء) للتعليق فاقضى شرطاً، وصار كأنه قال: إن كان يكفيني قميصاً فاقطعه.

ونظير هذا ما روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في غير رواية الأصول فيمن قال لآخر: بعث منك هذا العبد بألف درهم فقال المشتري: فهو حر، كان قبولاً وإعتاقاً بعد القبول، ولو قال: (هو حر) لم يكن قبولاً وإعتاقاً بعد القبول، بل كان إعتاقاً قبل القبول، وذلك؛ لأن قوله: (فهو حر) إخبار عن حكم الإيجاب، يقال: حررته، فهو حر. كما يقال: كسرته فانكسر. وإذا كان إخباراً عن حكم الإيجاب، اقتضى إيجاباً، والثابت اقتضاء كالثابت نصاً، كأنه قال بعد قول البائع: بعث حررت. ولو قال: حررت، يتضمن قبولاً؛ لأن القبول شرط صحته، فاقضى قبولاً فيصح، كمن قال لآخر: أعتق عبدك عني ألف درهم. فقال: أعتقت، اقتضى بيعاً؛ لأنه شرط صحته فكذا هذا.

وقوله: هو حر، ليس هو بإخبار عن حكم الإيجاب بهذه العبارة. لا يقال: حررته هو حر. كما لا يقال: كسرته انكسر. وإذا لم يكن إخباراً عن حكم الإيجاب لم يقتض [إيجاباً]^(١)، فبقي إخباراً عن الحرية مطلقاً. وليس من ضرورة صحة

(١) سقط في ز.

الإخبار عن الحرية القبول؛ لأنه لا يصح من غير قبول، فأما من ضرورة صحة الإيجاب القبول.

وكذلك زرع بين ثلاثة نفر بالشركة حصدها، فاستأجر واحد منهم حمارًا لينقل عليه حزم البر فدفع الحمار إلى الشريك لينقل الحزم فعطب الحمار، وكان معاملاتهم أنه يستأجر أحدهم البقر أو الحمار، ويستعمله هو وشريكه، لا ضمان عليه؛ لأن المعروف كالمشروط. ولو شرط أن يستعمله شريكه، لا ضمان عليه، فكذا إذا كان المعروف بينهم ذلك.

فقد ذكرنا قبل هذا: أن الرجل إذا استقرض دراهم وسلم إلى المقرض حماره ليمسكه ويستعمله حتى يوفي له دراهمه، فالحمار عند المقرض بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإن سلمه المقرض إلى بقار فعقره الذئب فالمقرض ضامن قيمته؛ لأن من استأجر حمارًا أو ثورًا ليس له أن يبعث إلى السرح ليعتلف، فإذا فعل كان مخالفًا؛ فيضمن.

إذا استأجر قبائًا ليزن به حملًا، وكان في عمود القبان عيب لم يعلم به المستأجر، فوزن به فانكسر، وإن كان مثل ذلك الحمل يوزن بمثل ذلك القبان مع العيب، فلا ضمان؛ لأنه لم يوجد منه سبب التلف، وإن كان بخلافه فهو ضامن. هكذا في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

وينبغي أن يقال: إذا لم يعلم الآجر المستأجر بالعيب، فقد أذن له في أن يزن به القدر الذي يوزن فيه بدون ذلك العيب، فإذا وزن ذلك القدر لا يجب ذلك الضمان عليه.

استأجر قدرًا فلما فرغ حملها على حمار ليردها على الآجر، فزلق رجل الحمار وانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل ذلك القدر، فلا ضمان عليه؛ لأن رد القدر وإن كان على الآجر إلا أن العادة جرت فيما بين الناس أن يحمله المستأجر إلى الآجر. إما من طريق المروءة أو خوفًا من أن يلحقه بسببه ضمان. والمعروف

كالمشروط. ولأن المؤاجر راض بهذا آذن فيه دلالة، فلا يضمن المستأجر، وإن كان الحمار لا يطيق حمل ذلك القدر، فهو ضامن؛ لأنه سبب لتلفها. إذا استأجر فأساً واستأجر أجيئاً ليعمل له عملاً، فدفع إليه الفأس فذهب الأجير بالفأس فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: المستأجر ضامن؛ لأنه صار مخالفاً بالدفع إليه.

وبعضهم قالوا: إن كان استأجر الأجير أولاً، فلا ضمان، وإن كان استأجر الفأس أولاً فهو ضامن. هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وينبغي أن يقال: إن^(١) الناس يتفاوتون في استعمال الفأس، فلا بد لصحة الإجارة من تعيين مستعمل الفأس، كما لو استأجر دابة للركوب يشترط لصحة الإجارة تعيين الراكب؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب. وإذا عين نفسه حتى صحت الإجارة يصير مخالفاً بالدفع إلى الأجير، وإذا لم يعين المستعمل حتى فسد العقد، فإن استعمل الفأس أولاً بنفسه، ثم دفع الأجير يضمن عند بعض المشايخ؛ لأنه يعين مستعملاً، فصار كأنه عين نفسه عند العقد، فيضمن بالدفع إلى الأجير وإن دفعه إلى الأجير قبل أن يستعمله بنفسه، فهو ليس بمخالف، وإن استعمله المستأجر بنفسه هل يضمن؟

يجب أن يكون في المسألة اختلاف المشايخ، كما في العارية. فإن من استعار دابة للركوب، ولم يعين نفسه فركب بنفسه، أو لبس بنفسه فليس له أن يعين بعد ذلك لغيره. ولو فعل فقد اختلف المشايخ في تضمينه. وكذلك لو ألبس غيره أولاً، أو أركب غيره أولاً، فليس له أن يلبس ويركب بنفسه بعد ذلك، ولو فعل ففي تضمينه اختلاف المشايخ فهنا يجب أن يكون كذلك.

وإن كان الناس لا يتفاوتون في استعمال الفأس، فالإجارة صحيحة، عين المستعمل أو لم يعين، ولا ضمان على المستأجر إذا دفع إلى الأجير، سواء دفعها

(١) في ز: كان.

إليه قبل أن يستعملها بنفسه، أو بعدما استعملها بنفسه .
 وفيه أيضًا: استأجر من رجل مرا وجعله في الطريق، ثم صرف وجهه عن الطريق، ودعا أجيرًا له ولم يبرح عن مكانه ذلك، ثم نظر إلى المر فإذا [هو] ^(١) قد ذهب [به] ^(٢). قال: إن كان تحويل وجهه لم يطل حتى لا يسمى به مضيغًا لا ضمان عليه، والقول في ذلك قوله مع يمينه، إن كذبه الآجر. وإن طال التفاته فهو ضامن. ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى رواية مجهولة: أن من دفع إلى خياط ثوبًا، وقال: اقطع حتى يصيب القدم، وكمه خمسة أشبار وعرضه [كذا] ^(٣)، فجاء به ناقصًا، قال: إن كان قدر أصبع أو نحوه، فليس بشيء، وإن كان أكثر منه فله أن يضمه. إذا استأجر سرجا ليركبه شهرا فأعطاه غيره فهو ضامن لتفاوت الناس في الركوب.

وإن استأجر إكافا لينقل عليه حنطة شهرا، فهو جائز، وحنطته وحنطة غيره سواء، والجوالتى كذلك لعدم التفاوت.

وإذا استأجر ليحمل عليها حمل نفسه فحمل عليها غيره، فلا ضمان. ولو استأجر محملا ليركبه، فليس له أن يحمل غيره. إذا استكرى دابة لمحل ^(٤) فوضع عليها الراحلة ^(٥) ضمن إن أضر بالدابة. في إجازات شيخ الإسلام: استأجر وراقا ليكتب له جميع القرآن، ذكرت هذه المسألة من قبل هذا.

وقيل: في الصكك إذا غلط في جميع حدوده أو في بعضه، فإن لم يصلحه فلا أجر له، وإن أصلحه فللآجر الخيار، فإن رضي به فللكاتب أجر مثله ^(٦).

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: لمحمل.

(٥) في ز: الزاملة.

(٦) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦٥٢/٧).

وإذا دفع إلى صباغ لبدًا ليصبغه أحمر. فإن قيل: إن قال: بكذا من العصفر، يجوز.

وإن لم يبين مقدار العصفر، لا يجوز، فقد ذكر في فصل الاستصناع، أن بيان مقدار الصبغ ليس بشرط.

ولو صبغه رديئًا فقد قيل: إن انتقص اللبد، وكان النقصان فاحشًا عند أهل النظر فلصاحب اللبد أن يضمه قيمة لبده أبيض، وإن كان النقصان يسيرًا فله أن يضمه النقصان. وعلى هذا التفصيل: القصار إذا قصر الثوب رديئًا.

استأجر قدرًا ليطبخ فيه شيئًا معلومًا، فطبخ وأخذ القدر بحجره مع ما فيه حتى يخرج به إلى السوق فزلق رجله في المطر، وانكسر القدر، فعليه ضمان القدر بمنزلة الحمال، إذا زلق رجله، وسقط الحمل، وهلك.



الفصل الخامس^(١) والعشرون

في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك

هذا الفصل اشتمل على أنواع:

الأول: في بيان الحد الفاصل بين الأجير [الخاص وبين الأجير]^(٢) المشترك،
وبين أحكامهما فنقول وبالله التوفيق:

اختلفت عبارة المشايخ في الحد الفاصل بينهما، بعضهم قالوا:

الأجير المشترك: من يستحق الأجر بالعمل، لا بتسليم نفسه للعمل.

والأجير الخاص^(٣): من يستحق الأجر بتسليم النفس، وبمضي المدة، ولا

(١) في ح: الرابع.

(٢) سقط في ح.

(٣) اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الأجير الخاص على النحو التالي:

عند الحنفية: يبيّن «الزبلي» المقصود بالأجير الخاص فعرفه بقوله: «هو من يكون العقد وارداً على منفعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة».

أما عند المالكية: فلفظ الأجير الخاص عندهم يطلق على من يعتمد على مجهود يده، وذلك كأصحاب الصنائع، وعرفوه بأنه: «من لم ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس، سواء عمل في بيته، أم في بيت رب المتاع».

وعند الشافعية: عرفه صاحب «مغني المحتاج» بأنه: «... من أجر نفسه مدة معينة يعمل لغيره، ولا يمكنه شرعاً التزام مثله لآخر في تلك المدة وسمي خاصاً؛ لاختصاص منافعه بالمستأجر، فهو كالوكيل».

وعند الحنابلة هو: «من يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كمن استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء حائط».

وبالنظر في تعريفات الفقهاء للأجير الخاص نلاحظ ما يلي:

أولاً: إن هذه التعريفات تتفق على أن الأجير الخاص هو من استؤجر مدة معلومة يستحق المستأجر منفعة فيها.

ثانياً: تعريف الحنفية للأجير الخاص غير مانع؛ لأن الأجير الخاص لا يجوز له أن يؤجر نفسه في خلال مدة الإجارة لغير المستأجر، والتعريف لم يشترط هذا، فدخل في التعريف الأجير المشترك؛ لأنه يقبل العمل للمستأجر ولغيره.

ثالثاً: يؤخذ على تعريف المالكية أنه قصر الأجير الخاص على أصحاب الصنائع، وعلى من يقوم عمله على مجهود يده، وهذا يتعارض مع التسمية المطلقة للأجير الخاص؛ لأنه يمكن أن يقوم بعمل غير الصنعة، ولا يعتمد على مجهود يده، كأن يستأجر إنساناً ليلقي محاضرة أو خطبة، أو ليعلمه القرآن.

يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر.

وبعضهم قالوا: الأجير المشترك: من يتقبل العمل من غير واحد. والأجير

الخاص: من يتقبل العمل من واحد^(١).

رابعًا: تعريف الحنابلة للأجير الخاص مع أنه بيّن استحقاق المستأجر لمنفعة الأجير في مدة الإجارة، إلا أنه لم يبيّن التزام الأجير بعدم العمل لغير المستأجر في خلال المدة؛ لأن الأجير يمكن أن يوفى المنافع للمستأجر، ويعمل لغيره في خلال المدة المحددة في العقد. ولعل أوفى التعريفات تعريف صاحب «مغني المحتاج» وهو: «من أجر نفسه مدة معينة يعمل لغيره، ولا يمكنه شرعًا التزام مثله لآخر في تلك المدة»:

لأن هذا التعريف جامع مانع في تعريف الأجير الخاص؛ حيث يبيّن اختصاص المستأجر بالأجير الخاص في مدة الإجارة دون قبوله للعمل لغيره، وهذا يتوافق مع التسمية المطلقة على الأجير لكونه منفردًا. ولا بد في إجارة الأجير الخاص من تعيين المدة؛ لأنها إجارة عين لمدة؛ فلا بد من تعيينها؛ لأنها هي المعينة للمعقود عليه، والمنفعة لا تعتبر معلومة إلا بذلك. وينبغي أن تكون المدة مما يغلب على الظن بقاء الأجير فيها قادرًا على العمل، حتى قال المالكية: يجوز إجارة العامل لخمس عشرة سنة. ولم يشترط الفقهاء تعيين نوع الخدمة. وعند عدم التعيين يحمل على ما يليق بالمؤجر والمستأجر. ويجب على الأجير الخاص أن يقوم بالعمل في الوقت المحدد له أو المتعارف عليه، ولا يمنع هذا من أدائه المفروض عليه من صلاة وصوم، بدون إذن المستأجر. وقيل: إن له أن يؤدي السنة أيضًا، وأنه لا يمنع من صلاة الجمعة والعيد، دون أن ينقص المستأجر من أجره شيئًا إن كان المسجد قريبًا، ولا يستغرق ذلك وقتًا كبيرًا، بل جاء في كتب الفقه: أن من استأجر أجيرًا شهرًا ليعمل له كذا لا تدخل فيه أيام الجمع للعرف. قال الرشدي: «لو أجر نفسه بشرط عدم الصلاة وصرف زمنها في العمل المستأجر له، فالأقرب أنه تصح الإجارة ويلغو الشرط» ولا يدخل في الإجارة بالزمن نحو شهر مثلاً لغير مسلم أوقات الصلوات ولا أيام عطلتهم الدينية.

ينظر: تبين الحقائق (١٣٣/٥) وما بعدها، المبسوط (٨٠/١٥)، الهداية (٢٣١/٣)، بدائع الصنائع (١٨٣/٤)، مجلة الأحكام العدلية مادة (٤٩٥)، حاشية ابن عابدين (٥/٧٠)، الشرح الصغير (٤/١٦٠)، المقدمات الممهدة (٢/٢٤٤)، شرح الخرشبي (٧/٢٤، ٢٨)، نهاية المحتاج (٥/٢٧٩)، المهذب (١/٣٩٦)، مغني المحتاج (٣/٤٧٧)، حاشية قليوبي وعميرة (٣/٨١)، الإنصاف (٦/٧٠)، المغني، لابن قدامة (٥/٥٢٤)، كشف القناع (٤/٢).

(١) اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الأجير المشترك على النحو التالي:

عند الحنفية: هو: «من يعمل لغير واحد عملاً غير مؤقت، أو مؤقتًا بلا تخصيص». وعند المالكية: هو: «من ينصب نفسه للصناعة لعامة الناس، كمن ينصب نفسه لخياطة الثياب، أو لصبغها، أو ينجر الأخشاب».

وعند الشافعية: عرفه صاحب «الحاوي الكبير» بأنه: «من يعمل للمستأجر، ويعمل =

وإنما يعرف استحقاق^(١) الأجر بالعمل، وعلى العبارة الأولى؛ بإيقاع العقد على العمل. كما لو استأجر خياطاً ليخيط هذا الثوب بدرهم^(٢). وإنما يعرف استحقاق الأجر بتسليم النفس وبمضي المدة بإيقاع العقد على المدة. كما لو استأجر إنساناً شهراً ليخدمه، فالإجارة على العمل، وإذا جمع بين العمل وبين المدة وذكر العمل أولاً نحو: أن يستأجر راعياً مثلاً ليرعى له غنماً مسماة بدرهم شهراً يعتبر هو أجيراً مشتركاً؛ لأنه جعل أجيراً مشتركاً بأول الكلام؛ لأنه أوقع العقد على عمله بأول كلامه.

لغيره، كمن يحمل الأمتعة لجميع الناس». =
وعند الحنابلة: هو: «من يقع العقد معه على عمل معيّن، كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل شيء إلى مكان معيّن».
وإذا نظرنا في التعريفات السابقة نلاحظ ما يلي:
أولاً: تتفق هذه التعريفات على أن الأجير المشترك من يتقبل العمل لأكثر من واحد يعمل لهم في وقت واحد، فيشتركون في منفعته، ولا يستحقها واحد منهم على انفراد. ثانياً: يؤخذ على تعريف الحنفية أنه لم يبيّن أن الأجير المشترك لا يجب عليه تسليم نفسه للمستأجر في خلال مدة الإجارة؛ لأن الغرض من تأجيره هو منفعة عمله من دون تسليم نفسه.
ثالثاً: يؤخذ على تعريف المالكية أنه قصر الأعمال التي يقوم بها الأجير المشترك على الصنعة فقط مما يجعل التعريف غير جامع؛ لأن الأجير المشترك يمكن أن يتقبل أعمالاً غير الصنعة، كالطبيب المعالج.
رابعاً: تعريف الحنابلة قصر عمل الأجير المشترك على العمل المعيّن فقط، كخياطة الثوب، مع أنه يمكن أن يتقبل العمل في ذمته، كالطبيب الذي يعالج شخصاً معيّنًا، ويعالج غيره في نفس الوقت.
وقول الماوردي في تعريف الأجير المشترك أولى وهو: من يعمل للمستأجر ويعمل لغيره، كمن يحمل الأمتعة لجميع الناس، وكالطبيب الذي يعالج شخصاً بعينه، ويعالج غيره؛ لأنه يتقبل العمل في ذمته، فجاز له تقبل الأعمال من أكثر من واحد، كما أن هذا التعريف يتوافق مع التسمية المطلقة على الأجير المشترك.
ينظر: المبسوط (٨٠/١٥)، مجمع الأنهر (٣٩١/٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٦٢/٤)، بداية المجتهد (٢٣٢/٢)، الحاوي الكبير (٤٢٥/٧)، روضة الطالبين (٢٩٩/٤)، المغني، لابن قدامة (٥٢٤/٥).

(١) في ح: باستحقاق.

(٢) زاد في ح: واستأجر قصاراً ليقتصر له هذا بدرهم.

وقوله: (شهرًا) في آخر كلامه، يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة، فيصير أجير وحده، ويحتمل أن يكون [تقديرًا للعمل]^(١) الذي أوقع العقد عليه، فإنه لا بد من تقدير^(٢)، ولا يمكننا تقديره إلا ببيان المدة في هذه الصورة، فلا يغير^(٣) أول الكلام بالاحتمال، إلا إذا صرح في آخر كلامه بما هو حكم أجير الواحد، بأن قال: على ألا يرعى غنم غيري مع غنمي؛ لأنه بما صرح جعله أجير وحد، وبين أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المدة، لا لتغير^(٤) العمل المذكور في أول [الكلام]^(٥)، وإذا كان صريحًا في جعله أجير وحد^(٦) تغير أول الكلام به وصار أجير وحد. وإذا ذكر المدة أولًا^(٧) نحو أن يستأجر راعيا شهرًا ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر هو أجير وحد؛ لأنه جعله أجير وحده بأول^(٨) الكلام؛ لأنه أوقع العقد على المدة في أول الكلام.

وقوله: (ليرعى هذه الأغنام) يحتمل بين أن يكون لإيقاع العقد على العمل، فيصير أجيرًا مشتركًا، [و]^(٩) بين أن يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الأجير في المدة، فإن الإجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل الذي يستحق على الأجير فيقول: استأجرتك شهرًا للخدمة أو للرعي أو للحصاد؛ لأن أنواع العمل متفاوت. وإذا كان كذلك لا يتغير حكم أول الكلام بالاحتمال، فيبقى أجير [واحد]^(١٠)، إلا إذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الأجير المشترك. فيقول:

(١) في ح: تعبير العمل.

(٢) في ح: تعبيره.

(٣) في ح: يتغير.

(٤) في ح: لتقدير.

(٥) سقط في ح.

(٦) زاد في ح: على المدة وبين أنه ذكر المدة لإيقاع العقد على المدة.

(٧) في ح: ولا.

(٨) في ح: أول.

(٩) سقط في ح.

(١٠) سقط في ح.

ويرعى غنم غيري مع غنمي، فيكون تصريحًا منه أنه جعله أجيرًا مشتركًا، فيتغير به أول الكلام، ويصير [أجيرًا مشتركًا]^(١) من هذا الوجه.

إذا عرفت الحد الفاصل بين الأجير الخاص، وبين الأجير المشترك، فنقول: من حكم الأجير الخاص أن ما هلك على يده من [غير]^(٢) صنعه فلا ضمان عليه بالإجماع، وكذلك ما هلك من عمله المأذون فيه، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة. وهو قول زفر والحسن - رحمهم الله - وإنه قياس سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب، أو بأمر لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب، والغارة الغالبة والمكابرة.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه، فهو ضامن، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان.

وما هلك في يده بعمله، كالقصار إذا دق الثوب، فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح إذا غرقت السفينة من يده، والحمار إذا عثر فهو ضامن عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - ؛ لأن الهلاك حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأن الهلاك حصل من دق مخرق، والدق المخرق غير مأذون فيه؛ لأنه لم يدخل تحت العقد.

بيانه: أن المعقود عليه في حق الأجير عمل في الذمة، وإنه نوعان: سليم، ومعيب، والمستحق بحكم المعاوضة السليم دون المعيب، وفي وسعه تسليم السليم؛ لأن العيب يحصل بخرق، وعنف يكون من العامل، والتحرز عنه ممكن فلا يدخل المخرق^(٣) تحت العقد، والإذن بخلاف المعين؛ لأن المعين متبرع^(٤) في العمل، فلا يستحق عمل سليم عن العيب بمطلق الإعانة. كما في هبة العين بخلاف

(١) في ح: اراعي مشترك.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: المخروق.

(٤) في ح: شرع.

ما نحن فيه، وبخلاف النزاع والختان؛ لأنه ليس في وسعهما تسليم السليم؛ لأن السلامة بعد وجود القطع إنما يكون بدفع السراية، ودفع السراية إنما يكون بقوة طبع المفعول به النزاع، فلا يكون دفع ذلك في وسع الفاعل، فلا يصير مستحقاً عليه [بحكم المعاوضة]^(١). بخلاف ما نحن فيه، فإن الدق السليم عن الخرق في وسعه، فيصير مستحقاً عليه بحكم المعاوضة. وبخلاف الأجير الواحد^(٢)؛ لأن المعقود عليه في حق الأجير الواحد^(٣) تسليم النفس في المدة لا العمل، والأجر في حقه بمقابلة النفس لا بمقابلة العمل. [و]^(٤) إذا لم يكن الأجر في حقه بمقابلة العمل كان معيناً في حقه يعني في حق العمل، فلا يستحق عليه عمل سليم، ثم إذا وجب الضمان على الأجير المشترك بما جنت يده عند علمائنا الثلاثة، كان المستأجر بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوبه غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته معمولاً، وعليه أجر المثل؛ لأنه موافق في أصل العمل مخالف في الصفة. فإن شاء صاحب الثوب مال إلى الخلاف، وضمنه قيمة ثوبه غير معمول، ولا أجر له؛ لأنه لم يتسلم العمل.

وإن شاء مال إلى الوفاق [وأخذ الثوب]^(٥) وأعطاه أجر مثله.

ثم الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده عندنا إذا كان محل العمل مسلماً إليه تسليمًا يكفي لعمل^(٦) ضمان العقد لو كان مشتركاً^(٧)، والمضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، وفي وسع الأجير دفعه، وإنما شرط أن يكون محل العمل مسلماً إليه؛ لأن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده إذا لم يتعمد، ولم

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : الواحد .

(٣) في ح : الواحد .

(٤) سقط في ح .

(٥) سقط في ح .

(٦) في ح : لنقل .

(٧) في ج : مشتريا .

يخالف ضمان العقد^(١) فإنه لولا هذا العقد بأن كان معيناً لا يضمن، وضمن العقد لا يستوفى من العاقد إلا بالتخلية، كما في بيع العين.

وإنما شرطنا أن يكون المضمون بحال يجوز أن يضمن بالعقد لما ذكرنا: أن ما يجب على الأجير المشترك من الضمان بجناية يده، إذا لم يتعمد، ولم يخالف ضمان عقد، وإنما يضمن بالعقد ما له أثر في إيجابه وهو المال، فأما المضمون إذا كان شيئاً لا يضمن بالعقد كالدم، وإنه لا يجب الضمان فيه على الأجير، وإنما شرطنا أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد؛ لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الأجير لا على ما ليس في وسعه.



(١) في ح: عقد.

نوع آخر في الحمال ومكاري الدابة والسفينة:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل استأجر حمالاً ليحمل له دنأ من القراب^(١) إلى مكان معلوم، فوقع الحمال في بعض الطريق وانكسر الدن. فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حملة ولا أجر له.

وإن شاء ضمنه في المكان الذي انكسر وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وهذا مذهب^(٢) علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -؛ لأن الحمال أجير مشترك هلك العين في يده بوقوعه، وعثاره، والتحرز عنه ممكن في الجملة، فيجب عليه الضمان عندنا لما مر، والمستأجر بالخيار على [ما بينا]^(٣)؛ لأن الحمال موافق من وجه فإنه أمر بالحمل، وقد حمل، مخالف من وجه؛ لأنه أمره بالحمل على وجه يصير الدن محمولاً إلى مكان معين، ولم يأت بذلك الحمل.

فإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وضمنه في المكان الذي حمل ولا أجر له؛ لأنه لم يسلمه^(٤) العمل.

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في الموضع الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك؛ وفي هذه المسألة إشكالان:

أحدهما: أنه قال: (له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل)، ولم يوجد منه سبب الضمان في ذلك المكان.

والثاني: أنه قال: (إذا ضمنه قيمته في الحال^(٥)) الذي انكسر أعطاه من الأجر بحسابه) جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا. والجواب عن الإشكال الأول: لا، بل وجد سبب الضمان في ذلك [المكان].

(١) في ح: الفرات.

(٢) في ح: عند.

(٣) في ح: نحو ما ذكرنا.

(٤) في ح: يسلم.

(٥) زاد في ح: أي.

وهذا؛ لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله وذلك حالة^(١) الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استند إلى حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإن بدون عقد الإجارة الأجير يكون معيّنًا في الحمل، ولا ضمان على المعين، ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، وقد وجد سبب الضمان من حيث الاعتبار في مكان العمل، ومن حيث الحقيقة وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، ولهذا يخير.

والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا.

بيانه: أنه إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث الحمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونًا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة، ومثل هذا جائز، ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، [ثم أحرقه]^(٢) أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولم يبطل به الأجر؛ لأن الأجر واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى ولم يجتمع الأجر والضمان.

ومن وجه آخر: أن الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان؛ لأن بالضمان^(٣) يصير المضمون ملكًا للأجير، فيتبين أنه عمل في ملك نفسه وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأنه إذا ضمنه في المكان الذي انكسر، فإنما يملكه الحمال في المكان الذي انكسر فيبقى حاملًا إلى هذا المكان ملك الغير، فيستحق الأجر كما لو استهلك المتاع بعدما سلمه إلى المالك، وهذا إذا انكسر في وسط الطريق. فأما إذا سقط من رأسه أو زلق

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: فما أحرقه.

(٣) في ح: الضما.

رجله بعدما انتهى إلى المكان المشروط، وانكسر الدن فله الأجر ولا ضمان عليه. هكذا حكى عن القاضي صاعد^(١) النيسابوري؛ لأنه متى انتهى إلى المكان المشروط لم يبق الحمل مضموناً عليه، فإنه يستوجب جميع الأجر وصار الحمل مسلماً إلى صاحب الدن، حتى لا يستحق الحبس، والمتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضموناً عليه، بخلاف ما إذا انكسر في وسط الطريق؛ لأن الحمل مضمون؛ لأنه لم يقع الفراغ عنه بعد، وهذا الذي حكى عن القاضي صاعد يوافق قول محمد - رحمه الله - .

فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - وهو قول محمد أولاً: فالحمال يجب أن يكون ضامناً.

فقد ذكرنا بعد هذا عن ابن سماعة - رحمه الله - : في رجل استأجر حمالاً ليحمل له فرقاً من سمن إلى بيته، فحمل الحمال ثم أنزل الحمال مع صاحب الفرق من رأس الحمال، فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن في قول أبي يوسف الأول. وهو قول محمد الأول.

وأبو يوسف ما اعتبر الوصول إلى بيت صاحب الفرق إذ لو اعتبر لما قال بوجوب^(٢) الضمان، وإنما اعتبر معنى آخر وهو أن يد الحمال قد ثبتت، وصار الفرق في ضمانه، فلا يبرأ عن الضمان إلا إذا زالت يد الحمال من كل وجه، وإذا وضعه عن رأس الحمال، فما زالت يد الحمال من كل وجه، وفي مسألتنا: لم تنزل يد الحمال أصلاً، فأولى أن^(٣) يبرأ عن الضمان عنده هاهنا.

ثم رجع محمد - رحمه الله - عن هذا، وقال: لا ضمان على الحمال، وأشار إلى المعنى: أن السمن وصل إلى صاحبه فيبرأ عن الضمان، كذا في مسألتنا. هذا إذا حصل التلف بجناية يده.

(١) في ح: الصاعد.

(٢) في ح: لوجب.

(٣) زاد في ح: لا.

وأما إذا حصل التلف لا بجناية يده أو حصل بأمر لا يمكن التحرز عنه، لا ضمان عليه بالإجماع. وله الأجر؛ لأن عمل الحمال يعتبر مسلمًا إلى المالك في موضع لم يجب الضمان على الحمال، فلما هلك المتاع بعد التسليم، فلا يسقط عنه الأجر. وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه. فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا ضمان عليه وله الأجر بحساب ذلك.

وعندهما: يجب الضمان وللمالك الخيار، كما لو حصل التلف بجناية يده. قال محمد - رحمه الله - في الأصل: في الملاح إذا أخذ الأجر وغرقت السفينة في موج، أو ريح أو مطر، أو من شيء ليس في وسعه دفعه، فلا ضمان عليه. وإن حصل الغرق من أمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافا لهما.

وإن حصل الغرق من عمله بأن غرقت من يده أو خرقة يضمن، إذا لم يكن صاحب المتاع فيها؛ لأن محل العمل مسلم إليه، والمضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، في وسع الأجير دفع ذلك.

وإن كان صاحب المتاع في السفينة، أو وكيله وغرقت السفينة من يده ومعالجته فلا ضمان عليه، إلا أن يخالف؛ لأن محل العمل غير مسلم إليه إذا كان صاحب الطعام في السفينة، وكان بمنزلة ما لو عثرت الدابة المستأجرة من سوق الأجير المشترك، فسقط الحمل ففسد^(١)، وصاحب المتاع راكب على الدابة؛ فإنه لا يضمن الأجير؛ لأنه لم يحل بينه وبين المتاع، وكذلك هذا، وهذا بخلاف ما لو عثرت الدابة المستأجرة، فسقط المتاع فهلك وصاحب المتاع يسير معه خلف الدابة، فإن الأجير يضمن؛ لأن الهلاك حصل من جناية يده، ومحل العمل مسلم إليه؛ لأنه سلم المتاع إليه، وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع إليه. ألا ترى أنه بهذا السير غير متمكن من الدابة، فكيف يتمكن مما عليها، بخلاف راكب السفينة؛ لأنه

(١) في ح: فيفسد.

متمكن من السفينة فيكون متمكناً مما كان في السفينة، فلا تحصل التخلية^(١).
 قياس مسألة السفينة من الدابة: أن لو كان صاحب المتاع راكباً على الدابة،
 فعثرت الدابة من مساقه، وسقط المتاع وهلك، لو كان كذلك لا يضمن.
 وفي المتقى: لو حمل متاعاً على حمال وصاحب المتاع يمشي معه، فعثر
 الحمال وسقط المتاع وفسد فهو ضامن؛ [لأن عثاره]^(٢) من جناية يده.
 وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : وإن كان على الدابة مملوك صغير لرب المتاع،
 استأجر الدابة ليحمله فعثرت الدابة فرفعها، فمات المملوك وفسد الحمل فإنه يضمن
 الحمل، ولا يضمن المملوك، وإن كان الهلاك من جناية يده؛ [لأن المضمون]^(٣)
 هو الدم؛ لأنه صار قاتلاً للعبد. وما يجب بقتل^(٤) العبد ضمان دم، والدم لا يضمن
 بالعقد. بخلاف المتاع، ثم إنما يضمن إذا كان العبد بحيث لا يصلح لحفظ المتاع،
 أما إذا كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع؛ لأنه في يد العبد ويد العبد يد
 المالك، فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى.

وقد نص على هذا [المحل]^(٥) في مسألة السفينة فقال: وكذلك السفينة لو حمل
 فيها رقيقاً له مع متاعه، ومثلهم لا يحفظ شيئاً فغرقت السفينة من فعله وهلك الرقيق،
 فإن الملاح يضمن المتاع، ولا يضمن الرقيق، شرط لضمان المتاع ألا يصلح مثل
 هذا الرقيق للحفظ، فهذا يبين لك أنه إذا كان يصلح أنه لا يضمن المتاع، وكذلك ما
 هلك من غير صنع الأجير المشترك، إنما يجب عليه الضمان عندهما إذا صار العين
 مسلماً إلى الأجير. حتى قال محمد - رحمه الله - : وإذا كان رب المتاع والمكاري
 راكبين على الدابة المستأجرة، أو سائقين أو قائدين فعثرت الدابة وهلك المتاع الذي

(١) في ح: لتحصيله.

(٢) في ح: لإعثاره.

(٣) في ح: المضموم.

(٤) في ح: مع.

(٥) سقط في ح.

عليه، لا ضمان على المكاري.

وكذا روي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه إذا سرق المتاع من رأس الحمال، ورب المتاع معه، فلا ضمان عليه؛ لأن يد صاحب المتاع قائم بعد، وقيام يده يمنع وقوع التسليم إلى غيره.

قال القدوري - رحمه الله - في كتابه: إذا كان الطعام في سفينتين مقرونتين أو غير مقرونتين إلا أنهما يسيران معًا، ويحبسان معًا، إلا أن صاحب المتاع في إحداهما فلا ضمان على الملاح، فيما هلك.

وفي المنتقى: لو كانت سفن كثيرة وصاحب المتاع أو الوكيل في إحداها فلا ضمان على الملاح فيما ذهب من السفينة التي فيها صاحب المتاع أو وكيله، وضمن ما سوى ذلك.

قال: هذا كله قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

وقال ثمة: ولأبي يوسف فيما إذا كانت السفن كثيرة قول آخر، فقال: إذا كانت السفن تنزل معًا وتسير معًا، حتى يكونوا في رفقة واحدة، فلا ضمان على الملاح، وإن تقدم بعضها بعضًا، وكذلك القطار إذا كان عليها حمولة ورب الحمولة على بعير، فلا ضمان على الحمال؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك.

وعن أبي يوسف: فيمن استأجر حمالاً ليحمل له فرقاً من سمن فحملة صاحبه، والحمال ليضعاه^(١) على رأس الحمال، فوقع وتخرق الزق، لا يضمن الحمال؛ لأنه لم يسلم إليه السمن، فإن السمن بعد في يد صاحبه ولا ضمان [على]^(٢) الحمال بدون التسليم، وهكذا روى ابن سماعه في نوادره عن محمد رحمه الله.

قال في نوادر ابن سماعه: ولو حملة ثم وضعه في بعض الطريق، ثم أراد رفعه فاستعان برب الزق فرفعها بضاعته، فوقع فتخرق، فالحمال [ضامن]^(٣)؛ لأنه صار

(١) في ح: ليضعاه.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

في ضمانه حيثئذ، ولم يبرأ منه^(١) بعد؛ لأنه لم يسلمه إلى صاحبه. وإن حمّله إلى بيت صاحبه، ثم أنزله الحمال^(٢) مع صاحب الفرق من رأس الحمال فوق من أيديهما، فالحمال ضامن عند أبي يوسف. وهو قول محمد - رحمه الله - أولاً؛ لأن يد الحمال قد ثبتت وصار في ضمانه فلا يبرأ إلا إذا زالت يد الحمال من كل وجه وإذا وضعه جميعاً فيد الحمال لم تنزل، فلا يزول الضمان. ثم رجع محمد - رحمه الله - وقال: لا ضمان على الحمال؛ لأن السمن قد وصل إلى يد صاحبه فيبرأ.

قال الفقيه أبو الليث: والقياس أن يضمن الحمال النصف؛ لأن الفرق وقع من فعلهما، وكثير من مشايخنا أفتوا به.

وروى ابن سماعة عن محمد: إذا كان رب الدابة مع المكارى، فعثرت الدابة، فلا ضمان على المكارى. وإن كان عثار الدابة من سياقه أو قياده.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل ضمن الحمال بالاتفاق؛ لأنه لما شده بحبل لا يحتمله، كان^(٣) هو المسقط للحمل، فيكون التلف حاصلًا من جنابة يديه^(٤) معنى.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - الحمال إذا نزل في مفازة وتهياً له الانتقال فلم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة^(٥) أو مطر، فهو ضامن، وتأويله: إذا كانت السرقة والمطر غالباً؛ لأنه حينئذ يكون مضيعاً.

وفي الواقعات: استأجر حملاً يحمل له طعاماً في طريق كذا، فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس، فهلك المتاع فلا ضمان. وهكذا ذكر في الجامع الصغير قالوا:

(١) في ح: عنه.

(٢) في ح: للحمل.

(٣) في ح: كأنه.

(٤) في ح: يده.

(٥) في ح: لسرقة.

وهذا إذا كان الطريقان متقاربين؛ لأن^(١) حينئذ لا يصح التعيين لعدم الفائدة. وأما إذا كان بينهما تفاوت ظاهر من حيث الطول والقصر أو^(٢) السهولة والصعوبة، ضمن الأجير، وهو رواية هشام عن محمد غير أنه أطلق في الكتاب؛ لأن الطريقين إذا كان يسلكهما الناس، قل ما يقع التفاوت فيهما حتى لو حملة في البحر، ضمن، وإن كان مما يحمله الناس لما كان بينهما تفاوت فاحش، ولكن إذا بلغ، فله الأجر في البحر وغيره؛ لأنه إذا سلم يبقى التفاوت صورة، فلا يمنع وجوب الأجر.

قال الناطفي: وهكذا الجواب عندي في البضاعة، إلا أن يأذن له صاحبه في حملة في البحر.

[و]^(٣) في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا استأجر مكارياً يحمل له عصيراً على دابته إلى موضع معلوم، فلما أراد أن يضعه على الدابة أخذ أحد العدلين من جانب، ورمى بالعدل الآخر من الجانب الآخر وانشق العدل من رمية وخرج العصير، فالمكاري ضامن؛ لنقصان الزق، والعصير؛ لأن الهلاك كان بصنعه. استأجر حملاً ليحمل له حقيته إلى مكان معلوم، وانشقت^(٤) الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وقياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يضمن الحمال، ولا يشبه هذا بانقطاع الحبل؛ لأن ثمة التفريط كان من قبل الحمال، حيث شد الحمل بحبل واه، وهاهنا التقصير من قبل صاحب الحقيبة، حيث جعل ماله في حقيبة لا يستمسك ما فيها.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وبه نأخذ ونحن نفتي به أيضاً.

(١) في ح: لا.

(٢) في أ، ح: و.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: فانشقت.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا دفع حملاً إلى مكار ليحمله إلى موضع ، وشرط عليه أن يسير ليلاً ، وصاحب الحمل معه يسير ، فضاعت الدابة مع الحمل . قال : إن كان المكارى [ضيع^(١)] بترك الحفظ ، ضمن بلا خلاف . وإن ضاعت الدابة من غير تضييع من المكارى ، لم يضمن المكارى في قول أبي حنيفة خلافاً لهما ، وينبغي ألا يضمن إذا كان رب المتاع يسير معه ، بلا خلاف بدليل ما مر من قبل هذا . وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : مكارى حمل كرايس رجل ، فاستقبله اللصوص وطرح الكرايس وذهب بالحمار . قال : إن كان لا يمكنه التخلص منهم بالحمار والكرايس ، وكان يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرايس ، فلا ضمان ؛ لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه .



(١) سقط في أ ، والمثبت من المحيط .

نوع آخر في النساج والخياط:

قد ذكرنا بعض مسائل النساج في فصل الحبس بالأجر. ومن جملة ما لم نذكر ثمة نساج كان ساكناً مع صهره، ثم اكترى داراً وانتقل إليها وترك الغزل ثمة، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الغزل ما دام ثمة فهو ساكن عنده، فالسكنى^(١) عنده لا تبطل ما دام بعض المتاع باقياً.

وعندهما: هو ضامن على كل حال.

وفي فتاوى [الفضلي]:^(٢) إذا دفع إلى نساج غزلاً لينسجه كرباساً، فدفع النساج إلى آخر لينسجه فسرق من عند الأجير، إن كان الأجير أجير الأول، فلا ضمان على واحد منهما، وإن لم يكن أجير الأول وكان أجنبياً ضمن الأول بلا خلاف، ولا يضمن الأجر في قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما، وهو نظير ما إذا أودع الوديعة من أجنبي بغير إذن المالك.

وفي القدوري: ومن استؤجر^(٣) على عمل^(٤) فله أن يعمل بنفسه وأجرائه إلا إذا شرط عليه العمل بنفسه، فعلى ما ذكر القدوري رحمه الله: إذا كان الأجير أجير الأول، إنما لا يضمن الأول بالدفع [إليه]^(٥) إذا لم يشترط^(٦) الأول عمله بنفسه. وأما إذا شرط عليه العمل بنفسه يضمن بالدفع إلى الأجر. وإن كان الأجير أجير الأول.

وفي الظئر إذا لم يشترط عليها الإرضاع بنفسها فأرضعت بثدي جارتها تستحق الأجر، فإن شرط عليها الإرضاع بنفسها فأرضعت بثدي جارتها [فقد اختلف

(١) في ح: بالسكنى.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: استأجر.

(٤) في ح: عمله.

(٥) سقط في ح.

(٦) زاد في ح: عليه.

المشايع والأوجه أنها^(١) تستحق الأجر هكذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله .
وفي فتاوى أهل سمرقند: نساج ترك كرباس رجل في بيت الطراز فسرق ليلاً،
فإن كان بيت الطراز حصيئاً يمسك الثياب في مثله لا يضمن، وإن لم يكن حصيئاً
ولا يمسك الثياب في مثله، إن رضي صاحب الكرباس بترك الكرباس فيه، فلا
ضمان، وإلا فهو ضامن.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : دفع إلى نساج كرباساً بعضه منسوج
وبعضه غير منسوج، فسرق من عنده. فعلى قول من يقول: بأن الأجير المشارك
يضمن ما هلك على يده من غير صنعه، يضمن النساج كل الثوب؛ لأن المنسوج مع
غير المنسوج شيء واحد لاتصاله به، وكذا نسج الباقي يزيد في قيمة المنسوج،
فكان أجيراً مشتركاً في الكل.

وفي هذا الموضوع أيضاً: إذا دفع إلى خياط كرباساً فخاطه قميصاً، وبقيت منه
قطعة فسرقت فهو ضامن. وكذا إذا دفع صرماً إلى إسكاف ففضل عنه شيء، فسرق
منه؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه؛ لأن المالك إنما سلم للقطع لا غير.
فإذا قطع يجب عليه رد الزيادة.

وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى: إذا دفع إلى خياط ثوباً له، وقال: اقطعه حتى
يصيب القدم، وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا، فجاء به ناقصاً إن كان قدر أصبع
ونحوه، فليس بشيء، وإن كان أكثر منه فله أن يضمه، [وقد مرت المسألة قبل
هذا]^(٢).

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: وكثير من مسائل الخياط مرت في الفصل السابع والعشرين، وصوابه: الفصل الرابع
والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك، بينما يقع في
المحيط البرهاني: تحت الفصل السابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف
والاستعمال والضياع والتلف وغير ذلك.

نوع آخر في [المسائل العائدة إلى] ^(١) الحمام:

قد ذكرنا بعض المسائل العائدة إلى الحمام في فصل إجارة الحمام. ومن جملة ما لم نذكر ثمة: رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: احفظ الثياب، فلما خرج لم يجد ثيابه، فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعه وهو يراه، وهو يظن أنه يرفع ثياب نفسه فهو ضامن؛ لأنه تارك للحفظ، حيث لم يمنع القاصد وهو يراه.

وإن أقر أنني قد رأيت أحدًا قد رفع ثيابه إلا أنني ظننت أن الرافع أنت فلا ضمان هكذا ذكر؛ لأنه لم يصير تاركًا للحفظ لما ظن أن الرافع هو.

وإن سرق وهو لا يعلم به، فلا ضمان عليه، إن لم يذهب عن ذلك الموضع، ولم يضيعه. وهذا قول الكل؛ لأن صاحب الحمام مودع في حق الثياب، إذا لم يشترط [له] ^(٢) بإزاء حفظه ^(٣) الثياب أجرًا.

فإذا ^(٤) شرط له بإزاء الحفظ ^(٥) أجرًا، ودفع الثياب إلى الثيابي، وهو الذي يحفظ الثياب [بأجرة] ^(٦) وفارسيته: (جامه داب خاصة دار) فلا ضمان عليه فيما سرق، عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأنه أجير مشترك.

وفي فتاوى الفضلي: امرأة دخلت الحمام، فأعطت ثيابها إلى المرأة التي تمسك الثياب بأجر وفارسيتها: (وخاصة دار) فلما خرجت لم تجد ثوبًا من ثيابها عندها. قال: إن كانت هذه المرأة تدخل هذا الحمام وتدفع ثيابها إلى هذه المرأة الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ ثيابها، فلا ضمان عليها عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما، فإن كان هذا أول مرة دخلت هذا الحمام، ودفعت ثيابها إلى هذه

(١) في ح: مسائل.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: حفظ.

(٤) في ح: فأما إذا.

(٥) في ح: حفظ الثياب.

(٦) سقط في ح.

الممسكة فلا ضمان عليها في قولهم جميعاً؛ لأنه إذا كان هذا أول مرة، ولم يدفع إليها أجراً، ولا شرطت لها أجراً فهي مودعة لا أجيبة مشتركة. هكذا ذكر.

وعلى قياس ما ذكرنا عن محمد رحمه الله: إن كان عمل لا يعمل [إلا بأجر]^(١)، فالأمر به لمن يرصد^(٢) له استتجار ينبغي أن تكون الثانية أجيبة مشتركة عند محمد - رحمه الله - حتى تضمن عنده، والفتوى على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن الثاني لا يضمن إلا بما ضمن المودع.

رجل دخل الحمام، وقال لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؟ وأشار صاحب الحمام إلى موضع، فوضع ثمة ودخل الحمام، ثم خرج رجل آخر وأخذ الثياب، فلم يمنعه صاحب الحمام؛ لأنه ظنه صاحب الثياب، ضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ^(٣) له، فصار مودعاً، فقد قصر في الحفظ فيصير ضامناً. وهذا قول ابن سلمة وأبي نصر الدبوسي رحمهما الله.

وكان أبو القاسم يقول: لا ضمان على صاحب الحمام. والأول: أصح. وقول أبي القاسم يوافق ما ذكرنا في أول هذا النوع، وهو نظير ما لو دخل رجل بدابته خائناً، وقال لصاحب الخان: أين أربط الدابة؟ فقال: هناك، فربط وذهب فلما رجع، لم يجد دابته، فقال صاحب الخان لصاحب الدابة: إن صاحبك قد أخرج الدابة ليستقيها، ولم يكن له صاحب، ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها؟ استحفاظ لصاحب الخان، وإذا أشار إلى موضع الربط فقد أجابه إلى الحفظ، فصار مودعاً. وقد قصر في الحفظ فصار ضامناً كذا ههنا.

رجل دخل الحمام ونزع الثياب بين يدي صاحب الحمام، ولم يقل بلسانه شيئاً ثم خرج، ولم يجد ثيابه، فالمسألة على وجهين:

إن لم يكن للحمام ثيابي، يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع؛ لأن وضع

(١) في ح: الأجر.

(٢) في ح: يوصل.

(٣) في ح: الاستحفاظ.

الثوب بمرأى عين صاحب الحمام إذا لم يكن ثيابه استحفاظ له . وإن كان للحمام ثيابه إلا أنه لم يكن حاضرًا وكذلك الجواب أيضًا إذا كان حاضرًا لا يضمن صاحب الحمام؛ لأن هذا استحفاظ [لثيابه دلالة] ^(١) دون صاحب الحمام، فلا يضمن صاحب الحمام إلا إذا نص صاحب الثياب على استحفاظ صاحب الحمام بأن قال له: أين أضع الثياب؟ فحينئذ يصير صاحب الحمام مودعًا، فيضمن ما يضمن ^(٢) المودع.

وإذا دخل رجل الحمام ودفع ثيابه إلى صاحب الحمام واستأجره للحفظ واشترط عليه الضمان إذا تلف فضاع الثياب .

كان الفقيه أبو بكر - رحمه الله - يقول: يضمن الحمامي إجماعًا . وكان يقول: الأجير المشترك إنما لا يضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا لم يشترط عليه الضمان، أما إذا شرط عليه الضمان يضمن .

فكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يسوي بين شرط الضمان وعدم الشرط، وكان يقول: بعدم الضمان؛ لأن شرط الضمان في الأمانة مخالف لقضيه الشرع، فيكون باطلاً .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وبه نأخذ، ونحن نفتي به أيضًا .



(١) في ح: الثياب .

(٢) في ح: نقص .

نوع آخر في البقار والراعي والحارس:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا استأجر الرجل راعيًا يرعى غنما معلومة له مدة معلومة، بأجر معلوم، فهذا جائز، ويكون الراعي أجيرًا مشتركًا؛ لأنه أوقع العقد على العمل لما ذكر العمل أولاً، إلا إذا قال: [على ألا] ^(١) ترعى غنم غيري مع غنمي، فحيتئذ يصير أجير واحد ^(٢). وقد مر هذا في أول ^(٣) الفصل.

ولو كان استأجره مدة معلومة على أن يرعى غنمًا معلومًا، فهو جائز، ويكون أجير واحد ^(٤)؛ لأنه أوقع العقد في حقه على المدة، لما ذكر المدة أولاً. إلا إذا قال: وترعى غنم غيري مع غنمي، فحيتئذ يكون أجيرًا ^(٥) مشتركًا ^(٦) وقد مر هذا في [أول] ^(٧) الفصل أيضًا.

ثم الراعي إذا كان أجير [واحد] ^(٨) وماتت من الأغنام واحدة، حتى لم يضمن ولا ينقص من الأجر بحسابها، وذلك؛ لأن [الغنم إذا] ^(٩) ماتت كلها لا يسقط من الأجر شيء [إذا سلم نفسه في المدة للرعي، وكان للأجر أن يمكنه رعي أغنام بأجر؛ لأنه أجير وحد وأجير الواحد يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، لا بحقيقة العمل فإذا ماتت شاة منها أولى ألا يسقط من الأجر شيء] ^(١٠).

ولو ضرب شاة منها ففقأ عينها أو كسر يدها ضمن؛ لأن أجير الواحد يضمن

(١) في ح: لا.

(٢) في ح: وحد.

(٣) زاد في ح: هذا.

(٤) في ح: وحد.

(٥) زاد في ح: هذا.

(٦) في ح: وحد.

(٧) سقط في ح.

(٨) سقط في ح.

(٩) سقط في ح.

(١٠) سقط في ح.

بالخلاف. [وقد خالف]^(١)؛ لأنه ضرب والضرب [غير]^(٢) داخل تحت الإجارة. وإنما يدخل تحتها الرعي وهو يتحقق بدون الضرب، وإذا لم يدخل تحتها صار الحال في حق الضرب، بعد الإجارة كالحال قبلها^(٣) وقبل الإجارة لو ضرب شاة وتلف من ضربه شيء يضمن، فكذلك هذا.

ولو هلك منها شيء في السقي أو الرعي لم يضمن؛ لأنه أجير واحد وأجير الواحد لا يضمن ما لم يخالف، ولم يخالف؛ لأنه فعل ما أذن له في ذلك؛ لأن السقي داخل تحت العقد؛ لأن الرعي لا يتحقق بدونه، وإذا دخل تحت العقد، لم يضمن ما هلك منها كأجير الواحد إذا دق فتخرق وهو مصدق فيما هلك منها؛ لأنه أمين والقول قول الأمين مع اليمين هذا إذا كان الراعي أجير وحد^(٤).

وإذا مات من الأغنام لا يضمن عندهم جميعاً؛ لأن الهلاك حصل من أمر لا يمكن التحرز عنه؛ [لأن الموت حتف أنف مما لا يمكن التحرز عنه]^(٥). فإنه ليس في يد الراعي ذلك.

وهذا إذا ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينة، وأما إذا [ادعى]^(٦) الراعي الموت وجحد رب الأغنام، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - القول قول الراعي؛ لأنه أمين فالقول قوله أنه مات كالمودع.

وأما عندهما: القول قول رب الأغنام. وكان يجب أن يكون القول قول الراعي؛ لأن المال أمانة في يده عندهما. وإنما يضمن إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه؛ لأنه يعد ذلك تضييعاً منه، فيضمن بالتضييع.

ولهذا قالوا: إذا خلط خلطاً لا يمكن التمييز فإنه يضمن قيمته يوم الخلط ولو كان

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: أو.

(٤) المراد: أجير واحد.

(٥) سقط في ح.

(٦) سقط في ح.

قبضه قبض ضمان عندهما، لكان يضمن قيمته يوم القبض كالغاصب، فدل أن المال أمانة في يد الأجير المشترك، وإنما يضمن بالتضييع إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه. ولهذا علل محمد - رحمه الله - في الكتاب فقال: لأنه ضيع حيث لم يحفظها من السبع والسرقة.

وإذا كان المال أمانة في يده وإنما يضمن بالتضييع كان يجب أن يكون القول قوله ما لم يقر بالتضييع. ولم يوجد منه الإقرار بالتضييع إلا أنه جعل القول قول صاحب الغنم؛ وذلك؛ لأنه لما وجب على الأجير المشترك زيادة حفظ لم يجب على المودع. وعلى أجير الواحد مخافة ألا يضيعوا أموال الناس، فإنه يجتمع في أيديهم أموال الناس على ما أشار إليه في حديث علي - رضي الله عنه - وإنما يأتي بزيادة حفظ لم يجب على المودع، ولا على أجير الواحد إذا لم يجعل القول قوله عند الهلاك وإن لم يوجد منه الإقرار بسبب الضمان؛ لأنه متى علم أن القول قوله عند الهلاك. كما في المودع لا يجد في الحفظ، فهذه الضرورة لم يجعل القول قوله عند الهلاك وإن كان المال أمانة عنده ليحصل ما هو المقصود من زيادة حفظ وجب عليه، ما لم يجب على المودع وعلى أجير الواحد.

ولو ساقها إلى المرعى فعطب منها شاة لا من سياقه بأن صعدت الجبل أو مكاناً مرتفعاً، فتردى منه فعطبت فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الهلاك ما كان من قبله، وعلى قولهما: ضمن؛ لأن الهلاك حصل من أمر يمكن التحرز عنه بالأمر يأتي هذا المكان، أو إن أتى هذا المكان يجعل باله من الصعود على الجبل، وعلى المكان المرتفع.

وكذلك لو^(١) أوردتها نهرًا ليسقيها، فغرقت شاة منها، على قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لا ضمان. وعلى قولهما يضمن. وكذلك لو أكل منها سبع أو سرق منها، فالمسألة على الخلاف.

(١) في ح: إن.

ولو ساقها في الماء ليسقي [فغرقت] (١) أو شكل (٢) فتدرت يضمن بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

ولو ساقها فعطبت شاة منها من سياقه بأن استعجل عليها، فعثرت وانكسرت رجلها، أو اندق عنقها فعليه الضمان عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - .

وإن ساق الراعي الغنم فتناطح بعضها بعضاً من سياقه، [أو وطئ بعضها بعضاً من سياقه] (٣). فإن كان الراعي مشتركاً، فهو ضامن على كل حال؛ لأن هذا من جناية يده. وإن كان خاصاً بأن كانت الأغنام لواحد فلا ضمان عليه. وإن كانت الأغنام لاثنين أو ثلاثة فهو ضامن.

وصورة الأجير الخاص في حق الاثنين والثلاثة: أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيًا شهرًا ليرعى غنمًا لهم، أو لهما، فقد فرق في حق الأجير الخاص بينهما، إذا كانت الأغنام لواحد، وبينما إذا كانت الأغنام لاثنين (٤) أو ثلاثة.

والفرق بينهما: أن الأغنام كلها لما كانت لواحد ففعل الأجير في السوق منقول إلى صاحب الأغنام، باعتبار القاتل والمقتول فإنه عامل له فيهما، فصار فعله في السوق منقولاً إلى صاحب الأغنام، فكأن صاحب الأغنام ساق بنفسه. ولو ساق بنفسه فقتل بعضها بعضاً لا يجب الضمان إذا كانت الأغنام كلها للسائق، فكذلك.

وأما إذا كانت لرجلين بأن كان بعضها لزيد وبعضها لعمره ففعل الأجير إن صار منقولاً إلى زيد باعتبار القاتل، فإنه عامل لزيد وفي حق القاتل، فإن القاتل مالك. فباعتبار المقتول لا ينتقل فعله في السوق إلى زيد؛ لأنه في سوق المقتول أجير عمره، وإذا انتقل فعله إلى صاحب القاتل باعتبار القاتل، ولم يعتبر باعتبار المقتول لم يثبت الانتقال، فيبقى مقصوراً وللراعي أن يبعث الأغنام على يدي غلامه أو أجيـره

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: تستلك.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: لواحد.

أو ولده الكبير الذي في عياله؛ لأن الرد من الحفظ. وله الحفظ بيد من في عياله. فكذا له الرد بيد من في عياله فيما هلك في يده حالة الرد. وإن كان الراعي مشتركاً فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة على كل حال.

وعندهما: إن هلك بأمر يمكن التحرز منه، فهو ضامن كما لو رد بنفسه وهلك في يده حالة الرد، وإن كان الراعي أجير خاص، فلا ضمان على كل حال، كما لو رد بنفسه وهلك في يده حالة الرد.

وشرط أن يكون الراد كبيراً يقدر على الحفظ؛ لأنه متى كان صغيراً لا يقدر على الحفظ يكون هذا تضييعاً منه، والأجير يضمن بالتضييع عندهم جميعاً. وشرط أن يكون في عياله؛ لأنه متى لم يكن في عياله كان الرد بيده وبيد أجنبي سواء، وليس له الرد بيد الأجنبي وكذلك بيد من ليس في عياله.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - : أن للمشارك أن يرد بيد من ليس في عياله وليس للخاص ذلك.

والحاكم الشهيد - رحمه الله - سوى بينهما وقال: ليس لهما ذلك.

الراعي المشارك إذا خلط الأغنام بعضها ببعض، فإن كان يمكن التمييز بأن كان يعرف غنم كل واحد، فلا ضمان عليه؛ لأن مثل هذا الخلط ليس باستهلاك، ويكون بمنزلة خلط السود بالبيض. والقول قول الراعي في تعيين الغنم لكل واحد؛ لأن اليد له، فيكون القول قوله: إن هذا لهذا أو هذا، وإن كان لا يمكنه التمييز، بأن كان يقول: لا أعرف غنم كل واحد، فهو ضامن قيمة الأغنام؛ لأن مثل هذا الخلط استهلاك بمنزلة خلط السود بالسود والقول قول الراعي في مقدار القيمة؛ لأن صاحب الغنم يدعي عليه زيادة وهو ينكر.

وتعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط وهذا على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يشكل.

وعلى قولهما اختلف المشايخ بعضهم قالوا: تعتبر القيمة يوم القبض.

وقال بعضهم: يوم الخلط، وهو الصحيح؛ لأن الأجير المشترك عندهما لا يضمن بالقبض، وإنما يضمن بترك الحفظ والتضييع.

وقيل: يجب أن يتخير أصحاب الغنم إن شأؤوا ضمنوه، وإن شأؤوا أخذوها مشتركة كما في خلط الحنطة بالحنطة.

وإذا ادعى بعضهم طائفة من الغنم، فإن الراعي يحلف ما هذه غنم هذا؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقرَّ به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف. فإن حلف برئ وإن نكل ضمن القيمة لصاحبه. إذا خاف الراعي على شاة منها فذبحها فهو ضامن قيمتها يوم ذبحها؛ لأن الذبح ليس من عمل الرعي في شيء، فلا يكون داخلاً تحت العقد. قال مشايخ بلخ - رحمهم الله - : هذا إذا كان يرجى حياتها [بأن كان مثل الحال يرجى حياتها]^(١) وموتها، أما إذا تيقن موتها فلا ضمان عليه؛ لأن الأمر بالرعي أمر بالحفظ، والحفظ الممكن حالة التيقن بالموت بالذبح. فيصير مأموراً بالذبح في هذه الحالة.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في الباب الأول من شركة واقعاته: أن من ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها يضمن، والبقر والراعي لا يضمن في مثل هذا. فرق بين الأجنبي وبين الراعي والبقر.

والفقيه أبو الليث - رحمه الله - سوى بينهما فقال: لا يضمن الأجنبي كما لا يضمن الراعي والبقر؛ لوجود الإذن بالذبح دلالة في حق الكل في هذه الحالة، وهو الصحيح.

وكذلك الجواب في البعير؛ لأن الذبح في هذه المواضع لإصلاح اللحم، فأما في الحمار فلا يذبح. وكذا في البغل؛ لأن الذبح لا يصلح اللحم فيهما، وفي الفرس أيضاً لا يذبح عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الصحيح من مذهبه أن لحم الفرس مكروه كراهة التحريم.

(١) سقط في ح.

وإذا باع المالك بعض الأغنام، فإن كان [الراعي خاصًا لم يبطل شيء من الأجر، وإن كان^(١) مشتركًا يبطل من الأجر [بحصّة]^(٢) ما باع. فالكلام فيه نظير الكلام فيما إذا مات بعض الأغنام، وهذا؛ لأن الخاص يستحق الأجر بتسليم النفس، وقد سلم نفسه للرعي بأقصى ما في وسعه، وأما المشترك فيستحق الأجر بالعمل، ولم يوجد عمل الراعي فيما باع. وإذا أراد رب الغنم أن يزيد في الغنم ما يطيق الراعي، كان له ذلك إذا كان الراعي خاصًا؛ لأن رب الغنم ملك جميع منافعه في حق الراعي^(٣) في مدة الإجارة، فصار الأجير في حق الرعي بمنزلة العبد له، وله أن يكلف عبده من الرعي ما يطيق، فكذا ههنا ولا يكلفه فوق طاقته؛ لأن الأجير الخاص لا يكون أشقى حالًا من عبده، وليس له أن يكلف عبده من الرعي ما لا يطيق [فهاهنا]^(٤) أولى. وسواء سمي له الغنم أو لم يسم فالعقد جائز إذا بين المدة؛ لأنه إذا بين المدة وصار أجير وحد تنصرف الإجارة إلى أقصى ما في وسع الأجير من الرعي في هذه المدة. فصار كأنه نص عليه. ولو نص عليه جاز العقد، وإن لم يسم الغنم كذا ههنا وهذا [إذا]^(٥) استأجر شهرًا ليرعى غنمه ولم يشر إلى الغنم، فأما إذا أشار إلى الغنم، بأن قال: استأجرتك لترعى هذه الأغنام ثم أراد المستأجر أن يزيد في الغنم، فالقياس: أن ليس له ذلك، كما في الراعي المشارك.

وفي الاستحسان: له ذلك؛ لأنه لو لم يشر إلى هذه الأغنام كان المستحق عليه بحكم هذه الإجارة من الرعي ما في وسعه وطاقته. ولو تغير موجب هذا العقد إنما يتغير بهذه الإشارة، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن قوله: هذه الأغنام ذكر بعض ما شمله أول الكلام على موافقة حكمه؛ لأن مطلق العقد يقتضي رعي هذه لا غير.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: الرعي.

(٤) في ح: فهذا.

(٥) سقط في ح.

وذكر بعض ما شمله أول الكلام على موافقة حكمه لا يوجب تغيير^(١) أول الكلام، وإذا لم يوجب تغيير^(٢) أول الكلام صار وجوده والعدم بمنزله. ولو انعدم قوله: هذه الأغنام، كان له أن يكلفه من الرعي ما يطيق كذا ههنا بخلاف الأجير المشترك؛ لأن الإشارة في الأجير المشترك ليست بذكر لبعض ما شمله مطلق العقد، بل هو ذكر لجميع ما يتناوله العقد؛ لأن العقد في الأجير المشترك لا يجوز إلا بالإشارة إلى الأغنام، أو^(٣) بذكر العدد. وإذا كانت الإشارة بياناً لجميع العقد تعلق العقد بالمشار إليه، فلم يكن له أن يكلفه مقدار الزيادة.

أما ههنا فالعقد^(٤) يجوز، وإن لم يشر إلى الأغنام ولم يسم عددها، ويستحق عليه من الرعي مقدار ما يطيق، فكانت الإشارة ذكر [بعض ما شمله]^(٥) أول الكلام، والتقريب ما ذكرنا.

وإذا ولدت الأغنام أولادًا فإن كان الراعي أجيرًا خاصًا فعليه رعي الأولاد، وإن كان الراعي أجيرًا مشتركًا فليس عليه رعي الأولاد. وإن شرط على الأجير المشترك رعي ما يحدث من الأولاد فهو شرط فاسد. لو قارن به العقد، فسد قياسًا. وفي الاستحسان: يجوز.

وجه القياس في ذلك: وهو أن بعض المعقود عليه [مجهول، وهو رعي الأولاد؛ لأنه لا يدري كم تلد الأغنام وكذلك الأجر]^(٦) مجهول؛ لأن الأجر بإزاء الأغنام، والأولاد إذا كانت مجهولة كان حصة الأولاد من الأجر مجهولة فتكون حصة الأمهات مجهولة أيضًا. ومع الجهالة يتمكن الخطر في هذا العقد؛ لأنه لا يدري أن

(١) في ح: تعيين.

(٢) في ح: تعيين.

(٣) في ح: و.

(٤) في ح: العقد.

(٥) في ح: البعض لشملة.

(٦) سقط في ح.

الأغنام تلد^(١) أو لا تلد^(٢).

وجه الاستحسان في ذلك: أن الجهالة إنما توجب فساد العقد؛ إذا كانت مانعة من التسليم والتسلم. وهذا المعنى لا يتأتى ههنا؛ لأن تسليم الأولاد مما لا يحتاج إليه في الحال حتى يقال [في الحال]^(٣) مجهولة. وإنما يحتاج إليها بعد الحدوث، وبعد الحدوث هي معلومة؛ لأن رعي الأولاد شرط على سبيل الزيادة وما يكون زيادة على المعقود عليه لا يكون لها حصة من البدل ما لم يوجد، بل يكون بمقابلة الأصل، وحال وجود الأولاد الذي هو حال انقسام البدل الأولاد معلومة، فكان الأجر معلومًا والخطر المتمكن في وجود الأولاد لا يوجب فساد العقد في الأمهات، [لأن الأولاد جعلت معقودًا عليه على سبيل الزيادة، والخطر]^(٤) في الزيادة لا يوجب خطرًا في الأصل، والخطر في محل لا يمنع انعقاد [العقد]^(٥) في محل آخر، فالخطر في الأولاد لا يمنع انعقاد العقد في الأمهات للحال، وليس للراعي أن ينزي على شيء منها بغير أمر صاحبها، وإن فعل ذلك ضمن ما تلف منها؛ لأن الإنزاء لم يدخل تحت عقد الإجارة؛ لأن الإجارة عقدت على الرعي، والإنزاء ليس من الرعي، فصار الحال فيه بعد العقد كالحال قبله.

ولو أن الراعي لم يفعل ذلك، ولكن الفحل الذي في الغنم نزا على واحدة منها، فعطب فلا ضمان على الراعي في ذلك بالإجماع، إن كان الراعي أجيرًا خاصًا. وإن كان مشتركًا فكذلك الجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما: هو ضامن؛ لأن الهلاك حصل بأمر يمكن التحرز عنه.

وإن ندت واحدة، وترك اتباعها حتى لا يضيع الباقي فهو في سعة من ذلك، ولا

(١) في ح: يلدن.

(٢) في ح: يلدن.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

ضمان عليه فيما ندت بالإجماع، إن كان الراعي خاصًا. وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : إن كان الراعي أجيْرًا مشتركًا لا يضمن وإن ترك حفظ ما ندت، والأمين إنما يضمن بترك الحفظ؛ [لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ]^(١) إذا ترك بغير عذر، وأما إذا ترك بعذر، فإنه لا يضمن، كما لو دفع الوديعة إلى أجنبي حالة الحريق فإنه لا يضمن وإن ترك حفظها؛ لأنه تركها بعذر، فكذلك ههنا إنما ترك حفظها بعذر كيلا يضيع الباقي.

وعندهما: يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه. ورأيت في بعض النسخ: لا ضمان عليه فيما إذا ندت إذا لم يجد من يبعثه بردها، أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك. وإن تكارى من يجيء بالواحدة فهو متطوع؛ لأنه لم يؤذن باستئجار هذا، وإن تفرقت الغنم والبقر عليه فرقًا فلم يقدر على اتباع كلها، فأقبل على فرقة منها وترك ما سوى ذلك، فهو في سعة من ذلك ولا ضمان عليه؛ لأنه ترك حفظ البعض بعذر.

وعلى قولهما: يضمن؛ لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه في الجملة. وإذا كان الراعي أجيْرًا مشتركًا فرعاها في بلد، فعطبت واحدة منها أو هلكت بأفة نحو الغرق في الماء، واقتراس السبع والسقوط من الجبل وما أشبه ذلك. فقال ربّ الغنم: إنما شرطت عليك أن ترعى في موضع كذا وكذا، أو^(٢) عين موضعًا [آخر]^(٣) غير هذا الموضع، وقال الراعي: بل اشتطت علي الرعي في الموضع الذي رعيته، فالقول قول ربّ الغنم بالإجماع حتى يضمن الراعي بالإجماع؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، والبينة بينة الراعي حتى لا يضمن في قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه هو المدعي؛ لأنه يثبت ما ليس بثابت. وكذلك إذا كان الراعي أجيْرًا خاصًا، واختلفا على نحو ما قلنا فالقول قول رب الأغنام لما ذكرنا.

(١) في ح: الزيادة.

(٢) في ح: لو.

(٣) سقط في ح.

وإذا خالف الراعي ورعاها في غير المكان الذي أمره، فعطب فهو ضامن ولا أجر له، وإن سلمت الغنم القياس ألا أجر له.

وفي الاستحسان: يجب الأجر؛ لأن الراعي موافق في أصل الرعي، مخالف في صفته. فإن الرعي في بعض الأماكن ربما يكون أجود من البعض. فعملنا بجانب الخلاف، وإن عطبت الأغنام فأوجبنا الضمان، ولم نوجب الأجر وعملنا بجانب الوفاق، إن سلمت الأغنام فأوجبنا الأجر.

وإن وقع الاختلاف بين الراعي وبين صاحب الأغنام فقال صاحب الأغنام: أمرتك بالرعي في هذا المكان، وقال الراعي: لا بل أمرتني بالرعي في هذا المكان، فالقول قول صاحب الأغنام.

راعي الرماك إذا توهق الرمكة^(١)، فوقع الوهق في عنقها، فجذبها فعطبت فهو ضامن؛ لأن التوهيق لم يدخل تحت الإذن؛ لأنه ليس من عمل الرعي فكان التلف حاصلًا من عمل غير مأذون فيه، وإن فعل ذلك بإذن صاحب الرمكة فلا ضمان، هكذا ذكر في الأصل.

وقال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الراعي أجير وحده، وأما إذا كان أجيرًا مشتركًا فهو ضامن؛ لأن هذا من جنابة يده، فيكون بمنزلة ما لو دق فتخرق، وعامتهم على أنه لا ضمان على كل حال؛ لأن هذا ليس من عمل الرعي، فكان الرعي معيّنًا فيه، ولا ضمان على المعين على كل حال. وإذا شرطوا على الراعي ضمان ما عطب، فهو جائز. ولا يفسد به العقد؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد من غير شرط، وإن شرطوا عليه ضمان ما مات منها، إن كان الشرط في العقد يفسد العقد؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وليس لأحد المتعاقدين فيه منفعة وإن شرط ذلك بعد العقد لم يصح الشرط، ولا يفسد به العقد. هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح إجارته. وعلى قياس ما ذكر القدوري في شرحه: إذا لحق بالعقد الصحيح شرط من

(١) في ح: رمكة.

الشروط المفسدة، التحقت بأصل العقد، فسد العقد في قول أبي حنيفة، يجب أن يقال على قول أبي حنيفة في فصل الإجارة^(١)، أنه إذا لحق هذا الشرط بالعقد أن يفسد العقد، وإذا شرط على الراعي بأن يسمنها، وإلا فهو ضامن، فليس عليه إثبات السمنة؛ لأن إثبات السمنة عمل الشرط في هذه الشاة بعد انفساخ العقد فيها؛ لأن الإجارة فيما مات قد انفسخت بموتها، فلا يلزمه ذلك كما قبل الإجارة. ولا يصير ضامناً بهذا الشرط لما مرّ من قبل هذا، وهل يفسد العقد بهذا الشرط؟ فهو على التفصيل الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة.

وإذا قال ربّ الغنم للراعي: دفعت إليك مائة شاة، وقال الراعي: لا، بل تسعين. فالقول قول الراعي لإنكاره القبض فيما زاد على التسعين. وإن أقاما البينة فالبينة بينة صاحب الغنم؛ لأنها [ثبت له]^(٢) زيادة في القبض على الراعي، وليس للراعي أن يسقي من ألبان الغنم، وأن يأكل؛ لأن هذا التصرفات لم تدخل تحت العقد؛ لأنها ليست من الرعي في شيء. وليس للراعي إذا كان خاصاً أن يرعى غنم غيره بأجر، ولو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الرعي ومضى على ذلك شهور، ولم يعلم الأول به فله الأجر كاملاً على كل واحد منهما لا ينقص شيء من ذلك، إلا أنه يأثم.

وإن كان هذا [أجير واحد]^(٣) ليس له أن يؤاجر نفسه من غيره، بخلاف الأجير المشترك؛ لأن الأجير الواحد^(٤) في الرعي يشبه الأجير المشترك من وجه، من حيث إنه يمكن إيفاء العمل إلى كل واحد منهما بتمامه في المدة، بأن يرعى غنم الأول في المدة ويرعى غنم الثاني. فمن حيث إنه يقدر على إيفاء العمل لكل واحد منهما

(١) في ح: له إجارة.

(٢) في ح: بينة.

(٣) في ح: أجيرا وحد.

(٤) في ح: الوحد.

بتمامه، كان أجيرًا مشتركًا، ومن حيث إنه أوقع العقد على المدة لا [على] ^(١) العمل كان أجير واحد، ولو كان أجيرًا مشتركًا من كل وجه كما في القصار والخياط كان له أن يؤاجر نفسه من غيره، ويستحق الأجر على كل واحد منهما كاملاً، ولا يَأثم ولا يتصدق بشيء من ذلك.

ولو كان أجير واحد من كل وجه بأن أوقع العقد على المدة لعمل لا يمكنه صرفه إلى كل واحد منهما بتمامه في المدة بأن أجر نفسه يوماً بدرهم للحصاد، أو للخدمة فخدم أو حصد في بعض اليوم لغيره، فإنه لا يستحق الأجر كاملاً على الأول ويَأثم، فإذا كان له شبهًا ^(٢) بأجير مشترك وفرنا على الشبهين حظهما، وقلنا: لشبهه بأجير مشترك يستحق الأجر كاملاً على كل واحد منهما، ولا يتصدق، ومن حيث إنه [أجير واحد] ^(٣) يَأثم توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان، وإنما أظهرنا شبه الأجير الواحد [في الإثم لا في حق نقصان الأجر؛ ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأننا لو أظهرنا شبه أجير الواحد] ^(٤) ونقصان الأجر، كان يَأثم أيضًا؛ لأن الأجر إنما يسقط بمنعه بعض المعقود عليه عن الأول، وهذا يوجب الإثم، فيتعطل العمل بالشبهين، فلهذا أظهرنا شبه [أجير الواحد] ^(٥) في حق الإثم، وفيما عدا ذلك من الأحكام ألحقناها بالأجير المشترك.

ونظير ^(٦) هذا ما قلنا في باب الظئر إذا استأجر ظئرًا شهرًا لترضع ولده، كانت أجيرة واحد ^(٧) حتى لا يكون لها أن تؤاجر نفسها، ولو أجزت نفسها من قوم آخرين ولم يعلم الأولون حتى مضت المدة، وقد أرضعت ولد كل واحد منهما فإنها تستحق

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: شبيها.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: الأجير الواحد.

(٦) في ح: ويظهر.

(٧) في ح: وحد.

الأجر كاملاً على كل واحد منهما. ولا تتصدق بشيء من ذلك، وتأثم. وإن كانت أجيبة واحد؛ لأنها أوقعت العقد على المدة لا على العمل، إلا أن لها شبهة بالأجير المشترك في الرضاع من حيث إنه يمكنها إيفاء الرضاع إلى كل واحد منهما بتمامه فوفرننا على الشبهين حظهما، فقلنا: تأثم؛ [لشبهها بأجيبة الواحد وتستحق الأجر]^(١) لشبهها بالأجير المشترك كاملاً ولا تتصدق بشيء وكذلك هذا.

[قال]^(٢): ولو كان يبطل يوماً أو يومين من الشهر، أو مرض سقط الأجر بقدره؛ لأنه لم يسلم نفسه للرعي في مدة البطالة^(٣) والمرض، وأجير الواحد إنما يستحق الأجر بتسليم النفس في المدة، وإذا لم يسلم نفسه للرعي في بعض المدة لم يستحق من الأجر بقدره؛ ولو دفع إليه غنمه [ليرعى]^(٤) على أنه أجرها ألبانها وأصوافها، فإن هذا فاسد؛ لأنه استأجره بمجهول ومعدوم؛ لأن الأصواف والألبان الموجودة في الحال مجهول المقدار، وما يزداد ويحدث بعد ذلك ساعة فساعة معدوم. وإذا كان أحدهما معدوماً يمنع جواز الإجارة، ومجموعهما أولى أن يمنع.

قال: ولو دفع رجل غنمه إلى راع واشترط على الراعي جبناً معلوماً وسمناً معلوماً، وما بقي من ألبانها وسمنها وأصوافها، فهو للراعي فهذا فاسد؛ لأن فيه ما في الأول فإنه استأجره بمجهول ومعدوم؛ وإن ما يبقى بعد المشروط مجهول ومعدوم، وفيه زيادة غرر ليس في الأول. وهو أنه يجوز أن يبقى للراعي شيء بعد المشروط لرب الغنم، فكان في هذا الفصل زيادة منع ليس في الأول، فإذا لم تجز الإجارة في الفصل الأول فهنا أولى وما أصاب الراعي من ألبانها وسمنها فهو ضامن؛ لأنه استهلكها بحكم عقد فاسد، وله على صاحب الغنم أجر المثل؛ لأنه استوفى عمله بحكم إجارة فاسدة.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: التبطل.

(٤) سقط في ح.

قال: وإن دفع الراعي غنم رجل إلى غيره فاستهلكها المدفوع إليه، وأقر بذلك الراعي، فإن لصاحب الغنم أن يضمن الراعي، وليس له أن يضمن القابض إذا لم يقر أن المقبوض ملك المدعي، ولم يقم للمدعي بينة، أما الراعي يضمن؛ لأنه لا يخلو إما أن يعتبر أمينًا أو ضميمًا، وأي ذلك اعتبر لا بد من إيجاب الضمان عليه متى دفع المال إلى من ليس في عياله. ولا يضمن القابض للمدعي^(١)؛ لأنه لم يثبت كون ما قبض القابض ملكًا للمدعي لا بإقرار القابض، ولا بالبينة لو ثبت إنما يثبت بإقرار الراعي، أن ما دفع كان لغيره مقبول في حقه، ولا يقبل في حق المدفوع إليه إذا أنكره، فلم يكن له تضمين القابض، فإن أقام المدعي البينة أن ما قبض كان له أو أقر القابض بذلك إن كان ما قبض قائمًا بعينه في يد القابض كان للمدعي أن يأخذه؛ لأنه وجد عين ماله، وإن كان مستهلكًا كان المالك بالخيار إن شاء ضمن القابض، وإن شاء ضمن الراعي، أما تضمين الراعي فلا إشكال؛ لأنه دفع ماله إلى غيره، وأما القابض فتضمينه مشكل على قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الراعي دفع إليه على سبيل الإيداع. ومن مذهبه أن مودع المودع لا يضمن، إنما كان كذلك؛ لأنه وضع المسألة أنه استهلكها المدفوع إليه، ومودع المودع يضمن إذا استهلك عندهم جميعًا، إنما الخلاف فيما هلك في يده، وإذا رعى الراعي في مكان لم يؤذن بالرعي فيه، هل يستحق الأجر؟ فهذا على وجهين:

إما إن عطبت الغنم أو سلمت فإن عطبت فإنه لا أجر عليه؛ لأنها لما عطبت صار ضامنًا، فصار الغنم ملكًا له من وقت الخلاف فصار راعيًا ملك نفسه، فلا يستحق الأجر.

وإن سلمت فالقياس: ألا يستحق الأجر.

وفي الاستحسان: يستحق الأجر.

وجه القياس في ذلك: أنه خالف فلا يستحق الأجر، وإن لم يضمن قياسًا على ما

(١) في ح: المدعي.

لو استأجر دابة ليذهب بها إلى مكان كذا، فذهب بها إلى مكان آخر، وسلمت الدابة فإنه لا أجر عليه، وإن لم يضمن فكذلك هذا.

ووجه الاستحسان^(١): أن الراعي فيما صنع موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأنه موافق في أصل المعقود عليه مخالف في الصفة؛ لأن التفاوت بين^(٢) المكانين في حق الراعي تفاوت يسير فلا يلحقها بجنسين مختلفين بسبب التفاوت اليسير بقبي الجنس واحدًا، وإنما اختلفا في الصفة لا غير، فإن الرعي في بعض الأمكنة ربما يكون أجود، فكان موافقًا في [حق]^(٣) الأصل مخالفًا في [حق]^(٤) الصفة والعمل بهما في حالة واحدة متعذر؛ لأن أحدهما يوجب الأجر والآخر يمنع ولم يوجب فعلنا في حالين. إن لم يسلم، عملنا بجانب الخلاف، وأوجبنا الضمان ولم نوجب الأجر، وإن سلم، عملنا بجانب الموافقة وأوجبنا الأجر.

وأما في باب الدابة: فالمستأجر مخالف من كل وجه؛ لأن الطرق في حق الركوب متفاوتة تفاوتًا فاحشًا، رب طريق يفسد الدابة يومًا بالسير فيه لصعوبته، ورب طريق لا يفسدها السير فيه شهرًا لسهولته، فالتحقا بجنسين مختلفين باعتبار التفاوت، جمعهما^(٥) اسم واحد وهو الركوب واختلاف المجانسة بين الشئين متى ثبت بسبب التفاوت دون الاسم، كاختلاف المجانسة الثابتة من حيث الحقيقة.

ولو استوفى جنسًا آخر حقيقة، بأن استأجر دابة للركوب فاستخدم عبده، أو لبس ثوبه لا أجر عليه سلم أو لم يسلم، فكذلك هذا.

[فإن قيل: هذا يشكل بما لو دفع ماله إلى رجل مضاربة على أن يعمل به في الكوفة فأخرجه من الكوفة، فباع واشترى حتى ربح، فإن المضاربة فاسدة،

(١) زاد في ح: وهو.

(٢) في ح: من.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: جميعهما.

ويضمن .

وهذا موافق من وجه مخالف من وجه؛ لأن التفاوت بين الأماكن في حق التجارة تفاوت يسير، ولهذا صحت المضاربة من غير بيان المكان، ومع هذا قال: بأنه إذا تصرف في غير ذلك المكان، وربح فإنه يضمن كما لو خسر. قلنا: في المضاربة استهلك المضارب المال الذي وقعت فيه المضاربة بالبيع والشراء، فعاد إلى الكوفة، وفي يده مال آخر سوى ما وقعت عليه المضاربة. ولو أنه لم يستهلك المال، وعاد بالمال بعينه لم يكن عليه ضمان، وكان على المضاربة، فقياس مسألة المضاربة من مسألتنا أن لو عطبت الأغنام، وقياس مسألتنا من المضاربة أن لو لم يبع حتى عاد بالمال بعينه إلى الكوفة^(١).

في فتاوى أهل سمرقند: بقار لأهل قرية ومرعاهم بين أشجار ملتفة لا يقدر البقار على النظر إلى جميع البقر^(٢)، فذهب من دواب سرحه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما يرمى دوابهم في هذا المرعى بأمرهم، وهم إنما يستحفظون البقار بما في وسعه، فإذا لم يكن في وسعه النظر إلى جميع الدواب في ذلك المرعى لم يلزمه ذلك، فلا يكون تاركًا حفظًا لزمه، فلا يضمن.

وفيه أيضًا: أهل موضع جرى العرف بينهم أن البقار إذا أدخل السرح في السكك أرسل [كل]^(٣) بقرة في سكة صاحبها، [ولا يسلمها إلى صاحبها]^(٤)، ففعل الراعي كذلك فضاعت بقرة أو شاة، قبل أن تصل إلى صاحبها، قال أبو نصر الدبوسي: لا ضمان عليه لما مر غير مرة أن المعروف كالمشروط. وقال بعضهم: إذا لم يعد ذلك خلًا لا ضمان عليه.

وذكر في النوازل: أن من أرسل بقرة إلى بقار ليرعاها فجاء ليلة، فزعم أنه رد

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: الدواب.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

بقرته، وأدخلها القرية وطلبها صاحبها في القرية، فلم يجدها ثم وجدها بعد أيام، قد نفقت في نهر في الجبانة. قال: إن كان أهل القرية رضوا من البقار بأن يأتي بالبقر إلى القرية، ولم يكلفوه أن يدخل كل بقرة في منزل صاحبها، فالقول قول البقار: أني قد جئت بالبقرة إلى القرية مع يمينه، ولا ضمان عليه إذا حلف، وإن أبي أن يحلف ضمن قيمتها.

وفي المنتقى: اشترط البقار على أصحاب البقر أني إذا أدخلت البقر القرية إلى موضع كذا منها فأنا بريء منها، فالشرط جائز وهو بريء. فإن مات بقر رجل منهم، فجاء بمثلها إلى موضع البقر الذي اجتمع فيه البقر ثم يخرجها. قال: هو على الشرط الأول، فإن بعث رجل ببقرة إلى ذلك الموضع، ولم يسمع بالشرط الذي كان بينه وبين أهل القرية لم يبرأ البقار حتى يرد عليه، وإن كان سمع بالشرط فالشرط جائز عليه استحساناً.

وفي النوازل: امرأة بعثت ثوراً إلى بقار ثم جاء الرسول إليه فقال: الثور لي، فأخذ منه، فهلك الثور، إن قامت لها بيته، فلها أن ترجع على البقار؛ لأنه ظهر أن البقار دفع مالها إلى الغير بغير إذنها، ثم لا يرجع البقار على الرسول إن كان يعلم أنه لها، ومع ذلك دفع إليه، وإن لم يكن علم بذلك يرجع؛ لأنه مغرور.

بقار ترك البقور في جنبانه وغاب عنها، فوَقعت البقور في زرع رجل فأفسدته فلا ضمان عليه إلا أن يكون البقار هو الذي أرسلها في الزرع؛ لأن الزرع إنما تلف بفعل البقور وذلك غير مضاف إلى البقار، إذا لم يرسلها في الزرع، وقد مرَّ أجناسه في كتاب الغصب والضمان.

أهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة فذهبت منها بقرة في نوبة أحدهم.

قال إبراهيم بن رستم: هو ضامن في قول من يضمن الأجير المشترك.

وقال أبو الليث - رحمه الله - : عندي أنه لا يضمن في قولهم جميعاً؛ لأن كل واحد منهم معين في رعيه لا أجير له؛ لأنه إن جعل أجيراً كان ذلك مبادلة منفعة

بمنفعة من جنسها وذلك لا يجوز، فكان معيناً لا أجييراً، والمعين لا يضمن .
 ذكر المسألة في مجموع النوازل قال [ثمة]^(١): وإذا كان نوبة أحدهم فلم يذهب
 هو لكن استأجر رجلاً ليحفظها فأخرج الباقورة إلى المفازة، ثم رجع إلى الأكل،
 يعني: الأجير، ثم عاد فضاع بقر منها، ينظر: إن كان ضاع بعدما رجع الأجير من^(٢)
 الأكل فلا ضمان على الأجير، وإن ضاع قبل ذلك فهو ضامن، ولا ضمان على
 صاحب النوبة بحال؛ لأن له أن يحفظها بأجرائه، ولكن هذا إذا لم يشترط عليه
 الحفظ بنفسه على ما مر قبل هذا.

قالوا: إنما يضمن الأجير إذا ترك الدواب من غير حافظ من أهله، وأما إذا ترك
 حافظاً مع الدواب من أهله، فلا ضمان على الأجير بحال.
 رجل استؤجر لحفظ الخان فسرق من الخان شيء لا ضمان عليه؛ لأنه يحفظ
 الأبواب، وأما الأموال في يد أربابها فلا يضمن إلا بتضييع منه ولم يوجد، هذا
 جواب الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

وذكر عن أحمد بن محمد القاضي: في الحارس يحرس الحوانيت في السوق
 فنقب حانوت وسرق منه شيء، أنه ضامن؛ لأنه في معنى المشترك؛ لأن لكل واحد
 حانوتا على حدة، فصار بمنزلة من يرعى غنماً لكل إنسان شاة ونحو ذلك.
 قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله - : عندي أن الحارس أجير خاص، ألا ترى أنه لو
 أراد أن يشغل^(٣) نفسه في صنف آخر لم يكن له ذلك، والفتوى على قول الفقيه أبي
 بكر، والفقيه أبي جعفر.

وإذا استأجر الحارس واحد من أهل السوق فله أن يأخذ الأجرة منهم جميعاً،
 ويجعل له ما يأخذ منهم إذا كان المستأجر رئيسهم؛ لأن في هذا جرت المعاملة،

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : عن .

(٣) في ح : يستغل .

وصار كأنهم استأجروه جميعاً، وإن كرهوا ولم يرضوا بذلك فكراهم باطلة؛ لأن في ذلك مصلحتهم، وإذا استأجر رئيسهم جاز؛ لأنهم جعلوه كالسيد على أنفسهم فكان استئجاره بمنزلة استئجارهم.

ولا يصير البقار تاركاً للحفظ وإن قام ما لم يغيب الثور عن بصره، فإن^(١) غاب عن بصره يصير تاركاً للحفظ.

قالوا: وتأويله: إذا نام جالساً، أما إذا نام مضطجعا [يصير تاركاً للحفظ، وقد ذكرنا في كتاب الوديعة الفرق بين النوم مضطجعا]^(٢) وبين النوم جالساً في غير السفن وسوينا بينهما في السفن، فقلنا: لا ضمان على كل حال فهاهنا يكون كذلك.



(١) في ح: فإذا.

(٢) سقط في ح.

نوع آخر: كثير من مسائل هذا النوع قد مر قبل هذا:

رجل دفع إلى صباغ إبريسما ليصبغه بكذا، ثم إن صاحب الإبريسم قال للصباغ: لا تصبغ إبريسمي ورد علي ذلك، فلم يدفعه، ثم هلك الإبريسم في يد الصباغ، فلا ضمان على الصباغ؛ لأن الإجارة قد انعقدت بينهما بوصف الصحة، والمستأجر لا يتمكن من فسخ الإجارة من غير رضا صاحبه إلا بعذر، فبقي حكم العقد بعد نهي المستأجر، ومن حكم هذا العقد أن العين أمانة في يد الأجير، فلا يضمن ما في يده إلا بالتعدي ولم يوجد منه التعدي.

وفي فتاوى أبي الليث: قصار وضع الثوب على الحب في الحانوت وأقعد ابن أخته حافظا وغاب القصار فدخل ابن أخته الحانوت الأسفل وقد طار الثوب، فهذا على وجهين:

إن كان البيت الأسفل بحال لو دخلها إنسان غاب عنه الموضع الذي كان فيه الثوب وإنه على وجهين أيضًا:

إن كان ابن الأخت ضمه إلى القصار أبوه أو أمه أو لم يكن له أب ولا أم فضمه الخال إلى نفسه فالضمان على الصبي؛ لأنه ضيع بترك الحفظ الواجب عليه، ولا ضمان على القصار؛ لأن له أن يحفظ الثوب بيد ذلك الصبي، ولا يضمن القصار بترك الثياب عند الصبي.

وإن كان الصبي غير منضم إلى القصار من جهة من^(١) ذكرنا، لكن القصار أخذ بيده وأقعد حافظًا للحانوت فالضمان على القصار؛ لأنه مخالف في استحفاظ من ليس في عياله.

وإن كان الصبي بحيث يراه مع دخوله ذلك الموضع، فإن كان الصبي منضمًا إليه، فلا ضمان على واحد منهما.

أما القصار فلأن له حفظه بيد الصبي، وأما الصبي فلأنه لم يترك الحفظ لما كان

(١) في ح: ما.

الموضع الذي دخل فيه بحيث يرى الثوب فيه .

قصار سلم ثياب الناس إلى أجير له ليشمسها في المقصرة ويحفظها، فنام الأجير ثم رجع بالثياب، وقد ضاع منها خمس قطع لا يدري كيف ضاعت ومتى ضاعت، قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : إذا لم يعلم أنه ضاع في حال نومه، فالضمان على القصار دون الأجير، وإن علم أنه ضاع في حال نومه، فالأجير ضامن بتركه الحفظ الواجب عليه، وإن شاء صاحب الثياب ضمن القصار في الوجهين جميعاً . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله : إنما قال : له أن يضمن القصار [لأنه كان يأخذ في مسألة الأجير المشترك بقول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، أما في قول أبي حنيفة فلا ضمان على القصار]^(١)؛ لأن الهلاك لم يكن بعلمه^(٢)، وبه نأخذ . قصار رهن ثوب قسارة ثم افتكه وقد أصاب الثوب نجاسة عند المرتهن فلما نظر إليه صاحب الثوب كلف القصار بتنقيته فامتنع القصار من ذلك وتشاجرا وترك الثوب في يد القصار فهلك عنده، إن كانت النجاسة لم تنقص من قيمة الثوب فلا شيء على القصار؛ لأنه إن خالف بالرهن فإن افتكه وخلقى بينه وبين المالك خرج عن ضمان قيمة الثوب .

والنجاسة إذا لم تنقص من قيمته لا يلزمه بسببها شيء، بمنزلة من صب على عبد غيره نجاسة، فجعل صاحب العبد العبد عنده ليغسل تلك النجاسة فهلك، لا ضمان عليه .

وإن نقص قيمته فليس على القصار إلا نقصان الثوب، والثوب هلك أمانة لما ذكرنا، أنه بالتخلية خرج عن [ضمان]^(٣) الثوب .

وهو نظير من خرق ثوب إنسان خرقاً يسيراً، فقال له رب الثوب: أصلح هذا

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : بعمله .

(٣) سقط في ح .

الخرق فأبى فترك الثوب عنده فهلك، لم يكن على المخرق إلا نقصان الخرق، وكذلك هاهنا.

وإذا دق أجير القصار ثوبًا من ثياب القصاره فخرقه أو عصر فتخرق فلا ضمان عليه؛ لأن الخرق حصل من عمل القصاره في ثوب القصاره، والأجير مأذون في ذلك؛ لأن الإذن يثبت بالإجارة، وإنه أجير بالقصاره فيما كان من ثياب القصاره، لا يضمن بالخرق من عمله المأذون فيه، إلا أن يخالف؛ لأنه أجير وحد في حق القصار ولم يخالف، والأستاذ ضامن؛ لأن عمل الأجير منقول^(١) إليه فيصير كأن الأستاذ عمل بنفسه من حيث الحكم، ولو عمل الأستاذ بنفسه حقيقة كان عليه الضمان كذا هاهنا.

وإذا وطئ ثوبًا فتخرق إن كان ثوبًا يوطأ مثله فلا ضمان عليه بذلك؛ لأنه مأذون من جهة الأستاذ دلالة، وإن كان ثوبًا لا يوطأ مثله، فإنه يضمن سواء كان الثوب ثوب القصاره أو لم يكن^(٢)، بخلاف ما لو دق فتخرق أو عصر فتخرق؛ لأنه مأذون في ذلك من جهة الأستاذ، وهذا بخلاف ما لو حمل شيئًا من بيت القصار بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق، إن كان من ثياب القصاره لا يضمن الأجير، وإنما يضمن الأستاذ وإن لم يكن من ثياب القصاره ضمن الأجير، وفي الوطء يضمن في الحالين إذا كان مما لا يوطأ مثله.

ووجه الفرق بينهما: أن الوطء^(٣) غير مأذون فيه من جهة الأستاذ لا نصًا ولا دلالة أيضًا، أما نصًا فلأنه ليس من أعمال القصاره، ودلالة فلأن الثوب إذا كان رقيقًا لا يوطأ مثله فالثابت بدلالة الحال النهي عن وطئه لا الإذن بوطئه، وأما الحمل من أعمال القصاره وأشباهاها، فإذا سقط على ثوب القصاره فالفساد حصل من عمل^(٤)

(١) زاد في ح: إلى الأستاذ لأنه عمل بإذنه فيكون عمله منقولاً.

(٢) قال في المحيط البرهاني: لأنه غير مأذون لوطء ما لا يوطأ مثله من جهة الأستاذ.

(٣) زاد في ح: يضمن مع.

(٤) في ح: أعمال.

القصار في ثوب القصار، والأجير مأمور بأعمال القصار في ثياب القصار، فيصير عمله منقولاً إلى الأستاذ فلا يضمن الأجير، ويضمن الأستاذ، كما لو دق فتخرق. وإن وقع على ما ليس من ثوب القصار، والفساد حصل من عمل غير مأذون فيه؛ لأن ما أذن فيه بالقصار، فيما كان من ثياب القصار، لا فيما ليس من ثياب القصار، وليس بأجير فيما لم يكن من ثياب القصار، وإذا لم يكن هذا يدخل [تحت الإذن كان هو والأجنبي في ذلك سواء، وكذلك لو دخل بنا] ^(١) أو سراج بأمر القصار فوَقعت شرارة على ثوب فأحرقته، إن كان من ثياب القصار، فلا ضمان على الأجير، وإنما الضمان على الأستاذ وإن لم يكن من ثياب القصار ضمن الأجير، أما ما كان من ثياب القصار فلأنه مأذون فيه بالقصار، وهذا من أسبابه فما تولد منه يكون ضمان ذلك على الأستاذ لا على الأجير، كما لو دق فتخرق منه. ويضمن ما ليس من ثياب القصار؛ لأنه ليس بأجير فيما ليس من ثياب القصار، فيكون الأجير والأجنبي في ذلك سواء ^(٢). وكذلك إذا استأجر رجلاً لخدمته، فوقع شيء من يديه من متاع البيت، وسقط على شيء من متاع البيت، فأفسده فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه أجير في حق الواقع، والموقع عليه؛ لأنه استأجر للخدمة، وإنما يستأجر ليرفع متاع البيت ويضع، فيكون بمنزلة أجير القصار إذا دق فتخرق ثوب من ثياب القصار، بخلاف ما لو سقط على ودیعة كان عند صاحب البيت فأفسده، فإن هناك على الخادم الضمان؛ لأنه ليس بأجير فيما كان عنده من الوديعة، فيكون هو والأجنبي سواء. وكان بمنزلة أجير القصار إذا سقط من يده شيء فوقع على ثوب ليس من ثياب القصار فأفسده. وهناك يجب الضمان على الأجير، فكذلك هذا. بخلاف المودع إذا سقط من يده شيء فوقع على الوديعة فأفسدها يضمن، وههنا قال: لا يضمن، وذلك؛ لأن المودع مأمور بالحفظ والإمسك غير مأمور بالتصرف

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: على السواء.

فيها، فإذا سقط من يده عليها شيء كان ضامناً؛ لأنه لم يتولد هذا من الحفظ، فأما الأجير للخدمة مأمور بالعمل في متاع البيت؛ لأنه هو الذي يتولى رفعها ووضعها، فإذا تولد من ذلك فساد لا يكون عليه ضمان؛ لأنه تولد من عمل مأذون فيه. وكان قياس الوديعة في مسألتنا أن لو سقطت الوديعة من يد المودع، فهلكت وهناك لا ضمان؛ لأن الهلاك حصل من الإمساك^(١)، وإنه مأذون فيه فكذلك هذا. ولو أن أجير القصار فيما يدق من الثياب انفلتت منه المدقة، فوقع على ثوب فتخرق، فهذا على وجهين:

أما [إن]^(٢) انفلتت المدقة أولاً على الثوب قبل أن يقع على الخشبة التي يدق عليها، أو انفلتت بعدما وقعت على الخشبة التي يدق عليها، فإن انفلتت قبل أن يقع على ثوب القصاره وخرق ثوباً. إن كان من ثياب القصاره فلا ضمان عليه، وإنما^(٣) الضمان على الأستاذ؛ لأن الخرق حصل من عمل القصاره فيما كان من ثياب القصاره فيكون بإذن الأستاذ؛ لأنه أجير القصاره في حق هذا الثوب، وأجير القصار لا يضمن ما جنت يده، وإنما يضمن الأستاذ، وإن وقع على ثوب ليس من ثياب القصاره، فإن^(٤) الأجير يضمن؛ لأن الخرق حصل بغير إذن الأستاذ؛ لأن الإذن بالعمل يثبت بالإجارة، وإنه أجير فيما كان من ثياب القصاره، وليس بأجير فيما ليس من ثياب القصاره، فيكون هو والأجنبي في ذلك سواء.

وأما إذا انفلتت المدقة بعدما وقعت على الخشبة التي يدق عليها ثياب القصاره، فأصاب ثوباً آخر، ذكر في ظاهر الرواية: أنه لا يضمن بلا تفصيل، بين أن يكون ذلك الثوب من ثياب القصاره أو لم يكن من ثيابه.

وحكي عن أبي بكر البلخي - رحمه الله - أنه كان يقول: يجب أن يكون

(١) في ح: الإسناد.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: وإن.

(٤) في ح: فلأن.

الجواب فيه، كالجواب فيما إذا وقعت المدقة ابتداء على هذا الثوب، وقد ذكر الجواب فيه على التفصيل، فكذاك هذا.

وهذا؛ لأن الإذن بالعمل يثبت بالإجارة، وإنه أجير القصار فيما كان من ثياب القصار، ولكن في ظاهر الرواية لم يفصل. فكأنه فرق بين انفلات المدقة على الثوب الذي ليس من ثياب القصار قبل وقوعها على الخشبة، وبين انفلاتها بعدما وقعت على الخشبة، وعليها ثياب القصار.

[ووجه الفرق بينهما: أن الانفلات متى حصل أولاً على الثوب الذي ليس من ثياب القصار]^(١)، فهذا العمل غير مأذون فيه أصلاً؛ لأن الإذن ثبت بالإجارة، وإنه أجير فيما كان من ثياب القصار، وهذا بغير إذن بقي مقصوراً على الأجير. ولم ينتقل إلى الأستاذ، فكان الضمان على الأجير لا على الأستاذ.

فأما إذا وقع أولاً على الخشبة التي يدق عليها وعليها ثوب القصار ثم انفلتت إلى ثوب آخر ليس من ثياب القصار وتخرق فهذا العمل حصل بإذن الأستاذ؛ لأنها وقعت على ثوب القصار أولاً، وإنه أجير في حقه، فيكون مأذوناً في دقه^(٢). وإذا كان هذا العمل حاصلًا بإذن الأستاذ انتقل هذا القدر من العمل إلى الأستاذ، فكأن الأستاذ دق بنفسه ثم انفلتت المدقة بعد ما وقعت على الخشبة التي يدق عليها، وأصاب الثوب فتخرق، ولو كان كذلك يجب الضمان على الأستاذ لا على الأجير، فكذاك هذا.

وإن أصابت آدميًا يجب أن يكون الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا في الثوب، إن كان الانفلات على الأدمي قبل أن يقع على الخشبة فالضمان على الغلام، وإن كان بعد ما وقعت على الخشبة يجب أن يكون الضمان على الأستاذ لا على الأجير، كأن الأستاذ فعل بنفسه.

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: حقه.

ولو كسر شيئاً من أداة القصار، فإن كان مما يدق ويدق عليه فلا ضمان عليه^(١)؛ لأنه مسلط على استعمالها لا على استعمال ما لا يدق وما لا يدق عليه .
ولو جفف القصار الثوب على جبل فمرت به حمولة فخرقت، لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الهلاك ليس من فعله وعمله .
وعندهما: يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرز عنه، والسائق ضامن؛ لأن مشي الدابة منقول إلى السائق، فما تولد من مشيها كان ضمان ذلك على السائق .
وفي العيون: قصار استعان برّب الثوب [ليدقه]^(٢) معه، فأعانه وتخرق الثوب ولا يدري من أي المدقين تخرق، فالضمان كله على القصار، رواه ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - .

وروى بشر عن أبي يوسف: أن على القصار نصف القيمة باعتبار الأحوال .
لمحمد: أن الثوب في ضمان القصار بالقبض، فما يحدث فيه يكون في ضمانه إلا أن يعلم أنه من فعل غيره، وهذا يجب أن يكون على قولهما خاصة .
أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : ينبغي ألا يضمن القصار أصلاً ما لم يعلم أنه تخرق من دقه [بناء]^(٣) على أن يد الأجير المشترك يد أمانة عنده، يد ضمان عندهما، أو يكون قوله كقول أبي يوسف باعتبار الأحوال .
وفي النوازل: سلم ثوباً إلى قصار أو خياط، ثم وكّل رجلاً بقبضه، فدفع إليه القصار غير ذلك الثوب؛ لم يلزم ذلك رب الثوب؛ لأن القصار لا يستفيد بالمعاوضة ولا بالتملك من ربّ الثوب، ولا ضمان على الوكيل إذا هلك الثوب في يده؛ لأنه قبض مال القصار بأمره، فكان أميناً، ولرب الثوب أن يتبع القصار بثوبه .

(١) قال في المحيط: لأنه سلط على استعمال ما يدق، ويدق عليه من جهة الأستاذ، فيكون الكسر حاصلًا بإذن الأستاذ فلا يضمن فأما إذا كان مما لا يدق ولا يدق عليه . فالأجير ضامن لأن الكسر حصل بغير إذن الأستاذ فإنه غير مسلط من جهة الأستاذ .

(٢) سقط في ح .

(٣) سقط في ح .

هذا إذا كان الثوب المدفوع إلى الوكيل ثوبه، وإن كان ثوب غير القصار كان لصاحب الثوب الخيار: إن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن القصار فإن ضمن القصار، فالقصار لا يرجع على الرسول، وإن ضمن الرسول رجع على القصار؛ لأنه مغرور من جهته.

وفي المتقى: رجل عنده ثياب وديعة، فجعل فيها ثوبًا ثم طلبها صاحبها، فدفعتها كلها إليه، فضاع الثوب المستودع فالأخذ ضامن له، كل من أخذ شيئًا على أنه له، فضاع فهو ضامن له.

وسئل القاضي شمس الإسلام الأوزجندی - رحمه الله - عن دفع ثوبه إلى قصار ليقصره اليوم، فلم يفعل اليوم حتى هلك الثوب، هل يضمن القصار؟ قال: نعم.

رجل بعث ثوبًا إلى قصار بيد تلميذه، ثم قال للقصار: إذا أصلحته فلا تدفعه إلى تلميذي، فلما أصلحه دفعه إلى تلميذه، فذهب التلميذ بالثوب هل يضمن القصار؟ فقيل: إن كان التلميذ حين دفع الثوب إلى القصار لم يقل له: هذا ثوب فلان بعث به إليك، فلا يضمن، وإن كان قال ذلك للقصار، فإن صدق القصار التلميذ في ذلك ضمن، وإلا فلا.



[نوع آخر: الرد في الأجير المشترك، نحو القصار والنساج، على الأجير؛ لأن الرد بعض القبض، وإنما يجب على من كان منفعة القبض له، ومنفعة القبض في هذه المواضع للأجير؛ لأن للأجير عين، وهو الأجرة، ولرب الثوب منفعة، ومنفعة الأجير أكثر فكان الرد عليه، وهذا بخلاف ما لو أجر عبدًا أو دابة، وفرغ المستأجر، فإنه يجب الرد على صاحب الدابة؛ لأنه يجب له الرد وهو عين، وللمستأجر منفعة، فكان منفعة الأجير أكثر، فكان الرد عليه.



نوع آخر: النخاس أجير مشترك؛ لأنه يبيع للناس ويشترى لهم بأجر، حتى لو ضاعت جارية أو ضاع عبد لا يصنعه لا يضمن عند أبي حنيفة. وكذلك كان أجير مشترك؛ لأنه يحفظ مال الناس بأجر فمتى ضاع شيء لا يصنعه، فإن وجوب الضمان عليه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. وكذلك الدلال أجير مشترك ولو دفع الدلال الثوب إلى رجل ليراه، ويشترى فذهب بالثوب ولم يظفر به، فلا ضمان على الدلال؛ لأن هذا أمر لا بد منه في البيع، ولو كان في يد الدلال ثوب فقال له رجل: هذا مالي سرق مني، فدفع الدلال ذلك إلى من أعطاه فلا ضمان عليه؛ لأن أكثر ما فيه أن الدلال غاصب، إلا أنه قد رده على الغاصب، وغاصب الغاصب يبرأ بالرد على الغاصب.

نوع آخر: إذا^(١) دفع إلى قصار ثوبًا، فلما سلمه القصار إليه قال: ليس هذا ثوبي، قال محمد - رحمه الله - : القول قول القصار مع يمينه، في قول من يضمن القصار، وفي قول من لا يضمن القصار، ولكن لا يصدق في الأجر ولا أجر عليه، وإنما كان القول قول القصار؛ لأنه إن اعتبر ضمينًا، فالقول قول الضمين في مثل هذا، كالغاصب يقول هذا هو الذي غضبته، وإن اعتبر أمينًا فكذلك كالمودع إذا قال: هذا هو الذي أودعني، إلا أنه لا يستحق الأجر؛ لأن الضمين والأمين إنما لا يصدقان في حق دفع الضمان عن أنفسهما، أما في إيجاب الضمان على غيرهما، فلا؛ لأن المدعي الأجير، والمنكر هو المستأجر؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، إنما تملك باستيفاء المنفعة المعقود عليها، ولم يعلم استيفاؤها.

وفي فتاوى الفضلي: استأجر حمالًا ليحمل له حمولة إلى بلد كذا، أو سلمها إلى السمسار، فحملها فقال السمسار للحمال: إن وزن الحمولة في القبان صح كذا وقد نقصت في الوزن، فأنا^(٢) أعطيك من الأجر بحساب ما نقص، ثم اختلفا بعد ذلك، فقال السمسار: أوفيتك الأجر، وكذبه الحمال فالقول للحمال، ولا خصومة لكل واحد منهما على صاحبه؛ لأنه لا شغل بينهما، إنما الخصومة بين الحمال وبين صاحب الحمولة.

وفي العيون عن محمد - رحمه الله - : فيمن دفع إلى ملاح أكرارا [من]^(٣) حنطة فحمل كل كر بكذا، فلما بلغا موضع الشرط، قال رب الطعام: نقص طعامي. وقد كان كاله على الملاح. وقال الملاح: لم ينقص فالقول قول صاحب الطعام. ويقال لصاحب الطعام: كله حتى يأخذ منه من كل كر مقدار ما سمى ولو طلب ضمان الملاح، وقد كان دفع أجره، فالقول للملاح؛ لأن الطعام وافر، ويقال لصاحب

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: لا.

(٣) سقط في ح.

الطعام: كله حتى تضمنه ما نقص من طعامك؛ لأن في الوجه الأول: الملاح يدعي زيادة الأجرة، وصاحب الطعام منكر لما ذكرنا أن الأجرة إنما تجب بالعمل لا بنفس العقد.

وفي الوجه الثاني صاحب الطعام يدعي وجوب رد شيء من الأجر بحسابه، والملاح ينكر، ثم قال هاهنا: يقال لصاحب الطعام: كله، حتى تضمنه ما نقص من طعامك، فيحتمل [حتى يسترد من الأجر بقدر ما نقص من طعامك، ويحتمل^(١)] أنه أراد به تضمين ما انتقص من الطعام كما هو ظاهر اللفظ، فإن كان المراد به الأول فهو على قول الكل ظاهر، وإن كان المراد به الثاني فهذا على قول محمد رحمه الله خاصة، أو على قوله وقول أبي يوسف على ما ذكرنا فيما إذا قال الأجير المشترك: قد رددت، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: ليس لصاحب الطعام تضمين الملاح، إلا بجناية أو تقصير منه على ما ذكرنا. والفتوى على قوله.

وفي النوازل: راكب سفينة قال له صاحب السفينة: حملتك بدرهمين، فهات الدرهمين. وقال الراكب: بل استأجرتني لأحفظ السكان بدرهمين، فهات الدرهمين. وأقاما البينة، تقبل بينة الراكب؛ لأن صاحب السفينة حيث استأجره ليحفظ السكان، فقد أذن له بأن يركب كذا ذكر ههنا.

وذكر بعد هذا: رجل ادعى على رجل إنك استأجرتني لأمسك السكان في سفيتك، من ترمذ إلى آمل بعشرة دراهم، وادعى عليه رب السفينة أنني حملتك في سفيتي من ترمذ إلى آمل بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، والبداية بيمين أحدهما ليست بأولى من البداية بيمين^(٢) الآخر، لاستواء حالهما في الدعوى والإنكار، فللقاضي أن يبدأ بأحدهما، وإن أقرع نفيًا للتهمة فحسن ولا أجر لكل واحد منهما على صاحبه.

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: من.

وإن^(١) أقاما البيّنة، فالبيّنة بيّنة الملاح، وله على صاحب السفينة عشرة دراهم، ولا أجر لصاحب السفينة على الملاح؛ لأن الأمرين جميعًا لو كانا لكانت إجارة صاحب السفينة [انتقضت]^(٢)؛ لأنه لا بد للملاح من كونه في السفينة. ولو ادعى رجل على آخر أنني أكريتك بغلاً من سمرقند إلى بلخ بعشرة دراهم، وادعى عليه الأجر، وقال الآخر: إنك استأجرتني لأنقله إلى فلان ببلخ بخمسة دراهم، فالقول لكل واحد منهما مع يمينه، ولا أجر. وإن أقاما البيّنة، فبيّنة صاحب البغل أولى؛ لأن حفظ البغل واجب على غير صاحب البغل على تقدير ثبوت الأمرين، فلا تجوز الإجارة على ذلك تقدمت أو تأخرت، فلا يجب الأجر.



(١) في ح: فإن.

(٢) سقط في ح.

[نوع آخر]^(١): إذا دفع غزلاً إلى نساج لينسجه، أو دفع ثوباً إلى قصار ليقصره، أو إلى صباغ ليصبغه، فجحده المدفوع إليه الغزل أو الثوب وحلف على ذلك ثم أقر وجاء به منسوجاً أو مقصوراً أو مصبوغاً، فإن كان قد عمل^(٢) قبل الجحود فله الأجر^(٣) وإن كان عمل بعد الجحود، ففي النساج الثوب للنساج، وهو ضامن للمالك غزلاً مثل غزله؛ لأنه بالجحود صار غاصباً للغزل؛ ومن غصب غزلاً ونسجه يبطل حق المالك، [و]^(٤) ضمن مثل ذلك الغزل؛ لأن الغزل من ذوات الأمثال ولا أجر له؛ لأنه عمل لنفسه.

وفي القصار الثوب لصاحبه ولا أجر له؛ لأنه ليس [له]^(٥) في الثوب عين مال قائم، وقد عمل بعد بطلان الإجارة.

وفي الصباغ يخير رب الثوب إن شاء أعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه؛ لأن له عين مال قائم في الثوب وهو الصبغ، بخلاف القصار، وإن شاء ترك عليه ثوبه وضمنه قيمته أبيض كما في الغصب. هذه الجملة في^(٦) العيون.

وفي واقعات الناطقي: ثوب مخيط قال رب الثوب: أنا خطته، وقال الخياط: أنا خطته، فإن كان في يد رب الثوب، أو في داره فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأنه ينكر ما يدعيه الخياط، فإذا حلف لا أجر عليه، وإن كان في يد الخياط أو في أيديهما، فالقول للخياط مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، وإذا حلف [لا أجر عليه، وإن كان في يد الخياط]^(٧) فله الأجر على رب الثوب.

وفي النوازل: دفع إلى رجل مصحفًا ليعمل فيه، ودفع الغلاف معه، أو دفع سيفًا

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: فيه.

(٣) قال في المحيط: لأنه عمل حال قيام الإجارة، فاستحق الأجر.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

(٦) في ح: من.

(٧) سقط في ح.

إلى صقال ليصقله، ودفع الجفن معه، فسرق لا يضمن الغلاف؛ لأنه في الغلاف مودع؛ لا أجير، والمودع لا يضمن إلا ما جنت يده.

وفي القدوري عن محمد - رحمه الله - أنه قال: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن السيف لا يستغني عن الجفن، والمصحف عن الغلاف، فصار كشيء واحد، وإن أعطاه مصحفًا يعمل له غلافًا، أو سكينًا يعمل له نصابًا، فضاع المصحف أو السكين لم يضمن؛ لأنه أستأجره على إيقاع العمل في غيرهما لا فيهما وهما ليسا يتبع لذلك الغير، بخلاف ما تقدم، فكان فيهما كالمودع، وهذا كله على قول محمد.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يضمن إلا ما هلك بصنعه أو بالتقصير في الحفظ، كالمودع. والفتوى على قول أبي حنيفة، كما ذكرنا.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله -: رجل دفع إلى رجل سيفًا ليصلح من جفنه [شيئًا]^(١)، فضاع نصله لم^(٢) يضمن؛ لأن النصل عنده وديعة؛ لأن العمل في الجفن، وكذلك لو دفع إليه مصحفًا ينقطه بأجر، فضاع غلافه لا يضمن. وكذلك إذا دفع إليه ثوبًا ليرفوه في منديل، فضاع المنديل، وكذلك إذا دفع إليه ميزانًا ليصلح كفيه، فضاع العود الذي في الميزان. ولو دفع إليه ثوبًا يقطعه صفة على سرجه، فهو ضامن للصفة والسرج؛ لأن العمل فيهما.

دفع إلى صانع ذهبًا ليتخذ له سوارًا منسوجًا، والنسج لم يكن من عمله، فأصلح الذهب وطوله ودفعه إلى من ينسجه، فسرق من الثاني، فإن كان الصانع الأول دفعه إلى الثاني بغير أمر مالكة، ولم يكن الثاني أجيرًا ولا تلميذًا له، كان للمالك أن يضمن أيهما شاء في قولهما. وعند أبي حنيفة رحمه الله: الصانع ضامن، [أما الأجير فإن]^(٣) ذكر أنه سرق منه بعد العمل لم يضمن؛ لأنه إذا فرغ من العمل

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: لا.

(٣) في ح: فإنه.

صارت يده يد وديعة، أما ما دام في العمل، فيده يد ضمان؛ لأنه يتصرف في مال الغير بغير أمره، ومودع المودع إنما لا يضمن إذا لم يتصرف في الوديعة بغير أمر مالكيها.

إذا زاد الأجر أو المستأجر في [المعقود أو] ^(١) المعقود به فهذا على وجهين: إن كانت الزيادة مجهولة [له] ^(٢) لا يجوز سواء كانت الزيادة من الأجر أو من المستأجر. وإن [كانت الزيادة معلومة، إن] ^(٣) كانت الزيادة من جانب الأجر يجوز سواء كانت الزيادة من جنس ما أجر أو من خلاف جنس ما أجر، وإن كانت الزيادة من جانب المستأجر، إن كانت الزيادة من جنس ما استأجر لا يجوز؛ لأنه تملك منفعة بمنفعة بجنسها، وإنه باطل عندنا، وإن كانت من خلاف جنس ما استأجر يجوز؛ لأنه تملك منفعة بمنفعة هي من خلاف جنسها وإنه جائز. ذكر شيخ الإسلام هذه الجملة في شرح كتاب الصلح.

وإذا زاد المستأجر في الأجرة فإن جدد الإجارة عند الزيادة تنتقض الإجارة الأولى، وإن لم يحدد لا تنتقض الأولى، ويكون هذا زيادة في الأجر، والزيادة في الأجر جائزة كالزيادة في الثمن. ذكره في المتقى وتأويل هذه المسألة إذا كانت الزيادة من خلاف جنس المستأجر.

إذا وكل الرجل رجلاً بأن يستأجر ^(٤) له دارًا بعينها ببدل معلوم ففعل، فالأجر يطالب الوكيل بالأجرة، والوكيل يطالب الموكل، وللوكيل أن يطالب الموكل بالأجرة، وإن لم يطالبه الأجر. وإذا وهب الأجر من الوكيل، أو أبرأه صح. وللوكيل أن يرجع بالأجر على الأمر.

الوكيل باستئجار الدار، إذا ناقص الإجارة مع الأجر إن لم يكن الوكيل قبض

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: يشتري.

المستأجر، فمناقضته صحيحة قياسًا واستحسانًا، وإن قبضه فالقياس أن تصح المناقضة.

وفي الاستحسان: لا تصح.

وإذا وكله أن يستأجر أرضًا له شهرًا، فأجرها شهرين، فالشهر الأول للموكل، والشهر الثاني للوكيل.

وإذا وكل رجلين باستئجار دار وأرض فاستأجر أحدهما وقع العقد للوكيل؛ لأن [أحد]^(١) الوكيلين لا ينفرد بالاستئجار فتعذر إيقاع العقد للموكل فيقع للوكيل فإن دفعها الوكيل إلى الموكل انعقدت^(٢) بينه وبين الموكل إجارة مبتدأة بالتعاطي. وهذه المسألة نص أن الإجارة تنعقد بالتعاطي.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد. وفي الأمالي عن أبي يوسف^(٣): رجل أمر رجلًا أن يؤجر داره أو أرضه من رجل بأجر معلوم ففعل، ثم إن المؤجر ناقص المستأجر الأجرة^(٤)، فالنقص جائز ولا ضمان على المؤجر. ولو كان الأجر شيئًا بعينه وتعجل الأجر ذلك لا تجوز مناقضته على الأمر.

والفرق أن في المسألة الثانية: الأجر صار مملوكًا للأمر، فالمؤجر بالنقص يريد إزالة ذلك عن^(٥) ملك [الأمر، أما في المسألة الأولى الأمر لم يملك شيئًا، فالمؤجر بالنقص لا يزيل ملكه]^(٦) عن شيء، فافترقا.

وإذا وكل الرجل رجلًا أن يستأجر له دارًا بعينها من رجل هذه السنة بمائة درهم، فاستأجرها الوكيل وقبضها^(٧) من المؤجر، وأراد الموكل أخذها من الوكيل، فمنعها

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: انعقد.

(٣) في ح: حنيقة.

(٤) في ح: الإجارة.

(٥) في ح: على.

(٦) سقط في ح.

(٧) في ح: وقبض.

الوكيل من الموكل حتى يأخذ الأجر، فهذه المسألة على وجوه:

الأول: أن تكون [الأجرة مطلقة]^(١)، وفي هذا الوجه ليس للوكيل أن يحبس الدار من الموكل؛ لأن الوكيل بالاستئجار في حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه، ثم أجر من الموكل، ولو كان هكذا وكان الأجر مطلقاً لم يكن للوكيل منع الدار؛ لأجل الأجرة؛ لأن الأجرة لا تملك بنفس العقد، فكذا ههنا. فإن منعها الوكيل مع أنه ليس له حق المنع حتى مضت السنة، فالأجر واجب على الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه. والأجر من حقوق العقد ولو استأجر الدار لنفسه سنة، وقبض الدار مدة الإجارة كان عليه الأجر، وإن لم يسكن كذا ههنا. ويرجع الوكيل على الموكل بالأجرة؛ لأن الوكيل قبض الدار من الأجر وله حق القبض، وقبض الوكيل متى حصل بحق، فهو بمنزلة قبض الموكل في حق المعقود عليه؛ لأن يد الوكيل في حق المعقود عليه الذي يقابله البدل يد أمانة ونيابة، وللمنفعة حكم الوجود شيئاً فشيئاً في حق حكم العقد. فإذا صار يد الوكيل كيد الموكل صار كأن المنافع [وجدت]^(٢) شيئاً فشيئاً في يد الموكل، فلا يسقط شيء من الأجر إلا إذا خرج يد الوكيل عن أن تكون يد الموكل، وذلك بأحد معنيين: بأن يحبس الوكيل العين بالبدل حتى تصير يد الوكيل يد ضمان بحكم العقد، وذلك لم يوجد ههنا؛ لأنه ليس للوكيل ههنا حق الحبس بالأجرة.

والثاني^(٣): أن يصير الوكيل غاصباً، ولا يمكن تحقيق الغصب هاهنا؛ [لا في حق المنافع]^(٤)؛ لأن حق المنافع ليست بمحل الغصب عندنا، ولا في حق العين؛ لأنه لو اعتبر غاصباً للعين إما أن يعتبر من الأجر، أو من الموكل، لا وجه إلى الأول؛ لأن قبض الوكيل الدار من الأجر حصل بحكم العقد، ولا وجه إلى الثاني؛

(١) في ح: الأجر مطلقاً.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: والباقي.

(٤) سقط في ح.

لأن الموكل ليس بمالك للعين، والغصب من غير المالك لا يتصور. وإذا لم تنقلب يد الوكيل يد غصب، ولا يد ضمان بحكم الحبس بقيت يد الوكيل يد أمانة، فصار حدوث المنافع في يد الوكيل ووجودها^(١) في يد الموكل سواء.

الوجه الثاني: أن يكون الأجر مؤجلاً إلى سنة، والجواب في هذا الوجه [نظير]^(٢) الجواب في الوجه الأول؛ والكلام في هذا الوجه أظهر؛ لأن العقد إذا كان مطلقاً، فالأجرة لا تجب إلا بالسكنى، وإذا كان الأجر مؤجلاً لا يجب إلا بعد السنة، فكان انعدام حق الحبس للوكيل ههنا أظهر وأبين، فكان أولى بالأ بتبدل يده عن النيابة، والأمانة بالضمان.

ولو غصب رجل أجنبي الدار من المستأجر، أو من الأجر^(٣) حتى تمت السنة لم يجب عليهما أجر؛ لأن يد الغاصب ليس كيد المستأجر، ولا كيد الأجر فيما يرجع إلى حكم العقد، والمنافع^(٤) تحدث شيئاً فشيئاً، فحصل هلاك المعقود عليه قبل قبض العاقد، وقبل قبض من وقع له العقد، فأوجب سقوط الأجر. بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك الدار في يد الوكيل عند حدوث المنفعة حقيقة، ويد الوكيل يد الموكل حكماً، فحصل هلاك المعقود عليه بعد قبض من وقع له العقد، من حيث الحكم فلماذا لم يسقط الأجر.

ورأيت في تعليق جدي القاضي الإمام جمال الدين - رحمه الله - وذكر في بعض الروايات: أن الوكيل في هذه الصورة لا يرجع بالأجر على الأجر استحساناً. قال - رحمه الله - : وهو الصحيح، فكأنه قال: إن الوكيل بالحبس صار غاصباً الدار من الأمر، والغصب من غير المالك متصور في الجملة، فصار هذا وما لو غصبه أجنبي سواء.

(١) في ح: وحدثها.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: الأجنبي.

(٤) في ح: فالمنافع.

وهكذا روى ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - [وأشار جدي إلى المعنى فقال: قبض الوكيل كقبض الموكل، فوقع قبض الوكيل أولاً للموكل، وصار الوكيل بالسكنى بعد ذلك غاصبا للسكنى من الموكل، فيوجب ذلك سقوط الأجر عن الموكل. وأشار ابن سماعه إلى المعنى لأبي يوسف - رحمه الله -] (١) فقال: الوكيل بالاستئجار في حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه، ثم أجز من الموكل حكماً. ولو كان هكذا حقيقة، ولم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل حتى مضت السنة لم يستحق الوكيل الأجر على الموكل، كذا ههنا.

قال: وكذلك لو كان الأمر قبض الدار من الوكيل، ثم تعدى عليه الوكيل فأخرجها من يد الأمر حتى مضت السنة، لزم (٢) الأجر لرب الدار على الوكيل، ويرجع الوكيل به على الأمر؛ لأن الوكيل قبض الدار وله حق القبض، فصار الموكل قابضاً بقبضه (٣) حكماً، فلو سقط الأجر عن الأمر، إنما يسقط إذا خرج يد الوكيل من أن يكون [يد] (٤) الموكل، ولم يخرج على ما مر.

فإن انهدمت الدار من سكنى الوكيل، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصير غاصباً الدار من الأمر لما مر ولم يصير غاصباً بالسكنى؛ لأن أكثر ما في ذلك أنه شرط سكنى الأمر إلا أن السكنى مثل السكنى، ألا ترى أن من استأجر داراً ليسكنها بنفسه، فأسكنها غيره بأجر أو بغير أجر، لم يصير مخالفاً حتى يلزمه الأجر فههنا كذلك. هذا الذي ذكرنا إذا استأجر الوكيل الدار سنة بمائة (٥) درهم مؤجلة، أو مطلقاً. فأما إذا شرط الوكيل تعجيل الأجر يصح عليه وعلى الأمر؛ لأن الأجر (٦) مطلق

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: لزمه.

(٣) في ح: بعضه.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: بمائتي.

(٦) في ح: الأمر.

وتعجيل الأجر معتاد، فيملك الوكيل ذلك، فالوكيل^(١) بالبيع المطلق يملك البيع بالأجل المعتاد بالاتفاق فهنا كذلك فإن قبض الوكيل الدار ودفع الأجرة، أو لم يدفع [فله]^(٢) أن يمنع الدار من الأجر حتى يستوفي الأجر، لما ذكرنا أن الوكيل بالاستتجار في حق حقوق العقد كأنه استأجره لنفسه ثم أجره من موكله بشرط تعجيل الأجر كان له حق حبس الدار، كذا ههنا.

فإذا منع الوكيل الدار من الموكل بعدما طلب الموكل حتى مضت السنة، والدار في يد الوكيل، فالأجر للأجر على الوكيل لما مرّ، ولا يرجع به على الأمر؛ لأنه لما حبس الدار من الأجر^(٣)، وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من أن تكون يد أمانة ونيابة، فلم تصر المنافع حادثة في يد الموكل حكمًا، فلم يجب الأجر على الموكل، وصار كالوكيل بشراء العين إذا قبض العين، وطلبه الأمر فمنعه عنه الوكيل، ثم هلك في يد الوكيل. وهناك يبطل عن الأمر الثمن لبدل^(٤) يده كذا ههنا، فلو لم يطلب الأمر الدار حتى مضت السنة لزم الوكيل الأجر به على الأجر؛ لأن الأمر صار قابضًا للدار بقبض الوكيل. فلو تبدلت يد الوكيل، إنما تبدل بالمنع، وذلك إنما يكون بعد الطلب، ولم يوجد فصار يد الوكيل باقية على حكم النيابة، كما في الوكيل بشراء العين.

وإن مضى نصف السنة، ثم طلب الأمر الدار، فمنع الوكيل منه حتى تمت السنة، وجب الأجر كله على الوكيل، ويرجع على الأمر بحصة ما كان قبل الطلب، ولا يرجع بحصة ما بعد الطلب، والمنع اعتبارًا للبعث بالكل، وصار كالوكيل بشراء الأعيان إذا هلك بعضها في يده قبل طلب الموكل، وبعضها بعد طلب الموكل، ومنع الوكيل، فالوكيل يؤاخذ بالثمن كله، ويرجع على الأجر بحصة ما هلك قبل

(١) في ح: كالوكيل.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: الأمر.

(٤) في ح: لتبدل.

الطلب، ولا يرجع بحصة ما هلك بعد المنع، والطلب وكذلك ههنا. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل أمر رجلاً أن يستأجر له أرضاً بعينها، فاستأجر المأمور كما أمره^(١) الأمر [به]^(٢)، ثم إن الأمر اشترى الأرض لنفسه بعد ذلك من صاحبها، وهو لا يعلم بالإجارة ثم علم، فإنه لا يكون له أن يردّها، وتكون في يده بحكم الإجارة.

معنى قوله: (لا يردّها بالإجارة)؛ لأن استئجار المأمور الأمر قد صح، ونفذ على الأمر، وتعلق به حق الأمر؛ فلا يملك إبطال حقه بالنقض^(٣) والرد عليه. وفيه أيضاً: الوكيل باستئجار^(٤) دار بعينها بعشرة لو^(٥) استأجرها بخمسة عشر، ودفعتها إلى الموكل. وقال: إنما استأجرتها بعشرة، فلا أجر على الأمر، وعلى الوكيل الأجر لرب الدار؛ لأن العقد يفسد على الوكيل لمكان الخلاف. وهذه المسألة دليل أن الإجارة لا تنعقد [بالتعاطي]^(٦).

وفي نوادر إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : الوكيل بإجارة الأراضي إذا دفع الأراضي مزارعة، إن كان البذر من قبل الوكيل لا يجوز. وإن كان من قبل المزارع جاز؛ لأن البذر إن كان من قبل المزارع يصير المزارع مستأجرًا، والوكيل مؤاجرًا، ولا كذلك ما إذا كان البذر من قبل الوكيل.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف في الوكيل بإجارة الدار بعشرة، إذا أجرها بخمسة عشر، فهو فاسد، ويتصدق بالخمسة إن كان قد أخذها^(٧).

-
- (١) في ح: لغيره.
 - (٢) سقط في ح.
 - (٣) في ح: بالقبض.
 - (٤) في ح: في استئجار.
 - (٥) في ح: أو.
 - (٦) سقط في ح.
 - (٧) في أ: فلأخذهما.

إذا استأجر الرجل دارًا، ولم يسم ما يعمل فيها، ينصرف إلى السكنى، وليس له أن يعمل فيها عمل القصارين والحدادين، فإن عمل فانهدم كان عليه الضمان، ولا أجر عليه قياسًا، وعليه الأجر استحسانًا.

والراعي إذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي فيه، فعطب الغنم أو ما أشبهه، صار الراعي ضامنًا لما عطب ولا أجر له. وإن سلمت الغنم كان في وجوب الأجر له قياسًا واستحسانًا على ما مر.

وإذا استأجر ثوبًا ليلبسه مدة معلومة بأجر معلوم، ليس له أن يلبس غيره فإن ألبس غيره في ذلك الوقت إن هلك، ضمنه اللبس ولا أجر عليه، وإن سلم، لا أجر عليه أيضًا.

وإذا استأجر دابة بعينها ليركبها إلى مكان معلوم بأجر معلوم، ليس له أن يركب غيره فإن حمل عليها غيره، ضمن، ولا أجر عليه وإن ركب هو وحمل معه آخر، فسلمت، فعليه الكراء كله، وإن عطب بعد بلوغها ذلك المكان من ذلك الركوب، فعليه الأجر كله، وهو ضامن لنصف قيمته.

وإذا استأجر دابة ليذهب في مكان كذا، فذهب بها في مكان آخر وسلمت الدابة، أو هلكت، فلا أجر عليه.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن استيفاء المعقود عليه إنما يجب الأجر على المستأجر، وعند استيفاء ما ليس بمعقود عليه، إنما الأجر على المستأجر إذا تمكن من استيفاء ما هو معقود عليه، وأما إذا لم يتمكن فلا. ألا ترى أن من استأجر من آخر ثوبًا بعينه ليلبسه، وغصب هذا المستأجر من [هذا]^(١) الأجر ثوبًا آخر، ثم إن المستأجر لبس الثوب المغصوب دون الثوب المستأجر، فإن كان متمكنًا من لبس الثوب المستأجر بأن كان في بيته فإنه يجب الأجر على المستأجر في الثوب المستأجر، وإن لم يكن متمكنًا بأن غصب رجل الثوب المستأجر من المستأجر لا

(١) سقط في ح.

أجر على المستأجر أصلاً؛ لهذا؛ لأن في الوجه الأول: استوفى ما ليس بمعقود عليه، وهو منافع الثوب المصنوب مع تمكنه من استيفاء ما هو معقود عليه. وفي الوجه الثاني: استوفى ما ليس بمعقود عليه مع عجزه عن استيفاء ما هو معقود عليه، ومتى استوفى ما هو معقود عليه وزيادة، فإن سلم العين سقط اعتبار الزيادة، فيجب الأجر، ولا يجب الضمان، وإن^(١) هلك العين بسبب استيفاء [تلك الزيادة، إن صار المستأجر بسبب استيفاء]^(٢) الزيادة مستعملاً كل العين، يجب ضمان كل العين، وإن صار مستعملاً بعض العين يجب ضمان البعض، وهل يجب الأجر؟ ففيما إذا وجب ضمان كل العين، لا يجب شيء من الأجر، وفيما إذا وجب ضمان العين بقدر الزيادة يجب كل الأجر، ومتى كان المستوفى مع ما دخل تحت العقد جنساً واحداً من حيث الاسم، إلا أن بينهما تفاوتاً فإن كان تفاوتاً فاحشاً، التحقا بجنسين مختلفين، ولا يعتبر معقوداً عليه فباستيفائه لا يجب الأجر، وإن كان التفاوت يسيراً لا يلحقان بجنسين مختلفين، بل يعتبر الجنس واحداً، ويكون التفاوت راجعاً إلى الصفة، فإن لم يسلم يجب الضمان، ولا يجب الأجر وإذا سلم يجب الأجر ولا يجب الضمان.

إذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة البيت فنقول: المعقود عليه لما كان هو السكنى، فإذا سكن وعمل فيها عمل القصارين والحدادين، فقد استوفى ما هو معقود عليه وهو سكنه إلا أنه استوفى زيادة شيء بسبب عمل القصارين والحدادين، فإن سلمت الدار، سقط اعتبار الزيادة، وإن هلك الدار لا يجب الأجر، ويجب كل الضمان؛ لأنه باستيفاء هذه الزيادة صار مستعملاً كل الدار، فيجب ضمان الكل عند الهلاك، ولم يجب شيء من الأجر.

وأما مسألة الراعي قلنا: الرعي في هذا المكان والرعي في المكان الذي أذن

(١) في ح: وإذا.

(٢) سقط في ح.

بالرعي فيه واحد اسمًا إلا أن بينهما تفاوتًا، وهذا التفاوت يسير في الرعي، ولهذا صحت الإجارة على الرعي، وإن لم يبين المكان، فيبقى الجنس واحدًا فكان هذا اختلافًا في الصفة، فإن الرعي في [بعض]^(١) الأمكنة ربّما يكون أجود، فلهذا كان كما قلنا.

وأما مسألة الثوب قلنا: التفاوت بين اللبسين تفاوت فاحش، فالتحقا بجنسين مختلفين، وإن جمعهما الاسم، والداخل تحت العقد [لبس]^(٢) فكان لبس غيره، باعتبار هذا التفاوت غير داخل [تحت العقد]^(٣)، فكان هذا استيفاء ما ليس بمعقود عليه، ولم يكن المستأجر متمكنًا من استيفاء ما هو معقود عليه، وهو لبسه في المدة؛ لأن ذلك إنما يكون إذا لم يكن في يد غيره، وكذلك الوجه فيما إذا استأجر دابة بعينها ليركب إلى مكان معلوم، فأردف غيره إلى ذلك المكان، وسلمت الدابة، فقد استوفى ما هو المعقود عليه وزيادة، فإن^(٤) سلمت، سقط اعتبار الزيادة، فيجب كل الأجر، وإن هلكت من الركوب بعد بلوغها إلى ذلك المكان لم يسقط اعتبار الزيادة، فيجب الضمان. ولكن إنما يضمن نصف قيمته؛ لأنه باستيفاء الزيادة صار مستعملًا بعض الدابة، وهو ما زاد على مقدار ركوب المستأجر [الدابة]^(٥)، أما قدر ركوب المستأجر، فهو داخل في الإجارة؛ لأن المعقود عليه ههنا مقدر بالركوب لا بالمدة فصار قدر ركوبه من هذه الدابة مستأجرًا والبعض غير^(٦) مستأجر، فصار باستيفاء هذه الزيادة مستعملًا هذا القدر، فلهذا يجب عليه ضمان ذلك القدر^(٧)، وجب كل الأجر.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: فإذا.

(٥) سقط في ح.

(٦) في أ: فهو.

(٧) في ح: العقد.

وفيما إذا استأجر دابة ليذهب إلى مكان كذا، فذهب بها إلى مكان آخر فنقول: بين المكانين تفاوت في الركوب، فاعتبر الجنسين مختلفين، فلم يكن الركوب إلى مكان آخر معقوداً عليه، واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب الأجر أصلاً، إذا لم يمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، وإذا ذهب بها في مكان آخر فما تمكن من استيفاء المعقود عليه في المكان الذي أضيف إليه العقد، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

والأصل: أن فساد الإجارة إذا كان لجهالة المسمى يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وإذا كان الفساد بسبب آخر مع كون المسمى معلوماً يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى، قد مر هذا الأصل بشرحه وفروعه في فصل بيان ما يجوز من الإجازات وما لا يجوز.

قال محمد رحمه الله في الأصل: إذا استأجر الرجل من آخر داراً سنة بعد بعينه ولو سكن المستأجر الدار شهراً وهلك العبد بعد ذلك في يد المستأجر قبل التسليم إلى رب الدار.

قال^(١): على المستأجر أجر مثل الدار يعني بحصة الشهر؛ لأن العقد قد فسد بهلاك العبد قبل التسليم كما في بيع العرض بالعرض إذا هلك أحد العرضين قبل التسليم فتصير منافع الشهر مستوفاة بحكم العقد الفاسد فيجب ردها دفعا للفساد وتعذر ردها صورة فيجب ردها معنى برد قيمتها وقيمة المنافع أجر المثل إلا أنه يجب أجر المثل هاهنا بالغاً ما بلغ حتى إذا كان أجر المثل أكثر مما يخص [الشهر]^(٢) من قيمة العبد يجب ذلك كله بخلاف ما إذا كانت الإجارة فاسدة [من الابتداء، فإنه لا يزداد أجر المثل على ما يخص الشهر من]^(٣) قيمة العبد.

(١) في ح: وأن.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: فإن هناك لا يراد أجر المثل على.

والفرق: أن المنافع إنما تتقوم بالعقد، وفي مسألتنا الاستيفاء في الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل وجه؛ لأن العقد كان جائزاً حالة الاستيفاء في الشهر، وإنما فسد من بعد، فصار المستوفى متقوماً من كل وجه، فصار ملحقاً بالعين، ومتى وجب رد العين بسبب الفساد وتعذر رد عينه يجب رد قيمته بالغة ما بلغت، فأما إذا كان العقد فاسداً من الابتداء فالعقد وجد من وجه دون وجه، فإنه وجد بأصله لا بوصفه فيثبت التقوم للمنافع من وجه دون وجه فيثبت التقوم بقدر المسمى، ولا يثبت فيما زاد على المسمى، ففيما زاد على المسمى الاستيفاء يكون بغير عقد فلا يجب بمقابلته شيء، ثم أوجب قيمة المنافع ولم يوجب قيمة العبد.

فرق بين الإجارة وبين النكاح، فإن من تزوج امرأة على عبد وهلك العبد قبل التسليم أو استحق البدل ترجع المرأة على الزوج بقيمة البدل وهو العبد لا بقيمة المبدل وهو منافع بضعها.

وفي باب الإجارة قال: متى هلك العبد قبل التسليم فرب الدار يرجع بقيمة المبدل وهو المنافع^(١) لا بقيمة البدل وهو العبد.

والفرق: أن النكاح مما لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب فلا يفسخ بهلاك العبد قبل التسليم أو استحقاقه، [ففي السبب الموجب لتسليم العبد وهو عاجز عن تسليمه فيجب تسليم قيمته، أما الإجارة تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ فتفسخ بهلاك العبد قبل التسليم واستحقاقه]^(٢) أو يفسد، وإذا انفسخ أو فسد وجب رد المنافع وتعذر ردها صورة، فيجب^(٣) ردها معنى برد قيمتها.

الغاصب إذا أجر المغصوب ثم أجاز المالك الإجارة والأجرة فيما مضى قبل الإجارة للغاصب؛ لأنه هو العاقد وفيما يستقبل للمالك؛ لأنه فضولي في حق المالك ولو لم يجر حتى مضت السنة والأجر كله للمؤاجر هكذا ذكر في فتاوى أبي

(١) في ح: منافع الدار.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: يجب.

الليث قال فأجر ما مضى من السنة للمعتق وأجر ما بقي من المدة بعد العتق للمعتق .
 وذكر القدوري في آخر إجارته: والإجارة عندنا تتوقف على الإجازة كسائر العقود^(١) فإن أجاز المالك قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الأجرة للمالك وإن أجاز بعد استيفائها لم تعتبر الإجارة فالأجرة للعاقِد وإن أجاز في بعض المدة فالأجرة فيما مضى وفيما بقي للمالك .

وفي القدوري: لو أعطى الغاصب الأرض مزارعة فأجاز رب الأرض، جاز فإن كان الزرع قد شغل ولا سمن، فلا شيء للغاصب من الزرع وهو للمالك وإن سمن الزرع ولم تلحقه الإجارة وهو الغاصب .

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في كتاب المزارعة: أن البذر إن كان من جهة الغاصب لا تجوز إجازة المالك؛ لأن العقد لم يرد على حق المالك إنما ورد على منافع العامل وذلك حق العامل وعلى بعض الخارج من بذر الغاصب وذلك حقه، وإذا لم يتناول العقد ملك المالك لا تعمل إجازته .

فإن كان البذر من قبل العامل صلحت إجازة المالك قبل الزراعة ولا تصح بعد الزراعة؛ لأن الإجارة وردت على منافع أرضه فتتوقف على إجازته إلا أن إجازته لا تعمل بعد الزراعة؛ لأن العقد انتهى نهايته .

(قوله: إجازة المالك لا تعمل بعد الزراعة)؛ لأن العقد قد انتهى مشكل بما إذا أجر الغاصب سنين ومضت السنين ثم ادعى المالك أنني كنت أجزت عقده لا يقبل قوله إلا ببينة ولو قال: كنت أمرته يقبل، كبالغة زوجها أبوها ثم مات الزوج فقالت: كنت أجزت عقد الأب لم تصدق إلا ببينة ولو قالت: كان بأمرى قبل قولها .

[وفي النوازل]^(٢) ساحة بين يدي حانوت لرجل في الشارع فأجرها من رجل يبيع الفاكهة كل شهر بدرهم قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: ما حصل من الأجرة

(١) زاد في ح: فأما البقية الإجارة .

(٢) في ح: الميراث .

فللعاقِد؛ لأنَّهُ غاصب ونبغي أن يتصدق بذلك لحيته .

قال أبو الليث رحمه الله : إنما يجب الأجر إذا بنى هناك دكان أو نحوه حتى يصير بذلك غاصباً أما إذا لم يفعل ذلك فلا ؛ لأنه ليس بأحق من المستأجر ، في إجازات النوازل .

ذكرنا في كتاب البيوع كيفية الاستصناع وصفته ، وما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، ولم نذكر ثمة^(١) المسائل فنذكرها ههنا ، ومحمد - رحمه الله - أورد باب الاستصناع في البيوع و الإجازات ، فنحن فعلنا هذا هكذا أيضاً اتباعاً له .
والاستصناع : أن تكون العين والعمل من الصانع ، فأما إذا كان العين من المستصنع لا من الصانع يكون إجارة ، ولا يكون استصناعاً .

قال محمد - رحمه الله - : وإذا سلم الرجل إلى حائك في ثوب من قطن ينسجه له ، وسمى عرضه وطوله وجنسه ورفعته ، والغزل من الحائك حتى كان استصناعاً ، فالقياس أن يجوز ؛ لأنه استصناع في عمل معلوم ، ببدل معلوم فيجوز ، كما في الخفاف والأواني استحسَن وقال : لا يجوز ؛ لأن جواز الاستصناع بخلاف القياس ؛ لأنه بيع المعدوم ، إلا أنه جوزه لتعامل الناس ، ولا تعامل في الثياب فيبقى على أصل القياس .

وإن ضرب لذلك أجلاً يصير سلمًا ، ذكر المسألة في كتاب الإجازات من غير ذكر خلاف .

وذكر في كتاب البيوع من شرح شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن الاستصناع فيما للناس فيه تعامل يصير سلمًا ، بضرب الأجل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما : لا يصير سلمًا ، وفيما لا تعامل للناس فيه نحو الثياب يصير سلمًا بضرب الأجل بالإجماع .

وفي القدوري : وإن ضرب للاستصناع أجلاً فهو بمنزلة السلم ، يحتاج فيه إلى

(١) في ح : الميراث .

قبض البدل في المجلس ، ولا خيار لواحد منهما في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : ليس بسلم من غير فصل بين ما للناس فيه تعامل ، وبين ما لا تعامل لهم فيه فذكر المسألة في كتاب الإجازات من غير ذكر خلاف .

يؤيد ما ذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب البيوع : أن فيما لا تعامل للناس فيه يصير الاستصناع سلماً بضرب الأجل بالإجماع .

قال محمد - رحمه الله - : وإذا دفع حديدًا إلى حداد يصنعه عينا سماه ، بأجر مسمى فجاء به الحداد على ما أمره به^(١) فإنه لا خيار لصاحب الحديد ، ويجبر على القبول .

ولو خالفه فيما أمره به ، فإن خالفه من حيث الجنس^(٢) بأن أمره بأن يصنع له قدومًا ، فصنع له مرًا ضمن حديدًا ، مثل حديده ، والإناء له ولا خيار لصاحب الحديد . فإن خالفه من حيث الوصف^(٣) ، بأن أمره أن يصنع له منه قدومًا يصلح للنجارة ، فصنع منه [قدومًا]^(٤) يصلح لكسر الحطب ، فصاحب الحديد بالخيار إن شاء ضمنه حديدًا مثل حديده ، وترك القدوم عليه ، ولا أجر له ، وإن شاء أخذ القدوم وأعطاه الأجر ، وكذلك الحكم في كل ما سلمه إلى عامل ليصنع منه شيئًا سماه ، كالجلد يسلمه إلى الإسكاف ليصنعه خفين ، أو ما أشبهه .

رجل سلم غزلًا إلى حائك لينسجه ، وأمره أن يزيد في الغزل رطلًا من عنده ، فهذا على أربعة أوجه :

الأول : أن يقول : أقرضني رطلًا من غزلك على أن أعطيك مثله ، وأمره أن ينسج منه ثوبًا على صفة معلومة بأجرة معلومة ، فإنه جائز استحسانًا ، سواء كان

(١) في ح : به .

(٢) زاد في ح : الحديد .

(٣) في ح : الموصف .

(٤) سقط في ح .

الاستقراض^(١) مشروطاً في عقد الإجارة، أو لم يكن.

فالقياص فيما إذا كان الاستقراض مشروطاً في عقد الإجارة ألا تجوز هذه الإجارة؛ لأن هذه إجارة مشروط فيها ما لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين فيه [منفعة]^(٢)، ولكن تركنا القياص للتعارف والتعامل؛ فإن العرف جار فيما بين الناس، أنهم يدفعون غزلاً، ويأمرون الحائك بنسج ثوب مقدر ولا يفي الغزل للثوب المأمور به ويشترطون قرض ما يتم به الثوب من عند الحائك، فهذا شرط متعامل فيما بين الناس من غير نكير منكر، فيجوز ويترك القياص لأجله كما ترك القياص في الاستصناع للتعامل، وترك القياص فيما إذا اشترى نعلًا على أن يشركه البائع ويحده كان الشراء جائزًا وإن شرط فيما اشترى أجرًا، فهو جائز؛ لأنه شرط متعارف فيما بين الناس، وكذلك هذا.

الوجه الثاني: إذا قال: زدني رطلاً من غزلك على أن أعطيك غزلاً مثل غزلك، وإنه جائز ويكون قرضاً.

الوجه الثالث: أن يقول: زدني، وسكت، فإنه يجوز أيضاً ويكون قرضاً. وإنما جعل قرضاً، كما إذا قال: على أن أعطيك مثل غزلك؛ لأنه وإن اجتمع البيع يحتمل القرض أيضاً فكان حمله على القرض حتى لا يصير بائعاً ما ليس عنده، وإنه منهي عنه شرعاً. وأما إذا سكت إنما جعله^(٣) قرضاً، وإن احتمل الهبة؛ لأنه كما يحتمل الهبة يحتمل القرض والقرض أقل التبرعين؛ لأنه لتمليك المنفعة دون العين على ما عرف، فالهبة لتمليك العين والمنفعة جميعاً، فكان الأقل متيقناً، فكان أولى بالإثبات.

ثم إن لم يكن مشروطاً في عقد الإجارة، جازت الإجارة قياساً واستحساناً. وإن

(١) في ح: الإقراض.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: جعل.

كان مشروطاً، فالمسألة على القياس والاستحسان الذي ذكرنا. وإن وقع الاختلاف بين رب الثوب وبين الحائك بعد ما فرغ الحائك من العمل، فقال رب الثوب: لم تزد فيه شيئاً، وقال الحائك: لا بل زدت، والثوب مستهلك، بأن باعه صاحبه قبل أن يعلم [وزنه]^(١)، فالقول قول رب الثوب مع يمينه، وعلى الحائك البيئته، فإن نكل رب الثوب عن اليمين يثبت ما ادعاه الحائك، فيلزم رب الثوب ذلك، فإن حلف برئ عما ادعاه الحائك، وإن كان الثوب قائماً سيأتي الكلام فيه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

الوجه الرابع: أن يقول: زد رطلاً من غزلك على أن أعطيك ثمن الغزل، وأجر عملك كذا كذا درهماً، فالقياس ألا يجوز.

وفي الاستحسان: يجوز، ويجيء للقياس طرق ثلاثة إن كان شراء الغزل مشروطاً [بها]^(٢) في الإجارة.

أحدها: أنه باع ما ليس عنده لا على وجه السلم، فيكون فاسداً. والثاني^(٣): أنه شرط بيعاً في إجارة، وهذا يوجب فساد الإجارة، كما في إجارة الدار.

والثالث: أنه استصنع في حق الزيادة؛ لأن العمل والعين من الحائك، والاستصناع في الثياب لا يجوز كما لو استصنع في أصل الثوب.

وإن لم يكن مشروطاً، فلا يجوز قياساً لعلتين: إحداهما: وهو أنه باع ما ليس عنده، وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلباً، ولم يوجد؛ ولأنه استصنع في حق الزيادة، والاستصناع في الثياب لا يجوز للعلة الأولى والثانية.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: والباقي.

إلا أنه في الاستحسان يجوز لتعامل الناس، فإن الإنسان قد يدفع غزلاً إلى حائك، ويأمره بنسج ثوب، ويعلم أنه لا يكفي الغزل المدفوع للثوب، المأمور به فيشترط عليه زيادة غزل على سبيل الشراء، أو يدفع غزلاً وعنده أنه يفي هذا الغزل، فينتقص الغزل عن القدر المأمور به ولا يجد رب الثوب غزلاً مثله، فيقول للحائك: زد فيه غزلاً من عندك على أن أعطيك ثمنه، فإذا كان كلا الأمرين متعارفًا فيما بين الناس، ترك القياس فيهما وخص به الأثر وهو النهي الوارد عن بيع ما ليس عنده. فإذا جاز هذا، فإن اختلفا بعد الفراغ من الثوب، فقال رب الثوب: لم تزد فيه شيئاً. وقال الحائك: زدت فيه ما أمرتني، فهذا على وجهين أيضاً: فإن كان مستهلكاً ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله؛ لأنهما تنازعا في شيء، ولم يمكن معرفة ما وقع التنازع فيه من جهة غيرهما، فتعتبر فيه الدعوى والإنكار، والحائك يدعي على صاحب الغزل زيادة ثمن الغزل، وزيادة الأجر، ورب الثوب ينكر، فيكون القول قوله مع يمينه على علمه؛ لأنه يحلف على فعل الغير، فيحلف على العلم، فإذا نكل عن اليمين تثبت الزيادة، فكان عليه جميع ما سمي للحائك بعضه بإزاء العمل، وبعضه ثمن الغزل؛ لأن ما ادعاه الحائك ثبت بنكول رب الثوب، فكان كالثابت بإقراره. وإن حلف ولم تثبت الزيادة، ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب: أنه يطرح عنه ثمن الغزل، ويلزمه أجر الثوب؛ لأنه لم يثبت الزيادة من عند الحائك كما لو حلف رب الثوب، فلا يكون له ثمن الغزل، فيطرح عنه ما يخص الغزل.

ومعرفة ذلك وهو: أن يقسم المسمى على أجر مثل عمله، فيما أمر به وذلك عمله في منٍّ ونصفٍ وعليّ قيمة الغزل المشروط على الحائك؛ لأنه قابل المسمى بالغزل، وبالعامل في منٍّ، ونصفٍ؛ لأن منّا من الغزل^(١) الذي أعطاه المستأجر،

(١) في ح: غزل.

ونصفا اشتراه منه، فيطرح عنه مئة^(١) وما أصاب العمل وهو أجر الثوب يلزمه، حتى أنه لو كان المسمى مثلاً ثلاثة دراهم بإزاء الغزل وبإزاء العمل، [وقيمة]^(٢) الغزل درهم وأجر مثل عمله فيما أمر به درهمان من المسمى، يطرح عنه درهم ثمن الغزل، ويقسم ما بقي من المسمى على أجر مثل عمله، فيما عمل، وفيما لم يعمل؛ لأنه جعل الأجر بإزاء عمله فيما دفع إليه من الغزل، وفيما أمره بالزيادة، ولم يوف العمل فيما أمره بالزيادة، فلا بد أن يطرح عنه حصة ذلك من الأجر.

وكيف [تعرف حصة]^(٣) ما لم يعمل في الزيادة من الأجر مما عمل؟ اختلف فيه

المشايع:

قال بعضهم: يعرف^(٤) باعتبار^(٥) الوزن، إن كان مما دفع إليه مئاً من غزل، وما شرط عليه نصف من، يقسم الباقي من المسمى بعد ثمن الغزل وذلك درهمان عليهما أثلاثاً^(٦) ثلثاه بإزاء ما عمل، وثلثه بإزاء ما لم يعمل فيطرح عنه الثلث، فلا تعتبر السهولة والصعوبة في العمل بسبب صغر الثوب، وكبره وكما في المراحل إذا ماتت الدابة المستأجرة في وسط الطريق، فإنه يطرح بعض الأجر، ويبقى البعض، ثم يتعرف^(٧) قدر الساقط من القائم باعتبار السهولة والصعوبة^(٨) في العمل بسبب صغر الثوب وكبره، وهذا؛ لأن العمل قد يسهل على الحائك بطوله، ويصعب بقصره، فإنه متى قصر يحتاج إلى الوصل، وإلى عمل الدقيق مراراً، ومتى طال يحتاج إلى ذلك مرة واحدة وهذا التفاوت معتبر فيما بين العملة من هذه الصناعة في

(١) في ح: ثمنه.

(٢) في ح: فيه.

(٣) في ح: يتعرف حصته.

(٤) في ح: يتعرف.

(٥) في أ: باعتراف.

(٦) في أ: أبداً.

(٧) في أ: لم يتغير.

(٨) زاد في ح: فكذا.

زيادة الأجر بسبب صغر الثوب، ونقصانه بسبب الكبر، فلا بد من اعتبارهما. وإذا وجب اعتبارهما يجب أن يقسم الباقي من المسمى، وذلك درهماً على أجرٍ مثل عمله في منّ، [وأجر مثل عمله في منّ] ^(١) ونصف درهماً ونصف، وفي منّ درهماً يكون بازاء الزيادة نصف درهم، فيطرح عنه من درهمن نصف درهم حصة ما لم يعمل، بخلاف المراحل؛ لأن الصعوبة والسهولة في المراحل ساقط الاعتبار، فيما بين أهلها إذا اشتملت السفارة على المراحل السهل والصعب، ولهذا وجب قدر المراحل في قسمة ^(٢) الأجر بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التفاوت في القصر والطول ^(٣) معتبرة في التفاوت في الأجرة، فلا بد من اعتبارها اللهم إلا أن يكون التفاوت بين القصير والطويل بذراع أو بذراعين حتى لا يكون لهذا التفاوت عبرة في زيادة الأجر ونقصانه.

ولم يذكر محمد - رحمه الله - أن صاحب الثوب يخير، وإنما ^(٤) لم يذكر الخيار، وإن خالفه الحائك في صفة ما أمر به؛ لأنه متى نسج الثوب من منّ ونصف، يكون أطول ^(٥) مما إذا نسجه من منّ واحد، والطول في الثياب صفة مرغوبة كالصفافة والرقّة؛ لأن الطويل يصلح لنوع لا يصلح له القصير، إلا أن التخيير غير ممكن بعد هلاك الثوب؛ لأنه لا يمكنه ترك الثوب عليه حتى يضمه غزلاً مثل غزله، فتعين وجوب الأجر، ثم ماذا يجب الأجر، أو المسمى؟ فعلى قول بعضهم: أجر المثل لا يجاوز [به] ^(٦) حصة المسمى. وعلى قول بعضهم: إن رضي بالعيب، فله المسمى بحساب ذلك، وإن لم يرض

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: قيمة.

(٣) في ح: والكبير.

(٤) في أ: إن.

(٥) في ح: فيما.

(٦) سقط في ح.

بالعيب فعليه أجر المثل لا يجاوز به حصته من المسمى، كما قلنا فيما تقدم من المسائل.

ومحمد - رحمه الله - ذكر الأجر في هذه المسألة مطلقاً ولم يقل: المسمى فيجب تخريجها على حسب ما ذكرنا في المسألة الأولى.

وأما إذا كان قائماً، [إن كان لا يعرف مقدار ما دفع إليه صاحب الثوب، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان هالكا]^(١) من أوله إلى آخره؛ لأنه تعذر معرفة ما وقع^(٢) التنازع فيه من حيث الوزن، وإن كان الثوب قائماً فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الثوب مستهلكاً في جميع ما ذكرنا إلا في حكم واحد وهو: أنه متى حلف ولم يثبت الزيادة، له أن يترك الثوب عليه ويضمنه غزلاً مثل غزله، فأما ما عدا ذلك، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الثوب مستهلكاً، فأما إذا كان الثوب قائماً وقد عرف مقدار ما دفع إليه من الغزل بأن تصادقا على أن ما دفع إليه من الثوب قائماً، وأما إذا كان الثوب قائماً، فإنه يوزن الثوب؛ لأن معرفة مقدار ما وقع التنازع فيه ممكن من حيث العيان بالوزن؛ لأن ما دفع إليه إذا كان معروفاً يعرف الزيادة من حيث الوزن، فلا يلتفت إلى قول واحد منهما، بل يوزن الثوب فإن وزن فإذا هو من واحد لم تثبت الزيادة بيقين، فيكون القول قول صاحب الثوب من غير يمين، وإن كان منوين فالقول قول الحائك، إن لم يدع رب الثوب الزيادة من الدقيق؛ لأن الزيادة تثبت بتصديق صاحب الثوب. وإن ادعى الزيادة فإنه يرى أهل البصر من تلك الصناعة، فإن قالوا: قد يزيد الدقيق مثل هذا، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه؛ لأن الظاهر صار شاهداً لرب الثوب، لما قال أهل تلك الصناعة: إن الدقيق يزيد هذا القدر، إلا أنه يجعل القول قوله مع اليمين؛ لأن الزيادة لم تثبت بيقين أنه من الدقيق. وإنما يثبت بنوع من الظاهر.

(١) في ح: هالكا.

(٢) في أ: متوقع.

وإن قالوا: إن الدقيق لا يزيد هذا القدر صار الظاهر شاهداً للحائك، فيكون القول قوله مع اليمين؛ [لأنه لم يثبت بيقين أن الزيادة بسبب الغزل، وإنما يثبت بنوع من الظاهر، فجعل القول قوله مع اليمين]^(١).

قال: وإذا دفع الرجل [جلداً]^(٢) إلى الإسكاف، واستأجره بأجر مسمى على أن يخرز له خفين وسمى له المقدار، والصفة على أن ينعله الإسكاف ويبطنه من عنده، ووصف له البطانة والنعل، فهو جائز استحساناً. [والقياس ألا يجوز.

وجه]^(٣) القياس في ذلك، وهو أن هذه^(٤) إجارة شرط فيها شراء، فتنفسد، كما لو استأجر داراً، وشرط فيها شراء، ولأنه صار مشترياً ما ليس عنده لا على وجه السلم، وشراء ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا سلماً، وكان بمنزلة ما لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيط له جبة على أن يحشوها ويبطنها من عنده بأجر مسمى، فإنه لا يجوز لما ذكرنا، وكذلك هذا.

ذكر محمد مسألة^(٥) الجبة في الأصل على هذا الوجه، إلا أنه ترك هذا القياس في باب الخفّ للتعامل، فإن الناس تعاملوا هذا في الخفاف، ولا تعامل في فصل الخياط، فيرد [في]^(٦) فصل الخياط إلى ما يقتضيه القياس.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : رجل دفع إلى خياط ظهارة، وقال: بطنها لي [من]^(٧) عندك، فهو جائز، وقاسه على ما إذا اشترى خفّاً، وقال للبائع: انعله بنعل من عندك، فصار في المسألة روايتان.

ولو دفع إليه بطانة، وقال: ظهرها لي من عندك، فهو فاسد باتفاق الروايات، ثم

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: هذا.

(٥) في ح: مثل.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ح.

إن محمداً - رحمه الله - جوز هذا التصرف، وإن لم [ير] (١) صاحب الجلد النعل والبطانة وصرفه إلى نعل وبطانة يليق بتلك الخف، فكذا إذا أمر الرجل إسكافاً أن يخرز على خفيه ومكعبيه أربع قطع من صرم بكذا، ولم ير الرجل القطع، فهو جائز استحساناً، وكذا ترقيع الخرق في الخفاف، يجوز من غير أن يرى الإسكاف الرقاع. وفي نوادر ابن سماعة: شرط الإراءة في النعل، وهكذا ذكر في القطع الأربع، وكذا في ترقيع الخرق، فإذا في الخف (٢) ينعل وفي النعل يخصف روايتان، وإذا جازت هذه الإجارة استحساناً، فإذا عمل الإسكاف وأتى به إن كان عمله مقاربا صالحاً لا فساد فيه أجبر صاحب الجلد على القبول، ولم يكن له خيار، فقد اعتبر المقاربة للزوم، لا حقيقة الموافقة من كل وجه؛ لأن اشتراط الموافقة من كل وجه، بين المسمى في الذمة، وبين ما عين الأجير غير ممكن؛ لأنه لا بد من أدنى تفاوت يقع بين الموصوف في الذمة وبين العين، فيسقط اعتبار الموافقة من كل وجه للزوم، وقامت المقاربة مقام الموافقة من كل وجه، وكذا في السلم، لا يشترط الموافقة بين المسمى في الذمة وبين العين للزوم، وإنما يشترط المقاربة؛ لأن الموافقة من كل وجه غير ممكن، فكذلك هذا فليس لصاحب الجلد خيار الرؤية لا في حق العمل، ولا في حق النعل؛ أما في حق العمل لا إشكال؛ لأن العمل كان واجباً في ذمة الأجير، وما يثبت في الذمة لا يثبت فيه خيار الرؤية، كما في السلم، ولا يثبت في حق النعل، وإن صار مشترياً النعل لا على وجه السلم لوجهين:

أحدهما: أن شراء النعل إنما جاز تبعاً للإجارة، فإنه مشروط في الإجارة، فيكون تبعاً له، وحكم التبع لا يغير حكم المتبوع، فإذا لم يثبت في الإجارة خيار الرؤية لما ذكرنا، لم يثبت فيما صار تبعاً للإجارة.

والثاني: أن العمل بخيار الرؤية غير ممكن؛ لأن العمل بخيار الرؤية إنما يرد ما

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: الخفاف.

اشترى من غير زيادة ضرر يلحق أحدهما، وههنا لا يمكن رد ما اشترى إلا بزيادة ضرر يلحق أحدهما فإنه متى رد النعل وحده يحتاج فيه إلى نقص الصفة، فإذا رد مع الخف يضمن الإسكاف قيمة الخف، وكل ذلك ضرر بالإسكاف هذا إذا عمل عملاً مقارِبًا صالحًا، فأما إذا فسد بأن خالف في صفة ما أمر به ذكر أن صاحب الجلد بالخيار إن شاء ترك الخف عليه، وضمنه قيمة جلده، وإن شاء أخذ الخف وأعطاه الأجر، وإنما يجبر لما ذكرنا أن العامل موافق من وجه مخالف من وجه، فإن شاء مال إلى الخلاف وضمنه، وإن شاء مال إلى الوفاق، وأخذ الخف، فإن ترك الخف عليه وضمنه، فلا أجر عليه؛ لأن العمل حصل للعامل متى ترك الخف عليه، فلا يكون عليه أجر، وإن مال إلى الوفاق وأخذ الخف، فإنه يعطيه أجر مثل عمله في خرز الخف غير منعل، ثم بعد ذلك يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، فقد اعتبر في خرز الخف أجر مثل عمله؛ لأن الثابت في خرز الخف إجارة محضة، وفي الإجارة المحضة متى تعذر إيجاب المسمى يجب أجر المثل، ولا يجب ما زاد العمل فيه، وفي النعل عمل وعين مال اتصل بملك صاحب الخف، وفي مثل هذا يجب قيمة ما زاد كما في الصبغ، إذا حصل بحكم الغصب، واختار المالك أخذ الثوب، فإن صاحب الثوب يضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، فلهذا اعتبر أجر مثل عمله في خرز الخف، وفي حق النعل اعتبر قيمة ما زاد، ومعرفة قيمة ما زاد النعل فيه أن ينظر إلى قيمة الخف مخرزًا غير منعل، ومبطنًا وإلى قيمته منعلًا مبطنًا، فإن كان قيمته غير منعل ولا مبطن عشرة، وقيمته منعلًا مبطنًا اثنا عشر، علم أن قيمة ما زاد فيه درهمان، فيكون درهمان قدر ما زاد النعل فيه، ثم ينظر إلى أجر مثله في خرز الخف غير منعل ومبطن، فإن كان ثلاثة مثلاً يضم إلى قيمة الخف ما زاد، فيصير خمسة، ثم يقابل بالمسمى فإن كان خمسة مثل المسمى أو أقل من المسمى، فلإسكاف^(١) ذلك. وإن كان المسمى أقل من خمسة بأن كان المسمى أربعة، فإنه يعطى له أربعة؛

(١) في أ: فالإشكال في.

لأنه أبرأه عن الزيادة على الأربعة^(١) لما رضي بأربعة .

وإذا اعتبر قيمة ما زاد النعل أو البطانة فيه لا يعتبر أجر مثل عمله في خرز النعل؛ لأن أجر مثل عمله في خرز النعل قد اعتبر لما اعتبرنا قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن قيمة ما زاد النعل أن يعتبر الخف منعلاً مبطناً وغير منعل وإنما صار منعلاً بالعمل والنعل، فيكون قدر ما زاد النعل قيمة العمل والنعل، فمتى أوجبنا أجر مثل عمله في خرز النعل لا يستحق أجر مثل عمله مرتين .

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا دفع خفًا مخرزًا إلى إسكاف لينعله بنعل من عنده بأجر معلوم، حتى جازت الإجارة استحساناً؛ للتعامل فنعله بنعل لا ينعل به الخفاف، حتى أفسد الخف بذلك وثبت لصاحب الخف الخيار، كما في هذه المسألة . واختار الأخذ فإنه يعطيه أجر مثل عمله وقيمة ما اتصل به من النعل مزايا غير مخرز لا يجاوز به ما سمي، وههنا أوجب مع أجر المثل قيمة ما زاد العمل فيه، ولم يوجب عليه قيمة النعل .

والبطانة مزايا غير مخرز، والمتصل بخفه للإسكاف في الموضعين عين مال وعمل، ثم في أحد الموضعين أوجب قيمة ما زاد النعل فيه، ثم ينظر إلى أجر مثله في خرز الخف غير منعل ومبطن بأن كان .

وفي الموضع الآخر أوجب قيمة النعل مزايا غير مخرز .

ومن مشايخنا من قال: لا فرق بين المسألتين ما ذكر في تلك المسألة يكون ذكرًا^(٢) في هذه المسألة .

صاحب الخف إذا أراد أن يعطيه أجر مثل عمله في خرز الخف والنعل والبطانة، ثم قيمة النعل والبطانة مزايا فله ذلك كما في تلك المسألة؛ وذلك؛ لأن الحاصل في المسألتين شيان، عين مال وعمل، فإن شاء صاحب الخف أعطاه أجر مثل عمله

(١) في ح: أربعة .

(٢) في ح: ذلك .

في الخف، وقيمة العين مزايا لا غير مخرز^(١). وإن شاء أعطاه مع أجر مثل عمله في الخف ما زاد العمل فيه في الموضوعين جميعاً.

ومنهم من فرق، وقال في مسألتنا: أمكن إيجاب قيمة ما زاد النعل والبطانة فيه؛ لأن النعل والبطانة أوجب زيادة في الخف، وفي تلك المسألة لم يمكن إيجاب قيمة ما زاد النعل فيه؛ لأن نعل الخف بما لا ينعل به الخفاف مما يوجب فساداً في الخف^(٢)، فلا يوجب زيادة في الخف، وإذا تعذر إيجاب ما زاد العمل فيه، أوجب قيمة النعل مزايا لا غير مخرز.

قياس هذه المسألة من تلك المسألة: أن لو شرط عليه نعلًا جيدًا، فخرز عليه نعلًا غير جيد، ولكن ينعل به الخفاف، وهناك صاحب الخف إذا اختار الأخذ يعطيه أجر مثل عمله، وقيمة ما زاد فيه لا يجاوز [به ما سمي]^(٣)، كما في هذه المسألة؛ [لأن ما فعله الإسكاف أوجب زيادة في الخف فأمكن إيجاب قيمة ما زاد العمل فيه كما في هذه المسألة]^(٤).

ثم قال محمد - رحمه الله - في المسألتين جميعاً لا يجاوز به ما سمي. فمن مشايخنا من قال: أراد بقوله: (لا يجاوز به ما سمي) فيما يخص العمل، فأما ما يخص النعل فإنه يجب بالعمّا ما بلغ وذلك؛ لأن ما يخص العمل إجارة، وفي الإجارة متى وجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى، وما يخص النعل بدل عين ومتى وجب قيمة العين، فإنه يجب بالعمّا ما بلغ. كما في الشراء الفاسد.

ومنهم من قال: بأنه لا يجاوز [به]^(٥) ما سمي في حق النعل والعمل جميعاً وإنما كان كذلك؛ وذلك؛ لأن ما يخص النعل إن كان بدل عين من حيث الصورة

(١) في ح: مخروز.

(٢) في ح: الخفاف.

(٣) في ح: قيمة ما زاد العلم فيه.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

والحقيقة، فهو بدل منفعة، حكمًا؛ لأن العين إنما تملك تبعًا للإجارة، والمملوك بالإجارة منفعة فكذا ما ملك تبعًا للإجارة، ولهذا لم يثبت فيه خيار الرؤية، وجاز وإن لم يكن عنده تبعًا للإجارة.

وفرق محمد بين هذه المسألة وبين مسألة الصبغ، فإنه قال: إذا دفع ثوبًا إلى صباغ ليصبغه بعصفر من عنده، فصبغه بما سمي إلا أنه خالف في صفة ما أمر به بأن أسبغ، أو قصر في الإصباغ حتى تعيب الثوب، قال: صاحب الثوب بالخيار إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة ثوبه أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثل عمله، لا يجاوز به ما سمي، ولم يقل: يعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، كما قال في مسألة الخف يعطيه قيمة ما زاد النعل فيه، والعمل في الموضعين حصل بحكم العقد، والصانع في الموضعين جميعًا موافق من وجه مخالف من وجه، في أصل العمل موافق، وفي الصفة مخالف.

ثم قال: في الصبغ يعطيه أجر مثل عمله، ولم يوجب قيمة ما زاد الصبغ [فيه]^(١)، وفي النعل أوجب قيمة ما زاد النعل فيه مع أجر مثل عمله.

ووجه الفرق بينهما^(٢): أنا متى أوجبنا في مسألة الصبغ قيمة ما زاد الصبغ فيه لسوينا، بين حالة الغصب وبين حالة العقد؛ لأن الواجب بحكم الغصب وهو مخالف من كل وجه في الصبغ قيمة ما زاد الصبغ فيه، فلو أوجبنا ههنا قيمة ما زاد الصبغ فيه أيضًا، والصبغ في مسألتنا قد حصل بحكم العقد لسوينا بين حالة الغصب، وبين حالة العقد، وألغينا اعتبار العقد وعمل الصانع أسند^(٣) إلى عقد عمل قائم بينهما؛ لأن الصباغ لم يخالف من كل وجه، وإنما خالف من وجه في اللون، فأما في أصل الصبغ موافق، فيكون مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، فيجب ألا

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: وهو.

(٣) في ح: استند.

يحكم عليه بالخلاف التام، ولا يجعل كأنه صبغ بغير عقد، فأوجب أجر المثل في مسألة الصبغ حتى لا يلغو اعتبار العقد والتسمية، ويكون في إيجاب أجر مثل عمله قيمة العمل، وقيمة الصبغ؛ لأن أجر مثل عمله أن ينظر أنه^(١) بكم يستأجر لهذا والصبغ من عنده بخلاف مسألة النعل؛ لأننا وإن أوجبنا قيمة ما زاد النعل فيه، ولم نوجب أجر مثل عمله في خرز النعل لا يقع التسوية بين حالة الغصب وحالة العقد حتى لا يلغو اعتبار العقد؛ لأن الواجب حالة الغصب في مسألة النعل قيمة النعل مزيلاً لا قيمة ما زاد النعل فيه كمن غصب ساجة وأدخلها في بناءة، يضمن قيمة ساجة مزيلاً لا قيمة ما زاد الساجة في بناءة، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: إن كان إيجاب أجر المثل في مسألة الصبغ ليقع الفرق بين حالة العقد، وحالة الغصب حتى لا يلغو اعتبار العقد، ولا يصير الصباغ كالعامل بغير عقد وأجر أصلاً، كان يجب أن يوجب أجر عمله في الصبغ من غير أن يكون الصبغ من عنده، وقيمة الصبغ مزيلاً كما اعتبره في مسألة النعل إذا أنعله بما لا ينعل به الخفاف، فالمخالفة تقع بهذا الطريق بين حالة الغصب، وحالة العقد.

والجواب عنه: أن المغايرة بين الغصب والعقد تقع بهذا الطريق، إلا أنه غير ممكن اعتبار هذا الوجه في مسألة الصبغ؛ لأننا لو أوجبنا قيمة العمل على حدة، وقيمة الصبغ مزيلاً، احتجنا إلى تقويم الصبغ مزيلاً حال ما يتصل بالشوب، ولا يمكن تقويمه [في ذلك الوقت؛ لأنه مخلوط بالماء حال ما يتصل بالشوب، فلا يمكن تقويمه]^(٢)؛ لأن قيمة الصبغ تتفاوت بتفاوت الماء، ولا يعرف قدر الماء، فتعذر بهذا الوجه التفرقة^(٣) بين حالة العقد، وبين حالة الغصب، فلم يبق للتفرقة وجه إلا إيجاب أجر المثل في مسألة الصبغ، بخلاف مسألة النعل؛ لأن تقويمه مزيلاً ممكن حالة ما يتصل بالخف، فمتى أوجبنا أجر عمله على حدة أمكننا إيجاب قيمة النعل

(١) في ح: بأنه.

(٢) سقط في ح.

(٣) في أ: للمعرفة.

مزاياً فبالوجهين جميعاً تقع التفرقة بين حالة الغضب والعقد في مسألة النعل، فذكر الوجهين جميعاً ثمة، ولم يذكر في الصبغ إلا وجهًا واحدًا، وهو إيجاب أجر المثل؛ لأن التفرقة بين حالة الغضب وحالة العقد لا تقع إلا [به].

ثم^(١) أوجب محمد - رحمه الله - أجر مثل عمله متى اختار أخذ الخف، ولم يوجب المسمى، وهذا على قول من يقول بإيجاب المسمى في مثل هذه المسائل متى رضي بالعيب واختار أخذ الخف محمول على ما [إذا]^(٢) اختار أخذ الخف ولم يرض بالعيب، وفي مثل هذه الحالة يجب أجر المثل على قول هذا القائل، وعلى قول من قال: يجب أجر المثل على كل حال متى خالف لا يحتاج إلى هذا التأويل. ولو أن رجلاً دفع خفه إلى رجل لينعله من عنده بأجر مسمى فأنعله بنعل تنعل بمثله الخفاف، فهو جائز عليه، وإن لم يكن جيدًا فلا خيار له؛ لأنه وافق شرطه من حيث العرف، ولو وافق شرطه من حيث الشرط، بأن سماه نعلًا موصوفًا، فأتى بذلك لم يكن له خيار، فكذا إذا وافق شرطه من حيث العرف فقد وافق شرطه عرفًا لما أنعله بنعل تنعل به الخفاف في العرف والعادة، وإن شرط الجودة وأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد، أوجب على قبوله، ولا خيار له؛ لأن مطلق اسم الجيد ينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه اسم الجيد، لا إلى المتناهي في الجودة في العرف والعادة، كما في السلم.

وإن لم يكن جيدًا يجبر؛ لأنه خالف مشروطه من حيث الشرط، ولو خالف مشروطه من حيث العرف يجبر على ما بينا، فإذا خالف مشروطه من حيث الشرط أولى أن يجبر.

قال: ولو اختلفا في قدر الأجر، بأن قال الإسكاف: شرطت لي درهمًا، وقال رب الخف: شرطت لك دانقين، وقد خرزه على وصفه^(٣) له، ولم يختلفا في

(١) في ح: أنه ثمة.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: ما وصف.

ذلك، وأقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة العامل؛ لأنه تثبت بينة العامل زيادة أجر، وكان الجواب أولى بالقبول، كما في البائع والمشتري إذا أقاما جميعًا البينة، ولم يذكر الجواب فيما إذا لم تقم لهما بينة. ويجب أن يحكم في ذلك قيمة النعل بخفه موجب معلوم مزايلًا، ويجعل القول قول من يشهد له قيمة النعل كما في الصبغ؛ لأن لاتصال النعل بخفه [موجب معلوم]^(١)، لو حصل بغير عقد وهو قيمته مزايلًا لا يقع البراءة عنه إلا بالتسمية، فيجعل ذلك موجب العقد حالة الاختلاف في التسمية، كما في مسألة الصبغ. وكما في النكاح على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - إذا اختلفا في مقدار المسمى، فإن كان قيمة النعل درهماً كما يدعيه الإسكاف، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا على أن العقد عقد به إلا أن ربّ الخف ادعى^(٢) أنه حط عنه أربعة دوانق، وأنكر الإسكاف، فيكون القول قول الإسكاف مع يمينه.

وإن كانت قيمة النعل تشهد لصاحب الخف بأن كان دانقين، كما يدعيه صاحب الخف، جعل القول قوله مع يمينه؛ لأن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال^(٣) اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا على أن العقد [عقد]^(٤) به، إلا أن الإسكاف ادعى^(٥) أنه زاده أربعة دوانق، ولما حلف صاحب الخف لم تثبت الزيادة، فيقضى له بدانقين ولا يتحالفان، وإن كان المبيع قائمًا عندهم جميعًا لأنهما لم يختلفا في موجب [العقد، إنما اختلفا فيما يغير موجب العقد، إما إلى زيادة أو إلى نقصان، والاختلاف متى وقع فيما يغير موجب]^(٦) العقد بعدما ثبت الموجب، فإنه لا يجب

(١) هكذا والصواب موجبًا معلومًا.

(٢) زاد في ح: له.

(٣) في ح: حالة.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: يدعي.

(٦) المثبت من المحيط البرهاني.

التحالف إذا لم توجد الدعوى، والإنكار من الجانبين. كما في بيع العين إذا تصادقا أن الثمن كان ألفاً، إلا أن البائع ادعى زيادة خمسمائة على الألف، وأنكر المشتري، وادعى المشتري براءة خمسمائة، وأنكر البائع لا يجب التحالف عندهم جميعاً، فكذلك هذا.

وإن كانت قيمة النعل لا تشهد لأحدهما بأن كان نصف درهم، فإنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، كما ذكر في فصل الصبغ في بعض روايات هذا الكتاب. وذلك لما ذكرنا أن قيمة النعل تجعل موجب العقد حال اختلافهما في مقدار البدل، كأنهما اتفقا أن العقد عقد به إلا أنهما اختلفا فيما يغير موجب العقد. ادعى الإسكاف أن رب الخف زاده على هذا الموجب نصف درهم، وأنكر رب الخف وادعى صاحب الخف براءة دائق، وأنكر الإسكاف ذلك، فحصل كل واحد مدعيًا ومدعى عليه، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، بخلاف ما إذا كانت قيمة النعل تشهد لأحدهما؛ لأن [من] ^(١) يشهد له قيمة النعل لا يدعي تغييرًا إنما يدعي الذي لا يشهد له موجب العقد، إما إبراء أو زيادة، وإذا لم تتحقق الدعوى والإنكار من الجانبين لم يجب التحالف، هذا إذا اختلفا في مقدار الأجر، فأما إذا اختلفا في أصل الأجر، قال صاحب الخف: عملته لي بغير أجر. وقال الإسكاف: لا بل عملت لك بأجر، ذكر أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيًا ومدعى عليه، أما صاحب الخف؛ فلأنه يدعي على الإسكاف هبة العمل والنعل، والإسكاف ينكر ذلك. والإسكاف يدعي بيع ^(٢) العمل والنعل، وصاحب الخف أنكر ذلك، فكل واحد منهما ادعى عقدًا أنكره صاحبه، فيجب التحالف. فإن كان الفسخ متعذرًا كما في بيع العين إذا اختلفا في نوع العقد لا في مقداره، وادعى أحدهما الهبة والآخر البيع والمال هالك، يجب التحالف؛ لأن

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: فكل واحد منهما ادعى بين.

كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فكذلك هذا وإن حلفا ولم يثبت واحد من الأمرين، ذكر أن صاحب الخف يغرم قيمة ما زاد النعل فيه، وكان يجب أن يضمن قيمة نعله مزاياً؛ لأنهما لو تحالفا لم يثبت واحد من الأمرين، فيبقى عاملاً بغير عقد، ولا يقال: متى حصل بغير عقد فاختر المالك أخذ الخف، فإنه يضمن قيمة النعل مزاياً إلا أن الجواب أن الأمر كما قلت لم يثبت واحد من الأمرين إلا أن الإذن لم ينتف؛ لأنهما مع اختلافهما في كيفية العقد أنه كان هبة أو بيعاً اتفقا على الإذن. وإذا^(١) كان الإنعال حاصلًا بإذن، تعذر القول بأنه يعطيه قيمة النعل مزاياً؛ لأن هذا حكم الغاصب، وهذا كان مأذوناً في العمل، ولم يكن غاصباً، فأوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وهو من حيث الحكم قيمة النعل مزاياً، ولا يكون شيء منه بدل العمل.

ألا ترى أن في مسألة الصبغ أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه إذا كان غاصباً، وإنه قيمة الصبغ لا غير؛ لأنه لا قيمة للعمل بغير عقد، ولكن لما تعذر إيجاب قيمة الصبغ مزاياً حال ما يتصل بالثوب، أوجب قيمة ما زاد الصبغ فيه، وجعله قيمة الصبغ لا قيمة العمل، فكذلك ههنا أوجب قيمة ما زاد النعل فيه، وهو قيمة النعل لا قيمة العمل ضرورة ألا يصير المأذون في العمل غاصباً، ولم يخير صاحب الخف هاهنا مثل ما كان يخير فيما مضى؛ لأن فيما مضى كان العامل مخالفاً من وجه موافقاً من وجه، فكان له أن يميل إلى الخلاف وإلى الوفاق، وههنا موافق من كل وجه، إلا أن الخلاف وقع أنه بأجر أو بغير أجر، وإذا لم يكن مخالفاً لم يخير، ولكن قال: يأخذ الخف، ويعطيه قيمة النعل، وكان الجواب فيه [كالجواب]^(٢) في الثوب، إذا هبت به الريح وألقته في صبغ إنسان، لا يكون لصاحب الثوب تضمين الثوب، بل يأخذ الثوب ويعطيه قيمة ما زاد الصبغ فيه، كذلك^(٣) هذا.

(١) في ح: فإذا.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: فكذلك.

قال: ولو عمل الخف كله من عنده حتى كان استصناعاً، ثم اختلفا قبل القبض في مقدار الأجر، كان القول قول الإسكاف، وكان يجب أن يتحالفا؛ لأن الاستصناع يصير بيعاً في الانتهاء، وفي بيع العين إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل القبض يتحالفان قياساً، إلا أنه قال: لا يتحالفان، ويكون القول قول الإسكاف مع يمينه؛ لأن يمينه^(١) يفيد؛ لأن المستصنع يدعي على الإسكاف ما لو أقر الإسكاف به لزمه، فإذا^(٢) أنكر استحلف فأما^(٣) يمين المستصنع لا يفيد؛ لأنه لو نكل لا يلزمه شيء، كما لو أقر به.

قال: وإذا اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بعصفر، وقال الصباغ: أمرتني أن أصبغه بزعفران. قال: القول قول رب الثوب مع يمينه. وهذا قول علمائنا رحمهم الله.

وقال ابن أبي ليلى: القول قول الصباغ مع يمينه. والخلاف في هذه المسألة نظير الخلاف فيما إذا قال: أكلت مالك بإذنك، أو هدمت دارك بإذنك، وأنكر صاحب المال الإذن، فعلى قول علمائنا رحمهم الله: القول قول صاحب المال مع يمينه، ويضمن المقر.

وعلى قول ابن أبي ليلى: القول قول المقر مع اليمين، ولا ضمان عليه. وذهب في ذلك إلى أن المقر ينكر سبب الضمان، وصاحب المال يدعي عليه، فيكون القول قول المنكر مع يمينه. كما لو أنكر الأكل أصلاً.

وإنما قلنا: إنه ينكر سبب الضمان؛ لأنه أقر بأكل موصوف بالإذن، وصبغ وخياطة موصوفة بالإذن، وهو غير موجب للضمان، فكان منكرًا للضمان من الأصل، كما لو قال: أقررت لك بألف، وأنا صبي أو مجنون، وقال المقر له: لا بل

(١) زاد في ح: لا.

(٢) في ح: وإن.

(٣) في ح: وأما.

أقررت، وأنت بالغ أو مفيق. وعلمائنا ذهبوا إلى أنه [أقر بالسبب الموجب]^(١) للضمان، وادعى ما يبرئه وأنكر صاحب المال البراءة، فيكون القول قوله كما لو أقر بالدين وادعى القضاء أو الإبراء وأنكر صاحب الدين ذلك.

وإنما قلنا: أقر [بالسبب الموجب]^(٢) للضمان، وذلك؛ لأنه أقر بالأكل وبالصبغ في ثوب الغير، وهذا سبب الضمان في الصبغ متى اختار المالك ترك الثوب على الصباغ، وادعى الإذن إلا أن الإذن لم يثبت بمجرد دعواه، لما أنكر صاحب المال؛ لأنه^(٣) دعوى عليه، وإذا لم يثبت الإذن بقي مقرًا بأكل مطلق بغير إذن، وإنه سبب الضمان.

بخلاف ما إذا أضاف الإقرار إلى حال^(٤) الصبي؛ لأن الخلاف ثمة^(٥) وقع أن السبب قد وجد، أو^(٦) لم يوجد، فالمقر يقول: لم يوجد؛ لأن إقرار الصبي والمجنون لا يكون إقرارًا، فكان المقر ينكر^(٧) الإقرار من حيث المعنى، والمقر له مدعيًا، فكان بمنزلة ما لو ادعى أنه أقر له، والمدعى عليه قال: لم أقر لك، وكان كما لو قالت المرأة: تزوجتني وأنا صبية، وقال: لا بل تزوجتك وأنت بالغة، فالقول قول المرأة؛ لأنها أنكرت النكاح معنى، وأما هاهنا سبب الضمان قد تحقق، وهو الأكل والصبغ والقطع والخياطة، وإنه سبب ضمان إلا أنه ادعى البراءة بدعوى الإذن وأنكره صاحبه، فيكون القول قول صاحب المال.

ووجه الفرق: وهو أن إضافة الإقرار إلى حالة الصبي ليس بدعوى على المقر له،

(١) في ح: أقر بسبب موجب.

(٢) في ح: بسبب موجب.

(٣) في ح: أنه.

(٤) في ح: حالة.

(٥) في ح: به.

(٦) في أ: و.

(٧) في ح: منكرا.

ولكن حكاية عن فعله فيثبت فعله بقوله، أما^(١) هاهنا يدعي إذن صاحب المال، وإنه فعل يوجد من صاحب المال، فيكون دعوى عليه، فلا^(٢) يثبت إذا أنكر.

قال: وإذا^(٣) استصنع الرجل خفين عند إسكاف، فعمله ثم فرغ منه، قال المستصنع: ليس هذا على المقدار والخرز والتقطيع الذي أمرتك، وقال الإسكاف: بل بهذا أمرتني، وأراد الإسكاف أن يحلف صاحب المال ليس له ذلك، بخلاف الصباغ إذا ادعى أن ما صبغ كان بأمره، وأراد استحلاف صاحب الثوب كان له ذلك؛ لأن الصباغ يدعي على صاحب الثوب، معنى لو أقر به لزمه، ولم يكن له خيار، فإذا أنكر يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف يفيد، فأما هاهنا الصانع يدعي على المستصنع معنى لو أقر به لا يلزمه، فإن المستصنع لو أقر بالموافقة، أو ثبت ما ادعى بالبينة كان لا يلزمه، و[كان له خيار، ومن ادعى على آخر معنى لو أقر به لا يلزمه]^(٤)، فإذا أنكر لا يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف لا يفيد وستأتي بعض مسائل الاستصناع في المتفرقات إن شاء الله تعالى.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الشروط: في الرجلين أجرا من رجل دارًا [عشر سنين]^(٥)، فخاف المستأجر أن يخرجاه منها، فأراد أن يستوثق من ذلك. فالحيلة: أن يستأجر كل شهر من الشهور الأول بدرهم، و[الشهر]^(٦) الآخر ببقية الأجر، فإن معظم الأجر إذا كان للشهر الآخر، فهما لا يخرجانه من الدار. وعن هذه المسألة استخرجوا الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى، أو جعلوا أجر السنين المتقدمة شيئًا قليلًا، وجعلوا معظم الأجر للسنة الأخيرة.

(١) في ح: وأما.

(٢) في ح: ولا.

(٣) في ح: وإن.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: عشرين سنة.

(٦) سقط في ح.

وحكي أن في الابتداء كانوا يكتبون بيع المعاملة فلما كان في زمن الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني - رحمه الله - كره ذلك لمكان شبهة الربا، وحدث هذا النوع من الإجارة ليصل الناس إلى الاسترباح بأموالهم، فيحصل لهم منفعة الدار والأرض [من غير^(١)] ذهاب شيء من مقصود المال فجعل بمقابلة السنين المتقدمة شيئاً قليلاً من الأجر، وجعل بقية المال بمقابلة السنة الأخيرة واستثنى ثلاثة أيام من آخر كل سنة وشرط الخيار لكل واحد منهما في هذه الأيام الثلاثة، وإنما أثبت الخيار [لكل واحد منهما حتى يمكنه الفسخ ويصل إلى ماله متى احتاج إليه، وإنما أثبت الخيار]^(٢) في الأيام المستثناة عن العقد؛ لأنه لو شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد لزداد الخيار على ثلاثة أيام في عقد واحد، وإنه يوجب فساد العقد عند^(٣) أبي حنيفة - رحمه الله - ولأنه لو شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد، لا يصح فسخ المشروط له الخيار بغير محضر من صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله، فأما إذا شرط في الأيام [الخارجة]^(٤) عن العقد لا يشترط حضرة صاحبه؛ لأن الفسخ حيث لا يكون امتناعاً عن لزوم العقد بعد هذه الأيام؛ ولأنه لو شرط الخيار في الأيام الداخلة في العقد لامتنع ثبوت حكم الإجارة إلى هذا الوقت، فإن من باع عينا على أنه بالخيار بعد شهر لا يزول المبيع عن ملكه في الحال.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل [البخاري]^(٥) - رحمه الله - :
يفتي بجواز هذه الإجارة. وكذا من بعده من الأئمة ببخارى في فتوى الجواز لهذه الإجارة.

وكان الزهاد من مشايخنا - رحمهم الله - كالشيخ الإمام أبي بكر بن حامد،

(١) في ح: مع الأمن عن.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: عن.

(٤) في ح: الداخلة في العقد لا يصح فسخ المشروط له الخيار الخارجة.

(٥) سقط في ح.

والشيخ الإمام أبي حفص السفكردي رحمهما الله وأمثالهما، لا يفتون بجواز هذه الإجارة وكانوا يقولون: فيها^(١) شبهة الربا.

وليس الأمر كما قالوا، والمعنى المجوز^(٢) دفع حاجة الناس بأموال الغير^(٣)؛ لأن الإنسان لا يقرض غيره شيئاً من ماله من غير أن يطمع فيه بمال إلا نادراً، وبذلك النادر لا تندفع الحوائج، لو لم يجز هذا لضاق الأمر على الناس.

ثم الذين جوزوا هذه الإجارة اختلفوا فيما بينهم في فصلين: أحدهما: أنهم إذا كان من [أحد العاقدين]^(٤) بحيث لا يعيش إلى مدة الإجارة غالباً هل تصح هذه الإجارة؟

بعضهم قالوا: لا تصح وبه كان يفتي الصدر الإمام أبو عاصم العامري رحمه الله.

ووجه ذلك: أن الغالب يلحق بالمتيقن في حق الأحكام حتى يحكم بموت المفقود بموت أقرانه، فإذا كان الظاهر والغالب أنه لا يعيش إلى تلك المدة صارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأبيد في الإجارة يبطلها؛ ولأن بعض المدة المذكورة تيقناً بفساد العقد؛ لأن تلك المدة خرجت من الإجارة وتلك المدة مجهولة؛ فيتمكن الجهالة في باقي المدة، وجهالة المدة مانعة صحة الإجارة فلا يجوز.

وبعضهم جوزوا^(٥)، وممن جوز ذلك الخصاف - رحمه الله -؛ لأن العبرة في هذا الباب بصيغة^(٦) كلام العاقدين^(٧)، وإنه يقتضي التوقيت، فصح ذلك ولا عبرة

(١) في ح: فيه.

(٢) في ح: المحمود.

(٣) في ح: المعير.

(٤) في ح: المتعاقدين.

(٥) في ح: جوزوها.

(٦) في ح: لصيغة.

(٧) في ح: العاقد.

لموت^(١) أحد العاقدين^(٢) قبل استيفاء المدة؛ لأن ذلك عسى يوجد فيما إذا كانت المدة مقدار ما يعيش الإنسان إليه غالبًا^(٣)، ولا عبرة له^(٤).

ونظير هذا: إذا تزوج امرأة إلى مائة سنة، فإنه يكون متعة، ولا يكون نكاحًا صحيحًا في الروايات الصحيحة الظاهرة عن أصحابنا - رحمهم الله - وإن كان لا يعيش إلى هذه المدة غالبًا، وجعل ذلك بمنزلة الوقت اليسير كذا في مسألتنا، وإنما فعلنا كذلك^(٥) لما ذكرنا أن العبرة لظاهر اللفظ، وإنه يقتضي التأقيت، فصار النكاح مؤقتًا، والنكاح المؤقت باطل.

وكان القاضي أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: إن مشايخنا يترددون في فصل النكاح في مثل هذه [الصورة].

بعضهم قالوا: لا يجوز النكاح في مثل هذه الصورة.

وبعضهم قالوا: يجوز النكاح في مثل هذه^(٦) [الصورة، ويجعل ذلك التأقيت بمنزلة التأبيد.

وهكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - فكأنهم قاسوا هذا على ما ذكر في كتاب الطلاق في باب الإيلاء، إذا قال: والله لا أقربك إلى خروج الدجال أو إلى طلوع الشمس من مغربها، فإن هناك لا يصير [في القياس موليا ويصير]^(٧) موليا استحسانًا، ويجعل^(٨) ذلك بمنزلة التأبيد كذا ههنا.

(١) في ح: لموجب.

(٢) في ح: المتعاقدين.

(٣) زاد في ح: وظاهرا.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦٢١/٧).

(٥) في ح: هكذا.

(٦) سقط في ح.

(٧) سقط في أ.

(٨) زاد في ح: في الاستحسان.

الفصل الثاني: أن هذا العقد يعتبر عقدًا واحدًا أو عقودًا متفرقة:

قال بعضهم: يعتبر عقودًا متفرقة حتى لا يزيد مدة الخيار على مدة ثلاثة أيام في عقد واحد، فإن ذلك يوجب فساد العقد على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ولأن [بعض]^(١) المدة مستثنى عن العقد، فكيف يكون عقدًا واحدًا.

وقال بعضهم: يعتبر عقدًا واحدًا؛ لأننا لو اعتبرناها عقودًا فيما سوى العقد الأول من العقود يكون مضافًا، وفي الإجارة المضافة لا تملك الأجرة بالتعجيل، ولا باشتراط [التعجيل]^(٢)، والغرض من هذه الإجارة ملك الأجرة، ويبنى على هذا الاختلاف إجارة دار اليتيم إجارة طويلة واستئجار الدار لليتيم إجارة طويلة.

ووجه [البناء: أن]^(٣) هذا العقد لا شك أنه يصح في المدة التي يصيبها قليل الأجر في الإجارة؛ لأنه [لا]^(٤) يكون ضررًا في حق الصغير، وهل يتعدى الفساد إلى الباقي؟

فمن جعله عقودًا قال: لا يتعدى الفساد إلى الباقي.

ومن جعله عقدًا واحدًا قال يتعدى الفساد إلى الباقي.

والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله كان يفتي بتعدي الفساد إلى باقي المدة، وكان يقول: هذا عقد واحد لفظًا ومعنى، أما لفظًا فظاهر، فإن الأجر يقول: أجزتك هذه الدار بكذا هذه المدة بهذه الشرائط، والمستأجر يقول: استأجرت. وأما معنى؛ فلأن مقصودهما مباشرة عقد [واحد]^(٥) واستثناء بعض هذه المدة من المعقود لإتمام ما هو مقصودهما من هذا العقد، وهو التوثق بالمال مع حصول النفع للمستأجر، ويمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل تمام المدة لا لتفريق العقود.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: البيان.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

وكان الصدر الشهيد حسام الدين - رحمه الله - يقول: الأصح عندي أنها تعتبر عقوداً في حق سائر الأحكام، عقداً واحداً في حق ملك الأجرة بالتعجيل أو باشتراط التعجيل.

ومن اعتبرها عقداً واحداً فعذره عن قول مخالفه أنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام، نعم يزيد الخيار على ثلاثة أيام، ولكن^(١) في العقد، فإن من جوز هذه الإجارة شرط أن يشترط^(٢) الخيار في هذه الأيام المستثناة التي هي داخلة تحت العقد، فكان اشتراط الخيار في غير العقد، وإنه لا يفسد العقد، وإن كان زائداً على ثلاثة أيام بالإجماع.

ومن اعتبرها عقوداً فعذره عن ملك الأجرة بالتعجيل واشترط التعجيل، فإن طلب حيلة التجويز لهذه الإجارة، فالحيلة: إذا كانت الدار للصغير أن يجعل مال الإجارة بتمامه للسنة الأخيرة، ويجعل بمقابلة السنين المتقدمة مال هو أجر مثله أو أكثر ثم يبرئ^(٣) والد الصغير المستأجر عن أجرة السنين المتقدمة ويصح إبراؤه عند^(٤) أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -؛ لأنه هو العاقد خلافاً^(٥) لأبي يوسف - رحمه الله - فإن أراد أن يصير مجمعاً عليه يلحق به حكم الحاكم المولى في المجتهادات.

وإن استأجر أبو الصبي للصبي فإنه ينظر إلى أجر مثل كل سنة لهذه الدار، فيجعل مال الإجارة على اعتباره للسنين المستأجرة والسنين المتقدمة قليلاً.

صورة ذلك: إذا كانت أجرة هذه الدار لكل سنة مائة يجعل بمقابلة عشرين سنة من أوائل هذه السنين شيء قليل، ويجعل بمقابلة عشر سنين المستأجرة [ألفاً]^(٦) لا

(١) زاد في ح: لا.

(٢) في ح: الشرط.

(٣) في ح: ينوي.

(٤) في ح: عن.

(٥) في أ: بخلاف.

(٦) سقط في أ.

شيء قليل فيجوز ويحصل المقصود، وإن كان الألف أكثر من أجر مثل عشر سنين بحيث [لا]^(١) يتغابن الناس فيه، لا تجوز هذه الإجارة^(٢) الطويلة في العقار والضياح، تجوز في الدواب والمماليك؛ لأن المعنى^(٣) لا يوجب الفصل، هذا كله في الأملاك.

جئنا إلى الأوقاف، فيقول: إذا استأجر الأوقاف من المتولي مدة طويلة فإن كان الواقف شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه لا محالة، وإن كان شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة إلا إذا كانت الإجارة أكثر من سنة أنفع في حق الفقير فحيثذ يؤاجر أكثر من سنة، جاز للمتولي أن يؤاجر أكثر إذا رأى ذلك خيراً [للفقير، و]^(٤) إن لم يشترط الواقف في الوقف ألا يؤاجر أكثر من سنة، كان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يقول: لا يجوز للمتولي أن يؤاجر أكثر من سنة، لو فعل ذلك صح.

وكان الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص البخاري - رحمه الله - يجيز في الضياح^(٥) ثلاث سنين، وكان لا يجيز في غير الضياح أكثر من سنة. وكان أبو الليث - رحمه الله - يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياح والدور. وقد نقل عن جماعة من مشايخنا أنه لا يجوز أكثر من سنة. وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يفتي بالجواز فيما زاد على ثلاث سنين. وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياح إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياح كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز.

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في ح: وكما تجوز الإجارة.

(٣) في ح: الغنى.

(٤) في أ: للفقراء أو.

(٥) زاد في ح: في.

وذكر بعض مشايخنا في شرح حيل الخصاص الحيلة لجواز الإجارة الطويلة على الأوقاف: أن يعتمدوا عقوداً متفرقة على الأوقاف كل عقد على سنة فيكتب: استأجر فلان ابن فلان كذا بثلاثين عقوداً كل عقد على سنة، فيكون العقد الأول لازماً والثاني غير لازم؛ لأنه مضاف، ولكن هذه الحيلة عندي ضعيفة؛ لأن من لم يجوز الإجارة الطويلة على الوقف إنما لم يجوز صيانة للوقف عن البطلان، فإن الوقف إذا بقي في يد المستأجر مدة طويلة والناس يرونه يتصرف فيه تصرف الملاك يقع في قلبهم أنه ملكه فيشهدون له بالملك لو ادعاه يوماً من الدهر فيبطل الوقف، وفي حق هذا المعنى لا فرق بين أن تكون الإجارة معقودة بعقد واحد، وبين أن تكون معقودة بعقود متفرقة، فلا يجوز بأقل من أجر المثل بحيث لا يتغابن الناس في مثله.

فإن أراد الحيلة لجواز مثل هذه الإجارة الطويلة، فالحيلة: أن يؤجر المتولي كل سنة مقدار أجر المثل ثم يبرئ المستأجر، ويصح الإبراء؛ لأنه هو العاقد ويقر المستأجر في آخر الصك بالمال الذي توافقا عليه ديناً في ذمته، إما حالاً أو مؤجلاً كما يريد أنه يجوز من هذا الوجه، فإن كتبت الإجارة الطويلة على الوقف في ثلاث سنين بأجر المثل وإبراء المستأجر عن الأجر وحكم بجواز ذلك كله، جاز؛ لأنه مجتهد فيه، ثم إذا استأجر الوقف بأجر مثله حتى جازت الإجارة ورخصت أجرتها لا تنفسخ^(١) الإجارة، وإذا ازداد أجر مثلها بعد مضي بعض المدة، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: أنه لا يفسخ الإجارة، وذكر في شرح [الطحاوي]^(٢) أنه يفسخ الإجارة، ويجدد على ما ازداد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى.

ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخ الإجارة بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد إلى^(٣) وقت الزيادة، فيجب المسمى بحساب ذلك، وبعد الزيادة إلى تمام السنة

(١) في ح: يفسخ.

(٢) زاد في ح: متروك.

(٣) في ح: فإلى.

يجب أجر مثلها وزيادة أجر المثل إنما يعرف إذا ازدادت عند الكل . ذكر الطحاوي هذه الجملة في كتاب المزارعة .

وفي الفتاوى : حمام الوقف إذا أجره المتولي من رجل ، فجاء آخر وزاد في الأجر ليس للمتولي أن ينقض الإجارة الأولى إذا أجره بأجر مثله أو أنقص قدر ما يتغابن الناس فيه ؛ لأن الثاني في الزيادة على أجر المثل متعنت ، وهذا كله في الوقف . أما الأملاك : إذا رخص أجر المثل أو غلا لا تفسخ الإجارة باتفاق الروايات ، هذا كله في إجارة الدار .

وأما إذا كان المستأجر أرضاً إن لم يكن فيها زرع ولا شجر ، فالإجارة جائزة ، وإن كان فيها زرع أو شجر لا تجوز . واختلف المشايخ في تعليل هذه المسألة : بعضهم قالوا : إنما لا تجوز ؛ لأن المستأجر بحال لا يتمكن من الانتفاع فهو بمنزلة ما لو استأجر أرضاً سبخة أو أرضاً نزة .

وبعضهم قالوا : إنما لا تجوز ؛ لأن يد رب الأرض قائمة على الأرض حكماً لكون الأرض مشغولة بالزرع الذي هو ملكه وقد استأجر ما لا يقدر على تسليمه ، فلا يجوز ، وكذلك إجارة الكرم .

واعلم بأن تمام الإجارة ووجوب الأجر بتسليم المستأجر باتفاق الروايات لا يتحقق التسليم مع هذا الشغل ، وأما جواز الإجارة حتى يجب الأجر إذا فرغ الأرض وسلمها الآجر إلى المستأجر ، ففيه روايتان : فعلى إحدى الروايتين : شرط التسليم لصحة الإجارة ، وإن أراد الحيلة في ذلك فله حيلتان :

إحدهما : أن يدفع صاحب الأرض الزرع أو النخل معاملة إلى الذي يريد أن يستأجر الأرض على أن يعمل فيه بنفسه وأجرائه وأعوانه على أن ما رزق الله تعالى ، فهو بينهما على مائة سهم ، سهم من ذلك لصاحب الأرض ، وتسعة وتسعون سهمًا للمدفع إليه ، [ثم يأذن الدافع للمدفع إليه]^(١) بصرف السهم الذي له إلى مؤنات

(١) سقط في ح .

هذه الضيعة أو إلى شيء أراد الدافع ويرضى المدفوع إليه بذلك ثم يستأجر الأرض أو أصل الكرم بعد ذلك من صاحب الأرض بالشرائط التي بينهاها.

الحيلة الثانية: أن يبيع المزرع^(١) والأشجار ممن يريد استئجار الأرض بثمن معلوم ويتقاضان ثم تؤاجر الأرض منه على الشرائط التي بينهاها وإن كان الزرع لغير رب الأرض ولا يقدر رب الأرض أن يسلم الزرع، فالحيلة في ذلك ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده: أن يؤاجر الأرض بعد مضي السنة التي فيها الزرع فيجوز، وهذه إجارة مضافة إلى وقت في المستقبل، وإنها جائزة.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - بأن مشايخنا كانوا يترددون في جواز إجارة الأرض التي فيها أشجار وفي إجارة الكرم فيها بحيل وبيع الأشجار قبل الإجارة، بعضهم كانوا لا يجوزون ذلك ويقولون: إن بيع الأشجار هاهنا ليس بيع رغبة إنما هو بيع تلجئة، بدليل أن المستأجر يمنع عن قلع الأشجار، وإذا كان بيع الأشجار بيع تلجئة لا تزول الأشجار عن ملك البائع فحين يؤاجر الأرض يؤاجرها وهي مشغولة بحق البائع ويد البائع قائمة عليها، فلا يجوز.

وبعضهم قالوا: يحكم الثمن، فإن كان الثمن الذي قوبل بالأشجار مثل^(٢) قيمة الأشجار أو أكثر يستدل^(٣) به على أن بيع الأشجار بيع تلجئة ولا تجوز الإجارة بعده.

وكان العالم^(٤) الإمام عبد الرحمن - يرحمه الله - يقول: الإجارة جائزة وبيع الأشجار بيع رغبة؛ لأنهما قصدا صحة الإجارة ولا صحة لها وأن يكون بيع رغبة ولأنهما تلفظا ببيع الرغبة وصرحا به فتجوز الإجارة كيفما كان ثمن الأشجار.

وكان الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد - يرحمه الله - يقول: الإجارة جائزة وبيع

(١) في ح: الزرع.

(٢) في ح: مثله.

(٣) في ح: يستبدل.

(٤) في ح: الحاكم.

الأشجار بيع رغبة إلا أن المستأجر يمنع عن قلع الأشجار للعرف والعادة، وقد يجوز أن يمنع الإنسان عن التصرف في ملكه؛ ألا ترى أن بيع السلاح في أيام الفتنة من أهل^(١) الفتنة ممنوع عنه يمنع صاحبه عن بيعه مع أن السلاح ملكه، وكذلك من اشترى شجرة في أرض الغير وأراد أن يقلعها والقلع يضر بالأرض فإنه يمنع المشتري عن القلع ويقال له: خذ قيمة الشجر واتركه، وإن كان ذلك تصرفاً في ملكه.

وكان الطحاوي - رحمه الله - يقول بصحة بيع الأشجار بشرط وهو أن يكون بيع الأشجار بطريقها إلى بابها، وإن لم يكن له باب ينبغي أن يبين طريقاً معلوماً لها من جانب الأرض، أما بدون ذلك شراء الأشجار [يكون فاسداً ولا يملكها المشتري قبل القبض، ولو كان قبضها كان الرد مستحقاً عليه بفساد العقد، وبدون صحة شراء الأشجار لا تصح]^(٢) الإجارة.

وسمعت الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - [يقول]^(٣): الأصح طريق معاملة الزرع والأشجار؛ لأن من أجاز^(٤) الإجارة الطويلة أجازها^(٥) فرازاً من^(٦) شبهة الربا الذي في بيع المعاملة، وبيع الأشجار ههنا بيع معاملة؛ لأنهم يريدون عود الأشجار إلى ملكهم عند فسخ الإجارة فقد وقعوا فيما فروا عنه؛ ولأن في بيع الأشجار مطلقاً يدخل موضعها في الأرض في أصح الروايتين فلا يمكن تجويز إجارة ذلك الموضع؛ لأنه يكون مستأجرًا ملك نفسه.

فإن قال: إنما يدخل موضع الشجر بمقدار غلط الشجر وعروق الأشجار فيما وراءه ويجوز استئجار موضع عروق الأشجار لإبقاء عروق الشجر^(٧).

(١) في أ: أجل.

(٢) في ح: لا بصحة.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: اختار.

(٥) في ح: اختارها.

(٦) في ح: عن.

(٧) في ح: الأشجار.

قلنا: لو كان الأشجار لمواضع عروق الشجر ينبغي أنه إذا استأجر عروق أصل الكرم أن يستثني مواضع الأشجار حتى تختص الإجارة بما وراءه، فإنه إذا لم يستثن يصير الأجر جامعًا بين ملكه وملك المستأجر ويؤاجرهما صفقة واحدة وإنه لا يجوز.

ثم إذا أراد أن يكتب كتاب الإجارة الطويلة في دار يكتب بعد التسمية: هذا ما استأجر فلان بن فلان الفلاني جميع الدار التي هي ملك الأجر هذا وفي يده وتحت تصرفه، وموضع هذه الدار في كورة كذا في محلة كذا في سكة كذا بقرب مسجد كذا في ربيعة كذا عن يمين من يدخلها أو يساره و^(١) المنزل الأول منها و^(٢) الثاني أحد حدودها كذا والثالث والرابع كذا بحدودها وحقوقها [وطريقها التي هي لها]^(٣) من حقوقها [وكل حق هو له فيها ومنها من حقوقها]^(٤) ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة من تسع وعشرين سنة من متقدمها أولها غرة شهر كذا وآخرها سلخ شهر كذا بكذا [كذا]^(٥) درهمًا جيدة منتقدة معدودة وازنة بوزن سنة نصفها كذا على أن يسكنها [المستأجر هذا ويسكنها]^(٦) من أحب وينتفع بها أي وجوه الانتفاع شاء ويؤاجرها ممن أحب إجارة صحيحة تامة لازمة لا فساد فيها ولا عدة [ولا تلجئة]^(٧) على أن يكون سبع وعشرين سنة من أوائلها سواء الأيام المستثناة سدس درهم وقبض المستأجر هذا جميع هذه الدار المسماة المحدودة في هذا الكتاب يوم وقع عقدة الإجارة هذه قبضًا صحيحًا فارغًا عن كل شاغل ومانع وسلم المستأجر هذا جميع الأجرة المذكورة في هذا الكتاب بتمامه وكماله على سبيل التعجيل إلى الأجر

(١) في ح: أو.

(٢) في ح: أو.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

(٦) سقط في ح.

(٧) سقط في ح.

هذا وقبضه منه الآجر هذا قبضاً صحيحاً، وجعل كل^(١) واحد من العاقدين صاحبه بالخيار في هذه الأيام المستثناة يفسخ العقد أيهما أحب وتفرقا عن مجلس هذا العقد طائعين راغبين لا علة بهما ولا بواحد منهما من مرض وغيره ولا بولاء على واحد منهما ولا عليهما وتفرقا بعد صحة عقد هذه الإجارة وتماهه تفرق الأبدان والأقوال بعدما أقرأ على أنفسهما أنهما رأيا هذه الدار المحدودة في هذا الكتاب ظاهرها وباطنها وسائر أرضها [وبنائها وسمائها]^(٢) وجميع حقوقها وما فيها ومنها من قليل وكثير داخل فيها وخارج عنها وعرفاه ورأياه عند عقد هذه الإجارة^(٣) من صيانة وتعاقدا على ذلك وذلك في يوم كذا من سنة كذا.

وإنما كتبنا: أولها غرة شهر كذا؛ لأنه لو كان في وسط الشهر واليوم لا يدرى في أي وقت تنتقض هذه الإجارة فيتنازعان، وكذا في اختيار الفسخ فكتبنا ذلك حتى لا يقع الفسخ خارج الأيام المستثناة، وإنما كتبنا: قبض الدار المستأجرة قبل قبض الأجرة بخلاف البيع؛ لأن ثمة الثمن^(٤) واجب بنفس الشراء فيكتب قبل قبض الثمن بعد كتابة الشراء، وههنا الأجر غير واجب على المستأجر حتى يقبض، فلا بد من البداية بقبض الدار، وإنما شرطنا الخيار في الأيام المستثناة عن العقد للحكمة التي ذكرناها قبل هذا.

قالوا: ولا ينبغي أن يكتب في اشتراط الخيار: على أن لكل واحد حق الفسخ في هذه الأيام بمحضر من صاحبه وبغير محضر منه؛ لأن على قول مشايخنا - رحمهم الله - لا يصح الفسخ بدون محضر من صاحبه على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد، فكان شرطاً فاسداً دخل في هذا العقد، فيوجب فساد العقد. وإذا استأجر من آخر مدة قصيرة سنة مثلاً، أو استأجر أرضاً بهذه الصفة، ثم

(١) في ح: لكل.

(٢) في ح: وبنائها.

(٣) زاد في ح: من.

(٤) في ح: المستمر.

الآجر أجرها من غيره إجارة طويلة لا شك أن الإجارة الطويلة لا تجوز في هذه الإجارة القصيرة؛ لأن إجارة المستأجر لا تنعقد أصلاً. وهل يجوز فيما وراءها؟ فمن جعلها عقدًا واحدًا يقول: لا تجوز؛ لأن^(١) العقد فيما وراء المدة القصيرة مضاف، وإضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل جائزة فإذا انقضت المدة [تنفذ الطويلة]^(٢)، وأما إذا استأجر أرضًا أو دارًا إجارة طويلة، ثم إن الآجر أجرها من غيره إجارة طويلة لا تنعقد الإجارة الثانية أصلاً، حتى إن الآجر مع الأول إذا تفسخا الإجارة لا يؤمر بتسليمها إلى المستأجر الثاني.

رجل أراد أن يستأجر دارًا أو ضياعًا سنين معلومة ويخاف المستأجر أن تنتقض الإجارة بموته أو بموت الآجر أو يغدر به الآجر وأراد التوثيق به، فالحيلة في ذلك: أن يجعل المستأجر لكل سنة من أول سني الإجارة أجرًا قليلاً مما يريد أن يستأجر به^(٣) ويجعل أكثر الأجر للسنة الأخيرة من هذه السنين، حتى إذا انفسخ العقد قبل حصول مقصوده لا يلزمه ما يتضرر به ويمتنع رب الدار من الفسخ كيلا يفوته معظم الأجر الذي هو بمقابلة الأجرة، وإن كان رب الدار هو الذي يخاف أن يسكن المستأجر بعض السنين ويفسخ العقد بعد ذلك بعذر، فالثقة لرب الدار أن يجعل معظم الأجر بمقابلة السنة الأولى حتى لا يفسخ المستأجر العقد في بقية المدة؛ لأنه قد لزمه أكثر الأجر، ولو انفسخ العقد، لم يتضرر به صاحب الدار.

ذكر الخصاف المسألة على هذا الوجه في حيله.

وذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الإجازات مثل هذه الحيلة في الغلام فقال: الأب إذا سلم الغلام ليعلمه العمل، وقد كان الغلام قد بلغ مقدار ما يستأجر مثله لذلك العمل، وخاف كل واحد منهما من صاحبه - يعني أبا الغلام والعاقد - وذكر

(١) في ح: يقول إن.

(٢) في ح: تنفذ للطويلة.

(٣) زاد في ح: الأرض.

الحيلة من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولم يذكر الخصاف ما إذا خاف كل واحد منهما من صاحبه الغدر كيف التقد لهما.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - الوجه في ذلك: أن يجعل شيئاً كثيراً من الأجر للسنة الأولى وكذا للسنة الأخيرة وما بقي من الأجر يكون بمقابلة ما بين السنة الأولى والسنة الأخيرة حتى إنه إذا أراد أن يؤاجر دار إنسان مثلاً عشر سنين بألف درهم يجعلان أربعمئة وخمسين بمقابلة السنة الأولى، وأربعمئة وخمسين بمقابلة السنة الأخيرة، وما بقي من ذلك مائة بمقابلة ثمان سنين.

المستأجر إجارة طويلة إذا أجر المستأجر من غيره إجارة طويلة، ذكر الحاكم أحمد السمرقندي - رحمه الله - في شروطه: ينبغي له أن يبين في الإجارة الثانية الأيام المستثناة في الإجارة الأولى ويستثنى ذلك نصّاً لتبيين الداخل في العقد الثاني من الأيام من غير الداخل، وهذا؛ لأن الأيام المستثناة في العقد لا بد من بيانها واستثنائها نصّاً لتصح الإجارة الثانية في ذكر على حدة، وأما إذا كتب في الذكر الأول أو على ظهره وذكر فيه سوى الأيام المستثناة المذكورة فيه كفى ذلك لجواز العقد الثاني. وإذا باع الأجر المستأجر قبل أيام الاختيار ثم جاء وقت الاختيار هل ينفذ البيع؟

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أنه كان يقول: يجب أن يكون في المسألة روايتان: في رواية يجوز. وفي رواية: لا يجوز. والصدر الشهيد - رحمه الله - اختار رواية الجواز.

والشيخ ظهير الدين اختار رواية عدم الجواز احترازاً عن التلبس والإبطال، وكان يقول: الناس يحتالون ويقولون: قد بعنا قبل الأيام وانفسخت الإجارة في الأيام المستثناة ويطلبون أجرة ما مضى بعد الفسخ وعسى يزداد ذلك على مال الإجارة فيؤدي إلى الإضرار بالمسلمين.

ولكن هذا ليس بصواب، فإن في هذه الصورة لا يجب على المستأجر أجر ما

مضى بعد الفسخ، وإن كان المستأجر معدًّا للاشتغال إذا لم يعلم المستأجر بالفسخ لا يكون سكنه على وجه العلة، بل يكون بتأويل الإجارة وإنما تجب العلة في المعدة للاستعمال بالسكنى إذا كان السكنى وجه العلة نصًّا أو دلالة، أما إذا كان بتأويل عقد أو تأويل ملك كبيت أو حانوت عن رجلين سكن أحدهما فيه لا يجب الأجر على الساكن وإن [كان معدًّا]^(١) للاستغلال، وإن كان الأجر باع المستأجر في أيام الفسخ، ذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن هذا الفصل يجب أن يكون على الروایتين كما لو باعه قبل أيام الفسخ؛ لأن الإجارة في الثانية مضافة.

وكان الصدر الشهيد - رحمه الله - يقول: ينبغي أن ينفذ البيع ههنا باتفاق الروايات؛ لأن للآجر ولاية الفسخ في الأيام المستثناة، والبيع دلالة الفسخ، ولهذا احتالوا بحيلة البيع قبل أيام الفسخ لينفسخ في أيام الفسخ، فأما في الإجارة المضافة فليس للآجر ولاية الفسخ فجاز أن يكون في نفاذ بيعه في أيام الفسخ اختلاف الروايات.

وهب المستأجر للآجر في الإجارة الطويلة الأجر قبل انفساخ الإجارة لا يصح؛ لأن الأجرة صارت ملكًا للآجر فالمستأجر وهب ملك الآجر منه فلا يجوز، وإذا استأجر شيئًا إجارة طويلة صحيحة بدنانير دين موصوفة فأعطاه مكان الدنانير دراهم ثم تفاسخ العقد، فالآجر يطالب بالدنانير لا بالدراهم؛ لأن التعجيل مشروط في الإجارة الطويلة فالأجرة تجب باشتراط التعجيل في الإجارة الصحيحة، فإذا قبض مكان الدنانير دراهم كانت هذه مصارفة بدين واجب فتصح وصار المستأجر بإيفاء الدراهم [موفيًا الدنانير، ولو كان العقد فاسدًا وباقي المسألة بحالها يطالب الآجر بإعطاء الدراهم؛ لأن الأجرة لا تملك باشتراط التعجيل في الإجارة الفاسدة فلم

(١) في ح: معه.

تصح المصارفة، فلا يصير المستأجر^(١) موفياً للدنانير، فلا يجب على الآجر إيفاء الدنانير.

ولو قال لغيره: أجرتك داري هذه أو قال: أرضي هذه على أنك تفسخ العقد متى شئت، كانت الإجارة فاسدة؛ لأن مدة الخيار تزيد على ثلاثة أيام.

وفي فتاوى الفضلي: إذا أجر الرجل حانوته مشاهرة ثم أجره من غيره إجارة طويلة وأمر الآجر المستأجر أن^(٢) يكون هو الذي يقبض الأجرة من المستأجر مشاهرة ثم مات الآجر بعد ذلك والمستأجر إجارة طويلة هو الذي يقبض الأجر فيها^(٣) فهو له إلا أجرة الشهر الذي وقعت الإجارة الأولى فيه؛ لأن الإجارة الثانية إنما تصح عند الشهر الثاني؛ لأن بموته تنفسخ الأولى.

ومعنى المسألة: أن الإجارة الأولى وقعت صحيحة، وإنما تمتنع صحة الإجارة الثانية، ولكن للآجر حق الفسخ عند الشهر الثاني وإقدامه على الإجارة الثانية دليل الفسخ فانفسخ العقد الأول عند الشهر الثاني، ومتى صحت الإجارة الطويلة فإذا طلب المستأجر إجارة طويلة الأجرة من المستأجر الأول وأجابه المستأجر الأول إلى ذلك فهذا عقد بين الأول وبين المستأجر إجارة طويلة إجارة جديدة مشاهرة، فهو معنى قوله: ما قبض المستأجر الثاني من الأجرة فهو له إلا أجر الشهر الذي وقعت فيه الإجارة الأولى.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري - رحمه الله - : أراد بقوله: (ما قبض المستأجر من الأجرة فهو له)، ما قبض في حال حياة الآجر؛ لأن بموت الآجر تنفسخ الإجارة فما يأخذ بعد ذلك يأخذ بغير حق فيلزمه رده على من أخذ منه.

إذا استأجر كرمًا إجارة طويلة كما هو المرسوم ففوارغه على من فهذا على

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: إجارة طويلة.

(٣) في ح: فيما قبض.

التفصيل: إن باع الأشجار كما هو أحد الطريقتين لا شيء على الأجر، وإنما هو على المستأجر وهو المشتري، وإن دفع معاملة كما هو أحد الطريقتين فهو^(١) على الأجر والعمل وهو المثل ليصير زارعًا على المستأجر.

وإذا استأجر من آخر أرضًا سنة بأجرة معلومة، ثم إنه دفعها إلى المؤجر مزارعة ينظر: إن كان البذر من قبل المالك وهو المؤجر لا يجوز، وإن كان البذر من قبل المستأجر جاز؛ لأن في الوجه الأول: يصير المالك مستأجرًا لملكه وهو الأرض، والمالك لا يصلح مستأجرًا، وفي الوجه الثاني: يصير المالك أجيرًا في العمل لغيره في ملك نفسه والمالك يصلح كذلك.

هذه المسألة في شروط الحاكم أحمد - رحمه الله - .

وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد - رحمه الله - : أنه لا يجوز سواء كان من قبل المالك أو من قبل المستأجر، فأما إذا استأجر رب الأرض بالدرهم ليعمل من الأرض جاز، وأما إذا استأجر كرمًا ثم إن المستأجر دفع الكرم إلى المؤجر معاملة، فهو^(٢) على وجهين: إن كان المالك في الإجارة باع الأشجار كما هو أحد الطريقتين جاز، وإن كان المالك دفع الأشجار معاملة لا يجوز دفع المستأجر إلى الأجر معاملة، وعلى قياس المسألة الأولى لا يجوز، فيتأمل عند الفتوى.

إذا دفع أرضه مزارعة على أن يكون البذر على المزارع حتى صار المزارع مستأجرًا للأرض ثم أجر من غيره إجارة طويلة من غير رضی المزارع لا يجوز؛ لأنه أجر المستأجر فلا يجوز فإن رضی به المزارع انفسخت مزارعته، وتتعذر الإجارة الطويلة بخلاف إجارة المستأجر إذا رضی به المستأجر، حيث ينفذ عليه وههنا يفسخ الأول.

إذا وقعت الإجارة على أرض فيها أشجار أو على كرم، فكان فيه بيع الأشجار ثم

(١) في ح: فهي.

(٢) في ح: فهذا.

تفاسخا الإجارة يفسخ البيع في الأشجار [بفسخ الإجارة ولا يحتاج إلى فسخ البيع في الأشجار]^(١) نصًا.

رجل استأجر من آخر كرمًا بشرائها من بيع الأشجار وغير ذلك، إلا أن المستأجر لم يقبض الكرم من الآجر وأتى على ذلك سنون وقد كان المستأجر يبيع ثمار الكرم على الأشجار من الآجر في كل سنة ويأخذ منه الثمن ما حكم هذه المسألة؟

فقد قيل: حكم المسألة أن بيع الثمار من المستأجر قبل القبض فاسد؛ لأنه بيع المبيع المنقول قبل القبض.

بيانه: أن الأشجار صارت مبيعة والثمار متولدة منها، والمتولد من المبيع مبيع فإذا باعها قبل القبض فقد باع المبيع المنقول قبل القبض فيكون فاسدًا، فإذا استهلكها الآخر^(٢) يجب على الآجر قيمتها ليس من ذوات الأمثال.

وهذا الجواب ليس بصواب؛ لأن الآجر يأكل الثمار صار مستهلكًا الزيادة الحادثة من المبيع قبل القبض، والزيادة الحادثة من المبيع قبل القبض تصير مقصودة بالاستهلاك ويأخذ قسطًا من الثمن فينقسم ثمن الأشجار على الأشجار وعلى الثمار على قدر قيمتها، فما أصاب الثمار سقط عن المشتري، وإما أن يجب عليه قيمة الأشجار، فالإجارة طويلة (وافسخ كرديد أجره من مستأجر [راكفت مال]^(٣) اجارت زا ازمان رازمان زهد حق بائع درحبس حق باطل شور).

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أنه كان يقول: المتولي إذا أجر الوقف مدة معلومة كما هو الرسم ببخارى أو عجل المستأجر الأجرة، ثم إنهما تفاسخا العقد ليس للمستأجر أن يمنع المستأجر إلى أن يستوفي

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : الآجر .

(٣) في ح : كتب .

الأجر؛ لأن الوقف لا يحبس بحال؛ لأن فيه تعطيل الوقف.

رجل استأجر من آخر دارًا إجارة طويلة بمائة دينار وقيمة الدار خمسون دينارًا، فمات الآخر حتى انفسخت الإجارة بموته ولم يترك مالا سوى هذه الدار، ثم إن وارث الأجر أجر هذه الدار من المستأجر بالمائة الدينار التي له على مورثه إجارة طويلة ثم انفسخت هذه الإجارة من بين وارث الأجر وبين المستأجر، فالمستأجر لا يرجع على الوارث بالمائة؛ لأنه لا يجب على الوارث للمستأجر شيء بحكم انفساخ الإجارة ما قبضه الأجر من المستأجر بحكم العقد، فإذا لم يقبض منه شيئًا بحكم الإجارة الثانية لا يجب عليه عند انفساخها رد شيء، بقي دين المستأجر على الميت وذلك مائة؛ إلا أن تركة الميت هذه الدار وقيمتها خمسون فيطالبه المستأجر بقدر خمسين لا بالمائة.

عن أبي يوسف - رحمه الله - في رجل أجر عبده من رجل وسلمه إليه ثم باعه من غير عذر وسلمه إلى المشتري ومات في يده، فليس للمستأجر أن يضمن المشتري قيمته، فالمشتري في هذا يخالف الراهن؛ لأن حق المستأجر في المنافع والقبض لا تلافيتها، وحق المرتهن في العين والقبض تلافيه.

وعنه أيضًا: رجل استأجر من آخر دارًا على أنها عشرة أجرية بعشرة دراهم فزرعها ثم وجدها خمسة عشر جريبًا أو وجدها تسعة أجرية فله الأجر الذي سماه. ولو قال: كل جريب بدرهم، سئل شيخ الإسلام أبو الحسن الأشعري - رحمه الله - عن مقدار أجرية الصكاكين فقال: الوثيقة إذا كانت [بمال] ^(١) يبلغ ألفا ففيها خمسة دراهم فإن بلغ ألفين ففيها عشرة دراهم هكذا إلى عشرة آلاف حتى يجب خمسون درهمًا في عشرة آلاف، ثم ما زاد ففي كل ألف درهم يضم إلى الخمسين الواجبة، وإن كانت الوثيقة بأقل من الألف إن لحقه من المشقة مثل ما يلحقه وثيقة ^(٢)

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: وسعه.

الألف [ففيها]^(١) خمسة دراهم، وإن كان ضعف ذلك ففيها عشرة دراهم، وإن كان نصف ذلك ففيها درهمان، وفي الزيادة والنقصان على اعتبار ذلك. قال شيخ الإسلام هذا: كذا ذكر لنا السيد الأجل الزاهد الأستاذ أبو شجاع.

قال شيخ الإسلام: هذا كأنه مروى عن أبي حنيفة - رحمه الله - أو عن بعض أصحابنا المتقدمين - رحمهم الله - .

استأجر أرضاً للمزارعة فزرعها واصطلم الزرع آفة يجب الأجر لما مضى ويسقط أجر ما بعد الاصطلام.

ذكر شيخ الإسلام في السير الصغير في باب توظيف الخراج: رجل استأجر من آخر داراً بمائة دينار فلم يسكنها حتى أمره رب الدار أن يعطي رجلاً عشرة دراهم من أجرة الدار على أن يكون قرضاً لرب الدار على القابض، ثم انتقضت الإجارة بينهما بموت أحدهما، لا سبيل للمستأجر على المستقرض؛ لأن رب الدار يصير كالمستعجل بهذا القدر من الأجر، فعند انتقاض الإجارة يكون رجوعه على رب الدار لا على المستقرض، فبعد ذلك إن كان المستأجر نقد المستقرض أردأ^(٢) من أجرة الدار، رجع على الأجر بما أعطى، وإن نقد أفضل، لم يرجع على الأجر إلا بمثل ما أمره بالأردأ^(٣) ويرجع الأجر على المستقرض بمثل ما قبض من المستأجر. استأجر دابة بعينها؛ لأن يضع عليها مقداراً أو أرى المكاري أن يضع عليها شيئاً من متاعه من المستأجر، فللمستأجر أن يمنع المكاري من ذلك، مع هذا إذا وضع وتلفت الدابة من ذلك الموضع يجب المسمى بكماله بخلاف ما إذا استأجر داراً وشغل بعضها رب الدار بمتاع نفسه، حيث يسقط عن المستأجر بحصته من الأجر. في باب إجازات الدواب من شرح شيخ الإسلام - رحمه الله - .

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: من اودى.

(٣) في ح: بالأداء.

[رجل]^(١) استأجر رجلاً ليحمل له خشبة من كربسة إلى بخارى على العجلة ف جاء بها في الماء، قيل: له أجر المثل.

ذكر في باب مسائل شتى من النوازل: أجر دابة إلى موضع بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه ذلك فرجع بعد خمسة أيام، قال: عليه درهمان؛ لأنه خالفه في الرجوع، فعليه أجر الذهب خاصة.

المستأجر يضمن بالتجهيل؛ لأن العين في يده أمانة والحكم في الأمانات ما ذكرنا.

انتقد رجل دراهم غيره فلم يحسن الانتقاد فلا أجر له ولا ضمان عليه. في غضب فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : استأجر رجلاً بدرهم معلومة لعمل معلوم فاستحقت، فللأجر أجر مثل عمله، وإذا كانت الأجرة عيناً وباقي المسألة بحاله يجب قيمة الأجر.

ذكر شيخ الإسلام في [شرح]^(٢) كتاب المزارعة في باب المزارعة يكون البذر فيها لرجل والعمل لآخر: أن الإجارة على عمل كان العامل شريكاً فيه لا تنعقد أصلاً، وإجارة المكان لوضع طعام مشترك من شريكه جائز.

إذا قال الأجر: أجرتك هذه الدار سنة بألف درهم كل شهر بمائة تقع الإجارة على ألف ومائتي درهم، ويصير القول الثاني فسحاً للأول، كما لو باع بألف ثم باع بأكثر.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا قصد أن تكون الإجارة كل شهر بمائة، أما إذا غلطا في التفسير لا يلزمه الألف درهم؛ لأنه لم يقصد فسخ العقد الأول، وإن ادعى الآخر أنه كان قصدهما فسخ الأول، وادعى المستأجر الغلط في التفسير، فالقول قول مدعي الفسخ مع يمينه، كما لو تواضعا على بيع تلجئة ثم باشرا العقد مطلقاً من غير

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

شرط، يثبت البيع بينهما مطلقاً، إلا أن يتفقا أنهما باشرا على ما تواضعا عليه كذا [ههنا]^(١).

وفيه أيضاً: إذا قال لآخر: أجرتك داري هذه يوماً واحداً بكذا وسنة مجاناً، ولو قال: أجرتك داري هذه سنة يوماً بكذا، وباقي السنة مجاناً، فسكنها سنة كان عليه أجر مثله في يوم واحد ولا شيء له في الباقي؛ لأنه نفى الإجارة في الباقي، وإنما وجب أجر المثل في يوم واحد؛ لأن الإجارة في يوم واحد وقعت بصفة الفساد لجهالة اليوم.

وفي النوازل: استقرض من آخر دراهم وسلم إلى المقرض حماره ليمسكه ويستعمله إلى شهرين حتى يوفر عليه الدراهم، والحمار عند المقرض بمنزلة المستأجر إجارة فاسدة، فإذا استعمله فعليه أجر مثله، وكذلك إذا سلم إلى المقرض داره ليسكنها فهذه إجارة فاسدة، ولا يكون رهناً.

وفيه: لو استقرض دراهم من رجل وقال: ليسكن حانوتي هذا، فما لم أرد عليك دراهمك فلا أطلبك بأجرة الحانوت والأجرة التي تجب عليك هبة لك، فدفعت المقرض الدراهم وسكن الحانوت مدة.

قال: إن كان ذكر ترك الأجرة عليه مع استقراضه منه المال فالأجرة واجبة على المقرض يريد به أجر المثل، وإن كان ذكر ترك الأجرة قبل الاستقراض أو بعده فلا أجر على المقرض والحانوت عنده عارية؛ لأن في الوجه الأول قصد التوسل بمنافع الدار إلى المقرض فما رضي باستيفائها مجاناً والمستقرض وافقه على ذلك حتى أقرضه على تلك المواضعة، فكان إجارة فاسدة.

أما في الوجه الثاني: لم يطمع في مقابلة منافع الدار شيئاً، فكانت الدار عارية. قيل: الصحيح أنه يجب أجر المثل في الوجهين؛ لأننا نعلم يقيناً أن غرضه من دفع الدار وترك الدار التوسل إلى القرض فما رضي باستيفاء منافع الدار مجاناً ففي

(١) سقط في ح.

الحالين جميعًا وجب أجر المثل من هذا الوجه .

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - : رجل استأجر من آخر أرضًا على أنها عشرة أجربة بعشرة دراهم فزرعها ثم وجدها خمسة عشر جريبًا، أو وجدها تسعة أجربة، قال: فله الأجر الذي سمي، ولو قال: كل جريب بدرهم، حسب عليه كل جريب بدرهم .

ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : رجل اکتري من رجل دارًا بعبد سنة، فسكن المستأجر الدار ثم ناقضه الإجارة في العبد فإنه يرد العبد ويعطيه أجر مثل الدار وإنما كان كذلك؛ لأن جعل العبد أجرة صحيح به فصارت الإجارة عرضًا وصارت هذه الإجارة في معنى بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحد العوضين فتصح الإقالة على القرض^(١) القائم، وإذا صحت الإقالة على العبد عاد العبد إلى ملك المستأجر فوجب رد العين على المستأجر ووجب رد المنافع على الأجر وتعذر ردها صورة فيجب ردها معنى برد أجر المثل .

وإذا تَكَارَى منزلًا كل شهر بدرهم على أن ينزله ولا ينزل غيره، فتزوج امرأة أو امرأتين فله أن ينزلهما وليس لصاحب الدار أن يأبى؛ لأن هذا شرط ضائع لا منفعة فيه لصاحب الدار؛ لأن سكنى غيره لا يضر بالدار حتى يكون [في]^(٢) ترك سكنى غير المستأجر منفعة للمستأجر، فقد حكم بجواز هذا العقد مع هذا الشرط وإن كان هذا شرطًا لا يقتضيه العقد؛ لأنه ليس للمتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط لا يفسد العقد، وهذه المسألة متداولة، وتأويلها ألا يكون للمنزل بئر بالوعة ولا بئر وضوء، وقد ذكرنا هذا التأويل في المسائل المتقدمة .

رجل استأجر من رجل مَرًا عشرة أيام بدرهم، ثم إن المستأجر أودع المَرَّ عند الأجر خمسة أيام من هذه العشرة كان على المستأجر أجر العشرة أيام؛ لأن يد

(١) في ح: العرض .

(٢) سقط في ح .

المودع يد المودع فكان المرّ في يد المستأجر في جميع المدة، ولو كان مكان الإجازة عارية وباقي المسألة بحالها، ففي وجوب الأجر في مدة العارية روايتان. رجل استأجر دكاناً شهراً كل يوم بدرهم فنادى منادي أمير البلدة: أن من فتح الدكان إلى ثلاثة أيام أغير على متاعه، فلم يفتح المستأجر الدكان ثلاثة أيام خوفاً من الغارة هل يجب عليه أجر هذه المدة؟ إن لم يكن الغالب هو الغارة [على تقدير الفتح يجب، وإن كان الغالب هو الغارة]^(١) فإن كانت أمتعته في الدكان فبقدر حصة المتاع يجب الأجر وبقدر حصة التصرف لا يجب.

«مردى أو علة دار دكان حوش ازعلها كدشيه متى ياست وعله دار كراردن علها كدشة مما طلب في كرد فداويد دكان تقاضى مرافعت كرد قاضى دكان دامهر كردرين مرب كه بردر دكان مهر بوده باسيد غلة واجب بودير غلة دار بانه جواب انست اكر غلة دار مهر قاضى رانتو ابا فكند رخصار» ممنوعاً عن الانتفاع بالدكان فيسقط عنه الأجر كما في فصل الغصب «تافند شانه يافندكي نمر ذكر فيه است هردور ببدل معلوم وابن يافنددر مغاك وفق يا فندكي من كند متولي شانه رارحمت غلة كرفت وبر وجند روز بداست مرد شانه دران مدت كي در دست واجب سود جواب است كه اكر يا فند راقوت معايله يا متولي وسانندن شارار متولي ينسب واجب بسود اكيري» سفينة بحمل الحنطة المعينة إلى موضع، فحمل صاحب السفينة تلك الحنطة في سفينة أخرى استحق الأجر المسمى؛ لأن بين السفينتين لا تفاوت في الحمل، ذكره الشيخ الإمام الكبير البقالي - رحمه الله تعالى -.

استأجر بعيراً بعينه للحمل عليه، فليس للمكاري أن يحمله^(٢) على بعير آخر، ولو لم يعين بعيراً صح وللمكاري أن يحمله على أي بعير شاء. في أول إجازات القدوري: استأجر رجلاً «باحر نهادي راز سفر بكردون تبارد

(١) سقط في ح.

(٢) في خ: يحمل.

بيخاري حوبها را بابا ندرا فكنند ويخارى اورد مسمى واجب سود بتمامي وعلى هذا نكري مرد بكرى رابا جاءت كرفت خمها ويدار بدر وازج ركر دون باب ابدرا فكنند ويرد أجر واجب سود بتمامي».

وإنما وجب الأجر بتمامه استدلالاً بمسألة ذكرها محمد - رحمه الله - في كتاب الإجازات من الجامع الصغير صورتها: رجل استأجر رجلاً ليحمل متاعاً له وعين له الطريق، فأخذ الأجير في طريق آخر وبلغ ذلك المكان فله الأجر المسمى، وكذلك لو حمله في البحر فيما يحمله الناس وبلغ ذلك الموضوع فله [الأجر]^(١) المسمى. الأجر إذا باع المستأجر من أجنبي، ثم [إن]^(٢) المشتري دفع الثمن إلى المستأجر بجهة مال الإجارة ينظر: إن كان الأجر حاضرًا كان متطوعًا، وإن لم يكن حاضرًا لم يكن متطوعًا؛ لأن في الوجه الثاني: هو مضطر في الأداء لتخليص ملكه فهو نظير المعير للرهن إذا قضى دين المستعير، وفي الوجه الأول: هو ليس بمضطر؛ لأنه يمكنه أن يدفع الثمن إلى الأجر ليقضي الأجر به مال الإجارة فيسلم ملك المشتري له.

رجل تكارى دابة ليذهب بها إلى شرع مثلاً على أن أجرها درهم، وإن ذهب بها إلى طواویش فأجرها أيضاً درهم، وهو أن يذهب بها إلى شرع^(٣) تجاوزه وعلى أحد التقديرين أجرها إلى شرع أقل من درهم فكان الأجر إلى شرع مجهولاً ففسد الإجارة.

سئل عن أجرة القابلة، فقال: على من دعاها واستأجرها، إن دعا الزوج إياها، فالأجر على الزوج، وإن دعت المرأة إياها فالأجر على المرأة، وإن طلبت المرأة من زوجها أن يستأجر القابلة لا يجبر الزوج على ذلك؛ لأن أجرة القابلة في معنى ثمن

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) زاد في ح: ولم.

الدواء وأجرة الطبيب وذلك لا يجب على الزوج .
 إذا استأجر دارًا بشيء بعينه نحو الثوب أو العبد مدة معلومة وسكن المستأجر
 الدار في مدة الإجارة ثم استحق ذلك الشيء رجع .
 ذكر محمد في الأصل وفرق بين الإجارة ثم والنكاح ، فإن من تزوج امرأة على
 شيء بعينه واستحق ذلك الشيء من يد المرأة فالمرأة ترجع على الزوج بقيمة ذلك
 الشيء .

«مردى أشياء بمردى بإجازات دا دهمين أجر كندمها فرستاد يرد بك همين
 مستأجر يارد كيد فمزد واجب سود واكر كعته باسد كي ار دكن ونه كفت يابن اسافرد
 واجب سود» .

استأجر مرًا [شهرًا]^(١) كل يوم بدرهم فعمل بالمر عشرة أيام أو أكثر من ذلك
 فجاء غريم له يتقاصه ودفع المر إليه رهنا له بماله وبقي المر في يد الغريم عشرة
 أيام، ثم إن المستأجر قضى دين الغريم واسترد المر فهل يجب الأجر للعشرة الأيام
 التي كانت فيها رهنا؟

ينبغي ألا يجب؛ لأنه صار غاصبًا الرهن ودخل في ضمانه، والأجر مع الضمان
 لا يجتمعان .

استأجر المبانة بعد انقضاء عدتها لترضع ولده منها بأجر معلوم، ثم تزوجها هل
 تبقى تلك الإجارة؟

قيل: ينبغي ألا تبقى؛ لأن الإجارة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع
 ساعة فساعة فبعدما تزوجها يتجدد انعقاد الإجارة على إرضاع ولده منها فكأنه
 استأجرها في هذه الحالة، ولو استأجرها في هذه الحالة لا تجوز الإجارة كذا ههنا .
 رجل اشترى من آخر غلامًا أو عرضًا وقبضه وأجره من البائع مدة معلومة بأجر
 معلوم ثم استحق المشتري هل يطالب المشتري البائع بأجرة ما مضى من المدة؟

(١) سقط في ح .

فقد قيل: ينبغي ألا يطالب؛ لأنه تبين أن البائع كان غاصبًا، وأن المشتري كان غاصب الغاصب وعلى الغاصب رد المغصوب على الغاصب، فإن دفعه إلى البائع يجعل رد المغصوب، وإن كان الدفع بجهة الإجارة لما عرف أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق يعتبر أصلًا بجهة الاستحقاق وإن أوقعه الموقع بجهة أخرى. رجل دفع غلامه أو ابنه [إلى النساج]^(١) واستأجره ليعلمه عمل النسيج فأراد النساج أن يسلم الغلام إلى نساج آخر ليعلمه ذلك العمل.

فقد قيل: ليس له ذلك، وهو الأصح؛ لأن النساج في معنى المودع ولكن بأجر، وليس للمودع أن يودع.

بيان هذا الكلام أن هذا العقد إنما يصح إذا استأجره ليقوم عليه ويحفظه وفي أثناء ذلك يعلمه، أما الاستئجار لنفس التعليم لا يصح، وإذا كان طريق تصحيح هذا العقد ما قلنا كان النساج مودعًا ولكن بأجر، فالتقريب ما ذكرنا.

وفي الأصل: إذا استأجر الرجل من آخر دارًا ودفعها إليه رب الدار إلا بيتًا منها كان فيه متاع له وسكنها المستأجر قال: يدفع عنه بحصة ذلك، وهذا مشكل؛ لأن الغالب صفة؛ لأن البيت صفة الدار.

ولهذا قالوا: استأجر دارًا على أن فيها ثلاث بيوت فإذا فيها بيتان فإنه يتخير ولا يسقط شيء من الأجر، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز.

والجواب: إن كان الفأنت صفة إلا أن الفوات بفعل البائع، والوصف له حصة من البدل إذا فات بفعل البائع كما في بيع العين بخلاف ما لو انهدم بيت منها أو حائط وسكن المستأجر في الباقي حيث لا يسقط شيء من الأجر؛ لأن الوصف هلك بأفة سماوية، والوصف متى فات بأفة سماوية لا يوجب سقوط شيء من البدل، وما ذكرنا من الجواب فيما إذا استأجر دارًا على أن فيها ثلاث بيوت فإذا فيها بيتان فإنه

(١) في ح: للنساج.

يتخير ولا يسقط شيء من الأجر فذلك فيما إذا لم يقل: كل بيت بكذا، فأما إذا قال: كل بيت بكذا، يرفع عنه بحساب ذلك على قياس مسألة الجريب التي تقدم ذكرها في هذا الفصل.

وفي الفتاوى إذا استأجر مشاطة لتزين العروس فالإجارة فاسدة والأجرة مكروهة غير طيب لها، إلا أن تكون على وجه الهدية من غير شرط ولا تقاضي فيكون أهون وفيه نظر.

والصواب أن يقال^(١): إذا استأجرها مدة معلومة أو كان العمل معلوماً أنه يجوز الإجارة ويطيب لها الأجر؛ لأن تزيين العروس ليس بمعصية هل هي محتاجة؟ فصار كسائر الأعمال المباحة.

وفي فتاوى الفضلي: الدلالة في النكاح لا تستوجب الأجر، وبه كان يفتي - رحمه الله -، وغيره من مشايخ زمانه كانوا يفتون بوجوب أجر المثل لها؛ لأن معظم الأمر في النكاح يقوم بها ولها سعي في إصلاح مقدمات النكاح فتستوجب أجر المثل، بمنزلة الدلال في باب البيع.

وفيه أيضاً: أهل بلدة يغل عليهم مؤنات العمال فاستأجروا رجلاً بأجرة معلومة ليذهب ويرفع أمرهم إلى السلطان الأعظم للتخفيف عنهم، وأخذ الأجرة من عامتهم غنيهم وفقيرهم، ذكر أنه إذا كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهدأ له إصلاح الأمر بيوم أو يومين جازت الإجارة، فإن كان بحال لا يحصل ذلك إلا بمدة فإن وقتوا للإجارة وقتاً معلوماً فالإجارة جائزة والأجر كله له، وإن لم يوقتوا فالإجارة فاسدة وله أجر [مثله والأجر]^(٢) عليهم على قدر مؤنتهم، وهذا نوع توسيع في الاستحسان.

أما على جواب الكتاب: لا تجوز هذه الإجارة إلا مؤقتة، وبه نفتي، وهكذا ذكر

(١) في ح: يقول.

(٢) سقط في ح.

شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في باب الرشوة في شرح آداب القاضي أن هذه الإجارة لا تجوز إلا مؤقتة، وإن كان مدة الإصلاح يوماً أو يومين.

قال في الأصل: رجل تزوج امرأة ونزل عليها وهي في منزل بكراء فمكث عندها سنة فجاء صاحب المنزل يطلب أجر منزله فقالت المرأة للزوج: أجر منزله عليك. وقال الزوج: إنما أسكنتك وأجره عليك. وقالت المرأة: قد أخبرتك أنه معي بأجر، وقال الرجل: ما أخبرتيني أنك تسكنني بأجر...^(١) لا غير لإنكار الزوج أنها لم تخبره؛ لأنها وإن أخبرته فلا أجر عليه ولم يكن على الزوج أجر؛ لأن الزوج ليس بعاقده ولا ضامن عنها الأجر لرب المنزل فلا يجب عليه الأجر، وإن ضمن الأجر عنها لرب البيت الآن^(٢) يؤاخذ الزوج بالأجر؛ لأنه كفل عنها بالأجر لرب المنزل والكفيل يؤاخذ بما كفل به فإن أدى لا يرجع سواء أدى بإذنها أو بغير إذنها، إن كان بغير إذنها فلا إشكال كما لو كفل عنها بدين آخر، وإن كان بإذنها فكذلك؛ وذلك؛ لأن العرف أن الزوج إنما يضمن عنها أجر المسكن على سبيل الصلة لا ليرجع عليها بذلك؛ لأن الإسكان عليه والمعروف كالمشروط فكأنه شرط في الكفالة أن يتكفل عنها ولا يرجع بذلك عليها، ولو صرح أن يرجع بذلك عليها لا يرجع فكذا هذا. ونظير هذا ما قاله محمد - رحمه الله - في كتاب النكاح: إن الأب إذا ضمن المهر عن ابنه الصغير فإنه لا يرجع في مال الصغير في الاستحسان؛ لأنه في العرف إنما يبذل ذلك صلة للصغير لا ليرجع في ماله فكذلك هذا، فإن لم يضمن لرب المنزل ذلك ولكن أشهد لها بأن قال: أضمن لك الأجر، ولم يضمن لرب البيت فإنه لا يلزمه الأجر؛ لأنه لم يضمن عنها لرب البيت حتى يصير كفيلاً عنها بالأجر فيؤاخذ بذلك، إنما يضمن^(٣) لها ما عليها من الأجرة، ومن ضمن للمديون ما عليه لصاحب

(١) ثبت في حاشية ح: البياض في الأصل وهو متروك.

(٢) في ح: إلا أن.

(٣) في ح: ضمن.

الدين [لم يؤاخذ]^(١) هذا، فلم^(٢) يمكن تجويز هذه الكفالة .
قال في الأصل أيضاً: رجلان استأجرا منزلاً من رجل كل شهر بدرهم واشترطا
فيما بينهما على أن ينزل أحدهما في أقصى الحانوت والآخر في مقدمه، ولم
يشترطاً^(٣) ذلك في أصل الإجارة فإن الإجارة جائزة ولكل واحد منهما أن يرجع عن
ذلك، أما الإجارة جائزة؛ لأنها خلت عن شروط تفسدها فإنه قال: (ولم يشترطاً
ذلك في أصل الإجارة)، ولكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك؛ لأن هذا مواضعة
على المهايأة، ولكل واحد من الشريكين أن ينقض المهايأة، وإنما كان لكل واحد
منهما أن ينقض [المهايأة]، وذلك؛ لأن المهايأة قسمة المنفعة فتعتبر بقسمة العين
وفي قسمة العين لكل واحد منهما أن ينقض^(٤) [القسمة قبل التمام، وإنما إذن أفرزا
وعزلاً للأنباء فقبل^(٥)]: أن يتعين نصيب كل واحد منهما بالإقراع إذا أراد أحدهما
نقض القسمة، كان له ذلك فلأن يكون لكل واحد منهما نقض القسمة قبل أن يتعين
حق كل واحد منهما في المنفعة قبل وجودها [ولم ينفرز]^(٦) نصيب أحدهما عن
الآخر أولى وأحرى.

ثم ذكر في الكتاب: أن الإجارة لا تفسد إذا لم يكونا شرطاً في أصل الإجارة ولم
يذكرانها.

وأما إذا اشترط ذلك في أصل الإجارة هل تفسد الإجارة؟ قال مشايخنا: ولقائل
أن يقول بأنه تفسد الإجارة، ولقائل أن يقول: لا تفسد الإجارة.
وجه الأول: وهو أنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد؛ لأن هذه مهايأة منهما

(١) في ح: ولم يوجد.

(٢) في ح: يوجد.

(٣) في ح: يشترط.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: فقبل.

(٦) سقط في ح.

وإذا تهايا على هذا الوجه الذي شرطا وهو أن يسكن أحدهما في المقدم والآخر في المؤخر مما لا تقتضيه الإجارة؛ ألا ترى أن الآبي منهما لا يجبر على ذلك، ولأحدهما في هذا الشرط منفعة، وكل شرط لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة يوجب فساد العقد، وإليه أشار في الكتاب فإنه قال: (ولم يشترط ذلك في الإجارة)، فمفهوم ما ذكر يقتضي أنه إذا شرط في العقد ما أوجب فساده.

وأما ما قال بأنه لا يفسد، ذهب في ذلك إلى أن هذا الشرط متى شرط في العقد يكون اشتراطاً على المالك، وإذا كان شرطاً على المالك صار كل واحد منهما مستأجراً ما عين المالك فكأن الأجر قال: أجزت من هذا مقدم الحانوت ومن الآخر مؤخره بكذا، ولو نص على هذا كان جائزاً.

ومفهوم قول محمد - رحمه الله - : (ولم يشترط ذلك في أصل العقد): أنهم متى شرط ذلك لا يكون لكل واحد منهما أن يرجع؛ لأن كل واحد منهما مستأجر لما عينه المالك، ومتى لم يكن مشروطاً في العقد يكون مهياًة ولكل واحد منهما أن ينقض المهياًة.

إذا غصبت الدار المستأجرة من المستأجر، ثم تركها الغاصب وأراد المستأجر أن يمتنع [من التسلم فليس للمستأجر أن يمتنع]^(١) في باقي المدة، ولا للأجر أن يمتنع عن التسليم.

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - : هذا إذا لم يكن في السنة وقت ترغب إلى الاستئجار لأجله، أما إذا كان ولم يسلم في ذلك الوقت فإن المستأجر يتخير، وقد مر جنس هذا فيما تقدم.

المستأجر^(٢) قدر الطبخ بأن يطبخ فيها شيئاً معلوماً فطبخ في البيت وأخذ القدر بحجره مع ما فيه ليخرج إلى الدكان فانزلق رجله في الطين فوقع فانكسرت القدر

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: استأجر.

فعلية ضمان القدر، بمنزلة الحمال إذا انزلت رجله ووقع الحمل وانكسر .
وقيل: ينبغي ألا يجب الضمان في هذه الصورة قياساً على ما إذا استأجرت المرأة ثوباً لتلبسه فلبست وتخرق من لبسها، وقد مرت مسألة الثوب، وهو الصحيح .
استأجر رجلاً شهراً معيناً ليعمل له عملاً معلوماً، فعمل له ذلك العمل شهرين هل يستحق الأجر في الشهر الثاني؟ يجب أن تكون المسألة على الخلاف المعروف في القصار والخياط إذا عمل من غير عقد، وقد كان انتصب بنفسه^(١) لذلك .
إذا استأجر حملاً أو بقراً ليس له أن يبعث به إلى السرح، هكذا ذكر في الفتاوى .
وقيل: إن كان التعارف فيما بين الناس أن المستأجر يبعث ذلك إلى السرح فله أن يبعث، وما لا فلا .

وذكر الصدر الشهيد في فتاويه الصغرى أن للمستأجر أن يؤاجر أو يعير وأن يودع، والبعث إلى السرح إيداع فيملكه المستأجر .
رجل يقبل من رجل طعاماً على أن يحمله من موضع إلى موضع باثني عشر درهماً اليوم، فحمله في أكثر من ذلك لا يلزمه الأجر المسمى بل يجب أجر المثل، بمنزلة ما لو استأجر رجلاً ليخبز له عشر مخاتيم دقيق اليوم، هكذا ذكر في [الفتاوى، وهذا يجب ألا يكون على قول أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن على قوله]^(٢): الإجارة وقعت فاسدة؛ لأنه جمع بين الوقت والعمل، وأما على قولهما: هذه الإجارة وقعت جائزة فيجب الأجر المسمى .

استأجر رجلاً ليذهب بحمولاته إلى موضع كذا بكذا، فلما سار نصف الطريق بدا للحمال أن يذهب وينزل^(٣) الحمولة على المستأجر ثمة وطلب نصف الأجر .
قال: له ذلك إذا كان الباقي من الطريق مثل الأول في السهولة، هكذا ذكر في

(١) في ح: نفسه .

(٢) سقط في ح .

(٣) في ح: يترك .

الفتاوى .

وقد ذكرنا في فصل الاستصناع أن العبرة في قسمة الأجر بقدر المراحل لا السهولة والصعوبة فيتأمل عند الفتوى .

رجل له أجيران يعملان له عمل الزراعة ببقوره، عين لأحدهما بقرين وللآخر بقرين، فاستعمل أحدهما غير ما عين له فهلك، ضمن المستعمل قيمته، وهل يضمن الآخر بالدفع؟

فقد قيل: لا يضمن؛ لأنه مودع في البقر وقد دفعه إلى من يقوم على الدواب، والأول أصح وإنه جواب ظاهر الرواية وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي .
سئل شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - عن من استأجر حمامًا في قرية معلومة فنفر الناس عنها ووقع الخلاف ومضت مدة الإجارة هل يلزم المستأجر الأجرة؟ قال: إن لم يستطع الرفق بالحمام فلا .

فأجاب ركن الإسلام علي السغدوي - رحمه الله - بلا مطلقًا، فلو بقي بعض الناس وذهب البعض يجب الأجر، كذا أجابا .

وفي مجموع النوازل: استأجر من آخر طاحونة ببذل معلوم على أن عليه ما سمي من الأجر أيام جريان الماء وانقطاعه، وهذا الشرط يخالف مقتضى العقد؛ لأنه لا ينتفع بالرحى زمان انقطاع الماء، والأجرة بدل المنفعة، فيفسد به العقد .

وفي النوازل: سئل الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - عن طحان يسكن في الطاحونة فاشترى حجرًا من ماله واتخذ فيه حديدًا واستأجر كلها من ماله وانقضت المدة هل له أن يدفع ذلك؟

قال: إن كان فعل ذلك بإذن صاحب الطاحونة على أن يرجع في الغلة يرجع فيها، وإن كان بغير أمره، إن كان غير مركب فهو له، وإن كان مركبًا يدفع إليه قيمته، والله أعلم .

استأجر دارًا وبني فيها حائطًا من تراب كان فيها بغير أمر صاحب الدار، ثم أراد

الخروج وأراد نقض الحائط هل له ذلك؟ ينظر: إن اتخذ من التراب لبناً وبنى الحائط من اللبن فله ذلك وعليه قيمة التراب؛ لأن باتخاذ اللبن صار اللبن ملكاً له فله أن يأخذ [ملك نفسه]^(١)، وإن^(٢) كان بنى الحائط من الطين له [بأجره]^(٣) رده بأشد^(٤) فليس له أن ينقض الحائط؛ لأن بالنقض يعود على ملك المالك؛ لأنه يصير تراباً^(٥).
تم كتاب الإجازات.



(١) في ح: ملكاً له.

(٢) في ح: فإن.

(٣) في ح: تأخيره.

(٤) في المحيط البرهاني: يأخره بنايا شد.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٦٥٥/٧).

كتاب الشفعة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على سبعة عشر فصلاً:

الأول: في بيان سبب وجوب الشفعة.

الثاني: في بيان مراتب الشفعة.

الثالث: في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب.

الرابع: في طلب الشفعة وما يتصل به دعوى الشفيع الشفعة وقضاء القاضي له فيها وبيان شرائطه وكتب المحضر في ذلك.

[الفصل]^(٢) الخامس: في استحقاق الشفيع كل المشتري أو بعضه.

(١) الشفعة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشُّفْعَة: مأخوذة من الزيادة؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب؛ كأنه كان وترًا فصار شُفْعًا، والشافع: هو الجاعل الوتر شُفْعًا، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل. فهي لغة: الضم؛ يقال: شفعت الشيء؛ ضممته إلى غيره، ومناسبة هذا المعنى الشرعي: أن الشريك يضم نصيب شريكه إلى نصيبه. وقيل: من الشفع ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضم حصّة شريكه إلى حصّته، فيصيران شُفْعًا، وقد كانت حصته وترًا. وقيل: من الشفاعة؛ لأن الرجل في الجاهلية كان إذا أراد بيع داره أتاه شريكه، فشفع إليه فيما باع، فشفعه، وجعله أولى به من غيره، وهذا قول محمد بن قتيبة في «غريب الحديث» وفي المصباح: «شفعت الشيء شُفْعًا من باب نفع: ضممته إلى الفرد، وشفعت الركعة جعلتها شتين، ومن هنا اشتقت الشفّعة، وهي مثال غرفة؛ لأن صاحبها يشفع ماله بها، وهي اسم للملك المشفوع، مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم، وتستعمل بمعنى «التملُّك» لذلك الملك، ومنه قولهم: ممن ثبت له شفعة، فأخر الطلب بغير عُذْر، بطلت شفّعته. ففي هذا المثال جمع بين المعنيين، فإن الأولى للمال، والثانية للتملك».

ينظر: الصحاح (١٢٣٨/٣)، المغرب، ص (٢٥٣)، المصباح المنير (٤٨٥/١). وعرفها الحنفية بأنها: ضمُّ ملك البائع إلى ملك الشفيع، وثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به، رضي المتبايعان أو شرطاً.

وعرفها المالكية بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. وعرفها الشافعية بأنها: حقّ تملك قَهْرِي يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض.

وعرفها الحنابلة بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصّة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها. ينظر: الاختيار (٥٦/٢)، حاشية ابن عابدين (١٣٧/٥)، فتح القدير (٣٦٨/٩)، المبسوط (٩٠/١٤)، منح الجليل (٥٨٢/٣)، الكافي (٤١٦/٢)، حاشية البجيرمي (١٤٥/٣)، مغني المحتاج (٢٩٦/٢)، الإنصاف (٢٥٠/٦).

(٢) سقط في ح.

- [الفصل^(١)] السادس : فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشتري وترك الباقي .
- [الفصل^(٢)] السابع : في الدار إذا بيعت ولها شفعاء .
- [الفصل^(٣)] الثامن : في إنكار المشتري جوار الشفيع .
- [الفصل^(٤)] التاسع : في تصرف المشتري في الدار المشفوعة .
- [الفصل^(٥)] العاشر : في مسائل تسليم الشفعة .
- [الفصل^(٦)] الحادي عشر : في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف ما أخبر به .
- [الفصل^(٧)] الثاني عشر : فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفيعته .
- [الفصل^(٨)] الثالث عشر : في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة .
- [الفصل^(٩)] الرابع عشر : في شفعة الصغير وما يتصل به .
- [الفصل^(١٠)] الخامس عشر : في وجوه الحيل في هذا الباب .
- [الفصل^(١١)] السادس عشر : في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن .
- [الفصل^(١٢)] السابع عشر : في المتفرقات .

-
- (١) سقط في ح .
- (٢) سقط في ح .
- (٣) سقط في ح .
- (٤) سقط في ح .
- (٥) سقط في ح .
- (٦) سقط في ح .
- (٧) سقط في ح .
- (٨) سقط في ح .
- (٩) سقط في ح .
- (١٠) سقط في ح .
- (١١) سقط في ح .
- (١٢) سقط في ح .

[أما] ^(١) الفصل الأول

عامّة المشايخ يقولون: سبب وجوب الشفعة ^(٢) اتصال ملك الشفيع بملك [البائع

- (١) سقط في أ.
- (٢) قال الشيخ الإيباني: أسباب الشفعة: الشفعة لها سببان: سبب مشروعية، وسبب أخذ، فسبب مشروعيتها عند الحنفية: دفع الضرر الذي ربما يحصل للشفيع من المشتري، وعند الشافعية والمالكية: دفع مصاريف القسمة التي ربما تحصل بطلب المشتري.
- ويستدل على مشروعية الشفعة من السنة، والإجماع.
- ويستدل لمشروعية الشفعة من السنة النبوية بما يلي:
- ١- عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة). وفي رواية (أو ربع، أو حائط، أو بستان). والربع: المنزل، والحائط: البستان.
- وقد دلّ الحديث دلالة واضحة على مشروعية الشفعة في ما يقسم بقضائه عليه الصلاة والسلام.

٢- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الجار أحق بسقبه» أو «بصقبه».

والوجه من الحديث: الحديث يدل دلالة واضحة على ثبوت الشفعة بسبب الجوار؛ لأنّ: السقب، أو الصقب: ما قرب من الدار.

وحكى ابن المنذر - رحمه الله - الإجماع على مشروعيتها فقال: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما يباع من أرض أو دور، أو حائط، ولم يعلم له مخالف إلا الأصم. فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأنّ في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك، فإنّ المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء. والصحيح: أنّ هذا القول لا عبرة به؛ لمخالفته الإجماع المنعقد قبله، ومخالفته للأثار الثابتة في هذا الأمر. وقد شرعت الشفعة؛ لدفع ضرر الدخيل الذي يأتي على الدوام، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة، في استعمال المرافق المشتركة، أو في استحداثها. ومنها أيضاً دفع ضرر مؤنه القسمة، ومن المعلوم أنه لا ضرر ولا ضرار، وهذه المعاني كلها متوقعة من الناس بسبب الشركة أو الخلطة في المنافع، وسبب الجوار عند الحنفية. وركن الشفعة عند الحنفية أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها، وشرطها. ويسمى العقار الذي يسبقه طلب الشفعة «المشفوع فيه»، والعقار الذي يتملك بالشفعة «المشفوع فيه»، ومستدعي العقار هو: المشفوع عليه، والمطالب بالشفعة: هو الشفيع. وسبب الشفعة: اتصال ملك الشفيع بالمشتري، بشركة أو جوار. والأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء المبتدأ. قال الحنفية: حكمها هو: جواز الطلب عند تحقق السبب، ولو بعد سنين ما لم يعلم بها. صفة الشفعة: أنّ الأخذ بها بمنزلة شراء جائز، فيستحقها الشفيع بعد البيع، فيثبت بها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار الرؤية والعيب.

ينظر: الدر المختار (١٥٢/٥)، تبين الحقائق (٢٣٩/٥)، مغني المحتاج (٢/٢٩٦)، المغني، لابن قدامة (١٧٨/٥)، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (١/٣٧٥).

المبيع^(١)؛ لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل ضرر سوء المعاملة والمعاشرة، وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بملك المبيع، ولهذا قلنا: لما ثبت حق الشفعة للشريك في رقة المبيع، يثبت للشريك في حق من حقوقه نحو الطريق والشرب، ويثبت للشريك في حد من حدوده وهو الجوار^(٢). فإن اتصال ملك الجارين بشركة في الحد إنما كان كذلك؛ لأن ضرر المشتري بسبب اتصال الملك موجود في هذه الوجوه إلا أنه يقدم الشريك في رقة المبيع على الشريك في الحقوق والحد؛ لأن ضرر الشريك في عين البقعة أقوى من ضرر

(١) في ح: البيع.

(٢) يرى الحنفية أن الجوار سبب للشفعة، ولكنهم لم يأخذوا بالجوار على عمومه، بل اشترطوا لذلك أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من الحدود، سواء امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر، حتى لو لم يتجاوز. فالملاصق للمنزل والملاصق لأقصى الدار سواء في استحقاق الشفعة؛ لأن ملك كل حد منهم متصل بالبيع. أما الجار المحاذي، فلا شفعة له بالمجاورة سواء أكان أقرب بابا أم أبعد؛ لأن المعتبر في الشفعة هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر، وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذي، فإن بين الملكين طريقا نافذا. وقال شريح: الشفعة بالأبواب، فأقرب الأبواب إلى الدار أحق بالشفعة؛ لما ورد أن عائشة - رضي الله عنها - قالت: يا رسول الله، إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك بابا. ولا تثبت الشفعة أيضًا عند الحنفية للجار المقابل؛ لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر، ولا شركة بينهما في حقوق الملك. وحق الشفعة يثبت للجار الملاصق؛ ليرتفع به من حيث توسع الملك والمرافق، وهذا في الجار الملاصق يتحقق لإمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى. ولا يتحقق ذلك في الجار المقابل؛ لعدم إمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما. ولكن تثبت الشفعة للجار المقابل إذا كانت الدور كلها في سكة غير نافذة، لإمكان جعل بعضها من مرافق البعض، بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة. ولا تثبت الشفعة إلا للجار المالك؛ فلا تثبت لجار السكنى، كالمستأجر والمستعير؛ لأن المقصود دفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، وجوار السكنى ليس بمستدام، وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام؛ باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأثر الفصل فيه.

ينظر: المبسوط (٩٣/١٤، ٩٦)، بدائع الصنائع (٦/٢٦٩١)، حاشية ابن عابدين (٥/١٦٥)، وتبيين الحقائق (٥/٢٤١)، الهداية مع فتح القدير (٩/٣٧٦).

الشريك^(١) في حد من حدوده، ومن كتاب الشرع البداية: بدفع أقوى الضررين^(٢).

(١) اختلف الفقهاء في الشركة التي تكون محلاً للشفعة على اتجاهين:

الأول: ذهب مالك في إحدى روايته، والشافعي في الأصح، والحنابلة في ظاهر المذهب إلى أن كل ما لا ينقسم - كالبئر، والحمام الصغير، والطريق - لا شفعة فيه؛ لأن إثبات الشفعة فيما لا ينقسم يضر بالبائع؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها.

الثاني: ذهب الحنفية، ومالك في الرواية الثانية، والشافعية في الصحيح، والحنابلة في رواية إلى أن الشفعة تجب في العقار، سواء قبل القسمة أم لم يقبلها.

واستدلوا على ذلك بعموم حديث جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم؛ ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر اللاحق بالشركة، فتجوز فيما لا ينقسم، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان، لم يكن دفع ضرر أحدهما بأولى من دفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي؛ إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه؛ فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعاً.

وقالوا أيضاً: إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة، فإذا كان الشارع يريد لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقارات المقسومة، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٦)، حاشية ابن عابدين (٦/٢١٧)، المبسوط (١٤/٩٣)، وحاشية الدسوقي على الكبير (٣/٤٧٦) وما بعدها، بلغة السالك (٢/٢٢٨)، الخرشي (٦/١٧٠)، نهاية المحتاج (٥/١٩٥)، مغني المحتاج (٢/٢٩٧)، الأم (٢/٤)، المغني، لابن قدامة (٥/٤٦١)، منتهى الإرادات (١/٥٥٧)، المقنع (٢/٢٥٨).

(٢) ملاك الطبقات عند الحنفية متجاوزون فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار. وإن لم يأخذ صاحب العلو السفلى بالشفعة حتى انهدم العلو، فعلى قول أبي يوسف بطلت الشفعة؛ لأن الاتصال بالجوار قد زال، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ. وعلى قول محمد تجب الشفعة؛ لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار، وحق القرار باق. وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كل إلى السكة، فبيع الأوسط تثبت الشفعة للأعلى والأسفل، وإن بيع الأسفل أو الأعلى، فالأوسط أولى، بما له من حق القرار؛ لأن حق التعلي يبقى على الدوام، وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار. ولو كان سفلى بين رجلين عليه علو لأحدهما مشترك بينه وبين آخر، فباع هو السفلى والعلو، كان العلو لشريكه في العلو، والسفلى لشريكه في السفلى؛ لأن كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه، وجار في حق الآخر، أو شريك في الحق إذا كان طريقهما واحداً. ولو كان السفلى لرجل والعلو لآخر، فبيعت دار بجانبها، فالشفعة لهما.

ينظر: ابن عابدين (٥/١٤٣)، تبيين الحقائق (٥/٢٤١)، والفتاوى الهندية (٥/١٦٤).

وكان الخصاف - رحمه الله - يقول: الشفعة تجب بالبيع^(١) ثم تجب بالطلب، فهو إشارة إلى أن كليهما سبب على التعاقب وإنه غير صحيح؛ لأن الشفعة إذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيًا بالطلب.

وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: الشفعة تجب بالبيع، وحق الأخذ يثبت بالطلب، والملك يثبت بالأخذ بقضاء أو رضی.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة؛ لأن حق الشفعة قد لا يثبت إلا بهما.

قال رحمه الله: فلا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب، فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح، ولو سلم بعد البيع يصح، ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع؛ لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب.

ألا ترى أن الإبراء عن تسليم الحقوق بعد وجود^(٢) سبب الوجوب جائز، ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع، عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة.

والحاصل: أن استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتأكيدا بالطلب وثبوت الملك في البقعة [المبيعة]^(٣) المشفوعة بالقضاء أو الرضى.

(١) قال الشيخ الإبياني: حق الأخذ بالشفعة لا يثبت للشفيع بمجرد إرادة البيع، بل لا بد لثبوته من حصول عقد البيع الموجب لخروج المبيع عن ملك البائع، سواء صدر العقد من نفس المالك أو من وكيله أو وليه أو وصيه، ولا بد من وجود السبب الذي خول للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة من ابتداء حصول البيع إلى أن يحكم القاضي له بالشفعة؛ لأنه سبب في الأخذ، والسبب إذا عدم قبل وجود المسبب لا يوجد، إلا إذا وجد له سبب آخر يترتب عليه وجوده. فالحق في الشفعة يثبت لكل من قام به سبب من أسبابها بمجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة.

(٢) في ح: وجوب.

(٣) سقط في ح.

الفصل الثاني

في بيان مراتب الشفعة

المذكور في عامة الكتب أن الشفعة عندنا تستحق على ثلاث مراتب:

أولاً: تستحق بالشركة في عين البقعة، ثم بالشركة في حقوق الملك من الطريق والشرب، ثم تستحق بالجوار^(١).

(١) ذهب الحنفية إلى أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب بين الشفعاء، فيقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حق المبيع، ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار الملاصق؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من غيره»، ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال على هذه المراتب، فالإتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الإتصال بالخلط، والاتصال بالخلط أقوى من الإتصال بالجوار، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح. فإن سلم الشريك وجبت للخليط. وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا، وهذا على ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره. فعلى ظاهر الرواية ليس للمتأخر حق إلا إذا سلم المتقدم، فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة؛ لأن السبب قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم. ولكن بشرط أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالمبيع ليتمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا يحق له بعد ذلك. والشافعية، والحنابلة لا يثبتون الشفعة إلا للشريك في الملك. أما المالكية فلا يتأتى التزامهم؛ لأنهم وإن وافقوهم في ذلك، إلا أنهم ذهبوا مذهباً آخر، فجعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا ما كانوا في درجة واحدة، وذلك عندما يكون كل شريك أصلاً في الشركة لا خلفاً فيها عن غيره. أما إذا كان بعضهم خلفاً في الشركة عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء، وإنما يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار، ويظهر ذلك في الورثة، فإذا كانت دار بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين، وزوجتين، وشقيقتين، فباعت إحدى هؤلاء حظها من الدار، كانت الشفعة أولاً لشريكتهما في السهم دون بقية الورثة والشريك الأجنبي، فتكون الجدة - مثلاً - أولى بما تباع صاحبتهما (وهي الجدة الأخرى) لاشتراكهما في السدس، وهكذا. وعند المالكية أيضاً: إن أعار شخص أرضه لقوم يبنون فيها أو يغرسون فيها ففعلوا، ثم باع أحدهم حظه من البناء أو الشجر، قدم الشخص المعبر على شركاء البائع في أخذ الحظ المبيع بقيمة نقضه منقوضاً، أو بئمنه الذي بيع به، فالخيار له عند ابن الحاجب، هذا في الإعارة المطلقة، وأما المقيدة بزمن معلوم ولم ينقض، فقال ابن رشد: إن باع أحدهم حظه قبل انقضاء أمد الإعارة على البقاء فلشريكه الشفعة، ولا مقال لرب الأرض إن باعه على البقاء،

وصورته: منزل بين اثنين في سكة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل، فالشريك في المنزل أحق بالشفعة، فإن سلم فأهل السكة أحق بالشفعة، فإن سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: والجار الذي تجب به الشفعة عنده الجار الملاصق الذي داره لزيق الدار التي وقع فيها الشراء.

وهذه المسألة في الحاصل على وجهين: إما أن تكون الدار التي وقع فيها الشراء في سكة غير نافذة، وفي هذا الوجه: الشفعة للجار الملازق.

وإما أن تكون في سكة نافذة، وفي هذا الوجه: جميع أهل السكة شفعاء، الملازق والمقابل في ذلك على السواء.

قال محمد - رحمه الله - : وإن كان فناء متفرقاً عن الطريق الأعظم زائغاً عن الطريق، أو زقاقاً أو داراً غير نافذة فيه دور فبيعت دار منها، فأصحاب الدرب جميعاً شفعاء.

قال الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - : هذا إذا كان فناء مربعاً فأما

وإن باعه على النقض قدم رب الأرض. فإذا بنى رجلان في عرصه رجل بإذنه، ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته مقلوعاً، أو من الثمن الذي باعه به، فإن أبي فلشريكه الشفعة للضرر، إذ هو أصل الشفعة. وإذا كان المشتري شفيعاً، فإنه يزاحم غيره من الشفعاء بقوة سببه ويزاحمونه كذلك بقوة السبب، ويقاسمهم ويقاسمونه إذا كانوا من درجة واحدة. فالمشتري الشفيع يقدم على من دونه في سبب الشفعة، ويقدم عليه من هو أعلى منه في السبب. وعلى هذا إذا تساوى المشتري مع الشفعاء في الرتبة فإنه يكون شفيعاً مثلهم فيشاركهم، ولا يقدم أحدهم على الآخر بشيء، ويقسم العقار المشفوع فيه على قدر رؤوسهم عند الحنفية، وعلى قدر أملاكهم عند غيرهم، كما هو أصل كل منهم في تقسيم المشفوع فيه على الشفعاء، في حالة ما إذا كان المشتري أجنبياً.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٦٩٠)، المبسوط (١٤/٩٤ - ٩٦)، تكملة فتح القدير (٩/٣٧٥)، الفتاوى الهندية (٥/١٧٨ - ٤٨٨)، تبيين الحقائق (٥/٢٣٩، ٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٦/٢١٩)، وما بعدها، العناية على الهداية (٩/٣٧٦)، شرح منح الجليل على مختصر خليل (٣/٦٠٢)، الخرشي (٦/١٧٧، ١٧٨)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٩٢)، وما بعدها، مواهب الجليل (٥/٣١٨)، المغني، لابن قدامة (٥/٥٢٥) وما بعدها، ومنتهى الإرادات (١/٥٣٠)، المقنع (٢/٢٦٤).

إذا كان الفناء مدورًا فالشفعة للجار الملازق، صورة الفناء المدور مدور، والمربع مربع.

وقيل: الشفعة عندنا تستحق على أربع مراتب، وبيان ذلك في مسألتين: إحداهما: بيت في دار في سكة غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم فباع أحد صاحبي البيت نصيبه من البيت، فالشفعة أولاً للشريك في البيت فإن سلم فللشريك في الدار، فإن سلم فلأهل السكة، الكل في ذلك على السواء، فإن سلموا فالجار الملاصق، وهذا الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى. ذكر المسألة في أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - فإن كان لهذه الدار التي هذا المنزل مبيع^(١) فيها جيران متلازقون، فالذي هو ملازق هذا البيت المبيع والذي هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت المبيع في الشفعة على السواء، هذا التفرع في آخر شفعة الكافي.

المسألة الثانية: دار بين شريكين في سكة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه من الدار من إنسان فالشفعة أولاً للشريك في الدار، فإن سلم فللشريك في الحائط المشترك الذي يكون بين الدارين، فإن سلم فلأهل السكة، الكل في ذلك على السواء، فإن سلموا فللجار الذي يكون ظهر هذه الدار إلى داره وباب تلك الدار في سكة أخرى، في أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - .

ثم الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق ألا يكون شريكاً في الأرض التي تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكاً فيه لا يكون مؤخرًا بل يكون مقدمًا؛ لأنه شريك وإن كان شريكاً في بعض المبيع.

وصورة ذلك: أن تكون أرضاً بين اثنين غير مقسوم، بنا في وسطها حائطاً ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركاً بينهما، فكان هذا الجار شريكاً في بعض المبيع، وأما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط خطأ في

(١) زاد في ح: المبيع.

وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا حائطاً، فكل واحد منهما جار لصاحبه في الأرض، شريك في البناء لا غير، [والشركة في البناء لا غير]^(١) لا توجب الشفعة^(٢)، في آخر شفعة شيخ الإسلام - رحمه الله - .
وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه في باب الشفعة في الحيطان ومسيل الماء .

أن الشريك الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد - رحمه الله - وإحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - [فيكون مقدماً على الجار في كل المبيع وفي إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله -]^(٣) يستحق الشفعة [في الحائط]^(٤) بحكم الشركة ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جار بينهما .

وثمره الخلاف تظهر في مسائل كثيرة، وفي كل موضع سلم الشريك بالشفعة، وإنما ثبت للجار حق الشفعة إذا كان الجار قد طلب الشفعة حين سمع البيع، أما إذا

(١) سقط في ح .

(٢) يرى جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية، والحنابلة) أنه لا شفعة في البناء، والشجر إذا بيعا بلا عرصه. ولو بيعت العرصه المملوكة مع ما عليها من الأشجار والأبنية، تجري الشفعة في الأشجار والأبنية أيضاً تبعاً للعرصة. أي: تثبت في البناء والشجر إذا بيعا مع ما حولهما من الأرض، فلو باع أشجاراً ومغارسها فقط فلا شفعة فيها. وقال المالكية: تثبت الشفعة في عقار - وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر - ولو كان العقار شجرًا أو بناءً مملوكًا. فالشفعة عندهم فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور، والأرضين، والنخل، والشجر، وما يتصل بذلك من بناء وثمره، إذا كان قابلاً للقسمه، ولا شفعة فيما لا يقبل القسمه. فإذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها، كما نقل عن الإمام مالك .

ينظر: مجلة الأحكام العدلية مادة (١٠٢٠)، وحاشية ابن عابدين (٤/٤٢١، ٥/١٣٤، ١٦٣)، تبين الحقائق (٥/٢٥٢)، الشرح الصغير (٣/٦٣٤)، وجواهر الإكليل (٢/١٥٨)، نهاية المحتاج (٥/١٦٤)، مغني المحتاج (٢/٢٩٦، ٢٩٧)، ومطالب أولي النهى (٤/١٠٨، ١٠٩).

(٣) سقط في أ، ح .

(٤) سقط في أ، ح .

لم يطلب الشفعة حتى سلم الشريك الشفعة، فلا شفعة له .
 ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في أول شرح كتاب الشفعة وروايته
 في نواذر هشام، رواية عن محمد - رحمه الله - في عيون المسائل: دار كبيرة فيها
 مقاصير، فباع صاحب الدار منها مقصورة أو قطعة معلومة ففيهما الشفعة لجار الدار
 الكبيرة حتى كان جارًا من أي نواحيها؛ لأن المبيع من جملة الدار فجار الدار يكون
 جار المبيع فإن سلم الشفيع الشفعة، ثم باع المشتري ما اشترى لم تكن الشفعة إلا
 لجار ذلك القدر المبيع؛ لأن ذلك صار مقصودًا فخرج من أن يكون بعض الدار .
 وكذلك لو اشترى رجل بيتًا من دار، والدار كلها لواحد فالشفعة لجار الدار وإن
 لم يكن جار ذلك البيت المشتري، وهذه المسألة قريبة من المسألة التي ذكرها محكيًا
 عن المختصر الكافي .

ولو أن الشفيع سلم الشفعة ثم باع مشتري البيت ذلك البيت، فلا شفعة للشفيع
 الذي سلم الشفعة إن لم يكن جار ذلك البيت لما قلنا .
 وفي الأصل في باب شفعة أهل الكفر: صاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب
 مسيل الماء، إذا لم يكن موضع مسيل الماء ملكًا له .
 وصورة هذا: إذا بيع دار، ولرجل فيها طريق، وآخر فيها مسيل ماء فصاحب
 الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء؛ لأن الذي [له]^(١) فيه طريق شركة في
 المبيع ولا شركة لصاحب المسيل إذا لم يكن موضع المسيل ملكًا له .
 دار بين ثلاثة نفر إلا موضع بئر أو طريق، فإن ذلك بين اثنين من هؤلاء الثلاثة،
 لا حق للثالث فيه، وباقي الدار بين الثلاثة باع الذي له شركة في الدار والبئر والطريق
 [نصيبه فالشفعة لشريكه الذي هو شريك في الدار والبئر والطريق]^(٢)، هكذا ذكر في
 أول شفعة الأصل .

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : لا شك أن الذي هو شريك في البئر والطريق أحق بالشفعة في البئر والطريق والكل في حكم شيء واحد، فإذا صار أحدهما أحق بالبعض كان أحق بالجميع ويعرف عن هذه المسألة مسائل كثيرة، وعلى قياس مسألة الشركة في أرض الحائط الذي تقدم ذكرها يجب أن يكون في هذه المسألة روايتان عن أبي يوسف - رحمه الله - .

[وفي المنتقى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - :^(١) صاحب السفلى أحق بشفعة العلو من الجار الملاصق^(٢) إذا لم يكن بينهم شركة في الطريق . وفي القدوري : أنهما استويا فيه .

وفي الأصل في باب شفعة أهل الكفر : أن صاحب العلو مع صاحب السفلى إذا لم تكن طريق العلو في السفلى بمنزلة جارين .

وفي شفعة الأصل أيضًا : اشترى بيتًا من دار علوه لآخر وسفله لآخر وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى ، وإنما الشفعة للذي في داره الطريق ، هذا إذا لم يكن مفتاح العلو إلى الدار بأن كان خارج الدار ، وأما إذا كان مفتاح العلو إلى الدار فصاحب العلو وغيره في الشفعة سواء بسبب الشركة .

وفي الزيادات : سفلى لرجل وفوقه علو لآخر باع صاحب السفلى سفله فلصاحب العلو الشفعة ، وإن باع صاحب العلو علوه فلصاحب السفلى الشفعة ، فبعد ذلك إن كان طريق العلو في السفلى ، كان حق الشفعة بسبب الشركة في الطريق ، فإن كان طريق العلو في السكة العظمى كان حق الشفعة بسبب الجوار ؛ إذ الجوار إنما يعرف بالاتصال والاتصال بين الملكين ثابت ، فإن لم يأخذ صاحب العلو السفلى بالشفعة حتى انهدم العلو ، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : بطلت الشفعة ، خلافًا لمحمد - رحمه الله - .

(١) سقط في ح .

(٢) زاد في ح : به .

وجه قول أبي يوسف: أن الشفعة هاهنا إنما تثبت بالجوار، والجوار إنما يعرف بالاتصال وقد زال الاتصال مثل الأخذ بالشفعة فزال الجوار فتبطل شفعته كما لو باع الدار التي تستحق بها الشفعة قبل الأخذ بالشفعة.

[وجه قول محمد - رحمه الله - : أن استحقاق الأخذ بالشفعة^(١) هاهنا بسبب قرار البناء لا بسبب عين البناء؛ لأن البناء منقول والشفعة لا تستحق بالمنقول، وحق القرار هاهنا باق فما يستحق به الشفعة باق ولو بيع السفلى والعلو منهدم فعلى قول أبي يوسف: لا شفعة لصاحب العلو بناء على أن عنده حق الشفعة بسبب البناء. وعلى قول محمد: تجب الشفعة؛ لأن عنده حق الشفعة ليس بسبب البناء بل بقرار العلو، وحق قرار العلو باق.

وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض، وباب كل بيت منها إلى السكة فيبع الأوسط، كان للأعلى والأسفل جميعًا الشفعة، وإن بيع الأعلى فالأوسط أولى بالشفعة، وإن بيع الأسفل فكذا ذلك الأوسط أولى بالشفعة.

وفيه أيضًا: دار فيها ثلاثة أبيات ولها ساحة، والساحة بين ثلاثة نفر وبيوت بين اثنين منهم، فباع أحد مالكي البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه [في البيوت والساحة فلا شفعة لشريكهما في الساحة]^(٢) على نحو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في المسألة التي تقدم ذكرها.

وفيه أيضًا: حائط بين داري رجلين والحائط بينهما فصاحب الشريك في الحائط أولى بالحائط من الجار، وهما سواء [في]^(٣) بقية الدار يأخذ أيهما يريد بهذا إذا لم يكن الحائط من الأرض مشتركًا بينهما.

وكذلك البيت من الدار بين رجلين بغير طريق باع صاحب الدار الدار، فالشريك

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) سقط في أ.

في البيت أولى بالبيت، وهو مع الجار سواء في بقية الدار.
 درب غير نافذ فيه دور لقوم، باع رجل من أرباب تلك الدور بيتًا شارعًا في السكة
 العظمى، ولم يبع طريقه في الدرب على أن يفتح مشتري البيت بابا إلى الطريق
 الأعظم، فلأصحاب الدرب الشفعة لشركتهم في الطريق وقت البيع، فإن سلموا ثم
 باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لأهل الدرب؛ لانعدام شركتهم في الطريق
 وقت البيع الثاني فتكون الشفعة للجار الملازق، وهو صاحب الدار.
 وكذلك إذا باع قطعة من الدار بغير طريق في الدرب، هذه الجملة في شفعة
 الكافي في باب الشفعة في البناء.

درب غير نافذ في أقصاه مسجد [في] ^(١) خطة وباب المسجد في الدرب، وظهر
 المسجد أو جانبه الآخر إلى الطريق الأعظم، فهذا درب نافذ لو بيع فيه دار، فلا
 شفعة إلا للجار ولدار المسجد ^(٢) الخطة المسجد الذي اختطه الإمام حين قسم بين
 الغانمين، وهذا؛ لأن المسجد إذا كان خطة ظهره إلى الطريق [الأعظم وليس حول
 المسجد سكة تحول بينه وبين الطريق] ^(٣) الأعظم، وهذا الدرب بمنزلة درب نافذ
 ولو كان حول المسجد دور تحول بينه وبين الطريق الأعظم كان لأهل الدرب الشفعة
 بالشركة؛ لأن هذا الدرب لا يكون نافذًا، ولو لم يكن المسجد مسجد خطة في
 الأقصى، ولكنه كان في أول السكة فإن [كان] ^(٤) من أول السكة إلى موضع المسجد
 نافذًا لا يثبت فيها الشفعة إلا للجار الملاصق، وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى
 كان لأهل تلك السكة كلهم الشفعة، ولو لم يكن المسجد مسجد خطة بأن اشترى
 أهل الدرب من رجل من أهله دارًا في أقصى الدرب، ظهرها إلى الطريق الأعظم
 وجعلوها مسجدًا، وجعلوا في الدرب بابه ولم يجعلوا له إلى الطريق الأعظم بابًا، أو

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: بمسجد.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في أ.

جعلوا ثم باع رجل من أهل [الدرب]^(١) داره فأهل الدرب الشفعة بالشركة .
سكة أو درب غير نافذ في أقصاها دار وباب هذه الدار في الدرب أو في السكة ،
ولهذه الدار باب آخر يخرج منها إلى الطريق الأعظم ، فإن كان هذا الطريق للعامه
ليس لأهل الدرب أن يمنعوهم ، فهذه سكة نافذة لو بيع فيها لا يجب فيها الشفعة إلا
بالجوار ، وإن كان طريقاً لأهل الدرب والسكة خاصة بأن أحدثوه ، فلهم منع العامة ،
فأهل الدرب شفعاء بالشركة في الطريق ؛ لأن الدرب حينئذ غير نافذ من حيث
المعنى .

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح هذا الكتاب : فعلى هذا سكتنا وسائر
السكك إن كان نفاذها خطة فلا شفعة فيها إلا بحكم الجوار فإن كانوا أحدثوا النفاذ
فالشفعة للكل .

وأما الرقيقات^(٢) التي ظهرها واد لا يخلو من وجهين :
إن كان موضع الوادي مملوكاً في الأصل وأحدثوا الوادي فهذا والمسجد الذي
أحدثوه في أقصى السكة سواء .

وإن كان في الأصل وادياً كذلك [فهو]^(٣) ومسجد الخطة سواء ، هكذا حكى عن
الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - وكان يقول : الرقيقات التي
على ظهرها واد ببخارى إذا بيع في رقيقة منها دار فأهل الرقيقة كلهم شفعاء [ولا
يجعل ذلك كالطريق النافذ]^(٤) فكأنه عرف أنه مملوك .

وكان شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يجعل حكم هذه الرقيقات حكم
السكك النافذة .

وقيل : يجوز أن تقاس السكك التي في أقصى الوادي ببخارى على ما تقدم ،

(١) سقط في أ ، ح .

(٢) في ح : الرقيقان .


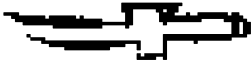
(٣) سقط في ح .

(٤) سقط في أ .

ويبنى أمر الشفعة على النفاذ الحادث وعلى نفاذ الخطة .

في المتقى: هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - في أرض بين قوم اقتسموها وأفرز كل واحد حصته، ورفعوا الطريق بينهم وجعلوه نافذاً وبنوا دوراً على حافتي السكة، وجعلوا أبوابها إليها فباع بعضهم داره فالشفعة للكل؛ لأن هذه السكة وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة، فإن شأؤوا سدوها .

سكة غير نافذة فيها عطف مدور، يريد بالعطف الذي يقال [له] ^(١) بالفارسية:

(حم كرد) وصورة العطف المدور  وفي العطف منازل فباع رجل منزلاً [في] ^(٢) أعلى السكة أو أسفلها، أو في العطف، فالشفعة لجميع الشركاء، وإن كان العطف مربعاً بأن تكون السكة ممدودة في كل جانب منها رقيقة، [وفي السكة دور] ^(٣) وفي الرقيقتين صورته  فباع رجل في العطف منزلاً فالشفعة لأصحاب العطف دون أصحاب السكة، ولو باع رجل في السكة دارا كانوا جميعاً شفعاء، وهو نظير سكة عظمى غير نافذة فيها سكة صغرى [إذا بيع في السكة الصغرى دار فالشفعة لأهل السكة الصغرى خاصة] ^(٤) إذا بيع في السكة العظمى دارا فالشفعة لأهل السكتين .

فالحاصل: أن العطف المدور لا تصير السكة في حكم السكتين ألا [ترى أن هيئة المدور في هذا العطف لا تتغير كما في سكة دهقان أما العطف المربع يصير في حكم سكة أخرى ألا] ^(٥) ترى أن هيئة المدور في هذا العطف تتغير فتصير بمنزلة سكة في سكة، في آخر شفعة الكافي .

وعلى هذا نهر خاص انتزع منه نهر آخر فباع رجل أرضاً على النهر المنتزع، تكون

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) سقط في ح .

(٤) سقط في أ، ح .

(٥) سقط في ح .

الشفعة لأهل المنتزع (جنانك أقذف) انتزع منه^(١) نهر.

وفي المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهما الله - في درب فيه زائفة مستديرة بجميع الدرب بيعت دار في هذه الزائفة التي عليها الدرب فهم شركاء في الشفعة.

وإذا كان درب مستطيل فيه زائفة ليست على ما وصفت لك ولكنها تشبه السكة فأهل تلك الزائفة شركاء في دورهم، ولا يشركهم أهل الدرب [في الشفعة]^(٢). وفي نوادر هشام، قال: أبو يوسف - رحمه الله - المدورة والمربعة والمستطيلة سواء، وإذا بيع دار في الزائفة فلهم ولأهل السكة فيه شفعة لاشتراكهم في طريق السكة.

في شفعة أبي الليث - رحمه الله - : دار بيعت ولها بابان في زقاقين غير نافذين، فإن كانت في الأصل دارين باب إحداهما في زقاق والأخرى في زقاق آخر، واشتراهما رجل ورفع الحائط بينهما حتى صارت كلها دارًا واحدة كان لأهل كل زقاق أن يأخذ الجانب الذي يليه، وإن كانت في الأصل دارًا واحدة ولها بابان فالشفعة لأهل الزقاقين في جميع الدار بالسوية؛ لأن الدار لما كانت واحدة في الأصل، كان الجوار بكل^(٣) الدار ثابت^(٤) لأهل الزقاقين والعبرة للأصل دون العارض.

ونظير هذا الزقاق إذا كان في أسفلها زقاق آخر إلى جانب [آخر]^(٥) فرفع الحائط بينهما حتى صار الكل سكة واحدة، كان لأهل كل زقاق شفعة في الزقاق الذي لهم خاصة، ولا شفعة لهم في الجانب الآخر، وفي مثل هذا ينظر إلى الأصل.

(١) في أ: من.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) في ح: لكل.

(٤) في أ: ثابتة.

(٥) سقط في أ، ح.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: والشريك في الفناء^(١) أحق من الجار، قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : فإن كان المراد فناء^(٢) مملوكاً لهم [ملكاً]^(٣) خاصاً فهذا ظاهر، وإن كان المراد فناء غير مملوك فوجه أنهم أحق بالانتفاع بذلك، ولهم أن يمنعوا غيرهم عن الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة.

في الشفعة للحسن بن زياد - رحمه الله - قوم ورثوا داراً فيها منازل فاقسموها وأصاب كل واحد منهم منزلاً، فرفعوا ما بينهم الطريق فباع بعض من صار له منزل منزله وسلم الذين لهم المنازل في الدار المشفعة، كان للجار الشفعة إذا كان لزيق المنزل الذي بيع وإن كان لزيق الطريق الذي بينهم، وليس بلزيق المنزل، كان له أن يأخذ المنزل وطريقه بالشفعة، وإن لم يكن لزيق المنزل ولا لزيق الطريق الذي بينهم، وكان لزيق منزل آخر من الدار، فلا شفعة فهذه المسألة^(٤) دليل على أن الشفعة كما تجب لجيران المبيع تجب لجيران حق المبيع أيضاً.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: الشركاء في النهر الصغير كل من كان له شرب أحق من الجار الملازق، وإن كان النهر كبيراً تجري فيه السفن فالشفعة للجار الملازق في باب [الشفعة في]^(٥) الأرضين من شفعة الكافي.

قال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني: أراد بالسفن هاهنا السماريات التي هي أصغر السفن.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة [السرخسي]^(٦) - رحمه الله - : أن المذهب

(١) في ح: البناء.

(٢) في ح: بناء.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ح: السكة.

(٥) في ح: شفعة.

(٦) سقط في ح.

عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن النهر الكبير الذي يجري فيه السفن [من الأنهار]^(١) [كدجلة والفرات فكل ما يجري فيه السفن من الأنهار]^(٢) يكون في معنى دجلة^(٣) والفرات و[ما]^(٤) لا يجري فيه السفن يكون في حكم النهر الصغير.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : أن المشايخ اختلفوا في حد النهر الكبير والصغير، بعضهم قالوا: النهر الكبير ما يتفرق مأؤه بين الشركاء وله منفذ إلى المفاوز التي هي لجماعة المسلمين، والنهر الصغير ما يتفرق مأؤه بين الشركاء ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي، ولا يكون له منفذ وعليه المشايخ على أن الشركاء على النهر [إذا كانوا]^(٥) لا يحصون^(٦) فهذا نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهذا نهر صغير.

لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسائة، وبعضهم قدر ما لا يحصى بمائة، وبعضهم قدره^(٧) بأربعين. وبعضهم قدره^(٨) بعشرة.

وبعض مشايخنا قالوا: أصح ما قيل فيه: لأنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن [رآه كبيرًا كان كبيرًا]^(٩) وإن رآه^(١٠) قليلًا كان قليلًا.

ثم إن عامة المشايخ فرقوا بين النهر والسكة حيث جعلوا الشركة في النهر إذا كان بين أقوام يحصون خاصة وإن كان للنهر منفذ إلى المفاوز هي لجماعة المسلمين،

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: الدجلة.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في أ، ح.

(٦) في ح: يختصون.

(٧) في ح: قدر ما لا يحصى.

(٨) في ح: قدر ما لا يحصى.

(٩) في ح: رأهم كثيرا كانوا كثير.

(١٠) في ح: رأهم.

ولم يجعلوا الشركة في الطريق الذي له منفذ إلى الطريق^(١) العامة شركة خاصة، وإن كان أهل السكة مما يحصون.

نهر خاص لرجل في أرض رجل وعليه رحا ماء لصاحب النهر، باع صاحب النهر النهر مع الرحى [فلجار النهر أن يأخذ النهر مع الرحى]^(٢) بالشفعة وإن لم يكن له اتصال بالرحى؛ لأن الرحى مع النهر كشيء واحد؛ إذ الانتفاع بالرحى بدون النهر لا يمكن، فجار النهر يكون جار الرحى، قال: وجميع جيران النهر في الشفعة في النهر والرحى على السواء، [ولا يختص]^(٣) الملازق [للرحى]^(٤) بالرحى، ذكره شيخ الإسلام في شرحه.

قراح في وسطه ساقية جارية منها يشرب^(٥) هذا القراح من الجانبين كان لشفيع هذا القراح من أي جانب كان حق الشفعة في كل القراح [و]^(٦) لا تكون الساقية مما يليه. في باب الاستحقاق بالشفعة^(٧) في شرح القدوري.

ذكر شيخ الإسلام في باب شفعة الأرضين: نهر خاص لرجل عليه أرض ولآخرين عليه أرض، باع صاحب النهر [النهر]^(٨) خاصة فهم شركاء في الشفعة، وإن باع النهر والأرض جميعًا كانوا جميعًا شفعاء في النهر، وكان الذي هو ملازق الأرض أولاهم بالشفعة في الأرض. والله أعلم.



-
- (١) في ح: طريق.
 (٢) سقط في ح.
 (٣) في أ: ويختص.
 (٤) سقط في أ، ح.
 (٥) في أ، ح: شرب.
 (٦) سقط في ح.
 (٧) في ح: الشفعة.
 (٨) سقط في ح.

الفصل الثالث

في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال أصحابنا - رحمهم الله - : الشفعة لا تجب في المنقولات مقصودًا وإنما تجب تبعًا للعقار على ما يأتي بيانه في آخر هذا الفصل ، وإنما تجب مقصودًا في العقارات كالدار والكرم وغيرهما من الأراضي مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل كالحمام والرحى والبئر وغير ذلك .

وإنما تجب في الأراضي التي يملك رقابها حتى إن الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال وتدفع إلى الناس مزارعة فصار لهم فيها [كراء دار كالبناء] ^(١) والأشجار [والكبس] ^(٢) إذا كبسوها ^(٣) بتراب نقلوها ^(٤) من موضع يملكونها ^(٥) ، فإن بيعت هذه الأراضي فبيعتها باطل .

الأراضي المتبادلة إذا كانت الأكرة يزرعونها فبيعتها لا يجوز ، وبيع الكاري دار إذا كان معلومًا يجوز ، ولكن لا شفعة فيها ، في أدب القاضي للخصاف في باب الشفعة ، وإنما يجب بحق الملك حتى لو بيعت دار بجانب دار الوقف فلا شفعة للوقف ^(٦) ولا يأخذها المولى في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - وكذلك إذا كانت

(١) في أ ، ح : كالدار والبناء .

(٢) سقط في أ ، ح .

(٣) في أ : ألبتوا .

(٤) في أ ، ح : يقلعونها .

(٥) في ح : يملكونها .

(٦) لا شفعة للوقف ، لا بشركة ، ولا بجوار ، فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك ، وبعضه وقف ، وبيع الملك فلا شفعة للوقف ، لا لقيمته ، ولا للموقوف عليه .

وقال الشيخ الإيباني : الأرض الموقوفة لا تكون سببًا في الأخذ بالشفعة ؛ لأن سبب الأخذ اتصال ملك الشفيع ، وأعيان الوقف ليست مملوكة لأحد ، وحينئذ فلا شفعة للناظر ؛ لأنه ليس بملك ، ولا للمستحقين ؛ لأنهم يستحقون المنفعة ولا يملكون الرقبة . ولكن يؤخذ بالشفعة إذا بيع بمسوغ شرعي بأن شرط الواقف استبداله واستبدل بدون أن يحصل في بيع العين الموقوفة غبن فاحش ، أو كانت أعيان الوقف خربة لا يفي إيرادها بمصاريفها ، أو كان الوقف عامرًا ، وكان في الاستبدال منفعة محققة للوقف على رأي =

هذه الدار وقفاً على رجل لا يكون للموقوف عليه [الشفعة]^(١) بسبب هذه الدار لما قلنا.

في فتاوى أهل سمرقند قال: وإنما يجب إذا ملك العقار بعوض هو عين مال، وإذا ملك بغير عوض [أصلاً بأن ملك بالهبة بغير عوض]^(٢) أو بالإرث أو بالصدقة فلا شفعة^(٣)، وكذلك إذا ملك [العقار]^(٤) بعوض ليس هو بعين مال، كما إذا جعل

= من يقول بجواز بيعه إذا تحققت المنفعة، وأما إذا كان لا يجوز بيعه بحال من الأحوال بأن كان مسجداً فلا يؤخذ بالشفعة؛ لعدم صحة البيع، ولعل قول بعض العلماء لا شفعة في الوقف مبني على ما ذكر من عدم جواز بيعه، وبهذا يتضح جلياً أن قولهم لا شفعة في الوقف ولا له ليس على إطلاقه.

ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٧٠٣)، حاشية ابن عابدين (٦/٢٣٣)، الخرشي (٦/١٦٣)، مغني المحتاج (٢/٢٩٧)، فتح العزيز (١١/٣٩٢)، شرح منتهى الإيرادات (٢/٤٤١).

(١) سقط في أ، ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) اتفق الفقهاء على أن التصرف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة، وهو البيع وما في معناه. فلا تثبت الشفعة في الهبة، والصدقة، والميراث، والوصية؛ لأن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك، فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الأخذ بالشفعة.

وحكي عن مالك في رواية: أن الشفعة تثبت في كل ملك انتقل بعوض، أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب، والصدقة، ما عدا الميراث، فإنه لا شفعة فيه باتفاق. ووجه هذه الرواية أنها اعتبرت الضرر فقط.

واختلف الفقهاء في المهر، وأرش الجنائيات، والصلح، وبدل الخلع، وما في معناها، فذهب الحنفية، والحنابلة في رواية صححها المرادوي إلى عدم ثبوت الشفعة في هذه الأموال؛ لأن النص ورد في البيع فقط، وليست هذه التصرفات بمعنى البيع؛ ولاستحالة أن يملك الشفيع بمثل ما تملك به هؤلاء.

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، في رواية أخرى إلى ثبوت الشفعة في هذه التصرفات قياساً على البيع بنجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر، ثم نص الحنابلة على أن الصحيح عندهم أنه إذا ثبتت الشفعة في هذه الحال فيأخذ الشفيع بقيمته، وفي قول: بقيمة مقابله.

وذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية) إلى أنه إذا كانت الهبة بشرط العوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة؛ لوجود معنى المعاوضة عند التقابض عند الحنفية، ورأي للشافعية، وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد، وهو الأظهر عند الشافعية.

ينظر: الهداية مع الفتح (٩/٣٧٩، ٣٨١، ٤٠٥)، تبين الحقائق (٥/٢٥٢، ٢٥٣)،

الدار مهرًا في النكاح، أو أجرة في باب الإجارة، أو بدل خلع، أو صلح عن دم العمد فلا شفعة؛ وهذا؛ لأن حق الشفعة ثبت بخلاف القياس؛ لأن الآخذ بالشفعة يملك مال الغير بغير رضاه عرف بالنص في البيع والملك بالبيع بعوض، [وهو عين مال؛ فما وقع الملك فيه بغير عوض أو بعوض ليس]^(١) هو عين مال يبقى على أصل القياس.

وإذا تزوج امرأة بغير مهر وفرض لها داره مهرًا، أو قال لها: صالحتك على أن أجعلها لك مهرًا، أو قال: أعطيتك هذه الدار مهرًا، فلا شفعه للشفيع فيها في الفصول كلها.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال لها: صالحتك من مهرك على هذه الدار، أو قال: مما وجب لك من المهر، [حيث يجب للشفيع فيها الشفعة]^(٢).

والفرق: أن في الفصول الثلاث جعل الدار مهرًا ابتداءً أو بدلاً عن المهر، فإنه قال: فرضتك داري هذه مهرًا، [جعلتك داري هذه مهرًا]^(٣)، ولم يقل: جعلتك [داري]^(٤) بدلاً عن مهرك.

وقد أمكن أن يجعل الدار مهرًا مبتدأ؛ لأنه لم يكن في النكاح تسمية وإنما وجدت التسمية الآن، فإذا صار الدار مهرًا مبتدأ يكون بدلاً عن البضع وإنه ليس بعين مال، فلا تجب فيه الشفعة كما لو تزوجها ابتداءً على الدار.

= حاشية ابن عابدين (٢٣١/٦، ٢٣٦)، وبدائع الصنائع (٢٦٩٦/٦، ٢٦٩٨، ٢٦٩٩)، والمبسوط (١٤١/١٤، ١٤٥)، وبداية المجتهد (٢٥٥/٢)، وحاشية الدسوقي على الكبير (٤٧٦/٣)، ومغني المحتاج (٢٩٦/٢)، ونهاية المحتاج (١٩٩/٥)، وفتح العزيز (٤٢٥/١١)، والمغني، لابن قدامة (٤٦٧/٥)، ومنتهى الإيرادات (٥٢٧/١)، والمقنع (٢٥٨/٢)، وتصحيح الفروع (٥٣٦/٤، ٥٣٧).

(٤) سقط في أ، ح.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

أما في الفصلين جعل الدار بدلا عن المهر نصًّا والمهر عين مال فصارت الدار مملوكة بما هو عين مال فيجب الشفعة فيها للشفيع .

وكذلك لو تزوجها على غير مهر، وفرض القاضي لها مهرًا ثم باعها بذلك المفروض^(١) دارا تجب للشفيع فيها الشفعة؛ لأن الدار في هذا الفصل بدل عن المهر لا عن منافع البضع .

وفي الفتاوى: رجل تزوج امرأة، ولم يسم لها مهرًا ثم دفع إليها دارًا، فهذا على وجهين: إن كان الزوج قال: جعلتها مهرًا فلا شفعة فيها؛ لأن هذا تعين^(٢) لمهر المثل ولا شفعة في المهور .

وإن قال: جعلتها المهر، ففيها الشفعة؛ لأن هذا عوض عن مهر المثل فكانت مبيعًا .

وإذا ملكت الدار بدلًا عما هو عين مال وما ليس بمال، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا شفعة للشفيع أصلاً .

وعلى قولهما: تجب الشفعة في حصة المال من الدراهم .

صورته: إذ تزوج على دار على أن ترد المرأة عليه ألف درهم، أو صالح امرأته عن القصاص على دار على أن يرد صاحب الدم عليه ألف درهم، أو خال امرأته على دار على أن يرد الزوج عليها ألف درهم .

وإذا وهب دارًا من إنسان بشرط أن يعوضه منها كذا وكذا فهو باطل ولا شفعة فيها للشفيع ما لم يتقابضا وبعد ما يتقابضا ففيها^(٣) الشفعة، وهذا لما عرف في كتاب الهبة: أن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء وتصير تبعًا بعد اتصال القبض بالبدلين فقبل اتصال القبض بالبدلين هي هبة ولا^(٤) شفعة في الهبة وبعد قبض البدلين هو بيع وفي

(١) في ح: القرض .

(٢) في ح: تعيين .

(٣) في أ: ففيهما .

(٤) في ح: فلا .

البيع الشفعة.

وإذا وهب شقصاً مسمى في دار غير محوز ولا مقسوم على أن يعوضه كذا وكذا، فهو باطل ولا شفعة للشفيع؛ فيه لما ذكرنا: أن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة ابتداء، والهبة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز فانعقدت الهبة بصفة الفساد في الابتداء والتمام بناء على الابتداء فيكون التمام بيعاً فاسداً.

والجواب في الصدقة والنحلى والعمرى والعطية نظير الجواب في الهبة؛ لأن هذه الألفاظ ألفاظ الهبة والعقد لا يختلف باختلاف الألفاظ.

وأما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له [ثم مات الموصي فإنه يجب فيه] ^(١) الشفعة وإن لم يقبضها ^(٢) الموصى له بخلاف الهبة، ثم قال في الكتاب [إذا قال: ^(٣) أوصيت بداري بيعاً لفلان بألف درهم ومات [الموصي] ^(٤) فقال الموصى له: قبلت، ثبتت للشفيع الشفعة، وإن قال: أوصيت أن توهب له على عوض ألف درهم فهو مثل الهبة بشرط العوض بنفسه، وإذا ادعى حقاً على إنسان وصالحه المدعى قبله على دار، فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة سواء كان الصلح عن إنكار أو عن إقرار؛ لأن التملك بالشفعة يقع على المدعي، وفي زعم المدعي أنه ملك [هذه] ^(٥) الدار عوضاً عما هو عين مال فبني ^(٦) الأمر على زعمه.

وبمثل لو ادعى داراً في يدي رجل وصالحه المدعى قبله، على أن يعطيه المدعى قبله دراهم وترك الدار على المدعى قبله ينظر: إن كان الصلح عن إقرار المدعى قبله فللشفيع الشفعة، وإن كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع؛ لأن التملك بالشفعة

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في ح.
- (٣) سقط في أ، ح.
- (٤) سقط في أ، ح.
- (٥) سقط في أ.
- (٦) في أ، ح: فيبني.

ها هنا يقع على المدعى قبله، فإذا كان الصلح قبله على إقراره ففي زعمه أنه يملك الدار بعوض هو عين مال، وإذا كان الصلح عن إنكار ففي زعمه أنه لا يملك الدار بعوض، إنما دفع الدراهم فداء عن اليمين.

فإذا في الفصول كلها يعتبر زعم من يقع التمليك^(١) عليه. وإذا اشترى دارًا على أن المشتري فيها بالخيار ثلاثة أيام فللشفيع الشفعة^(٢) في قولهم جميعًا^(٣).

وإن لم تصر الدار مملوكة للمشتري، عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن حق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت حق المشتري، ألا ترى أن للشفيع أن يملك على البائع ولا يملك على المشتري فيراعي زوال ملك البائع، [وملك البائع زال]^(٤) بالإجماع.

وعن هذا قلنا: إن من أقر ببيع داره من رجل، وأنكر المشتري كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة.

وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - لا شفعة للشفيع مع شرط الخيار [للمشتري]^(٥).

(١) في ح: التملك.

(٢) في ح: بالشفعة.

(٣) قال الشيخ الإبياني: إذا باع شخص بيته وشرط لنفسه الخيار، فلا تثبت الشفعة ما دام الخيار موجودًا؛ لعدم خروج البيت عن ملك البائع بسبب خياره، وهي إنما تثبت بعد البيع الموجب لنقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري؛ لأن ثبوتها يوجب إبطال ملكه وذلك غير جائز، ولكن لو سقط خياره بأن مضت مدة الخيار ولم يفسخ العقد أو وجد منه في أثناءها ما يدل على سقوط خياره تثبت الشفعة إذا طلبها الشفيع عند حصول البيع، وقال بعضهم: يكفي حصول الطلب عند سقوط الخيار؛ لأن البيع يصير سببًا لزوال الملك عند ذلك، وهي إنما تثبت للشفيع بعد زوال الملك عن البائع، وحينئذ يكون طلبه الشفعة قد جاء في وقت استحقاقه لها فيكون حاصلًا في أوانه.

(٤) في ح: زوال.

(٥) سقط في ح.

وفي القدوري: أن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت حق الشفعة فلا^(١) يمنع زوال ملك البائع وإن كان المشتري شرط الخيار لنفسه شهراً، أو ما أشبه ذلك، ولا شفعة للشفيع عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن الشراء بشرط الخيار زيادة على ثلاثة أيام فاسد عنده، ولا شفعة في الشراء الفاسد على ما تبين.

وإن أبطل المشتري خياره قبل مضي ثلاثة أيام حتى انقلب البيع صحيحاً وجب للشفيع الشفعة، وإن كان الخيار لهما - يعني: البائع والمشتري - فلا شفعة للشفيع لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري.

وفي شفعة الكافي في باب الخيار في الشفعة: إذا اشترى داراً بشرط الخيار للمشتري فبيعت دار بجانب الدار المشتراة، كان للمشتري الشفعة بالاتفاق، وإن كان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملك المشتري.

ولا شفعة في الشراء الفاسد سواء كان المشتري مما يملك بالقبض أو لا يملك، وسواء كان المشتري قبض المشتري أو لم يقبض، [أما قبل القبض فيبقى]^(٢) ملك البائع، وإن قبض فيبقى حقه في الاسترداد، وهذا إذا وقع البيع فاسداً، أما إذا فسد بعد انعقاده صحيحاً فحق الشفيع يبقى على حاله؛ ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني داراً بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإن البيع يفسد على ما عرف في كتاب البيوع، وللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة وإن فسد البيع؛ لأنه إنما فسد بعد وقوعه صحيحاً.

وإن^(٣) كان المشتري قبض الدار المشتراة شراء فاسداً وبيعت دار أخرى بجانب هذه الدار، فله الشفعة؛ لأن له جواراً قائماً بحقيقة الملك من وقت الشراء، وإن لم يأخذ الدار الثانية بالشفعة حتى [إذا]^(٤) استرد البائع منه ما اشترى لم يكن للمشتري

(١) في ح: لأنه لا.

(٢) في أ: فيبقى، وسقط في ح.

(٣) في ح: وإذا.

(٤) سقط في ح.

أن يأخذها بالشفعة؛ لأن جواره^(١) زال قبل الأخذ، وكذا لا يكون للبائع أن يأخذها؛ لأن جواره حادث، وإن^(٢) كان المشتري أخذ الدار بالشفعة ثم استرد البائع منه ما اشترى فالأخذ ماضٍ.

وإذا اشترى دارًا شراءً فاسدًا وبني فيها بناءً أو غرس فيها أشجارًا فللشفيع أن يأخذها [بالشفعة]^(٣) بقيمة الدار، هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا شفعة [للشفيع وهذا بناء]^(٤) على أصل مختلف معروف في كتاب البيوع: أن حق البائع في الاسترداد ينقطع بالبناء عند أبي حنيفة رضي الله عنه .

وعندهما: لا ينقطع .

وإذا^(٥) انقطع حق البائع [في البناء]^(٦) عند أبي حنيفة زال المانع من وجوب الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع .

قال في القُدوري: فإن باع المشتري ما اشتراه شراءً فاسدًا بيعًا صحيحًا من رجل لم يكن للبائع نقض البيع والشفيع بالجوار إن شاء [نقض البيع الثاني و]^(٧) أخذ بالبيع الأول بقيمته، وإن شاء أخذ [بالبيع الثاني]^(٨) بالثمن المذكور فيه؛ لأنه اجتمع سببان فكان له أن يأخذ بأيهما شاء .

فإن قيل: إذا نقض [الشفيع]^(٩) البيع الثاني، صار كأن لم يكن فيعود حق البائع

(١) في ح: زواله .

(٢) في ح: فإن .

(٣) سقط في أ .

(٤) في ح: وبهذا بني .

(٥) في ح: وإن .

(٦) في أ، ح: بالبناء .

(٧) سقط في أ، ح .

(٨) في ح: الباقي .

(٩) سقط في ح .

الأول في [النقض والاسترداد]^(١) فلا يكون للشفيع حق الأخذ [بالشفعة]^(٢) كما قبل البيع [الثاني صار كأن لم يكن فيعود حق البائع في النقص ولا يكون للشفيع حق الأخذ كما قبل البيع الثاني.

قلنا له البيع^(٣) الثاني ينقض لحق^(٤) الشفيع مقتضى تملك المشتري بالشفعة بالبيع السابق فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفيع.

رجل اشترى من آخر أرضاً فيها نخيل بألف درهم فلم يقبضها المشتري حتى أثمر النخيل، ثم حضر الشفيع فله أن يأخذ الكل بالشفعة، وفي المسألة إشكال من وجهين:

أحدهما: أن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيما كان موجوداً وقت البيع، والثمر لم يكن موجوداً وقت البيع.

والثاني: أن الثمر نقلى، والجواب: أما الإشكال الأول، قلنا^(٥): حق الشفعة يثبت بالبيع ويمكن^(٦) في جميع ما صار مملوكاً بالبيع للمشتري وإن لم يكن موجوداً وقت البيع؛ ألا ترى لو قبضه المشتري صار له حصة من الثمن.

وأما الثاني قلنا: الثمر ما دام متصلاً بالنخل والأرض فله حكم النخل والأرض بطريق [التبعية]^(٧) وحق الشفعة يثبت في النخل والأرض فكذا في الثمر المتصل بهما.

فإن قال الشفيع: آخذ الأرض والنخل بحصتهما ولا أعطيك حصة الثمر، لا يلتفت إلى قوله لما فيه من ضرر التفريق لصاحبه، ولو أن الشفيع حين حضر لم

(١) في أ، ح: القبس.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) في أ: الثاني قلنا: البيع، وسقط في ح.

(٤) في ح: نحو.

(٥) زاد في ح: بلى.

(٦) في ح: ولكن.

(٧) في ح: الشفعة.

يقض القاضي له بالشفعة حتى جذ البائع الثمر أخذ الشفيع الأرض والنخل وترك الثمر؛ لأننا إنما أثبتنا حق الشفعة في الثمر قبل الجذاذ مع كونه نقلًا بطريق التبعية^(١) وبالجذاذ زالت التبعية فعاد الأمر إلى الأصل، ثم يأخذ النخل والأرض بحصتهما من الثمر ويسقط حصة الثمر؛ لأن البائع بالجذاذ صار مستهلكًا حق المشتري قبل القبض فأوجب سقوط حصته من الثمر، فكما يظهر السقوط^(٢) في حق المشتري يظهر في حق الشفيع، وهو نظير بناء الدار إذا نقضه البائع ثم حضر الشفيع، أخذ الباقي بحصته من الثمن. وطريقه ما قلنا.

وهذا إذا أخذ [البائع الثمن]^(٣)، فأما إذا هلك من غير صنيع أحد، فالشفيع يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن؛ لأنه هلك بالبيع تبعًا فلا يقابله شيء من الثمن، إلا إذا صار مقصودًا بالمنع والحبس، ولم يوجد ذلك هاهنا، هذا إذا أثمر النخيل قبل قبض المشتري.

فإن أثمر بعد قبض المشتري وجده، ثم حضر الشفيع فلا شفعة له في الثمر ويأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن إن شاء؛ لأن الثمر في هذه الصورة لا يقابله شيء من الثمن^(٤)؛ لأنه حادث بعد القبض، هذه الجملة من الزيادات.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : رجل اشترى نخلاً فيها ثمر اشتراها وثمرها، فجذ المشتري الثمر ثم حضر الشفيع أخذ النخل بحصته من الثمن^(٥) فيقوم النخل وفيه ثمر، ويقوم ولا ثمر فيه فيأخذه بحصته، وكذا إذا اشترى أرضًا مبذورة فنبت الزرع وحصده المشتري ثم حضر الشفيع، أخذ الأرض بحصتها فيقوم الأرض مبذورة [وغير مبذورة]^(٦) فيأخذها بحصتها، والطريق ما قلنا في

(١) في ح : الشفعة.

(٢) في ح : المسقوط.

(٣) زاد في ح : بحصته من الثمر.

(٤) في ح : الثمر.

(٥) في ح : الثمر.

(٦) سقط في أ.

المسألة الأولى من الزيادات .

في باب شفعة الأرض من الأصل: إذا اشترى نخلة بأصولها وموضعها من الأرض ففيها الشفعة، بخلاف ما [إذا]^(١) اشترى نخلة ليقلعها حيث لا شفعة فيها؛ لأن في الفصل الأول إنما أوجبنا الشفعة في النخلة تبعًا للأرض؛ لأنه اشتراها معه، وهاهنا لا يمكن إيجاب الشفعة فيها تبعًا؛ لأنه اشتراها للقلع ولا يمكن إيجاب الشفعة فيها [مقصودًا لأنها]^(٢) نقلية، وكان الجواب في الأشجار كالجواب في البناء ليقلعه فلا شفعة للشفيع فيه، وإذا اشتراه بأصله للشفيع فيه الشفعة .

وعلى هذا: إذا اشترى الزرع مع الأرض للشفيع أن يأخذ الزرع بالشفعة، ولو اشترى الزرع ليحصده لم يكن فيه شفعة .

وإذا اشترى بيتًا ورحى ماء فيه ونهرها ومتاعها للشفيع الشفعة في البيت وفي جميع ما كان من آلات الرحى المركبة ببيت الرحى؛ لأنها تابعة لبيت الرحى، وعلى هذا: إذا اشترى الحمام للشفيع أن يأخذ بالشفعة الحمام مع آلاتها^(٣) المركبة من القدور وغيرها ولا يأخذ ما كان مزايلا^(٤) من البيت في المسألة الأولى ومن الحمام في المسألة الثانية، إلا الحجر الأعلى في المسألة الأولى فإنه يأخذه الشفيع استحسانًا وإن لم يكن مركبًا؛ لأن الحجر الأعلى مع الأسفل كشيء واحد معنى؛ ألا ترى أنه يدخل في بيع الرحى استحسانًا من غير ذكر، فكان كالمركب فيه معنى فلهذا يأخذه الشفيع بالشفعة .

وإذا اشترى عين قير ونفط أو موضع مسلخ أخذ جميع ذلك بالشفعة؛ لأن هذه الأشياء متصلة بالأرض معنى؛ لأنها تنبع من ذلك الموضع .

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : اشترى كرمًا وله شفيع غائب فأثمرت

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : مقصود إليها .

(٣) في ح : الأنهار .

(٤) في ح : مزال .

الأشجار فأكلها المشتري ثم حضر الشفيح وأخذ الكرم بالشفعة، فإن كانت الأشجار وقت قبض المشتري ذات ورد ولم يبد الطلع من الورد لا يسقط شيء من الثمن^(١)، وإن كان قد بدا الطلع وقت قبض المشتري يسقط بقدر ذلك ويعتبر قيمته يوم قبض المشتري الكرم؛ لأنه في الوجه الأول: لا حصة له من الثمن، وفي الوجه الثاني: له حصة من الثمن.

وكذلك إذا كان المشتري أرضاً فيها زرع، لا قيمة له وإن أدرك الزرع وحصد المشتري ثم جاء الشفيح وأخذ الأرض لا يسقط شيء من الثمن.



(١) في ح: الثمر.

الفصل الرابع في طلب الشفعة

يجب أن يعلم بأن الطلب أنواع ثلاثة: طلب الموائبة^(١)، وطلب إسهاد^(٢)، وطلب تمليك.

واختلفت الروايات في مقدار مدة طلب الموائبة.

قال علمائنا - رحمهم الله - في ظاهر الروايات: يشترط فور علمه بالشراء^(٣) إن

(١) الموائبة: يقال: وثب من باب وعد، ووثوبًا ووثبًا فهو وثَّاب، ويتعدى بالهمزة فيقال: أوثبته وواثبته بمعنى: ساورته، من الوثوب، والعامّة تستعمله بمعنى المبادرة والمسارة. ينظر: المصباح المنير (٦٤٧/٢)، مادة (و ث ب).

(٢) الإسهاد على طلب الشفعة ليس شرطًا لصحته عند الحنفية، وإنما هو من أجل التوثيق على تقدير الإنكار. وروي عن محمد - رحمه الله - أن الإسهاد شرط لصحته؛ لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، فلا يصح الطلب والإسهاد بدونه.

ينظر: بدائع الصنائع (١٨/٥)، الجوهرة النيرة (٢٧٦/١)، تبيين الحقائق (٢٤٤/٥).
(٣) اختلف العلماء في تقدير الوقت الذي يجب فيه على الشفيع المطالبة بالشفعة على أقوال، أهمها ثمانية أقوال:

القول الأول: وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية، والأظهر عند الشافعية، والصحيح عند الحنابلة، أن الوقت الذي يجب فيه على الشفيع المطالبة بالشفعة هو على الفور بعد العلم بالبيع، وإن تأخر عن المطالبة لغير عذر سقط حقه في الشفعة.
القول الثاني: وقت طلب الشفعة ليس على الفور، بل وقتها متسع على التراخي، وهذا مذهب المالكية، وقد اختلفت الروايات عن مالك في تقدير هذه المدة على أربع روايات: الأولى: وقت طلب الشفعة للحاضر مقدر بالسنة، فالحاضر الساكت على شفيعته إلى تمام السنة بعد العلم بها وهو الأشهر. قال مالك: (والتسعة الأشهر والسنة قريب لا أرى فيها قطعًا للشفعة).

الثانية: وقت طلب الشفعة غير محدد ولا مقدر، فالشفعة ثابتة للشفيع على التراخي، إلا إذا قام المشتري بالبناء أو التغيير، والشفيع حاضر عالم وساكت، أو يصرح الشفيع بالإسقاط؛ لأنه حق ثابت للشفيع ولا يبطله سكوته.
الثالثة: وقت طلب الشفعة مقدر بخمسة أعوام.
الرابعة: وقت طلب الشفعة مقدر بأكثر من السنة.
القول الثالث: وقت طلب الشفعة مقدر بثلاثة أيام، وهو قول للشافعي، وقول ابن أبي ليلى.

القول الرابع: وقت الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة محددة، وهذا قول الشافعي في القديم، ورواية عن أحمد.

طلب الشفعة كما علم بالشراء ثبت [حقه]^(١) وإن لم يطلب هنيهة وسكت بطلت شفעתه، وإليه ذهب مشايخ بلخ وعامة مشايخ بخارى.

وروى هشام عن محمد - رحمهما الله - : أن له مجلس العلم [إن]^(٢) طلب [فيه]^(٣) ثبت حقه وإن لم يطلب حتى قام، بطل حقه، وهو اختيار الكرخي وبعض مشايخ بخارى.

وروى ابن رستم عن محمد: أنه إذا سكت هنيهة لا تبطل شفעתه، ولم ينقل عن محمد كيفية طلب المواثبة، وقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه إذا أتى بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة جاز، وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني، والشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل البخاري، والشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل - رحمهم الله - .

القول الخامس: وقت طلب الشفعة هو مجلس العلم بالبيع وإن طال المجلس، وهذا القول رواية عن محمد، ورواية عن أحمد.

القول السادس: وقت الشفعة مقدر بيوم من حين يسمع بالبيع. وهذا ما ذهب إليه سفيان.

القول السابع: وهو لشريك: أن الشفيع على شفעתه ما لم يبطلها تصريحاً أو دلالة، فهي بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له.

القول الثامن: وهو للشافعي: أن وقت الشفعة يثبت للشفيع إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ، أو العفو، (لأننا لو قلنا: إنه على الفور أضررنا بالشفيع؛ لأنه لا يأمن من الاستعجال أن يترك الحظ في الأخذ، أو يأخذه الحظ في الترك فيندم.

وإن قلنا: إنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري؛ لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفاً من الشفيع، فجعل له إلى أن يرفع للحاكم ليدفع عنه الضرر). ينظر: المبسوط (١١٦/١٤، ١١٧)، بدائع الصنائع (١١٦/٤، ١١٧)، الهداية، للمرغيناني (٣٠٧/٨)، شرح الزرقاني على الموطأ (٥١٦/٣)، بداية المجتهد (٢/٢٦٣)، الثمر الداني، ص (٥٥١)، الحاوي (٢٤٠/٧، ٢٤١)، روضة الطالبين (٥/١٠٧)، المهذب (٣٨٠/١)، مغني المحتاج (٣٩٥/٢)، حاشية الشرقاوي (١٤٦/٢)، المغني، لابن قدامة (٤٧٩/٥)، الإنصاف (٢٦٠/٦).

(١) سقط في أ، ح.

(٢) في ح: فإن.

(٣) سقط في ح.

حتى حكى [عن محمد]^(١) عن الشيخ الإمام الجليل هذا: لو وجبت الشفعة لهروي فقال: شفعة شفعة، كان ذلك منه طلبًا صحيحًا ثابتًا، وهذا إذا طلب وهو طلب المواثبة ليس لإثبات الحق؛ لأن الطلب يقتضي مطلوبًا، ومطلوبًا منه ليصح، وليس في هذا الطلب مطلوب [ومطلوب]^(٢) منه فكان تلفظًا بالطلب لا أن يكون طلبًا^(٣) على الحقيقة، وإنما يشترط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والإشهاد ليس بشرط لصحة هذا الطلب وكذلك حضرة واحد من الأشياء الثلاثة الدار والبائع والمشتري ليست بشرط لصحة الطلب. وذكر أصحابنا - رحمهم الله - الإشهاد عند هذا الطلب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من إثباته [لا]^(٤)؛ لأنه شرط لازم فهو نظير الإشهاد على التفرع في الحائط المائل المذكور في الكتب على طريق الاحتياط لا؛ لأنه شرط التفرع.

ثم بعد طلب المواثبة يحتاج إلى طلب الإشهاد والتقدير^(٥)، وإنما يصح هذا الطلب عند حضرة أحد الأشياء الثلاثة الدار أو البائع أو المشتري وهو بيده، وهذا الطلب مقدر بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هذه الأشياء بعد الفراغ من طلب المواثبة حتى لو لم يتمكن ولم يطلب بطلت شفעתه.

وصورة^(٦) هذا الطلب: أن يحضر الشفيع عند الدار فيقول: إن فلانًا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار، لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن أيضًا فاشهدوا بذلك، أو^(٧) بحضرة المشتري ويقول إن هذا اشترى الدار التي كانت

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: طالب.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، ح: التقدير.

(٦) في ح: وصورته.

(٧) في ح: و.

لفلان حدودها كذا، وأنا شفيعتها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا، أو بحضرة البائع [ويقول: إن] (١) هذا باع [من] (٢) فلان دارًا التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا، وهذا الطلب عند المشتري صحيح سواء كانت الدار في يد المشتري أو في يد البائع، وكذلك عند البائع إذا كانت الدار في يده.

وإن لم تكن الدار في يده، ذكر (٣) الشيخ أبو الحسن القدوري - رحمه الله - وعصام في مختصره، والناطفي في أجناسه: [أنه لا يصح] (٤)، وبه أخذ الصدر الشهيد - رحمه الله -.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله -: أنه صحيح استحسانًا وأحاله إلى الجامع الكبير، وهكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله -. ومدة هذا الطلب مقدره بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطل حقه.

قال شيخ الإسلام في شرحه في باب شفعة أهل البغي: إن الشفيع إنما يحتاج إلى طلب المواتبة بأن يسمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار، أما إذا سمع المشتري عند حضرة أحد هؤلاء وطلب طلب المواتبة وأشهد على ذلك، فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام طلبين.

وإن قصد الأبعد من أحد هذه الأشياء الثلاثة وترك الأقرب فإن كانوا جملة في مصر واحد، فالقياس أن تبطل شفيعته، وفي الاستحسان لا تبطل؛ لأن نواحي المصير جعلت كناية واحدة حكمًا، ولو كانوا في مكان واحد حقيقة فطلب عند أحدهم وترك الطلب عند الآخرين أليس إنه يصح طلبه؟ كذا هاهنا.

(١) في ح: فيقول.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ح: ذكره.

(٤) سقط في أ، ح.

وذكر^(١) الصدر الشهيد - رحمه الله - في شرح أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - وفي واقعاته: أنه إذا اجتاز^(٢) على الأقرب ولم يطلب منه بطلت شفيعته. ولو كان الشفيع بحضرة [واحد من]^(٣) هذه الأشياء الثلاثة والآخران في مصر آخر، أو في رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقدم الأبعد وترك الطلب عند من هو بحضرتة بطلت شفيعته قياسًا واستحسانًا؛ لأن المصر الآخر أو رستاق هذا المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد وإذا ترك الطلب عند الأقرب وقصد الأبعد فقد ترك الطلب مع الإمكان.

ولو كان كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة في مصر على حدة والشفيع في مصر على حدة ذكر عصام - رحمه الله - في مختصره: أن الشفيع يذهب إلى أقربهم. وذكر الناطفي في أجناسه: أما إذا ذهب إلى الأبعد لا تبطل شفيعته. بعض مشايخنا أخذوا برواية عصام.

وبعضهم أخذوا برواية الناطفي.

وإليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب الشفعة في باب شفعة أهل البغي حيث قال: وإذا كان الشفيع في غير مصر البائع والمشتري والدار، وأتى إليهم شخص فهو على شفيعته من غير فصل، وهذا؛ لأن الشفيع قد يعجز عن الذهاب إلى الأقرب بسبب من الأسباب فلا يكون بترك الذهاب إلى الأقرب مبطلا شفيعته، وعلى هذا الوجه إذا كان للأقرب طريقان وترك^(٤) الطريق الأقرب واختار الأبعد لا تبطل شفيعته على قياس ما ذكره الناطفي.

ثم إذا حضر المصر الذي فيه أحد هذه الأشياء بطلت^(٥) الشفعة بحضرة ذلك، ولا يكفيه حضور المصر البائع والمشتري والدار في ذلك على السواء.

(١) في ح: وطلب.

(٢) في ح: اختار.

(٣) في ح: واحدة.

(٤) في ح: فترك.

(٥) في ح: بطلب.

وكان القاضي الإمام ركن الإسلام أبو زيد الكبير يقول: يكفيه حضور المصر الذي الدار فيه للطلب، ولا يشترط الطلب عند حضرة الدار فكان يفرق بين الدار وبين البائع والمشتري، وكان يقول: إليه أشار محمد - رحمه الله - في باب شفعة أهل البغي.

وعلى هذا: إذا كان الدار في مصر الشفيع لا يشترط الطلب عند الدار على ما ذكره القاضي الإمام - رحمه الله - بل إذا طلب وأشهد من غير تأخير في أي موضع طلب جاز. وإذا كان البائع والمشتري في مصر الشفيع لا بد من الطلب بحضرته [بالاتفاق]^(١).

ثم بعد طلب المواتبة، وطلب الإسهاد يحتاج إلى طلب التمليك، وهو الطلب عند القاضي إن لم يكن سلم المشتري الدار إليه.

وصورة ذلك: أن يقول الشفيع للقاضي: إن فلاناً اشترى داراً وبين محلها وحدودها وأنا شفيعها بدار لي وبين حدودها فمره بتسليمها إلي، وبعد هذا الطلب لا يثبت الملك للشفيع في الدار المشفوعة إلا بحكم القاضي^(٢)، [أو

(١) سقط في أ، ح.

(٢) قال الشيخ الإيباني: يطلق الحكم ويراد به أثر الشيء المترتب عليه، كثبوت ملك المبيع للمشتري والتمن للبائع في عقد البيع، فيترتب على الشفعة أن العقار المشفوع ينتقل إلى ملك الشفيع، ولكن لا بد لذلك من أحد أمرين: إقاً بالأخذ إن تسلمه من المشتري برضاه، وإما بقضاء القاضي من غير أخذ، وسبب توقف نقل الملك من المشتري إلى الشفيع أن الملك قد تم بالشراء فلا يخرج عن ملكه إلى الشفيع إلا برضاه؛ لأن له الولاية على نفسه فيملك إخراج ملكه عنه برضاه أو بحكم الحاكم؛ لأن له الولاية العامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق. وقبل حصول أحد هذين الأمرين لا ينتقل الملك إليه؛ فلو مات لا تورث العين المشفوعة عنه، ولو باع ما يشفع به بطلت شفيعته؛ لعدم وجود السبب حال الحكم أو الأخذ بالتراضي. ولو باع شخص أرضاً بجوار الأرض التي يريد أخذها بالشفعة فليس له ذلك لعدم الملك. وقال الإمام أحمد: ينتقل الملك إليه بمجرد الطلب، ولا يشترط في ذلك حكم القاضي؛ لأن البيع السابق سبب انضمت إليه المطالبة كالإيجاب في البيع إذا انضم إليه القبول، ولا يلزم رضا المشتري؛ لأن الأخذ منه قهراً، والمقهور لا يعتبر رضاه، وعلى هذا فلو مات بعد الطلب يورث عنه. وقد اختلف الفقهاء في كيفية التملك بالشفعة، فذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت الملك للشفيع إلا بتسليم المشتري بالتراضي، أو بقضاء =

القاضي . أما التملك بالتسليم من المشتري فظاهر ؛ لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع - وهو الثمن - يفسر الشراء ، والشراء تملك . وأما قضاء القاضي ؛ فلأنه نقل للملك عن مالكة إلى غيره قهراً ، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه . وإذا قضى القاضي بالشفعة وكان المبيع في يد البائع ، فقال بعض مشايخ الحنفية : البيع لا ينتقض ، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع . وقال بعضهم : ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري ، وينعقد للشفيع بيع آخر ، وهو المشهور . ووجه من قال بالتحول : أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ؛ لأن البيع من شرائط وجوب الشفعة ، فإذا انتقض لم يجب ، فتعذر الأخذ . وإن كان المبيع في يد المشتري ، أخذه منه ودفع الثمن إلى المشتري ، والبيع الأول صحيح ؛ لأن استحقاق التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه . ثم إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع ، وكانت العهدة عليه ، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد . وإن أخذه من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري ، وكانت العهدة عليه ؛ لأن العهدة هي من الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبضه . وروي عن أبي يوسف : أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بمحض منهما ، أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري ، والعهدة على المشتري ، وإن كان لم ينقد ، دفع الشفيع الثمن إلى البائع ، والعهدة على البائع .

ينظر : بدائع الصنائع (٦/٢٧٢٤) ، وحاشية ابن عابدين (٦/٢١٩) ، وتبيين الحقائق (٥/٢٤٢) .

وأخذ الشفيع العقار بحكم القاضي ، أو بالتراضي ، يعتبر شراءً جديدًا بالنسبة إليه ؛ لأنه معاوضة مال بمال ، فيعتبر شراءً من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض ، وشراءً من البائع إن كان قبله ، لتحول العقد إليه ، وينبني على ذلك أنه يثبت له خيار الرؤية إن لم يكن رآه فيرده على من أخذه منه ، سواء كان البائع أو المشتري ، كما إذا اشتراه منهما باختیارهما ، ولا يسقط خياره برؤية المشتري ؛ لأنه ليس بنائب عنه ، فرؤيته لا تؤثر على حق الشفيع في الرد بخيار الرؤية لاختلاف الأغراض . ولو اطلع على عيب كان موجودًا فيه قبل أخذه فله رد بخيار العيب ، ولو رضي به المشتري ؛ لأن رضاه لا يؤثر على حق الشفيع ، ولو شرط البائع على المشتري البراءة منه فله رده أيضًا ، والشرط لا يسري على الشفيع ، سواء أخذ العقار من المشتري ؛ لأن الأخذ منه بمنزلة عقد جديد غير الأول ، أو أخذ من البائع ؛ لأن رضا المشتري بالبراءة من كل عيب قاصر عليه ، إذ إنه بعقد الشراء يعمل لنفسه لا للشفيع ، فهو ليس بنائب عنه ، والشفيع لم يلتزم له بالبراءة من العيب ، ولا لزوم بلا التزام . وله أن يرده أيضًا إذا ظهرت خيانة البائع للمشتري في بيعه ، كأن قال له : اشتريت العقار بمبلغ كذا وأربح عشرة جنيهات مثلا ، فظهر أن البائع اشتراه بأقل مما يقال ، أو ظهرت خيانتة في بيعه له تولية ، بأن قال : بعته لك بالثمن الذي اشتريته بدون زيادة ، وهو ألف جنيه ، فتبين أنه اشتراه بأقل من ذلك . وليس له رده بخيار الشرط ؛ لأنه شرع للتروي في البيع على خلاف القياس فلا يثبت في الأخذ الجبري .

بتسليم^(١) المشتري الدار إليه حتى إن بعد هذا الطلب قبل حكم القاضي بالدار له وقبل تسليم المشتري الدار إليه، لو بيعت دار أخرى بجنب هذه الدار ثم حكم له الحاكم، أو سلم المشتري الدار إليه^(٢) لا يستحق الشفعة فيها، وكذا^(٣) لو مات الشفيع أو باع داره بعد الطلبين قبل حكم الحاكم أو تسليم المشتري تبطل شفيعته^(٤)، ذكر الخصاص ذلك في أدب القاضي.

وللشفيع أن يمتنع من الأخذ بالشفعة إن بذل له المشتري حتى يقضي القاضي له بها؛ لأن في قضاء القاضي له زيادة فائدة وهو معرفة القاضي بسبب ملكه، وعلم القاضي بمنزلة شهادة شاهدين، فكان الأخذ بقضاء القاضي أحوط، في شفعة الأسيحابي - رحمه الله - .

فإن ترك الشفيع الطلب الثالث يعني بعد ما طلب الطلبين أو^(٥) لم يرفع الأمر إلى

(١) سقط في ح .

(٢) زاد في ح : حتى بعد هذا الطلب .

(٣) في ح : وكذلك .

(٤) اختلف الفقهاء في ميراث حق الشفعة .

فذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أن حق الشفعة يورث، فإذا مات الشفيع، ينتقل حق الشفعة إلى ورثته .

وقيده الحنابلة بما إذا كان الشفيع قد طالب بالشفعة قبل موته .

ووجه الانتقال عندهم : أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث، كالرد بالعيب .
 وذهب الحنفية، إلى أنه إذا مات الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة، لم يكن لورثته حق الأخذ بها، فتسقط الشفعة بموت الشفيع، ولا تنتقل إلى الورثة؛ لأن حق الشفعة ليس بمال، وإنما مجرد الرأي والمشية، وهما لا يقيان بعد موت الشفيع؛ ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ بالشفعة قد زال بموته . أما إذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي له بالشفعة، أو بعد تسليم المشتري له بها، فلورثته أخذها بالشفعة . وإذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة؛ لأن المستحق باق، وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق .
 ينظر : العناية على الهداية مع فتح القدير (٤١٦/٩، ٤١٧)، المبسوط (١١٦/١٤)، بدائع الصنائع (٢٧٢١/٦)، تبيين الحقائق (٢٥٧/٥)، حاشية ابن عابدين (٢٤١/٦)، بداية المجتهد (٢/٢٦٠)، ونهاية المحتاج (٢١٧/٥)، والمغني، لابن قدامة (٥٣٦/٥) وما بعدها، منتهى الإرادات (٥٣٢/١) .

(٥) في أ : لو .

القاضي حتى يقضي له بالشفعة هل تبطل شفيعته؟

أجمعوا على أنه إذا ترك هذا الطلب بعذر من مرض أو حبس أو غير ذلك، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب أنه لا تبطل شفيعته وإن طالت المدة، وإن ترك^(١) الطلب بغير عذر فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا تبطل شفيعته وإن طالت المدة. وعلى قولهما: تبطل إذا طالت المدة.

واختلفت الروايات عنهما في المدة الطويلة، ففي رواية عن محمد - رحمه الله عليه - : قدر بثلاثة^(٢) أيام، وفي رواية أخرى: أنه قدر بشهر، فقال: إذا ترك المرافعة شهراً بطلت شفيعته، وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - . قال شيخ الإسلام: الفتوى اليوم على هذا، [وهو قول زفر]^(٣).

وعن أبي يوسف في رواية مثل قول أبي حنيفة، رواه محمد عنه.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا كان الشفيع غائباً فعلم بالشرأ فإنه ينبغي أن يطلب طلب الموثبة، ثم له من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة بطلب الإشهاد والتقرير، فإذا مضى ذلك الأجل [وهو قدر المسير إلى أحد هذه الأشياء]^(٤) قبل أن يطلب هذا الطلب أو يبعث من يطلب، فلا شفعة له.

فإن قدم المصير الذي فيه الدار، فيتعين^(٥) المشتري فطلب^(٦) الشفيع الإشهاد والتقرير عند البائع إذا كان الدار في يديه أو عند الدار ثم ترك الطلب فإنه لا تشفيعته وإن طال ذلك بلا خلاف؛ لأنه إنما ترك هذا الطلب بعذر؛ لأنه لا يمكنه اتباع

(١) زاد في ح: هذا.

(٢) في أ، ح: ثلاثة.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في أ، ح.

(٥) في أ: فيبعث.

(٦) في أ: بطلب، وزاد في ح: المشتري.

المشتري لأجل الخصومة؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشتري ليخاصمه ويأخذه منه فهرب المشتري إلى مصر آخر فترك هذا الطلب بعذر لا يوجب بطلان الشفعة.

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - : إذا ترك الطلب الثالث لسنة^(١) لا تبطل شفيعته؛ لأنه^(٢) لم يكن في البلد قاض، فهذا عذر.

الشفيع إذا علم بالشراء، وهو في طريق مكة، فطلب طلب الموائبة وعجز عن طلب الإشهاد بنفسه، يوكل وكيلاً ليرتب له الشفعة، فإن لم يفعل ومضى، بطلت شفيعته وإن لم يجد من يوكله ووجد فيجأ يكتب على يده^(٣) كتابًا ويوكل وكيلاً بالكتاب، فإن لم يفعل بطلت شفيعته فإن لم يجد وكيلاً، ولا فيجأ لا تبطل شفيعته حتى يجد الفيح، في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل له شفعة عند القاضي يقدمه إلى السلطان الذي يولي القضاء، فإن كانت شفيعته عند السلطان وامتنع القاضي عن إحضاره فهو على شفيعته؛ لأن هذا عذر للشفيع.

وإذا علم بالبيع في نصف الليل ولم يقدر على الخروج، فإن أشهد حين أصبح صح؛ لأن هذا تأخير بعذر في واقعات الناطفي.

اليهودي إذا سمع بالبيع يوم السبت فلم يطلب الشفعة بطلت شفيعته؛ لأن هذا تأخير بغير عذر.

في فتاوى أهل سمرقند، أيضاً: الشفيع بالجوار إذا خاف لو طلب الشفعة عند القاضي، والقاضي لا يرى ذلك تبطل شفيعته فلم يطلب فهو على شفيعته؛ لأن هذا عذر يعتبر^(٤) الطلب من الشفيع في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع بالاتفاق.

وفي بيع الفضولي والبيع بشرط الخيار للبائع يعتبر الطلب [وقت البيع عند أبي

(١) في أ، ح: سنة.

(٢) زاد في أ: لو.

(٣) في ح: يديه.

(٤) في أ: معتبر.

يوسف وعند محمد يعتبر الطلب^(١) عند الإجازة هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في الباب الأول من شرحه .

وجه قول محمد - رحمه الله - : أن علة ثبوت حق الشفعة انقطاع حق البائع ، وحق البائع ينقطع وقت سقوط الخيار في البيع بشرط^(٢) الخيار ، ووقت الإجازة في بيع الفضولي ، فيعتبر الطلب في هذا الوقت .

وجه قول أبي يوسف - رحمه الله - : أن حق البائع وإن كان يسقط عند الإجازة إلا أن الإجازة تستند إلى وقت العقد؛ لأن الإجازة إثبات صفة العقد، والصفة لا تقوم بنفسها، وإنما تقوم بالموصوف وتستند [إلى وقت]^(٣) العقد مع حكمه وهو انقطاع حق البائع فيكون وقت الطلب وقت العقد بخلاف البيع الفاسد؛ لأن هناك حق البائع إنما ينقطع بتصرف المشتري وتصرف المشتري لا يستند إلى وقت العقد بأن يتقرر حال وجوده فكذا انقطاع حق البائع لا [يستند، فيعتبر]^(٤) الطلب وقت تصرف المشتري لهذا .

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه كان يقول : يعتبر وقت البيع ، ثم رجع وقال : سكوته عند الطلب وقت البيع ليس بتسليم ، ولو قال : أبطلت شفعتي ، فذلك التسليم^(٥) .

وفي الهبة بشرط العوض روايتان ، في ظاهر الرواية : يعتبر الطلب وقت التقابض ؛ لأنه يصير تبعاً في هذه الحالة ، و[في رواية : يعتبر وقت العقد]^(٦) وإن كان البيع بألف درهم إلى سنة يعتبر الطلب وقت العلم بالبيع ، حتى إن الشفيع لو قال : أنا

(١) سقط في أ ، ح .

(٢) في ح : يشترط .

(٣) سقط في أ .

(٤) في ح : يشتر .

(٥) في أ ، ح : تسليم .

(٦) سقط في أ ، ح .

أنتظر الأجل ولم يطلب كما علم بالبيع بطلت شفעתه، رواية الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: كذلك قال [ابن أبي مالك]^(١).

وقال أبو يوسف أيضاً: إنه على شفעתه، وسكوته عن الطلب قبل الأجل لا يكون تسليماً للشفعة. في الأصل في باب شفعة أهل البغي.

إذا اشترى رجل من أهل البغي داراً من رجل في عسكر أهل العدل فإن كان لا يقدر على أن يبعث وكيلاً أو يدخل بنفسه [عسكرهم، فهو على شفעתه، ولا يضر ترك طلب الإشهاد؛ لأنه ترك بعذر وإن كان يقدر على أن يبعث وكيلاً أو يدخل بنفسه]^(٢) عسكرهم، فلم يطلب طلب الإشهاد، بطلت شفעתه؛ لأنه ترك طلب الإشهاد بغير عذر.

إذا اتفق البائع والمشتري أن الشفيع علم بالشراء منذ أيام، ثم اختلفا بعد ذلك في الطلب، فقال الشفيع: طلبت منذ علمت، وقال المشتري: ما طلبت، فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة، ولو قال الشفيع: علمت الساعة وأنا أطلبها، [وقال المشتري: علمت قبل ذلك ولم تطلب، فالقول قول الشفيع]^(٣).

وقال أبو يوسف: إذا قال الشفيع: طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله: ولو قال: علمت أمس [وطلبت، أو قال: كان البيع أمس]^(٤) وطلبتها في ذلك [الوقت]^(٥)، لا يصدق إلا ببينة، وهكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي.

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أنه قال: إذا

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ح.

كان الشفيح علم بالشراء وطلب طلب الموائبة يثبت حقه، لكن إذا قال بعد ذلك: علمت منذ كذا وطلبت، لا يصدق على الطلب، ولو قال: ما علمت إلا الساعة، يكون كاذبًا.

فالحيلة في ذلك: أن يقول لإنسان: أخبرني بالشراء، ثم يقول: [الآن أخبرتك]^(١) فيكون صادقًا، وإن كان أخبر قبل ذلك.

قال: في الصغيرة إذا بلغت في نصف الليل واختارت نفسها وأرادت أن تشهد على ذلك تقول: حضت الآن، ولا تقول: حضت في نصف الليل، واخترت نفسي، فإنها لا تصدق في اختيارها نفسها، ولكن تقول على نحو ما بيناه. وتكون صادقة في قولها: الآن حضت؛ لأن الحيضة اسم لكل دم^(٢) بدر ساعة بعد ساعة. وذكر محمد بن مقاتل في نوادره: إذا كان الشفيح قد طلب الشفعة من المشتري في الوقت المتقدم ويخشى أنه إذا أقر بذلك يحتاج إلى البينة فقال: الساعة علمت، وأنا أطلب الشفعة بسبب أن يقول ذلك، ويحلف على ذلك ويستثني في يمينه، وقد احتج على ذلك بما ذكره في ودیعة الأصل إذا جحد المودع الودیعة فحصل في يد رب الودیعة من جنس ما أودع عنده من الدراهم، له أن يأخذ بحقه ويحلف عليه ويستثني في يمينه.

إذا قال الشفيح^(٣): طلبت الشفعة أمس حين علمت بالبيع، وأنكر المشتري ذلك فطلب^(٤) الشفيح يمين المشتري، ذكر في [الهارونية و]^(٥) أدب القاضي للخصاف: أنه يحلف المشتري ما علم أنه طلب شفيعته ولم يذكر فيه خلافاً. وذكر الفقيه علي الرازي: أن هذا قول أبي يوسف - رحمه الله - .

(١) في ح: ألا خبرت.

(٢) في ح: يوم.

(٣) زاد في ح: ليت.

(٤) في ح: وطلب.

(٥) سقط في ح.

وقال محمد - رحمه الله - : أحلفه على البتات بالله ما طلب شفعة حين بلغه الشراء، فإن قال المشتري للقاضي : حلفه بالله، لقد طلب هذه الشفعة طلبًا صحيحًا ساعة علم بالشراء من غير تأخير، حلفه القاضي على ذلك، ذكره موسى بن نصر في شفيعته .

وإن^(١) أقام المشتري بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم بالبيع، فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

وقال أبو يوسف رحمه الله : البينة بينة المشتري، ذكره في نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعه .

في فتاوى أبي الليث : المشتري إذا أنكر طلب الشفعة، فالقول قوله مع يمينه فبعد ذلك ينظر، إن أنكر طلبه عند سماع البيع يحلف على العلم بالله ما يعلم أن الشفيع حين سمع البيع طلب الشفعة؛ لأنه لا يحيط علمه به، وإن أنكر طلبه عنده فإنه يحلف على البتات؛ لأنه يحيط علمه^(٢) به .

ابن سماعه في نوادره عن محمد - رحمه الله - : إذا طلب الشفيع الشفعة ورافعه إلى الإمام فالقاضي يؤجله مدة ثلاثة أيام، لنقد الثمن، فإن أجابه إلى هذه المدة وإلا بطلت شفيعته .

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : الشفيع إذا طلب الشفعة فقال المشتري : هات الدراهم، وخذ شفيعتك، فإن أمكنه إحضار الدراهم ولم يحضر ثلاثة أيام، بطلت شفيعته، هكذا روي عن محمد، والمختار أنه لا تبطل .



(١) في ح : فإن .

(٢) في ح : علم .

ومما يتصل^(١) بهذا الفصل: دعوى الشفيع الشفعة، وقضاء القاضي له بذلك، وبيان شرائطه، وكتب المحضر في ذلك.

وإذا ادعى الشفيع الشفعة وحضر المشتري عند القاضي، فالقاضي ينظر في دعواه أهى صحيحة أم فاسدة؟ وإنما يصح دعواه إذا بين موضع الدار المشفوعة أنها في أي مصر، وفي أي محلة، وفي أي سكة وبين حدودها، وهذا؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام العقار مما ذكرنا، فإذا بين هذه الأشياء وصار به معلوماً سأله القاضي أن المشتري [هل]^(٢) قبض الدار من البائع؛ لأنه إذا لم يقبضها من البائع لا يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع؛ لأن اليد للبائع إن كان الملك للمشتري، فإذا ذكر القبض علم أن المشتري وحده خصم، ثم بعد ذلك ينبغي أن يسأله بأي سبب يدعي الشفعة، وهذا؛ لأن أسباب الشفعة مما يختلف فيها العلماء. بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل.

وبعضهم قالوا: الشفعة بالأبواب.

وعندنا: الشفعة على مراتب فلا بد أن يبين سببها حتى ينظر القاضي أن ما زعمه سبباً هل هو سبب؟ وبعد أن يكون سبباً هل هو محجوب بغيره؟، [ثم إذا بين ذلك وعرف القاضي ما ادعاه]^(٣)، سأله متى علمت بالشراء؟ وكيف صنعت حين علمت؟ هكذا ذكر صاحب الأقضية.

قال مشايخنا رحمهم الله: والصحيح أن القاضي يقول له: [متى أخبرت بالشراء وكيف أخبرت بالشراء؟ ولا يقول له: [متى علمت وكيف صنعت حين علمت؟ وإنما يسأله القاضي عن وقت العلم بالشراء وعن وقت الإخبار. حتى يرى القاضي أن المدة هل تناولت من وقت العلم أو من وقت الإخبار إلى وقت المرافعة إلى

(١) في أ: لا يبطل.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في أ.

القاضي، فإن عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - إذا تطاولت المدة، فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى.

وإنما اختار مشايخنا - رحمهم الله - أن يسأله القاضي عن وقت الإخبار [حتى يرى القاضي أن المدة هل تطاولت] ^(١) لا عن وقت العلم؛ لأن العلم لا يثبت إلا بدليل مقطوع به، والشفعة تبطل بترك الطلب، بعد وصول الخبر إليه، فلو قال له القاضي: طلبت [حين علمت] ^(٢) يريد به العلم المقطوع به، ويكون ذلك صحيحاً فيسأله القاضي عن الطلب بعدما ^(٣) أخبر بالبيع ^(٤)، ثم إذا سأله عن طلب الموائبة فقال: طلبت حين علمت أو قال: حين أخبرت من غير لبث ولا مكث، يسأله عن طلب الإشهاد [هل طلبت طلب الإشهاد] ^(٥) بعد ذلك من غير تأخير وتقصير، فإن قال: نعم، يسأله أن الذي طلب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره؟ فإن قال: نعم، تبين أن الإشهاد قد صح، وإن لم يكن أقرب إليه سأله عن موضعهم فإن كانوا في مصر واحد كفاه ذلك على طريق الاستحسان، وإن كانوا في أمصار مختلفة فالحكم فيه على التفاصيل التي ذكرناها ^(٦).

ثم إذا بين [ما يصح] ^(٧) عنده الطلب فقد صح دعواه، فبعد ^(٨) ذلك القاضي يسأل المدعى عليه عن دعوى المدعي فإن أنكر أن يكون شفيعاً ^(٩)، وأنكر سبب شفيعته بأن كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه أنكر أن يكون المدعي جازاً للدار المشترية وأن تكون الدار التي بجنب الدار المشترية ملك المدعي، فالقول

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في ح.
- (٣) في ح: بعد.
- (٤) في ح: الشيخ.
- (٥) سقط في ح.
- (٦) في أ: ذكرنا.
- (٧) في ح: وصح.
- (٨) في ح: فعند.
- (٩) في ح: شفيعها.

قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعي، فعلى المدعي أن يقيم البيئة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة تحتمل أن تكون [يد ملك، ويحتمل أن تكون]^(١) إجارة أو عارية.

والجوار بسبب الإجارة أو العارية ليس بسبب لاستحقاق الشفعة، والمحتمل لا يصلح حجة، أقصى ما فيه أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفي لإبقاء ما كان، ولا يكفي لاستحقاق ما^(٢) لم يكن وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشتري والظاهر لا يكفي لذلك.

وإذا لم يقبل قول المدعي في ملكه تلك الدار يحتاج المدعي إلى إقامة البيئة عليه، فإن لم يكن له بيئة وأراد استحلاف المشتري فله ذلك؛ لأنه هو المنكر في الحقيقة على قول أبي يوسف يستحلف على العلم.

وعلى قول محمد رحمه الله: على البتات؛ لأن المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، فصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره وهو ينكر وهناك يحلف على البتات فكذا هاهنا.

ثم الشفيع إذا أخبر بالبيع، فإن كان المخبر رسولاً^(٣)، يثبت البيع إذا بلغ الرسالة سواء كان المخبر واحداً أو اثنين حرّاً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً، حتى لو ترك طلب المواثبة عند ذلك أو^(٤) آخر طلب الإشهاد تبطل شفيعته، وإن لم يكن المخبر رسولاً وإنما أخبره من تلقاء نفسه، فإن كان المخبر رجلين عدلين [أو غير عدلين]^(٥) أو كان المخبر رجلاً واحداً عدلاً^(٦) يثبت البيع بخبره بالإجماع سواء صدقه الشفيع

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: أمر.

(٣) زاد في ح: لا.

(٤) في ح: و.

(٥) سقط في ح.

(٦) زاد في ح: لا.

في ذلك أو كذبه إذا ظهر صدق الخبر، هكذا ذكر الطحاوي في وكالته .
 وروى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن يشترط العدالة أو^(١) العدد
 لثبوت البيع بخبره، حتى لو أخبره رجلان غير عدلين أو رجل عدل فلم يطلب طلب
 المواثبة أو آخر طلب الإشهاد لا تبطل شفاعته على هذه الرواية، فإن كان [المخبر]^(٢)
 رجلاً واحداً غير عدل إن صدقه الشفيع في ذلك لا يثبت البيع بخبره بالإجماع،
 هكذا ذكر في وكالة شرح الطحاوي - رحمه الله - .

وإن كان كذبه في ذلك لا يثبت البيع بخبره وإن ظهر صدق الخبر عند أبي
 حنيفة - رحمه الله - .

وعندهما: يثبت البيع بخبره إذا ظهر صدق الخبر .

وعلى قياس رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يثبت البيع بخبر الواحد .
 وإن أرادوا أن يكتبوا في ذلك محضر الدعوى يكتب: بسم الله الرحمن الرحيم
 حضر [عند]^(٣) القاضي فلان بن فلان في يوم كذا من شهر كذا سنة كذا، وأحضر
 معه فلاناً، إن كان القاضي يعرفهما، وإن كان لا يعرفهما يكتب أنه حضر رجل ذكر
 أنه يسمى فلاناً وأحضر رجلاً ذكر أنه فلان فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي
 [أحضره معه، أن هذا الذي]^(٤) أحضره اشترى داراً في بلدة كذا في محلة تعرف
 بكذا أحد حدود هذه الدار كذا، والثاني والثالث والرابع كذا بحدودها وحقوقها
 وجميع مرافقها الداخلة فيها والخارجة منها من حقوقها بكذا درهماً وزن سبعة، نقد
 كذا، وأنه قبض هذه الدار وصارت في يديه وأن هذا الذي حضر أحق بهذه الدار من
 المشتري هذا الشفعة فيها بداره التي بجوار هذه الدار المشتراة أحد حدودها كذا
 والثاني والثالث والرابع كذا، وأنه علم أن فلاناً اشترى هذه الدار المحدودة في هذا

(١) في أ: و .

(٢) سقط في أ، ح .

(٣) سقط في أ، ح .

(٤) سقط في ح .

الكتاب التي^(١) حقه أحق بشفعته فيها في ساعة كذا من يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، وأنه طلب شفعتها كما علم بشرائها طلب مواثبة من غير لبث [و]^(٢) أتى فلان المشتري هذا فإنه كان أقرب إليه من الدار المشتراة التي هو أحق بشفعتها فيها من غير تأخير ولا تقصير وطلبها منه بشفعته فيها وأشهد على ذلك شهودًا، فسأل القاضي شهود المدعي^(٣) هذا الذي أحضره معه عما سمي ووصف في الكتاب يذكر أنه اشترى هذه الدار التي ادعاها [المدعي]^(٤) هذا أنه أحق بشفعتها المحدودة الموصوفة في هذا الكتاب بكذا درهمًا وزن سبعة نقد كذا بحدودها وجميع حقوقها الداخلة [فيها]^(٥) والخارجة عنها^(٦) وقبضها وصارت في يده وملكه فبعد ذلك إن كان يريد الكتابة، فعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - يكتب أنه لا يعلم فلانًا شفيعها بالدار التي حدودها ووصفها في كتابنا ولا فيما^(٧) ادعى من طلب الشفعة؛ لأن على قول أبي يوسف - رحمه الله - يستحلف على العلم على ما مر.

وإن كان يريد الكتابة على قول محمد - رحمه الله - يكتب: وإن فلانًا ليس شفيعها بالدار التي حدودها^(٨) ولا فيما^(٩) ادعى من طلب الشفعة وإن كان للمدعي بينة يكتب قال: المدعي فلان هذا الذي حضر للقاضي للاستماع^(١٠) من بيته على دعواه سأل وأجابه القاضي إلى ذلك، وأحضر^(١١) عدة من الشهود منهم رجل ذكر

(١) في ح: إلى.

(٢) سقط في ح.

(٣) زاد في ح: عليه.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في ح.

(٦) في أ: منها.

(٧) في أ، ح: بما.

(٨) في أ: حدها.

(٩) في أ، ح: بما.

(١٠) في أ: للاستعمال.

(١١) في ح: فأحضر.

أنه فلان، و[رجل]^(١) ذكر أنه فلان ورجل ذكر أنه فلان يعرفهم القاضي بالاسم والنسب والحلية وبما يعرفون به من التجارة، ثم يكتب: فشهد هؤلاء الذين حضروا أن الدار التي [بموضع كذا وحدودها كذا وكذا كما ذكره هذا المدعي بجوار هذه الدار التي]^(٢) بيعت في موضع كذا وحدودها كذا على ما ذكره المدعي ملك هذا المدعي [الذي]^(٣) حضر لم تزل عن ملكه ويده قبل أن يشتري المدعى عليه هذا هذه الدار [المحدودة]^(٤)، الموصوفة في هذا الكتاب وإلى هذا اليوم لا يعلمون خروجها عن ملك المدعي هذا، المذكور فيه وإن ذكر الشهود ملك المدعي على الثبات^(٥)، فإن قالوا: لم يزل^(٦) هذا الشراء إلى^(٧) يومنا هذا عن ملكه وإن هذا المدعي أحق بشفعته هذه الدار المشتراة بحكم الجوار [بالدار]^(٨) التي حددناها ووصفناها فذلك حسن أيضاً.

وإن أشاروا إلى محضر الدعوى فقالوا: إن [هذه]^(٩) الدار التي بين وصفت حدودها وموضعها في محضر هذه الدعوى وأشاروا إلى محضر الدعوى، كفاهم؛ لأن الإضافة والإشارة إلى محضر الدعوى كأنهم اعتادوا^(١٠) ذلك في لفظة الشهادة، فبعد ذلك ينظر: إن كان المدعى عليه مقراً أن المدعى عليه طلب الموائبة، والإشهاد على وجه لا حاجة إلى إقامة البينة عليه، ولو أنكر طلب الموائبة وطلب الإشهاد يكتب: شهدوا أيضاً أن فلاناً المدعي هذا حين أخبر بشراء هذه الدار التي ادعى أنه

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: البتات.

(٦) زاد في ح: قبل.

(٧) في أ، ح: وإلى.

(٨) سقط في أ، ح.

(٩) سقط في ح.

(١٠) في ح: أعادوا.

أحق بشفعتها المحدودة في هذا الكتاب وعلم به في يوم كذا من شهر كذا ومن سنة كذا، طلب الشفعة بهذه الدار من غير لبث ولا مكث، ثم ذهب إلى المشتري هذا إن كان هو أقرب إليه من الدار المشتراة من غير تأخير ولا تقصير وطلب منه الشفعة ثانيًا، وأشهدنا على طلب الشفعة لهذه الدار المحدودة الموصوفة [فيه]^(١)، وأنه اليوم ثابت دائم على شفعتي، وأنه أولى بهذه الدار من هذا المدعى عليه لشفعته فيها. وإن أنكر المدعى عليه الشراء والقبض، وأقر بما سوى ذلك من جواره وشفعته، وطلب الشفعة الطلبيين، يحتاج الشفيع إلى إثبات الشراء والقبض عليه، [وله]^(٢) ذلك لأنه سبب حقه أو بعض سبب حقه، فالشفعة تثبت بالشراء، أو بالشركة مع الشراء على ما ذكرنا، والإنسان يملك إثبات سبب حقه كما يملك إثبات حقه، فيكتب في المحضر: سأل القاضي فلان، فلان المدعى عليه كما ادعاه عليه فلان من هذه الدعوى الموصوفة في هذا الكتاب من الشراء والقبض وغير ذلك، فأنكر فلان الشراء والقبض على ما^(٣) ادعاه المدعي، فسأل فلان المدعي القاضي الاستماع من شهوده على^(٤) دعواه، فالقاضي أجابه إلى ذلك، فأحضر من الشهود فلانًا وفلانًا، فشهدوا أن فلان بن فلان المدعى عليه، هذا الذي أحضره المدعي هذا معه اشترى من فلان بن فلان الفلاني الدار التي حدودها كذا، بحدودها وحقوقها بكذا درهمًا وزن سبعة، وأنه قبض هذه الدار المحدودة فيه، وأنها اليوم في يده، فإن هذا المدعي أحق بها بشفعتي بداره التي بجنب هذه الدار المحدودة في هذا الكتاب، وإن أنكر المدعى عليه أن يكون المدعي طلب الطلبيين وأقر بما سوى ذلك فإن القاضي يسأل المدعي متى علمت بالشراء؟ فإن أبهم، وقال: طلبت منذ علمت، [فالقول

(١) سقط في أ، ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) زاد في ح: ذكرنا.

(٤) في أ: و.

قوله مع يمينه، وإن قال: علمت بالشراء يوم كذا، وطلبت الشفعة حين علمت^(١)، وقال المشتري: لم تطلب، فالقول قول المشتري.

وزفر فرق بين ما أبهم وقت العلم وبين ما بين.

والفرق: أن الجهل في الآدمي أصل والعلم عارض، فإذا قال: علمت وطلبت كما علمت، فعلمه عند القاضي [إنما يظهر]^(٢) للحال، وقد وجد منه الطلب للحال فيصدق، وإذا قال: علمت وقت كذا فقد ظهر عند القاضي علمه بالشراء في زمان ما مضى، ولم يثبت طلبه في ذلك الوقت؛ لأن إقراره لا يصلح حجة على غيره، فكان القول قول المشتري؛ لأنه منكر وجود الطلب في زمان سابق، والقول قول المنكر. ثم إذا بين المدعي مدة الطلب، وقال: علمت منذ شهر وطلبت الطالبين، طلب المواثبة، وطلب تقرير على وجهه، فالقاضي يقول: لم تركز خصومتك، فإن قال: إن القاضي كان غائباً عن المصر، فإن ذلك معروف، فالقاضي يعذره في ذلك؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فيعذره، وإن كان القاضي في البلد في تلك المدة^(٣) فإن القاضي لا يعذره في ذلك على قولهما، وعليه الفتوى.

وإن بين مدة قريبة، بأن قال: علمت بالشراء منذ عشرة أيام، وطلبت حين علمت، وقال المشتري: لم يطلب حين علم، فالقول قول المشتري، وعلى الشفيع البينة. وإن لم يكن للشفيع بينة حلف المشتري على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير.

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن ادعى الشفيع الطلب مطلقاً يحلف المشتري على العلم، وإن ادعى أنني جئت إلى المشتري وطلبت به بالتسليم وقلت له: سلم الدار إلي، فإن قال المشتري: لم يطلب، يحلف على البتات؛ لأنه يحلف على

(١) سقط في أ، ح.

(٢) في أ: أنها نظير.

(٣) في أ، ح: البلدة.

أمر جرى بينه وبين الشفيح، فيكون التحليف [على البتات؛ لأنه يحلف على أمر جرى بينه وبين الشفيح]^(١).

وإن قال الشفيح للقاضي: لي بينة، فاسمع من شهودي، أجابه القاضي إلى ذلك. فيكتب في المحضر: فدعاه القاضي بالبينة على ذلك، فأحضر من الشهود فلاناً وفلاناً أسماهم ونسبهم ويعرفهم بما يعرفون به من التجارة فشهدوا^(٢) أن فلاناً المدعي لما علم بجريان البيع بين المشتري المدعى^(٣) عليه هذا وبين بائعه^(٤) فلان في الدار المشفوعة المحدودة الموصوفة في هذا المحضر في يوم كذا طلب الموائبة من غير لبث، ثم ذهب إلى المشتري المدعى عليه إن كان هو أقرب إليه من غير تأخير وطلب الشفعة ثانياً بحضرته وأشهد على ذلك وأنه اليوم ثابت قائم على شفيعته، فإنه أحق بهذه الدار المشتراة بسبب هذه الشفعة من المشتري المدعى عليه هذا.

فإن قال المشتري: إنه [علم]^(٥) قبل هذا الوقت الذي طلب الشفعة، ولم يطلب، فالقول قول المشتري، وإن أنكر المدعى عليه جميع ذلك بأن قال: لا شفعة له قبلي، فالقول قوله، ويسأل القاضي المدعي: هل له بينة على ما يدعي؟ فإن قال: لا بينة لي، وطلب يمين المدعى عليه، حلفه القاضي؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإن أنكر يستحلف كما في سائر الدعاوى، ثم القاضي يحلفه على السبب بالله ما اشترت الدار التي بين حدودها ووصفها في هذا الدعوى، ولا يحلفه على الحاصل بالله ما لهذا قبلك شفعة من الوجه الذي ادعى، وإنما يحلف على السبب نظراً للمدعي؛ لأن الدعوى في الشفعة سبب للجوار، وبين العلماء اختلاف ظاهر

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: يشهدوا.

(٣) في أ: والمدعى.

(٤) في ح: تابعه.

(٥) سقط في أ.

في استحقاق الشفعة بالجوار، فلو حلفناه على الحاصل ربما يتناول قول من لا يرى استحقاق الشفعة بالجوار، فلا يحث في يمينه فيتضرر به المدعي.
فإن قيل: كما أن في التحليف على الحاصل ضرر المدعي، ففي التحليف على السبب ضرر المدعي عليه بجواز أنه اشترى ولا شفعة للشفيع بأن سكت عن الطلب أو سلم الشفعة.

قلنا: القاضي لا يجد بدءاً من إلحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي بالنظر له ودفع الضرر عنه أولى؛ لأن السبب للشفعة [قد وجد]^(١) وسقوط الحق بعد وجوب سبب وجوبه إما يكون بعارض المسقط، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على خلافه.

فإن أقر المدعي عليه بالشراء والجوار إلا أنه قال: لم يطلب [المدعي]^(٢) الشفعة حين بلغه شراء هذه الدار وطلب^(٣) يمين الشفيع المدعي، ذكر في كتاب الاستحلاف أن القاضي يحلفه بالله لقد طلبت شفعة هذه الدار وأشهدت على ذلك بحضرة المشتري أو الدار.

قيل: إنما يستقيم هذا إذا ادعى المدعي عليه أنه بلغه خبر الشراء وهو بملاً من الناس، فأما إذا لم يكن عنده من يشهده [على شفيعته لا يلزمه الإشهاد وبترك الإشهاد لا تبطل شفيعته.

وإذا أقر المدعي أنه لم يكن عنده من يشهده^(٤) حين بلغه خبر الشراء فالقاضي يحلفه بالله: لقد طلبت الشفعة حين علمت بالشراء، وخرجت إلى الشهود حين قدرت فطلبتها مرة أخرى عند حضرة المشتري أو الدار، وأشهدت عليه.

(١) في ح: وقد وجدوا.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) في ح: وطلبت.

(٤) سقط في ح.

وإن ادعى الشفيع أنه بلغه الخبر [ليلاً]^(١)، وأنه طلب الإشهاد حين أصبح فإنه يحلف بالله ما بلغه شراء الدار إلا في الوقت الذي يدعي، وأنه طلب الشفعة وأشهد عليه^(٢) حين أصبح.

ولو كان المدعى عليه حين أنكر جميع ما ادعاه المدعي، وحلفه القاضي، ونكل يكتب في المحضر بعد جواب الإنكار من المدعى عليه: فسأل فلان المدعي القاضي أن يحلف المدعى عليه، وإنما يذكر سؤال المدعي ذلك؛ لأن استحلاف المدعى عليه لحق المدعي، وحق الإنسان لا يوفى بدون طلبه، ثم يكتب: فحلف القاضي فلاناً المدعى عليه، على ما ادعى عليه فلان ولم يحلف فعرض عليه القاضي اليمين ثلاث مرات، و[أعلمه]^(٣) أنه [إن]^(٤) لم يحلف ألزمه القضاء بنكوله عن اليمين، فلم يحلف، وإنما يذكر عرض اليمين ثلاث مرات تحرراً عن قول الخصاف - رحمه الله - فإنه يقول: إنما يجوز القضاء بالنكول إذا عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ويعلمه في كل مرة أنه إن لم يحلف بعد العرض ثلاثاً يقضي عليه بنكوله، ثم يكتب: فألزم القاضي فلاناً المدعى عليه ما ادعى عليه وسمى ووصف^(٥) في الكتاب وقضى بذلك عليه بنكوله تبين ذلك؛ لأن القضاء بالنكول يخالف القضاء بالبينة.



-
- (١) سقط في أ، ح.
 (٢) في ح: عليها.
 (٣) سقط في ح.
 (٤) سقط في ح.
 (٥) في ح: ووصفه.

ومما يتصل بهذه المسائل: [القاضي]^(١) إذا قضى للشفيع يقول له: هات الثمن، وخذ الدار، وهذا؛ لأن القضاء بالشفعة للشفيع لدفع ضرر المشتري عنه ولا يجوز [إلا]^(٢) إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري أولاً ثم يأخذ الدار، ولأن الشفيع من المشتري ينزل منزلة المشتري من البائع، ثم المشتري لا يقدر على قبض المبيع ما لم ينقد الثمن كذا هاهنا هكذا ذكر في الأقضية، وهذه إشارة إلى أن القاضي يقضي للشفيع بالشفعة قبل أن يحضر الثمن، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرحه. وقد روى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يحضر الثمن، فصار عن أبي حنيفة - رحمه الله - في المسألة روايتان.

وفي شرح الطحاوي قال: لا ينبغي للقاضي أن يقضي للشفيع بالشفعة حتى يحضر الثمن، وإن قضى لا ينقض قضاؤه، ولكن للمشتري أن يحبس الدار حتى ينقد الشفيع الثمن، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وعلى قول محمد: لا يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن، فإن قال الشفيع: ليس عندي الثمن أحضره اليوم، أو قال: غداً، أو ما أشبه ذلك، فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ويبطل حقه في الشفعة.

فرق بين هذا وبين المشتري مع البائع، فإن المشتري إذا لم يدفع الثمن إلى البائع في الحال وماطله في ذلك لا يبطل الشراء.

والفرق: أن البائع لما أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد أضر بنفسه على اختيار فلا ينظر [له]^(٣) بإبطال ملك المشتري، وإنما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع، وأما المشتري [هاهنا]^(٤) لا يزِيل ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في أ، ح.

وصول الثمن [إليه بل] ^(١) الشفيح يملك عليه كرهاً دفعًا للضرر عن نفسه، وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره، ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا قال: ليس عندي الثمن وأحضره غدًا.

فإن قال: الثمن عند صيرفي فاذهب معي حتى أعطيك، أو قال: الثمن في بيتي فاذهب وأجيء بالثمن فإن القاضي يمهل هذا المقدار؛ لأنه لا يمكنه أن يحضر الثمن مع نفسه؛ لأنه لا يدري أن القاضي هل يقضي له أم لا فيصير هذا القدر عفوًا بخلاف ما زاد عليه، وإذا رفع الشفيح الأمر إلى القاضي وطلب منه أن يقضي فهذا على وجهين:

إن كانت الدار في يد البائع، فالقاضي لا يسمع خصومته ولا يقضي له بالشفعة إلا بحضوره البائع والمشتري؛ لأن اليد للبائع والملك للمشتري، فكان القضاء للحقين، فلا بد من حضرتهما.

وإن كانت الدار في يدي المشتري فالخصم هو المشتري وحده، فيشترط حضرته، ولا يشترط حضرة البائع؛ لأنه ليس له ملك ولا يد، فكان كالأجنبي. فإن أخذ الدار من المشتري فعهدته وضمن ماله على [المشتري، وإن أخذها من البائع ودفع الثمن إليه فعهدته وضمن ماله على] ^(٢) البائع عندنا؛ لأن بالأخذ [من البائع] ^(٣) ينفسخ البيع الذي جرى بين البائع والمشتري ويقع التملك على البائع هو المذهب عند علمائنا - رحمهم الله - .

ومعنى انتقاض البيع فيما بين البائع والمشتري [الانتقاض في حق الإضافة إليه فإن قول البائع للمشتري] ^(٤) بعت هذه الدار إيجاد ^(٥) البيع، وقوله: (منك) إضافة إليه،

(١) في أ: يد.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: اتحاد.

فإذا أخذها الشفيع بالشفعة يفسخ على المشتري فصار ذلك البيع مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري وانتقضت الإضافة إلى المشتري، ونظيره في المحسوسات: من رمى سهمًا إلى رجل فتقدم عليه غيره وأخذ السهم فالرمي في نفسه لم ينقطع، ولكن التوجه إلى الأول قد انقطع بتخلل هذا.

وكتبت في شفعة الجامع: أن المشايخ اختلفوا في أن الشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة أنه يملكها بعقد جديد، أو بتحويل الصفقة التي جرت بين البائع والمشتري إلى الشفيع، عامتهم على أنه يملكها بعقد جديد، وقد ذكر محمد - رحمه الله - مسائل تؤيد قول العامة، من جملة ذلك: إذا اشترى دارًا قد رآها قبل الشراء فليس له فيها خيار الرؤية، فإن كان للدار شفيع فأخذها بالشفعة فله خيار الرؤية، فقد أثبت محمد - رحمه الله - خيار الرؤية للشفيع في هذه الصورة.

فلو كان الطريق طريق تحول تلك الصفقة إلى الشفيع لكان لا يثبت للشفيع خيار الرؤية، إذا لم يثبت [خيار الرؤية للمشتري ألا ترى إلى الموكل بالشراء يملك المشتري بطريق تحول الصفقة من الوكيل إليه لا يثبت خيار الرؤية للموكل إذا لم يثبت] ^(١) للوكيل بأن كان الوكيل قد رأى المشتري قبل الشراء، وهنا لما ثبت الخيار للشفيع علمنا أنه يملك الدار بعقد جديد.

وقال - أيضًا -: رجل اشترى من آخر دارًا على أن البائع بريء عن كل عيبها حتى جاز البيع عندنا، ثم حضر الشفيع الدار فأخذها بالشفعة واطلع على عيبها، كان له أن يردّها على من أخذ الدار منه، ولو كان الطريق طريق تحول تلك الصفقة، لما ثبت له خيار العيب علم أنه يملك الدار بعقد جديد جرى بين الشفيع وبين البائع، وهذا البيع لم يتغير بالشرط فأفاد مقتضاه وهو صفة السلامة.

والصحيح أنه ينتقض ذلك البيع بأخذ الشفيع الدار من البائع يفوت القبض المستحق للمشتري بحكم ذلك البيع فوائتاً لا يرجي عوده، وفوات القبض المستحق

(١) سقط في ح.

بالباع بهذه الصفة يوجب انتقاض ذات البيع كما لو هلك المبيع [قبل القبض وإذا انتقض ذلك عاد المبيع إلى ملك البائع فيصير الشفيع ممتلكاً للمبيع]^(١) على ملك البائع فتكون العهدة على البائع.

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله: أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى القاضي للشفيع بحضرتها، فإنه يقبض الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري وعهده على [المشتري وإن كان لم ينقد الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع وعهده على]^(٢) البائع.

فلو أن الشفيع في هذه الصورة وجد بالدار عيباً فردها على البائع أو على المشتري بقضاء القاضي فأراد المشتري أن يأخذها بشرائه، [صح له ذلك]^(٣)، وإن أراد البائع أن يردّها على المشتري بحكم ذلك الشراء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها وإن [شاء]^(٤) تركها.

من فعل القضا الذي أحدث^(٥) الشفيع فيها: فإن أخذ الشفيع الدار من المشتري وأراد أن يكتب كتاباً على المشتري ليكون وثيقة للشفيع على المشتري، له ذلك، ويحكي في الكتاب: وشراء المشتري أولاً ثم يرتب الأخذ عليه بالشفعة؛ لأن الشفعة تثبت فيما يملك بجهة الشراء فيحكي شراء المشتري أولاً حتى لا ينكر المشتري ملكه من جهة بائعه بالشراء يوماً من الدهر، ويأخذ الشفيع من المشتري كتاب شرائه الذي كتب على بائعه، فإن أبى المشتري أن يدفع ذلك إليه فله ذلك؛ لأن الكاغدة ملك المشتري، ولكن ينبغي للشفيع أن يحتاط لنفسه فيشهد قوماً على تسليم المشتري الدار إليه بالشفعة.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في أ، ح: حدث.

فإن كان الشفيع أخذ الدار من البائع يكتب كتاباً على البائع على نحو ما يكتب لو أخذه من المشتري ويكتب في هذا الكتاب إقرار المشتري أنه سلم جميع ما في هذا الكتاب وأجازته وأقر أنه لا حق له في هذه الدار ولا في ثمنه .

وإذا وقع المشتري بثمان مؤجل إلى السنة مثلاً فحضر الشفيع فطلب الشفعة وأراد أخذها إلى ذلك الأجل ، فليس له ذلك إلا برضى المأخوذ منه ويقول القاضي له : إذا لم يرض المأخوذ منه إما أن ينقد الثمن حالاً أو يصبر حتى يحل الأجل ، فإن نقد الثمن حالاً وكان الأخذ من البائع سقط الثمن عن المشتري ، وإن نقد الثمن [حالاً]^(١) وكان الأخذ من المشتري يبقى الأجل في حق المشتري على حاله حتى لا يكون للبائع ولاية المطالبة من المشتري قبل أن يحل الأجل فإن صبر حتى حل الأجل فهو على شفيعته .

ولكن ينبغي أن يطلب الشفعة في الحال على ما هو ظاهر الرواية . وهذا كله إذا كان الأجل معلوماً ، فأما إذا كان مجهولاً نحو الحصاد والدياس وأشباه ذلك ، فقال الشفيع : أنا أعجل الثمن وأخذها ، لم يكن له ذلك ؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد . فإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة ، وضرب له أجلاً ، وقال له : إن [لم]^(٢) تأت بالثمن إلى وقت كذا ، فلا شفعة لك ، فلم يأت به بطلت شفيعته ، وكذا إذا قال المشتري ذلك للشفيع . فإن جاء بالدنانير والثمن دراهم ، وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : لا تبطل شفيعته ، وبعضهم توقف في الجواب ، فتبين أنه لا تبطل شفيعته .

وكذلك إذا قال الشفيع : إذا لم أعط الثمن إلى وقت كذا ، فأنا من الشفعة [بريء]^(٣) ، فهو صحيح فيبطل حقه إن لم^(٤) يعط الثمن إلى ذلك الوقت في

(١) سقط في أ ، ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) سقط في ح .

(٤) في ح : لو .

القدوري.

في المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : أن قول الشفيع: لا حق لي عند فلان براءة عن الشفعة.

وإن وقع الشراء بالحياد ونقد المشتري الزيوف، فالشفيع يأخذ الجياد، وأجناس هذا في شفعة واقعات الناطفي.

وإذا وقع الشراء بما له مثل نحو المكيل والموزون وما أشبهه فالشفيع [يأخذ بمثله من جنسه.

وإن وقع بما هو من ذوات القيمة فالشفيع^(١) يأخذ بقيمة ذلك الشيء، ثم يعتبر قيمته وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة، الدليل عليه ما ذكره شيخ الإسلام في شفعة الكافي: إذا اختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض يوم الشراء فإن كان العرض قائماً يقوم العرض للحال فيجعل القول قول من يشهد له القيمة للحال.

وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - هذه المسألة أيضاً، فقال: إن كان قائماً يقوم للحال فتبين بقيمته في الحال قيمته عند العقد، وإن كان هالكاً فالقول فيها قول المشتري، هذه الجملة في باب الشفعة بالعروض.

الشفيع إذا تشفع إليه المشتري واستمهل شهراً فأمهله^(٢)، ثم رجع عن ذلك صح رجوعه في باب اليمين من أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - .



(١) سقط في أ، ح.
(٢) في ح: فإنه مهلة.

الفصل الخامس

في استحقاق الشفيع كل المشتري بجوار بعضه ، وفي استحقاق الشفيع
بعض المشتري بجوار ما كان المشتري من جملته

قد مرت مسألتان من مسائل هذا في صدر الكتاب في فصل مراتب الشفعة .
ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - : دار بين قوم اقتسموها
وأصاب كل منهم ناحية منها معلومة إلا أن طريقهم واحد، ولرجل دار ملاصقة
بنصيب بعضهم، فباع أحدهم نصيبه من رجل وسلم شركاؤه في الطريق الشفعة،
فللجار الملاصق لبعض نصيب هؤلاء الشفعة في المبيع وإن لم يكن لزيقه؛ لأن
الدار واحدة.

وكذلك [في]^(١) القرية والأرضون بين قوم شربها [من نهر خاص]^(٢) أقضي في
مثله بالشفعة، بيعت منها أفرحة متفرقة [ومجمعة]^(٣) ولرجل أرض ملازقة لبعض
هذه الأرضين، فإني أقضي لهذا الجار الملازق بالشفعة فيما بين من جميع هذه
الأرضين، وإن لم تكن ملازقة؛ لأنها أرض واحدة، ولو كانت أراضي كثيرة وفرق
شربها من نهر لا أقضي في مثلها بالشفعة، فبيع من هذه الأرضين شيء فلا شفعة
للجار إلا فيما يلازقه.

فرع على الفصل، فقال: ولو كان الذي بيع منها قراحان، يلي أحدهما صاحبه،
وعلى كل قراح حائط محيط به، ولأحد القراحين جار ملازق فله الشفعة فيهما وإن
كان الذي بيع بستانين وعلى كل بستان حائط محيط به وله باب على حدة، ولرجل
أرض يلي أحد البساتين كان له الشفعة في البستان الذي يليه، ولا شفعة له في
الآخر، وفرق بين البستانين وبين القراحين.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - أيضاً: الجواب في مسألة

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) سقط في ح .

البستان بخلاف هذا فقال: له الشفعة في البستانين جميعًا، قال في هذه الرواية: ولا يشبه البستانان في القراحين^(١)، والدور في الأمصار.

ولو كان لرجل دور يلي بعضها بعضًا فباعها فللشفيع [الشفعة]^(٢) في الدار التي يليها، قال - أيضًا - في هذه الرواية: والبستانان في المصر بمنزلة الدار^(٣).

و[عنه]^(٤): إذا كان له داران في قرية وباعها، وأرضًا من أراضي تلك القرية معهما وله جار يلي إحدى هاتين الدارين فهذا الجار أن يأخذ الدارين والأرض، ولو كان باع الدارين بانفادهما، فليس للشفيع أن يأخذ منهما إلا التي تليه، وجعل بيع الدار مع الأرض بمنزلة بيع القرية وأرضها.

وعنه: رجل له بستان عليه حائط وباب، فباع بستانه وأرضين خلف البستان ولرجل قطعة أرض إلى جانب الحائط الذي على البستان، فالشفعة له في البستان والأرض المتصلة به.

وعنه: إذا كان للرجل دور، فهدمها وجعلها دارًا واحدة، وجعلها أرضًا وباعها، فللشفيع الشفعة في [جميع]^(٥) ذلك؛ لأنها صارت واحدة.

هشام قال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن حوانيت ثلاثة يلي بعضها بعضا، وباب كل واحدة إلى الطريق الأعظم، ولرجل إلى جنب حانوت منها حانوت فبيعت الحوانيت الثلاثة، فجاء الشفيع يطلب الشفعة، قال: فله الشفعة في ذلك كلها، قال: وهي بمنزلة البيوت في دار واحدة.

قلت: فإن باع صاحب الحوانيت حانوتًا واحدًا بأن باع الأوسط منها وهو لا يلي حانوت ذلك الرجل.

قال: له أن يأخذه بالشفعة.

(١) في ح: الفرا.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: الدور.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

صورة مسألة البيوت في دار واحدة: رجل له بيتان في دار [يلي أحد البيتين الآخر ولا طريق لهما إلا في الدار ويلي أحد البيتين دار] ^(١)، رجل فباع [صاحب] ^(٢) البيتين [البيتين] ^(٣)، فلصاحب الدار [أن] ^(٤) يأخذهما جميعًا ولو كان البيتان متفرقين، أحدهما في ناحية من الدار، [والآخر في ناحية أخرى من الدار] ^(٥)، ولا يلي أحدهما الآخر فباع صاحب البيتين البيتين، فإن [الشفعة] ^(٦) للشفيع في البيت الذي يليه دون الآخر.

[قال هشام - أيضًا-: سألت محمدًا - رحمه الله - عن دار فيها بستان، وطريق البستان في هذه الدار ليس للبستان طريق آخر وعلى الدار والبستان حائط واحد محيط بهما، فباع الدار والبستان صاحبهما، قال: هما بمنزلة الدارين من يلي البستان فله الشفعة في البستان دون الدار، ومن يلي الدار فله الشفعة في الدار دون البستان] ^(٧).

قال هشام - أيضًا-: سألت محمدًا - رحمه الله تعالى - عن عشرة أقرحة متلازمة لرجل يلي واحد منها أرض إنسان، يبيع الأقرحة العشرة، فللشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة؛ لأن كل قراح على حدة وإن لم يكن بينها ^(٨) طريق، وكذلك لو كانت قرية خالصة لرجل باعها بدورها وكرومها وأراضيها ^(٩) وناحية منها تلي أرض إنسان فالشفيع يأخذ القراح الذي يليه.

(١) سقط في أ، ح.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في أ، ح.

(٦) سقط في ح.

(٧) سقط في ح.

(٨) في ح: بينهما.

(٩) في ح: وأرضها.

الفصل السادس

فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشتري وترك الباقي

يجب أن يعلم أن الروايات اتفقت عن أصحابنا - رحمهم الله - أن المشتري إذا كان واحدًا، أو^(١) البائع إذا كان واحدًا، وقد اشترى الدار صفقة واحدة أنه ليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض دفعًا للضرر عن المشتري، يعني به ضرر عيب الشركة^(٢).

(١) في ح: و.

(٢) قال الشيخ الإيباني: الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع دون بعضه؛ لما في ذلك من إلحاق الضرر على المشتري بتفريق الصفقة عليه، فيتضرر زيادة على الضرر بالأخذ منه بعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررًا زائدًا سوى الأخذ منه، ولكن لو اشترى جماعة عقارًا بعقد واحد أو بعدة عقود، فله أخذ نصيب أحدهم، وترك الباقي. وفي هذه الحالة يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تفرق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده على الصحيح إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد الثمن حتى ينقد الجميع؛ كي لا يؤدي ذلك إلى تفريق البد على البائع؛ لأنه بالأخذ صار كواحد منهم، فله حبس كل المبيع حتى يأخذ الثمن بتمامه، بخلاف ما لو باع جماعة لواحد، فإن الشفيع ليس له أخذ نصيب أحد البائعين؛ لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، وقد تقدم أنه لا يجوز. فإذا طلب الشفيع بعض العقار المبيع، وكان قطعة واحدة والمشتري واحدًا، لا يجاب إلى ذلك؛ لأن الشفعة لا تقبل التجزئة.

ينظر: المبسوط (١٤/١٠٤)، بدائع الصنائع (٦/٢٧٢٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٩٠)، والمغني، لابن قدامة (٥/٤٨٣)، المقنع (٢/٢٦٣)، منتهى الإرادات (١/٥٢٩).

وقال الشيخ الإيباني: لا تقبل الشفعة التجزئة، فالشفيع يلزمه أن يطلب جميع العقار الذي له عليه حق الأخذ بالشفعة؛ لأنه حقه والقسمة للمزاحمة؛ فلو كانت دار مشتركة بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه لأجنبي وطلب أحد الشريكين نصف ما بيع بناء على أنه يستحقه فقط بطلت شفيعته؛ لوجود إعراضه عن بعض حقه، فيبطل البعض الآخر لعدم التجزئة. ولأنه يجوز ألا يطلب الآخر فيلزم على أخذه النصف دفع ضرر الشفيع بضرر أزيد، وهو لا يجوز، وليس للشريك الثاني أن يطلب النصف؛ بل يطلب الكل، أو يترك، ولو طلب النصف بطل حقه أيضًا كما سبق.

ينظر: المبسوط (١٤/١٠٤)، بدائع الصنائع (٦/٢٧٢٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٩٠)، والمغني، لابن قدامة (٥/٤٨٣)، المقنع (٢/٢٦٣)، منتهى الإرادات (١/٥٢٩).

وإن كان المشتري واحداً، والبائع اثنين أو ثلاثة وقد اشترى الدار صفقة واحدة، فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد [الباعين دون الآخر، وإن كان المشتري اثنين أو ثلاثة، والبائع واحداً، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد]^(١) المشتريين [أيهما شاء بما قام عليه سواء قبل القبض أو بعده]^(٢).

والفرق: أن المشتري إذا كان اثنين فليس في نصيب أحدهما ضرر عيب الشركة لا على المشتري ولا على البائع، [أما على المشتري فلأن الشفيع يأخذ تمام نصيبه، وأما على البائع]^(٣)؛ لأن أحد النصفين يصير للشفيع والنصف الآخر يبقى للمشتري الآخر، فأما إذا كان البائع اثنين والمشتري واحداً، ففي أخذ الشفيع نصيب أحد الباعين ضرر عيب الشركة [له]^(٤) على المشتري في الباقي بخلاف^(٥) ما لو [كان البائع اثنين و]^(٦) اشترى [المشتري]^(٧). نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن كان المشتري يلحق [به ضرر]^(٨) عيب الشركة؛ لأنه رضي بهذا المعيب حيث [اشترى]^(٩) نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة.

قال القدوري في شرحه: وقد روي عن بعضهم بخلاف هذا فإنه روي عنهم: أن البائع إذا كان اثنين فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد الباقيين قبل القبض، وليس له أن يأخذ من المشتري^(١٠) نصيب أحدهما بعد^(١١) القبض؛ لأن قبل القبض التملك على

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ح: خلاف.

(٦) سقط في أ، ح.

(٧) سقط في أ، ح.

(٨) سقط في أ، ح.

(٩) سقط في أ، ح.

(١٠) زاد في ح: ليس له أن يأخذ.

البائع وقد أخذ جميع ما أخذ^(١) عن ملكه وبغد القبض التملك يقع على المشتري فيلحقه ضرر عيب الشركة في الباقي .

وروي عنهم: أن المشتري إذا كان اثنين، لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض؛ لأن التملك يقع على البائع فيفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض؛ لأن التملك يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه .

قال القدوري - رحمه الله - وسواء سمي لكل نصف ثمنًا أو كان الثمن جملة واحدة والعبرة لاتحاد الصفقة دون الثمن، وكذلك لو كان الشراء بوكالة [فوكل رجل]^(٢) رجلين فاشترى كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين، وإن^(٣) كان الموكل رجلين والوكيل واحدًا لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الوكيلين .

والحاصل: أن في ظاهر الرواية ينظر في هذه المسائل إلى المشتري، فإن كان المشتري واحدًا اشترى الدار لنفسه أو لجماعة بتوكيلهم إياه والبائع واحد، وقد اشترى بصفقة واحدة فليس للشفيع إلا أن يأخذ الكل أو يدع الكل .

ولو كان المشتري جماعة اشترى لأنفسهم أو لواحد بتوكيله إياهم بصفقة واحدة أو متفرقة فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم .

ولو كان المشتري واحدًا، والبائع اثنين فطلب الشفيع نصيب أحدهما [مع]^(٤) أنه ليس له أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر هل يكون على شفيعته؟ ذكر في آخر شفعة الأصل: أنه على شفيعته .

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - : هذا الجواب محمول على [أنه]^(٥) ما إذا وجد منه طلب الموائبة، وطلب الإشهاد في الكل، ثم أراد أن يأخذ نصيب أحدهما؛

(١) في أ، ح: قبل .

(١) في أ: خرج .

(٢) في أ: ليوكل .

(٣) في ح: فإن .

(٤) سقط في ح .

(٥) سقط في ح .

لأن ترك طلب التملك في النصف لا يدل على تركه في الكل، وتركه في الكل لا يبطل شفيعته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أصلاً، وعندهما: إلى شهر، وهو^(١) المختار ففي النصف أولى.

وأما إذا طلب طلب المواثبة وطلب الإشهاد في النصف تبطل شفيعته؛ لأنه اجتمع ما يوجب بطلان شفيعته، وما يمنع بطلانها؛ لأن طلب الشفعة في النصف طلب في الكل؛ لأنها لا تتجزأ، فقد وجد الطلب في الكل من هذا الوجه، وإنه يوجب بقاء شفيعته وترك الطلب في البعض [يوجب]^(٢) ترك الطلب في الكل؛ لأنها [لا]^(٣) تتجزأ، وإنه يوجب بطلان شفيعته في الكل، فكان حقه في الشفعة بين القائم والساقط فلا يصح التملك، وإنه غير ثابت؛ لأن غير الثابت لا يثبت بالشك.

وقال بعضهم: هذا الجواب على إطلاقه، وإذا طلب طلب المواثبة والإشهاد في النصف لا تبطل شفيعته؛ لأنه وجد ما يوجب بقاء شفيعته وما يوجب بطلانها وإنها كانت ثابتة فلا تبطل بالشك.

وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما [واحد]^(٤)، وأراد أن يأخذ أحدهما دون الآخر، فليس له ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضهما وهو شفيع ذلك كله [بأرض واحدة أو بأرضين أو بدار واحدة أو بدور]^(٥)، فإنما له أن يأخذ جميع ذلك أو يدعه، وسواء كانت الداران متلازقين في مصرين أو قريتين بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة في آخر شفعة الكافي.

ونص على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في مثل هذه المسألة في الشفعة للحسن بن زياد - رحمه الله - .

(١) في أ: وهما.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ح.

(٥) سقط في أ، ح.

وإن كان الشفيح شفيحاً لأحدهما وقد [وقع] ^(١) البيع صفقة واحدة، ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أنه يأخذ الدار التي هو شفيحها في ظاهر الرواية. وروي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - [رواية شاذة: أنه ليس له ذلك إما أن يأخذها أو يتركها وعلى هذه الرواية قال أبو حنيفة] ^(٢): لو اشترى المشتري الدار مع متاع فيها صفقة واحدة، فالشفيح يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل. وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: له أن يأخذهما جميعاً أو يدع، [ثم رجع] ^(٣) وقال: لا يأخذ واحدة منهما، ثم رجع، وقال: يأخذ التي هو شفيحها خاصة وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -. وفي الشفعة للحسن بن زياد رحمه الله: في مثل هذه المسألة أن الشفيح يأخذ الكل أو يدع الكل وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، [وقد ذكرنا قول أبي يوسف] ^(٤) قبل هذا في القراحين والبستان، وقد ذكرنا قول محمد في الأقرحة والحوانيت.



(١) سقط في ح.
 (٢) سقط في أ، ح.
 (٣) سقط في أ، ح.
 (٤) سقط في أ.

الفصل السابع

في الدار إذا بيعت وله شفعة

وإذا كان للدار شفيعان، فسلم أحدهما، فإن كان قبل قضاء القاضي بالشفعة بينهما نصفين، أخذ الآخر كل الدار، أو ترك ليس له غير ذلك.

يجب أن يعلم أن الشفعة إذا اجتمعوا فحق كل واحد قبل الاستيفاء والقضاء ثابت في جميع الدار، حتى إنه إذا كان للدار شفيعان سلم أحدهما الشفعة قبل الأخذ وقبل القضاء، كان للآخر أن يأخذ الكل؛ لأن قبل الاستيفاء والقضاء وجد في حق كل واحد منهما سبب ثبوت حق الشفعة في كل الدار وأمكن الجمع بينهما؛ لأن الجمع بينهما ليس إلا كالجمع بين الحقين في عين واحدة كاملاً، لفائدة أن أحدهما متى ترك [الأخذ]^(١) أخذ الآخر الكل، وهذا جائز كما لو رهن داره من رجلين فإنه يصير رهنًا كل العين من كل واحد منهما بجميع دينه حتى لو قضى دين أحدهما كان للآخر أن يحبس الكل بدينه.

وبعد الاستيفاء وبعد القضاء يبطل حق كل واحد منهما عما قضى به لصاحبه حتى إنه إذا كان للدار شفيعان وقضى القاضي بالدار بينهما ثم سلم أحدهما نصيبه، لم يكن للآخر أن يأخذ الجميع، وهنا؛ لأن القاضي لما قضى بالدار بينهما صار كل واحد منهما مقضيًا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطلت شفته فيما قضى به لصاحبه صورة^(٢).

وإذا كان بعض الشفعة أقوى من البعض فقضى القاضي بالشفعة للقوي بطل حق الضعيف حتى إنه إذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء [له]^(٣)، كان للجار أن يأخذ الشفعة، ولو قضى القاضي بالدار للشريك ثم سلم الشريك الشفعة فلا شفعة للجار.

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: صورته.

(٣) سقط في أ.

وإذا حضر بعض الشفعاء وغاب البعض فللشفيع الحاضر أن يأخذ كل الدار؛ لأن حق الحاضر في كل الدار ثابت بصفة التأكد؛ لأن تأكد الشفعة بالطلب، وقد وجد الطلب من الشفيع الحاضر وحق الغائب لم يتأكد بعد، والحق المتأكد لا يؤخر لحق غير متأكد ومتى وقع الاستيفاء من الحاضرين فإنما يبطل إذا^(١) لو كان حاضرًا، أما الزيادة فلا.

حتى إنه إذا كان للدار شفيعان أحدهما حاضر والآخر غائب وقضى القاضي للحاضر بكل الدار، كان للغائب أن يأخذ النصف.

وإذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض، لم يصح الجعل وسقط حقه وقسمت على عدد من بقي؛ لأن نقل الحق في الشفعة لا يستقيم، ولكن يسقط حقه بدلالة الإعراض فبقي حق الباقيين.

وإذا قضى القاضي للحاضر بكل الدار ثم حضر آخر وقضى له بالنصف ثم حضر آخر قضى له بثلث ما في يد كل واحد منهما حتى يصير مساويًا لهما، فإن قال الذي قضى له [بكل الدار]^(٢) أو لا للثاني^(٣): أنا أسلم لك الكل فإما أن تأخذ الكل أو تدع، فليس له ذلك، وللثاني^(٤) أن يأخذ النصف هكذا ذكره القدوري - رحمه الله -.

ولو كان الشفيع الحاضر [لم]^(٥) يأخذ الدار من المشتري بالشفعة لكن اشترى الدار منه، ثم حضر الغائب إن شاء أخذ الدار كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني.

أما بالبيع الأول فلأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة لما أقدم على الشراء وخرج من البين فكان للآخر أن يأخذ الكل.

(١) في أ، ح: إن.

(٢) في أ: بالدار.

(٣) في ح: الباقي.

(٤) في ح: وللباقي.

(٥) سقط في ح.

وأما بالبيع الثاني؛ فلأن الشريك المشتري أعرض عن الشفعة حيث أقدم على الشراء ومع الإعراض لا يثبت له حق الشفعة، وخرج هو من بين، فكان للآخر أن يأخذ الكل.

وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن حق الشفعة في البيع الثاني [إنما تثبت بعد تمام البيع الثاني]^(١) فلا تبطل بالإعراض قبله، والجواب وهو معرض بالشراء الثاني فلا يثبت له بسبب هذا الشراء هذا الحق مع تضمن هذا الشراء الإعراض. بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداء؛ لأن شراءه لم يتضمن إعراضاً؛ لأنه مقبل على التملك، وهو معنى الأخذ بالشفعة.

ولو كان المشتري الأول شفيعاً للدار، فاشتراه الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني؛ لأن المشتري الأول لم يثبت له حق [الشراء]^(٢) قبل الشراء، حتى يكون بشرائه معرضاً عنه، فبقي هو شفيعاً في البيع الأول فلا يكون للغائب بسبب البيع الأول إلا النصف، وأما العقد فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب البيع^(٣) الأول، وإذا اشترى سقط حقه عن البيع الأول ولم يتعلق بعده حق مع كونه معرضاً فكان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع، والله أعلم.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: الباع.

الفصل الثامن

في إنكار المشتري جوار الشفيع

في المتقى: قال هشام: سألت محمداً - رحمه الله - عن الشفيع إذا طلب الشفعة بدار في يديه بزعم أنها له، فقال المشتري: ليست هذه الدار لك، قال: فأخبرني أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - كان يقول: على الشفيع البينة، يعني القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يقيم البينة أن الدار التي في يديه داره.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان في يديه فله الشفعة بها.

قال هشام: قلت لمحمد: ما قولك؟ قال: القياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله

عنه.

[وعن أبي يوسف رواية أخرى كما قال أبو حنيفة^(١).

وفي الأجناس بين كيفية الشهادة، فقال: ينبغي أن يشهدوا أن هذه الدار التي بجوار [الدار المبيعة]^(٢) ملك هذا الشفيع، قبل أن يشتري هذا المشتري هذه الدار وهي له إلى هذه الساعة لا يعلمها خرجت عن ملكه، ولو قالوا: إن هذه الدار [لهذا]^(٣) الجار لا يكفي.

وفي الحاوي: لو شهدا^(٤) أن الشفيع كان اشترى هذه الدار من فلان وهي في يده أو وهبها منه وقبضها قال: يكفي، فلو أراد الشفيع أن يحلف المشتري بالله، فله ذلك، ذكر هذا التفريع في واقعات الناطفي؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه فإذا أنكر يستحلف.

بعد هذا قال محمد - رحمه الله - : يستحلف على البتات.

وقال أبو يوسف - يحلف على العلم بالله ما يعلم أن هذه الدار ملك هذا؛ لأن

هذا تحليف على ملكية دار ليست في يده، وبه أخذ الصدر الشهيد.

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: المنفعة.

(٣) سقط في ح.

(٤) في أ: شهد.

وفي المنتقى: ابن سماعه في نوادره عن أبي يوسف - رحمهما الله - في رجل في يديه دار أقام بينة أن هذه الدار كانت في يد والده، مات والده وهذه في يده، قال: أ جعلها للذي أقام البينة، فإن جاء يطلب شفعة دار إلى جنبه لم أفض له بالشفعة حتى يقيم البينة على ذلك.

في آخر الباب الأول من المنتقى: دار في يدي رجل، أقر أنها لآخر فبيعت دار إلى جنبها وجاء المقر له يطلب الشفعة بإقراره الذي أقر [له]^(١) بها فلا شفعة له فيها، حتى يقيم البينة أن الدار داره.

وفي [الباب]^(٢) الثالث منه: رجل اشترى دارًا ولها شفيع فأقر الشفيع أن الدار التي له الشفعة لآخر، فإن كان سكت عن الشفعة، ولم يطلبها بعد فلا شفعة للمقر له، وإن كان طلب الشفعة فللمقر له الشفعة؛ لأن في الوجه الأول يريد أن يوجب بإقراره حقًا لم يكن، ولا كذلك في الوجه الثاني.

فقد ذكرنا في الفصول المتقدمة: أن الشريك فيما تحت الحائط من الأرض أولى بشفعة بقية الدار من الجار، فإن كل صاحب الدار أقر أن [صاحب]^(٣) الحائط بينه وبين هذا الرجل لم أ جعل له بهذا شفعة، بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها لآخر فإنه لا يستحق المقر له الشفعة كذا ها هنا.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في إسقاط الشفعة: أن البائع إذا أقر بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار، فالجار لا يستحق الشفعة؛ لأن المشتري شريك بسهم المقر^(٤) به.

وكان أبو بكر الخوارزمي يخطئ الخصاف في هذا ويفتي بوجوب الشفعة للجار؛ لأن الشركة ما تثبت إلا بإقراره، وكان يستدل بمسألة الحائط.

(١) سقط في أ، ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: والمقر.

الفصل التاسع

في تصرف المشتري في الدار المشفوعة [قبل حضور الشفيع]^(١)

إذا اشترى الرجل دارًا، أو أرضًا وبنى فيها بناءً أو غرس غرسًا، ثم حضر الشفيع وطلب الشفعة، أمر المشتري برفع بنائه وغرسه وتسليم الساحة إلى الشفيع. وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس الذي أحدث أو يترك.

والوجه لظاهر الرواية: أنه بنى على محل تعلق به حق الغير فلم يبطل حقه بتصرفه فكان له أن ينقضه كالمشتري إذا باع من غيره، أكثر ما فيه: أن في نقض البناء ضرر للمشتري إلا أن المشتري هو الذي أضر بنفسه، حيث بنى على محل تعلق به حق الغير.

وإذا اشترى أرضًا وزرعها سيأتي في فصل المتفرقات إن شاء الله تعالى. وفي العيون: اشترى دارًا أو صنعها بأشياء كثيرة، ثم جاء الشفيع، فهو بالخيار إن شاء أخذها بالشفعة وأعطاه ما زاد فيها، وإن شاء ترك.

قال الصدر الشهيد في واقعاته: وفيه نظر، فإن المشتري إذا بنى في الدار المشفوعة بناء كان للشفيع أن ينقض البناء، ويأخذ الدار، ولا يعطيه ما زاد فيها. قيل: إن كان المذكور في العيون عن محمد - رحمه الله - : فدعوى النظر صحيح، وإن كان [عن]^(٢) أبي يوسف - رحمه الله - فدعوى النظر لا يصح. قال: الجواب في مسألة البناء على إحدى الروايتين عن أبي يوسف - رحمه الله - هكذا.

وقيل: يجوز أن يفرق محمد - رحمه الله - بين البناء وبين الصنع؛ لأن البناء إذا نقض لا يلحق المشتري كثير ضرر؛ لأنه يسلم له النقض^(٣)، ولا كذلك إذا نقض

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) في أ: القبض.

الصنع^(١)، فإذا جعل الدار المشتراة مسجداً أو مقبرة ثم حضر الشفيع يقضى له بالشفعة وله أن ينقض المسجد وينبش الموتى .

يجب أن يعلم أن تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح إلى أن يحكم بالشفعة وله أن يبيع وله أن يؤاجر، ويطيب له الثمن والأجر وكذا له أن يهدم^(٢) وما أشبه ذلك، من التصرفات؛ لأن نفاذ التصرف وإطلاقه يعتمد الملك وإنه ثابت للمشتري والثابت للشفيع حق الأخذ، وقبل الأخذ لا حق له في المحل أصلاً، فلهذا يجوز تصرفاته وإطلاقه فيها .

غير أن للشفيع أن ينقض كل تصرفه إلا القبض، وما كان من تمام القبض؛ ألا ترى أن الشفيع لو أراد أن ينقض قبض المشتري ليعيد الدار إلى يد البائع ويأخذها منه لا يكون له ذلك، وكذلك لا يملك نقض قسمة المشتري، حتى إن من اشترى نصف دار غير مقسوم وقاسم المشتري البائع، ثم حضر الشفيع، ليس له أن ينقض قسمته، سواء كانت القسمة بحكم أو بغير حكم؛ لأن القسمة من تمام القبض، لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص .

وذكر في واقعات الناطفي - رحمه الله - : أن القسمة إذا كانت بحكم، ففي نقض القسمة عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان .
قال الصدر الشهيد في واقعاته : والمختار أنه لا ينقض .

وإنما جاء الفرق بين القسمة والقبض وسائر التصرفات؛ لأنه ليس في القبض والقسمة^(٣) إبطال حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع في الأخذ بمثل الثمن الأول، وبعد القبض والقسمة يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول، فأما سائر التصرفات ففيها إبطال حق الشفيع؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول من المشتري الأول إلا بعد إعادته إلى ملكه، ولا يمكنه إعادته إلى ملك المشتري الأول إلا بنقض تصرفاته، فإنه

(١) في أ: الصبغ .

(٢) في أ، ح: يحدث .

(٣) زاد في أ: يمكنه الأخذ بمثل الثمن .

لو لم يثبت للشفيع حق نقض تصرفاته يبطل حق الشفيع ضرورة.
ذكر القدوري - رحمه الله - : أن الشفيع إنما يأخذ النصف الذي أصاب المشتري إذا وقع في غير جانبه فليس له نقض القسمة.

[وفي التجريد: روي عن أبي حنيفة أن الشفيع إنما يأخذ النصف الذي أصاب المشتري إذا وقع في جانب الدار المشفوع بها لأنه^(١) لا يكون جارًا [فيما يقع في الجانب الآخر]^(٢)، فلا يستحق الشفعة.

وفي القدوري: الدار إذا كانت مشتركة بين رجلين، باع أحدهما نصيبه من رجل وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ثم حضر الشفيع، فله أن ينقض القسمة.
في العيون: رجلان اشتريا دارًا وهما شفيعان ولهما^(٣) شفيع ثالث فاقسماها ثم جاء الشفيع الثالث فله أن ينقض القسمة التي اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء.

وفي فتاوى الفضلي: رجل اشترى أرضًا قيمتها مائة بمائة فرفع منها التراب وباعه بمائة، ثم جاء الشفيع وطلب الشفعة أخذ الأرض بنصف المائة، وهي خمسون؛ لأن الثمن يقسم على قيمة الأرض قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب الذي باعه، وقيمتها سواء فيقسم الثمن عليهما نصفين، ولو كنس المشتري الأرض وأعادها على ما كانت قبل أن يحضر الشفيع، ثم حضر الشفيع، يقال للمشتري: ارفع عنها ما أحدثت^(٤)؛ لأن ذلك ملك المشتري.

الجواب كما وصفنا من قبل.

وفي الكيسانيات: يمنع المشتري من هدم البناء وحفر البئر ونحوه.



(١) سقط في أ، ح.
(٢) سقط في أ، ح.
(٣) في ح: ولهذا.
(٤) في أ، ح: أحدث.

الفصل العاشر

في مسائل تسليم الشفعة

قبل البيع لا يصح، وبعد البيع يصح، علم الشفيع بوجود الشفعة أو لم يعلم، وعلم من أسقط إليه هذا الحق أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط حق؛ ألا ترى أنه يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق، أما لا يعتمد علم المسقط إليه ولا علم المسقط كالعناق والطلاق، ثم تسليم الشفعة لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يسلم الشفعة على مال^(١) سوى الدار التي وجب فيها الشفعة، وفي هذا الوجه: التسليم جائز والمال لا يجب؛ لأن هذا اعتياض عن حق التملك؛ لأنه لا حق للشفيع في الدار، وإنما له حق أن يأخذ الدار بالشفعة، والاعتياض عن مجرد حق التملك لا يجوز؛ لأن حق الشفعة أمر عرف بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته في حق جواز الاعتياض عنه.

وإما أن يسلم الشفعة على أن يأخذ ثلثًا أو نصفًا منها، وفي هذا الوجه: التسليم جائز، وهذا ظاهر والأخذ جائز أيضًا؛ لأنه أخذ شيئًا معلومًا من الدار، وهو النصف أو الثلث بثمن معلوم؛ لأن ثمن نصف الدار وثلثه معلوم بيقين، ويكون أخذ هذا النصف بحكم الشفعة لا بحكم شراء مبتدأ بدليل ما ذكر في الكتاب، لو كان لهذه الدار جار أخذ الجار منه نصف هذا النصف، ولو كان هذا تسليمًا في كل الدار وأخذ النصف أو الثلث بشراء مبتدأ لكان الجار أولى بكل هذا النصف.

وإما أن يسلم الشفعة على أن يأخذ من الدار بيتا بعينه، وفي هذا الوجه: الصلح [باطل]^(٢)، والتسليم باطل وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك أو يدع؛ لأن الأخذ حصل بثمن مجهول؛ [لأن ثمن بيت منها مجهول]^(٣)؛ لأنه إنما يعرف ثمن بيت

(١) في أ: ما.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ.

منها بعينه بالحزر والظن بأن يقسم الثمن على قيمة البيت، وعلى قيمة باقي الدار والناس يتفاوتون في ذلك.

فإن قيل: أليس إنه لو اشترى دارًا بعبد فالشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد، إلا أنا تركنا القياس لضرورة؛ لأن بيع الدار بالعبد يصح؛ لأنه بيع بما هو معلوم وإذا صح البيع وجبت الشفعة، ولا يمكن الأخذ إلا بقيمة العبد، أوجبنا الأخذ بالقيمة لهذه الضرورة ومثل هذه الضرورة لا تتأتى هاهنا؛ لأن أخذ البيت بثمن معلوم يمكن للشفيع، وليس إذا سقط اعتبار الجهالة لضرورة ما يدل على أن يسقط اعتبارها بغير ضرورة، وإذا بطل الصلح والتسليم كان الشفيع على شفيعته.

فرق بين هذا وبين ما إذا سلم الشفعة على مال آخر حتى لم يجب المال كان التسليم جائزًا.

وهاهنا، قال: التسليم لا يصح وال عوض المسمى لا يسلم للشفيع في المسألتين. والفرق: أن تسليم الشفعة على مال آخر لا جواز له بحال فكان ذكر المال ولا ذكر بمنزلة، ولما سلم الشفعة، ولم يذكر المال صح التسليم كذا هاهنا، وأما تسليم البعض وأخذ البعض ببدل له جواز بحال، وهو أن يكون المأخوذ معلومًا، فلا يصير ذكر العوض ولا ذكر سواء فيجب اعتبار العوض، فأما إذا لم يسلم له العوض يبقى على حقه.

وإذا وهب الشفيع الشفعة، أو باعها من إنسان لا يكون تسليمًا، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند؛ لأن البيع لم يصادف محله أصلاً فلغا.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الشفعة قبل باب الشهادة: إذا باع الشفعة كان ذلك تسليمًا للشفعة ولا يجب المال.

علل فقال: حق الشفعة لا يحتمل البيع؛ لأن البيع تمليك، وحق الشفعة لا يقبل التميك فيصير كلامه عبارة عن الإسقاط مجازًا كبيع الزوج زوجته من نفسها وهو الصحيح.

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في شفعة الجامع ما يدل عليه وسيأتي ذلك بعد هذا في الصفحة التي تلي هذه الصفحة إن شاء الله تعالى .

إذا سلم الشفيع [الشفعة]^(١) ثم زاد البائع بعد ذلك في المبيع عبدًا، أو أمة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل مما علم الشفيع . في الباب الأول من شفعة الواقعات . وفي هذا الباب أيضًا^(٢) : إذا سلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع من الثمن شيئًا فله الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فكان كما لو أخبر بالبيع بألف فسلم فإذا المبيع بخمسائة .

إذا قال الشفيع سلمت الشفعة في هذه الدار كان تسليمًا صحيحًا وإن لم يعين أحدًا .

وكذلك لو قال البائع^(٣) : سلمت لك شفعة هذه الدار والدار في يد البائع، ولو قال ذلك البائع^(٤) بعد ما سلم الدار إلى المشتري لا يصح التسليم قياسًا؛ لأن قبل التسليم إلى المشتري إنما يصح تسليم الشفعة للبائع؛ لأن للشفيع حق أخذ الشفعة من البائع، هذا المعنى لا يتأتى بعد التسليم إلى المشتري .

وفي الاستحسان : يصح التسليم، ويكون معنى قوله للبائع : سلمت لك : سلمت بسببك وأجلك .

وكذلك إذا كان المشتري وكيلًا من جهة غيره بشراء الدار فقال الشفيع : سلمت شفعة هذه الدار، [ولم يعين أحدًا كان تسليمًا صحيحًا، وكذلك لو قال للوكيل : سلمت لك شفعة هذه الدار]^(٥)، والدار في يد الوكيل صح التسليم قياسًا

(١) سقط في ح .

(٢) في أ : نصا .

(٣) في ح : للبائع .

(٤) في ح : للبائع .

(٥) سقط في أ، ح .

واستحساناً؛ لأن الوكيل بالشراء في حق [من] ^(١) الحقوق كالمشتري ^(٢) لنفسه، ثم كالبائع من موكله، [ولو قال ذلك للوكيل بعد ما دفع الدار إلى الموكل صح التسليم استحساناً] ^(٣).

ولو سلم الشفيع الشفعة للبائع كان الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا وكذا هاهنا.

إذا قال أجنبي لشفيع الدار: سلم شفعة هذه الدار للآمر، أو قال: لهذا المشتري، فقال: سلمتها لك، أو قال: وهبتها لك، أو قال: أعرض عنها لك، كان هذا تسليمًا صحيحًا للآمر وللمشتري [استحساناً] ^(٤)؛ لأن كلام [الشفيع للآمر، وسلمتها لهذا] ^(٥) المشتري ^(٦) خرج على وجه الجواب، فتضمن إعادة ما في السؤال، وصار تقدير كلام الشفيع: سلمتها للآمر وسلمتها لهذا المشتري، وقوله معناه: لأجلك وسببك ^(٧)، بخلاف ما لو قال الشفيع للأجنبي ابتداء حيث لا يكون تسليمًا؛ لأنه لا يمكن أن يجعل ذلك تسليمًا للآمر ليصح إسقاطًا، فلو صح، صح تمليكًا للأجنبي ^(٨) ولا وجه إليه.

ثم في الفصل الأول ذكر من جملة ألفاظ الشفيع، (وهبتها لك) وذكر ^(٩) أنه تسليم للشفعة، فتصير هذه المسألة حجة لشمس الأئمة السرخسي في مسألة بيع الشفعة التي تقدم ذكرها.

(١) سقط في أ، ح.

(٢) في أ: يشتري.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

(٦) زاد في ح: الشفيع.

(٧) في ح: وسبيل.

(٨) في أ: من الأجنبي.

(٩) في ح: ذكر.

إذا قال أجنبي للشفيع: أصالحك على كذا على أن تسلم الشفعة، فسلم كان التسليم صحيحًا ولا يجب المال، ولو قال: أصالحك على كذا على أن تكون الشفعة لي، كان الصلح باطلاً، وهو على شفيعته.

والفرق: أن في المسألة الأولى: الشفيع [سلم]^(١) الشفعة صريحًا بالمال، [وتسليم الشفعة بالمال]^(٢) صحيح، وإن لم يجب المال [و]^(٣) في هذه المسألة: ما سلم الشفعة بل أقام الأجنبي^(٤) مقام نفسه في الشفعة، وإنما يقوم الأجنبي مقامه في الشفعة إذا بقي له الشفعة [وعلى حالها، أما إذا بطلت لا يقوم الأجنبي مقامه فلم يوجد ما يبطل الشفعة فبقيت]^(٥).

إذا قال البائع: سلمت إليك بيع هذه الدار، وقال المشتري: سلمت للمشتري هذه الدار فهو تسليم صحيح؛ لأن تسليمه ينصرف إلى ما هو حقه؛ لأن ما ليس بحق له فهو تسليم للبائع، والمشتري بدون تسليمه، وحقه في هذا البيع والشراء الشفعة فصار تقدير كلامه: سلمت لك شفعة هذه الدار خاصة دون غيرك، [وكذا لو قال ذلك للامر]^(٦) كان هذا تسليمًا صحيحًا للامر.

ولو قال: سلمتها لك، إن كنت اشتريتها لنفسك، فهذا لا يكون تسليمًا، وكذلك لو قال الشفيع للبائع: سلمت الشفعة لك إن كنت بعثها من فلان لنفسك وكان^(٧) باعها لغيره لم يكن ذلك تسليمًا، هذه الجملة في الباب الأول من شفعة الجامع. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا قال الشفيع للمشتري: سلمت لك شفعة

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) في أ، ح: الشفيع.

(٥) سقط في أ، ح.

(٦) سقط في أ، ح.

(٧) في أ، ح: وإن.

هذه الدار، فإذا [هو]^(١) قد اشتراها لغيره فهو على شفيعته؛ لأنه رضي بالتسليم إليه لا إلى الموكل.

وفي فتاوى الفضلي: أن هذا تسليم للأمر^(٢)، والمختار المذكور في فتاوى أبي الليث، هكذا ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - .

وفي الحاوي، وفي الهارونية: إذا قال المشتري: اشتريتها لنفسي، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ظهر أنه اشتراها لغيره، قال محمد - رحمه الله - : بطلت^(٣) شفيعته، وإذا سلم الجار مع قيام الشريك صح تسليمه حتى لو سلم الشريك بعد ذلك شفيعته لا يكون للجار أن يأخذ الشفعة.



(١) سقط في أ، ح.

(٢) في ح: الأمر.

(٣) في أ، ح: تبطل.

الفصل الحادي عشر

في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف الخبر^(١)
 إذا أخبر الشفيع أن المشتري فلان فسلمه الشفعة، فإذا المشتري غيره فهو على
 شفيعته؛ لأنه رضي بجوار شخص معين، فلا يكون راضيًا بجوار غيره، ولأنه سلم
 شفعة عقد لم يعقد بعد؛ لأنه سلم شفعة بيع زيد، وزيد لم يعقد، فلم يصح تسليمه
 ولو كان المشتري فلانًا ذلك ومعه [غيره]^(٢) بطلت شفيعته في نصيب الذي سلم
 وأخذ نصيب غيره.

ألا ترى أنه لو سلم وكان عالمًا بالشريك الآخر لم يكن تسليمًا للآخر، فإذا لم
 يعلم أولى.

ولو أخبر أن الثمن ألف فسلم فإذا الثمن أقل من ذلك فهو على شفيعته، ولو كان
 الثمن ألفًا أو أكثر فلا شفعة له؛ لأن الرضى بالتسليم [بألف لا يكون رضى]^(٣)
 بالتسليم بخمسائة، أما الرضى بالتسليم بألف لا يكون رضى بالتسليم بأكثر من
 ألف.

ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال أو يوزن، فسلم الشفعة فإذا الثمن صنف آخر
 مما يكال أو يوزن، فهو على شفيعته على كل حال سواء كان ما ظهر مثل ما أخبر به
 أو أقل أو أكثر من حيث القيمة؛ لأن الشراء إذا وقع بالمكيل أو الموزون فالشفيع
 يأخذ بمثله من جنسه لا بالقيمة وقد يتيسر على الإنسان أداء جنس ويتعسر عليه أداء
 جنس آخر.

ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيمة فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات
 القيم، بأن أخبر بأن الثمن دار، فإذا الثمن عبد، فجواب محمد - رحمه الله - في

(١) في أ: ما أخبره، وفي ح: ما أخبر الشفيع.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

الكتاب أنه على شفيعته من غير فصل .

قال شيخ الإسلام: هذا الجواب صحيح [فيما إذا كانت قيمة ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير صحيح]^(١) فيما إذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما أخبر؛ لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع إنما يأخذ الدار بقيمة الثمن دراهم أو دنانير، فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم ومائة دينار، فسلم ثم ظهر أن الثمن مثل ما أخبر أو أكثر، وهناك كان التسليم صحيحًا ولا شفعة له، ولو ظهر أنه أقل مما أخبر كان على شفيعته كذا هاهنا، ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر أن الثمن دراهم أو دنانير، فجواب محمد - رحمه الله - : أنه على شفيعته من غير فصل .

بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر، أما إذا كان ما ظهر مثل قيمة ما^(٢) أخبر أو أكثر فلا شفعة له .
ومنهم من قال: هذا الجواب صحيح على الإطلاق، بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة فقد يصير مغبوتًا في ذلك؛ لأن تقويم الشيء بالظن يكون [دائمًا]^(٣) وإنما سلم حتى لا يصير مغبوتًا، وهذا المعنى ينعدم إذا كان الثمن دراهم .
ولو أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف درهم، فظهر أن قيمته أقل من الألف، فله الشفعة، وإن ظهر أن قيمته ألف أو أكثر فلا شفعة، ولو أخبر أن الثمن ألف فسلم ثم ظهر أن الثمن شيء من ذوات القيم، فلا شفعة إلا كان قيمة الثمن أقل من ألف درهم، هكذا ذكر في شرح القدوري .

وهذه المسألة تؤيد قول المشايخ فيما [إذا]^(٤) أخبر أن الثمن ألف درهم، فإذا

(١) سقط في أ، ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) سقط في ح .

(٤) سقط في أ .

الثلثين [مائة]^(١) دينار، فلا شفعة إلا أن يكون قيمة المائة الدينار أقل من الألف هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في كتابه، وجعل الجواب فيه كالجواب فيما إذا ظهر الثلثين دراهم.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - . قال: وروي عن زفر - رحمه الله - : أنه على شفعته [على]^(٢) كل حال، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - جعل الجواب فيه كالجواب في الحنطة والشعير. قالوا: ما ذكره أبو حنيفة وزفر - رحمهما الله - قياس، وما ذكره أبو يوسف استحسان.

وجه قول أبي يوسف: أن الدراهم والدنانير، اعتبرا جنسًا واحدًا في أكثر الأحوال حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر، والمكره على البيع بالدراهم، مكره على البيع بالدنانير، وإن باع شيئًا بالدراهم ثم اشترى بأقل مما باع بالدنانير لا يجوز، كما لو اشترى بالدراهم ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون، وحقه في الدراهم له أن يأخذ.

ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل نهى رب المال فيه كما لو صار دراهم، وإنما اعتبرا جنسين في حق الربا، حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً في حق الإجارة، حتى إذا استأجر بعشرة [دراهم]^(٣)، ثم أجر بدنانير طاب له، وإن كان قيمة الدنانير أكثر من عشرة دراهم كما لو أجره بشعير وقد استأجره بحنطة يعتبر^(٤) ما يوجب المجانسة بحكم الكثرة، فكان التسليم بالدراهم تسليمًا بالدنانير، إذا كانت قيمة الدنانير مثل الدراهم أو أكثر.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) زاد في ح: فح.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: الدراهم والدنانير، اعتباراً جنسين مختلفين، حتى إن الإكراه على الإقرار بالدنانير لا يكون إكراهاً على الإقرار بالدراهم، وفي بعض الإيجابات اعتباراً جنساً واحداً، وفي مسألتنا إخبار وإيجاب؛ لأن تسليم الشفعة وإن كان إيجاباً، إلا أن التسليم بناء على الإخبار؛ لأنه أخبر أن الثمن كذا فإذا في أحد النوعين وهو الإخبار اعتبر جنسين مختلفين، وفي النوع الآخر وهو الإيجاب اعتبر جنسين متحدتين في حق بعض الأحكام فيترجح ما يوجب اختلاف الجنس فصار كالحنطة مع الشعير.

ولو أخبر بشراء نصف الدار، فسلم ثم ظهر أن المشتري اشترى الكل فله الشفعة، ولو أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر أنه اشترى النصف فلا شفعة له.

قال شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، أما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسائة يكون على شفيعته.



الفصل الثاني عشر

فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفيعته

إذا ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأل منه أن يوليه إياه أو استأجره الشفيع من المشتري أو كان أرضاً أو كرمًا يأخذها مزارعة أو معاملة، وذلك بعد العلم بالشراء فهو تسليم للشفعة؛ لأن هذه المعاني دليل الإعراض.

وكذلك لو قال المشتري للشفيع: أوليتكها بكذا، فقال الشفيع: نعم؛ لأن قول الإنسان: (نعم) في موضع الخطاب يتضمن إعادة ما في [الخطاب]^(١) فكأن الشفيع قال: ولني.

إذا قال الشفيع: سلمت نصف الشفعة، بطلت شفيعته في الكل؛ لأن الشفعة لا تتجزأ في حق التسليم؛ لأنه لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض، وذكر ما لا [بعض له]^(٢) يتجزأ كذكر الكل، [وذكر في الأصل]^(٣) وذكر القدوري: أن الشفيع إذا طلب نصف الدار بالشفعة، فهذا تسليم منه في الكل، وهذا قول محمد - رحمه الله -.

إلا أن يكون طلب الكل ولم يسلم المشتري فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف، أو قال: أعطني نصفها وأسلم لك نصفها، فهذا لا يكون تسليمًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا يكون تسليمًا على كل حال وتبين بما ذكر القدوري أن ما ذكر في الأصل قول محمد - رحمه الله -.

وذكر الصدر الشهيد في الباب الأول من واقعاته: دار بيعت ولها شفيعان، أحدهما غائب، فطلب الحاضر نصف الدار على حساب أنه لا يستحق إلا النصف، بطلت شفيعته.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

وكذلك لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما نصف الدار بطلت شفعة كل واحد منهما ولم يحك خلافاً، وإنه قول محمد - رحمه الله - على ما ذكره القدوري.

وذكر في الباب الثاني: أن الشفيع إذا قال: سلم لي نصفها، لا تبطل شفيعته وأنه قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما ذكره القدوري.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: إذا كان البائع اثنين والمشتري واحداً في صفقة واحدة حتى لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الكل وادعى الشفيع نصيب أحد البائعين لم يبطل ذلك شفيعته، وله أن يأخذ كلها مقسومة، [كانت]^(١) [أو غير مقسومة]^(٢)، وينبغي على قول محمد - رحمه الله - على ما ذكر القدوري أن تبطل شفيعته، ذكره الصدر الشهيد في شفعة الجامع.

وإذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري وهو يعلم بالشراء أو لا يعلم بطلت شفيعته؛ لأن الاستحقاق بالجوار وقد زال الجوار قبل الأخذ فبطل الحق ضرورة، فإن رجعت إلى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية أو بخيار شرط فليس له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحق متى بطل لا يعود إلا بسبب جديد.

وإن كان بيع الشفيع داره بشرط الخيار للشفيع، فهو على شفيعته ما لم يوجب البيع؛ لأن الجوار لم يزل، وإن كان بيعه بصفة الفساد وقبضها المشتري بطلت شفيعته؛ لأن ملكه قد زال، وإن كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة، هذا [إذا]^(٣) باع الشفيع كل داره وإن باع بعض داره التي [يشفع به كان له أن يطلب الشفعة، هذا إذا باع الشفيع كل داره، فإن باع بعض داره التي]^(٤) يستحق بها الشفعة مشاعاً غير مقسومة^(٥) لا تبطل شفيعته.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ح: مقسوم.

الأصل في هذه المسألة، وأجناسها: أن الشفيع متى أحدث في الدار التي يستحق بها الشفعة حدثاً بعد البيع والطلب قبل الأخذ، أو أحدثه بعد البيع قبل الطلب [أو قبل البيع منه^(١) مع^(٢) الطلب، ووجوب الشفعة لا يمنع الأخذ بالشفعة؛ لأن المقصود من الطلب الأخذ.

إذا ثبت هذا فنقول: يبيع بعض الدار التي يستحق بها الشفعة مشاعاً قبل البيع أو بعد البيع قبل الطلب لا يمنع وجوب الشفعة، وطلبها لقيام الجوار في بعض الدار، فبعد الطلب والبيع لا يمنع الأخذ.

وكذلك إذا باع بعضها مقسوماً مما^(٣) يلي جانب الدار المبيعة لا تبطل به شفيعته، وإن باع بعضها مقسوماً مما يلي الدار المبيعة تبطل به شفيعته؛ لأن ما أحدث لو أحدثه قبل البيع أو بعد البيع قبل الطلب يمنع وجوب الشفعة وطلبها لزوال الجوار وقت البيع، ووقت الطلب فيمتنع الأخذ بالشفعة، إذا سلم الشفيع على المشتري ثم طلب الشفعة، صح طلبه.

قال هشام: قلت لمحمد: ما تقول إذا بدأ الشفيع بالسلام على المشتري تبطل شفيعته، فأنكر ذلك.

ولو كان المشتري واقفاً مع الابن فسلم الشفيع على ابن المشتري بطلت شفيعته، بخلاف ما إذا سلم على المشتري؛ لأن السلام على المشتري محتاج إليه؛ لأنه يحتاج إلى الكلام، ومفتاح الكلام [السلام]^(٤)، قال ﷺ: «من كلم قبل السلام فلا تجيبوه»^(٥)، فيصير ذلك عذراً، وأما السلام على ابن المشتري غير محتاج إليه فلا

(١) في أ: منع.

(٢) في ح: مع فسحه منع.

(٣) زاد في ح: لا.

(٤) سقط في ح.

(٥) أخرجه الترمذي (٥٩/٥) كتاب الاستئذان والآداب باب ما جاء في السلام قبل الكلام

حديث (٢٦٩٩) بلفظ: «السلام قبل الكلام»

وقال: هذا حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه» سمعت محمداً، يقول: «عنبسة بن

عبد الرحمن ضعيف في الحديث ذاهب ومحمد بن زاذان منكر الحديث.

يصير ذلك عذرًا.

فإن سلم على أحدهما، بأن قال: السلام عليك، ولا يدري على من سلم، سئل الشفيع أنه سلم على الأب أو على الابن؟ فإن قال: [على] ^(١) الأب لا تبطل شفيعته. وإن قال: على الابن تبطل شفيعته، فإن اختلفا فقال المشتري: [سلمت] ^(٢) على ابني وقد بطلت شفيعتك، وقال الشفيع: سلمت على الأب، فالقول قول الشفيع؛ لأن حاصل اختلافهما في بطلان حق الشفيع، فالمشتري يدعي عليه بطلان حقه وهو ينكر.

إذا أخبر الشفيع فقال: من اشتراها وبكم اشتراها، فلما أخبر بذلك قال: طلبت الشفعة، صح طلبه في الباب الأول من شفعة الواقعات. وكذلك إذا قال: الحمد لله أو سبحان الله أو قال: الله أكبر، أو عطس المشتري فشمته، أو قال: خلصني الله من فلان، أو قال: بكم باعها، ومتى باعها لا تبطل شفيعته، بعض هذه الألفاظ في العيون، وبعضها في شرح شمس الأئمة. ولو قال الشفيع للمشتري: أنا شفيعك وأخذ الدار منك، فلا شفعة له؛ لأن قوله: أنا شفيعك، كلام [غير] ^(٣) محتاج إليه فصار كأنه قال: كيف أصبحت أو كيف أمسيت.

في فتاوى أهل سمرقند: وكذلك إذا قال: الشفعة لي أطلبها وأخذها بطلت شفيعته؛ لأن قوله: الشفعة لي غير محتاج إليه فصار كما لو سكت ساعة. وعلى قياس ما روي عن ابن رستم في نوادره، عن محمد - رحمهما الله - أنه إذا سكت هنيهة لا تبطل شفيعته فلا تبطل هاهنا.

وكذلك على قياس ما روي أن له مجلس العلم ينبغي ألا تبطل؛ لأن بهذا القدر لا

يتبدل المجلس.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ.

وكذلك لو قال: (شفعه مراست حواسيم وباقيم)، فهو على هذا.
وفي نوادر أبي يوسف - رحمه الله - : رواية علي بن الجعد إذا قال: الشفيع للمشتري حين [لقيه]^(١): كيف أصبحت، وكيف أمسيت، أو سلم عليه لم تبطل شفيعته ولو عرض حاجته عليه أو سأل حاجته تبطل شفيعته.
دار بيعت فقال البائع أو المشتري للشفيع: أبرئنا عن كل خصومة لك قبلنا، ففعل وهو لا يعلم أنه وجب [له]^(٢) قبلهما شفعة، لا شفعة له في القضاء، وله الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى إن كان بحال لو علم بذلك، لأبرأهما.
وهو نظير ما لو قال رجل لآخر: اجعلني في حل ولم يبين له ما له [عليه]^(٣)، فجعله في حل، فإنه يصير في حل، ولا يبقى له في [القضاء]^(٤) شيء، ويبقى فيما بينه وبين الله تعالى، إذا كان بحال لو علم بذلك الحق لما يبرئه.
في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا قال الشفيع للمشتري: (شفاعت مني حواهم)، بطلت شفيعته، هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.
وعلى ما ذكرنا عن الفقيه أبي جعفر: أنه إذا طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه طلب الشفعة ينبغي أن يقال في هذه المسألة: إذا كان الشفيع من أهل قبيلة، يطلبون الشفعة بهذا اللفظ لا تبطل شفيعته.
الشفيع إذا صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفيعته، وإن صلى أكثر من ذلك تبطل؛ لأن الأكثر ليس بمشهور، فلا يصير عذراً، في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .
في واقعات الناظفي الشفيع إذا علم بالبيع وهو في التطوع يجعلها أربعاً أو ستاً، فعن محمد - رحمه الله - : أنه لا تبطل شفيعته.

(١) سقط في أ، ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

قال الصدر الشهيد رحمه الله: والمختار أنه تبطل شفيعته؛ لأنه غير معذور بخلاف ما إذا كان في الأربعاء قبل الظهر فأتىها أربعاً؛ لأن الأربعاء مسنون، فكان معذوراً، والدليل على الفرق أنه إذا طلب طلب المواثبة وترك طلب الإشهاد وافتتح التطوع تبطل شفيعته، ولو افتتح الركعتين بعد الظهر أو الأربعاء بعد الجمعة لا تبطل شفيعته، والله أعلم.



الفصل الثالث عشر

في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة

الوكيل يأخذ الدار بالشفعة، إذا أراد [الوكيل]^(١) إثبات الشفعة لموكله بالجوار ينبغي أن يقيم بينة، [أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة ملك موكله فلان. [هكذا ذكر محمد - رحمه الله - ولو أقام بينة أن الدار التي إلى جنب الدار المبيعة في يد موكله فلان]^(٢).

لا يكفي به كما في [حق]^(٣) الموكل لو أقام البينة بنفسه. وإذا أراد إثبات الشفعة بالشركة فأقام بينة^(٤) أن لموكله نصيبًا من هذه الدار المبيعة و[إن]^(٥) لم يبين مقداره لا يقبل ذلك منه، فلا يقضى له بالشفعة؛ لأنه لا يمكن القضاء بالشفعة إلا بالقضاء بالشركة، وتعذر القضاء بالشركة لمكان الجهالة، وهذا بخلاف ما لو أقام المدعي بينة على المحبوس في السجن أنه موسر فإنه يقبل بينته وإن لم يبين^(٦) مقدار ملكه حتى يجلده القاضي في السجن ببينة المدعي وجلده في السجن لا يستحق إلا باليسار، ويساره لا يثبت إلا بالملك، كما أن الشفعة لا تستحق إلا بالملك.

والفرق: أن في مسألة المديون القضاء بالملك له بجوده، لما تعذر القضاء بالملك هنا لم يشترط القضاء باليسار لإمكان [القضاء]^(٧) بالملك في مسألة الشفعة أمكن للقاضي أن يقضي بالملك للشفيع؛ لأنه يدعي، فلا يسقط اعتبار اشتراط القضاء بالملك لمكان الجهالة.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ، ح.

(٦) في أ: بينوا.

(٧) سقط في ح.

الوكيل بالشفعة إذا سلم الشفعة ذكر في [شفعة]^(١) الأصل: أنه إذا سلم في مجلس القاضي، صح وإن سلم في غير مجلس القاضي، لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - الأول، ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: يصح تسليمه في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي، فعلى رواية كتاب الشفعة جوز تسليمه في مجلس القاضي، ولم يحك فيه خلافاً. وذكر في كتاب الوكالة والمأذون الكبير: أن تسليمه في مجلس القاضي صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - خلافاً لمحمد - رحمه الله. ويتبين بما ذكر في كتاب الوكالة والمأذون أن ما ذكر في الشفعة قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإقراره على موكله بالتسليم في مجلس القاضي صحيح بلا خلاف بين علمائنا الثلاثة الأول.

وإقراره في غير مجلس القاضي باطل عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر صحيح. فمحمد - رحمه الله - فرق بين تسليمه في مجلس القاضي [وبين إقراره بتسليمه على موكله في مجلس القاضي]^(٢).

والفرق: أن إقراره إنما صح من حيث إنه جواب الخصومة، والتسليم ليس بجواب الخصومة بل هو إبطال حق على الموكل والوكيل مأمور باستيفاء الحق لا بإبطاله؛ ألا ترى أن الوكيل بالخصومة في الدين يملك الإقرار على موكله بالقبض [و]^(٣) لا يملك الإبراء.

الوكيل بالشفعة، إذا طلب الشفعة وادعى المشتري التسليم فهذا على وجهين: الأول: أن يدعي التسليم على الموكل ويطلب يمين الوكيل بالله ما يعلم أن

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

الموكل قد سلم الشفعة، أو يطلب يمين الموكل بالله ما سلمتني الشفعة .
 فإن طلب يمين الموكل^(١) فالقاضي لا يحلفه؛ لأن أصل الدعوى وقع على
 الموكل، فإنه ادعى تسليم الموكل، واستحلاف غير من يوجه عليه الدعوة بمنزلة
 البدل على استحلاف من توجه عليه الدعوى، ولا يصار إلى البدل مع إمكان المصير
 إلى الأصل، وما دام الموكل حيا فاستحلافه ممكن، بخلاف ما لو ادعى ديناً على
 ميت فأنكر الوارث ذلك وطلب المدعي من القاضي أن يحلف الوارث، فالقاضي
 يحلفه على علمه؛ لأن هناك وقع العجز عن المصير إلى الأصل.
 وإن طلب يمين الموكل^(٢) فالقاضي يقول له: سلم الدار إلى الوكيل فإخذها
 لموكله بالشفعة، وانطلق واطلب يمين الموكل.

وهو نظير ما لو وكل رجلاً بقبض الدين فقال المديون: أريد يمين الموكل بالله ما
 أبرأني، فالقاضي يقضي عليه بالمال ويأمره بالأداء إلى الوكيل ويقول: انطلق واطلب
 يمين الموكل، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيباً وأراد رده على
 البائع، وطلب البائع يمين الموكل بالله ما رضي بالعيب، كان له ذلك، فلا يرد حتى
 يحضر الموكل ويحلف.

الوجه الثاني: أن يدعي التسليم على الوكيل ويطلب يمينه، فالقاضي لا يحلفه
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف.

وإذا شهد شاهدان على الوكيل أنه سلم الشفعة عند غير القاضي فشهادتهما باطلة
 عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وكذلك إذا شهد شاهدان عليه أنه إذا
 سلم عند القاضي، ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد
 - رحمهما الله - .

ولو أقر الوكيل عند القاضي أنه قد سلم الشفعة عند غير القاضي أو عند قاض

(١) في أ، ح: الوكيل.

(٢) في ح: الوكيل.

[آخر]^(١)، وإقراره صحيح، فيكون هذا بمنزلة إنشاء التسليم عند هذا القاضي، وهو نظير ما لو شهد شاهدان على رجوع الشهود عن شهادتهم في غير مجلس القاضي، [فالقاضي]^(٢) لا يقبل شهادتهم.

ولو أقر الشهود عند القاضي أنهم قد رجعوا عن شهادتهم في غير مجلس القاضي صح إقرارهم، وجعل ذلك منهم بمنزلة إنشاء الرجوع عند هذا القاضي. في فتاوى الفضلي.

الوكيل بشراء الدار إذا اشترى وقبض فجاء الشفيع وأراد أن يطلب الشفعة من الوكيل فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الدار في يد الوكيل، وفي هذا الوجه الطلب منه صحيح.
الوجه الثاني: أن يكون الوكيل قد سلم الدار إلى الموكل، وفي هذا الوجه لا يصح الطلب من الوكيل، هكذا كان يقول الفقيه أبو إبراهيم.
وهكذا ذكر في الأجناس عن محمد - رحمه الله - .

قال الصدر الشهيد: الجواب في الوكيل مع الموكل كالجواب في البائع مع المشتري، إن كانت الدار في يد البائع، فالطلب منه صحيح، وإن كانت في يد المشتري لا يصح الطلب من البائع، هو المختار غير أن فرق ما بين الوكيل والبائع إذا سلم الدار، لا يكون خصمًا حتى يحضر المشتري والوكيل إذا قبض، فهو خصم وإن لم يحضر الموكل.



(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

الفصل الرابع عشر

في شفعة الصغير وما يتصل به

قال محمد - رحمه الله - : الصغير والكبير في استحقاق الشفعة سواء لأنهما في سبب استحقاق الشفعة سواء، قال: الحبل^(١) في استحقاق الشفعة والكبير سواء؛ لأن الحبل^(٢) يرث فيثبت له الشركة والجوار، كما يثبت للكبير^(٣).

قال: وإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء، فله الشفعة؛ لأننا^(٤) تيقنا بوجوده يوم البيع وكان وضعه بمنزلة قدومه، وهو غائب، فإن جاءت به لسته أشهر فصاعداً، منذ وقع الشراء فإنه لا شفعة له؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع، لا حقيقة، ولا حكماً، إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحبل منه حيثئذ يستحق الشفعة، وإن جاءت بالولد لسته أشهر فصاعداً؛ لأن وجوده وقت البيع ثابت حكماً لما ورث من أبيه.

ثم إذا وجبت الشفعة للصغير والذي يقوم بالطلب والأخذ من قام مقامه شرعاً، في استيفاء حقوقه، وهو أبوه، ثم وصي أبيه ثم جده أبو أبيه ثم وصي الجد، ثم وصي نصبه القاضي، فإن لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفيعته إذا أدرك، فإذا أدرك فقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة فاخترار رد النكاح، أو طلب الشفعة، فأيهما كان أولاً يجوز، ويبطل الثاني.

والحيلة في ذلك أن يقول: طلبتهما، أي الشفعة والخيار، فإذا كان له أحد من هؤلاء فترك طلب الشفعة مع الإمكان بطلت الشفعة، حتى لو بلغ الصغير، لا يكون له حق الأخذ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تبطل الشفعة. وعلى هذا الخلاف، إذا سلم الأب أو الوصي، ومن بمعناهما، شفعة الصغير

(١) في ح: الحمل.

(٢) في ح: الحمل.

(٣) زاد في ح: يثبت للصغير.

(٤) في أ: لأنه.

صح تسليمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى لو بلغ الصبي لا يكون له أن يأخذها بالشفعة؛ لأن تسليم الشفعة وترك طلبها ترك التجارة؛ لأن الأخذ بالشفعة [تجارة وطلبها طلب التجارة فيكون تركها ترك التجارة من ملك التجارة في مال إنسان ملك تركها أيضا، ولأن الأخذ بالشفعة]^(١) يكون بعوض بتسليم الشفعة، إن كان يسقط حق الصغير، ولكن بعوض، وإسقاط حق الصغير بعوض داخل تحت ولاية هؤلاء؛ ألا ترى أنهم ملكوا بيع مال الصغير.

ثم تسليم الأب والوصي شفعة الصغير صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - سواء كان التسليم في مجلس القضاء أو في غير مجلس القضاء، بخلاف تسليم الوكيل في غير مجلس القضاء عند أبي حنيفة؛ لأنهما نائبان عن الصغير في مجلس القضاء وغيره.

فأما الوكيل نائب عن الموكل في مجلس القضاء؛ لأنه وكيل بالخصومة وتعذر الخصومة في غير مجلس القضاء، فكأن الموكل قال له: أنت وكيل في مجلس القضاء.

إذا اشترى دارًا لابنه الصغير والأب شفيعها، كان للأب أن يأخذها بالشفعة عندنا.

كما لو اشترى الأب مال ابنه لنفسه ثم كيف [يأخذ]^(٢) يقول: اشترت وأخذت بالشفعة، ولو كان مكان الأب وصيًا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - هذه المسألة في [أول]^(٣) [باب تسليم الشفعة ولم يشبع]^(٤) في الجواب.

وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - هذه المسألة في^(٥) واقعاته وبين الجواب

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) سقط في أ، ح.
 - (٣) سقط في أ، ح.
 - (٤) في ح: يسمع.
 - (٥) سقط في أ.

المشيع، أنه إن كان في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة بأن وقع شراء الدار بغبن يسير بأن كان قيمة الدار مثلاً عشرة وقد اشتراها الوصي بأحد عشر، فإن الغبن اليسير يتحمل من الوصي في تصرفه مع الأجانب وبأخذ الوصي بالشفعة يرتفع ذلك [الغبن]^(١)، فإذا كانت الحالة هذه كان أخذ الوصي بالشفعة متفَعاً به في حق الصغير، فكان للوصي أن يأخذ الدار بالشفعة على قياس قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله كما في شراء الوصي شيئاً من مال الصغير لنفسه.

فإن لم يكن في أخذ الوصي هذه الدار بالشفعة منفعة في حق الصغير بأن وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة، لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق كما لا يكون للوصي أن يشتري شيئاً من مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق، ومتى [كان للوصي]^(٢) ولاية الأخذ يقول: اشترت وطلبت الشفعة، ثم يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب قيمًا عن الصبي فيأخذ الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن إليه، ثم القيم يسلم الثمن للوصي. في فتاوى أبي الليث.

وفي الفتاوى عن الفقيه أبي بكر: لو اشترى لابنه الصغير دارًا، والأب شفيعها لا يأخذ بالشفعة ما لم يدرك الابن، أو ينصب الحاكم خصمًا.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : هذا الجواب في الوصي، فأما الأب يأخذ؛ لأن الأب لو اشترى مال ابنه لنفسه صح كذا [هذا]^(٣) يأخذ من غير قضاء.

وعن شداد - رحمه الله - : أن الوصي يشهد على طلب الشفعة ويترك حتى يبلغ الصبي، ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لا يشهد ولا يطلب الشفعة حتى يدرك الصبي.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

اشترى الأب دارًا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الأب الشفعة للصغير، حتى بلغ الصغير، فليس للذي بلغ أن يأخذها بالشفعة [لأن الأب كان متمكنًا من الأخذ بالشفعة]^(١)؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة فسكوته يكون مبطلاً للشفعة، ولو باع الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها، فلم يطلب الأب الشفعة حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها؛ لأن الأب هاهنا لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لكونه بائعًا، وسكوت من لا يملك الأخذ لا يكون مبطلاً، ذكر هذه الجملة شمس الأئمة السرخسي. في باب تسليم الشفعة وهكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه وأحاله إلى نوادر أبي يوسف.

فأما الوصي إذا اشترى دارًا لنفسه أو باع دارًا له والوصي شفيعها، فلم يطلب الوصي شفعتها فاليتيم على شفعتها إذا بلغ؛ لأن الوصي لا يملك البيع والشراء للصغير من^(٢) نفسه إلا إذا كان منفعة للصغير، فإذا لم يمكن الأخذ لم يكن سكوته تسليمًا، هكذا ذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه.

وفي نوادر هشام قال: قلت لمحمد: ما تقول في رجل اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها، فلم يطلب الشفعة؟ قال: أما في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا شفعة للصغير؛ لأن تسليم الأب جائز عليه، وأما في الوصي فهو على شفعتها؛ لأنه لا يقدر أن يأخذ له من نفسه.

ويجب أن يكون [الجواب]^(٣) في شراء الأب دارًا لنفسه وابنه الصغير شفيعها على التفصيل إن لم يكن للوصي في هذا الأخذ ضرر بأن وقع شراء الأب الدار بمثل القيمة أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس في مثله، لا يكون للصغير الشفعة إذا بلغ، وإذا كان للصغير في هذا الأخذ ضرر بأن وقع شراء الأب بأكثر من القيمة مقدار ما لا

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: مع.

(٣) سقط في أ.

يتغابن الناس فيه^(١) كان له الشفعة إذا بلغ؛ لأن الأب لا يملك التصرف في مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر، فلم يكن متمكناً من الأخذ في هذه الصورة فلا يكون سكوته مبطلاً للشفعة، والذي يؤيد هذا مسألة ذكرها شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في باب تسليم الشفعة.

وصورتها: [رجل]^(٢) اشترى داراً بأكثر من قيمتها [مما لا يتغابن الناس في مثله]^(٣)، وصغير شفيعها، فسلم الأب شفعتها، لا يصح تسليمه عندهم جميعاً هو الصحيح؛ لأن الأب لا يملك الأخذ هاهنا بالاتفاق، لكثرة الثمن والسكوت على الطلب والتسليم إنما يصح ممن يملك، فيبقى الصبي على حقه إذا بلغ.

ويجب أن يكون الجواب في الوصي إذا اشترى داراً لنفسه والصبي^(٤) شفيعها فلم يطلب حتى بلغ الصبي على التفصيل أيضاً إن [كان]^(٥) للصغير بالشفعة منفعة فلا شفعة للصغير إذا بلغ عند أبي حنيفة وإحدى الروائين عن أبي يوسف رحمه الله؛ [لأن الوصي لو اشترى من مال نفسه شيئاً للصغير، وللصغير فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وإحدى الروائين عن أبي يوسف، وإن]^(٦) كان الوصي متمكناً من الأخذ لكان سكوته مبطلاً لشفعته، وإن لم يكن للصغير في الأخذ بالشفعة منفعة ظاهرة كان له الشفعة إذا بلغ بالاتفاق؛ لأن الوصي لا يتمكن من الأخذ في هذا الوجه بالاتفاق فلا يكون سكوته مبطلاً.

ولو كان الوصي باع الدار وباقي المسألة بحالها، فالصغير على شفيعته إذا بلغ بالاتفاق كما في الأب.

(١) في ح: في مثله.

(٢) سقط في أ، ح.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) في ح: والصغير.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

إذا قال الأب أو الوصي: اشتريت هذه الدار بألف درهم للصغير، فقال له الشفيح: اتق الله، فإنك اشتريت بخمسمائة فصدقه فإنه لا يصدق ويأخذ الدار بألف درهم حتى يقيم البينة على الشراء بخمسمائة.



الفصل الخامس عشر

في وجوه الحيل

في هذا الباب نوعان:

نوع لإسقاطه بعد الوجوب، وذلك بأن يقول المشتري [للشفيع]^(١): أنا أبيعها منك بما أخذت فلا فائدة لك في الأخذ [بالشفعة]^(٢)، فيقول الشفيع: نعم، [أو يقول المشتري للشفيع: اشتراها مني بما أخذت فيقول الشفيع: نعم]^(٣)، أو يقول اشتريت فيبطل به شفيعته، وإنه مكروه بالإجماع، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرحه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: أنه لا يكره إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار بالشفيع.

ونوع يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: على قول أبي يوسف: لا يكره، وعلى قول محمد: يكره، وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة.

وفي كراهية الحيل لمنع وجوب الزكاة خلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -.

ومنهم من قال: في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بلا خلاف، وإنما الخلاف في فصل الزكاة، فعلى هذا القائل يحتاج في قول محمد إلى الفرق بين الشفعة وبين الزكاة.

وفي المنتقى قال هشام: سألت محمدًا - رحمه الله - عن رجل جعل بيتًا من داره هبة لرجل ثم باع بقية الدار منه هربًا من الشفعة، قال: كان أبو يوسف - رحمه الله - لا يرى بذلك بأسًا، فأما محمد - رحمه الله - كرهه كراهة شديدة، ولم يحفظ عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - شيئًا^(٤).

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) في ح: شيئًا.

وفي فتاوى الفضلي: سئل أبو بكر بن أبي سعيد - رحمه الله - عن هذا، فقال: هذا بيع مكروه في الأحوال كلها.

وقيل: الجار إذا كان فاسقًا فلا يكره في جميع الأحوال.

ثم بعض الحيل يرجع إلى منع وجوب الشفعة، وبعضها يرجع إلى تقليل الرغبة في الشفعة.

أما التي يرجع إلى منع وجوب الشفعة أن يهب البائع بيئًا معلومًا من الدار بطريقة أو موضعيًا آخر معلومًا من الدار بطريقة فتجوز الهبة؛ لأن ما وهب مقدر معين، والطريق وإن كان مشاعًا، إلا أنه لا يحتمل [القسمة، وهبة المشاع فيما لا يحتمل]^(١) القسمة جائزة، فيصير [شريكًا في]^(٢) الطريق، ثم يبيع بقية الدار منه بثمان الكل فيصير أولى من الجار، إلا أن [هذه]^(٣) الحيلة تصلح لدفع الجار، أما لا تصلح لدفع الشريك في الدار.

ومن جملة ذلك: أن يتصدق بطائفة معينة من الدار على المشتري بطريقةها ويسلمها ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار الشفعة.

ومن جملة ذلك: أن يهب للمشتري قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار حتى يزول جواره عن بقية الدار ثم يبيع الباقي منه.

ومن جملة ذلك: أن يستأجر صاحب الدار من المشتري ثوبًا [ليلبسه]^(٤) يومًا إلى الليل بجزء من مائة جزء من داره، التي يريد [أن يبيعها]^(٥) ثم يصبر حتى يمضي اليوم، أو شرط التعجيل، حتى يملك ذلك الجزء [للحال]^(٦)، ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار شفعة لا في الجزء الأول؛ لأنه ملك بعقد الإجارة، ولا في الباقي؛ لأن

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: كافي.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) سقط في أ، ح.

(٥) في ح: يبيعها.

(٦) سقط في أ.

المشتري شريك في الدار وقت البيع، والشريك مقدم على الجار.
ومنها: أن يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدار^(١). أو يضمن الثمن للبائع، فإن ضمن بطلت شفيعته.

ومنها: أن يبيعها بشرط الخيار [للشفيع ثلاثة]^(٢) أيام فلا شفعة له قبل إسقاط الخيار، وإذا سقط الخيار بطلت شفيعته.

وأما التي ترجع إلى تقليل الرغبة: أن يبيع [عشر الدار]^(٣) من المشتري بتسعة أعشار الثمن، ثم يبيع تسعة أعشار الدار بعشر الثمن، فلا يرغب الشفيع في أخذ العشرة لكثرة الثمن، فلا حق له في الباقي؛ لأن المشتري شريك وقت شراء الباقي، فلو أن المشتري في هذه الصورة خاف أنه إن اشترى العشر بتسعة أعشار الثمن، لا يبيع [البائع]^(٤) الباقي بعشر الثمن، [فالحيلة في ذلك للمشتري: أن يشتري العشر على خيار ثلاثة أيام، حتى أن البائع إن أبى أن يبيع الباقي فالمشتري ينقض البيع في العشر بحكم الخيار، فلو أن البائع خاف [في]^(٥) هذه الصورة أنه إن باع الباقي بعشر الثمن يفسخ المشتري البيع في العشر الأول بحكم الخيار، فالحيلة^(٦) للبائع أن يبيع الباقي بشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ثم يجيزان البيعين معاً، فإن خاف كل واحد منهما أنه إن أجاز لم يجز صاحبه، فالحيلة في ذلك أن يوكل كل واحد منهما وكيلاً بإجازة البيع ويشترط على الوكيل أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه ولا يجيز إن لم يجز صاحبه.

ومنها: أن يشتري الدار بثمن كثير ثم يعطي المشتري بذلك من خلاف جنسه ما هو أقل قيمة منه، فإذا أراد الشفيع أن يأخذ بذلك الثمن الكثير فلا يرغب فيه لكثرة الثمن.

(١) في أ، ح: الدارك.

(٢) في ح: لثلاثة.

(٣) في أ: عشرا.

(٤) سقط في أ، ح.

(٥) سقط في ح.

(٦) سقط في أ.

ومنها: [ما]^(١) هو قريب مما تقدم:

أنه إذا أراد أن يشتري دارًا قيمتها عشرة آلاف بعشرة آلاف، وغيره يتبغي أن يشتريها بعشرين ألف درهم، ويعطيه عشرة آلاف درهم ودينارًا بعشرة [آلاف]^(٢)، فإذا أراد الشفيع الأخذ أخذ بعشرين ألف درهم؛ لأن الشراء وقع بهذا القدر، وإن استحق الدينار رجع المشتري على البائع بما أدى من الدراهم والدينار فقط؛ لأنه لما استحق الدينار بطل الصرف؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن عليه، فصار كمن اشترى من آخر دينارًا بعشرة عليه ثم تصادقا أنه لا دين عليه، فإنه يبطل الصرف، ويرد^(٣) الدينار كذا ها هنا.

ومنها: أن يبيع البناء من الدار من المشتري ليقلعه بثمن قليل، ويبيع الساحة بثمن كثير، فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء، ويجب في الساحة [ولكن] الشفيع^(٤) لا يرغب في تملك الساحة^(٥) لكثرة الثمن.

ومنها: أن قيمة الدار إذا كانت مثلاً ألفاً، يبيع مشتري الدار شيئاً من أعيان ماله قيمته ألف بألفين، [حتى يجب للمشتري على بائع الدار ألفي درهم قيمة ذلك الثمن]^(٦)، ثم يشتري المشتري الدار وقيمتها ألف بثمن ذلك الشيء، وهو ألفا درهم فتقع المقاصة بين الثمنين، ويكون ثمن الدار^(٧) ألفي درهم. إذا أراد الشفيع أخذ الدار يأخذها بألفي درهم فلا يرغب في أخذها.

* * *

-
- (١) سقط في ح.
 (٢) سقط في ح.
 (٣) في أ: وصرف.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) سقط في ح.
 (٦) سقط في أ، ح.
 (٧) في ح: الدراهم.

الفصل السادس عشر

في الاختلاف الواقع بين الشفيح والمشتري في الثمن

إذا اشترى الرجل دارًا، وقبضها، ونقد الثمن، ثم اختلف الشفيح والمشتري في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يتحالفان؛ لأن الشفيح مع المشتري ينزل منزلة البائع مع المشتري.

وإن وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن، والمبيع في يد البائع كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي عليه التملك بألف وهو ينكر، إلا أن البائع والمشتري يتحالفان.

وهاهنا الشفيح لا يحلف؛ لأن هناك البائع يدعي على المشتري زيادة ألف والمشتري ينكر، وهاهنا المشتري لا يدعي على الشفيح شيئًا؛ لأنه لم يجب له على الشفيح شيء حتى يحلف الشفيح، وأيهما أقام بيته، قبلت بيته وإن أقاما البيته، فالبيته بيته الشفيح عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .
وعند أبي يوسف: البيته بينه المشتري.

فوجه قوله: أن الشفيح مع المشتري ينزل منزلة البائع مع المشتري؛ لأن الشفيح يتملك الدار من جهة المشتري كما أن المشتري يتملكها من جهة البائع.

ثم لو وقع الاختلاف على هذا الوجه، بين البائع والمشتري فأقاما البيته، [فالبيته]^(١) بيته البائع؛ لأنها تثبت الزيادة، ودليله إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري والشفيح، فقال الشفيح: الثمن ألف. وقال المشتري: ألفان، وقال البائع: ثلاثة آلاف، وأقاموا البيته، فالبيته بيته البائع؛ لأنها تثبت الزيادة كذا هاهنا. وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البيته، فالبيته بيته الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة في الثمن.

ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - طريقان:

(١) سقط في أ.

أحدهما: أن العمل بالبيتين ممكن هاهنا، فلا يصار إلى الترجيح.

بيان الإمكان: إما أن يجعل كأنه اشترى مرة بألف ومرة بألفين فكان للشفيع أن يأخذ بالألف، ألا ترى أنه لو ثبت معاينة أو بإقرار المشتري، بأن أقر المشتري أنه اشترى بألف وأقر مرة أخرى أنه اشترى بألفين كان للشفيع أن يأخذ بألف.

ولا يقال: إن العقدين إذا ثبتا بالمعاينة أو بالإقرار يجعل كل واحد ثابتاً في حق الشفيع، أما إذا ثبت العقد بألفين بالبينة لا يعتبر العقد بألف ثابتاً في حق الشفيع، ويجعل العقد بألفين فاسخاً له، ألا ترى أن المشتري لو أقر بالشراء بألف وأخذ الشفيع الدار منه بألف ثم أقام البائع البينة أنه كان بألفين كان للمشتري أن يرجع على الشفيع بألف أخرى؛ لأننا [نقول: (١)] نعم كما قلتم إلا أن هاهنا العقد بألفين لم يثبت بالبينة؛ لأن بينة المشتري على العقد بألفين غير مقبولة؛ لأن بهذه البينة لا يسقط اليمين عن نفسه؛ لأن اليمين عنه ساقط ببينة الشفيع، ألا ترى أن بعد ما أقام الشفيع البينة على الشراء بألف لا يحلف المشتري، فإن لم يكن للمشتري [بينة لا يلزم بهذه البينة على الشفيع زيادة ألف؛ لأن للشفيع أن يترك الأخذ بألفي درهم، فإذا لم يكن] (٢) بينة المشتري مقبولة على البيع بألفين كان البيع بألفين ثابتاً بإقرار المشتري فلا يفسخ به البيع [بألف] (٣)، فيجعل كلاهما ثابتين في حق الشفيع، بخلاف ما إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري؛ لأن هناك العقد بألفين [ثابت] (٤) بيينة البائع؛ لأن بينة البائع على العقد بألفين مقبولة؛ لأن بهذه البينة يلزم المشتري الألف الزائدة، وبخلاف ما إذا اختلفوا جميعاً؛ لأن بينة البائع على الزيادة مقبولة لأنها توجب الزيادة على المشتري فكان البيع بالزيادة ثابتاً بالبينة فيفسخ البيع بما دونه في حق العاقد والشفيع.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ح.

وأما الوكيل مع الموكل إذا اختلفا قد روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - :
أن البينة بينة الموكل .

وفي ظاهر الرواية: البينة بينة الوكيل ؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري .

وقد ذكرنا العذر، ثم [في]^(١) الطريق الثاني: أن بينة الشفيع ملزمة للمشتري، تسليم المشتري شاء أو أبى، وبينة المشتري غير ملزمة للشفيع، بل هو مخير بين الترك والأخذ، والبيئات في الأصل شرعت للإلزام، فما كانت ملزمة كانت أولى بالقبول بخلاف البائع مع المشتري ؛ لأن هناك بينة كل واحد منهما ملزمة [وبخلاف الوكيل مع الموكل ؛ لأن كل بينة واحد منهما ملزمة فاستويا من هذا الوجه فصرنا]^(٢) إلى الترجيح بالزيادة .

وإذا اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن، فهذا على وجهين :

الأول: أن يكون الدار في يد البائع، وفي هذا الوجه: ينظر: إن كان ما قاله البائع أقل مما قاله، فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بذلك من غير يمين على أحد، وإن كان ما قاله البائع أكثر مما قاله، فالبائع مع المشتري يتحالفان، فبعد ذلك إن نكل البائع فالشفيع يأخذ بألفين، وإن نكل المشتري لزمه ثلاثة آلاف درهم، والشفيع يأخذ بثلاثة آلاف درهم إن شاء وليس له أن يأخذ بألفي درهم .

وإن أقر المشتري أن الشراء كان بألفي درهم، فإن حلفا وطلب الفسخ من القاضي أو طلب أحدهما ذلك وفسخ القاضي العقد بينهما فالشفيع يأخذ بما قاله البائع إن شاء، وفسخ العقد مما لا يبطل حق الشفيع .

الوجه الثاني: إذا كانت الدار في يد المشتري، فالجواب فيه نظير الجواب فيما إذا

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

كانت الدار في يد البائع، وإذا كانت الدار في يد المشتري فقال: بعثها إياه بألف درهم واستوفيت الثمن، وقال المشتري: اشتريتها بألفين، فالقول قول البائع، ويأخذ الشفيع بألف درهم، وبمثله لو قال: بعثها منه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم، وقال المشتري: اشتريتها بألفين أخذها بألفين.

والفرق: أن البائع إذا بدأ بالإقرار بالاستيفاء لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك؛ لأنه لم يبق بعد استيفاء الثمن وتسليم الدار إلى المشتري ذا حظ من هذا العقد بل صار كأجنبي، ولو أن أجنبيًا [بين^(١)] مقدار الثمن لا يصح بيانه كذا هاهنا، وإذا بدأ ببيان مقدار الثمن لا يصح منه الإقرار بالاستيفاء؛ لأن قبل الإقرار بالاستيفاء ثبت للشفيع حق الأخذ بذلك المقدار، وبالإقرار بالاستيفاء يبطل ذلك الحق على الشفيع؛ لأن بالإقرار بالاستيفاء تبين أن بيان مقدار الثمن لم يصح؛ لأنه لم يبق ذا حظ من هذا العقد فلم يصح الإقرار بالاستيفاء صيانة لحق الشفيع، وإذا لم يصح الإقرار بالاستيفاء بقي بيان [مقدار^(٢)] الثمن صحيحًا؛ لأنه بين مقدار الثمن وهو ذو حظ من هذا العقد؛ لأن له الاستيفاء بحكم هذا العقد.

قال القدوري رحمه الله: وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله.

وفي القدوري: اتفق البائع والمشتري أن البيع كان بشرط الخيار للبائع، وأنكر الشفيع، فالقول قولهما، في قول أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروایتين عن أبي يوسف، ولا شفعة للشفيع؛ لأن البيع ثبت بإقرارهما وإنما ثبت على الوجه الذي أقر به.

وفي إحدى الروایتين عن أبي يوسف: فالقول قول الشفيع؛ لأن الأصل في البيع

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

البتات فكان الشفيح متمسكًا بالأصل .

وفي الجامع: إذا ادعى البائع الخيار وأنكر المشتري والشفيح، فالقول قول المشتري في الاستحسان؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط، والبائع يدعي إحداث الشرط، والمشتري ينكر.

وذكر في النوادر: أن القول قول البائع وهو القياس، وكذا لو ادعى المشتري الخيار وأنكر البائع والشفيح ذلك، فالقول قول البائع ويأخذها الشفيح لما قلنا .
في فتاوى الفضلي: رجلان تبايعا، وطلب الشفيح الشفعة بحضرتهما فقال البائع: كان البيع بيننا بيع معاملة، وصدقه المشتري على ذلك، لا يصدقان على الشفيح؛ لأنهما أقرا بأصل البيع، فيكون القول قول من يدعي الجوار، إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كثير القيمة، وقد بيع بثمن لا يباع مثله بمثله .

فحيثئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيح، ألا ترى أن في الوجه الأول: لو اختلف [البائع والمشتري في هذه الصورة، فقال^(١) البائع: بعث معاملة، وقال المشتري: اشتريت لا معاملة، كان القول قول المشتري، وفي الوجه الثاني: لو اختلفا كان القول قول البائع .

باع دارًا من رجل ثم إن المشتري والبائع تصادقا أن البيع كان فاسدًا، وقال الشفيح: كان جائز، فالقول قول الشفيح ولا^(٢) يصدقهما على فساد البيع في حق الشفيح بشيء^(٣)، ولو ادعى أحدهما وأنكر الآخر ادعاه جعل القول فيه قول الذي يدعي الصحة .

وإذا زعما أن البيع كان فاسدًا بشيء أجعل القول فيه قول من يدعي الفساد فإنني أصدقهما فيه ولا أجعل للشفيح الشفعة، يريد بهذا: أن البائع مع المشتري إذا اتفقا

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: فلا .

(٣) في أ: في شيء .

على فساد البيع بسبب لو اختلف البائع مع المشتري فيما بينهما في فساد العقد [بذلك السبب] لا يصدق القول، قول من يدعي الجواز نحو إن يدعي أحدهما أجلاً فاسداً، أو خياراً فاسداً، فإذا اتفقا على الفساد بذلك السبب لا يصدقان في حق الشفيع، وإذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلفا فيما بينهما في فساد البيع بذلك السبب كان^(١) فالقول قول من يدعي الفساد، وإذا اتفقا على الفساد^(٢) بذلك السبب يصدقان في حق الشفيع.

وبين ذلك في المنتقى فقال: لو قال المشتري للبائع: بعثنيها [بألف درهم ورطل من خمر، فقال البائع: صدقت لم أصدقهما في حق الشفيع ولو قال: بعثنيها]^(٣) بخمر وصدقه البائع، فلا شفعة للشفيع، هذا هو [لفظ]^(٤) في^(٥) المنتقى. وجعل القدوري في كتابه المذكور في المنتقى قول أبي يوسف في إحدى الروايتين عنه.

قال القدوري:؛ لأن أبا يوسف على هذه الرواية يعتبر هذا الاختلاف بالاختلاف بين العاقدين، ولو اختلف المتعاقدان فيما بينهما فقال المشتري: بعثنيها [بألف درهم ورطل من خمر، وقال البائع: بل بعثنيها]^(٦) بألف درهم، فالقول قول البائع، ولو قال المشتري: بعثنيها بخمر أو خنزير، وقال البائع: بعثها بألف درهم، فالقول قول المشتري؛ لأن البيع بخمر لا جواز له بحال.

[وإنما يجعل القول قول من يدعي الجواز في عقد له جواز بحال]^(٧)، بخلاف

- (١) سقط في أ.
- (٢) سقط في ح.
- (٣) سقط في أ، ح.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) سقط في ح.
- (٦) سقط في ح.
- (٧) سقط في أ، ح.

البيع بأجل فاسد وبألف^(١) رطل من خمر، فأما على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : إذا اتفقا على الفساد وكذبهما الشفيع فيه فلا شفعة للشفيع على كل حال، كما لو اتفقا على البيع بشرط الخيار للبائع، وكذبهما الشفيع فيه .
وفي المنتقى: اشترى دارًا لابنه الصغير وقبضها، ثم اختلف المشتري والشفيع في الثمن، قال: لا يحلف المشتري .

وفي الدعوى من الفتاوى: جاء الشفيع يخاصم المشتري وأنكر المشتري وأقر أن الدار لابنه الصغير، ولا بينة للشفيع على شرائه، قال: لا يمين على المشتري؛ لأنه قد لزمه الإقرار لابنه فلا يجوز الإقرار لغيره .

وفي الأجناس: إذا قال المشتري: اشتريت هذه الدار لابني الصغير، وأنكر شفعة الشفيع فلا يمين على المشتري إن كان الشفيع أقر أن له ابنا صغيرًا .
وفي الواقعات: إذا قال الشفيع: إنما قال المشتري ذلك ليدفع اليمين عن نفسه، فحلفه أيها القاضي أنه ما اشتراها^(٢) لنفسه، فلا يمين عليه، وإن أنكر الشفيع أن له ابنا يحلف الشفيع بالله ما يعلم أن له ابناً صغيراً، وإن كان الابن كبيراً، وقد سلم الدار إليه دفع عن نفسه الخصومة، وقبل تسليم الدار هو خصم للشفيع، ذكره في الأجناس .



(١) في ح: أو .

(٢) في ح: ابتناها .

الفصل السابع عشر

في المتفرقات

قال محمد - رحمه الله - : إذا بنى الشفيع في الدار المشفوعة بناء ثم استحقت الدار من يده، رجع على الذي أخذ الدار منه بالثمن، ولم يرجع بقيمة البناء، والمشتري إذا بنى ثم استحقت الدار من يده، فإنه يرجع بقيمة البناء من حيث إن البائع ضمن سلامة البناء للمشتري، وهذا المعنى لا يتأتى في حق الشفيع؛ لأن المأخوذ منه لم^(١) يضمن له سلامة البناء؛ لأن الشفيع أخذ الدار على كره منه، وضمن السلامة لا يثبت بدون الرضا.

في المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أن الشفيع إذا^(٢) كان أخذ الدار بقضاء لا يرجع بقيمة البناء، وإن كان أخذ بغير قضاء يرجع بقيمة البناء، [وذكر ابن سماعه في نوادره: أنه لا يرجع بقيمة البناء]^(٣)، على كل حال، وهو قول أبي يوسف أولاً، وكان أبو يوسف يرويه عن أبي حنيفة أيضاً.

وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: أنه يرجع بقيمة البناء على من أخذ منه الدار وكانت عليه عهده؛ لأنه بمنزلة البائع، ويستوي فيه الحكم وغير^(٤) الحكم.

ابن سماعه عن محمد رحمه الله: اشترى داراً وبنى فيها، ثم جاء الشفيع، فعلى قول أبي يوسف الآخر: يقال للشفيع: إن شئت فخذها بالثمن بقيمة البناء، وإن شئت فدع.

الحسن بن زياد عن أبي يوسف: اشترى داراً وهدمها وبنها ثم جاء الشفيع، قال أبو حنيفة - رحمه الله - يأخذها بالشفعة، ويقال للمشتري: اهدم ما بنيت ويحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما هدمت.

(١) في ح: لمن.

(٢) في أ، ح: إن.

(٣) سقط في أ، ح.

(٤) في ح: وعن.

قال أبو يوسف: وليس للشفيع أن يأخذ بهدم ما بنى، ولكن يقال له: يعني للشفيع: يرفع عنك بقدر ما هدم ويأخذها^(١) بقيمة البناء وبما بقي من الثمن. الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمه الله - : إذا بناها الشفيع ولم يستحق إلا أنه وجد بها عيبًا، رجع بفضل العيب على المشتري، ولا يرجع المشتري على البائع. وفي الأصل: إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن، فهذه المسألة على وجهين: إما إن كان الحط قبل قبض الثمن، أو بعده، فإن كان قبل قبض الثمن صح الحط في حق المشتري والشفيع حتى إن [أبى]^(٢) الشفيع [أن]^(٣) يأخذ الدار بما وراء المحطوط؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فصار العقد القائم للحال عقدًا بما وراء المحطوط فيأخذ الشفيع بذلك.

وكذلك لو وهب بعض الثمن من المشتري، أو أبراه [عن]^(٤) بعض الثمن قبل القبض؛ لأن الهبة والإبراء قبل القبض بمنزلة الحط.

أما إذا حط الكل، أو أبراه عن الكل، أو وهب الكل، صح في حق المشتري؛ لأنه لا قى دينا قائمًا ولكن لا يظهر في حق [الشفيع]^(٥)، حتى يأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن؛ لأن هذا الحط لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق يبطل من حيث صح؛ لأن العقد بغير ثمن باطل فلا يكون المحطوط ثمنًا، فلم يلتحق بأصل [العقد]، وبقي^(٦) [العقد في حق الشفيع، بجميع الثمن كما كان قبل ذلك.

فإن كانت هذه التصرفات بعد [محل]^(٧) قبض البائع الثمن من المشتري، فالجواب في الحط، والهبة ما ذكرنا قبل القبض: إن حط البعض أو وهب البعض

(١) في ح: فيأخذها.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

(٦) سقط في ح.

(٧) سقط في ح.

صح في حق المشتري والشفيع، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري [في أخذه]^(١) الشفيع بما وراء المحطوط والموهوب، وإن حط الكل أو وهب الكل يصح ذلك في حق المشتري، ولا يصح في حق الشفيع.

أما [الإبراء]^(٢)، فالإبراء بعد القبض لا يصح لا [في]^(٣) حق المشتري، ولا حق الشفيع، سواء كان الإبراء عن [الكل أو عن]^(٤) البعض.

وفي المسألة نوع إشكال: فإن بعد القبض لو اعتبر قائمًا في ذمة المشتري ينبغي أن يصح الإبراء كما يصح الهبة والحط كما قبل القبض، وإن لم يعتبر قائمًا، ينبغي ألا تصح الهبة والحط كما لا يصح الإبراء.

الجواب: الثمن باق في ذمة المشتري [يطالبه]^(٥) بعد القبض؛ لأن البائع ما قبض عين حقه إلا أن البائع ليس له المطالبة به؛ لأن المشتري يطالبه بمثله، ولا يفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه، [و]^(٦) بعد ما برئ المشتري بالهبة أو بالحط، فمطالبة المشتري مفيدة^(٧)؛ لأن البائع لا يطالبه بمثل ذلك؛ لأن المشتري قد برئ فيجب على البائع رد مثل ما قبض بعد الحط والهبة، وأما الإبراء إنما لم يصح؛ لأن الثمن غير باق في ذمة المشتري.

وتبين^(٨) أن الإبراء نوعان: إبراء بالاستيفاء، وإبراء بإسقاط الواجب، ولهذا يقال: أبرأه، براءة، [قبض واستيفاء كما يقال: أبرأه]^(٩) [براءة]^(١٠) إسقاط، وإذا

(١) في ح: وأخذ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في أ، ح.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ح.

(٧) في ح: مفيد.

(٨) في ح: وبقي.

(٩) سقط في ح.

(١٠) سقط في أ.

أطلق البراءة إطلاقاً انصرف [ذلك]^(١) إلى البراءة من حيث الاستيفاء؛ لأنه أقل، فصار كأنه نص عليه فقال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وهناك لا يسقط الواجب عن ذمته، فلا يلزم^(٢) البائع رد شيء.

بخلاف الهبة والحط، فإنه نوع واحد، وهو الحط والهبة بطريق إسقاط الواجب، ولهذا لا يقال: حطت ووهبت حط استيفاء، كأنه نص عليه.

والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ذكر في شرح^(٣) كتاب الرهن: أن إبراء البائع والمشتري عن الثمن صحيح يجب على البائع رد ما قبض على المشتري.

ولو زاد المشتري في الثمن زيادة بعد القبض فالشفيع يأخذ الدار بالثمن الأول، ولا يظهر الزيادة في حق الشفيع.

وفرق بين الزيادة وبين الحط، فإن الحط يظهر في حق الشفيع. والفرق: أن الزيادة تتضمن إبطال حق الشفيع، فإنه يثبت للشفيع حق الأخذ بالثمن [الأول لو صحت الزيادة في حق الشفيع لا يتمكن من الأخذ بالثمن]^(٤) الأول، فلم تصح الزيادة في حقه، صيانة لحقه، أما الحط لا يتضمن إبطال حق الشفيع، بل فيه منفعة للشفيع؛ لأن بالحط يخرج بعض الثمن عن العقد فلهذا افترقا. إذا اشترى الرجل أرضاً وزرع فيها زرعاً، ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها ويقلع الزرع قياساً، وفي الاستحسان: لا يأخذها في الحال وتترك في يد المشتري إلى أن يستحصد.

لأن المشتري محق في الزراعة، من وجه أنه زرع في ملك نفسه، وكونه محقاً في

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: يكن.

(٣) زاد في ح: في.

(٤) سقط في ح.

الزراعة يمنع غيره [من القلع]^(١)، ومتعدٍ في الزراعة من وجه؛ لأنه زرع فيما هو حق الغير، وأنه يطلق القلع لصاحب الحق، إلا أنا لو اعتبرنا [كونه محققاً لا يبطل حق الشفيع أصلاً بل يتأخر؛ لأن لإدراك الزرع غاية معلومة، ولو اعتبرنا]^(٢) كونه متعدياً يبطل حق المشتري في الزرع أصلاً، ولا شك أن التأخير أولى من الإبطال.

حتى لو كان [مكان]^(٣) الزرع بناء أو غرساً أو رطبة، يؤمر المشتري بقلع هذه الأشياء إذ ليس لهذه الأشياء نهاية معلومة، والتأخير لا إلى غاية معلومة إبطال فاستوى الجانبان في معنى الإبطال، فراعينا جانب الشفيع؛ لأنه ليس بمتعد، والمشتري متعد من وجه.

ثم إذا ترك الأرض في يد المشتري يترك بغير أجر، وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - : يترك بأجر المثل، وكأن أبو يوسف قاس هذا على ما إذا انتهت مدة الإجارة، وفي الأرض زرع لم يستحصد بعد حتى ترك في يد المستأجر بأجر المثل. وفي ظاهر الرواية فرق بينهما؛ لأن المشتري مالك للرقبة، وإيجاب الأجر على مالك الرقبة، وإنه مستقيم.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد يحكي عن الشيخ الإمام أبي حفص الكبير - رحمهما الله - أنه كان يقول: يسلم المشتري الأرض إلى الشفيع ثم يستأجر منه مدة معلومة يعلم أن الزرع يدرك في مثله، نظراً للشفيع والمشتري.

وكان الشيخ الإمام أبو بكر بن حامد يقول: ما قاله الشيخ الإمام هذا لا يصح عن محمد؛ لأن الأرض مشغولة بزرع [رب]^(٤) الأرض، فيمنع التسليم، [فإذا منع التسليم]^(٥) صار الشفيع مؤجراً^(٦) للأرض قبل القبض، ومن مذهبه أن إجارة العقار

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: فإن امتنع.

(٦) في ح: مؤجراً.

قبل القبض لا تجوز، وإنما يصح هذا الجواب على قولهما؛ لأن عندهما: إجارة العقار قبل القبض جائزة.

قال محمد رحمه الله في الجامع: رجل ادعى شفعة في دار، في يد رجل، وقال الذي في يديه الدار: اشتريتها من فلان بكذا وأنا شفيعها، وصدق البائع الشفيع في ذلك، وكذبه الذي في يديه الدار، وقال: الدار داري ورثتها من أبي، وأقام الشفيع بينة أن الدار كانت للبائع ولم يقم البينة على البيع من صاحب اليد فالقاضي يقبل بينته؛ لأن الشفيع يدعي لنفسه [حقاً في الدار، لا يتوصل إلى إثبات ذلك الحق لنفسه]^(١) إلا بعد إثبات ملك البائع في الدار فيتنصب خصماً في إثبات الملك للبائع في الدار.

وهذا أصل كبير في الشرع، أن من ادعى لنفسه شيئاً لا يتوصل إلى إثبات ذلك إلا بإثبات شيء آخر فيتنصب خصماً في إثبات ذلك الشيء الآخر، فكانت بينته على إثبات الملك للبائع قائمة ممن هو خصم فلماذا قبلت بينته.

وهو نظير ما لو ادعى داراً في يد إنسان، أنها داره اشتراها من فلان، وفلان يملكها، وأنكر المدعى عليه دعواه، وقال: الدار داري، وأقام المدعي البينة على دعواه، فالقاضي يسمع بينته، وطريقه ما قلنا.

وكذلك لو كان الشفيع أقام بينة، أن هذه الدار كانت لأبي البائع مات وتركها ميراثاً للبائع فالقاضي يقبل بينته، فهانها أولى.

ألا ترى أن في مسألة دعوى شراء العين التي تقدم ذكرها، لو أقام المدعي البينة أن الدار كانت لأبي البائع، مات وتركها ميراثاً للبائع، والبائع مقر بالبيع وقبض الثمن من المدعى عليه يقبل بينة المدعي على ذلك فهنا كذلك.

وإذا قبلت بينة الشفيع على ملك البائع ثبت ملك البائع فيكون التملك عليه بالجهة التي أقر بها، وقد أقر بالتملك عليه بجهة البيع، وبشوت حق الشفعة للشفيع وإقراره

(١) سقط في ح.

في ملك نفسه صحيح، فيصح إقراره بالبيع وأنه سبب لثبوت حق الشفعة للشفيح، ثم يقال للمشتري: إن شئت فصدق الشفيح والبائع فيما ادعيا من البيع منك وثبوت حق الشفعة للشفيح وخذ الثمن من الشفيح وسلم الدار إلى الشفيح والعهدة عليك، وإن شئت فسلم الدار إلى البائع فيأخذ الشفيح الدار من البائع فتكون العهدة على البائع، وإنما خير المشتري على الوجه الذي قلنا؛ لأن حق الشفعة للشفيح ما ثبت في حق المشتري؛ لأن شهود الشفيح ما شهدوا بالبيع وإنما شهدوا بملك البائع لا غير، ثم البيع ثبت بإقرار البائع، [وإقرار البائع]^(١) لا يكون حجة في حق المشتري بإقرار البائع فيتخير المشتري لهذا.

فإن صدق المشتري البائع والشفيح في ذلك سلم الدار إلى الشفيح وأخذ الثمن والعهدة على المشتري، اعتبارًا بالبيع بالبيع بتصادقهم بالبيع البات معاينة. فإن قيل: كيف يعمل تصديق المشتري والشفيح وقد أنكر البيع أول مرة. قلنا: البائع مصر على إقراره الأول، فيجعل إصراره على ذلك الإقرار بعد تكذيب المشتري بمنزلة إنشاء إقرار آخر بعد تكذيب المشتري، كان للمشتري أن يصدقه في الإقرار الثاني كذا هاهنا.

أو نقول: فإن القاضي لما قضى بالشفعة على المشتري، فقد كذبه في إنكاره البيع والتحق إنكاره بالعدم، فإن أبى أن يصدقهما، يؤمر برد الدار على البائع؛ لأن الدار ملك البائع، وقد أقر البائع أن المشتري إنما يملكها عليه بالبيع، فإذا رد المشتري إقرار البائع وجب عليه رد الدار على البائع وكان للشفيح أن يأخذها من البائع بالشفعة؛ لأن البائع حين أقر بالبيع فقد أقر بسبب^(٢) ثبوت ملك المشتري، وبثبوت حق الشفيح في الشفعة، وبتكذيب المشتري، إن كان يبطل إقرار البائع بالملك للمشتري، لكن لا يبطل إقراره بثبوت حق الشفيح، فكان للشفيح أن يأخذ الدار من

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: من.

البائع بحكم إقراره وتكون العهدة على البائع؛ لأن الشفيع يملك الدار ببدل ضمنه فصار كالمشتري [وكان على البائع أن يرد على المشتري الثمن الذي أقر أنه قبضه من المشتري]^(١)؛ لأنه إنما أخذ الثمن بمقابلة الدار، ولم يسلم الدار [إلى المشتري]^(٢) ولا يسلم الثمن للبائع أيضاً.

خيار الرؤية يثبت للشفيع بدون الشرط، وكذلك خيار العيب، وخيار الشرط لا يثبت بدون الشرط.

حتى [إن]^(٣) من اشترى دارًا، وشرط الخيار لنفسه فأخذها الشفيع، فلا خيار له، وهذا؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء حكمًا فيعتبر بالشراء حقيقة، ولو اشتراها الشفيع يثبت له خيار الرؤية، وخيار العيب، من غير شرط، ولا يثبت خيار الشرط إلا بالشرط، وكذا إذا اشتراها حكمًا.

رجل اشترى دارًا ولم يرها، فبيعت دار بجنبها وأخذها بالشفعة، لم يبطل خياره، بخلاف خيار الشرط، وهذا لو بطل خياره، إنما يبطل من حيث إن ما فعل دليل الرضا، إلا أن دليل الرضى لا يرد - وعلى صريح الرضا - وبصريح الرضى قبل الرؤية لا يبطل [خيار]^(٤) الرؤية، فبدليل الرضى أولى، هذا إذا كان الأخذ بالشفعة قبل رؤية الدار المشتراة، أما إذا كان بعدها يبطل خيار الرؤية فكذا بدليل الرضى. وفي شرح الطحاوي: إذا سلم الشفيع الشفعة، ثم إن المشتري رد الدار على البائع، إن كان الرد بسبب هو فسخ [جديد]^(٥) من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية وبخيار الشرط وبخيار العيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، وبعد القبض بقضاء لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وإن كان الرد بسبب هو بيع جديد في حق الثالث نحو

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: للمشتري.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في أ، ح.

الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وبالرد^(١) بحكم الإقالة يتجدد للشفيع [حق]^(٢) الشفعة.

[في باب الشهادة في الشفعة، وإما إذا لم يسلم الشفيع الشفعة]^(٣)، حتى يفسخ البائع والمشتري العقد بينهما لا يبطل حق الشفعة سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه، [أو كان الفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه]^(٤) بيع جديد من وجه. في شفعة الجامع: من باع [دارًا]^(٥) فلا شفعة له سواء باع الدار لنفسه، أو باع لغيره، وكذلك لا شفعة للذي يبيع الدار [له]^(٦).

بيانه: أن من وكل إنساناً ببيع دار فباع الدار، لا شفعة للوكيل ولا للموكل، ومن اشترى دارًا أو اشترى له فله الشفعة، حتى إن من وكل إنساناً بشراء دار، كان للوكيل وللموكل لكل واحد منهما الشفعة.

في شفعة القدوري: إذا باع دارًا على أن يكفل فلانًا بالثمن، وفلان شفيعها فكفل^(٧) فلا يثبت له حق الشفعة.

في الباب الأول من شفعة الواقعات: أوصى لرجل بدار، ولم يعلم الموصى له حتى بيعت دار بجنبها ثم قبل الوصية وادعى الشفعة فلا شفعة؛ لأنه لم يملك الدار وقت البيع فلم يتحقق السبب، وإن مات الموصى له قبل أن يعلم بالوصية ثم بيعت دار بجنبها وادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك؛ لأن موته بمنزلة قبوله.

في الباب الثاني من شفعة الواقعات:

إذا وقع الصلح عن دين على دار، ثم تصادقا أنه لا دين؛ لا شفعة للشفيع،

(١) في ح: والرد.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) سقط في ح.

(٦) سقط في ح.

(٧) في ح: وكفل.

ولو كان مكان الصلح بيعًا؛ فللشفيع الشفعة في هذا الباب أيضا. رجل ورث من أبيه دارًا ولم يعلم بذلك فبيعت دار بجانب تلك الدار فلم يطلب هذا الوارث الشفعة، فلما أخبر أن هذا الدار له طلب الشفعة، لا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبة^(١) عند العلم بالبيع، والجهل ليس بعذر، هكذا في فتاوى أهل سمرقند، وفيه نظر.

دار في يدي رجل قال صاحب الدار: اشتريت هذه الدار من فلان، وقال فلان: بل وهبتها من صاحب اليد، فالقول قول المدعي للهبة، حتى كان له أن يرجع فيها، وإن لم يرجع في الهبة حتى حضر الشفيع، كان للشفيع حق أخذ الدار بالشفعة، هذه المسألة بفروعها في الجامع في أبواب الشفعة من كتاب البيوع. والله أعلم [بالصواب وإليه المرجع والإياب]^(٢).



(١) زاد في أ، ح: إذ هو.

(٢) سقط في أ.

كتاب القسمة^(١)

(١) القسمة في اللغة: هي النصيب، وجعل الشيء أو الأشياء أجزاءً أو أبعاضاً متميزة. قال صاحب المصباح: قسمته قسماً، من باب «ضرب»: فرزته أجزاءً؛ فانقسم، والموضع: مَقْسَم، مثل: مسجد، والفاعل: قاسم، وقسام: مبالغة، والاسم: القسم - بالكسر - ثم أطلق على الحصص والنصيب، فيقال: هذا قسمي، والجمع: أقسام، مثل: حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والاسم: القسمة، وأطلقت على النصيب». وجاء في البجيرمي على المنهج أنها: «مطلق التمييز، وكلام صاحب الصحاح يفيد أنها التفریق». وأما القسمة في الاصطلاح: جاء في بدائع الصنائع: «القسمة عبارة عن إفراز بعض الأنصاء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض».

وقال الشافعية: تمييز الحصص بعضها من بعض. وقال الحنابلة: والقسمة إفراز حق، وتمييز أحد النصيبين من الآخر، وليست بيعاً. ينظر: بدائع الصنائع (١٧/٧)، أسنى المطالب (٣٢٩/٤)، البجيرمي على المنهج (٤/٣٦٨)، المغني، لابن قدامة (١٤١/١٠). والقسمة من الحقوق اللازمة في كل حق مشترك إذا أمكن، وعلى حسب ما يمكن عند طلب بعض الشركاء.

وجوازها بالكتاب، والسنة:

أما الكتاب الكريم: فقول الله - تعالى -: ﴿وَنَبِّئُهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾. والقول الكريم يدل على جواز المهايأة على الماء؛ لأنهم جعلوا شرب الماء يوماً للناقة ويوماً لهم ويدل أيضاً على أن المهايأة قسمة المنافع؛ لأن الله - تعالى - قد سمى ذلك قسمة وإنما هي مهايأة على الماء لا قسمة الأصل. ومنها: قول الله - تعالى -: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالسَّكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾. والآية في قسمة الموارد، والمعنى: فليتق الله من حضر، وليحضر بخير، ومنها: قوله - تعالى -: ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾، وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - أخبر عن نبيه سيدنا صالح - عليه الصلاة والسلام - قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة. ينظر: أحكام القرآن، للخصاص (٦١٨/٣)، أحكام القرآن، للشافعي (١٤٧/١)، بدائع الصنائع (١٨٨/٦).

وأما السنة المطهرة:

فمنها أولاً: ما اشتهر من: قسمة رسول الله ﷺ الغنائم بين الصحابة - رضوان الله عليهم - [أخرجه مسلم في صحيحه في تقسيم النبي ﷺ غنائم حنين بينهم واختص المؤلف بذلك حتى تكلم الصحابة من الأنصار فاسترضاهم النبي ﷺ (٧٣٨/٢) باب: إعطاء المؤلف قلوبهم على الإسلام وتصبر من قوي إيمانه، برقم (١٠٦٠)].

ثانياً: ومن ذلك أيضاً تشريع قسمة الموارد وغير ذلك والناس يعاملون كذلك من لدن

رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، والقسمة إنما تجب بعد طلب بعض الشركاء تمييز نصيبه عن شريكه فإذا طلبها أجابه القاضي لذلك وقسم بينهم؛ لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته إلى ذلك.

ثالثاً: خرج الإمام مالك في الموطأ عن ثور بن زيد الديلي أنه قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا دَارَ أَوْ أَرْضٍ قَسَمْتَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارَ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تَقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ» [مرسل: أخرجه مالك في الموطأ كتاب الأفضية باب: القضاء في قسم الأموال برقم (١٢٣٨) من رواية ثور بن زيد الديلي مرسل لكن له ما يقويه من رواية ابن عباس - رضي الله عنه - قال ابن عبد البر «وقد روي هذا الحديث مسنداً من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ رواه محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء عن ابن عباس ورواه ابن عيينة عن عمرو عن النبي - عليه الصلاة والسلام - مرسلًا»، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (١/٣٠٦)].

والحديث دليل على القسمة واعتبار قسمة الجاهلية أي التي وقعت قبل إسلام أهلها صحيحة وهي على قسمتهم يومئذ فلا تنقض حتى ولو كان فيها جور، وأي مقسوم لم يزل بأيدي أصحابه لم يقتسموه حتى كان الإسلام فاققسموها في الإسلام فهو على قسم الإسلام.

رابعاً: ما روي عن أبي موسى - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «فتح خيبر، وقسمها بين الغانمين، ومعهم أهل السفينة الذين كانوا مع جعفر بالحبشة» [أخرجه مسلم في تقسيم النبي ﷺ غنائم خيبر بين أهلها وإعطائه مهاجرة الحبشة منها (٤/١٩٤٦) باب: من فضائل جعفر ابن أبي طالب وأسماء بنت عميس وأهل سفينتهم - رضي الله عنهم - برقم (٢٥٠٢)].

خامساً: ما رواه محمد بن جبير بن مطعم، عن جبير بن مطعم، أن النبي ﷺ في غزوة حنين عندما سأله الناس أن يقسم بينهم مغانمهم وألحوا عليه في ذلك قال: «أتخافون ألا أقسم بينكم ما أفاء الله عليكم، والذي نفسي بيده لو أفاء الله عليكم مثل سمر تهامة نعماً لقسمته بينكم، ثم لا تجدوني بخيلاً، ولا جباناً، ولا كذاباً» [أخرجه البخاري في صحيحه (٣/١٠٣٨) باب: الشجاعة في الحرب والجبن، برقم (٢٦٦٦)، وأخرجه مالك في الموطأ (٢/٤٥٧) باب: ما جاء في الغلول برقم (٩٧٧)].

سادساً: ما روي من أمر رسول الله ﷺ بأن يعطي كل ذي حق حقه، برهان قاطع في وجوب القسمة إذا طلب ذو الحق حقه، ويجبر الممتنع منهما عليها، ويوكل الصغير والغائب من يعزل له حقه، لما ورد من أمر رسول الله ﷺ أن يعطي كل ذي حق حقه فوجب أن ينفذ ذلك ويقضي به لكل من طلب حقه، وأما التقديم لمن ذكرنا فلقول الله - عز وجل -: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِأَلْسِنَةٍ أَوْسَطٍ﴾ وهذا من القسط.

ينظر: المبسوط (٢/١٥)، البحر الرائق (٨/١٦٧)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/١٢٨٥)، المقدمات الممهدة (٢/٢٤٥)، المحلى بالآثار (٦/٤١٩).

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الأول: في بيان كيفية القسمة.

الثاني: في بيان ما يقسم، وما لا يقسم، وما يجوز قسمته، وما لا يجوز.

الثالث: في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر وما لا يدخل.

الرابع: في الرجوع عن القسمة و^(١) استعمال القرعة فيها وفيما يتصل به آخر

القسام.

الخامس: في القسمة يستحق منها شيء.

السادس: في قسمة التركة

السابع: في بيان من يلي القسمة عن الغير، ومن لا يلي، وعلى الميت أو له دين

أو موصى له، وفي ظهور الدين أو الوارث أو الموصى له بعد القسمة، وفي دعوى

الوارث دينًا على الميت أو عينًا من أعيان التركة بعد القسمة.

الثامن: في دعوى الغلط في القسمة [في الغرور في القسمة]^(٢).

التاسع: في المهياة.

العاشر: في المتفرقات.



(١) في ح: وفي.

(٢) سقط في ح.

أما الأول

قال في «الأصل»: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفلى له، وهو شرك بين رجلين، وفي السفلى الذي لا علو له وهو مشترك بين هذين الرجلين، وعلوه لآخر، طلبا القسمة من القاضي أو طلب أحدهما أنه تجب القسمة ذراع من السفلى بذراعين من العلو.

[و] (١) قال محمد رحمه الله: يقسم على [قيمة] (٢) السفلى والعلو، فإن كان قيمتهما على السواء يجب ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما [ضعف قيمة] (٣) الآخر يحسب من الذي قيمته على الضعف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة.

وحاصل الخلاف بينهم في هذه المسألة يرجع إلى أن المعاملة بين العلو والسفلى تعتبر من حيث القيمة لجواز القسمة، أو من حيث المنفعة.

فعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يعتبر المعادلة من حيث المنفعة، حيث إذا استوى النصيبان في المنفعة جازت القسمة عنده وإن تفاوتتا في القيمة.

وعند محمد - رحمه الله - يعتبر المعادلة من حيث القسمة، حتى إذا استويا النصيبان في القسمة زادت القسمة عنده وإن تفاوتتا في المنفعة.

والأصل عند محمد: أن عند تعذر اعتبار المعادلة في القسمة تعتبر المعادلة في القسمة.

ألا ترى أن في الغنم المشترك بين اثنين، وفي الإبل المشترك بين اثنين إذا أراد بالقسمة المعادلة في القيمة لما تعذر اعتبار المعادلة في المنفعة والقيمة وإنهما في أنفسهما.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: على الضعف من.

وكذلك الدار المشترك بين اثنين إذا قسمت وفي أحد الجانبين بناء ولا بناء في الجانب الآخر، تعتبر المعادلة في القسمة من حيث القيمة؛ لأنه تعذر اعتبار المعادلة في القيمة والمنفعة؛ لأنه لا بناء في الجانب الآخر، فاعتبرت المعادلة في القيمة. والأصل عند أبي حنيفة رضي الله عنه اعتبار المعادلة في المنفعة ما أمكن، فإن كان بسبب اعتبارها ثبوت المعادلة من حيث القيمة، وفي القيمة تعذر اعتبار المعادلة من حيث المنفعة؛ لأنه لا يدري مقدار المنفعة في كل واحد منهما من حيث الوزن؛ لأنها غير موزونة، فاعتبرنا المعادلة في القيمة.

وفي مسألة الدار المشتركة، اعتبار المعادلة من حيث المنفعة غير ممكن؛ لأنه ليس لأحد الجانبين منفعة البناء.

وفي مسألة اعتبار المعادلة بين السفلى والعلو من حيث المنفعة ممكن في الدرعان؛ لأنها من المذروعات، فالمنفعة الأصلية في العلو والسفلى السكنى، ومنفعة السكنى في السفلى على ضعف منفعة السكنى في العلو.

وبيان ذلك من وجهين:

كلاهما يبينان على مسألة أخرى.

أن صاحب العلو هل له أن يعلي علوه؟

ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب مطلقاً: أن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ليس له ذلك من غير فصل بينهما إذا أضر بصاحب السفلى أو لم يضر، وعليه عامة المشايخ.

قال: لصاحب السفلى أن يتسفل فيجعل تحته سرداباً إذا لم يضر ذلك العلو، وللسفلى منفعتان بظاهره، ومنفعة باطنه، وللعلو منفعة واحدة وهي المنفعة بظاهره. وبعض مشايخنا قالوا: إن لصاحب العلو أن يعلي علوه إذا لم يضر بالسفلى، كما أن لصاحب السفلى أن يتسفل إذا لم يضر بالعلو.

فعلى قول هذا القائل: لا يتمشى ما ذكرنا من الوجه؛ لبيان التفاوت في المنفعة،

فبين التفاوت من وجه آخر فيقول: للسفل قوام العلو، وبدون العلو، فيمكن الانتفاع به في حالين: مع العلو، وبدون العلو، وللعلو قوام مع السفل، أما لا قوام له بدون السفل، وإنما يمكن الانتفاع به في حالة واحدة مع قيام العلو، فكان منفعة السفل على الضعف من هذا الوجه، وإنما نفع المعادلة بينهما إذا حسب ذراع واحد من السفل على الضعف من هذا الوجه.

ولو كان علو منفرد مشتركاً بين رجلين، وسفل منفرد مشتركاً بين هذين الرجلين، وبيت كامل مع العلو والسفل مشتركاً بين هذين الرجلين، فطلبوا القسمة من القاضي.

فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يحسب ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل المفرد، حتى يكون ذراع من السفل من البيت الكامل بذراع من السفل المفرد، ونصف ذراع من السفل المفرد بذراع من العلو من البيت الكامل ويحسب ذراع واحد من البيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو المفرد، وبإزاء ذراع واحد من السفل من البيت الكامل، وذراع من العلو المفرد بإزاء ذراع واحد من العلو من البيت الكامل.

فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة؟
عند أبي حنيفة ومن مذهبه: أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة وحدة إذا لم يكن في دار واحدة.

قلنا: موضوع المسألة: أنها إذا كانت في دار واحدة والبنيان في دار واحدة، عند أبي حنيفة - رحمه الله - : يقسم قسمة جميع لما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى .
ولئن كانا في دارين، فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة، ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم عند أبي حنيفة - رحمه الله - : يجوز القسمة على هذا الوجه حالة التراضي لما يتبين بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وإذا كانت الدور ميراثاً بين قوم، أراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار

واحدة، وأبى الباقر ذلك.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : القاضي يقسم بينهم على كل دار على حدة ولا يجمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة إلا أن يصطلحا عليه، سواء كانت الدور متصلة متلازقة، أو متفرقة في محلة واحدة، أو في محلين في مصر واحد أو في مصرين.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الرأي في ذلك للقاضي، فإن رأى الصواب أن يقسم كل دار على حدة، فعل ذلك.

ولم يذكر المصر الواحد أو المصرين على قولهما.

قال هلال الرأي وجماعة من مشايخنا: هذا الجواب على قولهما على ما إذا كانت في مصر واحد، فأما إذا كانت الدور في مصرين مختلفين، فالجواب فيه عندهما كالجواب عند أبي حنيفة - رحمه الله - .

فأما المنازل: إن كانت المنازل في دور متفرقة، أو في دار واحدة متباينة، بأن كانت إحدى المنازل في أقصى الدار والأخرى في أعلاها، فالجواب فيه كالجواب في الدور.

وإن كانت في دار واحدة لكنها متلازقة، تقسم قسمة واحدة بالإجماع.

أما البيوت: فإن كانت في دور مختلفة، لا تقسم قسمة واحدة كالدور، وإن كانت في دار واحدة، تقسم قسمة واحدة بالإجماع، متلازقة كانت أو متباينة. وإذا تراضيا على قسمة الجمع، فالقاضي يقسم بينهم قسمة الجمع في الفصول كلها بلا خلاف.

ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة على هذا الترتيب في الباب الأول من كتاب القسمة.

وذكر في كتاب^(١) قسمة الحيوان والعروض: إذا كانت العبيد بين قوم وطلب

(١) في ح: باب.

واحد منهم أن يجمع القاضي نصيبه في عبد واحد، فإن كان مع العبد شيء آخر هو محل القسمة للجميع، قسم القاضي الكل قسمة جمع بالإجماع، ويجعل ذلك الشيء أصلاً في القسمة والعبد تبعاً، ويجوز أن يثبت الشيء تبعاً لغيره، وإن كان لا يثبت مقصوداً.

وإن لم يكن مع العبد شيء آخر هو محل لقسمة الجميع، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : القاضي لا يقسم جمع.

وعلى قولهما: الرأي في ذلك إلى القاضي.

فعلى قياس المسألة: يجب أن يقال: في الدار والمنازل والبيوت، إذا كان شيء هو محل لقسمة الجمع، أن القاضي يقسم الكل قسمة جميع بالإجماع، ويجعل ذلك الشيء أصلاً في القسمة والدور والمنازل تبعاً.

والحاصل: أن القاضي لا يقسم الأجناس المختلفة من كل وجه قسمة جمع إذا أبى ذلك بعض الشركاء، بأن كان بين رجلين إبل وبقر وغنم، فطلب أحدهما من القاضي أن يجمع نصيبه في الإبل أو في البقر أو في الغنم، لا يقسم على هذا الوجه. وفي الجنس المتحد يقسم الأعداد قسمة جمع عند طلب البعض، بأن كان بين رجلين غنم كثير أو كان بينهما إبل كثيرة، وطلب أحدهما من القاضي أن يجمع نصيبه في طائفة، فعلى القاضي ذلك.

والدور أجناس مختلفة من كل وجه عند أبي حنيفة - رحمه الله - والعبيد كذلك.

وإذا تراضيا على قسمة جائزة في الفصول كلها بالإجماع.

وإذا اختلفوا في قيمة البناء، قال بعضهم: يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض.

وقال بعضهم: بالدرهم، فالقاضي يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض. فكان الفقيه أبو بكر الرازي يقول: إذا كان مع العبد شيء آخر هو محل القسمة

الجمع إنما يقسم القاضي الكل قسمة جمع إذا رضي الشركاء بقسمة الكل، أما إذا أبى البعض ذلك، فالقاضي لا يقسم قسمة جمع عنده.

فكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول: الأظهر عندي أن القاضي يقسم الكل قسمة جمع عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن أبى بعض الشركاء ذلك، ويجعل ذلك الشيء الذي مع العبيد أصلاً في القسمة ويجعل العبيد تبعاً.

فأبو حنيفة - رحمه الله - إنما لا يرى هذه المسألة في أرض بين جماعة أو كرم بين جماعة فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين بناء فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض.

قال: يجعل عوض البناء الأرض؛ لأن قيمة البناء لذرعان أعدل القيمة، فإنه يصل إلى كل واحد حقه ونصيبه في الحال، أما إذا جعل قيمة البناء بالدرهم يتأخر حق من له الدرهم إلى أن يحضر الدرهم، ويتعجل حق الآخر؛ ولأن تسليم الذرعان من الأرض أيسر، فكان هذا أولى من هذا الوجه.

ولو اختلفوا في الطريق، قال بعضهم: يرفع طريقاً؛ وقال بعضهم: لا يرفع، فالقاضي ينظر: إن أمكن أن يفتح لكل واحد منهم طريقاً في نصيبه فإنه يقسم الكل ولا يرفع طريقاً فيما بينهم، وإن كان لا يمكن أن يرفع فيما بينهم لا يقسم قدر الطريق؛ لأن القسمة في الوجه الأول لا تتضمن تفويت منفعة كانت لهم، ولا كذلك الوجه الثاني.

قال مشايخنا - رحمهم الله - يريد بقوله: (يفتح في نصيبه طريقاً) يمر فيه رجل، لا طريقاً تمر فيه الحمولة، وإن كان لا يمر منه رجل فهذا ليس بطريق أصلاً. ولو اختلفوا في تبعية الطريق وصفته في قسمة الدار.

قال بعضهم: يجعل تبعية الطريق أكثر من عرض الباب الأعظم، وطوله من الأعلى إلى السماء لا يقدر بطول الباب الأعظم، وطوله من الأعلى بقدر طول

الباب؛ لأن بهذا القدر يمكنهم الانتفاع بحسب ما كانوا ينتفعون قبل القسمة. وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى، أن من أصابه فوق طول الباب إذا أراد أن يشرع جناحًا فوق طول الباب لا يمنع من ذلك؛ لأن ذلك خالص حقه، ولو أراد أن يشرع جناحًا فيما دون الباب يمنع عنه؛ لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك، والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشركاء.

وإن كان أرضا، يرفع مقدار ما يمر فيه ثور؛ لأنه لا بد من الزراعة، ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر فيه ثوران معًا وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا يتناهى.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا كانت الأراضي بين شركاء، لأحدهم عشرة أسهم، ولآخر خمسة، ولآخر سهم، وأرادوا قسمتها، وأراد صاحب العشرة الأسهم أن تقع سهامه متصلة، ولا يرضى بذلك الذي له سهم واحد، قسمت الأراضي متصلة كانت أو متفرقة بينهم على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد.

وكيفية ذلك: أن يجعل الأراضي على عدد سهامهم ويقرع بينهم، فأول بندقة تخرج بموضع على طرف من أطراف السهام وهو أول السهام، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي؟ فإن كانت لصاحب العشرة أعطي له ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بالسهم الذي وضع البندقة عليه سهام صاحبها على الاتصال، ثم يقرع بين الستة كذلك، فأول بندقة تخرج يرجع على طرف من أطراف الستة الباقية، ثم ينظر إلى الستة لمن هي؟ فإن كان لصاحب الخمسة أعطي ذلك السهم وأربعة أسهم متصلة بذلك السهم، يبقى السهم الواحد لصاحبه، وإن كانت هذه البندقة لصاحب السهم الواحد ذلك السهم له والثاني لصاحب الخمسة.

وفيه أيضًا: رجلان بينهما خمسة أرغفة، لأحدهما رغيفان، وللآخر ثلاثة أرغفة، فدعوا بالثالث فأكلوا جميعًا مستوين، ثم إن الثالث أعطاهما خمسة دراهم وقال لهما: اقتسما بما بينكما على قدر ما أكلت من رغيفكما.

قال الفقيه أبو بكر - رحمه الله - : لصاحب الرغيفين درهم منهما؛ لأن كل واحد منهم أكل رغيفين وثلثي رغيف، فصاحب الرغيفين أكل من رغيفه رغيفان وثلثي رغيف، فلم يأكل الثالث من رغيفه إلا ثلث رغيف، وصاحب الثالث أكل من رغيفه رغيفاً وثلثي رغيف، فإنما أكل الثالث من رغيفه رغيفاً وثلث رغيف، فيجعل بمقابلة كل ثلث رغيف درهما، فيصير لصاحب الرغيفين منها درهم، ونصفين لصاحب الأرغفة الثالث الأربعة دراهم.

قال الفقيه أبو الليث: وعندي أن لصاحب الرغيفين درهمين، وللآخر ثلاثة دراهم؛ لأن كل واحد منهم أكل من الثلاثة رغيفاً، ومن الرغيفين ثلثي رغيف، فيجعل كل ثلث بينهما، فيصير أكلاً من الرغيفين سهمين، ومن الثلاثة ثلاثة أسهم، يقسم البدل كذلك.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل مات وترك ثلاث بنين وترك خمس عشرة خابية خمسة منها ملؤه خلاً، وخمسة منها إلى نصفها خلاً، وخمسة منها خالية مقسومة، فأراد البنون أن يقسموا الخوابي على السواء من غير أن يزيكوها عن موضعها، فالوجه في ذلك:

أن يعطي أحد البنين خابيتين مملوءتين وخابيتين خاليتين وخابية إلى نصفها خل، ويعطي الثاني كذلك، بقي هناك خمسة خوابي أحدها مملوءة وإحداها خالية وثلث خوابي إلى نصفها خل، يعطي الثالث كذلك؛ لأن المساواة بذلك تقع.

سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن سلطان غرم أهل قرية، فأرادوا قسمة تلك الغرامة واختلفوا فيما بينهم

قال بعضهم: يقسم على قدر الأملاك.

وقال بعضهم: يقسم على عدد الرؤوس.

قال: إن كانت الغرامة لتحصين أملاكهم يقسم ذلك على قدر الأملاك؛ لأنها مؤنة الملك فيقدر بقدر الملك، وإن كانت الغرامة لتحصين الأبدان يقسم ذلك على عدد

الرؤوس؛ لأنها مؤنثة الرؤوس، ولا شيء على النسوان والصبيان في ذلك؛ لأنه لا يتعرض لهم.

سئل حمدان بن سهل عن قسمة الشنن، قال: تقسم بالكوارجات.

قيل: فإن لم يكن؟

قال: فبالحبال.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - يجوز بالحبال؛ لقلّة التفاوت فيها استحساناً.

سئل شيخ الإسلام عن رجلين بينهما أعتاب كرم على الشركة يقسمان ذلك

بالربحية أو وزنًا بالقبان أو بالمران؟ قال: كل ذلك واسع؛ لأن الناس تعارفوا العنب

كيلًا أو وزنًا فيثبت التساوي بالطريقين جميعًا.



الفصل الثاني

في بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز قسمته وما لا يجوز

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: بيت بين رجلين، أراد أحدهما قسمته وأبى الآخر، ورفع الأمر إلى القاضي، فإن كان البيت كبيرًا بحيث لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن ينتفع لنفسه انتفاع البيت كما قبل القسمة، فإن القاضي يجبر الأبى على القسمة، وإن كان البيت صغيرًا بحيث لو قسم لا يمكن لكل واحد منهما أن ينتفع انتفاع البيت، فإنه لا يجبر الأبى على القسمة؛ لأن في هذا الوجه طالب القسمة متعنت في طلب القسمة، قاصدًا للضرار بنفسه وشريكه بإتلاف منفعة كانت لهما قبل القسمة والتعنت مردود، وفي الوجه الأول: طالب القسمة قاصد تكميل منافع الملك على نفسه وعلى شريكه وشريكه في الإباء متعنت.

والحاصل: أن الجبر على القسمة إنما يجري فيما يحتمل القسمة، وما يحتمل القسمة مشاع لا تتبدل منفعته التي كانت قبل القسمة ولا تفوت القسمة، فأما المشاع الذي تتبدل منفعته التي كانت قبل القسمة يحتمل القسمة؛ فلا يجري فيه الجبر على القسمة، ولو طلب القسمة في الوجه الثاني من القاضي.

في رواية: يقسم القاضي بينهما، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الأصل في باب ما لا يقسم من العقار وغيره، وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله.

وفي رواية: لا يقسم القاضي بينهما ذلك بتركهما، وذلك إن شاء اقتسما بأنفسهما، وإن شاء تركا ذلك، وإليه مال كثير من المشايخ؛ لأن في هذه القسمة ضررًا للشركاء بإتلاف المنفعة عليهما، وليس للقاضي ولاية الإضرار بالغير وإن رضي ذلك الغير.

ذكر شيخ الإسلام في أول كتاب القسمة: أن القاضي لا يقسم.

ومشايخنا ذكروا في شروحهم: أن القاضي يقسم.

وذكر شيخ الإسلام في باب ما لا يقسم من العقارات في هذا الفصل روايتين:

أحدهما: وإن كان نصيب أحدهما من البيت شقصًا قليلاً لا يتشفع به إذا قسم البيت، ونصيب الآخر أكثر، فطلب أحدهما القسمة، فهذا على وجهين: أن يطلب صاحب الكثير القسمة، فالحكم فيه أن القاضي يقسمها بينهم، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

وقال في باب ما لا يقسم من العقارات، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إذا كان الطريق بين قوم إن اقتسموها لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ، وأراد بعضهم قسمته وأبى الآخر، فإني لا أقسمه؛ لأن في قسمه ضرراً وفساداً، وإن كان لكل واحد طريق ومنفذ فإني أقسمه بينهم.

بعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن المسألة محمولة على أن الطريق بينهم على السواء، أو كانت بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ، ويبقى لصاحب الكثير طريق ومنفذ، فالقاضي يقسم إذا طلب صاحب الكثير القسمة.

ومنهم من قال: الطريق لا يقسم في الحالين، بخلاف البيت. والفرق على قول هذا القائل في قسمة الطريق تعطيل ملك صاحب القليل في داره؛ لأنه متى قسم الطريق ولا يمكنه التطرق فيما وقع في نصيبه لا يمكنه التطرق إلى داره فلا يمكنه الانتفاع بداره بعد ذلك، وتعطيل ملك الغير لا يجوز، وأما ليس في قسمة البيت تعطيل ملك صاحب القليل في نصيبه؛ لأنه يمكنه أن يدخل في بناءه ذلك فيوسع عليه منزله.

ألا ترى أنه لا يجوز التأتي في الطريق بين الشريكين، لما فيه من تعطيل الملك على كل واحد منهما في يوم صاحبه، فكذا لا يجوز قسمه.

وفيه الطريق إذا تضمنت تعطيل الملك على أحدهما، ويجوز التهاؤ في مسألة البيت؛ لأن ملك كل واحد منهما لا يتعطل في نوبة صاحبه؛ لأن صاحبه ينتفع به من جهته، فلو امتنعت القسمة في مسألة البيت إنما تمتنع لما فيها من قطع

الارتفاق^(١) بنصيب صاحبه، إلا أن ذلك لا يصلح مانعًا. ألا ترى أنه جاز استرداد العارية وإن كان فيها قطع الارتفاق على المستعير بملك الغير.

الوجه الثاني: إذا طلب صاحب القليل القسمة وأبى صاحب الكثير ذلك، ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المختصر: أنها تقسم. وإليه ذهب شيخ الإسلام - رحمه الله - . وذكر الكرخي - رحمه الله - في المختصر: أنها لا تقسم. وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وجعل هذا قول أصحابنا - رحمهم الله - .

وإليه مال الحاكم عبد الرحمن، والقاضي الإمام الأسيجاني، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - والفتوى على الأول؛ لأن الطالب رضي بالقسمة، وهذه القسمة لا تتضمن فوات منفعته على الأبى منفعة كانت له قبل القسمة؛ لأن قبل القسمة صاحب الكثير ينتفع بنصيبه فيكون هذا في حق الأبى قسمة لا إتلافًا، هكذا ذكر في شرح كتاب القسمة.

وذكر هو في شرح أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - : أن الأصح أن القاضي لا يقسمها.

ووجه ذلك: أن الطالب وإن رضي بالضرر إلا أن رضاه بالضرر لا يلزم القاضي شيئًا، وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصال الطالب إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إذا كان بين رجلين حائط، طلب أحدهما القسمة من القاضي وأبى الآخر، فالقاضي لا يقسمها؛ لأنه لو قسم بعد الهدم كان

(١) في ح: الانفاق.

في الهدم إتلاف المنفعة؛ ولو قسم قبل الهدم بالمساحة كما يقسم الأرض كان ذلك سبباً لإتلاف المنفعة؛ لأن للطالب أن ينقض نصيبه بعد القسمة؛ لأنه يكون متضرراً^(١) في نصيبه، وكما لا يجوز إتلاف منفعة الحمام؛ لأنه لا ينتفع به انتفاع الحمام إلا بجميعة إن قسموا ذلك فيما بينهم يزيههم القاضي؛ لأن الحق لهم، فيكون التدبير في ذلك إليهم.

في المنتقى في أول الباب من كتاب القسمة: حائط بين الدارين سقط حتى بدا أسفله، قال أحد الشريكين في الحائط: أقسم، وقال الآخر: لا، بل أبني.
قال محمد - رحمه الله - : لا أقسم بينهما، فلعله أن يقع نصيب كل واحد منهما إن قسم مما يلي الآخر. رواه هشام - رحمه الله - .

وذكر في آخر هذا الباب: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : حائط بين رجلين وأرضه كذلك بينهما انهدم الحائط، وأرض الحائط مما استطاع قسمته، طلب أحدهما القسمة، فإن كان لهما عليه جذوع، لا يقسم أرض الحائط، وإن لم يكن لأحدهما عليه جذوع قسمت أرض الحائط.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: في دكان في السوق بين رجلين يبعان فيه بيعة أو يعملان فيه عملاً ما بينهما، وأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر، فإن القاضي ينظر في ذلك: إن كان لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن يعمل في نصيبه العمل الذي كان يعمل قبل القسمة تم، وإن كان لا يمكنه ذلك، لا يقسم على ما ذكرنا. وإن كان زرع بين رجلين وأرادا قسمة الزرع فيما بينهما دون الأرض، فالقاضي لا يقسمه إذا بلغ الزرع وسنبل؛ لأنه بعدما بلغ وسنبل صار مالية الربا، وفي القسمة معنى المبادلة فلا يجوز مجازفة.

فإن قيل: ينبغي أن يصرف حب ذلك إلى تبين هذا، وتبين ذلك إلى حب هذا، احتيالاً للجواز.

(١) في ح: متصرفاً.

كما لو اشترى قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وقفيزي شعير، فإنه يصرف حنطة هذا الجانب إلى شعير ذلك الجانب، وشعير هذا الجانب إلى حنطة ذلك الجانب احتيالاً للجواز.

والجواب من وجهين:

أحدهما: أن موضع هذه المسألة أنهما طلبا القسمة من القاضي، ومتى كانت القسمة من القاضي، لا يمكن صرف الجنس فيها إلى خلاف الجنس؛ لأنها حيثئذ تكون مبيعة، وإلى التراضي^(١) عند طلب بعض الشركاء القسمة لا البيع، فعلى هذا التعليل لو حصلت القسمة بالتراضي يجوز؛ لأن لهما القسمة والمبيعة، فمتى تعذر مقاسمة يجوز مبيعة^(٢).

الوجه الثاني: أنه إنما يصرف الجنس إلى خلاف الجنس إذا كان الجنس الآخر محلاً للبيع، ويجوز أن يرد العقد عليه بانفراده، كما في الحنطة مع الشعير، أما إذا لم يكن الجنس الآخر محلاً للبيع، فإنه لا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس. ألا ترى أنه لو باع قفيز تمر بقفيزي تمر لا يجوز، ولا يصرف شحم هذا إلى نوى ذلك؛ لأن النوى بانفراده ليس محلاً للبيع فلا يجوز.

إذا ثبت هذا فنقول: الحنطة إن كانت محلاً للبيع فنبتها ليس بمحل للبيع. ألا ترى أنه لا يجوز بيعه فلا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فعلى قود هذا التعليل، وإن اقتسما بتراضيهما لا يجوز، وأما إذا كان الزرع بقلا فإنما لا يقسم القاضي إذا كانت القسمة بشرط الترك؛ لأنه إذا قسم بشرط الترك فقد شرط في القسمة إعاره الأرض وإنه شرط فاسد، والقسمة لا تصح مع الشرط الفاسد، فأما إذا أراد القسمة بشرط القلع فله أن يقسم؛ إذ ليس في هذه القسمة بشرط العارية لو لم يصح إنما لا يصح لمكان الضرر وقد رضيا به، وهذا الجواب على إحدى الروايتين.

(١) في المحيط البرهاني: القاضي.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٣٤٤).

وأما على الرواية الأخرى: ينبغي ألا يقسم القاضي إن رضيا لما ذكرنا. هذا إذا طلبا القسمة من القاضي، وإن طلب أحدهما وأبى الآخر فالقاضي لا يقسم على كل حال، ولو اقتسما الزرع بأنفسهما وإن كان الزرع قد بلغ وسنبل، فالجواب فيه قد مر.

وإن كان الزرع بقلا إن اقتسما بشرط الترك لا يجوز، وإن قسما بشرط القلع جاز باتفاق الروايات.

وفي المنتقى: زرع بين رجلين اقتسماه قبل أن يدرك.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يجوز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: أراه جائزا.

وقسمة الطلع بدون قسمة النخيل نظير قسمة الزرع قبل البلوغ بدون الأرض؛ إن اقتسما بشرط القلع جاز، وإن اقتسما بشرط الترك لا يجوز، فإن رفعا الأمر إلى القاضي فالقاضي لا يقسمه بشرط الترك وهل يقسمه ولا يشترط؟ فهو على الروايتين.

وإن طلب أحدهما القسمة فالقاضي لا يقسم لا بشرط القلع ولا بشرط الترك، ولا يقسم الساجة الواحدة واللؤلؤة الواحدة، وكل شيء يحتاج إلى كسره في قسمته، أو يشق، أو يقطع، لا يقسم، وطلب البعض إذا كان في قطعه أو يبعه أو كسره ضرر، وإن لم يكن كذلك يقسم.

واللآلئ واليواقيت تقسم؛ لأن الجنس واحد ومنفعة هذا الجنس مما لا يتفاوت تفاوتاً لا يمكن استدارتها بخلاف العبيد على قول أبي حنيفة.

وإن كانت قناة أو نهراً أو بئراً وعيناً وليس معه أرض، وطلب بعض الشركاء القسمة فالقاضي لا يقسم بينهم؛ لأن منفعة هذه الأشياء لا تحصل بالبعض، وإن كان مع ذلك أرض لا شرب لها إلا من ذلك قسمت الأرض وترك البئر والنهر والقناة^(١) على الشركة.

(١) في ح: العيون.

وإن كان آبار أو أنهار الأرضين متفرقة، قسمت الأرض والآبار والعيون؛ لأن القسمة هاهنا ممكنة من غير ضرر، ولا كذلك الأرض الواحدة والنهر الواحد. قال محمد رحمه الله في الأصل: وإذا كانت الدار بين ورثة فاقسموها وفضلوا بعضها على البعض لفضل قيمة البناء، فهذه القسمة وهذا التفضيل جائز^(١). وصورته: إذا كانت الدار بين وارثين وهي ثلاثون ذراعاً قيمة عشرة أذرع من جانب مثل قيمة عشرين ذراعاً من الجانب الآخر، إما لأجل البناء أو لمعنى من المعاني فاقسما على أن يكون لأحدهما هذه العشرة وللآخر عشرون، فهذه القسمة جائزة، فاكثفي فيها بالمعادلة من حيث المعنى وهو المالية عند تعذر اعتبار المعادلة من حيث الصورة بالذرعان.

ولو اقتسما العرصه بالسوية نصفين وشرطاً أن من دفع البناء في نصفه أعطى نصف قيمة البناء للآخر، فهذا على وجهين:

الأول: أن يقوموا البناء قيمة عدل قبل القسمة، معناه: سموا قيمة البناء وبينوها مثلاً مائة، وشرطوا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه خمسين درهماً، وفي هذا الوجه: القسمة جائزة؛ لأنهما قسما الأرض بالسوية وباع الذي لم يقع البناء في نصيبه من البناء ببدل معلوم من صاحبه وكل ذلك جائز، ويعتبر الكل قسمة.

الوجه الثاني: وإذا لم يسموا قيمة البناء ولم يبينوها، وفي هذا الوجه: القسمة فاسدة قياساً صحيحاً استحساناً؛ لأنهما شرطاً في القسمة ما يقتضيه القسمة من غير شرط، فإنهما لو اقتسما الأرض نصفين وتركوا الثبات على الشركة وجب على الذي وقع البناء في نصيبه نصف قيمة البناء لصاحبه لما نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى. واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط لا يوجب فساد العقد، عرف ذلك في موضعه.

بخلاف ما لو شرط حنطة أو شعيراً؛ لأن هناك شرطاً ما لا يقتضيه القسمة من غير

(١) الأصل للشيباني (٣/٣٠٢).

شرط؛ لأنه من غير هذا الشرط لا يجب على من يقع البناء في نصيبه حنطة، أما هاهنا بخلافه .

وإذا اقتسما العرصة نصفين وتركوا البناء كذلك على الشركة، وقع البناء في نصيبه نصف قيمة البناء للآخر؛ لأنه لا وجه إلى ترك البناء لذلك مشتركاً؛ لأن ما يجب البناء من الأرض صار ملكاً لأحدهما حتى تركنا البناء، كذلك يتضرر من وقعت ساحة الأرض في نصيبه نصف قيمة البناء للآخر؛ ولا وجه إلى أن يؤمر الذي لم يقع البناء في نصيبه بنقض نصيبه؛ لأنه لا يمكن نقض نصيبه إلا بعد نقض نصيب صاحبه وفي كل ضرر بصاحبه فلم يكن هاهنا بدّ سوى أن يتملك الذي لم يقع البناء في نصيبه الأرض ونصيب صاحبه من البناء، أو يتملك صاحب الأرض نصيب صاحبه من البناء، ويتملك صاحب الأرض نصيب صاحبه من البناء أولى؛ لأن التملك منه أقل، ولأن صاحب الأرض صاحب أصل، وصاحب البناء صاحب الشفع، واعتبار صاحب الأصل أولى على ما عرف .

وبهذا الطريق قلنا: إن الأرض المشتركة بين اثنين إذا قسمت وفيها زرع وأشجار، قسمت بدون الأشجار والزرع فوقعت الأشجار والزرع في نصيب أحدهما، فإن الذي وقع الأشجار والزرع في نصيبه يتملك نصيب صاحبه من الأشجار والزرع بالقيمة، وطريقه ما قلنا .

في المنتقى: ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمه الله - : في أرض ميراث بين قوم في بعضها زرع، قسم القاضي الأرض بينهم بغير زرع من غير أن يقوم الزرع، وقال: ومن أصله الموضع الذي فيه الزرع أخذناه بقيمته، فلما أصاب ذلك واحدا منهم قال: أنا لا أرضى أن أغرم قيمة الزرع ولا حاجة لي في هذه القسمة، قال: يجبره القاضي على دفع قيمة الزرع ويمضي القضاء عليه .

قال: وكذلك هذا في الدار إذا قسمها القاضي على الزرع ولم يقوم البناء .

قال: ومن وقع هذا البناء في حصته أخذناه بقيمته سمي القيمة أو لم يسمها، قال

به .

وكان ابن أبي ليلى يفعل ذلك .

في نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - : أرض بين اثنين بناها أحدهما ، فقال الآخر : ارفع بناءك عنها ، قال : تقسم الأرض بينهما ، فما وقع من البناء في نصيب غير الثاني يدفع .

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في آخر كتاب شرح القسمة : أن لغير الثاني أن ينقض البناء ؛ لأن له ولاية النقض في نصيبه ، والثمر غير ممكن .

وإذا كانت الدار في يد ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم يسألوا قسمتها .

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : القاضي لا يقسم الدور وسائر العقار بإقرارهم حتى يقيموا البينة أن فلانا مات وتركها ميراثاً بينهم .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : قسموها بإقرارهم بينهم ويشهد على أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم لا بالبينة .

وعلى هذا الخلاف إذا أقروا أن معهم وارثاً آخر أو صغيراً ، والدار كلها في أيدي الذين حضروا عند القاضي وسألوه القسمة ، وأجمعوا على أن الدار إذا كان كلها أو شيء منها في يد غائب أو صغير سوى هؤلاء الذين حضروا عند القاضي وطلبوا من القاضي القسمة ، والقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث .

وأجمعوا في العروض إذا أقروا أنها ميراث بينهم والعروض في أيديهم ، وطلبوا من القاضي القسمة أن القاضي يقسمها ، وإن لم يقيموا على الميراث .

وأما إذا قالوا : اشترينا هذه الدار من فلان ، وطلبوا من الوصي القسمة ، فالقاضي يقسمها بينهم بإقرارهم عندهما .

وعند أبي حنيفة روايتان : في المشهور من الرواية : يقسموها بينهم بإقرارهم ، كما هو مذهبهما .

وفي رواية قال: لا يقسمها حتى يقيموا البينة على الشراء من فلان. وجه قولهما في فصل الميراث: أن إقرارهم أن الدار في أيديهم ميراث إقرار صحيح؛ لأن الدار في أيديهم لا ينازعهم أحد فيها، وقول صاحب اليد فيما في يده عند عدم المنازعة مقبول صحيح شرعاً، فلا حاجة إلى إثبات ذلك البينة، والدليل عليه فصل الشراء أو فصل العروض.

وهذا بخلاف ما إذا كانت الدار كلها أو شيء منها في يد الغائب؛ لأن هناك إقرارهم غير صحيح؛ لأنه لا يد لهم فيما أقرروا فلا بد لهم من الإثبات بالبينة، أما هاهنا بخلافه.

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك حكم حلل الميت؛ ألا ترى أن التركة إذا ازدادت قبل القسمة كانت الزيادة للميت حتى يقضي منها ديون الميت وتنفذ وصاياه، وبالقسمة ينقطع قدر ما بقي من الملك حتى تصير الزيادة لمن وقع في سهمه، وقولهم ليس بحجة على الميت. بخلاف فصل المشتري على ظاهر الرواية؛ لأن القسمة هناك لا تتضمن بطلان شيء من ملك البائع؛ لأن المشتري بعد التنجز^(١) ملك المشتري من كل وجه. ولم يبق للبائع فيه حق.

ألا ترى أن ما يحدث من الزيادة يحدث على حكم ملك المشتري. وأما العروض، قلنا: القاضي لا يقسم العروض لقطع ما بقي من ملك الميت، وإنما يقسمها تحصينا على الميت؛ لأن العروض مما يخشى عليه التوى والتلف. ألا ترى أن القاضي يبيع عروض الغائب، وإنما يبيعها تحصينا على الغائب. وأما العقار محصنة بنفسها، فلم يكن قسمتها بطريق التحصين، بل كان لإزالة ملك الميت، فلا بد لذلك من حجة تقوم عند القاضي.

ثم على قولهما: إذا قسم القاضي الدار بين الورثة بإقرارهم، يشهد أنه قسم

(١) في ح: القبض.

بإقرارهم؛ لأن حكم القسمة بالبينة، فخالف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق، فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما إقامة البينة على الميت^(١)، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى.

ألا ترى أنه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين إلا بينة تقوم على الموت، فإذا كان بعض الورثة حضورًا والبعض غياب، والدار كلها أو بعضها في يد الغائب، وطلب الحاضر القسمة من القاضي وأقام البينة على الميراث، فإن كان الحاضر واحدًا فالقاضي لا يقبل بيئته ولا يقسم الدار.

وعن أبي يوسف: أن القاضي ينصب عن الغائب خصمًا ويسمع البينة عليه ويقسم الدار.

وجه ظاهر الرواية: أن التركة قبل القسمة إن تعينت على حكم ملك الميت من وجه على ما مر صارت ملكًا للورثة حتى لو أعتق واحد منهم عبدًا من التركة قبل القسمة، نفذ العتق في نصيبه، وكل واحد من الورثة قبل القسمة بنصيبه ونصيب شركائه، فالحاضر يدعي إزالة ما بقي من ملك الميت، ويدعي على شركائه قطع الارتفاق [في]^(٢) نصيبه، ولئن جاز القاضي نصيب الوصي من حيث إنه دعوى على الشركاء العيب، فلا يجوز له نصيب الوصي بالشك.

كما لو ادعى على الميت الحوالة نصيب الوصي من حيث إنه دعوى أجنبي دما على الميت، وليس للميت وارث ولا وصي، فإن القاضي ينصب عنه وصيًا؛ لأن ذلك دعوى على الميت من كل وجه، وللقاضي أن ينصب وصيًا عن الميت، أما هاهنا بخلافه.

وإذا لم يكن للقاضي أن ينصب وصيًا عن الميت، وهذا الواحد لا يصلح خصمًا

(١) في ح: الموت.

(٢) سقط في ح.

عن الميت وعن سائر الشركاء؛ لأنه يدعي فلا يصلح مدعى عليه، فتعذر قبول بينته؛ لأن البينة من غير الخصم لا تقبل، فإن حضر اثنان وباقي المسألة بحالها فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيًا والآخر مدعى عليه، وأحد الورثة ينصب خصمًا عن الميت وعن باقي الورثة.

فإن قيل: كيف يجعل أحدهما يدعي عليه وكل واحد منهما مقر بما يدعيه صاحبه، والمقر بما يدعيه المدعي لا يصلح خصمًا للمدعي؟ قلنا: كل واحد منهما إنما يقر على الغير، والإقرار على الغير باطل، فصار وجوده والعدم بمنزلة.

ألا ترى أن من ادعى على ميت دينا وأقر به وصيه؛ فإن المدعي يكلف بإقامة البينة ويتنصب الوصي خصمًا له، وإن كان الوصي مقرًا.

والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا كان بعض الورثة غائبًا وشيء من الدار في يده، فهو الجواب فيما إذا كان في الورثة صغير وشيء من الدار في يده، حضر واحد من الكبار وأقام البينة على الميراث وطلب من القاضي القسمة، فالقاضي لا يسمع بينته ولا يقسم الدار بين الورثة، ولو حضر اثنان أو ثلاثة، فالقاضي يسمع بينتهم ويقسم الدار بين الورثة ولا يحتاج إلى نصب الوصي عن الصغير لصحة القسمة

وكذلك إذا كان بعض الورثة غائبًا وقد حضر اثنان من الورثة، فالقاضي يسمع بينتهما ويقسم الدار ولا يحتاج إلى نصب الوصي عن الغائب لصحة القسمة.

وفرق بين هذا وبين ما إذا كان الصغير غائبًا، فالقاضي لا ينصب خصمًا عنه ولا يسمع البينة من الحاضر.

والفرق: أن نصيب الخصم عن الغير لا يكون إلا لضرورة، وفي حق الحضور لا ضرورة؛ لأنه يمكن إحضار الصبي كما يمكن إحضار البائع، فلا ينصب القاضي عنه خصمًا في حق الحضور، فيجعل حضور الخصم كحضوره.

وإذا لم يكن للقاضي أن ينصب خصمًا عنه في هذه الصورة، يبقى المدعي من

غير خصم، والدعوى لا تصح من غير خصم، والبينة لا تسمع من غير دعوى صحيحة.

فأما إذا كان الصغير حاضرًا ففي نصيب الوصي لأجل الجواب ضرورة ولأن الدعوى قد صح على الصبي لكونه حاضرًا إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب عنه وصيًا ليجيب خصمه.

وبخلاف ما إذا وقع الدعوى على الميت؛ لأن هناك وقع العجز عن إحضاره وعن جوابه، فينصب القاضي عنه وصيًا في الأمرين جميعًا.

وإذا كانت الدار ميراثًا وفيها وصية بالثلث، وبعض الورثة غائب والبعض حضور، فرفع الموصى له الأمر إلى القاضي فأقام البينة على الميراث والوصية وطلب القسمة، فاعلم بأن الموصى له شريك في هذه الدار وكان بمنزلة الوارث، فإن حضر بنفسه وحده فالقاضي لا يسمع بيته ولا يقسم الدار، كما لو حضر واحد من الورثة، فإن حضر هو مع أحد الورثة، فالقاضي يسمع بيتهما ويقسم الدار، كما لو حضر وارثان.

وإن كانت الدار بين ثلاثة نفر بالشراء وأحدهم غائب، وأقام اثنان منهم البينة على الشراء وطلبوا من القاضي القسمة، فالقاضي لا يسمع البينة ولا يقسم الدار بينهم، وهذا؛ لأن الحاضر من المشتري لا يبعث خصمًا عن الغائب منهم؛ لأن الثابت بالشراء لكل واحد منهم ملك جديد بسبب مباشرة في نصيبه.

فأما الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث، وإنما انتقل إليهم ما كان من الملك المورث بطريق الخلافة عن الميت، فيستقيم أن يجعل البعض خصمًا عن البعض في ذلك، لاتحاد المسبب في حقهم، وهذا الخلافة عن الميت، وسيأتي جنس هذه المسائل بعد هذا بعد هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

وإن كانت الدار بين رجلين فيها صفة وفي الصفة بيت وطريق البيت والصفة وسبيل ما ظهر البيت على ظهر الصفة، فاقسما فأصاب أحدهما الصفة وقطعه من

ساحة الدار، وأصاب الآخر البيت، وإن مر في الصفة على حالة ومسيل الماء على ظهر الصفة، فالمسألة على وجهين:

الأول: أن يكون لصاحب البيت إمكان فتح الطريق مسيل الماء في نصيبه من موضع آخر، وفي هذا الوجه: القسمة جائزة، وليس لصاحب البيت حق المرور في الصفة ولا حق مسيل الماء على ظهرها، سواء ذكرا في القسمة أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه أو [لم]^(١) يذكرا ذلك.

الوجه الثاني: إذا لم يكن لصاحب البيت إمكان فتح الطريق ومسيل الماء في نصيبه من موضع آخر، وفي هذا الوجه: إن ذكرا أن لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه، دخل الطريق ومسيل الماء في القسمة وقرب. والوجه في ذلك: أن عند ذكر الحقوق اجتمع في القسمة ما يوجب دخول الطريق ومسيل الماء في القسمة وهو اشتراط الحقوق كما في البيع، وما يمنع دخولهما وهو لفظة القسمة؛ لأن القسمة للإقرار وانقطع حق كل واحد منهما عن صاحبه، وإنما ينقطع حق صاحب البيت عن الصفة من كل وجه إذا لم يكن لصاحب البيت حق المرور في الصفة وحق مسيل الماء على ظهر الصفة، فالعمل بهما جميعاً في كل حال متعذر، فعملنا بلفظة القسمة إذا أمكنه فتح الطريق ومسيل الماء في نصيبه وألغينا شرط الحقوق؛ لأن العمل بحقيقة القسمة في هذه الصورة لا يفسد القسمة وأصل والشروط اتباع، وعملنا بشرط الحقوق هاهنا يفسد القسمة؛ ومتى فسدت القسمة فسد ما شرط فيها، وفي العمل بحقيقة القسمة في هذه الصورة إعمال للقسمة والشرط جميعاً، وفي العمل بالشرط اعتبار الشرط من كل وجه، واعتبار القسمة من وجه، فكان هذا أولى.

وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المختصر في هذا الوجه، وهو ما إذا لم يكن لصاحب البيت إمكان فتح الطريق ومسيل الماء في نصيبه من موضع آخر ولم يذكر الحقوق، أن الطريق والشرب يدخلان في القسمة كيلا تفسد القسمة،

(١) سقط في ح والسياق يتطلبها.

والصواب أنهما لا يدخلان على ما ذكرنا.

وفرق بين القسمة والإجارة، فإن الإجارة يدخل الطريق والشرب من غير ذكر الحقوق استحساناً، حتى لا تفسد الإجارة، ولا يدخلان في القسمة وإن كان تفسد القسمة.

والفرق: أنا لو قلنا بدخول الطريق والمسيل في القسمة كما قلنا في الإجارة، لقلنا به بدلالة الحال؛ لأن الظاهر من حال العامل أن يقصد بتصرفه الصحة، إلا أن دلالة الحال لا عبرة لها إذا جاء الصريح بخلافها، كما في مسألة الأكرار إذا صرحا أن الجنس بالجنس وفي القسمة وجد النص بخلافها وهو لفظة القسمة؛ لأنها وضعت للإفراز وخلوص الأنصبا عن الشركة على ما مر.

وأما في الإجارة لم يوجد نص بخلاف دلالة الحال فلهذا افترقا، ذكر هذه الجملة شيخ الإسلام - رحمه الله - في الباب الأول من شرح كتاب القسمة.

وذكر في آخر الباب: إذا اقتسما داراً، فلما وقعت الحدود بينهما فإذا أحدهما لا طريق له، فإن كان يقدر على أن يفتح في نصيبه طريقاً آخر، فالقسمة جائزة، وإن كان لا يقدر أن يفتح لنصيبه طريقاً آخر، إن علم وقت القسمة ألا طريق له فالقسمة جائزة، وإن لم يعلم فالقسمة فاسدة.

لأن في الوجه الأول: هذه قسمة تضمنت تفويت منفعة على أحد الشريكين برضاه.

وفي الوجه الثاني: من غير رضاه، والقسمة جائزة على هذا الوجه بالتراضي. ألا ترى أن البيت الصغير لا يقسم إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، وإذا اقتسما بينهما بالتراضي جاز.

فعلى قياس تلك المسألة ينبغي أن يقال في المسألة المتقدمة في الوجه الثاني: إنهما إذا لم يذكر الحقوق إنما تفسد القسمة إذا لم يعلم صاحب البيت ألا طريق، وأما إذا علم لا تفسد القسمة.

وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن يقال في مسألة آخر الباب: إذا لم يقدر على أن يفتح لنصيبه طريقًا آخر إنما تفسد القسمة إذا لم يذكر الحقوق وأما إذا ذكر الحقوق يدخل الطريق تحت القسمة ولا تفسد القسمة وصار حاصل الجواب أيضا: إذا لم يقدر على أن يفتح لنصيبه طريقًا آخر وإن ذكر الحقوق، يدخل الطريق والمسيل في القسمة ولا تفسد القسمة، وإن لم يذكر الحقوق حتى لم يدخل تحت القسمة إن علم وقت القسمة ألا طريق ولا مسيل له فالقسمة جائزة، وإن لم يعلم فالقسمة فاسدة.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب قسمة الأرضين والقرى: أن الطريق ومسيل الماء في القسمة بدون ذكر الحقوق، والمرافق إذا كان الطريق ومسيل الماء في أرض الغير ولم يكن في أنصبتهم، ولم يكن لكل واحد حدث هذه الحقوق في أنصبتهم حتى لا تفسد القسمة وكان هذا مناعاً بدلالة الحال، فكان الظاهر من حالهما أنهما يقصدان الصحة، وليس في إدخال هذه الحقوق في القسمة في هذه الصورة ترك العمل بلفظة القسمة؛ لأن نصيب كل واحد منهما قد خلص، إذا كانت هذه الحقوق في ملك الغير.

بخلاف ما إذا كانت هذه الحقوق في أنصبتهم؛ لأن هناك لو دخل الطريق في القسمة لا يخلص نصيب كل واحد منهم له فلم يعمل بدلالة الحال ثمة، أما هذا بخلافه.

وإذا كانت الدار بين رجلين فاقسما على أن يأخذ أحدهما الأرض كلها ويأخذ الآخر البناء كله ولا شيء له من الأرض، فهذا على ثلاثة أوجه:

الأول: إذا شرط في القسمة على المشروط له البناء مشترطاً نصيب صاحبه من البعض بما ترك على صاحبه من نصيبه من الأرض، وإن سكتا عن القلع، أو لم يشترط ذلك جازت القسمة أيضاً؛ لأنه لم يشترط لأحدهما البناء من غير الأرض،

ولا قرار للبناء إلا بالأرض، فكأنه شرط عليه القلع من حيث المعنى، وإن شرط^(١) ترك البناء فالقسمة فاسدة؛ لأن المشروط له البناء يصير مشترياً نصيب صاحبه من البناء ومنفعة الأرض بقدر ما يكون عليه قرار البناء بنصيبه من الأرض مما يقابل منفعة الأرض يكون إجارة، وهذه إجارة فاسدة لجهالة المدة، فهذه قسمة شرطت فيها إجارة فاسدة، والبيع شرطت فيه إجارة فاسدة.

وإذا وقع الحائط لأحد القسمين وعليه جذوع الآخر، وأراد صاحب الحائط أن يرفع الجذوع عن الحائط، ليس له ذلك إلا أن يكونا شرطاً في القسمة رفع الجذوع سواء كان الجذوع لأحدهما على الخصوص من قبل القسمة، والحائط بينهما، أو كان السقف والجذوع مع الحائط مشتركاً بينهما، ثم صار الحائط لأحدهما بالقسمة^(٢)، والسقف والجذوع للآخر.

وجه ذلك: أن اشتراط الحائط لأحدهما بحكم القسمة إن كان يقتضي خلوص الحائط عن شغل صاحبه واشتراط السقف للآخر يوجب أن يكون الحائط مشغولاً بحق صاحب السقف، يسلم له ما شرط من السقف، فأحد الاعتبارين إن كان يوجب رفع البناء، فاعتبار الآخر يمنع رفع البناء؛ فلا يكون له الرفع بالشك، ثم جوز شرط رفع الجذوع في القسمة، وفيه نوع إشكال؛ لأن القسمة فيها معنى البيع، ولهذا كل شرط يفسد البيع يفسد القسمة، ثم بيع الجذوع في السقف بشرط الرفع لا يجوز، فكذا القسمة بهذا الشرط ينبغي ألا تجوز.

وإذا كان أصل الشركة الميراث، فجرى فيها الشراء بأن باع واحد منهم نصيبه، يقسم القاضي إذا حضر البعض.

فإذا كان أصلها للشراء، فجرى الميراث بأن مات واحد من المشتريين^(٣)،

(١) في ح: شرطاً.

(٢) في ح: بالقيمة.

(٣) في ح: المشتريين.

فالقاضي لا يقسم حتى يحضر سائر المشتريين^(١).

لأن في الوجه الأول: المشتري قام مقام البائع في الشركة الأولى وكان أصلها وراثته.

وفي الوجه الثاني: الوارث قام مقام المورث في الشركة الأولى وكان أصلها شراء، فينظر في هذا إلى الأول.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : وفي هذا الموضوع أيضاً صفة بين خمسة من الورثة، واحد منهم صغير، واثنان غائبان، واثنان حاضران، فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين وطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضي وأخبره بالقضية، فالقاضي يأمر شريكه^(٢) بالقسمة ويجعل وكيلاً عن الغائب والصغير.

ميراث بين رجلين في دار، وميراث بينهما في دار أخرى، فاصطلحا على أن لأحدهما ما في هذه الدار، وللآخر ما في تلك الدار وأراد مع ذلك دراهم مسماة، فإن كان سميا السهام كم هي من كل دار جاز، وإن لم يسمياه ولم يعلما كم هي لم يجز؛ لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما، وهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة.

وإذا كانت الدار مشتركة بين رجلين اقتسماها ورفعاً بينهما طريقاً بمقدار السدس، وجعلاً نصيب أحدهما الدار، ونصيب الآخر ثلث الدار، على أن يكون الطريق لصاحب الثلث، ولصاحب النصف فيه حق المرور، فهذه القسمة جائزة.

بعض مشايخنا قالوا: هذه المسألة دليل على أن بيع حق المرور على الانفراد جائز؛ لأن الذي شرط له المرور في الطريق صار مشترياً حق المرور من الذي شرط له فيه الطريق بما ترك عليه من نصيبه من الدار.

بعض مشايخنا قالوا: هذا المسألة لا تدل على جواز بيع حق المرور، وليس طريق جواز هذه القسمة ما قالوا، وإنما طريقه أن يمر الطريق كان مملوكاً لهما وكان

(١) في ح: المشتريين.

(٢) في ح: شريكه.

لهما حق المرور فيه ، وقد جعل أحدهما نصيبه من رقبة الطريق ملكا لصاحبه عوضا عن بعض ما أخذ من نصيب صاحبه بالقسمة وبقي لنفسه حق المرور، وهذا جائز بالشرط، كمن باع طريقا مملوكا من غيره، على أن يكون له حق المرور، وكمن باع السفلى على أن يكون له حق فرار العلو، فإنه يجوز كذا ههنا.

وإذا كانت الدار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى، اقتسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والآخر الشقص، إن علما سهام الشقص كم هي فالقسمة جائزة، وإن لم يعلما فالقسمة مردودة، وإن علم أحدهما وجهل الآخر فالقسمة مردودة أيضًا، هكذا ذكر في كتاب القسمة.

بعض مشايخنا قالوا: إن علم المشروط له الشقص، فهذا الجواب لا يستقيم على قول الكل، ويجب أن تجوز القسمة عند الكل، وإن علم المشارط وجهل المشروط له، فهذا الجواب لا يستقيم على قول أبي يوسف، ويجب أن تجوز القسمة عنده. أصل المسألة ما ذكر في كتاب الشفعة.

إذا اشترى الرجل نصيب غيره من دار وقد علم أحدهما قدر النصيب دون الآخر إن علم المشتري جاز بالاتفاق، وإن علم البائع ولم يعلم المشتري جاز على قول أبي يوسف خلافاً لهما.

ومنهم من قال: لا، بل الجواب كما أطلق في كتاب القسمة، والقسمة مردودة عندهم جميعاً.

وفرق هذا القائل بين القسمة والبيع، واختلفوا فيما بينهم في جهة الفرق: منهم من قال: الفرق من جهة الموضوع، وموضوع المسألة في كتاب الشفعة: أن البائع أضاف البيع إلى نصيبه ودخل تحت البيع جميع نصيبه بحكم الإضافة، فلا يبقى للبائع حق المنازعة بعد ذلك، بأن قال: عنيت بتعييني كذا. وموضوع المسألة هنا أنهما ما أضاف الشقص إلى أنفسهما إنما ذكر الشقص مطلقاً، وعند ذكر الشقص مطلقاً جهل ذلك فتقع المنازعة في مقدار الشقص، الشارط يقول: عنيت بالشقص

كذا ولي الثاني، وأن اسم الشقص يقع على بعض نصيبه كما يقع على كله، والمشروط له يقول: عنيت بذلك جميع نصيبك، فتقع المنازعة من هذا الوجه. قياس مسألة البيع من مسألة القسمة: إن قال البائع: بعث نصيبًا من هذا الدار، ولو قال هكذا لا يجوز بلا خلاف.

وقياس مسألة القسمة من مسألة البيع: إن كان الشقص مضافًا إليهما، ولو كان كذلك بأن قال: هذه الدار لأحدنا والشقص الذي لنا في الدار الأخرى للآخر، ولو قال هكذا كانت مسألة القسمة نظير مسألة البيع، على الوفاق إن جهل البائع، وعلى هذا الخلاف إن جهل المشتري، وبهذا قال شيخ الإسلام خواهرزاده، وشيخ الإسلام شمس الأئمة - رحمهما الله -.

ومن المشايخ من فرق بين القسمة والبيع من حيث الحقيقة. والفرق: أن مبنى القسمة على المعادلة في المنفعة والمالية، ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما إلا إذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما، فأما عقد معاوضة يقصد به الاسترباح، والمشتري هو الذي يقتضي المبيع، فيشترط أن يكون مقدار المبيع معلومًا له، فأما حق البائع في الثمن وهو معلوم، ويتحقق هذا المعنى يظهر الفرق.

إذا اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم شريك غائب أو صغير ليس له وصي، لا تصح القسمة، وإن فعلوا ذلك بأمر القاضي صحت القسمة؛ لأن فعلهم بأمر القاضي كفعل القاضي بنفسه، ولو قسم القاضي بنفسه وفيهم غائب أو صغير تصح القسمة ويتنصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وكذا إذا فعلوا بأمر القاضي، وإن قدم الغائب وأجاز قسمتهم جاز، وكذلك إذا بلغ الصغير وأجاز قسمتهم جاز؛ لأن هذا تصرف عقد وله مخير حال وقوعه، والغائب يخير، وكذلك أن الصغير أو وصيه يخيره، وكذلك كل تصرف عقد وله مخير حال وقوعه يتوقف.

فإن قيل: في هذا توقيف الشراء، ومن مذهبنا أن الشراء لا يتوقف إذا كان شراء

تحصيلًا بأن اشترى شيئًا بدراهم لغيره بغير أمره، فأما إذا كان الشراء فيه بيع، فإنه يتوقف، كما لو اشترى جارية لنفسه بعد للغير، فإن شراء الجارية يقف؛ لأنه بيع في حق العبد.

إذا ثبت هذا فنقول: هذا القسمة شراء فيها معنى البيع، فجاز أن يتوقف. وإن مات الغائب أو الوصي فأجاز وارثه، عمل إجازة الوارث عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -.

وعند محمد: تبطل القسمة.

وجه قول محمد - رحمه الله - : أن موت من له الإجازة قبل الإجازة يبطل العقد كالبيع المحض.

وجه قولهما: أنا لو أبطلنا القسمة بموت من له الإجازة احتجنا إلى إعادة مثله ثانيًا، فما كان للإبطال فائدة، ثم إنما نعمل الإجازة من الغائب أو من الوارث أو من الوصي أو من الصبي بعد البلوغ، إذا كان ما وقع عليه القسمة قائمًا وقت الإجازة، وأما إذا هلك فلا، كالبيع المحض الموقوف على الإجازة إنما تعمل فيه الإجازة إذا كان المبيع قائمًا وقت الإجازة، كما تثبت الإجازة بالقول صريحًا، تثبت دلالة بالفعل كما في البيع المحض.



الفصل الثالث

في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر، وما لا يدخل

وتدخل الشجرة في قسمة الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، كما يدخل في بيع الأرض، ولا يدخل الزرع والثمار في قسمة الأراضي وإن ذكروا الحقوق؛ لأن الثمار والزرع ليست من حقوق الأرض، وما لا ينتفع بها بدون الأرض يكون من توابع الأرض، والزرع والثمار مما ينتفع بها بدون الأرض فلا يكون من حقوق الأرض، ولهذا لا يدخل في البيع المحض بذكر الحقوق، وكذلك إن ذكر المرافق مكان الحقوق لا يدخل الزرع والثمار في ظاهر الرواية؛ لأن في العرف يراد بالمرافق الحقوق فصار ذكر المرافق والحقوق، ولو ذكروا في القسمة بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها إن قال: أجزها من حقوقها، لا يدخل الثمار والزرع، وإن لم يقل: من حقوقها، يدخل.

والأمتعة الموضوعة لا تدخل على كل حال؛ لأن الأمتعة وإن كانت فيها وليست منها بوجه ما؛ هو إنما شرط لصاحبها كل قليل وكثير هو فيها من كل وجه ومنها من وجه، ومنها ما يكون فيها لا يكون له بخلاف الزرع؛ لأنه فيها من كل وجه ومنها من وجه؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال لبث، بهذا الطريق دخل الزرع في بيع الأرض بذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها.

وأما الشرب والطريق هل يدخلان من غير ذكر الحقوق في القسمة؟

ذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - في المختصر: فإنهما يدخلان.

وهكذا [ذكر^(١)] محمد - رحمه الله - في الأصل في موضع آخر من هذا الكتاب فإنه قال: إذا كانت الأرض بين قوم ميراثاً اقتسموها بغير قضاء، فأصاب كل إنسان منهم فراح على حده، فله طريقه الشرب والطريق ومسيل مائه وكل حق لها، والصحيح أنهما لا يدخلان في البيع بدون ذكر الحقوق، وكذلك في القسمة؛ لأنها

(١) سقط في ح.

بمعنى البيع^(١).

الآن، فرق ما بين البيع والقسمة: أن البيع جائز على كل حال، والقسمة جائزة إن أمكنه أن يجعل لأرضه سردابًا وطريقًا من موضع آخر، فإن لم يمكنه، إن علم وقت القسمة ألا طريق ولا شرب له فكذلك القسمة جائزة، وإن لم يعلم فالقسمة باطلة؛ لأن البيع وضع لتمليك ما عقد عليه، وقد حصل هذا المعنى على كل حال، وأما القسمة فكما أن فيها معنى التمليك ففيها معنى الإقرار، لما كان لهم من المنفعة والمالية قبل القسمة، وإنما يتحقق الإقرار إذا لم يتضمن تفويت منفعة على بعض الشركاء، منفعة كانت لهم قبل القسمة، فبدون ذلك لا تكون قسمة على الحقيقة فيتوقف على رضائهم، ثم إذا ذكر الحقوق والمرافق في القسمة، وإنما يستحق له الحقوق والطريق فيما أصاب صاحبه بالقسمة إن لم يمكنه إيجاد طريق آخر، أما إذا أمكنه فلا، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم.

ولو كان الطريق في أرض غيرهما استحق كل واحد منهما الطريق بذكر الحقوق أمكنه اتخاذ طريق آخر، أو لم يمكنه، ولم يذكر الحقوق والمرافق في القسمة، وإنما ذكر كل قليل أو كثير هو فيها، هل يدخل الطريق والشرب؟

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في المسألة روايتان:

في رواية: لا يدخل؛ لأن هذه الحقوق ليست في المبيع ولا منها.

وفي رواية هذا الكتاب: يدخل بحكم العرف، فإنه كما يراد بهذه الكلمة إدخال باقيها، ومنها يراد به إدخال هذه الحقوق.

اقتسم نفر أرضًا على أن لفلان هذه النخلة، والنخلة في غير هذه القطعة، وعلى أن لفلان آخر هذه القطعة الأخرى، وعلى أن للثالث القطعة التي فيها تلك النخلة، فالذي شرط له النخلة بأصلها من الأرض، حتى لم يكن الذي شرط له القطعة التي فيها النخلة أن يقطع النخلة، فالنخلة تستحق بأصلها في القسمة.

(١) في ح: المبيع.

وكذلك في الإقرار: إذا أقر لرجل بنخلة، فإنه يستحقها بأصلها.
 وإذا باع النخلة أو باع الشجرة مطلقاً.
 ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن في المسألة روايتين.
 وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه اختلافاً بين أبي يوسف
 ومحمد - رحمهما الله - .

على قول أبي يوسف - رحمه الله - : يستحق النخلة بأصلها.
 وعلى قول محمد: لا يستحق.
 فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين القسمة والإقرار.
 والفرق: أن في القسمة بعض نصيب كل واحد منهما باعتبار أصل ملكه، وأصل
 ملكه في النخلة، فإنما يكون محله قبل القطع، فمن ضرورة الاستحقاق بعض النخلة
 بأصلها الاستحقاق لجميع النخلة، وكذلك في الإقرار؛ لأن الإقرار وإخبار بملك
 النخلة له، فأما البيع إيجاب ملك مبتدأ، فلا يستحق إلا المسمى فيه، والنخلة اسم
 لما ارتفع من الأرض لا الأرض، فلا يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شيء من
 الأرض بتسمية النخلة في البيع ما لم يسم النخلة بأصلها، والحائط يستحق بأصله في
 الإقرار، والقسمة في الإقرار، القسمة^(١) والبيع باتفاق الروايات. هكذا ذكر شيخ
 الإسلام - رحمه الله - .

وذكر الخصاف في كتاب الشروط: أن الحائط والنخلة والشجرة سواء.
 ثم ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب: أن الشجرة تستحق بأصلها في
 القسمة، ولم يذكر مقدار ذلك.
 بعض مشايخنا قالوا: يدخل في القسمة من الأرض ما كان يجز بإزاء العروق يوم
 القسمة عروقاً لو قطعت تلك الشجرة^(٢) .

(١) في ح: والقسمة.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٣٥٤).

وإليه مال شمس الأئمة - رحمه الله - .

وبعضهم قالوا: لا يدخل من الأرض مقدار غلظ الشجرة يوم القسمة، وإليه أشار في الكتاب .

فإنه قال: إذا ازدادت النخلة غلظاً، كان لصاحب الأرض أن ينحت ما ازدادت، فدل أن الداخل قدر ما تحته من الأرض بمقدار غلظ الشجرة وقت القسمة، فإن قطع الذي أصابه النخلة أو الشجرة، فله أن يغرس مكانها ما بدا له؛ لأن صاحبها ملك من الأرض بمقدار الغلظ الذي كان وقت القسمة، فكان له أن يتصرف فيها ما شاء، وإن أراد أن يمر إليها فمنعه صاحب الأرض عنه، إن ذكروا في القسمة: بكل حق هو لها، فليس لصاحب الأرض أن يمنعه، وله الطريق إلى النخلة، وإن لم يذكروا ذلك، إن علم وقت القسمة ألا طريق له فالقسمة جائزة، وإلا فالقسمة مردودة .

وإن كانت قرية وأرضاً ورحى بين قوم من الميراث، فاققسموها وأصاب رجلاً الرحى ونهرها، وأصاب آخر البيوت وأفرحة مسماة وأصاب آخر أفرحة مسماة، فاققسموها بكل حق هو لها، وأراد صاحب النهر أن يمر إلى نهره في أرض أصاب صاحبه القسمة فمنعه صاحبه، فليس له منعه إذا كان نهره في وسط أرض هذا، فلا يصل إليه إلا بأرضه؛ لأن ذكر الحقوق والحالة هذه لاشتراط الطريق يستحق بالشرط .

وإن كان يصل بدون أرضه، بأن كان النهر منفرجاً مع حد الأرض، لم يكن له أن يمر في أرض هذا .

وإن كان الطريق إلى النهر في أرض الغير، لا في نصيب صاحبه يدخل في القسمة بذكر الحقوق، أمكنه الوصول إلى النهر بدون ذلك الأرض أو لم يمكنه، وقد مر جنس هذا .

وإن يشترطوا في القسمة الحقوق والمرافق وما أشبههما وإن كان في أرض الغير، فإن لم يمكنه فتح الطريق، فالقسمة فاسدة، إلا إذا علم بذلك وقت القسمة .

وإن أمكنه فتح الطريق في نصيبه، فالقسمة جائزة. وكذلك إذا أمكنه المرور في بطن النهر، بأن نضب الماء عن موضع وكان يمكنه المرور في ذلك، فهو قادر على أن يمر في نصيبه، فتكون القسمة جائزة. وإن لم يكن شيء من النهر مكسوفًا فالقسمة فاسدة؛ لأن المرور متعذر إن كان الماء كثيرًا ومنعه إن كان الماء قليلاً فلا يلتفت إليه، والتحقق هذا بما إذا لم يمكنه فتح الطريق في نصيبه.

ويدخل العلو والكشف الشارع في قسمة الدار، وإن لم يذكر الحقوق والمرافق. والطلّة لا تدخل بدون ذكر الحقوق والمرافق عند أبي حنيفة، وعندهما: تدخل إذا كان فتحها من الدار، والجواب في القسمة نظير الجواب في البيع. في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : دار بين قوم اقتسموها، فوقع في نصيب أحدهم بيت فيه حمامات وإن لم يذكروا الحمامات في القسمة فهي بيت لهم كما كانت، فإن ذكروها، فإن كانت لا توجد إلا بصيد فالقسمة فاسدة، لما ذكرنا: أن القسمة في معنى البيع، وبيع الحمامات إذا كانت لا توجد إلا بصيد فاسد، فكذا القسمة.

وإن كانت الحمامات توجد بغير صيد فالقسمة جائزة؛ لأن بيع الحمامات إن كانت توجد بغير صيد، جائز. وهذا كله إن اقتسموها بالليل حتى اجتمعت كلها في البيت.

وأما إذا اقتسموها بالنهار بعدما خرجن من البيت فالقسمة فاسدة كالبيع. وفي مجموع النوازل: شريكان اقتسما كرمًا وفيه أعناب وثمار، فإن قالوا: على أن هذا النصف لفلان بكل قليل وكثير، أو قالوا: بما فيه من الأعناب والثمار، تصير الأعناب والثمار مقسومة، وإن لم يقولوا ذلك، تبقى مشتركة؛ لأن قسمة العقار بيع وبيع الكرم لا يكون بيعاً للأعناب والثمار إلا بالتنصيص عليه، أو بذكر القليل والكثير.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : كرم بين اثنين اقتسامه، فوقع النصف الأعلى في نصيب أحدهما مع الطريق القديم، فوقع النصف الأسفل في نصيب الآخر مع طريق رفعوه للنصف الأسفل أشجار.

قال الفقيه أبو القاسم: الأشجار لمن جعل له الطريق.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إن جعلنا تلك الطريق له فالأشجار له؛ لأنها بمنزلة الأرض، والشجر تدخل في بيع الأرض تبعًا، وإن جعلنا له حق المرور له، لا يملك الطريق، فالطريق يبقى مشتركًا.

وفيه أيضًا: لو كان بين شريكين دار فرفعا بابا منها ووضعاه فيها ثم قسما الدار، فالباب الموضوع لا يدخل في القسمة إلا بالذكر كما في البيع.



الفصل الرابع

في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها

يجب أن يعلم أن الملك لا يقع لواحد من الشركاء في سهم بعينه بنفس القسمة، بل يتوقف ذلك بأحد معان أربعة: إما القبض، أو قضاء القاضي، أو القرعة، ويوكلوا رجلاً يلزم كل واحد منهما سهمًا.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا كان القسم أو ما أشبهه بين رجلين وأرادا قسمتها وقسماتها نصفين ولم يحضرا عن طلب المعادلة، ثم بدا لأحدهما الرجوع، فإن بدا له قبل تمام القسمة، فإن كان ذلك قبل خروج القرعة فله الرجوع؛ لأن المقصود من القسمة وهو تعيين الأنصبة لم يحصل قبل الإقراع، فحال ما قبل الإقراع في القسمة والمقصود لم يحصل، كحال المساومة في باب البيع.

وإن بدا له بعد تمام القسمة، بأن بدا له بعدما خرجت قرعتهما، أو بعدما خرجت قرعة أحدهما وتعين نصيب كل واحد منهما بمنزلة الرجوع؛ لأن القسمة في معنى البيع، والرجوع عن البيع بعد تمامه لا يعمل، وكذا الرجوع عن القسمة.

وإن كان الشركاء ثلاثة أو أكثر فهذه المسألة في الحاصل على وجهين:

إن كان القاسم نائب القاضي أو القاضي لا يلتفت إلى إباء بعض الشركاء بعد خروج بعض السهام، ولا كذلك قبل خروج شيء من السهام.

وإن كان القاضي وغير نائبه والشركاء ثلاثة، فخرج قرعة أحدهم، فلكل واحد منهم الرجوع؛ لأن القسمة لم تتم في حق كل واحد منهم إنشاء في حق من لم تخرج قرعته؛ لأنه لم يتعين نصيب كل واحد منهما، وأما في حق من خرجت قرعته وإن تعين نصيبه، إلا أن ما يترك على صاحبه من نصيبه لم يتعين كأنه وجد أحد شطري القسمة، وإن خرجت قرعة اثنين منهم، ثم أراد أحدهم أن يرجع، ليس له ذلك؛ لأنه تعين نصيب كل واحد، فالقسمة في حقوقهم؛ لأن بخروج السهمين يتعين السهم الثالث.

ولو كان الشركاء أربعة، ما لم تخرج قرعة ثلاثة منهم، كان لكل واحد منهم الرجوع، وهو بناء على ما قلنا.

وفي نوادر ابن رستم: لو كانت القسمة من القاضي، أو من قسامه، فليس لأحد الشركاء الرجوع، وإن لم تخرج أصلاً؛ لأن القاضي يجبرهم على ذلك، فلا يلتفت إلى رجوع واحد، لا بعد خروج القرعة ولا قبل خروجها.

وإن كان غنم بين قوم تساهموا عليها قبل أن يقسموها، فأيهم خرج سهمه أولاً عدوا له كذا الأول، فهذا لا يجوز؛ لأنه مجهول؛ لأنه لا يدري ما يصيب كل واحد منهم بعد الإقراع فإنه لا يدري أي عنزة تعد له، والجيد أو الوسط أو الرديء، وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة فتفسد القسمة، كما يفسد البيع.

وإن كان في الميراث إبل وبقر وغنم، فجعلوا الإبل والبقر قسماً، والغنم قسماً، ثم تساهموا عليها وأقرعوا فهذا جائز؛ لأن ما يصيب كل واحد منهم منها بعد القرعة معلوم، بخلاف الفصل الأول، فإن ما يصيب كل واحد بعد القرعة ليس بمعلوم. وإذا كانت الدار بين رجلين، فاقسما على أن لأحدهما الثلث من مؤخرها، والآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقها، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ما لم تقع الحدود بينهما، ولا يعتبر رضاها بما قالوا قبل وقوع الحدود، وإنما يعتبر رضاها بعد وقوع الحدود؛ وهذا؛ لأن الرضا بالقسمة إنما يعتبر وقت وجود القسمة وتمامها، كالرضا بالبيع يعتبر بعد وجود البيع وتمامه، وتمام القسمة بوقوع الحدود والتعيين، إما بالقبض أو الإقرار؛ لأن الإقرار به يتحقق.

وذكر في الأجناس: القرعة ثلاث^(١):

الأولى: لإثبات حق وإبطال حق آخر، وإنها باطلة، كمن أعتق أحد عبديه، يعتبر عينه ثم يعين بالقرعة.

والأخرى: لطية النفس، وإنها جائزة، كما يقرع بين النساء ليسافر بها.

والثالثة: في إثبات حق واحد وفي مقابلته مثله، يقرر^(٢) بها كل حق ما أقسمه،

وهو جائز.

(١) في ح: ثلاثة.

(٢) في ح: فيقرر.

ومما يتصل بهذا الفصل آخر القسام .

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : أجر قاسم الأرضين والدور على عدد الرؤوس .

وقالا : على قدر الأنصباء .

حجتها : إنما يستحق الأجر بالعمل ، وعمل القاسم الذرع والمساحة يكثر بكثره المحل ، فيكون عمله في نصيب صاحب الكثير أكثر ، فيكون الأجر على صاحب الكثير .

ألا ترى أن الشركاء في دار إذا استأجروا رجلاً لتطين سطح الدار ، والشركاء إذا استأجروا رجلاً لكريها ، أو الشركاء في الحنطة إذا استأجروا رجلاً ليطحنها أو يحملها ، أو الشركاء في الحائط إذا استأجروا رجلاً لبينيه ، كان الأجر عليهم على قدر الأنصباء ، وطريقه ما قلنا .

ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن منفعة عمله وقع للشركاء بالسوية ؛ لأن منفعة عمل القاسم تعيين نصيب كل واحد منهم ، وتعيين نصيب كل واحد منهم لا يحصل إلا بالعمل في أنصباء الكل ، وأنه ما لم ينسخ الكل لا يمكنه نصيب كل واحد منهم ، وإذا كان هكذا كان العمل في نصيب كل واحد منهم واقعا له ولشركائه على السواء ، فهو معنى قولنا : إن منفعة عمله وقع للشركاء بالسوية ، بخلاف تلك الصورة لأمثال منفعة عمل العامل لم يقع لهم على السوية ؛ لأن ما هو المقصود من العمل في تلك الصورة يحصل بوجود العمل في بعض المحل على الخصوص ، فإنه لو طين بعض المسح أو طحن بعض الحنطة أو بني بعض الجدار ، لا يتحقق ما هو المقصود من عمل الأجير بذلك القدر بدون العمل في الباقي ، وإذا كان هكذا جعل عمل الأجير في نصيب كل واحد منهم واقعا له خاصة .

وإذا استأجر رجلاً ليكيل له حنطة مشتركة بينهم أو لذرع ثوب مشترك بينهم ، إن كان الاستئجار على القسمة ، فالمسألة على الخلاف ، وإن كان الاستئجار لنفس

الكييل والذرع، ليصير الكييل والذرع^(١) معلوم الذرع والقدر، فالأجر على قدر الأنصباء، هذا جملة ما أورد شيخ الإسلام في شرحه.

وبعض أصحاب الشروح ذكروا في شروحهم قالوا: وهذا إذا طلبوا من القاضي القسمة وقسمها نائب القاضي أو قسمها القاضي بنفسه، وأما إذا استأجروا رجلاً ليقسم ما بينهم فالأجر عليهم على السواء، ولكن الكلام بعد هذا أن صاحب القليل يرجع بالزيادة على صاحب الكثير.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا يرجع.

وقالا: وكذلك إذا وكلا رجلاً أن يستأجر قاسماً يقسم الدار بينهم، فالأجر على الوكيل، ويرجع الوكيل عليهم بالأجر على السوية عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وعندهما: يرجع على كل واحد منهم على قدر الملك.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمه الله -: في أكوار حنطة بين رجلين، فأجر الكييل على الأنصباء، وأجر الحساب على الرؤوس.

قال: ما كان من عمل فهو على الأنصباء، وما كان من حساب فهو على الرؤوس، في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -.



(١) في ح: والشوب.

الفصل الخامس

في القسمة يستحق منها شيء

وإذا وقعت القسمة بين الشركاء في دار أو أرض، ثم استحق منها، ذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الأصل وجعلها على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يستحق جزء شائع من كل الدار، بأن يستحق نصف الدار أو ثلثها أو ما أشبه ذلك، وفي هذا الوجه: القسمة فاسدة.

الوجه الثاني: إذا استحق جزءا بعينه، فما أصاب كل واحد منهم، وفي هذا الوجه: القسمة صحيحة، فما بقي بعد الاستحقاق.

والفرق بين الوجهين: أن القسمة في الوجه الأول تنفيذ فائدها؛ لأن فائدة القسمة إقرار الأنصباء، ولما ظهر لهم شريك آخر في كل الدار، ظهر أن الإقرار لم يحصل؛ لأن نصيب الذي ظهر شائع في الأنصباء.

وأما في الوجه الثاني: القسمة متعذرة؛ لأن ما هو المقصود من العمل القسمة، وهو الإقرار حاصل هاهنا فيما وراء المستحق، ليس للذي ظهر فيه نصيب؛ ألا ترى بأن المستحق عليه الخيار؛ لأنه تعنت بسبب نصيبه لشريكه، فإن بعض القسمة عاد الأمر إلى ما كان قبل القسمة وهاهنا نقول: القسمة فيما وراء المستحق، وإن أجاز القسمة رجع على صاحبه بعوض المستحق به، وذلك لأننا نعتبر استحقاق البعض باستحقاق الكل، ولو استحق نصيب كل واحد منهم، رجع على صاحبه بثلث كل ما في يد كل واحد منهما؛ لأن الذي أصاب المستحق عليه بالقسمة ثلثه كان له في الأصل، وثلثاه اشتراه من صاحبيه من كل واحد منهما الثلث، إنما ترك لكل واحد منهما مما أصابه، فما كان له في الأصل لا يرجع على أحد، وما اشتراه منهما كان له أن يرجع عليهما بحصته، وذلك ما في يد كل واحد من صاحبيه، فعند استحقاق النصف يرجع بسدس ما في يد كل واحد من صاحبيه وعلى هذا القياس فافهم.

الوجه الثالث: إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهم، وفي هذا الوجه:

القسمة لا تفيد عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ويكون للمستحق عليه الخيار؛ لأن هذه القسمة أفادت فائدتها، وهو امتياز نصيب كل واحد من المتقاسمين، وانقطاع الشركة فيما بينهما.

وعند أبي يوسف: القسمة فاسدة.

وقول محمد - رحمه الله - مضطرب.

وذكر في نسخ أبي حفص قوله مع أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وذكر في نسخ أبي سليمان قوله مع أبي يوسف.

وهكذا أثبتته الحاكم الشهيد في المختصر، والأول أصح.

وقد روى ابن سماعة وابن رستم قول محمد مع أبي حنيفة.

وفي الشروط: جعل المسألة على ثلاثة أوجه أيضًا، لكن لم يذكر ثمة ما إذا استحق جزء شائع من كل الدار، وذكر مكانه ما استحق جميع نصيب أحدهم، ذكر أن القسمة باطلة، ويقسم الباقي وهو الذي لم يستحق سهمًا، إن كان قائما في يد الآخر لم يبعه، فإن كان باعه، فالبيع ماض؛ لأن نصف ما باع قديم ملكه، ونصفه عوض عما ترك لصاحبه وتبين أن ذلك كان مستحقًا وبدل المستحق مملوك، فالبيع صادق وصادف ملكه وعليه أن يرد على المستحق عليه نصف قيمة ما باع.

وذكر ما إذا استحق جزء بعينه من نصيب أحدهما، وأجاب: أن القسمة باطلة في

الكل، بخلاف ما ذكر في الأصل على ما مر من قبل هذا.

وذكر أيضًا ما إذا استحق جزء شائع من نصيب أحدهما.

وذكر في المسألة خلافًا بين أبي حنيفة وصاحبيه.

على قول أبي حنيفة: لا تنتقض القسمة، ولكن يجبر المستحق عليه إن بعض

القسمة، وقسم ما بقي في يده إلى ما كان في يد الآخر فيقسمانه نصفين.

الفصل السادس

في قسمة التركة، وعلى الميت أو له دين على الموصى له، وفي ظهور الدين بعد القسمة، وفي ظهور الوارث والموصى له بعد القسمة في دعوى الوارث دينا على الميت، أو عينا من أعيان التركة بعد القسمة

قال محمد - رحمه الله - : إذا اقتسم الورثة دار الميت أو أرضا لميت، وعلى الميت دين، فحال الغريم بطلب الدين، فإن لهم أن ينقضوا القسمة، سواء كان الدين قليلاً أو كثيراً.

يجب أن يعلم أن الورثة إذا طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم وصاحب الدين غائب، فإن كان الدين مستغرقاً للتركة، فالقاضي لا يقسمها بينهم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة، فلا تكون في القسمة فائدة فلا يقسمها، وإن كان الدين غير مستغرق للتركة.

فالقياص: أن يقسمها أيضاً، بل يوقف الكل.

وفي الاستحسان: يوقف مقدار الدين، وقسم الباقي بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً للتركة لا يمنع حرمان الإرث فيها، فصارت التركة بأجمعها مملوكة للورثة، إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقض قضائه بعد ذلك، ولا يأخذ منهم كفيلاً بشيء.

قيل: هذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

أما على قولهما: يأخذ منهم كفيلاً.

وإن لم يكن الدين معلوماً للقاضي، فالقاضي يسألهم هل على الميت دين؟ فإن قالوا: لا، فالقاضي يقسمها بينهم، فإن ظهر دين بعد القسمة فالقسمة مردودة، إلا إن نقصوا دينهم من مالهم؛ لأن حق الغرماء يتعلق بالتركة، ويتعلق حق الغير بالمقسوم يمتنع نفاذ القسمة حتى يسقط في حقه، كما يمتنع نفاذ البيع.

وكذلك لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع فالقسمة مردودة؛ لأنه

ظهر أن في التركة شريكا آخرًا وقد قسموا دونه.

فإن قالت الورثة: نحن نقضي حق الموصى له بالثلث أو الربع، أو حق الوارث الذي ظهر من مالنا ولا تنقض القسمة، لا يكون لهم ذلك إلا أن يرضى به الوارث أو الموصى له بالثلث أو الربع.

ولو قالوا: نحن نقضي حق الموصى له بالألف المرسلة أو حق الغريم من مالنا ولا ننقض القسمة، فلهم ذلك.

والفرق بينهما: أنا نعتبر الانتهاء في المسألتين جميعًا بالابتداء في ابتداء القسمة، إذا أرادوا أن يقسموا التركة فيما بينهم ويعطوا حق الوارث فالموصى له بالثلث أو الربع من مالهم، ليس لهم ذلك إلا برضى الوارث والموصى له؛ لأن حقهما عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاها، فكذلك في الانتهاء لو أرادوا أن يقسموا التركة فيما بينهم ويعطوا حق الوارث فالموصى له بالثلث أو الربع من مالهم، ليس لهم ذلك إلا برضا الوارث والموصى له؛ لأن حقهما عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاها، فكذا في الانتهاء.

ولو أرادوا أن يقسموا التركة ويعطوا حق الغريم والموصى له بألف مرسلة من مالهم، كان لهم ذلك؛ لأن حقهما في معنى التركة وهو المالية لا في عين التركة، وفيما يرجع إلى المالية التركة ومال الوارث سواء، فكذا في الانتهاء.

وكذلك إن كان للميت مال آخر لم يدخل في القسمة، وليس للغريم ولا للموصى له بألف مرسلة حق نقض القسمة، ويعطى حقهما من المال الذي لم يدخل تحت القسمة.

وكذلك إذا كانوا غيبًا لو انتصب الغريم بأن كان الدين معلومًا، أو يتبرع إنسان بقضاء دين الميت، أو يتبرع وارث بقضاء دين الميت، لا يكون للغريم حق نقض^(١) القسمة وإن أدى بعض الورثة دين الميت ليرجع به في التركة، فالقسمة مردودة؛ لأنه

(١) في ح: بعض.

قام مقام الغريم في هذه الصورة، بخلاف ما إذا تبرع.
 وإن قسم الورثة التركة فيما بينهم ومعهم وارث آخر غائب، وعزلوا نصيب الغائب، فإن كانت القسمة بغير قضاء^(١)، فالذي حضر أن ينقض القسمة، وإن كانت القسمة بقضاء، فليس للذي حضر أن ينقض القسمة، وإن كان مكان الوارث موصى له بالثلث وهو غائب فحضر، فإن كانت القسمة بغير قضاء فله أن ينقض القسمة إذا عزل القاضي نصيبه؛ لأن الموصى له بالثلث كأحد الورثة، فيكون الحكم فيه كالحكم في أحد الورثة إذا كان غائباً.

وبعضهم قالوا: له أن ينقض القسمة وإن عزل القاضي نصيبه.
 هذا القائل يفرق بين الوارث وبين الموصى له، والقول الأول أصح.
 وإن لم يكن على الميت دين، فمات بعض ورثته قبل القسمة وعليه دين، أو كان له وارث صغير، فاقسم ورثة الميت الأول، فلغريم الميت الثاني أن ينقض القسمة. وكذلك لو ارثه الغائب أو الصغير إذا كبر، له أن ينقض القسمة.
 وإذا ادعى أحد الورثة ديناً في التركة بعد الفراغ من القسمة صح دعواه وسمعت بيئته.

ولو ادعى عينا من أعيان التركة أنه كان له اشتراه من الميت في حياته، لا تصح دعواه ولا تسمع بيئته.

والفرق: في دعوى العين تناقض؛ لأن إقدامه على قسمة هذا العين إقرار بصحة هذه القسمة في هذه العين، ولا تصح القسمة فيه بين الورثة لو كان ملكاً لهذا الوارث فكان الإقدام على القسمة إقراراً منه أن هذه العين ليست له، فيصير بدعواه له متناقضاً.

أما في دعوى الدين لا تناقض؛ لأن القسمة صحيحة مع قيام الدين، إلا أن

(١) في ح: فليس، وهو خطأ.

للغريم حق نقض^(١) القسمة، فإذا لم يكن فيه تناقض كان مسموعاً. قال: وله أن ينقض القسمة وإن باشرها؛ لأن مباشرة القسمة لا تكون أعلى حالاً من إجازة القسمة نصّاً، والغريم إذا أجاز القسمة ثم أراد نقضها، فله ذلك فهذا أولى.

وإذا أقر الرجل أن فلاناً مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يقل: لهم أو لورثته، ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث، إذا ادعى دينا لنفسه على الميت، قبلت بينته. ولو كان قال: ترك هذه الدار ميراثاً لهم، أو قال: لورثته، وباقي المسألة بحالها، لا تقبل بينته.

لأن في الفصل الثاني متناقض، وفي الفصل الأول غير متناقض؛ لأنه لم يسبق منه في الفصل الأول الإقرار بكون هذه الدار متروك الميت؛ لأن الميراث من الميت ما تركه الميت، والدين والوصية لا يتنافيان كونها متروك الميت؛ لأن الدين والوصية إنما يقضيان من تركة الميت.

أما في الفصل الثاني: سبق منه الإقرار بكون الدار مملوكاً لهم بالكلية، وإنما تكون الدار مملوكاً لهم بالكلية إذا لم يكن له وصية ولا دين، وإذا قسم الورثة الدين فيما بينهم، فهذا على وجهين:

إما إن كان الدين للميت، وفي هذا الوجه: إن قسموا الدين والعين جملة؛ بأن شرطوا في القسمة أن الدين الذي على فلان لهذا الوارث مع هذا العين، والدين الذي على فلان لهذا الوارث الآخر مع هذا العين، فهذه المسألة باطلة في العين والدين.

وإن قسموا الأعيان ثم قسموا الديون، باطلة؛ لأن الدين معلوم حقيقة، لكن أعطي له حكم الموجود في حق الشراء وأشبه ذلك لحاجة الناس، ولا حاجة في حق القسمة، فبقي على العدم في حق القسمة، وقسمة المعدوم باطلة؛ لأن القسمة

(١) في ح: بعض.

في الأصل شرعت لتكميل المنفعة، ولا وجود لذلك في الدين.
 الوجه الثاني: إذا كان الدين على الميت فاققسموا على أن ضمن كل واحد منهم
 دين غريم على حدة، أو اقتصموا على أن ضمن أحدهم جميع الدين، فإن كان
 الضمان مشروطاً في القسمة فالقسمة فاسدة؛ لأن هذه قسمة شرطت فيها كفالة بدين
 لم يجب القسمة، ومثل هذا يوجب فساد البيع فيوجب فساد القسمة.
 وإن لم يكن الضمان مشروطاً في القسمة، إنما ضمن بعد القسمة بغير شرط،
 فهذا على ثلاثة أوجه:

إن ضمن بشرط اتباع الشركة، لم تكن القسمة نافذة على معنى أن له أن ينقضها؛
 لأنه قام مقام الغريم، وإن ضمن على ألا يتبع الميت ولا ميراثه بشيء وعلى أن يبرئ
 الغريم الميت، كان هذا جائزاً إن رضي الغرماء، ونفذت القسمة، وهذا؛ لأنه لما
 [شرط في الضمان]^(١) أن يبرئ الغريم الميت، صارت الكفالة حوالة وحلت التركة
 عن الدين، والمانع من لزوم القسمة قيام الدين في التركة، وإن أبوا ضمانه، فلهم
 نقض القسمة.

وإن لم يشترط على أن يبرئ الغريم الميت لا تنفذ القسمة وإن رضي الغرماء به؛
 لأنه تبقى الكفالة، فلا تخلو التركة عن الدين الغريم الذي له على الميت دين إذا أجاز
 القسمة التي قسمها الورثة، ثم أراد نقضها، كان له ذلك في باب قسمة دين الميت.



(١) سقط في ح.

الفصل السابع

في بيان من يلي القسمة على الغير، ومن لا يلي

الأصل: أن من ملك بيع شيء ملك قسمته؛ لأن في القسمة بيعًا وإقرارًا، ومن ملك بيع شيء ملك إقراره ضرورة.

إذا عرفت هذا فنقول: الأب ويقاسم مال ولده الصغير عقارًا كان أو منقولًا، بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش، فكذا القسمة. ووصي الأب في ذلك بمنزلة الأب، وأما وصي الأم تقاسم مال ولدها الصغير سوى العقار من منزلة الأم إذا لم يكن للصغير أحد ممن سميناه، ولا مال له من غير تركة الأم، العقار والمنقول في ذلك على السواء؛ وهذا؛ لأن وصي الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها تملك بيع منقول؛ لأنها التي يرثها هذا الصغير تحصيلًا على نفسها وعلى الصغير، فإنها ما لم تحصن وتحفظه، لا يبقى^(١) لها ولا يبقى الصغير موروثًا من جهتها، وكانت تملك أن تحفظ ما ورثه الصغير من غيرها بعينها، وما كانت تملك أن تحفظ ما ورثه الصغير من غيرها بعينها، وما كانت تملك بيعها العقار والمنقول على السواء في ذلك، وما كانت تملك بيع عقارات نفسها التي يرثها هذا الصغير تحصيلًا؛ لأنها تحصنه بنفسها وإنما كانت تملك بيعها لحاجتها إلى الثمن.

إذا ثبت هذا في حق الأم ثبت في حق وصيها الذي هو قائم مقامها، فيملك وصيها بيع المنقولات التي ورثها من الأم تحصيلًا، وإنما يملك بيعها لحاجته إلى ثمنها، بأن كان عليه دين ولا وفاء له إلا من ثمنها، ولا يملك ما ورث الصغير من غير الأم العقار والمنقول في ذلك سواء.

وإذا عرفت الجواب في البيع، ظهر الجواب في القسمة، ففي كل موضع يملك هذا الوصي البيع ملك القسمة؛ لأن في القسمة تحصيلًا، فإن الإنسان على تحصين المقسوم أقدر.

(١) في ح: بصير.

وفي موضع لا يملك البيع لا يملك القسمة، وكل جواب عرفته في وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم وابن العم يقاسم ما ورث الصغير من غيرهم العقار والمنقول في ذلك سواء؛ لأنه لا ولاية لهؤلاء على الصغير، كما لا ولاية للأم فكانوا بمنزلة الأم، فكان وصيهم بمنزلة وصي الأم.

ولا يجوز بيع الأب الكافر على ابنه المسلم.

وكذلك لا يجوز قسمة الأب المملوك على ابنه الحر.

ولا يجوز قسمة الملقط على اللقيط، كما لا يجوز بيعه.

ولا يجوز قسمة الوصي بين الصغيرين، كما لا يجوز بيعه مال أحدهما من الآخر، بخلاف الأب، فإنه إذا قاسم مال أولاده الصغار أو بنينهم يجوز، كما لو باع مال بعض أولاده الصغار من البعض، فالحيلة في ذلك الموصي: أن يبيع حصة أحد الصغيرين مشاعاً من رجل، ثم يقاسم مع المشتري حصة الصغير الذي لم يبيع نصيبه، ثم يشتري حصة الصغير الذي باع نصيبه لذلك الصغير فيهما ونصيب كل واحد من الصغيرين، وإنما جاز هذه القسمة؛ لأنها جرت بين اثنين، بين المشتري وبين الوصي.

وحيلة أخرى: أن يبيع حصتهما من رجل، ثم يشتري حصة كل واحد منهما مقدراً.

والوصي إذا قاسم مالاً مشتركاً بينه وبين الصغير لا يجوز إلا إذا كان للصغير فيها منفعة ظاهرة عند أبي حنيفة - رحمه الله.

وعند محمد - رحمه الله - : لا يجوز، وإن كان للصغير منفعة ظاهرة، ويجوز للأب أن يقاسم مالاً مشتركاً بينه وبين الصغير وإن لم يكن للصغير فيه منفعة ظاهرة. وإن كان في الورثة صغار وكبار والكبار حضور، فقاسم الوصي الكبار وميز نصيب الصغار جملة ولم يقدر نصيب كل صغير، جازت القسمة؛ لأنها جرت بين اثنين، فإن قسم الوصي حصة الصغار بعد ذلك، لا تجوز هذه القسمة؛ لأنها جرت

بين واحد.

ولا يجوز قسمة الوصي على الكبار للعيب في العقار، وتجاوز قسمته في العروض، يريد به: إذا كانت الورثة كلهم كبارا وبعضهم حضور وبعضهم غيب، فقسام الحضور وأفرز نصيبهم.

زاد البقالي - رحمه الله - : العروض من تركة الأب.

وإن كان فيهم صغير وكبير حاضر وكبير غائب، فعزل الوصي نصيب الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبير الحاضر، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : جازت قسمته في العقار والعروض.

وعلى قولهما: لا يجوز في العقار، ويجوز في العروض كما في البيع.

وإذا كانت الورثة صغارًا وكبارًا، فعزل الوصي نصيب كل واحد من الصغير والكبار وقسمه بين الكل، لا يجوز أصلاً؛ لأن القسمة فيما بين الصغار لم تجر أصلاً؛ لأنها جرت بين الواحد، وإذا لم تجز القسمة فيما بين الصغار، لم تجز في حق الكبار؛ لأن من حكم القسمة متى صارت أن يمتاز حق بعض الشركاء، ولم يوجد في هذه القسمة ذلك.

وإذا قاسم الوصي الموصى له بالثلث، والورثة صغار، ودفع إليه الثلث، وأحد الثلثين للورثة، صح. ولو هلك عنده فلا ضمان عليه؛ لأن له ولاية على الصغار. ولو كانت الورثة كبارًا غيبًا، فقسام الوصي الموصى له وأخذ نصيب الورثة، جاز. كذا ذكر في الأصل.

وفي اختلاف زفر ويعقوب: أن القسمة في العروض جائزة، وفي العقار لا تجوز القسمة في قول أبي حنيفة وزفر، خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - .

ولو كان الموصى له غائبًا والورثة كبار حضور، فقسام الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له، فالقسمة باطلة في قول أبي حنيفة وزفر خلافاً لأبي يوسف.

ذكر الخلاف على هذا الوجه في اختلاف زفر ويعقوب.

فوجه قول أبي حنيفة وزفر - رضي الله عنهما - : أن الوصي قائم مقام الموصي لو كان حيا لا يملك هذا عليهم في مالهم ، ولذلك الوصي .

وإذا نصب القاضي وصيا لليتيم في كل شيء ، فقاوم عليه في العقار والعروض جاز ؛ لأن وصي القاضي يملك بيع مال الصغير أي شيء كان ، فكذا يملك القسمة ، هذا إذا جعله القاضي وصيًا في كل شيء ، وأما إذا جعله وصيًا في النفقة أو في حفظ شيء بعينه ، لم تجز قسمته ؛ لأنه لا يملك بيع ماله إذا فوض إليه أمرًا خاصًا ، فكذا لا يملك القسمة .

وهذا بخلاف وصي الأب ، فإن الأب إذا أوصى إليه في نوع ، يصير وصيا في الأنواع كلها .

وإذا اقتسم الوصيان المال وأخذ أحدهما نصيب بعض الورثة ، وأخذ الآخر نصيب بعض الورثة ، لا يجوز .

أما عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - : فلائهما لوصي واحد ، حتى لا ينفرد أحدهما إلا في أشياء معدودة ، فهذه قسمة بين واحد .

وأما عند أبي يوسف - رحمه الله - : فإن كل واحد منهما مثل الآخر ، فتصير مقاسمة أحدهما صاحبه كمقاسمة نفسه ، وذلك لا يجوز .

وإن غاب أحدهما فقاوم الآخر الورثة ، لا يجوز عندهما ، خلافاً لأبي يوسف . ولا تجوز القسمة على المبرشم والمغمى عليه والزمنى ويعتق إلا برضاه أو بوكالته في حال صحته وإفاقته ؛ وهذا ؛ لأن العارض على شرف الزوال فكان ملحقاً بالعدم ، إلا أنه موجود حقيقة ، فما ثبت للغير عليه من الولاية الثابتة الوكالة حالة الصحة لا يزول ، ما لم يكن ثابتاً للغير عليه من الولاية لا يثبت .

الفصل الثامن

في دعوى الغلط في القسمة

يجب أن يعلم بأن دعوى الغلط في القسمة نوعان:

دعوى الغلط في التقويم.

ودعوى الغلط في مقدار أداء الواجب بالقسمة.

فأما دعوى الغلط في التقويم فهو نوعان: نوع يصح.

ونوع لا يصح.

والذي لا يصح: أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم، يعني: يشير بأن كان ما يدعي من الغلط يدخل تحت تقويم المقومين، فهذا الدعوى لا يصح، ولو أقام البينة عليه لا تسمع بيته، حصلت القسمة بقضاء القاضي أو بتراضيهما، لوجهين:

أحدهما: أن الإحراز عن مثل هذا الغلط غير ممكن.

والثاني: أنه يؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه يمكنه أن يدعي مثل ذلك في القسمة

الثانية والثالثة.

والذي يصح: أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن فاحش، إن كان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين، فإنه صحيح، وإن حصلت القسمة بقضاء القاضي؛ لأننا لو سمعنا هذا الدعوى ونقضنا هذه القسمة لا يؤدي إلى ما لا يتناهى؛ لأنه لا يقع مثل هذا الغبن في القسمة الثانية والثالثة؛ لأنه لا يتصور التقويم في المرة الثانية على وجه لا يتحقق؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، أما البيع من غير المالك ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي.

ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة،

والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القسمة، فإذا ظهر في القسمة غبن

فاحش لما^(١) هو شرط جواز القسمة فات يجب نقضها، فكان الدعوى مفيداً من هذا الوجه.

والصدر الشهيد - رحمه الله - كان يأخذ بالقول الأول.

وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني.

وذكر القاضي الإمام الأسيبجي في شرح أدب القاضي: أن دعوى الغلط بعد القسمة غير صحيح إذا كانت القسمة بالتراضي.

وبعض المشايخ قالوا: تسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي.

وذكر في شرح الأسيبجي دققة في هذا الفصل، فقال: وهذا كله إذا لم يقر كل واحد منهما بالاستيفاء، فأما إذا أقر بذلك، لا تسمع دعوى الغلط والغبن من كل واحد منهما بعد ذلك، إنما تسمع دعوى الغصب.

وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان:

نوع يوجب التحالف.

ونوع لا يوجب التحالف.

أن يدعي أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيًا الغصب بدعوى الغلط، كمائة شاة بين رجلين اقتسما، ثم قال أحدهما لصاحبه: قد قضيت شيئًا غلطا، وإنما اقتسما على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون، ولم يقر لواحد منهما بينة، فهذا صورة دعوى الغلط في القسمة من غير دعوى الغصب؛ وهذا؛ لأن غصب أحد المتعاقدين المعقود عليه من العاقد لا يتصور قبل قبض العاقد الآخر إياه منه، فإن البائع إذا منع المبيع من المشتري بعد نقد الثمن، لا يصير غاصبًا، حتى لو هلك وإنما يهلك بالثمن كما قبل المبيع، وإنما وجب التحالف؛ لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان المعقود عليه قائمًا، فكذا في

(١) في ح: فما.

القسمة يتحالفان إذا كان المقسوم قائما بعينه، وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق.

وأما إذا سبق، لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب. والذي لا يوجب التحالف: أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيًا الغصب بدعوى الغلط، بأن قال في مسألة الشاة: قسمنا بالسوية وأخذنا ثم أخذت خمسة من نصيبي غلطًا، وقال الآخر: ما أخذت شيئًا من نصيبك غلطًا ولكن قسمنا على أن يكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون، ولا بينة لواحد منهما، فإنهما لا يتحالفان، ويجعل القول قول المدعى عليه الغلط، وإن اختلفا في الحاصل في مقدار الواجب بالقسمة كما في المسألة الأولى وأنه يوجب التحالف؛ وذلك؛ لأن بهذا الاختيار، إن كان يجب التحالف فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس، فإذا وجب من وجه دون وجه، ولا يجب؛ لأنهما تصادقا على تمام القسمة وصحتها، وأحد الاعتبارين يوجب الفسخ بالتحالف، والآخر يمنع فلا يفسخ بالشك.

إذا اقتسم القوم أرضًا ودارًا بينهم وقبض كل واحد منهم حقه من ذلك، ثم ادعى أحدهما الغلط فإن أبا حنيفة - رحمه الله - قال في ذلك: لا تعاد القسمة حتى يقيم البينة على ما ادعى، فإذا أقام البينة أعيدت القسمة فيما بينهم حتى يستوفي كل ذي حق حقه، ودعوى الغلط بعد القبض دعوى الغصب، وفي دعوى الغصب يقضي للمدعي لما قامت البينة عليه ولا تعاد القسمة.

والجواب على هذا أن يقال: إن محمدًا - رحمه الله - أذكر إعادة القسمة عند إقامة المدعي البينة على دعوى الغلط، ولم يبين كيفية الدعوى، فيحمل دعواه على وجه يجب إعادة القسمة عند إقامة البينة.

وبيان ذلك الوجه: أن يقول مدعي الغلط لصاحبه: قسمنا الدار بيننا بالسوية على

أن يكون^(١) لي ألف ذراع ولك ألف ذراع وقبضنا ثم إنك أخذت مائة ذراع من نصيبي من مكان بعينه غلطا، ويقول الآخر: لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ومائة ذراع ولك تسعمائة ذراع، فشهد الشهود أن القسمة كانت بالسوية ولم يشهدوا أن هذا أخذ مائة ذراع من مكان بعينه من نصيب المدعي فثبت بهذه البينة أن القسمة كانت بالسوية، وفي يد أحدهما زيادة ولا يدري أن حق المدعي في أي جانب، فتجب الإعادة ليستويا وتكون هذه الشهادة مسموعة، وإن لم يشهدوا بالغصب؛ لأن يدعي الغلط في هذا الوجه يدعي شين القسمة بالسوية، وإن لم يكن للمدعي بينة على ما ادعى، حلف المدعي قبله الغلط، ولا يتحالفان؛ لأن المدعي بدعوى الغلط هاهنا ادعى الغصب، والتحالف لا يجري في مثل هذا، فإن حلف المدعي قبله الغلط، ولا يتحالفان؛ لأن المدعي بدعوى الغلط هاهنا ادعى الغصب، والتحالف لا يجري في مثل هذا، فإن حلف المدعي قبله الغلط لم يثبت الغلط والقسمة باقية على حالها، وإن نكل ثبت الغلط فتعاد القسمة كما في فصل البينة.

قال: وكذلك كل قسمة في غنم أو إبل أو بقر أو ثياب أو شيء من المكيل والموزون ادعى فيه أحدهم غلطا بعد القسمة والقبض فهو على مثل ذلك، ولم يرد بهذه البينة من جميع هذه المسائل وبين المسألة الأولى في جميع الأحكام، وإنما أراد بها التسوية في حق بعض الأحكام وهو ألا تعاد القسمة بمجرد الدعوى.

ألا ترى أن في المكيل والموزون إذا أقام مدعي الغلط البينة على ما ادعى لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما، وفي البقر والغنم والثياب والأشياء التي تتفاوت يجب إعادة القسمة كما في مسألة الدور؛ وهذا؛ لأن قسمة الباقي على حقهما في الغنم وأشباهه يوجب زيادة ضرر بالمدعي عسى بجواز أن يكون ما أخذ من نصيبه غلطا كله جيادا وفي قسمة الباقي لا يعود إليه الجياد فتعاد القسمة نفا للضرر عن المدعي؛ لأننا لو قسمنا الباقي على قدر حقهما ربما يقع له بالقسمة الثانية

(١) في ح: يكونا.

مائة ذراع في جانب لا يتصل بنصيبه وكان في أصل القسمة متصلاً بنصيبه فيجب إعادته نفياً للضرر عن المدعي، أما في المكيل والموزون متى قسمنا الباقي على قدر حقها ولم يجب إعادة ثانيا لهذا.

وإذا اقتسم رجلان عشرة أثواب فأخذ أحدهما أربعة والآخر ستة فادعى أخذ الأربعة ثوبا بعينه من الستة أنه أصابه في قسمه وأقام على ذلك بينة، فإنه يقضي له بذلك، سواء أقر بقبض ما ادعى من الزيادة أو لم يقر.

وإن لم تقم له بينة، ذكر في الكتاب: أن صاحبه أخذ ذلك منه غلطاً فيكون مدعي الغصب على صاحبه، وفي مثل هذا لا يجب التحالف، فإن ادعى أخذ ثوبا بعينه من الستة أنه أصابه في قسمه وأقام على ذلك بينة وأقام الآخر البينة أنه أصابه في قسمه قضي ببينة صاحب الأربعة؛ لأنه خارج فيه، بخلاف الشهادة على الاستيفاء.

والفرق: أن الإشهاد على القسمة لا يتضمن إقرارا لقبض جميع الحق لمباشرة القسمة، بخلاف الإقرار بالاستيفاء، إقرار بقبض جميع الحق فيصير مناقضاً بعد ذلك أن ينقض بعض حقه.

في المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : دار بين رجلين قسمها القاضي بينهما، فقال أحدهما لصاحبه: الذي في يدي هو الذي أصابك والذي في يدك لي، وقال الآخر: والذي في يدي هو الذي أصابني، فلكل واحد منهما ما في يده ولا يصدق على صاحبه.

وفيه أيضاً: قاسم قسم داراً بين اثنين وأعطى أحدهما أكثر من حقه وبنى أحدهما في نصيبه، قال: يستقيل القسمة فمن وقع بناؤه في غيره رفع بعضه، ولا يرجعون على القاسم بقيمة البناء، ولكن يرجعون بالآخر الذي أخذ منهم.

وفي أدب القاضي للخصاف: إذا ادعى أحدهما القيمة وأنكر الآخر، يتحالفان.

الفصل التاسع

في المهياة

يجب أن يعلم أن المهياة^(١) قسمة المنافع وأنها جائزة في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، واجبة إذا طلبها بعض الشركاء، ولم يطلب الشريك الآخر قيمة الأصل، وأنها قد تكون بالزمان، وقد تكون بالمكان.

وتكلم العلماء في كيفية جوازها، بعضهم قالوا: إن جرت المهياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي يعتبر إقراراً من وجه مبادلة من وجه، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهياة.

وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل، أجبر الآخر عليها. وإن جرت في الجنس المختلف كالدور والعييد تعتبر مبادلة من كل وجه، حتى لا تجوز من غير رضاهما، وهذا لما ذكرنا: أن المهياة قسمة المنافع، وتعتبر بقسمة الأعيان، وقسمة الأعيان تعتبر مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، واعتبر مبادلة من وجه إقراراً من وجه في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً كالثياب، حتى لا ينفرد أحدهما بهذه القسمة؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال، ولكن إذا طلب أحدهما أجبر الآخر عليه؛ لأن التفاوت يسير، وكذا في قسمة المنافع.

وبعضهم قالوا: بأن المهياة في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً يعتبر إقراراً من وجه عارية من وجه كان ما يستوفيه كل واحد منهما بعضه نصيبه وبعضه نصيب صاحبه عارية له من صاحبه، ولا يعتبر مبادلة بوجه ما.

حجية هذا القائل: أن المهياة جائزة في الجنس الواحد، ولو كان مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد؛ لأنه حينئذ تكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا

(١) المهياة لغة: مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيب للشيء، وتهيات للشيء: أخذت له أهبتة وتفرغت له، وهيأته للأمر: أعدته فتهياً، وتهياً القوم تهايؤوا من الهيئة: جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد: النوبة. ينظر: المصباح المنير، ص (٦٤٥).

النسيئة؛ ولأن لكل واحد منهما نقض المهياة بعذر وبغير عذر، ولو كانت مبادلة من وجه كما جازت من غير ذكر بيان المدة.

والأول أصح؛ لأن العارية ما تكون بغير عوض وهذا بعوض؛ لأن كل واحد منهما ما يترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في يومه، صاحبه إنما يترك بشرط أن يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته، وإنما لم يحرم النساء؛ لأن القياس ألا يحرم النساء بأحد وصفي عليه الربا؛ لأن الدين مع الغير يستويان في العدد، إلا أن المعنى فضلاً من حيث الجودة؛ لأن العين أفضل من الدين وأجود منه، إلا أن الفضل من حيث الجودة يحرم عند وجود وصفي عليه الدين، وهو القدر مع الجنس، فلأن يحرم عند وجود أحد وصفي علة الربا، أولى، إلا أنا أبقينا هذه الحرمة عند وجود أحد وصفي علة ربا الفضل وهو القدر أو الجنس بالنص، بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو البيع، والمهياة إقرار من وجه، ومبادلة من وجه، فيعمل فيهما بقضية القياس.

وقوله: بأن لكل واحد منهما نقض المهياة بعذر وبغير عذر، سنين الوجه فيه بعد ذلك إن شاء الله تعالى.

وقوله: بأن المهياة تجوز من غير بيان المدة.

قلنا: جازت قسمة المنافع فتكون معتبرة بقسمة العين ثم قسمة العين جائزة من غير بيان المدة، وكذا قسمة المنفعة.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : دار بين رجلين تهاياً على أن يسكن هذا منزلاً معلوماً وهذا منزلاً معلوماً، وعلى أن يؤاجر كل واحد منهما منزله ويأكل عليه، فهو جائز، كذا ذكر في بعض الروايات.

وذكر في بعض الروايات: وعلى أن يؤاجر كل واحد منهما.

فعلى الرواية الأولى: هذه مهياة في السكنى والاستغلال جميعاً من حيث المكان وبيان أنهما إذا تهاياً في السكنى ولم يشترط الإجارة، أن كل واحد منهما لا يملك

إجارة منزله إذا ملك كل واحد منهما ذلك لم يكن لاشتراط الإجارة مع السكنى معنى .

وإلى هذا ذهب أبو علي الشاشي^(١) .

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يقول: ظاهر هذا المذهب أن كل واحد منهما يملك إجارة منزله، وإن لم يشترط الإجارة .
وعلى الرواية الثانية: تكون هذا مهياة، إما في السكنى أو في الاستغلال من حيث المكان .

وبيان المهياة في الاستغلال يجوز حالة الانفراد مقصودًا كما تجوز بيعًا للمهياة في السكنى، وإنما ملك كل واحد منهما إجارة منزله من غير الشرط في ظاهر المذهب، على ما ذكره شمس الأئمة؛ لأن المهياة قسمة المنفعة، فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقًا باعتبار قدر ملكه؛ لأن المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة قسمة المكيل والموزون، وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة لا من جهة غيره، شرط ذلك له أو لم يشترط، ولهما أن يقتسما العين ويبطلا المهياة إذا بدا لهما أو لأحدهما؛ لأن الأصل فيما هو المقصود من تميز الملك قسمة العين، والمهياة خلف عنه .

ألا ترى أن في الابتداء: لو طلب أحدهما قسمة العين وطلب الآخر من القاضي المهياة، فالقاضي لا يهاجئ بينهما، فكذا في الانتهاء: إذا طلب أحدهما قسمة العين لا تستدام المهياة .

وذكر محمد - رحمه الله - في باب المهياة في الحيوان: ولكل واحد منهما

(١) هو: أحمد بن محمد بن إسحاق أبو علي الشاشي، الفقيه سكن بغداد، ودرس بها، تفقه على أبي الحسن الكرخي قاله الخطيب في تاريخه، وقال الصيمري: صار التدريس بعد أبي الحسن الكرخي إلى أصحابه منهم: أبو علي الشاشي، وكان أبو علي شيخ الجماعة، توفي أبو علي سنة أربع وأربعين وثلاثمائة .

ينظر: تاريخ بغداد (٦/ ٦٠)، طبقات الفقهاء، ص (١٤٣)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (١/ ٩٩) .

نقض المهياة بعذر وبغير عذر.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : هذا هو ظاهر الرواية .

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : إنما يكون لأحدهما نقض المهياة إذا قال : أريد بيع نصيبي من الدار، وقال : أريد أن أقسم العين حتى يتميز نصيب كل واحد منا، فأما إذا قال : افسخ المهياة لتعود المنافع مشتركة بيننا كما كانت، فالقاضي لا يجيبه إلى ذلك .

وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أنه ليس لكل واحد منهما نقض المهياة من غير رضا صاحبه إلا عند إرادة القسمة .
فكأن شمس الأئمة الحلواني مال إلى هذه الرواية .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وإنما يكون لأحدهما النقض بعذر وبغير عذر على ظاهر الرواية، إذا حصلت المهياة بين أنفسهما، فأما إذا حصلت بحكم القاضي لا تنقض بنقض أحدهما؛ لأننا لو نقضناها بنقض أحدهما احتجنا إلى إعادة مثلها ثانياً، وإذا حصلت بتراضيهما، لو نقضناها لا يحتاج إلى إعادة مثلها ثانياً، وإنما يحتاج إلى ما هو أعدل من هذه القسمة، وهي القسمة بقضاء القاضي .
وليس لواحد منهما أن يحدث في منزله بناء أو سمة أو يفتح باباً؛ لأن العين بعد المهياة باق على التركة .

وكذلك لو تهاياً على أن يكون السفلى في يد أحدهما، والعلو في يد الآخر، فهو جائز على ما بينا . هذا إذا تهايتا في دار واحدة من حيث المكان .

وأما إذا تهايتا فيها من حيث الزمان، ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الصلح : أنه يجوز، سواء تهايتا في السكنى أو في الاستغلال أو فيهما .

وذكر محمد - رحمه الله - في الروايات : أنه لا يجوز زماناً ويجوز مكاناً .
بعض مشايخنا قالوا : إنما اختلفت الجواب لاختلاف الموضوع، وضع المسألة في كتاب الصلح : أنهما فعلاً بتراضيهما، وموضوع ما ذكر في كتاب الرقيات : أن

أحدهما طلب المهैयाة من القاضي زماناً، وأبى الآخر، فالقاضي لا يجبره عليها.
من المشايخ من قال: على رواية الرقيات: وإن فعلا ذلك بأنفسهما وتراضيا، لا
يجوز، فصار في المسألة روايتان.

وأما في الدارين إذا تهايتا على أن يسكن أحدهما هذه الدار، والآخر الدار
الأخرى، ويؤاجر كل واحد منهما ما في يده، فهذه القسمة جائزة سواء كانا في مصر
واحد أو مصرين؛ لأن قسمة العين على هذا الوجه بالتراضي جائزة.
وكذا قسمة المنفعة.

ولو طلب أحدهما المهैयाة من القاضي بهذه الصفة وأبى الآخر، فالقاضي لا يجبر
الآبى عليها عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - هكذا ذكر الخصاص - رحمه الله - في
كتابه.

وإليه مال شيخ الإسلام؛ لأن قسمة الجبر لا تجري في الدور بهذه الصفة عند أبي
حنيفة - رحمه الله - وكذا المهैयाة.

وذكر شمس الأئمة الحلواني وشمس الأئمة السرخسي - رحمهما الله -: أن
القاضي يجبر الآبى على هذه القسمة عند أبي حنيفة أيضاً، بخلاف قسمة العين على
قوله.

والفرق: أن القسمة في المهैयाة تلاقي المنفعة دون العين، ومنفعة السكنى
تفاوت، ولا تفاوت إلا يسيراً فكان المهैयाة إقراراً لا مبادلة، فجاز أن يجري الجبر
عليهما، بخلاف قسمة العين؛ لأن القسمة هناك تلاقي المالية، والدور في المالية
تختلف، فكانت القسمة مبادلة، فلا يجري الجبر عليهما.

فإن أغلت إحدى الدارين ولم تغل الدار الأخرى، فليس للذي لم تغل داره أن
يشارك الآخر في غلة داره؛ لأن الذي أغلت داره إنما أجر لنفسه بإذن شريكه، ولو
أجرها لنفسه بغير إذن شريكه كانت الغلة له، فكذا إذا أجرها بإذن شريكه، وتكون
الغلة طيباً له؛ لأن الإجارة حصلت بإذن الشريك.

وفي الدار الواحدة إذا تهايتا على الاستغلال زماناً، فأغلت في نوبة أحدهما أكثر، فالزيادة والفضل بينهما.

والفرق: أن معنى الإقرار والقسمة في الدارين أرجح، على معنى أن كل واحد منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليها صاحبه، فما يستوفيه كل واحد منهما عوض عن قديم ملكه استوجه بعقده فيسلم له، وفي الدار الواحدة إذا تهايتا في الاستغلال زماناً، فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها، وذلك لا يكون قضية القسمة، فيجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، فما يقبضه كل واحد منهما يجعل عوضاً عما يقبض صاحبه من عوض نصيبه، والمعوضة تقتضي المساواة، فبعد التفاضل ثبت التراجع فيما بينهما ليستويا.

وإذا أجر كل واحد منهما الدار التي في يديه، فأراد أحدهما أن ينقض المهياة صيانة لحق المستأجر.

والمهياة في النخل والشجر على أكل الغلة باطلة؛ لأن غلة النخل والشجر تبقى بعد الحدوث، وإنما جوزت المهياة فيما لا يتأتى فيه القسمة بعد الوجود، أو ما يكون عوضاً عنه كغلة الدار ونحوه، ولهذا لا تجوز المهياة في الغنم على الأولاد والألبان والأصواف؛ لأنه تتأتى فيها القسمة بعد الوجود حقيقة.

وإذا تهايتا في استخدام عبيد على أن يستخدم العبد هذا شهراً، ويستخدم هذا العبد الآخر هذا شهراً، فهو جائز، وأما في حق العبد الواحد؛ فلأن هذه قسمة يوجبها الحكم؛ ألا ترى أنه لو طلب أحدهما المهياة على هذا الوجه وأبى الآخر، يجبر الأبى عليها، ويجوز بتراضيهما لم يوجبها الحكم، فلأن يجوز ما يوجبها الحكم أولى.

ولأن التفاوت بين النصيبين إنما يمكن من وجه واحد من حيث إن نصيب أحدهما نقد ونصيب الآخر نسيئة، لكن لم يتمكن التفاوت في مقدار الخدمة؛ لأن البادئ

منهما إنما يستخدم العبد في نوبته بحكم الملك فلا يبالي في الاستخدام على وجه يضعفه؛ لأنه لا يضر بالعبد المشترك، فالخدمة في الشهر الأول لا تضعفه عن الخدمة في الشهر الثاني، فإذا كان التفاوت من وجه واحد كان يسيرا فلا يمتنع اعتبار معنى الإقرار، فكان إقراراً من وجه ومبادلة من وجه، فلا يحرم النساء بسبب الجنس، وهذا بخلاف ما لو وقع التهاؤ في العبد الواحد على الاستغلال، تهاؤاً على أن يؤاجر هذا شهراً ويأكل غلته، ويؤاجر هذا شهراً ويأكل غلته، حيث لا يجوز، فلا خلاف؛ لأن التفاوت بين النصيين هناك ممكن من وجهين، من حيث النقد والنسيئة ومن حيث مقدار الغلة؛ لأن البادئ من المستأجرين يستخدم العبد بحكم الإجارة فبالغ في الاستخدام فيضعف فلا يستأجره المستأجر الثاني وقد ضعف بمثل ما استأجره الأول.

وإذا وقع التفاوت من وجهين كان فاحشاً، ومتى فحش التفاوت لا تصير القسمة إقراراً، بل تعتبر مبادلة من كل وجه، كما في قسمة العين في الجنس المختلف إذا فحش.

وإذا اعتبر مبادلة من كل وجه، كان مبادلة منفعة من جنسها وأحدهما نسيئة فيكون ربا فلا يجوز وإن تراضيا عليه.

فأما في العين فإنما جاز التهاؤ على الاستخدام؛ لأن قسمة العين على هذا بتراضيهما جائزة عند الكل، وإن كانت لا تجوز من غير تراض عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فكذا قسمة المنفعة على هذا الوجه؛ لأن العبدین إذا استويا في النظر والمنظر لا يتفاوتان في الخدمة إلا يسيرا فلا يمنع ذلك اعتبار معنى الإقرار فتكون المهياة في حد منهما إقراراً من وجه فلا يحرم النساء بسبب الجنس لما بينا أن حرمة النساء بسبب الجنس تختص بالمبادلات من كل وجه.

ولو تهاؤ في العبدین على الاستغلال، ثم تهاؤ على أن يؤاجر هذا هذا العبد شهراً، ويؤاجر هذا هذا الآخر شهراً ويأكل غلته، لم يجز في قول أبي حنيفة، وجاز

في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

هما يقولان: العبدان استويا في النظر والمنظر والخدمة لا يتفاوتان في الغلة إلا سيرا، فلا يمنع ذلك وقوع الإقرار، والتقريب ما ذكرنا في فصل الاستخدام. ولأبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن التفاوت في العبدان في الاستغلال تفاوت فاحش، فأما أن عبيد يستويان في النظر والمنظر ويستأجر أحدهما بأكثر مما يستأجر الآخر لزيادة حذاقته في أحدهما فتعتبر المهياة فيهما مبادلة من كل وجه فيحرم النساء بسبب الجنس وإن تراضيا عليه.

بخلاف ما لو تراضيا على قسمة العين على هذا، بحيث يجوز وإن كانت مبادلة على استغلالها مع فحش التفاوت عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ؛ لأن التفاوت ثمة باعتبار معنى الدار تصرفا، فأما باعتبار الأرض، فالتفاوت يسير بين الأرض والأرض، ولهذا كان قسمة الأرضين إقرارا من وجه ومبادلة من وجه، فيمكن اعتبار معنى الإقرار في هذه المهياة باعتبار معنى الإقرار لا تثبت حرمة النساء بسبب الجنس، وأما ليس في العبد سببان يكون التفاوت باعتبار أحدهما فاحشا، فتعتبر المهياة فيه مبادلة من كل وجه.

وفي المنتقى: جاريتين بين رجلين لهما لبن تهايتا على أن ترضع هذه ابن هذا ستين، وترضع هذه ابن هذا ستين، كان جائزا، ولا يشبه هذا لبن البقر والإبل والغنم.

علل وقال: ؛ لأن ألبان بني آدم لا قيمة لها، وألبان هذه الأشياء لها قيمة. وإذا تهايتا الدابتين ركوبا واستغلالا، تهايتا على أن يؤاجر هذا هذه الدابة شهرا، وهذا هذه الدابة الأخرى شهرا، فهذا جائز في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز.

والكلام في التهايو في استغلال الدار نظير الكلام في التهايو في استغلال العبدان، وقد مر هذا.

بقي الكلام في الركوب: فوجه قول أبي حنيفة - رحمه الله - : أن التفاوت في الركوب تفاوت فاحش، ولهذا لو استأجر دابة للركوب ولم يبين الراكب، لا يجوز. فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه فيتمكن الربا؛ لأنه مقابل منفعة بمنفعة من جنسها. ولهما: أن التفاوت من وجه واحد وهو الركوب لا من حيث النقد والنسيئة، فكان يسيرًا، فتعتبر المهايأة إقرارًا من وجه فلا يتمكن الربا، وأما في الدابة الواحدة، لا يجوز التهايوء استغلالًا بلا خلاف.

وهل يجوز التهايوء ركوبًا؟

لا شك أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يجوز.

وأما على قولهما: ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : لا يجوز؛ لأن التفاوت يتمكن من وجهين، فتعتبر المهايأة مبادلة من كل وجه.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنه يجوز.

وإذا تهايئا مملوكين استخدامًا فمات أحدهما أو أبق، انتقضت المهايأة؛ لأن كل واحد منهما إنما رضي سلامة الخدمة للآخر بشرط أن يسلم الخدمة الذي في يديه، ولم يسلم.

ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة، نقص من الشهر الآخر ثلاثة أيام، بخلاف ما إذا استخدمه الشهر كله وزيادة ثلاثة أيام، فإنه لا يراد للآخر ثلاثة أيام؛ لأننا لو رددناها كان بحكم الإتلاف لا بحكم العقد؛ لأن المهايأة لم تتناول ما زاد على الشهر، والمنافع لا تضمن بالإتلاف من غير عقد.

فأما إذا نقصت ثلاثة أيام، فلو نقصناها نقصناها بحكم العقد؛ لأنه فات بعض المعقود عليه قبل القبض في مدة العقد فلا يسلم للآخر ما يبرئه من البدل بحكم العقد.

ولو أبق أحدهما الشهر كله واستخدم الآخر الشهر كله، فلا ضمان ولا أجر، وكان يجب أن يضمن نصف أجر المثل؛ لأن المهايأة مبادلة من وجه، والمبادلة من

كل وجه لا تنفسخ بهلاك أحد العوضين قبل القبض، بل تفسد. ولهذا قالوا: من استأجر دارًا بعبد وقبض الدار ولم يسلم العبد حتى هلك العبد ثم سكن الدار، كان عليه أجر المثل؛ لأن بهلاك العبد فسد العقد ولم يفسخ فصار مستوفيًا سكنى الدار بحكم عقد فاسد.

والجواب: المهياة مبادلة من وجه وإقرار من وجه، فباعتبار المبادلة إن كان تتقوم المنافع فباعتبار الإقرار لا تتقوم فلا تتقوم بالشك. ولو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم، فلا ضمان؛ لأنه عطب من عمل مأذون فيه.

وكذلك المنزل، ولو انهدم من سكنى من شرط له، فلا ضمان، لما قلنا. وكذلك لو احترق المنزل من نار أوقدها فيه، فلا ضمان؛ لأن هذا من جملة السكنى.

ألا ترى أن المستأجر والمستعير يملكان ذلك، والسكنى مأذون فيه، وكذلك لو توضع فزلق رجل بوضوئه أو وقع فيه شيء فمر به إنسان، فلا ضمان. ولو بنى فيها أو حفر بئرًا فيها، ضمن بقدر ما كان ملك صاحبه حتى أنه إن كان ملك صاحبه الثلث عند أبي حنيفة.

وعندهما: ضمن النصف على كل حال، فقد جعله جانيا بالحفر وبانيا في نصيب صاحبه وإن كان مأذونًا بالسكنى فيه.

من أصحابنا من قال: هذا الجواب غلط في البناء؛ لأن البناء ليس إلا وضع الآجر والطين واللبن بعضه على بعض، ولو وضع جميع ذلك في الدار لا على وجه البناء، لم يضمن، كذا هاهنا.

قال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : فإن كان ما قال هؤلاء حقًا، يجب أن يكون الجواب في المستأجر هكذا: إذا بنى فيها وعطب بها إنسان، لا يضمن، كما لو وضع فيها شيئًا.

وقال - رحمه الله - : والرواية بخلاف قولهم ، والرواية هاهنا تكون رواية في فصل الإجارة ، وأنه يكون مضموناً عليه .

أمة بين رجلين خاف كل واحد منهما صاحبه عليها ، فقال أحدهما : تكون عندك يوماً وعندني يوماً ، وقال الآخر : لا بل نضعها على يدي عدل .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع ، نحو العتق في الجواري ، والطلاق في النساء ، في فصول الشهادة وغير ذلك إلا في هذا الموضوع ، فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه .

وهو نظير ما لو أخبر القاضي أن فلاناً يأتي جواريه في غير المأتمى ، ويستعملهن في الغناء ، ويطأ زوجته في حالة الحيض ، وأتمته من غير استبراء ، لا يكون للقاضي عليه سبيل لحشمة ملكه ، كذا هاهنا .

وإن تشاحا في البداية ، القاضي يبدأ بأيهما شاء ، وإن شاء أقرع .

قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : ينبغي أن يقرع بينهما تطيباً .

وإليه مال شمس الأئمة الحلواني .

عبد وأمة بين رجلين تهايتا فيهما على أن تخدم الأمة أحدهما ، ويخدم العبد الآخر ، على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ، فاعلم أن هاهنا ثلاث مسائل : في كل مسألة قياس واستحسان :

إحداها : أنهما إذا سكتا عن ذكر الطعام ، والقياس : يجب طعام العبد والأمة عليهما نصفين ، وفي الاستحسان : يجب على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ، وفي السكوت إن سكتا عن ذكرها يجب كسوة العبد والأمة عليهما نصفين قياساً واستحساناً .

والثانية : إذا شرط في المهايأة أن يكون على كل واحد منهما طعام الخادم الذي شرط له في المهايأة ولم يقدر الطعام ، والقياس : ألا يجوز ، وفي الاستحسان : يجوز ، وفي الكسوة إذا لم يبين المقدار ، لم يجز قياساً واستحساناً .

والثالثة: إذا بينا مقدار الطعام، فالقياس: ألا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، وكذلك في الكسوة إذا شرطاً شيئاً معلوماً، لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً. والمهياة في رحي الدواب جائزة عندنا، وكذلك لو تهايتا على أن يستأجراها أجيراً، جازت المهياة في دار وحمام. والمهياة في دار ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة، ويستخدم هذا المملوك سنة، جائزة، وعلى الغلة باطلة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما.



الفصل العاشر

في المتفرقات

وإذا كان بين رجلين المكيل والموزون في يد أحدهما، فاقتسماه، والذي ليس في يديه لم يقبض نصيبه حتى هلك نصيبه، والذي هلك يهلك عليهما، والذي بقي فهو بينهما.

والأصل في هذه المسألة وأجناسها: أن في قسمة المكيل والموزون، إذا هلك نصيب أحدهما قبل القبض، تنتقض القسمة، ويعود الأمر إلى ما كان قبل القسمة؛ وهذا؛ لأن هذا القسمة مبادلة من وجه، وإن كان إقرارًا من وجه، فإن كل واحد من الشريكين ما أخذ أخذ نصيبه بحكم قديم ملكه، وأخذ نصفه من نصيب صاحبه عوضًا عما ترك على صاحبه من نصيبه، فباعترار المبادلة: إذا هلك أحد النصيبين قبل القبض تنتقض القسمة ولا ينقطع حق من هلك نصيبه مما قبضه صاحبه، كما في البيع، وباعتبار الإقرار: لا تنتقض القسمة حق من هلك نصيبه مما قبضه صاحبه، فلا ينقطع حقه بالشك والاحتمال، ولو كان الهالك نصيب من كان المكيل والموزون في يده نصيب الآخر، لا تنتقض القسمة؛ لأنه إذا هلك المقبوض لا يوجب انتقاض القسمة، وانتقاض هذه القسمة في الفصل الأول باعتبار المبادلة.

والدليل على أن هلاك المقبوض لا يوجب انتقاض المعادلة، على ما قالوا فيمن اشترى عبداً بجارية، وقبض العبد ولم يسلم الجارية حتى هلك العبد، لا تنتقض المبادلة، ويؤمر مشتري العبد بتسليم الجارية ويتم البيع، وكذا هاهنا يؤمر صاحب اليد بتسليم نصيب صاحبه إليه^(١).

وعن هذا الأصل قلنا: إن الدهقان إذا قال للأكار: أقسم الغلة واعزل نصيبي من نصيبك، ففعل، ثم يملك نصيب أحدهما قبل قبض الدهقان نصيبه، إن هلك نصيب الدهقان هلك قبل قبضه بأن هلك نصيب الأكار، لا تنتقض القسمة؛ لأنه هلك

(١) زاد في ح: الربح.

نصيبه بعد القبض، فإن الغلة كلها في يد الأكار، فعلى هذا الأصل تخرج جنس هذه المسائل.

وقال الحاكم عبد الرحمن - رحمه الله - في مسألة الدهقان مع الأكار: إذا حمل الأكار نصيب الدهقان فلما رجع، إذا هلك ما أفرزه لنفسه، قال: الهلاك عليهما، فلو حمل نصيبه إلى بيته أولاً، فلما رجع، إذا هلك ما أفرزه الدهقان، فالهلاك على الدهقان.

المكيل والموزون إذا كان بين حاضر وغائب، أو بين صبي وبالغ، فأخذ الحاضر والبالغ نصيبه، وإنما تنفذ قسمته من غير خصم لشرط سلامة نصيب الغائب والصغير، حتى لو هلك ما بقي قبل أن يصل إلى الغائب كان الهلاك عليهما، حكي ذلك عن كتاب القسمة.

إذا مات الرجل وترك ورثة وأوصى بثلث ماله للمساكين، وقسم القاضي وعزل الثلث للمساكين، والثلثين للورثة فلم يعط أحدا منهم شيئاً حتى ضاع الثلثان، كان ما ضاع عليهم جميعاً وتعاد القسمة.

وبمثله القاضي لو أعطى الثلث للمساكين وضاع الثلثان، والورثة غيب أو فيهم غياباً وصغاراً، فالثلثان نصفان من مال الفدية؛ لأن في الثاني: القسمة قد تمت، إذ القاضي نائب عن الورثة في قبض الثلثين، فكان الضياع على الورثة، وكذلك الفصل الأول.

المتقى: رجلان بينهما طعام، أمر أحدهما صاحبه بالقسمة ودفع إليه جوالقا، فقال: كل حصتي من الطعام فيه، فهو جائز، وهذا قبض.

وكذلك لو قال: أعزني جوالقك هذا وكل حصتي فيه.

وإن قال: أعزني جوالقا من عندك، ولم يقل: هذا، وكله فيه، ففعل، فهذا ليس

بقبض منه بحصته.

وعن عمرو بن أبي عمرو عن محمد - رحمهما الله - : فيمن اشترى من آخر

حنطة بعينها وقال للبائع: أعرني جوالقك هذا وكلها فيه، وذهب المشتري، وكالها البائع، فهو قبض. وإن لم يقل: هذا، فليس بقبض.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : أنه قال: وإن قال: هذا، وكالها^(١) البائع بغيبة المشتري، فهو ليس بقبض.

وفي القدوري: إن الجوالق إذا كان معيناً، بأن قال: هذا، ففعل البائع ذلك، فهو قبض عند أبي يوسف، وإن لم يكن معيناً، فإن كان المشتري حاضراً، فهو قبض، وإن كان غائباً، لم يكن قبضاً. ما ذكر هاهنا في القسمة يوافق رواية عمرو بن أبي عمرو عن محمد، ويوافق رواية القدوري عن أبي يوسف في البيع.

إذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم على فرائض الله تعالى وأفردوا نصيب كل واحد، ثم أرادوا أن يطلوا القسمة بالتراضي ويجعلوا الدور والأراضي مشتركة بينهم مشاعاً كما كانت، فلهم ذلك؛ لأن هذا نقض القسمة بالتراضي، فالقسمة في غير المكيل والموزون في معنى البيع، فكان نقض القسمة بمنزلة الإقالة، وإذا اتفقوا على ذلك كان لهم.

إذا وقع الشجر في نصيب أحدهما والأغصان متدلّية في نصيب الآخر، هل يجبره على القطع؟

متى لم يذكر في القسمة شيئاً، فيه روايتان:

روى ابن رستم عن محمد - رحمه الله - : أن له ذلك.

وابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : أنه ليس له ذلك، وبه نفتي.

ذكرها بأجناسها في أول كتاب القسمة.

إذا كان في التركة دار وحنوت، والورثة كلهم كبار فتراضوا على أن يدفعوا الدار والحنوت إلى واحد منهم عن جميع نصيبه من التركة، جاز؛ لأن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إنما لا يجمع نصيب واحد من الورثة في دار واحدة بطريق

(١) في ح: فكالها.

الجبر من القاضي، وأما عند التراضي فجائز.
 في قسمة شرح القدوري: ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة في دار
 واحدة بطريق الجبر من القاضي، فأما عند التراضي، فجائز.
 في قسمة شرح القدوري: ولو دفع أحد الورثة الدار إلى واحد من الورثة من غير
 رضی الباقيين عن جميع نصيبه من التركة، فإنه لا يجوز، يعني: لا ينفذ على الباقيين،
 ويكون موقوفاً على إجازتهم، وكان للباقيين أن يستردوا الدار إن أرادوا ويجعلوها في
 القسمة، وهذا ظاهر.

وإنما الإشكال في أن الدافع هل يأخذ نصيبه من الدار بعد استرداد الباقيين؟
 والجواب: أنه ليس له ذلك، ويجوز للقاضي أن يأخذ على القسمة أجزاً، ولكن
 المستحب ألا يأخذ؛ وهذا؛ لأن القسمة ليس بقضاء على الحقيقة حتى لا يعرض
 على القاضي مباشرتها بالقضاء، من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء حتى ملك
 القاضي جبر الأبوي ولم يملك الأجنبي ذلك، فمن قال: إنها ليست بقضاء، جاز أخذ
 الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء، يستحب ألا يأخذ الأجر عليها.

وفي المتقى: هشام عن محمد - رحمهما الله - : أرض بين رجلين بني
 أحدهما، فقال الآخر للثاني: ارفع بناءك عنها، تقسم الأرض بينهما، فما وقع من
 البناء في غيره يرفع.

وفيه أيضاً: عبدان بين رجلين، غاب أحد الرجلين، فجاء أجنبي إلى الشريك
 الحاضر وقال: قاسمني هذين العبدين على فلان الغائب فإنه يستجيز قسمتي،
 فقاسمه الحاضر، وأخذ الحاضر عبداً، وأخذ الأجنبي عبداً، ثم قدم الغائب وأجاز
 القسمة، ثم مات العبد في يدي الأجنبي، فالقسمة جائزة، وقبض الأجنبي جائز،
 ولا ضمان عليه فيه.

وإن مات قبل الإجازة بطلت القسمة، وللغائب نصف العبد الباقي، وهو بالخيار
 في تضمين حصته من العبد الميت، إن شاء ضمن الذي مات في يده، وإن شاء

ضمن شريكه، وأيهما ضمن لا يرجع بما ضمن على الآخر.
أرض بين شريكين، طلب أحدهما القسمة، وقدم شريكه إلى القاضي وطالب
شريكه، قال: قد بعت نصيبي، فأقام البينة على ذلك، لا تقبل بيته لدفع القسمة؛
لأنه يريد إبطال حق القسمة بإثبات فعل نفسه بالبينة وهو البيع من الغائب، فلا يقدر
على إثباته في قسمة فتاوى أبي الليث.



فهرس المحتويات

تتمة كتاب الإجازات

- ٣ الفصل العاشر في بيان ما يجب على المستأجر وما يجب على الآجر
- ٦ الفصل الحادي عشر فيما يكون الأجير مسلماً مع الفراغ منه
- ١٢ الفصل الثاني عشر فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر
- ٢٢ .. الفصل الثالث عشر في بيان الأعمال التي يمنع المستأجر منها والتي لا يمنع
- ٣١ الفصل الرابع عشر في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحي
- الفصل الخامس عشر في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذراً وما لا يصلح
- ٣٩
- الفصل السادس عشر فيما يكون فسخاً للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة
- ٦٦ بالفسخ
- ٧٢ الفصل السابع عشر في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهها
- ٨٢ الفصل الثامن عشر في الإجارة للخدمة
- ٩٦ الفصل التاسع عشر في إجارة الظئر
- ١١١ الفصل العشرون في الإجارة على أحد الشئيين
- ١٢٠ الفصل الحادي والعشرون في الجمع بين الوقت والعمل في عقد الإجارة
- الفصل الثاني والعشرون في الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر وفي الدعاوى
- ١٢٧ والخصومات وإقامة البيّنات
- ١٢٧ الاختلاف الواقع بين الآجر والمستأجر في البدل أو في المبدل
- ١٤٠ إذا استوفى عملاً من حمال أو خياط أو سواه ممن يأخذ أجراً، فيجب الآجر
- إذا دفع ثوباً لقصار أو خياط ليقصره بدرهم فقصره بدرهم، فأنكر
- ١٤٢ الدافع فالقول قول القصار

إذا استأجر بيتاً فباع فيه ثم خرج منه واختلفا على ما في البيت من رفوف	
فالقياص أن القول لرب الدار مع يمينه	١٤٥
إذا تكارى ثلاث دواب من بغداد إلى مدينة الري كانت الإجارة جائزة	١٥٥
إذا استأجر من رجل دابة إلى واسط أو إلى أي وجهة معلومة، فهو جائز ..	١٥٨
إذا وقع الخلاف بين المستأجر وصاحب الرحى	١٦٠
إذا ظهر أن المستأجر مغضوب ووقع الخلاف بين المالك وبين الأجر ..	١٦٢
الفصل الثالث والعشرون في إجارة الدواب	١٦٣
الفصل الرابع والعشرون في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير	
ذلك	١٦٨
إذا استأجر وخالف فيما شرط من الحمل على الدابة	١٦٨
إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدر معيناً فحمل أكثر، ، فيضمن من الدابة بقدر	
الزيادة	١٧١
إذا استأجر دابة ليركبها، فركب وحمل معه آخر وهلكت الدابة، فيضمن نصف	
قيمتها	١٧٤
وإذا استأجر حملاً فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله، فهو ضامن	١٧٧
إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة ، فجاوز بها إلى القادسية وعاد، فهلكت،	
فهو ضامن	١٨٠
في المتفرقات	١٩٢
الفصل الخامس والعشرون في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك	٢٠٦
في بيان الحد الفاصل بين الأجير الخاص والأجير المشارك	٢٠٦
في الحمال ومكاري الدابة والسفينة	٢١٣
في النساج والخياط	٢٢٢
في المسائل العائدة إلى الحمام	٢٢٤
في البقار والراعي والحارس	٢٢٧
من مسائل هذا النوع	٢٤٧
الرد في الأجير المشارك	٢٥٥
النخاس أجير مشترك	٢٥٦

- دفع إلى قصار ثوبًا، فلما سلمه القصار إليه قال له: ليس هذا ثوبي، فاقول
 قول القصار مع يمينه ٢٥٧
 إذا دفع غزلًا إلى نساج لينسجه، فجدد المدفوع إليه الغزل أو الثوب وحلف ٢٦٠

كتاب الشفعة

- ٣٣٣ الفصل الأول: في بيان وجوب الشفعة
 ٣٣٧ الفصل الثاني في بيان مراتب الشفعة
 ٣٥١ الفصل الثالث في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب
 ٣٦٣ الفصل الرابع في طلب الشفعة
 الفصل الخامس في استحقاق الشفيع كل المشتري بجوار بعضه، وفي استحقاق
 الشفيع بعض المشتري بجوار ما كان المشتري من جملته ٣٩٤
 الفصل السادس فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشتري وترك الباقي ٣٩٧
 الفصل السابع في الدار إذا بيعت وله شفعا ٤٠٢
 الفصل الثامن في إنكار المشتري جوار الشفيع ٤٠٥
 الفصل التاسع في تصرف المشتري في الدار المشفوعة قبل حضور الشفيع ... ٤٠٧
 الفصل العاشر في مسائل تسليم الشفعة ٤١٠
 الفصل الحادي عشر في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف
 الخبر ٤١٦
 الفصل الثاني عشر فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفيعته ٤٢٠
 الفصل الثالث عشر في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة ... ٤٢٦
 الفصل الرابع عشر في شفعة الصغير وما يتصل به ٤٣٠
 الفصل الخامس عشر في وجوه الحيل ٤٣٦
 الفصل السادس عشر في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن ... ٤٤٠
 الفصل السابع عشر في المتفرقات ٤٤٧

كتاب القسمة

- ٤٦٠ الفصل الأول: في بيان كيفية القسمة
 ٤٦٩ .. الفصل الثاني في بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز قسمته وما لا يجوز ..
 ٤٩٠ ... الفصل الثالث في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر، وما لا يدخل

٤٩٦	الفصل الرابع في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها
٥٠٠	الفصل الخامس في القسمة يستحق منها شيء
	الفصل السادس في قسمة التركة، وعلى الميت أو له دين على الموصى له، وفي ظهور الدين بعد القسمة، وفي ظهور الوارث والموصى له بعد القسمة في دعوى الوارث دينا على الميت، أو عينا من أعيان التركة بعد القسمة
٥٠٢	دعوى الوارث دينا على الميت، أو عينا من أعيان التركة بعد القسمة
٥٠٧	الفصل السابع في بيان من يلي القسمة على الغير، ومن لا يلي
٥١١	الفصل الثامن في دعوى الغلط في القسمة
٥١٦	الفصل التاسع في المهياة
٥٢٨	الفصل العاشر في المتفرقات
٥٣٣	فهرس المحتويات

* * *

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزيب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم التحيوي صابر يوسف طعيمة

المجلد الثالث عشر

يحتوي على:

الحيطان - المزارعة - الشرب - الأشرطة - الإكرام -

الحجر - المأذون - الإقرار



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts)

قياس الصفحات 17 x 24 cm

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H.

بلد الطباعة لبنان

طبعة الأولى

Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحيطان

هذا الكتاب يشتمل على سبعة فصول:

الفصل الأول: في الدعوى في الحائط والجص.

الثاني: في الحائط إذا كان بين رجلين لأحدهما عليه خشب أراد الآخر أن يضع عليه خشبا، وفي الحائط بين رجلين لا خشب لهما عليه أراد أحدهما أن يضع عليه خشبا.

الثالث: في الحائط إذا كان بين رجلين فانهدم أو يخاف عليه الهدم وما يتصل به.

الرابع: في تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك.

الخامس: في العمارة في ملك الغير.

السادس: في مسائل العلو والسفل.

السابع: في المتفرقات.

الفصل الأول

في الدعوى في الحائط والجص

يجب أن يعلم أن الحائط المتنازع فيه بين اثنين لا يخلو، إما ألا يكون متصلاً بينائهما ولا [ببناء أحدهما]^(١) ولكن يكون بين داريهما، أو يكون متصلاً ببناء أحدهما، والاتصال نوعان: اتصال تربيع، واتصال مجاورة وملازمة، ولا يخلو إما ألا يكون لهما عليه شيء من الجذوع والهراوي، أو كان لهما عليه جذوع، أو كان لهما عليه هراوي، أو كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر^(٢) هراوي.

فإن^(٣) لم يكن الحائط متصلاً بينائهما، ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره، فإنه يقضى بالحائط بينهما، هكذا ذكر في «الأصل» [وإنما كان كذلك]^(٤) لأنهما استويا في الدعوى وليس ثمة من ينازعهما فيه، وليس أحدهما بأولى^(٥) من الآخر فيقضى بينهما.

ومعنى قوله: (يقضى بينهما): أنه إذا عرف كونه في أيديهما يقضى بينهما قضاء ترك [على ما كان]^(٦)، وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي يديه، يجعل في أيديهما؛ لأنه لا منازع لهما [فيه]^(٧)، إلا أنه يقضى بينهما.

هذا كدار ادعاها رجلان يدعي كل واحد منهما أنها ملكه وفي يديه، فإن^(٨) لم

(١) في ح: بنا لأحدهما.

(٢) في ح: ولآخر عليه.

(٣) في ح: وإن.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: أولى.

(٦) سقط في ح.

(٧) سقط في ح.

(٨) في ح: وإن.

يعرف أنها [في يديه]^(١)، يجعل في أيديهما؛ لأنه لا منازع [لهما فيها]^(٢) إلا أنه يقضي بينهما، وإن عرف أنها في أيديهما، [يجعل في أيديهما على ما كان]^(٣) كذا ههنا.

وكذلك إذا كان لأحدهما [عليه]^(٤) هراوي أو بواري، ولا شيء للآخر عليه يقضي بينهما؛ لأن موضع الهراوي لا يثبت على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط إنما يبنى للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع البواري والهراوي؛ لأن التسقيف على الهراوي والبواري لا يمكن، وإنما توضع الهراوي والبواري للاستظلال، والحائط لا يبنى للاستظلال، وهو نظير ما لو كان لأحدهما على الحائط ثوب^(٥) مبسوط ولا شيء للآخر، وهناك يقضى بالحائط بينهما؛ لأن صاحب الثوب غير مستعمل للحائط بالطريق الذي [قلنا]^(٦) كذا ههنا.

وإن كان لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء للآخر، فإنه يقضى به لصاحب الجذوع؛ لأن لصاحب الجذوع يداً مستعملة وللآخر مجرد يد بلا استعمال، فيكون صاحب اليد المستعملة أولى، كدابة تنازع فيها اثنان أحدهما^(٧) راكب والآخر آخذ بلجامها فالراكب^(٨) أولى، [وكذلك إذا كان لأحدهما عليها حمل وللآخر مخلاة، فصاحب الحمولة أولى]^(٩)؛ لأن له يداً مستعملة [وليس للآخر إلا مجرد يد بلا استعمال]^(١٠)، وكثوب تنازع فيه اثنان وأحدهما لابسه والآخر متعلق بطرف منه،

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في ح: يقضي بينهما قضاء ترك.

(٤) سقط في ح.

(٥) زاد في ح: مغصوب.

(٦) سقط في ح.

(٧) في ح: وأحدهما.

(٨) في ح: والراكب.

(٩) سقط في ح.

(١٠) سقط في ح.

كان اللابس أولى، [وكذلك هذا]^(١).

وإنما اعتبر الاستعمال ترجيحًا إذا استويا في اليد؛ لأن للاستعمال^(٢) زيادة دليل على الصدق ليس من جنس اليد فيصلح للترجيح كيد ذي اليد في دعوى النكاح والشراء من ثالث، فإن بينة ذي اليد تترجح باليد؛ لأن اليد دليل زائد على الصدق، وإنه من خلاف جنس البينة فصلح للترجيح إحدى البيتين، فكذا الاستعمال دليل زائد على الصدق؛ لأن الظاهر أن الاستعمال إنما يكون من المالك، كما أن الظاهر أن اليد تكون للمالك لا لغيره، وأنه ليس من جنس اليد؛ لأن الاستعمال انتفاع بعد ثبوت اليد، فكان جنسًا آخر سوى اليد فيصلح للترجيح، وكذلك إذا كان للآخر عليه هراوي؛ لأن الهراوي ليس باستعمال للحائط على ما بيننا، فيكون وجوده والعدم بمنزلة.

[وإن كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه حائط سترة، فالحائط الأسفل لصاحب الجذوع لكونه مستعملًا له موضع حمل مقصود عليه ولصاحب السترة، السترة على حالها بمنزلة سفلى لأحدهما، وعليه علو لآخر]^(٣).

فأما إذا كان لأحدهما جذع واحد، ولا شيء للآخر أو^(٤) للآخر عليه هراوي هل يقضى لصاحب الجذع الواحد؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذا في ظاهر الرواية.

وقد قال بعض مشايخنا: إنه لا يقضى لصاحب الجذع الواحد؛ [لأن الحائط]^(٥)

لا يبنى لوضع جذع واحد فكان كما إذا كان له عليه هراوي.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه قال: يقضى لصاحب الجذع

الواحد، وهذا؛ لأن لصاحب الجذع مع اليد نوع استعمال؛ لأن وضع الجذع

(١) في ح: كذا هاهنا.

(٢) في ح: الاستعمال.

(٣) سقط في ح.

(٤) في ح: و.

(٥) في ح: لأنه.

استعمال للحائط^(١)، حتى قضينا لصاحب الجذع، [فيكون وضع جذع واحد استعمالاً للحائط بقدره، وليس للآخر ذلك فيكون صاحب الجذع الواحد]^(٢) أولى، بسبب الاستعمال.

كما يكون أولى لو كان له جذوع ولا شيء للآخر، أو كان للآخر عليه هراوي أو بوارى، هذا إذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلاً بينهما.

وأما إذا [كان]^(٣) الحائط المتنازع فيه متصلاً بينهما إن كان اتصاليهما [جميعاً]^(٤) اتصال تريبع أو اتصال ملازقة، فإنه يقضى بينهما نصفان؛ لأنهما استويا في الدعوى والاتصال بالأرض والبناء جميعاً، فيقضى بينهما نصفان، وأما^(٥) إذا كان اتصال أحدهما اتصال تريبع، واتصال الآخر اتصال ملازقة، فصاحب التريبع أولى؛ لأن صاحب التريبع مستعمل للحائط المتنازع فيه؛ لأن قوام حائطه بقدر التريبع بالحائط المتنازع فيه؛ لأن تفسير التريبع: إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون^(٦) أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلياً [في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع داخلياً]^(٧) في المتنازع فيه.

وإن كان الجدار من خشب، والتريبع^(٨) أن يكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى، فأما إذا ثقب وأدخل لا يكون تريبعاً، وإذا كان تفسير^(٩) التريبع هذا كان لصاحب التريبع مع الاتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد اتصال^(١٠) من غير

(١) في ح: للحال.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: فأما.

(٦) في ح: كان.

(٧) سقط في ح.

(٨) في أ: فالتركيب.

(٩) في ح: يعتبر.

(١٠) في ح: استعمال.

استعمال، فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى وكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام، فإن الراكب أولى؛ لأن له مع الاتصال استعمال فكذلك هذا. فأما إذا كان متصلًا ببناء أحدهما اتصال [ملازقة واتصال]^(١) تربيع، وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع، فإنه يقضي لصاحب الاتصال، إن كان اتصال تربيع فلا إشكال وإن كان اتصال ملازقة فكذلك؛ لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة، ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف جنس^(٢) الأول، وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر.

وكذلك إذا كان متصلًا ببناء أحدهما وللآخر عليه هراوي، يقضى [لصاحب الاتصال]^(٣)؛ لأن الهراوي وجوده كعدمه، وإن^(٤) كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر عليه جذوع، فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه، فصاحب الاتصال أولى، عليه عامة المشايخ.

وهكذا روي عن أبي يوسف في «الأمالي» [وفسر الكرخي ذلك، فقال: أن يكون للحائط المتنازع فيه تداخل بجانبيه بحائطين لأحدهما، والحائطان متصلان بحائط آخر لصاحب الحائطين بمقابلة الحائط المتنازع، حتى يصير مربعًا شبه القبة فحيثئذ يكون الكل في حكم بناء واحد، فصاحب هذا الاتصال أولى على ما ذكره الكرخي. وعن أبي يوسف رحمه الله: أن المعتبر اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما، أما اتصال الحائطين بحائط آخر له غير معتبر، وإن كان لوجدنا كذبه.

قال شمس الأئمة السرخسي: عليه عامة المشايخ^(٥) فقد ترجح صاحب الاتصال

(١) سقط في ح.

(٢) في ح: الجنس.

(٣) في ح: للاتصال.

(٤) في ح: ولو.

(٥) سقط في ح.

على صاحب الجذوع، وإن كان لكل واحد منهما على الحائط يد استعمال؛ لأن الاستعمال بالتربيع سابق على الاستعمال بالجذوع؛ لأن التربيع يكون حالة البناء و[حالة]^(١) البناء يكون سابقاً على وضع الجذوع، فالاستعمال بالتربيع يكون سابقاً على الاستعمال بوضع الجذوع، فكان صاحب الاتصال أولى بهذا إلا أنه لا يرفع جذوع الآخر، بخلاف ما لو أقام صاحب التربيع [بينة]^(٢) على أن الحائط له، فإنه يرفع جذوع الآخر.

والفرق وهو: أن البينة [حجة مطلقة، يظهر في حق الرفع والإبطال والاستحقاق على الغير، ألا ترى أن الملك الثابت بالبينة]^(٣) كما صلح^(٤) للرفع صلح لاستحقاق [الشفعة]^(٥) على الغير؟ فأما اتصال التربيع فهو نوع ظاهر، فالملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر، والظاهر^(٦) يصلح للرفع والإبطال دون الاستحقاق؛ ألا ترى أن الملك الثابت باليد لا يصلح لاستحقاق الشفعة؟ فكذا الملك الثابت بالاتصال يصلح للرفع ولا يصلح لإبطال حق صاحب الجذوع.

وإن كان الاتصال في طرف^(٧) واحد، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أن صاحب الاتصال أولى، وبه أخذ الطحاوي، والشيخ الفقيه الإمام عبد الله المرشد - رحمهما الله - .

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن صاحب الجذوع أولى، وإن كان في أعلى الحائط المتنازع فيه عود مركب على عود هو على حائط أحدهما خاصة وللآخر عليه جذوع، فأيهما أولى؟ اختلف المشايخ فيه ولو كان لأحدهما اتصال

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) سقط في ح .

(٤) في ح : يصلح .

(٥) سقط في ح .

(٦) في ح : فالظاهر .

(٧) في ح : طريق .

ملازقة وللآخر عليه جذوع فصاحب الجذوع أولى؛ لأن صاحب الجذوع مستعمل للحائط بجذوعه، وللآخر مجرد اتصال.

وإن كان لأحدهما على الحائط عشر خشبات، وللآخر عليه ثلاث خشبات فصاعدًا [إلى العشرة]^(١) قضى بالحائط بينهما نصفان لأنهما في الاستعمال الذي بني الحائط لأجله؛ على السواء فإن الحائط بني للتسقيف، والتسقيف كما يصلح بالعشرة يحصل بما دون ذلك إلى الثلاث، فاستويا في اليد.

أكثر ما في الباب أن لصاحب العشرة زيادة استعمال^(٢)، إلا أن الجنس واحد والترجيح لا يثبت بالزيادة في الجنس الواحد، فلهذا يقضى بينهما^(٣)، هذا هو جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف رحمه الله في «الأمالي»: [إن]^(٤) أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول [أولاً]^(٥) كما هو^(٦) ظاهر الرواية، ثم رجع وقال: يقضى لكل واحد منهما بما تحت خشبه؛ لأن ما تحت خشبه في يده وصاحبه خارج منه، والقول قول صاحب اليد، والباقي بينهما لاستوائهما فيه.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : فيما إذا كان لأحدهما [عليه]^(٧) عشر خشبات، وللآخر ثلاثة أنه كان يقول أولاً كما ذكر في ظاهر الرواية، ثم رجع وقال: يقضى بالحائط كله لصاحب العشرة ولكن لا يؤمر برفع الجذوع، أما القضاء لصاحب العشرة؛ لأن يد الاستعمال أقوى إلا^(٨) أنه لا يؤمر بالآخر برفع الجذوع، لما بينا قبل

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : الاستعمال .

(٣) في ح : بالحائط هاهنا .

(٤) سقط في ح .

(٥) سقط في ح .

(٦) في ح : ذكر في .

(٧) سقط في ح .

(٨) في ح : و .

هذا، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لما بينا. ولو كان لأحدهما عليه عشر خشبات أو أقل من ذلك إلى الثلاث وللآخر عليه خشبة واحدة، فالقياس: أن يقضى بينهما؛ لأن وضع الخشبة الواحدة حجة في هذا الباب؛ لأن به تثبت يد الاستعمال وهذا لو كان لأحدهما عليه خشبة واحدة ولا شيء للآخر قضى لصاحب الخشبة على رواية ابن سماعة - رحمه الله - ولا يترجح الآخر بزيادة الخشبات؛ لأن إحدى^(١) لا يترجح بزيادة من جنسها وفي الاستحسان: لا يقضى بينهما؛ لأن وضع الخشبة الواحدة وإن كان حجة في هذا الباب إلا أنها حجة ناقصة؛ لأن الحائط للتسقيف لا يحصل بالخشبة الواحدة إلا نادرا فكانت ناقصة من هذا الوجه، والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة. على جواب الاستحسان إذا لم يقض بينهما كيف يقضى؟ ذكر في كتاب الإقرار أنه يقضى بالحائط لصاحب العشرة ولكن لا يؤمر الآخر برفع الجذوع.

وذكر في كتاب الدعوى والصلح: أنه يقضى لكل واحد منهما بما تحت خشبه. وفي الأمالي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يقضى بينهما على أحد عشر سهما على عدد الجذوع؛ لأن صاحب العشرة أكثر استعمالا للحائط؛ لأن وضع الخشبة يعتمد على ما تحتها والقسمة باعتبار استعمالها وجذوعها على الحائط فتجب القسمة على عدد الجذوع.

وجه ما ذكر في كتاب الدعوى والصلح: أن يد كل واحد منهما ثابت على ما تحت جذعه حقيقة فيقضى له به، كالدار الواحدة إذا كان فيها أحد عشر منزلا قضى بينهما بما في يده كذا ها هنا.

وكيف يقضى بما بين الخشبات على هذه الرواية؟ اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: على أحد عشر سهما، وبعضهم قالوا: يقضى بينهما نصفان لاستوائهما في ذلك. ألا ترى أن في مسألة الدار التي فيها منازل

(١) كذا في ح.

يقضى بالساحة بينهما نصفان؟ كذا ههنا.
وجه ما ذكر في كتاب الإقرار: أن وضع خشبة واحدة حجة ناقصة فلا تظهر
بمقابلة الحجة الكاملة.

وإذا كان لأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر عليه خشبتان فقد اختلف المشايخ
فيه:

قال بعضهم: الخشبتان بمنزلة الثلاث؛ لأنه يمكن التسقيف بهما.

وقال بعضهم: بمنزلة الواحدة إذ لا يمكن التسقيف بهما.

وقال بعضهم: إلا على الندرة.

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه في حُصٍّ بين داري رجلين ادعى صاحب كل دار
أنه له، ولا بينة لواحد منهما، فإنه يقضى بالْحُصِّ بينهما وإن كان القمط لأحدهما.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يقضى بِالْحُصِّ لمن إليه القمط.

وعلى هذا إذا تنازع اثنان في حائط بين داريهما، ووجه البناء أو أنصاف اللين أو
الطاقات إلى أحدهما، لم يحكم بذلك عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، والحائط
بينهما.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الحائط لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللين
والطاقات في الجدار؛ والقول قول من يشهد له الظاهر.

بيان ذلك: أن الإنسان يزين وجه الجدار إلى نفسه لا إلى جاره وكذلك يجعل

القمط إلى نفسه؛ لأن وقت العقد يقوم على سطحه فيجعل القمط إليه.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن الظاهر مشترك للدلالة، فإن الإنسان كما يزين
إلى جانبه وجه جدار له خاصة يزين إلى جانبه وجه جدار مشترك بينه وبين جاره،
وكذلك في الخص الإنسان كما يجعل القمط إلى نفسه في خص خاص يجعل القمط
إلى نفسه في خص مشترك.

فإن كان الآلات بينهما، فأحدهما يتولى العمل فيقوم الذي تولى العمل على
سطحه ويجعل القمط إلى نفسه فثبت أن الظاهر مشترك للدلالة فلا تصح حجة. والله
أعلم.

الفصل الثاني

في الحائط إذا كان بين رجلين لأحدهما عليه خشب أراد الآخر أن يضع عليه خشباً

وإذا كان الحائط بين رجلين لأحدهما عليه خشب، كان للآخر أن يضع ما وضع صاحبه؛ لأنهما استويا في أصل الملك فيستويان في الانتفاع بهذا المملوك، والانتفاع بالحائط من حيث وضع الخشب عليه لا يبنى للتسقيف، وليس للآخر أن يرفع شيئاً من خشب صاحبه؛ لأن فيه ضرراً بصاحبه من حيث هدم بنائه وإنما له الانتفاع بالمملوك لا الإضرار بغيره.

قالوا: وهذا إذا كان الحائط يحتمل مثل ذلك الخشب لو وضع عليه، فإن كان يعلم أنه لا يحتمل وهما يتصادقان أن أصل الحائط بينهما نصفان فإنه يؤمر صاحبه برفع بعض الخشب حتى يضع الآخر عليه من الخشب مثل ما بقي لصاحبه فيما يحتمله الحائط؛ لأن الذي له الخشب إن وضع الخشب بغير إذن الآخر فهو غاصب، وإن وضع بإذنه فالآخر معير بنصيبه بين الحائط وللمعير أن يسترد العارية، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن هذه المسألة قال: إن كان حمولة هذا الشريك عليه محدثة وللآخر أن يضع عليه حمولته وإن كانت حمولته عليه قديمة، فليس للآخر أن يضع عليه حمولته.

حكى عن الفقيه أبي الليث قال: للآخر أن يضع عليه مثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل ذلك من غير فصل بين الحديث والقديم.

قال: ألا ترى أن أصحابنا - رحمهم الله - قالوا في كتاب الصلح: لو كان جذوع أحدهما أكثر وللآخر أن يزيد في جذوعه إذا كان الحائط يحتمل ذلك ولم يفصلوا بين القديم والحديث.

وإذا كان الحائط بين رجلين وليس لواحد منهما عليه خشب فأراد أحدهم أن يضع

عليه خشبًا، له ذلك، ولا يكون لصاحبه أن يمنعه عن ذلك ولكن يقال له: ضع أنت مثل ذلك إن شئت، هكذا حكى عن القاضي الإمام صاعد النيسابوري، وكان يفرق بين هذا وبين ما إذا كان لهما عليه خشب أراد أحدهما أن يزيد خشبًا على صاحبه، وإن أراد أن يتخذ عليه سترة أو يفتح كوة أو بابًا، حيث لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه، وكان لصاحبه ولاية المنع.

والفرق: أن القياس ألا يكون له ولاية وضع الخشب من غير إذن صاحبه؛ لأنه تصرف في الحائط المشترك إلا أنا تركنا القياس، فإننا لو منعنا عن وضع الخشب من غير إذن شريكه ربما لا يأذن له شريكه في ذلك فيبطل عليه منفعة الحائط، وهذه الضرورة معدومة في وضع الخشب الزائد وفي فتح الكوة والباب، فرد إلى أصل القياس.



الفصل الثالث

في الحائط إذا كان بين رجلين فانهدم أو يخاف الهدم

وإذا كان الحائط بين رجلين انهدم فبني أحدهما فهذا على وجهين:
إما ألا يكون عليه حمولة أصلاً كحائط الكرم وأشباهه، أو كان عليه حمولة
والأحكام ثلاثة:

أحدها: إذا طلب أحدهما قسمة الحائط وأبى الآخر.

والثاني: إذا أراد أحدهما أن يبني ابتداء بدون طلب القسمة وأبى الآخر.

والثالث: إذا بنى أحدهما الحائط بغير إذن شريكه هل يرجع على شريكه بشيء؟
أما الوجه الأول: وهو ما إذا لم يكن عليه حمولة أصلاً.

فأما الحكم الأول: وهو ما إذا طلب أحدهما قسمة عرصه الحائط وأبى الآخر،
ذكر في بعض المواضع مطلقاً: أنه لا يجبر، وبه أخذ بعض المشايخ، وأما إذا كان
عرصة الحائط غير عريضة بحيث لو قسمت لا يصيب كل واحد منهما شيء يمكنه أن
يبني فيه، فظاهر أنه متعنت في طلب القسمة.

وأما إذا كانت عرصه الحائط عريضة بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما ما
يمكن أن يبني فيه؛ فلأن القاضي إذا قسم يقرع بينهما وربما يخرج في قرعة كل
واحد منهما ما يلي دار صاحبه ولا يتتفع به فلا تكون هذه القسمة مفسدة.

وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - فيما روي عن هشام في حائط بين
دارين سقط حتى بدا أسفله، قال أحد الشريكين في الحائط: أقسم، وقال الآخر:
أبني، قال: لا أقسم بينهما فلعله أن يقع نصيب كل واحد منهما إن قسم فيما يلي دار
الآخر.

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن القاضي إن كان لا يرى القسمة
بالإقراع لا يقسم لما ذكروا، وأما إذا كان يرى القسمة بدون الإقراع فالقاضي يقسم
إذا كانت العرصه عريضة على الوجه الذي بينا ويجعل نصيب كل واحد منهما يلي

داره تميمًا للمنفعة عليهما.

وقال بعضهم: إذا كانت العرصة عريضة فالقاضي يجبر الأبى على كل حالٍ وإليه أشار الخصاف - رحمه الله - في نفقاته وعليه الفتوى.

ووجه ذلك: لأن العرصة إذا كانت عريضة على الوجه الذي قلنا والذي طلب القسمة طلب تميم المنفعة عليه بالقسمة فيجبر شريكه عليه كما في الدار والأرض. وروى المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - في حائط بين رجلين: لهما أن يقسما وإن أبى أحدهما ذلك أجبر عليه، ذكر الجبر من غير فصلٍ بين ما إذا كانت العرصة عريضة أو غير عريضة.

الحكم الثاني: إذا أراد أحدهما أن يبني ابتداءً بدون طلب القسمة وأبى الآخر، هل يجبر الأبى على البناء؟ فإن كانت عرصة الحائط بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما ما يمكنه أن يبني فيه حائطًا لنفسه لا يجبر؛ لأن الإنسان لا يجبر على البناء في ملك شريكه إلا إذا كان في تركه ذلك ضرر لشريكه ولم يوجد ذلك هاهنا، وإن كانت عرصة الحائط غير عريضة فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: لا يجبر، وإليه مال الخصاف - رحمه الله -.

وبعضهم قال: يجبر، وإليه مال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، والشيخ الإمام شمس الأئمة - رحمه الله - وهو الأشبه أن في امتناعه عن البناء إضرارًا بصاحبه بتعطيل منافع الحائط، وليس في البناء ضرر للباني؛ لأنه يحصل له مقابلة ما أنفق ملك الحائط ويتنفع به أيضًا.

الحكم الثالث: إذا بنى أحدهما الحائط بغير إذن شريكه هل يرجع على صاحبه بشيء؟ اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: لا يرجع على كل حالٍ وهكذا ذكر في كتاب الأفضية، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في النوازل عن أصحابنا - رحمهم الله -.

وقال: إذا كانت عرصة الحائط عريضة على نحو ما بينا لا يرجع؛ لأنه غير مضطرٍ

فيه وإن لم يكن عرصة الحائط على نحو ما بينا يرجع؛ لأنه مضطر فيه .
 وفي واقعات الناطفي - رحمه الله - قال في دعوى الإملاء: حائط بين رجلين
 انهدم فلأحد الشريكين أن يمتنع من البناء؛ لأنه إن شاء قاسمه أرض البناء نصفين
 ولو بنى أحدهما، ليس له أن يرجع على شريكه؛ لأنه لم يكن له أن يأخذه بالبناء .
 الوجه الثاني: إذا كان على الحائط حمولة بأن كان عليه جذوع وأنه على وجهين:
 أحدهما: إذا كان لهما عليه جذوع فطلب أحدهما قسمة عرصة الحائط .
 والجواب فيه: أنه لا يقسم عرصة الحائط إلا عن تراض منهما، وإذا كانت
 العرصة عريضة على التفسير الذي قلنا؛ لأن حق كل واحد منهما تعلق بجميع
 العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط فلو قسمت عرصة الحائط من غير
 رضا أحدهما فسقط حقه كما حصل لشريكه من غير رضائه وإنه لا يجوز، وإذا أراد
 أحدهما البناء وأبى الآخر، ذكر بعض مشايخنا: أن عرصة الحائط إن كانت عريضة
 لا يجبر الأبى على البناء .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : لا يجبر من غير تفصيل .
 وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه يجبر من غير تفصيل وعليه الفتوى؛ لأنه في
 عدم الجبر تعطيل حق صاحبه فإن له حق وضع الجذوع على جميع الحائط عريض
 على التفسير النفس الذي قلنا: لا يرجع الثاني على الشريك ويكون متطوعًا، وهكذا
 ذكر الخصاف - رحمه الله - في نفقاته .

وبعض مشايخنا قالوا: لم يكن متطوعًا، وإليه أشار في كتاب الأقضية، وهكذا
 روى ابن سماعة في نواتره عن محمد - رحمه الله - وهو الصحيح؛ لأن للثاني حق
 وضع الجذوع على جميع الحائط، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالبناء على جميع
 الحائط فكان مضطرًا في البناء فلا يكون متطوعًا كما لو كان أرض الحائط لا تقسم
 فبناه أحدهما .

وفي دعوى الإملاء: حائط بين دارين ولأحدهما عليه جذوع وانهدم فطلب

صاحب الجدوع بناءه وحمل عليه جدوعه ما لم يقتسما، وإن أراد صاحب الجدوع البناء وأراد الآخر قسمة أرض الحائط يقسم بينهما نصفان.

الوجه الثاني من هذا الوجه: إذا كان عليه حمولة وطلب هو القسمة وأبى الآخر، يجبر الآخر إذا كانت العرصة عريضة على التفسير الذي بينا هو الصحيح وعليه الفتوى، وإذا أراد الذي له الحمولة البناء وأبى الآخر ذكر في بعض المواضع: أنه لا يجبر صاحبه عليه، والصحيح أنه يجبر عليه لما ذكرنا فيما إذا كان لهما عليه حمولة. وإذا بنى الذي عليه الحمولة ذكر الخصاص - رحمه الله - في نفقاته: الجواب في هذا الفصل نظير الجواب فيما إذا كان لهما عليه حمولة والصحيح أنه يرجع؛ لأنه لا يتوسل إلى إحياء حقه في وضع الجدوع إلا ببناء الحائط فكان مضطراً في البناء، فإن بناه الآخر وعرصة الحائط عريضة على التفسير الذي قلنا كان متبرعاً؛ لأنه غير مضطر في البناء؛ لأنه يحيي به حقاً لنفسه، ثم في كل موضع لم يكن الباني متطوعاً إذا كان لهما عليه حمولة، أو كان للباني عليه حمولة كان للباني أن يمنع صاحبه عن الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو يرد عليه قيمة البناء على حسب ما اختلفوا فيه على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فإن قال صاحبه: أنا لا أنتفع بالمبني، هل يرجع الباني عليه؟ اختلف المشايخ فيه:

بعضهم قالوا: لا يرجع إليه، إلا القاضي أبو عبد الله الدامغاني في شرح كتاب الحيطان، والشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده - رحمهما الله - في شرح كتاب المزارعة في باب البذر في المزارعة في مسألة السفلى والعلو.

وبعضهم قالوا: يرجع، وإليه مال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل وهو اختيار الصدر الشهيد عمر - رحمهما الله -.

ثم إذا رجع بماذا يرجع؟

ذكر القاضي الإمام الإسبيجاني في شرح مختصر الطحاوي في كتاب الصلح في

مسألة العلو والسفل: أن صاحب العلو يرجع على صاحب السفلى بقيمة السفلى مبنياً لا بما أنفق. وهكذا ذكر الشيخ الإمام في شرح كتاب المزارعة.

وذكر في فتاوى الفضلي في الحائط المشترك: أنه يرجع بنصف ما أنفق وفي العلو والسفل يرجع على صاحب السفلى بما أنفق على السفلى.

واستحسن بعض المتأخرين من مشايخنا - رحمهم الله - وقالوا: إن بني بأمر القاضي رجح بما أنفق وإن بنى بغير أمر القاضي يرجع بقيمة البناء.

وذكر القاضي الإمام أبو عبد الله الدامغاني في شرح كتاب الحيطان: إن بنى بغير أمر القاضي رجح بقيمة البناء بلا خلاف، وإن بنى بأمر القاضي رجح بقيمة البناء في رواية، وفي رواية: يرجع بما أنفق.

ومما يتصل بهذا الفصل في صلح واقعات الناطفي عن رضى ماء بين رجلين في بيتهما فخرت كلها حتى صارت صحراء، لا يجبران على العمارة وتقسم الأرض بينهما، ولو كانت الطاحونة قائمة بينائهما وأدائهما إلا أنه قد ذهب شيء منها أو بعضها، يجبر الشريك على أن يعمرها مع الشريك، وإن كان معسراً قيل للشريك: أنفق أنت إن شئت ويكون ذلك ديناً على شريكك^(١).

وكذلك الحمام إذا صار صحراء، قسم بينهما إلا أنه إذا انكسر منه شيء أجبر على إعادته.

في إجارة فتاوى الفضلي عن محمد - رحمه الله - : طاحونة بين شريكين أنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن شريكه لا يكون متطوعاً؛ لأنه لا يتوصل إلى الانتفاع بنصيب نفسه إلا بذلك.

وسئل الفضلي - رحمه الله - عن طاحونة أو حمام بين اثنين استأجر نصيب كل واحد منهما رجل ثم أنفق أحد المستأجرين في مرمة الحمام بإذن مؤاجره، هل يرجع

(١) في ح: على شريك.

بذلك على المالك الذي لم يؤاجر نصيبه منه؟ فذكر محمد الرواية التي ذكرنا وأجاب عن نفسه أنه لا يرجع، ثم قال: فيحتمل أن يقال: المستأجر يقوم مقام مؤاجره فيما أنفق فيرجع على مؤاجره بما أنفق، ثم مؤاجره يرجع على شريكه بما أخذ منه المستأجر؛ لأن المؤاجر أقامه مقام نفسه، ويحتمل أن يقال: المستأجر إنما يرجع على مؤاجره لأجل أنه أذن له في الإنفاق وأن المؤاجر للمستأجر يجوز على نفسه لا على شريكه فيكون المستأجر متطوعًا في نصيب الشريك فلا يرجع به على أحد. وفي دعوى النوازل عن محمد - رحمهما الله - : في حمام بين اثنين انهدم منه بيت ويحتاج إلى قدر ومرمة وأبى شريكه أن يبني، لا يجبر لكن يقال للآخر: إن شئت فابنه أنت من أجره فإذا أخذت غلته فخذ منها نفقتك، ثم تصيرا فيه سواء. وقال أبو يوسف - رحمه الله - : في حمام بين رجلين هدم أحدهما كله ثم غاب فبنى الآخر، فإذا جاء الذي هدم كان بالخيار إن شاء ضمن لصاحبه نصف قيمة ما كسر، ويغرم نصف قيمة ما بنى ويكون الحمام بينهما، وإن شاء ضمن نصف قيمة الأول، ويقال للذي بنى: اهدم بناءك حتى تقسم الأرض بينهما. وكذلك الحائط والدار وكل ما بين رجلين.



الفصل الرابع

في تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك

سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن جدار بين رجلين لهما عليه حمولة وحمولة أحدهما أسفل من حمولة الآخر، فأراد هو أن يرفع حمولته ويضع بإزاء حمولة صاحبه، فله ذلك وليس لصاحبه منعه، ولو كان حمولة أحدهما في وسط الجدار وحمولة الآخر في أعلاه فأراد صاحب الأوسط أن يضع حمولته في أعلى الجدار، فإن كان الجدار من أسفله إلى أعلاه بينهما ولا يدخل على صاحب الأعلى مضرة فليس له ذلك.

قال أبو بكر - رحمه الله - : إذا كان لرجل بناء على حائط بينه وبين آخر فأراد تحويل الجذوع من مواضعها إلى مواضع آخر من الأيمن إلى الأيسر أو من الأيسر إلى الأيمن ليس له ذلك، أو أراد أن يسفلها أو يرفعها، وإن أراد أن يسفل الجذوع من أعلى الحائط إلى السفلة لا بأس به؛ لأن هذا أقل ضرراً، بالحائط وإن أراد أن يرفعها عما كان، ليس له ذلك؛ لأن هذا يكون أكثر ضرراً؛ لأن الأساس يحتمل ألا يحتمل رأس الحائط.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : لو نقض الشريكان الجدار الذي بينهما وأراد أحدهما أن يرفعه عما كان، ليس للشريك أن يمنعه إلا أن يكون شيئاً خارجاً من الرسم؛ لأن أسفل الحائط الأساسي مشترك بينهما؛ ألا ترى لو هدم الجدار، وأراد أحدهما البناء وأراد الآخر منعه، لم يكن له ذلك، وكذا إذا أراد أن يزيد في الجدار في هواء مشترك لم يكن للآخر منعه.

قال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري - رحمه الله - : له أن يمنعه؛ لأن هذا تصرف في شيء مشترك فيحتاج إلى رضاه شريكه.

وهكذا روي عن محمد - رحمه الله - في واقعات الناطفي وصورة ذلك: حائط بين رجلين قدر قامه وأراد أحد الشريكين أن يزيد في طوله وأبى الآخر فله منعه.

الفصل الخامس

في العمارة في ملك الغير

وفي مجموع النوازل: لو أن رجلاً بنى على السقف الأعلى في دار امرأته بأمرها ثم أراد أن يرفع ذلك، قال: البناء للمرأة وليس له رفعه، وإن كان بني بغير أمرها فله رفعه إن كان لا يوجب رفعه ضرراً في غير ما بنى، قال به.

والأصل^(١) في دار غيره بناء وأنفق في ذلك بأمر صاحب الدار كان البناء لصاحب الدار ولثاني أن يرجع على صاحب الدار بما أنفق، وكتبت في إجارة الحيل: أن في هذا الفصل اختلاف المشايخ.

بعضهم قالوا: البناء لصاحب الدار إذا بنى بإذن رب الدار، واستدلوا بما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الإجازات أن من أجر من آخر حماماً وقال: رم ما استرم ففعل، فالعمارة تكون لصاحب الحمام.

قال بعضهم: البناء يكون للباني وإن بنى بإذن رب الدار، واستدلوا بما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب العارية: أن من استعار من آخر داراً وبنى فيها بناء بإذن رب الدار فالبناء يكون للمستعير، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يقل رب الدار للباني: ابن فيها على أن أعطيك ما تنفق في البناء، وأما إذا قال له ذلك، فالبناء لصاحب الدار وللباني أن يرجع عليه بما أنفق.

ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الإجازات: أن من استأجر حماماً ووكله رب الحمام أن يرم ما استرم من الحمام ويحسب له ذلك من الأجر ففعل؛ فالبناء لصاحب الحمام وللمستأجر على الأجر قدر ما أنفق.

وسئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - عن عمّر دار امرأته وهي خراب ثم مات الرجل وترك ابناً وهذه المرأة فقال الابن: العمارة ميراث بيننا، وقالت المرأة:

(١) كذا ولعل صحة العبارة: والأصل أن من بنى.

العمارة والدار لي. قال: إن كان الزوج عمر الدار بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها فتغرم حصة الابن وهو بناء على ما قلنا، وإن كان عمرها بغير إذنها لنفسه فالعمارة ميراث فتغرم المرأة قسمة نصيبه من العمارة إن شاءت وسلمت العمارة كلها.

ولم ينقل عنه ما لو عمرها للمرأة ولا شيء عليها من النفقة وهو متطوع في ذلك. قال النسفي^(١): وهذا التفصيل الجواب في عمارة كرم^(٢) امرأته وسائر أملاكها^(٣). والله أعلم بالصواب.



(١) في ح: نجم الدين.
 (٢) مجمع الضمانات، ص (٤٥٣).
 (٣) سقط في ح.

الفصل السادس في مسائل العلو والسفل

هذا الفصل يشتمل على فصول:

الأول: أن صاحب السفل لو أراد أن يهدم سفله ليس له ذلك، وإن كان السفل خالص ملكه حتى لو باع السفل كان الثمن كله له؛ لأن لصاحب العلو فيه حقا وهو حق القرار، وصاحب الملك قد يمنع عن التصرف في ملكه إذا كان لغيره فيه حق كالراهن يمنع عن التصرف في المرهون وإن كان المرهون خالص ملكه؛ لأن للمرتهن فيه حقا.

الثاني: إذا أراد صاحب السفل أن يتصرف في السفل تصرفا نحو إن أراد أن يفتح فيه بابا أو ينقب فيه كوة، أو يدخل فيه جذعا لم يكن قبل ذلك، فليس له ذلك إلا برضا صاحب العلو، سواء كان يضر ذلك بصاحب العلو أو لا يضر. وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : إن كان يضر بالعلو فليس له ذلك إلا برضا صاحب العلو.

إذا أراد أن يبني في العلو بناء أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا فهو على هذا الخلاف.

وجه قولهما في ذلك: أن ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك الآخر حتى لو باع صاحب السفل بسفلى كان جميع الثمن له، ولو باع السفل كان لصاحب العلو أن يأخذه بالشفعة بحق الجوار حتى يشاركه سائر الجيران فيه، فدل أن ملك كل واحد ممتاز عن ملك صاحبه إلا أن لكل واحد منهما حقا في ملك صاحبه، لصاحب العلو حق في السفل، وهو قرار العلو عليه، ولصاحب السفل حق في العلو وهو دفع المطر والشمس عن السفل، والملك مطلق للتصرف^(١)، والحق مانع، فقد اجتمع ما

(١) في ح: للصرف.

يطلق التصرف وما يمنع وضرر الإطلاق وضرر المنع على السواء، إلا أنا لو أبحنا التصرف للمالك، أبطلنا حق صاحب الحق على التأييد؛ لأن حقه^(١) على التأييد، ولو حجرتنا المالك عن التصرف لحجرتنا عن التصرف على التأييد؛ لأنه ليس له أن يستخلص ما للآخر لنفسه وإذا لم يترجح أحد الضررين على الآخر حتى يعمل بالراجح منهما وجب العمل بهما والعمل بما يطلق التصرف وبما يمنع التصرف في كل تصرف متعذر فعملنا بالمطلق للتصرف في تصرف لا يضر بصاحبه، وعملنا بالمانع فيما يضر بصاحبه توفيراً على الأمرين حفظهما بقدر الإمكان.

بخلاف الجارين في دارين حيث لا يمنع كل واحد منهما عن التصرف؛ لأن ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك الآخر فلا حق لأحدهما في ملك الآخر بخلاف ما نحن فيه.

وبخلاف الرهن فإنه يمنع عن التصرف بالمرهون أضر بالمرهون أو لم يضر بأن أراد أن يدخل الدار المرهونة جذعاً أو يفتح كوة وقد اجتمع فيه ما يطلق التصرف وهو الملك وما يمنع التصرف وهو الحق؛ وذلك؛ لأن ما يمنع راجح على ما يطلق؛ لأننا لو حجرتنا الرهن عن التصرف بسبب حق الآخر، يتأخر حقه في التصرف؛ لأن له أن يقبل الرهن بقضاء الدين، ومتى أطلقنا له التصرف أبطلنا حق المرتهن أصلاً والتأخير أهون من الإبطال بخلاف ما نحن فيه.

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: اجتمع ما يطلق التصرف وما يمنع، إلا أن ما يمنع راجح على ما [لا]^(٢) يطلق فيكون العبرة للمانع لا للمطلق كما في الرهن اعتبر المانع وهو حق المرتهن، حتى صار ممنوعاً عن إحداث التصرف أضر بالرهان أو لم يضر، وسقط اعتبار الملك المطلق للتصرف.

وإنما قلنا: المانع راجح؛ وذلك لأن ضرر الإطلاق فوق ضرر المنع وذلك أن

(١) زاد في ح: تعذر ما انتقص.

(٢) كذا ولعل الصواب حذفها.

منعنا المالك عن التصرف في ملكه فإنما يفوت عليه مجرد منفعة، فأما عين شيء من ملكه لا يفوت، ومتى أطلقنا له التصرف فات بذلك القدر حق صاحب الحق في العين والمنفعة جميعًا وما يمتنع؛ كانت العبرة له كما في الرهن.

وأما إذا أراد صاحب السفل أن يبني في بقعة السفل، إن كان لا يضر بالعلو من غير رضا صاحب العلو، وإن كان يضر به فكذلك عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - إذ ليس لصاحب العلو حق في بقعة السفل فصار كالجارين.

وعندهما: ليس له ذلك إلا برضا صاحب العلو؛ لأن لصاحب العلو حق في بقعة السفل؛ لأن قوام العلو بالسفل وقوام السفل بالمنفعة فصارت المنفعة حقًا لصاحب العلو من هذا الوجه.

بخلاف الجارين، ذكر الخلاف في مسألة العلو والسفل على الوجه الذي ذكرناه في نص الجامع الصغير، وفي دعوى الأصل.

وذكر في كتاب القسمة في مسألة المسناة قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال: هذا بمنزلة العلو لرجل والسفل لآخر أراد صاحب العلو أن يتصرف من غير رضا صاحب السفل، كان له ذلك إذا لم يضر بصاحب السفل.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب القسمة: بعض مشايخنا قالوا: في مسألة العلو والسفل عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان، في رواية الجامع، والدعوى: لا يملك صاحب العلو التصرف في العلو إلا برضا صاحب السفل وإن لم يضر تصرفه بالسفل.

وفي رواية كتاب القسمة: يملك إذا لم يضر تصرفه بالسفل. وبعضهم قالوا: لا، بل في مسألة العلو والسفل لا يملك صاحب العلو التصرف إلا برضا صاحب السفل عند أبي حنيفة، وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة وما ذكر من الاستشهاد في كتاب القسمة أراد به قولهما، يعني: جواب أبي حنيفة - رضي الله عنه - في المسناة كجوابهما في مسألة العلو والسفل.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وإذا أشكل أنه هل يضر بالسفل أو لا يضر؟ فالمختار على قول أبي حنيفة: أنه لا يملك، وإذا لم يضر بالسفل أو لا يضر، فالمختار على قول أبي حنيفة: أنه يملك.

الثالث: إذا هدم صاحب السفلى سفله، وهدم صاحب العلو علوه، أخذ صاحب السفلى سفله ببناء السفلى؛ لأنه فوت عليه حق الحق بالملك فيكون مضموناً كما فوت عليه ملكاً.

الرابع: إذا انهدم السفلى من غير أن يهدمه صاحبه، في هذا الفصل لا يجبر صاحب السفلى على بناء السفلى؛ لأنه لو أجبر إما أن يجبر لحقه أو لحق صاحبه لا وجه إلى أن يجبر لحقه؛ لأنه مالك السفلى، والمالك لا يجبر على بناء ملكه إذا انهدم كما إذا لم يكن لأحد على هذا السفلى علو، ولا وجه إلى أن يجبر لصاحبه؛ لأن حق صاحب العلو في القرار فات من غير تعد وجد من صاحب السفلى، فلا يجب أن يعيده إلى حقه كما لو كان مكان الحق ملكاً له.

وإذا لم يجبر بعد ذلك^(١) يقال لصاحب العلو: ليس لك الوصول إلى حقلك في العلو طريق سوى أن تبني السفلى بنفسك فإن شئت فابن السفلى من مالك، وإذا بنى السفلى وأراد صاحب السفلى أن يسكن فيه كان لصاحب العلو أن يمنع عن ذلك حتى يؤدي قيمة البناء إلى صاحب العلو؛ وذلك لأن البناء ملك لصاحب العلو؛ لأنه بنى بغير أمر صاحب السفلى فيكون البناء له كما في الغصب إلا أن الغاصب متعدد في البناء فلا يجوز أن يمنع صاحب الأرض من الانتفاع بأرضه حتى يؤدي قيمة البناء ثم إذا أدى إليه قيمة بنائه يملك البناء عليه فكان له الانتفاع بأرضه، وإنما جاز له تملك البناء على صاحبه بغير رضاه؛ لأنه لا سبيل له إلى نقض هذا البناء؛ لأن الباني غير متعدد في البناء، فبعد هذا إما أن يملك صاحب البناء الأرض أو صاحب الأرض البناء وتملك البناء أهون؛ لأن البناء تبع والأرض أصل، فلهذا يملك البناء بالقيمة،

(١) في ح: وكل.

فقد أوجب على صاحب السفل قيمة البناء، وإنه جواب ظاهر الرواية.
وذكر الخصاف هذه المسألة في نفقاته وأوجب على صاحب السفل ما أنفق
صاحب العلو في بناء السفل.

وهكذا ذكر الطحاوي - رحمه الله - في مختصره.

من مشايخنا من قال: ما ذكر الخصاف محمول على ما إذا بنى بإذن صاحب
السفل ومتى بنى بإذنه كان له الرجوع بما أنفق؛ لأن البناء لا يصير مملوكاً له فيكون
في الإنفاق نائباً عنه.

وما ذكر في ظاهر الرواية محمول على ما إذا بنى في أرض مملوكة للغير بغير إذن
صاحب السفل، ومتى بنى بغير إذنه يصير البناء مملوكاً له كما في الغصب، ثم
صاحب السفل يملك عليه البناء الذي هو ملكه وإنما يتملك بقيمته، وإلى هذا مال
شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده.

ومنهم من قال: إذا بنى بإذن صاحب السفل يرجع عليه بما أنفق، وإذا بنى بغير
إذنه، ففي المسألة روايتان، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .
ثم إذا كان لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل عن الانتفاع بسفله حتى يرجع
عليه بقيمة البناء على ظاهر الرواية، وإن امتنع صاحب البناء عن أداء القيمة، لا يجبر
عليه.

فرق بين هذا وبين ما إذا استعار من آخر ثوباً ليرهنه بدينه ورهن، ثم إن المعير
قضى دين المرتهن، يجبر المستعير على أداء الدين إلى المعير.

والفرق: أن أخذ القيمة في باب البناء تبع للبناء من صاحب السفل؛ لأن البناء
بملك الباني، والقيمة ملك صاحب السفل، فكان تابعاً للبناء ضامناً بالقيمة فيكون
صاحب السفل مشترياً البناء بما يؤدي، وأحد لا يجبر على الشراء، وأما في باب
الرهن ما يأخذ وجب له في ذمة المستعير، وأخذ المثل في باب الديون أخذ لعين
الواجب حكماً وليس بشراء، ولهذا أجاز الأخذ بغير رضاء المديون متى ظفر بجنس

حقه وإذا كان غير حقه جاز إجبار الراهن على ذلك؛ لأن الجبر على أداء عين الحق إلى صاحب الحق جائز كما في الغاصب والمودع.

ثم فرق بين هذا وبين زرع بين الشريكين، أو عبد بين شريكين غاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعاً فيما أنفق حتى لا يكون له أن يرجع على صاحبه بشيء، وهاهنا لم يجعل صاحب العلو متبرعاً في بناء السفل، وكما لا يتوصل صاحب العلو إلى حقه في العلو بالبناء في أرض، وكذلك أحد الشريكين في الزرع والعبد لا يتوصل إلى أخذ حقه إلا بعد الإنفاق على نصيب صاحبه.

والفرق: أن المنفق في باب الزرع والعبد غير مضطر في الإنفاق على نصيب صاحبه بل هو متبرع، والمتبرع بما يتبرع على غيره كما لو قضى دين غيره بغير أمره، وإنما قلنا: إنه غير مضطر؛ لأن الحال لا يخلو: إما أن يكون صاحبه حاضراً أو غائباً، وإن كان حاضراً فلأن القاضي يجبره على أن ينفق في نصيبه فيحیی حقه ولا يضطر إلى الإنفاق على نصيبه، وإن كان غائباً فلأن القاضي يأمر المنفق بالإنفاق حتى يرجع على صاحبه بما أنفق؛ لأن للقاضي ولاية الأمر بالإنفاق في موضع له ولاية الإجبار إذا كان حاضراً، وإذا زال الاضطرار كان متبرعاً، فأما صاحب العلو مضطر في بناء السفل حاضراً كان صاحب السفل أو غائباً، إن كان حاضراً فلأن القاضي لا يجبره على البناء؛ لأن الإنسان لا يجبر على بناء ملكه، وإذا كان غائباً فلأن القاضي لا يأمر صاحب العلو بالبناء ليرجع عليه بما أنفق؛ لأنه ليس للقاضي الإجبار على البناء، وإذا لم يتوصل إلى إحياء حقه من جهة صاحبه كان مضطراً في بناء السفل والمضطر لا يكون متبرعاً، ثم إذا جاز الجبر في باب الزرع والعبد والدابة المشتركة على الإنفاق ولم يجبر صاحب السفل على بناء السفل؛ وذلك؛ لأن حق كل واحد من الشريكين قائم في الزرع والعبد، وهذا الحق يفوت بترك الإنفاق عليه من جهة صاحبه فيصير الممتنع عن النفقة متلفاً حقاً قائماً على صاحبه بترك الإنفاق فيمتنع عن الإلتلاف بالإجبار على الإنفاق، فأما حق صاحب العلو بعد الانهدام

فأنت؛ لأن حقه قرار العلو على السفلى ولم يبق العلو، فلا يصير صاحب السفلى بترك السفلى متلفاً حقاً قائماً على صاحب العلو، فلا يجبر على البناء، بل يكون مكتسباً له حقاً قائماً^(١) من جهة، ولا يجبر الإنسان على مثل هذا.

وفرق بين هذا وبين بيت مشترك بين رجلين أو دار مشتركة بين رجلين انهدم فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه وأنه لا يرجع على صاحبه بشيء لا بقيمة البناء ولا بما أنفق، وصاحب العلو إذا بنى السفلى كان له أن يرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى.

ووجه الفرق بينهما: وهو أن أحد الشريكين في الدار والبيت بعد الانهدام غير مضطر إلى البناء في نصيب صاحبه ليتوصل إلى حقه في السكنى؛ لأنه يمكن أن يقاسم صاحبه حتى يبني في نصيبه خاصة، وإذا أمكنه البناء في نصيبه خاصة ويحبي حقه بذلك لم يكن مضطراً إلى البناء في نصيب صاحبه بل كان متعدياً وكان كالغاصب، والغاصب إذا بنى في أرض غيره فإنه ليس له أن يرجع بقيمة ما بنى على صاحبه ولا أن يمنعه من الانتفاع بأرضه، بل المالك بالخيار إن شاء نقض بناءه، وإن شاء ترك وانتفع بأرضه، فأما هاهنا صاحب العلو يضطر إلى بناء السفلى؛ لأنه لا يتوصل إلى حقه بالبناء من جهة صاحبه؛ لأن صاحبه لا يجبر على ذلك فلا يبقى لوصوله إلى حقه طريق سوى البناء على السفلى فيكون مضطراً فيزول اسم التعدي حتى لو كانت الساحة صغيرة بحيث لو قسم لا يمكنه البناء في نصيبه فإنه إذا بنى لا يصير متبرعاً كما في مسألة العلو والسفلى؛ لأن صاحبه لا يجبر على البناء كصاحب العلو ولا يمكنه القسمة؛ لأنه لا يحتمل القسمة فلم يبق لإحياء حقه طريق إلا أن يبني الكل. والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) في ح: قابلا.

الفصل السابع

في المتفرقات

في صلح النوازل حائط بين رجلين سقط ولأحدهما بناء يستر عورته^(١).
قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : هذا هو القياس، وهو قول علمائنا
- رحمهم الله - .

وقال بعضهم: لا بد من بناء يكون ستراً بينهما، وبه نأخذ.
وإنما قال أصحابنا: إنه لا يجبر؛ لأنهم كانوا في زمن أهل الصلاح، وأما في
زماننا فلا بد من حاجز بينهما.

وفي إجازات الجامع الصغير: جدار بين كرمين لرجلين انهدم، فاستعدى أحدهما
على السلطان لما أبى صاحبه أن يبني، فأمر السلطان ببناء برضا المستعدي أن يبني
الجدار على أن يأخذ الأجر منهما جميعاً فبنى، كان لهما أن يأخذ الأجر من صاحبي
الكرميين.

وقال أبو بكر - رحمه الله - : في جدار بين [رجلين]^(٢) انهدم وأحدهما غائب
فبنى الحاضر في ملكه جداراً على خشب وبقي موضع الحائط على حاله، ثم قدم
الغائب وأراد أن يبني على طريق الحائط مما يلي جاره ويجعل ساحة أس الحائط إلى
ملكه، ليس له ذلك، وإن أراد أن يبني حائطاً على الغلظ الذي كان الحائط الأول أو
يبني حائطاً أدق من ذلك في وسط الأس ويدفع الفضل من أسه نصفاً مما يلي شريكه
ونصفاً مما يلي ملكه فله في وسط الأس.

وقال: جدار بين رجلين ولكل واحد منهما عليه حمولة فوهى الحائط وأراد
أحدهما أن يرفعه ليصلحه وأبى الآخر، ينبغي أن يقول الذي أراد الإصلاح لصاحبه:
ارفع حمولتك باسطوانة وعمد وغيره أن يريد رفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك،

(١) زاد في ح: بطل.

(٢) سقط في ح.

فإن فعل ذلك، وإلا فلهذا أن يرفع الجدار وإن سقط حمولته فلا ضمان عليه .
وفي فتاوى الفضلي: حائط مشترك بين اثنين وهي لا يؤمن ضرر سقوطه وأراد
أحدهما أن ينقض وامتنع الآخر، يجبر على نقضه .

وفيه أيضًا: لو هدم جدارًا بينهما ثم امتنع أحدهما عن البناء يجبر عليه، وإذا
انهدم لا يجبر، ولكن يبني^(١) الآخر ثم يمنعه عن الانتفاع به حتى يستوفي نصف ما
أنفق إن أنفق بأمر القاضي، وبنصف قيمة البناء إن أنفق بغير أمر القاضي .

وفي شرب النوازل قال أبو بكر - رحمه الله - : في جدار بين رجلين وبيت
أحدهما أسفل، وبيت الآخر على قدر ذراع أو ذراعين فانهدم، فقال صاحب الأعلى
لصاحب الأسفل: ابن إلى جدار بيتي ثم نبني جميعًا، ليس له ذلك، بل بينانه جميعًا
من أسفله إلى أعلاه .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : وإن كان بيت أحدهما أسفل بأربعة أذرع أو
نحو ذلك مقدار ما يمكن أن يتخذ بيتًا فإصلاحه على صاحب الأسفل حتى ينتهي إلى
موضع البيت؛ لأنه بمنزلة الحائطين سفلى وعلو وقيل ببيان الكل، وهو قول أبي
القاسم - رحمه الله - ثم رجع وقال: إلى حيث ملكه عليه ثم بعد ذلك يشتركان^(٢) .

وفي شهادات الفتاوى: رجل باع دارًا له من رجل فادعى الجار أنه بنى هذا
الحائط من مال نفسه، وأن البائع ما أعطاه حصته من النفقة وأراد منع المشتري، إن
كان الجار هو الذي بنى^(٣) الحائط بنفسه فهو متطوع في البناء وإن هدماه أو انهدم
بنفسه لا يكون متطوعًا، بعد ذلك إن أنكر المشتري ما ادعاه فالقول قوله، وليس
للجار منعه منكر^(٤) والخصومة للجار مع البائع وإن صدقه، ينظر: إن وضع الحمولة
بغير إذنه له أن يأخذ برفعها، وإن كان وضعها بإذنه ليس له أن يأخذ برفعها وله أن

(١) في ح: انبنى .

(٢) مجمع الضمانات، ص (٢٩١) .

(٣) في ح: نقض .

(٤) كذا في ح، ولعل الصواب: إن كذبه .

يخاصم بما أنفق.

وفي كتاب السفل: إذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر، وإن سقف السفل وجذوعه وهواريه وبواريه وطينه لصاحب السفل غير أن لصاحب العلو سكناه في ذلك.

وفي صلح النوازل: قال أبو القاسم - رحمه الله - : في حائط بين رجلين لأحدهما عليه جذوع ولآخر عليه سقف بيته فهويا بالحائط من أسفله ودفعا أعلاه بالأساطين ثم أنفقا جميعًا حتى بنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبي صاحب السفل أن يبني بعد ذلك، لا يجبر أن ينفق فيما جاوز ذلك.

قال أبو القاسم - رحمه الله - في صلح النوازل: حائط بين رجلين انهدم جانب منه وظهر أنه ذو طاقين متلازقين ويريد أحدهما أن يرفع جداره ويزعم أن الجدار الثاني يكفيه للسترة فيما بينهما، ويزعم الآخر أنه جداره إذا بقي ذا طاقة واحدة يهي وَيُنْهَدِم، فإن سبق منهما إقرار أن الحائط بينهما قبل أن يتبين أنهما حائطان وكلا الحائطين بينهما وليس لأحدهما أن يحدث من ذلك شيئًا بغير إذن شريكه، وإن أقر أن كل حائط لصاحبه فلكل واحد منهما أن يحدث فيه ما أحب^(١).

قال الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - أيضًا: حائط لرجل عليه جذوع شاخصة في دار جاره يعني: (بيربيرون أمدته) فأراد صاحب الدار أن يقطع رؤوس الجذوع، ينظر: إن كان بحالٍ يمكن البناء عليها لطولها ليس له أن يقطع، وإن كانت صغارًا يعني: (سروكها بألا ويسرون أمدته فاسدة) فله أن يقطع. والله أعلم بالصواب.



(١) مجمع الضمانات، ص (٢٩١)، وقرة عين الأختار لتكملة رد المحتار على الدر المختار (١٧٦/٨).

كتاب المزارعة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على عشرين فصلاً:

الفصل الأول: في بيان ركن المزارعة وشرائطها وأحكامها وصفتها وأنه أنواع.

الفصل الثاني: في بيان أنواع المزارعة.

الفصل الثالث: في الشروط في المزارعة.

الفصل الرابع: فيما يجب من الأعمال على رب الأرض وعلى المزارع من غير

شرط.

الفصل الخامس: في المعاملة في الأشجار والنخيل.

الفصل السادس: في المزارعة يشترط فيها المعاملة.

الفصل السابع: في دفع المزارع الأرض إلى غيره مزارعة.

الفصل الثامن: في المعامل يدفع النخيل إلى غيره معاملة.

الفصل التاسع: فيما إذا مات رب الأرض وانقضت المدة والزرع بقل وما يتصل

بها من موت المزارع وموته في المدة وفيه مسائل النفقة على الزرع.

الفصل العاشر: في رب الأرض أو النخيل إذا تولى العمل بنفسه.

الفصل الحادي عشر: في العذر في فسخ المزارعة والمعاملة.

الفصل الثاني عشر: في بيع الأرض المدفوعة مزارعة.

(١) المزارعة لغة: من زرع الحرث الأرض زرعاً حرثها للزراعة، وزرع الله الحرث: أنبته

وأنماه، فالمزارعة مفاعلة من الزرع وهو الإنبات، والزرع ما استنتبت بالبذر تسمية بالمصدر.

ينظر: المصباح المنير، ص (٢٥٢).

وإصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه

الموضوعة له شرعاً.

وعرفها المالكية بأنها: عقد على علاج الزرع، وما يحتاج إليه.

وعرفها الشافعية: معاملة على أرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك.

وعرفها الحنابلة بأنها: دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه.

ينظر: بدائع الصنائع (١٧٥/٦)، والفواكه الدواني (١٢٧/٢)، وحاشية الجمل (٣/

٥٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٣٣).

الفصل الثالث عشر: في زراعة أحد الشريكين الأرض المشتركة وفي زراعة الغاصب.

الفصل الرابع عشر: فيما إذا أراد المزارع أن يزرع^(١) غير ما سمي في عقد المزارعة.

الفصل الخامس عشر: في الاختلاف الواقع بين رب الأرض والمزارع.

الفصل السادس عشر: في الزيادة في المزارعة.

الفصل السابع عشر: فيما إذا مات المزارع ولم يدر ماذا صنع بالزرع.

الفصل الثامن عشر: فيما يجب من الضمان من المعامل والمزارع.

الفصل التاسع عشر: في التوكيل في المزارعة.

الفصل العشرون: في المتفرقات.



(١) زاد في ح: في.

[الفصل الأول]

في بيان ركن المزارعة وشرائطها وأحكامها وصفتها وأنه أنواع^(١)

أما الأول: وأما ركنها: فالإيجاب والقبول.

وأما شرائطها: فمن شرائطها كون الأرض صالحة للزراعة.

ومنها: كون رب الأرض والمزارع أهلاً للعقد.

ومنها بيان المدة بأن يقول: إلى سنة وإلى سنتين أو ما أشبهه.

وإن بين وقتاً لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة، وصار ذكره ولا ذكر

سواه.

وكذلك إذا بين أمره بالزراعة حيث قال [المزارع]^(٢) وإنما يصير زارعاً له إذا صار البذر ملكاً له قبل ذلك فيضمن الأمر بالزراعة استقراض البذر، وحين أجابه المزارع فقد أقرضه وصار رب الأرض قابضاً لذلك حكماً لاتصاله بملكه، وعمل المرء يجعل للغير عند جعل العامل له، وقد وجد الجعل عند مقتضى الإقدام على الزراعة بناء على طلب رب الأرض الزراعة.

ولو قال له رب الأرض: ازرع لي أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، فهذا فاسد، والخارج كله لرب الأرض وللمزارع على رب الأرض مثل بذره فيأخذ مثل عمله؛ لأن صاحب الأرض كما قال: ازرع أرضي ببذرك فقد صار مستقرضاً البذر منه وصار قابضاً له حكماً لاتصاله بملكه، فلما قال بعد ذلك: على أن يكون الخارج كله لك، فقد جعل جميع الخارج للمزارع وتعذر جعله له بحكم القرض ثابتاً؛ لأن القرض لا يصح إلا بالقبض، ولا يوجد من المزارع بعد إلقاء البذر في الأرض القبض فكان جميع الخارج مشروطاً له بحكم الإجارة فقد استأجره للعمل بجميع الخارج وإنه إجارة فاسدة فيجب للعامل أجر مثله، وبذر مثل بذره بحكم

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: في.

القرض .

ولو قال له رب الأرض: ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، فهذا جائز، ويكون الخارج لرب البذر، ويكون صاحب الأرض معيّرًا له أرضه .
ولو قال صاحب الأرض: ازرعها لي ببذرك على أن الخارج بيننا نصفان، كانت المزارعة جائزة، وكان الخارج بينهما نصفين وصار المزارع مقرضًا البذر من رب الأرض بمقتضى أمر رب الأرض إياه بالزراعة له بقوله: ازرعها لي، وصار رب الأرض قابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بملكه، ثم صار رب الأرض دافعًا إليه الأرض مزارعة بعد إلقاء الحب في الأرض بالنصف، يعرف ذلك بقوله: على أن الخارج بيننا نصفان، ودفع الأرض مزارعة بعد إلقاء البذر فيها وبعد النبات حتى يربيه العامل ويسقيه، جائز .

واستشهد لهذه المسألة فقال: ألا ترى أن رب الأرض لو قال للمزارع: أقرضني مائة درهم ثم اشتر لي بها كر حنطة وابذرهما في أرضي على أن يكون الخارج بيننا نصفين، أليس إنه يجوز؟ كذا هاهنا .

وإذا دفع بذرًا إلى آخر وقال: ازرعها في أرضك على أن ما أخرج الله تعالى من شيء فهو بيننا، فالمزارعة فاسدة والزرع لصاحب البذر، هكذا ذكر في مزارعة الأصل .

وذكر في أول كتاب المأذون: الزرع للزارع وهو صاحب الأرض .

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب المزارعة: لا فرق بين المسألتين، لكن^(١) تأويل ما ذكر في كتاب المأذون: أن صاحب البذر [من صاحب البذر]^(٢)، عرف ذلك بقول صاحب البذر: ازرعها لنفسك، وقبول المزارع ذلك

(١) في ح: كذلك .

(٢) في الفتاوى الهندية (٥/٢٤١): قال لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك ليكون الخارج بيننا نصفين وفي هذه الصورة الزرع يكون لصاحب الأرض وهو المزارع؛ لأن المزارع صار مستقرضًا للبذر من رب الأرض .

باشتغاله بالزراعة، فإذا فسدت، بقي الزرع لصاحب الأرض.

وقد ذكر^(١) هشام - رحمه الله - مسألة المأذون في نواته مفسرة على نحو ما قلنا، وفي كتاب المزارعة لم يذكر أن صاحب البذر قال لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك، إنما ذكر أن صاحب البذر قال لصاحب الأرض: ازرعها ليكون الخارج بيننا، وفي هذه الصورة: لا يصير المزارع مستقرضاً البذر، بقي البذر على ملك صاحبه فيكون الزرع لصاحب البذر من هذا الوجه، حتى لو قال صاحب البذر لصاحب الأرض: ازرعها لنفسك على أن الخارج بيننا، وباقي المسألة بحاله، كان الخارج لصاحب البذر كما في مسألة المأذون.

وإذا دفع رجل بذراً إلى رجل وقال: ازرعه في أرضك ليكون الخارج كله لك، أو قال: ازرع أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك، فهذا جائز ويصير صاحب البذر مقرضاً البذر من صاحب الأرض ليزرعه في أرضه وقد قبضه رب الأرض بيده حقيقة.

وإن كان صاحب البذر قال له: ازرع لي أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك، فهذا فاسد والخارج كله لصاحب البذر؛ لأن صاحب البذر لما قال له: ازرعها لي، فقد بقي البذر على ملكه، فالمزارع ألقى بذر رب الأرض في أرضه بأمر رب الأرض فيكون كالكارب الأرض بنفسه.

ولو ألقى رب البذر بذره في أرض الغير ثم أعطاه مزارعة لرب الأرض ليكون الخارج كله لرب الأرض، لا يجوز.

وإذا دفع بذراً إلى رجل ليزرعه في أرضه على أن الخارج كله لصاحب البذر فهذا الشرط جائز ويصير صاحب البذر مستعيراً للأرض من رب الأرض ومستعياً^(٢) به ليزرع له بذره وكل ذلك جائز.

(١) في ح: ذكره.

(٢) في ح: وسبياً.

ولو كان قال: ابذر هذا في أرضك لنفسك على مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبًا؛ لأنه يصير في معنى الاشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت.

وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - : أن مشايخنا - رحمهم الله - يترددون في الإجارة الوسمية التي تعقد إلى ثلاثين سنة إذا كان لا يتوهم حياة العاقدين إلى تلك المدة غالبًا بأن كانا شيخين كبيرين أو أحدهما، بعضهم لم يجوزوا ذلك، وكان هذا القائل جعل الغالب من الموت كالمتيقن ومثل هذا جائز.

ألا ترى أن في فصل المفقود إذا مات أقرانه وأترابه يقسم ما له بين ورثته ويجعل كأنه مات وإن كان في قدرة الله تعالى أن يعيشه إلى آخر الدهر، مع هذا اعتبر فيه العلم الغالب وجعل الغالب كالمتيقن فكذا في الإجارة.

وبعض مشايخنا جوزوا ذلك، وإليه مال الخصّاف - رحمه الله - في كتابه وكأنه اعتبر بالنكاح فإن من تزوج امرأة إلى مائة سنة أو إلى مدة لا يتوهم حياتهما في المدة، فإن النكاح لا يجوز في ظاهر الرواية وجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت، واعتبر ظاهر الحياة في الحال ويجعل ذلك الوقت كالوقت اليسير، والمزارعة على قياس مسألة الإجارة يجب أن تكون على الاختلاف بين المشايخ.

وعن محمد بن سلمة - رحمه الله - : أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة، وتقع على سنة واحدة أي على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - ذكره في أول مزارعة الفتاوى.

ومن الشرائط: أن يخلي رب الأرض بين الأرض وبين المزارع حتى لو شرط في العقد ما ينعهد به التخلية بين الأرض وبين المزارع بأن شرط عمل رب الأرض مع المضارب، لا يجوز، وسيأتي هذا الفصل بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

ومن الشرائط: بيان من عليه البذر؛ لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض فهو مستأجر للعامل، وإذا كان من قبل العامل فهو مستأجر الأرض، فالأحكام تختلف باختلاف من عليه البذر فلا بد من بيانه ليتمكن ترتيب الحكم عليه، فإن ذكر لفظاً يدل

عليه بذلك يكفي؛ فقد ذكر رستم عن محمد - رحمه الله - في نوادره: أن من قال لغيره: أجرتك أرضي هذه السنة بالنصف، أو قال: بالثلث، يجوز والبذر على المزارع، ولو قال: دفعت إليك أرضي مزارعة، أو قال: أعطيك أرضي مزارعة بالثلث، لا يجوز؛ إذ ليس فيه بيان من عليه البذر، وإنه شرط.

ولو قال: استأجرتك لتزرع أرضي هذه بالثلث، فهذا جائز، والبذر على رب الأرض.

حكى عن بعض مشايخ بلخ: أن بيان من عليه البذر إنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون لا يشترط بيان من عليه البذر؛ لأن المعروف كالمشروط.

ومن الشرائط: بيان ما يزرع في الأرض، هذا قياس.

وفي الاستحسان: بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة.

هكذا^(١) ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في أول شرح المزارعة ذكر في موضع: أن بيان ما يزرع في الأرض شرط من غير ذكر القياس والاستحسان، وهذا أقرب إلى الصواب؛ لأن المزارعة استئجار الأرض واستئجار العامل ببعض الخارج وإعلام جنس الأجر شرط قياساً واستحساناً فلا بد من بيانه، إلا إذا عمم بأن قال: ما بدا لك وكان البذر من جهة المزارع، أو قال: ما بدا لي، وكان البذر من جهة رب الأرض فإن لم يكن شيء من ذلك حتى فسدت المزارعة فزرعها مع ذلك ينقلب العقد جائزاً؛ لأن جنس البذر صار معلوماً حال تأكد المزارعة، فهو نظير ما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها حتى فسدت الإجارة لو حمل عليها بعد ذلك شيئاً ينقلب العقد جائزاً، كذا هاهنا.

ومن الشرائط: بيان النصف على وجه لا يقطع الشركة بينهما في الخارج يعني بأن

(١) في ح: هذا.

قال: النصف أو الثلث أو الربع؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء شركة انتهاء، فإذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم.

وعن هذا قلنا: إذا شرط لصاحب البذر أن يرفع قدر البذر من الخارج والباقي بينهما صحت المزارعة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخارج وإن قل^(١) يكون له عشر، وهذا هو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يصل إليه قدر البذر، وأن يشترط لنفسه قدر البذر باسم العشر أو الثلث أو ما أشبه ذلك والباقي بينهما، وذلك بأن ينظر: إن مثل هذه الأرض لم يخرج من مثل هذا القدر من البذر، فإن كان يخرج عشرة أكرار والبذر كر يشترط لنفسه ثمن الخارج، وإن كان يخرج أربعة أكرار والبذر كر يشترط لنفسه ربع الخارج فيجوز المزارعة ويجعل لرب البذر مقصوده.

ولو شرط أن يدفع من الخارج قدر الخراج والباقي بينهما، إن كان الخراج خراج وظيفة دراهم مسماة أو قفزان مسماة، لا يجوز؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا ذلك المقدار فهذا الشرط يقطع الشركة في الخارج عسى، وإن كان الخراج مقاسمة جزء من الخارج نحو الثلث والربع، لا يفسد.

وهذا هو الحيلة إذا أراد رب البذر أن يرفع قدر الخراج في خراج المقاسمة: أن يشترط قدر ذلك باسم العشر أو باسم الربع أو ما أشبه ذلك.

ولو شرط أن يرفع قدر العشر للسلطان بأن كانت الأراضي عشرية وتسقى بقرب أو دالية بماء السماء، أو شرط أن يدفع نصف العشر من الخارج بأن كانت الأراضي عشرية وتسقى بقرب أو دالية أو سانية، لا تفسد المزارعة.

ثم إذا ثبت النصيب فهو على أوجه ستة:

إن شرط أن يكون الحب والتبن بينهما نصفين جازت المزارعة بينهما والحب

(١) في ح: قبل.

بينهما كما شرطاً، وكذا إذا كان شرطاً أن يكون الخارج أو الربيع بينهما؛ لأن هذا يؤدي إلى المعنى الأول.

وإن شرطاً أن يكون الحب لأحدهما بعينه والتبن للآخر لا يجوز؛ لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة عسى لاحتمال ألا يخرج الحب.

وكذا لو شرطاً أن يكون الحب لأحدهما بعينه والتبن بينهما؛ لأن المقصود هو الحب، فهذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة فيما يرجع إلى المقصود^(١).

وإن شرطاً الحب بينهما والتبن لأحدهما بعينه، فإن شرطه لصاحب البذر جاز، ولو شرطه للآخر فسد.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز أصلاً؛ لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة عسى بألا يخرج الحب.

وجه ظاهر الرواية: أن النص ورد بجواز المعاملة وأنها شركة في الفرع وهو الثمن، دون الأصل وهو الشجر والغرس، وأمكن القول بجواز مثلها في المزارعة، أما إذا شرط الثمر^(٢) لمن لا بذر منه فليس له نظير في المعاملة فبقي على أصل القياس.

وإن شرطاً الحب بينهما وسكتا عن التبن، يجوز في ظاهر هذه الرواية والتبن لصاحب البذر.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - : رجوع محمد إلى قول أبي يوسف.

وجه ظاهر الرواية: أن استحقاق من لا بذر منه بحكم الشرط، فإذا لم يوجد الشرط في التبن بقي التبن لصاحب البذر وذلك جائز على ما مر^(٣).

وعن بعض مشايخنا - رحمهم الله - : أن في هذه الصورة التبن بينهما كالحب

(١) اللباب في شرح الكتاب (٢/٢٣٠).

(٢) في الأصل: العقد.

(٣) تبين الحقائق (٥/٢٨١).

باعتبار العرف، فإن في عرفهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب.

وإن شرطاً أن يكون التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز؛ لأن المقصود هو الحب والسكوت عنه بمنزلة السكوت عنهما^(١).

وإذا شرطاً على المزارع أن يزرع العصفر وشرطاً الشركة في العصفر والقرطم والساق، جاز.

وإن شرطاً الساق لمن له البذر، جاز.

وإن شرطاً الساق لمن لا بذر من جهته، لا يجوز^(٢).

وإن شرطاً العصفر والقرطم ثمرة ليس أحدهما بأصل^(٣) من الآخر، لهما الساق، فقد شرط نوع ثمرة لأحدهما وإنه يوجب فساد المزارعة، وكذلك للآخر لا يجوز؛ لأن الغث مع البذر ثمران كـ «القرطم مع العصفر».

وأما إذا بينا نصيب أحدهما، إن بينا نصيب من لا بذر من جهته جازت المزارعة قياساً واستحساناً، وإن بينا نصيب من كان البذر من جهته جازت المزارعة استحساناً.

وأما بيان حكمها فنقول: لها حكمان وأحدهما يثبت في الحال، وهو الملك في منفعة الأرض إن كان البذر من جهة المزارع؛ لأن المزارع يصير مستأجراً إذا كان البذر من جهته، وثبوت الملك في منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض؛ لأن رب الأرض يصير مستأجراً للمزارع إذا كان البذر من جهته.

وحكم آخر يثبت في الثاني، وهو ثبوت الشركة في الخارج على تقدير حصول الخارج.

وأما بيان صفتها فنقول: المزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا

(١) تبين الحقائق (٥/ ٢٨١).

(٢) في ح: لا يجب.

(٣) في ح: فاضل.

يملك الفسخ إلا بعذر، غير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض حتى يملك الفسخ من غير عذر، وبعدهما ألقى البذر في الأرض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر وهذا؛ لأن من كان البذر من قبله فهو مستأجر إما للعامل أو منفعة؛ لأنه باذل غير مال فيكون مستأجر المستأجر، [فلا] ^(١) قبض للمستأجر حتى يتأكد عليه البذل فيكون بالخيار إن شاء استوفى، وإن شاء لم يستوف.

ولهذا قلنا: إن من استأجر دارًا بدراهم ليسكنها كان مجبرًا على قبض الدار حتى يتأكد حق الأجير في البذل، فأما لا يجبر على استيفاء السكنى بل هو بالخيار إن شاء سكن وإن شاء لم يسكن.

وكذلك إذا استأجر أرضًا ليزرعها بدراهم يكون مجبرًا على قبض الأرض حتى يتأكد حق الأجر في الأجر، فأما لا يجبر على الزراعة بل يخير فيقال له: [ملكها] ^(٢) بالإجارة بل يخير في ذلك إذا وقعت الإجارة بالدراهم والدنانير.

وكذا إذا وقعت الإجارة ببعض ما يخرج لا يجبر المستأجر على الزراعة بل يخير، وإذا كان مخيرًا في الزراعة يبقى اللزوم؛ لأن اللزوم لو بقي بقي لحق الأجر وبقاء اللزوم في حق الأجر لا يفيد؛ لأنه متى بقي لازمًا ولم يكن لصاحب البذر نقض المزارعة لم يجب ^(٣) الأجر بالتمكن من الزراعة؛ لأن الأجر بعض ما يخرج منهما، فمتى لم يزرع لا يؤخذ الأجر حتى يجب بالتمكن من الزراعة؛ لأن الأجر فتبقيه اللزوم بحق الأجر لا يفيد فكان غير لازمة في حق من كان البذر من قبله لهذا المعنى.

بخلاف ما لو استأجر أرضًا للزراعة بدراهم أو دنانير أو بعوض بعينه، ثم قال

(١) بياض في ح.

(٢) في أ: ما يملكها.

(٣) في ح: يجز.

المستأجر: لا أزرع وأنا أزرع أرضاً أخرى، أو قال: لا أزرع أرضي سنتي هذه، فإنه لا يجبر على الزراعة فكان بالخيار إن شاء زرع وإن شاء لم يزرع، إلا أن اللزوم لا يتبقى بحق الآجر؛ لأن اللزوم لو بقي في حقه وترك في يده إذا انقضت المدة وجب له الأجر على المستأجر بالتمكن من الزراعة فكان في اللزوم فائدة.

قياس مسألة الاستئجار بدراهم أو بعوض بعينه: ما لو دفع النخيل معاملة بالنصف، ثم أراد صاحب النخيل أن ينقض المعاملة لم يكن له ذلك، فإن كان هو مستأجر بمنزلة من كان البذر من قبله؛ لأنه إن لم يجبر على استيفاء ما ملك بالإجارة إلا أن اللزوم لو بقي لحق الآجر يفيد إذا انقضت المدة؛ لأن الاستئجار مما يتم لا محالة فكان تبقية اللزوم لحق الآجر مفيداً بخلاف المزارعة، فأما في حق من لا بذر له من قبله فهي لازمة؛ لأن من لا بذر من قبله إن كان مزارعاً فهو أجير الأجير بمنزلة المملوك؛ لأنه ملك عليه بالإجارة منافعه والمملوك يجبر على العمل إلا أن يعجز عن العمل حقيقة بالمرض فكذا الأجير.

وإن كان من لا بذر من قبله صاحب أرض قد ملك عليه منفعة أرضه فيجبر على إيفائه؛ لأن الإنسان يجبر على إيفاء ما عليه إلا أن يعجز عن الإيفاء حقيقة، والمستأجر في استيفاء المنفعة يستوفي ما له وليس يستوفي ما عليه، فالإنسان في الحق الذي يستوفيه لنفسه مخير إن شاء استوفى، وإن شاء لم يستوف.

وفي المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - : إن كان البذر من قبل رب الأرض ودفعه إلى المزارع فليس لواحد منهما أن يبطل المزارعة، وإن لم يدفع البذر إلى المزارع فلرب الأرض أن يبطلها وليس للمزارع أن يبطلها.

الفصل الثاني

في بيان أنواع المزارعة

مسائل هذا الفصل تدور على أصل أن استئجار الأرض للزراعة ببعض ما يخرج منها جائز؛ لأثر عبد الله بن عمر^(١) - رضي الله عنهما - ولتعامل الناس، فإن الناس تعاملوا اشتراط البذر على المزارع صار المزارع مستأجر الأرض ببعض الخارج، وكذلك استئجار العامل ببعض الخارج جائز؛ لأثر رسول الله ﷺ مع أهل خيبر^(٢)، ولتعامل الناس وأنهم تعاملوا اشتراط البذر على رب الأرض.

وإذا شرط البذر على رب الأرض صار مستأجرًا العامل ببعض الخارج، وأما استئجار غيرهما ببعض الخارج لا يجوز؛ لأن الأجر معدوم ليس بمشار إليه ولا واجب في الذمة ولكن [جوزناها نصًا]^(٣) بخلاف القياس، والنص ورد في استئجار العامل والأرض لا في استئجار غيرهما فبقي استئجار غيرهما على أصل القياس. وبعد الوقوف على هذه الجملة نشتغل ببيان المسائل فنقول: المزارعة تتنوع إلى نوعين:

(١) أخرجه أحمد (١٧/٢، ٢٢، ٣٠، ٣٧، ١٤٩، ١٥٧)، والبخاري (١٠/٥) كتاب الحرث والمزارعة، باب: المزارعة بالشرط، حديث (٢٣٢٩) وفي (١٥/٥) باب: المزارعة مع اليهود، حديث (٢٣٣١)، ومسلم (١١٨٧/٣) كتاب المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث (١٥٥١/٥)، وأبو داود (٦٩٧/٣) كتاب البيوع والإيجارات، باب: في المساقاة، حديث (٣٤٠٩)، والترمذي (٦٦٦/٣، ٦٦٧) كتاب الأحكام، باب: ما ذكر في المزارعة، حديث (١٣٨٣)، والنسائي (٥٣/٧) كتاب المزارعة، باب: ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة، وابن ماجه (٨٢٤/٢) كتاب الرهون، باب: معاملة النخيل والكرم، حديث (٢٤٦٧)، وابن الجارود (٦٢١)، والدارمي (١٨٣/٢)، وأحمد (١٧/٢، ٢٢، ٣٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١١٢/٤)، والبيهقي (١١٣/٦) من طريق نافع عن ابن عمر به. وقال الترمذي: حسن صحيح.

عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ تَمْرٍ أَوْ زَرْعٍ».

(٢) ينظر: التخریج السابق.

(٣) في أ: جوزنا هنا يقينًا.

أحدهما: أن تكون الأرض منهما.

فإن كان الأرض من أحدهما فهو على وجهين أيضًا:

أحدهما: أن يكون البذر من أحدهما.

والثاني: أن يكون البذر منهما، فإن كان البذر من أحدهما فهو على وجوه:

أحدها: أن يكون البذر والبقر وآلات العمل من قبل أحدهما، ومن الآخر مجرد العمل، في هذا الوجه: العقد جائز؛ لأن رب الأرض يصير مستأجرًا للعامل ببعض الخارج.

فإن قيل: شرط آلات العمل على رب الأرض، والمزارعة لا تقتضي ذلك؛ ألا ترى أن من غير شرط يجب عليه آلات المزارع وفيه منفعة للمزارع؛ فينبغي أن يوجب فساد العقد.

قلنا: هذا شرط يقتضيه العقد من وجه من حيث إن فيه تأكيد الاستيفاء والإيفاء؛ لأن المزارع إنما يقدر على استيفاء العمل بآلات الاستيفاء، ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد العقد كشرط الكفالة والرهن في البيع، فلو كان هذا شرطًا لا تقتضيه المزارعة إلا أنه متعامل ومثله لا يوجب فساد العقد.

الوجه الثاني: أن تكون الأرض من قبل رب الأرض وحدها، والبذر والبقر والعمل وآلات العمل على المزارع، وفي هذا الوجه: العقد جائز أيضًا؛ لأن العامل صار مستأجر الأرض ببعض الخارج وإنه جائز، أكثر ما فيه أنه شرط على العامل آلات العمل، إلا أنه شرط يقتضيه العقد فهو نظير ما لو استأجر خياطًا على أن يكون الإبرة عليه.

الوجه الثالث: أن يكون البذر والأرض من واحد والعمل والبقر من آخر، وفي هذا الوجه: العقد جائز أيضًا؛ لأن صاحب الأرض يصير مستأجرًا للعامل ببعض الخارج.

فإن قيل: كما صار مستأجرًا للعامل ببعض الخارج، صار مستأجرًا للبقر أيضًا

ببعض الخارج فلئن جاز هذا العقد من حيث إنه استتجار العامل، لا يجوز من حيث إنه استتجار بقر العامل.

قلنا للآخر: لا تقابل البقر؛ لأنها آلات العمل والآلة لا يقابلها شيء من الأجر؛ لأنها تكون على العامل^(١) فلا يصير رب الأرض مستأجرًا البقر وإنما يصير مستأجرًا للعامل ويكون البقر تبعًا له من حيث إنه آلة العمل، واستتجار العامل ببعض الخارج جائز.

الوجه الرابع: أن تكون الأرض والبقر من واحد، والبذر والعمل من آخر، وفي هذا الوجه: المزارعة فاسدة في ظاهر الرواية.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يجوز؛ لأن شرط آلة العمل على رب الأرض وإنه جائز.

ألا ترى أنه لو شرط البذر مع البقر على رب الأرض يجوز فها هنا كذلك. وجه ظاهر الرواية: أن صاحب الأرض أجر البقر ببعض الخارج؛ لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض حتى تجعل تابعة للأرض فصارت منقطعة عنها، واستتجار البقر ببعض الخارج، لا يجوز.

بخلاف ما إذا شرط البقر على العامل حيث يجوز، ولا يجعل رب الأرض مستأجرًا لبقر العامل؛ لأن البقر آلة العمل فكان منفعتها من جنس منفعة العامل فجعل تبعًا للعامل فلا يصير رب الأرض مستأجرًا.

وبخلاف ما إذا شرط البقر مع البذر على صاحب الأرض؛ لأن هناك العامل لا يصير مستأجرًا البقر ببعض الخارج وإنما يصير مستأجرًا له ببعض منفعة نفسه، وذلك جائز.

وإذا فسدت المزارعة في حق البقر، فسدت في حق الأرض أيضًا؛ لأنه لو لم تفسد في حق الأرض لا بد وأن تقسم ما شرط لرب الأرض من نصف الخارج على

(١) زاد في ح: كان لا كره وأشباهاها.

أجر مثل البقر بما يخصه من نصف الخارج، والحصد إنما يعرف بالحزر والظن لا بطريق الإحاطة واليقين، وجواز استئجار الأرض عرف بخلاف القياس في موضع كان المشروط لصاحب الأرض معلومًا باليقين نحو الثلث والربع وما أشبهه فبقي ما عداه على أصل القياس.

الوجه الخامس: إذا دفع بذراً إلى رجل ليودع في أرض بنصف الخارج، لم يجز في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يجوز، لظاهر الرواية حديث مجاهد - رحمه الله - .

وفي النوازل: رجل له أرض أراد أن يأخذ بذراً من رجل ويزرعها ويكون الزرع بينهما^(١) فالحيلة في ذلك: أن يشتري نصف البذر منه ويبرئه البائع عن الثمن ثم يقول له: ازرعها بالبذر كله على أن الخارج بينهما نصفان؛ لأن البذر إذا صار مشتركاً بينهما فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما فيكون بينهما بدون الشرط فمع الشرط أولى^(٢).

الوجه السادس: أن يكون البذر والبقر من واحد والأرض والعمل من آخر، وإنه فاسد أيضاً كما دفع البذر وحده في كل موضع جازت المزارعة كان الخارج بين المزارع ورب الأرض على السهام والأجر التي شرطاً في المزارعة؛ لأن المزارعة متى صحت تنعقد إجارة ابتداء وتتم شركة عند حصول الخارج، والأصل في الشركات أن الاستفادة من الأصل المشترك يكون مشتركاً بين الشريكين على السهام التي شرطاً في عقد الشركة كذا هاهنا.

وإن هلك الخارج قبل الإدراك بأن اصطلم الزرع آفة أو لم تنبت أصلاً فلا شيء لواحدٍ منهما على صاحبه، وفي كل موضع فسدت المزارعة فالخارج كله لصاحب

(١) لسان الحكام، ص (٤٠٦)، البحر الرائق (٨/١٨٢).

(٢) زاد في ح: على.

البذر؛ لأنه نماء ملكه فإن كان البذر من قبل رب الأرض فعليه للعامل أجر مثل عمله ويطيب له جميع الخارج ولا يتصدق بشيء؛ لأنه نماء ملكه حصل من أرضه، وإن كان البذر من قبل المزارع فعليه لرب الأرض أجر مثل الأرض ويدفع عن الخارج قدر بذره وما أنفق وما غرم من أجر مثل الأرض لصاحب الأرض ويتصدق بالفضل إليه.

فضل زرع خرج له من أرض غيره بإجارة فاسدة، وإن هلك الخارج في الصورة هذه ولم تنبت الأرض شيئاً للعامل أجر مثل عمله، وإن أدت الأرض والمزارع أن تطيب لهما الزرع عندهما في موضع فسدت المزارعة عندهما أو^(١) عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - في موضع صحت المزارعة عندهما.

والوجه في ذلك ما حكى عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد - رحمه الله - أنه قال: يميز النصبان نصيب رب الأرض ونصيب المزارع ويقول رب الأرض: وجب لي عليك أجر مثل الأرض أو نقصانها، ووجب لك علي أجر مثل عملك وثيرانك وقدر بذرك فهل صالحتني على مثل هذه الحنطة وعلى ما وجب لك عليّ فيما وجب لي عليك؟ فيقول المزارع: صالحت، أو يقول المزارع لصاحب الأرض: قد وجب لي عليك أجر مثل عملي وبذري ووجب لك عليّ أجر مثل الأرض أو نقصانها فهل صالحتني عما وجب لي عليك وعلى هذه الحنطة؟ فيقول رب الأرض: صالحت، فإذا تراضيا على ذلك فقد زال الموجب للحنث ويطيب^(٢) لكل واحد منهما ما أصابه.

في كل موضع لم يفسد المزارعة إذا شرط البقر على أحدهما فكذا لا تفسد المزارعة إذا شرط استئجار البقر وإن شرط المزارعة عقد آخر وهو استئجار البقر فيكون صفقة مشروطة في صفقة إنما لا تفسد المزارعة؛ لأن المراد من ذكر استئجار

(١) في ح: أو.

(٢) في ح: يطاب.

البقر بيان من عليه البقر لا حقيقة الاستتجار .

ألا ترى أن من شرط عليه استتجار البقر إذا لم يستأجر البقر^(١) وكرب الأرض بنفسه أو ببقر وهب أو ببقر ورث أو اشترى جاز ذلك، وإن لم يستأجر فصار الجواب في ذكر استتجار البقر كالجواب في ذكر من عليه البقر .

هذا إذا كان الأرض من أحدهما والبذر من أحدهما، وأما إذا كان الأرض من أحدهما والبذر منهما، فإن شرط العمل على المدفوع إليه الأرض وصورتها: رجل دفع إلى رجل أرضه على أن يعمل المدفوع إليه فيها بنفسه وبقره سنته هذه وببذرها كرا من طعام بينهما .

والوجه في تخريج هذه المسألة وما يجانسها: أن يجعل ما يخص نصف بذر كل واحد منهما من نصف الأرض كأرض على حدة، ثم تقدر المزارعة تقديرًا فما جاز في أرضين جاز في أرضٍ واحدة، وما فسدت في أرضين فسدت في أرض واحدة، وإنما اعتبرنا كل نصف من هذه الأرض بأرض على حدة؛ لأن نصف هذه الأرض مستأجر وهو الذي يختص بنصف بذر الدافع، فكان حكم النصفين مختلفًا فاعتبر كل نصف بأرض على حدة .

إذا ثبت هذا الأصل جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

إما إن شرط أن يكون الخارج بينهما، وفي هذا الوجه: المزارعة فاسدة؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن رب الأرض قال للمزارع: ازرع أرضي هذه ببذري على أن يكون الخارج كله لي، وازرع أرضي الأخرى هذه ببذرك على أن يكون الخارج كله لك، وهذا فاسد في الأرضين إذا كان بذر مشترك بينهما؛ لأن الدافع جعل أجره عمل العامل في بذر مشترك منفعة الأرض، ولو جعل أجره عمله في بذر مشترك دراهم أو دنانير لم يجز، فكذا إذا جعل أجره عمله في بذر مشترك منفعة الأرض،

(١) في ح: إذا لم يستأجر البقر .

وإذا فسدت المزارعة كان الخارج بينهما على قدر بذرهما النصف للدافع والنصف للعامل.

الوجه الثاني: إذا شرط ثلثي الخارج للدافع والثلث للعامل، وفي هذا الوجه: المزارعة فاسدة أيضًا؛ لأن تقدير هذه المسألة كأن الدافع قال للعامل: ازرع أرضي هذه ببذري ليكون الخارج كله لي وازرع هذه الأرض الأخرى ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثًا، ثلثه لي وثلثاه لك، وهذا يوجب فساد المزارعة كما لو دفع إليه أرضًا مزارعة ليخيط المزارع له ثوبًا.

الوجه الثالث: إذا شرط أن ثلثي الخارج للعامل والثلث للدافع، وفي هذا الوجه: المزارعة فاسدة أيضًا؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للعامل: ازرع أرضي هذه ببذرك ليكون الخارج كله لك وازرع أرض الآخر هذه ببذري على أن يكون الخارج بيننا أثلاثًا ثلثاه لك وثلثه لي وهذا يوجب فساد المزارعة؛ لأنه دفع إليه أرضه مزارعة ليعطي المزارع أرضًا أخرى ليزرعها لنفسه وهذا يوجب فساد المزارعة كما لو دفع إليه أرضًا مزارعة على أن يعطيه رب الأرض يومًا أو يقرضه، هذا إذا كان الأرض من أحدهما والبذر منهما وقد شرط العمل على المدفوع إليه.

فإن كانا شرطًا العمل عليهما في هذه الصورة بأن دفع رجل إلى رجل أرضًا على أن يعمل فيها رب الأرض والمدفوع إليه ببذر مشترك بينهما فإن شرطًا الخارج بينهما نصفين فهذا جائز؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأن الدافع قال للعامل: أنا أزرع هذه الأرض ببذري على أن يكون الخارج لي وازرع أنت هذه الأرض الأخرى ببذرك على أن الخارج كله لك، وهذا جائز في الأرضين، ويصير صاحب الأرض معيرًا إحدى أرضه من العامل ففي الأرض الواحدة يصير معيرًا نصف أرضه من العامل. فأما إذا شرط أن يكون ثلثا الخارج لأحدهما والثلث للآخر أيهما كان فالمزارعة فاسدة؛ لأنهما لو لم يشترطا في المزارعة عمل رب الأرض كانت المزارعة فاسدة، فإذا شرط ذلك فقد ازداد الفساد؛ لأن شرط عمل رب الأرض مع المزارع يفسد

المزارعة أولى أن تفسد به المزارعة، وإذا فسدت المزارعة في هذين الوجهين كان الخارج بينهما نصفين على قدر بذريهما فما أصاب رب الأرض يطيب له، ويغرم العامل لصاحب الأرض أجر مثل نصف الأرض إن شرط الثلثين لرب المال، ثم يأخذ العامل من نصف الخارج قدر بذره وقدر ما غرم من أجر مثل نصف الأرض ويتصدق بالفضل.

وإن شرط الثلثين للعامل لا يغرم العامل لرب الأرض شيئاً من أجر مثل نصف الأرض ولا يتصدق بشيء؛ لأن في الوجه الأول: العامل استفاد الخارج من أرض الغير بحكم إجارة فاسدة. وفي الوجه الثاني: استفاد الخارج من أرض الغير بحكم العارية.

هذا إذا كان الأرض من أحدهما، فأما إذا كان الأرض مشتركة بين رجلين دفع أحدهما إلى صاحبه على أن يزرعها فهذا على وجهين: إما أن كان البذر من جهة المزارع أو من جهة الدافع.

وكذا إذا كان من جهة المزارع فإن شرطاً أن يكون الخارج بينهما نصفين فهذه مزارعة فاسدة.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : إنه أراد بقوله: (المزارعة فاسدة) المزارعة من نصيب الدافع؛ لأنه لا مزارعة في نصيب المزارع بل في نصيبه مشورة إن شاء زرع وإن شاء لم يزرع، وإذا فسدت المزارعة والخارج كله لصاحب البذر وهو المزارع ويغرم المزارع لرب الأرض أجر مثل نصف الأرض، وإن لم تخرج الأرض شيئاً غرم المزارع للدافع أجر مثل نصف الأرض.

وإن شرطاً الثلثين للمزارع والثلث للدافع فهذه المزارعة جائزة والخارج بينهما على ما شرطاً.

وإن شرطاً الثلثين للدافع لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب. قالوا: ويجب أن تكون هذه المزارعة فاسدة، وهذا كله إذا كان البذر من جهة

المزارع.

فأما إذا كان من جهة الدافع، فإن شرطاً أن الخارج بينهما نصفان فالمزارعة فاسدة، وكذلك إن شرطاً أن يكون الخارج بينهما أثلاثاً فالمزارعة فاسدة أيضاً، هذا إذا كان الأرض بينهما والبذر من أحدهما، فأما إذا كان البذر منهما فإن شرطاً أن يكون البذر بينهما نصفين، وفي هذا الوجه: إن شرطاً الخارج بينهما نصفان فهو جائز والخارج بينهما على ما شرطاً.

وإن شرطاً أن الخارج بينهما أثلاثاً فإن شرطاً الثلثين للمزارع ففي المسألة روايتان: في رواية تفسد المزارعة، وفي رواية: لا تفسد.

وإن شرطاً الثلثين للدافع فالمزارعة فاسدة باتفاق الروايات.

وإن شرطاً أن يكون ثلثا البذر على الدافع وثلثه على المزارع؛ فالمزارعة فاسدة شرطاً الخارج بينهما نصفين أو أثلاثاً.

رجل أخذ أرضاً مزارعة وهي خراب على أن يعمرها والبذر منهما يزرعها مع رب الأرض ثلاث سنين فلما زرعها سنة انتزعها رب الأرض من يده، فهذه مزارعة فاسدة لانعدام شرائطها والزرع بينهما على قدر البذر، وللعامل أجر مثله فيما عمر، ولصاحب الأرض أجر مثل نصف الأرض الذي استغل ببذر العامل؛ لأنه انتفع به بحكم عقد فاسد، والله أعلم بالصواب.



الفصل الثالث

في الشروط في المزارعة

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في شرط الخارج كله لأحدهما، وأنه على وجهين:

إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وصورته: دفع إلى رجل أرضًا وبذرًا على أن يزرعه بنفسه وبقره وأجرائه وشرطا الخارج كله لرب الأرض، فهذا جائز، هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

ولم يرد بقوله: (فهو جائز) أن المزارعة جائزة؛ لأن هذا العقد ليس بمزارعة؛ لأن في المزارعة الخارج يكون مشتركًا والخارج في هذه الصورة ليس بمشترك وإنما أراد به: أن اشتراط جميع الخارج لصاحب البذر جائز؛ وهذا؛ لأنه ليس يجب هذا الشرط إلا الاستعانة بالعامل ليزرع أرضه؛ لأن هذا شرط العمل من غير عوض وهو تفسير الاستعانة والاستعانة جائزة.

وإن شرطًا أن يكون الخارج كله للمزارعة؛ فهو جائز وأراد به: أن اشتراط جميع الخارج للمزارع جائز إذ ليس يجب هذا الشرط إلا إعارة الأرض من المزارع وإقراض البذر منه، وكل ذلك جائز حالة الانفراد فكذلك حالة الاجتماع.

وهو نظير ما لو دفع إلى رجل ثوبًا وألف درهم وقال له: اعمل بها في حانوتي على أن الربح كله لك، فهذا الشرط جائز ويصير صاحب الحانوت مقرضًا الدراهم، كذا هاهنا.

وإن كان البذر من جهة المزارع وهو الوجه الثاني فهذا على وجوه:

أحدها: أن يقول صاحب الأرض لرجل: ازرع أرضي بكرًا من طعامك على أن يكون كله لي، وهذا فاسد^(١)؛ لأن صاحب البذر يصير مستأجر الأرض بكل الخارج

(١) الدر المختار (٦/٢٨١).

في هذه الصورة^(١) والشرع إنما جوز استئجار الأرض ببعض الخارج بخلاف القياس، فيبقى جواز الاستئجار بكل الخارج على أصل القياس، وإذا فسد هذا العقد كان جميع الخارج لصاحب البذر، وعليه أجر مثل الأرض لصاحب الأرض من الخارج قدر بذره، وما غرم ويتصدق بالزيادة، وكان ينبغي أن يكون جميع الخارج لرب الأرض كما اشترطاً ويصير المزارع مقرضاً البذر من رب الأرض، ويصير رب الأرض قابضاً له حكماً لاتصاله بملكه؛ وهذا؛ لأن صاحب الأرض لما شرط كل الخارج لنفسه فقد طلب من المزارع أن يملك البذر منه أولاً وتعذر إثبات ذلك بالبيع لانعدام ذكر العوض وجب إثباته بالشرع وأنه نوعان: قرض، وهبة، والقرض أقل فكان إثباته أولى.

ألا ترى أنه لو كان البذر من جهة رب الأرض مقرضاً البذر من المزارع فهأنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: البذر إذا كان من قبل رب الأرض إنما جعل رب الأرض مقرضاً ولم يجعل مستأجراً للعامل؛ لأنه لو لم يجعل مقرضاً صار العامل عاملاً لنفسه من وجه، ولرب الأرض من وجه من حيث إنه يملك منفعته من رب الأرض، ولو جعلناه مقرضاً البذر من العامل يصير العامل فيما زرع عاملاً لنفسه من كل وجه، والأصل في عمل المرء: أن يكون له من كل وجه ما لم يجعله لغيره، ولم يثبت جعل المزارع عمله لغيره أيضاً، ولا يقتضي اشتراط الخارج كله للعامل؛ لأن جميع الخارج كما يكون للعامل بطريق الأجر فيكون عاملاً لنفسه من وجه ولرب الأرض من وجه يكون له بطريق القرض فيكون عاملاً لنفسه من كل وجه، وإثبات القرض ليكون المزارع عاملاً لنفسه من كل وجه، ولو جعلناه مستأجر الأرض بجميع الخارج كان عاملاً لنفسه من وجه من حيث إنه يملك منفعة الأرض، والمرء عامل لنفسه بقضية الأصل ما لم يجعل عمله لغيره ولم يثبت جعل عمل العامل لرب الأرض لا نصاً ولا مقتضى

(١) كذا في ح.

اشتراط جميع الخارج لرب الأرض؛ لأن الخارج كله كما يكون لرب الأرض بالقرض يكون له بحكم استئجار الأرض منه فجعلناه مستأجرًا الأرض ليصير عاملاً لنفسه من وجه، والتقريب ما ذكرنا.

ولو قال رب الأرض للمزارع: ازرع لي أرضي ببذرک على أن يكون الخارج كله لي، فهذا شرط جائز، ويصير العامل مقرضًا البذر من رب الأرض ويكون الخارج كله لرب الأرض ويكون المزارع معيّنًا له في العمل؛ وهذا؛ لأن رب الأرض إذا^(١) قال له اعمل ببذري في أرضي على إن ما أخرج الله تعالى من شيء فهو لي كله فالخارج لصاحب الأرض.

ولصاحب البذر على صاحب الأرض مثل بذره؛ لأن صاحب البذر لما قال له: ابذره لنفسك، فقد أقرض البذر منه وصار رب الأرض قابضًا لذلك بيده.

وإذا قال بعد ذلك: على أن الخارج كله لي، فقد استقرض منه ما وقع في الأرض، واستقرض ما وقع في الأرض لا يصح.

وإذا قال رجل لغيره: ازرع أرضك ببذرک على أن الخارج كله لي، ذكر في كتاب المزارعة أن هذا استقرض.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في بيوع الجامع في باب بيع أحد العبدین: أن هذه مزارعة فاسدة.



(١) كذا في ح.

نوع آخر: في اشتراط بعض الخارج لرجل غير المزارع وصاحب الأرض .
 إذا شرط في عقد المزارعة بعض الخارج لرجل آخر ببذري المزارع ورب
 الأرض، ينظر: إن لم يشترط عمله في المزارعة لم يوجب فساد المزارعة ويكون ما
 شرط له لصاحب البذر، وإن شرط عمله في المزارعة إن كان البذر من قبل المزارع،
 وصورتها: إذا دفع الرجل أرضه إلى رجل على أن يزرعها ببذره وبقره ويعمل فيها
 معه هذا الرجل الآخر فما أخرج الله من شيء فالثلث من ذلك لصاحب الأرض،
 والثلث لصاحب البذر والعمل، والثلث لصاحب الذي لا بذر من جهته، فهذه
 المزارعة فاسدة .

وأراد به الفساد في حق المزارع الثاني؛ لأن المزارع الأول صار مستأجرًا للأرض
 لما كان البذر من جهته وصار مالكًا منفعة الأرض بحكم الإجارة فيعتبر بما لو كان
 مالكًا لها بملك الرقبة، ومالك الرقبة إذا دفع الأرض إلى غيره مزارعة على أن يعمل
 معه المالك لا يجوز؛ لفوات التخلية بين الأرض وبين المزارع فكذلك هاهنا .

ثم فساد المزارعة في حق الثاني لا يوجب فساد المزارعة في حق الأول؛ لأن
 المزارعة الثانية غير مشروطة في المزارعة الأولى حتى لو كانت المزارعة الثانية
 مشروطة في الأولى بأن قال: على أن يعمل بها هذا الرجل الآخر معه كانت المزارعة
 الأولى فاسدة عند بعض المشايخ - رحمهم الله - وبه كان يفتي شمس الأئمة
 السرخسي - رحمة الله عليه - .

وقال بعض المشايخ: لا تفسد المزارعة الأولى وإن كانت الثانية مشروطة في
 الأولى؛ لأنها غير مشروطة لرب الأرض، بل هي مشروطة للثالث، فهذه صفقة
 شرطت فيها صفقة الأجنبي لأحد المتعاقدين، ومثل هذا لا يوجب فساد العقد كما
 إذا قال لغيره: بعت منك هذا العبد بكذا على أن تبيع دارك هذه من فلان، أو قال:
 أن تقرض فلانًا الأجنبي كذا ورأيت في المنتقى: أن اشتراط الصفقة في الصفقة
 للأجنبي موجب فساد العقد؛ كاشتراطها لأحد العاقدين .

فرق بين هذه المسألة، وبين مسألة مذكورة في باب المعاملة وصورتهما: رجل دفع نخيله إلى رجل معاملة بالنصف على أن يعمل فلان معه على أن يعطي العامل فلاناً مائة، ذكر أن المعاملة فاسدة في حق الأول، وهاهنا قال: لا تفسد المزارعة في حق الأول.

أما على قول من قال من مشايخنا: إن المزارعة في حق الأول إنما لم تفسد؛ لأن عمل الثاني معطوف على الأول غير مشروط فيه.

والفرق بين هذه المسألة وبين مسألة المعاملة ظاهر؛ لأن في مسألة المعاملة: عمل الثاني مشروط في المعاملة الأولى ولو كان المزارعة الثانية مشروطة في المزارعة الأولى أوجب الفساد أيضاً، وفي مسألة المعاملة: لو كان عمل الثاني معطوفاً بأن قال: ويعمل معه فلان على أن له على العامل أجر مائة درهم كانت المعاملة الأولى جائزة أيضاً.

وأما على قول من قال من مشايخنا هاهنا: بأن المزارعة في حق الأول لا تفسد وإن كانت المزارعة مشروطة لصاحب النخيل؛ لأن منفعة ذلك عائدة لصاحب النخيل؛ لأن صاحب النخيل مستأجر العامل فيكون أجر العامل الثاني على العامل الأول، فإذا شرط على العامل الأول كانت منفعة هذا الشرط عائدة إلى صاحب النخيل فصار هذا الغير باعتبار المعنى مشروطاً لصاحب النخيل لا الثالث، فكان هذا صفقة شرطت في صفقة لأحد المتعاقدين.

فأما في مسألة المزارعة والعقد الثاني مشروط للمزارع الثاني لا لرب الأرض؛ لأن منفعة ذلك غير عائدة إلى رب الأرض؛ لأن رب الأرض ليس بمستأجر متى كان شيئاً يرغب في مثله في المعاملة، فأما إذا أخرجت شيئاً لا يرغب في المعاملة لا يجوز المعاملة؛ لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن لم يخرج النخل شيئاً في المدة المضروبة، ينظر: إن أخرجت بعد تلك المدة في تلك السنة كانت المعاملة فاسدة، وإن لم يخرج في تلك السنة أصلاً لعل حدثت

بها كانت المعاملة جائزة؛ لأنها إذا أخرجت شيئاً في تلك المدة علم يقيناً أنه ضرب من المدة ما لا يخرج الثمرة في مثل تلك المدة وهذا يوجب فساد المعاملة، وأما إذا حدثت بها علة ولم يخرج شيئاً في تلك السنة لا يدري أن المدة التي شرطت في المعاملة مدة يخرج في مثلها الثمرة أو لا يخرج، ثم إن خروج الثمرة في مثل تلك المدة إن لم يحدث بها تلك العلة فوقع الشك في فساد العقد وقد انعقدت جائزة موقوفة إذا كان حال المدة متمثلاً بين أن تخرج الثمرة وبين ألا خرج فلا يثبت الفساد بالشك والاحتمال.

وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلاً فيه طلع معاملة بالنصف، فهو جائز وإن لم يسميا وقتاً.

يجب أن يعلم أن المعاملة إذا عقدت على ما هو في حد النماء والزيادة، صحت، وإذا عقدت على ما يتناهى عظمه وصار بحال لا تزيد في نفسها بسبب عمل العامل، فإن المعاملة لا تصح وإنما كان كذلك؛ لأنها متى عقدت على ما هو في حد النماء والزيادة كان أجر العامل بعض ما يخرج من عمله، والمعاملة ببعض ما يخرج من عمل العامل جائز، وإذا خرج عن حد النماء والزيادة كان أجره شيئاً موجوداً لا ما يخرج من عمله، والمعاملة جوزت بخلاف القياس بالأثر فيما إذا كان أجر العامل بعض الخارج من عمله.

يوضحه: أن ما عليه عقد المعاملة إذا كان في حد النماء يظهر أن عمل العامل فيه فجاز أن يستحق به، وإذا خرج عن حد النماء والزيادة لا يظهر أن عمله فيه، فلو استحق شيئاً استحق بغير عمل وإنه لا يجوز.

إذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: ما وقع عليه المعاملة في حد النماء والزيادة وقته معلوم؛ لأن وقت ابتداء العمل ما بعد الفراغ من العقد لحاجة الطلع إلى العمل عقيب العقد ولإدراكه وقت معلوم فجازت المعاملة.

فإن قيل: كان يجب ألا تجوز المعاملة؛ لأنه جعل أجره عمله بعض ما يخرج من

عمله وشيئاً موجوداً مع ذلك وهذا يمنع جواز المعاملة، كما لو دفع نخيلاً بلغت وأطعمت على أن تقوم عليه بالنصف ويكون النخيل مع الثمر بينهما نصفين، وكما لو دفع أرضاً مزارعة بالنصف على أن يكون الخارج مع رب الأرض بينهما نصفين، وكما لو شرط مع بعض الخارج للعامل يوماً أو عشرة دراهم.

قلنا: هذا هكذا إذا كان ما شرط من الموجود يصير أجرة عمله مقصوداً بأن كان يستحقه مقصوداً لا تبعاً لما يخرج من عمله، فأما إذا كان يستحقه تبعاً لما يزداد من عمله بأن كان لا يمتاز الموجود عما يزداد من عمله فإنه يجوز المعاملة؛ لأنه يجوز أن يثبت الشيء تبعاً لغيره وإن كانت لا تثبت مقصوداً بخلاف ما أوردت من المسائل؛ لأن هناك إنما يستحق الموجود مع ما يخرج من عمله مقصوداً لا تبعاً؛ لأن كل واحد منهما مما يمتاز عن الآخر.

وكذلك لو كان فيه بسر أحمر أو أخضر إلا أنه لم يتناه عظمه فالمعاملة جائزة، وإن دفعه بعدما يتناهى عظمه وليس يزيد على ذلك شيء إلا أنه لم يترطب؛ فالمعاملة فاسدة والثمر لصاحب النخل، وللعامل أجر مثله، وكذلك الثمار كلها، والمعنى ما ذكرنا، ثم إذا لم يتناه عظمه في هذه الصورة أو لم يسمياً وقتاً يجوز وتكون المعاملة إلى وقت بلوغه وكذا في نظائره، هذا في شرح شيخ الإسلام - رحمه الله - .

وعلى هذا إذا دفع نخيلاً معاملة على أن يكون النخل مع الثمر بينهما نصفين، إن كان النخيل في حد النماء والزيادة فالمعاملة في حق النخيل والثمار جائزة، وإن خرجت النخيل عن حد النماء والزيادة فالمعاملة فاسدة، وإنما يعرف خروج الأشجار عن حد النماء والزيادة إذا بلغت وأثمرت؛ لأنه لازدياد النخل غاية ينتهي إليها كما للزرع والثمر فجعل نهاية البلوغ متى بلغ وحلى المر فقد خرج عن حد التميز.

وعلى هذا: إذا زرع الرجل أرض نفسه ونبت الزرع إلا أنه لم يتناه فدفع إلى غيره

مزارعة حتى يريبه العامل ويسقيه، جاز، وأما إذا تنهى الزرع فدفع الأرض مع الزرع المتناهي بالنصف ليحفظه ويحصده، لا يجوز والمعنى ما ذكرنا.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : دفع كرمًا البذر من جهة المزارع بل المستأجر هو الأول فيكون أجر الثاني على المزارع الأول لا على رب الأرض فلم يصير العقد الثاني مشروطًا لرب الأرض بل كان مشروطًا للثاني وهذا لا يوجب الفساد، كما لو باع منه دارًا على أن يبيع غلامه من أجنبي ولو كان البذر من قبل الأرض والمسألة على حالها كانت هذه مزارعة جائزة؛ لأن البذر إذا كان من جهة صاحب الأرض صار مستأجرًا للعاملين ببعض الخارج واستئجار العاملين ببعض الخارج جائز.

ومن هذا الجنس: إذا دفع أرضه إلى رجلين ليزرعها^(١) على أن يكون البذر من قبل أحدهما، ومن قبل الآخر مجرد العمل على أن الخارج بينهما أثلاثًا، وإن لم تكن المزارعة في حق الثاني مشروطة في المزارعة التي جرت بين رب الأرض والمزارع الأول بل كانت معطوفة عليها، فالمزارعة في حق رب الأرض والأول صحيحة، والمزارعة في حق الثاني فاسدة ويكون ثلث الخارج لرب الأرض والثلثان لصاحب البذر، وعلى صاحب البذر أجر مثل عمل المزارع الثاني الذي عمل معه، وإن كانت المزارعة الثانية مشروطة في المزارعة الأولى فعند بعض المشايخ: فسدت الأولى، وعند بعضهم: لا تفسد.

ولو كان مكان المزارعة معاملة، فإن كانت الثانية مشروطة في الأولى فسدت الأولى بلا خلاف، وإن كانت معطوفة ففيه اختلاف المشايخ على نحو ما ذكرنا. ومن هذا الجنس: إذا شرط بعض الخارج لعبد أحد المتعاقدين فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون البذر من صاحب الأرض وقد شرط ثلث الخارج لرب الأرض،

(١) كذا والصواب: ليزرعها.

والثلث للمزارع، والثلث لعبد رب الأرض، فالمزارعة جائزة سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وسواء شرط عمل العبد مع المزارع أو لم يشرط.

أما إذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله فلأن المشروط لعبد المزارع والحالة هذه كالمشروط للمزارع فكأنهما شرطا من الابتداء ثلثي الخارج للمزارع.

وأما إذا شرط عمله فلأن المشروط للعبد إذا شرط عمله مشروط للعبد أمكن تصحيح هذا الشرط للعبد بحكم المزارعة؛ لأن رب الأرض يصير مستأجراً للمزارع مع عبده بثلثي الخارج، فإذا صح هذا الشرط للعبد صار المشروط كسب العبد، فإذا لحق العبد دين والمولى يأخذ ذلك منه تعذر أن يقضي منه دين العبد.

وأما إذا كان على العبد دين ولم يشترط عمل العبد مع ذلك؛ فلأن المشروط للعبد إذا لم يشترط عمله مشروط لمولاه على قول من يجوز المزارعة، وإن شرط عمل العبد مع ذلك فالمشروط يكون مشروطاً للعبد حتى يقضي منه ديونه، هذا الذي ذكرنا إذا كان البذر من قبل رب الأرض.

وإن كان البذر من قبل المزارع، فإن شرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض فالمزارعة جائزة، وإذا لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله ويعتبر المشروط للعبد مشروطاً للمولى من الابتداء، وإن شرط عمل العبد ولا دين عليه فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا شرط عمله كان المشروط له حتى يقضي ديونه منه إذا لحقه دين ويكون ذلك في يده، وعند ذلك يصير المزارع مستأجراً للأرض ببعض الخارج وإنه جائز، وعبد رب الأرض ببعض الخارج وإنه لا يجوز فسدت المزارعة من وجه دون وجه فحكمتنا بفسادها.

روى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه تجوز.

وجه هذه الرواية: ليس تجب هذه المزارعة إلا استئجار الأرض أو استئجار العامل وكل ذلك جائز حالة الانفراد.

وجه ظاهر الرواية: أن القياس يأبى جواز استئجار العامل ببعض الخارج وإنما

ورد الشرع به إذا كان الاستتجار من رب الأرض، وهاهنا المستأجر للعامل ليس صاحب الأرض فيردها إلى ما يقتضيه القياس، وإن كان على العبد دين إن لم يشترط عمل العبد فالمزارعة جائزة ويكون المشروط للعبد مشروطاً لمولاه كأنهما شرطاً من الابتداء ثلثي الخارج لرب الأرض وثلثه للمزارع.

وإن شرط عمل العبد مع ذلك فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية؛ لأن المزارع يصير مستأجراً الأرض والعبد ببعض الخارج.

وإن شرط ثلث الخارج لعبد المزارع في هذه الصورة، إن لم يكن على العبد دين ولم يشترط عمله فهو جائز ويكون ثلثا الخارج للمزارع والثلث لرب الأرض.

وإن شرط عمل العبد مع ذلك، إن شرط عمل العبد في العقد فالمزارعة فاسدة في حقهما جميعاً، وإن لم يشترط عمل العبد فالمزارعة جائزة ويكون المشروط للعبد مشروطاً للمزارع، وإن شرط عمله فالجواب فيه كالجواب فيما إذا لم يكن على العبد دين وقد شرط عمله.

ولو شرط بعض الخارج لبقر أحدهما فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط لعبد أحدهما ولا دين عليه؛ إذ لا يتصور وجوب الدين على البقر، وفي العبد إذا لم يكن عليه دين إن لم يشترط عمله يعتبر المشروط للعبد مشروطاً لمولاه فكذا في البقر إذا لم يشترط عمله يعتبر المشروط للبقر مشروطاً لمولاه، وإن شرط عمله فكذلك يعتبر المشروط للبقر مشروطاً لمولاه؛ لأن البقر ليس من أهل أن يستحق شيئاً فيعتبر المشروط له مشروطاً لمولاه بخلاف العبد المديون.

ألا ترى أن من أوصى بشاة فلان تعلف شهراً يصح ويعتبر ذلك مؤنة لصاحبها كذا هاهنا.

وإذا دفع أرضه مزارعة إلى رجل على أن يزرعها سنة ببذره وبيقر فلان على أن لرب الأرض ثلث الخارج، وللمزارع ثلث الخارج، ولصاحب البقر ثلث الخارج، فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة وفي حق صاحب البقر فاسدة؛ لأن

صاحب البقر دفع البقر مفردًا مزارعة، ودفع البقر مفردًا مزارعة لا يجوز، وفيه حديث مجاهد - رحمه الله - .

فإن قيل: ينبغي أن تفسد المزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع أيضًا؛ لأن هذه المزارعة شرط فيها مزارعة فاسدة فيكون صفقة مشروطة في صفقة .

قلنا: اشتراط الصفقة في صفقة إنما وجب الفساد إذا كانت مشروطة لأحد العاقدين ولصاحب البقر أجر مثل البقر على المزارع صار مستأجرًا البقر؛ إذ البذر كان من جهة رب الأرض فالمزارعة فيما بين رب الأرض والمزارع جائزة، فاسدة في حق صاحب البقر، وعلى رب الأرض أجر مثل البقر؛ لأنه صار مستأجرًا البقر إذ البذر كان من جهته .



نوع آخر: في اشتراط الأعمال على أحدهما:

الأصل في هذا النوع: أنه إذا شرط في المزارعة على المزارع أو على رب الأرض ما ليس من أعمال المزارعة تفسد به المزارعة؛ لأنه شرط فيها ما لا تقتضيه المزارعة وفيه منفعة لأحدهما، ومثل هذا الشرط يوجب فساد المزارعة وينعقد إجارة، والإجارة تفسد بمثل هذا الشرط، فكذا المزارعة.

وإذا شرط فيها ما كان من أعمال المزارعة لا تفسد المزارعة؛ لأنه شرط فيها ما يقتضيه المزارعة، وشرط ما تقتضيه العقد في العقد يوجب تأكيد العقد لا فساده، والفاصل بين عمل المزارعة وبين غير عمل المزارعة إن كان عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من عمل المزارعة، وكل عمل لا ينمي ولا يزيد في الخارج فهو ليس من أعمال المزارعة.

إذا شرط على المزارع أو على رب الأرض الحصاد والدياس والتذرية ورفعه إلى البيدر فسدت المزارعة هكذا في ظاهر الروايات.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية على المزارع جائز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - : كان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ - رحمهم الله - يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشروط وكانوا يزيدون على هذا ويقولون: يجوز شرط التقية والحمل إلى منزل رب الأرض؛ لأن المزارعة بهذه الشروط متعامل فيما بين الناس.

وجه ما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - : التعامل الظاهر في اشتراط هذه الأشياء على المزارع.

وجه الاستحسان: أن هذه الأشياء ليست من أعمال المزارعة؛ لأنها لا تنبت ولا تنمي ولا تزيد في الخارج فاشتراطها على المزارعة فساد المزارعة كما لو شرط عليه الطحن أو الحمل إلى منزل رب الأرض وما يقول بأن المزارعة بهذه الشروط

متعامل .

قلنا: متعامل في بعض البلدان دون البعض، ألا ترى أن محمداً - رحمه الله - يحكم بفسادها ولو وجدها متعاملاً في جميع البلدان ما حكم بفسادها، وتعامل بعض البلدان لا يكون حجة .

وكذلك شرط كري الأنهار وإصلاح المسنات على أحدهما، إن شرط على المزارع فالمزارعة فاسدة سواء كان البذر من قبله أو من قبل رب الأرض، أما إذا كان البذر من قبله؛ لأنه شرط في المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة تقتضي كراء الأنهار وإصلاح المسنات على رب الأرض لا على المزارع؛ لأن رب الأرض مؤاجر للأرض ببعض الخارج فيعتبر بما لو أجرها بالدرهم، وهناك إصلاح النهر على رب الأرض حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع كذا هاهنا .

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فلأنه استأجر العامل ببعض الخارج للزراعة ولعمل آخر ليس من أعمال الزراعة لما ذكرنا من حد عمل المزارعة واستئجار العامل للمزارعة وبخياطة ثوب لرب الأرض، ويكون الخارج للمزارع ويغرم المزارع أجر مثل الأرض لرب الأرض، ويغرم صاحب الأرض للمزارع أجر مثل عمله في كري الأنهار وإصلاح المسنة .

وإن شرط ذلك على رب الأرض فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر إن كان البذر من قبل المزارع؛ لأنه شرط في المزارعة ما تقتضيه، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فلأنه استأجر العامل بعمل الزراعة وشرط على نفسه ما ليس من عمل الزراعة هكذا يقتضي .

وإن شرط في عقد المزارعة كراء الأرض على أحدهما فإن شرط على المزارع فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط في المزارعة ما تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة توجب الكراء على المزارع؛ لأنه من أعمال المزارعة .

ألا ترى أنه يجب على المزارع من غير شرط إذا كان لا يحصل الزرع المرغوب

فيه إلا بالكراب .

وأما إذا شرط على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع كانت المزارعة فاسدة؛ لأن المزارع يصير مستأجرًا للأرض مع رب الأرض ببعض الخارج واستئجار رب الأرض ببعض الخارج لا يجوز فهذه مزارعة شرط فيها إجارة فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فالمزارعة جائزة؛ إذ ليس يجب هذا الشرط سوى إضافة المزارعة إلى وقت في المستقبل وهو ما بعد الكراب واستئجار العامل لبعض عمل المزارعة وكل ذلك جائز حالة الانفراد .

ومن سلك هذه الطريقة يقول: إنما يجوز المزارعة إذا بين للكراب وقتًا معلومًا حتى يكون وقت انعقاد المزارعة معلومًا، فأما إذا لم يكن فالمزارعة فاسدة لجهالة وقت انعقاد المزارعة، وإلى هذا ذهب الفقيه أبو بكر البلخي، والفقيه أبو جعفر الهمدواني - رحمهما الله - .

ومن المشايخ من قال: إنما جاز هذا العقد؛ لأنه أراد بهذا الكراب المعتاد، وهو الكراب قبل الزراعة وأنه شرط غير لازم؛ لأن المزارعة غير لازمة قبل إلقاء البذر في الأرض في حق من كان البذر من جهته فكذا ما شرط في المزارعة لا يكون لازماً، ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد المزارعة حتى لو كان المراد من هذا الكراب، الكراب بعد الزراعة تفسد المزارعة؛ لأنه يصير لازماً كالمزارعة وإنه شرط يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، ومثل هذا الشرط يوجب فساد العقد .

ومن سلك هذه الطريقة يقول بجواز المزارعة بين للكراب وقتًا معلومًا، أو لم يبين، فإذا شرط في المزارعة على أحدهما أن يسرقها من عند نفسه فالمزارعة فاسدة إذا كان البذر من جهة المزارع؛ لأن المزارع صار مستأجرًا للأرض ببعض الخارج وبالسرقة؛ لأنه بدل يسمى بإزاء منفعة الأرض نصف الخارج، والسرقة مجهول وجهالة الأجر تمنع صحة الإجارة ويكون الخارج كله للمزارع، وعليه أجر مثل الأرض ولا يغرم رب الأرض شيئاً للمزارع من قيمة السرقة الذي طرحه في

الأرض؛ لأن منفعة الأرض حصلت للمزارع حال قيام الزرع بعد الحصاد الثاني مجرد المنفعة وهو قوة الأرض، أما عين السرقيين صار مستهلكًا بالاستلقاء كالبذر، ومجرد المنفعة عندنا لا تقوم من غير عقدٍ ولا شبهة عقد.

وأما إذا كان البذر من جهة رب الأرض؛ فلأن رب الأرض قابل بعض الخارج بإزاء المنفعة وهي منفعة العامل، وإزاء العين وهو السرقيين مما يقابل العين شراء، وشراء السرقيين ببعض الخارج لا يجوز، فهذه مزارعة شرط فيها شراء فاسداً، ولو شرط فيها شراء جائزاً أوجب فسادها هنا أولى ويكون الخارج كله لرب الأرض وعليه أجر مثل عمل المزارع في أرضه وقيمة ما طرح من السرقيين في أرضه.

وإن شرط السرقيين على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع، فالمزارعة فاسدة؛ لأنه صار مشترياً السرقيين من رب الأرض ببعض الخارج ويكون الخارج للمزارع وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقيين؛ لأنه اشترى السرقيين شراء فاسداً، وصار قابضاً له حكماً لاتصاله بزعره ومنفعة ذلك حصلت له فكان عليه قيمته.

وإن كان البذر من قبل رب الأرض، فالمزارعة جائزة؛ لأنه استأجر العامل ليعمل في أرضه المسرقة والمقرورة بنصف الخارج، وإنه جائز.

وإن شرط أحدهما على الآخر إلقاء السرقيين في الأرض كما هو المعروف في بلادنا، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب.

وحكي عن الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد - رحمه الله - أنه كان يقول: إن شرط ذلك على المزارع فالمزارعة جائزة من أيهما كان البذر؛ لأن هذا شرط يقتضيه العقد، فإن إلقاء السرقيين من عمل المزارعة؛ لأنه مما يزيد في الخارج فكان كالكراب على المزارع لا يوجب فساد المزارعة من أيهما كان البذر فكذلك هذا.

فإن قيل: أليس إن منفعته تبقى إلى العام الثاني فهذا يوجب فساد المزارعة؟

قلنا: منفعة عمله لا تبقى إلى العام الثاني، أما الذي يبقى إلى العام الثاني السرقيين

وذلك ملك رب الأرض.

وإن شرط على رب الأرض، إن كان البذر من جهة العامل فإنه لا يجوز كما اشترط الكراب على رب الأرض والبذر من قبل المزارع، وإن كان البذر من جهة رب الأرض يجوز كما في اشتراط الكراب فكيف يجعل الجواب فيه؛ كالجواب في الكراب من هذا الوجه.

فأما إذا شرط في المزارعة على ألا يُعْرَها ولا يسرقها أحد فالمزارعة جائزة على أيهما شرط ذلك والبذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض^(١).

وإن شرط فيها ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المزارعة لا تقتضي ألا يسرقن الأرض؛ لأن اشتراط ما لا يقتضيه العقد إنما يوجب فساد العقد إذا كان فيه منفعة لأحدهما فإنه لا يوجب فساد العقد كما لو باع طعاما بشرط ألا يأكله أو ثوبا بشرط ألا يلبسه فإن البيع لا يفسد، وإن شرط فيه ما لا يقتضيه العقد؛ لأنه لا منفعة فيه لأحدهما، ولا منفعة لأحدهما في ألا يسرقن الأرض بل فيه مضرة.

والأصل في هذا حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - فإنه كان إذا أجر أرضه شرط على المستأجر ألا يدخلها كلبًا ولا يعرّها، ولو كان هذا الشرط مما يوجب فساد المزارعة لما شرطه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - في الإجارة. سئل الإمام نجم الدين النسفي - رحمه الله - من دفع أرضه مزارعة إلى إنسان وذلك الإنسان يقوم بإلقاء السرقين وإصلاح المسناة وحفر الأنهار وكبس الشقوق، واشترط ذلك في العقد يفسده، ولو كان سكت عنه لم يلزم ذلك المزارع، ولو واعده فله ألا يفى بذلك، وإن أراد صاحب الأرض أن يلزمه ذلك ما الوجه منه؟ قال: يستأجره على ذلك بعد إعلامه بأجرة يسيرة غير مشروط في العقد فيصح ذلك ويلزمه ولا يفسد العقد.

قيل: فكبس الشقوق وإصلاح المسناة وحفر الأنهار عمل، فأما إلقاء السرقين فإنه يحتاج فيه إلى جمع أوقار كبيرة من السرقين أولاً، فلو اشترى منه كان شراء معدوم

(١) الأصل، لمحمد بن الحسن (٣١/١٠)، والمبسوط للسرخسي (٨٢/٢٣).

ليس في ملكه، ولو أسلم فيه فهو متفاوت؛ لأن بعضه عذرة وبعضه تراب ونحوه، فلا يكون مضبوط الوصف فلا يصح السلم ولا الشراء.
ولو استأجره على النقل إلى ملكه والمنقول معلوم^(١)، والمكان المنقول غير معلوم فما وجه الصحة؟

قال: المشروط النقل عن البلدة ونواحيها، وتفاوت ذلك قليل لا يؤدي إلى التنازع، والمجموع قبل الجمع غير متقوم وبالجمع يتقوم على ملك المستأجر بأمره، والمعقود عليه هو العمل وهو المقصود فكانت إجارة صحيحة، وإن سمي فيه العين فكان المعتبر هو العمل كاستئجار السقا لحمل كذا قربة إليه من الماء، وإنه يصح ذلك وكانت الإجارة بمقابلة العمل، والمياه وإن كانت أعياناً لم يتناولها العقد ولم يكن شراء بها، وترك إعلام مكان النقل عنه لم يضر حتى جاز، وإن بين أنه ينقل هذه المياه من حوض كذا وله أن ينقل من أي موضع شاء ولم يوجب ذلك جهالة المعقود عليه لما ذكرنا أن هذا يؤدي إلى التنازع.
وكذا إذا استأجره ليحطب كذا وقرًا من الحطب، أو استأجره ليحش كذا وقرًا من الحشيش على هذا فكذا هاهنا.



(١) في ح: معدوم.

نوع آخر: إذا اشترط رب الأرض على المزارع أن يكرب الأرض ويشيها فالمزارعة فاسدة:

واختلف المشايخ - رحمهم الله تعالى - في تفسير التثنية، قال بعضهم: أراد أن يجعل الأرض جداول ومسنات ومثنيات فيزرع الجداول ويترك المسنات حتى يزرع بعد ذلك رب الأرض أو يزرع المسنات ويترك الجداول، فإذا كان تفسير التثنية هذا أوجب اشتراطه فساد المزارعة إذا كانت هذه المزارعة سنة؛ لأنه شرط على المزارع عملاً تبقي منفعته بعد مدة المزارعة خاصاً لرب الأرض، واشترط مثل هذا الشرط يفسد المزارعة، وإن كانت مدة المزارعة سنتين حتى يزرع المزارع في السنة الأخرى الجداول أو المسنات، كان ذلك جائزاً؛ لأن منفعة ذلك عائدة إليه لا إلى رب الأرض خاصة، وعمل المزارع ما يعود منفعته إليهما لا إلى أحدهما خاصة، وهذا التفسير صحيح؛ لأنه أضاف فعل التثنية إلى الأرض لا إلى الكراب بعينه، وأنه قال: (يشيها) ولو كانت التثنية صفة الكراب لكان يقول: وصار تقدير^(١) هذه المزارعة إن زرعت جميع هذه الأرض بكراب فلك كذا وما زرعت منها بقرب أو دالية فلك كذا، فالمزارعة فاسدة، وطريقه ما قلنا.

وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول: ما ذكر من الجواب في مسألة الكراب قولهما، وما ذكر في هذه المسائل فهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لو كان يرى جواز المزارعة؛ لأن كلمة (من) للتبويض عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعندهما: صلة، فصار حاصل الجواب على قولهما في هذه المسائل كما في مسألة الكراب وجعل كلمة (من) للصلة عندهما في المسائل كلها.

وغيره من المشايخ قالوا: ما ذكر في هذه المسائل قولهما، وما ذكر في مسألة الكراب قولهما أيضاً، وهذا بجعل كلمة (من) للتبويض في المسائل كلها؛ لأن هذه الكلمة حقيقتها للتبويض لغة، وإنما تذكر للصلة مجازاً والكلام بحقيقته، وعلى هذا التقدير يمكن الجهالة إلا أن في مسألة الكراب لا يوجب فساد المزارعة؛ لأن الجهالة

(١) في ح: تقدر.

تزول وقت تأكيد المزارعة وإن قبل إلقاء البذر لصاحب البذر حق الفسخ وبعده لا، والكراب مما يتقدم على إلقاء البذر حتى تتقوى الأرض، ثم إلقاء البذر كحال عدم إلقاء البذر يعلم ما كرب مما لم يكرب، وإذا كانت الجهالة زائلة وقت تأكيد المزارعة كانت جائزة^(١)؛ كما لو كانت زائلة وقت العقد.

وهو نظير ما لو باع شيئاً يرقمه وعلم الرقم في مجلس العقد فإنه يجوز العقد وجعل زوال الجهالة في مجلس العقد كزوالها وقت العقد.

أما في مسألة الحنطة والشعير: الجهالة قائمة وقت العقد؛ لأنه إنما يعلم البعض المزروعة حنطة من البعض المزروع شعيراً بإلقاء البذر، فوقت إلقاء البذر الذي هو تأكيد حال العقد تكون الجهالة قائمة، وكذلك في مثله جمادى الأولى الجهالة قائمة وقت تأكيد العقد؛ لأنه إنما يعلم البعض الذي يزرع في أحد الوقتين بإلقاء البذر فوق إلقاء البذر الذي هو حال تأكيد العقد تكون الجهالة قائمة. وفي مسألة السقي فكذلك؛ ولأنه أراد السقي المعتاد بينهم، والسقي المعتاد بينهم بعد إلقاء البذر فوق إلقاء البذر تكون الجهالة قائمة، ولو كان المراد من هذا السقي، السقي قبل الزراعة كانت المزارعة جائزة كما في مسألة الكراب؛ لأن الجهالة تكون زائلة وقت تأكيد العقد.

وأما إذا نص على البعض على أن ما زرعت بعضاً منها بغير كراب فلك كذا، هل يفسد العقد؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب.

وعلى قياس ما قاله الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - : يجب أن تكون المزارعة فاسدة بخلاف ما ذكر كلمة (من)؛ لأن هناك أمكن حمل العقد على الصحة بأن يجعل كلمة (من) صلة ويكون الداخل تحت كل عقد جميع الأرض، فأما إذا نص على البعض لا يمكن أن يجعل الداخل تحت كل عقد جميع الأرض، بل يكون الداخل بعضها وإنه مجهول.

وإذا دفع رجل أرضه إلى رجل على أن يزرعها ببذره على أنه إن زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان، وإن زرعها شعيراً فالخارج كله للمزارع، فهذا جائز؛ لأنه خيره بين المزارعة والإعارة ومثل هذا جائز في الإجارة المحضمة بأن يقول الرجل

(١) في ح: ثمن.

لغيره: إن سكنت هذه الدار شهرًا فعليك عشرة وإن سكنت هذه الدار الأخرى فلا شيء عليك، فهاهنا أولى.

وإن زرعها حنطة فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيرًا، فالخارج كله للمزارع، ولو دفعها إليه على أن يزرعها حنطة فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيرًا فالخارج كله لصاحب الأرض، فهذا جائز في الحنطة؛ لأنه خيره بين المزارعة الجائزة والفاصلة وعطف الفاسدة على الصحيحة ولم يشترطها في الصحيحة، ومثل هذا في الإجارة المحضنة لا يوجب فساد الجائزة بأن قال لخياط: إن خُطت هذا الثوب رومية فلك درهم وإن خطته فارسية فلك رطل خمير، فإن زرعها حنطة فالخارج بينهما، فإن زرعها شعيرًا فالخارج كله للمزارع، وعلى المزارع أجر مثل الأرض لصاحب الأرض.

وإذا دفع الرجل أرضًا وكرين حنطة وكر شعير على أنه إن زرع الحنطة فالخارج بينهما نصفان والشعير مردود على صاحبه، وإن زرع الشعير لصاحب الأرض والحنطة مردودة عليه فهذا جائز؛ لأنه خيره بين المزارعة وبين الاستعانة وهذا جائز في^(١) الإجارة المحضنة بأن قال للخياط: إن خطته رومية فلك عشرة وإن خطته فارسية فلا أجر لك، فهاهنا أولى.

وكذلك لو قال: على أنك إن زرعت الحنطة فالخارج بيننا، وإن زرعت الشعير فالخارج كله لك فهذا جائز؛ لأنه خيره بين المزارعة وبين إعارة الأرض وإقراض البذر، وهذا جائز في الإجارة المحضنة.

وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضًا ليزرعها ببذره على أنه إن زرعها حنطة فالخارج بينهما، وإن زرعها شعيرًا فالخارج كله للعامل، وإن زرعها سمسمًا فالخارج كله لصاحب الأرض، فهذا جائز في الحنطة والشعير، فاسدة في السمسم، ولو كان البذر من جهة صاحب الأرض والمسألة بحالها فهذا جائز كله؛ لأنه خيره بين المزارعة وبين الاستعانة وبين إعارة الأرض وإقراض البذر، ومثل هذا جائز في الإجارة المحضنة.

(١) في ح: وفي.

الفصل الرابع

فيما يجب من الأعمال على رب الأرض وعلى المزارع من غير شرط يجب أن يعلم بأن كل عمل لابد للمزارع منه ليحصل الزرع المرغوب فيه من مثل الأرض المدفوعة إليه، فإن المزارع يجب عليه سواء كان ذلك العمل مشروطاً في المزارعة أو لم يكن كالسقي والبذر ونحو ذلك إلا إذا كان البذر من جهته. فقال: لا أزرع فإنه يترك وذلك، وأما إذا لم يترك المزارعة فإنه يجبر عليه وإن كان البذر من جهته.

وإنما كان كذلك؛ لأن مثل العمل يكون مشروطاً في المزارعة مقتضى عقد المزارعة؛ لأن المزارعة إنما تعقد لتحصيل الزرع المرغوب فيه من مثل الأرض المدفوعة إليه مزارعة إلا أنه متى عمل فإنه يزيد ذلك في جودة الخارج، ينظر: إن كان ذلك مشروطاً في المزارعة يجبر المزارع عليه، وإن لم يكن ذلك مشروطاً في المزارعة لا يجبر المزارع عليه؛ لأن مثل هذا العمل غير مشروط في المزارعة لا نصاً ولا مقتضى عقد المزارعة لما عرف أن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل من ذلك الاسم اسماً ومعنى ولا ينصرف إلى الجيد منه إلا بالتسمية.

وإذا امتنع المزارع عن الكراب والبذر من جهته، فهذا على وجهين أيضاً: إن كان الكراب لا يؤثر في الخارج لا من حيث المقدار ولا من حيث الجودة لا يجبر المزارع عليه، وصار شرطه ولا شرط سواء؛ لأنه إنما يراعى من الشرط ما يفيد لا ما لا يفيد.

وإن كان الكراب يؤثر في الخارج إما من حيث المقدار، أو من حيث الجودة يجبر عليه واعتبر الشرط؛ لأن اعتباره مفيد.

وإن لم يكن الكراب مشروطاً إلى المزارعة، فإن كان لابد من الكراب لتحصيل الزرع المرغوب فيه فإنه يجبر عليه، وإن كان له منه بد إلا أنه لو كرب يزيد في جودة الخارج لا يجبر المزارع عليه.

وكذلك إن زرع ثم قال: أنا لا أسقي فيحاً أو سَيْحًا^(١) ويكفيه ماء السماء، فقد ذكر السقي بعد الزراعة وهذا عرف بلادهم، أما في بلادنا يسقى قبل الزرع. وذكر الجواب في المتتقى على ما ذكر في الكراب: إن كان السقي فيحاً أو سيحاً مشروطاً وأنه يؤثر في الخارج يجبر عليه، وإن كان لا يؤثر، لا يجبر عليه، وإن لم يكن السقي فيحاً أو سيحاً مشروطاً في المزارعة فهو على وجهين:

ما ذكر في الكتاب، قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - : وإنما يكون السقي على المزارع بقدر ما يخرج عن حرف الفساد، بدليل أنه ذكر في أول كتاب المزارعة في باب ما يفسد المزارعة من الشروط: إذا زرع المزارع قال: لا أسقي أدها تسقيها السماء، فإن كان يكتفى بماء السماء إلا أنه إن سقى كان أجود للزرع، لم يجبر على السقي وإن كان مما لا يكفيه سقي السماء، أجبرت على السقي، فدل أن الواجب على المزارع السقي بقدر ما يقع الأمن عن الفساد دون المبالغة في ذلك وحفر النهر الذي يسقي منه المدفوع إليه على رب الأرض وإصلاح مسنات هذا النهر، وكذا لو كان استأجر أرضاً بدرهم ودنانير فذلك على رب الأرض وفارسيته: (أب أو دون) على رب الأرض، والإدخال في الأرض وفارسيته (أب دائنين) على المذكور.

ومن المشايخ من قال: فتح فوهة النهر الصغير من النهر الكبير على العامل إلا أن يبعد أو يكون في موضع به ظلمة يمنعون الماء فحينئذ يكون ذلك على الدافع والحفظ على المزارع إلى وقت الإدراك وبعد ذلك عليهما.

وإن شرطاً الحفظ على المزارع بعد الإدراك، وشرطاً مؤنة الماء على المزارع لا تفسد المزارعة؛ لأنه متعامل، هكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -، وهو اختيار أكثر مشايخ بلخ.

أما في ظاهر الرواية: تفسد المزارعة.

(١) ساح الماء سَيْحاً أي: جرى على وجه الأرض، ومنه «ما سَقِي سَيْحاً»، يعني ماء الأنهار والأودية. ينظر: المغرب، مادة (سيح).

وإذا أدرك الباذنجان أو البطيخ فالتقاط ذلك عليهما والحمل والبيع عليهما أيضاً، وكذلك الحصاد عليهما؛ لأنه ليس من أعمال المزارعة حتى يجب على المزارع وحده، فإن شرط ذلك على المزارع، فعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما-: أنه لا يفسد، وهو اختيار أكثر مشايخ بلخ.

وفي ظاهر الرواية: تفسد المزارعة، فلو أن المزارع حصد الزرع وجمع وداس من غير إذن الدافع ومن غير أن شرط ذلك فحصة الدافع مضمون عليه. ولو شرط ذلك عليه فتغافل عن الحصاد حتى هلك الزرع، قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - : يضمن الهالك.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : هذا إذا أخر تأخيراً لا يفعل الناس مثله، ولا يضمن بتأخير يفعل الناس مثله وهذا الذي ذكروا بناء على ما أخبروا من الجواب على خلاف ظاهر الرواية في صحة اشتراط هذه الأعمال على المزارع. أما على ظاهر الرواية: لا يضمن كيف ما كان؛ لأن الشرط على ظاهر الرواية لم يصح فصار ذكره وعدم ذكره سواء، ولو لم يضمن هذا الشرط لا يضمن المزارع بالتأخير، كذا هاهنا.

وإذا صار الزرع قصيلاً وأراد أن يقصلاه ويبيعاه قصيلاً كذلك، فالقصل عليهما؛ لأن القصل ليس من أعمال المزارعة؛ لأنه مما لا ينمي ولا يزيد في الخارج بل يوجب نقصاً.

ألا ترى أنه لو دفع القصيل إليه معاملة ليقصله في الحال لم يصح فكان بمنزلة الحصاد فيكون عليهما، وبعد القسمة الحفظ على كل واحد منهما في نصيبه؛ لأن ذلك مؤنة.



الفصل الخامس

في المعاملة في الأشجار والنخيل

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا دفع الرجل نخلاً أو كرمًا معاملة بالنصف ولم يسم له مدة معلومة فالقياس: ألا يجوز، والاستحسان: أن يجوز، وتقع المعاملة على سنة، يعني على ثمرة واحدة في تلك السنة.

فعلى جواب الاستحسان فرق محمد - رحمه الله - بين المعاملة وبين المزارعة، فإن من دفع أرضه إلى غيره مزارعة ولم يسم سنين معلومة لا يجوز المزارعة، ولم يوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة، وأوقع المعاملة على ثمرة واحدة. والفرق: أن المدة في باب المعاملة معلومة عرفًا؛ لأن ابتداء العمل مما لا يتقدم ولا يتأخر في النخيل والكروم في الأماكن كلها، وإن تقدم أو تأخر كان يسيرًا لا عبرة لها فيما بين الناس، وإذا كان لا يتقدم ابتداء العمل ولا يتأخر لا يتقدم انتهاؤه ولا يتأخر أيضًا فكانت المدة معلومة عرفًا.

أما في باب المزارعة: المدة غير معلومة عرفًا؛ لأن ابتداء العمل فيها مما لا يتقدم ويتأخر عرفًا تفاوتًا فاحشًا، من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع، فإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفًا كان انتهاؤه كذلك فكانت المدة مجهولة.

وإذا دفع إلى رجل أصولًا رطبة نابتة في الأرض معاملة ولم يسم لذلك، فإن لم يكن لجزائها [وقتًا معلومًا]^(١) كانت مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر؛ لأن لإدراكه وقتًا معلومًا إذا بلغ ذلك الوقت لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة خلافها^(٢).

وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلاً وشجرا وكرما معاملة أشهرها معلومة يعلم يقينًا أن

(١) كذا والصواب: وقت معلوم.

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٨٦).

الشجرة والكرم لا يخرج ثمره في مثل تلك المدة فالمعاملة فاسدة؛ لأن رب النخيل جعل أجره عمل العامل شيئاً لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم، وهذا يوجب فساد الإجارة، كما لو استأجره بشيء لا يملكه، أو بعبد آبق، أو بسمك لا يقدر عليه إلا بصيد، وهذا إذا كانت المدة معلومة يقينا أن الثمرة لا تخرج في مثل تلك المدة، وأما إذا كانت مدة قد تخرج الثمرة في تلك المدة وقد لا تخرج، فالمعاملة موقوفة إن أخرجت الثمرة في المدة المضروبة صحت المعاملة؛ لأنه ظهر أنه جعل أجر عمله ما يقدر المستأجر على تسليمه وقت وجوب التسليم فتجوز المعاملة، وإن لم تخرج ظهر أنه جعل أجره عمله ما لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم ففسدت المعاملة، وهذا إذا أخرجت في المدة المضروبة شيئاً يرغب في مثله في المعاملة، فأما إذا أخرجت شيئاً لا يرغب في مثله في المعاملة، لا تجوز المعاملة؛ لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدمه بمنزلة.

وإن لم يخرج النخل شيئاً في المدة المضروبة، ينظر: إن أخرجت بعد تلك المدة في تلك السنة، كانت المعاملة فاسدة، وإن لم يخرج في تلك السنة أصلاً لعله حدثت بها كانت المعاملة جائزة؛ لأنها إذا أخرجت شيئاً في تلك المدة علم يقيناً أنه ضرب من المدة ما لا تخرج الثمرة في مثل تلك المدة، وهذا يوجب فساد المعاملة. وأما إذا حدثت بها علة ولم تخرج شيئاً في تلك السنة لا يدري أن المدة التي شرطت في المعاملة مدة تخرج في مثلها الثمرة أو لا تخرج، ثم إن خروج الثمرة في مثل تلك المدة إن لم يحدث بها تلك العلة فوقع الشك في فساد العقد وقد انعقدت جائزة موقوفة، إذا كان حال المدة متمثلاً بين أن تخرج الثمرة وبين ألا تخرج فلا يثبت الفساد بالشك والاحتمال.

وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلاً فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز وإن لم يسميا وقتاً.

يجب أن يعلم أن المعاملة إذا عقدت على ما هو في حد النماء والزيادة صحت،

وإذا عقدت على ما يتناهى عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسها بسبب عمل العامل فإن المعاملة لا تصح، وإنما كان كذلك؛ لأنها متى عقدت على ما هو في حد النماء والزيادة كان أجر العامل بعض ما خرج من عمله، والمعاملة ببعض ما يخرج من عمل العامل جائز، وإذا خرج عن حد النماء والزيادة كان أجره شيئاً موجوداً لا ما يخرج من عمله، والمعاملة جوزت بخلاف القياس بالأثر فيما إذا كان أجر العامل بعض الخارج من عمله.

يوضحه: أن ما عليه عقد المعاملة إذا كان في حد النماء يظهر أثر عمله فيه فلو استحق بغير عمل وإنه لا يجوز.

إذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: ما وقع عليه المعاملة في حد النماء والزيادة وقته معلوم؛ لأن وقت ابتداء العمل ما بعد الفراغ من العقد لحاجة الطلع إلى العمل عقب العقد ولإدراكه وقت معلوم فجازت المعاملة.

فإن قيل: كان يجب ألا تجوز المعاملة؛ لأنه جعل أجره عمله بعض ما خرج من عمله وشيئاً موجوداً مع ذلك وهذا يمنع جواز المعاملة كما لو دفع نخيلاً بلغت وأطعمت على أن يقوم عليه بالنصف ويكون النخل مع الثمر بينهما نصفين، وكما لو دفع أرضاً مزارعة بالنصف على أن يكون الخارج مع رب الأرض بينهما نصفين، وكما لو شرط مع بعض الخارج للعامل ثوباً أو عشرة دراهم.

قلنا: هذا هكذا إذا كان ما شرط من الموجود يصير أجره عمله مقصوداً بأن كان يستحقه مقصوداً لا تبعاً لما يخرج من عمله، فأما إذا كان يستحقه تبعاً لما يزداد من عمله بأن كان لا يمتاز الموجود عما يزداد من عمله فإنه يجوز المعاملة؛ لأنه يجوز أن يثبت الشيء تبعاً لغيره وإن كانت لا تثبت مقصوداً بخلاف ما أوردت من المسائل؛ لأن هناك إنما يستحق الموجود مع ما يخرج من عمله مقصوداً لا تبعاً؛ لأن كل واحد منهما مما يمتاز عن الآخر.

وكذلك لو كان فيه بسر أحمر أو أخضر إلا أنه لم يتناه عظمه فالمعاملة جائزة،

وإن دفعه بعد ما يتناهى عظمه وليس يزيد على ذلك شيء إلا أنه لم يترطب فالمعاملة فاسدة والثمر لصاحب النخل وللعامل أجر مثله، وكذلك الثمار كلها والمعنى ما ذكرنا، ثم إذا لم يتناه عظمه في هذه الصورة لو لم يسميا وقتًا يجوز ويكون المعاملة إلى وقت بلوغه وكذا في نظائره، هذا في شرح شيخ الإسلام - رحمه الله - .

وعلى هذا إذا دفع نخيلاً معاملة على أن يكون النخل مع الثمر بينهما نصفين إن كان النخيل في حد النماء والزيادة، فالمعاملة في حق النخيل والثمار جائزة، وإن خرجت النخيل عن [حد]^(١) النماء والزيادة، فالمعاملة فاسدة وإنما يعرف خروج الأشجار عن حد النماء والزيادة إذا بلغت وأثمرت؛ لأنه لازدياد النخل غاية ينتهي إليها كما للزرع والثمر فجعل نهاية البلوغ متى بلغ وحل والمر فقد خرج عن حد التميز .

وعلى هذا إذا زرع الرجل أرض نفسه ونبت الزرع إلا أنه لم يتناه يدفع إلى غيره مزارعة حتى يريه العامل ويسقيه، جاز، وأما إذا تناه الزرع فدفع الأرض مع الزرع المتناهي بالنصف ليحفظه ويحصده لا يجوز، والمعنى ما ذكرنا، في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - .

دفع كرماً معاملة وفيه أشجار لا تحتاج إلى العمل سوى الحفظة، فإن كان بحال لو لم يحفظ ذهب ثمرها قبل الإدراك، يجوز المعاملة ويكون الحفظة هاهنا للنماء والزيادة، وإن كان بحال لا يذهب ثمرها إلى وقت الإدراك لو لم يحفظ لا يجوز المعاملة في تلك الأشجار، ولا نصيب للعامل من ذلك .

وفي فتاوى الفضلي: شجرة الجوز يجوز دفعها معاملة وللعامل حصة من الجوز؛ لأنها تحتاج إلى السقي والحفظ حتى لو لم يحتج إلى أحدهما، لا يجوز .
وإن كان النخل بين رجلين فدفع أحدهما إلى صاحبه معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء، فهو بينهما أثلاثاً فثلثه^(٢)

(١) سقط في ح .

(٢) في ح : فثلثيه .

للدافع وثلاثه للعامل فهذه المعاملة فاسدة؛ لأن الدافع استأجر العامل بثلاث حصته من الخارج من النخل ليعمل في محل مشترك فيه والإجارة على عمل للأجير فيه شركة لا ينعقد أصلاً.

ولو كان مكان المعاملة مزارعة بأن كان الأرض بين رجلين فدفع أحدهما إلى صاحبه مزارعة ليزرعها ببذر بينهما نصفين على أن للعامل ثلثاً^(١) الخارج فقد ذكرنا على أن أصح الروايتين: المزارعة جائزة.

والفرق: أن معنى الإجارة في المعاملة راجحة على معنى الشركة فالتحقت المعاملة بالإجارة المحضه، وفي الإجارة المحضه الشركة، وفي الإجارة المحضه الشركة في محل العمل مانعة صحتها فكذا في المعاملة، فأما في المزارعة معنى الشركة راجحة والتحقت بالشركات المحضه، والشركة في محل العمل لا تمنع سائر الشركات فكذا لا تمنع انعقاد المزارعة، فإذا فسدت المعاملة، كان الخارج بينهما نصفين على قدر ملكهما في النخيل، ولا يتصدق واحد منهما بشيء لا يستفاد به ذلك من نخله وأرضه.

ولو كانا اشتراطا أن يكون الخارج بينهما نصفين فذلك جائز؛ لأن الدافع لم يشترط له شيئاً من نصيبه بل استعان به، وإن كان النخيل بين رجلين دفعا إلى رجل مدة معلومة على أن نصف الخارج للعامل والنصف الآخر بين صاحبي النخيل نصفان، فهذا جائز وإنه ظاهر.

ولو شرطاً أن نصف الخارج لأحدهما حتى النخيل والنصف الآخر بين الآخر والعامل نصفان أو على المثلثة فهذا فاسد؛ لأن رب النخيل استأجر العامل ليعمل لهما على أن يكون أجر العامل لأحدهما بعينه دون الآخر، حيث شرطاً لأحدهما بعينه جميع ما يخرج نصيبه.

وإن شرطاً للعامل نصف الخارج ثلاثه من نصيب أحدهما بعينه وثلثه من نصيب

(١) كذا والصواب: ثلثي.

الآخر والنصف الآخر بين صاحبي النخيل نصفان فهذه المعاملة فاسدة.
 وقال: في أرض بين رجلين دفعها إلى رجل مزارعة على أن يزرعها ببذرهما
 على أن للمزارع الثلث من الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه وثلثاه من نصيب
 الآخر والباقي بين ربي الأرض نصفان وذكر أن المزارعة جائزة واشترط المناصفة
 بين ربي الأرض باطل.

طعن عيسى بن أبان - رحمه الله - في جواب المسألتين وقال: لا فرق بينهما
 فينبغي أن يحكم بفسادهما و^(١) بجوازهما.
 بعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: ما ذكر في المعاملة رواية في المزارعة
 بالفساد، وما ذكر في المزارعة رواية في المعاملة بالجواز فيصير في المسألة روايتان.
 ومن المشايخ من قال: بين المسألتين فرق.



(١) لعل الصواب: أو.

نوع آخر من هذا القياس:

وإذا شرط رب النخيل بعض أعمال المعاملة على العامل وسكت عن الباقي بأن سكت عن ذكر السقي مثلاً، فإن كان المسكوت عنه شيئاً لا بد منه لتحصيل الخارج بأن كان الثمر لا يخرج أصلاً بدون السقي، أو يخرج بدون السقي شيء لا يرغب فيه من مثل هذا النخل، أو يخرج شيء مرغوب إلا أنه تبين بدون السقي، وفي الوجوه المعاملة فاسدة.

وأما إذا كان المسكوت عنه لا يؤثر في الخارج أصلاً أو يؤثر في جودته ويكون ذلك معلوماً للحال، لو كان لا يدري في الحال أنه هل يؤثر في زيادة الجودة أو لا يؤثر، فالمعاملة جائزة.

وإن شرط رب النخل السقي على نفسه فإن كان يعلم السقي لا يؤثر في الخارج، فالمعاملة فيها جائزة.

وإن شرط عمل رب النخيل فإن كان يعلم أن السقي مؤثر في تحصيل الخارج أو جودته، فالمعاملة فاسدة أيضاً.

وإذا شرط رب الأرض السقي على نفسه والثاني على العامل، فهذا وما لو شرط السقي على نفسه وسكت عن الباقي سواء.

وإذا شرط الحفظ على رب النخيل إن كان النخيل في مكان لا يحتاج فيه إلى الحفظ بأن كان في حائط والحائط حصين، فالجواب فيه كالجواب في اشتراط السقي على رب الأرض إن كان السقي لا يؤثر في الخارج أصلاً.

نوع آخر:

وإذا دفع إلى رجل نخيلاً معاملة على أن الخارج بينهما نصفان وعلى أن يستأجر العامل فلانا ليعمل معه بمائة درهم كان هذا فاسداً، بخلاف ما إذا قال: وعلى أن يستأجر العامل أجيراً ولم يعين الأجر.

والفرق: وهو أن استئجار أجير بعينه ليس من قضايا المعاملة؛ لأن العامل لا يمكنه إقامة جميع الأعمال بنفسه، ففيما إذا شرط استئجار أجير بعينه فقد شرط ما لا تقتضيه المعاملة ولرب النخيل فيه نفع؛ لأن عمل الاثنين أنفع لرب النخل وفيما إذا شرط استئجار أجير لا بعينه شرط ما يقتضيه المعاملة.



نوع آخر: وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلاً معاملة على أن يعمل فيكون النخيل والخارج بينهما نصفين كانت المعاملة فاسدة:

فرق بين هذا وبين ما إذا دفع الرجل إلى غيره أرضاً فيها زرع قد صار بقلأ على أن يقوم عليه ويسقيه حتى يستحصد فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفين كان ذلك جائزاً، أو في الموضوعين وجد الاشتراك في الأصل والفرع جميعاً.

ووجه الفرق: أن البقل يتعين بعمل العامل ويصير شيئاً آخر بعمله فبسببه من هذا الوجه البذر، ولو دفع بذراً وأرضاً بينهما إلى رجل مزارعة على أن يكون بينهما نصفين يجوز، كذا هاهنا، فأما النخيل لا يتعين بعمل العامل ولا يصير شيئاً آخر فكان بمنزلة الأرض في المزارعة.

ولو شرطاً في المزارعة أن يكون الأرض بينهما نصفين، لا يجوز كذا هاهنا. وإذا دفع إلى آخر أرضاً بيضاء ليغرس فيها أغراساً على أن الأغراس والثمار بينهما نصفين، فهو جائز؛ لأنهما شرطاً الشركة في جميع ما يخرج بعمل العامل؛ لأن نبات الغرس مضاف إلى عمل العامل.

ألا ترى أنه لو كان غاصباً كان الغرس له، وهذا جائز في المزارعة وكذا في المعاملة استدلالاً؛ لأنهما وإن شرطاً أن يكون الأغراس لأحدهما أو الثمار للآخر لا يجوز؛ لأن هذا الشرط قاطع الشركة عسى، وأنه ربما لا يثمر النخيل في تلك المدة فصاحب الفرع لا يصيبه شيء، وأن المعاملة جوزت بخلاف القياس بالأثر والتعامل، ولا أثر في هذه الصورة ولا تعامل فيرد إلى أصل القياس.

وإن شرطاً أن يكون الأغراس بينهما والثمر خاصة لأحدهما بعينه فهذا فاسد للوجهين اللذين ذكرناهما.

وإن شرطاً أن يكون الثمر بينهما نصفين والأغراس خاصة لأحدهما بعينه، فإن شرطاً الأغراس لصاحب الأغراس فذلك جائز، وإن شرطاً الأغراس لمن لم يكن الأغراس من جهته فذلك فاسد، والقياس: ألا يجوز في الوجهين وهو رواية عن أبي

يوسف - رحمه الله - في النواذر؛ لأن الفرع إنما يملك الأصل، فإذا كان الأصل لأحدهما خاصة يجب أن يكون الفرع كله له، لكن عرفنا ذلك بالأثر وتعامل الناس، فإن رسول الله ﷺ: «دفع لأهل خيبر معاملة بالنصف»^(١) وكان الشركة في الفرع لا في الأصل.

وإن شرطاً أن يكون الثمر بينهما وسكتا عن الأغراس، فالأغراس لمن كان الأغراس من جهته؛ لأن الأغراس ملك صاحبها فالخارج منها يكون ملكاً له، وما يستحق غيره من ذلك يستحق بحكم الشرط فما لم يشترط لغيره تبقى على ملكه فلهذا قال: الأغراس لصاحبها.

وفي النوازل: دفع إلى رجل أرضاً ليغرس فيها الأشجار والكرم بقضبان من قبله فغرس المدفوع إليه وأدرك الكرم وكبرت الأشجار واستأجر الأرض^(٢) كل سنة بغلة مسماة فيأخذها وقت الربيع قبل النيروز [حتى يرفع الأشجار]^(٣).

قال: إذا أخذه في وقت لا يسرقنه فله ذلك؛ لأنه لا ضرر على الغارس حينئذ في رفع الأشجار.

وفيه أيضاً: إذا دفع إلى ابن له أرضاً ليغرس فيها أغراساً على أن الخارج بينهما نصفان ولم يوقت له وقتاً فغرس فيها ثم مات الدافع وخلف الابن المدفوع إليه وورثة سواه فأراد باقي الورثة أن يكلفوا الابن المدفوع إليه قلع الأشجار كلها ليقسموا الأرض.

قال: إن كان الأرض تحتمل القسمة قسمت بينهم فما أصاب حصة الغارس فذلك له مع غرسه، وما وقع في نصيب غيره كلف قلعه وتسوية أرضه إن لم يجر بينهم

(١) أخرجه ابن ماجه في الرهون (٨٢٤/٢) باب: معاملة النخيل والكرم (٢٤٦٨) عن إسماعيل ابن توبة عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن ابن عباس، به. وقال البوصيري في الزوائد: «في إسناد الحكم بن عتيبة: قال شعبة: لم يسمع من مقسم إلا أربعة أحاديث. وابن أبي ليلى هذا: هو محمد بن عبد الرحمن، ضعيف». اهـ.

(٢) زاد في الفتاوى الهندية: من صاحبها.

(٣) في ح: إن أشجاره.

صلح، وإن كانت الأرض مما لا يحتمل القسمة كلف قلع الكل إلا إذا جرى بينهم صلح لأن في الوجه الأول: أمكن دفع الضرر عنه بقلع بعض الأشجار.

وفي الوجه الثاني: تعذر دفع الضرر فيتعين القلع.

إذا دفع أرضاً إلى رجل على أن يغرس فيها أغراساً على أن الخارج بينهما وانقضت المدة، يخير رب الأرض إن شاء غرم نصف قيمة الشجر^(١) ويملكها، وإن شاء قلعتها.

ولو كان مكان العامل مستأجرًا فانقضت المدة فلرب الأرض أن يطالبه بقلع الأشجار، وليس لرب الأرض أن يملك الأشجار من غير رضا المستأجر إذا لم يكن في قلع الأشجار ضرر فاحش بالأرض.

والفرق: أن الأشجار تتبع الأرض من وجه لقيامها بالأرض ولهذا يدخل في بيع الأرض من غير شرط وهي أصل من وجه حتى جاز بيعها بدون الأرض، فلجانب الأصالة لا يملكها رب الأرض على الغارس بالقيمة من غير رضاه إذا لم يكن فيها شركة بمنزلة صاحب السفل لا يملك على صاحب العلو علوه بالقيمة من غير رضاه، ولجانب التبعية يملك على الغارس نصيبه بالقيمة من غير رضاه إذا كان شريكاً فيها وهذا؛ لأنه إذا كان شريكاً في الأشجار كان له منع الشريك من القلع؛ لأنه يستبقي نصيبه من الأشجار في أرض نفسه فلا يكون لأحد أن يبطل هذا الحق بالقلع من غير رضاه، وقبل القلع لا يتحقق القسمة بينهما حتى يخلص للعامل حقه، فكان لرب الأرض تملك نصيب الغارس ضرورة، ولأنه صاحب أصل وشريك في البيع.

بخلاف ما لو لم يكن لرب الأرض شريك في الأشجار؛ لأن المستأجر يتمكن من قلع أشجاره من غير ضرر لرب الأرض فلا يملكها عليه رب الأرض إلا أن يكون قلعتها يضر بالأرض ضرراً شديداً ويكون استهلاكاً، فحيث لرب الأرض أن

(١) في ح: الشجرة.

يغرم للمستأجر قيمة أشجاره من غير القرار ويتملكها عليه من غير رضاه، وتماها في آخر باب العذر في المزارعة.

إذا دفع أرضاً إلى رجل ليغرس فيها النواة على أن يجعل^(١) من موضع إلى موضع آخر والخارج بينهما نصفين، فإن عين موضع الحوالة بأن قال: على أن يحول في هذا الموضع، لا يجوز على كل حال، وإن لم يعين موضع التحويل جاز استحساناً لا قياساً، وكذلك هذا في كل ما يحول مثل الباذنجان والأشجار وغير ذلك.



(١) كذا والصواب: يحول.

نوع آخر من هذا الفصل في المتفرقات:

إذا دفع الرجل كرمه إلى غيره معاملة وقام عليه العامل مدة ثم تركه، ثم جاء عند الإدراك يطلب الشركة، إن كان رده على صاحبه بعدما خرجت الثمر والقضب وصار بحال لو قطعت كان لها قيمة، لا تبطل شركته، وهو شريك على الشرط المتقدم، وإن كان رده قبل خروج الثمر أو بعد خروجها ولكن في وقت لو قطعت لم يكن لها قيمة، فلا شركة فيها.

وإذا دفع النخيل معاملة فأراد العامل أن يضع الوصل على الأشجار فأصل القضيب على الدافع، ثم العمل في الوصل من ضرب آلة الشق حتى ينشق الشجر فيدخل قضيب الوصل في الشق وما أشبه ذلك إلى أن يتم الوصل على العامل غرسًا [وعلى هذا القضيب الذي يتخذ منه الغرس على صاحب الكرم، والعمل ليصير^(١) على العامل، على هذا جرت العادة في ديارنا وعليه الفتوى.

وإذا دفع كرمه إلى رجل معاملة بالنصف وشرط الغرس على المزارع، ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح المزارعة في باب بعد باب المعاملة بباب: أن المزارعة فاسدة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: حراث غرس أشجارًا في أرض رب الأرض بغير إذنه، فلما كبر الأشجار اختصما فيها، فإن كان رب الأرض مقرًا أن الحراث غرس الأشجار من ملكه فالأشجار للحراث، ولكن لا تطيب له ديانة فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان غرس بغير أمره، وإن كان غرس بأمره، من غير شرط شركة تطيب له؛ لأن رب الأرض صار معيرًا الأرض للغارس.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا غرس على حافة نهر قرية تله فغلظت فالغارس في عيال رجل ومن جملة خدمه فقال الرجل: الشجرة لي؛ لأنك كنت خادمي وفي عيالي حين غرست، فإن كانت التالة للغارس فالشجرة له، وإن كانت

(١) المثبت من الفتاوى الهندية (٥/٢٨١).

التالة للرجل فإن كان الغارس في عياله يعمل له مثل هذا العمل فالشجرة لصاحب التالة، وإن لم يكن يعمل له مثل ذلك العمل ولم يغرستها بإذنه فهو للغارس وعليه قيمة التالة؛ لأنه يملكها على صاحب التالة.

وكذلك لو كان الغارس قلع التالة من أرض رجل وغرستها فهي للغارس وعليه لصاحب الأرض قيمة التالة يوم قلعها.

وفيه أيضاً: رجل دفع إلى رجل أرضاً ليغرستها له كرمًا والتالة من الدافع، فلما أدرك الكرم قال الغارس لصاحب الأرض: سرق مني التالة التي دفعتها إليّ وأنا غرستها من عندي فاقلعها، لا يصدق المدفوع إليه على الغرس الذي في الأرض، والقول قوله في أن التالة التي دفعها إليه قد سرقت منه حتى لا يكون عليه ضمان التالة؛ لأنه أمين بأجر، غير هلاك الأمانة.



الفصل السادس

في المزارعة يشترط فيها المعاملة

المعاملة إذا شرطت في المزارعة، ينظر: إن كان البذر من قبل العامل فسدت المزارعة والمعاملة جميعًا، ولو كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازت من أيهما كان البذر، أما إذا كان البذر من قبل العامل وقد شرطت المعاملة في المزارعة. صورتها: رجل دفع إلى رجل أرضًا بيضاء فيها نخيل مزارعة على أن يزرعها العامل ببذر بالنصف على أن يقوم على النخيل فيسقيه ويلقحه، ذكر أنهما فاسدان جميعًا؛ وذلك لأنهما عقدان حقيقة وحكما وشرط أحدهما في الآخر فيفسدان جميعا كما لو قال: دفعت إليك الأرض مزارعة لتزرعها ببذرک بالنصف على أن تؤاجر دارك أو تبیع عبدك مني.

وإنما قلنا: (عقدان) وذلك؛ لأن البذر إذا كان من قبل المزارع استأجر الأرض بنصف الخارج على أن يؤاجر المزارع نفسه من رب الأرض ليعمل في النخيل ببعض الخارج من النخيل فكانا عقدين شرط أحدهما في الآخر ففسدا جميعًا، وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض جازا جميعًا؛ لأنه عقد واحد من حيث الحكم والمعنى وإن كانا عقدين من حيث الصورة؛ لأن المعقود عليه واحد من حيث الحقيقة، فإن المعقود عليه منافع العامل في المزارعة والمعاملة جميعًا متى كان البذر من قبل رب الأرض من حيث الحقيقة ومن حيث المعنى كذلك؛ لأن عمل المزارعة والمعاملة من حيث المعنى شيء واحد، فإن المزارعة تبذير وسقي وحفظ، وفي المعاملة تلقيح وسقي وحفظ فكانا شيئًا واحدًا من حيث المعنى لا يتصور في معقود عليه عقدان في وقت واحد، وإنما يتصور عقد واحد، وإذا كان العقد واحدًا من حيث المعنى والاعتبار صار تقدير هذا العقد كأنه قال: استأجرتك لتزرع أرضي وتعمل في نخلي بنصف الخارج منهما، ولو صرح بهذا كان جائزًا، وكان بمنزلة ما لو قال: استأجرت منك هذين العبدین شهرًا بكذا على أن يخدمني هذا ويزرع الآخر أرضي،

وذلك جائز وكذلك هذا.

فأما إذا كان البذر من قبل المزارع فالمعقود عليه شيئان من حيث الحقيقة والمعنى أحدهما منافع الأرض، والآخر منافع العامل، ويتصور عقدان في شيئين فكانا عقدين حقيقة ومعنى شرط أحدهما في الآخر.

ونظير هذا ما قال في الزيادات، إذا قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم على أن بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري: قبلت، فسد العقدان؛ لأن المعقود عليه شيئان من حيث الحقيقة والمعنى أحدهما عبد والآخر جارية وقد شرط بيع الجارية في العبد ففسدا جميعًا.

ونظير ما إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض من المبيع أن يكون العبد واحدًا فقال: بعت منك بألف درهم ومائة دينار، وقبل المشتري كان جائزًا؛ لأن المعقود عليه واحد وقد عقد العقد عليه بديلين مختلفين معلومين فجاز، وكذلك هذا المعقود عليه شيء واحد حقيقة ومعنى إلا أنه عقد العقد بديلين مختلفين فكان جائزًا.

وفرق بين هذا وبين ما إذا دفع الأرض مزارعة بالنصف ليزرعها ببذر من قبل رب الأرض على أن يحفظ لرب الأرض ثوبًا بعشرة دراهم حيث فسدا جميعًا، وإن كان المعقود عليه واحدًا في الأرض والثوب جميعًا وهي منفعة العامل.

والفرق بينهما: أن في مسألة الخياطة: المعقود عليه إن كان واحدًا من حيث الحقيقة وهي منافع العامل فهو شيئان باعتبار المعنى؛ لأن عمل الزراعة غير عمل الخياط حقيقة ومعنى، شرط أحدهما في الآخر ففسدا جميعًا، فأما في مسألتنا هذه: فالمعقود عليه شيء واحد حقيقة فلا إشكال فيه؛ لأن المعقود عليه في المزارعة والمعاملة منافع العامل، ومن حيث المعنى؛ لأن عمل الزراعة وعمل المعاملة واحد من حيث المعنى ولا يتصور في شيء واحد في وقت واحد عقدان فكان العقد واحدًا من حيث المعنى.

ونظير هذا ما قاله - رحمه الله - : فيمن دفع غلامًا إلى رجل ليعلمه الحياكة

خمسة أشهر كل شهر كذا وعلى أن يعطيه الحائك بعد خمسة أشهر كل شهر كذا، أن الإجارة جائزة وإن شرط أحدهما في الآخر؛ لأن وقت الإجاريتين مختلف فلم يتصور اجتماعهما في وقت واحد فلم يكن أحدهما مشروطاً في الآخر من حيث الحقيقة فكذلك هذا.

فأما إذا كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازت المزارعة والمعاملة جميعاً؛ لأنه لم يشترط أحدهما في الآخر وإنما عطف أحدهما على الآخر؛ لأنه لم يذكر كلمة الشرط، ومتى عطف عقد على عقد فإنه يجوز العقدان جميعاً و^(١) كان بمنزلة ما لو قال: بعتك هذا العبد وأجرتك هذه الدار شهرًا بعشرة دراهم جازاً جميعاً؛ لأنه عطف أحدهما على الآخر ولم يشترط أحدهما في الآخر. ولو قال: بعتك هذا العبد بألف على أن أجرتك هذه الدار شهرًا بعشرة دراهم فسداً جميعاً.

وعن مسألة الحائك استخرجنا جواب مسألة صارت واقعة الفتوى وصورتها: رجل استأجر من آخر أرضاً بدراهم (فاختار داركا رديرايد حرن خياردار يردادر ميس رايحكمدارعب أوجدا وبدرمين كيرم رد). فقد قيل: تفسد الإجارة؛ لأن هذه مزارعة شرطت في الإجارة فكانت صفقة في صفقة.

وقيل: لا تفسد الإجارة؛ لأن هذه مزارعة شرطت في الإجارة، وهو الصحيح؛ لأن وقت العقدين مختلف فلا يتصور اجتماعهما في وقت واحد فلا يصير أحدهما مشروطاً في الآخر معنى، وإن كان أحدهما مشروطاً في الآخر صورة. ألا ترى أن في مسألة الحائك قلنا^(٢) بجواز الإجاريتين وإن كانت إحداها مشروطة في الأخرى؛ لأن وقت الإجاريتين مختلف فلم يتصور اجتماعهما في وقت واحد، فلم يكن أحدهما مشروطاً في الآخر معنى كذا في مسألتنا.

(١) في ح: وإن.

(٢) في ح: حملنا.

الفصل السابع

في دفع المزارع الأراضي إلى غيره مزارعة

وإذا أراد المزارع أن يدفع الأرض إلى غيره مزارعة فهذا على وجهين:
 الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفي هذا الوجه: ليس له أن يدفع الأرض إلى غيره مزارعة إلا إذا أذن رب الأرض في ذلك نصًا أو دلالة بأن يقول رب المال: اعمل فيه برأيك؛ لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض، فالمزارع بدفع الأرض إلى غيره مزارعة يشرك غيره في مال رب الأرض، ورب الأرض إنما رضي بشركته لا بشركة غيره ولكن أن يستأجر أجنبيًا بماله قائمًا به عمل المزارعة؛ لأن المزارع أجير إذا كان ذلك البذر من قبل رب الأرض، وللأجير أن يستأجر أجنبيًا لإقامة عمل المشروط إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، فلو أنه دفع إلى غيره مزارعة بالنصف مع أن رب الأرض لم يأذن له في ذلك لا نصًا ولا دلالة، ذكر أن المزارعة جائزة من المزارع الأول والثاني ولا شيء لرب الأرض؛ لأن المزارع الأول صار غاصبًا الأرض والبذر، ومن غصب أرضًا وبذرًا ودفع إلى غيره مزارعة صحت المزارعة بينهما على ما شرط؛ لأن الغاصب يصير مستأجرًا للعامل ليعمل له في الأرض المغصوبة، وذلك جائز، ويكون الخارج بينهما على الشرط.

ولرب الأرض والبذر أن يضمن بذره أيهما شاء، فإن ضمن الأول، لا يرجع به على الثاني؛ لأن الأول ملكه بإزاء الضمان فتبين أنه دفع بذر نفسه مزارعة، وإن ضمن الثاني، رجع على الأول؛ لأنه صار مغرورًا من جهته، فإذا كانت الأرض قد انتقصت، كان النقصان على المزارع الثاني دون الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -؛ الآخر؛ لأن العقار عندهما إنما يضمن بالإتلاف دون الغصب، وقدر ما ينقص إنما تلف بفعل الثاني دون الأول.

وعلى قول محمد - رحمه الله -: صاحب الأرض في تضمين النقصان بالخيار إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني.

ثم ينظر إلى ما أصاب المزارع الأول من نصيب الخارج فيطيب له من ذلك قدر ما غرم لرب الأرض، ويتصدق بالفضل؛ لأنه استفاد الفضل من أرض مغبوبة.

وأما ما أصاب المزارع الثاني من نصف الخارج قالوا: يطيب له جميع ذلك؛ لأن المزارع الأول صار غاصبًا للبذر مستهلكًا له بدفعه إلى غيره متى اتصل به الاشتراك بالزراعة، فصار البذر ملكًا له بالضمآن، فالخارج كله تولد من ملك الأول، وقد جعل نصف أجره لغيره فيعتبر بما لو زرع بنفسه في أرض مغبوبة وجعل الخارج فاستأجر ببعض الخارج من الأرض المغبوبة رجلًا ليعمل له عملاً من الأعمال وهناك يطيب ذلك الأجر؛ لأنه ورد على المستفاد بسبب خبيث سبب جائز.

ثم إنما يصير المزارع الأول بالدفع إلى غيره مزارعة مخالفاً إذا كانت المزارعة الأولى والثانية وقعتا بصفة الجواز، أما إذا وقعت إحداهما بصفة الفساد؛ فلأن المزارع إنما يصير مخالفاً بالإشراك إذا وقعت الأولى فاسدة؛ لأنه لا شركة للمزارع الأول إذا كانت الأولى فاسدة فلا يملك إشراك غيره.

ألا ترى أنه لو عمل الأول حتى حصل الخارج لا يكون للمزارع الأول فيه شركة، فكذا إذا عمل غيره بأمره لا يكون له شركة، وإن كانت الثانية فاسدة فكذلك لا يصير الأول مخالفاً، وإن كان للأول شركة في الخارج؛ لأنه لا شركة للثاني في الخارج، بل هو أجبر الأول، استأجره، وللأول أن يستأجر غيره لإقامة العمل.

بيان ما قلنا من المسائل: إذا دفع بذراً وأرضاً مزارعة وشرط رب الأرض للمزارع النصف، فدفع المزارع إلى آخر مزارعة، وشرط الأول للثاني عشرين قفيزاً من الخارج حتى فسدت المزارعة الثانية، فإن الأول لا يصير مخالفاً، وكان الخارج بين رب الأرض والمزارع الأول على الشرط، وللمزارع على المزارع الأول أجر مثل عمله.

وإن كان البذر من قبل المزارع وفسدت المزارعة الأولى بأن شرط رب الأرض للمزارع الأول عشرين قفيزاً، وشرط الأول للثاني نصف الخارج أو ثلثه، فأخرجت

الأرض زرعًا كثيرًا، فجميع ما خرج بين المزارعين، ولرب الأرض أجر مثل الأرض على المزارع الأول؛ لأن المزارعة لما فسدت صار المزارع الأول مستأجرًا الأرض إجارة فاسدة فيجب عليه أجر مثل الأرض، وإذا دفع المزارع الأول إلى غيره مزارعة، فإن كان البذر من المزارع الأول صار مستأجرًا المزارع الثاني ببعض الخارج لعمل هذه الأرض فيجوز، وإن كان البذر من المزارع الثاني صار المزارع الأول مؤاجرًا ما استأجر إجارة فاسدة من غيره إجارة جائزة فيجوز، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل.

وأما إذا أذن رب الأرض والبذر للمزارع في ذلك نصًا أو دلالة بأن قال: اعمل فيه برأيك وقد كان شرط رب الأرض للمزارع الأول النصف فدفع الأول إلى الثاني مزارعة بالنصف جازت المزارعة الثانية، وما أخرجت الأرض من الزرع فنصفه لرب الأرض ونصفه للمزارع الثاني وخرج المزارع الأول من البين؛ لأن شرط الأول النصف للثاني انصرف إلى نصفه تحريًا للجواز فلم يبق للمزارع الأول شيء، وإن شرط المزارع الأول على المزارع الثاني أن نصف الخارج لرب الأرض والنصف الآخر بين المزارع الأول والثاني أثلاثًا أو نصفان فذلك جائز والخارج بينهم على الشرط أيضًا.

الوجه الثاني: أن يكون البذر في المزارعة الأولى من جهة المزارع، وفي هذا الوجه للأول أن يدفع الأرض مزارعة إلى الثاني سواء أذن له رب الأرض في ذلك نصًا أو دلالة؛ لأن البذر إذا كان من قبل المزارع الأول فهو بالدفع إلى غيره مزارعة يشرك الثاني في مال نفسه لا في مال الأرض وله هذه الولاية، فإن دفع المزارع الأول الأرض مزارعة إلى غيره وقد كان المشروط في المزارعة الأولى المناصفة في الخارج فشرطًا في المزارعة الثانية المناصفة في الخارج جازت المزارعة الثانية وكان الخارج بين رب الأرض والمزارع الثاني نصفين ولا يبقى للمزارع الأول، وإن شرطًا في المزارعة الثانية أن للمزارع الثاني الخارج جازت المزارعة.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان البذر من قبل رب الأرض في المزارعة الأولى وقد قال رب الأرض للمزارع: اعمل فيه برأيك فدفع المزارع الأول إلى غيره مزارعة على أن للمزارع الثاني ثلثاً^(١) الخارج وثلثه لرب الأرض ويغرم المزارع الأول لرب الأرض أجر ثلث مثل الأرض؛ لأن المزارع الأول استأجر من رب الأرض بنصف الخارج فيكون بمقابلة كل ثلث من الأرض ثلث نصف الخارج وهو سدس الكل، ولم يسلم لرب الأرض سدس الخارج الذي هو بمقابلة ثلث الأرض فيرجع عليه رب الأرض بأجر ثلث مثل ثلث الأرض، ولو كان المزارع الأول دفع الأرض إلى غيره ليزرعها المستعير سلم الخارج له، ويغرم المزارع الأول لرب الأرض أجر مثل جميع الأرض؛ لأنه استأجر الأرض منه بنصف الخارج، ولم يسلم لرب الأرض شيء من الخارج.

فرق بين هذا وبين ما إذا لم يعر الأرض من غيره ولم يزرع بنفسه، إذا عار من غيره ولم يزرعها المستعير فإنه لا يغرم المزارع الأول. استأجر الأرض بنصف الخارج، والإجارة متى عقدت ببعض الخارج لا يجب لرب الأرض أجر إذا لم يحصل الخارج ومتى لم يُعر^(٢) ولم يزرعها بنفسه إذا عارها ولم يزرعها المستعير لم يحصل الخارج فلا يجب عليه الأجر، أما هاهنا قد زرعتها المستعير وحصل الخارج إلا أنه استحق الخارج فكان على المستأجر قيمة منافع الأرض كما لو استأجر الأرض بثوب بعينه ثم استحق الثوب.



(١) كذا والصواب: ثلثي.

(٢) في ح: يعرف.

الفصل الثامن

في المعامل يدفع النخيل إلى غيره معاملة

وإذا دفع العامل إلى رجل معاملة فما خرج فهو لصاحب النخيل، وللعامل الآخر على العامل الأول أجر مثله فيما عمل بالغًا ما بلغ، ولا أجر للعامل الأول^(١)؛ لأنه لم يقل: اعمل برأيك، فلم يملك الدفع إلى غيره معاملة؛ لأنه يكون إيجاب الشركة في مال الغير، والعامل الأول لم يعمل بنفسه وعمل الثاني مضاف إليه؛ لأن العقد الأول لم يتناوله فلا يستحق الأجرة، وأما للعامل الثاني أجر مثله على الأول؛ لأنه أوفى العمل وقد استأجر الأول فيستحق أجر المثل عليه.

قالوا: وقوله: (بالغًا ما بلغ) قول محمد - رحمه الله - .

أما عند أبي يوسف - رحمه الله - : فلا يجاوز به ما سمي .

قال: ولو هلك الثمر في يدي العامل الآخر من غير عمله وهو في رؤوس النخل فلا ضمان على واحدٍ منهما؛ لأن الغصب لم يتحقق فإن الغصب إزالة المال عن يدي المالك على ما ذكرنا في كتاب الغصب ولم يوجد .

قال: ولو هلك الثمر من عمل عامل الأجير في أمر خالف فيه ما أمره الأول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر، ولا ضمان على العامل الأول؛ لأنه لما خالف فيما أمره لم يقع العمل مضافًا إليه، بل هو مقتصر عليه فصار متلفًا الثمر على المالك فيجب عليه الضمان، وإن كان الثمر هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الأول، فلصاحب النخل أن يضمّن أيهما شاء أما الأول؛ لأن العمل مضاف إلي الأول فصار كأن العامل الأول عمل بنفسه فله أن يضمّنه، وإن شاء ضمّن الثاني؛ لأنه بمنزلة غاصب الغاصب، وإن ضمّن الأخير رجوع على الأول؛ لأنه التزم له السلامة بعقده فيضمّن، وإن ضمّن الأول لم يرجع على الآخر؛ لأنه عمل بأمره . ولو كان صاحب النخيل أمر الأول أن يعمل برأيه وقد كان شرط رب النخيل

(١) مجمع الضمانات، ص (٣٢٢).

للعامل الأول البعض فدفعه إلى الثاني بثلث الخارج فهو جائز؛ لأنه لما فوض الرأي إليه، كان متضمناً معنى دفعه معاملة كما ذكرنا في المضاربة والشركة.

قال: وما يخرج من الثمرة فنصفه لرب النخيل، والثلث للعامل الأخير، والسدس للعامل الأول؛ لأن شرط العامل الأول للثاني ينصرف إلى نصيبه بعد نصيب صاحب النخل؛ لأن العمل واجب على العامل الأول، فإذا استحق من نصيبه الثلث بقي له السدس.

فذكر محمد - رحمه الله - في الأصل: بأن الأول لو كان فاسداً بأن شرط له شيء معلوم، وشرط الأول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان، ولا ضمان على العامل الأول يريد به: إذا لم يقل: اعمل برأيك.

من يقول: إن الثاني لا يستحق شيئاً من الخارج بالشرط لمكان الفساد فلم تثبت الشركة فبقي العمل داخلياً تحت العقد الأول؛ لأن للعامل أن يستعين بغيره، وإنما لم يملك لما فيه من إثبات الشركة، فإذا لم تثبت الشركة لم يصر ضامناً، وكذا إذا كان الشرط الأول جائزاً والثاني فاسداً؛ لأن الثاني لا يستحق شيئاً من غير الخارج إذا فسد العقد الأول؛ لأنه لا حق للأول فيه حتى يثبت لغيره.

وفي النوازل: رجل دفع أرضه إلى رجل ليزرعها ببذرها جميعاً والبقر من عند الأكار على أن الخارج بينهما نصفان، فشارك الأكار في نصيبه رجلاً فعمل معه، فالمزارعة والشركة فاسدتان، أما فساد المزارعة؛ لأن رب الأرض أعطى منافع نصف أرضه للعامل وشرط عليه العمل لنفسه في النصف الثاني، فلا يمكن تصحيحه عارية؛ لأنه لم يعر غير^(١) الحوض ولا إجارة بجهالة الأجرة ففسدت المزارعة، وإذا فسدت الشركة؛ لأنها بناء على المزارعة الفاسدة، وإذا فسدت الشركة أيضاً فبعد ذلك الزرع بين الدافع وبين المدفوع إليه على قدر بذرها؛ لأنه خرج من ملكهما، ولصاحب الأرض على الأول أجر مثل نصف الأرض؛ لأنه استعمل نصف أرضه

(١) في ح: عن.

بحكم عقدٍ فاسدٍ، وعلى المزارع الأول للثاني أجر مثل عمله؛ لأنه عمل له بإجارة فاسدة، وليس للمزارع الأول على رب الأرض أجر مثل العمل؛ لأنه عمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب بذلك أجرًا، ويتصدق المزارع الأول بفضل ما غرم؛ لأنه فضل زرع خرج من أرض غيره بإجارة فاسدة.



الفصل التاسع

فيما إذا مات رب الأرض أو انقضت المدة والزرع بقل وما يتصل به
من موت المزارع أو العامل

ويدخل في هذا الفصل بعض مسائل النفقة على الزرع.

إذا دفع إلى رجل أرضًا مزارعة والبذر من قبل المزارع فمات رب الأرض بعدما
نبت الزرع قبل أن يستحصد، فالقياس: أن تنتقض المزارعة، ولورثة رب الأرض أن
يأخذوا أرضهم.

وفي الاستحسان: أن يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع.

ومعنى قوله: (يبقى عقد المزارعة) ولا يثبت إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر
على المزارع، وإنما بقينا عقد المزارعة نظرًا للمزارع؛ لأنها لم تبق، فورثة رب
الأرض يقلعون الزرع فيتضرر به المزارع بإبطال حقه في الزرع وهو غير متعدي في هذه
المزارعة؛ لأنه زرع بإذن رب الأرض، ولو لم ينتقض عقد المزارعة يتأخر حق
الورثة ولا يبطل؛ لأن للزرع غاية معلومة ينتهي إليه والتأخير أهون من الإبطال.

هذا إذا قال المزارع: أنا لا أقلع الزرع، فأما إذا قال: أنا أقلع الزرع، فإنه لا يبقى
عقد المزارعة ولا يثبت إجارة مبتدأة؛ [لأننا إنما]^(١) أقلع الزرع فقد رضي ببطلان
حقه وإذا لم يثبت عقدا آخر متى اختار المزارع القلع كان لورثة رب الأرض خيارات
ثلاثة: إن شاءوا اقتلعوا الزرع ويكون المقلوع بينهم، وإن شاءوا أنفقوا على الزرع
بأمر القاضي حتى يرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرا بالحصة، وإن شاءوا
غرموا حصة المزارع من الزرع ويكون الزرع لهم.

هذا إذا مات رب الأرض بعد الزراعة، فأما إذا مات قبل الزراعة ولكن بعدما
عمل المزارع في الأرض، فإن كرب الأرض وحفر الأنهار وسوى المسنات انتقضت
المزارعة، ولا تبقى صيانة لحقه في الأعمال، وهذا لو بقينا عقد المزارعة صيانة

(١) كذا ولعل الصواب: لأنه لما قال: أنا.

لحق المزارع في غير الزرع وإنه جائز، ثم في هذه الصورة لا يغرم ورثة رب الأرض شيئاً؛ لأنه ليس للمزارع عين مال قائم في الأرض إنما له مجرد عمله وإنه لا يقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، ولم يوجد على عمله عقداً إنما وجد العقد على الأرض إنما كان البذر من جهة العامل.

وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة؟ فيه اختلاف المشايخ، فلو لم يموت رب الأرض في هذه الصورة ولكن المزارع قد أخرج الزراعة وزرع في آخر السنة وانقضت السنة والزرع بقل لم يستحصد وأراد رب الأرض أن يقلع الزرع وأبى المزارع، لا يمكن رب الأرض من القلع ويثبت بينهما إجارة في نصف الأرض حكماً إلى أن يستحصد الزرع صيانة لحق المزارع في الزرع حتى يغرم المزارع نصف أجر مثل الأرض لرب الأرض^(١).

وفيما إذا مات رب الأرض في وسط السنة وقال المزارع: لا أطلع الزرع، لا تثبت إجارة مبتدأة بل تبقى المزارعة حتى لا يغرم المزارع لورثة رب الأرض شيئاً.

والفرق بينهما: وهو أن رب الأرض متى مات قبل انقضاء مدة المزارعة والزرع بقل فحاجتنا إلى إبقاء المزارعة لا إلى إثبات الإجارة، وإذا بقيت المزارعة على حالها تعذر إيجاب الأجر؛ لأنه يكون جمعاً بين أجرين بإزاء منفعة الأرض في مدة واحدة وهو بعض الخارج وأجر المثل دراهم أو دنانير وإيجاب ضمانين بإزاء عين واحد لا يجوز، وإيجاب بدلين بإزاء منفعة لأن لا يجوز، والمنفعة دون العين أولى. فأما إذا انقضت مدة المزارعة فحاجتنا إلى إثبات الإجارة فمتى أوجبنا أجراً على المزارع بعد انقضاء مدة المزارعة لا يكون جمعاً بين أجرين بإزاء منفعة الأرض في مدة واحدة، بل يكون إيجاباً لأجرين في مدتين مختلفين، وهذا جائز.

وإنما فارق انقضاء مدة المزارعة موت رب الأرض من هذا الوجه لهذا. ثم قال: والعمل عليهما نصفان حتى يستحصد الزرع؛ لأن بمضي المدة انتهت

(١) الفتاوى الهندية (٥/٢٥٤)، ولسان الحكام، ص (٤٠٧).

نهايتها وجميع العمل على المزارع إنما يجب لعقد المزارعة، وإذا انتهت المزارعة نهايتها كان العمل عليهما على قدر ملكهما في الزرع كما لو زرعها بنفسهما، وهذا بخلاف ما لو مات رب الأرض في وسط السنة والزرع بقل، فإن جميع العمل على المزارع متى قال: لا أفلح الزرع؛ وذلك؛ لأن هناك بقينا المزارعة صيانة لحق المزارع في الزرع وجميع العمل حال قيام المزارعة على المزارع، وإنما يغرم المزارع مثل نصف الأرض؛ لأننا إنما أثبتنا الإجارة في نصف الأرض صيانة لحق المزارع في الزرع والمشغول بزرعه نصف الأرض فكان عليه نصف أجر فضل الأرض، وهذا إذا لم يرد المزارع القلع.

فإن أراد القلع كان لرب الأرض خيارات ثلاثة على نحو ما بينا في الفصل الأول في حق ورثة الأرض.

وفرق بين ما إذا مات رب الأرض في وسط المدة والزرع بقل، وبين ما إذا انتهت المدة والزرع بقل، فقال: في فصل الموت إذا أنفق ورثة رب الأرض بأمر القاضي على الزرع، رجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدراً بالحصة، وفي فصل انتهاء المدة قال: إذا أنفق رب الأرض على الزرع بأمر القاضي رجع على المزارع بنصف القيمة مقدراً بالحصة.

والفرق بينهما: أن في فصل الموت بقينا عقد المزارعة على ما مر، وإذا بقيت المزارعة كان جميع النفقة على المزارع إلى أن يستحصد الزرع، فإذا أنفق الورثة بأمر القاضي كان لهم الرجوع بجميع النفقة، ولكن مقدراً بالحصة حتى لا يرجعوا بالزيادة على حصته من الزرع؛ لأن الرجوع بالزيادة على الحصة إجبار منا إياه على النفقة، وليس لنا ولاية الإجبار بعد موت رب الأرض، فأما بقدر الحصة فلا إجبار، فأما إذا انتهت المدة فالمزارعة انتهت بنهايتها، وبعد انتهاء المزارعة النفقة عليهما نصفان فيرجع بنصف القيمة، ولكن مقدراً بالحصة حتى لا يرجع بالزيادة على الحصة.

وفرق بين فصل الموت وبين فصل انتهاء المدة بوجه آخر فقال: إذا مات رب

الأرض في وسط المدة وقال ورثة رب الأرض للمزارع: نحن نغرم حصة قيمة حصتك من الزرع، وإنما يضمنون حصته من الزرع نابئًا غير مقلوع، فإذا انتهت المدة وقال رب الأرض للمزارع: أغرم قيمة حصتك من الزرع مقلوعًا. والفرق: أن في مسألة الموت بقينا عقد المزارعة كان للمزارع حق الترك والقرار حكمًا لقيام المزارعة فورثة رب الأرض يملكون عليه زرعًا نابئًا فيضمنون حصته نابئًا، فأما إذا انتهت المدة وأراد المزارع القلع لم تبق المزارعة ولم تثبت الإجارة مبتدأة حكمًا فلم يبق للمزارع حق الترك والقرار فرب الأرض إنما^(١) يملك زرعًا مقلوعًا حكمًا فيضمن قيمة كذلك.

وإذا انقضت مدة المعاملة والثمر لم يدرك بعد وأبى العامل الغرم فإنه يترك بيده بغير إجارة، بخلاف ما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل فإنه يترك الأرض في يد المزارع بأجر؛ لأن في فصل المزارعة الترك بالأجر ممكن؛ لأن إجارة الأرض جائز، أما في فصل المعاملة الترك بالأجر غير ممكن؛ لأن إجارة النخيل لا تجوز وقد وجب مراعاة حق العامل فوجب الترك بغير أجر.



(١) في ح: وإنما.

ومما يتصل بهذا الفصل:

إذا انقضت السنة والزرع بقل وأبى المزارع قلع الزرع وترك الأرض في مدة بإجارة حتى وجب عليه أجر مثل نصف الأرض على ما بينا أن العمل عليهما حتى يستحصد الزرع والنفقة عليهما أيضًا، فإن أنفق أحدهما بغير أمر صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمر من يلي عليه.

فإن قيل: هو مضطر في هذا الإنفاق؛ لأنه يحيي حق نفسه فلا يوصف بالتبرع.

قلنا: هو غير مضطر في ذلك؛ لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي.

وإذا هرب المزارع في وسط السنة والزرع بقل فقام عليه رب الأرض وأنفق عليه حتى استحصد الزرع، رجع على المزارع بما أنفق بالغا ما بلغ غير مقدر الحصة، بخلاف ما تقدم من النفقات.

والفرق: ما ذكرنا أن الرجوع بالزيادة على الحصة إيجاب منا على النفقة وليس

للقاضي ولاية الإيجاب على النفقة فيما تقدم من المسائل.

وأما في مسألتنا هذه: للقاضي ولاية الإيجاب على النفقة، فإن المزارع لو كان حاضرًا يجبر على النفقة ولرب الأرض حبس حصة المزارع بعدما يستحصد حتى يوفي نفقته؛ لأن هذا الدين إنما وجب لرب الأرض بسبب الزرع فيكون الزرع محبوبًا به، كمن استأجر دارًا وعجل الأجرة ونفاسخا الإجارة قبل مضي المدة، كان للمستأجر حق حبس المستأجر؛ لأن هذا الدين إنما وجب على الآجر بسبب هذا العين فكان محبوبًا به، فإن اختلفا في مقدار النفقة فالقول قول المزارع مع يمينه على عمله؛ لأنه منكر الزيادة.

وإذا مات المزارع والزرع بقل فقالت ورثة المزارع: نحن نعمل فيها على حاله حتى يستحصد، فذلك لهم؛ لأن لهم حقًا في الزرع، وحقهم يحترم واجب الرعاية.

وإن قال ورثة المزارع: نحن نقلع الزرع ولا نعمل، لم يجبروا على العمل؛ لأنه

لا وجه إلى أن يجبروا على العمل بحال العقد؛ لأن العقد ما جرى بين رب الأرض وبينهم، ولا وجه أن يجبروا بحكم الإرث؛ لأن الإرث لا يجري في مجرد العمل.

ألا ترى أن الكفيل بالنفس لو مات لا يجبر ورثته على تسليم النفس، وطريقه ما قلنا.

وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل وغاب أحدهما وأنفق الحاضر بغير أمر القاضي فذكرنا أنه متطوع، وإن كان الغائب رب الأرض فرفع المزارع الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق، فالقاضي لا يأمره بذلك ما لم يقيم البينة على دعواه أن الزرع بينه وبين الغائب، وإذا أقام على ذلك بينة حينئذ يأمره بالإنفاق، وليس سماع هذه البينة للقضاء على الغائب، فإن رب الأرض لو حضر وأنكر الشركة وقال: الزرع كله لي وقد غصبها مني، لا يكون له الرجوع بالنفقة على رب الأرض ما لم يقيم^(١) البينة أن الزرع كان مشتركاً بينهما، وإنما سماع هذه البينة لإيجاب الحفظ على القاضي؛ لأن حفظ مال الغائب واجب على القاضي فكان للقاضي ألا يلزم ذلك بمجرد دعوى المدعي بدون البينة، فقبل إقامة البينة إن شاء أمره بالإنفاق مقيداً بأن يقول: أنفق إن كان الأمر كما وصفت، وبعد إقامة البينة يأمره بالإنفاق مطلقاً حتماً فيقول له: أنفق. وإن خاف القاضي الهلاك على الزرع قبل إقامة البينة فإنه يأمره بالإنفاق مقيداً على نحو ما بينا^(٢).

وتقدير قول القاضي: (أنفق إن كان الأمر كما وصفت) إن كان الزرع مشتركاً بينك وبين فلان فقد أمرتك بالإنفاق على أن لك الرجوع بالنفقة، وإن لم يكن مشتركاً وقد غصبته مزروعة فلا رجوع لك، وإن أمرتك بالإنفاق.

وإن انقضت مدة المزارعة والزرع بقل فأرادت ورثة الأرض أن تقلع الزرع وأبى المزارع، فإنه لا يثبت للمزارع من الخيار ما^(٣) ثبت لرب الأرض، حتى إن المزارع لو قال: أنا أعطي قيمة نصيب رب الأرض من الزرع، ليس له ذلك من غير رضا رب الأرض، ولو أراد المزارع القلع فلرب الأرض ذلك من غير رضا المزارع.

والفرق: أن صاحب الأرض أصل والمزارع صاحب تبع، ولصاحب الأصل أن يتملك التبع، وليس لصاحب التبع أن يتملك الأصل من غير رضا صاحب الأصل.

(١) في ح: تفد.

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٢٥٥).

(٣) في ح: إنما.

الفصل العاشر

رب الأرض أو النخيل إذا تولى العمل بنفسه

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا دفع الرجل أرضه إلى رجل مزارعة بالنصف، ثم إن رب الأرض تولى الزراعة بنفسه فهذا على وجهين:
الأول: أن يتولى الزراعة بأمر الزارع، وإنه على ثلاثة أوجه:

أما إذا استعان المزارع برب الأرض، وفي هذا الوجه: الخارج بين رب الأرض وبين المزارع على ما شرطاً؛ لأن عمل المعين يؤول إلى المستعين فكأن المزارع تولى المزارعة بنفسه.

فإن قيل: البذر إذا كان من قبل رب الأرض، فالمزارع أجير والأجير إذا استعان بالمستأجر منه لإقامة العمل الذي استؤجر عليه لا يستحق أجراً على المستأجر كما في الإجارة المحضه، الخياط إذا استعان برب الثوب لأجل خياطة ثوبه وخاط رب الثوب، تبطل الإجارة حتى لا يستوجب الخياط على رب الثوب أجراً.

قلنا: المزارعة إجارة ابتداء شركة انتهاء، فكانت إجارة من وجه شركة من وجه، فمن حيث إنها إجارة إن كانت تبطل متى تولى رب الأرض الزراعة فمن حيث إنها شركة لا تبطل، كما في المضاربة إذا استعان المضارب برب المال ليعمل في المضاربة فعمل لا يبطل المضاربة ويكون الربح بينهما وقع الشك في بطلان المزارعة بعد انعقادها وصحتها فلا تبطل بالشك.

قالوا: إنما يكون الزرع بينهما على ما شرطاً إذا لم يقل رب الأرض وقت الزراعة: ازرعها لنفسي، فأما إذا قال: ازرعها لنفسي، يكون كل الخارج لرب الأرض وتتقضى المزارعة؛ وهذا؛ لأن صاحب البذر يملك نقض المزارعة قبل إلقاء البذر.

وقوله: ازرعها لنفسي نقض المزارعة دلالة؛ لأنه لا يعد زارعا لنفسه إلا بعد نقض المزارعة، إلا أن محمداً - رحمه الله - أطلق الجواب إطلاقاً.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : والجواب على ما يطلق صحيح ؛ لأن صاحب البذر إنما يملك نقض المزارعة قبل إلقاء البذر حالة حضرة صاحبه لا حال غيبته فهذا التعليل يشير على أن المزارع لو كان حاضرًا وقت زراعة رب الأرض وقال رب الأرض : ازرعها لنفسي أنه ينقض المزارعة .

الوجه الثاني من هذا الوجه : إذا استأجر المزارع رب الأرض بدراهم معلومة ليعمل عمل المزارعة ، وفي هذا الوجه : الإجارة باطلة والمزارعة على حالها ؛ لأنه استؤجر لعمل هو فيه شريك فلا تصح الإجارة بهذا الطريق .

قلنا : إن المضارب إذا استأجر رب المال بدراهم معلومة ليعمل في مال المضاربة ، لا تصح الإجارة .

الوجه الثالث من هذا الوجه : إذا دفع الأرض إلى رب الأرض مزارعة بطائفة من حصته من الزرع ، وفي هذا الوجه : المزارعة باطلة ، والمزارعة الأولى على حالها ، هذا إذا تولى رب الأرض المزارعة بأمر المزارع ، فأما إذا تولاهما بغير أمره والبذر من جهة رب الأرض فإنه يصير ناقضًا المزارعة ؛ لأن صاحب البذر يملك المزارعة بالقول فيملك نقضها بالفعل الذي هو دليل النقض ، واسترداد البذر والأرض وزرعها لنفسه دليل النقض .

وإن كان البذر من قبل المزارع فالجواب في هذا الوجه : يضمن المزارع بذرًا مثل بذره ؛ لأنه أ تلف بذره عليه ، ولو كان البذر من قبل رب الأرض أو من قبل المزارع ، فأمر المزارع رب الأرض أن يستأجر أجيورًا في ذلك ، فالخارج بين رب الأرض والمزارع على ما اشترطا ؛ لأن استئجار رب الأرض الأجراء بإذن المزارع كاستئجار المزارع الأجراء بنفسه ، ويرجع رب الأرض بأجر الأجراء على المزارع .

بخلاف ما إذا استعان المزارع برب الأرض ولم يأمره باستئجار الأجراء فاستأجر رب الأرض الأجراء ، فإن هناك لا يرجع رب الأرض على الأجراء ، وإن هناك لا يرجع رب الأرض على المزارع بأجر الأجراء ؛ لأن استئجار الأجراء هناك ما حصل

بأمر المزارع، أما هاهنا بخلافه .

والجواب في المعاملة نظير الجواب في المزارعة حتى إن من دفع نخيله إلى رجل معاملة بالنصف على أن يلقحه ويحوطه ويسقيه، فاستعان العامل برب النخيل في ذلك أو فعل صاحب النخيل ذلك بنفسه فالخارج بينهما على ما شرطاً .
ولو كان صاحب النخيل قبض النخيل بأمر العامل وفعل ما ذكرنا فالخارج كله لصاحب النخيل وتنتقض المعاملة .

وإن كان صاحب النخيل لا يملك نقض المعاملة من غير عذر؛ لأنه إنما كان يملك ذلك قصداً، وهاهنا المعاملة انتقضت حكماً من حيث إن صاحب النخيل صار عاملاً لنفسه، ولو كان صاحب النخيل أخذ النخل بعدما خرج الطلع وقام عليها بغير إذن العامل فالخارج بينهما، ولو أخذها قبل الخروج وقام عليها ثم أخذها العامل منه بغير أمره وقام عليها، حتى صار تمرًا فجميع ذلك لصاحب النخيل .

وإذا دفع أرضاً وبذرًا مزارعة بالنصف، ثم إن المزارع بعدما قبض الأرض دفعها إلى رب الأرض مزارعة على أن للمزارع الثلث ولرب الأرض الثلثان، فالمزارعة الثانية فاسدة، وما خرج فهو بينهما نصفان .

فإن قيل: المزارع إذا شرط الثلثين لرب الأرض فقد شرط له من نصيب نفسه الثلث فإذا لم تصح المزارعة الثانية، ثم لا يجعل ذلك من المزارع حطاً لذلك القدر من نصيبه في المزارعة الأولى ليكون للمزارع الثلث بحكم المزارعة الأولى .

قلنا: المزارع حط عن نصيبه ولكن بعوض وهو أن يسلم له عمل رب الأرض بحكم المزارعة الثانية، وعمل رب الأرض لا يسلم له بحكم المزارعة؛ لأنها لم تصح، إنما سلم له ذلك عن المزارعة الأولى فإذا دفع أرضه مزارعة بالنصف وشرط البذر على المزارع، فلما زرعها المزارع وتبقى ثلث قام عليه رب الأرض بنفسه وأجرائه وسقاه من غير أمر المزارع حتى استحصد، فالخارج بين رب الأرض والمزارع على ما شرطاً .

ولو أن المزارع بذره إلا أنه لم يسقه ولم ينبت حتى سقاه رب الأرض بغير أمر المزارع، فالقياس: أن يكون الخارج كله لرب الأرض؛ لأن البذر أصل النبات قائم في الأرض حقيقة، ألا ترى أنه يمكن تمييزه من الأرض إذا تكلف لكونه في البطن ككونه على ظهر الأرض، ولو كان على ظهر الأرض فأخذه رب الأرض وبذره وسقاه حتى نبت يصير ناقصاً للمزارعة كذا ها هنا.

وفي الاستحسان: يكون الخارج بينهما على ما شرطاً في المزارعة؛ لأن سقي الأرض في هذه الحالة حصل بإذن المزارع؛ لأن البذر إنما يبذر في الأرض للنبات، والنبات لا يكون إلا بالسقي، والسقي مما لا يتفاوت فيه، فصار المزارع بعد إلقاء البذر مستعينا لكل واحد من أحاد الناس بسقي الأرض دلالة.

هذا إذا بذره المزارع وسقاه رب الأرض بغير إذنه، فأما إذا بذره رب الأرض بغير إذن المزارع فلم ينبت حتى سقاه المزارع بعد ذلك وقام عليه حتى استحصد، ذكر أن الخارج بينهما على ما شرطاً ولم يذكر القياس؛ لأن القياس في المسألة إنما جاء؛ لأننا اعتبرنا البذر في الأرض قبل النبات كأنه ظاهر على ظهر الأرض جاء رب الأرض وأخذها وبذرها بغير أمر المزارع يصير ناقصاً للمزارعة، ولو جاء المزارع وبذرها وسقاه بغير أمر رب الأرض كان الخارج بينهما على ما شرطاً قياساً واستحساناً.



الفصل الحادي عشر

في العذر في فسخ المزارعة والمعاملة

وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن المضي على المزارعة، فإن كان الممتنع من كان من قبله البذر فله ذلك بعذر وبغير عذر، وإن كان الممتنع من ليس من قبله البذر، فليس له ذلك إلا بعذر، وبعد إلقاء البذر في الأرض ليس لواحد منهما أن يمتنع عن المضي على المزارعة إلا بعذر، وفي المعاملة إذا امتنع أحدهما عن المضي عليهما فليس له ذلك إلا بعذر فالمعاملة لازمة من الجانبين، والمزارعة بعد إلقاء البذر في الأرض كذلك، وقبل إلقاء البذر في الأرض لازمة من قبل من لا بذر له، غير لازمة من قبل من له البذر.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا كان البذر من قبل المزارع فقال المزارع: أنا أريد ترك المزارعة في هذه السنة، أو قال: أنا أريد أن أزرع أرضاً أخرى في هذه السنة سوى هذه، فله ذلك وكان له أن يفسخ المزارعة، ولو كان استأجر الأرض بالدراهم أو بعوض بعينه ثم قال: أنا أترك الزراعة أصلاً، كان ذلك عذراً له في فسخ الإجارة، وإذا قال: أزرع أرضاً أخرى أو لا أزرع هذه السنة؛ لأنه لا يكون هذا عذراً في نقض الإجارة، والسفر والمرض عذر من قبل المزارع والعامل في فسخ المزارعة والمعاملة.

وقد ذكر في بعض المواضع: أن السفر لا يكون عذراً، فمن المشايخ من قال: إن في المسألة روايتان.

ومنهم من قال: إنما اختلف الجواب لاختلاف المواضع^(١)، وإليه ذهب شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده - رحمه الله - .

موضوع ما ذكر أنه لا يكون عذراً أنه أخذه مزارعة أو معاملة ليعمل بنفسه وأجرائه، وبعد المسافرة يمكنه إقامة العمل بأجرائه. وموضوع ما ذكر أنه يكون عذراً أنه أخذه مزارعة ليعمل بنفسه وبعدهما سافر لا يمكنه العمل بنفسه.

(١) كذا والصواب: الموضوع.

ومن العذر من قبل رب النخيل والأرض أن يلحقه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن النخيل والأرض، وعند ذلك لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات؛ لأنهما في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجارة والجامع الصغير: لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضا.

بعض مشايخنا المتأخرون أخذوا برواية الزيادات، وبعضهم أخذوا برواية الأصل والجامع الصغير.

وإن طلب من القاضي النقض قبل البيع، والقاضي لا يجيبه إلى ذلك، ولكن يبيع بنفسه ويكتب الدين عند القاضي حتى يمضي القاضي البيع وينتقض العقد حكمًا، ثم إذا أراد صاحب الأرض البيع بعذر الدين فإن كان البذر من قبل المزارع فالحال لا يخلو إما أن كان العامل قد عمل في الأرض نحو الكراب وتسوية المسناة وأشباه ذلك إلا أنه لم يزرعها، في هذا الوجه: كان لصاحب الأرض بيعها ولا شيء للعامل على رب الأرض؛ لأن العمل لا يتقوم إلا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد ذلك هاهنا؛ لأن البذر إذا كان من قبل المزارع يكون مستأجرًا الأرض فيكون العقد واردًا على منفعة الأرض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض، فعود هذا التعليل، البذر إذا كان من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجرًا للعامل فكان العقد واردًا على منافع الأجير يتقوم منافعه وعمله على رب الأرض فيرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، هذه الجملة من شرح مزارعة شيخ الإسلام - رحمه الله - .

وينبغي الجواب على هذا التفصيل فيما إذا انقضت مدة المزارعة واختار رب الأرض إخراج رب الأرض من المزارع، فأراد المزارع أن يرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، أنه إن كان البذر من المزارع ليس له ذلك، وإن كان من قبل رب الأرض له ذلك، وإن كان المزارع قد زرع ونبت الزرع فليس لرب الأرض أن يبيع الأرض حتى يستحصد الزرع؛ لأنه لو باعه بالدين يبطل حق المزارع، والزرع عين مال قائم، وحق رب الأرض في الدين، والعين فوق الدين فكانت مراعاة حق المزارع في الزرع أولى، بخلاف ما قبل الزراعة؛ لأن قبل الزراعة حق المزارع في

منفعة الأرض، وحق رب الدين في الدراهم، والدراهم خير من المنفعة فكان حق رب الدين أولى.

وإذا لم يكن لرب الدين حق بيع الأرض حتى يستحصد الزرع وقد كان القاضي حبس رب الأرض بالدين خلى سبيله؛ لأن رب الأرض عجز عن بيع الأرض وإيفاء الدين لحق المزارع فيعتبر بما لو عجز عن ذلك بسبب الإفلاس وهناك القاضي يخرج من السجن فهناك كذلك.

وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح، هل له أن يبيع الأرض؟

ولم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيه، كان الشيخ الإمام الزاهد أبو إسحاق الحافظ - رحمه الله - يقول: ليس له ذلك.

وكان الإمام الزاهد الشيخ أبو بكر العتابي - رحمه الله - يقول: له ذلك. ووجهه: أنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك؛ ولهذا قالوا: إن لصاحب البذر فسخ المزارعة؛ لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال، وقد يحصل العوض في الثاني، وقد لا يحصل فلا يرتفع الاستهلاك بالشك، وإذا صار البذر مستهلكا ما لم ينبت لم يكن للمزارع في الأرض عين مال قائم إنما له مجرد عمل، وهذا مما لا يمنع البيع بالدين كما قيل^(١).

ووجه ما ذهب إليه الشيخ الإمام أبو إسحاق الحافظ - رحمه الله - : أن التبذير استثمار وليس باستهلاك، ألا ترى أن الأب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي، وإذا كان استثمارًا كان للمزارع في الأرض عين مال قائم، وجنس هذه المسائل تأتي في الفصل الذي يلي هذا الفصل.

(١) زاد أ: السيد.

الفصل الثاني عشر

في بيع الأرض المدفوعة مزارعة

وإذا باع رب الأرض ولها أكار إلا أن الأرض فارغة لم يزرع ولم يعمل العامل، فإن كان البذر من قبل رب الأرض يجوز البيع من غير رضا الأكار؛ لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض فله فسخ العقد قبل الزراعة، والبيع دلالة الفسخ، وإن كان البذر من قبل المستأجر لا يجوز بيع الأرض في حق الأكار إلا برضاه، هكذا قيل.

وكان شمس الأئمة الحلواني يقول: المزارع أولى في مدته من أيهما كان البذر. وفي المعاملة إذا باع رب النخيل فقد قيل: لا يجوز بيعه، ظهر الثمار أو لم يظهر.

وقيل: إن لم تظهر الثمار يجوز بيعه.

وإذا دفع الرجل أرضه مزارعة سنة ليزرعها المزارع ببذره وآلاته، فلما زرعها المزارع باعها رب الأرض، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون الزرع بقلًا، وفي هذا الوجه: البيع موقوف على إجازة المزارع سواء باع الأرض مع الزرع، أو باع الأرض بدون الزرع، أما إذا باع الأرض مع الزرع؛ فلأن بعض الزرع ملك المزارع وقد باعه رب الأرض بغير إذن المزارع، فيتوقف على إجازته، وكذلك يتوقف البيع في الأرض وفي نصيب رب الأرض من الزرع على إجازة المزارع، وإن كان ذلك خالص ملك رب الأرض؛ لأنه تعلق به حق المزارع؛ لأن المزارع استحق تبقية نصيبه في الأرض إلى وقت الحصاد، ولو جاز البيع في الأرض وفي نصيب رب الأرض من الزرع كان للمشتري قلع الزرع فيبطل حق المزارع في تبقية الزرع وتصرف المالك في ملكه إذا تعلق به حق الغير يتوقف على إجازة الغير كبيع المرهون وكبيع المستأجر، وأما إذا باع الأرض وحدها؛ فلأنه لو نفذ البيع في الأرض وحدها يبطل حق المزارع في سقيه الزرع على ما ذكرنا، فإن أجاز المزارع البيع في الأرض والزرع جميعًا نفذ البيع وانقسم الثمن

على قيمة الأرض، وما أصاب الزرع فهو بين رب الأرض وبين المزارع نصفان، هذا إذا أجاز المزارع البيع.

وإن لم يجز المزارع البيع فالمشتري بالخيار: إن شاء تربص حتى يدرك الزرع، وإن شاء فسخ البيع؛ لأن البائع عجز عن تسليم ما باع لحق المزارع فيعتبر بما لو عجز عن تسليمه لإباق العبد وهناك المشتري يخير، فهاهنا كذلك، ذكر المسألة في الكتاب مطلقاً.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : إن كان علم بالمزارعة وقت الشراء فلا خيار له، وإن لم يعلم، فله الخيار؛ لأن تعلق حق الغير بالمبيع بمنزلة العيب؛ لأنه يمنع المشتري عن الانتفاع به، والعيب مما يوجب فوات منفعة، والمشتري مع العلم بالعيب لا يوجب الخيار.

هذا إذا باع الأرض والزرع جملة، فإن باع الأرض وحدها بدون الزرع وأجاز المزارع البيع والأرض للمشتري والزرع بين البائع والمزارع نصفان، وإن لم يجز المزارع البيع فالمشتري بالخيار على نحو ما بينا.

وإن كان باع الأرض وحصته بين المزارع فاختر المزارع البيع أخذ المشتري بالخيار، وإن أراد المزارع أن يفسخ البيع في هذه الصورة فالصحيح أنه ليس له ذلك.

الوجه الثاني: إذا باع رب الأرض بعدما استحصد رب الزرع، فإن باع بدون الزرع أو باع الأرض بحصته من الزرع جاز البيع من غير توقف؛ لأن التوقف في حق المزارع في الفصل الأول حتى لا يبطل حقه في منفعة الزرع إلى وقت الاستحصاد، وهذا المعنى لا يتأتى هاهنا.

وإن باع الأرض مع جميع الزرع نفذ البيع في الأرض وحصه رب الأرض من الزرع ويتوقف في نصيب المزارع، فإن أجاز المزارع البيع نفذ البيع في نصيب المزارع أيضاً، فكان للمزارع من الثمن حصه نصيبه من الزرع والباقي من الثمن لرب

الأرض، وإن لم يجر البيع يجبر المشتري إذا لم يعلم بالمزارعة وقت الشراء لتفرق الصفقة عليه، وإن كان صاحب الأرض باع الأرض بقل^(١) جاز البيع في الأرض وحصه رب الأرض من الزرع، فللمشتري الخيار: إن شاء أخذ الأرض وحصه رب الأرض من الزرع بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه، فإن كان باع الأرض مع حصته من الزرع فلم يجر المزارع البيع ولم يفسخه المشتري حتى استحصد، نفذ البيع وكان للمشتري أن يأخذها بجميع الثمن ولا خيار له، وكذلك إن باع الأرض دون الزرع فلم يجر المزارع البيع ولم يفسخ المشتري البيع حتى استحصد الزرع، نفذ البيع في الأرض ولا خيار للمشتري.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا دفع أرضه مزارعة ثم باعها قبل أن يزرع المزارع فهذا على وجهين :

الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفي هذا الوجه: للمشتري أن يمنع المزارع من الزراعة؛ لأن المشتري مستأجر المزارع ولا يمكنه إمضاء المزارعة إلا بإتلاف المال، ومن استأجر أجيئاً ولا يقدر على إمضاء الإجارة إلا بإتلاف المال كان للمستأجر أن يمتنع عن ذلك، فبعد ذلك إن لم يكن المزارع شرع في العمل ولم يعمل شيئاً من أعمال المزارعة، فلا شيء للمزارع حكماً وديانة، وإن كان عمل بعض الأعمال نحو حفر الأنهار وإصلاح المسنات، فكذلك حكماً ولكن يفتى لرب الأرض أن يرضى المزارع فيما بينه وبين ربه باعتبار ما عمل له في أرضه بإذنه على وجه التبرع.

الوجه الثاني: إذا كان البذر من قبل المزارع، وفي هذا الوجه: ليس للمشتري أن يمنع من الزراعة؛ لأن المزارع في هذه الصورة مستأجر للأرض من رب الأرض ببعض الخارج مدة معلومة، ولو كان استأجرها بالدرهم مدة معلومة ثم باعها رب الأرض، كان للمستأجر أن يعمل فيها ويزرع إلى أن تمضي المدة وليس للمشتري

(١) كذا والصواب: وهي بقل.

منعه كذا هاهنا .

وفيه أيضًا: وإذا دفع أرضه مزارعة إلى رجل فالبذر من قبل رب الأرض فلما زرع المزارع الأرض باع رب الأرض الأرض فإن كان الزرع قد نبت وباع رب الأرض مع الزرع بعدما كان عليه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن الأرض فالباع جائز، وليس للمزارع حق المنع ويوزع الثمن على الأرض والزرع، فما أصاب الأرض فهو لرب الأرض، وما أصاب الزرع فهو بينه وبين المزارع نصفان، وإن كان الزرع لم ينبت بعدما باع رب الأرض، فالباع جائز وحصة الأرض من الثمن لرب الأرض، ثم ينظر بعد ذلك إلى قيمة^(١) الأرض مبذورًا وغير مبذور فذلك الفضل بينهما، والأرض والزرع كله للمشتري، هكذا ذكر.

وهذا الجواب صحيح فيما إذا باع برضا المزارع، فأما إذا باع بغير رضا المزارع فالباع موقوف على إجازة المزارع سواء باع الأرض بعدما نبت الأرض أو قبل أن تنبت، ولكن القاضي يخرج من السجن إن كان محبوبًا إلى أن يستحصد الزرع إذا علم أنه لا وفاء له إلا من ثمن الأرض.

وإن كان البذر من قبل المزارع، فليس لرب الأرض بيع الأرض قبل الزراعة من غير عذر، وله بيعها بعذر، وبعد إلقاء البذر في الأرض ليس لرب الأرض بيعها بعذر وبغير عذر، وكذلك إذا كان البذر من قبل رب الأرض وألقى البذر في الأرض، فليس له بيعها بعذر وبغير عذر.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل دفع أرضه مزارعة وزرعها المزارع ثم باع الأرض رب الأرض برضا المزارع، فإن لم يكن الزرع قد نبت وقد كان البذر من قبل رب الأرض، فلا شيء للمزارع من الثمن في الحكم؛ لأنه لا ملك له في البذر المبذور فلا حق؛ لأن حق المزارع إنما يثبت في الخارج.

وإن كان البذر من قبل المزارع فله حصة قيمة بذره مبذورًا في الأرض؛ لأن ذلك

(١) زاد في ح: رب.

ملكه، وإن كان الزرع قد نبت وقد باع الأرض مع نصيبه من الزرع برضا المزارع، فالبيع جائز في نصيبه، ونصيب المزارع فيه قائم، وإن كان قد دفع النخيل قبل أن يخرج شيئاً فلا شيء للعامل من الثمر^(١)، وإن كان باع النخيل بعدما خرج الثمر مع جميع الثمر برضا العامل والبيع جائز، وللعامل حصة نصيبه من الثمن وإن باعها مع نصيبه من الثمر برضى العامل والبيع جائز في نصيبه ونصيب العامل فيه قائم. وإذا باع الرجل أرضاً فيها زرع لم ينبت فإن كان البذر قد عفن في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع، وإن سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن غيره عند البائع فهو للبائع أيضاً والمشتري متطوع فيما فعل، وهذا؛ لأن الحنطة التي فسدت في الأرض لا يجوز بيعها على الانفراد فصارت بمنزلة جزء من الأرض فيدخل في البيع بخلاف ما إذا لم يفسد، وكذلك لو نبت ولم يتقوم بعد، واختار الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : أنه للبائع على كل حالٍ إلا إذا بيع مع الأرض إما نصّاً أو دلالة، والله تعالى أعلم وأحكم.



(١) في ح: الثمن.

الفصل الثالث عشر

في زراعة أحد الشريكين الأرض المشتركة وفي زراعة الغاصب

في النوازل عن محمد - رحمه الله - : في رجلين بينهما أرض فغاب أحدهما فلشريكه أن يزرع نصف الأرض، ولو أراد في العام الثاني أن يزرع زرع في النصف الذي كان زرع.

وفي موضع آخر: إن علم أن الزرع ينفع الأرض ولا ينقصها، فله أن يزرع كلها، وإذا حضر الغائب فله أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة؛ لأن رضا الغائب في مثل هذا ثابت دلالة، فإن علم أن الزرع ينقصها أو الترك ينفعها ويزيدها قوة، ليس للحاضر أن يزرع شيئاً منه أصلاً؛ لأن الرضا غير ثابت هاهنا.

وروى أبو مالك عن أبي يوسف - رحمهما الله - عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنه ليس للحاضر أن يزرع بقدر حصته.

وفي النوازل أيضاً: إذا زرع أحد الشريكين الأرض المشتركة بغير إذن صاحبه ولم يدرك بعد فلشريكه أن يقاسمه الأرض فما^(١) وقع في نصيب الزارع أقره وما وقع في نصيب الآخر أخذه بقلعه وضمنه ما دخل الأرض من النقصان بذلك، وإن كان أدرك أو قرب الإدراك غرم المزارع لشريكه نقصان نصف الأرض إن كان دخل فيه النقصان؛ لأنه في نصيب الشريك غاصب وحكم الغصب هذا^(٢).

وفي غصب المنتقى: أرض بين رجلين زرعا أحدهما بغير إذن شريكه وتراضيا أن يعطيه الذي لم يزرع نصف البذر ويكون الزرع بينهما نصفين، فإن كان ذلك بعدما نبت فأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع، تقسم الأرض بينهما، فما أصاب الذي لم يزرع قلع ما فيه من الزرع ويضمن له الزارع^(٣) ما دخل أرضه من نقصان الأرض^(٤).
رجل زرع أرض غيره بغير إذنه، ثم إن الزارع قال لرب الأرض: ادفع إليّ بذري وأكون أكأراً لك.

(١) في ح: فيما.

(٢) مجمع الضمانات، ص (٣٢١).

(٣) في ح: الزرع.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٥/٥٠٢).

فقد قيل: إن كان الزارع قال هذا في وقت كانت الحنطة المبدورة قائمة في الأرض، فذلك جائز ويصير الزارع أكارًا له وتكون هذه المزارعة فاسدة على ما هو جواب الكتاب؛ لأنهما لم يسميا مدة المزارعة، وإن قال الزارع: هذه المقالة بعدما فسدت الحنطة المزروعة، لا يجوز.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - : في رجل أذن لرجل أن يزرع في أرضه فزرعها، ثم أراد رب الأرض أن يخرجها من يده، فليس له ذلك حتى يستحصد الزرع؛ لأن غدر المؤمن حرام، فإن قال رب الأرض: أعطيك البذر ونفقتك وأخرجك ويكون ما زرعت لي، ورضي به المزارع، فإن كان لم يطلع شيء من الزرع لا يجوز؛ لأن المزارع يصير بائعًا للزرع، وبيع الزرع قبل النبات لا يجوز^(١)، ولم يفصل بين ما إذا كان هذا القول من رب الأرض حال ما كان البذر قائمًا أو مستهلكًا.

فإما أن يقال: تأويل هذه المسألة موافق المسألة الأولى.

أو يقال: بأن هذه المسألة تصير رواية في تلك المسألة أن البيع لا يجوز على كل حال.

وفي النوازل: زرع أرض الغير ولم يعلم به صاحب الأرض إلا عند الاستحصاد ورضي به حين علم، أو قال مرة: لا أرضى به، ثم قال: رضيت، طاب الزرع للزارع؛ لأن الموجب للحنث حق صاحب الأرض، فإذا رضي انتفى الموجب للحنث فطاب له الزرع لهذا.

وفيه أيضًا: ثلاثة نفر أخذوا أرضًا بالنصف ليزرعوها بالشركة فغاب واحد وزرع الاثنان بعض الأرض حنطة، ثم حضر الآخر وزرع بعض الأرض شعيرًا، فإن فعلوا ذلك بإذن كل واحد منهم، فالحنطة بينهم، ويرجع صاحب الشعير عليهما أيضًا بثلثي الشعير الذي بذر. وإن فعل ذلك بغير إذن؛ فالحنطة ثلثها لصاحب الأرض، وثلثاها للآخرين ويغرم ان نقصان ثلث الأرض ويطيب لهما ثلثا الخارج، وأما الثلث الآخر يدفعان منه نفقتها ويتصدقان بالفضل؛ وذلك لأن ثلثي ذلك نصيبهما قد زرعهما فهو على الشرط، وفي الثلث الآخر صاروا غاصبين وصار كل الخارج من ذلك الثلث

(١) البحر الرائق (٧/٢٨٣).

لهما، فحصل لهما ثلثا الحنطة ولصاحب الأرض ثلثها، وأما صاحب الشعير فله خمسة أسداس الشعير ولرب الأرض السدس وعليه نقصان ثلثي الأرض. قيل: في نقصان الأرض سبب الزراعة، أنه ينظر: أن هذه الأرض بكم تشتري قبل استعمال الغاصب إياها بالزراعة^(١)، وبكم تشتري بعد ذلك، فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض.

وقيل: ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل استعمال الغاصب إياها بالزراعة، وبكم تستأجر بعد ذلك، فتفاوت ما بينهما نقصان الأرض وهذا هو الصحيح. وإذا انتقصت الأرض بزراعة الغاصب، ثم زال النقصان، ينظر: إن زال بفعل رب الأرض لا يبرأ أصلاً، وإن زال بدون فعله، فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: إن زال قبل الرد على رب الأرض يبرأ، وإن زال بعد الرد على رب الأرض لا يبرأ. ومنهم من قال: يبرأ في الوجهين جميعاً وبه نفتى، وكان كالبيع إذا زال عنه العيب قبل القبض أو بعده ينقطع عنه خصومة المشتري في الحالين.

وكذلك إذا صالح مشتري الجارية بعد القبض عن عيب وجد في إحدى عينها ثم زال البياض رد ما قبض على البائع إلا إذا زال بمعالجة المشتري فحينئذ لا يرد. وإذا دفع أرضه مزارعة وشرط البذر على المزارع فزرعها فجاء مستحق واستحقها أخذها المستحق بدون الزرع، وله أن يأمر بقلع الزرع، وإن كان الزرع بقلأ ولا يترك الأرض في يد المزارع بإجارة إلى أن يستحصد؛ لأنه تبين أنه كان غاصباً للأرض متعدياً في الزراعة، ويكون القلع على الدافع والمزارع نصفين؛ لأن الزرع مشترك بينهما فيكون مؤنة القلع عليهما، ثم المزارع بالخيار إن شاء رضي بنصف المقلوع ولا يرجع على الدافع بشيء، وإن شاء رد المقلوع عليه وضمنه قيمة حصته نابئاً في أرضه، يعني: أرض الدافع لا في أرض غيره^(٢).

يريد بقوله: (ضمنه قيمة حصته نابئاً في أرضه) قيمة حصته من زرع له حق القرار؛ وهذا؛ لأن الدافع بعقد المزارعة ضمن للمزارع سلامة الزرع نابئاً في أرض

(١) زاد في ح: إياها.

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٢٦٤).

الدافع أكثر من قيمته مقلوعًا أو نابئًا في أرض الغير فيرجع بذلك؛ ألا ترى أن من استأجر أرضًا بدراهم وزرعها، ثم استحقها مستحق وأخذ الأرض وأمر المستأجر بقلع الزرع رجوع على الأجير بقيمة الزرع نابئًا في أرضه لا في أرض الغير وطريقه ما قلنا من ضمان السلامة، فكذا هاهنا؛ لأن المزارع مستأجر للأرض إذا كان البذر من جهته.

وهذا بخلاف من غصب أرضًا وزرعها، فجاء إنسان وقلع الزرع، فإنه يضمن قيمته نابئًا في أرض الغير، يعني: قيمة زرع ليس له حق القرار؛ لأنه أتلف زرعًا بهذه الصفة أما هاهنا بخلافه.

ثم إن أوجب الزرع نقصانًا في الأرض فللمستحق أن يضمن المزارع بلا خلاف، وليس له أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأن غاصب العقار عنده لا يضمن إلا بالإتلاف ولم يوجد من الدافع إتلاف.

هذا إذا كان البذر من قبل الدافع وأخذ المستحق الأرض وأمرهما بالقلع وقلعا، فالمزارع بالخيار: إن شاء رضي بنصف المقلوع؛ لأن أجره قد تغير بالقلع ولا شيء له غيره، وإن شاء رد المقلوع على الدافع ورجع عليه بأجر مثل عمله على قول الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله -.

وبقيمة حصته من الزرع على قول الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - .
وجه قول الفقيه أبي بكر: أن بعدما نبت الزرع صار الأجر معينًا وهو نصف الخارج، ولهذا لو أراد الدافع أن يعطي أجره من محل آخر ليس له ذلك فيعتبر بما لو كان معينًا في الابتداء، ولو استأجره الدافع للزراعة بأجر معين واستحق الأجر رجوع الأجير على المستأجر بأجر مثل عمله فهاهنا كذلك.

وجه ما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : أن الأجرة لم تكن عينًا وقت العقد لا حقيقة ولا اعتبارًا إنما تعين من بعد، فإذا رده بالعيب وجب الرجوع بقيمة الأجر لا بقيمة المنافع، كما لو كان الأجر مكيلاً أو موزنًا في الذمة فقبضه ثم وجد به عيبًا ورده.

وإن كان المستحق أجاز المزارعة، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في

الأصل .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: أن الجواب فيه على التفصيل: إن كان البذر من جهة رب الأرض لا تعمل إجازته؛ لأن العقد لم يرد على المستحق إنما ورد على منافع العامل وذلك ملكه، وعلى بعض الخارج من بذر صاحب الأرض وذلك ملكه أيضاً، وإذا لم يتناول العقد ملك المستحق لا تعمل إجازته، وكان كالمشتري لا يتوقف على إجازة؛ لأنه لم يتناول حق المجيز، كذا هاهنا إن كان البذر من قبل العامل صح إجازة المستحق قبل الزراعة، ولا تصح إجازته بعد الزراعة؛ لأن الإجازة وردت على منافع أرضه فتوقف على إجازته كما لو باع ما له. إلا أن إجازته لا تعمل قبل الزراعة ولا تعمل بعد الزراعة؛ لأن قبل الزراعة العقد لا ينتهي نهايته، وبعد الزراعة انتهت نهايته فلا تعمل إجازته، فكان كمن أجر دار غيره شهراً فأجاز صاحب الدار الإجازة، إن أجاز قبل مضي المدة جاز، وإن أجاز بعد مضي المدة لا يجوز؛ لأن بعد مضي المدة قد انتهى العقد نهايته فكذا هاهنا. وذكر هذه المسألة في الباب الأخير من إجازات القدوري عن محمد - رحمه الله - مطلقة من غير فصل بين ما إذا كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض.

قال: إن كان الزرع قد سنبل ولم يسمن لحقته الإجازة ولا شيء للغاصب من الزرع وهو للمالك؛ لأن المزارعة شيء واحد لا ينفرد بعضها عن البعض^(١)، فإذا أجازها المالك جاز بهذا.

الفرق بين الإجازة والمزارعة، وإن من غصب من آخر أرضاً ثم أجاز المالك في بعض المدة فأجر ما مضى للغاصب وما بقي للمالك؛ لأن العقد في باب الإجازة ينعقد ساعة فساعة، ففي حق ما مضى انعدم العقد فلا يلحقه الإجازة بخلاف المزارعة؛ لأنها كالشيء الواحد، وإن سمن الزرع لم يلحقه الإجازة وهو للغاصب؛ لأنه إذا سمن الزرع فقد انتهت المزارعة فلا يلحقه الإجازة فيما ذكر القدوري نص: أن الإجازة تعمل بعد الزراعة قبل أن يسمن الزرع وإنه يخالف ما ذكر شيخ الإسلام

(١) بدائع الصنائع (٤/١٧٧).

- رحمه الله - فيتأمل عند الفتوى .

وذكر في باب مزارعة العبد والصبي: العبد المحجور إذا دفع أرضاً من أراضي المولى مزارعة لرجل من غير إذن المولى فزرعها المزارع وحصل الخارج، فهذا على وجهين: إن لم يوجب الزراعة نقصاناً في الأرض، فالمزارعة جائزة استحساناً، والخارج بين المزارع وبين مولى العبد على الشرط.

وإن أوجب الزراعة نقصاناً في الأرض فإن مولى العبد بالخيار إن شاء ضمن المزارع نقصان الأرض، وإن شاء تركه، فإن لم يضمه واختار أخذ نصف الخارج، فله ذلك، وكان نصف الخارج للمولى والنصف للمزارع؛ لأن هذا العقد من العبد كان موقوفاً على إجازة المولى؛ لأنه تصرف في مال المولى تصرفاً يتردد بين الضرر والبيع فيقف على إجازته، كما لو باع ماله، فإذا ترك المولى تضمين النقصان واختار أخذ نصف الخارج فقد أجاز ذلك العقد فنفذ عليه.

فإن قيل: كيف تصح إجازة المولى عند المزارعة بعد حصول الخارج وبعد انقضاء مدة المزارعة وإن العقد لم يبق؛ لأن المعقود عليه وهو منافع الأرض قد تلفت.

ألا ترى أن من أجر دار غيره بدراهم مدة معلومة وأجاز صاحب الدار إجارته بعد انقضاء مدة الإجارة لا يعمل إجازته، كذا هاهنا.

الجواب، وهو الفرق بين المسألتين: أن في تلك المسألة: إنما لم تعمل إجازة المولى بعد انقضاء المدة؛ لأن المعقود عليه فات ولم يخلف بدلاً فكانت فائتة من كل وجه فلا يبقى العقد فلا تعمل الإجازة.

أما ههنا: منافع الأرض وإن تلفت في مدة المزارعة إلا أنها أخلفت بدلاً فإن الخارج حادث من منفعة فيجعل قيام الخارج وقد حدث^(١) من منفعة الأرض كقيام المنفعة، وهذا كما قلنا: إن الغاصب يملك الكسب بإزاء الضمان؛ لأن كسب المغصوب حادث من المنفعة كقيام المنفعة، ولو كانت المنفعة قائمة أليس يملكها الغاصب بالضمان؟ فكذا يملك ما قام مقام المنفعة.

(١) في ح: وحدث.

فما ذكر في هذا الباب يخالف ما ذكره القدوري، وما ذكر شيخ الإسلام، فإن في هذه المسألة: إجازة المالك لا تعمل بعد حصول الخارج.

وفي القدوري: أنها لا تعمل بعدما سمن الزرع.
وفيما ذكره شيخ الإسلام: أن إجازة المالك لا تعمل بعد المزارعة.
فقد فرق محمد - رحمه الله - على هذه الرواية بين إجازة المالك بعد الزراعة قبل النبات وبين إجازته بعد النبات، فقال: إذا جاز^(١) قبل النبات كان الخارج بين رب الأرض والمزارع، وإذا جاز^(٢) بعد النبات فلا شيء لرب الأرض من الزرع بين الغاصب والمزارع.

والفرق: أن نفس الزراعة ليس بمقصود، وإنما المقصود النبات، فقبل النبات العقد لم ينته نهايته، نظرًا إلى ما هو المقصود فجاز أن تعمل إجازة المالك فيه، وبعدهما نبت الزرع العقد انتهى نهايته من كل وجه، فلا تعمل إجازة الملك فيه.

وذكر في المنتقى أبو سليمان عن محمد - رحمه الله - : رجل غصب أرضًا ودفعها إلى غيره مزارعة سنة على أن البذر من قبل المزارع ولم ينبت الزرع حتى أجاز رب الأرض المزارعة جاز إجازته، وما خرج منها فهو بين رب الأرض والمزارع على ما شرطه عليه الغاصب، ويكون الغاصب هو الذي يتولى قبض حصة رب الأرض، وما نقص الأرض من عمل المزارع فلا ضمان عليه إلا ما نقصها قبل أن يجيز رب الأرض، فإن ذلك النقصان يضمنه^(٣) المزارع لرب الأرض في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال محمد - رحمه الله - : إن شاء رب الأرض ضمن المزارع ذلك، وإن شاء ضمن الغاصب.

ولو نبت الزرع وصار له قيمة ثم أجاز رب الأرض المزارعة جازت المزارعة وليس له أن ينقضها بعدما أجازها، ولكن لا شيء لرب الأرض من الزرع^(٤) وما

(١) كذا والصواب: أجاز.

(٢) كذا والصواب: أجاز.

(٣) في ح: يضمن.

(٤) في ح: المزارع.

يحدث فيه من الحب وجميع ذلك بين المزارع والغاصب .
ومعنى قوله: (لو أجاز رب الأرض المزارعة جاز) ألا يكون لرب الأرض بعد الإجازة أن يطالب المزارع بقلع الزرع وتفريغ الأرض، وقبل الإجازة كان له ذلك إلا أن يصير الزرع لرب الأرض .

وفي المنتقى أيضًا: رجل غصب من آخر أرضًا ودفعها إلى رجل مزارعة بالنصف والبذر من قبل الدافع، ثم إن رب الأرض أجاز المزارعة وكانت الإجازة قبل الزراعة أو بعدها فالإجازة باطلة حتى لا يكون لرب الأرض من الزرع شيء .

والمعنى ما أشار شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن البذر إذا كان من قبل الدافع فالعقد لم يرد على حق المستحق .

قال في المنتقى: والأرض بعد الإجازة بمنزلة العارية في يد الغاصب والمزارع، فإن أراد رب الأرض أن يرجع عن إجازته ويأخذ أرضه، فإن كان المزارع لم يزرع الأرض بعد فله ذلك، وإن كان المزارع قد زرع الأرض قبل الإجازة ونبت بعد الإجازة أو لم ينبت فليس له أن يرجع فيما أجاز؛ لأن فيه تغيير المؤمن وإنه حرام . وكذلك إن كان المالك أجاز المزارعة بعدما تسنبل الزرع إلا أنه لم يستحصد، ثم أراد أن يرجع فيما أجاز، ليس له ذلك، ولكن يقال للغاصب: اغرم له أجر مثل أرضه إلى أن يستحصد الزرع وبقيت المزارعة بين الغاصب والمزارع على ما كانت، فإن قال الغاصب: أنا أغرم الأجر بقدر حصتي من الزرع لم يجبر على أكثر من ذلك، وقيل للمزارع: اغرم أنت من أجر الأرض على قدر حصتك من الزرع، فإن كان غرما ذلك ورضيا به كان عمل الزرع حتى يستحصد عليهما جميعًا؛ لأن الغاصب حين أبي أن يغرم الأجر كله فصار كزرع بينهما زرعاه في أرض رجل، فإن قال الغاصب: لا أغرم من الأجر شيئًا ولكني أقلع الزرع، فالزرع بالخيار إن شاء قلع معه وإن شاء أدى أجر مثل الأرض من ماله وعمل في الزرع بنفسه وأجراته، وإذا استحصد نظر إلى نصيب الغاصب، فأخذ من ذلك ما غرم من أجر الأرض وأجر

الأجراء من نصيب الغاصب، وكان الفضل للغاصب ولا يأخذ من ذلك أجرًا لعمله؛ لأنه لم يغرّم ذلك وإنما يأخذ من حصة الغاصب كل ما غرم من سببها، فأما ما عمل بنفسه فهو متطوع فيه.

وإن قال الزارع: لا أغرم أجرًا ولا أعمل في ذلك عملاً، وأنا اقلع الزرع، فإن أجمع الغاصب معه على ذلك قلعا وسلما الأرض لصاحبها، وإن أبى ذلك الغاصب كان للغاصب أن يؤدي أجر مثل الأرض ويقال له: قم على الزرع فاعمل بنفسك وأجرائك حتى يستحصد فتأخذ من حصة الزارع ما غرم عنه من أجر الأرض والأجراء وكان حالك فيه مثل حال المزارع في الوجه الأول.

وهذا كله إذا كان بقضاء القاضي، فأما إذا فعله أحدهما بغير قضاء قاضٍ ولا رضى من صاحبه، فهو متطوع فيه ويسلم الآخر نصيبه منه كمالاً، وليس على واحد منهما أن يتصدق بما أصابه من الزرع إلا ما وجب للغاصب من الزرع قبل أن يجيز رب الأرض المزارعة.

ألا ترى أن رجلاً لو دفع إلى رجل مالا مضاربة بالنصف والمال مغضوب فعمل به، ثم أخذ المغضوب منه المال فإن الغاصب يتصدق بحصته من الزرع ولا يتصدق المضارب بشيء من حصته؛ لأنه كان أجيئاً في ذلك فإنما أخذ أجر عمله وإذا أجاز رب الأرض المزارعة قبل أن يبذر ثم بذر فلم ينبت حتى أراد أخذ أرضه فقال المزارع: أنا أدفع المزارعة فلا حاجة إلى العمل؛ لأن البذر لم ينبت وقال الغاصب: أنا أمضي على المزارعة؛ لأن البذر فسد حين طرح في الأرض.

قيل للغاصب: عليك أجر مثل الأرض إلى أن يستحصد الزرع، فإذا رضى بذلك وجب على المزارع أن يمضي على المزارعة كما اشترط عليه الغاصب وكان الأجر كله على الغاصب لا يرجع على المزارع ولا في حصته بشيء.

فإن قال الغاصب: لا أعطي الأجر وأنا أخذ البذر - يعني من رب الأرض - قيل للمزارع: أنت بالخيار إن شئت فأبطل المزارعة وتسلم للغاصب أجر بذره ولرب

الأرض أخذ بذره، وإن شئت كان عليك أجر مثل الأرض إلى أن يستحصد الزرع، فإن رضي بذلك، جازت المزارعة ولم يكن لرب الأرض أجر بذره سنبل، ويكون المزارع متطوعًا فيما غرم من أجر الأرض، وتكون المزارعة بينهما على ما شرطًا ولا يتصدق بشيء مما وجب لهما من الطعام؛ لأن رب الأرض أجاز^(١) المزارعة والبذر على حاله قبل أن ينبت ويكون له قيمته فلا يتصدق واحد منهما بشيء من زيادة الزرع بعد ذلك.

وإذا غصب بذرًا وزرعه في أرض نفسه فقبل أن ينبت الزرع كان لصاحب الأرض أن يجيز فعله؛ لأن قبل النبات الحنطة قائمة على وجه الأرض وبعد النبات لا يعمل إجازته ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - في آخر كتاب المزارعة في باب قبل باب كتابة الشروط متصل به.

في العيون: رجل غصب أرضًا وزرعها حنطة ثم اختصما وهي بذر لم ينبت بعد، فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له: اقلع زرعك وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه، أما الخيار؛ فلأنه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك فإن اختار إعطاء الضمان كيف يضمن؟

روى هشام عن محمد - رحمهما الله - : أنه يضمن ما زاد البذر فيه، ويقوم الأرض وليس فيها بذر، ويقوم وفيها بذر.

وروى المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : مبدورًا ولكن ببذر الغير ولغيره حق النقض والقلع ففضل ما بينهما قيمة بذر مبدور في أرض الغير.

وقال محمد - رحمه الله - : ذاك قيمة بذر مبدور في أرض نفسه.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - : رجل ألقى البذر في أرضه فجاء آخر وألقى بذره وسقى الأرض فنبت الزرعان جميعًا وألقى فيها بذره وقلب الأرض قبل أن تنبت بذر صاحب الأرض فنبت البذران جميعًا، وألقى فيها بذره وقلب الأرض قبل أن

(١) في ح: أعار.

تنتب بذر صاحب الأرض فنتب البذران جميعًا، فما نتب يكون للآخر عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -؛ لأن خلط الجنس عنده استهلاك وعليه للأول قيمة بذره في أرض غيره، وهاهنا يضمن قيمة بذره مبدورًا في أرض نفسه، فإن جاء صاحب الأرض وهو الأول فألقى فيها بذر نفسه مرة ثالثة وقلب الأرض قبل أن ينتب البذر أو لم ينتب ويسقى، فما نتب من البذور كلها فهو له، وعليه للغاصب مثل بذره لكن مبدورًا في أرض غيره؛ لأنه أتلف كذلك، هكذا ذكر هاهنا ولم يشبع الجواب.

والجواب المشبع: أنه يضمن الغاصب الأول قيمة بذره مبدورًا في أرض نفسه ثم يضمن المالك قيمة البذرين جميعًا مبدورًا في أرض غيره؛ لأن الإلتاف ورد كذلك هذا كله إذا لم يكن الزرع نابتًا، فأما إذا زرع المالك ونبت، ثم جاء رجل وألقى بذر نفسه وسقى فهذا على وجهين:

إن لم يقلب، أو قلب، ففي الوجه الأول: نتب الثاني كان الجواب على ما مر، وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين إما إن كان الزرع إذا قلب مرة أخرى نتب أو لا ينتب، ففي القسم الأول: الجواب على ما مر، وفي القسم الثاني فالزرع للثاني وعلى الثاني قيمة زرعه نابتًا؛ لأنه أتلف كذلك.

وسئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: عمن بذر في أرضه بذرًا ثم جاء آخر فسقى تلك الأرض حتى أدرك الزرع، فإن الزرع في القياس للساقى وعليه قيمة الحب مبدورًا في الأرض على شرط القرار إن سقاها قبل أن يفسد البذر في الأرض، وإن سقاها بعدما فسد البذر قبل أن ينتب نباتًا له قيمة فنتب بسقيه، فإن في القياس عليه قيمة نقصان الأرض تقوم مبدورة فقد فسد حبها، وتقوم غير مبدورة فيغرم قيمة نقصان ما بينهما والزرع للساقى، وإن كان سقاها بعد ما نتب الزرع وصار له قيمة فعليه قيمة الزرع يوم سقاها والزرع للساقى، وإن كان سقى الأرض بعدما يستغني الزرع عن السقي لكن السقي منفعة وأجود له، كان الزرع لصاحب الأرض ولا شيء للساقى.

وعنه أيضًا: لو أن رجلاً ألقى بذراً في أرض غيره، ثم إن صاحب الأرض سقي الزرع حتى أدرك أخذت هاهنا بالقياس والزرع كله لصاحب الأرض وعليه قيمة الحب إن كان سقاه وهو حب لم يفسد بعد، عليه قيمته مبدوراً في الأرض بغير حق القرار فيها، وإن كان سقاها بعدما فسد الحب في الأرض فخرج الزرع بعد ذلك ولولا السقي لم يكن يخرج أو كان يخرج ولكن لم يكن له قيمة فالزرع لرب الأرض ولا ضمان عليه لصاحب البذر، ولو كان البذر من غير صاحب الأرض والسقي من رجل آخر غير صاحب الأرض أيضاً كان سبيله معه كسبيل الساقى مع رب البذر والأرض جميعاً.

وعنه أيضًا: لو أن رجلاً زرع أرضاً، ثم جاء آخر وألقى بذره في تلك الأرض فخرج الزرع، إن خرج من غير سقي فالزرع كله لغير صاحب الأرض وعليه قيمة الحب مبدوراً في الأرض على حق القرار في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وإن ألقى البذر بعدما فسد الحب في الأرض ثم نبت بعد ذلك فعليه نقصان الأرض المبدورة على حق القرار والزرع كله للثاني، وإن بذر بعدما خرج الزرع قيمة ثم أدرك ذلك كله مختلطاً فعليه قيمة زرع رب الأرض نابتاً في الأرض على وجه القرار يوم ظهر اختلاطه بزرع صاحب الأرض، وهذا كله قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الزرع بينهما في هذه الفصول كلها على الشركة، وهذا كله إذا أدرك الزرع من غير سقي أو بسقي صاحب البذر والذي لا أرض له، ولو أدرك الزرع بسقي صاحب الأرض فالزرع لصاحب الأرض وعليه الأجر وقيمة حبه إن سقاه قبل أن يفسد حبه، فإن سقاه بعدما فسد لم يلزمه الضمان .

مما يتصل بهذا الفصل: ذكر في فتاوى الفضلي - رحمه الله - : إذا مضت مدة المزارعة، ثم زرعها المزارع كذلك عشر سنين قال الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد - رحمه الله - : جواب الكتاب أنه لا يجوز ولا يكون هذا مزارعة وعليه أن يدفع مقدار بذره وأجر مثل عمله ومؤنته ويتصدق بالفضل .

قال: وهكذا كانوا يفتون ببخارى، قال: إلا أنني رأيت في بعض الكتب أنه يجوز؛ لأن هذا لا يكون أبعد مما لو قال لآخر: دفعت إليك هذه الأرض على ما كانت عام أول مع فلان وذلك جائز فهاهنا أولى .

وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن كانت الأرض معدة للزراعة بأن كانت الأرض في قرية اعتاد أهلها زراعة أراضي الغير وكان صاحبها فيمن لا يزرع بنفسه ويدفع أرضه مزارعة فذلك على المزارعة ولصاحب الأرض أن يطالب المزارع بحصة الدهقانية على ما هو متعارف أهل تلك القرية النصف أو الربع أو ما أشبه ذلك وهكذا ذكر في فتاوى النسفي .

وهو نظير الدار المعدة للإجارة إذا سكنها إنسان وأنه يحمل على الإجارة كذا هاهنا وعلى هذا أدركت مشايخ زماني وإن لم تكن الأرض معدة للزراعة أصلاً أو عادة أهل تلك القرية مشتركة لا يكون ذلك مزارعة ويكون الخارج كله للمزارع وعليه نقصان الأرض إذا انتقصت الأرض .

قالوا: وإذا كانت الأرض معدة للزراعة فإنما يحمل ذلك على وجه المزارعة إذا لم يعلم وقت الزراعة أنه زرعها على وجه الغصب، أو بتأويل آخر غير وجه المزارعة، أما إذا علم أنه زرعها على وجه الغصب أو بتأويل آخر غير وجه المزارعة إذا لم يعلم وقت الزراعة أنه زرعها على وجه الغصب صريحاً أم دلالة، أو بتأويل آخر بأن استأجر رجل أرضاً والأرض بغير الأجر وقد أجر بغير إذن رب الأرض ولم يوجد من رب الأرض الإجازة وقد زرعها المستأجر لا يكون هذا مزارعة والزرع للمستأجر وإن كانت الأرض معدة للزراعة؛ لأنه زرعها بتأويل الإجارة ولو لم يعلم

منه وقت المزارعة شيء من ذلك ثم ادعى بعد ذلك أنني زرعتُه غصبًا فالقول قوله .
وفي الدار المعدة للإجارة، إذا سكنها رجل ثم ادعى أنه سكنها غصبًا لا يصدق
ويجعل إجارة؛ لأن الإجارة جائزة بالإجماع فيجب البينة^(١) في إثباتها .
والذي تقرر عندي وعرضت على من كنت أثق به أن الأرض وإن كانت معدة
للزراعة تكون هذه مزارعة فاسدة على رواية هذا الكتاب؛ لأن أكثر ما فيه أن كون
الأرض معدة للزراعة تقام مقام عقد المزارعة، إلا أن هذه مزارعة ليس فيها بيان
المدة، ومزارعة ليس فيها بيان المدة مزارعة فاسدة على جواب الكتاب، فيجب أن
يكون الخارج كله للمزارع، وعلى المزارع لرب الأرض أجر مثل الأرض .
هذا الذي ذكرنا كله في أرض الملك، أما في أرض الوقف يحمل مزارعة على
وجه المزارعة وإن لم يكن الأرض معدة للزراعة إن كان ما يصيب الوقف من الخارج
خيرًا للوقف، أما إذا كان أجر المثل أو ضمان النقصان خيرًا للوقف لا يحمل على
وجه المزارعة .



(١) في ح: السقي .

الفصل الرابع عشر

ما إذا أراد المزارع أن يزرع غير ما سمي في عقد المزارعة

فإذا دفع الرجل إلى رجل أرضاً على أن يزرعها حنطة فليس له أن يزرع غير الحنطة وإن كان ذلك أهون على الأرض وأقل ضرراً من الحنطة بخلاف ما إذا استأجرها بدراهم ليزرعها حنطة فزرع فيها ما هو أقل ضرراً بالأرض من الحنطة يجوز ويستحق الأجر.

والفرق: أن في المزارعة تتعين بزراعة غير الحنطة وفي الإجارة لا تتعين؛ لأن في الإجارة الأجر دراهم وهو كذلك سواء زرعها حنطة أو شعيراً.

وكذلك لو قال: خذ هذه الأرض مزارعة تزرعها حنطة، أو قال: لتزرعها حنطة، أو قال: وازرعها حنطة، فهذا كله شرط حتى لو زرع غير الحنطة يصير مخالفاً؛ لأن قوله: تزرعها حنطة فازرعها حنطة، لا يستقيم الابتداء به فيجعل متعلقاً بما قبله فيصير مشروطاً، ولو قال: وازرعها حنطة يكون شرطاً، أو يكون مشورة، لم يذكر هذه المسألة في المزارعة.

وذكر في المضاربة: إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة وقال: خذ هذه الألف مضاربة بالنصف واعمل بها في الكوفة، فهذا مشورة حتى لو عمل بها في غير الكوفة لا يصير مخالفاً فمن مشايخنا - رحمهم الله - من قال: يجب أن يكون الجواب في المزارعة كذلك؛ لأن قوله: وازرعها حنطة مما يستقيم الابتداء به فلا يعتبر معلقاً بما قبله فلا يصير شرطاً كما في المضاربة، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول: يعتبر هذا شرطاً في المزارعة؛ لأنه لو اعتبر شرطاً كان هذا بياناً لنوع الزرع فيجوز المزارعة قياساً واستحساناً، ولو جعلنا مشورة لا يكون بياناً لنوع الزرع فلا يجوز المزارعة قياساً بخلاف المضاربة؛ لأن بيان مكان العمل ليس شرط المضاربة قياساً واستحساناً فلا ضرورة إلى أن يجعل قوله: (واعمل بالكوفة) وإنه مما يستقيم الابتداء به متعلقاً بما قبله.

الفصل الخامس عشر

في الاختلاف الواقع بين رب الأرض والمزارع

يجب أن يعلم بأن الاختلاف الواقع بين المزارع وبين رب الأرض نوعان: أحدهما: أن يختلفا في جواز المزارعة وفسادها، ودعوى الجواز أن يدعي أحدهما شرط النصف أو الثلث أو الربع أو ما أشبه ذلك فيما لا يوجب قطع الشركة في الخارج، ودعوى الفساد أن يدعي شرطا يوجب قطع الشركة عسى وذلك على وجوه:

أحدها: أن يدعي اشتراط أفقزة معلومة.

والثاني: أن يدعي اشتراط النصف وزيادة عشر.

والثالث: أن يدعي اشتراط النصف أو الثلث أو الربع، ويدعي الآخر اشتراط

أفقزة معلومة فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يكون البذر من قبل المزارع، وفي هذا الوجه: إن كان هذا الاختلاف قبل الزراعة، فالقول قول من يدعي الفساد سواء كان مدعي الفساد صاحب البذر أو صاحب الأرض، أما إذا كان مدعي الفساد صاحب البذر؛ لأن صاحب الأرض يدعي الشركة في الخارج متى حصل الخارج ومدعي الفساد ينكر، وأما إذا كان مدعي الفساد صاحب الأرض؛ فلأن صاحب البذر يدعي على رب الأرض لزوم العقد وتملك منافع الأرض، ومدعي الفساد ينكر ذلك، ولا يتحالفان. فإن اختلفا قبل الزراعة؛ لأنهما لم يتفقا على جواز العقد بل ادعى أحدهما مزارعة فاسدة والآخر مزارعة جائزة وفي مثل هذا لا يجب التحالف كما في باب البيع إذا ادعى أحدهما الجواز والآخر ادعى الفساد.

فإن قيل: كان ينبغي أن يجعل القول قول من يدعي الجواز كما في باب البيع لو ادعى أحدهما بيعًا جائزًا والآخر بيعًا فاسدًا، وكما لو ادعى أحد الزوجين فساد النكاح وادعى الآخر صحته، والجواب هنا هكذا إذا اتفقا على نوع عقد كما في البيع والنكاح، وأما إذا اختلفا في نوع عقد يجعل القول قول المنكر وإن كان المنكر يدعي فساد العقد كما قالوا في عبد في يدي رجل ادعاه رجل أنه اشترى منه شراء صحيحًا

وصاحب اليد يدعي أنه أجره منه إجارة فاسدة كان القول قول صاحب العبد وإن كان يدعي عقدًا فاسدًا؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد فيعتبر فيه الدعوى في مسألتنا اختلفا في نوع العقد ادعى أحدهما المزارعة وادعى الآخر الإجارة الفاسدة؛ لأن المزارعة إذا فسدت كانت إجارة حتى يجب للمزارع أجر المثل حصل الخارج أو لم يحصل فيجب اعتبار الدعوى والإنكار والمنكر من يدعي الفساد على ما بينا.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة من يدعي الجواز؛ لأن بينته أكثر بيانا؛ لأنها تثبت أصل العقد وصفة الجواز وبينه مدعي الفساد تنفي صفة الجواز، وإن كان هذا الاختلاف بعد الزراعة فالقول قول صاحب البذر سواء كان يدعي الفساد أو الجواز وسواء أخرجت الأرض شيئًا أو لم تخرج أما إذا كان صاحب البذر يدعي الجواز؛ فلأنه ينكر وجوب أجر المثل، وإن أقاما البينة والبينة بينة مدعي الجواز.

الوجه الثاني: إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وفي هذا الوجه: رب الأرض ينزل منزلة المزارع في الوجه الأول فيما عرفت من الأحكام في جانب المزارع ثمة فهو كذلك في جانب رب الأرض في هذا الوجه، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى أحدهما شرط النصف وادعى الآخر قفزًا معلومة، فأما إذا ادعى أحدهما شرط النصف، وادعى الآخر شرط النصف وزيادة عشرة، فهذا على وجهين أيضًا:

الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض، وفي هذا الوجه: إن كان المدعي لزيادة الأقفزة على النصف صاحب البذر وهو رب الأرض فالقول قول المزارع الذي يدعي النصف سواء وقع هذا الخلاف قبل الزراعة أو بعد الزراعة؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد؛ لأنهما اتفقا على شرط النصف وأنه كان في صحة المزارعة إلا أن صاحب البذر بدعواه أنه شرط له زيادة عشرة أقفزة ادعى شرطًا زائدًا يوجب فساد العقد فلا يقبل قوله.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة من يدعي زيادة العشرة الأقفزة وإن كان المدعي لزيادة العشرة الأقفزة من لا بذر من جهته، وهو المزارع إن اختلفا قبل الزراعة فالقول قول مدعي الجواز، وهو صاحب البذر، وإن اختلفا بعد الزراعة فالقول قول من لا بذر من جهته وهو المزارع المدعي لهذه الزيادة بدلًا عن عمله أو عن منافع أرضه؛ لأن

من لا بذر من جهته بائع منافع أرضه أو عمله فهذا بائع ادعى زيادة في بدل المعقود عليه، فإن كان المعقود عليه مقبوضاً للمشتري وقد هلك في يده فالقول قول المشتري، وإن كان المعقود عليه قائماً غير مقبوضٍ للمشتري كان القول قول البائع؛ لأن البائع ينكر تسليم المعقود عليه بما أحضر المشتري من البذل.

أصل هذا بيع العين^(١) فإن بيع العين إذا ادعى البائع أن البيع كان بألف ورطل من خمر وأنكر المشتري الرطل، إن كان المبيع مقبوضاً فالقول قول البائع؛ لأن البائع ينكر وجوب تسليم المعقود عليه بما أحضر المشتري من البذل.

إذا ثبت هذا فنقول: متى اختلفا بعد الزراعة فمن لا بذر من جهته ادعى زيادة في بدل المعقود عليه مقبوض هنالك^(٢) فيكون القول قول المنكر للزيادة، وإذا كان الاختلاف قبل الزراعة فمن لا بذر من جهته ادعى زيادة بدل العمل والمنفعة أرضه وأنه قائم غير مسلم فيكون القول قوله.

وأن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة من يثبت زيادة العشرة الأقفزة، هذا إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وإن كان البذر من قبل المزارع فإن المزارع في هذا الوجه ينزل منزلة رب الأرض في الوجه الأول فيما عرفت من الأحكام في حق صاحب الأرض، فهو مثل ذلك إذا كان البذر من قبل المزارع هذا إذا ادعى أحدهما شرط النصف وادعى الآخر النصف وزيادة عشرة أقفزة، فأما إذا ادعى أحدهما شرط النصف وادعى الآخر شرط النصف إلا عشرة فهذا على وجهين أيضاً:

أحدهما: أن يكون الاختلاف بعد الزراعة فإن أخرجت الأرض شيئاً فالمدعي لشرط النصف من لا بذر من جهته وهو المزارع فالقول قول رب الأرض؛ لأن المزارع بدعوى شرط النصف يدعي الشركة في الخارج فالقول قول رب الأرض؛ لأن المزارع بدعوى شرط النصف يدعي الشركة في الخارج ورب الأرض ينكر ولا يدعي على المزارع شيئاً فيكون القول قول رب الأرض.

فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى صاحب الأرض وهو صاحب البذر شرط النصف

(١) في ح: البعض.

(٢) زاد في ح: مقبوض.

وزيادة عشرة أفضة، والمزارع الذي لا بذر من جهته يدعي شرط النصف لا غير وقد أخرجت الأرض زرعًا كثيرًا أن القول قول المزارع الذي يدعي صحة العقد؛ لأن هناك اتفاقاً على ما يكفي لصحة المزارعة، وهو شرط النصف، فكان اتفاقاً منهما على المزارعة، والذي ادعى شرط زيادة العشرة الأفضة ادعى شرطاً زائداً يوجب فساد العقد بعد اتفاقهما على نوع العقد فلا يقبل قوله. أما هاهنا لم يتفقا على ما يكفي لصحة العقد؛ لأن أحدهما ادعى والآخر أقر له بعض النصف؛ لأنه يستثني العشرة عن النصف والمتكلم بالاستثناء متكلم بما وراء الاستثناء فيصير مقراً ببعض النصف في الحاصل، وإنه لا يكفي لصحة المزارعة فلم يتفقا على نوع عقد بل اختلفا فيه، أحدهما ادعى مزارعة صحيحة، والآخر إجارة فاسدة، وفي مثل هذا يعتبر الدعوى والإنكار فالمنكر من يدعي فساد العقد.

وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المزارع، فأما إذا لم تخرج الأرض شيئاً فالقول قول صاحب البذر وهو رب الأرض أيضاً، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة صاحب البذر أيضاً، هذا إذا اختلفا بعد المزارعة، فأما إذا اختلفا قبل المزارعة فهو على وجهين أيضاً:

إن كان مدعي الصحة صاحب الأرض وهو صاحب البذر، وفي هذا الوجه القول قول صاحب البذر، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينته أيضاً، وإن كان مدعي الصحة المزارع فالقول قول صاحب البذر والبينة بينة المزارع، هذا الذي ذكرنا إذا اختلفا في جواز العقد وفساده، فأما إذا اتفقا على جواز العقد واختلفا في مقدار الشرط فقال صاحب البذر للآخر: شرطت لك الثلث، وقال الآخر: بل شرطت لي النصف فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون البذر من قبل رب الأرض وفي هذا الوجه: إن وقع الاختلاف قبل المزارعة ولا بينة لهما ولا لأحدهما فإنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في بدل عقد يقال ويفسخ، والمعقود عليه قائم فيتحالفان كما في البيع والإجارة ويبدأ بيمين المزارع.

من مشايخنا من قال: هذا على قول أبي يوسف - رحمه الله - يبدأ بيمين رب

الأرض، مشتري منفعة المزارع إذا كان البذر من جهته والمزارع بائع، وفي باب البيع يبدأ بيمين البائع في قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر يبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد - رحمه الله - فهاهنا كذلك.

ومنهم من قال: البداية أنه بيمين المزارع على قوله الآخر، وهو قول محمد - رحمه الله -؛ لأن المزارع أشبه بالمنكرين كان البداية بيمينه أولى بهذا الطريق بدأنا بيمين المشتري في باب البيع على قوله الآخر؛ لأن المشتري أشبه بالمنكرين. بيانه ما قلنا: إن المزارع في هذه الصورة لو ترك لا يترك وهذا هو حد المنكرين، وصاحب البذر إذا ترك يترك، وهذا هو حد المدعين فإذا تحالفا فسخ القاضي العقد بينهما إذا طلبا أو طلب أحدهما الفسخ، وإن قامت لأحدهما بينة بعدما حلفا إن كان القاضي قد فسخ العقد بينهما لا يلتفت إلى بيئته وإن لم يكن فسخ العقد بينهما قبلت بيئته، وأيهما أقام البينة على دعواه يعني: قبل التحالف قبل بيئته، وإن أقام البينة فالبينة بينة المزارع وهذا إذا اختلفا قبل الزراعة وإن اختلفا بعد الزراعة إن قامت لأحدهما بينة لا يتحالفان ويكون القول قول صاحب البذر مع يمينه؛ لأن المزارعة في معنى الإجارة، وفي الإجارة إذا اختلفا في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان، هذا إذا كان البذر من جهة المزارع، فالمزارع في هذه الصورة ينزل منزلة رب الأرض في الوجه الأول، وإن أقام البينة فالبينة بينة رب الأرض، وإن لم يكن لهما بينة فإن كان الاختلاف بعد الزراعة لا يتحالفان، وإن كان الاختلاف قبل الزراعة يتحالفان ويبدأ بيمين رب الأرض.

قالوا: ما ذكر في الكتاب أنهما يتحالفان في هذه المسألة محمول على ما إذا قال صاحب البذر: أنا لا أنقض المزارعة، فأما إذا قال: أنا أنقض المزارعة لا معنى للتحالف هذا، والبيع إذا كان لأحدهما فيه خيار شرط أو خيار رؤية واختلفا في مقدار الثمن إذا قال صاحب الخيار: أنا أنقض البيع فإنهما لا يتحالفان وإذا قال: لا أنقض البيع فإنهما يتحالفان كذا هاهنا هذا الذي ذكرنا إذا اتفقا على صاحب البذر وإن اختلفا في صاحب البذر وادعى كل واحد منهما أن البذر من جهته وكان ذلك بعدما استحصد الزرع فالقول قول المزارع، وكذلك إذا مات المزارع أو مات رب

الأرض بعدما استحصد الزرع ووقع الاختلاف بين الحي وورثة الميت في مقدار الشرط فإن اتفقا على صاحب البذر فالقول قوله إن كان حيًّا والقول قول ورثته إن كان ميتًا.

وإن اختلفوا في صاحب البذر فادعى كل واحد أن البذر من جهته كان القول قول المزارع إن كان حيًّا، وقول ورثته إن كان ميتًا؛ لأن البذر كان في يد المزارع حين بذرته في الأرض وبعد ما نبت كان في يده أيضًا فالقول قول صاحب البذر في جميع ما في يده أنه له فكذا في بعضه وكذلك إذا مات ووقع الاختلاف بين ورثتهما فهو على التفصيل الذي قلنا فيما إذا كانا حيين أو كان أحدهما ميتًا وإن كانا حيين وأقاما البينة على مقدار المشروط وقد ذكرنا حكمه وفيما إذا اتفقا على صاحب البذر وإن اختلفا في البذر والمشروط وأقاما البينة فالبينة بينة رب الأرض؛ لأنه خارج والمزارع صاحب يد وإن انفرد رب الأرض بإقامة البينة أنه صاحب البذر وأنه شرط لنفسه الثلثين قبلت بيته وهذا الجواب ظاهر في حق البذر؛ لأنه خارج في البذر والمزارع صاحب اليد مشكل في حق مقدار المشروط؛ لأنه إذا ثبت بالبينة أن صاحب الأرض صاحب البذر كان القول قوله في مقدار المشروط؛ إلى المزارع ولا معنى لقبول البينة منه فيما كان القول قوله فيه.

والوجه في ذلك: أن بتعين إقامة البينة على مقدار المشروط يكون القول قول رب الأرض مع اليمين فهذه البينة تسقط اليمين عن نفسه، وهذه فائدة عظيمة، وإن انفرد المزارع بإقامة البينة أنه صاحب البذر وأنه شرط لنفسه الثلثين قبلت بيته، وكل جواب عرفته في فصل البينة فيما إذا كانا حيين، فهو الجواب فيما إذا كانا ميتين^(١) أو أحدهما؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت، والله تعالى أعلم.

(١) في ح: اثنين.

الفصل السادس عشر

في الزيادة في المزارعة

يجب أن يعلم بأن الزيادة من رب الأرض ومن المزارع في الزرع قبل انتهاء المزارعة نهايتها جائزة، وجدت الزيادة من صاحب البذر أو ممن لا بذر من جهته، وبعدها انتهت المزارعة نهايتها جائزة وجدت الزيادة من صاحب البذر، فإن إدراك الزرع والزيادة من صاحب البذر لا يصح وكان الخارج بينهما على ما شرطاً في المزارعة والزيادة من غير صاحب البذر يصح، أما الزيادة قبل المزارعة إنما جازت من الجانبين؛ لأن الزيادة إنما جازت في حال يجوز ابتداء المزارعة فإن ابتداء المزارعة على الخارج ما دام الخارج في حد النماء جائز، فيجوز الزيادة أيضاً كما في البيع والإجارة.

وأما الزيادة بعد انتهاء المزارعة نهايتها إنما لم يجز من صاحب البذر؛ لأن الزيادة من صاحب البذر لا يمكن تجويزها بطريق الحط لأنه يكون ممن له لا ممن عليه، وصاحب البذر مستأجر فالأجر عليه فكيف يتصور منه الحط؟ لو صححت الزيادة منه صححت زيادة حقيقة وتعذر تصحيحها زيادة؛ لأن الزيادة في البذل معتبرة بأصل العقد، والأصل يقتضي معقوداً عليه ليكون بإزائه فكذا الزيادة، وإنما جازت من غير صاحب البذر؛ لأن تجويزها بطريق الحط ممكن؛ لأن من لا بذر من جهته أجزير والأجر حق الأجزير فيتصور منه الحط فأمكن تصحيح الزيادة بطريق الحط، وإن لم يكن المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه؛ لأن الحط إخراج بعض البذل عن العقد فيقتضي قيام البذل لا قيام^(١) المعقود عليه بحال يجوز ابتداء العقد عليه.

وعن هذا قلنا: إن من اشترى عصيراً فقبضه فصار خمراً في يده، ثم إنه زاد البائع في الثمن شيئاً لا تصح الزيادة، ولو حط البائع عن المشتري بعض الثمن صح الحط وطريقه ما قلنا.

(١) في ح: يكون.

بيان هذا الأصل من المسائل:

رجل دفع إلى رجل أرضًا مزارعة بالانصف مدة معلومة وشرط البذر على المزارع، فلما أدرك الزرع زاد المزارع لرب الأرض سدسًا من نصيبه حتى صار لرب الأرض الثلثان وللمزارع الثلث والزيادة باطلة؛ لأن الزيادة حصلت من رب البذر في حال لا يجوز ابتداء المزارعة، وإذا لم تصح الزيادة صار الحال بعد الزيادة كالحال قبلها، وقبل الزيادة كان الخارج بينهما مناصفة فكذا بعد الزيادة، وبمثله لو زاد رب الأرض المزارع السدس واصطلحا على أن يكون لرب الأرض الثلث وللمزارع الثلثان فذلك جائز ويكون ذلك من رب الأرض حطًا عن بعض نصيبه والحط منه جائز؛ لأنه لا بذر من جهته ويكون لرب الأرض الثلث وللمزارع الثلثان، والجواب في المعاملة كالجواب في المزارعة إذا كان البذر من جهة رب الأرض، جازت الزيادة من قبل المزارع لرب الأرض قبل إدراك الزرع، ولا يجوز بعده فكذا في المعامل.



الفصل السابع عشر

فيما إذا مات المزارع ولم يدر ماذا صنع بالزرع؟

وإذا مات المزارع ولم يدر ماذا صنع بالزرع فقال صاحب الأرض: استهلكه المزارع، وقال ورثة المزارع: سرق الزرع، فإن حصّة رب الأرض من الزرع يكون ديناً في مال المزارع ولا يلتفت إلى قول ورثة المزارع إنه سرق وهذا؛ لأن حصّة رب الأرض من الزرع كان أمانة في يد المزارع بدليل أنه إذا هلك الزرع في يد المزارع لم يضمن لرب الأرض شيئاً إذا كانت أمانة في يده فإذا مات فلم يبين فهذا أمين مات مجهلاً فيصير ضامناً فإن وقع الاختلاف في مقدار قيمة الزرع بعد الموت فالقول قول ورثة المزارع؛ لأن رب الأرض يدعي عليهم زيادة وهم ينكرون.

وكذلك الجواب في المعاملة إذا مات العامل ولا يدري ماذا صنع بالثمار فإن حصّة صاحب النخل من الثمار يكون ديناً في ماله لما ذكرنا.

وهذا كله إذا عرف خروج الثمار ونبات الزرع، وأما إذا لم يعلم ذلك فلا ضمان، فإن ترك العامل مالاً من دراهم أو دنائير وكان عليه دين الصحة فصاحب الأرض والنخل أسوة للغرماء، يريد به: إذا علم بالمزارعة والمعاملة في حال الصحة وإنما كان كذلك؛ لأن سبب وجوب هذا الدين عقد المزارعة والمعاملة؛ لأن التجهيل لا يتحقق بدون ما تحقق من العقد السابق فيكون الوجوب مضافاً إليه، والدين متى وجب في حالة المرض بسبب كان في حالة الصحة ساوى دين الصحة كما لو كفل لرجل في حالة الصحة بما يذوب له على فلان فذاب للمكفول له على المكفول عنه شيء في مرض موت الكفيل وعلى الكفيل دين الصحة فإنهما يستويان وطريقه ما قلنا.

وإن كان لا يعلم المعاملة والمزارعة إلا بإقرار المريض، هذا بمنزلة دين المريض الذي وجب بإقراره في المرض فيكون مؤخرًا عن ديون الصحة.

الفصل الثامن عشر

فيما يجب من الضمان على المزارع والمعامل

دفع الأشجار رجل معاملة على أن يقيم عليها ويشد منها ما يحتاج الشد ويشذب ما يحتاج إلى التشذيب، فأخر الأكار شد الأشجار حتى أصابها البرد، وهي أشجار إن لم تشد أفسدها البرد، والأكار ضامن قيمة ما أصابه البرد.

في فتاوى سمرقند وليس للعامل أن يحرق شيئاً من الأشجار والقضبان أو الدعائم أو العريش لطبخ القدر، ولو فعل ذلك يضمن، وإذا رفع القضبان وقت الربيع وإخراج الكرم لا يحل له أن يأخذ من القضبان ولا من الأغصان ما يفضل من الشجر عند التشذيب يعني (مدفيج) ولا يصرفه إلى حاجة نفسه من ذلك شيئاً بغير إذن صاحب الكرم، ولو فعل ذلك يضمن.

العامل في الكرم إذا باع أوراق الفرساد بغير إذن صاحب الكرم وأجاز صاحب الكرم، ينظر: إن أجاز صاحب الكرم البيع حال قيام الأوراق فالثمن له، وإن استهلك المشتري الأوراق ثم أجاز صاحب الكرم أو لم يجز فلا شيء له من الثمن وله الخيار إن شاء ضمن العامل وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحدٍ منهما متعد: العامل بالتسليم، والمشتري بالقبض.

الأكار إذا سقى الزرع حتى فسد الزرع يصير ضامناً للزرع، يعني نصيب رب الأرض، ويعتبر قيمة الزرع يوم ترك السقي وإن لم يكن للزرع قيمة في ذلك الوقت تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما، وهذا بخلاف ما ذكر في كتاب الشرب فيمن منع الماء من أرض رجل حتى هلك زرعه عطشاً أنه لا يضمن المانع شيئاً؛ لأن وجوب الضمان على المزارع بترك السقي باعتبار أن السقي من أعمال المزارعة فاستحق على المزارع فتركه يصير مضيعاً، وهذا المعنى لا يتأتى في تلك المسألة.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا أضر المزارع السقي تأخيراً لا يفعله الناس ضمن، فإن

آخر تأخيرًا يفعله الناس لا يضمن، وكذا إذا ترك الأكار حفظ الزرع حتى أصابه آفة من أكل الدواب أو نحو ذلك يضمن؛ لأن الصيانة والحفظ واجب بحكم العقد وترك الحفظ الواجب بحكم العقد، يوجب الضمان، ألا ترى أن المودع إذا دل سارقاً على الوديعة يضمن وإنما يضمن بترك الحفظ الواجب عليه بالعقد، وإذا لم يطرد الجراد حتى أكل الزرع، ينظر: إن كان الجراد يمكن طرده ودفعه، فإذا لم يطرده الأكار ولم يدفعه، فعليه الضمان، وإن كان بحال لا يمكن طرده ودفعه، فإذا لم يطرده ويدفعه فلا ضمان عليه.

والحاصل: أن في كل موضع ترك الأكار الحفظ مع القدرة يجب الضمان، وما لا فلا، وهذا إذا لم يدرك الزرع، فأما إذا أدرك فلا ضمان على المزارع بترك الحفظ؛ لأن بعد إدراك الزرع الحفظ عليهما لا على المزارع خاصة وقد مر هذا قبل فصل المعاملة في الأشجار والنخيل ولا يصير المزارع بترك الحفظ ضامناً.

في مجموع النوازل عن أبي يوسف - رحمه الله - : حرث بين رجلين أباي أحدهما أن يسقيه، يجبر عليه، فإن فسد الزرع قبل أن يرفع الأمر إلى القاضي فلا ضمان^(١)، وإن رفع الأمر إلى القاضي فأمره القاضي فامتنع ضمن إذا فسد.

وفي فتاوى النسفي: رجل دفع إلى رجل أرضاً وبقرًا وبذرًا مزارعة فسلم المزارع البقرة إلى الراعي، فلا ضمان عليه، ولا على الراعي.

وذكر في كتاب العارية في البقر المستعار مثل هذا.

وذكر في كتاب الإجازات في البقر المستأجر في مثل هذه الصورة: أن المستأجر ضامن، والأول أصح.

وفي فتاوى النسفي - رحمه الله - أيضاً: إذا دفع الرجل بقراً إلى المزارع حتى يزرع الأرض ببقره فزرع، فلما ترك البقر يرعى فسرق، أن فيه اختلاف المشايخ، واختار شيخ الإسلام علي السغدني - رحمه الله - : أنه لا ضمان.

(١) مجمع الضمانات، ص (٣١٩).

الفصل التاسع عشر

في التوكيل في المزارعة والمعاملة

قال محمد - رحمه الله - : وإذا وكل الرجل رجلاً في أرض له يدفعها مزارعة هذا السنة على أن يزرعها المزارع ببذر من جهته، فالتوكيل جائز؛ لأن التوكيل حصل بما يملكه الأمر والوكيل جميعاً فيكون جائزاً كما لو وكله بالبيع والإجارة، فإن دفعها الوكيل مزارعة بالثلث أو بالربع أو بالخمس أو بأقل من ذلك أو بأكثر بحيث يتغابن الناس في مثله، كان جائزاً عندهم جميعاً، و^(١) كان الخارج بين الموكل والمزارع على ما شرط في المزارعة؛ لأنه وكله ببيع المنفعة مطلقاً متى كان البذر من جهة المزارع فيعتبر بما لو وكله ببيع العين مطلقاً إذا باع بما يتغابن الناس في مثله جاز عندهم، فلأن تجوز بيع المنفعة بما يتغابن الناس في مثله فإنها دون العين أولى، فأما إذا دفعها مزارعة بما لا يتغابن الناس في مثله ذكر أن المزارعة باطلة ولم يحك فيه خلافاً.

من مشايخنا - رحمهم الله - من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وأما على قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ولو كان يرى جواز المزارعة فالمزارعة جائزة؛ لأن هذا وكيل ببيع المنفعة مطلقاً والوكيل ببيع العين مطلقاً إذا باع بما لا يتغابن الناس في مثله جائز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - والمنفعة دون العين أولى، وهذا هو الظاهر؛ لأن مسائل المزارعة إنما تنتهي على قولهما فيجعل المذكور قولهما إلا ما نص على الخلاف.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قولهم فإنه لم يحك فيه خلافاً، فعلى هذا أبو حنيفة - رضي الله عنه - يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الوكيل ببيع العين.

ووجه الفرق له في ذلك: وهو أن ما يشترط لرب الأرض والمزارع في المزارعة معلوم عرفاً في كل مكان بحيث لا يزيدون ولا ينقصون عن ذلك فإنه في قرية وبلدة

(١) في ح: أو.

يدفعون الأراضي على أن يكون الثلث للمزارع والثلثان لرب الأرض، وفي قرية يدفعون على أن يكون ثلاثة أسهم لأحدهما وسهمان للآخر، وإذا كان ما يشترط للمزارع ولرب الأرض في المزارعة معلومًا في كل مكان ينصرف مطلق الأمر بالمزارعة إلى المعروف وصار المعروف كالمشروط، فأما بيع العين بمثل القيمة وما يتغابن في مثله إن كان معروفًا فيما بين الناس فالبيع بما لا يتغابن الناس في مثله معروف أيضًا فيما بين التجار فإن التاجر جد ببيع الشيء بما لا يتغابن الناس في مثله حتى يشتري سلعة أخرى فربح عليهما إن جد على هذا العقد.

ولهذا قالوا: لو حلف لا يبيع فباع شيئًا بما لا يتغابن الناس في مثله حنث في يمينه ولو كان المعروف في البياعات البيع بمثل القيمة أو بأقل بحيث يتغابن الناس في مثله لا غير لا ينصرف مطلق اليمين إليه، وإذا كان المعروف مشترك الدلالة في باب البيع لا يتقيد الأمر بالبيع بمثل القيمة فبقي عامًا فأجري على عمومته؛ لأن الأصل العام يجري على عمومته ما لم يقم دليل الخصوص.

قالوا: إلا أن هذا لا يجوز؛ لأن محمدًا - رحمه الله - قال: إن دفع بما لا يتغابن الناس في مثله جاز ولا يفيد الأمر بالمعروف في ذلك المكان كما لو نص على ذلك فالصحيح أن يحمل على الخلاف ولكن هذا الطعن ليس بشيء عندي فقد نص في الزيادات أن الوكيل بالشراء إذا سمي له الثمن يتحمل منه الغبن اليسير فإذا بطلت المزارعة على قولهما، إن زرعها المزارع على ذلك فأخرجت الأرض طعمًا كثيرًا، فالخارج بين الوكيل والمزارع على ما شرط؛ لأن الوكيل خالف إلى شر، فصار غاصبًا، ومن غصب أرض إنسان ودفعها إلى غيره مزارعة بشرائطها وزرع المزارع كان الخارج بينهما على ما شرط ولا شيء لرب الأرض فكذلك هذا.

ولو نقص المزارع الأرض فالمزارع يضمن نقصان الأرض في قولهم جميعًا؛ لأن النقصان حصل بفعله، والعقار يضمن بالإتلاف عندهم جميعًا، وإن أراد رب الأرض أن يضمن الوكيل نقصان الأرض لا يكون له ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف

- رضي الله عنهما - الآخر؛ لأنه لو ضمن الوكيل ضمن بحكم الغصب فإنه لم يوجد منه إتلاف، وإنه لم يزرع الأرض، والعقار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الآخر.

وأما على قول محمد وأبي يوسف: فصاحب الأرض بالخيار إن شاء ضمن الوكيل؛ لأن العقار عنده يضمن بالغصب ويتخير في الضمين فإن ضمن المزارع فالمزارع يرجع على الوكيل؛ لأنه مستأجر للأرض والمستأجر إذا لحقه ضمان فيما استأجر، كان قرار ذلك على الأجر وإن ضمن الوكيل؛ لأنه مستأجر والمستأجر إذا لحقه ضمان فيما استأجر لا يرجع على المزارع؛ لأنه لو رجع على المزارع كان للمزارع أن يرجع بذلك عليه فلا يفيد الرجوع، هذا إذا أوجب المزارعة نقصاناً في الأرض.

فأما إذا لم توجب نقصاناً في الأرض ما حكمه؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب هذا الفصل نصاً.

وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر العتابي - رحمه الله - أنه يقول: بجواز المزارعة استحساناً على الموكل ويكون الخارج بين رب الأرض والمزارع على ما شرطاً ولا يكون للوكيل من ذلك شيء.

وقال غيره من مشايخنا - رحمهم الله - : إن المزارعة جائزة إلا أن الخارج بين الوكيل، ولا شيء لرب الأرض وهو الموكل.
وقد أشار محمد رحمه الله: أن^(١) هذا.

محجور أجر أرض غيره وقد سلم الأرض من النقصان فيجوز المزارعة على رب الأرض استحساناً ويكون الخارج بين المزارع ورب الأرض كما شرطاً في المزارعة، قياساً على العبد المحجور إذا أجر أرض مولاه مزارعة إلى رجل فزرعها وأخرجت الأرض طعاماً كثيراً، ولم توجب الزراعة نقصاناً في الأرض، فإن هناك تجوز

(١) كذا والصواب: إلى.

المزارعة استحساناً، ويكون الخارج بين المزارع ورب الأرض نصفين فكذلك هذا. وإنما قلنا: إنه محجور؛ لأن الحر محجور عن دفع أرض غيره مزارعة كالعبد محجور عن دفع أرض مولاه مزارعة.

ووجه ما أشار إليه في الكتاب وهو: أن في العبد المحجور المزارعة تجوز استحساناً إذا لم توجب الزراعة نقصاناً في الأرض فيما بين المزارع والعبد؛ لأن المزارعة في هذه الحالة نفع محض فإنه يحصل له بعض الخارج من غير نقصان يتمكن في الأرض وإنه غير محجور على المنافع كما لم يحجر عن قبول الهبة وصار ما شرط للعبد كسب العبد وكسب العبد يكون لمولاه؛ لأنه كسب عبده.

فأما في مسألتنا هذه: فالعقد وجد من الحر فينفذ على الحر فيكون نصيبه من الخارج كسب الحر، وكسب الحر يكون له لا لغيره فلم يكن الغاصب في الأرض المغصوبة إذا سلمت من النقصان بمنزلة العبد المحجور فإن كان الوكيل دفع الأرض مزارعة بشيء يتغابن الناس فيه حتى جازت المزارعة على الموكل فالخارج يكون بين المزارع ورب الأرض على ما اشترط المزارع والوكيل كما لو دفع الموكل بنفسه والذي يلي قبض نصيب رب الأرض الوكيل؛ لأن الوكيل أجر أرضه ببعض الزرع فيعتبر بما لو أجر أرضه بالدرهم والدنانير وهناك قبض الأجر يكون إلى الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد فكذلك هاهنا.

وليس لرب الأرض أن يقبضه إلا بوكالة من الوكيل؛ لأن حقوق العقد عندنا راجع إلى الوكيل كأنه عقد لنفسه ولو عقد لنفسه لا يملك غيره أن يقبض نصيبه إلا بوكالة منه فكذلك هاهنا.

فإن دفعه المزارع إلى رب الأرض برئ استحساناً؛ لأننا لو نقضنا قبضه احتجنا إلى إعادة مثله، ونقض الشيء لإعادة مثله اشتغال^(١) بما لا يفيد، والقياس والاستحسان في هذا نظير القياس والاستحسان في المشتري من الوكيل إذا دفع الثمن إلى الموكل

(١) في ح: اشتغالا.

مبين استحساناً؛ لأننا لو نقضنا قبضه احتجنا إلى إعادة مثله فلا يفيد النقض فلا يشتغل به، هذا إذا كان البذر من قبل المزارع.

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فإن دفع الرجل أرضاً وبذرًا إلى رجل وكله أن يدفعها مزارعة هذه السنة فدفعها الوكيل إلى غيره مزارعة بشرائطها بما يتغابن الناس في مثله حتى جاز ذلك على الأمر كان الخارج بين الأمر والمزارع على ما شرط في المزارعة والذي يلي قبض نصيب الأرض رب الأرض على رواية هذا الكتاب وعلى رواية كتاب الوكالة: الذي يلي قبض نصيب الأرض الوكيل.

فعلى رواية هذا الكتاب: فرق بينها إذا كان البذر من قبل رب الأرض وبين ما إذا كان من قبل المزارع.

والفرق: أن صاحب البذر ما يستحق من الخارج ليس يستحق بالشرط بالعقد وإنما يستحق؛ لأنه فرع ملكه.

ألا ترى أنه لو فسدت المزارعة فالخارج كله لصاحب البذر، وإذا كان ما يستحق صاحب البذر من الخارج بحكم الملك لا بحكم العقد فقبض نصيبه يكون من حق الملك؛ [لا من حق العقد]^(١) فيكون إلى المالك، أما ما يستحق عن صاحب البذر من الخارج يستحقه بحكم العقد والشرط فيكون قبض نصيبه من حق العقد فيكون إلى العاقد فإن قبض الوكيل نصيب رب الأرض فعلى رواية كتاب الوكالة: يبرأ المزارع ولا ينقض قبضه.

وعلى رواية هذا الكتاب: لا يبرأ المزارع وينقض قبضه؛ لأنه لو نقض قبضه لا يحتاج إلى إعادة مثله ثانيًا فإنه لا يدفع ثانيًا للوكيل، وإنما يدفع إلى الموكل فكان النقض مفيدًا فجاز الاشتغال به، هذا إذا دفعها الوكيل مزارعة بما يتغابن الناس فيه. أما إذا دفعها بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز على الموكل؛ لأن هذا وكيل يشتري المنفعة مطلقاً؛ لأن رب الأرض مستأجر للعامل إذا كان البذر من جهة رب الأرض،

(١) في ح: لأن من حق العبد.

والوكيل يشتري العين مطلقاً إذا اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز على الموكل، فكذا هاهنا.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قولهما.

أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لو كان يرى جواز المزارعة ينبغي أن يجوز هذا العقد على الموكل؛ لأن هذا وكيل يبيع عرض الحر فيجوز كيف ما كان، كما لو قال لغيره: بع عبدي هذا بعوض.

بيانه: أن هذا وكيل يبيع بعض الخارج وإنه عوض كمنفعة العامل والمنفعة في معنى العوض؛ ألا ترى أنه يتعين بالعقود وإذا لم يجز هذا العقد على الموكل عند الكل.

وعندهما: صار الوكيل غاصباً أرض الموكل وبذره دافعاً للمزارعة إلى غيره فيجوز المزارعة فيما بين المزارع والوكيل، ويتخير رب الأرض في تضمين البذر بين أن يضمن الوكيل وبين أن يضمن المزارع؛ لأن كل واحد منهما خالي في حقه فإن ضمن المزارع فالمزارع يرجع على الوكيل؛ لأن المزارع أجيره والأجير يرجع على المستأجر بما يلحقه من الغرم، وإن ضمن الوكيل لا يرجع على المزارع.

وإن أراد تضمين نقصان الأرض بأن انتقصت الأرض بسبب المزارعة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول: له أن يضمن المزارع، وليس له أن يضمن الوكيل. وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد - رحمه الله - : له الخيار، فإن ضمن المزارع، رجع هو على الوكيل وإن ضمن الوكيل، لا يرجع على المزارع على ما بينا.

وإذا دفع الرجل إلى رجل أرضاً وأمره أن يدفعها إلى الآخر مزارعة ولم يسم له المدة كان للوكيل أن يدفعها مزارعة السنة الأولى، وإن دفعها مزارعة أكثر من ذلك لا يجوز، وهذا الاستحسان.

والقياس: أن يكون له أن يدفعها مزارعة بما شاء من المدة من حيث التوكيل قياساً

على ما قالوا فيمن وكل رجلاً أن يشتري له أضحية تتقيد الوكالة بأول غاية ينتهي إليها الأضحية، حتى إنه لو مضى أيام النحر من هذا العام ولم يشتري له أضحية فاشترى أضحية في أيام النحر من العام الثاني، لا يجوز.

قلنا: والتوكيل حصل بالمزارعة ولها غاية ينتهي إليها لا محالة وهو وقت الحصاد، فإنه إذا حصد الزرع انتهت المزارعة نهايتها، ولهذا قالوا: إذا دفع الرجل أرضه مزارعة سنة فحصل الزرع قبل مضي السنة انتقضت مدة المزارعة، وإن بقي بعض السنة إذا كان الباقي من السنة لا يكفي للزراعة فينفذ التوكيل بأول الغاية من وقت التوكيل من هذا الوجه.

وإذا وكل الرجل غيره بالمعاملة في النخيل والأشجار، فإن كان وكياً من جانب العامل فهو الذي يلي قبض نصيب المعامل باتفاق الروايات، وإن كان وكياً من جانب رب النخيل فعلى رواية هذا الكتاب: لا يملك قبض نصيب رب النخيل. وعلى رواية كتاب الوكالة: يملك.



الفصل العشرون

في المتفرقات

الزرع إذا كان مشتركاً بين رجلين وأحدهما غائب فأنفق عليه الحاضر من خالص ماله، ثم هلك الزرع أو لم يف بحقه لم يرجع على صاحبه؛ لأن الشريك الحاضر إنما أنفق ليصير ذلك ديناً له في ذلك الزرع لا في مال آخر كتبته في شرح السير في باب السرية تؤمن أهل الحصن ثم يلحقها السرية الأخرى.

إبراهيم وهشام عن محمد - رحمهم الله - : في رجل في يديه أرض فزرعها فقال رب الأرض: أمرتك أن تزرعها فزرعتها بأمرى وقال المزارع: غصبتها وزرعتها، فالقول قول المزارع يأخذ منه قدر بذره ونفقته ويتصدق بالفضل؛ وهذا؛ لأن المزارع زرعه ببذر كان في يده فالزرع نما بذلك البذر فالظاهر كما يشهد له في البذر يشهد في نمائه فيقبل قوله فيه.

سئل الفقيه أبو القاسم - رحمه الله - : عن مزارع زرع ثوماً فأخذ بعضها من الأرض وبقي البعض نبت بعدما مضت المعاملة، فإن كان بقي الأرض على حاله، ولم يقلع فهو بين المزارع ورب الأرض على ما اشترطا؛ لأن حكم المزارعة الأولى باقية، وإن بقي مقلوعاً فهو الذي نبت لسقيه؛ لأن المزارعة الأولى ارتفعت من كل وجه لما انفصل الزرع عن الأرض فاعتبر السقي، وإن نبت من غير سقي ينبغي أن يكون بينهما على قدر حقهما في البذر.

وإذا دفع إلى رجل أرضاً مزارعة على أن يزرعها سنته هذه ببذره وبقره على أن ما أخرج الله من شيء فهو بينهما نصفان وعلى أن يستأجر فلاناً يعمل معه بمائة درهم، كان هذا فاسداً بخلاف ما لو شرط في المعاملة أن يستأجر أجييراً ولم يعين الأجر حيث لا تفسد المعاملة.

والفرق: أن استأجر أجيير بعينه ليس من قضايا المعاملة، أما استأجر أجيير لا بعينه من قضايا المعاملة؛ لأن المعامل لا يمكنه إقامة جميع الأعمال بنفسه،

واشترط ما لا يقتضيه العقد يفسد العقد واشترط ما يقتضيه لا يفسد العقد.
 سئل الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : أكار رفع الزرع من الأرض فنبت فيها زرع
 مما تناثر منه وأدرک، فهو بين الأكار ورب الأرض على قدر نصيبهما؛ لأنه خرج من
 بذر مشترك بينهما ويستحب للأكار أن يتصدق بالفضل من نصيبه؛ لأنه يربي بأرض
 غيره بغير إذنه، ولو كان رب الأرض سقاه وعمل عليه حتى نبت فهو له؛ لأنه
 استهلكه فإن كان للحب قيمة فعليه ضمان ذلك وإلا فلا شيء عليه، وإن سقاه أجنبي
 كان متطوعاً والزرع بين الزارع ورب الأرض على ما اشترط.
 من استأجر أرضاً وزرعها ورفع الزرع فنبتت هناك سنابل فسقى الأرض حتى نبت
 تلك الحبات فهي له.

دفع كرمه إلى رجل معاملة فلم يعمل الرجل في الكرم عملاً، لا يستحق شيئاً من
 ثمار الكرم؛ لأن الاستحقاق بالعمل ولم يوجد، وكذلك إذا عمل عملاً إلا أنه لم
 يحفظ الأشجار والأثمار حتى ضاعت الثمار، لا يستحق شيئاً من الخارج.
 فالجواب فيه على التفصيل: إن كان البذر من جهته يستحق؛ لأن هذا ما ملكه
 وهو مستأجر الأرض ببعض ما يخرج فلا يحرم بترك العمل؛ بخلاف العامل إذا لم
 يعمل شيئاً في الكرم حتى اختلف الثمرة أو فسدت لا يستحق شيئاً؛ لأن ذلك لم
 يخرج من أصل مملوك له وهو كمستأجر الكرم، فأما إذا كان البذر من جهة رب
 الأرض ينبغي ألا يستحق شيئاً؛ لأن الخارج ليس نماء البذر وهو ليس بمستأجر
 الأرض بل هو مستأجر ببعض ما يخرج فيصير بمنزلة العامل.

الوصي إذا أخذ أرض اليتيم لنفسه مزارعة ذكر الفقيه أبو الليث - رحمه الله - :
 لا رواية لهذه المسألة عن أصحابنا - رحمهم الله - وإنما الرواية في المضاربة إنها
 تجوز.

قال - رحمه الله - : والجواب عندي في المزارعة على التفصيل إن كان البذر من
 جهة الوصي يجوز، وإن كان من جهة اليتيم لا يجوز وعليه الفتوى.

دفع الرجل كرمه معاملة على أن يرد الكرم إليه بعد انقضاء المدة وأشار بيده؛ فهذه المعاملة تكون فاسدة؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد ولأحد العاقدين فيه منفعة.

استأجر أرضاً سنة بأجرة معلومة ثم دفعه إلى الآجر مزارعة إن كان البذر من جانب المستأجر يجوز وإن كان من جانب الآجر لا يجوز ذكره الحاكم السمرقندي - رحمه الله - في شروط في مسائل المزارعة.

ذكر ابن رستم في نواذره هذه المسألة، و^(١) جعل هذا قول محمد - رحمه الله - الأول، أما على قوله الآخر: لا يجوز دفع الأرض إلى الآخر مزارعة سواء كان البذر من قبل المستأجر أو من قبل المؤاجر؛ لأن المؤاجر يصير أجيئاً بنصف ما تخرجه أرضه، وإنما يجوز استئجار رب الأرض للعمل في أرضه بالدرهم لا ببعض ما تخرجه أرضه.

مستأجر الكرم إجارة طويلة إذا كان اشترى الأشجار والزرايين ثم دفع الأشجار والزرايين إلى آخر معاملة جاز؛ لأن الأشجار صارت مملوكة للمستأجر والمعاملة ترد على الأشجار فصحت المعاملة من هذا الوجه^(٢).

دفع أرضاً إلى رجل مزارعة بشرائطها فزرع الرجل الأرض وأدركت الغلة فجاء رجل وقال: إنني اشتريت هذه الأرض من فلان غير الذي دفع إليك الأرض وكانت الأرض ملكه فنصف الغلة لي، وأخذ نصف الغلة، ثم جاء الدافع قال: صدق المدعي فيما قاله ولم يخاصم المزارع فلا شيء له، وإن كذبه وخصم المزارع فإن كان الرجل المدعي أخذ نصف الغلة تغلبا فللدافع أن يشارك المزارع في النصف الآخر؛ لأن ما هلك من المال المشترك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة.

(١) في ح: في.

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٢٨٢).

وإن كان المزارع دفع النصف إليه من غير تغلب منه عن اختيار، كان للدافع أن يأخذ النصف الباقي من المزارع؛ لأنه يكون مضيعاً حقه فيكون ضامناً.

ولو قال المدعي للمزارع بعدما أخذ نصف الغلة منه: خذ هذه الأرض مني مزارعة فأخذها هل تصح هذه المزارعة وهل تنفسخ المزارعة الأولى إن لم يكن البذر من قبل المزارع حتى يكون له ولاية الفسخ مع هذا ينبغي ألا ينفسخ الأولى هاهنا؛ لأنها لو انفسخت^(١) يما ينفسخ ضرورة الإقدام على الثانية مع قيام الأولى فلا تنفسخ الأولى بخلاف ما إذا فسخ ابتداء؛ لأن له ولاية الفسخ إذا كان البذر من جانبه على ما مر في صدر الكتاب.

وهاتان المسألتان جاءتا واقعتي الفتوى.

وإذا مات الرجل وترك أولاداً صغاراً أو امرأة والأولاد الكبار من هذه المرأة أو من امرأة أخرى للميت، فعمل الكبار عمل الحراثة وزرعوا في أرض مشتركة أو في أرض الغير بطريق الكدبورين كما هو المعتاد فيما بين الناس، وهؤلاء الأولاد كلهم في عيال المرأة وتتعاهد أحوالهم ويزرعون ويجمعون الغلات في بيت واحد وينفقون من ذلك جملة، وهذه الزرع تكون مشتركة بين الأم والأولاد، أو يكون خاصة للمزارعين؟ فالجواب في ذلك على التفصيل: إن زرعوا من بذر مشترك بينهم بإذنه إن كان^(٢) الباقون كباراً، وبإذن الوصي إن كانوا صغاراً كانت الغلات كلها على الشركة، وإن زرعوا من بذر أنفسهم كانت الغلات لهم خاصة^(٣)؛ لأن ذلك نما بإذنه فيكون لهم على سبيل الخصوص، وإن زرعوا بغير إذنه من بذر مشترك أو من بذر غيرهم بغير إذن المالك صار غاصباً مالكا للبذر فصار كما لو بذر ببذر نفسه. وقد ذكرنا الجواب في ذلك الفصل: أن الزرع يكون للمزارعين خاصة فكذا هذا إذا دفع أرضه مزارعة سنة أو سنين ثم أراد أن يخرج الأرض من يد المزارع وقد كان

(١) كذا والصواب: انفسخت انفسخت.

(٢) في ح: كانوا.

(٣) مجمع الضمانات، ص (٢٨٥)، الدر المختار (٦/٢٨٥).

شرط البذر على المزارع ورب الأرض فقال المزارع: أعطني أجر مثل عملي فقال رب الأرض: بلى أعطيتك، فأراد رب الأرض أن يزرعها بنفسه فلما علم المزارع ذلك ذهب وزرع الأرض ثم أدرك الزرع، فإن كان رب الأرض أجاز صنعه ذلك كان الزرع بينهما؛ لأن رب الأرض لما قال: ازرع ببذرک أو اترك كان ذلك منه دلالة الفسخ وله ذلك؛ لأن البذر من جهته فلما أجابه المزارع بما أجاب وجد منه دلالة الفسخ أيضًا فلما زرع المزارع بعد ذلك ورضي رب الأرض بذلك كان هذا ابتداء مزارعة وقد صدر من رب الأرض دلالة الرضا وهو قوله: ازرعها ببذرک والمسألة كانت واقعة الفتوى.

الآجر إذا مات ودفع المستأجر بذرًا إلى ورثة الآجر وقال: ازرعوا في هذه الأرض فزرعوا فالخارج لمن يكون؟

فالجواب أن الخارج يكون لورثة الآجر؛ لأن عقد المزارعة قد انفسخت ولم يوجد من المستأجر ما يدل على أن الزرع أو شيئًا منه يكون له؛ لأنه قال: ازرعوا، أو لم يقل: أو ليكون الخارج بيننا، وفي مثل هذه الصورة لا يستحق الدافع شيئًا سوى بذره وهذا يكون قرضًا لا هبة، وقد مر مثل هذا في أول هذا الكتاب.

ولو أن رجلين استأجرا أرضًا على أن يزرعها^(١) ببذر صاحب الأرض على أن الخارج بينهم، الثلث لصاحب الأرض ولكل واحد من الرجلين الثلث وبذرا فلم يحصل شيء من الزرع لآفة أصابته فقال أحدهما: لا تعمل فيه الخريفي فعمل أحدهما بغير علم صاحبه وحصل الربيع هل لصاحبه في الربيع الخريفي شيء لأجل عمله في هذه الأرض فيما مضى؟ فقال: لا، لكن لو طلب رضاه بشيء كان أفضل^(٢).

والأصل في هذه المسائل: أن العمل لا يقوم إلا بالعقد فلا يستحق لمجرد العمل

(١) كذا والصواب: يزرعها.

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٢٧٥).

شيء بدون العقد، لكن محمدًا - رحمه الله - ذكر في كتاب المزارعة في مثل هذا أنه يطلب رضا العامل، ومن أراد أن يأخذ أرضًا مزارعة والأرض رهن عند رجل ممن يأخذ لتصح المزارعة؟ قال: من الراهن برضى المرتهن.

سئل الشيخ الإمام نجم الدين - رحمه الله - عن أكار طلب من الدهقان أن يعطيه الأرض مزارعة على أن الثلث لي فافعل وإلا فلا فلما زرع وحصد، قال الأكار: أعطيك الربع، فكيف حالهما؟

فقال: الثلث للدهقان؛ لأنه شرط ذلك وزارعه بناءً على ذلك. قال: ويكتفى بهذا القدر في المزارعة عرفاً، فإن لم يتلفظا بجميع شرائطها من بيان المدة وما يزرع؛ لأن المشايخ استحسنا جوازها بما دون هذا، فإن الرجل إذا قال لغيره: أعمل في أرضك على المزارعة ورضي به كفى له ذلك المتعارف.

وفي فتاوى محمد بن الوليد السمرقندي - رحمه الله - في معلم كان يعلم الصبيان لأهل قرية فاجتمع أهل القرية وجاء كل واحد ببعض البذر من عنده وزرعوا ليكون الخارج للمعلم ثم حصده وداسوه، فجميع ما خرج لأصحاب البذر؛ لأنهم لم يسموا البذر إلى المعلم ليكون الخارج للمعلم وإنما بذروا بذر أنفسهم (خر من كوفتن) بنصف التبن لا يجوز؛ لأنه في معنى قفيز الطحان.

وذكر الحجواني - رحمه الله - في إجارته في مسألة نسج الثوب بالثلث والربع: أن مشايخ بلخ - رحمهم الله - أخذوا فيه بالجواز لتعامل الناس.

وفرق الفقيه عبد الرحمن بين هذا وبين قفيز الطحان، منصوص عليه ولا يمكن تغييره بتعامل الناس، أما هذا ليس بمنصوص عليه يعتبر فيه التعامل كما قلنا في الأشياء الستة المنصوص عليها، ما كان وزنياً لا يجوز جعله كيلياً، وما كان كيلياً لا يمكن جعله وزنياً، وما عدا الستة المنصوص عليها يعتبر فيها التعامل كذا هاهنا.

قال الحجواني: ومشايخ بلخ، ومحمد - رحمه الله - أخذوا بجواب الكتاب أنه لا يجوز؛ لأنه في معنى قفيز الطحان وعلى هذا (بنه جیدن وارزن كوفتن وكندم درويدن ينمس وعران همه بارو بود)، في مزارعة الواقعات^(١).

(١) الفتاوى الهندية (٥/٢٧٦).

كتاب الشرب

هذا الكتاب يشتمل على أحد عشر فصلاً:

الفصل الأول: في الأشياء التي أثبت رسول الله ﷺ فيها الشركة لجميع الناس .

الفصل الثاني: في إحياء الموات وتفسيرها وتملكها .

الفصل الثالث: في كراء الأنهار وإصلاحها .

الفصل الرابع: في بيع الشرب وما يتصل به .

الفصل الخامس: في غصب الشرب واستهلاكها .

الفصل السادس: في الدعوى والخصومة في الشرب والشهادة على ذلك .

الفصل السابع: فيما يمنع منه وما لا يمنع .

الفصل الثامن: في قسمة الشرب .

الفصل التاسع: في ضمان ما يتلف بسبب السقي وما يتصل به .

الفصل العاشر: في إصلاح المسيل والمجاري .

الفصل الحادي عشر: في المتفرقات .

أما الأول

في الأشياء التي أثبت رسول الله ﷺ فيها الشركة لجميع الناس

وهي ثلاثة: الماء، والكأ، والنار.

واعلم بأن الشركة في الماء على أوجه: بعضها أعم من البعض، أما الأعم فيها فهي الشركة في البحار فإنها مشتركة بين الناس في كل شيء في حق الشفة وتفسيره الشرب ببني آدم والدواب وسقي الأرض، حتى إن من أراد منهم أن يكري نهرًا منه إلى أرضه ليس لأحد أن يمنعه عن ذلك.

وشركة أخرى أخص منها وهي الشركة في ماء لأرضه ليس لأحد أن يمنعه عن ذلك.

وشركة أخرى أخص منها وهي الشركة في ماء الأودية كجيحون وسيحون ودجلة والفرات، فإن الناس شركاء في حق الشفة من هذه الأودية، فأما في سقي الأرض بأن اختار أحياء رجل أرض موات وأراد أن يكري منها نهرًا ليسقيها إن كان لا يضر بالعامه فله ذلك وإن كان يضر بالعامه ليس له ذلك.

وشركة أخرى أخص منها، وهي الشركة في الماء في نهر خاص لأهل قرية ففيه لغيرهم نوع شركة وهي حق الشفة من حيث الشرب وسقي الدواب وليس لهم أن يمنعوا من ذلك ولكن إذا أراد رجل من أهل هذه القرية أن يسقي من ذلك النهر نخيله وزرعه كان لهم أن يمنعوه من ذلك وإن كان الشفة في هذه الصورة تأتي على الماء كله هل لصاحب الماء أن يمنعه عن الشفة؟

ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : ليس له ذلك.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن في هذا الفصل اختلاف المشايخ، وأكثر المشايخ: أن لصاحب الماء ولاية المنع.

وكذلك الماء الذي في نهر رجل أو حوض رجل ولغيره فيه نوع شركة من حيث الشفة وسقي الدواب حتى إذا أخذ إنسان من حوض غيره ماء ليشرب فليس له أن

يسترده منه وإن كان الشفة تأتي على الماء وهو على ما ذكرنا في النهر الخاص، وإن أراد سقى جماله وبقره من نهر رجل فأراد صاحب النهر أن يمنعه لما يخاف من تخريب النهر فله ذلك.

وفي العيون نهر في مدينة أجراها الإمام للشفة فأراد بعض الناس أن يتخذوا عليه بساتين إن لم يضر ذلك بأهل الشفة وسعهم ذلك، وإن أضر ذلك بأهل الشفة لا يسعهم ذلك ولو أراد أن يغرس على هذا النهر والنهر في الطريق إن لم يضر بالطريق وسعه ذلك، وللناس أن يمنعه عن ذلك، ولو أخذ إنسان ماء بئر إنسان أو ماء حوضه ويبيسه فلا شيء على الآخذ، وإذا أتى باب كرم رجل ليأخذ الماء من حوضه للشرب فلصاحب الكرم أن يمنعه من الدخول في كرمه؛ لأن الكرم ملك خاص له، فبعد ذلك ينظر: إن كان نبتة ماء قريب من ذلك الموضع، فإما أن يخرج صاحب الكرم الماء إليه، وإما أن يأذن له في الدخول في كرمه ليأخذ ماء حاجته، وحكم الدار نظير حكم الكرم.

وقيل: إذا كان لا يجد ماء قريبا من ذلك الموضع فله أن يدخل كرمه وداره من غير إذنه، وأما إذا أحرز الملك في حب أو قرية أو جرة فهو مملوك له وليس لأحد أن يأخذ منه إلا برضاه ولكن فيه شبهة الشركة من وجه حتى لا يجب القطع بسرقة، ولو صب رجل ماء رجل في الحب على الأرض يقال له: املاً الحب كما كان.

وذكر في كراهية فتاوى أهل سمرقند: رجل وضع طستا على سطح فاجتمع فيه ماء المطر فجاء رجل ورفع ذلك وتنازعا فيه، ينظر: إن وضع صاحب الطست الطست كذلك فهو له؛ لأنه أحرزه وإن لم يصنع كذلك فهو للرافع.

ولو أراد رجل أجنبي أن يأخذ من النهر الخاص أو من حوض رجل أو بئر من رجل ماء بالجرة للوضوء أو لغسل الثياب هل له ذلك؟ ذكر الطحاوي - رحمه الله - أن له ذلك، وعليه أكثر المشايخ^(١).

(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٥/٣٩١).

ولو اتخذ الرجل شجرةً أو حصيرةً وأراد أن يأخذ الماء بالجرة من هذا الموضع هل له ذلك؟ ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن الصحيح أن له ذلك، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن في النهر الخاص ليس له ذلك، وفي البئر والعين له ذلك إلا أن يضر بصاحب العين والبئر بأن يأخذها متتابعًا وهذا؛ لأن النهر الخاص دخل تحت القسمة، والقسمة تقطع الشركة في الشرب وإن كان لا تقطع الشركة في الشفة، فأما البئر والعين لم يدخل تحت القسمة.

وفي البقالي: إذا كان لرجل نهر في أرض رجل فله أن يسقي منه أرضه إن لم يضر بأصحاب النهر ولهم أن يمنعوه، فإن منع صاحب الماء عن المحتاج فإن كان ماء للناس فيه حق الشفة نحو الماء والبئر وأشباهها كان للمحتاج أن يقاتل صاحبه بالسلاح، وإن كان ماء ليس لأحد فيه حق الشفة نحو الماء المحوز في إناء من الأواني، فليس للمحتاج أن يقاتله بالسلاح ولكن يقاتله بما دون السلاح، وحكم الطعام على هذا، وإن منع صاحب البئر قاتله بما دون السلاح وإن كان الدلو للعامة قاتله بالسلاح هذا هو الكلام في الماء.

وأما الكلام في الكلاً فهو على أوجه أيضًا: أعمها ما ثبت في موضع لا يكون مملوكًا لأحد فلكل واحد من آحاد الناس ولاية الاحتشاش والرعي، وشركة أخص من ذلك وهو أن يكون الكلاً في أرض مملوكة لإنسان فنبت لا يانبات صاحب الأرض فيكون للناس فيه حق الأخذ حتى لو أخذه إنسان لا يكون لصاحب الأرض أن يسترده منه ولكن لصاحب الأرض حق المنع عن الدخول في أرضه فإذا أتى إنسان محتاج أرضه ليدخل فيها ويأخذ الكلاً فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى باب كرمه على ما بينا، وأما إذا نبت الكلاً يانبات صاحب الأرض فإنه يكون مملوكًا له ويتقطع حق غيره حتى لو أخذه إنسان كان لصاحب الأرض أن يسترده منه ولكن يبقى فيه شبهة الشركة حتى لا يجب القطع بسرقة.

والجواب الذي ذكرنا فيما إذا لم ينبت صاحب الأرض في الحشيش لا في الأشجار، فصاحب الأرض أحق بالأشجار الذي نبت في أرضه لإنباته.

وتفسير الحشيش: ما نبت على وجه الأرض ما ليس له ساق، والشجر: ما نبت

على ساق، فعلى هذا السوسن من جملة الشجر؛ لأنه له ساق.
وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: الشوك الأخضر وهو من الشوك اللين الذي يأكله الإبل كلاً، والشوك الأحمر، شجر وكان الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - يقول: الشوك الأخضر ليس من جملة الكلاً.

وعن محمد - رحمه الله - في النوادر روايتان، في رواية جعله من جملة الشجر^(١). قالوا: وليس في المسألة اختلاف الروائين، وإنما اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع ما قال في بعض الروايات: إنه بمنزلة الشجر، أراد به ما يقوم على الساق، ومن جملة هذا الشوك ما يقوم على الساق.

وروى داود بن رشيد عن محمد - رحمه الله - أنه قال: ما أنبتة الناس فليس بكلاً وإن لم يكن شجراً وما لم ينبتة الناس هو كلاً وإن كان شجراً.

وفي المنتقى قال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا كان نبت الحطب في المروج هل هي ملك لرجل فليس لأحد أن يحطبها إلا بإذنه، وإن كان في غير ملكه فلا بأس بأن يحطب وإن كان ينسب إلى قرية وأهلها، وأما الشركة في النار فمن حيث الاصطلاء بها وتجفيف النبات والعمل بضوئها، وأما إذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فإن كان ذلك شيئاً لا قيمة له فليس لصاحبه أن يسترده منه وله أن يأخذ من غير إذن صاحبه.

وذكر في موضع آخر: إذا كان النار بحال لو خمدت تصير فحماً ليس له أن يقتبس منها وإن كانت بحال لو خمدت تصير رماداً فله أن يقتبس منها.

وقيل: إن كانت من حطب مباح بأن أوقد الشجر القائم كما تكون في القناة من غير أن يحرزه أولاً فله أن يقتبس منه، وإن كان بحال لو خمدت تصير فحماً، فأما إذا أحرزه أولاً حتى صار ملكاً له فهو على التفصيل الذي قلنا.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه: إذا كان للرجل نهر أو عين أو قناة فليس له أن يمنع ابن السبيل أن يستقي منها وأن يشرب وأن يسقى دابته وهذا؛ لأن الماء على الشركة يقتضيه الأصل وبالقسمة ينقطع الشركة في

(١) البناية شرح الهداية (١٢/٣١٥).

حق الشفة بالإحراز بما وضع لإحرازه وهي الأواني والحباب أما بدون ذلك لا تنقطع الشركة في حق الشفة.

فإن قيل: إن بقي الماء على الشركة في حق الشفة لكن النهر والبئر ملك صاحبه على الخلوص فينبغي أن يكون له حق المنع عن الدخول في ملكه، ألا ترى أن الكلاً إذا نبت في أرض إنسان كان لصاحب الأرض أن يمنع الذي يريد الكلاً أن يدخل ملكه وإن بقي الكلاً على الشركة.

والجواب: اتفق المتقدمون من مشايخنا - رحمهم الله - أن المسألة غير مجرأة بإطلاقها، واختلفوا فيما بينهم، فكان الطحاوي - رحمه الله - يقول: إن كان المرید للشفة يجد ماء آخر يقرب من هذا يؤمن أن يذهب إلى ذلك الماء كان لصاحب الماء أن يمنعه عن الدخول في ملكه وإن لم يجد ماء آخر يقال لصاحب النهر: إما أن تعطيه الماء ليسقيه، وإما أن تتركه حتى يأخذ بنفسه بشرط ألا يكسر حافتي النهر كما في الكلاً فعلى ما ذكره الطحاوي - رحمه الله - في الكتاب أنه ليس لصاحب النهر أن يمنعه محمول على ما إذا لم يجد ماء آخر ولم يعطه صاحبه بنفسه.

ومن المشايخ من يقول: ما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب أنه ليس لصاحب النهر والبئر أن يمنعه محمول على ما إذا كان الحفر في أرض الموات ليس لصاحب النهر والبئر أن يمنعه من أن يسقي دوابه منه إذا كان لا ينكسر بسبب ورود دوابه مسناة النهر ولا يخرب منها شيء، فأما إذا كان الحفر في أرض مملوكة فالجواب ما قاله الطحاوي - رحمه الله - وهذا؛ لأن الأرض الموات كانت مشتركة بين الناس كلهم، والذي أحيها بسبب الحفر فإنما أحيها لتحصيل ما هو مشترك لا لتحصيل ما هو يختص به المحيي فلم تنقطع الشركة في حق الدخول لأجل الشفة، ويجوز أن يكون رقبة الشيء لإنسان، ولآخر فيها حق، وهذا المعنى لا يتأتى فيما إذا كان الحقوقي ملكه، فإن كان ينكسر مسناة النهر أو يخرج شيء منها بسبب ورود الدواب بها للذي يريد الشفة وجد الماء بالقرب واسق دوابك؛ لأن له حقاً في الدخول لا غير.

الفصل الثاني

في إحياء الموات^(١) وتفسيرها وتملكها

(١) الموات لغة: الأرض التي لا ماء لها ولا ينتفع بها أحد، وقيل: الأرض التي لم تكن عامرة، ولا حريمة عامرة. وقيل: الأرض التي لم تعمر قط. والأصل فيه حديث عائشة - رضي الله عنها-: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا». جاء في حاشية ابن عابدين: الموات ما لا روح فيه، أو أرض لا مالك لها، أو الأرض الخراب، وخلافه العامر. قال في العناية: ومن محاسنه التسبب للخصب في أوقات الأنام، والحياة نوعان: حاسة ونامية، والمراد هنا النامية، وسمي مواتا لبطلان الانتفاع به، وإحياءه ببناء أو غرس، أو سقي. قال في الملتقى: الموات أرض لا ينتفع بها عادية أو مملوكة في الإسلام ليس لها مالك معين مسلم أو ذمي، وعند محمد: إن ملكت في الإسلام لا تكون مواتاً - وعادية - أي: قدم خرابها - كأنها خربت في عهد عاد - وقال الزيلعي: وجعل - أي: القدوري - المملوك في الإسلام إذا لم يعرف مالكة، من الموات. وفي الهداية: الموات ما لا ينتفع به من الأراضي؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك. وفي بدائع الصنائع: الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد، ولا حقاً له خاصاً، فلا يكون داخل البلد موات أصلاً.

وعند المالكية: الموات - بفتح الميم - ويقال: موتان - بفتح الميم والواو - الأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء، ولا عمارة، ولا ينتفع بها. وحكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه، وهي على ثلاثة أوجه: بعيد من العمران، وقريب منه لا ضرر على أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر على ما يختص بالانتفاع به. وقرر الماوردي من الشافعية: جواز إحياء الموات وحصول الملك بالإحياء. وذكر عن الشافعي - رضي الله عنه - أن بلاد المسلمين شيثان: عامر، وموات. والموات ضربان:

أحدهما: ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط. والضرب الثاني من الموات: ما كان عامراً، ثم خرب فصار بالخراب مواتاً. وقرر ابن قدامة أن الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً ومواتاً. والموات قسمان:

أحدهما: ما لم يجر عليه ملك لأحد، ولم يوجد فيه أثر عمارة، فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف.

القسم الثاني: ما جرى عليه ملك مالك، وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: ما له مالك معين، وهو ضربان:

أحدهما: ما ملك بشراء، أو عطية، فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف.

وقال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياءه غير أربابه، وإحياء الموات هي الأرض الدائرة التي لا يعلم أنها ملك لأحد، وذكر قول أهل اللغة الموات من الأرض التي لم تستخرج ولم تعمر.

ينظر: لسان العرب (١٤٧/١٤) مادة (مات)، وينظر: حاشية ابن عابدين (٢٨٦/٥)، =

الهداية (٧٣/٤)، بدائع الصنائع (٣٨٥١/٨) وما بعدها، مواهب الجليل للحطاب (٢/٦)، بلغة السالك (١٨٢/٣)، تحفة المحتاج (٤٧٣/٢) ومغني المحتاج (٣٦١/٢) وحاشية البيجوري (٥٣/٢) ونهاية المحتاج (٢٣٣/٥)، الحاوي الكبير، للماوردى (٤٧٤/٧) - (٤٧٧)، الأحكام السلطانية، للماوردى، ص (١٨١)، المغني، لابن قدامة (٥٦٣/٥) وما بعدها، الإنصاف، للمرداوي (٣٥٤/٦) وما بعدها. واتفق الفقهاء على أن الأرض الميتة يجوز إحيائها وذلك لثبوت مشروعته بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقد جاءت آيات كثيرة في القرآن الكريم تحث الإنسان على السعي في الأرض، والعمل فيها من أجل عمارتها، من هذه الآيات: قوله - تعالى -: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥]. دلت الآية على وجوب السعي في الأرض والعمل فيها، وذلك بدلالة الأمر الوارد فيها بقوله: ﴿فَامْشُوا﴾ فإن الأمر يدل على الوجوب ما لم يرد صارف ولم يوجد، فكان المشي في الأرض والسعي فيها واجبًا. كما دلت على تذييل هذه الأرض لبني البشر وتسهيلها لهم، مما يتيسر على الإنسان السلوك فيها، فإن كانت على هذه الصورة من التيسير لم يبق على الإنسان إلا العمل والسعي والإعمار. وقوله - تعالى -: ﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعْيَشًا فَلَيْلًا مَا نَشْكُرُونَ﴾ [الأعراف: ١٠]. دلت الآية بمفهومها على وجوب السعي والعمل في الأرض، فهي وإن كانت محل رزق الإنسان ومعاشه، كان عليه العمل فيها لتحصيل رزقه، وذلك مما يخرج منها. وقوله - تعالى -: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: ٦١]. ومعنى قوله: ﴿وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ على عدة معان منها: استعمركم: أي: جعلكم عمَّارها وسُكَّانها، أو أسكنكم فيها أو أعاشكم، أو أمركم بعمارة ما تحتاجون إليه فيها من بناء مساكن وغرس أشجار. وقيل: المعنى ألهمكم عمارتها من الحرث والغرس وحفر الأنهار وغيرها. وعلى أي من هذه المعاني التي وردت فإن جميعها تفيد إعمار الأرض واستثمارها، لأنها مسخرة لذلك ومخصصة لبني البشر جميعًا ليعمروها بالسكن والإقامة والاستثمار. كما أن الأرض الموات قد وردت في القرآن الكريم بمعنى الأرض الميتة، أي: الجذبة القحطاء التي انقطع عنها المطر. وقد ورد الحديث عنها بهذا المعنى في آيات متعددة منها: قوله - تعالى -: ﴿وَأَيُّ لَّمُ الْأَرْضُ الْمَيْتَةَ أَحْيَيْنَهَا وَآخَرَجْنَا مِنْهَا حَبًّا فَمِنَهُ يَأْكُلُونَ﴾ [سورة يس: ٣٣]. عبَّر الله - تعالى - في هذه الآية عن الأرض الجذبة ووصفها بكونها أرضًا ميتة، كما بيَّن - تعالى - كمال قدرته في إحياء الموتى - أي: إحياء الأرض الميتة - وذلك بالنبات وإخراج الحب منها. وقوله - تعالى -: ﴿أَلَمْ تَجْعَلِ الْأَرْضَ كَهَاتَا (٢٥) أَحْيَاءً وَأَمْوَاتًا (٢٦)﴾ [المرسلات: ٢٥، ٢٦]. قيل: المراد بقوله: ﴿وَأَمْوَاتًا﴾ أي: الأرض الموات، وبقوله: ﴿أَحْيَاءً﴾ ما يقابلها، فيكون التعبير القرآني الكريم قد ذكر الأمرين معًا: موات الأرض، وإحياءها. وغيره كثير من الآيات القرآنية الكريمة قد تبين لنا ثبوت الحديث في القرآن الكريم عن الأرض الموات وإحيائها وعمارتها، لما في ذلك من

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الشرب: كل أرض لا يملكها أحد وقد انقطع عنها الماء وارتفاق أهل المصر والقرية كان موأناً وإن كانت قريبة من العمارات والفاصل بين البعيد والقريب مروى عن أبي يوسف قال: يقوم رجل جهوري الصوت على مكان عال وينادي بأعلى صوته فالموضع الذي يسمع منه صوته يكون قريباً منه، وإذا كان لا يسمع فيه صوته يكون بعيداً.

وفي البقالي: الموات ما لا يقرب من العامر ويفضل عن حاجة أهله للحطب

النفع الكثير للإنسان. وقد وردت أحاديث نبوية كثيرة تدل على إحياء الأرض الموات، وأنه يترتب عليه حكمه من ثبوت ملكية الأرض لمن أحيهاها.

من هذه الأحاديث: ما روي عن سعيد بن زيد - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق». عن عروة عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: «من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق به». قال عروة: قضى به عمر - رضي الله عنه - في خلافته.

وعن أسمر بن مضر قال: أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له». قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطون.

وعن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له».

وقد حكى بعض الفقهاء الإجماع كدليل على ثبوت مشروعية الإحياء، ومن ذلك ما جاء في مغني المحتاج، وهامش حاشية الجمل، والمبدع: «والأصل فيه قبل الإجماع أخبار». وفي نهاية المحتاج: «وأجمعوا عليه في الجملة» وهذه العبارة تدل على اتفاقهم على مطلق الإحياء، ذلك لأنهم اختلفوا في كفيته وما يحصل به. وجاء في المحلى دليل الإجماع: «عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: كان عمر بن الخطاب يخطب على هذا المنبر يقول: «يا أيها الناس من أحيأ أرضاً ميتة فهي له» وجاء أيضاً عن علي، فهذا بحضرة الصحابة علانية لا ينكره أحد منهم». فهذه الألفاظ جميعاً تدل على ثبوت الإجماع على مشروعية الإحياء. وقال الخطابي تعليقاً على حديث سعيد بن زيد: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له...» قلت: «إحياء الموات إنما يكون بحفره، وتحجيره، وبإجراء الماء إليه، وبنحوها من وجوه العمارة: فمن فعل ذلك فقد ملك الأرض سواء كان ذلك بإذن السلطان أو بغير إذنه؛ وذلك لأن (هذا) كلمة شرط وجزاء، فهو غير مقصور على عين دون عين، ولا على زمان دون زمان».

ينظر: البناء للعيني (٣١٥/١١)، جواهر الإكليل (٢/٢٠٢)، مغني المحتاج (٢/٣٦١)، حاشية الجمل (٣/٥٦١)، نهاية المحتاج (٥/٣٣٠)، المبدع، لابن مفلح (٥/٢٤٨)، سبل السلام (٣/٨٢)، المحلى، لابن حزم (٨/٢٣٣، ٢٣٦)، نيل الأوطار، للشوكاني (٦/٤٥)، معالم السنن، للخطابي (٣/٤٦)، روح المعاني (٢٩/١٤)، جامع البيان، للطبري (٢٩/٥)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٩/٥٦)، تفسير الخازن (٢/٣٣٨).

والمرعى لكل بلدة على ما ذكره الطحاوي - رحمه الله - .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواية أخرى: أن البعيد قدر غلوة، وقد جعل ما
غاب عنه الماء من الفرات مواتا وهو في العمرانات، قال به بعضهم .
والأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة .
وقيل: كالموات، والإحياء أن يكربها ويسقيها، وإن كربها ولم يسقها، أو سقاها
ولم يكربها، فليس ذلك بإحياء، وإن سقاها بعد ذلك فهو إحياء، وإن أحوطها أو
سنمها بحيث يعظم الماء فهو إحياء، وإن بذرها فهو إحياء؛ فهذا الذي ذكرنا من
تفسير الإحياء مروى عن محمد - رحمه الله - رواه ابن رستم .
وعن أبي يوسف - رحمه الله - : الإحياء: البناء، أو الغرس، أو الكراب، أو
السقي .

وعن محمد أيضًا: أن الكراب إحياء .
وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن الإحياء أن يجعلها للزراعة بأن
كربها أو ضرب عليها المسناة أو حفر لها بئرًا، ومن حجر على أرض بحجارة يشبه
المسناة فقد أحيها . ذكره في المنتقى .

قال: والتحجير ليس بإحياء، وصورة التحجير: أن يمر الرجل بموضع من
الموات ويقصد إحياء ذلك الموضع ولا يملكه الإحياء للحال فيعلم هاهنا بعلامة
فيضع حول ذلك الموضع الأحجار أو يحصد ما فيها من الحشيش فيجعل حولها، أو
يغرس حولها أغصانًا يابسة، وكذلك إذا نقى الأرض من الحشيش، أو أحرق ما فيها
من الشوك فهذا تحجير وليس بإحياء .

وقد صح عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: «من أحيا أرضًا ميتة فهي
له وليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق»^(١)، مفهومه يقتضي أن يكون له حقًا قبل

(١) أخرجه أبو يوسف في الخراج، ص (٧٧)، وفي نصب الراية (٤/٢٩٠) قال الزيلعي:
الحسن بن عماره ضعيف وسعيد عن عمر فيه كلام. وأخرجه يحيى بن آدم في كتاب
الخراج، ص (٩٠) من طريق عن سالم عن أبيه قال: كان الناس يحتجرون على عهد عمر
فقال: من أحيا أرضًا فهي له. قال يحيى: كأنه لم يحلها له بالتحجير حتى يحييها.

الثلاث، وبه أخذ بعض مشايخنا - رحمهم الله - .
قالوا: التحجير يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين للمتحجر، حتى لو أن إنساناً أحيا هذه الأرض قبل ثلاث سنين لا تصير ملكاً للمتحجر، وبعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: إن التحجير لا يفيد الملك للمتحجر حتى قالوا: لو أحيا إنسان هذه الأرض قبل ثلاث سنين تصير ملكاً لهذا المحيي، ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له إن أحياها بإذن الإمام.

وعندهما: يملكها وإن أحياها بغير إذن الإمام.

هما احتجا بظاهر قول النبي ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»^(١).

(١) أخرجه مالك (٧٤٣/٢) كتاب الأفضية، باب: القضاء في عمارة الموات، حديث (٢٦) عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلًا. قال ابن عبد البر في التمهيد (٢٢/٢٨٠): وهذا الحديث مرسل عند جميع الرواة عن مالك لا يختلفون في ذلك، واختلف فيه على هشام فروته عنه طائفة عن أبيه مرسلًا - كما رواه مالك وهو أصح ما قيل فيه إن شاء الله - وروته طائفة عن هشام عن أبيه عن سعيد بن زيد، وروته طائفة عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر، وروته طائفة عن هشام عن عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع عن جابر، وبعضهم يقول فيه: عن هشام عن عبيد الله بن أبي رافع عن جابر، وفيه اختلاف كثير... ا. هـ.
وقد روى هذا الحديث مرسلًا أيضًا أبو عبيد القاسم بن سلام في الأموال، ص (٢٦٤)، رقم (٧٠٤) من طريق سعيد بن عبد الرحمن الجمحي وأبي معاوية كلاهما عن هشام بن عروة به.

وأخرجه مرسلًا أيضًا البيهقي (١٤٢/٦) كتاب إحياء الموات، باب: من أحيا أرضاً ميتة، من طريق سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة به.
فاتفق هنا مالك وسفيان بن عيينة وأبو معاوية وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي في رواية هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلًا.
وقد تويع هشام بن عروة أيضًا في روايته لهذا الحديث، تابعه أخوه يحيى بن عروة عن أبيه مرسلًا:

أخرجه أبو عبيد في الأموال، ص (٢٦٤، ٢٦٥)، رقم (٧٠٧)، والبيهقي (١٤٢/٦) من طريق محمد بن إسحاق عن يحيى بن عروة به. وقد خالف هؤلاء كلهم إسماعيل بن أبي أويس وابن الأجلح.

أما مخالفة إسماعيل بن أبي أويس: فقد أخرجها أبو يعلى كما في نصب الراية (٤/٢٨٨) قال: حدثنا زهير، ثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثني أبي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: الحديث محمول على ما إذا كان الإحياء بإذن الإمام، عرف ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه»^(١).

وفي المنتقى: إبراهيم بن رستم: رجل أحيأ أرضاً مواتاً، ثم جاء آخر وأحيأ إلى جنبها أرضاً والأول ساكت حتى أحيط بجوانبه الأربعة من أربعة نفر، كيف يكون الطريق إلى أرض الأول؟ قال: آخر أرض أحيأها صاحبها ويترك له فيها طريقاً إلى أرضه؛ لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً فإذا أحيأها الرابع فقد أحيأ طريقه من حيث المعنى فيكون له فيها طريقاً.

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٦٠، ١٦١) وقال: رواه كله الطبراني في الأوسط بإسنادين في أحدهما عصام بن داود بن الجراح، قال الذهبي: لينه أبو أحمد الحاكم، وبقيّة رجاله ثقات، وفي إسناد الآخر راو كذاب. أ. هـ. أما مخالفة ابن الأجلح:

فقد أخرجها القضاعي في مسند الشهاب (٢/٢٠٣) رقم (١١٨٧) من طريق يحيى بن المنذر: ثنا ابن الأجلح عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به. وقد تويع هشام على هذا الحديث أيضاً، تابعه الزهري عن عروة عن عائشة به: أخرج أبو داود الطيالسي (١٣٩٥)، والدارقطني (٤/٢١٧) كتاب الأفضية، رقم (٥٠)، والبيهقي (٦/١٤٢) كتاب إحياء الموات، باب: من أحيأ أرضاً ميتة، وابن عبد البر في التمهيد (٢٢/٢٨٣) كلهم من طريق زمعة بن صالح عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيأ من موات الأرض شيئاً فهو له، وليس لعرق ظالم حق».

وزمعة بن صالح: قال البخاري في التاريخ الكبير (٣/١٥٠٥): يخالف في حديثه، تركه ابن مهدي أخيراً. وقال في «علل الترمذي»، ص (١٥٨): هو منكر الحديث كثير الغلط. وقال الترمذي في «السنن» (٣٧٨٤): ضعفه بعض أهل الحديث من قبل حفظه. وقال النسائي في الضعفاء والمتروكين (٢٢٠): ليس بالقوي، مكى كثير الغلط عن الزهري. والحديث ذكره ابن أبي حاتم في العلل (١٠/٤٧٤) رقم (١٤٢٢) وقال: سألت أبي عن حديث رواه أبو داود عن زمعة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، من أحيأ من موات الأرض شيئاً فهو له، وليس لعرق ظالم حق». قال أبي: هذا حديث منكر، إنما يرويه من غير حديث الزهري عن عروة مرسلًا. ا. هـ. وقال ابن عبد البر في التمهيد (٢٢/٢٨٣): هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح في إسناد هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك ومن تابعه. ا. هـ.

وإذا أحيا أرضاً منه بإذن الإمام فلم يرها سالحة للزراعة فتركها فجاء آخر وزرعها، هل للأول أن ينتزعها منه؟ اختلف المشايخ.

قال الفقيه أبو القاسم أحمد بن حم بن عصمة البلخي - رحمه الله - يقول: ليس له ذلك وكان يقول: الأول أحق بها ما دام يستغلها فإذا تركها أو أعرض عنها بطل حقه وكان الثاني أحق بها.

وغيره من المشايخ كانوا يقولون: للأول أن ينزعها من يد الثاني. وحاصل الخلاف راجع إلى المحيي بالإحياء يملك رقبة الأرض أو منفعتها؟ قال الفقيه أبو القاسم - رحمه الله -: لا يملك رقبتها، وإنما يملك منفعتها والاستغلال بها، وعامة المشايخ يقولون: يملك رقبتها.

قال محمد^(١): وسألت أبا يوسف - رحمهما الله - عن هذا النهر الأعظم إذا كان لرجل عليه حذها الماء فنقص الماء وجزر عن أرض فاتخذها هذا الرجل وحازها إلى أرضه، قال: ليس له ذلك إذا كان يضر بالنهر؛ لأن ما يحسر عنه الماء حق العامة، والتصرف في حق عامة المسلمين لا يجوز إذا كان يضرهم، وإن كان ذلك لا يضر بالنهر فله ذلك بإذن الإمام عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما بإذنه وبغير إذنه بمنزلة إحياء الموات.

قال ثمة: لمجرد التحجير لا يحصل الإحياء على ما مر، والله أعلم.



(١) الأصل، للشيباني (١٥٩/٨).

الفصل الثالث

في كرى الأنهار وإصلاحها

النهر الأعظم إذا احتاج إلى الكرى فالسلطان يكرىها من مال بيت المال؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى المسلمين، ومال بيت المال معد لمنافع المسلمين، وكذلك على هذا إصلاح مسناته إن خيف منه غرقاً وتصرف مؤنة^(١) الكرى من مال الخراج والجزية وما يجري مجراها، ولا يصرف إليه الصدقات والعشورات بمصلحة خاصة وهي مصلحة الفقراء، والخراج والجزية أعدت لمصلحة العامة وهذه ثابتة للعامة. وإن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على الكرى؛ لأن في الكرى منفعة العامة وفي الترك ضرر العامة وفي مثل هذا يجري الجبر؛ لأن العامة قل ما ينفقون على ذلك من غير إجبار إلا أنه يخرج للكرى من كان يطيق الكرى منهم ويجعل مؤنتهم على الأغنياء الذين لا يقدرون على الكرى بأنفسهم، وأما النهر الذي دخل تحت القسمة إلا أن الشركة فيه عام كالكلأ فكري هذا النهر على أهلها لا على بيت المال؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى أهلها على الخصوص وإن أبى واحد منهم الكرى يجبر عليه؛ لأن في الجبر ضرراً خاصاً وفي عدم الجبر ضرر عام ولا شك أن دفع الضرر العام أولى، وأما النهر الذي دخل تحت القسمة والشركة وفيها خاصة فكريه على أهله، وإن أبى بعضهم الكرى هل يجبر الآبي ففيه اختلاف المشايخ.

قال بعضهم: لا يجبر وإليه مال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - بل يرفع الأمر إلى الإمام حتى إن الإمام يأمر الباقيين بكرى نصيب الآبي على أن يستوفوا مؤنة الكرى من نصيب الآبي من الشرب، بأن يستوفوا نصيب الآبي من الشرب مقدار ما يبلغ قيمته ما ينفقوا في نصيبه من الكرى، وإن أنفقوا على ترك الكرى في هذا النهر لا يجبرهم الإمام على ذلك في ظاهر مذهب أصحابنا - رحمهم الله - .

وقال بعض المتأخرين من مشايخنا - رحمهم الله: يجبرهم على ذلك عن

(١) في ح: إلى مؤنة غير مهيأة هذا الكرى.

أصحاب الشفة في النهر.

وإن لم يرفعوا الأمر إلى القاضي في المسألة الأولى هل يرجعون على الآبي بقسطه من النفقة، وهل يمنع الآبي عن شربها حتى يؤدي ما عليه من النفقة؟

قال القاضي أبو علي النسفي - رحمه الله - : لا يمنعون بخلاف السفلى والعلو.

ذكر اختلاف المشايخ في نفقات الخصاف - رحمه الله - .

وذكر في عيون المسائل في باب الشرب: أن المنع قول أبي حنيفة - رضي الله

عنه - وأبي يوسف أيضًا مسائل عند الفتوى.

وأما إذا خيف أن ينشق النهر الخاص وأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم فإن كان

في هذا ضرر عام بأن كان الماء يخرج إلى طريق المسلمين وإلى أراضيهم لو لم يصلحوا يجبر الآبي على ذلك وإن لم يكن فيه ضرر عام لم يجبر بالاتفاق.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه : وليس على أهل الشفة فيما أعلم من الكري

شيء إما لأنهم لا يملكون النهر إنما يثبت لهم حق في الماء على طريق الإباحة، ولا

نفقة على غير المالك؛ أو؛ لأن شركتهم في الشفة عامة ثابتة لجميع أهل الشفة،

والشركة العامة لا عبء لها في حق نفاذ التصرف فكذا في حق التزام المؤنة إلا أنه

أدخل فيه كلمة الشك حيث قال: فيما أعلم؛ لأن أهل الشفة يحتاجون إلى الكري

للشفة كأهل النهر يحتاجون إلى الكري للشرب، فهذا يوجب أن يكون الكري عليهم

جميعًا، ولكن من حيث إن الشركة لأهل الشفة شركة عامة يوجب أن يرفع عنهم

مؤنة الكري فبقي نوع شك.

وإن اتفقوا على كرى النهر الخاص قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : مؤنة

الكري.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله : الكري عليهم جميعًا من أول النهر إلى

آخره يخص الشرب والأرضين.

وإذا جاؤوا فوهة رجل هل يرفع عنه مؤنة الكري عند أبي حنيفة؟ والصحيح أنه لا

يرفع ما لم يجاوزوا أرضه، وعلى هذا القياس إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتي النهر، وأما الطريق الخاص بين قوم في سكة غير نافذة إذا وقعت الحاجة إلى إصلاحه من أوله إلى آخره فإصلاح أول الطريق عليهم بالإجماع فإذا بلغوا دار رجل منهم هل يرفع عنه مؤنة الإصلاح، لا رواية لهذه المسألة، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: هو على الاختلاف الذي ذكر في النهر الخاص.

وقال شيخ الإسلام في شرحه حاكياً عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله: الفرق بين السكة الخاصة وبين النهر الخاص.

والفرق: أن صاحب الدار لا حاجة له إلى الطريق فيما وراء داره بوجه؛ إلا أنه لا يستعمل ما وراء داره بوجه ما بخلاف النهر؛ لأن مسيل الماء إلى ما وراء أرضه، ولولا ذلك لغرق أرضه حال كثرة الماء فكان مستعملاً لما جاوز أرضه من النهر بفضل مائه.

وهنا فصل آخر لا بد من معرفته إن جاوز الكري أرضه، إذا أراد أن يفتح رأس النهر حتى يسقي أرضه هل له ذلك؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في هذا الفصل اختلاف المشايخ. وأما إذا كان النهر عظيماً عليه قرى يشربون منها وهي التي تدعى بالفارسية (كام قاموا) على كري هذا النهر فبلغوا فوهة نهر قرية هل يرفع عنهم مؤنة الكري؟ فلا رواية لهذه المسألة في الأصل^(١).

قال شيخ الإسلام: ذكر هذه المسألة في النوادر: أنه يرفع عنهم مؤنة الكري بالاتفاق، وعلى قياس النهر الخاص ينبغي ألا يرفع ما لم يجاوز الكري أراضي قريتهم.



(١) المحيط البرهاني (٣/٥٩٥).

الفصل الرابع

في بيع الشرب وما يتصل به

قال محمد - رحمه الله - : إذا باع شرب يوم وأقل من ذلك أو أكثر فإنه لا يجوز^(١)، إما؛ لأنه باع بأقل ما لا يملك؛ لأن الماء قبل الإحراز بما وضع للإحراز لا يصير مملوكاً لأحد، وبيع ما لا يملكه الإنسان لا يجوز، وإما؛ لأن المبيع

(١) ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز التصرف في الشرب بالبيع والإجارة والصلح وغيرها من أنواع التصرف كالهبّة والصدقة. فإن صالح رجلاً على موضع قناة في أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز؛ لأن ذلك بيع موضع من أرضه، ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، وإن صالح على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها، جاز، وهو إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة؛ لأن هذا شأن الإجارة. أما الشرب بمعنى الماء فقد جوز المالكية بيعه مطلقاً فله أن يشتري شرب يوم أو يومين بغير أصل الماء. وقال الحنابلة: إن اشترى شرب يوم أو يومين من نهر رجل أو صالح عليه وقدر بشيء يعلم به. قال القاضي: لا يجوز لأن الماء غير مملوك، فلا يجوز بيعه ولا الصلح عليه لأنه مجهول. وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالربع والثلث جاز، وكان يبيعاً للقرار والماء تابع له. قال ذلك القاضي. وقال ابن قدامة: يحتمل أن يجوز الصلح على الشرب من نهره أو قناته؛ لأن الحاجة تدعو إليه. والماء مما يجوز العوض عنه في الجملة بدليل ما لو أخذه في إئاء أو قرية يجوز بيعه، ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه كالفقاص. وقال الشافعية: لا يجوز بيع الماء إن وجب بذله. وإن لم يجب بذله بأن وجد محتاج الشرب ماء آخر فله بيع الماء، مقدراً بكيل أو وزن، ولا يجوز مقدراً بري الماشية والزرع. وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز بيع الشرب منفرداً بأن باع شرب يوم أو أكثر لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الأفراد بالبيع والشراء، ولو اشترى الشرب بدار وقبضها لزمه رد الدار لأنها مقبوضة بحكم عقد فاسد، فكان واجب الرد كسائر العقود الفاسدة، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب، وإن باع الشرب مع الأرض جاز تبعاً للأرض؛ لجواز كون الشيء تبعاً لغيره وإن لم يجعله التبعية مقصوداً بذاته، ولا يجوز جعله أجره لدار، ولا إجارته منفرداً لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة كما لا تحتمل البيع. وإن باع الأرض ولم يذكر الشرب لم يدخل في البيع. وإن أجرها ولم يذكر الشرب لم يدخل قياساً ويدخل استحساناً لوجود الذكر دلالة؛ لأن الإجارة تملك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيكون مذكوراً بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع؛ لأن البيع تملك العين، والعين تحتمل الملك بدون المنفعة، ولا تجوز هبة الشرب والتصدق به؛ لأن ذلك كله تملك والحقوق المفردة لا تحتمل التملك، ولا يجوز الصلح لأن الصلح في معنى البيع ولا يصلح مهراً ولا بدل خلع.

مجهول، بعض مشايخ بلخ كانوا يجوزون ذلك، وكانوا يقولون: إن أهل بلخ يعاملون ذلك، والقياس يترك بالتعامل، والفقهاء أبو جعفر وأستاذه أبو بكر البلخي - رحمهما الله - وغيرهما من المشايخ لم يجوزوا ذلك، وقالوا: هذه تعامل بلدة واحدة والقياس لا يترك بتعامل بلدة واحدة، وكذلك لو استأجره لا يجوز لما ذكرنا من المعنيين، ولمعنى خاص أن الإجارة عقدت على العين مقصودًا ومحل الإجارة المنفعة دون العين، وإذا باعه أو أجره مع الأرض فهو جائز ويدخل الشرب في البيع والإجارة تبعًا للأرض وقد يدخل الشيء في العقد تبعًا لغيره وإن كان لا يدخل مقصودًا، ألا ترى أن أطراف العبد تدخل في العقد تبعًا ولا تدخل مقصودًا هذا إذا باع الأرض مع شربها.

فأما إذا باع الأرض مع شرب أرض أخرى غير الأرض المبيعة هل يجوز بيع الشرب أم لا؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، وحكي عن أبي نصر محمد بن سلام - رحمه الله - : أنه شرب أرض أخرى لا يجوز.

والفرق: أن الشرب في حق البيع بيع الأرض من وجه أصل من حيث إنه يقوم بنفسه وجاز بيعه مفردًا عند بعض المشايخ ببعض الأرض من أنه لا يقصد بعينه بل الأرض فمن حيث إنه تبع لا يجوز بيعه من غير أرض أصلًا ومن حيث إنه أصل يجوز بيعه مع أي أرض كان أما في حق الإجارة: الشرب تبع الأرض من كل وجه؛ لأن الإجارة في الأراضي للانتفاع من حيث الزراعة، ولا تنهياً الزراعة بدون الشرب مع أرض أخرى، كما لم يجز بيع أطراف العبد تبعًا لرغبة أخرى.

وإذا قال: بعتك هذه الأرض بألف درهم وبعثك شربها هل يجوز بيع الشرب؟ اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: لا يجوز؛ لأن الشرب صار مقصودًا في البيع، وبعضهم قالوا: يجوز؛ لأنه بقي تبعًا من حيث إنه لم يذكر له ثمنًا حتى لو ذكر للشرب ثمنًا.

فإن قال: بعتك هذه الأرض بألف درهم وبعثك شربها بمائة؛ لا يجوز بلا خلاف؛ لأنه

صار أصلاً من جميع الوجوه، وعلى هذا الخلاف إذا قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم وبعثت منك أطرافه، هل يجوز البيع في الأطراف؟ وعلى هذا الصوف والفوق، وإذا اشترى أرضاً ولم يذكر الشرب ولا مسيل الماء؛ لا يدخلان في البيع، وإن ذكر الشرب ولم يذكر المسيل دخل الشرب ولم يدخل المسيل، ولو اشتراها بكل حقٍ هو لها كان لها الشرب ومسيل الماء جميعاً، وكذا إذا اشترى بمرافقها، وكذا إذا اشتراها بكل حق قليل وكثير هو فيها ومنها، وإذا استأجر أرضاً ولم يذكر شربها دخل الشرب في الإجارة استحساناً.

وإذا قال لغيره: اسقني يوماً من نهرك على أن أسقيك يوماً من نهري الذي في مكان كذا وكذا، فهذا لا يجوز؛ لأنه إما أن يعتبر إجارة أو بيعاً وأي ذلك اعتبر لا يجوز على الشرب وحده، وكذلك اسقني يوماً بخدمة عبدي شهراً أو قال: بربقته، أو بركوب دابتي هذه شهراً، أو قال: كذا يوماً، فهذا كله باطل لما ذكرنا.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل اشترى شرباً بغير أرض وقبضه وباعه مع أرضه فالبيع في الشرب لا يجوز إلا يجيزه البائع الأول؛ لأنه على ملك البائع بعد؛ لأن شراء الشرب وحده غير جائز هكذا حكى عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله - وهذا الجواب عندي صحيح؛ لأن شرب الأرض وحده ليس باطل بل هو فاسد نص عليه محمد - رحمه الله - في كتاب الشفعة، فإذا كان شراء الشرب وحده فاسد يملكه المشتري بالقبض ويصير بائعاً ملك نفسه فيجوز كما هو الحكم في سائر الأشربة الفاسدة وبما ذكر محمد رحمه الله: إن شراء الشرب وحده فاسد، يتبين أن الصحة من المعنى في مسألة بيع الشرب وحده أن المشتري مجهول؛ لأنه ليس بمملوك؛ لأن بيع ما لا يملكه الإنسان باطل وليس بفاسد.

ومما يتصل بهذه المسائل: رجل له شرب من نهر من غير أرض مات صاحب الشرب وعليه ديون فالقاضي ماذا يصنع بهذا الشرب، تكلم المشايخ فيه منهم من قال: يتخذ حوضاً ويجمع الماء فيه كل يوم ويبيعه بثمن معلوم ويقضي دينه، ومنهم من قال: يطلب صاحب أرض ليس بها شرب ويضم ذلك الشرب إلى أرضه ويبيعهما برضاه ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدون الشرب فتفاوت ما بينهما من الثمن يصرف إلى قضاء الدين، وإن لم يجد ذلك يطلب أرضاً غير شرب وبشربها على تركة الميت ويضم هذا الشرب إليها ويبيعها ويصرف الثمن إلى قضاء ثمن الأرض المشتراة بقدره فما فضل منه يقضي به دينه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وفي البقالي: رجل باع أرضاً بشربها، فللمشتري قدر ما يكفي لهذه الأرض من الماء وليس له جميع ما للبائع ويجري الإرث في الشرب بدون الأرض ويجوز الوصية به ويعتبر من الثلث؛ لأن الشرب إما أن يعتبر بالأعيان أو بالمنافع وأيهما اعتبرنا يعتبر من الثلث.

واختلف المشايخ - رحمهم الله - في كيفية الاعتبار من الثلث قال بعضهم: يسأل عن المقومين من أهل ذلك الموضع أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا أرض بكم يشتري هذا الشرب فيما بينكم؟ فإن قالوا: بمائة، يعتبر خروج المائة من الثلث.

قالوا: وهو نظير ما قالوا فيمن أتلف مدبر إنسان، يجب على المتلف قيمته أن يسأل عن المقومين أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع المدبر بكم يشتري هذا على أن يكون المشتري أحق بمنافعه دون رقبته وعلى أن يعتق فإن قالوا: بمائة يجب ذلك القدر على المتلف كذاها هنا وأكثرهم على أنه يضم إلى هذا الشرب جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب وينظر بكم يشتري مع الشرب، وبدون الشرب بكم يشتري، فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب اعتبار ذلك القدر من الثلث.

الفصل الخامس

في غضب الشرب واستهلاكه

إذا كان النهر بين قوم على شرب معلوم، فغضب الوالي نصيب واحد من الشركاء والباقي يكون بين جميع الشركاء، ويعتبر الغضب واردًا على الكل؛ لأن الشرب كان مشتركًا بين الكل إذا ورد بعض حق مشترك يعتبر واردًا على الكل، وإن قال الغاصب: أنا أغضب نصيب فلان لا غير كذا ذكر المسألة في الأصل. وكذلك دار بين ثلاثة نفر مشاع، فغضب سلطان نصيب أحدهم وقال: لا أغضب إلا نصيبه، قال: هو بينهم جميعًا كما في الشرب.

في هذا الموضع أيضًا: إذا استهلك الرجل شرب رجل بأن كان لرجل شرب يوم جاء رجل وسقى بهذا الشرب أرضه، ذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع الصغير: أنه يضمن، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الشرب: أنه لا يضمن، وإنما لا يضمن لوجهين: أحدهما: أنه يملك استهلاكه وهو الشفة، ومن ملك استهلاك شيء بجهة إذا استهلكه بجهة أخرى لا يضمن كالذي دخل دار الحرب إذا استهلك العلف للعلف لا يضمن؛ لأنه يملك استهلاكه بأن يعلف دابته، فلا يضمنه بالاستهلاك بجهة أخرى. الثاني: أن الماء قبل الإحراز بالأواني لا يصير مملوكًا، فقد أتلفت ما ليس بمملوك لغيره فلا يضمن.

وذكر هذه المسألة في مختصر عصام على نحو ما ذكره شيخ الإسلام، صورتها: عين لرجل، أو قناة، أو نهر، لم يكن لأحد أن يسقي منها زرعه ولا أرضه وإن اضطر إليه؛ لأن المرخص في أخذ الغير خوف الهلاك على النفس ولم يوجد، ثم قال: لو فعل ذلك مع هذا فلا ضمان عليه، فقد نص على عدم الضمان، والله أعلم.

الفصل السادس

في الدعوى والخصومة في الشرب والشهادة على ذلك

وإذا كان لرجل نهر في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في النهر وأقام على ذلك بينة، قبلت بيته وقضى بذلك له استحساناً؛ لأن هذه شهادة على شرب، والشهادة على شرب معلوم يحكم بقبوله، وإن كان الشرب بغير أرض والشرب هاهنا معلوم وهو يوم من ثلاثين يوماً، ولو ادعى شرب يومين في الشهر وشهد له أحد الشاهدين بشرب يوم في الشهر، وشهد الآخر بشرب يومين في الشهر ذكر محمد - رحمه الله - : أن في قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا يقضي، وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يقضي بالأول وهو شرب يوم، ذكر الخلاف في بعض نسخ هذا الكتاب ولم يذكر في البعض.

وقال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله : إنما تكون هذه المسألة على الخلاف إذا شهد على الإقرار المدعى عليه بشرب يوم لهذا المدعي، وشهد الآخر على إقراره بشرب يومين؛ لأن المشهود به إقرار ولم يشهد على واحد من الإقرارين إلا شاهد واحد تكون المسألة على الاختلاف كما لو شهد أحد الشاهدين على إقرار المدعى عليه بألف وشهد الآخر بألفين، أما إذا لم يشهدوا على الإقرار، إنما شهدوا على نفس الشرب شهد أحدهما بشرب يوم وشهد الآخر بشرب يومين، يجب أن تقبل الشهادة على شرب واحد وهو الأقل بالاتفاق؛ لأنهما شهدا على الأقل والشهادة بألفين تقبل على الأول بالاتفاق كما لو شهد أحد الشاهدين بعبدين بأعيانهما لرجل، وشهد الآخر بأحد العبدین بعينه لذلك الرجل، تقبل الشهادة على العبد الواحد بلا خلاف كذا هنا، وإذا ادعى بئراً، أو قناة أو عيناً وشهد شاهد بعشرها، وشهد الآخر بالأقل؛ كانت الشهادة على الأقل بالاتفاق كما ذكرنا.

وإذا ادعى أرضاً على نهر بشربها منه وشهد الشهود بالأرض ولم يتعرضوا للشرب فإنه يقضى له بالأرض وبحصتها من الشرب؛ لأن الشهادة بمطلق الملك شهادة

بأولية الملك وأولية الملك في الأرض إنما تثبت بالاختطاط والقسمة فكانت الشهادة ولهذا لا تصح القسمة من غير طريق شرب كما لا تصح الإجارة فكانت الشهادة بمطلق الملك في الأرض شهادة بالشرب بخلاف البيع؛ لأن البيع إيجاب ملك حادث والشرب تابع الأرض في الملك الحادث.

رجل له أرضان في نهر إحداهما أعلى والأخرى أسفل فادعى أن شربهما من هذا النهر وأنكر الشفعاء شرب إحداهما بعينه، إن لم يمكن أن يسقى ذلك الأرض من نهر آخر فالقول لصاحب الأرض؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الأرض بدون الشرب لا يكون وإذا كان لرجل هو في أرض أراد صاحب الأرض أن يبيع صاحب النهر من آخر الماء فيه فإن كان الماء جاريا إلى أرض صاحب النهر وقت الخصومة أو علم أنه كان يجري الماء إلى أرضه قبل ذلك فإنه يقضي بالنهر لصاحب النهر إلا أن يقيم صاحب الأرض البينة أن النهر ملكه، وإن لم يكن الماء جاريا وقت الخصومة ولا يعلم جريانه إلى أرضه قبل ذلك فإنه يقضي لصاحب الأرض بالنهر إلا أن يقيم صاحب النهر البينة أن النهر ملكه.

نهر جار في أرض لرجل ادعى كل واحد منهما مسناة النهر ولا يعرف في يد من هي؛ فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يقضي بها لرب الأرض، وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يقضي بها لصاحب النهر فيكون حريما لنهره.

وفائدة هذا الاختلاف لا يظهر في هذا المسناة؛ إذ ليس لصاحب الأرض هدم المسناة بلا خلاف، إنما يظهر في أن الزراعة والغراسة على المسناة لمن تكون؟ وحاصل الخلاف راجع إلى صاحب النهر، هل يستحق الحريم لنهره؟ فعندهما: يستحق فيكون الحريم في يد صاحب النهر تبعًا لنهره فيكون له وعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا يستحق الحريم لنهره فلا تكون المسناة في يد صاحب النهر كما ليست هي في يد صاحب الأرض إلا أن المسناة أشبه بالأرض من النهر؛

لأن المسناة تصلح للزراعة والغرس كالأرض، والنهر لا يصلح لذلك.
الأصل: أن الاثنين متى تنازعا في شيء وليس ذلك الشيء بيد أحدهما، غير أن
في يد أحدهما ما هو أشبه بما تنازعا فيه، يقضي بالمتنازع فيه للذي كان في يده ما
هو أشبه، كما إذا تنازع إنسان في مصراعي باب موضوع على أرض والآخر معلق
على باب أحدهما، قضي بالموضوع لمن كان الآخر معلقا على بابه، وإذا كان النهر
بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف أصله بينهم فاختصموا فيه وفي الشرب،
فالشرب يقسم بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن استحقاق الشرب حاجة الأرض
إلى الشرب، وحاجة صاحب الكثير أكبر، وهذا الذي ذكرنا قول علمائنا - رحمهم
الله -، ومن الناس من قال: يقسم بينهم على قدر الخراج والصحيح قول علمائنا
- رحمهم الله تعالى - والله أعلم بالصواب.



الفصل السابع

في بيان ما يجري المنع وما لا يجري

وإذا أراد أهل الأعلى أن يحبسوا النهر على أهل الأسفل، فإن كان الماء كثيرًا في النهر بحيث لو أرسل ولم يسكر يصل كل واحد منهم إلى حقه في الشرب، لا يكون لأهل الأعلى المنع والسكر، وإن كان أهل الأعلى لا يصل إلى حقه في الشرب إلا بالسكر، فالمسألة على وجهين: إن كان الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل لا يمكن لأهل الأسفل الانتفاع أصلاً فإن كان النهر بشفة كان لأهل الأعلى ولاية الحبس، وإن كان الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل يمكنهم الانتفاع به لا يكون لأهل النهر السكر بل يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : واستحسن مشايخنا - رحمهم الله - في هذا الوجه أن الإمام يقسم بينهم بالأيام إذا أبى أهل السفلى السكر، ثم يصنع أهل الأعلى في نوبتهم يحبسوا نفياً للضرر عنهم في كل موضع جاز لأهل الأعلى السكر فإنما يجوز لهم ذلك بوضع لوح في النهر وما أشبه لا بالتراب.

هذا الذي ذكرنا في الماء المشترك يكون بينهم في الغدير، فأما الذي ينحدر من الجبل إلى الوادي اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يكون لأهل الأعلى ولاية الحبس عن الأسفل، ولكن ليس لهم أن يتعتوا ويقصدوا الإضرار بأهل الأسفل في منع الماء وراء موضع حاجتهم، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وقال بعضهم: الجواب فيه كالجواب في الماء المشترك إذا دخل في النهر، وكل جواب عرفته ثمة فهو الجواب هنا، إلا أن يكون اتخذوا المسيل والنشر على وجه الأرض فحيثئذ يكون لمن سبقت إليه يده.

قال: وسألته عن هذه الكوى أراد صاحبها أن يسفلها عن موضعها ليكون أكثر

أخذًا للماء، قال: له ذلك.

وصورتها: نهر بين قوم لكل واحدٍ منهم على رأس آقذفه كوة وأراد واحد منهم أن يكري الأقفذ ويسفل الكوة عن موضعها ليكون أكثر أخذًا للماء علم أن الكوة متسفلة ثم ارتفعت فأراد أن يعيدها إلى الحالة الأولى، أما إذا علم أنها كانت في الأصل بهذه الصفة فأراد أن يسفلها ليس له ذلك، وإليه أشار شيخ الإسلام في شرح كتاب الشرب.

والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أجرى المسألة على إطلاقها كما ذكر محمد - رحمه الله - في الكتاب وقال: له ذلك على كل حال، وإن لم يعلم الكوة في الأصل قال شيخ الإسلام - رحمه الله -: يسفل مقدار ما يكون مثل ذلك النهر في العرف والعادة وإن أراد أن يرفع الكوة وكانت مسفلة ليدخل الماء في أرضه قليلاً قال في الكتاب: له ذلك من غير فصل، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

قال شمس الأئمة الحلواني، وشيخ الإسلام خواهر زاده - رحمهما الله -: تأويل المسألة: إذا كان هو بالرفع يعيد الكوة إلى الحالة الأولى، أما لو كان في الأصل كذلك ليس له أن يرفعها، قال: وسأله عمن يريد أن يزيد في عرض فم النهر ويؤخر الكوة عن فم النهر فيجعلها على أربعة أذرع من فم النهر إلى أسفل، قال: ليس له ذلك، وصورة هذا: إن كانت الألواح التي فيها الكوة في فم النهر أراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعله في وسط فيدع فوهة النهر بغير لوح، فإنه لا يكون له ذلك.

قال في الأصل: نهر بين قوم لهم عليه أرضون فأراد بعضهم أن يسوق شربه إلى أرض أخرى لم يكن لها من ذلك النهر شرب، لم يكن له ذلك إلا بإذن الشركاء، سواء كان يريد شربه من مجرى يجذبه إلى هذه الأرض أو كان يريد سوقه من مجرى الأرض القديمة، وإن أراد أن يملأ الأرض القديمة ثم يسقي من الأرض القديمة هذه

الأرض هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه: إن سد فوهة النهر فله ذلك وإن لم يسد فوهة النهر فليس له ذلك.

إذا كان لرجل نهر في أرض رجل أراد أن يدخل أرضه ليصلح من النهر مسناة فمنعه رب الأرض من ذلك فليس له أن يدخل أرضه وألا يمشي في بطن النهر لإصلاح النهر، فكذا ذكر في الأصل ولم يحك خلافاً.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وأما على قولهما: فللنهر حريم فكان له أن يمشي على المسناة لإصلاح النهر وليس له أن يمر فيما وراء المسناة.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب على الوفاق، إلا أن موضوع المسألة أن صاحب النهر باع المسناة من صاحب الأرض وبقي النهر لنفسه.

فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الفرات، وصورتها: إذا كان طريق المرور إلى الفرات في أرض إنسان، كان للناس أن يمرؤا في أرضه بغير إذنه.

والفرق: أن في مسألة الفرات: متى أطلقنا للناس حق المرور في الأرض فقد تحملنا ضرر الخاص بدفع ضرر الخاص، وأنه لا يجوز، والله أعلم.



الفصل الثامن

في قسمة الشرب وفي العبور

نهر بين رجلين أرادا أن يسوقا الماء فيه هذا يوماً وهذا يوماً، جاز؛ لأن ذلك ينفعهما ولا يضر بغيرهما فصار كالتهايؤ في الدار، ولو كان لكل واحد نهر خاص فاصطلحا على أن يسقي هذا من نهر صاحبه، لم يجز كإجارة السكنى بالسكنى؛ ولأن هذه أنفع، ويبيع الشرب لا يجوز.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل له مياه متفرقة في قرية أراد أن يجمع كله ويجعله في شبانروز واحد، فله ذلك؛ لأنه يجمع حقوقه ومثل ذلك جائز، رجلان لهما شبانروز من ماء في نهر قرية لكل واحد منهما يوم واحد فانفقوا على أن يسوقا ماءهما جميعاً في يوم واحد، كان لهما ذلك وليس للشركاء منعهما؛ لأنهما يتصرفان في حقهما على وجه لا يتفاوت في حق الشركاء.

وفي النوازل: كرم بين أربعة نفر، وبجنب هذا الكرم حائط لرجل، جاء من اشترى أحد الشركاء الأربعة الحائط وأراد أن يسوق إليه ماءه، يعني نصيبه من ماء الكرم، والشركاء الثلاثة يمنعون عنه، فإن أراد أن يسوق إليه ماءه في المجرى المشترك فلهم منعه، وإن أراد أن يسوق في مجرى خاص له لم يكن لهما أن يمنعه إذا كان شرب الحائط المشتري من هذا النهر.

وفي واقعات الناطفي: نهر بين كرم اصطلحوا على أن يسموا لكل واحد منهم سمية وفيهم غائب فقدم، فله أن ينقض قسمتهم حتى يستوفي حقه إن لم يكونوا أوفوه وإن كانوا أوفوه فليس له أن ينقض؛ لأنه لا يفيد النقض، وهذا بخلاف قسمة الدار والأرضين إذا كان واحد من الشركاء غائباً ولم يكن عن الغائب خصم إذا حضر ولم يرض به كان له أن ينقض قسمتهم وإن أوفوه؛ لأن النقض هناك مفيد؛ لأنه متى أعاد القسمة هنا يقع في نصيبه غير ما وقع في نصيبه في القسمة الأولى، ويكون ما وقع في نصيبه في المرة الثانية أجود، أما في مسألة الشرب لا يفيد نقض القسمة؛ لأننا لو نقضنا لأعدنا مثلها، وأما نصيبه بالقسمة لا يتفاوت فلا يفيد النقض.

الفصل التاسع

في ضمان ما يتلف بسبب السقي وما يتصل به

إذا سقى أرض نفسه وملاها وتعدى إلى أرض جاره، فهذه المسألة على وجهين: إن كان أرض الساقى بحال لا يستقر الماء فيها ويجري إلى أرض الجار ويستقر فيها فالساقى ضامن وإن كان أرض الساقى بحال يستقر الماء فيها ثم يتعدى إلى أرض جاره فلا ضمان على الساقى، ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في كتاب الشرب مطلقة.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه حاكياً عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله -: إذا سقى أرضه سقياً سقي مثله في العادة، فأما إذا سقى أرضه سقياً لا يسقى مثله في العرف والعادة يضمن وهو نظير ما لو أوقد ناراً في داره فاحترق جاره، إن أوقد ناراً توقد مثله في الدور عرفاً وعادة لا يضمن، وإن كان بخلافه يضمن، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في مسألة إيقاد النار: أنه لا ضمان من غير تفصيل.

وكذلك إن نزلت أرض جاره فهو على التفصيل أيضاً كذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -.

وكان الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد - رحمه الله - يقول: إذا سقى أرض نفسه سقياً معتاداً وتعدى إلى أرض غيره، إنما لا يضمن إذا كان محقاً في السقي، بأن سقى في نوبته مقدار حقه، فأما إذا سقى في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه يضمن.

وقيل: إذا سقى أرضه سقياً معتاداً وتعدى إلى أرض جاره وهو يرى ولا يخبر جاره؛ يضمن، ذكره في البقالي.

وقيل أيضاً: إذا سقى أرض نفسه سقياً معتاداً وتعدى إلى أرض جاره، إن كان

الجار قد تقدم إليه بالإحكام فلم يفعل؛ ضمن في الاستحسان، كما في الحائط المائل إذا تقدم إلى صاحب الحائط وإن لم يتقدم إليه بذلك حتى تعدى فلا ضمان. وإن كان في أرض رجل جحر فأرة فسقى أرضه وتعدى الماء من ذلك الجحر إلى أرض الجار، فإن كان لا يعلم بالجحر فلا ضمان، وإن كان يعلم ولم يسده فهو ضامن، كذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الشرب.

وفي فتاوى الفضلي - رحمه الله - ذكر مسألة الجحر وأجاب: أنه لا ضمان، من غير تفصيل.

وإذا فتح رأس النهر فسال من النهر شيء إلى أرض جاره إن فتح من الماء مقدار ما يفتح منه في مثل ذلك النهر عرفاً وعادة فلا ضمان، وإن كان بخلافه فهو ضامن هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - .

وفي البقالي: إذا فتح الماء ثم تركه فازداد، أو فتح النهر وليس فيه ماء ثم جاء الماء لم يضمن، إن لم يزد في الفتح على رسمهم ما يحتمله، وكذا إذا انقطع الماء ولم يسده ولم يرفع السكر الذي عند أرضه.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا سقى أرضه فأرسل الماء في النهر حتى جاوز عن أرضه، وقد كان طرح رجل أسفل منه في النهر تراباً فمال الماء عن النهر وسال حتى غرق فأضير رجل، فالضمان على من طرح التراب في النهر وليس على مرسل الماء شيء إن كان له في النهر حق.

وفيه أيضاً: رجل له مجرى ماء بقرب دار آخر فأجرى في النهر الماء من جحر إلى داره وحرثها، قال: إن كان الثقب حيث لم يره وقد أجرى الماء بقدر ما يطبق النهر ولولا الثقب ما تعدى الماء إلى داره، لا ضمان على صاحب المجرى؛ لأنه استوفى حقه لا على وجه التعدي، وإن كان حمل عليه من الماء ما يتعدى بغير ثقب فهو ضامن.

وأصل المسألة ما ذكر - رحمه الله - في نهر بين رجلين اتخذ أحدهما سكرًا

فهلك زرع شريكه بعضه عطشا وبعضه غرقا قال: يضمن ما هلك غرقا ولا يضمن ما هلك عطشا، وإذا وضع سكرًا في نهر العامة يسقي أرضه وترك السكر لذلك، ثم وصل الماء ووقع بأرض رجل بسبب السكر وأفسد زرعه، فالمسألة على وجهين: إما أن أجرى الماء أحد أو أجرى نفسه، ففي الوجه الأول: الضمان على المجري، وفي الوجه الثاني: الضمان على الذي سكر.

سقي أرضه من نهر العامة، وعلى نهر العامة أنهار صغار مفتوحة الفوهات فدخل في الأنهار الصغار وفسد بذلك أراضي قوم، فهو ضامن كأنه أجرى فيها الماء. حرث رجل ضفة نهر والماء في ذلك الوقت منقطع، ثم وصل الماء فوقع في موضع التحريث في أرض رجل فأضر بالأرض وأفسد زرعًا في الأرض، قال: ينظر إن جرى الماء بنفسه يضمن المحرث إذا كان النهر للعامة؛ لأنه بسبب متعدي وإن أجرى الماء رجل آخر ضمن المجري والفتاح دون المحرث، وإذا كان النهر مشتركًا سقى واحد من الشركاء أرضه ولم يسد رأس هذا النهر فدخل الماء أرض رجل وأفسد زرعه يضمن.

قيل: إن كان هو الذي فتح رأس النهر وأجرى الماء إلى أرضه فعليه أن يسد فوهة النهر، وإذا لم يسد حتى دخل الماء أرض غيره وأفسده يضمن، وإن لم يفتح هو فوهة النهر ولم يجر الماء لكن لما كان جاريًا فسقى أرض نفسه فليس عليه أن يسد فوهة النهر، وإذا لم يفعل فلا ضمان عليه وإذا سد أنهار الشركاء فامتلاء النهر ووقع الماء في أرض رجل وأفسده ضمن.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل ألقى بشاة ميتة في نهر الطاحونة فسأل بها الماء إلى الطاحونة، فخربت الطاحونة، قال: إن كان النهر لا يحتاج إلى الكري لا يضمن، وإن كان يحتاج إلى الكري فهو ضامن إن علم أنها خربت من ذلك فلم يجعل الملقى متعديا في الإلقاء إذا كان لا يحتاج إلى الكري؛ لأن ذلك مزية، وينبغي أن يقال: إن استقرت في الماء ووقعت كما ألقاها ثم ذهبت أنه فعل الملقى،

ولهذا أمثلة كثيرة في الشرع .

من جملة ذلك : إذا أرسلت دابته فأصابت شيئاً في وجهها ذلك ضمن صاحبها ما أصابت ، وإن وقفت ساعة ثم سارت ، فما أصابت بعد ذلك لا ضمان فيه على صاحبها وانقطع حكم إرساله لما وقفت ساعة .

وفي الأجناس : إذا قمت الرجل رجلاً وألقاه في البحر وتركه حتى مات ، فإن غرق من ساعته فعليه الدية ، وإن سبح ساعة ثم غرق لم يكن عليه شيء وانقطع حكم إلقائه لما سبح ساعة كذا هاهنا .

فإن قيل : ينبغي أن يفرق الحال بينهما إذا كان الماء جارياً وقت الإلقاء ، وبين ما إذا لم يكن جارياً ثم صار جارياً بعد ذلك .

قالوا : فيما أشعل ناراً في حصائده فذهبت النار إلى زرع جاره فأتلفه فإنه إن كان اليوم ريحاً وهو يعلم أن الريح تهب بالنار إلى زرع غيره فيتلفه فهو ضامن وإن لم يكن ريحاً لا يضمن .

قلنا : هذا قول قاله بعض المتأخرين وهو خلاف جواب الكتاب لم يأخذ به شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - وإنما أخذ به شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - ؛ ألا ترى إلى ما ذكر في الكتاب : أنه إذا حل رباط زق سمن فسال وتلف إن كان ذائباً يضمن وإن كان جامداً فأذابه الشمس لا يضمن ؛ لأنه تلف بالشمس لا بحل رباط ، ولم يفصل بين ما إذا كانت الشمس طالعة وقت الرباط وبين ما إذا لم تكن طالعة فطلعت بعد ذلك ، دل أن الصحيح ما ذهبنا إليه .

الفصل العاشر

في إصلاح المسيل والمجرى

امراً لها سبعة أجربة من الأرضين خرب السيل مجرى هذه الأرضين فاستأجرت أقواماً ليعمروا المجرى على أن تعطيهـم ثلاثة أجربة من الأرضين فعمروا، ذكر عن علي بن أحمد أنه قال: أرجو أن يكون هذه الإجارة جائزة وليس لها الامتناع عن إعطاء الثلاثة الأجربة.

قال أبو الليث - رحمه الله - : يوافق قولهما، وفي قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا يجوز، بمنزلة ما لو باع كذا ذراعاً من هذه الأرضين الأجربة بكذا ويقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - يفتى، فعلى هذا لو كانت عينت الأجربة الثلاثة وقت الاستئجار، جاز إجماعاً.

نهر كبير يتشعب منه صغير فخرب فوهة النهر الصغير وأرادوا إصلاحه بالآجر والجص، فأصلاح الدرفة على أصحاب النهر الصغير؛ لأنهم هم الذين ينتفعون به والغرم على من له الغنم.

نهر كبير ونهر صغير بينهما مسناة احتيج إلى إصلاحها فأصلاحها على أهل النهريـن والنفقة عليهما نصفان وإن كان كلها حريماً للنهريـن ولا يعتبر قلة الماء وكثرته كجدار بين رجلين حمولة أحدهما عليه أكثر فاحتيج إلى النفقة عليه فهي عليهما نصفان بخلاف المرمة إذا فسدت فنفتقتها على قدر مياههم، ليكون مؤنة الملك على قدر الملك في الموضعين.

رجل له مجرى في دار رجل فخرب المجرى، فأخذ صاحب الدار صاحب المجرى بإصلاحه لا يجبر صاحب المجرى على إصلاحه، وهذا الرجل له مجرى على سطح رجل فخرب السطح لم يكن لصاحب السطح أن يأخذ صاحب المجرى بإصلاح سطحه وإن كان النهر ملكاً لصاحب النهر أخذ بإصلاحه، ومنهم من قال: إصلاح النهر على صاحب المجرى وليس هذا كالسطح؛ لأن الماء الذي يجري في

النهر ملكه فهو الذي يستعمل النهر بملكه فيكون إصلاحه عليه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - .

رجل له مجرى ماء على سطح جاره فخرب سطح الجار فيقول لصاحب المجرى: ضع ميزابا في موضع المجرى على سطحي حتى ينفذ الماء إلى مصبه فإصلاح المجرى على صاحب السطح الذي يجري عليه الماء. والله أعلم.



الفصل الحادي عشر

في المتفرقات

داران لرجل، مسيل ماء سطح إحداهما على سطح الأخرى فباع التي عليها المسيل من رجل بكل حق هو لها، ثم باع الدار الأخرى من رجل آخر، فأراد المشتري الأول أن يمنع الثاني عن إسالة الماء على سطحه، فله ذلك، إلا أن يكون اشترط البائع عليه وقت ما باعه أن مسيل ماء التي لم يبع في الدار التي بيعت. رجل له داران متلاصقان إحداهما عامرة والأخرى خراب فباع الخراب، وكانت مصب ميزاب العامرة وملقاة ثلجها في الخراب فرضي المشتري ثم أراد المنع فله المنع، وإن استثنى البائع لنفسه مسيل الماء ومطرح الثلج، فاستثناء مسيل الماء جائز، ومطرح الثلج لا يجوز؛ لأن المعاملة جرت في مسيل الماء دون مطرح الثلج، كذا قاله الفقيه أبو بكر - رحمه الله - .

وقال أبو الليث - رحمه الله: إن كان ميزاب تلك الدار ومسيل ماء سطحه إلى هذا الجانب وعرف أن ذلك قديم فمسيله على حاله وإن لم يشترط وكذا لو كان مسيل سطوحه إلى دار رجل وله فيها ميزاب قديم فليس لصاحب الدار منعه وهذا استحسان جرت به العادة، أما أصحابنا - رحمهم الله - فقد أخذوا بالقياس وقالوا: ليس له ذلك إلا أن يقيم البينة أن له حق المسيل، والفتوى على ما ذكره الفقيه أبو الليث - رحمه الله - .

وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل له مسيل ماء في دار غيره، فباع صاحب الدار داره مع المسيل ورضي به صاحب المسيل، فله أن يضرب بذلك في الثمن، وإن كان له المجرى دون الرقبة، لا شيء له من الثمن، وما ذكر في كتاب الشرب من مسألة اختلاف الشهادة، والذي يدل على أن الشرب قسط من الثمن فذلك فيما إذا بيع مع الأرض تبعاً للأرض بأن كان مالك الأرض والشرب باع الأرض مع الشرب وموضوع هذه المسألة: أن مالك الشرب غير مالك الرقبة، لو صار له شيء من الثمن

لصار مسناة أصلاً ولا وجه إليه ولا سبيل له على المسيل، كرجل أوصي له بسكنى دار فباع وارث الدار داره لكن صاحب المسيل قال: أبطلت حقي في المسيل، فإن كان له إجراء الماء دون الرقبة بطل به حقه قياساً على السكنى، وإن كانت له رقبة المسيل لم يبطل؛ لأن الملك في العين لا يبطل ما لا يبطل.

نهر عظيم يتصدع منها نهران ثم يجتمعان بعد ذلك في نهر، وعلى كل نهر طاحونة خربت إحدى الطاحونتين، فأراد صاحب الطاحونة التي خربت أن يسيل ماء نهره في النهر الآخر حتى تعم طاحونته، وذلك يضر بالطاحونة الأخرى، فليس له ذلك.

يريد إجراء مائه في نهر غيره وليس لأحد ذلك وإن كان لا يضر بالنهر فإذا كان يضر أولى.

نهران لقريتين اختلف أهلها في الحریم، فما كان مشغولاً بتراب كل نهر فهو حریم ذلك النهر، والقول في ذلك القدر قول أهله؛ لأنه في أيديهم ولا يصدق الآخرون على ذلك إلا بينة، ولو كان بين النهرين موضع فارغ لم يكن مشغولاً بتراب أحد النهرين ولا ينازع أهلها في ذلك أحد، فهو بينهما نصفان.

وسئل نصر عن مقدار حریم النهر، قال: عرض المسيل من كل جانب. مسناة بين أرضين إحداهما أسفل من الأخرى وعلى المسناة أشجار لا يعرف غارسها وكل واحد من صاحب الأرض يدعي الأشجار لنفسه ينظر: إن كان الماء في الأرض السفلى يحبس بدون هذه المسناة فالأشجار لصاحب الأرض العليا مع يمينه بالله أنها له وإن كان الماء في الأرض السفلى لا يحبس بدون هذه المسناة فالأشجار بينهما إلا أن يقيم الآخر بينة أنها له؛ وهذا لأن الحاجة إلى المسناة حاجة حبس الماء في الأرض فإذا كان الماء يحبس في الأرض السفلى بدون هذه المسناة فصاحب الأرض السفلى يحتاج إليها لصاحب الأرض العليا فتعتبر المسناة في أيديهما فيعتبر ما عليها من الأشجار في أيديهما أيضاً.

في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : إذا باع ماء له بمجاريه من غير أرض وفي تلك القرية الماء على الخراج وباع المسناة بمجاريها فالبيع جائز؛ وقد ذكرنا أن هذا قول بعض مشايخ بلخ، ثم قال: ولا خراج على المشتري؛ لأن الخراج وظيفة الأراضي لا وظيفة الماء، جرى الحكم من عمر - رضي الله عنه - هكذا.

قطعتا كرم لرجل ورجلين، بيعت إحدى القطعتين من رجل، ثم بيعت الأخرى من رجل آخر، وكان مجراهما واحداً، فمنع مشتري القطعة الأولى مجرى ماء القطعة السفلى، إن كان المالك مختلفاً ولم يذكر الحقوق في البيع لا يدخل فيه الشرب، وإن ذكر الحقوق دخل، وكان لكل واحد من المشتريين حق إجراء الماء إلى أرضه، ويقوم كل مشتري مقام بائعه، وإن كان المالك واحداً إن لم يذكر الحقوق عند البيع لا يدخل الشرب في البيع وإن ذكر الحقوق إن باع العليا أولاً لم يكن لصاحب السفلى حق إجراء الماء، إلا إذا اشترط البائع الأول أن يكون له حق إجراء الماء إلى السفلى، وإن باع السفلى أولاً كان لكل منهما حق إجراء الماء إلى أرضه.



كتاب الأشربة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: في بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها.

الفصل الثاني: فيما يتخذ من الزبيب والتمر.

الفصل الثالث: فيما يتخذ من الحبوب نحو الحنطة والذرة والشعير والإجاص

والشهد والفانيد وغيره.

الفصل الرابع: في وجوب حد الشرب.

(١) الشرب: هو اسم يقع على ما حرم منه، وأما أسماؤها فاثنا عشر؛ سبعة لما يتخذ من العنب: الخمر والباذق والطلاء والمنصف والبختج والجمهوري والحميدي واثان للمتخذ من الزبيب: النقيع والنيبذ وثلاثة للمتخذ من التمر: السكر والفضيخ والنيبذ. وأما ماهياتها: فالأشربة المتخذة من العنب:

أحدها الخمر: وهو اسم للنبيء من ماء العنب بعد ما غلى واشتد وقذف بالزبد وسكن عن الغليان عند أبي حنيفة- رحمه الله تعالى- وعندهما إذا غلى واشتد فهو خمر وإن لم يقذف بالزبد.

والثاني الباذق: وهو اسم لما يطبخ من ماء العنب حتى يذهب أقل من الثلثين سواء كان الثلث أو النصف أو يطبخ أدنى طبخة بعد ما صار مسكرا وسكن عن الغليان. والثالث الطلاء: وهو اسم للمثلث وهو ما إذا طبخ ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فصار مسكرا.

والرابع المنصف: وهو ما إذا طبخ ماء العنب حتى ذهب نصفه وبقي نصفه. والخامس البختج: وهو أن يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد ويسمى أبا يوسف لأن أبا يوسف- رحمه الله تعالى- كثيرا كان يستعمل هذا. والسادس الجمهوري: وهو النبيء من ماء العنب إذا صب عليه الماء وقد طبخ أدنى طبخة حتى ذهب ثلثه وبقي ثلثاه. وأما ما يتخذ من الزبيب فنوعان: الأول: نقيع وهو أن ينقع الزبيب في الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء ثم اشتد وغلى وقذف بالزبد.

والثاني: النيبذ وهو النبيء من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وغلى واشتد. وأما ما يتخذ من التمر فتلاثة أنواع:

أحدها: السكر وهو النبيء من ماء التمر إذا غلى واشتد وعليه أكثر أهل اللغة. والثاني: الفضيخ وهو النبيء من ماء البسر المذنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد. والثالث: النيبذ وهو النبيء من ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة وغلى واشتد وقذف بالزبد وكذا يقع على الماء الذي أنقع فيه التمر وخرجت حلاوته وغلى واشتد وقذف بالزبد. ينظر: الفتاوى الهندية (٥/٤٩٤).

الفصل الأول

في بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها

فيقول: ما يتخذ من الأشربة من العنب أنواع: الخمر والباذق^(١) والمنصف^(٢) والمثلث^(٣) والبختج^(٤) وهو الجمهوري عند بعض المشايخ، ويسمى أبو يوسف، فأما الخمر فهو النبيء من مائه إذا غلى واشتد وقذف بالزبد، ما لم يقذف بالزبد يحل شربها عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ويجوز بيعه.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله: إذا غلى واشتد يحرم شربها ولا يجوز بيعها، وإن لم يقذف بالزبد، وبه أخذ الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص الكبير - رحمه الله - ولأنه لكونها حامضاً، فإذا أخذ في الحموضة وفيها مرارة؛ ولم يحل شربها عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما.

وإذا غلى وقذف بالزبد، فلها أحكام منها:

أنه يحرم شربها قطعاً وتملكها قل أو كثر حتى يكفر مستحلها ويفسق شاربها، ويجب الحد على شاربها وإن قل.

ومنها: أنها نجس نجاسة غليظه لا يعفى إذا زاد على قدر الدرهم.

ومنها: أنه لا يجوز الانتفاع بها، وإن مزجت بشيء يحرم شربها وإن كانت مغلوبة احتياطاً، ولا يجوز بيعها فيما بين المسلمين، ولا يجب الضمان بإتلافها إذا كانت لمسلم.

قال محمد - رحمه الله -: إذا طرح في الخمر ريحان يقال: له سوس، حتى يوجد رائحته فلا ينبغي أن يدهن أو يتطيب ولا يجوز بيعها فإن تغيرت رائحتها بما

(١) الباذق بفتح الدال: ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخ فصار شديداً، وهو مسكر، ويقال: هو معرب.

(٢) المنصف: هو المطبوخ من ماء العنب إذا ذهب نصفه وبقي النصف.

(٣) المثلث: المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي معتقاً وصار مسكراً. وقيل هو الطلاء.

(٤) البختج: وهو أن يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد ويسمى أبا يوسف لأن أبا يوسف - رحمه الله تعالى - كثيراً كان يستعمل هذا.

ألقى فيها؛ لأنها لم تصر خلا بما ألقى فيها والخمر ما لم يصر خلا لا يجوز الانتفاع بها، ولا تمتشط المرأة بها وهي عادة بعض النساء قيل: إنها تزيد في ترقق الشعر، ولا يداوي بها جرحًا في بدنه أو دبر دابته، ولا يحتقن بها ولا يقطر في الإحليل، وإذا خاف على نفسه الهلاك بسبب العطش ووجد خمراً شربها إذا كان ذلك يدفع العطش، ولكن إنما يشرب بقدر ما يرد عطشه ويرويه، ولا يشرب الزيادة على الكفاية، وكما لا يحل شرب الخمر والانتفاع به فكذا لا يحل شرب درديها والانتفاع به، ولكن لو شرب لا يحد إن لم يسكر؛ لأن آخر البقل غالب على آخر الخمر، وإن جعل في خل فلا بأس به؛ لأن ما فيه من أجزاء الخمر يصير خلا.

وذكر الحاكم في المنتقى في خمر وقعت في دن خل قال: لا خير فيه. وإذا عجن الدقيق بالخمر وخبز لا يؤكل، ولو أكل لا يحد، وكذلك لو وقعت الحنطة في الخمر لا يؤكل قبل الغسل، وإن غسلت وطحنت أو لم تطحن ولم يوجد رائحة الخمر ولا طعمها فلا بأس بأكله.

قيل: هذا إذا لم تنتفخ الحنطة، أما إذا انتفخت فعلى قول محمد - رحمه الله - : لا تطهر أبداً، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - [لا تطهر أبداً]^(١)، وتغسل ثلاث مرات وتجفف في كل مرة وتؤكل، هذا وقع في بعض النسخ، ووقع في بعض النسخ عن أبي يوسف: أن الحنطة لو طبخت بخمر حتى تنتفخ وتنضج وطبخت بعد ذلك بالماء ثلاثاً وانتفخت في كل مرة وجففت بعد كل طحنة، فلا بأس بأكلها^(٢).

وعن الحسن بن زياد: تقشر الحنطة إذا أصابها خمر وانتفخت فيه تنقع في الماء ثلاث مرات حتى تنتفخ كذلك وتيس في كل مرة وتؤكل، وعلى هذا إذا طبخ اللحم في الخمر، فعلى قول محمد: لا يؤكل أبداً، وعلى قول أبي يوسف: تغلى ثلاث مرات بماء طاهر ويتردد في كل مرة، وإذا حسا منه لا يحد ما لم يسكر.

وإذا طرح الخمر في سمك وملح أو خل دربي حتى صار حامضاً فلا بأس به؛

(١) زاد في ح: لا يطهر أبداً.

(٢) المحيط (٢٠٢/١).

لأن ما بداخل السمك والملح أو الخل من أجزاء الخمر يصير خلًّا، ذكر المسألة في الأصل مطلقة من غير تفصيل.

وعن أبي يوسف: أنه كان يفصل الجواب تفصيلاً وكان يقول: إن السمك والملح مغلوبًا بالخمر يطهر إذا صار حامضًا.

وكان يقول: إن الملح الملقى في الخمر والسمك مغلوبًا كان أو غالبًا يتنجس بمجاورة الخمر إياه ولا يصير خلًّا حتى يطهر فيبقى نجسًا على حاله فيوجب تنجس الخل بحكم المجاورة ولكن أسقطنا اعتبار الملقى إذا كان قليلًا ضرورة تحليل الخمر، ولا ضرورة فيما إذا كان الملقى كثيرًا فيرد إلى ما يقتضيه القياس فهذا سمك نجس ولا يحل تناوله وإن صار حامضًا، هكذا فصل بعض المشايخ في حل آنيته فقال: إن كان الماء هو الغالب فالخل نجس، وإن كان العصير هو الغالب يطهر، إلا أن الصحيح أنه يطهر في الحالين، وإطلاق محمد - رحمه الله - في الكتاب يدل عليه.

وفي المنتقى: الخمر إذا كان في المريء والمريء هو الغالب فلا بأس بأكله فقد اعتبر الغالب في هاتين المسألتين.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - في الخمر إذا وقع في النبيذ الشديد الذي هو عنده حلال، قال: الخمر يفسده.

وفي فتاوى ما وراء النهر قطرة من الخمر وقعت في جرة فيها ماء ثم صب ذلك الماء في حب الخل.

قال أبو نصر الدبوسي - رحمه الله -: يفسد الخل؛ لأن الماء يتنجس ولا يتخلل الماء فيفسد الخل الذي في الحب بنجاسة الماء النجس.

وقال غيره: لا يفسد وعليه الفتوى؛ لأن الماء ليس نجس العين، إنما ينجس بجزء اختلط به وذلك الجزء يتحلل فلا يبقى في الخل إلا ماء طاهر.

ويكره أن يبيل الطين بالخمر، وأن يسقي الدواب به، قال بعض المشايخ: لو نقل الدابة إلى الخمر لا بأس، ولو نقل الخمر إلى الدابة يكره، وكذا قالوا فيمن أراد

تخليل الخمر: ينبغي أن يحمل الخل إلى الخمر ويصبه فيها أما لو نقل الخمر إلى الخل يكره.

وقال بعض المشايخ: لا بأس به في الوجهين جميعاً؛ لأن حمل الخمر إنما يكره إذا كان الحمل لأجل الشرب فلا بأس به، ألا ترى أنه إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس؛ لأنه ثمة في ترك الاحتساب ضرورة حتى لو لم يكن فيه ضرورة بأن كان يقع عليه الشمس من غير نقل ومن غير ضرر يلحق صاحبها من رفع السقف ونحوه لا يجوز النقل أيضاً، ذكر مسألة بل الطين.

وفي فتاوى أهل سمرقند: وذكر عقيبهما، وكذلك الميتة لا يجوز أن يطعمها كلابه، وفي مسألة الميتة نوع نظر، فقد ذكر في السير: أنه يحمل الهرة إلى الجيفة والجيفة لا تحمل إلى الهرة.

ولو سقى شاة خمرًا ثم ذبحت من ساعته فلا بأس بلحمها وكذلك إذا حلب منها اللبن لا بأس بشربه، ولو اعتادت شرب الخمر وصارت بحال يوجد رائحة الخمر فيها ففي الشاة تحبس عشرة أيام، وفي البقر عشرين وفي البعير ثلاثين، وفي الدجاجة يوماً.

وفي فتاوى أهل سمرقند: رغيف خبز عجن بخمر ثم وقع في الخل فإنه يطهر، كخرقة تصيبها خمر ثم تقع في خل، وإذا كان في الحب خمر ثم صارت خللاً بنفسها أو بتخليله فقد طهر وحل عندنا، وهي معروفة ثم ما حال الظرف؟ لم يذكر محمد - رحمه الله -.

وقال الحاكم أبو نصر محمد بن مهرويه: لا شك أن ما يوارى الخل من الظرف يطهر؛ لأنه ليس فيه إلا أجزاء الخل، والذي يتداخل أجزاء الظرف من الخمر يخلل أيضاً باتصال الخل بها أما أعلى الحب الذي ينقل عنه الخمر قبل صيرورتها خللاً تكون نجسًا؛ لأن ما بداخل أجزاء الحب من أجزاء الخمر لم يصر خللاً بل تيس فيه خمر فيكون نجسًا.

والحيلة في ذلك: أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر؛ لأنه إذا غسلها بالخل

وأدخلها من أجزاء الخمر يصير خلًّا فإن لم يغسل ذلك حتى ملأه من العصير تنجس العصير، ولا يحل شربه؛ لأنه عصير خالطه خمر^(١).

وهكذا ذكر عن أبي القاسم في طهارة النوازل: إن خلته أن يدار فيها الخل حتى يصيب جميع الظرف وإذا فعل ذلك فقد طهر وإن لم يشرب فيه الخل^(٢).

وذكر الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - : أن الخمر إذا صار خلا طهر الحب كله من غير هذا التكلف، وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - ، وهو اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - على ما مر في كتاب الطهارات.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إن الخل يرتفع بخاره ويصيب جميع الظرف فيطهر كله، وهذا أقيس لكن الأول أحوط.

ظرف الخمر إذا غسلته ثلاث مرات إن كان عتيقًا يطهر، وإن كان جديدًا قال محمد - رحمه الله - : لا يطهر أبدًا.

وقال أبو يوسف - رحمه الله : يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر. ومن المشايخ من قال: إن لم يجفف في كل مرة لكن يملأ من الماء مرة بعد أخرى فما دام يخرج متغير اللون لا يحكم بطهارته^(٣)، وإذا خرج الماء صافيًا يحكم بطهارته^(٤)، ويقول أبي يوسف - رحمه الله - نفتي.

الباذق: فهو التي من ماء العنب إذا طبخ أدنى طبخة وغلى واشتد وقذف بالزبد فإنه حرام قليله وكثيره عند علمائنا - رحمهم الله - خلافاً لأصحاب الظواهر، كذا أورد الأصفهاني وغيره ولا يحد شاربه ولا يفسق ما لم يسكر، ولا يكفر مستحله ونجاسته غليظة إليه أشار في ظاهر الرواية، فإن المذكور في ظاهر الرواية: أن ما كان حرامًا شربه إذا أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم منع جواز الصلاة والباذق مما لا

(١) تبين الحقائق (٤٩/٦)، والبنية (٣٩٢/١٢)، وفي البنية: يوراي، والفتاوى الهندية (٥/٤١٦).

(٢) في أ: يشرب، وفي البنية (٣٩٧/١٢) كما هنا.

(٣) زاد في ح: وإذا خرج الماء مرة بعد أخرى فما دام يخرج متغير اللون لا يحكم بطهارته.

(٤) الفتاوى الهندية (٥/٤١٦).

يحل شربه .

قالوا: وهكذا روى هشام عن أبي حنيفة، وأبي يوسف - رضي الله عنهما- .
 وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول: على قياس
 أبي حنيفة وأبي يوسف: يجب أن تكون نجاسته خفيفة حتى يعتبر فيه الكبير
 الفاحش؛ لأن الأخبار قد تعارضت في إباحته وحرمته، فإن قوله عليه السلام:
 «حرمت الخمرة بعينها والمسكر من كل شراب»^(١) يدل على إباحته وطهارته وتعليق
 عمر - رضي الله عنه - الخل بذهاب الثلثين يدل على حرمة ونجاسته، وإذا
 تعارضت الأخبار في ذلك أوجب حقه في نجاسته كبول ما يؤكل لحمه، ويجوز بيعه
 في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - خلافاً لهما، والقياس قول أبي حنيفة؛ لأن
 حرمة الباذق دون حرمة الخمر بدليل ما ذكرنا من الأحكام فحرمنا شربه ولم نحرم
 الانتفاع به فيما سوى إظهار التفاوت بينهما في الحرمة، ألا ترى أن الدهن الذي وقع
 فيه الفأرة وما أشبهه جاز الانتفاع به فيما سوى الأكل ولم يجز الانتفاع بودك الميتة
 فكان ذلك لإظهار التفاوت بينهما كذا هاهنا، إلا أنهما تركا القياس في حق البيع؛ لأننا لو
 أطلقنا في بيعه على حده في دار الإسلام فيؤدي إلى إظهار بيع المسكر في دار الإسلام، وإنه
 يصح، حتى روي عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا باع جيفة يجوز .

ووجوب الضمان بالإتلاف على الخلاف أيضاً على قول أبي حنيفة - رضي الله
 عنه - : يجب الضمان، وعلى قولهما: لا يجب، وكثير من مشايخنا
 - رحمهم الله - أفتوا في البيع بقوله في الإتلاف؛ لقولهما: إن كان التلف نظير
 الجيفة هذا كله إذا غلى واشتد وقذف بالزبد، وأما إذا لم يشتد بعد وكان حلوا هل

(١) أخرجه النسائي في المجتبى (٣٢١/٨) ذكر الأخبار التي اعتل بها من أباح شراب المسكر من طريق شعبة عن مسعر عن أبي عون به، وفي الكبرى رقم (٥١٧٨، ٥١٧٩)، والدارقطني في سننه (٢٥٦/٤) كتاب الأشربة وغيرها بمثل إسناد النسائي السابق لكن بلفظ «والمسكر من كل شراب»، وأبو نعيم في الحلية (٢٢٤/٧) قال: حدثنا مسعر عن أبي عون به، وقال أبو نعيم: رواه عن مسعر سفيان الثوري وشعبة بن الحجاج وسفيان وإبراهيم بن عيينة ورفع سفيان بن عيينة عن مسعر فقال: عن النبي ﷺ، وتفرد شعبة بلفظه عن مسعر فيه فقال: «والمسكر من كل شراب» .

يحل شربه عند الكل، ويأتي بعد هذا إن شاء الله .
وأما المنصف: فهو النبيء من ماء العنب حتى طبخ حتى ذهب نصفه وبقي نصفه
فحكّمه حكم الباذق، وإن ذهب أكثر من نصفه فحكّمه حكم الباذق، والمنصف في
ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - في النوادر: أنه إذا كان الذاهب
أكثر من النصف يحل شربه وإن غلى واشتد وقذف بالزبد .

وجه ظاهر الرواية: أنه ذهب الثلث بكماله وذهب من الثلث الآخر أكثره فيقام
أكثره، مقام كله فكأنه ذهب بالطبخ ثلثه وبقي الثلث وذلك حلال .
وأما المثلث: فهو النبيء من ماء العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثه وبقي الثلث، فإنه
حلال ما دام حلواً وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف
- رحمه الله -: يحل شربه ما دون المسكر لاستمراء الطعام والتداوي والفتوى على
طاعة الله خصوصاً في التالي رمضان، ولا يحل شربه للهو والطرب، وكذلك لا
يحل المسكر^(١) منه .

وقال محمد، والشافعي - رحمهما الله: لا يحل شربه أصلاً، قليله وكثيره في
ذلك على السواء .

حجة محمد، والشافعي - رحمهما الله - قوله عليه السلام: «كل مسكر
حرام»^(٢) .

(١) في ح: السكر .

(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٨/٣) كتاب الأشربة، باب: بيان أن كل مسكر خمر، حديث (٧٥/
٢٠٠٣)، وأبو داود (٨٥/٤) كتاب الأشربة، باب: النهي عن المسكر، حديث (٣٦٧٩)،
والنسائي (٨/٢٩٦، ٢٩٧) كتاب الأشربة، باب: تحريم كل شراب أسكر، والترمذي (٤/
٢٩٠) كتاب الأشربة، باب: ما جاء في شارب الخمر، حديث (١٨٦١)، وأبو عوانة (٥/
٢٧٠، ٢٧١)، وأحمد (٢/٢٩، ١٣٤، ١٣٧)، وعبد الرزاق (٩/٢٢١)، رقم (١٧٠٠٤)،
وابن الجارود (٨٥٧)، وابن حبان (٥٣٤٢-الإحسان)، وأبو يعلى (١٨٩/١٠)، رقم
(٥٨١٦)، والطبراني في «الصغير» (١/٥٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/
٢١٦)، والدارقطني (٤/٢٤٨) كتاب الأشربة، والبيهقي (٨/٢٩٣، ٢٩٦)، وأبو نعيم في
«الحلية» (٦/٣٥٢ ٣٥٣)، وفي «تاريخ أصفهان» (١/١٧٢)، والخطيب في «تاريخ بغداد»
(٦/٢٩٤)، والبغوي في «شرح السنة» (٦/١١٧) من طرق عن نافع عن ابن عمر به . قال =

الترمذي: حديث حسن صحيح.

وللحديث طرق أخرى عن ابن عمر: أخرجه النسائي (٢٩٧/٨)، والترمذي (٢٥٧/٤) كتاب الأشربة، باب: ما جاء كل مسكر حرام، حديث (١٨٦٤)، وابن ماجه (١١٢٤/٢) كتاب الأشربة، باب: كل مسكر حرام، حديث (٣٣٩٠)، وابن الجارود (٨٥٩)، وأبو يعلى (٤٧٠/٩)، رقم (٥٦٢١، ٥٦٢٢)، وابن حبان، رقم (٥٣٤٥-الإحسان)، وأحمد (١٦/٢، ٢١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢١٥/٤)، ووكيع في «أخبار القضاة» (٤٣/٣)، والدارقطني (٢٤٩/٤) كتاب الأشربة، وأبو نعيم في «الحلية» (٢٣٢/٩) وفي «تاريخ أصفهان» (٣٥٥/١) من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن ابن عمر به. وقال الترمذي: حديث حسن. وصححه ابن حبان: وأخرجه ابن ماجه (١١٢٤/٢) كتاب الأشربة، باب: ما أسكر كثيرة فقليله حرام، حديث (٣٣٩٢)، وابن عدي في «الكامل» (١٠٦٨/٣) من طريق زكريا بن منظور عن أبي حازم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام وما أسكر كثيره فقليله حرام». وهذا إسناد ضعيف زكريا بن منظور ضعفه أحمد وابن معين والنسائي وقال الحافظ البوصيري في «الزوائد» (١٠٦/٣): هذا إسناد فيه زكريا بن منظور وهو ضعيف اهـ. وقد ورد هذا الحديث من طريق أبي حازم عن نافع عن ابن عمر فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/٣٠، ٣١) رقم (١٥٦٧): سألت أبي عن حديث رواه يعقوب بن كعب الحلبي عن زكريا بن منظور عن أبي حازم عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: كل مسكر حرام. قال أبي: ثنا إبراهيم بن المنذر عن زكريا بن منظور عن أبي حازم عن ابن عمر عن النبي ﷺ لم يقل: نافع، قال أبي: وهذا عندي أصح بلا نافع.

وأخرجه ابن ماجه (١٠٢٣/٢) كتاب الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام، حديث (٣٣٨٧)، وأحمد (٩١/٢)، وأبو يعلى (٣٥٦/٩)، رقم (٤٥٦٦)، والبيهقي (٢٩٦/٨) من طرق عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام».

وأخرجه ابن عدي (١٢١٦/٣) من طريق سعيد بن مسلمة الأمدي سمعت أيوب عن محمد بن سيرين عن ابن عمر مرفوعًا بلفظ: «كل مسكر حرام وكل مسكر خمر». وقال ابن عدي: وإنما رواه الثقات عن أيوب عن نافع عن ابن عمر اهـ. وسعيد بن مسلمة ضعيف. قال الحافظ في التقريب (٣٠٥/٢): ضعيف.

وأخرجه ابن عدي (٢٢٥٤/٦) من طريق محمد بن القاسم الأسدي ثنا مطيع الأنصاري المدني عن زيد بن أسلم ونافع وأبي الزناد عن ابن عمر به مرفوعًا. وهذا سند ضعيف جدًا محمد بن القاسم الأسدي قال الحافظ في «التقريب» (٢٠١/٢): كذبوه.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢٧/٢) رقم (١٥٥٦): وسألته عن حديث رواه محمد ابن القاسم الأسدي ثنا أبو يحيى الأنصاري المدني الأعور عن نافع وزيد بن أسلم وأبي الزناد كلهم عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: كل مسكر حرام، قلت لأبي: من أبو يحيى هذا؟ قال: هو مجهول وأبو الزناد لم يدرك ابن عمر.

وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾^(١) الآية، الله تعالى بين الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهو الصد عن ذكر الله تعالى، وإيراث العداوة والبغضاء، وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل، لو قلنا بظاهر الآية لقلنا: لا يحرم القليل من الخمر، لكن تركنا قضية هذه الآية في قليل الخمر بالإجماع، ولا إجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية.

وفي الحاوي: سئل أبو بكر - رحمه الله - عن العصير إذا وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه قال: لا بأس به وهو بمنزلة طبخه بالنار، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه سئل عن هذا، قال: لا بأس به، وعن سفيان الثوري - رحمه الله - أنه كان يكرهه.

وأما البختج: وفارسيته بخته، فقد اختلف المشايخ في تفسيره، قال الفقيه أبو محمد الكعبي - رحمه الله -: هو العصير الذي يصب فيه الماء وطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين منسوب إلى جمهور الناس وهو جلهم كأنه شراب متخذه جل الناس، فإن كان تفسيره هذا فما دام حلواً يحل شربه وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد لا يحل شربه عند علمائنا جميعاً، قليله وكثيره فيه سواء^(٢). وستأتي المسألة بعد هذا مفسرة مشرحة.

وقال بعضهم: البختج هو: الحميدي، منسوب إلى رجل اسمه حمده استخرجه واتخذه، وصورته: أن يصيب الأعلى المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد، فإنه يحل

وله طريق آخر يرويه طاوس عن ابن عمر.

قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢٩/٢) رقم (١٥٦٤): وسألته عن حديث رواه نصر بن علي عن أبيه عن إبراهيم بن نافع عن أبيه عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عمر قال: خطب رسول الله ﷺ فذكر الخمر فقال رجل: يا رسول الله أرأيت المنذر؟ قال: ما المنذر؟ قال: حبة باليمن، قال: هل يسكر؟ قالوا: نعم، قال: كل مسكر حرام. قال أبي: هذا حديث منكر لا يحتمل عندي أن يكون من حديث ابن عمر ويعبد الله بن عمرو أشبه.

(١) سورة المائدة آية ٩٠ .

(٢) الفتاوى الهندية (٤١٢/٥).

شربه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ما دون المسكر ويسمى هذا النوع أبو يوسف؛ لأن أبا يوسف - رحمه الله - كثيراً ما يستعمل هذا، وهل يشترط الإباحة عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة؟

اختلف المشايخ فيه، كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل - رحمه الله - يقول: يشترط؛ لأن المثلث بمنزلة الزبيب؛ لأنه بالطبخ يضم الأجزاء بعضه في بعض كما لو زبب العنب وإذا صب فيه الماء صار بمعنى نقيع الزبيب، ونقيع الزبيب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ولم يكن مطبوخاً أدنى طبخة لا يحل تناوله، وكان الشيخ الإمام عبد الله الخيزاخزي والحاكم الإمام أبو محمد الكعبي يقولان: لا يشترط، ووجهه ظاهر.

وقال هشام: سألت أبا يوسف - رحمه الله - عن ذلك فقال: خمرا يضعه أشار إلى حرمة^(١).

وأما الخردلي: وهو أن يطلى الخاوية بالخردل ويصب فيها العصير ويمضي على ذلك مدة ولا يشتد وهو كالمثلث، وما يخرج من البقول بعد العصير بالماء لم يذكره في الكتاب، واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: هو بمنزلة الخمر لا يجوز بيعه ويحد شاربه، وقال بعضهم: هو بمنزلة النقيع.

قال محمد - رحمه الله - في كتاب الأشربة من الأصل: ولا يترخص في شرب شيء من المطبوخ على النصف أو أقل من ذلك وهو حلو، فهذا تنصيص أن المطبوخ أدنى طبخة لا يحل شربه وإن كان حلواً، وقال في موضع آخر من أشربة الأصل: إذا طبخ العصير على أقل من الثلثين بمنزلة العصير حين يغلي ويشتد، فقد جعل المطبوخ أقل من الثلثين بمنزلة العصير، والعصير ما دام حلواً يحل شربه فكذا المطبوخ أدنى طبخة، عامة مشايخ بخارى على أن ما ذكر في بعض المواضع وهو حلو وقع غلطاً، والصحيح: وهو مشتد، لا فيما هو حلو؛ ألا ترى أن العصير ما دام

(١) وفي عيون المسائل: وروى هشام قال: سألت أبا يوسف عن الخاوية يطلى بالخردل ثم يجعل فيه عفيراً فيمكث سنة يغلي قال: لا بأس بشربه إذا لم يسكر.

حلوا لا بأس بشربه .

والحاكم الشهيد قال في المختصر: إنه مأول، وتأويله: إذا طبخ وهو حلو حتى ذهب أقل من الثلثين ثم اشتد فإنه ذكر قبل هذه المسألة: إذا طبخ العصير بعدما غلى واشتد وقذف بالزبد حتى ذهب ثلثاه وبقي الثلث لا يحل شربه، فيعلم ضرورة أن المراد من المذكور بعده: أنه إذا طبخ وهو حلو ثم اشتد إن كان الذاهب بالطبخ أقل من الثلثين لا يحل شربه .

والفقيه أبو جعفر - رحمه الله - كان يجعل في المسألة روايتين، في رواية: لا يحل المطبوخ أقل من الثلثين وإن كان حلوا، إذا مضى وقت لو كان عصيرًا اشتد، وفي رواية: يحل ما دام حلوا وإن مضى وقت لو كان عصيرًا اشتد، وكان يقول في نقيع الزبيب: إذا لم يطبخ ومضى إبانه - أي: وقته - ولم يشتد ولم يحمض أنه لا يحل رواية واحدة .

وجه هذه الرواية الأولى: أن المطبوخ أدنى طبخه بعد مضي إبانه، وإن كان حلوا حقيقة فهو مشد حكمًا؛ لأنه سبب بإحياء له وهو النضج لم يشتد بعد أوانه، فعلى هذه الرواية سوى بين المطبوخ أدنى طبخة وبين نقيع الزبيب، وعلى الرواية الأخرى فرق بينهما .

وقد ذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - ما يؤيد الرواية الأولى فقال: سألت محمدًا - رحمه الله - عن عصير طبخ حتى ذهب أقل من الثلثين، ثم أنزل من النار وبرد، قال: إن كان الطبخ منع العصير من أن يغلي ولولا الطبخ لغلى، فلا حد في شربه .

قال هشام: وتفسير ذلك: بل إذا عمدت إلى عصير وأخذت نصفه ووضعته على النار حتى ذهب منه أقل من الثلثين نظرت إلى العصير الذي جعلته في الإناء الآخر، فإن كان ذلك العصير إذا طبخ حتى ذهب الربع ثم تركه حتى برد يومين أو ثلاثة، قال: إذا كان من هذا ما لو كان عصيرًا غلى لم يحل شربه وإن طبخ بعد ذلك حتى ذهب ثلثاه - معناه: إذا تركوه - إن أعادوه إلى النار مقدارًا كان يغلي في ذلك المقدار من غير نار فلا خير فيه، وإن كان من هذا قدر ما لو

كان عصيرًا لم يشتد، وهذا إذا طبخه فهو حلال، معناه: إذا تركه مقدار كان لا يغلي فيه ولا يشتد لو كان عصيرًا.

قال محمد - رحمه الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله: ما كان يبقى من الأشربة بعدما بلغ عشرة أيام فإني أكرهه، معناه: أن نبيذ الزبيب ونبيذ التمر الذي لم يطبخ أصلاً إذا لم يحمض في أوانه ذلك على شدته وأنه صار سكرًا حرامًا، قال: إذا فالشراب يفسد في العادة إلا أن يتناهى في القوة والشدة ثم يسكن فلا يفسد فصار ذلك عنده أنه الحرمة. وكذلك قال أبو يوسف في العصير إذا طبخ ثم برد قبل أن يذهب ثلثاه ثم طبخ حتى تم الذاهب ثلثين فلا خير فيه.

وقد روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: كل نبيذ يفسد عند إبانته^(١) فلا بأس به، وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه^(٢).

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا بأس بهذا كله؛ لأن الحرمة معلومة باسم الخمرية وذلك لا يثبت للنبيذ حتى يشتد، فإذا لم يعرف شدته لم يجز تحريمه بالحزر والظن، وحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - محمول على ما إذا اشتد ثم لم يفسد. وإذا طبخ العنب قبل العصير ثم عصر، روى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلى واشتد كما في نقيع الزبيب والتمر، وأنكر المتقدمون من مشايخنا هذه الرواية، فقد روى الحسن عن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - قال: سمعت أبا حنيفة - رضي الله عنه - : أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح؛ لأن الذي في العنب هو العصير وما بين العصير في الفصل بين العصير والثفل فلما لم يحل العصير بأدنى طبخة بل يشترط ذهاب الثلثين فكذلك العنب.

وعن أبي يوسف في التمر والعنب يطبخان قال: لو كان العنب الذي يطبخ مع التمر لو كان وحده غلى فلا خير فيه حتى يطبخ طبخا يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه. وسئل أبو يوسف عن حبات عنب وقع في نبيذ فقال: إذا كان لو كانت الحبات

(١) بكسر الألف وتشديد الباء على وزن فعال: أي: وقته طلبة الطلبة.

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٤/٨).

وحدها لغلت فإذا وقعت في النيذ وغلب النيذ لا يشرب ذلك النيذ، وإن كانت الحبات لا تغلي إذا كانت وحدها فلا بأس بشرب ذلك النيذ، وإذا طبخ الخمر حتى ذهب ثلثها وبقي الثلث فلا خير فيه؛ لأن هذا طبخ وجد في غير أوانه فصار كأنه لم يوجد.

وقال محمد - رحمه الله - : في عشر دوارق عصير صبت في قدر وتطبخ فيغلي ويقذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق لم يطبخ الباقي بعد ذلك حتى يحل قال: يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاث دوارق وهو الثلث الباقي بعد الدورق التي أخرج منه؛ لأن ما أخذ من الدورق التي أخرج منه لا ما أخذ من الدورق الزبد يجعل كأن لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير ولو كان هكذا كان يشترط أن يذهب بالطبخ ثلث التسعة وذلك ستة ويبقى ثلثها وذلك ثلاثة كذا هنا، وإن بلغ الزبد المستخرج قدر الدورق يطبخ الثاني حتى يذهب ثلثه وذلك خمسة دوارق وثلث دورق ويبقى من ذلك دورقان وثلث دورق ويجعل كأنه لم يصب في القدر إلا ثمانية دوارق^(١).

وفي عيون المسائل عن محمد - رحمه الله - : رجل صب عشرين دورقا وأغلى عشرة دوارق عصير وطبخه، لم يستقم حتى يذهب منه ستة وعشرون وثلثان ويبقى ثلثه وثلث ثقال؛ لأنه ماء من ماء ولا عسل ولا لبن يجعل في العصير يطبخ إلا ذهب قبل العصير كذا هنا.

وفي الأصل: قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : في رجل صب في قدره عشرة دوارق عصير وعشرين دورقا من ماء وأراد طبخه، ينظر: فإن كان يعلم أن الماء يذهب أولاً وقد يكون الماء أسرع ذهاباً؛ لأن الماء أطف وأرق من العصير ومتى كان يطبخه حتى يذهب ثلث العشرة وذلك ستة وثلثان ويبقى ثلثهما وذلك ثلاثة وثلث وهو سبع الجملة، ووجه معرفة هذا: أن يجعل كل عشرة دوارق عصير على ثلثه الحاصل إلى الثلث والثلثين فيكون ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة، فإذا ذهب الماء أولاً فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كأنه لم يكن؛ لأن ما بقي هو

(١) العناية شرح الهداية (١٠/١٠٨).

العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه بعد مدة^(١) ستة ومدة^(٢) اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وهو في الحاصل ثلاثة دوارق وثلث؛ لأن العصير صار على ثلاثة أسهم كل سهم منه ثلاثة دوارق وثلث، وإن كانا يذهبان معا يجب أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى ثلاثة عشرة؛ لأنه متى بقي عشرة كان ثلثه ماء وثلثه عصيرا إذا كانا يذهبان معا فيكون ثلاثة وثلث عصيرا وقد كان عشرة فقد رد العصير إلى الثلث، فحل فكأن محمداً - رحمه الله - علم أن العصير نوعان: منها ما لو صب الماء فيه وطبخ يذهب الماء أولاً، ومنه إذا صب الماء فيه يذهبان معا، ففصل الجواب فيه تفصيلاً، وصار حاصل الجواب: أن الماء متى كان أسرع ذهاباً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وإن كانا يذهبان معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل.

وإذا طبخ الرجل عصيراً حتى ذهب ثلثه ثم تركه حتى برد ثم أعاد عليه الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي، فإن أعاد عليه الطبخ قبل أن يغلي أو يتغير عن حال العصير فلا بأس به؛ لأن الطبخ في دفعتين إلى ذهاب الثلثين منه وفي دفعة واحدة سواء. وإن أعاد عليه الطبخ بعد ما غلا وتغير عن حالة العصير فلا خير فيه؛ لأن الطبخ في المرة الثانية لاقى شيئاً محرماً، فهو بمنزلة خمر طبخ حتى يذهب ثلثاه.

وإذا طبخ الرجل عصيراً حتى ذهب ثلاثة أخماسه ثم قطع عنه النار ولم يزل يغلي حتى ذهب تمام الثلثين فلا بأس بذلك؛ لأنه صار مثلثا بقوة النار، فإن الذي بقي فيه من الحرارة بعدما قطع عنه النار أثر ذلك النار، فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء، وهذا بخلاف ما لو برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب منه بالغليان شيء فصار مثلثاً؛ لأن الغليان بعدما يقطع عنه النار لا يكون إلا بعد المدة وحين اشتد صار محرماً؛ ولأن الغليان بقوة نفسه لا يتقص منه بل شيئاً يزيد في رفته بخلاف الغليان بقوة النار.

(١) في ح: مرة.

(٢) في ح: ومرة.

الفصل الثاني

فيما يتخذ من الزبيب والتمر

فيقول: ما يتخذ من الشراب من الزبيب نوعان: نقيع ونبيد، فالنقيع منه أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أيامًا حتى يستخرج الماء حلاوته، والنبيد منه أن يطبخ الزبيب أدنى طبخة، فأما النقيع فإن لم يطبخ أصلاً فما دام حلوا يحل شربه وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد لا يحل شربه، لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما -؛ لأنه سئل عن نقيع الزبيب قال: «هي الخمر فاجتنبها»^(١)، وإذا طبخ أدنى طبخة فهو النبذ ويحل شربه ما دام حلوا، وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وأبي يوسف في ظاهر الرواية: يحل الشرب، وعلى قول محمد والشافعي: لا يحل، وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - وأبي يوسف: أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: يجوز أن يكون في المسألة رواية واحدة ولكن اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع ما ذكر في ظاهر الرواية أنه ألقى قفيزًا من زبيب في جرة من ماء، إذا كانت الحالة هذه يكفي للإباحة أدنى طبخة؛ لأن ماء الجرة وقد ألقى فيه نقيع من زبيب في الغلط كالمنصف من غير طبخ فإذا طبخ أدنى طبخة يلتحق بالمثلث.

وموضوع ما ذكر في رواية هشام أنه جعل قفيز من زبيب في ثلاث جرار من ماء ومتى كانت الحالة هذه يشترط للإباحة ذهاب الثلثين بالطبخ؛ لأن ماء الجرار والحالة هذه بمنزلة العصير، وما يتخذ من الشراب من التمر فأنواع ثلاثة: المسكر والفضيخ والنبيد، وأما المسكر: فهو التي من ماء الرطب وأنه حلال ما دام حلوا، وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد فهو حرام عندنا، ومن الناس من أباحه، والصحيح مذهبنا لما

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٢١٥/٤) عن سعيد بن جبير وليس ابن عمر، وهو كذلك في إتحاف المهرة لابن حجر (٦٠٣/١٨).

روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه سئل عن المسكر قال: هي الخمر ليس لها كُتَيْبَةٌ^(١)، وكان علي - رضي الله عنه - يشدد في تحريم المسكر^(٢).

وأما الفضيخ: فهو التي من ماء البسر المذنب، وهذا الاسم مشتق من الفضيخ وهو الكثير فالبسر المذنب يكسر ويجعل في حب ويصب عليه الماء الحار ليخرج حلاوته فيسمى ذلك فضيخًا لكونه مستخرجًا من البسر المفضوخ وأنه حلال ما دام حلواً، وإذا غلى واشتد وقذف بالزبد فهو حرام عندنا ولكن ليس حرمة المسكر. والفضيخ يطرحه الخمر، بأن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يجوز بيع المسكر ولا يجب الحد بشرب القليل منه.

وإذا أصاب الثوب أكثر من قدر الدرهم لا يمنع جواز الصلاة.

وأما نبيذ التمر: فهو التمر إذا طبخ أدنى طبخة وغلى واشتد وقذف بالزبد، وأنه حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - استمراء الطعام والتداوي، والمسكر منه حرام، وهو قول محمد - رحمه الله - أولاً، ثم رجع وقال: لا يحل شربه، وهو قول الشافعي - رضي الله عنه - والخلاف في هذا نظير الخلاف في ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة، وفي المثلث من ماء العنب، والله أعلم.



(١) المسبوط للسرخسي (٦/٢٤)، بدائع الصنائع (٥/١١٤).

(٢) السابق.

الفصل الثالث

فيما يتخذ من الحبوب

فهو الحنطة، والذرة، والشعير والياجص، والشهد، والفانيد، وغيره، فيقول: ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عقيب ذكر الخمر والنقيع من الزبيب والسكر وما سواهما من الأشربة، فلا بأس.

والجواب على هذا البيان والعموم لا يوجد في غير هذا الكتاب، وهذا نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير حلال لا يجب الحد به وإن سكر منه، وإذا طلق امرأته لا يقع، وهذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعن محمد - رحمه الله - : أنه حرام يجب الحد بالسكر منه، وإذا طلق امرأته يقع الطلاق بمنزلة طلاق السكران، وكذلك نبذ الشهد والفانيد، ولا خلاف أن ما دام حلوا يحل شربه، فأما إذا غلى واشتد، فإن كان مطبوخًا أدنى طبخة يحل شربه عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وأبي يوسف؛ لأن نقيع الزبيب والتمر بهذه الصفة يحل، مع أن التمر والعنب أصل الخمر قال عليه السلام: «الخمر من هاتين - وأشار إلى النخلة والكرم»^(١) فلأن تحل هذه الأشربة بعد الطبخ أدنى طبخة وهذا أولى، وعند محمد والشافعي - رحمهما الله - : يكره كما في نبذ التمر والزبيب وإن لم يكن مطبوخًا وقد غلى واشتد، فعن أبي حنيفة وأبي يوسف روايتان، ذكر في كتاب الأشربة في موضع: أن الطبخ شرط، ووجهه على نقيع الزبيب والتمر، ولم يشترط الطبخ في موضع آخر وهو الأظهر، والمسكر من هذه الأشربة حرام؛ لأنه سبب لزوال العقل.

* * *

(١) أخرجه مسلم (٣/١٥٧٣) في كتاب الأشربة، بيان أن جميع ما ينبذ... (١٣/١٩٨٥).

الفصل الرابع

في وجوب حد الشرب

ويجب الحد في الخمر بتيقن الشرب، وفيما سوى الخمر من الأشربة لا يجب الحد بنفس الشرب وإنما يجب بالسكر؛ وهذا لأن الحدود لا تعرف قياساً^(١) وإنما

(١) ذهب أكثر أهل العلم إلى جريان القياس في الحدود والكفارات، خلافاً للحنفية واستدل المالكية، والشافعية، والحنابلة بالسنة والإجماع والمعقول:

أما السنة فوجهها تقرير النبي ﷺ لمعاذ في قوله: «أجتهد رأيي»؛ إذ صوبه النبي ﷺ مطلقاً من غير تفصيل وهو دليل الجواز، وإلا لوجب التفصيل؛ لأنه في مظنة الحاجة إليه (التفصيل) وتأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع.

وجملة القول: أن الحديث لم يفرق بين هذه الأحكام وبين غيرها، ويدل على ذلك أيضاً أن القياس في معنى خبر الواحد؛ لأن كل واحد منهما يقتضي الحكم من طريق الظن. ويجوز السهو والخطأ في كل واحد منهما. وإذا جاز إثبات هذه الأحكام بخبر الواحد فإنه يجوز إثباتها بالقياس.

أما الإجماع فوجهه: أن الصحابة لما اشترطوا في حد شارب الخمر، قال علي (: «إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري؛ فحدوه حد المفتري» [أخرجه مالك (٨٤٢/٢) كتاب الأشربة، باب: الحد في الخمر، رقم (٢)، والنسائي في السنن الكبرى (٢٥٢/٣) كتاب الحد في الخمر، والحاكم في المستدرک (٣٧٥/٤)، (٣٧٦)، قال الحاكم: «صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، وقال الذهبي: «صحيح سمعه منه سعيد بن عفير»، وأخرجه البيهقي في السنن (٣٢٠/٨) كتاب الأشربة، باب: ما جاء في عدد حد الخمر من طريق سعيد بن عفير أيضاً] فقاسه على حد المفتري، ولم ينقل عن أحد من الصحابة في ذلك نكير؛ فكان إجماعاً.

أما المعقول: فهو أن القياس يغلب على الظن فجاز إثبات الحدود والكفارات به، وقياساً على خبر الواحد.

أما الحنفية فقالوا: لا يجوز إثبات الكفارات والحدود والتقديرات والرخص بالقياس. وحجتهم في ذلك قوله - عليه الصلاة والسلام-: «ادرءوا الحدود بالشبهات» [أخرجه الترمذي (٣٣/٤) كتاب الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود، حديث (١٤٢٤)، والدارقطني (٨٤/٣) كتاب الحدود والديات، حديث (٨)، والحاكم (٣٨٤/٤) كتاب الحدود، والبيهقي (٢٣٨/٨) كتاب الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود بالشبهات، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٣٣١/٥) كلهم من طريق يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة». وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ولم يرفعه وهو أصح^١ هـ. وقال في «العلل =

تعرف نصًا وتوقيفًا، والنص على إقامة الحد بنفس الشرب فإن النبي عليه السلام قال: «من شرب الخمر فاجلدوه»^(١) والصحابة رضوان الله عليهم أوجبوا الحد فيما سوى الخمر بالسكر فإن عمر - رضي الله عنه - حد الأعرابي بالسكر، وهكذا روي عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما^(٢) - فاتبعوا النص في المواضع كلها. قال محمد - رحمه الله - في حدود الجامع الصغير: السكران^(٣) الذي يحد هو

الكبير، ص (٢٢٨)، رقم (٤٠٩، ٤١٠): سألت محمدا عن هذا الحديث، فقال يزيد بن زياد الدمشقي منكر الحديث ذاهب. أما الحاكم فقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، فرده الذهبي بقوله: قال النسائي: يزيد بن زياد شامي متروك. قال البيهقي: تفرد به يزيد بن زياد الشامي عن الزهري وفيه ضعف ورواه رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري مرفوعًا ورشدين ضعيف].

والقياس لا يفيد القطع؛ فتحصل الشبهة. والحدود الكفارات من الأمور المقدره التي لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها. والقياس فرع تعقل علة حكم الأصل، فما يعقل منها كقطع يد السارق لكونها جنت بالسرقه فقطعت، فإن الشبهة في القياس - لاحتماله الخطأ - توجب المنع من إثباته بالقياس، وكذا اختلاف تقديرات الكفارات، فإنه لا يعقل كما لا تعقل أعداد الركعات.

وأجيب عن ذلك: بأن جريان القياس إنما يكون فيما يعقل معناه لا فيما لا يعقل، فإنه لا خلاف في عدم جريان القياس فيه كما في غير الحدود والكفارات، ولا مدخل لخصوصيتها في امتناع القياس.

ينظر: العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى الفراء (٤/١٤٠٩)، والمسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ص (٣٩٨)، وإحكام الفصول في أحكام الأصول، للباجي، ص (٦٢٢)، وشرح تنقيح الفصول، ص (٤١٥)، ونهاية السؤل (٢/٨٢٦)، والمحصول (٢/٤٢٤)، (٥/٣٤٩)، والمستصفي (٢/٣٣٤)، وإرشاد الفحول، ص (٣٣١)، الأحكام، للآمدني (٣/١٣٦)، والتبصرة في أصول الفقه، ص (٤٤٠)، إرشاد الفحول، ص (٢٢٣).

(١) أخرجه أبو داود (٤/١٦٤) كتاب الحدود، باب: إذا تتابع الناس في شرب الخمر (٤٤٨٢)، والترمذي (٤/٣٩) كتاب الحدود، باب: ما جاء من شرب الخمر (١٤٤٤)، وابن ماجه (٢/٨٥٩) كتاب الحدود، باب: من شرب الخمر مرارًا (٢٥٧٣)، وابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمان (٣٦٤)، باب: ما جاء في شارب الخمر (١٥١٩)، والحاكم (٤/٣٧٢)، ووافقه الذهبي.

(٢) تبين الحقائق (٣/١٩٧).

(٣) للفقهاء أقوال في تعريف السكران وضابط السكر؛ فهو عند أبي حنيفة والمالكية: من لا يعلم الأرض من السماء، وعند أبي يوسف ومحمد: هو من يختلط كلامه.

وقال الشافعي: السكران هو الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم.

الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً، أو لا يعقل الرجل من المرأة والأرض من السماء عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وفي أشربة الأصل قال: أذهب عقله وكلامه مختلط لا يفهم منطقاً ولا كلاماً ولا جواباً فهو سكران، وإذا كان بعض كلامه مستقيماً وبعضه غير مستقيم إن كان النصف مستقيماً والنصف غير مستقيم لا يقام عليه الحد، وإن كان أكثر كلامه غير مستقيم يروى عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يقام عليه الحد فاعتبر الغالب وهذا كما قلنا في المجنون، وإن كان أكثر كلامه غير مستقيم أنه يحكم بجنونه ويكون الحكم للغالب.

ومحمد - رحمه الله - أشار في أشربة الأصل إلى هذا فقال: إذا ذهب عقله وكان كلامه مختلطاً فهذا يوجب أن يكون البعض مستقيماً.

وقوله: (لا يفهم منطقاً ولا جواباً ولا كلاماً) يقتضي أن يكون الكل غير مستقيم، ففي اعتبار الغالب يكون عملاً باللفظين جميعاً، وما ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - يصلح تفسيراً لما ذكر في أشربة الأصل؛ لأنه إذا كان لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فقد صار بحال لا يفهم منطقاً ولا جواباً ولا كلاماً وهذا الحد مقدر بثمانين سوطاً عند علمائنا - رحمهم الله - عرف ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين^(١).

وقال المزني: هو الذي لا يفرق بين السماء والأرض ولا بين أمه وامرأته، وقيل: هو الذي يفصح بما كان يحتشم منه. وقيل: الذي يتمايل في مشيه ويهذي في كلامه، وقيل: الذي لا يعلم ما يقول.

وقال ابن سريج: الرجوع فيه إلى العادة فإذا انتهى تغيره إلى حالة يقع عليه اسم السكران فهو المراد بالسكران.

ينظر: بدائع الصنائع (١١٨/٥)، روضة الطالبين (٩٢/٨)، مغني المحتاج (٢٧٩/٣)، الأشباه والنظائر، للسيوطي ص (٢١٧)، التعريفات، ص (١٦٦)، قوانين الأحكام الشرعية (١٥١/١).

(١) المبسوط للسرخسي (٣٠/٢٤)، تبين الحقائق (١٩٨/٣).

وإذا طبخ الخمر حتى ذهب ثلثاه وشربها لا يحد حتى يسكر؛ لأنه ليس بخمر لغة، وإن الخمر لغة اسم للني من ماء العنب والدليل عليه ما ذكر قبل هذا أن من طرح الخمر في مرق نجس ولو حسا منه لا يحد ما لم يسكر.

في المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : أنه إذا شرب خمرا ممزوجا بالماء يحد، قال: ؛ لأن الخمر لا يشرب إلا هكذا، قال: إلا أن يكون الغالب الماء، ولم يفسر العلة.

وفي القدوري: إذا غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها فلا حد في شربها. وفيه أيضاً: ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أترد^(١) في الخمر خبزا وأكل الخبز، إن كان الطعم يوجد ويستبين اللون حد، وإن كان الخمر بيضاء لا يرى لونها فإنني أحده إذا كان الطعم يوجد^(٢).

وفي البقالي: إذا عجن الدواء بالخبز يعتبر الغلبة يعني في حق الحد، وإذا شرب الخمر للضرورة بأن خاف العطش فشرب مقدار ما يرويه فسكر لا حد في الأصل، وإن روي ثم شرب حد، وإذا ادعى الإكراه لم يصدق إلا ببينة، والإكراه الخفيف معتبر في البقالي^(٣).



(١) في ح: برد.

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٤١٤).

(٣) الفتاوى الهندية (٥/٤١٤، ٤١٥).

ومما يتصل بهذا الفصل تصرفات السكران:

قال محمد - رحمه الله - : في الأصل: إذا شرب الرجل الخمر حتى سكر وطلق امرأته أو أعتق عبده أو زوج ابنته أو ابنه وهما صغيران أو وهب أو تصدق فذلك كله جائز، واعلم بأن جميع تصرفات السكران نافذة إلا الردة والإقرار بالحدود الخالصة لله تعالى، إليه ذهب عامة المشايخ، وبعض مشايخنا قالوا: كل تصرف يصح مع الترك ولا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق والإقرار بالدين والهبة والصدقة ينفذ منه، فأما البيع والشراء لا ينفذ منه، ومحمد - رحمه الله - لم يذكر البيع والشراء وإنما ذكر الطلاق والعتاق والإقرار بالدين والقروض والاستقراض، ذهب هذا القائل إلى أن القياس ألا ينفذ تصرفه أصلاً؛ لأنه عديم العقل وإنما عرفنا صحة طلاقه وعتاقه لأثر وهو قوله عليه السلام: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه»^(١) وكل ما كان في معنى الطلاق بوجه ما؛ يعمل فيه بما يقتضيه القياس. قلنا: والنكاح والعتاق في الطلاق من حيث إن كل واحد منهما يصح في الهزل ولا يبطله الشروط الفاسدة والإقرار بالدين والهبة والصدقة في معنى الطلاق من وجه حيث إن كل واحد منهما لا يبطل بالشروط الفاسدة، فأما البيع والشراء في معنى الطلاق بوجه ما يعمل فيه بقضية القياس، وعامة المشايخ قاسوا البيع والشراء فيه على الطلاق والعتاق.

قالوا: صحة الطلاق بطريق العقوبة على سكره ليكون زاجراً له عن السكر وهذا المعنى موجود في البيع والشراء.

(١) أخرجه الترمذي (٤٨١/٢) أبواب الطلاق، باب: ما جاء في طلاق المعتوه (١١٩١) من طريق مروان بن معاوية الفزاري، عن عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة به. قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث. وأخرجه البيهقي في الجعديات (٧٦٤-٧٦٦)، والبيهقي (٣٥٩/٧) عن علي بن أبي طالب موقوفاً، وذكره العلامة الألباني في الإرواء (٧/١١٠)، وصحح الرواية الموقوفة، وضعّف المرفوعة.

وإذا أكل البنج حتى ذهب عقله فإنما لا تنفذ تصرفاته؛ لأن صحة تصرفات السكران بطريق العقوبة ليكون زجرًا له ولا حاجة إلى الزجر عن أكل البنج؛ لأن الطبع ينفر عنه.

وإن سكر من نبيذ العسل والذرة هل ينفذ تصرفاته؟ اختلف المشايخ فيه، على قول أبي حنيفة وأبي يوسف على حسب اختلافهم في إيجاب الحد إذا حصل السكر من هذه الأنبذة فمن قال ثمة: يجب الحد، فقد ألحقه بنبيذ التمر والزبيب أليس أنه ينفذ تصرفاته فكذلك هاهنا، ومن قال ثمة: لا يجب الحد، فألحقه بالبنج ومن سكر من البنج أليس أنه لا يحد ولا يفسد تصرفاته كذا هاهنا إذا سكر من الخمر طائعا. فأما إذا سكر مكرها فقد اختلف فيه مشايخ بلخ - رحمهم الله - بعضهم قالوا: لا ينفذ تصرفاته، وبعضهم قالوا: ينفذ. والأول أصح؛ لأن صحة تصرفاته إذا كان طائعا وفي السكر بطريق العقوبة والزجر، ولا حاجة إلى الزجر في فصل الإكراه.



كتاب الإكراه^(١)

يشتمل على سبعة فصول:

الفصل الأول: في نفس الإكراه وشرائط صحته وحكمه.

الفصل الثاني: فيما يخطر على بال المكروه غير ما أكره عليه.

الفصل الثالث: في التخيير في الإكراه.

الفصل الرابع: في إكراه الرجل على الفعل بنفسه وما يتصل به.

الفصل الخامس: في الإكراه على التوكيل.

الفصل السادس: فيما يزيد المكروه على ما أكره عليه أو ينقص أو يأتي بشيء

آخر.

الفصل السابع: في المتفرقات.

(١) الإكراه: لغة: هو الإجبار.

ينظر: لسان العرب (٥٧/١٣) مادة (كره).

واصطلاحاً: هو حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد والإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر.

ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص (٥٠) والتوقيف، للمناوي، ص (٢٨١).

وضبط الزركشي الإكراه بعدم التأثير له في المباح، وكذلك على ترك الحرام، والمكروه والمندوب، وإنما يجيء في ترك الواجب، وفي فعل المحرم كالكفر، ولا أثر له في إيقاع الواجب.

ينظر: المنشور، للزركشي (١/١٠١).

الفصل الأول

في نفس الإكراه وشرائط صحته وحكمه

فنقول: أجمع أصحابنا - رحمهم الله - أن الإكراه بوعيد تلف النفس، أو بوعيد تلف عضو من الأعضاء، والإكراه معتبر شرعاً حصل الإكراه على القول أو على الفعل، وإن حصل الإكراه بالحبس والتقييد على فعل من الأفعال فيعتبر شرعاً، ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه، وإن حصل الإكراه بالحبس والتقييد على قول من الأقوال إن كان قولاً يستوي فيه الجذ والهزل كالطلاق والعتاق فهو غير معتبر شرعاً^(١).

ومن شرط صحته: أن يكون الإكراه من السلطان عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما: إذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو إكراه صحيح شرعاً والاختلاف على هذا الوجه المذكور في مسألة الزنا، وصورتها: غير السلطان إذا أكره رجلاً على الزنا فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: يجب الحد على الزاني كأنه باشراً الزنا تطوعاً، وعلى قولهما: لا حد عليه، فظن بعض مشايخنا - رحمهم الله - أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة، وأما في غيره من الأحكام وإكراه غير السلطان والسلطان سواء عندهم جميعاً، ومنهم من قال: الخلاف في الزنا وفي غيرها من الأحكام أيضاً سواء، واختلفوا فيما بينهم جميعاً بعضهم قالوا: هذا اختلاف عصر وزمان، وبعضهم قالوا: هذا اختلاف حجة، وفي إكراه الزوج امرأته عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - روايتان، في رواية قال: هو إكراه معتبر؛ لأن الزوج سلطانها وأمرها ذكر هذه الرواية شيخ الإسلام في شرحه.

وقال أبو يوسف: إذا هددها بما يحل به الدم فهو إكراه معتبر شرعاً.

وقال محمد - رحمه الله -: إذا خلا بها في موضع لا يمنع منه فهو كالسلطان، وحكم الإكراه متى حصل الإكراه بوعيد تلف على فعل من الأفعال نقل الفعل من

(١) الفتاوى الهندية (٣٥/٥).

المكروه إلى المكروه، فما يصلح أن يكون المكروه آلة المكروه فيه كأن المكروه فعل ذلك بنفسه وكان كالإكراه على قتل إنسان أو إتلاف ماله، ولهذا قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إذا أكره الرجل غيره على قتل إنسان بوعيد تلف فقد يجب القصاص على غيره حتى يقتله فينتقل فعله في حق القتل إلى المكروه ويجعل كأن المكروه قتل بنفسه، وفيما لا يصلح أن يكون آلة للمكروه بقي مقصوراً على المكروه كإثم القتل؛ لأن الإثم إنما يكون بقصد القلب ولا يتصور من المكروه القصد بقلب الغير فيبقى القتل في حق الإثم مقصوراً على المكروه ومتى حصل الإكراه بوعيد تلف على قول من الأقوال إن كان قولاً يستوي فيه الجدل والهزل ويتعلق بثبوتها بالقول وذلك كالطلاق والعتاق فحكمه أن المكروه يعتبر آلة المكروه في حق الإتلاف وينقل الإكراه إلى المكروه؛ لأن المكروه في حق الإتلاف يصلح آلة للمكروه، وفي حق اللفظ به الذي لا يصلح أن المكروه آلة للمكروه فيه يعتبر مقصوراً على المكروه، ولهذا كان الولاية للمكروه في فصل العتق؛ لأنه يتعلق بثبوتها بالقول وهو في حق القول لا يصلح أن المكروه آلة للمكروه؛ لأنه لا يمكنه أن يقول ويتكلم بلسان غيره ويرجع المكروه بالضممان على المكروه وانتقل فعل المكروه في حق الإتلاف إلى المكروه؛ لأنه في حق الإتلاف يصلح آلة للمكروه وفي الطلاق، وكذلك يقول: إن المكروه في حق الإتلاف يصلح آلة للمكروه وينقل فعله إلى المكروه إلا من أتلف منكوحه الغير لا يضمن له شيئاً بخلاف ما إذا أتلف عبد الغير، وإن كان قولاً لا يستوي فيه الجدل والهزل كالبيع والإجارة والإقرار فحكم الإكراه فساد ذلك القول، وكذلك إذا كان قولاً يستوي فيه الجدل والهزل ولا يتعلق بثبوتها بالقول فحكم الإكراه فساد^(١)، وذلك نحو الردة فإن الردة من المكروه لا تصح، والردة تستوي فيه الجدل والهزل ولا يتعلق بثبوتها بالقول حتى من قصد أن يكون كافراً، هذا إذا حصل الإكراه بوعيد تلف، وإن حصل الإكراه بالحبس والتقييد على فعل من الأفعال فلا حكم له فيجعل كأن المكروه فعل ذلك من

(١) الفتاوى الهندية (٥/٣٥).

غير إكراه، ومتى حصل الإكراه بالحبس والتقييد على قول، إن كان قولاً لا يستوي فيه الجدل والهزل فحكمه فساد ذلك القول، وإن كان قولاً يستوي فيه الجدل والهزل فلا حكم له ويجعل كأن المكره باشر ذلك باختياره، ومتى حصل الإكراه بوعيد ضرب مائة سوط وما أشبه ذلك فيما يخاف تلف نفسه أو عضو من أعضائه، فهذا وما لو حصل الإكراه بوعيد تلف سواء، ولم يقدر محمد - رحمه الله - في ذلك تقديرًا بل فوضه إلى رأي المكره على الضرب وهو الصحيح؛ لأن التقدير بمقدار واحد في حق جميع الناس متعذر؛ لأن الناس يتفاوتون في احتمال الضرب بتفاوتهم في القوة والضعف فيفوض إلى رأي المكره على الفعل إن هدده بمقدار يخاف على نفسه التلف أو على عضو من أعضائه فهو إكراه معتبر شرعًا، وإن هدده بضرب سوط أو سوطين فهو غير معتبر إلا أن يقولوا: لنضربك على عينك أو على المذاكير.

ومن المشايخ من يقول: إذا حصل الإكراه على الفعل بوعيد الحبس والقيود وكان الرجل منعماً فأمره وشق عليه ذلك بحيث يقع في قلبه أنه لو لم يفعل يموت بسبب الحبس والقيود أو يذهب عضو من أعضائه فهو إكراه معتبر شرعًا، وكذلك لو توعدوه بالحبس في مكان مظلم بحيث يخاف ذهاب البصر لطول مقامه فيه فهو إكراه معتبر شرعًا، إذا ثبتت هذه الجملة جئنا إلى المسائل.

فنقول: السلطان إذا أكره رجلاً بوعيد تلف فقال: لأقتلنك أو لتشربن هذا الخمر أو لتأكلن هذه الميتة، فهذا إكراه معتبر شرعًا حتى كان في سعة من تناوله، بل يفترض عليه تناول إذا كان في البدائه أنه لو لم يتناول يقتل؛ لأن الميتة في حالة الضرورة مستثناة من التحريم قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(١) وقد تحقق الضرورة والاضطرار هنا؛ لأنه يخاف على نفسه القتل فالتحقت الميتة في هذه الحالة بالمباحات، ومن أكره على تناول شيء من المباحات يفترض عليه تناول كذا هنا، وإن لم يتناول حتى قتل كان آثمًا في ظاهر رواية أصحابنا، وعن أبي يوسف

(١) سورة الأنعام آية: ١١٩ .

- رحمه الله - : أنه لا إثم عليه ، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .
 وذكر شمس الأئمة شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن ما ذكر في ظاهر الرواية
 محمول على ما إذا علم بالإباحة ولم يتناول مع ذلك أما إذا لم يعلم بالإباحة يرجى أن
 يكون في سعة منه ، وكذلك لو أوعده بتلف عضو فإن قال : لأقطعن يدك أو لتشربن
 هذا الخمر وكذلك لو هدده بضرب مائة سوط أو ما أشبه ذلك مما لا يخاف المكره
 من ذلك تلف نفسه أو تلف عضو من أعضائه فإن هدد ذلك بالحبس فقد مر الكلام
 فيه ، هذا إذا كان في غالب رأيه أنه متى لم يتناول قتل ، أما إذا كان في غالب رأيه أنه
 يمازحه بذلك ويهلكه ولا يقتله لا يباح التناول فيحكم رأيه في هذا ، كما لو دخل
 عليه في منزله رجلاً شاهراً سلاحه .

وما يعتبر إكراهاً في حق تناول الميتة والخمر يعتبر إكراهاً في إجراء كلمة الكفر
 على اللسان إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان ، في فصل الكفر : إذا صبر حتى قتل كان
 أثماً مأخوذاً بدمه ؛ لأن حرمة الكفر لا ترتفع بالإكراه ، فإذا صبر لكن يرخص له
 إجراء كلمة الكفر مع بقاء الحرمة في نفسها ، فإذا صبر فقد امتنع عن المباح فيكون
 مأخوذاً أثماً ، ولو هدده بوعيد تلف ليقر لهذا الرجل بألف درهم وأقر ، كان إقراره
 باطلاً ؛ لأن إقرار المكره كذب والكذب لا حكم له .

بيانه : أن الإقرار إخبار وإظهار وليس تمليك مبتدأ ، والخبر محتمل بين الصدق
 والكذب ، وقيام السيف على رأسه دليل الكذب بإخبار ، والإنشاء لا يحتمل الكذب
 وقد صدر من المكلف فيجب اعتباره ، وكذلك البيع وأشباهه على هذا ؛ لأن جميع
 ذلك إنشاء تصرف ، إلا أن الطلاق وأشباهه فيما يستوي فيه الجهد والهزل يقع فاسداً
 من المكره ؛ لأنه لم ينعدم بالإكراه إلا أن الرضا بما أكره عليه فإنه ما قصد لعينه حتى
 يكون راضياً وإنما باشره لدفع الشر وعدم الرضا لا يمنع صحة الطلاق وأشباهه فيما
 يستوي فيه الجهد والهزل ؛ كما لو طلق أو أعتق هازلاً أما يمنع البيع وأشباهه .

وكذلك لو هدده بالحبس والتقييد مؤبداً أو مؤقتاً يوجب غمًا بينا بحيث يؤثر

الإنسان ألف درهم على مثل ذلك للغمّ كان الإقرار؛ لأنه إقرار مكره فقد أثبت الإكراه بالقيود والحبس في الإقرار، وفي تناول الخمر والميتة ما أثبت الإكراه بالحبس والقيود على ما هو جواب الكتاب؛ لأن إباحة الميتة شرعا علققت بالاضطرار، ولا اضطرار في الحبس إنما فيه الحرق والغم، إلا أن هذه المحرمات لا يباح لدفع الغم، أما صحة الإقرار معلقة بالطوعية؛ لأن صحة الإقرار بالصدق والإكراه دليل الكذب فلم تثبت الطوعية إذا أكره بالحبس أو القيد؛ لأنه إنما أقر ليدفع الغم والشين عن نفسه، ولو هدده بضرب سوط أو حبس يوم ليقر لفلان بألف درهم فأقر، فهذا إقرار مكره قياسًا.

وفي الاستحسان: هذا إقرار طائع؛ لأن الإنسان لا يلتزم ضرر ألف درهم بحبس يوم أو قيد يوم فيرجح جانب الطوعية في هذه الصورة.

قال محمد - رحمه الله - : وليس في ذلك تقدير لازم، وذلك على حسب ما يرى الحاكم؛ لأن أحوال الناس متفاوتة فالشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وعن حبس يوم أكثر ما يستنكف غيرهم عن ضرب أسواط وحبس أيام فلماذا لم يقدر في ذلك تقديرًا، بل فوضه إلى رأي القاضي بيني الإصر على حال من ابتلي به.

وعن هذا قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - : إن ما ذكر محمد - رحمه الله - من الجواب: أن هذا إقرار طوعية، فذاك في حق أوساط الناس وفي حق السوق، أما إذا كان الرجل من أشرف الناس بحيث يستنكف من ضرب سوط واحد على ملاء من الناس أو تعريك أذنه في مجلس السلطان، فإنه يكون مكرها^(١)؛ لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحقه من الذل بهذا القدر، وذكر في البقالي في الحبس.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إذا حبس القاضي رجلًا في أمر قد

(١) الفتاوى الهندية (٥/٥١).

استوجب - يعني: استوجب - وأقر بمال أو حد أو قصاص؛ لزمه ذلك، وكذلك إن قيد مع ذلك.

ولو قال لآخر: [لا أخرجك]^(١) من السجن، أو لا أحل عنك القيد، أو تصدق وقد قيده أو^(٢) حبسه في حق فما أقر به؛ لزمه، وإن كان حبسه في غير حق؛ فهذا القول منه تهديد فلا يجوز ما أقر^(٣) به في تلك الحالة^(٤).

وإذا أكره على الهبة والتسليم؛ فالهبة فاسدة؛ لأن الملك يقع بها وهو مكره فيها، وإن أكره على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك إن سلم والمكره حاضر فالقياس: أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع.

وفي الاستحسان: لا تجوز الهبة وتكون هبة مكره، ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود، جازت الهبة وتكون هبة طائع قياساً واستحساناً، فالإكراه على الهبة إكراه على التسليم استحساناً فإذا كان المكره حاضرًا وقت التسليم، وإذا لم يكن المكره حاضرًا وقت التسليم فالإكراه على الهبة لا يكون إكراهًا على التسليم قياساً واستحساناً، فإذا قبضه الموهوب له من المكره ملكها وينفذ تصرفاته فيها؛ لأن هبة المكره هبة فاسدة والهبة الفاسدة تفيد الملك عند اتصال القبض بها، وإذا أكرهه على البيع لا غير فباع وسلم طائعًا فهو ليس ببيع مكره، فالإكراه على البيع لا يكون إكراهًا على التسليم فيكون طائعًا للتسليم ويكون ذلك إجازة منه للبيع.

وعن هذا قلنا: إن من ادعى أنه كان مكرها على البيع والتسليم وأراد استرداد المبيع من يد المشتري، لا يسمع دعواه ما دام لم يدع أنه كان مكرها على البيع والتسليم، حتى كان بيع مكره إذا قبضه المشتري ملكه ملكًا فاسدًا وينفذ تصرفاته فيه، وبعدهما تصرف فيه جاء المكره وخاصمه، أو كان مكان المشتري موهوبًا له فإنه

(١) في ح: أخرجتك.

(٢) في المحيط: أو.

(٣) في المحيط أمر.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٢٤٣/٨).

ينظر إلى تصرفه إن كان تصرفاً يحتمل النقص بعد وقوعه كان للمكره أن ينقض تصرفه ويرد العين حين وجده .

فرق بين هذا، وبين غيرها من البيوع الفاسدة والهبات الفاسدة إذا حصلت برضا المالك إذا تصرف المشتري أو الموهوب له فيها فإنه لا ينقض تصرفاته إلا الإجارة . والفرق: أن في سائر البياعات الفاسدة والهبات الفاسدة تصرف المشتري حصل بتسليط المالك فإنه لما سلم إليه فقد سلط وهذا التسليط منه قد صح لكونه طائعاً في التسليم فلا يكون له حق النقص بعد ذلك، أما هاهنا لم يوجد من المكره تسليط على التصرف ولو وجد فهو تسليط فاسد فلهذا كان له حق النقص، وإن كان تصرفه تصرفاً لا يحتمل النقص بعد وقوعه كالعق والتدبير وأشباههما لا يكون للمكره حق نقضها، وكان له حق تضمين القيمة ويكون هو بالخيار إن شاء ضمن المكره [قيمه يوم سلمه إلى] ^(١) المشتري أو ^(٢) الموهوب له، وإن شاء ضمن المشتري والموهوب له ^(٣)، وأما تضمين المكره؛ فلأنه أزال يد المكره عن ماله بغير رضاه؛ لأن تسليم المكره في حق إزالة اليد إلى المكره، وأما تضمين المشتري والموهوب له؛ لأنهما قبضا ماله لأنفسهما بغير رضاه فاختار تضمين الموهوب له، فالمشتري كان له الخيار إن شاء ضمن قيمته يوم قبض، وإن شاء ضمن قيمته يوم أعتق؛ لأن بالإعتاق أتلف على المولى حقه؛ لأن للمولى حق الاسترداد وإن صار ملكاً للقباض وهذا بخلاف ما سواه من الأشربة الفاسدة إذا أعتق المشتري كان للبائع حق تضمينه قيمته يوم قبض لا يوم أعتق .

وإذا أكره بوعيد تلف على طلاق امرأته فطلق إن كان قبل الدخول وغرم الزوج للمرأة نصف المسمى رجع بأن كان في النكاح تسمية والمتعة؛ فإن لم يكن في النكاح تسمية رجع بذلك على المكره، وإن كان بعد الدخول بها وضمن الزوج

(١) في ح: قيمة يوم سلم .

(٢) في ح: و .

(٣) البناءة (١١/٤٤) .

للمرأة جميع المسمى بأن كان في النكاح تسمية، ومهر المثل إن لم يكن في النكاح تسمية لا يرجع بشيء من ذلك.

وإذا أكره على نكاح امرأة بعشرة آلاف درهم، ومهر مثلها ألف درهم، فالنكاح جائز ويكون للمرأة مهر مثلها ألف درهم وبطل الفضل، وإنما جاز النكاح؛ لأن النكاح تصرف مع الهزل ويتعلق بثبوت باللفظ لا محالة فيصح مع الإكراه كالطلاق والعتاق وإنما كان للمرأة مهر مثلها؛ لأن التسمية قد فسدت؛ لأنها لا تصح مع الهزل فإنه لو تزوجها ومهر مثلها ألف درهم وسمى لها عشرة آلاف درهم هازلاً كان لها من العشرة آلاف قدر مهر مثلها، وإذا فسدت التسمية كان لها مهر مثلها ولا يرجع الزوج بذلك على المكره؛ لأنه أوجب عليه ما لا بعوض.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - : أنه يجب الزيادة على مهر المثل ويرجع الزوج بالزيادة على المكره.

وإذا أكره على إبراء مديونه بإبرائه باطل؛ لأن إبراء المديون لا يصح مع الهزل؛ لأن فيه معنى التملك ولا يصح مع الإكراه أيضاً. وكذلك لو أكره على إبراء كفيله، كان الإبراء باطلاً، وهذا مشكل؛ لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ليس فيه معنى التملك ولهذا لا يرتد بالرد فكان نظير الطلاق والعتاق.

والجواب: أن إبراء الكفيل فرع لإبراء الأصل، وحكم الفرع لا يخالف حكم الأصل.

ولو أكره على الرجعة صح النكاح، وكذا لو أكره على النذر واليمين صح ورجع^(١) فيها، وكذلك الظهار والإيلاء، ولو قيل له: لتقطعن يد فلان أو لأقطعنك، لتقتلن فلانا أو لأقتلنك، لا يحل له أن يفعل ذلك، ولو فعل كان آثمًا، بخلاف ما لو قال: لتقطعن يد فلان أو لأقتلنك، حيث كان في سعة من قطع يده، ولو قيل له:

(١) في ح: ولا رجوع.

لتضربن فلانا سوطاً وإلا لأقتلنك، أو قيل له: لتحلقن رأس فلان، أو قيل له: لتحلقن لحيته وإلا لأقتلنك، أو قال: لأقطعن يدك أو ما أشبه ذلك.

قال محمد - رحمه الله - : رجوت ألا يكون آثمًا، ولو كان التهديد على ذلك بحبس أو قيد أو ضرب سوط، لم يسعه أن يقدم على ذلك.

فالحاصل: أن الإكراه متى لم يكن بوعيد تلف وكان الإكراه على ما يتعلق صحته بالرضا نحو الإكراه على الإتيان وتناول المحرمات، فهو إكراه معتبر شرعاً حتى جاز للمكره مباشرته.

ولو قال له السلطان: لتدفعن إلي مال فلان وإلا قطعت يدك، رجوت أن يكون في سعة من ذلك، ولو قال: لنحبسك شهراً أو لنضربنك ضرباً أو نطوف بك في الناس، لا يجوز أن يدفع ولو دفع يصير ضامناً.

فالحاصل: أن دفع مال الغير لا يجوز إلا بخوف التلف. ولو قال له: لتقتلن فلانا، أو لنقتلنك، فلم يفعل ذلك حتى قتل كان في سعة منه وكان مأجوراً شهيداً.

ولو أكره بوعيد تلف على أن يأخذ مال فلان ويدفعه إليه، قال: رجوت أن يكون في سعة من ذلك؛ لأن مال الغير مباح حالة الضرورة كما في حالة المخمصة، وبالإكراه تحققت الضرورة ولكن علقه بالرجاء؛ لأن هذا ليس نظير حالة المخمصة من كل وجه من حيث إن العذر هناك ما كان من قبل العباد، وإن صبر حتى قتل كان مأجوراً؛ لأن أخذ مال الغير من المظالم والظلم لا يباح بحال فصار كإجراء كلمة الكفر وهذا إذا كان المكره حاضرًا، وأما إذا كان المكره غائبًا، فإن كان رسول المكره مع المكره يخاف على نفسه من رسوله ما خاف من المرسل كان في سعة من ذلك، وأما إذا لم يكن معه رسول المكره وقد خلى سبيل المكره ليفعل ذلك إلا أنه يخاف أنه إن ظفر به ولم يفعل ما أكرهه عليه؛ لا ينبغي له أن يفعل ذلك؛ لأن الإكراه زائل حقيقة إلا أنه يخاف عوده ولهذا لا يحل تناول مال الغير.

وإذا أكره الرجل على الزنا بامرأة فزنى بها، كان أبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول أولاً: يجب عليه الحد، ثم رجع وقال: لا حد عليه، وهو قولهما. ويجب المهر كانت المرأة مكرهة على الزنا أو طائعة فيه فلا يرجع بما ضمن على المكره؛ لأن منفعة الوطاء جعلت للزاني كما لو أكره على أكل طعام نفسه وأكل، إن كان جائعاً^(١) لا يرجع على المكره بشيء، وإن كان شعبانا يرجع عليه بقيمة طعامه؛ لأن في الوجه الأول منفعة الأكل حصلت للمكره ولا كذلك في الفصل الثاني، وأما المرأة إذا أكرهت على الزنا فلا حد عليها؛ لأن الذي يوجد من المرأة التمكين لا غير وإذا جاء الإكراه لا ينبغي الفعل منها تمكيناً، والرجل آثم على الإقدام في الزنا؛ لأن الزنا من المظالم، وأما المرأة إذا كانت مكرهة على الزنا هل تأثم؟ قال شيخ الإسلام في شرحه: إنها إن أكرهت على أن تمكن من نفسها فمكنت فإنها تأثم؛ لأن التمكين منها زنا، ألا ترى إنها إذا كانت طائعة في التمكين كان عليها الحد، وذكر هو أيضاً: إنها إذا أكرهت على الزنا فمكنت من نفسها فلا إثم عليها، وفرق بين الرجل وجانب المرأة، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -، وهذا كله إذا كان الإكراه بوعيد [تلف، فإن كان الإكراه بوعيد]^(٢) سجن أو قيد فعلى الرجل الحد بلا خلاف، وأما المرأة فلا حد عليها ولكنها [تأثم]^(٣)، ولو امتنع المكره على الزنا حتى قتل فهو مأجور.



(١) زاد في ح: لم.

(٢) المثبت من الفتاوى الهندية (٤٨/٥).

(٣) المثبت من الفتاوى الهندية (٤٨/٥).

الفصل الثاني

فيما يخطر على بال المكروه غير ما أكره عليه

وإذا أكره بوعيد تلف على أن يكفر بالله تعالى فتكلم بكلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: ألا يخطر على باله شيء سوى ما أكره عليه من إنشاء الكفر، وفي هذا الوجه: لا يكفر لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى وفيه نزل قوله عز وجل: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(١).

الوجه الثاني: لم يخطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب فإني لم أكفر قط فيما مضى وقال: أردت به الخبر عما مضى بالكفر كاذبًا ولم أرد به كفرًا مستقبلاً، فهاهنا يكفر في القضاء ولا يكفر فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه لما قال: أردت به الخبر بالكفر عن الماضي كاذبًا، فقد أخبر أنه عدل عما أكره عليه؛ لأنه أكره على إنشاء الكفر وهو أخبر عن الكفر في الماضي والإخبار عن الماضي، غير الإنشاء فقد عدل عما أكره عليه من هذا الوجه فجعل طائعا في هذا الإخبار، ومن أخبر عن كفر في الماضي طائعا ثم قال: عنيت الكذب، لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى.

الوجه الثالث: أن يخطر بباله الإخبار عن كفر في الماضي ولم يرد بما تكلم الإخبار بالكفر عن الماضي كاذبًا إنما أراد كفرًا مستقبلاً جوابًا لكلامهم، وفي هذا الوجه: يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه؛ لأنه لما خطر بباله الإخبار بالكفر عن الماضي كاذبًا كان يمكنه التخلف عما أكره عليه بأقل مما أكره عليه وهو الإخبار عن الكفر في الماضي كاذبًا؛ لأنه أكره على إنشاء الكفر والإخبار عن الكفر كاذبًا دون الإنشاء؛ لأن الإنشاء كفر في القضاء، وفيما بينه وبين ربه ليس بكفر ومتى أمكن للمكروه دفع ما أكره عليه بأقل مما أكره عليه فأبى الزيادة يجعل طائعا في الزيادة؛ لأنه لا حاجة إلى الزيادة فقد أنشأ كفرًا طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه

(١) سورة النحل آية: ١٠٦.

بخلاف ما إذا لم يخص الإخبار عن الكفر فيما مضى بالكفر؛ لأن هناك لا يمكنه دفع إلا بعين ما أكره عليه فجعل مكرهاً فالمكره على إنشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه وإذا أكره على أن يصلي على الصليب بوعيد فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إذا خطر بباله أن يصلي لله تعالى وقد صلى لله تعالى لا للصليب وفي هذا الوجه لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه.

الوجه الثاني: إذا قال: خطر ببالي أن أصلي لله تعالى فلم أصل لله تعالى وصليت للصليب وفي هذا الوجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه.

الوجه الثالث: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء وصليت للصليب مكرهاً وفي هذا الوجه لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى.

وكذلك لو أكره على شتم محمد ﷺ فهو على ثلاثة أوجه أيضاً:

الأول: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء وشتمت محمداً مكرهاً وفي هذا الوجه لا يكفر لا في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه.

الوجه الثاني: أن يقول: خطر ببالي رجل من النصارى فشتمته ولم أشتم محمداً ﷺ وفي هذا الوجه الجواب كذلك.

قال الشيخ شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أظرف محمد - رحمه الله - في العبارة حيث لم يقل: خطر بباله رجل من المسلمين اسمه محمد وإنما قال خطر بباله رجل من النصارى اسمه محمد، إنما فعل ذلك؛ لأن شتم النصارى دون شتم المسلمين.

الوجه الثالث: أن يقول: خطر ببالي رجل من النصارى يقال له اسمه محمد وتركت ذلك وشتمت محمداً عليه السلام وفي هذا الوجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه.

وإن أكره على إعتاق عبد بوعيد تلف فقال للعبد: أنت حر، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يقول: خطر ببالي الإخبار عن الحرية فيما مضى كاذباً وقد أردت ذلك على الإنشاء الحرية وفي هذا الوجه يعتق العبد في القضاء ولا يعتق فيما بينه وبين

ربه؛ لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعاً في الإقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الإخبار كاذباً ولا يضمن المكره شيئاً؛ لأن العبد عتق بالإقرار طائعاً فلا يكون على المكره ضمانه.

الوجه الثاني: أن يقول: خطر ببالي الإخبار كاذباً فتركت ذلك وأردت عتقا مستقبلاً كما طلب مني وفي هذا الوجه عتق العبد في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى، وهذا ظاهر ويكون المكره ضامناً قيمة العبد؛ لأن الذي خطر بباله لو فعل عتق العبد في القضاء بإتلاف المالية؛ لأن^(١) المكره في القضاء متحقق فسواء قصد ما خطر بباله أو لم يقصد كان الإتلاف في القضاء مضافاً إلى المكره فكان عليه قيمته^(٢).

الوجه الثالث: أن يقول: لم يخطر ببالي شيء وقد أتيت بما طلب مني، والجواب في هذا الوجه نظير الجواب في الوجه الثاني.

والجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمي لها مهر إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره في الوجوه الثلاثة إلا أن الرجوع هاهنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد وإذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يعتق عبده أو على أن يطلق امرأته التي لم يدخل بها أيهما شاء، ففعل المكره أحدهما نفذ ذلك عليه ولزمه الأقل من نصف الصداق ومن قيمة العبد؛ لأنه في التزام الأقل مضطر، وفي التزام الأكثر ليس بمضطر، والرجوع على المكره بسبب الاضطرار فيرجع بالأقل لهذا وإن كان الزوج قد دخل بالمرأة وباقي المسألة بحاله لم يرجع على المكره بشيء إن أوقع الطلاق فلا إشكال؛ لأن المكره بالإكراه على إيقاع الطلاق ولم يؤكد عليه مهراً كان على شرف السقوط إنما أتلّف عليه مجرد النكاح وملك النكاح ليس بمال فلا يضمن بالمال، وإن أوقع العتق؛ فلأنه كان يمكنه دفع البلاء بالطلاق وإنه دون العتق، كما أن المتلف به ليس بمال فيجعل طائعاً فيه فلا يكون له الرجوع، والله أعلم.

(١) في ح: بعمل.

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٣١/٢٤).

الفصل الثالث

في التخيير في الإكراه

لو أكره بوعيد تلف على أن يكفر بالله تعالى أو يقتلن، إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان فلا يسعه القتل، وإن صبر حتى قتل فهو أعظم لأجره، وإن أبى الكفر وقتل هذا الرجل، ففي القياس: يقتل به، وفي الاستحسان: لا يقتل به، إذا كان لا يعلم أن الكفر يسعه ولكن تجب الدية في ثلاث سنين في ماله وإنما لم يجب عليه القصاص استحساناً إذا لم يعلم أن الكفر يسعه؛ لأنه أشبه عليه ما يشبه مثله؛ لأنه استعظم الكفر، ولا شك أن حرمة الكفر أعظم من حرمة قتل النفس، حتى إن الكفار إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأساري المسلمين حل للمسلمين الرمي إليهم لدفع الكفر فهو معنى أشبه عليه ما يشبه مثله فيصير ذلك شبهة في درء القتل.

فأما إذا علم أن الكفر يسعه مع هذا قتل ذلك الرجل لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأصل وأكثر مشايخنا على أنه يلزمه القود؛ لأنه لا يبقى له شبهة في هذه الصورة في الإقدام على القتل.

ولو قيل له: لتأكلن هذه الميتة أو تقتلن هذا الرجل فإنه ينبغي له أن يأكل الميتة ولا يقتل الرجل وإن لم يأكلها حتى قتل فإنه آثم إذا كان يعلم أن أكل الميتة مباح عند الضرورة فإن لم يأكل الميتة وقتل المسلم فعليه القود ولم يشترط محمد - رحمه الله - في مسألة الميتة لإيجاب القود إن لم يعلم أنه يسعه أكل الميتة وحكي عن أبي بكر محمد بن عبد الله أنه قال: إنما يجب عليه القود إذا كان يعلم أن أكل الميتة يسعه حالة الضرورة أما إذا كان لا يعلم لا قود عليه وكان يسوي بين مسألة الميتة وبين مسألة الكفر.

وعامة مشايخنا على أن في مسألة الميتة لم يجب القود على كل حال، علم أن أكل الميتة يسعه أو لم يعلم وهذا كله إذا كان الإكراه بوعيد تلف، فأما إذا كان الإكراه بوعيد الحبس أو القيد ففي مسألة الكفر لا يسعه الكفر وإن فعل بانتهام أمراته،

وفي مسألة الميتة لا يسعه الأكل وإن أكل أثم، وكذلك في شرب الخمر إذا كان الإكراه بوعيد سجن أو قيد لا يحل الشرب فإن شرب مع ذلك فالقياس أن يحد وفي الاستحسان: لا يحد.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - القياس والاستحسان في شرحه، فعلى جواب الاستحسان اعتبر الإكراه بالقيد والحبس شبهة في درء حد الشرب وفرق بينه وبين الزنا والقتل، وإن المكروه على الزنا بوعيد القيد والحبس إذا زنى يحد، والقصاص، ولو قالوا: لتقتلن هذا المسلم أو تزني بهذه المرأة وإلا لنقتلنك لم يسعه أن يفعل واحدا منهما، فإن قتل الرجل لم يكن عليه القود وكان القود على المكروه بالقتل، فإن زنى ولم يقتل فالقياس: أن يحد، وفي الاستحسان: لا يحد، ولم يذكر القياس والاستحسان في مسألة القتل.

قيل: إنما ذكر القياس والاستحسان في فصل الزنا خاصة؛ لأن في فصل الزنا وجد دليل الطوعية بوجه ما، وهو انتشار الآلة.

وقيل: القياس في فصل الزنا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - الأول، والاستحسان قوله الآخر على ما مر قبل هذا.

وقيل: هذا قياس واستحسان آخر بناء على قوله الآخر.

ولو كان الإكراه بوعيد حبس أو قيد فزنى حد قياساً واستحساناً، وكذا إذا قتل قتل. والله أعلم.



الفصل الرابع

في إكراه الرجل على الفعل بنفسه وما يتصل به

السلطان إذا أكره الرجل بالقتل على أن يقطع يد نفسه، وسعه أن يقطع يد نفسه إن شاء الله، وإنما وسعه أن يقطع يده؛ لأنه ابتلي بين شيئين وقطع اليد أهونهما وإنما قيد بألمه؛ لأن القطع قد يسري فيصير قتلاً ولا يحل قتل نفسه بحال ولا يدري أيسري أو لا يسري فقيده بألمه لهذا، فإن قطع يد نفسه ثم خاصم المكره في ذلك فعلى المكره القود ويجعل المكره آلة للمكره في القطع كأن المكره قطع يد نفسه، وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما-؛ لأنهما يجعلان المكره على القتل آلة للمكره، وإنما الإشكال على قول أبي يوسف - رحمه الله - وعلى اختلاف المشايخ على قوله، بعضهم قالوا: يقضي عليه بالقود بخلاف فصل القتل.

وقال بعضهم: لا يقضي بالقود وإنما يقضي بالدية في ماله في ثلاث سنين كما في فصل القتل.

ولو أكرهه بالقتل على أن يلقي نفسه في النار، ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: أنه في سعة من أن يلقي نفسه في النار سواء كان يرجو النجاة من النار أو لا يرجو.

وذكر شيخ الإسلام: إذا كان يرجو الخلاص والحياة متى ألقى نفسه في النار، كان في سعة من ذلك، وإذا طرح نفسه في النار ومات يجب على المكره القود في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما.

وقد اختلف المشايخ على قول أبي يوسف رحمه الله بعضهم قالوا: تجب الدية على المكره.

وإن كان لا يرجو الخلاص متى ألقى نفسه في النار، فهذا على وجهين: إن كان لا يرى لنفسه راحة ولا منفعة ولا تأخير موت حتى يصلح بعض أموره،

لا يسعه أن يلقي نفسه في النار، وإن ألقى لم يكن على المكروه شيء، وأما إذا كان يرى لنفسه راحة أو منفعة من تأخير موته حتى يصلح بعض أموره فقد اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يسعه أن يلقي نفسه في النار. وقالوا: لا يسعه ذلك.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : هذا الخلاف في الإكراه، وإنما ذكره في السير الكبير في جنس هذه المسائل.

قال: قوم من المسلمين في سفينة فأتاهم العدو فأضرموا النار والذين في السفينة يعلمون أنهم إن قاموا في السفينة هلكوا وإن ألقوا أنفسهم في الماء هلكوا. قال: إن كان لا يرون لأنفسهم راحة أو منفعة في إلقاء أنفسهم في الماء لا يسعهم إلقاء أنفسهم في الماء، وإن كانوا يرون لأنفسهم أدنى راحة وسعهم إلقاء أنفسهم في الماء عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - خلافاً لهما.

ولو أكرهه على أن يطرح نفسه من فوق هذا البيت أو من رأس هذا الجبل. ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - الجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا إن كان يرجو النجاة في الطرح كان في سعة من ذلك، وإذا طرح نفسه في هذه الصورة ومات كان على عاقلة المكروه الدية ويجعل المكروه آلة للمكروه في ذلك كأن المكروه طرحه بنفسه، ومن طرح إنساناً من فوق عليه ومات فإنه لا يجب القود على الطراح إذا كان يرجى منه النجاة غالباً؛ لأنه حيثئذ يكون بمنزلة ما لو ضرب إنساناً بالسوط الصغير وهناك يجب الدية على عاقلة الضارب بالإجماع ولا يجب القود وكذا هنا.

وأما إذا كان لا يرجو النجاة ويعلم أنه يموت لا محالة إن كان يرى لنفسه راحة أو زيادة منفعة من تأخير موته فالمسألة على الخلاف، فإن طرح نفسه في هذه الصورة حتى مات فعلى قول أبي حنيفة: يجب الدية على عاقلة المكروه.

وعلى قول: محمد يجب القود وعلى قول أبي يوسف: يجب الدية في مال

المكروه.

لو قالوا: لتقتلن نفسك بالسيف أو لأقتلنك بالسياط أو ذكر نوعًا من القتل هو أشد مما أمروا له أن يفعل بنفسه، وسعه أن يقتل نفسه بالسيف، وإذا قتل نفسه يجب القصاص على^(١) المكروه^(٢)؛ لأن الإكراه تحقق هاهنا؛ لأنه قصد بالإقدام على ما طلب منه دفع ما هو أشد، والقتل بالسياط أشد من القتل بالسيف.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : يجب هذا أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة على قياس مسألة السفينة المذكورة في السير.



(١) في ح: يجب.

(٢) في أ: يجب، والمثبت من الفتاوى الهندية (٤٠/٥).

الفصل الخامس

في الإكراه على التوكيل

إذا أكره السلطان رجلاً على التوكيل بالطلاق أو العتاق فقبل ذلك، ثم إن الوكيل أعتق العبد أو طلق المرأة، عتق العبد وطلقت المرأة وضمن المكره للمولى قيمة العبد، ونصف الصداق للزوج إن كان الزوج لم يدخل بالمرأة، وفي المسألة قياسان واستحسانان: القياس: ألا يصح التوكيل فلا يقع طلاق الوكيل وعتاقه.

وفي الاستحسان: يصح التوكيل فيقع طلاق الوكيل وعتاقه، وبعدهما صح التوكيل ووقع الطلاق والعتاق، والقياس: ألا يضمن المكره شيئاً.

وفي الاستحسان: يضمن، وإن كان الإكراه بوعيد قيد أو حبس فلا ضمان على المكره، ولو أكرهه بوعيد قتل على أن يوكل هذا ببيع عبده بألف درهم وأكرهه على دفع العبد لبيعه ففعل ذلك، ثم إن الوكيل باع العبد وأخذ الثمن ودفع العبد إلى المشتري، فهلك العبد في يد المشتري، والوكيل والمشتري طائعين، فمولى العبد بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمة العبد، وإن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأنه قبض العبد طائعا بحكم عقد فاسد فإن ضمن المشتري لا يرجع على أحد بشيء، يريد: لا يرجع على أحد بشيء من ضمان القيمة، إنما يرجع على الوكيل؛ لأن العبد استحق من يده يعني المال أخذ منه قيمة العبد، وإن اختار تضمين الوكيل رجوع الوكيل على المشتري بقيمته ولم يرجع على المكره؛ لأن الوكيل كان طائعا في قبض العبد ولم يكن مكرها عليه من جهة المكره، وإما يرجع على المشتري؛ لأنه ملك العبد بالضمان من جهة المالك، ألا ترى أن العبد لو كان قائما في يد المشتري أخذه الوكيل من المشتري؛ لأن البيع لا ينفذ على الوكيل بالثمن فيتقاصان ويترادان الفضل، وإنما لم ينفذ بيع الوكيل هذا وإن ملك العبد بالضمان سابقا على البيع؛ لأنه باع العبد للمكره لا لنفسه فلم يجز أن ينفذ عليه بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب، ثم ملكه بإزاء الضمان حيث ينفذ عليه بيعه؛ لأنه باع

لنفسه فأمكن التنفيذ عليه متى ملكه سابقاً على البيع .
قياس مسألة الغصب في مسألتنا: لو قال الغاصب: بعته للمالك ثم ملكه بأداء
الضمان حيث ينفذ عليه بيعه؛ لأنه باع لنفسه، فأمكن التنفيذ عليه متى ملكه سابقاً
على البيع، ولو كان هكذا لكان لا ينفذ بيع الغاصب عليه، وإن اختار تضمين المكره
رجع المكره بما ضمن إن شاء على المشتري وإن شاء على الوكيل .
ولو كان الإكراه بوعيد حبس أو قيد لم يضمن المكره شيئاً؛ لأن المولى كان
طائعاً في دفع العبد؛ لأن القيد والحبس لا يعتبر إكراها في حق الدفع، فصار دافعاً
عنده طائعاً إلى الوكيل، فلا يصير الدفع منقولاً إلى المكره، بخلاف ما إذا كان
الإكراه بوعيد قيد، وإذا خرج المكره من الوسط، ذكر بعد هذا أن المولى بالخيار إن
شاء ضمن الوكيل قيمة عبده ورجع الوكيل بما ضمن على المشتري، وتقع المقاصة
بين القيمة والضمن، وإن شاء ضمن المشتري، ثم لا رجوع للمشتري على أحد
ومعناه ما ذكرنا .



الفصل السادس

فيما يزيد المكره على ما أكره عليه أو ينقص أو يأتي بشيء آخر
قال محمد - رحمه الله - في الأصل: لو أن رجلاً أكره بوعيد تلف على أن يطلق
امرأته واحدة ولم يدخل بها، وطلقها ثلاثاً وغرم نصف المهر، فلا يرجع بذلك على
المكره.

أما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - : فلأنه طائع في إيقاع الثلاث؛ لأنه خالف
أمر المكره؛ لأنه أمره بالواحدة، والثلاث غير الواحدة.

وأما عندهما: فلأنه كما أوقع الواحدة فقد أوقع الثانية والثالثة وهو طائع في
إيقاعهما، وإنه يكفي لتأكيد نصف المهر، فلا يثبت له حق الرجوع.

ولو أكرهه على أن يطلقها ثلاثاً ولم يدخل بها، فطلقها واحدة وغرم لها نصف
المسمى، رجع^(١) على المكره بذلك؛ لأن المكره على إيقاع الثلاث يكون مكرها
على إيقاع الواحدة.

ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده بوعيد تلف فأعتق الكل فالعبد حر كله
عندهم جميعاً^(٢).

أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : فلأنه طائع في إعتاق الكل؛ لأن
المكره على إعتاق النصف، وأما النصف الذي تعين من العبد على قول أبي حنيفة
هل يضمه المكره أم لا؟ إن كان المكره موسراً يضمن، وإن كان معسراً لا يضمن،
ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يقر له بألف درهم، فأقر له بخمسمائة، فالإقرار
باطل؛ لأنه إقرار مكره، من مشايخنا من قال: هذا الجواب مستقيم على قولهما،
فإن الشهادة بألف درهم شهادة بخمسمائة عندهما، حتى إن أحد الشاهدين إذا شهد
بألف وشهد الآخر بخمسمائة والمدعي يدعي الألف، تقبل الشهادة على خمسمائة

(١) في ح: ورجع.

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٤٢).

عندهما فكذا الإكراه على الإقرار بألف يكون إكراهًا على الإقرار بخمسائة. أما على قول أبي حنيفة: الشهادة بألف لا تكون شهادة بخمسائة حتى إن في تلك المسألة لا يقضى بشيء عنده، فكذا الإكراه على الإقرار بألف لا يكون إكراهًا على الإقرار بخمسائة فكان الإقرار بخمسائة إقرار طائع.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قول الكل؛ لأن الإكراه على الألف صح من المكره شرائطه، وصح ذكر الألف فثبت الخمسائة في ضمنه فكان الإكراه على الإقرار بألف إكراهًا على الإقرار بخمسائة، ألا ترى أن من ادعى على آخر ألف درهم وشهد له شاهدان بخمسائة، قبلت الشهادة ولا بد لقبول الشهادة من الدعوى والمدعي لم يدع الخمسائة ولكن قبل دعوى الألف قد صح؛ لأن الدعوى تتم بالمدعي وحده فثبتت الخمسائة في ضمنه، فأما الشاهد بألف لا يشهد بالخمسائة مقصودًا وإنه ظاهر، ولم يثبت الخمسائة مشهودًا^(١) بها موجبًا لتقصان فلا يثبت الإقرار باتفاق من الشاهدين على الخمسائة فلا يقضى بالخمسائة عنده لهذا.

ومسألة الإكراه تخالف مسألة الوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسائة أيضًا فإن الوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسائة، لم يصح، ولم يجعل الأمر بالبيع بألف، ولو أكره على الإقرار بألف درهم فأقر بألفي درهم، لزمه ألف درهم، وبطل عنه الألف؛ لأنه أقر بما أكره عليه وزيادة ألف فكان طائعا في الألف، أما الزيادة فبطل إقراره فيما كان مكرها وصح فيما كان طائعا.

فمن مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب مستقيم على قولهما فإنهما يقولان: إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين والمدعي يدعي ألفين قبلت الشهادة على ألف وجعلا الشاهدين بألفين كالشاهد بألف وألف عندهما، أما لا يستقيم على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه؛ لأنه لم يجعل الشاهد بألفين كالشاهد بألف وألف حتى قال: لا تقبل الشهادة في تلك المسألة أصلاً فكذا هاهنا لا يجعل الإقرار بألفين كالإقرار بألف وألف عنده وينبغي أن يلزمه كلا الألفين؛ لأنه أتى بغير ما أكره عليه

(١) كذا ولعل الصواب: مقصودًا.

فكان طائعاً في الإقرار بألفين .

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قول الكل وهو الأظهر وفرقوا جميعاً بين الإقرار والبيع فقالوا: لو أكره على الإقرار بألف فأقر^(١) بألفي درهم، صح الإقرار في النصف وبطل في النصف، ولو أكره على البيع بألف درهم فباع بألفي درهم جاز البيع في الكل، ولو أكرهه على أن يقر له بألف درهم، فأقر له بمائة دينار، فهو جائز؛ لأنه إقرار طائع؛ لأنه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعضه، إنما أتى بجنس آخر. فرق بين الإقرار وبين البيع فإنه إذا أكره على البيع بألف درهم فباع بمائة دينار قيمتها ألف درهم، كان البيع فاسداً استحساناً، فقد جعل الإكراه على البيع بالدرهم إكراهاً على البيع بالدنانير.

وفرق أيضاً بين الإكراه على البيع، وبين الوكيل بالبيع فلم يجعل التوكيل بالبيع بألف درهم توكيلاً بالبيع بمائة دينار حتى قال: الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بمائة دينار قيمتها ألف درهم لا يجوز كما لو باعه بعوض قيمته ألف درهم وجعل الإكراه على البيع بألف درهم، إذا باع بمائة دينار قيمتها ألف درهم إكراهاً على البيع بمائة دينار قيمتها ألف درهم.

ولو أكره على البيع فوهب كان جائزاً؛ لأن هذه هبة طائع من كل وجه؛ لأنه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعضه إنما أتى بجنس آخر، وكذلك لو أكره على الإقرار بألف فوهبها له، ولو أخذوه بمال يؤديه فأكرهوه على أدائها ولم يذكروا له جارية سبي فباع جاريته ليؤدي المال فالبيع جائز؛ لأنه طائع في البيع، وإنما أكره على أداء المال، وجهة بيع الجارية غير متعينة لأداء المال فقد تحقق أداء المال بطريق الاستقراض والاستيهاب من غير بيع الجارية، وهذا هو عادة الظلمة إذا أرادوا أن يظلموا رجلاً يحكموا عليه بالمال ولا يذكرون له بيع شيء من ملكه حتى إذا باعه ينفذ عليه، فالحيلة لمن ابتلي بذلك أن يقول: من أين أؤدي ولا مال لي فإذا قال له الظالم: بع جاريته، فالآن يصير مكرهاً على بيعها، فلا ينفذ بيعها.

(١) في ح: أقر.

الفصل السابع

في المتفرقات

لو أن رجلاً أكرهه أهل الشرك على الكفر، وله امرأة مسلمة ففعل وخلي سبيله فأناها فقالت: إنك كفرت بالله وقد بنت منك وقال الزوج: أظهرت ذلك إظهاراً وقلبي مطمئن بالإيمان، فالقول قول الزوج استحساناً؛ لأنه أنكر سبب الفرقة.

بيانه: أن التكلم بالكفر ليس سبب الفرقة لعينه ما لم يكن معتقداً لذلك ويقول على وجه الاستخفاف ألا ترى أنه لو قال: عزير ابن الله حاكياً عن اليهود، أو قال: المسيح ابن الله حاكياً عن النصارى، لا تبين منه امرأته، وإن تكلم بكلمة الكفر ولم يوجد الاستخفاف هاهنا والاعتقاد إذا كان مكرها وقلبه مطمئن بالإيمان فهو معنى قولنا: أنكر سبب الفرقة فكان القول قوله.

قال: إقرار المكره باطل بأي شيء كان المقر به؛ لأن الإقرار تصرف يبطله الهزل أي شيء كان المقر به فإنه لو أقر به عتق عبده أو طلق امرأته هازلاً لا يصح إقراره حتى لا يقع الطلاق والعتاق وكل تصرف يبطله الهزل يبطله الإكراه ثم إنما يبطل الإقرار بالهزل؛ لأن الإقرار إخبار عن أمر الماضي وليس بإثبات المآل، والخبر محتمل الصدق والكذب، وبالهزل يترجح جهة الكذب على جهة الصدق، فلم يتعلق به حكم، وبالإكراه أيضاً يترجح جانب الكذب، فلا يتعلق به حكم.

فإن قيل: إن كان إقرار المكره بالعتق والطلاق باطلاً يجب أن يجعل إنشاء للحال مجازاً حتى لا يليق إذا أمكن جعله مجازاً وقد أمكن؛ لأن العتق فيما مضى يثبت لثبوته في الحال، هذا كما قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - فيمن قال لعبده وهو أصغر سناً منه: هذا ابني فإنه يعتق عليه وجعل إقراره أنه علق من مائه وأنه سبب للحرية للحال مجازاً عن إنشاء الحرية في الحال.

قلنا: حكى عن الكرخي - رحمه الله - أنه يحمل مسألة الإقرار بعتق ما مضى على الخلاف وكان يقول على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -: ويجعل مجازاً عن

الإنشاء في الحال كيلا يعلموا كما في مسألة النسب .
 وغيره من المشايخ قال : مسألة الإقرار بالعتق في الماضي قول الكل ، وهذا القائل
 يفرق بين هذه المسألة وبين مسألة النسب على قول أبي حنيفة وهو الأصح .
 ولو أن نصرانيًا أكره على الإسلام فالقياس ألا يصح إسلامه .
 وفي الاستحسان : يصح ، فإنه لو ارتد بعد ذلك فالقياس أن يقتل .
 وفي الاستحسان : يجبر على الإسلام ولا يقتل ، وهو نظير القياس والاستحسان
 في الولد المولود من المسلمين إذا بلغ مرتدًا ، وفي الذي أسلم من صغره إذا بلغ
 مرتدًا ، فإنهما يجبران على الإسلام ولا يقتلان استحسانًا ، ولو أكره على الإقرار
 بالإسلام في الماضي فأقر ، فأقراره باطل لما قلنا .
 ولو أن امرأة أكرهت بوعيد تلف أو حبس أو قتل حتى تقبل من زوجها تطليقة
 على ألف درهم فقبلت ، وقع الطلاق ، ولا يجب المال على المرأة بسبب الإكراه ؛
 لأن التزام المال لا يصح مع الإكراه ، ويكون الواقع رجعيًا إن كان بلفظة الطلاق ؛
 لأن الواقع بصريح الطلاق بعد الدخول إذا تعرى عن البدل والطلاق رجعي ، وإن
 كان بلفظة الخلع يكون بائنًا ، فإن قالت المرأة حين علمت أنها رجعية : قد رضيت
 بتلك التطليقة بذلك المال ، فإن كان الإيقاع بلفظة الخلع لا تعمل إجازتها ؛ لأن
 الإجازة وجدت في حال لا يصح منها ابتداء للطلاق بالمال .
 وإن كان الإيقاع بلفظ الطلاق عمل إجازتها ولزمها المال وتبين من زوجها في
 قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .
 وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : إجازتها باطلة والطلاق
 رجعي على حاله ، ولا يلزمها المال .
 فمن مشايخنا من جعل هذه المسألة فرع مسألة شرط الخيار للمرأة في الخلع ،
 فإن على قول أبي حنيفة : شرط الخيار للمرأة في الخلع صحيح والخيار ثابت لها
 بحكم الشرع .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال واجب، فإن أجاز ثبوت الخيار للمرأة بسبب الشرط عند أبي حنيفة جاز أن يثبت لها الخيار بسبب الإكراه.

وبين أن تخير وبين ألا تخير، وعلى قولهما: لا تخير لثبوت الخيار لها بالشرط ولم يثبت لها الخيار بسبب الإكراه لم يكن لها أن تختار أيضاً المال؛ لأن هذه المسألة تقارن تلك المسألة من وجه، في أن تلك المسألة لا يقع الطلاق عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - قبل الإجازة، وهاهنا الطلاق واقع وإن لم تخير شيئاً، وإنما فرقا في هذا؛ لأن الثابت للمرأة في تلك المسألة خيار الشرط ومن أصله أن المشروط له الخيار لا يملك ما اشترى من صاحبه والمرأة اشترت الطلاق من زوجها فلا تملك ذلك ما دام الخيار مشروطاً، كما لو اشترط على الزوج على أنه بالخيار. وأما الخيار للمرأة هنا ثابت كما يثبت الإكراه لا بالشرط، ومثل هذا الخيار لا يمنع وقوع الملك كمن له الخيار فيما اشترى بخيار الرؤية، وخيار العيب يوقع الطلاق للحال، فمنهم من جعل هذه المسألة فرع لمسألة أخرى: أن من طلق امرأة تطليقة يملك الرجعة، ثم قال: جعلتها بائناً تصير بائناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .

وعند محمد: لا تصير بائناً وهو رجعي، ولو قال: جعلتها ثلاثاً، صارت ثلاثاً عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعند أبي يوسف ومحمد: لا تصير ثلاثاً، فإذا ملك الزوج أن يجعلها بائناً عند أبي حنيفة بالإبانة، ملك الإبانة بأخذ المال.

وعند محمد: لما لم يملك الزوج أن يجعلها بائناً بالإبانة، لا يملك الإبانة بأخذ المال من المرأة بعدما وقع رجعيًا، ولكن في هذا القول نوع شبهة فإن في تلك المسألة: أبو يوسف مع أبي حنيفة - رضي الله عنهما -، وفي هذه المسألة مع محمد - رحمه الله - .

السلطان إذا أكره رجلاً بوعيد تلف أو سجن على أن يبيع متاعه من هذا الرجل

بألف درهم - يعني: متاع السلطان - والمشتري غير مكره على المشتري فباع، فالبيع جائز والعهدة على السلطان لا على البائع؛ لأن العهدة حق مرجعه المال؛ لأن العهدة ليس إلا تسليم مبيع وانتقاد ثمن والرجوع بالثمن حال استحقاق المبيع، وكل ذلك يتأدى بالمال، والإكراه يمنع التزام المال فيمنع التزام حق مرجعه المال، والعهدة متى تباعدت عن العاقد رجعت إلى من وقع العقد له، كما في العبد المحجور أو الصبي المحجور إذا توكل عن الغير ببيع شيء وباع، فإن طلب البائع الثمن من المشتري بعد ذلك رجعت العهدة إليه؛ لأن طلب الثمن جعل رضا بالبيع دلالة، ألا ترى أن المكره على البيع لو كان هو المالك، ثم طلب الثمن من المشتري طائئاً جعل ذلك منه رضا بالدفع فكذا هنا، والرضا في الانتهاء كالرضا في الابتداء، ولو كان البائع راضياً بالبيع في الابتداء، كانت العهدة عليه فكذا هنا.

ولو كان أكرهه على أن يشتري له متاع فلان بألف درهم فاشتري فالشراء جائز والمبيع للسلطان فلا عهدة على المشتري حتى لا يطالب بتسليم الثمن، فإن طلب المشتري من البائع تسليم المبيع رجعت العهدة إليه وطولب بتسليم الثمن لما قلنا. رجل أمر رجلاً بقتل رجل ولم يقل له: وإلا لأقتلنك، لكن المأمور يعلم بدلالة الحال أنه لو لم يقتل، يقتله أو يقطع يده أو يضربه ضرباً يخاف على نفسه أو على تلف عضو منه، كان مكرهاً، في آخر الباب الأول من إكراه بيع عصام.

المشتري مكرهاً إذا هلك في يده المشتري هلك من غير تعد، لا يضمن ويملك أمانة، ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في كتاب الإكراه، وهذه ترد استكمالاً في باب بيع المكره.

كتاب الحجر

هذا الكتاب يشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في مقدمة يحتاج إليها.

الفصل الثاني: في بيان أنواع الحجر على مذهبهما.

الفصل الأول

في مقدمة يحتاج إليها

فنعول وبالله التوفيق: الحجر على الحر المكلف باطل عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - سواء كان الحجر بسبب الدين أو بسبب السفه حتى ينفذ تصرفاته على حسب ما ينفذ قبل الحجر، ويخاطب بعد الحجر بما كان يخاطب به قبل الحجر. وفي نوازل أبي الليث - رحمه الله - : أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - لا يرى الحجر على الحر إلا على ثلاثة: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس؛ فالمفتي الماجن أن يعلم الناس حيلًا باطلة بأن يعلم المرأة حتى ترد فتبين من زوجها، ويعلم الرجل أن يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم، ولا يبالي أن يحرم حلالًا أو يحلل حرامًا، فضرر هذا متعد إلى العامة. والطبيب الجاهل أن يسقي الناس في أمراضهم دواء مهلكًا وهو يعلم بذلك أو لا يعلم.

والمكاري المفلس أن يتقبل الكراء ويؤاجر الإبل وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب، فالناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه، ويصرف ما أخذ منهم في حاجته، فإذا جاء أوان الخروج يخفي هو نفسه فتذهب أموال المسلمين، وربما يصير ذلك سببًا لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو، ففساد هذا الشخص متعد أيضًا، وإلحاق الضرر بالخاص لدفع الضرر العام جائز^(١). أما ضرر المحجور المختلف فيه^(٢) غير متعد بل يقتصر عليه، فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء، فجواز الحجر في حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه.

* * *

(١) الجوهرة النيرة (١/٢٤١)، والبنية شرح الهداية (١١/٩٠)، ومجمع الأنهر (٢/٤٤١).

(٢) زاد في ح: عن.

الفصل الثاني

في بيان أنواع الحجر على مذهبهما

فنقول: الحجر نوعان: حجر بسبب الدين، وحجر بسبب السفه والفساد؛ فالحجر بسبب الدين^(١) إذا نزلت بالرجل ديون وتستغرق أمواله أو تزيد على أمواله، وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر عليه حتى لا يهب ماله ولا يتصدق به، ولا يصرفه لغريم آخر، فالقاضي يحجر عليهما^(٢) ويعمل حجره حتى لا يصح هبته ولا صدقته بعد ذلك، ولا يصح إقراره لغريم آخر في حق الغرماء الأول، وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : القاضي لا يحجر عليه ولا يعمل حجره حتى يصح منه هذه التصرفات.

وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - قول أبي يوسف في هذا

(١) الحجر لغة: المنع، يقال: حجر عليه حجراً من باب قتل أي منعه من التصرف فهو محجور عليه، وحجر القاضي على فلان: أي منعه من التصرف. والحجر اصطلاحاً: منع من تصرفٍ شرعي. والمقصود منه منع من نفاذ تصرف قولي أي من لزومه، فإن عقد المحجور ينعقد موقوفاً، والنافذ أعم من اللازم. وذكر ابن عابدين أن الحجر سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار. ينظر: المصباح المنير (١/١٢١)، ومختار الصحاح (١/١٦٧)، بدائع الصنائع (٧/٢٠٦).

وعرفه المالكية: بأنه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على حاجته الأصلية.

والحجر: المنع من التصرفات المالية عند الشافعية والحنابلة. ينظر: رد المحتار (٦/٤٣٦)، الشرح الكبير (٣/٢٦)، مغني المحتاج (٣/١١١)، والمغني، لابن قدامة (٤/٥٠٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/١٥٤). وينقسم الحجر إلى:

١- حجر لمصلحة الغير كحجر المفلس والمريض بما زاد على الثلث والعبد والمكاتب والمرتد والراهن ٢- حجر لمصلحة المحجور عليه كالحجر على الصغير والمجنون والسفيه.

ينظر: الإنصاف، للمرداوي (٥/٢٧٣).

وهذا يجعل الحجر قيلاً على الحرية الشخصية لسلبه ولاية الاختيار.

(٢) كذا والصواب: عليه.

كقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلا أن المشهور من قوله ما ذكرنا، فمن مشايخنا من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس.

بيان ذلك: أن من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بإفلاسه أولاً ثم الحجر بناء عليه، حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضي عليه بالإفلاس لا يصح حجره بلا خلاف، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس أولاً وبالحجر بناء عليه.

وعند أبي حنيفة رضي - الله عنه - الإفلاس في حالة الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء، فمسألة الحجر بناء على مسألة القضاء بالإفلاس من هذا الوجه.

ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة، فعلى قول هؤلاء: المانع من الحجر عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - كون الحجر متضمناً إلحاق الضرر بالمحجور لا تعلق له بالقضاء بالإفلاس.

وهذه المسألة ذات شعب، فمن جملتها: جواز بيع مال المديون عليه، عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا يجوز للقاضي بيع مال المديون الغائب^(١)، اختلاف المشايخ على قولهما، بعضهم قالوا: لا يجوز بيع القاضي عليه.

ومن جملة ذلك: إذا غاب الزوج وطلبت المرأة من القاضي أن يبيع ماله في نفقتها، فالقاضي لا يبيع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وكذلك عندهما على قول بعض المشايخ، وإن كان مال الغائب شيئاً خاف عليه الفساد يباع بالإجماع، وكذلك إذا كان للغائب عبد وخاف القاضي أن يستغرق قيمته نفقته، فالقاضي يبيعه بالإجماع، ويصح هذا الحجر عندهما، وإن كان المديون غائباً، ولكن يشترط علم المحجور عليه بعمل الحجر حتى إن كل تصرف باشره بعد الحجر قبل العلم به، يكون صحيحاً عندهما، وهو قياس الحجر على العبد المأذون من حيث إنه يعمل بدون علم العبد وكذلك يصح هذا الحجر قبل الحبس وبعده.

(١) في ح: الغالب.

وإذا صح الحجر بسبب الدين عندهما صار حال هذا المحجور كحال مريض عليه ديون الصحة، فكل تصرف يؤدي إلى إبطال حق غرمائه، فالحجر مؤثر فيه وذلك كالهبة والصدقة وما أشبههما، كما في تصرفات المريض في حق غرماء الصحة، وكما في تصرفات الراهن في المرهون.

وأما البيع فلا يخلو إما أن يكون بمثل القيمة أو بالغبن، فإن كان بمثل القيمة جاز من هذا المحجور، وإن باع بالغبن لأحد يجوز منه سواء كان الغبن يسيراً أو فاحشاً وإذا لم تصح الغبن يتخير المشتري بين إزالة الغبن وبين الفسخ، كما في بيع المريض مرض الموت، فإن باع ماله من الغريم وجعل الدين قصاصاً بالثمن، إن كان الغريم واحداً جاز ذلك، وإن كان الغريم اثنين فبيع ماله من أحدهما بمثل قيمته صحيح، كما لو باع من أجنبي بمثل قيمته، ولكن المقاصة لا تصح، وكذلك لو قضى دين بعض الغرماء لا يملك^(١)؛ لأن فيه شهادة على الباقيين وتخصيصه بقضاء دينه وإنه محجور عليه وصار كالمريض مرض الموت.

ولا يجوز إقراره على نفسه بالدين يعني: في حق الغرماء الذين لأجلهم وجب الحجر، كما لا يجوز إقرار المريض بالدين في حق غرماء الصحة، ولو كان سبب وجوب الدين بائناً عند القاضي لعله أو لشهادة الشهود بأن شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة يتناول هؤلاء الغرماء غريمه الذي له الدين قبل الحجر.

ولو اشترى طعاماً لنفسه أو لعياله، فهو جائز، وإن كان المحبوس في الحبس يسرف في اتخاذ الطعام منعه القاضي عن ذلك، وأمره أن ينفق بالمعروف وكذلك في الكسوة ولكن لا يمنع عنه قدر حاجته.

قال: وإن استهلك مالا لرجل حاص المستهلك عليه الغرماء وإن أعتق المحجور عليه رقيقاً جاز العتق ويسعى في قيمته وإذا تزوج امرأة في الحبس وزاد على مهر مثلها جاز النكاح؛ لأن النكاح من أصول حوائجه وحاجته مقدمة على حق الغرماء

(١) الفتاوى الهندية (٥/٦٢).

وصار كالمأكول والمشروب ولهذا صح من المريض ثم في مقدار مهر المثل حاصه سائر الغرماء؛ لأن مقدار مهر المثل واجب بمطلق النكاح وإن لم يسم فلم يكن منهما في ذلك فظهر في حق الغرماء، فأما الزيادة على مهر المثل واجبة بالتزامه وتسميته وفيه إبطال حق الغرماء فلم يصح في حقهم ثم إذا حجر عليه القاضي بسبب الدين يشهد أنه حجر عليه في ماله، والإشهاد ليس بشرط لصحة الحجر، وإنما احتيج إليه؛ لأنه يتعلق بهذا الحجر أحكام، وربما يقع التجاحد فيه فيحتاج إلى إثباته فيشهد ليقع الأمن عن التجاحد وبين سبب الحجر فيقول: حجرت عليه بسبب الدين الذي لفلان ابن فلان عليه؛ لأن الحجر على قول من يراه جائزًا يختلف أسبابه، وهو باختلاف سببه مختلف في نفسه؛ لأن الحجر بسبب السفه يعم الأموال كلها، والحجر بسبب الدين يختص بالأموال الموجودة له في الحال، فأما ما يحدث من المال بالكسب وغيره فلا يؤثر الحجر فيه وينفذ تصرفه فيه، وإنما احتيج إلى تسمية صاحب الدين الذي لأجله حجر يرتفع بأمر رب الدين المحجور وبوصول الدين إليه، فيحتاج إلى معرفته، حتى إنه إذا أبرأ رجل المحجور أو دفع المال إلى رجل فالقاضي يعرف أن بذلك هل يرتفع الحجر أو لم يرتفع.

وأما الحجر بسبب الفساد والسفه^(١) فهو نوعان:

(١) السفه لغة: هو نقص في العقل، وأصله الخفة، وسفه الحق جهله، وسفهته تسفيها: نسبته إلى السفه، أو قلت له: إنه سفه. وهو سفه، والأثني سفهية، والجمع سفهاء. وأما اصطلاحاً فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه:

فذهب الحنفية إلى أن السفه هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل، كالتبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً، كدفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمام الطيار بثمن غال، والغبن في التجارات من غير محمودة أو غرض صحيح. وأصل المسامحات في التصرفات والبر والإحسان مشروع إلا أن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب، ولذا كان من السفه عند الحنفية تبذير المال وتضييعه ولو في الخير كأن يصرفه كله في بناء المساجد ونحو ذلك.

ينظر: المصباح المنير، مادة (سفه)، حاشية ابن عابدين (٩٢/٥).

وذهب المالكية إلى أن السفه هو التبذير، أي: صرف المال في غير ما يراد له شرعاً،

بصرف المال في معصية كخمر وقمار، أو بصرفه في معاملة من بيع أو شراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة تترتب عليه بأن يكون ذلك شأنه من غير مبالاة، أو صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة مثله في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه ونحو ذلك. أو بإتلافه هدرا كأن يطرحه على الأرض أو يرميه في بحر أو مرحاض، كما يقع لكثير من السفهاء يطرحون الأطعمة والأشربة فيما ذكر ولا يتصدقون بها.

وأما الشافعية فقد ذهب الماوردي إلى التفرقة بين التبذير والسرف، فقال: التبذير: الجهل بمواقع الحقوق، والسرف: الجهل بمقادير الحقوق. وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما. وعلى كل حال فإن السفيه عند الشافعية هو الذي يضيع ماله باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها إذا كان جاهلا بها - أما إذا كان عالما بالمعاملة فأعطى أكثر من ثمنها فإن الزائد صدقة خفية محمودة، أي إن كان التعامل مع محتاج وإلا فهية. ومن السفه عندهم أن يرمي ماله وإن كان قليلا في بحر أو نار أو نحو ذلك أو ينفق أمواله في محرم. والأصح عند الشافعية أن صرف المال في الصدقة ووجوه الخير، والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير. أما في الأولى وهو الصرف في الصدقة ووجوه الخير فلأن له في الصرف في الخير عوضا، وهو الثواب، فإنه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف. وحقيقة السرف: ما لا يكسب حمدا في العاجل ولا أجرا في الآجل. ومقابل الأصح في هذا النوع أنه يكون مبدرا إن بلغ مفرطا في الإنفاق. فإن عرض له ذلك بعد البلوغ مقتصدا فلا. وأما في الثانية وهو الصرف في المطاعم والملابس فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ به، ومقابل الأصح في هذا النوع يكون تبذيرا عادة.

وذهب الحنابلة إلى أن السفيه هو المضيع لماله المبدر له. قال ابن المنذر: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرا كان أو كبيرا.

ينظر: الشرح الصغير (٣/٣٩٣)، مغني المحتاج (٢/١٦٨ - ١٦٩)، المغني، لابن قدامة (٤/٥٠٦، ٥١٧) وما بعدها، وكشاف القناع (٣/٤٤٣).

وذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد، وهو المفتى به عند الحنفية إلى أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع إليه ماله ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر، وبهذا قال القاسم بن محمد والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد. واستدلوا بالكتاب والسنة:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، فقد نهانا الله تعالى عن الدفع إليه ما دام سفيها، وأمرنا بالدفع إن وجد منه الرشده، إذ لا يجوز الدفع إليه قبل وجوده، ولأن منع ماله لعله السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة، صغيرا كان السفيه أو كبيرا.

وأما السنة: فقوله عليه الصلاة والسلام: «خذوا على يد سفهائكم» [أخرجه الطبراني في

أحدهما: لجنة في عقله فكان سليم القلب لا يهتدي إلى التصرفات فيحجر عليه القاضي على قولهما صيانة لماله فإنه لو لم يحجر عليه وربما يأتي على جميع ماله لقله هدايته وسلامة قلبه .

والثاني: أن يكون سفيهاً مبذراً مضيعاً لماله، إما في الشر بأن جمع أهل الشراب والسفه في داره، ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم، أو في الخير بأن يصرف جميع ماله في بناء المساجد وأشباه ذلك فيحجر عليه القاضي عندهما صيانة لماله، ثم لا خلاف عندهما أن الحجر بسبب الدين لا يثبت إلا بقضاء القاضي أيضاً، وعند محمد - رحمه الله - : يثبت هذا الحجر بسبب السفه لا يتوقف على القضاء .

الكبير من حديث النعمان بن بشير كما في الجامع الصغير للسيوطي (٤٣٥/٣) ورمز السيوطي إليه بالضعف].

وأورد ابن قدامة ما رواه عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً، فقال علي رضي الله عنه: لآتين عثمان ليحجر عليك، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير، فقال: قد ابتعت بيعاً وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي. فقال الزبير: أنا شريكك في البيع. فأتى علي عثمان، فقال: إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟ ثم قال ابن قدامة: وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون إجماعاً حينئذ، واستدلوا أيضاً بأن هذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيهاً فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهه، وهو موجود، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه، فإذا حدث أو جب انتزاع المال كالجنون، وفي الحجر عليه صيانة لماله وورثته من بعده. وأما أبو حنيفة فقد ذهب إلى أنه لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل بسبب السفه لما سبق. وذهب جمهور الفقهاء القائلين بالحجر على السفه إلى أن الحجر عليه لا بد له من حكم حاكم، كما أن فك الحجر عنه لا بد له من حكم حاكم أيضاً؛ لأن الحجر إذا كان يحكم الحاكم لا يزول إلا به، ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه. وذهب محمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم من المالكية إلى أن السفه لا يحتاج في الحجر عليه إلى قضاء القاضي لأن فساده في ماله يحجره وصلاحه فيه يطلقه. وإن علة الحجر عليه السفه وقد تحقق في الحال، فيترب عليه موجه غير قضاء، كالصبا والجنون. وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو باع السفه قبل قضاء القاضي فإن يبعه جائز عند الجمهور ولا يجوز عند محمد وابن القاسم.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٩٢/٥)، تبين الحقائق (١٩٥/٥)، والشرح الصغير (٣/٣٨٨، ٣٨٩)، وأسنى المطالب (٢/٢٠٨)، والمغني، لابن قدامة (٤/٥١٩ - ٥٢٠).

والفرق لمحمد - رحمه الله - : أن حجر السفية لمعنى فيه وهو سوء اختيار لا بحق الغير فأشبهه الجنون، وثمة يتحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هاهنا، فأما الحجر بسبب الدين ليس بمعنى فيه، بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، ويتوقف على قضاء القاضي؛ لأن له ولاية عليه فيعمل حجره، فأما الغريم لا ولاية له عليه فلا يجوز حجره، ثم الحجر بسبب الدين يخالف الحجر بسبب السفه.

إذا أعتق عبدًا ووجب عليه السعاية فإنه لا يرجع بما يسعى على المولى وإن زال الحجر، والمقضي عليه بالإفلاس إذا أعتق عبدًا مما في يده ووجب على العبد السعاية وأدى فإنه يرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر.

والفرق: في أن الحجر بالسفه إنما وجبت السعاية على المعتقد صيانة لحق المحجور عليه حتى لا يزول ملكه من غير عوض، فمتى أثبتنا للعبد حق الرجوع عليه لا يجعل هذا المقصود، أما في الحجر في الدين فإنما وجبت السعاية لحق الغرماء ولا لحق المولى وهذا المقصود حاصل، وإن أثبتنا للعبد حق الرجوع عليه بما سعى فكان له الرجوع؛ لأنه أدى دينه بعد العتق وهو مضطر في الأداء فيرجع عليه.

والثالث: أن المحجور يجوز إقراره بعد زوال الحجر، وكذلك حال قيام الحجر فيما يستحدث من المال، يريد به: أن الإقرار الذي كان في حالة الحجر ينفذ بعد زوال الحجر وينفذ في المال المستحدث في حالة الحجر، ولا ينفذ بعد زوال الحجر لا في المال القائم ولا في المال المستحدث، يريد به: أن الإقرار الذي كان منه في حالة الحجر لا ينفذ بعد زوال الحجر، وكذا لا ينفذ في المال المستحدث في حالة الحجر.

والفرق في نفاذ الإقرار بعد زوال الحجر: أن السفية إنما حجر عليه لسبق اختياره لا لحق غيره فكان كالصبي المحجور وإقرار الصبي المحجور لا يجوز وإن بلغ وزال

الحجر كذا هاهنا .

فأما الحجر بالدين حق الغرماء حتى لا يبطل حقهم بتصرفه، والحجر إذا كان لحق الغير لا لمعنى في التصرف، فإنه إذا زال حق الغير، تصرفه كالعبد المحجور إذا أقر بدين ثم عتق فإنه ينفذ ذلك الإقرار؛ لأن المانع من نفاذ الإقرار حق المولى وقد زال كذا ههنا .

وأما الفرق في حق صحة الإقرار في المال المستحدث: أن القاضي إنما يحجر الغريم عن التصرف فيما في يده حتى لا يبطل حق الغرماء فلا يتناول إلا ما كان قائمًا، وإذا لم يلحقه الحجر في المال المستحدث صح إقراره وتصرفه فيه وإن لم يصح في المال القائم .

وأما السفية فإنما حجر عليه القاضي لبقى ماله، وفي حق هذا المعنى المال القائم والذي يستحدث سواء يدخل تحت الحجر المال القائم والذي سيحدث وإذا كان مصلحًا لماله بعدما كان مفسدا لماله هل يزول الحجر من غير قضاء القاضي حتى ينفذ تصرفاته؛ لأن عند محمد - رحمه الله - كان لا يثبت الحجر بسبب إفساد المال إلا بقضاء القاضي فلم يرتفع إلا بقضاء القاضي وإن صار مصلحًا لماله .

فإن قيل: تصرف المحجور عليه بالسفه يجب ألا ينفذ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - بعدما قضى عليه بالحجر؛ لأن جواز تصرف السفية المبذر مختلف فيه، وقضاء القاضي متى حصل في المختلف فيه صار متفقًا عليه كما لو قضى القاضي بجواز بيع المدبر .

قلنا: هذا كله أداء القضاء بالمختلف فيه، وعلى قول محمد - رحمه الله - : هذا فتوى وليس بقضاء، فإنه لم يثبت بسبب هذا القضاء ما لم يكن ثابتا بل بين ما كان ثابتا^(١) فإنه كان محجورًا عليه قبل القضاء متى كان مفسدا لماله وهذا هو حد الفتوى فيكون هذا فتوى عند محمد - رحمه الله -، وبالفتوى لا يصير المختلف فيه متفقًا

(١) البناية شرح الهداية (١١/٩٤).

عليه .

وعند أبي يوسف: إن كان يحتاج فيه إلى حكم الحاكم ليصير محجورًا عليه فيكون قضاء من هذا الوجه؛ لأنه ثبت بقضائه ما لم يكن ثابتًا إلا أنه فتوى من وجه آخر؛ لأنه لم يوجد شرط القضاء وهو الدعوى والإنكار، ولو وجد الدعوى والإنكار بأن تصرف بعد الحجر يرفع إلى القاضي وجرت الخصومة بين المحجور وبين من عاقده بقضاء القاضي عليه بالإبطال للتصرف وصحة الحجر فإنه لا يصير متفقًا عليه بل فتوى وليس بقضاء، وبعد وجود الخصومة إذا قضى صار متفقًا عليه فكذا هاهنا، ثم الحجر بسبب السفه عندهما إنما يعمل في حق تصرف يتصل بماله، ولكن يصح مع الهزل والكره كالطلاق والعتاق والدعوى حتى يصح منه هذه التصرفات بعد الحجر، وكذلك لا يعمل في حق تصرف يتصل بنفسه ولا تعلق له بالمال وذلك كالإقرار بالحدود والقصاص حتى لا يصح الإقرار بهذه الأشياء بعد الحجر .

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إذا بلغ الصبي مفسدًا لماله فإنه لا يدفع إليه ماله، ويجوز تصرفه .

يجب أن يعلم بأن العلماء اختلفوا في أن السفه هل يحجر عليه أو لا يحجر عليه؟ اتفقوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسًا وعشرين سنة، وإنما يمنع عنه ماله نظرًا له حتى لا يصرفه إلى وجوه الفساد فلا يصير كلا ووبالا على الناس ويمنع المال عنه .

يستدل أبو يوسف - رحمه الله - ومحمد على جواز الحجر، ووجه الاستدلال

من وجهين :

أحدهما: أنه إنما يمنع عنه ماله نظرًا له، يجوز الحجر نظرًا له .

والثاني: أن منع المال بدون الحجر عن التصرفات لا يفيد؛ لأنه يتلف ماله بالتصرف فيحجر عليه إبقاء لماله عليه وتتميمًا للنظر في حقه، وأبو حنيفة

- رضي الله عنه - يفرق بين منع المال وبين الحجر عليه ويقول: في منع المال إبطال يده عن المال صيانة لملكه فيه، وحقيقة الملك في كونه نعمة فوق اليد، وفي الحجر إبطال أهلية التصرف ولايته التي بها يمتاز الآدمي عن سائر الحيوانات وهذه نعمة أصلية وإنها أقوى، ونعمة المال نعمة زائلة وإنها أدنى، ولا يجوز إبطال أعلى النعمتين لصيانة الأدنى.

وقوله: بأن منع المال لا يفيد بدون الحجر عن التصرف.

قلنا: هذا فاسد؛ لأنه لما منع ماله عنه لا يتلف ماله بيده إن كان يتلف ماله بلسانه على قيلكم.

وقيل: المنع يتلف بيده وبلسانه فكان المنع مفسدًا، ثم إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة وبقي مفسدًا لماله يؤنس منه رشدًا، لا يدفع إليه ماله عندهما وإن هرم لظاهر قوله: ﴿فَإِنَّ أَسْأَمَ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) ولأن الموجب لمنع المال السفه، وإنه قائم بعد الاستكمال خمسًا وعشرين سنة وجب القول ببقاء المنع لبقاء علته.

وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فقد ذكر محمد أنه يدفع المال إليه إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة وإن لم يؤنس منه رشدًا.

قالوا: هذا شيء يربطه محمد على أبي حنيفة وأسنده إليه وليس المذهب عند أبي حنيفة هذا، بل عنده: وإن يظهر منه نوع رشد فشرط دفع المال إليه استئناس رشد ما وفي الآية إشارة إليه؛ لأنه قال: ﴿فَإِنَّ أَسْأَمَ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ وإنه اسم فرد فيقتضي رشدًا بما يظهر.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر محمد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - صحيح وكان أبو حنيفة اعتبر الغالب؛ لأن الغالب من حال من بلغ خمسًا وعشرين سنة أن يظهر منه نوع رشد.

(١) سورة النساء آية: ٦ .

قال: ولو أن امرأة بلغت محجورًا عليها لإفسادها مالها تزوجت رجلًا بمهر مثلها أو بأقل من ذلك أو بأكثر ولا ولي لها، ثم رفع ذلك إلى القاضي، فإن كان الرجل لم يدخل بها وهو كفؤ وقد تزوجها على مهر مثلها أو أكثر أو أقل من مهر مثلها بحيث يتغابن الناس في مثله، فالنكاح جائز لوجهين:

أحدهما: أن النكاح مما لا يحتمل النقص بعد وقوعه فكان بمنزلة الطلاق والعتاق، وإنهما يصحان من المفسد لماله وكذا النكاح.

الثاني: أنه لا فساد في هذا التصرف بل فيه صلاح فهي والمصلح في ذلك سواء. قالوا: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وأبي يوسف؛ لأن المحجور في حق هذا النكاح والمصلحة لمالها زوجت نفسها من كفؤ بمهر المثل فإنه يجوز على قولهما، ولا يجوز على قول محمد - رحمه الله - إلا أن يجيز الولي صحت أن يكون هذا على ذلك.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قولهم جميعًا وهو الظاهر فيكون هذا رجوعًا من محمد - رحمه الله - إلى ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف: أن النكاح بغير ولي جائز؛ لأنه بنى مسائل هذا الكتاب على قول نفسه وليس يذكر فيه قول غيره، هذا إذا زوجت نفسها بمهر مثلها أو بأكثر أو بأقل بحيث يتغابن الناس في مثله من كفؤ فإنه [لا يجوز]^(١)، ويخير الزوج إن شاء أكمل لها مهر مثلها، وإن أبى فرق القاضي بينهما؛ وهذا؛ لأن منافع البضع عند دخولها في ملك الزوج عد مالا من حيث الحكم على ما عرف، وإذا كان لمنافع البضع حكم المال عند دخولها في ملك الزوج كان منافع البضع في هذه الحالة معتبرة بما هو مال من حيث الحقيقة والحكم.

ولو باعت ما هو مال من حيث الحقيقة والحكم بأقل من قيمتها بحيث لا يتغابن الناس في مثله فإنه لا يجوز ذلك منها ويقال للمشتري: إن شئت فتمم لها قيمتها وإلا

(١) صوابه: يجوز.

يفسخ عليك، وإنما خير المشتري؛ لأنه يلزمه زيادة ثمن لم يرض به فإن شاء أتم لها مهر مثلها حتى يجوز نكاحها كما لو زوجت نفسها في الابتداء بمثل مهر المثل، وإن شاء فسخ النكاح حتى لا يلزمه الزيادة.

من أصحابنا من قال: هذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه؛ لأن من أصله: أن المرأة إذا حطت عن مهر مثلها بما لا يتغابن الناس فيه كان للأولياء حق الاعتراض، ويخير الزوج بين أن يكمل لها مهر مثلها وبين أن يفرق القاضي بينهما، وعلى قولهما: حطها صحيح وليس للأولياء حق الاعتراض، وكذلك ينبغي ألا يكون للقاضي حق الاعتراض على قولهما.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قولهما؛ لأن مسائل هذا الكتاب مبني على قولهما؛ لأن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الحجر لا يصح، فكيف بنى على قوله هذه الأحكام؟ وفرق بين المصلحة والمفسدة، وقال: المصلحة غير محجورة عن الحط فيصح حطها، فلا يكون للأولياء حق الاعتراض، فأما المفسدة محجورة عن الحط؛ لأنه يضرها فلا يصح حطها فيقول القاضي للزوج: إما أن تكمل لها مهر مثلها حتى لا يقع الحط والغبن إذا فرق بينكما، وصار كما لو أكره الولي المرأة على تزويجها بأقل من مهر مثلها فزوجها، فالنكاح جائز، ويقال للزوج بعد زوال الإكراه: إما أن بلغت تمام مهر مثلها وإلا فرق بينكما، كذا هنا.

ومتى اختار الفسخ لا يلزمه من المهر لا قليل ولا كثير وإن جاءت الفرقة من جهة الزوج؛ لأن النكاح متى فسخ قبل الدخول، فإنه يسقط الصداق كله سواء جاءت الفرقة من قبلها أو من قبل الزوج، كما في خيار البلوغ إذا فسخ النكاح قبل الدخول بها فإنه يسقط الصداق سواء فسخ بخيار البلوغ للزوج أو للمرأة فكذا هذا.

فإن تزوجت من غير كفؤ على مهر مثلها كان للقاضي أن يفرق بينهما؛ لأن فسادها كما أثر في مالها حتى أوجب الحجر عن نقصان مهر مثلها فلأن يؤثر في نفسها أولى؛ لأن مالها لا يصاب إلا لنفسها.

ولو اختلعت هذه المرأة السفهية بمال جاز الخلع ولم يجب المال عليها إلا في الحال ولا في الثاني، أما الخلع جائز؛ لأن وقوع الطلاق معلق بقبول المال لا بوجوب المال، ألا ترى أن الصبية إذا اختلعت من زوجها بمال وقبلت ذلك، وقع الطلاق عليها لوجود القبول وإن لم يجب المال، كذلك هذا، ثم الطلاق إن وقع بما هو صريح في باب الطلاق كانت تطليقة رجعية يملك الزوج الرجعة إن كان دخل بها، وإن وقع بلفظ الخلع يقع بائناً؛ لأن العوض لم يجب للزوج بهذا الخلع لا للحال ولا للثاني؛ لأن المرأة السفهية فيها صارت محجورة والصبية سواء وهي محجورة في التزام المال بإزاء الطلاق؛ لأنها بذلت مالا ولم يحصل لها مال فكانت كالصبية في الخلع، والصبية لو اختلعت من زوجها فلا يجب المال لا في الحال ولا في الثاني، وإذا لم يجب العوض بهذا الخلع لا في الحال ولا في الثاني، إن وقع الطلاق بما هو صريح في الطلاق يكون رجعياً وإن وقع بلفظة الخلع يكون بائناً كالصبية إذا اختلعت من زوجها، وهذا بخلاف الأمة البالغة المصلحة إذا اختلعت من زوجها فإن الطلاق يقع بائناً وقع بلفظ الصريح أو بلفظ الخلع^(١)؛ لأن هناك العوض إن لم يجب للحال يجب في الثاني؛ لأنها إذا كانت بالغة مصلحة فالحجر لحق المولى لا لفساد عبارتها، وإذا لم تكن فاسدة العبارة صح التزام البدل إلا أنها لا تؤاخذ به للحال لحق المولى فيكون هذا طلاقاً وقع بعوض مؤجل، فأما المرأة السفهية فكما^(٢) صارت محجورة بمنزلة الصبية فتكون فاسدة العبارة، وامتناع الوجوب إذا كان لفساد العبارة فإنه لا يؤاخذ بالمال لا في الحال ولا في الثاني، وكان بمنزلة المجنون، والله أعلم.



(١) الفتاوى الهندية (٥٨/٥).

(٢) في ح: فما.

كتاب المأذون^(١)

خمسة وعشرون فصلاً:

- ١- في بيان شرعية إذن العبد في التجارة، وبيان شرط جوازه وحكمه .
- ٢- في بيان ما يكون إذنًا في التجارة وما لا يكون .
- ٣- لبيان أن اشتراط الإذن من المولى ليس لجواز الشراء .
- ٤- في بيان ما يملكه سيد المأذون وما لا يملكه .
- ٥- في العبد المأذون يلحقه دين فيطلب الغرماء من القاضي بيعه .
- ٦- في تصرف المولى في العبد المديون من البيع وأشباهه والتدبير والإعتاق وأشباههما .
- ٧- في العبد بين رجلين يأذن له أحدهما في التجارة .
- ٨- في إقرار العبد المأذون والمحجور وفي إقرار مولاها .
- ٩- في بيع العبد المأذون بشيء من أكسابه من المولى أو من الأجنبي بمثل القيمة وبالمحاباة .
- ١٠- في شراء العبد المحجور وبيعه وإجارة المعيرات أو إذن المولى إياه في

(١) المأذون في اللغة: اسم مفعول من أذن، يقال: أذن له في الشيء: أي أباحه له .
والاسم: الإذن، ويكون الأمر إذنًا، وكذا الإرادة، نحو: بإذن الله، ويقال: أذنت
للصغير في التجارة، فهو مأذون له .
والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفًا، فيقولون: العبد المأذون، لفهم المعنى .
وتأتي أذن بمعنى: علم، على مثل قوله تعالى: ﴿فَأَذْنُوا يَحْرَبِ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ .
وبمعنى استمع كما في قوله تعالى: ﴿وَأَذِنَتْ لِرَبِّهَا وَحُقَّت﴾ .
والمأذون اصطلاحًا: هو الذي فك الحجر عنه، وأذن للتجارة، وأطلق له التصرف من
مولاه إن كان عبداً، ومن وليه إن كان صغيراً .
والإذن بالتصرف للمأذون جائز عند جمهور الفقهاء إذا قام مبرر لذلك كالقاصر إذا قارب
البلوغ فإنه يؤذن له بالتصرف .
والأصح عند الشافعية أنه لا يجوز الإذن له بالتجارة، وإنما يتولى وليه العقد .
ينظر: تبين الحقائق (٢٣٠/٥) وما بعدها، وابن عابدين (١٠٨/٥ - ١١١)، والشرح
الكبير (٢٩٤/٣، ٣٣٠)، ومغني المحتاج (١٧٠/٢)، والمغني (٤٦٨/٤) .

التجارة بعد ذلك .

١١- في الاختلاف الواقع بين العبد المأذون وبين مولاه فيما في يد العبد وغيره .

١٢- في الرجل يدفع مالاً إلى عبده ليشتري به ويبيع ويأذن له في التجارة .

١٣- في الخصومة التي تقع بعدما حجر المولى على المأذون .

١٤- في هبة العبد المأذون بالثمن في البيع قبل القبض وبعده، وحطه وتأخير

الثمن أو ديناً آخر .

١٥- في المأذون يشتري ويجد بالمشتري عيباً وقد وهب البائع الثمن من المأذون

أو من مولاه .

١٦- في التوكيل يكون بين المأذون والأجنبي والمولى ويدخل فيه وكالة العبد

المحجور .

١٧- في الرد بالعيب على المأذون والخصومة معه في ذلك .

١٨- في الشهادة على العبد المأذون والمحجور والصبي والمعتوه .

١٩- في البيع الفاسد من العبد المأذون .

٢٠- في الغرور في العبد المأذون .

٢١- في جنابة العبد وجنابة عبده والجنابة عليه .

٢٢- في بيان ما يبطل به الإذن .

٢٣- في العبد يبيع ويشترى ولم يقل وقت المبيعة إنه مأذون أو محجور ثم

يقول: أنا محجور .

٢٤- في الصبي أو المعتوه يأذن له أبوه أو وصيه في التجارة ولعبدهما وفي

تصرفهما قبل الإذن .

٢٥- في المتفرقات .

قال المؤلف: هذا الكتاب يشتمل على خمسة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول

في بيان شرعية إذن العبد في التجارة وبيان شرط جوازه وحكمه

أما بيان شرعيته فنقول: شرعيته استفيدت من قوله تعالى: ﴿وَأَتَّبِعُوا﴾ [وإذن الصبي] ^(١) العبد في التجارة طريق ابتغاء فضله.

روي أنه كان للعباس عبد المطلب عشرون عبداً كلُّ عَبْدٍ يَتَّجِرُ فِي عَشْرِينَ أَلْفًا ^(٢) ولم يرو أن رسول الله ﷺ ولا واحداً من الصحابة - رضي الله عنهم أجمعين - أنكروا.

[أما شرط جوازه] ^(٣) من جهة الإذن يكون الإذن ممن له ولاية على المأذون فيما يأذن له، ومن جهة المأذون أن يكون [عاقلاً مميزاً عارفاً بما يؤذن له] ^(٤).

وأما بيان حكمه فنقول: شرعاً عندنا فك الحر الثابت بالرق شرعاً عما يتناوله الإذن بالإنابة [لا بالتوكيل؛ لأن حكم] ^(٥) الشيء ما يثبت [به] ^(٦) والثابت بالإذن بالتجارة لا يتخصص بنوع دون نوع عندنا، بل يثبت في الأنواع كلها، وكذلك [لا يتوقف بمكان] ^(٧) دون مكان عندنا، بل يثبت في الأماكن كلها، وكذلك لا يتخصص بزمان دون زمان عندنا [ولا بنوع من أنواع التجارة] ^(٨).

ثم الإذن بالتصرف إنما لا يتخصص عندنا إذا صادف الإذن عبداً محجوراً، أما إذا صادف عبداً [مأذوناً] ^(٩) حتى إن المولى إذا أذن لعبده في التجارة ثم دفع إليه مالاً

(١) بياض في أ، ز.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٠/١٠)، (٤/٢٥).

(٣) بياض في أ، ز.

(٤) بياض في أ، ز.

(٥) بياض في أ، ز.

(٦) بياض في أ، ز.

(٧) بياض في أ، ز.

(٨) بياض في أ، ز.

(٩) بياض في أ، ز.

وقال: اشتر لي به الطعام، فاشترى العبد [الطعام الرقيق]^(١) يصير مشترياً لنفسه وكان الثمن على المأذون ينقده من مال نفسه دون مال مولاه مع هذا [.....]^(٢) مال مولاه فليس للمولى أن يبيعه، وإن استهلك مال المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولكن [.....]^(٣) ويأخذه بدلالة أخذ ماله بغير حق، نص محمد على هذه الجملة في كتاب المأذون في باب العبد الذي [يأذن له مولاه]^(٤) في التجارة، ثم يدفع إليه مالاً ليعمل به^(٥)، والله تعالى أعلم.



(١) بياض في أ، ز.
 (٢) بياض في أ، ز.
 (٣) بياض في أ، ز.
 (٤) بياض في أ، ز.
 (٥) الأصل، للشيباني (٨/٥٦٠).

الفصل الثاني

فيما يكون إذنًا في التجارة وما لا يكون

يجب بأن تعلم بأن الإذن نوعان:

أحدهما: يثبت صريحًا.

والآخر: يثبت دلالة.

فنبتدئ ببيان [الصريح]^(١) قال محمد - رحمه الله - في الصريح: إذا قال الرجل لعبده: أذنت لك في التجارة [كلها، ولو قال له: آجر نفسك من الناس أو اقعده^(٢) خياطًا أو صباغًا، صار مأذونًا للتجارات كلها، وكذلك إذا قال: أذنت لك بالتجارة]^(٣) في الخز، يصير [مأذونًا في الأنواع]^(٤) كلها.

ولو قال لعبده: اشتر لي ثوبًا للكسوة، فالقياس أن يصير مأذونًا في التجارة، وفي الاستحسان [أما إذا]^(٥) إذا أمره أن يشتري لحمًا للأكل أو خبزًا للأكل أو بقلًا أو ما أشبه ذلك، لا يصير مأذونًا في التجارة استحسانًا؛ [لأن]^(٦) الإذن استخدامًا على جواب الاستحسان لا إذنًا في التجارة.

والحاصل: أن في الإذن بالتصرف [في بعض الصور]^(٧) يعتبر إذنًا في التجارة، وفي بعض الصور لا يعتبر إذنًا في التجارة، بل يعتبر استخدامًا للضرورة، [والضيق]^(٨) بالتصرف في جميع الصور لو اعتبر إذنًا في التجارة لضاق الأمر على الناس، فإنهم يمتنعون عن [استخدامهم في الأمور]^(٩) التي يحتاجون إلى استعمال

(١) بياض في أ، ز.

(٢) زاد في أ: أو.

(٣) بياض في أ، ز.

(٤) بياض في أ، ز.

(٥) بياض في أ، ز.

(٦) بياض في أ، ز.

(٧) بياض في أ، ز.

(٨) بياض في أ، ز.

(٩) بياض في أ، ز.

العبد في شرائها، فإن كل من علم أنه لو أذن المملوك في شراء جمد أو بقل بفلس [يصير]^(١) مأذوناً في التجارة ويصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه، يمتنع عن استخدام مملوكه [في]^(٢) ذلك، فاستعمال الممالك في الاستخدام فيما بين الناس مقصود كاستعمالهم إياهم في التجارة فيفوت عليهم من [مصالحهم]^(٣) والإذن بالتصرف إذناً بالشراء في جميع الصور وفيه من الحرج ما لا يخفى، فلهذه الصيرورة جعلنا الإذن بالتصرف في بعض الصور إذناً بالتجارة، وفي بعض الصور جعلناه استخداماً، والفاصل بينهما: أنه إذا أذن له بعقود متكررة أو بعد أخرى يعلم أن مراده الربح، يجعل ذلك إذناً في التجارة، وإذا أذن له بعقد واحد يعلم أنه ليس مراده الربح لا يجعل ذلك إذناً في التجارة، بل يعتبر استخداماً عرفاً وعادة.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا أمره أن يشتري له ثوباً للكسوة، وإذا أمره بعقد واحد، فلا يعتبر هذا إذناً في التجارة، بل يعتبر استخداماً، حتى لو قال: اشتر لي ثوباً وبعه، يصير مأذوناً في التجارة؛ لأنه أمره بعقود متفرقة.

على هذا إذا قال له: بع ثوبي هذا، لا يصير مأذوناً في التجارة، ولو قال: بع ثوبي واشتر بثمانه كذا يصير مأذوناً في التجارة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، وعن هذا الأصل قلنا: إذا قال لعبده [اذهب]^(٤) إلى فلان وأجر نفسك منه في عمل كذا، لا يصير مأذوناً له في التجارة، وعن هذا قلنا أيضاً: إن في قوله: اقعد قصاراً أو صباغاً أو خياطاً، يصير مأذوناً في التجارة.

وفي النوادر: جعل مسألة الإجارة على ثلاثة أوجه، إما أن قال: أجر نفسك من

(١) بياض في أ، ز.

(٢) بياض في أ، ز.

(٣) بياض في أ، ز.

(٤) بياض في أ، ز.

فلان [في عمل كذا]^(١) وفي هذا الوجه يصير مأذونًا في التجارة.
 وإما أن يقول له: أجز نفسك من فلان ولم [يكن]^(٢) هذا، وفي هذا الوجه لا يصير مأذونًا له في التجارة على قياس قوله: أقعد قصارًا أو صباغًا، وإذا دفع الرجل إلى عبده مالا وأمره أن يشتري [شيئًا]^(٣) فقد ذكر هذه المسألة في المأذون في موضعين، وذكر في أحد الموضعين أنه يصير مأذونًا.
 [وذكر في الموضع الآخر: أنه لا يصير مأذونًا.
 قال مشايخنا: وتأويل ما ذكر أنه يصير مأذونًا]^(٤): أن يكون مالا كثيرا بحيث لا يتهيا المشتري به بمرة واحدة ويحتاج في ذلك إلى مرات حتى يكون المفوض إليه عقود متفرقة.

وتأويل ما ذكر أنه لا يصير مأذونًا: أن يكون المال قليلا بحيث يتهيا له الشراء بمرة واحدة حتى يكون المفوض إليه عقداً [.....]^(٥) وإليه أشار محمد [.....]^(٦) فإنه نص على المال العظيم في الموضع الذي قال: يصير مأذونًا في التجارة.

وإذا دفع إلى عبده أرضا بيضاء وأمره أن يزرع طعاما^(٧) فيزرع فيها ويستأجر الأجراء فيكرونها وأمسقون زرعها ويؤدي خراجها، فهذا إذن له في التجارة.
 وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا قال لعبده: بع ثوبي هذا لأجل الربح والنماء، فهذا إذن له في التجارة، بخلاف ما إذا قال: بع ثوبي من فلان ولم يقل على وجه النماء والزيادة، ولو قال: أد إلي عليه كل شهر خمسة دراهم، فهذا إذن

- (١) بياض في أ، ز.
- (٢) بياض في أ، ز.
- (٣) بياض في أ، ز.
- (٤) سقط في ز.
- (٥) بياض في أ، ز.
- (٦) بياض في أ، ز.
- (٧) زاد في ز: أن يشتري طعاما.

في التجارة، وكذا إذا قال لعبده: إذا أديت إلي ألف درهم فأنت حر، يصير مأذوناً في التجارة، وكذلك إذا قال [لعبده]^(١): عليك كل شهر كذا، وقال: كل جمعة كذا حتى تؤديه إلي، يصير مأذوناً له في التجارة.

وإذا دفع إلى عبده راوية [وبغلا]^(٢) ليستقي له ولعياله ولجيرانه بغير ثمن، فهذا ليس بإذن في التجارة، وكذلك لو أن طحاناً [دفع]^(٣) إلى غلامه حماراً [ليشتري]^(٤) طعاماً إليه ليطحنه، فهذا ليس بإذن، ولو دفع إليه راوية وحماراً وقال: استق على هذا الحمار وبعه، كان مأذوناً في التجارة، وكذلك لو دفع إليه حماراً وأمره أن ينقل الطعام من الناس بأجرة وينقل عليه، كان إذناً في التجارة [و]^(٥) إذا لم يقل: من الناس، ولم يعين شخصاً، فهو إذن في التجارة.



-
- (١) بياض في أ، ز.
 (٢) بياض في أ، ز.
 (٣) بياض في أ، ز.
 (٤) بياض في أ، ز.
 (٥) بياض في أ، ز.

جئنا إلى بيان النوع الثاني وهو الإذن [الخاص]^(١):

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشترى فلم ينهه عن ذلك يصير العبد [مأذوناً]^(٢) في التجارة عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -، وإذا رأى عبده يبيع من أعيان ماله فسكت يصير مأذوناً في التجارة، ولكن لا يجوز بيعه مال المولى.

قال محمد رحمه الله: وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئاً [بالخمر]^(٣) والخنزير فسكت: يصير مأذوناً له في التجارة، وإن كان لا يجوز هذا الشراء كذا هنا، وكذلك إذا أمر الرجل إلى عبده رجل متاعاً وأمره أن يبيعه، فرأى مولى عبد العبد يبيعه ولم ينهه، يصير مأذوناً في التجارة [إن لم يره]^(٤) المولى، بل يأمر صاحب المتاع، ثم في هذه الصورة: العهدة تكون على العبد أو على صاحب المتاع؟ اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: تجب على صاحب المتاع، وبعضهم قالوا: على صاحب العبد.

وإذا رآه يبيع بيعاً فاسداً فلم ينهه هو [لم]^(٥) يراه يبيع بيعاً صحيحاً فلم ينهه. وإذا غضب العبد متاعاً من رجل وأمره مولاه ببيعه فباعه، كان هذا إذناً في التجارة.

وإذا رأى عبده يشتري بماله - يعني بمال المولى - فلم ينهه، فهذا من المولى إذن له في التجارة، وما اشتراه فهو [لازم]^(٦) وللمولى أن يسترد ماله، ثم إذا استرد المولى ماله دراهم أو دنانير لا ينتقض البيع، وإن كان ماله عرضاً أو مكيلاً [أو موزوناً]^(٧) ينتقض البيع^(٨).

(١) بياض في أ، ز.

(٢) بياض في أ، ز.

(٣) بياض في أ، ز.

(٤) بياض في أ، ز.

(٥) بياض في أ، ز.

(٦) بياض في أ، ز.

(٧) بياض في أ، ز.

(٨) الدر المختار (٦/١٥٨).

ومما يتصل بهذا الفصل: ويجوز إضافة الإذن إلى وقت في المستقبل، وكذا يجوز تعليقه [.....]^(١) والوكالة نظير الإذن يجوز إضافتها إلى وقت في المستقبل، ويجوز تعليقها بالشروط والإخطار، ولا يجوز تعليق الشروط ولا إضافته إلى وقت في المستقبل.

وإذا أذن لعبده ولم يعلم به فهذا ليس بإذن، فرق بين الإذن وبين الإيصاء فإن من أوصى إلى إنسان ومات ولم يعلم الوصي بالإيصاء فإنه يصير وصيًا حتى لو تصرف في التركة ينفذ تصرفه، والإيصاء إذن بالتصرف بعد الوفاة، وهذا إذن بالتصرف حالة الحياة.

ولو أن المولى أمر قومًا أن يبايعوا عبده^(٢) فلائًا فبايعوه والعبد لا يعلم بأمر المولى^(٣) كان شراء العبد وبيعه منهم جائزًا، هكذا ذكر في كتاب المأذون.

ذكر في الزيادات فقال: لو أن رجلاً قال لرجل: بع عبدك هذا من ابني هذا - وهو صغير-، فقال الرجل للصغير: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقبل الصغير ذلك، قال: إن علم الصغير بأمر الأب جاز بيعه من الصغير، وإن لم يعلم بأمر الأب فإنه لا يجوز بيعه.

وقد ذكر في كتاب الوكالة: لو أن رجلاً قال لآخر: اذهب إلى فلان واشتر منه العبد الذي لي عنده وديعة، فقال: إن ذهب هذا الرجل وأخبر المودع بالوكالة ثم اشترى منه الوديعة جاز [.....]^(٤) وإن لم يعلمه بالوكالة واشترى العبد الوديعة من المودع فإنه لا يجوز، هكذا ذكر في بعض روايات كتاب الوكالة، وذكر في بعضها وقال: يجوز علم أو لم يعلم.

من مشايخنا من قال بأن ما ذكر محمد في الزيادات وبعض روايات كتاب الوكالة

(١) بياض في أ، ز.

(٢) في ز: عهده.

(٣) في ز: المولى.

(٤) بياض في أ، ز.

جواب القياس، وما ذكر في المأذون جواب الاستحسان، ومنهم من قال: المسائل كلها على روايتين: في رواية يصير مأذونًا علم أو لم يعلم، وفي رواية لا يصير مأذونًا ما لم يعلم.

والحاصل: أن الإذن بالتصرف إذا ثبت مقصودًا يشترط لصحته علم المأذون، وإذا ثبت ضمناً لغيره هل يصح بدون علم العبد؟ فهو على القياس والاستحسان عند بعض المشايخ، وعلى روايتين عند البعض، ومن مشايخنا من قال: لا، بل بين مسألة المأذون وبين مسألة الزيادات والوكالة فرق وهو الظاهر، فرع على ما إذا قال المولى لقوم: بايعوا عبدي فلانا فبايعوه، كان للعبد أن يبايع غيرهم، ولو أن ذلك القوم لم يبايعوه إنما بايعه قوم آخرون، لا يصح مبايعتهم كما يصير العبد مأذونًا. والله أعلم.



الفصل الثالث

لبیان اشتراط الإذن من المولى

وما كان لجواز شراء العبد على ما مر يتقرر في آخر الفصل الأول، قال محمد - رحمه الله - في المأذون الكبير: إذا اشترى العبد المحجور عليه عبدا بألف درهم وقيمه درهم وقبض العبد ثم باعه بثمنه واشترى بالثمن شيئا آخر وربح مالا فصار في يده ألف درهم، ثم حضر خصمه الذي باع العبد منه وأراد أن يأخذ مما في يده ثمن عبده، وهذا على وجوه ثلاثة: إن علم أن في يد المحجور عليه ثمن عبده الذي باعه فله أن يأخذه مما في يده استحسانا، واعلم بأن المشتري المحجور في هذه الصورة جائز على المولى، والحجر غير ظاهر في حق مثل هذا التصرف؛ لأن الحجر إنما يظهر في حق المضار لا في حق المنافع؛ ألا ترى أن العبد المحجور إذا أجر نفسه بغير إذن المولى وسلم من العمل بالإجارة [.....] ^(١) تنفذ في حق المولى [لأنها نافعة في حق المولى لما سلم من العمل.

قلنا: وهذا التصرف نافع في حق المولى ^(٢) وليس بضار؛ لأنه يحصل له الربح وثمان العبد المشتري يؤخذ مما في يد العبد من المال لا من رقبته، فلم يظهر الحجر في حق هذا التصرف [.....] ^(٣) جاز تصرفه في هذه الصورة وعلم أن ثمن ذلك العبد في يده أخذ صاحب العبد مما في يده مقدار ثمن العبد؛ لأنه ظفر ببديل خصمه، والباقي يكون للمولى؛ لأنه كسب عبده، وإن علم أنه ليس في يده ثمن العبد، فليس لصاحب العبد أن [يأخذ] ^(٤) شيئا مما في يده؛ لأنه لم يظفر ببديل ماله ويتأخر حقه في الثمن إلى ما بعد العتق، ويكون جميع ما في يد العبد المحجور لمولاه، وإن وقع الاختلاف فقال بائع العبد: ثمن عبدي في يد المحجور عليه،

(١) بياض في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) بياض في أ، ز.

(٤) بياض في أ، ز.

وقال مولى المحجور: ما في يده ليس ثمن عبدك بل وهب له أو تصدق به عليه أو هو ثمن مال عبد آخر، فالقول قول المحجور عليه، وإذا قال: البينة، فالبينة بينة البائع.

وكذلك لو أن عبدا محجورا عليه استقرض من رجل مالا واشترى به وباع وربح ربحا كثيرا، ثم جاء المستقرض وطالبه بدينه فهو على الوجوه الثلاثة: إن علم أن في يد العبد بدل القرض، فالمقرض يأخذ من قدر دينه والباقي يكون للمولى، فإن علم أنه ليس في يده بدل القرض فجميع ما في يده لمولاه ويتأخر القرض في الدين إلى ما بعد العتق، وإن اختلفا فالقول قول مولى العبد المحجور، وعلى المقرض البينة.

وكذلك لو أودعا متاعا أو ثيابا فباعه واشترى بثمنه وباع وربح مالا كثيرا، وحضر المودع، فإن علم أن بدل الوديعة في يد العبد فللمودع أن يأخذ من ذلك قدر قيمة وديعته والباقي لمولى المحجور عليه، وإن علم أن بدل الوديعة ليس في يده، فالمودع لا يأخذ مما في يد العبد شيئا ولا يبيع العبد بقيمة متاعه حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يبيعه، وهي مسألة إيداع العبد المحجور، وإن كان ما في العبد بدل الوديعة إلا أنه أقل من قيمة الوديعة، فإن المودع يأخذ ما في يد العبد ولا يبيعه بما بقي من قيمة المتاع حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.



الفصل الرابع

في بيان ما يملكه العبد المأذون وما لا يملكه

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - : ليس للعبد المأذون أن يكتب سواء كان عليه دين أو لم يكن، فإن كاتب مع أنه ليس له ذلك وأجاز المولى كتابته، فهذا على وجهين : إن لم يكن على المأذون دين، عمل بإجازة المولى، وإذا جازت الكتابة خرج المكاتب من أن يكون كسب المأذون، حتى ولو عجز وردّ في الرق لا يملك المكاتب التصرف فيه، وقبل أن يعجز إذا أدى بدل الكتابة، المأذون لا يعتق إلا أن يكون المولى أمره بالقبض، وإذا لحق المأذون دين لا يصرف شيئاً من بدل الكتابة إلى دينه، وإن كان على المأذون دين، فإن كان الدين مستغرقاً لا تعمل إجازة المولى عند أبي حنيفة، والكتابة باطلة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تعمل؛ حتى لو أدى المكاتب بدل الكتابة إلى المولى أو إلى المأذون بإذن المولى، يعتق.

وإن كان الدين غير مستغرق، فإجازة المولى تعمل بالإجماع، حتى لو أدى بدل الكتابة، وإن كان الدين غير مستغرق إلى المولى أو إلى المديون بإذن المولى، يعتق بالإجماع، ولكن للغرماء حق إبطال الكتابة قبل ثبوت العتق، وإذا لم يبطلوا الكتابة حتى عتق بالأداء ضمن المولى قيمته للغرماء، وسيأتي في جنس هذه المسائل بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وليس له أن يعتق عند أمن كسبه على مال فإنه ليس له ذلك وأجاز المولى عتقه، فإن لم يكن على العبد دين عمل إجازته وقبض البدل إلى المولى، ولو لحق العبد بعد ذلك دين لا يصرف شيء من بدل العتق إلى دينه، وإن كان على العبد دين إن كان ديناً مستغرقاً لا تعمل إجازته عند أبي حنيفة، وعندهما تعمل إجازته، وإن لم يكن الدين مستغرقاً لا تعمل إجازته عند الكل وضمن المولى قيمته للغرماء ولا سبيل للغرماء على القرض، بخلاف فصل الكتابة في هذه الصورة؛ لأن ما يؤديه المكاتب كسب الرق فجاز أن يتعلق به حق الغرماء، أما هنا كسب الحرية فلا يتعلق به حق

الغرماء، ولأن مسألة العتق وزان مسألة الكتابة ما اكتسبه العبد قبل العتق وذلك يصرف للغرماء، وزان مسألة الكتابة من مسألة العتق ما اكتسب المكاتب بعد العتق وذلك لا يصرف إلى الغرماء.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - : ليس للمأذون أن يكفل بكفالة نفس.

[وقال: أو مال]^(١)، سواء كان عليه دين أو لم يكن، فإن أذن له المولى بالكفالة فكفل، إن لم يكن عليه دين جاز، وإن كان عليه دين لا يجوز.

وكان شمس الأئمة السرخسي يقول: إذا كفل مالا بغير إذن المولى أو بإذن المولى وكان عليه دين لا يؤخذ به في الحال، أما يؤخذ به بعد العتق، وقد عرف ذلك في كتاب الكفالة.

ويجوز للمأذون أن يشارك غيره شركة عنان، وليس له أن يشارك غيره شركة مفاوضة، ولو فعل ذلك تنعقد عنانا لا مفاوضة.

وفي العنان لو اشترط أن يشتريا بالنقد والنسيئة ويكون المشتري بينهما، يجوز النقد ولا يجوز النسيئة، وإن أذن له المولى شركة المفاوضة لا تجوز المفاوضة منه على سبيل العموم في التجارات كلها، وإذا لم تجز المفاوضة على العموم بعد إذن المولى هل يجوز على الخصوص مرة واحدة، فإن الإذن بالكفالة مرة واحدة من المولى صحيح.

لم يذكر محمد هذه المسألة في الكتاب.

قال شيخ الإسلام في شرحه: ولقائل أن يقول: يجوز، ولقائل أن يقول: لا يجوز [مرة واحدة]^(٢) فمن يقول في المفاوضة: يجوز مرة واحدة، يقيس المفاوضة على العنان، وفي العنان قال: إن المولى إذا أذن له أن يشترك مع غيره شركة عنان

(١) في ز: وقاه أو قال.

(٢) سقط في ز.

على أن يبيعا بالنقد والنسيئة يجوز ذلك من العبد مرة واحدة ولا يصح بعد ذلك فكذا في المفاوضة، ولا يملك التزوج إلا بإذن أمرك، فإن تزوج امرأة حرة ودخل بها فالقاضي يفرق بينهما وما لزمه من المهر بسبب الدخول يؤاخذ به بعد العتق، وليس له أن يتزوج أمته، ففيه اختلاف، على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يزوج.

وعلى قول أبي يوسف: يزوج، وقد عرف ذلك في كتاب النكاح، ويجوز له أن يستأجر الأرض ما بدا له من الأجراء، وله أن يدفع المال مضاربة، وله أن يصنع، وله أن يؤاجر نفسه فيما بدا له من الأعمال عندنا، ويؤاجر كسبه بلا خلاف، وله أن يزرع في أرض نفسه، وله أن يأخذ الأراضي مزارعة، وله أن يدفع الأرض مزارعة، وله أن يودع، وله أن يستودع، وأن يعير وأن يستعير، وله أن يتخذ الضيافة اليسيرة، وليس له أن يتخذ الضيافة [العظيمة، والقياس: ألا يتخذ الضيافة]^(١) العظيمة.

والقياس: ألا يتخذ الضيافة يسيرة كانت أو عظيمة، لأنها تبرع، إلا أنا استحسنا في اليسيرة، لأنها من صنع التجار، ثم لا بد من حد فاصل بين اليسيرة والعظيمة. روي عن محمد بن سلمة أنه قال: ذلك على مقدار مال تجارته، وإن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا، وإن كان مال تجارته عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار ألف فذلك يكون كثيرا عرفا.

هذا هو الكلام في الضيافة، وأما الكلام في الهدية فنقول: العبد المأذون يملك الإهداء بالمأكولات، ولا يملك الإهداء بما سواها من الدراهم والدنانير. قال مشايخنا: وإنما يملك الإهداء مقدار ما يتخذ الدعوة من المأكولات فيعود الكلام إلى الدعوة.

وقد ذكرنا أن اتخاذ الدعوة اليسيرة يجوز، واتخاذ الدعوة العظيمة لا يجوز، واتخاذ هبة.

وفي الأصل: لو وهب هبة وكانت الهبة شيئا سوى الطعام وقد بلغ قيمته درهما

(١) سقط في ز.

فصاعدا، فإنه لا يجوز.

ثم قال: وإن أجاز المولى هبته، إن لم يكن عليه دين تعمل إجازته، وإن كان عليه دين لا تعمل إجازته، ويملك التصدق بالفلس والرغيف وبالفضة بها دون الدرهم - نص على ما دون الدرهم في كتاب المكاتب.

وفي الأصل يقول: لو تصدق وكانت الصدقة زوجها والأمة في بيت مولاهما لا يطعم ويتصدق بالمطعم على الرسم والعادة، وإن لم يأذن لها الزوج والمولى بذلك صريحًا واعتبارًا للعرف والعادة، وليس للمأذون أن يقرض، وإن أقرض فهو باطل بخلاف إعادة الميزان والسنجات والهدية بشيء حقير والمضايقة اليسيرة، وله أن يأذن لعبده في التجارة سواء كان عليه دين أو لم يكن، وسوى ما ذكرنا تصرفات كثيرة يملكها المأذون على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.



الفصل الخامس

في العبد المأذون يلحقه دين فيطلب الغرماء من القاضي حبسه

وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فباع العبد واشترى فلحقه من ذلك دين كثير فقدمه الغرماء إلى القاضي، والمولى جاحد، وطلبوا بيعه من المولى، فإن القاضي ينظر في ذلك، فإن كان في يد العبد كسب حاضر يفني بديونه فإنه يقضي ديونه من كسبه ولا يبيع المأذون بدينهم، وإن لم يكن في يده مال حاضر إلا أن له مالا غائبا يرجى قدومه أو دين حال يرجى خروجه، فإنه لا يعجل القاضي أيضا في بيعه بل يتلوم ويؤخر البيع حتى يقدم المال ويخرج الدين، ولم يقدر محمد لهذا التلوم تقديرا.

من مشايخنا من قال: بأن تقدير مدة التلوم بيع^(١) العبد، وإن وضع رأيه أن المدة لم تنته بعد، فإنه لا يبيعه.

وقد حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال: مدة التلوم مقدرة بثلاثة أيام، إن كان المال الغائب بحيث يقدم لثلاثة أيام، فإن القاضي لا يبيع العبد بل يتلوم حتى يقدم المال أو يخرج الدين، وإن كان لا يقدم مال الغائب بعد مضي ثلاثة أيام فإنه يبيعه، وإذا انقضت مدة التلوم على القولين جميعًا، ولم يقدم ولا خرج الدين فإن القاضي يبيع العبد بدينهم، هذا إذا كان غائبا فإنه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى، فإن الخصم في رقبة العبد المولى دون العبد؛ ألا ترى لو ادعى إنسان في رقبة العبد حقا فإن العبد لا ينتصب خصما، كذلك فإذا كان الخصم هو المولى لم يجز البيع إلا بحضرتة أو بحضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه يباع بالدين وإن كان المولى غائبا، ثم إذا باع القاضي العبد بحضرة المولى قسم ثمنه بين الغرماء فبعد ذلك ينظر: إن كان بالثمن وفاء بالديون كلها إن وفي كل واحد منهم تمام حقه ويصرف الفضل إلى المولى إن كان ثمة فضل، وإن لم يكن بالثمن وفاء بالديون كلها يضرب كل غريم في

(١) في أ: باع.

الثلث بقدر حقه كالتركة إذا اجتمعت فيها حقوق الغرماء وضاعت التركة عن إيفائها يضرب كل غريم في التركة بقدر حقه فكذلك هذا، ولا سبيل لهم على العبد فيما بقي من ديونهم حتى يعتق العبد، فإن اشترى العبد مولاه الذي باعه عليه القاضي للغرماء لم يتبعه الغرماء بشيء مما بقي من الدين قليل ولا كثير، وإن عاد العبد إلى ملك من وجب الدين على العبد في ملكه، ثم ما ذكر أن القاضي يبيع العبد المأذون المديون مذهبنا، وقال الشافعي: لا يبيعه.

ولقب المسألة: رقة العبد المأذون تباع في عين التجارة عندنا خلافاً للشافعي، وأجمعوا على أن رقبته تباع بدين الاستهلاك، وحاصل الخلاف راجع إلى حقه^(١) فإن دين التجارة هل يتعلق برقة العبد استيفاء؟ عندنا: يتعلق، وعند الشافعي: لا يتعلق.

ثم القاضي إذا باع العبد للغرماء، أو باع أمين القاضي العبد للغرماء، لا يلحقه العهدة حتى لو وجد المشتري بالعبد عبياً فالمشتري لا يردده على القاضي ولا على أمينه، ولكن القاضي ينصب وصياً حتى يردده عليه.

وكذلك لو قبض القاضي أو أمينه الثمن من المشتري وضاع من يده واستحق العبد من يد المشتري فالمشتري لا يرجع على القاضي ولا على أمينه وإنما يرجع على الغرماء، وإذا لم تجب العهدة على القاضي ولا على أمينه كان هذا عقداً لا يوجب العهدة على العاقد، ففي فصل الرد بالعيب ينصب القاضي وصياً ليرد عليه، وفي هلاك الثمن استحقاق المبيع المشتري يرجع بالثمن على الغرماء، إذ الأصل في كل عقد لا ترجع العهدة إلى العاقد ترجع إلى من وقع العقد له كما لو كان العاقد صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً توكلت عن الغير بالبيع، والعهدة تكون على من وقع العقد له وهو الموكل، والعقد هنا وقع للغرماء فيكون الرجوع عليهم، ثم إذا رجع المشتري على الغرماء بالثمن فالغرماء يرجعون بديونهم على العبد وهذا ظاهر، وهل

(١) في أ: حر.

يرجعون بما ضمنوا للمشتري من الثمن؟ فلا ذكر لهذا الفصل في شيء من الكتب .
وقد اختلف المشايخ فيه ، والأصح أنهم لا يرجعون .

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح كتاب المأذون : أن القاضي إذا أمر أمينه ببيع العبد المأذون المديون بطلب الغرماء إن قال : جعلتك أمينا في بيع هذا العبد ، لا تلحقه العهدة ، ثم في فصل الرد بالعيب إذا نصب القاضي الأمين خصما للمشتري ورد المشتري عليه العبد بالعيب فالقاضي يأمر الأمين ببيع العبد ويأمره أن يتبين عيبه^(١) إذا باعه فإذا باعه الأمين وأخذ الثمن بدأ بدين المشتري أولا ، فبعد ذلك ينظر : إن كان الثمن الآخر أقل من الثمن الأول غرم الغرماء المشتري الأول الفضل على الثمن ولا يغرم الأمين ذلك ، وإن كان الثمن الثاني أكثر من الأول أعطى المشتري حقه وما بقي يكون للغرماء ، وإن انقطع حق الغرماء عن العبد نفذ البيع ، ولو كان العبد حين رد على أمين القاضي بالعيب مات في يده قبل أن يبيعه ثانيا ، قال : أمين يرجع بالثمن على الغرماء فيأخذ منهم الثمن ويرده على المشتري ، وكما تباع رقبة العبد في دين التجارة تباع رقبته فيما كان من جنس التجارة^(٢) .

بيانه فيما ذكر في الأصل ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - :
إذا أذن الرجل لعبد في التجارة فما لحقه من دين تجارة أو غضب أو وديعة جحدها أو مضاربة أو بضاعة أو عارية جحدها أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو أجر أجيرا أو مهر جارية اشتراها ووطئها ثم استحقت ، فذلك كله لازم له أن يؤاخذ به في الحال وتباع رقبته فيه .

قيل : ما ذكر من الجواب في ضمان عقير الدابة وإحراق الثوب محمول على ما إذا أخذ الثوب أو الدابة أو لآ حتى يصير غاصبا بالأخذ ثم أحرق الثوب أو عقير الدابة ، فأما إذا عقير الدابة أو أحرق الثوب من الابتداء فينبغي على قول أبي يوسف : ألا

(١) في ز : العبد .

(٢) الأصل ، للشيباني (٦١/٩) .

يؤاخذ به في الحال ولا تباع رقبته فيه . وعلى قول محمد: يؤاخذ به للحال وتباع رقبته فيه .

وقاسوا هذه المسألة على مسألة ذكرها في كتاب الصلح وصورتها: الدين إذا كان مشتركا بين اثنين، ثم إن أحد الشريكين اغتصب من المديون مالا واستهلكه، أو اشترى منه بالدين شيئا واستهلكه فإن لشريكه أن يرجع عليه بربع الدين، ولو تزوج أحد الشريكين أمة المديون بنصيبه من الدين لم يكن لشريكه أن يرجع عليه^(١) بربع الدين، ولو أحرق أحدهما ثوبا للمديون قبل القبض وقيمة الثوب مثل نصيبه ووقعت المقاصة لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء عند أبي يوسف، وعند محمد: يرجع عليه بربع الدين، وأبو يوسف جعل ضمان إحراق الثوب قبل القبض بمنزلة المهر، ومحمد جعله بمنزلة الثمن، وضمنان الغصب.

فيجوز أن تكون هذه المسألة كذلك، وإذا تزوج امرأة دخل بها، إن كان النكاح بإذن المولى يباع بدين المهر ثم يشترط لصحة بيع القاضي إذن الغرماء بالبيع وإذن المولى.

قد ذكرنا في أول هذا الفصل: أن العبد المأذون إذا لحقه دين وطلب الغرماء من القاضي بيع العبد، وفي يد العبد كسب خاص، أن القاضي يبدأ ببيع الكسب ويستوي أن يكون ذلك في الكسب من أكساب التجارة أو لم يكن من أكساب التجارة نحو الصدقة والهبة، يستوي أن يكون العبد اكتسب ذلك قبل لحوق الدين أو بعد لحوق الدين فتحق الغرماء يتعلق بجميع ذلك ما دام في يد العبد، وإن كان المولى قد أخذ شيئا من ذلك من العبد، فإن لم يكن على العبد دين حال فأخذ المولى ذلك ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخذ إن كان قائما بعينه، ولا ضمانه إن كان استهلكه، وإن كان على العبد دين حال فأخذ المولى ذلك يجب على المولى رد ما أخذ إن كان قائما بعينه، وضمنانه إن كان استهلكه، ولو كان على العبد دين خمسمائة

(١) زاد في أ: بشيء عند.

وفي يده ألف درهم فأخذ المولى منه الألف بكمالها واستهلكها، ثم لحق العبد دين يأتي ذلك على رقبتة وعلى جميع ما قبض المولى منه فالمولى يغرم كلها، وإن لم يلحق العبد دين آخر فالمولى لا يغرم إلا خمسمائة، وإذا لحق العبد المأذون دين يأتي على جميع رقبتة وما في يده، والمولى يأخذ منه الغلة لكل شهر فهذا على وجهين: إما أن كان ما أخذ المولى غلة مثل لكل شهر، أو كان أكثر من غلة مثل لكل شهر، ففي الوجه الأول: يسلم ذلك للمولى استحسانا، وفي الوجه الثاني: يسلم له مقدار غلة مثله استحسانا ويرد الفضل، والقياس: ألا يسلم له شيئا من ذلك، والله تعالى أعلم.



ومما يتصل بهذا الفصل: إذا أذن لأمته في التجارة ثم ولدت ولدا هل يسري الدين إلى ولدها حتى يباع ولدها بالدين كالأم؟ فهذا على وجهين: إما أن ولدت بعدما لحقها الدين، أو ولدت قبل أن يلحقها الدين ثم لحقها الدين بعد ذلك، فإن ولدت بعدما لحقها الدين فإن الدين يسري إلى ولدها يباع الولد معها في الدين إلا أن يفديها المولى، وهذا بخلاف ولد المستأجرة والعارية فإنه لا يسري إليه حكم الإجارة والعارية، وبخلاف ولد الجانية فإنه لا يسري إليه حكم الجانية، وقد قال بعض مشايخنا: إن حكم الجانية يسري إلى الولد.

وحكي عن القاضي الإمام جمال الدين حامي أحمد - رحمه الله تعالى - أنه قال: ذكر الحاكم الشهيد في المختصر أن حكم الجانية يسري من الأم إلى ولدها، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح السير الكبير في باب ما يحزره العبد فيأخذه المالك القديم بالعين أو بالثمن الآخر، ثم فرق بين كسب المديونة وبين ولدها فقال: يتعلق دينها بكسبها مادام الكسب في يدها سواء اكتسبت قبل لحوق الدين. وقال في الواحد: إن حدث بعد لحوق الدين يتعلق الدين به والولد من كسبها؛ لأنه حصل بعضها. وإليه أشار عليه السلام: «وإن ولده لمن كسبه»^(١) قال: ولدت ولدين أحدهما قبل الدين والآخر بعد الدين، فإن الدين يلحق بالولد الآخر ولا يلحق الولد الأول. والله تعالى أعلم.

(١) أخرجه أحمد (٢٢٠/٦، ٤٢)، وإسحاق بن راهويه في مسنده (٨٤٨/٢) برقم (١٥٠٧)، والنسائي (٢٤١/٧) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٧٢٣/٢) كتاب التجارات، باب: الحث على المكاسب، برقم (٢١٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤٨٠/٧) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، والقضاعي في مسند الشهاب (١٢٠/٢) برقم (١٠١٢)، من طريق الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ . . . الحديث.

وأخرجه أحمد (١٢٧/٦)، وأبو داود (٣١١/٢) كتاب الإجارة، باب: في الرجل يأكل من مال ولده، برقم (٣٥٢٨)، والترمذي (٦٣٠-٦٣١/٣) كتاب الأحكام، باب: ما جاء في أن الوالد يأخذ من مال ولده، برقم (١٣٥٨)، والنسائي (٢٤٠/٧) كتاب البيوع، باب: الحث على الكسب، وابن ماجه (٧٦٨/٢) كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، برقم (٢٢٩٠)، وابن حبان (٧٢/١٠) برقم (٤٢٥٩)، والحاكم (٤٦٢)، من طريق عمارة ابن عمير عن عمته عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ . . . الحديث.

ولفظ الترمذي وابن ماجه: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم». قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وصححه أبو حاتم وأبو زرعة الرازيان فيما نقله ابن أبي حاتم في العلل (٤٦٥/١)، وابن حبان، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

الفصل السادس

في تصرف المولى في العبد المديون وأشباهه والتدبير والإعتاق وأشباههما قال محمد - رحمه الله - : وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاشترى وباع ولحقه ديون فباعه المولى بغير رضا الغرماء فالبيع باطل، هكذا ذكر في الأصل، واختلف المشايخ في تفسير قوله: إنه باطل.

قال بعضهم: أراد بقوله: (باطل)، أنه سيبطل^(١).

منهم من قال: أراد بقوله: (باطل)، أنه فاسد، بدليل أنه قال في الأصل: إذا أعتق المشتري من المولى بعد القبض أو دبره صح ذلك منه ويلزمه قيمته، ولو كان أراد به: الموقوف على الإجازة كبيع الفضولي، لكان لا يملكه^(٢) المشتري بعد القبض والقدر للقاتل الأول هذا إن هذا العقد في الفساد دون سائر العقود الفاسدة، فأظهرنا قرينته في إفادته قبل القبض ملكا موقوفا.

ثم قال: إلا أن يقضي المولى الدين من ماله، أو يكون في الثمن وفاء بديون الغرماء فيأخذ المولى الثمن ويدفعه إلى الغرماء قضاء لديونهم فحيثئذ لا يبقى للغرماء حق الفسخ، وإذا باع المولى العبد المأذون المديون بغير رضا الغرماء وسلمه للمشتري، ثم جاء الغرماء يطلبون العبد بديونهم وأرادوا أن يفسخوا بيع المولى وأحدهما غائب إما البائع وإما المشتري، أجمعوا على أن المشتري إذا كان غائبا والبائع حاضرا مع العبد أنه ليس للغرماء أن يخاصموا البائع ويفسخوا العقد معه؛ لأنه ليس للبائع في العبد لا يد ولا ملك، وبهذا يتبين أن هذا العقد فاسد وليس بموقوف، فأما إذا كان المشتري حاضرا مع العبد قال أبو حنيفة ومحمد: لا خصومة لهم مع المشتري.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/٤٥٢)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشليبي (٥/٢١٧).

(٢) في أ: يمكنه.

وقال أبو يوسف: لهم حق الخصومة مع المشتري فيخاصموه ويفسخوا العقد معه ويبيعوا العبد بديونهم إلا أن يفديه المشتري، فالمشتري إذا باع الدار التي اشتراها ووجب فيها الشفعة ثم غاب المشتري فجاء الشفيح وأراد أن يأخذ الدار من المشتري الثاني إذا أراد أن يأخذها بحكم الشراء الثاني فله ذلك بالإجماع، وإن أراد أن يأخذها بحكم الشراء الأول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا، فلو أن الغرماء لم يقدرُوا على المشتري وعلى العبد إنما قدرُوا على البائع وأرادوا أن يضمّنوا البائع قيمة العبد فلهم ذلك وكان البائع خصماً لهم في ذلك، أما إذا أرادوا أخذ العبد من البائع، ثم إذا ضمّنوا البائع قيمة العبد اقتسموها بينهم بالحصص يضرب كل واحد منهم بجميع دينه في تلك القيمة قال: وجاز البيع في العبد وسلم الثمن للمولى ولم يكن للغرماء على العبد سبيل ما لم يعتق، كما لو بيع العبد بدينهم، ولو أجازوا البيع كان الثمن لهم وبرئ البائع من القيمة، فإن هلك الثمن في يد البائع قبل أن يقبضه الغرماء من البائع هلك من مال الغرماء وبرئ البائع من القيمة، فإذا أعتق العبد اتبعوه بجميع دينهم، ولو أن الغرماء أجازوا البيع بعدما هلك الثمن في يد البائع صحت الإجازة وكان الهلاك على الغرماء فكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا وجدت الإجازة من الغرماء حال قيام الثمن، هكذا في ظاهر الرواية.

وقد ذكر ابن سماعة في نوادره: أن الإجازة بعد هلاك الثمن لا تصح حتى يبرأ المولى من الضمان، فإن اختار بعض الغرماء ضمان القيمة واختار بعضهم الثمن كان لهم ذلك وتكون فائدة القيمة أكثر من الثمن، ويكون للذين اختاروا القيمة حصصهم من القيمة، وللذين اختاروا الثمن حصتهم من الثمن، حتى لو كانوا أربعة واختار واحد منهم ضمان القيمة فله ربع القيمة لا غير، وللذين اختاروا الثمن ثلاثة أرباع الثمن والباقي للمولى، وينفذ البيع في جميع العبد وهذا بخلاف ما لو كان المشتري والبائع حاضرين والعبد قائم في يد المشتري، فأجاز بعضهم البيع فأبطله بعضهم كان الإبطال أولى ولم يجز البيع في شيء من العبد، فلو أن الغرماء قدرُوا على البائع ولم

يقدرُوا على العبد فلهُم الخيار إن شاءوا ضمنوا البائع قيمة العبد وإن شاءوا ضمنوا المشتري، فإن ضمن المشتري قيمة العبد رجح المشتري على البائع بالثمن الذي نقده، وإن اختاروا تضمين المولى قيمة العبد جاز البيع فيما بينه وبين المشتري، فأيهما اختار الغرماء ضمانه برئ الآخر براءة مؤبدة بحيث لا يعود الضمان إليه أبداً، فإن أخذ الغرماء القيمة من البائع أو من المشتري ثم ظهر العبد، فأرادوا أن يأخذوا العبد ويردوا القيمة على من أخذوا منه القيمة ينظر: إن أخذ الغرماء القيمة بزعم أنفسهم بأن ادعوا أن قيمة العبد كذا وأنكر الذي اختار الغرماء تضمينه فأقاموا البينة على ما ادعوا من القيمة فاستحلفوه فنكل فلا سبيل لهم على العبد، فإن أخذوا القيمة بزعم الضامن، فإن ادعى الضامن أن قيمته كذا دون ما ادعى الغرماء وحلف على ذلك وإن لم يكن للغرماء بينة، كان لهم أن يأخذوا العبد، ثم إذا اختاروا القيمة من المولى وأخذوا القيمة ثم ظهر العبد واطلع المشتري على عيب بالعبد ورده على المولى البائع بقضاء، فالمولى هل يرد العبد على الغرماء بهذا العيب؟ فهذا على وجهين:

الأول: إذا لم يكن المولى البائع عالماً بالعيب وقت بيعه من المشتري. وفي هذا الوجه: إن كان العيب لا يحدث مثله وقد رد عليه [بإقراره رد على الغرماء، وإن كان العيب عيباً يحدث مثله وقد رد عليه]^(١) بالبينة أو بنكوله رده على الغرماء، وإن رده بحكم بإقراره لا يرد على الغرماء إلا أن تقوم البينة أن هذا العيب كان بالعبد قبل شراء هذا المشتري أو يستحلفهم على ذلك فينكلوا.

الوجه الثاني: أن يكون المولى البائع عالماً بالعيب وقت البيع من المشتري، وهذا الوجه على قسمين: إن كان القاضي قضى عليه بقيمة العبد معيباً فليس له أن يرد العبد على الغرماء، فإن كان القاضي قضى عليه بقيمته صحيحاً فله أن يرد على الغرماء إذا كان العيب عيباً لا يحدث مثله أو يحدث إلا أنه رد عليه بالبينة أو بنكوله.

(١) سقط في ز.

معنى هذه المسألة: أن الغرماء حين أرادوا أخذ القيمة من المولى قال: إن هذا العبد معيب يعيب كان به وقت بيعي إياه من المشتري، فصدقوه الغرماء في ذلك وضمنه قيمته معييا، وكذبوه وقالوا: لا، بل العبد كان صحيحا وقت بيعك إياه من المشتري، أو بما حدث العيب في يد المشتري ولنا حق تضمينك قيمته صحيحا، فضمنوه قيمته صحيحا فالحكم ما ذكرنا، فإن كان الغرماء حين أخذوا القيمة من المولى وظهر العبد في يد المشتري واطلع على عيب قديم بالعبد فلم يرده على المولى حتى تعيب عنده بعيب آخر، لا يكون للمشتري حق الرد على المولى ولكن يرجع عليه بنقصان العيب، وإذا رجع على المولى بنقصان العيب ليس للمولى أن يرجع على الغرماء بنقصان العيب.

ذكر المسألة في هذا الكتاب من غير ذكر خلاف، بعض مشايخنا قالوا قول أبي حنيفة، أما على قول أبي يوسف ومحمد: له أن يرجع على الغرماء بنقصان العيب. قالوا: وقد نص على هذا الخلاف في بعض نسخ هذا الكتاب، وقاسوا هذه المسألة على مسألة ذكرها في كتاب الصلح وصورتها: رجل اشترى من رجل آخر عبدا وقبضه وباعه من غيره، فوجد المشتري الثاني بالعبد عيبا فقبل أن يرده مات في يده، فالمشتري الثاني يرجع بنقصان العيب على بائعه بالإجماع، وبائعه لا يرجع على بائعه عند أبي حنيفة، وعندهما: يرجع.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر هنا قول الكل، فأبو يوسف ومحمد يحتاجان إلى الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة كتاب الصلح.

وإذا باع العبد المأذون المديون مع علمه بالدين لا يصير مختارا للديون، بخلاف ما إذا باع الجاني مع العلم بالجناية يصير مختارا للغرماء، هذا إذا باع المولى العبد المأذون من غير إذن الغرماء، فأما إذا باعه بإذن الغرماء بعد بيعه، فإن قبض المولى من البائع الثمن وصار في يده، ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فالخصم في ذلك المولى البائع، فإن رد المشتري العبد على المولى ينظر بعد ذلك: إن كان عيبا لا

يحدث مثله ولكن رده عليه ببينة أو بنكول فقد انفسخ العقد من كل وجه وعاد حقوق الغرماء في العبد كما كانت، إلا أن في هذه الصورة ازداد حق آخر وهو حق المشتري الراد وحقه مقدم على سائر الغرماء، فإذا باعه وأخذ الثمن ينظر: إن كان الثمن الثاني أكثر من الثمن الأول أعطي من المشتري من ذلك حقه والفضل يكون للغرماء، وإن كان الثمن أقل فالمولى يغرم للمشتري من مال نفسه إلى تمام حقه، وإن كان العيب عيبا يحدث مثله وقد رد على المولى بحكم إقراره وباع المولى العبد والثمن الثاني أقل وضمن المولى النقصان للمشتري من مال نفسه ولا يرجع على الغرماء بذلك، إلا أن يقيم المولى البينة أن هذا العيب كان قديما، أو حلف الغرماء فنكلوا حيثئذ يرجع عليهم بما غرم للمشتري، ثم الغرماء إنما يحلفوا على علمهم بالله ما تعلمون أن المولى باع هذا العبد وسلم به وبه هذا العيب، ولو كان المشتري حين رد العيب على المولى البائع مات العبد في يده قبل أن يبيعه ثانيا للمشتري، فالمولى يغرم الثمن للمشتري، وهل يرجع بما غرم للغرماء؟ إن كان العبد رد على المولى بعيب لا يحدث مثله أو بعيب يحدث مثله بإقراره لا يرجع على الغرماء إلا إذا أقام البينة أنه باع هذا العبد وبه هذا العيب فنكلوا، فحيثئذ كان لهم الرجوع على الغرماء بالثمن، وهذا كله إذا كان الرد على المولى بقضاء القاضي، فإن كان الرد عليه بغير قضاء القاضي، فإن كان يحدث مثله فلا سبيل للمولى على الغرماء باتفاق الروايات، وإن كان عيبا لا يحدث مثله فعلى رواية المأذون والرهن: لا يرجع على الغرماء، وعلى رواية البيوع: يرجع على الغرماء، كما في الوكيل بالبيع من جهة المالك.

فرع على إذا ما كان الرد على المولى بغير قضاء فقال: لو لم يمت العبد في يد المولى فالعبد للمولى ولا سبيل للغرماء على العبد ويغرم المولى للمشتري الثمن، ولو أراد الغرماء بيع العبد وفي ثمنه فضل على الثمن الأول، فليس للغرماء ذلك، هذا إذا كان الدين على العبد حالا، فأما إذا كان مؤجلا فباع المولى العبد بغير رضا الغرماء فبيعه جائز وليس للغرماء نقضه، وإن حل الأجل ضمن المولى قيمته للغرماء

ولم يكن للغرماء رد البيع بعد حلول الدين.

ونظير هذا ما ذكر محمد في عبد حفر بثرا على طريق المسلمين ثم باعه المولى فوقع فيها دابة قيمتها ألف درهم فنفتت حتى وجب لصاحب الدابة على العبد ألف درهم، ذكر: أن المولى يضمن قيمة العبد لصاحب الدابة، ولا يكون لصاحب الدابة رد البيع، وكذلك لو أن المولى وهب العبد قبل أن يحل الدين وقبضه الموهوب له فالهبة جائزة، فإن حل الأجل ضمن المولى للغرماء القيمة ولم يكن للغرماء رد الهبة بعد حلول الدين، وكذلك لو أجره المولى قبل حلول الدين جاز، فإن حل الدين ولم تمض مدة الإجارة كان للغرماء أن ينقضوا الإجارة، وأما إذا رهن فالجواب فيه كالجواب فيما إذا باع إذا حل دين الغرماء يضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا ينقض الرهن، وكذلك في البيع الفاسد إذا رهن المشتري المشتري أو أجره فإنه ينقض الإجارة ولا ينقض الرهن، ثم إذا حل الدين والعبد رهن بعد حتى كان للغرماء أن يضمنوا للمولى قيمة العبد وضمنوه قيمة العبد سلم الرهن للمرتهن، فأما إذا افتك الراهن العبد هل للغرماء سبيل على العبد؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة أو بعد القضاء، فإن كان قبل القضاء كان لهم أخذ العبد، وإن كان بعد قضاء القاضي عليه بالقيمة فلا سبيل لهم على العبد. هذا هو الكلام في البيع وأشباهه. والله تعالى أعلم.

جئنا إلى العتق وأشباهه، قال محمد - رحمه الله - : إذا أعتق المولى عبده المأذون المديون فعتقه جائز، وسيأتي في فصل المتفرقات بخلاف ما ذكر هنا، وإذا نفذ عتقه ضمن الأقل من قيمة العبد ومن الدين أيهما ما كان أقل كان عليه ذلك إن كان الدين أكثر لا يضمن إلا قدر القيمة، وإن كان الدين أقل ضمن قدر الدين لا القيمة، ثم يضمن المولى الأقل من قيمة العبد ومن الدين، علم المولى بالدين أو لم يعلم، وكان كالمولى إذا أعتق عبده الجاني يضمن إذا علم أو لم يعلم، ثم يضمن المولى للغرماء قيمة العبد بالغة ما بلغت، وإن كان قيمة العبد عشرة آلاف أو أكثر،

إذا كان الدين أكثر من قيمة العبد، بخلاف ما لو كان في العبد جناية فأعتقه وهو لا يعلم بالجناية، فإنه يضمن قيمة القاتل بالغة ما بلغت إذا لم تبلغ عشرة آلاف درهم إلا عشرة فأما إذا كانت عشرة آلاف درهم أو أكثر فإنه يضمن عشرة آلاف درهم إلا عشرة ولا يضمن قيمته بالغة ما بلغت، وكذلك الجواب إن وجب الدين على العبد بسبب الغصب أو جحوده وديعة أو إتلاف مال، هذا إذا أعتق المأذون وعليه دين، فأما إذا أعتق رقيقا من رقيق المأذون وعلى المأذون دين هل ينفذ عتقه؟ فهو على وجهين: إما أن يكون الدين على المأذون مستغرقا أو غير مستغرق، فإن كان الدين غير مستغرق كان أبو حنيفة يقول أولا: بأنه لا ينفذ عتقه، ثم رجع وقال بأنه ينفذ عتقه، وإن كان الدين مستغرقا لا ينفذ عند أبي حنيفة قولاً واحداً، وقال أبو يوسف ومحمد: ينفذ عتقه على كل حال، والخلاف بينهم في هذه المسألة فرع مسألة أخرى، وهو أن دين العبد هل يمنع وقوع الملك للمولى في أكسابه؟ فعند أبي حنيفة يمنع إذا كان مستغرقا قولاً واحداً، وإذا كان غير مستغرق فله فيه قولان، على قوله الأول: يمنع، وعلى قوله الآخر: لا يمنع.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يمنع، وإن كان مستغرقا ولكن يمنع المولى عن التصرف فيه.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا أعتق المولى عبداً من كسب العبد المأذون لا يضمن عند أبي حنيفة؛ لأنه لم ينفذ عتقه، وعندهما: يضمن موسراً كان أو معسراً؛ لأنه نفذ عتقه، إلا أن المولى إذا كان معسراً للغريم اتباع العبد المعتق بالقيمة، ثم العبد المعتق يرجع بما أدى على المعتق وهو المولى وكان كالمرهون إذا سعى في قيمته للمرتهن، بخلاف ما لو أعتق المأذون وسعى في قيمته للغرماء حال إعسار المولى، فإنه لا يرجع بذلك على المولى، بخلاف عبد بين شريكين أعتقه أحدهما وهو معسر، فإن العبد إذا سعى في نصف قيمته للساكت لا يرجع بذلك على المعتق، وإذا أعتق العبد المأذون المديون مع علمه بالديون لا يصير مختاراً للديون ولكن

يلزمه قيمة المديون المأذون وقد مر هذا، فإن وقع الاختلاف بين المولى والغرماء فقال الغرماء للمولى: قد أعتقته فلنا عليك القيمة، وقال المولى: لم أعتقه، فالقول قول المولى لإنكاره العتق، ويبيع العبد للغرماء، وإقرارهم بإعتاق العبد لا يتضمن براءة العبد.

وقال محمد في الأصل: وإذا دبر المولى عبده المأذون المديون فتدبيره جائز وليس للغرماء أن ينقضوا تدبيره، وفرق بين التدبير وبين الكتابة، فإن المولى إذا كاتب عبده المديون المأذون كان للغرماء أن ينقضوا الكتابة ويستسعوا العبد في ديونهم، وإذا لم يكن للغرماء أن ينقضوا تدبير المولى كان لهم الخيار: إن شاءوا ضمنوا المولى قيمة العبد، وإن شاءوا استسعوا العبد في ديونهم، وأي ذلك ما اختاروا بطل حقهم في الآخر، فإذا ضمنوا المولى القيمة فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق وبقي العبد مأذونا على حاله، وإن استسعوا العبد أخذوا من السعاية ديونهم بكاملها، فإذا بقي المديون مأذونا على حاله، فإن اشترى بعد ذلك ولحقه دين كثير كان لأصحاب هذا الدين أن يبيعوا المدبر ويستسعوه بديونهم، فلا سبيل لهم على المولى، بخلاف أصحاب الدين الذين وجب لهم الدين قبل التدبير فإن المولى يضمن لهم القيمة، وإذا استسعى الغرماء الآخرون المدبر في دينهم فأدى إليهم من سعائتهم، لم يكن للغرماء الأولين الذين ضمنوا المولى القيمة من ذلك لا قليل ولا كثير، وإن بقي شيء من السعاية من غرماء الآخر يكون للمولى ولا يكون للغرماء الذين ضمنوا المولى القيمة من ذلك لا قليل ولا كثير، وإن قتل المدبر حتى وجب قيمته فلا شيء للغرماء الأولين من قيمته، وتكون القيمة للغرماء الآخرين يستوفون من ذلك ديونهم، هذا الذي ذكرنا كله تفرعات فصل التدبير.

جئنا إلى تفرعات فصل الكتابة فنقول: لو لم يعلم الغرماء بكتابة المولى المأذون حتى أدى المأذون جميع الكتابة إلى المولى عتق لوجود شرطه وهو الأداء، وعلى المولى قيمة العبد كما لو لم يجز العتق، بعد هذا الغرماء بالخيار: إن شاءوا ضمنوا

المولى قيمة العبد وأخذوا منه ما أخذ من المكاتب فيقسمون بينهم بالحصص، وإن شاءوا اتبعوا العبد بجميع ديونهم، فإن اتبعوا العبد وأخذ منه جميع ديونهم سلم للمولى قيمة العبد والمكاتبه أيضا، ولا يرجع العبد على مولاه بشيء من ذلك لا بقليل ولا بكثير ولو كان العبد أدى بعض المكاتبه وبقي بعضها، ثم جاء الغرماء فإنهم يبطلون الكتابة ويبيع العبد للغرماء في ديونهم إن شاءوا، فإن لم يبطلوا الكتابة ولكنهم أجازوها فالمكاتبه جائزة، وما قبض المولى من الكتابة قبل الإجازة فهو بينهم بالحصص، وما بقي فهو بينهم بالحصص، فإن كان ما قبض المولى قبل إجازتهم هلك في يد المولى ثم أجاز الغرماء الكتابة فالمكاتبه جائزة والمولى لا يضمن ما قبض من المكاتبه، فإن أجاز الكتابة بعضهم وردها بعضهم لم تجز الكتابة حتى يجيزوها، ولو أنهم أرادوا رد الكتابة فأعطاهم المولى منهم أو المكاتب لم يكن لهم رد الكتابة بعد ذلك، وكان بمنزلة ما لو باع العبد بغير إذن الغرماء فأراد الغرماء نقض المبيع يقضي المولى دينهم أو قضاة المشتري، لا يكون لهم حق النقض.



ومما يتصل بهذا الفصل من المسائل: العبد المأذون المديون إذا باعه المولى من غير إذن الغرماء فأعتقه المشتري قبل أن يقبضه، فإنه يعتق عنده إذا جاز الغرماء البيع أو قضى المولى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن الدين ينفذ عتق المشتري، وإن أبى الغرماء أن يجيزوا البيع وأبى المولى أن يقضي دينهم، فإنه يبطل عتقه ويباع العبد للغرماء بدينهم.

هكذا ذكر في الأصل مطلق، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وأما على قول محمد، فمن مشايخنا من قال بأنه قال: لا يقف عتق المشتري على قول محمد، ومنهم من قال: ما ذكر قولهم جميعا، فعلى هذا محمد يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين المشتري من الغاصب.

وقد روي عن أبي يوسف في الأمالي: أن المشتري من المولى متى أعتق العبد قبل القبض نفذ عتقه ولم يقف، ولو باعه يتوقف بيعه، وهو نظير ما لو أقر المولى بهذا العبد لغيره فأعتقه المقر له قبل القبض نفذ عتقه ولم يقف ولو باعه يتوقف بيعه، وفي ظاهر الرواية فرق بين هذا وبين الإقرار وأما المشتري من الراهن بغير إذن المرتهن إذا أعتق قبل القبض، حكى الفقيه أبو بكر البلخي أنه سئل عن هذا فقال: لا أحفظ فيه رواية عن أصحابنا.

قال: ولقائل أنه يسوي بينه وبين مسألتنا ويقول: يتوقف عتق المشتري في مسألة الرهن كما يتوقف هنا على أن يقول بأن عتق المشتري من الرهن ينفذ ولا يقف، وعتق المشتري من المولى عبده المديون، هذا إذا عتق المشتري من المولى قبل قبض العبد ثم أعتقه فإنه ينفذ عتقه، وإذا نفذ عتق المشتري بعد القبض فالغرماء بعد هذا بالخيار إن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن، وإن شاءوا ضمنوا البائع القيمة فقد صحح^(١) إجازة الغرماء البيع بعدما نفذ العتق من المشتري في العبد لا يصح منهم إنشاء البيع فيجب ألا يصح منهم الإجازة كالفضولي إذا باع عبد إنسان بغير إذنه، ثم

(١) في ز: صح.

إن المالك أعتقه قبل الإجازة ثم أراد أن يجيز البائع بعد ذلك، لا تعمل إجازته؛ لأنه بعد العتق لا يملك إنشاء البيع فيه فلا يملك إنشاء البيع فيه فلا يملك الإجازة أيضا. وقال الفقيه أبو بكر البلخي: لا نجد في موضع من كتب أصحابنا أنه يصح إجازة البيع في حال^(١) إنشاء البيع إلا في هذه المسألة، وكان يقول: يجب أن يحفظ هذا فإنه من نواذر المسائل.

ونظير هذا ما ذكر في كتاب اللقطة: أن صاحب اللقطة إذا أجاز صدقة الملتقطة بعدما هلك في يدي الفقير صح إجازته، فمسألة اللقطة نظير هذه المسألة، إلا أن الجواب عن هذا الإشكال: أن الإجازة إنما لم تصح في المجيز في حال ما لا يملك الإنشاء إذا كان يحتاج إلى إثبات الملك للمشتري فإنه لم يكن مالكا قبل الإجازة، وبعد هلاك العبد يمكن إثبات الملك للمشتري بالإجازة كما في مسألة الفضولي الحاجة إلى إثبات الملك للمشتري بالإجازة فإن الملك بعد القبض وقع للمشتري من غير إجازة ولهذا نفذ عتق المشتري، وإنما الحاجة إلى دفع الفساد بإبطال حقهم عن الرقبة، وحقهم في الرقبة قائم فتحقق شرط صحة الإجازة فصحت الإجازة، وإن كان لا يصح إنشاء البيع هذا إذا أجازوا بيع المولى، فإن ضمنوا قيمة العبد فبيع المولى ينفذ ويسلم الثمن للمولى، ولو كان المشتري باع العبد بعدما قبضه أو وهبه وقبض الموهوب له ثم حضر الغرماء واختاروا بيع المولى نفذ بيع المشتري وهبته من غيره، فرقوا بين هذا وبين المشتري من الغاصب إذا عقد عقدا على المشتري من بيع أو هبة من غيره أو صدقة وأجاز المالك بيع الغاصب، فإن سائر عقود المشتري تبطل، وهكذا قالوا: إذا جاز الغرماء بيع المولى نفذ عقود المشتري، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) زاد في ز: ما لا يصح.

الفصل السابع

في العبد بين رجلين يأذن له أحدهما في التجارة

الأصل أن إذن أحد الموليين صحيح في نصيبه، غير صحيح في نصيب صاحبه، وإذا صح الإذن في نصيب الآذن دون نصيب الساكت أن يفسخ الإذن في نصيبه ليس له ذلك، ثم قال: ويجوز جميع أشريته وبياعته، هكذا ذكر في الكتاب، وإذا جاز أشريته وبياعته في الكل فلحقه ديون وفي يده كسب هل يصرف جميع الكسب إلى الغرماء أم لا؟ فالمسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يكون الدين على العبد واجب بسبب الكسب الذي في يده إن كان كسب تجارة وقد لحقه الدين بسبب التجارة وقد علم ذلك، أو كان الدين واجبا عليه لا بسبب الكسب الذي في يده بأن لحقه الدين بالتجارة وكان الكسب الذي في يده مستفادا له من الهبة أو الاحتطاب وقد علم ذلك، أو كان لا يعلم أن الكسب^(١) الذي وجب على العبد وجب بسبب هذا الكسب، أو لم يجب بسببه، فإن كان الدين إنما وجب على العبد بسبب الكسب الذي في يده بأن كان الكسب تجارة وقد لحقه الدين بسبب التجارة وعلم ذلك، فالقياس: أن يصرف إلى الدين من الكسب نصيب الآذن ويعطى النصف الذي لم يأذن، في الاستحسان: يصرف الكل إلى غرمائه نصيب الآذن ونصيب الساكت، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا كان العبد كله محجورا وقد اشترى وباع ولحقه ديون وحصل في يده كسب بسبب التجارة ولحقه ديون بسبب التجارة، فإن ما في يده من الكسب الذي وجب بسببه يصرف إلى دينه استحسانا، وفي القياس: لا يصرف، ويكون كله للمولى ويتأخر حق الغرماء إلى ما بعد العتق، هذا إذا كان الكسب مستفادا بالسبب الذي وجب به الدين يصرف إلى الدين نصيب الآذن، ولا يصرف نصيب غير الآذن، وأما إذا لم يعلم حال الكسب أنه حدث بالسبب الذي وجب به الدين، أو بسبب آخر غير السبب الذي به وجب

(١) في ز: الدين.

الدين، وقد اختلف الموليان في ذلك، فقال الساكت: حصل الكسب لا بالسبب الذي وجب به الدين، بأن قال: استفاده بالهبة لا بالتجارة وأنه بيننا نصفان، وقال الآذن مع العبد: لا، بل استفاده بالتجارة التي هي سبب وجوب الدين والكل مصروف إلى الدين، فالقول قول المولى قياساً، في الاستحسان: القول قول العبد. وإذا كان العبد بين رجلين سواء أذن له أحدهما في التجارة فاشترى وباع، ومولاه الذي لم يأذن له يراه فلم ينهه، كان هذا إذنا له في التجارة، فإن كان الذي لم يأذن له أتى أهل سوقه ونهاهم عن مبيعته وقال: إن بايعتموه فهو في نصيب صاحبي، ثم رآه بعد ذلك يشتري ويبيع وسكت، فالقياس: أن يصير نصيبه مأذونا، وفي الاستحسان: لا يصير نصيبه مأذونا، ولو كان العبد كله محجورا وقد نهى أهل السوق عن المبايعه معه، ثم رآه يتجر فسكت فإنه يصير مأذونا، وإن سبق هذا السكوت نهى عن التجارة، وإذا كان العبد كله لرجل فقال المولى لأهل السوق: إذا رأيتم عبدي هذا يتجر فسكت ولم أنهه فلا إذن له في التجارة، ثم رآه يتجر فسكت ولم ينهه لا يصير مأذونا في التجارة. والله تعالى أعلم.

الفصل الثامن

في إقرار العبد المأذون والمحجور وفي إقرار مولاها

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

[النوع^(١) الأول]: العبد المأذون إذا أقر لعبد في يده أنه أبق فلان أودعه، أو قال: إنه لم يملك قط فالقول قوله. والأصل في جنس هذه المسائل: أن المأذون إذا أقر بحرية طارئة مما في يده لا يصح إقراره متى أقر بحرية الأصل الثابتة بالظاهر صح إقراره، وإنما يكون مقرا بحرية طارئة إذا ظهر في العبد المقر به أمارات الرق وعلاماته فأقر المأذون أنه حر الأصل، فهذا إقرار بحرية الأصل لا بحرية طارئة فيصح من المأذون عليه، ويد المأذون كما ثبت به على الرقيق ثبت على الحر فإنه قد يودع عنده الحر وقد يستأجر الحر ليعمل له عملا فيثبت على يده، فأما إذا قال: إنه ابن فلان، أو قال: إنه حر الأصل، كان هذا إقرارًا بحرية الأصل فيصح منه، ولو كان المأذون اشترى عبدا من رجل وقبضه بمحض من العبد والعبد ساكت، ثم أقر أنه ابن فلان أو أنه حر الأصل لم يملك قط، لم يصدق، ولو أقر العبد المأذون أن هذا العبد الذي اشتراه من فلان قد كان فلان أعتقه قبل أن يبيعه منه فاشتراه وهو حر، وأنكر البائع ذلك، فإن العبد مملوك له على حاله ولا يصدق المأذون على ما أقر به على البائع؛ لأن المشتري من البائع لو كان حرا وأقر بمثل ما أقر به المأذون لا يصدق على البائع، فكذا إذا كان المشتري مأذونا، إلا أن المشتري إذا كان حرا فالعبد يعتق عليه بإقراره، وإذا كان عبدا مأذونا فالعبد لا يعتق عليه، ولو كان العبد المأذون لم يقر بشيء من ذلك ولكنه أقر أن البائع كان باع هذا العبد من فلان قبل أن يبيعه منى وصدقه فلان في ذلك وكذبه البائع، المأذون لا يصدق فيما ادعى على البائع حتى لا يسترد الثمن من البائع، وصدق في حق نفسه حتى يؤمر بدفع العبد إلى فلان، وإن أقر البائع بما ادعاه المأذون رجع المأذون على البائع بالثمن، [ولو أقام

(١) سقط في ز.

المأذون البينة على ما ادعى ونكل، رجع المأذون على البائع بالثمن^(١) فقد جمع محمد بين ثلاثة فصول: إقرار البائع بما ادعاه المأذون، وإقامة المأذون البينة على البائع، وتحليف المأذون البائع على ما ادعاه، وأجاب في الكل: أن المأذون يرجع على البائع بالثمن وقد وضع محمد هذه المسألة في الزيادات، وفي الجامع في الحر وذكر: أن المشتري لو أقام البينة على ما ادعى من بيع البائع من غيره قبل أن يبيعه منه أنه لا تسمع دعواه، ولو أراد تحليف البائع على ذلك ليس له ذلك، فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر في المأذون، ومنهم من صححه وقال: في المسألة روايتان، على رواية الزيادات والجامع: لا تسمع البينة ولا يحلف البائع، وعلى رواية المأذون: تسمع البينة ويحلف البائع.

وقيل: ما ذكر من الزيادات والجامع قياس، وما ذكر في المأذون استحسان.



(١) سقط في ز.

نوع آخر: وإذا أقر العبد بدين، فهذا على وجهين: إن أقر بدين التجارة، صح إقراره في حق المولى حتى يؤاخذ به للحال، وإن أقر بدين ليس هو من دين التجارة، لا يؤاخذ به للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق.

قال في الأصل: وإذا أقر العبد المأذون بغصب، أو ودیعة جحدھا، أو مضاربة، أو بضاعة، أو عارية جحدھا، أو دابة عقرھا، أو ثوب أحرقه، ولو أجر أجيرا، أو مهر جارية اشتراها ووطئها فاستحقت من يده، فذلك كله لازم يؤاخذ به للحال. قالوا: ما ذكر من الجواب في الأصل فيما إذا عقر دابة أو أحرق ثوبا، محمول على ما إذا أخذ أولا، ثم عقر أو أحرق حتى أجبر غاصبا لها بالأخذ، فيجب الضمان من وقت الأخذ، وفي تلك الحالة المضمون قال: ما إذا أحرق قبل القبض فإنه لا يصح إقراره حتى لا يؤاخذ به للحال.

قال: وإذا أقر العبد المأذون بديون كثيرة قال: الغرماء يشتركون فيما كان في يده من الكسب وفي ثمن رقبته إذا بيع، ولا يكون المتقدم من الغرماء متقدما على المتأخر، وكان كالمريض إذا أقر بالديون في مرضه، فإنه لا تترتب الديون حتى لا يكون المتقدم أولى من المتأخر، بخلاف ما لو أقر المريض بالدين وعليه دين الصحة، فإن دين المرض يكون مؤخرا عن دين الصحة.

قال: ولو أقر العبد بمال في يده بعينه أنه لفلان غصبه منه أو أودعه إياه وعليه دين كثير يحيط برقبته وبجميع ما في يده، فإن إقراره جائز، يبدأ بالذي أقر له بعينه فيعطي له ما أقر به وإن أتى على جميع ماله، بخلاف المريض إذا أقر بعين في يده ودیعة أو غصب وعليه دين الصحة، فإنه لا يصح إقراره بالعين، ويكون المقر له أسوة لغرمائه إن كان على دين الصحة، والله تعالى أعلم.

نوع آخر: وإذا حجر الرجل على عبده المأذون له في التجارة، ثم إن العبد أقر بدين على نفسه، فهو على وجهين: إن لم يكن في يده كسب الإذن فإنه لا يصح إقراره للحال حتى لا يؤاخذ به للحال، سواء كان عليه دين الإذن أو لم يكن عندهم جميعا، فأما إذا كان في يده كسب الإذن فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون كله فارغا عن دين الإذن، أو كان كله مشغولا بدين الإذن، فإنه لا يصح إقراره في حق الكسب الذي في يده حتى لا يشارك المقر بعد الحجر غرماء الإذن في كسب الإذن، بل يكون جميع ما في يده من الكسب لغرماء الإذن، وإن كان بعض ما في يد العبد من الكسب بعد الحجر فارغا عن دين الإذن، وبعضه مشغولا، صح إقراره عند أبي حنيفة بقدر الفارغ عن دين الآذن، وعند أبي يوسف ومحمد: إقراره بعد الحجر باطل لا يلزمه من ذلك قليل ولا كثير في الأحوال كلها متى كذبه المولى ذلك، وما قاله قياس، وما قاله أبو حنيفة استحسان، وهذا كله إذا كان العبد باقيا في ملك الآذن، فأما إذا خرج عن ملكه بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة ونحو ذلك، ثم أقر، فإنه لا يصح إقراره عندهم جميعا، سواء كان في يده كسب أو لم يكن، وسيأتي جنس هذه المسائل بعد هذا إن شاء الله تعالى.



نوع آخر: وإذا أقر العبد المأذون لمولاه، إن أقر بالدين، لا يصح إقراره سواء كان عليه دين أو لم يكن، وإن أقر له بدين في يده، إذا كان عليه دين يصح، وفائدة صحة هذا الإقرار أنه متى لحق هذا العبد المقر بعد ذلك دين، لا يتعلق الدين بالعين الذي أقر به المولى، وقد جوز إقرار العبد للمولى بالعين متى لم يكن على العبد دين، ولم يجوز إقراره للمولى بالدين وإن لم يكن عليه دين.



نوع آخر: وإذا أقر العبد المأذون في مرض موت المولى بدين غصب أو قرض أو ودیعة قائمة بعینها أو مستهلكة أو مضاربة قائمة بعینها أو مستهلكة أو غير ذلك من التجارات، فهذا على وجهين:

إن كان على المولى دين في صحته يحيط بماله ورقبة العبد وبما في يده، فأقراره باطل، وإن لم يكن عليه دين فأقراره جائز، يجب أن يعلم بأن إقرار العبد في مرض موت المولى بالدين على نفسه وعلى المولى دين الصحة لا يصح إذا لم يكن في مال المولى وفي رقبة العبد وفيما في يده فضل على دين المولى، وإن كان على المولى دين قد أقر به في مرضه، فأقرار العبد على نفسه بالدين في مرض موت المولى صحيح، وإن كان في مال المولى وفي رقبة العبد وفيما في يده فضل على دين المولى بإقرار العبد وبدأ بدين المولى فيقضي من العبد ومما في يده دين صحة المولى والفضل لغرماء العبد، وإن كان المولى غائبا وبيع العبد وما في يده وقضي به دين المولى، ثم حضر مال المولى وقد بقي من دين المولى شيء، فإن القاضي يقضي من مال الدين قدر ما بقي من دين المولى، فإن فضل شيء من ذلك نظر القاضي فيما بقي فيأخذ منه مقدار ثمن العبد وثمان كسبه وقضى من ذلك دين العبد، هذا كله إذا كان على المولى دين الصحة ولم يكن على العبد دين حتى أقر في مرض المولى بدين على نفسه.

فأما إذا كان على واحد منهما دين وجب في صحة المولى فأقر العبد على نفسه بدين في مرض موت المولى، فهذه المسألة على وجوه:

أحدها: أن يكون في رقبة العبد وفيما في يده فضل على دين العبد الذي وجب عليه في صحة المولى، ولا يفضل عن دين المولى، وفي هذا الوجه لا يصح إقرار العبد ويبدأ من كسب العبد ومالية رقبته بدين العبد الذي كان في صحة المولى ثم يقضي من القاضي دين غريم المولى.

الوجه الثاني: أن يكون في رقبة العبد وفيما في يده عن دين المولى والعبد الذي

وجب عليهما في صحة المولى، وفي هذا الوجه يصح إقرار العبد بقدر الفاضل عن دينهما، فيبدأ بدين المولى ويقضي دين العبد الذي وجب حال صحة المولى ثم يصرف الفاضل إلى الذي أقر له العبد في مرض المولى.

الوجه الثالث: لا يكون في رقبة العبد وفيما في يده فضل عن دين العبد، وفي هذا الوجه لا يصح إقرار العبد، هكذا ذكر محمد في هذه المسألة في الكتاب ولو لم يكن على المولى دين وعلى العبد دين وجب في صحة المولى يحيط برقبته وبما في يده فأخر العبد دين وجب عليه في مرض مولا بدين مرض أو بيع أو غير ذلك من أنواع التجارات، ثم إن المولى مات من ذلك المرض فإن إقرار العبد صحيح، ويبيع القاضي رقبة العبد وما في يده ويقسم الثمن بين غرماء العبد كلهم بالحصص لا يقدم البعض على البعض، وكذلك لو أقر بشيء في يده بعينه لإنسان في مرض موت المولى ولا دين على المولى صح إقراره ويبدأ بالمقر بالعين فالعبد بمرض المولى إنما يصير محجورا عن الإقرار بالدين . . . إذا كان على المولى دين الصحة، أما إذا لم يكن على المولى دين الصحة لا يصير محجورا بمرض المولى عن ذلك، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإذا كان على المولى دين الصحة يحيط بماله ورقبة العبد وما في يده، فاستقرض العبد في مرض المولى من رجل ألف درهم وقبضها بمعاينة الشهود أو اشترى شيئا قبضه بمعاينة الشهود ثم مات المولى، فإن القاضي يبيع العبد وما في يده ويبدأ بدين العبد، فإن فضل من ذلك شيء يقضي به دين المولى وإذا أذن لعبد في التجارة وقيمه ألف ولا مال له غير العبد فمرض المولى وأقر على نفسه بدين ألف درهم، ثم أقر العبد على نفسه أيضا بدين ألف درهم ثم مات المولى، فإن القاضي يبيع العبد ويقسم ثمنه بين المقر لهما نصفان، ولو كان العبد أقر أولا في مرض المولى بدين ألف درهم ثم أقر المولى على نفسه بدين ألف درهم ثم مات المولى، فإن القاضي يبدأ بدين العبد فيقضيه فإن فضل شيء يكون لغريم المولى، فإن كان المولى أقر

بألف درهم ثم أقر بألف درهم ثم أقر بألف درهم وكان الأقرارير كلها من المولى في مرضه، ثم أقر العبد بألف درهم، فالقاضي يبيع العبد ويقسم الثمن بين غرماء المولى وغريم العبد على أربعة أسهم، ولو كان المولى أقر بألف درهم في مرضه، ثم أقر العبد بألف درهم في مرضه، ثم أقر المولى بألف درهم ثم مات المولى، فإن القاضي يقسم ثمن العبد بين غريم المولى وبين غريمي العبد بالحصص أثلاثاً، ولو كان قيمة العبد ألفي درهم فأقر العبد بدين ألف في مرض المولى ثم أقر المولى بدين على نفسه ثم مات المولى، فالقاضي يبيع العبد ويعطي غريم العبد ألف درهم ثم يعطي غريم المولى الألف الباقية فإن تراجع سعر العبد إلى ألف وخمسمائة وباع القاضي العبد، يعطي غريم العبد ألف درهم والباقي لغريم المولى، وإن تراجع سعره إلى ألف درهم ضمن العبد كله لغريم المولى.

ولو كان العبد أقر بدين ألف درهم، ثم أقر المولى بدين ألف درهم على العبد وقيمة العبد ألفا درهم وقت الإقرارين، ثم تراجع سعره ثم بيع العبد قسم الثمن بين الغريمين.



نوع آخر: العبد المأذون إذا باع شيئاً مما في يده في مرض موت المولى ولا دين على المولى في صحته ولا على العبد، وأقر العبد بقبض الثمن ولا يعلم ذلك إلا بإقراره صح إقراره، وكذلك إذا كان على العبد دين مستغرق أو غير مستغرق، وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده فإنه لا يصدق العبد في إقراره باستيفاء الثمن أصلاً إلا ببينة إذا كان دين المولى دين الصحة، وإن كان دين المولى دين بإقرار العبد بالاستيفاء في حق براءة المشتري عن الثمن لا يصح، إنما يصح في حق الإقرار له حتى يكون المشتري أسوة لغرمائه فيما عليه، كما لو أقر المولى بذلك إلا أن تقوم البينة على الاستيفاء كما في حق المولى وعلى العبد دين كثير يحيط برقبته وبجميع ما في يده ولا دين على المولى فأقر العبد بقبض الثمن لم يجز، وكذلك إذا كان على المولى دين أيضاً مع دين العبد لا يصح إقرار العبد باستيفاء الثمن من طريق الأولى.



نوع آخر: الأصل في هذا النوع: أن ما يتغير من تصرفات المأذون بمرضه مرض الموت يتغير من تصرفات المأذون بمرضه مرض الموت؛ لأن العبد المأذون لا تزيد مرتبته على مرتبة الحر، ومتى تغير بعض تصرفات الحر بمرض موته ولم يتغير شيء من تصرفات المأذون بمرض موته لزيد مرتبة المأذون على مرتبة الحر وأنه لا يجوز، فقد اعتبر محمد - رحمه الله تعالى - في هذا النوع مرض العبد وصحته ولم يعتبر صحة المولى، وفيما تقدم اعتبر مرض المولى ولم يعتبر صحة العبد.



جئنا إلى بيان المسائل :

أقر المأذون في مرض موته بدين أو وديعة بعينها أو عارية أو مضاربة أو إجارة بعينها أو غصب بعينه أو غير ذلك من التجارات ثم مات من مرض موته ذلك، فإن إقراره بجميع ذلك جائز إذا لم يكن عليه دين الصحة، وإن كان عليه دين الصحة لا يصح إقراره لا فيما فضل عن دين الصحة، فيباع ما في يده ويبدأ بدين الصحة. ولو كان الغصب الذي أقر به في المرض قد عاينه الشهود وكذلك العارية والوديعة وأشباههما، فإن عرف الشهود عين الغصب وعين الوديعة والعارية كان المقر له أحق بالعين، وإن كانوا لا يعرفون عين المغصوب وعين الوديعة وإنما عاينوا الغصب والعارية والإيداع كان المقر له أسوة لغرماء الصحة؛ ألا ترى الحر لو أقر في مرضه بغصب أو عارية أو وديعة وقد عاين الشهود الغصب والإعارة، إن عرف الشهود المغصوب والعارية بعينها كان المقر له أحق بذلك العين وإن لم يعرفوا ذلك بعينه، وإنما عرفوا الغصب والإعارة كان المقر له أسوة لغرماء الصحة، كذا في حق العبد، وكذلك كل دين لزمه في حالة المرض بمعاينة الشهود كان صاحب دين المرض أسوة لغرماء الصحة كما في الحر.

وإذا أقر المأذون في مرضه بدين ألف درهم ثم بوديعة ألف درهم لرجل آخر ثم مات وليس في يده إلا الألف التي أقر بعينها وديعة؛ فإن الألف الوديعة تقسم بين صاحب الوديعة وبين الغريم نصفان، كما في الحر، وإذا مرض العبد المأذون وعليه دين الصحة وله دين على رجل آخر وجب في حال الصحة فأمر باستيفاء ذلك الدين صح إقراره وحتى يبرأ من عليه من الدين؛ ألا ترى أنه لو كان مكان المأذون حراً صح إقراره بالاستيفاء، فكذا يصح إقرار المأذون، وكذلك إذا أقر باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة وعليه دين المرض صح إقراره بالاستيفاء والكلام فيه أظهر.

هذا إذا أقر المأذون باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة، فأما إذا أقر باستيفاء

دين وجب له في حالة المرض ، إن كان عليه دين الصحة لا يصح إقراره بالاستيفاء لا في حق براءة غريمه عن الدين ، ولا في حق الإقرار له بالدين حتى لا يصير أسوة لغرماء الصحة ، وإن كان على المأذون دين المرض إقراره بالاستيفاء في حق براءة غريمه عن الدين ولكن يصح في حق الإقرار له بالدين حتى يصير المقر له بالاستيفاء أسوة لغرمائه فيما عليه فيسقط عنه من الدين الذي عليه مقدار ما يخصه ويؤدي الباقي إلى غرمائه؛ ألا ترى لو كان مكان المأذون حرا كان الجواب في حقه على نحو ما قلنا، فكذا في حق المأذون، وعلى هذا القياس جنس هذه المسائل.



نوع آخر: إذا أقر العبد المأذون بديون كثيرة كانت عليه في حالة الحجر من قرض أو غضب أو ودیعة استهلكها أو عارية أو مضاربة استهلكها هل يؤاخذ به في الحال؟ ففیما إذا أقر بالغضب يؤاخذ به في الحال صدقه المقر له في إضافة الغضب إلى حالة الحجر أو كذبه في الإضافة إلى حالة الحجر وقال: لا، بل غضبت وأنت مأذون، وبيع فيه إلا أن يفديه المولى. وفيما إذا أقر بالقرض أو باستهلاك الوديعة أو العارية أو البضاعة، فإن كان المقر له صدقه في إضافة الاستهلاك إلى حالة الحجر وفي كونه مودعا مستعيرا في تلك الحالة لا يؤاخذ به للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق في قول أبي حنيفة ومحمد، وإن كذب المقر له في إضافة الاستهلاك إلى حالة الحجر فإنه يؤاخذ به في الحال، وعلى قول أبي يوسف: يؤاخذ العبد به في الحال صدقه صاحب المال في دعوى الإضافة إلى حالة الحجر أو كذبه، بخلاف الصبي المأذون إذا أقر في حالة الإذن: إني أقررت لفلان بألف درهم في حالة الحجر، فإنه لا يؤاخذ به وكان مصدقا في هذه الإضافة صدقه المقر له في الإضافة أو كذبه.

وفي مسألة العبد، قال في فصل القرض^(١) واستهلاك الوديعة: إن صدقه المقر له في الإضافة لا يؤاخذ به في الحال، وإن كذبه في الإضافة يؤاخذ به في الحال، وفي الحالين أضاف المقر به إلى حال معهودة وهو كونه محجورا.



(١) في ز: المقرض.

نوع آخر: إذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر عليه ثم أذن له فأقر بعد ذلك أنه كان استقرض من هذا ألف درهم في حالة إذنه الأول قبضها منه، وأقر أن هذا الرجل كان استودعه في حال إذنه الأول وديعة واستهلكها، وصدقه بذلك رب المال، فإنه يؤاخذ به للحال، وهذا بخلاف ما لو أقر به في حالة الإذن بالقرض أو باستهلاك الوديعة في حالة الحجر وصدقه رب المال حيث لا يؤاخذ به للحال.

وإذا حجر على عبده المأذون فأقر بعد الحجر بأنه كان قد غصب من هذا في حال إذنه كذا فاستهلكه، أو أقر أنه استقرض منه كذا واستهلكه، أو أقر أنه كان هذا عنده وديعة كذا واستهلكها وكذب المولى في ذلك وليس في يد العبد مال، فإنه لا يؤاخذ بما أقر به في الحال.

قد ذكرنا قبل هذا: أن إقرار العبد بعد الحجر إذا لم يكن في يده شيء من كسب الأول لا يصح في حق المولى بلا خلاف، حتى لا يؤاخذ به العبد في الحال، وإنما أوردنا المسألة هنا لتفريع يليق بهذا النوع، أن المولى لو أذن له مرة أخرى في التجارة، فإن القاضي يسأله عما أقر به، فإن قال: كنت محققاً فيما أقررت، فالقاضي يجعل ذلك منه بمنزلة إقرار مبتدأ شيء ما أقر به حتى يعتق.

قالوا: ما ذكر محمد في الكتاب: أن القاضي يسأل العبد، محمول على ما إذا طلب المقر له من القاضي أن يسأله، فأما إذا لم يطلب ذلك منه فالقاضي لا يسأله، قالوا: وقد نص محمد على هذا في موضع آخر.

وإذا حجر على عبده المأذون ثم أذن له مرة أخرى فأقر في حال إذنه الثاني أنه قد أقر بعد الحجر أنه اغتصب هذا الرجل ألف درهم، فإن صدقه المقر له فإن العبد لا يؤاخذ به للحال وإنما يؤاخذ به بعد العتق، وإن كذبه المقر له وقال: إنما أقررت بعد الإذن، فالقول قول المقر له ويؤاخذ به العبد للحال، وهذا بخلاف ما لو أقر المأذون أنه كان غصب منه ألف درهم في حالة الحجر، فإنه يؤاخذ به في الحال صدقه المقر له في ذلك أو كذبه.

قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة ثم حجر عليه ثم أذن له وفي يده ألف درهم يعلم أنها كسب الإذن الأول، فأقر أنها كانت وديعة لفلان أو اغتصبها من فلان وكذبه المولى في ذلك صح منه إقراره عند أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يصح إقراره؛ وهذا؛ لأن الإذن الثاني ليس بإذن في كسب الإذن الأول؛ لأن الإذن ليس بالاكْتساب في المستقبل لا فيما مضى، بدليل أنه لو أراد العبد أن يتصرف في ذلك من حيث البيع والشراء، فإنه ليس له ذلك، كما لو لم يأذن له بعد الحجر، فإذا لم يعمل الإذن الثاني في كسب الأول صار وجود الإذن الثاني في حق كسب الإذن الأول وعدمه بمنزله، ولو عدم الإذن الثاني فأقر العبد بما في يده من الكسب إلى غيره صح إقراره عند أبي حنيفة استحساناً، ولم يصح عند أبي يوسف ومحمد قياساً فكذلك هذا.



نوع آخر: في إقرار المولى على عبده المأذون بالدين:

قال محمد - رحمه الله - : وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة ثم أقر عليه بدين أكثر من قيمته ولم يكن على العبد دين وكذبه العبد في ذلك لزمه كله وكان للغرماء الخيار: إن شاءوا باعوا العبد بدينهم، وإن شاءوا استسعوا.

وكذلك لو أقر عليه بكفالة مال فقال: كفل لفلان عني بكذا، وأنكر العبد ذلك كله، وإن أقر عليه بعشرة آلاف درهم، وقيمة العبد ألف درهم وكذبه العبد، ثم إن مولاه أعتقه، فالمولى يضمن للغرماء بالإعتاق قدر قيمة العبد ألف درهم ولا يضمن أكثر من ألف درهم، وإذا ضمن للغرماء ألف درهم، ذكر أن للغرماء أن يرجعوا على العبد بألف أخرى، والله تعالى أعلم.



الفصل التاسع

في بيع العبد المأذون شيئاً من أكسابه من المولى ومن الأجنبي بمثل القيمة
أو بالمحاباة^(١)

إذا باع العبد المأذون المديون شيئاً من أكسابه من المولى بمثل قيمته جاز، وإذا^(٢) لم يكن مديوناً لا يجوز، فإن سلم العبد المبيع إلى المولى قبل أن يأخذ الثمن من المولى لا يسقط الثمن عن المولى؛ لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون المديون على مولاه دين؛ ألا ترى لو استهلك المولى شيئاً من أكساب عبده في هذه الحالة ضمن مثله للعبد، وإذا جاز أن يكون للعبد المديون على مولاه دين كان مولاه والأجنبي سواء.

ولو باع العبد عينا من أعيان كسبه من أجنبي وسلم المبيع إلى الأجنبي قبل أن ينقده الثمن، فإن الثمن لا يسقط عن المشتري، كذا هنا. وهذا بخلاف ما لو باع المولى من عبده شيئاً [من كسبه]^(٣) وعليه دين بمثل قيمته، ثم إن المولى سلم المبيع إلى العبد سقط الثمن عن العبد، هذا إذا باع العبد شيئاً من أنواع كسبه من المولى بمثل قيمته، فأما إذا باع شيئاً من أعيان كسبه من المولى بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله فالبيع جائز ويقال للمولى: إن شئت بلغ الثمن إلى تمام قيمة المبيع، وإن شئت فانقض البيع، هكذا ذكر محمد المسألة في الأصل ولم يحك فيه خلافاً. قالوا: ما ذكر في الأصل قولهما، أما على قول أبي حنيفة: لا يجوز البيع وإن بلغ المولى الثمن إلى تمام القيمة، وعلى هذا الخلاف.

إذا اشترى العبد المديون من مولاه شيئاً بأكثر من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله أو لا يتغابن، هذا إذا باع عينا من أعيان كسبه من المولى وإن باع من أجنبي

(١) في ز: المحاباة.

(٢) في ز: وإن.

(٣) سقط في ز.

وعليه دين ، فعلى قول أبي حنيفة يجوز ، سواء باعه بمثل القيمة أو أقل بحيث يتغابن الناس في مثله أو لا يتغابن ، فلا يؤمر الأجنبي أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة ، فالأصل عند أبي حنيفة أن في تصرف العبد من الأجنبي يتحمل الغبن اليسير والفاحش .

وعلى قول أبي يوسف ومحمد : إن باعه من أجنبي بمثل القيمة أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ولا يؤمر المشتري أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة ، بخلاف ما لو باع من المولى بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ، فإنه يؤمر المولى أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة عندهما ، وإن باعه من الأجنبي بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع وإن بلغ الأجنبي الثمن إلى تمام القيمة .



ومما يتصل بمسائل المحابة:

وإذا باع العبد المأذون بعض ما في يده من تجارة أو اشترى شيئاً ببعض المال الذي في تجارته وحابه على ذلك، وكان ذلك في مرض موت المولى من مرضه ذلك، فعلى قول أبي حنيفة: البيع جائز حابه العبد بما يتغابن الناس في مثله أو لا يتغابن الناس في مثله، ما لم يتجاوز المحابة ثلث مال المولى، فإذا جاوز ثلث مال المولى، فإنه يجيز المشتري فإن شاء أدى ما زاد على الثلث، وذلك؛ لأن بيع العبد وشراؤه في مال تجارته وقد استفاد جوازه من جهة المولى، كبيع المولى وشراؤه، والمولى لو باع وحابه في مرض موته محابة يتغابن الناس في مثله أو لا يتغابن الناس في مثله، فالبيع يجوز وسلم للمشتري جميع المحابة، إذا لم يتجاوز المحابة ثلث ماله، وإن جاوز ثلث ماله خير المشتري فإن شاء نقض البيع، وإن شاء أدى ما زاد على الثلث، فإذا كان الجواب هكذا، لو باع المولى واشترى بنفسه في مرض موته وحابه فكذلك العبد، بخلاف ما لو كان المولى صحيحاً وحابه العبد بما يتغابن الناس في مثله أو لا يتغابن الناس في مثله، فإنه يجوز عند أبي حنيفة كيفما كان جاوزت المحابة ثلث مال المولى أو لم^(١) تجاوز ثلث ماله.

وهذا بخلاف المكاتب إذا باع واشترى وحابه في مرض موت المولى فإنه يجوز، وسلم المحابة للمشتري سواء جاوزت المحابة ثلث مال المولى أو لم تجاوز، كما لو باع واشترى في حال صحة المولى والمكاتب استفاد جواز التصرف من جهة المولى كالمأذون سواء.

وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة.

فأما على قول أبي يوسف ومحمد: إن باع واشترى وحابه بما يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز ويسلم للمشتري إذا لم يجاوز ثلث ماله، وإن جاوز ثلث ماله يخير المشتري كما لو باع المولى واشترى بنفسه وحابه محابة يسيرة، وإن باع واشترى

(١) زاد في ز: يعلم.

بما لا يتغابن الناس في مثله فإنه لا يجوز البيع عندهما، حتى إذا قال المشتري: أنا أؤدي قدر المحاباة ولا أنقض البيع، لا يكون له ذلك على قولهما، هذا الذي ذكرنا كله إذا لم يكن على العبد دين.

فأما إذا كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابه محاباة يسيرة أو فاحشة، فالجواب فيه عندهم جميعًا كالجواب فيما إذا لم يكن على العبد دين.

قال الفقيه أبو بكر البلخي: ولا يؤخذ عن أصحابنا - رحمهم الله - رواية في كتبهم أن المحاماة اليسيرة من المريض إذا لم يكن عليه دين تعتبر من ثلث ماله إلا في هذا الكتاب خاصة، فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب.

ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد فهذا على وجهين: إما أن يكون الدين محيطة بجميع مال المولى، أو لا يكون محيطة بجميع مال المولى فباع العبد واشترى وحابه، فالمحابة لا تسلم [إلى المشتري]^(١) يسيرة كانت أو فاحشة إلا أن المشتري يخير إذا كانت المحابة يسيرة بالإجماع، فإن شاء نقض البيع، وإن شاء أدى قدر المحابة كما لو باشر ذلك المولى بنفسه، وإن كانت المحابة فاحشة فالمسألة بالاختلاف، يخير المشتري عند أبي حنيفة، وعنهما: لا يخير، وإن كان على المولى دين يحيط بجميع ماله فالبيع جائز في المحابة اليسيرة والفاحشة وسلم ذلك للمشتري إن تجاوز المحابة ثلث ماله بعد الدين، وإن جاوز ثلث ماله بعد الدين يخير المشتري ويجعل بيع العبد كبيع المولى، وهذا عند أبي حنيفة، وعنهما: إن كانت المحابة يسيرة يجوز البيع والشراء ويسلم للمشتري المحابة، وإن لم يجاوز ثلث ماله بعد الدين، وإن جاوز لم يسلم له ويخير، وإن كانت المحابة فاحشة لا يخير المشتري عندها^(٢).

(١) في ز: للمشتري.

(٢) في أ: ولو كان عندهما.

ولو كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده وعلى العبد دين كثير يحيط برقبة العبد وبما في يده، فإن المحابة لا تسلم للمشتري يسيرة كانت أو فاحشة كانت، وكان بطلان المحابة لدين المولى لا لدين العبد، فإن دين العبد لا يمنع جواز المحابة ثلث مال المولى، ويخير المشتري إن كانت المحابة يسيرة عندهم جميعاً، وإن كانت المحابة فاحشة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة يخير المشتري، وعندهما: لا يخير، هذا الذي ذكرنا إذا حابى المأذون الأجنبي.

فأما إذا حابى لبعض ورثة المولى بأن باع من بعض ورثة المولى وحابى وقد مات المولى من مرضه ذلك، كان البيع باطلاً عند أبي حنيفة ولا يخير الوارث، وعندهما، فيقال: إن شئت نقضت البيع، وإن شئت بلغت الثمن إلى قيمته لا يسلم لك شيء من المحابة، وإن كان يخرج من ثلث مال المولى إلا أن يخيره بقية الورثة، ويستوي الجواب بين أن يكون على العبد دين أو لا دين على العبد، وكذلك يستوي الجواب بين أن يكون على المولى دين أو لا دين عليه، والله تعالى أعلم.



الفصل العاشر

في شراء العبد المحجور وبيعه وإجازة المولى تصرفه أو إذن المولى إياه
في التجارة بعد ذلك

وإذا اشترى العبد المحجور عليه بعد بألف درهم بغير إذن المولى، ثم أذن له المولى في التجارة بعد ذلك، فإن إذنه لا يكون إجازة لما اشتراه العبد قبل الإذن، وإن أجاز بالإذن أشريته وبياعته ويبقى موقوفاً على الإجازة كما قبل الإذن، فإن أجاز المولى بعد ذلك جاز قياساً واستحساناً وكانت العهدة على العبد، فأما إذا أجاز العبد بعد الإذن فالقياس: ألا تصح إجازة العبد.

وفي الاستحسان: يصح.

ولم يذكر محمد القياس والاستحسان هنا، وإنما ذكرها في الجامع الكبير في نظير هذه المسألة، وصورة تلك المسألة: العبد المحجور إذا تزوج امرأة بغير إذن المولى ثم إن المولى أذن له في النكاح فأجاز العبد النكاح الذي كان عقده قبل الإذن، قال: القياس ألا تصح إجازته، وفي الاستحسان تصح إجازته، ولا فرق بين^(١) المسألتين فذكر القياس والاستحسان ثمة يكون وكذا هنا، فإن لم يأذن له المولى ولكن أعتقه المولى فإنه لا ينفذ ذلك الشراء، فرق بين هذا وبين النكاح، فإن العبد إذا تزوج بغير إذن المولى ثم أعتقه فإنه ينفذ النكاح، وإن أجاز العبد الشراء بعد العتق لم ينفذ وكذلك المولى إذا أجازته، إن اجتمع العبد والمولى في هذه الصورة فأجازا ذلك العقد لا يجوز.

وإذا اشترى العبد المحجور عبداً أو شيئاً من التجارات بغير أمر المولى فشراؤه باطل، هكذا ذكر في الأصل، وأراد بقوله: (باطل)، أنه سيبطل لو لم يجزه المولى؛ ألا ترى أنه قال بعد ذلك: وإن أجاز المولى جاز، ولو وقع باطلاً لما أجاز بإجازة المولى بل هو موقوف على إجازة المولى.

(١) في ز: في.

وكذا إذا باع العبد المحجور مال المولى أو شيئاً من كسبه فإنه يقف على إجازة المولى، فإن أجازته المولى جاز وكانت العهدة على العبد، واعتبر هذا بفضولي آخر باع مال مولاه، ثم إن مولاه أجاز البيع جاز البيع، وكانت العهدة على الفضولي كما لو باع في الابتداء بإذنه فكذلك هذا، وكذلك جميع ما استأجر أو أجر أو رهن أو استقرض أو أقرض، فإنه يقف ذلك كله على إجازة المولى، والله تعالى أعلم.



الفصل الحادي عشر

في الاختلاف الواقع بين العبد المأذون وبين مولاه فيما في يد العبد وغيره وإذا كان في يدي العبد المأذون له مال فقال المولى: هو مالي، وقال العبد: هو مالي، فإن كان على العبد دين فالقول قول العبد، وإن لم يكن على العبد دين فالقول قول المولى، فإن كان المال في يدي العبد وفي يدي المولى، فإن^(١) كان على العبد دين فهو في أيديهما فيقضي بينهما، وإن لم يكن على العبد دين فهو في يدي المولى فيكون للمولى، وإن كان هذا المال في يد العبد وفي يد المولى وفي يد الأجنبي وكل واحد منهم يدعيه لنفسه، وإن^(٢) لم يكن على العبد دين فهو بين المولى والأجنبي نصفان، وإن كان على العبد دين فالمال بينهم أثلاثا.

ولو أن عبدا مأذونا أو مكاتبا أو حرًا، أجر نفسه من خياط ليخيط معه أو يبيع له ويشترى فكان في يديه ثوب فقال الأجير: هو لي، وقال المستأجر هو لي إن كان الأجير في حانوت المستأجر أو في منزله، فالقول قول المستأجر، وإن كان الأجير في السكة أو في منزله فالقول قول الأجير، ولو كان لابسا الثوب وباقي المسألة بحالها فالقول قوله، سواء كان في منزل المستأجر أو في السكة.

حكى عن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل أنه كان يقول: إن كان المتنازع^(٣) شيئًا هو من آلة العمل فالقول قول الأجير، وإن كان الأجير في حانوت المستأجر أو في منزله.

ولو كان عبدا محجورا أجير مولاه لعمل من الأعمال وفي يده ثوب فقال المستأجر: هو لي، وقال مولاه: هو لي، فالقول قول المستأجر سواء كان الأجير في منزل المستأجر أو في السكة إذا أجره المولى لعمل من الأعمال سوى البيع

(١) في ز: إن.

(٢) في ز: إن.

(٣) في ز: التنازع.

والشراء حتى يبقى محجورا، أما إذا أجره للبيع والشراء يصير مأذونا في التجارة، هكذا ذكره شيخ الإسلام.

ولو كان المحجور لابسا للثوب فالقول قول المولى، وهذا بخلاف ما إذا كان المحجور راكبا على الدابة، ووقع الاختلاف بين المستأجر والمولى في الدابة حيث كان القول قول المستأجر.

ولو كان العبد مأذونا في التجارة وفي يد العبد متاع وهو في منزل مولاه فقال المولى: هو لي، وقال العبد: هو لي، فإن كان ذلك المتاع من تجارة العبد فهو للعبد، وإن لم يكن من تجارة العبد فهو للمولى، ولم يذكر محمد ما إذا كان المتاع من تجارتهما.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه ينبغي أن يقضي للمولى.

ولو كان المأذون لابسا الثوب أو راكبا على الدابة ووقع الاختلاف بين المولى والعبد في ذلك قضي به للعبد، سواء كان من تجارته أو لم يكن، والله تعالى أعلم.



الفصل الثاني عشر

في الرجل يدفع مالا إلى عبده ليشتري به ويبيع ويأذن له في التجارة إذا دفع الرجل إلى عبده مالا يعمل به وأذن له في التجارة فباع واشترى ولحقه دين، مات العبد وفي يده مال لا يعرف أنه مال المولى بعينه، فإن جميع ما في يده للغرماء لا شيء للمولى منه، فأما إذا عرف أن ذلك بعينه مال المولى بأن علمه القاضي والشهود شهدوا أن هذا عين مال المولى، كان للمولى أن يأخذ ذلك وكان كالحر إذا مات وقد عرف عين الأمانة في يده، فإن صاحب الأمانة يأخذ، وكذلك لو كان في يد العبد شيء قد عرف بعينه اشتراه العبد بمال المولى، أو ثمن شيء باعه العبد للمولى، كان المولى أحق به، وإذا أقر العبد في حياته وصحته بعد ما لحقه الدين أن هذا المال الذي في يده مال المولى الذي دفعه إليه، ولم يكن إقراره صحيحًا، ولو كان أقر بذلك لأجنبي يصح إقراره، والفرق: أن العبد متهم في الإقرار لأجنبي^(١). والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في ز: الأجنبي.

الفصل الثالث عشر

في الخصومات التي تقع بعدما حجر المولى على المأذون

وإذا وجب للعبد المأذون على رجل دين من بيع أو إجارة أو قرض أو استهلاك أو كان أودع عند رجل وديعة، ثم حجر عليه المولى، فالخصم في ذلك العبد، وتأثير الحجر في منع لزوم العهدة إياه بسبب مباشره ابتداء بعد الحجر، لا في إبطال ما ثبت له من الحق قبل الحجر، فإن دفع الغريم الدين إلى العبد برئ، سواء كان على العبد دين [أو لم يكن، وإن دفع إلى المولى، إن لم يكن على العبد دين]^(١) برئ عن الثمن استحساناً، وإن كان على العبد دين لا يبرأ عن الثمن، وإن مات العبد بعدما حجر عليه كان للمولى أن يخاصم في ديونه، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، وهل له أن يقبض ديونه إن لم يكن على العبد دين؟ له أن يقبض، وإن كان عليه دين ليس له أن يقبض، كذا ذكر المسألة في مأذون الأصل، وذكر في وكالة الأصل: أن له القبض.

بعض مشايخنا قالوا: ليس في المسألة اختلاف الروايتين، فما ذكر في المأذون محمول على ما إذا لم يكن موثقاً لكن يقدم على التقاضي، وما ذكر في الوكالة محمول على ما إذا كان موثقاً به.

وإن لم يمت العبد بعدما حجر عليه المولى لكن أخرجه المولى عن ملكه، فالخصم في ذلك المولى، وهل له أن يقبض؟ فالمسألة على التفصيل الذي ذكرنا، فإن أعتق المشتري العبد، فالخصم فيه هو العبد.

وإذا أذن لعبده في التجارة فباع من رجل عبداً وقبض الرجل منه العبد ودفع إليه الثمن، ثم إن المولى حجر على عبده، فوجد المشتري بالعبد عيباً، فالخصم في ذلك العبد المحجور، فإن أقام المشتري البينة على العبد رد عليه، وللمشتري أن يحبس العبد المشتري إلى أن يستوفي الثمن، وإن لم يكن في يد العبد المحجور مال وعليه دين، بدأ بالعبد المردود فباع وأعطى ثمنه للمشتري، فإن فضل من ثمن العبد

(١) سقط في ز.

المردود شيء فهو لغرماء المحجور، وإن نقص شارك المشتري غرماء المحجور في رقبته فبيع لهم جميعاً، ولو أن المشتري لم يحبس العبد المشتري بالثمن بل دفعه إلى المحجور ثم جاء بعد ذلك يطلب الثمن فهو أسوة لغرماء المحجور في رقبة العبد المردود في رقبة المحجور؛ ألا ترى أن في حالة الإذن لو رد المشتري العبد المشتري على المأذون ولم يحبسه بالثمن كان أسوة لسائر غرمائه في كسبه ورقبته، وكان كالراهن إذا سلم الرهن لا يبقى مختصاً بثمنه، ولو لم يكن للمشتري بينة وطلب يمين المحجور [و] ^(١) حلف القاضي المحجور [على البتات بالله لقد سلمته بحكم هذا البيع وما به هذا العيب، ولو أن العبد المحجور] ^(٢) لم ينكر العيب بل أقر به بين يدي القاضي، فإن كان عيباً لا يحدث مثله فالقاضي لا يرد عليه بإقراره، إلا أن العبد بعدما أقر بالعيب لا يبقى خصماً للمشتري فيخاصم المشتري المولى ويقيم عليه البينة بالعيب ويرد العبد عليه، وإن لم يكن للمشتري بينة وأراد أن يحلف المولى حلفه على العلم، فإن نكل أو أقر بالعيب، رد العيب على المولى، فبعد ذلك ينظر: إن كان العيب عيباً لا يحدث مثله يصح الرد في حق غرماء المحجور، وإن كان عيباً يحدث مثله وكذب غرماء المحجور والمولى فيما أقر به من العيب يصح الرد في حقهما دون الغرماء، ويباع العبد المردود في ثمن وأعطى ثمنه المشتري فأفضل من ثمنه الآخر شيئاً على ثمنه الأول كان لغرماء المحجور، وإن نقص كان النقصان في رقبة المحجور، إلا أنه إذا بيع المحجور يبدأ من ثمنه بغرماء المحجور، فإن فضل من ثمن المحجور شيء بعد قضاء دينه كان الفاضل للمشتري، وإن لم يفضل فلا شيء للمشتري، وإن لم يكن على العبد دين كان ثمن المردود في رقبة المحجور والمردود يباع فيه لإقرار المولى بذلك للمشتري، والحق في رقبة المحجور وكسبه للمولى، فإن حلف المولى على العيب لم يرد العبد وإذا عتق المحجور؛ لأن رد العيب عليه لإقراره بالعيب. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

الفصل الرابع عشر

في هبة العبد المأذون الثمن في البيع قبل القبض وبعده وحطه [دينا غير الثمن أو دينا آخر]^(١)

العبد المأذون إذا وهب بعض الثمن أو وهب جميع الثمن أو حط الكل قبل القبض وبعد القبض من غير عيب، فإنه لا يجوز. فأما إذا طعن المشتري فيما اشترى من المأذون بعيب فوهب المأذون بعض الثمن أو حط بعض الثمن هل يجوز؟ وأما إذا كان مقدار المحطوط أكثر ما يخص العيب من الثمن بحيث لا يتغابن الناس في مثله هل يجوز ذلك؟

لم يذكر هذا في الكتاب وقد اختلف فيه المشايخ، منهم من قال: يجب أن تكون المسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة: يجوز، وعلى قولهما: لا يجوز. كما لو باع أو اشترى محاباة فاحشة، ومنهم من قال بأن هذا لا يجوز على قولهم جميعاً، أما من قال بأنه يجب أن تكون المسألة على الخلاف لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين هذا وبين المشتري فإنه سوى بينهما على قوله، أما من قال بأن هذا لا يجوز عندهم جميعاً يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين الشراء بغبن فاحش. هذا إذا وهب بعض الثمن لمكان العيب، [فأما إذا وهب جميع الثمن لمكان العيب أو حط الكل لمكان العيب]^(٢)، فإنه لا يجوز عندهم جميعاً.

قال: وإذا أذن الرجل لعبد في التجارة فوجب له على حر أو عبد أو مكاتب ثمن بيع أو غصب فأخره العبد فإنه يصح تأخيره استحساناً.

قال: لو كان العبد صالحه على أن آخر ثلثا لسنة وقبض ثلثا وحط ثلثا، كان التأخير جائزاً والحط باطلاً، ولو كان المال الذي وجب له قرض فأخره عن صاحبه، كان له أن يرجع به عليه حالاً.

(١) في ز: وتأخير الثمن.

(٢) سقط في ز.

وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فوجب له ولرجل آخر ألف درهم دين هما فيه شريكان، فأخر العبد نصيبه سنة وقد كان المال حالاً، فإن التأخير باطل في قول أبي حنيفة، والمال حال على حاله ما يقبضه أحدهما أيهما ما كان يكون مشتركاً بينه وبين صاحبه، وعلى قولهما: التأخير جائز، وما أخذ الساكت يكون له خاصة لا يشاركه العبد في ذلك حتى يحل الأجل. والله تعالى أعلم.



الفصل الخامس عشر

في المأذون يشتري ويجد بالمشتري عيباً وقد وهب البائع الثمن من المأذون أو من مولاه

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا اشترى المأذون جارية بألف درهم وقبضها، ثم إن البائع وهب الثمن من العبد وقبل ذلك، فهبته جائزة، وأراد بقوله: (وقبل العبد الهبة) لم يردها، فإن القبول في هبة الدين ممن عليه الدين ليس شرطاً لصحة الهبة، فإنها تصح من غير قبول؛ [لأنها]^(١) تترد بالرد، وكذلك لو وهبه من المولى كانت الهبة جائزة.

وقال: فإن لم يقبلها المولى كانت الهبة باطلة. يريد بقوله: (لم يقبلها) ردها، ويجب أن يكون الجواب في غريم الدين إذا وهب الدين من الوارث ثم رده أن تبطل الهبة؛ لأن الهبة حصلت للوارث كما في هذه المسألة. إنما الخلاف فيما إذا وهب للميت فرده الوارث.

قال أبو يوسف: يعمل رده. قال محمد: لا يعمل رده، على ما عرف في الكفالة قال: البائع إذا وهب الثمن كله من العبد أو من المولى، ثم وجد العبد بالمشتري عيباً فأراد أن يرده بالعيب فهذا على وجهين: إما أن يكون الثمن ديناً بأن كان دراهم أو دنائير أو مكياً أو موزوناً في الذمة، أو كان عيباً بأن كان عرضاً بعينه وقد وهب قبل القبض أو بعد القبض، فإن كان الثمن ديناً وقد وهب قبل القبض من العبد، فليس له أن يرده بالعيب استحساناً، وعلى قول زفر: له ذلك، إن وهب منه بعد القبض كان له أن يرده بالعيب ويسترد منه الثمن قياساً واستحساناً، والجواب في هذا كالجواب في المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج [وكان]^(٢) الصداق ديناً، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها هل للزوج أن يرجع عليها بنصف الصداق؟ فإن كانت وهبت

(١) في ز: لأن.

(٢) سقط في ز.

الصداق من زوجها بعد القبض، فإن الزوج يرجع عليها بنصف الصداق قياساً واستحساناً، وإن وهبت قبل القبض فالقياس أن يرجع عليها بنصف الصداق، وبه قال زفر.

وفي الاستحسان: لا يرجع عليها بشيء، وبه قال علماؤنا الثلاثة. وأما إذا كان الثمن عرضاً بعينه وقد وهب ذلك من المأذون بعد القبض بأن باع العبد المأذون عبداً بجارية وقبض بائع الجارية العبد من المأذون ثم وهبه من المأذون، ثم وجد المأذون بالجارية عيياً فأراد أن يردها بالعيب، ليس له ذلك عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - استحساناً، وهو على قياس مسألة الصداق إذا كان الصداق عيياً وقد وهبت المرأة ذلك من زوجها بعد القبض، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعندنا: ليس للزوج أن يرجع عليها بشيء استحساناً. وإن وهب العبد من المأذون قبل القبض وقبله المأذون جاز ذلك، ويكون ذلك إقالة للبيع.

فرق بين هذا وبين ما إذا وهب من الأجنبي المبيع النقلي قبل القبض وسلطه على القبض حيث يجوز ذلك هبة.

قال: وإذا باع العبد المأذون رجلاً دينه بما في يده بغلام، ثم إن المأذون وهب الغلام من بائعه قبل أن يقبضه المأذون وقبله البائع، فهو جائز وكان إقالة للبيع، هكذا ذكر في الكتاب ولم يحك فيه خلافاً.

حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي كان يقول: لقائل أن يقول، وذكر في الكتاب قول أبي حنيفة ومحمد، فأما على قول أبي يوسف: يجب ألا يجعل إقالة، وذلك؛ لأن العبرة عند اللفظ لا المعنى بأن قال: العبد المأذون إذا وهب شيئاً من كسبه بشرط العوض، والعوض مثل قيمة الهبة أنه لا يجوز، واعتبر اللفظ دون المعنى.

ولقائل أن يقول: تحمل المسألة على الوفاق، ويقول بأنه تجوز الإقالة عندهم

جميعاً.

قال: فإن لم يقبل المشتري الهبة، فهبة العبد باطلة، ولو كان مشتري الجارية هو الذي وهب الجارية من المأذون قبل أن يقبضها وقبلها المأذون، فالهبة جائزة وهي إقالة للبيع، سواء كان على العبد دين أو لا دين عليه، وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان مشتري الجارية حرًا، هذا إذا وهب مشتري الجارية من المأذون قبل القبض.

فأما إذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض فأمره بالقبض فقبض هل تصح الهبة؟ فهذا على وجهين: إما أن يكون على العبد دين، أو لا دين عليه. فإن لم يكن على العبد دين فالهبة جائزة ويكون إقالة للبيع. فأما إذا كان على العبد دين فإنه يجوز الهبة إذا أمره المولى بالقبض، ولا يكون إقالة، حتى كان للعبد أن يأخذ الغلام للمشتري قبل ذلك المشتري، فهبته باطلة ولا تجعل إقالة من المأذون.

وإن كانت الهبة من المأذون بعد القبض لا تصح، وتصح الإقالة. بخلاف ما لو وهب قبل القبض فإنه تجعل إقالة إذا قبله الآخر.

قال: ولو كان مشتري الجارية هو الذي وهب الجارية للعبد المأذون له أو لمولاه، كانت هبة جائزة، إلا أنه [إن] (١) وهب للعبد ليصير كسبًا من أكساب المولى حتى لا يكون به حق غرماء العبد، فإن وجد المأذون بالجارية عيبًا فأراد ردها، إن كان وهب الجارية من المأذون لا يكون له الرد، سواء كان على المأذون دين أو لا دين عليه، وإن كان وهب الجارية من المولى فهذا على وجهين: إن لم يكن على المأذون دين، فإنه لا يرد الغلام بالعيب، فأما إذا كان على المأذون دين رد الغلام بالعيب.

قال: وإذا أذن الرجل لعبدته في التجارة فباع العبد المأذون جارية مما في يده بغلام وتقابضا ثم حدث بالجارية عيب عند مشتري الجارية بأفة سماوية أو بفعل

(١) سقط في ز.

المشتري أو بفعل الأجنبي أو كانت ولدت أو وطئها المشتري وهي ثيب أو بكر أو وطئها رجل أجنبي، ثم إن مشتري الجارية وهب الجارية من المأذون أو من مولاه، وعلى المأذون دين أو لا دين عليه، ثم إن المأذون وجد بالغلام عيباً وأراد أن يرده، كان له ذلك.

قال: وإذا اشترى العبد المأذون له جارية من رجل بغلام مما في يده قيمته ألف درهم بألف^(١) درهم وتقابضا، ثم إن البائع وهب الألف التي قبض والغلام المأذون في التجارة وقبضها العبد المأذون، ثم إن العبد المأذون أراد رد الجارية بعيب وجده فيها فليس له أن يردها، فإن كان وهب للمولى، ثم وجد العبد المأذون بالجارية عيباً فأراد ردها، إن كان لا دين على المولى فليس للمأذون أن يرد الجارية بالعيب، وإن كان على المأذون دين كان له الرد بالعيب، فإن رد القاضي بالعيب ثم وقعت البراءة عن الديون، فإن قضاء القاضي بالرد ماض على حاله لا ينقض، وإن زال المانع من الرد، وكان بمنزلة ما لو قضى القاضي بالفرقة بسبب العنة ثم زال العنة، أو قضى بالرد بسبب العيب ثم زال العيب فإنه لا ينقض قضاء القاضي. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: وبألف.

الفصل السادس عشر

في التوكيل يكون بين المأذون والأجنبي، ويدخل فيه وكالة العبد المحجور

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في توكيل الأجنبي مولى المأذون بقبض دين له من عبده المأذون. يجب أن يعلم بأن المولى لا يصلح وكياً عن الأجنبي بقبض الدين له من عبده المأذون، حتى لو أقر المولى أنه قبض الدين من عبده لا يصح إقراره ولا يبرأ العبد، وكذلك لو قبض المولى الدين من المأذون بمعاينة الشهود لا يصح قبضه حتى لا يبرأ العبد، بخلاف العبد إذا توكل عن أجنبي بقبض دين له من مولى العبد حيث يصح التوكيل، وكان بمنزلة ما لو وكل صاحب الدين بعد موت المديون عبداً من عبيد الميت بقبض دينه، ذلك جائز، وإذا صلح وكياً عن الأجنبي بقبض دينه من مولاه لو دفع المولى دين الأجنبي إلى العبد بمعاينة الشهود برئ المولى عن الدين، وكذلك لو أقر العبد بعد ذلك إن قبض الدين من الأجنبي وهلك في يده صح إقراره وبرئ المولى عن دين الأجنبي، إلا أن العبد يستحلف على ما ذكر من القبض والإهلاك، فإن حلف العبد برئ، وإن نكل لزمه المال في عتقه يباع فيه إلا أن يفديه المولى.



نوع آخر:

المأذون إذا توكل من غيره بشراء شيء أن يوكل بالشراء بالنسيئة، لا يجوز التوكيل قياساً واستحساناً، حصل التوكيل بالنقد أو بالنسيئة، ثم إذا صح التوكيل بالبيع وباع المأذون ما وكل بيعه فقبل أن يقبض المشتري المبيع قبله الموكل انتقض البيع، ولا سبيل للمشتري على أحد، وإن قبله المأذون وهو الوكيل بالبيع لا ينتقض البيع، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد: أن الوكيل بالبيع إذا أتلّف المبيع قبل القبض ينتقض البيع، وإذا أتلّفه الموكل لا ينتقض، ثم على رواية الأصل: إذا لم ينتقض البيع؛ لأن المأذون المبيع قبل القبض يقال لمولى المأذون: ادفع المأذون بالجناية أو افده بقيمة المقتول، فإن ذلك اختيار وعن المشتري، فإن اختار نقض العقد كان باختياره مولى المأذون للأمر، وإن اختار إمضاء العقد كان ما اختاره المأذون... كأن المأذون باع جارية أو غلاماً من كسبه وقبله قبل أن يقبض المشتري فإن البيع ينتقض، سواء كان على العبد دين أو لم يكن. فعلى رواية ابن سماعة لا يحتاج إلى الفرق بين المأذون وبين الوكيل بالبيع، إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري، فإن كان في رواية ابن سماعة ينتقض البيع بقتل الوكيل المبيع قبل قبض المشتري كما ينتقض بقتل المأذون.

وعلى رواية الأصل: لا ينتقض البيع بإتلاف الوكيل البيع قبل القبض، وكما أن الوكيل بالبيع يبيع ملك الغير، فالمأذون يبيع ملك الغير، فإنه يبيع ملك المولى إن لم يكن عليه دين، ويبيع ملك الغرماء إن كان عليه دين، وإذا توكل العبد المأذون عن غيره ببيع عين فباع، ثم إن المولى حجر عليه، ثم وجد المشتري بالمشتري عيباً فالخصم هو العبد، فإن رد عليه العبد بينة، أو بإبائه يمين، أو^(١) بإقراره والعيب لا يحدث مثله، يبيع العبد المردود في الثمن، هكذا ذكر في الكتاب.

(١) في ز: و.

وقال فيما إذا زاد عليه وهو مأذون: إن المطالب يطالب المأذون بإيفاء الثمن، ثم المأذون يرد العبد المردود على الموكل ويرجع عليه بالثمن [في المحجور]^(١). وكذلك قال في الوكيل بالبيع إذا كان حرًا ورد المشتري العبد عليه بهذه الأسباب، فإن المشتري يطالب الوكيل بإيفاء الثمن ثم يرد الوكيل العبد على موكله ويرجع عليه بالثمن في المحجور.

وقال: يباع العبد المردود، ولم يقل: يطالب المحجور بالثمن، ثم المحجور يرجع على الموكل؛ لأن المحجور مفلس لا يكون في يده شيء فكيف يطالب بأداء الثمن مع عجزه عنه؟ فأما المأذون لا يكون مفلسًا على ما عليه الظاهر، بل يكون في يده شيء من الكسب وكذا الحر، فكان قادرًا على أداء الثمن فجاز أن يطالب به، حتى لو علم أن المأذون أو الحر مفلس ليس في يده شيء لا يطالب بأداء الثمن، بل يطالب ببيع العبد المردود، ثم إذا بيع العبد المردود يقضي من ثمنه ثمن المشتري، فإن نقص ثمنه الثاني عن الثمن الأول هل يباع بذلك رقبة المحجور؟

ينظر: إن كان الموكل موسرًا لا يباع ولكن يقال للمحجور: ارجع بما بقي على الموكل وادفعه إلى المشتري، وإن كان الموكل معسرًا تباع رقبة المحجور، ويكون ثمن المحجور بين المشتري وبين غرمائه بالحصص، فإن بقي شيء من حق المشتري فإنه يرجع بما بقي على موكل العبد، وكذلك يرجع عن ما المحجور على الموكل بما أخذ المشتري من ثمن المحجور.



(١) سقط في ز.

نوع آخر:

العبد المحجور إذا توكل عن غيره ببيع عين من أعيان ماله فذلك جائز، وإذا باع جاز بيعه وإن كان الثمن للآمر، إلا أن العهدة لا تلزم العبد وتلزم الأمر، فالعهدة إذا تباعدت عن الوكيل وجبت العهدة على الأمر؛ ألا ترى أن الوكيل بالبيع إذا كان حراً بالغاً فباع ثم غاب غيبة منقطعة، أو حراً وارتد عن الإسلام وجبت العهدة على الأمر، فكذا هنا، فإن عتق العبد رجعت العهدة إليه، ولو أن العبد لم يعتق حتى وجد المشتري بالمتاع عيباً، فالخصم في ذلك مولى المتاع لا العبد، فإن أقام المشتري البينة على العيب رده على الأمر وأخذ الثمن من الأمر، وإن لم يكن له بينة استحلف الأمر على علمه بالله ما تعلم أن عبد فلان الفلاني باع وما به هذا العيب، فإن حلف برئ عن الدعوى، وإن نكل رد عليه العبد وأخذ منه الثمن، ولو طعن المشتري بعيب بالمتاع ولكن لم تقم البينة على العبد حتى عتق العبد فالخصم هو العبد يقيم المشتري البينة على العبد ويحلف العبد إن لم تكن له بينة، وإن كان المشتري أقام البينة على الأمر قبل عتق العبد فلم يقض القاضي بها حتى عتق العبد فالخصم هو العبد وقضى القاضي على العبد بتلك البينة، ولا يكلف المشتري إعادة البينة على العبد بعد العتق، وكذلك إذا أقام المشتري شاهداً واحداً على الأمر قبل عتق العبد ثم عتق العبد، يقيم المشتري شاهداً آخر على العبد ولا يكلف إعادة الشاهد الأول على العبد، ثم إذا نقض القاضي العقد بالعيب ينظر: إن كان الأمر هو الذي قبض الثمن من المشتري فالمشتري يأخذ الثمن من الأمر ولا يطالب العبد بشيء، وإن كان العبد هو الذي أخذ الثمن من الأمر فالمشتري يأخذ الثمن من العبد، فإن كان الثمن قد هلك في يد العبد ورجع عليه المشتري بالثمن رجع العبد به على الأمر.

نوع آخر:

قال: المأذون إذا وكل المولى بالخصومة مع الأجنبي جاز، سواء كان العبد مدعيًا أو مدعى عليه، فرق بين هذا وبين ما إذا وكل الأجنبي مولى المأذون حتى يخاصم مع المأذون، فإنه لا يصح التوكيل على موكله، لا يصح إقراره، سواء كان العبد مدعيًا أو مدعى عليه، فالمولى يصلح وكيلًا عن عبده، ولا يصلح وكيلًا عن الأجنبي على عبده. والله تعالى أعلم.

* * *

الفصل السابع عشر

في الرد بالعيب على المأذون والخصومة معه في ذلك

قال محمد - رحمه الله - : إذا باع العبد المأذون عيباً من كسبه، وطعن المشتري بعيب به بعد ما قبضه والعيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله، وخاصم المأذون في ذلك فقبله بغير قضاء القاضي بلا يمين ولا بينة على العيب فقبوله جائز والمبيع منتقض، وإن لم يقبل حتى رد عليه بقضاء قاضٍ إما بينة أو بإبائه يمين أو إقرار منه بالعيب كان جائزاً.

قال: ولو أن عبداً مأذوناً له باع من رجل جارية وقبضها منه المشتري فوجد بها عيباً فخاصم العبد فيه القاضي وأقام البينة أن العيب كان عند المأذون فرد القاضي الجارية على المأذون وأخذ منه الثمن، ثم العبد بعد ذلك وجد بالجارية عيباً آخر قد كان عند المشتري ولم يعلم به العبد وقت الرد ولا علم القاضي بذلك، فالمأذون بالخيار إن شاء نقض الفسخ ورد الجارية على المشتري وأخذ منه الثمن إلا حصة مقدار العيب الذي كان عند المأذون، وإن شاء أجاز الفسخ وأمسك الجارية ولم يرجع على المشتري بنقصان العيب الذي كان عند المأذون بقليل ولا كثير وصارت مسألتنا في الأصل.

رجل اشترى من المأذون جارية فوجد بها عيباً كان عند المأذون وكان حدث عنده عيب آخر حتى بعد الرد، كان له أن يرجع بنقصان العيب الحادث عند المأذون فكذا هذا، فإن أراد المأذون رد الجارية على المشتري بالعيب الذي حدث عند المشتري ولم يردها عليه حتى حدث بها عيب عنده، لم يكن له أن يردها على المشتري ولكنه يرجع بنقصان العيب الذي حدث عند المشتري من الثمن الذي أخذ منه المشتري، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذها معيبة بالعيب الذي حدث عند المأذون، فإن رضي المشتري أن يأخذ الجارية معيبة بالعيب الذي كان عند المأذون، فإنه يرد المأذون الثمن على المشتري إلا حصة نقصان العيب الذي كان عند المأذون، ولا يرجع عليه من نقصان العيب الآخر الذي حدث عند المأذون بقليل ولا كثير، والله تعالى أعلم.

الفصل الثامن عشر

في الشهادة على العبد المأذون والمحجور والصبي والمعتوه

وإذا شهد شاهدان على عبد مأذون بغصب اغتصبه أو بوديعة استهلكها أو جحدتها أو شهدوا عليه بإقراره بذلك أو شهدوا عليه ببيع أو شراء أو إجارة وأنكر العبد ذلك، ومولاه غائب قبلت الشهادة على العبد وقضى القاضي عليه بذلك، ولو كان مكان العبد المأذون عبداً محجوراً عليه وشهد شاهدان باستهلاك مال أو غصب اغتصبه حال غيبة المولى لا تقبل شهادتهما ولا يقضي على العبد بشيء.

قالوا: معنى المسألة أن الشهادة لا تقبل في حكم يرجع إلى المولى وهو بيع رقبة العبد، أما تقبل في حق حكم يرجع إلى العبد حتى يؤاخذ به بعد العتق، وكما يشترط حضرة المولى هنا يشترط حضرة العبد، فأما الوديعة وما أشبهها فلا يقضي عليه بها حتى يعتق عند أبي حنيفة، وإن كان الشاهدان شهدا على الجحود^(١) بإقراره بذلك والمولى حاضر أو غائب لم يقض عليه بشيء من ذلك حتى يعتق، فإذا عتق لزمه ما شهدوا به، ولو شهدوا عليه بقتل رجل عمداً أو قذف أو زنا أو شرب خمر والعبد جاحد لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة حال غيبة المولى، وعند أبي يوسف: تقبل، ولو شهدوا على إقرار العبد بهذه الأشياء حال غيبة المولى فيما يعمل فيه الرجوع عن الإقرار لا تقبل هذه الشهادة، وفيما لا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار كالقصاص وحد القذف تقبل.

والصبي الذي أذن له أبوه في التجارة أو وصي ابنه بمنزلة العبد المأذون تسمع عليه البيعة فيما كان من ضمان التجارة، وإن كان الآذن غائباً، وكذلك الجواب في المعتوه المأذون. ولو شهدوا على الصبي مأذون أو معتوه مأذون بقتل عمد أو قذف أو شرب خمر أو زنا، ففي القذف والشرب والزنا لا تقبل شهادتهم وإن كان الآذن حاضراً، وفي القتل إن كان الآذن حاضراً تقبل شهادتهم ويقضي بالدية على العاقلة،

(١) في ز: المحجور.

وإن كان غائبًا لا تقبل، وإن كان الشهود شهدوا على إقرار الصبي أو المعتوه ببعض الأسباب التي ذكرنا لا تقبل شهادتهم، سواء كان الآذن حاضرًا أو غائبًا.

ولو شهدوا على العبد المأذون حاضرًا أو غائبًا.

ولو شهدوا على العبد المأذون بسرقة عشرة دراهم وأكثر والعبد يجحد، قضى القاضي عليه بالضمان فلا يقطعه، وإن كان المولى حاضرًا، ولو كان العبد محجورًا عليه وشهد الشهود عليه بسرقة عشرة دراهم أو أكثر والمولى غائب لا تقبل الشهادة ولا يقضي عليه بالمال في حق حتى لا تباع رقبتة فيه، أما^(١) يؤاخذ العبد به فيه بعد العتق.

ولو شهدوا على صبي مأذون أو معتوه مأذون بسرقة عشرة دراهم قضى عليه بالمال وإن كان الآذن غائبًا. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: لا ما.

الفصل التاسع عشر

في البيع الفاسد من العبد المأذون

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله تعالى - : إذا أذن الرجل لعبده في التجارة فباع جارية أو غلامًا أو غير ذلك بيعًا فاسدًا وقبض المشتري فأعتق الجارية أو الغلام أو باع ذلك كله فذلك جائز منه - يعني من المشتري - وعليه القيمة في ذلك كله، وكذلك ما اشترى العبد المأذون جارية أو غلامًا بيعًا فاسدًا وقبضه، فأغل الغلام والجارية عند المأذون علم بأن أجر العبد نفسه أو وهبت له هبة فقبلها هل تسلم للمأذون؟

قال: إن تقرر ملك المأذون في العبد والجارية بأن باع من غيره أو هلك عنده حتى ضمن القيمة للبائع، فإن الغلة تسلم للمأذون، وإن لم يتقرر ملك الغلام والجارية عنده بأن رد العبد أو الجارية على البائع، ذكر أنه يرد الغلة على البائع. من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب أنه إذا رد المأذون الجارية أو الغلام على البائع يرد الغلة على البائع قول أبي يوسف ومحمد، فأما على قول أبي حنيفة: تسلم الغلة للمأذون ولا يردها على البائع، وجعلوا هذه المسألة فرعا لمسألتين اختلفوا فيهما:

إحدهما: أن رجلاً لو اشترى عبداً أو جارية شراءً صحيحاً فقبل أن يقبضه أغل عند البائع غلة ثم مات العبد أو الجارية في يد البائع حتى انفسخ البيع أو وجد المشتري به عيباً قبل القبض فردّه على البائع، ذكر أن على قول أبي حنيفة: يسلم الكسب للمشتري، وعلى قولهما: يكون الكسب للبائع.

فالمسألة الثانية: أنه إذا تزوج امرأة على خادم فقبل أن يقبضها المرأة أغلت عند الزوج غلة ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، فعلى قول أبي حنيفة: لا يتتصف الكسب ويكون الكسب كله للمرأة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يتتصف الكسب مع الخادم، فالأصل عندهما: أن الكسب متى حدث قبل تقرر الملك في

الأصل فإنه يدور أينما دار الأصل، وعند أبي حنيفة: لا يدور أينما دار الأصل ويكون لمن كان الملك له في الأصل وقت الكسب، وهذا الكسب قبل تقرر الملك للمشتري في الأصل؛ لأن ملك المشتري في الأصل عنه متقرر بسبب الفساد وكان بمنزلة ما لو كان صحيحًا وقد أغل المشتري قبل القبض غلة، وفي ذلك خلاف، كذا هنا. فهذا القائل لا يحتاج إلى الفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين المسألتين اللتين ذكرنا.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر في المأذون قولهم جميعًا وهو الظاهر، فإنه لم يحك فيه خلافًا، فهذا القائل لا يحتاج إلى الفرق لأبي حنيفة بين مسألة المأذون وبين المسألتين اللتين ذكرناهما، إلا أنه متى تقرر الملك في الأصل للمأذون فإن المأذون لا يتصدق بالكسب وإن استفاد هذا الكسب من أصل خبيث، بخلاف ما لو كان المشتري حرا وتقرر ملكه وسلم له الكسب بعد رد الأصل فإنه يلزمه التصديق بالكسب فيما بينه وبين ربه عند أبي حنيفة ومحمد.

فأما إذا رد الأصل ورد الغلة مع الأصل إلى البائع هل يتصدق البائع بالكسب؟ إن كان البائع حرًا فإنه يتصدق بالكسب عندهم جميعًا، وإن كان عبدًا مأذونًا لا يتصدق بذلك، وإذا لم يتصدق بذلك المأذون، ذكر أنه إن كان عليه دين وقضى من ذلك دين الحر [وأطاب الغرماء]^(١) ذلك، وإن لم يكن عليه دين وأخذ المولى، قال: أحب إلي أن أتصدق بها؛ لأن بيع المأذون وشراؤه إذا لم يكن عليه دين بمنزلة بيع المولى وشراؤه، ولو كان المولى هو البائع، قال: يستحب للمولى أن يتصدق ثم هذا الذي ذكر إذا أجز العبد المشتري نفسه أو وهب له هبة حتى كان من كسبه، فأما إذا أجزه المأذون فإن الكسب يسلم للمأذون على كل حال.

قال: وإذا أذن الرجل لعبدته في التجارة فباع العبد جارية بجارية بيعًا فاسدًا من رجل وقبضها الرجل، ثم إن المشتري باعها من غيره ودفعها إليه، فهذه المسألة لا

(١) في أ: ما طاب للغرماء.

تخلو من أربعة أوجه: إما إن باعها المشتري من الأجنبي، أو باعها من العبد المأذون الذي اشترى منه ودفعها إليه، أو باعها من المولى ودفعها إليه، أو من عبد آخر مأذون للمولى وعلى العبد دين أو لا دين عليه، فإن باعها من الأجنبي ودفعها إليه، فإن البيع الثاني يكون جائزاً ولا يكون نقضاً للبيع الأول حتى يجب للمشتري من المأذون على الأجنبي الثمن ويضمن المشتري من المأذون قيمة الجارية للمأذون، وأما إذا باعها من المأذون الذي اشترى منه ودفعها إليه كان هذا نقضاً للبيع الأول حتى لا يجب للمشتري على المأذون ثمن ويبرأ من الضمان، سواء كان على المأذون دين أو لا دين عليه، وأما إذا باعها من مولى المأذون ودفعها إلى المولى، فهذا على وجهين: إما أن كان على العبد المأذون دين، أو لا دين عليه.

فإن لم يكن على المأذون دين كان نقضاً للبيع الأول حتى لا يجب للمشتري على المولى الثمن ويبرأ المشتري عن الضمان.

فأما إذا كان على المأذون دين، فإن البيع الثاني يكون جائزاً حتى يجب الثمن للمشتري على المولى ويضمن المشتري من المأذون قيمة الجارية.

فأما إذا باع من عبد آخر إلى المولى ومأذون ودفعها إليه هل يكون نقضاً للبيع الأول؟ فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون عليهما دين، أو لا دين عليهما، لا على الأول ولا على الثاني، أو كان على أحدهما دين إما على الأول وإما على الثاني، فإن كان عليهما دين كان البيع جائزاً، ولا يكون نقضاً للبيع الأول، وإن كان على أحدهما دين إما على الأول وإما على الثاني فإنه لا يكون نقضاً أيضاً، وإن لم يكن عليهما دين كان نقضاً للبيع الأول متى دفعه إلى العبد الثاني، إلا أنه متى دفعه إلى العبد الثاني لا يبرأ المشتري من المأذون عن الضمان ما لم يدفعه إلى المأذون الأول، أو إلى المولى.

قال: وإن باعها من المأذون بيعاً صحيحاً ولم يدفعها إليه بقي ضامناً، والله تعالى

أعلم.

الفصل العشرون

في الغرم وفي العبد المأذون

قال أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - : إذا جاء بعبد إلى السوق وقال : هذا عبدي فبايعوه فقد أذنت له في التجارة، فبايعه أهل السوق ولحقه ديون، ظهر بعد ذلك أنه كان حرًا أو استحقه رجل، كان على الذي أمر بالمبايعه الأقل من قيمة العبد ومن الدين، وهذا بخلاف ما لو قال : هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة، ولم يقل : بايعوه، فبايعه أهل السوق ثم ظهر أنه كان حرًا أو عبدًا لغيره حتى بعد عليهم البيع بالدين، فإنهم لا يرجعون على الأمر بشيء، وبخلاف ما لو قال : بايعوه فقد أذنت له في التجارة ولم يقل : هذا عبدي فبايعوه، ولحقه دين ثم استحق أو وجد حرًا، فإنه لا يكون لهم حق الرجوع على الأمر بشيء، ثم في الفصل الأول وهو ما إذا قال : هذا عبدي فبايعوه فقد أذنت له في التجارة، إنما كان لهم حق الرجوع على الأمر بالأقل من قيمته ومن الدين إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل من القيمة، فإنما يضمن قدر الدين؛ لأن الضمان وجب عليه بسبب الدين فيضمن قدر الدين، وأما إذا كان قيمة العبد أقل من الدين فإنما يضمن قدر قيمة العبد؛ لأنه ضمن لهم بيع العبد بالدين ولم يسلم لهم ذلك لما ظهر الأمر بخلافه، فكان لهم الرجوع على المولى بقيمته كما لو لم يسلم لهم بيع العبد بسبب إعتاقه العبد أو تدييره إياه، فإن شاءوا ضمنوا الأقل من قيمة العبد ومن الدين، وإن شاءوا اتبعوا المشتري بجميع ديونهم إن ظهر أن المشتري حر، وإن ظهر أن المشتري كان عبدًا فإنهم لا يتبعوه في الحال بشيء، بل يتأخر ذلك إلى ما بعد العتق، والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا ظهر أن المأذون حر أو مستحق فكذلك الجواب فيما إذا ظهر أنه مكاتب أو مدبر، ثم في حق^(١) الغرور لا فرق بين من سمع هذه المقالة وبين من لم يسمع ولم يعلم، إذا كان الآذن قال ذلك في عامة أهل السوق، وهو نظير الحجر

(١) زاد في ز: حكم.

على العبد المأذون إذا انتشر فيما بين أهل السوق يثبت حكم الحجر في حق من سمع الحجر وفي حق من لم يسمع كذا هنا.

ولو أن هذا الرجل حين جاء إلى أهل السوق قال: هذا عبدي فبايعوه في البز فقد أذنت له في ذلك، فبايعوه أهل السوق في غير البز، ثم ظهر أنه حر أو مستحق، كان للذي بايعه في غير البز أن يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين، فكان قوله في البز لغوا من الكلام.

فرق بين هذا وفيما إذا أذن لعبد في التجارة ثم قال لقوم بأعيانهم: بايعوا عبدي، فبايعه ذلك القوم وقوم آخرون ولحقه دين لمن أمر المولى بالمبايعه معه ولمن لم يأمرهم، ثم ظهر أنه كان حرا أو مستحقاً، فإنه يثبت الغرور في حق من أمرهم المولى بالمبايعه معه، ولمن لم يأمر المولى بالمبايعه فقد اعتبر التخصيص في حق المتبايعين مع العبد ولم يعتبر التخصيص فيما يتصدق العبد فيه، ثم في مسألة المتبايعين إذا اعتبر التخصيص في حق من أمرهم المولى بالمبايعه ولحق العبد دين لمن أمرهم المولى بالمبايعه ولمن لم يأمرهم المولى، فالمولى يضمن للذين أمرهم بالمبايعه الأقل من حصتهم من قيمة العبد ومن دينهم.

قال في الأصل عقب هذه المسألة: ألا ترى أن المولى لو أذن لعبد في التجارة إذنا عاما ثم نهى واحدا واثنين عن مبايعته، فبايعا ولحقه دين لهما وباقي المسألة بحالها، لم يضمن المولى للذين نهاهما عن المبايعه شيئاً.

وإذا قال لأهل السوق: هذا عبدي فبايعوه فقد أذنت له في التجارة، فبايعوه ثم لحقه دين، ثم استحق العبد رجل وقد كان المستحق أذن لهذا العبد في التجارة قبل أن يأتي الذي كان العبد في يديه أهل السوق، فإن العبد يبيع بالدين فيباع فيه، إلا أن يفديه مولاه ولا ضمان على الأمر بالمبايعه، وإن ظهر أنه كان العبد مدبراً للمستحق مأذوناً في التجارة، فللغرماء أن يضمنوا الأمر الأقل من قيمته قنا ومن دينه، وكذلك إذا ظهر أنه كان عبداً محجوراً عليه للمستحق وللغرماء أن يضمنوا الأمر فإن كان

المستحق قد كان أذن للعبد في التجارة بعد ما استحقه قبل أن يلحقه الدين ثم لحقه الدين فلا ضمان على الأمر.

وإذا أتى الرجل بصبي إلى أهل السوق وقال: هذا ابني فبايعوه فقد أذنت له في التجارة، والصبي يعقل البيع والشراء، فبايعوه ولحقه من ذلك دين، ثم إن رجلاً أقام بينة أن هذا الصبي ابنه ولم يكن المستحق أذن له في التجارة، فإنه لا يلزم الصبي شيء لا في الحال ولا بعد البلوغ، بخلاف العبد المحجور، حيث يؤخذ بضمان القول بعد العتق إلا أن في فصل الصبي: للغرماء أن يرجعوا على الأمر بالمبايعة بديونهم صاروا مغرورين من جهته فإنه أطمعهم أن تجب ديونهم في ذمة الصبي، ويستوفى من ماله للحال بسبب إذنه؛ لأن إذنه للصغير جائز، فإذا ظهر الأمر بخلافه، بأن ظهر بأن الصبي ابن الغير كانوا مغرورين من جهته فيصير ضامناً لهم كما في عبده، إلا أن في الصبي يرجعون بجميع دينهم، وفي العبد يرجعون على الأمر بالأقل من الدين ومن قيمة العبد، والله تعالى أعلم.



الفصل الحادي والعشرون

في جناية العبد المحجور والمأذون وجناية عبده والجناية عليه

قال محمد - رحمه الله - : وإذا جنى العبد المأذون فقتل رجلاً حرّاً أو عبداً خطأ وعليه ديون، فإنه يخاطب مولى المأذون بالدفع أو الفداء، ولا يخاطب المأذون بشيء، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

ولو جنى عبد من عبيد العبد المأذون فقتل رجلاً حرّاً أو عبداً خطأ، فإنه يخاطب العبد المأذون بالدفع أو الفداء، وإذا خوطب المولى بالدفع أو الفداء واختار الدفع يدفع المأذون إلى أولياء الجناية، ثم الغرماء يتبعون المأذون ويبيعون بدينهم إلا أن يفديه أولياء الجناية، فقد بدأ بحق أصحاب الجناية ولم يبدأ بحق الغرماء، ثم إذا بيع العبد للغرماء بعدما دفع إلى أولياء الجناية لا يكون للأولياء بعد ذلك أن يرجعوا على المولى بشيء، بخلاف ما إذا كانت الجناية من المأذون قبل لحوق الدين وبيع العبد للغرماء بعدما دفع إلى أولياء الجناية، حيث يكون لأولياء الجناية أن يرجعوا على المولى بقيمة المأذون، وإذا وجب القصاص على العبد المأذون فصالح عن نفسه مع المولى لم يجز، سواء كان عليه دين أو لا دين عليه، وإذا وجب القصاص على عبد من كسبه وصالح عنه جاز، وإذا أ بطل القاضي صلحه عن نفسه ليس لولي القتل أن يقتل العبد ولا يرجع عليه بشيء مما صالحه حتى يعتق .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا كان على العبد المأذون له دين فجنى جناية فباعه مولاه من أصحاب الدين بدينهم، إن كان يعلم بالجناية فإنه يصير مختاراً للأرش، وإن كان لا يعلم بالجناية فعليه قيمة العبد، إلا أن يكون الأرش أقل من قيمة العبد .

قال: فإن لم يبيع من الغرماء حتى جاء أصحاب الجناية فدفعه المولى إلى أصحاب الجناية بغير قضاء قاض، فالقياس: أن يضمن قيمته للغرماء .

وفي الاستحسان: لا يضمن للغرماء شيئاً، وإذا جاز الدفع ولم يضمن استحساناً

كان للغرماء أن يبيعه بدينهم، إلا أن يفديه أصحاب الجناية بالدين.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إن حضر الغرماء وطلبوا البيع بدينهم وهو عند مولاه، لم يدفعه بالجناية ولم يحضر صاحب الجناية وطلب حقه وقد أقر المولى والغرماء بالجناية وأخبروا بها القاضي، لم يبيع القاضي العبد لأصحاب الدين حتى يحضر أصحاب الجناية فيدفعه إليهم أو يفديه، ثم يباع للغرماء بعد ذلك حتى يستوفى دينهم، فإن رأى القاضي أن يبيع العبد للغرماء وأصحاب الجناية غائب فالبيع جائز ولا شيء لأصحاب الجناية على المولى ولا على العبد وقد بطلت الجناية.

قال: وإن باعه القاضي من أصحاب الدين أو من غيرهم بأكثر من الدين أعطى أصحاب الدين دينهم، فإن بقي من دينهم شيء أعطى من ذلك أصحاب الجناية قدر أرش الجناية، وإن كان أرش الجناية أكثر من قيمة العبد، فإن فضل من أرش الجناية يصرف إلى المولى، بخلاف ما إذا باع المولى بغير أمر القاضي بأكثر من قيمة العبد وهو لا يعلم بالجناية بأن باع العبد بخمسة آلاف درهم وقيمة العبد ألف والدين ألف درهم، إذا قضى دينه ألفا وبقي في يده أربعة آلاف درهم، فإنه يعطي لأصحاب الجناية قدر قيمة العبد ألف درهم، وإن كان أرش الجناية أكثر من ألف درهم والباقي وذلك ثلاثة آلاف درهم يكون للمولى، وبخلاف ما لو كان صاحب الجناية حاضراً أو دفع العبد إلى ولي الجناية، ثم باع القاضي العبد بعد الدفع إلى صاحب الجناية بدين الغرماء، وكان الثمن أكثر من دين العبد وقضى من ذلك دين العبد، فإن الباقي من الثمن يكون لأصحاب الجناية، وإن كان الباقي أكثر من أرش الجناية ولا يكون للمولى من ذلك شيء، وبخلاف ما لو دفع العبد إلى أولياء الجناية ثم باع القاضي العبد بدين الغرماء بأكثر من الدين وقضى من دين الغرماء، فإن الباقي يكون لأصحاب الجناية، وإن كان أكثر من أرش الجناية ولا يكون للمولى من ذلك شيء.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - : إذا كان العبد مأذوناً في التجارة فقتله رجل عمداً، فعلى قاتله القصاص للمولى ولا شيء للغرماء، سواء كان

على العبد دين أو لا دين عليه، فإن صالح القاتل الدم على دنانير ودرهم أو شيء من العروض قليل أو كثير فصلحه جائز، وانقلب القصاص مآلاً وتعلق حق الغرماء بالمال فيستوفى من ذلك ديونهم، وإن كان بدل الصلح دراهم أو دنانير أقبضوه من دينهم؛ لأنه جنس حقهم، وإن كان عرضاً أو عبداً بيع لهم دينهم، إلا أن يفديه المولى بجميع الدين، هذا إذا قتل العبد المأذون عمداً وعليه دين أو لا دين عليه. فأما إذا لم يقتل العبد المأذون ولكن قتل عبد من كسب المأذون، فإن لم يكن على المأذون دين فللمولى أن يستوفي في القصاص ولا يكون للعبد أن يستوفي القصاص، فإن صالح العبد المأذون عن القصاص على مال مع القاتل هل يجوز الصلح؟ لم يذكر محمد هذا في ظاهر الرواية.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه قال بأنه: يجب أن تكون المسألة على الروايتين على قياس الوصي^(١)، فإن الوصي إذا صالح عن قصاص وجب لليتيم في النفس فيه روايتان: في رواية يكون له ذلك، فعلى قياس هذه الروايات يجب ألا يجوز الصلح من المأذون.

وفي رواية أخرى قال في الموصي: له الصلح. فعلى قياس هذه الرواية يجب أن يكون الصلح جائزاً من المأذون.

فأما إذا كان على المأذون دين قل الدين أو كثر، فإنه لا يكون^(٢) للغرماء ولا للعبد القصاص، لا على الانفراد ولا على الاجتماع.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جنى عبد رجل جناية فقتل رجلاً خطأ فأذن له مولاه بعد ذلك في التجارة وهو يعلم بالجناية أو لا يعلم، فاشترى العبد بعد ذلك وباع فلحقه دين، فإنه لا يكون هذا من المولى اختياراً للفداء، ويقال للمولى بعد هذا: إما أن تدفع أو تفدي، فإن فدا بالأرش لأصحاب الجناية بيع العبد بين الغرماء ولم يكن

(١) في ز: الموصي.

(٢) زاد في أ: للمولى.

لأحد على المولى سبيل، وإن لم يفد ودفع العبد إلى أصحاب الجناية كان للغرماء أن يتبعوا العبد فيبيعونه بدينهم إلا أن يقضي أصحاب الجناية دين الغرماء، فإن قضوا دين العبد ولم يقضوا، وبيع العبد كان لهم أن يرجعوا على المولى بالأقل من قيمة العبد ومن الدين، بخلاف ما لو استخدمه المولى وهلك من الاستخدام، فإن المولى لا يضمن لأولياء الجناية شيئاً، وبخلاف ما لو أذن له في التجارة فلحقه دين ثم جنى بعد لحوق الدين ودفع المولى العبد إلى أصحاب الجناية ثم بيع العبد بعد الدفع بدين الغرماء، لا يكون لأصحاب الجناية أن يرجعوا على المولى بشيء.

وكل جواب عرفته فيما إذا جنى ثم أذن المولى له في التجارة بعد الجناية فهو الجواب إذا جنى وهو مأذون وليس عليه دين فلم يحجره المولى حتى لحقه الدين ودفع بالجناية ثم بيع العبد بدين الغرماء، كان لأصحاب الجناية الرجوع على المولى بقيمة العبد، كما لو أذن له في التجارة بعد الجناية ولحقه دين وبيع بالدين.

قال: فإن كان المولى أذن له في التجارة وقيمه ألف درهم ولحقه دين ألف درهم ثم جنى جناية، فإن المولى يدفع عبده بالجناية، فإذا دفع وبيع بدين الغرماء لا يكون لأصحاب الجناية أن يرجعوا على المولى بقيمة العبد، بخلاف ما لو كانت الجناية سابقة على الدين فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد على ما بينا.

قال: ولو كان العبد لحقه ألف درهم قبل الجناية وألف درهم بعد الجناية ثم دفع العبد بالجناية وبيع بالدينين جميعاً فإن أصحاب الجناية يرجعون على المولى بنصف قيمة العبد بحصة أصحاب الدين الآخر، وكذلك الجواب فيما إذا جنى العبد جناية خطأ ثم رآه المولى بعد ذلك يبيع ويشترى فسكت ولم ينهه، كان الجواب فيه كالجواب فيما لو أذن له المولى؛ لأن سكوت المولى حالما يرى عبده يبيع ويشترى إذن للعبد في التجارة حكماً فيعتبر بما لو أذن له صريحاً.

فإن قيل: أليس في حق الحنث لم يجعل السكوت بمنزلة صريح الإذن، فإن

[من] (١) حلف لا يأذن لعبده في التجارة ثم رآه يبيع ويشترى فسكت لا يحنث في يمينه، ولم يجعل السكوت بمنزلة صريح الإذن في حق الحنث، فكذا في حق إيجاب الضمان على المولى يجب ألا يجعل السكوت بمنزلة صريح الإذن.

قلنا: حكى عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه سئل عن هذه المسألة فقال: القياس أن يحنث، وفي الاستحسان لا يحنث؛ لأن الإذن وإن وجد حكماً لم يوجد حقيقة، وشرط الحنث الإذن حقيقة وحكماً، فأما الضمان على المولى بصريح الإذن بعله أن الرقبة استحققت بسبب وجد من المولى بعد ثبوت حقهم على وجه لم يصير مختاراً للقاء، وهذا المعنى موجود بعينه متى رآه يبيع ويشترى فسكت.

وذكر القدوري - رحمه الله - مسألة الحنث في شرحه، وذكر فيها اختلافاً بين أبي يوسف ومحمد، فقال: على قول محمد يحنث في يمينه، وعن أبي يوسف أنه لا يحنث.

وإذا قتل العبد المأذون والمحجور رجلاً خطأ ثم أقر عليه المولى بدين، فهذا لا يكون منه اختياراً للقاء، وإن كان عالمًا بالجنائية وقت الإقرار، ويقال للمولى: إما أن تدفع أو تفدي، فإن فدا لأصحاب الجنائية، بيع العبد بالدين للغرماء ولا يبقى لواحد منهما على المولى سبيل، وإن لم يفده ودفع إلى أصحاب الجنائية، فإن الغرماء يبيعون العبد بدينهم إلا أن يفديه أصحاب الجنائية.

ولو كان المولى أقر عليه بقتل رجل خطأ، ثم أقر عليه بقتل رجل خطأ، وكذب أولياء الجنائية الأولى المولى في إقراره بالجنائية الثانية، فإنه يقال للمولى: ادفع العبد إلى أولياء الجنائيتين أو افده بينهما، فإن دفع العبد إليهما، رجع أولياء الجنائية الأولى على المولى بنصف قيمة العبد، فرق بين هذا وبين ما إذا كان على العبد دين معروف أو ثبت بإقرار المولى يحيط برقبته، فإقرار المولى بالجنائية على العبد أو بدين آخر فإنه لا يصح إقراره، وقد قال فيما إذا كان على العبد جنائية معروفة أو جنائية ثبتت

(١) سقط في ز.

بإقرار المولى وأقر المولى عليه بجناية أخرى: أنه لا يصح إقراره.
ولو كان العبد قتل رجلاً عمدًا وعليه دين فصالح المولى أصحاب الجناية على أن
يجعل لهم العبد بحقهم، كان هذا الصلح باطلاً في حق الغرماء، حتى لا تسلم رقبة
المولى القصاص إلا برضا الغرماء، أما أن يكون جائزاً في حق الولي القصاص حتى
يسقط القصاص، وإذا سقط القصاص يباع العبد بدين الغرماء، فإن بقي شيء من
ثمنه يكون ذلك لأولياء الجناية، وإن لم يبق من ثمنه شيء فلا شيء لأصحاب
الجناية على المولى ولا على العبد لا في حال رقبته ولا بعد العتق، والله تعالى
أعلم.



الفصل الثاني والعشرون

في بيان ما يبطل بالأول

يجب أن يعلم بأن الإذن يبطل بالحجر، ولكن يشترط أن يكون الحجر مثل الإذن، حتى إنه إذا كان الإذن عامًا بأن علم أهل سوقه، فإنما يعمل الحجر إذا كان عامًا بأن علم بالحجر الأكثر من أهل السوق، ولا يعمل إذا كان دون ذلك بأن حجره في بيته أو عند رجل واحد أو رجلين أو ثلاثة، علم العبد بذلك أو لم يعلم، وإن كان الإذن خاصًا غير منتشر فيما بين أهل سوقه بأن أذن للعبد بمحضر من رجل واحد أو اثنين أو ثلاثة فإذا حجره بمحضر من هؤلاء وعلم العبد، عمل حجره، وإن كان الإذن بحضرة العبد لا غير فحجره بحضرة منه، يعمل حجره، وإن حجره من غير علمه، لا يعمل حجره.

وإذا أذن لعبده وعلم العبد به، ثم حجر عليه ولم يعلم العبد بالحجر، لا يعمل بحجره، وإذا أذن لعبده ولم يعلم العبد بالإذن، ثم حجر عليه ولم يعلم العبد بالحجر كان على حجره.

وإذا باع المولى العبد المأذون وقد لحقه دين أو لم يلحقه دين وقبضه المشتري صار العبد محجورًا، يجب أن يعلم بأن العبد المأذون إذا لم يلحقه دين حتى باعه المولى، يصير العبد محجورًا بنفس البيع، وإن كان على العبد دين وقد باعه المولى بغير إذن الغرماء، لا يصير محجورًا بنفس البيع حتى يقبضه، فهذه المسألة إشارة إلى أن بيع العبد المأذون المديون بغير إذن الغرماء فاسد، ثم العبد يصير محجورًا ببيع المولى وإن لم يعلم به أهل سوقه، وكذلك لو وهب المولى العبد المأذون من رجل وقبضه الموهوب له يصير محجورًا، فلو أنه رجع في الهبة لا يعود الإذن، وكذلك في فصل البيع لو أن المشتري وجد بالعبد عيبًا فرده بقضاء قاض لا يعود الإذن وإن عاد إليه قديم ملكه، والمولى يبيع عينا من أعيان ماله إذا باع ذلك العين بنفسه قبل بيع الوكيل، ثم إن المشتري وجد بالعين عيبًا فرده على الموكل بقضاء القاضي عادت

الوكالة .

وإذا حجر المولى على عبده بمحضر من أهل سوقه والعبد غائب فأرسل المولى إليه رسولاً يخبره بالحجر فأخبره بذلك صار العبد محجوراً، سواء كان الرسول حرّاً أو عبداً، رجلاً أو امرأة، عدلاً أو فاسقاً، وكذلك إذا كتب عليه كتاباً ووصل إليه الكتاب صار محجوراً، سواء وصل إليه الكتاب على يدي حر أو عبد، رجل أو امرأة، عدل أو فاسق، فإن أخبره رجل من تلقاء نفسه، قال: في قياس قول أبي حنيفة: لا يثبت الحجر، حتى يخبره بذلك رجلان أو رجل عدل يعرف العبد عدالته، وفي قياس قول أبي يوسف ومحمد: يصير العبد محجوراً، أخبره بذلك رجلان أو رجل حر عدل أو فاسق أو عبد أو صبي أو امرأة بعد أن يكون الخبر حقاً. ومعنى قوله: بعد أن يكون الخبر حقاً: أن يحجر المولى بعد ذلك ويقر بالحجر، أما لو أنكر الحجر لا يصير محجوراً، فالحاصل أن أبا حنيفة شرط أحد نصفي الشهادة إما العدالة وإما العدد، وهما لا يشترطان شيئاً من ذلك، وأبو يوسف ومحمد قاسا الحجر على الإذن، فإن الإذن في التجارة يثبت بخبر الواحد بالإجماع فكذا الحجر، وقاسا المخبر على الرسول، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي: أن الإذن والحجر عند أبي حنيفة واحد. وفي الزيادات في أبواب البيوع: إن في الخبر بالإذن والتوكيل لا يشترط عدد المخبر ولا عدالته، وفي الخبر بالحجر والعزل يشترط عدد المخبر وعدالته، ذكر المسألة مطلقاً من غير ذكر الخلاف، فإن كان ما ذكر في الزيادات قول محمد وهو الظاهر ثبت رجوع محمد في مسألة الحجر والعزل، ويحتاج إلى الفرق بين الخبر بالحجر والعزل وبين الخبر بالإذن والتوكيل.

وإذا أبق العبد المأذون صار محجوراً عليه عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - وإن عاد العبد من الإباق هل يعود الإذن؟ لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لا يعود، فإن كان العبد باع واشترى في حال

إباقه لم يلزمه شيء من ذلك، إن قال الذي بايع العبد: إن العبد لم يكن أبقًا، وقال المولى: كان أبقًا، فالقول قول الذي بايعه، وعلى المولى البينة أن عبده كان أبقًا وأنه باع واشترى منه في حال إباقه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الذي بايعه أيضًا. وإن اتفق المولى والذي بايع العبد على الإباق؛ ألا [تري] (١) أن الذي بايع العبد قال: بعت منه قبل الإباق، وقال المولى: بعت منه بعد الإباق، فالقول قول المولى أيضًا، وإن أقاما البينة فالبينة بينة البائع أيضًا، وإن أقام المولى بينة أنه أبق منه إلى موضع كذا، وأقام الذي بايع العبد بينة أن المولى أرسله إلى ذلك الموضع ليشتري فيه ويبيع، فالبينة بينة البائع أيضًا.



(١) سقط في ز.

ومما يتصل بهذا الفصل :

العبد المأذون إذا اشترى عبداً أو أذن له حتى صح الإذن، ثم إن المولى حجر على أحدهما، إن حجر على الثاني لا يصح حجره، سواء كان على الأول دين أو لم يكن حجر على العبد الأول لا شك أن الأول يصير محجوراً، وهل يصير الثاني محجوراً؟ إن كان على الأول دين يصير محجوراً، وإن لم يكن على الأول دين لا يصير الثاني محجوراً، ولم لم يكن شيء من ذلك ولكن مات العبد الأول، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا حجر المولى على العبد الأول، ولو لم يمت الأول ولكن مات المولى، كان ذلك حجراً على العبدين سواء كان على الأول دين أو لم يكن.



ومما يتصل بهذا الفصل :

وإذا أذن لعبده في التجارة ثم جن المولى ، إن كان الجنون مطبقاً ينحجر العبد ، وإن لم يكن مطبقاً بأن كان يجن دون الشهر فليس بمطبق ، وإن كان شهراً فصاعداً فهو مطبق ، ثم رجع وقال : مأذون^(١) السنة ليس بمطبق ، والسنة وما فوقها مطبق ، وعن أبي يوسف : أن أكثر السنة فصاعداً مطبق ، وما دونه فليس بمطبق ، والله تعالى أعلم .



(١) هكذا في المخطوط ولعلها مجنون .

الفصل الثالث والعشرون

في العبد يبيع ويشترى ولا يقول وقت المبايعه إنه مأذون أو محجور ثم
يقول: أنا محجور

قال محمد - رحمه الله - : العبد إذا باع واشترى ولم يقل وقت المبايعه : أنا مأذون أو محجور، فله حقه ديون، ثم قال: أنا محجور، وقال الغرماء: لا، بل أنت مأذون. فالقول قول الغرماء [استحساناً]^(١)، وجعلناه مأذوناً، أو كان العبد أقر بالإذن صريحاً، فالقياس: ألا يباع ما في يده من الكسب بدينه ما لم يحضر المولى. وفي الاستحسان: يباع كسبه بدينه، فإن فضل شيء من دينه بعدما يبيع كسبه لا تباع رقبته بذلك قياساً واستحساناً ما لم يحضر المولى، وقد مرت المسألة من قبل. ولو أن الغرماء أقاموا البينة أن العبد مأذون له في التجارة والعبد يجحد والمولى غائب، فإنه لا تقبل بيئتهم حتى لا تباع رقبة العبد بالدين، وإن أقر العبد بالإذن وباع القاضي كسبه وقضى دين الغرماء، ثم جاء المولى وأنكر الإذن، فإن القاضي يسأل الغرماء البينة على الإذن وإلا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن إكسابه ولا ينتقض البيع الذي جرى من القاضي، هذا إذا ادعى العبد أنني محجور، وإن ادعى المشتري أن العبد محجور عليه وقال: لا أدفع إليه المبيع؛ لأنه يتأخر حقي إلى ما بعد العتق، وقال العبد: أنا مأذون، فالقول قول العبد ولا يمين عليه، ويجبر البائع على دفع ما باعه من العبد إليه ويأخذ الثمن من العبد.

وكذلك لو اشترى رجل من العبد شيئاً، ثم إن المشتري قال: إن العبد كان محجوراً، وقال العبد: أنا مأذون، فالقول قول العبد بلا يمين، فإن قال المشتري: أنا أقيم البينة أنه محجور عليه، لا تقبل، هكذا في الكتاب.

وقالوا: وهذه المسألة على روايتين، أو على القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا فيما إذا اشترى المأذون من رجل عبداً، ثم قال: إن البائع قد كان باعه من فلان

(١) زاد في أ: وإذا جعلنا القول قول الغرماء استحساناً، وإذا جعلنا القول قول الغرماء.

قبل أن يبيعه مني، وأقام على ذلك بينة .
وقد قال في الجامع: رجل وهب لعبد إنسان هبة وسلم، ثم أراد الواهب الرجوع، فقال العبد: أنا محجور علي وليس لك علي شيء بين علي، ما لم يحضر مولاي، وقال الواهب: لا، بل أنت مأذون، فأقام العبد بينة أنه محجور عليه، تقبل، وفي هذه المسألة قال: لو أقام المشتري البينة على إقرار العبد أنه محجور، لا تقبل بينته، فإن أقر العبد بين يدي القاضي أنه كان محجورًا عليه وقت البيع فإن القاضي يرد البيع، فإن حضر المولى بعد ذلك وكذب العبد فيما قال، وقال: كنت أذنت للعبد في البيع والشراء، جاز النقص الذي جرى بين العبد وبين المشتري، فإن^(١) أجاز المولى بعد ذلك بيع العبد كانت إجازته باطلة، ولو كان القاضي لم ينقض المبيع حين إقرار العبد بكونه محجورًا عليه حتى حضر المولى وأجاز البيع، جاز.

وإذا كان الرجل يشتري ويبيع فلحقه ديون ولا يدري حاله أنه عبد أو حر، ثم قال بعد ذكرنا عبد فلان وصدقه فلان في ذلك قال: هو عبدي وإنه محجور عليه، وقال الغرماء: هو حر، فإن هذا الرجل يصدق في حق نفسه حتى يصير عبداً لفلان، ولا يصدق في حق الغرماء حتى لا تتأخر ديونهم إلى ما بعد العتق، ثم قال: ويباع هذا العبد ويأخذ الغرماء ديونهم من ثمنه، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: فإذا.

الفصل الرابع والعشرون

في الصبي والمعتوه يأذن له أبوه أو وصيه أو القاضي في التجارة أو يأذنون
لعبدتهما وفي تصرفهما قبل الإذن

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا أذن الرجل لابنه في التجارة وهو صغير
يعقل البيع والشراء، جاز، وصار الصغير مأذوناً له في التجارة، وكذا الوصي إذا أذن
للصغير^(١) في التجارة، وكذا الوصي إذا أذن للصغير في التجارة وهو يعقل البيع
والشراء، وكذا المولى إذا أذن لعبدته في التجارة وهو صغير يعقل البيع والشراء، فإنه
يجوز ويصير مأذوناً في التجارة.

وعلى قول الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز إذنه ولا يصير مأذوناً له في
التجارة^(٢).

وإذا باع الصبي شيئاً من ماله أو اشترى لنفسه شيئاً قبل الإذن وهو يعقل البيع
والشراء، ينعقد تصرفه عندنا وينفذ بإجازة المولى، وعند الشافعي - رحمه الله - :
لا ينعقد تصرفه ولا ينفذ بإجازة المولى، وكذلك الصبي الذي يعقل البيع والشراء إذا
توكل عن غيره بالبيع والشراء فباع واشترى، جاز عندنا خلافاً للشافعي.
والمذهب عندنا: أن الصبي العاقل الصحيح العبارة فيما ينفعه^(٣) من التصرفات،
سواء كان مولياً عليه أو لم يكن، كقبول الهدية والإسلام، وفيما يتردد بين الضرر
والنفع، كالتجارة فهو صحيح العبارة انعقاداً ونفاذاً، وفيما يضره من كل وجه
كالطلاق والعتاق فهو فاسد العبارة نفاذاً وانعقاداً.

ومعنى قول محمد في الكتاب: (إذا كان الصبي يعقل البيع والشراء)، إذا كان
يعقل معنى البيع والشراء بأن كان يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب

(١) زاد في أ: مأذوناً له.

(٢) الأم للشافعي (٣/٢٤٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٥/٤٧٧).

(٣) في أ: ينفذه.

ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس العبارة، فإن كل صبي لقن البيع والشراء يتلقنهما، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح المأذون.

وإذا^(١) صح الإذن للصبي في التجارة يصير هو بمنزلة الحر البالغ فيما يدخل تحت الإذن؛ لأنه بعد الإذن يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة عن المولى، فيجوز له أن يؤجر نفسه وأن يستأجر لنفسه أجراء وأن يبيع مما ورث عقارًا كان أو منقولاً كما يجوز ذلك للحر، وإذا أقر بدين التجارة صح إقراره، وليس له أن يكتب مملوكًا له ولا أن يعتقه على مال، وكذلك ليس له أن يزوج أمته عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: ليس له ذلك.

وإذا أذن لابنه الكبير المعتوه في التجارة فالجواب فيه كالجواب في الصبي إذا كان ممن يعقل البيع والشراء يصح الإذن، وإن كان ممن لا يعقل البيع والشراء لا يصح الإذن، وهذا إذا بلغ معتوهًا، فأما إذا بلغ عاقلًا فأذن له الأب في التجارة هل يصح إذنه؟

قال الفقيه أبو بكر: محمد بن إبراهيم الميداني يقول: لا يصح إذنه قياسًا وهو قول أبي يوسف، ويصح استحسانًا وهو قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - وعلى هذا إذا بلغ عاقلًا لم يجز.

وحاصل المسألة راجع إلى أنه متى عته وجن بعدما بلغ عاقلًا هل تعود ولاية الأب عليه ثانياً؟

فعلى قول علمائنا الثلاثة على ما يقوله الفقيه محمد بن إبراهيم الميداني: تعود.

وعلى قول زفر: لا تعود.

وعلى ما يقوله الفقيه أبو بكر البلخي: لا تعود في قول أبي يوسف، وإنما تعود

الولاية إلى القاضي أو السلطان.

وعلى قول محمد: تعود الولاية إلى الأب.

(١) في ز: فإذا.

وهذا بخلاف ما لو عته الأب أو جن، فإنه لا يثبت للابن ولاية التصرف، إنما تثبت له ولاية التزويج لا غير، وكل من له ولاية التصرف في التجارة في مال الصغير فله ولاية إذنه في التجارة، وكذلك له ولاية إذن عبده الصغير.

إذا ثبت هذا فنقول: الأب إذا أذن لعبد ابنه الصغير في التجارة، وكذا وصي الأب بعد موت الأب، والجد بعد موت الأب إذا أذن ولم يكن له وصي من جهة الأب يصح إذنه، وأما إذا كان الأب حياً فإنه لا يصح إذن الجد، وكذلك إن كان له وصي الأب، وهذا عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله - : أنه يصح إذنه، والجد الأولى من وصي الأب عند الشافعي، وعندنا: وصي الأب أولى، والمسألة معروفة في الوصايا.

وإذا أذن القاضي لیتيم في التجارة، وليس للیتيم وصي الأب جاز إذن القاضي، ومتى صح إذن الأب أو الوصي أو القاضي ولحق العبد دين تباع رقبته في التجارة، والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا أذن الرجل لعبده في التجارة ولحقه دين. ولو أن امرأة ماتت وأوصت إلى رجل وتركت ابناً صغيراً ليس له أب ولا وصي الأب ولا جد وتركت أموالاً ميراثاً لهذا الصغير، فأذن القاضي لعبد من عبيده الذين ورثهم من الأم، لا يصح.

وإذا قال القاضي لعبد الیتيم: اتجر في الطعام خاصة، أو قال: اتجر في البر خاصة، فإنه يصير العبد مأذوناً له في التجارات كلها، كما لو قال المولى ذلك للعبد، ولا يكون هذا من القاضي قضاء في فصل مختلف فيه، وإن كان هذه المسألة مختلفاً فيها أن الإذن هل يقبل التخصيص؟ فإن المأذون في نوع هل يكون مأذوناً في الأنواع كلها؟ كان شريح - رحمه الله تعالى - يقول: الإذن يقبل التخصيص، والمأذون في نوع هل يكون مأذوناً في الأنواع كلها؟ ولو أن العبد تصرف فلحقه بذلك ديون من التجارة التي أذن له القاضي في ذلك وخاصم أرباب الدين إلى القاضي فأبطل ديون الغرماء التي لحقته من تجارة لم يأذن له القاضي في ذلك، فإنه

لا ينفذ تصرفه بعد هذا في تجارة لم يأذن له القاضي فيها، ولو دفع قضاة بعد ذلك إلى قاض آخر، لا يكون لذلك القاضي أن يبطل قضاءه، كما في سائر المجتهدات، وكذلك لو قضى القاضي بجواز تصرفاته في الأنواع كلها وأثبت ديون الغرماء ينفذ قضاؤه، ولا يكون القاضي أخبر بعد ذلك أنه يبطله، وإذا كان للصغير أو المعتوه أب أو وصي أو جد أب الأب فإنه جائز، وإن كان ولاية القاضي مؤخره عن ولاية الأب والوصي .

وفي مأذون شيخ الإسلام: القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه أو عبد الصغير يبيع ويشترى وسكت، لا يكون إذنا له في التجارة .

قال: والصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء إذا باع أو اشترى أو أجر أو استأجر موقوف ذلك على إجازة الولي، وإذا أذن الرجل لابنه في التجارة وهو صغير أو معتوه إلا أنه يعقل البيع والشراء، أو أذن له وصيه، ثم إن الأب أو الوصي أقر على أحدهما بدين أو يبيع أو شراء جارية أو ودیعة في يده أو مضاربة في يده أو رهن أو غير ذلك، إذا أكذبهما الصبي أو المعتوه، وكذلك لو أقر الأب أو الوصي على عبد مأذون لهذا الصغير في التجارة إما بالدين أو بالجناية، كان إقراره جائزاً .

الصبي المأذون إذا باع عبداً من أبيه فهو على وجوه: إما أن باعه بمثل قيمته، أو بأكثر من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في مثله أو لا يتغابن، أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله، وفي هذه الوجوه جاز بيعه عندهم جميعاً، وأما إذا باعه بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله، وفي هذا الوجه اختلاف الروايات عن أبي حنيفة، وذكر في بعض نسخ المأذون: أنه لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وذكر في بعض النسخ: أنه يجوز في قول أبي حنيفة، ولا يجوز في قول أبي يوسف، فصار عن قول أبي يوسف في المسألة روايتان .

وإذا باع من الأجنبي بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز عند أبي حنيفة باتفاق الروايات، وعندهما: لا يجوز .

إذا باع من وصيه، ذكر أنه لو باع بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه: أنه يجوز.

قال: أو يجب أن يكون الجواب على التفصيل وعلى الخلاف إن كان للصغير فيه منفعة ظاهرًا بأن باع منه بأكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يجوز في قول محمد، نص على هذا الخلاف في هذه الصورة في الجامع الكبير، وإن باع بمثل قيمته أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن الناس في مثله، فعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يجوز، كما لو باع الوصي مال الصغير من نفسه، وأما على قول أبي حنيفة يجب أن تكون المسألة على روايتين، هكذا ذكر شيخ الإسلام المسألة في شرحه، فإن أقر الصبي بقبض الثمن الذي وجب له على أبيه أو على وصيه، اختلفت الروايات في هذا الفصل، ذكر في بعضها: أنه يجوز، وذكر في بعضها: أنه لا يجوز.

قال شيخ الإسلام: ويجب أن يكون اختلاف الرواية في الإقرار على قول أبي حنيفة، وأما على قولهما فالإقرار للأب أو الوصي لا يجوز، رواية واحدة.



ومما يتصل بهذا الفصل: الحجر على الصبي والمعتوه:

وإذا أذن الرجل لابنه في التجارة، ثم حجر عليه صح حجره إذا^(١) كان الحجر مثل الإذن على ما مر في فصل العبد، وكذلك الوصي إذا أذن للصغير ثم حجر يصح حجره، وكذلك القاضي إذا أذن للصغير أو للمعتوه أو لعبد في التجارة ثم حجر عليه صح حجره وإذا^(٢) كان الحجر مثل الإذن.

وإذا أذن الرجل لابنه الصغير أو لعبد ابنه الصغير في التجارة ثم مات الأب والابن صغير كان موته حجراً له، ولو كان الإذن من القاضي لا يكون موت القاضي حجراً له.

وإذا أذن الرجل لعبد ابنه في التجارة، ثم أدرك الصبي فالعبد يبقى مأذوناً على حاله. وفرق بين هذا وبين ما إذا مات الأب أو جن الصبي صغيراً، فإن عبده ينحجر، وفرق أيضاً بين الوكالة وبين الإذن، فإن الأب إذا وكل رجلاً لبيع مال ابنه الصغير أو اشترى لابنه الصغير، ومات الأب أو أدرك الصبي، فإن الوكيل ينزل، وفي الإذن قالوا: إذا أدرك الصبي لا ينحجر عبده، وإذا مات الأب ينحجر عبده، والذي ذكرنا من الجواب فكذا في الوصي، حتى إن الوصي إذا أذن للصبي أو المعتوه في التجارة ثم مات الوصي أو جن، انحجر الصبي والمعتوه.

وإذا أذن الأب لعبد ابنه في التجارة ثم مات الابن وورثه الأب فقد انحجر العبد، وكذلك إذا اشتراه الأب من الصغير، كان هذا حجراً على العبد. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: إن.

(٢) في ز: وإن.

الفصل الخامس والعشرون

في المتفرقات

ما يجب اعتباره في مسائل أول هذا الفصل، أن من استأجر عبداً لعمل التجارة، يعتبر العبد في حق المستأجر كالوكيل حتى يراعى أحكام الوكالة فيما بينه وبين المستأجر، ولا يراعى أحكام الإذن بالتجارة حتى يرجع بالعهد على المستأجر، وله أن يطالب^(١) المستأجر، بل أن يطالب هو إلى غيره من الأحكام، ويعتبر في حق المولى عبداً مأذوناً في التجارة حتى يراعى أحكام الإذن بالتجارة فيما بينه وبين المولى.

قال محمد - رحمه الله - : رجل استأجر من رجل عبداً مشاهرة كل شهر بأجر معلوم ليبيع له ويشترى ما بدا له من التجارات، جازت الإجارة لاجتماعها شرائط الجواز، وهو كون الواحد معلوماً، وكون المعقود عليه معلوماً مقدور التحصيل من جهة الأجر، فإن اشترى العبد للمستأجر وباع كما أمره فلحقه ديون كثيرة، فالغرماء لا يطالبون المستأجر بديونهم، وإنما يطالبون العبد، ويرجع العبد بذلك على المستأجر قبل الأداء بنفسه ونقده، فإن كان المستأجر معسراً لا يقدر على شيء وليس في يد العبد كسب، فالعبد يباع بديون الغرماء إلا أن يفديه المولى.

قال: فإن فداء المولى يرجع بما فداه على المستأجر، والمولى هو الذي يلي الرجوع على المستأجر، وإن أبى المولى وبيع العبد بألف درهم ودين للغرماء مثلاً عشرة آلاف، قسم الألف بين الغرماء بالحصص ولا سبيل لهم على العبد ببقية دينهم بعدما يبيع العبد لهم حتى يعتق العبد.

قال: وللمولى أن يرجع على المستأجر بثمن العبد وذلك ألف درهم.

قال: ويسلم ذلك للمولى ولا يكون للغرماء عليه سبيل.

قال: وينصب القاضي وكيلاً للغرماء حتى يطالب المستأجر ببقية دينهم.

(١) في أ: يطلب.

وذكر في كتاب المأذون: أن المولى يخاصم المستأجر ويقبض ذلك منه ويسلم إلى الغرماء.

قال الحاكم عبد الرحمن: هذا ليس اختلافاً في الرواية، والمولى هو الذي يخاصم كما ذكر في المأذون، فإن امتنع عن الخصومة فالقاضي ينصب وكيلاً كما ذكر هنا، فإن مات المستأجر قبل أن يقضي شيئاً وترك خمسة آلاف درهم، يقسم ذلك بين المولى والغرماء على عشرة أسهم.

قال: ولو أن العبد لم يبع بالدين حتى وهب له عبد قيمته ألف درهم وأبى المولى مقاسمة الغرماء، يباع العبد بالدين، وسوى في الكتاب بين ما إذا وهب له عبد بعدما لحقه دين، وبين ما إذا وهب له عبد قبل أن يلحقه دين، وفرق بين المأذون والمحجور، فإن العبد المحجور إذا وهب له عبد ثم لحقه دين الاستهلاك لا يباع معه في الدين، وفي المأذون قال: يباع الموهوب قبل لحوق الدين، والموهوب بعد لحوق الدين، ثم إذا وجب بيع الموهوب مع المأذون وبيعا بألف درهم مثلاً وذلك بين الغرماء بالحصص، ويرجع المولى على المستأجر بثمن العبد المأذون، ولا يرجع بثمن العبد الموهوب.

قال: وينصب القاضي وكيلاً ليطالب المستأجر بتسعة آلاف درهم ثمانية ألف درهم بقية ديون الغرماء وألف درهم ثمن العبد الموهوب ويسلم ذلك للمولى، فلو أن المستأجر لم يؤد شيئاً - يعني من ثمن المأذون وثن الموهوب - وما بقي من دين الغرماء حتى مات وترك خمسة آلاف درهم، قسم ذلك على عشرة أسهم، فما أصاب ثمن العبد المأذون فهو للمولى، وما أصاب ثمانية آلاف درهم فهو للغرماء، وكذلك ما أصاب ثمن الموهوب فهو للغرماء لا يكون للمولى عليه سبيل، فلو أن الغرماء لم يقبضوا شيئاً من ديونهم حتى وهبوا ذلك للعبد أو أبرأوه عنه بعدما بيع العبد أو قبل أن يباع بعدما مات المستأجر أو قبل أن يموت، لا يسقط شيء ما كان على المستأجر، ويرجع العبد على المستأجر بذلك إن لم يبع، وإن يبع فالمولى

يرجع على المستأجر بذلك، ولو كان المستأجر حين استأجره ليشتري له البر خاصة ويبيع، فاشترى البر فباع، فما ربح فيه فهو للمستأجر، وما كان من وضیعة فهو على المستأجر، ولو اشترى البر وباع وربح فيه، فهو للمولى لا يكون للمستأجر من ذلك شيء، وما كان من وضیعة فهو في عتق العبد يباع فيه، ولا يكون على المولى من ذلك شيء.

رجل أذن لمدبره في التجارة، فأمر رجل هذا المدبر أن يشتري له جارية بخمسة آلاف درهم فاشتراها، قد ذكرنا قبل هذا أن المأذون إذا توكل عن غيره بشراء شيء نفذ الجواز استحساناً، وإذا جاز التوكيل استحساناً فاشترى جارية كما أمره ودفعتها إلى الأمر فماتت عنده أو عتقها أو استولدها وكانت في يد المدبر قبل أن يدفعها إلى الأمر، فذلك سواء تهلك على الأمر كان للبائع أن يبيع المدبر بالثمن، ولو أراد البائع أن يبيع الأمر ليس له ذلك، وإذا بيع المدبر كان له أن يستسعيه في الثمن، وللمدبر أن يرجع على الأمر بعد أن يؤدي بنفسه وقبله، فإن لم يكن عند المدبر ولا على الأمر شيء، فجاء عبد وقطع يد المدبر ودفع العبد بالجناية أو اكتسب المدبر جارية بتجارة أو هبة، فإن العبد المدفوع بالجناية والجارية المكسوبة يباعان بدين المدبر إلا أن يفديهما المولى، فإن أفدهما المولى رجع بجميع الفداء على الأمر، والذي يلي الرجوع هو المولى دون المدبر، فإن أبى المولى الفداء يباع بألف درهم كل واحد منهما بألف درهم وأخذ البائع جميع ذلك بدينه، ويرجع المولى بثمان العبد المدفوع على الأمر ولا يرجع بثمان الجارية المكتسبة، والمدبر يرجع بثمان الجارية المكتسبة وما بقي من دين البائع على الأمر وذلك أربعة آلاف درهم يصرف ثلاثة آلاف درهم منها إلى البائع بقية دينه إذا كان دينه خمسة آلاف درهم وقد وصل إليه ألفا درهم، ويصرف الألف الآخر إلى المولى، فإن لم يقبض المدبر ولا المولى شيئاً من الأمر حتى مات الأمر وترك ألفي درهم، يقسم ذلك على خمسة أسهم، سهم يصرف إلى المولى، وأربعة أسهم تصرف إلى المدبر حتى يدفع ذلك إلى البائع، ولو لم يقطع يد

المدبر ولكنه قتل خطأ وغرم القاتل قيمته، صرف ذلك إلى البائع، ويرجع المولى بقيمة المدبر على الأمر، بخلاف ثمن العبد الموهوب.

رجل استأجر رجلاً مدة معلومة يبيع له ويشترى ما بدا له من التجارة فاشترى وباع ولحقه ديون كثيرة فقتل خطأ وترك ألف درهم، فغرماؤه أحق بدينه وبالألف المتروك من وارثه، فبعد ذلك يبقى إن لم يكن من دين الغرماء شيء، فالوارث يرجع على المستأجر بما وجب لمورثه عليه، وإن بقي شيء من ديونهم فالقاضي ينصب وكيلًا حتى يرجع على المستأجر بذلك، فإذا أخذ الوكيل ذلك من^(١) المستأجر صرف إلى الغرماء بقية حقهم، فإن فضل شيء من حقهم صرف إلى الوارث، فإن مات المستأجر قبل أن يؤدي شيئًا وترك من المال ما لا يفي بالديون يصرف ذلك إلى الغرماء، فإن قال الوارث: أنا أضرب بدية المقتول وبالألف المتروكة، لا يلتفت إلى قوله، بخلاف قيمة المدبر وثمان العبد المدفوع فإن المولى يتصرف بذلك في تركة المستأجر.

مدبر عليه دين قطع عبد يده فدفع العبد باليد ووهب للمدبر جارية، ثم إن المولى أعتق المدبر، لا شيء للغرماء على المولى، فإن أدى المدبر دين الغرماء من كسب اكتسبه بعد العتق، يرجع في الجارية الموهوبة فيبيعها فيما أدى من الدين؛ ولا يرجع في العبد المدفوع بل العبد المدفوع يسلم للمولى.

قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو كان مكان الجارية الموهوبة ألف درهم وهبت له، ثم إن المدبر أخذ بالدين فلم تصل يده إلى الألف الموهوبة فأدى الدين من مال اكتسبه بعد العتق أما كان له أن يرجع في الألف الموهوبة؟ لا شك أنه يرجع.

وقال أيضًا: ألا ترى أن المولى لو أعتق العبد المأذون المديون وضمن قيمته للغرماء لإبطاله عليهم حق البيع بالإعتاق كان للغرماء الخيار بين اتباع المولى وبين اتباع العبد، فإن اختاروا اتباع العبد وأخذوا منه الدين من كسب اكتسبه بعد العتق،

(١) في ز: عن.

ثم أراد أن يرجع على المولى بما أدى، كان له ذلك؟ لا شك أنه ليس له ذلك. ذكر في المنتقى: العبد المحجور إذا كسب عشرة دراهم بغير إذن مولاه، فإن أجر نفسه بغير إذن مولاه من رجل بعشرة دراهم وعمل له عملاً ثم اشترى بها ثوباً والمولى ينظر إليه ويسكت، فالعبد يصير مأذوناً في التجارة لسكوته عنه حين رآه يشتري، وللسيد أن يرجع بالدراهم على البائع إن كان قبضها، ويرجع البائع بالعشرة الدراهم ديناً على العبد.

وفيه أيضاً: العبد المأذون إذا لحقه دين يحيط بقيمته فباعه المولى بغير إذن الغرماء فأعتقه المشتري فعتقه موقوف، إن أجاز الغرماء البيع نفذ عتقه وإن ردوه بطل، ولو أعتق المولى البائع فعتقه موقوف أيضاً، إن أمضى الغرماء البيع بطل عتقه، وإن ردوه نفذ عتقه، وهو قول محمد.

فأما أبو حنيفة فإنه لا يجيز عتق المولى إذا كان على العبد دين يحيط بقيمته، إلا أن يقضي دين العبد، وجعله بمنزلة الوارث.

قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف رواية الأصل.

وفيه أيضاً: عبد مأذون عليه دين باع المولى منه ثوباً في يد المولى، كان الثمن دينا لمولى العبد في الثوب، يباع الثوب ويستوفي المولى دينه من ثمنه والفضل للغرماء، وإن كان فيه نقصان بطل ذلك القدر.

وفيه أيضاً: عبد محجور عليه اشترى داراً وباعها فبلغ المولى فأجاز البيع، قال: يجوز الشراء ولا يجوز البيع.

وفيه أيضاً: عبد محجور عليه اشترى ثوباً ولم يعلم المولى بذلك حتى باع العبد، ثم أجاز شراؤه، لم يجز، ولو كان العبد باع ثوباً من رجل ولم يعلم به المولى فباع العبد، ثم أجاز البيع، جاز.

وفيه: العبد المأذون إذا أذن لعبدته في التجارة، ثم إن المولى نهى العبد الأسفل عن بيع شيء من تجارة العبد الأعلى أو من تجارة الأسفل ولا دين على واحد

منهما، فنهيه ليس بشيء، وكذلك إن حجر عليه في سوقه، وقد مرت المسألة من قبل الحسن بن زيادة.

في المجرد عن أبي حنيفة: رجل أذن لأمته في التجارة فلحقها ديون، ثم إن المولى وطئها، إن لم ينقصها الوطاء فلا سبيل للغرماء على المولى، وإن نقصها الوطاء فعليه للغرماء القيمة.

وفي المنتقى: إذا كان على العبد المأذون دين فأعتقه مولاه بإذن الغريم، فللغريم أن يضمن المولى قيمته، وليس هذا كعتق المراهن [بإذن المرتهن]^(١) وهو معسر. قال: لأنه قد يخرج من الرهن والمأذون لا يبرأ من الدين.

وعن أبي يوسف في العبد المأذون: إذا بيع حل كل دين عليه، وإن أعتقه لم يحل ما عليه وكان إلى أجله.

وفي باب الحجر من المنتقى: إذا حجر عليه المولى وعليه دين مؤجل. وفي المنتقى: عبد مأذون فحجر عليه المولى ونهى غرماءه أن يعطوه من دينه شيئاً، قال: إن أعطاه الغرماء برأ.

وفيه أيضاً: عبد محجور عليه أداء دين، فنهى مولاه الذي عليه الدين أن يدفعه إلى العبد، فقتضاه الغريم، فإن كان رد على العبد الدراهم التي أخذها منه بأعيانها فهو بريء، وإن قضى غيرها لم يبرأ.

وفي قول أبي يوسف، وعلى قول أبي حنيفة: يبرأ في الوجهين جميعاً. ذكر ابن سماعة في نواتره عن محمد: رجل ادعى دينا على صبي مأذون له في التجارة، فإنه يخلف عليه وهو بمنزلة الكبير في ذلك.

وفي نواتر إبراهيم عن محمد: إذا أذن القاضي لعبده الصغير في التجارة وأبوه حي كابنه، جاز ذلك، وقد مرت المسألة من قبل، وإذا مات القاضي لم يكن ذلك حجراً على العبد، وليس للأب أن يحجر على العبد؛ لأن ذلك حكم من القاضي فلا

(١) سقط في ز.

بيطل بموته ولا ينقضه أحد، وكذلك إن أذن لليتيم في التجارة ثم مات أو عزل لم يكن حجراً، وإن كان الأب أو الوصي أذن للوصي في التجارة ثم ماتا فهو حجر عليه.

المعلی فی نوادره عن أبي يوسف: رجل أقرض صبيًا مالا فاستهلكه فلا ضمان عليه يدين به صبيًا محجورًا، قال: وليس هذا كالوديعة.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: للوصي المأذون أن يأذن لعبده في التجارة، وإقرار الصبي المأذون باستهلاك المال جائز، ولا يجوز إقراره بقبض ماله من الوصي، ودفع الوصي ماله إليه بعد الإذن جائز.

وإذا أذن رجل لعبده في التجارة ولحقه دين كثير، ثم إن العبد أراد أن يرهن عبدا من عبيده لبعض غرمائه وأبى بقيتهم، فللغرماء أن يمنعه من ذلك، ثم قال: وهذا إذا كان الدين بإقرار من العبد؛ لأن الدين وجب عليه بسبب الشراء أو القرض، فأدى الثمن أو القرض صح، هذا إذا كان لجماعة عليه دين، فأما إذا كان الدين عليه لواحد من الناس فرهن منه شيئًا صح رهنه، وإذا صح الرهن إن تراضيا على أن يضعوا الرهن في يد المولى فإن المولى لا يصلح عدلا حتى لو هلك الرهن في يد المولى كان الدين على العبد على حاله.

قال: ولو كان الذي وضع الرهن على يده عبداً آخر للمولى أو مكاتباً للمولى، صح التوكيل وصار عدلاً، إذا هلك الرهن في يده هلك بما فيه.

قال: ولو كان العبد الذي وضع الرهن على يده عبد المأذون له في التجارة، صلح عدلاً حتى لو ضاع الرهن في يده ضاع بما فيه.

قال: ولو كان المال للأجنبي على المولى فرهنه به رهنا، ووضع على يدي العبد المأذون له فضاع وذهب بما فيه برئ المولى من الدين. قال: وكذلك لو قال العبد: قد هلك الرهن، ولا يعرف إلا بقوله، كان القول قوله، وبرأ المولى من الدين، كما لو كان العبد أجنبياً. قال: وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين كثير بإقرار

منه، فأحال العبد أحد الغرماء بدينه على رجل حر هل يصح استحالة أم لا؟ فهذا على وجهين: إما أن تكون الحوالة مقيدة، أو مطلقة مرسلة، فإن كانت الحوالة مقيدة بأن قال المأذون لصاحب الدين: أحلت على فلان بالدين الذي لي على فلان، فالحوالة لا تصح. وإن كانت الحوالة مرسلة بأن قال: أحلتك على فلان بألف درهم، ولم يقل: بالدين الذي لي على فلان، أو لم يكن له على فلان دين، فالحوالة جائزة، وإذا صحت الحوالة المرسلة من العبد كان المحتال عليه ضامنا للمال وبرئ العبد من الدين.

فلو أن المحتال له وكل العبد المحيل بقبض ماله على المحتال عليه من الدين، فإنه لا يصح التوكيل، حتى لو دفع المحتال عليه الدين إلى العبد بمعاينة الشهود، أو أقر العبد أنه قبض منه فإنه لا يبرأ المحتال عليه، وإن كانت الألف في يد القابض ردها على صاحبها، وإن ضاعت في يده لم يكن عليه ضمان.

قال: ولو كان الوكيل بقبض الدين من المحتال عليه عبداً آخر للمولى أو مكاتباً للمولى أو أب المولى أو ابنه، جاز.

ذكر في المأذون الصغير: إذا اشترى العبد متاعاً فقال البائع: أنا أريد أن أفسد البيع لأنك عبد محجور عليك، فقال العبد: لا بل أنا مأذون له، كان القول قول العبد وقد مرت المسألة من قبل، واستشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أنه لو لم يكن أذن له قط ثم أجاز الساعة هذا فقال: قد أذنت له فيه، كان شراؤه جائزاً.

قال: فإن كان المولى غائباً فقال البائع للعبد: أنت محجور عليك، وقال العبد: كذبت بل أنا مأذون لي، أيجيز البيع؟ فقال: نعم أجيظه حتى أعلم أنه محجور عليه، لم يذكر على هذا الوجه في المأذون الكبير، وإنما ذكرها في المأذون الصغير.

وفيه أيضاً: العبد المأذون له في التجارة إذا اشترى^(١) أباه أو أمه أو ذا رحم منه، لا يعتق عليه وله أن يبيعه، لم يذكر هذه المسألة في المأذون الكبير، وإنما ذكر في

(١) زاد في أ: له.

المأذون الصغير .

وفيه أيضاً: العبد المأذون المديون إذا رهنه المولى ، فللغرماء أن يبطلوا الرهن .
وفيه أيضاً: عبدان تاجران كل واحد منهما لرجل ، اشترى كل واحد منهما صاحبه
من مولاه ، وإن علم أيهما أول وليس عليه دين ، ف شراء الأول صاحبه جائز ، و شراء
الثاني باطل ، وتفسير هذه المسألة وهو أن يكون لزيد عبد يسمى مبارك وهو مأذون له
في التجارة ، ولعمرو عبد مأذون له في التجارة يسمى سالم ، فاشترى سالم المبارك
من زيد وقد علم شراؤه أولاً ، كان شراء سالم المبارك جائزاً ، فإن اشترى المبارك
بعد هذا سالماً من مولاه كان شراؤه باطلاً ، هذا إذا علم أي الشراء أول ، فأما إذا لم
يعلم فالبيع مردود كله .

قال : فإن كان على كل واحد دين هل يجوز الشراء الأول؟ قال : لا ، إلا أن يجيز
ذلك الغرماء ، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين كان شراء الأول جائزاً .
وفيه أيضاً: العبد الحر إذا اشترى أمة فوطئها فولدت فادعى الولد وأنكر مولاه ،
يجوز ادعاؤه ويثبت نسبه منه . ذكر هذه المسألة في المأذون الصغير ولا يذكرها في
المأذون الكبير .

قلت : فإن كانت جارية لمولاه من غير تجارة العبد ، قال : لا يثبت النسب إذا
كذبه في ذلك مولاه .

وفيه أيضاً: وإذا أقر أنه وطئ جارية من كسبه ولم تلد ، ثم استحقها رجل ، لا
يكون على العبد مهرها ، وهذا من خصائص هذا الكتاب لم يذكرها في المأذون
الكبير ، إنما المذكور في المأذون الكبير: أن المأذون إذا اشترى جارية ووطئها ثم
استحقت ، قال : عليه المهر ، وهنا قال : لا مهر عليه ، ولا فرق بين المسألتين من
حيث المعنى ، وإنما افترقا لافتراقهما في الموضوع ، موضوع ما ذكر في المأذون
الصغير : أن العبد أقر بالوطء والوطء لم يثبت بإقرار في حق المولى إذا كذبه المولى
في إقراره ، وموضوع مسألة المأذون الكبير : أن الوطاء ثبت بإقرار المولى أو [بالبينة

وإذا ثبت الوطاء أخذ بالمهر، بخلاف ما لو ثبت نكاحه بإقرار المولى أو^(١) بالبينة فإنه لا يؤخذ بالمهر للحال.

وفيه: إذا دفع الرجل إلى عبده مالا يتجر فيه فمات العبد وعليه دين ولا يعلم أن المال الذي ترك مال المولى بعينه، قال: يقسم بين الغرماء وليس للمولى فيه شيء، لم يذكر هذا في المأذون الكبير.

وفيه أيضًا: العبد المرهون يأمره مولاه ببيع ويشترى فيفعل فيلزمه في ذلك دين، قال: والراهن على حاله ولكن لا سبيل للغرماء على العبد ما دام رهنا، ذكر هذه المسألة في هذا الكتاب ولم يذكره في المأذون الكبير، فهو من خصائص مسائل هذا الكتاب.

وفيه أيضًا: العبد إذا مات وعليه دين فأعتق المولى عبدًا له هل يجوز عتقه؟ فالجواب فيه كالجواب فيما لو أعتق حال حياته وعليه دين، ذكر عتق المولى بعد موت العبد وعليه دين في هذا الكتاب، ولم يذكره في المأذون الكبير.

وفيه أيضًا: إن وطئ المولى أمة للعبد فجاءت بولد فادعاه وعلى العبد دين، قال: أدع القياس في هذا وأستحسن فأضمنه قيمة الجارية وأجعلها أم ولده، وقد ذكر هذه المسألة في المأذون الكبير وقال: تصح دعوى المولى، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان، وإنما ذكر القياس والاستحسان في هذا الكتاب، ولم يذكره في المأذون الكبير، والجواب فيه كالجواب فيما إذا استولدها حال حياة العبد، وفي ذلك قياس واستحسان على رواية هذا الكتاب فكذلك هذا.

وفيه أيضًا: العبد إذا اشترى شيئًا وحابى فيه محاباة فاحشة، أو يكون له دين على رجل فيصالحه على أن يحط بعضا ويأخذ بعضا، أو باع يبع بالنقد فأخرها عنه ستة أشهر هل يجوز هذا؟^(٢) قال: نعم، غير الحط، وهذا عند أبي حنيفة، فأما عندهما:

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: وعليه.

البيع محاباة فاحشة لا يجوز على ما مر قبل هذا، والتأخير جائز عندهم جميعاً. ثم قال عقيب هذه المسائل: فأستحسن أن أجيّزه، ولم يذكر القياس والاستحسان في هذه المسائل في المأذون الكبير، وإنما ذكر هنا، ثم قال: ألا ترى لو أن عبداً باع عشرة مخاتيم حنطة بدينار، فقال المشتري بعدما اطلع على عيب: زدني لأجل العيب، فزاده، أجزت ذلك، فقد جوز الزيادة في المبيع لمكان العيب وجعل ذلك من التجارة كحط بعض الثمن لمكان العيب، ذكر هذا في هذا الكتاب ولم يذكره في المأذون الكبير.

وفيه أيضاً: المولى إذا مرض فأغمى عليه لا يكون هذا حجراً على عبده؛ لأن هذا بمنزلة النوم.

وفيه أيضاً: العبد المأذون إذا كان له على رجل حر دين ألف درهم فوهب مولى العبد من ذلك الرجل وقبضه، جازت الهبة، والدين الذي على ذلك الرجل على حاله، وهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب.

وفيه أيضاً: عبد مأذون عليه خمسمائة باعه المولى من غريمه بألف درهم، فالبيع جائز، ويكون له خمسمائة دينه ويؤدي خمسمائة أخرى إلى المولى، فلم يحكم بسقوط دين الغريم هنا، حتى قال: (له خمسمائة دينه) مع أنه ملك العبد؛ لأن ملك العبد فارغ عن الدين؛ لأن بالبيع يتحول الدين من الرقبة إلى الثمن فيملك العبد فارغاً عن الدين، وبهذا الحرف يقع الفرق بين البيع وبين الهبة، فإن المولى لو وهب العبد المديون من الغريم وقبضه الغريم لم يبطل دينه؛ لأن هناك لم يتحول الدين من الرقبة إلى غيره، فبقي العبد مشغولاً بدين الغريم، فإذا ملكه بالهبة يبطل دينه.

والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

فصول كتاب الإقرار

ثلاثون فصلاً:

- ١- في بيان شرط جوازه وحكمه .
- ٢- في بيان ما يكون إقراراً وما لا يكون .
- ٣- في بيان ما يصح الإقرار به وما لا يصح .
- ٤- في بيان من يصح له الإقرار ومن لا يصح .
- ٥- في بيان من يصح الإقرار منه ومن لا يصح .
- ٦- في الإقرار على نفسه بالحيوان وغير ذلك لا .
- ٧- في الإقرار بأخذ شيء من مكان .
- ٨- في الاختلاف الواقع بين المقر والمقر له .
- ٩- في الإقرار بشيء مبهم .
- ١٠- في الخيار والاستثناء والرجوع .
- ١١- في الرجل يقر بمال دفعه إليه رجل لرجل آخر .
- ١٢- في إقرار الرجل بدين له على غيره أو بوديعة له في يد غيره لآخر .
- ١٣- في تكرار الإقرار .
- ١٤- في الإقرار بمقدار مضاف إلى صنفين من المال أو إلى أصناف من المال .
- ١٥- فيما يكون إقراراً بالشركة وما لا يكون .
- ١٦- في نفي المقر له ملك المقر به وإقراره به لغيره، أو دعواه المقر به من وجه

آخر

- ١٧- في إسناد الإقرار إلى حال ينافي صحة حكمه .
- ١٨- في الجمع بين الشئيين المتنافيين في الإقرار .
- ١٩- في إقرار الرجل على نفسه وعلى غيره وفي الإقرار بشيء لنفسه والإقرار بشيء بينه وبين غيره وفي الإقرار على نفسه بشيء مشترك .

- ٢٠- في أقارير المريض وأفعاله .
- ٢١- في إقرار الوارث بعد موت المورث .
- ٢٢- فيما يكون إقرارًا بالإبراء ، وما لا يكون ، وفي الإبراء صريحًا .
- ٢٣- في الإقرار بالنكاح والطلاق والرق .
- ٢٤- في الإقرار بالنسب والعتق وأم الولد والتدبير .
- ٢٥- فيمن في يده مال الميت .
- ٢٦- في الإقرار بالعيب والبيع .
- ٢٧- في الإقرار بالجراحة والقتل .
- ٢٨- في إقرار الوكيل والوصي بالقبض .
- ٢٩- في إقرار المضارب والشريك^(١) .
- ٣٠- في المتفرقات .



(١) في ز: في الشريك .

كتاب الإقرار^(١)

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثين فصلاً:

الفصل الأول

في بيان شرط جوازه وحكمه

فنعول: شرط جواز الإقرار على الخصوص كون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له، إما تسليم عينه كما لو أقر بعين في يده، أو تسليم مثله كما لو أقر بدين في الذمة، فأما إذا كان المقر به بحيث لا يجب تسليمه إلى المقر له، فإن الإقرار به لا يجوز، كما لو أقر أنه باع من فلان شيئاً أو اشترى عبداً بشيء أو غصب منه كفا من تراب أو حبة حنطة كان باطلاً حتى لا يجبر على البيان.

وحكمه شرعاً ظهور المقر به لا ثبوته ابتداءً؛ لأنه إخبار عن أمر ماض وحكمه عن أمر ماض ظهور المخبر به لا ثبوته ابتداءً، ولهذا قلنا: إن الإقرار بالخمير يصح، وكذلك لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه، والإنشاء يصح مع الإكراه، ولهذا قلنا: من أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره، فإنه لا يحل له

(١) الإقرار لغة: الإذعان للحق والاعتراف به. يقال: أقر بالحق أي: اعترف به.

ينظر: لسان العرب، مادة (ق ر ر) (٣٠٦/٧).

والإقرار شرعاً: عبارة عن الإخبار بما عليه من الحقوق. ينظر: تبين الحقائق (٣/٥).

وثبت حجية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ أمره بالإملاء، فلو لم يقبل إقراره لما كان لإملائه معنى، وقوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ أي: شاهد كما قاله ابن عباس.

وأما السنة: فما روي أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً والغامدية بإقرارهما، فإذا وجب الحد بإقراره على نفسه فالمال أولى أن يجب.

وأما الإجماع: فلأن الأمة أجمعت على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص بإقراره، والمال أولى.

وأما المعقول: فلأن العاقل لا يقر على نفسه كاذباً بما فيه ضرر على نفسه أو ماله، فترجحت جهة الصدق في حق نفسه، لعدم التهمة، وكمال الولاية.

ينظر: تبين الحقائق (٣/٥) وحاشية الطحطاوي (٣/٣٢٦)، والمغني، لابن قدامة (٥/

١٤٩)، وكشاف القناع (٦/٤٥٣)، وينظر: تفسير القرطبي (٣/٣٨٥).

فيما بينه وبين ربه، إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ منه على سبيل الهبة، فأما لا يحل له إذا أخذه على كره منه فيما بينه وبين ربه إذا علم أنه كاذب في إقراره، ولكن إنما يعتبر الإقرار إظهاراً في حق ملك الغير به حتى يحكم بملكية المقر به للمقر له بنفس الإقرار، ولا يتوقف على تصديق المقر له، أما في حق الرد يعتبر تمليكاً كالهبة حتى يبطل برد المقر له وبعدهما وجد التصديق من المقر له وبعد لا يعمل رده ولو رد الإقرار بعد ذلك، ثم الإقرار إنما يبطل برد المقر له إذا كان المقر له بالرد يبطل حق نفسه خاصة، أما إذا كان يبطل حقاً على غيره لا يعمل رده.

بيان الأول: إذا أقر الرجل أن لفلان علي ألف درهم، هذه العين لفلان، وما أشبه ذلك، فرد المقر له إقراره.

بيان الثاني: إذا أقر الرجل أنني بعت هذا العبد من فلان بكذا، فرد المقر له إقراره فقال: ما اشتريت منك شيئاً، ثم قال بعد ذلك: اشتريت، فقال البائع: بعتكه، لزم البائع المبيع بما سمياً، ثم في كل موضع بطل الإقرار برد المقر له لو أعاد المقر ذلك الإقرار، فصدقه المقر له، كان للمقر له أن يأخذه بإقراره، وهذا استحسان، والقياس ألا يكون له ذلك، والله تعالى أعلم.



الفصل الثاني

في بيان ما يكون إقرارًا وما لا يكون

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

النوع الأول: قال محمد - رحمه الله - : إذا قال: لفلان علي ألف درهم، فهذا إقرار بالدين، وكذلك إذا قال: قبلي، وإن قال: هي وديعة، فإن وصل بالكلام صدق، فإن فصل لم يصدق.

وفي فتاوى النسفي: إذا قال: (مرا بعلا دده درم دادني است) قال: لا يلزمه شيء ما لم يقل: هو علي، أو: في رقبتي، أو: في ذمتي، أو: هو دين واجب، أو: حق لازم، إذ ليس في هذا اللفظ ما يدل على الوجوب.

ولو قال: له في مالي ألف درهم، أو قال: في دراهمي، ذكر شمس الأئمة السرخسي أن هذا إقرار بالدين.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أن هذا إقرار بالشركة.

وقال بعض مشايخنا: إن كان ماله محصورًا فهذا إقرار بالشركة، وإن لم يكن له مال محصور فهذا إقرار بالوجوب في الذمة.

ولو قال: في دراهمي فهذا إقرار بالشركة، ثم إذا جعلنا هذا إقرارًا لو عين المقر له ألفًا من مال المقر وقال: تلك الألف هذه، هل يكون هذا ردًا لإقراره بالشركة؟ اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: يكون ردًا لإقراره فتكون هذه دعوى مبتدئة، فإن أقر المقر له بذلك، دفع إليه ولا يطالب من المدعي الحجة.

ومنهم من قال: لا يبطل إقراره بالشركة، وإن عين ألفًا من ماله وادعى أن هذه الألف تلك الألف بعينها وجحد المقر له، كان القول قوله، ولو قال: من مالي ألف درهم فهذه هبة حتى لا يجبر على دفعها إليه، وليس بإقرار، ولو قال: هذه الألف لك، كان إقرارًا ولم تكن هبة من جهته حتى يجبر على التسليم.

ولو قال: له من مالي ألف درهم لا حق لي فيها، فهذا إقرار. هكذا ذكر ولم

يذكر أنه إقرار عاد^(١) بالشركة في ماله بقدر ألف درهم، أو بهبة مسلمة ليس فيها حق الرجوع.

وقد اختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال: هذا إقرار بهبة مسلمة ليس فيها حق الرجوع، ثم عاد^(٢) إليه بسبب من الأسباب، فعلى هذا إذا عين المقر ألفاً من ماله وقال: هذه هي الألف التي لك، فالقول قوله.

ومنهم من قال: هذا إقرار بالشركة في ماله بقدر ألف درهم، فعلى هذا لو عين المقر ألفاً وأنكر المقر له، فالقول قول المقر له.

ولو قال: له عندي ألف درهم، فإن أبا حنيفة قال: هو إقرار بالوديعة، وإن ادعى المقر له بالقرض لم يصدق، وكذلك إذا قال: معي، فهو إقرار بالوديعة، وكذلك لو قال: له في منزلي ألف درهم، أو قال: له في بيتي ألف درهم، أو قال: في كيسي، أو قال: في صندوقي كان إقراراً بالعين.

وفي هبة فتاوى أبي الليث: إذا قال: (إني جبر فلان، داست فلان است، أو قال: تراست) يكون إقراراً. ولو قال: (ابن جبر فلان مرا، أو قال: برا) فهذه وصية.

وفي الفتاوى أيضاً: (ابن جبران فلان است) فهذا إقرار، والله تعالى أعلم.



(١) في أ: عاداً.

(٢) في أ: عاده.

نوع آخر: في الجواب الذي يكون إقرارًا وما لا يكون:

إذا قال لغيره: اقض الألف دراهم التي لي عليك، فقال: نعم، أو قال: غدا أعطيكها، أو قال: سأعطيها، أو قال: سوف أعطيكها، فهذا كله إقرار. هكذا ذكر في الأصل.

هذه المسائل وأجناسها تبنى على حرفين:

أحدهما: أن الجواب يتضمن إعادة ما تقدم ذكره.

الثاني: أن كل كلام لا يصلح للابتداء ويصلح للبناء يجعل للبناء مربوطًا بما تقدم ذكره، ويعتبر بإثباته حتى لا يلغو، وإذا كان يصلح للابتداء والبناء يجعل للابتداء. وكذا لو قال: اقعد فاتزنها، أو قال: انتقدها^(١)، أو قال: اقبضها، كان إقرارًا. وكذلك إذا قال: غدا، ولو قال: اقعد واتزن، خذ، اقبض، لا يكون إقرارًا. وفي نوادر هشام قال: سمعت محمدًا - رحمه الله - يقول في رجل قال لآخر: أعطني الألف درهم، فقال: اتزنها، قال: لا يلزمه بذلك وهي في المنتقى. إذا قال لغيره: أعطني الألف التي لي عليك فقال: اصبر، لم يكن إقرارًا، وكذلك إذا قال: سوف تأخذها، ولو قال: اتزنها إن شاء الله تعالى، فهذا إقرار، والاستثناء ليس عليه.

وفي النوازل: إذا قال المدعى عليه: (كسه ندور وقبص كن) لا يكون إقرارًا، وكذلك قوله: (بكبّر) لا يكون إقرارًا، وكذلك إذا قال: (قبض كسن - بكسر النون - كسه بدوز - بكسر الزاي) لا يكون إقرارًا، وكذلك قوله: (بكيرش الرا)، لا يكون إقرارًا، ولو قال: (كسه بدورش - بفتح الراء - (قبض كسن) - بفتح النون - (بكيرش) - بفتح الراء - فقد اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه إقرار. وفي واقعات الناطفي: إذا قال لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال له ذلك الغير: أبرأتني عنها، فهذا إقرار.

(١) في ز: انتقدها.

وفي دعوى الدار إذا قال: أبرأني عن هذه الدار، لا يكون إقرارا بالدار، وفي [هذا الموضوع]^(١) إذا قال الرجل لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال ذلك الرجل: ولي عليك مثلها، أن هذا لا يكون إقرارًا عند أبي يوسف.

وروى ابن سماعة عن محمد أنه إقرار، ولو قال ذلك الرجل: ولي عليك ألف درهم، بدون حرف الواو، فهذا ليس بإقرار بلا خلاف.

ولو قال: لي عليك مثلها، فهو على الخلاف، ولو قال: لي عليك أيضا مثلها، فالظاهر أنه على الخلاف، وكذا إذا قال: ولي عليك أيضًا مثلها، وكذلك على الخلاف إذا قال الرجل لغيره: أعتقت غلامك، فقال ذلك الغير: وأنت أعتقت أيضا غلامك، هل يكون إقرارا من ذلك الغير بإعتاق عبده؟ ولو قال: ذلك الغير: أنت أعتقت غلامك، فهذا ليس بإقرار بلا خلاف.

وعلى هذا الخلاف. إذا قال الرجل لغيره: أنت قتلت فلانا، وقال ذلك الغير، وأنت قتلت فلانا أيضا، ولو قال ذلك الغير: أنت قتلت فلانا، فهذا لا يكون إقرارًا بلا خلاف.

وإذا قال بالفارسية: (مرازكوا حنديني بايد) وسمى مالا معلوماً، فقال المخاطب: (مرا بوبير حنديني مي بايد) كان هذا من الثاني إقرارًا بما ادعاه الأول، هكذا قال بعض مشايخنا، وينبغي أن يكون هذا قول محمد، وعلى قول أبي يوسف لا يكون إقرارًا، كما في قوله أيضًا بالفارسية: ولو قال: (مرا ابو حنديني مي بايد) فقال المخاطب: (مرا بازي أوبو حنديني مي بايدش) فهذا لا يكون إقرارا من الثاني بما ادعاه الأول عليه.

وفي الجامع الأصغر: إذا قيل لرجل: لم قتلت فلانا؟ فقال: كذا كان مكتوبًا في اللوح المحفوظ، أو قال: قتلت عدوي، فهذان اللفظان إقرار بالقتل، ويلزمه الدية في ماله إن أقر بالعمد.

(١) في ز: هذه المواضع.

وإذا قال لغيره: اقضني الكر الذي لي عليك، فقال ذلك الغير: أرسل غداً من يكتاله فهذا إقرار، وكذلك إذا كانت هذه المقالة في شيء موزون فقال: أرسل غدا من يتزنه، أو قال: أرسل وكيلاً أعطيه إياه، أو قال: أرسل من يقبضه مني، أو قال: من يأخذه مني، فهذا كله إقرار.

ولو قال: أعطني الألف التي لي عليك، فقال: ذلك الرجل: ليست عندي اليوم، فهذا إقرار، وكذلك إذا قال: أجلني فيها شهراً، أو قال: أخرنى فيها شهراً، فهذا إقرار.

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال: أخر عني دعواك شهراً، أو قال: الذي ادعيت، فهذا ليس بإقرار.

وكذلك لو قال: أخر عني دعواك حتى يقدم مالي فأعطيكها، فهذا ليس بإقرار، ولو قال: أعطيكها، بغير الفاء، فهو إقرار، وفي هذا الموضع أيضاً: أخر عني هذه الألف، فهو إقرار، وإن زاد في آخر كلامه: التي ادعيت، لم يبطل الإقرار.

وفي شرح إقرار الأصل: إذا قال لغيره: أعطني الألف التي عليك، قال: حتى يدخل عليّ مالي، أو قال: حتى يأتيني غلامي، كان هذا إقراراً.

وفيه أيضاً: لو قال: لا أقضيكها اليوم، لا أعطيكها اليوم، فهذا إقرار. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا قال لغيره: لي عليك مائتا درهم، فقال ذلك الغير: قد قضيت مائة بعد مائة، فلا حق لك علي، فهذا ليس بإقرار، وكذلك لو ادعى عليه ألف^(١) درهم فقال [له الآخر]^(٢): قد قضيتك خمسين، فهذا ليس بإقرار.

إذا قال لآخر: لي عليك ألف درهم، فقال له الآخر: قضيتكها، أو قال: أحلتك بها، أو قال: أبرأتني منها، أو: أحللتني منها، أو: وهبتها لي، فهذا كله إقرار،

(١) في ز: مائة.

(٢) سقط في ز.

حكاه الناطفي في واقعاته عن إقرار الأصل .

وكذلك إذا قال: أوفيتكها، فهذا منه إقرار بالدين فيؤمر بالقضاء ثم بإثبات الإيفاء .

وكذلك إذا قال المدعى عليه للمدعي في هذه الصورة: (سوكندحو ركه ابن مال بديوي دساسده) أو إذا قال: (سوكند وركه ابن ماله سوبي رشده است) فهذا إقرار من المدعى عليه بالمال، ويؤمر بالإيفاء، هكذا حكى فتوى بعض مشايخنا .
وإذا ادعى على غيره ألف درهم فقال المدعى عليه: قد أخذت منه شيئاً، أو قال: برئت إليك منها، أو قال: قد أديتها إليك، أو قال: كم وزنها؟ فهذا كله إقرار^(١) .
وإذا قال لغيره: (من حيد سال سود اده ام) فقال ذلك الغير: (بحه سب داد) كان هذا من المدعى عليه إقراراً بالدفع .

وإذا ادعى على بعض الورثة دينا على الميت، فقال المدعى عليه: (در دست من حدي ادبركه ثبت) فهذا لا يكون إقراراً بالتركة .

إذا ادعى رجل أرضاً في يدي رجل فقال المدعى عليه للمدعي: (برا حرارين دفين بكرهشت) فهذا من المدعى عليه إقرار .

إذا ادعى على آخر: أنك قبضت مني كذا كذا من مالي بغير حق، فقال المدعى عليه: ما قبضت بغير حق، لا يكون إقراراً بالقبض بحق .

ادعى على آخر عشرة دراهم، فقال المدعى عليه: (ادين جملة مراتخ درهم وادنى است) فهذا إقرار بالعشرة، وكذا إذا قال: (ادين حمله بنح درهم بما فيه است) فهذا إقرار بالعشرة، ولو قال: (بنح درم باقي ابنده است) لا يكون إقراراً بالعشرة .

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال: أما خمسمائة منها فلا، أو قال: أما خمسمائة منها فلا أعرفها، فقد أقر بخمسمائة . ولو قال: أما خمسمائة درهم فلا، ولم يقل: منها، فهذا ليس بإقرار .

(١) المبسوط للسرخسي (١٨١/١٨) .

وفي إقرار الجامع: إذا قال الرجل لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال المدعي عليه: الحق، أو الصدق، أو اليقين، فهذا كله إقرار، وكذلك إذا قال: حقا أو يقينا أو صدقا، وكذلك إذا قال: حقا حقا يقينا صدقا صدقا، وكذلك إذا قال: الحق الحق أو اليقين اليقين، أو الصدق الصدق، فهذا كله إقرار، أو قال: البراء، أو قال: براء، أو قال: البراء البراء، أو قال: براء براء، لم يكن شيء من ذلك إقرارا، وأجناس هذه المسائل ثمة.

ولو قال لغيره: لي عليك ألف درهم، فقال المدعي عليه: مع مائة دينار، فهذا لا يكون إقرارًا.

قال الفقيه أبو الليث: وعندي أن المدعي لو ادعى الدينير مع الألف، فله أن يأخذها جميعا، ولو لم يدع الدينير، فله أن يأخذ الدراهم.

ذكر في إقرار الأصل: إذا قال الرجل لغيره: أقرضتك ألفا، فقال له ذلك الغير: ما استقرضت من أحد سواك، أو قال: بعدك، أو قال: معك، فهذا ليس بإقرار، بخلاف ما لو قال مبتدئا، استقرضت منك ألفا، حيث يكون إقرارًا. وهكذا ذكر الزندويستي، وهكذا ذكر الشيخ الإمام ظهير الدين في شرح الأفضية.

وذكر شمس الأئمة السرخسي في تعليل قوله مجيبا: ما استقرضت من أحد سواك؛ فقال: لأن معنى قوله: ما استقرضت من أحد سواك، استقرضت منك ولم أستقرض غيرك، ولو صرح وقال: استقرضت منك، لا يكون إقرارا، فكذلك إذا أتى بما يدل عليه، قال - رحمه الله - : بخلاف قوله: أقرضتني، حيث يكون إقرارًا.

قال شمس الأئمة - رحمه الله - : هذا من أعجب المسائل أن الإقرار بفعل الغير بهذا اللفظ يوجب المال عليه، وإقراره بفعل نفسه لا، وهو موافق لما ذكره القدوري - رحمه الله - : أن من حلف لا يستقرض فسأل القرض ولم يقرض حنث، ولو حلف لا يقرض فلانا فأقرض فلانا شيئا فلم يقبله لا يحنث، فالقرض

ليس بقرض بدون القبول، والاستقراض استقراض بدون الإقرار.
وفي الأصل: إذا قال لغيره: أقرضتك مائة درهم، فقال: لا أعودها، أو قال: لا
أعود بعد ذلك، يكون إقرارًا، ولو قال: لا أعود بعد ذلك، يكون إقرارًا، بخلاف ما
إذا قال: لا أعود، حيث لا يكون إقرارًا^(١).

ولو قال لغيره: غصبت مني مائة درهم، فقال: لم أغصبك إلا هذه المائة، كان
إقرارًا، وكذلك إذا قال: لم أغصبك سوى هذه المائة، أو غير هذه المائة، وكذا لو
قال: لا أغصبك بعد هذه المائة شيئًا، أو قال: لم أغصبك مع هذه المائة، أو قال:
قبل هذه المائة شيئًا، كان إقرارًا بغصب المائة، وكذلك لو قال: لا أغصب أحدًا
بعدي، أو لم أغصب أحدًا بعدي، وإذا قال المدعى عليه: ما لك علي إلا مائة
درهم، كان إقرارًا بالمائة، [وكذلك إذا قال: سوى مائة درهم، أو أكثر من مائة
درهم، كان إقرارًا بالمائة]^(٢)، ولو قال: ما لك علي أكثر من مائة درهم ولا أقل فهذا
ليس بإقرار، وكان ينبغي أن يكون إقرارًا، والله تعالى أعلم.



(١) زاد في ز: ولو قال: لا أعود بعد ذلك، يكون إقرارًا.

(٢) سقط في ز.

نوع آخر من هذا الفصل:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا أقر الرجل فقال: لفلان علي ألف درهم فيما أعلم، أو قال: في علمي، أو قال: فيما علمت، قال أبو حنيفة ومحمد: لا يصح هذا الإقرار، وقال أبو يوسف: هذا إقرار صحيح، وأجمعوا على أنه لو قال: أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم فيما أعلم، أو قال: وعلمي، كان باطلاً. قال أبو يوسف: هذا يقين في الإقرار وشك في الشهادة. هكذا ذكر في الكتاب، فقد أشار إلى الفرق بينهما.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن هذا إقرار معلق بالشرط، فيكون باطلاً، كما لو قال: علي ألف درهم إن علمت، ورأيت في موضع آخر: أن هذا الإقرار صحيح من غير ذكر خلاف.

ولو قال: فيما أظن فيما أحسب، كان الإقرار^(١) باطلاً، وكذلك إذا قال: فيما رأيت، أو قال: فيما أرى.

وإذا قال: لفلان علي ألف درهم في شهادة فلان، كان هذا إقرارًا باطلاً، ولو قال: بشهادة فلان، كان جائزًا، ولو قال: في علم فلان، أو قال: فلان، كان باطلاً، ولو قال: بقول فلان، كان باطلاً، بخلاف ما لو قال: بشهادة فلان، ولو قال: بعلم فلان، حيث يلزمه المال.

ولو قال: له على فلان ألف درهم في حسابي، أو: حسابان فلان، كان باطلاً. كذا ذكره في الأصل.

وكذلك إذا قال: بحسابه، كان باطلاً.

وفي المنتقى: قال هشام: سمعت محمدًا - رحمه الله - يقول: إذا قال: لفلان علي ألف درهم في حسابي، فهو جائز، وإنه يخالف ما ذكر في الأصل.

وفي الأصل: إذا قال: لفلان علي ألف درهم في كتابي، أو قال: في كتاب

(١) زاد في أ: صحيحا من غير ذكر خلاف، ولو قال: فيما أظن فيما احتسبت، كان الإقرار.

فلان، أو: بكتاب فلان، كان هذا باطلاً، ولو قال: في مدركه، كان جائزاً، ولو قال: بصك فلان، كان إقراراً، ولو قال: لفلان علي ألف درهم في كتاب، أو: بكتاب، كان ذلك جائزاً، بخلاف قوله: بكتاب فلان، أو قال: في كتاب فلان، وكذلك لو قال: في كتاب بيني وبينه، وكذلك إذا قال: من شركة بيني وبينه، أو قال: من خلطة بيني وبينه، ولو قال: في قضاء فلان، أو: فتيا فلان، كان باطلاً. قال: بخلاف قوله: بقضاء فلان، وهذا إذا كان فلان قاضياً، وكذلك إذا كان غير قاضٍ، فقال الطالب: حاكمته إليه فقضى له عليه، وأنكر المطلوب، فالقول قول المقر له ويلزمه المال، وإن أقر الطالب أنه لم يحاكمه إليه كان الإقرار باطلاً، وإن قال: لفلان علي ألف درهم بذكره، أو قال: في ذكره، فهذا باطل، بمنزلة ما لو قال: بقوله، أو: في قوله، ولو قال: له علي كر حنطة من سلم، أو قال: بسلم، فهذا إقرار صحيح، وكذلك إذا قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن بيع، أو قال: [بيع، أو قال]^(١): لبيع، [أو قال]^(٢): من قبل إجارة أو: الإجارة، أو: بكفالة، أو: من قبل كفالة، أو: الكفالة، فهذا كله سواء وإنه إقرار صحيح، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

ومما يتصل بهذا النوع: إذا أقر الرجل فقال: لفلان علي ألف درهم إن شاء الله . قال أبو حنيفة - رحمه الله - : الإقرار باطل، وهذا استحسان، والقياس أن يصح الإقرار ولا يصح الاستثناء، ولو قال: لفلان علي ألف درهم إن شاء فلان، كان باطلاً، ولو أقر: لفلان علي ألف درهم إن مت، إن جاء رأس الشهر، إن جاء الأضحى، إذا أفطر الناس، كان الإقرار صحيحاً ويجب علي قياس ما ذكر قبل هذا أن يكون الإقرار باطلاً؛ لأنه إقرار معلق بالشرط باطل، لكن ترك القياس في هذه الفصول لعرف الناس فإن العرف ألا يراد بهذا تعليق الإقرار بالشرط، وإنما يراد بهذا الإخبار عن محل الأجل، فإن الدين المؤجل يصير حالا بالموت، ورأس الشهر والفطور والأضحى من آجال الناس فيترك حقيقة الكلام في هذه الفصول للعرف، وإذا كان العرف في هذا أن بذكر الإخبار عن محل الأجل حصل في هذه الفصول مقرا بدين مؤجل، والإقرار بدين مؤجل صحيح، إلا أنه لا يصدق المقر في دعوى الأجل؛ لأن مطلق الإقرار صحيح محمول على دين التجارة، والأجل في التجارات لا يثبت إلا بالشرط بخلاف ما تقدم فإنه لا عرف ثمة بخلاف الحقيقة فاعتبرت الحقيقة وفي الحقيقة هذا تعليق الإقرار بالشرط، والحاصل أن ما يصلح لحلول الأجل وما كان من آجال الناس فذكره في الإقرار لا يمنع صحة الإقرار، وإن كان في الصورة التعليق، وما لا يصح لحلول الأجل ولم يكن من آجال الناس فذكره في الإقرار يمنع صحة الإقرار، وذلك نحو قوله: لفلان علي ألف درهم إن كلمت فلانا، إن دخلت الدار، وما أشبه ذلك، ولو قال: لفلان علي ألف درهم إلى الفطر أو إلى الضحى، فهو جائز، ولو قال: لفلان علي ألف درهم إن مطرت السماء، أو إن هبت الريح كان باطلاً، ولو قال: لفلان علي ألف درهم إن حمل متاعي هذا إلى منزلي بالبصرة، وفلان حاضر يسمع ذلك، كان جائزاً.

وفي المنتقى عن أبي يوسف: إذا قال: إذا قدم فلان، أو قال: إن قدم فلان فله علي ألف درهم، فهذا باطل، ولو قال: لك علي ألف درهم إذا قدم فلان، فهذا

جائز إذا كان الطالب يدعي أن له على القادم ألف درهم وأنه كفيل لي بما عليه إذا قدم، وإذا قال: لفلان علي ألف درهم إن حلف، أو قال: علي أن يحلف، أو قال: متى حلف، أو قال: حين يحلف^(١)، أو: مع يمينه، أو: بدل يمينه، فحلف فلان على ذلك، وجحد المقر المال، فإنه لا يؤاخذ بذلك، ولو ادعى الطالب عليه ألف درهم وقال: إن حلفت عليها فأنت بريء منها، أو قال: إذا حلفت أو متى حلفت، فحلف على ذلك، لا تثبت البراءة، وإذا قال: غصبتك هذا العبد إلا نصفه، كان الاستثناء صحيحًا، وكان إقرارًا بغصب نصف العبد، ولو قال: غصبتك هذا العبد ليس إن شاء الله، فالإقرار باطل عند محمد والاستثناء صحيح، وعند أبي يوسف: الاستثناء باطل والإقرار صحيح، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: حلف.

نوع آخر:

وإذا قال لآخر: اشتر مني عبدي هذا الذي في يديك، أو قال: استأجره مني، وقال: نعم، فهذا إقرار.

وكذلك إذا قال: افتح باب داري جصص داري، اسرج دابتي، أعطني لجام بغلتي، فقال: نعم، فهذا كله إقرار، ولو قال: لا في هذه المسائل لا يكون إقرارًا، ولو قال لغيره: أخبر فلانا أن لي عليه ألف درهم، أو قال: قل له: إن له علي ألف درهم، كان إقرارًا، وكذلك إذا قال: أعلم فلانا أن له علي ألف درهم، سواء، وكذلك إذا قال: أشهد أن لفلان علي ألف درهم، كان إقرارًا، وكذا لو قال: بشر فلانا أن له علي ألف درهم، كان إقرارًا، وكذا إذا قال لغيره: أخبر فلانا أن له عليك ألف درهم، أو قال: أعلم فلانا، أو قال: أشهد له عليك بألف درهم، [أو قال: أعلم فلانا، أو قال: أشهد له عليك بألف درهم]^(١)، أو قال: أقول، فقال: نعم، فهذا كله إقرار، وإذا قال لغيره: لا تخبر فلانا أن له علي ألف درهم، فهذا إقرار، ولو قال: لا تشهد لفلان علي بألف درهم، فهذا ليس بإقرار. هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في أول باب ما يكون إقرارًا بلزوم المال.

حكى عن الكرخي وعامة مشايخ بلخ أن قوله: لا تخبر، لا يكون إقرارًا، وما ذكر غلط وقع من الكاتب، الدليل على صحة دعوى الغلط أن محمدًا - رحمه الله - قال في آخر هذا الباب: أن قوله: لا تشهد لفلان علي بألف درهم مخالف لقوله: لا تشهد، فكذا قوله: أشهد ولا تخبر، فقد سوى بين الشهادة وبين الخبر لما عطف الخبر على الشهادة.

ومشايخ بخارى قالوا: ما ذكر محمد - رحمه الله - في أول الباب صحيح وأن قوله: لا تخبر، إقرار، وقوله: لا تشهد، ليس بإقرار. وزعم شمس الأئمة السرخسي أن فيه روايتين.

(١) سقط في ز.

وقيل: ما ذكر في آخر الباب لا يخالف ما ذكر هنا؛ لأن في آخر الباب وضع المسألة فيما إذا تقدمه جحد [ونفي بأن قال: ما لفلان علي شيء فلا يخبره أن له علي ألف درهم، ومتى تقدمه جحد]^(١) ونفي كان قوله: لا يخبر، مخالفاً لقوله: أخبر ولا تشهد، مخالفاً لقوله: أشهد، وما ذكر في أول الباب موضوعه فيما إذا لم يتقدمه جحد، وعند ذلك قوله: لا تخبر لا يخالف قوله: أخبر، ولا تشهد يخالف قوله: أشهد.

وفي المنتقى: إذا قال: لا تشهدوا مثل قوله: لا تخبروها، ولو قال: اكنموها، لم يكن إقرارًا بالطلاق، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

نوع آخر: فيما يدخل في الإقرار العام وما لا يدخل وما يتصل به من الأحكام: ذكر محمد - رحمه الله - في الباب الأول من شهادات الجامع: إذا قال الرجل: جميع ما في يدي من قليل أو كثير من عبد أو غيره لفلان، فهذا الإقرار صحيح، فإن حضر فلان ليأخذ ما في يد المقر فاختلفا في عبد في يديه فقال فلان: كان فلان في يدك ويوم أقررت فهو لي، وقال المقر: لم يكن هذا في يدي يوم أقررت وإنما تملكته بعد ذلك، فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له بيته أنه كان في يده يوم أقر، فحينئذ يقضي للمقر له.

وذكر في الأصل: إذا قال لرجل: فلان شريك في جميع ما في هذا الحانوت، فإن جميع ما في هذا الحانوت يصير مشتركًا بينهما، فإن تنازعا في متاع فقال المقر: أدخلت هذا الحانوت بعد الإقرار، وقال المقر له: لا، بل كان هذا في هذا الحانوت يوم الإقرار.

وذكر في رواية أبي حفص أن القول قول المقر، ويكون له خاصة، وهذه الرواية توافق رواية الجامع.

وذكر في رواية أبي سليمان أن القول قول المقر له، ويكون المتنازع مشتركًا بينهما، وهذه الرواية تخالف رواية الجامع.

قال مشايخنا: ليس في المسألة اختلاف الروایتين، ولكن ما ذكر في رواية أبي سليمان محمول على ما إذا ادعى المقر ذلك عقيب الإقرار له في زمان لا يمكنه إدخال الشيء في الحانوت في ذلك الزمان بيقين يكون ذلك الشيء في الحانوت يوم الإقرار، ولو كان الأمر في مسألة الجامع على هذا الوجه بأن ادعى المقر العبد في زمان لا يمكنه تملكه في ذلك الزمان حتى يتيقن بكونه في يده يوم الإقرار، لكان القول قول المقر له، وما ذكر في الجامع محمول على ما إذا ادعى المقر العبد في زمان تملكه وإحداث يده عليه حتى لم يتيقن بكونه في يده وقت الإقرار، ولو كان الأمر على هذا الوجه في مسألة إقرار الأصل فإن لم يتيقن بكون المنازع فيه في الحانوت وقت الإقرار بأن كان بين الإقرار وبين الدعوى وقت يمكن إدخال ذلك

الشيء في الحانوت، كان القول قول المقر له، واتفقت روايات إقرار الأصل أن من قال: فلان شريك في ما في يدي من مال التجارة، ثم ادعى بعض ما في يده، أنه لم يكن في يده وقت الإقرار إنما أصابه بعد الإقرار أن القول قول المقر له، ولو قال: فلان شريك في هذا الحانوت في عمل كذا، ذكر شيخ الإسلام في شرحه: أن جميع ما في الحانوت يكون بينهما، وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن جميع ما في الحانوت من متاع ذلك العمل يكون بينهما.

وفي النوازل فيمن أقر لابنته في صحته بجميع ما في منزله من الفرش والأواني وغير ذلك مما يقع عليه اسم الملك من صنوف الأموال كلها وله في الرساتيق دواب وغلمان وهو ساكن في البلدة، قال: إقراره يقع على ما في منزله الذي هو ساكن فيه، وما كان من الدواب يبعثها إلى الباقورة بالنهار وترجع إلى منزله ذلك بالليل يدخل تحت الإقرار وكذلك العبيد الذين يخرجون بالنهار في حوائجه ويأوون بالليل إلى منزله يدخلون تحت الإقرار، وما سوى ذلك لا يدخل تحت الإقرار.

وسئل هو أيضًا عن أقر فقال: جميع ما ينسب إليّ أو يعرف بي فهو لفلان، هو إقرار، ولو قال: جميع مالي، أو قال: جميع ما أملكه فهو لفلان، فهذا هبة.

وسئل الفقيه أبو القاسم عن رجل أقر في صحة عقله وبدنه أن جميع ما هو داخل منزله فهو لامرأته غير ما عليه من الثياب، ثم مات المقر وله ابن فادعى الابن أن ذلك تركه أبيه، قال: في المسألة حكم وفتوى، أما الفتوى: فكل شيء علمت المرأة أنه صار لها بتمليك الزوج إياها ببيع صحيح أو هبة صحيحة فهي في سعة من منعه وما لم يكن ملكا لها بهذا الإقرار فيما بينه وبين الله تعالى وهو من تركه المتوفى. وأما الحكم: أن الشهود إذا شهدوا بذلك الإقرار عند القاضي، فالقاضي يقضي لها بما كان في الدار يوم الإقرار.

وفي النوازل: إذا قال الرجل: هذا البيت وما أعلق عليه بابه لامرأتي، وفي البيت متاع فلها البيت والمتاع الذي في البيت، بخلاف ما لو كان مكان الإقرار يباع بهذا اللفظ، حيث لا يدخل المتاع الذي في البيت، والله أعلم.

نوع آخر:

إذا أقر بحائط لرجل ثم قال: عنيت به البناء دون الأرض لم يصدق ويقضى عليه بالحائط وما تحته من الأرض، فقد جعل الإقرار بالحائط إقرارًا بالأرض التي تحته، ولم يجعل الإقرار بالبناء إقرارًا بما تحته من الأرض، حتى من أقر فقال: بناء هذه الأرض لفلان، لا يقضى له بما تحته من الأرض، وكذلك إذا قال: بناء هذا القصر لفلان، فبناؤه لفلان دون موضعه من الأرض. وذكر الحاكم في المختصر في الإقرار بالبناء يدخل ما تحته من الأرض، ولو أقر بنقض هذا الحائط، فله البناء لا غير. قال في المنتقى: ولا يشبه البناء في هذا الشجر، يريد به أنه إذا أقر بشجرة لإنسان أو بنخل لإنسان كان مقرا بما تحتها من الأرض وعبرة المنتقى في موضع آخر: إذا أقر لإنسان بنخلة، كان على النخلة بأصلها فلا يؤمر بقلع عروقه ليرفعها عن أرض المقر.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل أقر لرجل بنخيل في أرض، فإن كانت النخيل بحيث تمنع الأرض من الزرع، يعني كانت النخيل متقاربة بعضها ببعض، فله النخيل مع الأرض، وإن كانت لا تمنع الأرض من الزرع، فله النخيل بغير الأرض، إلا أن له مواضع النخيل من الأرض فيكون له كل نخلة مع الأرض بقدر غلظها.

وذكر محمد - رحمه الله - في إقراره: إذا أقر بنخلة أو شجر في بستانه أو أرضه دخلت النخلة أو الشجرة بأصلها من الأرض، ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يدخل من الأرض، أشار في موضع آخر إلى أنه يدخل ما والى ساقها حتى لو قلعت الشجرة ونبت في موضع قلعتها أخرى كانت للمقر له.

وهذا فصل اختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: يدخل موضع عروقه الكبرى التي هي شبه الجذع، أما موضع ما ينبت من العروق الكبيرة لا يدخل.

وبعضهم قالوا: يدخل فيه من الأرض مقدار ما يكون فيه من العروق التي لا تدوم تلك النخلة بدونها والزيادة على ذلك لا تدخل، وقال بعضهم: يدخل مقدار ما أخذت النخلة من الأرض النخيل مع الأرض، إذا قامت السماء في كبد السماء والباقي لا يدخل، وقال بعضهم: يدخل مقدار غلظ النخلة وقت الإقرار.

ولو قال: الثمرة التي في هذه النخلة لفلان، لا يصير مقرًا له بالنخلة؛ لأن هذا الاسم يبقى للثمرة بعدما جرت، فالإقرار بها لا يكون إقرارًا بالنخلة اقتضاء، ولو قال: الزرع الذي في هذه الأرض لفلان، فإن له الزرع دون الأرض، هكذا ذكر في المنتقى قال ثمة: وليس الزرع كالشجر؛ لأن الزرع ليس مما يبقى في الأرض.

وذكر إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - مسألة تناقض هذا التعليل وبصورتها إذا قال الرجل: هذه النخلة لفلان، هذا الكرم لفلان، [فله ذلك بثمره وليس مما يبقى في النخل والكرم].

ولو قال: هذا الكرم لفلان^(١)، فله الكرم بأرضه وجميع ما فيه من الأشجار والرياحين والبناء. ولو قال: هذه الأرض لفلان ونخلها لي، أو قال: هذه الأرض لفلان إلا نخلها، فإن الأرض مع النخيل لفلان.

وكذلك إذا قال: هذه النخيل بأصولها لفلان وثمرتها لي، فإن النخيل مع الثمرة لفلان؛ فقد أدخل الثمرة تحت الإقرار، ولم يدخل الثمرة تحت بيع النخيل.

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد إذا قال: هذه الدار لفلان، فالبناء يدخل فيه. قال: وكذلك الأرض والشجر والزرع؛ يريد به إذا قال: هذه الأرض لفلان وبها شجر وزرع، دخل تحت الإقرار الشجر والزرع.

قال: وكذلك في قوله: أرض هذه الدار لفلان إلا بيتا فيها، فهذا الاستثناء جائز، ولفلان ما سوى البيت عن الدار. وكذلك لو قال: هذه الدار لفلان إلا ثلثها، إلا ربعها، وكذلك إذا قال: هذه الدار لفلان إلا تسعة أعشارها، وعلى ما روي عن أبي

(١) سقط في ز.

يوسف وهو قول مالك^(١) - رحمه الله - : لا يصح الاستثناء في الفصل الأخير .
ولو قال : هذه الدار لفلان ، وهذا البيت لي ، فالدار مع البيت لفلان . ولو قال :
هذه الدار لفلان ، وهذا البيت لفلان آخر ، كان كما^(٢) لو استثنى فقال : إلا هذا البيت
فإنه لفلان آخر . ولو قال : هذه الدار لفلان ، ولكن هذا البيت لفلان ، كان الجواب
فيه كالجواب فيما إذا قال : وهذا البيت لي .

ولو قال : هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي ، فهذا الاستثناء لا يصح ، وتكون
الدار مع بنائها لفلان ، فرق بين هذا وبين ما قال : هذه الدار لفلان إلا هذا البيت
حيث يصح الاستثناء ويكون ما عدا البيت للمقر له .

وكذلك لو قال : هذا البستان لفلان إلا نخيلة بغير أصولها فإنها لي ، فإنه لا يصح
الاستثناء ، بخلاف ما لو قال : إلا نخيلها بأصولها ، وكذلك إذا قال : هذه الجبة
لفلان إلا بطانتها .

وذكر في السير الكبير : الإمام إذا نفل فقال : من أصاب جبة خز فهي له ، فأصاب
رجل منهم جبة خز ، كان له الظهارة دون البطانة ؛ فلم يجعل البطانة تبعًا للظهارة في
النفل ، وجعلها تبعًا للظهارة في^(٣) الإقرار والبيع حتى لم يصح استثنائها وليس في
المسألة اختلاف في الروايتين ولكن ما ذكر في السير الكبير محمول على جبة بطانتها
في النفاسة مثل الظهارة ، وفي مثل هذه الصورة لا يكون البطانة تابعة للظهارة بل
يكون كل واحد أصلاً ، ويكونا بمنزلة جبتين ، ويصح استثناء كل واحدة منهما عن
الأخرى في فصل الإقرار أيضاً .

وما ذكر في الإقرار محمول على بطانة في النفاسة دون الظهارة فتكون البطانة في
هذه الصورة تابعة للظهارة ؛ فلا يكونان بمنزلة جبتين ؛ فلا يصح استثنائها في

(١) زاد في ز : والعز .

(٢) زاد في ز : قال كما .

(٣) سقط في ز .

الإقرار، ويدخل في النفل أيضًا تبعًا.

وكذلك لو قال: هذا السيف لفلان إلا حليته فإنها لي، لا يصح الاستثناء. ولو كان في يدي رجل جارية وولدها فقال: هذه الجارية لفلان، وولدها لي، كان كما قال. ولو قال: هذه الجارية لفلان، ولم يذكر ولدها، فإن الولد لا يكون للمقر له. وفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى جارية في يدي إنسان أنها له، وأقام على ذلك بينة فإنه يستحق الجارية وأولادها، فكما أن المدعي هناك ادعى ملكًا مطلقًا فالمقر هنا أقر بملك مطلق، ثم جعل دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل؛ حتى استحق المدعي الولد، ولم يجعل الإقرار بالملك المطلق إقرارًا بالملك ثم من الأصل؛ حتى لم يستحق المقر له الولد. ولو كان في يدي رجل خاتم فأقر أن هذا الخاتم لفلان، وفصه لي، كان الخاتم والفص كله للمقر له، ولو قال: الخاتم لفلان إلا فصه فإنه لي، لا يصح الاستثناء.

ولو كان في يديه صندوق وفيه متاع، فقال: هذا الصندوق لفلان والمتاع لي، كان كما قال. ولو كان في يده دار، هو فيها ساكن، وفيها متاعه ودوابه فقال: الدار لفلان وما فيها لي، كان كما قال، ولو أقر فقال: بناء هذه الدار لي، وأرضها لفلان، كانت الأرض والبناء للمقر له.

واعلم أن هنا خمس مسائل:

أحدها: ما قال.

والثانية: أن يقول: أرض هذه الدار لي وبنائها لفلان.

والثالثة: أن يقول: بناؤها لفلان، وأرضها لفلان آخر، وهذه المسائل تبتنى على

أمرين:

أحدهما: أن الدعوى بعد الإقرار لا تمنع صحة الإقرار والدعوى بعد الإقرار

ببعض ما دخل لا تصح.

والثاني: أن إقرار الإنسان على نفسه جائز وعلى غيره لا يجوز.

إذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال: بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان، كان البناء والأرض للمقر له؛ لأنه لما قال: بناء هذه الدار لي، فقد ادعى لنفسه، فلما قال: وأرضها لفلان فقد جعل مقرًا بالبناء للمقر له تبعًا للإقرار بالأرض؛ لأن البناء تبع للأرض، إلا أن الإقرار بعد الدعوى لا يمنع صحة الإقرار.

وإن قال: أرضها لي وبنائها لفلان ما كانت الأرض له، وبنائها لفلان؛ لأنه لما قال أولاً: أرضها لي، فقد ادعى الأرض لنفسه وادعى البناء أيضًا لنفسه وتبعًا للأرض. وإن قال بعد ذلك: وبنائها لفلان، فقد أقر لفلان بالبناء بعدما ادعاه لنفسه، والإقرار بعد الدعوى صحيح؛ فيكون لفلان البناء دون الأرض؛ لأن الأرض ليس تابع للبناء، بخلاف ما إذا قال: بناؤها لي، وأرضها لفلان، فإن البناء يكون لفلان تبعًا للأرض؛ لأن البناء تبع الأرض.

وأما إذا قال: أرضها لفلان وبنائها لي، كان الأرض والبناء للمقر له بالأرض؛ لأنه لما قال أولاً: أرضها لفلان فقد جعل مقرًا له بالبناء، فلما قال: وبنائها لي فقد ادعى لنفسه بعدما أقر لغيره، والدعوى بعد الإقرار لبعض ما تناوله الإقرار لا تصح. فأما إذا قال: أرضها لفلان وبنائها لفلان آخر، كان الأرض والبناء للمقر له الأول؛ لأنه جعل مقرًا للأول بالبناء، فإذا قال: وبنائها لفلان جعل مقرًا على الأول لا على نفسه، وقد ذكرنا أن إقرار المقر على نفسه جائز، وعلى غيره لا يجوز. وأما إذا قال: بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر، كان كما قال؛ لأنه لما أقر بالبناء أولاً صح إقراره للمقر؛ لأنه إقرار على نفسه، فإذا أقر بالأرض بعد ذلك لغيره، فقد أقر بالبناء لذلك الغير تبعًا للإقرار بالأرض؛ فيكون مقرًا على غيره، وهو المقر له الأول، وإذا أقر الإنسان على غيره لا يصح.

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: هذا الخاتم لي إلا فسه فإنه لك، أو قال: هذه المنطقة لي إلا حليتها فإنها لك، أو قال: هذا السيف لي إلا حليته، أو قال: إلا حمائله فإن ذلك لك أو قال: هذه الجبة لي إلا بطانتها فإنها لك، والمقر له فإنه

يقول: هذه الحجة لي، فالقول على من أقر له قول المقر بعد ذلك ينظر: إن لم يكن في نزع المقر له ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع إلى المقر له، وإن كان في النزع ضرر وأحب المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به، فله ذلك، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمه الله.

نوع آخر: إذا قال: هذا الكيس لفلان فهو لفلان بما فيه من الدراهم. وإن قال: أردت به الخرقة دون الدراهم، لم يصدق، وكذلك إذا قال: القوصره لفلان فهي للمقر له بما فيها من الثمر وكذلك إذا قال هذا الدن لفلان وهو دن فيه خل، أو قال: هذا الجراب لفلان وفيه متاع هروي، ولو قال: هذا الجراب لفلان وفيه دقيق، أو قال: هذا الجوالق لفلان وفيه حنطة، وقال: عنيت نفس الجراب ونفس الجوالق صدق.

قال: وإنما يقع هذا على ما يصنع الناس ويتعاملون به، ولو نظر إلى زق سمن وقال: هذا الزق لفلان فهو على الظرف بعينه، ولو قال: تبين هذه لفلان، فالتبين لفلان، ولو قال: حنطة هذا السنبل لفلان، فله الحنطة والسنبل فالسنبل تبع للحنطة بمنزلة البناء للدار، ولو قال: ظهارة هذا القباء لفلان، والقباء كله لفلان، ولو قال: بطانة هذا القباء لفلان، فهو ضامن للبطانة.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد: إذا قال: هذه الراوية لفلان وفيها ماء كان للمقر له ولم يكن له الراوية؛ لأن الماء ليس من الراوية، والله تعالى أعلم.

نوع آخر: في المنتقى عن أبي يوسف: إذا قال لحنطة في يديه: هذه الحنطة من زرع فلان، فهذا إقرار له بالحنطة، ولو قال: هذا من زرع في أرض زرعها لي أكارى فلان، لم يكن هذا إقرارًا، ولو قال: هذا الدقيق من طحين فلان، فهذا ليس بإقرار، ولو قال: هذا التمر من نخيل فلان، فهذا إقرار، وكذلك لو قال: هذا الطعام من أرض فلان.

روى بشر عن أبي يوسف: إذا قال: هذا الصوف الذي في يدي من غنم فلان، أو قال: هذا اللبن الذي في يدي من غنم فلان، أو قال: ذلك السمن أو الجبن، فهذا إقرار، وكذلك أولاد الحيوان كله ما خلا الدقيق.

والقياس أن يكون الكل على السواء، لكننا نستحسن في الدقيق.

قال: ألا ترى أنه لو قال: أم أمتي هذه حرة، ثم قال: أعتقها بعدما ولدت فإنني لا أعتق ابنتها، وكذلك إذا قال: أممي هذه مملوكة لفلان فإنني لا أتبعها ولدها استحسانًا.

وروى هشام عن محمد إذا قال: هذا التمر من نخل فلان، هذا اللبن من غنم فلان، مثل ما قال أبو يوسف، ولو قال: هذا اللبن من غنم فلان مثل ما قال أبو يوسف، ولو قال: هذا الجبن من شاة فلان، هذا الثوب من قطن فلان، ليس للمقر له من ذلك شيء، إلا أن يقول: إنما أمرته أن يتخذ جبنًا، إنما أمرته أن يغزله وينسجه، والله تعالى أعلم.

نوع آخر:

إذا أقر أنه غصب من فلان عشرة مخاتيم حنطة على حمار، فإنه يكون مقرًا بغصب الحنطة دون الحمار، وكذلك إذا قال: غصبت سرجا على حمار، غصبت لجاما على دابة، كان مقرًا بغصب السرج واللجام دون الدابة، ولو قال: غصبتك حمارا عليه سرج، كان مقرًا بغصب الحمار والسرج جميعا، بخلاف المسألة الأولى.

وكذلك إذا قال: غصبتك دابة مسرجة أو دابة بسرج، كان مقرًا بغصب السرج والدابة جميعًا، ولو قال: [غصبت]^(١) ثوبا من عينة، كان مقرًا بغصب الثوب دون العينة، ولو قال: غصبتك هذا الثوب مع ثوب آخر، كان مقرًا بغصب ثوبين فيلزمه رد ما عين، والقول فيما لم يعينه قوله.

ولو قال: غصبتك ثوبا في منديل يكون مقرًا بغصب الثوب والمنديل، ويرجع في البيان فيهما إليه، وكذلك إذا قال: غصبتك عشرة أثواب في عينة، كان مقرًا بغصب الأثواب والعينة جميعًا، ويرجع في البيان إليه، ولو قال: غصبتك درها في درهم، لزمه درهم واحد لا غير.

والأصل في جنس هذه المسائل أن كلمة (في) إذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا للمذكور أولا ولا يجعل ظرفا له عادة، اقتضى ذلك غصب المذكور أولا لا غير، فإذا دخلت على ما لا يصلح ظرفًا، أو يجعل ظرفا له عادة، اقتضى ذلك غصبهما، فعلى هذا تخريج جنس هذه المسائل، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في ز: غصب.

نوع آخر: بالإقرار بالكتابة:

وإنه على وجهين:

الأول: أن يكتب على وجه لا يكون مستبينًا بأن كتب على الهواء أو على الماء أو على الجمد، فإنه باطل لا يجب بشيء، وإن أشهد عليه، ومعنى قوله: أشهد عليه، أن يقول لجماعة: اشهدوا علي بهذا ولم يقرأ عليهم ذلك، أما إذا قرأ عليهم ذلك لزمه ذلك وحل لمن سمع أن يشهد عليه بذلك.

الوجه الثاني: أن يكتب على وجه يكون مستبينًا، وإنه أنواع:

أحدها: كتاب الرسالة: وهو أن يكتب على بياض ويصدره ويبدأ بالبسملة ثم المغصوب أن لك علي ألف درهم من قبل كذا، فيجوز ذلك عليه ويكون إقرارًا استحسانًا، ويحل لمن عاين كتابته أن يشهد عليه بذلك بشرط أن يعرف الشاهد ما كتب أشهد على ذلك أو لم يشهد.

والثاني: كتاب صك، وهو أن يكتب على بياض: هذا ما شهد عليه الشهود المسمون آخر الكتاب أن لفلان عليه كذا وأنه لا يكون إقرارًا ولا يحل لمن عاين كتابته أن يشهد عليه إلا بعد أن يشهده على ذلك وإذا شهد عليه وإن علم الشاهد بما فيه حل له أن يشهد بما فيه، وإن لم يعلم لا يحل له أن يشهد، وإذا قرأ ذلك بين يدي الشهود حل لهم أن يشهدوا عليه بذلك وإن لم يقل لهم: اشهدوا علي بما فيه، وإذا قرأ ذلك على الكاتب بين يدي الشهود إن قال الكاتب لهم: اشهدوا علي بما فيه، حل لهم أن يشهدوا.

والثالث: أن يكتب على بياض لا على وجه الرسالة أن لفلان علي كذا، أو يكتب على الأرض، فالجواب فيه كالجواب في الصك.

الرابع: كتاب حساب، وهو ما يكتبه التجار في صفائهم ودفاتر حسابهم فيقول: إذا كتب في صحيفة حسابه بأن لفلان علي كذا، لا يحل لمن عاين ذلك أن يشهد عليه من غير إشهاد، ومن المستأخرين من قال: إذا كان في زوزنا مجه تحته أن لفلان

علي كذا وكذا فإنه يعد مرسومًا ولا يكون الإشهاد عليه شرطًا .
 وذكر في باب ما يكون إقرارًا: إذا قال الرجل: وجدت في كتابي أن لفلان علي
 ألف درهم، أو وجدت في ذكر أو حسابي أو بخطي أو قال: كتبت بيدي أن لفلان
 علي كذا، فهذا كله باطل .

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن جماعة من أئمة بلخ قالوا في (باذكار) الساعة
 أن يوجد مكتوبًا فيها بخط البياع فهو لازم عليه، فعلى هذا إذا قال البياع: وجدت في
 (باذكاري) بخطي أن لفلان علي كذا، فهو إقرار ملزم، ولو قال: كتبت لفلان علي
 صكًا بألف درهم، كان هذا إقرارًا، وكذلك لو قال: كتبت بخط يدي بشهادة فلان
 وفلان الفلاني أن لفلان علي ألف درهم، كان إقرارًا، ولو كتب على نفسه لفلان
 بألف درهم صكا والقوم ينظرون إليه ويعلمون ما كتب فيه وقال للقوم: اشهدوا،
 كان إقرارًا، وأما خط الصراف والبياع والسماك فهو حجة وإن لم يكن مصدرًا معنويًا
 لعرف ظاهر بين الناس، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة لمكان
 العرف، والله تعالى أعلم .



الفصل الثالث

في بيان ما يصح الإقرار به وما لا يصح

فنعول: كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح بالمجهول؛ ألا ترى أن ما ذكر في الأصل: إذا أقر أنه غصب من فلان شيئاً ولم يبين فإنه يصح إقراره وقد أقر بشيء مجهول.

والحاصل: أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة صحيح، وذلك كالغصب والوديعة فإن الجهالة لا تمنع صحة الغصب وتحققه، حتى أن من غصب من رجل مالا مجهولاً في كيس أو أودعه مالا مجهولاً في كيس فإنه تثبت الوديعة والغصب ويثبت حكمها، وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف فالإقرار به مع الجهالة لا يصح، وذلك كالبيع والإجارة، فإن من أقر أنه باع من فلان شيئاً أو أقر أنه أجر من فلان شيئاً اشترى من فلان كذا وكذا بشيء لا يصح إقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء، وإذا صح الإقرار بالغصب مع الجهالة يؤمر المقر بالبيان حقاً للمقر له، فإذا بين شيئاً فهو على وجهين:

أحدهما: أن يبين ما هو مال متقوم نحو الدراهم والدنانير وما أشبهها وإنه على وجوه: إن صدقه المقر له فيما بين، وما يدعي عليه زيادة كان على المقر تسليم ما بين لا غير، وإن صدقه فيما بين لكن ادعى عليه الزيادة يلزمه تسليم ما بين لوجود الإقرار والتصديق فيه، ويوجد في الزيادة باب الدعوى والإنكار ويكون القول قول المقر فيما ادعى عليه.

الوجه الثاني: أن يبين ما ليس بمال وإنه على وجوه أيضاً: إن صدق المقر له فيما بين لم يكن عليه شيء آخر سوى ما بين سواء بين ما يقصد بالغصب بأن قال: غصبت امرأته أو ولده الصغير، أو ما لا يقصد بأن قال: غصبت منه كفا من تراب أو حبة سمسم أو حنطة، وإن كذبه وادعى عليه غصب مال متقوم هل يصدق المقر؟ إن

بين ما لا يقصد بالغضب لا يصدق بلا خلاف بين المشايخ - رحمهم الله - فإن بين ما يقصد بالغضب، اختلف المشايخ فيه، حكى عن أبي نصر الدبوسي وأبي القاسم الصفار أنه يصدق، وعامة المشايخ على أنه لا يصدق.

وإذا أقر أنه غضب من فلان عبداً، صح إقراره ويجبر على البيان، فإن بين وقال: العبد الذي غضبته كان هذا، كان مصدقاً^(١) فيما بين، سواء كان ما بين وسطاً أو أدنى.

فوق بين هذا وبين ما إذا تزوج امرأة على عبد، أو خالغ امرأته على عبد، فإنه ينصرف إلى الوسط، حتى إذا أتى من عليه بالأدنى لا يجبر من له على القبول، ثم ينظر: إن صدقه المقر له فيما عين أخذ العبد ولا يمين عليه، وإن كذبه فيما عين وادعى عبداً آخر، فالقول قول المقر مع يمينه، وإن كان العبد مستهلكاً فقال المقر: قيمته مائة درهم، فالقول قول المقر، فبعد ذلك ينظر: إن صدقه المقر له فيما بين من مقدار القيمة أخذها، ولا يمين على المقر، وإن كذبه وادعى زيادة في القيمة أخذ المقر له ما أقر به والقول في الزيادة قول المقر مع يمينه.

وكذا أقر أنه غضب شاة أو بئراً أو ثوباً صح إقراره ويرجع في البيان إليه. وكذلك لو أقر أنه غضب داراً وقال: هي هذه، صح بيانه فبعد ذلك ينظر: إن صدقه المقر له فيما عين أخذها ولا يمين على المقر، وإن كذبه فيما عين وادعى داراً أخرى، فالقول قول المقر في ذلك مع اليمين.

وكذلك لو قال: غضبت داراً، ثم قال: هي بالبصرة، صح بيانه فإن صدقه المقر له في ذلك أخذها ولا يمين على المقر، وإن كذبه وادعى داراً أخرى فالقول في ذلك قول المقر مع اليمين.

ولو قال: هذا الدار التي في يد هذا الرجل، والرجل الذي في يديه الدار ينكر فإنه لا يصدق على صاحب اليد ولا يضمن المقر للمقر له قيمة الدار عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الآخر، وعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد: يضمن المقر

(١) في ز: يصدق.

قيمة الدار للمقر له .

وإذا أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا وكل واحد منهما يدعيه لنفسه ،
كان الإقرار فاسدًا حتى لا يجبر على البيان .

فرق بين هذا وبين ما قال : غصبت من فلان هذا العبد ، أو هذه الأمة ، حيث
يجوز الإقرار ، وقد جعل جهالة المقر له مانعة صحة الإقرار ، ولم يجعل جهالة المقر
به مانعة صحة الإقرار .

قال : ولهما أن يصطلحا فيأخذ العبد من المقر ، وأن يصطلحا استحلح لکل
واحد منهما بالله ما هذا العبد لهذا إلا لهذا ، ولم يذكر أنه يستحلح لکل واحد منهما
جملة يمينًا واحدة بالله ما غصبت من هذا ، أو يستحلح لکل واحد منهما جملة يمينًا
على حدة بالله ما غصبت .

وقد اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا : يحلف لکل واحد منهما يمينًا على حدة
ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء ، وإن شاء أقرع بينهما ، وإذا حلف لکل واحد منهما
لا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يحلف لأحدهما وينكل الآخر ، وفي هذا الوجه يقضي بجميع العبد
للذي نكل له ، ولا يقضي للذي حلف له بشيء ، وإن نكل لهما يقضي بالعبد بقيمة
العبد بينهما نصفين ، سواء لکل منهما جملة بأن حلفه القاضي يمينًا واحدة لهما أو
نكل لهما على التعاقب بأن حلف لکل واحد منهما يمينًا على حدة ، وأما إذا حلف
لهما فقد برئ عن دعوى لکل واحد منهما ، فإن أراد أن يصطلحا فيأخذ العبد منه فإنه
يكون لهما ذلك في قول أبي يوسف الأول ، وهو قول محمد كما قبل الحلف ، ثم
رجع أبو يوسف عن هذا وقال : لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف .

قالوا : رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - في هذه المسألة .

وإذا أقر أن لفلان عنده وديعة ولم يبين ما هي ، فالقول في البيان قوله ، فإن بين
شيئًا لا قيمة له يجب أن يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في الغصب ، والله تعالى
أعلم .

الفصل الرابع

في بيان من يصح له الإقرار ومن لا يصح

وإذا أقر لما في البطن فهو على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يفسر ويبين لإقراره شيئاً يستقيم وجوب المال به للجنين بأن يقول: لما في بطن فلانة علي ألف درهم من جهة وصية أوصى بها له فلان أو ميراث ورثها من أبيه أو من غيره فاستهلكها عليه وصار ذلك ديناً للجنين علي، أو قال: كان ذلك ديناً علي لأبيه أو قريب له مات وتركها ميراثاً له، كان الإقرار جائزاً ويلزمه المال.

الوجه الثاني: إذا بين شيئاً لا يستقيم وجوب المال به للجنين، بأن قال: لما في بطن فلانة علي ألف درهم بالبيع أو بالإجارة أو بالإقراض، كان هذا الإقرار باطلاً لا يلزمه شيء، وإن صدر هذا من أهله كان كمن أقر أنه قطع يد فلان خطأً أو عمداً ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الإقرار شيء، بخلاف ما لو بين سبباً يستحق الجنين المال بذلك السبب في الوصية والميراث، وبخلاف ما لو أقر لرضيع أن عليه ألف درهم دين بالبيع أو بالإجارة، فأما إذا أقر لما في البطن مطلقاً ولم يفسر إقراره اختلفوا فيه:

قال أبو يوسف: لا يصح إقراره ولا يلزمه شيء بهذا الإقرار، وقال محمد: بأنه يصح إقراره.

وإذا أقر الرجل لصبي صغير بدين مائة درهم فالإقرار جائز وتلزمه المائة، بخلاف ما لو أقر فقال: لما في بطن فلانة علي مائة درهم والصبي صغير لا يتكلم ولا يعقل، كان هذا الإقرار باطلاً فإنه لا يصح على قول أبي يوسف ولا يلزمه المال، ولو أقر فقال: أقرضني هذا الصبي مائة درهم والصبي صبي لا يتكلم ولا يعقل، كان هذا الإقرار جائزاً ويلزمه المال، بخلاف ما لو أقر فقال: أقرضني ما في بطن فلانة مائة درهم، كان هذا الإقرار باطلاً عندهم جميعاً، وكما لا يتصور الإقراض من الجنين لا يتصور من صبي لا يتكلم ولا يعقل.

وكذلك لو أقر رجل أن هذا الصبي استودعه هذه المائة درهم، أو هذا العبد، أو قال: أعارني هذا العبد، أو أجرنيه، أو رهنته لي، أو باعه مني، والصبي لا يتكلم ولا يعقل فأقراره بالعبد جائز، وهل يكون العبد مضموناً على المقر؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا في الكتاب.

قال مشايخنا: ويجب ألا يكون العبد مضموناً عليه في كل موضع، لو أقر به للبائع كان مضموناً عليه، فكذا إذا أقر به لصبي، هكذا قالوا: ولو أقر أنه كفل لهذا الصبي عن فلان بألف درهم، والصبي لا يتكلم ولا يعقل، فالكفالة باطلة إلا أن يقبل عنه وليه الذي له ولاية التجارة على الصبي عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف يجوز، [وإن لم يقبل عنه وليه؛ وهذا؛ لأن الكفالة عندهما لا تصح من غير قبول المكفول له، وعلى قول أبي يوسف: تصح، كما قالوا فيمن كفل لغائب عن رجل ولم يقبل عن الغائب أحد، فعلى قولهما: الكفالة باطلة، وعلى قول أبي يوسف: يجوز]^(١). فهذا على ذلك والمسألة موضعها كتاب الكفالة.

فإن خاطبه من ولي التصرف في النفس لا في المال، كالأخ والعم، فإن الكفالة باطلة، وإنما يريد بقوله: باطلة، أنها غير نافذة، فأما منعقدة موقوفة على الإجازة؛ لأنه وجد إيجاب وقبول، ومحمد قد يسمى الموقوف على الإجازة باصطلاح فإن أدرك الصبي ورضى بها جازت، وإن رجع الكفيل عنها صح رجوعه.

ولو أن رجلاً أقر أنه كفل عن هذا اللقيط لفلان مائة درهم، وهذا اللقيط لا يتكلم ولا يعقل فإن هذا جائز ويلزم الكفيل؛ لأنه ليس من شرط الصحة الكفالة من جانب المكفول عنه أمره ورضاه بالكفالة له، ثم قال محمد - رحمه الله - : ألا ترى أنه لو قال: كفلت لك عن فلان، وفلان غائب، بالمائة التي أقرضتني أمس وأنه^(٢) لم يقدم بعد من غيبته، صحت الكفالة ولزمه المال، والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) زاد في أ: وعلى بأنه.

الفصل الخامس

في بيان من يصح الإقرار منه ومن لا يصح

قال محمد - رحمه الله - : وإذا أقر الصبي التاجر بدين لرجل فإن كان أبو الصبي أذن له في التجارة جاز إقراره، وإن لم يكن أذن له في التجارة أبوه لا يصح إقراره ولا يصح منه الإقرار بما ليس من دين التجارة، وكذلك إقراره بالوديعة والعارية والمضاربة والغصب جائز، وكذلك إقراره بعبد في يديه لرجل يصح، سواء كان العبد من تجارته أو^(١) ورثه من أبيه^(٢).

وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : أن إقراره بما ورثه عن أبيه لا يصح، والصحيح فيما ذكر في ظاهر الرواية، ولا يجوز إقراره بالمهر ولا بالجناية

(١) في أ: ولكن.

(٢) البلوغ ليس بشرط لصحة الإقرار فيصح إقرار الصبي العاقل المأذون له بالدين والعين، لأن ذلك من ضرورات التجارة، ويصح إقراره في قدر ما أذن له فيه دون ما زاد، ونص الحنابلة على أنه المذهب وعليه جمهور الأصحاب، وهو قول أبي حنيفة.

وقال الشافعي: لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر: «رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائب حتى يستيقظ» [أخرجه أبو داود (٥٦٠/٤) وقواه ابن حجر كما في فيض القدير (٣٦/٤)] ولأنه لا تقبل شهادته، وفي قول عند الحنابلة: إنه لا يصح إقرار المأذون له إلا في الشيء اليسير. إلا أنه لا يصح إقرار المحجور عليه، لأنه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر. ويقبل إقرار الصبي ببلوغه الاحتمال في وقت إمكانه، إذ لا يمكن معرفة ذلك إلا من جهته، وكذا ادعاء الصبية البلوغ برؤية الحيض. ولو ادعى البلوغ بالسن قبل بيئته، وقيل: يصدق في سن يبلغ في مثلها، وهي تسع سنين، وقيل: عشر سنين، وقيل: اثنتا عشرة سنة، ويلزمه بهذا البلوغ ما أقر به.

وأفتى الشيخ تقي الدين: فيمن أسلم أبوه، فادعى أنه بالغ، بأنه إذا كان لم يقر بالبلوغ إلى حين الإسلام فقد حكم بإسلامه قبل الإقرار بالبلوغ. وذلك بمنزلة ما إذا ادعت انقضاء العدة بعد أن ارتجعها، وقال: هذا يجيء في كل من أقر بالبلوغ بعد حق ثبت في حق الصبي، مثل الإسلام، وثبت أحكام الذمة تبعاً لأبيه.

ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٧)، وتبيين الحقائق (٤/٥)، ونهاية المحتاج (٤/٣٠٧)، (٥/٦٦)، ومواهب الجليل (٥/٢١٦)، والمغني (٥/١٤٩)، (١٥٠)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٩٧)، والإنصاف (١٢/١٢٨، ١٢٩، ١٣١ - ١٣٢).

ولا بالكفالة ولا يجوز إقراره بالكفالة والعتق على مال، ولو أقر الصبي التاجر على أبيه بدين بعد موته أو أقر بوديعة بعينها جاز، وإذا أقر الصبي المحجور عليه بدين أو غصب أو عارية أو ودیعة أو جراحة أو حد أو طلاق أو نكاح أو عتاق أو مكاتبة أو حد في قذف أو سرقة أو شرب خمر، فإنه لا يجوز، وكذلك المغمى عليه والنائم، فأما السكران فإقراره جائز بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة لله تعالى وبالردة، وفي الإقرار بالردة قياساً واستحساناً على ما عرف في موضعه.

فأما الإقرار من الأخرس إذا كان يكتب ويعقل جائز في القصاص وحقوق الناس كلها ما خلا الحدود وهذا استحسان، والقياس ألا يستوفى القصاص من الأخرس بالكتاب، وأما حد القذف هل يستوفى بكتابة الأخرس أم لا؟ قالوا: ليس عن علمائنا في هذه رواية منصوصة، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يستوفى، وبعضهم قالوا: لا يستوفى.

وفي العبد التاجر إذا أقر بدين لرجل فإقراره جائز، سواء كان عليه دين يحيط بقيمته وبما في يده، أو لم يكن، وكذلك لو أقر بوديعة أو عارية، وإن أقر بغصب مال فكذلك يصح إقراره، وإن أقر لمولاه بشيء في يده هل للمولى أن يأخذ المقر به من يديه؟

فهذا على وجهين: إما أن يكون على العبد دين أو لم يكن على العبد دين، فإن لم يكن عليه دين كان للمولى أن يأخذ ذلك منه، فأما إذا كان عليه دين فإنه ليس له أن يأخذ ما أقر به العبد.

وكذلك لو أقر بدين للمولى، فالجواب على التفصيل الذي قلنا فيما إذا أقر بشيء مما في يده للمولى.

ولو أقر العبد المأذون له بالجناية، إن أقر بجناية موجبة للمال، بأن أقر أنه قتل إنساناً خطأً، أو قطع يد إنسان خطأً أو عمدًا، فإنه لا يصح إقراره، فأما إذا أقر بقتل العمد صح إقراره.

[إذا كان العبد المأذون أقر بقتل العمد صح إقراره^(١).
 إذا كان العبد المأذون بالغاً فأقر بسرقة صح إقراره، سواء كانت موجبة للقطع أو
 لم تكن.
 ولا يجوز إقرار العبد التاجر بمهر امرأة، ولا يجوز بالكفالة بنفس أو مال
 عندهما، ولا يجوز إقرار العبد بعق في عبد له، ولا مكاتبه في عبد له، ولا تدبير،
 ولو أقر بنكاح كان للمولى أن يفرق بينهما، وإذا أقر الحر المحجور عليه بدين أو
 سرقة، فعلى قول أبي حنيفة: إقراره صحيح، وعلى قولهما: لا يصح إقراره. والله
 تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

الفصل السادس

في الإقرار على نفسه بالحيوان وغير ذلك

وإذا ادعى أن لفلان عليه عبدًا وادعى فلان ذلك، قال أبو يوسف: بأنه يلزمه عبد وسط أو قيمة عبد وسط، وقال محمد: بأن القول قوله في العبد وفي قيمته. وكذلك على هذا الاختلاف إذا قال: لفلان علي شاة أو بقرة أو بعير. ولو قال: لفلان علي دابة أو ثوب، فالقول في الدابة وقيمتها قوله. ولو قال: لفلان علي ثوب هروي، فالقول قوله في الثوب الهروي ولا يلزمه ثوب هروي [وسط]^(١).

ولو قال: له عبد قرض أخذته بقيمة عبد، والقول فيه قوله مع يمينه. وإن أقر بشاة أو بعير أو بقرة، وقال: هو من قرض، يحمل عليه، ويكون الجواب فيه كالجواب في العبد.

وإذا أقر الرجل أن لفلان عليه دارًا أو أرضًا أو نخلاً أو بستانًا، كان هذا إقرارًا بالغصب، فكأنه قال: غصبت من فلان أرضًا أو دارًا، فيؤمر برد العين إن كان في يده، وإن عجز عن رده فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر: لا يضمن القيمة، وعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد: يضمن القيمة، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

الفصل السابع

في الإقرار بأخذ شيء من مكان

ولو أن رجلاً أقر أنه أخذ ثوباً من دار بينه وبين آخر، فقال الشريك: الثوب لي أو نصفه، وقال الآخر: بل هو لي، فإن القول قول الآخذ مع يمينه.

وإن أقر بأخذ ثوب من مكان مملوك بينه وبين غيره، والإقرار بالقبض من ملك غيره كالإقرار بالقبض من يده.

وإذا أقر الرجل أنه قبض من بيت فلان مائة درهم، فقال فلان: هي لي أو لفلان، فالقول قول صاحب البيت.

وكذلك لو قال: قبضت من صندوقه مائة درهم، أو قال: من كيسه، أو قال: من سفته ثوباً هروياً، أو قال: من قريته كر حنطة، أو من نخيله كر تمر، أو من زرعه كر حنطة، ضمن له في ذلك كله.

ولو قال: قبضت من أرض فلان عدلاً من زطي، وقال: إنما مررت فيها ماراً فنزلتها ومعها أحمال من زطي، فإنه يقضى بالزطي لصاحب الأرض.
قال: إلا أن يقيم البينة أنه كان ماراً فيها.

وكذلك إذا كان فيها طريق معروف للعامة، وقد يكون في أرض إنسان طريق معروف للعامة كما في القرية، فإن القرية قد تكون ملكاً خاصاً لرجل ويكون في أراضيه طريق تسلكه العامة، ومتى كانت الحالة هذه كان القول قوله.

ولو أقر أنه أخذ سرجاً على دابة فلان، أو لجاماً كان عليها، وادعى ذلك رب الدابة، يقضي به لرب الدابة.

وكذلك لو أقر أنه أخذ سرجاً على دابة فلان أو حبلاً كان عليها أو طعاماً كان في جوالقه أو أخذ بطانة جيبته أو ستر بابه، فهذا كله إقرار بالملك لأخذه من ملكه، وليس له حق الوضع فيه.

ولو أقر بالقبض من داره ثم قال: كنت ساكناً فيها إجارة، لم يصدق لدعواه

البراءة بعد الوجوب، فإن أقام البينة على الإجارة فقد برئ، ولو أقر أنه احتفر أرض فلان واستخرج منها ألف درهم، فادعاها صاحب الأرض وقال: المستخرج هي لي، فالقول قول صاحب الأرض.

وكذلك لو شهد شاهدان على رجل أنه أتى أرض فلان واحتفر فيها واستخرج منها ألف درهم^(١)، فادعاها رب الأرض، وجحد المشهود عليه الفعل أو^(٢) أقر بالفعل وادعاها لنفسه فهي لرب الأرض.

وكذلك لو شهد أنه أخذ كذا من داره أو منزله أو حانوته أو دهنا من قارورته أو سمنا من زقه، فهو ضامن لذلك كله، ولو أقر أنه أخذ دابة فلان فأخذه فلان، فهو ضامن لها حتى يردّها، وتأويله عندي: إذا أقر بالركوب والنقل؛ لأن مجرد ركوب دابة الغير ليس بسبب للضمان ما لم ينقلها، والدليل على صحة هذا التأويل مسألة الحمل المذكورة بعد هذا.

وكذلك لو قال: لبست ثوب فلان، أو قال: استخدمت خادم، ولو قال: حملني فلان على دابته، فالضمان.

ولو أقر أنه حمل على دابة فلان، فجاء فلان وأخذها، فلا ضمان، إن كانت الرواية باسم ما لم يسم فاعله فلا إشكال؛ لأنه لم يقر بفعل نفسه ما لم يذكر الفاعل ويحتمل أن يكون الفاعل مالك الدابة أو غاصبًا آخر حمّله عليه كرها، ويحتمل أن يكون الفاعل هو فلا يثبت فعله بالشك، وإن كانت الرواية حمل^(٣) على دابة فلان، فلا ضمان أيضًا.

وإن أقر بإحداث فعله في دابة الغير وهو حمّله عليها؛ لأنه ما أقر بإحداث فعل موجب الضمان؛ لأن مجرد الحمل على الدابة من غير نقل الدابة لا يوجب الضمان، وصار الحمل على الدابة بدون النقل بمنزلة الجلوس على بساط الغير

(١) في أ: ووزن سبعة.

(٢) في ز: و.

(٣) في ز: حمّله.

وذلك لا يكون سببًا للضمان بدون النقل .
ولو أقر أنه أخذ ثيابًا من حمام، فلا ضمان، وكذلك المسجد الجامع والكعبة
والخان والأرض ينزل الناس فيها ويضعون فيها الأمتعة .
ولو أقر أنه أخذ ثوبًا من طريق فلان أو من فناء فلان، فلا شيء عليه .
ولو قال: أخذت ثوبًا من أجير فلان، فهو للأجير دون الأستاذ .
ولو أقر أنه أخذ من مسجد فلان، فلا ضمان عليه إن كان مسجد جماعة للامة .
ولو قال: أخذت هذا الثوب من البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو القنطرة أو
الجسر، فكل موضع هو للامة فلا ضمان عليه فيه، والله تعالى أعلم .



الفصل الثامن

في الاختلاف الواقع بين المُقَرِّ والمُقَرَّر له

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل قال لغيره: أخذت منك ألف درهم وديعة وألف درهم غصبًا فضاعت الوديعة وهذه الألف هي الغصب، وقال رب المال: ضاع الغصب وهذه الألف وديعة، فالقول قول رب المال فيأخذ هذه الألف ويضمن المقر ألفا أخرى.

ولو كان المقر قال: أودعتني ألف درهم وأخذت منك ألف درهم غصبًا فضاعت الوديعة وهذه الألف بعينها هي الغصب، وقال رب المال: لا بل ضاع الغصب وهذه الألف بعينها هي الوديعة، فالقول قول المقر.

رجل تكارى دابتين إحداهما إلى الحيرة بدرهم والأخرى إلى القادسية بدرهمين، والقادسية أبعد من الحيرة، فحمل عليها إلى القادسية فنفتت إحداهما، فقال رب الدابتين: نفقت التي اكتريت إلى الحيرة وأنت ضامن، وقال المستأجر: نفقت التي اكتريت إلى القادسية ولا ضمان علي، فالقول قول رب الدابتين، والله تعالى أعلم.

* * *

نوع آخر:

رجل أقر أنه اقتضى من فلان ألف درهم كانت له عليه فقال فلان: قد قبضت مني هذه الألف ولم يكن لك علي شيء، والمقر ضامن ويلزمه رد الألف على المقر له ولكن بعد أن يحلف المقر له ما كان له عليه شيء.

وكذلك لو أقر أنه قبض من فلان ألف درهم كانت وديعة عنده، وقال المقر له: المأخوذ مالي، وكذلك لو قال: قبضت منك ألف درهم قد وهبتها، فالقول قول المقر له ويؤمر المقر برد ما قبض على المقر له، وكذلك لو قال: قبضتها بوكالة فلان وقد كانت لفلان عليك، أو قال: وهبتها لفلان فأمرني بقبضها فقبضتها له ودفعتها إليه، فالمقر ضامن في المسائل كلها.

ولو قال: أسكنت فلاناً ببיתי هذا ثم أخرجته منه، أو قال: أجزت فلانا هذه الدار وسلمتها إليه ثم أخذتها منه، وقال فلان: كانت الدار داري وقد أخذتها منه ظلماً، فالقياس أن يكون القول قول المقر له ويؤمر المقر برد الدار على المقر له، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وفي الاستحسان: القول قول المقر ولا يؤمر برد الدار على المقر له، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعلى هذا القياس والاستحسان إذا قال له: أودعتك هذه الألف ثم أخذتها منك، وقال المقر له: المال مالي، وعلى هذا القياس والاستحسان.

إذا قال: دفعت هذا الثوب إلى فلان الخياط ليخيط لي بدرهم ثم أخذته منه، وقال الخياط: الثوب ثوبي، وعلى هذا القياس والاستحسان.

إذا قال: أعرت فلاناً ثوبي ثم أخذته منه، أو قال: وضعت ثوبي في دار فلان ثم أخذته، وقال المقر له: الثوب ثوبي.

وفي المنتقى: هشام ادعى رجل^(١) دابة أو ثوب قال: هذه الدار هذه الدابة هذا الثوب وديعة لي أو قال... أو قال: سكني في يد فلان فقبضتها منه، وقال فلان:

(١) زاد في أ: دار.

هي لي، فالقول قول الذي في يديه، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله - وسيأتي قول أبي حنيفة رحمه الله [في النوع الذي يلي هذا النوع، بخلاف ما ذكر هشام]^(١).

وقال فلان: كذب، فإني أمره بها فقد ذكروا^(٢) بين الدراهم والثوب.

وقال أبو يوسف: هما سواء.

وإذا قال: أقرضت فلانا ألف درهم ثم أخذتها، وأنكر المقر له أن يكون أقرضه، فالقول قول المقر، هكذا ذكر المسألة في شرح الشافعي.

ولو قال رب المال: خاط فلان قميصي هذا، ولم يقل: قبضه مني، فلا ضمان على المقر بلا خلاف. وكذلك الصباغ والصائغ.

ولو كان الثوب معروفاً أنه للمقر أو الدابة فقال: أعرته فلاناً وقبضه منه، فالقول قول المقر بلا خلاف، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وإذا قبضت من فلان ألف درهم كانت وديعة عنده.

(٢) كذا في المخطوط. ولعل الصواب: فرقوا.

نوع آخر من هذا الفصل :

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير : رجل قال لآخر : أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت ، فقال صاحب المال : لا ، ولكنك أخذتها غصبًا .
قال : الذي أقر بأخذها ضامن .

ولو قال : أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت ، وقال صاحب المال : لا ، بل أخذتها غصبًا ، فلا ضمان على المقر .
وفيه أيضًا : رجل قال : هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه ، فقال فلان ، كذبت وهي لي .

قال : يأخذها فلان منه ، روي ذلك عن أبي حنيفة .
وفرق على قول أبي حنيفة بين هذا وبين ما إذا قال : دابتي هذه أعرتها فلانا فركبها ثم ردها علي ، أو قال : ثوبي هذا أعرته فلانا فلبسه ثم رده علي . وقال : القول قول المقر ، وسوى أبو يوسف ومحمد بين المسألتين وقالوا : القول قول المقر له ويؤمر المقر بالرد عليه .

وقد ذكرنا مسألة الوديعة في النوع الثاني من هذا الفصل ، فذكرنا قول أبي حنيفة بخلاف ما ذكر في الجامع الصغير ، وما ذكر في النوع الثاني رواية الأصل ، فصار عن أبي حنيفة في مسألة الوديعة إذا ذكر الإيداع أولاً روايتان :

قال محمد في الأصل : إذا قال الرجل لغيره : أعرنتني هذه الدابة التي في يدي ، وقال صاحب الدابة : ما أعرتك ولكنك غصبتها ، فإن لم يكن المستعير ركبها ، فالقول قوله ولا ضمان ، وإن كان المستعير قد ركبها فهو ضامن .

وكذلك إذا قال : دفعتها إلي عارية أو أعطيتها عارية ، فلا ضمان عليه .
وقال أبو حنيفة - رحمه الله - إن قال : أخذتها عارية منك ، وجحد الآخر ، فهو لها ضامن ، وكان الجواب فيها كالجواب في الوديعة .

إذا قال : أودعني هذه الدابة ، وقال صاحب الدابة : لا ، بل غصبتها ، لم يضمن .

وإذا قال: أخذتها منك وديعة، كان ضامنا كذلك هنا.
 وإذا قال الرجل لغيره: أخذت منك هذا الثوب عارية، وقال ذلك الغير: أخذته مني بيعة، فالقول للمقر ولا ضمان عليه ما لم يلبسه.
 ومعنى المسألة: أن صاحب الثوب يقول لرجل: بعثك هذا الثوب وأخذته مني قبل نقد الثمن فلي عليك، والرجل يقول: أخذته عارية ولا ثمن لك علي، وإن لبسه ضمن.

وهذا بخلاف ما لو قال: أخذت عارية، وقال صاحب الثوب: لا، بل أخذته إجارة فلان، لا يضمن وإن ركبها، فإذا أقر الرجل أن فلانا أعارني هذه الألف درهم، وقال فلان: بل غصبتها، فهو ضامن الدراهم، وهكذا الجواب في عارية غير الدراهم من المكيل والموزون، بخلاف العروض، والله تعالى أعلم.



نوع آخر من هذا الفصل :

قال محمد - رحمه الله - في إقرار الجامع : رجل قال لغيره : هذه الألف درهم التي في يدي وديعة لك عندي ، وقال المقر له : ليس لي عندك وديعة ولكن لي عليك ألف درهم قرض ، وأنكر المقرض ، فلا شيء للمقر له ، فلو أراد المقر أن يأخذ هذه الألف بدينه ، ليس له ذلك ، وإن عاد المقر له إلى تصديق المقر في الوديعة ، فإن كان المقر مصرا على إقراره عمل بتصديقه وكان له أن يأخذ الألف المقر بها وديعة ، وإن لم يكن مصرا على إقراره فلا شيء له ، والمضاربة وكل ما كان أصلها أمانة على هذا .

ولو قال المقر : لك علي ألف درهم قرض ، فقال المقر له : ليس لي عليك قرض ولكن لي عليك ألف درهم من ثمن بيع قبضته ، وأنكر المقر ذلك ، فإنه يقضى له بالألف .

ولو قال المقر : هذه الألف التي في يدي غصبتها منك ، فقال المقر له : ما غصبتني ولكن لي عليك ألف درهم من ثمن بيع ، فأنكر المقر فإنه يقضى عليه بالألف ، فإن أراد المقر له أن يأخذ هذه الدراهم بأعيانها ، وأراد المقر أن يدفع دراهم آخر فذلك إلى المقر .

ولو قال : هذه الألف وديعة لك عندي ، فقال المقر له : ما لي عندك وديعة ولكن أقرضتكها ، وأنكر المقر القرض ، فللمقر له أن يأخذ تلك الألف بعينها .
وفي دعوى الجامع : إذا قال : لفلان علي ألف درهم من ثمن متاع ، فقال فلان : ما كان لي عليك قط ألف ثمن متاع ، ولكن لي عليك ألف من قرض ، كان له ألف .
ولو قال : ما كان لي قط ألف من ثمن متاع ، وسكت ، ثم ادعى الألف أنها قرض ، لا يصدق ، والله تعالى أعلم .

نوع آخر من هذا الفصل :

قال محمد - رحمه الله - : وإذا أقر الرجل أن لفلان علي ألف درهم من ثمن متاع باعنيه أو اني لأقبضه ، فإنه لا يصدق في قول أبي حنيفة ، وصل أم فصل ، صدقه المقر له في الجهة أو كذبه .

وقال أبو يوسف ومحمد : بأنه يصدق إذا وصل صدقه المقر له في الجهة [أو كذبه ، وإذا وصل إن كذبه المقر له في الجهة]^(١) بأن قال : لي عليك ألف درهم من قرض أو غضب ، فإنه لا يصدق المقر في قوله : أقبض ، ويلزمه المال عندهما .
وأما إذا صدقه في الجهة بأن قال : لي عليك ألف درهم من ثمن متاع بعته وقبضت مني ، والمقر يقول : لم أقبض ، مفصلاً عن إقراره ، كان أبو يوسف يقول أولاً : بأنه لا يصدق كما لو كذبه في الجهة ، ثم رجع وقال : يصدق وصل أم فصل ، وبه قال محمد .

ولو قال : لفلان علي ألف درهم من ثمن هذا العبد ، فهذه المسألة على وجهين : الأول : أن يكون العبد في يد المقر ، وفي هذا الوجه إن صدقه المقر له فيما أقر لزمه ألف درهم ، وإن قال المقر له : هذا العبد عبدي وإنما بعثك عبداً غيره ، وأخذ العبد منه فإنه لا يلزمه شيء .

ولو قال : العبد عبدك وإنما بعثك عبداً غيره وقبضته ولي ألف درهم ثمنه فإنه يلزمه درهم .

والوجه الثاني : أن يكون العبد في يد المقر ، وفي هذا الوجه إن صدقه المقر له فيما أقر به ، فإن المقر يسلم الثمن ويأخذ العبد . ولو قال : لم أبعك هذا العبد والعبد عبدي وإنما بعثك عبداً آخر وقبضته مني ، لا يلزمه الألف .

لو قال : العبد عبدك ولي عليك ألف درهم من ثمن عبد آخر قبضته مني ، فإنه يلزمه ألف درهم .

(١) سقط في ز .

وفي الأجناس لو قال: ابتعت من فلان عبدا بألف درهم، وقطع الحديث ثم قال: لم أقبضه، فالقول له في قولهم، ولا يشبه قوله: علي ألف درهم من ثمن جارية غير معينة وقال: اقبضها؛ لأن هذا ابتداء بالبيع وثمة ابتداء باعتراف المال. ولو قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو ميتة أو دم، إن صدقه الطالب في ذلك فإنه لا يلزمه شيء في قولهم جميعاً فأما إذا كذبه في ذلك وقال: لي عليك ألف [درهم]^(١) من ثمن متاع قبضت، وقال المقر: لا، بل من ثمن خمر، فإن على قول أبي حنيفة لا يصدق وصل أم فصل ويلزمه ألف درهم. وعندهما: يصدق إذا وصل، ولم يصدق إذا فصل.

ولم يذكر هنا الجواب في ثمن الميتة والدم وإنما ذكر في فصل [ثمن]^(٢) الخمر خاصة، ولم يذكر أيضا في فصل ثمن الخمر أن المقر يصدق إذا وصل مع الثمن أم بدون الثمن، ولم يذكر أيضا أن المقر إذا أقام بينة على ما ادعى من السبب هذا تسمع بينته أم لا؟ ويبين جميع ذلك في أول نوع دعوى الدين من الفصل الرابع والعشرين من كتاب الدعوى، والمكتوب به: ادعى على آخر مالا فأقر المقر عليه بذلك، إلا أنه بين سبباً لا يصلح سبب الضمان بأن قال: له علي ألف درهم بسبب الثمار، أو قال: لأنني اشتريت منه الميتة، وكذبه المدعي في ذلك السبب، فأقام المدعى عليه بينة يندفع عنه دعوى المدعي، وإن لم يكن له بينة، فحاصل الجواب على قولهما: يحلف المدعى عليه ويكون القول قوله مع يمينه.

وعند أبي حنيفة: المال لازم عليه ولا يصدق في قوله: ثمن ميتة أو دم أو مقامرة.

وإن قال المدعى عليه: علي ألف من ثمن خمر، وأقام على ذلك بينة، لا تندفع عنه الدعوى عند أبي حنيفة.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وعندهما: تندفع.

وإن لم تكن له بينة فعلى قول أبي حنيفة: المال لازم عليه.

وعندهما: القول قوله ولا يلزمه^(١) المال^(٢).

في المنتقى: هشام عن محمد: إذا قال: لفلان علي ألف درهم حرام، أو قال: ربا، فهي لازمة له.

قال: لأني لا أدري لعل الحرام عنده ليس بحرام، والربا ليس ربا.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم تلجئة، فصدقه فلان، فلا شيء عليه؛ لاتفاقهما أنه باطل.

وإن قال المقر له: بل هي لي عليك حق، القول قوله.

وعلى هذا لو قال: علي ألف درهم زورا أو باطلاً، إن صدقه فلان فلا شيء عليه، وإن كذبه لزمه المال.

والإقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل أيضاً.

فلو قال: صدق، فهو على كله فيبطل كله، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: يلزم.

(٢) زاد في ز: إلى.

نوع آخر:

وإذا أقر الرجل: لفلان علي ألف درهم من ثمن بيع أو قرض، ثم قال: إلا أنها زيوف أو نهرجة، فإنه لا يصدق عند أبي حنيفة، وصل أم فصل ويلزمه ألف درهم جياذ من نقد البلد.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل يصدق ولزمه ما أقر به، وإن فصل لا يصدق ويلزمه ألف جياذ نقد البلد، هذا إذا قال: لفلان علي ألف درهم من غير قرض أو بيع إلا أنها زيوف أو نهرجة.

فأما إذا أرسل ولم يبين الجهة ثم قال: هي زيوف، ووصل. قال الفقيه أبو جعفر: لم يذكر هذا في الأصول، فمن مشايخنا من قال: هو على الاختلاف، وهو الكرخي، ومنهم من قال هنا: يصدق إجماعاً. ولو قال: لفلان علي ألف درهم إلا أنها ستوقه أو رصاص، فعند محمد - وهو رواية عن أبي يوسف - يصدق.

وفي واقعات الناطفي: إذا أقر بقبض ألف درهم ثم قال: هي زيوف، لم يصدق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله - ويصدق في الوديعة. وإن قال: هي ستوقه، لم يصدق إلا إذا وصل.

ولو فصل في^(١) هذه المسائل ضرورة انقطاع الكلام، ثم وصل، فعن أبي يوسف: أنه يصح منه الاستثناء، وبه يفتى.

ولو أقر بعشرة أفلس من قرض أو ثمن بيع ثم قال: من الكاسدة، لم يصدق، وإن وصل وفاء^(٢)، لا يصدق في القرض إذا وصل، وأما في البيع فلا يصدق في قول أبي يوسف الأول.

وقال محمد: يصدق وعليه قيمة المبيع.

(١) زاد في أ: فصل.

(٢) في ز: وقال.

وهذا الخلاف في قوله: علي عشرة دراهم ستوقه من قرض أو ثمن بيع .
ولو قال: غصبتة عشرة أفلس، أو قال: أودعني عشرة أفلس، ثم قال: هي من الكاسدة، يصدق.

وفي كتاب البيوع لشيخ الإسلام: إن المسلم إليه إذا أقر بقبض رأس المال، ثم ادعى الزيادة، وجعله على ستة أوجه: إن كان أقر بقبض الجياد، أو بقبض حقه، أو بقبض رأس المال، أو استيفاء الدراهم، لا تسمع دعوى الزيادة، وإن كان أقر بقبض الدراهم فالقول قول رب السلم والبينة على المسلم إليه .

وفي الاستحسان: القول للمسلم إليه مع يمينه، وعلى رب السلم البينة أنها جياد .
ولو قال: قبضت - ولم يزد - فالقول للمسلم إليه أيضاً، كما في قوله: قبضت الدراهم، لو ادعى أنها ستوقه أو رصاص لا يكون مصدقاً، وفي قوله: قبضت، يكون مصدقاً .

ولو قال: لفلان علي ألف درهم، ثم قال: هي من ضرب كذا لنوع من الدراهم، أو قال: هي من نقد بلد كذا، إن كان قال: علي من غصب، فإنه يصدق عندهم جميعاً، وصل أم فصل، كما لو قال: إلا أنها زيوف .

وإن قال: من قرض أو ثمن بيع، إن كان ما سمى نقد البلد، فإنه يكون مصدقاً عندهم جميعاً، وأما إذا لم يكن نقد البلد، إن فصل لا يصدق عندهم جميعاً .

كما إذا قال: إلا أنها زيوف، مفصلاً، وإن وصل، ذكر بأنه يصدق، ولم يحك فيه خلافاً .

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة: لا يصدق . كما إذا قال: إلا أنها زيوف أو نهرجة، وكذلك السود إذا كان لا تروج في هذا البلد كان [زيوف هذا البلد، وكان هذا وقوله: إلا أنها زيوف، سواء .

ومنهم من قال: ما ذكر^(١) في الكتاب قولهم، فعلى قول هذا القائل يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق.

وإذا قال لغيره: أسلمت إلي عشرة دراهم في كر حنطة، ثم قال بعدما سكت: إلا أني ما قبضتها منك، وقال رب السلم: لا، بل قبضته، فالقول قول رب السلم مع يمينه استحساناً، وفي القياس: القول قول المسلم إليه.

وكذلك لو قال: أسلفتني عشرة دراهم في كر حنطة إلا أني لم أقبضها، أو قال: أقرضتني عشرة دراهم إلا أني لم أقبضها، فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرنا.

وفي المختلفات: إذا قال لغيره: أقرضتني ألف درهم ولم تدفعها إلي، فإن قال ذلك مفصلاً، لا يصدق، وهو ضامن، وإن قال لا مفصلاً، فالقول قوله.

وكذلك إذا قال: أعطيتني أو أسلفتني لكن لم يدفع إلي، ووصل كلامه.

ولو قال: دفعت إلي ألفاً أو نقدتني ألفاً فلم أقبها.

قال أبو يوسف: لا يصدق، وهو ضامن.

وقال محمد: القول قوله ولا ضمان.

ولو قال: قبضت منك ألفاً وأخذت منك ألفاً، ولكن لم تدع حتى أذهب به، لا

يصدق، وهو ضامن.

وستأتي مسائل القرض في فصل المتفرقات بخلاف ما ذكر هنا، والله تعالى

أعلم.



(١) سقط في ز.

نوع آخر:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: إذا أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن متاع، أو قال: أودعني فلان ألف درهم، أو قال: غصبته ألف درهم، أو قال: قضاني ألف درهم، أو قال: أقرضني ألف درهم، ثم هي ببعض كذا^(١) ذلك، فإن فصل لا يصدق في ذلك كله، وإن وصل يصدق في ذلك كله. وإذا أقر الرجل أن لفلان عليه مائة درهم عدداً إلا أنها وزن خمسة أو وزن ستة، ومعناه أن كل عشرة بوزن خمسة مثاقيل أو ستة مثاقيل، فهذا على وجهين: الأول: أن يذكر قوله: كان نقد البلد الذي أقر فيه على وزن ما قال، أو على وزن سبعة.

الوجه الثاني: أن يذكر ذلك مفصلاً عن إقراره، وإنه على وجهين أيضاً: إن كان نقد البلد الذي أقر فيه وزن سبعة، وتفسيره: أن كل عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل، لا يصدق فيما قال، بخلاف ما عدا الدراهم والدنانير^(٢) من المكيلات والموزونات. فإنه إذا أقر بشيء موزون أو مكيل مثلاً بحنطة ثم قال: إنها على صفة كذا، فإنه يصح وإن كان مفصلاً، هذا إذا كان نقد البلد الذي أقر فيه وزن سبعة.

فأما إذا كان وزن خمسة كما في خوارزم فإن دراهم بلدهم وزن خمسة كل عشرة دراهم بلدهم تزن خمسة مثاقيل، وكانت الدراهم في الابتداء على وزن خمسة ثم زيد عليها مثقال آخر فصار كل عشرة تزن ستة مثاقيل ثم زيد عليها مثقال آخر، وزمن عمر - رضي الله عنه - فصار كل عشرة منها تزن سبعة مثاقيل واستقر الأمر على هذا إلا بخوارزم فإنهم ما زادوا على خمسة مثاقيل فبقي دراهم بلادهم على ما كان في الابتداء، فإذا بين وزن خمسة ونقد بلدهم كذا، كان هذا بيان تقدير باعتبار الاسم والعرف فيصح وإن كان مفصلاً.

(١) زاد في ز: واكا.

(٢) في ز: والدراهم.

ثم إذا ذكر ذلك مفصلاً وكان وزن بلدهم سبعة حتى لم يصح بيانه يلزمه مائة درهم بوزن سبعة باعتبار الوزن لا باعتبار العدد حتى إذا كان يزن مائة بوزن سبعة ولكنه عدداً خمسون، يخرج عن العهدة.

قال: وكذلك إذا قال: هي مما يدخل في المائة نقصان خمسة أي تزن كل مائة درهم خمسة وستين مثقالاً بسبعين مثقالاً فالجواب فيه كالجواب فيما إذا قال: إلا أنها وزن خمسة، إن ذكره مفصلاً لا يصدق إذا كان بنقد بلدهم تزن كل مائة خمسة وستين مثقالاً، كان مصداقاً وإن كان مفصلاً.

وقد يكون كذلك فإن الوزن يختلف باختلاف البلدان، فإن وزن سمرقند أكثر من وزن بخارى، وسنجات أهل سمرقند أرجح من أهل بخارى، هذا إذا ذكر قوله: هي مما يدخل في المائة نقصان خمسة مفصلاً عن إقراره.

أما إذا ذكر مفصلاً بإقراره، فإنه يصح بيانه على كل حال.

قال: وإذا كان الرجل في بلد نقدهم مختلف فأقر أن لفلان عليه مائة درهم عدداً فهو على أقل النقود وزناً، وإذا ادعى الطالب الزيادة كان القول قول المقر، إنما لزمه الأقل؛ لأن الأقل متيقن والزيادة مشكوك فيه فيلزمه الأقل لهذا، وكان بمنزلة ما لو خالغ امرأته من مائة درهم وفي البلد نقود مختلفة والكل في الرواج على السواء، فإن الخلع ينصرف إلى الأقل وزناً وطريقه ما قلنا.

والإقرار والخلع في هذا يخالفان البيع، فإن من باع من آخر شيئاً بمائة درهم وفي البلد نقود مختلفة كلها في الرواج سواء منها بعينه ينصرف إلى الأقل وزناً حتى لا يجوز البيع.

والنكاح في هذا نظير البيع، فإن من تزوج امرأة على مائة درهم وفي البلد نقود مختلفة والكل في الرواج على السواء لا ينصرف النكاح إلى أقل النقود حتى كانت التسمية فاسدة.

ولو أن رجلاً بالكوفة أقر أن لفلان عليه مائة درهم بيض عدداً ثم قال: هي تنقص

دائق، إن كان قوله: بنقص دائق، مفصلاً، لا يصح وإن موصولاً.
قال: رأيت لو قال: لفلان علي [دراهم بيض]^(١) نصف درهم، أو قال ذلك
موصولاً، يصح، وإن قال مفصلاً، لا يصح، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: درهم أبيض.

الفصل التاسع

في الإقرار بشيء مبهم

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: إذا قال: لفلان علي دراهم، فعليه ثلاثة دراهم.

ولو قال له: علي دراهم كثيرة، فعليه عشرة دراهم، في قياس قول أبي حنيفة.

وقال: لا يلزمه مائتا درهم.

والدنانير الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة.

وعندهما عشرون.

وفي الجامع الأصغر: إذا قال: لفلان علي كذا درهما، فعليه درهما.

ولو قال: كذا كذا درهماً لزمه أحد عشر.

ولو قال: كذا وكذا درهماً، لزمه أحد وعشرون، وكذا هذا في الدنانير والكيلبي

والوزني، هكذا ذكر في الأصل.

وفي القدوري، وفي نوادر هشام: قال سمعت محمدًا يقول: إذا قال: لفلان علي

كذا كذا درهما، أو قال: كذا وكذا درهماً، فهما عندي سواء ويلزمه أحد عشر

درهماً.

قلت له: إذا قال: كذا وكذا، فهو أحد وعشرون، فأبى أن يقبل مني.

ولو قال: له علي كذا كذا [درهما، وكذا كذا دينارًا، فعليه من كل واحد منهما

أحد عشر، ولو قال: كذا كذا^(١) دينارًا ودرهماً، فعليه أحد عشر منهما من كل

واحد النصف كأنه أحد عشر درهماً ودينارًا.

ولو قال: أحد عشر دينارًا وأحد عشر درهماً، لزمه أحد عشر من كل واحد

منهما.

ولو قال: له علي مال عظيم من الدراهم، فعليه مائتا درهم في قولهما، ولم يذكر

(١) سقط في ز.

محمد قول أبي حنيفة - رحمهما الله - في الأصل .

قيل: هو كقولهما .

وقيل: يلزمه عشرة .

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: الأصح أن على قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فإن الفقير مستعظم القليل والغني لا يستعظمه .

وحكى الناطفي في واقعاته عن نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف إذا قال: لفلان علي أموال عظام، فعليه ستمائة درهم .

وإذا قال: مال كثير، فمئتان، ولو قال: ألوف دراهم، فثلاثة آلاف .

ولو قال: ألوف كثيرة، فعشرة آلاف، وكذا في الفلوس والدنانير .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمهما الله - : إذا قال: لفلان علي مال لا قليل

ولا كثير، لزمه مائتا درهم، ولو قال: لفلان علي مال قليل، لزمه درهم .

ولو قال: لفلان علي مال، فعليه أن يقر بدرهم .

ولو قال: له علي زهاء ألف درهم، أو: خيل ألف درهم، أو: عظم ألف درهم،

أو: قريب من ألف درهم، فهذا كله إقرار بخمسمائة وزيادة شيء .

وكذا هذا في الغصب والوديعة .

وكذلك هذا في الكيلبي والوزني والثياب .

ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الإقرار: إذا قال: لفلان علي دراهم

مضاعفة، فعليه ستة دراهم، ولو قال: مضاعفة أضعافاً، أو قال: أضعافاً مضاعفة،

فهي ثمانية عشر .

ولو قال: لفلان علي شياه كثيرة، لزمه أربعون شاة .

ولو قال: إبلاً كثيرة، لزمه خمسة وعشرون، ولو قال: له عشرة دراهم وأضعافاً

مضاعفة، فهي ثمانون، والله تعالى أعلم .

نوع آخر:

إذا قال: لفلان علي حق، ثم قال: إنما عنيت به الإسلام، إن قال ذلك مفصلاً، لا يصح، وإن كان موصولاً، يصح.

وإذا قال: لفلان علي عبدي فلان حق، كان هذا إقراراً بالدين على عبده، حتى إذا ادعى المقر له شركة في العبد وأنكر المقر، كان القول قول المقر مع يمينه.

بخلاف ما لو قال: لفلان حق في عبدي، كان إقراراً ببعض العبد له، حتى لو قال المقر: عنيت به الدين، لا يصدق.

وإذا أقر الرجل أن لفلان حقاً في عبدي هذا، أو في أمتي هذه، وادعى الطالب حقاً في الأمة، فإن المقر يحلف على ذلك، فإذا حلف على ذلك برئ عن إقراره بالعبد، وإن ادعاهما الطالب، يجبر المقر على البيان ولا يبطل إقرار المقر بدعوى الطالب كلاهما.

وكذلك إذا ادعى الطالب أحدهما فقال: أحدهما لي.

إذا أقر الرجل بحق في دار في يده لآخر، يجبر على أن يسمي منها ما شاء، فإن امتنع، فالقاضي ماذا يصنع؟ سيأتي ذلك في فصل المتفرقات إن شاء الله تعالى. ولو قضى الحق فقال: هذا الجذع أو هذا الباب المركب أو هذا البناء من غير أرض، لم يصدق، وله حق في أصل الدار.

أرأيت لو عين الثوب أو الطعام الذي في هذه الدار كنت أصدقه.

ولو قال: له حق في هذا البستان ثم عين ثمرة هذه النخلة، لم يصدق، وإن عين النخلة بغير الأرض لم يصدق أيضاً.

وإن قال: بأصلها، صدق.

فلو قال: له في هذه الأرض حق، ثم قال: أجزتها إياه سنة يزرعها، يصدق.

ولو قال: له في هذه الدار حق، ثم فسر بالسكنى، لم يصدق.

إذا قال لغيره بالفارسية: (برابر من تست درم است) ثم قال عنيت به من صنجة

الميزان، يعني: لك حجر الميزان، عشرين درهما، لا يصدق.
عبد في يدي رجل قال: لفلان فيه تركة، أو هو شريك فيه، فهو بينهما نصفان.
ولو قال ذلك لرجلين فهو بينهما أثلاثاً، والله تعالى أعلم.



نوع آخر: في بعض ما أقر به:

قال في إقرار الأصل: رجل قال: لفلان علي مائة درهم، فالمائة من الدراهم عندنا.

وقال الشافعي - رحمه الله - : القول في المائة قوله .

وكذلك لو قال: مائة ودينار، أو قال: مائة وقفيز حنطة، فذكر شيئاً من المكيل أو الموزون أو العددي المتقارب .

ولو قال: وعبد، أو مائة وشاة، أو مائة وثوب، أو مائة وثوبان، فالقول في بيان المائة قوله .

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: لفلان علي ألف وعبد، فإنه يفسر بالألف بما شاء .

فلو قال: علي ألف وشاة، فعليه ألف شاة وشاة .

وكذلك إذا قال: علي ألف وبعير .

وكذلك إذا قال: علي عشرة وثوب، فهو أحد عشر ثوباً، وكذلك إذا قال: علي عشرة وفرس، فهو أحد عشر فرساً .

قال: ولا يشبه هذا العبد .

ولو قال: لفلان علي مائة وثلاثة أثواب، فالكل ثياب، بخلاف قوله: وثوب ووثوبان .

وذكر شيخ الإسلام في شرحه أصلاً لنحو هذه المسائل فقال: المذكور عقيب العدد في غير المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، إذا كان مذكوراً بحرف الواو لا يجعل تفسيراً لما قبله كقوله: مائة وثوب، فإن الثوب لا يجعل تفسيراً للمائة لكونه مذكوراً بحرف الواو، وإذا كان مذكوراً بدون حرف الواو يجعل تفسيراً لما قبله كما في قوله: أثواب، عقيب المائة، وإذا جعل تفسيراً لجميع ما تقدم وهي المائة والثلاثة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، والله تعالى أعلم .

نوع آخر:

إذا قال: لفلانة جزء من داري، فإليه البيان وله أن يقر بما شاء.
وكذلك الشقص النصيب والعائقة والقطعة، وأما السهم فعند أبي حنيفة:
السدس.

قال: والسهم إذا أطلق بهذه السدس عند العرب وقال: أهل الجاهلية ينحرون
الجزور للمقامة وكان يسمون كل سهم باسم، وكانوا يسمون السدس سهمًا.
وعندهما: يؤمر بالبيان، والله تعالى أعلم.



نوع آخر:

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: رجل قال لغيره: لك في غنمي هذه شاة، ولم يعينها، قيل للمقر له: ادع أيها شئت وأقم البينة أو استحلف، فإن ادعى شاة بعينها وصدقه المقر أخذها لتصادقهما عليه، وإن كذبه في ذلك وعين غيرها، يقال للمقر له: أقم البينة عليها، فإن أقام أخذها، وإن لم يقم حلفه، فإن نكل فقد أقر بها للمقر له فيأخذها المقر له، وإن حلف فلا شيء للمقر له، وإن لم يدع المقر له شيئاً بعينها، أمر المقر بالبيان، فإن لم يبين للمقر له شاة بعينها، أمر المقر بالبيان، فإن لم يبين، فللمقر له أن يحلفه على جميع الغنم فمن أيهن نكل أخذها المقر له، وإن حلف على جميعها صار المقر له شريكاً في غنمه، فإن كان غنمه عشرة، صار له عشر الغنم.

فإن كان قبل البيان قام ورثته مقامه في البيان، فإن لم يبينوا وحلفوا على الغنم، فللمقر له عشر الغنم، وإن ولدت شاة، كان بينهما على هذا الحساب تبعاً للأصول، وكذا سائر الحيوانات والرقيق والعروض.

ولو قال: له في دراهمي هذه عشرة دراهم، فللمقر له عشرة دراهم، وزن سبعة، ولا يصدق المقر أنها هي الناقصة منها. وإن كان فيها زيوف فقال: هي منها، صدق.

ولو قال: له في طعامي هذا كرا حنطة، فإذا طعامه لا يبلغ كرا، فهو له كله، ولا يضمن الزيادة، ويستحلف المقر ما استهلك من ذلك الطعام شيئاً؛ لجواز أن ينكل فيصير مقراً به.

ولو قال: كان الطعام كرا وافية، فهو له كله، وإن كان يزيد على الكرا فهو له منها كذا.

ولو كان في يدي رجل عشر من الغنم، فقال: لفلان فيها شركة شاة، ثم ماتت الغنم في يدي المقر، فقال المقر له، أنت خلطت شاتي بغنمك، لم يصدق على

ذلك، ولم يضمن المقر شيئاً.

وفي الأصل: إذا قال: لفلان علي عشرة دراهم ودانق، أو قال: وقيراط: فالدانق والقيراط من الفضة.

ولو قال: لفلان علي عشرة دنانير ودانق، أو قال: وقيراط، فالدانق والقيراط من الذهب.

وفي الممتقى عن أبي يوسف إذا قال: لفلان علي دينار ودانق، فالدانق من الفضة.

ولو قال: له علي قفيز حنطة، فهو بقفيز البلد، وكذا الأوقار والأمناء.
ولو قال وهو ببغداد: لفلان علي درهم طبرية، فعليه درهم طبرية ولكن بوزن بغداد.

وكذلك إذا قال وهو ببغداد: لفلان علي كر حنطة موصلية، فعليه حنطة موصلية ولكن بكيل بغداد.

والحاصل: أن في جنس هذه المسائل يجب وزن البلد الذي أقر فيه وكيله، ولكن على ما سمى من ذلك. والله تعالى أعلم.



نوع آخر: في الإقرار بين كذا إلى كذا ومن كذا إلى كذا:
 إذا قال: لفلان علي مائة درهم إلى مائتي درهم، أو قال: من درهم إلى مائتي
 درهم، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - دخلت الغاية الأولى^(١) تحت الإقرار،
 ولا تدخل الغاية الثانية فلزمه مائة وتسعة وتسعون درهما^(٢).

وعلى قول أبي يوسف: تدخل الغائتان ويلزمه مائتا درهم.
 ثم على قول أبي حنيفة: إذا وجب النقصان باعتبار الغاية فإنما ينقص الغاية
 الثانية، وذكر سواء كانت الغاية الثانية من أفضل المالمين أو من أحسنهما في رواية،
 وفي رواية: ينقص من أفضل المالمين وإن كان أفضل المالمين للغاية الأولى ذكر بيانه.
 إذا قال: لفلان ما بين عشرة دنانير إلى عشرة دراهم، ما بين كر حنطة إلى كر
 شعير، ينقص من الدراهم والشعير في رواية، وفي رواية: ينقص من الدنانير
 والحنطة، وهذا أصح.

ولو قال: ما بين كر شعير إلى كر حنطة، ما بين عشرة دراهم إلى عشرة دنانير،
 فهذا من الدنانير ومن الحنطة باتفاق الروايات عن أبي حنيفة، وعندهما يلزمه
 المالمين.

وفي المنتقى عن أبي يوسف في الأمالي: إذا قال الرجل: لفلان علي ما بين شاة
 إلى بقرة، فإن أبا حنيفة قال: ليس عليه شيء، سواء كان بعينه أو بغير عينه.
 قال أبو يوسف: إن كان بعينه فلا شيء عليه، وإن كان بغير عينه فهما عليه.
 ولو قال: ما بين درهم إلى درهم، فعليه في قول أبي حنيفة درهم.
 وقال أبو يوسف: يلزمه درهمان. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: للمولى.

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٨/٨٤).

نوع آخر:

في الإقرار بدرهم في درهم أو مع درهم أو قبل درهم وما أشبه ذلك .
قال في الأصل: إذا قال: لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم، فجعله على
وجوه: إن قال المقر: عنيت بـ (في) (مع)، أو قال: عنيت (الواو)، فعليه عشرون
درهماً، وإن قال: عنيت به على الذمة عشرة، وإن قال: عنيت به الضرب، لزمه
عشرة عند علمائنا - رحمهم الله .

وكذا إذا قال: نوى حقيقة كلمة (في)، وهي للظرفية يلزمه عشرة؛ لأن الدراهم لا
تكون ظرفاً للدراهم .

ولو قال: علي درهم في قفيز حنطة، لزمه درهم واحد؛ لأنه أقر بالدرهم ديناً في
الذمة وما في ذمته لا يكون مظلوماً في شيء آخر فتعذر العمل بحقيقة كلمة الظرف .
فقلت: وعلى هذا يقاس جنس هذه المسائل، حتى إنه لو قال: لفلان علي قفيز
حنطة في درهم لزم قفيز لا غير، ولو قال: لله علي عشرة دراهم في عشرة دنانير،
فهو وما لو قال: عشرة دراهم في عشرة دراهم، سواء .
ولو قال: له علي درهم مع درهم، أو معه درهم، أو قبله درهم، أو بعده درهم،
فعليه درهماً .

ولو قال: قبل درهم، أو بعده درهم، ذكر في الأصل أنه يلزمه درهماً .
ورأيت في بعض الكتب أنه يلزمه درهم، ويكون معناه: قبل درهم يجب علي،
ولم يجب بعد، وبعده درهم يجب علي، ولم يجب بعد .
ولو قال: درهم ودرهم، أو قال: درهم ثم درهم، أو قال: درهم فدرهم، لزمه
درهماً .

ولو قال: درهم درهم، لزمه درهم واحد .
وكذلك إذا قال: لفلان علي درهم، لزمه درهم واحد .
ولو قال: درهماً ثم درهم، لزمه درهم، وكذلك على العكس، والله تعالى
أعلم .

الفصل العاشر

في الخيار والاستثناء والرجوع

وإذا أقر الرجل أن لفلان علي درهم على أني بالخيار إلى ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر، فإن المال يلزمه والخيار باطل، صدقه الطالب في الخيار أو كذبه. فأما إذا شرط الخيار للمقر له، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأصل.

قالوا: وينبغي أن يثبت له الخيار، هذا إذا أقر بالمال مطلقاً ولم يبين السبب. فأما إذا بين السبب بأن قال: لفلان علي ألف درهم من قرض أو غصب بعينه أو مستهلك أو ودیعة بعينها أو مستهلكة على أني بالخيار، فالخيار باطل، والمال لازم. ولو قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن بيع على أني بالخيار، هل يثبت الخيار؟ ولم يذكر محمد هذا الفصل في الأصل من جانب المقر، إنما ذكر في جانب المقر له، [ولا شك أن المقر له إذا لم يصدق المقر في الخيار ألا يثبت له^(١)]، ولا شك أنه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك، وإن كذبه المقر له في الخيار فأراد هو أن يقيم بينة على الخيار، ولم يذكر محمد هذا الفصل في الأصل.

قالوا: ويجب ألا تسمع بينته، وهذا بخلاف ما لو ادعى البيع بشرط الخيار وجحد البائع فأقام المشتري بينة على الخيار حيث تقبل بينته، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

مسائل الاستثناء:

الكل من الكل باطل، واستثناء القليل من القليل، صحيح بلا خلاف، واستثناء الكثير من القليل، صحيح في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه لا يصح^(١).
 واستثناء خلاف الجنس لا يجوز قياساً، وهو قول محمد.
 وفي الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف: إن كان بين المستثنى والمستثنى موافقة في الوجوب في الذمة في عقود المعاوضات، بأن كان كل واحد منهما يجب في عقود التجارات في الذمة حالاً ومؤجلاً يصح الاستثناء حتى لو قال: لفلان علي ألف درهم إلا ديناراً، أو قال: إلا كر حنطة، أو قال: إلا عشرة أفلس، كان الاستثناء جائزاً، وي طرح قدر قيمة المستثنى من المستثنى منه.
 وإن لم يكن بينهما موافقة في الوجوب في الذمة في عقود التجارات، بأن كان المستثنى منه يجب في الذمة في عقود التجارات [حالاً ومؤجلاً، والمستثنى لا يجب

(١) إن كان الاستثناء من جنس المستثنى منه ومتصلاً به، فإن كان استثناء الأقل فلا خلاف في جوازه، كأن يقول: علي لفلان عشرة دراهم إلا ثلاثة فيلزمه سبعة. أما إن كان استثناء الأكثر بأن قال: علي لفلان عشرة دراهم إلا تسعة فجائز في ظاهر الرواية عند الحنفية، ويلزمه درهم وهو الصحيح، لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وهذا المعنى كما يوجد في استثناء الأقل يوجد في استثناء الأكثر من القليل، وإن كان غير مستحسن عند أهل اللغة، وروي عن أبي يوسف أنه لا يصح وعليه العشرة. وإن كان استثناء الكل من الكل بأن يقول: لفلان علي عشرة دنانير إلا عشرة فباطل، وعليه العشرة كاملة، لأنه ليس استثناء، وإنما هو إبطال ورجوع، والرجوع عن الإقرار في حق العباد لا يصح. وقال الشافعية: يصح الاستثناء وهو إخراج ما لولاه لدخل، بنحو «إلا»، وذلك إن اتصل إجماعاً، والسكوت اليسير غير مضر، ويضر كلام أجنبي يسير أو سكوت طويل، ويشترط أن يقصده قبل فراغ الإقرار، ولكونه رفعا لبعض ما شمله اللفظ احتاج إلى نية ولو كان إخباراً، ولم يستغرق المستثنى المستثنى منه، فإن استغرقه كخمسة إلا خمسة كان باطلاً بالإجماع إلا من شذ، لما في ذلك من المناقضة الصريحة.

وقال الحنابلة: لو قال: علي ألف إلا ستمائة لزمه الألف لأنه استثنى الأكثر، ولم يرد ذلك في لغة العرب.

ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٠٩، ٢١٠)، نهاية المحتاج (٥/١٠٤)، كشف القناع (٦/٤٦٨ - ٤٧٠).

في الذمة في عقود التجارات^(١) أصلاً، أو كان يجب مؤجلاً لا حالاً لا يصح الاستثناء، حتى لو قال: لفلان علي ألف درهم إلا ثوباً، أو قال: إلا حيواناً، أو ما أشبه ذلك، لا يصح الاستثناء أصلاً.

والاستثناء تكلم بما وراء المستثنى وليس برجوع، إذ الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد لا يصح، ويصير تقدير قول الرجل: لفلان علي ألف درهم إلا خمسون درهماً، لفلان علي سبعمائة وخمسون درهماً.

ومن أقر بمالين واستثنى شيئاً ولم يبين أن المستثنى من أي المالين، فهذا على وجهين: إن كان المقر له بالمالين واحداً، فالقياس أن يصرف الاستثناء إلى المال الثاني. وإن لم يكن المستثنى من جنس المال الثاني؛ لأنه ثلاثة.

بيانه فيما إذا قال: لفلان علي ألف درهم ومائة دينار إلا درهمين.

وفي الاستحسان يصرف الاستثناء إلى المال الأول، إذا كان المستثنى من جنس المال الأول، وإن كان المقر له رجلين، فالاستثناء من جنس المال الثاني.

بيانه: فيما إذا أقر لفلان علي ألف درهم ولفلان آخر علي مائة دينار إلا درهم، فالاستثناء يصرف إلى الدنانير، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعلى قول محمد: إن كان المالان لرجل واحد فالاستثناء يجري إلى جنس، وإن كان المالان لرجلين لا يصح الاستثناء أصلاً.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم ولفلان آخر مائة دينار إلا درهم من الألف، فالاستثناء ينصرف إلى الدراهم؛ لأنه صرح به.

ولو قال: علي ألف درهم إلا مائة وخمسين. ذكر في رواية أبي سليمان أن عليه تسعمائة وخمسين.

وفي رواية أبي حفص: تسعمائة.

قالوا: والأول أصح.

(١) سقط في ز.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم إلا مائة درهم وعشرة دنانير إلا قيراط، كان المائة دراهم والعشرة الدنانير إلا قيراط مستثنى كله من الألف.

والأصل في جواز الاستثناء من الاستثناء، قوله: ﴿إِلَّا آَل لُّوْطٍ إِنَّا لَمُنَجُّهُمْ أَجْمَعِينَ﴾ (٥٩) إِلَّا أَمْرَاتُهُ ﴿١﴾ الله تعالى استثنى آل لوط من المهلكين، واستثنى امرأته من الناجين فلحقت بالمهلكين.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم ومائة درهم إلا ألف درهم، كان الاستثناء باطلاً.

ولو قال: لفلان علي كر حنطة وقفيز شعير، فاستثناء القفيز الشعير جائز عن الكر الشعير عند أبي يوسف ومحمد.

وعلى قول أبي حنيفة: لا يجوز، واستثناء الكر الحنطة باطل بلا خلاف. ولو قال: [لفلان] ^(٢) علي ألف درهم - أستغفر الله - إلا مائة درهم، لا يصح الاستثناء.

وعند أبي يوسف: يصح الاستثناء.

ولو قال: لفلان علي مائة درهم فاشهدوا عليه بذلك إلا عشرة، فالاستثناء باطل. ولو قال: لفلان علي ألف درهم إلا عشرة دراهم قبضتها إياه، كانت عليه الألف كلها.

ولو قال: إلا عشرة دراهم وقد قبضها إياه، فعليه الألف إلا عشرة.

ولو قال: علي ألف درهم إلا درهم قبضته إياه، كان الاستثناء صحيحاً.

ولو قال: له علي درهم غير دائق من ثمن بغل قد قبضته إياه، كان درهم، كذا قال في رواية أبي سليمان؛ لأنه أقر بدرهم واستثنى دائقا ادعى فلم يقبل ذلك منه بقي الإقرار بدرهم.

(١) سورة الحجر الآيتان ٥٩، ٦٠.

(٢) سقط في ز.

وفي رواية أبي حفص: عليه درهم إلا دانتق .
ولو قال: لفلان علي ألف درهم إلا أن يبدو لي أو إلي أن أرى غير ذلك ،
فالإقرار باطل .

وفي المنتقى قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا قال الرجل: لفلان علي مائة
درهم إلا قليل ، فعليه إحدى وخمسون درهمًا .

وكذلك في نظائر هذا الجنس ، نحو قوله: إلا شيء ، وما أشبهه أوجب الزيادة في
النصف واحدا من المسمى ؛ لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا ، وإذا أوجبنا
النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل .

وعن أبي يوسف إذا قال: لفلان علي عشرة دراهم إلا بعضها ، فهذا نظير قوله:
لفلان علي عشرة دراهم إلا شيئًا ، فعليه أكثر من النصف .

قال الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف في رجل قال لغيره: لك علي ألف درهم
إلا خمسمائة وخمسمائة ، قال أبو يوسف: عليه جميع الألف .

ولو قال: لك علي خمسمائة وخمسمائة إلا خمسمائة ، فالاستثناء جائز وعليه
خمسمائة ، والاستثناء من الخمسمائتين جميعًا .

قال أبو يوسف: إذا أقر بشيء بعينه واستثنى غيره من صنفه أو من غير صنفه ،
فالاستثناء باطل .

وفيه أيضًا إبراهيم عن محمد إذا قال: لفلان علي ألف درهم إلا بعضها ، أو قال:
إلا طائفة منها ، أو قال: إلا مال . قال: ما أقر به من شيء فهو جائز .

أو قال: إلا سهم ، ففي قياس قول أبي حنيفة: يلزمه خمسة الأسداس .
وعندهما: يلزمه نصف المال .

وفي نوادر هشام عن محمد في رجل قال لغيره: لك علي ألف درهم وضح إلا
مائة درهم نبهرجة . أن في قياس قول أبي يوسف: ينظر كم يساوي النبهرجة
بالدنانير ، فإن كان يساوي كل مائة منها أربعة دنانير ، ينظر كم يساوي الأربعة دنانير

بالوضح، فإن كان يساوي ثمانين فعليه تسعمائة وعشرون وضحًا.
وقال محمد: وأما في قول أبي حنيفة: يلزمه الألف الوضح كلها؛ لأنهما نوعان.
ولو قال: له علي ألف غلة إلا مائة وضح، فعليه تسعمائة غلة في قولهم جميعًا.
وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: ما في هذا الكيس من الدراهم
فهي لفلان إلا ألف درهم فإنها لي، قال: إن كان فيه ألف درهم وزيادة، فالزيادة
للمقر له، والألف للمقر قلت الزيادة أو كثرت، وإن كان فيه ألف درهم لا غير، أو
كان فيه أقل من الألف فالدراهم كلها للمقر.

وفي المنتقى: إذا قال الرجل: هذه الدار لفلان إلا نصيبا منها فإنه لفلان، فإن
وصل كلامه بأن قال: لفلان تسعة أعشارها مثلاً ولهذا عشرها، فهو جائز كما قال،
وإن لم يصل فلست أجزى قوله بعد ذلك فيها، ويقال للمقر له بالدار: أقر لصاحب
النصيب بما شئت.

وليس المراد من قوله: إن وصل كلامه، إن وصل قوله إلا نصيبًا بأصل كلامه؛
لأنه لو لم يصل كلامه إلا نصيبًا بأصل الكلام، لا يصح الاستثناء أصلًا، فكيف يقال
للمقر له بالدار: أقر لصاحب النصيب بما شئت؟

وإنما المراد أن المقر إذا فسر النصيب فإن وصل التفسير بأصل الكلام يعتبر
تفسيره، وإن لم يصل لا يعتبر تفسيره وينبغي الإقرار بالنصيب منهما ورجع في البيان
إلى المقر له بالدار.

وفيه أيضًا: إذا قال: لفلان علي دينار إلا مائة درهم، كان الاستثناء باطلاً.
ولو قال: له علي درهم إلا رطلاً من زيت أجزته.
وكذلك لو قال: له عليه درهم إلا قربة من ماء كان جائزًا.
قال: لأن القياس تبع للعرف على هذا فيعطى هذا درهمًا إلا قيمة قربة من ماء
ودرهمًا إلا قيمة رطل من زيت.

قال: أستحسن أن أجزى من هذا قدر ما يتعامل الناس به فيما بينهم، وأما فيما لا

يتعامل الناس به فيما بينهم فلا أجيذه .

ولو قال: له عليّ عشرة أرطال زيت إلا رطل سمن، كان الاستثناء باطلاً .

وكذلك لو قال: عشرة أرطال سمن إلا درهم، كان الاستثناء باطلاً .

وكذلك إذا قال: له عليّ كر حنطة إلا خمسة أرطال من زيت .

وفيه أيضاً: رجل قال: لفلان عليّ عشرة دراهم إلا درهما زائفاً، فإن عليّ قولي

أبي يوسف: للمقر له عشرة دراهم جياذ وللمقر عليّ المقر له درهم زائف يأخذه به .

وفي قياس قول أبي حنيفة: للمقر له عشرة دراهم جياذ .

ولو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا درهم ستوقا فإن للمقر له عشرة دراهم إلا قيمة

درهم ستوق . وهذا قول أبي يوسف . وهو قياس قول أبي حنيفة أيضاً - رحمهم الله

تعالى .



مسائل الرجوع:

قال في الأصل: إذا قال: لفلان علي ألف لا بل خمسمائة، [فعليه ألف].
ولو قال: له علي درهم أبيض، لا بل أسود^(١)، فعليه أفضلهما، وكذا الجيد
والرديء، والأصل أن كلمة: لا بل إذا دخلت بين مقدارين، فإن كان المقر له اثنين
لزمه المالان جميعا اتحد الجنس أو اختلف.

فإن كان المقر له واحداً: إن كان الجنس مختلفاً لزمه المالان جميعاً أيضاً، وإن
كان الجنس متحداً لزمه أكثر المالين وأفضلهما.

بيانه: فيما إذا كان المقر له واحداً وقد اتحد الجنس فيما ذكرنا من مسألة الأبيض
والأسود والجيد والرديء.

وكذلك إذا قال: لفلان علي درهم لا بل درهما استحساناً.

بيانه: فيما إذا كان المقر له واحداً وقد اختلف الجنس.

إذا قال: لفلان علي كُرّ حنطة، لا بل كُرّ شعير، فإنه يلزمه كلاهما.

قال: لفلان علي درهم لا بل دينار، لزمه كلاهما.

بيانه: فيما إذا كان المقر له اثنين والجنس مختلف.

إذا قال: لفلان علي ألف درهم لا بل لفلان آخر علي مائة دينار، لفلان علي كر

حنطة لا بل لفلان آخر علي كر شعير.

بيانه: فيما إذا كان المقر له اثنين والجنس متحد.

إذا قال: لفلان علي درهم لا بل لفلان، أو قال: لفلان علي مختوم من دقيق

رديء لا بل حوارى فهو حوارى.

في شرح الشافى: وعن الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف إذا قال: لفلان دقيق

حوارى لا بل خشكار، لزمه حوارى، كأنه جعله جنساً واحداً.

ولو قال: كر حنطة لا بل كر دقيق، لزمه الكران، لاختلاف الجنس.

(١) سقط في ز.

وفيه أيضًا: لك ألف درهم ثمن العبد لا بل ثمن الجارية، لم يلزمه إلا ألف واحد.

ولو قال: لفلان علي رطل من بنفسج لا بل من خيري، لزمه لأنهما جنسان. وكذلك لو قال: رطل من سمن غنم لا بل من سمن بقر لزمه.

ولو قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن جارية باعنيها لا بل فلان باعنيها بألف درهم، فعليه لكل واحد منهما ألف درهم، وإن أقر الثاني أنها للأول فعليه ألف واحدة للأول.

ولو أن رجلا له على رجل عشرة دراهم بيض وعشرة دراهم سود، فقال رب الدين: اقتضيت منك درهما أسود بل درهما أبيض، أو على العكس، وقال المديون: قد اقتضاهما مني، لزمه اقتضاء درهم أبيض.

ولو كان الدين عشرة دراهم وعشرة دنانير فقال رب الدين: اقتضيت دينارا لا بل درهما، وقال المديون: لا بل اقتضيت درهماً وديناراً، لزمه اقتضاءهما.

واعلم بأن الإقرار بالاقتضاء إقرار بالدين على نفسه، لما عرف من طريق اقتضاء الدين، وكل جواب عرفته في الإقرار بالدين فهو الجواب في الإقرار بالاقتضاء، وقد ذكرنا الجواب في الإقرار بالدين في أول هذه المسائل.

في المنتقى عن محمد: رجل في يديه ألف درهم قال: هي لفلان لا بل لفلان، فهي للأول وهو شاهد للآخر، وقال: أودعنيها، قال: لا بل فلان، فهي للأول ويغرم للثاني مثلها.

وفيه أيضًا ابن سماعة عن محمد: رجل في يديه عبد قال: هذا العبد مضاربة لفلان عندي، ثم قال: كان دفع إلى خمسمائة فاشتريت بها هذا العبد، وقال المقر له: بل دفعت إليك هذا العبد، فالقول قول المقر، والعبد له.

وكذلك العقار والعروض وما يكال أو يوزن وغير ذلك.

وفيه أيضًا ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال: هذه الألف أودعنيها فلان لا بل

فلان، والأول غائب فأخذها الثاني ثم حضر الأول، فإن أخذ مثلها من المقر، لم يرجع بها على المدفوع إليه، وإن أخذها من المدفوع إليه ورجع المودع إليه على المقر.

وإذا كان على رجل صك فيه مائة درهم، وصك آخر فيه مائة درهم أيضاً، فقال رب الدين: قد قبضت منك عشرة دراهم من هذا الصك لا بل من هذا الصك، فإنه يلزمه عشرة واحدة، وللقاضي وهو المديون أن يجعل العشرة من أي الصكين شاء. ولو كان لرجل على رجل مائة درهم وعلى رجل آخر مائة درهم أخرى، وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، وكل مال في صك على حدة أو كانا في صك واحد، فقال رب الدين: قبضت من هذا عشرة لا بل من هذا، يلزمه لكل واحد منهم عشرة.

وكذلك لو كفلاً عن رجل واحد فقال رب الدين: قبضت عشرة من هذا الكفيل لا بل من هذا الكفيل، لزمه.

ولو كان لرجل على رجل ألف درهم، فقال رب الدين: دفعت إلي منها مائة درهم، ثم قال: لا بل أرسلت منها مع غلامك إلي، فهي مائة واحدة؛ لأن من عليه المال واحد.

ولو أقر أنه قبض منه مائة درهم وقال المديون: وعشرة دراهم أرسلت بها إليك مع فلان وثوباً بعته منك بعشرة، فقال الطالب: صدقت وقد دخلت هذه في هذه المائة، صدق؛ لأن من عليه الدين واحد.

قال الفقيه أبو جعفر الهندواني - رحمه الله - هذا إذا قال المديون: عشرة أرسلت بها إليك مع غلامي، بغير حرف (الواو) في أوله، وأما إذا ذكر (الواو) في أوله فعشرة دراهم أرسلت بها مع غلامي وعشرة دراهم بعتك ثوباً بها، فقال رب الدين: صدقت، فهذا إقرار بالمائة والعشرين.

وكان الشيخ الإمام نجم الدين يقول: هذا وجه حسن، وكان يقول: ذكر في

بعض روايات هذا الكتاب بغير حرف (الواو).

ولو كان به كفيلا فقال: قد قبضت منك مائة لا بل من كفيلا، لزمه لكل واحد منهما مائة، فإذا أراد أن يحلف كل واحد منهما على ذلك، ليس له ذلك. وفي المنتقى: رجل اشترى من آخر متاعاً فقال البائع: قبضت الثمن من المشتري، ثم قال بعد ذلك: فكان لي عليه ألف درهم فقاصصت بها، لم يصدق. ولو قال: قد استوفيت منك الثمن، ثم قال بعد ذلك: قاصصتك بها، صدق. وكذلك لو كان قال: قد برئت إلي منها، ولو قدم ذكر القصاص فقال: قد قاصصتك الدين الذي لك علي بثمن ما اشتريته مني، ثم قال بعد ذلك: قد قبضت منك، صدق في ذلك.

وعلى هذا إذا قال: قبضت منك الثمن لا بل قاصصتك بألف كانت لك علي، لم يصدق، ولو قال: استوفيت منك الثمن لا بل قاصصتك به من دين كان لك علي، صدق.

قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال: قد قبضت من فلان عشرة دراهم تنقص دانقين، قال أبو حنيفة: أستحسن إذا وصل الكلام أن يجعلها كما قال بنقص دانقين.

قال هشام: سمعت محمداً يقول: إذا قال: غصبت من فلان غلاماً أبيض لا بل أسود، يلزمه غلام واحد أبيض.

وإن قال: غصبت قميصاً قرطقا، فهو ضامن لهما جميعاً.

وكذلك إذا قال: ثوب هروي لا بل بغدادي، أو قال: ثوب هروي لا بل كرايس.

قال محمد: إذا رجع على الجنس فهما عليه، وإذا رجع عن النوع جعلته واحداً وأخذ أفضلهما. والله تعالى أعلم.

الفصل الحادي عشر

في رجل يقر بمال دفعه إليه رجل لرجل آخر

رجل في يديه ألف درهم قال: هذه الألف لفلان دفعها إلي فلان، فإن أقر الدافع أن الألف لفلان وهو كان مأمورًا من جهته بالدفع إلى المقر، فإن الألف تكون للأول لتصادقهم عليه، وإن أنكر الدافع ذلك كله وادعى الألف لنفسه، دفع الألف إلى الأول دون الثاني، وإذا دفع إلى الأول هل يضمن للثاني؟ إن دفع بغير قضاء يضمن للثاني بعد أن يحلف الثاني بالله ما كنت مأمورًا بالدفع من جهة الأول، فحلف، فأما إذا نكل لا يضمن للثاني شيئًا.

وأما إذا دفع بقضاء على قول أبي يوسف: لا يضمن.

وعلى قول محمد: يضمن.

قالوا: لم يذكر محمد الخلاف في هذا الفصل في كتاب الإقرار من الأصل، وإنما ذكر في الجامع، ثم قال في إقرار الأصل: الودیعة والعارية سواء.

قالوا: ما ذكر في الأصل مستقيم على قول محمد، غير مستقيم على قول أبي يوسف؛ لأن وضع المسألة في الدراهم، وعارية الدراهم قرض، والمقر بالقرض للثاني يضمن للثاني سواء دفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء بالإجماع.

وفي الودیعة إنما يضمن للثاني عند أبي يوسف إذا حصل الدفع إلى الأول بغير قضاء، فأما إذا حصل بقضاء لا يضمن، ولا تستقيم هذه التسوية على قول أبي يوسف.

فأما على قول محمد: يضمن المقر للثاني في الودیعة، حصل الدفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء، كما في القرض فتستقيم هذه التسوية على قول محمد.

وإنما تستقيم على قول أبي يوسف بين الودیعة والعارية، إذا كانت العارية حيوانًا أو شيئًا من العروض، فإن في هذه الصورة المقر لا يضمن للثاني إذا حصل الدفع إلى الأول بقضاء.

عند أبي حنيفة: الوديعة والعارية في ذلك على السواء، وإذا حصل الدفع إلى الأول بغير قضاء يضمن للثاني في الوديعة والعارية.

هذا إذا بدأ المقر بالإقرار بالملك المطلق، ويتم الإقرار بالدفع.

فأما إذا بدأ بالإقرار بالدفع ويتم الإقرار بالملك المطلق بأن قال: هذه الألف

دفعها إلي فلان وهي لفلان، فهذا على وجهين:

[الأول]^(١): أن يقر الدافع بكونه مأمورًا بالدفع من جهة الثاني، فإنه على وجهين

أيضًا:

الأول: إن صدق الثاني كونه مأمورًا بالدفع من جهة المقر، فالمقر بالخيار: إن

شاء دفع الألف إلى الثاني لكونه مالكا له بتصادقهم، وإن شاء دفع الدافع لكونه

وكيلًا، وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل.

وإن أنكر الثاني أن يكون الدافع وكيلًا بالدفع من جهته لا يدفع إلى الدافع ولكن

يدفع إلى الثاني ولا يضمن المقر للدافع شيئًا.

فأما إذا أنكر الدافع أن يكون مأمورًا بالدفع من جهة الثاني فادعى الألف لنفسه فإنه

يدفع الألف إلى الدافع ولا يضمن للثاني سواء دفع إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء.

وفرق بين هذا وبين ما إذا قال: هذه الألف لفلان، ثم قال: هي لفلان، ولم

يقل: إن الأول دفعها إلي، ودفع إلى الأول بغير قضاء، يضمن للثاني، وهنا قال: لا

يضمن للثاني.

ولو قال: هذه الألف لفلان أقرضنيها فلان، وادعاهما كل واحد منهما، فإنها للذي

أقر بها له أولاً، ولا يضمن للثاني عندهم جميعًا، سواء دفع إلى الأول بقضاء أو بغير

قضاء.

وله أن يحلف الثاني بالله ما كنت وكيلًا بالإقراض من جهة الأول، وإن كان يثبت

كونه وكيلًا فلا يضمن له، وإن حلف لم يثبت كونه وكيلًا.

(١) سقط في ز.

عبد في يدي رجل أقر أنه لفلان باعنيه فلان آخر بألف درهم بإذن الأول، وصدقه الأول في ذلك، فإن أقر الثاني بذلك فالعبد للمقر وعليه الثمن للأول وحق القبض للثاني.

وإن أنكر الثاني الأمر بالبيع من جهة الأول وادعى العبد لنفسه، والأول يدعي العبد لنفسه أيضًا وأنكر الأمر بالبيع فالعبد يدفع إلى الأول، ولكن للمقر أن يحلفه بالله ما أمر الثاني بالبيع، فإن حلف لم يثبت الأمر بالبيع من جهته فيدفع العبد إليه. وإن نكل ثبت الأمر بالبيع من جهته، فلا يكون له على العبد سبيل.

ثم إذا دفع العبد إلى الأول يضمن المقر الثمن للثاني دفع إلى الأول بغير قضاء أو بقضاء؛ لأنه أقر بجريان سبب وجوب الضمان بينه وبين الثاني وهو الشراء، ولكن بعد أن يحلف بالله ما كنت مأمورًا بالبيع من جهة الثاني، وحلف؛ لأنه إذا حلف لم يثبت كون البائع وكيلًا في البيع فيكون بائعًا لنفسه، وإنما لم يسلم الثمن للمقر بحكم إقرار المقر، وذلك لا يمنع سلامة الثمن الثاني.

وأما إذا نكل الثاني، فالمقر لا يضمن شيئًا.

وإذا أقر الرجل أن هذا العبد في يديه لفلان غصبه فلان المقر له من فلان آخر، فإنه يقضى به للمقر له الأول، ولا يقضى للمغضوب منه بشيء من العبد، ولا يضمن للمغضوب بعد الغصب منه شيئًا، سواء دفع للأول بقضاء أو بغير قضاء.

وإذا قال: هذه الألف لفلان أرسل بها إلي مع فلان وديعة أودعها كل واحد منهما، فإنها للأول، فإن قال الأول: ليست لي، وادعها الرسول، فهي للرسول، وإن كان المقر له غائبًا وأراد الرسول أن يأخذها لنفسه، ليس له ذلك.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال الرجل: هذه الدابة فلان أرسل بها إلي مع فلان، فإنه يردها على من أقر بها ويدفع قيمتها إلى الذي دفعها إليه إذا أنكر أن يكون للمقر له.

قال: وفي قياس قول أبي حنيفة: لا يدفع إلى الذي زعم أنه دفعها إليه شيئًا.

وفي المنتقى: إذا قال الرجل: لفلان علي ألف درهم جاءني بها فلان أو أرسل بها إلي مع فلان، فإنه يغرم لكل واحد منهما ألف درهم.

ولو أن رجلاً في يديه صبي قال: هذا الصبي ابن فلان غصبه من فلان آخر، وادعى أبو الصبي أنه ابنه، وادعى المغصوب منه أنه عبده، قضى به للأب، وهو حر ثابت النسب، ولا يضمن للثاني.

وكذلك إذا قال: هذا الصبي ابن فلان أرسل به إلي مع فلان، كان الابن للأول إذا ادعاه دون الرسول.

وإذا أقر الخياط أن هذا الثوب الذي في يديه ثوب فلان سلمه إليه فلان، وكل واحد منهما يدعيه، فإن الثوب للمقر له الأول.

فإذا دفع الثوب إلى الأول، ذكر في رواية أبي سليمان أنه لا يضمن للثاني شيئاً، وهذا الجواب مستقيم على قول أبي يوسف، إذا حصل الدفع إلى الأول بقضاء. أما لا يستقيم على قول محمد، وينبغي أن يضمن على قوله، وإن حصل الدفع؛ لأنه أقر أن الثوب وديعة عنده للثاني.

وذكر في رواية أبي حفص أنه لا يضمن للثاني في قول أبي يوسف. وعلى قول محمد: هو ضامن.

وهذا الجواب إنما يستقيم إذا كان تأويل المسألة: أن الثاني سلم الثوب إليه وديعة لا ليخيطه، حتى يكون مقراً بإيداع الثاني، فإذا دفعه بقضاء قاض، تكون المسألة على الاختلاف.

وأما إذا أقر أن الثاني سلمه إليه ليخيطه، فإنه يجب أن يضمن للثاني عندهما، دفع بقضاء أو بغير قضاء، هكذا ذكر عن الفقيه أبي جعفر - رحمه الله.

وذكر في بعض روايات كتاب الإقرار أنه لا يضمن للثاني في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وهذا الجواب يستقيم على قول أبي حنيفة؛ لأن المال أمانة عند أبي حنيفة في

يدي الأجير المشترك، فلا يضمن للثاني عنده كما في مسألة الوديعة على قول أبي يوسف.

[قالوا: وهذا يدل على أن قول أبي حنيفة في مسألة الوديعة^(١) نظر قول أبي يوسف.

فأما لا يستقيم هذا الجواب على قول أبي يوسف؛ لأن المال مضمون على الأجير المشترك عنده، إلا فيما لا يمكن التحرز عنه.

وإذا أقر أن الثوب سلمه إلى فلان ليقطعه قميصًا وهو لفلان، وادعاه كل واحد منهما، فإن الثوب للذي سلمه إليه وهو المقر له الأول.

وإذا دفع إلى الأول يضمن للثاني، سواء دفع بقضاء أو بغير قضاء.

هذا، وما لو أقر أن هذا الثوب سلمه إليه فلان وهو لفلان، سواء، إن دفع إلى الأول بغير قضاء، يضمن للثاني بالإجماع وإن دفع بقضاء أنه على الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد.

فإن أقر أن فلانًا أتاه بهذا الثوب عارية من فلان وادعاه كل واحد منهما، فهو للذي أتى به، ولا يضمن للثاني بالدفع إلى الرسول، دفعه إليه بقضاء أو بغير قضاء.

عيسى بن أبان عن محمد: في رجل في بيته مال قال: دفعه إلي فلان مضاربة بالنصف، وفلان غائب، ثم قال بعد ذلك: قد كنت أبطلت فيما كنت أقررت به

لفلان من هذا المال ليس له منه شيء، إنما هو لفلان آخر دفعه إلي مضاربة بالنصف، والمقر له الآخر حاضر فقال: صدقت دفعته أنا إليك فاشترى به وربح، ثم

حضر الأول فالأول على المضاربة، وما كان من ربح فهو للمقر والمقر له الأول نصفان ولا شيء للمقر له الثاني، ولكن يضمن المقر للثاني مالا مثله، وإذا

صار ضامنًا للثاني، لا يكون للثاني شيء من الربح، فإن كان للأول على هذا الوجه، فهو أيضًا ضامن للأول مثل ماله ولا ربح لواحد منهما.

(١) سقط في ز.

والذي ذكرنا في المضاربة كذلك في الوديعة .
 إذا قال: هذه الألف وديعة لفلان، وفلان غائب، ثم قال: أبطلت فيما أقررت
 هي وديعة لفلان آخر، فهلك المال عنده، فهو ضامن للثاني ولا يضمن للأول .
 وذكر في المنتقى أيضًا بعد هذه المسألة رواية ابن سماعة عن أبي يوسف: في
 رجل في يديه عبد أقر أنه لفلان بن فلان الفلاني، ثم قال: وهمت إنه لهذا الرجل
 أودعني، قضيت به للآخر وكان له أن يبيعه ويعتقه ويجوز أمره فيه كما يجوز في
 عبده، فإن قدم الأول ادعى الإقرار أبطلت ذلك كله وقضيت للأول وضمنت الذي
 كان في يديه قيمته للآخر؛ لأنه أبطل وديعته بإقراره .

وذكر بعد هذه المسألة برواية ابن سماعة عن محمد: رجل أقر أن هذا الذي في
 يده وديعة عنده لفلان، ثم أكذب نفسه وأقر أنها لرجل آخر، والمقر له الأول غائب
 والمال قائم بعينه، فخاصمه الثاني فيه كان له أن يأخذه منه ويكون ضامنًا مثله للذي
 أقر له أول .

وكذلك في المضاربة ما دام المال قائمًا بعينه والأول غائب فللثاني أن يخاصمه
 ودفعته إليه عند ذلك، فإن جاء بالأول بعد ذلك وادعاه ضمننت له مثله .

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل في يده ألف درهم قال: هذه الألف
 لفلان هذا أودعنيها فلان، فقال المقر له: هي لي غصبتها مني، قال: فإني أدفعها
 إلى المقر له، فإن جاء المودع ذلك وأنكر أن يكون للمقر له ضمن المقر ألفا أخرى
 للمودع ولا يرجع إلى المقر له الأول .

في نوادر هشام عن محمد: إذا قال الرجل: لفلان علي ألف درهم من ميراث
 فلان، فإن أقر المقر له بما قال المقر أخذها ورثة فلان من المقر، وإن أنكر المقر له
 ذلك فلا سبيل لورثة فلان على أحد .

وفي المنتقى: إذا قال الرجل: أودعني فلان هذه الألف وهي لفلان، والمقر له
 بالوديعة غائب فللمقر له بالملك أن يأخذها، فإن أخذها، ثم حضر المقر له بالوديعة

فهو بالخيار إن شاء أخذ من المقر، وإن شاء أخذ من المقر له بالملك المطلق، فإن أخذ من المقر لا يرجع المقر على المقر له بالملك المطلق، وإن أخذ من المقر له فكذلك لا يرجع المقر له على المقر.

وعن أبي يوسف في الإملاء: إذا قال رجل: العبد الذي في يدي فلان حر الأصل، ثم أقر أنه لفلان، أو بدأ بالإقرار لفلان، ثم أقر أنه حر الأصل، ثم اشتراه، فإنه يبدأ فيه بالأول من قوله.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل في يديه دار أقر أن زيدًا دفع هذه الدار وقال: إنها لمالك يدعيها، لا يجبر المقر على دفعها إليه إلا أن يقر أن زيدًا أمره بدفعها إلى مالك، وإن أقر بذلك ألزمناه ما أقر به ولا يصدقه على زيد إن قدم فجحده.

وفي نوادر هشام عن محمد: رجل في يده ألف وعلى المرأة البينة^(١). والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) هكذا في المخطوط، وفي الفتاوى الهندية (١٠٧/٤): قال هشام في نوادره قلت لمحمد رحمه الله في رجل لي عليه ألف درهم وللرجل على امرأة ألف درهم فتخاصمه في فأقمت المرأة شاهدين وأنا غائب أني أقررت أن الدراهم التي على هذا الرجل الذي يطالبها ملك لهذه المرأة لا شيء لي فيها وإنما هي بإسمي من ثمن عبد بعته لها، والرجل الذي يطالب المرأة مقر بأن لي عليه ألف درهم، أو منكر فأقمت المرأة بينة أن لي عليه ألف درهم وأنا أقررت أنها ملك لها، وأن اسمي في ذلك عارية. قال محمد رحمه الله: هذا أمر جائز والشهادة قاطعة.

الفصل الثاني عشر

في إقرار الرجل بدين له على غيره أو بوديعة له في يد غيره لآخر قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين صك باسمه، فأقر الطالب أن ما في هذا الصك لفلان، فهو جائز ويكون حق القبض للوكيل.

وذكر في الأقضية المنسوبة إلى أهل الكوفة أن للمقر له حق قبض الدين بدون توكيل من جهة المقر.

قالوا: وما ذكر في الأصل أن حق القبض للوكيل دون الموكل بالملك محمول على ما إذا أقر المقر له أن المقر باشر سبب الدين بإذنه وتوكيل منه، فأما إذا أنكر أن يكون أذن له في مباشرة سبب الدين كان حق القبض للمقر له دون المقر، ولا يحتاج إلى توكيل المقر هنا.

قال: وإذا أقر الرجل أن الدين الذي له على فلان لفلان كان للمقر على فلان مائة درهم في صك وعشرة دنانير في صك، فقال المقر: إنما عنيت الدراهم خاصة دون الدنانير، وقال المقر له: لي ذلك كله، فإن الدراهم والدنانير للمقر له كلها.

قال في الأصل: وإذا كان لرجل ألف درهم وديعة في يد إنسان فأقر رب الوديعة أن الوديعة التي في يد فلان لفلان، فهو جائز ويكون حق القبض للمقر يأخذها ويدفعها إلى المقر له فلا يكون للمقر له أن يقبضها.

قالوا: وهذا إذا أقر المقر له أنه أذن له في الإيداع، فأما إذا أنكر الإيداع، كان حق القبض للمقر له لا للمقر. والله تعالى أعلم.

الفصل الثالث عشر

في تكرار الإقرار

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا أقر الرجل بمائة درهم لرجل وأشهد شاهدين ثم أقر بمائة درهم لذلك الرجل بعينه وأشهد شاهدين، وجعل هذه المسألة على وجهين:

إما أن يكون الإقرار بسبب، أو يكون الإقرار مطلقاً غير مقيد بسبب.

فإن كان مقيداً بسبب فهو على وجهين أيضاً:

إن كان السبب متحداً: بأن أقر له بمائة ثمن هذا العبد وأشهد عليه شاهدين، ثم أقر له بمائة ثمن هذا العبد بعينه وأشهد عليه شاهدين، [فالمال واحد وعلى كل حال؛ لأن اتحاد السبب يدل على اتحاد المسبب.

وإن كان السبب مختلفاً، بأن أقر له بمائة ثمن هذه الجارية وأشهد عليه شاهدين، ثم أقر له بمائة ثمن هذا العبد وأشهد عليه شاهدين^(١). وفي هذا الوجه المال مختلف على كل حال.

وأما إذا كان الإقرار مطلقاً غير مقيد بالسبب فهو على وجهين:

إما إن كان به صك، أو لم يكن.

فإن كان به صك فهو على وجهين أيضاً:

فإن كان الصك واحداً فهذا مال واحد، سواء كان الإقرار والإشهاد في موطن واحد أو في موطنين مختلفين.

وإن كان الصك مثني كان مالين، سواء كان الإقراران والإشهاد في موطن واحد أو في موطنين.

وكذلك إذا أقر بمائة مطلقاً، وكتب إقراره في صك، ثم أقر وكتب إقراره في صك فهما مالان.

(١) سقط في ز.

وكذلك إذا كان الإقرار بالصك وأقر بما في الصكين كان الإقرار بالمالين جميعًا .
 وإن لم يكن ثمة صك فأقر بمائة وأشهد شاهدين ، فإن كان الإقراران في موطنين .
 قال أبو حنيفة : هما مالان ، ولا يجعل الثاني تكرارًا وإعادة للأول إذا ادعى الطالب
 المالين .

وقال أبو يوسف ومحمد : بأنه واحد ، إلا أنه إذا كان المقر به في الكرة الثانية أكثر
 يلزمه الأكثر ، وإن كان الإقراران في موطن واحد لا شك أن المال واحد منهما .
 وأما عند أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه :
 كان الفقيه أبو بكر الرازي يقول : إنهما مالان كما لو كان الإقرار في موطنين .
 وقال الكرخي : بأنه مال واحد كما هو قولهما .

ولو أقر بمائة وأشهد عليه شاهداً واحداً ، ثم أقر بمائة وأشهد عليه شاهداً آخر فهو
 مال واحد بالاتفاق ، سواء كان الموطن واحداً أو موطنين .
 وكذلك لو أقر بمائة وأشهد عليه شاهدين ، ثم أقر عند القاضي بمائة وأشهد عليه
 فالمال واحد بالاتفاق .

وفي شرح أدب القاضي للخصاف : إذا لم يكن الإقرار مقيداً بسبب فإن كان
 الإقراران في موطنين وأشهد على كل إقرار شاهدين فأشهد على الإقرار الثاني
 الشاهدين اللذين أشهدهما على الإقرار الأول ، فعلى قول أبي حنيفة : المال واحد
 إلا أن يقول المطلوب : هما مالان ، وإن شهد غيرهما فالمال مثني .

وفي موضع آخر عن أبي حنيفة على عكس ما ذكر هنا ، فقد ذكر ثمة أنه إن أشهد
 اللذين أشهدهما كان المال مثني عند أبي حنيفة ، وإن أشهد غيرهما كان المال
 واحداً .

وعند أبي يوسف : المال واحد على كل حال .
 وإن كان الإقرار في موطن واحد ، فعلى قول أبي يوسف ومحمد : المال واحد
 بكل حال .

وأما على قول أبي حنيفة، فقد اختلف المشايخ فيه: منهم من قال: القياس على قوله أن يكون المال مثنى، وفي الاستحسان: يكون واحداً، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي. ومنهم من قال: يجب أن يكون على الخلاف بين الكرخي والطحاوي. فعلى قول الكرخي: يكون المال مثنى. وعلى قول الطحاوي: يكون المال واحداً. وإليه ذهب شيخ الإسلام - رحمه الله.

بشر عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم عند القاضي فأقر بها له وأثبتها القاضي، ثم أعاده إليه في يوم آخر وادعى عليه ألف درهم فأقر له بها، فهي ألف واحد عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف. وإذا كان أحد المالين خمسمائة لزمه أكثرهما.

وكذلك الشهادة في غير موطن إذا كانا أشهدا على ذلك رجلين فصاعداً في الموطنين، فأشهدا في الموطن الثاني غير اللذين أشهدا أولاً فالإقرار عند الشاهدين كالإقرار عند القاضي.

ولو أشهد على نفسه بألف درهم في صك شهوداً وأشهد على نفسه في موطن آخر وفي صك آخر شهوداً لزمه المالان جميعاً، سواء أشهد أولئك الشهود بأعيانهم أو أشهد غيرهم.

وكذلك في الإقرار بالصكين عند القاضي يلزمه المالان جميعاً، والصكان بمنزلة مالين مختلفين، لكل مال منهما نسب إلى صك غير ما نسب إليه المال الآخر.

قال: وإن لم يكن صكان وكان شهوده في موطنين في كل موطن شهدوا بألف درهم، فإن كان الشهود على المال الآخر هم الشهود على الإقرار الأول ومعهم شاهدان من غيرهم، فإن جاء بشاهدين على إقراره بألف درهم، وجاء بشاهدين آخرين على إقراره بألف درهم لا يعلم أنهما في موطن واحد أو في موطنين.

وفي نوادر هشام عن محمد: إذا أشهد رجل شاهدين على نفسه لرجل بألف درهم إلى شهر، وأشهد آخرين على نفسه بألف درهم، فهما مالان لاختلاف الأجلين.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار، وكانت الألف في صك قد كتب عليه وكتب فيه ألا شيء عليه غيرها، وكانت المائة بصك قد كتب عليه وكتب فيه ألا شيء عليه غيرها، والوقت واحد، أو لا وقت فيهما، فالمال واحد كله لازم.

قال: ألا ترى أنه لو كان لي عليه ألف درهم ولا مال لي عليه غير ذلك، وعليه مائة دينار ولا مال لي عليه غير ذلك، قال هذه المقالة، وجاء بينة على المالين، أنني ألزمه المالين.

وذكر البقالي الاستشهاد وقال: إن كان في وقتين فالثاني ينسخ الأول.

وعن محمد في مسألة الأصل، وهي مسألة الصكين روايتان:

روى المعلى عنه: أنه يلزمه أحد المالين.

وروى هشام عنه: أنه لا يلزمه شيء. والله تعالى أعلم.



الفصل الرابع عشر

في الإقرار بمقدار مضاف إلى صنفين من المال أو إلى أصناف من المال قال محمد رحمه الله في الأصل: وقال أبو حنيفة - رحمه الله - إذا أقر الرجل أن لفلان عليه مائتي مثقال ذهب وفضة، فإن عليه من كل واحد منهما النصف. والأصل في جنس هذه المسائل أن من ذكر مقدارًا وأضافه إلى صنفين من المال يجب النصف من كل واحد منهما؛ لأنه أضاف المقدار إليهما إضافة على السواء؛ ألا ترى لو أنه أقر بمال مقدر وأضافه إلى اثنين كان بينهما نصفان؛ لأنه أضاف المال إليهما إضافة على السواء، اقتضى أن يكون نصف المقدار من هذا ونصف المقدار من ذلك، وصار كأنه نصف.

وقال: لفلان علي مائتا مثقال فضة وذهب، النصف من الفضة والنصف من الذهب وليس للمقر أن يجعل الفضة أكثر لما ذكرنا أن تقدير كلامه: النصف من الفضة والنصف من الذهب، ولو صرح بذلك وأراد أن يجعل الفضة أكثر من النصف ليس له ذلك، والقول قول المقر في الجيد من ذلك والرديء.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا قال: لفلان علي نصف درهم ودينار وثوب، فعليه نصف ذلك كله نصف درهم ونصف دينار ونصف ثوب.

وكذلك إذا قال: نصف كر حنطة ونصف كر شعير.

ولو قال: علي نصف هذا الكر حنطة وكر شعير، كان عليه من الشعير كر كامل. والأصل في هذا أن الكلام كله إذا كان على شيء بغير عينه فهو كله على الأصناف، وإن كان أول الكلام على شيء بعينه فالنصف على أول الكلام، والله تعالى أعلم.

الفصل الخامس عشر

فيما يكون إقرارًا بالشركة وما لا يكون

قال ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - في رجل قال: لهذا الرجل في هذا العبد ألف درهم، والعبد عبد المقر، قال: هذا عندي على أن ذلك دين في رقبتك، إلا أن يكون فيه كلام يدل على أنه شريك في رقبتك بألف درهم بأن يقول: اشتريت هذا العبد ولهذا فيه ألف درهم.

ولو قال: لفلان في هذا الثوب ألف درهم، ولم يكن هنا ما يدل على الشركة في الرقبة، فهذا ليس بشيء، إنما هي على أن له فيه ألف درهم مصرورة. ولو قال: إن له في هذا البر دون ألف درهم، فهذا ليس له وجه غير الشركة فهو على الشركة.

وإذا قال: لفلان في هذا الكيس ألف درهم ولي ألفان، وليس فيه إلا ألف فهي بينهما أثلاثاً.

ولو قال: لفلان فيه ألف وسكت، ثم قال: ولي فيه ألفان، لم أصدقه وكانت الألف للمقر له.

عن أبي يوسف في رجل قال: لفلان جريب في هذا البستان، فالقول قول المقر إن قال: هو شريك بجريب، أو قال: هو هذا الجريب بعينه، وإن مات، فالقول قول ورثته.

رجل قال لرجل: لك في هذا البيت مائة درهم، أو قال: لك في هذه الدراهم ألف درهم، قال: هذا على أن له فيها ألف درهم موضوعة.

ولو قال: لك في هذا العبد ألف درهم، لك في هذا الثوب ألف درهم، لك في هذه الدابة ألف درهم، فهذا على الشركة إن كان اشتراه كان شريكاً فيه بألف درهم، وإن كان الثوب أو الدابة هبة وهب له أو صدقة تصدق به عليه، فالإقرار بهذا باطل، والعبد إن كان هبة أو صدقة فالألف دين في عنقه يباع فيها.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجلان في أيديهما دار شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه أقر لهذا المدعي بنصف الدار، وكل واحد منهما ينكر، قال: لا حق للمدعي في يد واحد منهما، ولو شهد كل واحد منهما وآخر معه على صاحبه أنه أقر لهذا المدعي بنصف الدار، فإن المدعي يأخذ نصف الدار منهما؛ ألا ترى أنهما لو أجمعا أن نصف هذه الدار له دفعاه بينهما، فكذلك الشهادة. والله تعالى أعلم.



الفصل السادس عشر

في نفي المقر له ملك المقر به وإقراره به لغيره أو دعواه المقر به من وجه آخر

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: دار في يدي رجل أقر وقال: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها، فقال المقر له: ما كانت هذه الدار لي قط وإنما لفلان - يريد به رجلاً ثالثاً - وصدقه الثالث في ذلك، فإن القاضي يقضي بالدار للثالث، وهذا إذا أقر المقر له الأول: ولكنها لفلان، موصولاً بقوله: ما كانت هذه الدار لي قط. فأما إذا قال: ما كانت هذه الدار لي قط، وسكت ساعة، ثم قال: ولكنها لفلان، وصدقه فلان في ذلك فإنه لا يقضى بالدار للثالث وتركت في يد المقر كما كانت، بخلاف ما إذا قال ذلك موصولاً.

وفي نوادر هشام عن محمد: رجل في يديه ألف درهم قال لرجل: هذه الألف لك ورثتها عن أخيك، وقال المقر له: هي لهذا الرجل الآخر ورثتها عن أخيه، قال: يدفع الألف إلى المقر له الآخر إذا كان الكلام موصولاً.

روى إبراهيم عن محمد: رجل أقام بينة أن أباه أقر أن هذه الدار له، ثم أقر الابن أن أصل الدار كان لأبيه، قال: ترد الدار إلى ورثة أبيه ويكلف البينة أنها وصلت إليه من قبل أبيه.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: في رجل له على آخر ألف درهم دين فقال رب الدين: الألف التي لي على فلان هي لفلان وليست لي، وقال فلان: ما هي لي على فلان، قال: لا يبرأ الذي عليه المال، ولو قال المقر له بالألف: ما لي على فلان شيء وبرئ الذي عليه المال.

[ولو قال المقر له بالألف: ما لي على فلان شيء وبرئ الذي عليه المال]^(١)،

قال: من قبل أن قوله: ما هي، يستقيم أن يقول: ليست هي لي.

(١) سقط في ز.

وفي المنتقى: رجل أقر أنه استوفى من فلان درهماً كان له عليه، فقال فلان: قد كان لك علي إلا أنك وهبته لي، فقال الطالب: قد كان ولم أهبه لك ولم أستوفه منك، وأنا آخذك بإقرارك الذي أقررت بعد مقالتي، فليس له ذلك. وفيه أيضاً: رجل قال: ما كان لي على فلان شيء قط، أو قال: ما لي عليه شيء قط، فقال فلان: كان لك علي ألف درهم وقد قبضتها، أو قال الآخر: هي لي عليك ولم أقبضها، فللطالب أن يأخذه بالألف بعد أن يحلف على ما ادعى المطلوب فيها.

بشر عن أبي يوسف: رجل قال لغيره: قد أبرأتك من مالي عليك، وقال ذلك الغير مجيباً له بأن الخبر ليس على وجه الإقرار المستقبل، والله تعالى أعلم.



الفصل السابع عشر

في إسناد الإقرار إلى حال ينافي صحته وثبوت حكمه

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا أقر الرجل أنه قد كان أقر وهو صبي لفلان بألف درهم، وقال المقر له: لا، بل أقرت وأنت بالغ، فالقول قول المقر مع يمينه ولا شيء عليه.

وهذا بخلاف ما إذا قال الزوج لامرأته: تزوجتك وأنا مجوسي، أو قال: وأنت معتدة الغير، أو قال: بغير شهود، وقالت المرأة: لا، بل تزوجتني وأنت مسلم، تزوجتني وأنا فارغة عن العدة، تزوجتني بشهود، فإن القول قول المرأة.

وكذلك لو قال: أقرت بها في حال نومي، أو قال: أقرت لك بألف درهم وأنا ذاهب العقل، وقال المقر له: لا، بل أقرت وأنت عاقل، إن كان الجنون معهوداً، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أضاف الإقرار إلى حالة الصبي، وإن كان غير معهود فإنه لا يصدق في هذه الإضافة ويلزمه المال.

ولو أقر فقال: أخذت منك ألف درهم وأنا صبي أو مجنون، كان ضامناً. قال: وإذا أقر الرجل الحر: إني أقرت لفلان بألف درهم وأنا عبد، فإن المال لازم عليه.

وكذلك الحربي إذا أسلم وأقر أنه كان أقر لفلان في دار الإسلام بألف درهم حين دخلها بأمان، فإن المال يلزمه.

وكذلك لو قال: دخل فلان المسلم علينا في دار الحرب فأقرت له بكذا، كان المال لازماً.

وكذلك إذا قال: أقرت له بألف وأنا في دار الحرب وهو في دار الإسلام، فإنه هذا يلزمه.

ولو أن رجلاً قال لرجل: قد أقرت لك بألف درهم قبل أن تعتق، وقال ذلك الرجل: لا، بل أقرت لي بعدما عتقت، فإن المال يلزمه؛ لأن إقرار الحر صحيح،

سواء كان المقر له عبدًا أو كان حرًا فيأخذ العبد منه ما أقر به وبعدما أخذه العبد وصار في يده فالمولى ينازعه وهو في يد العبد حقيقة فيكون القول قول العبد. ولو أن رجلًا أعتق عبده فقال له بعد ذلك: قطعت يدك وأنت عبدي، وقال العبد: فعلت ما فعلت بعد العتق، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول قول العبد، والمولى ضامن.

وعلى قول محمد: القول قول المولى ولا ضمان.

وعلى هذا الاختلاف. إذا أسلم الحربي أو صار ذميًا فقال له رجل مسلم: قطعت يدك وأنت حربي في دار الحرب، أخذت من مالك كذا وأنت حربي في دار الحرب، وقال الحربي: فعلت ما فعلت بعدما أسلمت أو صرت ذمة في دار الإسلام، فالقول قول الحربي عند أبي حنيفة وأبي يوسف والمسلم ضامن.

وعند محمد: القول قول المسلم ولا ضمان.

وعلى هذا الخلاف إذا أسلم الحربي فقال لرجل مسلم: قطعت يدك، أخذت مالك وأنا حربي في دار الحرب، وقال المسلم: فعلت ما فعلت في دار الإسلام بعدما أسلمت، فالقول قول المسلم، والحربي ضامن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعلى قول محمد: القول قول الحربي ولا ضمان.

وأجمعوا على أن المال لو كان قائمًا في يد المقر في هذه المسائل أن القول قول المقر له، ويؤمر المقر برده عليه.

وأجمعوا على أنه: إذا قال لجاريته بعدما أعتقها: وطئتك قبل العتق، وقالت:

لا، بل بعدما أعتقتني، أن القول قول المقر له ولا ضمان عليه.

وأجمعوا على أن من أعتق عبداً له فقال العبد لرجل: قطعت يدك وأنا عبد، وقال

ذلك الرجل: لا، بل بعدما عتقت، أن القول قول المقر ولا ضمان.

وفرق محمد بين هذه المسائل وبين مسألتين:

إحدهما: رجل قال لآخر: فقأت عينك اليمين، وعينه اليمين صحيحة فذهبت بعد ذلك فلا شيء لك علي، وقال المفقوءة عينه: فقأت عيني اليمين وعينك - أعني: ذاهبة - فلي عليك نصف الدين، فالقول قول المقر له.
والمسألة الثانية: رجل باع عبده من رجل، فأقر رجل أن هذا العبد أتلف من مالي كذا قبل البيع، وصدقه البائع في ذلك، وقال المشتري: لا، بل فعلت ما فعلت

وقد استشهد محمد في الكتاب حجة على أبي حنيفة وأبي يوسف فقال: ألا ترى القاضي المعزول إذا قال لرجل: قضيت عليك لفلان بألف وأخذت منك ودفعتها إليه حال ما كنت قاضيًا، وقال ذلك الرجل: لا، بل أخذتها مني بعد العزل ظلما، فإن القول قول القاضي ولا ضمان عليه.

والوكيل ببيع إذا قال بعد العزل: بعت وأخذت الثمن قبل العزل وهلك في يدي، وقال المولى: استهلكت عبدي، فالقول قول الوكيل ولا ضمان عليه.

والوصي بعد بلوغ الصبي إذا قال: أنفقت عليك من مالك كذا وكذا، وقال الصبي: بل استهلكت، فالقول قول الوصي ولا ضمان عليه.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وهذه المسائل لا تصلح حجة عليهما يعرف ذلك بالتأمل إن شاء الله تعالى.



الفصل الثامن عشر

في الجمع بين الشيئين المتنافيين في الإقرار

قال محمد - رحمه الله - : إذا أقر الرجل أن لفلان عليه ألف درهم وأنه قضاها إياه، موصولاً بإقراره وأقام البينة على ذلك، فالقياس ألا تقبل بيئته. وكذلك إذا أقر فقال: هذا العبد لفلان اشتريته منه أمس، موصولاً بإقراره، أو قال موصولاً بإقراره: وهبها لي وقبضتها منه، القياس ألا تقبل بيئته، وفي الاستحسان: تقبل.

وإذا أقر الرجل فقال: هذا العبد الذي في يدي فلان اشتريته منه بألف درهم ونقده الثمن، ثم قال بعد ذلك: اشتريته من فلان آخر بخمسمائة ونقده الثمن، فإن أقام البينة على ذلك فهو جائز.

وكذلك لو أقام البينة على الأول بذلك ولم يقم بذلك على الآخر، وصدقه الآخر بالبيع، كان الجواب فيه كالجواب فيما لو ثبت البيعان جميعاً بالبينة، وإن لم يكن له بينة وأنكر كل واحد منهما البيع فإنه يرد العبد على الأول ويضمن للثاني قيمة العبد، سواء دفع الأول بقضاء^(١) أو بغير قضاء^(٢)، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: قبضا.

(٢) في ز: قبضا.

الفصل التاسع عشر

في إقرار الرجل على نفسه وعلى غيره بشيء لنفسه والإقرار بشيء بينه وبين غيره وفي الإقرار على نفسه بشيء مشترك

إذا أقر وقال: لفلان علي وعلى فلان ألف درهم كان مقرا على نفسه بنصف الألف، ولو سمي مع نفسه عبدا محجورا أو صبيًا أو حريًا أو ذميًا أو رجلاً لا يعرف، فعلى المقر حصته بالنسبة إلى عددهم.

ولو قال: لفلان علينا ألف درهم، ولم يسم معه أحدًا، ثم قال: عنيت معي فلانا وفلانا وادعى^(١)، أن المال كله عليه، فالمال كله عليه.

وكذلك إذا قال: لفلان علينا، وأشار إلى نفسه وآخرين معه، لزمه المال كله.

ولو قال: لفلان علينا جميعا ألف درهم، وقال: علينا كلنا، وأشار بيده إلى نفسه وإلى قوم قعود معه، لزمه حصته من الألف عليهم وعلى عدد الرؤوس.

ولو قال: على رجل منا ألف درهم، لم يلزمه شيء.

وكذلك لو قال: على رجلين منا.

ولو قال: يا فلان لكم علي ألف درهم، لزمه المال كله.

وكذلك لو قال: أنتم يا فلان لكم علي ألف درهم.

وكذلك لو قال: نحن يا فلان لكم علينا ألف درهم.

ولو قال: يا فلان لكما علي ألف درهم، كان لفلان النصف.

ولو قال: أقرضنا فلان ألف درهم، أو أودعنا أو أعارنا أو غصبنا منه، لزمه جميع

المال، ولم يصدق على أنه أراد به غيره.

ولو قال: غصبت ومعني فلان بن فلان مائة درهم، لزمه النصف.

ولو قال: ومعني فلان الجالس، لزمه المال كله؛ لأنه لم يجمع بينهما في الفعل.

وكذلك هذا البيان في كل قرض وعارية ووديعة وجناية وشراء لشمول المعنى.

(١) زاد في ح: المال.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل مات فقال رجل: ترك عندي ألف درهم وأنا ابنه وهذا ابنه أيضًا، وقال المقر له: أنا ابنه وأنت لست بابنه، لا يصدق المقر له، والألف بينهما نصفان.

وفي نوادر هشام عن محمد: رجل في يديه ألف درهم قال لآخر: مات أبوك وترك هذا المال ميراثًا وأنا أخوك، فقال المقر له: مات أبي وترك هذه الألف ميراثًا لي، وأنت لست بأخي، فالقول قول المقر له، وليس للذي في يديه منها شيء. وإن قال الذي في يديه: مات أبي وترك هذه ميراثًا وأنت أخي، فالقول قوله والمال بينهما نصفان، والله تعالى أعلم.

كتب ابن سماعة إلى محمد في رجل قال لرجلين: لكما علي ألف درهم ثمن عبد بعتمانيه جميعًا، فصدقه أحدهما، وقال الآخر: لي عليك خمسمائة درهم قرضًا أقرضتكها لا شركة لأحد معي فيه.

قال محمد: أما في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف: ينبغي ألا ينقص واحد منهما شيئًا إلا شاركه الآخر، أما في قولنا: فما قبضه أحدهما لا يشركه الآخر فيه إذا كذبه أن يكون شريكًا فيه.

رجل قال لرجلين: غصبت^(١) أباكما ألف درهم ولا وارث له غيركما، صدقه أحدهما في ذلك، وقال الآخر: عليكما خمسمائة درهم قرضًا أو أقرضتكها لم يغصب - أي: شيئًا - قال محمد: لا يأخذ واحد منهما شيئًا إلا شاركه أخوه فيه، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: غصب.

الفصل العشرون في أقارير المريض وأفعاله

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في إقرار المريض لوارثه ولقاتله.

يجب أن يعلم بأن إقرار المريض لوارثه لا يجوز إلا بإجازة بقية الورثة^(١).

(١) الأصل أن المرض ليس بمانع من صحة الإقرار في الجملة، إذ الصحة ليست شرطاً في المقر لصحة إقراره؛ لأن صحة إقرار الصحيح برجحان جانب الصدق، وحال المريض أدل على الصدق، فكان إقراره أولى بالقبول. غير أن المالكية نصوا على أن من أقر بشيء في صحته: بشيء من المال، أو الدين، أو البراءات، أو قبض أثمان المبيعات، فأقراره عليه جائز، لا تلحقه فيه تهمة، ولا يظن فيه تولى، والأجنبي والوارث في ذلك سواء، وكذا القريب والبعيد والعدو والصديق.

ويقول الحطاب: من أقر بشيء في صحته لبعض ورثته، قدم المقر له بعد موت المقر، ويقيم البينة على الإقرار. قال ابن رشد: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، المشهور في المذهب. ووقع في المبسوط لابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة أنه لا شيء له، وإن أقر له في صحته إذا لم يقر عليه بذلك بينة حتى هلك إلا أن يعرف سبب ذلك، فإن عرف ذلك فيها وإلا فإذا لم يعرف له سبب فلا شيء له، لأن الرجل يتهم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على ألا يقوم به حتى يموت. وقيل: إنه نافذ ويحاص به الغرماء في الفلاس، وهو قول ابن القاسم في المدونة والعنينة، وقال ابن رشد: لا يحاص به على قول ابن القاسم إن ثبت ميله إليه إلا باليمين، واختار ابن رشد إبطال الإقرار بالدين مراعاة لقول المدنيين. وعلى هذا فأقرار المريض مرض موت بالحد والقصاص مقبول اتفاقاً، وكذا إقراره بدين لأجنبي فإنه ينفذ من كل ماله ما لم يكن عليه ديون أقر بها في حال صحته عند الحنفية والمالكية والشافعية، وأصح الروايات عند الحنابلة، وهو المذهب عندهم، وجزم به في الوجيز، لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة، لقول عمر: إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ. وفي رواية عند الحنابلة: أنه لا يقبل، وفي رواية أخرى عندهم لا يصح بزيادة على الثلث.

قال ابن قدامة: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير وارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل، لأنه إقرار في مرض الموت أشبه الإقرار لوارث. وقال أبو الخطاب في رواية أخرى: إنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث، لأنه ممنوع من عطية ذلك الأجنبي، كما هو ممنوع من عطية الوارث، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون. والمقصود بالأجنبي هنا أن يكون غير وارث في المقر فيشمل القريب غير الوارث. ويصرح المالكية بذلك فيقولون: إن أقر =

لقریب غیر وارث كالخال أو لصديق ملاطف أو مجهول حاله - لا يدري هل هو قريب أم لا - صح الإقرار إن كان لذلك المقر ولد وإلا فلا، وقيل: يصح. وأما لو أقر لأجنبي غير صديق كان الإقرار لازماً كان له ولد أم لا. وقال الشافعية: للوارث تحليف المقر له على الاستحقاق.

وأما إقرار المريض لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت بينة عند الحنفية والمذهب عند الحنابلة، وفي قول للشافعية. وعند المالكية: إن كان متهماً في إقراره كأن يقر لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوي، كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل، لأنه لا يتهم في أنه يزري ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه. وعلة منع الإقرار التهمة، فاختص المنع بموضعها.

وأطال المالكية في تصوير ذلك والتفريع عليه. وقالوا: من مرض بعد الإشهاد في صحته لبعض ولده فلا كلام لبقية أولاده إن كتب الموثق أن الصحيح قبض من ولده ثمن ما باعه له، فإن لم يكتب فقيل: يحلف مطلقاً. وقيل: يحلف إن اتهم الأب بالميل إليه.

قال المواق: لا يقبل إقرار المريض لمن يتهم عليه. وسئل المازري عن أوصى بثلث ماله، ثم اعترف بدنانير لمعين: فأجاب إن اعترف في صحته حلف المقر له يمين القضاء. واستدل القائلون ببطان الإقرار بما روي أن رسول الله ﷺ قال: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين» [أخرجه بهذا اللفظ الدارقطني (١٥٢/٤) وفي إسناده نوح بن دراج وهو متهم بالكذب. وميزان الاعتدال للذهبي (٢٧٦/٤)]. وأما الجزء الأول من الحديث «لا وصية لوارث» فقد أخرجه الترمذي (٤٣٣/٤)، والنسائي (٢٤٧/٦) وقال الترمذي: هو حديث حسن صحيح. وقال ابن حجر في الفتح: لقد جنح الشافعي في الأم إلى أن هذا المتن متواتر، فقال. وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قرئش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي ﷺ قال عام الفتح: «لا وصية لوارث» (فتح الباري ٣٧٢/٥)، وبالأثر عن ابن عمر أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط بماله، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس. ولم يعرف لابن عمر في ذلك مخالف من الصحابة فكان إجماعاً، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين.

وفي كتب الحنابلة: لو أقرت المرأة بأنها لا مهر لها على زوجها لم يصح، إلا أن يقيم بينة أنها أخذته. وإذا أقر المريض أنه أبرأ فلانا من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز، لأنه لا يملك إنشاء الإبراء للحال، فلا يملك الإقرار به، بخلاف الإقرار باستيفاء الدين، لأنه إقرار بقبض الدين، وأنه يملك إنشاء القبض فيملك الإخبار عنه بالإقرار. وهذا مذهب الحنفية. ويقرب منهم الشافعية إذ يقولون: إذا أبرأ المريض مرض الموت أحد مديونيته، والتركة مستغرقة بالديون، لم ينفذ إبرأؤه لتعلق حق الغرما. بينما يقول المالكية في باب الإقرار: وإن أبرأ إنسان شخصاً مما قبله أو أبرأه من كل حق له عليه، أو أبرأه وأطلق برئ مطلقاً مما في الذمة وغيرها معلوماً أو مجهولاً. وهذه العبارة بإطلاقها شاملة

وهذه المسألة على وجوه:

إما أن كان المقر له وارث المريض يثبت له إقراره وبقي كذلك وارثاً إلى أن مات المريض، وفي هذا الوجه: الإقرار باطل.

وإما أن كان المقر له وارثاً وقت الإقرار، يخرج من أن يكون وارثاً بعد الإقرار وبقي كذلك حتى مات، بأن أقر لأخيه وليس له ابن، ثم حدث له ابن وبقي الابن حياً إلى أن مات المريض، وفي هذا الوجه: الإقرار جائز.

وإما أن لم يكن المقر له وارثاً وقت الإقرار، ثم ورث بسبب جديد بعد الإقرار، بأن أقر لأجنبية ثم تزوجها، أو أقر لأجنبي ثم عقد معه عقد الولاء.

وفي هذا الوجه: قال علماؤنا الثلاثة - رحمهم الله - : الإقرار صحيح. وقال زفر - رحمه الله - : لا يصح.

وإما إن لم يكن وارثاً وقت الإقرار، ولكن سبب الإرث كان قائماً وقت الإقرار فورث بذلك السبب عند الموت، وذلك نحو المريض إذا أقر لأخيه وله ابن فمات الابن، ثم مات المريض فورثه الأخ كان الإقرار باطلاً.

وإما أن يكون وارثاً وقت الإقرار ثم خرج من أن يكون وارثاً، ثم يصير وارثاً وذلك نحو إن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ثم مات، أو كان والى رجلاً فأقر له بعدما مرض ثم فسخ الولاء ثم عقداً ثانياً ثم مات في مرضه.

وفي هذا الوجه خلاف، قال محمد: الإقرار جائز. وقال أبو يوسف: الإقرار باطل.

للمريض وللصحيح، وشاملة للإبراء من دين الصحة وغيره. ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٨)، وحاشية ابن عابدين (٤/٤٦١ - ٤٦٢)، وفتح القدير (٧/٧)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٩٨-٤٠١)، وشرح الزرقاني (٦/٩٢-٩٤)، ومواهب الجليل (٥/٢٢١، ٢٢٢)، وبلغة السالك (٢/١٩٠)، ونهاية المحتاج (٥/٦٩-٧٠)، والمهذب (٢/٣٤٥)، والمغني (٥/٢١٣)، (٢١٤)، والإنصاف (١٢/١٣٤-١٣٧)، والهداية وتكملة الفتوح (٧/٨)، والتاج والإكليل (٥/٢١٨)، والشرح الصغير (٣/٥٣٨).

قالوا: ما قاله محمد قياس، وما قاله أبو يوسف استحسان.
 وإذا أقر المريض بوديعة لوارث بعينها ثم مات من ذلك المرض، فإنه لا يجوز.
 ولو أقر المريض لابنه بدين أو عين والابن عبد ثم أعتق ثم مات المريض وهذا
 الابن وارثه فهذا الإقرار جائز، فإن إقراره حصل للمولى وهو ليس بوارث، وهذا إذا
 لم يكن على العبد دين وقت الإقرار كان الإقرار باطلاً.

ولو أقر الحر المريض لابنه وهو مكاتب، فمات المريض وهو مكاتب على
 حاله، فإقراره له جائز، فإن عتق المكاتب ثم مات المريض لا يجوز الإقرار.
 ولو أقر المكاتب في مرضه لابنه الحر بدين ثم مات المكاتب، فإن ترك وفاء يفي
 بالديون وبدل الكتابة، فالإقرار باطل، وإن ترك ما يفي بالديون دون المكاتب،
 فالإقرار جائز.

وإذا أقر الرجل في مرضه لامرأته بدين ثم ماتت امرأته قبله ولها ابنان أحدهما منه
 والآخر من غيره، فإن على قول أبي يوسف الأول: الإقرار باطل، وعلى قوله
 الآخر: يجوز.

وتصير هذه المسألة رواية في مسألة صارت واقعة الفتوى وصورتها:
 مريض ماتت امرأته ولها من المريض ابن صغير، أقر المريض أن لامرأته الميتة
 في ذمته كذا من صداقها، ثم مات، وباقي الورثة ينكرون ذلك، هل يعتبر إقراره إلى
 تمام مهر مثلها؟

فقد قيل: لا يعتبر.

وقيل: يعتبر.

وقول أبي يوسف الآخر في هذه المسألة يشهد لهذا القول.
 وإذا أقر المريض لامرأته بالدين ثم ماتت قبله ولها ورثة يحوزون ميراثها ليسوا من
 ورثة الميت فإن إقراره جائز.

وإذا أقر المريض لابنه بدين ثم مات الابن المقر له وترك ابناً وليس للمريض ابن،

فعلى قول أبي يوسف الأول: لا يجوز هذا الإقرار.

وعلى قوله الآخر: يجوز.

ولو أقر بعبد في يديه أنه لفلان، فقال فلان المقر له: لم يكن لي وإنما هو لفلان ابن المقر المريض، كان أبو يوسف يقول أولاً: يجوز هذا الإقرار ولا يصير العبد لابن المريض، ثم رجع وقال: يجوز هذا الإقرار ويصير العبد لابن المريض. وقال أبو حنيفة: لا يجوز إقرار المريض بدين لعبد بعض الورثة، سواء كان عليه دين أو لم يكن.

وقال أبو حنيفة: ولا يجوز إقرار المريض لقاتله.

قالوا: وهذا إذا أثختته الجراحة وصار بحال لا يجيء ولا يذهب، فأما إذا لم تثخنه وكان بحال يجيء ويذهب، صح إقراره.

وعلى قول من يعتبر حرف الهلاك على سبيل الغلبة ليصير ورثة في حكم المرضى يقول: هذا إذا كانت الجراحة جراحة يخاف منها الهلاك على سبيل الغلبة، أما إذا كانت الجراحة جراحة لا يخاف منها الهلاك على طريق الغلبة، يصح إقراره؛ لأنه يكون صحيحاً حكماً، والله تعالى أعلم.



نوع آخر: في إقرار المريض للأجنبي:

يجب أن يعلم بأن إقرار المريض للأجنبي بجميع المال جائز إذا لم يكن عليه دين الصحة.

قال أصحابنا - رحمهم الله - : والقياس ألا يجوز إلا بقدر الثلث، لكن استحسنا ذلك بحديث عبد الله بن عمر^(١) - رضي الله عنهما - مقصورا عليه، هذا إذا لم يكن على المريض دين الصحة، فإن كان على المريض ديون الصحة فأقر بدين في حالة المرض لا يصح إقراره في حق غرماء الصحة، حتى لا يدرك المقر له في المرض غرماء الصحة، بل يقدم دين غرماء الصحة ويبدأ بهم استيفاء، فإن فضل شيء من ديونهم يصرف الفاضل إلى غرماء المريض، والمسألة معروفة.

فإن لم يكن عليه ديون الصحة فأقر في مرضه بالدين لرجلين، فإنهما يتحصان ولا يبدأ بأحدهما، سواء وقع الإقراران معاً بأن قال المريض لرجلين: لكما علي ألف درهم، أو وقعا على التفرق بأن قال لأحدهما: لك علي خمسمائة، ومكث يوماً أو أقل أو أكثر ثم مات، ثم قال للأخر: لك علي خمسمائة.

والقياس فيما إذا وقع الإقرار متفرقاً أن يبدأ بالمقر له الأول.

وقال أبو حنيفة في المريض الذي ليس عليه ديون الصحة: إذا أقر بوديعة بعينها لرجل ثم أقر بدين لآخر، فالوديعة أولى.

ولو أقر بالدين أولاً، ثم أقر بالوديعة يتحصان.

(١) أخرجه الدارقطني (١٣٨/٤) كتاب المكاتب، حديث (٥٠). من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حر من ثلث المال».

قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وإنما هو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر من قوله.

قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٨٥): وقال ابن القطان في «كتابه»: عبيدة هذا قال فيه أبو حاتم: منكر الحديث، وأبو معاوية عمرو بن عبد الجبار الجزري راويه عنه مجهول الحال، وقد رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر من قوله، وهو الصحيح؛ لثقة حماد وضعف عبيدة.

ثم ما ذكرنا أن دين الصحة مقدم على دين المرض، فذلك فيما إذا ثبت دين المريض بإقراره، أما إذا ثبت دين المريض بمعاينة الشهود أو بالبينة فدين المريض يساوي دين الصحة.

بيانه: فيما ذكر محمد في الأصل.

وقال أبو حنيفة: رجل استقرض مالا في مرض، وعين الشهود دفع القرض إلى المستقرض، أو اشترى شيئاً بألف درهم وعين الشهود قبض المبيع، أو استأجر شيئاً بمعاينة الشهود وعين الشهود قبض المستأجر، أو تزوج امرأة بمهر مثلها وعين الشهود النكاح وعليه ديون الصحة، فإن هذه الديون تساوي ديون الصحة، مع أن ديون الصحة تعلق بماله سابقا على تعلق أصحاب هذه الديون، فإن قبض المريض ديون هؤلاء، لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا.

قال: لا يشاركون المقرض والبائع، ويشاركون المرأة والآجر.

قال محمد في الأصل: وإذا أقر المريض لأجنبي بدين ألف درهم، ثم بوديعة ألف درهم بعينها لرجل، ثم بدين ألف درهم لرجل، ثم مات ولم يترك الألف درهم، فإنه يقسم الألف بينهم بالحصص ولا يتقدم المقر له بالوديعة على المقر له الثاني بالدين.

فإن قال المقر له الأول بالدين، قد أبرأت الميت عن الدين، أو قال: لا حق لي قبله، فإن المقر له بالوديعة لا يتقدم على المقر له الثاني بالدين، ويقسمان الألف بينهما نصفين.

وإذا أقر المريض بدين ألف درهم، ثم أقر بمضاربة ألف درهم لرجل بعينها، ثم أقر بوديعة ألف درهم بغير عينها لرجل آخر، ثم مات [ولا مال له غير^(١)] الألف درهم، فإن هذه الألف تقسم بينهم بالحصص^(٢).

(١) سقط في ز.

(٢) الأصل للشيباني (٢١٣/٩).

وإذا أقر الرجل أن لفلان على أبيه فلان ألف درهم، والأب جاحد لذلك، فمرض المقر ثم مات الأب، والمقر وارثه، فذلك الإقرار ينفذ عليه، فإن كان على المقر دين وجب في الصحة، كان غريم المقر أولى من غريم الميت الجاحد. والله تعالى أعلم.



نوع آخر: في الجمع في الإقرار بين الوارث وبين الأجنبي:
قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارثه ثم مات من ذلك المرض، فهذه المسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه:
إن صدقا المقر في الشركة بطل الإقرار في الكل عندهم جميعاً.
وإن كذبا في الشركة وقال: هذا الدين لم يكن مشتركا بيننا بل كان نصفه لي
وجب لي بسبب على حدة، ونصفه للأجنبي وجب له بسبب على حدة.
[أو كذبه الأجنبي في الشركة وقال: جميع الدين لي أو لي عليك خمسمائة بسبب
على حدة]^(١).

اختلفوا في هذا الفصل:
قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه لا يصح الإقرار، كما لو صدقا في الشركة.
وقال محمد: يصح إقراره بصحة الأجنبي.
وإن كذب الوارث المقر في الشركة وصدقه الأجنبي، لم يذكر محمد في
الكتاب^(٢) قول نفسه في هذه الصورة.
قالوا: ويجوز أن يكون على الخلاف فيجوز عند محمد.
ويجوز أن يقال: لا يجوز^(٣)، كما هو مذهبنا وهو الصحيح.
وإذا أقر المريض بدين لغير وارث، ثم استدان من وارثه ديناً بمعاينة الشهود، ثم
مات وترك ألفاً، فالوارث أولى من الذي أقر له المريض، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) زاد في ز: قول الكتاب.

(٣) زاد في ز: محمد.

نوع آخر: إذا قال المريض لورثته: لفلان علي حق، فصدقوه فيما قال، ثم مات المريض:

فالقياص: ألا يصح الأمر بالتصديق حتى لا يصدق المدعي للدين إلا بالبينة. وفي الاستحسان: يصح بقدر الثلث، كأنه قال: إذا اختار فلان شيئاً من تركتي فسلموه إليه، كان هذا الأمر صحيحاً بقدر الثلث ويكون وصية. فإن ادعى ذلك الرجل أكثر من الثلث فإنه يحلف الورثة على علمهم، فإن حلفوا لم تلزمهم الزيادة.

فإن أقر المريض مع ذلك بدين مسمى، فذلك أولى؛ لأن الدين مقدم على الوصية، وهذا في معنى الوصية، ولم لم يقر بدين. ولو وصى بثلث ماله لرجل، فالوصية المسماة أولى؛ لأنها معلومة وهذا مجهول، ويقال للورثة: أقروا له في الثلثين بما شئتم، ويقال للموصى له بالثلث: أقر له في الثلث بما شئت، فأبي الفريقين أقر بشيء يؤخذ به ويحلف على الباقي، والله تعالى أعلم.



نوع آخر: في المريض يقر لوارثه فيقر الوارث بالمقر له لغيره وما يتصل بذلك: يجب أن يعلم بأن تصرفات المريض محكوم بصحتها ونفاذها كتصرفات الصحيح، ولكن للورثة حق النقض في الثلثين إذا مات من مرضه ذلك، وما لم ينقض القاضي تصرف المريض أو يرده الخصمان، فتصرفاته على الصحة.

بيانه: فيما ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا أقر المريض لبعض ورثته بعين من أعيان ماله وسلمه إليه، أو وهب منه عبدًا من أعيان ماله وسلمه إليه، ثم مات المريض، فينقض تصرف المريض حتى إذا باع الوارث المقر به، أو الموهوب من رجل وهبه منه وسلمه إليه، أو أقر به لإنسان صح.

إذا عرفنا هذه الجملة، جئنا إلى المسائل:

قال محمد في الجامع: مريض أقر لأحد ورثته بعبد له لا مال له سوى هذا العبد، فقال الوارث المقر له: ليس هذا العبد لي لكنه لفلان - يعني به رجلاً أجنبيًا - وصدقه الأجنبي في ذلك، ثم مات المريض، فالعبد يسلم للأجنبي، لما ذكرنا أن تصرفات المريض صحيحة للحال، فصح إقرار المريض للوارث، وصح إقرار الوارث للأجنبي، وإذا صح إقرار الوارث للأجنبي في مسألتنا ضمن الوارث المقر له قيمة العبد للورثة، لكن يرفع عنه حصته.

قال: ولو كان المقر له الثاني وارثا للمريض، فهذا والأول سواء ويسلم العبد للثاني ويضمن الوارث الأول قيمة العبد للورثة، إلا أن هنا يرفع عنه حصته وحصته الوارث للثاني.

وكذلك لو كان على الميت دين كثير، صح الإقراران جميعًا، ويضمن المقر له قيمة العبد للغرماء لا يرفع عنه شيء من ذلك.

استشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أن المريض إذا وهب لبعض ورثته عبداً وقبضه الموهوب له ولا مال للمريض سوى هذا العبد، ثم إن الموهوب له وهب هذا العبد من وارث آخر، ثم مات المريض، فالعبد سلم للثاني، ويضمن الأول للورثة قيمة

العبد كما في فصل الإقرار، إلا أن هنا لا يرفع عنه حصة الموهوب له الثاني، إنما يرفع عنه حصة نفسه.

مريض وهب عبداً له لبعض ورثته ولا مال له سوى هذا العبد وقبضه الموهوب له، ثم إن الموهوب له أقر أن المريض قد كان أقر قبل أن يهبه مني العبد لهذا الوارث الآخر، أو أقر أنه كان وهبه قبل هذا من الوارث الآخر، وصدقه الآخر على ذلك، فللثاني أن يأخذ العبد من الأول، فلو أخذ الثاني العبد من الأول ثم مات المريض من مرضه ذلك، فهذا على وجهين:

أما أن كان العبد قائماً في يد الثاني. أو كان هالكاً.

فإن كان قائماً، يؤخذ من الثاني ويصير ميراثاً لورثة الميت يقسم بينهم على فرائض الله تعالى، بخلاف ما تقدم من المسائل، فإن فيما تقدم من المسائل لا يؤخذ العبد من الثاني، وكذلك لو كان الثاني غير الوارث وعلى الميت دين يحيط بماله، فإن للغرماء أن يأخذوا العبد من يده.

ولو كان العبد قد مات في يد الوارث الثاني، فإن الغرماء في هذه الصورة، وبقية الورثة في الصورة الأولى بالخيار إن شاءوا ضمنوا الوارث الأول قيمة العبد، وإن شاءوا ضمنوا الثاني، والثاني لا يرجع على الأول، وإن ضمن الأول، فالأول لا يرجع على الثاني، هكذا ذكر في عامة روايات هذا الكتاب، وذكر في بعض الروايات أنه يرجع.

قالوا: وهذا الخيار الذي ذكره في الكتاب لبقية الورثة إنما يجيء إذا لم يوجد منهم تصديق ولا تكذيب فيما أقر الأول والثاني، فأما إذا وجد منهم تصديق أو تكذيب لا يكون لهم الخيار.

وهذا الذي ذكرنا إذا صدق المقر له الثاني المقر الأول فيما أقر له من هبة المريض العبد منه، أو إقرار المريض بهبة العبد منه.

فأما إذا كذبه وقال: العبد عبدي ولا أعرف ما يقول، فإن العبد يسلم للثاني، هذا

إذا كان الأول قبض العبد من المريض فأقر به للثاني .
 وذلك لو أن الأول لم يقبض العبد من المريض حتى أقر أن المريض قد كان أقر
 به للثاني قبل هذا، فإن صدقه الثاني وقبض العبد من المريض ثم مات المريض
 وعليه ديون كثيرة والعبد قائم في يد الثاني أخذ العبد منه وقسم بين الغرماء .
 وإن لم يكن العبد قائمًا في يده، فللغرماء خيار التضمين، إن شاءوا ضمنوا
 الأول، وإن شاءوا ضمنوا الثاني .
 وإن لم يكن على المريض دين، قلنا: في الورثة حق أخذ العبد إن كان قائمًا،
 وخيار التضمين إن كان هالكًا، والله تعالى أعلم .



نوع آخر: في إقرار المريض باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة أو في حالة المرض:

يجب أن يعلم بأن الدين الواجب للمريض لا يخلو من أحد وجهين:
إما أن يكون واجباً بدلاً عما ليس بمال، نحو القرض وثمان المبيع.
والثاني: نحو الأرش والمهر وبدل الخلع.

وكل وجه من ذلك على [وجهين]:

إما أن يكون قد وجب في حالة الصحة، أو في حالة المرض.
وإما أن يكون واجباً^(١) على الوارث، أو على الأجنبي.

فإن وجب بدلاً عما هو مال والغريم أجنبي، إن كان الدين واجباً في حالة الصحة صح إقراره بالاستيفاء في حالة المرض وإن كان عليه ديون الصحة، فإن كان الدين واجباً وجوبه في حالة الصحة بالبينة أو بالمعينة، فأما إذا لم يعلم وجوبه في حالة الصحة إلا بقول المريض وقول من دأين منه، بأن قال المريض لرجل بعينه: قد كنت بعتك هذا العبد في صحتي بكذا وأنت قبضت العبد وأنا استوفيت الثمن، وصدقه في ذلك المشتري، ولا يعرف ذلك إلا بقولهما، فإن كان العبد قائماً في يد المشتري أو في يد البائع وقت الإقرار، أو كان هالكا وقت [الإقرار] إلا أنه عرف قيامه وحياته في أول المرض، أو كان هالكا وقت الإقرار^(٢) ولا يدرى أنه هلك في حالة المرض أو في حالة الصحة.

ففي هذه الوجوه كلها لا يصح إقرار المريض بالاستيفاء إذا كذبه في ذلك غرماء الصحة، وإن علم أن العبد هلك في حالة الصحة صح إقراره بالاستيفاء، هذا إذا كان دين المريض واجباً على أجنبي.

فإن كان واجباً على وارثه وأقر بالاستيفاء لا يصح إقراره، وسواء وجب في حالة

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

المرض أو في حالة الصحة، وسواء كانت ديون الصحة أو لم يكن.
فرق بين الوارث وبين الأجنبي في هذه الصورة، هذا إذا وجب الدين بدلاً عما هو مال والغريم أجنبي عن المريض.

فأما إذا وجب بدلاً عما ليس بمال والغريم أجنبي فأقر بالاستيفاء في حالة المرض صح الإقرار، سواء وجب هذا الدين في حالة الصحة أو في حالة المرض، وسواء كان عليه ديون الصحة أو لم يكن.

فرق بين هذا وبين ما إذا وجب بدلاً عما هو مال في حالة المرض فأقر بالاستيفاء وعليه ديون الصحة، فإنه لا يصح إقراره.

وأما إذا وجب الدين بدلاً عما ليس بمال والغريم وارث الميت لا يصح إقرار المريض بالاستيفاء، سواء وجب هذا الدين في حالة المرض أو في حالة الصحة. قال محمد - رحمه الله - في الجامع -: وإذا وجب لرجل على رجل دين ألف درهم في صحته، فلما مرض رب الدين أقر بألف في يديه أنها وديعة عنده لغريمه أو لمكاتبه وهي مثل الألف الواجب للمريض، ثم مات المريض وعليه ديون الصحة، وغرماء المريض يجحدون ما أقر به المريض، فالمريض مصدق فيما أقر وتكون الألف الوديعة قصاصاً من الدين ويعتق المكاتب.

ولو أقر بألف درهم وديعة هي أجود من الألف الواجب للمريض صح الإقرار، فإن قال المقر له: أنا أسترده الجياد وأعطي مثل حقه، لم يكن له ذلك لعدم صحة الإقرار بالزيادة.

ولو أقر بألف زيوف في يديه أنها وديعة عنده له، والدين جياد لم يصح إقراره، وقسمت هذه الدراهم بين الغرماء ويؤاخذ الغريم والمكاتب عليهما.

وكذلك لو أقر بمائة دينار في يديه أنها وديعة عنده لمكاتبه أو لغريمه، أو أقر بجارية في يديه، ثم مات وذلك في يده قائم بعينه ولا يدري ما فعل بالجارية وإن إقراره باطل.

فإن قال المريض: أخذت هذه الألف النبهرجة من غريمي، أو قال: من مكاتبي قضاء بحقي، أو قال: أخذت هذه الدنانير قضاء بحقي، أو هذه الجارية شراء بحقي، فهذا على وجهين:

إن كذبه المكاتب والغريم وقالوا: دينه علينا وهذه الأموال أموالنا، بطل حقه إقرار المريض، وبقي المقر به حقاً لغرماء المريض يقسم بينهم بالحصص والدين على المكاتب والغريم على حاله.

وإن صدق الغريم أو المكاتب المريض فيما أقر، ففي الجارية والدنانير ينظر: إن كان قيمة الجارية والدنانير مثل الدين الذي للمريض في المكاتب أو الغريم أو أكثر، صح الإقرار.

وإن كانت القيمة أقل من دين المريض، فإن كانت القيمة خمسمائة ودين المريض ألف درهم، ففي الجارية يقال للغريم أو المكاتب: إن المريض جاء بقدر خمسمائة والمحابة لا تصح من المريض المديون، فإن شئت إمضاء البيع فأتتم حقه بخمسمائة، وإن شئت فانتقض البيع وخذ الجارية وأد ما عليك، وإنما خير المريض؛ لأنه إنما رضي بتمليك الجارية ولم يسلم له ما في ذمته بكماله، فإذا آل الأمر إلى ألا يسلم له ذلك، لم يكن راضياً فيخير لهذا.

وهو نظير إذا باع وحابى وعليه ديون، فالمشتري يخير: إن شاء نقض البيع، وإن شاء تمم القيمة، كذا هنا.

وفي الدراهم النبهرجة لا يخير المكاتب أو الغريم بين أن يأخذ النبهرجة ويرد الجياد، وبين أن يترك الزيوف ويضمن الجودة، ولكن يأخذ النبهرجة ويرد الجياد. ولم يذكر في المكاتب ما إذا كان قيمة الدنانير [أقل من الدين]^(١) هل يخير المكاتب.

وذكر الفقيه أبو بكر البلخي: أنه يخير.

(١) سقط في ز.

وبعض مشايخنا قالوا: لا يخير، والأول أصح.
 فإن اختار المكاتب أو الغريم القبض وجب رد الجارية والدنانير عليه.
 وقال فيما إذا أقر المريض لمكاتبه ولغريمه بوديعة من خلاف جنس الدين: بل
 يقسم بين غرماء المريض على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.
 قال محمد في الجامع أيضًا: مريض عليه ديون الصحة قطع رجل يده عمدا
 فصالحه من ذلك على ألف، أو أقر الجاني أنه قطع يد المريض خطأ، أو قتل عبده
 خطأ، فأقر المريض باستيفاء ما وجب له وما صالح عليه، صح إقراره بالاستيفاء.
 وكذلك لو أقر الجاني بقطع يد عبد المريض خطأ، أو قامت البينة على ذلك، ثم
 أقر المريض باستيفاء الأرش مصدقاً فيه، وإن كذبه غريم الصحة.
 وكذلك لو كان الجاني قتل هذا العبد عمدا فصالحه المريض على أقل من قيمته
 وأقر باستيفاء بدل الصلح، صح.

ولو أن امرأة تزوجها رجل في صحتها فمرضت مرض الموت فأقرت باستيفاء
 مهرها من الزوج وعليها دين الصحة ثم ماتت من مرضها قبل أن يطلقها الزوج، فإنه
 لا يصح إقرارها ويؤمر الزوج بإعطاء المهر ويقسم بين الغرماء بالحصص، وإن كان
 الزوج طلقها قبل الدخول بها، فأقرت باستيفاء مهرها ثم ماتت من مرضها صح
 إقرارها، فإن قال الزوج: أنا أضرب مع الغرماء بنصف المهر؛ لأن حقها كان في
 نصف المهر وقد أقرت باستيفاء جميع المهر، لم يكن له ذلك؛ لأن إقرارها
 بالاستيفاء إنما صح في حق براءة الزوج عن المهر لا في حق إثبات الشركة له في
 مالها مع غرمائها، فإن بقي شيء من مالها بعد قضاء ديون غرماء الصحة، رجع فيما
 بقي بنصف المهر.

ولو كان الزوج دخل بها ثم طلقها طلاقاً بائناً أو رجعيًا فمرضت وأقرت بالاستيفاء
 ثم ماتت، فهذا على وجهين:

إما أن ماتت قبل انقضاء العدة، أو ماتت بعد انقضاء العدة.

فإن ماتت بعد انقضاء العدة بإقرارها بالاستيفاء منه صحيح .
وإن ماتت قبل انقضاء العدة لا يصح إقرارها، فإن فضل شيء ينظر إلى المهر
وإلى ميراثه عنها ويسلم له الأقل .

قيل: هذا الجواب على قول علمائنا الثلاثة - رحمهم الله .
أما على قول زفر - رحمه الله - : يجب أن يكون إقرارها صحيحًا في حق القديم
على الورثة في جميع ما أقرت به .

أصل المسألة ما ذكرنا في كتاب الطلاق في مريض طلق امرأته بسؤالها، ثم أقر
لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث .
عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - وعند زفر: لها جميع ما أقر به .

مريض عليه ديون الصحة غصب رجل منه عبدا في مرضه فمات العبد في يديه أو
أبق، وقضى القاضي للمريض على الغاصب بالقيمة، فأقر المريض باستيفائها من
الغاصب، لا يصدق إلا ببينة .

ولو كان الغاصب في حالة صحة المغصوب منه ثم مرض والعبد قائم بعينه في يد
الغاصب ثم أبق أو مات، وقضى القاضي عليه بالقيمة، ثم أقر المريض باستيفاء تلك
القيمة، إن كان العبد ميتًا أو لم يعد من الإباق كان مصدقًا، بمنزلة دين وجب له في
الصحة .

وإن كان العبد قد عاد من الإباق، لا يصح إقراره واعتبر ضمان الغصب في هذه
الحالة بدين وجب له في حالة المرض .

ولو كان الغصب والقضاء بالضمان جميعا في حالة الصحة، وأقر المغصوب منه
استيفاء الضمان في حالة المرض، صدق في ذلك؛ لكونه دين الصحة من كل وجه .
مريض باع عبدًا له بألفي درهم وقيمه ألف درهم لا مال له غيره، وعليه ديون
الصحة، فأقر في مرضه باستيفاء الثمن ثم مات من ذلك المرض، لم يصدق على
ذلك في قول أبي يوسف .

وعلى قول محمد: يصدق في استيفاء ما زاد على قدر قيمة العبد، ولا يصدق في قدر قيمة العبد.

وقد ذكر نظير هذه المسألة في المكاتب والجامع الصغير والشفعة، وذكر قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف - رحمهما الله.

فإنه قال في كتاب الشفعة: إذا باع المريض دارًا له قيمتها ألف درهم بثلاثة آلاف درهم إلى سنة، ولا مال له غيرها وعليه ديون الصحة ثم مات البائع من مرضه ذلك. ذكر أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يصح الأجل أصلاً. وعند محمد: يصح الأجل فيما زاد على قدر قيمة الدار.

وقال في كتاب المكاتب: مريض كاتب عبدا له قيمته ألف درهم بثلاثة آلاف درهم إلى سنة ولا مال له غير العبد وعليه ديون الصحة، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يصح التأجيل أصلاً.

وعلى قول محمد: يصح التأجيل فيما زاد على قدر قيمة العبد. وإذا لم يصدق المريض في إقراره باستيفاء جميع الثمن عندهما، وبقدر قيمة العبد عند محمد، يخير المشتري بين أن يجيز البيع ويؤدي جميع الثمن مرة أخرى عندهما، وبين أن ينقض البيع.

رجل باع عبده في صحته من رجل وقبضه المشتري، فمرض البائع وعليه ديون الصحة فأقر باستيفاء ذلك حتى يصح إقراره في حق غريم الصحة على ما بينا، ثم مات من مرضه ووجد المشتري بالعبد عيبا ورده بقضاء القاضي، فليس للمشتري أن يشارك غرماء الميت في سائر أموال الميت، ولكن له حق حبس العبد إلى أن يستوفي الثمن. أما ليس له المشاركة مع الغرماء.

وهو نظير المريضة إذا أقرت باستيفاء مهرها من زوجها وعليها ديون الصحة، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فإن إقرارها باستيفاء المهر يعتبر في حق براءة زوجها عن المهر لا في حق إثبات الشركة مع الغرماء بنصف المهر، فيباع العبد ويكون المشتري

أحق بالثمن من غرماء الميت، فإن فضل شيء فالفضل لسائر غرماء الميت، وإن نقص الثمن عن حق المشتري، فلا شيء له حتى يستوفي غرماء الميت ديونهم من سائر أموال الميت، فإن بقي شيء عن حقوقهم أخذه المشتري. ولو أن المشتري لم يحبس العبد بحقه، بل دفعه إلى المريض حال حياته، أو إلى وصيه بعد موته بقضاء القاضي بطل تقدمه، ولكن لا يبطل حقه في استيفاء الثمن. وهو نظير البائع قبل القبض، فإنه أخص بالمبيع إلى أن يستوفي ثمنه، وإذا سلم المبيع يبطل اختصاصه بالعبد، لكن لا يبطل حقه في استيفاء الدين. وكذا المرتهن يكون أخص بالرهن جنسا وإذا رده يبطل اختصاصه، ولكن لا يبطل حقه في استيفاء الدين، كذا هذا، والله تعالى أعلم.



نوع آخر: يريد إيصال النفع إلى وارثه:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: مريض له على رجل أجنبي ألف درهم، وارث المريض كفيل بها، أو كانت الألف على الوارث والأجنبي كفيل بها، وهذا كله في صحة رب المال، يعني: وجوب الدين والكفالة، فلما حضره الموت أقر باستيفاء ذلك، فالإقرار باطل، سواء أقر باستيفاء من الوارث أو من الأجنبي.

قال: فإن كان مكان ذلك إبراء بغير قبض، فإن إبراء الوارث لا يجوز أصلاً، كان الوارث أو كفيلاً وإن أبرأ الأجنبي، فإن كان الأجنبي كفيلاً صح.

فبعد ذلك ينظر: إن كان للميت مال يخرج ذلك من الثلث صح ذلك كله، وإن لم يكن له مال غيره صح الإبراء في الثلث وكان للورثة الخيار في الثلثين، إن شاءوا أخذوا من الكفيل، وأما الثلث الباقي فإنما يؤخذ من الأصيل لا غير، هذا إذا كان الأجنبي كفيلاً، وإن كان الأجنبي أصيلاً لا يصح إبراءه.

قال: ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن أحال الكفيل المريض بالدين على رجل، إن أبرأ المريض الكفيل دون الأصيل المريض الحوالة ومات، إن كان الكفيل الوارث لا تصح الحوالة، وإن كان الكفيل الأجنبي تصح من الثلث. وأما الأب والوصي إذا قبلا الحوالة من الصغير، فهو على التفصيل: إن كان ذمة المحيل أملاً من ذمة المحال عليه لا يجوز، وإن كان ذمة المحتال عليه أملاً يجوز، ولكن لا كل ما يصح من الأب والوصي ما يدل على أنه يصح من المريض مع وارثه.

ألا ترى أن المحاباة اليسيرة والأجل اليسير يصح من الأب والوصي، ولا يصح من المريض مع وارثه، كذا هنا، والله تعالى أعلم.

قال: ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن أقر المريض أن هذه الألف درهم التي في يده وديعة عنده لهذا الكفيل، لم يصدق على ذلك.

وكذلك لو أقر بوديعة مائة دينار، أو عرض من العروض لا يصح.

وكذا لو أقر بجارية في يديه أنه غصبها من الكفيل، أو أن الكفيل أودعها إياه، ثم مات المريض والجارية قائمة بعينها، أو لا يدري حالها، كان الإقرار باطلاً. وكذلك لو كان الأصيل أجنبياً والكفيل هو الوارث، فأقر المريض بشيء مما ذكرنا للأجنبي كان الإقرار باطلاً.

رجل مريض كاتب عبده على ألف درهم وقيمة العبد ألف درهم ولا مال للمريض غير هذا العبد، ثم أقر باستيفاء بدل الكتابة وهو مريض كذلك ومات من مرضه ذلك، جاز إقراره من الثلث حتى يعتق ثلث المكاتب مجاناً ويسعى في ثلثي القيمة للورثة.

فرق بين هذا وبين ما إذا باع المريض شيئاً من أجنبي وأقر باستيفاء الثمن وهو مريض، فإنه يعتبر من جميع المال.

وفرقت أيضاً بين هذا وبين ما إذا كاتب عبده في حالة الصحة ثم أقر باستيفاء بدل الكتابة ولكنه أقر بألف في يده أو مائة دينار أو جارية أنها وديعة لهذا المكاتب أودعها إياه بعد الكتابة، ثم مات، فإنه يجوز إقراره بقدر الثلث، والله تعالى أعلم.



نوع آخر: في إثارة المريض بعض غرمائه، أو بعض ورثته:
قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل له على رجل ألف درهم قرض
حالة، فباعه الغريم بها عبداً بألف إلى سنة، وقبض العبد، فإنه لا تقع المقاصة بين
الدينين ما لم يحل الثمن، فإن مرض المستقرض مرض الموت وعليه ديون تحيط
بماله فحل دينه على المشتري، صار الدينان قصاصاً، فإن مات المستقرض فأراد
غرماءه أن يشاركوا المشتري في الثمن الذي كان عليه، كان لهم ذلك.

فإن قال المقرض: إنما قضيت دينا وجب لي في حالة الصحة؛ لأن الدين وجب
لي بالقرض والقرض كان لي في حالة الصحة، فكان بمنزلة ما لو قال: قضيت وهو
صحيح، والصحيح يملك إثارة بعض الغرماء على البعض، فقال له: نعم دينك
وجب في حالة الصحة، إلا أن القضاء لم يقع في حالة الصحة؛ لأن القضاء بوقوع
المقاصة، والمقاصة إنما وقعت في حالة المرض حيث حل الثمن ولو كان بائع العبد
باع العبد أولاً بألف نسيئة ثم إن البائع استقرض من المشتري ألفاً ثم مرض
المستقرض مرض الموت ثم حل الثمن على المقرض ووقعت المقاصة لم يكن
لغرماء المستقرض على المشتري سبيل.

استشهد محمد - رحمه الله تعالى - في الكتاب فقال: ألا ترى لو أن رجلاً
وجب له على رجل خمسمائة ثم إن الذي عليه الخمسمائة يشارك رجلاً فأقرضا الذي
كان له على أحدهما خمسمائة ألفاً فتلك الخمسمائة التي كانت لهذا المستقرض على
أحد المقرضين تصير قصاصاً بنصيبه، ولم يكن لشريكه في قرض الألف على ذلك
سبيل.

ولو كان الشريكان أقرضا الألف درهم، ثم اشترى أحدهما شيئاً بخمسمائة من
المستقرض إلى سنة، ثم حل الأجل ووقعت المقاصة، غرم المشتري لشريكه نصف
الخمسمائة، أورد محمد هذه المسألة أيضاً لما تقدم.

قال محمد - رحمه الله - : رجل أودع أباه ألف درهم في صحة الأب أو مرضه

بمعايينة الشهود، فلما حضر الأب الموت، قال: استهلكتها^(١)، ثم مات، وأنكر سائر الورثة وقالوا [لهذا يجحد]^(٢) حق الوارث في ماله فلا شيء له، وقال المودع: لا بل استهلك مالي.

قال: إقرار جائز ويأخذ الألف من مال الأب ويكون له خاصة.

قال في الكتاب: إنه لو جحد الوديعة في مرضه فقامت البينة عليه بمعايينة القبض وهو يجحد ذلك، أن ذلك الدين في ماله.

وكذلك إذا أقر بالاستهلاك، ولو أنه جحد الإيداع أو أقر بالاستهلاك، ثم قال:

ضاعت الوديعة، أو قال: رددتها، لا يصدق وكانت الوديعة ديناً في تركته.

ولو قال أولاً: إنها قد هلكت، أو قال: دفعتها إلى صاحبها فأراد صاحبه

استحلافه على ذلك فقال: استهلكتها، أو نكل عن اليمين فضمنه القاضي الوديعة ثم

مات من ذلك المرض، فإن الوديعة لا تلزمه في ماله ولا يلتفت إلى إقراره

بالاستهلاك، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: استهلك.

(٢) في أ: بهذا أن يوجب.

نوع آخر: إقرار المريض بالشرك في الدار من أحد الورثة ومن غيره في مرضه ولها شفيع.

هذا النوع مبني على مسألة معروفة في كتاب الإقرار وقد تقدم ذكرها، أن المريض إذا أقر بدين مشترك أو غير مشترك لوارثه ولأجنبي، فذلك في حق الوارث على كل حال بالاتفاق في حق الأجنبي كذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - سواء تصادقا على الشركة أو صدق أحدهما، إما الأجنبي أو الوارث، أو تكاذبا أو كذب أحدهما.

وعند محمد - رحمه الله - : إن تصادقا أو صدق الأجنبي، فكذلك الجواب، وإن تكاذبا أو كذب الأجنبي، فالإقرار صحيح في حق الأجنبي.

إذا عرفت هذا قال محمد - رحمه الله - : رجل له ثلاثة بنين وفي يديه دار، فحضره الموت فقال: اشتريت هذه الدار من ابني هذا ومن هذا الأجنبي بألف درهم وقبضتها منهما ولم أدفع إليهما شيئاً من الثمن، وصدقا على ما أقر من الشركة ثم مات وللدار شفيع والاثنتان الآخران ينكران جميع ذلك، فهذا الإقرار باطل، وتقسم الدار بين البنين أثلاثاً لكل الثلث فإن حضر الشفيع أخذ الثلث الذي في يد الابن المقر له بثلاث الثمن، ويقسم ثلث الثمن بين الابن المقر له وبين الأجنبي نصفان، فإن كان الابن المقر له ورث مالا آخر [يضم ذلك]^(١) إلى ما وصل من ثمن الدار من جهة الشفيع بين الابن وبين الأجنبي حتى يصل^(٢) إلى كل واحد منهما تمام الخمسمائة.

فإن كذبه الأجنبي في الشركة بأن قال الأجنبي: بعث نصف الدار منه بخمسمائة فأما النصف الآخر فلا أدري لمن كان ولم يكن بيني وبين الابن شركة، وصدق الابن إياه فيما أقر من الشركة، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : هذا

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يقبل.

والأول سواء ويأخذ الشفيح ثلث الدار بثلث الثمن ويكون ثلث الثمن بين الابن وبين الأجنبي نصفين، وكان ينبغي أن يسلم ثلث الثمن هنا للأجنبي لابن معترف بحق الأجنبي إلى خمسمائة، والأجنبي غير معترف للابن بشيء، ولكن الصحيح ما ذكرنا.

ولو كذب الابن أباه وصدق الغريب، وقال الابن كما قلت لم يكن لي في هذه الدار حق وإنما أقر لي الأب بباطل وقد اشترى منك ويهب الغريب نصف هذه الدار.

فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: إقرار المريض باطل أيضاً غير أن الشفيح يأخذ من الابن المقر له سدس الدار بسدس الثمن.

في مسألة أول هذا النوع قال: يأخذ منه ثلث الدار بثلث الثمن، أما على قول محمد: الإقرار في حق الأجنبي صحيح فيقضي ببيع الأجنبي نصف الدار من المريض يأخذ الشفيح ذلك بالشفعة، والنصف الآخر يقسم بين البنين أثلاثاً لكل ابن ثلث النصف وهو سدس الكل، ولا يأخذ الشفيح من الابن المقر له في هذه المسألة شيئاً^(١). والله تعالى أعلم.



(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٤/١٨٣).

نوع آخر:

قال محمد - رحمه الله - في الجامع أيضاً: رجل له امرأتان وأخ لأب وأم فسألته إحداهما في مرضه أن يطلقها ثلاثاً ففعل ثم أقر لها بمائة درهم دين من غير مهرها، وقد استوفت المرأة مهرها، ثم مات ولم يترك إلا أربعين درهماً، فإن مات الزوج عنها بعد انقضاء العدة كان لها جميع الأربعين، وإن مات الزوج قبل انقضاء العدة كان لها الأقل من ميراثها والميراث هنا أقل؛ لأن للأخ لأب ربع مال الزوج وذلك عشرة، فيكون لها نصف ذلك وهو خمسة.

ولو كان الزوج ترك مكان الأربعين درهماً ثوباً قيمته أربعون درهماً ولم يترك مالا آخر، فإن مات الزوج قبل انقضاء العدة فلغير المطلقة ثمن هذا الثوب، لأنها استحققت ثمن عين التركة بحكم الميراث، فأما المطلقة لا تستحق عين الثوب بزعمها؛ لأن في زعمها أنها صاحبة الدين، وصاحب الدين لا يستحق من أعيان التركة، وزعم كل إنسان معتبر، فيباع ثمن الثوب بخمسة دراهم ويعطى لها ذلك، إلا أن ترضى أن تأخذ ثمن الثوب بحقها فحينئذ كان لها ذلك، وإن مات الزوج بعد انقضاء العدة يبيع الثوب ويصرف الثمن كله إليها.

ولو أن رجلاً له أخ وامرأة، فسألته امرأته في مرض موته أن يطلقها ثلاثاً فطلقها ثم أقر لها بدين مائة درهم غير صداقها وقد كانت استوفت صداقها، ثم أوصى لرجل بثلث ماله، ثم مات الزوج من مرضه وترك ستين درهماً لا غير، فإن مات الزوج بعد انقضاء عدتها أخذت الستين كلها، وإن مات قبل انقضاء عدتها فالإقرار يصح لها لكونها وارثة وقت الموت بزعم باقي الورثة والموصى له، فيأخذ الموصى له ثلث الستين، والباقي يقسم بين المرأة وبين الأخ أرباعاً.

ولو ترك مكان الستين ثوباً قيمته ستون درهماً، فهو على التفصيل الذي ذكرنا. ثم إن محمداً - رحمه الله - قيد المسائل بما إذا أقر لها بدين آخر غير دين الصداق؛ لأن إقرار الزوج لها إلى تمام مهر المثل مقبول وإن كانت وارثة لثبوتها

بسبب ظاهر .

ولو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بدين من غير صداقها، وأقر لأجنبي بدين، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وترك أخا وارثاً، فإن مات الزوج بعد انقضاء عدتها فالمرأة تحاص الأجنبي لصحة الإقرار لها فيضرب كل واحد منهما في تركة الميت بمقدار دينه، فإن فضل شيء يعطى ثلث ذلك للموصى له والباقي للأخ .

وإن مات الزوج قبل انقضاء عدتها فالإقرار لها في هذه الحالة لم يصح ويبدأ بدين الأجنبي، فإن فضل شيء يعطى ثلث ما بقي للموصى له، ثم ينظر إلى ربع ما بقي وإلى المقر به فيعطى لها الأقل .

وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله .

وأما على قول زفر - رحمه الله - : الإقرار لها صحيح على كل حال .

والمسألة معروفة في الأصل والجامع، وقد ذكرنا جنس هذا فيما تقدم .

قال محمد في الجامع : مكاتب أقر لمولاه بألف درهم في صحته وقد كان المولى كاتبه على ألف درهم وأقر لأجنبي بألف درهم في صحته أيضاً، ثم مرض المكاتب وفي يده ألف درهم ففضاها المولى من الكتابة، ثم مات من ذلك المرض وليس له مال غيرها، فالألف تقسم بين المولى وبين الأجنبي على ثلاثة أسهم سهمان للمولى وسهم للأجنبي .

ولو أن المكاتب ادعى^(١) الألف إلى المولى من الدين الذي أقر به للمولى في صحته ثم مات، الأجنبي أحق بهذه الألف وبطل دين المولى ومكاتبته، وكذلك لو لم يقبضها المولى ومات وتركها فهي للأجنبي، ولو ترك المكاتب ابناً ولد في مكاتبته، الأجنبي أحق بهذه الألف من المولى، ويبيع المولى ابن المكاتب بالكتابة والدين لقيامه مقام الأب، ولو كان المكاتب قد قضاه المولى من الدين المقر به قبل

(١) في المحيط: أدى .

الموت ثم مات وترك ابنا مولودا في كتابته، كان الأجنبي أحق بالألف أيضًا يتبع المولى ابن المكاتب بالدين والكتابة لقيامه مقام الأب في حق السعاية فيما على الأب، وإذا أدى الابن بدل الكتابة والدين الذي على الأب لا ينقض القضاء إلى الأجنبي، وإن صارت الديون مستوية في القوة لما حكم بعق المكاتب بأداء ولده، إلا أن الاستواء إنما يعتبر حالة الموت التي هي حالة المزاحمة، وقد انعدم في ذلك الوقت.

ولو أن رجلاً كاتب عبدًا له على ألف درهم في صحة المكاتب وأقرضه رجل أجنبي ألفا في صحته ثم مرض المكاتب فأقرضه المولى ألفا بمعينة الشهود فسرت من المكاتب وفي يد المكاتب ألف أخرى فقضاها المولى من الألف القرض ثم مات المكاتب من مرضه ذلك وليس له مال سوى الألف قضاها المولى، فالمولى أحق بها من الأجنبي.

بخلاف ما لو اشترى المكاتب في مرضه عبدا من المولى بألف، وقيمة العبد ألف ولرجل أجنبي على المكاتب ألف فهلك العبد وفي يد المكاتب ألف درهم لا غير فقضاها المولى من ثمن العبد، ثم مات المكاتب من مرضه ذلك ولم يترك وفاء، فإنما قبض المولى من لا يسلم للمولى، وإن كان البيع وقبض الثمن بمعينة الشهود. قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: ألا ترى أنه لو كان مكان المولى أجنبيًا كان أحق بها من صاحب الدين في حالة الصحة.

وقال: ألا ترى أنه لو قضى مولاه في مرضه وهو صحيح لم يدفع إلى الغرماء شيئًا ثم عجز بعد ذلك كان جائزًا، كذا هنا.

مكاتب له على مولاه دين في حالة الصحة فأقر في مرضه أنه قد استوفى ماله على مولاه وعليه دين الصحة ثم مات ولم يدع مالا لم يصدق على ذلك.

رجل كاتب عبدا له على ألف درهم في صحته، ثم إن المكاتب أقر في مرضه لأجنبي بألف درهم، ثم مات المكاتب ولم يترك الألف درهم، فالأجنبي أحق

بالألف من المولى، وإن كان دين المولى دين الصحة، ودين الأجنبي دين المرض، بخلاف ما إذا كان دين الصحة لغير المولى حيث كان أولى بالقضاء من دين المرض، وكذلك الجواب فيما إذا كان مات المكاتب وترك تسعمائة درهم، بل هذا أولى؛ لأنه لا وفاء هنا ببدل الكتابة حقيقة وحكمًا. والله تعالى أعلم.

رجل كاتب عبده على ألف درهم ثم مرض المكاتب فأقر لمولاه بقرض ألف درهم، وأقر لرجل أجنبي بقرض ألف درهم بعد ذلك، أو بدأ بإقرار الأجنبي ثم للمولى ثم مات وترك ألفي درهم، يبدأ بدين الأجنبي؛ لأن دينه أقوى فيأخذ الأجنبي دينه، والألف الأخرى تعطى للمولى عن المكاتبه دون الإقرار، فإن ترك المكاتب فضلًا على الألف درهم، أخذ المولى على الألفين من الألف الذي أقر المكاتب [له بها]^(١)، إذا لم يكن المولى وارثًا له بأن كان المكاتب ابن أو عصبه، أما إذا كان المولى وارثًا من ورثته فلا شيء له مما أقر به المكاتب له، ولكن الفضل يكون ميراثًا بين المولى وبين ورثة المكاتب إن كان له ورثة، وإن لم يكن فالفضل كله للمولى بالعصوبة كما لو لم يقر للمولى^(٢).

وكذلك لو لم يكن في يد المكاتب حين مرض مائة دينار فأقر بأنها وديعة عنده للمولى، ثم أقر للأجنبي بدين ألف درهم ثم مات وترك ألف درهم والمائة الدينار التي أقر بها لمولاه، فإنه يبدأ بدين الأجنبي فتصرف الألف إليه، والدنانير تباع فيقضى من ذلك أولاً بدل الكتابة، فإن فضل شيء كان الفضل للمولى بحكم الإقرار، إلا أن يكون المولى من ورثة المكاتب، فحينئذ يكون الفضل ميراثًا على ما مر^(٣).

رجل كاتب عبده على ألف درهم، وأقرضه المولى ألف درهم وذلك في صحة المكاتب، وترك ألف درهم وله أولاد أحرار من امرأة حرة، فإن القاضي يقضي

(١) في ز: أنها.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/١٦١).

(٣) السابق.

بالألف للمولى من الكتابة وليس للمولى أن يجعلها من الدين، فإن كان له أولاد من امرأة هي معتقة غيره، فالأب جر ولاء الأولاد إلى مواليه^(١).
ولو ترك أكثر من ألف درهم، أخذ المولى الفضل^(٢) حتى يستوفي التي أقرضه^(٣)، فإن بقي شيء بعد دين المولى إلا أن يصرف إلى الورثة^(٤).
رجل كاتب عبده على ألف درهم وللمكاتب ابنان حران هما وارثاه، فمرض المولى^(٥) وأقر لأحد الابنين بدين ألف درهم، وأقر للمولى بدين ألف درهم ثم مات وترك ألفي^(٦) درهم، فالمولى أحق بالألفين يستوفي أحدهما من كتابته^(٧) والآخر من دينه، فإن ترك أقل من ألفين يبدأ بدين الابن، والله تعالى أعلم^(٨).



-
- (١) قال في المحيط البرهاني (٤/١٦١): لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، فهنا أمكن إثباته من الأب لا يثبت من الأم، إلا أنه ما دام الأب عبداً كان إثبات الولاء إلى مواليه من الأب متعذراً، فإذا عتق الأم أمكن إثباته من الأب نحو الأب إلا ولاء إلى مواليه.
(٢) في ز: القضاء.
(٣) قال في المحيط البرهاني: لأنه لما مات حراً وترك أولاداً أحراراً وفيهم ذكر، ظهر أن المكاتب أقر للمولى بألف والمولى أجنبي منه، والإقرار للأجنبي صحيح.
(٤) ينظر: الفتاوى الهندية (٥/١٣).
(٥) في المحيط: المكاتب.
(٦) في المحيط: ألف.
(٧) في المحيط: مكاتبه.
(٨) قال في المحيط البرهاني: وكان ينبغي أن يبدأ بدين الابن لأنه أقوى فإنه لا يسقط بعجزه كدين الأجنبي إلا أن الولد بدين الابن يبقى من المولى ألف درهم يأخذها المولى من مكاتبته لا من دينه لما مر قبل هذا، وإذا أخذها المولى بجهة الكتابة يحكم بعقده وصار الابن وارثاً له فتبين أنه حر أقر لوارثه في مرض موته فكان.

نوع آخر:

وإذا أقر المريض في مرضه الذي مات فيه بألف درهم بعينها أنها لقطة عندي، ثم مات ولا مال له غير هذه الألف، فهذا على وجهين:
إما أن يصدقه الورثة فيما قال، فإن صدقه الورثة فيما قال فإنه لا يصير ميراثا بينهم ويتصدقون بها.

وإن كذبه الورثة فيما قال وقالوا: لم تكن هذه لقطة، فإن على قول أبي يوسف:
يصح إقراره بقدر الثلث، ولا يصير قدر الثلث من الألف ميراثاً بين ورثته ويتصدقون به، ولا يصح إقراره في حق الثلثين فيكون ثلثا الألف ميراثا بين الورثة.
وقال محمد: بأنه لا يصح إقرار المريض ويكون الكل ميراثا بينهم لا يتصدقون بشيء منها. والله تعالى أعلم.



نوع آخر:

وإذا أقر المريض في مرضه الذي مات فيه بألف درهم بعينها أنها لقطة عندي، ثم مات ولا مال له غير هذه الألف، فهذا على وجهين:

إما أن صدقه الورثة فيما قال، فإن صدقه الورثة فيما قال فإنه لا يصير ميراثاً بينهم ويتصدقون بها، وإن كذبه الورثة فيما قال وقالوا: لم تكن هذه لقطة، فإن على قول أبي يوسف يصح إقراره بقدر الثلث ولا يصير قدر الثلث من الألف ميراثاً بين ورثته ويتصدقون به، ولا يصح إقراره في حق الثلثين فيكون ثلثا الألف ميراثاً بين الورثة.

وقال محمد: بأنه لا يصح إقرار المريض، ويكون الكل ميراثاً بينهم لا يتصدقون بشيء منها. والله تعالى أعلم.



نوع آخر:

مريض أقر بعبد في يديه أنه باعه من ابنه هذا في صحة وقبض الثمن منه وصدقه في حاجته وقبض الابن العبد، ثم أودعه منه وصدق الابن المقر له أحد أخويه وكذبه الثالث ثم مات الأب، فإن [للابن المكذب]^(١) أن يفسخ العقد في ثلث العبد ويأخذه عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإذا انتقض البيع في الثلث تمكن العيب في الباقي، فيتخير الابن المشتري فيه إن شاء فسخ العقد في الباقي، وإن شاء أمضاه بحصته من الثمن، فإن اختار الإمضاء وقد ترك الميت ألف درهم سوى العبد رجع في نصيبه ونصيب الابن المصدق من ذلك بثلث الثمن، وإن اختار نقض البيع صار العبد كله ميراثا بين البنين الثلاثة، ورجع الابن المشتري بجميع الثمن في نصيبه وفي نصيب الابن المصدق من العبد والألف المتروكة.

فأما عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : ليس للابن المكذب أن يفسخ البيع في شيء من العبد، ولا يتخير المشتري عندهما، وإن لزمه زيادة غرم وهو فضل ثلث المال، هذا إذا لم يكن في البيع محاباة، فأما إذا كان في البيع محاباة بأن كان قيمة العبد ألفين وقد أقر المريض أنه باع هذا العبد في صحته من ابنه هذا بألف درهم وباقي المسألة بحالها، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - : هذا والأول سواء.

فأما على قولهما: فللابن المشتري الخيار إن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضى، فإن اختار الإمضاء بلغ الثمن إلى تمام القيمة في نصيب المكذب ردًا للوصية في حقه، فيغرم المشتري ثلث الألفين للمكذب، نصف ذلك حصته من المحاباة، ونصف ذلك حصته من الثمن، ثم يرجع المشتري بنصف ما غرم وذلك ثلث الألف في نصيبه ونصيب المصدق من الألف المتروكة، وإن فسخ العقد ورد العبد، صار

(١) في ز: الابن الكذب.

العبد ميراثاً بين البنين الثلاثة أثلاثاً، ويرجع الابن المشتري بجميع الثمن في نصيبه ونصيب المصدق، فإن قال المشتري: أنا أنقض البيع في حصة المكذب وذلك الثلث خاصة، كان له ذلك، وإذا فسخ العقد في نصيب المكذب رجع بثالث الثمن في نصيبه وفي نصيب الابن المصدق، والله تعالى أعلم بالصواب.



فهرس المحتويات

كتاب الحيطان

- الفصل الأول: في الدعوى في الحائط والجص ٤
الفصل الثاني: في الحائط إذا كان بين رجلين لأحدهما عليه خشب أراد الآخر أن يضع عليه خشبًا ١٣
الفصل الثالث: في الحائط إذا كان بين رجلين فانهدم أو يخاف الهدم ١٥
الفصل الرابع: في تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك ٢١
الفصل الخامس: في العمارة في ملك الغير ٢٢
الفصل السادس: في مسائل العلو والسفل ٢٤
الفصل السابع: في المتفرقات ٣١

كتاب المزارعة

- الفصل الأول: في بيان ركن المزارعة وشرايطها وأحكامها وصفتها وأنه أنواع ٣٧
الفصل الثاني: في بيان أنواع المزارعة ٤٧
أن تكون الأرض منهما ٤٨
أن تكون الأرض في أحدهما ٤٨
الفصل الثالث: في الشروط في المزارعة ٥٦
في شرط الخارج كله لأحدهما ٥٦
في اشتراط بعض الخارج لرجل غير المزارع وصاحب الأرض ٥٩
في اشتراط الأعمال على أحدهما ٦٧
إذا اشترط رب الأرض على المزارع أن يكرب الأرض ويثبثها فالمزارعة فاسدة ٧٣
الفصل الرابع: فيما يجب من الأعمال على رب الأرض وعلى المزارع من غير شرط ٧٦
الفصل الخامس: في المعاملة في الأشجار والنخيل ٧٩
الفصل السادس: في المزارعة يشترط فيها المعاملة ٩٣
الفصل السابع: في دفع المزارع الأراضي إلى غيره مزارعة ٩٦
الفصل الثامن: في المعامل يدفع النخيل إلى غيره معاملة ١٠٠
الفصل التاسع: فيما إذا مات رب الأرض أو انقضت المدة والزرع بقل وما يتصل به من موت المزارع أو العامل ١٠٣
الفصل العاشر: رب الأرض أو النخيل إذا تولى العمل بنفسه ١٠٩
الفصل الحادي عشر: في العذر في فسخ المزارعة والمعاملة ١١٣
الفصل الثاني عشر: في بيع الأرض المدفوعة مزارعة ١١٦
الفصل الثالث عشر: في زراعة أحد الشريكين الأرض المشتركة وفي زراعة الغاصب ١٢١
الفصل الرابع عشر: ما إذا أراد المزارع أن يزرع غير ما سمي في عقد المزارعة ١٣٥
الفصل الخامس عشر: في الاختلاف الواقع بين رب الأرض والمزارع ١٣٦

- الفصل السادس عشر: في الزيادة في المزارعة ١٤٢
- الفصل السابع عشر: فيما إذا مات المزارع ولم يدر ماذا صنع بالزرع؟ ١٤٤
- الفصل الثامن عشر: فيما يجب من الضمان على المزارع والمعامل ١٤٥
- الفصل التاسع عشر: في التوكيل في المزارعة والمعاملة ١٤٧
- الفصل العشرون: في المتفرقات ١٥٤

كتاب الشرب

- الفصل الأول: في الأشياء التي أثبت رسول الله ﷺ فيها الشركة لجميع الناس ١٦٢
- الفصل الثاني: في إحياء الموات وتفسيرها وتملكها ١٦٧
- الفصل الثالث: في كرى الأنهار وإصلاحها ١٧٤
- الفصل الرابع: في بيع الشرب وما يتصل به ١٧٧
- الفصل الخامس: في غضب الشرب واستهلاكه ١٨١
- الفصل السادس: في الدعوى والخصومة في الشرب والشهادة على ذلك ١٨٢
- الفصل السابع: في بيان ما يجري المنع وما لا يجري ١٨٥
- الفصل الثامن: في قسمة الشرب وفي العبور ١٨٨
- الفصل التاسع: في ضمان ما يتلف بسبب السقي وما يتصل به ١٨٩
- الفصل العاشر: في إصلاح المسيل والمجرى ١٩٣
- الفصل الحادي عشر: في المتفرقات ١٩٥

كتاب الأشربة

- الفصل الأول: في بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها ٢٠٠
- الفصل الثاني: فيما يتخذ من الزبيب والتمر ٢١٤
- الفصل الثالث: فيما يتخذ من الحبوب ٢١٦
- الفصل الرابع: في وجوب حد الشرب ٢١٧

كتاب الإكراه

- الفصل الأول: في نفس الإكراه وشرائط صحته وحكمه ٢٢٤
- الفصل الثاني: فيما يخطر على بال المكروه غير ما أكره عليه ٢٣٤
- الفصل الثالث: في التخيير في الإكراه ٢٣٧
- الفصل الرابع: في إكراه الرجل على الفعل بنفسه وما يتصل به ٢٣٩
- الفصل الخامس: في الإكراه على التوكيل ٢٤٢
- الفصل السادس: فيما يزيد المكروه على ما أكره عليه أو ينقص أو يأتي بشيء آخر ٢٤٤
- الفصل السابع: في المتفرقات ٢٤٧

كتاب الحجر

- الفصل الأول: في مقدمة يحتاج إليها ٢٥٢
- الفصل الثاني: في بيان أنواع الحجر على مذهبهما ٢٥٣

كتاب المأذون

- الفصل الأول: في بيان شرعية إذن العبد في التجارة وبيان شرط جوازه وحكمه ٢٦٩
- الفصل الثاني: فيما يكون إذننا في التجارة وما لا يكون ٢٧١
- في بيان ثبوت الإذن صريحاً ٢٧١
- في بيان ثبوت الإذن دلالةً ٢٧٥
- الفصل الثالث: لبيان اشتراط الإذن من المولى ٢٧٨
- الفصل الرابع: في بيان ما يملكه العبد المأذون وما لا يملكه ٢٨٠
- الفصل الخامس: في العبد المأذون يلحقه دين فيطلب الغرماء من القاضي حبسه ٢٨٤
- الفصل السادس: في تصرف المولى في العبد المديون وأشباهه والتدبير والإعتاق وأشباههما ... ٢٩٠
- الفصل السابع: في العبد بين رجلين يأذن له أحدهما في التجارة ٣٠١
- الفصل الثامن: في إقرار العبد المأذون والمحجور وفي إقرار مولاها ٣٠٣
- الفصل التاسع: في بيع العبد المأذون شيئاً من أكسابه من المولى ومن الأجنبي بمثل القيمة أو بالمحاباة ٣١٩
- الفصل العاشر: في شراء العبد المحجور وبيعه وإجازة المولى تصرفه أو إذن المولى إياه في التجارة بعد ذلك ٣٢٤
- الفصل الحادي عشر: في الاختلاف الواقع بين العبد المأذون وبين مولاها فيما في يد العبد وغيره ٣٢٦
- الفصل الثاني عشر: في الرجل يدفع مالاً إلى عبده ليشتري به وبيعه ويأذن له في التجارة ٣٢٨
- الفصل الثالث عشر: في الخصومات التي تقع بعدما حجر المولى على المأذون ٣٢٩
- الفصل الرابع عشر: في هبة العبد المأذون الثمن في البيع قبل القبض وبعده وحطه [دينا غير الثمن أو دينا آخر] ٣٣١
- الفصل الخامس عشر: في المأذون يشتري ويجد بالمشتري عبياً وقد وهب البائع الثمن من المأذون أو من مولاها ٣٣٣
- الفصل السادس عشر: في التوكيل يكون بين المأذون والأجنبي، ويدخل فيه وكالة العبد المحجور ٣٣٧
- الفصل السابع عشر: في الرد بالعيب على المأذون والخصومة معه في ذلك ٣٤٢
- الفصل الثامن عشر: في الشهادة على العبد المأذون والمحجور والصبي والمعتوه ٣٤٣
- الفصل التاسع عشر: في البيع الفاسد من العبد المأذون ٣٤٥
- الفصل العشرون: في الغرم وفي العبد المأذون ٣٤٨
- الفصل الحادي والعشرون: في جنابة العبد المحجور والمأذون وحنابة عبده والجنابة عليه ٣٥١
- الفصل الثاني والعشرون: في بيان ما يبطل بالأول ٣٥٧
- الفصل الثالث والعشرون: في العبد يبيع ويشتري ولا يقول وقت المبايعه إنه مأذون أو محجور ثم يقول: أنا محجور ٣٦٢
- الفصل الرابع والعشرون: في الصبي والمعتوه يأذن له أبوه أو وصيه أو القاضي في التجارة أو يأذنون لعبدهما وفي تصرفهما قبل الإذن ٣٦٤
- الفصل الخامس والعشرون: في المتفرقات ٣٧٠

كتاب الإقرار

٣٨١	فصول كتاب الإقرار
٣٨٣	الفصل الأول: في بيان شرط جوازه وحكمه
٣٨٥	الفصل الثاني: في بيان ما يكون إقرارًا وما لا يكون
٤١١	الفصل الثالث: في بيان ما يصح الإقرار به وما لا يصح
٤١٤	الفصل الرابع: في بيان من يصح له الإقرار ومن لا يصح
٤١٦	الفصل الخامس: في بيان من يصح الإقرار منه ومن لا يصح
٤١٩	الفصل السادس: في الإقرار على نفسه بالحيوان وغير ذلك
٤٢٠	الفصل السابع: في الإقرار بأخذ شيء من مكان
٤٢٣	الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع بين المقر والمقر له
٤٣٨	الفصل التاسع: في الإقرار بشيء مبهم
٤٤٨	الفصل العاشر: في الخيار والاستثناء والرجوع
٤٥٩	الفصل الحادي عشر: في رجل يقر بمال دفعه إليه رجل لرجل آخر
٤٦٦	الفصل الثاني عشر: في إقرار الرجل بدين له على غيره أو بوديعة له في يد غيره لآخر
٤٦٧	الفصل الثالث عشر: في تكرار الإقرار
٤٧١	الفصل الرابع عشر: في الإقرار بمقدار مضاف إلى صنفين من المال أو إلى أصناف من المال
٤٧٢	الفصل الخامس عشر: فيما يكون إقرارًا بالشركة وما لا يكون
٤٧٤	الفصل السادس عشر: في نفي المقر له ملك المقر به وإقراره به لغيره أو دعواه المقر به من وجه آخر
٤٧٦	الفصل السابع عشر: في إسناده الإقرار إلى حال ينافي صحته وثبوت حكمه
٤٧٩	الفصل الثامن عشر: في الجمع بين الشيئين المتنافيين في الإقرار
٤٨٠	الفصل التاسع عشر: في إقرار الرجل على نفسه وعلى غيره بشيء لنفسه والإقرار بشيء بينه وبين غيره وفي الإقرار على نفسه بشيء مشترك
٤٨٢	الفصل العشرون: في أقارير المريض وأفعاله
٤٨٢	في إقرار المريض لوارثه ولقائله
٤٨٧	في إقرار المريض للأجنبي
٤٩٠	في الجمع في الإقرار بين الوارث وبين الأجنبي
٤٩١	إذا قال المريض لورثته: لفلان علي حق، فصدقه فيما قال، ثم مات المريض
٤٩٢	في المريض يقر لوارثه فيقر الوارث بالمقر له لغيره وما يتصل بذلك
٤٩٥	في إقرار المريض باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة أو في حالة المرض
٥٠٢	يريد إيصال النفع إلى وارثه
٥٠٤	في إثارة المريض بعض غرمائه، أو بعض ورثته
٥٠٦	إقرار المريض بالشرك في الدار من أحد الورثة ومن غيره في مرضه ولها شفيع
٥١٧	فهرس المحتويات

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عزيب إبراهيم عبد الله
فهم السّيد فهم التحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الرابع عشر

يحتوي على:

تتمّة كتاب الإقرار - المحاضرات والسجلات - الشهادات



دار الكتب العلمية®

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: **AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA**

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الإقرار]

الفصل الحادي والعشرون

في إقرار الوارث بعد موت المورث

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

الأول: في إقراره بالدين على الأب.

قال محمد - رحمه الله - : إذا مات الرجل وترك ابنا وترك ألف درهم ميراثا، فأقر أن علي أبيه لفلان دين ألف درهم ولفلان لرجل آخر ألف درهم، إن أقر للثاني موصولا بالأول صح الإقراران جميعا وكان الألف بينهما نصفين، وإن كان الإقرار للثاني مفصولا فإنه لا يصح الإقرار للثاني وتكون الألف للأول، وإذا صح الإقرار للثاني متى كان موصولا صار كأنه أقر لهما بأن قال: لهما علي ألف درهم، ولو قال هكذا كان الألف بينهما نصفين، فكذلك هذا.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال لامرأته: أنت طالق وطالق، قبل الدخول بها، فإنه لا يقع الثاني، ذكره موصولا بالأول أو مفصولا.

وفرق بين هذا وبين المريض إذا أقر لرجل بألف درهم وسكت، ثم أقر للثاني، تحاصبا استحسانا، وجعل كأنه أقر لهما معًا، لاتحاد الحالة وهي حالة المرض، وإن كانا متفرقين من حيث الحقيقة لكنه تخلل بينهما، وهنا لم يجعل الإقرارين كأنهما وقعا بسبب اتحاد الحالة فإن الحالة متحدة في حق الوارث؛ لأنه حال صحته^(١) في حقه أو حال مرض.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : وإذا أقر الوارث بألف وديعة بينهما للإنسان، ثم أقر للثاني بدين ألف درهم على أبيه، فإن الإقرار للثاني لا يصح وإن ذكره موصولا بالأول.

وفي باب الدين قال: إن كان الإقرار الثاني موصولا بالأول صح.

(١) في ز: صحة.

والوجه في ذلك: أن الإقرار للثاني بمعنى الاستثناء في حق الأول؛ لأن بالإقرار للثاني تبين أن حق الأول في خمسمائة بعدما أقر له بألف، وهذا هو معنى الاستثناء أن يذكر ألفاً وتبين بالاستثناء أنه أراد به خمسمائة، فيعتبر بالاستثناء صريحاً، والاستثناء إنما يصح إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه، فأما إذا كان من خلاف جنسه لا يصح الاستثناء، ومتى أقر بالدين ثم بالدين، فالثاني من جنس الأول فكذا الاستثناء معنى يصح إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه، ولا يصح إذا المستثنى من خلاف جنس المستثنى منه، ومتى أقر بالوديعة ثم بالدين فالثاني من خلاف جنس الدين فلا يصح الاستثناء وإن كان موصولاً، وكان قياس مسألتنا من الوديعة أن لو قال: هذه الألف وديعة لفلان وفلان، وذكر الثاني موصولاً بالأول، وهناك الوديعة تكون بينهما؛ لأن الثاني من جنس الأول.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو قال: لفلان ألف درهم دين علي والدي، ثم قال: لا بل لفلان ألف درهم، كان الإقرار الثاني^(١) باطلاً وإن ذكره موصولاً بالأول، بخلاف ما لو قال: ولفلان آخر ألف درهم، فإنه يصح متى كان موصولاً، فإن دفع الألف إلى الأول هل يضمن للثاني؟ فهذا على وجهين:
إن دفع إلى الأول بغير قضاء قاض، فإنه يضمن للثاني ألف درهم بلا خلاف بين علمائنا - رحمهم الله - .

وإن دفع إلى الأول بقضاء قاض، فعلى قول علمائنا الثلاثة: لا يضمن.

وعلى قول زفر: يضمن.

ولو قال له رجل: هذه الألف التي تركها الميت وديعة لي، وقال الآخر: لي علي أيبك ألف درهم، فقال الوارث: صدقتما.

قال أبو حنيفة - رحمه الله - : يصح الإقراران جميعاً ويكون الألف بينهما نصفين، كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة.

وقال أبو يوسف ومحمد: بأن الألف كلها لصاحب الوديعة ولا يصح الإقرار للثاني، كما لو أقر بالوديعة ثم بالدين، والله تعالى أعلم.

(١) في ز: للثاني.

نوع آخر:

قال محمد - رحمه الله - : رجل مات وترك ابنين لا وارث له غيرهما، وترك ألف درهم على رجل، فقال الغريم: قد قبض الميت مني خمسمائة حال حياته، وصدقه أحد الابنين في ذلك وكذبه الآخر، فإن للمكذب أن يأخذ من الغريم الخمسمائة الباقية، وليس للمصدق أن يأخذ من الغريم شيئاً، وما أخذ المكذب من الغريم لا يشاركه المصدق فيه.

ولو ادعى الغريم أن الميت قبض منه جميع الألف وصدقه أحد الابنين في ذلك وكذب الابن الآخر، فللمكذب أن يأخذ من الغريم خمسمائة وليس للمصدق أن يرجع على الغريم بشيء، وللغريم أن يحلف المكذب بالله ما تعلم أن أباك قبض مني جميع الألف، فقد ذكر يحلف المكذب في هذا الفصل، ولم يذكر في الفصل الأول، فإن حلف الجاحد وأخذ من الغريم خمسمائة، وترك الميت ألف درهم أخرى سوى هذه واقتسم الابنان تلك الألف بينهما، فللغريم أن يرجع على المصدق ويأخذ منه الخمسمائة التي ورثها.

وفي كتاب الإقرار من الأمالي: أن أحد الابنين إذا أقر بأن كان أخذ الألف من الغريم وأنكر الآخر، لا يصدق المقر على الأخ وله أن يقبض من الغريم خمسمائة، وليس للغريم أن يرجع على الابن المقر فيما في يده من ميراث الأب.

واستشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أن الغريم لو قال: أقرضت الميت ألف درهم مثل الألف التي كانت له علي، أو قال: كانت لي عليه ألف درهم مؤجلة ثم وجب له علي ألف ثم حل الأجل ووقعت المقاصة بينهما، كان له علي^(١) ووجب لي عليه، فصدقه أحد الابنين دون الآخر، وترك الميت ألف درهم أخرى، فالجاحد يأخذ من الغريم نصيبه خمسمائة، ويرجع الغريم على الابن المصدق بذلك فيما أصابه من ميراث أبيه، فكذا فيما سبق.

(١) زاد في أ: وبينما.

وقال أيضًا: ألا ترى لو ترك الميت ألف درهم، فقال الغريم: هذه الألف بعينها قد قبضتها، وصدقه أحد الابنين وكذبه الابن الآخر، ورجع المكذب على الغريم بخمسائة واقتسما هذه الألف المتروكة بينهما، كان تسليم هذه الخمسائة للمصدق وقد أقر أن أباهما قبضها ولم يستفد الغريم البراءة بقدرها ولم تقع المقاصة، لا شك أن هذا قبيح، ولكن الغريم يرجع على المصدق بتلك الخمسائة، كذا فيما سبق. وقال أيضًا: ألا ترى أن مريضًا له ثلاثة بنين وله على أحدهم ألف درهم دين، فقال: قد قبضت هذه الألف التي في يدي من ابني قضاء مما لي عليه، وصدقه بذلك الابن الغريم، ثم مات المريض فإنهما لا يصدقان إلا بتصديق باقي الورثة، فإن صدقهما أحد الابنين الآخرين برئ الابن الغريم من نصيبه من نصيب المصدق وذلك ثلث الألف، ولزمه نصيب المكذب وذلك ثلاثة آلاف، ويأخذ المكذب من الألف^(١) التي تركها الميت نصيبه وذلك الثلث، ويأخذ الابن الغريم من الثلث الباقي من الثلث الذي أخذه المكذب، والله تعالى أعلم.



(١) زاد في ح: العين.

نوع آخر:

إذا أقر المريض أن على أبيه لفلان ألف درهم وفي يده دار لأبيه وعلى المريض دين في الصحة، ورثته أولى بذلك، فإن فضل شيء كان في دين أبيه، ولو كان أقر بذلك في صحته بعد موت الأب، كان دين أبيه أحق، والله تعالى أعلم.



الفصل الثاني والعشرون

فيما يكون إقرارًا بالإبراء^(١) وما لا يكون وفي الإبراء صريحًا

وإذا أقر الرجل أنه لا حق له قبل فلان دخل تحت البراءة كل حق هو مال، وما ليس بمال كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف وما هو دين براء عما هو مال كالثمن والأجرة، أو وجب بدلًا عما ليس بمال كالمهر وأرش الجناية، وما هو غير مضمون كالغصب، أو أمانة كالوديعة والعارية والإجارة، وإنما الحقوق كلها ما هو مال وما ليس بمال؛ لأن قوله: لا حق لي، نكرة في موضع النفي، والنكرة في موضع النفي تعم، وقوله: قبل فلان، لا يخص الأمانات؛ لأن (قبل) كما يستعمل في الأمانات يستعمل في المضمونات أيضًا، كفلان قبيل فلان، أي: ضمين.

قالوا: وليس في البراءات كلمة أعم وأجمع من هذه الكلمة، فإنها توجب البراءة عن الأمانات والمضمونات، وعما هو مال وما ليس بمال.

وهذا بخلاف ما لو قال: لا حق لي على فلان، فإنه يتناول المضمون ولا يتناول الأمانة؛ لأن على لا تستعمل إلا في المضمون.

بخلاف قوله: قبل فلان.

وبخلاف ما لو قال: لا حق لي عند فلان، فإنه يتناول الأمانة، ولا يتناول المضمون؛ لأن (عند) تستعمل في الأمانات دون المضمون، بخلاف قوله: قبل فلان.

وعلى هذا لو قال: فلان بريء مما لي قبله، يجب البراءة المضمون والأمانة.

ولو قال: هو بريء مما لي عليه، دخل تحت البراءة المضمون دون الأمانة.

ولو قال: هو بريء مما لي عنده، فهو بريء عن كل شيء أصله أمانة ولا يبرأ عن

المضمون.

وإن ادعى الطالب حقا بعد ذلك وأقام بينة، فإن كان أرخ وكان التاريخ قبل البراءة

(١) في ز: بالابن.

لا تسمع ولا تقبل بينته، وإن كان التاريخ بعد البراءة سمع دعواه ويقبل بينته وإن لم يؤرخ بل أبهم الدعوى إبهامًا، فالقياس أن تسمع دعواه، ويحمل ذلك على حق واجب له بعد البراءة، وفي الاستحسان: لا تقبل بينته.

ولو أقر أن فلانًا بريء من حقي قبله، ولم يقل: من جميع حقي، ثم قال: إنما برئ عن بعض الحقوق دون البعض، لا يصدق، ويكون بريئًا عن الحقوق كلها. ولو قال رب الدين: برئت من ديني على فلان، كان هذا براءة للمطلوب، كما لو أضاف البراءة إلى المطلوب بأن قال: بريء من ديني. وكذلك لو قال: هو في حل مما لي عليه.

ولو أقر أنه ليس لي مع فلان شيء، كان هذا براءة عن الأمانات لا عن الدين. وإذا أقر الرجل أنه لا حق على فلان فيما أعلم، ثم أقام بينة أن له عليه حقًا مسمى قبل هذا الإقرار، فإنه تقبل بينته، وهذه البراءة ليست بشيء. هكذا ذكر في الكتاب، ولم يحك فيه خلافاً^(١).

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . فأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - لا تصح دعواه ولا تقبل منه البينة. ومنهم من قال: هذا عندهم جميعًا، وهو الظاهر فإنه لم يذكر فيه خلافاً، فعلى هذا يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين البراءة وبين الإقرار. وكذا إذا قال: في ظني أو في رأيي أو فيما أظن أو فيما أحسب أو في حسابي أو في كتابي، فهذا كله باب واحد.

ولو قال: قد علمت أنه لا حق لي على فلان، لم أقبل منه بينة. ولو قال: هو بريء من السرقة التي ادعيت قبله، فلا ضمان ولا قطع. ولو قال: أنا بريء من هذه الدار، ثم ادعاها وأقام البينة لم تقبل بينته، إلا أن يدعي حقًا - حادثًا بعد البراءة فتقبل بينته عليه.

(١) الأصل للشيباني (٨/٣٢٥)، المبسوط للسرخسي (١٨/١٢١).

ولو قال: قد خرجت من هذه الدار، لم يكن هذا إقرارًا؛ لأن الخروج منها بالبدن ممكن ولا يتيقن الخروج من الدعوى، فإن قال: قد خرجت من هذه الدار على مائة درهم، فهذا إقرار أنه لا حق له فيها.

فإن قال: قبضت المائة، والذي في يده الدار يقول: الدار داري وقد أخذت مني المائة بغير حق، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل فقد أقر، وإن حلف أخذ المائة وكان الآخر على خصومته.

وفي دعوى المنتقى: ابن سماعة عن محمد في رجل خاصم رجلاً في دار يدعيها، ثم قال: أبرأتك من هذه الدار، وقال: قد أبرأتك من خصومتي في هذه الدار وقد أبرأتك من دعواي في هذه الدار، فهذا باطل، وله أن يخاصم فيها ويقيم البينة عليه فيأخذها.

ألا ترى أنه لو صالحه على نصفها وأخذه وأبرأه من كل شيء ادعاه قبله من هذه الدار وغيرها، ثم وجد بينة على الدار، أن له أن يأخذ ما بقي من الدار، ولكن لو قال المدعي: قد برئت من هذه الدار أو قد برئت من دعواي في هذه الدار، كان جائزاً ولا حق له فيها، وإن جاء ببينة لم أقبلها، وسيأتي بعض مسائل الإبراء في كتاب الكفالة والحوالة، والله تعالى أعلم.

وفي الأصل: إذا قال الرجل لآخر: لا حق لي فأشهد لي عليك بألف درهم، فقال: نعم لا حق لك علي، ثم أشهد له بألف درهم والشهود يشهدون ذلك كله فهذا باطل لا يلزمه شيء ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه لتصادقهما أنه باطل، والإشهاد على الباطل باطل.

وإن قال: أشهد لي عليك بألف درهم على أنها باطل، أو على أنك بريء ففعل، لم يكن عليه منها شيء.

ولو قال: أنا بريء من هذا العبد، ثم ادعاه فأقام البينة، لم تقبل، هكذا ذكر في الأصل، وهذا وفصل الدار سواء.

وكذلك إذا قال: خرجت من هذا العبد، أو قال: خرج هذا العبد عن ملكي، أو قال: عن يدي، ثم ادعاه وأقام البيّنة، لم تقبل.
قيل هذا الجواب في قوله: خرج عن يدي، لا يكاد يصح؛ لأنه يمكنه أن يقول: هو ملكي لكن خرج عن يدي بحكم غضب ذي اليد، والله تعالى أعلم.



الفصل الثالث والعشرون في الإقرار بالنكاح والطلاق والرق

وإذا أقر الرجل أنه تزوج فلانة بألف درهم في صحته أو مرضه، وصدقته المرأة بعدما مات وعمل تصديقها حتى كان لها المهر والميراث، فبعد ذلك ينظر: إن كان إقرار الزوج في مرض موته وكان المهر الذي يسمى لها مثل مهر مثلها أو أقل، كان لها جميع ذلك، وإن كان الذي يسمى لها أكثر من مهر مثلها بطل الفضل.

وذكر في شهادات الجامع بخلاف ما ذكر هنا، وصورة ما ذكر ثمة: امرأة قالت لزوجها: تزوجتني وأنا معتدة فلان، وقال الزوج: تزوجتك بعد انقضاء عدتك، فالقول قول الزوج، ويقضى بالنكاح بينهما، فإذا قضى القاضي بالنكاح بينهما، هل يسعها أخذ ميراثه؟ إن علمت أنها إن كانت منقضية العدة وقت القضاء يحل لها ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وإن علمت أنها كانت في العدة وقت القضاء لا يحل لها ذلك، وإن عادت إلى تصديق الزوج وقالت: كنت منقضية العدة حال ما تزوجني، إن عادت إلى تصديقه حال حياة الزوج حل لها أن تأخذ ميراثه، وإن عادت إليه بعد موت الزوج لا يحل لها أخذ ميراثه.

فأما إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلاناً وصدقها الزوج بعدما ماتت، فعلى قول أبي حنيفة: لا يعمل تصديقه حتى لا يرث منها.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعمل بتصديقه وكان له الميراث.

ولو قال: تزوجت فلانة وقلت: إن شاء الله، فهذا ليس بإقرار بالنكاح، بل هو إنكار له، حتى لو قالت هي:

ما قال: إن شاء الله، كان القول قول الزوج، وكذلك إن قالت هي ذلك.

وكذلك الطلاق والعتاق.

ولو قال لها: ألم أتزوجك أمس؟ أليس أتزوجك أمس؟ فقالت: بلى، فهذا إقرار

منهما بالنكاح.

ولو قال لها: تزوجتك أمس، فقالت: لا، ثم قالت: بلى، فقال الزوج: لا، لزمه النكاح.

ولو قال لها: طلقتك أمس، فهذا إقرار منه بالنكاح والطلاق جميعًا، وتقدير كلامه: طلقتك أمس.

ولو قال: هل طلقتك أمس؟ فهذا إقرار بالنكاح وليس بإقرار بالطلاق.
ولو قال لامرأة حرة: هذا ابني منك، فقالت: نعم، فهذا إقرار بالنكاح.
وكذلك إذا قالت له: هذا ابني منك، فقال: نعم، فهذا إقرار بالنكاح.
وكذلك إذا قال: هل هذا ابنا، قال ذلك لامرأة حرة فقالت: نعم، فهذا إقرار بالنكاح.

ويكون إقرارًا بنكاح جائز.

ولو كانت المرأة التي قال لها هذه المقالة أمة، لا يكون هذا إقرارًا بالنكاح.
ولو قالت امرأة لرجل: طلقني، كان هذا إقرارًا منها بالنكاح.
وكذلك إذا قالت: قد طلقني أمس، كان هذا إقرارًا بالنكاح.
وكذلك إذا قالت: خالعتني أمس، كان إقرارًا بالنكاح.
وكذلك إذا قالت: اخلعتني، كان هذا إقرارًا بالنكاح.
وكذلك إذا قال الزوج: اختلعي مني بمال، كان إقرارًا من الزوج بالنكاح.
ولو قالت المرأة: طلقني، فقال الزوج: اختاري، أو قال لها: أمرك بيدك في الطلاق، أو لم يقل: في الطلاق، فهذا من الرجل إقرار بالنكاح.
فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج ابتداءً: اختاري، أو قال: أمرك بيدك، فإنه لا يكون إقرارًا بالنكاح.

ولو قال: والله لا أقربك، لم يكن هذا إقرارًا منه بأنها امرأته.
بخلاف ما لو قال: أنا منك مولى، فإنه يكون إقرارًا بالنكاح.
وإذا قال لها: أنت علي حرام، أو قال: بائنة أو بته أو أمرك بيدك أو اختاري أو

اعتدي، لم يكن هذا إقرارًا بالنكاح، إلا أن تقول له: طلقني، فيقول الزوج لها: أنت علي حرام، ولو قال: أنا منك مظاهر؛ فهذا إقرار منه بالنكاح.
 بخلاف ما لو قال: أنت علي كظهر أمي، فإنه لا يكون إقرارًا بالنكاح.
 وإن قالت: ظهرت مني، أوليت مني، إقرار منها بالنكاح.
 وإذا أقر الرجل أنه طلق امرأته قبل أن يتزوجها، فالقول قوله ولا يقع الطلاق.
 وإن قال: طلقته وأنا مجنون، فإن كان قد عرف منه لم يقع الطلاق، وإن لم يعرف يقع الطلاق، فإن تزوجها اليوم وأقر أنه طلقها أمس لا يقع، وإن طلقها اليوم وأقر أنه تزوجها قبل ذلك بثلاثة أشهر، فقد ذكرنا هذا الفصل مع فروعه في كتاب الطلاق.

ولو أقر بعد الدخول أنه كان طلقها قبل أن يدخل بها وقد سمي لها مهرًا، فإن الطلاق واقع ولها نصف المسمى بإقراره بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل بالدخول بعد الطلاق.

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد الطواويسى أنه قال: هذا الجواب مستقيم فيما إذا صدقته المرأة على ذلك، فأما إذا كذبتة وقالت: إنك طلقنتي للحال، فلهذا المسمى لا غير.

رجلان ادعيا نكاح امرأة، ثم إن أحدهما قال للمرأة (دست شوي حرش مكير ديرو) فهذا لا يكون إقرارًا بالنكاح للمدعي الآخر.

ولو قال: (دست شي حرش نكير ديرو) أو قال: (دست ابن شوي نكير دير) ويكون هذا إقرارًا بالنكاح الآخر.

وإذا أقرت المرأة أنها أمة فلان، ولا يعرف حالها في الرق والحرية، فإنه يصح إقرارها وتصير أمة للمقر يصنع بها ما يصنع بأمته، فقد أطلق إطلاقًا حيث قال: وهي أمتة يصنع بها ما يصنع بأمته، ظاهره يدل على أن المقر له، وإن علم أنها كاذبة في إقرارها أنها تصير أمتة يسترقها ويستخدمها ويستفرشها.

ومشايخنا قالوا: الأصح أن يقسم الجواب فيقال: إنما تملك بالتصرف فيها إذا علم أنها صادقة فيما تقول، وأما إذا علم أنها كاذبة لا يحل لها هذه التصرفات. وكذلك الرجل إذا كان مجهول الحال في الرق والحرية إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له في إقراره، فإنه يصح إقراره.

وكذلك صبي أو صبية يقول ويتكلم إذا أقر بالرق لغيره يصح إقراره عبداً أو أمة للمقر له إذا صدقه في إقراره.

والجواب في اللقيط كالجواب في مجهول الحال في الرق والحرية، وهذا كله إذا لم يعرف حرمة بنوع دليل، فأما إذا عرف حرته بدليل بأن عرف أن أباه حر الأصل وثبت حرته بالشهرة، فالقاضي لا يصدقه في إقراره ولا يجعله مملوكاً للمقر له لتيقنه^(١) بكذبه في إقراره.

وكذلك إذا كان القاضي قضى عليه بحكم من أحكام الأحرار لأجنبي، أو جنى عليه وقضى القاضي بأرش الأحرار لا يصدقه في إقراره بالرق. وكذلك إذا عرف كذبه.

معتق رجل فأقر بالعتق لإنسان لا يصح إقراره، فإن أقر المعتق بذلك وصدقه أجزت إقراره، هكذا ذكر في الأصل.

قال مشايخنا: ليس طريقه أنهما بهذا التصديق يطلان حرية ثبتت بدليلها، وإنما طريقه أن تصادقهما يبين أن الحرية لم تكن ثابتة له من قبل هذا العتق، لكونه غاصباً له.

وإذا باع عبداً ودفعه إلى المشتري وذهب به المشتري إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه، فهذا منه إقرار بالرق.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن كل تصرف مشترك في جوازه بين المملوك والحر، وذلك نحو الإجارة والنكاح والخدمة والانقياد والاستسلام من المحل لمثل

(١) في ز: ليفته.

هذا التصرف، لا يكون إقرارًا بالرق دلالة، وكل تصرف يختص جوازها بالمماليك ينظر: إن كان يوجب حقًا في المحل للغير، فالانقياد والاستسلام من المحل لمثله يكون إقرارًا بالرق، وذلك نحو البيع مع التسليم، والرهن، والدفع بالجناية، والهبة، وإن كان تصرفًا يختص إلا أنه لا يوجب حقًا في المحل كالعرض على البيع فالانقياد والاستسلام لمثل هذا التصرف لا يكون إقرارًا بالرق دلالة.

وإذا باع ولم يسلم وهو ساكت، لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب.

وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: هذا إقرار بالرق.

وبعضهم قالوا: لا يكون إقرارًا بالرق.

وإذا قال: أعتقني، فهو إقرار بالرق، وكذلك إذا قال: اعتقني أمس، وكذلك

قوله: هل أعتقني، إقرار بالرق.

وقال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل مجهول اشترى عبداً وأعتقه، ثم

أقر المعتق أنه عبد فلان فصدقه فلان في ذلك والمعتق يجحد، فالمقر عبد للمقر له

ولا يبطل الإعتاق السابق.

واعلم بأن شراء مجهول الحال وإعتاقه صحيح؛ لأنه حر ظاهرًا وإقراره بعد ذلك

أنه عبد يتضمن شيئين:

ثبوت الرق عليه، وبطلان الحرية الثابتة للمعتق من حيث الظاهر. فاعتبر إقراره لا

حق ثبوت الرق عليه، ولم يعتبر في حق بطلان الحرية الثابتة للمعتق، فلما عرف أن

إقرار الإنسان حجة عليه وليس بحجة على غيره، فإن مات المعتق وترك مالا، فإن

ترك عصابة فالمال لعصبته؛ لأن إقرار المقر بالرق لم يصح في حقهم، وإن لم يترك

عصابة، كان ماله للمقر له بالرق.

ولو كان المعتق مات وترك بنتا فنصف الميراث يكون للبنت والنصف الآخر

للمقر له.

ولو أن هذا المعتق لم يمت ولكن جنى جناية، سعى فيها ولا يعقلها عنه أحدهم

إذا وجب عليه السعاية يسعى في الأقل من قيمته ومن الأرش كالمكاتب إذا جنى أوفى تمام الأرش كالححر.

اختلف المشايخ فيه، بعضهم مالوا إلى القول الأول، وبعضهم مالوا إلى القول الثاني وهو الأصح.

فلو أن المقر له أعتق العبد ثم مات فعتق المقر ولم يترك عصابة، كان ميراثه للمقر له، ولو كان المعتق المقر عصابة، فميراثه لعصبته، ولو كان للمعتق بنت لا وارث له سواها، كان لها نصف الميراث، والنصف الثاني للمقر له، والله تعالى أعلم.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع أيضاً: مجهول الحال إذا تزوجت رجلاً جاز النكاح بناء على ظاهر حريتها، [فإن ولدت منه أولادا كانوا أحراراً بناء على حرية الأم من حيث الظاهر]^(١)، فإن أقرت بالرق بعد ذلك لإنسان وصدقها المقر له وكذبها الزوج في ذلك يصح إقرارها في حقها دون زوجها حتى لا يحكم بفساد النكاح، ويحكم بثبوت الرق عليها للمقر له، وأما الأولاد الذين ولدوا قبل إقرارها بالرق والذين كانوا موجودين في البطن وقت الإقرار - عرف ذلك بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار - فهم أحرار، وأما الذين حدثوا بعد الإقرار، فهم أرقاء عند أبي يوسف.

وقال محمد: هم أحرار.

وفي إقرار الأصل: امرأة مجهولة في يديها ابن لها لا ينطق فقالت: أنا أمة فلان وابني هذا عبده، فهي مصدقة، فهي وابنها مملوكان للمقر له.

وفي عتاق الأصل: أنها لا تصدق في حق الابن ولا يصير الابن رقيقاً، وإن كان ابنها يتكلم فقال: أنا حر الأصل، فالقول قوله.

وفي إقرار الأصل أيضاً: امرأة ورجل مجهولان الحال في أيديهما ابن لهما لا يتكلم فأقرا بالرق على أنفسهما صح إقرارهما بالرق على الابن.

(١) سقط في ز.

وفي عتاق الأصل: أنه لا يصح إقرارهما، وإن قالوا: نحن مملوكان لفلان وابننا هذا مملوك لفلان آخر، كان القول ما قالوا إن صدقهما مولاهما، وإن كذبهما في الابن فهو عبد له معهما على رواية إقرار الأصل.

ذكر في الجامع مسائل من هذا الجنس تبني على أصل أن كل حكم لو صححنا إقرارهما بالرق في حق ذلك الحكم يتضرر الزوج على وجه لا يمكنه دفعه، لا يصح إقرارها بالرق في حق ذلك الحكم، وكل حكم إذا صح إقرارها بالرق في حق ذلك الحكم [لا يتضرر به الزوج، إن كان بحال يمكنه رفع الضرر يصح إقرارها بالرق في حق ذلك الحكم]^(١).

إذا ثبت هذا فنقول: لو أعتقها المقر له بعد ما قضى القاضي عليها بالرق في حق ثبوت إعتاقه إياها، ولكن ليس لها خيار العتق؛ لأنه يتضرر به الزوج على وجه لا يمكنه التدارك، فلم يصح إقرارها بالرق في حق ثبوت هذا الحكم.

ولو آلى منها فمضى شهران، ثم أقرت بالرق، فمدة إيلائها أربعة أشهر، وإن أقرت بالرق بعدما مضى شهر، فهذه إيلائها شهران؛ لأن في الوجه الثاني لو صححنا إقرارها في حق الحكم يتمكن الزوج من دفع الضرر عن نفسه بأن يفيء إليها، و[لا]^(٢) كذلك في الوجه الأول، والله تعالى أعلم.

قال محمد - رحمه الله - : ويستوي في هذا إن علم الزوج بإقرارها بالرق أو لم يعلم؛ لأنه لا يمكن للزوج دفع الضرر علم به أو لم يعلم.

وهذا الجواب ظاهر فيما إذا أقرت بالرق بعدما مضى شهران من وقت الإيلاء إنما يشكل فيما إذا أقرت بالرق بعدما مضى شهر؛ لأن الزوج هنا إن علم بإقرارها بالرق يمكنه دفع الضرر، وإذا لم يعلم لا يمكنه دفع الضرر، فكيف تستقيم التسوية؟

حتى قال بعض مشايخنا: مراد محمد من هذا ما إذا أقرت بالرق بعدما مضى من

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

مدة إيلائها شهران .

وذكر في الزيادات ما يؤيد هذا فقال : مجهولة الحال إذا أقرت بالرق بعدما طلقها الزوج واحدة، ثم طلقها الزوج أخرى، فإن علم الزوج بإقرارها وقت الطلاق حرمت حرمة غليظة، وإن لم يعلم لم تحرم، فقد فرق بين العلم وعدم العلم .

ومن مشايخنا من فرق بين المسألتين وهو الأصح .

ولو طلقها الزوج واحدة فمضى من عدتها حيضة، ثم أقرت بالرق، كانت عدتها حيزتين .

ولو أقرت بالرق بعدما حاضت حيزتين، كانت عدتها ثلاث حيز .

ولو أن الزوج آلى منها فمضى شهر، ثم آلى منها بالرق، فمدة الإيلاء الأول أربعة أشهر، ومدة الإيلاء الثاني شهران، فإذا مضى شهر من وقت الإقرار، وقعت تطليقة بالإيلاء الثاني وسبق مدة الإيلاء الثاني مدة الإيلاء الأول .

وكذلك لو آلى منها ثم قال إذا مضى شهران : والله لا أقربك، فلما مضى شهران أقرت بالرق، كانت مدة الإيلاء الأول أربعة أشهر، ومدة الإيلاء الثاني شهران، فإذا مضى شهران بعد الإقرار بانتهت بتطليقتين بحكم الإيلاءين . والله تعالى أعلم .

ولو قال لها : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثنتين، ثم أقرت بالرق، ثم جاء رأس الشهر، وقعت تطليقتان وله أن يراجعها .

وكذلك لو قال لرجل : أمر امرأتك بيدك في طلقتين إن شئت، ثم أقرت بالرق، ثم طلقها الرجل ثنتين لم تحرم عليه .

وقال في بعض الروايات : أنها تحرم .

ولو كان التفويض توكيلاً والمسألة بحالها تحرم عليه .

في فصل التوكيل لم يشترط علم الزوج بإقرارها بالرق، وشرط ذلك في الزيادات .

وكذلك لو علق طلاقها ثنتين بفعلها، فأقرت بالرق ففعلت ذلك طلقت ولم تحرم

عليه .

ولو كان علق بنفسه ففعل بعدما أقرت بالرق حرمت عليه .
قال في الكتاب : وسواء كان فعلاً لها منه بد أو لا بد لها منه ، مثل كلام الأب
وصلاة الظهر وما أشبه ذلك .

ولو أن هذه المجهولة أقرت أنها ابنة أبي زوجها وصدقها أب الزوج وكذبها
الزوج ، فالقاضي يفرق بينهما .

وعلى قياس الإقرار بالرق ، ينبغي ألا يصح إقرارها في حق الزوج .
ولو أن أختين معروفتين أنهما أختان وهما توأمان تزوج رجل إحداهما فأقرت
الأخرى أنها ابنة أب الزوج وأختها وصدقها المقر له بذلك وكذبها أختها وزوج
أختها ، فالقاضي يفرق بين أختها وبين الزوج .

وإذا أقر الرجل : أنا عبد فلان ، فقال فلان : لا ، ثم قال : هو عبدي ، كان عبداً
له .

ولو كان في يدي رجل عبد أقر به لفلان فقال فلان : لا ، ثم قال : هو عبدي ،
وذو اليد يقول : هو عبدي ، فهو عبد صاحب اليد .

ولو كان في يدي رجل عبد فقال : هذا عبد فلان ، ثم قال : بل هو لي ، وأقام
البينة ، لا تقبل بينته .

وفي المنتقى : عبد قال لرجل : أنا ابن أمتك هذه أمي أمة لك ولدت ولكنني حر ما
ولدت إلا حراً ، فالقول قوله ، ولا يكون عبداً له ، والله أعلم .

الفصل الرابع والعشرون

في الإقرار بالنسب والعتق وأم الولد والتدبير

قال محمد - رحمه الله - في دعوى الأصل: يصح إقرار الرجل بأربعة .
 بالولد بشرط أن يكون المقر له بحال يولد لمثله وألا يكون المقر له ثابت النسب
 من غيره، وأن يصدقه المقر له في إقراره إذا كان له عبارة صحيحة .
 وبالولد إذا كان المقر يولد لمثله وألا يكون [المقر ثابت النسب من غيره وأن
 يصدقه المقر له إذا كان له عبارة صحيحة^(١)] وبالمراة إذا صدقته وإذا كانت خالية عن
 زوج وعدة وألا يكون تحت المقر أختها أو أربع سواها .
 وبالمولى بأن أقر أن هذا معتقي إذا صدقه المقر له وألا يكون للمعتق في الصورة
 الأولى وللمعتق في الصورة الثانية ولا بائنا من الغير ولا يصح إقراره بما عدا هؤلاء
 نحو الأخ والعم والخال ومن^(٢) أشبههم وتفسير صحة الإقرار بمن ذكرنا اعتبارًا
 للإقرار فيما يلزم المقر والمقر له من الحقوق وفيما يلزم غيرهما حتى إنه إذا أقر
 بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث مع سائر ورثة المقر، وإن جحد سائر الورثة نسبه،
 ويرث أيضاً مع أب المقر وهو جد المقر له، وإن جحد الجد نسبه .
 وتفسير عدم صحة الإقرار عن ذكرنا عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غير المقر والمقر
 له من الحقوق، أما فيما يلزمهما من الحقوق فإقراره صحيح معتبر، حتى إن من أقر
 مثلاً بأخ وله ورثة، سواء يجحدون أخوته فمات المقر، لا يرثه الأخ مع سائر ورثته،
 وكذلك لا يرث من أب المقر إذا كان الأب يجحد نسبه، أما يستحق النفقة على
 المقر حال حياته .

وإقرار المراة يصح مثلاً به بالولد والزوج والمولى، ولا يصح بالابن .
 فقد فرق بين المراة وبين الرجل في حق الإقرار بالابن .

(١) سقط في ز .

(٢) في ز: وما .

قال بعض مشايخنا: ما ذكر أن إقرار المرأة بالابن لا يصح محمول على ما إذا كان لها زوج معروف، فأما إذا لم يكن لها زوج معروف ينبغي أن يصح إقرارها. وذكر في كتاب الأفضية: إذا ادعت امرأة على رجل أنه ابنها، أو على امرأة أنها ابنتها وأقامت على ذلك بينة قبلت بيبتها فقد جعل النسب منها مقصودا حتى قال بقبول بيبتها حال غيبة الأب بدون أن يدعي نسبه حقاً أو مآلاً لنفسها، وهكذا ذكر الخصاص في أدب القاضي.

وروي عن أبي يوسف أنه لا تقبل بيبتها.

قيل: ما روي عن أبي يوسف لا تقبل بيبتها قياس، وما ذكر في الأفضية وذكره الخصاص استحسان.

فمن قال من المشايخ: إن إقرار المرأة بالابن إنما لا يصح إذا كان لها زوج معروف، مقول في فصل البينة يقول: إنما تسمع منها البينة إذا لم يكن لها زوج معروف، أما إذا كان لها زوج معروف^(١) لا تسمع منها البينة.

ومن المشايخ من قال: البينة مسموعة منها على كل حال سواء كان لها زوج معروف أو لم يكن.

وفرق هذا القائل بين فصل الإقرار وبين فصل البينة.

قال: وإقرار الرجل بابن الابن نظير إقراره بالأخ والعم وما أشبههما.

في الأصل: امرأة تقرر بصبي أنه ابنها وشهد لها القابل ثبت النسب منها إذا صدقها الصبي في ذلك.

قالوا: ما ذكر من الجواب أن النسب ثبت بشهادة القابل محمول على ما إذا لم يكن منازع، أما إذا كان ثمة منازع بأن ادعت نسب هذا الولد من رجل وذلك الرجل منكر لا يثبت النسب بشهادة القابلة في قولهم جميعا وإنما يثبت نسبه بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

(١) زاد في أ: حتى لا يصح تصرحا ماء النسب على غيرها.

قال في دعوى الأصل: رجل ملك عبدا في صحته وأقر في مرضه أنه ابنه، ومثله يولد لمثله وليس له نسب معروف فهو ابنه ويعتق ويرثه ولا يسعى في شيء، وإن لم يكن له مال غيره وكان عليه دين يحيط بقيمته.

وكذلك إذا ملك معه أمه وقد ملكها في حالة الصحة، لا نسبة على الأم، هذا إذا ملك العبد وحده أو مع أمه في حالة الصحة، فأما إذا ملك العبد في مرضه وأقر بنسبه تم نسبه أيضًا وعتق عليه، هل يجب على الولد السعاية؟
فهذا على وجهين:

الأول: ألا يكون للمريض مال آخر يخرج العبد من ثلثه، وفي هذا الوجه يجب عليه السعاية، ثم في أي قدر يسعى؟ ذكر أن على قول أبي حنيفة: يسعى في ثلثي قيمته، وعندهما: يسعى في جميع قيمته إلا قدر ما يخصه^(١) من الميراث. هذا إذا لم يكن للمريض مال يخرج العبد من ثلث ماله، [فأما إذا كان للمريض مال يخرج العبد من ثلث ماله]^(٢)، فعلى قولهما: يرث العبد منه ويسعى في قيمته إلا قدر ما يصيبه من الميراث.

قال محمد في الزيادات: غلام صغير في يدي رجلين وهو لا يعبر عن نفسه، قال أحد الرجلين لصاحبه: هذا ابني وابنك، أو قال: ابنا، ثبت نسب الولد منه صدقه شريكه في ذلك أو كذبه.

وكذلك: ابني وابنك، ووصل قوله: ابني، بقوله: ابنك، كان الجواب كما ذكرنا؛ لأنه حين قال: ابنك، فقد أقر بالنسب على الشريك فيوقف على تصديق الشريك.

فإذا قال: وابني، قبل تصديق الشريك فقد أقر بالنسب على نفسه ونفذ ذلك عليه فيبطل في حق الشريك.

(١) في ز: بحصته.

(٢) سقط في ز.

وقد ذكر في أبواب الدعوى من هذا الكتاب: في أمة بين رجلين جاءت بولدين في بطنين مختلفين، فقال أحدهما: الأكبر ابن شريك، والأصغر ابني، وصدقه شريكه في ذلك، ثبت نسب الأكبر من شريكه، وصارت الجارية أم ولد لشريكه، وإن ثبت نسب الأصغر من المقر في الحال من غير التوقف، ونسب الأكبر يوقف على التصديق، ثم إذا ثبت النسب من المقر في هذه المسائل، إن كان الشريك صدق المقر في إقراره لا ضمان على المقر لشريكه لتصادقهما على أن الغلام حر الأصل، وإن كان قد كذبه صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما؛ لأن النسب لم يعرف إلا بقوله فكان عتقه مضاعفاً إلى دعوته فصار معتقاً، والحكم في العبد المشترك بين رجلين أعتقه أحدهما معروف، هذا إذا قال ذلك موصولاً.

فأما إذا قال ذلك مفصولاً^(١) بأن قال: هذا ابني وسكت، ثم قال: وابنك، فهو ابن المقر، وإن قال: ابنك، وسكت، ثم قال: وابني، فصدقه شريكه فهو ابن الشريك، وإن كذبه الشريك في ذلك لم يثبت النسب من الشريك، وهذا ظاهر، وهل يثبت من المقر؟

على قول أبي حنيفة: لا يثبت.

وعلى قولهما: يثبت، بناء على أن من أقر لغيره بما لا يحتمل الفسخ وكذبه المقر له ثم ادعى ذلك لنفسه، على قول أبي حنيفة: لا يصح دعواه لنفسه.
وعلى قولهما: يصح أصله إذا أقر بنسب ولد منه من عبده وكذبه العبد ثم ادعى نسبه لنفسه.

على قول أبي حنيفة: لا يصح.

وعلى قولهما: يصح ويثبت النسب منه.

فهذا على ذلك.

(١) في ز: موصولاً.

ولو قال الشريك في هذه الصورة: هو ابني وابنك، أو قال: هو ابنا، فهذا كله تصديق حتى ثبت النسب من الشريك.

ولو قال الشريك في هذه الصورة: ليس ابنا، أو قال: ابنك دوني، ثم قال بعدما سكت: هو ابني، لم يثبت نسبه منه، وهل يثبت نسبه من المقر؟ فهو على الاختلاف الذي ذكرنا، وهذا كله إذا كان الغلام صغيرًا لا يعبر عن نفسه.

فأما إذا كان كبيرًا أو صغيرًا يعبر عن نفسه، إن كان مقرا بالرق لهما فهو والذي لا يعبر عن نفسه سواء، وإن لم يقر بالرق لهما يرجع في ذلك إلى قوله، فإن أقر أنه ابن المقر، فهو ابن المقر، وإن أقر أنه ابن المقر له، فهو ابن المقر له إن صدقه المقر له، وإن أنكر نسبه منهما، لم يثبت نسبه من واحد منهما.

جارية بين رجلين جاءت بولد فقال أحدهما لصاحبه: هو ابني وابنك، أو قال: هو ابنك وابني، أو قال: هو ابنا، والغلام صغير لا يعبر عن نفسه وصدقه صاحبه في ذلك ثبت النسب من المقر ولا يرجع هنا إلى الغلام وتصير الجارية أم ولد للمقر ولا يضمن المقر شيئًا من قيمة الولد ويضمن المقر لشريكه نصف قيمتها أم ولد موسرًا كان المقر أو معسرًا، فقد فرق بين ضمان الولد وبين ضمان الجارية، ولم يبطل ضمان الجارية وبطل ضمان الولد بتصديق صاحبه.

ثم هذا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا قيمة لمالية أم الولد عنده. والوجه في ذلك أن يقال: لم يرد محمد بقوله: «يضمن المقر نصف قيمتها أم ولد»، ضمان أم الولد على الحقيقة، إنما أراد به تقدير ضمانها بضمن أم الولد؛ وهذا؛ لأن ضمان الجارية ضمان تملك؛ لأن المقر يملك نصيب شريكه بالاستيلاء، وإنما يملك نصيب شريكه أم ولد؛ لأن أم الولد لا تقبل التملك، وإنما يملك نصيبه قنة فيضمن نصف قيمتها قنة، إلا أن الشريك بإقراره أنها أم ولد لها أبرأه عن بعض الضمان وصح ذلك منه، فما بقي من الضمان ضمان القنة، إلا أنه مقدر بضمن أم

الولد.

فمحمد أراد بقوله: «يضمن نصف قيمتها أم ولد» تقدير، لم يرد محمد بقوله: «لا يضمن المقر شيئاً من العقر»؛ لأن العقد غير واجب أصلاً، بل نصف العقر واجب عليه لإقراره بالوطأ، إلا أن شريكه بتصديقه صار مقرراً بالوطأ أيضاً، فوجب على كل واحد منهما نصف العقر والدماء قصاصاً فلا يضمن لوقوع المقاصة لا؛ لأن العقر غير واجب عليه أصلاً، هذا الذي ذكرنا كله إذا صدق الشريك المقر فيما أقر به، وإن كذبه فكذلك الجواب أيضاً، إلا في خصلة أن هنا يضمن المقر نصف العقر للشريك.

رجلان اشتريا غلاما من السوق وكان عبدا لرجل ولد عنده، فقال أحدهما لصاحبه: هذا ابني وابنك، أو قال: هو ابنا جميعا، فقال صاحبه: صدقت، أو قال: كذبت، فهو ابن المقر ولا يرجع فيه إلى قول الغلام، وإن كان يعبر عن نفسه، فبعد ذلك إن صدقه شريكه فلا ضمان عليه أصلاً، وإن كذبه، كان حكم الولد كحكم عبد مشترك بين اثنين أعتقه أحدهما.

وإن قال الشريك: هو ابنك دوني، فعلى قول أبي حنيفة: لا يضمن المقر لشريكه شيئاً، ولكن يسعى الغلام له في قيمته.

وعلى قولهما: يضمن الشريك إن كان موسراً.

رجلان اشتريا عبدا فادعى أحدهما أنه ابنه، ثم أقر على صاحبه أنه أعتقه قبل أن يذيعه وصدقه صاحبه، برئ المقر من الضمان.

جارية بين رجلين ادعى أحدهما أنها أم ولده، وقال شريكه: كنت أعتقتها قبل أن يقر بهذا، وكذبه المقر، فالجارية أم ولد للمقر، وضمن المقر لشريكه نصف قيمتها.

عبد بين رجلين قال أحدهما لصاحبه: أعتقناه، أو قال: أعتقته أنا وأنت، أو قال: أعتقته أنت وأنا، وصدقه صاحبه في ذلك، عتق العبد عنهما وصار مولى لهما، وإن

كذبه صاحبه عتق على المقر بإقراره وصار كعبد مشترك بين اثنين أعتقه أحدهما

فيكون للشريك خيارات ثلاثة عند أبي حنيفة .

وعندهما يتعين الضمان إن كان المقر موسراً، أو السعاية إن كان معسراً، والمسألة معروفة، ولا نصيب للمقر له ونصيب^(١) شريكه موقوف، فإن عاد الشريك إلى التصديق رد ما أخذ من الضمان أو السعاية .

جارية بين رجلين قال أحدهما لصاحبه: هذه أم ولدي وأم ولدك^(٢)، أو قال: أم ولدنا، فإن صدقه صاحبه في ذلك صارت الجارية أم ولدهما .

فرق بين هذا وبين ما إذا ولدت ولدا فقال أحدهما لصاحبه: هو ابنك وابني، أو قال: هو ابنتنا، حتى ثبت النسب من المقر، صارت الجارية أم ولد للمقر ولا ضمان لواحد منهما على الآخر .

كما لو ادعيا معا وكذبه صاحبه في ملك، ضمن المقر لشريكه نصف قيمتها موسراً كان أو معسراً، وضمن أيضاً نصف العقر لشريكه، ثم يكون نصف الجارية أم ولد للمقر، ونصفها يكون موقوفاً، بمنزلة أم الولد، فإن عاد الشريك إلى التصديق صارت أم ولده بينهما ويرد ما أخذ من الضمان، وإن لم يعد إلى التصديق فنصفها أم ولد للمقر ونصفها موقوف، بمنزلة أم الولد تخدم المقر يوماً وتوقف يوماً، وفي بعض النسخ: لتكسب لنفسها يوماً .

فإن مات أحدهما، ففي فصل التصديق عتقت أيهما مات ولا سعاية عليها للحي في قول أبي حنيفة .

وفي فصل التكذيب كذلك تعتق أيهما مات .

جارية بين رجلين قال أحدهما لصاحبه: دبرتها أنا وأنت، أو قال: دبرتها أنت وأنا، أو قال: دبرناها، فإن صدقه صاحبه في ذلك فهي مدبرة لهما، وإن كذبه صاحبه في ذلك صارت بمنزلة جارية بين رجلين دبرها أحدهما والحكم ثمة معلوم .

(١) في أ: ولا نصيب .

(٢) زاد في أ: وأم ولد .

أن عند أبي حنيفة: للشريك خيارات خمسة، إن شاء دبر نصيبه، وإن شاء ترك نصيبه على حاله، وإن شاء ضمن المدبر إن كان موسراً، وإن شاء استسعى الجارية إن كان المدبر معسراً، وإن شاء أعتق نصيبه على ما عرف، فإن ضمن المقر كانت الجارية نصفها مدبرة للمقر والنصف الآخر موقوف، فتخدم المقر يوماً وتوقف يوماً، وإنما وجب التوقف لتوهم رجوع الشريك إلى تصديق المقر.

فإن عاد الشريك إلى تصديق المقر، صارت مدبرة بينهما ويرد على المقر ما أخذ من الضمان، وإن لم يرجع إلى تصديقه حتى مات أحدهما فهذا على وجهين: إما أن مات المقر، و مات المنكر، وكل وجه من ذلك على وجهين، إما أن صدق المقر الجارية فيما قال أو كذبه وقالت: دبرتني أنت لا غير، أو قالت: ما دبرني أحد لكن تدبرت عليك بإقرارك.

والمسألة مصورة فيما إذا لم يكن لها مال سوى الجارية، فإن مات المقر وصدفته الجارية فيما قال، سعت في ثلثي نصف قيمتها لورثة المقر.

فأما إذا كذبت الجارية المقر فيما أقر، سعت في ثلثي قيمتها في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها تسعى في ثلثي نصفها، هذا إذا مات المقر. وأما إذا مات المنكر، فإن صدقت الجارية المقر فيما أقر فإنها تسعى للمقر في جميع قيمتها، وإن كذبت الجارية المقر فيما أقر على ما ذكرنا فإنها تسعى للمقر في نصف قيمتها وذلك قيمة حصته ولم تسع في غير ذلك.

وأما إذا ماتا جميعاً أحدهما قبل الآخر، فهذا على وجهين: أما أن مات المقر أولاً ثم المنكر، أو مات المنكر أولاً ثم المقر، وكل ذلك على وجهين على نحو ما ذكرنا.

ولو مات المقر أولاً ثم المنكر والجارية قد صدقت المقر فيما أقر، فنقول: حكم المسألة قبل موت المنكر أن يعتق النصف الذي هو حصة المقر ويلزمها السعاية في ثلثي ذلك النصف.

فإذا مات المنكر بعد ذلك، وجب عليها السعاية في نصيب المنكر، وإذا وجبت السعاية في نصيب المنكر للمقر، صار ذلك تركة للمقر وازداد تركة المقر؛ لأن تركته إلى الآن كانت نصف الرقبة، والآن صارت نصف رقبة وقيمة نصف رقبة، فإذا ازدادت تركة المقر ازداد الثلث، فيسلم لها ثلث جميع الرقبة وتسعى في ثلثي جميع الرقبة.

وإن كانت الجارية كذبت المقر فيما أقر، فكذلك الجواب تسعى في ثلثي قيمتها. فإن مات المنكر أولاً ثم المقر، والجارية صدقت المقر فيما أقر فنقول: ذكر محمد - رحمه الله - حكم المسألة قبل^(١) موت المقر أن تلزمها السعاية في كل قيمتها للمقر.

وقد ذكرناه ولم يذكر حكم المسألة بعد موت المقر. ومشايعنا - رحمهم الله - ذكروا في شروحهم من: أنها تلزمها السعاية في كل قيمتها.

وذكر الزعفراني: أنه يرفع عنها السعاية في ثلث النصف الباقي عند أبي حنيفة - رحمه الله -.

وعلى قياس ما تقدم ينبغي أن يرفع عنها السعاية في ثلثي هذا النصف^(٢). وأما بيان مذهب أبي يوسف ومحمد في المسألة: أن الجارية تصير كلها مدبرة بإقرار المقر.

فبعد ذلك إن صدق الشريك المقر فهي مدبرة بينهما ولا ضمان على المقر، وإن كذبه ضمن المقر نصف قيمتها لشريكه موسراً كان أو معسراً أقر بكون نصفها مدبرة

(١) في ز: بعد.

(٢) زاد في أ: فإن كانت الجارية كذبت المقر فيما أقر، فنقول: ذكر محمد حكم هذه المسألة قبل موت المقر أنه يلزمها السعاية في نصيب المقر لا غير، وقد ذكرناه ولم يذكر حكمها بعد موت المقر. ومشايعنا ذكروا في شروحهم: أنها تلزمها السعاية في نصيب المقر لا غير. وذكر الزعفراني: أنه يرفع عنها ثلث السعاية.

للمقر والنصف الآخر موقوف إلى أن يعود الشريك إلى تصديق المقر .
فإن عاد صارت مدبرة بينهما، ورد الشريك ما أخذ المقر، وإن لم يعد حتى مات
المقر يسعى في ثلثي نصف قيمتها لورثة المقر، ليس عليها غير ذلك للحال، صدقت
الجارية المقر أو كذبتة .

قال محمد في الجامع : رجل له عبد، ولعبد ابن ولابن العبد ابنان ولدا في بطنين
مختلفين وكلهم مولد مثلهم مثل المولى، فقال المولى في صحته : أحدهم ولدي،
ثم مات قبل البيان، فإنه يعتق من الأول ربه ومن الأوسط ثلثه ومن الأصغر من كل
واحد منهما ثلاثة أرباعه وسعوا في الباقي .

قال : رجل له عبد ولعبد ابنان ولدا في بطنين مختلفين ولكل ابن ابن فهم خمسة
وكل واحد منهم يولد مثله للمولى، فقال المولى في صحته : أحد هؤلاء ولدي، ثم
مات المولى قبل البيان، فإنه يعتق من الأول خمسة ويسعى في أربعة أخماسه، وأما
الأوسط يعتق من كل واحد منهما ربه ويسعى في ثلاثة أرباعه، وأما الأصغر ان يعتق
من كل واحد منهما ثلثاه .

قال : رجل له عبد ولعبد ابنان، ولكل واحد من الابنين ابن، ولكل واحد من
ابني الابن ابن، فهم سبعة، قال المولى في صحته : أحد هؤلاء ولدي، وكل واحد
منهم يولد مثله لمثل المولى، ثم مات المولى قبل البيان، عتق من الأول سبعة،
ويعتق من كل واحد من الفريق الثاني سدسه، ويعتق من كل واحد من الفريق الثالث
خمس، ويعتق من كل واحد من الأصغرين خمسة أثمانه، والله تعالى أعلم .



الفصل الخامس والعشرون

فيمن في يده مال الميت إذا أقر بوارث أو موصى له

وفي الإجماع عن محمد - رحمه الله - : رجل توفي وترك مالا في يدي رجل جاء رجل وادعى أنه ابن الميت، وادعت امرأة أنها زوجة الميت، وقال الذي في يديه المال: صدقتما، ولا نعلم له وارثا غيركما، وكذب كل واحد منهما صاحبه، فالقاضي يتلوم زماناً ثم يعطي للابن المال كله بعدما يستحلفه على علمه على دعوى المرأة.

وكذلك لو كان الميت امرأة فادعى رجل أنه زوجها فهو بمنزلة المرأة في ذلك. وكذلك لو أقر الذي في يديه المال بزوجة أو أخ لأم أو عمه أو خالة كل ذي نسب، ومولى العتاقة بمنزلة النسب في هذا.

بيانه: إذا ادعت المرأة أنها ابنة الميت، وادعى رجل أنه أعتقه الميت وقال الذي في يديه المال: صدقتما، أو قال: هذه ابنته وهذا مولاه أعتقه، أو بدأ بالمولى ثم بالابنة فهما سواء والمال بينهما نصفان.

وإن كانا متكاذبين بينهما؛ لأن الذي في يديه المال لم يقر بأن الميت كان ممن يورث بحاله إلا وهذا مولاه ولاؤه له ويرثه به، ومولى الموالاة بمنزلة الزوجين. ولو ادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله أو كله، وادعى الآخر أنه أخوه لأبيه ولأمه ووارثه لا وارث له غيره، وصدقهما صاحب اليد، فالأخ أولى من الموصى له بالثلث.

ولو جاء رجل وادعى أن الميت عبده وأن المال مال عبده فهو أحق به، وجاء رجل آخر فادعى أنه ابن الميت وأن الميت حر لم يملك قط وأنه وارثه، والذي في يديه المال يقول: إن الميت عبد وهذا ابن الميت، وكذب كل واحد منهما صاحبه، فإن المال للمولى دون الابن.

قال محمد: إذا قال الذي في يديه المال لرجل: أنت أخوه لأبيه وأمه ولا أدري له

ولد آخر يحجبك عن الميراث، وقال المدعي: أنا أخوه لأبيه وأمه وله أخ آخر لأبيه وأمه ووارثه وأنتما وارثاه لا نعلم له وارثاً غيركما، وقال المدعي: أنا أخوه لأبيه وأمه ووارثه لا وارث له غيري، فإن القاضي يتأني في ذلك، فإن جاء وارث آخر وإلا دفع المال كله إلى هذا المدعي.

ولو أن رجلاً في يده مال لامرأة ماتت المرأة فقال الذي في يديه المال: أنا زوجها وهذا الرجل أخوها لأبيها وأمها ولا أدري لعل لها ابن أو أب يحجب هذا عن الميراث، فقال الأخ: أنا وارثها لا وارث لها غيري ولست بزوج لها فالقاضي لا يعطي الأخ شيئاً حتى يعلم أنه لا وارث لها غيره ويقف المال في يد الزوج ويتأني ويتلوم حتى يعلم أنه لا وارث لها غير الزوج.

ولو كان الذي في يديه المال امرأة وهذا المال لرجل فقالت المرأة التي في يديها المال: أنا زوجة الميت وهذه المرأة زوجته أيضاً وهذا الرجل مولى الميت قد كان أسلم الميت على يديه ووالاه، وقالت تلك المرأة: أنا زوجته دونك، أو قال مولى الموالاة: أنا وارثه دونكما، فالقاضي يجعل ربع المال بين الزوجين والباقي لمولى الموالاة.

رجل في يديه مال لرجل مات صاحب المال وأقر الذي في يديه المال أن الميت أوصى لهذا بجميع هذا المال وأقر أنه أوصى لهذا الرجل الآخر بجميع هذا المال، وقال ذلك الرجل: إن الميت أوصى لي بجميع هذا المال، وأقر أنه أوصى لهذا الرجل بجميع هذا المال وقال ذلك الرجل الآخر: إن الميت أوصى لي بجميع هذا المال ولا أوصي لك بشيء، والمال بينهما، إنما يستحقان هذا المال بوصية حادثة. ولو أن الذي في يده المال قال: إن الميت أوصى لهذا بجميع ماله، وأقر أيضاً أن هذا أخوه لأبيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره، وتكاذبا فيما بينهما، فإن ثلث المال لصاحب الوصية والثلاثان للأخ.

ولو قال الذي في يديه المال: إن الميت أوصى لهذا بجميع ماله، وقال أيضاً: إن

الميت أقر أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه مولى عتاقة أو مولى موالاة وأنه لا وارث له غيره، فالمال كله للوارث المقر به وللمولى.

ولو أن الذي في يديه المال قال: إن الميت أقر أن هذه زوجته وأن هذا ابنه، وكل واحد منهما أكذب صاحبه، فالمال للابن.

وكذلك إذا كان مكان الابن أما أو مولى عتاقة.

ولو كان الذي في يديه المال قال: إن الميت أوصى لهذا بجميع ماله ولكن لفلان ابن فلان على الميت دين كذا وكذا، وصدقه المقر له بالدين، والوصي له يدعي الوصاية وينكر الدين وقد أقروا جميعاً أن الميت لم يدع وارثاً، فإن القاضي يتلوم في ذلك زماناً ثم يقول لصاحب الدين: أقم البينة على دينك، فإن لم تكن له بينة استحلف الموصى له على علمه ما يعلم هذا الدين لهذا الميت، فإن حلف أعطاه المال ولم يعط الغريم شيئاً.

ولو أن الذي في يديه المال قال: الميت أوصى لهذا بجميع المال ولا أدري أترك وارثاً أم لا، فقال له الموصى له: أعطني فإنه لي على كل حال ترك وارثاً أو لم يترك، فالقاضي لا يدفع إليه شيئاً، والله تعالى أعلم.



الفصل السادس والعشرون

في الإقرار في العيب والبيع

قال محمد - رحمه الله - : وإذا أقر بائع بالعيب بالمشتري عيبا يتوهم زواله بحيث لا يبقى له أثر، بأن أقر أنه باع هذا العبد وبه قرحة ولم يسمها ولم يعينها، ثم جاء المشتري بالعبد وبه قرحة فأراد أن يرده وقال: هي تلك القرحة التي أقررت بها، وقال البائع، التي أقررت بها زالت وهذه قرحة أخرى جدت في يدك، فالقول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري البيئته؛ وهذا؛ لأن البائع لم يقر بهذا العيب بعينه فيكون منكرا ثبوت حق الرد بهذا العيب المعين والقول قول المنكر في الشرع، فلا يكون للمشتري حق الرد إلا ببيئته يقيمها أن هذا العيب غير ذلك العيب، أو يكون بين إقرار البائع وبين المنازعة مدة لا يتوهم زوال القرحة بأثرها في تلك المدة ولا قرحة بالعبد إلا هذه، فحيث كان القول قول المشتري وله أن يرد العبد على البائع.

وإن أقر البائع بعيب لا يتوهم زواله بحيث لا يقع له أثر، بأن أقر أنه باع هذا الثوب وبه خرق، فجاء المشتري بالثوب وبه خرق وأراد أن يرده، فقال البائع: لم يكن هذا الخرق عند البيع وإنما حدث عندك ولا خرق في الثوب إلا هذا، فالقول قول المشتري، وكان للمشتري أن يرده.

وإذا كان البائع اثنين والمشتري واحدا فأقر أحدهما بعيب وجحد الآخر، كان للمشتري أن يرد على المقر حصته بلا خلاف.

قال محمد: وإذا كان البائع شريك مضاربة وطعن المشتري بعيب بالمبيع وجحد البائع وأقر شريكه، فللمشتري حق الرد وله الخيار إن شاء رد على الشريك المقر بالعيب، وإن شاء رد على البائع.

ولو كان البائع شريك عنان، لم ينفذ إقرار شريكه بالعيب حتى لا يكون للمشتري حق الرد لا على البائع ولا على الشريك المقر.

ولو كان البائع هذا الذي أقر بعد إقراره، وكان للمشتري أن يرد عليه؛ لكونه

عاقداً .

ولو باع المضارب وأقر رب المال بالعيب، فليس للمشتري حق الرد وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وأقر الموكل^(١) بالعيب، فليس له أن يرد المشتري لا على الوكيل ولا على الموكل .

وإذا جحد أحد المتبايعين البيع لا يفسخ البيع بجحود أحدهما، وينفسخ بجحودهما، فلو أنهما تجاحدا البيع ثم إن المشتري ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه، وإذا أقام البيئة على ما ادعى لا يثبت الشراء، ولو صدقه البائع على الشراء يثبت الشراء، وإن لم يجحد البيع بعدما تجاحدا .

ولو أقر أنه باع عبده منه ولم يسم الثمن، فقال المشتري: اشتريته منك بخمسائة، فجحد البائع أن يكون باعه بشيء، حلف البائع على دعوى المشتري ولا يلزمه البيع بالإقرار، وكذلك لو كان المشتري بدأ بالإقرار على هذا الوجه، والله تعالى أعلم .



(١) في ز: الوكيل .

الفصل السابع والعشرون في الإقرار بالجراحة والقتل

وإذا أقر الرجل بقتل رجل خطأ وقامت البينة به على آخر، فالمولى ادعى ذلك كله، فعلى المقر نصف الدين، ولا شيء على الآخر.

وعلى هذا إذا أقر رجل بقتل رجل عمداً وقامت البينة على آخر بمثل ذلك، والولي ادعى القتل عمداً، كان له أن يقتل المقر وليس له أن يقتل الآخر. فلو أن الولي في فصل الخطأ ادعى الكل على المقر وجبت الدية بكمالها في ماله لثبوت القتل منه^(١).

ولو ادعى القتل كله على الشهود وعليه، وجبت الدية على عاقلته كاملة؛ لثبوت القتل منه بالبينة.

ولو أقر رجل أنه قتل فلاناً عمداً وحده، وأقر الآخر بمثله، وقال الولي: قتلتماه جميعاً، كان للمولى أن يقتلتهما.

وهذا بخلاف ما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل هذا الرجل، وشهد آخران على رجل أنه قتل هذا الرجل، وقال الولي: قتلتماه جميعاً، لم يكن له أن يقتل واحداً منهما.

ولو قال المقر له لواحد منهما: أنت قتلته، كان له أن يقتله.

ولو قال لهما: صدقتما جميعاً، فليس له أن يقتل واحداً منهما، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) زاد في أ: كما لا يتصادقهما.

الفصل الثامن والعشرون

في إقرار الوكيل والوصي بالقبض

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا أقر وصي الميت أنه استوفى جميع ما للميت على فلان بن فلان ولم يسم كم هو، ثم قال بعد ذلك: إنما قبضت منه مائة، وقال الغريم: كان لفلان علي ألف درهم وقد قبضها الوصي، فهذا على وجهين: إما إن كان هذا ديناً وجب على الغريم بأدائه للميت، أو ديناً وجب بأدائه للوصي. وإقرار الغريم بالدين في كل واحد من الوجهين لا يخلو: إما أن يكون إقراره بالدين بعد إقرار الوصي باستيفاء جميع ما عليه، أو قبل إقرار الوصي استيفاء جميع ما عليه، والوصي في كل واحد من الوجهين لا يخلو: إما أن وصل قوله: «وهي مائة» بإقراره أنه استوفى الجميع أو فصل.

وقد بدأ محمد - رحمه الله - بما إذا كان الدين واجباً بأدائه للميت، وقد أقر الوصي باستيفاء جميع ما عليه للغريم، ثم قال: وهي مائة، مفصلاً عن إقراره، ثم أقر الغريم بعد ذلك أن الدين كان عليه ألف درهم وقد استوفى منه ألف درهم. ذكر أن الغريم برئ عن الألف حتى لم يكن للوصي أن يتبعه بشيء، فالقول قول الوصي مع يمينه أنه قبض مائة، ولا يصدق الغريم على الوصي حتى لا يضمن بتسعمائة للورثة بسبب الجحود، فكان القول قول الوصي مع يمينه بالله ما قبض إلا مائة، فإن قامت للميت بينة على أن^(١) على الغريم كان ألف درهم، بأن أقام الوارث البينة أو غريم للميت، كان الغريم بريئاً من جميع الألف حتى لم يكن للوصي أن يتبع الغريم بتسعمائة ويضمن الوصي تسعمائة للورثة.

هذا إذا أقر الغريم بدين ألف درهم بعد إقرار الوصي باستيفاء جميع ما عليه، فأما إذا أقر الغريم أولاً أن الدين ألف درهم، ثم أقر الوصي أنه استوفى جميع ما عليه ثم قال: وهي مائة، مفصلاً عن إقراره، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا ثبت الألف

(١) زاد في أ: المدبر.

بالبينة يكون الغريم بريئاً عن جميع الألف بإقرار الوصي ويضمن الوصي تسعمائة للورثة بالجحد.

بخلاف ما لو كان إقرار الغريم بعد إقرار الوصي بالاستيفاء، فإن الوصي لا يضمن للورثة شيئاً.

هذا الذي ذكرنا إن قال الوصي: وهي مائة، [مفصلاً عن إقراره، وأما إذا قال موصولاً بأن قال: استوفيت جميع ما للميت على فلان وهي مائة^(١)، وقال الغريم: لا بل كان ألف درهم.

ذكر أن الوصي يصدق في هذا البيان، حتى كان للوصي أن يتبع الغريم بتسعمائة. بخلاف ما لو قاله مفصلاً فإنه لا يصح هذا البيان في حق الغريم، حتى لا يكون للوصي أن يتبعه بشيء.

ثم فرق بينه وبين المالك، فإنه لو حصل هذا الإقرار من المالك، فالغريم يبرأ عن جميع الألف، حتى لا يكون للطالب أن يتبع الغريم بشيء، فلم يصح هذا البيان من المالك وإن ذكره موصولاً بإقراره وهو عاقد، وصح إذا قاله الوصي موصولاً وقد وجب الدين بنقده.

والجواب فيما إذا أقر الغريم أولاً بدين ألف درهم، ثم قال الوصي: استوفيت جميع ما عليه وهي مائة، كالجواب فيما إذا كان إقرار الوصي بالاستيفاء أولاً إذا وجب الدين بأدائه للميت.

فأما إذا وجب الدين بأدائه للوصي، إن أقر الوصي بالاستيفاء أولاً ثم قال مفصلاً: وهي مائة، ثم أقر الغريم أن الدين كان ألفاً، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب الدين لا بأدائه، يبرأ الغريم عن جميع ما عليه، ولا يضمن الوصي شيئاً للورثة بقول الغريم.

وإن قامت البينة على أن الدين كان ألف درهم، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا

(١) سقط في ز.

وجب الدين لا بأدائه للوصي، يكون الغريم بريئاً عن جميع الدين بإقرار الوصي ويضمن الوصي للورثة تسعمائة. إما لجحوده أو لإبرائه.

هذا إذا أقر الوصي أولاً بالاستيفاء.

وإن أقر الغريم أولاً بالدين، ثم قال الوصي: استوفيت جميع ما عليه، ثم قال: وهي مائة، مفصلاً عن إقراره، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب الدين بأدائه للميت، يكون الغريم بريئاً عن جميع ما عليه لإقرار الوصي، ويضمن الوصي للورثة تسعمائة.

هذا الذي ذكرنا إذا قال: وهي مائة، مفصلاً عن إقراره.

فأما إذا قاله موصولاً بأن قال: استوفيت جميع ما عليه وهي مائة، ثم قال الغريم: كان الدين علي ألف درهم وقد قبضها، فإن الغريم يكون بريئاً عن جميع ما عليه، حتى لا يكون للوصي أن يتبعه بشيء، ولا يضمن الوصي للورثة إلا قدر إقرار الوصي باستيفائه.

فرق بين هذا وبين ما إذا وجب الدين بأدائه الميت، فقال الوصي: استوفيت جميع ما للميت على فلان وهي مائة درهم - موصولاً بإقراره - وقال الغريم: كان علي ألف درهم، فإن الغريم لا يبرأ إلا عن المائة، وكان للوصي أن يتبعه بتسعمائة، فقد صح هذا البيان من الوصي، متى وجب الدين بأدائه الميت، ولم يصح متى وجب الدين بأدائه الوصي.

فإن لم يصحح هذا البيان صار كأنه قال: استوفيت جميع ما عليه، ثم أقر الغريم بألف درهم، ولو كان كذلك لا يتبع الغريم بشيء ولكن لا يضمن للورثة إلا قدر مائة درهم، ويضمن الوصي للورثة تسعمائة هنا، والله أعلم.

ولو أن وصياً باع خادمًا للورثة وأشهد أنه قد استوفى جميع ثمنها وهو مائة، وقال المشتري: بل كان مائة وخمسين، فهذا على وجهين:

إما أن قال الوصي: وهي مائة موصولاً بإقراره. أو قال مفصلاً.

فإن قاله موصولاً بإقراره فإنه لا يصح هذا البيان حتى يبرأ الغريم عن مائة وخمسين بإقرار الوصي أنه استوفى جميع ما عليه، ولا يضمن الوصي خمسين درهماً.

وإن قال الوصي: هي مائة مفصلاً عن إقراره، فكذلك الجواب، يكون الغريم بريئاً عن مائة وخمسين بإقرار الوصي أنه استوفى جميع ما عليه، ويكون القول قول الوصي فيما قبض.

وكذلك الجواب فيما إذا كان مالكاً وأقر باستيفاء جميع ما على المشتري، ثم قال: وهي مائة، موصولاً أو مفصلاً، فالجواب فيه كالجواب في مسألة الوصي. ولو أقر الوصي أنه قد استوفى من فلان مائة درهم وهي جميع الثمن، فقال المشتري: بل الثمن مائة وخمسون، فأراد الوصي أن يتبعه بخمسين درهماً فله ذلك.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال الوصي: استوفيت جميع ما على المشتري وهو مائة، وقال المشتري: لا بل كان الثمن مائة وخمسين وقد قبضها، فإنه يكون للوصي أن يتبع المشتري بخمسين درهماً. وقوله: وهي مائة، موصول بإقرار الوصي في الموضوعين جميعاً.

وكذلك الجواب فيما إذا كان وكيلاً بالبيع.

وإذا أقر الوصي أنه استوفى جميع ما لفلان على فلان وهو مائة درهم، فأقام الورثة البينة أو غريم الميت أنه كان عليه مائتا درهم حتى قبلت هذه البينة، فإن الغريم يأخذ المائة الفاضلة، ولا يضمن الوصي إلا المائة التي أخذ.

وهذا بخلاف ما لو قال مفصلاً: وهي مائة، قامت البينة أن الدين على الغريم مائتان، فإن الوصي يكون ضامناً للمائتين.

وإذا أقر الوصي أنه استوفى ما لفلان الميت عند فلان من وديعة ومضاربة أو شركة أو بضاعة أو إجارة، ثم قال بعد ذلك: إنما قبضت منه مائة، فهذا على وجهين:

إما أن أقر الموصي بالاستيفاء أولاً ثم أقر المطلوب أنه كان ألفاً، أو^(١) أقر المطلوب أنه كان للميت عنده ألف درهم، ثم أقر الوصي باستيفاء ما عنده، وقول الوصي: وهي مائة، إما أن يكون موصولاً بإقراره أو مفصلاً.

فإن أقر الوصي بالاستيفاء أولاً، ثم قال بعد ذلك: قبضت مائة، وقال المطلوب: كان ألف درهم وقد قبضها، فإن الوصي لا يضمن أكثر مما أقر بقبضه ويكون المطلوب بريئاً عن الجميع كما في الدين، فإن قامت البينة أنه كان عند المطلوب ألف درهم، فإن الوصي ضامن لذلك كله، ولا يضمن المطلوب، هذا إذا قاله مفصلاً.

فأما إذا قاله موصولاً، ثم أقر المطلوب أن ما عنده كان ألف درهم، فإن القول قول الوصي أنه قبض منه مائة، ولا يتبع المطلوب بشيء. بخلاف ما لو كان هذا في الدين، فإنه يتبع الغريم بالباقي، هذا إذا أقر الوصي أولاً باستيفاء الدين.

فأما إذا أقر المطلوب أولاً أن المائة عنده وهي مائة موصولاً أو مفصلاً، فالجواب فيه كالجواب فيما لو قامت البينة أن المال عند المطلوب كان ألف درهم، إلا أنه لا يتبع المطلوب، بخلاف الدين.

وإذا أقر وصي الميت أنه قبض كل دين لفلان الميت على الناس، فجاء غريم لفلان الميت فقال للوصي: قد دفعت إليك كذا وكذا، وقال الوصي: ما قبضت منك شيئاً ولا علمت أنه كان لفلان عليك شيء، فإن القول قول الوصي ولا يثبت إبرأؤه للغريم بهذا الإقرار الذي وجد من الوصي.

بخلاف ما لو أقر بالاستيفاء من رجل بعينه.

وكذلك الجواب في الوكيل في قبض الدين والوديعة والمضاربة، والله تعالى

أعلم.

(١) زاد في أ: أقر المطلوب أنه كان ألفاً، و.

وإذا أقر الوصي أنه استوفى ما على فلان من دين الميت، فقال الغريم: كان له علي ألف درهم، وقال الوصي: قد كان له عليك ألف درهم ولكنك دفعت خمسمائة في حياته إلى الميت وخمسمائة دفعتها إلي بعد موته، وقال الغريم: بل دفعت الكل إليك، فالجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى، يضمن الوصي ألف درهم ولكن يستحلف الورثة على دعواه.

ولو أقر الوصي أنه قد استوفى ما لفلان الميت على الناس من دين استوفاه من فلان بن فلان، فقامت البينة أن للميت على رجل ألف درهم، فقال الوصي: ليست هذه فيما قبضت، فإنها تلزم الوصي ويبرأ جميع غرماء الميت بهذا الإقرار. واستشهد محمد - رحمه الله - بمسألة الوارث فقال: ألا ترى أن الوارث يكتب البراءة من كل ميراث على وارث ويكتب: إني قد عجلت لك نصيبك من جميع ما للميت على الناس وأنه يبرئ جميع غرماء الميت عن نصيبه.

ولو أن وصيا أقر أنه قبض جميع ما في منزل فلان من متاعه وميراثه، قال بعد ذلك: وهو مائة وخمسة أثواب وادعى الوارث أنه كان أكثر من ذلك، وأقاموا البينة أنه كان في ميراث الميت يوم مات في هذا البيت ألف درهم ومائة ثوب، فإنه لا يلزم الوصي إلا قدر ما أقر بقبضه. وإن قال: وهو مائة، مفصلاً عن إقراره.

فرق بين هذا وبين الدين، فإنه قال: لو أقر أنه استوفى جميع ما للميت على فلان من الدين، ثم قال مفصلاً: وهو مائة، ثم قامت البينة أن الدين عليه كان ألفاً، فإن الوصي يكون ضامناً للألف كلها.

وكذلك لو أقر أنه قبض ما في ضيعة فلان من طعام أو ما في نخله من تمر، وقبض زرع هذه الأرض، ثم قال: هو كذا، وادعى الوارث أكثر منه، وأقام البينة أنه كان في الضيعة كذا أكثر مما سمى الوصي، لم يلزم الوصي ذلك حتى يشهدوا أنه قد قبضه.

وكذا الوكيل بالبيع إذا أقر بالبيع صح إقراره في حق الموكل سواء كان الثمن قائماً

أو هالكًا.

ولو أقر الموكل أن الوكيل باعه من فلان وصدقه فلان في ذلك والوكيل يجحد، فالعبد لفلان بألف^(١)، والعهدة على الموكل دون الوكيل.

وأما الوكيل بشراء عبد بعينه بألف إذا قال: اشتريت، وجحد الأمر، فالقول قول الوكيل ويكون هذا الشراء لازما على الموكل سواء كان الثمن مدفوعًا إليه أو لم يكن بعد أن يكون العبد قائما بعينه عندهم.

وإن كان العبد هالكًا، إن كان الثمن مدفوعًا إليه يصدق على الموكل، وإن لم يكن مدفوعًا لا يصدق.

وأما إذا كان مأمورًا بشراء عبد بغير عينه، وسمى صفته وجنسه، إن كان الثمن مدفوعًا إليه فأقراره بالشراء جائز صحيح على الموكل، سواء كان العبد قائمًا أو هالكًا.

وأما إذا لم يكن الثمن مدفوعًا إليه، إن كان العبد هالكًا، فإن الوكيل لا يصدق عندهم جميعًا حتى لا يرجع على الأمر.

وإن كان قائمًا فقال: اشتريت هذا العبد للأمر، وصدقه البائع وجحد الموكل. قال أبو حنيفة: لا يصدق الوكيل على الأمر.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصدق، حتى كان له أن يرجع على الموكل بالثمن، هذا إذا كان الأمر حيا.

وإن كان ميتًا فقال الوكيل: اشتريت هذا العبد قبل موته، وجحد الورثة ذلك، إن كان الثمن قائمًا في يد الوكيل أو في يد البائع، أو لم يكن دفع إليه الثمن، فالقول قول الورثة مع أيمانهم على علمهم.

وإن كان الوكيل قد دفع الثمن إلى البائع وهلك في يد البائع، فالقياس أن يكون القول قول الورثة ويضمن الوكيل الثمن.

(١) زاد في أ: على فلان بألف.

وفي الاستحسان: القول قول الوكيل، ويلزم بيع الميت الأمر.
والوكيل بالبيع إذا أقر بعد موت الأمر أنه باع حال حياته والمبيع قائم وأنكرت
الورثة فالقول قول الورثة.

وإن هلك العين في يد المشتري فالمسألة على القياس والاستحسان.
الموكل بالبيع إذا أقر بالعيب وجحد الوكيل، لا يلزم الوكيل ولا الموكل
شيء.

وإن أقر الوكيل بالعيب رد عليه بحكم إقراره، هل يكون رداً على الموكل؟ فهذا
على وجهين:

إن كان عيباً يحدث مثله، إن كان الرد بغير قضاء، لا يكون رداً على الموكل
باتفاق الروايات.

وإن كان رد بقضاء لا يكون رداً على الموكل، ولكن كان للوكيل أن يخاصم
الموكل ويقيم البينة أن هذا العيب كان عنده، وإن لم يكن له بينة يستحلف.
وإن كان عيباً لا يحدث مثله، إن كان الرد بقضاء كان رداً على الموكل باتفاق
الروايات.

وإن كان بغير قضاء، فعلى رواية كتاب الوكالة والرهن: لا يكون رداً على الموكل
ولا يكون له مخاصمة الموكل.

وعلى رواية كتاب البيوع: يكون رداً على الموكل، وإليه أشار في هذا الكتاب.
ولو أن رجلاً اشترى من رجل سلعة وباعها من غيره فطعن فيها المشتري الآخر
بعيب وردها على المشتري بعيب، إن ردها بغير قضاء لا يكون للمشتري الأول أن
يخاصم بائعه في ذلك العيب.

وإن ردها بقضاء قاض، فهذا على وجوه ثلاثة:

الأول: إذا ردها بإقراره بالعيب، بأن أقر بهذا العيب ثم أبى القبول فقضى القاضي
عليه بالرد، وإنه على وجهين:

إن لم يسبق منه جحود هذا العيب قضاء قبل الإقرار بالعيب، بأن لم يقل قبل الإقرار بالعيب: بعثها وما بها هذا العيب، وفي هذا الوجه كان له أن يخاصم بئعه ويرد عليه إذا أقام البيّنة أن هذا العيب كان عنده وقت الشراء. وإن سبق منه جحود هذا العيب نصًّا قبل الإقرار بهذا العيب، لا يكون له أن يخاصم بئعه.

الوجه الثاني: إذا رد عليه بنكوله، وفي هذا الوجه: إن لم يسبق منه جحود هذا العيب نصًّا بأن سكت حالة الدعوى ولم يقل شيئاً فعرض عليه الثمن فأبى فرد عليه، كان له أن يخاصم بئعه، وإن سبق منه جحود لا يكون له أن يخاصم بئعه.

الوجه الثالث: إذا رد عليه بالبيّنة، وفي هذا الوجه، إن لم يسبق منه جحود نصًّا بأن سكت حتى قامت عليه البيّنة، كان له مخاصمة بئعه، وإن سبق منه جحود هذا العيب نصًّا، فهذا على وجهين:

إن أقام المشتري الآخر بيّنة أن المشتري الثاني باعها وبها هذا العيب، لم يكن له مخاصمة بئعه.

وإن أقام بيّنة أن هذا العيب كان بها يوم باعها البائع الأول، كان له مخاصمة بئعه.

هكذا ذكر في بعض الروايات.

قيل: هو قول أبي يوسف.

وذكر في بعض الروايات: ليس له مخاصمة بئعه.

قيل: هو قول محمد - رحمه الله -.

الفصل التاسع والعشرون في إقرار المضارب والشريك

جور المضارب سبب لوجود الضمان، سواء جحد المضارب أولاً ثم أقر، أو أقر أولاً بالمضاربة ثم جحد.

إذا أقر الرجل فقال: هذه الألف التي في يدي مضاربة لفلان معي بالنصف، وقال رب المال: لا بل بالثلث، فالقول قول رب المال.

ولو ادعى رب المال المضاربة فالقول قوله ولا ضمان على المضارب، متى عمل بالمال والربح كله لرب المال.

ولو ادعى رب المال القرض، وادعى الذي في يديه المال المضاربة، فإن عمل بها المضارب فهو ضامن، وإن لم يعمل حتى هلك في يده، لا ضمان عليه. وإن أقاما البيئتين، فالبيئتين بيئتين رب المال.

ولو ادعى رب المال مضاربة، وادعى الآخر أنها قرض، فالقول قول رب المال. وإن أقاما البيئتين فالبيئتين بيئتين الذي في يديه المال.

وإذا أقر المضارب أن معه ألف درهم مضاربة لفلان بالنصف وأنه قد ربح فيها ألف درهم، وادعى رب المال رأس ماله ألفين وأنها مضاربة بالنصف، كان أبو حنيفة يقول أولاً: القول قول رب المال مع يمينه، ثم رجع وقال: القول قول المضارب مع يمينه. وهو قول أبي يوسف ومحمد.

إذا أقر الرجل فقال: هذه الألف مضاربة عنده لفلان بالنصف، ثم قال بعد ذلك: هي مضاربة لفلان آخر بالنصف، وادعاهما كل واحد من الرجلين أنها له مضاربة بالنصف، ثم عمل المضارب وربح فيها.

فعلى قول أبي يوسف: يدفع إلى الأول ألف درهم ونصف الربح ويضمن للثاني ألف درهم ولا ربح له.

وعلى قول محمد: يضمن لكل واحد منهما ألف درهم ولا ربح لواحد منهما بل

يكون الربح للعامل ويتصدق به .

ولو أقر المضارب بربح ألف درهم، ثم قال بعد ذلك: غلظت إنما هو خمسمائة، لا يصدق ويضمن حصة رب المال من الخمسمائة المجحودة .
 وإن قال: دفعتها إلى صاحبها، فهو مصدق، وإن بقي في يده شيء فقال: هذا ربح وقد دفعت رأس المال إلى صاحبه، وكذبه رب المال، فالقول قول رب المال .
 وإذا أقر أحد المتفاوضين بما دخل تحت المفاوضة فهو جائز عليه وعلى شريكه، صدقه شريكه في ذلك أو كذبه، والإقرار بمطلق الذي دخل تحت المفاوضة، وكذلك ما لا بد منه داخل تحت المفاوضة .

وإن أقر أحد المتفاوضين بدين في الشركة وقال شريكه: هذا وجب عليك قبل المفاوضة وأنه عليك خاصة، وقال المقر: لا، بعد المفاوضة، فالقول قول المقر مع يمينه .

وإذا أقر أحد شريكي العنان بدين دخل تحت تجارتهما، لا يصح على شريكه إذا كذبه الشريك فيه .

فبعد ذلك المسألة على ثلاثة أوجه :

إن أقر بدين تولى مباشرة سببه بنفسه يؤاخذ بجميع ذلك ولا يرجع على شريكه بشيء .

وإن أقر بدين تولى مباشرة سببه يؤاخذ بنصف ما أقر به ولا يؤاخذ شريكه بشيء .
 وإن أقر بدين تولى شريكه مباشرة سببه بنفسه لا يلزمه شيء ولا صاحبه الجاحد .
 وإقرار المضارب بدين في المضاربة جائز على رب المال إذا كان مال المضاربة في يده، ولا يجوز إذا لم يكن مال المضاربة في يده .

ويجوز إقرار المضارب بالدين على رب المال إذا كان مال المضاربة في يد من لا تقبل له شهادة بالإجماع .

ويجوز إقرار أحد شريكي العنان لمن لا تقبل شهادته له بدين وجب بسبب تجارة

دخلت تحت شركتهما بالإجماع ويلزمه دون صاحبه .
 وإقرار أحد المتفاوضين لمن لا تقبل شهادته له لا تصح عند أبي حنيفة أصلاً، لا
 في حق شريكه ولا في حق نفسه .
 وإذا أقر أن فلاناً شريكى مفاوضة، فقال فلان: نعم، أو صدقت، أو ما أشبه
 ذلك، تثبت المفاوضة بينهما بتصادقهما، وصار حكم هذه المفاوضة وحكم
 المفاوضة الثانية عنانا سواء .

والمفاوضة إذا ثبتت عنانا يصير [كل]^(١) ما في يد كل واحد منهما يقبل النقل من
 ملك إلى ملك مشتركا بينهما إلا طعام كل واحد منهما وكسوته، وطعام أهله وكسوة
 أهله، فإن ذلك لمن في يده استحساناً .
 والمسألة معروفة في كتاب الشركة .

وإذا كان الرجلان متفاوضين، فأقر أحدهما بشركة رجل آخر معهما وأنكر
 الآخر، ذكر في الكتاب: أن إقراره جائز عليهما، ومعناه أن ما في أيديهما مشترك
 بينهما وبين الثالث شركة عنان .

ولو قال: فلان شريكنا شركة عنان، أو قال: شركة مفاوضة، وكذبه صاحبه فإن
 الثالث يصير شريكاً شركة عنان ولا يصير شريكاً شركة مفاوضة، هكذا ذكر شيخ
 الإسلام في شرح هذا الكتاب .

وفي شرح كتاب الشركة: أن على قول أبي يوسف: أحد المتفاوضين لا يملك
 إنشاء المفاوضة بحكم المفاوضة .

وعلى قول محمد: يملك .

فعلى قياس قول محمد: يملك الإقرار به .

وإذا أقر الحر لعبد بالمفاوضة وصدقه العبد، لا يثبت المفاوضة بينهما أصلاً، بل
 يثبت العنان ويصير ما في أيديهما مشتركاً بينهما .

(١) سقط في ز .

وكذلك إذا أقر الرجل الحر لصبي بأجر المفاوضة .

ولو أقر الرجل لغيره بشركة مفاوضة وأنكر الآخر، فلا شيء لواحد منهما مما في يد صاحبه، فإن قال المقر له: أنا شريكك فيما في يديك غير مفاوضة ولست بشريكي فيما في يدي، يصير ما في يد المقر مشتركاً بينهما، ولا شركة للمقر فيما في يد المقر له .

وإذا قال: أنا شريك فلان في كل قليل وكثير، صدقه فلان في ذلك، صار ما في يد كل واحد منهما مشتركاً بينهما، مال التجارة وغيره في ذلك سواء، ولكن يثبت بينهما عقد .

ولو قال: أنا شريك فلان في مال التجارة، وصدقه فلان في ذلك، صار ما في يد كل واحد منهما وقت الإقرار من مال التجارة مشتركاً بينهما .

فنقول: ما عرف وجوده في يد كل واحد منهما وقت الإقرار، وعرف أنه مال التجارة كالذهب والفضة يكون بينهما، لا يرجع في بيان ذلك إلى أحد، وما عرف أنه ليس من مال التجارة نحو المسكن وما أشبه ذلك من الأموال التي هي مشغولة بالحاجة الأصلية لا تكون للتجارة، وإن علم وجوده في يد كل واحد منهما وقت الإقرار وما عدا الذهب والفضة مما لا يكون مشغولاً بالحاجة الأصلية، فإن القول في أنه للتجارة وليس للتجارة قول من في يده .

فإذا قال: فلان شريكي، ولم يزد على هذا، يرجع في البيان إليه .

وأى شيء كان ما بين مصدقاً فيه بعد أن يكون شيئاً، تثبت فيه الشركة .
ولو أقر فقال: فلان شريكي فيما في هذا الحانوت، فإن جميع ما في الحانوت يصير مشتركاً بينهما .

وإن تنازعا في متاع فقال المقر: أدخلت هذا في الحانوت بعد الإقرار، وقال المقر له: لا بل كان موجوداً وقت الإقرار، تختلف الروايات في هذا الفصل .

وذكر في رواية أبي سليمان وقال: القول قول المقر ويكون له خاصة .

واتفقت الروايات كلها فيما إذا قال: فلان شريكى فيما في يدي من مال التجارة، ثم ادعى المقر بقبض ما في يده أنه لم يكن موجودًا في يدي وقت الإقرار، أن القول قول المقر.

وإذا أقر فقال: فلان شريكى في هذا الحانوت في عمل كذا، ذكر شيخ الإسلام: أن جميع ما في الحانوت يكون بينهما. وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن جميع ما في الحانوت من متاع ذلك العمل يكون بينهما، والله تعالى أعلم.



الفصل الثلاثون

في المتفرقات

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - : إذا قال الرجل: لورثة فلان علي ألف درهم، فهو بينهم على الميراث ويدخل فيه الحمل.
ولو قال لواحد: فلان علي ألف درهم، فهو بينهم بالتسوية ولا يدخل فيه الحمل.

وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : رجل في يديه عبد قال العبد: أنا عبد فلان، فروي فيه عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه مصدق فيه.
وهذا الجواب بخلاف الجواب في الكتب المعروفة: أنه لا يصدق في قوله: أنا عبد فلان الآخر، والقول فيه قول صاحب اليد.

وقال في الكتب المعروفة أيضًا: العبد إذا كان في يدي رجلين قال: أنا حر الأصل، قبل قوله. ولو قال: أنا عبد أحدهما، لم يصدق وهو عبدهما.
وفيه أيضًا: رجل قال: هذه الدار بيني وبين المسلمين، فهذا باطل.
ولو قال: أحد من المسلمين، جاز.

من في يديه الدار إذا قال لمدعيها: أبرأتني من هذه، فليس بإقرار، ولو قال: أبرأتني على كذا، فهو إقرار، حكاه الناطقي عن صلح الإقرار.

وفي إقرار المنتقى: قال هشام: سمعت أبا يوسف يقول: رجل في يديه دار، جاء رجل وادعاه لنفسه، فقال المدعى عليه: سلمها إلي بألف درهم، أو قال: أبريتها بألف، وفي نسخة أخرى: أبريت منها بألف درهم، أن هذا ليس إقرارًا.

قال الحاكم - رحمه الله - : إنه خلاف جواب الأصل.

إذا قال: فلان ساكن هذا البيت، فهذا إقرار بالملك، لكونه إقرار باليد التي هي دليل الملك.

وإذا قال: زرع فلان هذه الأرض، بنى فلان هذه الأرض، بنى فلان هذه الدار،

غرس فلان هذا الكرم، غرس فلان هذا البستان، وكلها في يد المقر ويدعي أنه فعله معينا أو بأجر، وادعى فلان أنه ملكه، فالقول قول المقر.

وإذا أقر بدراهم في يديه أنها عارية من فلان أو عارية لفلان، فهو إقرار له بالمال. وإن قال: هذه الدراهم عندي عارية على يدي فلان، فليس هذا بإقرار.

وفي المنتقى: بشر بن الوليد عن أبي يوسف: رجل قال: لفلان عندي ألف درهم وديعة، ثم قال: ضاعت قبل إقراري، لا يصدق وهو ضامن.

ولو قال: كان له عندي وديعة فضاعت، فالقول قوله.

ولو قال: له عندي ألف درهم وديعة وضاعت، ووصل الكلام، صدق استحساناً.

وكذلك إذا قال: قد ضاعت أمس.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف: إذا قال لغيره: أقرضتني ألف درهم فلم أقبل، أو قال: أودعتني، أو قال: أعطيتني، فالقول قول المقر.

ولو قال: ضمنت لك عن فلان ألف درهم فلم يقبل.

وقال: قبلت، فهذا مخالف للأول؛ لأن هذا قد أوجب الضمان ثم أراد أن يتخلص، والذي وصفنا قبله بما قال: لا أقبل.

في كتاب العلل: إذا قال: لفلان علي درهم فلوس، فإن عليه فلوس تساوي درهما.

وفارسيته: «برميسست مر فلان وايك دوم يسر».

وكذلك لو قال: لفلان علي دينار دراهم، فعليه دراهم تساوي ديناراً.

وفارسيته: «بابدراه يك دينار».

ولو قال: لفلان علي بدرهم فلوس، فإن هذا بيع، كأنه قال: بعته منه فلوسا

بدرهم، ويكون بيان الفلوس إليه أنها كم.

وفي المنتقى: إذا قال: لفلان علي درهم دقيق، فعليه دقيق يساوي درهماً.

وفي كتاب الاستحلاف: قال أبو حنيفة - رحمه الله - في رجل أقر لرجل بحق في عبد له بملك أو غير ذلك، ثم جحد وقال: لا حق له في شيء من ذلك، فإنه لا ينفعه الجحود، وإذا لم ينفعه الجحود بعد صحة الإقرار أجبره القاضي على البيان، وإن بين شيئاً وصدقه المقر له في ذلك لم يبق له عليه سبيل، فإن ادعى الزيادة، كان القول قول المقر في الزيادة مع يمينه.

وإن أبى أن يبين ويسمى شيئاً، فإن الحاكم يوقفه ويسمى له السهام فيقول: أله الثلثان؟ فإن قال: لا، يقول: أله النصف؟ فإن قال: لا، يقول: أله الثلث؟ فإن قال: لا، يقول: أله الربع؟ فإن قال: لا، يقول: أله السدس؟ فإن قال: لا، يسمى له ما دون ذلك إلى أن ينتهي إلى أقل جزء من الأجزاء الذي يقصد بالتملك في التجارات للانتفاع به لا يقصد بالتملك دون ذلك في العرف والعادة فيلزمه ذلك. وهو نظير ما لو قال: لفلان علي دين، فأبى أن يبين، فالقاضي يسمى له درجة فدرجة حتى ينتهي إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الدين بحكم العرف، فإن أقر بذلك، وإلا ألزمه ذلك المقدار ويحلفه على الزيادة، كذا هنا.

وفيه أيضاً: قال أبو حنيفة: إذا ادعى رجل أن فلاناً غصبه ثوباً، فأقر المدعى عليه بذلك.

ثم اختلفا فقال المغصوب منه: كان قيمة ثوبي مائة، وقال الغاصب: ما أدري ما كان قيمته ولكن علمت أن قيمته لم تكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر الغاصب على البيان.

وإذا لم يخبر بشيء يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه، ذكر أن المغصوب يحلف أن قيمة الثوب مائة ويأخذ من الغاصب مائة درهم، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب بعد ذلك كان الغاصب بالخيار، إن شاء رضي بالثوب وسلم القيمة للمغصوب منه، وإن شاء رد الثوب وأخذ القيمة، هكذا ذكر في الكتاب.

وحكي عن الإمام الحاكم أبو محمد الكوفي^(١): أنه كان يقول: ما ذكر من تحليف المغضوب منه وأخذ المائة بيمينه من الغاصب، بما لا يكاد يصح؛ لأن المغضوب منه مدعي لزيادة القيمة، واليمين لم تشرع حجة للمدعي عندنا؛ لأن المدعي يحلف للاستحقاق، والأيمان شرعت للدفع لا للاستحقاق.

وكان يقول: الصحيح من الجواب في هذه المسألة: القاضي إذا أجب الغاصب على بيان القيمة فأبى أن يوقفه القاضي ويذكر له كل ما يصلح أن يكون قيمة للثوب، فيقول له: أكان قيمته مائة؟ فإن قال: لا، يقول: أكان خمسين؟ فإن قال: لا، يقول: أكان خمسة وعشرين؟ أكان عشرين؟ إلى أن ينتهي إلى أقل ما لا يجوز أن تنقص عنه قيمة الثوب في العرف والعادة، فإذا انتهى إلى ذلك ألزمه ذلك وجعل القول قوله في الزيادة مع يمينه، وجعل الجواب فيه كالجواب في المسألة المتقدمة. ومنهم من اشتغل بتصحيح ما ذكر في الكتاب، ووجه ذلك: أن الإقرار بقيمة مجهولة قد صح من الغاصب؛ لأن الإقرار بالمجهول جائز وتعذر الوصول إلى مقدارها، ولا وجه للقاضي أن يوقفه ويبين له قيمة كل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأنه وضع المسألة أنه أقر بغصب ثوب وكان المقر به مجهول الجنس فإن الثياب أجناس مختلفة ولا يدري القاضي هنا أقل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأنه لا يدري من أي نوع، بخلاف ما لو أقر بحق مجهول في عين؛ لأن أقل المقدار الذي يقصد بالتملك معلوم من حيث العرف والعادة، فأمكن القاضي إلزام ذلك على المقر وهنا عجز.

ولا وجه أن يقضي على الغاصب بمائة درهم بنكوله كما يدعيه المغضوب منه؛ لأن الغاصب قد حلف، فلم يبق للقاضي طريق توصل المقر إلى حقه سوى أن يحلف المغضوب منه أن قيمته مائة يلزم الغاصب ذلك.

(١) في المحيط (٧٠/١): الكفيني، وفي موضع آخر (٣٥٩/٢): الكوفي، وفي البناية شرح الهداية (١٢٣/٣): الكفيني.

يبقى قوله: أن يمين المغصوب منه يمين المدعي من وجه ويمين المدعى عليه من وجه؛ لأنه يدعي قيمة الثوب مائة، ولو ثبت ذلك؛ لأن الغاصب أنكر أن تكون قيمة الثوب مائة، فمن هذا الوجه يمين المدعي، ولكن من حيث إن أصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، فإن الإقرار بقيمة مجهول صحيح كان الاستحقاق ثابتًا بإقرار الغاصب، وإنما الحاجة إلى فصل الخصومة لا غير، واليمين شرعت لفصل الخصومات كان بمنزلة يمين المدعى عليه من هذا الوجه، ويمين المدعى عليه من كل وجه، مما يجوز أن تفصل بها الخصومة، فكذا يمين المدعى عليه من الغاصب من وجه، إلا أنه إذا حلف المغصوب منه أن قيمته مائة، وألزم القاضي الغاصب بمائة درهم، ثم ظهر الثوب بعد ذلك فالخيار للغاصب في ذلك؛ لأن البيع الذي ثبت بين الغاصب^(١) والمغصوب منه بأخذ الضمان بيع طائع من وجه وبيع مكره من وجه، فأثبتنا له الخيار لهذا، ويجب أن تحفظ هذه المسألة؛ لأنها من خصائص كتاب الاستحلاف.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف: إذا قال: لأخي علي ألف درهم ولم يسمه، [فهو باطل، ولو سماه وله أخ على ذلك الاسم، لزمه.
ولو قال لابني: ولم يسمه]^(٢) - وله ابن معروف، فقال: لي ابن آخر وإياه عنيت، فالقول قوله، وإن سماه لم يكن له أن يصرفه إلى غيره.
قال: وكل شيء من هذا اتفق عليه اسمان عمرو وعمرو وسالم وسالم، فالإقرار بالدين باطل، والطلاق والعتاق يقعان، وله أن يبين.

ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل قال: لهذا علي مثل ما لهذا علي، ولم يكن أقر للآخر بشيء في مجلسه ذلك، ولا تقدم هذا الكلام شيء يدل على ما للآخر عليه، فإنه يقر لكل واحد منهما بما شاء، فإن أقام الآخر بيته أن له عليه ألف

(١) زاد في أ: والمغصوب في ذلك؛ لأن البيع الذي ثبت بين الغاصب.

(٢) سقط في ز.

درهم، لم يستحق عليه هذا ألفاً، وكان للمقر أن يقر له بما شاء.
 وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا قال: لهذا علي ألف درهم مثل ما لهذا علي
 دينار، فلأول عليه ألف درهم، وللثاني عليه دينار.
 ولهذا علي ألف درهم، وسكت، ثم قال: ولهذا مثل ما لهذا، فإن لكل واحد
 منهما عليه ألف درهم إذا كان ذلك في مجلس واحد وكلام واحد.
 ولو قال: له علي ألف درهم قرضاً لم أقبضه، ووصل، فالمال لازم، والإقرار
 بالقرض إقرار بالقبض بهذا الطريق.

إذا قال: له علي ألف درهم غصباً لم أخذها، أو قال: له عندي ألف درهم وديعة
 لم أقبضها، لم يقبل قوله في أنه لم يقبض لم يأخذ، وقد مر من مسألة القرض في
 نوع دعوى الزيادة بخلاف ما ذكرنا هنا، وذكرنا هنا في هذا الفصل أيضاً بخلاف ما
 ذكر هنا.

ولو قال: له علي ثمن متاع باعنيه وقبضته ألف درهم إلى العطاء، قال الطالب:
 هي حالة، فالقول قول الطالب.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : رجل ساكن في دار أقر أنه
 كان يدفع إلى فلان الآخر، ثم قال: الدارداري، فالقول قوله، لا يكون هذا إقراراً أن
 الدار إلى المدفوع إليه الآخر، ولو قال: أجرتها فلاناً من فلان، أو قال: استأجرتها
 من فلان وقد مر شيء من هذا في صدر الكتاب.

بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : إذا قال الرجل لغيره: غصبتك ألف
 درهم، وسكت، ثم قال: هي زيوف، لم يصدق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
 - رحمهما الله - ويصدق في الوديعة.

قال الحاكم أبو الفضل: هذا الجواب خلاف جواب الأصل.
 وفي الأصل: إذا أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة درهم، فقال فلان:
 قبضت مني خمسين درهماً من قبل كذا، فقال: نعم لكنها قد دخلت في المائة،

فالقول قول الطالب مع يمينه .

وكذلك إذا قال المطلوب: بعتك ثوبا بعشرة دراهم من مالك علي، فقال الطالب: قد دخلت في هذه المائة، فالقول قوله بهذا.
ولو كان في يد المطلوب شاة فقال الطالب: أبيعها منك بعشرة دراهم من هذه المائة، فقال المطلوب: لم أبعكها وقد أخذت مني مائة، فالقول قول المطلوب مع يمينه .

وإذا أقر الرجل بقبض خمسمائة درهم وله فيها شريك، ثم قال: هي زيوف، فالقول قوله وللشريك نصف الزيوف .

وإن قال: ستوقه، لا يصدق إذا فصل، وللشريك أن يأخذ منه نصف الجياد، وإن وصل، صدق، ولا شيء للشريك .

وفي دعوى الزيادة: إذا كان قال: قبضت حقي، فللشريك أن يأخذ نصف الجياد .

وفي الجامع الصغير: رجل مات وترك عبدا فقال العبد للوارث: أعتقني أبوك، وقال رجل آخر: لي على أبيك ألف درهم دين، فقال الوارث: صدقتما .
فعلى قول أبي حنيفة: الدين أولى ويسعى العبد في قيمته .
وقالا: لا سعاية عليه .

وإذا أقر الرجل أنه باع عبده من فلان وقبض منه الثمن لكنه لم يسم الثمن، كان الإقرار جائزا ويلزمه البيع إذا صدقه المشتري .

وإذا أقر الرجل أنه باع هذا العبد من فلان بألف درهم، وقال فلان: ما اشتريت منك شيئا، ثم قال بعد ذلك: اشتريته، فقال البائع: ما بعتك، لزم البيع بألف درهم . ولو قال: بعت هذا العبد بألف، فقال المشتري: ما اشتريت منك شيئا، فقال البائع، صدقت لم تشتريه، ثم قال المشتري بعد ذلك: اشتريته، فإنه لا يثبت الشراء، فإن أقام المشتري البينة على الشراء أو صدقه البائع على الشراء يثبت الشراء وإن لم

يجدد بيعا بعدما انفسخ البيع بجحودهما .

وإذا أقر بجذع في دار إنسان يلزمه القيمة في آخر قسمة شرح الطحاوي - رحمه الله - قال ثمة: الإقرار بشيء لا يمكن تسليمه إقرار بالقيمة .

إبراهيم عن محمد في رجل قال لرجل: أنا ابن أمتك هذه، أو قال: أمي أمة لك ولدت في ملكك ولكنني حر ما ولدت إلا حرًا، فالقول قوله، ولا يكون عبدا له، فالأمة قد توطأ بغرور فيكون الولد حرًا .

هشام في نوادره عن محمد: في أمة في يدي رجل، قال الذي في يديه: هي ابنتي، وقالت هي: أنا أم ولد فلان، أو مدبرة فلان، وادعى ذلك فلان .

قال: فهي في قول أبي حنيفة للذي في يديه .

وقال أبو يوسف: هي للذي أقرت له .

وقال محمد: حتى أنظر .

رجل في يده دار أقر أن لرجل نصفها فلم يدفعه حتى أقر لآخر بنصفها، ثم خصمها، قضيت عليه بأن يدفع إلى كل واحد منهما نصفها، رواه ابن سماعة في نوادره عن محمد .

قالوا: وهذه المسألة تنصيص أن إقرار الإنسان لغيره بجزء من العين المشترك لا ينصرف إلى النصيبين، وإنما ينصرف إلى نصيب المقر خاصة، ووجه ذلك: أنه حين أقر للأول بنصف الدار صار نصف الدار للأول؛ لأن الإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي، فحين أقر للثاني بنصف الدار فإنما أقر له بنصف دار مشترك بينه وبين الأول، فينبغي أن ينصرف إقراره الثاني إلى النصيبين، ويكون للمقر له الثاني النصف وهو الربع لا جميع النصف، وقد جعل للثاني جميع النصف حتى قال: قضيت عليه أن يدفع إلى كل واحد منهما نصفها .

وليس الأمر كما قالوا؛ لأن ذلك إنما يكره في موضع أمكن صرف الإقرار إلى النصيبين بأن كانت الدار مشتركة بين شريكين، أقر أحدهما بنصف الدار لرجل،

ينصرف الإقرار إلى النصيين؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق، ومن الممكن أن يكون نصف الدار من الأصل للمقر له، والنصف للشريكين، فأمكن صرف الإقرار إلى النصيين.

أما هنا فقد تعذر صرف الإقرار الثاني إلى النصيين؛ لأن النصف الأول إنما صار للمقر له بإقرار المقر، وتبين بإقرار المقر أن النصف كان للأول من الأصل، فكيف يصرف الإقرار الثاني إلى ذلك النصف مع إقراره أن ذلك النصف للأول من الأصل. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - : رجلان في أيديهما دار شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه أقر لهذا المدعي بنصف الدار، فإن المدعي يأخذ نصف الدار منهما.

قال: ألا ترى أنهما لو أجمعا أن نصف هذه الدار دفعاه بينهما، وكذلك في الشهادة.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف أيضًا: رجل اشترى من آخر عبدًا، ثم إن المشتري أقر أن على العبد دين؛ لم يؤخذ به.

وقال أبو يوسف: في رجل اشترى من رجل عبدًا مريضًا بألفي درهم، وقيمة العبد ثلاثة آلاف درهم، ثم أقر المشتري أن على البائع دين ألف درهم لرجل.

قال: لزمه البيع بألفين، وبيع ثلث العبد للمقر له بألف فيقضي منه دينه. رجل بعث إلى المحبوس يومًا، حتى قالوا له: اقض دين فلان، فقال المحبوس: دفعت له كذا، ليس له شيء آخر، فيكون في الحبس لا يكون إقرارًا. قال لآخر: اقض دين فلان، فقال: «بوسم بديد كرنا بلرم ادم»، لا يكون هذا إقرارًا.

رجل قال بين قوم: كرمي الذي في قرية كذا مع ثمانية دارب أرض لولدي فلان، ولم يسم الحدود صح الإقرار، ويسمع لمن سمع إقراره أن يشهد، لكن يشهد كما سمع ولا ينبغي له أن يشهد على شيء معين. والله تعالى أعلم بالصواب. تم كتاب الإقرار بعون الله. وحسن توفيقه.

كتاب المحاضر والسجلات^(١)

ذكر الشيخ الإمام الزاهد الحجاج نجم الدين شمس الإسلام والمسلمين عمر النسفي رحمه الله: أن الإشارة في الدعاوى والمحاضر ولفظة الشهادة من أهم ما يحتاج إليها، وإنما كانت أهم قطعاً للاحتمال؛ لأن المدعي بدعواه يستحق المدعى به على المدعي به، والشهود بشهادتهم يثبتون استحقاقه، ولا يثبت الاستحقاق مع الاحتمال، وكذا في السجلات لا بد من الإشارة حتى قالوا: إذا كتب في محضر الدعوى حضر فلان مجلس الحكم وأحضر مع نفسه فلاناً، فادعى هذا الذي حضر عليه، لا يفتى بالصحة ويكتب فادعى هذا الذي أحضره؛ لأن بدونه توهم أنه أحضر هذا وادعى على غيره، وكذلك عند ذكر المدعي والمدعى عليه في إتياء المحضر لا بد من ذكر هذا، فيكتب المدعي هذا، والمدعى عليه هذا؛ لأن بعض المشايخ كانوا لا يفتون بالصحة بدونه.

وكذلك قالوا في السجلات: إذا كتب: وقضيت لمحمد هذا على أحمد هذا لا بد وأن يكتب: وقضيت لمحمد هذا المدعي على أحمد هذا المدعى عليه، وكذلك قالوا: إذا كتب في المحضر عند ذكر شهادة الشهود، وأشاروا إلى المتداعين لا يفتى بالصحة؛ لأن الإشارة المعتبرة هي الإشارة عند الحاجة إليها في موضعها، ولعلمهم أشاروا إلى المدعى عليه عند الحاجة إلى الإشارة إلى المدعي، وأشاروا إلى المدعي

(١) في الدرر: المحضر: ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم بينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه، والصك: ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها. والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة.

وقال ابن بطال: المحاضر: ما يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد منهما من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به، والسجلات: الكتب التي تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضائه. وعلى ذلك فالتسجيل هو إثبات الأحكام التي يصدرها القاضي وتختلف مراتبها في القوة والضعف. فهو من أنواع التوثيق.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٣٠٨/٤)، وشرح غريب المذهب (٢/٢٩٩)، والمغني (٩/٧٥)، وتبصرة الحكام في أصول الأفضية (١٠٢/١).

عند الحاجة إلى الإشارة إلى المدعى عليه، ويكون ذلك إشارة إلى المتداعيين، ولا تكون معتبرة، فلا بد من بيان ذلك بأبلغ الوجوه قطعاً للوهم.

وقالوا أيضاً: إذا كتب صك الإجارة: آجر فلان من فلان أرضه بعدما جرت المبايعة الصحيحة بينهما في الأشجار والزرايين التي هي في هذه الأرض لا يفتى بصحة الصك؛ لجواز أن الأشجار كانت للمستأجر باعها من الآجر ثم استأجر الأرض، وعلى هذا التقدير لا تصح الإجارة في الأرض، وهذه إجارة الأرض بعدما جرت المبايعة الصحيحة في الأشجار بين المتعاقدين كما كتب في الصورة الثانية لأنهما متعاقدان، وينبغي أن يكتب آجر الأرض من المستأجر.

هذا بعد ما باع هذا الآجر الأشجار والزرايين من المستأجر هذا، وقالوا نصاً فيما إذا كتب في المحضر: أحضر المدعي شهوده وسألني الاستماع إليهم، فشهدوا على موافقة الدعوى لا يفتى بصحة المحضر، وينبغي أن يذكر ألفاظ الشهادة؛ لأن القاضي عسى أن يظن أن بين الدعوى والشهادة موافقة، ولا يكون بينهما موافقة في الحقيقة، وكذلك قالوا أيضاً: إذا كتب في السجل: شهد الشهود على موافقة الدعوى لا يفتى بصحة السجل، وكذلك قالوا في كتاب القاضي إلى القاضي لو كتب فيه: شهدوا على موافقة الدعوى لا يفتى بصحة الكتاب، ومن المشايخ من فرق بين كتاب القاضي والسجل وبين محضر الدعوى، فأفتى بصحة الكتاب والسجل وبفساد محضر الدعوى؛ لأن كتاب القاضي إنما يرد من الآفاق.

فلو رددناه بهذا القدر من الخلل احتاج الذي جاء بالكتاب إلى الرجوع إلى بلده، وفيه حرج بين، والمانع من القبول موهوم وليس بقطعي؛ لأن الظاهر أن قاضي كل بلدة يعرف الموافقة بين الدعوى والشهادة، فأما محضر الدعوى في كل بلدة يكتب أهل تلك البلدة، فلو رددناه بهذا الخلل لا يؤدي إلى الحرج، وسجل القاضي إنما يكتب بعد حكمه، وحكمه محمول على الصحة، ولا صحة إلا بالموافقة فتثبت الموافقة بحكمه بخلاف المحضر ليس فيه ما يثبت الموافقة بين الدعوى والشهادة،

فلا بد من بيانهما .

والدليل على صحة الفرق بين السجل والمحضر ما ذكر في «الزيادات» : [أن]^(١) من ادعى أنه وارث فلان الميت [و]^(٢) لا وارث له غيره، وأقام بينة على دعواه فالقاضي لا يقضي بوراثته ما لم يثبتوا سبب الوراثه، ولو ادعى أنه [وارثه و]^(٣) لا وارث له غيره، وأن قاضي بلد كذا [قضى بوراثته وجاء بينة شهدوا أن قاضي بلد كذا]^(٤) أشهدنا على قضائه أن هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره، وقال الشهود: لا ندرى بأي سبب قضى، فإن القاضي الثاني يجعله وارثاً، وطريقه ما قلنا: إن قضاء القاضي محمول على موافقة الشرع وعلى الصحة، وذلك ههنا في أن يحمل على أنه استقصاء [في]^(٥) سبب الوراثه غاية الاستقصاء، ولم يقدم على القضاء إلا بعد العلم بالحجة بسبب وراثته كذا في مسألتنا .

وكذا قالوا في السجل: إذا كتب على وجه الإيجاز: ثبت عندي من الوجه الذي تثبت به الحوادث الحكمية والنوازل الشرعية أنه لا يفتى بصحة السجل ما لم يبين الأمر على وجهه. وقال بعضهم: [يفتى]^(٦) بصحته، قالوا: ويكتب في محضر الدعوى: [شهد الشهود]^(٧) بكذا عقيب دعوى المدعي هذا، حتى لا يظن أن شهادتهم قبل الدعوى، وكذا يكتب في الجواب بالإنكار من المدعى عليه هذا؛ لأن البينة لا تسمع على المقر إلا في مواضع معدودة ذكرها الخصاص رحمه الله في أدب القاضي، وعندى أن كل ذلك ليس بشرط؛ لأن في المحضر تكتب دعوى المدعي

(١) سقط في ز .

(٢) سقط في ز .

(٣) سقط في ز .

(٤) سقط في ز .

(٥) سقط في ز .

(٦) سقط في ز .

(٧) في ز: شهود .

أولاً، [ثم] ^(١) جواب المدعى عليه بالإنكار بعده، ثم شهادة شهود المدعى، فتكون شهادتهم بعد الدعوى، والجواب بالإنكار لا محالة.

وكان الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي يقول: ينبغي للمدعي أن يقول في دعواه: (أين مدعى به حق منست وملك منست)، ولا يكتفي بقوله: (أين مدعى ملك منست، وحق من) حتى لا يمكن أن يلحق به، (وحق من نسي). وكذلك في جواب المدعى عليه لا يكتفي بقوله: (ملك منست وحق من)، وينبغي أن يقول: (ملك منست وحق منست) حتى لا يلحق بآخره كلمة النفي.

وكذلك في قول الشاهد لا يكتفي بقوله: (ملك أين مدعى أست وحق وي) لما ذكرنا، وبعض مشايخنا اكتفوا بقول المدعي ^(٢): (ملك منست وحق من)، وبقول المدعى عليه: (ملك منست وحق من)، ويقول الشاهد: (ملك أين مدعى است وحق وي). ولو قال المدعي: (وحق منست) فذلك يكفي بالاتفاق، وكذا في أمثاله.

وإذا قال الشهود في شهادتهم: أين مدعى به (ملك أين مدعى است) ولم يقولوا: (دردست أين مدعى عليه بنا حق است)، فقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أن المدعي إن طلب من القاضي القضاء بالملك، فالقاضي يقبل هذه الشهادة، ويقضي بالملك للمدعي، فإن ^(٣) طلب التسليم فالقاضي لا يقضي به ما لم يقولوا: (دردست أين مدعى عليه بنا حق است) والله أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في أ: بقوله.

(٣) في ز: وإن.

محضر في إثبات الدين المطلق :

يكتب بعد التسمية: حضر مجلس القضاء في كورة بخارى قبل القاضي فلان بذكر لقبه واسمه ونسبه المتولي لعمل القضاء والأحكام ببخارى نافذ القضاء والإمضاء بين أهلها من قبل فلان في يوم كذا من شهر كذا ومن سنة كذا؛ فبعد ذلك إن كان المدعي والمدعى عليه معروفين باسمهما ونسبهما يكتب اسمهما ونسبهما، فيكتب: حضر فلان بن فلان [وأحضر مع نفسه فلان بن فلان]^(١)؛ وإن لم يكونا معروفين باسمهما ونسبهما يكتب: حضر رجل ذكر أنه يسمى فلان بن فلان، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى فلان بن فلان، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن لهذا الذي أحضره معه في حال جواز إقراره كذا كذا ديناراً نيسابورية حمراء جيدة [مناصفة موزونة بوزن مثاقيل مكة ديناً لازماً وحقاً]^(٢) واجباً بسبب صحيح، [وكذا أقر هذا]^(٣) الذي أحضره معه في حال جواز إقراره طائعاً راضياً^(٤) بجميع هذه الدينانير المذكورة الموصوفة في هذا المحضر على نفسه لهذا الذي حضر ديناً لازماً وحقاً واجباً بسبب صحيح إقراراً صحيحاً، وصدقه هذا الذي حضر فيه خطاباً، فواجب على هذا الذي أحضره معه أداء هذا المال المذكور فيه إلى هذا الذي حضر، وطالبه بالجواب وسأل مسألته. فبعد ذلك ينظر: إن أقر المدعى عليه بما ادعاه المدعي فقد تم الأمر، ولا حاجة للمدعي إلى إقامة البينة، وإن أنكر ما ادعاه المدعي يحتاج المدعي إلى إقامة البينة، ثم يكتب: فأحضر المدعي هذا نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسأل الاستماع إليهم فأجبت^(٥)، وهم فلان [بن فلان]^(٦) وفلان،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: وأقر هنا.

(٤) في ز: راغباً.

(٥) زاد في ز: إليه.

(٦) سقط في ز.

يكتب أسماء الشهود وأنسابهم وحلاهم ومسكنهم ومصلاهم .
وينبغي للقاضي أن يأمر بكتابة لفظة الشهادة بالفارسية على قطعة قرطاس حتى يقرأ صاحب المجلس^(١) على الشهود ذلك بين يدي القاضي ولفظة الشهادة في هذه الصورة: (كواهي بيدهم كه أين مدعي عليه)، ويشير إليه (بحال روایي إقرار خویش تهمه وجوه مقرا، يد بطوع ورطبت وجنين كفت له يومن است من أين مدعي را)، ويشير إليه (ليست دينار زر شرح بخاری سره مناصفة موزون بوزن مثاقيل مكة جنان كه در أين محضر بادكرده شد، ويشير إلى المحضر فأمي لازم وحقي واجب بسببي درست إقداري درست، وأين مدعي، ويشير إليه راست كوي راست ورا در أين إقرار ديار وي).

ثم يقرأ صاحب المجلس على الشهود ذلك بين يدي القاضي، ثم يقول القاضي للشهود: هل سمعتم لفظة الشهادة هذه التي قرئت عليكم؟ وهل تشهدون كذلك من أولها إلى آخرها؟ فإن قالوا: سمعنا ونشهد كذلك، يقول القاضي لكل واحد منهم بكذا (كه مجنين كواهي ميدهم كه خواجه إمام صاحب مجلس بوخو انداز أول تا آخر أين مدعي رابر أين مدعي عليه)، وإن شاء القاضي يأمر كل واحد منهم حتى يأتي بلفظة الشهادة من أولها إلى آخرها كما قرئت عليهم، فإذا أتوا بذلك يكتب في المحضر بعد كتبه أسامي الشهود وأنسابهم [وحلاهم]^(٢) ومسكنهم ومصلاهم: فشهد هؤلاء الشهود بعدما استشهدوا عقيب دعوى المدعي، والجواب بالإنكار من المدعي عليه شهادة مستقيمة صحيحة متفقة الألفاظ والمعاني من نسخة قرئت عليهم جميعاً، وأشار كل واحد منهم إلى موضع الإشارات والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى: يكتب بعد التسمية: يقول القاضي فلان - يذكر لقبه ونسبه واسمه - [أدام الله توفيقه]^(٣) المتولي لعمل القضاء والأحكام ببخارى ونواحيها نافذ

(١) في ز: مجلس القاضي .

(٢) سقط في ز .

(٣) سقط في ز .

القضاء بين أهلها^(١) من قبل الخاقان^(٢) فلان ثبت لله [قواعد]^(٣) ملكه وأعز نصره، حضرني في مجلس قضائي^(٤) ببخارى يوم كذا من شهر كذا من سنة (كذا) رجل ذكر أنه يسمى فلان، [وأحضر معه رجلاً ذكر أنه يسمى فلان]^(٥).

وإن كان القاضي يعرف المدعي والمدعى عليه يكتب: حضر فلان وأحضر معه فلان [بن فلان]^(٦)، فادعى هذا الذي^(٧) أحضره معه عشرين دينارًا نيسابورية حمراء جيدة مناصفة موزونة بوزن مثاقيل مكة دينًا لازمًا وحقًا واجبًا بسبب صحيح، وهكذا أقر هذا الذي أحضر معه في حال جواز إقراره طائعا بجميع هذا المال المذكور مبلغه وجنسه وعدده في محضر الدعوى دينًا لازمًا لهذا المدعي الذي حضر عليه، وحقًا واجبًا بسبب صحيح إقرارًا صحيحًا، وصدقه هذا الذي حضر بهذا الإقرار وطالبه بأداء جميع ذلك إليه وسأله مسألته عن ذلك، فسئل فأجاب، وقال بالفارسية: (من أبين مدعي سيح خير دادني نيست)، [فأحضر المدعي على المدعى عليه]^(٨) نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسأل الاستماع إليهم، فأجبت إليه واستشهدت الشهود وهم فلان ابن فلان بن فلان حليته كذا وسكنه سكة كذا، ومصلاه مسجد كذا، فشهد هؤلاء الشهود عندي بعدما استشهدوا عقيب دعوى [المدعي]^(٩) هذا، والجواب بالإنكار من المدعى عليه هذا شهادة صحيحة متفقة الألفاظ والمعنى، شهادة صحيحة مستقيمة من نسخة قرئت عليهم بالفارسية، وهذا مضمون تلك النسخة التي قرئت

(١) زاد في ز: أدام الله توفيقه.

(٢) زاد في ز: العالم العادل.

(٣) سقط في ز.

(٤) زاد في ز: في كورة.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) زاد في ز: حضر معه أن لهذا الذي حضر على هذا.

(٨) في ز: احضر هذا المدعي.

(٩) سقط في ز.

عليهم (كواهي ميدهم) يكتب لفظه الشهادة بالفارسية على نحو ما ذكرنا في المحضر، فإذا فرغ من كتابة لفظه الشهادة يكتب: فأتوا كذلك بهذه الشهادة على وجهها وساقوها على سننها^(١)، وأشار كل واحد منهم في موضع الإشارة، فسمعت شهادتهم هذه، وأثبتها في المحضر المخلد في خريطة الحكم.

فبعد ذلك إن كان الشهود عدولاً معروفين بالعدالة عنده يكتب: وقبلت شهادتهم لكونهم معروفين عندي بالعدالة، وجواز الشهادة وإن لم يكونوا معروفين عنده بالعدالة، وعدلوا بتزكية المعدلين، يكتب: ورجعت في التعرف عن أحوالهم إلى من إليه رسم التعديل والتزكية بالناحية، فبعد ذلك ينظر: إن عدلوا جميعاً يكتب: فنسبوا جميعاً إلى العدالة [وجواز الشهادة فقبلت شهادتهم لإيجاب العلم قبولها، وإن عدل بعضهم دون البعض يكتب، فنسب إثنان منهم إلى العدالة]^(٢) وهما الأول والثاني وعلى هذا القياس فافهم، فقبلت شهادتهم لإيجاب العلم قبولها، وهذا إذا طعن المشهود عليه في الشهود، فإن كان المشهود عليه لم يطعن في الشهود يكتب عقيب قوله: فسمعت شهادتهم، وأثبتها في المحضر المخلد في خريطة الحكم قبلي، ولم يطعن المدعى عليه هذا في هؤلاء الشهود ولم يلتمس التعرف عن أحوالهم من المزكين بالناحية، فلم أشتغل بالتعرف عن حالهم من المزكين بالناحية واكتفيت بظاهر عدالتهم عدالة الإسلام عملاً بقول من يجوز الحكم بظاهر العدالة من أئمة الدين وعلماء المسلمين رحمهم الله أجمعين، فقبلت شهادتهم قبول مثلها؛ لإيجاب الشرع قبولها من الوجه الذي بين فيه، وثبت عندي بشهادة هؤلاء الشهود ما شهدوا به على ما شهدوا به، فأعلمت المشهود عليه هذا وأخبرته بثبوت ذلك عندي، ومكنته من إيراد الدفع ليورد دفعا لهذه الدعوى إن كان له دفع فلم يأت بالدفع ولا أتى بالمخلص وظهر عندي عجزه عن ذلك.

(١) في ز: سيقها.

(٢) سقط في ز.

ثم [سألني]^(١) هذا المدعي المشهود له الحكم له على هذا المشهود عليه بما ثبت عندي له، ومن ذلك في وجه خصمه هذا المشهود عليه، وكتابة سجل له فيه والإشهاد عليه ليكون حجة له في ذلك، فأجبت إلى ذلك واستخرت الله تعالى في ذلك، واستعصمته عن الزيغ والزلل والوقوع في الخطأ والخلل، واستوفقته لإصابة الحق وحكمت لهذا المدعي على هذا المدعي عليه بثبوت إقرار هذا المدعي عليه بالمال المذكور مبلغه وجنسه وصفته وعدده في هذا السجل ديتًا لازمًا [عليه]^(٢)، وحقًا واجبًا بسبب صحيح لهذا المدعي، وتصديق هذا المدعي [عليه]^(٣) إياه لهذا الإقرار خطابًا على الوجه المبين لي في هذا السجل.

[فبعد ذلك إن كان الشهود معروفين بالعدالة يكتب عقيب قوله على الوجه المبين في هذا السجل]^(٤): بشهادة هؤلاء المعروفين بالعدالة، وإن ظهرت عدالتهم بتزكية الشهود، يكتب: بشهادة هؤلاء المعدلين، وإن ظهرت عدالة البعض [دون البعض]^(٥) يكتب: بشهادة هذين الشاهدين المعدلين من هؤلاء الشهود المسمين فيه بمحضر من المدعي ومن المدعى عليه، هذين في وجههما يشيرًا إلى كل واحد منهما في مجلس قضائي بكورة بخارى بين الناس على سبيل التشهير والإعلان حكمًا أبرمته، وقضاءً نفذته مستجمعًا شرائط الصحة والنفاد وألزمت المحكوم عليه هذا إيفاء هذا المال المذكور مبلغه وجنسه وصفته وعدده [فيه]^(٦) إلى هذا المحكوم [له]^(٧)، فتركت المحكوم عليه هذا، وكل ذي حق وحجة ودفع على حجته ودفعه، وأمرت بكتابة هذا السجل حجة للمحكوم له في ذلك وأشهدت عليه حضور مجلسي

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

[هذا]^(١) من أهل العلم والعدالة والأمانة والصيانة، وذلك في يوم كذا من سنة كذا. فهذه الصورة التي كتبناها في هذا السجل أصل في جميع السجلات لا يتغير شيء مما فيها إلا الدعاوى، فإن [كان]^(٢) الدعاوى كثيرة لا تشبه بعضها بعضاً، وليس كتابه المسجل إلا إعادة الدعاوى المكتوبة في المحضر بعينها، وإعادة لفظة الشهادة عقيبها، ثم بعد الفراغ من كتابة لفظة الشهادة فجميع الشرائط في سائر السجلات على نحو ما بينا في هذا السجل والسيف بضاربه، والله أعلم.

ثم ينبغي للقاضي أن يوقع على صدر السجل بتوقيعه المعروف، ويكتب في آخر السجل عقيب التاريخ من جانب يسار السجل يقول: فلان بن فلان بن فلان، كتب هذا السجل عني بأمر، وجرى الحكم عني ما بين فيه عندي ومني، والحكم المذكور فيه حكمي وقضائي، نفذته بحجة لاحت عندي وكتبت التوقيع على الصدر، وهذه الأسطر الأربعة أو الخمسة على حسب ما يتفق^(٣) بخط يدي، وقد يكتب هذا السجل على سبيل المعاينة: هذا ما شهد عليه المسمون آخر هذا الكتاب شهدوا جملة أنه حضر مجلس القضاء بكورة كذا قيد القاضي فلان بن فلان وهو يومئذ متولي عمل القضاء والأحكام بهذه الكورة من قبل فلان.

رجل ذكر أنه يسمى فلان، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى فلان ويذكر الدعوى على حسب ما ذكرنا في النسخة الأولى، [ويذكر لفظة الشهادة أيضاً على ما ذكرنا في النسخة الأولى]^(٤)، فإذا فرغ من ذلك يكتب: فسمع القاضي شهادتهم، وأثبتها في المحضر المخلد في خريطة الحكم، ورجع في التعرف عن أحوالهم إلى من إليه رسم التعديل والتزكية بالناحية إلى آخر ما ذكرنا على التفصيل الذي ذكرنا ثم يكتب: وثبت عنده بشهادة هؤلاء الشهود ما شهدوا به على ما شهدوا به.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: سبق.

(٤) سقط في ز.

وعرض الدعوى ولفظة الشهادة على الأئمة الذين عليهم المدار في الفتوى بالناحية، فأفتوا بصحتها وجواز القضاء بها، وأعلم المشهود عليه بثبوت ما شهدوا به على ما شهدوا به ليورد دفعًا إن كان له فلم يأت بالدفع ولا أتى بالمخلص، وظهر عنده عجزه عن ذلك، فالتمس المشهود له الحكم من القاضي له بما ثبت له عنده من ذلك، وكتابه ذكر له في ذلك والإشهاد عليه ليكون حجة له، فاستخار القاضي هذا الله وسأله العصمة عن الزبغ والزلل والوقوع في الخطأ والخلل، وحكم القاضي هذا للمشهود له هذا بمسألته على المشهود عليه هذا، بثبوت إقرار هذا المدعى عليه بالمال المذكور فيه، مبلغه وجنسه وصفته وعدده في هذا السجل دينًا لازمًا عليه، وحقًا واجبًا بسبب صحيح لهذا المشهود له، وتصديق المشهود له إياه في هذا الإقرار خطابًا على الوجه المبين في هذا السجل بشهادة هؤلاء الشهود، بمحضر من [هذين المتخاصمين]^(١) في وجههما في مجلس قضائه بين الناس في كورة كذا حكمًا أبرمه وقضاء نفذه، وأمر المحكوم عليه بتسليم هذا المال المذكور مبلغه وجنسه وصفته وعدده في هذا السجل إلى [هذا]^(٢) المحكوم له، وترك المحكوم عليه وكل ذي حق وحجة ودفع على دفعه وحجته متى أتى به يومًا من الدهر وأمر بكتابة هذا السجل والإشهاد عليه، وذلك في يوم كذا من سنة كذا، وهذا السجل أصل أيضًا إلا أن المستعمل فيما بين الناس الأول.

وقد يكتب هذا السجل بطريق الإيجاز، فيكتب: يقول القاضي فلان بن فلان المتولي لعمل القضاء، والأحكام إلى آخره: ثبت عندي من الوجه الذي يثبت به الحوادث الشرعية، والنوازل الحكمية بعد دعوى صحيحة من خصم حاضر [على خصم حاضر]^(٣) أوجب الحكم الإصغاء إلى ذلك بينة عادلة قامت عندي، أو بشهادة فلان وفلان، وقد ثبت عندي عدالتهم وجواز شهادتهم أن فلانًا أقر أن لفلان

(١) في ز: المختصمين.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

عليه كذا وكذا دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب صحيح ثبوتًا أوجب الحكم به، فحكمت بمسألة المشهود له هذا على المشهود عليه [هذا]^(١) بجميع ما أقر به المشهود عليه هذا للمشهود له هذا بمحضر منهما في وجههما حكمًا أبرمته، وقضاء نفذته بعد استجماع شرائط صحة الحكم وجوازه بذلك عندي في مجلس قضائي بين الناس بكورة بخارى، وكلفت هذا المحكوم عليه قضاء هذا المال المذكور فيه وتركته وكل ذي حق وحجة ودفع على حقه وحجته ودفعه متى أتى به يومًا من الدهر، وأمرت بكتابة هذا السجل حجة في ذلك بمسألة هذا المحكوم له وأشهدت عليه حضور مجلسي، وذلك في يوم كذا، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر في إثبات الدفع لهذه^(١) الدعوى:

يكتب بعد التسمية: حضر مجلس القضاء في كورة بخارى قبل القاضي فلان المتولي لعمل القضاء والأحكام ببخارى [أدام الله توفيقه يوم كذا. رجل ذكر أنه فلان وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى فلان]^(٢)، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه قبله، فإن هذا الذي أحضره معه، كان ادعى على هذا الذي [حضر معه]^(٣) أولاً أن له على هذا الذي حضر عشرين ديناراً، [و]^(٤) يذكر صفتها ونوعها وعددها.

وهكذا أقر هذا الذي حضر في حال جواز إقراره بهذه الدنانير المذكورة فيه ديناً على نفسه، لهذا الذي أحضر [ه]^(٥) معه ديناً لازماً وحقاً واجباً بسبب صحيح إقراراً صحيحاً صدقه هذا الذي أحضره معه في ذلك خطاباً، وطالبه برد هذه الدنانير المذكورة، وأقام البينة عليه بذلك بعد إنكاره ودعواه هذه ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي [أحضره معه في دفع دعواه الموصوفة في هذا الذكر على هذا الذي]^(٦) حضر أنه مبطل في هذه الدعوى؛ لأن هذا الذي أحضره معه قبض من هذا الذي حضر، هذه الدنانير المذكورة فيه قبضاً صحيحاً بإيفاء هذا الذي حضر ذلك كله، وهكذا أقر هذا الذي أحضر [ه]^(٧) معه في حال جواز إقراره طائعاً إقراراً صحيحاً، صدقه هذا الذي حضر فيه خطاباً، فوجب على هذا الذي أحضره معه ترك هذه الدعوى قبل هذا الذي حضر وطالبه بالجواب وسأل مسألته، هذا إذا كان القاضي لم يقض للذي أحضره معه في الدعوى الأولى، وإن كان قد قضى له بذلك يكتب بعد

(١) في ز: بعد.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: أحضر كان ادعى على هذا الذي حضر.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

قوله: وطالبه برد هذه الدنانير المذكورة فيه، وأقام البينة عليه بذلك بعد إنكاره دعواه هذه، وجرى^(١) الحكم مني^(٢) لهذا الذي أحضره معه [على هذا الذي حضر]^(٣) إلى آخر ما ذكرنا.

[ثم يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه، إلى آخر ما ذكرنا]^(٤)، ثم يكتب عقيب قوله: وطالبه بالجواب وسأل مسألته [عن ذلك]^(٥)، فسأله القاضي عن ذلك، فقال بالفارسية: (من مبطل نه أم أندرين دعوى)، أحضر مدعي الدفع [هذا]^(٦) نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسأل مني^(٧) الاستماع إلى شهادتهم فأجبت^(٨) إليه، وهم فلان وفلان [وفلان]^(٩) يذكر أسماء^(١٠) الشهود وأنسابهم وحلاهم ومساكنهم ومصلاهم، فشهد هؤلاء الشهود عندي^(١١) بعد دعوى مدعي الدفع هذا والجواب بالإنكار من المدعى عليه الدفع هذا عقيب الاستشهاد الواحد منهم بعد الآخر شهادة صحيحة متفقة الألفاظ والمعاني من نسخة قرئت عليه، ومضمون ذلك النسخة: (كواهي سيدهم كه مقر اسد أمن فلان) وأشار إلى المدعى عليه الدفع^(١٢) هذا بحال [روالي إقرار خویش بطوع و رغبت حين كفت كه قبض كرده أم أز ابن فلان]، وأشار إلى المدعى [عليه]^(١٣) الدفع هذا (اليزمت دينار زر كه

(١) في ز: وقد كان جرى.

(٢) في ز: من القاضي هذا.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: من القاضي هذا.

(٨) في ز: فأجاب.

(٩) سقط في ز.

(١٠) في ز: اسم.

(١١) في ز: عند القاضي هذا.

(١٢) في ز: الدافع.

(١٣) سقط في ز.

مذكور شده اسدد راين محضر)، وأشار إلى المحضر هذا (قضى درست برسا نیدن ابن فلان) وأشار إلى مدعي الدفع [هذا]^(١) (أين زرها را إقرار درست وابن مدعي دفع) وأشار إليه (داست کوا راشت مرین مدعي را)، وأشار إليه (أندرين إقرار که آورد روبار وي).

وإن^(٢) شهدوا على معاينة القبض يكتب مكان الإقرار بالقبض: معاينة القبض على نحو ما بينا في الإقرار، ويكتب: قبض المدعى عليه هذا هذه الدنانير الموصوفة من مدعي الدفع هذا قبضًا صحيحًا بإيفائه ذلك كله إليه، والله تعالى أعلم.

وإن كان مدعي الدفع ادعى الدفع بطريق الإبراء عن جميع الدعاوى والخصومات يكتب: [ادعى]^(٣) مدعي الدفع هذا في دفع هذه الدعوى؛ أن هذا الذي أحضره معه قبل دعواه هذه أبرأ هذا الذي حضر عن جميع دعاويه وخصوماته قبله من دعوى المال وغيره إبراء صحيحًا، وأقر أنه لا دعوى له ولا خصومة له قبله، لا في قليل المال ولا في كثيره بوجه من الوجوه، وسبب من الأسباب، وإنه قبل منه هذا الإبراء، وصدقه في هذا الإقرار خطابًا، وإن هذا الذي أحضره معه في دعواه قبله بعدما كان أقر بالإبراء عن جميع الدعاوى؛ مبطل غير محق، فواجب عليه الكف عن ذلك، وترك التعرض له، وطالبه بذلك، وسأل مسألته، فستل فأجاب: من (يبطل أنه أم درين دعوى خویش)، فأحضر المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده إلى آخر ما ذكرنا في دعوى الدفع بطريق القبض، غير أن في كل موضع ذكر القبض ثمة^(٤) يذكر الإبراء هنا، والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: فإن.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: ثم.

سجل [في] ^(١) هذه الدعوى:

يكتب بعد التسمية ^(٢): يقول القاضي فلان: حضر وأحضر، ويعيد الدعوى المكتوبة في المحضر من أولها إلى آخرها، فإذا فرغ من كتابة شهادة شهود مدعي الدفع يكتب: فسمعت شهادتهم هذه، وأثبتها في المحضر المخلد في خريطة الحكم إلى قوله: وثبت عندي ما شهدوا به على ما شهدوا به، فعرضت ذلك على المدعى عليه الدفع هذا، وأعلمته بثبوت ذلك عندي، ومكنته من إيراد الدفع إن كان له دفع في ذلك فلم يأت بدفع ولا مخلص ولا أدلى بحجة يسقط بها ذلك، وثبت عندي عجزه عن إيراد الدفع، وسألني مدعي الدفع هذا في وجه المدعى عليه الدفع هذا الحكم له بما ثبت له عندي وكتابة السجل والإشهاد عليه إلى قوله: فحكمت لمدعي الدفع هذا بمسألته على المدعى عليه الدفع هذا في وجه المدعى عليه الدفع هذا بثبوت هذا الدفع الموصوف بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه في مجلس قضائي ببخارى؛ حكمًا أبرمته، وقضاءً نفذته مستجمعًا شرائط صحته ونفاذه، بمحضر من هذين المتخاصمين في وجههما جملة، مشيرًا إليهما، وكلفت المحكوم عليه هذا بترك التعرض ^(٣) للمحكوم له هذا بأداء [هذا] ^(٤) المال المذكور في هذا السجل، وتركت ^(٥) المحكوم عليه وكل ذي حجة وحق ودفع على دفعه وحقه وحجته متى أتى به يومًا من الدهر، وأمرت بكتابة هذا السجل حجة للمحكوم له، وأشهدت على حكم من حضر مجلس قضائي، وذلك في يوم كذا من [شهر كذا و] ^(٦) سنة كذا. فإن كان دفع دعوى الدين بدعوى الإكراه من السلطان يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه أنه كان مكرهًا من جهة السلطان

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: البينة.

(٣) في ز: القبض.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: وترك.

(٦) سقط في ز.

على هذا الإقرار إكراهًا صحيحًا بالضرب والحبس، وأن إقراره هذا لم يصح، وأنه مبطل في دعواه هذه الدنانير المذكورة، فواجب عليه الكف عن هذه الدعوى.

فإن كان دفع دعوى الدين بدعوى الصلح على مال يكتب في دعوى الدفع: إنه مبطل في هذه الدعوى لما أنه صالحه عنه على كذا، وقبض منه بدل الصلح بتمامه، ووجوه الدفع كثيرة؛ فما جاءك من دعاوى^(١) الدفع يكتب على هذا المثال.

وإن كان دعوى^(٢) الدين بسبب يكتب ذلك السبب في محضر الدعوى، فإن كان السبب غصبًا يكتب كذا وكذا دينارًا دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب أن هذا الذي أحضره [معه]^(٣) غصب من دنانير هذا الذي حضر هذا المبلغ المذكور الموصوف في هذا المحضر واستهلكها، فصار مثلها دينًا له في ذمته.

وإن كان السبب بيعًا يكتب: دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا ثمن متاع باعه منه وسلمه إليه.

وإن كان السبب إجارة يكتب: دينًا لازمًا وحقًا واجبًا أجرة شيء أجره منه وسلمه [إليه]^(٤)، وانتفع به في مدة الإجارة.

وإن كان السبب كفالة، أو حوالة ففي الكفالة يكتب: دينًا لازمًا وحقًا واجبًا بسبب كفالة كفل له بها عن فلان، [وإن هذا]^(٥) الذي حضر أجاز ضمانه عنه لنفسه في مجلس الضمان، وهذا الذي أحضر معه هكذا أقر بوجود هذا المال على نفسه لهذا الذي حضر بالسبب المذكور.

وفي الحوالة يكتب: دينًا لازمًا وحقًا واجبًا بسبب حوالة أحاله بها عليه فلان، وإنه قبل منه هذه الحوالة شفاهًا في وجهه ومجلسه، وأقر هذا الذي أحضره معه

(١) في ز: دعوى.

(٢) في ز: دفع.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

هكذا بوجوب هذا المال، دينًا على نفسه لهذا الذي حضر بالسبب المذكور، والله أعلم.

وإن كان دعوى الدين بصك يكتب: ادعى هذا الذي حضر؛ على هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه صك إقرار أورده^(١) وهذه نسخته: بسم الله الرحمن الرحيم، وينسخ صك الإقرار من أوله إلى آخره ثم يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه هذا الصك من المال المذكور فيه، وإقراره^(٢) بجميع ذلك دينًا على نفسه لهذا الذي أحضر دينًا لازمًا وحقًا واجبًا، وتصديق هذا الذي أحضر إياه في إقراره بذلك خطابًا بتاريخه، فواجب عليه إيفاء ذلك [المال]^(٣) إليه، وطالبه^(٤) بذلك.

وإن كانت الحوالة والكفالة بصك يكتب: ادعى عليه جميع ما تضمنه [صك ضمان، أو صك حوالة أورده، وهذه نسخته، وينسخ كتاب الكفالة أو الحوالة، ثم يكتب: ادعى جميع ما تضمنه]^(٥) الصك المحول إلى هذا المحضر نسخته من الكفالة والقبول، والإقرار والتصديق على ما نطق به الصك من أوله إلى آخره، والله تعالى أعلم.



-
- (١) في ز: ويرده.
 (٢) في ز: وأقر.
 (٣) سقط في ز.
 (٤) في ز: فطالبه.
 (٥) سقط في ز.

محضر في إثبات الدين على الميت :

يكتب: حضر [وأحضر معه، فادعى هذا الذي أحضره معه أنه كان لهذا الذي حضر على فلان بن فلان بن فلان والد هذا الذي أحضره كذا كذا دينارًا ويصفها، ويتابع في ذلك: ديتًا لازمًا وحقًا واجبًا بسبب صحيح، وهكذا كان أقر فلان والد] (١) هذا الذي أحضره معه في حال حياته وصحته، وجواز إقراره ونفاذ تصرفاته في الوجوه كلها طائعا بهذه الدنانير المذكورة ديتًا على نفسه لهذا الذي حضر ديتًا لازمًا وحقًا واجبًا بسبب صحيح.

وإن كتب السبب كان أحوط إقرارًا صحيحًا صدقه الذي حضر فيه خطابًا في تاريخ كذا، ثم إن فلانًا والد هذا الذي أحضره توفي قبل أداء هذه الدنانير المذكورة فيه إلى هذا الذي حضر، وصار مثل هذه الدنانير المذكورة فيه ديتًا لهذا الذي حضر في تركته، وخلف هذا المتوفى المذكور فيه من الورثة ابناً له لصلبه، وهو هذا الذي أحضر معه وخلف من التركة من ماله في يد هذا الذي أحضره معه من جنس هذا المال المذكور مائة وفاء بهذا المال المذكور فيه وزيادة، وهذا الذي أحضره معه في علم من ذلك فواجب عليه أداء هذا الدين المذكور مما في يده من مثل هذا المال المذكور من تركة هذا المتوفى إلى هذا الذي حضر وطالبه بذلك وسأل مسألته عن ذلك فسئل ويتم المحضر مع لفظه الشهادة على وفق الدعوى والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى، يقول [القاضي] (٢) فلان: حضر وأحضر [معه] (٣)، ويعيد الدعوى بعينها، ويذكر أسامي الشهود ولفظة الشهادة، وعدالة الشهود، وإنه قبل شهادتهم بظاهر عدالة الإسلام، أو لكونهم عدولاً، أو لثبوت عدالتهم بتعديل المزكين إلى قوله: وحكمت، ثم يكتب: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي

(١) في ز: وأحضروا هذا الذي حضر على هذا أحضره معه أنه كان لهذا الذي حضر على فلان ابن فلان والدي.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أحضره معه بثبوت إقرار هذا المتوفى المذكور فيه حال حياته وصحته، ونفاذ تصرفاته لهذا المال المذكور فيه دينًا على نفسه لهذا الذي حضر، وتصديق هذا الذي حضر إياه فيه خطابًا بتاريخ كذا المذكور فيه، وبوفاته قبل أدائه شيئًا من المال المذكور فيه، إليه ويصير ورثه دينًا في تركته وتخليفه من التركة من مثل هذا المال المذكور فيه في يده ما فيه وفاء بمثل هذا المال المذكور فيه، وزيادة بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه حكمًا أبرمته، وقضيت بثبوت ذلك كله له عليه [بشهادتهم]^(١)، قضاءً نفذته مستجمعًا شرائط صحته ونفاذه في مجلس قضائي بين الناس في كورة بخارى، بمحضر من هذين المتخاصمين في وجههما، وكلفت المحكوم عليه هذا أداء هذا الدين المذكور فيه من تركة أبيه المتوفى الذي في يده إلى هذا الذي حضر ويتم السجل.



(١) سقط في ز.

محضر في إثبات الدفع لهذه الدعوى :

حضر وأحضر [معه]^(١)، فادعى هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه الموصوفة فيه قبل هذا الذي^(٢) حضر، وذلك؛ لأن هذا الذي أحضره معه ادعى على هذا [كان له على أبيه، يعيد دعوى الذي أحضره بتمامه ادعى هذا الذي حضر على هذا]^(٣) الذي أحضره معه في دفع دعواه هذه أنه مبطل في هذه الدعوى قبل هذا الذي حضر؛ لأن هذا الذي أحضره قبض من أبيه المتوفى المذكور اسمه ونسبه في هذا المحضر حال حياته هذه الدنانير المذكورة فيه قبضاً صحيحاً، وهكذا أقر هذا الذي أحضره في حال صحته وثبات عقله بقبض هذه الدنانير طائئاً من أبيه المتوفى هذا قبضاً صحيحاً، وأقر أنه لا دعوى له على هذا المتوفى بوجه من الوجوه، وسبب من الأسباب إقراراً صحيحاً جائزاً صدقه المتوفى هذا فيه خطأً، وأن هذا الذي أحضره معه في دعواه الموصوفة فيه قبل هذا الذي حضر بعدما كان الأمر على [ما]^(٤) وصف مبطل غير محق، ويتم المحضر، وقد يكون دفع هذا بدعوى أبرأته^(٥) المتوفى عن جميع الدعاوى، وبأسباب آخر قد مر ذكرها قبل هذا، فيكتب على نحو ما كتبنا قبل هذا، والله تعالى أعلم.

سجل هذا الدفع: يكتب بعد التسمية على الرسم المذكور^(٦) قبل هذا إلى قوله: وحكمت، ثم يكتب بعد الاستخارة: وحكمت بثبوت هذا الدفع الموصوف فيه لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه بمحضر من هذين المتخاصمين في وجههما ويتم السجل على نحو ما بينا قبل هذا، والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: المال.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: ابن ابنه.

(٦) زاد في ز: قبل هذا لو يكتب دعوى الدفع من نسخة المحضر على نحو ما كتبنا.

محضر في إثبات ملكية المحدود:

حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع الأراضي التي عددها كذا في أرض قرية كذا في ناحية منها تدعى كذا من كورة^(١) كذا أحد حدودها والثاني والثالث والرابع، كذا بحدودها كلها وحقوقها ومرافقها التي هي من حقوقها.

وإن وقعت الدعوى في دار يكتب أن جميع الدار المشتمة على البيوت التي هي في كورة كذا في محلة كذا، في سكة كذا أحد حدودها، والثاني والثالث والرابع، كذا بحدودها كلها، وحقوقها ملك هذا الذي حضر، وفي يد هذا الذي أحضره معه [بغير حق، وهذا الذي أحضره معه في علم من ذلك، فوجب على هذا الذي أحضره]^(٢) قصر يده عن هذه الأراضي أو عن هذه الدار، وتسليمها إلى الذي حضر هذا، وطالبه بذلك وسأل مسألته فستل، فأجاب بالفارسية: (أين زمبها أين خانه كه دعوى سكند أين مدعي ملك منست وحق منست، وبه أين مدعي سبردني ينست) أحضر المدعي هذا نفرًا، ذكر أنهم شهوده على وفق دعواه، وسألني الاستماع إليه، [فأجبتة إليه]^(٣)، وهم فلان وفلان يذكر أنسابهم وحليتهم إلى آخر ما ذكرنا، فشهدوا عقيب دعوى المدعي والجواب بالإنكار من المدعى عليه هذا بشهادات صحيحة متفقة الألفاظ والمعاني من نسخة قرئت عليهم، ومضمون تلك النسخة: (كواني مندهم كه أين زمينها با أين هراي كه جايكاه، وحدود وي در محضر دعوى با دكرده شد إست)، وأشار إلى المحضر بحدوها، (وي جملة وحقها وي ملك أين حاضر أمده إست وحق ويست)، وأشار إلى المدعي هذا (وبيدست أين حاضر أورده بنا حق إست، وواجب إست يروي تسليم كردن به أين مدعي) ويتم المحضر.

سجل هذه الدعوى: يكتب: يقول فلان: حضرني في مجلس قضائي بكورة

(١) في ز: قرية.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(بخارى) فلان، وأحضر مع نفسه فلاناً، ويعيد الدعوى من أولها إلى آخرها فيكتب: وادعى هذا الذي حضر أن الأراضي التي في موضع كذا حدودها كذا، أو الدار التي في موضع كذا حدودها كذا بجميع حدودها وحقوقها ملك هذا الذي حضر، وفي يد هذا الذي أحضره [معه بغير حق، وهذا الذي أحضره]^(١) في علم من ذلك، فواجب على هذا الذي أحضره معه قصر يده عن هذه الأراضي المحدودة أو عن هذه الدار المحدودة في محضر الدعوى، وأشار إلى محضر الدعوى وتسليمها إلى هذا الذي حضر، [وطالبه بذلك]^(٢) وسأل مسألته [عن ذلك]^(٣)، فسئل المدعى عليه وهو الذي أحضره معه عن دعواه هذه، فقال بالفارسية: (أين زمينها كه دعوى ميكند أين مدعي با أين خانه ملك مينست وحق مينست، وباين مدعي سبرد ني ينست)، أحضر المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسألني الاستماع إلى شهادتهم وهم: فلان وفلان [وفلان]^(٤)، يكتب على نحو ما بينا قبل هذا إلى موضع الحكم.

ثم يكتب: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه، بكون الأراضي المحدودة في هذا السجل، [أو بكون الدار المحدودة في هذا السجل]^(٥) بحدودها كلها، وحقوقها ومرافقها التي هي لها من حقوقها ملكًا وحقًا لهذا المدعي، وكونها في يد هذا المدعى عليه بغير حق بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه، وقضيت بملكيتها له عليه بشهادتهم، بعدما رجعت في التعرف عن حال هؤلاء الشهود إلى من إليه رسم التعديل والتزكية بالناحية، فنسبوا إلى العدالة، وبعدها عرضت دعوى المدعي وألغيت الشهادة على أئمة الدين الذين عليهم مدار الفتوى بالناحية؛ فأفتوا بصحة الدعوى وجواز الشهادة، وكان هذا الحكم وهذا القضاء مني

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

في مجلس قضائي في كورة بخارى حكماً أبرمته، وقضاءً نفذته مستجمعاً شرائط صحته ونفاذه بمحضر من هذين المتخصصين في وجوههما وكلفت المحكوم عليه هذا قصر يده عن هذه الأراضي المحدودة، [أو عن هذه الدار المحدودة]^(١) المحكوم بها فقصر يده عنها، وسلمها إلى الذي حضر هذا امتثالاً لأمر الشرع، ويتم السجل على نحو ما بينا [قبل هذا. والله تعالى أعلم]^(٢).



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

محضر في دفع هذه الدعوى:

إن كان المدعى عليه يدعي الشراء من المدعي، يكتب: حضر وأحضر فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه قبله، فإن هذا الذي أحضره كان ادعى على هذا الذي حضر أولاً وكتب دعواه بتمامه، ثم يكتب: فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) في دفع دعواه أن هذا الذي أحضره معه مبطل في هذه الدعوى الموصوفة قبل هذا الذي حضر؛ لأن هذا الذي أحضره باع حال نفوذ تصرفاته في الوجوه كلها هذه الدار المحدودة فيه بحدودها وحقوقها ومرافقها التي هي لها من حقوقها قبل دعواه الموصوفة فيه من هذا الذي حضر، حال كون هذه الدار المحدودة ملكاً وحقاً لهذا الذي أحضره معه، وفي يده بكذا ديناراً بيعاً صحيحاً، وإن هذا الذي حضر اشتراها منه بحدودها وحقوقها ومرافقها التي هي لها من حقوقها بهذا الثمن المذكور فيه شراءً صحيحاً حال نفوذ تصرفاته في الوجوه كلها، وتقابضا قبضاً صحيحاً.

وإن كان هذا الذي حضر ادعى إقرار الذي أحضره مع ذلك يزداد في الكتابة عقيب قوله: وتقابضا [قبضاً]^(٢) صحيحاً: وهكذا أقر هذا الذي أحضره [معه]^(٣) في حال جواز إقراره ونفوذ تصرفاته في الوجوه كلها [طائعا]^(٤) بجريان هذا البيع والشراء الموصوفين فيه بينه وبين هذا الذي حضر في هذه الضيعة الموصوفة المحدودة فيه، أو في هذه الدار المحدودة فيه بحدودها وحقوقها، ومرافقها التي هي لها من حقوقها بهذا الثمن المذكور فيه حال نفوذ تصرفاتهما في الوجوه كلها، وبجريان التقابض بينهما فيه إقراراً صحيحاً صدقه هذا الذي حضر فيه خطاباً، وإن هذا الذي أحضره

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

معه في دعواه الموصوفة فيه قبل هذا الذي [حضر]^(١) بعدما كان الأمر كما وصف فيه مبطل غير محق، فواجب على هذا الذي أحضر معه ترك هذه الدعوى قبل هذا الذي حضر، وترك التعرض له فيه، وطالبه بذلك، ويتم المحضر، والله تعالى أعلم.

وإن كان الذي حضر ادعى سبباً آخر لدفع هذه الدعوى، بأن ادعى أن الذي أحضره معه استكرى هذه الدار المحدودة الموصوفة فيه حضر أو ادعى أنه اشتراها منه قبل دعواه الموصوفة يكتب في موضعه من هذا المحضر: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن دعوى هذا الذي أحضره معه [ملكية هذه الدار المحدودة فيه قبل هذا الذي حضر ساقطة عنه؛ لأن هذا الذي أحضره معه]^(٢) استكرى هذه الدار المحدودة فيه بحدودها إلى آخره من هذا الذي حضر.

أو يكتب: استشرى بكذا كذا، وإن هذا الذي حضر أبى أن يكرها منه، أو أبى أن يبيعها منه، وكان استكراؤه واستشراؤه هذه الدار المحدودة فيه من هذا الذي حضر إقراراً منه بكون الدار المحدودة فيه ملكاً لهذا الذي حضر، وعندما صدر هذا الإقرار منه، فهو مبطل في هذه الدعوى غير محق، ويتم المحضر.

سجل هذه الدعوى: أن يكتب صدر^(٣) السجل ودعوى الدفع بتمامه على [نحو]^(٤) ما بينا قبل هذا إلى موضع الحكم، ثم يكتب: وحكمت بثبوت هذا الدفع الموصوف فيه لهذا المدعي بالدفع على المدعى عليه الدفع بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه بمحضر من هذين المتخاصمين في وجههما في مجلس قضائي ببخارى بين الناس ويتم السجل.

وإن كان هذا الذي حضر أراد دفع هذه الدعوى بسبب شراء الدار المحدودة من

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: هذا.

(٤) سقط في ز.

رجل آخر، يكتب: ادعى هذا الذي حضر في دفع دعوى هذا الذي أحضره معه أن دعوى هذا الذي أحضره ملكية الدار قبل [فلان]^(١)، هذا الذي حضر ساقطة [عنه]^(٢)، لما بينا أن هذا الذي حضر اشترى [هذه الدار المحدودة من فلان بن فلان، وفلان بن فلان كان يملكها بكذا شراءً صحيحًا]^(٣) قبل دعوى هذا الذي أحضره [معه]^(٤)، ويتم المحضر إلى آخره^(٥).



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: قبله الموصوفة فيه.

(٥) زاد في ز: سجل هذه الدعوى على ما سبق والله تعالى أعلم.

محضر فيه دعوى الدار ميراثاً عن الأب:

حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) أن الدار التي في موضع كذا حدودها كذا، بحدودها وحقوقها ومرافقها التي هي لها من حقوقها كانت ملكاً لوالده فلان بن فلان الفلاني، وحقاً له وفي يده، وتحت تصرفه إلى أن مات، وخلف من الورثة ابناً له لصلبه، وهو هذا المدعي، ولم يخلف وارثاً سواه، وصارت هذه الدار المبين [فيه]^(٢) موضعها وحدودها ميراثاً له عن أبيه المذكور اسمه ونسبه فيه، واليوم هذه الدار المبين حدودها ملك هذا المدعي وحقه بهذا النسب المذكور، وفي يد هذا الذي أحضره [معه]^(٣) بغير حق، وهذا الذي أحضره معه في علم من ذلك، فوجب عليه قصر يده عن هذه الدار، المبين حدودها، وتسليمها إلى هذا المدعي، وطالبه بذلك، وسأل مسأته عن ذلك فسئل [فأجاب بالإنكار]^(٤)، أحضر المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده على وفق دعواه هذه، وسأل الاستماع إلى شهادتهم فشهدوا بشهادات صحيحة متفقة الألفاظ والمعاني، عن نسخة قرئت عليهم عقيب دعوى المدعي هذا، والجواب من المدعي عليه هذا بالإنكار، وهذا مضمون تلك النسخة: (كوابي سدهم كه أين خانه كه جاياكه وحدودوى بانكرده شداست دراين محضر اين دعوى) وأشار إلى محضر الدعوى الموصوفة فيه بحددها وحقها، (وي ومرافق وي كه از حقها ونسب ملك فلان بن فلان بدراین مدعي بود)، وأشار إلى المدعي هذا (وحق وي ودر دست وتصرف وي بودتا آن وقت كه وقا يافت وا زوي يكي بسرمانده مين مدعي)، وأشار إلى المدعي هذا (ويجز زوي وارثي ويكر ما نداين متوفي راواين خانه ميراث بفدا زاین متوفي من

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

بسر ولاين مدعي)، وأشار إلى محضر الدعوى بحدها وحقتها (وي ملك أين مدعي إست وحق وي إست ووردست أين مدعى عليه بنا حق إست، وأشار إلى المدعى عليه هذا)، ويتم المحضر والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى: يقول القاضي فلان يكتب على رسمه ويعيد الدعوى بعينها من أولها إلى آخرها، مع أسامي الشهود، وألفاظ الشهادة [إلى قوله]^(١): قبلت شهادة هؤلاء، لكونهم معروفين بالعدالة، أو بظهور عدالتهم بتعديل المزكين، أو بظاهر عدالة الإسلام، إذا لم يطعن المشهود عليه في شهادتهم، وجميع ما يكتب في السجلات إلى موضع الحكم، ثم يكتب: وحكمت لهذا المدعي على هذا المدعى عليه بجميع ما شهد هؤلاء الشهود المسمون في هذا السجل، بكون الدار المحدودة فيه ملكاً لفلان بن فلان والد هذا المدعي، وكونها في يده وتحت تصرفه إلى وقت وفاته، وصيرورتها ملكاً لهذا المدعي بعد وفاة والده هذا، إرثاً عن والده هذا في وجه المتخصصين هذين حكماً أبرمته، وقضاءً نفذته ويتم السجل. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وبيان أنني.

محضر في دفع هذه الدعوى :

حضر وأحضره فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه هذه، فإن هذا الذي أحضره كان ادعى أولاً على هذا الذي حضر ملكية دار في موضع كذا، حدودها كذا؛ إرثاً عن أبيه، وبعد دعواه بتمامه، ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن دعواه هذه ساقطة عني، لما أن والد هذا الذي أحضره معه فلان بن فلان قد كان باع هذه الدار المحدودة، وهذا المحضر في حياته وصحته من هذا الذي حضر بكذا بيعاً صحيحاً، وهذا الذي حضر اشتراها منه بهذا الثمن المذكور شراء صحيحاً وجرى التقابض بينهما بوصف الصحة واليوم هذه الدار المحدودة فيه ملك هذا الذي حضر بهذا السبب وحقه، وإن هذا الذي أحضره معه في دعواه قبله بعدما كان الأمر على ما وصف فيه مبطل غير محق، فواجب عليه الكف عن ذلك، وسأل مسألته عن ذلك فسئل، والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى: يكتب عند الحكم: وحكمت بثبوت هذا الدفع الموصوف فيه لهذا المدعي الدفع على هذا المدعى عليه الدفع بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه، بمحضر من هذين المتخاصمين، في وجوههما في مجلس قضائي هذا ببخارى، وأمرت المحكوم عليه بالكف عن دعواه هذه، وترك^(١) التعرض للمحكوم له في ذلك ويتم السجل. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وتركت.

محضر في دعوى [ملكية]^(١) المنقول ملكًا مطلقًا:

حضر وأحضر وفي يد هذا الذي أحضره [معه]^(٢) فرس وسط الجثة؛ يقال لمثله لوثًا: أبلق، مشقوق المنخرين على كتفه اليسرى كي صورته هكذا عرفه مائل إلى اليمين، تامّ الذنب، محجل اليدين والرجلين، مقطوع رأس [أذنه اليمنى]^(٣)، من الطول يقال لمثله سوقال، محضر مجلس هذه الدعوة الموصوفة فيه مشار إليه، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا البرذون - وأشار إلى البرذون المدعى - ملك هذا الذي حضر، وحقه وفي يدي هذا الذي أحضره [معه]^(٤) بغير حق، وهذا الذي أحضره في علم من ذلك كله، فواجب عليه قصر يده عن هذا البرذون المدعى به المشار إليه، وتسليمه إلى هذا الذي حضر، وسأل مسأله [عن ذلك]^(٥)، فسئل فأجاب فقال: (إن است ملك منست وحق منست ومرا بدین مدعي سبردني منست) أحضر هذا المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده، فاستشهد الشهود وهم فلان [وفلان]^(٦) وفلان إلى آخره.

سجل هذه الدعوى: يكتب على الرسم إلى قوله^(٧): فاستشهد الشهود وهم: فلان، وفلان، وفلان، فشهد كل واحد منهم بعد الاستشهاد عقيب دعوى المدعي هذا، والجواب بالإنكار من المدعى عليه، وقال كل واحد: (كواني سيدهم كه أين إست)، وأشار إلى البرذون المدعى به ملكًا (أين حاضر أمده إست)، وأشار إلى المدعي هذا (وحق ويست وإنردست أين حاضر أورده) وأشار إلى المدعى عليه

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: أنه اليمين.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) في أ: فأشهد.

بناء (حق إست)، فسمعت شهادتهم إلى قوله: وحكمت، فإذا بلغ إليه يكتب: وحكمت لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، بكون هذا البرزون المدعى به المشار إليه، ملك هذا المدعي وحقه، وبكونه في يد المدعى عليه بغير حق بشهادة هؤلاء الشهود المعروفين بالعدالة بمحضر من المتخصصين هذين، وبمحضر من البرزون المدعى به، ويتم السجل.



محضر في دفع دعوى البرذون:

ووجوه الدفع لهذه الدعوى كثيرة، فنحن نكتب ثلاثة منها، فإذا علمها الكاتب بيني ما يقع له من^(١) وجوه آخر عليها آخرها الدفع.

وصورة ذلك: حضر وأحضر في يد هذا الذي أحضره برذون شيته كذا فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره في دفع دعوى هذا الذي أحضره على هذا الذي حضر ملكية هذا البرذون الموشى فيه المحضر هذا الدعوى وذلك؛ لأن هذا الذي أحضره ادعى على هذا الذي حضر أولاً يكتب دعواه بتمامها ثم يكتب: فادعى هذا الذي حضر في دفع دعوى هذا الذي أحضر معه الموصوفة فيه، فيقال: دعوى هذا الذي أحضره معه ملكية هذا البرذون قبل هذا الذي حضر ساقطة؛ لأن هذا الذي أحضره معه ملكية قد كان استشرى هذا البرذون الموصوف الموشى فيه - وأشار إلى البرذون المدعى به من هذا الذي حضر في حال نفاذ تصرفه في الوجوه كلها، وإن هذا الذي حضر أبى أن يبيعه منه، وكان استشرى هذا الذي أحضره هذا البرذون المدعى به من هذا الذي حضر إقرارًا من هذا الذي أحضره معه، أنه لا ملك له في هذا البرذون المدعى به، وبعدهما صدر من هذا الذي أحضره هذا الاستشراء، فهذا الذي أحضره معه مبطل في دعوى ملكية هذا البرذون لنفسه، فواجب عليه ترك هذه الدعوى قبل هذا الذي حضر، على هذا الذي حضر وطالبه بذلك، وسأل مسألته عن ذلك، والله تعالى أعلم.

الوجه الثاني: الدفع بطريق الاستكراء^(٢)؛ يكتب: فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أنه مبطل في دعوى ملكية هذا البرذون المدعى به لنفسه قبل هذا الذي حضر؛ لأن هذا الذي أحضره معه قد كان استكرى هذا البرذون المدعى به، في حال نفوذ تصرفاته في الوجوه كلها من هذا الذي حضر، وكان استكراؤه منه

(١) في ز: على.

(٢) في ز: الاستشراء.

إقرارًا منه أنه لا ملك له في هذا البرذون المدعى به على نحو ما ذكرنا في الاستشراء . والله تعالى أعلم .

الوجه الثالث : الدفع بالتناج : يكتب : ادعى هذا الذي حضر [في دفع دعوى]^(١) هذا الذي أحضره معه ملكية البرذون المدعى به الموصوف الموشى فيه أن دعواه هذه قبل هذا الذي حضر ساقطة عنه ؛ لأن هذا البرذون المدعى به - وأشار إليه - نتاج هذا الذي حضر نتج عند هذا الذي حضر من رمكة كانت تلك الرمكة يوم النتاج المذكور فيه ملك هذا الذي حضر من يوم هذا النتاج المذكور فيه إلى هذا اليوم وأن هذا الذي أحضره في دعواه ملكية هذا البرذون المدعى به والأمر على ما وصف مبطل غير محق ، فواجب عليه ترك هذه الدعوى قبل هذا الذي حضر وطالبه بذلك ، وسأل مسألته [فستل عن ذلك]^(٢) .

سجل هذا الدفع : يكتب صدر السجل إلى قوله : وحكمت على الرسم ، ثم يكتب : حكمت لهذا المدعي الدفع هذا الذي حضر من استشرى هذا الذي بمسألته في وجه خصمه المدعى عليه الدفع هذا الذي أحضره [معه]^(٣) بصحة دعوى الدفع التي ادعى هذا الذي حضر من استشراء [هذا]^(٤) الذي أحضره معه في حال صحته ونفاذ تصرفاته ، هذا البرذون المدعى به الموشى فيه من مدعي الدفع هذا الذي حضر قبل دعوى هذا الذي أحضره [معه]^(٥) ملكية هذا البرذون المدعى به الموشى فيه قبل هذا الذي حضر ، وأبى هذا الذي حضر البيع من هذا الذي أحضره معه ، وببطلان^(٦) دعوى المدعى عليه الدفع هذا الذي [أحضره معه هذا البرذون]^(٧) الموصوف فيه قبل

(١) في ز : على .

(٢) في ز : والله تعالى أعلم .

(٣) سقط في ز .

(٤) سقط في ز .

(٥) سقط في ز .

(٦) في ز : وسلطان .

(٧) في ز : حضر البيع من هذا الذي أحضره .

هذا الذي حضر، وهو المدعي الدفع بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه، بمحضر من المتخاصمين هذين، وبحضرة البرذون المدعى به الموصوف الموشى فيه، هذا على الوجه الأول.

وعلى الوجه الثاني: يكتب عقيب قوله: بصحة دعوى الدفع التي ادعى هذا الذي [حضر على هذا الذي]^(١) أحضره معه من استكراء هذا الذي [أحضره معه في حال صحته ونفوذ تصرفاته هذا البرذون المدعى به نتاج مدعي الدفع هذا الذي]^(٢) حضر نتج عنده من رمكة كانت مملوكة له وفي يده وتحت تصرفه يوم هذا التناج المذكور فيه، [وإنه لم يخرج عن ملكه من يوم هذا التناج المذكور فيه]^(٣) إلى هذا اليوم، وإن دعوى هذا الذي أحضره ملكية هذا البرذون المدعى به قبل هذا الذي حضر والأمر على ما وصف فيه ساقطة عنه حكمت بذلك كله بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه في وجه المتخاصمين هذين، وبحضرة هذا البرذون المدعى به، أو يكتب: وحكمت لمدعي الدفع هذا على المدعى عليه الدفع هذا، بثبوت جميع ما شهد به هؤلاء الشهود المسمين فيه على الوجه المبين فيه حكمًا أبرمته وقضاءً نفذته، مستجمعًا شرائط صحته ونفاذه في مجلس قضائي بين الناس في كورة بخارى، بمحضر من هذين المتخاصمين، وبمحضر من هذا البرذون [المدعى به]^(٤)، وأمرت المحكوم عليه هذا بترك التعرض للمحكوم له هذا إلى آخره، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

محضر في دعوى ملكية العقار بسبب الشراء من صاحب اليد :

يكتب: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) أن الدار التي هي في موضع كذا حدودها كذا، وهي في يد هذا الذي أحضره معه اليوم ملك هذا الذي حضر، وحقه بسبب أن هذا الذي حضر اشتراها من هذا الذي أحضره [معه]^(٢) بكذا كذا درهماً، أو بكذا كذا ديناراً شراءً صحيحاً، وأنه باعها منه بيعاً صحيحاً، وأن هذا الذي أحضره معه قبض هذا الثمن المذكور تاماً وافئاً قبضاً صحيحاً، بدفع هذا الذي حضر ذلك إليه، وأن هذه الدار المبين حدودها وموضعها فيه؛ كانت يوم الشراء المذكور فيه [ملكاً لهذا الرجل الذي أحضره معه وفي يده، فصارت الدار المحدودة فيه ملكاً لهذا الذي حضر بهذا السبب، وهذا الذي أحضره معه يمتنع عن تسليم]^(٣) هذه الدار المحدودة فيه إلى هذا الذي حضر ظلمًا، ونقدها فواجب عليه تسليمها إلى هذا الذي حضر، وطالبه في ذلك، وسأل مسألته، فسئل . والله تعالى أعلم .

فإن كان بالبيع صك فادعى مضمونه على البائع، والدار في يد البائع، ويمتنع عن التسليم يكتب: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(٤) جميع ما تضمنه ذكر شراء أورده وهذه نسخته، ويكتب الصك في المحضر من أوله إلى آخره من غير زيادة ولا نقصان، ثم يكتب بعد الفراغ من تحويل الصك: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه ذكر شراء أورده وهذه نسخة ويكتب الصك في المحضر من أوله إلى آخره من غير زيادة ولا نقصان ثم يكتب بعد الفراغ من تحويل الصك: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي

(١) سقط في ز .

(٢) سقط في ز .

(٣) سقط في ز .

(٤) سقط في ز .

أحضره معه جميع ما تضمنه هذا الصك المحول نسخته إلى هذا المحضر من الشراء والبيع بالثمن المذكور فيه، وإيفاء الثمن وقبضه، وضممان الدرك في المعقود عليه كما ينطق بذلك كله هذا الصك المحول نسخته إلى هذا المحضر بتاريخه المؤرخ فيه، وإن هذه الدار المبين حدودها في هذا الصك، المحول نسخته إلى هذا المحضر، كانت ملكاً لهذا الذي أحضره يوم الشراء المذكور فيه، وصارت الدار المبين [فيه]^(١) حدودها في الصك المحول نسخته إلى هذا المحضر ملكاً لهذا الذي حضر بهذا الشراء المبين فيه، وهذا الذي أحضره معه يمتنع عن تسليم هذه الدار إلى هذا الذي حضر، فواجب عليه تسليمها إلى هذا الذي حضر، وطالبه بذلك وسأل مسألته، وإن كان قد جرى التقابض بينهما يكتب: ادعى هذا الذي حضر جميع ما تضمنه هذا الصك المحول نسخته إلى هذا المحضر من البيع والشراء، بالثمن المذكور فيه، وإيفاء الثمن وقبضه، وتسليم المعقود عليه وتسلمه، وضممان الدرك في المعقود عليه كما ينطق به الصك، وإن هذه الدار المبين حدودها في هذا الصك، المحول نسخته إلى هذا المحضر كانت ملكاً لهذا الذي أحضره [معه]^(٢) وقت الشراء المبين فيه، وصارت ملكاً لهذا الذي حضر بالسبب المبين فيه، ثم إن هذا الذي أحضره بعد هذا البيع والشراء والتسليم والتسلم أحدث يده على هذه الدار المبين حدودها فيه وأخرجها من يد المشتري هذا الذي حضر بغير حق، فواجب عليه تسليمها إليه، وطالبه بذلك، وسأل مسألته، فسئل [عن ذلك فأجاب]^(٣) والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

محضر في إثبات سجل أورده رجل من بلدة أخرى للرجوع بثمان البرذون

المستحق :

صورة ذلك: رجل اشترى من آخر برذوناً بثمان معلوم وتقابضا، وكانت هذه المبايعه ببخارى، فذهب المشتري بالبرذون إلى سمرقند، واستحق رجل هذا البرذون بالبينة في مجلس قضاء سمرقند وقضى قاضي سمرقند بملكية البرذون للمستحق على المستحق عليه، وكتب للمستحق عليه بذلك سجلاً، فأورد المستحق عليه السجل إلى بخارى، وأراد الرجوع إلى بائع البرذون بالثمان، فجدد بائعه الاستحقاق والسجل، فإنه يحتاج إلى إثبات السجل الذي أورده هذا البائع بالبينة في مجلس قضاء بخارى، وعند ذلك يحتاج إلى كتابة المحضر.

وصورة ذلك: حضر وأحضر فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه ذكر سجل أورده من قبل قاضي سمرقند، وهذه نسخته فينسخ السجل في المحضر من أوله إلى آخره، ويكتب توقيع قاضي سمرقند على صدر السجل، ويكتب خط قاضي سمرقند بعد تاريخ السجل يقول فلان القاضي بسمرقند: هذا سجلي إلى آخره، ثم يكتب فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر كان اشترى من هذا الذي أحضره معه هذا البرذون الموشى الموصوف في هذا السجل المحول نسخته إلى هذا المحضر بكذا درهماً، وبكذا ديناراً، وإنه كان باعه منه به، وإنهما كانا تقابضا، ثم إن فلان بن فلان يعني المستحق استحق هذا البرذون بعينه من يد هذا الذي حضر في مجلس الحكم بكورة سمرقند عند قاضيها فلان بالبينة العادلة التي قامت عنده، [وجرى الحكم منه بهذا البرذون]^(١) لهذا المستحق على هذا المستحق عليه، وجرى الحكم منه لهذا المستحق بهذا البرذون على هذا المستحق عليه وأخرج هذا القاضي هذا البرذون من يد هذا المستحق عليه، وسلمه إلى هذا المستحق كما ينطق به السجل المحول

(١) سقط في ز.

نسخته إلى هذا المحضر، [ويكتب السجل]^(١) من أوله إلى آخره بتاريخه المؤرخ فيه أن قاضي بلدة سمرقند فلان بن فلان هذا المذكور اسمه في هذا السجل المحول نسخته إلى هذا المحضر كان قاضيًا يومئذٍ بكورة سمرقند نافذ القضاء بين أهلها من قبل الخاقان فلان، وإن لهذا الذي حضر حق الرجوع على هذا الذي أحضره بالثمن المذكور فيه، وهو في علم من هذا الاستحقاق عليه، فواجب عليه رد هذا الثمن الذي قبضه منه، وطالبه بذلك، وسأل مسألته فستل فقال: (من فرار أين سجل علم نيست ومرابكسي خيري دادني نيست). والله أعلم.

سجل هذه الدعوى: يكتب صدر السجل على الرسم وتعاد دعوى المدعي إلى جواب المدعى عليه من (أراء أين سجل علم نيست ومرابكسي خيري دادني نيست)، ثم يكتب: فأحضر المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده وهم: فلان وفلان وفلان، وسألني الاستماع إلى شهادتهم فأجبت إليه، فاستشهدت الشهود هؤلاء، فشهدوا عقيب الدعوى من المدعي هذا، والجواب من المدعى عليه [هذا]^(٢) بالإنكار، من نسخة قرئت عليهم ومضمون تلك النسخة: (كوامي ميدهم كه أين سجل)، وأشار إلى السجل الذي أورده المدعي هذا سجل قاضي سمرقند (ست إينك نام ونسب وي دراين سجلات، ومضمون وي حكم وقضاء أين قاضي سمرقند ست حكم كرد وين يستحق دامين إست كه صفت وشيت وي دراين سجل مذکور إست براين مستحق عليه، وإن روز كه أين قاضي حكم كرد براين كه مضمون أين سجل إست ومارا براين سجل كواه كردنايت وي قاضي بود بشهر سمرقند نافذ قضاء بيان أهل وي) فأتوا بالشهادة على وجهها، وساقوها على سننها، فسمعت شهادتهم، وأثبتها في المحضر المخلد في ديوان الحكم قبلي، ورجعت في التعرف عن أحوالهم إلى من إليه رسم التركة بالناحية، فنسب اثنان منهم إلى العدالة، وجواز الشهادة، وهما فلان

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وفلان وثبت عندي بشهادة هذين العدلين ما شهدا به على ما شهدا به، فأعلمت المشهود عليه هذا بثبوت ذلك، ومكنته من إيراد الدفع، فلم يأت بالدفع إلى قوله: وحكمت بثبوت هذا السجل المنتسخ فيه أنه سجل القاضي فلان، وأن مضمونه حكمه، وأنه كان يوم هذا الحكم الموصوف فيه، ويوم الإشهاد عليه نافذ القضاء بكورة سمرقند، وأمضيت حكمه الموصوف فيه، وحكمت بصحته بمحضر من المتخاصمين في وجههما، وأطلقت للمستحق عليه [وهو]^(١) هذا الذي حضر في الرجوع بالثمن المذكور فيه على هذا الذي أحضره بعدما فسخت العقد الذي كان جرى بينهما، وكان هذا السجل الذي أورده^(٢) هذا الذي حضر^(٣)، وقت حكمي هذا مشارًا إليه، وأشهدت على ذلك حضور مجلسي، وكان ذلك كله في مجلس قضائي في كورة بخارى في يوم كذا من شهر كذا. والله تعالى أعلم.

ولو كان مشتري البرذون باع البرذون من رجل آخر، ثم إن المشتري الثاني ذهب بالبرذون إلى سمرقند، وذهب معه بئعه وهو المشتري الأول، فاستحق رجل البرذون على المشتري الثاني في مجلس قضاء سمرقند؛ بين [يدي]^(٤) قاضي سمرقند بيينة عادلة أقامها عليه، وقضى قاضي سمرقند بالبرذون المدعى به للمستحق على المشتق عليه، وقضى للمستحق عليه بالرجوع بالثمن على بئعه وهو المشتري الأول، وكتب قاضي سمرقند للمستحق عليه وهو المشتري الأول سجلاً بالرجوع عليه، فجاء المشتري الأول بالسجل إلى [قاضي]^(٥) بخارى، وأحضر بئعه وأراد أن يرجع عليه بالثمن فجحد الاستحقاق والسجل، ووقعت الحاجة إلى إثبات السجل، يكتب المحضر بهذه الصورة: حضر فلان يعني المشتري الأول، وأحضر معه فلاناً،

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أو يرد.

(٣) زاد في أ: وحولت نسخته فيه محضراً.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

يعني البائع الأول، فادعى هذا الذي حضر على [هذا]^(١) الذي أحضره معه، أن هذا الذي أحضره كان باع من هذا الذي حضر برذوناً شيته كذا [بعينه]^(٢)؛ بكذا درهماً أو ديناراً، وأن هذا الذي حضر كان اشترى هذا البرذون منه بهذا الثمن وجرى التقابض بينهما ثم إن هذا الذي حضر باع هذا البرذون من فلان بن فلان؛ يعني المشتري الآخر، ثم إن فلان بن فلان يعني المستحق حضر مجلس القضاء بكورة سمرقند قبل قاضيها فلان بن فلان، وأحضر معه فلاناً يعني المشتري الآخر، وادعى هذا المستحق عليه بحضرته، وبحضرة هذا البرذون المذكور شيته أن هذا البرذون وأشار إليه ملكه وحقه، وفي يدي هذا الذي أحضره بغير حق، فأنكر المدعى عليه دعواه وقال بالفارسية: «أين برذون مدعى به ملك منست»، فأقام المدعى هذا بينة عادلة على وفق دعواه بحضرة هذا المدعى عليه، وبحضرة هذا البرذون المذكور سببه في مجلس قاضي سمرقند؛ هذا المذكور لقبه [ونسبه فيه]^(٣) فسمع القاضي بيته وقبلها بشرائطها، وحكم للمستحق المذكور اسمه ونسبه فيه على المستحق عليه المذكور بحضرتيها وبحضرة البرذون المدعى به بملكية البرذون المدعى به، وأخذ هذا البرذون من هذا المحكوم عليه، وسلمها إلى هذا المحكوم له، وهذا القاضي يوم هذا الحكم، وهذا التسليم كان قاضيًا بكورة سمرقند ونواحيها، نافذ القضاء والإمضاء بين أهلها من قبل فلان، ثم إن فلاناً المحكوم عليه يعني المشتري الآخر رجع على بائعه هذا الذي حضر بالثمن الذي نقده، وذلك كذا في مجلس قضاء كورة سمرقند قبل القاضي المذكور واسترده منه بكماله بعد جريان الحكم منه لهذا المحكوم عليه على هذا الذي حضر؛ بنكول هذا الذي حضر عن اليمين بالله ثلاث مرات، وبعدهما فسخ العقد الذي جرى بينهما، وأطلق له الرجوع عليه بالثمن الذي

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: واسمه في هذا المحضر.

اشترى به البرذون منه ونقد وذلك كذا، [وقد]^(١) نطق بذلك كله مضمون السجل الذي أورد هذا الذي حضر مجلس هذه الدعوى وهو سجل قاضي سمرقند فلان وأشار إلى السجل الذي أورده في مجلس الدعوى، وإن لهذا الذي حضر حق الرجوع على هذا الذي أحضره بالثمن المذكور فيه الذي كان أداه إليه وقت جريان هذه المبيعة المذكور فيه، وطالبه بذلك وسأل مسألته عن ذلك، فسئل فقال: (مرا از ابن سجل علم نيست وماين مدعي خير دادني نيست) أورد [المدعي]^(٢) الذي [حضر هذا]^(٣) نقرأ ذكر أنهم شهوده وسألني الاستماع إليهم^(٤). والله تعالى أعلم. سجل هذه الدعوى على الوجه الذي أولاً، غير أن في هذا السجل يذكر حكم قاضي سمرقند برجوع المشتري الآخر على هذا الذي حضر والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.
 (٢) سقط في ز.
 (٣) سقط في ز.
 (٤) في ز: إليه.

نسخة أخرى للسجل الأول على سبيل الإيجاز يكتب قاضي بخارى ونواحيها إلى آخره، ثبت عندي من الوجه الذي ثبت به الحوادث الحكمية والنوازل الشرعية أن المحكوم عليه المذكور اسمه ونسبه في باطن هذا السجل [كان اشترى هذا البرذون المحكوم به الموشى في باطنه]^(١) بعينه من فلان بن فلان؛ باع هذا المحكوم عليه بكذا كذا، وهو الثمن المذكور في باطن هذا السجل، وإنه كان باعه منه بهذا الثمن المذكور فيه، ثم إن المحكوم عليه هذا المذكور في باطن هذا السجل رجع على بائعه هذا المذكور في باطن هذا السجل بالثمن المذكور فيه بحكمي عليه بالنكول عن اليمين بالله ثلاث مرات؛ بعدما فسخت العقد الذي جرى بينهما في هذا البرذون، وأطلقت للمرجوع عليه هذا الرجوع على بائعه فلان بالثمن الذي كان اشترى منه هذا البرذون، وأمرت بكتابة هذا الرجوع على ظهر هذا السجل حجة للمرجوع عليه هذا، وأشهدت على ذلك حضور مجلسي. والله تعالى أعلم.

السجل الثاني على هذا النسق أيضًا، غير أنه يكتب فيه رجوع المشتري الآخر على المشتري ثم يكتب فيه رجوع المشتري الأول على هذا الذي حضر. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى حرية الأصل :

حضر مجلس القضاء في كورة بخارى قبل القاضي فلان رجل ذكر أنه يسمى فلان بن فلان الفلاني، وهو رجل شاب يكتب حليته بتمامها، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى فلان، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر حر الأصل والعلوق لما أن هذا الذي حضر ابن فلان بن فلان الفلاني وهو كان حر الأصل، وأمه فلانة بنت فلان بن فلان، وهي كانت حرة الأصل أيضاً، و^(١) هذا الذي حضر ولد حرّاً على فراش أبويه الحرين هذين، لم يرد عليه ولا على أبويه هذين رق قط، وإن هذا الذي أحضره معه يسترقه ويستعبده بغير حق مع علمه بذلك، فواجب على هذا الذي أحضره معه قصر يده عن هذا الذي حضر، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٢)؛ فسئل فأجاب فقال: (أين حاضر يده ملك نيسر ورفيق منست، ومن ومرا أزار أو مي وي علم نيسر) أحضر الذي حضر هذا نفرًا ذكر أنهم شهوده وسألني الاستماع إلى شهادتهم؛ وهم: فلان وفلان وفلان فأجبت إليه، واستشهدت الشهود، فشهدوا بشهادة^(٣) صحيحة متفقة الألفاظ والمعاني من نسخة قرئت عليهم، وهذا مضمون تلك النسخة إلى آخره.

سجل هذه الدعوى يكتب صدر السجل على الرسم، ويكتب الدعوى من نسخة المحضر بتمامه، ويكتب أسامي الشهود وألفاظ الشهادة، ويكتب بعد الاستخارة: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(٤) بكونه حر الأصل، والوالدين لم يرد عليه رق ولا على والديه، وأمرته بقصر يده، والكف عن مطالبته إياه بالطاعة في أحكام الرق، ويتم السجل.

(١) زاد في ز: على.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: والشهادات.

(٤) سقط في ز.

سجل في دعوى العتق على صاحب اليد بإعتاق من جهته:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه، أن هذا الذي حضر كان مملوك هذا الذي أحضره معه ومرقوقه، وأنه أعتق هذا الذي حضر في حال صحة عقله، وجواز تصرفاته في الوجوه كلها؛ طائعا لوجه الله تعالى، وطلب مرضاته، عتقا صحيحا جائزا نافذا بغير بدل، وأن هذا الذي حضر اليوم حر بهذا السبب، وأن هذا الذي أحضره في علم من ذلك، وإنه في مطالبته إياه بالطاعة [له]^(١)، ودعواه الرق عليه مبطل غير محقق، فواجب عليه قصر يده عن هذا الذي حضر، وترك التعرض له، [وطالبه بذلك]^(٢)، وسأل مسألته عن ذلك.

سجل هذه الدعوى: يكتب على نحو ما تقدم، ويكتب بعد الاستخارة: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(٣) بكون هذا الذي حضر حرًا مالكًا نفسه غير مولى عليه بالسبب المذكور [المدعى]^(٤)، وهو إعتاق هذا الذي أحضره مع نفسه إياه، وببطلان دعوى هذا الذي أحضره [مع نفسه]^(٥) الرق عليه، [وتقصير يد هذا الذي أحضره معه عن هذا الذي حضر]^(٦) بشهادة [هؤلاء]^(٧) الشهود المسمين ويختم السجل، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

محضر في دعوى العتق على صاحب اليد بإعتاق من جهة غيره:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر كان مملوكًا ومرفوقًا لفلان بن فلان بن فلان الفلاني، وفي يده وتحت تصرفه، وأن فلانًا أعتقه من خالص ملكه وماله مجانًا بغير بدل لوجه الله تعالى، وابتغاء مرضاته، وطلبًا لثوابه، وهربًا من أليم عقابه^(١)، وصار هذا الذي حضر حرًا بهذا الإعتاق المذكور فيه، وإنه اليوم حر بهذا السبب، وإن هذا الذي أحضره يستعبده مع علمه بحريته ظلمًا وتعديًا، فواجب عليه قصر يده إلى آخره. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى: على نحو ما تقدم، ويكتب بعد الاستخارة: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه، بكون هذا الذي حضر حرًا مالكًا نفسه غير مولئ عليه بالسبب المذكور المدعى، وهو إعتاق فلان بن فلان إياه من خالص ملكه وماله، وببطلان دعوى هذا الذي أحضره [معه]^(٢) الرق عليه، وبقصر يد هذا الذي أحضره [معه]^(٣) عن هذا الذي حضر إلى آخره.



(١) في ز: عذابه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

محضر في إثبات الرق:

حضر وأحضر مع نفسه رجلاً سندياً^(١) شاباً، ويذكر حليته، ثم يذكر: فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضره معه مملوك هذا الذي حضر، ومرقوقه يملكه بسبب صحيح، وأنه خرج عن طاعته، [فواجب عليه طاعته]^(٢)، والانقياد له في أحكام الرق، وطالبه بذلك، وسأل مسألته، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى على نحو ما تقدم، ويكتب بعد الاستخارة: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه بكون هذا الذي أحضره معه مملوك هذا الذي حضر ومرقوقه بشهادة هؤلاء الشهود المسمين، وبكون هذا الذي حضر^(٣) مبطلاً في الامتناع عن طاعة هذا الذي حضر في أحكام الرق، وأمرت هذا الذي أحضره معه بالانقياد لهذا الذي حضر في أحكام الرق والطاعة له، ويتم السجل. ولا بد للحكم بالرق وكتابة السجل فيه من عجز المدعى عليه عن إثبات الحرية لنفسه، فأما قبل ذلك لا يحكم بالرق، ولا يكتب السجل.



(١) في ز: هندياً.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: أحضره.

محضر في دفع هذه الدعوى :

فنقول: لدفع هذه الدعوى طرق:

أحدها: أن يدعي المدعى عليه حرية الأصل لنفسه، وصورة كتابته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه قبله، فإن هذا الذي أحضره معه كان ادعى عليه أنه عبده ومملوكه، وأنه خرج عن طاعته، وطالبه بالطاعة، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) في دفع هذه الدعوى قبله أنه حر الأصل والعلوق لما أن أباه فلان بن فلان بن فلان، وأمّه فلانة بنت فلان بن فلان، وهما كانا حرّي الأصل، وهذا الذي حضر ولد على فراش هذين الأبوين الحرين لم يجر عليه ولا على أبويه هذين رق [قط]^(٢)، وإن هذا الذي أحضره معه في علم من ذلك، وإنه في مطالبة هذا الذي حضر بالطاعة له، ودعواه الرق قبله، والحال على ما وصفت فيه مبطل غير محق، فوجب عليه الكف عن ذلك، فطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٣) فسئل، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

سجل هذا المحضر: يكتب بعد^(٤) قوله: وحكمت للذي حضر على هذا الذي أحضره معه هذا بجميع ما ثبت عندي من دعوى الدفع الذي ادعى هذا الذي حضر لدفع دعوى هذا الذي أحضره [معه]^(٥) الرق عليه، وكون هذا الذي حضر حر الأصل، وبطلان دعوى هذا الذي أحضره [معه]^(٦) الرق عليه بشهادة الشهود المسمين بعدما ظهرت عدالتهم عندي بتعديل من إليه رسم التعديل بالناحية على ما

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: عند.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

شهدوا به بمحضر من المحكوم له والمحكوم عليه هذين في وجههما، في مجلس قضائي وحكمي ببخارى، وقضيت بصحة ذلك كله، وقصرت يد المحكوم عليه هذا عن المحكوم له بالحرية هذا، ورفعت عنه طاعته، وأطلقت المحكوم عليه هذا بالرجوع على بائعه إن كان قد اشتراه من غيره، ونقد له الثمن، وفسخت^(١) العقد الذي كان جرى بينهما، ويتم السجل. والله تعالى أعلم.

قالوا: وفي كل موضع وقعت الحاجة إلى إثبات الحرية يجب أن يكون إثباتها بطريق الدفع بأن يدعي صاحب اليد الرق على المملوك، وقيم البينة، ثم يثبت المملوك حرته بطريق الدفع؛ لأن هذا أشبه وأقرب إلى الصواب؛ لأنه إذا كان إثبات الحرية بطريق الابتداء بأن ادعى رجل على رجل أنه حر الأصل، وأن هذا الرجل يستعبده، وأقام البينة على حرته كان في قبول هذه البينة شبهة وكلام؛ لأنه إذا لم يسبق منه إقرار بالرق، أو انقياد منه للمولى وقت البيع والتسليم كان القول قوله في حرية الأصل، فكيف يسمع منه البينة على حرته، وحرته ثابتة بقوله؟ فالأصوب ما ذكرنا. والله تعالى أعلم.

الوجه الثاني: أن يدعي المدعى عليه الرق إعتاقاً^(٢) من جهة مدعي الرق. وصورة كتابته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه [في دفع دعواه الرق على هذا الذي حضر، ثم يذكر: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في]^(٣) دفع دعواه، ويذكر دعوى الذي أحضره الرق على هذا الذي حضر، ثم يذكر: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(٤) في دفع دعواه قبله هذه أنه حر، لما أنه كان مملوكاً ومرفوقاً لهذا الذي أحضره، وإن هذا

(١) في ز: يوم.

(٢) في ز: والإعتاق.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

الذي أحضره أعتقه في حال جواز تصرفاته في الوجوه كلها إعتاقًا صحيحًا جائزًا [نافذًا لوجه الله تعالى، وطلب ثوابه ومرضاته]^(١)، وصار هذا الذي حضر حرًا بسبب هذا الإعتاق، وهذا الذي أحضره مبطل في مطالبته هذا الذي حضر بالطاعة [له]^(٢)، والانقياد له في أحكام الرق، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى على نحو سجل هذا المحضر [على نحو ما بينا]^(٣)، إلا أن [القاضي]^(٤) يكتب في الحكم هاهنا: وكون هذا الذي حضر حرًا مالكًا نفسه بالسبب المذكور فيه؛ وهو إعتاق هذا الذي أحضره، وكونه ملحقًا بسائر الأحرار بهذا السبب، وكونه يوم الإعتاق الموصوف فيه ملكًا لهذا الذي أحضره، ويتم السجل^(٥). والله تعالى أعلم.

الوجه الثالث: أن يدعي المدعى عليه الرق الإعتاق من جهة غير المدعي الرق. صورة كتابته: حضر وأحضر فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(٦) في دفع دعواه قبله، أن هذا الذي حضر كان عبدًا ومملوكًا لفلان بن فلان الفلاني، وأنه أعتقه من خالص ماله وملكه مجانًا بغير بدل؛ ابتغاءً لوجه الله تعالى، وطلبًا لمرضاته، وهربًا من أليم عقابه، وشديد عذابه في حال صحة عقله، وجواز تصرفه^(٧) في الوجوه كلها، واليوم هذا الذي حضر [حر]^(٨) بسبب هذا الإعتاق المذكور الموصوف فيه إلى آخره. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: المحضر.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: تصرفاته.

(٨) سقط في ز.

سجل هذا المحضر على نحو ما بينا إلا أن القاضي يكتب في الحكم: وحكمت بحرية هذا الذي حضر بالسبب المذكور فيه؛ وهو إعتاق فلان بن فلان الفلاني، وكون هذا الذي حضر مملوكًا لفلان بن فلان الفلاني يوم الإعتاق المذكور فيه، [ويتم السجل].

* * *

محضر في دعوى التدبير المطلق:

رجل دبر عبده تدبيرًا مطلقًا، ومات بعد التدبير، وخلف ورثته، وأنكرت الورثة العلم بالتدبير، واحتاج المدبر إلى إثبات ذلك بالبينة، وكتبه المحضر يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه، أن هذا الذي حضر كان عبدًا مملوكًا لفلان بن فلان الفلاني والد هذا الذي أحضره دبره في حال حياته وصحته، وجواز تصرفاته في الوجوه كلها؛ طائعًا راغبًا تدبيرًا مطلقًا، وأن فلانًا والد هذا الذي أحضره معه مات، وعتق المدبر هذا الذي حضر بعد موته، وقد خلف فلان في يد وارثه هذا الذي أحضره من التركة من ماله ما يخرج هذا المدبر عن ثلثه، وهذا الذي أحضره في علم من ذلك، فواجب على هذا الذي أحضره قصر يده عن هذا الذي حضر إلى آخره^(١).

سجل في إثبات العتق على غائب: يقول القاضي فلان: حضر قبلي في مجلس قضائي بكورة بخارى فلان، وأحضر مع نفسه فلانًا، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه كذا كذا دينارًا، وبين نوعها وصفتها دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب صحيح، فواجب عليه الخروج من ذلك، فطالبه بالجواب عنه، وسأل مسألته عنه فستل، فأنكر أن يكون عليه شيء لهذا الذي حضر، فأحضر المدعي رجلين ذكر أنهما [شاهداه]^(٢)، وهما: فلان وفلان، وذكر المدعي والشاهدان أنهما موليا فلان بن فلان؛ أعتقهما حال كونهما مملوكين له، وسأل مني الاستماع إلى شهادتهما، فشهدا بعد الدعوى، والجواب بالإنكار عقيب الاستشهاد، الواحد بعد الآخر بشهادة [صحيحة]^(٣) متفقة اللفظ والمعنى على موافقة الدعوى من نسخة قرئت عليهم، وهذا مضمون تلك النسخة.

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: شاهدها المدعي.

(٣) سقط في ز.

فلما ساقا الشهادة على وجهها ذكر المدعى عليه في دفع هذه الشهادة أن هذين الشاهدين مملوكا فلان بن فلان الذي زعم المدعي والشاهدان أنه أعتقهما، وقد كذبوا في ذلك لم يعتقهما فلان، فعرضت ذلك على المدعي هذا فقال: إنهما حران، فإن مولاها فلان قد أعتقهما حال كونهما مملوكين له إعتاقاً صحيحاً، وإن له على ذلك بينة، فكلفته إقامة البينة على صحة دعواه هذه، فأحضر نفرًا ذكر أنهم شهوده على موافقة دعواه هذه، [وسألني الاستماع إلى شهادتهم]^(١)، فسمعت شهادتهم، وثبت عندي بشهادتهم حرية هذين الشاهدين بإعتاق فلان إياهما، وكونهما أهلاً للشهادة، وسألني المدعي هذا الحكم بحرية هذين الشاهدين وبكونهما أهلاً للشهادة وبالقضاء له بالمال المدعى به بشهادة هذين الشاهدين، فأجبت إلى ذلك، وحكمت بحرية هذين الشاهدين بإعتاق فلان إياهما حال كونهما مملوكين له إعتاقاً صحيحاً، وبكونهما أهلاً للشهادة، وقضيت للمدعي هذا بالمال المدعى به على المدعى عليه هذا بشهادة هذين الشاهدين حكماً أبرمته وقضاً نفذته، ويتم السجل.

فإذا قضى القاضي على هذا الوجه يثبت العتق في حق المولى حتى لو حضر وأنكر الإعتاق، لا يلتفت إلى إنكاره، ولا يحتاج العبد إلى إقامة البينة على المولى؛ لأن المشهود له ادعى حرية الشاهدين على المشهود عليه، وقد صح منه هذه الدعوى؛ لأنه لا يتمكن من إثبات حقه على المشهود عليه، إلا بهذا، والمشهود عليه أنكر ذلك، وصح منه الإنكار؛ لأنه لا يتمكن من دفع الشهود عن نفسه إلا بإنكار الحرية.

والأصل: أن من ادعى حقاً على الحاضر، ولا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات سببه على الغائب. ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، فصار إقامة البينة على المشهود عليه كإقامتها على المولى الغائب.

(١) سقط في ز.

محضر في دعوى التدبير:

رجل دبر عبده تدبيرًا مطلقًا ومات بعد التدبير وخلف ورثة، وأنكرت الورثة العلم بالتدبير، واحتاج المدبر إلى إثبات ملكة بالبينة، المحضر يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر كان عبدًا ومملوكًا لفلان ابن فلان بن فلان والد هذا الذي أحضره وأن فلان بن فلان والد هذا الذي أحضره دبره في حال حياته وصحته وجواز تصرفاته في الوجوه كلها طائعا راغبًا تدبيرًا مطلقًا، وأن فلانا والد هذا الذي أحضره مات وعتق المدبر هذا الذي حضر بعد موته وقد خلف فلان من ماله في يد وارثه هذا الذي أحضره من التركة من ماله يخرج هذا المدبر من ثلثه وهذا الذي أحضره في علم من ذلك فواجب على هذا الذي أحضره قصر يده عن هذا الذي أحضره، إلى آخره. والله تعالى أعلم.

سجل هذا المحضر: أوله على نسق ما تقدم، ويكتب عند ذكر الحكم: وحكمت لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) بجميع ما ثبت عندي من تدبير فلان والد هذا الذي [أحضره معه هذا]^(٢) الذي حضر حال كونه مملوكًا ومروقًا له من خالص ماله وملكه تدبيرًا صحيحًا مطلقًا، لا قيد فيه، وبحرية هذا الذي حضر بموت فلان، وبتخليف فلان والد هذا الذي [حضر من ثلثه، وإن هذا الذي حضر]^(٣) حر اليوم، لا سبيل لأحد عليه إلا سبيل الولاء بشهادة هؤلاء الشهود المسمين بمحضر من هذين المتخاصمين في وجههما حكمًا أبرمته، وقضاءً نفذته إلى آخره. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

محضر في دعوى النكاح:

إذا لم يكن للمرأة زوج، ولم تكن هي في يد أحد، ادعى رجل نكاحًا، وزعم هذا الرجل أنه دخل بها، والمرأة تنكر نكاحها^(١)، ووقعت الحاجة إلى إثبات النكاح، وكتبه المحضر يكتب: حضر فلان، وأحضر مع نفسه امرأة ذكرت أنها تسمى فلانة بنت فلان، فادعى هذا الذي حضر على هذه المرأة التي أحضرها معه، أن هذه المرأة التي أحضرها معه امرأة هذا الذي حضر ومنكوحته وحلاله، ومدخولته بنكاح صحيح، زوجت نفسها منه حال كونها عاقلة بالغة نافذة التصرفات في الوجوه كلها، خالية عن النكاح والعدة من جهة [الغير من]^(٢) هذا الذي حضر بمحضر من الشهود الرجال الأحرار البالغين العاقلين المسلمين على صداق كذا، وإن هذا الذي حضر [تزوجها]^(٣) في حال نفوذ تصرفاته في الوجوه كلها^(٤) في مجلس التزويج هذه بحضرة أولئك الشهود الذين كانوا حضروا مجلس التزويج [هذا]^(٥) على هذا الصداق المذكور فيه لنفسه تزويجًا صحيحًا، وقد سمع أولئك الشهود الذين حضروا مجلس التزويج هذا [على]^(٦) كلام المتعاقدين هذين، وهذه المرأة التي أحضرها اليوم امرأة هذا الذي حضر، وحلاله بحكم هذا النكاح الموصوف فيه، وتمتنع عن طاعته في أحكام النكاح بغير واجب، فوجب على هذه المرأة التي أحضرها معه طاعة هذا الذي حضر في أحكام النكاح، والانقياد له في ذلك، وطالبها بذلك وسأل مسألتها فسئلت.

وإن لم يكن الزوج دخل بها، يكتب في المحضر: ادعى هذا الذي حضر [على

(١) في ز: نكاحه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) زاد في ز: تزوجها.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

هذه^(١) التي أحضرها معه امرأته ومنكوحته وحلاله، فلا يتعرض للدخول، فإن كان هذا العقد جرى بين هذا الذي حضر، وبين وليها مثل والدها حال بلوغها يكتب في المحضر: زوجها والدها فلان بن فلان الفلاني، حال نفاذ تصرفاته في الوجوه كلها، وحال كونها عاقلة بالغة خالية عن نكاح الغير، وعن عدة الغير بأمرها ورضائها، بحضرة الشهود المرضيين على صداق كذا تزويجًا صحيحًا، ويتم المحضر.

وإن كان هذا العقد جرى بين هذا الذي حضر، وبين وكيلها يكتب زوجها من هذا الذي حضر وكيلها فلان بن فلان، والباقي على نحو ما بينا^(٢) في الأب.

وإن كان هذا العقد جرى في حال صغرها بين هذا الذي حضر، وبين والد الصغيرة، وأنه يخاصمها بعدما بلغت يكتب: زوجها أبوها فلان الفلاني في حال صغرها بولاية الأبوة لما رآه كفؤًا لها على صداق كذا، وهذا الصداق صداق مثلها.

وإن كان العقد^(٣) جرى بين والدي المتداعيين حال صغرهما، وتخاصما بعد بلوغهما يكتب: ادعى هذا الذي حضر أن هذه المرأة التي أحضرها معه امرأته وحلاله ومنكوحته، زوجها أبوها فلان بن فلان الفلاني في حال صغرها بولاية الأبوة من هذا الذي حضر في حال نفاذ^(٤) تصرفاته في الوجوه كلها، بحضرة الشهود المرضيين تزويجًا صحيحًا، وإن أباه الذي حضر، وهو فلان بن فلان قبل هذا التزويج الموصوف لابنه هذا الذي حضر حال صغر ابنه هذا الذي حضر في مجلس التزويج هذا بولاية الأبوة حال نفوذ تصرفاته في الوجوه كلها بحضرة أولئك الشهود الحاضرين في مجلس التزويج هذا قبولًا صحيحًا، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

سجل هذا الدعوى: يكتب صدر السجل على ما هو الرسم، ويعاد فيه الدعوى

(١) في ز: أن هذه المرأة.

(٢) في ز: ذكرنا.

(٣) في ز: عقد النكاح.

(٤) في ز: نفوذ.

من نسخة المحضر بتمامها، ويذكر أسماء الشهود، ولفظة الشهادة إلى موضع الحكم، ثم يكتب في موضع الحكم: وحكمت لهذا الذي حضر بمسألته على هذه المرأة التي أحضرها مع نفسه بجميع ما ثبت عندي من كونها منكوحة، وحلالاً لهذا الذي حضر بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه، بسبب هذا النكاح الصحيح المذكور المبين فيه بحضرة هذين المتخصصين، وقضيت بذلك كله في مجلس قضائي بكورة بخارى حكماً أبرمته، وقضاء نفذته، مستجمعاً شرائط صحته ونفاذه، وألزمت المحكوم عليها طاعته هذا الذي حضر في أحكام النكاح، ويتم السجل. والله تعالى أعلم.



محضر في دفع دعوى النكاح:

حضرت فلانة وأحضرت مع نفسها فلاناً، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها في دفع دعواه قبلها أن هذا الذي أحضرته كان ادعى على هذه التي حضرت أولاً أن هذه التي حضرت امرأته وحلاله، يعيد دعواه بتمامه، فادعت هذه التي حضرت في دفع دعواه قبلها أن دعوى هذا الذي أحضرت قبلها النكاح هذا ساقطة من قبل أن هذه التي حضرت اختلعت نفسها حال نفوذ تصرفاتها في الوجوه كلها في هذا النكاح المذكور فيه من هذا الذي أحضرته بتطبيقه واحدة على صداقها ونفقة عدتها، وكل حق يجب للنساء على الأزواج قبل الخلع وبعده.

وإن كان الخلع بشرط براءة كل واحد منهما عن صاحبه من جميع الدعاوي والخصومات، يكتب: وعلى براءة كل واحد منهما عن صاحبه عن جميع الدعاوي والخصومات، وأن هذا الذي أحضرته مع نفسها خلعه من نفسه حال نفوذ تصرفاته في الوجوه كلها بتطبيقه^(١) واحدة على الشرائط المذكورة فيه في مجلس الاختلاع هذا خلغاً صحيحاً خالياً عن الشروط المفسدة، وأن هذا الذي أحضرته معها في دعواه النكاح قبلها بعد ما جرت بين هذه التي حضرت، وبين هذا الذي أحضرته هذه المخالعة، وهذا الاختلاع الموصوفين فيه مبطل غير محق، فواجب على هذا الذي أحضرته معها ترك هذه الدعوى قبلها، وطالبته بذلك، وسأل مسألته فستل، فأجاب من (مبطل نه أم درد عوى، أين نكاح كه بزاین زن كه حاضرًا يده كردة أم)، وأشارت إلى التي حضرت بحقهم، أحضرت نفرًا ذكرت أنهم شهودها. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى على نسق ما تقدم، ويكتب عند الحكم: وثبت عندي بشهادة هؤلاء الشهود المسمين أن هذه المرأة التي حضرت اختلعت نفسها على صداقها ونفقة عدتها، وكل ما يجب للنساء على الأزواج قبل الخلع وبعده الخلع من هذا

(١) زاد في أ: بائنة.

الذي أحضرته بتطبيقه واحدة، وإن هذا الذي أحضرته معها خلعها من نفسه بالبدل المذكور فيه بتطبيقه واحدة في مجلس الخلع [هذا]^(١)، وإن المخالعة هذه جرت بين هذين المتخاصمين في حال جواز تصرفاتهما في الوجوه كلها، فحكمت بذلك كله لهذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته، وقضيت بكون هذه التي حضرت محرمة على هذا الذي أحضرته بتطبيقه بائنة بسبب المخالعة المذكورة فيه في وجه المتخاصمين [هذين]^(٢)، حكمًا أبرمته، وقضاء نفذته، مستجمعًا شرائط الصحة والجواز، ويتم السجل. إلى آخره والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

محضر فيه دعوى النكاح على امرأة هي في يدي رجل يدعي نكاحها وهي ما تقر له بذلك :

يكتب: حضر فلان، وأحضر مع نفسه امرأة ذكرت أنها تسمى فلانة بنت فلان بن فلان، ورجلاً ذكر أنه يسمى فلان [بن فلان]^(١)، فادعى هذا الذي حضر على هذه المرأة التي أحضرها بحضرة هذا الرجل الذي أحضره معها أن هذه المرأة التي أحضرها امرأة هذا الرجل الذي حضر، وحلاله ومدخولته بنكاح صحيح أنها خرجت عن طاعة هذا الذي حضر وأن هذا الرجل الذي أحضره يمنعها عن طاعة هذا الذي حضر، والانتقياذ له في أحكام النكاح بغير حق، ولايسبب ناشزة بغير حق، وهي^(٢) بسبب منع هذا الذي أحضره تمتنع عن طاعة هذا الذي حضر في أحكام النكاح بغير حق، فواجب على الذي أحضره معه الكف عن هذا المنع الموصوف فيه إياها، وواجب على هذه المرأة التي أحضرها طاعة هذا الذي حضر، والانتقياذ له في أحكام النكاح، وطالب كل واحد منهما بالجواب، وسأل مسألتها فسئلا، فأجابت المرأة أولاً بالفارسية، وقالت: (من زن أين مدعي نيم وطاعت وي بر من واجب نيست من زن فلان بن فلان أم ومنكوحة ويم)، ثم أجاب الرجل هذا بالفارسية: (أين فلانة حاضر آورده زن نيست، ومنكوحة نيست ومن وير ابن حق منع نيمكم إن طاعت راشتن أين مدعي).

أحضر المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسأل الاستماع إلى شهادتهم، فإذا استشهدوا، وشهدوا على موافقة دعوى المدعي بشهادات متفقة اللفظ والمعنى، فالقاضي يقضي بالمرأة للمدعي، فإن أقام صاحب اليد بينة على أن هذه المرأة منكوحته وحلاله، فالقاضي يقضي بينة صاحب اليد، وتندفع به بينة المدعي، فالخارج مع ذي اليد إذا أقام البينة على النكاح مطلقاً من غير تاريخ يقضي بينة

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

صاحب اليد، [ولو كان القاضي قضى للخارج بيئته ثم أقام صاحب اليد بينة هل يقضى بينة صاحب اليد؟]^(١) ففيه اختلاف المشايخ.

وطريقة كتابة هذا الدفع: حضر فلان، يعني: صاحب اليد، ومعه فلانة، يعني: المرأة التي وقعت المنازعة في نكاحها، وأحضر معه فلاناً، يعني: المدعي الأول، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه، [و]^(٢) في دفع بيئته، فإن هذا الذي أحضره كان ادعى أولاً على هذه المرأة بحضرة هذا الذي حضر أنها منكوحته، وحلاله بنكاح صحيح، وأنها خرجت عن طاعته، وهذا الرجل يمنعها عن طاعته، ويذكر مطالبة المرأة بالانقياد له، ومطالبة الذي حضر بالكف عن منعه إياها عن طاعته، ويذكر إنكار المرأة وإنكار الرجل أيضاً دعواه قبلها هذه، ويذكر إقرارها بالنكاح لهذا الذي حضر، وتصديق هذا الذي حضر إياها [بذلك]^(٣)، وإقامة الذي أحضره البينة عليها بالنكاح المذكور فيها، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه [هذه]^(٤) قبلها في وجهه أن هذه المرأة التي حضرت مع هذا الذي حضر امرأة هذا الرجل الذي حضر وحلاله، ومنكوحته^(٥) بنكاح صحيح جرى بينهما، وأحضر شهوداً على ما ادعى، وقال: أنا أولى بنكاح هذه بحكم أن لي يداً وبينة، فواجب على هذا الذي أحضره ترك دعواه النكاح هذه قبلها، وترك المطالبة إياها حتى^(٦) يتمكن في طاعة زوجها هذا الذي حضر، وطالبه بذلك، وسأل مسألته، ولهذا الدفع وجوه:

أحدها: أن يدعي الخارج على صاحب اليد أنه طلقها تطليقة بائنة أو رجعية،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: ومدخولته.

(٦) في أ: حين.

وانقضت عدتها، وأن هذا الخارج تزوجها بعد انقضاء عدتها منه . صورة كتابة هذا الدفع : حضر وأحضر مع نفسه فلان بن فلان، وفلانة بنت فلان، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [أنه طلق امرأته هذه التي أحضرها]^(١) بتاريخ كذا بتزويج وليها فلان إياها منه برضاها بمحضر من الشهود على صداق معلوم، وإنه قبل تزويجه منه لنفسه في ذلك المجلس قبولاً صحيحاً، واليوم هي امرأته وحلاله بهذا السبب، وإن هذا الذي أحضره معه في دعواه هذه قبله بعدما كان الأمر كما وصف مبطل غير محق . ويتم المحضر .



(١) سقط في ز .

وجه آخر لدفع هذه الدعوى :

ترفع هذه الدعوى أن يدعي أن هذا الذي أحضره وكل فلاناً أن يطلق امرأته هذه طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، فطلق وكيل هذا الذي أحضره [معه]^(١) هذه المرأة كما أمره هذا الذي أحضره وانقضت عدتها ثم تزوجها هذا الذي حضر، والله تعالى أعلم .
وجه آخر: أن يدعي هذا الذي أقر أنها محرمة عليه بالمصاهرة أو بالرضاع . والله تعالى أعلم .



(١) سقط في ز .

محضر في إثبات الصداق ديناً في تركة الزوج:

حضرت وأحضرت [معها]^(١)، فادعت هذه التي [حضرت على هذا الذي أحضرته معها، أن هذه التي حضرت]^(٢) كانت امرأة فلان بن فلان والد هذا الذي أحضرته [معها]^(٣)، وكانت منكوحته وحلاله، ومدخولته بنكاح صحيح، وكان لها عليه من الصداق [الذي]^(٤) تزوجها عليه كذا ديناراً، أو نصف الدينانير، بصفاتها ديناً لازماً، وحقاً واجباً، وصداقاً ثابتاً بنكاح صحيح [كان]^(٥) قائماً بينهما، وهكذا كان أقر فلان بن فلان والدها الذي حضر في حال حياته، وجواز إقراره، ونفاذ تصرفاته في الوجوه كلها طائعاً، بهذه الدينانير المذكورة فيه ديناً على نفسه لهذه التي حضرت ديناً لازماً، وحقاً واجباً، وصداقاً ثابتاً بالنكاح الصحيح القائم بينهما إقراراً صحيحاً صدقته هذه التي حضرت خطاباً، ثم إنه توفي قبل أدائه هذا الصداق^(٦) المذكور فيه وقبل أدائه شيئاً إليها وصار هذا الصداق المذكور فيه ديناً في تركته لهذه التي حضرت، وخلف من الورثة امرأة له، وهي هذه التي حضرت، وابتأ لصلبه، وهو هذا الذي أحضرته مع نفسها لا وارث له سواهما، أو يكتب: وورثة له أخرى سواهما، وخلف من التركة من جنس هذه الدينانير المذكورة فيه في يد هذا الذي أحضرته ما يفي بهذا الدين المذكور فيه وزيادة، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى، ودفع هذه الدعوى: وسجل الدفع يكتب على نحو ما تقدم في سجل دعوى الدين المطلق في تركة الميت. والله تعالى أعلم.



- (١) سقط في ز.
- (٢) سقط في ز.
- (٣) سقط في ز.
- (٤) في أ: التي.
- (٥) سقط في ز.
- (٦) في ز: الطلاق.

محضر في إثبات مهر المثل :

إذا زوج الرجل ابنته البالغة برضاها من إنسان نكاحًا صحيحًا، ولم يسم لها مهرًا حتى وجب مهر المثل، [وقعت الحاجة إلى إثبات مهر المثل]^(١)، بأن دخل بها، أو خلا بها خلوة صحيحة، ثم طلقها، وأنكر مهر المثل للإبنة، ولا يخلو إما إن كانت البنت وكلت أباها بهذه الدعوى حتى يدعي الأب ذلك لها، فكتب في المحضر: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر لبنته فلانة بحق الوكالة الثابتة له من جهتها على هذا الذي أحضره معه أن ابنته فلانة موكلة هذا الذي حضر، كانت امرأة هذا الذي أحضره معه بنكاح صحيح، زوجها أبوها هذا الذي حضر برضاها بمحضر من الشهود، ولم يسم لها مهرًا عند العقد، وإن مهر مثلها كذا درهمًا، أو كذا دينارًا؛ لأن أختها الكبرى، أو الصغرى [المسماة]^(٢) فلانة أختها لأبيها وأمها أو لأبيها، كان مهرها هذا المقدار، وموكلة هذا الذي حضر هذه تساوي أختها هذه في الحسن والجمال، والسن [والمال، والحسب]^(٣) والبركة.

إنما ذكرنا هذه الأشياء؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأشياء، ويذكر أيضًا: أن أخت موكلة هذه مقيمة بهذه البلدة التي موكلة فيها؛ لأن المهر يختلف باختلاف البلدان، [فوجب]^(٤) على هذا الذي أحضره معه أداء مثل هذه الدراهم، أو [الدنانير إلى هذا الذي حضر لابنته]^(٥) موكلة هذه، وطالبه بذلك وسأل مسألته [عن ذلك]^(٦)، فسئل إلى آخره.

وإن لم يكن لها أخت ينظر إلى امرأة أخرى من نساء عشيرة الأب، من هي مثلها

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: فوجب.

(٥) في ز: لنفسها لابنته.

(٦) سقط في ز.

في الحسن والجمال والسن والبكارة، ويشترط أن تكون تلك المرأة من بلدها أيضًا كما ذكرنا، وإن لم يوجد من قوم أبيها امرأة بهذه الأوصاف يعتبر مهر مثلها من الأجنب في بلدتها، ولا تعتبر بمهر مثلها من قوم أمها، هكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في أول باب المهور، وذكر هو رحمه الله أيضًا في مسألة اختلاف الزوجين في [المهر]^(١) أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يجوز تقدير مهر [مثلها]^(٢) بأقرانها من الأجنب، [فكان المذكور]^(٣) في أول باب المهر قولهما. وإن كانت هذه المرأة وكلت أجنبيًا بذلك يكتب: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه لموكلته فلانة بنت فلان بن فلان الفلاني، أن موكلته هذه كانت امرأة هذا الذي أحضره بنكاح صحيح، زوجها أبوها فلان من هذا الذي أحضره [معها]^(٤) برضاها بمحضر من الشهود، ولم يسم لها مهرًا إلى آخره. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.
 (٢) سقط في ز.
 (٣) في ز: المذكورة.
 (٤) في ز: معه.

محضر في إثبات المتعة:

إذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها، وقبل أن يخلو بها خلوة صحيحة، ولم يكن سمي لها في النكاح مهراً، كان لها على الزوج المتعة.

والمتعة ثلاثة أثواب: قميص وملحفة ومقنعة، ووسط لا جيد غاية الجودة، ولا رديء غاية الرداءة، فيجب لها ذلك إلا إذا زاد ذلك على نصف مهر مثلها، فحيثئذ يجب لها نصف مهر المثل وإن كان لا يزيد ذلك على نصف مهر مثلها فلها الأثواب إلا أن تنقص قيمتها عن خمسة دراهم، فالحاصل أن لها الأقل من نصف مهر المثل، ومن المتعة إلا أن تكون قيمة المتعة أقل من خمسة دراهم، فحيثئذ لا ينقص عن خمسة دراهم، وإن كانت المتعة مثل نصف مهر المثل، فلها المتعة، ويعتبر فيها حال الرجل، وكان الكرخي يقول: يعتبر حالها.

ثم إذا وجبت المتعة ثلاثة أثواب، وقعت الحاجة إلى الإثبات يكتب: حضرت وأحضرت، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها أن هذا الذي أحضرته معها تزوجها بنكاح صحيح، من غير تسمية شيء عند العقد، ثم طلقها قبل الدخول بها وقبل الخلوة، حتى وجب عليه المتعة ثلاثة أثواب وسط، درع، وخمار، وملحفة، فواجب عليه الخروج عن ذلك، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.



محضر في إثبات الحرمة الغليظة:

يجب أن يعلم بأن دعوى الحرمة بالطلاق على أنواع:

أحدها: دعوى الحرمة بصريح ثلاث تطليقات، وصورة كتابة المحضر في هذا الوجه: حضرت وأحضرت، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها أنها كانت امرأة هذا الذي أحضرته، ومنكوحته، ومدخولته بنكاح صحيح، ولها عليه من الصداق كذا درهمًا، أو كذا دينارًا دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب هذا النكاح، وإن هذا الذي أحضرته معها حرما على نفسه بثلاث تطليقات حرمة غليظة، لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره، [وإنها محرمة عليه اليوم] ^(١) بهذا السبب المذكور فيه، وإن هذا الذي أحضرته مع علمه [بقيام] ^(٢) هذه الحرمة الغليظة بينهما يمسكها حرامًا، ولا يقصر يده عنها، فواجب على هذا الذي أحضرته مفارقتها، وتخليه سبيلها، وأداء الصداق الذي لها عليه المذكور فيه، وإدراار نفقة العدة، نفقة مثلها إلى أن تنقضي عدتها، وطالبته بذلك، وسألت مسألته [عن ذلك] ^(٣). والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وأنها حرمة غليظة.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

سجل هذه الدعوى: يكتب عند الحكم: وحكمت لهذه المرأة التي حضرت المدعية بهذه الحرمة الغليظة، على هذا الذي أحضرته، بثبوت هذه الحرمة الغليظة بالسبب المذكور فيه بعدما كانت حلالاً له بعقد النكاح بشهادة هؤلاء الشهود المسمين فيه، بمحضر من هذين المتخاصمين وفي وجههما، وكلفت المحكوم عليه، وهو هذا الذي أحضرته بمفارقة [هذه التي]^(١) حضرت، وقصرت يده عنها، وأمرته بأداء ما لها عليه من الصداق المذكور فيه، وبإدراار النفقة عليها [نفقة مثلها]^(٢) حتى تنقضي عدتها، ويتم السجل. والله أعلم.

الوجه الثاني: أن تدعي الحرمة بإقراره أنه طلقها ثلاثاً، وصورة كتابة المحضر في هذا الوجه: فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته أنها كانت امرأته ومنكوحته، [ومدخلته]^(٣) بنكاح صحيح، وإن هذا الذي أحضرته أقر في حال صحة إقراره أنه حرم هذه التي حضرت بثلاث تطليقات، وأنه يمسكها حراماً، ولا يفارقها، فواجب عليه مفارقتها، وأداء صداقها المذكور إليها. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى على نحو السجل الأول، إلا أن هنا يذكر الإقرار في الحكم، فيكتب: وحكمت لهذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها بثبوت إقرار هذا الذي أحضرته معها بهذه الحرمة الغليظة، المذكورة فيه بشهادة هؤلاء الشهود المسمين [فيه]^(٤)، ويتم السجل. والله تعالى أعلم.

الوجه الثالث: أن تدعي الحرمة عليه بثلاث تطليقات بسبب حلف قد حلف بثلاث تطليقاتها حال قيام النكاح بينهما ألا يفعل كذا، وقد فعل ذلك الفعل المعين الذي حلف عليه، وحنث في يمينه، فنزل الطلقات الثلاثة المعلقة، وصارت هذه

(١) في ز: هذا الذي.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

المرأة التي حضرت محرمة على هذا الذي أحضرته بثلاث تطليقات بالسبب المذكور فيه، وإن هذا الذي أحضرته مع علمه بهذه الحرمة الغليظة بينهما يمسكها حرامًا، ولا يفارقها، فواجب عليه مفارقتها، [وطالبته]^(١) بذلك، ويتم المحضر، وإن كانت تدعي الحرمة بتطليقة، أو تطليقتين بين ذلك في المحضر، وكذلك إذا ادعت المرأة المحرمة بسبب آخر يذكر ذلك السبب في المحضر. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: وطالبه.

محضر في شهادة الشهود بالحرمة الغليظة بثلاث تطليقات بدون دعوى المرأة:
 قوم شهدوا عند القاضي على رجل حاضر أنه طلق امرأته هذه الحاضرة بثلاث
 تطليقات، وإنها محرمة عليه [اليوم]^(١) بثلاث تطليقات، فأتوا بالشهادة على وجهها،
 وساقوها على سننها يكتب في المحضر: حضر مجلس الحكم قوم ذكروا أنهم شهود
 حسبة، وهم: فلان وفلان وفلان، يذكر أسماءهم وأنسابهم وحلاهم ومصلاهم،
 وأحضروا معهم رجلاً يسمى فلان، وامرأة تسمى فلانة، وشهد كل واحد منهم أن
 هذا الرجل - وأشاروا إلى الرجل الذي أحضروه - طلق امرأته هذه - وأشاروا إلى
 المرأة التي أحضروها - بثلاث تطليقات، ثم إنه لا يفارقها، ويمسكها حراماً،
 فسئلاً، يعني - هذا الرجل وهذه المرأة-، فأنكروا الطلاق، فالحكم في هذه الصور
 أن القاضي يقبل شهادة هؤلاء، ويقضي بالفرقة بينهما. والله تعالى أعلم.

[وإذا أراد السجل يكتب صورة]^(٢) السجل على رسمه، ويكتب فيه حضور هذا
 القوم مجلسه، وشهادتهم على الوجه الذي شهدوا، ويكتب إنكار الرجل والمرأة
 الطلاق، ثم يكتب: فسمعت [شهادتهم]^(٣)، وأثبتها في المحضر المخلد في ديوان
 الحكم، [وتعرفت]^(٤) عن أحوال الشهود ممن إليه رسم التعديل والتزكية بالناحية،
 فنسبوا إلى العدالة وقبول القول، فقبلت شهادتهم، وثبت عندي بشهادتهم ما شهدوا
 به على ما شهدوا به، وأعلنت المشهود عليه بذلك، ومكنته من إيراد الدفع إن كان
 له دفع، فلم يأت بالدفع، وظهر عندي عجزه عن ذلك، فاستخرت الله تعالى إلى
 آخره، وحكمت بكون فلانة بنت فلان هذه محرمة على زوجها فلان هذا بثلاث
 تطليقات بمحضر منهما في وجوههما إلى آخره، وأمرت كل واحد منهما بمفارقة
 صاحبه إلى أن [تنقضي]^(٥) عدتها عن هذا الزوج، وتتزوج بزواج آخر، ويدخل بها
 الزوج الثاني، ويطلقها وتنقضي عدتها، ثم يتزوجها برضاها. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: السجل في هذه الدعوى.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: ويعرفه.

(٥) في ز: تنقضي.

محضر [في]^(١) إثبات الحرمة الغليظة على الغائب :

امرأة لها زوج دخل بها، ثم حرمها على نفسه بثلاث تطليقات بمحضر من الشهود، ثم غاب الزوج قبل أن يقضي القاضي بالحرمة، وأرادت المرأة إثبات هذه الحرمة بين يدي القاضي؛ ليقضي بذلك بشهادة شهودها، فلذلك وجهان :

أحدهما: أن تدعي على رجل حاضر أنه كان لي على زوجي فلان بن فلان ألف دينار ونصفها بقية^(٢) صداقي، وإنك ضمنت لي ذلك عن زوجي فلان هذا المذكور إن حرمني على نفسه بثلاث تطليقات، وإني أجزت هذا الضمان معلقًا بهذا الشرط في مجلس الضمان هذا، ثم إن زوجي فلان حرمني على نفسه بثلاث تطليقات، وصارت هذه الدنانير المذكورة دينًا لي عليك بحكم الضمان المذكور [فيه]^(٣)، وأنت في علم من هذه الحرمة المذكورة بالسبب المذكور فيه، فواجب عليك الخروج من ذلك بأدائها إليّ، فيقرُّ المدعى عليه بالضمان كما ادعت، وينكر العلم بوقوع هذه الحرمة، [فتجيء المرأة بشهود يشهدون على أن زوجها حرمها على نفسه بثلاث تطليقات]^(٤)، فهذا هو صورة الدعوى. والله تعالى أعلم.

[صورة]^(٥) المحضر: أن يكتب: حضرت، وأحضرت مع نفسها، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته بذكر دعواها على نحو ما ذكرنا من أوله إلى آخره. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى على نحو ما بينا إلى قوله: أحضرت المدعية نفرًا ذكرت أنهم شهودها على موافقة دعواها^(٦)، وسألني الاستماع إلى شهادتهم، فأجبتها إلى

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: بقيمة.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ: الدعوى.

ذلك، فشهدوا بعد الإشهاد^(١) عقيب الدعوى، والإنكار من المدعى عليه وقوع هذه الحرمة الواحد بعد الآخر من نسخة قرئت عليهم، وهذا مضمون تلك النسخة: (كواهي سيدهم كه اين زن حاضر آسده، وأشار إلى المدعية هذه زن فلان بن فلان بود وبرا برخو يشتن حام كرد به طلاق، وأمرد زاین زن حاضر آده محرمة است برين فلان بس طلاق)، وأشار كل واحد منهم [في جميع]^(٢) مواضع^(٣) الإشارة، فسمعت شهادتهم، إلى أن يصل إلى قوله: وحكمت بكون هذه المرأة التي حضرت محرمة على زوجها فلان بالسبب المذكور فيه، وقضيت لهذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها بوجوب هذا المال المذكور مبلغه وجنسه^(٤) فيه، وذلك كذا بسبب الضمان المذكور عنه عند وجود شرطه، وهو تحريم فلان زوج هذه التي حضرت إياها على الوجه^(٥) المذكور فيه في وجه المتخاصمين هذين، ويتم السجل^(٦).

الوجه الثاني: أن تدعي على رجل حاضر ضمان [نفقة العدة]^(٧) أنك قد ضمننت لي نفقة عدتي إن حرمني زوجي على نفسه بثلاث تطليقات، وأنا أجزت ضمانك [هذا في مجلس الضمان هذا، ثم إن زوجي حرمني على نفسه بثلاث تطليقات بتاريخ كذا، وأنا في عدته اليوم، ووجب لي عليك نفقة عدتي إلى أن تنقضي عدتي بسبب هذا الضمان المذكور، فوجب عليك الخروج عن عهدة ما لزمك من نفقة عدتي بالأداء إلي، فيقر المدعى عليه بضمان نفقة العدة، وينكر الحرمة، فتجيء

(١) في ز: الاستشهاد.

(٢) سقط في ز

(٣) في ز: موضع.

(٤) في ز: فأجبتة.

(٥) في ز: أن.

(٦) في ز: التسجيل.

(٧) في ز: تدعى بعده.

المرأة بشهود يشهدون على أن زوجها فلان حرماً على نفسه بثلاث تطليقات، وأنها في عدة زوجها فلان، فهذا هو وجه هذه الدعوى. والله تعالى أعلم.

صورة المحضر لهذه الدعوى: حضرت وأحضرت، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها أنه قد كان ضمن لها عن زوجها نفقة عدتها، إن حرماً زوجها على نفسه بثلاث تطليقات، ويكتب دعوها من أولها إلى آخرها، إلى قوله: أحضرت هذه التي حضرت نفرًا، وذكرت أنهم شهودها إلى آخره. والله تعالى أعلم.

سجل هذه الدعوى: يكتب فيه دعوها على هذا^(١) الذي أحضرته معها إلى قوله: فسمعت شهادتهم، وقبلتها لإيجاب العلم قبول مثلها، وحكمت بكون هذه المرأة محرمة على زوجها فلان، وبكونها في عدته اليوم، وقضيت لهذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها بوجوب [نفقة عدتها]^(٢) إلى أن تنقضي عدتها بشهادة هؤلاء الشهود بمحضر من المتخصصين هذين في وجوههما، ويتم السجل. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في أ: عدة نفقتها.

سجل التفريق بين الزوجين بسبب العجز عن النفقة:

صغير تحته صغيرة، وهذا الصغير عاجز عن الإنفاق عليها لما أنه فقير لا يملك شيئاً، فرفع أمر هذه الصغيرة أبوها بنياية عنها إلى القاضي حتى يستخلف القاضي في هذه الحادثة القاضي الشفعوي الذي يرى التفريق جائزاً بين الزوجين بسبب عجز الزوج عن الإنفاق، فيكتب القاضي إليه في هذه الحادثة كتاباً صورته: بعد التسمية والتحية للقاضي الشفعوي قد رفع [إليّ]^(١) بنياية الصغيرة المسماة فلانة بنت فلان [بن فلان أبوها هذا أنها امرأة الصغير فلان بن فلان]^(٢)، زوّجها أبوها فلان بن فلان بولاية الأبوة على صداق كذا بمحضر من الشهود تزويجاً صحيحاً، وقبل أب الصغير فلان لابنه الصغير هذا هو التزويج له قبولا صحيحا وصارت هذه الصغيرة امرأة لهذا الصغير بنكاح صحيح، وهذا الصغير معدم لا يملك شيئاً من الدنيا، وإنه ليس بمكتسب ولا محترف، وقد ظهر عجزه عندي عن الإنفاق على هذه الصغيرة بشهادة شهود معدلين قد شهدوا عندي بجميع ذلك، والتمس مني أب هذه الصغيرة مكاتبته أدام الله فضله، فأجبت ملتسمه، وكاتبته يتفضل بالإصغاء إلى هذه الخصومة الواقعة بينهما، وتفصيلها بينهما على ما يؤدي اجتهاده إليه، ويقع رأيه عليه، مستعيناً بالله تعالى طالباً منه التوفيق لإصابة الحق، فهذا هو صورة كتاب القاضي الشفعوي.

ثم إذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه يخاصم أب الصغير بين يدي المكتوب إليه أن الصغير على حسب ما هو مذكور في كتاب القاضي الحنفي وقيم البينة على أن ابنه الصغير المسمى في هذا الكتاب معدم لا مال له، وأنه لا يقدر على الكسب، وأنه عاجز عن الإنفاق على امرأته هذه الصغيرة، ويطلب من القاضي الشفعوي أن يفرق بين هذين الصغيرين، فيفرق القاضي الشفعوي بينهما^(٣)، ويكتب السجل.

(١) سقط في ز

(٢) سقط في ز

(٣) في ز: بين هذين الصغيرين.

وصورة السجل: يقول فلان بن فلان الشفعوي: قد ورد إليّ كتاب من [القاضي] (١) فلان [بن فلان] (٢) المتولي لعمل القضاء في كورة بخارى ونواحيها أدام الله توفيقه من قبل الخاقان فلان مشتماً على ما رفع إليه من الخصومة الواقعة بين فلان بن فلان الفلاني الذي يخاصم لابنته الصغيرة فلانة، وبين فلان بن فلان الفلاني الذي يخاصم عن ابنه الصغير فلان، وذلك؛ لأن فلاناً هذا أب هذه الصغيرة المذكورة رافع إلى هذا القاضي أن ابنته الصغيرة المذكورة امرأة الصغير المسمى فلان ابن فلان هذا، [امراته] (٣) وحلاله بنكاح صحيح، زوجها أبوها هذا منه تزويجاً صحيحاً، وأن فلان بن فلان والد الصغير هذا قبل منه هذا النكاح لابنه الصغير [هذا] (٤) قبولاً صحيحاً في مجلس التزويج هذا، وإن ابنته الصغيرة هذه محتاجة إلى النفقة، وإن زوجها هذا الصغير معدم عاجز عن الإنفاق، ثبت عجزه عند القاضي هذا، وقد سأل أب الصغيرة فلان [بن فلان] (٥) من القاضي هذا أن يكتب إليّ، ويأذن لي في الاستماع إلى هذه الخصومة، والفصل بينهما على ما يؤدي اجتهادي إليه، ويقع رأيي (٦) عليه، [وفلان القاضي كتب إلي] (٧)، وقرأت الكتاب وفهمته، وامتثلت أمره في سماع هذه الخصومة، وعقدت مجلساً لذلك، وقد حضر في مجلسي ذلك [والد] (٨) هذه الصغيرة فلان، وأحضر معه والد هذا الصغير فلان. فادعى هذا الذي حضر لهذه الصغيرة على هذا الذي أحضره معه أن الصغيرة المسماة فلانة بنت هذا الذي حضر امرأة هذا الصغير الذي هو ابن هذا الذي أحضره

- (١) سقط في ز
- (٢) سقط في ز
- (٣) سقط في ز
- (٤) سقط في ز
- (٥) سقط في ز
- (٦) في ز: هوأى.
- (٧) سقط في ز
- (٨) سقط في ز

معه، وإن الصغير المسمى ابن هذا الذي أحضره معه معدم عاجز عن الإنفاق على ابنته الصغيرة المسماة فيه، وإن هذه الصغيرة محتاجة إلى النفقة، وأقام شهودًا عدولاً على أن الصغير المسمى [فلان بن فلان]^(١) ابن هذا الذي أحضره معدم عاجز عن الإنفاق على هذه الصغيرة، وسأل مني والد هذه الصغيرة التفريق بينها وبين زوجها الصغير هذا، فتأملت في ذلك، ووقع اجتهادي على جواز هذا التفريق بينهما بسبب العجز عن النفقة، أخذًا بقول من يقول من السلف بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العجز عن النفقة وفرقت بينهما بعدما صار النكاح بينهما معلومًا، وبعدهما كان عجز هذا الصغير عن الإنفاق معلومًا [لي]^(٢) تفريقًا صحيحًا، فأمرت بكتب هذا السجل حجة في ذلك.

فإن طلب من القاضي الأصل إمضاء هذا السجل، فالقاضي الأصل يأمر بأن يكتب على ظهر ذلك السجل: يقول القاضي فلان إلى آخره، جرى جميع ما تضمنه هذا الذكر من أوله إلى آخره، بتاريخه المذكور فيه من كتبه [الكتاب]^(٣) إلى فلان بن فلان متضمنًا تفويض سماع هذه الخصومة المذكورة فيه إليه، والاستماع إلى البينة [في ذلك]^(٤)، والعمل فيها بما يؤدي إليه اجتهاد المكتوب إليه، ويقع رأيه عليه كان مني، وجعلت المكتوب إليه فلانًا نائبًا عني في العمل بما يقع عليه رأيه، وأمضيت حكم [ما في]^(٥) هذا وأجزته، وأمرت بكتب هذا الإمضاء^(٦) في تاريخ كذا.

وإن كان الزوجان بالغين، وكان الزوج عاجزًا عن الإنفاق، فالطريق فيه ما ذكرنا في الصغيرين، إلا أن هاهنا إذا وقعت الخصومة بين [المرأة وبين]^(٧) زوجها عند

(١) سقط في ز

(٢) سقط في ز

(٣) سقط في ز

(٤) سقط في ز

(٥) في ز: ابني.

(٦) في ز: الكتاب.

(٧) سقط في ز

القاضي الشفعوي، فادعت المرأة أن زوجها عاجز عن الإنفاق، فإن أقر الزوج بذلك، فالقاضي [يفرق]^(١) بينهما بإقرار الزوج عند طلب المرأة ذلك، [وإن لم يكن الزوج مقرراً، فالمرأة تقيم البينة على عجزه، ويفرق القاضي بينهما، عند طلب المرأة ذلك]^(٢)، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز

(٢) سقط في ز

سجل في التفريق بين المرأة وزوجها في النكاح بلفظة الهبة:

امرأة كبيرة زوجت نفسها من صغير، وكان العقد بلفظة الهبة، وقبل أب الصغير العقد لابنه الصغير، ثم وقع الاتفاق على إبطال هذا النكاح، ولا سبيل إلى ذلك بالطلاق ما دام الزوج صغيراً، ولا سبيل إليه بسبب العجز عن النفقة بأن يكون للصغير مال كثير، فيتعين إبطاله^(١) بسبب أن النكاح كان بلفظة الهبة، والشافعي لا يرى جواز النكاح بلفظ الهبة، فيرفع الأمر إلى القاضي الأصل، ويلتمس منه الكتاب إلى القاضي الشفيعي في ذلك، فيكتب القاضي الحنفي إلى القاضي الشفيعي^(٢) أيده الله القاضي الإمام فلان وأدام سلامته وسعادته، رفعت إلي فلانة بنت فلان أنها [وهبت نفسها]^(٣) للصغير المسمى فلان بن فلان، وإنه صغير لا حاجة له إلى المرأة، ومثله لا يجامع، ولم يدخل بها منذ صارت امرأة له، وإنها تتضرر بالمقام معه إلى وقت البلوغ، وسألت مني مكاتبته أدام الله توفيقه فأجبته، وكاتبته؛ ليتفضل^(٤) بالإصغاء إلى الخصومة الواقعة بينهما، ويفصلها بينهما على ما يؤدي إليه اجتهاده، ويقع عليه رأيه، ولكن بعدما قامت البينة عنده أن النكاح بينهما [كان]^(٥) بلفظة^(٦) الهبة، وهو موفق في ذلك.

[ثم]^(٧) إذا ورد هذا الكتاب إلى المكتوب إليه، وأراد المكتوب إليه أن يسمع هذه الخصومة ففي ذلك وجهان:

أحدهما: أن تحضر المرأة المخاصمة مجلس هذا القاضي، وتحضر مع نفسها

(١) في ز: الإبطال.

(٢) في ز: الشافعي.

(٣) في ز: امرأة.

(٤) في ز: للتفضل.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ: بلفظ.

(٧) سقط في ز.

هذا الصغير مع أبيه، وتدعي على أب الصغير بحضرته: أن أب الصغير هذا يطالبني بطاعة ابنه^(١) الصغير هذا، ويزعم أنني امرأة ابنه الصغير هذا، زوجني من هذا الصغير أبي بأمرني ورضائي، وهو مبطل في هذه المطالبة لما أن النكاح بيننا كان بلفظة الهبة، [فإني قلت لأب الصغير هذا وقت مباشرة هذا الزواج: وهبت نفسي من ابنك الصغير فلان، أو قالت]^(٢): أبي كان قال لوالد الصغير هذا: وهبت ابنتي فلانة برضاها من ابنك الصغير فلان، وقال أب الصغير: قبلت ذلك لابني فلان، والنكاح بلفظ الهبة غير جائز عند بعض السلف، فعليه الكف عن هذه المطالبة، وأب الصغير يقول: أنا محق في هذه المطالبة لما أن النكاح الواقع بين هذه المرأة، [وبين ابني الصغير كان بلفظة النكاح، فإن والد هذه المرأة]^(٣) قال لي: زوجت ابنتي [فلانة]^(٤) برضاها من ابنك الصغير فلان على صداق كذا، وأنا قبلت ذلك لابني الصغير هذا، فتقيم المرأة شهودًا، حتى يشهدوا عند هذا القاضي على موافقة دعواها، وتلتمس منه القضاء بفساد هذا العقد على مذهبه، فيقضي بذلك، ويكتب بذلك كتابًا حجة لها. فيكتب: ورد إليّ كتاب من قاضي فلان المتولي بعمل القضاء والأحكام ببخارى ونواحيها من قبل فلان مشتتملاً على ما رفع إليه من الخصومة الواقعة بين فلانة بنت فلان، وبين الصغير المسمى فلان بن فلان في النكاح الواقع بلفظة الهبة، وقد أمرني بالإصغاء إلى هذه الخصومة، وفصلها وسماع البينة فيها، والقضاء فيما وقع فيه برأيي واجتهادي فيها، فامتثلت أمره، وعقدت مجلسًا لذلك، فحضرني في مجلسي ذلك فلانة بنت فلان الفلاني، وأحضرت معها زوجها الصغير فلان بن فلان، ومعه أبوه فلان، فادعت هذه التي حضرت على أب هذا الصغير بحضرة هذا الصغير، أن

(١) في أ: الابن.

(٢) ما بين المعقوفين في ز: وأن.

(٣) سقط في ز

(٤) سقط في ز

أب هذا الصغير يطالبني بطاعة ابنه الصغير، ويزعم أنني زوجة ابنه الصغير هذا، وهو مبطل في هذه الدعوى؛ لأن النكاح الذي كان بيني، وبين هذا الصغير كان بلفظة الهبة، فإني قلت لأب هذا الصغير، وقت مباشرة عقد النكاح: وهبت نفسي من ابنك الصغير فلان، وقال أب الصغير: قبلت ذلك لابني الصغير هذا. والنكاح بلفظة الهبة غير جائز عند بعض السلف من العلماء والفقهاء، وعليه الكف عن هذه المطالبة، فطالبته بذلك، وسألت مسألته فقال: (من مبطل نه لم درين مطالبت محتم كه عقد نكاح بيان اين حاضر كمده وبيان من أن جهة اين صبر خود مرا بلفظ نكاح بودنه بلفظ هبة اين زن حاضر آمده مرا كفت كه من خدمتن به بسرتو فلان بعقد نكاح نيرني دادم، ومز كفتم اين عقد را ازجبت بسرخو درابدر فتم).

فأحضرت هذه المرأة نفرًا ذكرت أنهم شهودها على وفق دعواها بذكر أسمائهم وأنسابهم، فشهد كل واحد منهم [بعد]^(١) الاستشهاد عقيب هذه الدعوى المذكورة، والجواب عنها بالإنكار على وفق دعوى هذه المدعية بشهادة مستقيمة [متفقة]^(٢) الألفاظ والمعاني، وأشار كل واحد منهم في موضع الإشارة بإشاراتٍ صحيحة، فسمعت شهادتهم، وقبلتها لإيجاب العلم قبولها، إذ كنت عرفتهم بالعدالة، وجواز الشهادة، وقبول القول، وثبت عندي بشهادة هؤلاء أن العقد الذي جرى بين المرأة التي حضرت، وبين أب هذا الصغير الذي أحضرته كان بلفظة الهبة، ثم سألتني هذه التي حضرت الحكم بما يقع عليه رأيي واجتهادي فاجتهدت في ذلك وتأملت، ووقع رأيي على بطلان النكاح بلفظة الهبة، [عملاً بقول من لا يرى جواز النكاح بلفظة الهبة]^(٣)، فحكمت بفساد هذا العقد [الموصوف]^(٤)، وبحضرة هذين المتخاصمين

(١) سقط في ز

(٢) سقط في ز

(٣) سقط في ز

(٤) سقط في ز

في وجههما حكماً أبرمته، وقضاء نفذته، وكان ذلك بعدما أطلقني القاضي فلان بالحكم في هذه الخصومة بما يقع عليه رأبي واجتهادي، وذلك في يوم كذا، فإن طلبوا من القاضي الأصل إمضاء هذا الحكم، يكتب على ظهر ذلك السجل على حسب ما مر من التفريق بين الزوجين بسبب العجز عن النفقة. والله تعالى أعلم.

الوجه الثاني في ذلك: أن يحضر أب الصغير مع ابنه هذا وتحضر المرأة التي وقعت الخصومة معها فيدعي أب الصغير هذا على هذه المرأة التي أحضرته أنها زوجت نفسها من ابني الصغير هذا بلفظ الهبة، فقالت لي: وهبت نفسي من ابنك الصغير فلان، وأنا قبلت ذلك لابني، فصارت هي امرأة ابني الصغير هذا من هذا الوجه، فواجب عليها طاعته، فتنكر المرأة دعواه هذه، وتقول: (من زن ابن صغر نم وطاعت وي بر من واجب نيست)، فيجيء أب الصغير بشهود يشهدون على وفق دعواه هذه، بحضرة هذه المرأة، فإذا شهدوا على موافقة دعواه من جريان النكاح بين هذه المرأة التي أحضرها، وبين أب هذا الصغير لأجل ابنه الصغير هذا، فالقاضي الشفعوي يقبل شهادتهم، ثم تلتمس منه هذه المرأة أن يفصل هذه الخصومة بينهما على ما يقع اجتهاده عليه، فيقضي بفساده بناءً على مذهبه أخذاً بقول من يرى أن النكاح بلفظة الهبة باطل على قول بعض السلف من العلماء والفقهاء.

وإذا أراد هذا القاضي أن يكتب في ذلك سجلاً يكتب: يقول فلان: ورد إلي كتاب من قاضي فلان إلى قوله: وعقدت لذلك مجلساً، ثم يكتب دعوى أب الصغير هذا، وجواب المرأة التي أحضرها أب الصغير مع نفسه بتمامها إلى قوله: فأحضر أب الصغير هذا نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسألني الاستماع إلى شهادتهم، فأجبت له في ذلك، واستشهدت الشهود، فشهد كل واحد منهم عقيب الآخر بشهادات صحيحة مستقيمة متفقة الألفاظ والمعاني، على وفق ما ادعاه أب الصغير هذا، وأشار كل واحد منهم في موضع الإشارة بإشارات صحيحة، فسمعت شهادتهم وقبلتها، وثبت عندي بشهادة هؤلاء الشهود كون النكاح الذي جرى من أب الصغير

هذا لأجل ابنه الصغير هذا، وبين المرأة التي أحضرته [هذه]^(١) بلفظة الهبة، ثم سألتني هذه المرأة المخاصمة الحكم بفساد هذا العقد على مذهبي أخذًا بقول من لا يجوز النكاح بلفظة الهبة، فأجبتها إلى ذلك، وحكمت بفساد هذا النكاح على قول من يرى ذلك [فاسدًا من]^(٢) علماء السلف، ويتم السجل ويكتب قاضي الأصل إمضاه على ظهر هذا السجل على نحو ما تقدم.



(١) سقط في ز

(٢) سقط في ز

سجل في فسخ اليمين المضافة:

رجل حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها بأن قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً، فهذه اليمين منعقدة عندنا، حتى لو تزوج امرأة تطلق ثلاثاً، وعند الشافعي رحمه الله: ليست بمنعقدة، حتى لو تزوج امرأة لا تطلق، فإن احتاج هذا الرجل إلى فسخ هذه اليمين، ورفعها، ينبغي أن يتزوج امرأة، أي امرأة شاء، بتزويج وليها إن كان لها ولي، أو بتزويج القاضي إن لم يكن لها ولي، حتى يصح هذا النكاح بالإجماع، ثم ترفع المرأة الأمر إلى القاضي الحنفي، وتلتمس منه كتاباً إلى القاضي الشفيعوي، فالقاضي الحنفي يكتب [كتاباً]^(١) إلى القاضي الشفيعوي لها بهذه الصورة:

أطال الله بقاء الشيخ الإمام إلى آخره، رفعت إلي المسماة فلانة بنت فلان، أن فلاناً تزوجها، وقد كان حلف قبل النكاح^(٢) بطلاق كل امرأة تزوجها بهذه الصورة: (كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً)، ثم تزوجها بعد هذه اليمين، ووقع عليها ثلاث تطليقات، وصارت محرمة عليه بهذا السبب، وإنه يمسكها حراماً، ولا يقصر يده عنها، والتمست مني مكاتبته في ذلك، فأجبتها إلى ذلك، وكتبت هذا الكتاب إليه ليتفضل بالإصغاء إلى هذه الخصومة الواقعة بينهما على ما وقع اجتهاده، ويقع عليه رأيه، وهو موفق في ذلك من الله تعالى.

ثم إذا وصل هذا الكتاب إلى المكتوب إليه تدعي هذه المرأة قبل المكتوب إليه على زوجها بهذه الصورة: إنك تزوجتني بمحضر من الشهود، وقد كنت حلفت قبل تزويجي: إن كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثاً، ثم تزوجتني بعد ذلك، ووقع^(٣) علي ثلاث تطليقات، وحرمت عليك حرمة غليظة بهذا السبب، فواجب عليك قصر

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: نكاحها.

(٣) في ز: ووقعت.

يدك عني، وتطالبه بالجواب عن هذه الدعوى، فيقر الزوج بهذه اليمين، ويقر بتزوجها؛ إلا أنه يقول: إنها حلال لي، ولم يقع عليها طلاق؛ لأن هذه اليمين غير منعقدة، فيقضي المكتوب إليه بطلان هذه اليمين، وبقيام النكاح بينهما؛ أخذًا بقول من يقول^(١) بطلان هذه اليمين من علماء السلف، ويكتب في ذلك السجل على نحو ما بينا في التفريق بسبب العجز عن النفقة، وفي النكاح بلفظة الهبة.

ووجه آخر: أن يدعي الزوج عند المكتوب إليه على هذه المرأة: إني تزوجتها، وإنها خرجت عن طاعتي، والمرأة تقول: طاعته ليست بواجبة عليّ لما أنه حلف قبل تزوجي، وقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا، وقد تزوجني، ووقع عليّ ثلاث تطليقات، وصرت محرمة عليه حرمة غليظة، فليس عليّ طاعته، فيقر الزوج بالحلف وبالتزوج، ثم يقضي هذا المكتوب إليه على مذهبه بطلان اليمين، وبقيام النكاح بينهما، ويأمر المرأة بطاعته، وإن أراد أن يكتب بذلك سجلاً يكتب على نحو ما بينا. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: قال.

محاضر في إثبات العنة^(١) للتفريق:

المرأة إذا خاصمت زوجها عند القاضي، وتقول: إنه لم يصل إليّ، والزوج يدعي الوصول إليها، فإن كانت بكرًا وقت النكاح، فالقاضي يريها النساء، الواحدة العدل تكفي، والثنتان أحوط، فإن قلن: هي بكر، فالقاضي يؤجله سنة، وإن قلن: هي ثيب، يحلف الزوج على الوصول إليها، وهذا استحسان، والقياس: أن يكون القول قول المرأة مع اليمين؛ [لأنها تنكر الوصول إليها].

وجه الاستحسان: أنه إن كانت تدعي الوصول إليها، ولكنه ينكر حق التفريق، فيحلف لذلك^(٢)، ثم إذا حلف الزوج استحسانًا، إن حلف ثبت وصوله فلا يؤجل، وإن نكل صار مقرًا بعدم الوصول إليه، فيؤجل سنة.

فإن كانت المرأة ثيبًا وقت النكاح، فالقاضي لا يريها النساء، ولكن يحلف الزوج على ما ادعى الوصول إليها، فإن حلف ثبت الوصول إليها، فلا يؤجل وإن نكل صار مقرًا بعدم الوصول إليها، فيؤجل سنة، وإن أرادوا كتبه ذكر التأجيل، يكتب: هذا ما أمهل القاضي فلان بن فلان المتولي لعمل القضاء والأحكام بكورة بخارى نافذ القضاء بين أهلها يومئذ أمهل فلان بن فلان حين رفعت إليه المسماة فلانة بنت فلان أنه تزوجها نكاحًا صحيحًا، وإنها وجدته عنيًا لا يصل إليها، وثبت ذلك عند هذا القاضي بما هو طريق الثبوت في هذا الباب، فحكم بما أوجب الشرع في حق العينين من الإمهال سنة واحدة [من وقت الخصومة؛ رجاء وصوله إليها في مدة الإمهال]^(٣)، فأمهل القاضي [إياه]^(٤) سنة واحدة بالأيام على ما عليه اختيار أكثر المشايخ من وقت تاريخ هذا المذكور الذي هو يوم الخصومة إمهالًا صحيحًا، وأمر

(١) العنة: عند الجمهور: العجز عن الوطء مع سلامة العضو، وعند المالكية: صغر الذكر بحيث لا يتأتى منه الجماع.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

بكتابة هذا الذكر [حجة^(١)] في ذلك وذلك في يوم كذا من سنة كذا ثم إذا تمت السنة من وقت التأجيل، وادعى الزوج الوصول إليها في مدة التأجيل، وأنكرت المرأة ذلك، فإن كانت المرأة وقت النكاح بكرًا، فالقاضي يريها النساء على ما مر، وإن قلن: هي بكر ثبت أنه لم يصل إليها، فيخير القاضي المرأة بين المقام معه وبين الفرقة، وإن قلن: هي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه، فيحلف الزوج على الوصول إليها على ما مرّ، فإن حلف فلا خيار لها، وإن نكل، فلها الخيار.

وإن كانت المرأة ثيبًا وقت النكاح، فالقاضي لا يريها النساء، ولكن يحلف الزوج، فإن حلف فلا خيار لها، وإن نكل فلها الخيار، وإن أرادوا أن يكتبوا لذلك محضرًا يكتب: حضرت وأحضرت، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها أن هذه التي حضرت امرأة هذا الذي أحضرته معها، وحلاله بنكاح صحيح، وإنها وجدته عنيًا لا يصل إليها، وهي بكر على حالها، وإنها قد رفعت أمرها إلى هذا القاضي، وأمهله القاضي سنة بعدما ثبت عند هذا القاضي أن الأمر كما ادعت بما هو طريق ثبوته، وقد انقضت السنة من وقت التأجيل، وإنها بكر على حالها، وطالبت به بذلك، وسألت مسألته [عن ذلك]^(٢)، فأجاب وقال: (من رسیده أم باين زن درين مدت تأجيل)، فبعد هذا المسألة على التفصيل الذي مر ذكره.

ثم إذا فعل القاضي ما ذكرنا، وثبت عنده أنها بكر للحال، وأنه لم يصل إليها في مدة التأجيل، فالقاضي يخيرها، فإن اختارت التفريق، فالقاضي يقول للزوج: فارقها، فإن فارقها وإلا فالقاضي يفرق بينهما، [وهو كخيار الإدراك عند أبي حنيفة، لا تقع الفرقة بدون قضاء القاضي، وعندهما: كخيار المخيرة، لا يحتاج إلى تفريق القاضي، فتقع الفرقة باختيارها نفسها]^(٣)، ويكتب في السجل بعد جواب الزوج:

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

فأريها النساء فأخبرت عدلان منهن أنها بكر اليوم، وثبت عندي بقولهما أنها بكر، وأنه لم يصل إليها.

وإن أخبرت أنها ثيب^(١) يكتب: [فأخبرن]^(٢) أنها ثيب، والمرأة تنكر الوصول إليها، [وإن أخبرن أنها ثيب]^(٣) يكتب: فأخبرن أنها ثيب، وسألت المرأة عن ذلك فأنكرت الوصول إليها، فحلفت الزوج بالله: لقد وصلت إليها في مدة التأجيل، فنكل، [فعرضت اليمين عليها، فنكلت]^(٤)، وصار مقرراً أنه لم يصل إليها، فخبرت المرأة فاختارت نفسها، فأمرت الزوج بأن يفارقها، فأبى ذلك، ففرقت بينهما بمحضر منهما في وجوههما.

وإن كان القاضي الذي كان الإمهال منه مات، أو عزل قبل مضي المدة، فإن أقر الزوج بالإمهال ومضت المدة، فلا حاجة لها إلى^(٥) إقامة البينة على الإمهال، [ومضي المدة]^(٦)، وإن أنكر الإمهال تحتاج المرأة إلى إقامة البينة على ذلك، ويكتب في المحضر: حضرت وأحضرت، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته أنها امرأة هذا الذي أحضرته معها [ومنكوحته]^(٧)، وحلاله بنكاح صحيح، وأنها وجدت زوجها هذا عنيئاً، وأنها قد رفعت أمرها إلى قاضي فلان نافذ القضاء يومئذٍ، وادعت دعواها هذه على هذا الذي أحضرته قبل القاضي [فلان]^(٨)، وأنه أمهله سنة بعدما ثبت عنده صحة دعواي^(٩) هذه بما هو طريقها، وقد انقضت السنة

(١) في ز: تدعى .

(٢) سقط في ز .

(٣) سقط في ز .

(٤) سقط في ز .

(٥) في أ: في .

(٦) سقط في ز .

(٧) سقط في ز .

(٨) سقط في ز .

(٩) في ز: دعواه .

من وقت التأجيل، وأنا بكر على حالي، وطالبته بذلك، وسألت مسألته [عن ذلك]^(١)، فسئل فأجاب: (من عينن مرا اذ ايين تأجيل فلان قاضي نيست) أحضرت المرأة نفرا ذكرت أنهم شهودها، وسألتني الاستماع إلى شهادتهم، فأجبتها إلى ذلك، فاستشهدت الشهود، فشهدوا عقيب الدعوى، والجواب بالإنكار واحد منهم بعد الآخر، وهذا لفظ شهادة كل واحد منهم: (كواهي ميذهم كه اين زن كه حاضر آمده است دعوى كرد بنزو نك فلان بن فلان بريز شوى كزى كه أنيحا حاضر است كه اين غوي من عينين است وبمن برسيده است واين شوي منكر بود عنت خویش راوما رسدن خویش وأبو قاضي فلان وبرا أمها زكرد يك سال بيوسته بعد إذ أنك قاضي فلا بندا معلوم كشت كه اين شوى آن زن عنن است وباین زن نرسیده است وازوقت إمهال يك سال تمام بكشدت).

[ثم ثبت عند القاضي الثاني أنه عين ولم يصل إليها، وقد مضت السنة من وقت إمهال القاضي الأول]^(٢)، فكتب هذا القاضي [الثاني]^(٣) في السجل: فأتوا بالشهادات على وجهها، وساقوها على سننها، وثبت عندي بشهادتهم جميع ما شهدوا من إمهال القاضي فلان زوج هذه التي أحضرت هذا، ومن مضي مدة الإمهال وحكمت بذلك كله بمحضر من هذين المتخاصمين في وجوههما، فبعد ذلك إن ادعى الزوج الوصول إليها في المدة، وأنكرت المرأة ذلك، وقالت: أنا بكر، فالقاضي الثاني يصنع [ما كان]^(٤) يصنع القاضي الأول على نحو ما بينا. والله أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: كما.

محضر في دفع هذه الدعوى:

ادعى الذي حضر على هذه التي أحضرته معه في دفع دعواها قبله العنة، ومطالبتها إياه بالتفريق بعد مضي مدة التأجيل أنها مبطلّة في المطالبة بالتفريق لما أنها اختارت المقام معه بعد تأجيل القاضي، ورضيت بالعنة التي به بلسانها رضاءً صحيحًا، أو يقول: إنه وصل إليها في مدة التأجيل، وقد أقرت بوصوله إليها. والله تعالى أعلم.



محضر في دعوى النسب:

امرأة في يدها صبي تدعي على رجل أن هذا الصبي ابنها من هذا الرجل ولدت له على فراشه حال قيام النكاح بينهما، وتطالبه بنفقة الغلام وبكسوته. أو رجل في يديه صبي يدعي على امرأة أن هذا الصبي ابنه منها، ولدت له على فراشه حال قيام النكاح بينهما.

أو ادعى رجل في يديه صبي أنه ابنه من امرأته هذه، والمرأة تجحد. أو ادعت امرأة في يدها صبي أنه ابنها من زوجها هذا، والزوج ينكر، فهذه الدعاوى كلها صحيحة، ويجب بأن يعلم بأن دعوى الأبوة، [أو دعوى البنوة]^(١) صحيحة سواء كان معه دعوى المال، أو لم يكن، وذلك بأن يدعي رجل على رجل أني أب هذا الرجل، أو يدعي أني ابن هذا الرجل، وذلك الرجل منكر، فهذه الدعوى صحيحة؛ حتى إذا أقام المدعي البينة على ما ادعاه، فالقاضي يسمع دعواه، ويقضي بنسبه من المدعى عليه، وكذلك دعوى الأمومية بدون دعوى المال صحيحة، حتى إن امرأة لو ادعت على رجل أني أم هذا الرجل، وأقامت على ذلك بينة، فإن القاضي يسمع بينتها، ويقضي [بنسبه من الأم]^(٢)، [بكونها أمًا للمدعى عليه]^(٣) والأب ينتصب خصمًا عن ابنه في إثبات نسبه من الأم، وكذلك الأم تنتصب خصمًا عن ابنها الصغير في إثبات نسبه من الأب.

بيانه في المسائل التي ذكرناها في أول هذا المحضر، وأما انتصابه^(٤) خصمًا فظاهر؛ لأن النسب حق الولد، والأب ينتصب خصمًا عن الابن في إثبات حقوقه، فصار إقامة البينة من الأب كإقامة البينة من الابن لو كان بالغًا، ولو كان بالغًا، وأقام

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: .

(٣) سقط في أ.

(٤) في ز: انتصاب الأب.

البينة عليها أنه ابنها، يثبت نسبه منها كذا ها هنا .
وأما انتصاب الأم خصمًا عن الابن في إثبات النسب من الأب؛ فلأن النسب
محض منفعة في حق الصغير، وفيما تمحض منفعة في حق الصغير، فالأم والأب
في ذلك على السواء .

ألا ترى أنه كما يصح قبول الهبة من الأب على ابنه الصغير يصح قبولها من الأم
على ابنها الصغير، وإنما التفاوت بين الأب والأم في حق الحقوق المترددة بين النفع
والضرر، فالأم لا تنتصب خصمًا عن الابن في ذلك، والأب ينتصب خصمًا، وإذا
انتصبت الأم خصمًا عن الابن في إثبات [نسب الابن]^(١) من الأب، فصارت إقامة
الأم^(٢) البينة على ذلك كإقامة الابن لو كان بالغًا، ولو كان الابن بالغًا، وأقام بيته أنه
ابن هذا الرجل أليس إنه يثبت نسبه منه؟ كذا ها هنا .



(١) في ز: نسبه .

(٢) في ز: الأب .

صورة المحضر: فيما إذا كان في يد المرأة [ابن]^(١) صغير تدعي على زوجها أنه ابنها منه: حضرت، وأحضرت، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته مع نفسها أن هذا الصبي الذي في حجرها وأشارت إليه [أنه]^(٢) ابن هذا الذي أحضرته معها ولدته منه على فراشه حال قيام النكاح بينهما، فبعد ذلك إن شاءت ذكرت في الدعوى: وأن على هذا الذي أحضرت نفقة هذا الصبي، وإن شاءت لم تذكر ذلك في الدعوى. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

صورة المحضر فيما إذا كان في يد الرجل [ابن]^(١) صغير يدعي على امرأته أنه ابنها منه: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذه التي أحضرها أن هذا الصبي الذي في يديه - وأشار إليه - ابن هذه المرأة التي أحضرها مع نفسه، - وأشار إليها - منه ولدته على فراشه حال قيام النكاح بينهما، فبعد ذلك إن شاء ذكر: وإن على هذه التي أحضرها أن ترضعه، وإن شاء لم يذكر. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

[صورة المحضر: في دعوى الرجل البالغ على رجل أنه ابنه: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر ابن هذا الذي أحضره، ولدته أمه فلانة من هذا الذي أحضره معه على فراشه حال قيام النكاح بينهما]^(١).



(١) سقط في ز.

صورة المحضر في دعوى رجل [على رجل أني أبوه: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه]^(١) أن هذا الذي حضر أبوه، [وأن هذا الذي أحضره]^(٢) ابن هذا الذي حضر، ولد على فراشه من امرأته فلانة حال قيام النكاح بينهما إلى آخره. [وأما دعوى]^(٣) الأخوة والعمومة [والخؤولة]^(٤)، وابن الأخ وابن الابن، فلا يصح إلا بدعوى المال بأن كان المدعي زمناً، فيدعي الأخوة على الغير، أو العمومة، ويدعي النفقة لنفسه.

[وله]^(٥) وجه آخر: أن يدعي الوصية لأخوة المدعى عليه من جهة متوفى. صورته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن فلاناً الميت قد كان أوصى إلى هذا [الرجل]^(٦) الذي أحضره مع نفسه بتسوية أموره بعد وفاته، وخلف في تركته في يديه كذا وكذا، وقد كان أوصى لإخوة فلان بن فلان بكذا وكذا، ولفلان بن فلان ثلاث إخوة فلان وفلان وفلان هذا المدعي، وإنه واجب على هذا الذي أحضره معه تسليم حصته من ذلك إليه، وذلك كذا وكذا، ويطلبه بالجواب، فيقر المدعى عليه بالوصاية والوصية، وينكر كونه أخ فلان. وله وجه آخر: أن تدعي المرأة وقوع الطلاق بسبب تعليق الزوج طلاقها بكلام أخ فلان، وهذا أخ فلان، وإنه كلمه. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: بالغ أن ابنه حضر وأحضر فادعى هذا الذي حضر على.

(٢) في ز: وأنه.

(٣) في ز: وادعى.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

[محضر في إثبات العصوبة]^(١):

مجلس القضاء في كورة بخارى قبل القاضي فلان رجل ذكر أنه يسمى أحمد بن عمر بن عبد الله بن عمر، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى أبو بكر بن محمد ابن عمر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن أسعد بن أحمد بن عبد الله بن عمر توفي، وخلف من الورثة زوجة له تسمى سارة بنت فلان بن فلان، وابنة له تسمى سعادة، وابن عم له هذا الذي حضر لما أنه ابن عمر، وأسعد المتوفى كان ابن أحمد، وأحمد والد هذا المتوفى مع عمر والد هذا الذي حضر كانا أخوين لأب أبوهما عبد الله بن عمر [توفي]^(٢)، وخلف من التركة في يد هذا الذي أحضره مع نفسه من الدنانير النيسابورية اثني عشر دينارًا، وصار ذلك بموته ميراثًا عنهم لهؤلاء على فرائض الله تعالى، للمرأة الثمن وللابنة النصف، والباقي لابن العم هذا وهذا الذي أحضره^(٣) في علم من ذلك، فواجب عليه تسليم نصيبه من ذلك، وذلك تسعة أسهم من أربعة وعشرين سهمًا، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٤)، فسئل، فأجاب بالفارسية: (مرا از ميراث خواركي اين مدعي معلوم نيست)، أحضر المدعي هذا نفرًا ذكر أنهم شهوده، وسألني الاستماع إلى شهادتهم فأجبته إلى ذلك، وهم فلان وفلان وفلان، فسمعت شهادة هؤلاء الشهود. والله تعالى أعلم.

[سجل هذه الدعوى]^(٥): يقول القاضي فلان إلى قوله: فشهد هؤلاء الشهود عندي بعدما استشهدوا عقيب دعوى [المدعي]^(٦) هذا، وإنكار المدعى عليه هذا شهادة صحيحة متفقة الألفاظ والمعاني، أوجب الحكم سماعها من نسخة قرئت

(١) في ز: صورة المحضر في الدعوى حضر.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: حضر.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: محضر في إثبات العصوبة.

(٦) سقط في ز.

عليهم، وهذا مضمون تلك النسخة: (كواهي من دسم كه اين سعد بن أحمد بن عبد الله بن عمر بمر دوازدي ميراث خواريك زن مانر سارة بنت فلان بن فلان ود حتروي سعادت واين مدعي أحمد بن عمر بن عبد الله بن عمر بسر عمر وي بود أزروي بدرير أنك أحمد)، وأشار إلى المدعي هذا (بسر عمر بود واين سعد متوفى بسر أحمد بود وعمر بدرين مدعى با أحمد بدرين متوفى برادر أن يدري بود ند بدر الشأن عبد الله بن عمر وبحزاز ايشان مرسه ميراث خواره ديل نميد انم وهذا).

فأتوا بالشهادة هذه [كذلك]^(١) على وجهها، ثم^(٢) يسوق السجل إلى قوله: فسألني هذا المدعي أحمد بن عمر بن عبد الله الحكم له بما ثبت له من ذلك عندي، وكتب ذكر في ذلك، والإشهاد عليه حجة له في ذلك، فأجبت إلى ذلك واستخرت الله تعالى، إلى قوله: وحكمت لهذا المدعي أحمد بن عمر بن عبد الله على هذا المدعى عليه أبي بكر بن محمد بن عمر في وجهه، وبمحضر من هذين المتخاصمين جميعاً في مجلس حكمي بكورة بخارى بثبوت وفاة أسعد بن أحمد بن عبد الله بن عمر، وبتحليفه من الورثة هذا المدعي ابن عم له لأب، وامرأة تسمى سارة بنت فلان، وبتتاً تسمى سعادة بشهادة هؤلاء الشهود المعدلين حكماً أبرمته إلى آخره.

[و]^(٣) إذا كان المدعي ابن عم [أب]^(٤) الميت، صورة المحضر في ذلك: حضر محمود بن طاهر بن أحمد بن [عبد الله بن عمر بن علي]^(٥)، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى الحسن بن عبد الله بن علي، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره أن عمر بن محمد بن عبد الله بن عمر توفي، وخلف من الورثة ابن عم له هذا الذي حضر؛ لما أن هذا الذي حضر ابن طاهر، وطاهر ابن أحمد، وعمر

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: و.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: علي بن عبد الله بن عمر.

المتوفى ابن محمد، ومحمد والد المتوفى هذا، وأحمد جد [هذا الذي حضر كانا أخوين لأب، أبوهما عبد الله بن عمر لا وارث له لهذا المتوفى سوى هذا الذي حضر، وفي يد]^(١) هذا الذي أحضره من تركة هذا المتوفى كذا كذا دينارًا [من الذهب]^(٢) نيسابورية، وصارت هذه الدنانير المذكورة بموته ميراثًا لهذا الذي حضر، وهذا الذي أحضره في علم من ذلك، فواجب على هذا الذي أحضره أداء جميع ذلك إليه، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٣)، فأجاب بالفارسية: (مرا از ميراث خواركي اين متوفى علم منست) أحضر المدعي نفرًا ذكر أنهم شهوده. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

سجل هذه الدعوى على نسق السجل المتقدم:

وإن^(١) كان المدعي [ابن]^(٢) ابن ابن عم الميت، فصورة المحضر فيه: حضر محمد بن محمود بن طاهر [بن أحمد]^(٣) بن عبد الله بن عمر بن علي، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى الحسن بن علي بن عبد الله، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن عمر بن محمد بن عبد الله بن عمر بن علي توفي، وخلف من الورثة ابن ابن عم له لأب هذا الذي حضر لما أن هذا الذي حضر ابن محمود ابن طاهر وطاهر والد هذا الذي حضر كان ابن أحمد وعمر، وعم المتوفى هذا كان ابن محمد، ومحمد والد هذا المتوفى، وأحمد والد هذا الذي حضر، كانا أخوين لأب أبوهما عبد الله بن عمر بن علي لا وارث له سوى هذا الذي حضر وخلف من التركة من الصامت في يد هذا الابن^(٤)، كذا كذا دينا نيسابورية، وصارت هذه الدنانير بموته ميراثاً له، وهذا الذي أحضره [معه]^(٥) في علم من ذلك إلى آخره. والله تعالى أعلم.

[وسجل هذا المحضر على النسق]^(٦) المتقدم أيضاً، فإن ادعى المدعى عليه في دفع دعوى المدعي في^(٧) هذه الصورة أنه أقر أولاً أنه من ذوي الأرحام، كان رضاء بدعوى العصوبة لمكان التناقض. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: فإن.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: الذي أحضره.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: سجل هذه الدعوى على نسق السجل.

(٧) في ز: على.

محضر في إثبات الوقفية :

حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر بحكم الإذن الصادر له من جهة القاضي فلان بإثبات الوقفية المذكورة في هذا المحضر على هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه صك صدقة أوردته مع نفسه، وينسخ الصك من أوله إلى آخره^(١)، ثم يكتب: فادعى جميع ما تضمنه هذا الصك من إيقاف فلان بن فلان الفلاني هذا هذه الضيعة المحدودة في هذا الصك الذي نسخ من هذا المحضر من خالص ماله وملكه على الشرائط والصك المذكور^(٢) فيه كما نطق به هذا المحمول نسخته إلى هذا المحضر من أوله إلى آخره بتاريخه وكون جميع هذه الضيعة المحدودة فيه ملكا لهذا المتصدق وفي يده إلى أن وقفها وسلمها إلى المتولي هذا هو المذكور اسمه ونسبه في الصك المحمول نسخته إلى هذا المحضر من أوله إلى آخره، واليوم جميع هذه الضيعة المذكورة المحدودة في هذا المحضر وقف وصدقة على الوجه المذكور فيه، وفي يد هذا الذي أحضره بغير حق، فواجب على هذا الذي أحضره معه تسليمها إلى هذا الذي حضر؛ ليراعي فيها شرائط الواقف، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٣) فسئل.

هذا إذا أتى المدعي بصك الوقف، وإن لم يكن في يد المدعي صك الوقف يكتب: فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع الضيعة التي هي عشر وبرات أرض متصلة بعضها ببعض إلى موضع جميعها في أرض قرية كذا من عمل كذا من قرى كورة بخارى بمحلة [كذا]^(٤) من ناحية^(٥) هذه القرية يدعي كذا،

(١) زاد في أ: وهذا مضمون الصك.

(٢) في أ: المذكورة.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: أرض.

فأحد حدودها جميعها لزيق طريق العامة، والطريق بهذه النسبة في هذا الموضوع واحد، والثاني والثالث كذلك، والرابع لزيق الطريق، والمدخل بحدودها كلها، وحقوقها ومرافقها وقف مؤبد حبيس معروف، وقفها وتصدق بها فلان بن فلان الفلاني في حال حياته وصحته، وبعد وفاته من خالص ماله وملكه على أن يستغل^(١) بأفضل وجوه الاستغلال^(٢)، فما يرزق الله تعالى من غلتها بدىء بما فيه عمارتها ومرمتها، والإصلاح لها.

ثم يصرف الفاضل من غلتها إلى إصلاح مسجد داخل كورة بخارى في محلة كذا يعرف بمسجد كذا أحد حدود هذا المسجد كذا، والثاني، والثالث كذا، والرابع كذا، ثم يصرف الفاضل منها إلى فقراء المسلمين، وكانت هذه الضيقة المحدودة فيه يوم الإيقاف المذكور فيه ملكاً لهذا الواقف وفي يده، وقد سلم الواقف هذا جميعها إلى ابنه فلان، أو إلى فلان الأجنبي بعدما جعله قيماً فيها متولياً لأمرها، وقبل فلان منه هذه القوامة، وهذه الولاية قبولاً صحيحاً، وقبض منه جميع ما بين وقفيتها فيه قبضاً صحيحاً، واليوم جميع ما بين حدودها ووقفيتها فيه وقف على الوجه المذكور فيه، وفي يد هذا الذي أحضره بغير حق، فواجب على هذا الذي أحضره معه تسليم جميع هذه الضيقة الموقوفة المحدودة [في هذا المحضر]^(٣) إلى هذا الذي حضر ليراعي فيها شروط الواقف هذا، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٤)، فسئل فأجاب بالفارسية: (مرا از اين وقفية اين محدود علم نيست وباين مدعى حاضر آمده بسروني نيست)، [أحضر المدعي]^(٥) إلى آخره. والله تعالى أعلم.

(١) في ز: يشتغل.

(٢) في ز: الاشتغال.

(٣) في ز: فيه.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

سجل هذه الدعوى وهذا المحضر:

يقول فلان القاضي، ويذكر دعوى المدعي بكماله^(١)، وشهادة شهود المدعي مع الإشارات في مواضعها بتمامها، إلى قوله: وحكمت بجميع ما ثبت عندي من كون هذه الضيعة المحدود فيه وقفاً صحيحاً من جهة فلان على الشرائط المبينة، والسبل المذكورة فيه من خالص ماله، وملكه، وتسليمه إياها إلى فلان، بعدما جعله متولياً بمسألة المدعي هذا الذي حضر [على هذا الذي]^(٢) أحضره [معه]^(٣)، بشهادة هؤلاء الشهود المعدلين، وكونها في يد المدعى عليه هذا بغير حق في [مجلس]^(٤) قضائي بين الناس إلى آخره.

وإن كان الواقف قد رجع عما وقف بعدما سلم إلى المتولي، فصورة المحضر أن يكتب أوله على نحو ما بينا، ثم يكتب: فادعى هذا الذي حضر المأذون من جهة القاضي فلان في إثبات الوقفية المذكورة فيه على هذا الذي أحضره [معه]^(٥)، وهو الواقف أنه وقف جميع الضيعة التي في موضع كذا، حدودها كذا من خالص ماله وملكه في حال حياته على الشرائط المذكورة فيه، وإن هذا الواقف سلم جميع الضيعة المحدودة المذكورة وقفيتها فيه إلى فلان المتولي، وإنه قد بدا لهذا المتصدق الرجوع عن هذه الوقفية على قول من يرى الوقف غير لازم، فأزالها عن يد المتولي، وأعادها إلى سائر أملاكه، فوجب عليه قصر يده عنها، وتسليمها إلى المتولي ليراعي شرائط الوقفية هذه فيها، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٦)، فسئل، فأجاب بالفارسية: (أين محدود ويست ودودست من وبكسي برد ني ني). والله تعالى أعلم.

(١) في ز: بتمامه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

سجل هذا المحضر إلى قوله : وحكمت على فلان بن فلان الواقف هذا في وجهه بمسألة هذا المدعي بصحة الوقفية المذكورة [فيه، ولزومها]^(١)، وأبطلت رجوعه عنها، وقصرت يده عنها عملاً بقول من يرى هذه الوقفية لازمة من علماء السلف، وسلمتها إلى متوليها فلان بعد ما ثبت عندي هذا الإيقاف والتصديق المذكور فيه، ويتم السجل . والله تعالى أعلم .



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى الشفعة:

حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره مع نفسه أن هذا الذي أحضره معه اشترى دارًا في كورة كذا في محلة كذا في سكة كذا، أحد حدود هذه الدار، والثاني والثالث والرابع كذا، اشتراها بحدودها وحقوقها، وجميع مرافقها الداخلة فيها، وجميع مرافقها الخارجة منها بكذا درهمًا وزن سبعة، وأنه قبض هذه الدار، وصارت في يده، وأن هذا الذي حضر شفيع هذه الدار بالجوار جوار ملازقة بدار [هي]^(١) ملكه بجوار هذه الدار المشتراة، أحد حدودها والثاني والثالث والرابع كذا، وإن هذا الذي حضر علم بشراء هذا الذي أحضره معه الدار المشتراة المحدودة في هذا المحضر، وأنه طلب منفعتها كما علم بشرائها طلب مواثبة^(٢) من غير لبث وتفريط، ثم أبى المشتري، وهو هذا الذي أحضره مع نفسه قد^(٣) كان أقرب إليه من الدار المشتراة المحدودة في هذا المحضر، وطلبها منه لشفعته فيها، وأشهد على ذلك كله شهودًا، وأنه على طلبه اليوم، وقد أحضر الثمن المذكور فيه، وهذا الذي أحضره معه في علم من كون هذا الذي حضر شفيع هذه الدار المشتراة، ومن طلبه الشفعة حين علم بشراء هذا الذي أحضره معه طلب المواثبة من غير لبث وتقصير، ومن إتيانه المشتري هذا بعد ذلك من غير تأخير، وإشهاده على طلب الشفعة بحضرته، فواجب عليه أخذ الثمن هذا، وتسليم الدار المشتراة المحدودة في هذا المحضر إلى هذا الذي حضر وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٤)، فسئل.

فبعد ذلك الحال لا يخلو: إما أن يقر هذا المدعى عليه بشراء الدار المحدودة في

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: متوليه.

(٣) في ز: فإن.

(٤) سقط في ز.

هذا المحضر بالثمن المذكور وينكر كون هذا شفيعها بالدار التي حدها، وينكر كون الدار التي حدها المدعي هذا ملكاً للمدعي هذا، وفي هذا الوجه يكتب بعد جواب المدعى عليه: أحضر المدعي هذا عددًا^(١) من الشهود، وهم فلان وفلان وفلان^(٢)، وسأل من القاضي الاستماع إلى شهادتهم، فأجابه القاضي إلى ذلك، فشهد كل واحد منهم بعد الاستشهاد عقيب دعوى المدعي هذا، والجواب من المدعى عليه بالإنكار من نسخة قرئت عليهم.

ومضمون تلك النسخة: (كوا هي ميدهم كه خان كه لفلان موضع است حدها وي كذا وكذا وجنا نكر أين مدعي يا دكرده است در جوار أين خانه كه خديده شده است ملكه أين مدعي بيش إز انك أين مدعى عليه وين خانه موضع وحدود وي درين محضر يا دكرده شده است نحر یرن وبر ملكوي ما ندتا امروز وأمرور أين خانه ملكه أين مدعي است).

فبعد ذلك ينظر: إن كان المدعى عليه مقرًا بطلب المدعي الشفعة طلب موثبة، وطلب إسهاد، فلا حاجة للمدعي إلى إقامة البينة على ذلك، وإن كان منكرًا لذلك يكتب: (ويمين كو إيان نز كوا هي وأوند كه أين مدعي راجون نجر وأوند نجر يدن أين مدعى عليه مر أين خانه را كه مدعي دعوى منفعة وي ميكر وهمان ساعت شفعة أين خانه طلب كود بي تا خر ودرنك وبنز ديكر أين مشتري آيد كه أين مشتري نز ديكرت أو دبري إزیز خانه كه خر ده شدا ست بي تا خر وكواه كروا نيديا دارو ياروي أين فريده بر طلب كردن خویش شفعة أين خانه كه حدود وي دراین محضر باد كرده شده است وامرو دبرهان طلبت ووي حق ترست بدین خانه كه خريدن وي درين محضر ياد كرده شده است ازین فريده).

وإن كان المدعى عليه أنكر شراء هذه الدار المحدودة، وأقر بما سوى ذلك من

(١) في ز: عدة.

(٢) زاد في ز: وفلان.

جوار المدعي، وطلبه الشفعة بالطلبين يحتاج المدعي إلى إثبات الشراء عليه، فيكتب في المحضر: فسأل القاضي فلاناً المدعى عليه عما ادعى عليه فلان المدعي من شرائه الدار المحدودة في هذا المحضر، وقبضه إياها، فأنكر فلان المدعى عليه الشراء والقبض على ما ادعاه المدعي، فأحضر المدعي نفراً، ذكر أنهم شهوده، وهم فلان وفلان وفلان إلى آخره، فشهد كل واحد منهم بعد الاستشهاد عقيب دعوى المدعي هذا، والجواب من المدعى عليه هذا بالإنكار: (كواهي ميدهم كه فلان بن فلان المدعي هذا الذي أحضره بخريد أنه فلان بن فلان خائزه راکه موضع وحدود وي درين محضر ياد کرده شداه است مهديني بها واين مدعى عليه مراين خانه را قبض کرد وامروز در دست ويست واين مدعى سرا وار ترست بدین خانه بحکم شفعة جوار بخانه كه ملك اين مدعى است درهماً يكي اين خانه كه فريده شده است جنانك دراين محضر ياد کرده شده است).

وإن كان المدعي [من الابتداء]^(١) أنكر الطلبين، وأقر بما سوى ذلك، يكتب في المحضر: أحضر المدعي نفراً ذكر أنهم شهوده، فشهد كل واحد منهم: (كواهي سيدهم كه جون اين مدعي راجون خبر داد ند بخريدن اين مدعي عليه اين خانه راکه درين محضر ياد کرده شده است خريدن وي وي شفعة طلب کرد مراين خانه را طلبت موافقة بي يسمح درنك وتاجر وبنزدك خريده اين مدعي رفت كه وي نزد يكثر بود بوي بي يسح درنك وتأخير) إلى آخره.

وإن كان المدعي يدعي الشفعة بسبب الشركة [في المشتري]^(٢)، يكتب في المحضر: فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضره معه اشترى من ضيعة كذا نصفها، وذلك سهم من سهمين مشاعاً غير مقسوم، وإن هذا الذي حضر شفيعه شفعة شركة إذ النصف الآخر من هذه الضيعة المحدودة،

(١) في ز: ابتداء.

(٢) في ز: المشتري.

وهو سهم [واحد]^(١) من سهمين مشاعًا ملكه [وحقه]^(٢). والله تعالى أعلم.
 سجل [هذا المحضر]^(٣): يقول القاضي فلان إلى قوله: وحكمت على فلان بن
 فلان المدعى عليه [هذا]^(٤) في وجهه بمسألة المدعى عليه هذا بجميع ما ثبت عندي
 بشهادة هؤلاء الشهود من شراء المدعى عليه هذه الدار المحدودة فيه في يد المدعى
 عليه هذا يوم الخصومة، ومن كون المدعى هذا المدعي شفيحًا لهذه الدار المشتراة
 بالجوار، جوار ملازقة على النحو المذكور فيه، ومن طلب المدعي هذا حين أخبر
 بالشراء المذكور فيه الدار المحدودة [الطلبين]^(٥)، طلب المواثبة، وطلب الإشهاد،
 وقضيت للمدعي هذا بالشفعة في الدار المحدودة المذكورة شراؤها فيه بالثمن
 المذكور فيه [المنقود إلى المدعى عليه هذا]^(٦)، وأمرت المدعى هذا بتسليم الثمن
 المذكور فيه المنقود إلى المدعى عليه هذا وأمرت المدعى عليه بتسليم الدار
 المحدودة فيه إلى المدعي هذا، وكان ذلك كله مني في مجلس قضائي على ملاء من
 الناس في وجه المتخاصمين هذين إلى آخره. والله تعالى أعلم.



-
- (١) سقط في ز.
 (٢) سقط في ز.
 (٣) في ز: هذه الدعوى.
 (٤) سقط في ز.
 (٥) سقط في ز.
 (٦) سقط في ز.

محضر في دعوى المزارعة:

يجب أن يعلم أن الخصومة بين المزارع ورب الأرض قد تقع قبل المزارعة وقد تقع بعد، فإن كان قبل المزارعة، فإنما تتوجه الخصومة إذا كان [البذر]^(١) من قبل المزارع، فأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض، فلا^(٢) تتوجه الخصومة؛ لأن لرب الأرض أن يمتنع عن المضي على المزارعة في هذه الصورة، ثم إذا كان البذر من قبل المزارع، وأراد إثبات المزارعة، يكتب في المحضر: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(٣) أن هذا الذي حضر أخذ من هذا الذي أحضره معه جميع الأراضي التي هي له بقرية كذا من رستاق كذا، وبين حدودها مزارعة ثلاث سنين، أو سنة واحدة على ما يكون الشرط بينهما من لدن تاريخ كذا إلى كذا، على أن يزرعها ببذره، وبقره وأعوانه ما بدا له من غلة الشتاء والصيف، ويسقيها ويتعهدا على أن ما أخرج الله تعالى من شيء من ذلك، فهو [بينهما نصفان]^(٤)، وإن هذا الذي أحضره معه دفع هذه الأراضي إليه مزارعة بهذا^(٥) الشرط مزارعة صحيحة مستجمعة شرائط الصحة، ثم إن هذا الذي أحضره يمتنع عن تسليم هذه الأراضي ليزرعها فواجب عليه تسليم هذه الأراضي إليه ليزرعها فواجب عليه تسليم هذه الأراضي إليه بحق هذه المزارعة، وطالبه بالجواب عن ذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٦)، فسئل فأجاب.

وإن كان للمزارع صك، يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضر معه جميع ما تضمنه صك أوردته هذا نسخته: بسم الله الرحمن الرحيم وينسخ ما نطق به الصك من أوله إلى [آخره]، ثم يكتب: ادعى عليه جميع ما تضمنه الصك هذا

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: لا.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: بيننا.

(٥) في ز: على.

(٦) سقط في ز.

المحمول نسخته إلى هذا المحضر من الدفع والأخذ مزارعة بالنصف المذكور في الصك، على ما نطق به الصك من أوله إلى^(١) آخره بتاريخه، وإن الواجب على هذا الذي أحضره معه تسليم هذه الأراضي بحق هذه المزارعة، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٢).

وإن كانت المزارعة بعد الزراعة، فإن كانت الغلة قائمة في الأرض يكتب المحضر على المثال الأول، إلى قوله: مزارعة صحيحة مستجمعة شرائط الصحة، ثم يكتب: وإنه زرعها حنطة مثلاً ببذره وبقره، وأعوانه، واليوم [هي]^(٣) قائمة ثابتة فيها، ويذكر أنها سنبل، أو^(٤) قصيل على نحو ما يكون، وإن جميع ذلك بينهما بالشرط المذكور [فيه نصفان]^(٥)، وإن هذا الذي أحضره مع نفسه يمنعه عن العمل فيها، والحفظ بغير حق، فواجب عليه قصر يده عن ذلك، وترك التعرض له إلى أن يدرك الزرع، فيقبض هو حصته لنفسه بعد الحصاد، وطالبه بذلك، وسأل مسألته.

وإن كان الزرع قد أدرك واستحصد، فالمزارعة تكون في الخارج، فيكتب في المحضر على نحو ما ذكرنا، إلا أن هاهنا لا يكتب: وهي قائمة باقية فيها، ولكن يكتب: وإنه زرعها حنطة ببذره وبقره، وقد أدرك الخارج واستحصد، وإنه مشترك بينهما بالشرط المذكور فيه نصفان، وإن هذا الذي أحضره [معه]^(٦) يمنعه عن أخذ حصته من ذلك وهو كذا، وطالبه بالجواب [عنه]^(٧)، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٨) فسئل فأجاب. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: و.

(٥) في ز: نصفين.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

محضر في إثبات الإجارة:

رجل آجر أرضه من إنسان مدة معلومة بأجر معلوم؛ ليزرع فيها ما بدا له من الحنطة، أو الشعير أو غير ذلك، ويسلم الأرض إلى المستأجر، ثم إن المؤاجر أحدث يده على الأرض قبل مضي المدة، واحتاج المستأجر إلى إثبات عقد الإجارة، فإن كان لعقد الإجارة صك كتبه المستأجر لنفسه وقت عقد الاستئجار ليكون حجة له، وأشهد على ذلك، يكتب في المحضر: حضر وأحضر، فادعى [هذا الذي حضر على هذا الذي أحضر معه جميع ما تضمنه صك الإجارة هذا نسخته، ويحول صك الإجارة في المحضر من أوله إلى آخره، ثم يكتب بعد الفراغ عن تحويل صك الإجارة: ادعى هذا الذي حضر على^(١) هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه صك الإجارة المحول نسخته إلى هذا المحضر من إجارة هذه الأراضي المبين موضعها وحدودها في هذا الصك المحول إلى هذا المحضر، واستئجارها المدة المضروبة بالأجرة المذكورة فيه، وتسليمه هذه الأراضي المعقود عليها، وتسلمها كما نطق بذلك [كله]^(٢) هذا الصك المحول نسخته إلى هذا المحضر من أوله إلى آخره بالتاريخ [المؤرخ]^(٣) فيه.

ثم إن هذا الآجر الذي أحضره معه أحدث يده على هذه الأراضي المحدودة فيه قبل مضي مدة هذه الإجارة من غير فسخ جرى بينهما بغير حق، فواجب عليه قصر يده عنها، وتسليمها إلى هذا المستأجر ليتفح [بها]^(٤) من حيث الزراعة تمام المدة المضروبة فيه، وطالب بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٥) فسئل، فأجاب بالفارسية، والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

سجل هذه الدعوى: صدر على الرسم الذي تقدم ذكره إلى قوله: وثبت عندي استئجار فلان هذا الذي حضر الأراضي المبين حدودها في هذا الصك المحول [إلى هذا المحضر]^(١) المدة المذكورة [فيه]^(٢) بالبدل المذكور في الصك المحول فيه من هذا الذي أحضره [معه]^(٣)، وإثبات هذا الذي أحضره معه يده على هذه الأراضي المبينة قبل مضي مدة هذه الإجارة من غير فسخ جرى من أحد هذين المتخاصمين بغير حق، فحكمت بثبوت جميع ذلك من استئجار فلان هذا^(٤) الذي حضر إلى آخره، [يكتب قوله: فحكمت عند قوله: ثبت عندي]^(٥).

وإن لم يكن لعقد الإجارة صك، يكتب في المحضر: ادعى هذا الذي [حضر على هذا الذي]^(٦) أحضره معه أن هذا الذي أحضره معه أجر من هذا الذي حضر جميع الأراضي التي [هي]^(٧) ملك هذا الذي أحضره معه بقرية كذا من رستاق كذا، ويبين حدودها، سنة أو سنتين [أو ثلاث سنين]^(٨) من لدن تاريخ كذا، إلى كذا بكذا، ليزرع فيها ما بدا له من غلة الشتاء والصيف إجارة صحيحة، وإن هذا الذي حضر استأجر هذه الأراضي المحدودة المذكورة بهذا البدل المذكور بالشرط المذكور فيه إجارة صحيحة إلى آخر ما ذكرنا.

وفي الإجارة الطويلة المرسومة ببخارى: إذا وقع التسليم والتسلم، ثم أحدث الآخر يده على المستأجر قبل مضي المدة من غير فسخ جرى بينهما، واحتاج

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: لهذا.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

المستأجر إلى إثبات الإجارة، يكتب المحضر على نحو ما ذكرنا، وإذا انفسخت الإجارة الطويلة بفسخ المستأجر في أيام الاختيار بمحضر من المؤاجر، فطلب المستأجر الأجر برد^(١) بقية مال الإجارة، والآجر ينكر الإجارة، ويحتاج المستأجر إلى إثباتها كيف يكتب في المحضر؟ فإن كان للمستأجر^(٢) صك الإجارة يحول الصك إلى المحضر على ما ذكرنا، ثم بعد الفراغ من تحويل الصك يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه جميع ما تضمنه هذا الصك من الإجارة والاستئجار بالشرائط المذكورة فيه، وتعجيل الأجرة، وتعجلها، وتسليم المعقود عليه وتسلمه، وضمنان الدرك كما ينطق به صك الإجارة المحول [نسخته إلى هذا المحضر من أوله إلى آخره.

وإن كان هذا المستأجر فسخ هذا العقد المذكور في الصك المحول]^(٣) نسخته إلى هذا المحضر في أيام الاختيار بمحضر من هذا الآجر الذي أحضره مع نفسه فسحاً صحيحاً، وقد ذهب من هذه الأجرة المذكورة فيه كذا بمضي ما مضى من مدة [هذه الإجارة إلى وقت فسخ المستأجر هذه]^(٤) الإجارة، فواجب على هذا الآجر إيفاء بقية مال الإجارة^(٥) المفسوخة إلى هذا الذي حضر، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

سجل هذا المحضر: الصدر على الرسم إلى قوله: وثبت عندي، وعند ذلك يكتب: وثبت عندي استئجار فلان جميع هذه الأراضي المحدودة في الصك [المحول نسخته]^(٦) هذه المدة المذكورة بالبدل المذكور بالشرائط المذكورة في هذا

(١) في ز: يرد.

(٢) في أ: للمشتري.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) زاد في ز: في.

(٦) سقط في ز.

الصك، وتعجيل الأجرة وتعجلها، وتسليم المعقود عليه وتسلمه، وإن المستأجر هذا الذي حضر فسخ هذا العقد في أيام الفسخ بمحضر من هذا الأجر هذا الذي أحضره معه، ووجب على الأجر هذا إيفاء بقية مال الإجارة، وذلك كذا إلى هذا المستأجر، ثم يقول: وحكمت بجميع ما ثبت عندي بذلك، عند قوله: وحكمت بجميع ما ذكر، عند قوله: ثبت عندي. والله تعالى أعلم.

وإن كانت الإجارة قد انفسخت بموت الأجر يكتب المحضر على ورثة الأجر على المثال الذي يكتب على الأجر لو كان حيًا، ويزيد فيه: وإن هذه الإجارة قد انفسخت بموت فلان الأجر هذا، وذهبت [بمضي]^(١) المدة الماضية إلى وقت موت الأجر هذا من هذه الأجرة المذكورة في هذا المحضر كذا، وبقي كذا، وصار بقية مال الإجارة دينًا في تركة هذا الأجر المتوفى، ويتم المحضر على نحو ما تقدم. والله تعالى أعلم.

سجل هذا المحضر [كما بينا]^(٢)، إلا أنه يزيد بذكر وفاة [الأجر هذا، وانتقاض]^(٣) الإجارة بوفاته، ووجوب رد الباقي من الأجرة المعجلة على الأجر، وذلك كذا على وارث الأجر^(٤)، هذا الذي حضر.

وإن كان المستأجر قد مات، والأجر حي إلا أنه ينكر، واحتاج ورثة المستأجر إلى إثبات الإجارة وفسخها، يكتب^(٥) المحضر على المثال^(٦) الذي ذكرنا، غير أنه يزيد فيقول: وانفسخت هذه الإجارة بموت المستأجر فلان، وخلف من الورثة ابناً له هذا الذي حضر، وقد ذهب من هذه الأجرة المذكورة فيه بمضي ما مضى من المدة

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: على ما قلنا.

(٣) في ز: المستأجر هذا أو يتعارض.

(٤) في ز: المؤاجر.

(٥) في ز: ويكتب.

(٦) في ز: فلان.

من وقت [عقد هذه الإجارة]^(١) إلى وقت موت المستأجر كذا، وبقي كذا وصارت بقية مال الإجارة المفسوخة ميراثاً من المستأجر المتوفى هذا لوارثه هذا الذي حضر، وهذا الآجر في علم من ذلك، فواجب [عليه رد]^(٢) بقية مال الإجارة المفسوخة إليه، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

[قال رضي الله عنه]^(٣): ورأيت سجلاً مكتوباً عن^(٤) جدي الشيخ القاضي الإمام الأجل جمال الدين شمس الإسلام نهر المسلمين مقتدى الأمة أبي بكر محمد بن أحمد بن عبد الرحمن رحمه الله، بثبوت مال الإجارة المنسوخة بوفاة الآجر ديناً في تركته للمستأجر.

صورته: ثبت عندي بالبينة التي قامت عندي في مجلس قضائي بكورة بخارى مستجمعة شرائط [صحة]^(٥) قبولها، ووجوب القضاء بها لأحمد بن دينار، ودينار كان هندياً معتق المهر، محمود أبي الحسن اللباد المعروف بمهر مهران أنه كان استأجر من السيد عمر بن عثمان بن عبد الرحمن الحسني السارقوني، جميع أصل الكرم المحوط المبني^(٦) بقصره الذي موضعه في أرض قرية سارقون من قرى بخارى، من عمل فرغند وشربه من نهر مائه حده الأول لزيق أرض لهذا الآجر يوم الإجارة والاستئجار، والثاني كذلك، والثالث كذلك، ولزيق أرض^(٧) لمحمد بن إدريس، والرابع لزيق أرض هذا الآجر يومئذ، والمدخل فيه بحدوده كلها، وحقوقه وجميع مرافقه التي هي له من حقوقه بعد عقد معاملة صحيحة جرى بينهما في

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: على أداء.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: على.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: الطيبي.

(٧) في ز: أيضا.

استتجار هذا الكرم المحدود فيه وزراجينه وقضبانه، [بشرائط الصحة]^(١) كلها .
 وكان استأجر منه أصل هذا الكرم المحدود فيه ثلاثين سنة متوالية، أولها:
 العشرون من شهر ربيع^(٢) الأول من شهور سنة اثنتين وخمسمائة، [بمائة]^(٣)
 وخمسين درهماً غطريفية بخارية سوداء قديمة [منتقدة]^(٤) جيدة على أن يكون تسع
 وعشرون سنة منها من أوائلها بخمسة دراهم غير سدس درهم من الأجرة المسماة
 فيه، والسنة الأخيرة تنمة هذه الثلاثين سنة ببقية هذه الأجرة المسماة فيها، وإن السيد
 عمر بن عثمان هذا كان أجره منه هذه المدة المذكورة فيه بهذا البدل المذكور فيه
 بالشرائط المذكورة فيه استتجاراً صحيحاً، وإجارة صحيحة، وجرى التقابض بينهما
 في البديلين المذكورين .

ثم إن هذا الأجر المسمى فيه توفي قبل مضي سنة واحدة في مدة هذه الإجارة،
 وانفسخت ببقية هذا العقد بوفاته، وصارت هذه الأجرة المقبوضة المسماة فيه ديناً في
 تركته لهذا المستأجر كلها غير سدس درهم منها، فقد ذهب بعض هذا السدس
 بمضي ما مضى من مدة هذه الإجارة إلى وقت وفاة هذا الأجر، وبعضه بإبراء
 المستأجر إياه عنه، وإن هذا المتوفى خلف من الورثة السيد إبراهيم ابناً له بالغا،
 وورثة أخرى له، وقد خلف من التركة من ماله في يد ابنه إبراهيم ما يفي بجميع هذا
 الدين وزيادة، وحكمت لأحمد بن دينار هذا بمسألته على السيد إبراهيم هذا بمحضر
 منهما في وجوههما بثبوت جميع ذلك لأحمد بن دينار هذا حكماً أبرمته وقضاءً
 نفذته، بعد استجماع شرائط صحة الحكم، وجوازه بذلك عندي في مجلس قضائي
 بين الناس بكورة بخارى، وكلفت هذا المحكوم عليه قضاء هذا الدين مما في يده

(١) في ز: وشرائطه الصحيحة .

(٢) في ز: مارس .

(٣) سقط في ز .

(٤) في ز: منعقدة .

من تركة والده المتوفى المسمى فيه ، وتركته وكل ذي حق وحجة ، ودفع على حقه وحجته ، ودفعه متى أتى به يوماً من الدهر ، وأمرت بكتب^(١) هذا السجل بمسألة هذا المحكوم له حجة له في ذلك ، وأشهدت عليه حضور مجلسي ، وذلك كله مني في اليوم الأول من رجب شهر الله الأصم من شهور سنة ثلاث وخمسمائة .



(١) في ز: أن يكتب .

محضر في إثبات الرجوع في الهبة:

يكتب في المحضر: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه، أن هذا الذي حضر وهب لهذا الذي أحضره معه^(١) كذا هبة صحيحة، وإن هذا الذي أحضره معه قبض ذلك منه في^(٢) مجلس العقد قبضاً صحيحاً، وإن الموهوب هذا قائم في يدي الذي أحضره [معه هذا لم يزد في يديه، ولم يتغير عن حاله، وإن هذا الذي أحضره لم يعوض هذا الذي حضر]^(٣) عن هبته هذه شيئاً، فرجع هذا الذي حضر في تلك الهبة، وطالب^(٤) الذي أحضره بتسليمها إليه بحق الرجوع، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٥). والله تعالى أعلم.



-
- (١) في ز: له.
 (٢) في ز: وفي.
 (٣) سقط في ز.
 (٤) في ز: فطالبه.
 (٥) سقط في ز.

سجل هذا المحضر:

[على نحو ما تقدم، و^(١) يكتب في موضع الثبوت: وثبت عندي جميع ما شهد به هؤلاء الشهود من هبة فلان^(٢) هذا الذي حضر كذا من فلان هذا الذي أحضره معه هبة صحيحة، ومن قبضه ذلك منه في مجلس العقد قبضاً صحيحاً، ومن رجوع هذا الذي حضر في هبته على ما شهد به الشهود، فحكمت بصحة رجوعه في هبته هذه، وفسخت الهبة، وأعدت الموهوب هذا إلى قديم ملك الواهب هذا، وأمرت الموهوب له هذا برد الموهوب هذا على واهبه هذا، ويتم السجل. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: كذا.

محضر في إثبات منع الرجوع في^(١) الهبة:

ادعى هذا الذي حضر في دفع دعوى هذا الذي أحضره معه؛ وذلك؛ لأن هذا الذي أحضره معه ادعى على هذا الذي حضر أولاً أنني وهبت منك كذا إلى آخره، ورجعت فيها، فادعى هذا الذي حضر في [دفع]^(٢) دعواه هذا أن الموهوب هذا قد ازداد في يديه زيادة متصلة، وإن رجوعه ممتنع، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: عن.

(٢) سقط في ز.

محضر في إثبات الرهن :

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر رهن من هذا الذي أحضره معه كذا ثوبًا، [و]^(١) يبين صفته بكذا دينارًا رهنًا صحيحًا، وإن هذا الذي أحضره معه ارتهن هذا الثوب المذكور منه بهذه الدينانير المذكورة ارتهائًا صحيحًا، وقبضه منه بتسليمه إليه قبضًا صحيحًا، واليوم هذا الثوب المذكور رهن في يد هذا الذي أحضره معه، وإن هذا الذي حضر قد أحضر هذا المال، فواجب على هذا الذي حضر^(٢) قبض هذا المال، وتسليم هذا الرهن إليه، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٣). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أحضره.

(٣) سقط في ز.

محضر في دعوى شركة العنان:

صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي حضر اشترك مع هذا الذي أحضره معه شركة عنان في تجارة كذا، على أن رأس مال كل واحد منهما كذا، على أن يتصرفا في مال الشركة كذا، ويتصرف كل واحد منهما برأيه على أن ما حصل من الربح فهو بينهما نصفان، وما كان من [وضيعة أو]^(١) خسران، فهو عليهما على قدر رأس مال كل واحد منهما، وأحضر كل واحد منهما رأس ماله في مجلس الشركة، وخلطاهما حتى صار المالان مالا واحداً، وجعلا جميع مال الشركة في يد هذا الذي أحضره معه، وإن تصرف فيه، وربح كذا وكذا، فواجب عليه الخروج من رأس ماله، ومن حصته من الربح، وذلك كذا وكذا، وإن كان [على الشركة]^(٢) صك ينسخ الصك على مثال ما تقدم.

ثم يكتب في المحضر^(٣): ادعى عليه جميع ما تضمنه الصك من الشركة في المال المبين قدره فيه بالربح المشروط فيه، وخلط كل واحد منهما رأس ماله برأس مال صاحبه على ما نطق^(٤) به الصك من أوله إلى آخره [بتاريخ كذا، وجعلهما]^(٥) جميع مال الشركة في يد هذا الذي [أحضره معه، وإن هذا الذي أحضره]^(٦) ربح كذا وكذا، فواجب عليه رد رأس المال هذا الذي حضر مع حصته من الربح إلى [هذا]^(٧) الذي حضر رأس ماله كذا، وحصته من الربح كذا، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.

-
- (١) في أ: حط و.
 - (٢) في ز: بالشركة.
 - (٣) في أ: الصك.
 - (٤) في ز: ينطق.
 - (٥) في ز: بتاريخه وجعلا.
 - (٦) في ز: حضر.
 - (٧) سقط في ز.

محضر في دفع هذه الدعوى:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعوى هذا الذي أحضره معه قبل هذا الذي حضر شركة عنان برأس مال كذا، و^(١) دعواه قبله رد رأس ماله، وحصته من الربح، ادعى عليه في دفع هذه الدعوى أنه مبطل في هذه الدعوى لما أنه قاسمه المال، وسلم إليه رأس ماله، وحصته من الربح، وإنه أخذ جميع ذلك منه بتسليمه جملة ذلك إليه، ويتم المحضر.

(١) في ز: أو.

محضر في إثبات الاستصناع:

صورة الاستصناع: أن يدفع رجل إلى رجل حديدًا أو نحاسًا ليصوغ له إناء، أو ما أشبه ذلك، فإن وافق شرطه، فليس للصانع أن يمتنع من الدفع، ولا للمستصنع أن يمتنع عن القبول، وإن خالفه كان للمستصنع الخيار، إن شاء ضمنه حديدًا مثل حديده، والإناء للصانع، ولا أجر له، وإن شاء أخذ الإناء، وأعطى الصانع أجر مثل عمله لا يجاوز به المسمى، فإن وافق شرطه، وامتنع عن التسليم يكتب في المحضر: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أنه دفع إليه من النحاس كذا مئًا وأمره أن يصوغ له منه إناء كذا صفته كذا بأجر كذا ودفع إليه الأجرة، وأنه قد صاغ^(١) هذا الإناء على موافقة شرطه، وأنه يمتنع عن تسليم الإناء إليه، وطالبه بذلك، وسأل مسألته عن ذلك، فسئل فأجاب بالفارسية.

فإن^(٢) كان الصانع خالف الشرط، وأراد المستصنع أن يضمه حديدًا [مثل حديده]^(٣) يكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أنه دفع إليه كذا مئًا من النحاس، صفته كذا ليصوغ إناء له [من ذلك صفته كذا]^(٤) بأجر كذا، ودفع إليه الأجر، فصاغه بخلاف ما شرط له، فلم يرض^(٥)، فواجب عليه رد مثل النحاس والأجر المذكور المبين قدرهما وصفتهما فيه، وطالبه بذلك، وسأل مسألته عن ذلك، فسئل. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: صاغه.

(٢) في ز: وإن.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) زاد في ز: بنحو.

محضر في إثبات القود:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضره معه قتل أباه فلان بن فلان الفلاني عمداً بغير حق بسكين حديدي ضربه به وجرحه [جرحاً]^(١)، فهلك من هذا الضرب ساعته، ووجب عليه القصاص في الشرع، وإن لم يكتب: فهلك ساعتئذٍ^(٢)، وكتب: فلم يزل صاحب فراش حتى مات فذلك يكفي^(٣)، وكذلك لو كتب: [فهلك]^(٤)، ولم يكتب: فهلك من ذلك الضرب، فذلك يكفي أيضاً، ثم يكتب: وخلف هذا المقتول ابناً لصلبه هذا الذي حضر، لا وارث له سواه^(٥)، وإن له حق استيفاء القصاص منه في الشرع فواجب عليه التمكين من نفسه حتى يستوفي منه القصاص وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٦)، وكذلك إذا ضربه بالسيف، أو الرمح، وكذلك إذا ضربه بآلة أخرى، أو بالإشقي^(٧) والإبرة.

والحاصل: أنه لا بد لوجوب القصاص من^(٨) القتل بالحديد سواء كان الحديد سلاحاً، أو لم يكن سلاحاً، وسواء كان له حد يوضع، أو ليس له حد كالعمود وسنجة الميزان، [هذا]^(٩) على رواية «الأصل».

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا قتل بسنجة حديد، أو عمود [لا حد]^(١٠) له، لا يجب القصاص، [وعلى قولهما: إن كان الغالب منه الهلاك يجب

- (١) سقط في ز.
- (٢) في ز: من ساعته.
- (٣) في أ: يكتفى به.
- (٤) سقط في ز.
- (٥) في ز: غيره.
- (٦) سقط في ز.
- (٧) في ز: بالوسيفي.
- (٨) في ز: زمن.
- (٩) سقط في ز.
- (١٠) في أ: ولا حدة.

القصاص، وإن لم يكن الغالب منه القصاص لا يجب^(١)، فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله على رواية «الأصل» ألحقا الحديد الذي لا حد^(٢) له بالسيف، وعلى رواية الطحاوي ألحقاه بالخشب. والجواب في الخشب عندهما على التفصيل إن كان الغالب منه الهلاك يجب القصاص، وما لا فلا.

وكذلك إن ترك المقتول أبًا وأمًا، أو ابنة أو امرأة أو أخًا؛ لأن الإرث يجري في القصاص عندنا، ويثبت حق الاستيفاء لكل من كان وارثًا له، فيكتب على نحو ما ذكرنا في الابن، وإن ترك المقتول له عددًا من الورثة، فحق إثبات القصاص لكل واحد من أحاد الورثة، وحق الاستيفاء لكل إذا كان الكل بالغين، وإن كان بعضهم صغارًا وبعضهم كبارًا، ففي ثبوت حق الاستيفاء للكبير خلاف معروف، وإن كان القاضي ممن لا يرى ولاية الاستيفاء للكبير يكتب المحضر باسم الكبير، ثم يكتب أسماء جميع الورثة في المحضر عند ذكر قوله: وخلف هذا المقتول من الورثة كذا أولادًا، يذكر الصغار والكبار، ثم يكتب: وإن لهذا الكبير حق استيفاء القصاص، ويتم المحضر. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في أ: حدة.

محضر في إثبات الدية:

يكتب في المحضر: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضره معه قتل أباه خطأ، فإنه كان رمى بسهم ذي نصل من الحديد إلى صيد قد رآه، فأصاب ذلك السهم أباه فجرحه، ومات من ذلك من ساعته، أو لم يقل: فمات من ساعته، ولكن قال: فلم يزل صاحب فراش، فذلك يكفي، بل قال: فمات، ثم يكتب: ووجبت دية هذا المقتول على هذا القاتل، وعلى عاقلته، وهي عشرة آلاف درهم فضة، أو ألف دينار أحمر خالص جيد موزون وزن مثاقيل مكة أو مائة من الإبل، فواجب على هذا الذي أحضره معه، وعلى عاقلته أداء هذه الدية إلى هذا الذي حضر، فطالبه بذلك، وسأل مسألته. والله تعالى أعلم.



محضر في إثبات حد القذف:

ادعى هذا [الذي حضر]^(١) على هذا الذي أحضره [معه أن هذا الذي أحضره معه]^(٢) قذف هذا الذي حضر بالزنا، وقال له صريحًا: يا زاني، ووجب عليه حد القذف ثمانون جلدة إلى آخره، وإن كان شتمه شتمًا يوجب التعزير في الشرع، يكتب: أن هذا الذي أحضره معه شتمه، ويعين شتمًا يوجب التعزير، فقال له: يا كذا، ثم يكتب: ووجب عليه التعزير في الشرع زجرًا له عن مثله، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٣). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

محضر في إثبات الوفاة والوراثة مع المناسخة^(١):

- (١) المناسخة: - مفاعلة - من النسخ؛ وهو النقل والتبديل.
- وعُرفاً: نقل نصيب يعين الورثة، لموته قبل القسمة، إلى من يرث منه.
- ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص (٢٥٥)، المفردات، مادة (نسخ)، ص (٧٤٦)، المصباح المنير، مادة (نسخ)، ص (٧٣٧)، معجم لغة الفقهاء، ص (٤٦١).
- فالمناسخة أن ينتقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه باستحقاق، وتفصيلها أنه إذا صار بعض الأنصباء ميراثاً قبل القسمة فإن كان ورثة الميت الثاني هم ورثة الأول عدا الميت وأمكن قسمة المسألة الأولى بدون تغيير وانكسار قسمنا.
- أما إذا حصل في القسمة تغير بين الباقيين وكان ورثة الثاني هم ورثة الأول عدا الميت، أو كان ورثة الميت الثاني غير ورثة الميت الأول فتصح مسألة للميت الأول وتخصص سهام كل وارث من هذا التصحيح ثم تصحح مسألة الميت الثاني ثم ننظر إلى ما في يده من التصحيح الأول والثاني ونقارن بينهما بالنسب الثلاث المماثلة والموافقة والمباينة.
- فإن وجدنا مماثلة فلا حاجة إلى الضرب حينئذ قياساً على ما مر في باب التصحيح من أن سهام كل فريق إن كانت منقسمة عليهم بلا كسر فلا حاجة إلى الضرب، والتصحيح الأول هنا بمنزلة أصل المسألة هناك، والتصحيح الثاني بمنزلة رؤوس المقسوم عليهم وما في يد الميت الثاني بمنزلة سهمهم من أصل المسألة.
- وإن كان بينهما موافقة نضرب وفق التصحيح الثاني في جميع التصحيح الأول.
- وإن كان بينهما مباينة فنضرب كل التصحيح الثاني في جميع التصحيح الأول، فالحاصل في صورتين مخرج المسألتين فنضرب سهام ورثة الميت الأول من تصحيح مسألة في التصحيح الثاني كله أو في وفقه؛ فيكون الحاصل في هذه الحالة من ضرب سهام كل وارث منهم في هذا المضروب نصيبه من المذكور.
- وسهام ورثة الميت الثاني من تصحيح مسألة تضرب في كل ما في يده أو في وفقه في المباينة والموافقة.
- والحاصل من ضرب سهام كل واحد منهم فيما ذكر نصيبه من ذلك المبلغ.
- وإن مات ثالث ورابع فمسألته تصير ثلاثة ورابعة، وهكذا.
- مثال: زوج وأختان لأب ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت.
- المسألة الأولى من ستة وتعول إلى سبعة والثانية من اثنين ونصيب ميتها من الأولى اثنان منقسم عليهما.
- ومثال الوفق: جدتان، وثلاث أخوات متفرقات، ماتت الأخت للأم عن أخت لأم وهي الأخت للأبوين في الأولى وعن أختين لأبوين وعن أم أم وهي إحدى الجدتين في الأولى.
- المسألة الأولى من ستة وتصحح من اثني عشر والثانية من ستة ونصيب ميتها من الأولى اثنان يوافقان مسألته بالنصف فيضرب نصفها في الأولى تبلغ ستة وثلاثين لكل من الجدتين من الأولى سهم في الثلاثة بثلاثة وللوراثة في الثانية سهم منها في واحد بواحد وللأخت للأبوين في الأولى ستة منها في ثلاثة بثمانية عشر، ولها من الثانية سهم في واحد بواحد، وللأخت للأب في الأولى سهمان في ثلاثة بستة وللأختين للأبوين في الثانية

صورة المناسخة: أن يموت الرجل ويخلف ورثة، ثم يموت أحد ورثته^(١) قبل القسمة، ويخلف ورثة، ووجه الكتابة في هذا أن يكتب: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع المنزل المبني، ويذكر صفته وموضعه، وحدوده بتمامه بحدوده وحقوقه كان ملكاً، وحقاً لفلان بن فلان الفلاني والد هذا الذي حضر، وكان في يده، وتحت تصرفه إلى أن توفي وخلف من الورثة امرأة له تسمى فلانة بنت فلان بن فلان، وابناً^(٢) لصلبه، وهو هذا الذي حضر، وابنتين له لصلبه، إحداهما تسمى فلانة، والأخرى تسمى فلانة، لا وارث له سواهم، وخلف من التركة من ماله هذا المنزل المحدود فيه ميراثاً لهؤلاء المذكورين على فرائض الله تعالى للمرأة الثمن، والباقي بين الأولاد للذكر مثل حظ الانثيين. أصل المسألة من ثمانية أسهم، [وتصححها]^(٣) وقسمتها من اثنين وثلاثين سهماً، للمرأة منها أربعة، وللابن منها أربعة عشر، ولكل بنت منها سبعة أسهم. ثم توفيت امرأة المتوفى هذا، وهي فلانة هذه قبل قبض حصتها المذكورة فيه من هذا المنزل المحدود وخلفت من الورثة ابناً، وابنتين لها، [وهم]^(٤) هذا الذي حضر، وأختاه هاتان المسامتان فيه لا وارث لها سواهم، وصار حصتها المذكورة فيه من ذلك، [وهي الثمن]^(٥) أربعة أسهم من اثنين وثلاثين سهماً من هذا المنزل

= أربعة منها في واحد بأربعة.
ومثال التباین: زوجة وثلاثة بنين وبنت، ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة وهم الباقون من الأولى.

المسألة الأولى من ثمانية والثانية تصح من ثمانية عشر ونصيب ميتها من الأولى سهم، لا يوافق مسألته فتضرب في الأولى تبلغ مائة وأربعة وأربعين للزوجة من الأولى سهم في ثمانية عشر بثمانية عشر ومن الثانية ثلاثة في واحد بثلاثة ولكل ابن من الأولى سهمان في ثمانية عشر بستة وثلاثين ومن الثانية خمسة في واحد بخمسة.

(١) زاد في ز: الثالث.

(٢) في أ: وابنها.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: وذلك.

المحدد فيه بموتها ميراثاً عنها لأولادها هؤلاء المسمين فيه على فرائض الله تعالى، لابن من ذلك سهمان، ولكل ابنة سهم.

ثم توفيت إحدى هاتين البنيتين المذكورتين [فيه]^(١)، وهي فلانة هذه قبل قبض حصتها من هاتين التركتين المذكورتين فيه، وذلك ثمانية أسهم من اثنين وثلاثين سهماً من هذا المنزل المحدود فيه سبعة أسهم من الفريضة الأولى، وسهم واحد من الفريضة الثانية، وخلفت من الورثة ابنة لها، وهي^(٢) فلانة بنت فلان بن فلان، وأخاً لأب وأم هذا الذي حضر، وأختاً لأب وأم، [وهي فلانة]^(٣) المذكورة لا وارث لها سواهم، وصار جميع حصتها المذكورتين فيه بموتها ميراثاً عنها لورثتها هؤلاء المسمين فيه على فرائض الله تعالى للابنة النصف، والباقي للأخ والأخت لأب وأم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالعصوبة.

أصل الفريضة من سهمين، وقسمتها من ستة أسهم، لابن منها ثلاثة أسهم، وللأخ لأب وأم سهمان، وللأخت لأب وأم سهم، ونصيب هذه المتوفاة من التركتين ثمانية أسهم، وقسمة ثمانية على ستة لا تنقسم^(٤)، [لكن بينهما موافقة بالنصف]^(٥)، فضربنا نصف الفريضة الثالثة^(٦)، وذلك ثلاثة في الفريضة الأولى، وذلك اثنان وثلاثون، فيصير ستة وتسعين كان للمتوفاة الثالثة هذه ثمانية أسهم من أصل اثنين وثلاثين صارت^(٧) مضروبة في ثلاثة، فصارت أربعة وعشرين، وهي تنقسم على ورثتها المسمين فيه، لبتتها اثني عشر، ولأخيها هذا الذي حضر ثمانية،

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: تسمى.

(٣) في ز: وفلانة هذه.

(٤) في أ: يستقيم.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ: الثانية.

(٧) في ز: وصارت.

ولأختها هذه أربعة ، فصار لهذا الذي حضر من التركات الثلاث ستة وخمسون سهماً من ستة وتسعين سهماً من هذا المنزل المحدود فيه ، اثنان وأربعون سهماً من التركة الأولى ، وستة أسهم من التركة^(١) الثانية ، وثمانية أسهم من التركة الثالثة ؛ [فحاصل حصة الذي حضر من التركات الثلاث بالاختصار سبعة أسهم من اثني عشر سهماً من هذا المنزل المحدود فيه بموافقة بين ستة وخمسين ، وبين ستة وتسعين بالثمن ، فيعود كل حساب إلى ثمن الأول ، فصار ستة وتسعين ، اثني عشر سهماً ، وهي سهام المنزل المحدود فيه ، وستة وخمسون ، سبعة أسهم من اثني عشر سهماً من هذا المنزل المحدود فيه]^(٢) ، وجميع هذا المنزل المحدود [فيه]^(٣) اليوم في يد هذا الذي أحضره معه ، وهذا الذي أحضره معه يمنع [عن]^(٤) هذا المحضر الذي حضر حصته من هذه التركات الثلاث ، وذلك [سبعة أسهم من اثني عشر سهماً من هذا المنزل المحدود فيه ، أو]^(٥) ستة وخمسون سهماً من ستة وتسعين سهماً من هذا المنزل المحدود فيه بغير حق ، وهو في علم من ذلك ، فواجب على هذا الذي أحضره معه قصر يده عن حصص هذا الذي حضر من المنزل المحدود فيه ، وتسليمها إلى هذا الذي حضر ، وطالبه بذلك ، وسأل مسألته [عن ذلك ، فستل]^(٦) ، ويتم المحضر . والله تعالى أعلم .



-
- (١) في ز : الستة .
 - (٢) سقط في ز .
 - (٣) سقط في ز .
 - (٤) سقط في ز .
 - (٥) سقط في ز .
 - (٦) سقط في ز .

محضر آخر لهذه الدعوة:

في رجل مات وترك امرأة، وثلاثة بنين وابنة، وهذه المرأة أم هؤلاء الأولاد، فقبل قسمة الميراث ماتت هذه المرأة، وتركت هذه الأولاد، وصارت حصتها ميراثاً لهؤلاء الأولاد، فقبل قسمة الميراث توفي أحد هؤلاء البنين وترك أخوين لأب وأم، وأختاً لأب وأم، وصار نصيبه ميراثاً لأخويه وأخته.

حضر رجل ذكر أنه يسمى محمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن إسحاق، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يسمى ناصر بن إبراهيم بن إسماعيل بن إسحاق، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن أباهما إبراهيم بن إسماعيل بن إسحاق توفي، وخلف من الورثة امرأة له تسمى سعادة بنت عمر بن عبد الله الفلاني، وثلاثة بنين، هذا الذي حضر، وهذا الذي أحضره معه، وآخر يسمى عيسى، وبتأله تسمى عائشة لا وارث له سواهم، وخلف من التركة في يد هذا الذي أحضره معه من الصامت كذا، وصار ذلك ميراثاً لورثته هؤلاء المسمين على فرائض الله تعالى، للمرأة الثمن، والباقي بين الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين.

أصل الفريضة من ثمانية، فقبل قسمة الميراث توفيت سعادة أم هؤلاء الأولاد، وصار نصيبها من تركة الميت الأول، [وذلك ثمنها]^(١) من هذا الصامت لهؤلاء [الأولاد]^(٢) للذكر مثل حظ الأنثيين، فقبل قسمة التركتين توفي عيسى [أخو هذا الذي حضر]^(٣)، وخلف من الورثة أخوين له لأب وأم، [هذا الذي حضر، وهذا الذي أحضره معه]^(٤)، وأختاً له لأب وأم هذه، وصار نصيبه من التركتين في هذا الصامت ميراثاً لأخويه ولأخته هؤلاء، وبلغ سهام التركات كلها مائتين وثمانين

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

سهمًا، للمرأة من تركة الميت الأول خمسة وثلاثون سهمًا، ولكل ابن سبعون سهمًا، وللابنة خمسة وثلاثون سهمًا.

ثم إن المسماة سعادة أم هؤلاء الأولاد ماتت قبل قسمة الميراث^(١) الأول، وصار نصيبها وذلك خمسة وثلاثون من مائتين وثمانين سهمًا ميراثًا بين أولادها هؤلاء، لكل ابن عشرة، وللابنة خمسة، ثم مات عيسى قبل قسمة هاتين التركتين، وصار نصيبه من التركتين، وذلك ثمانون سهمًا من مائتين وثمانين سهمًا ميراثًا بين أخويه وأخته لكل أخ اثنان وثلاثون، وللأخت ستة عشر، فأصاب هذا الذي حضر من هذا الصامت من تركة الميت الأول سبعون سهمًا من مائتين وثمانين سهمًا، ومن تركة الميت الثاني [عشرة أسهم من خمسة وثلاثين سهمًا من مائتين وثمانين سهمًا، ومن تركة الميت الثالث]^(٢) اثنان وثلاثون سهمًا، من مائتين وثمانين سهمًا، فجملة ما أصاب هذا الحاضر من التركات كلها من هذا الصامت مائة واثنان عشر سهمًا من مائتين وثمانين سهمًا، [وذلك بالاختصار خمسًا هذا الصامت؛ لأن بينهما موافقة بجزء من ستة وخمسين، فكانت جملة حصة هذا الذي حضر من التركات كلها قدر خمسي هذا الصامت]^(٣)، وهذا الذي أحضره معه يمنع عن هذا الذي حضر هذا المبلغ الذي أصابه من هذه التركات الثلاث من هذا الصامت المذكور، وذلك [قدر خمسها، أو]^(٤) مائة واثنان عشر سهمًا من مائتين وثمانين سهمًا [من هذا الصامت المذكور فيه]^(٥)، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٦)، فسئل والله تعالى أعلم.

(١) في ز: ميراث الميت.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

محضر في دعوى المنزل ميراثاً عن أبيه :

قد مر هذا المحضر فيما تقدم، [إلا أن فيما تقدم]^(١) وضع المسألة فيما إذا كان الوارث واحداً، وهذا المحضر فيما إذا كان الوارث عدداً.

صورته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع الدار التي في محلة كذا في سكة كذا، حدودها كذا بحدودها وحقوقها، وأرضها وبنائها، سفلها وعلوها، وكل حق هو لها داخل فيها، وكل حق هو لها خارج عنها، كانت ملكاً لوالده فلان بن فلان، وحقه وفي يديه، وتحت تصرفه إلى أن توفي، وخلف من الورثة ابناً له هذا المدعي، وورثة له أخرى سواه من البنين فلان وفلان، ومن البنات فلانة وفلانة، لا وارث له سواهم، وصارت هذه الدار المحدودة فيه ميراثاً عنه لورثته هؤلاء المسمين على فرائض الله تعالى على كذا سهماً، حصة هذا الذي حضر، كذا كذا سهماً^(٢)، واليوم كل هذه الدار في يد هذا الذي أحضره [معه]^(٣)، وإنه يمنع عن هذا الذي حضر حصته، وذلك كذا [كذا سهماً]^(٤) من كذا سهما إلى آخره.

وإن كان هذا الذي حضر يدعي جميع الدار لنفسه بسبب قسمة جرت بين هؤلاء الورثة بأن ترك المتوفى سوى هذا الدار من العقار والعروض، والأراضي والنقود، وجرت القسمة بين هؤلاء الورثة في تركة الميت بالتراضي، فوَقعت هذه الدار في نصيب هذا الابن يكتب في [هذا]^(٥) المحضر: وخلف من التركة هذه الدار المحدودة، [وترك مع هذه الدار المحدودة]^(٦) من العقار كذا، ومن العروض كذا،

(١) سقط في ز.

(٢) زاد في ز: من كذا سهما سهما.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: سهما حضر.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

ومن النقد كذا، وقد جرت قسمة صحيحة بين هؤلاء الورثة بالتراضي، فوَقعت هذه الدار [في نصيب هذا المدعي الذي حضر، وقبض هذا الذي حضر جميع هذه الدار]^(١) بحكم هذه القسمة، وقبض باقي الورثة أنصاءهم، وحصصهم، واليوم جميع هذه الدار ملك هذا الذي حضر بالسبب الذي ذكر، وإنها في يد هذا الذي أحضره بغير حق، وإنه يمنع جميع ذلك منه. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

سجل هذه الدعوى على نسق ما تقدم.

[ويكتب^(١)] في آخره: فسأل فلان المدعي هذا المذكور اسمه ونسبه في هذا السجل مني إنفاذ القضاء بما ثبت عندي على هذا المدعى عليه، فأنفذت القضاء بوفاة فلان، وأنه ترك من الورثة فلاناً وفلاناً، وأن الدار المحدودة كانت مملوكة لوالد هذا المدعي فلان، وكانت في يده، وتحت تصرفه إلى أن توفي وتركها ميراثاً لورثته هؤلاء المسمين فيه إلى آخره، وأن لهذا الذي حضر كذا وكذا سهمًا من جملة هذه الدار المحدودة، وأن هذا الذي أحضره معه يمنع حصة هذا الذي حضر المذكور فيه من الدار المحدودة فيه [بغير حق، وأمرت هذا المدعى عليه بتسليم حصة هذا الذي حضر من الدار المذكورة المحدودة فيه]^(٢) إليه، وذلك كله في مجلس قضائي.

وإن كان المدعي يدعي جميع هذه الدار لنفسه بالسبب الذي تقدم ذكره، يكتب القاضي في آخر السجل: أنفذت القضاء بوفاة فلان، وأنه ترك من الورثة فلاناً وفلاناً، وأنه خلف من التركة الدار المحدودة فيه، وسواها من العقار، والعروض والنقود كذا وكذا، وأنه جرى بين هؤلاء الورثة المسمين [فيه]^(٣) قسمة صحيحة في جميع ما ترك هذا المتوفى فلان، وأن هذه الدار المحدودة وقعت في نصيب هذا المدعي الذي حضر إلى آخره. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

سجل في إثبات الوصاية :

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن أخ هذا الذي حضر فلان بن فلان توفي، وترك من الورثة أباه فلان، وأمه فلانة، ومن البنين فلاناً وفلاناً، ومن البنات فلانة وفلانة، لا وارث له غيرهم، وأنه أوصى إلى هذا الذي [حضر]^(١) في صحة عقله وبدنه، وجواز أمره في جميع تركته، وما يخلفه بعده من قليل وكثير، وأنه قبل هذه الوصاية، وتولى القيام بذلك، وأن لأخيه الميت هذا [على هذا]^(٢) الذي أحضره معه كذا درهماً وزن سبعة نقد [بلد كذا حالاً]^(٣)، وأن له البينة على ما ادعى، ولم يبدأ بجواب المدعى عليه؛ لأنه وإن أقر بالوصاية لا تثبت الوصاية بإقراره على ما اختاره صاحب «الأقضية»، وهو قول محمد آخرًا، حتى لا يبرأ [المدعى عليه عن الدين]^(٤) بالدفع؛ ولأن الجواب إنما يستحق بعد دعوى الخصم، وإنما يعرف كون المدعي خصمًا بإثبات الوصاية، فلهذا بدأ بقوله: وأن له البينة على ذلك.

ثم يكتب: وأحضر من الشهود جماعة، فشهدوا أن فلان بن فلان أخو [فلان بن فلان]^(٥) هذا [الوصي]^(٦) الذي حضر، وقد عرفوه معرفة قديمة باسمه ونسبه، ووجهه: توفي وترك من الورثة أباه فلاناً، وأمه فلانة، ومن البنين فلاناً وفلاناً [وفلاناً]^(٧)، ومن البنات فلانة [وفلانة]^(٨)، وامرأة اسمها فلانة بنت فلان، ولم يحضروا، ولا يعرفون له وارثًا غيرهم، وأن هذا المتوفى أشهدهم في صحة من عقله

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: كذا.

(٤) في أ: اليمين.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

وبدنه، وجواز أمره أنه جعل أخاه هذا الذي حضر وصيته بعد وفاته في جميع ما يخلفه، وهو حاضر مجلس الإشهاد، فقبل وصايته، وقد عرف القاضي هؤلاء الشهود بالعدالة، والرضى في الشهادة، فسأل القاضي المدعى عليه هذا الذي أحضره معه عما ادعى عليه هذا الذي حضر لأخيه فلان الموصى^(١) من الدراهم الموصوفة فيه، فأقر المدعى عليه هذا أن لفلان بن فلان أخ هذا الذي حضر عليه كذا [كذا]^(٢) درهماً، وزن سبعة نقد كذا حالة، فسأل مدعي الوصاية هذا الذي حضر القاضي إنفاذ القضاء بجميع ما ثبت عنده بشهادة هؤلاء الشهود من وفاة أخيه فلان، وعدة ورثته، ووصايته إليه^(٣) وإلزام المدعى عليه هذا ما أقر به عنده لفلان من الدراهم الموصوفة [فيه]^(٤)، والقضاء بذلك كله عليه، وأمره بدفعها إليه، فأنفذ القاضي فلان القضاء بوفاة فلان بن فلان أخ هذا [المدعي]^(٥) الذي حضر، وعدة ورثته فلان وفلان [إلى آخرهم]^(٦)، على ما اجتمع عليه^(٧) هؤلاء الشهود، ثم أنفذ القضاء بوصاية فلان بن فلان - يعني الموصى - إلى أخيه هذا الذي [حضر]^(٨) في جميع تركته، وقبوله هذه الوصاية بما اجتمع عليه هؤلاء الشهود، وذلك بعد أن انتهت إليه عدالته وأمانته، وأنه موضع لذلك، وأنه أمره أن يقوم في جميع تركته أخيه فلان بن فلان مقام الموصى فيما يجب في ذلك لله تعالى عليه^(٩)، وألزم القاضي فلان بن فلان المدعى عليه هذا ما أقر به عنده لفلان بن فلان من الدراهم الموصوفة

(١) في ز: للوصي .

(٢) سقط في ز .

(٣) في ز: اليوم .

(٤) سقط في ز .

(٥) سقط في ز .

(٦) سقط في ز .

(٧) في ز: على .

(٨) سقط في ز .

(٩) في ز: عنه .

فيه، وقضى بذلك كله عليه، وأمره بدفعها إلى فلان الذي حضر وصي أخيه فلان، وقضى بذلك كله عليه على ما سمى، ووصف^(١) في هذا الكتاب بمحضر من فلان، وذلك كله في مجلس قضائي في كورة كذا، وكثير من أهل هذه الضيعة يبدوون بجواب المدعى عليه كما هو الرسم في سجلات سائر الدعاوى والخصومات. والله تعالى أعلم.

نسخة أخرى: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن فلانًا أوصى إليه، وجعله وصيًا بعد وفاته في تسوية أمور أولاده الصغار فلان وفلان، وفي إحراز^(٢) الثلث من جميع التركة بعد وفاته، وصرف ذلك إلى سبيل الخير وأبواب البر إيحاءً صحيحًا، وأن هذا [الذي حضر قبل منه هذا الإيحاء قبولًا صحيحًا، وإن هذا]^(٣) الإيحاء إليه كان آخر وصية أوصى بها، وتوفي هذا الموصي ثابتًا على هذه الوصاية من غير رجوع عنها^(٤)، واليوم هذا الذي حضر وصي في تسوية أمور أولاد هذا المتوفى الصغار هؤلاء، وفي إحراز الثلث من تركته، وصرفه إلى ما أوصى هذا الموصي على الوجه الذي ادعى هذا المدعي، وأن من مال هذا الموصي على [هذا]^(٥) الذي أحضره كذا، أو في يده كذا، فواجب عليه دفع ذلك [إليه]^(٦) لينفذ وصاياه في ذلك إذ هو في علم من ذلك، وطالبه بذلك، وسأل مسألته [عن ذلك]^(٧)، فستل، فأجاب. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: ووصفا.

(٢) في ز: أخذ.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: فيها.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

محضر في إثبات بلوغ اليتيم:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) أن هذا الذي أحضره [معه كان وصي]^(٢) أبيه بتسوية أموره بعد وفاته، وحفظ تركته على وارثه^(٣)، وأنه لم يخلف وارثاً غيره، وأنه بلغ مبلغ الرجال بالاحتلام، أو يقول: بالسن، ويقول: طعن في ثماني عشرة سنة، أو تسع عشرة سنة، وأن في يده من ماله كذا كذا من تركة أبيه، فواجب عليه تسليم جميع ذلك إليه.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الموصي.

(٣) في ز: ورثته.

محضر في إثبات الإعدام والإفلاس على قول من يرى ذلك:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه في دفع دعواه قبله بوجه المطالبة عليه بكذا كذا درهمًا، ولزومه الخروج عنه إليه، فادعى عليه في دفع دعواه هذه أنه مبطل في هذه الدعوى؛ لأنه فقير ليس له مال ولا عرض من العروض يخرج بذلك عن حالة الفقر، والشهود يقولون: [لا نعلم]^(١) له مالاً، ولا عرضاً من العروض يخرج بذلك عن حالة الفقر، وهو اختيار الخصاف، واختيار الفقيه أبي القاسم أنه [ينبغي للشهود]^(٢) أن يقولوا: إنه مفلس معدم لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه، وثياب ليلة، وقد اختبرنا أمره في السر والعلانية. والله تعالى أعلم.

سجل هذا المحضر: يكتب في موضع الثبوت: وثبت عندي أنه معدم فقير لا يملك شيئاً سوى ثياب بدنه التي عليه، وسقوط مطالبته بما عليه من المال للناس، وحكمت بجميع ما ثبت عندي من كونه معدماً^(٣) فقيراً لا يملك شيئاً إلى آخره. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ينه الشهود.

(٣) في ز: معدوما.

محضر في إثبات هلال شهر رمضان:

يكتب المحضر باسم رجل على رجل بمال معلوم مؤجل إلى شهر رمضان، فيكتب: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه]^(١) أن لهذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه كذا كذا دينارًا دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب كذا، وكان مؤجلًا إلى شهر رمضان هذه السنة، وقد صارت هذه الدينير حالة بدخول [شهر]^(٢) رمضان، فإن هذا اليوم غرة شهر رمضان، فيقر المدعى عليه بالمال، وينكر الحلول، وكون هذا اليوم غرة شهر رمضان، فيقيم المدعي البينة على كون هذا [اليوم]^(٣) غرة شهر رمضان، والشهود بالخيار إن شأؤوا شهدوا أن هذا اليوم غرة^(٤) شهر رمضان من غير تفسير، وإن شأؤوا فسروا فقالوا: (كواهي سيدهم كه بادي شيئًا ذكاه نيست، ونهم بودزايه شعبان بوقت نماز شام مه ديديم، وأمروز غرة رمضان اسال است)، ولو شهدوا على ذلك من غير دعوى أحد سمعت الشهادة، وقبلت. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز

(٢) سقط في ز

(٣) سقط في ز

(٤) في ز: من.

محضر في إثبات كون المدعى عليها مخدرة لدفع مطالبة المدعي إياها [بالحضور
مجلس الحاكم]^(١):

يكتب في المحضر: حضر فلان وكيل فلانة ثابت الوكالة عنها في الدعاوى
والخصومات، وإقامة البينة، وأحضر معه فلاناً، فادعى هذا الذي حضر على هذا
الذي أحضره معه في دفع دعواه قبل موكلته فلانة إحضارها بجواب دعواها ادعى
عليه في دفع هذه الدعاوى أنها مخدرة لا تخرج من منزلها في حوائجها، ولا تخالط
الرجال، وإنه مبطل [في]^(٢) دعواه إحضارها مجلس الحكم، فواجب عليه الكف
عن هذه الدعاوى. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: بالخصومة.

(٢) سقط في ز

محضر في دعوى المال على الغائب للكتاب الحكمي :

رجل له على رجل مال، وشهوده على المال في بلده، والمديون غائب عن بلده غيبة سفر، فيلتمس المدعي من قاضي بلده أن يسمع دعواه، وشهادة شهوده ليكتب [له]^(١) إلى قاضي البلد الذي المدعى عليه فيه، فيجيبه القاضي إلى ذلك أخذًا بقول من يرى ذلك لحاجة الناس إليه.

صورة كتابة المحضر في ذلك: حضر مجلس الحكم في كورة كذا قبل القاضي فلان رجل ذكر أنه يسمى فلان من غير خصم أحضره، ولا نائب^(٢) عن خصم أحضره، فادعى هذا الذي حضر أن له [على]^(٣) غائب يسمى فلان بن فلان، يذكر اسمه ونسبه ومحلته^(٤)، ويبالغ في تعريفه بأقصى ما يمكن كذا كذا دينارًا؛ دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب صحيح، ويبين السبب، وهكذا أقر هذا الغائب المسمى المحلى في هذا المحضر في حال جواز إقراره، ونفوذ تصرفاته في الوجوه كلها طائعًا بهذه الدنانير المذكورة فيه، [لهذا الذي حضر]^(٥) دينًا لازمًا على نفسه، وحقًا واجبًا بسبب صحيح إقرارًا صحيحًا، وصدقه هذا الذي حضر خطابًا، وإن هذا المقر المسمى المحلى فيه غائب اليوم^(٦) من هذه البلدة غيبة سفر مقيم ببلدة كذا جاحد دعوى هذا الذي حضر هذا^(٧)، وإن شهود هذا الذي حضر شهدوا على وفق دعواه قبله بهذه الناحية، وقد تعذر عليه الجمع بين شهوده، ويبين هذا الغائب المسمى المحلى فيه لبعد المسافة، والتمس من القاضي هذا سماع دعواه هذه على هذا

(١) سقط في ز

(٢) في ز: غائب.

(٣) سقط في ز

(٤) في ز: وبحلية.

(٥) سقط في ز

(٦) في ز: القوم.

(٧) في ز: هذه.

الغائب المسمى^(١) فيه، وسماع البينة على وفقها للكتاب الحكمي إلى قاضي بلدة كذا ونواحيها إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، فأجابه إلى ذلك، فأحضر المدعي نفرًا من شهوده، وهم فلان وفلان وفلان، ويكتب أسامي الشهود وأنسابهم، وحليتهم ومساكنهم على حسب ما ذكرنا، فإذا شهدوا بما ادعاه المدعي من أولها إلى^(٢) آخرها، وأشاروا في موضع الإشارة، وعرفهم القاضي بالعدالة، أو لم يعرفهم، ويعرف عن حالهم، فظهر له عدالتهم بأمر الكتاب الحكمي على هذا المثال.

صورة الكتاب الحكمي في هذا: بسم الله الرحمن الرحيم، كتابي هذا أطال الله بقاء القاضي الإمام، يذكر ألقابه دون اسمه ونسبه إليه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، وأدام عزه وعزهم، وسلامته وسلامتهم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله محمد وآله أجمعين من مجلس قضائي بكورة كذا، وأنا يوم أمرت بكتابته أتولى عمل القضاء بها ونواحيها، [وقضائي بها ونواحيها]^(٣) نافذة، وأحكامي فيها بين أهلها جارية من قبل فلان، والحمد لله على نعمائه التي لا تحصى، وآلائه التي لا تستقصى.

أما بعد: فقد حضر مجلس قضائي [بكورة كذا يوم كذا]^(٤)، وإن شاء كتب: والذي اقتضى تحرير هذه الكتابة إليه وإليهم، أنه حضر مجلس قضائي بكورة كذا يوم كذا من شهر كذا، من سنة كذا رجل ذكر أنه يسمى فلان [الفلاني]^(٥) من غير خصم أحضره، ولا نائب عن خصم أحضره مع نفسه، فادعى هذا الذي حضر على غائب ذكر أنه يسمى فلان [بن فلان]^(٦) الفلاني، ويكتب الدعوى من أوله إلى [آخره].

(١) في ز: المحلي.

(٢) في ز: و.

(٣) سقط في ز

(٤) سقط في ز

(٥) سقط في ز

(٦) سقط في ز

ثم يكتب^(١): والتمس مني سماع دعواه هذه على الغائب المسمى المحلى فيه، وسماع البينة على وفق دعواه للكتاب الحكمي^(٢) إليه أدام الله عزه، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم [أدام الله عزهم]^(٣)، فأجبتة إلى ذلك، فأحضر المدعي هذا نفرًا ذكر أنهم شهوده، وهم: فلان وفلان وفلان، وشهد كل واحد منهم عقيب الاستشهاد بعد الدعوى هذه، ولا يكتب هاهنا: بعد الدعوى والجواب؛ لأن في هذه الصورة لا جواب لكون الخصم غائبًا، ثم يكتب: من نسخة قرئت عليهم، وهذا مضمون تلك النسخة، ثم بعد الفراغ من كتبه ألفاظ شهادتهم يكتب: فأتوا بالشهادة كذلك على وجهها، وساقوها على سننها، فسمعتها، وأثبتها في المحضر المخلد في ديوان الحكم قبلي، ورجعت في التعرف عن حالهم إلى من إليه رسم التزكية والتعديل بالناحية، وهم: فلان وفلان.

فبعد ذلك إن نسب الكل إلى العدالة يكتب: فنسبوا جميعًا إلى العدالة والرضا، وقبول القول، فقبلت شهادتهم لإيجاب العلم قبولها، ثم سألت المدعي هذا الذي حضر بعد هذا كله مكاتبة القاضي فلان، ومكاتبة كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم بما جرى له عندي من ذلك، فأجبتة إليه، فكاتبته وإياهم بما جرى له عندي من ذلك معلّمًا ذلك إياه، وإياهم، منهيًا ذلك إليه وإليهم حتى^(٤) إذا وصل كتابي إليه وإليهم مختومًا بخاتمي صحيح الختم على الرسم في مثله، ويثبت له من الوجه الذي يوجب العلم قبله، وقدم في باب مورده ما يحق لله تعالى عليه تقديمه فيه بتوفيق الله تعالى.

ويجب أن يحفظ آخر الكتاب عن إلحاق الاستثناء، وهو كلمة (إن شاء الله تعالى)؛ لأن ذلك يأتي على جميع ما تقدم عند أبي حنيفة، فيبطل به الكتاب، ويقرأ

(١) في ز: قوله.

(٢) في ز: المحكي.

(٣) سقط في ز

(٤) زاد في ز: إنه.

القاضي على من يشهد عليه، ويعلمه بمضمونه^(١)، ويشهده أنه كتابه إلى قاضي كورة كذا، ورسم هذا الكتاب أن يكتب على ثلاثة أنصاف قرطاس، أو أكثر، أو أقل بقدر ما يحتاج إليه موصولة بعضها ببعض، ويعنون الكتاب بعنوانين: أحدهما من الخارج، والآخر من الداخل، فيكتب من الجانب الأيمن من الكتاب: إلى القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي كورة كذا ونواحيها نافذ القضاء والإمضاء بين أهلها، ويعلم على أوصاله من الخارج من الجانبين الوصل صحيح، وعلى داخله من الجانب الأيمن الحكم لله تعالى، ويكتب من الخارج: سوى اسم القاضي الذي كتب منه الكتاب الحكمي في نقل الشهادة بثبوت إقرار فلان بن فلان لفلان بن فلان، بكذا دينارًا، ويكتب أسماء الشهود الذين أشهدوا على الكتاب في آخر الكتاب وأنسابهم، ومساكنهم ومصلاهم، ثم يوقع القاضي على صدر الكتاب بتوقيعه بخطه.

ويكتب في آخره يقول: فلان بن فلان بن فلان الفلاني كتب هذا الكتاب عني بأمرى وجرى الأمر على ما بين فيه عندي، وهو كله مكتوب على ثلاثة أنصاف قرطاس من الكاغد موصول بوصلين، مكتوب على كل وصل من وصليه من الخارج الوصل صحيح من الجانبين، ومن الداخل مكتوب على كل وصل من الجانب الأيمن: الحكم لله تعالى، معنون بعنوانين داخلاً وخارجاً، موقع بتوقيعي، [وتوقيعي]^(٢) كذا مختوم بخاتمي، ونقش خاتمي الذي ختمت هذا الكتاب كذا، وأشهدت على مضمون هذا الكتاب الشهود المسمين آخر هذا الكتاب، وسأشهدهم على الختم أيضًا إذا ختمته، وكتبت التوقيع على الصدر، وهذه الأسطر السبعة أو الثمانية أو كذا كما يكون في آخره بخط يدي حامدًا لله تعالى، ومصليًا على نبيه محمد وآله، ثم يختم الكتاب على الرسم، ويشهد القاضي أولئك الشهود الذين

(١) في أ: المضمون.

(٢) سقط في ز.

[أشهدهم على الكتاب، وعلى الختم أيضًا.

وينبغي للقاضي الكاتب أن يكتب من هذا الكتاب نسخة أخرى تكون مع الشهود^(١) يشهدون بما فيه عند الحاجة إلى شهادتهم، ويسمى ذلك بالفارسية (كسادنا مه)، والله تعالى أعلم.

كتاب حكمي [أيضًا، و]^(٢) نقل كتاب حكمي، يكتب بعد الصدر والدعاء على نحو ما تقدم: عرض علي فلان أطال الله بقاء القاضي فلان كتابًا حكميًا هذه نسخته، وينسخ الكتاب من أوله إلى آخره، وبعد الفراغ من نسخه يكتب: عرض علي هذا الكتاب، وزعم أنه كتاب فلان بن فلان القاضي بكورة كذا، مختوم بختمه، موقع بتوقيعه أشهد على مضمونه وعلى ختمه، وهو قاض بها إليك، وأشار إلي [في]^(٣) معنى نقل شهادة علي فلان لفلان بمعنى^(٤) الذي جاء بالكتاب، وإن المشهود عليه فلان المذكور باسمه ونسبه في هذا الكتاب غائب عن هذه البلدة مقيم بكورة كذا، وطلب مني نقل هذا الكتاب إلى مجلسه، أدام الله تعالى بقاء القاضي فلان، فسألته البينة على ذلك، فأحضر شاهدين، وهما فلان وفلان شهدا بعد الاستشهاد على أثر هذه الدعوى: أن هذا كتاب فلان بن فلان القاضي بكورة كذا، مختوم بختمه موقع بتوقيعه، كتبه إليك، وأشار إلي، وقالوا: وقد أشهدنا على خاتمه، وعلى [ما في]^(٥) ضمنه في معنى ثبوت الشهادة لفلان على فلان بكذا، فسمعت شهادتهما، وثبت عندي عدالتهم من جهة من إليه التزكية بالناحية، فقبلت الكتاب وفككته، فوجدته معنون الداخل والخارج، موقع الصدر، والآخر، معلم الأوصال ظاهرًا، وباطنًا، على الرسم في كتب القضاة، فصح عندي، وثبت لدي أنه

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: في.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يعني.

(٥) سقط في ز.

كتاب فلان القاضي إلي كتبه في معنى كذا حال كونه قاضيًا، ثم سألني هذا الذي عرض عليّ هذا الكتاب نقل ذلك إليه، فأجبت، وأمرت بكتابي هذا، ويتم الكتاب على نسق ما تقدم، وإن كان الكتاب الذي احتيج إلى نقله كتابًا، فترتيبه على نحو ما ذكرنا.

سجل في [ثبوت] ^(١) ملك محدود بكتاب حكمي [يكتب: ^(٢)] يقول القاضي فلان: حضرني في مجلس قضائي بكورة كذا فلان، وأحضر مع نفسه فلانًا، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع الدار التي في موضع كذا، حدودها كذا، ملك هذا الذي حضر، وحقه وفي يد هذا الذي أحضره معه بغير حق، فوجب عليه تسليمها إلى هذا الذي حضر، وطالبه بذلك، وسأل مسألته عنه، فسئل فأجاب بالفارسية: (اين خانه كه، اين مدعي دعوى مسكند ملك منست وحق منست ودر دست من بحقست)، فكلفت المدعى عليه هذا إقامة الحجّة على دعواه، فعرض علي كتابًا حكميًا هذه نسخته.

وينسخ الكتاب الحكمي من أوله إلى آخره، ثم يكتب: فعرض علي هذا الكتاب، وزعم أنه كتاب فلان القاضي بكورة كذا إليك، وأشار إلى الكتاب، وإلى كتبه بثبوت ملكية هذه الدار بحدودها ^(٣)، وحقوقها إلى موضع توقيعه، مختوم بخاتمه، كتبه وهو يومئذ قاض بكورة كذا، وأشهد على مضمونه وخاتمه شهودًا، فطلب منه البيّنة، وأحضر نفرًا ذكر أنهم شهوده، وهم: فلان وفلان وفلان، وسألني الاستماع إلى شهادتهم، فأجبت إليه، فشهد شهوده هؤلاء أن هذا الكتاب، وأشار إلى الكتاب المحضر لمجلس الحكم، كتاب قاضي بلدة كذا، كتبه إليك، وهو يومئذ قاضي بلدة كذا بثبوت ملك هذه الدار المحدودة لهذا المدعي الذي عرض هذا الكتاب،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: المحدودة.

وأشاروا إلى المدعي هذا، مختوم بختمه، موقع بتوقيعه، وأشهدنا على مضمون هذا الكتاب وعلى ختمه، فسمعت شهادتهم، ورجعت في التعرف عن أحوالهم إلى من إليه التزكية والتعديل بالناحية، فنسب اثنان منهم إلى جواز الشهادة وقبول القول، وهما فلان وفلان، فقبلت الكتاب، وفككته بمحضر الخصمين، فوجدته معنون الداخل والخارج موقع الصدر والآخر، معلم الأوصال ظاهرًا وباطنًا، وقد أثبت أسامي الشهود في آخره كما هو الرسم في كتاب القضاة فقبلته، وثبت عندي كون هذا الكتاب كتاب قاضي كورة كذا كتبه إلي، وهو يومئذ قاض بها في ثبوت ملك هذا المحدود لفلان هذا، وكونه في يدي فلان هذا بغير حق، وقد أشهد هؤلاء الشهود على مضمونه وختمه، وصح عندي مورده، وثبت عندي جميع ما تضمنه، فعرضت ذلك على المدعى عليه، وأعلمته بجميع ذلك، ومكنته من إيراد الدفع إن كان له دفع، فلم يأت بالدفع، ولا أتى بالمخلص، وظهر عندي عجزه عن ذلك، ثم إن هذا المدعي الذي عرض الكتاب سألني الحكم على هذا المدعى عليه بما ثبت عندي له من ذلك، فأجبتة إلى ذلك، وحكمت لهذا المدعي على هذا المدعى عليه بملكية هذه الدار المحدودة إلى آخره، والله تعالى أعلم.

* * *

محضر في إقامة البينة للكتاب الحكمي في دعوى المضاربة المذكورة والبضاعة: حضر مجلس القضاء في كورة بخارى قبل القاضي فلان بن فلان بن فلان، [ويحليه]^(١)، من غير خصم [أحضره، ولا نائب]^(٢) عن خصم أحضره [معه]^(٣)، فادعى هذا الذي [حضر]^(٤) على غائب ذكر أنه يسمى فلان، وذكر أن حليته كذا، وذكر أيضًا: أنه دفع إليه تسعين دينارًا أحمر^(٥) مناصفة بخارية جيدة رائجة، موزونة بوزن سنجات سمرقند مضاربة صحيحة لا فساد فيها؛ ليتجر هو في ذلك ما بدا له من أنواع التجارات حضرًا وسفرًا، على أن ما يرزق الله تعالى في ذلك من ربح، فهو بينهما أثلاثًا، ثلثه لرب المال هذا الذي حضر، وثلثه للمضارب هذا^(٦) المذكور اسمه ونسبه، وما كان من وضعية أو خسران، فهو على رب المال هذا.

وإن المدعى عليه الغائب عن هذا قبض من هذا الذي حضر جميع رأس مال هذه المضاربة الموصوفة فيه قبضًا صحيحًا في مجلس العقد هذا؛ بدفعه^(٧) إليه ذلك مضاربة، [وأقر بقبض]^(٨) ذلك على هذه الشرائط المذكورة فيه من هذا الذي حضر إقرارًا صحيحًا صدقه هذا الذي حضر في ذلك خطابًا، ودفع هذا الذي حضر أيضًا إليه عشرين دينارًا من الذهب الأحمر المناصفة البخارية الضربة بوزن سنجات سمرقند بضاعة صحيحة؛ ليورد له [في عوض]^(٩) ذلك ما بدا له من المؤدى [جانبه التي]^(١٠) تكون لائحة لأهل ما وراء النهر [من البرطاس والفتك]^(١١)، وإنه قبل منه

- (١) سقط في ز.
- (٢) في ز: أحضرو غائب.
- (٣) سقط في ز.
- (٤) سقط في ز.
- (٥) في ز: أحمرًا.
- (٦) في ز: هو.
- (٧) في ز: يدفعه.
- (٨) في ز: وقد يقبض.
- (٩) في ز: عرض.
- (١٠) في ز: الذي جابه.

هذه الدنانير الموصوفة فيه بضاعة على [هذا]^(١) الوجه البين فيه قبولاً صحيحاً وأقر بقبض ذلك بضاعة على هذا الوجه المبين فيه إقراراً صحيحاً صدقه هذا الذي حضر فيه خطاباً، وإنه اليوم غائب من كورة بخارى^(٢) ونواحيها، مقيم بقصبة أوزجند جاحد لدعواه هاتين [فأنت بحقين]^(٣) هاتين، وإن له شهوداً على دعوته^(٤) ههنا إلى آخره. والله أعلم.



(١١) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: كذا.

(٣) في أ: قامت بحصة.

(٤) في ز: دعوته.

[الكتاب الحكمي]^(١) في إثبات شركة العنان في عمل الحلابين:

ادعى هذا الذي حضر على غائب ذكر أن هذا الذي حضر أنه يسمى (قراحة سالار) بن فلان بن فلان، وإنه يعرف (باكش بحه)، وذكر أن حليته كذا، وذكر أنه، يعني هذا الذي حضر، وهذا الغائب المسمى اشتركا شركة عنان في تجارة الحلابين على تقوى الله، وأداء الأمانة، والاجتناب عن الخيانة على أن يكون رأس مال كل واحد منهما في هذه الشركة مائة دينار من الذهب الأحمر الجيد البخارية الضرب [المناصفة الجيد]^(٢) الرائج بوزن [سنگات]^(٣) سمرقند، فيكون جميع رأس مال هذه الشركة مائتي دينار حمراء بخارية الضرب إلى آخره، على أن يكون جميع [رأس]^(٤) مال [هذه]^(٥) الشركة في يدي هذا الغائب المسمى فيه يتجران فيه، ويتجر كل واحد منهما بذلك كله حضراً وسفراً بتجارات الحلابين، ويشتريان ويشترى كل واحد منهما [بذلك]^(٦) ما يبدو لهما، ولكل واحد منهما من السلع الصالحة للحلابين، وتجاراتهم المعهودة فيما بينهم ويبيعانه، ويبيع كل واحد منهما ذلك بالنقد والنسيئة، ويستبدلان، ويستبدل كل واحد منهما بما يتفق^(٧) من ذلك أنه سلعته يبدو لهما، وكل واحد منهما من السلع الصالحة للحلابين في تجاراتهم المعهودة فيما بينهم، ويسافران ويسافر كل واحد منهما بمال هذه الشركة كله إلى أي بلد يبدو لهما، ولكل واحد منهما من بلاد الإسلام والكفر على أن ما يرزق الله تعالى من الربح في هذه الشركة يكون بينهما نصفين، وما يكون من ضيعة أو خسران يكون

(١) في ز: كتاب.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: يبيع.

عليهما نصفين أيضاً، وأحضر كل واحد منهما رأس ماله المذكور في مجلس الشركة هذه وخلطاهما، وجعلاه بعد الخلط في يد الغائب المسمى فيه جعلاً^(١) صحيحاً، وأقر هو بحصول جميع مال هذه الشركة المذكور في يده إقراراً صحيحاً صدقه هذا الذي حضر فيه خطاباً وشفاهاً في مجلس الشركة هذه.

وذكر هذا الذي حضر أيضاً أن له على الغائب المسمى فيه مائة دينار حمراء مناصفة بخارية رائجة جيدة بسنجات سمرقند ديناً واجباً، وحقاً لازماً بسبب قرض صحيح أقرضها هذا الذي حضر إياه من مال نفسه إقراراً صحيحاً، وإنه قبضها من هذا الذي حضر قبضاً صحيحاً، وجعلها رأس ماله المذكور في هذه الشركة، وهكذا أقر [هذا]^(٢) الغائب المسمى فيه في حال صحة إقراره، ونفاذ تصرفاته في الوجوه كلها طائعاً بجريان عقد هذه الشركة المذكورة فيه، وبحصول [جميع]^(٣) رأس مال هذه الشركة المذكورة في يده، وبإقراض هذا الذي حضر إياه مائة دينار، وقبضها منه على الوجه المذكور فيه، وإن قراحه سالار المحلى المسمى فيه لليوم غائب عن كورة بخارى ونواحيها، مقيم ببلدة كذا، جاحد دعوى هذا الذي حضر قبله بذلك كله إلى آخره. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: ييعا.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

محضر في إثبات الكتاب الحكمي :

حضر مجلس القضاء في كورة بخارى قبل القاضي فلان رجل ذكر أنه يسمى محمد بن عمر بن عبد الله بن أبي بكر الترمذي، وهو يومئذ وكيل عن أخويه لأب وأم، أحدهما يكنى بأبي بكر، والآخر يسمى أحمد، وعن والدتهم المسماة بستي كوهر بنت عمر بن أحمد البزاز الترمذي الثابت الوكالة عنهم في جميع الدعاوى والخصومات وإقامة البيئات، والاستماع إليها في الوجوه كلها، وفي طلب حقوقهم قبل الناس أجمعين، وفي قبضها لهم إلا في تعديل من يشهد عليهم، والإقرار عليهم.

وفي يديه كتابه كتاب حكمي [مكتوب]^(١) في عنوانه الظاهر: بسم الله الملك الحق المبين إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم من الموفق بن منصور بن أحمد قاضي ترمذ في نقل إقرار أبي بكر بن طاهر بن محمد المعروف بأولياء الكاغدي بمضمون الأذكار الملتصقة بعضها ببعض في آخر كتابي هذا على حسب ما تضمنه كل ذكر منها، وهو مختوم بختمي، ونقش ختمي الموفق بن منصور ابن أحمد، وأحضر مع نفسه رجلاً ذكر أنه يكنى بأبي بكر بن طاهر بن محمد الترمذي الكاغدي، وأنه يعرف بأولياء، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه بنفسه بطريق الأصالة، ولموكليه المذكورين فيه بحكم الوكالة الثابتة له من جهتهم أنه كان للشيخ محمد عبد الله بن أبي بكر الترمذي على هذا الذي أحضره معه مائتي دينار، وأربعين ديناراً ملكته تلجئة بوزن مكة ديناً واجباً، وحقاً لازماً بسبب صحيح، وإن هذا الذي أحضره معه أقر له في حال صحة إقراره طائفاً بجميع هذا المال المذكور فيه، مكتوب إقراره له بذلك في ثلاثة من الأذكار: في أحدها مائة وخمسة وثلاثون ديناراً، وفي الآخر خمسة وثلاثون ديناراً ديناً على نفسه واجباً،

(١) سقط في ز.

وحقاً لازماً بسبب صحيح أقرير صحيحة كان صدقه محمد بن عبد الله هذا في جميع ذلك في حال حياته خطاباً، وكل ذلك محكوم به، مسجل في مجلس القضاء بكورة ترمذ قبل قاضيها الموفق بن منصور بن أحمد حال كونه قاضيًا بها نافذ القضاء بين أهلها.

ثم إن الشيخ محمد بن عبد الله بن أبي بكر هذا توفي قبل قبضه شيئاً من هذا المال المذكور فيه من هذا الذي أحضره معه، وخلف من الورثة زوجة له، وهي ستي كوهر هذه المذكورة فيه، وثلاثة بنين لصلبه أحدهم هذا الذي حضر، والاثنان منهم الموكلان المذكوران فيه، لا وارث له سواهم، وخلف المال من التركة من ماله هذا المال دينا على هذا الذي أحضره معه وبموته صار هذا المال مال هذا المذكور فيه ميراثاً عنه لورثته هؤلاء المذكورين فيه على فرائض الله تعالى، للمرأة الثمن، والباقي لبنيه الثلث بينهم بالسوية. أصل الفريضة من ثمانية أسهم، وقسمتها من أربعة وعشرين سهماً، للمرأة ثلاثة أسهم، ولكل ابن سبعة أسهم منها.

وهذا المال المذكور فيه لما كان ثابتاً على هذا الذي أحضره معه بإقراره لهذا المذكور فيه حال حياته في مجلس القضاء بكورة ترمذ عند قاضيها هذا المذكور فيه، ومحكوماً به، ومسجلاً، التمس هذا الذي حضر وموكلوه المسمون فيه من قاضي ترمذ هذا المذكور فيه كتاباً في نقل الإقرار بهذا المال المذكور إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فأجابهم إلى ذلك، وأمر بكتابة هذا المكتوب، وأشار إليه في ذلك بعد استجماع شرائط صحة الكتاب الحكمي من أوله إلى آخره بتاريخه المذكور فيه، وأشار إليه، وكان قاضي ترمذ المذكور فيه يوم أمر بكتابة هذا الكتاب، وأشار إليه قاضي ترمذ ونواحيها، واليوم هو على قضائه بها، وهذا الذي أحضره [معه]^(١) في علم من ذلك كله، فواجب على هذا الذي أحضره معه أداء هذا المال المذكور

(١) سقط في ز.

فيه بالسبب المذكور فيه؛ ليقبض لنفسه بالأصالة، ولموكله بحكم الوكالة المذكورة فيه على السهام المذكورة فيه، وطالبه بذلك، وسأل مسأله [عن ذلك]^(١)، فسئل فأجاب: (ما مازين فام وازين نامه خير نيست ومرابدين مدعي خيري دادني نيست به أين سبب كه دعوى مسكندا). أحضر المدعي نفراً ذكر أنهم شهوده، فشهد كل واحد بهذه الألفاظ: (كوامي ميدهم كه أين كتاب حكمي)، وأشار إليه^(٢) أن قاضي ترمذ (أست الموفق بن منصور بن أحمد أين كه نام ونسب وي برعنو، فظاهر أين نامه مذكور أست)، وأشار إلى هذا الكتاب، (آن روزكه فرمود نيشتن آيينو وأشار إليه قاضي بود بشهر ترمذ ونواحي وي وازن روز باز برعمل قضاء ست بترمذ ونواحي وي واين نامه) وأشار إليه (بمهر ويست ونفس وي الموفق بن منصور بن أحمد ست ومضمون أين نامه)، وأشار إلى الكتاب (أينست كه أيين مدعي عليه إقرار کرده أست، وأشار إليه (بحال دوابي إقرار خویش بطوع كه بر منست ودركرون منست مدين خواجه محمد بن عبد الله بن أبي بكر راکه نام ونسب وي درين محضر ودرين نامه يادکرده شده أست)، وأشار إلى الكتاب (دويست دينار وجهل دينار حکمي بلخي سره بوزن مکه دادني أست فامي لازم، وحقني واجب بسبب درست إقراري درست واين مقر له كه أندرين محضر وأندرين نامه يادکرده شده أست)، وأشار إلى المحضر والكتاب هذا (تصديق کرده بودميرين مقر أندرين إقرار روياروي بازين خواجه محمد بن عبد الله بن أبي بكر كه نام ونسب وي أندرين محضر وأندرين نامه ياده کرده شده أست)، وأشار إلى هذا المحضر والكتاب (بمر وييش أز قبض کردن وي خيري أزين زره كه مبلغ، وصنعت وجنس ووزن وي أندرين محضر، وأندرين نامه يا دکرده شده أست)، وأشار إلى هذا المحضر، وإلى هذا الكتاب (أزين مدعی عليه)، وأشار إليه (وازوي ميراث خواره مراودازن مانده أست

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: إلى هذا الكتاب.

أين كومرکه نام ونسب وي أندرين محضر ودرين نامه يا دکرده شده أست)، وأشار إلى المحضر والكتاب (وسه بسر حلبي ماندش يکي أزيشان أين مدعي) وأشار إليه (ودودیکر موکلان أين مدعي که نام ونسب مردو دراین محضر ودرين نامه يا دکرده شده أست)، وأشار إلى المحضر والكتاب (مدین) لا نعلم له وارثاً سواهم، (ويحكي زره که أندرين نامه يادکرده شده)، وأشار إلى المحضر والكتاب (بترك وي ميراث شده أست ميرين ميراث خوارکان ویراکه نام ونسب ایشان أندرين محضر، وأين نامه يارکرده شده)، وأشار إلى هذا المحضر والكتاب (أتروبي باين تره که أندرين محضر وأندرين نامه بادکرده شده أست)، وأشار إليها، ثم كتب قاضي بخارى آخر هذا المحضر: جرى الحكم مني بثبوت ما شهد به هذان الشاهدان. والله تعالى أعلم.



كتاب حكيمي آخر:

حضر مجلس القضاء في كورة بخارى الشيخ الإمام عفيف الدين عبد الغني بن إبراهيم بن ناصر الحجاج الهروي، والشيخ الحجاج محمود بن أحمد الصفار القزويني، وهو يومئذ وكيل المسماة قرة العين بنت أبي نعيم بن ناصر القزوينية الثابت الوكالة عنها في الدعاوى والخصومات، وإقامة البيئات والاستماع إليها في الوجوه كلها، إلا في الإقرار عليها، وتعديل من يشهد عليها، والمأذون له من جهتها في توكيل من أحب من تحت يده بمثل ما وكله به وأحضرا معها السالار أحمد بن الحسين بن الحسن الحجاج الحلاب.

وادعى الشيخ الإمام عبد الغني هذا الذي حضر لنفسه بالأصالة، وادعى الشيخ محمود هذا الذي حضر لموكلته هذه بحكم الوكالة على هذا الذي أحضره معه أن عمر بن أبي نعيم بن ناصر الحجاج القزويني توفي، وخلف من الورثة ابنة له لصلبه تسمى فرخنده، وأختا له لأب وأم، وهو الشيخ الإمام عبد الغني هذا، وأختا له لأب وأم، وهي موكلة محمود هذا الذي حضر هذه، لا وارث له سواهم، وخلف من تركته في يدي هذا الذي أحضره معهما عشرة أعداد جلد قندر مدبوغ قيمة كل جلد منها أربعة دنائير نيسابورية الضرب جيدة رائجة حمراء مناصفة^(١) بوزن مثاقيل مكة، وصار جميع ذلك بموته ميراثا عنه لورثته هؤلاء المسمين فيه على فرائض الله تعالى، للبننت النصف، والباقي للأخ، والأخت لأم وأب.

أصل الفريضة من اثنين، وقسمتها من ستة أسهم للبننت منها ثلاثة أسهم، وللأخ منها سهمان، وللأخت منها سهم واحد، وإن هذين اللذين حضرا أقاما البينة العادلة في مجلس القضاء بكورة قزوين قبل القاضي عمر بن عبد الحميد بن عبد العزيز خليفة والده الشيخ القاضي الإمام أبي عبد الله عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي كورة

(١) في ز: مناقضة.

قزوين ونواحيها نافذ القضاء والإمضاء والإنبابة فيه، وفي مجلس القضاء بكورة ري قبل القاضي محمد بن الحسن بن محمد الأسترابادي خليفة والده الصدر الإمام أبي محمد الحسن بن محمد أحمد الأسترابادي قاضي كورة ري ونواحيها، نافذ القضاء والإمضاء والإنبابة فيها، أدام الله توفيقه بجميع ما كتب في الكتاب الحكمي الذي أورده من قاضي كورة قزوين من وفاة عمر بن أبي نعيم بن ناصر الحجاج القزويني هذا، وتخليفه من الورثة ابنة له لصلبه، وأخًا وأختًا له لأب وأم، هؤلاء المسمون فيه، لا وارث له سواهم للكتاب الحكمي إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، وهما هذان الكتابان اللذان أورداهما هذان اللذان حضرا، المشار إليهما، وأمر كل واحد منهما بكتاب حكمي.

وكان إقامة [البينة]^(١) من هذين اللذين حضرا في مجلس قضاء كورة قزوين عند [قاضيها هذا الكتاب الحكمي، وفي مجلس قضاء كورة ري عند]^(٢) قاضيها هذا الكتاب الحكمي بعد ما أثبت محمود هذا الذي حضر وكالته عن موكلته هذه بكورة قزوين قبل قاضيها هذا بجميع ما جرى لهذين اللذين حضرا قبله إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، وإن كل واحد من هذين النائبين المذكورين فيه كان نائبًا في الحكم والقضاء بكورته يوم أمر بكتابة هذا الكتاب إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، وحكامهم من جهة المنوب [عنه]^(٣) المذكور فيه حال كون المنوب عنه المذكور فيه قاضيًا في كورته هذه المذكورة فيه نافذ القضاء والإمضاء والإنبابة بها.

واليوم كل واحد منهما نائب في الحكم والقضاء في كورته كما كان من هذا المنوب عنه من لدن أمره بكتابة هذا الكتاب إلى هذا اليوم، وهذا الذي أحضر معه

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

في علم من هذين الكتابين المشار إليهما^(١)، فواجب عليه تسليم حصة الشيخ الإمام عبد الغني هذا الذي حضر من ذلك لقبضه لنفسه، وذلك سهمان من ستة أسهم، وتسليم نصيب موكله محمود هذا الذي حضر هذه من ذلك، وذلك سهم واحد من ستة أسهم من ذلك ليقبضه لها بتوكيلها، وطالباه بذلك، وسألاً مسألته عن ذلك، فسئل فأجاب وقال: (مراد زين وقاتة أين نام بردة واذ وارث أين مدعيان وا زين نامها حكى علم نيست وناين مدعيان بسيح وا دنى نيست باين سبب كه دعوى بيكتند أين اندازه كه دعوى بيكتند).

أحضر هذان اللذان حضرا نفرًا ذكرا أنهم شهودهما، وهم فلان، يكتب أسامي الشهود على هذا الوجه الشاهد الأصل الشيخ محمود بن إبراهيم بن فلان المعروف بالشرواني، ويكتب تحت الاسم الفرع عنه الشيخ أحمد بن إسماعيل بن أبي سعيد المعروف بمعاري سالار، والشيخ الفائق محمد بن أحمد بن عبد الله الصائغ السجزي ساكن سكة علي الرومي بناحية مسجد فلان.

ثم كتب: والأصل الآخر الشيخ أبو الحسن بن أحمد الحسن القزويني التاجر، وكتب تحت اسم هذا الأصل الثاني الفرع عنه الفرعان اللذان يشهدان على شهادة الأصل الأول، والشيخ محمد بن أحمد بن محمد الكتاني، ثم كتب الكاتب تحت أسامي الفروع الثاني وأنسابهم، والأصل الثالث الشيخ أحمد بن محمد بن محمد الحجاج الإسكاف المعروف بأحمد خوب، ولم يكن لهذا الأصل فرعان؛ لأنه شهد بنفسه، وكان قاضي بخارى كتب في آخر هذا المحضر بعد ما شهد الشهود من نسخة قرئت عليهم: حكمت بثبوت الكتابين الحكيمين بشهادة هؤلاء الفروع على شهادة هذين الأصلين المسمين بتاريخ كذا، وأما لفظة الشهادة على الشهادة التي قرئت على الشهود هذا: (كوا هي سيدهم كه كواهي داد نيس من) محمود بن إبراهيم بن

(١) في ز: إليه.

شرواني، وأبو الحسن بن أحمد بن الحسن القزويني، (و حين كفتند ميريل إذا يشان كه كواهي سيدهم كه أين مرد وناينة)، وأشار إلى الكتابين، (يكي إذين در نابه، وأشار إلى أحد الكتابين بعينه، نابه) نائب قاضي شهر قزوين (إست أين كه مروي ونسب ونام ويست منوب عنه وي ولقب وي أندرين محضر ياد كردة إست)، وأشار إلى المحضر هذا (وأيّن نامه ديكر)، وأشار إلى الكتاب الآخر (نامه قاضي دي إست كه نام ونسب منوب عنه وي ولقب وي أندرين محضر يا دكرده شده إست)، وأشار إلى المحضر هذا (وأيّن مرد ومهر، وأشار إلى الحتمين ومرد ونامه)، وأشار إلى الكتابين (أين يكي مهر نائب قاضي قزوینست أين كه نام ونسب وي أندرين محضر يا دكرده إست، وأشار إلى الختم والمحضر ومضمون أين مرد ونامه)، وأشار إلى الكتابين، (إينست كه أندرين محضر يا دكرده إست)، وأشار إلى المحضر (وآن دوز كه مر يكي إذا سان مرد وين نفر موند نيشتن أين نامه)، وأشار إلى الكتابين (نائب بود ندا نرد شهز خویش أندر عمل قضاء أزين منوب عنه خود كه نام ونسب وي أندرين محضر يا دكرده إست)، وأشار إلى المحضر (وأيّن منوب عنه وي نيرهم قاضي يو داندر شهر خویش) نافذ القضاء والإمضاء والإنبابة (وأمر وذ مر يكي يشان بمحنين نائب إست أندر شهر خویش أندر عمل إقضاء أزهمين منوب عنه خو دازان روز كه يفر مودند نيشتن أين نامه)، وأشار إلى الكتاب (تا أمر ود ومر أكوده كر دانيدبر كواهي خودبر من همه ويفر مودند مراتا كواهي دهم بر كواهي وي برين همه واكنون كواهي ميدهم بر كواهي وي بر من همه أزلور تا آخر).

والصحيح أن البداية بقوله: (كواهي سيدهم) لا حاجة إليه؛ لأن شهادته على هذه الجملة في آخره كما ذكرنا، وهذا تكرار محض، ثم يقول: (واين مردو كواه أصل كه مرا بر كواهي خودبرين همه كواه كردايند ندا مروزاز شهر بخارى ونواحي وي غائب اند غيبت سفر وعدل اند)، والله تعالى أعلم.

كتاب حكمي على قضاء الكاتب بشيء قد حكم به وسجله:
يكتب بعد الصدر والدعاء: حضر في يوم كذا رجل ذكر أنه يسمى فلان، يسميه وينسبه ويحليه، وأحضر معه رجلاً ذكر أنه يسمى فلان كذا، وينسبه ويحليه، ويذكر دعوى الذي حضر، وحكمه على هذا الذي أحضر، وينسخ السجل من أوله إلى آخره بتاريخه، ثم يكتب: ثم إن هذا المدعي^(١) حضرني بعد ذلك، وادعى أن المحكوم عليه فلان غائب عن هذه البلدة مقيم ببلدة كذا، وإنه جاحد ملكية المدعي به والحكم، وسألني مكاتبته، أدام الله علوه بذلك، والإشهاد عليه، ويتم الكتاب^(٢).

نسخة أخرى لهذا الكتاب: إن نسخ السجل في آخر الكتاب، فيكتب: نسخت أطال الله بقاء القاضي الإمام فلان آخر كتابي هذا سجلاً أعلمته لفلان في ورود استحقاق كذا عليه لفلان، وإخراجه من يده، وتسليمه إلى المستحق المذكور فيه، وذكر هذا المحكوم عليه، وأنه اشترى ذلك من فلان المقيم بتلك الناحية، وسألني إعلام القاضي فلان، أيده الله، والكتاب إليه، ويتم الكتاب.

نسخة أخرى: يكتب بعد الدعاء والصدر: طويت كتابي هذا على سجل بدالته لفلان حكمت فيه له على فلان بكذا بشهادة شهود عدول، شهدوا له عندي في مجلس قضائي، على ما ينطق به السجل المطوي عليه الكتاب بعدما ثبت فيه قضائي، ومضى به حكمي فسئلت مكاتبته أدام الله عزه بذلك، والإشهاد عليه، فأجبت إلى المسئول، والله أعلم.



(١) في ز: الذي.

(٢) في أ: السجل.

كتاب حكمي في دعوى العقار:

إذا وقع الدعوى في العقار، وطلب المدعي من القاضي أن يكتب له بذلك كتابًا، فهذا على وجهين:

الأول: أن يكون العقار في بلد المدعي، ويكون المدعى عليه في بلد آخر، وفي هذا الوجه القاضي يكتب له، وإذا وصل الكتاب [إلى المكتوب إليه، كان المكتوب] ^(١) إليه بالخيار، إن شاء بعث المدعى عليه ووكيله مع المدعي إلى القاضي الكاتب حتى يقضي له عليه، ويسلم العقار إليه، وإن شاء حكم به لوجود الحجة، وسجل له، ويكتب له قضيته لتكون في يده، وأشهد على ذلك، ولكن لا يسلم العقار إليه؛ لأن العقار ليس في ولايته، فلا يقدر على التسليم، إلا أن العجز عن التسليم يمنع التسلم، أما لا يمنع الحكم، فلهذا يحكم بالعقار للمدعي، ولكن لا يسلمه إليه.

ثم إذا ورد المدعي قضية القاضي المكتوب إليه إلى [القاضي] ^(٢) الكاتب، وأقام بينة على قضائه، فالقاضي الكاتب لا يقبل هذه البينة؛ لأنه يحتاج إلى تنفيذ ذلك القضاء، وتنفيذ القضاء بمنزلة القضاء، فلا يجوز على الغائب، وكذلك لا يسلم الدار إليه؛ لأن تسليم الدار قضاءً منه، فلا يجوز على الغائب، ولكن ينبغي للقاضي المكتوب إليه أولاً أنه إذا قضى للمدعي، وسجل [له] ^(٣) بأمر المدعى [عليه أن يبعث مع المدعي أميناً له ليسلم الدار إلى المدعي] ^(٤)، فإن أبى ذلك كتب المكتوب إليه إلى الكاتب كتابًا، ويحكي له فيه كتابه الذي وصل إليه، ويخبره بجميع ما جرى بين المدعى عليه، وبين المدعي بحضرة المدعي، وبحكمه على المدعى عليه بالعقار للمدعي، فيأمره المدعى عليه أن يبعث مع المدعي أحدًا ليسلم العقار إلى المدعي،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

وامتناعه عن ذلك، ثم يكتب: وذلك قبلك، وسألني المدعي الكتاب إليك، وإعلامك بحكمي على فلان بذلك ليسلم إليه هذا العقار، فاعمل في ذلك يرحمك الله وإيانا بما يحق لله عليك، وسلم العقار المحدود في الكتاب هذا إلى المدعي فلان بن فلان موصل كتابي هذا إليك، فإذا وصل هذا الكتاب إلى القاضي الكاتب. يسلم العقار إلى المدعي، ويخرجه من يد المدعى عليه.

الوجه الثاني: أن يكون العقار في غير بلد المدعي، وإنه على وجهين أيضًا: أن يكون في البلد الذي فيه المدعى عليه، وفي هذا الوجه أيضًا القاضي يكتب له، وإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه يحكم به للمدعي، وأمر المحكوم إليه بتسليم العقار إلى المدعي، وإن امتنع المدعى عليه عن التسليم، فالقاضي يسلم بنفسه، ويصح التسليم منه؛ لأن العقار في ولايته.

وإن كان العقار في بلد آخر غير البلد الذي فيه المدعى عليه، فالقاضي يكتب له أيضًا إلى قاضي البلد الذي فيه المدعى عليه، والقاضي المكتوب إليه بالخيار إن شاء بعث المدعى عليه، أو وكيله مع المدعي إلى البلد الذي فيه العقار، ويكتب إليه كتابًا حتى يقضي له بالعقار للمدعي بحضرة المدعى عليه، وإن شاء حكم به للمدعي [وسجل له]^(١)، ولكن لا يسلم العقار إليه على نحو ما بينا؛ لأن العقار ليس في ولايته. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وسجله.

كتاب حكيم في العبد الأبق على قول من يرى ذلك :

[صورة ذلك]^(١): إذا كان لرجل بخاري عبد أبق إلى سمرقند، فأخذه رجل سمرقندي، فأخبر به المولى، وليس للمولى شهود بسمرقند إنما شهوده ببخارى، فطلب المولى من قاضي بخارى أن يكتب بما يشهد عنده شهوده، فالقاضي يجيبه إلى ذلك، ويكتب له كتابًا إلى قاضي سمرقند على نحو ما بينا في الديون وغيره، غير أنه يكتب: شهد عندي فلان وفلان وفلان أن العبد السندي الذي يقال له: فلان، حليته كذا، وقامته كذا ملك فلان المدعي هذا، وقد أبق إلى سمرقند، واليوم في يد فلان بسمرقند بغير حق، ويشهد على كتابه شاهدين يشخصان إلى سمرقند، ويعلمهما ما في الكتاب حتى يشهدا عند قاضي سمرقند بالكتاب، وبما فيه.

فإذا انتهى هذا الكتاب إلى قاضي سمرقند يحضر العبد مع الذي في يديه حتى يشهد عند قاضي سمرقند بالكتاب، وبما فيه حتى تقبل شهادتهما بالإجماع، فإذا قبل القاضي شهادتهما، وثبتت عدالتهما عنده فتح الكتاب، فإن وجد [حلية العبد]^(٢) المذكور فيه مخالفًا لما شهد به الشهود عند القاضي الكاتب، رد الكتاب إذا ظهر أن العبد هذا غير المشهود به في الكتاب، وإن كان موافقًا قبل الكتاب، ودفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالعبد؛ لأن الشهود لم يشهدوا بحضرة العبد، ويأخذ كفيلاً عن المدعي بنفس العبد، ويجعل في عنق العبد خاتمًا من رصاص؛ حتى لا يتعرض له أحد في الطريق أنه سرقه، ويكتب كتابًا إلى قاضي بخارى بذلك، وشهد شاهدان على كتابه وختمه، وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل الكتاب إلى قاضي بخارى، وشهد الشهود أن هذا الكتاب [كتاب]^(٣) قاضي سمرقند وخاتمه، أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده أول مرة، فيشهدون بحضرة العبد أنه

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

ملك هذا المدعي .

فإذا شهدوا بذلك ماذا يصنع قاضي بخارى؟ اختلفت الروايات عن أبي يوسف رحمه الله، ذكر في بعض الروايات: أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد؛ لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند، ويكتب فيه ما جرى عنده، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه، وما فيه، ويبعث بالعبد معه إلى سمرقند حتى يقضي له قاضي سمرقند بالعبد بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب إلى قاضي سمرقند، وشهد الشاهدان عنده بالكتاب والختم، وبما في الكتاب، وظهرت عدالة الشاهدين قضى للمدعي بالعبد بحضرة المدعى عليه، وأبرأ كفيل المدعي . وقال في رواية أخرى وهو الأصح: إن قاضي بخارى يقضي بالعبد للمدعي، ويكتب إلى قاضي سمرقند [كتاباً آخر]^(١) حتى يبرأ كفيل المدعي، وعلى الرواية التي جوز أبو يوسف كتاب القاضي في الإماء، وصورته ما ذكرنا في العبد، غير أن المدعي إذا لم يكن ثقة مأموناً، فالقاضي المكتوب إليه لا يدفعها إليه، ولكن يأمر المدعي حتى يجيء برجل ثقة مأمون في دينه وعقله يبعث بها معه؛ لأن الاحتياط في باب الفرج واجب . والله تعالى أعلم .



(١) سقط في ز .

رسوم القضاة والحكام في تقليد الأوقاف:

يكتب: يقول القاضي فلان قاضي كورة كذا ونواحيها نافذ القضاء بها بين أهلها من قبل فلان: وقع اختيار جماعة من أهل جماعة مسجد فلان في سكة فلان في محلة فلان في كورة بخارى، وهم فلان وفلان، [وفلان]^(١)، وقع اختيارهم جميعاً للقيام في تسوية أمور الأوقاف المنسوبة إلى هذا المسجد على فلان بن فلان الفلاني، وأن يكون هذا المتولي لما عرفوا من صلاحه وأمانته وكفايته، وهدايته في التصرفات، فأمضيت اختيارهم، ونصبت مختارهم هذا فيما فيها ليقوم بحفظها وحياطتها، وصيانتها عن الإضاعة، وصرف ارتفاقاتها إلى وجوه مصارفها، ومراعاة شرط الواقف فيها، وأوصيته في ذلك بتقوى الله تعالى، و[أداء]^(٢) الأمانة، والتحرز^(٣) عن المكر والغدر والخيانة في السر والعلانية، وأطلقت له [الده يازده]^(٤) مما يحصل في يده من ارتفاقاتها ليكون معونة له في هذا الأمر الذي قلدته في ذلك كله، فتقلد مني بشرط الوفاء به، وأمرت بكتب هذا الذكر حجة له في ذلك، وأشهدت عليه من حضرني من أهل العلم والعدالة، ثم يوقعه القاضي على الصدر بتوقيعه المعروف، ويكتب في آخره يقول فلان بن فلان: جرى ذلك كله مني، وعندي، وكتبت التوقيع على الصدر، وهذه الأسطر في الآخر بخط يدي.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: والتجنب.

(٤) في ز: يزده.

كتاب يكتب القاضي إلى بعض الحكام في النواحي لاختيار^(١) القيم [في الأوقاف]^(٢):

أيد الله فلان، قد رفع إلي أن الأوقاف المنسوبة إلى مسجد قريتمكم خالية عن قيم يتعاهد بها، ويجمع غلاتها، ويصرفها إلى مصارفها، [ويصونها]^(٣) عن الإضاعة فكاتبته في ذلك ليختار قيمًا ذا عفاف وأمانة، وكفاية في الأمور، وصلاح وديانة، ويكتب بالجواب على ظهر كتابي هذا شرحًا؛ لأقف عليه، وأقلد من يختاره القوامه بعون الله تعالى.

جواب المكتوب إليه: قد وصل إلي كتاب الشيخ القاضي الإمام يديم الله أيامه قرأته وفهمت مضمونه، وامثلت ما أمرني به من اختيار القيم للأوقاف المنسوبة إلى مسجد قريتنا، فوقع اختياري واختيار المشايخ من قريتي للقيام بتسوية أمور الأوقاف المنسوبة إلى مسجد قريتنا على فلان بن فلان لما عرف من صلاحه وصيانيته وعفافه وديانته، وكفايته في الأمور، وكونه مقيمًا في هذه القرية، فليتفضل بتقليده، والإطلاق له الده يازده لما يحصل من ارتفاعات هذه الأوقاف ليكون له معونة على القيام في ذلك، وهو مشكور مثاب من الله تعالى.



(١) في ز: لاختيارهم.

(٢) في ز: للأوقاف.

(٣) سقط في ز.

تقليد الوصاية :

يقول القاضي فلان: قد رفع إلي أن فلاناً توفي، وترك ابناً صغيراً، ولم يجعل أحداً وصياً في تسوية أمور هذا الصغير، ولا بد لهذا الصغير من وصي يقوم في تسوية أموره، وله عم فلان، وإنه من أهل الصلاح والأمانة والديانة، وله كفاية وهداية في الأمور، فتفحصت عن حال عم هذا الصغير هذا المذكور، وأخبرني جماعة، وهم: فلان وفلان وفلان أنه معروف بالصلاح والديانة والأمانة، مشهور بالكفاية والهداية، فجعلته قيماً في أسباب هذا الصغير المذكور فيه ليقوم بحفظ أسبابه وسائر أمواله، وتعاهدها، وصيانتها عن الإضاعة، واستغلال ما هو صالح للاشتغال من أسبابه، وقبض ارتفاعات أسبابه، وحفظها، وصرفها إلى وجوه مصارفها، وإلى ما لا بد له من المطعوم والملبوس والمشروب بالمعروف، من غير تقتير ولا إسراف، وأوصيته في ذلك بتقوى الله، وأداء الأمانة في السر والعلانية، والتحرز عن الغدر والخيانة، وأطلقت له الده يازده مما يحصل في يده من ارتفاعات أسبابه ليكون له معونة في هذا الأمر، ونهيته عن بيع شيء من محدوداته من غير استطلاع رأيي، قلده في ذلك كله، فتقلد بشرط الوفاء به، وأمرت بكتابة هذا الذكر حجة في ذلك، وأشهدت عليه من حضر من الثقات، وكان ذلك في تاريخ كذا.



كتاب إلى بعض الحكام بالناحية بقسمة التركة واختيار القيم للوارث الصغير :
أطال الله بقاء الشيخ الفقيه الحاكم فلان إلى آخره، قد رفع إلي أن فلاناً من قرية
كذا توفي، وخلف من الورثة ابناً صغيراً اسمه فلان، وابنة كبيرة اسمها فلانة، وترك
أموالاً كثيرة، وهذه البنت استولت على جميع مال هذا المتوفى، وتلفها^(١) فلا بد
من إفراز حصة الصغير، وانتزاعها من يد هذه الكبيرة، فكاتبته في ذلك لينسخ جميع
التركة من المحدودات والمنقولات والحيوانات، ويتفحص في ذلك عن أمن أخبر
بذلك، ويقسم جميع التركة بين هذا الصغير، و^(٢) هذه الكبيرة على سهامها،
ويراعي في هذه القسمة العدل والإنصاف، ويختار قيماً ذا صلاح وعفاف، وصيانة
وديانة وكفاية [وهداية]^(٣)، ويبعث نسخة التركة مع المختار للقوامة إلي لأقلده
القوامة في حق الصغير، وأمضي القسمة، وأسلم حصة الصغير إليه، وهو موفق في
إتمام ذلك إن شاء الله تعالى .



(١) في ز: وينقلها.

(٢) في ز: وبين.

(٣) سقط في ز.

نصب الحكام في القرى :

يقول القاضي فلان: لما ظهر عندي صلاح فلان وصيانه وهداه وديانته، ورشاده وهدايته في الأمور وكفايته مع ما حملة الله تعالى من حقائق الأحكام، وعلمه دقائق الحلال والحرام، نصبته في ناحية كذا متوسطاً لفصل الخصومات بين الخصوم بتراضيهم على سبيل المصالحة بعد أن يتأمل في تلك الحادثة تأملاً شافياً، ولا يحابي شريفاً لشرفه، ولا يظلم ضعيفاً لضعفه، ولم أجز له أن يسمع بينة في حادثة من الحوادث، وأن يقضي لأحد على أحد في صورة من الصور، وإذا تعذر عليه فصل الخصومة بالتراضي يبعث الخصوم إلى مجلس الحكم، وأمرته بإنكاح الأيامي الخاليات عن النكاح والعدة من أكفأهن برضاهن إن لم يكن لهن ولي، بمهر أمثالهن على سبيل الاحتياط، وأمرته باختيار القوام في الأوقاف، وأموال اليتامى من الصلحاء والثقات باتفاق من هو بسبيل منها واختيارهم، وأمرته بطاعة الله وتقواه في جميع أحواله سرّاً وعلانية، وأن يأتي بأوامره، وينتهي عن زواجه، فهذا عهدي إليه، ومن قرأ هذا الكتاب، أو قرىء عليه، فليعرف حقه وحرمة، ولا يخوض أحد فيما فوض إليه، وليصن نفسه عن الظلامة، والله الموفق للصواب.



كتاب في التزويج:

بعد الدعاء يكتب: يحتسب الشيخ الفقيه أيده الله بالتعرف عن حال المسماة فلانة بنت فلان، فقد خطبها فلان، فإن وجدها حرة بالغة خالية عن النكاح والعدة، وكان هذا الخاطب كفؤاً لها، ولم يكن لها ولي حاضر، ولا غائب ينتظر حضوره، فزوجها منه برضاها بمحضر من الشهود على صداق كذا.

وإن كانت صغيرة قد بلغت مبلغاً تصلح للرجال، ولم يكن لها ولي حاضر ولا غائب ينتظر حضوره، ويكتب الكتاب على المثل الذي ذكرنا، ويكتب: فإن وجدها قد بلغت مبلغاً تزف إلى بيت الزوج، ولم يكن لها ولي حاضر، ولا غائب ينتظر بلوغه، ورأيت المصلحة في تزويجها من هذا الخاطب، فزوجها منه على مهر معلوم بمهر أمثالها، واقبض ما هو مرسوم تعجيله من المسمى، ثم سلمها إلى الزوج. وأكتب الوثيقة على الزوج ببقية المسمى، وأشهد عليها.



كتاب القاضي إلى بعض الحكام بالناحية بالتوسط بين الخصمين:
دفع إلي فلان بن فلان أن له خصومة على فلان بن فلان ويبين الخصومة، وأنه
يصرفه ولا يوفي إياه حقه، ولا يحضر معه مجلس الحكم، ويلجأ إلى أهل
السلطان، فكاتبته في ذلك ليجمع بينهما، ويسمع دعوى المدعي، وجواب المدعى
عليه، ثم يتوسط بينهما بتراضيهما ويفصلهما، فإن صلح الأمر، وإلا فابعث بهما إلى
مجلس الحكم قبلي لأفصل بينهما بالحكم إن شاء الله تعالى.

* * *

كتاب القاضي إلى الحاكم بالناحية لتوقيف الضيعة:

صورة ذلك: [رجل]^(١) ادعى ضيعة في يدي رجل، وأقام بينة على صحة الدعوى، والقاضي في مسألة الشهود بعدما التمس المدعي من القاضي أن يكتب إلى حاكم القرية التي الضياع المدعى فيها حتى تكون تلك الضياع موقوفاً عن التصرف فيها من الزيادة والنقصان، فالقاضي يكتب.

وصورته: يكتب الصدر على الرسم، ويكتب بعده: قد ادعى فلان بن فلان على فلان بن فلان بملكية الضيعة التي هي كرم محوط مبني بقصره، وكذا دبيرة أرض التي موضعها في [أرض]^(٢) قرية كذا، حدودها كذا أنها ملكه، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق، وأقام البينة على ذلك ولم يظهر لي أحوال الشهود، فالتمس هذا [المدعي مني كتب هذا]^(٣) الكتاب إليه ليجعل هذه الضيعة المتنازع فيها موقوفة في يد هذا المدعى عليه، فلا ينقص من غلاتها، ولا يزيد فيها شيئاً، بل تكون في يده موقوفة إلى أن يظهر أحوال الشهود، فإن انقاد لذلك، وإلا أعلمني بالجواب في ذلك بعون الله تعالى.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

ذكر الإذن في الاستدانة على الغائب:

يكتب: يقول القاضي الإمام فلان: رفعت المسماة فلانة بنت فلان بن فلان الفلاني أن بعلها فلان بن فلان غائب عنها من كورة بخارى ونواحيها، وتركها ضائعة من غير نفقة ولا كسوة، وإنها مضطرة في ذلك، وإن النكاح بينهما قائم في الحال أحضرت معها من جيرانها فلاناً وفلاناً، وفلاناً، يذكر أسماءهم وأنسابهم، فأخبروني هؤلاء أن الحال، كما رفعت إلي من أوله إلى آخره، التمسست مني تقدير نفقتها، وبدل كسوتها، والإذن لها في استدانتها على هذا الغائب، فأجبتها إلى ذلك، وأذنت لها بالاستدانة عليه كل شهر من هذا التاريخ كذا درهماً لمطعمها ومأدومها، وكذا كذا درهماً كل ستة أشهر لبوسها إلى أن يحضر الغائب، فيقضي ما استدانت عليه، وإنها رضيت بذلك، وأمرت بكتب هذا الذكر حجة في ذلك، وأشهدت على ذلك من حضرنى من الثقات. والله تعالى أعلم.



فرض نفقة المرأة:

امرأة شكت^(١) إلى القاضي من زوجها أنه لا ينفق عليها، والتمست من القاضي التقدير لنفقتها، يكتب: يقول القاضي فلان: رفعت فلانة بنت فلان الفلاني إلي أن زوجها لا ينفق عليها، والتمست مني تقدير نفقتها، فأجبته إلى ذلك، وفرضت لها أن على زوجها فلان لمطعموها ومأدومها لكل شهر من هذا التاريخ كذا كذا درهمًا، وبدل كسوتها كل ستة أشهر كذا درهمًا، وألزمته إدرار ذلك [عليها]^(٢) ليتولى الإنفاق على نفسها، وقد رضيت بذلك، وأمرت بكتب هذا الذكر.

أو يكتب: فرض القاضي على فلان بن فلان نفقة زوجته فلانة بنت فلان لطعامها وإدامها لكل شهر من هذا التاريخ كذا درهمًا إلى آخره، ويكتب القاضي توقيعه على صدر الذكر، ويكتب في آخره يقول: وفلان كتب هذا الذكر مني بأمرى، وجرى القرض والتقدير مني كما كتبت فيه. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: تظلمت.

(٢) سقط في ز.

كتاب المستورة من القاضي بالعربية:

أطال الله بقاء الشيخ الإمام الفقيه فلان، وأدام عزه وتأييده وتوفيقه وتسديده،
شهد مجلس القضاء قبلي فلان، وهو كهل مسكنه في سكة كذا من جماعة كذا،
وفلان وهو شاب مسكنه بهذه السكة من هذه الجماعة، فليتفضل بالتأمل في
أحوالهما، وبالإخبار إيانا ما صح عنده محتسبًا، وللثواب مكتسبًا، جواب ظاهر
حالهما الصلاح عندي، وكتب فلان [إلى فلان، وعلى عكسه يكتب غيرهما أولى
منهما عندي، وكتب فلان]^(١) المستورة بالفارسية: أطال الله بقاء فلان، وأدام عزه
على سلامة ونعمة (كواهي واو بمجلس قضاء بييري كه نام وي فلانست باسيده
بجماعة فلان وجواني فلان نام باشده بهمين كوي وبهمين جماعة فصل كند وآز
أحوال ايشان مارخبر ومد)، وجوابه بالفارسية على نسق ما كتب بالعربية.



(١) سقط في ز.

محاضر وسجلات ردت لخلل فيها:

ورد محضر فيه دعوى رجل زعم أنه وصي صغير من جهة أبيه دينًا لذلك الصغير على رجل، ورد المحضر بعلّة أنه لم يذكر في المحضر أن الدين لهذا الصغير بأي سبب، ولا بد من بيان ذلك؛ لأن الدين إذا كان موروثًا، وللميت وارث آخر سوى هذا الصغير، فإنما يصير الدين للصغير بالقسمة، وقسمة الدين باطلة، والشهود في شهاداتهم لم يشهدوا على موت الأب، وعلى الإيصاء إلى المدعي، ولا بد من ذلك.



ورد محضر في دعوى العقار للصغير بالإذن الحكمي :

صورته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه بالإذن الحكمي أن الدار التي في يد هذا الذي أحضره معه، حدودها كذا ملك فلان الصغير بسبب أنها كانت ملك والد هذا الصغير فلان المسمى في المحضر، اشتراها لابنه الصغير المسمى في هذا المحضر بمال الصغير من نفسه بولاية الأبوة بثمن معلوم هو مثل قيمة الدار، واليوم هذه الدار المحدودة ملك هذا الصغير بهذا السبب المذكور فيه، وفي يد هذا الذي [أحضره]^(١) بغير حق، فواجب عليه تسليمها إلى هذا الذي حضر ليقبضها لهذا الصغير المسمى في هذا المحضر، والله تعالى أعلم، فرد المحضر بعلّة أنه لم يكن فيه أن الإذن الحكمي لهذا المدعي من جهة هذا القاضي، أو من جهة قاضٍ آخر، وعلى تقدير أن يكون الإذن من جهة قاضٍ آخر لا بد من إثبات الإذن الحكمي عند هذا القاضي يسمع خصومته، ولأنه لم يذكر في المحضر أن المدعي مأذون في القبض، إنما المذكور فيه أن المدعي ادعى بالإذن الحكمي، ولعل أنه كان مأذوناً بالدعوى والخصومة دون القبض.

وعلى تقدير ألا يكون مأذوناً بالقبض لا يكون له حق القبض عند زفر؛ لأن المأذون بالدعوى والخصومة بمنزلة الوكيل بالخصومة، والوكيل بالخصومة لا يملك القبض عند زفر وعليه الفتوى، فلا بد من ذكر كونه مأذوناً بالقبض، أو ذكر ما يدل عليه من كونه وصيّاً، فإن بالإيصاء يثبت ولاية القبض، ولأنه لم يذكر في المحضر أن الثمن مثل المعقود عليه وقت العقد، ولا بد لصحة هذا العقد من كون الثمن مثل المعقود عليه وقت العقد. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى المرأة الميراث على وارث الزوج للميت، ودعوى الوارث الصلح عليها:

رجل مات وترك ابناً وامراًة، فحضرت المرأة مجلس القاضي، وأحضرت ابن الزوج معها، وطلبت منه ميراثها، فادعى الابن أنها صالحته من جميع نصيبها من ميراث أبيه، وعن جميع دعاويها على كذا وكذا، وإنه قبل الصلح عن نفسه بالأصالة، وعن أخيه الصغير بالإذن الحكمي، وهذا الصلح كان خيراً للصغير، وقد قبضت بدل الصلح، ولم يبق لها في تركة الزوج حق، وهي في هذه الدعاوى مبطلّة، فرد المحضر بعلّة أنه ليس في المحضر بيان التركة، ويجوز أن يكون في التركة ديون، وعلى هذا التقدير لا يصح الصلح إلا باستثناء الدين عن الصلح.

ولو لم يكن في التركة من جنس بدل الصلح من النقد مقدار ما يصيبها من الميراث من ذلك قدر بدل الصلح، أو زائداً عليه، وعند ذلك لا يجوز الصلح لمكان الربا، وإن لم يكن في التركة من جنس بدل الصلح يجوز أن يكون فيها من خلاف جنس بدل الصلح من النقد، وعند ذلك يشترط قبض بدل الصلح من النقد، وعند ذلك يشترط قبض بدل الصلح في المجلس، ولم يكن في المحضر ذكر قبض بدل الصلح في المجلس.

وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول بجواز هذا الصلح، ويقول بجواز ألا يكون في التركة دين، ويجوز ألا يكون في التركة من جنس بدل الصلح، أو إن كان يجوز ألا يكون نصيبها من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل، بل يكون أزيد، ويجوز ألا يكون في التركة شيء من نقد آخر، فما ذكروا كلها وهم، وبالوهم لا يمكن إبطال الصلح. والله تعالى أعلم.

محضر في دعوى تجهيل الوديعة:

حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره أنني دفعت إلى أب هذا الذي أحضره فلان صرة مشدودة مكتوب عليها: توكلت على الله بضاعة إبراهيم الحاجي، وفيها خمسة أعداد من النقد [البدخشاني]^(١) وزن كل واحد سبعة دراهم، وقيمة الكل كذا، وإن أبا هذا الذي أحضره^(٢) فلان قبض ذلك كله مني قبضاً صحيحاً، وتوفي قبل رد ذلك إلي مجهلاً لها من غير بيان، وصارت قيمة جميع ذلك ديناً في تركته لي، وشهد الشهود بذلك، فرد المحضر بعة أن المدعي في دعواه، والشهود في شهادتهم أثبتوا قيمة هذه الأشياء يوم التجهيل؛ إنما بينوا قيمتها يوم الدفع والواجب في مثل هذا الموضوع قيمة الأعيان يوم التجهيل؛ لأن سبب الضمان في مثل هذا الموضوع التجهيل، فيراعي القيمة يوم التجهيل. والله تعالى أعلم.

قلت: وقد ذكر محمد رحمه الله في كفالته: لو أن رجلاً أودع رجلاً عبداً، وجحده المودع، ومات في يده، ثم أقام المودع بيته على الإيداع، وعلى قيمته يوم الجحود، قضى على المودع بقيمته يوم الجحود.

ولو قالوا: لا نعلم قيمته يوم الجحود، ولكن علمنا قيمته يوم الإيداع، وهو كذا قضى القاضي على المودع بقيمته يوم القبض بحكم الإيداع، وهذا؛ لأن سبب الضمان على المودع في فصل الجحود الجحود، إذا علم قيمة الوديعة يوم الجحود، وإذا لم يعلم قيمته يوم الجحود، وعلم قيمته يوم الإيداع، فسبب الضمان في حقه القبض بحكم الإيداع؛ وهذا؛ لأن الضمان إنما يجب على المودع بالجحود والقبض السابق، فإنه لو جحد الوديعة، وقال: لا وديعة لك عندي، وكان الأمر كذلك بأن لم يكن قبضها لا يجب الضمان، وإذا كان قبضها، ولم يجحد لا يجب الضمان أيضاً.

(١) في ز: اليد جعل في.

(٢) في ز: أحضر.

قلنا: والجحود آخرهما وجودًا، فيحال بالضمان عليه، فجعلنا سبب الضمان في حقه الجحود، وأوجبنا قيمته يوم الجحود.

وإذا لم يشهدوا بقيمته يوم الجحود، وشهدوا بقيمته يوم الإيداع تعذر إحالة الضمان على الجحود، فأحلناه على القبض السابق، وجعلنا سبب الضمان في حقه القبض السابق، وأوجبنا قيمته يوم القبض السابق.

وإن قال الشهود: لا نعلم قيمته أصلاً لا يوم الجحود، ولا يوم الإيداع، فإنما يقضي عليه بما يقر من قيمته يوم الجحود كما في الغصب، فإنه إذا هلك المغصوب في يده ولم يعلم قيمته يوم الغصب فإنه يقضي عليه بما يقر من قيمته يوم الغصب، فعلى قياس هذه المسألة ينبغي أن يقال في مسألة التجهيل: إذا لم يشهد الشهود بقيمة البضاعة يوم التجهيل، وشهدوا بقيمتها يوم الإيضاع أن يقضي بقيمتها يوم الإيضاع. وإن قالوا: لا نعرف قيمتها أصلاً، يقضى بما يقر من قيمتها يوم التجهيل^(١)، وهو الصحيح والله تعالى أعلم.

سجل لم يكتب [في آخره]^(٢): وحكمت [بكذا]^(٣) في مجلس قضائي بكورة كذا، تركوا ذكر الكورة، فرد السجل بعلّة أن المصر شرط نفاذ القضاء في ظاهر الرواية.

قالوا: أليس أنه كتب في أول السجل: حضر مجلس قضائي في كورة كذا قبل هذا حكاية أول الدعوى، ويجوز أن تكون الدعوة في الكورة، والحكم والقضاء بكورة خارج الكورة، فلا بد من ذكر الكورة عند ذكر الحكم والقضاء لقطع هذا الاحتمال، ولكن هذا الطعن عندي فاسد؛ لأن على رواية «النوادر» المصر ليس شرط نفاذ القضاء، فإذا قضى القاضي بشيء خارج المصر كان قضاؤه في فصل مجتهد فيه، فينفذ قضاؤه، ويصح سجله، ويصير مجتمعاً عليه. والله تعالى أعلم.

(١) في ز: الإيضاع.

(٢) في ز: فيه.

(٣) سقط في ز.

سجل [ورد من قاض كتب]^(١) في آخره:

يقول فلان: كتب هذا السجل عني بأمرى ومضمونه حكمى، فأخذوا عليه، وقالوا: قوله: (مضمونه حكمى) كذب وخطأ؛ لأن مضمون السجل أشياء التسمية، وحكاية دعوى المدعى، وإنكار المدعى عليه، وشهادة الشهود، وكل ذلك ليس حكم القاضى، وإنما حكم القاضى بعض مضمون السجل، فينبغى أن يكتب: وفي مضمونه حكمى، أو يكتب: والحكم المذكور فيه حكمى، أو يكتب: والقضاء المذكور فيه قضائى نفذته بحجة لاحت عندي. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في ز: كتب القاضى في آخره.

[ورد] ^(١) محضر في دعوى الدنانير المكية رأس مال الشركة :

صورته : حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره أن هذا الذي حضر مع هذا الذي أحضر اشتركا شركة عنان على أن يكون رأس مال كل واحد منهما كذا كذا عدلياً من ضرب كذا على أن يبيعا ويشتريا جملة، وعلى الانفراد ما بدا لهما، ولكل واحد منهما من الأمتعة والأقمشة، وأحضر كل واحد منهما رأس ماله، وخلطاه وجعلناه في يد هذا الذي أحضره وأن هذا الذي أحضره معه اشترى بهذه العدليات التي هي رأس مال الشركة كذا كذا من الكرابيس، ثم باعها بكذا من الدنانير المكية الموزونة بوزن مكة، فوجب عليه أداء حصته من الدنانير المكية وذلك كذا، وهي قائمة بعينها في يده يطالبه بذلك، وسأل مسألته، فرد المحضر بعله أن الدعوى وقع في الدنانير المكية؛ لأن الدعوى وقع في ثمن الكرابيس، وثن الكرابيس الدنانير المكية، والدنانير المكية نقلية، والدعوى في النقليات، والبينة حال غيبتها لا تسمع وهذا ليس بصواب عندنا، ولا يجوز رد المحضر بهذه العلة؛ لأن الإحضار في المنقول إنما يشترط للإشارة إليه، وفي الدنانير وما أشبهها لا يمكن الإشارة؛ لأن البعض [يشبه البعض] ^(٢) بحيث لا يمكن التمييز والفصل.

ثم هذا العقد لم يصح شره عند أبي حنيفة وأبي يوسف في المشهور من قولهما؛ لأن العدلي الذي في زماننا بمنزلة الفلوس، والفلوس لا تصلح رأس مال الشركة في المشهور من قولهما، فبعد ذلك ننظر: إن كان دافع العدليات قال لشريكه يوم دفع العدليات إليه: اشتر بها وبع مرة بعد مرة، فإذا اشترى الشريك بالعدليات الكرابيس، وباع الكرابيس بالمكي، واشترى بالمكي شيئاً بعد ذلك، وباعه هكذا مرة بعد مرة، فجميع البياعات نافذة، والمشتري في كل مرة مشترك بينهما، والثن في كل مرة مع الربح كذلك؛ لأن هذه التصرفات إن لم تنفذ على الدافع بحكم الشركة؛ لأن الشركة

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: يسمى بعض.

لم تصح، نفذت بحكم الوكالة والأمر.
 وإن كان الدافع قال لشريكه: اشتر هذه العدليات وبع، ولم يقل: مرة بعد
 أخرى، فإذا اشترى بها الكرابيس، ثم باع الكرابيس انتهت الوكالة بها فيها^(١)،
 ووجب على الشريك دفع المكيات^(٢) إلى الدافع بقدر حصة رأس المال مع حصته
 من الربح، فإذا اشترى بعد ذلك يصير^(٣) مشترياً لنفسه، فإذا نقد الثمن من المكى
 صار غاصباً لحصة الدافع من المكى، فيصير ضامناً له ذلك القدر. والله تعالى
 أعلم.



(١) في ز: منها.
 (٢) في ز: المكيلات.
 (٣) في ز: شيء.

محضر فيه دعوى الوصية بثلث المال:

صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن أب هذا الذي أحضره معه أوصى لهذا الرجل الذي حضر بثلث جميع ماله في حياته وصحته، وثبات عقله وصية صحيحة، وإن هذا الرجل الذي حضر قبل منه هذه الوصية بعد موت أب هذا الذي أحضره معه قبلاً صحيحاً، وصار ثلث جميع تركة أب هذا الذي أحضره معه لهذا الذي حضر بحكم هذه الوصية، وفي يد هذا الذي أحضره معه من تركة أبيه كذا وكذا، فعليه تسليم ثلث ذلك إلى هذا الذي حضر ليقبضه لنفسه بحكم هذه الوصية ليقبضه.

فرد المحضر بعلته أنه لم يكن في المحضر: أوصى في حال جواز تصرفاته ونفاذها، إنما كان فيه: أوصى في حياته وصحته، وثبات عقله، وليس من ضرورة كونه صحيحاً ثابت العقل أن تصح وصيته، فإنه لو كان محجوراً عليه على قول من يرى الحجر، لا تصح وصيته.

وهذا سهو، فقد ذكر في كتاب الحجر: أن السفية المبذر لماله إذا أوصى بوصايا، فالقياس: ألا تجوز وصاياه. وفي الاستحسان: تجوز من وصاياه ما وافق وصايا أهل الصلاح، ولا يعدون ذلك سرقاً من الموصي، ولا يستفحشونها فيما بينهم، وكذلك لم يكن في المحضر: أوصى له طائعاً، ولا بد من ذكر الطوعية، فإن وصية المكره لا تصح، وزعم بعض مشايخنا علة أخرى لدفع^(١) المحضر، وهو ترك ذكر حرية الموصى في المحضر، وهذا وهم؛ لأن الحرية صارت مستفادة من قوله: أوصى له بثلث ماله. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في ز: رد.

محضر فيه دعوى (١) الكفالة:

صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره أنه كفل لي بنفس فلان على أنه متى لم يسلمه إلى يوم كذا، فهو كفيل بالمال الذي لي عليه، وذلك ألف درهم مثلاً، وإني قد أجزت كفالته، ثم إنه لم يسلم نفس^(٢) فلان إلي في ذلك اليوم الذي عينه؛ لتسليم^(٣) النفس فيه، وصار كفيلاً بالمال الذي لي عليه، وذلك ألف، وطالبه في ذلك، وسأل مسألته، فرد المحضر بعله أنه لم يكن في المحضر ذكر الألف التي ادعى الكفالة بها أنها [ما هي]^(٤)، ولا بد من بيان ذلك؛ لأن من الأموال ما لا تصح الكفالة به كبذل الكتابة، والدية، وأشباه ذلك، فلا بد من بيان الألف أنها ماذا؟ حتى ننظر أنه هل تصح الكفالة؟ وإن دعوى الكفالة هل منه مسموع أم لا؟ وعله أخرى أنه لم يكن في المحضر أنه أجاز الكفالة في مجلس الكفالة، [ولا بد من إجازة الكفالة في مجلس الكفالة]^(٥)، فإن من كفل لغائب، ولم يقبل عنه في مجلس الكفالة، ولا خاطب عنه أجنبي في مجلس الكفالة، فبلغ الغائب ذلك، وأجاز لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة، ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول.

وبعض مشايخنا قالوا: دعوى إجازة الكفالة ليس بشرط، ودعوى الكفالة يتضمن دعوى الإجازة كما أن دعوى البيع يتضمن دعوى الشراء، ثم على قول من يقول بأن دعوى الإجازة شرط يشترط دعوى الإجازة في مجلس الكفالة.

ولو قال: أجزت الكفالة في مجلس، ولم يقل: في مجلس الكفالة، فذلك لا يكفي، فلعل^(٦) المكفول له لم يجز الكفالة حتى قام الكفيل عن المجلس، وذهب

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: نفسه.

(٣) في أ: ليسلم.

(٤) في ز: ماذا.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

ثم أجاز، فذلك إجازة في مجلس المكفول له، إلا أنها ليست بمعتبرة بالإجماع. ولو ادعى الكفالة مرة، ولم يدع الإجازة، ثم ادعى الكفالة مرة أخرى، وادعى الإجازة في مجلس الضمان [كان ذلك صحيحًا]^(١).



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى المهر بحكم الضمان:

صورته: امرأة ادعت على رجل أنها كانت منكوحة فلان، تزوجها على ألف درهم نكاحًا صحيحًا، وهذا الرجل ضمن لي جميع المهر ضمانًا صحيحًا، وقد أجزت ضمانه في مجلس الضمان، ثم إنني صرت محرمة على زوجي فلان حرمة غليظة، وصار مهري على زوجي فلان، وعلى هذا الذي^(١) ضمن المهر لي عنه حالًا، فواجب عليه أداء جميع مهري، وذلك ألف درهم، وطالبه في ذلك، وسألت مسألته، فرد المحضر بعله أنها لم [يتيقن سبب]^(٢) الحرمة أنها بأي سبب حرمت عليه.

وأسباب الحرمة نوعان: متفق عليه، ومختلف فيه، ولعل أنها زعمت الحرمة بسبب مختلف فيه، ويكون عند المفتي والقاضي بخلاف ما زعمته، ولأن الحرمة الغليظة قد تكون بمعنى من جهتها، وإنها توجب سقوط جميع الصداق من الزوج والكفيل جميعًا إذا كان قبل الدخول بها، وقد يكون بمعنى من جهة الزوج، وإنها توجب سقوط نصف الصداق عن الزوج والكفيل إذا كان قبل الدخول بها، وهي لم تبين أن الحرمة كانت لمعنى من الزوج، أو من جهة المرأة قبل الدخول بها، أو بعد الدخول، ولا تستقيم دعوى جميع المهر على الكفيل من غير بيان. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: الضمان.

(٢) في ز: تبين البيه.

محضر فيه دعوى الكفالة بشيء من الصداق معلقة بوقوع الفرقة:

صورته: امرأة ادعت على رجل أنك كفلت لي عن زوجي فلان بدينار أحمر جيد من صداقي الذي كان^(١) لي على زوجي فلان كفالة معلقة بوقوع الفرقة بيننا، وقد أجزت ضمانك في مجلس الضمان، وقد وقعت الفرقة بيني وبين الزوج بسبب أن الزوج جعل أمري بيدي على أنه متى غاب عني شهرًا، فأنا أطلق نفسي تطليقة بائنة متى شئت، وقد غاب عني شهرًا من تاريخ الأمر، وطلقت نفسي بحكم ذلك الأمر، وصرت كفيلاً لي بدينار من صداقي، وواجب عليك أداء الدينار إلي، وأقامت^(٢) البينة على جميع ذلك، فأفتوا بصحة المحضر، وقالوا: تقبل بيتها، وبالقضاء على الكفيل بالدينار.

قالوا: ويكون ذلك قضاءً على الزوج بالفرقة؛ لأنها ادعت على الكفيل أمرًا لا يتوصل إليه إلا بإثبات أمر آخر على الزوج، وهو جعل الأمر بيدها، وتطليقها نفسها بحكم^(٣) ذلك الأمر عند تحقق شرطه، فينتصب الكفيل خصمًا عن الزوج في ذلك، وهذا أصل ممهد في قواعد الشرع، ولكن هذا مشكل عندي؛ لأن المدعي ببيان الفرقة على الغائب، والمال على الحاضر، والمدعي على الغائب ليس بسبب لثبوت المدعي على الحاضر بل هو شرطه، وفي مثل هذا لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، عليه عامة المشايخ، فينبغي أن يقضى بالمال، ولا يقضى بالفرقة على الزوج. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: إقامة.

(٣) في ز: عند.

محضر في دعوى ملكية الأرض على رجل في يده بعض تلك^(١) الأرض :
 وصورته : رجل ادعى على رجل أرضاً في يديه أنها ملكه ، وفي يد هذا المدعى
 عليه بغير حق ، وأقام المدعي البينة على دعواه بعد إنكار المدعى عليه دعواه ،
 وقضى القاضي للمدعي بالأرض كما هو بالرسم ، ثم ظهر أن الأرض المدعى بها
 كانت في يد المدعى عليه ، وفي يد رجل آخر .

ف قيل : المسألة على وجهين :

إن ظهر ذلك بإقرار المدعي ظهر بطلان القضاء ؛ لأن المدعي بإقراره أكذب
 شهوده في بعض ما شهدوا به بعد القضاء ، وتكذيب المدعي شهوده في بعض ما
 شهدوا به بعد القضاء يوجب بطلان القضاء على ما عليه إشارات «الأصل» و
 «الجامع» ، فأما إذا أراد المدعى عليه أن يقيم البينة على أن الأرض المدعى بها كانت
 في يدي ، وفي يد فلان وقت الدعوى ، لا تقبل بينته ؛ لأن بينته تنفي كون المدعى به
 في يده بعدما ثبت ذلك ببينة المدعي ، فلا تقبل بينته ، ولا يظهر معنى^(٢) بطلان
 القضاء . والله تعالى أعلم .



(١) في أ : ملك .

(٢) في ز : به .

محضر فيه دعوى عشرة أسهم من عشرين سهمًا من أرض [رجل]^(١)، ولم يشهد الشهود أن جميع الأرض في يد المدعى عليه:

صورته: حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن جميع عشرة أسهم من عشرين سهمًا من الأرض التي في موضع كذا، حدها الأول والثاني والثالث، والرابع كذا ملكي، وحقي وفي يد هذا الذي أحضرته بغير حق، وشهد الشهود بذلك، فاختلفت أجوبة المفتين في ذلك، بعضهم أجابوا بفساد المحضر بعلّة أن المدعي في دعواه والشهود في شهادتهم لم يذكروا أن جميع الأرض في يد المدعى عليه، وما لم يثبت كون الأرض في يده، لا يثبت كون بعض الأرض في يده، وبعضهم أفتوا بصحة المحضر، وليس من شرط إثبات اليد على بعض الشيء شائئًا إثباتها على جميع ذلك الشيء، فالقول الأول: يشير إلى أن غصب نصف العين لا يتصور، وهكذا ذكر ركن الدين أبو الفضل في «إشارات»، وهكذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله.

والقول الثاني: يشير إلى أن غصب نصف العين شائع متصور؛ ألا ترى أن الرجلين إذا استأجرا دارًا، [أو اشتريا دارًا]^(٢)، وشغلاها بأمّعة مشتركة كان كل واحد منهما مثبتًا يده على نصفها شائئًا. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

محضر فيه دعوى شراء المحدود من والد صاحب اليد:

ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن المنزل الذي هو في يد هذا الذي أحضره معه حدوده كذا، وموضعه كذا؛ كان ملكاً لوالده فلان، وحقاً له، وإنه باعه مني في حياته وصحته، ونفاذ تصرفاته بكذا في يوم كذا، وهكذا أقر لي في حياته ببيع هذا المحدود بهذا لتاريخ كذا، وجاء بشهود شهدوا على إقرار والده فلان بهذا البيع المذكور، قالوا: واليوم هذا المنزل ملك هذا المدعي بالسبب المذكور في هذا المحضر، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق، فزعم بعض المفتين أن في المحضر خللاً من وجهين:

أحدهما: أن الشهود شهدوا على إقرار البائع بالبيع المذكور في دعوى المدعي، والمذكور في دعوى المدعي إقرار البائع مضافاً إلى تاريخ البيع، وهو يوم كذا، ولعل هذا الإقرار كان في يوم كذا ولكن قبل البيع، فيكون الإقرار بتاريخ البيع، ولكن قبل البيع، وعلى هذا التقدير كانت الشهادة على الإقرار بالبيع قبل البيع، والإقرار بالبيع باطل، فالشهادة على الإقرار بالبيع قبل البيع باطلاً أيضاً. ولأن الشهود في شهادتهم قالوا: واليوم هذا المنزل ملك هذا المدعي بالسبب المذكور في هذا المحضر، والسبب المذكور في هذا المحضر البيع لا الإقرار بالبيع؛ لأن الإقرار بالبيع لا يصلح سبب ملك، ولا شهادة لهم على البيع إنما شهادتهم على الإقرار بالبيع.

ولكن هذا الزعم فاسد لوجهين:

أحدهما: أن مطلق كلام العاقل، وتصرفه يحمل على وجه الصحة بقضية الأصل، وذلك هاهنا في أن يحمل دعوى المدعي الإقرار بالبيع بذلك التاريخ على دعواه الإقرار بالبيع بعد البيع بذلك التاريخ، وكذلك [الشهادة]^(١).

(١) في أ: على ذلك.

والثاني: أن مطلق كلام العاقل على المعتاد، والناس في عاداتهم يريدون بهذا الإقرار بالبيع [بعد البيع بذلك التاريخ].
وأما الثاني فقلنا: هذا شهادة على الإقرار بالبيع^(١)، والبيع سبب الملك، فتكون هذه شهادة على الإقرار بما هو سبب الملك، وإنه صحيح. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى الجارية:

حضر وأحضر مع نفسه جارية، وادعى أن هذه الجارية ملكه، والجارية تنكر، فجاء الذي حضر بشهود شهدوا بهذه العبارة: (دو ذي مروى بياندا واين جارية حاضر أوره راباين حاضر آسده، فزوجت بها معلوم وبوي تسليم كرد)، فرد المحضر بعلتين:

إحدهما: أن الشهود شهدوا بالملك للمدعي بطريق الانتقال من بائعه، فلا بد من إثبات الملك للبائع ليثبت الانتقال إلى المدعي، ولم يثبت الملك للبائع بهذه الشهادة؛ لكون البائع مجهولاً، وإثبات الملك للمجهول لا يتحقق، وإذا لم يثبت الملك للبائع في هذه الصورة بهذه الشهادة كيف يثبت الانتقال منه إلى المدعي بهذه الشهادة؟ حتى لو كان [ملك]^(١) البائع معلوماً تقبل الشهادة، ويقضى بالجارية للمدعي.

العلة الثانية: أن الشهود شهدوا أن رجلاً باعها من هذا المدعي، ولم يشهدوا أن المشتري اشتراها، ويجوز أن ذلك الرجل باعها إلا أن المدعي لم يشتريها، وبمجرد البيع بدون الشراء لا يثبت الملك، ولكن العلة الثانية ليست بصحيحة؛ لأن ذكر البيع يتضمن الشراء، وذكر الشراء يتضمن البيع؛ ألا ترى أن من ادعى على غيره أنني بعث منك هذه الجارية بكذا، وطالبه بالثمن كان دعواه صحيحة، وإن لم يدع أنه اشترى فكذلك إذا ادعى أن هذا الرجل باع هذه الجارية مني كان دعواه صحيحة وإن لم يقل: وأنا اشتريتها منه، ذكره محمد رحمه الله في كثير من المواضع. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

ورد محضر آخر أيضًا في دعوى الجارية:

أحضر مع نفسه جارية، وادعى أنها جاريته [اشتريتها]^(١) من فلان، وطاعته واجبة عليها، والجارية تنكر دعواه، فجاء الذي حضر بشهود شهدوا أنه اشتراها من فلان والجارية تنكر دعواه فاختلفت أجوبة المفتين، فأفتى بعضهم بصحة الدعوى في حق القضاء بالملك لا في حق وجوب الطاعة، [لأن الطاعة]^(٢) بتسليمها نفسها إليه، وتسليم المبيع إنما يجب بعد نقد الثمن، والمدعي في دعواه لم يذكر نقده الثمن، وأفتى بعضهم بعدم صحة الدعوى أصلاً، وهو الصحيح؛ لأن الشهود ما شهدوا بملك البائع لا نصاباً، ولا دلالة، وبدون ذلك لا يقضى بالملك للمشتري، وهي مسألة كتاب «الشهادات». والله تعالى أعلم.



(١) في ز: اشتراها.

(٢) سقط في ز.

محضر في دعوى ولاء العتاقة:

رجل مات فجاء رجل، وادعى أن الميت عتيق والدي فلان كان أعتقه والدي في حياته، وميراثه لي لما أني ابن معتقه، لا وارث له غيري، فأفتى بعض مشايخ زماننا بفساد هذه الدعوى، وأفتى بعضهم بالصحة، والصحيح أن هذه الدعوى فاسدة؛ لأن المدعي لم يقل^(١) في دعواه: وهو يملكه، والإعتاق من غير المالك باطل.

الدليل على صحة ما قلنا ما ذكر محمد رحمه الله في دعوى «الأصل» في باب دعوى العتق^(٢): إذا أقام عبد بينة أنه أعتقه فلان، وفلان ينكر ذلك، أو يقر، فأقام آخر بينة أن هذا العبد عبده قضى القاضي للذي أقام البينة أنه عبده؛ لأن شهود العتق شهدوا بعتق باطل؛ لأنهم لم يقولوا في شهادتهم: وفلان يملكه، والملك لا يثبت لفلان من غير شهادة العتق، والعتق بلا ملك باطل، فهو معنى قولنا: إنهم شهدوا بعتق باطل، فصار وجود هذه الشهادة وعدمها [بمنزلة]^(٣)، ولو عدم هذه الشهادة لكان يقضي للذي أقام البينة أنه عبده كذا ها هنا.

وكذلك لو شهد شهود العبد أن فلاناً أعتقه، وهو في يده يقضى للذين شهدوا أنه عبده؛ لأن صحة الاعتاق يعتمد الملك دون اليد، والشهود لم يشهدوا له بالملك، ولو شهد شهود العبد أن فلاناً أعتقه وهو يملكه، وشهد شهود الآخر أنه عبده قضى ببينة العتق؛ لأن [إثبات العبد الملك لمعتقه، كإثبات المعتق الملك لنفسه.

ولو أن المعتق أقام بينة أنه عبده أعتقه قضى ببينة العتق؛ لأن^(٤) البينتين استويا في إثبات الملك، وفي أحدهما زيادة إثبات العتق كذا ها هنا، فهذه المسألة دليل على أن في دعوى العتق من جهة الغير لا بد من ذكر ملك ذلك الغير. والله تعالى أعلم.

(١) في ز: يذكر.

(٢) في ز: القتل.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

[ورد] ^(١) محضر آخر في دعوى الدفع:

صورته: ادعى عيّنًا في يدي رجل اشتراه من فلان في يوم كذا من شهر كذا، من سنة كذا وجحد المدعى عليه دعواه، فأقام المدعي بينة على ما ادعى، وتوجه الحكم للمدعي على المدعى عليه بما ادعاه المدعي، فادعى المدعى عليه في دفع دعواه أن هذا الذي ادعيت تلقي الملك من جهته، أقر ^(٢) قبل تاريخ شرائك، أو قال: قبل شرائك بسنة طائعا أن هذا العين ملك أخيه [فلان، وحقه، وصدقه أخوه فلان في ذلك، وأنا اشتريت هذا العين من أخيه] ^(٣) ذلك المقر له، فدعواك باطله بهذا السبب، فاتفقت أجوبة المفتين أن هذا الدفع صحيح، ثم استفتى بعد ذلك أن المدعى عليه الدفع لو طلب من مدعي الدفع بيان وقت ذلك الإقرار أنه متى كان؟ وفي أي شهر كان؟ فالقاضي هل يكلفه عليه؟ فاتفقت الأجوبة أيضًا أن القاضي لا يكلفه عليه؛ لأنه قد بين مرة بقدر ما يحتاج إليه حيث قال: قبل تاريخ شرائك، [أو قال: قبل شرائك] ^(٤). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

محضر في دعوى الميراث:

صورته: حضر مجلس القضاء فلان وفلان، وفلان^(١) كلهم أولاد فلان، فادعى^(٢) هؤلاء الذين حضروا محدودًا على رجل أحضره معهم ميراثًا عن والدتهم فلانة، وكان المكتوب في المحضر، وكان هذا المحدود ملك فلانة والدة هذين المدعين، وحقها^(٣) (ودردست وي بودتا بروز مرك مرد وميراث باند فرزندان خویش را) فرد المحضر بعلتين:

إحدهما: أن المكتوب فيه والدة هذين المدعين، وينبغي أن يكتب والدة هؤلاء المدعين، العلة الثانية: أن المكتوب فيه^(٤) (مرد وميراث ماند فرزندان آن خویش راو ليس جه جیر ماند میراث فرزندان راو)، ينبغي أن يكتب: (وميراث مانداين محدود فرزندان را)، أو يكتب: (وميراث ماندش) حتى يصير المتروك مذکورًا؛ إما بالصريح أو بالكناية، أما بدون ذكر لا بالصريح ولا بالكناية لا يتم جر الميراث فيما يقع فيه الدعوى.

وحكي عن الشيخ الإمام نجم الدين عمر النسفي رحمه الله أنه قال: كنت كتبت المحضر في جر الميراث، وبالغت في شرائط صحته، غير أنني تركت (الهاء) عند قولي: وتركه ميراثًا، وكتبت: وترك ميراثًا، فلم يفت شيخ الإسلام علي بن عطاء بن حمزة السغدني بصحته، وقال لي: ألحق به (الهاء)، واجعله: وتركه ميراثًا حتى أفتي بصحته^(٥).

قال الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفي رحمه الله: عرض علي محضر

-
- (١) في أ: وفلانة.
 - (٢) في ز: وادعوا.
 - (٣) في أ: وحقهما.
 - (٤) في أ: إليه.
 - (٥) في ز: بالصحة.

فيه دعوى رجل على رجل أرضاً أنها ملكه وحقه، وأن موروث هذا المدعى عليه فلاناً، كان أحدث يده عليها بغير حق إلى أن مات، وفي يد وارثه هذا أيضاً بغير حق، فوجب عليه قصر يده عنها، وتسليمها إلى هذا المدعي، وقال المدعى عليه في دفع دعواه: إن مورثها فلاناً كان اشترى هذا المحدود من مورث هذا المدعي بيعاً بائناً، وجرى التقابض من الجانبين، وكان في يده بحق إلى أن توفي، ثم صار ميراثاً عنه لي بحق.

فقال المدعي في دفع هذا الدفع: إن مورث [هذا]^(١) المدعى عليه الأرض أقر أن البيع الذي جرى بيننا [بيع]^(٢) وفاء فإذا رد علي الثمن كان علي رد الأرض، وأقام على ذلك بينة، هل يصح دفع الدفع على هذا الوجه؟ قال نجم الدين هذا رحمه الله: وقد كان قاضي القضاة عماد الدين علي بن عبد الوهاب، والشيخ الإمام علاء الدين عمر بن عثمان المعروف^(٣) بعلاء بدر أجابا بالصحة، وأنا أجبت بعدم الصحة؛ لأنه ادعى أولاً أنه كان في يده بغير حق، فإذا أقر ببيع الوفاء، فقد أقر أنه في يده بحق.

وقيل: يجب أن يصح دعوى الدفع على قول من يقول بأن لبيع الوفاء حكم الرهن؛ لأن المدعي بهذا الدفع أقر للمدعى عليه ببعض ما أنكره في الابتداء، وهو كون المحدود في يده بغير حق؛ وهذا؛ لأنه لما^(٤) كان لهذا المبيع حكم الرهن كان المبيع على ملك المدعي، إلا أن للمدعى عليه حق الحبس، وقد ادعى المدعي ملك^(٥) المحدود لنفسه، وكونه في يد المدعى عليه بغير حق، فإذا أقر بعد ذلك ببيع

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: الملقب.

(٤) زاد في ز: لو.

(٥) في أ: ذلك.

الوفاء، فقد ادعى ملك المحدود لنفسه، وأقر أن يد المدعى عليه بحق، فهو معنى قولنا: أقر له ببعض ما أنكره له أولاً، وأما على قول عامة المشايخ: إن لم يكن الوفاء مشروطاً في المبيع، فالبيع صحيح، فلا تسمع هذه الدعوى، وإن كان الوفاء مشروطاً في المبيع كان البيع فاسداً، فإن ادعى فسخ العقد صح دعواه الدفع، وما لا فلا. والله تعالى أعلم.



محضر: فيه^(١) دعوى رجل على رجل أنك سرقت من مالي^(٢) كذا درهمًا كانت موضوعة في موضع من هذه الدار، والمدعى عليه من سكان هذه الدار، وقد كان قال هذا المدعى عليه لهذا المدعي: إن حلفت أنني سرقت من دراهمك هذا المقدار الذي ادعيت، فأنا أعطيك مثل تلك الدراهم، فحلف المدعي على دعواه، وأعطاه المدعى عليه نصف هذه الدراهم، وأعطاه بالنصف الباقي خطأ، ثم أراد المدعى عليه استرداد ما دفع إليه من الدراهم، كيف الحكم فيه؟ [وقد كان]^(٣) الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفي كتب في الجواب: إن المدعى عليه إن أعطى النصف، والتزم النصف صلحًا عن دعوى المدعي، وأقر أنه سرق الدراهم، فعليه [إعطاء الباقي، وليس له أن يسترد النصف الذي أعطى]^(٤)، وإن أعطى النصف، وأعطى خطأً بالباقي بناء على يمين المدعي، ووفاءً بما قال لا يلزمه شيء، وله أن يسترد ما أعطاه.

وقد قيل: له أن يسترد في الوجهين جميعًا؛ لأن بيمين المدعي لا يستحق [على المدعى]^(٥) عليه شيء.

نص عليه محمد رحمه الله في كتاب «الصلح»: إن المدعي مع المدعى عليه إذا اصطلحا على أن يحلف المدعي على دعواه [على]^(٦) أنه إن حلف، فالمدعى عليه ضامن المال المدعى به أن الصلح باطل. والله تعالى أعلم.

عرض على الشيخ الإمام الأجل نجم الدين النسفي رحمه الله محضر فيه دعوى رجل أثبت استحقاق كرم على رجل، وطالبه بغلاتها، وبين ذلك، فادعى المدعى

(١) في ز: في.

(٢) في أ: دراهمي.

(٣) في ز: فكان.

(٤) في ز: إعطاؤه.

(٥) في ز: للمدعى.

(٦) سقط في ز.

عليه في دفع دعواه أنه صالحه [من ذلك على بدل معلوم، ولم يذكر مقدار البدل، ولم يذكر قبضه، هل يكون ذلك دفعًا؟ قال: لا، وإن ذكر القبض]^(١) فهو دفع، وإن لم يبين^(٢) مقدار البدل؛ لأن ترك بيان مقدار البدل فيما لا يحتاج إلى القبض لا يضر.

واعلم أن^(٣) هذه المسألة في الحاصل على وجهين:

إن وقع الصلح عن الكرم لا غير إن كان البدل معلومًا، أو لم يكن معلومًا إلا أن الشهود شهدوا على قبضه كان الصلح صحيحًا، وكان دعواه دفعًا. وإن وقع الصلح عن^(٤) الكرم وعن الغلات التي استهلكها المدعى عليه ببدل من خلاف جنس الواجب باستهلاك الغلة، واقترا من غير قبض بطل الصلح في حق الغلة، سواء كان البدل معلومًا، أو لم يكن، فلا يكون هذا دفعًا في حق الغلة. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في أ: يتبين.

(٣) في ز: بأن.

(٤) في ز: على.

محضر في دعوى الدفع من الوارث لدعوى أرض من التركة :
 وصورته : رجل ادعى أرضاً من تركة ميت على وارث ، فقال الوارث للمدعي في
 دفع دعواه : إنك مبطل في هذه الدعوى ؛ لأنك قد قلت لي مرة : (تواز بدر ميراث
 يافته يا منكويد قد قلت لي مرة : سس بدر مال سيار كد فته من كفتم كد ام مال
 ميراث يا فته أم تو كفتي فلان ذمين إز توا قرار ست بملكي من ودعوى تو باطل
 إست) هل يصح الاحتجاج منه بهذا الكلام؟ وهل يكون ذلك دفعًا لدعواه؟ وكان فيه
 جواب نجم الدين النسفي رحمه الله أن في قوله : (ميراث يافته) يكون دفعًا ؛ لأنه
 إقرار بالملك له ، وفي قوله : (كدفته) لا يكون دفعًا ؛ لأن هذا ليس بإقرار بالملك ،
 وهذا الجواب ظاهر . والله تعالى أعلم .



[ورد محضر]^(١) آخر:

وكان فيه: ادعى فلان بن فلان على فلان أن الكرم الذي في موضع كذا حدوده كذا، وهو في يد أم [هذا]^(٢) المدعي أقرت أم هذا المدعي أنه ملك هذا المدعي، وبعد هذا الإقرار اشترى هذا المدعي عليه هذا الكرم من أم هذا المدعي، فواجب عليه تسليم هذا الكرم إلى هذا المدعي، وكان فيه جواب جماعة من أئمة سمرقند بالصحة، وأفتى الإمام النسفي رحمه الله بفساده، وقال: وجوه الخلل ظاهر، ولم يبين، وكان من جملة وجوه الخلل أن المدعي لم يدع [الملك]^(٣) لنفسه، ولو كان ادعى الملك لنفسه، وادعى أن أمه أقرت له [به]^(٤) لا يسمع دعواه به أيضًا؛ لأنه نسب ملكه إلى ما لا يصلح سبب الملك وهو الإقرار حتى لو نسبه إلى ما يصلح سبب الملك بأن قال: هذا الكرم ملكي اشتريته من أمي فلانة قبل شراء [هذا]^(٥) المدعي تصح دعواه. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في ز: محضر ورد.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

[ورد محضر]^(١) في دعوى الإرث مع دعوى العتق:

[فيه دعوى]^(٢) رجل ادعى على رجل [عبدًا]^(٣) أنه كان ملك ابن عمي فلان مات، وهو ملكه، وأنا وارثه لا وارث له غيري، وصار هذا العبد ميراثًا لي من جهته، وهو ممتنع عن طاعتي، فادعى المدعى عليه في دفع دعواه أن مورثه هذا أعتقني في مرضه، وأنا أخرج من ثلث ماله، وأنا اليوم حر، ولا سبيل له [علي]^(٤) وأقام على ذلك بينة، فادعى هذا المدعي ثانيًا أنني كنت اشتريت هذا العبد من ابن عمي هذا في صحته، وكان فيه جواب نجم الدين النسفي رحمه الله: أنه لا يصح دعواه [ثانيًا]^(٥) لمكان التناقض، وتعذر التوفيق؛ لأنه ادعى الإرث، ثم ادعى الشراء في حياة المورث [منه]^(٦).

وهذا الجواب صحيح، والعلة ظاهرة، فقد ذكر محمد رحمه الله في [آخر]^(٧) «جامع الكبير» في رجل مات أبوه، فادعى دارًا في يدي رجل أنها داره اشتراها من أبيه في حياته وصحته، وأقام على ذلك بينة، فلم تزل بيته، أو لم يكن له بينة، فحلف المدعى عليه، ثم أقام المدعي بينة أنها كانت دار أبيه مات وتركها ميراثًا له لا يعلمون له وارثًا غيره، فالقاضي يقضي بالدار للمدعي؛ لأنه لا تناقض بين دعوى الشراء من الأب في حياته وصحته أولًا، وبين دعوى الإرث منه ثانيًا؛ لأنه يمكنه أن يقول: اشتريت منه كما ادعيت أولًا لكن عجزت عن إثبات شرائي، وبقيت الدار على ملك أبي ظاهرًا، فصار ميراثًا لي بموته في الظاهر.

(١) في ز: محضر ورد.

(٢) في أ، ز: صورته.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في ز.

وبمثله لو ادعى الإرث من الأب أولاً، ثم ادعى الشراء منه [بعد ذلك لا يصح]^(١) منه دعوى الشراء؛ لأن بين دعوى الإرث أولاً، وبين دعوى الشراء ثانياً تناقض إذ لا يمكنه أن يقول: ورثت من أبي كما ادعيت أولاً، فلما عجزت عن إثبات الإرث اشترت منه يوضحه أن الشراء من جهة الأب قد يصير ميراثاً بأن يفسخ الشراء بينهما، إما في حياته، أو بعد وفاته بأن يجد به عيباً، فيرده فلا تتحقق المناقضة لا محالة، أما الموروث من الأب لا يصير مشترياً من جهته، فتتحقق المناقضة.



(١) في ز: لا تسمع.

محضر فيه ^(١) دعوى الميراث:

صورته: رجل مات، فجاء رجل وادعى ميراثه بعصوبة بنوة ^(٢) العم، وأقام الشهود على النسب بذلك بذكر الأسماء ^(٣) إلى الجد، ثم إن منكر هذا النسب والميراث أقام بينة أن جد الميت فلان، وهو غير ما أثبت المدعي، هل يندفع بهذا دعوى المدعي وبينته؟ وكان جواب نجم الدين النسفي: أنه إن وقع القضاء بالبينة الأولى لا يندفع، وإن لم يقع القضاء بالبينة الأولى لم يجز القضاء بإحدي البينتين لمكان التعارض.

قال: وهو ^(٤) نظير مسألة طلاق المرأة يوم النحر من هذه السنة بالكوفة، وعتاق العبد يوم النحر بمكة من هذه السنة.

قيل: وينبغي ألا تندفع بينة المدعي، ولا تقبل بينة المدعى عليه؛ لأنها لو قبلت إما أن تقبل على إثبات اسم الجد، ولا وجه إليه؛ لأنه ليس بخصم في ذلك، وإما أن تقبل لنفي ما ادعاه المدعي، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن البينة على النفي غير مقبولة. وهو نظير ما لو ادعى على غيره أنه أقرضه ألف درهم في يوم كذا، وأقام المدعى عليه البينة أنه في ذلك اليوم كان في مكان كذا، سمى مكانًا آخر، لا تقبل بينة المدعى عليه؛ لأنها في الحقيقة قامت على النفي. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: في.

(٢) في ز: بنو.

(٣) في ز: الأسماء.

(٤) في ز: وهذا.

[ورد] ^(١) محضر في دعوى سرائحة:

والشهود شهدوا بلفظ (خانة) فرد المحضر بعلّة أن المشهود به لم يدخل تحت دعوى المدعي؛ لأن الدعوى وقعت في سرائحة، والشهود شهدوا بخانة والسرائحة غير، والبيت غير، وهذا الجواب صحيح فيما إذا كانت الدعوى بالعربية، والشهادة بالعربية، فأما إذا كانت الدعوى بالفارسية والشهادة بالفارسية، يصح الدعوى والشهادة؛ لأن اسم خانه بالفارسية ينطلق على سرائحه بالفارسية، ولا كذلك بالعربية. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

محضر فيه دعوى بيع السكنى :

عرض على شيخ الإسلام السغدي رحمه الله ، وكان فيه : باعه بحدوده وحقوقه ، فرده بعله أن السكنى نقلى ، والنقلى لا حد له ، عرض عليه محضر آخر لم يذكر فيه اسم حد المدعى^(١) عليه .

صورته : حضر فلان ، وأحضر مع نفسه فلاناً ، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره [معه ، فأجاب]^(٢) بالصحة ؛ لأن المدعى عليه حاضر ، وفي الحاضر الإشارة تكفي ، ولا يحتاج إلى ذكر اسمه واسم أبيه ، ولا يحتاج إلى ذكر جده بالطريق الأولى ، فأما في الغائب فلا بد من ذكر الجد ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، وكذلك في ذكر الحدود^(٣) لا بد من ذكر جد صاحب الحد^(٤) ، وكذلك في تعريف المتخاصمين لا بد من ذكر الجد ، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي بن الحسين السغدي في الابتداء^(٥) لا يشترط ذكر الجد ، وفي آخر عمره كان يشترط ذلك ، وهو الصحيح ، وعليه الفتوى .



(١) في ز : الدعوى .
 (٢) في ز : وأجاب .
 (٣) في ز : الجدود .
 (٤) في ز : الجد .
 (٥) في ز : الابن .

ورد محضر فيه دعوى الشفعة:

وكان فيه بيان أنواع الطلب الثلاثة، فرد بعله أنه لم يكن في الدعوى والشهادة أن الشفيع طلب الإشهاد على فور يمكنه من الإشهاد، وأنه أشهد على هذا المحدود، والمحدود أقرب إليه من المشتري والبائع، ولا بد من بيان ذلك؛ لأن الشرط هو الإشهاد على ما هو أقرب إليه من المحدود والبائع، والمشتري يجب أن يعلم بأن مدة طلب الإشهاد مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة أحد الأشياء الثلاثة، إما البائع أو المشتري أو المحدود، والطلب من المشتري صحيح على كل حال قبض الدار، أو لم يقبض، والطلب من البائع صحيح إذا كان الدار في يده، وإذا لم يكن في يده ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» أن الطلب^(١) صحيح استحساناً غير صحيح قياساً.

وذكر الشيخ أبو الحسن القدوري في «شرحه»، والناطفي في «أجناسه»، وعصام في «مختصره»: أنه ليس بصحيح من غير ذكر القياس والاستحسان، وإذا قصد الأبعد من هذه الأشياء، وترك الأقرب إن كان الكل في مصر واحد لا تبطل شفيعته، هكذا ذكر شيخ الإسلام في «شرحه»، وعصام في «مختصره»: لأن المصر في سائر أطرافه كمكان واحد حكماً، وذكر الخصاف في «أدب القاضي»: إذا اختار على الأقرب، وترك الطلب تبطل شفيعته، وهكذا ذكر الصدر الشهيد في «واقعاته».

وإن كانوا في مصرين، أو في أمصار، فإن كان^(٢) أحد هذه الأشياء مع الشفيع في مصر واحد، فتركه وذهب إلى مصر آخر بطلت شفيعته، وإن كان الشفيع في مصر على حدة، والمشتري والبائع والدار كل واحد في مصر على حدة، فترك الأقرب، وذهب إلى الأبعد، فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تبطل شفيعته، وهكذا ذكر عصام في «مختصره» وقال بعضهم: لا تبطل شفيعته، وهكذا ذكر الناطفي في «أجناسه»؛ وهذا؛ لأن الشفيع قد لا يقدر على الذهاب إلى الأقرب بسبب من

(١) في ز: الدار.

(٢) زاد في ز: في.

الأسباب، فلا يكون بالذهاب إلى الأبعد مبطلاً شفيعته، وعلى هذا إذا كان إلى الأقرب طريقان، فترك الطريق الأقرب، وذهب في الطريق الأبعد، فعلى قياس ما ذكره عصام: يبطل شفيعته، وعلى قياس ما ذكره الناطفي: لا يبطل شفيعته، ثم إذا حضر المصر الذي فيه الأقرب يشترط لصحة الطلب أن يكون الطلب بحضرة ذلك الشيء الدار والبائع والمشتري في ذلك على السواء هو المعروف والمشهور.

وكان القاضي [الإمام]^(١) أبو زيد الكبير يفرق بين الدار، وبين البائع والمشتري، وكان يقول: في البائع والمشتري يشترط الطلب بحضرته، وفي الدار لا يشترط الطلب بحضرته، بل إذا طلب وأشهد من غير تأخير في أي مكان أشهد من المصر الذي الدار فيه يصح الطلب، وكان يقول: إليه أشار محمد رحمه الله في باب شفيع أهل البغي، وعلى هذا إذا كان الدار في مصر الشفيع لا يشترط الطلب عند حضرة الدار على ما اختاره القاضي الإمام، ولو كان البائع والمشتري في مصر الشفيع يشترط الطلب عند حضرته بالاتفاق. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر ورد في [دعوى]^(١) الرجوع بثمن الأتان عند ورود الاستحقاق :

صورته : رجل حضر مجلس قضاء بخارى يسمى حيدر الحميري، وأحضر مع نفسه رجلاً يسمى عثمان الحميري، فادعى هذا الذي حضر على^(٢) هذا الذي أحضره معه أنه باع مني أتاناً تامة الجثة بكذا درهماً في شهر كذا من سنة كذا، وأني اشتريتها منه، وجرى التقابض بيننا، ثم إنني بعث هذه الأتان من أحمد بن فلان بثمن معلوم، وأنه اشتراها مني بذلك الثمن، وجرى التقابض بيننا، ثم إن أحمد باع هذه الأتان من الدهقان علي بن فلان^(٣)، ثم إن زيداً استحق هذه الأتان من يد الدهقان علي بن فلان في مجلس قضاء كورة نسف بين يدي الشيخ [القاضي الإمام معين الدين، والقاضي معين الدين هذا يومئذ قاضي كورة نسف ونواحيها من جهة]^(٤) القاضي الإمام علاء الدين عمر بن عثمان المتولي لعمل القضاء والأحكام بكورة سمرقند، وبأكثر كور المملكة بما وراء النهر بالبينة العادلة [التي]^(٥) قامت بها عنده، وجرى الحكم له منه عليه بها، وأخرجها من يده، وسلمها إلى هذا المستحق.

ثم جرى الحكم من القاضي الإمام سديد الدين طاهر نائب الحكم ببخارى من جهة القاضي الإمام صدر الدين أحمد بن محمد المتولي لعمل القضاء بكورة بخارى ونواحيها لهذا المستحق عليه، وهو الدهقان علي بالرجوع على بائعه بالثمن الذي أدى إليه، وهو أحمد بن فلان، واسترد الثمن منه بكماله، ثم جرى الحكم من القاضي سديد الدين هذا لأحمد بن فلان هذا بالرجوع بالثمن على بائعه أنا بالثمن الذي أدى إلي، واسترد الثمن مني بكماله، ولي حق الرجوع على هذا الذي أحضرته

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أن.

(٣) في ز: أحمد.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

بالثمن الذي أديته إليه، فسئل المدعى عليه هذا الذي أحضره هذا المدعي فأنكر، وقال: (مرا باين مدعي سيح دادني نيست)، فأحضر المدعي شهودًا على دعواه، واستفتى عن صحة هذه الدعوى.

ف قيل: في هذه الدعوى خلل من وجوه:

أحدها: [مدعي]^(١) يكتب، وكان القاضي علاء الدين مأذونًا بالاستخلاف؛ [لأنه إذا لم يكن مأذونًا بالاستخلاف]^(٢) لا يصح استخلافه، فلا يصير معين^(٣) الدين قاضيًا^(٤).

[و]^(٥) الثاني: أنه لم يذكر تاريخ تقليد معين الدين لينظر أن القاضي علاء الدين هل كان قاضيًا وقت تقليد القاضي معين الدين، لينظر أنه هل صار قاضيًا بتقليده؟ ولأنه لم يذكر أنه هل كان لعلاء الدين قاضي سمرقند ولاية نسف صريحًا، وإنما ذكر بأكثر كور المملكة بما وراء النهر، ووراء نسف بما وراء النهر كور كثيرة، فبهذا لا يصير نسف مذكورًا؛ ولأنه ذكر أن القاضي معين الدين حكم بالبينة العادلة التي قامت بها عنه، ولم يذكر أن البينة قامت على إقرار المشتري أنها ملك المستحق، أو قامت على أنها ملك المستحق، والحكم مختلف؛ ولأنه ذكر أن القاضي معين الدين حكم بالبينة العادلة، ولم يذكر أن تلك البينة [العادلة]^(٦) قامت بحضرة المدعى عليه، وما لم تكن البينة والحكم بحضرة [المدعى عليه]^(٧) لا يصح الحكم، ثم قال: وجرى الحكم من القاضي الإمام سديد الدين نائب الحكم ببخارى لهذا المستحق عليه

(١) في ز: أنك مدعى به.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: علاء.

(٤) زاد في ز: وقت تقليد.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

بالرجوع على بائعه بالثمن، ولم يذكر أن ذلك البيع كان ثابتاً عند القاضي سديد الدين، والقاضي سديد الدين حكم بفسخ ذلك البيع، وهذا يوجب خللاً؛ لأن الحكم بالرجوع بالثمن إنما يصح إذا ثبت البيع عند الحاكم، وحكم بفسخ البيع، ثم المشتري يرجع على البائع، حكم القاضي بالرجوع عليه بالثمن، أو لم يحكم. ولم يذكر أيضاً أن القاضي الإمام صدر الإسلام كان مأذوناً في الاستخلاف، ولا بد من ذكره على ما ذكرنا، ولأن المدعي مدعي الثمن (ودو دعوى ني كويد كه هل آن سبحا رابع است در شهر وأن سيمها اكر بنا بد در شهر با بايد، ولكن رابع بنا شديا يدكه قيمت دعوى كند بكويد يروي واجب است كه قيمت آن سيم كه امروز اذبدي است ثمن وسد، فأما دعوى ثمن درست بتأيد).

وحكي أن القاضي الإمام الكلامستي حين قلد القضاء بسمرقند كان لا يعمل بسجل من كان قاضيًا قبله، ففيل له في ذلك، فقال: إنه كتب في سجلاته، وهو اليوم قاضي القضاة بسمرقند، وبما وراء النهر، وبخارى من ما وراء النهر، وقاضي سمرقند ليس قاضي بخارى، فكان هذا كذباً محضاً، والكاذب كيف^(١) يكون قاضيًا؟ وبعض مشايخ ذلك الزمان كانوا يجيبون عن هذا^(٢) ويقولون: إن قاضي سمرقند [قاضي]^(٣) أكثر [كور]^(٤) المملكة بما وراء النهر، وللاكثر حكم الكل في أحكام الشرع، فجاز أن يقال: قاضي ما وراء النهر. والله تعالى أعلم.

عرض محضر على الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفي في بيع سهم واحد شائعاً بحدود هذا السهم قال: كان مشايخنا بسمرقند يقولون: بأنه يوجب الفساد؛ ولأنه توهم الإفراز؛ لأن المفرز تكون له الحدود، أما المشاع فلا، قال: والصحيح

(١) في ز: ليس.

(٢) في ز: تلك.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

عندي أنه لا يوجب الفساد، وقد ذكر أبو جعفر الطحاوي في «شروطه» في مواضع: اشترى منه النصف من كذا بحدود هذا النصف.

قال رحمه الله: وسمعت السيد الإمام الأجل الحجاج محمد بن أبي شجاع رحمه الله يقول: لا أحفظ من والدي في هذه المسألة شيئاً، ولا رواية عن أصحابنا في ذلك، فذكرت له ما ذكر الطحاوي، فاستحسنه، وأخذ به؛ وهذا؛ لأنه ليس في ذكر حدوده ما يدل على الإفراز؛ ألا ترى أن ذكر السهم لا يدل على الإفراز؟ فذكر حدوده كذلك [لا يكون]^(١). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

ورد محضر في دعوى الإجارة الطويلة:

وكان المكتوب فيه: أول يوم هذه الإجارة يوم الأربعاء السادس من شهر كذا، وكتب بعد ذلك: وتقابضا في التاريخ المذكور فيه.

فقال: قوله: وتقابضا في التاريخ المذكور فيه خطأ؛ لأنه يشير إلى وقوع التقابض الذي هو حكم العقد مع العقد في زمان واحد، وإنه لا يكون؛ لأن التقابض الذي هو حكم العقد ما يكون بعد العقد، ولكن يكتب: وتقابضا في اليوم الذي وقع العقد فيه، أو يكتب: وتقابضا في اليوم الذي باشر العقد فيه ليثبت التقابض بعد^(١) العقد، والصحيح عندي أنه يكتب: وتقابضا بعدما باشر العقد في اليوم الذي باشر العقد فيه. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: بهذا.

ورد محضر في دعوى مال الإجارة المفسوخة:

صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن والد هذا الذي أحضره معه فلان أجر مني محدود كذا بكذا إجارة طويلة مرسومة، ثم مات وانفسخت الإجارة بموته، وصار بقية مال الإجارة دينًا في تركته، فرد المحضر بعلة أنه لم يكن في المحضر ذكر قبض مال الإجارة، و[ما]^(١) لم يقبض للآجر مال الإجارة لا يصير شيء منه دينًا في تركته بموته، ولأنه لم يذكر في الدعوى تاريخ أول [مدة الإجارة وتاريخ آخرها، ولا بد من ذكر ذلك حتى ينظر؛ أبقى شيء من مال الإجارة أم لا؟ وهذا؛ لأن مدة]^(٢) الإجارة قد تطول مبلغ ثلاثين سنة أو أكثر، فإذا بلغت هذا المبلغ تنتهي الإجارة بانتهاء المدة، ويصير جميع مال الإجارة مستحقًا للآجر بانتهاء المدة، فلا يبقى شيء حتى يصير ذلك دينًا في التركة، ولو لم تبلغ مدة الإجارة هذا المبلغ لا بد وأن يعرف ما بقي من المدة ليعلم مقدار ما بقي من مال الإجارة، وإنما يعلم ذلك بذكر التاريخين.

وقد قال بعض مشايخنا: ينبغي أن يصرح بقبض مال الإجارة، ولا يكتفي بقوله: تقابضا قبضًا صحيحًا، فإن المستأجر لو أحضر مال الإجارة، ولم يدفعه إلى الآجر، وقبض المستأجر، ثم سلم المؤجر المستأجر إلى الآجر^(٣)، ولم يسلم مال الإجارة، فيكون قوله: وتقابضا مستقيمًا على هذا الاعتبار، مع أنه لم يوجد قبض أحد البدلين.

وبعض مشايخنا زينوا^(٤) هذا القول وقالوا: المعتبر في نظر الشرع وقواعده مفهوم الناس، والمفهوم من قوله: وتقابضا قبض الآجر الأجرة، وقبض المستأجر المستأجر والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: المستأجر.

(٤) في ز: يقولوا.

وقد قيل: لا ينبغي أن يكتب في صك الإجارة على أن يزرع المستأجر ما بدا له؛ لأن كلمة «على» كلمة شرط، وزراعة المستأجر بنفسه ليست من قضايا العقد، فقد شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد، ولكن يكتب ليزرع ما يبدو له، وهذا لا يوجب الفساد؛ لأن هذا يرجع إلى بيان غرض المستأجر لا إلى الشرط، إلا أن هذا القول عندي في غاية الرياضة^(١)؛ لأن الإجارة الطويلة في الأصل شرعت لحاجة المستأجر إلى الانتفاع، وكان انتفاع المستأجر بنفسه من قضايا عقد الإجارة، ولو لم يكن انتفاع المستأجر بنفسه من قضايا الإجارة، إلا أن اشتراط ما لا يقتضيه العقد إنما يوجب فساد العقد إذا كان لأحد المتعاقدين فيه منفعة بالإجماع، أو كان لأحدهما فيه مضرة عند أبي يوسف، أما إذا لم يكن لأحدهما فيه منفعة، ولا مضرة لا يفسد العقد، كما لو اشترى طعامًا، وشرط البائع على المشتري أن يأكله، وهاهنا لا منفعة لأحدهما في هذا الشرط ولا مضرة، ولو لم يذكر^(٢) في عقد الإجارة ما يزرع في الأرض، ذكر في «الجامع الصغير» أن الإجارة فاسدة، وذكر في موضع آخر أنها صحيحة استحسانًا. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: الزيافة.

(٢) في ز: يكن.

ورد محضر فيه دعوى الإجارة، ودعوى استحداث الأجر يده على المستأجر: صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضرته معي أخذ مني عشرة وبرات أرض، حدودها كذا في ضيعة كذا، وسلمها إلي، ثم إنه أحدث يده على هذه الأراضي بغير حق، فوجب عليه قصر يده عن هذه الأراضي، وترك التعرض لها، وتسليمها [إلي]^(١)، ورد المحضر بعلّة أنه لم يذكر فيه أنه أجر هذه الأراضي [وهو يملكها، وهذا أمر لا بد من ذكره؛ لأن الإجارة من غير المالك لا تصح، وإن ملكه بعد ذلك، وكذلك لم يذكر فيه أنه أجر هذه الأراضي]^(٢) وهي في يده، ولا بد من ذكره؛ لأن الأراضي ربما تكون مشتراة، وإجارة العقار المشتري قبل القبض لا يجوز، إما على الخلاف الذي في بيع العقار قبل القبض كما ذهب إليه بعض المشايخ، أو على الوفاق كما ذهب إليه بعض المشايخ، ولأنه لم يذكر في المحضر أن هذه الأراضي صالحة للزراعة وقت العقد؛ لأن الإجارة للانتفاع، فمحلها ما يصلح للانتفاع.

ولا يكتفى بقوله: استئجارًا صحيحًا؛ لجواز أن الأرض لا تكون صالحة للزراعة وقت العقد، ولكن تكون بحال تصلح للزراعة لعمل المستأجر قطعاً^(٣) أن كون الأرض بحال تصلح للزراعة بعمل المستأجر يكفي لصحة العقد، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: وطنا.

ورد محضر فيه دعوى بقية مال الإجارة المفسوخة :

صورته : حضر وأحضر، وهذا الذي حضر وكيل عن أخته الكبرى المسماة فلانة بالدعوى المذكورة فيه، وقيم عن أخته الصغيرة المسماة فلانة من جهة الحكم بالدعوى المذكور فيه، وهم أولاد فلان بن فلان، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه لنفسه بطريق الأصالة، ولأخته الكبيرة بحكم الوكالة، ولأخته الصغيرة بحكم الإذن الحكمي أن هذا الذي أحضر أجر من أبينا فلان جميع الأرض التي حدودها كذا بكذا من الدنانير إجارة طويلة مرسومة، وإن أبانا توفي قبل انفساخ الإجارة هذه، وقبل قبضه شيئاً من مال الإجارة، وانفسخت هذه الإجارة بموته، وصار مال الإجارة، وذلك كذا من الدنانير ميراثاً لورثته هؤلاء المسمين ما خلا ديناراً واحداً، فإنه ذهب بعضه بمضي ما مضى من مدة الإجارة، والبعض بإبراء أبينا عنه الأجر [ساعته]^(١) في حياته، فوجب عليه أداء الدنانير المذكورة ما خلا ديناراً واحداً ليقبض المدعي حصة نفسه بطريق الأصالة، وحصة أخته الكبيرة فلانة بطريق الوكالة وحصة أخته الصغيرة فلانة بالإذن الحكمي.

فرد المحضر بعله أن المذكور فيه أن مال الإجارة صار ميراثاً لورثته ما خلا ديناراً، فإنه ذهب بعضها بإبراء أبينا الأجر هذا في حياته، ودعوى الإبراء على هذا الوجه فاسدة؛ لأن الإبراء إنما يصح بعد الوجوب أو بعد سبب الوجوب، وحال حياة المستأجر مال الإجارة غير واجب على الأجر إذا كانت الإجارة قائمة ولم تنفسخ بعد، ولم يوجد سبب وجوبه؛ لأن سبب وجوبه انفساخ الإجارة، والإجارة لم تنفسخ بعد.

وعلة أخرى أن المذكور في الدعوى: فوجب على المدعى عليه أن يدفع مال الإجارة إلى هذا المدعي ليقبض حصة نفسه بطريق الأصالة، وحصة أخته بطريق

(١) سقط في ز.

الوكالة، والوكيل بالخصومة لا يملك القبض عند زفر، وعليه الفتوى، فلا تصح مطالبته بحصة الموكل على ما عليه الفتوى.

والعلة الأولى ليست بصحيحة؛ لأن دعوى الإبراء إن لم تصح فذاك أمر عليهم، فلا يوجب ذلك خللاً في دعوى بقية مال الإجارة، وإن ذلك أمر لهم. والله تعالى أعلم.

ورد محضر فيه دفع دعوى مال الإجارة المفسوخة بموت المستأجر من ورثة الآجر، وكان الدعوى بشرائطها من غير خلل فيها، فقال المدعى عليه في دفع [دعوى] (١) المدعي: إن أباك قد قبض مني في حال حياته [كذا مثلاً] (٢) من الحنطة عوضاً عن مال الإجارة الذي يدعيه، فرد المحضر بعلّة أن دفع الحنطة عوضاً من مال الإجارة يستدعي وجوب مال الإجارة، ومال الإجارة لا يجب على الآجر حال حياة الآجر، إذ الإجارة حال حياة الآجر قائمة على حالها، ومال الإجارة إنما يجب على الآجر بعد انفساخ الإجارة، فكيف يتصور قبض المستأجر (٣) الحنطة عوضاً من مال الإجارة في تلك الحالة؟

وعلة أخرى أنه دفع الحنطة عوضاً، وإنما ذكر أن أباك قبض الحنطة عوضاً، وبقبضه الحنطة عوضاً لا تصير الحنطة عوضاً ما لو يوجد الدفع من صاحب الحنطة بجهة العوض. والله تعالى أعلم.

عرض صك في الإجارة، وكان المكتوب فيه: آجر فلان من فلان أرضاً حدودها كذا، وهي صالحة للزراعة على أن يزرع المستأجر فيها كذا كذا، فقيل: الصك باطل؛ لأنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد؛ لأن زراعة شيء بعينه ليس من مقتضيات العقد، ولأحد المتعاقدين، [وهو الآجر] (٤) فيه منفعة، ومثل هذا الشرط

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: كيلتين.

(٣) في ز: الآجر.

(٤) سقط في ز.

يوجب فساد العقد، وقيل: بهذا لا يبطل الصك؛ لأن قوله في هذا المقام: على أن يزرع فيها كذا، وقوله: ليزرع فيها كذا سواء، وقوله: ليزرع فيها ليس بشرط، وإنما هو لبيان الغرض، ولا يوجب الفساد، كيف وقد ذكرنا قبل هذا أن المستأجر إذا لم يبين ما يزرع يفسد العقد على ما ذكر في الجامع الصغير وإذا كان ترك ذكر ما يزرع مفسدًا للعقد، فبذكرة كيف يفسد العقد؟

[عرض محضر على شيخ الإسلام]^(١): سئل شيخ الإسلام السغدري عن محضر كان في أوله: ادعى روزيه بن عبد الله الهندي على فلان، فأجاب بأنه غير صحيح؛ لأن النسبة على هذا الوجه لا يقع بها الإعلام، ويجب أن يكتب أنه عبد فلان أو مولى فلان، وكان فلان بن فلان أقر له بكذا طائعا، قال: لا بد من بيان حرورية حر وأنه أعتقه مولاه فيكون الإقرار له، أو عبد لمولاه محجور عليه، فيكون الإقرار لمولاه، أو مأذون مديون، فيكون الإقرار له، فيختلف حكم الإقرار باختلاف حاله، فلا بد من ذكره.

قال: والمعتق يعرف لمولاه، وإن كان مولاه معتقًا أيضًا لا بد من أن يقال: إنه مولى فلان، وإن كان المولى الثالث معتقًا أيضًا، فلم ينسبه إلى مولاه فلا بأس به؛ لأن المولى الثالث بمنزلة الجد في النسب، فيجوز الاختصار عليه. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

عرض سجل فيه حكم نائب قاضي سمرقند، فردوه لوجوه:
أحدها: أنه كان فيه حكم فلان، وهو نائب عن قاضي سمرقند فلان، ولم يذكر فيه أن قاضي سمرقند مأذون بالاستخلاف.

والثاني: أنه كان فيه قاضي سمرقند كان قاضيًا من قبل الملك سنجر، ولم يكن كذلك، بل قاضي سمرقند كان من قبل الخاقان محمد، والخابقان محمد كان من قبل الملك سنجر، [إلا أن هذا لا يصلح خللاً؛ لأن^(١)] قاضي سمرقند قاضيًا من جهة الملك سنجر؛ ألا ترى أن ولاية الملك سنجر كانت ظاهرة على أهل سمرقند في الابتداء.

والثالث: أن الشهود في شهادتهم قالوا: ما وقع فيه الدعوى (ملك أين مدعي است واندر در دست اين مدعى عليه بنا حق است)، ولم يقولوا: فواجب على هذا المدعى عليه (كه دست خویش كتاه كندزين مدعى به وباین مدعى تسليم كند)، وقد اختلف المشايخ في هذا، قال بعضهم: لا بد من ذكره، ونحن إن لم نقل به، ولكن لا بد من ذكره حتى لا يبقى لأحد فيه مجال للطعن.

والرابع: أنه كان في آخره: وجعلت حكمي هذا موقوفًا على إمضاء القاضي فلان، وهو الذي كان ولاه، وهذا يخرج من أن يكون حكمًا؛ لأن المعلق بشيء، والموقوف عليه غير ثابت قبل وجود ذلك الشيء، وهذا خلل قوي لو حصل الحكم على هذا الوجه، أما لو حصل الحكم مطلقًا، والكاتب كتب على هذا الوجه، فهذا لا يوجب خللاً في الحكم، إنما يوجب خللاً في المكتوب. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

محضر ورد في المحضر دعوى إجارة العبد:

صورته: ادعى فلان على فلان عبداً في يديه أنني أجرت هذا العبد من هذا الذي في يديه كل يوم بدرهم، وقد مضى كذا كذا يوماً، فوجب عليه تسليم هذا العبد إلي مع كذا من الأجرة، فرد المحضر بعلّة أنه ادعى أنه أجره كل يوم بدرهم، ولم يذكر للإجارة مدة تنتهي إليها، فكل يوم يجيء ينعقد فيه عقد الإجارة، وهذا اليوم الذي وقعت فيه الدعوى قد انعقد فيه عقد الإجارة، وكان للمستأجر إمساك العبد والانتفاع به، فكيف تصح مطالبة المدعي إياه بتسليمه إليه؟ ولو كان ذكر لذلك مدة، وهذا اليوم الذي وقعت فيه الدعوى من جملة تلك المدة كان كذلك؛ لأن هذا اليوم إذا كان من جملة تلك المدة كان داخلاً في عقد الإجارة، وكان للمستأجر حق إمساكه عند نفسه والانتفاع به؛ ولأنه ادعى كذا كذا من الأجرة، وكان في محضر الدعوى أجر العبد، وبعد ذكر كلمات كثيرة، وسلم إليه، ولم يذكر وسلم العبد إليه، وبهذا لا يثبت تسليم العبد لجواز أنه سلم شيئاً آخر، وما لم يثبت تسليم العبد لا تجب الأجرة، فلا تستقيم دعوى تسليم الأجر والله تعالى أعلم.



خط الصلح والإبراء، عوض خط الصلح والإبراء.

وكان المذكور فيه: ادعى فلان على فلان مالا [معلوماً]^(١)، فصالحه فلان على ألف درهم، وقبض فلان بدل الصلح، وذكر في آخره: وأبرأه المدعي عن جميع دعاويه وخصوماته إبراءً صحيحاً.

ف قيل: الصلح غير صحيح؛ إذ ليس فيه مقدار المال المدعى، ولا بد من بيان ذلك ليعلم أن هذا الصلح^(٢) وقع معارضة، أو وقع إسقاطاً، وليعلم أنه وقع صرفاً يشترط [فيه]^(٣) قبض البدل في المجلس أو لا يشترط وقد ذكر قبض بدل الصلح في المجلس، ولم يتعرض لمجلس الصلح، فمع هذه الاحتمالات لا يمكن القول بصحة الصلح، أما الإبراء حصل على سبيل العموم، فلا تسمع دعوى المدعي بعد ذلك عليه لمكان الإبراء العام لا لمكان الصلح. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في أ: أنه.

(٣) سقط في ز.

محضر فيه دعوى مال المضاربة على ميت بحضرة ورثته^(١):

صورته: حضر وأحضر مع نفسه فلاناً وفلاناً كلهم أولاد فلان، فادعى هذا الذي حضر على هؤلاء الذين أحضرهم مع نفسه أنه دفع إلى مورثهم فلان ألف درهم مضاربة، وإنه تصرف فيها وربح أرباحاً، وإنه مات قبل قسمة هذا المال، وقبل دفع رأس المال إلى رب المال، وقبل قسمة الربح مات مجهلاً لهذا المال، وصار ذلك ديناً في تركته إلى آخره.

ف قيل: إن وقعت الدعوى في رأس المال والربح، فلا بد من بيان قدر الربح، وتركه يصير خللاً في الدعوى، وإن ادعى رأس المال وحده، فلا بأس بترك بيان قدر الربح. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: وارثه.

محضر فيه دعوى قيمة الأعيان المستهلكة :

صورته : حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه ألف دينار قيمة عين استهلكه من أعيان أمواله بسمرقند، ورد المحضر بوجوه:

أحدها: أنه لم يبين المستهلك، ولا بد من بيانه؛ لأن من الأعيان ما يكون مضموناً بالقيمة عند الاستهلاك، ومنها ما يكون مضموناً بالمثل، [ولعل هذا العين مضمون بالمثل]^(١)، فكيف تستقيم دعوى القيمة مطلقاً؟ ولأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن حق المالك لا ينقطع عن العين بنفس الاستهلاك، ولهذا جوز الصلح عن المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته، وإنما ينتقل حقه عن العين، وينتقل إلى القيمة بقضاء القاضي أو بتراضيهما، فقبل ذلك يكون حقه في العين، فتكون الدعوى واقعاً في العين، فلا بد من بيانه؛ ولأنه لم يذكر أن هذا المقدار قيمة هذا العين المستهلك بسمرقند أو بخارى، فإن قيمة الأعيان تختلف باختلاف البلدان، والمعتبر قيمة المستهلك في مكان الاستهلاك، فلا بد من بيان ذلك. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر فيه دعوى الحنطة:

صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضر أن أمارح هذا الذي أحضره معه فلان كان قبض من هذا الذي حضر ألف من من الحنطة قبضاً موجباً للرد، وبين أوصاف الحنطة، قال: وهكذا كان أمارح هذا الذي أحضر معه في حال جواز إقراره بقبض الحنطة الموصوفة، فإنه قال لهذا الذي حضر بالفارسية: (ترا هزاد من كندن أبي بكيزة ميانه سرخه تيرما هي بوزن أهل بخارى با منست) إقراراً صحيحاً صدقه هذا الذي حضر فيه خطاباً، وقد توفي فلان قبل أن يرد شيئاً من هذه الحنطة مجهلاً غير معين لهذه الحنطة المذكورة فيه، وصارت هذه الحنطة المذكورة فيه مضمونة لهذا الذي حضر في تركته، وخلف من الورثة أخاً له هذا، وخلف من التركة في يد هذا الذي أحضره أموالاً، منها ألف من من الحنطة بالأوصاف المذكورة، فواجب على هذا الذي أحضره معه أداء مثل هذه الحنطة المذكورة فيه من هذه الحنطة المتروكة المذكورة فيه، وشهد الشهود على إقرار المدعى عليه بذلك، فرد المحضر بوجوه ثلاثة:

أحدها: أنه ادعى أولاً أنه قبض من ماله قبضاً موجباً للرد، والقبض المطلق خصوصاً بصفة كونه موجباً للرد ينصرف إلى الغصب، وكذلك الأخذ المطلق، ثم قال: وهكذا أقر المدعي فإنه قال بالفارسية كذا وكذا على نحو ما كتب، وليس إقرار المدعى عليه كما ادعاه المدعي فإنه قال: (ترا با منست)، وهذا منه إقرار بالوديعة، فشهادتهم تكون بالوديعة، فلم تكن الشهادة موافقة للدعوى المذكورة.

والثاني: أنه ادعى عليه الحنطة بالمن والوزن وطلب ضمانها، والمضمون عند إداء الضمان يصير ملكاً للضامن بالضمان فتحقق المقابلة بين الحنطة الموزونة، والحنطة كيلية فلا تصح دعواها بالمن والوزن في مثل هذه الصورة.

والثالث: أنه قال: فواجب عليه أداء مثل هذه الحنطة المذكورة فيه من التركة. ولا يجب على الوارث أداء الدين من غير التركة لا محالة، بل الوارث بالخيار،

إن شاء أدى الدين من التركة، وإن شاء أدى الدين من مال نفسه، وإنما يشترط قيام التركة في يد الوارث لتوجه المطالبة عليه لا للأداء منها.
والخلل الثالث ليس بصحيح؛ لأن أصل الوجوب في التركة، إلا أن للوارث ولاية استخلاص التركة بأداء الدين من مال نفسه، ولما كان أصل الوجوب في التركة تستقيم دعوى الأداء من التركة [نظرًا إلى الأصل]^(١). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر فيه دعوى قبض العدليات بغير حق واستهلاكها:

صورته: هذا الذي حضر ادعى على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضره قبض من هذا الذي حضر دراهم عدلية، وبين عددها وصفتها وجنسها بغير حق، واستهلكها، فواجب عليه أداء مثل هذه الدراهم العدلية إن كان يوجد مثلها، وأداء قيمتها إن لم يوجد مثلها، وقيمتها يوم القبض كان كذا واليوم كذلك، فظن بعض مشايخنا أن في هذه الدعوى نوع خلل من قبل أنه ذكر أنه قبض هذه الدراهم بغير حق واستهلكها، ولم يذكر أنه استهلكها بغير حق، أو بغير أمر صاحبها، ويحتمل أن الاستهلاك كان بغير أمر المالك، ويحتمل أنه كان بأمره، واعتراض على هذا القائل أن الاستهلاك إن كان لا يصلح سبباً لمكان الاحتمال، فالغصب السابق كافٍ، فيمكن إيجاب الضمان بالغصب السابق.

[وقيل في الجواب عن هذا الاعتراض: بهذا لا يمكن إيجاب الضمان بالغصب السابق]^(١)؛ لأنه يحتمل أن المالك رضي بقبضه الدراهم، والمالك إذا رضي بقبض الغاصب، وقد كان الغاصب قبض للحفظ يبرأ عن الضمان، ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في آخر كتاب «الصرف».

وأكثر المشايخ على أن هذا الخلل المذكور في الحقيقة ليس بخلل، وجهه أن الغصب والقبض بغير حق في نفسه صلح لوجوب الضمان، وكذلك الاستهلاك في نفسه صلح سبباً لوجوب الضمان، إلا أن أمر المالك بالاستهلاك، وإجارتها قبض الغاصب مبريء له عن الضمان، وليس على المدعي أن يتعرض للمشتري عن الضمان نفيًا وإثباتًا، إلا إذا ادعى المدعي عليه شيئاً من ذلك، فحيثئذ يكون ذلك دفعًا لدعوى المدعي لا أن يشرط بيان ذلك على المدعي.

ثم في هذه الدعوى لو لم يكن المدعي ذكر الاستهلاك في الدعوى، إنما ذكر

(١) سقط في ز.

القبض بغير حق، ينبغي أن يطلب من المدعى عليه أولاً تسليم عين تلك الدراهم؛ [لأن الدراهم]^(١) إذا كانت قائمة، وثبت قبضها بغير حق يجب على المدعي تسليم عينها، لما عرف أن الدراهم والدنانير تتعينان في المغصوب، فيطالب المدعي بتسليم عينها، [فإن عجز عن تسليم عينها، فبتسليم مثلها]^(٢)، فإن لم يقدر على المثل، فبتسليم قيمتها.

ومن الأئمة من قال: ينبغي للمدعي أن يطالب المدعى عليه أولاً بإحضار تلك الدراهم ليقوم البينة عليها، ثم يطالبه بتسليمها إليه كما هو الحكم في سائر المنقولات. ولكن [يقول]^(٣): طلب الإحضار على الإطلاق غير مستقيم هاهنا بخلاف سائر المنقولات؛ وهذا؛ لأن الإحضار إنما يطلب في المنقولات حتى إذا شهد الشهود، وأشاروا إلى المدعى به، والشهود لا يمكنهم الإشارة هاهنا، فإنهم لا يعلمون أن هذه الدراهم هل هو عين تلك الدراهم المغصوبة؟ فإن الدراهم يشبه بعضها بعضاً، فتقع الإشارة إلى غيرها [عسى]^(٤) بخلاف سائر المنقولات، فإنه يعرف ظاهراً إلا إذا كان على الدراهم علامة يمكن تمييزها من جنسها، فحيثئذٍ يشترط الإحضار أولاً. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

محضر في دعوى الثمن:

صورته: ادعى رجل [على غيره]^(١) أنه باع ثلاثة أذرع من الأطلس المعدني، وبين طوله وعرضه بثمن معلوم، وبين ذلك، وإنه اشتراها منه هذه القطعة من الأطلس الموصوف في مجلس البيع بالثمن الذي بينه، وقلنسوتين معروفتين بالعراق، وإوزة وتكمها، بكذا ثمنًا وبين ذلك وسلمها إليه، وأنه قبضها منه من غير تسليم الثمن، فوجب عليه أداء الثمن المذكور فيه، وبين شرائط البيع والشراء من البلوغ والعقل، وطالبه بالثمن، وأنكر الخصم الشراء منه، وأنكر وجوب الثمن عليه، وأقام المدعي بينة على وفق دعواه بشرائطها، وكتبوا نسخة المحضر، وطلبوا جواب الفتوى، فزعم بعض المفتين أن في هذه الدعوى خللاً من قبل أنه لم يذكر فيه أن المبيع هل كان ملك البائع أو لا؟ لجواز أنه باع مال غيره بغير أمره، فلا يستوجب عليه المطالبة بالثمن؛ ولأنه لم يذكر في المحضر أن هذا بذرعان أهل بخارى أو بذرعان أهل خراسان، وإنه مما يتفاوت، فبقي المبيع مجهولاً إلا أن ما زعم هذا القائل لا يوجب خللاً.

أما الأول: فلأنه ذكر في الدعوى أنه سلمها إليه، وقوله: وسلم، نظير قوله: هو يملكه، وهي مسألة كتاب «الشهادات».

وأما الثاني: فلأنه ذكر في الدعوى أنه سلمها إليه، وبعد القبض والتسليم، فالمدعى به في الحقيقة هو الثمن الذي وجب بالعقد، وصار ديناً في الذمة، ولا جهالة في الثمن، وإنما الخلل في هذه الدعوى من وجه آخر.

فإن المذكور في الدعوى أنه باع منه قطعة أطلس صفتها كذا، وقلنسوتين صفتها كذا وإنه اشتراها منه، والبائع سلمها إلى المشتري، ولم يقل: باعهن واشتراهن، وسلمهن، أو اشتراها جملة بعدما باعها منه جملة، وسلم الجملة إليه، وهو قبض

(١) سقط في ز.

الجملة حتى ينصرف إلى كل ذلك، ولعله باع قطعة الأطلس هذه والقلنسوتين، وأنه اشترى القطعة دون القلنسوتين، أو سلم القطعة دون غيرها، أكثر ما في الباب أن كلمة «ما» يجوز أن ينصرف إلى أحدهما أيضًا، فلا يبقى هذا الاحتمال، فلا بد من ذكر شيء يزول به ما ذكرنا من الاحتمال، وهو كلمة «هنّ»، أو ذكر لفظ الجملة، أما بدون ذلك لا يزول الاحتمال، وإذا لم يزل الاحتمال بقي البيع والتسليم مجهولاً، فلا تستقيم دعوى كل الثمن ولا تستقيم دعوى القبض؛ لأن المسلم [غير معلوم]^(١) حتى يستقيم دعوى الثمن بقدره.



(١) في ز: ليس بمعلوم.

محضر في دعوى الوكيل من موكله :

ادعى على آخر بحكم الوكالة الثابتة له من جهة والده أنه دفع إلى هذا الرجل تحت ديباج عدده كذا، وصفته كذا، ولونه كذا، وطول كل ديباج كذا، وعرضه كذا على سبيل الأمانة، ولم يظفر به والده حتى يأخذ منه، وقد وكل والده هذا بالخصومة في ذلك متى ظفر بهذا المدفوع إليه، ووكله بقبض ذلك منه أيضاً، وكانت الوكالة ثابتة في مجلس القضاء، فادعى عليه إحضار ذلك [مجلس القضاء ليقوم الوكيل البينة عليه، فأنكر المدعى عليه القبض أصلاً، فأقام المدعي بينة على^(١)] إقرار المدعى عليه أنه كان قبض، لكن رده إلى والده، فكتبوا المحضر، وطلبوا جواب المفتين، فأجابوا بالخلل، وكان وجه الخلل منه أنه لم يذكر في المحضر أن المدعي كذبه في قوله: (باد زد كردم)، وهذا؛ لأن المدعي لو صدقه في الرد على والده لا يبقى له حق الخصومة بعد ذلك، فلا بد من بيان ذكر التكذيب في الرد [لتستقيم دعوى الإحضار، وعندني أن هذا ليس بخلل؛ لأن طلبه الإحضار تكذيب له في الرد]^(٢). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

محضر في دعوى امرأة منزلاً في يدي رجل شراء من والده:

امرأة ادعت منزلاً على رجل، وقالت: هذا المنزل، وذكرت موضعه وبينت حدوده، كان ملكاً وحقاً لوالدي فلان، وإنه باعه مني يوم كذا، في شهر كذا، في سنة كذا حال كونه نافذ التصرف، وإني اشتريته منه بذلك الثمن المذكور في مجلس البيع، وذلك في حال صحة تصرفاتي، واليوم جميع هذا المنزل ملكي وحقني بهذه السبب، وإن الذي في يده المنزل أحدث فيه يده، فوجب عليه قصر يده عنه، وتسليمه إليّ، فأجاب المدعى عليه: (اين منزل ملك منست وحق منست، وباين مدعي سبروني نيست كه دعوى ميكند)، أحضرت المدعية نقرأ ذكرت أنهم شهودها، فشهد كل واحد منهم بعد الاستشهاد، وقال: (كوهي ميدهم كه اين) فلان ابن فلان والد هذه المدعية أقر في حال صحة إقراره، وقال: (اين خانه كه حدوي درين محضر باد کرده شده است بدین دفتر خویش فلانة فروخته ام ووي ازمن خريده است بهمين نهاكه درين محضر ست بهمين تاريخ كه درين محضر باد کرده شده است فروختي وخریدني در دست، وأمر و زاین خانه ملك ابن فلانة است بدین بسبب كه أندر محضر باد کرده است واین مدعی عليه دست نو کرده است درين خانه بنا حق).

واستفتوا المفتين فزعم بعضهم أن فيه خللاً من قبل أنه ذكر في الدعوى أنه باعه منها بتاريخ كذا، وهكذا أقر البائع بهذا البيع بهذا التاريخ، وهذا يوجب خللاً من قبل أنه أضاف الإقرار إلى تاريخ البيع في يوم كذا، ولعل الإقرار كان قبل ذلك، وهذا الزعم فاسد من جهة أن الإقرار لو حمل على ما قبل البيع يكون باطلاً، ولو حمل على ما بعده يكون صحيحاً، والأصل في تصرف العاقد أن يصحح لا أن يبطل. وزعم هذا الزاعم أيضاً أن في لفظة الشهادة خللاً؛ لأن الشهود قالوا: نشهد أنه أقر بالبيع، شهدوا على إقراره، ثم قالوا: واليوم جميع هذا المنزل ملك هذا المدعي بالسبب المذكور في المحضر والسبب المذكور، في المحضر البيع؛ إذ الإقرار لا

يصلح سبباً ولا شهادة لهم على البيع، فكانت الشهادة باطلة، والجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن هذا لا يوجب خللاً في شهادتهم، وفساداً؛ لأن الشهود إذا شهدوا على إقراره بالبيع والشراء من المدعي، فقد ثبت البيع والشراء بشهادة الشهود، ولكن بناءً على الإقرار والبيع بسبب الملك.

والثاني: أنهم شهدوا على إقراره، ولا علم لنا [بعدم شهادتهم]^(١) على البيع، ولعل لهم شهادة على البيع، لكن لم يشهدوا في الابتداء على البيع، بل شهدوا على إقراره أولاً، ثم شهدوا على البيع، وهو السبب الموجب للملك، فلم يكن في الشهادة خلل. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: بشهادتهم.

محضر في دعوى الثمن:

ادعى على غيره كذا دينارًا نيسابورية جيدة دينًا لازمًا، وحقًا واجبًا بسبب صحيح، وذكر فيه، وأقر المدعى عليه أن هذه الدينانير عليه [بسبب أنه]^(١) اشترى من هذا المدعي كذا مئًا من دهن السمسم الصافي، وبين أوصافه شراءً صحيحًا، وقبضه منه قبضًا صحيحًا، فوجب على المدعى عليه تسليم هذه الدينانير المذكورة فيه إلى هذا المدعي، وذكر جواب المدعى عليه بالإنكار، وذكر بعده شهادة الشهود على إقرار المدعى عليه بهذا الشراء المذكور فيه هذا المبلغ من الدهن الموصوف فيه.

وقال كل واحد من الشهود بالفارسية: (كواهي سيدهم كه اين مدعى عليه، وأشار إليه مقرًا مد كه بحال صحت، ورواني إقرار خویش بطوع، ورغبت وحنين كفت كه بخريده ام ازين مدعي)، وأشار إلي المدعي (مفتصد من روعن كنجيل باكيزة صافي خريدي در دست، وقبض كردم قبض كردني در دست)، فاستفتوا عن صحة هذه الدعوى فقيل: إنها فاسدة من وجهين، والشهادة غير مطابقة للدعوى.

أما بيان أحد وجهي فساد الدعوى أن المدعي ادعى إقرار المدعى عليه بهذا المال المذكور [فيه]^(٢)، ودعوى الإقرار بالمال غير صحيح لوجهين:
أحدهما: أن دعوى الإقرار ليس بدعوى للحق؛ لأن حق المدعي المال دون الإقرار، فإذا ادعى الإقرار فقد ادعى ما ليس [له]^(٣) بحق [له]^(٤).

والثاني: أنه ظهر وجه الكذب في هذه الدعوى؛ [لأن نفس الإقرار ليس]^(٥) بسبب لوجوب المال إنما الموجب شيء آخر، وهو المبايعة والإقراض، أو ما شاكل

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

ذلك، فلو كان الحق ثابتاً للمدعي بسببه لادعى ذلك، ولين سببه، فلما أعرض عن ذلك، ومال إلى الإقرار علم أنه كاذب في الدعوى.

والوجه الثاني: لفساد الدعوى أنه لما بين سبب الوجوب وشراء الدهن، لا بد وأن يبين أن هذا المبلغ من الدهن الذي يدعي بيعه من المدعى عليه كان موجوداً وقت البيع حتى يقع البيع صحيحاً؛ لأن على تقدير عدمه وقت البيع، أو عدم بعضه لا يكون البيع منعقداً في حق الكل، أو^(١) في حق البعض، فلا يكون الثمن واجباً على المدعى عليه، فلا تستقيم دعوى الثمن بسبب الشراء والبيع، أكثر ما في الباب أنه ذكر قبضه قبضاً صحيحاً، لكن هذا لا يكفي لصحة البيع ووجوب الثمن لوجهين:

أحدهما: أنه يحتمل أنه لم يكن موجوداً ولا مقبوضاً، لكن الكاتب هكذا كتب. والثاني: أنه يحتمل أنه لم يكن موجوداً وقت البيع، ثم حصله البائع، وسلمه إلى المشتري، وقبضه المشتري إذ لم يكن في المحضر، وقبضه في مجلس الشراء، أو عقب القيام عن مجلس الشراء، وعلى تقدير عدم وقت البيع لا ينفعه التسليم؛ لأن العقد حينئذ يقع باطلاً، والتسليم بحكم البيع الباطل لا ينفع، ولا يكون هذا بيعاً بالتعاطي؛ لأن هذا [التسليم]^(٢) بناء على ذلك العقد الفاسد، وإنما يعتبر البيع بالتعاطي في موضع لم يكن التسليم بناءً على العقد الفاسد.

وهو نظير ما قلنا في الإجارة إذا أجر داره أو أرضه، وهي مشغولة بمتاع الأجر، أو زروعه، ثم فرغ، وسلم لا تنقلب الإجارة جائزة^(٣)، ولا ينعقد بينهما إجارة مبتدأة بالتعاطي؛ لأن التسليم حصل بناءً على الإجارة الفاسدة كذا هاهنا.

ومن المشايخ من أنكروا وجه الفساد في هذه الدعوى، وذكر لكل وجه من وجهي

(١) في ز: و.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: إجارة.

الفساد جواباً:

أما الأول قوله: بأن دعوى الإقرار بالمال إنما لا يصح^(١) إذا حصل دعوى المال بحكم الإقرار [بالمال]^(٢) بأن قال المدعي: لي عليك كذا، لأنك أقررت لي به، أو قال: هذا العين ملكي؛ لأنك أقررت لي به، وهاهنا دعوى المال ما حصل بحكم الإقرار، بل دعوى المال حصل مطلقاً إلا أنه مع دعوى المال ادعى إقراره بالمال، وهذا لا يوجب خللاً.

وقوله: ظهر وجه الكذب في هذه الدعوى ممنوع أيضاً.

وقوله: لم يدع السبب.

قلنا: إنما لم يدع السبب لا لما قلتم، بل؛ لأنه لم يجد من يشهد على السبب، ووجد من يشهد على إقرار المدعى عليه بالمال.

وأما الوجه الثاني قوله: لا بد وأن يبين أن هذا المبلغ من الدهن كان موجوداً وقت البيع.

قلنا: هذا إنما يحتاج إليه في الشهادة بأن شهد الشهود أنه باع منه كذا مبلغاً من الدهن، والشهود هاهنا لا يشهدون على البيع إنما يشهدون على إقراره بالبيع، وإقراره كان بشراء صحيح، وإقرار الإنسان متى حصل بتصرف صحيح يثبت حكمه في حقه، وإن احتمل الفساد بخلاف الشهادة، والفرق بين الشهادة والإقرار عرف في موضعه^(٣).

وأما بيان أن الشهادة لا تطابق الدعوى: فإن في الشهادة ذكر إقرار المدعى عليه بالقبض مطلقاً لا بقبض المشتري، فإن الشهود قالوا: (مقرراً بدين مدعى عليه كه خريدم ازين مدعى مفصدين روعن كنجيد صافي باكيژه، وقبض كردم قبضي

(١) في ز: يحصل.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: مواضع.

در دست)، وفي دعوى القبض ذكر مع الإشارة فإنه قال: قبض منه قبضاً صحيحاً، وكان ينبغي أن يذكروا في الشهادة على إقرار المدعى [عليه]^(١)، (وقبض كرد مش). والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

محضر: فيه دعوى [سرقة]^(١):

رجل خباز ادعى على^(٢) رجل أجلسه على دكانه لبيع الخبز من الناس، ويأخذ الأثمان منهم وهو الذي يسمى صاحب دكان:

وصورة الدعوى: أن الخباز ادعى عليه مبلغًا معلومًا من المال، وقال: إنك سرقت من مالي من أثمان الخبز هذا المبلغ، وادعى عليه إنك قلت: إنني أخذت كل يوم خمسة دراهم من الناس، ونقصت [لهم]^(٣) من الخبز الذي بعث منهم، إلا أنني لم أحبس من مالك شيئًا، وصاحب الدكان منكر^(٤) ذلك كله، وقد كتبوا في آخر المحضر: فوجب على هذا الذي أحضره معه إحضار هذه الدراهم مجلس القضاء ليتمكن المدعي من إقامة البينة عليها.

ف قيل: هذه الدعوى لا تتوجه على صاحب الدكان من جهة الخباز؛ لأن غاية ما في الباب [أنه]^(٥) يريد إثبات إقراره بأخذ هذه الدراهم على الوجه الذي ذكر في الدعوى، إلا أنه لو ثبت ذلك كان حق الخصومة لأصحاب الدراهم؛ لأنه لما نقصهم من الخبز الذي باع منهم، وأخذ الثمن كان عليه رد ذلك إليهم، وكان حق الاسترداد لهم لا لهذا الرجل إذ ليس هو بخصم عنهم، وإن كان الخباز ادعى عليه إنك قلت: إنني أخذت كل يوم خمسة دراهم من مالك، ونقصت الوزن للمشتري أيضًا لا تصح الدعوى؛ لأنه إذا نقص من الخبز المبيع، وأخذ الثمن تامة كانت الدراهم التي هي بمقابلة النقصان ملك المشتري، فلا يكون للخباز ولاية الاسترداد. وقد كان زعم نفر من الأئمة أن صاحب الدكان لما أقر بأخذ الدراهم كان ذلك إقرارًا من حيث الظاهر أن الدراهم عوض إخبازه أخذها على دكانه عند البيع،

(١) في أ: السرقة من.

(٢) في أ: من.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: ينكر.

(٥) سقط في ز.

فبدعواه أنه أخذ من الناس، ونقص لهم من الخبز الذي باع منهم يكون مدعيًا خلاف الظاهر، فلا يصدق على المدعي ما لم يثبت ذلك، وهذا منهم مجرد ظن. ووجه ذلك: أن الخباز يدعي أن الدراهم المأخوذة حقه، وصاحب الدكان منكر، فيكون القول قوله لا أن يكون هو المدعي حتى يكون إثبات ذلك عليه، وبيان فساد هذه الدعوى من وجه آخر: أنه يريد أن يدعي عليه مالًا معلومًا مقدّرًا، ويقول: إنك أقررت بأخذ خمسة دراهم كل يوم، فيكون الدراهم في يده كذا كذا مبلغًا، ونحن نعلم قطعًا أو ظاهرًا أن على تقدير التصور لا تجتمع الدراهم في يده ما ذكر من المبلغ؛ لأن المدة كانت طويلة خمس سنين أو ست سنين، فنعلم يقينًا أن الدكان لا يكون على العمل في هذه المدة على سبيل الدوام، بل يتعطل في بعض الأيام، ويحتاج إلى تجديد التنور والعمارة، وهذا أمر معتاد متعارف وظاهر، فيكون دعوى مبلغ معلوم مقدر بحساب كل يوم في جميع هذه المدة كذبًا محضًا، ودعوى باطلة، فلا يسمع.

وكانوا كتبوا في آخر محضر الدعوى: فواجب على هذا الذي أحضره إحضار الدراهم مجلس القضاء ليتمكن المدعي من إقامة البينة عليها، وهذا كلام فاسد لغو ضائع من قبل أن الإحضار إنما يشترط للشيء المدعى به وقت الشهادة ليشير الشهود إلى المدعى به وقت الشهادة، وهاهنا الشهود لما كانوا يريدون الشهادة على إقراره بقبض خمسة دراهم في كل يوم لا على معاينة القبض والأخذ، كيف يمكنهم الإشارة إلى دراهم معينة بحضرة، فأى فائدة في ذكر إحضار الدراهم؟ وقد ذكرنا هذا الكلام غير مرة.

محضر في دعوى الوصية بالثلث:

وصورته: ادعى الموصى له على واحد من الورثة أن الميت قد كان أوصى بثلث ماله حال حياته وحال كوني عاقلاً بالغاً، وأحضر في مجلس الحكم^(١) خاتماً من ذهب فسه من فيروزج، وادعى على الوارث أن هذا الخاتم من جملة التركة التي خلفها الميت، وإنه في يدك، فواجب عليك دفع الثلث المشاع من هذا الخاتم إلي بحكم الوصية، وأنكر الوارث الوصية، فأقام المدعي بينة على وفق دعواه، واستفتوا عن صحة الدعوى، فأفتوا بفساد هذه الدعوى، واختلفوا في علة الفساد، بعضهم قالوا: لم يذكر في المحضر أنه أوصى طائفاً، ويحتمل أنه كان مكرهاً في الإيضاء، والوصية مع الإكراه باطلة، وبعضهم قالوا: طلب [تسليم]^(٢) الثلث المشاع من الخاتم، [وذلك]^(٣) لا يتصور، والصحيح هو الأول؛ لأن تسليم [الجزء]^(٤) الشائع متصور بتسليم الكل. والله تعالى أعلم.



(١) في أ: الدعوى.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

محضر فيه دعوى النكاح على امرأة:

وصورة ذلك: ادعى فلان على فلانة أنها منكوحته، وحلاله بسبب أنه تزوجها على مهر معلوم بمشهد من الشهود العدول بتزويجها نفسها منه، وأنها خرجت عن طاعته، فوجب عليها الانقياد له في أحكام النكاح، وقد كان جواب المرأة أن انقيادها له في أحكام الشرع غير واجب عليها من قبل أنه طلقها ثلاث تطليقات، وأنها محرمة عليه بالطلقات الثلاث، وأثبت ذلك بالبينة على سبيل دفع دعواه النكاح عليها، وقد كان أبى الزوج بدفع الدفع وادعى أنها مبطلّة في دعوى الدفع، وأن دعواها الدفع هذه ساقطة من قبل أنها أقرت قبل دعواها الدفع هذه أنها اعتدت منه بعد الطلقات الثلاث، وتزوجت بزواج آخر ودخل بها ذلك الزوج، ثم طلقها، واعتدت منه أيضاً، وكان دعوى انقضاء العدتين منها في مدة يتصور في مثلها انقضاء العدتين، ثم تزوجت بهذا الزوج بمهر معلوم، بمشهد من الشهود العدول، وإنها اليوم امرأته، وكان على المحضر جواب مشايخ سمرقند وكبارهم^(١) بالصحة، واتفق مشايخ بخارى أن المحضر غير صحيح [من المدعي]^(٢)، وبينوا لذلك وجهًا، فقالوا: الزوج ادعى إقرار المرأة بهذه الأشياء، ودعوى الإقرار على المدعى عليه بالشيء غير صحيح، والمدعي المذكور في شرح «أدب القاضي»، وعندى: أن ما ذكروا من بيان وجه الفساد ليس بصحيح، وهذا؛ لأن الزوج لا يدعي النكاح عليها بحكم إقرارها، بل يدعي النكاح مطلقاً^(٣)، وإنما دعوى الإقرار لبيان كونها مبطلّة^(٤) في دعوى الدفع، ودعوى الإقرار إنما لا تسمع لإثبات استحقاق المدعى به بالإقرار أما لإبطال الدعوى في مقام الدفع فصحيح^(٥)، وإليه أشار في آخر «الجامع» وقد ذكرنا المسألة قبل هذا مشروحة. والله تعالى أعلم.

(١) في أ: وكتابهم.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: عليها.

(٤) في أ: مطلقّة.

(٥) في ز: فهو صحيح.

ورد سجل من بلدة مرو في إثبات ملكية جمل:

وكتب فيه: يقول القاضي فلان صاحب المظالم والأحكام الشرعية بكورة مرو ونواحيها من قبل السلطان فلان حضر في مجلس الحكم [بها]^(١) بتاريخ كذا رجل ذكر أنه فلان بن فلان، [وأحضر معه خصمًا ذكر أنه فلان بن فلان]^(٢)، فادعى عليه بمحضر منه، قالوا: وكان في المذكور إلى هاهنا خللاً من وجهين:

أحدهما: أنه كتب: حضر في مجلس القضاء بها، وقد سبق ذكر كونه قاضيًا بمرو ونواحيها، فقوله: (بها) يحتمل الانصراف إلى كورة مرو، ويحتمل الانصراف إلى نواحيها، وعلى تقدير الانصراف إلى النواحي، فالحكم به لا يكون صحيحًا فيها إذ المصر شرط صحة القضاء في ظاهر الرواية، وإليه مال أكثر المشايخ، مذكور في «أدب القاضي» للخصاف، وعندني: أن هذا ليس بخلل؛ لأن المصر على رواية «النوادر» ليس بشرط، فإذا قضى القاضي خارج المصر كان قضاؤه في فصل مختلف فيه، فينفذ.

والثاني: أنه ذكر، فادعى عليه بمحضر منه، ولا بد من التصريح بذكر الذي حضر، والذي أحضره معه فينبغي أن يكتب: فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه؛ [لأنه]^(٣) يحتمل أن الدعوى صدر من غير هذا المدعي، أو من هذا المدعي على غير هذا المدعى عليه، ويكتب بمحضر من هذا المدعى عليه لاحتمال أنه يدعي عليه حال غيبته، ثم ذكر فيه جملاً صفة كذا على فخذة كي، صفة كذا، وقيمه كذا، سنه كذا بمحضر مجلس القضاء^(٤)، وأشار إليه أنه ملكه وحقه.

قالوا: وفي بعض هذه الألفاظ خلل، وبعضها^(٥) غير محتاج إلى الذكر فيه، فبيان

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: القاضي.

(٥) في ز: وفي بعضها.

الصفة والقيمة والسن غير محتاج إليه، إذ هو محضر مجلس الحكم، فتصح الدعوى بالإشارة إليه من غير بيان الصفة والسن والقيمة، وفيه خلل فإنه قال: وأشار إليه أنه ملكه وحقه، وينبغي أن يقول إلى الجمل المحضر هذا أنه ملك المدعي هذا، وحقه.

ثم قال: وفي يد المدعى عليه بغير حق، فلا بد وأن يقول: في يد المدعى عليه هذا، ثم ذكر: وإن الواجب عليه قصر اليد عنه، ولا بد وأن يقول: وإن الواجب على هذا المدعى عليه قصر يده عن الجمل المدعى هذا، ثم ذكر: وإعادته إلى يده، وعسى لم يكن في يده بأن كان ورثه، ولم يقبضه حتى غصبه المدعى عليه، وينبغي أن يذكر مكان لفظة التسليم، ويسلمه إلى المدعي هذا.

ثم^(١) ذكر بعد المسألة والإنكار، فأحضر المدعي جماعة، وكان ينبغي أن يقول: فأحضر المدعي هذا، ثم ذكر في شهادة الشهود: شهدوا أن الجمل المدعى ملك المدعي وحقه، وفي يد المدعى عليه بغير حق، ولا بد أن يقول: وشهدوا أن الجمل المدعى هذا ملك المدعى وفي يد المدعى عليه هذا بغير حق، وقد كان ذكر عقيب ذلك، وأشار إلى المتداعيين، وأنه لا يغني عن ذكر الإشارة عقيب ذكر كل واحد منهما؛ لأن اسم المتداعيين يتناول كل واحد منهما، فعسى أشاروا إلى المدعي عند الحاجة إلى الإشارة إلى المدعى عليه، وعند ذكر الجمل يحتاج إلى ذكر الإشارة إلى الجمل، إلا إذا كان ذكر وأشار إلى المشهود به هذا، ولو لم يكن ذكر لفظة (هذا) عند ذكر المشهود به، وأحوج ما يكون في المحضر والسجل الإشارة في مواضع الإشارة في لفظة الشهادة والدعوى، حتى يرتفع الاشتباه وتصح الدعوى، وقد كان ذكر عقيب قوله: فالتمس المدعي هذا مني الحكم، فأعلمت المدعى عليه ما يتوجه عليه من الحكم، ولم يكن ذكر هذا عقيب ذكر المدعى عليه وكذا لم يذكر إلى آخر السجل لفظة (هذا) عند ذكر المدعى عليه، لكن تساهل في ترك ذكر الإشارة في هذه

(١) في ز: و.

المواضع، وإنما^(١) يبالغ في ذلك في الدعوى والشهادة.
وقد كان فيه أيضًا: وحكمت بثبوت ملكية الجمل المذكور فيه للمدعي، وبكونه
في يد هذا المدعى عليه بغير حق بحضرة المتخاصمين، ولم يكن ذكر: وبحضرة
الجمل المدعى به هذا، ولا بد من ذكر ذلك لا محالة؛ لأن في المنقول يحتاج
القاضي وقت الحكم إلى الإشارة كما يحتاج الشاهد وقت الشهادة إلا إذا كان
المدعى به القيمة، فحيث لا يحتاج إلى حضور ما يدعي قيمته كما في الرجوع في
الاستحقاق، فالقاضي يقضي بالرجوع بالثمن من غير إحضار المستحق كذا هاهنا.
وكان القاضي كتب في آخر السجل المذكور فيه: صدر من فلان، ولم يكن
كتب: إني حكمت بشهادة هؤلاء الشهود، وبدليل لاح عندي، أو ما أشبه ذلك، ولا
بد من ذلك ليعلم أن الدعوى والشهادة كانت بين يديه، عسى كان الدعوى والشهادة
بين يدي نائبه، وهو تولى الحكم بنفسه، وفي مثل ذلك لا يجوز القضاء [به]^(٢)، فلا
بد من بيان ما يدل على ذلك، وكان قاضي بخارى كتب في آخر هذا السجل: وصدر
منه الحكم بشهادة عدلين، ولم يكن ذكر بحضرة الخصم، وعسى كان عند غيبة
الخصم، فلا يكون صحيحًا، ولو كان كتب: حكمت بثبوت السجل بشرائطه لا
يكفي أيضًا؛ لأن القاضي لا يقف على الشرائط، فلا بد من البيان كما قلنا في قول
القاضي: شهدوا على موافقة الدعوى أنه لا يكفي بذلك؛ لأنه لا يعرف الموافقة بين
الدعوى والشهادة، كذا هاهنا. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) زاد في ز: لم.

(٢) سقط في ز.

محضر في إثبات الإيضاء بثلك المال:

وكان الموصي امرأة وهي بنت الأستاذ محمد البخاري السمرقندي المعروف بأستاذ بارة، قد كانت أوصت بثلك مالها على أن يشتري بثلكه الحنطة، ويفرق على الفقراء لقضاء صلواتها الفائتة، ويشتري بثلكه شياهاً، فيضحى بها في اليوم الأول من أيام الأضحية، ويشتري بثلكه الرغائف وما يتخذ منه الخبيص والكيزان والكبريت على حسب ما اعتاد الناس في أيام عاشوراء، وقد كانت أوصت إلى أختها وأمرتها بتنفيذ هذه الوصية، فادعت على زوجها بمحضر منه، وكانوا كتبوا في المحضر بيان الإيضاء، وقالوا في آخره: وفي يد زوجها المدعى عليه هذا جل سرح كان طوله كذا، وعرضه كذا قيمته دينار ونصف، فوجب عليه إحضار الجل مجلس الدعوى لتتمكن هي من تنفيذ الوصية فيه إن كان قادرًا على إحضاره، وإن عجز عن إحضاره واستهلكه، فوجب عليه أداء نصف دينار، وذلك ثلث قيمته لتنفيذ الوصية فيه، وكان هذا موجبًا للخلل من قبل أن المذكور هي القيمة لا غير، ولم يذكروا أن هذه [القيمة]^(١) قيمته يوم قبضه أو يوم الاستهلاك، ولا شك أن الجل يكون أمانة في يد الزوج ظاهرًا إذا لم يذكروا أنه قبضه بغير حق، فإنما يصير مضمونًا عليه بالاستهلاك، فيعتبر قيمته يوم الاستهلاك، وعسى كانت قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الاستهلاك، [فلا يصلح مطالبته بنصف دينار في الحال ما لم يعلم أن قيمته يوم الاستهلاك كانت دينارًا أو نصفًا]^(٢).

وكان ينبغي أن يذكروا أن الواجب عليه إحضار هذا الجل، وتسليمه إلى الموصي إليها حتى تبعه^(٣)، ويأخذ منه الثلث إن كان مقرًا به، وإن كان منكراً كون الجل هذا في يده ملكًا للموصية هذه حتى تتمكن المدعية من إقامة البينة على ذلك، فكان

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: يبيعها.

الوجه الصحيح في طلب إحضار الجل هذا حتى تتمكن [المدعية]^(١) من [إقامة]^(٢) تنفيذ الوصية فيه ؛ لأنه لا تتمكن من تنفيذ الوصية فيه إلا بما ذكرنا، وهو البيع إن كان مقرًا به، وإقامة البينة عليه إن كان منكرًا. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

محضر في إثبات الوقفية :

وكان المكتوب فيه : ادعى أن فلاناً [وكل فلاناً، وأقامه]^(١) مقام نفسه في طلب حقوقه من الناس، وفي قبضها له منهم توكيلاً مطلقاً بشرط متحقق كائن قبل هذا التوكيل، وهو هذا الوقف، وقال بالفارسية: (اكر فلان وقف کرده است اين فلان موضع رابن براد دو خواهر خویش فلان وفلان) بشرائط كذا، وسلمه إلى متول كان ولاه يوم الوقف، وصارت وقفية ذلك الموضع مستفيضة مشهورة، وصار هذا الوقف من الأوقاف القديمة المشهورة، فأنت وكيل قبض الديون التي على الناس، وقد ثبتت وقفية ذلك الموضع المبين بالشرائط المذكورة فيه، وصارت من الأوقاف المشهورة فتحقق شرط الوكالة [له]^(٢) بقبض الديون التي لفلان على الناس، ولفلان الموكل على هذا الذي أحضرته^(٣) كذا كذا ديناراً^(٤)، فأجاب الخصم وقال: (بلى فلان ترى وكيل کرده است بران وجه كه دعوى ميكنى وكالتي معلق بأن شرط كه ياد كردي ومرا لفلان جند بن كه دعوى ميكني دادني نيست، ولكن مرا از وقفية اين موضع معلوم نيست، وإن شهرت واستفاضت أو خبرني ومرا بتواين جه دعوى ميكني داد نيست).

أحضر المدعي نفرًا يشهدون له على الوقفية، [فشهد الشهود بذلك على وجهها، وساقوا هذه الشهادة على سننها، وذكروا]^(٥) أن فلاناً وقف هذه الضياع المذكورة فيه على كذا بشرائط كذا، وحكم القاضي بثبوت الوقفية، وتحقق شرط الوكالة، ولزوم المال على المدعى عليه، وكلفه أداء ذلك إلى المدعي، وأمر بكتابة هذا السجل فكتبوا، ووقع القاضي على صدره، وكتب في آخره كما هو المعتاد، ثم استفتوا

(١) في ز: وكلني وأقامني.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: أحضره.

(٤) في ز: دين.

(٥) سقط في ز.

عن^(١) صحة السجل، فأجاب بعض مشايخنا بصحته، وأجاب المحققون بفساده. واختلفوا فيما بينهم في علة^(٢) الفساد، بعضهم قالوا: لأن الشهود شهدوا على أصل الوقف، وشرائطه بالشهرة، والاستفاضة والشهادة بالشهرة على أصل الوقف جائزة، وعلى شرائطه لا، وإذا لم تقبل الشهادة على الشرائط، والشهود شهدوا بها لا تقبل على أصل الوقف أيضا هاهنا. [إما]^(٣)؛ لأن الشهادة واحدة فإذا بطلت في البعض بطلت في الكل؛ أو؛ لأن الشهود لما لم تحل لهم الشهادة على الشرائط بالشهرة فإذا شهدوا بها فقد أتوا بما لا يحل لهم، فأوجب ذلك فسقهم، والفسق يمنع قبول الشهادة، وجهلهم بذلك لا يكون عذراً؛ لأن هذا من الأحكام، والجهل بالحكم في دار الإسلام لا يكون عذراً، وإنما علم هاهنا أنهم شهدوا بالتسامع، لأنهم شهدوا بوقف قديم مضى [عليه]^(٤) سنون كثيرة، يعلم قطعاً أنهم لم يكونوا حال حياة الواقف يعلم بالضرورة أنهم شهدوا بالتسامع، وهذا ليس بشيء عندي؛ لأن الشهود وإن شهدوا بوقف قديم مضى عليه سنون كثيرة، فهذا لا يثبت الشهادة بالشهرة والتسامع لجواز أنهم عاينوا قاضياً قضى بوقفية هذا الموضع بالشرائط المذكورة.

وطريق آخر يعلم به أنهم شهدوا بالتسامع، أن يقول الشهود: شهدنا؛ لأنه اشتهر عندنا، وهذا^(٥) مقبول بخلاف ما إذا قالوا: شهدنا؛ لأننا سمعنا من الناس حيث لا يقبل في ظاهر الجواب، كما لو قالوا: شهدنا بملكية هذا العين لفلان؛ لأننا رأينا هذا العين في يده يتصرف تصرف الملاك، في شهادات «مختصر عصام».

-
- (١) في أ: على.
 - (٢) في أ: بعله.
 - (٣) سقط في ز.
 - (٤) سقط في ز.
 - (٥) في ز: وهو.

وفي رواية: تقبل، وإن فسروه بالتسامع من الناس وتأكيد هذه الرواية في كتاب «الأقضية».

وبعضهم قالوا: إنما فسد السجل؛ لأنهم لم يثبتوا المتولي فلم يسموه، ولم يذكروا نسبه، بل ذكروا مجهولاً، والتسليم إلى المجهول لا يتحقق، والتسليم شرط صحة الوقف، ولا اعتماد على هذه العلة إنما الاعتماد على العلة الأولى.

وعندي: أن الدعوى من الوكيل توفيقه^(١) ذلك الموضع على الوجه الذي ذكر، لا يصح، وإن كان الدعوى خاليًا عما ذكروا من وجه آخر؛ لأن الوكيل بهذه الدعوى يثبت شرط^(٢) حقه بإثبات فعل على الغائب، وفيه إبطال حق الغائب عما هو مملوك له، والإنسان لا يصلح خصمًا في إثبات شرط حقه بإثبات فعل [على]^(٣) الغائب إذا كان فيه إبطال حق على الغائب.

ألا ترى أن من علق عتق عبده بتطليق فلانة امرأته، فأقام العبد بينة أن فلانًا قد طلق امرأته، فالقاضي لا يسمع دعوى العبد، ولا يقبل بينته؟ والمعنى ما ذكرنا، هكذا ذكر المسألة في طلاق «الجامع الأصغر»، وقد أفتى بعض المتأخرين بسماع هذه الدعوى، وقبول بينته، والأول أصح.



(١) في أ: ودفعه.

(٢) في ز: بشرط.

(٣) سقط في ز.

ورد محضر فيه دعوى ثمن أشياء [أرسل بها]^(١) المدعى إلى المدعى عليه لبيعها:

وصورته: حضر فلان بن فلان الفلاني، وأحضر معه فلاناً، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن [هذا]^(٢) الذي حضر أرسل إلى هذا الذي أحضره بيد أمين له فلان كذا عدداً من الكراباس الزندسجي البخاري المنسوج؛ طول كل واحد كذا، وعرضه كذا لبيع ممن يرغب في شرائه بما يقوم أهل البصر في ذلك، وإن فلاناً الأمين أوصل هذه الكرابيس إلى هذا الذي أحضره، قبض ذلك كله من الأمين، وباع ممن اشترى بتقويم أهل البصر وقبض الثمن، وذلك كذا، [فواجب على هذا الذي أحضره معه تسليم الثمن المذكور فيه إلى هذا المدعى إن كان قائماً بعينه في يده، وإن كان استهلكه]^(٣)، فواجب عليه أداء مثل ذلك الدنانير المقبوضة [إلى]^(٤) المدعى، وسأل مسألته عن ذلك، فسئل، فأجاب الذي أحضره بالإنكار، فأحضر المدعى شهوداً، واستفتوا عن صحة هذه الدعوى.

قيل: هذه الدعوى غير مستقيمة، وفيها خلل من وجهين:

أحدهما: أن المدعى ادعى على المدعى عليه تسليم ثمن الكرابيس المذكورة في هذه الدعوى، وذكر في الدعوى أنه باع الكرابيس المذكورة [فيه بكذا، وقبض الثمن، وطالبه بتسليم الثمن، ولم يذكر أنه باع الكرابيس المذكورة فيه]^(٥)، وسلمها إلى المشتري، ويحتمل أنه هلك الكرابيس في يد البائع بعد البيع قبل التسليم، وعلى هذا التقدير الثمن لا يكون لصاحب الكرابيس بل يبطل البيع، ويكون الثمن لمشتري

(١) في ز: أرسلها.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

الكرابيس، وإنما يكون الثمن لصاحب الكرابيس إذا سلم البائع الكرابيس إلى المشتري، فما لم يذكر التسليم لا تكون دعوى المطالبة بتسليم الثمن صحيحة.

والوجه الثاني: قال: فواجب على هذا الذي أحضره معه تسليم الثمن إلى هذا المدعي، وهذا النوع من المطالبة غير مستقيم في مثل هذه الدعاوى لوجهين:

أحدهما: أنه ذكر لفظة الوجوب، وعلى تقدير صحة البيع، ووجود التسليم إلى المشتري، فالثمن يكون أمانة عند المدعى عليه؛ لكونه وكيلًا في البيع، وفي الأمانات لا يجب على الأمين تسليمها إلى صاحبها^(١)، إنما يجب عليه التخلية لا غير، فمطالبته بالتسليم لا تكون مستقيمة.

والثاني: [أن]^(٢) الثمن لو كان قائمًا في يد الأمين كان متعينًا، وفيما يتعين من المنقول إنما تستقيم المطالبة بالإحضار مجلس الحكم ليتمكن المدعي من الدعوى، وإقامة البينة بحضرته، فلا تستقيم الدعوى والمطالبة بالتسليم.

بعض مشايخنا قالوا: الوجه الثاني من الخلل ليس بصحيح، وكذا الوجه الأول. قوله: لو صح البيع وتسليم المبيع، وقبض الثمن كان الثمن أمانة في يد الوكيل، ولا يجب على الأمين تسليم الأمانة.

قلنا: الأمين لا يجب عليه تسليم الأمانة بحقيقته إنما يجب عليه التسليم بمجازه، وهو التخلية، فتحمل دعوى التسليم على دعوى التخلية تصحيحًا.

وقوله: بأن الثمن في يد الوكيل لو كان قائمًا كان متعينًا، فيجب الإحضار للإشارة، أما لا يجب التسليم.

قلنا: الإحضار لا يفيد هنا؛ لأن الإحضار للإشارة ولا يمكن للشهود الإشارة إلى الدراهم التي هي أثمان، وقد مر جنس هذا فيما تقدم. والله تعالى أعلم.

(١) في ز: المدعي.

(٢) سقط في ز.

محضر فيه دعوى ملكية^(١) حمار:

صورته: ادعى فلان على فلان ملكية حمار، فحضر مجلس الحكم، وقال: الحمار الذي في يد هذا المدعى عليه اشتريته من فلان، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق، [فواجب عليه]^(٢) تسليمه إليّ، فاستفتوا عن صحة هذا الدعوى، فقيل: إنها فاسدة من وجهين:

أحدهما: أنه ذكر الشراء من فلان، ولم يذكروا نقد الثمن، وقد كتبنا في هذا الكتاب أن المشتري إذا وجد المشتري في يد غيره، ولم يكن نقد الثمن للبائع لا يكون له ولاية الاسترداد والاستخراج من يد ذي اليد، وأكدنا ذلك بمسألة «المنتقى».

والثاني: أن في دعوى الملك بسبب الشراء لا بد للمدعي أن يقول: باع فلان مني وهو يملكه، أو يذكر التسليم، أو يقول: ملكي اشتريته من فلان، ولم يوجد شيء من ذلك، والحاصل أن ذكر الملك من أحد الجانبين كافٍ لصحة الدعوى بطريق الشراء. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: ملك.

(٢) سقط في ز.

محضر فيه دعوى رجل ببقية صداق بنته على زوجها بسبب وقوع^(١) الطلاق عليها

من جهته بالحلف:

وكان صورة الدعوى: كان لفلان بن فلان على خنتي هذا كذا دينارًا بسبب كذا، فقضى من ذلك كذا، وبقي عليه كذا، وكان في يد صاحب الدين خط إقرار خنتي بهذا المال، فظفر المقر بذلك ومزقه، ثم أخذه الغريم يومًا، وطالبه بالباقي من المال، فأنكر فاستحلفه بالطلاق، فحلف بثلاث تطليقات إنه ليس له عليه شيء، فهدده وحبسه، فأقر ببقية المال الذي كان عليه، وأعطاه خطًا بذلك.

وهكذا أقر المدعى عليه بالحلف، وببذل الخط، والإقرار ببقية ماله الذي كان له عليه، فأخبر بذلك امرأته وصهره، ورفعوا الأمر إلى القاضي، فادعى صهره بوكالة بنته ببقية مهرها بوقوع الطلاق بسبب الحلف المذكور فيه، فأنكر الرجل الحلف والإقرار بعد ذلك، فأتى المدعي بالشهود، فشهدوا بهذا اللفظ: أن الزوج أقر أنني حلفت بثلاث تطليقات أنه ليس لفلان عليّ كذا، وهو ما كان يدعي علي من بقية الدين، ثم بذل له خطًا بكذا، فاستفتوا عن صحة هذه الدعوى وموافقة الشهادة [الدعوى]^(٢)، فقيل: إن هذه الشهادة غير موافقة لهذه الدعوى؛ لأن في الدعوى ذكر أنه أقر بعد الحلف ببقية المال الذي كان له عليه، وبذل^(٣) له الخط بذلك، وفي الشهادة شهد الشهود أنه أقر أنه بذل الخط بعد الحلف بكذا، ولم يشهدوا أنه بذل الخط بالمال الذي كان له عليه، وعسى بذل له خط الصلح، وذلك لا يكون إقرارًا أصلاً، وإن بذل خط الإقرار، وأقر بمال آخر لا بذلك المال، فلا يوجب هذا حثًا في يمينه، فكانت هذه الشهادة مخالفة للدعوى من هذا الوجه، ولأنه مكره في هذا الإقرار، والإقرار مكرهًا لا يجب به المال، فلا يقع الحث، فهذا خلل ظاهر في هذا المقام. والله تعالى أعلم.

(١) في أ: دعوى.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: وبذلت.

محضر فيه دعوى استئجار الطاحونة :

وكان في ذكر^(١) الحدود، الحد الأول: مصرف ماء النهر، والحد الثاني: مصب ماء النهر من الوادي، فرد المحضر بعلّة أن هذا حد النهر لا حد الطاحونة، والدعوى وقع في الطاحونة وحدها، ولو وقع الدعوى في الطاحونة، والنهر، فما ذكروا يصلح حدًا للنهر. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: ذلك.

[محضر فيه دعوى إجارة محدودة بأجرة معلومة:

فرد المحضر بعلّة أن الأجرة ذكر مطلقة، ولعل أنها من المكيّلات، وبيان مكان الإيفاء إذا كانت الأجرة مكيلاً أو موزوناً شرط، ولم يذكر ذلك^(١).

* * *

(١) سقط في ز.

محضر في الإجارة المضافة إلى زمان بعينه :
وقد كتب الصك قبل مجيء ذلك الزمان، وكتب فيه أنهما تقابضا قبضاً صحيحاً
قبل قوله: تقابضا قبضاً صحيحاً، لا يكاد يصح؛ لأن العقد لا ينعقد^(١) قبل مجيء
ذلك الزمان، والتقابض قبله [لا]^(٢) يكون صحيحاً.

* * *

(١) في ز: يقع.
(٢) سقط في ز.

محضر:

[سجل]^(١) فيه استحقاق جارية اسمها ذكير، فحين أراد المشتري أن يثبت الاستحقاق عند القاضي ليرجع على البائع ذكر اسم الجارية بنقشة، فقال البائع: ما بعث منك جارية اسمها نقشة، وإنما بعث جارية اسمها ذكير. فقد قيل: القاضي لا يلتفت إلى دعوى المشتري، ولا يمكنه من الرجوع على بائعه؛ لأن البائع ينكر بيع الجارية بالاسم الذي ادعاه المشتري. وقد قيل: القاضي يسمع دعواه إذا قال: أرجع عليك بثمان الجارية التي اشتريتها منك؛ لأنه يجوز أن يكون لها اسمان بنقشة وذكير فإذا قال: أرجع عليك بثمان الجارية التي اشتريتها منك واستحقت عليّ، سمع دعواه، وإذا أقام عليه البيّنة، قبلت بيّنته، وقضى له بالثمان. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

محضر في إثبات الاستحقاق والرجوع بالثمن:

وصورة ذلك: جرى الحكم من القاضي فلان على فلان باستحقاق حمار كان اشتراه ببينة [قامت]^(١)، فرد المحضر بعلة أنه لم يذكر في المحضر أن الاستحقاق كان بمطلق الملك، أو بالملك بسبب، وكذلك لم يذكر فيه أن البينة قامت على إقرار المستحق عليه، أو على نفس الدعوى، والحكم يختلف. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

محضر في دعوى ثمن عين مسماة^(١):

وكان المذكور في آخر الدعوى: فواجب على هذا المدعى عليه تسليم الثمن المذكور إلى هذا المدعي، فرد المحضر بعلّة أنه لم يذكر في المحضر^(٢) تسليم المبيع، ولا بد من ذكره ليصح دعوى المطالبة بتسليم الثمن، فإنه لو هلك البيع قبل التسليم ينتقض البيع، ولا يبقى الثمن واجباً على المشتري.

والثاني: أن المذكور في آخر الدعوى: فواجب على هذا المدعى عليه تسليم الثمن المذكور إلى هذا المدعي، والثمن على تقدير صحة البيع أمانة عند المدعى عليه، وفي الأمانات والودائع الواجب هو التخلية دون التسليم.

وكل ذلك عندي فاسد غاية الفساد، أما الأول: فلأن حكم الشرع في بيع العين بالدرهم أن المشتري هو الذي يطالب بتسليم الثمن أولاً، وأما الثاني: فلأن الثمن واجب في ذمة المشتري، والواجب في الذمة لا يكون أمانة، وكيف يستقيم هذا القول؟ فإنه لو هلك جميع مال المشتري لا يسقط عنه الثمن. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) في ز: مسمى.

(٢) في ز: محضر الدعوى.

محضر ورد فيه دعوى: دنانير نيسابورية جيدة حمراء ثمن دهن مقدر معلوم، اشتراه المدعى عليه من المدعي، وقبض الدهن، وشهد الشهود بذلك، وذكروا قبض الدهن في الدعوى والشهادة جميعاً، فرد المحضر بعله أن المدعي في دعواه، والشهود في شهادتهم لم يذكروا أن هذا القدر من الدهن هل كان في ملكه يوم البيع؟ وعلى تقدير أنه لا يكون، لا يجوز البيع، ولا يجب الثمن على المشتري، وهذا ليس بخلل في الحقيقة؛ لأن هذا دعوى الدين في الحقيقة؛ لأن الدهن مقبوض؛ ألا ترى أنهم لو لم يذكروا مقدار الدهن تصح الدعوى وإن لم يذكروا قبضه، وإنما تصح الدعوى؛ لأنه في الحقيقة دعوى الدين. والله تعالى أعلم.



محضر ورد:

صورته: ادعى فلان على فلان أنك اشتريت مني كذا كذا حنطة بخمسين دينارًا، وجاء المدعي بشاهدين شهد أحدهما بالبيع بخمسة وعشرين، وشهد الآخر بالبيع بسبعة وعشرين.

ف قيل: الشهادة ليست بصحيحة لاختلاف الشاهدين فيها.

وقيل: لو صح الدعوى كانت الشهادة على العشرين مقبولة؛ لأنهما اتفقا على العشرين لفظًا ومعنى، والأول أصح؛ لأن كل واحد منهما شهد بعقد غير العقد الذي شهد به صاحبه، فإن العقد بخمسة وعشرين غير العقد بعشرين؛ ألا ترى أنه لو وقع مثل هذا الاختلاف بين المتبايعين يتحالفان؟. والله تعالى أعلم.



محضر ورد:

ادعى فلان على فلان كذا كذا أقفزة حنطة، وقال في دعواه: (اين مدعى عليه ارزمين مستأجر اين مبلغ كندم برده است بنا حق)، فإن كان قائماً بعينها، فعليه أن يردها علي، وإن كان هالكاً، فعليه أن يرد مثلها، فرد المحضر بعلّة أنه لم يذكر في الدعوى^(١): (اين مبلغ كندم برده است بنا حق ان مزروعه مزيا ان مزروعه مزارع من)، ولا بد من ذكر ذلك ليصح منه دعوى المطالبة بالتسليم؛ إذ يجوز أن يكون الزارع [زرع في أرض]^(٢) غيره، فيكون الزرع لذلك الغير لا لهذا المدعي، وإذا ذكر أنه مزروع مزارعة هل يشترط ذكر اسم المزارع ونسبه؟ ففيه اختلاف المشايخ. وفي «فتاوى النسفي» رحمه الله: عرض محضر فيه دعوى أربعة آلاف دينار، والمكتوب في لفظة الشهادة أربعة دنانير، قال شيخ الإسلام السعدي: المخالفة بين الدعوى والشهادة ظاهرة.

ف قيل: (بسي هزار)، فقال: (أدان سي فقد فسد المكتوب).

وقيل: يجب أن يقبل الشهادة على أربعة دنانير، وقد مر جنس هذا. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: دعواه.

(٢) سقط في ز.

[ورد] (١) محضر فيه دعوى:

أعيان مختلفة الجنس والنوع والصفة، وذكر قيمتها جملة، ولم يبين قيمة كل عين، قال شيخ الإسلام: اختلف المشايخ فيه، فمنهم من اكتفى بالإجمال، ومنهم من شرط التفصيل، وهذه المسألة في الحاصل على وجهين:

أما إن كانت الأعيان قائمة، أو مستهلكة، فإن كانت قائمة فلا بد من الإحضار عند الدعوى، وعند ذلك لا حاجة إلى بيان القيمة، وقد مر جنس هذا، وإن كانت مستهلكة ينبغي أن يبين قيمة كل عين؛ لأنه ربما يقر باستهلاك بعض هذه الأعيان، وينكر البعض، فلا بد من أن يعرف القاضي أنه بأي قدر يقضي، مع هذا إذا لم يبين لا يوجب ذلك خللاً في الدعوى؛ لأنه ادعى ديناً وبين قدره. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى الناقة:

رد بعلة أن الدعوى وقع في الناقة، والمكتوب في المحضر الجمل، وإنه يوجب الفساد لمكان تجهيل في الوصف، وكذلك لو وقع الدعوى في ناقة وجمل، وكتب في المحضر ناقتين أو جملين يرد المحضر لما قلنا، وهذا الجواب مستقيم في دعوى الدين غير مستقيم في دعوى العين؛ [لأن في دعوى العين]^(١) يحتاج إلى الإحضار للشهادة، وعند الإشارة لا حاجة إلى ذكر شيء من الأوصاف. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

محضر في دعوى غصب الحطب والعنب:

[صورته^(١)]: ادعى فلان على فلان أنه قطع من أشجار كرمه كذا وكذا وقراً من الحطب، قيمتها كذا، وغصب من كرمه كذا وكذا وقراً من الأعيان، فرد المحضر بعلّة أنه ليس فيه بيان نوع العنب والحطب.

ف قيل: هذا الجواب مستقيم في العنب؛ لأنه مثلي، غير مستقيم في الحطب؛ لأن الحطب من ذوات القيم، فيبين مقدار قيمة الحطب، ويكتفى به. وقيل: الأول أصح؛ لأن القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفة، فإن قيمة الجوز والفرصاد أكثر من قيمة الخلاف، وكذلك قيمة اليابس أكثر من قيمة الرطب، فلا بد من أن يبين نوع الحطب مع مقدار القيمة حتى يعلم هل هو صادق في تعيين هذا القدر من القيمة؟. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

[ورد] ^(١) محضر في دعوى الأخذ ودعوى الإقرار به :

وصورتها: أنها ادعت أنه أخذ من مالها كذا كذا بغير حق، قبضاً يوجب عليه الرد عليها، وأقر فلان أنه قبض ذلك المال المذكور منها إقراراً صحيحاً، وهو طائع غير مكره، ولم يكن عند ذكر الإقرار أنه قبض ذلك بغير حق، ولا ذكر أنه قبض قبضاً يوجب عليه الرد عليها، قال شيخ الإسلام السغدي رحمه الله: مدار الأمر على هذا الإقرار، وليس فيه أنه بغير حق، ويحتمل أن يكون بحق، وليس فيه إضافة إقراره إلى ما سبق ذكره أنه أقر بذلك، أو نحوه حتى ينصرف ذلك إلى الأول، بل هو إقرار مستأنف مطلق، وذلك لا يوجب الضمان لا محالة، فلا تصح الدعوى.

قيل: وينبغي أن تصح الدعوى، وهو الأشبه؛ لأن القبض المطلق سبب لضمان الرد والعين جميعاً، فصار وجود الرد كالمخصوص عليه في إقراره بالقبض المطلق؛ ألا ترى إلى ما ذكر في «الأصل»، وفي «الجامع الصغير» أن من قال لغيره: غصبتني هذا الثوب، وقال ذلك الرجل: أخذته منك وديعة، أن القول قول المقر له، والمقر ضامن مع أن المقر هناك نص على الأخذ وديعة، فهاهنا أولى. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

عرض في دعوى الأعيان:

وصورته^(١): ادعى رجل أعياناً من الأموال على رجل، ومنها قميص قد كانوا بينوا جنسه ونوعه وقيمته وصفته، وسراويل بينوا نوعه وصفته وجنسه، وقيمته، قال: إنه ليس بصحيح؛ لأنه لم يذكر (مردانه، وارنا زنانه وار خرديا كلان).
والمسألة على وجهين: إن كانت هذه الأشياء قائمة لا بد من إحضارها مجلس الدعوى للإشارة إليها، وعند ذلك لا حاجة إلى بيان هذه الأشياء، وإن كانت مستهلكة، فلا بد من ذكر هذه الأشياء مع ذكر القيمة. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وصورة ذلك.

محضر في دعوى أرض على رجل :

وصورته ادعى المدعي أن الأرض التي في يد هذا الرجل حدودها كذا ملكه وحقه وفي يدي هذا الرجل بغير حق، وأقام البينة على كون الأرض المحدودة في يدي المدعى عليه وفي يدي رجل آخر.

ف قيل : إذا ظهر ذلك ظهر بطلان القضاء، ولم يذكروا طريق ظهوره، وطريق ظهوره: إقرار المدعي بذلك فأراد المدعى عليه إقامة البينة على ذلك لا تقبل بينته، وإذا أقر المدعي بذلك إنما بطل القضاء؛ لأن بإقراره كذب شهوده في شهادتهم أن جميع هذه الأراضي في يد المدعى عليه وأقر بفسقهم وزعم أن قضاء القاضي بشهادتهم له وقع باطلا. والله تعالى أعلم.



محضر في دعوى النحاس المنكسر:

وكان الغصب في بلدة مرو، والدعوى ببخارى، فاعلم بأن المغصوب على

نوعين:

نوع هو من ذوات الأمثال، ونوع هو ليس من ذوات الأمثال، وكل نوع على نوعين أيضًا: نوع له حمل ومؤنة، ونوع لا حمل له ولا مؤنة، فإن لم يكن المغصوب من ذوات الأمثال نحو الدابة والخدام، أو ما أشبه ذلك، فلقي المغصوب منه الغاصب في بلدة أخرى، والمغصوب قائم في يد الغاصب، فإن كانت القيمة في هذه البلدة مثل القيمة في بلدة الغصب أو أكثر، فالمغصوب منه يأخذ عين ماله، وليس له أن يطالب الغاصب بالقيمة؛ لأنه وصل إليه عين حقه من غير ضرر يلحقه. وإن كان السعر في هذه البلدة أقل من القيمة في مكان الغصب^(١)، فالمغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذ المغصوب ولا شيء له، وإن شاء أخذ القيمة في مكان الغصب، وإن شاء انتظر حتى يذهب الغاصب بالمغصوب إلى بلدة الغصب^(٢) فيأخذه منه، وهذا؛ لأنه إذا أخذ العين فقد وصل إليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من الغاصب؛ لأن قيم الأشياء تتفاوت بتفاوت الأمكنة، وهذا التفاوت إنما حصل لمعنى من جهة الغاصب، وهو نقله إلى هذا المكان، فكان له أن يلتزم بالضرر بأخذ العين، وله ألا يلتزم الضرر، فيأخذ القيمة يوم الخصومة في مكان الغصب، أو ينتظر، بخلاف ما إذا لقيه في بلدة الغصب، وقد انتقص السعر حيث لا يكون له الخيار؛ لأن النقصان ما حصل بفعل مضاف إلى الغاصب، وإنما هو لمعنى راجع إلى رغبات الناس، فلا يضمن، أما إذا نقله إلى موضع آخر فهذا النقصان حصل مستندًا إلى فعل الغاصب، وهو النقل، فأمكن إيجاب الضمان عليه.

(١) في ز: المغصوب.

(٢) في ز: المغصوب.

وإن كان المغصوب قد هلك في يد الغاصب، فلقية المغصوب منه في بلد آخر، فإن كانت قيمته في بلدة الغاصب^(١) أكثر [يطالبه بقيمتها في بلدة الغاصب يوم الخصومة إن شاء، وإن كانت قيمتها في بلدة الخصومة أكبر]^(٢) فالغاصب يعطيه قيمته في بلدة الغاصب؛ لأن المالك لا يستحق الرد إلا في مكان الغصب.

وإن كان المغصوب من ذوات الأمثال، وله حمل ومؤنة كالكر من الحنطة أو الشعير، [وكان نحاس المنكسر وما أشبه ذلك، فإن كان المغصوب قائماً في يد الغاصب، فلقية المغصوب منه في بلدة أخرى، فإن كان السعر في هذه البلدة]^(٣) مثل السعر في بلدة الغصب، أو أكثر، يأخذ المغصوب ولا شيء سواه وإن كان السعر في هذه البلدة أقل فالمغصوب منه بالخيار؛ إن شاء أخذ عين المغصوب، وإن شاء أخذ قيمته في مكان الغصب يوم الخصومة، وإن شاء انتظر، وإن كان المغصوب قد هلك في يد الغاصب فإن كان السعر في بلدة الغاصب مثل السعر في بلدة الخصومة، فالغاصب يبرأ برد المثل، وللمغصوب منه أيضاً أن يطالبه برد المثل؛ لأنه لا ضرر على واحد منهما، وإن كان السعر في بلدة الغصب أكثر فللمغصوب منه الخيار؛ إن شاء طالبه برد المثل، وإن شاء أخذ قيمته في بلدة الغصب يوم الخصومة، وإن شاء انتظر.

فإن كانت قيمته في مكان الغصب^(٤) أكثر فللغاصب الخيار، إن شاء أعطاه مثله، وإن شاء أعطاه قيمته في مكان الغصب؛ لأن المالك لا يستحق الرد إلا في مكان الغصب، فلو ألزمتنا الغاصب تسليم المثل على التعيين يستضر به الغاصب، فإنه يلزمه زيادة قيمة لا يستحقها المغصوب منه، فخيرناه بين إعطاء المثل في الحال،

(١) في ز: الخصومة.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: الخصومة.

وبين إعطاء القيمة في مكان الغصب إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير، فله ذلك، وله ألا يأخذ القيمة في مكان الغصب للحال.

إذا عرفت جواب هذه الفصول خرج جواب المحضر، وإن كان قيمة النحاس بمرور أكثر من قيمته ببخارى مثل قيمة النحاس بمرور، فحق المغصوب منه في مثل ذلك النحاس، فإن ادعى المثل صح دعواه، وما لا فلا، وإن كانت قيمة النحاس بمرور أكثر من قيمته ببخارى، فللمغصوب منه الخيار إن شاء طالبه بالمثل في الحال، وإن شاء طالبه بقيمته بمرور يوم الخصومة، فأى ذلك شاء، وعينه وادعاه يصح دعواه، وإن كانت قيمته ببخارى أكثر من قيمته بمرور، يطالب الغاصب بأيهما شاء^(١)، ويقول له القاضي: أذ أيهما شئت، إما قيمته بمرور، وإما مثله في الحال. والله تعالى أعلم.



(١) زاد في أ: الغاصب.

ورد محضر:

صورته: حضر فلان وأحضر معه فلان بن فلان، ولم يذكر اسم الجد فأجبت بالصحة؛ لأنه حاضر، وفي الحاضر الإشارة تكفي، ولا يحتاج إلى ذكر الاسم، فأولى ألا يحتاج إلى ذكر الجد، وأما الغاصب فلا بد من ذكر الجد في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو الصحيح. والله تعالى أعلم.

* * *

ورد محضر:

امرأة ادعت على ورثة زوجها بقية مهرها، الذي كان لها عليه، وأنه أقر لها بذلك طائعا، ومات قبل أن يوفيهما ذلك، وخلف من التركة في أيديهم ما فيه وفاء بالدين وزيادة، وفيه جواب الإمام نجم الدين النسفي بالفساد؛ لعله أنها لم تبين أعيان التركة في أيديهم، ولا بد من بيان ذلك، وتعريفها بما يقع به المعرفة، نحو ذكر الحدود في المحدودات وأشباه ذلك.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، بعضهم شرطوا بيان أعيان التركة شيئا فشيئا، والحاكم أحمد السمرقندي في «شروطه» ذكر في سجل إثبات الدين: إن أجمل كان كافيا، وإن بين وفسر كان أحوط، والفقهاء أبو الليث لم يشترط بيان أعيان التركة، واكتفى بذكر الوفاء بالدين، والخصاف ذكر في «أدب القاضي» في باب اليمين على العلم مثلما ذكر الفقيه أبو الليث، والمختار للفتوى: هو أنه لا يشترط بيان أعيان التركة لإثبات الدين والقضاء به، ولكن إنما يأمر القاضي الوارث بقضاء دين الميت إذا ثبت وصول التركة إليهم، وعند إنكارهم وصول التركة إليهم لا يمكن للمدعي إثباته إلا بعد ذكر أعيان التركة في أيديهم بما يحصل به الإعلام، وهكذا حكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندی.



ورد محضر:

فيه ذكر إقرار بمال، فرده الإمام النسفي بعله أنه لم يذكر فيه أنه أقر بطوع، قال:
ولا بد من ذكره.

وقيل: إنه من باب الاحتياط، وليس بأمر لازم؛ لأن الإكراه فيما بين الناس ليس
بظاهر، وإنما يكون بطريق الندرة، وما كان نادرًا لا يلتفت إليه بالأحكام الشرعية.
والله تعالى أعلم.

* * *

ورد محضر فيه دعوى رجلين صداق جارية مشتركة بينهما:
 وصورته: أن المسماة فلانة التركية مشتركة بينهما، وإن لهذه التركية على هذا
 الرجل من صداقها كذا، وهكذا، أقر هو، وجاء بشهود شهدوا على إقرار المدعى
 عليه بالصداق المذكور للتركية المسماة، فرد المحضر بعلّة أنه ليس فيه ذكر الزوج،
 وهذا؛ لأنه يحتمل أن الجارية صارت لهما من جهة غيرهما إما بالإرث، أو بالهبّة،
 أو بالبيع، أو بالصدقة، أو بالوصية، أو ما أشبه ذلك، ويحتمل أن التزويج كان من
 جهة ذلك الغير، فإن^(١) كان التزويج من البائع أو الوهاب أو من المتصدق، الصداق
 للبائع أو للواهب أو للمتصدق لا لهذين المدعين فلا يصح دعواهما ذلك، وإن كان
 التزويج من مورثهما، فالصداق يجب للمورث أولاً، ثم يجب للوارث، فلا بد من
 بيان حق^(٢) الميراث؛ ولأنهم قالوا: لها على هذا المدعى عليه من الصداق كذا،
 والصداق يجب لمالكها لا لها؛ ولأن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه لها
 بالصداق على نفسه، أما ما شهدوا بكونها مملوكة لهذين المدعين، وما لم يثبت
 بالحجة كونها مملوكة للمدعين لا يثبت لهما^(٣) حق المطالبة بتسليم الصداق إليها.
 والله تعالى أعلم.



(١) في ز: وعلى هذا التقدير.

(٢) في ز: حد.

(٣) في ز: لها.

ورد محضر فيه :

[دعوى صبي بعلة أن]^(١) دعوى الصبي غير صحيحة، وهذا مستقيم في حق الصبي المحجور، أما الصبي المأذون فدعواه صحيحة إن كان مدعيًا، وإن كان مدعى عليه، فجوابه أيضًا صحيح.

محضر فيه : دعوى رجل على رجل أن هذا الرجل وكزه خطأ، وأصاب وجهه، وانكسر من شدة ضربه ستة من ثنياه الثماني من الأصل، ووجب لهذا المدعى عليه خمسمائة درهم، وطالبه بالجواب، فرد المحضر بعلة أن الضرب إذا كان خطأ، فوجب على العاقلة لا على الضارب وحده، وإن اختلفوا أن الضارب هل هو من جملة العاقلة؟.

والاختلاف في هذا الفصل في موضعين :

أحدهما : أن الوجوب على الضارب ابتداء، والعاقلة يحملون عنه، أو الوجوب على العاقلة ابتداء.

والثاني : أن الضارب هل هو من جملة العاقلة، فلا يستقيم دعوى مطالبته بجميع الموجب^(٢). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الوجوب.

ورد محضر في دعوى الوارث الإرث:

صورته: ادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره أن فلاناً مات، وخلف من الورثة، فلاناً وفلاناً، وأنا لا وارث له غيرنا، وصارت جميع تركته ميراثاً بيننا على أربعة أسهم سهم لي، في يد [هذا]^(١) المدعى عليه من تركته دار حدودها كذا، فوجب عليه تسليم سهم واحد [من أربعة أسهم]^(٢) من هذه الدار المحدودة إليّ، فقال المدعى عليه: (نيشت ازيازده نيراز جملة اين دار محدودة ملك منست ودر دست من وبتو سبروني نيست).

فرد المحضر بعله أن المدعى عليه إذا لم يتعرض للباقي، فإنما يطالب المدعى عليه بسهم من أربعة أسهم من جملة ما أقر بكونه في يده لا بسهم من أربعة أسهم من جملة^(٣) الدار؛ لأن يد المدعى عليه [على الدار إنما تثبت بإقراره وهو إنما أقر بيده على هذا المقدار، وهذا ليس بخلل على الحقيقة؛ لأن المدعي إن لم يثبت يد المدعى عليه]^(٤) على ما ادعاه المدعي، فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه، وإن أثبت صح دعواه، وصحت مطالبته بتسليم هذا المقدار، فلا حاجة إلى شيء آخر. [ورد]^(٥) محضر فيه دعوى الضمان بعله أن المدعي قال في دعواه: وإن هذا الرجل ضمن المال المذكور فيه، ولم يقل: ضمن لي، ولا بد من ذكر ذلك لتصح مطالبة المدعي إياه بحكم الضمان، وعندني: أن هذا ليس بخلل.



-
- (١) سقط في ز.
 (٢) سقط في ز.
 (٣) في ز: جميع.
 (٤) سقط في ز.
 (٥) سقط في ز.

محضر فيه دعوى دفع الدفع :

صورته : رجل مات وترك ابناً، وصنوفاً من الأموال، فادعت امرأة على ابن الميت أن أباه هذا الميت قد كان تزوجها على صداق كذا، ومات قبل أداء شيء منه إليها، وخلف من التركة في يد هذا الابن كذا وكذا، وإنها تفي بهذا المقدار من الصداق وزيادة، فأنكر الابن أن يكون لها على أبيه صداقاً، فأقامت البينة على ذلك، فادعى الابن عليها في دفع دعواها: إنك أبرأت أبي عن هذه الدعوى بعد موته، وأقام البينة على ذلك، فادعت المرأة على الابن في دفع دعواها [الدفع]^(١): إنك مبطل في دعوى الإبراء، لما أنك طلبت مني الصلح بعد موت أبيك على كذا وكذا. فقول: لا شك أن دفع الابن دعواها صحيح مع ما سبق منه من إنكار الصداق على الأب؛ لأن التوفيق ممكن؛ لأنه يمكنه أن يقول: لم يكن لها على الأب الصداق، ولكن إنما ادعت تشفعنا إليها حتى تبرئه، فأبرأته، فأما دفع الدفع ينظر: إن ادعت أنه طلب مني الصلح عن دعواي، لا يصلح هذا دفعاً؛ لأن الصلح عن دعوى الشيء لا يكون إقراراً بذلك الشيء للمدعي، وكذلك طلب الصلح من المدعي لا يكون إقراراً، فكذا هاهنا، طلب الصلح من الابن عن دعوى المهر لا يكون إقراراً بمهرها. وإن ادعت أنه طلب الصلح عن مهري، فالمسألة يجب أن تكون على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وهذا؛ لأن طلب الصلح عن الشيء إقرار بذلك الشيء للمدعي، فيثبت بيينة المرأة إقرار الابن بصداقها على أبيه، وقد ثبت بيينة الابن إبراء المرأة الميت عن الصداق، ولم يعرف بينهما تاريخ، فيجعل أنهما كأنهما وقعا معاً الإبراء وطلب الصلح، فيصير الابن راداً الإبراء بطلب الصلح عن الصداق، ورب الدين إذا أبرأ الميت عن الدين، فرد الوارث إبراءه هل يرتد الإبراء برده؟ على قول أبي يوسف: يرتد، وعلى قول محمد: لا يرتد، فيصح الدفع. والله تعالى أعلم.

(١) سقط في ز.

محضر ورد من بلدة خوارزم في إثبات الحرية:

ولم يذكروا فيه لفظة الشهادة، وإنما ذكروا أنهم شهدوا على موافقة الدعوى، فظن بعض مشايخنا أن فيه خللاً، وقد ذكرنا في أول المحاضر أن [ترك] ^(١) لفظة الشهادة خلل في محضر الدعوى، وليس بخلل في السجل، وذكر فيه أيضاً: وقضيت لفلان على فلان [بكذا] ^(٢)، ولم يذكر فيه: بحضرتهما، فظن بعض مشايخنا أنه خلل، وليس بخلل، ويحمل ذلك على أنه كان بحضرتهما حملاً لقضائه على الصحة، وقد غلطوا في الاسم، فجعلوا اسم الوكيل للموكل، واسم الموكل للوكيل، فظن بعض مشايخنا أنه خلل.

وقال بعضهم: ليس بخلل؛ لأن الوكيل والموكل متخاصمان، وقد وجدت الإشارة، فلا حاجة إلى الاسم. والله تعالى أعلم.

عرض سجل كتب في آخره: ثبت عندي، ولم يكتب: وحكمت، فرد السجل بهذه العلة، وإنه سهو، فقول القاضي: ثبت عندي، بمنزلة قوله: حكمت. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

عرض سجل في دعوى الوقفية:

صورته: حضر فلان وأحضر مع نفسه فلاناً، وهذا الذي حضر مأذون من جهة القاضي فلان في دعوى وقفية الضيعة التي حدودها كذا، نصبه القاضي فلان ليثبت الوقفية على فلانة وأولادها، وأولاد أولادها، وقفها فلان على ابنته فلانة، ثم على أولادها، ثم على أولاد أولادها، وبعد انقراضهم على مسجد جامع كذا، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره معه أن هذا الذي أحضره معه أثبت يده على هذه الضيعة المحدودة الموقوفة على فلانة، ثم على أولادها بغير حق، فوجب عليه قصر يده عنها، وتسليمها إليّ لأقبضها بالإذن الحكمي.

ف قيل: هذا السجل وقع فاسداً؛ لأن المدعي لم يذكر في دعواه أنه يدعي الوقفية ليصرف الغلة إلى فلانة وأولاد أولادها، أو ليصرف الغلة إلى مصالح الجامع، ولا بد من بيان ذلك؛ لأن على تقدير بقاء فلانة، أو واحد من أولادها، أو أولاد أولادها لا تصرف الغلة إلى مصالح الجامع، وعلى تقدير انقراضهم، فالمدعي ليس بخصم؛ لأن القاضي إنما نصبه ليدعي وقفية هذه الضيعة لهؤلاء لا للجامع.

[وقيل: السجل صحيح^(١)]، وهذا الخلل ليس بشيء؛ لأن الواقف واحد إلا أن المصارف مختلفة، والبعض مقدم على البعض، فالإذن من القاضي بدعوى وقفية هذه الضيعة لأجل البعض يكون إذناً بدعوى وقفيتها لأجل الكل، فصار مأذوناً بدعوى الوقفية لأجل الكل، فلا حاجة إلى تعيين المصارف في الدعوى، ويكفيه دعوى أصل الوقفية، ثم إذا ثبت أصلاً، فإن بقي أحد من هؤلاء تصرف الغلة إليه، وإلا تصرف إلى مصالح الجامع. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) سقط في ز.

عرض سجل في دعوى حرية الأصل :

وكان في الدعوى أنه حر الأصل ، وإنه علق حرًا ، وولد على فراش الحرية ، وأم المدعي هذا معتقة ، فشهد الشهود أنه حر الأصل ولد على فراش الحرية ، ولم يشهدوا أنه علق حر الأصل ، وشهدوا أنه حر الأصل ، ولم يزيدوا على هذا ، فأفتى كثير من مشايخنا بصحته .

فإن محمدًا - رحمه الله - ذكر في كتاب «الولاء» : إذا شهد الشهود أن هذا حر الأصل اكتفى به ، ومن المشايخ من زعم فساد السجل ؛ لأن العلق بالولد إن كان بعد عتق الأم كان الولد حرًا ، وإن كان قبل ذلك لا يكون الولد حرًا ، فإذا لم يبينوا ذلك في الدعوى والشهادة كيف يقضي بحرية الولد وبصحة السجل ؟ والله تعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب ، تم الكتاب الحمد لله .



كتاب الشهادات

[فصول هذا الكتاب أربعة وعشرون فصلاً:]

الفصل الأول: في تحمل الشهادة وحل أدائها والامتناع عن ذلك .

الفصل الثاني: في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء .

الفصل الثالث: في بيان من تقبل شهادته، ومن لا تقبل .

الفصل الرابع: في الاستماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة .

الفصل الخامس: في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته .

الفصل السادس: في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه .

الفصل السابع: فيما يجوز من الشهادات، وما لا يجوز .

الفصل الثامن: في الشهادات في الموارث .

الفصل التاسع: في الشهادة على الشهادة .

الفصل العاشر: في شهادة الشهود بعضهم لبعض .

الفصل الحادي عشر: في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم .

الفصل الثاني عشر: في المسائل التي تتعلق بحدود المدعي والمشهود به .

الفصل الثالث عشر: في شهادة الوارث بالوصية والرجوع عنها وفي شهادة الوصي

للميت وفي شهادة الوكيل للموكل .

الفصل الرابع عشر: في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها، ووجود

الشاهد بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته، وشهادة الشهود بعد قضاء القاضي

بخلاف ما قضى .

الفصل الخامس عشر: في الشهادة على الوكالة والوصاية .

الفصل السادس عشر: في شهادة ولد الملاعة .

الفصل السابع عشر: في التهاثر بين الشهادات .

الفصل الثامن عشر: في ترجيح إحدى البيتين على الأخرى في العمل بالبيتين المتضادين.

الفصل التاسع عشر: في شهادة الزور.

الفصل العشرون: في الدعوى إذا خالف الشهادة.

الفصل الحادي والعشرون: في الاختلاف الواقع بين الشاهدين.

الفصل الثاني والعشرون: في التناقض في الدعوى والشهادة.

الفصل الثالث والعشرون: في الشهادة على النسب.

الفصل الرابع والعشرون: في المتفرقات^(١).



(١) ما بين المعقوفين سقط في ز.

كتاب الشهادات^(١)

(١) الشهادات جمع شهادة وهي في اللغة: مصدر شهد يشهد شهادة، وهي تدور حول معاني الحضور، والعلم، والمعانية، والمشاهدة، والإخبار بها. وعلى هذا تكون الشهادة: عبارة عن الخبر القاطع؛ لأن الشاهد يخبر بما رآه وشاهده وحضره ويُقر بما علمه. وأما في الاصطلاح: فقد عرف الحنفية الشهادة بأنها: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.

وعرفها المالكية بأنها: إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه.

وعرفها الشافعية بأنها: إخبار عن شيء بلفظ خاص.

وعرفها الحنابلة بأنها: إخبار بما علمه بلفظ خاص.

ينظر: معجم العين (٣/٣٩٧)، تهذيب اللغة (٢/٢٧٠)، المعجم الوجيز، ص(٣٥٢)، مختار الصحاح، للرازي، ص(٣٤٩)، المطلع، ص(٤٠٦)، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، الركبي (٢/٣٦٢)، ومعاني القرآن، للزجاج، تحقيق: عبد الجليل شلبي، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م (١/٣٨٥)، مجاز القرآن لأبي عبيدة معمر بن المثنى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م (١/٨٩)، قرّة عيون الأخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين (١/٥٢)، فتح القدير (٢/٦)، تبیین الحقائق (٤/٢٠٦)، البحر الرائق (٧/٦٦)، شرح الخرشي (٧/١٧٥)، شرح حدود ابن عرفة، لمحمد بن قاسم الرصاع، ص(٤٤٥)، منح الجليل (٤/٢١٥)، إعانة الطالبين (٤/٢٧٣)، وحاشية الجمل (٥/٣٧٧)، أدب القضاء وهو: الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات لقاضي القضاة شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي - الناشر مجمع اللغة العربية بدمشق (١/١٧٥)، المغني، لابن قدامة (٥/٥٣)، وكشاف القناع (٤/٢٤٢).

يدل لمشروعية الشهادة القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعقول على ما يلي:
أولاً- الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ بَنَائِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَٰغِبِينَ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [سورة البقرة آية: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [سورة الطلاق آية: ٢]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا بَصَآرًا كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [سورة البقرة آية: ٢٨٢].

وجه الدلالة من الآيات: دلت الآيات الكريمات السابقة على أن الشهادة مطلوبة للشارع، وقد ورد الطلب بصيغة الأمر الذي يدل على الوجوب في الجملة.
ثانياً- السنة النبوية المطهرة:

وردت العديد من الأحاديث النبوية الدالة على اعتبار الشهادة من أدلة الإثبات ومن هذه الأحاديث ما يلي:

١- روى زيد بن خالد الجهني؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ؟ هُوَ الَّذِي يَأْتِي بِالشَّهَادَةِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا» [أخرجه مسلم (٣/١٣٤٤) كتاب الأقضية، باب، بيان خير الشهود، حديث (١٩/١٧١٩)، وأبو داود (٣/٣٠٤، ٣٠٥) كتاب الأقضية،

باب: في الشهادات، حديث (٣٥٩٦)، والترمذي (٤/٤٧٢) كتاب الشهادات، باب: ما جاء في خير الشهداء أيهم خير، حديث (٢٢٩٥).

وجه الدلالة من الحديث: دل هذا الحديث على مشروعية أداء الشهادة، وفي هذا الحديث إشارة إلى المبالغة في الإجابة في هذا الأداء، فيكون الشاهد لقوة استعداده كالذي أتى بها قبل أن يسألها كما يقال في حق الجواد: إنه يُعطي قبل الطلب.

٢- ما روي عن زافع بن حديج، قال: أَصْبَحَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ بِخَبِيرٍ مَقْتُولًا، فَأَنْطَلَقَ أَوْلِيَاؤُهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرُوا ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: «لَكُمْ شَاهِدَانِ يَشْهَدَانِ عَلَيَّ قَتْلَ صَاحِبِكُمْ؟» فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَمْ يَكُنْ ثُمَّ أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنَّمَا هُمْ يَهُودٌ قَدْ يَجْتَرُّونَ عَلَيَّ أَعْظَمَ مِنْ هَذَا! قَالَ: «فَاخْتَارُوا مِنْهُمْ خَمْسِينَ فَاسْتَحْلِفُوهُمْ»؛ فَأَبَوْا فَوَدَاهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ [أخرجه أبو داود (٤/١٧٩) كتاب الديات، باب: في ترك القود بالقسامة الحديث. (٤٥٢٤)].

٣- ما روي عن الأشعث بن قيس قال: كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ حُصُومَةٌ فِي بئرٍ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»، فَقُلْتُ: إِنَّهُ إِذْنٌ يَحْلِفُ وَلَا يُبَالِي. فقال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَفْتَقِطُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ لِقِيَّ اللَّهِ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ». [أخرجه البخاري (٥/٤٤٤) كتاب الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، حديث (٢٥١٥، ٢٥١٦)، ومسلم (١/١٢٣) كتاب الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم، حديث (٢٢١/١٣٨)]. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ. وَاحْتَجَّ بِهِ مَنْ لَمْ يَرَ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ، وَمَنْ رَأَى الْعَهْدَ يَمِينًا. وفي لفظ: خَاصَمْتُ ابْنَ عَمِّ لِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بئرٍ كَانَتْ لِي فِي يَدِهِ فَجَحَدَنِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بَيْتُكَ أَنَّهَا بئرُكَ، وَإِلَّا فِيمِينَةُ». قُلْتُ: مَا لِي بِبَيْتَةٍ، وَإِنْ تَجَعَلَهَا بَيْتِي تَذْهَبُ بئري؛ إِنَّ خَضَمِي امْرُؤٌ فَاجِرٌ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ اقْتَطَعَ مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بَعِيْرَ حَقٍّ، لِقِيَّ اللَّهِ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانٌ».
ثالثا- الإجماع: أجمعت الأمة من لدن المصطفى ﷺ إلى يومنا هذا على أن الشهادة دليل من أدلة الإثبات.

رابعا- المعقول: يدل للاحتجاج للشهادة من المعقول أن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس، فوجب الرجوع إليها. قال شريح: «القضاء جمر فنحه عنك بعودين - أي: شاهدين- وإنما الخصم داء والشهود شفاء؛ فأفرغ الشفاء على الداء». إذا تعلققت الشهادة بحق الأدمي فالظاهر فرضية الأداء على الكفاية وتحريم الكتمان، فإذا طالبه المدعي بأدائها؛ ففي هذه الحالة يلزم الشاهد بأداء الشهادة، ولا يجوز له الكتمان.

ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي (١/٢٥١: ٢٥٣)، وجامع البيان عن تأويل آي القرآن (٣/١٢٢ - ١٢٧)، وتأويل مختلف الحديث، لابن قتيبة الدينوري، ص (١٨٧)، ومشكل الحديث وبيانه، لأبي بكر محمد بن الحسن بن فورك الأصبهاني، تحقيق: موسى محمد علي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٩٨٥م، ص (١٣٢)، وما بعدها، وشرح صحيح مسلم، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، المطبعة المصرية، القاهرة، ١٤١٥هـ -

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول

في تحمل الشهادة وحل أدائها والامتناع عن ذلك

ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»: أن الإشهاد على المدائنة والبيع فرض على العباد؛ لأن بدونه يخاف^(١) تلف المال، وفي تلف الأموال تلف الأبدان، وحرام على الآدمي إتلاف البدن، [يفرض عليه]^(٢) الإشهاد الذي هو طريق الصيانة، إلا إذا كان شيئاً حقيقياً لا يخاف عليه التلف، وبعض المشايخ على أن الإشهاد مندوب، وليس بفرض، وهذا القائل يحمل [الأمر المذكور]^(٣) في كتاب الله تعالى [نحو قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٤) ونحو قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(٥) على النذب.

[و]^(٧) اختلف المشايخ في أنه: هل يصح تحمل الشهادة على المرأة إذا كانت

منتقبة؟

= ١٩٩٤م، ودار الغد العربي، تحقيق: د. عبد المعطي أمين قلعجي، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م (١٧٢/٦)، وما بعدها، وفتح الباري (٣٥٣/٤)، و(٤٢٩/١٠)، وما بعدها، وفيض القدير شرح الجامع الصغير، لعبد الرؤوف المناوي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط (١)، ١٣٥٦هـ (١٩٥/٤)، وسبل السلام (١٥٣١/٤)، والإجماع، لابن المنذر، ص (٦٣)، ومراتب الإجماع، لابن حزم، ص (٥٢)، والبحر الرائق (٩٦/٧)، وبدائع الصنائع (٢٨٢/٦)، والاختيار (١٣٩/٢)، والفروق، للقرافي (١٤٠/١) وما بعدها، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٧٤/٤)، والإقناع، للشربيني (٨٧٦/٢)، ومغني المحتاج (٤٥٠/٤)، وروضة الطالبين (٢٤٤/١١)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، للحصيني (٦٧/٢)، والمغني (١٠٦/٩، ١٤٦)، وشرح الزركشي على مختصر الخرق، للزركشي (٣٨٩/٣)، وكشاف القناع (٥١٣/٦)، والعدة (٣٧٨/٢).

(١) في ز: يخف.

(٢) في ز: يفترض.

(٣) في ز: الأوامر المذكورة.

(٤) سورة البقرة آية: ٢٨٢.

(٥) سورة الطلاق آية: ٢.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

بعض مشايخنا وسعوا وقالوا: يصح عند التعريف، وقالوا: تعريف الواحد كاف^(١)، كما في المزكي والمترجم، والاثنان أحوط، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام خواهر زاده رحمه الله.

وبعضهم قالوا: لا يصح التحمل عليها بدون رؤية وجهها، وبه كان يفتي القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي، والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمهما الله.

ووجه ذلك: أن العلم شرط جواز الشهادة، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^(٢) [وقال عليه السلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد»]^(٣) و[^(٤) العلم لا يحصل إلا بالدليل القطعي، غير أن في كل موضع تعذر الوصول [إلى الدليل]^(٥) القطعي يكتفى بالدليل الظاهر، وههنا الوصول إلى العلم وإلى معرفة وجهها ممكن بكشف وجهها، فلا ضرورة إلى إقامة التعريف من الواحد أو المثني مقامه.

والدليل عليه: أنا أجمعنا على أنه يجوز النظر إلى وجهها للتحمل^(٦)، والنظر إلى الأجنبية [مع ما فيه من خوف الفتنة]^(٧) لا يجوز إلا لضرورة، ولو صح تحمل

(١) في ز: يكفي.

(٢) سورة الزخرف آية: ٨٦ .

(٣) أخرجه العقيلي في الضعفاء (٨٢/٤)، والحاكم في المستدرک (٩٣/٢، ٩٤)، وأبو نعيم في الحلية (٧٠/٤)، وابن عدي في الكامل (٩٨/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨/٤)، كلهم من حديث محمد بن سليمان بن مسمول، ثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عند أبي نعيم هرم عن أبيه لم يذكر الحاكم عن أبيه عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنه ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد شهادة... فذكر الحديث.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعبه الذهبي بأن الحديث واه، فعمره قال: ابن عدي كان يسرق الحديث، وابن مسمول: ضعفه غير واحد.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: لتحمل الشهادة.

(٧) سقط في ز.

الشهادة عليها بدون رؤية وجهها لما جاز النظر إلى وجهها لتحمل الشهادة، فأما معرفة الاسم والنسب للشهادة [حالة الغيبة والعلم بذلك لا يحصل بالمعاينة، فتجوز الشهادة]^(١) على النسب والاسم بإخبار الغير، ثم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا أخبره عدلان أنها فلانة فذلك يكفي، [ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضي كان للقاضي أن يقضي بشهادتهما، والقضاء فوق الشهادة، فلأن يجوز الشهادة بإخبارهما أولى]^(٢)، وعلى قول أبي حنيفة: لا يحل له الشهادة على الاسم ما لم يسمع من جماعة لا يتصور تواطؤهم^(٣) على الكذب؛ [لأننا قد ذكرنا أن الشهادة بناء على العلم، ولا يقع العلم إلا بالخبر المتواتر، فأما خبر المثني ففيه احتمال]^(٤)، والفقهاء أبو بكر الإسكاف رحمه الله كان يفتي بقولهما في هذه المسألة، وهو اختيار نجم الدين النسفي رحمه الله، وعليه الفتوى.

فإن عرفها باسمها [ونسبها عدلان]^(٥) فينبغي للعدلين أن يشهدا على شهادتهما، [وهؤلاء الشهود كما هو طريق الإشهاد على الشهادة]^(٦) حتى شهدوا عند القاضي على شهادتهما بالاسم والنسب، وشهدوا بأصل الحق بطريق الأصالة، فيجوز ذلك بلا خلاف.

وفي «الجامع الأصغر» قال أبو بكر الإسكاف رحمه الله: المرأة إذا حسرت عن وجهها، وقالت: أنا فلانة بنت فلان وقد وهبت زوجي مهري، فإن الشهود لا يحتاجون إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية؛ [لأنه يمكن للشاهدين أن يسرا بها]^(٧)، فإن ماتت حينئذٍ يحتاج الشهود إلى شهادة شاهدين أنها [كانت]^(٨)

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: لحل أداء الشهادة على أنها فلانة.

(٣) في ز: تعاطيهم.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

فلانة بنت فلان .

قال نجم الدين النسفي: ويصلح^(١) تعريف من لا يصلح^(٢) شاهدًا لها سواء كان الإشهاد لها أو عليها؛ [لأن هذا خبر وليس بشهادة، ولهذا لم يشترط لفظة الشهادة، وفي الخبر الحاجة إلى موثق يوثق به]^(٣)، ومن المشايخ من قال: إذا كان الإشهاد لها لا يصلح^(٤) تعريف من لا يصلح^(٥) شاهدًا لهما.

وعن محمد بن مقاتل رحمه الله: إذا سمع الرجل صوت امرأة من وراء الحجاب، وشهد عنده اثنان أنها فلانة بنت فلان لا يجوز [أن يشهد]^(٦) عليها، أطلق الجواب إطلاقًا.

وكان الفقيه أبو الليث رحمه الله يقول: إذا أقرت المرأة من وراء حجاب وشهد عنده اثنان أنها فلانة بنت فلان لا يجوز لمن سمع إقرارها أن يشهد على إقرارها، إلا إذا رأى شخصها - [يعني]:^(٧) حال ما أقرت - فحيثئذٍ يجوز [له]^(٨) أن يشهد على إقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها.

وذكر الخصاص في «أدب القاضي»: إذا أراد الرجل أن يعرف المرأة التي تريد أن يشهد لها بوكالة، أو بأمر من الأمور، ينبغي أن يدخل عليها وعندها جماعة من النساء ممن يثق بهن ذلك الرجل، فيسألهن: أهذه فلانة بنت فلان؟ فإن قلن: نعم، يتركها أيامًا، ثم نظر إليها بحضرة نسوة أخرى، فيصنع بها مثل ذلك، وكذلك يتردد

(٨) سقط في ز.

(١) في ز: يصح.

(٢) في ز: يصح.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يصح.

(٥) في ز: يصح.

(٦) في ز: الإشهاد.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

إليها مرارًا شهرين أو ثلاثة، فإذا وقع معرفتها في قلبه بقول نساء ورجال، ومن أمكنه شهد عليها بذلك.

وفي «فتاوى النسفي»: إذا شهد^(١) على امرأة سميها ونسبها وكانت حاضرة وقال القاضي للشهود: هل تعرفون المدعى عليها؟ فقالوا: لا، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، ولو قال: تحملنا الشهادة على امرأة اسمها ونسبها كذا، ولكن [لا ندري]^(٢) أن هذه المرأة هل هي تلك المرأة بعينها أم لا؟ صحت شهادتهما على المسماة، فكان على المدعي إقامة البينة أن هذه هي التي سموها ونسبها بخلاف الأول؛ لأن في الأول أقروا بالجهالة، فبطلت شهادتهم، ولا كذلك هذا الوجه.

وفي «فتاوى أبي الليث»: سئل نصير - رحمهما الله - عن الشاهد إذا دعي إلى شهادة وهو في الرستاق، إن كان بحال لو حضر مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه يجب عليه الحضور؛ لأنه لا ضرر عليه في الحضور، وإن كان لا يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه لا يجب عليه الحضور، وإن كان الشاهد شيخًا كبيرًا لا يقدر على المشي بالأقدام، وليس عنده ما يركب فكلف المشهود له بدابة يركب ويحضر فلا بأس به، وهذا من إكرام الشهود.

وعن أبي سليمان الجوزجاني: رجل أخرج شهودًا إلى ضيعة قد اشتراها، فاستأجر دوابًا لهم، فركبوا وذهبوا لم تقبل شهادتهم، ولو أكلوا طعامهم قبلت شهادتهم، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: لا تقبل شهادتهم فيهما جميعًا.

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: أما في الركوب إذا كان للشهود قوة المشي، أو ما يستكرون به الدواب، لا تقبل شهادتهم كما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله. وأما في الطعام، فإن اتخذ هذا الطعام لأجلهم، فأكلوا تقبل شهادتهم، فإن كان

(١) في ز: شهدوا.

(٢) سقط في ز.

الطعام مهياً عنده، فقدمه إليهم فأكلوا تقبل شهادتهم وفيه نظر، فالكبار من الأئمة يباشرون عقود النكاح في ديارنا، ويحضرون الناس للشهادة ويقدمون لهم ماء السكر، وجرت العادة في بعض البلدان أنهم يعطون الشهود السكر واللوز وغير ذلك، ويرون ذلك حسناً. وقد قال عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن»^(١) وكذلك جرت العادة أن من أخرج الشاهد إلى الرستاق يعطيه دابته، خصوصاً إذا لم يكن للشاهد دابة، وإذا ذهب به لا يمكنه من الرجوع قبل أن يطعمه ورأوا ذلك فيما بينهم حسناً أيضاً.

سئل [خلف]^(٢) عمن له شهادة وقعت الخصومة عند قاض [وهو]^(٣) غير عدل، هل يسعه^(٤) أن يكتم الشهادة حتى يشهد عند قاض عدل؟، قال: له ذلك. وسئل أبو بكر الإسكاف عمن له شهادة عند عدل، وهو يماطل في أدائها قال: إن كان يحفظ الشهادة على وجهها ولا يضطرب قلبه على شيء من أمر شهادته لا يسعه ذلك، وإن فعل فهو مسيء.

وسئل الفقيه أبو بكر أيضاً: عمن امتنع عن ذلك؛ لأن القاضي لا يعرفه، قال: إن علم أن القاضي لا يقبل شهادته أرجو أن يسعه ألا يشهد. وفي كراهية «العيون»: إذا امتنع الشاهد عن الشهادة، فإن كان في الصك جماعة ممن تقبل شهادتهم سواء وأجابوه، يسعه أن يمتنع عن الشهادة، وإن لم يكن في الصك جماعة سواء، أو كانوا لكن ممن لا يظهر الحق بشهادتهم عند القاضي، أو كان يظهر لكن شهادة هذا الشاهد أسرع قبولاً لم يسعه الامتناع؛ [لأنه عسى يضيع حق المشهود له لو امتنع عن الشهادة]^(٥).

(١) تقدم.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: له.

(٥) سقط في ز.

وفي [شرح]^(١) سرقة شيخ الإسلام رحمه الله: أن في حقوق العباد إذا طلب المدعي الشاهد، فشهد^(٢) له فاجر من غير عذر ظاهر، ثم أدى لا تقبل شهادته، [وأشار إلى المعنى، فقال: لما ترك الأداء مع إمكان الأداء فقد احتمل أنه ترك الأداء بعذر بأن نسي أو كان به شغل مانع، واحتمل أنه ترك الأداء؛ لأنه أراد على الأداء أجزاء، ولم يسلم له الأجر، فإذا أخذ الأجر بعد ذلك أدى، فتمكن في شهادته نوع تهمة، والتهمة مانعة قبول الشهادة]^(٣).

وفي أول الوصايا من «أدب القاضي»: لا بأس للإنسان أن يحترز^(٤) عن قبول الشهادة وتحملها.

وفي باب العين من كراهة «الواقعات»: رجل طلب منه أن يكتب شهادة أو يشهد على عقد، فأبى ذلك، فإن كان الطالب يجد غيره، فللشاهد أن يمتنع، وإلا فلا يسعه الامتناع عنه، وعلى هذا أمر التعديل إذا سئل عن إنسان فإن كان هناك سواه من يعدله يسعه ألا يجيب، وإلا لم يسعه ألا يقول فيه الحق، حتى لا يكون مبطلاً [للحق عسى]^(٥).

وفي وصايا «الفتاوي»: كتب صك وصيته وقال للشهود: اشهدوا بما فيه، ولم يقرأ عليهم، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: لا يجوز لهم أن يشهدوا حتى يعلموا ما فيه في قول علمائنا المتقدمين رحمهم الله، وفي قول نصير رحمه الله: يجوز، وبه كان يأخذ علي بن أحمد رحمه الله.

وفي «أدب القاضي» للخصاف: رجل أشهد على صك أو كتاب وصية، ولم يقرأ

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ليشهد.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يتحرز.

(٥) في ز: لحق عيني.

عليه، فإن ذلك لا يجوز. وفرق على قول أبي يوسف بين هذا وبين كتاب القاضي، فإن على قوله: علم الشهود بما في الكتاب [والختم، لا على ما فيه، وقد وجد الإشهاد على الكتاب والختم، أما في الصك والوصية الإشهاد يقع على البيع، أو على الحق الذي في الصك]^(١).

والإشهاد على ما في الصك بأحد أمور ثلاثة: بأن يقرأ الكاتب الكتاب على الشهود حتى يكون ذلك إقراراً منه، أو بأن يقرأ الكتاب بين يدي الكاتب، وهو يقول: اشهدوا علي بما فيه، أو بأن يكتب بين يدي الشاهد، والشاهد يعلم ما كتب فيه.

وفي شهادات «المنتقى»: ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا كتب الرجل على نفسه بحق، وقال لقوم: اشهدوا علي بما في هذا الصك، جاز لهم أن يشهدوا عليه، وإن كتب غيره وقال هو: اشهدوا علي بما فيه، لم يجز حتى يقرأ عليهم، ثم يشهدهم. وفي «الأقضية» عن أبي يوسف: إذا كتب الصك والوصية قدام الشاهد ودفعه إليه، وأثبت الشاهد شهادته فيه وبقي الصك في يد الشاهد إلى وقت الشهادة حل له أن يشهد على ذلك؛ [لأن الصك إذا كان في يد الشاهد يؤمن على التغيير فيه، بخلاف ما إذا كان في يد غير الشاهد]^(٢).

وفي «المنتقى»: رجل كتب كتاب رسالة إلى رجل، فكتب: من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان سلام عليكم^(٣)، أما بعد: فإنك قد كتبت إلي تتقاضى بالألف التي كانت لك علي، وقد كنت قضيت منها خمسمائة وبقي لك علي خمسمائة، جاز لمن علمه أن يشهد [عليه]^(٤) بذلك، وإن [لم]^(٥) يشهده على نفسه بذلك، وهذا بخلاف

(١) في ز: ليس بشرط.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: عليك.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

ما لو أراه كتب على نفسه ذكر حقاً لرجل، ولم يشهده على نفسه لم يكن له أن يشهد عليه؛ [لأن الرجل قد يكتب على نفسه كتاباً بحق قبل أن يلزمه المال، ولا يكتب الرسالة بذلك إلا بعد ما لزم المال]^(١).

وإذا رأى الرجل خطه على الصك^(٢)، ولم يتذكر الحادثة ذكر الخصاف في «أدب القاضي» في باب الرجل يرى اسمه وخطه: أنه لا يجوز له أن يشهد في قول أصحابنا رحمهم الله، وذكر هناك أيضاً: لو تذكر مجلس الكتابة، وأنه كتب وختم عليه ولم يتذكر أنه شهد على المال لا يشهد أيضاً.

وذكر الفقيه أبو الليث والقاضي المنتسب إلى أسبيجاب، والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يحل له أن يشهد ما لم يتذكر الحادثة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يحل.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، وهكذا ذكر في «المنتقى»، والمذكور في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف: لا ينبغي للشاهد أن يشهد وإن رأى في الصك خطه واسمه إذا لم يذكر الشهادة، قال: وكذلك قال أبو حنيفة.

وإذا سمع الرجل إقرار رجل بحق، وطلب صاحب الحق منه أن يشهد له بالحق، جاز له أن يشهد بالحق، وإن لم يعاين سبب الحق، ويكفيه الإقرار، وكذا إذا سمع إقرار إنسان بحق حل له أن يشهد وإن لم يشهد عليه.

وسئل ابن مقاتل عن اثنين يحاسبان بين [يدي]^(٣) جماعة، وقالوا لهم: [لا تشهدوا]^(٤) علينا بما تسمعون بيننا، ثم أقر أحدهما للآخر، قال: ينبغي للشاهد أن

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: صك.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: أشهدوا.

يشهد بما سمع من إقراره، وهو قول ابن سيرين، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وبه نأخذ.

وإذا دخل في البيت وعلم أنه ليس فيه غير الواحد، ثم خرج وقعد على الباب، وعلم أنه ليس للبيت مسلك آخر، فأقر من في البيت حل له أن يشهد على إقراره. وفي «واقعات الناطفي»: إذا أشهدت المرأة شهودًا على نفسها لأبيها أو لأختها بمال تريد بذلك إضرار الزوج، أو أشهد الرجل شهودًا على نفسه بمال لبعض الأولاد، ويريد به إضرار باقي الأولاد، والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن يقبلوا الشهادة، ويشهدوا بذلك، وفيه نظر، فقد صح أن رسول الله ﷺ في مثل هذا قال: «هذا جور فإننا لا نشهد على الجور»^(١) فالصحيح أنه لا ينبغي للمرء أن يتحمل هذه الشهادة، ولكن إذا تحمل، فله أن يؤدي.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: سئل أبو الهيثم^(٢) الصفار رحمه الله عن رجل أجر سوق النحاسين مقاطعة من السلطان، وكتب بذلك كتابًا، وأشهد شهودًا، هل يحل للشهود أن يشهدوا بذلك؟ فقال: لو شهدوا حل بهم اللعن؛ لأنهم شهدوا باطل، ولو شهدوا على إقراره ولكنهم عرفوا السبب، فهم ملعونون أيضًا، ويجب أن يتحروا تحمل هذه الشهادة، وكذا في كل إقرار هو بناء على الحرام، وهذا يؤيد ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

جاء رجل إلى رجلين مع أعوان السلطان، وأقر عندهما أن لفلان علي دين كذا، وفلان من أناس السلطان، ثم طلب منهما الشهادة على إقرار هذا المقر، والمقر يزعم أنه أقر خوفًا من المقر له، فإن على الشاهدين أن يتنحيا عن هذا الأمر، وإن وقفا على أمر فيه خوف أو إكراه امتنعا عن الشهادة؛ لأن قوله تأيد بمؤيد وإن لم يقفا

(١) أخرجه البخاري (٢٥٨/٥) في الهبة، باب: لا يشهد على شهادة جور (٢٥٦٠)، ومسلم (١٢٤٣/٣) في الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد (١٦/١٦٢٣).

(٢) في ز: القاسم.

على ذلك يشهدان على إقراره ويخبران القاضي أنه أقر، ومعه أعوان السلطان حتى يتأمل القاضي فيه.

رجل أقر بين يدي قوم إقرارًا صحيحًا أن لفلان عليه كذا وكذا درهمًا، فمضت على ذلك مدة، ثم جاء عدلان أو ثلاثة إلى هؤلاء الشهود، وقال: لا تشهدوا لفلان على فلان بالدين، فإنه قضاه كله، فالشهود بالخيار إن شأوا امتنعوا عن الشهادة، وإن شأوا شهدوا بذلك وأخبروا الحاكم بالقضية، ثم لا يقضي القاضي بالمال حتى يتفحص، كذا ذكره في «فتاوي أبي الليث» عن الفقيه أبي جعفر، وأبي نصر ابن سلام.

وفي «العيون» عن محمد: إذا شهد عدلان عند شاهد الدين أن صاحبه قد استوفاه، لا يسعه ألا يشهد بالدين إذا طلب منه صاحبه، ولكن يشهد أيضًا بما [أشهد الشاهدان]^(١) على شهادتهما بالاستيفاء، أراد به [أنه]^(٢) يخبر القاضي بذلك، أما لا يشهد على شهادتهما [لأنهما ما أشهداه على شهادتهما]^(٣).

وفي «الواقعات» عن محمد: أنهما يشهدان أنه كان عليه ذلك ولا يشهدان أن له عليه.

وفي «نوادير هشام» عن محمد رحمه الله: أنهما بالخيار إن شاء شهدا، وإن شاء لم يشهدا.

وفي «نوادير بشر»: عن أبي يوسف رحمه الله: إذا شهد الرجل على حق لرجل ثم أخبره رجلان يثق بهما أنه قد قبض حقه، فليس له أن يمتنع عن أداء الشهادة إذا سأله الطالب أن يشهد بحقه؛ [لأنه ليس إليه إن سمع من الشهود أن يحكم به]^(٤).

(١) في أ: أشهده بالشاهدين.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

قال أبو يوسف رحمه الله: وكذلك في النكاح إذا أشهد الرجل على نكاح امرأة ثم أخبره رجلان يثق بهما أنه طلقها والمرأة تجحد النكاح، فسأله الرجل أن يشهد له بالنكاح لم يكن له أن يمتنع عن الشهادة، ولو كان الطالب أخبره بالطلاق أو القبض ثم دعاه إلى تلك الشهادة [لم يشهد بها]^(١).

وفي «المتقى» قال محمد رحمه الله: إذا شهدت أقبل البيع أو النكاح أو قبل العمد أو الإقرار بشيء من ذلك، ثم شهد عندك عدلان على الزوج أنه طلقها ثلاثاً بحضرتنا، أو أن امرأة واحدة أرضعتها وهما صغيران في الحولين، أو أن المشتري أعتق الجارية أو أن البائع أعتقها قبل أن يبيعها من هذا المشتري، أو أن الميت قد عفى بنفسه قبل أن يموت، وقد أنكرت المرأة أن تكون امرأته وأنكرت الجارية أن تكون أمة المشتري لم يسعك أن تشهد على أصل القود والنكاح وأشباه ذلك، [ألا ترى أنهما لو شهدا عند الزوجة بالطلاق، أو شهدا عند الأمة بالعتق لم يسعهما أن يدعاهما بجامعاهما، فكذا لا يسع للشاهد أن يشهد وإن كان ذلك بحق قبله]^(٢). وإن كان الشاهد بذلك واحداً عدلاً لم يسع للشاهدين أن يمتنعا عن أداء الشهادة الأولى، ولم يسع الزوجة والأمة منع الزوج والمولى الجماع.

قال: وما أقر [به]^(٣) الرجل من مال أو ما أشبه بين يدي رجل لرجل آخر ثم أنكر وطلب المقر له شهادة، وأخبر الشاهد عدلين بأن ذلك الذي أقر به المقر قد صار له بيع أو هبة، قال: يشهد الشاهد بما كان يعلم من ذلك، ولا يلتفت إلى قول العدلين.

وقيل: لو وقع في قلبه أن المخبرين صادقان لا يسعه أن يشهد بما كان يعلم من ذلك.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وفي «فتاوى الفضلي»: إذا شهد عند شاهد^(١) الدين عدلان أن الطالب أبرأ المطلوب لا يسعهما أن يمسكا عن الشهادة، إلا أن يكونا سمعا إقرار الطالب بالإبراء والاستيفاء.

وفي «الوقعات»: إذا علم الشاهدان أن الدار للمدعي، فشهد عندهما شاهدان عدلان أن المدعي باع الدار [من]^(٢) الذي في يديه، قال محمد رحمه الله: يشهدان بما علما، ولا يلتفتان إلى شاهدي البيع ولو شهد عند شاهدي النكاح أو شاهدي شراء العبد عدلان أنه طلقها ثلاثاً، أو بالعتق على البائع، لا يشهدان في هاتين الخصلتين.

وبعض مشايخ زماننا اختاروا في هذه المسائل كلها أنه إن شهد عند [الشاهد بذلك]^(٣) عدلان ووقع في قلبه أنهما صادقان ليس له أن يشهد بما علم من أصل الحق، [فإن شهد عنده شاهد واحد أو شاهدان إلا أنه لم يقع في قلبه صدقهما، فله أن يشهد بما علم من أصل الحق]^(٤).

وإذا تزوج الرجل امرأة بشهادة شاهدين على مهر مسمى، ومضى على ذلك سنون، وولدت الأولاد أو مضى سنون ثم مات الزوج، ثم إنها استشهدت الشهود أن يشهدوا على ذلك المسمى وهم يتذكرون، استحسنت مشايخنا رحمهم الله أنه لا يسعهم أن يشهدوا بعد اعتراض هذه العوارض، من ولادة الأولاد ومضي الزمان؛ لاحتمال سقوط كله أو بعضه، وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة رحمه الله، ثم رجع وأفتى كما هو جواب الكتاب أنه يسعهم أن يشهدوا، وعليه الفتوى.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: في رجل باع واشترى وهو على

(١) في ز: شاهدي.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: الشاهدين.

(٤) سقط في ز.

حال فساد يستحق أن يحجر عليه، لم يسع للرجل إذا دعي للشهادة على مثل هذا [أن يشهد؛ لأن من رأي الحاكم ألا يحجر ذلك، قال: قلت: فإن كان الذي يريد أن يشهدني على دفع المال إلى الوارث وهو على حال فساد، يجب أن يحكم الحاكم عليه، قال: وسعك أن تشهد عليه، وسعك ألا تجيب إلى الشهادة على ذلك، فكأنه خيره بين أن يجيب وبين ألا يجيب.

وفي «المتقى»: رجل في يديه عبد لا يقر عن نفسه، قال الذي في يديه: هو عبدي وسمع ذلك منه رجل، ثم تكلم الغلام، وقال: أنا حر وسع لذلك الرجل^(١) أن يشهد أنه عبده، وإن لم يكن سمع منه ذلك لم يسعه أن يشهد أنه عبده. وفيه أيضاً عن محمد: رجل عنده شهادة لرجل، وهو محدود في قذف أو عبد، وسعه أن يشهد ويحكم أنه عبد أو محدود في قذف حتى يقضي للشهود له بالألف الذي يدعيه.

إذا أشهد الرجل على ملك دار بعينها إلا أنه لا يعرف الحدود، يجوز أن يسأل الثقات عن حدودها للشهادة، لكن يشهد بالدار على إقرار هؤلاء^(٢)، ولا يشهد بالحدود على إقراره حتى لا يكون كذباً، بل يفسر الحدود من ذات نفسه. ونحو ذلك.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل في يديه شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له، قد ذكرنا قبل هذا: أن علم الشاهد بالمشهود به شرط جواز أداء الشهادة، وأقوى الأدلة التي يحصل بها العلم المعاينة فيجب اعتبارها إلا إذا تعذر فحينئذ يعدل عنها، [ويعدل إلى]^(٣) دليل آخر دونها والملك في الأشياء المعاينة لأشخاص معينين لا يعرف من طريق الإحاطة، وإنما يعرف بطريق الظاهر

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: إقراره.

(٣) في ز: ويعتمد على.

بدليله، واليد بلا منازعة دليل الملك بل لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد؛ لأن أكثر ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبة أو ما أشبه ذلك، إلا أن الشراء والهبة إنما يفيد الملك إذا كان البائع أو [الواهب مالكاً، وإنما يعرف كون]^(١) الواهب مالكاً بيده بلا منازعة، وإذا كان اليد بلا منازعة دليلاً على الملك، كان للشاهد أن يعتمد عليه، ويشهد بالملك لصاحب اليد اعتباراً للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة، ثم إن محمداً رحمه الله على رواية «الجامع»: جعل اليد فيما سوى العبد والأمة دليل الملك، ولم يجعله في العبد والأمة دليل الملك، ولم يفصل بين الصغير والكبير، وروى ابن سماعة عنه: أنه فرق بينا إذا كان العبد صغيراً لا يعبر عنه نفسه، وبينما إذا كان كبيراً أو صغيراً يعبر عن نفسه، فجعل اليد على الصغير الذي لا يعبر عن نفسه دليل الملك، ولم يجعل اليد على الكبير وعلى الصغير الذي يعبر عن نفسه دليل الملك.

[وجه ما ذكر في «الجامع الصغير»: أن العبد في يد نفسه حتى إذا ادعى أنه حر الأصل قبل قوله فلا يثبت لغيره عليه يدٌ على الحقيقة، حتى يعتبر لإطلاق الشهادة والاستخدام لا يصلح دليلاً على الملك أيضاً؛ لأن الحر قد يستخدم الحر، وقد يخدمه طوعاً، إلا إذا كان العبد بحال لا يعبر عن نفسه، كما هو رواية ابن سماعة فحينئذ يجوز له أن يشهد بالملك؛ لأنه لا يد له على نفسه، فثبت يد المولى عليه حقيقة، وصار كالثياب والبهائم]^(٢).

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه سوى بين العبد والإماء، وبين سائر الأشياء، وجعل اليد في الكل كيد الملك، [وهكذا روي عن محمد]^(٣)، وهكذا روى أبو يوسف في «الأمالي» عن أبي حنيفة رحمه الله.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وذكر بعض المشايخ في «شرح الجامع الصغير»: فصل العبد والأمة، وقال: إن كان الرائي يعرف أنه رقيق يسع له أن يشهد لذي اليد بالملك؛ [لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، بل يكون في يد من هو مستولي عليه من حيث الظاهر]^(١)، أما إذا لم يعرف أنه رقيق لا يسعه أن يشهد لذي اليد بالملك بمجرد اليد؛ [لأن الحر قد يخدم الحر طوعاً كأنه عبده، فلا يصح الاستدلال به على الملك]^(٢).

ثم إن محمداً رحمه الله شرط في بعض الروايات مع اليد شيئاً آخر، وهو أن يقع في قلب الرائي أن العين لصاحب اليد، فقال: إذا رأيت في يدي رجل ثوباً أو متاعاً، فوقع في قلبك أنه له، [ثم رأيت بعد ذلك في يدي غيره وسعك أن تشهد أنه للأول، فإن لم يقع في قلبك أنه له]^(٣) برؤيتك إياه في يده، لم يسعك أن تشهد أنه له، وهكذا روي عن أبي يوسف، وهذا؛ لأن الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة، فلأن بعد^(٤) اعتبار علم اليقين أمكن اعتبار علم الفتوى.

وعن هذا قلنا: إذا رأى درة في يد كناس أو حجام، أو رأى كتاباً في يدي جاهل ليس في آبائه من هو أهل لذلك، لا يحل له أن يشهد بالملك له؛ [لأن الذي يشير إلى قلب كل أحد أنه كاذب في دعواه]^(٥)، وأبو حنيفة لم يشترط ذلك في رواية، فإنه روي عنه أنه قال: إذا كانت الدار أو العبد أو الثوب في يدي رجل وسعك أن تشهد أن ذلك له، ولم يقل: وقع في قلبه أنه له.

وذكر الصدر الشهيد حسام الدين في «شرح الجامع» في آخره: أنه لا يحل له الشهادة بمجرد اليد، وإنما يحل [له]^(٦) إذا رآه في يده يتصرف فيه.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: بقدر.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول: إن كان الكور في يده على ممر الزمان، وكانت الشبهة عنها مرتفعة، ولم يكن رأى هناك خصماً يخاصم فيها، فالشهادة جائزة.

وذكر القدوري في «شرح» عن أبي حنيفة وأبي يوسف: إذا رأى الرجل في يدي رجل عينا وعلم أنه له معرفة بالقلب، ومكث ذلك عنده زماناً، فليشهد له بالملك، قال القدوري رحمه الله: وإنما اعتبر أن يبقى في يده زماناً، ليحصل تصرفه تصرف المالكين، فيغلب على الظن أنه له.

وشرط الخصاف شرائط آخر لم يشترط أحد تلك الشرائط، فقال: إنما يشهد على الملك إذا رآه في الدار يرمها ويبني فيها [ويسكنها]^(١) ويؤاجرها ويحدث فيها أشياء لا يضرب أحد على يده في ذلك، ويقال فيما بين الناس: إن هذا ملكه.

وبعض مشايخنا شرطوا [شرطاً]^(٢) آخر، وهو أن يدعي ذو اليد الملك لنفسه بأن يقول حال ما رآه في يده: هذا ملكي، فأما إذا لم يعلم منه دعوى الملك حال ما رآه في يده، فإنه لا يشهد له بالملك وإن رآه يتصرف فيه.

وفي «المنتقى»: لم يشترط هذا الشرط في بعض هذه المسائل، وقال في مسألة منها: ولم يقل: هو لي، وصورة ذلك: إذا رأى ثوباً في يدي رجل، ولم يقل: هو ثوبي، ثم ادعاه رجل وسعه أن يشهد أنه ثوبه.

وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: لا بد لحل الشهادة من أن يقع في قلب الرائي أنه ملكه، وكان يقول: وإن رآه يتصرف فيه والناس يقولون: إنه ملكه، إلا أنه وقع في قلب الرائي أنه ملك غيره لا ملكه، وأنه يتصرف بأمر ذلك الغير لا يحل له أن يشهد بالملك، وعليه فتوى كثير من مشايخنا رحمهم الله.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: شروط.

ثم هذه المسألة على أربعة أوجه:

أحدها: أن يعاين الشاهد المالك والملك، بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه، وعرف الملك بحدوده وحقوقه، ورآه في يده يتصرف تصرف الملاك ويقع في قلبه أنه له، حل له أن يشهد له بالملك؛ [لأن هذه شهادة عن علم وبصيرة]^(١)، وإن لم يعاين الملك ولا المالك، ولكن سمع [من]^(٢) الناس قالوا: لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة، حدها كذا وكذا، لا يحل له أن يشهد له بالملك؛ لأنه مجازف في هذه الشهادة، فإن عاين المالك وعرفه معرفة تامة ولكن لم يعاين الملك، بأن سمع من الناس أن لهذا في]^(٣) قرية كذا ضيعة حدودها كذا، وهو لم يعرف تلك الضيعة، ولم يعاين يده عليها، لا يحل له أن يشهد له بالملك، وإن عاين الملك دون المالك بأن عاين ملكاً محدوداً وينسب هذا الملك إلى فلان بن فلان الفلاني، وهو لم يعاين فلاناً بوجهه ولا يعرفه بنسبه، فالقياس: ألا تحل له الشهادة. وفي الاستحسان: تحل [لأن الملك معلوم والنسبة تثبت بالشهرة والتسامع، فكانت هذه شهادة بمعلوم.

توضيحه: أن صاحب الملك ربما يكون امرأة لا تبرز ولا تخرج، فلو اعتبرنا تصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك يبطل حقها فاكتفى فيه بالتسامع، فإذا سمع أن هذه الضيعة لفلانة وفي يدها، ووقع في قلبه أن الأمر كما سمع، حل له أن يشهد بالملك لها، هكذا ذكره الخصاص في «أدب القاضي»^(٤).
و^(٥) في «المنتقى»: إذا رأيت رجلاً على حمار يوماً لم أشهد أنه له، ولو رأيت

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: وقال.

على حمار خمسين يوماً أو أكثر، ووقع في قلبي أنه له شهدت أنه له، ولو وقع في قلبي أنه عارية لم أشهد له .

قال محمد رحمه الله في «المتقى»: إذا رأيت ثوباً أو متاعاً في يدي رجل، ووقع في قلبك أنه له، ثم رأيت بعد ذلك في يد غيره فشهد عندك شاهداً عدل أنه للذي في يديه اليوم، كأن أودعه الأول بمحضر منهما، لم يسعك أن تشهد أنه للأول، [قال: لأن هذا ينبغي أن يقع في قلبك إذا شهد العدلان بما وصفت لك أنه ليس للأول، فلا يسعك أن تشهد أنه للأول]^(١)، وإن شهد بذلك عندك واحد وسعك أن تشهد أنه للأول ما لم يقع في قلبك أنه صادق، وإذا وقع في قلبك أنه صادق فلا تشهد به للأول؛ [لأن الذي وسعك أن تشهد به للأول لكأنه قد زال عن قلبك بهذه الشهادة، فكأنه لم يقع في قلبك قط أنه للأول]^(٢) .

وفي «شرح شهادات الجامع»: أن من عاين دابة تتبع دابة، وترضع منها حل له أن يشهد بالدابة المرتضعة لصاحب الدابة الأخرى وبالتاج، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرح دعوى الأصل» .



(١) سقط في ز .

(٢) سقط في ز .

نوع آخر من هذا الفصل :

قال محمد رحمه الله : ولا تجوز الشهادة على الأملاك وعلى أسبابها^(١) ، نحو :
البيع والهبة والصدقة بالشهرة والتسامع .
وتجوز الشهادة بالشهرة والتسامع^(٢) في أربعة أشياء : النسب والنكاح والقضاء

(١) في ز : أشباهها .

(٢) الأصل في الشهادة أن يكون التحمّل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا في أشياء مخصوصة يصحّ التحمّل فيها بالتسامع من الناس؛ وهي النكاح والنسب والموت، فله تحمّل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه؛ لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار، فقامت الشهرة فيها مقام المعينة. وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح؛ لأنه دليل النكاح، وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته. واختلفوا في تفسير التسامع، فرأى بعض أهل العلم أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير تواطؤ على الكذب؛ لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء، فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معينة. فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر.

وذهب بعض أهل العلم إلى أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك، بدليل حكم الحاكم وشهادته فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معينة منه، بل بخبرهما، ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل. وكذلك تجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية أن هذا قاضي بلد كذا ووالى بلد كذا وإن لم يعاين المنشور؛ لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة، فقامت الشهرة فيها مقام المعينة. وتحمّل الشهادة كما يحصل بمعينة المشهود به بنفسه يحصل بمعينة دليله بأن يرى ثوبًا أو دابة أو دارًا في يد إنسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع، حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد؛ لأن اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه، بل لا دليل بشاهد في الأموال أقوى منها، وقد اتفقوا على أنه لا تجوز للرأى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده، يستعمله استعمال الملاك من غير منازع، وحتى يقع في قلبه أنه له. فلما كان الأصل في إثبات الحقوق الإقرار أو البيّنة، وما عدا ذلك لا يثبت بالتسامع والشهرة والإشهاد عليها، عملاً بما روي من حديث طاوس عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما؛ أن النبي ﷺ قال لرجل: «تري الشمس؟!» قال: نعم، قال: «على مثلها فاشهد أو دع» [أخرجه العقيلي في الضعفاء (٨٢/٤)، والحاكم في المستدرک (٩٣/٢)، وأبو نعيم في الحلية (٧٠/٤)، وابن عدي في الكامل (٩٨/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٨/٤)، كلهم من حديث محمد بن سليمان بن مسمول، ثنا عبيد الله بن سلمة بن وهرام عند أبي نعيم هرم عن أبيه لم يذكر الحاكم عن أبيه عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنه ذكر عند

والموت، والقياس في هذه الأشياء أيضًا: ألا تحل الشهادة بالتسامع؛ [لأن شرط جواز الشهادة علم معاينة، قال عليه السلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا وإلا فدع»، فقد شرط لحل الشهادة علم معاينة، ولم توجد^(١)، إلا أنا استحسنا وجوزنا الشهادة بالشهرة.

والتسامع في هذه الأشياء الأربعة للتوارث والتعامل بين الناس، ولأنه يتعذر الوقوف على حقيقتها فاكتفي فيها بالدليل الظاهر، فهو الشهرة والتسامع فإنه اقترن

رسول الله ﷺ الرجل يشهد شهادة... فذكر الحديث. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي بأن الحديث واه، فعمرو قال: ابن عدي كان يسرق الحديث، وابن مسمول: ضعفه غير واحد]. غير أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل بعض الفروع التي رأوا فيها جواز الشهادة للشخص دون رؤية أو سماع بنفسه، ولعل هذا مسألة ثبوت النسب بشهادة التسامع أو الشهرة، وهنا قد اتفق الفقهاء على ثبوت النسب بهذا العلم، غير أنهم اختلفوا في بعض شروطه، فرأى الحنفية أن ثبوت النسب جائز به استحسانًا، لرفع الحرج وعدم تعطيل الأحكام، لثلا تضييع الحقوق، ولعسر إقامة البينة بطول المدة، ولعدم إمكان الشهادة الحقيقية على النسب، إذ لا طريق له على التحقيق بالنسب لتعذر التحقيق فيه في الأغلب، فدعت الحاجة إلى ثبوتها بالاستفاضة. وبهذا قال الشافعي، والإمام مالك وأحمد.

قال ابن المنذر: أما النسب، فلا أعلم أحدًا من أهل العلم منع منه، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعًا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدًا من أقاربه، لكنهم اختلفوا في العدد الذي تقبل شهادته به على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا بد أن يشتهر بين الناس أنه ابن فلان، ويتواتر الخبر بينهم ويستفيض عند قوم لا يعقل تواطؤهم على الكذب. وإلى هذا ذهب الشافعية، والمالكية والحنابلة، ورواية عن أبي حنيفة.

القول الثاني: إذا سمعه من رجلين عدلين، أو امرأتين عدلين جاز له أن يشهد أنه ابن فلان. وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية.

القول الثالث: يجوز أن يشهد إذا أخبره موثوق أن فلانًا ابن فلان، وهو رواية عن الإمام محمد بن الحسن من الحنفية، وأبي سعيد الإصطخري من أصحاب الوجوه عند الشافعية.

بناء على غلبة الظن ووقوع العلم في القلب، وقد يغلب الشيء على الظن بقول واحد.

ينظر: البحر الرائق (٧/٧٢)، وتبيين الحقائق (٤/٢١٥)، أدب القاضي، للخصاص (٦٩٣)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٧)، فتح القدير، للشوكاني (٦/٢٢)، أدب القضاء، لابن أبي الدم الحموي (٢/١٩).

بهذه الأشياء ما يوجب الشهرة، والشهرة أقيمت مقام العيان في بعض الصور، كما في باب الأخبار، فإن الأخبار إذا اشتهرت من رسول الله ﷺ كانت بمنزلة المسموع من النبي ﷺ، حتى جاز التخصيص والنسخ بها.

ثم الشهرة التي تقوم مقام المعاينة: الشهرة في الطرفين، فإن الأصل في هذا الباب أخبار رسول الله ﷺ وإنما يثبت حد الشهرة بأخبار النبي عليه الصلاة والسلام، بوجود حد التواتر في الطرفين، إما في الطرف الأول والأوسط، أو في طرف الأوسط والآخر، أو في الطرف الأول والآخر، وفي هذه الأشياء وجد الاشتهار في طرفين أيضاً، في طرف الوقوع وفي طرف البقاء فتقام الشهرة فيها مقام المعاينة.

جئنا إلى بيان صور هذه المسائل:

فأما النسب فصورته: إذا سمع الرجل من الناس أن فلان بن فلان الفلاني، وسعه أن يشهد بذلك وإن لم يعاين الولادة على فراشه للتوارث والتعامل.

وأما النكاح فصورته: إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس [أن فلانة]^(١) زوجة فلان يسعه أن يشهد أنها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح.

وأما القضاء فصورته: إذا رأى رجلاً قضى لرجل بحق من الحقوق، وسمع من الناس أنه قاضي هذه البلدة، وسعه أن يشهد أن قاضي بلدة كذا قضى لفلان، وإن لم يعاين تقليد الإمام.

وأما الموت فصورته: إذا سمع الناس يقولون: إن فلان مات، أو رأهم صنعوا به ما يصنع بالموتى، يسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك التوارث.

قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الموت: إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد به، وأما في النسب فلا يسعك أن تشهد به حتى يشهد عندك

(١) في ز: أنها.

عدلان، وهو^(١) قول أبي يوسف ومحمد، وعلى قول أبي حنيفة رحمهم الله: هذا على ما يقع في القلب، وهكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يحل له أن يشهد بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة.

والجواب في النكاح والقضاء نظير الجواب في النسب، وقد فرقوا جميعاً بين الموت وبين الأشياء الثلاثة، فاكتفوا بخبر الواحد في الموت دون الأشياء الثلاثة. وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يفرق بين الموت والنسب من حيث إن الموت مما يعاين، فقد أخبر عن عيان، فكان فيه زيادة قوة، فلا يشترط العدد، فأما النسب فلا يتصور فيه المعاينة، فيمكن في خبره نوع شبهة، فلا يكتفى فيه بقول الواحد. ومن المشايخ من قال: لا فرق بين [الموت والنسب والقضاء والنكاح، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع.

موضوع مسألة الموت أنه أخبره واحد عدل موثوق به، ولم^(٢) يذكر العدل الموثوق به في الأشياء الثلاثة، ولو كان الواحد المخبر في الأشياء الثلاثة عدلاً موثقاً به حل له أن يشهد.

ومنهم من قال بالفرق، والفرق ما ذكرنا.

ثم عند أبي يوسف، ومحمد يجوز الشهادة بخبر المثني في النسب والقضاء والنكاح، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر.

ثم في الأشياء الثلاثة إذا ثبت الشهرة والاستفاضة عندهما بخبر عدلين، بشرط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة، كذا ذكره الخصاف وشيخ الإسلام رحمهما الله، وبه أخذ الصدر الشهيد برهان الدين^(٣) جدي رحمه الله؛ [لأنه إخبار بالشهادة يوجب

(١) في ز: وهذا.

(٢) بدل ما بين المعقوفين في ز: أن.

(٣) في ز: الأئمة.

زيادة علم شرعًا لا توجهه لفظة الخبر؛ ألا ترى أن القاضي لا يقضي ما لم يأت الشاهد بلفظة الشهادة^(١).

وفي فصل الموت [لما ثبتت]^(٢) الشهرة بخبر الواحد بالإجماع لا يشترط فيه لفظة الشهادة، بل يكتفى فيه بمجرد الإخبار، [إما؛ لأن لفظ الشهادة من الواحد لا توجب زيادة العلم حتى لا يقضي القاضي بها، أو؛ لأنه لما سقط اعتبار العدد وتأثير العدد في إفادة زيادة العلم أكثر من تأثير لفظة الشهادة؛ لأن يسقط اعتبار لفظة الشهادة أولى]^(٣).

وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع: ذكر الخصاف في «أدب القاضي»: أنه يجوز؛ [لأن هذا أمر يشتهر، ويتعلق به أحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان]^(٤)، بخلاف الزنا، حيث لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع، [لأن الزنا فاحشة، والشهادة بالتسامع إنما جازت احتياليًا لإحياء حقوق الناس؛ لأن الذين عاينوا لو ماتوا ومضى عليه قرن بعد قرن لو لم تجز الشهادة بالتسامع أدى إلى إبطال حقوق الناس، والفاحشة لا يحتال لإثباتها]^(٥).

وأما الشهادة على المهر بالشهرة والتسامع، فقد ذكر في نكاح «المتقى»: أنه يجوز، وهكذا ذكر في شهادات «المتقى» وصورة ما ذكر في الشهادات: قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله يقول في قوم خرجوا من ملاك رجل وفي الخارج قوم يشهدوا الملاك، فأخبروهم أنها زوجت على كذا من المهر وسع الخارجين أن يشهدوا [بالمهر]^(٦)، ويثبتوا الشهادة أن المهر كذا، وكذا، ولو قالوا: سمعنا الذين

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: لا تثبت.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

شهدوا الملاك يقولون: المهر كذا وكذا، لا تقبل شهادتهم.

وفي «الإملاء» عن محمد رحمه الله: أن الشهادة على المهر بالشهرة لا تجوز، وأما الشهادة في الأملاك لا تحل بالشهرة والتسامع في قول علمائنا رحمهم الله، إلا في فصل واحد ذكره الخصاص في «أدب القاضي»، وقال الشافعي رحمه الله: يحل. وأجمعوا على أن الشهادة بالشهرة والتسامع في أسباب ملك اليمين لا تحل، كالبيع والهبة والصدقة.

وإذا شهد شاهدان أن فلاناً مات، وترك الدار ميراثاً لابنه هذا لا يعلم له وارثاً آخر، إلا أنهما لم يدركا فلاناً الميت لا تقبل شهادتهما.

وأما الشهادة في الوقف هل تحل بالشهرة والتسامع؟ فلا رواية لهذا، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تحل بالشهرة والتسامع، وبعضهم قالوا: لا تحل. ومن المشايخ من قال: تجوز الشهادة على أصل الوقف بالتسامع، أما على شرائط الوقف لا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهو الأصح. وأما الشهادة على العتق بالشهرة والتسامع لا تحل عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: تحل.

وأما الشهادة بالولاء بالشهرة والتسامع لا تحل عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يعاين عتق المولى، وهو قول أبي يوسف الأول، وعلى قوله الآخر: تحل، وقول محمد مضطرب في بعض الروايات مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف. وذكر شمس الأئمة الحلواني في «شرح أدب القاضي» للخصاص: أن الشهادة على العتق مختلف فيه بين أصحابنا رحمهم الله، كالشهادة على الولاء.

قال في كتاب «الأقضية»: وأما الولاء، فلا أشهد به، وإن كان مشهوراً إذا كان بعض الورثة الذين أضافوا إليه الولاء يزعمون أنه رقيق لهم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن لم يدعوا رقه شهدت به.

وإذا شهد شاهدان على موت رجل، فهذا على وجهين: أما إن أطلقا الشهادة

إطلاقاً ولم يثبتاً شيئاً، أو قالوا: لم نعاين موته، وإنما سمعنا من الناس، ففي الوجه الأول: تقبل شهادتهما، ويحمل على سبب يطلق لهما أداء الشهادة، وهو الشهرة أو المعاينة، وفي الوجه الثاني: إن لم يكن موت فلان مشهوراً لا تقبل الشهادة بلا خلاف.

وإن كان موت فلان مشهوراً ذكر في «الأصل» وفي كتاب «الأقضية»: أنه تقبل الشهادة، وهكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي»، وقد قال بعض مشايخنا: لا تقبل شهادته، وبه أخذ الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله، فإن قالوا: نشهد أن فلان مات، أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به، جازت شهادتهما، هكذا ذكر في كتاب «الأقضية».

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ، بعضهم قالوا: لا تجوز هذه الشهادة. ونظيره: أن من رأى عيناً في يد إنسان يتصرف تصرف الملاك، حل له أن يشهد بالملك لذي اليد، ولو شهد عند القاضي، وقال: إن هذا العين ملكه، لأنني رأيته في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، لا تقبل شهادته.

وقد عثرنا على الرواية: أنه تجوز الشهادة، وهي رواية «الأقضية» وكذلك إذا قالوا: دفناه، أو شهدنا جنازته.

وهنا مسألة عجيبة لا رواية لها: أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحداً، ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته [وحده]^(١)، ماذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد، حتى يقضي القاضي بشهادتهما.

وإذا جاء موت الرجل من أرض أخرى، وصنع أهله ما يصنعون بالموتى لم يسع أحدًا أن يشهد على موته إلا من شهد موته أو سمع ذلك ممن شهد موته. وفي السير الكبير: لو شهد عندها واحد مسلم عدل على موته وسعها أن تعتد

(١) سقط في ز.

وتتزوج .

قال شمس الأئمة السرخسي: إنما يسعها ذلك إذا قال الشاهد: حضرته حين مات، أو: شهدت جنازته، أو: رأيت مقتولاً في القتل.

قال رحمه الله: ووقع الفرق بين ما إذا شهد الواحد عند الحاكم، وبين ما إذا شهد عندها، قال الحاكم: لا يجوز له أن يعمل بقوله، ويجوز لها أن تعمل بقوله. قال ثمة: وقال أبو حنيفة: إن أخبر واحد مسلم عدل قوما بموته وقال: عاينته ميتا، ثم مات أو غاب وسع القوم الذين سمعوا من ذلك الرجل أن يشهدوا على موته، ولكن إن بينوا للقاضي أنهم سمعوا ذلك من جماعة وشهدوا عند القاضي وبينوا للقاضي أنهم يشهدون عن شهادتهم، فالقاضي لا يقبل شهادتهم.

وقال ثمة: وإن كان الذي أخبرنا عن موته، وقال: شهدت جنازته وحلله في ميراثه نصيب أو لابنه أو لامرأته، أو كان موصى له أو امرأته أو ابنه أو أبوه، أو هو غريم له على الميت أو لامرأته، لم يسع القوم أن يشهدوا، ولا ينبغي لامرأته أن تعتد وتتزوج .

وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان في بيت واحد وينبسط كل منهما على صاحبه كما يكون من الأزواج، وسعه أن يشهد لهما في النكاح.

ألا ترى لو أن رجلا يسكن مع امرأة في دار وحدث بينهما أولاد وخاصمته في النفقة أو طلقها وراجعها وقضى القاضي بذلك، أو ظاهر منها وكفر ثم مات وجحد أولياؤه ميراثها وأنكروا النكاح، لم يسع للجيران ومن معهم في الدار أن يشهدوا أنها امرأته .

وإذا قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب إليه وأقام معه دهرًا، لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يشهد له رجلان من أهل بلده عدلان أن يكون النسب مشهورًا.

وذكر الخصاف هذه المسألة وشرط لجواز الشهادة شرطين:

أحدهما: أن يشتهر الخبر ويعم.

والثاني: أن يمكث فيهم سنة، فإنه قال: لا يسعهم أن يشهدوا على نفسه حتى يقع معرفة ذلك في قلوبهم وذلك بأن يقيم معهم سنة، وإن وقع في قلبه معرفة ذلك قبل مضي السنة لا يجوز له أن يشهد.

وروى عن أبي يوسف: أنه قدر ذلك بستة أشهر.

والصحيح أنه إذا سمع من أهل بلده من رجلين عدلين حل له أداء الشهادة وإلا فلا، فأما إذا سمع ذلك ممن سمع من المدعي لا يحل له أن يشهد وإن اشتهر ذلك بين الناس. والله تعالى أعلم.



الفصل الثاني

في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء

أقل ما يجوز في حقوق الناس فيما بينهم من الطلاق والعتاق والنكاح، وكفالة النفس وكفالة الأموال والإبراء، وقضاء القاضي وكتاب القاضي إلى القاضي، والوكالات والرهن والوصايا - شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، والقياس في ذلك كله أن يكفي بشهادة الواحد إذا كان عدلاً؛ لظهور الصدق في شهادته لعدالته، والصدق واجب القبول، وبانضمام شاهد آخر لا يزداد دليل الصدق في خبر الأول، لكن عرفنا اشتراط العدد بالنصوص.

وإذا ثبت أن العدد شرط فنقول: الحوادث أقسام ثلاثة، في قسم منها يشترط الأربعة، وهو: الزنا الموجب للحد، وفي قسم منها يشترط رجلان، وهو العقوبات التي تدرى بالشبهات، نحو: القصاص وسائر الحدود ما خلا حد الزنا، حتى لا تثبت هذه الأشياء بشهادة رجل وامرأتين.

وفي قسم منها يكفي بشهادة رجل وامرأتين، وهو المال وما كان من توابع المال، والحقوق المجردة كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة من هذا القسم، حتى يكفي فيها بشهادة رجل وامرأتين، وكذلك ما يتوقف عليه كمال العقوبة، وهو الإحصان من هذا القسم، حتى يثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا.

ولا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما يطلع عليه الرجال بالإجماع^(١)، وفيما لا

(١) تقبل شهادة امرأة واحدة فيما لا يطلع عليه الرجال من عيوب النساء تحت الثياب كالبكارة، والثبوبة، والحيض والرضاع، ونحوها، فيقبل فيه شهادة النساء منفردات مع اختلاف الفقهاء في عددهن على قولين:

القول الأول: يكفي في ذلك شهادة امرأة واحدة وبه قال الشعبي، والحسن رحمهما الله، وذهبت إليه الحنفية، والحنابلة.

القول الثاني: لا يثبت شيء من ذلك إلا بشهادة أربع نسوة وبه قال بعض الشافعية، والشعبي، وقتادة.

ينظر: المصنف، لعبد الرزاق (٨/ ٣٣٢، ٣٣٣)، نصب الراية (٤/ ٨٠)، اللباب (٤/

يطلع عليه الرجال: تقبل شهادتهن بانفرادهن بالإجماع.
والعدد ليس بشرط عندنا في هذا الباب، حتى يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة،
وإن كانت امرأتان أو ثلاث فذلك أحب^(١).

وهل يشترط لفظة الشهادة؟ قال مشايخ بلخ، ومشايخ بخارى: يشترط. وقال
مشايخ العراق: لا يشترط.

وأجمعوا على أنه يشترط الحرية والبلوغ عن عقل والإسلام إن قامت على مسلم،
وكذلك يشترط العدالة، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وإن كان مكان المرأة رجلاً واحداً والحادثة مما لا يطلع عليها الرجال، لم يذكر
هذا الفصل في «الكتاب»، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل، وبعضهم
قالوا: لا تقبل.

ثم متى تجعل شهادة الرجل الواحد حجة في هذا الباب؟ من المشايخ اختلفوا
فيما بينهم، قال بعضهم: إنما تقبل شهادته إذا قال: فاجأتها واتفق نظري إليها، أما
إذا قال: تعمدت النظر إليها، لا تقبل شهادته؛ [لأنه يصير فاسقاً بالنظر إليها
متعمداً]^(٢)، وقال بعضهم: وإن تعمد النظر إليها تقبل شهادته كما في الزنا.

وأما شهادة النساء بانفرادهن على استهلال الصبي، وهو: صياح الولد بعد
الانفصال عن الأم، أو على تحرك عضو من أعضائه بعد الانفصال عن الأم مقبولة
في حق الصلاة عليه بالإجماع.

وأما في حق الميراث فقد اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل،
ويشترط شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادة

= (٥٦)، المهذب (٥/ ٦٣٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة (٤/ ٥٤٠)، الإنصاف
(٨٦/١٢).

(١) زاد في ز: إلي.

(٢) سقط في ز.

امرأة واحدة إذا كانت عدلة .
وأما شهادتهن على تحرك الولد قبل^(١) الانفصال أو على تحركه حالة الانفصال ،
عند الكل : لا تقبل . والله تعالى أعلم .



(١) في ز: بعد .

الفصل الثالث

في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل

يجب أن يعلم أن العدالة شرط لتصير الشهادة واجبة القبول^(١)، وتكلم العلماء

(١) لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العدالة في الشاهد؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، ولقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَهُمْ فَاسِقٌ بَنِيًّا فَتَيَبْتُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهْلَلَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾. وفيما يلي تعريف العدالة.

العدالة في اللغة: قال ابن فارس: العين والداد واللام أصلان صحيحان، لكنهما متقابلان كالمضادين:

أحدهما يدل على الاستواء.

والآخر يدل على الاعوجاج، فالأول العدل من الناس....

فالعدل: خلاف الجور، وهو في اللغة القصد في الأمور، وهو عبارة عن الأمر المتوسط بين طرفين: الإفراط والتفريط، والعدل من الناس: هو المرضي قوله وحكمه، ورجل عدل: يبين العدل. والعدالة: وصف بالمصدر معناه: ذو عدل.

ينظر: معجم المقاييس في اللغة، مادة (عدل)، ص (٧٤٤).

والعدالة: صفة توجب مراعاتها الاحتراز عما يخل بالمروءة عادة في الظاهر.

والعدالة في الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: الاستقامة على الأمر في الإسلام، واعتدال العقل ومعارضة الهوى.

وعرفها المالكية بأنها: «المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوفي الصغائر، وأداء الأمانة وحسن المعاملة».

وعرفها الشافعية بأنها: «اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر».

وعرفها الحنابلة بأنها: «استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله».

وللإمام الغزالي من أصحاب الوجوه عند الشافعية كلام شافٍ في العدالة أسوقه بنصه لأهميته؛ حيث قال: «العدالة عبارة عن استقامة السيرة والدين، ويرجع حاصلها إلى هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً، حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه؛ فلا ثقة بقول من لا يخاف الله - عز وجل - خوفاً وازعاً عن الكذب، ثم لا خلاف في أنه لا يشترط العصمة من جميع المعاصي، ولا يكفي - أيضاً - اجتناب الكبائر، بل من الصغائر ما يرد به كسرقة بصلة، وتطفيف في حبة قصداً، وبالجملة: كل ما يدل على ركافة دينه إلى حد يستجري على الكذب بالأغراض الدنيوية، كيف وقد شرط في العدالة التوقي من بعض المباحات القادحة في المروءة؛ نحو: الأكل في الطريق، والبول في الشارع، وصحبة الأزدال، وإفراط المزاح».

ينظر: لسان العرب (٦٢/١)، والقاموس المحيط (١٥٠/١)، رد المحتار على الدر المختار (٢٢٥/٤)، مواهب الجليل (١٥٠/٦)، أسنى المطالب (٣٣٩/٤)، كشف القناع (٣٦/٥)، المستصفي، للغزالي (١٥٧/١)، (١٥٨).

فالعَدالة - بصفة عامة - هي مَلَكةٌ نَفْسِيَّةٌ تكون على أساسها تصرفات العبد وسلوكياته، وهذه الملكة تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة؛ كما أن التقوى هي الانقياد للمأمورات، والاستسلام لها، والبعد عن المنهيات، واجتنابها. ومن المتفق عليه: أن مما يخل بالعَدالة ارتكاب أفعال الفسق، والأفعال التي تنال من المروءة أو تجرح الكرامة.

وقد اختلف الفقهاء في حكم ثبوت العَدالة في الشاهد: فذهب الشافعية، والحنابلة إلى أنه يجب على القاضي التحري عن عدالة الشهود، والتحقق من ثبوتها، ولو لم يجرحهم المشهود عليه؛ لأن عدالة الشاهد شرط لازم للحكم بمقتضى شهادته.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه يفترض في الشاهد العَدالة ما لم يجرحه المشهود عليه قبل أداء الشهادة، واستثنى من ذلك: الحدود والقصاص؛ فإنه يسأل فيها عن الشهود، وإن لم يجرحهم الخصم؛ لأنه يحتال لإسقاطها؛ فيشترط الاستقصاء فيها.

وذهب المالكية إلى أنه يُكتفى بظاهر عدالة الشاهد، ولا يسأل عنه إلا إذا جرحه المشهود عليه؛ لقول النبي ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودًا في قذف» [أخرجه الدارقطني (٢٠٦/٤، ٢٠٧) في كتاب الأفضية والأحكام، حديث (٤٣٩١) وفي إسناده عبيد الله بن أبي حميد الهذلي وهو متروك الحديث، وقد أخرجه البيهقي في سننه (١٥٠/١٠)، وفي المعرفة (٣٦٦/٧، ٣٦٧) من طريق معمر البصري عن أبي العوام البصري، قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه- فذكره. وأخرجه البيهقي (١٣٥/١٠)، من طريق يحيى بن الربيع المكي ثنا سفيان بن عيينة عن إدريس الأودي، قال أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتابًا، وقال: هذا كتاب عمر إلى أبي موسى -رضي الله عنهما- فذكره مختصرًا.

وإسناده من هذا الطريق صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين، لكنه مرسل؛ لأن سعيد ابن أبي بردة تابعي صغير، روايته عن عمر مرسله].

ينظر: بدائع الصنائع (٢٧٠/٦)، والمبسوط (٣٨/٩)، وشرح فتح القدير (١١٦/٤)، (٤٢٧)، وشرح الخرشبي (١٧٧/٥)، ومواهب الجليل (١٥٠/٦)، وتبصرة الحكام (١/٢١٧)، وأسنى المطالب (٣١٢/٤)، والمغني (١٦٥/٩).

والحق أن في مذهب كل من الحنفية والمالكية ما يساير حال الناس في العصر الحديث، بعد زيادة أعداد الناس، وصعوبة تحقيق صفةٍ تتناول كل حياة الشاهد، ولا تقتصر على وقائع محددة، والتحقيق في ثبوتها قد يطول أمده، ويتعذر في أغلب الأحيان إجراؤه؛ ولذلك فقد عد هؤلاء الفقهاء أن الأصل في الشاهد العَدالة ما لم يثبت العكس؛ بأن يجرحه المشهود عليه قبل أداء الشهادة بنسبة وقائع محددة من شأنها أن تُخلَّ بعَدالته، فإذا ثبت للقاضي من التحقيق صدق ادعائه، رَدَّ شهادة الشاهد لانتفاء العَدالة.

ولا ريب في أنه إذا أخذ بمذهب الحنفية والمالكية في أن الأصل العَدالة، وفي الاكتفاء بظاهر العَدالة؛ فإن أول من ينطبق عليه هذا هم الوجهاء؛ بل إن العَدالة من الأمور التي قد

- رحمهم الله - في تفسير العدل، منهم من ضيق فيه غاية التضييق، فشرط انزجار الشاهد عن جميع المحظورات، حتى قال: من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته؛ ومن مشى على سور المدينة سقطت عدالته.

وعن عبد الله بن المبارك أنه قال: من غلبت حسناته على سيئاته قبلت شهادته. وقال إبراهيم النخعي: العدل من المسلمين من لم يطعن عليه في بطن أو فرج، وأراد بعدم الطعن في البطن ألا يقال: إنه أكل مال الربا، أو أكل مال المغصوب، وما أشبهه، وأراد بعدم الطعن في الفرج ألا يقال: إنه زان، وما أشبه ذلك، فموضع الطعن فيهما ولهما توابع، فإذا سلم عنهما وعن توابعهما كان عدلاً مقبول الشهادة^(١).

وقال الشعبي رحمه الله: العدل من لم يعلم منه خير في دينه، أو فساد في دينه^(٢).

وقال الفقيه أبو جعفر الهمدواني رحمه الله: العدل من كان منزهاً عن الكبائر، [منزهاً عن الفواحش]^(٣)، متيقظاً، تغلب حسناته على سيئاته.

تصبغ صاحبها بالوجهة عند الناس، فيكون الإنسان ذا وجهة وكلمة مسموعة لما اشتهر به من عدالة وصدق كلمة ونزاهة في الأفعال، كما أن اشتهار الإنسان بالنقاخص والمجاهرة بالمعاصي وسماع الكذب عنه مما يسقط العدالة عن الوجيه عند ذوي الفضل وأهل الديانة مهما بلغت مناصبه ورياسته؛ وهو ما يوضح ما بين العدالة - التي هي أهم الشروط في عامة الشهادات - والوجهة من وشيجة لا تنفك غراها في المجتمع السليم. فالامتناع عن الشهادة؛ مراعاةً للوجهة، أو خوفاً من الوجيه أو الشفيع:

نهى - الله سبحانه وتعالى - عن كتمان الشهادة، فقال جل ذكره: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آيْمٌ قَلْبُهُ﴾. كما نهى الشهداء عن الامتناع عن الشهادة إذا دعوا إليها، فقال: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾. كما يعد الامتناع عن الشهادة لمراعاة الوجهة من الجرائم التعبيرية السلبية وفيها الاعتداء على المجتمع كالامتناع عن الشهادة، وهي تماثل الاعتداء على أوامر الله - تعالى - ونواهيه.

(١) البحر المحيط (٢/ ٧٣٠).

(٢) السابق

(٣) في ز: متبرئاً.

وحكي أن عبد الله بن سليمان وزير المعتضد بالله سأل القاضي أبا حازم عن العدل في الشهادة، فقال: أحسن ما قيل في هذا الباب ما نقل عن أبي يوسف: فإن العدل في الشهادة أن يكون مجتنبًا عن الكبائر، ولا يكون مصرًا على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة، ويجتنب عن الكذب ديانة ومروءة.

والحاصل: أن ارتكاب الكبيرة يوجب زوال العدالة، وارتكاب الصغيرة لا يوجب زوال العدالة؛ إلا إذا كان مصرًا عليها.

وحكي عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه قال: الناس لا تخلو عن ارتكاب الصغائر، ولا تخلو عن إتيان ما هو مأذون به في الشرع، فيعتبر في ذلك الغالب يريد به في حق الصغائر، فإن كان غالب حاله أن يأتي بما هو مأذون به في الشرع، ويحترز عما لا يحل له في الشرع من الصغائر، كان جائز الشهادة بعد أن يحترز عن كل الكبائر، وإن كان غالب حاله أنه لا يحترز عن الصغائر لا يكون جائز الشهادة، وإن كان يأتي بالمأذون به شرعًا.

ثم اختلفوا في تفسير الكبائر، قال بعضهم^(١): هي السبع التي ذكرها

(١) رأى جمهور الفقهاء أن الكبائر: تعرف بالحد، ثم اختلفوا بعد ذلك في حد الكبيرة وتمييزها عن الصغيرة:

فذهب شيخ الإسلام ابن تيمية: إلى أن الكبيرة «كل ذنب ترتب عليه حد في الدنيا، أو وعيد في الآخرة، بلعنة، أو غضب، أو سخط، أو نار، أو نفي إيمان، أو براءة من فاعله». وقد روي مثل ذلك عن ابن عباس، وسفيان بن عيينة، وأحمد بن حنبل، وغيرهم.

وذهب إمام الحرمين إلى أن الكبيرة هي: «كل جريمة تؤذن بقله اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة». ولا يخفى ما في هذا الحد من توسع في معنى الكبيرة يخرج بها عن مفهومها الذي يميزها عن الصغيرة؛ ولذا عقب السيوطي على هذا القول لإمام الحرمين بقوله: «عدل إمام الحرمين عن حدها - يعني: حد الكبيرة - إلى حد السالب للعدالة».

وذهب الحلبي إلى أن الكبيرة هي: «كل محرم لعينه منهي عنه لمعنى في نفسه». وذهب سفيان الثوري إلى أن «الكبائر ما كان فيه من المظالم بينك وبين العباد، والصغائر ما كان بينك وبين الله؛ لأن الله كريم يعفو».

وذهب عز الدين بن عبد السلام: «إلى أن الفرق بين الصغائر والكبائر، يعرف بعرض

رسول الله ﷺ في الحديث المعروف، وهو «الإشراك بالله تعالى، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، ونهب المؤمن، والزنا، وشرب الخمر»^(١)، وهو قول أهل الحجاز وأهل الحديث، وزاد بعضهم على السبع التي ذكرها: أكل الربا، وأكل مال اليتيم بغير حق.

وقال بعضهم: ما ثبت حرمة بنص القرآن فهو كبيرة.

مفسدة الذنب على مفسد الكبائر المنصوص عليها، فإن نقصت عن أقل مفسد الكبائر، فهي من الصغائر، وإن ساوت أدنى مفسد الكبائر، أو أربت عليها فهي من الكبائر». وقد استحسّن الحافظ ابن حجر هذا الضابط، وعلق عليه قائلاً: «وهو ضابط جيد». وقال الواحدي في البسيط: «الصحيح أنه ليس للكبائر حد يعرفه العباد، وتتميز به من الصغائر تمييز إشارة، ولو عرف ذلك لكانت الصغائر مباحة، ولكن الله تعالى أخفى ذلك على العباد؛ ليجتهد كل واحد في اجتناب ما نهى عنه؛ رجاء أن يكون مجتنباً للكبائر، ونظيره إخفاء الصلاة الوسطى في الصلوات، وليلة القدر في رمضان». وإلى هذا - أيضاً - ذهب الإمام الغزالي حيث قال في إحياء علوم الدين: «إنها - يعني: الكبائر - مبهمة من حيث اللفظ، ليس لها موضوع خاص في اللغة، ولا في الشرع، وذلك لأن الكبير والصغير من المضافات، وما من ذنب إلا وهو كبير بالإضافة إلى ما دونه، وصغير بالإضافة إلى ما فوقه، ومنصوصات القرآن متفاوتة، وربما كان في الإبهام فائدة؛ ليكون الناس على وجل، كما أبهم ليلة القدر؛ ليعظم جد الناس في طلبها». ويشكك ابن أبي العز الحنفي في قول من قال: إن الكبائر مبهمة - كالواحدي والغزالي وغيرهما - ويشير إلى أن الكبائر قد تكون معروفة عند البعض؛ ومن ثم فمن يقرر إبهامها؛ يكون ذلك منه إقراراً في حق نفسه، لا ينسحب بالضرورة على غيره؛ ولذا يعلق ابن أبي العز على قول الغزالي السابق قائلاً: «ومن قال: إنها لا تعلم أصلاً، أو أنها مبهمة، فإنما أخبر عن نفسه أنه لا يعلمها، فلا يمنع أن يكون قد علمها غيره».

ينظر: مجموع الفتاوى (١١/٦٥٠-٦٥١)، فتح الباري (١٠/٤٦٧، ٤٦٨)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (٢/٦٨٢)، فواتح الرحموت (٢/١٤٤)، القواعد، ص (٤٦)، البحر المحيط في أصول الفقه (٤/٢٧٦)، إحياء علوم الدين (٤/١٦-١٩)، شرح العقيدة الطحاوية، ص (٣٧٢).

(١) أخرجه البخاري (١١/٥٦٤)، كتاب الأيمان والندور، باب: اليمين الغموس (٦٦٧٥)، وفي (١٢/١٩٩)، كتاب الديات، باب: قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا﴾ (٦٨٧٠)، وفي (١٢/٢٧٦)، كتاب استنابة المرتدين (٦٩١٩)، وأخرجه الترمذي (٥/٢٢٠)، كتاب تفسير القرآن، باب: سورة النساء، وقال: هذا حديث حسن صحيح (٣٠٢١)، والنسائي (٧/٨٩)، في ذكر الكبائر.

وقال بعضهم: ما توعده به نار جهنم فهو كبيرة.

وقال بعضهم: ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة.

وقال بعضهم: ما كان حراماً لعينه فهو كبيرة، وما كان حراماً لغيره فهو صغيرة.

وأصح ما قيل في هذا الباب: ما نقل عن الشيخ الإمام الأجلّ شمس الأئمة

الحلواني رحمه الله أنه قال: ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى

والدين، فهو من جملة الكبائر، وكذلك ما فيه نبذ المروءة والكرم فهو من جملة

الكبائر وكذلك الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر

يوجب سقوط العدالة، وإذا كان حدّ الكبائر هذه الأشياء كان ما عداها من جملة

الصغائر.

قال الخصاف في «أدب القاضي»: إذا ترك الرجل الصلاة بالجماعة استخفافاً

بذلك أو مجانة أو فسقاً لا تجوز شهادته، لم يرد بهذا الاستخفاف الاستخفاف

بالدين؛ لأن المستخف بالدين كافر، بل أراد به ألا يستعظم تفويت الجماعة كما

يفعله العوام، فإن تركها متأولاً بأن كان الإمام فاسقاً، فكره الاقتداء به، ولا يمكنه أن

يصرفه، فصلى في بيته وحده، أو كان ممن يضلّل الإمام، ولا يرى الاقتداء به

جائزاً، فهذا مما [لا] ^(١) يسقط العدالة.

وكذلك شهادة تارك الصلوات في أوقاتها لا تقبل وكذلك من ترك الجمعة لا تقبل

شهادته وهذا إذا تركها رغبة عنها، أما إذا تركها بعذر كالمرض أو بعده من المصر،

أو بتأويل بأن كان يفسق الإمام أو ما أشبهه، لا ترد شهادته.

ثم [إن] ^(٢) الخصاف وضع المسألة في ترك الجمعة ثلاث مرات.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: التقدير بالثلاث شرط كما ذكر

الخصاف.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وقال شمس الأئمة الحلواني: هذا ليس بشرط لازم، بل إذا ترك مرة كفى لرد الشهادة، وإليه أشار الخصاف رحمه الله في بعض المواضع.

ولا تقبل شهادة آكل الربا المشهور بذلك المقيم عليه؛ فقد شرط لرد الشهادة أن يكون مقيماً عليه مشهوراً بذلك، وكان ينبغي أن تزول العدالة بالأكل مرة، كأكل مال اليتيم؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء كبيرة، مع هذا شرط الإدمان.

واختلف المشايخ رحمهم الله في علته:

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: آكل الربا إنما يسقط العدالة إذا أكله مع علمه بكونه ربا.

ولا تجوز شهادة مدمن الخمر، فقد شرط الإدمان ولم يرد به الإدمان في الشرب؛ لأنه لا يطيق، وإنما أراد به الإدمان في النية، يعني: يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: ويشترط مع الإدمان أن يظهر ذلك للناس أو يخرج سكراناً، فيسخر منه الصبيان، حتى إن شرب الخمر في السر لا تسقط عدالته.

قال في «الأصل»: ولا تجوز شهادة مدمن الفجور والمجانة والشرب، لا تقبل شهادته، وإن لم يشرب.

ولا تقبل شهادة المخنث؛ قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وهذا إذا كان تخنثه باختياره، أو كان يأتي بالأفعال الرديئة، فأما إذا كان في كلامه تكسر، وفي أعضائه لين بأصل الخلقة، ولا يأتي بشيء من الأفعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة.

ولا تقبل شهادة من يلعب بالحمام ويطيرهن.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الكفالة في باب الشهادة في الدين: إذا كان لا يطيرهن ولكن يخليهن حتى يخرجن من بيته لا تقبل شهادته، وعلل فقال: لأنه يأتي

بيت حمامته حمامات غيره، فيفرخ فيه ثم هو يبيع ذلك ويأكل، ولا يعرف حمامته من حمامة غيره، فيصير أكلاً حراماً ومرتكباً ما لا يحل.

قال ثمة: وهذا كما قال مشايخنا رحمهم الله: إن شهادة صاحب الحمام لا تقبل؛ لأنه ينظر إلى عورات الناس، ويجمع نجاسات الأعيان للآثار^(١) ولا يبالي بذلك.

ومن المشايخ من قال: لا تسقط عدالته في هذه الصورة، ويستدل باتخاذ الناس بروج الحمامات من غير نكير منكر.

وإن كان يمسكهن في بيته ولا يطيرهن ولا يخليهن لا تسقط عدالته بلا خلاف. ولا تقبل شهادة المغني والمغنية إذا كان يجمع الناس ويؤنسهم، هكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي» فأما إذا كان لا يسمع غيره ولكنه يسمع نفسه لإزالة الوحشة قبلت شهادته.

يجب أن يعلم بأن التغني لإسماع الغير وإيناسه مكروه عند عامة المشايخ، ومن الناس من جوز ذلك في العرس والوليمة.

ومنهم من قال: إذا كان يتغنى [ليستفيد به نظم القوافي، ويصير فصيح اللسان لا بأس به.

وأما التغني لإسماع نفسه ودفع الوحشة عن نفسه، هل هو مكروه؟^(٢) فقد اختلف المشايخ، منهم من قال: لا يكره، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو.

ومن المشايخ من قال: جميع ذلك مكروه، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده. وإذا كان في الشعر صفة المرأة؛ إن كانت امرأة بعينها وكانت حية يكره، وإن كانت ميتة أو كانت امرأة مرسلة لا يكره.

(١) في ز: للإتيان.

(٢) سقط في ز.

وكذلك لا تقبل شهادة النائحات، ولم يرد به التي تنوح في مصيبتها، وإنما أراد التي تنوح في مصيبة غيرها، اتخذت ذلك مكسبا.

وكذلك لا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج^(١) لكن بشرط انضمام أحد معان ثلاثة: إذا قامر عليه، أو شغله عن الصلوات، أو أكثر الحلف عليه بالكذب والباطل؛ فأما بدون انضمام أحد هذه المعاني الثلاثة إليه لا تسقط عدالته.

ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال.

وإذا كان الرجل يلعب بشيء من الملاهي وذلك لا يشغله عن الصلاة، ولا عمّا يلزمه من الفرائض، ينظر: إن كانت مستشعة بين الناس، كالمزامير والطنابير لم تجز شهادته؛ وإن لم تكن مستشعة نحو الحدو أو ضرب القضيب جازت شهادته. قال:

(١) من تكرر منه اللعب بالنرد لم تقبل شهادته سواء لعب به قمارا أو غير قمار.

قال مالك: من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائفة، لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ﴾ وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال.

ينظر: المغني، لابن قدامة (١٧٠/٩) وما بعدها، والخرشي مع حاشية العدوي (٧/١٧٧)، وجواهر الإكليل (٢/٢٣٣).

وقال المالكية: من باشر لعبها ولو مرة لا تقبل شهادته. وأما لاعب الشطرنج فقد أجمع المسلمون على رد شهادته في الأحوال التي يحرم لعبها إجماعا، وذلك للإجماع على فسقه فيها. وفيما عدا ذلك فللفقهاء أقوال بحسب أقوالهم في إباحة الشطرنج أو تحريمه. فذهب المالكية إلى أن شهادة لاعب الشطرنج لا تسقط إلا عند الإدمان عليها لأن المدمن لا يخلو من الأيمان الحائنة والاشتغال عن العبادة. وذهب الشافعية إلى أنه لا ترد شهادة لاعب الشطرنج إلا إذا اقترن بقمار أو فحش أو إخراج صلاة عن وقتها عمدا وترد شهادته بذلك المقارن.

وذهب الحنابلة إلى عدم قبول شهادة لاعب الشطرنج مطلقا لتحريمه وإن عري عن القمار، وهو مقيد عندهم بأن يكون لاعبه غير مقلد في إباحتها فإن قلد من يرى حله لم ترد شهادته.

وذهب الحنفية إلى رد شهادة لاعب الشطرنج بواحد مما يلي: إذا كان عن قمار أو فوت الصلاة بسببه أو أكثر من الحلف عليه أو اللعب به على الطريق أو ذكر عليه فسقا. وإنما لم ترد شهادته مطلقا لشبهة الاختلاف في إباحتها.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٣٨٣)، وكفاية الطالب (٢/٤٠١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٦٧)، وروضة الطالبين (١١/٢٢٥)، وكشاف القناع (٦/٤٢٣).

إلا إن تفاحش بأن يرقصون به فيدخل في حد المعاصي والكبائر فحينئذ تسقط به العدالة.

وإذا كان الرجل معروفًا بالكذب الفاحش لم تقبل شهادته، يريد به إذا اعتاد الكذب؛ فأما إذا كان يقع فيه^(١) أحيانًا قبلت شهادته؛ لأنه لا يسلم أحد من ذلك. وفي «الأفضية»: والذي اعتاد الكذب إذا تاب لا تقبل شهادته.

وكذلك لا تقبل شهادة الداعر، وهو الفاسق المتهتك الذي لا يبالي ما يصنع. قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: شهادة أهل الهوى^(٢) جائزة، قال: وهو قول أصحابنا أجمعين.

قال شمس الأئمة السرخسي: ومنهم من يفصل بين من يكفر في هواه، وبين من لا يكفر، فكأنه أراد به أبا يوسف، فقد روي عنه أنه قال: من كفرته لم أقبل شهادته، ومن أضلته قبلت شهادته.

وذكر شيخ الإسلام في «شرحه»: وشهادة أهل الأهواء مقبولة عندنا إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجنًا، ويكون عدلًا في تعاطيه، وهو الصحيح، وما ذكرنا في «الأصل» فهو محمول على هذا [إلا]^(٣) (الخطابية).

ولا تقبل شهادة الرجل على الرجل إذا كان بينهما عداوة؛ قالوا: هذا إذا كانت العداوة بينهما بسبب شيء من أمر الدنيا، فأما إذا كانت [العداوة]^(٤) بسبب شيء من أمر الدين، فإنه تقبل شهادته عليه.

وفي كتاب «الأفضية»: إذا أسلم الرجل، وهو لا يقرأ القرآن، فشهادته جائزة، يريد بقوله: (لا يقرأ القرآن) لم يتعلم القرآن للحال، وإنما جازت شهادته؛ لأنه عدل

(١) في ز: في قلبه.

(٢) في ز: الأهواء.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

مسلم، فإن لم يتعلّم القرآن للحال لا يصير فاسقًا. وأما شهادة عمال السلطان فهي مسألة «الجامع الصغير»، وقد ذكر أنها جائزة، من العلماء من قال: أراد به الأجراء؛ لأنه لا يختار للإمارة إلا عدل، وشهادة العدل مقبولة.

ومنهم من قال: أراد به عامل الصدقة، وتقبل شهادته إذا كان عدلاً؛ لأن العمل ليس بجرح، الجرح هو الظلم أو الجور.

وروي عن الحسن البصري أنه قال: لا تجوز شهادة العاشر.

والحاصل: أن العمال إذا كانوا عدولاً ولا يأخذون من الناس بغير حق تقبل شهادتهم، وإن أخذوا بغير حق من الناس، ولم يكونوا عدولاً، فالصحيح من الجواب أنه لا تقبل شهادتهم، وإن كان قد قال بعض المشايخ بقبولها.

وذكر الصدر الشهيد حسام الدين في «وديعة الواقعات»: أن شهادة الرئيس والجاني في السكة أو في البلدة الذي يأخذ الدراهم في الجنایات، والصراف الذين يجمعون الدراهم إليه، ويأخذ طوعاً، لا تقبل.

وتجوز شهادة الشريك المفاوض لشريكه إذا لم يكن المشهود به مشتركاً بينهما، كالحدود والقصاص والنكاح والوصية، وإن كان المشهود به مشتركاً بينهما، لم تقبل.

وشهادة أحد شريكي العنان لشريكه تقبل فيما ليس من شركتهما، وفيما كان من شركتهما، لا^(١) تقبل، ذكر المسألة على هذا الوجه في كتاب «الأقضية».

وفي «الأصل» يقول: شهادة أحد [المتفاوضين لصاحبه لا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح.

وشهادة^(٢) أحد شريكي العنان لصاحبه فيما كان من تجارتها، لا تقبل، وفيما

(١) في ز: لم.

(٢) سقط في ز.

لم يكن من تجارتهما، مقبولة، ولم يذكر مثل هذا التفصيل في المفاوضة. وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام -رحمه الله- في كتاب الشركة: أن المفاوضة تجوز خاصة، يجب أن يكون الجواب في المفاوضة على التفصيل الذي ذكرنا في العنان.

وشهادة الأجير المشترك لأستاذه مقبولة، وشهادة أجير الواحد لأستاذه لا تقبل استحساناً، سواء كان أجير مناوبة أو مشاهرة أو مشافهة.

وفي كفالة الأصل: لا يجوز شهادة الأجير لأستاذه.

وفي كتاب الديات: تجوز شهادة الأجير لأستاذه، والمراد من المذكور: الأجير الخاص، والمراد من المذكور في الديات: الأجير المشترك.

والقياس: أن تقبل شهادة أجير الواحد أيضاً؛ قياساً على الأجير المشترك، وقياساً على شهادة الأستاذ لأجيريه، فإنها تقبل، وإن كان أجيراً خاصاً له.

وذكر الخصاص في «أدب القاضي»: إذا [شهد]^(١) أجير القاتل على المولى أنه عفاه عن الدم، ذكر في «المجرد» عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز.

وفي ديات^(٢) «الأصل»: أنه يجوز، فيجوز أن يكون المراد من المذكور في «المجرد»: الأجير الخاص، ومن المذكور في «الديات»: الأجير المشترك. ولو كان

أجيراً خاصاً مشاهرة، فلم يرد القاضي شهادته، ولم تظهر عدالته حتى مضى الشهر، ثم عدل، قال: أبطل شهادته كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل أن تعدل، ولو شهد ولم يكن أجيراً ثم صار أجيراً قبل أن أقضي أبطل شهادته، فإن لم أبطلها حتى بطلت الإجارة، ثم أعادها جاز، هكذا ذكر في «العيون».

وشهادة أهل الصناعات جائزة إذا كانوا عدولاً، وقال بعض العلماء: لا تجوز لكثرة خلافهم وكثرة ما يجري من الأيمان الفاجرة بينهم، وعامة العلماء يقولون:

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: روايات.

المجوز العدالة، وقد وجدت .

قال الخصاص - رحمه الله - في «أدب القاضي»: شهادة بائع الأكفان لا تقبل .
قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: عندنا إنما لا تقبل شهادته إذا ابتكر لذلك وترصد لذلك العمل؛ لأنه حينئذ يتمنى الموت والطاعون، وأما إذا كان يبيع الثياب هكذا، ويشترى منه الأكفان تجوز شهادتهم .

وذكر القاضي الإمام أبو زيد رحمه الله في شرح كتاب الشفعة في أوله: وقد قال بعض مشايخنا: إن شهادة الصكاكين لا تقبل، والصحيح أنه تقبل شهادتهم إذا كان غالب حالهم الصلاح .

وإذا كان الرجل يبيع الثياب المصورة، أو ينسج الثياب المصورة لا تقبل شهادته، هكذا ذكر في «الأفضية» .

وفيه أيضاً: ومن كثر لغوه لا تقبل شهادته .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: لا تجوز شهادة أصحاب الحمير^(١)، وأراد به النخاسين، وإنما قال ذلك لكثرة ما يكذبون ولأيمانهم الفاجرة، وإن علم من واحد منهم أنه لا يجري منه الكذب واليمين الفاجرة وكان عدلاً قبلت شهادته . وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله: أن شهادة البخيل لا تقبل .

قال أبو يوسف رحمه الله: وتجوز شهادة الأقفل إذا كان عدلاً، وهكذا روي عن الحسن البصري رحمه الله .

وعندنا: لو ترك الختان على وجه الإعراض عن السنة لا تقبل شهادته، وإنما تقبل شهادته إذا تركه بعذر، قيل: العذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك .

ثم لا بد من معرفة صفة الختان^(٢) ووقته، فأما صفته: فقد اختلف العلماء فيه،

(١) الاختيار لتعليل المختار (٢/١٤٨)، تبين الحقائق (٤/٢٢٥)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/٣٢٠) .

(٢) الختان والختانة لغة الاسم من الختن، وهو قطع القلفة من الذكر، والنواة من الأنثى، كما

بعضهم قالوا: إنه فريضة، وقال علماؤنا رحمهم الله: إنه سنة. وأما وقته: فلم يقدر فيه أبو حنيفة رحمه الله في ذلك تقديراً، والمتأخرون من مشايخنا اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: من سبع سنين إلى عشر سنين، وبعضهم قالوا: اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع، بعد أن يحتمل الصبي ولا يهلك، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا يوم السابع، أو بعد السابع ولكنه شاذ. وشهادة الخصي مقبولة.

قال أبو يوسف رحمه الله: ولا أجيز شهادة من يشتم أصحاب^(١) رسول الله ﷺ

يطلق الختان على موضع القطع. يقال: ختن الغلام والجارية يختنهما ويختنهما ختنا. ويقال: غلام مختون وجارية مختونة وغلام وجارية ختين، كما يطلق عليه الخفض والإعذار، وخص بعضهم الختن بالذكر، والخفض بالأنثى، والإعذار مشترك بينهما. والعذرة: الختان، وهي كذلك الجلدة يقطعها الختان. وعذر الغلام والجارية يعذرهما، عذرا وأعذرهما ختنهما. والعذار والإعذار والعذيرة والعذير طعام الختان. ولا يخرج استعمال الفقهاء للمصطلح عن معناه اللغوي. ينظر: لسان العرب والمصباح المنير، مادة (ختن)، والمطلع على أبواب المقنع، ص (٢٨)، لسان العرب والمصباح المنير، مادة (عذر). وقد ذهب الحنفية، والمالكية وهو وجه شاذ عند الشافعية، ورواية عن أحمد: إلى أن الختان سنة في حق الرجال وليس بواجب. وهو من الفطرة ومن شعائر الإسلام، فلو اجتمع أهل بلدة على تركه حاربهم الإمام، كما لو تركوا الأذان. وهو مندوب في حق المرأة عند المالكية، وعند الحنفية والحنابلة في رواية يعتبر ختانها مكرومة وليس بسنة، وفي قول عند الحنفية: إنه سنة في حقهن كذلك، وفي ثالث: إنه مستحب.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٤٧٩)، والاختيار (٤/١٦٧)، الشرح الصغير (٢/١٥١)، المجموع (١/٣٠٠)، الإنصاف (١/١٢٤). (١) سب الصحابة رضوان الله عليهم حرام بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله الله تعالى: ﴿وَلَا يَغَبُّ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ الآية [الحجرات: ١٢]. ووجه الدلالة: أن الله جل وعلا نهى عن الغيبة وحرّمها وأدنى أحوال السباب لهم: أن يكون مغتابا، فبان أن سبهم حرام. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: ٥٨].

وجه الدلالة: أن الآية تجعل الذى يؤذى المؤمنين والمؤمنات سببا في تحمل البهتان والإثم، وتحملهما حرام من غير نزاع، فكيف بمن يؤذى الصحابة، وهم صدور

المؤمنين ولم يكتسبوا ما يوجب آذاهم .
ولأن الله رضى عنهم مطلقا، بقوله: ﴿وَالسَّيِّئُونَ الْأَوَّلُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا عَنْهُ﴾ الآية [التوبة: ١٠٠].
وجه الدلالة: أنه جل وعلا رضى عن السابقين من غير اشتراط إحسان، ولم يرض عن التابعين، إلا أن يتبعوهم بإحسان.

وقال تعالى: ﴿لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ﴾ [الفتح: ١٨].
والرضا من الله صفة قديمة، فلا يرضى إلا عن عبد علم أنه يوافيه على موجبات الرضا، ومن رضى الله عنه، لم يسخط عليه أبدا، والنصوص في هذا الشأن كثيرة جدا. وكل من أخبر الله تعالى أنه رضى عنه، فإنه من أهل الجنة، وإن كان رضاه بعد إيمانه وعمله الصالح، فإنه يذكر ذلك في معرض الثناء عليه، والمدح له، فلو علم أنه يتعقب ذلك بما يسخط الرب، لم يكن من أهل ذلك، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّفْسُ الْمُطْمَئِنَّةُ ﴿٢٧﴾ أَرْجَىٰ إِلَىٰ رَبِّكَ رَاضِيَةً مُّرْتَبِتَةً ﴿٢٨﴾ فَأَدْخِلْ فِي عِبْدِي ﴿٢٩﴾ وَأَدْخِلْ جَنَّتِي ﴿٣٠﴾﴾ [الفجر: ٢٧، ٣٠]؛ ولأنه قال: ﴿لَقَدْ تَابَ اللَّهُ عَلَى النَّبِيِّ وَالْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ الَّذِينَ اتَّبَعُوهُ فِي سَاعَةِ الْعُسْرَةِ مِن بَعْدِ مَا كَادَ يَزِيغُ قُلُوبَ فَرِيقٍ مِّنْهُمْ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ إِنَّهُ بِهِمْ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [التوبة: ١١٧].

وأما السنة: ففي الصحيحين قال رسول الله ﷺ: «لا تسبوا أصحابي، فالذي نفسي بيده لو أن أحدكم أنفق مثل أحد ذهبا ما أدرك مد أحدهم ولا نصيفه» .
وعند عبد الله بن مغفل قال: قال رسول الله ﷺ: «الله في أصحابي، لا تتخذوهم غرضا من بعدي، من أحبهم فقد أحبني، ومن أبغضهم فقد أبغضني، ومن آذاهم فقد آذاني، ومن آذاني فقد آذى الله ومن آذى الله فيوشك أن يأخذه» .
وأما أقوال السلف:

فقد قال إبراهيم النخعي: كان يقال: شتم أبي بكر وعمر من الكبائر، وكذلك قال أبو إسحاق السبيعي: شتم أبي بكر وعمر من الكبائر، التي قال الله تعالى: ﴿إِن تَجَنَّبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا﴾ [النساء: ٣١].
وإذا كان شتمهم بهذه المثابة، فأقل ما فيه التعزير؛ لأنه مشروع في كل معصية، ليس فيها حد ولا كفارة، وقال ﷺ: «انصر أخاك ظالما أو مظلوما» .

وقال شيخ الإسلام: وهذا مما لا نعلم فيه خلافا بين أهل الفقه والعلم من أصحاب رسول الله ﷺ والتابعين لهم بإحسان، وسائر أهل السنة والجماعة، فإنهم مجمعون على أن الواجب محبتهم وموالاتهم، وعقوبة من أساء فيهم القول .
واتفق أصحاب المذاهب الأربعة: على كفر من سب أبي بكر وعمر - رضى الله عنهما - واستدلوا بالنصوص السابقة الذكر .

قال في البحر الرائق: «... وإن سب الشيخين وطعن فيهما كفر؛ ويجب قتله، ثم إن رجع وتاب جدد الإسلام، وحيث لا تقبل توبته، علم أنه كسب الرسول...» .
وقالت المالكية: «فإن رمى عائشة فيما برأها الله منه، بأن قال: زنت، أو أنكر صحبة

ورضي عنهم، وكذلك لا تقبل شهادة قاذف المحصنات^(١).

وحكي عن نصر بن يحيى أنه سئل عن من يشتم أهله ومماليكه وأولاده، أتقبل شهادته؟ قال: إذا كان في كل يوم وكل ساعة، فلا. وإن كان أحياناً تقبل إن شاء الله تعالى.

قال الفقيه أبو الليث: هذا في شتم دون القذف، فأما القذف فكبيرة^(٢) فتسقط به العدالة.

وإن كان يتبرأ عن أصحاب رسول الله ﷺ، فهذا هوى، وقد بينا حكم شهادة أهل الأهواء.

وإن كان رجلاً يشتم الناس ويشتمونه، فهذا ماجن ولا شهادة لماجن. وقد سألت عنه، فقالوا: يشتم أصحاب رسول الله ﷺ: لم أقبل ذلك وأجيز شهادته، ولو قالوا: نتهمه بالفسق والفجور، ويظن ذلك به، ولم نره، قبلت ذلك، ولم أجز شهادته.

وتجوز شهادة المحدود في الزنا والسرقه وشرب الخمر إذا تابوا، بخلاف المحدود في القذف، فإنه لا تقبل شهادته وإن تاب.

أبي بكر، أو إسلام العشرة، أو إسلام جميع الصحابة، أو كفر الأربعة، أو أحدا منهم كفر». وقالت الشافعية: «وكذا من أنكر صحبة أبي بكر - رضي الله عنه - أو رمى عائشة مما برأها الله منه، أو سب الشيخين، أو الحسن والحسين...». وقالت الحنابلة: «وسب الصحابة، أو سب أحدا منهم، أو اقترن بسبه أن علياً إله أو نبي، أو أن جبريل غلط فلا شك في كفر هذا».

وسئل الإمام أحمد عن شتم أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - قال: يحد، ويعاقب العقوبة الرادعة، فإن عاد جلد في الحبس حتى يموت أو يرجع.

(١) شهادة القاذف بعد إقامة حد القذف عليه رأى الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - عدم قبولها خلافاً للأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) في قولهم: إن شهادة المحدود في قذف مقبولة إذا تاب وحسنت توبته.

ينظر: المسوط، للسرخسي (١٢٥/١٦)، المدونة الكبرى (١٥٨/١٣، ١٥٩)، الأم، للشافعي (٢٠٩/٦)، المغني (١٩٠/١٠).

(٢) في ز: فهو كبيرة.

ولا تجوز شهادة المتهم، ولا تجوز شهادة الفاسق عندنا^(١)، وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الفاسق إن كان ذا مروءة وكان وجيهاً تقبل شهادته.

ولو قضى^(٢) قاض بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه عندنا، والمسألة مرت في كتاب «أدب القاضي».

ولا تجوز شهادة الأخرس^(٣) عند علمائنا رحمهم الله، ولا تقبل شهادة الأعمى^(٤) في شيء من الحقوق في المسموعات والمنقولات عند علمائنا رحمهم

(١) اتفق الفقهاء على اشتراط العدالة في الشاهد، وأنه لا تقبل شهادة الفاسق، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِّنكُمْ﴾، ولقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمُ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾، فلا يجوز الحكم بها، لأن في الحكم بها تعديلاً له، ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله تعالى.

ينظر: الفتاوى الخانية (٢/ ٤٦٠)، والتبصرة، لابن فرحون (١/ ١٧٣)، والشرح الصغير (٤/ ٢٤٠)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٥٥٥)، والمغني (٩/ ٦٣ - ٦٧).

(٢) في ز: وصى.

(٣) ذهب الحنفية والحنابلة - وهو الأصح عند الشافعية - إلى أن شهادة الأخرس لا تقبل؛ لأن مراعاة لفظ الشهادة شرط صحة أدائها، ولا عبارة للأخرس أصلاً، فلا تقبل شهادته ولو فهمت إشارته؛ لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين، ولذلك لا يكتفى بإشارة الناطق. لكن قال الحنابلة: إذا أدى الأخرس الشهادة بخطه فإنها تقبل.

وعند المالكية ومقابل الأصح عند الشافعية تقبل شهادة الأخرس ويؤديها بإشارة مفهومة أو كتابة، فإذا قطع الحاكم بفهم مقصوده من إشارته حكم بها؛ لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم عنه بطريق يفهم عن مثله قبلت منه، كالنطق إذا أداها بالصوت. ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٨٦)، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٣٠٢)، والتبصرة بهامش فتح العلي (٢/ ٧٩)، والكافي (٢/ ١٩٩)، وروضة الطالبين (٨/ ٣٩) و(١١/ ٢٤٥)، والأشباه والنظائر، للسبوطي، ص (٣٣٨)، والمهذب (٢/ ٣٢٥)، وكشاف القناع (٦/ ٤١٧)، والمغني (٩/ ١٩٠).

(٤) لا تصح شهادة الأعمى عند الحنفية مطلقاً. وذهب الشافعية إلى أنه لا تصح شهادة الأعمى في الأفعال؛ لأن طريق العلم بها البصر، وكذا في الأقوال إلا فيما يثبت بالاستفاضة؛ لأن مستندها السماع وليس الرؤية، وإلا في الترجمة بحضرة القاضي لأنه يفسر ما سمعه. وعند المالكية تجوز شهادته في الأقوال دون الأفعال فيما لا يشبهه عليه من الأقوال إذا كان فطنا، ولا تشبهه عليه الأصوات، وتيقن المشهود له، والمشهود عليه، فإن شك في شيء منها فلا تجوز شهادته.

الله، إذا تحمل الشهادة وهو أعمى وشهد وهو أعمى، فأما إذا تحمل الشهادة وهو بصير، ثم أدى وهو أعمى، هل تقبل شهادته عند علمائنا رحمهم الله؟ أجمعوا على أنه في المنقول: لا تقبل.

وأما إذا كان المشهود به دينًا أو عقارًا فقد اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا تقبل هذه الشهادة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تقبل.

ولو كان بصيرًا وقت التحمل والأداء إلا أنه [إذا] ^(١) عمي قبل القضاء، فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: القاضي لا يقضي بشهادته، وعلى قول أبي يوسف: يقضي.

وعند الحنابلة تجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت لأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير؛ ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى، وكثرت صحبته له، وعرف صوته يقينًا، فيجب أن تقبل شهادته، فيما تيقنه كالبصير، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال.

وذهب زفر من الحنفية (وهو رواية عن أبي حنيفة) إلى قبول شهادته فيما يجري فيه التسامع؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الأعمى لو تحمل شهادة تحتاج إلى البصر، وهو بصير، ثم عمي فإن تحمل على رجل معروف بالاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة، فله أن يشهد بعدما عمي، وتقبل شهادته لحصول العلم، وإن لم يكن كذلك لم تقبل. ونص الحنابلة على أنه إن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به. وكذلك الحكم إن شهد عند الحاكم، وهو بصير، ثم عمي قبل الحكم بشهادته، جاز الحكم بها عندهم، وعند أبي يوسف من الحنفية، وذلك لأنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها، كما لو مات الشاهدان أو غابا بعد أداء الشهادة.

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم قبول شهادته في الحالتين السابقتين؛ لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة.

ينظر: بدائع الصنائع (٢٣/٩، ٤٠)، الهداية (١٢١/٣)، وشرحها فتح القدير (٦/٢٧)، البنائة (١٦٠/٧)، تبيين الحقائق (٢١٧/٤، ٢١٨)، المبسوط (١٦/١٢٩)، فتح القدير (٢٧/٦)، الفتاوى الهندية (٣/٤٦٤ - ٤٦٥)، الخرشني (٧/١٧٩)، شرح منح الجليل (٤/٢٢١)، المهذب (٢/٣٣٦)، روضة الطالبين (١٢/٢٦٠)، المغني والشرح الكبير (١٢/٦١-٦٣).

(١) سقط في ز.

وأجمعوا على أن الشاهد إذا خرس، أو ذهب عقله، أو ارتد بعد الشهادة قبل القضاء، أن القاضي لا يقضي بشهادته.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وهذا كله فيما لا يجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع، أما فيما يجوز الشهادة عليها بالشهرة والتسامع فشهادة الأعمى مقبولة. ثم فرق بين شهادة الأعمى وبين شهادة الشهود على غائب لأجل كتاب القاضي. والفرق: أن ثمة، الشهود يعرفون المدعى عليه، ويقولون: لو رأيناه عرفناه، فلا يكون ذلك شهادة على من لا يعلمون بوجود الحق عليه، حتى لو قالوا: لا نعرفه اليوم لا تقبل شهادتهم، فأما الأعمى لا يشهد على من يعلم بوجود الحق عليه على الحقيقة، فلا يصح منه أداء الشهادة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية: أن المدعي والمدعى عليه إذا كانا معروفين ليس على اسمهما ونسبهما غيرهما تقبل شهادة الأعمى عند بيان الاسم والنسب. وإذا كان الرجل يجن ساعة ويفيق ساعة، فشهد في حال إفاقته تقبل شهادته، وقدّر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ذلك بيومين، وقال: إذا كان جنونه يومين أو أقل من ذلك ثم يفيق هكذا، فشهد في حال إفاقته تقبل شهادته، ذكره في «شرح أدب القاضي» في باب شهادة الأعمى. والله تعالى أعلم.



نوع آخر من هذا الفصل:

وتجوز شهادة الرجل لمن أرضعته امرأته، ولامرأته من الرضاع^(١).
وكذلك تقبل شهادته لأخيه وأخته، وعمه وعمته، وخاله وخالته من الرضاع
والنسب.

ولا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا شهادة الولد لوالده، [ولا شهادة الزوج
لزوجته]^(٢)، ولا شهادة المرأة لزوجها^(٣).
وشهادة الأخ لأخيه مقبولة^(٤).

(١) اتفقت مذاهب الفقهاء رحمهم الله من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية على أن
الرضاع لا يؤثر في الشهادة، فتقبل شهادة الولد من الرضاع لوالديه، وتقبل شهادة الوالدين
من الرضاع لولدهما.

ينظر: مجمع الأنهر (١٩٧/٢)، الحاوي (١٧٨/٢١)، المغني (١٨٣/١٤)، الإقناع
(٥١٣/٤)، منتهى الإرادات (٣٦٧/٥)، المحلى (٤١٥/٩).

(٢) سقط في ز.

(٣) اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في شهادة المرأة لزوجها على قولين:

القول الأول: لا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا شهادة الزوجة لزوجها وإلى هذا ذهب
الحنفية، والمالكية، وقول عند الشافعية.

القول الثاني: تقبل شهادة الزوج لزوجته وشهادة الزوجة لزوجها وإلى هذا ذهب
الشافعية، ورواية عند الحنابلة، والظاهرية.

ينظر: أدب القاضي مع شرحه للجصاص، ص (٧٠٤)، وشرح معاني الآثار (٢٦/٢)،
ومختصر القدوري، لأبي الحسين محمد بن أحمد بن جعفر القدوري، تحقيق: كامل محمد
عويضة، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص (٢٢٠)،
والمبسوط، للسرخسي (١٢٢/١٦)، وروضة القضاة (٢٣٨/١)، (٢٣٩)، وشرح أدب
القاضي (٤١٢/٤)، المدونة (١٩-٢١/٤)، والتلقين في الفقه المالكي (٥٣٥/١)،
وتبصرة الحكام لابن فرحون (١٧٨/١)، البيان، للعمراني (٣١٤/١٣)، وروضة
الطالبين (٢٣٧/١١)، وتكملة المجموع، للمطيعي (١٠١/٢٣)، الأم، للشافعي (٧/
٨٧)، والحاوي، للماوردي (١٧٩/٢١)، والمغني، لابن قدامة (١٨٤/١٤)، والفروع،
لابن مفلح (٥٨٥/٦)، المحلى، لابن حزم (٤١٥/٩).

(٤) اختلف العلماء في شهادة الأخ لأخيه على قولين:

القول الأول: شهادة الأخ لأخيه مقبولة مطلقاً سواء كان الشاهد في عيال المشهود له أو
لا، وسواء كان يصله بر المشهود له أو لا، وسواء كان المشهود فيه نسباً، أو مالا، أو غير
ذلك وإلى هذا ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة والظاهرية.

ولا تجوز شهادة الرجل لولد ولده وإن سفل، ولا لجده وإن علا، وتجاوز شهادته
 لأم امرأته وابتنتها^(١)، ومن لا تجوز شهادته له لا تجوز شهادته لعبده، ولا لمكاتبه
 ولا أم ولده ولا لمديره.
 ولا تجوز شهادة العبد والمكاتب والمدير وأم الولد في حقوق العباد عندنا،
 وكذلك شهادة معتق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله.



القول الثاني: شهادة الأخ لأخيه مقبولة إلا أن يكون متهمًا وإلى هذا ذهب أكثر المالكية.
 ينظر: بدائع الصنائع (٦/٢٧٢)، تبيين الحقائق (٤/٢٢٣)، فتح القدير (٧/٤٠٧)،
 الحاوي (٢١/١٧٨)، المهذب (٥/٦٢٠)، الإفصاح (٢/٣٦٢)، المغني (١٤/١٨٤)،
 المحلى (٩/٤١٥)، المدونة (٤/٨)، البيان والتحصيل (٩/٤٢٣).
 (١) في ز: وابنها.

نوع آخر من هذا الفصل:

العبد إذا شهد في حادثة، ورد القاضي شهادته، ثم أعتق وأعاد تلك الشهادة قبلت شهادته، وكذلك الصبي والكافر إذا شهدا على مسلم، فرد القاضي شهادتهما، ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي، ثم أعاد تلك الشهادة، فإنه تقبل شهادتهما. فرق بين هذا وبين الفاسق إذا شهد في حادثة ورد القاضي شهادته، ثم زال الفسق بالتوبة، فأعاد تلك الشهادة، فإنه لا تقبل شهادته.

والزوج إذا شهد لزوجته وهو حر، أو الزوجة لزوجها وهي حرة، فرد القاضي شهادتهما، ثم ارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة لا تقبل شهادته. النصراني إذا حُدَّ حَدَّ القذف ثم أسلم، فإن شهادته جائزة، والعبد إذا حُدَّ حَدَّ القذف ثم عتق، فإن شهادته غير جائزة. وإذا تحمل العبد شهادة لمولاه، فلم يؤدها حتى عتق، ثم شهد بها جازت؛ وكذلك إذا تحمل أحد الزوجين شهادة لصاحبه، ثم وقعت الفرقة^(١) بينهما، وأدى تلك الشهادة جاز.

ولو شهد لصاحبه حال قيام النكاح، فلم يقبل القاضي شهادته ولم يردها حتى وقعت الفرقة بينهما، لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في «الأصل»، وعن أبي يوسف: أن القاضي لا يقضي بتلك الشهادة إلا أن يعيدها. وإذا شهد المولى لعبده بشيء أو شهد لمكاتبه، فرد القاضي شهادته، ثم أعتقا وأعاد المولى تلك الشهادة، لا تقبل شهادته. ولو شهد العبد أو المكاتب لمولاه، ورد القاضي شهادته، ثم عتقا، وأعادا تلك الشهادة، تقبل شهادتهما.

وفي «المنتقى»: إذا شهد الأعمى على شيء، فشهد به عند القاضي، ورد القاضي شهادته، ثم ذهب العمى، فأشهد المشهود عليه ثانيًا، فشهد بها عند القاضي جاز. وإن أشهد^(٢) على شهادة وهو بصير، فشهد عليها عند القاضي في حالة العمى، فردها القاضي ثم ذهب العمى، فشهد بها ثانيًا، فعلى قول أبي يوسف: لا تقبل. وإذا شهد حران مسلمان بالغان في حق من الحقوق، وكانا يوم أشهدا صغيرين أو كافرين أو عبيدين قبلت شهادتهما. والله تعالى أعلم.

(١) في ز: البيئونة.

(٢) في ز: شهد.

الفصل الرابع

في الاستماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهم الله: شاهدان شهدا على رجل بمال، فقبل أن يقضي القاضي بشهادتهما شهد عليهما رجلان أنهما رجعا عن شهادتهما، فإن كان الذي أخبر عن رجوعهما ممن يعرفه القاضي ويعدله وقف في أمرهما، ولم ينفذ شهادتهما، وإذا شهد شاهد على الحق مفسراً، وشهد الآخر على شهادته لا تقبل، وكذلك إذا شهد الآخر على مثل شهادته، أما إذا قال الآخر: أشهد بمثل ما شهد به الأول، فعند الخصاف: لا تقبل هذه الشهادة، وعند عامة المشايخ: تقبل هذه الشهادة، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: إن كان الشاهد الأخير فصيحاً يمكنه أداء الشهادة على وجهها ولا يدخله هيئة بسبب مجلس القضاء لا بد وأن يفسر الشهادة على الوجه الذي شهد به الأول.

وإذا قال: أشهد بما شهد به الأول لا تقبل شهادته، وإن كان الشاهد فصيحاً يمكنه أداء الشهادة على وجهها إلا أنه دخله حصر بسبب هيئة مجلس القضاء، أو كان عجمياً غير فصيح، إلا أنه يمكنه بيان الشهادة [بلسانه]^(١) على وجهها لولا حشمة مجلس القضاء، لا يكلف تفسير الشهادة، وإذا شهد بمثل ما شهد به الأول تقبل.

وإن كان الشاهد أعجمياً لا يمكنه بيان الشهادة بلسانه أصلاً، لا يقبل منه الإجمال.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يقول: إن أحس القاضي بخيانة من الشهود لا بد وأن يفسر الثاني الشهادة على الوجه الذي شهد به الأول، وإن لم يحس بخيانة لا يكلفه تفسير الشهادة، وإذا شهد بمثل ما شهد به الأول تقبل.

قال الصدر الشهيد رحمه الله في [شرح]^(٢) أدب القاضي: وعليه الفتوى. وكان شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله يقول: إنما يقبل الإجمال من الشاهد

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

الآخر إذا قال في شهادته: لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، هذه الجملة في «شرح أدب القاضي» للخصاف، في باب القاضي يقضي في المسجد.

وفي هذا الباب أيضًا: إذا كتب شهادة الشاهدين في بياض وقرئ عليه ذلك، فقال: أشهد أن لهذا المدعي جميع ما سمي ووصف في هذا الكتاب على هذا [المدعى عليه الذي قرئ ووصف في هذا الكتاب في يد هذا]^(١) المدعى عليه بغير حق وواجب عليه تسليمه إلى هذا المدعي، فهذه شهادة صحيحة.

وحكى فتوى شيخ الإسلام شمس الأئمة السرخسي في رجل ادعى دارًا من نسخة أو صك قرأها، فقال الشهود وهم آمنون ما هم جنين كواهي سيد هيم لهذا المدعي على هذا المدعى عليه: إن شهادتهم صحيحة.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندی عن الشهود إذا قالوا بالفارسية: ما كواهي وهيم كه أين عين مدعي به ملك أين مدعي است، هل تقبل شهادتهم؟ قال: نعم. وقيل: ينبغي ألا تقبل؛ لأن قولهم: ما كواهي دهيم في العرف للاستقبال، وللحال ما كواهي سيد هيم.

وفي «فتاوى النسفي»: سئل عن شهود كان في لفظ شهادة كل واحد منهم: ما كواهي سيد هيم كه فلان جبران فلانست، هل يكون هذا بمنزلة قوله: ملك فلا ينست، قال: نعم.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يقول: ينبغي للقاضي أن يستفسرهم أنهم أرادوا به الملك أو غيره، فإن فسروا أخذ بتفسيرهم، وإن لم يفسروا وغابوا أو ماتوا، فالقاضي يقضي بشهادتهم بالملك، وسيأتي بعد هذا من هذا الجنس إن شاء الله تعالى.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: وإذا وقع البيع بين رجلين بالتعاطي، ووقعت الحاجة إلى الشهادة، فالشهود كيف [يشهدون]^(٢)؟
قيل: يشهدون على الأخذ والإعطاء، ولا يشهدون على البيع.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وقيل: لو شهدوا على البيع يجوز.

شهد الشهود بعين في يد رجل أنه ملك هذا المدعي، ولم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق، حكى عن الشيخ شمس الأئمة الحلواني أنه قال: لا تقبل هذه الشهادة، وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بقبول هذه الشهادة، [وهكذا حكى فتوى] ^(١) جماعة من المشايخ.

وبعض مشايخنا قالوا: تقبل هذه الشهادة في حق القضايا بالملك، ولا تقبل في حق إيجاب التسليم إلى المدعي، وهو الأشبه والأقرب إلى الصواب، وهذا القائل يقول: لو سأل القاضي ^(٢) الشاهد، أهو في يد هذا المدعى عليه بغير حق، فقال الشاهد: لا أدري، أنه تقبل الشهادة على الملك، وسيأتي بعد هذا من هذا الجنس إن شاء الله تعالى.

وفي «فتاوى النسفي»: ادعى على آخر عشرة دراهم، وشهد الشهود أن لهذا المدعي على هذا المدعى عليه مبلغ عشرة دراهم، لا تقبل هذه الشهادة، وقيل: تقبل، وهو الأصح.

ولو ادعى بالفارسية: ده درهم، وشهد الشهود بهذه العبارة أن لهذا المدعي على هذا المدعى عليه: ده دوازده درهم، لا تقبل، وكذا إذا ادعاه ووارده درهم لا تسمع دعواه، وكذلك: إذا ذكر التاريخ في الدعوى على هذا الوجه بأن قال: أين ملك مراسل ازده وارده سال نار، لا تسمع دعواه.

وكذلك: إذا ذكر الشهود التاريخ في شهادتهم على هذا الوجه، لا تقبل شهادتهم.

وفي فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي: إذا شهد الشهود أن هذا العين حق هذا المدعي، ولم يقولوا: (ملكه) قبلت الشهادة.

وقيل: لا تقبل.

وقيل: ينبغي للقاضي أن يستفسرهم عن الحق أرادوا به الملك أو ما هو حقيقة

(١) في ز: حكى.

(٢) زاد في ز: من.

الحق، وبينى الأمر على ما فسروا.

وعلى هذا إذا ادعى المدعي أن هذه الدار حقي، ولم يقل: ملكي، هل تصح منه هذه الدعوى؟

وفي «الفتاوى»: سئل شداد عن ثلاثة نفر شهدوا في حادثة، ثم قال أحدهم قبل القضاء: أستغفر الله قد كذبت في شهادتي، فسمع القاضي ذلك ولم يعلم أيهم قال ذلك، فسألهم القاضي بعد ذلك، فقالوا: كلنا على شهادتنا، [فالقاضي]^(١) لا يقضي بشهادتهم، وقيمهم من عنده حتى ينظر في ذلك، فإن جاء المدعي باثنين منهم في اليوم الثاني يشهدان له بذلك قبلت شهادتهما.

وإذا شهد الشهود على إقرار رجل بشراء محدود أو بيع محدود أو ما أشبه ذلك، لا بد وأن يذكروا في الشهادة أنه أقر على نفسه، أو يقولوا: أقر بشرائه لنفسه، أو يبيعه بنفسه.

وإذا شهد الشهود أن هذا العين ملك هذا المدعي، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق، ولم يقولوا: فوجب عليه قصر يده عنه، وتسليمه إلى هذا المدعي. حكى عن شيخ الإسلام أبي الحسن السعدي أن فيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: لا بد وأن يقولوا ذلك، يعنى للقضاء بالتسليم؛ ومنهم من قال: لا حاجة إلى ذكره، وتكون الشهادة مقبولة، ويجبر المدعى عليه على التسليم إذا طلب المدعي ذلك، قال شيخ الإسلام هذا: وعليه أدركنا كثيرًا من مشايخ زماننا، قال شيخ الإسلام هذا: وأنا أفتي أن في هذه الشهادة قصورًا.

ادعى على آخر عشرة أفقزة حنطة دينًا، وذكر جميع شرائطه، وجاء بشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه أن هذا المدعي أرسل إليه عشرة أفقزة حنطة لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنه بمجرد الإرسال لا يثبت وصول العين إلى المدعى [عليه]^(٢)؛ ألا ترى أنه في العرف والعادة يقال: فلان أرسل إلي كذا، ولكن لم يصل إلي، وبعد أن يثبت الوصول إليه لا تثبت جهة الدينية.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ.

وإذا قال المدعي للقاضي: لا بينة لي، وحلّف القاضي المدعى عليه بطلب المدعي، ثم جاء المدعي ببينة، روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يقبل بينته، وعن محمد رحمه الله: لا يقبل بينته.

ذكر الخصاف هذه المسألة على هذا الوجه في «أدب القاضي».

وذكر الطحاوي رحمه الله في «مختصره» أن المدعي إذا قال: لا بينة لي، أو قال الشهود: ما لنا شهادة، ثم جاء المدعي بشهود، أو شهد الذين قالوا: لا شهادة لنا، أي: على أصحابنا، فيه روايتان، في رواية: لا تقبل. وفي رواية: تقبل. وعلى هذا إذا قال المدعي: كل بينة آتي بها فهم شهود زور، ثم أتى ببينة.

وعلى هذا إذا قال: ليس لي عند فلان شهادة فيما ادعى على هذا، فلما حلفه القاضي جاء بفلان شهد^(١).

وعلى هذا الخلاف إذا قال: ما لي عند فلان وفلان شهادة على هذا ثم ادعى بعد ذلك شهادتهما.

رجل له دعوى في عبد في يدي رجل، وله على ذلك شهود، فقال واحد من الشهود عند القاضي لعبد من عبيد المدعى عليه: هذا العبد ليس هو العبد الذي لفلان فيه الدعوى، ثم المدعي ادعى ذلك العبد بعينه لنفسه، وشهد له ذلك الذي قال تلك المقالة بين يدي القاضي.

فقد قيل: يجب ألا تقبل شهادته.

وقيل: يجب أن تقبل في إحدى الروايتين على ما ذكره الطحاوي؛ لأنه ليس في كلام الشاهد أكثر من أنه [لا شهادة لي في هذا العبد].

ومن قال^(٢): لا شهادة له في هذه الحادثة، ثم شهد بعد ذلك، ففي قبولها روايتان على ما ذكره الطحاوي.

وعلى ما ذكره الخصاف: تقبل على قول أبي حنيفة رحمه الله، فهانئ كذلك. وفي «فتاوى النسفي» وينبغي للشاهد أن يقول في شهادته: أين عين تلك أين

(١) في ز: يشهد.

(٢) سقط في ز.

يدعي است وحق ويست، حتى لا يمكن أن يلحق به، وحق وي ني .
 وكان الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي يقول: إذا قال المدعي فلان جبير ملك ينست، وحق من، لا يكتفى به، وينبغي أن يقول: وحق ينست، ويقول في قوله: وبدست فلان بنا حق است، وكذلك في نظائره، حتى لا يلتحق به كلمة النفي، قال: الاحتياط في هذا، ولكن هذا الاحتياط في موضع يطالب بالتسليم، وقد ذكرنا جنس هذا قبل هذا.

وفي «فتاوى الفقيه أبي الليث» رحمه الله: إذا ادعى على آخر أنه استهلك دواً له عددًا معلومًا، وأقام البينة على ذلك ينبغي أن يبين الشهود الذكر والأنثى وإن لم يبينوا ذلك.

قال الفقيه أبو بكر: أخاف أن تبطل الشهادة، ولا يقضي للمدعي بشيء من دعواه، وإن^(١) بينوا الذكور والإناث، جازت شهادتهم. ولا يحتاج إلى ذكر اللون. قيل: اشتراط ذكر الذكورة والأنوثة في هذه الصورة مستقيم، خصوصًا على أصل أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن القضاء بالقيمة عنده بناءً على القضاء بملك المستهلك، لما عرف أن حق المالك باق في العين بعد الاستهلاك على أصله، وإنما ينتقل الحق إلى القيمة بقبض القيمة أو بقضاء القاضي، وهذا القائل يقول: مع ذكر الأنوثة والذكورة لا بد من ذكر النوع بأن يقولوا: فرس أو حمار، ونحوه، ولا يكتفى بذكر اسم الدابة.

ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والأنوثة، وقال: المقصود من دعوى الدابة المستهلكة القيمة والمدعي والشهود لا يستغنون عن بيان القيمة، والشهادة على القيمة مقبولة، فلا يشترط بيان الذكورة والأنوثة كما في اللون؛ ألا ترى أن من ادعى على رجل مالاً مقدراً، وشهد الشهود له بذلك، فسألهم القاضي عن السبب، فقالوا: استهلك عليه دابة، فالقاضي يقبل ذلك منهم، وطريقه ما قلنا.

وكذلك الرجلان إذا ادعيا نكاح امرأة معينة وأقاما البينة، فالقاضي يقضي لهما بالميراث والقضاء بالنكاح لرجلين على امرأة واحدة متعذر، ولكن طريق القبول أن

(١) زاد في ز: لم.

المقصود من دعوى النكاح بعد الموت دعوى الميراث، ولا تنافي في الميراث، فقضى بالميراث لهما لهذا، والأول أصح.

رجل ادعى على غيره أنك أبرأني عن جميع الدعاوى والخصومات، والمدعى عليه لم يخاصمه بعد، ولم يدع عليه شيئاً، وجاء المدعى بشاهدين شهدا على ما ادعاه، فقد قيل: لا تقبل هذه الشهادة وقد قيل: تقبل، وعلى قياس مسألة ذكرناها في «أدب القاضي» أن المطلوب إذا ادعى عند القاضي أن الطالب أبرأني عن كل قليل وكثير، وهو اليوم في بلد كذا، وشهودي ههنا حضور، فاسمع من شهودي واكتب لي إلى قاضي تلك البلدة أن على قول أبي يوسف: القاضي لا يسمع من شهوده، ولا يكتب له على ذلك.

وعلى قول محمد: يسمع ويكتب، يجب أن تكون هذه المسألة على ذلك الخلاف.

ولو قال المدعي في هذه المسألة: خاصمني وجحد الإبراء مرة، يجب أن تقبل شهادة شهوده بلا خلاف، كما في تلك المسألة.

رجل ادعى عبداً في يدي رجل أنك بعثني هذا العبد، ونقدتك الثمن، وهو ألف درهم، فجحد البائع البيع وقبض الثمن، فشهد له شاهدان على إقراره بالبيع، وقبض الثمن، وقالوا: لا نعرف العبد، ولكنه قال لنا: عبدي زيد، وشهد آخران أن هذا العبد اسمه زيد أو شهدا على إقرار البائع أن هذا العبد اسمه زيد، فالبيع لا يتم بهذه الشهادة ويحلف البائع، فإن حلف رد الثمن، وإن نكل لزمه البيع بنكوله، هكذا قال أبو يوسف رحمه الله، فإن شهد شاهداً البيع أنه أقر أنه باعه عبده زيداً المولود، نسبوه إلى شيء يعرف، من عمل أو صناعة أو حلية، فوافق ذلك هذا العبد، فهذا والأول سواء في القياس، لكنني أستحسن إذا نسبوه إلى أمر معروف أن أجيزه، وكذلك الأمة.

وفي «المنتقى»: شهد شاهدان أن لهذا في هذه الدار ألف ذراع، فإذا الدار خمسمائة ذراع أو شهدا أن له في هذا القراح عشرة أجرة، فإذا القراح خمسمائة أجرة، فالشهادة باطلة، ولو كان أقر بذلك أخذ المقر له كلها.

وفيه أيضاً: شاهدان شهدا أن شاة هذا دخل غنم هذا، ولم يعرف الشاة، لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا أنه غصب شاة وأدخلها في غنمه قضيت عليه بالقيمة، ولو شهدا أن داره في دار هذا، ولم يجدوا من أي موضع هي، فالشهادة باطلة. ولو شهدوا أنه غصب داره، وأدخلها في داره قضيت عليه بالقيمة.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله في ثلاثة نفر، لهم على رجل دين ألف درهم، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه قد أبرأه من حصته لا يجوز؛ [لأنهما يدفعان عن أنفسهما شركته إذا قبضا حصتهما]^(١)، وهو بمنزلة ما لو قبضا نصيبهما، ثم شهدا أنه قد أبرأه عن نصيبه، وقال محمد رحمه الله: إن كانا قد قبضا نصيبهما، فشهادتهما باطلة، وإن كانا لم يقبضا، فشهادتهما جائزة. إذا شهدا على رجل أنه أقر أن اسمه عارية في هذا الدين، وهو لفلان، وفلان يدعيه، فهو جائز. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

نوع آخر من هذا الفصل :

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا شهد رجلان أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم، فهذا على وجوه:

الأول: أن ينصا على الشركة، بأن شهدا أن لفلان ولهما على هذا الرجل ألف درهم مشترك بينهم، وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما أصلاً.

الثاني: إذا نصا على قطع الشركة، بأن [قالا]^(١): نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة، وجبت بسبب على حدة، [ولنا عليه خمسمائة وجبت بسبب على حدة]^(٢)، وفي هذا الوجه تقبل شهادتهما في حق فلان، فهذا ظاهر.

الثالث: إذا أطلقا الشهادة إطلاقاً، وفي هذا الوجه لا تقبل الشهادة أصلاً. وإذا كان لرجل ألف درهم على ثلاثة نفر شهد اثنان منهم أن صاحب الدين أبرأهما وفلاناً عن الألف التي كانت له عليه وعليهما، فإن كان البعض [كفيلاً عن البعض]^(٣) لا تقبل شهادتهما أصلاً، وإن لم يكن البعض كفيلاً عن البعض، فإن شهدا أنه أبرأهما وفلاناً بكلمة واحدة لا تقبل شهادتهما أصلاً. وإن شهدا أنه أبرأهما على حدة، [وفلاناً على حدة]^(٤)، تقبل شهادتهما في حق فلان.

ونظير هذا ما ذكر في كتاب الحدود: إذا شهد رجلان أن فلاناً قذف أمه، وهذه بكلمة واحدة لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا أنه قذف أمه على حدة، وهذه على حدة قبلت شهادتهما في حق هذه.

وفي «المنتقى»: إذا شهد رجل وامرأتان أن زوج المرأتين قال لفسائه: أنتن طوالق لم تجز الشهادة على طلاقهما وعلى طلاق غيرهما. ولو شهد شاهدان أنه أوصى بثلث ماله لفقراء بني تميم، وهما من بني تميم، وهما فقيران جازت الشهادة، ولا يعطيان شيئاً.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

ولو شهدا أنه أوصى بثلث ماله لفقراء أهل بيته، وهما فقيران من أهل بيته، أو ولد لهما فقير من أهل بيته لم تجز الشهادة لهما ولا لغيرهما، وإن كانا غنيين ولا ولد لهما فقير جازت الشهادة.

وفي الوصايا: لو أوصى بثلث ماله لفقراء جيرانه، فشهد على ذلك رجلان لهما^(١) أولاد يحتاجون في جوار الموصي، قال محمد: لا تقبل هذه الشهادة أصلاً. وفي «وقف هلال»: لو وقف على فقراء جيرانه، فشهد على ذلك شاهدان من فقراء جيرانه قبلت شهادتهما، وإذا شهد أهل مسجد على وقف كراسة على مسجدهم أو على أهل مسجدهم وهم يحصون، حتى يجوز الوقف، هل تقبل شهادتهم؟

ينظر: إن كان [الشاهد]^(٢) ممن يقرأ أو له ولد يقرأ لا تقبل شهادته، وإن كان ممن لا يقرأ، وليس له ولد يقرأ تقبل شهادته، وهو نظير أهل مدرسة شهدوا على وقف تلك المدرسة، أو أهل محلة شهدوا على وقف تلك المحلة.

وهناك بعض المشايخ فصلوا الجواب تفصيلاً، فقالوا في شهادة أهل المدرسة: إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف لا تقبل شهادتهم، وإن كانوا لا يأخذون تقبل، وكذلك في أهل المحلة من شهد وهو ممن يأخذ شيئاً من ذلك لا تقبل شهادته، وعلى هذا الشهادة على وقف المكتب وللشاهد صبي في المكتب، أو ليس له صبي في المكتب. وأكثر مشايخنا قالوا: يجب أن تقبل الشهادة في [هذه المسائل]^(٣) كيف ما كان.

واعتمدوا في مسألة الوقف على ما ذكره هلال في وقفه، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الوقف.

وإذا شهدوا أن جميع ما في قرية فلان من الدور والأراضي وغيرهما، التي هي معروفة لفلان ميراث من جهته لفلان ابنه، هذا المدعي لا وارث له غيره، ذكر

(١) في ز: ولهما.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: مسألة الكراسة والمدرسة والمكتب.

الصدر الشهيد في «فتاوى الصغرى»: أن الشهود إن كانوا يعرفون حدود ذلك جاز، وإن كانوا لا يعرفون لا يجوز.

وقيل: إذا كان الشهود لا يعرفون حدود ذلك لا يحل لهم أداء الشهادة، وإن عرفوا إلا أنهم لم يشهدوا بها، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، وهو الأصوب. إذا ادعى على رجل نقرة جيدة موزونة بوزن معلوم، وشهد الشهود بالنقرة بذلك الوزن، ولم يذكروا صفة الجودة في شهادتهم، ولا صفة الرداءة، فالقاضي يقبل شهادتهم، ويقضي بالنقرة الرديئة بذلك الوزن، هكذا كان يفتي بعض مشايخنا. وعلى هذا القياس إذا ادعى مقدارًا معلومًا من دقيق [غير^(١)] منخول، وشهد الشهود بالدقيق مطلقًا.

وقيل: لا بل بينهما فرق؛ ففي الدقيق لا تقبل، ولو ادعى دقيقًا مع النخالة وشهد الشهود بدقيق منخول لا تقبل الشهادة. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

الفصل الخامس

في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته

يجب أن يعلم بأن شهادة الإنسان على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته أو نفي ذلك، لا تقبل؛ لأنه شهادة لنفسه.

قال ابن سماعة عن محمد: كان أبو حنيفة رحمه الله يجيز شهادة القاسمين على قسمتهما، وكان أبو يوسف رحمه الله لا يجيز ذلك، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: لا تجوز شهادتهما.

وذكر الخصاص قول محمد مع قول أبي حنيفة رحمهما الله، ولم يذكر فيه الاختلاف.

قالوا: إن ما ذكره الخصاص آخر قول محمد، فقد رجع إلى قول أبي حنيفة، فأما في ظاهر الرواية، فقول محمد يخالف قولهما في هذه المسألة.

وقال بعض مشايخنا: إنما تقبل شهادتهما إذا شهدا على القسمة لا غير، ثم قالوا بعد ذلك: نحن قسمنا واشتغلا بالتفصيل، فأما إذا شهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء لا تقبل [شهادتهما]^(١)، ولكن إطلاق ما ذكر في «الكتاب» يدل على أنه تقبل شهادتهما في الأحوال كلها، وأن الصحيح ما ذكر من جواز شهادتهما على الإطلاق على قسمة أنفسهما.

قال: فإن حرزا الأرض وقوماها ثم عرضا ذلك على القاضي، ثم حضرت الورثة وأقروا بالتحريز والقيمة، فأقرع القاضي بينهم، وقسم بينهم ثم أخبر عن قسمته فذلك جائز.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف: إذا شهد شاهدان أن فلاناً أمرنا أن نبلغ فلاناً أنه قد وكله ببيع عبده وقد أعلمناه، أو أمرنا أن نبلغ امرأته أنه جعل أمرها في يدها وبلغناها، وقد طلقت نفسها جازت شهادتهما.

وبمثله لو قالوا: نشهد أنه قال لنا: خيراً امرأتي، فخيرناها فاخترت نفسها، لا

(١) سقط في ز.

تقبل شهادتهما؛ [لأنهما شهدا على فعل أنفسهما، وهو التخيير، فلا تقبل منهما]^(١).

وفيه أيضاً: إذا شهدا على رجل بمال أنه قبضه من آخر وهو ينكر، فشهدا على قبضه، وقالوا: نحن وزناها^(٢) عليه، قال: إن كانا زعما أن رب المال كان حاضرًا جازت شهادتهما، وإن لم يكن حاضرًا عند الوزن لم تقبل شهادتهما. قال في «المنتقى» على طريق الاستشهاد: ألا ترى أنه لو وزن له الغريم ألف درهم ووضعها، وقال: خذها لك قد وفيتك، فقال المقضي له لرجل: ناولني هذه الدراهم، فناوله، ثم شهدا على المقضي له أنه هو الذي دفع الدراهم إليه، أن شهادته جائزة.

وذكر هلال البصري في «الشروط»: أنه لا تقبل شهادة الذي كال في المكيل، وتقبل شهادة الذي ذرع في المذروع.

وقال في «المنتقى» رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن شهادة الكيالين^(٣) باطلة.

ادعى على آخر أنه أقرضه كر حنطة، وشهد شاهدان بهذا اللفظ: أين كندم بخران ما أورد وماكد أكس بودنم، فقيل: لا تقبل هذه الشهادة. [لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما]^(٤)، وقيل: تقبل؛ لأنهما أضافا الفعل إلى المدعى عليه، حيث قالوا: بخران ما أورد حتى لو قالوا: ما أوردتم بترديك دي بي دستوري دي، لا تقبل هذه الشهادة على قياس مسألة الكيال، وقيل: ينبغي أن يقال: إن قالوا^(٥): مدعى عليه بامأ بود تقبل شهادتهما، وإن قالوا: بأمانى بود، لا تقبل على قياس مسألة الوزن.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: وزنا.

(٣) في ز: الكناس.

(٤) سقط في ز.

(٥) زاد في ز: فلانا.

قال ابن سماعة عن محمد في رجل اشترى من رجل عبيد شراً صحيحاً أو فاسداً، فقبضهما المشتري وأعتقهما، ثم اختلف البائع والمشتري في ثمن العبيد في البيع الصحيح، وفي قيمتهما في البيع الفاسد يوم قبضهما، فشهد هذان العبدان على ثمنهما أو على قيمتهما يوم قبضهما المشتري، فإنه لا تقبل شهادتهما. وروي عن أبي يوسف: أنه يقبل شهادتهما على زيادة الثمن أو^(١) نقصانه. قال: ولو شهد العبدان بعد العتق أن المشتري وقى البائع الثمن وهو يجحد ذلك، قبلت شهادتهما.

قال: ولو أن رجلين شهدا أن فلاناً أمرهما أن يزوجا فلانة منه فزوجاها، أو شهدا أنه أمرهما أن يخلعا منه فلانة فخلعا، أو أمرهما أن يشتريا له عبداً فاشتريا، فكل مسألة من هذه المسائل على ثلاثة أوجه:

إما أن يجحد الموكل الأمر والعقد جميعاً، أو يقر بالأمر ويجحد العقد، أو يقر بهما، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون الخصم يدعي العقد مع الوكيل في الفصول كلها أو يجحد.

فإن كان الموكل جحد الأمر والعقد جميعاً لا تقبل هذه الشهادة في الفصول كلها.

فإن كان الأمر يقر بهما، فإن كان الخصم مقرراً بالعقد، فالقاضي يقضي بذلك لا بشهادتهما، بل بتصادقهم^(٢)، البيع والنكاح والخلع في ذلك على السواء. وإن كان الخصم يجحد العقد، فالقاضي لا يقضي بالبيع والنكاح، ويقضي في الخلع بالطلاق بغير مال لا بشهادتهما، ولكن بإقرار الزوج.

وإن كان الأمر يقر بالأمر ولكن يجحد العقد، فإن كان^(٣) الخصم مقرراً، فإنه يقضي لأنفسهما في العقود كلها، إلا في النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن كان

(١) في ز: و.

(٢) في ز: بتصادقهم.

(٣) في ز: قال.

الخصم جاحداً لا يقضى بشيء من العقد^(١).

وإذا شهد رجلان بالمهر لأختهما بسبب تزويجهما وقالوا: نشهد أنا زوجنا هذا أختنا بألف درهم، والزوج يجحد النكاح، أو قال: كان المهر خمسمائة، لا تقبل شهادتهما. ولو أقر الزوج بالمهر والنكاح وادعى البراءة أو الأداء، فشهدا بذلك للزوج قبلت شهادتهما.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمهما الله: إذا اشترى الرجل عبيدين وقبضهما وأعتقهما، وأراد أن يرجع بنقصان عيب قد أنكره البائع، فشهد العبدان أن هذا العيب كان بهما، لا تقبل شهادتهما.

وكذلك لو شهدا أن المشتري قد كان وهب نصف كل واحد منهما لرجل قبل أن يعتقهما، لم أقبل شهادتهما.

وكذلك أم ولد لرجل مات عنها أو أعتقها، فشهدت هي وامرأة ورجل أنها كانت بين الميت ورجل آخر لا أقبل شهادتهما^(٢)، ولا أقضي على المستولدة بنصف قيمتها ونصف عقرها.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة رحمه الله: رجل قال لعبده: إن دخلت دار هذين الرجلين، أو قال: إن مسست ثوبهما فأنت حر، ففعل العبد ذلك، فجاء الرجلان يشهدان على ذلك، فشهادتهما جائزة، بخلاف ما إذا قال: إن كلمتما عبدي أو مسستما ثوبه فهو حر، فشهدا أنهما فعلا ذلك لا تقبل شهادتهما.

ولو قال لعبده: إن كلمت فلاناً وفلاناً فأنت حر، فشهدا أنه كلمهما، لا تقبل شهادتهما، بخلاف ما لو قال له: إن دخلت دارهما، فشهدا على الدخول، حيث تقبل شهادتهما.

(١) في ز: العقود.

(٢) في ز: شهادتهما.

وفي شهادات «المتقى» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال: إن دخل داري هذه أحد، فامرأتى طالق، فشهد ثلاثة نفر أو أربعة نفر أنهم دخلوا، فهذا على وجهين: إن قالوا دخلنا لا يقبل قولهم، ولا يحكم بحرية العبد؛ [لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم]^(١). وإن قال اثنان منهم: دخلنا ودخل هذا الثالث والرابع معنا، قبل قولهم، وحكم بحرية العبد.

وروى الحسن بن زياد فيمن حلف بعق مماليكه ألا يستقرض أبداً شيئاً، فشهد رجلان أنهما أقرضاه، لا تقبل شهادتهما.

ولو شهدا أنه طلب ذلك منهما ولم يقرضاه قبلت شهادتهما. ولو كان حلف لا يقرض فلاناً وفلاناً شيئاً، فشهدا أنه أقرضهما حنث في يمينه. وعن أبي يوسف رحمه الله في رجل ادعى داراً في يدي رجل وشهد له شاهدان بها، وأنه كان استأجرهما على بنائه وغير ذلك، قبلت شهادتهما. ولو قالوا: استأجرنا على هدمها، فهدمناها، لم تقبل شهادتهما، وضمن المدعى عليه قيمة البناء. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

الفصل السادس

في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه، وشهادته لأبيه وأمه

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: إذا شهد ابنا القاضي على كتابه إلى قاض [آخر]^(١) من القضاة، أو على قضاة أو على شهادته وهو حي يدعي أو ميت، جاز ذلك.

وفي «المنتقى» رواية إبراهيم عن محمد: أنه لا يجوز شهادة الابن على قضاء أبيه وعلى كتابه، كما لا يجوز شهادة الابن على شهادة أبيه.

وفي «المنتقى» في باب من لا تجوز شهادته له: رواية الحسن بن مالك عن أبي حنيفة أنه قال: لا تجوز شهادة الولد على قضاء أبيه بأن شهدا أن أباه قضى لفلان بكذا، وتجوز شهادته على شهادة أبيه، قال: وهو قول أبي يوسف رحمه الله: وذكر بعد هذا في هذا الباب أيضًا: لو كان قاضيًا يوم [ما شهد]^(٢) الابن على قضاة، أنه تجوز شهادته. وفي آخر هذا الباب عن أبي حنيفة: أنه لا تجوز شهادة الابن على قضاء أبيه وإن كان الأب قاضيًا يوم الشهادة.

والحاصل: أن شهادتهما على فعل أبيهما فعل ملزم لا يقبل إذا كان للأب فيها منفعة بالاتفاق، يعني بها: المنفعة المطلوبة من الشهادة، وإن لم يكن للأب فيه منفعة، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: لا تقبل شهادتهما، وعن محمد روايتان.

ثم إن أبا حنيفة وأبا يوسف فرقا بين شهادتهما على شهادة أبيهما وبين شهادتهما على قضاء أبيهما.

والفرق أن الشهادة ليست بملزمة والقضاء ملزم.

ولو قال لعبده: إن كلمك فلان، فأنت حر، فادعى فلان أنه كلمه العبد، وشهد

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: فأشهد.

ابناه بذلك لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي إحدى الروايتين عن محمد: تقبل.

وإذا قال لرجلين: إذا دخلتما هذه الدار فعبدي حر فماتا، فشهد ابناهما أن أبويهما قد دخلا الدار، فهو على الخلاف الذي ذكرنا.

قال: ولو أنكر الأبوان وهما حيان جازت شهادة الابنين على دخولهما بلا خلاف، وهذا هو الحكم^(١) في كل شيء شهد الابن به وأثبت بشهادته فعلاً من أبيه، من نكاح، أو طلاق، أو بيع أو غير ذلك، أنه لا تجوز شهادته إذا كان الأب حيّاً وهو ينكر، تقبل شهادتهما بلا خلاف.

وإذا شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل، والعقد جميعاً، وإنه على وجهين: إن كان الخصم يدعي ذلك كله، فالقاضي يقضي له بالعقود كلها، ولكن بتصادقهم لا بالشهادة، وإن كان الخصم ينكر ذلك، فإن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تقبل شهادتهما، ولا يقضي بشيء من هذه العقود إلا في الخلع، فإن هناك يقضى بالطلاق بغير مال لإقرار الزوج وهو الموكل.

وعلى قول محمد رحمه الله في إحدى الروايتين: يقضى بالعقود كلها إلا بعقد ترجع الحقوق فيه إلى العاقد، كالبيع وما أشبهه.

وإن كان الوكيل والموكل يجحدان ذلك كله، فإن كان الخصم يجحد أيضاً لا يلتفت إلى هذه الشهادة.

وإن كان الخصم يدعي، تقبل شهادتهما عندهم [جميعاً]^(٢)، فإن كان الخصم يدعي ذلك، فإنه يقضي بالعقود كلها إلا في النكاح على قول أبي حنيفة.

وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيد أجنبي وطلقها وشهد ابنا المطلق أن الزوج جعل أمر امرأته بيد أبيها وأنه طلقها والأب حي يدعي ذلك، أو ميت، لا تقبل شهادتهما

(١) في ز: الجواب.

(٢) سقط في ز.

عند أبي حنيفة (وأبي) يوسف رحمهما الله، أن غيبته بمنزلة موته .
قال محمد - رحمه الله - في «الجامع»: رجلان شهدا أن أباهما طلق أمهما، فإن كان الأب يدعي، فلا حاجة إلى الشهادة؛ لأنه^(١) أقر على نفسه بالطلاق، وإن كان الأب يجحد فإن كانت تدعي، لا تقبل شهادتهما، وإن كانت تجحد تقبل شهادتهما .
وفي «فتاوى شمس الإسلام الأوزجدي» رحمه الله: أن الأم إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما، قال: وهو الأصح، وعندني: أن ما ذكرنا في «الجامع» أصح .
ولو أن رجلين شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت عن الإسلام، والمرأة تنكر ذلك، فإن كانت أمهما حية وهي في نكاح أبيهما، لا تقبل الشهادة، ادعى الأب ذلك أو جحد .
وإن كانت أمهما ميتة، فإن ادعى الأب ذلك لا تقبل شهادتهما، وإن جحد تقبل .
وإن شهدا أن أباهما خال^(٢) أمهما [على صداقهما]^(٣)، فإن [ادعى الأب]^(٤) ذلك لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد تقبل شهادتهما .
ولو أن رجلاً تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول بها، ثم تزوجها مرة أخرى، فشهد ابنه أنه كان طلقها ثلاثاً في النكاح الأول، وتزوجت ثانياً قبل أن تتزوج بزواج آخر، فهذه المسألة أيضاً لا تخلو من الوجوه التي ذكرناها من دعوى الأب أو إنكاره، ومن دعوى المرأة أو إنكارها، فإن ادعى الأب فإن صدقته المرأة ثبتت الفرقة وسقط جميع المهر بتصادقهما، فوقع الاستغناء عن الشهادة، وإن أنكرت المرأة لا تقبل شهادتهما .

وإن أنكر الأب تقبل شهادتهما ادعت المرأة بذلك أو أنكرت .
ولو أن أمة لرجل شهد ابنها وهما حران مسلمان أن مولاها أعتقها على ألف درهم، فإن ادعى المولى ذلك، فالعتق واقع بإقراره، فتمحض هذا شهادة على أمهما

(١) في ز: لأن الأب .

(٢) زاد في ز: امرأته و .

(٣) في ز: ميتة .

(٤) في ز: كان الأب يدعي .

بالمال فقبلت، وإن أنكر المولى، فإن ادعت لا تقبل شهادتهما، وإن أنكرت تقبل شهادتهما.

وإن شهد ابنا المولى بذلك، فإن ادعى المولى لا تقبل شهادتهما، وإن أنكر المولى قبلت شهادتهما.

ولو كان مكان الجارية غلامًا، وقد شهد ابنا المولى بذلك، وأنكر المولى والغلام ذلك لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: تقبل [الشهادة]^(١).
ولو شهد رجلان أن أباهما باع هذه الجارية من هذا الرجل، أو قالوا: هذا العبد، فأعتقه المشتري هذا، فإن ادعى الأب ذلك لا تقبل شهادتهما، ولكن يعتق العبد، والولاء موقوف، وإن أنكر الأب وادعت الجارية وأنكر المشتري أيضًا أو هو غائب، فشهادتهما جائزة وقضي الشراء.

وفي كتاب «الأقضية»: ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في رجل ضمن لرجل ما باع فلانًا من شيء، فقال الطالب: قد بايعت فلانًا بيعًا بألف درهم، فجحد الضامن ذلك، فشهد عليه ابناه أنه قد بايعه^(٢) بيعًا بألف درهم، فإن شهادتهما جائزة، وكذلك إذا جحد الضامن، فشهد ابناه أن فلانًا أمرك أن تضمن عنه وأنت ضمنت عنه لفلان ما باعه من شيء، وقد باعه بيعًا بألف درهم، قال^(٣): شهادتهما جائزة، ويؤخذ بالألف ويرجع بها على الذي أمره أن يضمن عليه، فقد جوزت شهادتهما على الضمان وعلى الأمر، حتى قال: يؤخذ بالألف ويرجع بها على الذي أمره أن يضمن عنه.

قال في كتاب «الحوالة»: رجل كفّل عن رجل بمال بأمره، فشهد على ذلك ابنا^(٤)

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: باعه.

(٣) في ز: فإن.

(٤) في ز: أبناء.

المطلوب الذي عليه الأصل، فهو جائز ويؤاخذ الكفيل [بالمال]^(١)، وإذا أدى^(٢) يرجع على الذي [عليه]^(٣) الأصل.

ولو كان الشهود أبناء^(٤) الكفيل، فإن ادعى الكفيل ذلك فقد ثبتت الكفالة بإقراره، فوقع الاستغناء عن الشهادة، وإنما يحتاج إلى الشهادة لإثبات الأمر، وإنه شهادة لأبيهما من حيث إنه يثبت له حق الرجوع على الذي عليه الأصل، فلم تقبل. وإن جحد الكفالة قبلت شهادتهما، فإن أدى رجوع على الأصيل.

قال ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في رجل ادعى أن له على رجل ألف درهم، وضمنها عنه ثلاثة نفر، قال ابن سماعة: وكل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه بأمره، فأخذ^(٥) الطالب أحد^(٦) الضمماء الثلاثة، فشهد عليه ابنا^(٧) الضامنين الأخيرين أن لهذا الطالب على فلان ألف درهم، وأن أبويننا وهذا ضمنوا عنه لهذا^(٨) بأمره، وكل واحد منهم ضامن عن صاحبه بأمره، وأبواهما غائبان، فإني أقضي^(٩) الساعة على هذا الضامن الحاضر بألف درهم، وإذا أدى رجوع بها^(١٠) على [الذي عليه]^(١١) الأصل.

فإذا حضرا فإن جحدا ذلك قبلت شهادتهما، وإن ادعى لم تقبل، ولكن بقيت الشهادة على الضامن الثالث مقبولة، فإن أداها^(١٢) الثالث وأراد أن يرجع على أبوي

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: لم يؤد.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: ابني.

(٥) في ز: فأنفذ.

(٦) في ز: بعد.

(٧) في ز: أبناء.

(٨) في ز: هذا.

(٩) زاد في ز: هذه.

(١٠) في ز: بناء.

(١١) سقط في ز.

(١٢) في ز: دعاها.

الشاهدين بحصتهما كان له ذلك، فإن رجع عليهما لم يرجعا على الأصيل بشيء إذا جحد الأصيل أن يكونا ضمنا عنه بأمره؛ وكذلك إذا ضمنهما الطالب لم يرجعا على الأصيل، ولا على الضامن الثالث إذا جحد الأمر.

قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في رجل اشترى من رجل عبداً فأعتقه، فاشتري ذلك العبد عبداً فأعتقه، فاشتري ذلك العبد عبداً فأعتقه فمات المولى الأسفل، والأوسط والأعلى حيان، فأقام رجل البينة أن الميت عبده، وأراد أخذ تركته، فشهد ابنا المولى الأعلى أن الأوسط اشتراه من فلان وهو يملكه، فأعتقه جازت شهادتهما.

ولو كان المولى الأوسط مات أيضاً ولم يترك وارثاً إلا المولى الأعلى، [ثم شهد ابنا المولى الأعلى]^(١) بما ذكرنا لم تقبل شهادتهما.

ولو مات المولى الأوسط ثم مات المولى الأسفل أيضاً، ولم يترك وارثاً إلا ابنة له والمولى الأعلى، فادعى رجل أن المولى الأسفل كان عبداً له، وأقام البينة، وادعت الابنة أنه كان حرّاً، وأن المولى الأوسط أعتقه وهو يملكه، والمولى الأعلى ينكر ذلك، فشهد ابنا^(٢) المولى الأعلى أن الأوسط اشتراه من فلان وهو يملكه ثم أعتقه، فإني أجزى شهادتهما وأجعله حرّاً من المولى الأوسط، ويكون الميراث بين ابنته والمولى الأعلى نصفين.

واستشهد [لهذا برجل]^(٣) شهد [عليه ابناه]^(٤) أن هذا ابنه وهو ينكر ذلك، إني أجزى شهادتهما، فإن مات هذا الابن ورثه منه وإن أنكر ثبوته.

وإذا اشترى الرجل عبداً وقبضه ودفع الثمن، فادعى العبد أن البائع كان أعتقه قبل

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أبناء.

(٣) في ز: بهذا الرجل.

(٤) في ز: على ابنه.

أن يبيعه منه، وشهد له بذلك ابنا البائع، فإني لا أعجل بعق العبد حتى يقدم البائع وأسأله وإذا حضر وأنكر العتق قبلت شهادتهما.

قال في كتاب «الأقضية»: رجل عليه مال لرجل شهد ابنا^(١) المطلوب أن الطالب أبرأ أبانا عنه، أو احتال به على فلان والطالب منكر، فنقول: لا شك أن شهادتهما بالإبراء لا تقبل، وأما الشهادة بالحوالة، فإن كانت الحوالة بغير أمر لا تقبل.

وإن كانت الحوالة بأمر، فقد تردد بين أن تكون شهادة لأبيهما أو على أبيهما من حيث إنه يحصل له الإبراء للحوالة كانت شهادة لأبيهما، ومن حيث إن المحتال عليه يرجع عليه عند الأداء إن لم يكن له على المحتال عليه دين، ويسقط دينه عن المحتال عليه إن كان له دين عليه كانت شهادة على أبيهما، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار للرد والقبول، هكذا ذكر في كتاب «الأقضية».

وعندي: أن الشهادة لا تقبل في هذه الصورة ادعى الأب أو جحد، إن ادعى فلأن هذه شهادة للأب، وإن جحد فلأن هذه شهادة خلت عن الدعوى.

ولو كان المال على غير أبيهما، فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما والطالب ينكر، والمطلوب يدعي، إن كانت الحوالة بغير أمر تقبل شهادتهما، وإن كانت الحوالة بأمر فقد تردد بين أن تكون شهادة لأبيهما [أو على أبيهما]^(٢)، فإن ادعى لا تقبل شهادتهما، وإن أنكر تقبل.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد: رجل باع دارًا ولم يقبضها المشتري حتى جاء شفيع الدار وخاصم فيها، فشهد ابنا البائع أن المشتري [قد]^(٣) سلم الدار للشفيع بشفعته، ثم اشتراه منه بالثمن لا تقبل شهادتهما، وهذا إذا ادعى^(٤) الأب ما

(١) في ز: أبناء.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: أدى.

شهدا به، فأما إذا جحد ما شهدا به تقبل شهادتهما.

ولو كان المشتري قبض الدار من البائع، ثم شهد ابنا البائع على تسليم المشتري الدار إلى الشفيع بشفعة لا تقبل شهادتهما، وسواء ادعى البائع ما شهدا به أو جحد ذلك.

وإن شهدا أن الشفيع سلم الشفعة في الدار للمشتري تقبل الشهادة.

قال في كتاب «الحوالة»: رجلان عليهما مال لرجل أحوالا به على غريم لهما، وجحد الطالب الحوالة، فشهد على الطالب ابنه أو أبواه أو أمه أو امرأته قبلت شهادتهم.

ولو شهد ابنا المطلوبين الأولين، فإن ادعى أبوهما^(١) ذلك لا تقبل شهادتهما، وإن جحدا ذلك تقبل شهادتهما.

وأما شهادة ابني المحتال عليه إن ادعى ذلك أبوهما لا تقبل شهادتهما. والله تعالى أعلم.

وقال محمد رحمه الله في «الجامع»: جارية في يدي رجل ادعى رجل أنه اشترى هذه الجارية من فلان بمائة دينار، وأن فلاناً ذلك [اشترى منك]^(٢) بألف درهم، وقبضها قبل أن تبعها مني، وأنكر الذي في [يده الجارية، والمشتري الأول فشهد ابنا الذي في]^(٣) يديه الجارية بذلك قبلت شهادتهما.

وإذا قبلت قضي لصاحب اليد على المشتري الأول بألف درهم، وقضى للمشتري الأول على المشتري الثاني بمائة دينار، وإن كان المولى والمشتري الأول ينكران ذلك [بصيرورتهما مكذبين في إنكارهما بالبينه العادلة]^(٤)، وإن كان الذي في

(١) في ز: أبواهما.

(٢) في ز: اشترى منك هذه الجارية.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

بيده الجارية [مالك الجارية ظاهرًا وقد أقر بكونها مملوكة للمشتري الآخر، فصح إقراره بذلك]^(١) ولا يقضي للذي في يديه على المشتري الأول بشيء، ولا يكون لذي اليد أن يحبس الجارية من المشتري الآخر حتى يستوفي الثمن منه سواء ادعى المشتري الآخر أنه قبض الجارية من المشتري الأول وصدقه صاحب اليد في ذلك، أو لم يدع ذلك، ولا يكون لذي اليد أن يقبض المائة دينار من المشتري الآخر قضاء بدينه الذي وجب له على المشتري الأول في زعم المشتري الآخر [ألف درهم]^(٢). ولو كان المشتري [الآخر]^(٣) ادعى أنه اشتراها بألف وخمسمائة حتى كان الثمنان من جنس واحد والمشتري الأول يجحد ذلك فالذي في يديه الجارية صدق المشتري الآخر فيما قال، فإن ادعى المشتري الآخر أنه قبض الجارية من المشتري الأول بإذنه وصدقه ذو اليد في ذلك، لا يكون لذي اليد أن يحبس الجارية من المشتري الآخر، ولا يعطيه المشتري الآخر من الثمن شيئًا، ولكنَّ المشتري الآخر إن خلى بين المشتري الأول وبين الثمن حتى صار الثمن ملكًا للمشتري الأول بتصادق ذي اليد والمشتري الآخر، كان لذي اليد أن يأخذه، وإن لم يكن خلى لا يؤمر المشتري الآخر بالتخلية.

ولو أن المشتري الآخر أقر أنه لم يقبض الجارية من المشتري الأول، ففي القياس: الجواب كذلك لا يكون لذي اليد أن يحبس الجارية من المشتري الآخر. وفي الاستحسان: يكون له حق حبس الجارية من المشتري الآخر حتى يستوفي منه ألفًا إن كان المشتري الآخر اشتراها بألف أو بألف وخمسمائة. فإن كان اشتراها بخمسمائة يحبسها حتى يستوفي خمسمائة.

ولو تصادق ذو اليد والمشتري الأول على شراء المشتري [الأول وتسليم الجارية

(١) في ز: الأول ينكر لا تقبل شهادتهما وإن كانت الجارية للمشتري الثاني.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

إليه إلا أنهما جحدا شراء المشتري^(١) الآخر، فأشهد^(٢) المشتري الآخر ابني ذي اليد، فشهدا له قبلت شهادتهما وثبت البيع الثاني، ثم ينظر: إن كان المشتري الآخر ادعى القبض يأخذ العبد، ولا يكون لذي اليد حق الحبس، وإن لم يدع القبض فإن كان الثمنان من جنسين مختلفين فكذلك الجواب، وإن كانا من جنس واحد، ففي القياس: الجواب كذلك.

وفي الاستحسان: له حق الحبس.

وأصل هذه الجملة^(٣) ما قال محمد رحمه الله في الكتاب في رجل اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن، ثم جاء رجل وادعى على المشتري الأول أنه كان اشتراها بكذا قبل شرائه ولم يقبضها ولم ينقد ثمنها وكذبه البائع وصدقه المشتري المعروف: قضى القاضي بالجارية للذي ادعى الشراء أولاً، ثم إن كان الثمن من جنسين مختلفين لم يملك المشتري المعروف حبسها بالثمن، سواء ادعى للمشتري المجهول أنه قبضها من البائع بإذنه، وإن كان الجنس واحداً إن ادعى المشتري المجهول أنه قبضها من البائع بإذنه إلا أنه لم ينقد الثمن فكذلك، وإن ادعى أنه لم يكن قبضها، ففي القياس: ليس له حق الحبس.

وفي الاستحسان: له ذلك.

قال: وإذا شهدا أن أباهما وكَّل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة، لا يقبل شهادتهما، ولكنَّ هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة، فأما إذا أقر المطلوب بها جازت الشهادة^(٤).

فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب الوكالة: أن من وكَّل رجلاً

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: فأقام.

(٣) في ز: المسألة.

(٤) زاد في ز: بها.

بالخصومة في دار بعينها وقبضها وغاب، فشهد ابنا الوكيل أن أباهما وكّل هذا الرجل بالخصومة في هذه الدار وقبضها: لا يقبل شهادتهما، سواء جحد المطلوب الوكالة أو أقر بها.

هذا إذا كان الموكل هو الطالب، فإن كان الموكل هو المطلوب وقد ادعى الطالب في داره دعوى فشهد ابنا المطلوب أن أباهما وكل هذا الرجل بخصومة، فإن كان الوكيل يجحد الوكالة لا تقبل هذه الشهادة، وإن كان الوكيل يدعي الوكالة [لا] (١) تقبل شهادتهما أيضا، أقر الطالب بالوكالة أو جحدها.

وإن شهد ابنا المطلوب على أن فلانا وكّل هذا الرجل بالخصومة مع أبيهما في هذه الدار والطالب غائب، فإن جحد الأب الوكالة قبلت هذه الشهادة. وإن أقر الأب بالوكالة لا تقبل شهادتهما (٢).

وذكر ابن سماعه في «نوادره» عن أبي يوسف رحمه الله: لو أن رجلاً ادعى على غائب دعوى زعم أن هذا الرجل وكيله في الخصومة، فشهد ابنا الغائب أن أباهما وكل هذا الرجل بالخصومة مع المدعي، إن كان الوكيل منكرًا للوكالة فشهادتهما جائزة، وإن كان الوكيل يدعي الوكالة، والطالب يجحد، لا تقبل شهادتهما.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا شهد شاهدان أن فلاناً وكّل أباهما ببيع هذا العبد، فباعه من رجل والمشتري يجحد والأب يدعي لم أقبل شهادتهما، وإن جحد الأب البيع وادعاه المشتري قبلت شهادتهما.

وفي «نوادر ابن سماعه» عن محمد رحمه الله في رجلين شهدا أن الميت أوصى إلى أبنينا وورثة الميت يقرون بذلك أو ينكرون، فإن كان أبوهما يدعي الوصاية لا تقبل شهادتهما، وإن جحد الوصاية قبلت [شهادتهما].

وفي «نوادر ابن سماعه» عن محمد رحمه الله (٣) قال: وقال أبو حنيفة رحمه

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: هذه الشهادة.

(٣) سقط في ز.

الله: إذا شهد ابنا الميت أو رجلا ن أوصى لهما الميت بوصية أو رجلا ن للميت عليهما دين أو رجلا ن لهما على الميت دين أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، والموصى إليه يدعي الوصية، فالشهادة بالوصية جائزة.

يجب أن تعلم جنس هذه المسائل خمسة أقسام: الغريمان اللذان للميت عليهما دين، والغريمان اللذان لهما على الميت دين، والموصى لهما والموصى إليهما، والوارثان، وللشهود الاقتضاء والوصية والإرث، أما الغريمان اللذان للميت عليهما دين إذا شهدا بالوصاية أو الوصية أو الوارث إن كان الخصم جاحداً لا تقبل شهادتهما، وإن كان الخصم يدعي ذلك قبلت شهادتهما سواء كان الموت ظاهراً أو لم يكن، فإذا استوفى منهما، فإن ظهر أنه ميت فقد تم الاستيفاء، وإن ظهر أنه حي استرد ما دفع إليه.

وأما الغريمان اللذان لهما على الميت دين إذا شهدا بالوراثة والوصاية أو الوصية، فان كان الموت غير ظاهر لا تقبل شهادتهما، فإن كان الموت ظاهراً فإن كان المشهود له لا يدعي، فكذاك لا تقبل شهادتهما، وإن كان المشهود له يدعي ذلك فالقياس: ألا تقبل شهادتهما.

وفي الاستحسان: تقبل شهادتهما، [بخلاف ما إذا كان الموصى لا يدعي ذلك]^(١).

وأما الوارثان إذا شهدا للموصى إليه وكان الموت غير ظاهر لا يقبل شهادتهما سواء كان المشهود له طالباً لذلك أو كان جاحداً، وإن كان الموت ظاهراً وكان المشهود له طالباً^(٢) لذلك يقبل ذلك استحساناً، بخلاف ما إذا شهدا بالوكالة حالة حياة الأب، [وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهراً]^(٣).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: مخالفاً.

(٣) سقط في أ.

وأما الموصى إليهما إذا شهدا لوصي آخر معهما، فإن كان الموت غير ظاهر لا تقبل الشهادة^(١)، وإن كان الموت ظاهرًا وكان المشهود له طالبًا لذلك تقبل شهادتهما استحسانًا.

وأما الموصى لهما^(٢) إذا شهدا بالموصى إليه، فهو على الأقسام التي ذكرناها، فإن كان الموت ظاهرًا، والمشهود له يطلب ذلك قبلت شهادتهما، وإن كان الموت غير ظاهر لا تقبل شهادتهما. وإن كان المشهود له طالبًا لذلك لا تقبل شهادتهما في الفصول كلها، والله تعالى أعلم.



(١) في ز: شهادتهما.

(٢) في ز: إليهما.

الفصل السابع

فيما يجوز فعله من الشهادات وما لا يجوز

قال محمد رحمه الله: رجلان في أيديهما مال وديعة لرجل، فادعاه رجل فشهد المودعان بذلك جازت شهادتهما. وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا تجوز شهادتهما.

ولو أن المدعي أقام شاهدين سوى هذين المودعين، ثم شهد المودعان على إقرار المدعي أن هذا العين للمودع لا تقبل شهادتهما، سواء كانت الوديعة قائمة أو مستهلكة.

ولو أنهما كانا ردا الوديعة على المودع ثم شهدا على إقرار المدعي أن الوديعة ملك المودع قبلت شهادتهما.

وفي «المنتقى»: إذا شهد المودع أن الذي أودعه أقر أنه عبد جازت شهادته، وكذلك العارية، ولو شهدا أن الذي استودعها أو أعارها باعها من هذا المدعي لم تجز شهادتهما.

وإذا كان العبد وديعة في يدي رجلين شهدا أن المولى كاتبه أو دبره أو أعتقه والعبد يدعي ذلك جاز، ولا يشبه هذا البيع.

قال في «الجامع»: رجلان ارتهنا من رجلين غلامًا بألف درهم لهما عليهما، ثم ادعى رجل أن الرهن له، وشهد له المرتهنان بذلك جازت شهادتهما.

ولو شهد المرتهنان على إقرار المدعي أن العبد للراهنين والعبد قائم في يده^(١) أو هلك، لا يقبل شهادتهما.

ولو أنكر المرتهنان ما ادعاه المدعي، وشهد به الراهنان لا تقبل شهادتهما على المرتهنين، بخلاف المرتهنين حيث تقبل شهادتهما، وإذا لم تقبل شهادة الراهنين

(١) في ز: يديهما.

على المرتهنين^(١) ضمن الراهنان قيمة العبد للمدعي .
ولو ارتهن رجلان من رجل جارية قيمتها ألف درهم [بألف درهم]^(٢) وقبضاها ،
فماتت في أيديهما ثم ادعاها رجل ، فشهد المرتهنان أنها كانت لهذا المدعي ، لا
تقبل شهادتهما ، إلا أنهما يضمنان قيمتها للمدعي ، بخلاف ما لو شهد المرتهنان
بذلك حال قيام الرهن ، حيث تقبل شهادتهما .
رجلان غصبا من رجل عبداً وثبت ذلك عند القاضي بإقرارهما أو بيينة قامت
عليهما ، ثم ادعى رجل آخر العبد المغصوب ، وشهد له الغاصبان بذلك ، فإن شهدا
بذلك بعدما رد المغصوب منه قبلت شهادتهما .
ولو شهدا والعبد في أيديهما لا تقبل [هذه الشهادة]^(٣) ، سواء قضى القاضي
بالقيمة أو لم يقض ، وسواء دفعا القيمة إلى المغصوب منه أو لم يدفع^(٤) ، وكذلك
القرض وكل دين فشهادتهما في ذلك باطلة قضياه أو لم يقضيا^(٥) .
وصورته : إذا شهد المستقرضان أن ما أقرضهما المقرض كان للمدعي لا تقبل
شهادتهما^(٦) .

(١) في أ: المرتهن .

(٢) سقط في ز .

(٣) في ز : شهادتهما .

(٤) قال في المحيط : أما قبل القضاء فلتحويلهما ما وجب عليهما من الضمان للمغصوب منه إلى المدعي ، ولهما فيه فائدة على ما مر ، فكانت في هذه الشهادة نوع تهمة ، وأما بعد القضاء قبل دفع القيمة ، فهذه العلة ولعلة أخرى : وهي أن الشاهدين عند قضاء القاضي ملكا العبد بمقابلة الضمان ، فصار من حيث الحكم كأنهما اشتريا العبد ، ولو صارا مشترين للعبد حقيقة ثم شهدا بالعبد للمدعي لا تقبل شهادتهما ، فكذا إذا ثبت بينهما بيع حكمي ، وأما بعد دفع القيمة فللعلة الثانية .

(٥) في ز : يقضياه .

(٦) قال في المحيط : ، أما قبل قضاء الدين فلوجهين ، أحدهما : أنهما يحولان ما وجب عليهما من الضمان للمقرض إلى المدعي ، والثاني : أن الاستقراض بدأ حقيقة إن كان استعاره حكماً ، فكان المستقرض بمعنى المشتري ، والمشتري إذا شهد بالمشتري لغيره لا تقبل شهادته لما قلنا ، كذا هاهنا ، وأما بعد القضاء فللعلة الثانية . وزاد في ز : ثم .

رجلان اشترى من رجل جارية شراء فاسدًا بألف، وقبضاها ثم ادعاها الآخر، فشهد المشتريان أنها للمدعي، فهو على التفاصيل التي قلنا في الغصب^(١)، إلا أن بين هذه المسألة وبين مسألة الغصب فرق من وجه: أن في مسألة الشراء، المدعي يأخذ الجارية من المشتريين قبل نقض البيع، وفي الغصب لا يأخذ^(٢).

قال محمد في «الأصل»: ولو كان المشتريان مع بائعهما نقضا البيع أو نقض القاضي البيع فلم يقبض البائع الجارية حتى شهدا للمدعي بالجارية يعني المشتريان، لم يلزمهما تسليم الجارية، لإقرارهما بالجارية للمدعي وهي ملك غيرهما.

رجل اشترى من رجل جارية شراء صحيحًا، وتقابضا وتقايلا البيع أو ردّها المشتري بالعيب بغير قضاء وقبلها البائع، ثم جاء رجل وادعى أن الجارية له، فشهد المشتري ورجل آخر أن الجارية للمدعي، فشهادتهما باطلة، سواء كانت هي محبوسة بالثمن عند المشتري أو دفعا إلى البائع^(٣).

ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء أو قبل القبض بغير قضاء أو كان الرد بخيار رؤية أو بخيار شرط ثم شهد بها للمدعي مع غيره جازت شهادتهما^(٤).

(١) قال في المحيط: لأن المشتري شراء فاسدًا مضمون على المشتري بنفسه لا بغيره فكان كالغاصب.

(٢) قال في المحيط: لأن في الغاصب إنما أقر بالجارية للمدعي، وهي ملك غيره ظاهرًا، فلم يصح إقراره، والمشتري شراء فاسدًا أقر بالجارية للمدعي وهي ملكه في الظاهر فيؤمران بردها إلى المدعي، ثم يضمن المشتريان قيمة الجارية للبائع لعجزهما عن رد عين الجارية إليه. وزاد في ز: ثم.

(٣) قال في المحيط: لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهما، والإقالة بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما والمدعي غيرهما، فصار في حق المدعي كأن المشتري باعها من البائع ثانيًا، ثم شهد بها بعد ذلك للمدعي، وعلى هذا الاعتبار كان في زعم المدعي أن شهادته باطلة، لكونها متضمنة السعي إلى نقض ما تم به، والمدعي متى زعم بطلان الشهادة القائمة له لا تقبل الشهادة.

(٤) قال في المحيط: لأن الرد بهذه الأسباب فسخ من كل وجه، ولهذا لا يتجدد للبيع حق الشفعة، فإذا انفسخ البيع من كل وجه صار كأن لم يكن، فلم يكن مبطلًا بشهادته ما أوجب قبل ذلك ولا محولًا ضمانه إلى المدعي، لأنه إذا ردها إلى البائع لم يبق مضمونًا عليه وإذا

فلو حبسها بالثمن فماتت الجارية في يدي المشتري ثم [شهدا بالجارية]^(١) للمدعي، بطلت شهادتهما^(٢).

رجل اشترى من آخر جارية بعبد وتقابضا، فوجد مشتري الجارية بها عيبا فردها بالعيب، إلا أنه حبسها بالعبد، ثم جاء رجل وادعاها، [فشهد]^(٣) المشتري بالجارية مع رجل آخر للمدعي لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا بعدما دفعها إلى البائع تقبل^(٤) بخلاف ما إذا كانت الجارية مشتراة بالدرهم والجارية محبوسة بالثمن، حيث تقبل شهادة المشتري^(٥).

فإن مات العبد في يد مشتريه قبل رد الجارية، ثم رد الجارية بالعيب بقضاء قاض صح الرد^(٦)، فإذا حبسها المشتري حتى يأخذ قيمة العبد ثم شهد بها مع غيره للمدعي، صحت شهادتهما^(٧).

وفي «المنتقى»: رجلان استأجرا من رجل دارًا شهرًا بأجر معلوم وسكنا فيها الشهر كله، ثم جاء مدع يدعي الدار فشهد له المستأجران، جازت شهادتهما، فإن

= حبسها بالثمن، فكذلك الجواب. وإن كانت مضمونة عليه إلا أنها مضمونة عليه بغيرها وهو الثمن لا بنفسها، فكانت بمنزلة الرهن وشهادة المرتهن للمدعي بالجارية حال قيام الرهن يقبل كذا ههنا.

(١) في ز: شهدت الجارية.

(٢) قال في المحيط: لأنها لما ماتت في يدي المشتري بطل الفسخ، وعاد حكم البيع، فصار هذا الشاهد شاهدًا بما اشتراه لغيره، فلا يصح لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال في المحيط: لأن الجارية مضمونة عليه بنفسها، حتى لو هلكت في يد المشتري ضمن المشتري قيمتها لبائع الجارية، فيأخذ العبد ولا تنتقض الإقالة، فكانت شبيهة المغصوب وشهادة المغصوب، وشهادة الغاصب بالمغصوب للمدعي قبل الرد لا تقبل، وبعد الرد تقبل كذا هاهنا.

(٥) قال في المحيط: لأنها مضمونة عليه بالثمن لا بنفسها، فكانت شبيهة المرهون على ما مر.

(٦) قال في المحيط: لأن الرد لا يمتنع بهلاك أحد العوضين، عرف هذا في كتاب البيوع.

(٧) قال في المحيط: لأنها مضمونة عليه بغيرها وهو قيمة العبد، ولهذا لو هلكت الجارية لا تضمن لبائعيها قيمتها بل سقط عن بائعيها قيمة العبد، فكانت شبيهة المرهون.

قضى القاضي بالدار للمدعي ثم إن المدعي ادعى أنه كان أمر الذي أجر بإجارتها، وأراد أخذ الغلة، فإنه^(١) ينبغي للقاضي أن يبطل قضاءه بالدار للمدعي ويردها إلى الذي كانت الدار في يديه، وينبغي للقاضي أن يسأل المدعي في أول الأمر عن الإجارة^(٢): أكانت بأمرك أو بغير أمرك؟ فإن قال: كانت بأمرى لا تقبل شهادة المستأجر، وإن قال: [كانت]^(٣) بغير أمرى تقبل شهادة المستأجر، ولو لم يسكن المستأجر الشهر كله حتى ادعى المدعي الدار، فشهد به المستأجر ولم يدع المدعي أن الإجارة كانت بأمره لم تجز شهادة المستأجر.

وفيه أيضًا: رجل له دار وفيه سكان بغير أجر، فشهد السكان في الدار شهادة يثبتون الدار له، أو شهدوا بالدار عليه لآخر، فشهادتهم جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان هؤلاء السكان بأجر معلوم لشهور معلومة بأجر رخيص، أو بأجر عال، فشهدوا للذي أجر لتحقيق الإجارة أو شهدوا لإنسان عليه ليفسخوا الإجارة، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: جازت شهادتهما في الموضعين جميعًا، وشهادتهم في هذا كإقرار رب الدار أنها لفلان، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا تقبل شهادتهم لا فيما يثبتونها ولا فيما ينقضونها.

رجل اشترى من آخر جارية، ثم جاء رجل وادعى أنه اشترى هذه الجارية من هذا المشتري، والمشتري يجحد ذلك، فشهد البائع ورجل آخر للمشتري بالشراء من المشتري لا تقبل شهادته، وكذلك لو ادعى المشتري أنه باعه من فلان وفلان يجحد، فشهد له البائع لم تقبل.

ولو أن رجلاً اشترى من آخر عبدًا وتبرأ البائع عن عيوبه، فباعه المشتري من رجل آخر، ودلس العيب الذي به، فخاصم المشتري الآخر المشتري الأول فيه،

(١) في ز: لا.

(٢) في ز: الجارية.

(٣) سقط في ز.

فشهد البائع الأول ورجل آخر أن هذا العيب كان به عند البائع، قال: أقبل شهادة البائع الأول في رده على البائع الثاني ولا أقبل في تبرئته منه.

رجل له على رجل ألف درهم، فشهد الذي عليه المال ورجل آخر أن الطالب أقر أن هذا الألف لهذا الرجل والرجل يدعي ذلك، لا تقبل شهادة الذي عليه المال، ذكره في «المنتقى» في موضع، وذكر في موضع آخر منه أنه لا تقبل شهادته إذا [كان]^(١) لم يؤده، فإن كان أداه تقبل.

ولو مات رجل وترك مالا على رجلين، وترك أخوا، فشهد الرجلان لغلام يدعي أنه ابن الميت أنه ابنه لا يعلم له وارثاً [آخر]^(٢) غيره، أجزت شهادتهما، ولا يشبه هذا الدين في المسألة الأولى من قبل أن الدين لم يثبت عليهما للأخ، ولم يجعله القاضي وارث الميت.

ولو أن رجلين اشتريا ثوباً من رجل ونقدا الثمن أو لم ينقدا، فجاء رجل وادعى أن الثوب له فشهد المشتريان له بالثوب، أو شهدا على إقرار البائع أن الثوب له [لم تجز]^(٣) شهادتهما^(٤).

وذكر في كتاب «الأقضية»: لو أن رجلاً مات، وله على رجلين ألف درهم أو كان له في أيديهما عبد غصب أو وديعة، جاء رجل وادعى أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره، وقضى القاضي بذلك بشهادة شهود شهدوا عليه، وجعله وارثاً له وقضى له بالمال العين والدين، ففضى الغريمان دينهما للأخ بقضاء قاض أو بغير

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: تجوز.

(٤) قال في المحيط: أما قبل نقد الثمن: أما إذا أجاز البيع، فلأنهما يريدان تحويل ما وجب عليهما للبائع من حيث الظاهر إلى غيره، ولهما فيه منفعة؛ لأن الناس يتفاوتون في المطالبة، وأما إذا لم يجز البيع، فلأنهما سعيًا في نقض ما تم بهما. وأما بعد نقد الثمن: أما إذا لم يجز البيع فلما قلنا، وأما إذا أجاز وقال: باع بأمرى، فلأن الثمن الذي نقده صار ملكاً للبائع بتمليكهما، فهما بهذه الشهادة يريدان نقض ذلك التمليك.

قضاء قاض، أو لم يكونا قضياه، أو كانا صادقا على دنائير، أو كان الأخ وهب لهما المال على عوض، أو كانا اشتريا من الأخ جارية من تركة الميت أو تصدق عليهما بصدقة على عوض، ثم جاء رجل آخر وادعى أنه ابن الميت ووارثه، ولا وارث له غيره، وشهد الغريمان له بذلك فشهادتهما باطلة^(١). هذا هو الكلام في الدين.

جئنا إلى العين فنقول في الغصب: إذا شهد الغاصبان بالابن، وكان العبد قائماً بعينه في أيديهما لا تقبل شهادتهما^(٢).

فرق بين هذا وبين ما إذا دفعا المغمصوب إلى المغمصوب منه، ثم شهدا بالملك لغيره تقبل، سواء كان الدفع والرد بقضاء [أو بغير قضاء]^(٣)، وهاهنا فرق بين القضاء وغير القضاء^(٤) وإن كان الغصب وديعة قبلت شهادتهما، سواء كان الدفع

(١) في ز: جائزة، وقال في المحيط: أما قبل قضاء الدين فلأنهما يريدان تحويل المال الذي وجب عليهما للأخ إلى الابن، وقد ذكرنا أن الشهادة تبطل به، وأما بعد القضاء فلأنهما يريدان أن ينقضا أمراً تم بهما؛ لأن القضاء قد تم. ولو ظهر أن الأخ ليس بوارث وأن الوارث هو الابن كان للغريم أن يسترد ما كان دفعه إلى الأخ، لأنه ظهر أنه قبض ما ليس له، ومن سعى في نقض ما تم به لم يقبل سعيه، وكذلك المصارفة لأن هذا العقد قد تم به، فلا يقبل منه نقضه، وكذلك أخذ العوض عنه لما قلنا.

(٢) قال في المحيط: لأنهما يحولان الضمان من الابن إلى الأخ، وإن كانا دفعا العبد إلى الأخ ثم شهدا بذلك فإنه لا يخلو، إما إن دفعا بقضاء أو بغير قضاء، فإن كان بقضاء فشهادتهما جائزة، وإن كان بغير قضاء لا تقبل شهادتهما.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال في المحيط: ووجه الفرق: أن في تلك المسألة الضمان إنما وجب باعتبار تفويت يد المغمصوب منه، فإذا أعاده إلى يده انفسخ حكم فعله وانعدمت الجناية فارتفع الضمان، فلم يحولاً بهذه الشهادة ضماناً وجب للمغمصوب منه إلى المدعي. وفي مسألتنا: الضمان وجب باعتبار تفويت يد الميت ولم توجد الإعادة إلى يد الميت حقيقة، وإنما ظاهر وكذا حكماً، لأنه إنما يتحقق الرد إليه حكماً بالرد إلى خليفته ونائبه، وليس من ضرورة القضاء بنسب الأخ ثبوت نيابته وخلافته عن الميت في الرد عليه لجواز أن يكون هناك من يحجب عن الميراث، أو يكون في التركة دين مستغرق، فاحتمل أن يكون خليفة عن الميت في الحكم واحتمل ألا يكون، فلا يبطل الضمان الواجب عليه بالاحتمال، وإذا لم يبطل الضمان عنهما كانا بهذه الشهادة محولين ذلك إلى الابن. فأما إذا كان الرد بقضاء القاضي وبأمره فقد تحقق الرد إلى الميت حكماً، لأن للقاضي ولاية في مال الميت بالحفظ وأن يضعه حيث أحب،

بأمر القاضي أو بغير أمره^(١).

ولو أن رجلين شهدا أن فلاناً توفي وترك هذا الرجل أخاه لأبيه وأمه ووارثه، ففضى القاضي بشهادتهما، ثم شهد هذان الرجلان لآخر أنه ابنه ووارثه، لم تجز شهادتهما للابن^(٢)، ولكنهما يضمنان الابن ما قبض الأخ من الميراث^(٣).

ولو شهد بالابن غير الأولين^(٤) قبلت شهادتهم^(٥)، وقضى بنسب الابن^(٦)، وإذا ثبت نسب الابن كان أولى بالميراث من الأخ، فإن كان المال قائماً في يد الأخ يسترده منه، وإن كان قد استهلكه، فالابن بالخيار إن شاء ضمن الأخ^(٧)، وإن شاء

فإذا أمره بالرد إليه صاراً تعييناً من جهة القاضي، فخرج عن جهة الضمان بالرد إليه، فلم يحولاً بهذه الشهادة الضمان من الأخ إلى الابن.

(١) قال في المحيط: لأن الضمان لم يكن واجباً وقع الشك في وجوب الضمان لاحتمال أنه خليفة الميت ووارثه، فلا يجب الضمان عليه بالاحتمال.

(٢) قال في المحيط: لأنهما شهدا أول مرة بأن الأخ وارثه، ثم شهدا بوراثه الابن، وبين كون الأخ وارثاً وكون الابن وارثاً تناف إن لم يكن بين كون الأول أخاً والثاني ابناً تناف، وقد اتصل القضاء بالشهادة الأول فتأيدت بها، فلا يمكن إبطالها بالثانية. ونظير هذه: مسألة الملكية والكوفية أن القضاء لو اتصل بالأولى صحت الأولى وبطلت الثانية لما قلنا، وإن لم يتصل القضاء بالأولى بطلتا جميعاً فكذلك هاهنا.

(٣) قال في المحيط: لأنهما زعما أن الميراث للابن دون الأخ، وأنهما أتلفا على الابن ذلك بشهادتهما، فقد أقرأ بسبب الضمان على أنفسهما فيضمنان، فصار هذا كما لو رجعا عن شهادتهما، واعتبر في «الكتاب» الشهادة الثانية رجوعاً عن الأولى؛ لأن بينهما تناف، فكانت الثانية رجوعاً عن الأولى ضرورة.

(٤) قال في المحيط: وقد استهلك الأخ، فالابن بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين الأولين ورجعا بذلك على الأخ، وإن شاء ضمن الأخ ولم يرجع على أحد، إما يقبل شهادتهم لأنه ليس بينهما مناقضة، فكل فريق اعتمد دليلاً مطلقاً لأداء الشهادة، فالشهادة على النسب: جواز أدائها بناء على الشهرة والتسامع، فقد علم الأولان بنسب الأخ بالشهرة، ولم يشتهر عندهما، ولم يبلغهما نسب الابن، فشهدا بوراثه الأخ، ثم الفريق الثاني علموا من طريق الشهرة نسب الابن، ولم يسبق منهم ما يناقض شهادتهم.

(٥) في ز: شهادتهما.

(٦) قال في المحيط: لأنه ليس بين الأخ والابن منافاة.

(٧) قال في المحيط: لأنه قبض ماله بغير حق.

ضمن الشهود^(١)، ثم إذا ضمنوا رجعوا بذلك على الأخ^(٢).
ولو كان الأولان أو غيرهما شهدا أن الثاني أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه مع الأول قبلت شهادتهما سواء كان قبل القضاء الأول أو بعد القضاء^(٣) ولا ضمان^(٤).
إذا شهد الكفيلان بنفس المدعى عليه على المدعي أن المدعى عليه أوفاه الدين، فقد قيل: تقبل شهادتهما، وقد قيل: لا تقبل^(٥) والصحيح من الجواب: أنها إن شهدا بإيفاء الدين الذي حصلت الكفالة بالنفس لأجله لا تقبل، وإن شهدا بإيفاء دين آخر لم تحصل الكفالة بالنفس لأجله تقبل.
الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشترى وقال: اشترت لنفسي، وقال الموكل: لا بل اشتراه^(٦) لي، فأقام الموكل البينة على إقرار الوكيل أنه اشتراه للموكل وأحد الشهود البائع، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة من البائع^(٧).

- (١) زاد في المحيط: لأنهم بشهادتهم أتلفوا ماله وظهر بطلان شهادتهم بشهادة الآخرين، فصار كما لو ظهرت ذلك برجعوعهم، وصار هذا كما لو شهدوا بالقتل واقتص منه بقضاء القاضي، ثم جاء المشهود بقتله حيًّا إنهم يضمنون كما لو رجعوا بذلك على الأخ.
(٢) قال في المحيط: لأنهم ملكوا المضمون بأداء الضمان، فصار الأخ غاصبًا مالهم، فكان لهم حق تضمينه.
(٣) قال في المحيط: لأنه لا تناف بين الشهادتين لجواز أن يكون له أخوان، وكل واحد منهما يرث مع الآخر.
(٤) قال في المحيط: لأنه لم يظهر كذبهما، لعدم التنافي بينهما، ولكن لو كان الأول قبض المال دفعا نصفه إلى الثاني: لأنه ظهر أن المستحق لهذا النصف هو الثاني، وقبلت شهادتهما؛ لعدم التنافي. فإن قيل: إذا كان الشاهدان بالثاني هما اللذان شهدا بالأول ينبغي ألا تقبل شهادتهما بالثاني، لأنهما شهدا للأول أنه وارثه لا وارث له غيره، وكما شهد بالوراثة للثاني كانا متناقضين، قلنا: قوله: لا وارث له غيره، ليس من صلب الشهادة؛ لأنه نفي والشهادة على النفي لا تقبل، ألا ترى أنهما لو لم يذكر ذلك في الشهادة قبل القاضي شهادتهما أيضًا، إنما هذا لإسقاط التلوم عن القاضي، فلا يوجب مناقضته بين الشهادة الأولى والثانية، فقلنا جميعًا ولا يضمنان لأحد لما ذكرنا.
(٥) قال في المحيط: لأنهما يريدان إخراج أنفسهما عن عهدة الكفالة بالنفس بهذه الشهادة.
(٦) في ز: اشتريته.
(٧) قال في المحيط: لأنه متهم فيها، لأنه يبعد العهدة عن نفسه، فإن الوكيل بالشراء إذا سلم المشتري إلى الموكل لا ينفرد بالرد بالعيب، بل يشترط رضا الموكل.

الشاهد إذا كتب شهادته على صك البيع أو على صك الشراء، ثم إن رجلاً آخر ادعى العين المشتري لنفسه، وشهد له الذي كتب شهادته على الصك، فإن كتب الشهادة على وجه يمنع الكاتب عن دعوى الملك لنفسه في ذلك العين لا تقبل شهادته للمدعي، وإن كتب الشهادة على وجه لا يمنع الكاتب عن دعوى الملك لنفسه في ذلك العين تقبل شهادته للمدعي، ومسألة دعوى الشاهد على الصك تأتي في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى.

عشرة وكَّلوا رجلاً بشراء محدود معين، فذهب الوكيل واشترى فأنكر واحد من العشرة كونه وكلياً من جهته، فشهد التسعة على العاشر أنك وكلته معنا بالشراء تقبل هذه الشهادة، ولو كان هذا وكلياً بالبيع وباقي المسألة بحالها لا تقبل شهادة التسع^(١).

وفي «فتاوى النسفي»: سئل عن وكيل مجلس القضاء إذا ادعى بحضرة المدعي الذي وكله على آخر أن لهذا المدعي علي مثلاً كذا، فأجاب المدعى عليه: إنه قد قضاه ذلك، فأنكر المدعي، فشهد هذا الوكيل مع رجل آخر على القضاء لا تقبل شهادة هذا الوكيل؛ لأنه هو الذي ادعى عليه هذا المال في الحال، وذلك يمنعه عن الشهادة بالقضاء، فقيل له: أليس ثبت عن أصحابنا رحمهم الله أن من ادعى على آخر مالا فقد أقرضه فشهد له شاهدان أنه أقرضه، وشهد آخر أنه أقرضه ثم قضاه ثبت القرض ولم يثبت القضاء ولم تصر شهادته بالقضاء مبطله شهادته بالإقراض، قال: هناك شهد بالإقراض وشهد مرتباً عليه والقضاء مرتباً على الإقراض يقرر الإقراض ولا ينافيه، أما هذا شهد بقيام الدين عليه للحال وقيام الدين عليه ينافي القضاء قبله، فصار دعوى قيام الدين عليه للحال من هذا الوجه مبطلاً لشهادته بالقضاء قبل هذا. رجلان باعا عبداً من رجل ثم إن البائعين شهدا أن المشتري أعتق هذا العبد لا

(١) قال في المحيط: لأنهم يشهدون لأنفسهم لأنهم يريدون إثبات لزوم البيع في نصيبهم، وأما في الفصل الأول لا يشهدون لأنفسهم.

تقبل شهادتهما^(١).

شهادة أهل القرية بعضهم على بعضهم بزيادة الخراج على ضيعة المشهود عليه لا تقبل؛ لأن الشاهد بهذه الشهادة يريد إثبات نقصان خراجه حتى لو شهد من لا خراج عليه تقبل شهادته، وكذلك إذا كان لكل ضيعة خراج على حدة فشهد بعضهم على البعض بزيادة الخراج تقبل شهادتهم^(٢).

ولو أن أهل قرية شهدوا على بعض ضياع بجوار قريتهم أنه من ضياع قريتهم لا يجوز^(٣)، ويجب أن يكون في هذا الفصل على التفصيل الذي ذكرنا في الفصل الأول.

وإذا شهد أهل السكة بشيء من مصالح السكة إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل شهادتهم، وإن كانت نافذة تقبل شهادتهم^(٤).

وإذا شهدا أن فلاناً غصب من أب هذا المدعي هذه القرية وهذه القرية في يد غير الغاصب، والغاصب غائب أو ميت، فهذه الشهادة ليست بشيء حتى شهدا أنها وصلت إلى هذا المدعى عليه من قبل الغاصب أو يشهد بذلك غيرهما.

وفي «نوادير ابن سماعه» عن محمد رحمه الله: رجل شهد عليه شاهدان أنه باع هذه الدار من هذا الرجل بألف درهم على أنهما ضمنا للمشتري الدرك يعني الشاهدين، قال: إن كان الضمان في أصل البيع [جازت شهادتهما]^(٥).

(١) قال في المحيط: لأنهما بهذه الشهادة يخرجان عن العهدة، فإن المشتري إذا أعتق العبد المشتري ثم أطلع على عيب به قد كان عند البائع لا يمكنه الرد على البائع.

(٢) قال في المحيط: لأن الشاهد بهذه الشهادة لا يثبت نقصان خراجه.

(٣) قال في المحيط: لأنهم يريدون إثبات نقصان خراج ضيعتهم.

(٤) قال في المحيط: لأن السكة إذا كانت غير نافذة فهي كالمملوكة لأهل السكة، فهذه الشهادة راجعة إلى مصلحة أملاكهم، وإذا كانت نافذة فهي حق العامة والشهادة على حق العامة مقبولة.

(٥) في المحيط: لا تقبل شهادتهما؛ لأن البيع لا يتم إلا بضمانهما، فكأنهما شهدا على فعلهما، وإن لم يكن الضمان في أصل البيع جازت شهادتهما؛ لأن البيع ههنا تام بدون ضمانهما.

وفي «المنتقى»: ادعى رجل دارًا في يدي رجل أنها له اشتراها من فلان، وقبضها فشهد له شاهدان بذلك إلا أنهما لم يسميا ثمنًا، فإني أسألها قبضها بأمره أو بغير أمره؟ فإن قالوا: لا نزيد على هذا، لا تقبل شهادتهما^(١).

وإن ماتا قبل أن يسألها، فهذا عندنا على أنه قبضها بإذن البائع وأمره^(٢). قال: ولا أتعرض له في الثمن يعني لا أقف التسليم على قبض الثمن^(٣) وكذلك لو أن الشاهدين قالوا من الابتداء: إنه قبضها بأمر البائع^(٤) فإن لم يسم الشاهدان الثمن ولا قبض المدعي الدار فالقاضي لا يقضي للمدعي^(٥).

وفي «الأقضية» قال محمد رحمه الله: ولو أن رجلًا ادعى دارًا في يدي رجل أنها داره اشتراها من فلان وهو يملكها بألف درهم، فشهد الشهود له بذلك إلا أنهم [لم]^(٦) يقولوا: إنه قبضها بأمره، قال: فإني لا آخذ الدار من صاحب اليد ولا أدفعها إليه - يعني: إلى المدعي^(٧) وقد - روي عنه رجوعه عن هذا القول، وقال: تؤخذ

(١) قال في المحيط: وإنما وجب السؤال عن الشهود أنه قبضها بأمره أو بغير أمره؛ لأنه تعذر القضاء بالشراء بثمان معلوم؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك، فلا بد أن يقضي بالشراء بغير ثمن والشراء بغير ثمن شراء فاسدٌ والشراء الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض، والقبض بغير إذن البائع في البيع الفاسد ليس بصحيح، فلماذا وجب السؤال عن الشهود، وأنه قبضها بأمره أو بغير أمره، وإذا قالوا: لا نزيد على هذا إنما لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما لم يشهدا بما هو سبب الملك لما لم يشهدا بإذن البائع بالقبض.

(٢) قال في المحيط: لأن الظاهر أنه إنما تمكن من قبضها بتسليم البائع، لولا ذلك لتعذر عليه القبض؛ لأن البائع يمنعه عن ذلك، وليس له ولاية القبض شرعًا حتى يقدر على قبضها بقوة القاضي والناس على الظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه.

(٣) زاد في ز: من المشتري. قال في المحيط: لأن القبض حصل بأمر البائع، والقبض متى كان بأمر البائع لا يتمكن من استرداد لأجل الثمن، فلا يتوقف القبض هاهنا على أخذ الثمن.

(٤) قال في المحيط: لأن هذا الشراء فاسد لما لم يشهدا بالثمن والشراء الفاسد يفيد الملك عند القبض.

(٥) قال في المحيط: لأنه تعذر القضاء بالعقد لأنه فاسد، ولا يجوز القضاء بالعقد الفاسد وتعذر القضاء بالملك؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض.

(٦) سقط في ز.

(٧) قال في المحيط: حتى يدفع إلى صاحب اليد، ثم أدفع الدار إليه.

الدار من يده ولا تدفع إلى المدعي حتى يؤخذ الثمن من يده، فقد أشار في الأفضية إلى سماع دعوى المدعي في هذه المسألة.

وذكر في «المتقى»: أنه لا تصح هذه الدعوى منه أصلاً حتى ينقد الثمن عند القاضي.

ووجه ذلك: أن صحة الدعوى [في هذه]^(١) الصورة تعتمد نقد الثمن، وهذا؛ لأن المرافعة إلى القاضي غير محتاج إليها لإثبات الملك في العين؛ لأن الملك لا يثبت بقضاء القاضي وإنما ثبت بسببه^(٢)، وإنما يحتاج إلى المرافعة ليقصر القاضي يد المدعى عليه بولاية القضاء وإنما تصح الدعوى إذا كان له ولاية مطالبة القاضي بقصر يد المدعى عليه، وقبل نقد الثمن ليس للمشتري ولاية قبض المبيع فلا يكون له ولاية دعوى الملك.

ووجه ما ذكر في «الأفضية»: أن المدعي ادعى على ذي اليد حقاً لنفسه لا يمكنه إثبات ذلك الحق إلا بإثبات أمر على الغائب وهو الشراء منه؛ لأنه ادعى الملك بسبب الشراء منه، فانتصب ذو اليد خصماً عن الغائب، فكأنه^(٣) حضر وأنكر الشراء، ولو كان كذلك تسمع دعوى المدعي كذا هاهنا.

وإذا سمع دعواه^(٤) وقبلت بيته لا تدفع الدار إليه حتى ينقد الثمن، كما لو كان البائع حاضرًا وقضي عليه بالشراء وهناك لا يدفع الدار إلى المدعي قبل نقد الثمن كذا هاهنا، إلا أن على القول المرجوع إليه يقول: لما صح القضاء عليه بالملك ظهر أنه مبطل في إمساك المدعي له ظالم في منعه، فيخرجه القاضي عن يده إزالة لظلمه ثم إذا أخرج من يده لا يدفعه إلى المدعي قبل نقد الثمن؛ إذ ليس للمشتري ولاية أخذ المبيع قبل نقد الثمن، وإن حضر الذي ادعى المدعي الشراء منه، وأنكر أن

(١) في ز: شاهدة.

(٢) قال في المحيط: فإذا وجد سبب الملك ثبت الملك وجد القضاء أو لم يوجد.

(٣) في ز: فكأن الغائب.

(٤) زاد في ز: على رواية كتاب الأفضية.

يكون باعه إياه، أخذ القاضي الدار من المدعي، وسلمها إلى الذي حضر؛ لأن الذي حضر لم يصير مقضيًا عليه بالشراء؛ لأنه إنما يصير مقضيًا عليه بالشراء [إذا قام ذو اليد مقامه في إنكار الشراء، وإنما يقوم إنكار ذي اليد مقام إنكار الغائب إذا جرى بين الغائب وبينه سبب له اتصال بما وقع فيه الدعوى، ولم يجر بين الغائب وبين ذي اليد هاهنا سبب له اتصال بما وقع فيه الدعوى]^(١).

فرق بين هذا وبين ما إذا شهد شاهدان على رجل بمال فطعن المشهود عليه أنهما عبدان لفلان، وادعى الشاهدان أن فلانًا أعتقهما وأقاما البينة قبلت بينهما وقضي بعتهما على الغائب، ولم يجر بين المشهود عليه وبين الغائب سبب حتى يقام إنكاره مقام إنكار الغائب، ومع ذلك قضى بعتهما وظهر ذلك في حق الغائب، حتى لو حضر لا يحتاج إلى إعادة البينة^(٢).

وقد ذكر في «الجامع»، وفي «الأصل» ما يدل على أن الغائب يصير مقضيًا عليه في مسألتنا حتى لا يكون له أن يأخذ الدار من يد المدعي، فقد ذكر في «الجامع»:

(١) في المحيط: لأن صاحب اليد لم ينتصب خصمًا عنه في إثبات الشراء عليه؛ وهذا لأن القضاء لا بد له من الدعوى والإنكار، وذو اليد لا يمكن أن يجعل منكراً بطريق الأصاله؛ لأن الأصل في الإنكار ألا يتعدى ضرر إنكاره إلى غيره، وضرر إنكار صاحب اليد هاهنا يتعدى إلى الغائب بإثبات البيع عليه، ولا يمكن أن يجعل ذو اليد نائبًا عن الغائب في الإنكار؛ لأن الحاضر إنما يجعل خصمًا عن غيره في الإنكار إذا جرى بينهما سبب له اتصال بما وقع فيه الدعوى، ولم يجر بين الغائب وذو اليد هاهنا سبب له اتصال بما وقع فيه الدعوى حتى يقام إنكار ذي اليد مقام إنكار الغائب، فظهر أن البينة على البيع قامت على غير خصم.

(٢) قال في المحيط: والفرق: أن في مسألة العتق المشهود عليه أصل في إنكار العتق، وليس بنائب عن المولى؛ لأن دعوى العتق على المولى دعوى على كافة الناس، ألا ترى أن كل واحد من آحاد الناس يصير مقضيًا عليه بالعتق، بالقضاء على واحد من الناس فكان دعوى العتق على المولى ودعوى العتق على المشهود عليه من حيث الاعتبار على السواء، وأما دعوى الملك على ذي اليد فدعوى عليه خاصة، ألا ترى أن غير ذي اليد لا يصير مقضيًا عليه بالقضاء على ذي اليد في الملك المطلق، وإنما يتعدى القضاء من ذي اليد إلى الغائب، إذا كان ذو اليد نائبًا عن الغائب، وإنما ثبتت النيابة إذا جرى بينهما سبب، ولم يجر بينهما سبب هاهنا، فلم يصير الغائب مقضيًا عليه، فكان للذي حضر أن يأخذها من يد المدعي لإقرار له بذلك.

رجل في يديه دار ادعاها رجل أنها له اشتراها من عبد الله بألف درهم، ونقده الثمن، وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله، فإنه تندفع عنه الخصومة، ولكن للمدعي أن يحلفه بالله، لقد أودعك عبد الله، فإن قال حين حلفه: ما أودعنيها عبد الله ولكن غصبتها منه وحلف على ذلك، فإن القاضي لا يلتفت إلى مقالته للتناقض بين كلاميه، ويجعله خصمًا ويقضي بالدار للمدعي على ذي اليد، فإن قضى بذلك ثم قدم عبد الله وادعى أن الدار داره أودعها من ذي اليد، وأراد أن يأخذها من المدعي حتى يعيد المدعي البينة عليه ليس له ذلك. وهكذا ذكر في دعوة «الأصل».

والوجه في تلك المسألة: أن القاضي لما جعل ذا اليد خصمًا وأنزله منكرا حكما وقضى بالشراء عليه انتصب خصمًا عن الغائب فينفذ القضاء عليه فكذا هنا ذو اليد خصم لهذا المدعي حتى سمعت البينة عليه وقضى بالملك والبيع عليه فانتصب خصمًا عن الغائب ضرورة وصار كما لو قامت البينة عليه حقيقة [إلا أن ثمة وضع المسألة فيما إذا شهدوا بقبض الثمن وذلك يصير رواية فيما إذا لم يشهدوا بقبض الثمن، إذ المعنى يجمعهما، فإن كان في المسألة اختلاف الروايتين [ووجهه ما ذكرنا]^(١)، وإن كان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، فإن موضوع مسألة «الجامع» [و«الأصل»]^(٢): أن الشهود شهدوا بقبض الثمن، وموضوع مسألة الأفضية أن الشهود لم يشهدوا بقبض الثمن.

[فوجه الفرق: أن البيع قبل قبض المبيع وتسليم الثمن قائم حكماً لبقاء أحكامه، فلا بد من القضاء به، وذو اليد لا يصلح خصمًا في العقد عن الغائب لما قلنا، فيتعذر القضاء بالبيع فلا يقضى به، فأما بعد قبض الثمن وتسليم المبيع البيع قد انتهى نهايته، فكان هذا دعوى الملك فحسب، وذو اليد خصم فيه، فصلح القضاء عليه بالملك من كل وجه، ومن ضرورته صيرورة الغائب مقضيًا عليه؛ لأن المدعي يدعي

(١) في ز: لا يحتاج إلى الفرق بين ما إذا شهد الشهود بقبض الثمن وبين ما لم يشهدوا بذلك.

(٢) سقط في ز.

الملك من جهته^(١).

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد: رجل تزوج امرأة على مهر مسمى ثم إن هذا الرجل شهد مع رجل آخر أنها أمة هذا الرجل والرجل يدعيها، فهذه المسألة على وجهين:

إما أن يقول المدعي: أمرتها بالتزوج أو يقول: ما أمرتها بالتزوج،
[وفي الوجهين جميعاً: القاضي لا يقبل شهادة الزوج]^(٢).

وإن كان الرجل المشهود له قال: قد كنت أمرتها بالتزوج [وأذنت]^(٣) لها في قبض المهر، وإن كان الزوج لم يدفع إليها المهر لا تقبل شهادته، وإن كان الزوج قد دفع المهر إليها قبلت شهادته^(٤).

قالوا: وهذا إذا كان تزوجها على مهر مثلها أو أكثر، فإن حطت عن مهر مثلها بما^(٥) يتغابن الناس فيه كانت مخالفة لأمره ولا يصلح النكاح، فينبغي ألا تقبل الشهادة^(٦).

(١) بدل ما بين المعقوفين، سقط في أ، وفي ز: يحتاج إلى الفرق.
(٢) في المحيط: فإن قال: لم أمرها بالتزوج فالقاضي لا يقبل، أما إذا لم يكن دخل بها؛ فلأنه يشهد ببطلان نكاحها، وألا مهر لها عليه إن لم يدفع لها المهر، وبشبه الرجوع لنفسه عليها إن دفع إليها المهر، أما إذا دخل بها؛ فلأنه يريد تحويل ما وجب عليه لها بحكم الدخول إلى غيرها، وهو المولى إن لم يكن دفع إليها ذلك، وإن كان دفع إليها ذلك فلأنه يثبت لنفسه حق الرجوع عليها بعد العتق بما قبضت، وإن قال: أمرتها بالتزوج لا أقبل شهادة الزوج أيضاً لما قلنا.

(٣) سقط في أ.

(٤) قال في المحيط: لأنه إذا ثبت الإذن لها بقبض المهر فقد برئ الزوج عن المهر بالدفع إليها ولم يبق لها عليه شيء حتى يحوله إلى غيرها، ولا يثبت لنفسه حق الرجوع عليها أيضاً؛ لأنه استفاد البراءة فالمولى لا يرجع عليه حتى يرجع هو عليها بما دفع إليها.

(٥) زاد في ز: لا.

(٦) قال في المحيط: لأنه بهذه الشهادة يريد إبطال عقد باشره وإسقاط المهر عن نفسه إن لم يدخل بها وتحويل ما وجب عليه بحكم الدخول بها إلى غيرها إن لم يكن دفع المهر إليها أو إثبات حق الرجوع لنفسه دفع إليها إن كان دفع المهر إليها.

ثم هذا الذي ذكرنا يحتمل أنه قول أبي يوسف ومحمد لا قول أبي حنيفة بناء على مسألة الوكيل بالنكاح، فإن الوكيل بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله يملك النكاح بأي مهر شاء، وعندهما: يتقيد الوكيل بمهر المثل.

وإن كان هذا قول الكل يحتاج أبو حنيفة رحمه الله إلى الفرق بين أمر المولى عبده أو أمته بالتزوج، وبين أمره أجنبيًا^(١).

وفي «المنتقى»: رجل شهد مع آخر على امرأته أنها أقرت أنها أمة هذا المدعي [وهي مجهولة]^(٢) النسب، والزوج يصدقها في إقرارها أو يكذبها، وقد دخل بها أو لم يدخل بها، والمدعي يجيز النكاح أو يقول: لا أجيزه، فإن الشهادة في جميع ذلك جائزة كان الزوج نقد المهر أو لم ينقد، وليس للمولى أن يفرق بينهما إلا إذا صدق الزوج المرأة في الإقرار، وله^(٣) أن ينقض النكاح في هذا الوجه، وله في هذا الوجه أن يضمن الزوج إن كان قد دخل بها، ولا يرجع على المرأة بما أعطاها.

وفي «نوادير ابن سماعة»: عن محمد في عبد مأذون له في التجارة، عليه دين شهد رجلان من غرماء العبد أن مولاه أعتقه والمولى ينكر، فالمسألة على وجهين: إما أن يختار الشاهدان اتباع المولى بتضمينهما القيمة إياها، أو يختاران استسعاء العبد^(٤)، فإن اختار التضمين فلا تقبل شهادتهما^(٥)، وإن أبرأه عن القيمة واختارا

(١) قال في المحيط: والفرق أن عند أبي حنيفة رحمه الله تصرف المأمور بغبن فاحش إنما ينفذ على الأمر إذا انتفت التهمة، أما إذا لم تنتف فلا، ألا ترى أن الوكيل بالشراء لا يتحمل منه الغبن الفاحش لما كان متهمًا. إذا ثبت هذا فقبول التهمة في حق الوكيل بالنكاح منتفية؛ لأنه لا يرجع إليه بشيء من منافع العقد ليتحمل العين لتحصيل منفعة تعود إليه، أما العبد والأمة فهما متهمان في حق أنفسهما؛ لأن منافع النكاح تعود إليهما، فلعل أنهما تحملا العين لتحصيل نفع يعود إليهما، فلا يصح نكاح كل واحد منهما على هذا الوجه.

(٢) في ز: وهو مجهول.

(٣) في ز: وليس له.

(٤) قال في المحيط: وهذا لأن قبل الإعتاق للغرماء حق بيع العبد في ديونهم أو حق استسعاء العبد، والمولى بالإعتاق أبطل محلية أحد الحقين، وهو البيع دون الاستسعاء فإن شاء ضمنا المولى لإتلافه محلية وهو أخذ حقهم، وإن شاء استسعى العبد لبقاء محلية الاستسعاء.

(٥) قال في المحيط: لأنهما شاهدان لأنفسهما بإثبات حق التضمين، فلا تقبل شهادتهما.

اتباع العبد المعتق بدينهما قبلت شهادتهما^(١).

قال: ولو شهد رجلان أن هذا أعتق عبده فجنى العبد على أحدهما ففقاً عينه والمولى ينكر العتق، فلا شيء للمجنى عليه فلا تقبل شهادتهما^(٢)، ولا يثبت العتق^(٣).

وفي «نوادير ابن سماعة» قال: قلت لمحمد رحمه الله: أرأيت شركاء في أرض اقتسموها فصار في يد كل واحد منهم حق معلوم، وادعى رجل من غير أهل هذه الأرض قطعة منها وقعت في نصيب واحد منهم، فشهد أهل المقاسمة أن الذي وقعت تلك الأرض في يده أقر بهذه الأرض للمدعي، قال: الشهادة باطلة^(٤). و صار هذا كرجل باع من آخر جارية بثمن معلوم وتقابضا، فادعى الجارية رجل فشهد البائع مع آخر أن هذا المشتري أقر أن هذه الجارية لفلان المدعي هذا، لا تقبل شهادة البائع^(٥).

(١) قال في المحيط: لأن التهمة منتفية، فإنهما لا يستفيدان بهذه الشهادة ما لم يكن لهما قبل ذلك، فإن حق الاستسعاء قبل ذلك ثابت لهما كما هو ثابت بعد الإعتاق، فقبلت شهادتهما.

(٢) قال في المحيط: أما لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن المجنى عليه يريد إلزام القصص عليه بهذه الشهادة؛ لأن قبل العتق كان لا يجري القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في أطراف العبد؛ لأنه يسلك بها مسلك الأموال، والقصاص لا يجري في المال، فكان شاهداً لنفسه من حيث إثبات القصاص لنفسه، فلا تقبل شهادته.

(٣) ولا شيء للمجنى عليه، وإن كانت جنابة العبد فيما دون النفس موجباً للمال على مولاه حتى خوطب بالدفع أو الفداء أو قد أقر المولى بلزوم هذا الحق على نفسه، ولكن لم يثبت حكم إقراره لتكذيب المجنى عليه إياه؛ لأنه زعم أن الجاني جنى، وأن عليه القصاص ولا شيء على المولى بسبب هذه الجنابة، والمقر له إذا أكذب المقر لا يبقى لإقراره غيره، فما ادعاه لم يثبت لعدم الحجة، وما أقر به المولى لم يثبت؛ لتكذيب المجنى عليه، فلهذا لا شيء عليه.

(٤) قال في المحيط: لأنه يجد بها إلى نفسه مغنماً أو يدفع عن نفسه مغرمًا؛ لأنه يريد بهذه الشهادة سد طريق الرد عليه بأسباب الرد والفسخ كالعيب ونحوه.

(٥) قال في المحيط: لأنه متهم في هذه الشهادة، لأنه يريد بشهادته أن يسد طريق الرد عليه حتى لا يملك ردها وإن وجد عيناً بهذا كذا هاهنا. وإنما قلنا: إنه يسد عليه طريق الرد؛ لأن الإقرار حجة على المقر خاصة دون من سواه، ففي حق البائع في المسألة الثانية وشركائه في =

قال ابن سماعة: قلت لمحمد - رحمه الله - : إن ادعى جار لهم حقاً في يد الأقصى^(١)، فشهد شركاء المدعى عليه أن هذا حدهم الذي اقتسموا عليه، وأن ما وراءه للمدعي والمدعي يدعيه، أو قالوا: نشهد أن هذه الأرض للمدعي والمدعي يدعيه، والمدعى عليه ينكر ذلك ويقول: إنما شهدوا به لينقصوا من حقي، فإن الشهادة جائزة^(٢).

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف رحمه الله قال في خمسة نفر بينهم دار وطعام، فشهد أربعة منهم [على الخامس]^(٣) أن فلاناً غصب^(٤) حصته من الدار والطعام وذلك غير مقسوم، فالشهادة باطلة^(٥). وهذه المسألة دليل على أن غصب المشاع متصور، بخلاف ما يقول بعض المشايخ.

قال ابن سماعة: سمعت محمداً قال في قوم لهم أرضون على نهر بينهم، فباع رجل أرضه في أسفل الشرب بحقوقها وشربها، فشهد هذا البائع لبعض أهل النهر بزيادة في شرب بينهم وبين أهل أسفل الشرب. إنه لا يجوز شهادته؛ لأنه لما ذكر

المقاسمة في المسألة الأولى، كأنه ملكها من المدعي بسبب مبتدأ، ولو كان كذلك كان لا يقدر على الرد بالعيب، ولا الرجوع بنقصان العيب؛ لأن ذلك الملك الذي استفاده بالبيع قد زال فيثبت أنه يجر بشهادته مغنماً أو يدفع عن نفسه مغرمًا فلا تقبل شهادته.

(١) هكذا في المخطوط.

(٢) قال في المحيط: لأنه لا تهمة فيها، إذ ليس فيه جر منفعة ولا دفع مضره بوجه ما، وكذلك ليس فيها سعي إلى نقص ما تم بهم؛ لأنهم يقولون: إن المشهود به مما لم يدخل تحت القسمة، وإن ما قاسموه عليه وراء ذلك، فهم عدول شهدوا لغيرهم، ولا تهمة في شهادتهم فقبلت شهادتهم.

(٣) في ز: للخامس.

(٤) في ز: غصبه.

(٥) قال في المحيط: لأنهم يجرون إلى أنفسهم بذلك منفعة، لأنهم يريدون قطع ولاية طلب شريكهم القسمة فيه، وفي ذلك منفعة لهم. بيانه: أنه إلى الآن كان للمشهود عليه أن يأخذهم بالمقاسمة، ولو ثبت غصب الغاصب تعذرت القسمة معه حتى يستخلصه من الغاصب؛ لأن القسمة نوع بيع، وإنه لا يجوز في المغصوب، ولأنه يريد أن يشاركهم فيما في أيديهم من غير أن يكون لهم مما في يده شيء، وإنه خلاف طريق المعادلة فلا يجوز.

الشرب في البيع صار مبيعاً حتى قابله الثمن، نص عليه في كتاب الشرب، فإنه ذكر فيه:

إذا شهد شاهدان على أنه باع منه هذه الأرض بألف درهم، وذكر أحدهما شربها ولم يذكر الآخر لا تجوز هذه الشهادة، لأنهما اختلفا في الثمن من حيث الحقيقة؛ لأن من شهد أنه باعه بشربها، فقد شهد أن بعض الألف بمقابلة الشرب، والباقي [بالأرض]^(١)، والآخر يشهد أن جميع الألف بمقابلة الأرض، والاختلاف بين الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع، فثبت أن الشرب مبيع، فإذا شهد بزيادة شرب لهم فقد شهد لنفسه بزيادة شيء من ذلك أولاً ثم لمشتريه بحكم الشراء منه، فلا تقبل [شهادته]^(٢).

ولا تقبل شهادة الصبيان على الجراحات وتمزيق الثياب بينهم في الملاعب، وكذلك شهادة النساء على الجراحات في الحمامات لا تقبل.

وكذلك أهل السجن إذا شهد بعضهم على بعض فيما وقع بينهم في السجن لا تقبل.

رجل في يديه شاة مر به رجل فقال الذي في يديه الشاة للمار: ادبح هذه الشاة، فذبحها، ثم جاء رجل وادعى أنها شاته اغتصبها منه الذي كانت في يديه، وأقام على ذلك شاهدين، أحدهما الذابح، لم تجز شهادة الذابح^(٣).

(١) في ز: في مقابلة الأرض.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في المحيط: علل فقال: لأنه دفع عن نفسه مغرمًا، طعن عيسى في هذا فقال: يجب أن تقبل شهادته؛ لأنه جر إلى نفسه مغرمًا؛ لأنه لما استحقها المدعي ظهر أن الأمر كان غاصبًا، وأن الذابح ذبح شاة الغير بغير إذن ذلك الغير، وذبح شاة الغير بغير إذنه سبب الضمان، فعلم أنه جار إلى نفسه بهذه الشهادة مغرمًا. والجواب: لا بل هو دافع مغرمًا عن نفسه بهذه الشهادة؛ لأننا لو لم نقبل شهادته يجب الضمان عليه خاصة؛ لأنه يجب بحكم إقراره أن الملك للمدعي، وأن الأمر كان غاصبًا وإقراره حجة في حقه، وليس بحجة في حق غيره، وإذا قبلنا الشهادة يظهر ملك المدعي، وكون الأمر غاصبًا في حق الكل، ويتخير المدعي بين تضمين الأمر وبين تضمين الذابح، وإذا ضمن الذابح كان له الرجوع على الأمر، فكان

وإذا شهد الوصي بالدين، إن شهد بالدين للميت على غيره لا يقبل^(١) وإن شهد على الميت بالدين تقبل^(٢)

قال: إلا أن يكون قضى الدين أولاً من التركة ثم شهد بعد ذلك فحينئذ تقبل شهادته^(٣). وإن شهد لبعض ورثة الميت على الميت أو على أجنبي أو على بعض الورثة بدين، فإن كان المشهود له صغيراً لا تقبل^(٤) وإن كان المشهود له كبيراً، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن الشهادة مقبولة ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله -: أن على قول أبي حنيفة - رحمه الله -: لا تقبل، وعلى قولهما: تقبل، وأحال المسألة إلى كتاب الوصايا. والله تعالى أعلم.



دافع مغرم من هذا الوجه، فلهذا لا تقبل شهادته.

(١) قال في المحيط: لأنه يثبت لنفسه حق القبض والاستيفاء فيصير شاهداً لنفسه.

(٢) قال في المحيط: لأنه يطالب به، فيصير شاهداً على نفسه لا لنفسه فيقبل.

(٣) قال في المحيط: لأنه يقصد به إسقاط الضمان عن نفسه، فيكون شاهداً لنفسه.

(٤) قال في المحيط: لأنه يثبت حق القبض والاستيفاء لنفسه، فيصير شاهداً لنفسه.

الفصل الثامن

في الشهادات في الموارث

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: وإذا شهد شاهدان عند القاضي أن هذا الرجل وارث هذا الميت لا وارث له غيره ولم يخبرا بسبب الميراث، ثم إنهما ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن السبب، فالقاضي لا يقضي بشهادتهما؛ لأنهما شهدا بالمجهول؛ لأن الوارث مجهول غاية الجهالة؛ لأن أسباب الإرث كثيرة؛ أحكامها مختلفة^(١)، وهذا بخلاف ما لو شهدا بالدين أو بملك الغير^(٢)، فإنه تقبل شهادتهما، وإن لم يبيننا سبب ذلك؛ لأن الدين لا يختلف باختلاف سببه، وكذلك ملك الغير^(٣) [لا يختلف باختلاف سببه، فلا يكون]^(٤) المشهود به مجهولاً^(٥) فإن قالوا: هو ابنه ووارثه لا يعلم له وارثاً آخر صار المشهود به معلوماً للقاضي فيقضي بشهادتهما، فقد شرط مع بيان السبب أن يقول: وهو وارثه لا نعلم له وارثاً سواه، ولا شك أن قولهما: ووارثه شرط فيمن يحتمل الحجب والسقوط بحال، فأما من لا يحتمل الحجب والسقوط بحال نحو الأب والأم والابن والبنت هل هو شرط؟ فقد اختلف المشايخ فيه.

وإشارات محمد رحمه الله في «الكتاب» متعارضة [والصحيح أنه لا يشترط]^(٦).

(١) قال في المحيط: فكانت الجهالة ساحة لا يمكن تداركها، فيعجز القاضي عن القضاء؛ لأنه لا يدري بأي سبب يقضي، ألا ترى أنه لو جاء آخر وادعى أنه ابن الميت أو أبوه، فالقاضي لا يدري أنه يشاركه في الميراث أو لا يشاركه، فكيف يشاركه.

(٢) في ز: العين.

(٣) في ز: العين.

(٤) في ز: فلم يكن.

(٥) قال في المحيط: بخلاف الإرث؛ لأنه يختلف باختلاف أسبابه، فلا بد من بيان السبب.

(٦) قال في المحيط: فوجه قول من قال: إنه شرط هؤلاء قد لا يرثون بعراض القتل والكفر والرق؛ ولأنهم قد يكونون بجهة الرضاع، فيشترط ذكره ليزول الاحتمال، وجه قول من قال بأنه ليس بشرط وهو الصحيح: أن هذه العوارض ليست بظاهرة، فلا يلتفت إليها، والنسبة المطلقة بهذه الأشياء هي بجهة الرضاع غير ثابتة عادة فلا تورث شبهة.

وقول الشاهدين: لا نعلم له وارثاً آخر، ليس من صلب الشهادة، وإنما هو لإسقاط مؤنة التلوم عن القاضي، فإنه بدونه القاضي يتلوم زماناً، ولو شهدوا أنه عم الميت لا بد وأن ينسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد؛ ليعلم أنه عمه، ويتسامع ذلك أنه عمه لأبيه وأمه، [أو لأبيه]^(١) أو لأمه، حتى إذا جاء آخر وادعى ميراث الميت يعلم أن الأول حاجب للعالي^(٢) أو ليس بحاجب له، وبعد ألا يكون حاجباً له في أي قدر يشاركه الثاني، وينبغي أن يتسامع ذلك أنه وارثه لا يعلم له وارثاً غيره^(٣)، والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا شهدوا أنه عم الميت فهو الجواب فيما إذا شهدا أنه ابن عم الميت، وكذلك إذا شهد أنه أخ الميت، لا بد وأن يبين أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه^(٤) ويشترط مع ذلك أن يقولوا: ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره^(٥)، ولو شهدوا أنه مولاه ووارثه لا يقبل القاضي هذه الشهادة حتى يشهد أنه مولاه أعتقه^(٦).

ولو شهدا أن هذا ابن ابن الميت أو هذه بنت ابن الميت لا بد أن يقولوا: وهو وارثه^(٧).

ولو شهدا أنه جد الميت لا بد وأن يبين أنه جده من قبل الأب أو من قبل الأم^(٨)،

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: للثاني.

(٣) قال في المحيط: لأن العمل يحتمل الحجب والسقوط بغيره.

(٤) قال في المحيط: لأن الأخوة في نفسها مختلفة، وقد يتعلق بها العصوبة، وهو ما إذا كان لأب وأم أو لأب، وقد تتعلق بها الفرضية، وهو ما إذا كانت لأم وأحكامها مختلفة، فلا بد من بيان ذلك ليصير المشهود به معلوماً للقاضي.

(٥) قال في المحيط: لما قلنا في العم.

(٦) قال في المحيط: لأن المولى اسم مشترك يتناول الأعلى وهو المعتق، ويتناول الأسفل وهو المعتق، ومن الناس من يورث الأسفل. وعندنا: لا ميراث للأسفل ولعل الشاهدين أرادوا الأسفل، فلو قضى القاضي بهذه الشهادة قبل البيان يقع القضاء لغير الوارث وإنه لا يجوز.

(٧) قال في المحيط: لأنهما يسقطان بحال، فلا بد منه لينقطع الاحتمال.

(٨) قال في المحيط: لأن كل واحد منهما جد على الحقيقة وأحدهما صحيح، والآخر فاسد ويتسامع ذلك أيضاً أنه وارثه؛ لأنه يحتمل السقوط والحجب لغيره، وكذلك إذا شهدوا أن =

وبيينا مع ذلك أنها وارثته^(١).
 ولو شهدا أنه جده أب أبيه ووارثه لا نعلم له وارثاً سواه، وقضى القاضي بذلك
 ثم جاء رجل وادعى أنه أب الميت، وأقام على ذلك بينة قضى القاضي به^(٢)،
 ويجعل الميراث للأب وينقض القضاء بالمال للجد^(٣)، ويجعل الجد أباً لهذا الذي
 ادعى الأبوة، فإن قال الأب للقاضي: إن هذا الذي أقام البينة أنه جد الميت ليس
 بأب لي فمره بإعادة البينة، فالقاضي لا يكلفه ذلك^(٤).
 واستشهد في «الكتاب» لإيضاح ما قلنا بمثله فقال: ألا ترى أن الأول لو أقام بينة
 أنه أخو الميت لأب وأم، وقضى القاضي بذلك وجعل الميراث له، ثم جاء آخر
 وأقام البينة أنه ابن الميت، جعل القاضي الميراث للابن، ويجعل الأول عمًا لهذا
 الابن فإن قال الابن: إنه ليس بعمي، فمره بإعادة البينة، لا يكلفه القاضي ذلك.
 وكتاب القاضي إلى القاضي في نقل الشهادة في هذا الباب مقبول^(٥).

= هذه جدته لا بد وأن يبين أنها أم أم الميت أو أم أبيه؛ لأن الجدة قد تكون صحيحة وقد تكون فاسدة.

- (١) قال في المحيط: لما قلنا في الجد.
- (٢) قال في المحيط: لأنه لا تنافي بين كون الأول جد الميت، وبين كون الثاني أباً له.
- (٣) قال في المحيط: لوقوعه خطأ أو الجدل محجوب بالأب.
- (٤) قال في المحيط: لأن نسب الجد ثابت بقضاء القاضي بالبينة القائمة على النسب، عند وجود شرطها، وهو دعوى الميراث ولم يوجد ما يوجب النقض في حق النسب فبقي نسبه كما كان. فإن قيل: القضاء بالنسب ثبت في ضمن القضاء بالوراثة، وقد تبين بطلان القضاء بالوراثة فتبين بطلان القضاء بالنسب أيضاً. قلنا: القضاء بالوراثة، لم يبطل وإنما بطل القضاء بدفع المال إليه، وهذا لأن الجد وارث مع الأب لوجود سبب الوراثة في حقه إلا أن الأب أقرب، والميراث يدفع إلى أقرب الوارثين مع كون الأبعد وارثاً، وإنما يبطل القضاء بدفع المال، أما لا يبطل القضاء بالوراثة، وإذا لم يبطل القضاء بالوراثة كيف يبطل ما ثبت في ضمنه من القضاء بالنسب، نظيره الجار مع الشريك، فإن الشريك مقدم على الجار، وإن اجتمعا عند القاضي فالقاضي يقضي بالشفعة للشريك مع كون الجار شفيحاً في نفسه حتى لو سلم الجار الشفعة يصح تسليمه كذا ههنا.
- (٥) قال في المحيط: لأنه ثبت مع الشبهات، فيقبل فيه كتاب القاضي كما في سائر الحقوق التي تثبت مع الشبهات.

وإذا مات الرجل فأقام رجل البينة أنه فلان ابن فلان الفلاني، وأن الميت فلان بن فلان الفلاني حتى التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة، وهو عصبة الميت ووارثه، لا نعلم له وارثاً غيره قضى له بالميراث^(١). فإن جاء آخر بعد ذلك وأقام بينة أنه عصبة الميت، فإن أثبت الثاني مثل ما أثبت الأول بأن أثبت أنه فلان بن فلان الفلاني، والميت فلان بن فلان الفلاني حتى التقيا إلى أب واحد قبلت بينة الثاني، إذا التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة وإن كانا من قبيلتين بأن ادعى الأول أنه من العرب، وادعى الثاني أنه من العجم لا تقبل بينة الثاني^(٢).

وإن أثبت الثاني نسباً أبعد عن الأول بأن أثبت الثاني أنه ابن ابن عمه، فالقاضي لا يلتفت إلى بينته التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة، أو من قبيلتين^(٣). وإن أثبت الثاني نسباً فوق الأول، بأن ادعى الثاني أن الميت ابنه ولد على فراشه، وأنه أبوه لا وارث له غيره.

فهذا على وجهين: إن ادعى الأب نسبه من القبيلة التي ادعاها ابن العم تقبل بينة الأب، وينقض القضاء الأول في حق الميراث دون النسب حتى لا يبقى الأول ابن عم له حتى لو مات هذا الأب يرث الأول منه إذا لم يكن له وارث أقرب منه^(٤). وإن ادعى الأب نسبه من قبيلة أخرى قبلت بينة الأب وينقض القضاء الأول في

(١) قال في المحيط: لأنه أثبت بالبينة أنه ابن عم الميت لأبيه وأمه، أو لأبيه؛ لأنهما التقيا إلى أب واحد وإنما يلتقيان إلى أب واحد إذا كان المدعي ابن عم الميت من جهة الأب والأم أو من جهة الأب، فأما إذا كان ابن عمه لأم لا يلتقيان إلى أب واحد، وهو معنى قولنا: إنه أثبت بالبينة أنه ابن عم الميت لأبيه وأمه أو لأبيه وقد شهدوا أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره له فوجب القضاء له بالميراث.

(٢) قال في المحيط: لأن العمل بالبينة متعذر، إذ يستحيل أن يكون للرجل ابناً عم من قبيلتين، فترجحت البينة الأولى بالقضاء.

(٣) قال في المحيط: لأنه لا يستحق شيئاً من الميراث مع الأقرب.

(٤) قال في المحيط: لأن العمل بالبنتين في حق ثبات النسب ممكن، إذ يجوز أن يكون للإنسان أب وابن عم من قبيلة واحدة، وإذا أمكن العمل في حق ثبات النسب لم ينقض القضاء الأول في حق النسب، وينقضه في حق الميراث؛ لأن ابن العم لا يرث مع الأب.

حق الميراث والنسب جميعاً^(١).

وإذا شهد شاهدان أن فلاناً أعتق هذا الميت وأن هذا الرجل عصبة الذي أعتق، وأنه عصبة المعتق لذلك لا تقبل شهادتهما ما لم يبيننا سبب العصوبة من أنه ابن الذي أعتق أو أبوه أو أخوه أو ما أشبه ذلك^(٢).

(١) قال في المحيط: لأن العمل بالبيتين في حق النسب متعذر هاهنا، لأن... دعواهما أن للميت أبوين، هذا المدعي وأخ أب ابن العم، ولا يتصور من حيث الحقيقة أن يكون للشخص الواحد أبوان، وإذا تعذر العمل بهما في حق النسب وجب العمل بينة الأب، لأن في بينة الأب زيادة إثبات؛ لأن الأب أقرب. فإن قيل: لا بل العمل بالبيتين في حق النسب ممكن بأن كان بين رجلين جارية جاءت بولد فادعيها، فينبغي ألا ينقض القضاء الأول في حق النسب، فلا يجوز أن يكون للولد الواحد أبوان من حيث الحكم كما قلتم، إلا أن من شرط ثبوت أبوتهما للواحد أن يدعي معاً، أما إذا سبق أحدهم الآخر في الدعوة لا يصح دعوة الثاني، وهاهنا مدعي الأبوة صار سابقاً معنى وإن كان ابن العم سابقاً في الدعوة صورة؛ لأن الأب ادعى لنفسه زيادة قرب لم يدعيه ابن العم، فصار الأب منفرداً بهذه الزيادة ولم يزاحمه ابن العم في ذلك، فصار سابقاً معنى، فيعتبر بما لو كان سابقاً حقيقة لا تصح دعوى ابن العم في ذلك كذا هاهنا، فإن قيل: إذا تعذر العمل بها من حيث الحقيقة والحكم كان يجب أن ترجح البينة التي اتصل بها القضاء كما ادعى الثاني أنه ابن عمه من قبيلة أخرى. قلنا: إنما ترجح البينة التي اتصل بها القضاء حالة التنافي إذا لم يكن في البينة الثانية زيادة إثبات كما في ابني العم، فعند الاستواء في الإثبات ترجح الأولى بحكم اتصال القضاء بها، وهاهنا في البينة الثانية زيادة إثبات، وفي مثل هذا، الترجيح بزيادة الإثبات لا باتصال القضاء؛ لأن الترجيح من حيث زيادة الإثبات ترجيح في نفس الشهادة، والترجح من حيث القضاء ترجيح من حيث الحكم. وخرج على المعنى الذي قلنا الولد إذا تنازع فيه رجلان، فأقام أحدهما البينة وقضى القاضي بالولد، ثم أقام الآخر بينة بعد ذلك لم تقبل بينته، وترجح الأول بالقضاء؛ لأنه ليس في البينة الثانية زيادة إثبات، والجمع بينهما غير ممكن، فرجحنا الأول باتصال القضاء بها.

(٢) قال في المحيط: وهذا لأن أسباب العصوبة كثيرة، ومن العصابات من لا يصير محجوباً بغيره، ومنهم من يصير محجوباً بغيره، فلا بد من أن يعلم القاضي سبب عصوبته حتى إذا جاء آخر فادعى عصوبته، فالقاضي يعلم أن الثاني محجوب بالأول وهو حاجب له، وصارت الشهادة على الميراث، ودعوى الميراث دعوى تلقي الملك من جهة الميت، نظير الشهادة على دعوى تلقي الملك من جهة حالة الحياة. ومن ادعى تلقي الملك من جهة الحياة وشهد الشهود بذلك ولم يبينوا سببه، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم؛ لأن في أسباب الملك كثيرة وأحكامها مختلفة، فالبيع لا يوجب ملكاً لأنه جاء بعوض، والهبة توجب ملكاً غير لازم بغير عوض، فكذا في دعوى الميراث.

وإذا شهد الشهود بوراثه رجل وبينوا سببه ولم يزيدوا عليه، فاعلم بأن هاهنا فصول:

أحدها: هذا، والحكم فيه أن الشهادة مقبولة إلا أن القاضي لا يدفع المال إلى المشهود له للحال بل يتلوم زماناً لجواز أن يظهر وارث آخر للميت هو مزاحم للمشهود له، أو هو مقدم عليه.

الثاني: إذا شهدوا بوراثته وبينوا سببه وقالوا: لا نعلم له وارثاً آخر، وهذه الشهادة مقبولة، ويدفع القاضي المال إليه للحال من غير تلوم^(١).

الثالث: إذا شهد أنه وارثه لا وارث له غيره، وهذه الشهادة مردودة قياساً مقبولة استحساناً^(٢).

الرابع: إذا قالوا: لا نعلم له وارثاً آخر بأرض كذا غير فلان، قال أبو حنيفة رحمه الله: هذه الشهادة جائزة ويقضى له بالميراث، وقالوا: لا تجوز هذه الشهادة ولا

(١) قال في المحيط: وقوله: لا نعلم له وارثاً سوى هذا ليس من صلب الشهادة، بل هو لإسقاط مؤنة التلوم عن القاضي؛ لأن بدون ذكر هذه الزيادة القاضي يتلوم، وبعد ذكر هذه الزيادة لا يتلوم.

(٢) قال في المحيط: وجه القياس: أن هذه شهادة بما يعلم القاضي أنه لا علم للشاهد به لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم بمعانية الحكم، أما من حيث الحقيقة فظاهر، وأما من حيث الحكم بمعانية السبب؛ لأنه لا يوجد في النفي سبب موضوع يوجب النفي بخلاف الشهادة على الإثبات؛ لأن من الإثبات ما يعلم حقيقة، كالأفعال نحو الغصب والقتل، ومنها ما يعلم من حيث الظاهر بمعانية الأسباب كالأملأك، فلم تكن الشهادة على الإثبات شهادة بما يعلم القاضي أنه لا علم للشاهد به وبخلاف قوله: لا نعلم له وارثاً غيره لأن قوله: لا نعلم له وارثاً غيره، إخبار عن عدم علمه بوارث آخر، وهو يعلم عدم علمه بوارث آخر، فلم تكن هذه شهادة بعلم القاضي أنه لا علم للشاهد به، وأما قوله: لا وارث له غيره، إخبار عن نفي وارث آخر في نفسه، ولا علم له بذلك لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الظاهر بمعانية السبب على ما ذكرنا. وجه الاستحسان: أن العمل بحقيقة هذه الشهادة إن تعذر من الوجه الذي قلتم أمكن العمل بمجازها بأن يجعل قولهما: لا وارث له غيره، كناية عن قولهما: لا نعلم وارثاً غيره، لأن عدم وارث آخر غير هذا المدعي متى ثبت على الحقيقة ثبت عدم العلم بوارث آخر غيره، فيمكن أن يجعل نفسه على الحقيقة كناية عن نفي علم.

يقضى له بالميراث^(١).

ثم الشهود إذا شهدوا على وراثه شخص وبينوا سببها، وهذا الشخص ممن يستحق جميع المال، ولا يصير محجوبًا بغيره، كالابن والبنت^(٢) والأب إن قالوا: لا نعلم له وارثًا آخر غيره، فالقاضي يدفع جميع المال إليه من غير تلوم^(٣).
فأما إذا شهدوا أنه ابنه ولم يزيدوا على هذا، فالقاضي لا يدفع جميع المال إليه بل يتلوم زمانًا يقع في غالب رأي القاضي أنه لو كان معه وارث آخر لظهر في هذه المدة، ولم يقدر محمد رحمه الله في «الأصل» لذلك مقدارًا، ولكن فوض ذلك إلى رأي القاضي، وهكذا ذكر في «الجامع» فالمذكور في «الجامع الكبير»: أن القاضي يتأني ويتلوم في ذلك زمانًا قدر ما يقع في غالب رأيه أنه لو كان له وارث آخر لظهر في مثل هذه المدة.

(١) قال في المحيط: وجه قولهما أن وجود وارث في مكان آخر إن لم يثبت بشهادتهما نصًا فقد ثبت مقتضى تخصيصهما هذا المكان بنفي وارث آخر فيه، لأنه لو لم يكن له وارث آخر في مكان آخر لم يكن لتخصيص هذا المكان بالنفي فائدة والثابت اقتضاءً والثابت نصًا سواء، ولو ثبت وجود وارث آخر في مكان آخر نصًا بأن قالوا: لا نعلم له وارثًا آخر في مكان كذا وله وارث آخر في مكان كذا، أليس إن القاضي لا يدفع المال إليه؟ كذا ههنا، ألا ترى أنهما لو قالوا: لا نعلم له وارثًا آخر في هذا المجلس، لا يقضى بالميراث له وطريقه ما قلنا، ولأبي حنيفة رحمه الله أن وجود آخر في مكان آخر لم يثبت بشهادتهما لا نصًا، ولا يقتضي تخصيصهما هذا المكان بالنفي فيه؛ لأن بهذا التخصيص فائدة أخرى. ووجه ذلك: أنما لما لم يكن له وارث آخر في هذا المكان مع أنه مسقط رأسه، أولى ألا يكون له وارث آخر في مكان آخر، ثم يقول: إن في هذا الكلام تقديم وتأخير يمكن تصحيح الشهادة لو حمل عليه، فيحمل عليه إذ يحتمل بتصحيح الشهادة بقدر الممكن، ووجه التقديم والتأخير أنا لا نعلم له وارثًا آخر غير فلان بأرض كذا، فيكون ذكر الأرض لكون فلان فيها، ونفي غيره على العموم، أما أن يكون ذكر الأرض لتخصيصه بالنفي فيه فلا.

(٢) في ز: والابنة.

(٣) قال في المحيط: لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بعلم القاضي، ولو علم القاضي بذلك كان يدفع المال إليه كذا ههنا. فإن قيل: نفي وارث آخر ثابت بعبه بالأصل، فإن الأصل هو العدم، فلماذا يشترط نفيه بالشهادة؟ قلنا: نعم، الأصل هو العدم، إلا أن العدم ثابت باستصحاب الحال لا بدليله، والثابت باستصحاب الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق، فلماذا شرطنا ثبوت النفي بدليله حتى يصلح لاثبات استحقاق ما لم يكن ثابتًا.

[وذكر الطحاوي قولهما، وما ذكر في «الجامع»^(١) قول أبي حنيفة^(٢).
فإذا تلوم حولاً أو مقداراً أوقع في قلبه أنه لو كان له وارث آخر لظهر، دفع المال
إليه^(٣) بالتلوم ما لم يشهد الشهود بالنفي، وفي الابن قال: يدفع المال إليه بالتلوم
أيضاً^(٤).

وإذا عرفت الجواب في الابن فهو الجواب في الابنة والأبوين^(٥)، والجواب في
ابن الابن وفي ابن الأخ والعم وابن العم، كالجواب في الجد والأخ^(٦).
هذا الذي ذكرنا إذا كان المدعي استحق جميع المال، وهو ممن لا يحجب بغيره
كالابن والابنة^(٧) أو ممن يحجب بغيره كالأخ والعم وابن الأب^(٨) وأشباههم، وأما

(١) قال في المحيط: وذكر الطحاوي رحمه الله في مختصره وقدر لذلك حولاً؛ لأن الغيبة قد
تمتد إلى حول، قالوا: ما ذكر الطحاوي قولهما؛ لأنهما يثبتان المقدار فيما لا نص فيه ولا
إجماع بالاجتهاد، وما ذكر في «الأصل» وفي الجامع.

(٢) قال في المحيط: لأنه لا يثبت المقدار فيما لا نص فيه ولا إجماع بالاجتهاد، بل يفوضه إلى
رأي من ابتلي به.

(٣) قال في المحيط: لأن نفي وارث آخر ثبت بنوع دليل وهو التلوم، فصار كما لو ثبت
بالشهادة، فأما قبل التلوم لا يدفع المال إليه؛ لأن نفي وارث آخر قبل التلوم ثابت
باستصحاب الحال وإنه لا يصح لإثبات استحقاق ما لم يكن ثابتاً فرق بين هذا وبين ما إذا
شهدوا أنه جد الميت أب أبيه أو أخوه لأبيه وأمه ولم يزيدوا على هذا فإن القاضي لا يدفع
المال إليه.

(٤) قال في المحيط: والفرق أن في مسألة الابن وقع الشك في دفع بعض المال لا في دفع الكل
لأنه مستحق للبعض على كل حال، وفي مسألة الجد والأخ الشك وقع في الكل لأنهما
يحجبان بوارث آخر ولا شك أن الشك للتمكن في دفع الكل فوق الشك المتمكن في دفع
البعض، والنفي الثابت بالتلوم دون النفي الثابت بالشهادة من حيث الحقيقة؛ فاكتمى بالتلوم
للنفي متى وقع الشك في دفع البعض، ولم يكتف متى وقع الشك في دفع الكل ليظهر
نقصان ريبة التلوم عن ريبة الشهادة وصار وزان مسألة الجد والأخ مسألة الابن: أن لو شهد
أنه جده أب أبيه ووارثه، أو شهدا أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه حتى ثبت له استحقاق البعض
ووقع الشك في الباقي، ولو كان كذلك كان يدفع المال إليه بالتلوم.

(٥) قال في المحيط: لأن الشك في حقهم يمكن في البعض؛ لأنهم لا يحجبون بحال.

(٦) قال في المحيط: لأن في حق هؤلاء وقع الشك في دفع الكل؛ لأنهم يحجبون بغيرهم.

(٧) في ز: والبنت.

(٨) في ز: الابن.

إذا كان المدعي وارثاً لا يستحق جميع المال ولكن لا يصير محجوباً بغيره كالزوج والزوجة إن شهدا أنه زوجها أو أنها زوجته لا نعلم له وارثاً غيره دفع إلى الزوج النصف وإلى المرأة الربع^(١).

وأما إذا شهدوا^(٢) أنه زوجها أو شهدوا^(٣) أنها زوجته ولم يزيدوا على هذا؛ أجمعوا على أن قبل التلوم لا يدفع إليه أكثر النصيين^(٤)، إن كان زوجاً يدفع إليه النصف، وإن كان زوجة يدفع إليها الربع، وقال أبو يوسف رحمه الله: يدفع إليه أقل النصيين؛ إن كان زوجاً الربع وإن كان زوجة الثمن، ولم يذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف في «المبسوط».

و«الطحاوي»: في مختصره ذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف.
والخصاف ذكر قوله مع قول محمد.

وإذا ادعى داراً في يدي إنسان أنها له ورثها عن أبيه وجاء شهود^(٥) وشهدوا أنها كانت لأبيه إلى أن مات وتركها ميراثاً له لا نعلم له وارثاً غيره، فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي وهذا ظاهر، وكذلك إذا شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت، فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي^(٦)، وإن شهدوا أنه تركها

(١) قال في المحيط: لأن نفي وارث آخر ثبت بالشهادة فصار كالثابت بعلم القاضي.

(٢) في ز: شهدا.

(٣) في ز: شهدا.

(٤) قال في المحيط: لأن استحقاق أكثر النصيين معلق بعدم الولد وأنه لم يثبت بدليله، والعدم الثابت باستصحاب الحال لا يكفي، وأما إذا تلوم زماناً ولم يظهر وارث آخر. قال محمد رحمه الله في دعوى «الأصل»: إن القاضي يدفع إليه أكثر النصيين.

(٥) في ز: بشهود.

(٦) قال في المحيط: وإن لم يشهدوا أنه تركها ميراثاً له؛ لأنهم إن لم يشهدوا بذلك صريحاً فقد شهدوا بذلك دلالة، لأن ما كان للإنسان يوم الموت يصير ميراثاً لورثته لا محالة، وكذلك إذا شهدوا أنها كانت في يد أبيه إلى أن مات، أو شهدوا أنها كانت في يد أبيه يوم الموت فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي؛ لأن الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له يوم الموت، لأن اليد المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه، ويبين ما كان عنده من الودائع أو الغصوب، فإذا لم يبين =

ميراثا وكذلك إذا شهدوا أنها كانت في يد أبيه يوم الموت، فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي.

وروى الحسن بن زياد، وعلي بن يزيد الطبري صاحب محمد بن الحسن رحمهم الله: أنه لا تقبل [الشهادة في] ^(١) هذه الصورة ^(٢)، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح ^(٣).

ولو شهدوا أنها كانت لأبيه، ولم يجروا الميراث الى المدعي، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً، رجع أبو يوسف عن هذا القول وقال: تقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي ^(٤).

= فالظاهر أن ما في يده ملكه فجعلنا اليد عند الموت ملك من هذا الوجه.

(١) سقط في ز.

(٢) قال في المحيط: لأنهم شهدوا بيد عَزَف القاضي زوالها، ولم يشهدوا بالملك للمورث.

(٣) قال في المحيط: لما ذكرنا أن الأيدي المجهولة تنقلب عند الموت يد ملك، فكانت هذه شهادة بالملك من حيث المعنى.

(٤) قال في المحيط: وجه قول أبي يوسف آخر: أن كون هذه الدار ملكاً للميت يوم الموت إن لم يثبت بنص الشهادة ثبت بمقتضى الشهادة أنها كانت لأبيه؛ لأن ما كان للانسان يبقى له إلى أن يوجد ما يزيله فيبقى إلى يوم الموت، فصار هذا وما لو شهد بكونه له يوم الموت سواء، والدليل عليه أن الأب لو كان حيًا وادعى الدار لنفسه، وجاء المدعي بشهود وشهدوا أنها كانت للمدعي، فالقاضي يقبل هذه الشهادة؛ لأن الشهادة بأنها كانت للمدعي شهادة بأنها للمدعي في الحال. والدليل عليه ما لو شهدوا على إقرار ذي اليد أنها كانت للميت فإنه تقبل هذه الشهادة، وجعل هذا بمنزلة إقراره أنها كانت للميت يوم الموت بالطريق الذي قلنا. والدليل عليه: من ادعى عينًا في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب وجاء بشهود ولا بد للشهود أن يذكروا في شهادتهم ملك البائع، فلو شهد شهوده أنه كان للبائع فإنه يقضي للمشتري وإن لم يشهدوا بكونه ملكًا للبائع يوم البيع ما كان الطريق إلا ما قلنا. وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن كون هذه الدار ملكاً للميت يوم الموت باستصحاب الحال لا بالبينة، فإنهم لم يشهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت، وإنما شهدوا أنها كانت لأبيه لا غير، إلا أن ما ثبت للأب فإنه يبقى إلى يوم الموت ما لم يوجد دليل الزوال باستصحاب الحال لا بدليل يوجب قيام. قلنا: والثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما هو ثابت ولا يصلح لإثبات ما هو غير ثابت على ما عرف، فاعتبرنا كون الثابت يوم الموت باستصحاب الحال لا بالبينة لإبقاء ما كان ثابتًا وهو الملك للميت، فإنه لا يثبت الوارث بالموت ملك جديد بل يبقى عين ما كان للميت حتى يرد بالعيب، ويرد عليه ولم يصرف في حق مالكية =

ولو شهدوا أنها لأبيه لا تقبل هذه الشهادة، ذكر محمد رحمه الله المسألة في كتاب «الدعوى» من غير ذكر خلاف، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: المسألة على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: تقبل^(١).

الوارث؛ لأن اعتباره في حق مالكية الوارث لم يكن ثابتاً، وإنما ثبت للحال فأخذ الاعتبارين إن وجب القضاء بهذه البينة، فباعتبار الآخر لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال، وليس كما شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت للميت ثابت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً، أما في مسألتنا هذه فتكون هذه الدار للميت يوم الموت غير ثابت بالبينة والتقريب ما مر، وبخلاف ما إذا شهدوا أنه كان في يده يوم الموت، لأن الشهادة باليد للميت يوم الموت شهادة بالملك له على ما بينا. وإذا كانت شهادة بالملك له فيكون هذا الشيء ملكاً للميت يوم الموت ثبت بنص البينة، وليس كما لو ادعى الملك لنفسه، وشهدوا أنها كانت للمدعي، فإنه يقضي بها للمدعي، وإن ثبت كونها ملكاً للمدعي للحال باستصحاب الحال لا بالبينة، لأن هناك لا يعتبر الكون الثابت للحال باستصحاب الحال لإثبات ما لم يكن ثابتاً، بل يعيده لإبقاء ما كان ثابتاً له من الملك والمالكية جميعاً، بخلاف ما نحن فيه. وليس كمسألة الشراء لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة لا إلى بقاء ملك البائع في البيع الثابت له وقت الشراء باستصحاب الحال، وإن كان لا بد لإثبات ملك المشتري من بقاء ملك البائع إلى يوم الشراء أحدهما: وجود، أو أنه لا يوجد حكماً لبقاء ملك البائع يوم الشراء، وإنما يوجد بالباشرة عن اختيار، وإنه للملك فإنه موضوع كذلك، ألا ترى أنه لا يتحقق من غير إيجاب الملك فيكون الملك الثابت للمشتري مضافاً إلى الشراء الذي ثبت بالبينة، لا إلى بقاء ملك البائع الثابت باستصحاب الحال، وما ثبت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً. وأما معنى ثبوت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملكاً للميت وقت الموت، لا إلى الموت الثابت معانية، لأن الموت ليس بسبب للملك، فإنه موضوع لإبطال الحياة لا لإيجاب الملك حتى يتحقق من غير إيجاب ملك لأحد، وبقاء ملك الميت إلى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال لأن الشهود لم يشهدوا بذلك والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً إن صلح، لإبقاء ما كان ثابتاً. وأما مسألة الإقرار قلنا: الملك الثابت للوارث هناك مضاف إلى إقرار ذي اليد الثابت بالبينة لا إلى بقاء ملك أبيه يوم الموت الثابت باستصحاب الحال، وإن كان لا بد للميراث من الأمرين جميعاً كما في الشراء إلا أن الإقرار أحدهما: وجود أو أنه يصلح سبب ملك من وجه لأنه تمليك من جهة المقر إن كان إخباراً من وجه، ولهذا لا يصلح إذا لم يعد للمقر له ملكاً والإقرار ثابت بالبينة والثابت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن تاماً، فأما ما ملك الوارث مضاف إلى كون هذه الدار ملكاً للأب يوم الموت لا إلى الموت الثابت معانية، وكون هذا المال لأبيه يوم الموت ثابت باستصحاب الحال، وأنه لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتاً فهذا هو الفرق بين هذا وبين الإقرار.

(١) قال في المحيط: لأنهم شهدوا بالملك للميت والثابت للوارث عين ما كان ثابتاً للمورث. =

ومنهم من قال: لا تقبل هذه الشهادة بلا خلاف، وإليه ذهب الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله^(١).

ثم هذا الاختلاف فيما إذا لم يجروا الميراث، فأما إذا جروا^(٢) وقالوا: هذا لأبيه مات وتركها ميراثاً له، تقبل هذه الشهادة بلا خلاف، وذكر محمد رحمه الله مثل هذا في مسألة الجد في «الأصل» على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى^(٣).

وفي «فتاوى النسفي» رحمه الله: إذا شهد الشهود بالوراثة وقالوا: (أين محدود ملك فلان يود وحق وي وريدست وي تا أول ترك بمرود وميراث ما ندخر وندان بشر رأ فلان وفلان رأى أنه ليس بتام) ولا بد من أن يقول: (ميراث ما نداين محدود رأى ويقول: ميراث ما ندش) حتى يتم حكم الميراث في المحدود المدعى.

قال الشيخ الإمام نجم الدين عمر النسفي رحمه الله: وكتبت الفتوى في جر الميراث وبالغت في شرائط الحد غير أنني تركت الهاء عند قوله: (وتركه ميراثاً)، وكتبت: وترك ميراثاً، فقال لي السيد الإمام: ألحق به الهاء واجعل (وتركه ميراثاً)

والحاصل: أن أبا يوسف اعتبر جانب الملك ولا استحالة في جانب الملك، وهما اعتبارا جانب المالكية فقالا: أثبتنا المالكية للميت في الحال ولا مالكية للميت في الحال فكانت هذه شهادة بالمستحيل.

(١) قال في المحيط: فكان يقول بأن محمداً رحمه الله ذكر كلا الفصلين في «الكتاب» ثم خص رجوع أبي يوسف في مسألة الكون للميت، ولو كان الخلاف فيهما واحداً لذكر رجوعه فيهما، فعلى هذا: أبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسألة، ووجه الفرق له أن يقال: بأن الاستحالة في هذه المسألة إن لم تتحقق في جانب الملك؛ لأن الملك لم يتجدد للوارث بل قام مقام الميت كأنه وكيله فتحقق الاستحالة في إثبات المالكية للميت للحال يمنع قبول الشهادة واعتبار إثبات الملك للورثة للحال، وأنه غير مستحيل للحال يوجب قبوله، فلا يجب القبول بالشك، بخلاف ما لو شهدا أنه كان لأبيه لأنها غير مستحيلة باعتبار الملك والمالكية جميعاً؛ لأنهم أثبتوا كلا الأمرين في حالة الحياة فوجب القبول، فإذا وجب القبول نفى الملك إلى يوم الميت باستصحاب الحال، ثم ثبت مالكية الوارث حكماً.

(٢) زاد في ز: الميراث.

(٣) الأصل للشيباني (١١/٥٣١).

حتى أفتي بالصحة .

وينبغي أن يقال إذا شهدوا: أنه كان ملكه يوم موته أو شهدوا أنه كان في يده يوم مات ألا يحتاج فيه إلى جر الميراث، وإنما يحتاج إليه إذا شهدوا أنه كان ملكه ولم يتعرضوا ليوم الموت، بدليل المسائل التي تقدم ذكرها.

قال: وإذا شهد شاهدان أن فلاناً مات وترك هذه الدار ميراثاً لفلان ابنه هذا، لا يعلمون له وارثاً غيره، ولم يدركا فلاناً الميت لا تقبل شهادتهما^(١) هذا إذا كان^(٢) نسب المدعي معروفاً من الميت، [وإن لم يكن]^(٣) نسبه معروفاً من الميت فشهدا أنه فلان بن فلان الميت، وأن فلاناً الميت ترك هذه الدار ميراثاً له ولم يدركا الميت، لم يذكر هذا الفصل هاهنا.

وذكر في «المنتقى»: أجرى شهادتهما في النسب، وأبطلها في الميراث. ولو شهدوا على دار في يدي رجل أنها لفلان جد هذا الرجل المدعي وحظه وقد أدركوا الجد، والمدعي يدعي أنها كانت لأبيه، فاعلم بأن هاهنا فصلان: أحدهما: إذا شهدوا أنها كانت لجد المدعي، وأنه على وجهين: الأول: إذا أجروا الميراث بأن شهدوا أنها كانت لجد هذا المدعي فلان، مات الجد وتركها ميراثاً لأب هذا المدعي، ثم مات الأب وتركها ميراثاً لهذا المدعي، وفي [هذا]^(٤) الوجه تقبل الشهادة، ويقضي بالدار للمدعي.

(١) قال في المحيط: لا تحلل في جر الميراث؛ لأنهم جروا الميراث إليه على وجهه، حيث قالوا: وتركها ميراثاً له، ولا يحلل في الشهادة بالنسب والموت من حيث أنهم شهدوا بالشهرة والتسامع؛ لأن الشهادة بالنسب والموت بالشهرة جائزة، ولكن إنما لم تقبل شهادتهما لخلل في شهادتهما بالملك؛ لأنهم شهدوا بالملك للميت بالشهرة والتسامع فإن ما لا يكون مملوكاً للميت لا يصير ميراثاً لورثته، وإذا لم يدركوا الميت، لم يعاينوا سبب الملك منه في الدار، ولا كون الدار في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، فعلم أن شهادتهما بالملك للميت بحكم الشهرة والتسامع لا تجوز.

(٢) في ز: لم يكن.

(٣) في ز: وأما إذا كان.

(٤) سقط في ز.

الوجه الثاني: إذا لم يجرؤ الميراث بأن شهدوا أنها كانت لجد المدعي ولم يزيدوا على هذا، وفي هذا الوجه: إن لم يعلم تقدم موت الجد على موت الأب لا يقضى بالدار للمدعي بالإجماع، وإن علم فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف رحمهم الله أولاً، ثم رجع أبو يوسف وقال: يقضى بالدار للمدعي. والاختلاف في هذا نظير الاختلاف فيما إذا شهدوا أنها كانت لأبيه، ولو شهدوا على إقرار ذي اليد أن هذه الدار كانت لجد المدعي ولم يجرؤ الميراث، فإن القاضي يقضي بالدار للمدعي إذا لم يكن [له] (١) وارث آخر، كما لو شهدوا على إقرار ذي اليد أنها كانت لأبيه، وبعض مشايخنا قالوا في مسألة الجد: لا تقبل الشهادة بلا خلاف.

الوجه الثالث: إذا شهدوا أن هذه الدار لجد هذا المدعي ولم يقولوا: كانت لجد، فإن جرو الميراث تقبل الشهادة ويقضى بالدار للمدعي؛ فأما إذا لم يجرؤ الميراث فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا تقبل، وأما على قول أبي يوسف الآخر فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل هذه الشهادة، ومنهم من قال: لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بالدار للمدعي عنده أيضاً.

وإن شهدوا أن الدار كانت لجد هذا المدعي مات الجد، وقد ترك أب هذا المدعي وارثاً لا وارث له غيره، ولم يزيدوا على هذا يعني: [لم يشهدوا] (٢) أن أب هذا المدعي مات وتركها ميراثاً له، فالمسألة على الخلاف الذي ذكرنا، قال أبو يوسف: إذا شهدوا أنها كانت لأبيه، كلفتهم البينة على عدد الورثة، ثم نفذت القضاء، وكذلك إذا شهدوا أنها كانت لجد المدعي، كلفتهم البينة على عدد الورثة ثم نفذت القضاء بحصة هذا المدعي.

قال في كتاب «الأفضية»: دار في يدي رجل، أقام آخر البينة أن أبي اشتراها منه

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: يشهد.

بألف درهم، وقد مات أبي والبائع يجحد ذلك، فإنني لا أكلفه البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً له ولكن أسأله البينة أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره، فإن أقامها أمرته بدفع الدار إليه.

وإن كانت الدار في يد غير البائع سألته البينة أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثاً له.

قال في «الأصل»: دار في يدي رجل جاء ابن أخ صاحب اليد وأقام بينة أن هذه الدار كانت لجدته، مات وتركها ميراثاً بين أبيه وبين عمه هذا الذي الدار في يده نصفان، ثم مات أبوه وترك نصيبه ميراثاً له، فالقاضي يقبل هذه البينة ويقضي بالدار بين المدعي وبين عمه نصفان.

وإن لم يقض القاضي بيينة ابن الأخ، حتى أقام العم بيينة أن أخاه وهو أب هذا المدعي مات قبل موت الجد وورث الجد منه السدس، ثم مات الجد وصار جميع الدار ميراثاً لي^(١)، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: ألا يكون في يد ابن الأخ شيء من تركته أبيه، وفي هذا الوجه بيينة ابن الأخ أولى.

الوجه الثاني: إذا كان في يد ابن الأخ شيء من ميراث أبيه، وباقي المسألة بحالها، وفي هذا الوجه ميراث الجد كله للعم وميراث الأخ كله لابن الأخ، ويجعل كأنهما [ماتا]^(٢) معاً.

قال في «الأصل» أيضاً: لو أقام رجل البينة على ميراث رجل أنه مات [سنة خمسين وأنه ابنه ووارثه لا وارث له غيره وقضى القاضي بذلك، ثم أقامت امرأة البينة أنه زوجها]^(٣) سنة إحدى وخمسين، ومات بعد ذلك ذكر أنه تقبل بيينة المرأة

(١) في ز: له.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ، ز.

وتشارك الابن في الميراث ويقضي لها بالمهر هكذا ذكر.

ولو كان مكان الموت قتلاً لو^(١) أقام الابن^(٢) البينة أن فلاناً قتل أباه سنة خمسين وأنه ابنه ووارثه وقضى القاضي بذلك، ثم جاءت امرأة وأقامت البينة أنه تزوجها سنة إحدى وخمسين ثم قتله فلان بعد ذلك؛ فإنه لا تقبل بينة المرأة.

ولو أقامت امرأة البينة أنه تزوجها في وقت كذا وقضى القاضي بذلك ثم أقامت امرأة أخرى البينة أنه تزوجها بعد ذلك الوقت فإنه تقبل بينتهما.

وفي «المنتقى»: إذا شهد الشهود على رجل أنه قتل أب هذا عمداً ولا وارث له غيره، وأن القتل كان في شهر ربيع الأول سنة خمس وثمانين ومائة، وأقام المدعى عليه بينة أن أباه كان حيّاً وأنه أقرضه في محرم سنة ست وثمانين ومائة، مائة درهم وأنها له عليه دين، فالبينة بينة الابن، إلا أن أباً حنيفة رحمه الله استحسن في هذا الباب شيئاً واحداً فقال: إذا أقام الابن البينة أن هذا قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين^(٣) سنة، وأنه لا وارث له غيره، وجاءت امرأة وأقامت البينة أنه تزوجها منذ خمس عشرة سنة، وأن هذا ولده منها وأن [هذا]^(٤) وارثه مع أبيه هذا، قال أبو حنيفة رحمه الله: استحسن في هذا أن أجزى بينة المرأة وأبطل بينة الابن على القتل، ولو أقامت المرأة [البينة]^(٥) على النكاح ولم تأت بولد فالبينة بينة الابن، والميراث للابن دون المرأة ويقتل القاتل، إنما استحسن في النسب خاصة، وهو قول أبي يوسف ومحمد، ولو شهدوا أن أباه مات في هذه الدار لا تقبل الشهادة.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن الشهود إذا شهدوا على فعل من المورث في العين عند موته، فهذا على وجهين:

(١) في ز: بأم.

(٢) في ز: ابن الميت.

(٣) في المحيط: عشرة.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

إما أن يشهدوا بفعل هو دليل اليد، أو بفعل ليس هو دليل اليد، والذي هو دليل اليد في التقلبات فعل لا يتصور ثبوته بدون العقل كاللبس والحمل، أو فعل يحصل عادة للنقل كالركوب في الدواب، وفي غير التقلبات دليل اليد فعل يوجد من المالك في الغالب كالسكنى في الدور، فهذا النوع من الفعل إذا قامت البينة على وجوده من المورث في العين عند موته يقضي بالمدعى للمدعي؛ لأن هذه الأفعال لما كانت دليل اليد^(١) صارت الشهادة عليها عند الموت، والشهادة على اليد سواء، والذي ليس بدليل اليد في التقلبات فعل يتأتى بدون النقل، ولا يحصل في الغالب للنقل كالجلوس على البساط، وفي غير التقلبات [الذي]^(٢) ليس بدليل اليد فعل يوجد من غير المالك في الغالب كالجلوس والنوم في الدار، فهذا النوع من الفعل إذا قامت الشهادة على وجوده من^(٣) المورث في العين عند موته، لا يقضي بالعين للمدعي، لعدم دليل الملك، وعدم دليل اليد التي هي دلالة الملك.

إذا ثبت هذا جئنا إلى المسائل فنقول: إذا شهد الشهود أن أباه مات، وهو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم، تقبل الشهادة، وكذلك لو شهدوا أنه مات وهو حامل لهذا الثوب، تقبل الشهادة.

أطلق محمد رحمه الله الجواب في الخاتم، وحكي عن القاضي أبي الهيثم عن القضاة الثلاثة - رحمهم الله - : أنهم كانوا يفتنون الجواب في ذلك ويقولون: إن شهدوا أن الخاتم كان في خنصره أو بنصره يوم الموت، تقبل الشهادة، وإن شهدوا أنه كان في السبابة أو في الوسطى أو في الإبهام لا تقبل الشهادة، ولكن الصحيح أن يجري على إطلاقه كما ذكره محمد رحمه الله.

ولو شهد الشهود أنه مات وهو راكب هذه الدابة قضي بالدابة للوارث، وإن كان

(١) في ز: الرضا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ز: على.

الركوب يتحقق بدون النقل إلا أنه لا يحصل في الغالب إلا بالنقل، ولو شهدوا أن أباه مات وهو ساكن في هذه الدار تقبل الشهادة.

وعن أبي يوسف برواية «المعلی» رحمه الله: إذا شهد شاهدان أن فلاناً مات وهو ساكن في هذه الدار، لا يقضي بالدار لورثته، ولو شهدوا أن أباه مات في هذه الدار، لا تقبل الشهادة.

ولو شهدوا أن أباه مات قاعداً على هذا الفراش أو على هذا البساط أو نائم عليه، لا تقبل هذه الشهادة.

ولو شهدوا أن أباه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه، ولم يشهدوا أنه كان حاملاً له، لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى للوارث.

ثم قال محمد رحمه الله عقيب هذه المسائل: أرأيت لو أن رجلاً في يديه دار قال لآخر: كنت أمس ساكن هذه الدار فقال الآخر: صدقت وهي لي، فقال المقر: ليست لك، كان للمقر له بالسكنى أن يأخذها.

قال في دعوى الأصل: إذا كانت الدار في يدي رجل وابن أخيه، فادعى العم أن أباه مات وتركها ميراثاً له، لا وارث له غيره، قضي بالدار بينهما نصفان.

فإن قال العم لابن الأخ: هذه الدار كانت بين أبي وأخي نصفان، وصدقه ابن الأخ في ذلك إلا أن العم قال لابن الأخ: مات أخي قبل موت الجد، وصار النصف الذي كان لأخي ميراثاً بين الجد وبينك أسداساً، ثم مات الجد فورثت ذلك السدس منه، وقال ابن الأخ: مات الجد أولاً وصار النصف الذي كان للجد ميراثاً بينك وبين أبي نصفان، ثم مات أبي فورثت ذلك منه.

فنقول: حاصل المسألة أن العم يدعي لنفسه سدس ما في يد ابن الأخ، وابن الأخ يدعي لنفسه نصف ما في يد العم، فحصل كل واحد منهما مدعيًا ومدعى عليه، فإن لم تقم لهما بينة ولا لأحدهما، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فإن حلفا برئاً، وصار الحال بعد الحلف كالحال قبل الحلف، وقبل الحلف

كانت الدار في أيديهما نصفان لكونها في أيديهما، كذا هنا وإن حلف أحدهما ونكل الآخر يقضى للحالف لما نكل له صاحبه، وإن أقام أحدهما بينة قضى له بما شهد له بيئته، وإن أقاما جميعا البينة قضى بالدار بينهما نصفان.

قال: وإذا كانت [الدار]^(١) في يدي رجل، [جاء رجل وادعى]^(٢) أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثاً له ولإخوته فلان وفلان وفلان، لا يعلمون له وارثاً غيرهم وإخوته كلهم غيب، أجمعوا على أن هذه البينة في حق استحقاق جميع الدار للميت مقبولة.

وكذا لو ادعى أحد الورثة ديناً على إنسان للميت وأقام على ذلك بينة، ثبت الدين في حق الكل، وأجمعوا على أنه يدفع إلى الحاضر نصيب الحاضر، وأجمعوا على أنه لا يدفع إلى الحاضر نصيب الغائب.

بعد هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: [يؤخذ نصيب الغائب ويوضع على يدي عدل، وقال أبو حنيفة رحمه الله]^(٣) لا يؤخذ. وأجمعوا على أن صاحب اليد لو كان مقرا لا يؤخذ نصيب الغائب من يده هذا هو الكلام في العقار.

[وأما المنقول]^(٤) فلا شك أن على قولهما: يؤخذ نصيب الحاضر من يده، وأما على قول أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: لا ينزع المنقول من يد صاحب اليد وبعضهم قالوا: ينزع.

ثم في فصل العقار إذا حضر الغائب هل يحتاج إلى إعادة البينة؟ قال بعض مشايخنا: يحتاج، والأصح أنه لا يحتاج.

وفي «المنتقى»: رجل توفي فادعى رجلان ميراثه، يدعي كل واحد منهما أن الميت مولاه أعتقه ولا وارث له غيره وأقام البينة على ما ادعى ولم يؤقتوا للعتق وقتاً

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ز.

فالميراث بينهما، ولو وقتوا للعتق وقتًا فصاحب^(١) الوقت الأول أولى. وفي «نوادير بشر»: عن أبي يوسف رحمه الله: رجلان أخوان [لأب وأم]^(٢) في أيديهما دار، أقام أحدهما بيعة أن هذه الدار كانت لأمي ماتت وتركها ميراثًا بيني وبين أبي أرباعًا ثم مات الأب وترك ذلك الربع بيني وبينك، وأقام الآخر [بيعة]^(٣) أن هذه الدار كانت لأبي مات وتركها ميراثًا بيني وبينك، قال: آخذ بيعة الذي ادعى ثلاثة أرباع الدار لنفسه، ولا أقبل بيعة الآخر.

المعلى عن أبي يوسف - رحمه الله - : رجل أقام بيعة على ميت أنه أخوه لأبيه وأمه، لا يعلمون له وارثًا غيره، وأقامت امرأة البيعة أنها ابنة الميت، جعلت الميراث بينهما نصفين، ولا أسألها بيعة أنهم لا يعلمون له وارثًا غيرهما؛ ألا ترى أن رجلا لو مات ترك ابنا فشهد أنهم لا يعلمون له وارثا غيرهم فكل أحد أقام بيعة على نسبه أشركته في الميراث، ولا أسأله بيعة على عدد جميع الورثة.

قال: وإذا ادعى رجل [دارًا]^(٤) ميراثًا من أبيه أو أمه ولم يذكر اسم المورث ونسبه، حكى عن شيخ الإسلام الأوزجدي: أنه لا يسمع دعواه.

في «فتاوى أبي الليث»: رجل زوج ابنة امرأة وسمى لها منزلًا وباعه منها بيعًا صحيحًا، ثم إن هذا الرجل مات وادعى ورثته أن أباهم باع هذا المنزل من فلان قبل أن يسميه لها، يعني قبل أن يبيعه من امرأة الابن فإنهم لا يصدقون على ذلك والمنزل لها، وعلى فلان أن يقيم البيعة على شرائه قبل تاريخ شراء المرأة ولا تقبل شهادة الورثة في ذلك.

قال: رجل ادعى دارًا في يدي إنسان وقال في دعواه: هذه الدار كانت لأبي فلان مات وتركها ميراثًا لي ولأختي فلانة لا وارث له غيرنا ترك ثيابًا ودوابًا فقسمنا

(١) في ز: فصار.

(٢) المثبت من المحيط.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في أ.

الميراث، ووقعت هذه الدار في نصيبي بالقسمة واليوم جميع هذه الدار في ملكي بهذا السبب وفي يد هذا بغير حق، فدعواه صحيحة، لكن لا بد وأن يقول: وأخذت أختي نصيبها من تلك الأموال، حتى يصح منه مطالبة المدعى عليه بتسليم كل الدار [إليه]^(١).

ولو كان قال في دعواه: مات أبي وتركها ميراثاً لي ولأختي، ثم إن أختي أقرت بجميعها لي وصدقها في إقرارها، حكى عن شيخ الإسلام الأوزجندی رحمه الله أنه قال: دعواه صحيحة، والصحيح ألا يصح دعواه في الثلث.

سئل شمس الإسلام الأوزجندی رحمه الله عن ادعى على آخر عيناً في يده وقال: هذا كان ملك أبي مات وتركه ميراثاً لي ولفلان وفلان، سمى الورثة ولم يبين حصة نفسه، صح منه هذه الدعوى، وإذا أقام البينة على هذا الوجه قبلت بينته، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم لا بد وأن يبين حصته، ولو كان بين حصته ولكن لم يبين عدد الورثة بأن قال: مات أبي وترك هذا العين ميراثاً لي ولجماعة سواي، وحصتي منه كذا وطالبه بتسليم ذلك، لا يصح منه الدعوى ولا بد من بيان عدد الورثة لجواز أنه لو بين كان نصيبه أنقص مما سمى، وإذا شهد الرجل بوراثه رجل فقال: لا وارث لهذا الميت غيره، أو قال: لا أعلم له وارثاً غيره ثم شهد بعد ذلك بوراثه رجل آخر عن هذا الميت، قبلت هذه الشهادة.

ذكر في «دعوى المنتقى»: دار في يدي رجل ادعى رجل أنها بينه وبين الذي في يديه نصفان ميراثاً عن أبيه وجحد ذلك الذي هي في يديه وادعى أن كلها له، فجاء المدعي بشهود شهدوا أن هذه الدار كانت لأب المدعي فلان، مات وتركها ميراثاً له خاصة لا وارث له غيره، قال: إن لم يدع المدعي أن النصف خرج إلى الذي الدار في يديه بسبب من قبله فشهادة شهوده باطلة، وإن قال: قد كنت بعت نصفها بألف درهم لم يصدق القاضي على البيع ولم يجعله مكذباً لشهوده وقضى له بنصف الدار

(١) سقط في أ، ز.

ميراثاً عن أبيه وإن أحضر بيته على أنه باع النصف من المدعى عليه بألف درهم، أو أنه صالحه من الدار على أن يسلم له النصف منها قبلت بيته على ذلك، وقضى بالدار كلها ميراثاً للمدعي من الوالد وقضى بنصف الدار بيعاً من المدعى عليه، وإن كان ادعى البيع، وكان للمدعي على المدعى عليه الثمن، وإن أقام البينة على الصلح أبطلت الصلح وردت الدار كلها إلى المدعي. والله تعالى أعلم.



الفصل التاسع

في الشهادة على الشهادة

الأصل أن كل ما يثبت بشهادة النساء مع الرجال يثبت بالشهادة على الشهادة^(١)؛ لأن الشهادة على الشهادة نظير شهادة النساء مع الرجال؛ لأن المتمكن في الشهادة على الشهادة تهمتان: تهمة الكذب في الأصول، وتهمة الكذب في الفروع، والمتمكن في شهادة النساء مع الرجال تهمتان: تهمة الكذب بسبب عدم العصمة، وتهمة الضلال والنسيان، فكانا نظيرين إلا أن الشهادة على الشهادة إنما تقبل حالة العجز عن [شهادة]^(٢) الأصول وشهادة النساء مع الرجال تقبل مع القدرة على شهادة

(١) ذهب الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، إلى أنه لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا في حق يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، فلا تقبل في الحدود والقصاص، ولا يحكم بها إلا أن يتعذر شهادة الأصل بموت أو مرض أو غيبة. لكن اختلفوا في المسافة المحددة لجواز الشهادة على الشهادة على خمسة أقوال: القول الأول: مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً. وبه أخذت الحنفية.

القول الثاني: المسافة التي يتعذر على الشاهد أن يبيت بأهله. وبه أخذ بعض الفقهاء من الحنفية؛ لأن في تكليفه الحضور مع ذلك ضرراً، وقد نفاه الله تعالى بقوله: ﴿وَلَا يُضَاكِرْ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [سورة البقرة آية: ٢٨٢] وما دون ذلك لا مشقة فيه.

القول الثالث: مسافة القصر؛ لأن من دونها في حكم الحاضر، وبه قال سفيان الثوري، والحسن بن حي - رحمهما الله - وبه أخذ الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، أو دون مسافة القصر في قول بعض الفقهاء من الشافعية.

القول الرابع: مسافة عدوى، وبه أخذ بعض الفقهاء من الشافعية.

القول الخامس: فوق مسيرة يوم، وبه أخذ بعض الفقهاء من الحنابلة.

ينظر: الجامع الصغير، للسيوطي، ص (٣٩٣)، اللباب (٤/٦٨-٦٩)، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، لمحمود حمزة، دار الفكر، سوريا، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص (٨٤، ٩٥)، تبصرة الحكام (١/٣٥٣)، أدب القضاء، لابن أبي الدم، ص (٢٠٩، ٣٠٠، ٣٠٤)، حاشية القليوبي المطبوع بهامش منهج الطالبين (٤/٥٠٥)، الكافي، لابن قدامة (٤/٥٥١، ٥٥٤)، الإنصاف (١٢/٨٩-٩٠، ٩٤)، المحلى (٨/٥٤٠، ٥٤١)، فتح الملك العزيز بشرح الوجيز، لعلي بن البهاء البغدادي الحنبلي، تحقيق: أ. د. عبد الملك دهيش، دار حضر، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص (٥٩٥)، المقنع (٣/٧١٢).

(٢) سقط في ز.

الرجال؛ لأن شهادة الفرع بدل من كل وجه؛ لأن الفرع لم يعاين سبب الحق وإنما عاينه الأصل، [وأما شهادة النساء نظير شهادة الرجال من حيث معاينة سبب الحق]^(١) وإنما البدلية^(٢) من حيث الصورة فلهذا افترقا.

وإنما يقع العجز عن شهادة الأصول بأحد أسباب ثلاثة: إما بموت الأصول أو بمرض الأصول مرضاً لا تستطيع الحضور معه مجلس الحكم، أو بغيبة الأصول غيبة سفر، هكذا قال صاحب «الأقضية» والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني، والشيخ القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده رحمهم الله.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن الأصل إذا كان في موضع لو حضر مجلس الحكم وشهد لا يمكنه البيوتة في أهله جازت الشهادة على الشهادة، وإن أمكنه البيوتة في منزله لا يجوز الشهادة على شهادته؛ وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية.

وروي عن محمد رحمه الله: أن الشهادة على الشهادة تجوز كيف ما كان حتى روي عنه: إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المجلس المسجد تقبل شهادته.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني، والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمهما الله في شرح «أدب القاضي» للخصاف: إذا شهد الفروع على شهادة الأصول والأصول في المصر يجب أن تجوز على قولهما.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: لا تجوز بناء على أن التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجوز، وعندهما: يجوز.

وفي «نوادير هشام» قال: سألت محمداً رحمه الله يقول عن رجل خرج ومعه

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: اليد إليه.

القوم وهو يريد مكة أو سفرًا آخر سماه، ثم ودعه القوم وانصرفوا ثم شهد قوم [أخر]^(١) على شهادته، وادعى المشهود عليه أنه حاضر وقد شهدت البينة على ما سمينا، ولم يزيدوا على ذلك، هل تقبل الشهادة على شهادته في قول من لا يقبل الشهادة على حاضر؟ قال: بلى، وإن كان ودعهم وهو في منزله لم يروه حين خرج لا أقبل شهادتهم، هذا هو الكلام في طرف الأداء.

جئنا إلى طرف الإشهاد فنقول: الإشهاد على الشهادة صحيح، وإن كان [الأصل]^(٢) في المصر بلا خلاف حتى إذا غاب الأصل بعد ذلك أو مات فالفرع يشهد على شهادته وتقبل شهادته، وإن كان الأصل محبوبًا في المصر فأشهد على شهادته هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته؟ وإذا شهد عند القاضي فالقاضي هل يعمل بشهادته؟ لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب، وقد اختلف مشايخ زماننا فيه بعضهم قالوا: إن كان محبوبًا في سجن هذا القاضي لا يجوز، وإن كان محبوبًا في سجن الوالي ولا يمكنه [من]^(٣) الإخراج من الحبس للشهادة يجوز، وقد قيل: ينبغي ألا يجوز.

ثم جواز الشهادة على الشهادة استحسانًا أخذ به علماؤنا رحمهم الله، والقياس يأبى جوازها، وطريق الجواز أن ينتقل الفرع بشهادته شهادة الأصل عند القاضي ويقع القاضي بشهادة الأصول القائمة في مجلس القضاء بنقل الفروع إياها في مجلس القاضي.

ومن جملة ما عمل فيه بالقياس القصاص والحدود حتى قلنا: لا تجوز الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود، قال محمد - رحمه الله - : بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي رحمه الله^(٤) والمعنى فيه: أن في الشهادة على الشهادة زيادة شبهة،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ز.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٩٤).

إما؛ لأن الخبر إذا تداولته الألسنة تمكن فيها زيادة أو نقصان، أو؛ لأنه تمكن في الشهادة على الشهادة تهمة الكذب في موضعين، والحدود والقصاص لا تجب مع الشبهات.

وفي «شهادات الأصل»: لو شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلاناً حدّاً في قذف، فهو جائز.

وذكر في «زيادات»^(١) الأصل: أنه لا يجوز ولا تثبت شهادة الأصلين عند القاضي ما لم يشهد على شهادة كل واحد منهما اثنان من الفروع.

وقال مالك: إذا شهد على شهادة كل أصل فرع واحد كفاه^(٢).

ولو شهد فرعان على شهادة أصلين جاز، ولو شهد رجل بأصل الحق، ثم شهد هو مع فرع آخر على شهادة أصل آخر، فالقياس: أن يقضي بهذه الشهادة.

وفي الاستحسان: لا يقضي بهذه الشهادة.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: لو أن رجلين سمعا من رجلين يقولان: نشهد أن فلان على فلان كذا، لم يسعهما أن يشهدا على شهادة الرجلين حتى يقول لهما الرجلان: اشهدا على شهادتنا، ولو سمعا قاضياً يقول [لرجل]^(٣):

قضيت عليك لهذا الرجل بكذا، وسعهما أن يشهدا على قضائه وإن لم يقل لهما القاضي: اشهدا على قضائي بذلك، فقد شرط لصحة تحمل الشهادة على الشهادة

الأمر بالشهادة، ولم يشترط لصحة تحمل الشهادة على القضاء الأمر بالشهادة.

ولو قال رجلان لرجلين: نشهد أن فلان على [فلان]^(٤) ألف درهم فاشهدا على شهادتنا بذلك، فسمع هذه المقالة رجلان آخران لم يسعهما أن يشهدا على

شهادتهما.

(١) في أ، ز: ديات.

(٢) التبصرة، للخمي (١١/٥٤٥٣).

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ.

قد ذكرنا أن من سمع قاضيًا يقول لرجل: قضيت عليك لهذا الرجل بألف درهم وسعه أن يشهد على قضائه وإن لم يشهده على قضائه ولو بينا للقاضي فقالا: سمعنا قاضي كذا قال: قضيت على هذا الرجل لهذا الرجل بكذا، ولكن لم يشهدنا على قضائه لا يوجب ذلك خللاً في شهادتهما، وفرق بين هذا وبين ما إذا رأى عيّنًا في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك حل له أن يشهد بالملك له بظاهر يده، ولو بينا ذلك للقاضي أنهما شهدا بالملك له لأنهما رأياه في يده لا تقبل شهادتهما. ولو بينا أنهما سمعا منه في غير البلد الذي هو فيه قاض، لا تقبل شهادتهما ولا ينبغي لهما أن يشهدا.

ثم إن كثيرًا من مشايخنا كالخصاف وغيره طولوا لفظ الشهادة على الشهادة ولفظ أداء الشهادة وبالغوا فيه قالوا في الإشهاد: يقول شاهد الأصل بين يدي شاهد الفرع: أشهد أن لفلان على فلان كذا، وأنا أشهدك على شهادتي فاشهد أنت على شهادتي بذلك فيحتاج إلى خمس شينات.

وقالوا في أداء الشهادة على الشهادة: إن الفرع يقول بين يدي القاضي: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدني على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج إلى ثماني شينات.

قال الخصاف وجماعة من المحققين من مشايخنا كالفقيه أبي جعفر الهندواني وغيرهم: هذا تكلف وما دونه يكفي وهو أن يقول الأصل في الإشهاد: أشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهد أنت على شهادتي بذلك فيكون ثلاث شينات، وفي الأداء يقول شاهد الفرع بين يدي القاضي: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك فيكفيه ست شينات. واختار الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله على لفظ آخر، وهو أن يقول في الأداء: أشهد على شهادة فلان أن لفلان على فلان كذا، أشهدنا فلان على شهادته وأمرنا أن نشهد بها، فيكفيه ذكر خمس شينات، أو يقول: أشهد أن فلانًا

شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأنا أشهد بذلك كله .

وفي فتاوى الفقيه أبي الليث عن الفقيه أبي جعفر أنه إذا قال الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا جاز، ولا يحتاج إلى زيادة شيء، وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي، وهكذا ذكر محمد في السير الكبير في باب السير والمفقود، فلو اعتمد أحد على هذا كان في سعة من ذلك، وهو أسهل وأيسر.
وعن أبي القاسم الصفار أنه قال: لا بد للفرع أن يقول: أمرني فلان أن أشهد على شهادته .

وإذا قال رجلان لرجلين: نشهد أنا سمعنا فلاناً يقر لفلان بألف درهم فاشهدا بذلك، كان باطلاً .

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا بذلك .

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك .

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك لفلان على فلان .

وكذلك إذا قالا: فاشهدا بما شهدنا به .

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا بما شهدنا به أو بما أشهدناكما به . وكذلك إذا

قالا: فاشهدا أن شهادتنا عليه بذلك .

وكذلك إذا قال الأصلان: نشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهدا أنا نشهد

بذلك، أو قالا: فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك لفلان على فلان، كان ذلك باطلاً .

وقال أبو يوسف رحمه الله في «الإملاء»: أقبل ذلك .

وإذا قال الأصلان للفرعين: نشهد أن فلاناً أشهدنا أن لفلان عليه ألف درهم

فاشهدا على شهادتنا بذلك، فشهد الفرعان بما وصفت لك، وقد غاب الأصلان

فشهادة الفرعين جائزة .

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد: إذا قال الفرع: أشهد أن فلاناً أشهدني أنه

يشهد بكذا، أو قال: أشهني فلان أنه يشهد بكذا، فهو باطل لانعدام اللفظ المنصوص الوارد في باب الشهادة على الشهادة.

قال الخصاف - رحمه الله - في «أدب القاضي»: وإذا شهد الرجلان عند القاضي على شهادة رجل وصححا الشهادة، فينبغي للقاضي أن يسألهما عن عدالة الذي شهدا على شهادته، ولم يشترط محمد رحمه الله في «المبسوط» هذا، وهو أن يسألهما القاضي عن عدالة الأصول، وإنما عرف هذا من جهة الخصاف، فإن قالوا: هم عدول، أثبت ذلك في موضع شهادتهما في المحضر، فإن كان القاضي لا يعرفهما بالعدالة يعني الفرعين سأل عنهما فإن عدلا تثبت عدالة الأصل في ظاهر الرواية.

وروي عن محمد: أن تعديلهما الأصل لا يكون صحيحًا، وهكذا ذكر عن أبي يوسف، فإن قالوا: هم ليسوا بعدول، فالقاضي لا يقبل شهادتهما، وإن قالوا: لا نعرف، ذكر الخصاف: أن القاضي لا يسمع شهادتهما، وكذلك إذا قالوا: لا نخبرك.

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: أن القاضي يقبل شهادتهما ويسأل عن الأصل، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله، وهو الصحيح، وينبغي أن يذكر الفرع اسم الشاهد الأصل واسم أبيه وجده،

وذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله في «شرحه»: وإذا قضى القاضي بشهادة الفروع يجب أن يكتب في السجل أسماء الأصول، ذكره الخصاف في «أدب القاضي»، وفي «الأصل».

وتجوز الشهادة على الشهادة في كتب القضاة، وصورتها: أن يكتب القاضي كتابًا إلى قاض آخر بحق من الحقوق، وأشهد على كتابه شاهدين ثم بدا للشاهدين عذر، فأشهدا على شهادتهما شاهدين.

وإذا أراد الرجل أن يشهد غيره على شهادته ينبغي أن يحضر الطالب والمطلوب

ويشير إليهما، وإن أراد أن يشهد حال غيبتهما ينبغي أن يذكر اسمهما ونسبهما حالة الغيبة^(١) فذكر الاسم والنسب يجوز للإشهاد ولا يكفي هذا القدر للقضاء. وفي «المنتقى»: إذا قال الشاهد لغيره: اشهد، ولم يقل: على شهادتي، لم يجز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز^(٢).

ومعنى المسألة والله أعلم أن يحكي الرجل لغيره شهادة نفسه في حادثة لرجل على رجل وقال له: اشهد أو قال: فأشهدني بذلك.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف: إذا شهد الشاهدان على شهادة شاهدين فقالا: نشهد أن فلاناً أشهدنا أنه يشهد أن لفلان على فلان كذا، ولم يقلوا: أشهدنا على شهادته.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أقبل ذلك حتى يقولوا: أشهدنا على شهادته.

وقال أبو يوسف: أنا أقبل ذلك.

قال في كتاب «الأفضية»: وإذا أشهد الرجل رجلاً على شهادته ثم صار بحال لا تقبل شهادته يعني الأصل، ثم صار بحال تجوز شهادته بأن فسق ثم تاب، ثم إن الفرع شهد على شهادة الأصل جازت شهادته^(٣)، وكذلك إن أشهد على شهادته رجلاً بعد ما تاب جازت لصحة الإشهاد باعتبار أهلية الأداء للأصل حالة الإشهاد.

(١) قال في المحيط: وهذا لأن الشهادة عند الشاهد ليتحمل الشهادة بمنزلة أداء الشهادة عند القاضي ليقضي به، وكما أن في الشهادة عند القاضي يعتبر الإعلام بأقصى ما يمكن، فكذلك يشترط هذا المعنى عند الشاهد ليتحمل عنه الشهادة إلا أنه إذا كان المشهود عليه غائباً فذكر الاسم والنسب يجوز للإشهاد ولا يكفي هذا القدر للقضاء؛ لأن القضاء للإلزام والإلزام على الغائب لا يتحقق، فلا بد من الخصم للإلزام عليه بالبينة. المحيط البرهاني في الفقه النعماني.

(٢) قال في المحيط: لأن معناه اشهد على شهادتي، وكذلك لو قال: فاشهد بذلك.

(٣) قال في المحيط: لأننا إن نظرنا إلى حالة التحمل فالأصل أهل للشهادة والإشهاد، فصح منه التحمل وإن نظرنا إلى حالة الأداء فالأصل أهل للشهادة فتقبل شهادته.

وإن أشهد رجلان على شهادتهما وهما عدلان يعني الفرعان ثم صارا فاسقين ثم صارا عدلين، فشهدا أو أشهدا على شهادتهما فهو جائز^(١)، وإن شهد الفرعان عند القاضي ورد القاضي شهادتهما لتهمة في الأولين لا تقبل بعد ذلك، لا من الأولين ولا ممن يشهد على شهادتهما^(٢)، وإن كان رد شهادة الآخرين لتهمة فيهما فشهادة الأولين جائزة إذا كانا عدلين، وكذلك إن أشهدا رجلين عدلين آخرين بخلاف المسألة الأولى^(٣).

قال في كتاب الوكالة: إذا أشهد الفاسقان على شهادتهما لم يجز^(٤)، فإن تابا وأصلحا وشهدا بأنفسهما جاز، وكذا لو أشهدا على شهادتهما ذلك الشاهدين أو غيرهما جاز.

ولو أن شاهدي الأصل ارتدا ثم أسلما لم تجز شهادة الفرعين على شهادتهما، ولو شهد الأصلان بأنفسهما بعدما أسلما تقبل شهادتهما^(٥).

-
- (١) قال في المحيط: لأن تأثير الفسق في رد الشهادة مع صحتها لا في بطلان الشهادة.
- (٢) قال في المحيط: لأن الفرعين ينقلان شهادة الأصلين فصار كما لو حضرا وشهدا، ورد القاضي شهادتهما لتهمة الفسق، وهناك لا تقبل منهما تلك الشهادة بعد ذلك وإن تابا كذا هنا.
- (٣) قال في المحيط: والفرق: أن في هذه المسألة القاضي أبطل نقل الفرعين لأجل فسقهما، أما ما أبطل شهادة الأصلين؛ لأن شهادة الأصلين لم تصر منقولة إلى مجلسه بنقل الفاسقين، فجازت شهادة الأصل بنفسه، وكذلك جاز له أن يشهد غيره على شهادة نفسه، أما في المسألة الأولى: النقل ثبت بشهادة الفرعين؛ لأنهما عدلان من أجل الشهادة، وقد أبطل القاضي المنقول لفسق الأصلين، فلا يقبلهما بعد ذلك أصلاً.
- (٤) قال في المحيط: لأن أداء الشهادة عند الفرعين كأدائهما عند القاضي، ثم فسق الشاهد يمنع القاضي عن العمل بشهادته، فكذا فسق الأصلين يمنع الفرعين عن نقل شهادتهما.
- (٥) قال في المحيط: والفرق: أن بالردة لا تبطل أصل شهادة الأصلين؛ لأن سببها المعانعة، وذلك لا ينعدم بالردة، ألا ترى أن اقتران الردة بالتحمل لا يمنع صحة التحمل فلا يمنع البقاء من الطريق الأولى، ولكن بالردة يبطل الأداء، ألا ترى أن اقتران الردة بالأداء يمنع صحة الأداء، فاعتراضها على الأداء قبل حصول المقصود يبطل الأداء أيضًا، وبالإسلام يحدث له أهلية الأداء فيجوز له الأداء، فأما الفرع مأمور من جهة الأصل بنقل شهادته، ولهذا يشترط لصحة الإشهاد الأمر بالنقل من الأصل، قلنا: ولبقاء الأمر حكم الابتداء إذا

وإذا نهى الأصل الفرع عن الشهادة هل يعمل بنهيه؟ .
فهذا فصل اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا: لا يعمل، وإليه مال شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله ذكره في «شرح الجامع» الذي علقه على القاضي الإمام أبي
عاصم العامري رحمه الله.

وإذا شهد شاهدان على شهادة عبيد أو مكاتبين أو كافرين على مسلم فردها
القاضي بذلك ثم عتق العبدان والمكاتبان وأسلم الكافرين وشهدا بذلك أو أشهداهما
أو غيرهما على شهادتهما جاز^(١).

قال في «الجامع»: إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على القتل خطأ، وقضى
القاضي بالدية على القاتل^(٢) ثم جاء المشهود بقتله حيًّا فلا ضمان على الفروع^(٣)،
ولكن يرد الوالي الدية على العاقلة.

ولو جاء الشاهدان الأصلان [وأنكرا الشهادة]^(٤) لم يصح إقرارهما في حق
الفرعين، حتى لم يجب عليهما الضمان، ولا ضمان على الأصلين أيضًا^(٥).

كان غير لازم وهذا الأمر غير لازم؛ لأن نهى الأصل عامل، وإذا كان لبقاء هذا الأمر حكم
الابتداء صار كأنه وجد الأمر بالنقل في حالة الارتداد، والأمر بالنقل بعد الارتداد لا يصح،
وإذا لم يصح صار وجوده والعدم بمنزلة. وبدون الأمر بالنقل من الأصل لا تصح شهادة
الفرع، وهذا الفرق مشكل عندي.

(١) قال في المحيط: لأن المنقول شهادة الفرعين شهادة الأصلين، ولا شهادة للعبيد ولا
للمكاتبين ولا للكافرين على المسلم فلا يكون المردود شهادة، وقد حدث لهما بالإسلام
والعتق أهلية أداء الشهادة، فجاز لهما الأداء والإشهاد على شهادتهما.

(٢) في المحيط: العاقلة.

(٣) قال في المحيط: لأنه لم يثبت كذبهما إذ ليس من ضرورة حياته عدم إشهاد الأصول الفروع
على شهادتهم.

(٤) في أ: فأنكر الشهود.

(٥) قال في المحيط: وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأن
الأصلين لو رجعا عن شهادتهما بأن أفرا أنهما أشهداهما بباطل لا ضمان عليهما عندهما
فهنا أحق، وإنما يشكل على قول محمد رحمه الله؛ لأن عنده لو رجع الأصلان عن
شهادتهما ضمنا عنده؛ لأن شهادة الأصلين صارت منقولة إلى مجلس القضاء بشهادة
الفرعين، فكأنهما شهدا بأنفسهما ثم رجعا حتى ظن بعض مشايخنا أن قول محمد رحمه الله

وإن قال الأصول: قد أشهدناهما بباطل ونحن نعلم يومئذ أنا كاذبان، لم يضمنا شيئاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: العاقلة بالخيار إن شأوا وضمنوا الأصليين، وإن شأوا ضمنوا الولي، فإن ضمنوا الأصليين رجعا على الولي، وإن ضمنوا الولي^(١) لم يرجع على الأصليين^(٢).

وفي «المتقى»: إذا قال الفروع: لا نعرف المشهود عليه بالحق، قبلت شهادتهم يريد به إذا قال الفروع: أشهدنا الأصول على شهادتهم لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، إلا أنا لا نعرف فلان بن فلان المشهود عليه بكذا وكذا، فالقاضي يقبل الشهادة ويأمر المدعي أن يقيم بينة أن الذي أحضره فلان بن فلان. هذا هو الكلام في الشهادة على الشهادة^(٣).

أما الشهادة على الشهادة، فقد ذكر محمد رحمه الله في «الجامع» مسألة تدل على أنها مقبولة.

وصورة تلك المسألة: رجل ادعى على رجل ألف درهم وجاء بشهود ثلاثة شهد

= محمول على ما إذا أنكر الأصلان الشهادة، ولم يظهر المشهود بقتله حيًّا، وبعضهم قالوا: لا، بل قول محمد في الكل واحد، والعدر لمحمد أن شهادة الأصليين إنما تصير منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة لأنها موجودة في غير مجلس القضاء حقيقة، والشهادة في غير مجلس القضاء لا تكون سببًا للضمان وإن ظهر كذب الشهود في الشهادة فاعتبر الحكم حال رجوع الأصليين فاعتبرنا الحقيقة متى أنكر الأصلان الشهادة ولم يرجعا عن شهادتهما عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

- (١) في ز: المولى.
 (٢) قال في المحيط: وجه قول محمد رحمه الله: أن شهادة الأصليين منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة فعملنا بالحقيقة والحكم على الوجه الذي مر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالوا: القياس يأبى قبول الشهادة على الشهادة؛ لأن المنقول إلى مجلس القضاء شهادة الأصليين في غير مجلس القضاء والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز، لكن تركنا قصة هذا القياس وجوزنا القضاء بها وجعلنا شهادة الأصليين كالموجود في مجلس القضاء، وفي حق إيجاب الضمان بعد الرجوع يبقى على أصل القياس.
 (٣) هكذا في المخطوط.

واحد منهم على شهادة شاهدين، على [شهادة]^(١) ثلاثة نفر [أنهم]^(٢) شهدوا على إقرار المدعى عليه بألف درهم^(٣) وشهد واحد آخر من الثلاثة الذين هم أصول بعينه، فالقاضي لا يقطع بهذه الشهادة حقاً.

واعلم أن هذه المسألة من المسائل التي إذا ظهرت الرواية فيها ظهرت النكته، وإنما تظهر الرواية فيها لو سمينا الأصول الثلاثة على أصل الحق، وسمينا الفرعين اللذين يشهدان على شهادة الأصول الثلاثة على أصل الحق، فنقول: أسماء الأصول الثلاثة: عبد الله ومحمد وصالح، واسم الفرعين اللذين يشهدان على شهادة الأصول الثلاثة زيد وعمرو، وحضر مجلس الحكم ثلاثة، شهد واحد من الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة زيد وعمرو على^(٤) شهادة محمد وعبد الله وصالح، وشهد آخر من الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة زيد بعينه على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فثبت بشهادتهما شهادة زيد، وكأن زيداً وهو أحد الفرعين حضر بنفسه وشهد على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فإذا شهد واحد من الثلاثة الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة واحد من الأصول بعينه، وهو صالح مثلاً، فقد ثبت شهادة صالح؛ لأنه شهد على شهادته [اثنان]^(٥) زيد واللذان شهدا على شهادته من الذين حضروا مجلس الحكم أما لم يثبت شهادة محمد وعبد الله؛ لأنه لم يثبت^(٦) على شهادتهما إلا شهادة شاهد واحد وهو أحد الفرعين زيد، فلم يثبت بهذه^(٧) الشهادات من شهادة الأصول إلا شهادة واحد وهو صالح، وبشهادة الواحد

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) زاد في المحيط: وشهد من الثلاثة على شهادة أحد الشاهدين بعينه على شهادة الثلاثة الذين هم شهدوا على إقرار المدعى عليه بالألف وشهدوا.

(٤) في ز: وعلى.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) في المحيط: يشهد.

(٧) في ز: ضمن هذه.

لا يقطع الحكم، فلا يقضي القاضي للمدعي بشيء ما لم يحضر محمد أو عبد الله مجلس الحكم، ويشهد بنفسه أو يشهد آخر على شهادة عمرو وهو أحد الفرعين على شهادة الأصول الثلاثة لتثبت شهادة عمرو بشهادة شاهدين ويصير كأن عمروًا بنفسه حضر مجلس الحكم، وشهد على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فتثبت شهادة محمد وعبد الله وصالح بشهادة شاهدين وهما زيد وعمرو، فهذه المسألة دليل على أن الشهادة على الشهادة مقبولة، والله تعالى أعلم.



الفصل العاشر

في شهادة الشهود بعضهم لبعض

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: في رجل مات ولا ولد له، فجاء أربعة نفر يشهد كل اثنين منهم للآخرين أن الميت أوصى لهما بثلث ماله، أو شهد كل اثنين منهم للآخرين أنهما ابنا^(١) الميت والمشهود لهما يصدقهما في الوصية وفي أنهما ابنا^(٢) الميت، أو يكذبهما، لا تقبل شهادتهما^(٣).

وفيه أيضًا: عن محمد رحمه الله في شاهدين شهدا على رجل لرجلين بألف درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بدين ألف درهم والمشهود عليه حي فشهادتهما جائزة^(٤)، ولو كان المشهود عليه ميتًا لا تقبل هذه الشهادة.

وقال محمد رحمه الله: هي عندي جائزة، هكذا ذكر ابن سماعة فقد ذكر محمد أولاً أن شهادة الفريقين على الميت غير مقبولة، وقال بعد ذلك: وهي عندي جائزة، أشار إلى أن ما ذكر أولاً قول غيره، ولم يذكر أنه قول من.

وقد ذكر الخصاص: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تقبل هذه الشهادة، وهكذا ذكر بشر في «الأمالى».

وذكر في «الجامع الصغير» أن على قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - : تقبل هذه الشهادة، وهكذا ذكر في وصايا «المبسوط»^(٥).

(١) في ز: أبناء.

(٢) في ز: أبناء.

(٣) قال في المحيط: ، أما شهادة كل فريق للفريق الآخر بالوصية بالثلث فلأنهما يثبتان الشركة؛ لأن الوصية محل التركة حتى أن الوارث لو أراد أن يعطي الوصية من غير التركة ويستخلص التركة لنفسه لا يملك، وإذا كان من حكم الوصيتين اشتراكهما كانت شهادة كل فريق شهادة لنفسه من وجه، وأما شهادة كل فريق للفريق الآخر بالوراثة يشتركون في التركة، فكانت هذه شهادة لنفسه أيضًا.

(٤) قال في المحيط: ، لأن الدين يجب في ذمة الحي غير متعلق بماله، فلم تتحقق الشركة بينهما، ولهذا لا يشارك بعضهم بعضًا فيما قبض، فانعدم معنى التهمة فقبلت شهادتهما.

(٥) قال في المحيط: وجه الرواية التي قال: إن الشهادة باطلة ما ذكرنا أن الدين بعد الموت على

وروى الخصاف عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رحمهما الله - : أنهم^(١) إذا جاؤوا معًا لا تقبل شهادتهم وإن جاؤوا متفرقين تقبل^(٢)، ولو لم يكن الأمر [على هذا الوجه، ولكن]^(٣) ادعى رجلان دارًا أو عبدًا أو عرضًا من العروض في يدي ورثة الميت [أن الميت]^(٤) غصبه ذلك، وشهد لهما شاهدان بذلك، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فإن الشهادة كلها جائزة، كذا ذكره الخصاف رحمه الله، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها^(٥)، وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين الوصية بعبد بعينه، وادعى الفريق الآخر الوصية بعين آخر قبلت شهادتهم بالاتفاق، ولو ادعى أحدهما الوصية بالثلث وادعى [الآخر الوصية بعبد بعينه أو بعين آخر لا تقبل شهادة الفريقين^(٦)، وكذلك لو ادعى أحدهما]^(٧) الوصية

التركة، وتصير التركة مشتركة بين الغرماء معنى، ألا ترى أن الدين إذا كان مستغرقًا إذا قبض أحد الغرماء شيئًا كان للباقيين حق المشاركة، فقد شهدا بما لهما فيه شركة. وجه رواية الجواز: أن الدين حالة الحياة يجب في الذمة، وبعد الموت يتحول إلى التركة يعني أن التركة تصير مستحقة به، ألا ترى أن الوارث لو أراد أن يقضي الدين من ماله ويستخلص التركة لنفسه كان له ذلك فكانت هذه شهادة بما لا شركة لهما فيه فتقبل.

- (١) في أ، ز: أنه.
- (٢) قال في المحيط: لأنهم إذا جاءوا مجتمعين فقد تمكنت تهمة المواضعة، يصير كأن كل فريق يقول للفريق الآخر: اشهدوا لنا على أن نشهد لكم، فتفاحش التهمة فيمنع قبول الشهادة، فأما إذا جاؤوا متفرقين تقل التهمة ولا تفاحش، فلا يمنع قبول الشهادة.
- (٣) سقط في أ.
- (٤) سقط في ز.
- (٥) قال في المحيط: لأن تهمة الشركة لا تتأني هاهنا، وكذلك لو لم يدعي الغصب ولكن ادعى الشراء من الميت ونقد الثمن، كان الجواب كما قلنا في دعوى الغصب؛ لأن ما باعه الميت في حياته لا يكون تركة له، فلا يتعلق حق الغرماء بذلك العين فلا تتأني تهمة الشركة، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها. وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين عيّنًا وادعى الفريق الآخر عيّنًا آخر تقبل شهادتهم، وهذا أيضًا يجب أن يكون على الروايات كلها.
- (٦) قال في المحيط: لأن صاحب الثلث يشارك الآخر في العبد فيتمكن تهمة الشركة وفي المسألة إشكال.
- (٧) سقط في ز.

بالثالث وادعى الآخر الوصية بالسدس لا تقبل شهادة الفريقين^(١).

وفي كل موضع لا تقبل شهادة الفريقين لا تقبل شهادة ابنيهما وأبويهما ونسوتهما مع رجل آخر، وفي كل موضع تقبل شهادتهما تقبل شهادة ابنيهما وأبويهما وامرأتيهما مع رجل.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا وقعت الشركة في المشهود به لا تقبل شهادتهما، وإذا لم تقع في المشهود [به]^(٢) شركة، فإن كان القاضي يعرفهما بالعدالة قبل شهادتهما.

وإن لم يعرفهما بالعدالة أو شك في أمرهما، لا تقبل شهادتهما^(٣).

وهو نظير ما روي عن أبي يوسف رحمه الله فيمن ادعى عيناً في يدي إنسان فقال ذو اليد: إنه لفلان أو دعنيه، وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة إن كان معروفاً بالحيل والأباطيل، وإن كان معروفاً بالعدالة والأمانة، تندفع عنه الخصومة، فما روي عنه هنا مستقيم على أصله.

ولو شهد أحد الفريقين لصاحبه بالدرهم، وشهد الآخر له بالدنانير، تقبل شهادة الفريقين، ذكره «البقالي».

وفي «المنتقى»: رجل في يديه دار مات فجاء أربعة رجال وادعى رجلان منهم نصف الدار شائعاً أنهما اشترياه من الميت، وشهد لهما الآخران بذلك، ثم ادعى الآخران أنهما اشتريا النصف الباقي من الميت، وشهد لهما المدعيان الأولان، فإن شهادتهم باطلة^(٤)، وكذلك إذا كان القاضي قد قضى للأولين ثم ادعى الآخران وشهد لهما الأولان، فإنني أبطل القضاء كله، وإن كانت الشهادة على نصف دار

(١) قال في المحيط: لأن تهمة الشركة تتأتى ها هنا.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) قال في المحيط: لأن كل فريق يجزى النفع إلى الآخر فتمكن تهمة المواضع، فيفحص القاضي من حالهما ولا تقبل شهادتهما حتى يظهر عنده عدلتهما.

(٤) قال في المحيط: لأنهم يصيرون شريكاً في الدار.

مقسومة لهذين، [وعلى نصف دار مقسومة لهذين]^(١) فإن كان لكل نصف باب على حدة وطريق على حدة فالشهادتان جائزتان، وإن كان بابهم واحدًا وطريقهم واحدًا أبطلت شهادتهم، وإن شهدا ابنا الميت أو غيرهما لرجلين على الميت بدين، ثم شهد هذان المشهود لهما لرجلين آخرين على الميت بدين^(٢) جازت شهادتهم^(٣). وذكر الخصاص في «أدب القاضي» إذا شهد رجلان لرجلين أنهما ابنا الميت، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين، لا تقبل شهادتهما^(٤).

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: في رجل له على ميت دين فقضى القاضي له بدينه، وقد ترك الميت وفاء بما عليه من الدين، ثم إن المقضي له شهد لورثة الميت بحق للميت تجوز شهادته^(٥).

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: في رجلين لهما على رجل ألف درهم بينهما نصفان، فشهد أحدهما على صاحبه ورجل آخر أنه أقر أن اسمه في الصك عارية وأن حصته من ذلك المال لفلان، قال: شهادة الشريك جائزة^(٦). ولو كان قبض من المال نصفه أو شيئًا منه ثم شهد بهذا لم أقبل شهادته^(٧).

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: بعين.

(٣) قال في المحيط: لأنه لا تهمة في هذه الشهادة؛ لأنه عسى يلحقهما ضرر بنقصان حقهما إذا لم تف التركة بحقهما ولا تعلق لدين الغير بدينهما فقبلت شهادتهما لهذا.

(٤) قال في المحيط: لأن حق الغريم يثبت في التركة كما أن حق الوارث يثبت في التركة، فتمكن تهمة الشركة في هذه الشهادة.

(٥) قال في المحيط: لأن ذمة الميت إذا حرمت بالموت يتعلق الدين بتركته، فإذا شهد الغريم بحق للميت فقد شهد بما هو متعلق حقه، فكانت هذه شهادة لنفسه فتقبل.

(٦) قال في المحيط: لأن هذه الشهادة استجمعت شرائطها ولا تهمة فيها، لأن الشريك بهذه الشهادة لا يجر إلى نفسه مغنمًا، ولا يدفع عن نفسه مغرمًا، أقصى ما في الباب أنه يتوهم له نوع منفعة هاهنا بإبطال حق الرجوع على المشهود عليه في الثاني إذا قبض الشاهد نصيبه من الألف، إلا أن هذا وهم عسى ألا يكون بأن يقبض جميعًا أو يبرئ الأجراء فهو عن نصيبه، ولا يجوز رد شهادة استجمعت شرائطها بالوهم.

(٧) قال في المحيط: لأنه ثبت لشريكه حق مشاركته فيما قبض، فهو بهذه الشهادة يريد إبطال ذلك الحق.

قال: وإنما هذا بمنزلة ثلاثة نفر لهم على رجل ألف درهم، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه أبرأ الغريم عن حصته، إن شهدا قبل أن يقبضا شيئاً من المال، قبلت شهادتهما، وإن شهدا بعدما قبضا شيئاً من المال، لا تقبل شهادتهما، والله تعالى أعلم.



الفصل الحادي عشر

في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم

شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة، اتفقت مللهم أو اختلفت^(١) وكذلك شهادة أهل الذمة على المستأمنين مقبولة، وشهادة المستأمنين على أهل الذمة لا تقبل، وشهادة المستأمنين بعضهم على البعض مقبولة، إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإن كانوا من أهل دارين مختلفين، كالروم والترك، لا تقبل.

وأما شهادة المرتد والمتردة فلا ذكر لها في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ [فيه]^(٢) بعضهم قال: تقبل على الكفار، وبعضهم قال: تقبل على مرتد مثله، والأصح أنها لا تقبل على كل حال.

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: لا أجزى شهادة اليهودي والنصراني وغيرهما من أهل الذمة إذا سكر^(٣).

وإذا شهد شاهدان من أهل الكفر على شهادة شاهدين من أهل الإسلام على كافر، لا تقبل شهادتهما^(٤).

وكذلك إذا شهدا على قضاء قاض من قضاة المسلمين [لكافر]^(٥) على كافر، لا

(١) اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية على أن العداوة الدينية الناشئة عن الدين لا أثر لها على شهادة الشاهد المسلم العدل فلا ترد شهادة المسلم على الكافر، ولا شهادة أهل السنة على المبتدعة، ولا شهادة التقي على الفاسق في الجملة، ونقل ابن حزم رحمه الله إجماع المسلمين على ذلك.

ينظر: المسبوط (١٦/١٣٣)، الدر المختار (٢/١٥٩)، فتاوى قاضي خان (٢/٤٦١)، معين الحكام، ص (٧٣)، الذخيرة (١٠/٢٦٦)، تبصرة الحكام (١/١٨٠)، التاج والإكليل (٦/١٥٩)، البيان (١٣/٣١٠)، روضة الطالبين (١١/٢٣٧)، أسنى المطالب (٤/٣٥٢)، المغني (١٤/١٧٥)، مجموع الفتاوى (١٥/٢٩٨)، الإنصاف (٢٩/٤٣٣)، مراتب الإجماع، ص (٦١).

(٢) سقط في أ.

(٣) قال في المحيط: لأن السكر حرام في الأديان كلها، فيوجب سقوط العدالة.

(٤) قال في المحيط: لأنها شهادة على كافر قامت على إثبات أمر على المسلم؛ لأنها قامت على إثبات شهادة المسلم، فلا تقبل قياساً على ما لو شهدا على المسلم بمال.

(٥) سقط في أ، ز.

تقبل شهادتهما^(١).

قال: أمة في يدي كافر اشتراها من مسلم، أو وهبها منه مسلم، أو تصدق بها عليه مسلم، ثم جاء كافر وادعى لنفسه ملكًا مطلقًا، وأقام على ذلك شاهدين كافرين، فشهدا له بالملك المطلق.

قال أبو حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولاً: لا تقبل هذه الشهادة أصلاً. وقال أبو يوسف آخرًا: تقبل هذه الشهادة ويقضى بها على المشتري خاصة، ولا يقضى بها على غيره حتى لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن^(٢).

(١) قال في المحيط: لأنها قامت على إثبات أمر على المسلم، لأنها قامت على القاضي بإثبات قضائه، وهذا بخلاف ما لو شهدا على كافر بمال، فإنه تقبل شهادتهما وإن كان فيه إيجاب القضاء على القاضي المسلم، وذلك لأن إيجاب القضاء على القاضي غير مضاف إلى شهادتهما لا نصًّا ولا اقتضاءً. أما نصًّا: فلا شك، وأما اقتضاء: فلأن مقتضى ما يثبت ضرورة المنصوص عليه ولا ضرورة للمنصوص عليه وهو الوجوب على المشهود عليه، إلى وجوب القضاء بذلك على هذا القاضي المعين؛ لأنه مما ينفك عنه في الجملة بألا يكون قاضيًا، والمقتضى إنما يثبت ضرورة المنصوص عليه إذا كان لا ينفك عنه بحال، فهو معنى قولنا: إن وجوب القضاء على القاضي غير مضاف إلى شهادتهما لا نصًّا ولا اقتضاءً فلا يمنع قبول شهادتهما؛ ولا هاهنا شهدا على إثبات أمر على المسلم نصًّا ومثل هذه الشهادة لا تقبل، ونظير هذا ما قال محمد رحمه الله في كافر مات وأوصى إلى مسلم، فشهد كافرين بدين على الميت، فإن القاضي يقبل شهادتهما وإن كان لو قبل هذه الشهادة يجب قضاء الدين على الوصي وهو مسلم؛ لأن وجوب قضاء الدين على هذا الوصي غير مضاف إلى شهادتهما لا نصًّا وهذا ظاهر، ولا يقتضي وجوب الدين على الميت؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين على الميت وجوب القضاء على هذا الوصي، فإنه لو لم يكن هو وصيًا لا يجب عليه قضاء الدين، فلم يمتنع قبول شهادتهما كذا هاهنا.

(٢) قال في المحيط: وجه قول أبي يوسف آخرًا: أن هذه شهادة كافر قامت على كافر وهو المشتري باستحقاق الملك عليه، وقامت على مسلم وهو البائع بالرجوع عليه بالثمن، وأمكن القضاء بها في حق الكافر فيقضى بها للكافر، قياسًا على ما لو شهد كافرين على كافر ومسلم بدين ألف درهم، فإنه تقبل شهادتهما على الكافر، ولا تقبل شهادتهما على المسلم، بيان إمكان القضاء في حق الكافر: أن يقضى بالملك للمدعي بسبب جديد من جهة المدعى عليه، وهذا لأن الشهود وإن شهدوا بالملك المطلق إلا أن الملك المطلق يحتمل الملك الحادث، فيحتمل أن الشهود عاينوا بسبب الملك فيما بينهما، لكن لم يذكر السبب في شهادتهما، فيحمل على هذا الوجه، تصحيحًا للشهادة بقدر الممكن، ولهما أن هذه شهادة

وإذا مات الكافر وترك ابنين وترك ألفي درهم فاقتهما بينهما، ثم أسلم أحدهما، ثم جاء كافر وادعى لنفسه دينًا على الميت، وأقام على ذلك شاهدين كافرين، قال في «الكتاب»: أجزت [ذلك في] (١) حصة الكافر خاصة (٢).

وإذا مات كافر فجاء مسلم وكافر وادعى كل واحد منهما دينًا، وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر، قال في «الكتاب»: أجزت بينة المسلم وأعطيت حقه فإن بقي شيء كان للكافر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن التركة تقسم بينهما على مقدار

كافر قامت على كافر ومسلم، وتعذر القضاء بها في حق الكافر، فلا تقبل أصلًا قياسًا على ما لو شهد كافران لكافر على كافر، أن القاضي قضى لهذا على هذا بكذا، فإنه لا تقبل هذه الشهادة أصلًا، وإنها لا تقبل لما قلنا. وبيان تعذر القضاء بها في حق الكافر: أن الشهود شهدوا بالملك المطلق للمدعي والشهادة بالملك المطلق شهادة بالملك من الأصل؛ ألا ترى أنه يستحق العين بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعًا، ولا يمكن القضاء بالملك في حق المشتري من الأصل إلا بالقضاء بالملك من الأصل في حق البائع؛ لأنه ما بقي الملك للبائع لا يكون الملك لهذا المدعي من الأصل فإن قيل: الشهادة بالملك المطلق إنما تكون شهادة بالملك من الأصل إذا كانت الشهادة حجة للقضاء بالملك من الأصل، كشهادة المسلمين أما إذا لم يكن حجة للقضاء بالملك من الأصل يجعل شهادة بالملك الحادث بسبب حادث من جهة المدعى عليه، ألا ترى أن الإقرار بالملك المطلق جعل إقرارًا بملك حادث، وإن كان الإقرار إخبارًا في موضوعه حتى صح بالحق. والجواب: أن الإقرار يخالف الشهادة، لأن الإقرار بالملك المطلق فيما يقبل النقل من ملك إلى ملك جعل إقرارًا بملك جديد من حيث الحكم كأن المقر قال: هذا لفلان؛ لأنني يمكنه منه، ولهذا لا يستحق المقر له المقر به بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ولا يكون للمقر الرجوع على بائعه، ولو أن المقر نص على ملك جديد للمقر له بسبب جديد من جهة يتعذر القضاء بالملك من الأصل من حيث الحكم كأن الشهود قالوا: هذا ملك هذا المدعي من الأصل حتى يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة ويرجع المستحق عليه على بائعه بالثمن، ولو نص الشهود على هذا يتعذر القضاء بالملك الجديد بالسبب الجديد من جهة المستحق عليه، فكذا إذا جعل في الحكم هكذا.

(١) سقط في أ.

(٢) قال في المحيط: لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر دون المسلم، فثبت الدين بهذه الشهادة في حق استحقاق نصيب الكافر وإبطال يده عليه، لا في حق استحقاق نصيب المسلم وإبطال يده عليه.

دينهما^(١).

مسلم له عبد كافر أذن له بالبيع والشراء، فشهد عليه [شاهدان كافرين]^(٢) بشراء أو بيع جازت شهادتهما [عليه]^(٣) [٤].

ولو كان المولى كافراً والعبد المأذون مسلماً لا تقبل شهادة الكافرين^(٥).

ولو أن كافراً وكل مسلماً بشراء أو بيع لم أجز على الوكيل من البيعة إلا مسلمين، ولو أن مسلماً وكل كافراً بذلك أجزت على الوكيل الشهود من أهل الكفر^(٦) والله أعلم.

وفي «النوادر»: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا وكل النصراني مسلماً يبيع له ثوباً، أو يشتري له ثوباً، فشهد عليه نصرانيان بالبيع وهو يجحد، أن ذلك جائز وكذلك الشراء.

(١) قال في المحيط: لأن كل واحد منهما يثبت دينه على الميت، وما أقام كل واحد منهما حجة على الميت، وجه ظاهر الرواية: أن دين الكافر ثبت في حق الميت وفي حق الغريم الكافر ودين الكافر ثبت في حق الميت أما لم يثبت في حق الغريم المسلم؛ لأن حجة المسلم حجة على الميت والكافر؛ وحجة الكافر حجة على الميت وليس بحجة على المسلم، أو المزاحمة إنما تثبت عند المساواة وإنما تثبت المساواة إذا ثبت دين كل واحد من الغريمين في حق صاحبه، فهو بمنزلة الدين المقر به في حالة الصحة مع الدين المقر به في حالة المرض.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) قال في المحيط: لأن هذه شهادة كافر قامت على إثبات أمر على الكافر. فإن قيل: هذه الشهادة كما قامت على العبد قامت على المولى، فإنه يستحق مالية المولى متى ثبت الدين على العبد المأذون والمولى مسلم. قلنا: استحقاق مالية العبد غير مضاف إلى الشهادة لا نصّاً وهذا الظاهر ولا اقتضاء؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين على العبد بسبب البيع والشراء استحقاق مالية المولى، وألا ترى أن العبد لو كان محجوراً، واشترى لا يستحق به مالية المولى مع أن الثمن وجب عليه بالشراء حتى يؤاخذ به بعد العتق، إذا لم يكن استحقاق مالية المولى مضافاً إلى شهادة الكافر لا تمنع بسببه قبول شهادة الكافر.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) قال في المحيط: لأن هذه شهادة كافر قامت على إثبات أمر على المسلم نصّاً.

(٦) قال في المحيط: وهو يخرج على ما ذكرنا من المعنى في فصل العبد.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: نصراني مات وترك مائة درهم لا غير، فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم، وأقام مسلم ونصراني شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم بينهما، يقضى للمسلم المنفرد بثلثي المائة، ويقضي بثلث المائة بين الشريكين نصفان^(١)؛ ثم النصراني الشريك يأخذ من شريكه المسلم نصف ما أخذ لتصادقهما أن الدين مشترك بينهما^(٢). ولو كان مكان المسلم المنفرد نصرانيًا [منفردًا]^(٣) وباقي المسألة بحالها^(٤) كان هذا والأول سواء؛ فإن كان شهود النصراني المنفرد مسلمين وشهود الشريكين نصارى، وباقي المسألة بحالها يقضي للنصراني المنفرد بنصف المائة ويقضي بالنصف الآخر للشريكين^(٥).

(١) قال في المحيط: لأن النصراني الشريك أقام ما ليس بحجة على المسلم المنفرد؛ لأنه يتضرر به فيطلب بينة النصراني للشريك، فإذا بطلت بينة النصراني للشريك، بقي المسلم الشريك والمسلم المنفرد وكل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت دون صاحبه فاستويا، فنصرت المسلم المنفرد بحقه وذلك مائة، والمسلم الشريك بحقه وذلك خمسون، فقسمت المائة بينهما أثلاثًا.

(٢) قال في المحيط: فإن قيل: أليس إن كل واحد من المسلمين يتضرر بشهادة شهود صاحبه وهم كفار، فينبغي ألا تقبل؟. قلنا: الضرر عليهما في امتناع القبول فوق الضرر عليهما في القبول، فإن عند قبول الشهادتين يصل إلى كل واحد من المسلمين بعض حقه، وعند عدم القبول لا يصل إلى كل واحد من المسلمين شيء، وعند التعارض يتحمل الأدنى لدفع الأعلى.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال في المحيط: فالمائة تقسم بينهم أثلاثًا لكل واحد الثلث، لأن بينة النصراني المنفرد غير مقبولة على المسلم الشريك لما مر، وبينة المسلم الشريك حجة في حق النصراني المنفرد، فيأخذ المسلم الشريك حقه وذلك خمسون، بقي من التركة خمسون وقد تنازع فيهما نصرانيان، وأقام كل واحد ما هو حجة على صاحبه إلا أن حق النصراني المنفرد في المائة، وحق النصراني الشريك في خمسين فيقسم للنصراني الشريك، وذلك ستة عشر وثلثان، ثم ما في يد النصراني الشريك يضم إلى ما في يد شريكه المسلم فيصير ستة وستون وثلثًا، تقسم بينهما نصفين لتصادقهما على التركة فنصيب كل واحد في الحاصل ثلث المائة فلهذا قال: تقسم المائة بينهم أثلاثًا ولو كان شهود الشريكين مسلمين، وشهود النصراني المنفرد نصراني، وباقي المسألة بحاله.

(٥) قال في المحيط: لأن المنفرد أقام ما هو حجة على الشريكين، وهما أقاما ما هو حجة على المنفرد فلهذا قسمت المائة نصفين.

قال: نصراني مات وترك مائتي درهم وترك ابنين نصرانيين فأسلم أحدهما، ثم جاء رجل وادعى على الميت مائة درهم فأقام شاهدين نصرانيين، فإن القاضي يقضي بذلك في نصيب الكافر^(١).

قال محمد في الكتاب: ولا يشبه هذا الدين وأراد به المسألة الأولى، فإن هناك المسلم الشريك إذا أخذ شيئاً من المائة يدخل عليه الشريك النصراني، وهنا الابن النصراني لا يدخل على أخيه المسلم في نصيبه^(٢).
وذكر عين هذه المسألة في «المنتقى».

وذكر عن أبي حنيفة رحمه الله: إني أقضي بنصف الدين في حصة النصراني وأبطل النصف، وذكر عن أبي يوسف رحمه الله: أني أقضي بذلك في حصة النصراني، ولا أقضي على المسلم بشيء، وتبين بما ذكر في «المنتقى» أن المذكور في الجامع قول أبي يوسف ومحمد، وستأتي هذه المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

قال محمد رحمه الله [في «الجامع»]^(٣): مسلم ادعى أن فلاناً النصراني مات، وأوصى إليه وأقام شهوداً من النصارى فإن أحضر غريباً نصرانياً قبلت الشهادة عليه

(١) قال في المحيط: لأن ما أقام المدعي حجة على الابن النصراني دون الابن المسلم لما فيها من الضرر للمسلم، فلم تصح على المسلم وصحت على الكافر فيستوفي الدين من نصيب من صحت البيئة عليه، كما لو أقر أحد الابنين بذلك ولا يدخل الابن النصراني على أخيه المسلم في نصيبه.

(٢) قال في المحيط: والفرق بينهما: أن النصراني الشريك إنما يزاحم المسلم الشريك بسبب الدين، ودين النصراني ثابت في ذمة الميت، لم يرد عليه الاستحقاق، إنما ورد الاستحقاق على المال الذي نفع به القضاء، فيبقى دينه في ذمة الميت، ويجعل ما أخذه المسلم كالهالك، وإذا بقي دين النصراني الشريك وجبت الشركة في باقي المال، فأما الميراث إنما يجب بعد الدين، فإذا ثبت الدين في حق الابن الكافر بطل به ميراثه والشركة بناء عليه، فإذا بطل الميراث بطلت الشركة، وفي مسألة الدين إذا بقي تثبت الشركة في محل الحق فلهذا افتراقاً.

(٣) سقط في أ.

قياسًا واستحسانًا، وتعدى إلى غيره، وأما إذا أحضر غريمًا مسلمًا، القياس: ألا تقبل شهادتهم عليه، وهو قول محمد رحمه الله أولاً.

وفي الاستحسان: تقبل^(١).

والذي بينا من الجواب في الوصاية فهو الجواب في النسب، حتى لو أقام نصراني بينة من النصارى أن فلانًا مات وأنه ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثًا غيره وأحضر غريمًا للميت كافرًا، تقبل شهادتهم قياسًا واستحسانًا، وإن أحضر غريمًا مسلمًا، القياس: ألا تقبل.

وفي الاستحسان: تقبل^(٢).

ولو أن مسلمًا ادعى وكالة من نصراني بكل حق له بالكوفة وأحضر غريمًا مسلمًا وأقام عليه شهودًا نصارى، لا تقبل^(٣).

فرق بين الوصاية والوكالة^(٤) فإن أحضر نصرانيًا، قبلت شهادتهم^(٥) وقضى له

(١) قال في المحيط: وجه القياس: أن هذه شهادة الكافر على المسلم مقصودًا فلا تقبل، وجه الاستحسان: ما أشار إليه محمد في «الكتاب»: أن موت النصارى لا يحضره المسلمون، ومعنى هذا الكلام أن الإيضاء غالبًا إنما يكون حالة الموت في دورهم، والمسلمون لا يحضرون دورهم عند موتهم غالبًا، فلو لم تقبل شهادتهم على المسلم في إثبات الموت والإيضاء أدى إلى ضياع حقوقهم المتعلقة بالموت والإيضاء فتقبل إحياءً لحقوقهم، وإن كان الإحياء قد يحصل بحضرة المسلمين اعتبارًا للغالب، ألا ترى أن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال صارت حجة للضرورة، وإن كان الحادثة بحال يجوز للرجال حضور تلك الحادثة لتحمل الشهادة اعتبارًا للغالب، كذا هاهنا.

(٢) قال في المحيط: لأن النسب إنما يثبت بالفراش، والفراش إنما يثبت بالنكاح ونكاح أهل الذمة إنما تكون في دورهم غالبًا ولا يحضره المسلمون في الغالب فلو لم تقبل شهادتهم أدى إلى تضييع حقوقهم المتعلقة بالنسب.

(٣) قال في المحيط: لأن هذه شهادة نصراني قامت على المسلم مقصودًا فلا تقبل.

(٤) قال في المحيط: والفرق ما ذكرنا: أن الإيضاء غالبًا يكون حالة الموت في دورهم والمسلمون لا يحضرون دورهم عند موتهم غالبًا، فقبلنا شهادتهم صيانة لحقهم عن البطلان، أما الوكالة فتقع خارج دورهم غالبًا، والمسلمون يخالطوهم خارج دورهم، فأمكن إشهاد المسلمين عليها، فلا ضرورة إلى قبول شهادة أهل الذمة.

(٥) قال في المحيط: لكونها حجة على النصراني، وإذا قبل القاضي هذه الشهادة.

بالوكالة وكان ذلك قضاءً على جميع الغرماء من المسلمين وغيرهم، حتى لو أحضر غريباً مسلماً بعد ذلك، وهو يجحد وكالته، لم يكلفه [القاضي]^(١) إقامة البينة على الوكالة^(٢).

قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في رجل مات وترك ابنين، أحدهما مسلم والآخر نصراني، فقال المسلم منهما: أسلم أبي قبل موته وأنا وارثه، وقال النصراني: إنه لم يسلم وأنا وارثه، فالقول قول النصراني منهما^(٣) ولكنه يصلى على الميت بإخبار الابن المسلم أنه أسلم^(٤)، ولو أقام المسلم نصرانيين أنه مات مسلماً وأقام النصراني مسلمين أو نصرانيين أنه مات نصرانياً قضيت بالميراث للمسلم منهما^(٥).

(١) سقط في ز.

(٢) قال في المحيط: في حق جميع من كان بالكوفة لما مر قبل هذا، وقد ثبت الشيء ضرورة غيره، وإن كان لا يثبت مقصوداً بيته، كعزل الوكيل لا يثبت حال غيبة الوكيل مقصوداً، ويثبت ضرورة نفاذ بيع ما يوكل ببيعه كذا هاهنا.

(٣) قال في المحيط: لأنه عرف كونه كافراً، فالنصراني تمسك بالأصل وهو بقاء الكفر، والمسلم يدعي زواله بالإسلام، فكان القول قول من يدعي البقاء، ولأن اختلاف الدينين مانع من جريان الإرث وقد عرف وجود، فإذا ادعى الابن المسلم الإسلام فقد ادعى زوال المانع، والابن ينكر، والقول قول المنكر.

(٤) قال في المحيط: لأنه أخبر بخبر ديني وهو وجوب الصلاة عليه، وخبر المسلم الواحد في أمور الدين مقبول، فيصلح عليه وليس من ضرورة الصلاة عليه ثبوت استحقاق الميراث للابن المسلم، لأنه ينفصل أمر الصلاة عن الميراث في الجملة فلم يكن من ضرورة استحقاق الميراث للابن المسلم.

(٥) قال في المحيط: أما إذا أقام النصراني نصرانيين؛ لأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على النصراني، والابن النصراني أقام ما ليس بحجة على الابن المسلم، وأما إذا أقام النصراني مسلمين؛ فلائنه وإن أقام ما هو حجة على المسلم ولكن مع هذا ترجحت بينة المسلم لوجهين. أحدهما: أن البيئات للإثبات وبينة المسلم تثبت أمراً حادثاً وهو الإسلام ويثبت استحقاق الميراث للابن المسلم وبينة النصراني تنفي ذلك، فلماذا جعلنا القول قول الابن النصراني، لأنه ينفي استحقاق الابن المسلم، فتكون البينة بينة المسلم؛ لأنه يثبت الاستحقاق لنفسه. الوجه الثاني: أن الإسلام أقوى قال عليه السلام: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» فكان الترجيح لبينة المسلم من هذه الوجوه، ولهذا قلنا: إن المولود بين مسلم وكافر يكون مسلماً تبعاً للمسلم بهما لقوة الإسلام، كذا بهذا.

و[أما حكم الصلاة فإنه]^(١) يصلى على الميت لا بالشهادة؛ لأن الشهود نصارى ولا شهادة له في الأمور الدينية^(٢)، ولكن لإخبار الابن المسلم^(٣).

قال في «المتقى»: فلو لم يقيم الابن المسلم بينة على إسلام أبيه قبل موته حتى ادعى رجل على الميت ديناً، وأقام بينة من النصارى ففرض له بالمال ثم إن الابن المسلم أقام بينة من النصارى على إسلام الأب قبل موته قال محمد رحمه الله: إن كان الغريم مسلماً [لم]^(٤) أبطل دينه بشهادة أهل الذمة ولم أورد القضاء، وإن كان ذمياً رددت القضاء وأنفذت للابن المسلم جميع الميراث^(٥).

قال: ولو لم يترك الميت مالاً وأقام الابن المسلم شهادة من النصارى على أنه مات مسلماً، وأراد أخذ أخويه^(٦) الصغار؛ لم تقبل بينته على ذلك، بخلاف ما إذا ترك مالاً^(٧).

(١) سقط في أ، ز.

(٢) قال في المحيط: والصلاة أمر ديني.

(٣) قال في المحيط: بإسلامه، وخبره حجة في حق الصلاة عليه كما ذكرنا، فإن كان للميت بنون صغار ورثتهم عن الميت مع ابنه المسلم، وجعلتهم مسلمين؛ لأنه لما قضى بالميراث للابن المسلم بالبينة فقد قضى بإسلام الأب لا محالة ليتمكن توريث المسلم منه، فإذا جعلناه مسلماً لا بد من الحكم بإسلام أولاده الصغار تبعاً له؛ لأنهم يتبعون خير الأبوين في الدين.

(٤) سقط في أ.

(٥) قال في المحيط: أما إذا كان الغريم ذمياً؛ فلأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على الابن النصراني وعلى الغريم فثبت وراثته واستحقاقه التركة، ولم يثبت استحقاق الغريم بما أقام من الحجة؛ لأن ما أقام من الحجة، ليست بحجة لا في حق الابن المسلم ولا في حق الميت لأننا حكمنا بإسلامه ضرورة الحكم بميراثه للابن المسلم، وأما إذا كان الغريم مسلماً فلأن ما أقام الابن المسلم من الحجة ليست حجة في حق الغريم، فلم تثبت وراثته الابن المسلم في حق الغريم، فلا يحتاج الغريم إلى إقامة البينة على الابن المسلم، وإنما يحتاج إلى إقامتها على الابن النصراني، وما أقام الغريم حجة في حق الابن النصراني.

(٦) في ز: إخوته.

(٧) قال في المحيط: والفرق: أنه إذا ترك مالاً فبينه الابن المسلم من أهل الذمة إنما تقبل على المال وعلى الميراث، ومن ضرورة قبولها على الميراث القضاء بإسلام الميت، فيتعدى ذلك إلى أولاده الصغار، فأما إذا لم يترك مالاً لا يمكن قبول بينة أهل الذمة على المال لانعدامه، ولا يمكن قبولها على إسلام الميت وحده، لأنه أمر ديني، وشهادة أهل الذمة لا

وهذا الحكم لا يختص بهذا الموضوع بل في كل موضع شهد قوم من أهل الذمة على إسلام ميت، إن كان الميت لم يترك مالا تقام البينة لأجله لا تقبل شهادتهم ولا يحكم بإسلامه.

وروى «المعلی» عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: لا تقبل شهادة أهل الذمة على إسلام الكافر في حالة الحياة وأقبلها بعد الموت، وإن لم يكن له ميراث يجب الأخذ بشهادتهم.

وروى عمرو^(١) عن محمد رحمه الله في «الإملاء»: رجل من أهل الذمة مات فشهد مسلم [عدل]^(٢) أو مسلمة أنه أسلم قبل موته وأنكر أولياؤه من أهل الذمة ذلك، فميراثه لأوليائه من أهل الذمة بحاله وإنه ظاهر، قال: وينبغي للمسلمين أن يغسلوه ويكفونوه ويصلوا عليه، وكذلك إن كان محدودًا في قذف - يعني المخبر - بعد أن كان عدلاً.

قال: وشهادة الفساق من المسلمين على إسلامه لا تقبل، ولا يصلى عليه بشهادتهم.

قال: ولو شهد على إسلام النصراني رجل وامرأتان من المسلمين، وهو يجحد، أجبر على الإسلام ولا تقبل.

ولو شهد عليه رجلان من أهل دينه وهو يجحد فشهادتهم باطلة^(٣).

ولو قال الابن المسلم: لم يزل أبي كان مسلماً، أو قال النصراني: لم يزل كان نصرانيًا، فالقول قول المسلم^(٤).

= تقبل في الأمور الدينية.

(١) زاد في أ، ز: ابن أبي ليلى و.

(٢) سقط في أ.

(٣) قال في المحيط: قال: لأن في زعمهم أنه مرتد ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد.

(٤) قال في المحيط: لأن كل واحد منهما يدعي ما هو أصل من وجه حادث من وجه، أما الابن

المسلم فلأنه يدعي الإسلام والإسلام أصل في بني آدم من وجه من حيث إنهم أولاد آدم

وحواء وهما كانا مسلمين وحادث من وجه، من حيث إنه علم بالله تعالى ورسله وكتبه =

وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الابن المسلم أيضًا^(١).
 ولو أن الابن المسلم أقام بينة على إسلام الأب قبل موته - يعني من المسلمين -
 لم أقبل ذلك حتى يصفوا الإسلام.
 وكذلك إذا شهد شاهدان على نصراني حي أنه أسلم يعني من المسلمين، لا تقبل
 شهادتهما حتى يصفوا الإسلام^(٢).

وذكر القاضي الإمام شيخ الإسلام علي السغدري رحمه الله في آخر «شرح
 السير»: [أن]^(٣) الشاهد إذا كان فقيهاً تقبل شهادته من غير أن يصف الإسلام، وإذا
 كان جاهلاً لا تقبل شهادته ما لم يصف الإسلام.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد رحمه الله: فإن كان شهود غريم الميت من
 المسلمين وقضيت بشهادتهم بحضرة الابن النصراني، ثم جاء الابن المسلم ببينة من
 أهل الذمة أن الأب مات مسلمًا؟ قال محمد رحمه الله: هو الوارث فيما كان
 للنصراني الميت من المال، ولا يقضي على الغريم بشيء^(٤)، واستشهد بما إذا كان

والعلم حادث، وأما الابن النصراني فلأنه يدعي الكفر، والكفر أصل من وجه من حيث إنه
 جهل والجهل أصل في الآدمي حادث من وجه من حيث إن الأصل في الآدمي الإسلام تبعًا
 لآدم وحواء، فهو معنى قولنا: إن كل واحد منهما يدعي ما هو الأصل من وجه، وما هو
 حادث من وجه، فاستويا من هذا الوجه وترجح دعوى الابن المسلم لقوة الإسلام وعلوه،
 فجعلنا القول قول الابن المسلم.

(١) قال في المحيط: لأنها تثبت أمرًا حادثًا وهو العلم.
 (٢) قال في المحيط: وهذا لأن الشاهدين عسى لا يعرفان ما يصير الكافر به مسلمًا وما يحتاج
 إليه لدخوله في الإسلام، فإن لذلك شرائط وبعضها خفية، ويحمل ما عندهما غير ما هو
 عند القاضي، فلا بد من الوصف حتى ينظر القاضي فيه إن كان ذلك يوجب دخوله في
 الإسلام، يجعله مسلمًا وما لا فلا، ألا ترى أنا شرطنا لقبول الشهادة على الزنا أن يفسر
 الشهود الزنا، لأنهم عسى يعرفون من أنواع الزنا أنه يوجب الحد، ولا يكون كذلك كذا
 ها هنا.

(٣) سقط في أ.

(٤) قال في المحيط: لأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على الابن النصراني دون الغريم
 المسلم، والقضاء بحسب الحجة، فيقتصر القضاء على الابن النصراني.

البنون ثلاثة: أحدهم مسلم والآخران نصرانيان، فاقسم النصرانيان الميراث نصفين، ثم أسلم أحد الابنين النصرانيين، ثم أقام الابن المسلم بيته من أهل الذمة أن الأب مات مسلمًا، فإني أقضي له على الوارث [الذي] لم يسلم ولا أقضي له على [الذي] (١) أسلم.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد رحمه الله: فإن كان الغريم والابن المسلم أقام كل واحد منهما شاهدين ذميين، قال: إذا جاؤوا معًا فالخصم هو المسلم (٣).

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف رحمه الله قال في نصراني مات وترك ألف درهم، وأقام مسلم شهودًا من النصارى على ألف درهم [له] (٤) على الميت، وأقام نصراني شاهدين من النصارى على ألف درهم [له] (٥) على الميت، فإنه يدفع الألف المتروك إلى المسلم، ولا يتحصان (٦) [فيها عند أبي حنيفة]. وقال أبو يوسف رحمه الله: يتحصان (٧) في الألف، وقول أبي حنيفة كقول محمد.

وحاصل الخلاف راجع إلى أن بيته الغريم النصراني هل هي مقبولة في هذه الصورة؟ على قول أبي حنيفة [هي مقبولة في حق إثبات الدين على الميت، غير مقبولة في حق إثبات الشركة بينه وبين المسلم].

وعلى قول أبي يوسف: هي مقبولة في حق الأمرين جميعًا (٨) فإذا قضي دين

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ.

(٣) قال في المحيط: لأنه يثبت وارثه بما أقام من البيته، وإنما تقبل بيته الغريم على الوارث، فإذا كان الوارث مسلمًا فشهادة أهل الذمة ليست بحجة عليه، فلا يستحق الغريم بها شيئًا.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ، ز: يتحصان.

(٧) سقط في أ.

(٨) في المحيط: ومحمد رحمه الله: هي غير مقبولة وعلى قول أبي يوسف هي مقبولة، فأبو يوسف يقول: إن هذه شهادة قامت على الميت؛ لأنهم شهدوا بدين على الميت، والميت ذمي فتقبل شهادة أهل الذمة عليه، أقصى ما في الباب أنه إذا قبلت بيته وثبت دينه على

الغريم المسلم، فإن فضل شيء، كان ذلك للنصراني^(١).
قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: في نصراني مات وترك ابنين فأسلم أحدهما بعد موت أبيه، ثم إن رجلاً نصرانياً أقام بينته من النصارى أنه ابن الميت النصراني، قال: فإني أقبل بينته على النسب، وأجعله شريك النصراني منهما، ولا أجعله شريك المسلم فيما في يديه^(٢).
وكذلك لو ترك ابنا واحداً [نصرانياً]^(٣)، فأسلم بعد موت أبيه، ثم جاء نصراني وادعى أنه ابن الميت وأقام بينة من النصارى، فإني أقضي بنسبه من الميت^(٤)، ولا أعطيه شيئاً مما في يد الابن المسلم^(٥).

=
الميت بشهادتهم، تضرر به الغريم المسلم، فإنه يحاصه في الألف المتروكة فينتقص حقه حيث لا يصل إليه تمام الأصل، ولكن لا يجوز أن يمتنع قبول الشهادة لأجلها، لأنه إنما يعتبر من قامت عليه الشهادة لا من يتعدى إليه في الجملة، ألا ترى أن شهادة أهل الذمة على الذمي بإعتاق عبده المسلم جائزة، وإن كان يتوهم تعدي الضرر إلى المسلم؟ فإنه تقبل شهادته بعد ذلك على سائر المسلمين، ولم يعتبر ذلك شهادة على المسلم فكذا هذا، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا بأن هذه شهادة قامت على الميت من وجه، وعلى الغريم المسلم من وجه، فتقبل في حق الميت الكافر، ولا تقبل في حق المسلم الغريم، وهذا لأن هذه الشهادة من حيث إنما قامت على أصل الدين، فهي شهادة على الميت، ومن حيث إن الدين بعد الموت إنما يتعلق بالتركة، والتركة مشغولة بدين الغريم المسلم، كانت هذه شهادة على المسلم، فهذه الشهادة حجة على الكافر دون المسلم، فقلنا: بأنه تقبل هذه الشهادة على الميت بثبوت الدين، ولم يظهر ذلك في حق المسلم، حتى لا يزاحمه في التركة.
(١) قال في المحيط: لأن دينه ثبت على الميت، وليس في ظهوره في حق التركة بعد فراغها عن دين المسلم إبطال حق المسلم، فقبلت بخلاف ما قبل فراغ التركة عن دين المسلم، لأن هناك في إظهاره في التركة إبطال حق المسلم عن التركة بشهادة الكفار، وإنه لا يجوز.
(٢) قال في المحيط: لأن هذه الشهادة تضمنت إثبات النسب من الميت، وإنه مختص بالميت الذمي، فتقبل شهادتهم لإثبات هذا الحكم، وتضمنت استحقاق بعض ما في يد الاثنين؛ لأنه ظهر لهما شريك ثالث، فيكون له حق مشاركتهما وإنه حجة في حق الذي لم يسلم، فيثبت له حق مشاركته، وليست بحجة في حق الذي أسلم، فلا يثبت له حق مشاركته أياه لتعذر الحجة في حقه.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) قال في المحيط: لأن النسب أمر يختص بالميت، وهذه الشهادة حجة في حقه.

(٥) قال في المحيط: لأنها ليست بحجة في حقه، فلا يجوز استحقاق شيء مما في يد المسلم =

استشهد بمسألة الغريمين، أحدهما مسلم والآخر ذمي، وأقاما بينة بدين لهما على ميت ذمي من أهل الذمة، أنه يقبل بيتهما في حق المديون الميت، وأما في حق المزاحمة لا تقبل بينة الذمي على المسلم^(١).
 وإن خرج للميت النصراني مال فضل عن دين المسلم، كان للغريم الذمي^(٢).



= بشهادتهم.

(١) قال في المحيط: لأنها ليست بحجة في حقه.

(٢) قال في المحيط: لأن مزاحمة المسلم انقطعت فبقي هذا المال للذمي وهذه البينة حجة في حقه. وكذلك أمر الابنين الوارثين أحدهما ذمي والآخر مسلم بعد موت المورث إذا لم تكن بينة الذمي حجة على المسلم، وأنهما حجة في حق الميت الذمي الذي ثبت بسبب الذمي من الميت بهذه البينة؛ لأنها حجة في حقه، ولكن لما لم تكن حجة في حق المسلم لم يكن له حق مشاركته.

فرع على ما إذا كان الابن واحدا:

قال: وإن خرج للميت [مال] ^(١) كان ذلك كله للمسلم ^(٢).

قال: فإن مات المسلم ورثه أخوه، يريد به: أن بعدما مات الابن المسلم فميراث [الميت] ^(٣) الذمي للابن الذمي ^(٤).

قال ابن سماعه: إنما لا يكون للابن الذمي حق المزاحمة مع الابن المسلم في هذه المسألة إذا أسلم قبل أن يثبت نسب الابن الذمي، أما لو ثبت نسبه قبل إسلامه بهذه البينة كان له مزاحمة الابن المسلم ^(٥).

ولو مات مولى النصراني الميت ولم يمت الابن المسلم، فإني أجعل ميراثه بين المسلم والنصراني.

قال ابن سماعه: يعني إذا كان أسلم بعد موته، قال: لأن هذا مال حدث الساعة وليس بمنزلة مال تركه النصراني ميراثاً، أشار إلى ما ذكرنا أن بينة النصراني مقبولة في حق الميت حتى يثبت نسبه منه، وإنما لم يشاركه الابن المسلم فيما قبض؛ لأن هذه البينة ليست بحجة عليه، [فيما] ^(٦) أخذه الابن المسلم فإنه لا يظهر [وراثته] ^(٧) في حقه حتى لا يكون قضاء على المسلم بشهادة النصراني، فأما فيما سواه فالتركة بمقاة على حكم ملك الميت قبل القسمة على ما عرف في موضعه، فكانت هذه الشهادة

(١) سقط في أ.

(٢) قال في المحيط: لأن وراثته ثابتة مطلقاً ووراثته الذمي غير ثابتة في حق الابن المسلم، فلا يكون له أن يشاركه فيه.

(٣) سقط في أ.

(٤) قال في المحيط: لأن نسبه لما ثبت من الميت ثبتت وراثته، إلا أنها لم تظهر في حق المسلم لمزاحمته إياه، فإذا مات انقطعت مزاحمته فورث هذا الابن.

(٥) قال في المحيط: لأنه حال ما أقام البينة هو في مثل حال ذمي فيقبل بينة أهل الذمة عليه فكان له أن يشاركه، فأما بعدما أسلم لم يثبت حق المشاركة بهذه البينة؛ لأنها ليست بحجة في حقه.

(٦) في المحيط: فبقي ما.

(٧) سقط في أ.

على الميت وإنما يستحق بها مال الميت، وشهادة أهل الذمة حجة في حقه، وكذلك إنما يرث من مولى النصراني بحكم الولاء أنه ثابت له بهذه البيعة، فهذه الشهادة حجة في حقه؛ لأنه ذمي مثله فصلح أن يكون مستحقاً له بهذه البيعة، وهذا استحقاق عليه لا على الابن المسلم لما قلنا، فلهذا كان الميراث بينهما، وإنما فسره ابن سماعة بأنه أسلم بعد موته؛ لأنه لو كان أسلم قبل موته لا يرث منه لاختلاف دينهما.

قال في «المنتقى»: وإذا شهد رجل على امرأته مع آخر أنها ارتدت والعياذ بالله، وهي تجحد وتقر بالإسلام فرقت بينهما وجعلت عليه نصف المهر إن لم يكن دخل بها، قال: أقبل شهادة الزوج في الردة، ولا أبرئه عن المهر وأجعل [جحودها للردة]^(١) وإقرارها بالإسلام توبة، ولو شهدا عليه أنها أسلمت وهي تجحد، وأصل دينها كان هو النصرانية قبلت شهادتهما على الإسلام وأجعل جحودها وثباتها على النصرانية ردة ولا يبرأ من نصف المهر.

وفيه أيضاً: مسلم قال: إن دخل عبدي هذه الدار فهو حر، وقال نصراني: إن دخل هذا العبد هذه الدار فامرأته طالق، فشهد نصرانيان أنه دخل بعد اليمينين، فإن كان العبد مسلماً لا تقبل هذه الشهادة^(٢)، وإن كان العبد نصرانياً قبلت الشهادة على طلاق المرأة، ولا تقبل على عتق العبد^(٣).

قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في النصرانيين شهدا على مسلم ونصراني أنهما قتلا مسلماً عمدًا، قال: لا أجوز شهادتهما على المسلم وأدراً عن النصراني القتل، وأجعل عليه الدية في ماله^(٤).

(١) في أ، ز: جحوده بالردة.

(٢) قال في المحيط: لأنهما شهدا على فعل مسلم.

(٣) قال في المحيط: وهذا بناء على ما مر أن شهادة النصراني حجة في حق النصراني، وليست بحجة في حق المسلمين.

(٤) قال في المحيط: أما لا تقبل شهادتهما على المسلم فظاهر، وأما درء القتل عن النصراني؛ لأن القتل واحد ولم يثبت في حق المسلم لقصور الحجة، فتورث الشبهة في حق الكافر والقصاص لا يستوفى مع الشبهات، قال: وأجعل عليه الدية في ماله، لأن الشهادة على

قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: في مسلم ادعى على مسلم ونصراني ألف درهم من ثمن متاع باعه منهما، وأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وأقام شاهدين من النصارى عليهما بذلك، قبلت بيته على النصارى ويأخذ منه جميع الألف، ولا يرجع النصراني بذلك على المسلم^(١).

قال ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: في نصراني اشترى من مسلم عبداً وقبضه وباعه من نصراني آخر، ثم إن المشتري الثاني وجد به عيباً بعدما قبضه، وأقام بيته من النصارى أن هذا العيب كان به عند المسلم قبل أن يبيعه من النصراني المشتري، كان له أن يرده على بائعه النصراني، وإن كان بائعه لا يقدر على رده على بائعه المسلم بهذه البينة^(٢).

قتلهما ليست بشهادة على اشتراكهما في جرح واحد، لكن هذه شهادة على جرح موجود من الكافر، وجرح من المسلم، فإذا شاهدا ظهور الموت عقيب الجرحين كان لهما أن يشهدا عليهما بالقتل، فأقصى ما في الباب: أن الجرح من المسلم لم يثبت لقصور الحجة، ولكنه قد تكاملت الحجة على الكافر، فيثبت جرحه، وظهور الموت عقيبه وتعذر إيجاب القصاص به للشبهة فوجبت الدية، ثم تجب الدية في ماله، لأن المشهود به القتل العمد، والعاقلة لا تعقل العمد.

(١) قال في المحيط: وإنما تقبل بيته على النصراني؛ لأن بيته حجة في حقه، ويأخذ منه جميع الألف، النصف بحكم الأصالة لقيام الحجة عليه، والنصف بحكم الكفالة؛ لأن هذه البينة تقتضي ثبوت الألف كلها عليهما، إلا أنها إن لم تعمل في حق المسلم؛ لأنها ليست بحجة عليه، أما هي حجة على الكفيل، فيعمل في حق الكفيل فيثبت المال على المسلم فيما يرجع إلى استحقاق المطالبة والأخذ من يد الكفيل، وإن كان لا يثبت فيما يرجع إلى استحقاق مطالبة المسلم الأصيل والأخذ من يده. واستشهد في «الكتاب» فقال: ألا ترى أن رجلاً لو ضمن مالا على رجل، والمدعى عليه ينكر المال، ولم تقم عليه بيته أن الضمان جائز؟ لأن شرط صحة الضمان وجوب المضمون على الأصيل في حق الكفيل وقد وجد؛ لأنه أقر بذلك وإقراره حجة عليه، إن لم يكن حجة على الأصيل، فكذا في مسألتنا ظهر وجوب الدين على المسلم في حق النصراني، وإن لم يظهر في حق المسلم لقيام ما هو حجة في حق الكفيل إن لم يكن حجة في حق المسلم الأصيل، فجاز أن يؤخذ الكفيل بذلك، ثم لا يرجع الكفيل على المسلم، لأن الرجوع عليه من حكم ظهور الاستحقاق في حقه ولم يظهر؛ لأن هذه البينة ليست بحجة عليه.

(٢) قال في المحيط: وبهذه المسألة يحتج أبو يوسف رحمه الله في مسألة الاستحقاق التي مرت في أول هذا الفصل، وقال: الشهادة في هذه المسألة لما تضمنت حكمين: الرد على =

قال ابن سماعه: سمعت محمداً رحمه الله يقول في المسلم قطع يد نصراني عمداً، وزعم القاطع أنه عبد لنصراني، وادعى المقطوعة يده أنه حر، فأقام رجلين

النصراني، وولاية الرد لذلك النصراني على المسلم، وهذه البيعة حجة في حق النصراني ليست بحجة في حق المسلم، ثبت حكمه في حق النصراني لقيام الحجة في حق النصراني، وإن امتنع ثبوت حكمه في حق المسلم فكذلك في المسألة المختلفة، ولكن الجواب عنه وهو الفرق أن في هذه المسألة المشهود به العيب وإذا كان مما يحدث مثله لم تكن البيعة عليه مقتضية كون العيب ثابتاً من الأصل، ولكنه يليق بقدر ما يحتاج إليه الرد، فلم تكن هذه البيعة مستمعة حكماً على البائع المسلم ليمتنع قبولها. يوضحه: أن هذه البيعة لا تثبت حق الرد إلا للمشتري الآخر؛ لأن المشتري الأول لا يقدر على رده إلا بعد عود قد تم ملكه إليه ولم يعد إليه بعد، وإذا لم تكن هذه البيعة مثبتة حق الرد للمشتري الأول للحال، لم تكن هذه البيعة قائمة على البائع المسلم بل هي قائمة على هذا البائع النصراني، وإنها حجة في حقه، فسمعت عليه وأما في المسألة المختلفة، فالمشهود به الملك المطلق، وهو الملك من الأصل، فإذا ظهر بالبيعة أن الملك من الأصل للمستحق، ظهر بطلان ملك الباعة كلهم، فكانت قائمة على الباعة جميعاً، فيكون القضاء بها قضاء على جميع الباعة، فيكون قضاء على البائع المسلم، ولهذا لا تقبل بيعة واحد من الباعة على الملك المطلق لنفسه، لأنه صار مقضيّاً عليه، ولهذا كان لكل واحد أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد. والدليل عليه أنه انفسخ البياعات الواقعة عندهما على ما روى الخصاص رحمه الله، فثبت أنه قضاء على المسلم البائع، ولا يجوز القضاء على المسلم بيعة أهل الكفر. ثم استشهد لإيضاح الفرق فقال: ألا ترى أن رجلاً اشترى عبداً فباعه من آخر فاستحقه رجل من يد المشتري، فرجع المشتري بالثمن على بائعه أن لبائعه أن يرجع على بائعه من غير إعادة البيعة، وبمثله لو رده المشتري على بائعه بالعيب بالبيعة لم يكن لبائعه أن يرده على من اشتراه منه حتى يعيد البيعة عليه، وهذا إشارة إلى أن ما ذكرنا من الفرق، أن القضاء بالملك المطلق للمستحق قضاء على جميع الباعة، فاستغنى عن إعادة البيعة؛ لأن تلك البيعة قائمة عليه لأنها قامت على من انتصب خصماً منه وهو المشتري بخلاف مسألة العيب، لأن البيعة على العيب قائمة على البائع دون بائع البائع؛ لأنه لا يتعدى حكمه إليه للحال كما ذكرنا. والذي يوضح الفرق أن القضاء بالملك، لما كان قضاء بالملك من الأصل لا بد وأن يكون البائع المسلم مقضيّاً عليه بشهادة الكفار وإنه لا يجوز، وأما شهادة الشهود على أن هذا العيب كان عند البائع المسلم، شهادة أنه كان في يد البائع الكافر الذي اشتراه من المسلم، لأنهم شهدوا ببقاء ذلك العيب إلى هذا الوقت، فقد شهدوا بقيام العيب عند البائع النصراني وشهادتهم حجة عليه، فقبلت وثبت قيام هذا العيب في يده وشهدوا أيضاً بإسناد عيب إلى زمان سابق، وهو حال ما كان في يد المسلم وشهادتهم ليست بحجة عليه، فيثبت قدر ما أمكن إثباته بشهادتهم، وهو كون العيب موجوداً في يد الكافر دون المسلم، وإنه غير مستحيل، ليكون عملاً بقدر الدليل.

وامرأتين من المسلمين على أنه أعتقه مولاه منذ سنة، قال: أجعله حرًا وأقتص منه^(١).

وإن أقام المقطوعة يده شاهدين نصرانيين أن مولاه أعتقه منذ شهر وأراد أن يقتص له، فإنه يعتق بهذه الشهادة ولا أقتص من القاطع [المسلم بشهادة النصرانيين]^(٢) [٣]. قالوا: وينبغي أن يكون القضاء بالعتق في هذه الصورة قولهما؛ لا قول أبي حنيفة رحمه الله فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى قبول هذه الشهادة على عتق العبد بدون دعواه، ولم يوجد هنا دعوى العبد فإنه منكر لذلك.

قال: ألا ترى لو أن مسلمًا قال: إن طلق فلان [النصراني]^(٤) امرأته فعبدي حر، فشهد نصرانيان^(٥) أن فلانًا طلق امرأته بعد هذا القول أي أطلق امرأة النصراني، ولا أعتق عبد المسلم؛ لأن هذه الشهادة حجة في حق النصراني دون المسلم، والطلاق ينفصل عن العتق وإن أمكن إثبات أحدهما دون الآخر، فيثبت الطلاق دون العتق ويجعل في حق العتق كأن الطلاق غير نازل لانعدام الحجة على ظهوره في حق المسلم كذا [هذا]^(٦).

قال: ألا ترى أن نصرانيًا لو مات وترك ألفًا لا مال له غيرها فأقام كل واحد من

(١) وهذا لأنه ادعى لنفسه حق استيفاء القصاص من القاطع، ولا يمكنه ذلك إلا بإثبات حرية القاطع، فالقصاص في الأطراف لا يجري بين العبيد ولا بين العبد والحر، وإذا كان لا يمكنه إثبات القصاص إلا بإثبات العتق صار خصمًا في حق إثبات العتق، فهذه بينة قامت على خصم فقبلت. وكذلك العبد لا يمكنه دفع القصاص إلا بإنكار العتق فانتصب خصمًا عن مولاه في إنكار العتق، فقامت هذه البينة على خصم فقبلت هذه البينة. ثم الثابت بهذه البينة في صورة جريان القصاص فكان كالإحصان في باب الرجم، وأنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا كذا هذا.

(٢) لأن هذه الشهادة حجة على المولى النصراني، فثبت العتق في حقه بهذه الشهادة، وليست بحجة على القاطع، فلم يظهر العتق في حقه لاستيفاء القصاص منه.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ، ز: امرأتان.

(٦) سقط في أ.

مسلم ونصراني بينة من النصراري أن له عليه ألفاً، أنه يقضي بها للمسلم ولا شركة للنصراني؛ لأن شهادة النصراني حجة على النصراني دون المسلم، فثبت بقدر الحجة فكذلك هنا.

قال: ألا ترى أن نصرانيًا في يده طيلسان أقام كل واحد من مسلم ونصراني نصرانيين أن النصراني أقر بالطيلسان له، أني أقضي به للمسلم؛ لما قلنا كذا هذا. قال: ألا ترى أن رجلاً لو شهد عليه ابنه أن لفلان عليه ألف درهم، فقال: إن كان لفلان علي ألف درهم فأمهما طالق، فشهد ابنه بالمال، أني أقضي بالمال ولا أطلق الأم إذا ادعت؛ لأن شهادتهما للأم غير مقبولة، وللأجنبي مقبولة، فتقبل شهادتهما للأجنبي بالمال على وجه لا يظهر في حق أمهما، كذا هذا. وما ذكر محمد رحمه الله في ابتداء المسألة أن المقطوعة يده إذا أقام رجلاً وامرأتين من المسلمين على أن المولى أعتقه، اقتضت منه.

وفي «نوادر هشام»: قال: سألت أبا يوسف عن رجل قال: إن شربت خمراً فعبدي حر، فشهد عليه رجل وامرأتان أنه قد شرب الخمر، قال: أعتق العبد ولا أحده، ولا فرق بين المسألتين؛ لأن الثابت في المسألتين بهذه البينة في صورة جريان القصاص، وفي صورة الشرب جريان الحد.

وإن شهد رجل وامرأتان أن لفلان على زوج إحدى المرأتين ألف درهم، وقد كان قال الزوج: إن كان لفلان علي ألف درهم فأنت طالق، فإني أقضي بالمال ولا أطلق المرأة^(١).

قال في كتاب الرهن: ذمي مات فادعى ذمي بعض متاعه رهناً وأقام بينة من أهل الذمة، وادعى مسلم عليه ديناً، وأقام بينة من المسلمين، أو من أهل الذمة فإني آخذ بينة المسلم فأبدأ بدينه حتى يستوفي المسلم ماله، فإن بقي شيء كان للذمي^(٢).

(١) لأنها شهدت لنفسها بوقوع الطلاق، ولأجنبي بالمال فتقبل الشهادة للأجنبي ولم أثبت المال عليه في حق كونه شرطاً لوقوع الطلاق لما ذكرنا من المعنى كذا هذا.

(٢) وهذا لأن بينة الذمي قامت بالدين على الميت وعلى الغريم المسلم بالمزاحمة، وإنها حجة =

ثم قال: ولا يجوز رهن [الذمي]^(١) حتى يستوفي المسلم دينه^(٢)، فإن كان شهود الذمي مسلمين وشهود المسلم ذميين أو مسلمين، كان الذمي أحق بالرهن حتى يستوفي دينه^(٣).

وفي «المتقى»: عبد باعه نصراني من نصراني، ثم باعه المشتري من نصراني آخر [ثم]^(٤) وشم، حتى تداولته عشرة أيد من الباعة كلهم نصارى، ثم أسلم واحد منهم، ثم ادعى العبد أنه حر الأصل وأقام على ذلك شهودًا من النصارى، قال زفر رحمه الله: لا تقبل بيته سواء أسلم أولهم أو آخرهم أو أوسطهم حتى يقيم بينة من المسلمين.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان المشتري الآخر هو الذي أسلم لم تقبل بيته، وإن كان غيره أسلم قضى [بعته، ويرادون]^(٥) الثمن فيما بينهم حتى ينتهوا إلى المسلم، فلا يؤمر^(٦) برد الثمن ولا من قبله من الباعة، فإن كان العبد أقام البينة على الإعتاق فإن أقام بينة أن البائع الأول قد أعتقه وقد أسلم الأول والشهود نصارى لا أقبل بيته، وكذلك إن كان الأوسط هو الذي أسلم، لا تقبل بيته لا على عتق الأوسط ولا على عتق من بعده، وتقبل بيته على عتق من قبله، وهذا هو قول أبي

= تامة في حق الميت لأنه كافر، وليست بحجة في حق المسلم، فلم يظهر الدين بهذه البينة في حق المزاحمة للمسلم، وبينة المسلم حجة على الميت والغريم النصراني فكانت أولى، فلهذا يبدأ بدين الميت.

- (١) سقط في أ.
- (٢) لأن الحجة على الرهن بشهادة أهل الذمة، وإنها ليست بحجة على المسلم، فلم يثبت الرهن في حقه فكأن أخص به كما في غيره من التركة.
- (٣) لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت وعلى صاحبه فقبلت بينهما، وثبت بينة الذمي اختصاص الذمي بالرهن، ولم يعرف مثل هذا الاختصاص للمسلم به فصار الذمي أولى بالرهن من هذا الوجه.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) بياض في أ.
- (٦) في أ، ز: يؤخذ.

حنيفة وزفر رحمهما الله .

وقال أبو يوسف رحمه الله : أي في الباعة أقام عليه البيعة من النصارى أنه أعتقه ، الذي قبل المسلم والذي بعده^(١) سواء تقبل شهادته وقضى بعتقه إلا أن تقوم البيعة على المسلم فلا تقبل .

وإذا أقام على غيره يتراجعون حتى ينتهوا إلى المسلم فلا يرجع عليه ولا على من قبله إلا أن يقر بذلك المسلم ، ويترادون الثمن حتى ينتهوا إلى الذي أعتقه .

قال محمد رحمه الله في كتاب الحوالة والكفالة : إذا ادعى مسلم على كافر مالا ، وادعى ضمان مسلم عنه ، وأقام بيعة من أهل الكفر بأصل المال وبكفالة المسلم عنه ، فإن المال يثبت في حق الأصيل ، ولا يثبت في حق الكفيل^(٢) .

ولو أن رجلاً مسلماً كفلاً لكافر عن كافر بألف درهم ، فقال [الكافر]^(٣) الذي عليه الأصل : لم أمره أن يضمن عني ، فجاء المسلم بشاهدين من أهل الكفر أنه قد أمره بالضمان ، وأقر الطالب أنه قد استوفى المال منه كان له أن يرجع عليه^(٤) .

قال في الأفضية : وإذا ادعى رجل مسلم [على رجل مسلم]^(٥) مالا [وجحده المطلوب ، وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة بالمال [بأمره]^(٦)] ووجد الكفيل ذلك ، فشهد رجلان من أهل الذمة على ذلك ، فإنه لا يجوز على المسلم شيء من ذلك ، ويجوز على الذمي حتى يؤخذ الكفيل بالمال ، وإذا أدى لا يرجع

(١) في أ ، ز : قبله .

(٢) لأن شهادة أهل الذمة حجة في حق الأصيل ؛ لأنه ذمي وليس بحجة في حق الكفيل لأنه مسلم ، فصار في حق الكفيل كأنه لم يقيم البيعة أصلاً وإنما وجد في حقه مجرد الدعوى .

(٣) سقط في أ .

(٤) لأن شهادة الذمي حجة على الذمي كشهادة المسلم ، ولو شهد بذلك الأمر شاهدان مسلمان ، وأقر الطالب أنه استوفى رجع الكفيل بذلك على الذي عليه الأصل فكذلك هذا .

(٥) سقط في أ .

(٦) سقط في أ .

(٧) سقط في ز .

على الأصيل، هكذا ذكر في عامة روايات هذا الكتاب، وذكر في بعض روايات هذا الكتاب، وقال: لا تقبل الشهادة أصلاً^(١).

وإذا كان الصك عليهما فكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بجميع المال بشهادة أهل الذمة وهما يجحدان، فإن الذمي يؤخذ بالمال كله ولا يؤخذ المسلم، وإذا أدى لا يرجع على المسلم، وقد مرت المسألة من قبل، وإذا كفل مسلم بنفس ذمي أو بمال عليه لمسلم أو لذمي وشهد عليه أهل الذمة فإن جحد المسلم الكفالة لم يجز ذلك عليه^(٢)؛ وإن أقر بها جاز ذلك [عليه]^(٣) لإقراره عليه، فإن أدى المال وشهد شهود من أهل الذمة أنه كفل بأمره، رجع به^(٤).

قال ابن سماعة: عن محمد رحمهما الله في رجل مسلم أذن لعبده النصراني في التجارة فشهد عليه نصرانيان أنه اشترى متاعاً بألف درهم، جاز، وقد مرت المسألة من قبل.

ولو شهد نصرانيان عليه أنه قتل هذا الرجل أو فرسه، لا تجوز شهادتهما على قتل الرجل ويجوز على قتل الفرس؛ لأن ضمان استهلاك الفرس يلزم العبد فكان هو الخصم، والشهادة إنما تقوم حجة عليه وهو كافر، فصح ولزم، فأما حكم القتل وهو وجوب القصاص إن كان عمداً وإن كان خطأ، فالتخيير بين الدفع والفداء إنما يلزم المولى باعتبار أنه يتلف به مالية نفسه في القصاص، ويستحق عليه دفع العبد الذي

(١) وجه ما ذكر في بعض روايات هذا الكتاب وهو أن الكفيل يتحمل عن الأصيل ولا يلزم الأصيل شيء بهذه الشهادة فلا يلزم الكفيل، وجه ما ذكر في بعض الروايات: أن شهادة أهل الذمة حجة في حق الذمي الكفيل وليس بحجة في حق الأصيل، فيثبت بهذه الشهادة المال على الأصيل في حق الكفيل، وإن كان لا يثبت في حق الأصيل نفسه، ويجوز أن يعتبر الدين واجباً في حق الكفيل، ولا يعتبر في حق الأصيل كمن قال: لك على فلان ألف درهم فكفلت لك عنه، وأنكر الأصيل أخذ الكفيل به ولم يؤاخذ به الأصيل فكذلك هذا.

(٢) لأن شهادة أهل الذمة ليست بحجة على المسلم.

(٣) سقط في ز.

(٤) لأن شهادة أهل الذمة حجة على الذمي، وفي إثبات الأمر قامت على ذمي لمسلم فقبلت.

هو ملكه في الخطأ، وعلى كلا الوجهين هذه الشهادة قامت على المولى وهو مسلم، فلا تقبل شهادتهما عليه وهذا عندهما، فأما عند أبي يوسف - رحمه الله - : تقبل البينة عليه في القصاص دون المال في المال الخطأ.

قال محمد رحمه الله: وأصل ذلك أن كل شيء أجرت إقراره فيه لو أقر به أجري عليه شهادة أهل دينه إذا أنكره؛ لأن مولاه أذن له في ذلك وأجاز إقراره فيه. بيانه: أن إقرار الإنسان إنما يصح على نفسه لا على غيره، وإذا صححنا إقراره علم أن المقر به بحصته، ولا يتعدى بسببه شيء إلى غيره؛ إذ لو كان كذلك لامتنع صحة الإقرار لمكان ذلك الغير، قلنا إقراره في ضمان المبايعة وضمنان استهلاك الفرس صحيح فكان هذا حكماً بصحته، فإذا أنكر وقامت عليه بينة من أهل الكفر، فهذه شهادة قامت عليه لا على المسلم فقبلت، وما لا يصح إقراره فيه علم أنه حق غيره، فإذا أنكر لا يمكنه إثباته إلا على ذلك الخصم.

قال: ألا ترى لو أن رجلاً أمر هذا العبد وهو محجور عليه أن يشتري له عبد فلان بثمن مسمى، فأذن له المولى في ذلك فاشترى منه أنه جائز؛ لأن العبد من أهل الشراء؛ لأنه كلام وهو من أهل الكلام الصحيح، وإنما امتنع نفاذ تصرفه لضرر يلحق المولى، فإذا رضي به نفذ ذلك، فإن جحد أن يكون اشتراه فشهدت عليه بينة من النصارى أنه اشتراه جازت شهادتهم^(١).

قال: عبد أو صبي مأذون له في التجارة شهد عليه ذميان بغصب أو وديعة أو بضاعة استهلكها أو جحدها، أو شهدا بإقراره بذلك، أو شهدا عليه ببيع أو شراء، أو قرض، أو رهن وهو يجحده، فإنه لا يخلو، إما أن يكون المشهود عليه مسلماً والآذن وهو المولى أو الوصي كافراً، أو كان الآذن مسلماً أو المشهود عليه كافراً، فإن كان المشهود عليه مسلماً لا تقبل شهادتهما^(٢)، وإن كان المشهود عليه كافراً

(١) لأن هذه شهادة على العبد وهو كافر، والضرر الذي يلحق المولى من جهة العبد قد رضي بذلك حين أذن له.

(٢) لأن هذه شهادة عليه دون الآذن وهو مسلم، ولا شهادة للكافر على المسلم.

تقبل شهادتهما^(١).

ثم إذا قبلت هذه الشهادة وظهر الدين عليه تباع رقبته فيه^(٢)، فإن بيع العبد بألف درهم وأوفى الغريم دينه وهو ألف درهم ثم أقام مسلم شاهدين [مسلمين]^(٣) أن له على العبد ألف درهم دين قبل أن يباع، فإنه يأخذ الألف من الغريم الذي كان قضاؤه ويدفعه إلى هذا المسلم^(٤).

ولو كان شهود الغريم الأول [مسلمين، والغريم الأول]^(٥) كافراً ثم أقام مسلم أو كافر كافرين أنه كان له على العبد ألف درهم اشتركا فيه^(٦)؛ ألا ترى أن الغريم الثاني إذا أقام شهوداً قبل القضاء اشتركا فيه فكذا بعده.

قال: ألا ترى أن كافراً لو هلك فأسلم وارثه فأقام كافر مسلمين أن له على الميت ألف درهم [فإن القاضي]^(٧) يقضي بالألف له قضاء من دينه، فإن قضى له بذلك، ثم إن مسلماً أو كافراً أقام كافرين أن له على [الميت]^(٨) ألف درهم، أن الغريم الثاني يشارك [الغريم]^(٩) الأول على قدر دينهما^(١٠).

(١) لأن هذه شهادة عليه دون الآذن، وإنه كافر فيقبل شهادتهما، ولا يمنع قبول هذه الشهادة لمكان ضرر المولى؛ لأنه قد رضي به حين آذن، ألا ترى أنه جاز إقراره على نفسه بذلك وإن لحق المولى ضرر لما ذكرنا.

(٢) لأن الدين إنما يجب في ذمة العبد شاغلاً بالبينة.

(٣) سقط في أ.

(٤) لأن شهادة شهود الغريم المسلم حجة على العبد والغريم الأول وشهادة شهود الغريم الأول ليست بحجة في حق الغريم المسلم لأنهم كفار، فلم يكن له أن يزاحمه فكان المسلم أولى به، ألا ترى أنه لو حضر وأقام شهوده قبل القضاء كان مقدماً عليه فكذلك بعده فصار هذا كالمقضي عليه بالملك المطلق لو أقام بينة على التتاج رد عليه لأنه لو أقامها قبل القضاء قضى له، فكذلك بعده كذا هذا.

(٥) سقط في أ.

(٦) لأن شهادة كل فريق حجة على الفريق الآخر، فاستويا في الاستحقاق فيشتركان في الألف ويكون بينهما نصفين.

(٧) سقط في أ.

(٨) سقط في ز.

(٩) سقط في أ.

وإن أذن المسلم لعبده الذمي في التجارة، فادعى عليه مسلمان كل واحد منهما ألفاً وأقام أحدهما مسلمين والآخر ذميين، فإن القاضي يقضي بالدين كله^(١)، ولكنه يبدأ فيؤدي للذي يشهد له المسلمان^(٢)، فإن فضل شيء كان للذي شهد له الكافر^(٣).

فإن^(٤) صدق العبد للذي شهد له الكافران، اشتركا فيه^(٥).

وكذلك إن كان الذي شهد له الكافران مسلماً، والذي شهد له المسلمان كافراً^(٦).

ولو أقام مسلم مسلمين بألف درهم على العبد، وأقام ذمي مسلمين أيضا بألف درهم، وأقام ذمي ذميين [أيضا]^(٧) بألف درهم، فإن القاضي يقضي بدينهم على العبد فيباع العبد وما في يديه، فيعطى المسلم والذمي للذي شهد له المسلمان كل واحد منهما نصف ذلك^(٨)، ثم الذمي الذي شهد له الكافران يرجع على الذمي الذي

(١٠) لأن هذه البيئة قامت على الميت وإنه كافر فيقبل شهادة أهل الكفر عليه كما تقبل شهادة المسلمين، والغريمان كافران وشهادة أهل الكفر عليهما حجة كشهادة المسلمين، ولم تعتبر الشهادة الثانية قائمة على الابن إذ لو اعتبرت قائمة على الابن لما قبلت، لأن الابن مسلم إنما لم يفعل كذلك؛ لأن الغريم الأول لما استحقال ألف بما هو حجة على الابن المسلم خرجت تلك الألف من أن تكون لذلك الابن فيه حق، فكان هذا استحقالاً على الغريم لا على الابن، والغريم كافر فتقبل هذه الشهادة عليه.

(١) لأن هذا قضاء على العبد وإنه كافر وقد أقام كل واحد منهما ما هو حجة عليه.

(٢) لأن شهادة شهود المسلمين حجة على العبد وعلى صاحبه، وشهادة شهود صاحبه ليست بحجة عليه، لأنه مسلم وهو كافر، فلم يجب أداء دين صاحبه في حق مزاحمته.

(٣) لأنه ثبت دينه على العبد فيستوفيه منه.

(٤) في أ، ز: قال.

(٥) لأنه سقط حكم شهادة الكافرين؛ لأن شرط قبول الشهادة الإنكار من الخصم وقد انعدم وثبت الدين له على العبد بإقراره، وما يثبت بإقرار العبد في حالة الإذن والصحة مساو للدين الثابت بالبيئة فلهذا اشتركا.

(٦) لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على صاحبه، فاستويا فاشتركا.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) وإنما قضى القاضي بدينهم على العبد؛ لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على العبد، فوجب القضاء بها عليه إذ لا تنافي في الوجوب عليه فلا تقع المزاحمة، وإذا آل الأمر إلى =

شهد له المسلمان، فيأخذ نصف ما في يده، ثم المسلم يرجع على الذمي الذي شهد له الكافران فيأخذ نصف ما في يده^(١).

ولو كان أحد الغرماء كافراً شهد له مسلمان، والآخران مسلمان شهد لأحد المسلمين مسلمان، وللمسلم الآخر كافرين، فإن ثمن العبد يقسم بين المسلم الذي شهد له مسلمان وبين الكافر نصفان^(٢)، ثم يدخل المسلم الذي شهد له الكافران^(٣) على الكافر، فيأخذ منه نصف ما في يده^(٤).

ولو كان العبد مسلماً والمولى كافراً وأحد غريمي العبد مسلم شهد له كافرين والغريم الآخر كافر شهد له مسلمان، فإنه يقضي للكافر دون المسلم^(٥) وليس للمسلم أن يشارك الكافر ويقول: شهودي حجة عليك كما فيما تقدم من المسائل^(٦).

الاستيفاء ووقعت المزاحمة وبيع العبد وما في يده ولم يف ذلك بالديون يقدم دين المسلم والذمي الذي شهد له شاهدان مسلمان، لأن ما أقام الذمي الآخر ليس بحجة في حق المسلم، فلم يظهر دينه في حق المسلم فلا يشاركه، والذمي الذي أقام مسلمين مع المسلم، أقام كل واحد منهما ما هو حجة في حقه، فقسم ثمن العبد وما في يده بينهما.

(١) لأن دين المسلم يثبت بما هو حجة في حق هذا الذمي، ودين هذا الذمي ثبت بما ليس بحجة في حق هذا المسلم، فأى شيء يكون من ثمن العبد لا يكون لهذا الذمي حق المشاركة فيه معه، كان ينبغي أن يأخذ جميع ما في يده؛ لأن جميع ما في يده ثمن العبد وحق المسلم في ثمن العبد يقدم على حق الذمي، إلا أنه لا يأخذ جميع ذلك؛ لأنه إذا أخذ كان للذمي الذي شهد له مسلمان أن يأخذ منه نصفه لأنه يساويه في ثمن العبد فلا يفيد أخذ الكل، أما إذا أخذ المسلم نصف ذلك لا يكون للذمي الذي شهد له مسلمان أن يأخذ شيئاً، لأن من حجة المسلم أن يقول: حصتك مما كان في يد هذا الذمي باق في يده ولا سبيل لك عليه.

(٢) لاستوائهما، فإن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على صاحبه.

(٣) في أ، ز: كافرين.

(٤) لأن حجة كل واحد منهما حجة على صاحبه فيستويان في الاستحقاق.

(٥) لأن الكافر أقام ما هو حجة على العبد؛ لأن العبد مسلم وشهود الكافر مسلمون، والمسلم أقام ما ليس بحجة على العبد؛ لأن شهود المسلم كافرين.

(٦) لأن المشاركة إنما تكون بعد ثبوت أصل الدين، وفي المسألة المتقدمة أصل الدين ثابت على العبد لأنه كافر وشهادة الكفار على الكافر حجة وفي هذه المسألة أصل الدين غير ثابت لأن العبد مسلم وشهادة الكفار على المسلم ليست بحجة.

ولو كان العبد مسلمًا محجورًا عليه والمولى كافرًا [كان] ^(١) بمنزلة ما وصفت، يعني لا تقبل شهادة الكافر على العبد فيقضي للكافر الذي شهد له مسلمان، ولا يقضي للمسلم الذي شهد له كافران ^(٢).

ولو كان العبد المحجور كافرًا والمولى مسلمًا فأقام مسلم ذميين على العبد بغصب ألف درهم، وأقام ذمي مسلمين عليه بغصب ألف درهم، فإن القاضي يقضي بثمان العبد للذمي ^(٣).

قال: ثم إذا قبض الكافر دينه شاركه المسلم فيما قبض ^(٤).

قال: مسلم أو حربي أو ذمي أذن لعبده الذي ليس بمسلم في التجارة، فشهد عليه

-
- (١) سقط في أ.
- (٢) وهذا يشكل لأن المولى في العبد المحجور عليه هو المقضي عليه والضرر راجع عليه والمولى كافر فيكون شهادة الكفار حجة عليه ولكن الوجه في ذلك أن هذه الشهادة على إثبات فعل المسلم لا تقبل وقد مر هذا، وهذا يشكل لأن المولى في العبد المحجور عليه هو المقضي عليه والضرر راجع عليه والمولى كافر فيكون شهادة الكفار حجة عليه ولكن الوجه في ذلك أن هذه الشهادة على إثبات فعل المسلم لا تقبل وقد مر هذا.
- (٣) لأن الذمي أقام ما هو حجة على العبد وعلى المولى، فأما المسلم أقام ما ليس بحجة على المولى، والمقضي عليه في المحجور هو المولى.
- (٤) لأن أصل دينه قد ثبت على العبد، لأن شهوده حجة على العبد وعلى شريكه الذمي، فيثبت له حق المشاركة مع الذمي، لأن أصل دينه لم يثبت، لأن الخصم فيه المولى، وهو مسلم وصار هذا نظير العبد المأذون المسلم إذا شهد عليه كافران لمسلم بدين ألف درهم، وشهد عليه مسلمان لكافر بدين ألف وقضى القاضي بدين الكافر، وإذا قبض الكافر دينه فليس للمسلم أن يشاركه فيما يقبض؛ لأن دين المسلم لم يثبت، لأن العبد مسلم وشهود المسلم كفار. والجواب عن هذا الطعن وهو الفرق بين المسألتين: أن في تلك المسألة العبد مسلم وشهود المسلم كفار، وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم، فلم يثبت دون المسلم على العبد، ولم يستحق المسلم شيئًا من كسبه، فلا يثبت للمسلم حق المشاركة في الكسب إنما يثبت بعد استحقاق الكسب بناء على ثبوت الدين على العبد، أما هاهنا العبد كافر، فأمكن القول بثبوت الدين على العبد، إلا أنه لا يقضى للمسلم بالمشاركة في الابتداء؛ لأن في الابتداء الاستحقاق على المولى، ودين المسلم لم يثبت على العبد في حق المولى، لأن المولى مسلم وشهود الغريم المسلم كفار، فإذا قضينا بدين الكافر وخلص ثمن العبد للكافر والمشاركة في هذه الحالة تقع استحقاقًا على الكافر.

مسلمان لمسلم بدين، وذميان لمسلم بدين، وحريان مستأمنان لمسلم بدين، فإن شهادة الحربيين لا تقبل^(١).

ولكن يقضى عليه بشهادة المسلمين والذميين^(٢)، ثم يبدأ بدين المسلم الذي شهد له مسلمان^(٣).

ولو كان العبد ومولاه حربيين قضى بدينهم جملة، يريد به: إذا دخل الحربي دار الإسلام ومعه عبد حربي، أو مستأمن على نفسه وعلى العبد، فالعبد يكون حربياً في هذه الصورة مثل المولى^(٤).

كفران شهدا على كافر بدين أو وديعة أو طلاق أو عتاق فأنفذ القاضي ذلك، [ثم]^(٥) أسلم المشهود عليه، فإني أجز ذلك، ولا أرد^(٦).

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: نصراني مات فجاءت امرأته مسلمة،

(١) أما إذا كان المولى مسلماً أو ذمياً، لأن العبد ذمي في هذه الصورة، لأنه بقي في دارنا على التأييد تبعاً لمولاه، وهذه الشهادة على العبد، وشهادة أهل الحرب على الذمي لا تقبل. وأما إذا كان المولى حربياً مستأماً، فلأن المسألة متصورة فيما إذا اشترى الحربي عبداً في دار الإسلام، والحربي المستأمن لا يمكن من إدخال رقيق اشتراهم في دار الإسلام دار الحرب، بل يبقى في دارنا على التأييد ويصير ذمياً.

(٢) لأن شهادتهم حجة على العبد وعلى الغريم الآخر، وشهادة الغريم الآخر إن كانت حجة على العبد فهي ليست بحجة على الآخر.

(٣) لأن شهادة شهوده حجة على العبد وعلى المسلم الآخر، وشهادة شهود المسلم الآخر ليست بحجة على هذا المسلم.

(٤) شهادة الحربي حجة على الحربي، كما أن شهادة المسلم والذمي حجة عليه، ولكن يبدأ بدين المسلم الذي ثبت بشهادة المسلمين؛ لأن شهادة شهوده حجة على العبد وعلى الغريمين الآخرين، وشهادة شهود الغريمين الآخرين إن كانت حجة على العبد فليست بحجة على هذا المسلم، فلم يثبت دين الغريمين الآخرين في حق هذا المسلم، فلماذا بدأ بدينه.

(٥) سقط في أ.

(٦) لأن القضاء قد تم لاستجماع شرائطه، وقيام حجة القضاء، وهي الشهادة، فإن شهادة الكافر حجة القضاء على الكافر، وإنه كان كافراً وقت القضاء فيلزمه ذلك بشهادتهم، وبإسلامه من بعده يظهر أن تلك الشهادة لم تكن حجة عليه فلا يظهر بطلان القضاء.

فقلت: أسلمت بعد موته ولي الميراث، وقالت الورثة: لا بل أسلمت قبل موته، فالقول قول الورثة^(١).

ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية، فتقول وهي مسلمة وقت الخصومة: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته، فالقول قول الورثة أيضًا^(٢). قال في «الأصل»: وإذا مات الرجل وترك ابنين مسلمين، فقال أحدهما: مات أبي مسلمًا وقد كنت مسلمًا أسلمت حال حياة الأب، وقال الآخر: صدقت وقد كنت مسلمًا أيضًا أسلمت حال حياة الأب وكذبه الابن المتفق على إسلامه وقال: إنما أسلمت بعد موت الأب، فإن الميراث للابن المتفق على إسلامه^(٣).

(١) لأن المرأة ادعت ما هو حادث من كل وجه، لأن الإسلام بعد الكفر حادث من كل وجه، فكانت مدعية فلا يقبل قولها إلا بحجة. فإن قيل: لماذا لا ترجح دعواها بسبب الإسلام؟ قلنا: الإسلام إنما يعتبر ترجيحًا حالة المساواة في الدعوى ولا مساواة هاهنا. فإن قيل: إذا كان الإسلام بعد الكفر حادثًا من كل وجه، والأصل في الحوادث أن يحال لحدوثها على أقرب الأوقات وأقرب الأوقات ما بعد موت الزوج يجب أن يجعل القول قولها لتمسكها بما هو الأصل، قلنا: هذا الأصل معارض بأصل آخر، فإن الأصل أن يجعل القول قول من يشهد له الظاهر، والظاهر شاهد للوارث، فإنها مسلمة للحال، والحال حكم في التعرف عما مضى في الدفع دون الإلزام كما في مسألة الطاحونة، فالحال يشهد للورثة وفي اعتبار الحال دفع الميراث لا يبطل شيء أو إلزام شيء على الغير، فوقع المعارضة بين الأصلين فتساقط، بقي ما ذكرنا وهو دعواها أمرًا حادثًا من كل وجه خاليًا عن المعارض فلا يقبل قولها إلا بحجة.

(٢) لأنها تدعي أمرًا حادثًا من كل وجه. فإن قيل: ينبغي أن يجعل الحال حكمًا في معرفة حكم ما مضى كما في المسألة المتقدمة، وهي مسلمة في الحال فيحكم بإسلامها فيما مضى، قلنا: الحال حكم ظاهر في الدلالة على الماضي، وليست بدليل قطعي والظاهر يصلح حجة للدفع، لا لإثبات شيء لم يكن، والورثة هم الدافعون في المسألتين جميعًا أما في المسألة الأولى فظاهر، وأما في المسألة الثانية فلأنهم ينكرون إسلامها فيما مضى لدفع الميراث تحقق أن سبب الحرمان ظهر في الفصلين وهو اختلاف الدين فهي تدعي الورثة بعد ظهور سبب الحرمان بدعوى أمر حادث من كل وجه، والورثة ينكرون ذلك فكان القول قولهم.

(٣) لأن وراثة الابن المتفق على إسلامه ثابت باتفاقهما، فإنهما يصدقان على موت الأب مسلمًا وعلى إسلامه قبل موت أبيه.

وعلى الآخر البينة؛ [وذلك؛ لأن الآخر ادعى]^(١) أنه أسلم قبل موت أبيه^(٢)، ولا يحكم الحال.

وإن وقع الاختلاف في إسلام الابن المختلف فيه فيما مضى وهو مسلم للحال، والحال يدل على ما مضى إذا لم يعرف حدوثه للحال، بخلاف مسألة الطاحونة^(٣).

وإذا كانت الدار في يدي ذمي، فادعى رجل مسلم أن أباه مات وتركها ميراثاً له لا يعلمون له وارثاً غيره، وأقام بينة على ذلك من أهل الذمة، وادعى فيها ذمي مثل ذلك، وأقام بينة من أهل الذمة، فإنه يقضي بها للمسلم^(٤)، ولو كانت بينة الذمي

(١) سقط في أ، ز.

(٢) والابن المتفق عليه يقول: أسلمت بعد موت الأب، والإسلام أمر حادث من كل وجه، بعدما اتفقا على الكفر، والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر، والابن المتفق على إسلامه بدعوى حدوث الإسلام لأقرب ما ظهر متمسك بما هو الأصل في الحوادث، فيكون منكراً والآخر مدعياً فكان عليه البينة.

(٣) ووجه الفرق بينهما وهو: أن تحكيم الحال إنما يجوز لإثبات ما مضى إذا كان ما ثبت في الماضي ثابتاً للحال، لأن الحال يدل على الماضي إذا لم يعرف حدوثه للحال فأما إذا لم يكن ثابتاً للحال لا يجعل حكماً على ما مضى، ألا ترى أن في مسألة الطاحونة لو اتفقا على انقطاع في بعض مدة الإجارة واختلفا في مقداره، فإن قال المستأجر: كان الماء منقطعاً شهرين، وقال صاحب الطاحونة: لا بل انقطع شهراً، فإنه لا يحكم الحال ولكن القول قول المستأجر مع يمينه، لأنهما اختلفا في مقدار مدة الانقطاع، ومقدار مدة الانقطاع للحال غير ثابت إنما الثابت للحال نفس الانقطاع إن كان الماء للحال منقطعاً لا انقطاع، مقدار شهر أو شهرين، وكذلك إن كان القيام هو الحرمان، وفي مسألتنا حاصل الخلاف وقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام إنه كان أو لم يكن، والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر بقدر شهر أو شهرين، بخلاف ما لو اختلفا في انقطاع الماء، ادعى المستأجر انقطاعه وأنكر صاحب الطاحونة، وذلك لأن الاختلاف وقع في نفس الانقطاع فيما مضى لا في مقداره، ونفس الانقطاع للحال يدل على ثبوته فيما مضى، إذا لم يحدث للحال معاينة، فوجب تحكيم الحال على ما مضى.

(٤) وذلك لأن بينة المسلم حجة على ذي اليد وعلى من ينازعه وهو الذمي الخارج، وبينة الذمي إن كانت حجة على ذي اليد؛ لأن ذا اليد ذمي، فليس بحجة على المسلم الخارج، وكما يصير ذو اليد مقضياً عليه بيينة كل واحد من المدعين، فكل واحد من المدعين الخارجين

مسلمين قضيت بالدار بينهما نصفان .

فرق بين هذا وبين ما إذا مات الرجل وترك ابنين أحدهما مسلم والآخر ذمي، أقام كل واحد من الابنين بينة أن أباه مات على دينه، كانت بينة المسلم أولى^(١).

وإذا مات الرجل وترك دارًا فقال ابن الميت وهو مسلم: مات أبي وهو مسلم وترك هذه الدار ميراثًا لي، وجاء أخو الميت وهو ذمي فقال: مات أخي وهو كافر على ديني وابنه هذا مسلم، فالقول قول الابن وله الميراث^(٢).

ولو أقام جميعًا على مقالتهما بينة أخذت بينة المسلم^(٣).

ولو أقام الأخ بينة من أهل الذمة على ما قال ولم يقيم الابن البينة لم أجز بينة الأخ^(٤)، فأما إذا أقام الأخ مسلمين على ما ادعى من كفر الميت الآن يقضى

= يصير مقضيًا عليه في النصف من جهة صاحبه، ولهذا قالوا: لو ادعى أحد المدعين النصف الذي قضى به لصاحبه، وأراد أن يقيم البينة على ذلك لا يسمع ما لم يدع تلقي الملك من جهة المدعين، وإذا لم تكن هذه البينة حجة في حق الاستحقاق على المسلم، صار وجود مدة البينة في حق المسلم وعدمه بمنزلة، ولو عدم بينة الذمي أصلًا كان يقضي بجميع الدار للمسلم فكذا هذا.

(١) ولم ترجح بينة المسلم منهما، وذلك لأن في تلك المسألة البيتان إنما قامت لإثبات إسلام الميت وكفره، وقد استويا في الإثبات من الوجه الذي ذكرنا، ويرجح ما يوجب الإسلام على ما يوجب الكفر على ما مر، فأما هاهنا البيتان قامت لإثبات الملك لا لإثبات الإسلام والكفر، فإن ذلك ثابت باتفاق الخصمين، إلا أن أحدهما يثبت الملك للمسلم، والآخر للكافر، ولم يوجد ما يوجب ترجيح بينة المسلم في حق إثبات الملك له، فإن الكافر في تملك الأموال والمسلم سواء، ألا ترى أنهما لو أخذتا صيدًا أو اشترتا مالا كان بينهما نصفين؟ فلهذا يقضى بينهما نصفين.

(٢) وذلك لأن مدعي الكفر لو كان مساويًا للمسلم في الدعوى وسبب الاستحقاق، بأن كان ابنًا كان القول قول المسلم بسبب الإسلام، فإذا كان دونه في سبب الاستحقاق أولى أن يكون القول قول المسلم.

(٣) لأن المدعي بكفر الميت لو كان مساويًا لمدعي الإسلام في الاستحقاق، بأن كان ابنًا كانت بينة المسلم أولى، فإذا لم يكن مساويًا له في الاستحقاق أولى أن تكون البينة بيته.

(٤) ليست بحجة على الابن، لأنه مسلم ولا شهادة للكافر على المسلم، فصار وجودها وعدمها بمنزلة.

بالميراث للأخ^(١)، وكان بمنزلة ما لو أقام الأخ البينة أن الابن قتل الأب، والابن يقول: لم أقتل كان الميراث للأخ، بخلاف ما لو أقام البينة ولم يقم لهما بينة^(٢).

وإذا كانت الدار ميراثاً في يدي ورثة فقالت امرأة الميت وهي مسلمة: زوجي كان على ديني في الأصل ومات وهو مسلم.

وقال أولاده وهم [كفار: بل مات أبونا]^(٣) وهو كافر وللميت أخ مسلم، فإن القول قول المرأة^(٤)، وإذا جعلنا القول قول المرأة يثبت إسلام الميت بقولها، فكان كالثابت بالبينة ولو ثبت بالبينة كان ما بقي بعد فرض المرأة للأخ لا للولد، وكذا إذا ثبت بقولها^(٥).

ولو لم يكن له امرأة وكان له ابن كافر وأخ مسلم، فقال الأخ المسلم: مات على

(١) لأن سبب الحرمان يثبت في حق الابن وهو كفر الميت؛ لأن الأخ أقام البينة على الكفر ولم يقم الابن بينة إنما له مجرد الدعوى ولا عبء للدعوى بمقابلة البينة.

(٢) لأن هناك الموجود مجرد الدعوى من الجانبين أو الدعوى مع البينة، ولا مساواة بين الدعوتين، وسبب الاستحقاق وحالة المسلم منهما أولى فحال عدم المساواة أولى أن يكون أولى.

(٣) بياض في أ.

(٤) وذلك لأن المرأة ساوت الأولاد في الدعوى وسبب الاستحقاق، وعند الاستواء في الدعوى وسبب الاستحقاق يترجح قول المسلم منهما بسبب الإسلام، كما لو كان للميت ابنان وأحدهما مسلم يدعي إسلامه والآخر كافر يدعي كفره وإنما قلنا: استويا في الدعوى، لأن كل واحد منهما تمسك بما هو ثابت في الأصل من وجهه وبما هو حادث من وجهه، فاستويا في الدعوى والإنكار، وإنما قلنا: استويا في سبب الاستحقاق؛ لأن الزوجية سبب استحقاق الإرث كالولاد، ألا ترى أن المرأة تستحق الميراث على كل حال لا تحجب بوارث آخر كالولد إلا أن الولد يستحق الأكثر والمرأة الأقل؟ إلا أن العبء لاستوائهما في أصل الاستحقاق لا في مقدار المستحق، ألا ترى أن المدعي لإسلام الميت لو كانت ابنته مسلمة والمدعي للكفر ابناً كافراً، كان القول قول الابنة لأنها ساوته في الدعوى والإنكار، وفي أصل الاستحقاق إن لم تساوه في قدر الاستحقاق فكذلك هذا.

(٥) في ز: بقولهما.

ديني، وقال الابن: [لا] (١) بل مات كافراً، فإن القول [قول الابن] (٢) ولم يترجح قول الأخ بسبب الإسلام، وقد استويا (٣) في الدعوى فإن كل واحد منهما ادعى ما هو ثابت في الأصل من وجه وما هو حادث من وجه، وفي مسألة الزوجة مع الولد، وفي مسألة الابنين لما استويا في الدعوى والإنكار ترجح قول المسلم منهما بسبب الإسلام (٤). والله تعالى أعلم.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: للابن.

(٣) في أ، ز: استوفينا.

(٤) ووجه الفرق بينهما: أن في مسألة الابنين إنما اعتبرنا الإسلام مرجحاً لأنهما استويا في الدعوى والإنكار وفي سبب الاستحقاق أيضاً، فإن سبب الاستحقاق لكل واحد منهما البنوة، فرجحنا قول أحدهما بسبب الإسلام، والابن والأخ إن استويا في الدعوى والإنكار لم يستويا في سبب الاستحقاق، فإن سبب الاستحقاق للابن البنوة وسبب الاستحقاق للأخ الأخوة ولا مساواة بينهما في الاستحقاق، فإن الابن لا يحجب بأحد والأخ يحجب بالابن، ولما لم يستويا في الدعوى وسبب الاستحقاق لم يمكن أن يعتبر للإسلام ترجيحاً، وكان كالولد الحادث بين أبوين كافرين وله جد مسلم، فإنه لا يحكم بإسلامه تبعاً للجد، لأنه لا مساواة بين الجد والأبوين في سبب التبعية، وهي الولاد؛ لأن الولاد بين الأبوين ثابت بغير واسطة وللجد مع الواسطة، ولما لم يستويا في سبب التبعية لم يعتبر للإسلام ترجيحاً فكذلك هذا.

فهرس المحتويات

تتمة كتاب الإقرار

- ٣ الفصل الحادي والعشرون: في إقرار الوارث بعد موت المورث
- ٣ في إقرار الوارث بالدين على الأب
- ٥ مات الرجل وله ولدان، فأقر أحدهما بالدين على الأب
- ٧ في إقرار المريض بالدين على الأب
- ٨ الفصل الثاني والعشرون: فيما يكون إقرارًا بالإبراء وما لا يكون وفي الإبراء صريحًا
- ١٢ الفصل الثالث والعشرون: في الإقرار بالنكاح والطلاق والرق
- ٢١ الفصل الرابع والعشرون: في الإقرار بالنسب والعنق وأم الولد والتدبير
- ٣١ الفصل الخامس والعشرون: فيمن في يده مال الميت إذا أقر بوارث أو موصى له
- ٣٤ الفصل السادس والعشرون: في الإقرار في العيب والبيع
- ٣٦ الفصل السابع والعشرون: في الإقرار بالجراحة والقتل
- ٣٧ الفصل الثامن والعشرون: في إقرار الوكيل والموصي بالقبض
- ٤٦ الفصل التاسع والعشرون: في إقرار المضارب والشريك
- ٥١ الفصل الثلاثون: في المتفرقات

كتاب المحاضر والسجلات

- ٦٥ محضر في إثبات الدين المطلق
- ٧٣ محضر في إثبات الدفع لهذه الدعوى
- ٧٩ محضر في إثبات الدين على الميت
- ٨١ محضر في إثبات الدفع لهذه الدعوى
- ٨٢ محضر في إثبات ملكية المحدود
- ٨٥ محضر في دفع هذه الدعوى
- ٨٨ محضر فيه دعوى الدار ميراثًا عن الأب
- ٩٠ محضر في دفع هذه الدعوى
- ٩١ محضر في دعوى ملكية المنقول ملكًا مطلقًا
- ٩٣ محضر في دفع دعوى البرذون
- ٩٦ محضر في دعوى ملكية العقار بسبب الشراء من صاحب اليد
- ٩٨ محضر في إثبات سجل أورده رجل من بلدة أخرى للرجوع بثمن البرذون المستحق
- ١٠٤ محضر في دعوى حرية الأصل
- ١٠٦ محضر في دعوى العتق على صاحب اليد بإعتاق من جهة غيره

- ١٠٧ محضر في إثبات الرق
- ١٠٨ محضر في دفع هذه الدعوى
- ١١٢ محضر في دعوى التدبير المطلق
- ١١٤ محضر في دعوى التدبير
- ١١٥ محضر في دعوى النكاح
- ١١٨ محضر في دفع دعوى النكاح
- ١٢٠ محضر فيه دعوى النكاح على امرأة هي في يدي رجل يدعي نكاحها وهي ما تقر له بذلك
- ١٢٤ محضر في إثبات الصداق دينًا في تركة الزوج
- ١٢٥ محضر في إثبات مهر المثل
- ١٢٧ محضر في إثبات المتعة
- ١٢٨ محضر في إثبات الحرمة الغليظة
- ١٣١ محضر في شهادة الشهود بالحرمة الغليظة بثلاث تطليقات بدون دعوى المرأة
- ١٣٢ محضر في إثبات الحرمة الغليظة على الغائب
- ١٣٥ سجل التفريق بين الزوجين بسبب العجز عن النفقة
- ١٣٩ سجل في التفريق بين المرأة وزوجها في النكاح بلفظة الهبة
- ١٤٤ سجل في فسخ اليمين المضافة
- ١٤٦ محضر في إثبات العنة للتفريق
- ١٥٠ محضر في دفع هذه الدعوى
- ١٥١ محضر في دعوى النسب
- ١٥٤ محضر فيما إذا كان في يد الرجل ابن صغير يدعي على امرأته أنه ابنه منها
- ١٥٣ محضر فيما إذا كان في يد المرأة ابن صغير تدعي على زوجها أنه ابنها منه
- ١٥٥ محضر في دعوى الرجل البالغ على رجل أنه ابنه
- ١٥٦ دعوى رجل على رجل أني أبوه
- ١٥٧ محضر في إثبات العصوبة
- ١٦١ محضر في إثبات الوقفية
- ١٦٥ محضر في دعوى الشفعة
- ١٦٩ محضر في دعوى المزارعة
- ١٧١ محضر في إثبات الإجارة
- ١٧٨ محضر في إثبات الرجوع في الهبة
- ١٨٠ محضر في إثبات منع الرجوع في الهبة
- ١٨١ محضر في إثبات الرهن
- ١٨٢ محضر في دعوى شركة العنان
- ١٨٣ محضر في دفع هذه الدعوى

١٨٤	محضر في إثبات الاستصناع
١٨٥	محضر في إثبات القود
١٨٧	محضر في إثبات الدية
١٨٨	محضر في إثبات حد القذف
١٨٩	محضر في إثبات الوفاة والوراثة مع المناسخة
١٩٣	محضر آخر لهذه الدعوة
١٩٥	محضر في دعوى المنزل ميراثاً عن أبيه
١٩٨	سجل في إثبات الوصاية
٢٠١	محضر في إثبات بلوغ اليتيم
٢٠٢	محضر في إثبات الإعدام والإفلاس على قول من يرى ذلك
٢٠٣	محضر في إثبات هلال شهر رمضان
	محضر في إثبات كون المدعى عليها مخدرة لدفع مطالبة المدعي إياها بالحضور مجلس
٢٠٤	الحاكم
٢٠٥	محضر في دعوى المال على الغائب للكتاب الحكمي
٢١٢	محضر في إقامة البينة للكتاب الحكمي في دعوى المضاربة المذكورة والبضاعة
٢١٦	محضر في إثبات الكتاب الحكمي
٢٢٠	كتاب حكمي آخر
٢٢٤	كتاب حكمي على قضاء الكاتب بشيء قد حكم به وسجله
٢٢٥	كتاب حكمي في دعوى العقار
٢٢٧	كتاب حكمي في العبد الآبق على قول من يرى ذلك
٢٢٩	رسوم القضاة والحكام في تقليد الأوقاف
٢٣٠	كتاب يكتب القاضي إلى بعض الحكام في النواحي لاختيار القيم في الأوقاف
٢٣١	تقليد الوصاية
٢٣٢	كتاب إلى بعض الحكام بالناحية بقسمة التركة واختيار القيم للوارث الصغير
٢٣٣	نصب الحكام في القرى
٢٣٤	كتاب في التزويج
٢٣٥	كتاب القاضي إلى بعض الحكام بالناحية بالتوسط بين الخصمين
٢٣٦	كتاب القاضي إلى الحاكم بالناحية لتوقيف الضيعة
٢٣٧	ذكر الإذن في الاستدانة على الغائب
٢٣٨	فرض نفقة المرأة
٢٣٩	كتاب المستورة من القاضي بالعربية
٢٤٠	محاضر وسجلات ردت لخلل فيها
٢٤١	محضر في دعوى العقار للصغير بالإذن الحكمي

- ٢٤٢ محضر في دعوى المرأة الميراث على وارث الزوج للميت، ودعوى الوارث الصلح عليها
- ٢٤٣ محضر في دعوى تجهيل الوديعة
- ٢٤٦ محضر في دعوى الدنانير المكية رأس مال الشركة
- ٢٤٨ محضر فيه دعوى الوصية بثالث المال
- ٢٤٩ محضر فيه دعوى الكفالة
- ٢٥١ محضر في دعوى المهر بحكم الضمان
- ٢٥٢ محضر فيه دعوى الكفالة بشيء من الصداق معلقة بوقوع الفرقة
- ٢٥٣ محضر في دعوى ملكية الأرض على رجل في يده بعض تلك الأرض
- محضر فيه دعوى عشرة أسهم من عشرين سهمًا من أرض رجل، ولم يشهد الشهود أن
٢٥٤ جميع الأرض في يد المدعى عليه
- ٢٥٥ محضر فيه دعوى شراء المحدود من والد صاحب اليد
- ٢٥٧ محضر في دعوى الجارية
- ٢٥٨ محضر آخر في دعوى الجارية
- ٢٥٩ محضر في دعوى ولاء العتاقة
- ٢٦٠ محضر في دعوى الدفع
- ٢٦١ محضر في دعوى الميراث
- ٢٦٤ محضر فيه دعوى رجل على رجل في السرقة
- ٢٦٦ محضر في دعوى الدفع من الوارث لدعوى أرض من التركة
- ٢٦٧ محضر في دعوى رجل على رجل في ملكية عين
- ٢٦٨ محضر في دعوى الإرث مع دعوى العتق
- ٢٧٠ محضر فيه دعوى الميراث
- ٢٧١ محضر في دعوى سرائحه
- ٢٧٢ محضر فيه دعوى بيع السكنى
- ٢٧٣ محضر فيه دعوى الشفعة
- ٢٧٥ محضر دعوى الرجوع بثمن الأتان عند ورود الاستحقاق
- ٢٧٩ محضر في دعوى الإجارة الطويلة
- ٢٨٠ محضر في دعوى مال الإجارة المفسوخة
- ٢٨٢ محضر في دعوى الإجارة، ودعوى استحداث الأجر يده على المستأجر
- ٢٨٣ محضر فيه دعوى بقية مال الإجارة المفسوخة
- ٢٨٦ عرض سجل فيه حكم نائب قاضي سمرقند
- ٢٨٧ محضر ورد في المحضر دعوى إجارة العبد
- ٢٨٨ خط الصلح والإبراء، عوض خط الصلح والإبراء
- ٢٨٩ محضر فيه دعوى مال المضاربة على ميت بحضرة ورثته

- ٢٩٠ محضر فيه دعوى قيمة الأعيان المستهلكة
- ٢٩١ محضر فيه دعوى الحنطة
- ٢٩٣ محضر فيه دعوى قبض العدليات بغير حق واستهلاكها
- ٢٩٥ محضر في دعوى الثمن
- ٢٩٧ محضر في دعوى الوكيل من موكله
- ٢٩٨ محضر في دعوى امرأة منزلاً في يدي رجل شراءً من والده
- ٣٠٠ محضر في دعوى الثمن
- ٣٠٤ محضر: فيه دعوى سرقة
- ٣٠٦ محضر في دعوى الوصية بالثلث
- ٣٠٧ محضر فيه دعوى النكاح على امرأة
- ٣٠٨ سجل من بلدة مرو في إثبات ملكية جمل
- ٣١١ محضر في إثبات الإيضاء بثلاث المال
- ٣١٣ محضر في إثبات الوقفية
- ٣١٦ محضر فيه دعوى ثمن أشياء أرسل بها المدعي إلى المدعى عليه لبيعها
- ٣١٨ محضر فيه دعوى ملكية حمار
- محضر فيه دعوى رجل ببقية صداق بنته على زوجها بسبب وقوع الطلاق عليها من جهته
- ٣١٩ بالحلف
- ٣٢٠ محضر فيه دعوى استئجار الطاحونة
- ٣٢١ محضر فيه دعوى إجارة محدودة بإجارة معلومة
- ٣٢٢ محضر في الإجارة المضافة إلى زمان بعينه
- ٣٢٣ محضر فيه استحقاق جاريه
- ٣٢٤ محضر في إثبات الاستحقاق والرجوع بالثمن
- ٣٢٥ محضر في دعوى ثمن عين مسماة
- ٣٢٧ محضر في دعوى رجل على رجل في الخلاف بثمن المبيع
- ٣٢٨ محضر في دعوى فلان على فلان كذا أفقرة حنطة
- ٣٢٩ محضر فيه دعوى أعيان مختلفة الجنس والنوع والصفة
- ٣٣٠ محضر في دعوى الناقة
- ٣٣١ محضر في دعوى غصب الحطب والعنب
- ٣٣٢ محضر في دعوى الأخذ ودعوى الإقرار به
- ٣٣٣ عرض في دعوى الأعيان
- ٣٣٤ محضر في دعوى أرض على رجل
- ٣٣٥ محضر في دعوى النحاس المنكسر
- ٣٣٨ محضر في الحاضر الإشارة تكفي

٣٣٩	محضر امرأة ادعت على ورثة زوجها بقية مهرها
٣٤٠	محضر في ذكر إقرار بمال
٣٤١	محضر فيه دعوى رجلية صدق جارية مشتركة بينهما
٣٤٢	محضر في دعوى صبي
٣٤٣	محضر في دعوى الوارث الإرث
٣٤٢	محضر فيه دعوى رجل على رجل أن هذا الرجل وكزه خطأ
٣٤٤	محضر فيه دعوى دفع الدفع
٣٤٥	محضر ورد من بلدة خوارزم في إثبات الحرية
٣٤٦	عرض سجل في دعوى الوقفية
٣٤٧	عرض سجل في دعوى حرية الأصل

كتاب الشهادات

٣٥٣	الفصل الأول: في تحمل الشهادة وحل أدائها والامتناع عن ذلك
٣٧٢	لا تجوز الشهادة على الأملاك وعلى أسبابها
٣٨١	الفصل الثاني: في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء
٣٨٤	الفصل الثالث: في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل
٤٠٣	تجوز شهادة الرجل لمن أرضعته امرأته
٤٠٥	العبد إذا شهد في حادثة، ثم أعتق وأعاد تلك الشهادة
٤٠٦	الفصل الرابع: في الاستماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة
٤١٤	إذا شهد رجلان أن لهما ولفلان دين على فلان
٤١٧	الفصل الخامس: في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته
٤٢٢	الفصل السادس: في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه، وشهادته لأبيه وأمه
٤٣٥	الفصل السابع: فيما يجوز فعله من الشهادات وما لا يجوز
٤٥٦	الفصل الثامن: في الشهادات في الموارث
٤٧٨	الفصل التاسع: في الشهادة على الشهادة
٤٩١	الفصل العاشر: في شهادة الشهود بعضهم لبعض
٤٩٦	الفصل الحادي عشر: في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم
٥٣١	فهرس المحتويات

الذخيرة في البرهان

المسمى ذخيرة الفتاوى
في الفقه على المذهب الحنفي

تأليف

الإمام العلامة برهان الدين أبي المعالي
محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة
المرغيناني البخاري (المتوفى سنة ٦١٦ هـ)

تحقيق

د. أبو أحمد العادي إبراهيم محمد إبراهيم سليم
أسامة كمال عبّيد عريب إبراهيم عبد الله
فهم السيد فهم التحيوي صابري يوسف طعيمة

المجلد الخامس عشر

يحتوي على:

تتمّة كتاب الشهادات - الوكالة - الكفالة -

الفهارس العامة



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

DKI

أسستها محمد رجاوي بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: الذخيرة البرهانية

Title: AD-DAHĪRA AL-BURHĀNIYYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام برهان الدين محمود بن أحمد ابن مازة
المرغيناني البخاري (ت ٦١٦ هـ)

Author: Al-Imam Burhan Addin Mahmoud ben Ahmad
Ibn Maza Al-Marghinani Al-Bukhary (D. 616 H.)

المحقق: د. أبو أحمد العادلي - إبراهيم محمد سليم
أسامة كمال عبيد - عربي إبراهيم عبدالله
فهم السيد فهم التحيوي - صابر يوسف طعيمة

Editor: Dr. Abu Ahmad Al-Adily - Ibrahim Mohammed Salim
Osama Kamal Obayd - Arabi Ibrahim Abdullah
Fahim Al-Sayed Fahim Al-Tahyawi - Saber Yusuf Toayma

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

عدد الصفحات (١٥ جزء/١٥ مجلد) 8208 (15Vols./15Parts) Pages

قياس الصفحات 17 x 24 cm Size

سنة الطباعة 2019 A.D. - 1440 H. Year

بلد الطباعة لبنان Printed in Lebanon

الطبعة الأولى Edition 1st

**Dar Al-Kotob
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ هاتف:
+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣ فاكس:
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
١١٠٧٢٢٩٠ رياض الصلح-بيروت

جميع الحقوق محفوظة
2019 A. D. - 1440 H.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تتمة كتاب الشهادات]

الفصل الثاني عشر

في المسائل التي تتعلق بحدود المدعي والمشهود به

بعض مسائل هذا الفصل ذكرناه في كتاب «أدب القاضي» فنذكر هاهنا ما لم يذكر ثمة .
ذكر في «فتاوى النسفي»: إذا قال الشاهد بالفارسية: (أين تدعي عليه أين محدود باسمه حدها وحقها دعي بفروخت بدين مدعي)، ولم يقل: (بهمه حدها وحقها) فالشهادة صحيحة، قال ثمة: وقد وقعت هذه المسألة مرة بسمرقند، ومشايخنا أجابوا بالصحة^(١).

قالوا: فالصحيح من الجواب أن يقال: إن ذكر في الحدود: لزيق دار فلان، أو: ينتهي إلى دار فلان، أو ما أشبهه فالشهادة صحيحة، وإن ذكروا دار فلان أو ذكروا في الحدود الطريق أو المسجد، لا تصح الشهادة.

وفي كتاب الشروط: إذا كتب: أحد حدود هذه الدار دار فلان والثاني والثالث والرابع [كذلك]^(٢)، لا يكتب اشتراها بحدودها؛ لأن الحد يدخل، وإذا كتب أحد حدوده ينتهي إلى دار فلان أو يلازق دار فلان، كتب: اشتراها بحدودها، وإذا غلط الشاهد في أحد الحدود لا تقبل شهادته بخلاف ما إذا ترك أحد الحدود، وقد ذكرنا هذا في كتاب «أدب القاضي» وإنما يثبت غلط الشاهد في ذلك بإقرار الشاهد: أنني [قد]^(٣) غلطت في ذلك، أما لو ادعى المدعي عليه أن الشاهد قد غلط في الحدود أو في بعضها، لا يسمع دعواه، ولو أقام البينة على ذلك لا يسمع بينته، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي، وشمس الأئمة الأوزجندی رحمه الله، وهذا؛ لأن

(١) وهذا لأن معنى قوله بحدوده، مع حدوده لأن الحديد يدخل تحت البيع، ولو شهدوا بهمسه حدها دعي أليس أنه تصح الشهادة كذا هنا.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في ز.

دعوى الغلط من المدعى عليه على الشاهد إنما تكون بعد دعوى المدعى [والجواب من المدعى عليه؛ [لأن الشهادة لا تكون إلا بعد دعوى المدعى، والجواب من المدعى عليه، و^(١) المدعى عليه]^(٢) حين أجاب المدعى [عن دعواه]^(٣) فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود، فيصير بدعوى الخطأ بعد ذلك في الحدود متناقضاً.

أو يقول: تفسير دعوى الغلط في أحد الحدود، أو يقول المدعى عليه: أحد الحدود ليس ما ذكره الشهود، أو يقول: صاحب أحد الحدود ليس بهذا الاسم الذي ذكره الشهود، وكل ذلك نفي، والشهادة على النفي لا تقبل.

وكذلك لو ادعى المدعى عليه إقرار المدعي بغلط الشاهد في الحد لا يسمع دعواه، وحكي عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه قال: إذا أخطأ الشاهد في بعض الحد، ثم تدارك وأعاد الشهادة وأصاب ذلك، قبلت شهادته عند إمكان التوفيق، سواء تدارك في [ذلك]^(٤) المجلس أو في مجلس آخر وتفسير إمكان التوفيق أنه قال^(٥): كان صاحب الحد فلان إلا أنه باع داره [من فلان]^(٦) ونحن ما علمنا به، أو يقول: كان اسم صاحب الحد ما قلنا، إلا أنه سمي بعد ذلك بهذا الاسم ونحن ما علمنا به وعلى هذا فافهم، هذا إذا ترك الشاهد أحد الحدود أو غلط، وأما إذا ترك المدعي أحد الحدود أو غلط فيه، فهو على نحو ما ذكرنا في الشاهد.

وإذا ادعى المدعى عليه أن المدعي أخطأ في أحد الحدود وكان ذلك بعدما قضي على المدعى عليه بنكوله أو ببينته^(٧) لا تصح دعواه^(٨).

(١) بدل ما بين المعقوفين في ز: جواب.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ: قد.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: بنكرانه أو بينته.

(٨) لوجهين: أحدهما: ما ذكرنا في فصل الشاهد: أن المدعى عليه في دعوى الغلط بعدما

وإذا قال القاضي لمدعي العقار: هل تعرف حدود المدعي عليه؟ قال: لا، ثم أعاد الدعوى وذكر الحدود لا يسمع دعواه، ولو قال: لا أعرف أسماء أصحاب الحدود يعني الجيران، ثم أعاد الدعوى وذكر أسماءهم يسمع دعواهم. ولو أنه قال: لا أعرف الحدود ثم ذكر الحدود بعد ذلك وقال: عنيت بقولي: لا أعرف الحدود، ولا أعرف أسماء أصحاب الحدود، قبل ذلك منه وسمع دعواه [ثانيًا إذا]^(١) ذكر في الدعوى أو في الشهادة أحد حدود الأرض المدعى لزيق أرض فلان، ولفلان في القرية التي فيها الأرض المدعى أراض كثيرة مختلفة متفرقة^(٢)، صحت الدعوى وصحت الشهادة^(٣).

ولو ذكر في الحدود كنية صاحب الحد أبو فلان أو ذكر ابن فلان، فذلك لا يكفي إلا إذا كان صاحب الحد مشهورًا بذلك، كشهرة أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله، وقد ذكرنا نظير هذا في كتاب «[أدب]^(٤) القاضي».

ولو ذكر في الحدود: لزيق أرض [قرية]^(٥) فلان وقف، فذلك لا يكفي وينبغي أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو على مسجد كذا أو ما أشبهه.

وكذلك إذا ذكر في الحد: [أرض]^(٦) لزيق أرض ورثة^(٧) فلان فذلك لا

أجاب المدعي عن دعواه متناقض. والثاني: أن دعواه الخطأ في الحدود ليس فيه أكثر من إنكاره أن المحدود المدعى في يده، أو أن المحدود الذي يدعي ليس ملك ولا يندفع عنه دعوى المدعي من هذين الوجهين، وإن أقام على ذلك بينة كذا ها هنا.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ، ز: منفردة.

(٣) وإن كان فيه نوع جهالة إلا أنها تحملت لضرورة، فإنه عسى لا تكون لأرض فلان علامة لكن يعرفها بتلك العلامة، وهذا هو الغالب من حال الأراضي في القرى، فيتعين للتعريف ذكر اسم صاحبه، ألا ترى أنه إذا ذكر في اسم صاحب الحد بناء محمد بن أحمد بن محمد فذلك يكفي وإن كان فيه نوع جهالة؛ لأن كثيرًا من الناس يكونون بهذا الاسم والنسب، وقد تحمل ذلك لمكان الضرورة؟ فكذا ها هنا.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في أ.

يكفي^(١).

وإذا ادعى أرضاً مثلثة^(٢) [و]^(٣) ذكر حدين^(٤) لا غير والشهود أيضاً ذكروا حدين لا غير، تصح الدعوى وتصح الشهادة، وهذا وما لو ذكر الحدود الثلاثة في الأرض المربعة على السواء، وإذا^(٥) شهدوا^(٦) بملكية أرض وبينوا حدودها، وقالوا: هي مقدار خمس مكابيل بذر، والمدعي يدعي ذلك ذكر ذلك في دعواه وأصابوا في بيان الحدود إلا أنهم أخطأوا في بيان المقدار فهي تسع قدر ثلاث مكابيل بذر، حكي عن شيخ الإسلام أبي الحسن السغدري أنه قال: لا تبطل دعوى المدعي، ولا شهادة شهوده؛ لأن بيان مقدار البذر بعد ذكر الحدود غير محتاج إليه، فصار ذكره ولا ذكره سواء، وأجاب بعض مشايخ زمانه ببطلان الدعوى والشهادة.

ونص في السير الكبير في مسألة دعوى امرأة الميت الميراث: أن ذكر الشاهد في شهادته ما لا يحتاج إليه القضاء بالمشهود ولا ذكر، سواء.

وقد قيل: يجب أن تكون المسألة على التفصيل إن شهدوا بحضرة الأرض المدعى بها وأشاروا إليها تقبل وبلغوا ذكر الوصف، وهو بيان قبول مقدار البذر، وإن شهدوا بغيبة الأرض لا تثبت بهذه الشهادة ملكية أرض تسع فيها خمس مكابيل بذر.

(٧) في أ، ز: قرية.

(١) لأن الورثة مجهولون، فمنهم صاحب فرض ومنهم عصبية ومنهم ذوو الأرحام، فكان مجهولاً جهالة متفاحشة، ألا ترى أن الشهود لو شهدوا أن هذا وارث فلان، فالقاضي لا يقبل شهادتهم؟ وإنما لا تقبل لمكان الجهالة في الوارث. يوضحه: أن المقصود من ذكر الحدود، وذكر صاحب الحد، التعريف، وربما يكون صاحب الحد من جملة ذوي أرحام فلان، ويكون بعيداً عنه بحيث لا يعرفه الناس وارثاً لفلان مع كونه وارثاً له حقيقة فلا يحصل به التعريف.

(٢) في أ، ز: متلفة.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ، ز: حدا.

(٥) زاد في أ: لم.

(٦) في أ، ز: لم يشهدوا.

وقيل: لا تقبل البينة على كل حال^(١).

فأما إذا ادعى دارا في يدي رجل وقال: الدار التي في أرض بلدة كذا أحد حدودها الثاني والثالث والرابع كذا إلى آخره، وأنكر المدعى عليه دعواه، فلما قاما من عند القاضي جاء المدعي بشهود شهدوا على المدعى عليه أنه بعد ما قام من مجلس القاضي أو من عنده أن الدار التي في أرض كذا في سكة كذا التي في يده ويخاصم فيها فلان يعنى المدعى عليه يعنى للمدعي قالوا - يعنى الشهود-: لكننا لا نعرف الدار ولا نحده ولكنه أقر بهذا ولم يحدها في إقراره، فهذا القدر كاف.

وكذلك لو لم يشهدوا أنه قال: الدار التي خاصم فيها فلان، لكنهم قالوا: نشهد أنه قال: الدار التي في ررض كذا في سكة كذا التي في يدي لفلان، أقضي بها للمدعى، وإذا جعل الحد طريق العامة لا يشترط أن يكون طريق القرية أو طريق البلدة ويجب أن يعلم أن الطريق يصلح حدا ولا حاجة فيه إلى بيان الطول والعرض إلا على قول شمس الأئمة السرخسي وأنه كان يقول: يبين الطريق بالذراع، والنهر لا يصلح حدا عند بعض أهل الشروط، وكذا الصور وهو رواية عن أبي حنيفة، وظاهر المذهب أنه يصلح حدا، والخندق نظير النهر، وإذا جعل الخندق حدا وقال: بعت منك هذه الأرض بحدودها دخل الخندق تحت البيع بقدر الأرض المشتراة، وكذلك النهر على هذا.

وفي اشتراط حدود المستثنيات نحو الطريق والمقبرة والحياض اختلاف المشايخ، فمنهم من شرط ذلك، ومنهم من لم يشترط، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله يقول: إن كانت المقبرة تلاً لا يحتاج إلى ذكر حدودها،

(١) وهو الأظهر والأشبه بالفقه. وإذا جعل الحد طريق العامة لا يشترط أن يذكر طريق القرية أو طريق البلد، ويجب أن يعلم أن الطريق يصلح حداً، ولا حاجة فيه إلى بيان الطول والعرض إلا على قول لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله فإنه كان يقول: يبين الطريق بالذراع، والنهر لا يصلح حداً عند بعض أهل الشروط، وكذلك التنور وهو رواية عن أبي حنيفة، وظاهر المذهب أنه يصلح حداً.

وإن لم تكن تلاً يحتاج؛ [لأنها عسى تزداد]^(١).
 وإذا ادعى محدودًا في يدي رجل وأحد حدوده أو جميع حدوده متصل بملك
 المدعي، هل يحتاج إلى ذكر الفاصل؟
 فقيل: لا يحتاج، ولو كان متصلًا بملك المدعي عليه [يحتاج إلى ذكر الفاصل؛
 لأن في الوجه الأول اختلاف اليد فاصل، ولا كذلك في الوجه الثاني.
 وقيل: إن كان المدعى أرضًا]^(٢) فكذلك الجواب، وإن كان المدعى [بيئًا أو]^(٣)
 دارًا أو منزلًا فلا حاجة إلى الفاصل والجدار فاصل، وإن كان المدعى أرضًا واحتيج
 إلى ذكر الفاصل، فذكروا الفاصل شجرة، فذلك لا يكفي، هكذا حكى فتوى شمس
 الإسلام الأوزجندي^(٤).

فإذا^(٥) ادعى أرضين بحدود معلومة، ثم ترك الدعوى^(٦) في أحد الأرضين،
 وادعى الأرض الأخرى ولم يذكر الحدود.
 فقد قيل: لا تصح الدعوى ولا الشهادة [لمكان الجهالة]^(٧).

وإذا ادعى محدودًا في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود^(٨) ما هو؟
 كرم، أو أرض، أو دار، وهل يوجب هذا جهالة في المدعى به؟ وإذا [شهد]^(٩)
 الشهود على هذا الوجه هل تقبل شهادتهم؟

-
- (١) سقط في أ.
 (٢) سقط في أ، ز.
 (٣) سقط في ز.
 (٤) وهذا لأن الشجرة لا تحيط بجميع المدعى به، والفاصل يجب أن يكون محيطًا بجميع
 المدعى به حتى يصير المدعى به معلومًا.
 (٥) في ز: وإذا.
 (٦) في أ، ز: المدعى.
 (٧) سقط في أ، ز.
 (٨) في ز: الحدود.
 (٩) سقط في أ.

حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي: أنه لا تصح هذه الدعوى، ولا تقبل هذه الشهادة.

وحكى فتوى شمس الإسلام الأوجندي: أن المدعي إذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود، يصح الدعوى، ولا يوجب ترك بيان المحدود^(١) جهالة في المدعى به.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى: لو سمع قاضي هذه الدعوى يجوز.

وقيل: ذكر القرية والمصر وذكر المحلة والسكة ليس بلازم.

وإذا ادعى ألف درهم ثمن دار مقبوضة، ولم يذكر حدود الدار والشهود شهدوا بذلك، فالدعوى صحيحة والشهادة مقبولة^(٢).

وإذا قال الشهود في شهادتهم: آخر^(٣) حدود هذه الأرض لزيق شط الوادي، ثم أقر المدعي أن بين شط الوادي وبين [أرض]^(٤) المدعى طريق عامة بطلت شهادة شهوده^(٥)، وإن ظهر ذلك بإخبار رجل من الشهود^(٦)، لا تبطل الشهادة وإن ظهر ذلك عند القاضي بما هو طريق حصول العلم، بطلت الشهادة في مقدار الطريق وتقبل فيما سواه.

وقيل: لا تقبل الشهادة [لأنه اختلف الحد]^(٧).

وكذلك إذا شهد الشهود أن هذه الأراضي ملك هذا المدعي، ثم ظهر أن في الأراضي طريق العامة، إن ظهر ذلك بإقرار المدعي، لا تقبل شهادة شهوده، وإن

(١) في ز: الحدود.

(٢) لأن الدار إذا كانت مقبوضة فلا حاجة إلى القضاء بها، فترك الحد فيها لا يضره.

(٣) في أ: أحد.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) لأنه أكذب الشهود في بعض ما شهدوا، وإنه يوجب بطلان الشهادة في الكل.

(٦) في أ: الشهادة.

(٧) سقط في أ، ز.

ظهر ذلك بإخبار واحد من المسلمين لا يمنع قبول الشهادة، وإن حصل العلم للقاضي بما هو طريق حصول العلم، لا تقبل الشهادة في الطريق، وتقبل فيما سواه، وإذا كان الدار معروفاً لا بد من ذكر الحدود عند الدعوى والشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: إذا كان الدار معروفاً مثل دار عمرو بن الحارث بالكوفة تقبل الشهادة من غير^(١) ذكر الحدود، وتصح الدعوى أيضاً. والله أعلم.

وإذا ادعى داراً في يدي رجل وقال: الدار التي في أريص^(٢) بلدة كذا في سكة كذا أحد حدودها والثاني والثالث والرابع كذا إلى آخره، وأنكر المدعى عليه ذلك، فلما قاما من عند القاضي جاء المدعي بشهود شهدوا على المدعى عليه أنه بعدما قام عن مجلس القاضي أقر من ساعته أن الدار التي في أريص^(٣) كذا في سكة كذا التي في يده ويخاصم فيها فلان - يعني المدعى له - يعني للمدعي، قالوا - يعني الشهود-: ولكننا لا نعرف الدار ولا نحددها ولكنه أقر بهذا، أو لم يحددها في إقراره، فهذا القدر كاف ويقضي بالدار للمدعي.

وكذلك لو لم يشهدوا أنه قال: الدار التي خاصم فيها فلان، ولكن قالوا: نشهد أنه قال: الدار التي في ريص كذا في سكة كذا التي في يده لفلان، أقضي بها للمدعي. والله تعالى أعلم.



(١) في ز: الذي.

(٢) لعلها كورة.

(٣) لعلها كورة.

الفصل الثالث عشر

في شهادة الوارث بالوصية والرجوع عنها، وفي شهادة الوصي للميت، وفي شهادة الوكيل للموكل

قال محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات»: إذا هلك الرجل، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء لا مال له غيرهم، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، وشهد وارثان أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر فهذا على وجهين:

الأول: أن تكون هذه الشهادة من الوارثين قبل قضاء القاضي بالوصية الأولى، وفي هذا الوجه: القاضي يقبل شهادة الوارثين، ذكرا رجوعاً عن الوصية الأولى أو لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، [غير أنهما إن لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى]^(١)، لغيت^(٢) الوصية الأولى، ووجبت الوصية الثانية، ووجب تنفيذها من الثلث^(٣).

وإن ذكر رجوعاً عن الوصية الأولى بطلت الوصية الأولى، ويكون العبد الثاني للموصى له الآخر [اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت عياناً]^(٤)، وإن كان القاضي قضى بالوصية الأولى، ثم شهد الوارثان بما ذكرنا، لا تقبل شهادتهما ذكرا رجوعاً عن الوصية الأولى، أو لم يذكر رجوعاً^(٥)، ولا شيء للثاني بحكم إقرارهما^(٦).

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في أ: بقيت.

(٣) لأن محل الوصية الثلث، فيأخذ كل واحد منهما نصف العبد الموصى به له.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) إن ذكر رجوعاً؛ لأنهما بشهادتهما يبطلان قضاء القاضي عليهما؛ لأن الوارث يصير مقضياً عليه بطريق الخلافة عن الميت. ولهذا قلنا: إن الوارث لو ادعاه لنفسه ملكاً مطلقاً لا يصح لصيرورته مقضياً عليه، ولأنهما بهذه الشهادة يعيدان العبد الأول إلى ملكهما، لأن العبد الأول قد زال عن ملكهما بقضاء القاضي، وكل ذلك مانع قبول الشهادة.

(٦) لأنهما أقرا بحق الثاني من الثلث بطريق الوصية، والقاضي جعل كل الثلث للأول فلم يبق محل حق الثاني فلهذا لا يسلم له شيء. وأما إذا لم يذكر رجوعاً فلأنهما بهذه الشهادة يعيدان نصف العبد الأول إلى ملكهما بنصف العبد الثاني فيكون في معنى البيع، والبيع لا

وكذلك لو كان مكان الوصية الثانية عتقاً بأن شهد الوارثان أن الميت أعتق [هذا العبد]^(١) الآخر في مرض موته إن^(٢) كان شهادتهما بعدما قضى القاضي بالوصية الأولى لا تقبل شهادتهما، وإن كان قبل قضاء القاضي تقبل شهادتهما^(٣)، ولكن مع أنه لا تقبل شهادتهما يحكم بعتق العبد^(٤)؛ ويسعى العبد في قيمته^(٥).

وإن كان الوارثان شهدا بذلك العبد وصية للثاني من جهة الميت إن كان قبل قضاء القاضي بالوصية الأولى قبلت شهادتهما، والكلام هنا أظهر^(٦) فبعد ذلك إن ذكرا رجوعاً، فالعبد للثاني خاصة، وإن لم يذكر رجوعاً كان العبد بينهما^(٧).

وإن شهدا بذلك بعدما قضى القاضي بالوصية الأولى إن لم يذكر رجوعاً قبلت شهادتهما وقضي بالعبد بينهما^(٨)، وإن ذكرا رجوعاً عن الوصية الأولى لا تقبل شهادتهما على الرجوع^(٩)، ولو كان القاضي دفع العبد إلى الموصى له الأول بشهادة

= يثبت بشهادتهما بخلاف ما قبل القضاء لأن قبل القضاء العبد الأول لم يزل عن ملكهما فلا يتصور البيع أما هاهنا بخلافه.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: إذا.

(٣) لأن بعد القضاء لو قبلت شهادتهما احتجنا إلى نقض قضاء أمضى عليهما وذلك لا يجوز ولا كذلك قبل القضاء.

(٤) لأنهما مالكان أقرأ بعتق مملوك لهما.

(٥) لأنهما أقرأ بعتقه بطريق الوصية من الثلث، والثلث صار مستحقاً للأول بقضاء ألقاضي فيجب رد العتق، وتعذر رده صورة فيجب رده معنى بإيجاب السعاية.

(٦) لأن هاهنا لا يصل إليهما شيء من العبد.

(٧) إذ لا تنافي بين الوصيتين.

(٨) لأن هذه الشهادة لم تتضمن نقض القضاء ولا إعادة شيء من العبد إلى ملكهما ليصير في معنى البيع. أما إعادة شيء من العبد إلى ملكهما فظاهر، وأما نقض القضاء فلأنها لا تبطل شيئاً من حق الأول بل توجب الحق للثاني، فثبت الوصية الثانية مع بقاء الوصية الأولى بجميع العبد، وهذا لأن الوصية عقد خلافة في المال المسمى في الوصية، وكون الثاني خليفة في المال لا ينافي كون الأول خليفة ولهذا يضرب كل واحد منهما بجميع حقه ولهذا لو رد أحدهما الوصية كان العبد كله للآخر، ولما كان هكذا فقد أثبت حق الثاني مع بقاء حق الأول بينهما وقضي بالعبد بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وضيق المحل.

(٩) لما فيه من إبطال قضاء أمضى عليهما، وقبلت شهادتهما على الوصية الثانية إذ ليس فيه إبطال =

الفريق الأول، ودفع العبدین إلى الوارثین على وجه القسمة، ثم شهد الوارثان أن الميت أوصى بهذا العبد بعينه لهذا الآخر، لا تقبل شهادتهما وإن لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى^(١).

وكذا لو أن القاضي قضى بالوصية الأولى، ثم شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبد بعينه في مرضه، لا تقبل شهادتهما^(٢).

ولو أن رجلاً مات وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء لا مال له غيرهم، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل ثم شهد وارثان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل الآخر، إن كانت شهادة الوارثين قبل قضاء القاضي بالوصية للأول^(٣) قبلت شهادتهما^(٤)، وإن كانت شهادتهما بعد قضاء القاضي بالوصية للأول^(٥)، إن لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى قبلت شهادتهما^(٦)، وإن ذكر رجوعاً [لا تقبل]^(٧) شهادتهما على [الرجوع؛ لأنها لا تتضمن إبطال القضاء]^(٨)؛ [وتقبل شهادتهما على الوصية الثانية^(٩)]^(١٠)، ثم يشتركان في الثلث بحكم المزاحمة

= قضاء أمضى عليهما.

(١) لأن هذه الشهادة تتضمن نقض تسليم القاضي في بعض العبد، وبعض قسمته لأن القاضي قسم العبد بينهم أثلاثاً، فلو قبلت هذه الشهادة تصير القسمة أسداساً، وتسليم القاضي وقسمته قضاء منه، وكما لم تقبل شهادتهما إذا تضمنت إبطال القضاء، فكذا إذا تضمنت إبطال التسليم والقسمة.

(٢) لأنها لو قبلت تضمنت بعض القضاء بالوصية الأولى، لأن العتق الموقع أولى بالاعتبار من سائر الوصايا.

(٣) في ز: الأولى.

(٤) لأن هذه الشهادة لا تتضمن نقض القضاء ولا إعادة شيء زال عن ملكهما إليهما.

(٥) في ز: الأولى.

(٦) لأن هذه الشهادة لا تتضمن نقض القضاء ولا إعادة شيء زال عن ملكهما إليهما.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) في ز: الوصية الثانية.

(٩) لأنها لا تتضمن إبطال القضاء.

(١٠) سقط في ز.

وضيق المحل .

ولو أن الوارثين شهدا أن الميت أعتق هذا العبد في مرضه، وكان ذلك بعد قضاء القاضي بالوصية الأولى لا تقبل شهادتهما^(١)، ولكن يعتق العبد^(٢) ويجب على العبد السعاية، ويكون ثلثا^(٣) السعاية للموصى له^(٤)، فإن قال الموصى له بالثلث: قد وجب لي ثلث هذا العبد وصية وقد أتلف الوارثان علي حين أقرا بعقته، فلي أن أضمنهما، ليس له ذلك^(٥).

ولو أن القاضي قسم العبد بين الورثة وبين الموصى له الأول، فأعطى الموصى له الثلث والورثة الثلثين، ثم شهد الوارثان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل الآخر، لا تقبل شهادتهما^(٦).

قال في «الكتاب»: ألا [تري]^(٧) أن الوارثين لو أقرا بدين على الميت لرجل ومعهما ورثة غيرهما، فلم يقض القاضي بشيء بحكم إقرارهما، حتى شهدا لذلك الرجل على الميت بذلك الدين، قبلت شهادتهما عليهما وعلى باقي الورثة، حتى يستوفي جميع الدين من جميع التركة، ولو كان القاضي قضى بالدين عليهما في نصيبهما حين أقرا بالدين، ثم شهدا بعد ذلك لصاحب الدين بالدين على الميت، فالقاضي لا يقبل شهادتهما على باقي الورثة^(٨)

(١) لأنها لو قبلت بطل قضاء القاضي بالوصية الأولى، لأن العتق الموقع يقدم على سائر الوصايا.

(٢) لأنهما أقرا بعقته ولهما فيه ملك.

(٣) في أ: ثلث.

(٤) لأنه استحق الثلث من كل التركة والثلثان للورثة.

(٥) لأن الوارثين ما أعتقا هذا العبد وما أقرا بعقته بإعتاق منهما، وإنما حكيا الإعناق من جهة الميت ولا ضمان في مثل هذا كرجلين اشتريا عبداً وأقر أحدهما أن البائع كان أعتقه، فإنه لا يضمن لشريكه شيئاً كذا هنا.

(٦) لأن هذه الشهادة تتضمن نقض تسليم القاضي وقسمته.

(٧) سقط في أ.

(٨) لأن بقضاء القاضي ثبت الدين على الميت في حقهما، واستحق جميع ذلك في نصيبهما،

قال في «الكتاب» أيضًا: ألا ترى لو أن رجلا مات، وشهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا، فقبل أن يقضي القاضي بشهادتهما، شهد الوارثان أنه رجع عنه وأوصى إلى هذا الثاني، قبل القاضي شهادتهما، إذا كان الثاني يدعي ذلك ولو كان القاضي قضي للأول ثم شهد الوارثان بذلك فالقاضي لا يقبل شهادتهما^(١)، ثم لم يقل هاهنا: إن شهادة الوارثين تقبل في حق الإيصاء إلى الثاني دون الرجوع عن الإيصاء الأول كما ذكر فيما تقدم.

قال مشايخنا: وينبغي على قول أبي يوسف: أن تقبل شهادتهما في حق الإيصاء

فهما إلى باقي الورثة، أورد هذه المسألة لبيان أن الشهادة إذا تضمنت نقض القضاء لا تقبل، والفصل الأول يصير حجة للشافعي رحمه الله في مسألة أحد الورثة إذا أقر بدين على الميت وكذبه باقي الورثة، فعندنا يستوفي كل الدين من نصيب الوارث المقر، وعند الشافعي رحمه الله يلزمه بقدر حصته. ووجه الاحتجاج بها: أنه لو كان يلزم المقر كل الدين في نصيبه كان بالشهادة محولا بعض ما لزمه إلى غيره فينبغي ألا يقبل شهادة الوارثين بالدين لصاحب الدين على الميت قبل قضاء القاضي عليهما بالدين في نصيبهما، وهذا لأن الإقرار يلزم بنفسه فكان الحال فيه قبل القضاء وبعد القضاء سواء، ولا كذلك الشهادة لأن الشهادة لا يكون ملزمه بنفسها، ما لم يتصل بها قضاء القاضي، فجاز أن يفرق الحال فيها قبل القضاء وبعده والجواب لعلمائنا رحمهم الله: أن بمجرد الإقرار لا يلزم كل الدين في نصيب المقر ما لم يتصل به قضاء القاضي. وبيان ذلك من وجهين، أحدهما: أن هذا الإقرار في معنى الشهادة فإنه إقرار على الغير وهو الميت فكما أن الشهادة التي فيها تنفيذ القول على الغير لا تصير موجبة إلا بقضاء القاضي، فكذا الإقرار الذي هو في معنى الشهادة. والثاني: أنه يحتمل أن رب الدين يجد بينة على ذلك، أو يصدقه باقي الورثة، فلو ألزمتنا المقر جميع الدين في نصيبه للحال فقد ألزمتنا مع الاحتمال، وإنه لا يجوز وإنما ينقطع هذا الاحتمال، ويلزمه كل المال في نصيبه بقضاء القاضي، فإذا شهدا قبل القضاء يحولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما فتقبل شهادتهما، وإذا شهدا بعد القضاء فقد حولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما فلا تقبل شهادتهما. فإن قيل: إذا كان لا يلزم المقر كل الدين في نصيبه بمجرد إقراره فبأي طريق يقضي القاضي عليه بكل الدين؟ قلنا: طريقه أن الدين يقضى من أيسر المالين قضاء، ألا ترى أنه إذا كان في التركة دين وعين فالدين يقضى من العين دون الدين؟ وكذا إذا كان بعض التركة حاضرًا وبعضها غائبًا فالدين يقضى من الحاضر. إذا ثبت هذا فنقول: إذا لم يجد رب المال الدين بينة ولم يصدقه باقي الورثة، فقضاء القاضي من نصيب المقر أيسر فقضى عليه، وإن كان الدين متعلقًا بكل التركة.

(١) لأنها تضمنت إبطال قضاء القاضي.

إلى الثاني دون الرجوع على الأول^(١).

فأما على قولهما: لا تقبل هذه الشهادة أصلاً^(٢).

رجل هلك وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء لا مال له غيرهم، وترك ابناً لا وارث له غيره، فأقر الابن أن أباه قد أوصى بهذا العبد لفلان، فسمع القاضي إقراره ولم يقض عليه بشيء حتى شهد هو ورجل آخر أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، قبل القاضي هذه الشهادة^(٣)، ولا شيء للموصى له الأول. ولو كان القاضي قضى على الوارث بالعبد بإقراره، ثم^(٤) شهد مع أجنبي آخر على نحو ما بينا، لا تقبل هذه الشهادة^(٥) ولا شيء للموصى له الثاني.

وكذلك لو كانت الشهادة الثانية في العبد المقر بعينه كان الجواب على التفصيل الذي قلنا: إن كانت الشهادة قبل قضاء القاضي عليه بإقراره قبلت، وإن كانت بعد

(١) لأن عنده أحد الوصيين ينفرد بالوصية فلم تكن في قبول شهادتهما في حق الإيصاء إلى الثاني دون الرجوع عن الأول، أما في قبول شهادتهما في حق الرجوع عن الأول نقض القضاء الأول.

(٢) لأن عندهما أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف إلا في أشياء معهودة استحسنا في ذلك على ما عرف في موضعه فلو قبلت الشهادة في حق الإيصاء إلى الثاني لم يبق الأول منفرداً بالتصرف بعد أن كان منفرداً فكان في قبولها نقض القضاء الأول من حيث إن الأول لا يبقى منفرداً فلا تقبل شهادتهما عندهما أصلاً.

(٣) لأن الوارث أقر على الميت بالوصية بالعبد الأول، وإقراره على الميت لا يلزمه شيء ما لم يتصل به قضاء القاضي على ما مر قبل هذا. فلم تكن الشهادة منه بالوصية بالعبد الآخر إعادة إلى نفسه بعض ما صار مستحقاً عليه، فلم يكن بهذه الشهادة دافعاً عن نفسه مغرمًا ولا جازاً إلى نفسه مغنمًا ولا ساعيًا في نقض ما تم قضاء أمضى عليه، فقبلت وإذا قبلت لا شيء للموصى له الأول؛ لأن وصيته تثبت بالإقرار، والإقرار لا يعارض الشهادة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة والشهادة حجة متعدية، فعند تعذر اعتبارهما كان اعتبار الشهادة أولى، وإذا اعتبرت الشهادة صار كل الثلث مستحقاً للموصى له الثاني.

(٤) في أ، ز: لم.

(٥) لأنها لو قبلت بطل قضاء القاضي بالإقرار لكون الشهادة أقوى من الإقرار، واندفع عن الشاهد ما لزمه بإقراره فلماذا لا تقبل هذه الشهادة وإذا لم تقبل هذه الشهادة لا شيء للموصى له الثاني؛ لأن الثلث صار مستحقاً للأول بكما له بتسليم القاضي إليه، ومحل الوصايا الثلث.

القضاء لا تقبل، وإذا لم تقبل الشهادة لا يضمن الوارث للمشهد له فيما سلم القاضي إلى المقر له حصلت الشهادة في العبد المقر بعينه، أو في عبد آخر^(١).
ولو كان الوارث حين أقر سلم العبد [المقر] به^(٢) إلى المقر^(٣) له بنفسه من غير قضاء القاضي، ثم شهد الثاني بذلك العبد بعينه أو بعبد آخر لا تقبل شهادته^(٤) وإذا لم تقبل شهادته يضمن للثاني نصف قيمة العبد المقر به^(٥) إن كان العبد واحدًا، وإن كان عبيدين ضمن نصف قيمة العبد المشهود به للثاني^(٦).
ولو كان الوارث أقر بثلاث المال وصية لرجل، ثم شهد مع أجنبي بالثلاث وصية لرجل آخر، إن كانت الشهادة قبل قضاء القاضي عليه بالإقرار قبلت، وإن كانت بعد القضاء لا تقبل.

ولو شهد الوارثان^(٧) مع أجنبي بالثلاث وصية لرجل، ثم شهدا بالثلاث وصية لرجل آخر قبل القاضي شهادتهما سواء شهدا للثاني قبل قضاء القاضي للأول أو بعده^(٨) بخلاف ما إذا أقر الوارث بالثلاث وصية لرجل وقضى به القاضي، ثم شهد [هو مع]^(٩) أجنبي وصية بالثلاث لرجل آخر، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة^(١٠).
قال في «الكتاب»: ألا ترى أن الوارث لو شهد مع أجنبي بدين على الميت

-
- (١) لأنه لو ضمن إما أن يضمن بالإقرار أو بالتسليم، لا وجه إلى الأول لأن مجرد الإقرار لا يوجب شيئاً منها على ما مر، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن التسليم حصل بقضاء القاضي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ز.
(٤) لأنه سعى في نقض ما تم به وهو التسليم وسعي الإنسان في نقض ما تم به مردود.
(٥) في أ: له.
(٦) لأنه لما شهد للثاني فقد أقر أنه يسلم إلى الأول ما هو حق الثاني بغير حق فيصير ضامناً له.
(٧) في ز: الوارث.
(٨) لأن الشهادة الثانية هاهنا لا تتضمن بطلان القضاء لأن الشهادة تعارض الشهادة، ألا ترى أنهما يتحصان في الثلث؟
(٩) سقط في أ، ز.
(١٠) لأن هذه الشهادة هنا تتضمن بطلان القضاء الأول؛ لأن الإقرار لا يعارض الشهادة.

وقضى به القاضي، ثم شهد بدين آخر لرجل على الميت، وقضى به القاضي ثم شهد هو مع أجنبي لرجل آخر بدين آخر على الميت، وليس في التركة وفاء [بالدينين] قبل القاضي شهادتهما^(١)[^(٢)].

[ولو كان الوارث أقر بدين لرجل على الميت وقضى به القاضي، ثم شهد هو مع أجنبي لرجل آخر بدين على الميت، وليس في التركة وفاء]^(٣) [بالدينين]^(٤)، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة^(٥).

ولو كان [الوارث]^(٦) أقر بالدين وسلم إلى الغريم بنفسه، ثم شهد مع آخر بالدين لرجل آخر لا تقبل شهادتهما^(٧) ويضمن نصف ما سلم إلى الأول للثاني إن كان [الدينان سواء]^(٨) والتركة لا تفي إلا لواحد منهما^(٩).

قال: رجلان شهدا أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل، ثم شهد وارثان أن الميت رجع عن تلك الوصية، وأوصى بالثلث لوارثه فلان، وأنهما يعني: الشاهدان وجميع الورثة أجازوا ذلك بعد الموت، فشهادة الوارثين جائزة، والثلث للوارث على قول أبي يوسف الأول^(١٠)، وعلى قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله: شهادة الوارثين على الرجوع^(١١) باطلة^(١٢).

-
- (١) لأن الشهادة الثانية لا تتضمن بطلان القضاء الأول بل يتحصان إذا ثبت الدينان.
 (٢) سقط في أ.
 (٣) سقط في ز.
 (٤) سقط في أ.
 (٥) لأن هذه الشهادة تتضمن بطلان القضاء فكذا فيما تقدم.
 (٦) سقط في أ.
 (٧) لما ذكرنا أنه ساع في نقض ما تم به من التسليم.
 (٨) في أ، ز: الدين.
 (٩) لأنه أتلف ذلك القدر على الثاني بغير حق، بخلاف ما إذا كان التسليم بقضاء القاضي حيث لا يضمن للثاني شيئاً، والمعنى ما ذكرنا.
 (١٠) لأنه لا تهمة في شهادتهما؛ لأن الثلث بالرجوع ينتقل من الموصى له الأول إلى الوارث الموصى له، ولا حق للشاهدين فيه، فصار النقل إلى الوارث والنقل إلى الأجنبي سواء.
 (١١) في أ، ز: الرجل.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: رجل مات وقد كان أوصى إلى رجل، وقبل الوصي الوصاية بعد موته، فلم يخاصم الوصي عند القاضي حتى عزله القاضي عن الوصاية ونصب للميت وصيًا آخر، ثم إن [الموصى له]^(١) الأول شهد [للميت]^(٢) بمال أو غيره على إنسان فشهادته باطلة^(٣) هكذا ذكر المسألة في «الزيادات».

وفي «شرح حيل الخصاف»: أن شهادة الوصي بعدما خرج عن الوصاية للميت مقبولة [فيصير]^(٤) في المسألة روايتان، هذا إذا قبل الوصي الوصاية بعد [موت]^(٥) الموصي، ولو أنه لم يقبل ولم يرد حتى شهد عند القاضي، فالقاضي يقول له: أتقبل الوصاية أم تردها؟ فإن قبل أبطل^(٦) شهادته^(٧)، وإن رد أمضى [شهادته]^(٨)^(٩)، وإن سكت ولم يجز بشيء، توقف القاضي في شهادته^(١٠) وصار كالشفيع إذا شهد بالبيع

(١٢) لأنهما بشهادتهما على الرجوع يشتان لأنفسهما حقًا في الثلث، حتى إنهما إن شاء أجازا الوصية للوارث، وإن شاء لم يجيزا فكانا متهمين في هذه الشهادة، بخلاف ما إذا شهدا لأجنبي لأن هناك لا يتعلق نفاذ الوصية الثانية بإجازتهما فانفتحت تهمة الحق أما هاهنا بخلافه.

(١) في أ، ز: الوصي.

(٢) سقط في أ.

(٣) لأن الميت بالإبضاء أقامه مقام نفسه بطريق الخلافة وله ولاية الخلافة، فإذا مات وقبل الموصى الوصاية فقد قبل الخلافة فتمت الخلافة ونفدت الإقامة، فصار الوصي قائمًا مقام الموصي كالوارث، ومن ضرورة قيامه مقام الموصي صيرورته خصمًا فيما كان الموصي فيه خصمًا، وإذا صار خصمًا خرج من أن يكون شاهدًا، وبعد ما خرج الإنسان من أن يكون شاهدًا في حادثة لا يعود فيها شاهدًا أبدًا.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ: بطلت.

(٧) لصيرورته خصمًا من وقت الموت.

(٨) لعدم صيرورته خصمًا.

(٩) سقط في أ.

(١٠) لأن سبب الرد موقوف، لأن سبب الرد صيرورته خصمًا بثبوت الخلافة، والخلافة لا تثبت إلا بالقبول، وإذا كان في سبب الرد توقفًا كان في الشهادة توقفًا.

إن طلب الشفعة بطلت شهادته، وإن سلم قبلت شهادته، وإن سكت ولم يجز بشيء توقف القاضي في شهادته، كذا ها هنا.

قال: رجل وكل رجلاً بالخصومة في شيء قبل رجل وقبل الوكيل الوكالة، ثم عزله الموكل فشهد للموكل في ذلك الشيء.

ينظر: إن كان الوكيل قد خاصم فيه [قبل أن يعزله لم تقبل شهادته، وإن كان لم يخاصم فيه]^(١) قبلت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف: لا تقبل، وهذا بناء على أن عند أبي يوسف بمجرد قبول الوكالة يصير خصمًا خاصم أو لم يخاصم، ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه^(٢)، وعندهما: بمجرد قبول الوكالة لا يصير خصمًا؛ ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس القضاء لا ينفذ إقراره عليه عندهما، وفرقا بين التوكيل والإيصاء^(٣).

ثم تقبل شهادته له عندهما، فصار تقدير المسألة عندهما كأن الموكل قال له: أنت وكيل بالخصومة في مجلس القاضي^(٤)، فلا يصير خصمًا قبله.

قال: رجل وكل رجلاً بالخصومة [مع فلان]^(٥) في كل حق هو له قبله بمحضر

(١) سقط في أ، ز.

(٢) هذا لأن الموكل بالتوكيل أقامه مقام نفسه فإذا قبلت الوكالة تمت الإقامة فقام مقامه كما في الوصاية، ألا ترى أن الإيصاء توكيل بعد الموت فكان كالتوكيل في حالة الخصومة.

(٣) الفرق: وهو أن الإيصاء إقامة نفس الوصي مقام نفسه بطريق الخلافة، فلا يتعلق ثبوتها وتامها للفعل وهو الخصومة قياسًا على الإرث، فإن نفس الوارث لما كان يقوم مقام نفس المورث بطريق الخلافة لا يتوقف تمامه على الخصومة حتى يصير الوارث خصمًا بنفس موت المورث خاصم أو لم يخاصم، فكذا الوصي. فأما التوكيل اعتبر بالفعل وإقامة فعل الوكيل وهو الخصم مقام فعل نفسه لا إقامة نفس الوكيل مقام نفسه ولكن إذا فعل الوكيل وقام فعله مقام فعل الموكل تقوم نفسه مقام نفسه، فقبل الفعل وهو الخصومة لم تقم مقام الموكل أصلًا فلم يصير خصمًا فتقبل شهادته، أما إذا خاصم قامت خصومته مقام خصومة الموكل فصار خصمًا كالموكل وخرج من أن يكون شاهدًا فلا تقبل شهادته بعد ذلك أبدًا فهذا هو الفرق بينهما، ثم الشرط عندهما الخصومة في مجلس القضاء حتى لو خاصم في غير مجلس القضاء وعزله الموكل قبل الخصومة عند القاضي فشهد الموكل تقبل شهادته.

(٤) في ز: القضاء.

(٥) سقط في أ، ز.

من القاضي، والقاضي يعرفهم، فقبل الوكيل الوكالة ولم يخاصم فلاناً في شيء من ذلك حتى عزله الموكل عن الوكالة، ثم شهد الوكيل للموكل بشيء من ذلك الذي وكله به، قبلت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله^(١)، وإنما شرط علم القاضي بالتوكيل [حتى لا يحتاج الوكيل]^(٢) [إلى]^(٣) إثباتها لو أنكر الخصم الوكالة.

وإن كان الوكيل خاصم فلاناً في ألف درهم للموكل وقضى القاضي أو لم يقض حتى عزل ثم شهد للموكل أنه شهد بتلك الألف التي خاصم فيها، لا تقبل شهادته إجماعاً، وإن شهد بمال آخر تقبل شهادته^(٤) عندهما^(٥).

ولو كان التوكيل بغير محضر من القاضي، فخاصم الوكيل فلاناً في ألف قبله للموكل فأنكر وكالته، فأقام الوكيل بينة عليه بالوكالة، وقضى القاضي بالوكالة، وقضى بالألف أو لم يقض حتى عزل الموكل الوكيل، ثم شهد الوكيل للموكل على فلان بتلك الألف أو بمال آخر، لا تقبل شهادته^(٦).

قال: إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة^(٧) فحينئذ تقبل شهادته عندهما.

(١) لأن المانع من قبول الشهادة صيرورته خصماً، والوكيل إنما يصير عندهما خصماً بالخصومة، ولم توجد الخصومة.

(٢) سقط في أ.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في ز: على.

(٤) في ز: شهادتهما.

(٥) لأنه إنما يصير خصماً عندهما بالخصومة، والخصومة خست بتلك الألف، فصار خصماً فيها لا في مال آخر ففي مال آخر انعدم المانع من قبول الشهادة فقبلت.

(٦) هذا بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كان التوكيل بعلم القاضي. والفرق: أن القاضي إذا لم يعلم بالوكالة، والوكيل يحتاج إلى إثباتها بالبينه، ومن ضرورة إثباتها في هذا الحق بالبينه ثبوتها في سائر الحقوق؛ لأن التوكيل واحد وقد حصل عاماً بكل حق، فلا يثبت بشيء حتى يثبت جملته، كما أثبتة الموكل، والبينه إنما تعمل بعد الدعوى والخصومة، فإذا صار إثبات الوكالة بالبينه في هذا الحق إثباتاً لها في سائر الحقوق وصارت الخصومة في هذا الحق خصومة في سائر الحقوق لإثبات الوكالة فيها فسقطت شهادته في عامة الحقوق بالخصومة فيها.

(٧) لأن التوكيل بالخصومة في كل حق له قبل فلان إنما يتناول الحقوق الموجودة، ولا يتناول =

قال: ولو أن رجلاً وكل رجلاً بكل حق له قبل فلان وفلان وفلان بغير محضر من القاضي، فأحضر الوكيل واحداً من هؤلاء، وأقام بينة على أن فلاناً وكله بكل حق هو له قبل فلان وفلان وفلان، وقضى القاضي بوكالته، ثم عزل الموكل الوكيل، فشهد الوكيل بعد ذلك للموكل على هذا الذي أحضره بحق أو على الآخرين لا تقبل شهادته، وكذلك لو وكله بكل حق هو له في مصر كذا وبالخصومة فيه، فأحضر الوكيل رجلاً من أهل ذلك المصر، وادعى عليه حقاً للموكل فجدد وكالته، فأقام الوكيل بينة [على] ^(١) أن فلاناً وكله بكل حق هو له في ذلك ^(٢) المصر وبالخصومة فيه، وقضى القاضي بوكالته، ثم عزل الموكل الوكيل، فشهد الوكيل بعد ذلك للموكل بحق أو مال على ذلك الرجل أو على غيره من أهل ذلك المصر، لم تقبل شهادته ^(٣).

الحادث بعد التوكيل، فلا يصير خصماً في الحادث بعد التوكيل فلا تبطل شهادته، فأما إذا كان التوكيل بعلم القاضي فالوكيل لا يحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضي بعلم القاضي ذلك ليصير إثبات الوكالة في بعض الحقوق إثباتاً في جميع الحقوق، فيصير خصومته في بعض الحقوق خصومة في جميع الحقوق ولهذا افترقا. واستشهد في «الكتاب» لإيضاح الفرق بين الوجهين فقال: ألا ترى أن القاضي لو قضى بوكالته بالبينة ثم مات أو عزل ورفع حكمه إلى قاض آخر وثبت ذلك عنده أمضى قضاء الأول وجعل لهذا خصماً في كل حق يدعيه قبل فلان؟ ولو ثبت عند القاضي الثاني علم القاضي الأول بما جرى عنده من الوكالة لم يجعله خصماً، ولم يمض قضاء الأول؛ لأن علم القاضي حجة في حقه، وليس بحجة في حق غيره، فأما حكمه حجة في حق الكل، فإذا ظهرت التفرقة بين علم القاضي وحكمه في حق قاض آخر جاز أن يظهر التفرقة بينهما في حق مال آخر في حق قبول الشهادة.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: هذا.

(٣) لأنه صار خصماً للغائبين كما صار خصماً للحاضر، لأن الخصومة مع الحاضر خصومة مع الغائبين لكون الحاضر نائباً عن الغائبين. بيانه: أن ما ادعى على الحاضر من الوكالة لا يثبت إلا بإثباتها على الغائبين؛ لأن التوكيل واحد، وقد حصل عاماً فصار المدعي على الغائبين سبباً لثبوت المدعي الحاضر فانتصب الحاضر خصماً عن الغائبين ألا ترى أن القضاء على الحاضر صار قضاء على الغائبين؟ فكذا الخصومة مع الحاضر يكون خصومة مع الغائبين فبطلت شهادته في حقهم جميعاً.

إلا أن بين المسألتين فرقاً: فإن [في]^(١) مسألة المصّر كما لا تقبل شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت الوكالة لا تقبل شهادته له بحق حدث بعد الوكالة وفيما إذا وكله بالخصومة قبل فلان وفلان، لا تقبل شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت الوكالة، وتقبل شهادته بحق حدث بعد الوكالة، وكذلك فيما إذا وكله بالخصومة مع شخص بعينه ثم عزل الوكيل، لا تقبل شهادته للموكل بحق قائم وقت الوكالة، وتقبل شهادته بحق يحدث بعد الوكالة.

والقياس في مسألة المصّر: ألا تقبل شهادته^(٢) بحق قائم وقت التوكيل، وتقبل شهادته بحق يحدث بعد التوكيل، اعتباراً للتقييد بالمكان بالتقييد بالشخص، إلا أنهم استحسنوا في مسألة المصّر لمكان العرف؛ لأن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من أراد سفرًا يقيم غيره [مقام نفسه، بطلب كل حق له في مصر ومراده من ذلك أن يقوم]^(٣) مقامه فيما هو واجب له وفيما يحدث، كيلا يضيع شيء من حقوقه^(٤).

وهو نظير من وكل إنساناً بقبض غلاته، كان وكيلا بالواجب وما يحدث وانصرفت الوكالة إلى الكل لمكان العرف، وإن العرف الظاهر بين الناس أن من وكل إنساناً بقبض غلاته، يريد به الواجب وما يحدث كيلا يحتاج إلى تجديد الوكالة في كل وقت [فلا يقع في الحرج]^(٥)، وإذا انصرفت الوكالة إلى الكل صار خصماً في الكل، فلا تقبل شهادته في شيء من ذلك، و[^(٦) مثل هذا العرف لا يوجد فيما إذا وكله بكل^(٧) حق له قبل شخص بعينه، أو قبل فلان وفلان فيعمل بظاهر اللفظ وظاهر اللفظ يتناول القائم وقت التوكيل، لا ما يحدث بعد ذلك، فلم يصر خصماً فيما يحدث بعد التوكيل، فتقبل شهادته فيه.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: شهادة الوكيل.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) فلمكان العرف صرفنا الوكالة إلى الكل.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ، ز: بقبض.

فرع على مسألة المصر فقال: لو شهد بحق حدث بعد العزل قبلت شهادته^(١). قال: وإن كان هذا التوكيل بعلم القاضي، لم يبطل [القضاء بشهادته]^(٢) بعد العزل إلا فيما كان خصم فيه بعينه قبل العزل. قال: والتوكيل بكل حق له قبل الناس في انصرافه إلى القائم وقت التوكيل، والحادث بعده نظير التوكيل بكل حق له في مصر كذا بل أولى^(٣). وإذا ادعى رجل أن فلاناً وكله وفلاناً الغائب في كل حق له قبل الناس، وأحضر رجلاً وادعى عليه حقاً للموكل، وأقام البينة على وكالته على نحو ما ذكرنا، وقضى القاضي بها صار الحاضر مع الغائب وكيلين، حتى إن الغائب إذا حضر وادعى حقاً على أحد لا يكلف إعادة البينة على الوكالة، فإن عزلهما الموكل ثم شهدا بحق قبل هذا الرجل، أو قبل رجل آخر لا يقبل شهادتهما، القائم وقت الوكالة والحادث بعد الوكالة في ذلك على السواء^(٤).



-
- (١) لأنه لم يصر خصماً فيه بظاهر اللفظ، لأن التوكيل لم ينصرف إليه؛ لأن انصراف التوكيل إلى الحادث بعد التوكيل بحكم العرف، ولا عرف في الحادث بعد العزل، فيعمل فيه بظاهر اللفظ، وظاهر اللفظ لا يتناول الحادث بعد التوكيل ولا الحادث بعد العزل.
- (٢) في ز: القاضي شهادته.
- (٣) زاد في ز: والله تعالى أعلم. لأن هذا أعم لأن هذا يتناول جميع الناس في كل مصر.
- (٤) لأن خصومة أحدهما لما جعل كخصومتها صار كأنه وجدت الخصومة منهما، ولو وجدت الخصومة منهما في حق من الحقوق كان ذلك بمنزلة الخصومة في سائر الحقوق، القائم وقت الوكالة والحادث بعدها سواء لما مر، فهانئ كذلك والله أعلم.

الفصل الرابع عشر

في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد بعد القضاء [بشهادته بصفة]^(١) لا تجوز شهادته، وشهادة الشهود بعد قضاء القاضي بخلاف ما قضى

إبراهيم عن محمد في شاهدين شهدا لرجل أن له على هذا درهمًا أو درهمين، فالشهادة جائزة على درهم.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف: في رجل في يديه درهماً صغيراً وكبيراً وأقر بأحدهما لرجل، ثم جحد فشهد عليه بذلك شاهدان، أجزت الشهادة على الصغير منهما استحساناً، وسواء أقر بأحدهما بغير عينه أو بعينه ثم نسيه، هكذا ذكر، وفصل الإقرار بأحدهما بعينه والنسيان مشكل يعرف بالتأمل.

قال: وكذلك الكيل [كله]^(٢)، والوزن كله إذا كانا صنفاً واحداً فإنني أقضي بالأوكس، وإذا اختلف النوعان فإنني أبطل الإقرار.

قال: وكل شيء يضمن فيه بالقيمة وقد صارت ديناً جعلت عليه أوكس القيمتين، نحو أن يشهد أنه غصب منه ثوباً هروياً أو^(٣) مروياً وأحرقه قالاً: سمي لنا هكذا، أو قال: سمي لنا أحدهما بعينه فنسيناه، قضيت عليه بأوكس القيمتين.

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: في رجلين شهدا لرجل بشهادة، ثم زاد فيها قبل أن يقضي القاضي بها أو بعده وقال: أوهمنا، وهما غير متهمين، قبل ذلك منهما.

وروى بشر في «الإملاء» عن أبي يوسف رحمهما الله: في رجل يشهد عند القاضي بشهادة ثم يجيء بعد ذلك بيوم فيقول: شككت في كذا وكذا مبهماً، قال:

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في أ: له.

إذا كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته فيما بقي، وإن كان لا يعرفه فهذه تهمة ألغى شهادته، وكذلك لو قال: رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال غلظت في ذلك أو نسيت، فهو مثل قوله: شككت، وإذا لم يقل الشاهد: [قد]^(١) شككت، ولكن قال: قد تعمدت ولم أغلظ بل بدا لي أن أرجع عن ذلك، لم تقبل شهادته فيما بقي، ولا في غير ذلك حتى يحدث توبة ويعاقبه القاضي.

وقال محمد رحمه الله فيمن شهد عند القاضي، فلا يبرح مكانه حتى يقول: أوهمت بعض شهادتي: جاز ذلك وقبل شهادته إذا كان عدلاً، قال: وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وهكذا ذكر في «الجامع الصغير»

وفي «المنتقى»: إذا شهد رجل على دارٍ بحدودها، أو شهد بمال ثم رجع عن بعض تلك الدار أو عن بعض المال، قال محمد: إن كان عدلاً ورجع في مكانه، وقال: أوهمت، أستحسن أن أجز شهادته إذا لم يكن في ذلك إكذاب من الشهود له.

حكى عن شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - أنه قال: إذا أخطأ الشاهد في حد أو حدين ثم تذاكر وأعادوا الشهادة، وأصابوا، قبلت شهادتهم في المجلس، وغير المجلس عند إمكان التوفيق، وإمكان التوفيق أن يقول الشاهد: إن كان صاحب الحد فلان إلا أنه باع داره من فلان، ونحن ما علمنا به، أو يقول: كان اسم صاحب اليد كما ذكرنا ثم سمي بعد ذلك بهذا الاسم ونحن ما علمنا به.

وفي «نوادير هشام»: عن محمد رحمه الله: رجل ادعى داراً في يدي رجل، وأقام شاهدين شهدا أن الدار له، ثم قال الشاهدان بعد ذلك قبل القضاء: إن البناء ليس للمدعي إنما هو للمدعى عليه، قال: إذا قال ذلك قبل أن يتفرقا عن مجلس القضاء، قبلت شهادتهما، وهذا استحسان ما لم يطل ذلك، وإذا قاما أو طال ذلك بطلت شهادتهما.

(١) سقط في ز.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: إذا شهد الشهود بالدار للمدعي، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم إن الشهود قالوا: لا ندري لمن البناء، فإنني لا أضمنهم قيمة البناء كأنهم قالوا: شككنا في شهادتنا، وإن قالوا: ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء، [كأنهم قالوا: قد شككنا في شهادتنا، وإن قالوا: ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء]^(١) للمشهود عليه.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد أيضًا: رجل مات وترك عبدًا لا مال له غيره، وقيمته ألف درهم، ولا يعلم عليه دين، فأعتقه الوارث، ثم شهد العبد بشهادات واستقضى فقضى بقضايا، ثم أقام رجل بينة على الميت [بالدين]^(٢)، فإن العبد يرد رقيقًا ويبطل عتقه، وما شهد به من الشهادة فإن أبرأ الغريم العبد من الدين، جاز عتقه وحده، ولم يجز شيء من شهادته وقضاياه، وإن كان رجل قتل هذا العبد غرم قيمته لورثة العبد، ولا يجعلهما لورثة المولى، قال: ألا ترى أنا لا نرده في الرق؟.

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله: في رجل أقام بينة أنه وصي فلان الميت وقضى القاضي بوصايته، وأخذ ما للميت من الديون على الناس، ثم وجد البينة عبيدًا فقد برئ الغرماء، ولو كان مثله في الوكالة لم يبرؤوا.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف: رجل شهد عليه شاهدان: أن هذه الدار التي في يديه لفلان، فلم يقض القاضي بها حتى قالوا: إنما شهدنا على العرصة، أجزت شهادتهما على ذلك، ولم يكن هذا رجوعًا، ولو قضى القاضي بها وبالبناء، ثم قالوا: شهدنا على العرصة ضممتها قيمة البناء.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل مات فقاسمت امرأته ولده الميراث، وهم كبار، وأقروا أنها زوجة الميت، ثم وجدوا شهودًا أن زوجها قد كان طلقها ثلاثًا في صحته، فإنهم يرجعون عليها بما أخذت من الميراث.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ، ز.

وكذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله في امرأة اختلعت من زوجها بمال، ثم أقامت البينة أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع، وكذلك أمة كاتبها مولاهما فأدت ثم أقامت البينة على إعتاق كان من المولى قبل الكتابة، وكذلك العبد. وكذلك الزوج إذا قاسم أخت المرأة ميراثها، وأقر أن هذا ميراث، وأن هذا زوج الميتة وهذا أخوها، ثم إن الأخ أقام بينة على أن الزوج قد كان طلقها ثلاثاً في حال حياته، فذلك جائز ويرجع الأخ فيما أخذ الزوج من الميراث^(١). والله أعلم.



(١) تحقق التناقض في هذه المسائل إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الطلاق مما يستند به الزوج، والعتاق مما يستند به المولى، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى وسماع البينة.

الفصل الخامس عشر

في الشهادة على الوكالة والوصاية

رجل أقام بينة عند القاضي أن فلاناً وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبالخصومة فيه، جائز ما صنع فيه وليس معه خصم يدعي عليه حقاً، لم يسمع القاضي منه هذه البينة لقيامها على غائب ليس عنه خصم حاضر؛ وإن أحضر رجلاً يدعي الوكيل أن للموكل عليه حقاً وهو ينكر كونه وكيلاً، فأقام الوكيل بينة على وكالته، قضى القاضي عليه، لكونه وكيلاً لقيام البينة على خصم حاضر، وصار الثابت بالبينة كالثابت عياناً، ولو عاين القاضي توكيله قضى بكونه وكيلاً كذا هنا، فإن أحضر الوكيل رجلاً آخر من أهل الكوفة يدعي الموكل قبله حقاً، فأنكر الوكالة، لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة على الوكالة^(١).

وهو نظير ما لو مات رجل، فجاء رجل إلى القاضي وأحضر معه رجلاً، وأقام بينة أنه ابن الميت، وأن للميت على هذا الذي أحضر مجلس القاضي دين، وقضى القاضي بنسبه يثبت نسبه عامّاً في حق هذا المديون وفي حق مديون آخر.

ولو كان الشهود شهدوا أن فلاناً وكله بطلب حقه قبل فلان بن فلان الفلاني وبالخصومة فيه، لم يسمع القاضي شهادتهم ما لم يحضر فلان بن فلان^(٢)، ولو أن الموكل [حضر]^(٣) عند القاضي فقال: إني وكلت هذا الرجل بطلب كل حق لي بالكوفة وبالخصومة، وليس معهما خصم، ثم جاء الوكيل برجل وادعى أن للموكل قبله حقاً، فإن كان القاضي يعلم الموكل باسمه ونسبه يقضي بوكالته، ولا يكلفه

(١) لأن القاضي حين قضى بوكالته ببينة قامت على الأول وإنما قضى بوكالته في حق جميع من بالكوفة؛ لأنه كان لا يتوصل إلى إثبات الوكالة على الأول إلا بإثبات الوكالة على الكل، لكون الوكالة واحدة بلفظ عام، فانتصب الذي حضر مجلس القاضي خصماً عن جميع من بالكوفة، فصار القضاء عليه بالوكالة قضاءً على الكل.

(٢) لأن الخصم في هذه الوكالة متعين فلا يصير غيره قائماً مقامه إلا بإقامته ولم يوجد.

(٣) سقط في أ.

إقامة البينة على الوكالة^(١) ولا يشترط حضرة الخصم عند التوكيل بصحة التوكيل عند القاضي^(٢)، وإن كان القاضي لا يعرف الموكل باسمه ونسبه لا يقضي بوكالته^(٣)، بخلاف ما لو كان الموكل حاضرًا حيث يقضى [القاضي]^(٤) بوكالته، وإن لم يعرف اسمه ونسبه^(٥)، فإن لم يعرف القاضي الموكل باسمه ونسبه فقال الموكل: أنا أقيم البينة أي فلان بن فلان ليقضي بالوكالة متى غبت، لا يلتفت القاضي إليه^(٦)، فإن غاب الموكل فأحضر الوكيل رجلاً فادعى أن للموكل عنده حقًا وأقام الوكيل البينة عليه أن فلان بن فلان الفلاني وكله بالخصومة في كل حق له عند الناس بالكوفة، وأنكر ذلك الخصم وكالته، قبلت^(٧) بينته وصار وكيلًا في حق جميع من كان بالكوفة.

وإن أرادوا من القاضي في هذه الوجوه كلها أن يسمع من الشهود بغير محضر من الخصم، ليكتب الكتاب بشهادتهم إلى قاض آخر، أجابهم القاضي إلى ذلك^(٨) ويجوز للقاضي المكتوب إليه القضاء بكتاب للقاضي وحده، وإن لم يجز له القضاء

(١) لأن علم القاضي بالمعينة فوق علمه بالخبر، فإذا كان يقضي بوكالته عند حصول العلم له بالخبر، فهذا أولى.

(٢) لأن حضرة الخصم إنما يحتاج إليه للجحود ليتمكن إثبات الوكالة بالبينة، فيحصل العلم للقاضي بالبينة بكونه وكيلًا، فإذا كان العلم حاصلًا للقاضي بالمعينة لا حاجة إلى اعتبار حضرة الخصم.

(٣) لأن الموكل غائب وقت القضاء بالوكالة، والغائب إنما يعرف بالاسم والنسب، فإذا لم يعرف القاضي ذلك بقي الموكل مجهولًا، والقضاء للمجهول وعلى المجهول باطل.

(٤) سقط في ز.

(٥) لأنه معلوم لكونه حاضرًا.

(٦) لأن شرط سماع البينة على النسب، الخصومة في النسب ولم توجد.

(٧) في ز: قبل.

(٨) لأن كتاب القاضي إلى القاضي ليس بقضاء ليحتاج فيه إلى حضرة الخصم، إنما هو من القاضي الكاتب نقل شهادة الشهود إلى مجلس القاضي المكتوب إليه، بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم الإشهاد على الشهادة صحيح من غير حضرة الخصم، فكذا كتاب القاضي إلى القاضي.

بشهادة هذا القاضي الكاتب بانفراده، بأن ذهب بنفسه إلى بلد القاضي المكتوب إليه، وشهد بين يديه على شهادة هؤلاء.

والفرق: وهو أن القاضي الكاتب نقل^(١) شهادة الشهود إلى القاضي المكتوب إليه بكتابه وهو قاض.

وقوله: (وهو قاض) بمنزلة شهادة الشاهدين فكذلك كتابه، أما إذا ذهب بنفسه إلى تلك البلدة [وشهد]^(٢) فقد نقل شهادة الشهود بقوله وهو ليس بقاض؛ لأنه بعدما خرج من بلدته [التي هو قاض فيها]^(٣) لا يبقى قاضيًا، فلا يثبت النقل بمجرد قوله، حتى لو كان قاضي تلك البلدة أيضًا بأن كان قاضي القضاة تثبت شهادة الشهود بمجرد قوله في مجلس القاضي الثاني.

ثم ما ذكر من الجواب قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول محمد الأول، وأما على قوله الآخر الذي رجع إليه: لا تثبت بشهادة الأصول عند المكتوب إليه بكتاب القاضي ما لم يشهد معه شاهد آخر والمسألة معروفة، والذي عرفت من الجواب في الوكيل، فكذا في الوصي في الفصول كلها^(٤) إلا أنهما يفترقان في فصل، وهو [أن]^(٥) الوكيل إن أثبت الوكالة عامة تثبت عامة، وإن أثبت خاصة تثبت خاصة والوصي إذا أثبت الوصاية تثبت عامة عند أبي حنيفة رحمه الله، سواء أثبتتها خاصة أو عامة^(٦) والله تعالى أعلم.



(١) في أ، ز: نفذ.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) سقط في أ.

(٤) لأن الوصي وكيل بعد الوفاة فيعتبر بالوكيل حالة الحياة.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) لأن الوصي في نوع عنده وصي في الأنواع كلها، ولا كذلك الوكيل.

الفصل السادس عشر

في شهادة ولد الملاعة

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: امرأة جاءت بولدين في بطن واحد فنفاهما الزوج، ولاعن القاضي بينهما وألزم الابنين الأم، ثم كبرا فشهدا للذي نفاهما، لم تقبل شهادتهما^(١).

وكذلك لو مات هذان الولدان ولهما أولاد فشهدوا للملاعن كانت الشهادة باطلة^(٢).

وكذلك لو تزوج أحد الابنين اللذين نفاهما بنتًا للزوج من امرأة أخرى كان النكاح باطلاً^(٣).

امرأة لم يدخل بها زوجها جاءت بولد فنفاه، فإن القاضي يلاعن بينهما، ويلزم الولد أمه^(٤)، وعلى الزوج المهر كاملاً^(٥) ولا يتزوج الزوج بالولد ولا واحد من ولد

(١) لأن نسبهما كان ثابتًا من الزوج؛ لأنهما ولدا على فراشه، وقد قال عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وتعلق به أحكام منها: انتفاع قبول الشهادة وهذا أمر عليه، ومنها حرمة وضع الركن، وحرمة المناكحة والعتق عند التملك، وهذه الأحكام إنما تثبت حقًا للشرع ومنها الإرث، فهو بهذا القذف واللعان يريد إبطال هذه الأحكام فلا يقدر على إبطال ما عليه وعلى إبطال ما هو حق الشرع، ويجعل النسب باقياً في حق الأحكام الثابتة حقًا للشرع، وفي حق الأحكام التي تثبت عليه، فأما الانتساب يبطل؛ لأنه كما هو حق الولد فهو حق الوالد فيبطل بإبطاله ما هو حقه، ثم يبطل حق الولد ضرورة أن النسب لا يثبت من أحد الجانبين، وإذا بطل الانتساب بطل الإرث؛ لأن الانتساب أمر لا بد منه لجريان الميراث. لأن النسب باق في حق آخر عليه.

(٢) لبقاء النسب في حق الحرمان الثانية حقًا للشرع.

(٤) لأن النكاح في حق من هو من أهل الماء في مدة تتصور الولادة فيها أقيم مقام الإنخلاق من مائه حكماً، ولو كان الإنخلاق من مائه حقيقة يعمل نفيه ويلاعن بينهما، ويلزم الولد أمه فكذا هنا.

(٥) لوجود الدخول من حيث الحكم، لما حكم بثبات نسب الولد منه، فإن قيل إنما يثبت الدخول من طريق الحكم لما حكم بثبات النسب، وقد تبين النسب لم يكن ثابتاً منه فتبين أن الدخول لم يكن ثابتاً، قلنا: النسب إنما يتقطع بعدما ثبت من حيث الظاهر لحدوثه على فراشه، لا أن يظهر أنه لم يكن ثابتاً، ألا ترى أنه نفي بعض أحكام النسب ولو تبين أنه لم

الولد الذي ولدته المرأة إن كانت جارية، ولا يعطيه من زكاة ماله، ولا يشهد له^(١) ولا يرث كل واحد منهما من صاحبه، ولا يستحق كل واحد منهما النفقة على صاحبه.

والحاصل: أن القذف واللعان يبطلان انتساب الولد، ويبطل من أحكام النسب النفقة والإرث، أما ما عدا الإرث من أحكام النسب باق لا يبطل بالقذف واللعان. جارية لرجل جاءت بولد فادعاه المولى حتى يثبت النسب منه، وصارت الجارية أم ولد له، ثم ولدت بعد ذلك ابنين في بطن واحد ففاهما جاز نفيه؛ لأنه لو نفى نسب الولد المنكوحه جاز نفيه، وإن كان فراشه أقوى فلأن يجوز نفي ولد أم الولد وفراشها أضعف كان أولى، إلا أن بينهما فرقاً وهو أن نسب ولد المنكوحه لا ينتفي بمجرد النفي إنما ينتفي باللعان، وقضاء القاضي بالقطع، ونسب ولد أم الولد ينتفي بمجرد النفي وموضع الفرق كتاب الدعوى.

وإذا انتفى نسبها من المولى بمجرد النفي. كانا عبدین له بمنزلة أمهما^(٢)، فإن اعتقهما المولى ثم شهدا للمولى، كانت شهادتهما باطلة، وكذا شهادة أولادهما، وكذا لو أعطاهما من زكاة ماله لم يجز، وكذا لا يرثان من الرجل ولا يرث الرجل منهما بحكم القرابة، كما في ولدي المنكوحه ولكن الرجل يرث منهما بحكم الولاء لأنهما معتقاه.

أمة لرجل جاءت بولدين في بطن واحد فباع المولى أحد الولدين فأعتقه

= يكن ثابتاً لكان لا يثبت شيء من الأحكام، وإذا لم يتبين أن النسب لم يكن ثابتاً لا يتبين أن الدخول لم يكن ثابتاً.

- (١) لما مر أن النسب باق في حق الحرمان الثانية حقاً للشرع.
 (٢) لأن ولد أم الولد يكون بمثل حالها، وكان النفي عاملاً في إبطال ما ثبت لهما من الحرمة من حيث الظاهر؛ لأن العتق ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذي لا ينفك عنه النسب، ألا ترى أن الأب لو كان مكاتباً أو عبداً مأذوناً فذلك ولده لا يعتق عليه؟ والنفي عامل فيما ليس من الأحكام المختصة بالنسب، كما في حق الميراث.

المشتري، ثم إن المعتق بعدما كبر شهد مع رجل جازت شهادتهما^(١)، بخلاف ولد أم الولد والمنكوحه.

فإن قضى القاضي بشهادتهما، ثم إن البائع ادعى الولد الذي عنده جازت الدعوة وثبت النسب منه؛ لاتصال علوقه بملكه، وإذا ثبت نسب هذا الولد ثبت نسب [الولد]^(٢) الآخر ضرورة لأنهما توأمان، وإذا ثبت نسب الآخر، ظهر أنه علق حرًا، وأن المولى باع الحر فانتقض البيع ورجع المشتري بالثمن على بائعه^(٣)، وظهر بطلان الشهادة للبائع^(٤) ويرجع المشهود عليه على البائع بما أخذ منه إن كان قائمًا بعينه، وإن كان استهلكه ضمن له مثله إن كان مثلًا، وقيمته إن لم يكن مثلًا^(٥)، فإن كان المشهود به قطع يد أو رجل غرم البائع للمشهود عليه أرش ذلك في ماله في ثلاث سنين، وإن كان المشهود به قتل نفس، غرم الدية في ماله في ثلاث سنين^(٦)، إلا أنه يكون في ماله لا على العاقلة^(٧). والله تعالى أعلم.



-
- (١) لأن نسب هذا الولد ما كان ثابتًا من المولى قبل البيع؛ لأنه ولد الأمة ونسب ولد الأمة لا يثبت بدون الدعوة، فلم يثبت امتناع قبول الشهادة.
 (٢) سقط في ز.
 (٣) لأنه لم يسلم له المبيع فلا يسلم للمشتري الثمن.
 (٤) لأنه ظهر أنه كان شهد لأبيه.
 (٥) لأنه ظهر أن القاضي أخطأ في قضائه والقاضي متى أخطأ في قضائه كان قرار الضمان على المقضي له.
 (٦) لأن البائع كان مخطئًا في القتل والقطع والعقل، لأنه إنما قطع وقتل على حساب أن له ذلك، وقد ظهر خلاف ذلك، وموجب جناية الخطأ المال.
 (٧) لأنه وجب بسبب دعوته وهو غير مصدق في ذلك في حق العاقلة، فصار من هذا الوجه كالثابت بإقراره.

الفصل السابع عشر في التهاثر من الشهادات

كل بيعة لا تكون حجة شرعاً فهي من التهاثر، فمن جملة ذلك ما ذكر [ابن سماعة]^(١) عن أبي يوسف رحمهما الله: في شاهدين شهدا على رجل بقول، أو بفعل يلزمه بذلك إجازة أو كتابة أو بيع أو قصاص أو مال أو طلاق أو عتاق في موضع وصفاه أو [في]^(٢) يوم سمياه، فأقام المشهود عليه بيعة أنه لم يكن في ذلك الموضع ولا في ذلك اليوم في الموضع الذي وصفاه، لم تقبل منه البيعة على ذلك^(٣)، وكذلك كل بيعة قامت على أن فلاناً لم يقل، لم يفعل، لم يقر، فهذا كله من التهاثر^(٤).

رجل أقام [على رجل]^(٥) بيعة على أنه جرحه يوم النحر بمكة هذا الجرح وقضيت بذلك، ثم أقام المدعى عليه الجراحة على أحد الشاهدين بيعة [أنه جرحه]^(٦) يوم النحر بالكوفة، لم أقبل بينته على ذلك^(٧) ولو لم يكن قضيت بالأول حتى اجتمعت البيعتان، والدعوتان أبطلتهما^(٨).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ز.

(٣) لأنها بيعة في غير موضعها فكانت ساقطة. بيانه أن الشرع شرع البيئات للإثبات لا للنفي؛ لأنه شرعها في جانب المدعي والمدعي يحتاج إلى إثبات الحق فلا يكون حجة في موضع النفي وموضع مسألتنا هذه موضع النفي، فلا تكون البيعة حجة فيها فلا يلزم على ما قلنا. إذا شهدوا أن هذا وارثه لا وارث له غيره حيث تقبل شهادتهم، فهذه شهادة على نفي وارث آخر، لأننا نقول: المقصود من هذا النفي إثبات جميع المال له، فكانت هذه الشهادة على الإثبات باعتبار المقصود.

(٤) لأنها قامت على النفي.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) قال: لأنني قد قضيت بجراحته يوم النحر بمكة، ولا يكون في يوم واحد بكوفة ومكة، وقد ثبت بالبيعة الأولى كونه بمكة يوم النحر وتأييدت تلك البيعة بإيصال القضاء بها، فتعين البطان في البيعة الثانية.

(٨) لأن القاضي يقن بكذب أحدهما لأن الشخص الواحد في وقت واحد لا يكون بكوفة ومكة.

قال في كتاب الحدود: لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة يوم النحر بمكة، وشهد أربعة أنه قتل فلاناً يوم النحر بالكوفة، أو كانت الشهادة الثانية في نكاح أو طلاق أو عتاق أو جراحة، أو قال رجل [لعبيده: أيكما]^(١) أكل هذا الرغيف فهو حر، فشهد شاهدان^(٢) [أن]^(٣) هذا أكله، وشهد آخران أن هذا الآخر أكله، لم أقبل شهادتهما^(٤)، وإن شهد أحد الفريقين أولاً وقضى القاضي بشهادتهما، ثم شهد الفريق الآخر بما وصفنا، لا تقبل شهادة الفريق الثاني^(٥)، وإن رد القاضي الشهود جميعاً ثم مات أحد الفريقين، ثم شهد الفريق الثاني بما شهدوا به وأعادوا شهادتهم، لا تقبل شهادتهم^(٦)، فإن جاء الآخر بشاهدين آخرين قبلت شهادتهما^(٧).

وعلى هذا إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته عمرة يوم النحر بالكوفة؛ وشهد آخران أنه طلقها يوم النحر بمكة أو كانوا شهدوا على امرأتين، لم تقبل شهادتهما، ولو شهد أحد الفريقين أولاً، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم شهد الفريق الآخر، فالقاضي لا يقضي بشهادة الفريق الثاني.

ولو ادعى رجلان ولاء رجل، وأقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه وهو يملكه، ثم مات ولا يعلمون له وارثاً غيره جعلنا الولاية بينهما، وإن ادعى أحدهما أولاً وقضى القاضي بالولاية له، ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة على دعواه، فالقاضي لا يقبل بينة الثاني^(٨).

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: شاهد.

(٣) سقط في ز.

(٤) لأن القاضي يتقن بكذب أحد الفريقين.

(٥) لأن شهادة الفريق الثاني تعينت للكذب.

(٦) لأن الشهادة متى صارت مردودة في الحكم لا تقبل بعد ذلك أبداً.

(٧) لأنها لم ترد ولم تعارضها البينة الأولى لأنها مردودة في الحكم فوجب القضاء.

(٨) لأن الواحد يستحيل أن يكون مُعتق اثنين، لكل واحد منهما على الكمال، والبينة الأولى تأكدت باتصال القضاء بها فتعينت الثانية للبطلان.

وإذا شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا فشهد أربعة أخرى على هؤلاء الشهود أنهم زناة، فهذا باطل على قول أبي حنيفة رحمه الله، يعني شهادة الفريق الثاني. وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يحد الفريق الأول بشهادة الفريق الثاني، أما لا يحد المشهود عليه الأول^(١).

وإذا قضى القاضي لرجل بحق بينة أقامها فيقول المقضي عليه: أنا أقيم البينة أنه لي، لم يقبل ذلك منه، أشار في «الأصل» فقال: لو قبلت من هذا لقبلت من الآخر مثلها فيؤدي إلى ما لا يتناهى، أشار إلى أن المدعى عليه لو تمكن من إقامة البينة على ملكه لنقض القضاء الأول، كان للمدعي أن يقيم البينة أنه لي، ثم يقيم المدعى عليه بعد ذلك أنه لي، فيؤدي إلى ما لا يتناهى، فكان من التهاتر؛ فلا تقبل، ولكن هذا القدر لا يصلح علة لرد الشهادة، فإنه تقبل بينة المدعى عليه على التملك من المدعي، وإنه يؤدي إلى ما لا يتناهى^(٢)، ولكن الصحيح أن هذه بينة قامت على

(١) أما على قولهما؛ فلأن عندهما قبل شهادة الفريق الثاني على الأول، وظهر أنهم زناة فتعطلت شهادتهم لفسقهم، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله للشبهة التي دخلت لمكان شهادة الفريق الثاني، والشبهة كافية لدرء الحدود، فأما حجتهما في إقامة الحد على الفريق الأول بشهادة الفريق الثاني، أن حجة إقامة الحد عليهم قد تمت، فوجب أن يقام الحد عليهم وهذا لأن الحجة شهادة الأربع العدول، وقد وجد عدد الأربع ووجدت العدالة، لأنهم لم يطعن فيهم، وإنما وجد الطعن في الفريق الأول بشهادة الفريق الثاني، أما الفريق الثاني فشهادة الأوليين لا توجب طعناً، وقد جاء فيهم فقبلت لظهور عدالتهم، ولا يقال: إن هذه شهادة قامت لنفي الحد عن المشهود عليه الأول، والبيانات للإثبات لا للنفي لأننا نقول: ظاهر شهادتهم لإثبات الحد على الفريق الأول فإن تضمن نفيًا لا يقدح ذلك في شهادتهم، فما من إثبات إلا وتحتته النفي. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن قصد الفريق الثاني إبطال شهادة الفريق الأول، لا إقامة الحسبة فلا تقبل شهادتهم، كما لو شهدوا بعد تقادم العهد. بيانه: أنهم لما لم يشهدوا حتى شهد الفريق الأول فأما أن يقال كانوا كاذبين قصدوا إبطال شهادة الفريق الأول وعلى هذا التقدير لا تقبل شهادتهم، أو يقال: كانوا صادقين وكانوا اختاروا الستر، فلما شهد الفريق الأول حملتهم الضغينة على الشهادة عليهم، وعلى هذا التقدير لا تقبل شهادتهم أيضاً؛ لأن شهادة ذي الضغن مردودة ولأنه يؤدي إلى التهاتر، فإننا لو قبلنا شهادتهم كان يشهد فريق ثالث عليهم أنهم زناة ويشهد فريق رابع على الفريق الثالث، إلى ما لا يتناهى فكان من التهاتر وهو التكاثر فلا تقبل شهادتهم.

(٢) لأننا لو قبلنا منه ربما يقيم المدعي بينة على التملك من المدعى عليه، ثم المدعى عليه يقيم =

نقض القضاء الأول لا للإثبات، فليس في بينة المدعى عليه إثبات، والبيئة القائمة على نقض القضاء مطلقاً لا تقبل، كيف وإنه يتضمن أمراً لا يتناهى من الوجه الذي ذكرنا، فما ذكر في الكتاب لبيان الأولوية لا لرد الشهادة.

قال في كتاب الوصايا: إذا شهد شاهدان أنه دبر فلاناً بعينه إن قتل، وأنه قد قتل، وشهد آخران أنه مات موتاً فإنه يقضي بعق المدبر من الثلث، ولا تجوز شهادة [الشهود على] (١) الموت (٢).

وكذلك إذا شهدوا أنه أعتق عبده فلاناً إن حدث به حادث من مرض أو (٣) سفر وأنه مات في سفره والمرض، وشهد آخران أنه رجع من سفره ومات في أهله، أو برأ من مرضه ومات من مرض آخر بعد ذلك (٤).

وإن شهد شاهدان أنه قال: إن حدث في سفري هذا حدث فأنت حر وأنه مات في سفره ذلك وشهد آخران أنه قال: إن رجعت من سفري هذا فمت في أهلي ففلان حر وأنه رجع من سفره ومات في أهله، وجاء الشهود إلى القاضي فإنه يجيز شهادة الفريق الأول أنه مات في سفره (٥).

وأوضح هذا بما إذا ذكروا (٦) تاريخاً وأفصحوا بالوقت فقال: لو أن رجلاً قال:

-
- البيئة على المدعي إلى ما لا يتناهى، ومع هذا قبلت بينته على تلقي الملك من جهته.
- (١) في أ، ز: شهود.
- (٢) لأن شهود القتل أثبتوا عتق المدبر وشهود الموت نفوا عتقه، وهو المقصود من الشهادة، فأما الموت فإنه غير مقصود، والبيئات للإثبات لا للنفي، فلا تقبل شهادة شهود الموت.
- (٣) زاد في أ، ز: في.
- (٤) لأن الوقت في البيئة الأولى صار مقضيًا به، فإنه لو مات بعد رجوعه من سفره لا يعتق العبد؛ لأنه علق العتق بموت يوجد في السفر فإذا صار الوقت مقضيًا به في البيئة الأولى تعذر القضاء بموته بعد ذلك؛ لأن الموت لا يحتمل التكرار.
- (٥) لأن كليهما شهدا بموته، وذكروا لذلك تاريخاً والموت حادث فأسبق التاريخين أثبت موته في زمان لا يعارضه أحد، فثبت موته في ذلك الزمان فصار الموت مقضيًا به في ذلك الزمان ضرورة القضاء بالعتق المعلق به، فتعذر القضاء بالبيئة الأخرى؛ لأن الموت لا يحتمل التكرار.
- (٦) في أ، ز: ذكرنا.

إن مات في جمادى الأولى ففلان حر، وإن مات في رجب ففلان الآخر حر؛ فشهد شاهدان أنه مات في جمادى الأولى، وشهد آخران أنه مات في رجب، أخذت بقول من شهد على التاريخ الأول، ولا ألتفت إلى قول الآخرين، فإن شهد شاهدان أنه قال لعبده: إن مات من مرضي فأنت حر، وقالوا: لا ندري مات من ذلك المرض أم لا؟ وقال العبد: مات من ذلك المرض، وقالت الورثة: لا بل برئ، فالقول قول الورثة مع اليمين^(١)، وإن قامت لهما بيعة أخذت بيعة العبد^(٢).

فإن قال: إن مات من مرضي هذا ففلان حر، وإن برئت ففلان الآخر حر، فقال العبد الذي قال له: إن مات من مرضي هذا فأنت حر، مات منه، وقال الورثة: برئ، فالقول قول الورثة مع أيماهم^(٣)، ويعتق العبد الآخر لإقرارهم بوجود شرط عتقه وهو البرء من ذلك المرض، فإن أقام العبد الذي قال له: إن مات من مرضي هذا فأنت حر البيعة أنه مات من مرضه ذلك، قبلت بيئته ويقضي بعتقه^(٤)، وعتق الآخر بإقرار الوارث عليهم فإن قامت البيعتان جميعًا أخذت بالبيعة التي شهدت على موته من ذلك المرض ولا أقبل بيعة الآخر، وهذا بخلاف الوارث يقيم البيعة على موته في زمان، ثم تقيم المرأة على النكاح بعد الزمان الأول أنه تقبل بيئتها^{(٥)(٦)}.

(١) لأن المقصود من هذه الدعوى العتق وانتفاؤه لا الموت من المرض أو بعدما برئ منه، والورثة ينكرون العتق لإنكارهم وجود شرط العتق، فكان القول قولهم.

(٢) لأن البيعات للإثبات، وذلك في بيعة العبد؛ لأنها تثبت العتق دون بيعة المولى فإنها تنفي العتق، وهو المقصود بالدعوى والإنكار.

(٣) لما قلنا إنهم ينكرون نزول العتق في العبد الذي قال له: إن مات من مرضي هذا فأنت حر.

(٤) لأنه أثبت ما ادعاه بيعة.

(٥) في أ، ز: بيئتهما.

(٦) لأن في تلك المسألة لم يتعلق بالموت في ذلك الزمان حكم فلم يصر الموت في ذلك الزمان مقضيًا به فقبلت بيعة المرأة، أما ههنا لا بد من القضاء بالموت في ذلك المرض لإثبات العتق في العبد الأول لأنه معلق به، ولا بد من القضاء شرط العتق ليتمكن القول بنزول العتق، فصار موته من ذلك المرض مقضيًا به، فلم تقبل بيعة الآخر؛ لأن بعدما ثبت موته في زمان لا يتصور أن يكون حيًا بعد ذلك.

ذكر في كتاب [محمد رحمه الله إعمالاً لرقه]^(١).

قال محمد رحمه الله: كل مدع على صاحبه بشيء من الأشياء مما يلزمه فيه حق، وأقام البينة أنه فعله يوم كذا في موضع كذا، وأقام المدعى عليه البينة أنه كان في ذلك اليوم في موضع كذا، مكان لا يستقيم أن يكون فيه وفي الموضع الآخر في يوم واحد وليس ذلك بأمر مكشوف فالبينة بينة المدعي، ولا تقبل من المدعى عليه بينة، [والأصل فيه]^(٢) ما ذكرنا غير مرة: أن البيئات للإثبات، فمن لا يقصد بإقامة بيئته إلا النفي لا تقبل منه البينة؛ لأنه أراد أن يضعها في غير ما وضعت في الشرع فلم يكن له ذلك.

قال: فمن جملة ذلك رجل أقام البينة على آخر أنه قتل أباه عمداً في ربيع الأول، وأقام المدعى عليه البينة أنهم رأوا أباه حيناً بعد ذلك الوقت، أو أنه كان حيناً وأقرضه ألف درهم بعد ذلك الوقت وأنها دين عليه، أو أقام رجل على آخر البينة أنه أقرض فلاناً أباه أمس ألف درهم، وأقام الآخر بينة أن أباه مات قبل ذلك، أو أقامت امرأة رجلين أن فلاناً طلق امرأته في يوم النحر بالرقعة؛ وأقام فلان البينة أنه كان في ذلك اليوم حاجاً بمنى، فالبينة في جميع ذلك بينة المدعي، ولا يلتفت إلى بينة المدعى عليه^(٣) إلا أن تأتي العامة وتشهد بذلك، ويكون أمراً مكشوفاً فيؤخذ بشهادتهم^(٤).

(١) في أ، ز: إملاء محمد بالدقة.

(٢) في أ، ز: وأصل.

(٣) لأن الإثبات في بينة المدعي، والمدعى عليه لا يريد بيئته إلا نفي القتل والقرض والطلاق، والبيئات لا تقبل للنفي، إنما تقبل للإثبات فلم يلتفت إلى بيئته.

(٤) لأن الخبر المتواتر موجب للعلم قطعاً، فإذا شهدوا به على التواتر لم تقبل البينة على خلافه، لأنها محتملة للكذب وقد ظهر كذبهم بخبر العامة، بخلاف ما إذا لم يشهد به العامة ولكن قامت بينة مثله على خلافه لأنها مثل الأولى، وترجحت الأولى عليه بقوة الحكم؛ لأنها مبنية وليس في هذه البينة إثبات، فلم تصلح معارضة لها فبطلت، ولكن إنما بطلت الترجيح من حيث الحكم بعد مساواتهما في شهادتهما وشهادة شاهدين لا تصلح معارضة لخبر العامة في أدائها لما فيها من احتمال الكذب، وانتفاء الاحتمال في خبر العامة فهذا أخذ بخبرهم. قال: ألا ترى أن العامة لو شهدت أن المدعى عليه كان معهم في الموسم، وأنه شهد معهم =

فإن أقامت المرأة البينة أن زوجها طلقها يوم النحر بالرقعة، وأقام عبده البينة أنه أعتقه في ذلك اليوم بمنى، وجاءت البيتان جميعًا والرجل يجحد ذلك كله، فالبيتان باطلتان^(١)، فإن صدق الرجل إحدى البيتين وجحد الأخرى قضى عليه بالطلاق والعتاق جميعًا^(٢).

وهذه المسألة دليل على أن المدعي بعدما أقام المدعى عليه البينة إذا أقر بما ادعاه المدعي، أن القاضي يقضي عليه بالإقرار، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه. ولو شهد اثنان^(٣) أنه طلق امرأته يوم النحر [بمنى، وشهد آخران أنه أعتق عبده بعد ذلك اليوم]^(٤) بالرقعة، فإن القاضي يقضي بالطلاق بالوقت الأول^(٥)، ثم ينظر بعد ذلك: إن كان بين الوقتين^(٦) ما يستقيم أن يكون في المكانين جميعًا بأسرع ما يقدر عليه من السير قضى بشهادتهم جميعًا^(٧)، وإن كان لا يستقيم بطل الوقت الثاني^(٨).

عرفات، لم تقبل بينة المدعية على ما ادعت من الطلاق لما ذكرنا من ظهور الكذب في البينة على ما قلنا.

(١) هنا لتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين، وجهالته الصادق من الكاذب منهما، وانعدام الترجيح لأحدهما على الأخرى.

(٢) أما ما أقر به فلا إقراره والآخر بالبينة، والبينة الأخرى قد بطلت؛ لأنها إنما تقبل على المنكر فإذا أقر به فقد فات شرط قبولها وهو الإنكار فبطلت، فتقبل البينة الأخرى لاستجماع شرائطها وخلوها عن المعارضة.

(٣) في أ، ز: فلان.

(٤) سقط في أ.

(٥) لأنهما شهدا به بذلك التاريخ ولا تعارضه البينة الأخرى؛ لأنها لا تقبل تاريخًا بعده، فلم تعارضه فقضى بالبينة الأولى.

(٦) في أ: البيتين.

(٧) لأنه لا تنافي بينهما فأمكن العمل بهما فيعمل.

(٨) لأنه لما وجب قبول البينة الأولى لإثباته تاريخًا سابقًا تعين جهة البطلان في الثانية لتعذر الجميع بينهما. ولا يقال: بأن العمل بالبيتين ممكن، لأنه لا يستحيل كونه في يوم واحد بهذين المكانين وكذلك في هذين الوقتين؛ لأنه يبعد كونه من الأولياء وكرامة الأولياء حق، لأننا نقول: إن الولي لا يجحد ما قد فعله حتى تقام عليه البينة، فلا يمكن تصور المسألة فيه،

ولو شهد شاهدان أنه قال: إن مت في مرضي هذا فأنت حر، وأنه مات من ذلك المرض، وشهد آخران أنه قال: إن برئت من ذلك المرض ففلان آخر حر، وقد ذكرنا هذه المسألة، إعادتها لزيادة تفريع لم نذكره ثمة، وهو أن الورثة إذا قالوا: برئ من ذلك المرض، عتق العبد المقر له من جميع المال، وعتق [العبد]^(١) المشهود له من ثلث ماله^(٢).

قال: فإن لم يكن للميت مال غير العبدین وقيمة العبدین على السواء يسعى المعتق في المرض في ثلث قيمته، فإن قالت الورثة: مات من مرضه قبل أن يبرأ، فإنه يعتق هذا العبد [المقر له]^(٣) من ثلث مال الميت بعد عتق الآخر؛ وعتق الآخر بشهادة الشهود من جميع المال^(٤).

= ولأن الأحكام إنما تنبني على ما عليه قدرة الناس باعتبار العادة، فإنما لا يبتني على ما يتصور من إقدار الله تعالى، ألا ترى أن من حلف وقال: والله لأمس السماء، فإنه يحث في الحال لمكان العجز الثابت للحال باعتبار العادة ولا يعتبر ما يتصور من إقدار الله تعالى إياه فكذا هذا، والاستحالة عادة ثابتة ههنا، وباعتبارها تعذر القضاء بالبيتين على ما ذكرنا فبطلتا.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) لأنهم أقرروا بعتق ذلك العبد في حالة الصحة من المولى والعتق في صحته ينفذ من جميع ماله، والشهود إنما شهدوا بعتق هذا العبد عند موته وأنه لا ينفذ إلا من في الثلث لأنه عتق بجهة التدبير، فإن لم يكن للميت مال غير العبدین وقيمة العبدین على السواء يسعى المعتق في المرض في ثلث قيمته، لأنه يجعل في حقه كأن المال هذان العبدان، وإن ذلك العبد لم يعتق من جهة الميت؛ لأنه لا يعمل إقرار الورثة في حقه، فصار في حقه كأن الورثة أعتقوا ذلك العبد بعد موته، وإذا جعل في حقه كأن مال الميت هذان العبدان، ووجب اعتبار عتقه من الثلث وقيمتها سواء كان الثلث ماله ثلثا رقبته لا محالة، فيعتق مجاناً ويسعى فيما سواه وهو الثلث.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) لأنه عتق المشهود لعتقه بالبرء من المرض بالبينة لخلوها عن المعارضة، فإن البينة الأخرى لم تقبل لعدم شرط قبولها وهو الإنكار، والعتق في الصحة ينفذ من جميع المال، وإنما عتق الآخر بإقرار الوارث، وقد أقرروا بعتقه في المرض، فيكون من ثلث مال الميت، وقد خرج العبد الأول من أن يكون مال الميت حتى قضى بعتقه في الصحة، فيعتبر ثلث ماله فيما سواه لنفاذ العتق فيه، حتى إن العبد المقر له يعتق ثلثه مجاناً ويسعى في ثلثي قيمته.

قال: ولو أقام رجل البيينة أن هذا الرجل قتل أباه منذ عشرين سنة، وأقامت امرأة البيينة [أنه تزوجها]^(١) منذ خمس عشرة سنة، وأن هذا ولده منها، استحسنت أبو حنيفة رحمه الله في هذا أن أجاز بيينة المرأة، وأثبت النسب وأبطل بيينة الابن على القتل، والقياس: أن يقضي بيينة القتل، وقد مر هذا من قبل^(٢). والله تعالى أعلم.



(١) في أ: أنها تزوجت.

(٢) وجه الاستحسان: أن الحكم بثبوت النسب لا يتصور نقضه، وإنه بعدما حكم به لا يبطل حكمه بالإبراء وغيره، ولا يعمل فيه التكذيب بخلاف القتل، فإن حكمه يبطل بالعفو وما أشبهه، وكذلك بتكذيب الولي ينتقض الحكم. وإذا ثبت هذا فنقول: النسب قد ثبت بنفس هذه الشهادة؛ لأنه يثبت بالشهرة عند الناس ولا يفتقر ثبوته عند الناس إلى قضاء القاضي، حتى حل لهم الشهادة بنسبه بمجرد السماع، فلو قبلنا بيينة القتل لنقضنا النسب بعد ثبوته وإنه لا يجوز فلهذا لم تقبل بيينة القتل، بخلاف ما لو لم تقم بيينة على الولد، لأن النكاح مما يحتمل القطع بالطلاق وغيره، فإذا أمكن نقضه وقد قامت الحججة على انتقاض النكاح، وهو بيينة القتل في وقت قبل وقت النكاح، قضي بيينة القتل وبطلت بيينة النكاح لهذا، والله أعلم بالصواب.

الفصل الثامن عشر

في ترجيح إحدى البيتين على الأخرى والعمل بالبيتين المتضادتين

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: رجلان شهدا على رجل أنه وكل فلاناً ببيع هذا الشيء، وشهد آخران على الوكيل ببيعه ووقتوا أو لم يوقتوا، فالبيع باطل إلا أن توقت^(١) بينة البيع وقتاً بعد وقت الوكالة، فلو^(٢) أن الموكل أخرج الوكيل من الوكالة وهو حاضر بشهادة شهود، فشهد شاهدان عليه بالبيع، وقد وقتت بينة العزل وبينة البيع أو لم يوقتوا، فالإخراج عن الوكالة أولى في جميع ذلك، والبيع باطل إلا أن يكون وقت البيع قبل وقت الإخراج من الوكالة، وكذلك هذا في التوكيل بالطلاق والعتاق، وهذا كله قياس الشهادة على البراءة^(٣) والشهادة على الدين، فإن الشهادة على الإبراء أولى ما لم يوقت [للدين]^(٤) وقتاً بعد البراءة. ولو شهد شاهدان على النكاح وشاهدان على الطلاق، فالطلاق لازم للزوج^(٥)، وكذلك العتاق في هذا مثل الطلاق، ما خلا خصلة واحدة: أن يكون بإقرار من المشتري بعتاق الأصل، فهذا يعتق، وإن كان قبل الشراء.

رجل مات فشهد شاهدان [أن]^(٦) هذا كان أعتق عبده، أو شهدا أنه كان طلق امرأته ثلاثاً، ولا يدرى أنه كان ذلك في صحة أو مرض وقد وقتوا أو لم يوقتوا فهذا على المرض في جميع ذلك، حتى يشهدوا أنه كان في الصحة.

شهد شاهدان على وكالة في بيع، وشهدا على البيع وأغفل القاضي أن يسألهما أبعده الوكالة كان البيع أو قبلها حتى مات الشاهدان، أو شهدا على الوكالة بطلاق أو

(١) في أ، ز: توقع.

(٢) في ز: ولو.

(٣) في أ: المرأة.

(٤) سقط في ز.

(٥) لأنه إقرار من الزوج بالنكاح إلا أن يوقتوا للطلاق وقتاً قبل النكاح، فلا يجوز الطلاق.

(٦) سقط في ز.

عتاق فشهدا بالطلاق والعتاق وماتا قبل السؤال، فهذا والباب الأول سواء في القياس، لكن أستحسن في هذا أن أجزى الطلاق والعتاق والبيع، ولو شهدا أنه جعل أمر امرأته بيدها فطلقت نفسها، وأغفل القاضي أن يسألهما في ذلك المجلس أو بعدما قامت عن المجلس فإن هذا لا يجوز الطلاق فيه ولا يشبه الوكالة.

ابن سماعة: عن أبي يوسف: امرأة ادعت بعد وفاة زوجها مهرًا ألف درهم وذلك مهر مثلها، وقالت الورثة: نحن علمنا أن أبانا تزوجها ولا ندرى ما فرض لها، وحلفوا بالله ما يعلمون مهرها، فإني أجعل لها أقل الصداق عشرة دراهم، وهذه الرواية تشهد لما قاله بعض مشايخنا من تفسير المستنكر جريًا على قول أبي يوسف رحمه الله: أن المراد منه أن يدعي الزوج أو ورثته أقل من عشرة دراهم.

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار، وكانت الألف بصك وقد كتب عليه أنه لا شيء عليه غيرها، وكانت المائة دينار بصك قد كتب عليه وكتب [عليه]^(١) أنه لا شيء عليه غيرها، والوقت واحد أو لا وقت فيهما^(٢) فالمال كله لازم، قال: ألا ترى أنه لو قال: لي عليه ألف درهم ولا مال لي عليه غير ذلك، ولي عليه مائة دينار ولا مال لي عليه غير ذلك، وجاء على ذلك بيينة فإني أقبل البينة وألزمه المال كذا هنا.

وذكر عن المعلى قال: سألت محمدًا عن رجل ادعى على رجل ألف درهم في صك، ومائة دينار في صك، وفي كل واحد من الصكين: [فهو جميع مالي عليه، وأقام بيينة على كل واحد من الصكين]^(٣)، قال: عليه أحد المالين يعطيه أيهما شاء. وروى هشام عن محمد: أنه لا يلزمه شيء من ذلك. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في ز.

(٢) في أ، ز: بينهما.

(٣) سقط في أ، ز.

الفصل التاسع عشر

في شهادة الزور

اتفق العلماء رحمهم الله على أن شاهد الزور يعزر^(١)؛ لأنه ارتكب كبيرة^(٢)

(١) دل الكتاب، والسنة النبوية المطهرة على تحريم شهادة الزور:
أولاً: الكتاب: قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [سورة الحج: الآية ٣٠].

وجه الدلالة من هذه الآية: دلت هذه الآية بمنطوقها على تحريم شهادة الزور، وذلك لأن الله تعالى أمر باجتنب الرجس الذي هو الأوثان كما تجتنب الأنجاس، وهو غاية المبالغة في النهي عن تعظيمها والتنفير عن عبادتها. وألحق به قول الزور وهذا تعميم بعد تخصيص، فإن عبادة الأوثان رأس الزور، كأنه لما حث على تعظيم الحرمات أتبعه ذلك ردا لما كان الكفرة عليه من تحريم البحائر والسوائب وتعظيم الأوثان والافتراء على الله تعالى بأنه حكم بذلك.

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا﴾ [سورة الفرقان الآية ٧٢].

وجه الدلالة من هذه الآية: دلت هذه الآية بمفهومها على تحريم شهادة الزور، كما بينت أن عباد الرحمن إذا شهدوا شهدوا بالحق ولو كان ذلك على أنفسهم، أو أقرب الناس إليهم، لا يمنعونهم بعد البعيد ولا عداوة العدو أن يشهدوا بالحق له؛ ويقول ابن كثير: المراد: شهادة الزور، وهي الكذب متعمداً على غيره.

ثانياً: السنة النبوية: وإنها لوفرة وافرة التي وردت بها سنة رسول الله ﷺ والتي شددت في النكير على شهادة الزور، ومنها:

١- ما رواه أنس رضي الله عنه قال: سئل النبي ﷺ عن الكبائر قال: «الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وشهادة الزور» [أخرجه البخاري (٢٥٧/٥) كتاب الشهادات، باب: ما قيل في شهادة الزور، حديث (٢٦٤٤)].

٢- وعن ابن أبي بكرة عن أبيه -رضي عنه- قال: قال النبي ﷺ «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟» ثلاثاً، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «الإشراك بالله، وعقوق الوالدين - وجلس وكان مُمَكِّئًا فَقَالَ - أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ» قال: فَمَا زَالَ يُكْرَهُهَا حَتَّى قُلْنَا: لَيْتَهُ سَكَتَ [أخرجه البخاري (٣٠٩/٥) كتاب الشهادات، باب: ما قيل في شهادة الزور، لقول الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢]، رقم (٢٦٥٤)، وأطرافه في (٥٩٧٦، ٦٢٧٣، ٦٩١٩] ولفظ البخاري «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال الإشراك بالله، وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئاً فقال: ألا وقول الزور. قال فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت»، وأخرجه مسلم (٣٢١/١) - الأبي) كتاب الأيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها، رقم (٨٧/١٤٣).

٣- روى خريم بن فاتك الأسدي: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: صَلَّى صَلَاةَ الصُّبْحِ فَلَمَّا انْصَرَفَ قَامَ قَائِمًا فَقَالَ: «عَدِلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ بِالشُّرْكِ بِاللَّهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ثُمَّ تَلَاهِذِهِ الْآيَةَ: ﴿وَاجْتَنِبُوا

وليس فيها حد مقدر شرعاً وهذا ظاهر فكل^(١) من ارتكب كبيرة ليس فيها حد مقدر [يعزر، غير أن علماءنا]^(٢) رحمهم الله اختلفوا في تعزيره:

قال أبو حنيفة رحمه الله في المشهور: يطاف به ويشهر ولا يضرب، فإن كان

قَوْلُ الزُّورِ ﴿إِلَى آخِرِ الْآيَةِ﴾ [أخرجه أبو داود (٣٢٩/٢) كتاب الأقضية، باب: في شهادة الزور، حديث (٣٥٩٩)، والترمذي (٥٤٧/٤) كتاب الشهادات، باب: ما جاء في شهادة الزور، حديث (٢٣٠٠)، وابن ماجه (٧٩٤/٢) كتاب الأحكام، باب: شهادة الزور، حديث (٢٣٧٢)، كلهم من طريق حبيب بن النعمان عن خريم بن فاتك الأسدي به. وقال الترمذي: خريم بن فاتك له صحبة وقد روى عن النبي ﷺ أحاديث وهو مشهور. وقال الحافظ في التلخيص (٤/٤٦٠): وإسناده مجهول.

والحديث ذكره السيوطي في الدر المنثور (٤/٦٤٦)، وزاد نسبه إلى عبد بن حميد وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه والبيهقي في شعب الإيمان.

وأخرجه الترمذي (٤/٥٤٧) كتاب الشهادات، باب: ما جاء في شهادة الزور، حديث (٢٢٩٩)، من طريق سفيان بن زياد الأسدي عن فاتك بن فضالة عن أيمن بن خريم مرفوعاً. وقال الترمذي: هذا حديث غريب إنما نعرفه من حديث سفيان بن زياد واختلفوا في رواية هذا الحديث عن سفيان بن زياد ولا نعرف لأيمن بن خريم سماعاً من النبي ﷺ].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: دلت هذه الأحاديث على عظم شهادة الزور، وأنها من الكبائر، ويعلق الحافظ ابن حجر على الحديث الثاني بقوله: «وكان متكئاً فجلس، يشعر بأنه اهتم بذلك حتى جلس بعد أن كان متكئاً، ويفيد ذلك تحريم الزور، وعظم قبحه، وسبب الاهتمام بذلك كون قول الزور أو شهادة الزور، أسهل وقوعاً على الناس، والتهاون بها أكثر، فإن الإشراك ينبو عنه قلب المسلم، والعقوق يصرف عنه الطبع، وأما الزور فالحوامل عليه كثيرة كالعداوة والحسد وغيرها، فاحتيج إلى الاهتمام بتعظيمه، وليس ذلك لعظمها بالنسبة إلى ما ذكر معها من الإشراك قطعاً، بل لكون مفسدة الزور متعددة إلى غير الشاهد، بخلاف الشرك فإن مفسدته قاصرة غالباً»، وفي الجملة التي ذكرها ابن حجر في آخر كلامه فقط نظر؛ لأن بين الزور والشرك نوع مجانسة وهو إعطاء الحق لغير مستحقه زوراً وبهتاناً فالمشرك يصرف العبودية لغير الله، وشاهد الزور يصرف الحق لغير المستحق، فكان لا بد من التهويل والتعظيم، ويشهد لهذا الرأي الحديث السابق، وهو قول الرسول ﷺ «غَدَلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ الْإِشْرَاقَ بِاللَّهِ ثَلَاثًا».

ينظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٢/٥٢)، تفسير البيضاوي (٤/١٢٤)، تفسير ابن كثير (٦/١٣٠)، فتح الباري (٥/٣١١).

(٢) قال عليه السلام «عودلت شهادة الزور بالشرك بالله» ثم قرأ قوله تعالى: ﴿فَأَجْتَبِئُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوَّلِينَ وَأَجْتَبِئُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ [سورة الحج: ٣٠].

(١) في ز: وكل.

(٢) في ز: وبعض علمائنا.

سوقيًا يبعث به [القاضي]^(١) إلى محل سوقه وقت الضحوة أجمع ما كانوا، وإن لم يكن سوقيًا يبعث به إلى محلته أجمع ما كانوا، فيقول أمين القاضي: إن القاضي يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه للناس.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يعزر بالضرب ولا يبلغ به أربعين سوطًا، ثم رجع أبو يوسف وقال: يبلغ فيه خمسة وسبعين سوطًا^(٢).

وروى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يضرب ثم يطاف به ويشهر.

وهل يشهر؟

على قولهما: ظاهر ما ذكر صاحب الأقضية يشير إلى أنه لا يشهر.

وذكر الخفاف في كتابه: أنه يشهر على قولهما بعد الضرب أيضًا، والكلام في مقدار الضرب في التعزير عرف في كتاب الحدود، ولا يسخم وجهه أي: لا يسود، ويروى هذا اللفظ بالخاء والحاء جميعًا، والذي روي عن عمر رضي الله عنه في «شاهد الزور يسخم^(٣) وجهه»^(٤) فتأويله عند شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه قال ذلك بطريق السياسة إذا رأى الإمام المصلحة فيه.

وتأويله عند شيخ الإسلام: أنه لم يرد به حقيقة التسويد، وإنما أراد به التخجيل بالتفصيح والتشهير، فإن الخجل يسمى مسودًا، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا﴾^{(٥)(٦)}.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) حجتها في ذلك: أنا أجمعنا على أن التعزير في سائر المعاصي بالضرب فكذلك هذا. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إنما أقدم على الشهادة ليحصل له ماء الوجه عند الناس، وبالتشهير يذهب ماء وجهه، فكان هذا تعزيرًا لائقًا لجريمته فكان أولى.

(٣) سخّم وجهه، أي: سوده. ينظر: مختار الصحاح، مادة (سخم).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن (١٠/١٤١)، وابن أبي شيبة في المصنف (٤/٥٢٦).

(٥) سورة النحل آية: ٥٨.

(٦) وإنما لم ير أصحابنا رحمهم الله تسخيم وجهه لأن المقصود من تعزيره شيان: أحدهما:

قال صاحب «الأقضية»: وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمداً، أو يشهد بقتل رجل أو بموته، فيجيء المشهود بقتله وموته حيًّا، فأما من ردت شهادته لتهمة أو لدفع مضرة عن نفسه، أو لجر منفعة إلى نفسه، أو لمخافة^(١) وقعت بين الشاهدين فليس بشاهد زور.

ثم ذكر في الشاهدين إذا اختلفا في الموطن الذي شهدا بالفعل فيه أو^(٢) اختلفا في الفعل^(٣) نفسه، أو في الإنشاء وفي الإقرار في الفعل، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تعزير عليه ولا ضرب؛ لأنه لا يعرف الصادق من الكاذب، ولا يجوز العقوبة مع الاحتمال.

وإذا رجع شاهد الزور عن صنعه فتاب، هل تقبل شهادته بعد ذلك؟ فلا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب، وحكي عن الفقيه أبي بكر محمد بن أحمد الحجواني - رحمه الله - [أنه]^(٤) قال: إن كان فاسقًا يعلن الفسق تقبل^(٥) شهادته بعد ذلك، وإن لم يكن معلنًا الفسق [لا]^(٦) تقبل شهادته.

وفي «الحاوي» عن أبي يوسف رحمه الله مثل هذا، والمذكور في «الحاوي»: شاهد هو عدل بين الناس ممن تجوز شهادته، فشهد بزور لا تقبل شهادته أبداً؛ لأنه لا يعرف له توبة، وإن لم يكن عدلاً فشهد بزور تقبل شهادته. والله تعالى أعلم بالصواب.



= امتناعه عن شهادة الزور في المستقبل، والثاني: أن يعرفه الناس أنه شاهد زور فيحذروه، وإذا سخم وجهه لا يعرف فلا يحذروه فلا يحصل المقصود.

(١) في أ: لمخالفة.

(٢) في ز: و.

(٣) في أ: فعل.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في المحيط: لا تقبل.

(٦) سقط من المحيط.

الفصل العشرون

في الدعوى إذا خالفت الشهادة

إذا ادعى [على] ^(١) آخر مائة أقفزة حنطة بسبب السلم مستجمعًا شرائطه، وشهد الشهود أن المدعى عليه أقر أن له [عليه] ^(٢) مائة أقفزة ^(٣) حنطة ولم يزيدوا [على هذا] ^(٤).

فقد قيل: لا تقبل شهادتهم ^(٥).

وقيل: ينبغي أن تقبل شهادتهم ^(٦) والأول أصح [إن] ^(٧) كانت الدعوى بلفظ مرابحة، والشهود شهدوا بلفظ السبب.

حكى عن شيخ الإسلام أبي الحسن السعدي رحمه الله: أن الشهادة لا تقبل ^(٨).

وقيل: ينبغي أن تقبل في عرفنا وهو الأشبه والأظهر ^(٩).

وإذا ادعى ملكًا بسبب حق الشراء من [رجل] ^(١٠) آخر أو الإرث عن أبيه أو ما أشبه ذلك، وأقام البينة على الملك المطلق لا تقبل بيئته ^(١١)، وهذا إذا ادعى الشراء

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) في ز: قفيز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) لأن الشهود لم يذكروا إقراره بسبب السلم، ودين السلم بخلاف سائر الديون حتى لا يجوز الاستبدال بدين السلم قبل القبض، ويجوز الاستبدال بسائر الديون.

(٦) لأن هذا اختلاف في سبب الدين، إنما لا يمنع قبول الشهادة إذا لم يختلف الدين باختلاف السبب، ودين السلم مع دين آخر يختلفان.

(٧) سقط في أ، ز.

(٨) لأنهما غيرا فيما شهد به الشهود لم يدخل تحت الدعوى.

(٩) لأن في عرفنا البيت والدار واحد، يقال: خانة فلان كما يقال: سراي فلان.

(١٠) سقط في أ.

(١١) لوجهين: أحدهما: أن الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي، لأن المدعي ادعى الملك بسبب حادث يكون حادثًا ضرورة، والشهود شهدوا بملك قديم؛ لأنهم شهدوا بالملك المطلق والملك المطلق قديم، ولهذا قلنا: إن في دعوى الملك يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعًا، ويرجع الباعة بعضهم على البعض، ولا شك أن الملك القديم =

من رجل معروف .

فأما إذا ادعى الشراء من رجل مجهول ثم أقام البينة على الملك المطلق تقبل شهادتهم^(١)، ولو كان المدعي ادعى الملك لنفسه مطلقاً، وشهد الشهود له بالسبب فالقاضي يقبل شهادتهم^(٢).

ولكن ينبغي للقاضي أن يسأل المدعي: أتدعي الملك بهذا السبب الذي شهد به الشهود أو تدعيه بسبب آخر؟ إن قال: أدعيه بهذا السبب، فالقاضي يقبل شهادة شهوده ويقضي له بالملك بهذا السبب.

أكثر من الملك الحادث، والشهود إذا شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي لا تقبل شهادتهم، لأن المدعي يصير مكذباً شهوده في بعض ما شهدوا به وهو الزيادة على ما ادعى، وتكذيب المدعي شهوده في بعض ما شهدوا به يمنع قبول الشهادة. الوجه الثاني: ما أشار إليه محمد رحمه الله في «الكتاب» فقال: لما ادعى أنه اشتراها من فلان وهو يملكها فقد أقر بالملك لفلان إما صريحاً أو بمقتضى الإقدام على الشراء، فإن كل مشتر مقر بالملك في المشتري للمشتري وقت البيع، ثم يدعي الانتقال إليه، ولم يثبت الشراء ههنا؛ لأن الشهود لم يشهدوا به.

(١) لأن أكثر ما فيه أنه صار مقرّاً بالملك لبائعه إلا أن هذا الإقرار منه لم يصح، لأنه أقر بالملك للمجهول والإقرار للمجهول باطل، فصار كأنه لم يقر له بالملك ولم يدع الشراء منه أصلاً، وهناك تقبل منه البينة على الكلام المطلق كذا ههنا، بخلاف ما إذا ادعى الشراء من رجل معروف؛ لأن هناك الإقرار للبائع بالملك صح لكونه إقراراً للمعلوم، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء ولم يثبت بالشراء إذ الشهود لم يشهدوا به.

(٢) أما على المعنى الأول: فلأن الشهود شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي؛ لأنهم شهدوا بملك حادث والمدعي ادعى ملكاً قديماً، والشاهد إذا شهد بأقل ما ادعى المدعي تقبل شهادته. يوضح الفرق بينهما: أن الملك القديم يجوز أن يصير ملكاً حادثاً؛ لأن المملوك أول من أمس يجوز أن يصير مملوكاً أمس ملكاً حادثاً بسبب حادث، بأن يبيعه ثم يشتريه، فالتوفيق بين الدعوى والشهادة ممكن فتقبل الشهادة، أما الملك الحادث فلا يجوز أن يصير ملكاً قديماً؛ لأن المملوك أمس لا يتصور أن يصير مملوكاً من أمس، فالتوفيق بين الدعوى والشهادة غير ممكن فلا تقبل الشهادة. وأما المعنى الثاني: فلأنه ما أقر بالملك لغيره، إنما ادعى الملك لنفسه ملكاً مطلقاً، والشهود شهدوا له بالملك إلا أنهم زادوا في الشهادة سبب الملك، وزيادة سبب الملك في الشهادة لا توجب خللاً في الشهادة، لأننا نعلم أنه لا بد للملك من سبب فقد بينوا ما هو معلوم من غير شهادتهم، فلا يوجب خللاً في شهادتهم. ثم إذا ادعى الملك مطلقاً والشهود شهدوا بالملك بسبب.

وإن قال: أدعيه بسبب آخر، أو قال: لا أدعيه بهذا السبب، فالقاضي لا يقضي بشهادة شهوده ولا يقضي له بالملك.

ولو ادعى الشراء مع القبض وشهد له الشهود بالملك المطلق ففيه اختلاف المشايخ: بعضهم قالوا: تقبل الشهادة^(١).

وبعضهم قال: لا تقبل الشهادة^(٢).

ولو ادعى الملك بالتناج وشهد له الشهود بالملك بسبب من جهة صاحب اليد أو من جهة غيره، لا تقبل الشهادة، بخلاف ما إذا ادعى الملك مطلقاً وشهد له الشهود بالسبب، حيث تقبل^(٣).

وسئل شيخ الإسلام أبو الحسن السغدري رحمه الله: عمن [ادعى]^(٤) عيناً في يدي إنسان ملكاً مطلقاً، وشهد له الشهود أنه^(٥) ملكه بسبب أنه ورثه من أبيه، قال:

(١) لأن دعوى الشراء مع القبض ليس دعوى الشراء من حيث المعنى، بل هو دعوى الملك المطلق، ألا ترى أنه لو كان هذه الدعوى من جهة البائع كان دعوى الثمن لا دعوى البيع، حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى إعلام المبيع حتى إن من قال لغيره: بعث منك عبداً بكذا وسلمته إليك، صح دعواه وإن كان العبد مجهولاً، فكذا من جانب المشتري يكون دعوى الملك المطلق، ولما كان دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق صار كأنه ادعى ملكاً مطلقاً وشهد له الشهود كذلك.

(٢) لأن دعوى الشراء معتبر في نفسه في هذه الصورة، ولم يصر بمنزلة دعوى الملك المطلق، ألا ترى أنه لا يقضى للمدعي في هذه الصورة بالزوائد.

(٣) والفرق أن دعوى التناج على دعوى اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته، أو من جهة غيره إذ لا يتصور التملك بالتناج من جهة غيره، ألا ترى أنه لا يصح أن يقول: هذا ملكي بالتناج من جهة ذي اليد أو من جهة فلان، ولما كان هكذا، فإذا شهد له الشهود بالملك بسبب من جهة ذي اليد أو من غيره فقد شهدوا بما لم يدخل تحت دعوى المدعي فلا تقبل شهادتهم، فأما دعوى الملك المطلق على ذي اليد فيحتمل دعوى ملك حادث من جهة ذي اليد أو من غيره، ألا ترى أنه لو قال هذا الشيء لي بالشراء من فلان أو من ذي اليد كان صحيحاً، ولهذا ترجح بينة الخارج على بينة ذي اليد، ولما كان هكذا، فإذا شهد له الشهود بالملك بسبب من جهة ذي اليد فقد شهدوا بما صلح داخلاً تحت دعوى الملك، فلا تثبت المخالفة بين الدعوى والشهادة.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: أن.

لا تقبل الشهادة، فقيل له: إن محمدًا رحمه الله ذكر في «الأصل» وفي «الجامع»: أن من ادعى ملكًا مطلقًا وشهد الشهود له بالسبب أن الشهادة مقبولة، قال: [هذا]^(١) هكذا في موضع صحت الشهادة على السبب، والشهادة على السبب هنا لا تصح، لأنهم شهدوا بالميراث ولم يجروا الميراث، ولكن هذا ليس بصواب، فإن قولهم: (ورثه من أبيه) كاف لإثبات الملك بسبب الميراث كقولهم: اشتراه من فلان، وهو معنى جر الميراث، فكانت الشهادة [على]^(٢) [السبب]^(٣) صحيحة فيجب قبولها. ولو ادعى دينًا بسبب نحو القرض أو ما أشبهه، وشهد له الشهود بالدين المطلق، كان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندی يقول: لا تقبل شهادته، كما في العين إذا ادعى الملك فيه بسبب، وشهد له الشهود بالملك مطلقًا. وفي كتاب «الأفضية» مسألان تدلان على القبول.

وإذا ادعى على امرأة أنها منكوحة ولم يدع التزوج، وشهد [له]^(٤) الشهود أنه تزوجها، أو ادعى على امرأة أنه تزوجها، وشهد له الشهود أنها منكوحة قبلت الشهادة^(٥).

وإذا ادعى عينًا في يدي رجل أنه ملكه، وأن صاحب اليد قبضه منه بغير حق منذ شهر، وشهد له الشهود بالقبض مطلقًا لا تقبل الشهادة، واختلفت عبارة المشايخ في ذلك، قال بعضهم: لأن شهادتهم [على القبض]^(٦) مطلقًا من غير ذكر تاريخ محمولة على الحال، فالمدعي ادعى الفعل في زمان ماض، والشهود شهدوا على الفعل في الحال، والفعل في الزمان الماضي غير الفعل في الحال، فهو نظير ما لو

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) لأن النكاح سبب متعين لصيرورة المرأة منكوحة، فكان ذكره وتركه سواء.

(٦) في ز: بالقبض.

ادعى على غيره الفعل منذ شهر، وشهد الشهود [له]^(١) بالفعل في الحال .
وقال بعضهم: المطلق أقوى وأكثر من المؤرخ، فقد شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي .

وكذلك إذا ادعى [المدعي]^(٢) القبض مطلقاً وشهد له الشهود بالقبض منذ سنة^(٣)، إلا إذا وفق^(٤) المدعي فقال: أردت بالمطلق القبض من ذلك الوقت الذي شهد به الشهود فحينئذ لا تقبل .

وقيل: تقبل الشهادة في هذا الوجه من غير توقيف المدعي^(٥) .

وإذا ادعى عيناً في يدي رجل وقال: هي لي منذ سنة، وشهدوا بها له منذ عشر سنين، لا تقبل شهادتهم، ولو قال: هي لي منذ عشر سنين وشهد الشهود أنها له منذ سنة تقبل شهادتهم^(٦) .

وإذا ادعى الملك بسبب الشراء منذ سنة وشهد الشهود له بالشراء من غير ذكر تاريخ، فقد قيل: لا تقبل^(٧)، وقد قيل: تقبل^(٨) .

ولو كان المدعي ادعى الملك بسبب الشراء مطلقاً، ولم يذكر التاريخ في الشراء، والشهود شهدوا بتاريخ سنة أو ما أشبه ذلك، فقد قيل: لا تقبل^(٩) وقد قيل:

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) لأنه ادعى الفعل في الحال والشهود شهدوا له بالفعل في الماضي، فلا تقبل شهادتهم .

(٤) في أ، ز: وقف .

(٥) لأن المطلق أكبر وأقوى من المؤرخ فقد شهد الشهود بأقل مما ادعاه المدعي فيقبل .

(٦) لأن في الوجه الأول الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي، وفي الوجه الثاني شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي .

(٧) لأن المطلق أقوى من المؤرخ .

(٨) لأن الشراء حادث فإذا لم يذكر الشهود له تاريخاً يحمل على الشراء للحال، فقد شهد الشهود بأقل مما ادعاه المدعي .

(٩) لأن دعوى المدعي محمول على الحال إذا لم يذكر للشراء تاريخاً، وإذا حمل على الحال ظهر أن الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي .

تقبل^(١).

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل أنه تصدق بهذه الدار عليه وقبضها، أو ادعى أنه اشتراها منه بألف درهم، وقبضها أو وهبها منه^(٢) على عوض ألف درهم وقبضها^(٣)، وأنكر ذلك رب الدار، فأقام المدعي شاهدين أن رب الدار أقر بهذه الدار لهذا المشتري، قال: أقبل ذلك وأجعلها للمدعي، فإن ادعى العوض أو الثمن الذي أقر به أمرته بدفعه إليه، ولو لم يدع ذلك فلا حق [له]^(٤) فيه. وفي «الجامع الكبير» قال محمد رحمه الله: رجل في يديه عبد ذكر أنه عبده ورثه من أبيه، فادعى رجل آخر أنه عبده، وجاء بشاهدين شهدا على إقرار صاحب اليد أنه عبد المدعي، قبلت الشهادة وقضي بالعبد للمدعي^(٥).

وإذا ادعى على رجل خمسمائة وشهد له الشهود بألف درهم، لا تقبل شهادتهم^(٦) إلا أن يوقف^(٧) فقال: كان لي عليه ألف درهم كما شهد به الشهود إلا أنه قضى لي خمسمائة، أو قال: أبرأته عن خمسمائة ولم يعلم الشهود بذلك، فإذا وفق^(٨) على هذا الوجه تقبل الشهادة ويقضي له بالخمسمائة لزوال التكذيب، ولا يحتاج إلى إقامة البينة على التوفيق^(٩).

ولو كان المدعي ادعى ألف درهم وشهد له الشهود بالخمسمائة، تقبل الشهادة على الخمسمائة بلا خلاف.

(١) لأن المطلق أقوى من المؤرخ، فقد شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي فتقبل.

(٢) في أ، ز: له.

(٣) زاد في أ: له.

(٤) سقط في أ.

(٥) اعتبارًا للإقرار الثابت بالبينة بالثابت عيانًا.

(٦) لأنه صار مكذبًا شهوده فيما زاد على الخمسمائة.

(٧) في أ، ز: يوقف.

(٨) في أ، ز: وقف.

(٩) لأن التوفيق بدعوى الإبراء أو القضاء وكل ذلك يثبت بإقرار المدعي؛ لأنه إقرار على نفسه، فلا يحتاج إلى إقامة البينة عليه.

وإذا ادعى الغريم على صاحب المال أنه أبرأه أو حلله، وجاء بشهود شهدوا على إقرار صاحب المال بالاستيفاء، فإن القاضي يسأل الغريم عن البراءة والتحليل، أكانت بالإسقاط أو بالاستيفاء، فإن قال: كانت بالاستيفاء قبلت الشهادة لوجود الموافقة بين الدعوى والشهادة، وإن قال: كانت بالإسقاط، لا تقبل لتحقق المخالفة.

وإن سكت، ذكر محمد رحمه الله في «الأصل»: أنه لا يجبر على البيان؛ لأن الإنسان لا يجبر على تحصيل حق نفسه، ولكن لا تقبل شهادته ما لم يوفق، فقد رجع في هذه المسألة في البيان إلى المدعي، وفيما إذا ادعى الغريم الإيفاء وشهد له شاهدان أنه أبرأه أو حلله ذكر أنه تقبل شهادتهما ولم يقل: يرجع في البيان إلى الشاهدين أن البراءة كانت بالإيفاء أو بالاستيفاء^(١).

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: شاهدان شهدا على رجل لرجل بقرض ألف درهم، فشهد أحدهما أنه قضاها، وقال المدعي: لم يقضها، فالشهادة على القرض جائزة ويقضي القاضي بالقرض للمدعى عليه.

وروى الطحاوي عن أصحابنا رحمهم الله: أنه لا يقضي القاضي بالقرض^(٢). وفي «الأصل»: إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم، فشهد أحدهما أنه قضى منها خمسمائة درهم وأنكر الطالب القبض، فإن شهادتهما بالألف جائزة،

(١) في أ: بالإسقاط. وقال في المحيط والفرق: أن الشهادة إنما شرعت لتحقيق دعوى المدعي، فإذا وقع الدعوى في شيء معين، فشهدت الشهود بشهادة محتملة حملت الشهادة على وجه الموافقة، إذ الظاهر أن الشهود بشهادتهم المحتملة يريدون الجهة التي تكون الشهادة بها مؤكدة للدعوى دون الجهة الأخرى فبقيت جهة الموافقة بدلالة الحال، فلا حاجة إلى الرجوع في البيان إلى الشاهد، فأما الدعوى إذا كانت محتملة، فالشهود لا يقدر على إزالة ذلك الاحتمال، فيكون البيان إلى المدعي، فإن بين قبل قوله وما لا فلا، وههنا كلمات تأتي بعد إن شاء الله تعالى.

(٢) لأن الذي شهد بالقضاء لم يشهد بمال واجب. وجه ما ذكر في «الجامع الصغير»: أن القضاء لا يتصور إلا بعد سابقة، فهما اتفقا على القرض والوجوب فثبت القرض والوجوب، ثم تفرد أحدهما بالقضاء ولم يثبت.

لاتفاقهما على ذلك، وشهادة الواحد بالقبض لا تقبل لتفرده بذلك^(١). وفي آخر شهادات «المنتقى»: شاهدان [شهدا]^(٢) أن لهذا على هذا ألف درهم وقد أفضى^(٣) منها مائة والطالب يقول: لم أقبض منها شيئاً، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: يقضي بالألف ويجعل مقتضياً للمائة. وفي «العيون»: إذا شهد الرجلان^(٤) على آخر بألف درهم وشهدا أنه قد قضاة خمسمائة، وقال الطالب: لي عليه ألف وما قضاني شيئاً وشهودي صدقوا في الشهادة على الألف، وأوهمو في الشهادة على القضاء، تقبل شهادتهما إن عدلا،

(١) فإن قيل: أليس أن المدعي لما أنكر القضاء فقد أكذب أحد الشاهدين فوجب ألا يقضى له بالألف كما لو شهد له أحد الشاهدين بمئة، والآخر بمئة وخمسين والمدعي يدعي المئة لم يقض له بشيء؛ لأنه كذب أحد شاهديه فكذا ههنا؟ قلنا: تكذيب المدعي شهوده إنما وجد فيما كان مشهوداً عليه؛ لأنه كذب أحدهما في القبض، وإنه في القبض مشهود عليه، وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة، لأنه لو منع ما قبلت شهادة في الدنيا؛ لأن كل مشهود عليه يكذب شهوده، فإن قيل: تكذيب المشهود عليه إنما لا يمنع قبول الشهادة إذا شهد عليه ولم يشهد له، والشاهد يقبض بخمسمائة كما شهد عليه يشهد له، فإذا كذبه وفسقه فيما شهد عليه يجب ألا تقبل شهادته فيما شهد له؛ لأنه فاسق عنده إلا أن يكذبه ويفسقه فيما شهد عليه لم يعمل فوجب أن يعمل فيما شهد له والجواب: أن التكذيب فيما شهد له لو ثبت إنما يثبت مقتضى التكذيب فيما شهد عليه، وقد كذب شرعاً في حق التكذيب على ما عليه، على معنى أنه لم يعتبر تكذبه فيما شهد عليه والمتكلم متى كذب في كلامه سقط اعتبار كلامه والتحقق كلامه بالعدم، وإذا سقط اعتبار هذا التكذيب في حق ما عليه فكذا فيما له، أو تقول بعبارة أخرى: لم يعتبر تكذبه فيما شهد عليه شرعاً؛ لأن تكذيب المشهود عليه الشاهد غير معتبر شرعاً، فلا يعتبر تكذبه فيما ثبت مقتضاه وهو التكذيب فيما شهد له. ولهذا قلنا: لو شهد شاهدان على رجل لرجل بألف درهم وشهدا للمشهود عليه بمئة دينار قبلت شهادتهما، وإن كذبهما وفسقهما؛ لأنه صار مكذباً في هذا التكذيب شرعاً لما قضى عليه بالدرهم، كذا ههنا بخلاف ما أقررت من المسألة؛ لأن بدعوى المئة صار مكذباً أحد شاهديه، ولم يكذب في هذا التكذيب شرعاً فلم يسقط اعتبار تكذبه أما ههنا فيخلافه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ز: أقبضت.

(٤) في أ، ز: الرجل.

ولو قال: شهادتهم بالألف حق وبالقضاء باطل وزور، لا تقبل شهادتهما^(١).
ولو شهدا على رجل بألف درهم، والمدعي يدعي ذلك وشهدا أيضًا للمدعي
عليه على المدعي بمائة دينار والمدعي ينكر ذلك، قبلت شهادتهما، وهي المسألة
التي مرت على سبيل الاستشهاد، ثم تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه إياهم قبل
القضاء يمنع القضاء، وتكذيبه وتفسيقه إياهم بعد القضاء يوجب بطلان القضاء على
ما عليه إشارات «الأصل» و«الجامع».

وحكي عن القاضي أبي علي النسفي رحمه الله أنه لا يوجب بطلان القضاء^(٢)،
فظن بعض مشايخنا أن ما ذكر القاضي الإمام مخالف لإشارات «الجامع» وليس
كذلك؛ لأن المراد من إشارات «الجامع» تفسيق ينشأ عن تكذيب المشهود له وإنه
يوجب بطلان القضاء، كما يمنع جوازه، وما قاله القاضي الإمام محمول على نفس
التفسيق، بأن يقول المشهود له: إنهم زنوا وشربوا الخمر، لا تفسيق ينشأ عن
التكذيب، ونفس التفسيق يمنع القضاء، أما لا يبطل القضاء، والله أعلم.



(١) لأنه نسبهما إلى الفسق.

(٢) قال: لأن الفاسق ربما يكون صادقًا ولهذا يصلح شاهدًا عندنا، فعلى اعتبار أنه كان صادقًا لا
يجوز إبطال القضاء على اعتبار أنه كان كاذبًا يجوز، فلا يجوز إبطال القضاء بالشك.

نوع [آخر]^(١):

وإذا ادعى رجل جارية في يدي رجل وقال: هذه الجارية كانت لي وشهد الشهود أنها له هل تقبل هذه الشهادة؟ لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب^(٢)، وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن هذا الاختلاف لو [وقع بين المدعي وبين]^(٣) الشاهدين [على العكس]^(٤)، بأن ادعى المدعي أنها له [وشهد الشهود أنها كانت له تقبل الشهادة فكذا ههنا، وكذلك لو وقع هذا الاختلاف]^(٥) بين الشاهدين، بأن ادعى أنها له^(٦) وشهد أحد الشاهدين أنها له، وشهد الآخر أنها كانت له لم يمنع قبول الشهادة، فكذا إذا وقع بين المدعي والشاهدين.

ومنهم من قال: لا تقبل وهو الأصح^(٧)، وعلى قياس قول هذا القائل إذا ادعى المدعي أنها له وشهد الشاهدان أنها كانت له ينبغي ألا تقبل الشهادة^(٨).

وإذا شهد الشهود أن هذا العين كانت ملك المدعي والمدعي يدعي الملك في الحال تقبل شهادتهم^(٩).

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الأصل.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ز.

(٧) لأن دعوة المدعي إنما كانت له إقرار منه دلالة أنه لا ملك له في الحال إذ لا فائدة للمدعي في الإسناد مع قيام الملك له في الحال سوى نفي الملك في الحال، وهذا لأنه كما لا يعلم ثبوت ملكه يقيئاً يعلم بقاء ملكه يقيئاً، فيكون دعواه الملك فيما مضى نفيًا للملك في الحال حتى يكون الإسناد مفيداً، بخلاف الشاهد؛ لأن إسناده لا يدل على النفي للحال، لأن له فائدة سوى النفي في الحال، وهو أن يشهد بما عاين من سبب الملك بيقين، ولا يشهد ببقاء الملك في الحال؛ لأن بقاء الملك في حقه للحال ثابت باستصحاب الحال، والشاهد قد يحترز عن الشهادة بما ثبت عنده من استصحاب الحال،

(٨) لأن إسناد المدعي دليل على نفي الملك في الحال، فلو نفى المدعي الملك للحال، وشهد شاهدان أنها كانت له لا تقبل الشهادة كذا ههنا.

(٩) لأن شهادتهم تثبت الملك في زمان الماضي، وما عرف ثبوته في زمان يحكم ببقائه ما لم

وعلى هذا إذا ادعى [المدعي]^(١) عيّنًا ملكًا مطلقًا فشهد الشهود له بسبب الملك ، بأن شهدوا أن [المدعي]^(٢) ورثها من أبيه ، ولم يتعرضوا للحال [بأن لم يقولوا : هو ملكه للحال ، تقبل الشهادة ويقضى بالعين للمدعي .

وكذلك إذا ادعى رجل نكاح امرأة بأن قال : هذه امرأتي أو قال : هذه منكochتي والشهود شهدوا أنه كان زوجها]^(٣) ، ولم يتعرضوا للحال بأن [لم]^(٤) يقولوا : إنها منكochته في الحال فالقاضي يقبل الشهادة ، ولكن ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود في^(٥) مسألة الإرث والشراء هل تعلمون أنها خرجت عن ملكه . والله تعالى أعلم .



= يوجد المزيل ، ولا يقال بأن شهادة الشهود بالملك في الماضي دليل على نفي الملك في الحال لأننا نقول : هذا ممنوع .

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) بدل ما بين المعقوفين في أ ، ز : أو شهدوا أنه اشتراها من فلان وفلان يملكها

(٤) سقط في أ ، ز .

(٥) في ز : وفي .

نوع آخر:

إذا ادعى رجل داراً في يدي رجل وجاء بشاهدين شهدا أن هذه الدار كانت في يدي هذا المدعي، لا تقبل هذه الشهادة، ولا يقضى للمدعي بشيء في ظاهر الرواية.

وروى أصحاب «الأمالي» عن أبي يوسف رحمه الله: أنها تقبل ويقضى بالدار للمدعي، ولو شهدوا على إقرار المدعى عليه أنها كانت في يد المدعي، فإنه تقبل هذه الشهادة ويأمره القاضي بالتسليم إلى المدعي، وكذلك إذا عاين القاضي كونه في يد المدعي أمس يأمره بالتسليم إلى المدعي، وكذلك إذا شهدوا أنها كانت في يد المدعي أخذها منه هذا المدعى عليه، فإنه يؤمر بالتسليم إلى المدعي.

وكذلك إذا تنازع رجلان في دار، كل واحد يدعي أنها له وفي يديه، وأقاما البينة على أنها كانت في أيديهما، فإن القاضي يقضي بكون الدار في أيديهما للحال^(١). وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: في أجمرة أو غيضة^(٢) تنازع فيها فريقان، كل فريق يدعي أنها له وفي يده، فشهد الشهود لأحد الفريقين أنها في يده، أو شهدوا لهما أنها في أيديهما، فإن لم يسألهم القاضي عن تفسير ذلك، ولم يزيدوا عليه فهو مستقيم، وإن سألهم عن تفسير ذلك فهو أوثق وأحسن^(٣). ثم بيّن ما تُعرف به اليد على الغيضة^(٤) والأجمرة فقال في الغيضة^(٥): إذا كان

(١) لأن هناك القاضي لم يتيقن بزوال يدهما، بخلاف ما إذا كانت في يد ثالث. وحقيقة الفقه في ذلك، وهو أن اليد إذا كانت ثابتة للغير بيقين، لا يجوز نقضها بحجة محتملة، فإذا كانت الدار في يد ثالث فاليد للمدعى عليه ثابتة بيقين، ولا حاجة إلى نقضها، ويد المدعي فيما مضى محتملة فلا يجوز نقض يد المدعى عليه الثابت بيد محتملة للمدعي فيما مضى، فأما إذا لم تكن الدار في يد ثالث، فليس في جعلها في أيدي المدعين إبطال يد ثابتة بيقين، فكان القضاء بكونها في أيديهما، وقد قام لهما نوع دليل أولى من جعلها في يد الغير وليس عليه دليل.

(٢) في ز: غيط.

(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤٦٦/٨).

(٤) في ز: الغيط.

يقطعون الأشجار ويبيعونها، أو ينتفعون بها منفعة أقرب^(١) من هذا أو ما أشبهه، فهذا مما يستدل به على أنها في أيديهم، وقال في الأجمة: إذا كانوا يأخذون القصب ويقطعونها للصرف إلى حوائجهم أو للبيع أو ما أشبه ذلك، فهذا مما يستدل به على أنها في أيديهم^(٢).

قال محمد رحمه الله: وإذا تنازع الرجلان في دار، كل^(٣) واحد منهما يدعي أنها في يديه، فأقام أحدهما بيّنة أنهم رأوا دابته في هذه الدار، ورأوا غلمانه يدخلونها ويخرجون منها، فالقاضي لا يقضي باليد للذي شهد له الشهود بما وصفنا حتى يقولوا: وكانوا سكاناً فيها، فإذا قالوا ذلك، قضيت بأنها في يد صاحب الغلمان والدواب^(٤). والله تعالى أعلم.



- (٥) في ز: الغيط.
- (١) في أ، ز: تعرف.
- (٢) وهذا لأن اليد في عرف لسان الفقهاء القدرة على التصرف من حيث الآلة واليد التي هي دليل الملك والقدرة على التصرفات التي تختص بالملك، يعني به: الانتفاع المطلوب من العين من غير منازع، فإذا شاهدنا قدرته على الانتفاع بالعين انتفاعاً بطلت من ذلك العين علمنا أن اليد الذي هو دليل الملك ثابت في حقه. إذا ثبت هذا فنقول: الانتفاع المطلوب من الأجمة والغبضة الحطب والقصب لا الزراعة والسكنى، فإذا شاهدناهم يقطعون الشجر والقصب، ويصرفونه إلى حاجة أو يبيعونه أو ما أشبه ذلك من غير منازع، علمنا أن اليد الذي هو دليل الملك ثابت في حقهم.
- (٣) في ز: وكل.
- (٤) وهذا لما ذكرنا أن العبرة في هذا الباب القدرة على الانتفاع بما هو المطلوب من العين، والدار لا تتخذ لدخول الغلمان وخروجهم منها ولربط الدواب فيها، وإنما تتخذ للسكنى فيها، فما لم يشهدوا بذلك لم يشهدوا باليد عليها.

الفصل الحادي والعشرون

في الاختلاف الواقع بين الشاهدين

قال محمد رحمه الله في كتاب العَصْب: وإذا ادعى رجل جارية في يدي رجل، وجاء بشاهدين شهد أحدهما أنها جاريته غضبها منه هذا، وشهد الآخر أنها جاريته، ولم يقل: غضبتها منه هذا، قبلت شهادتهما^(١) وإن شهد أحدهما أنها جاريته، وشهد الآخر أنها كانت جاريته تقبل هذه الشهادة أيضًا ويقضى بالجارية للمدعي^(٢). وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنها كانت في يده، وشهد الآخر أنها في يده، فإنه لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة [رحمه الله،] وقد شهدا له باليد في الحال^(٣)[^(٤)].

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في الرجل يشهد له الشاهدان على رجل بمال، فشهد أحدهما على ألف [وخمسمائة، والمدعي يدعي الألف]^(٥)، فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة. يجب أن يعلم بأن موافقة الشاهدين فيما شهدا به شرط جواز القضاء بشهادتهما؛ لأن القضاء إنما يجوز بالحجة، [والحجة شهادة المثني، فيما لم يتفقا على ما شهدا به لا توجد الحجة]^(٦) وهي شهادة بلا حجة^(٧)، وبدون الحجة لا يقطع الحكم، وإذا ثبت أن الموافقة شرط كانت المخالفة مانعة للقبول.

(١) لأنهما شهدا جمعًا بمطلق الملك.

(٢) لأنهما اتفقا على الملك له في الحال، لأن أحدهما شهد أنها له وهذا اللفظ للحال، والآخر شهد أنها كانت له، وما ثبت للمشهود له من الملك يبقى إلى أن يوجد المزيل، فقد اتفقا على الحال من هذا الوجه فتقبل شهادتهما.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) سقط في أ، ز، والمثبت من المحيط.

(٧) في أ: المثني.

فبعد ذلك نقول: إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ والمعنى لا تقبل الشهادة، وإن كانت المخالفة في اللفظ دون المعنى، تقبل الشهادة، وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية، وهذا؛ لأن نفس اللفظ ليس بمقصود في الشهادة، بل المقصود ما تضمنه اللفظ، وهو ما صار اللفظ علمًا عليه، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تصير المخالفة فيما سواها.

جئنا إلى بيان حكم المسألة فنقول: لا يخلو إما أن يدعي المدعي أقل المالين ألف درهم أو يدعي أكثرهما ألفًا وخمسمائة، فإن ادعى أكثر المالين تقبل شهادتهما على الألف^(١)، وإن ادعى أقل المالين لا يقضى بشهادتهما أصلاً، [لأن المدعي صار مكذبًا أحد شاهديه، وهو الذي شهد بالأكثر، فلم يبق له إلا شاهد واحد فلا يقضى بهذه الشهادة إلا]^(٢) إذا وافق المدعي، فقال: كان لي على هذا المدعي عليه ألف وخمسمائة كما شهد به هذا الشاهد، إلا أنه قضاني خمسمائة ولم يعلم هذا الشاهد به، فإذا وافق على هذا الوجه يزول التكذيب، ويقضى بشهادتهما.

وفي «نوادير بشر» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل ادعى على رجل ألف درهم، فشهد له شاهد بألف درهم، وشهد آخر بألف وخمسمائة فالقاضي يسأل المدعي: أكان لك عليه في الابتداء ألف وخمسمائة واستوفيت خمسمائة، أو أبرأته عن خمسمائة، أو لم يكن لك عليه من الابتداء إلا ألف درهم؟ ويبني الحكم على قوله، وعلى هذا إذا شهد أحدهما بمائة وشهد آخر بمائة وخمسين، إن كان المدعي يدعي مائة لا تقبل الشهادة أصلاً، وإن كان يدعي مائة وخمسين تقبل الشهادة على مائة، وأما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، أو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين، والمدعي يدعي أكثر المالين، لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً، وعندهما: تقبل على الأقل وهو الألف، ولو كان هذا الاختلاف بين الشاهدين في

(١) لأنهما اتفقا على الألف لفظًا ومعنى، إلا أن أحدهما عطف عليه زيادة، فتقبل شهادتهما على ما اتفقا عليه وهو الألف، وانتفت الزيادة لتفرد أحد الشاهدين بها.

(٢) سقط في أ، ز.

الألفين بأن ادعى رجل دراهم في كيس فقال: جميع ما في الكيس لي وهو ألفا درهم، وشهد الآخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم، تقبل الشهادة على الألف بالإجماع، ذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب الاكراه.

وإذا شهد أحدهما بتطبيقه والآخر بتطليقتين، فهو على هذا الخلاف أيضًا^(١). ولو شهد أحدهما بخمسة وعشرين وشهد الآخر بعشرين، والمدعي يدعي خمسة وعشرين، تقبل الشهادة على العشرين.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ما إذا شهد أحدهما بخمسة عشر، والآخر بعشرة، والمدعي يدعي خمسة عشر، حيث لا تقبل الشهادة عنده أصلاً^(٢).

وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم إلا أن أحدهما قال: إنه سود، وقال الآخر: بيض، وللبيض فضل على السود، فإن كان المدعي يدعي السود، لا تقبل شهادتهما^(٣) أصلاً^(٤)، إلا أن يوفق المدعي فيقول: كان لي عليه بيض كما شهد به هذا الشاهد إلا أنني أبرأته عن صفة الجودة، وعلم به ذلك الشاهد ولم يعلم به هذا

(١) وجه قولهم: أنهما اتفقا على الأقل لأن الذي شهد بالألفين وبالمئتين وبالتطليقتين شاهد بالألف وبالمائة وبالطلقة، لأن في الألفين ألف وفي المئتين مائة وفي الطلقتين طلقة لا محالة، فهو معنى قولنا: اتفقا على الأقل فتقبل الشهادة على الأقل كما في المسائل المتقدمة، وكما في تطليقة ونصف تطليقة، أو تطليقة وتطليقة، ولأبي حنيفة أنهما اختلفا لفظاً ومعنى، أما لفظاً فظاهر؛ لأن لفظ الألفين غير لفظ الألف، فكذا لفظ المئتين غير لفظ المائة، وأما معنى؛ فإن ما يراد بالمشئى غير ما يراد بالواحد، وإذا ثبت الاختلاف لفظاً ومعنى لا يثبت واحد منهما، إذ ليس في كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وقوله: بأن الألف في الألفين والمائة في المئتين قلنا: نعم إذا ثبت الألفان والمئتان ولم يثبت ههنا، لأنه لم يقم عليه إلا شاهد واحد،

(٢) الفرق: أن خمسة عشر اسم واحد، وإنه غير العشرة لفظاً ومعنى، فلم يتفقا على أقل المالين لفظاً ومعنى، فأما الخمسة والعشرون فاسمان مختلفان، ألا ترى كيف عطف أحدهما على الآخر، والعطف يقتضي المغايرة، فاتفقا على أقل المالين، فجاز أن يقضي بشهادتهما بالأقل.

(٣) في أ: شهادته.

(٤) لأنه ادعى أقل المالين فصار مكذباً الشاهد الذي شهد بالبيض، فلا تقبل شهادتهما.

الشاهد، فإذا وفق على هذا الوجه تقبل شهادتهما على السود^(١)، وإن كان يدعي البيض تقبل شهادتهما على السود^(٢).

وكذلك هذا الحكم في جميع المواضع في الجنس الواحد إذا اتفقا على قدر أو وصف، واختلفا فيما زاد على ذلك تقبل الشهادة فيما اتفقا عليه إن ادعى المدعي أفضلهما، وإن ادعى أقلهما لا تقبل شهادتهما أصلاً، فأما إذا اختلف الجنس لا تقبل شهادتهما، إذا اختلفا كيف ما اختلفا، بأن شهد أحدهما مثلاً على كر حنطة والآخر [على كر شعير؛ لأن الشعير غير الحنطة، فلم يتفقا على شيء واحد، إنما على الحنطة شاهد واحد وعلى الشعير كذلك، ولا يقضى بشهادة الفرد في موضع ما. وإذا شهد أحدهما بتطليقة بائنة، وشهد الآخر بثلاث تطليقات، فهي تطليقة واحدة يملك الرجعة عندهما؛ لأن الشاهدين اتفقا على تطليقة واحدة فيثبت ما اتفقا عليه، ثم اختلفا في صفة هذه التطليقة، شهد شاهد الثلاثة بهذه الطلقة خالية عن صفة البينونة؛ لأن صريح الطلاق لا يفيد البينونة للحال، وإذا أوجد الثلاث فالبينونة مضافة إلى الطلقة الأخيرة، ولم يقض بالطلقة الأخيرة بعد، والشاهد الآخر شهد بكونها بائنة، فقد شهدا بأصل هذه الطلقة، وتفرد أحدهما بصفة البينونة فلم تثبت صفة البينونة، وصريح الطلاق العاري عن صفة البينونة يكون رجعيًا.

ولو شهد ثلاثة، شهد أحدهم بتطليقة واحدة، وشهد آخر بتطليقتين، وشهد آخر بثلاث تطليقات، وقد دخل بها فهي طالق ثلاثاً؛ لأن الشاهد بالثلاث والشاهد بالثلاثتين اتفقا على الطلقتين، فيقضى بوقوع ما اتفقا عليه، فيقع تطليقتان بقي الشاهد بالثلاث شاهداً بتطليقة أخرى، وقد انضم إلى شهادته شهادة الذي شهد أولاً بتطليقة، فتقع هذه الطلقة بشهادتهما أيضاً فتقع ثلاث تطليقات لهذا، وإن كان لم يدخل بها تقع تطليقتان، لأننا لما قضينا بوقوع التطليقتين فقد بانت منه، ولا يتصور

(١) لأنه زال التكذيب.

(٢) لأنهما اتفقا على الأقل لفظاً ومعنى، ولم يصر المدعي مكذباً أحدهما، فلا بد من قبول شهادتهما على ما اتفقا عليه.

وقوع تطليقة أخرى بعد ذلك، فلهذا قال: تقع تطليقتان.

قال في كتاب «الأقضية»: وإذا شهد شاهدان على إقرار رجل بدين أو قتل أو براءة من مال أو كفالة بمال أو بنفس، أو حوالة أو ما أشبه ذلك واختلفا في الساعات والأيام والشهور والسنين والبلدان، فالشهادة مقبولة فلا يضرهما هذا الاختلاف. يجب أن يعلم بأن الشاهدين إذا اتفقا على المشهود به، لكنهما اختلفا في الزمان والمكان، فإن كان المشهود به فعلاً لا تقبل شهادتهما؛ لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان ومكان آخر، فقد اختلف المشهود به، واختلفاهما في المشهود به يمنع القضاء بشهادتهما، وإن كان المشهود به قولاً فإن كان قولاً يستغني صحته عن الفعل نحو الإقرار وما أشبهه فإن كان هذا القول مما كان صيغته الإنشاء والإقرار فيه واحد كالبيع والطلاق، فإنه يقول في الإنشاء: بعث وطلقت وكذلك في الإقرار تقول: طلقت وبعث فإذا اختلفا في الزمان والمكان فيه لا يمنع ذلك قبول شهادتهما؛ لأن الإقرار يعاد ويكرر وكان الثاني عين الأول فلم يختلف المشهود به باختلاف المكان أو الزمان، وكذلك في البيع والطلاق وما أشبهه؛ لأن الثاني يكون إقراراً بما سبق منه من الإنشاء والمقرّ به ليس غير الأول فأمكن القضاء به بشهادتهما، فأما إذا كانت صيغة الإنشاء والإقرار به مختلفاً، نحو القذف فإنه يقول في إنشاء القذف: يا زاني، وفي الإقرار يقول: قذفت فلاناً بالزنا، فإذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان فيه لا تقبل شهادتهما عند أبي يوسف ومحمد لما تبين.

وإن كان المشهود به قولاً كان الفعل شرطاً لصحته كالنكاح، فإنه قول ولكن حضور الشاهدين شرط صحته، وإنه فعل، فإذا اختلف الشاهدان في الأوقات والأماكن فيه، لا يقضي بشهادتهما؛ لأنه لما لم يتصور وجود النكاح الصحيح إلا بوجود الفعل كان اختلافهما في الزمان والمكان فيه نظير اختلافهما في الزمان والمكان، فيما إذا كان المشهود به فعلاً؛ وقد ذكرنا ثمة أنه لا يجوز القضاء

بشهادتهما كذا ههنا .

وإن كان المشهود به فعلاً واختلفاً في آلة ذلك الفعل، بأن شهدا بالقتل، غير أن أحدهما شهد بالقتل بالعصا، وشهد الآخر بالقتل بالسيف لا تقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به مختلف، فالقتل بالعصا غير القتل بالسيف حقيقةً وحكمًا، واختلافهما في المشهود به يمنع القضاء بشهادتهما .

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة فنقول: إذا شهد شاهدان على إقرار الرجل بدين أو قتل أو براءة من مال أو كفالة بمال أو بنفس وأمثالها، واختلفاً في الساعات والأيام والشهور والسنين والبلدان، تقبل شهادتهما؛ لأن الإقرار مما يعاد ويكرر، ويكون الثاني عين الأول، فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهما، وكذلك إذا شهدا بالبيع واختلفاً في الزمان والمكان، قبلت شهادتهما لما ذكرنا، وكذلك إذا شهد أحدهما بالبيع والآخر على الإقرار بالبيع تقبل؛ لأن لفظ الإقرار والإنشاء في البيع سواء؛ لأنه يقول في الإنشاء: بعته، وكذلك يقول في الإقرار: بعته فلم يختلف المشهود به، فلا يمنع ذلك صحة الشهادة والقضاء بها .

وفي «المنتقى»: إذا شهد شاهدان على الإقرار بالمال، واختلفاً في المكان والأيام إنَّ على قول أبي حنيفة رحمه الله الشهادة مقبولة، قال أبو يوسف رحمه الله: هذا قياس، لكنني أستحسن فأبطل الشهادة بالتهمة ولكثرة الشهادات بالزور .

فإن قيل: أليس أن القرض فعل؛ لأنه إنما يتم الإقراض ويجب عليه ضمانه بالقبض، فصار كما لو شهد أحدهما على الفعل والآخر على الإقرار به، وثمة لا تقبل؟

قلنا: ليس كذلك بل القرض قول؛ لأن المستقرض إنما يصير مملوكًا للمستقرض، ويباح له التصرف بالقول وهو قوله: أقرضت، فإن المقرض وإن سلم إليه الدراهم وقبض لا يصير مضمونًا عليه ولا يملك التصرف فيه ما لم يقل أقرضت، فعرفنا أن الإقراض قول، وصيغة الإنشاء والإقرار فيه سواء؛ لأنه يقول في

الإقرار: استقرضت، كما يقول في الإنشاء، فلم يكن المشهود به مختلفاً فلا يمنع قبول الشهادة.

قال محمد رحمه الله في كتاب الرهن: وإذا شهد شاهدان على الرهن ومعاينة القبض، واختلفا في الزمان أو في المكان، فاعلم بأنه وقع في بعض رهن «الأصل»: أن الشهادة مقبولة ولم يذكر فيه خلافاً، ووقع في بعضها أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: تقبل هذه الشهادة، وعلى قول محمد رحمه الله: لا تقبل، وذكر في شهادات «الأصل»: أن هذه الشهادة لا تقبل عند محمد رحمه الله، وهو القياس، وعلى هذا الاختلاف، الهبة والصدقة والقبض في البيع الفاسد.

وإن شهدا على الإقرار بالقبض واختلفا في الزمان والمكان، تقبل الشهادة بلا خلاف، حجة محمد رحمه الله ظاهر أن هذه شهادة قامت على الفعل وهو القبض، فاختلف الشهود في المكان والزمان يمنع قبولها قياساً على القتل والغصب، بخلاف ما إذا شهدا على الإقرار بالقبض؛ لأن هناك الشهادة قامت على القول وهو الإقرار ولهما طريقان، أحدهما: يخص مسألة الرهن، والثاني: يعم المسائل.

أما الذي يخص الرهن؛ لأن الشهادة قامت على ما يعاد ويكرر، فاختلف الشهود من حيث الزمان والمكان لا يمنع قبولها قياساً على ما لو قامت على القول.

بيانه: أن القبض في باب الرهن مما يعاد ويكرر في زمن واحد، فإن المرتهن قد يعدّ الرهن من الراهن، أو يغصب منه الراهن، ويبقى الرهن على حاله، فيعيد المرتهن القبض مرة أخرى، ويكون القبض الثاني عين الأول من حيث الحكم؛ لأنه لا يعيد من الحكم، وهو الضمان إلا ما أوجبه القبض الأول، حتى إذا كان بقيمة الرهن وفاء بالدين وقت القبض الثاني إذا هلك يهلك بالدين، وكذلك إذا لم يكن بقيمة وفاء وقت القبض الأول وصار بقيمة وفاء وقت القبض الثاني، إذا هلك يعتبر قيمته يوم القبض الأول، فكان كالقول من هذا الوجه بخلاف القتل، فإنه لا يتكرر في شخص واحد والغصب إن كان يتكرر، إلا أن الثاني غير الأول حقيقة

وحكمًا؛ لأنه لا يفيد حكمًا آخر غير الأول؛ ألا ترى أنه لو ازداد قيمته بعد الغصب الأول فإنه يضمن الزيادة بالغصب الثاني وههنا بخلافه، ولكن هذه الطريقة لا تخرج عليها الهبة والصدقة، فإن القبض الأول أفاد الملك، والثاني لا يفيد الملك. والطريقة الثانية: أن القبض وإن كان فعلاً من حيث الحقيقة فهو قول حكمًا؛ لأن القبض في هذه العقود إنما يفيد حكمه باعتبار العقد المتقدم، فإن العقد المتقدم إذا كان هبة أو صدقة أفاد القبض الملك وإذا كان رهناً صار مضموناً بأقل من قيمته ومن الدين، وإنما تثبت هذه الأحكام بالقبض بسبب العقد المتقدم، لولا العقد المتقدم لصار غاصبًا بهذا القبض، فكان الفعل في هذه المسائل تبعًا للعقد؛ لأن ما يبنى على الشيء يكون تبعًا له، وحكم البيع حكم المبيع^(١) فيصير في حكم القول من هذا الوجه، بخلاف القتل والغصب؛ لأن ثبوت حكمهما ما كان باعتبار القول، حتى يجعل في حكم القول تبعًا للقول.

قال في كتاب الطلاق: إذا شهد أحد الشاهدين أنه طلقها يوم الخميس واحدة، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة واحدة، أو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة في رمضان، وشهد آخر أنه طلقها في شوال، تقبل هذه الشهادة؛ لأن الطلاق قول، والقول مما يعاد ويكرر، وصيغة الإنشاء والإقرار فيه واحد، فيكون الثاني عين الأول، فلم يوجب اختلافهما في الزمان اختلاف المشهود به، فلا يمنع ذلك قبول شهادتهما.

ولو شهد أحدهما أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد الآخر أنه طلقها في يوم النحر من ذلك العام بكوفة، لا تقبل شهادتهما لا لاختلاف المكان فقد ذكرنا أنه لا يمنع قبول الشهادة في الطلاق، ولكن؛ لأن القاضي قد يتيقن كذب أحد الفريقين، فإن الشخص الواحد لا يكون بمكة وكوفة في يوم واحد على مجرى العادة.

ولو شهدا على يومين متفرقين، وبينهما قدر سير الراكب من كوفة إلى مكة قبلت شهادتهما لجواز أن يكون في هذين اليومين في كلا الموضعين، فلم يبق إلا اختلاف

(١) في أ: المبيوع.

الشهود في المكان، وإنه لا يمنع قبول الشهادة في الأقوال كما قررنا، وصار هذا كما إذا قال أحدهما: طلقها في يوم الجمعة في داره، وقال الآخر: طلقها في هذا اليوم في بيته فإنه يقبل هذه الشهادة لما ذكرنا، كذا هذا.

قال في «الأصل»: وإذا شهد أحد الشاهدين أنه تزوج فلانة يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الخميس لا تقبل هذه الشهادة، وكذلك إذا اختلفا في المكان أو في الإنشاء والإقرار؛ لأن النكاح وإن كان قولاً إلا أنه يتضمن فعلاً وهو إحضار الشهود، فكان بمنزلة الفعل من حيث إنه لا صحة له بالفعل، واختلاف الشهود في المكان والزمان والإنشاء والإقرار في الأفعال يمنع قبول الشهادة.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف في شاهدين قال أحدهما: أشهدهني هذا منذ عشرين سنة أنه تزوج أمته هذه، وشهد الآخر^(١) أنه أشهدهني منذ أحد عشر سنة أنه تزوج أمته هذه، فالشهادة باطلة إن لم يشهد على العقد رجلان. وإن قال: أشهدهني منذ عشرين سنة ومعني غيري، [وقال الآخر: أشهدهني منذ أحد عشر سنة ومعني غيري]^(٢) فالشهادة جائزة.

وقد ذكر [في]^(٣) المسألة المتقدمة وهي مسألة «الأصل»: أن الشاهدين إذا اختلفا في النكاح في الأيام لا تقبل شهادتهما، ولم يفصل الجواب فيها على هذا التفصيل وهنا فصل، فإن كانت تلك الرواية محمولة على هذا التفصيل، فليس بينهما اختلاف، وإن كانت مطلقة من غير تفصيل كان فيه اختلاف الروايتين^(٤).

(١) من قوله: «على كر شعير؛ لأن الشعير...»، إلى هنا سقط من ز، والمثبت من المحيط البرهاني.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) وجه هذه الرواية: أنه إذا قال كل واحد منهما: ومعني غيري، فقد شهدا بنكاح صحيح عليم، إلا اختلافهما في الأزمان، والنكاح قول واختلاف الشهود في الزمان في الأقوال لا يمنع قبول الشهادة، كما إذا شهدا بالبيع واختلفا في الزمان، بخلاف ما إذا لم يقولا: كان معنا غيرنا؛ لأنه لما ثبت حضرة غيرهما فقد شهد كل واحد منهما على نكاح لم يحضره إلا

قال في كتاب الحدود: إذا شهد أحد الشاهدين على القذف، والآخر على الإقرار بالقذف، لا تقبل الشهادة، وهذا بلا خلاف.

ولو اتفقا على القذف واختلفا في [الزمان أو] ^(١) المكان، قال أبو حنيفة رحمه الله: تقبل هذه الشهادة ويقضى على القاذف بالحد، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا تقبل هذه الشهادة ^(٢).

= واحد، وإنه فاسد، والقاضي لا يقضي بالنكاح الفاسد فلا يسمع البينة عليه، فهذا لا تقبل شهادتهما. وجه رواية «الأصل»: أن النكاح إن كان قولاً ولكن شرط صحته بالفعل، وهو حضرة الشهود، فمنع الاختلاف فيه قبول الشهادة، كما لو شهدا بالفعل كالغصب ونحوه، واختلفا في الزمان، وهذا لأن اختلافهما في الزمان في الفعل إنما منع قبول الشهادة؛ لأنه يوجب اختلاف المشهود به؛ لأن الفعل لا يعاد ولا يكرر، فكان الموجود في الزمان الثاني غير الموجود في الزمان الأول، بخلاف القول فإنه يعاد ويكرر، فكان الموجود في الزمان الثاني غير الأول، فلم يختلف المشهود به، فإذا كان قولاً شرط صحته بالفعل، ولا وجود له على صفة الصحة بدون ذلك الفعل يصير مختلفاً لاختلاف الفعل ضرورة، فاختلف الزمان يوجب اختلاف الفعل، فوجب اختلاف هذا القول فاختلف المشهود به، فلا تقبل شهادتهما.

(١) سقط في أ.

(٢) وجه قولهما: أن المشهود به إن كان متحداً باعتبار الإعادة والتكرار لأن المشهود به كلام، والكلام مما يعاد ويكرر، ويكون الثاني غير الأول فهو مختلف من حيث الحقيقة، لأن تكلمه بالقذف يوم الجمعة غير تكلمه بالقذف يوم السبت حقيقة، فباعتبار الحقيقة تثبت شبهة البينة في المشهود به، والشبهة في باب الحد كالحقيقة. والدليل عليه أنه لو شهد أحدهما بالقذف بالعربية، وشهد الآخر بالقذف بالفارسية لا تقبل الشهادة وإن اتحد المشهود به من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار في الكلام، لأن الكلام قد يكون بلغتين مختلفتين ويراد بالثاني عين الأول إلا أنهما اختلفا من حيث الحقيقة، فتثبت شبهة البينة باعتبار الحقيقة، والدليل عليه أنه إذا شهد أحدهما بالإقرار والآخر بالإتشاء لا تقبل الشهادة، وإن اتحد المشهود به باعتبار المعنى كذا ههنا، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن في حد القذف حق الله تعالى، وحق العبد، وشبهة البينة لا تمنع القضاء بما هو خالص حق العبد متى يثبت الاتحاد من حيث المعنى، كما في الطلاق والعتاق والبيع ويمنع القضاء بما هو خالص حق الله تعالى من الحدود، فيوفر على الشبهين حظهما، فنقول: متى ثبت الاتحاد في المشهود به من وجهين وثبتت البينة من وجه واحد، فإنه يجب القضاء عملاً بحق العبد، ومتى ثبتت البينة في المشهود به من وجهين، وثبت الاتحاد من وجه واحد، فإنه لا يجب القضاء عملاً بحق الله تعالى، وفيما تنازعنا فيه الاتحاد في المشهود به ثابت، من وجهين من حيث

وإذا شهد أحد الشاهدين على القتل، والآخر على إقرار القاتل بالقتل، لا تقبل هذه الشهادة^(١)، وكذلك لو اتفقا على القتل، واختلفا في المكان أو الزمان، لا تقبل الشهادة^(٢).

وكذلك كل ما يكون من باب الفعل نحو الشجة وغير ذلك فاختلاف الشهود في الإنشاء، أو في الإقرار، أو في الزمان، أو في المكان يمنع قبول الشهادة. وكذلك إذا اختلفا في الآلة التي كان بها القتل، بأن شهد أحدهما أنه قتله بحجر، وقال الآخر: قتله بعصا كبيرة، أو شهد أحدهما أنه قتله بالعصا وشهد الآخر أنه قتله بيده، لا تقبل الشهادة^(٣).

وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قتله عمدًا وشهد الآخر أنه قتله خطأ لا تقبل

المعنى باعتبار الإعادة والتكرار باعتبار اللفظ والصيغة، وهو كلمة القذف، فانه قال في الوقتين جميعًا: يا زاني وإنها تثبت البينة من وجه واحد من حيث الحقيقة، فإن تكلمه يوم الجمعة بهذه الكلمة غير تكلمه بها يوم السبت، وبثبوت البينة من وجه لا يمنع القضاء لما فيه من حق العبد، فأما في الفارسية غير تكلمه بالعربية، فإنما ثبت الاتحاد من وجه واحد باعتبار الإعادة والتكرار، فيرجح جانب البينة فامتنع القضاء بحق الله تعالى؛ لأن معظم الحق في هذا الحد لله تعالى، فكذلك في الإنشاء والإقرار البينة تثبت من وجهين: من حيث التكلم ومن حيث اللفظ، فإن كلمة الإنشاء في القذف غير كلمة الإقرار في الإنشاء، تقول: زנית، أنت زان، وفي الإقرار تقول: قذفته بالزنا، ففيما قال أبو حنيفة في حد القذف عمل بالشبهين لحق الله تعالى وحق العبد بقدر الإمكان، وهما أسقطا باعتبار حق العبد في باب القذف عند اختلاف الشاهدين في الشهادة أصلاً وألحقاه بالحدود الخالصة لله تعالى، ومهما أمكن العمل بالحجتين في المواضع لا يجوز تعطيل أحدهما، فكان ما قاله أبو حنيفة رحمه الله أولى من هذا الوجه.

- (١) لأن القتل فعل والإقرار قول، والقول غير الفعل فاختلف المشهود به.
- (٢) لأن المشهود به قد اختلف، لأن الفعل الثاني غير الفعل الأول حقيقةً وحكمًا أما حقيقةً فظاهر؛ لأن الأول حركات مضت، والثاني حركات يحدثها الآن وأما حكمًا؛ فلأنه لا يمكن أن يجعل الثاني إخبارًا عن الأول حتى يصير تكرارًا للأول وإعادة له؛ لأن الإخبار عن الفعل بالفعل لا يكون، فكان الثاني فعلاً آخر غير الأول حقيقةً وحكمًا.
- (٣) لأن المشهود به قد اختلف، لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، ولأن القتل الواحد لا يتصور بالثنين كما لا يتصور في زمانين أو في مكانين.

شهادتهما^(١)، وإن قال أحدهما: قتله بالسيف، وقال الآخر: لا أحفظ الذي كان به القتل، لا تقبل شهادتهما^(٢).

قال في كتاب الإجارة^(٣): كل شهادة على فعل اختلف فيه الشاهدان في المكان، فإنها لا تقبل إلا مسألة واحدة ذكرها داود بن رشيد^(٤) عن محمد، [صورتها]^(٥): ذمي شهد عليه شاهد أنه رآه يصلي في مسجد بني زائدة شهراً، وشهد آخر أنه رآه يصلي في مسجد بني عامر شهراً، أو شهد أحدهما أنني رأيته يصلي بالكوفة سنة، وقال الآخر: رأيته يصلي بالشام، فإني أجزى شهادتهما وأجبره على الإسلام، ولكن لا أقتله.

قال محمد رحمه الله في «المأذون الكبير»: وإذا لحق العبد دين فقال المولى: عبدي محجور عليه، وقال الغرماء: هو مأذون، فالقول قول المولى: فإن جاء الغرماء بشاهدين، شهد أحدهما أن المولى أذن له في شراء البر، وشهد^(٦) الآخر: أنه أذن^(٧) له في شراء الطعام فشهادتهما جائزة، وكذلك لو شهد أحدهما أن المولى قال له: اشتر البر وبع، وشهد الآخر أن المولى قال له: اشتر الطعام وبع، تقبل الشهادة^(٨).

(١) لأن المشهود به مختلف؛ لأن العمد غير الخطأ وحكهما مختلف،

(٢) لأن الذي قال: لا أحفظ أقر على نفسه بالغفلة والنسيان، وإنه يبطل الشهادة،

(٣) في ز: الآحاد.

(٤) هو: داود بن رشيد الهاشمي مولاهم أبو الفضل الخوارزمي، سكن بغداد قال أبو حاتم صدوق، وكان ابن معين يوثقه، وذكره ابن حبان في الثقات؛ وقال ابن سعد: ثقة كثير الحديث؛ وقال الدارقطني: ثقة نبيل، مات في شعبان سنة ٢٣٩هـ.

ينظر: التاريخ الكبير (٣/٢٤٤)، الجرح والتعديل (٣/٤١٢)، الثقات (٨/٢٣٦)، تاريخ بغداد (٨/٣٦٧)، تهذيب التهذيب (٣/٦، ٧).

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: وقال.

(٧) في أ، ز: شهد.

(٨) لأنهما اتفقا على ما يوجب الإذن وهو قول المولى: اشتر وبع، واختلفا فيما لا يحتاج إليه لصحة الإذن فيثبت بشهادتهما ما اتفقا عليه. يوضحه: وهو أن قوله: اشتر البر وبع، إذن في =

ولو شهد أحدهما أنه أذن له في شراء البر، وشهد الآخر أنه رآه يبيع ويشترى فسكت، لا تقبل شهادتهما؛ فلا^(١) يثبت الإذن^(٢).

ولو شهد أحدهما أن المولى رآه يشتري البر ويبيع ولم ينهه عن ذلك، وشهد الآخر أنه رآه يشتري الطعام ولم ينهه عن ذلك، لا تقبل الشهادة^(٣).

قال في كتاب السرقة: إذا شهد شاهدان على رجل بسرقة بقرة، واختلفا في لونها، فقال أحدهما: هي بيضاء، وقال الآخر: هي سوداء، قال أبو حنيفة رحمه الله: تقبل شهادتهما.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا تقبل شهادتهما. وذكر الكرخي في كتابه هذا الاختلاف في لونين يتشابهان^(٤) كالحمرة والصفرة، وفي لونين لا يتشابهان، ذكر أن الشهادة لا تقبل إجماعاً، والأصح أن الخلاف في كل واحد^(٥).

= جميع التجارات، فكل واحد منهما كان شاهداً بالإذن في عموم التجارات معني، فتثبت الموافقة بينهما.

- (١) في ز: ولا.
 (٢) لأنهما شهدا بأمرين مختلفين، شهد أحدهما على القول، وشهد الآخر على الفعل.
 (٣) في ز: شهادتهما، واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسألة، فعبارة بعضهم أن كل واحد منهما شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به صاحبه، ولم يثبت كل واحد منهما لعدم الحجة فلا يثبت الإذن بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه أذن له في شراء البر وشهد الآخر أنه أذن له في شراء الطعام؛ لأن هناك انعقد على شيء واحد وهو قول المولى: اشتر وبيع، وعبارة بعضهم أن الإذن هنا إنما يثبت بالرؤية وترك النهي، والرؤية لا تتحقق بدون المرئي ولم يكن إثبات المرئي هنا؛ لأن المرئي شراء البر وشراء الطعام، وليس على كل واحد من الشرائين إلا شاهد واحد، وإذا لم يمكن إثبات المرئي وهو الشراء لم يثبت الإذن بخلاف تلك المسألة؛ لأن هناك الإذن يثبت بقول المولى: أذنت له أو بقوله: اشتر وبيع وقد أمكن إثبات ذلك؛ لأن الشاهدين اتفقا عليه.

(٤) في ز: متشابهين.

(٥) وجه قولهما: أن المشهود به قد اختلف من حيث الحقيقة على وجه لا يمكن التوفيق، فلا تقبل الشهادة، كما لو شهد أحدهما أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق ثوراً أو شهد أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق حمزاً، والدليل عليه إذا شهدا بالغصب واختلفا في لون

ولو اختلفا في البقرة والحمار^(١)، واختلفا في صفة الذكورة والأنوثة، فإنه لا تقبل شهادتهما^(٢).

قال: ولو شهدا على رجل بسرقة ثوب وقال أحدهما: إنه هروي، وقال الآخر: إنه مَرَوِي، ففيه اختلاف النسخ^(٣)، ففي نسخ أبي سليمان ذكر هذه المسألة على الخلاف الذي ذكرنا في البقرة، وفي نسخ أبي حفص ذكر أن الشهادة لا تقبل عندهم، قال: أبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة، وفيما إذا اختلفا في لون البقرة على ما ذكره [في نسخ أبي حفص^(٤)]^(٥).

= البقرة فإنه لا تقبل الشهادة، مع أن الدعوى هناك في الضمان، والضمان لا يندرى بالشبهات؛ فلأن لا تقبل الشهادة على السرقة، وقد تعلق بها ما يندرى بالشبهات أولى. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: اختلفا فيما لم يكلفا نقله؛ لأن بيان لون البقرة ههنا ليس من صلب الشهادة حتى لو سكتا عن بيانه فالقاضي لا يكلفهما ذلك ويقضي بشهادتهما، والتوفيق ممكن هنا بأن كان إحدى شقيها بيضاء والأخرى سوداء قلنا: والاختلاف فيما لم يكلف الشاهد نقله إذا أمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة، فإن قيل: التوفيق على هذا الوجه غير ممكن، لأن تلك البقرة تسمى بلقاء ولا تسمى سوداء ولا بيضاء، قلنا تلك البقرة إنما سمي في حق من يعرف قيام كلا اللونين، أما في حق من لم يعرف إلا قيام لون واحد فهو على ذلك اللون عنده، وتسميتها بذلك اللون، وشهود السرقة لا يمكنهم أن يقربوا من السارق ليتأملوا كل جانب من البقرة، إنما ينظرون من بعيد فلا يمكنهم الوقوف على قيام اللونين بخلاف الغصب، لأن الغصب يقع جهازاً، فيمكن للشاهد أن يقرب من الغاصب فيتأمل جميع ألوان المغصوب، فلا يشتغل بالتوفيق في حقه.

(١) لأن ذلك اختلاف فيما كلفا نقله.
 (٢) لأن التوفيق هناك غير ممكن لأن الحيوان لا يجتمع فيه صفة الذكورة والأنوثة، وشيء من صفات العين لا تدل على ذلك حتى يصح الاستدلال عليه من بعيد فلا يحل له البيان، فلاشتعال بالبيان يدل على أنه قرب من البقرة، وعند القرب لا يقع الاشتباه فلا يشتغل بالتوفيق. فإن قيل: الاشتغال بالتوفيق بين كلام الشاهدين احتمال لإيجاب الحد وهو القطع، والحد مما يحتال لدرته. قلنا: الشهادة حجة من حجج الشرع والأصل في حجج الشرع قبولها لا ردها، فلاشتغال بالتوفيق لصيانة الحجة عن الإبطال لا لإيجاب الحد، ثم إذا وقعنا وقبلت الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصداً.

(٣) في أ: المشايخ.

(٤) الفرق: وهو الهروي والمرووي جنسان مختلفان، والشهود كلفوا قبل بيان الجنس، فقد اختلفوا فيما كلفوا نقله، فلا تقبل شهادتهم، فأما لم يكلفوا نقل لون البقرة فذاك اختلاف فيما لم يكلفوا نقله.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: إذا شهد شاهد على رجل أنه أقر أن لهذا على المدعى عليه ألف درهم من قرض، وشهد الآخر أنه أقر [أن]^(١) هذا المدعي أودعه^(٢) ألف درهم، قال: هذا جائز، ومعنى المسألة: أن المدعي يدعي عليه ألف درهم ديناً مطلقاً من غير أن يتعرض لسبب، فأما إذا ادعى أحد السببين فقد كذب أحد شاهديه، فلا تقبل شهادتهما^(٣)، فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا لم يشهد الشهود على إقراره، ولكن شهد أحدهما أن لهذا المدعي عليه ألف درهم من قرض، وشهد الآخر أن لهذا المدعي عنده ألف درهم وديعة [أنه]^(٤) لا تقبل شهادتهما^(٥).

قال في كتاب الإجازات: رجل ادعى على رجل أنه أجز عبده، وجحد رب العبد، فأقام المستأجر شاهدين شهد أحدهما أنه استأجره بخمسة، وهو يدعي أربعة

(٥) سقط في أ.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) في ز: أن عليه.

(٣) دلت هذه المسألة أن المدعي إذا ادعى الدين مطلقاً وشهد له الشهود بالسبب أن الشهادة تقبل.

(٤) سقط في ز.

(٥) وجه الفرق: أن الشهادة على الإقرار إذا قبلت صار المشهود به كالمعائن، فصار كأنه أقر، ثم في الإقرار الاختلاف في السبب لا يمنع وجوب المال حتى إذا قال المقر: إن له علي ألف درهم من قرض، وقال الطالب: لا، بل من بيع لا يكون هذا الاختلاف مانعاً من وجوب المال، ولم يكن ذلك تكذيباً للمقر، فأما اختلاف السبب في الشهادة مانع قبول الشهادة. والفرق: أن الشهادة لا تكون ملزمة بنفسها فلا تكون لها صحة إلا عند اتصال القضاء بها، فلا بد للقضاء بالمال من سبب، لأن الحكم لا يمكن إثباته إلا بسبب، ومع اختلافهما في السبب لا يمكن القضاء به، فأما الإقرار حجة ملزمة فلا حاجة فيه إلى إثبات السبب إنما الحاجة إلى إثبات الحكم، وقد ثبت الحكم بشهادتهما على الإقرار به فقد حصل المقصود فلا يلتفت إلى السبب بعد ذلك. قال: ألا ترى أن أحدهما لو شهد أن الكساء الذي عليه للمدعي اغتصبه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه والمدعى عليه يجحد أن الكساء للمدعي يقضي به للمدعي؛ لأن المقصود إثبات ذلك الكساء للمدعي، وقد ثبت ذلك بشهادتهما فاختلافهما فيما سوى ذلك لا يضره.

أو خمسة، وشهد الآخر أنه استأجره بستة، فالشهادة باطلة^(١).
 فإن ادعى المستأجر أنه تكارى دابة إلى بغداد [بعشرة]^(٢) ليركبها ويحمل عليها،
 وأقام شاهدين شهد أحدهما: أنه تكارها ليركبها بعشرة، وشهد الآخر أنه تكارها
 ليركبها ويحمل عليها هذا المتاع المعروف بعشرة، فالشهادة باطلة^(٣).
 ولو شهد أحدهما أنه تكارى دابة بعينها بأجر مسمى إلى بغداد، وشهد الآخر أنه
 تكارها ليحمل عليها حمولة معروفة إلى بغداد بعشرة دراهم، لا تقبل هذه الشهادة
 سواء ادعاها المستأجر أو رب الدابة^(٤)، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه تكارها
 ليركبها، وشهد الآخر أنه تكارها ليحمل عليها^(٥).
 ولو ادعى أنه سلم ثوبًا إلى صباغ، والصباغ يجحد وجاء بشاهدين شهد أحدهما
 أنه دفعه ليصبغه أحمر، وشهد الآخر أنه دفعه ليصبغه أصفر، فالشهادة باطلة^(٦).
 فكذلك إذا جحد رب الثوب وادعاه الصباغ^(٧).

(١) إن ادعى أربعة، فلأنه كذب شاهديه، وإن ادعى خمسة فلأنه كذب أحد شاهديه، وهو الذي
 شهد بستة؛ ولأن حاجتهما إلى إثبات عقد الإجارة، وعقد الإجارة بخمسة غير عقد الإجارة
 بستة؛ لأن الأجر بدل عن المنفعة كالثمن في البياعات، وكما أن البيع يختلف باختلاف
 الثمن، فكذلك الإجارة تختلف باختلاف الأجر فاختلف المشهود به، وقد بينا أن اختلاف
 الشهود يمنع قبول الشهادة.

(٢) سقط في ز.

(٣) لأن في شهادة أحدهما أن العشرة جميع بدل منفعة الركوب، وفي شهادة الآخر أن بعض
 العشرة بمقابلة منفعة الركوب؛ لأنه قابل العشرة بالركوب وحمل المتاع، فتوزع عليهما
 فاختلف شهادتهما في أجر الركوب، وقد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في الأجر يمنع قبول
 شهادتهما.

(٤) لأنه إذا لم يبين أحد الشاهدين أنه يركبها أو يحمل عليها، كانت هذه شهادة بإجارة فاسدة،
 لأنه إذا لم يبين جنس المعقود عليه فمنفعة الركوب غير منفعة الحمل، والضرر الذي يلحق
 الدابة يختلف، وجهالة المعقود عليه يوجب فساد الإجارة.

(٥) لأنهما اختلفا في المعقود عليه، واختلاف المعقود عليه يوجب اختلافًا في العقد، فيكون
 هذا اختلافًا في المشهود به.

(٦) لأنه اختلف المعقود عليه باختلاف الصبغ، واختلاف المعقود عليه يوجب اختلاف العقد،
 فاختلف المشهود به.

(٧) لأنه لما اختلف المشهود به لا بد وأن يدعي أحدهما، وعند ذلك يصير مكذبًا شاهده الآخر =

قال في كتاب الرهن: رجل ادعى رهناً فشهد له شاهدان، شهد أحدهما أنه رهنه بمائة، وشهد الآخر أنه رهنه بمائتين، لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد [رحمهم الله]: [تقبل شهادتهما]^(١)، فقد جعل حكم الاختلاف في [الرهن حكم الاختلاف في]^(٢) الدين، وفرق بين الرهن وبين البيع، فإنه إذا شهد أحد الشاهدين على البيع بمائة وشهد الآخر على البيع بمائتين لا تقبل الشهادة بالاتفاق^(٣).

وإن شهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير فشهادتهما^(٤) باطلة^(٥).
وإن شهد أحدهما أنه رهنه بمائة والآخر بمائة وخمسين، فإن ادعى المرتهن أقلهما لا تقبل الشهادة بالاتفاق.

وإن ادعى أكثرهما قبلت شهادتهما على مائة لاتفاق الشاهدين على المائة، فكان العين رهناً بمائة، وإن كانت قيمة الرهن مائة وخمسين، وقال المرتهن بعدما شهد الشاهدان على نحو ما بينا من اختلافهما فيه: لي عليه مائة وخمسون وهذا رهن بمائة، فالقول قول المرتهن^(٦)، فإن أقام الراهن بينة أنه رهنه بمائة وخمسين، وأقام المرتهن بينة أنه رهنه بمائة، فالبينة بينة الراهن^(٧)، وإن اختلفا في قيمة الرهن بعدما هلك كله أو بعضه، فالقول قول المرتهن في قيمة الهالك مع يمينه، والبينة بينة

= فلا تقبل شهادة ذلك الشاهد للتكذيب، ولا يمكن القضاء بشهادة الفرد فلا يقضى لهما.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ.

(٣) لأن البيع يختلف باختلاف الثمن، ولم يجعل الرهن مختلفاً باختلاف الدين بل جعله اختلافاً في نفس الدين، وإنما كان كذلك لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء بقدر الدين، فكان هذا اختلافاً في قدر الدين وفي مقدار ما صار مستوفياً من الدين بالرهن، فيكون هذا على الاختلاف الذي ذكر، ولا كذلك فصل البيع.

(٤) في أ: فشهادته.

(٥) لأن المشهود به مختلف.

(٦) لأنه ينكر ثبوت يد الاستيفاء فيما زاد على المائة.

(٧) لأنها تثبت زيادة في الاستيفاء.

الراهن .

قال في كتاب الحوالة : إذا شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لفلان عن فلان، فقال أحدهما: إلى [شهر]^(١) كذا، وقال الآخر: حالة، فادعى الطالب الحلول^(٢)، وجحد الكفيل^(٣) ذلك كله أو أقر بالكفالة وادعى الأجل، فالمال حالّ في الوجهين^(٤).

وفي كتاب الحوالة أيضًا: إذا أقام شاهدًا واحدًا أن فلانًا أحاله على هذا بألف درهم، وأقام شاهدًا آخر أنه أحاله بمائة دينار لا تقبل شهادتهما، وإن شهد أحدهما بألف درهم وشهد الآخر بألف ومائة دينار، تقبل شهادتهما على الألف^(٥)، وتأويل المسألة: إذا كان المدعي يدعي الدراهم والدنانير جملة، أما إذا كان يدعي الدراهم وحدها، لا تقبل الشهادة^(٦).

قال في «أدب القاضي» إذا طلب الشفيح الشفعة وأقام شاهدين، شهد أحدهما أنه اشترى بألف، وشهد الآخر أنه اشترى بألفين، والمشتري يقول: اشتريتها بثلاثة آلاف، لا تقبل شهادتهما^(٧).

وكذلك لو شهد أحدهما بالشراء بألف درهم وشهد الآخر بمائة دينار، لا تقبل الشهادة.

(١) سقط في ز.

(٢) في أ، ز: الحوالة.

(٣) في أ، ز: العبد.

(٤) أما إذا أقر بالكفالة وادعى الأجل فلأن الأصل في المال الحلول، والأجل عارض، وليس عليه إلا شاهد واحد، وأما إذا جحد الكفيل ذلك كله، فلأن الشاهدين اتفقا على الألف، وتفرد أحدهما بالأجل فيثبت ما اتفقا عليه، ولا يثبت ما تفرد به أحدهما.

(٥) لأنهما اتفقا على الألف لفظًا ومعنى وتفرد أحدهما بزيادة مائة دينار، وليس هذا نظير البيع؛ لأن البيع يختلف باختلاف الثمن، أما حوالة الدراهم لا تختلف بحوالة الدنانير لا نفسها ولا حكمها، فكان نظير الاختلاف في الدين المطلق.

(٦) لأنه يصير مكذبًا الذي شهد له بالدنانير.

(٧) لأن عقد الشراء بألف غير عقد الشراء بألفين.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه اشترى من فلان، وشهد الآخر أنه اشترى من فلان آخر، لا تقبل شهادتهما^(١).

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: إذا شهد شاهد على رجل أنه أقر أنه أخذ هذا العبد من فلان، وشهد آخر أنه أقر أن هذا العبد لفلان، لم يقض للمشهود له بشيء؛ لأنهما اختلفا.

بيانه: أن أحدهما شهد على الإقرار بالأخذ منه، وأنها شهادة على الإقرار بفعله، والآخر إنما شهد بالملك، وهو وصف في المحل وهما مختلفان، ولأن أحدهما شهد له بالملك والآخر لم يشهد بالملك له وإنما شهد أنه أخذه منه فكانت شهادة على قيام يده وأنها وصلت إليه من جهته، ولو ثبت ذلك يؤمر بالتسليم إليه من غير أن يقضى بالملك له، فلم يتفق الشاهدان لا على الملك ولا على الأخذ فلهذا لا يقضى للمشهود له بشيء.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه أخذه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه جازت شهادتهما، حتى يؤمر المدعى عليه برد العبد على المدعي؛ لأنهما اجتمعا على إقراره أنه أخذه منه، لكن شهد أحدهما على إقراره بأخذ مفرد، وشهد الآخر على الإقرار بالوديعة فوجب القضاء بما اتفقا عليه، وهو الأخذ من المدعي، وإذا ثبت ذلك يؤمر بالرد على المدعي ولكن لا يقضى له بالملك لانعدام الحجة على الملك، وكذلك لو أن الذي شهد بالوديعة لم يشهد بالوديعة إنما شهد أنه أقر أنه دفعه إليه فلان، وفيما إذا شهد أحدهما أنه أقر أنه أخذه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه.

نوع اختلاف؛ لأن المشهود به في شهادة أحدهما الإقرار بالأخذ من المدعي، والمشهود به في شهادة الآخر الإقرار بالإيداع، والإقرار بالإيداع لا يكون إقرارًا بالأخذ منه.

(١) لأن الشراء من عمرو غير الشراء من زيد، وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد.

ألا ترى أن من قال لغيره: أخذت منك هذا العين وديعة، وقال المقر له: لا بل غصبتني غصبتني غصبتني، أن القول قول المقر له، وهو ضامن للعبد إن هلك في يده؟ ولو قال: أودعتني هذا العبد، وقال المقر له: لا، بل غصبتني مني، فالقول قول المقر. وما افترقا إلا باعتبار أنه في المسألة الأولى: أقر بفعل نفسه، وهو الأخذ منه وادعى الإذن، وأنكر المالك الإذن فلم يثبت الإذن، وبقي إقراره بالأخذ، والأخذ إذا خلى عن الإذن كان سبباً للضمان، وفي المسألة الثانية: لم يقر بفعل نفسه، وهو الأخذ، إنما أقر بفعل المالك وهو الإيداع فلم يكن مقرراً بسبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان، فكذلك مسألتنا، الذي شهد على الإقرار بالإيداع يكون شاهداً على الإقرار بفعل المدعي وهو الإيداع لا بفعل ذي اليد، [والذي شهد]^(١) على الإقرار بالأخذ شهد على الإقرار بفعل ذي اليد وهو الأخذ، فلم يتفقوا على شيء فينبغي ألا يقضي بشهادتهما، وسيأتي بعد هذا مسألة أخرى بخلاف ما ذكر.

وكذلك لو شهد أحدهما أن صاحب اليد أقر أنه اغتصبه من هذا المدعي، وشهد الآخر أنه أقر أن هذا المدعي أودعه إياه، أو شهد الآخر أنه أقر [أنه]^(٢) أخذه من هذا المدعي قبلت شهادتهما، وأمر المدعي عليه بالرد على المدعي؛ لأنهما اتفقا على يد المدعي فيما مضى من الزمان، وعلى وصوله إلى المدعي عليه من جهة المدعي^(٣)، وعند ذلك يؤمر بالرد عليه، ولكن لا يقضى بالملك للمدعي؛ لأن الشهود لم يشهدوا له بالملك، وبقي المدعي عليه على حجته في الملك حتى لو أقام المدعي عليه بعد ذلك بينة أن العين له قضى القاضي له بالعين؛ لأن المدعي عليه لم يصر مقضياً عليه بالملك إنما صار مقضياً عليه بالأخذ من المدعي، وليس من ضرورة الأخذ منه أن يكون المأخوذ ملكاً للمأخوذ منه.

(١) في ز: وإذا أشهد.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) فيقضي بما اتفقا عليه وهو وصول العين إلى المدعي عليه من جهة المدعي.

وذكر في «المنتقى» عين مسألة العبد ووضعها في الثوب، وذكر أنه إذا شهد أحد الشاهدين على إقرار صاحب اليد أنه غصبه من المدعي، وشهد الآخر على إقراره أن المدعي أودعه إياه، فزاد ههنا زيادة على ما ذكر في مسألة العبد فقال: وقال المدعي: قد أقر بما قالاً جميعاً ولكنه اغتصب مني، قال: قبلت الشهادة، وجعلت الذي في يديه الثوب مقرراً بملكه للمدعي، ولم أقبل منه بينة بعد ذلك على الثوب، يعني من صاحب اليد، وإنه بخلاف ما ذكر في مسألة العبد.

ووجه ذلك: أن الغصب يقع من المالك، والإيداع يكون من المالك بحكم الغالب، فكان الإقرار بالإيداع والغصب إقراراً بملك المستودع والمغصوب منه من هذا الوجه، ثم قال: وإن شهد أحدهما على إقراره أنه اغتصبه من المدعي، وشهد الآخر على إقراره أنه أخذه^(١)، قضيت به للمدعي، وجعلت المدعى عليه على حجته من قبل أن الإقرار منه بالأخذ ليس بإقرار بالملك.

ثم قال: ولو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أنه أخذ منه هذا الثوب وشهد الآخر على إقراره أنه أودعه إياه، وقال المدعي: قد أقر هو بما قالاً، لكنني أودعته منه، قال: لا تقبل هذه الشهادة.

[و]^(٢) علل وقال: لأن هنا لم يجمع على الإقرار بالملك ولا على الإقرار بالأخذ؛ لأن الذي شهد بالوديعة ما شهد بالأخذ، وما ذكر من الجواب والتعليل في مسألة الثوب يخالف ما ذكر من الجواب والتعليل في مسألة العبد؛ لأن [في]^(٣) مسألة الثوب لم يجعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالأخذ، ولم تقبل هذه الشهادة، وفي مسألة العبد جعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالأخذ، وقبل الشهادة للرد على المدعي، فإن كان في هذه المسألة روايتان فوجه الرواية التي قال فيها: لا تقبل هذه الشهادة:

(١) في ز: أخذ منه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

أن الشهادة على الإقرار بالإيداع ليست بشهادة على الإقرار بالأخذ منه؛ لأن الإيداع يتحقق بدون أخذه على ما مر، فلم يقع الاتفاق منهما على شيء فلا تقبل شهادتهما. ووجه الرواية التي قال فيها: تقبل هذه الشهادة على الرد أن الأخذ بهذه الشهادة إن لم يثبت، فقد ثبت وصول العين إلى المدعى عليه من يد المدعي، وهذا القدر كاف للقضاء بالرد على المدعي، وإن لم يكن في المسألة روايتان فوجه الفرق بينهما.

وبيان جهة التوفيق: أن موضوع مسألة الثوب أن المدعي ادعى الإيداع، ودعوى الإيداع دعوى فعل نفسه وليس فيه دعوى الأخذ على المدعى عليه، [فلا يمكن القضاء بالأخذ على المدعى عليه]^(١)، إذ لا دعوى فيه.

وموضوع مسألة العبد: أن المدعي ادعى الأخذ على المدعى عليه فكان مدعيًا الفعل عليه وليس في شهادة الإيداع ما ينافيه، وقد اتفقا على وصول العين إلى المدعى عليه من جهة المدعي فيمكن القضاء بها.

توضيحه: أن الشهادة على الإيداع شهادة على وصول العين إلى يده فحسب من غير أن يكون منه فعل في العين يكون ذلك الفعل سببًا لوجوب الضمان عليه، ومتى ادعى الأخذ فقد ادعى وصوله إلى يده بفعل ذلك الفعل [سببًا]^(٢) لوجوب الضمان عليه، فكانت هذه شهادة بأقل مما ادعاه المدعي، فقبلت، فأما إذا ادعى الإيداع فهو لم يدع على المدعى عليه إلا مجرد وصول العبد إليه من غير أن يدعي عليه فعلاً، كان سببًا لوجوب الضمان، فإذا شهد على الإقرار بالأخذ، والأخذ سبب لوجوب الضمان، كانت هذه الشهادة بأفضل مما ادعاه المدعي، فلا تقبل.

ولو شهد شاهد أن صاحب اليد أقر أنه لهذا المدعي، وشهد آخر أنه أقر أن المدعي أودعه منه، تقبل هذه الشهادة، وقضى بالعين للمدعي^(٣).

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ.

(٣) لما ذكرنا: أن الإقرار بالإيداع إقرار بالملك للمودع، فالشاهدان اتفقا على الإقرار بالملك =

ولو أن رجلاً ادعى على رجل أنه قتل [وليّه]^(١) عمداً وجاء بشاهدين، شهد أحدهما أنه قتله عمداً بالسيف، وشهد الآخر أنه قتله عمداً بالسكين، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما اختلفا في آلة القتل، وقد مرت هذه المسألة من قبل، وإنما أعدناها لنذكر الفرق بينه، وبين ما إذا شهد أحدهما على إقراره أنه قتله عمداً بالسكين، فقال ولي القتل: إنه أقر بما قالوا، ولكنه والله ما قتله إلا بالسيف، أو قال: صدقا جميعاً لكنه والله ما قتله إلا بالرمح، فهذا كله سواء، ويقتص من القاتل^(٢).

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: رجل في يديه عبد ذكر أنه عبده ورثه من أبيه، وادعى رجل آخر أنه عبده، وأقام البينة على إقرار صاحب اليد: أنه للمدعي، قبلت بيئته، وقضي بالعبد للمدعي^(٣)، وقد مرت المسألة من قبل.

وكذلك إذا شهدا على إقراره أنه اشتراه من المدعي بألف درهم، وقال المدعي: قد أقر بما قال ولكنه لم يشتره مني، قبلت الشهادة وقضي بالعبد للمدعي^(٤)، وقد مرت هذه المسألة أيضاً، وإنما أوردناها لزيادة تفریع، وكذلك لو أقام شاهداً أن الذي في يديه العبد أقر أن العبد عبد المدعي، وأقام شاهداً آخر أن الذي في يديه

للمدعي فتقبل شهادتهما.

- (١) سقط في أ، ز.
 (٢) الفرق من وجهين: أحدهما: أن في تلك المسألة: القاضي إنما يقضي بوجود القصاص إذا ثبت القتل عنده، ولم يثبت القتل بهذه الشهادة لأن باختلاف الآلة يختلف القتل، فلا يقع الاتفاق على قتل واحد، فلا يمكن القضاء بشهادتهما، أما في هذه المسألة: القاضي إنما يقضي بوجود القصاص بناء على إقراره بوجود القصاص، والشاهدان مع اختلافهما في الآلة اتفقا على إقراره بوجود القصاص عليه فلهذا اقتص منه، ولأن الدعوى في حقوق العباد شرط قبول البينة في تلك المسألة، لا بد وأن يدعي المدعي القتل بإحدى الآتين إذ لا يمكنه القتل بكلا الآتين، لأن في دعواه ذلك تكذيب لهما لتعذر وجود قتل واحد بكلا الآتين، وإذا ادعى بإحدى الآتين فقد كذب شاهده الآخر، وههنا أمكنه تصديق الشاهدين مع دعواه القتل بإحدى الآتين وبآلة أخرى والقتل بكل واحدة من هاتين الآتين يوجب القصاص، فيكون مقرراً على نفسه بوجود القصاص فلهذا افترقا.

(٣) اعتباراً للإقرار الثابت بالبينة الثابتة عياناً.

(٤) لأن إقراره بالشراء من المدعي إقرار بالملك للمدعي.

العبد أقر أنه اشترى العبد من المدعي بألف درهم، وقال المدعي صاحب اليد: أُقِرُّ بما قال الشاهدان إلا أنني لم أبع منه شيئاً، تقبل هذه الشهادة ويقضي بالعبد للمدعي^(١)، وهذا الجواب مستقيم على رواية «الجامع»: أن الشراء والاستيلاء بإقرار بالملك للبائع، أما على رواية «الزيادات» فليس بإقرار بالملك للبائع فيحتمل أن تكون المسألة على روايتين، فإن لم تكن المسألة على روايتين فوجهه على رواية «الزيادات» أن الشراء بإقرار من المشتري أنه لا ملك له في المحل، فخرج [من البين]^(٢)، فيأخذه المدعي؛ لأنه يدعيه ولا مزاحمة له فيه، ثم شرط قبول هذه الشهادة أن يقول المدعي: إن ذا اليد أقر بالأمرين جميعاً إلا أنني لم أبعه [منه]^(٣)، حتى لو قال المدعي: إن صاحب اليد أقر بأحد هذين الأمرين دون الآخر لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنه يصير مكذباً أحد شاهديه، وكذلك إذا شهد أحد الشاهدين أن الذي في يديه العبد أقر [أن المدعي]^(٤) وهب العبد منه، وشهد الآخر أن ذا اليد أقر أن المدعي تصدق به عليه، وقال المدعي: صاحب اليد أقر بالأمرين إلا أنني ما وهبته منه وما تصدقت به عليه، فإنه يقضي بالعبد للمدعي^(٥).

وكذلك لو شهد أحد الشاهدين أن الذي في يديه العبد أقر أنه اشتراه من المدعي بألف درهم، وشهد الآخر أنه أقر أنه اشتراه بمائة دينار، أو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أنه قد استأجره من المدعي بعشرة دراهم، وشهد الآخر على إقرار ذي اليد

(١) لأن الشاهدين اتفقا فيما هو المقصود من هذه الشهادة لأن المقصود من هذه الشهادة إقرار ذي اليد بأن العبد للمدعي دون إثبات الشراء بدليل أنهما لو شهدا على الشراء في هذه الصورة فالقاضي لا يقضي بالشراء؛ إذ لو قضى بالشراء حصل القضاء لذي اليد، وهما إنما شهدا عليه لا له فعلم أن المقصود من هذه الشهادة إقرار ذي اليد بأن العبد للمدعي دون إثبات الشراء وهما اتفقا في هذا المقصود أما الأول: فلا شك وأما الثاني: فلأنه شهد على إقراره بالشراء من المدعي والإقرار بالشراء من المدعي إقرار بالملك للمدعي.

(٢) في أ، ز: الدين.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في أ، ز: أنه.

(٥) لأن كل مستوهب ومتصدق عليه مقر بالملك للواهب والمتصدق.

أنه قد استأجر من المدعي بعشرة دراهم، وشهد الآخر على إقرار ذي اليد أنه اشتراه منه بألف درهم، وشهد أحدهما أنه سمع ذا اليد يقول للمدعي: هب لي العبد، وشهد الآخر أنه سمع ذا اليد يقول للمدعي: تصدق علي بهذا العبد، بعني بألف درهم، وشهد الآخر أن ذا اليد قال للمدعي: بعني بمائة دينار، وقال المدعي: أقر ذو اليد بذلك كله إلا أنني ما بعته منه إلا أخرق، فالقاضي يقضي في هذه الوجوه كلها بالعبد للمدعي.

وكذلك إذا شهد أحدهما على إقرار الذي في يديه العبد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أن المدعي أودعه إياه، قبلت شهادتهما، وقضى بالعبد للمدعي. وكذلك إذا شهد على إقرار ذي اليد بالإيداع، قضى للمدعي. ولو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أنه عبد المدعي أودعه إياه، قضى به للمدعي.

ولو شهد أحدهما أقر ذو اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أن المدعي دفع العبد إليه، لا يقضي بالعبد للمدعي، فلم يجعل الإقرار بالدفع إقرارًا بالملك للدافع، وجعل الإقرار بالإيداع إقرارًا بالملك للمودع. وكذلك لو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، فالقاضي يقضي بالعبد للمدعي.

وكذلك إذا شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر أنه ارتهنه منه استأجره، قضى بالعبد للمدعي، وهذا كله إذا قال المدعي إنه أقر بما قال الشاهدان إلى آخر ما ذكرنا قبل هذا.

ولو كان الذي في يديه العبد أقر أن العبد كان للمدعي وادعى أن المدعي أعطاه صلة وجاء بشاهدين شهد أحدهما أن المدعي أقر أنه تصدق بهذا العبد على المدعي عليه، والآخر شهد أن المدعي أقر أنه وهب هذا العبد من المدعي عليه، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة إلا أن يأتي شاهد آخر يشهد على الهبة أو على الصدقة، بخلاف ما

تقدم^(١).

وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أن المدعي أقر أنه وهبه للذي في يديه وقبضه منه^(٢). وشهد الآخر أنه أقر أنه نحله للذي في يديه وقبضه منه.

وزعم بعض مشايخنا أن الاختلاف بين الهبة والصدقة من حيث إن في الهبة رجوع، ولا رجوع في الصدقة وليس كما ظنوا، ألا [تري]^(٣) أنه لو شهد أحدهما بالهبة من فقير أو من ذي رحم محرم وشهد الآخر بالصدقة لا تقبل الشهادة ولا رجوع بثمنه^(٤) إذا شهد أحدهما أنه باعه من الذي هو في يديه وقبض الثمن، وشهد الآخر على أنه وهبه من الذي في يديه لا تقبل شهادتهما؛ لاختلاف ظاهر بين البيع والهبة.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه منه بألف درهم وقبض الثمن وشهد الآخر أنه باعه بمائة دينار وقبض الثمن لا تقبل شهادتهما^(٥) وكذلك إن كانت الشهادة على الإقرار بالبيع كما وصفنا؛ لأنهما لم يجتمعا على بيع واحد، ولو كان صاحب اليد

(١) الفرق أن صاحب اليد هبنا أقر بالملك للمدعي في العبد، وادعى تلقي الملك فيه من المدعي فلا بد لذلك من سبب، والسبب أحد العقدين إذ لا يجوز أن يتملك كل العبد من شخص واحد في حالة واحدة، كله بالهبة، وكله بالصدقة، فلا بد من أن يدعي أحدهما، ومتى ادعى أحدهما يصير مكذباً شاهده الآخر، فلا يبقى له على ما ادعى إلا شاهد واحد. أما فيما تقدم فالمدعي لا يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد حتى يحتاج إلى إثبات سبب الملك، وإنما ادعى أن العبد ملكه من الأصل، ولم يكن محتاجاً إلى إثبات سبب الملك، بل حاجته إلى إقرار ذي اليد أن العبد ملكه وقد ثبت ذلك من الوجه الذي بينا.

(٢) لأنهما اتفقا على الإقرار بالهبة، وإنما اختلفا في اللفظ، وهذا لأن النحلي والعمرى والهبة من أسماء الهبة، يقال: نحله كذا وعمره كذا، وهبه كذا، والاختلاف في اللفظ لا يمنع قبول الشهادة بعد الاتفاق على المعنى كما لو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنهما يختلفان لفظاً ومعنى، أما لفظاً: فلا شك؛ وأما معنى: فلأن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى ولا رجوع فيها، والهبة يراد بها وجه العبد وفيها رجوع، وكانا مختلفين لفظاً ومعنى وليس على أحدهما شهادة شاهدين.

(٣) سقط في أ.

(٤) وإنما الاختلاف من حيث الذات، فذات الهبة غير ذات الصدقة.

(٥) لأن البيع يختلف باختلاف الثمن فيختلف المشهود به.

ادعى أنه اشتراه من المدعي بألف درهم وقبض الثمن وجاء بشاهدين شهدا على البيع وقبض الثمن، إلا أنهما لم يبينا مقدار الثمن، فالقاضي يقبل هذه الشهادة^(١).

وكذلك لو شهدا على إقرار المدعي بالبيع وقبض الثمن ولم يبينا مقدار الثمن وذو اليد يقول: اشتريته بألف درهم ونقدت الثمن، فالقاضي يقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لو شهدا على قبض الثمن فإنه لا تقبل شهادتهما^(٢).

وإن بين أحدهما الثمن وهو ألف كما ادعاه المدعي وسكت الآخر عن بيان الثمن، ولكن كل واحد منهما شهد بقبض الثمن قبلت شهادتهما^(٣)، وإن لم يبين المدعي مقدار الثمن، وإنما ادعى البيع وقبض البائع الثمن، وشهدا على الشراء بألف، وذكرنا قبض الثمن قبل القاضي شهادتهما^(٤)، وإن بين أحدهما أن الثمن ألف

(١) لأنهما اتفقا على البيع وقبض الثمن كما ادعاه المدعي وسكوتهما عن بيان مقدار الثمن احتمال الموافقة، لجواز أنهما لو استفسرا هنا الثمن ألفاً كما ادعاه المدعي، ويحتمل أنهما هنا بخلاف ذلك، فلا تثبت المخالفة فيما اتفقا عليه لتوهم الخلاف.

(٢) لأن الثمن إذا كان مقبوضاً فلا حاجة إلى القضاء بالثمن، لأنه وقع الفراغ منه، وإنما الحاجة إلى إثبات الملك في المبيع فحسب، وأمکن القضاء بالملك في المبيع، لاتفاق الشاهدين على ذلك، فأما إذا لم يكن الثمن مقبوضاً فكما مست الحاجة إلى القضاء بالملك مست الحاجة إلى القضاء بالثمن وتعذر القضاء بالثمن لجهالته. يوضح ما ذكرنا أن الشهادة على البيع وقبض الثمن شهادة بالملك المطلق للمدعي، لا أنه شهادة بالعقد، ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه باع عبده بخمسمائة درهم من فلان، وقبض الثمن فقضى القاضي بالملك للمدعي ثم رجعا عن شهادتهما، وقيمة العبد ألف درهم أنهما يضمنان قيمة العبد دون الثمن، ولو حصل القضاء بزوال الملك عن العبد بالثمن لضمنا الثمن فعرفت أن القضاء بزوال الملك غير مقابل بالثمن حتى يضمنا قيمة العبد الذي تلف بشهادتهما، وإذا كان هكذا لم يصير الثمن مشهوداً به عند الشهادة بقبض الثمن فلا يمتنع القبول بترك بيان الثمن، فأما الشهادة على البيع بدون قبض الثمن شهادة بالعقد بدليل عكس ما ذكرنا، وتعذر القضاء بالعقد لكون الثمن مجهولاً؛ ولأن الجهالة إنما تمنع جواز البيع باعتبار أنها مانعة من التسليم والتسلم، وإذا كان الثمن مقبوضاً فلا حاجة إلى التسليم والتسلم، لأنه وقع الفراغ عنه فلا يمتنع القاضي من القضاء به.

(٣) لأنهما اتفقا على البيع وقبض الثمن وسكوت من سكت عن بيان الثمن يحتمل الموافقة لجواز أنه لو استفسر لبين أن الثمن ألف واحتمل المخالفة فلا تثبت المخالفة فيما اتفقا عليه لتوهم الخلاف.

(٤) لأن الثمن إذا كان مقبوضاً فالشهادة لا تقع بالثمن وكذا القضاء لا يقع بالثمن فكان ذكره =

درهم، وبين الآخر أن الثمن مائة دينار لا تقبل شهادتهما، وإن شهدا بقبض الثمن^(١).

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله في رجل ادعى دارًا في يدي رجل وجاء بشاهدين شهد أحدهما أنها دار المدعي وشهد الآخر على إقرار صاحب اليد أنها للمدعي، قال: فالشهادة مختلفة^(٢).

فرق بين هذا وبين ما إذا شهد أحدهما للمدعي على المدعي عليه بألف وشهد الآخر على إقرار المدعي عليه بالألف قال: هذا جائز^(٣)، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله.

ذكر الناطفي رواية عن أبي يوسف في «واقعاته»: فقد فرق بينهما^(٤).

= والسكوت عنه سواء، فقد اتفقت الدعوى والشهادة والمخالفة موهوم، فإن المدعي لو استفسر ربما بين أن الثمن أُلْف كما شهد به الشهود، فلا تبطل شهادتهما بألف درهم.

(١) لأنه لا بد وأن يدعي أحد العقدين، وعند ذلك يصير مكذبًا شاهده الآخر.
(٢) بيانه: أن أحدهما شهد للمدعي بالملك وأنه ليس بقول، والآخر شهد على إقرار المدعي عليه بالملك للمدعي والإقرار قول، فاختلف المشهود به من حيث الصورة، وكذلك من حيث المعنى، لأن الإقرار حجة الملك على المدعي عليه وهو المقر لا أن يكون نفس الملك، ولم يرقم على الإقرار حجة حتى صار كالمعائن، فيقضي به ولم يرقم على الملك شاهدان حتى يمكن القضاء بالملك للمدعي بشهادتهما، فتعذر القضاء بشهادتهما فلا يقض بهما.

(٣) لأنه إقرار كله.

(٤) الفرق: أن شهادة الشاهد بالملك المطلق يعتمد دليلاً يطلق له أداء الشهادة بالملك المطلق، ولا دليل عليه سوى اليد، فالذي شهد بالملك للمدعي شهد على يد المدعي من حيث الحقيقة، والآخر شهد على إقرار المدعي عليه بالملك فاختلف المشهود به، فلا يمكن القضاء بشهادتهما، وللشهادة على وجوب الدين على المدعي عليه مطلقاً من غير أن يعرف سبب وجوبه يعتمد دليلاً يطلق له ذلك، وذلك الدليل ليس إلا هو الإقرار، فهو الحجة لوجوب الدين عليه مطلقاً كما أقر به، فأما ما سواه من الأدلة فذلك يسير إلى سبب وجوب الدين فلم يكن دليلاً خالياً عن السبب، فالذي شهد بالدين للمدعي مطلقاً شهد على إقرار المطلوب بهذا الدين معنى ولو شهد به صريحاً حصلت الموافقة بين الشاهدين في شهادتهما كذلك هذا.

وفي غصب «الأصل»: إذا شهد أحد الشاهدين أن قيمة الثوب المغصوب المستهلك كذا وشهد الآخر على إقرار الغاصب أن قيمته كذا، لا تقبل شهادتهما. قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: إذا ادعى الرجل دارًا في يد غيره وأقام شاهدين شهد أحدهما أنها داره ورثها من أبيه، وشهد الآخر أنها داره ورثها من أمه، فالشهادة باطلة^(١).

فرق بين هذا وبين ما إذا أقر، فإنه إذا أقر أن هذه الدار له ورثها عن أبيه فقال المقر له: لا بل ورثتها عن أمي، كان للمقر له أن يأخذ الدار من المقر، وإن اختلفا في السبب^(٢).

وكذلك إذا شهد أحدهما أنه اشتراها من فلان وهو يملكها، وشهد الآخر أن فلانًا آخر وهبها له وهو يملكها وقبضها [منه]^(٣)، فإنه لا تقبل شهادتهما^(٤).

ثم في هذه المسألة لا يختلف الجواب بين ما إذا لم يوفق [المدعي]^(٥)، وبين ما إذا وفق فقال: كنت اشتريتها من فلان كما شهد به هذا الشاهد وقبضتها ثم بعته من

(١) لأنهما اختلفا في سبب الملك، والأملك تختلف باختلاف أسبابها، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة.

(٢) الفرق: أن الإقرار حجة تلزمه بنفسه، لو بطل حكمه إنما يبطل بتكذيب المقر له، وإنه لم يكذبه في أصل الملك فثبت أقصى ما في الباب أنه كذبه في السبب، ولكن لا حاجة إلى إثبات السبب بعد ثبوت الحكم، فأما في مسألتنا فالشهادة إنما تصير حجة بقضاء القاضي وكانت حالة القضاء حال ثبوت الحكم، وثبوت الحكم لا بد له من سبب ولا يمكن إثبات السببين جميعًا؛ للتنافي ولعدم الحجة عليهما، ولا إثبات أحدهما؛ لأنه لم يقم عليه حجة كاملة وفي شهادة المثني، ولأنه لا بد من الدعوى لقبول الشهادة، ولا يمكنه دعوى السببين للتنافي، ولو ادعى أحدهما كان مكذبًا لشاهده الآخر فبطلت شهادته لتكذيبه، فتعذر القضاء بها.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) لأنه إنما تلقى الملك من جهة الواهب أو المشتري، ما لم يثبت الملك له لا ينتقل إليه ولم يثبت، لا ملك البائع ولا ملك الواهب؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وهذه العلة تصلح علة في المسألة الأولى لمنع قبول الشهادة.

(٥) سقط في ز.

فلان وسلمتها إليه ثم استوهبتها فوهبها لي وقبضتها منه، فإنه لا تقبل هذه الشهادة في الوجهين جميعًا.

فرق بين هذا وبين ما إذا ادعى أنه اشتراها من فلان، وشهد شاهدان أنه وهبها له وقبضها منه، فإنه لا تقبل شهادتهما قبل التوفيق، ولو وفق فقال: كنت اشتريتها من فلان ثم جحدني الشراء فاستوهبتها منه فوهبها لي وأعاد البيعة، قبلت هذه الشهادة^(١).

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: وإذا كان لرجل^(٢) على رجل ألف درهم، فادعى الغريم أنه أوفأها صاحبها، وصاحب المال يجحد ذلك فشهد للغريم شاهدان، شهد أحدهما: أن صاحب الحق أبرأ الغريم من المال، وشهد الآخر أن صاحب المال أقر بالاستيفاء، لم تقبل شهادتهما^(٣)، ولو كان الذي شهد بالإبراء شهد أن صاحب الحق أقر أن الغريم برئ إليه، قبلت الشهادة^(٤).
ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه استوفى الألف وشهد الآخر أنه حلله له، أو أجله أو وهبه له أو تصدق به عليه، فالشهادة باطلة^(٥).

(١) وجه الفرق: أنه في تلك المسألة أقام على الهبة شاهدين، وقد زالت المخالفة بين الدعوى والشهادة بالتوفيق، فقبلت شهادتهما وقضي بالهبة لكمال الحجة عليها، أما ههنا إن زالت المخالفة بالتوفيق ولكن لم يشهد بالهبة إلا شاهد واحد فيعذر القضاء به، لأن القضاء بشهادة الفرد لا تجوز، حتى لو شهد معه شاهد آخر على الهبة قضي له بالهبة.

(٢) في ز: للرجل.

(٣) لأنهما اختلفا لفظًا ومعنى، أما لفظًا فلا شك وكذلك معنى، لأن الذي شهد بالإبراء إن عني به الإبراء بغير عوض، فهو إسقاط وليس في الاستيفاء معنى الإسقاط، فجاب المخالفة وإن عني به الإبراء الذي هو حكم الاستيفاء صار هو شاهدًا بمعينة الاستيفاء، وإنه فعل، والآخر شاهد بالإقرار به وإنه قول، ومثل هذا مانع قبول الشهادة كما لو شهد أحد الشاهدين على الغصب، وشهد الآخر على الإقرار بالغصب.

(٤) لأن البراءة التي ابتداءها من الغريم وانتهاءها بصاحب الدين تكون بطريق الإيفاء والاستيفاء، فكانت الشهادة بمثل هذه البراءة شهادة على الإقرار بالاستيفاء أيضًا، فقد اتفقا في المعنى وما شهد به داخل تحت دعوى المدعي أيضًا، فلهذا تقبل.

(٥) لأن الاستيفاء أخذ الحق، وهذه الأشياء شيء تبني عن التبرع فاختلف المشهود به، ولأن

ولو ادعى المطلوب الأداء فشهد له شاهدان أن صاحب الحق أبرأه من دينه أو أنه حلله، فالشهادة جائزة^(١).

وفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى، فإنه اعتبر هذا مخالفة بين الشاهدين حتى أبطل شهادتهما بذلك ولم يعتبره مخالفة بين الشهادة والدعوى^(٢).

ولو شهدوا على الهبة أو الصدقة أو النحلى أو العطية [أو الإحلال، لا تقبل شهادتهم^(٣)] ^(٤).

ولو ادعى الغريم البراءة أي ادعى أن رب المال أبرأه فشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر أنه وهب له الحق أو تصدق به عليه أو نحله أو حلله [منه أو أجله]^(٥).

= هذه الأشياء لا تصلح حكماً للاستيفاء ثم لما لم تقبل شهادة البراءة مع أنها تصلح حكماً للاستيفاء، لأن لا تقبل هنا أولى وأنه لا يصلح حكماً له.

(١) لأن المشهود به واحد وما شهد أنه داخل تحت دعوى المدعي من وجه، لأن المدعي وهو المطلوب بدعوى الاستيفاء ادعى براءة معيدة بالاستيفاء؛ لأن الإبراء من حكم الاستيفاء، فإنه يقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء وهما شهدا ببراءة مطلقة للإبراء وللبراءة بالإيفاء، فكانت هذه شهادة ببعض ما ادعاه فقبلت.

(٢) وجه الفرق: أن في تلك المسألة المخالفة بين الإيفاء والإبراء ظاهرة صورة أو تثبت الموافقة، إنما تثبت باعتبار الضمن وإنما يمكن إثباتها ضمناً إذا ثبت المتضمن ولم يثبت المتضمن وهو الاستيفاء بشهادة أحدهما، لأن شهادة الفرد ليست بحجة، فلا يثبت ما في ضمنه، فلم تحصل الموافقة فأما ههنا كلام المدعي معتبر وأنه ثابت، ولكنه دعوى فثبت ما في ضمنه، وهو الإبراء فحصلت الموافقة بينه وبين الشهادة بالإبراء. والثاني: أن امتناع القبول ثمة باعتبار أن أحدهما شهد بالفعل وهو الاستيفاء، والآخر بالقبول وهو الإبراء، واختلاف الشاهدين على هذا الوجه يمنع صحة شهادتهما وقبولها، ومثل هذا الاختلاف في الدعوى والشهادة لا يمنع القبول، ألا ترى أن أحد الشاهدين لو شهد بالغصب وشهد الآخر على الإقرار به لا تقبل. ولو ادعى الغصب وشهد الشهود بالإقرار بالغصب قبلت شهادتهم.

(٣) لأن الغريم يدعي الاستيفاء، وهذه الأشياء ليست من أحكام الإيفاء؛ لأن الهبة تبنى على التبرع وكذا الصدقة والإحلال عبارة عما ينتفع به بتمكينه إياه، وبالإيفاء إنما ينتفع حكماً لمملكه ما في ذمته لا بإحلاله فبطلت الشهادتان؛ لاختلاف بينهما بخلاف الإبراء، فإنه يصلح حكماً للإيفاء على ما ذكرنا.

(٤) في ز: إلى الإحلال لأنه تقبل شهادتهما.

(٥) سقط في أ، ز.

له، قبلت الشهادة^(١).

قال: ولو ادعى الغريم الهبة فشهد له شاهد بالهبة والآخر بالصدقة، لا تقبل هذه الشهادة^(٢)، وكذلك لو ادعى الغريم البراءة فشهد له شاهد بالهبة والآخر بالصدقة لا

(١) لأنهما اتفقا معنى من كل وجه في بعض هذه الألفاظ، ومن وجه في بعض هذه الألفاظ، وما شهد أنه داخل تحت دعوى المدعي من كل وجه أو من وجه. بيانه: أن المدعي ادعى براءة مطلقة، وأنها تحتمل البراءة بالإبراء، وقد اتفق الشاهدان على الإبراء معنى من كل وجه أو من وجه، لأنه شهد أحدهما بالإبراء والآخر بالتحليل، والتحليل مما يعبر به عن الإبراء أو يقيم مقام الإبراء، فالذي شهد بالتحليل شهد بالإبراء معنى، فتثبت الموافقة بين الشاهدين معنى من كل وجه فتدخل تحت دعوى المدعي من كل وجه، وأما من وجه، فلأنه شهد أحدهما بالإبراء وأنه يحتمل الإبراء الذي ثبت حكماً للاستيفاء، ويحتمل الإبراء الذي هو إسقاط، وشهد الآخر بالهبة والصدقة والنحلي والإحلال، وهذه الألفاظ إنما تستعمل للبراءة بالإبراء لا للبراءة بالإيفاء، وشاهد الإبراء شهد ببراءة محتملة الأمرين فتثبت الموافقة بين الشاهدين من وجه فيدخل تحت الدعوى من وجه وهذا كاف للقبول؛ لأن الشهادات حجج الله تعالى يجب العمل بها ما أمكن. فإن قيل: إذا شهد أحدهما بالإبراء والآخر بالهبة ينبغي ألا تقبل، لأن الإبراء مع الهبة يختلفان لفظاً ومعنى؛ لأن الإبراء موضوع الإسقاط والهبة موضوع للتمليك، ولهذا صاحب الدين إذا أبرأ الكفيل فرد الكفيل لا يريد ولو وهب له فرد يريد، فإذا اختلفا لفظاً ومعنى يجب ألا تقبل وإن اتحد حكمهما شرعاً كما لو شهد أحدهما بالحلية والآخر بالبرية. قلنا: الإبراء مع الهبة تختلفان معنى في حق الكفيل على الوجه الذي قلتم، إما يتفقان يعني في حق المطلوب فإن إبراء المطلوب والهبة منه كل واحد منهما إسقاط من وجه حتى يصح من غير قبول وتمليك من وجه حتى يرتد برده.

(٢) لأن الهبة مع الصدقة تختلفان لفظاً ومعنى، أما لفظاً فظاهر وأما معنى، فلأن الهبة يقصد بها وجه الموهوب له ومكافأته، والصدقة يقصد بها رضى الله تعالى وثوابه، وطعن أبو حازم القاضي رحمه الله وقال: وجب أن يقال، لأن الصدقة مع الهبة لا يختلفان في هذا الباب، ألا ترى أن المدعي لو ادعى البراءة وشهد أحد الشاهدين بها، والآخر بالهبة أو بالصدقة تقبل الشهادة، وجعلت الشهادة بالصدقة في تلك المسألة كالشهادة بالهبة. والجواب عن هذا الطعن أن يقال: إن الغريم إذا ادعى البراءة وشهد أحدهما بالبراءة، والآخر بالهبة أو بالصدقة إنما قبلت الشهادة باعتبار أن البراءة لفظة عامة تذكر، ويراد بها براءة يقصد بها وجه الغريم وطلب المكافأة منه، ويذكر ويراد بها براءة يقصد بها وجه الله تعالى وثوابه، والمدعي ادعى البراءة مطلقاً. فإذا شهد أحدهما بالبراءة والآخر بالصدقة فقد شهدا بما دخل تحت الدعوى من وجه، ووُجِدَت الموافقة بين الشاهدين معنى فيما دخل تحت الدعوى فتقبل، أما ههنا: فالغريم ادعى الهبة وهو اسم لبراءة مخصوصة يراد بها وجه الغريم، والشاهد بالصدقة شهد ببراءة يقصد بها وجه الله تعالى ورضاه، وهذا لم يدخل تحت الدعوى أصلاً، ولم تثبت

تقبل هذه الشهادة^(١).

قال: ولو ادعى الغريم الهبة فشهد له شاهد بالبراءة وشاهد بالهبة أو بالنحلى أو العطية؛ فالشهادة جائزة^(٢).

ولو ادعى بغبطة الحل أو الصدقة، فشهد شاهدان على الاستيفاء، قال: الشهادة باطلة، ولم يذكر أن القاضي يسأل، وذكر فيما ادعى أنه أبرأه أو أحل له أو^(٣) شهد شاهدان على إقرار صاحب الحق بالاستيفاء: أن القاضي يسأل الغريم عن البراءة والتحليل أنه بالاستيفاء أو غيرها، أما في دعوى البراءة يسأل؛ لأن الإبراء عسى يكون بطريق الاستيفاء، يقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، فإذا احتمل الموافقة وجب السؤال، فالسؤال في دعوى البراءة في تلك المسألة متفق عليه.

[و]^(٤) أما في دعوى الإحلال في تلك المسألة فالسؤال مختلف فيه، فمن أصحابنا من قال: السؤال واجب أيضًا؛ لأن الإحلال يتضمن معنى الاستيفاء؛ لأنه

الموافقة أيضًا بين الشاهدين لا لفظًا ولا معنى فلا تقبل.

(١) فإن قيل: وجب أن تقبل هذه الشهادة، لأن يشهد أن دخل تحت دعوى المدعي من وجه، لأن المدعي ادعى براءة مطلقة فيدخل تحتها براءة يقصد بها وجه الغريم، وبراءة يقصد بها وجه الله تعالى. قلنا: بل الأمر كما قلتم إلا أنهما اختلفا لفظًا ومعنى، لما مر أن الهبة مع الصدقة تختلفان لفظًا ومعنى فكان الشهود به شيتين، وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد فلهذا لا تقبل.

(٢) لأن الذي شهد له بالهبة وافقه فيما ادعى، وشاهد البراءة شهد ببعض ما ادعى؛ لما ذكرنا أن الهبة تتضمن الإبراء فحصلت الموافقة بين الشاهدين في الأول فيقبل شهادتهما، ولو شهد أحدهما ببعض ما ذكرنا، وشهد الآخر بالصدقة لم تقبل شهادتهما، لأنهما شهدا بالتلميك والهبة والصدقة مختلفة على ما مر، فاختلفت شهادتهما وثبت الاختلاف بين الدعوى والشهادة أيضًا، لأن الشاهد على الصدقة يشهد على خلاف ما ادعاه المدعي من الهبة والمخالفة بين الدعوى والشهادة ولو ادعى العطية أو الهبة أو النحلى أو الصدقة، وشهد شاهدان على الاستيفاء لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن الهبة ليست من حكم الاستيفاء، وكذلك الاستيفاء ليس من حكم الهبة فلا يمكن القبول بتحقيق الموافقة بينهما.

(٣) في ز: و.

(٤) سقط في ز.

متى استوفى فقد أحله [منه]^(١)؛ لأنه باشر سببه وهو الاستيفاء فاحتمل الموافقة فوجب السؤال كما في دعوى الإبراء.

ومنهم من فرق بينهما^(٢).

ثم في كل موضع وجب السؤال فإن سأله فقال بالاستيفاء أمضى الشهادة^(٣). وإن قال بغير الاستيفاء أبطل الشهادة، وإن لم يجبه بشيء لا يجبره على شيء لا يجوز جبر المدعي على الدعوى ولم تجز شهادتهما، وقد مر بعض هذا الفصل فيما تقدم.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله في رجل له على رجل ألف درهم، فأقام المطلوب على الطالب شاهدين، فشهد أحدهما أنه أقر أنه أبرأ فلاناً عن جميع ما له عليه من حق، وشهد الآخر أنه قبض من فلان جميع ما له عليه من حق قال: لا أقبل ذلك^(٤).

ولو كان له على رجل ألف درهم وبها كفيل فجاء المطلوب بشاهدين شهد أحدهما على إقرار الطالب أنه قبضها من الأصيل وشهد الآخر على إقراره أنه قبضها من الكفيل [لم]^(٥) أقبل ذلك^(٦).

(١) سقط في أ.

(٢) الإقرار بالاستيفاء له حكم الإبراء من وجه وحكم الاستيفاء من وجه، حتى أن المريض إذا أقر باستيفاء الدين من وارثه لا يصح، ولو أقر بالاستيفاء من الأجنبي صح من جميع المال، فإذا احتمل الوجهان جميعاً وجب السؤال، فأما الشهادة على نفس الاستيفاء فلا يحتمل، لأن الاستيفاء يكون بقبض الحق معينة وأنه يخالف الإبراء، وكذا الإحلال لأنه يكون بالإسقاط، فكانت المخالفة ظاهرة فلا معنى للسؤال بل وجب رد الشهادة للمخالفة.

(٣) لظهور الموافقة، وإن لم يجبره بشيء لم يجبره على شيء، لأنه لا يجوز جبر المدعي على الدعوى ولم تجز شهادتهما، لأن ظاهره المخالفة وإنما ثبتت الموافقة بإخباره أنه أراد به البراءة بجهة الاستيفاء ولم يوجد فلا تقبل شهادتهما.

(٤) لأنهما اختلفا؛ لأن الإبراء قول والقبض فعل، والإبراء إسقاط للحق والقبض يضاده فاختلف المشهود به.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) لأن القبض من الكفيل غير القبض من الأصيل فاختلف المشهود به.

ولو كان له على رجل ألف درهم، فادعى المطلوب أن الطالب أبرأه منها وجاء بشاهدين شهد أحدهما على الإبراء والآخر شهد على إقرار الطالب أنه قبض منه جميع ما له عليه، لا تقبل شهادتهما^(١)، ولم يقل بأن القاضي يسأل شاهد^(٢) الإبراء أن الإبراء أكان بالاستيفاء أو بالإسقاط، وقال في المديون: إذا ادعى الإبراء على الطالب وشهد له شاهدان على إقرار الطالب بالاستيفاء أن القاضي يسأل مدعي البراءة أنها كانت بالاستيفاء أو بغيره^(٣).

قال: ولو شهد أحدهما على إقرار الطالب أنه وهب له الألف، وشهد الآخر أنه أبرأه من جميع ما له عليه لا تقبل الشهادة.

وفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى المديون الإبراء على الطالب، فشهد له شاهد بالهبة، وشاهد بالإبراء، حيث تقبل شهادتهما^(٤).

ولو شهد أحدهما [أنه]^(٥) أقر أنه اشترى منه [بالألف]^(٦) عبداً وشهد الآخر أنه

(١) لأن المشهود به مختلف؛ لأن الإبراء قول والقبض فعل.

(٢) في أ، ز: مدعي.

(٣) الفرق: وهو أن دعوى البراءة تحتمل دعوى الإيفاء على ما ذكرنا، وعلى اعتبار دعواه الإبراء ألا يتحقق الموافقة بين الدعوى وبين الشهادة ويجب قبول الشهادة، وعلى اعتبار دعواه الإبراء لا يتحقق الموافقة ولا يجب قبول الشهادة، فكان السؤال مقيداً، أما هنا فالسؤال لا يفيد لأنه لا قبول لهذه الشهادة على كل حال أراد شاهد البراءة بالإبراء أو بالاستيفاء إن أراد البراءة بالإبراء فظاهر وإن أراد البراءة بالاستيفاء؛ فلأن الاستيفاء فعل وأحدهما شهد بالفعل، والآخر شهد بالإقرار بالقبض، وإنه قول فيختلف المشهود به فلا قبول لهذه الشهادة على كل حال، فلم يكن السؤال مقيداً.

(٤) الفرق: أن هناك المشهود به نفس الإبراء والهبة، وهما متفقان في المعنى؛ لأن الهبة إذا أضيفت إلى الدين تفيد البراءة، وأحدهما شهد على الحكم وهو البراءة والآخر شهد على البراءة بسبب وهو الهبة، وقد ذكرنا غير مرة أن العبرة في مثل هذا لاتحاد المعنى لا لاختلاف اللفظ، أما في مسألتنا فالمشهود به الإقرار، وإنه حكاة عن لفظ الطالب، وقد اختلف اللفظ واختلف المشهود به، ألا ترى أنه لو شهد أحد الشاهدين بالتخلية والآخر بالتبرئة لا تقبل الشهادة، لأنه حكاية عن اللفظ المطلق، وقد اختلف اللفظ فقد اختلف المشهود به.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في أ، ز.

أبرأه من جميع ما له عليه والمطلوب يقول: أقر، عندهما كذلك، ويدعي البراءة، لا تقبل شهادتهما^(١).

وفي «نوادير ابن سماعة»: عن محمد في رجلين شهدا على وصية رجل، فشهد أحدهما أنه قال: جميع مالي لفلان بعد موتي، وشهد الآخر أنه قال: جميع مالي صدقة على فلان بعد موتي، وذلك في مجلس أو في مجلسين فالشهادة جائزة، فرق بين هذا وبين ما إذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة في حال الحياة، حيث لا تقبل شهادتهما، واعتبر المشهود به مختلفاً لمكان الاختلاف الذي بين الهبة والصدقة، ولم يوجب هذا اختلاف المشهود به، وإن شهد أحدهما بالصدقة^(٢).

وفي «نوادير هشام»: عن محمد رحمهما الله: رجل شهد على رجل أنه أعتق أمته هذه فتزوجها، وشهد آخر أنه أقر أنه أعتق أمته وتزوجها، قال: تعتق الأمة ولا يثبت النكاح^(٣).

وفي «المنتقى»: إذا شهد شاهد لرجل أن زيداً أقر أنه اشترى هذه الدار له بأمره، وشهد آخر أن زيداً أقر أن هذه الدار له، فهذه الشهادة جائزة عندنا، وقد ذكرنا قبل هذا رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيما إذا شهد أحد الشاهدين أن [الدار]^(٤) المدعى بها لهذا المدعى، وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه أن الدار

(١) لأنهما اختلفا في سبب البراءة، فأحدهما يشهد بالبراءة بالمقاصة التي هي بمعنى الاستيفاء، والآخر يشهد بالبراءة بالإبراء الذي هو إسقاط.

(٢) الفرق: أن في تلك المسألة اختلفا في سبب الملك لما ذكرنا من المغايرة بين الهبة والصدقة، فلا بد من أن يصدق المدعي أحدهما لأنه لا بد من دعوى سبب لإثبات الملك بسبب، وفي تصديق أحدهما تكذيب الآخر فبطلت شهادتهما، أما ههنا لم يختلفا في سبب الملك لأن السبب هو الوصاية، وقد اتفقا على الوصاية، لكن تفرد أحدهما بزيادة لفظة الصدقة، وتفرد أحدهما بزيادة لفظ لا يمنع قبول الشهادة فيما اتفقا عليه.

(٣) وهذا بناء على أن الإعتاق قول لا تختلف فيه صيغة الإنشاء والإقرار، وفي مثل هذا اختلاف الشاهدين في الإقرار والإنشاء لا يضر، والنكاح وإن كان قولاً إلا أنه ألحق بالأفعال من حيث إنه يتضمن فعلاً فاختلف الشاهدين في الإقرار والإنشاء والأفعال صائر، فلهذا قال: يثبت العتق ولا يثبت النكاح.

(٤) سقط في أ، ز.

المدعى بها^(١) لهذا المدعى، أن الشهادة لا تقبل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: في رجل ادعى على رجل ألف درهم فشهد شاهدان أن المطلوب أقر [أن]^(٢) له عليه ألف درهم قرضاً وشهد آخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن متاع اشتراه وقبضه، وقال الطالب: إن ما لي عليه قرض ولم يشهد لي إلا بالقرض، فقد أكذب الشاهد الذي شهد له أنها من ثمن متاع، ولو قال: قد أشهد على [هاتين الشهادتين المختلفتين]^(٣)، لكن أصل مالي كان قرضاً، قضى له عليه بألف درهم، ولو قال: مالي من ثمن متاع بعته وقبضه مني، وقد أشهد شاهدين على ما شهدا به، أنه لا يقضى له بشيء حتى يأتي بشاهد آخر يشهد له على مثل شهادة الذي يشهد له من ثمن المتاع إذا أقر الطالب أن ماله من ثمن متاع، فلا بد من شاهدين على قبضه.

ولو شهد شاهد أن المطلوب أقر [أن]^(٤) له عليه ألف درهم قرضاً، وشهد آخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ضمان ضمن له عن فلان بأمره، فإن قال الطالب: اشهد لي بهذين الشاهدين على ما وصفنا وأن ما لي عليه قرض، فإنه يقضى له بالمال، وإن قال: ما لي من ضمان كما شهد به الآخر، لا يقضى له عليه بشيء فالضمان في هذا والبيع سواء، وأما في قياس قول أبي حنيفة: فالمال لازم في الوجيهين.

ولو شهد شاهد أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن جارية اشتريتها منه وقبضتها، وشهد آخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن بر اشتريته وقبضته، وقال الطالب: هو شهد^(٥) على هذين الشاهدين لكن ما لي عليه قرض

(١) في ز: به.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ، ز: هذين الشاهدين المختلفين.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: أشهد.

فالقاضي يقضي بالمال، ولو ادعى أحد هذين الوجهين فالقاضي لا يقضي بشيء، وكذلك لو شهدا بالمال من ضمان مختلف فهو مثل البيع المختلف. ولو ادعى المطلوب الدفع والبراءة وشهد له شاهد أن الطالب أقر أنه [قبضها منه، وشهد آخر أن الطالب أقر أن] ^(١) وكيلاً له قبضها منه، وقال المطلوب: لم يشهد لي على قبض الوكيل، فقد أكذب شاهد الوكالة، ولو قال: [شهدا لي بهاتين الشهادتين] ^(٢) إلا أنني دفعتها إليه في يده، فإنه يقضي له بالبراءة منها، ولو لم يقل: دفعتها إليه في يده ولكن قال: دفعتها إلى وكيله لم يقض له بالبراءة منها حتى يأتي بشاهد آخر على دفعها إلى الوكيل من قبل أنه أقر أنه دفعها إلى غيره، ولم يشهد على وكالته إلا واحد.

وإذا ادعى عبداً في يدي رجل أنه له وشهد شاهد أنه له وشهد آخر أن فلاناً وهبه منه وهو يملكه، فهو جائز، وكذلك الصدقة، وإن جاء فلان وأنكر ذلك قال: يجيء بشاهد آخر على الهبة والصدقة، ولو شهد واحد أنه له، وشهد آخر أنه اشتراه من فلان وهو يملكه، لا تقبل الشهادة؛ لأن المشهود به قد اختلف، هذه الجملة من «المنتقى».

ولو شهد أحد الشاهدين [على الشراء مع العيب، وشهد الآخر على الإقرار] ^(٣) على الشراء مع العيب ^(٤) لا تقبل، وكذا إذا شهد أحدهما على قيمة الثوب المغصوب الهالك أنها كذا، وشهد الآخر على الإقرار ^(٥) بذلك، لا تقبل. وإذا ادعى على رجل ألف درهم وقال: خمسمائة منها ثمن عبد اشتراه مني وقبضه، وخمسمائة منها من ثمن متاع اشتراه مني وقبضه، وشهد الشهود له

(١) في أ، ز: وكل.

(٢) في أ: قد اشهد لي بهذين الشاهدين.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: الآخر.

بالخمسمائة مطلقاً، قبلت الشهادة على الخمسمائة؛ لأنهما اتفقا على هذا المقدار، وذكر السبب ليس بشرط، فهذه المسألة تنصيص [على] ^(١) أن المدعي إذا ادعى الدين بسبب وشهد له الشهود بالدين مطلقاً أنه تقبل [ويقضى بالدين] ^(٢)، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، والمسألة مرت من قبل والله أعلم.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

الفصل الثاني والعشرون

في التناقض في الدعوى والشهادة

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل في يديه دار [جاء رجل]^(١) وادعى أنها داره اشتراها من فلان، وجاء بشاهدين شهدا أن فلاناً ذلك وهبها له وقبضها منه وهو يملكها، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة^(٢)، فإن وفق المدعي فقال: كنت اشتريته منه إلا أنه جحدني الشراء وعجزت عن إثباته بالبينة، فتشفعت له حتى اتهبها مني فوهبها [مني]^(٣) بعد ذلك وقبضتها، وأعاد البينة [قبلت بيته، وليس معنى قول محمد رحمه الله في «الكتاب»: وأعاد البينة]^(٤) على ذلك أعاد البينة على أنه كان اشتراها من فلان وجحد فلان البيع، ثم وهبها منه، كما ذهب إليه الفقيه أبو القاسم الصفار البلخي رحمه الله؛ لأنه لو وجد بيته على [البيع لا يستغني]^(٥) عن إقامة البينة على الهبة، وإنما معناه إقامة البينة على الهبة والقبض^(٦).

قال في «الجامع الصغير»: رجل ادعى داراً في يدي رجل أنه وهبها له وسلمها

(١) سقط في ز.

(٢) لأنها خالفت الدعوى صورة ومعنى، أما صورة: فظاهر، وأما معنى: فلان الشراء يوجب الملك بعوض، والهبة توجب الملك بغير عوض، ويثبت في الشراء خيار الرؤية وخيار العيب ولا يثبت في الهبة، وإذا استحق المشتري من يد المشتري يرجع على البائع بالثمن، والموهوب له عند الاستحقاق لا يرجع على الواهب بشيء.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في ز: الشراء لاستغني.

(٦) وإنما قبلت هذه البينة بعد التوفيق على هذا الوجه؛ لأن التوفيق يزيل المخالفة، ويكون ذلك ابتداء الدعوى الهبة من حيث الحقيقة. فإن قيل: ينبغي ألا تقبل البينة على الهبة؛ لأنه يدعي هبة فاسدة، فانه ادعى أنه وهبه ملكه، فإنه يملكه بالشراء، والشراء لا يفسخ بجحود أحد المتبايعين، قلنا: البائع قد جحد البيع وجحود أحد المتبايعين فسخ للعقد، فكأن البائع قال: فسخت البيع، فيقف على قبول المشتري، فلما استوهبه منه المشتري فقد أجابه إلى الفسخ؛ لأنه لا صحة للهبة منه إلا على تقدير فسخ الشراء بمقتضى طلب الهبة من المشتري، فانفسخ الشراء فيما بينهما، وصار المدعى عليه واهباً ملك نفسه، فكانت الهبة صحيحة.

إليه في وقت كذا، فسأله القاضي البيهنة فقال: إنه جحدني الهبة، فاشتريتها منه في وقت كذا، ذكر وقتاً قبل الوقت الذي ادعى فيه الهبة وأقام على ذلك بيهنة لا تقبل بيته، وإن ذكر وقتاً بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة، قُبلت بيته^(١)، فإن لم يذكر للشراء تاريخاً، لم يذكر محمد رحمه الله [هذه]^(٢) المسألة في «الجامع الصغير»، وفي كتاب «الأقضية» ذكر عين هذه المسألة في الصدقة فأجاب في هذا الفصل: أنه تقبل بيته^(٣).

وفي «الأصل»: إذا كانت الدار في يدي رجل، جاء رجل وادعى أنها داره ورثها من أبيه منذ سنة، وأقام البيهنة أنه اشتراها من الذي في يديه منذ سنتين والمدعي يدعي ذلك، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة، ولا يقضى بالدار للمدعي^(٤).

فإن وَفَّقَ المدعي فقال: كنت اشتريتها منذ سنتين من ذي اليد، كما شهد الشهود ثم بعته من أبي، ثم ورثتها من أبي منذ سنة، متى وفق على هذا الوجه وشهد

(١) لأنه في الوجه الاول التوفيق بين الكلامين لا يمكن إذ لا يمكنه أن يقول وهبها لي في الوقت الذي ادعيت الهبة، ثم جحد لي الهبة فاشتريتها منه قبل ذلك الوقت، وإذا لم يكن التوفيق ظهر التناقض، والتناقض مانع صحة الدعوى، فأما في الوجه الثاني فالتوفيق ممكن، فلا يظهر التناقض فنصح الدعوى. فإن قيل: ينبغي ألا تصح دعواه في الوجه الثاني، لأنه ادعى شراء باطلاً؛ لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة، قلنا: الواهب لما جحد الهبة فقد فسحها؛ لأن جحد ما عدا النكاح من العقود فسح له، فانفسخت الهبة في حقه وتوقف في حق الموهوب له على إجازته، فإذا طلب الشراء منه فقد أجاز ذلك الفسخ فانفسخت الهبة في حقهما وصار المشتري مشترياً ما ليس بملك له فصح.

(٢) سقط في ز.

(٣) لأن التوفيق ممكن؛ لأن الشراء حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد تاريخ الصدقة، فكأنه ادعى الشراء بعد تاريخ الصدقة وعند إمكان التوفيق لا يظهر التناقض، هذا أصل كبير لأصحابنا رحمهم الله.

(٤) لأنه ادعى الملك في جميع هذه الدار منذ سنة بالشراء، وادعى الملك في جميعها منذ سنة بالميراث أيضاً، والإنسان لا يتصور أن يكون مالكاً لعين واحد في وقت واحد بالشراء والإرث، وإنما يكون مالكاً له بأحد السببين، ولا يُدرى ذلك فبطلاً جميعاً، فتبقى الشهادة بدون الدعوى.

الشهود بذلك، يعني بالبيع من الأب ثم بالإرث منه، قبلت شهادته^(١) وقضي بالدار له^(٢).

وكذلك إذا ادعى هبة أو صدقة مكان الشراء كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا ادعى الشراء^(٣).

ولو ادعى أمة في يدي رجل أنه اشتراها منه بعده هذا منذ شهر، وجحد المدعى عليه البيع، وجاء بشهود شهدوا أنه اشتراها منذ قام من عند القاضي بألف درهم، والمدعي يدعي ذلك لم تقبل بيته، إلا أن يوفق، فيقول: اشتريتها بعدي هذا فجحدني الشراء فاشتريتها منه ألف درهم^(٤).

وإن كان الشهود شهدوا أنه اشتراها منه منذ سنة بألف درهم لا تقبل بيته، إلا أن يأتي بالتوفيق بأن يقول: اشتريتها منه منذ سنة بألف درهم كما شهد به الشهود، ثم

(١) في أ: شهادتهم.

(٢) لأن بالتوفيق على هذا الوجه تزول المناقضة؛ لأن المناقضة في هذه الصورة من حيث إنه ادعى الملك في جميع الدار بالشراء وبالإرث في وقت واحد وهو منذ سنة. فإذا قال: بعثها من أبي بعد الشراء منه ثم ورثتها من أبي منذ سنة، فإنما ادعى الملك بالشراء والإرث في وقتين، والملك بالشراء والميراث في وقتين متصور فزالت المناقضة، وإنما احتيج إلى إقامة البيينة بعد التوفيق، لأن التوفيق إنما يثبت بالبيع من أبيه، وإنها دعوى على الأب وليس بإقرارٍ على نفسه، والدعوى على الغير لا تثبت إلا البيينة.

(٣) لأنه كما لا يتصور أن يكون الإنسان مالكا لعين واحد في وقت واحد بالهبة والميراث أو بالصدقة والميراث.

(٤) لأنه بالتوفيق تزول المناقضة وبدون التوفيق المناقضة ثابتة. فإن قيل: المناقضة منهما متفية بدون التوفيق؛ لأن الثابت أحد الشراءين وهو الشراء الأول؛ لأن الشراء الأول لا يخلو، إما إن كان ثابتاً أو لم يكن ثابتاً، إن لم يكن ثابتاً ثبت الثاني، وإن كان ثابتاً يفسخ مقتضى ثبوت الثاني سابقاً عليه، بخلاف دعوى الميراث من أبيه، ودعوى الشراء من ذي اليد فإن أحد الأمرين هو الثابت لا يدري، فأما هنا فأحد الشراءين ثابت بيقين، والجواب أن الشراء الثاني غير ثابت بيقين، لجواز أن يكون الشراء الثاني بعد الأول بتراضيهما، فيفسخ الأول ويثبت الثاني، فيجوز أن يكون بغير رضا المشتري بأن جحدته الشراء الأول، فاشترى ثانياً بألف، وعلى هذا التقدير لا يفسخ الأول لكونه مضطراً في الثاني، فعلى هذا الاعتبار يكون الثابت الأول أو الثاني، لا الثاني بيقين، فكان الجواب فيه كالجواب في دعوى الشراء والميراث.

بعثها منه ثم اشتريتها منه منذ شهر بهذا العبد.

وإذا ادعى عبدًا في يدي رجل أن صاحب اليد تصدق به عليه منذ سنة وأقام شهودًا شهدوا أنه اشترى من صاحب اليد منذ سنتين، والمدعي يدعي ذلك، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق فيقول: اشتريته منه منذ سنتين، ثم جحدني الشراء ثم تصدق به علي منذ سنة.

وكذلك إذا ادعى أنه اشترى هذا العبد من صاحب اليد منذ سنة، وشهد الشهود أنه تصدق به عليه منذ سنين، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق على ما بينا. ولو ادعى أن صاحب اليد تصدق به عليه منذ سنة وشهد الشهود أنه اشتراه منه منذ شهر، لا تقبل هذه الشهادة، إلا أن يوفق فيقول: تصدق به علي منذ سنة كما ادعيت، ثم جحدني الصدقة فاشتريته منه منذ شهر، هكذا ذكرها في دعوى «الأصل» وإنه يخالف مسألة الجامع الصغير التي تقدم ذكرها.

قال في الأصل أيضًا:

وكذلك إذا ادعى الشراء منه منذ سنة وشهد الشهود أنه تصدق به علي منذ شهر، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق، وإنه يخالف مسألة «الجامع الصغير» أيضًا. ولو ادعى أنه ورثه من أبيه وأقام البينة، وادعى أن معه وارثًا آخر، [لا]^(١) تقبل بينته ولا يصير متناقضًا^(٢).

ولو ادعى عيّنًا في يد إنسان أنه له وأقام بينة أنه لفلان وكله بالخصومة فيه، قبلت بينته ولا يصير متناقضًا، ولو ادعى أولًا أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة بعد ذلك أنه لا تقبل بينته^(٣)، ويكون متناقضًا إلا أن يوفق فيقول: كان لفلان وكلني

(١) سقط في أ، ز.

(٢) إن ادعى الكل لنفسه أولًا ثم ادعى بعد ذلك أنه لغيره وأنه وكيله بالخصومة تصح دعواه ولا يصير متناقضًا وهي المسألة التي تلي هذه المسألة، فهنا أولى وقد ادعى النقض لغيره وادعى أنه وكيله وادعى النقض لنفسه.

(٣) في أ، ز: شهادته.

بالخصومة فيه ثم اشتريته منه بعد ذلك، وأقام على ذلك بينة فحينئذ تقبل بيته^(١).
ولو ادعى أنه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البينة أنه لفلان آخر وكلني
بالخصومة فيه، لا تقبل بيته إلا أن يوفق.

قال: والدين في هذا نظير العين حتى لو ادعى على رجل ديناً بألف درهم في
صك ثم جاء به باسمه ثم جاء ببينة أن ذلك المال وذلك الصك بعينه لفلان وكله
بالخصومة فيه، قبلت بيته.

روى أبو سليمان وابن سماعه: أن من ساوم رجلاً بولد أمة أو بثمر نخلة أو نخل
في أرض ثم أقام بينة أن النخلة والأمة والأرض له، قبلت بيته وقضى القاضي له
بالأمة والنخلة [والأرض [دون الولد والثمر والنخل]^(٢)]^(٣). وكذلك إذا ادعى

(١) الفرق: أن قوله لي في المسألة الأولى وإن كان حقيقة لملك الرقبة، إلا أنه يحتمل الإضافة
إلى نفسه لحق الخصومة، فالوكيل بالخصومة يضيف العين إلى نفسه بحق الخصومة،
فأمكن أن يجعل قوله في الكرة الثانية أنه لفلان وكلني بالخصومة فيه بياناً لكلامه الأول، فلا
يتحقق التناقض، أما في المسألة الثانية: لا يمكن أن يجعل الكلام الثاني وهو قوله لي بياناً
للكلام الأول، وهو قوله: أنه لفلان وكلني بالخصومة فيه؛ لأن الكلام الأول مفسر بنفسه،
ولا يمكن أن يجعل الكلام الأول بياناً وتفسيراً للكلام الثاني، لأن التفسير لا يكون قبل
المفسر، فكان كل كلام كلاً على حده، وحقيقة الإضافة لملك الرقبة والكلام لحقيقته،
حتى يقوم الدليل على مجازته، فكأنه نص في الكلام الثاني على أنه لي بملك الرقبة، ولو
نص على هذا يصير متناقضاً كذا ههنا.

(٢) لأن أقل ما فيه أن المساومة إقرار بالملك لصاحبه أو إقرار أنه لا ملك للمساوم فيه على
حسب ما اختلفت الروايات فيه إلا أن هذا الإقرار لا يكون فرقاً صريح الإقرار. ولو أقر هو
صريحاً بالولد لصاحب الولد أو أقر صريحاً أن الولد ليس له، ثم ادعى الأمة لنفسه، تسمع
دعواه كذا ههنا. وهذا لأن الإقرار بالملك المطلق يحمل على الملك الحادث حتى أنه لو أقر
بأمة لرجل ولها ولد كانت الأمة للمقر له دون ولدها، بخلاف البينة القائمة على الملك
المطلق، حيث يحمل على الملك من الأصل. وإذا ثبت أن الإقرار بالملك المطلق يحمل
على حدوث الملك صار المساوم مقرراً لمن ساوم إليه بحدوث الملك في الولد والثمر،
وليس من ضرورته ثبوت الملك للمقر له في الأم، فلم توجد المخالفة بين الدعوى
والإقرار.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ز.

الولد والثمر مع الأم والنخلة^(١).

وكذلك لو كانت الأمة حاملاً فولدت في يده، فساوم بالولد بعد إقامة البينة قبل القضاء بالأمة^(٢).

وكذلك إذا قال الشاهدان: الولد للمدعى عليه، أو قالوا: لا ندري لمن الولد^(٣)، وكذلك إذا لم تقم بينة للمدعي ولكن المدعى عليه أقر بأن الأم للمدعي يقضى له بالأم دون ولدها^(٤).

ولو أن رجلاً في يديه دار مبنية جاء رجل وأقام بينة أنها داره وذكرها البناء في شهادتهما أو لم يذكرها، ثم ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء، فإن القاضي يقضى بالدار ببناؤها للمدعي^(٥).

ثم إذا قضى القاضي للمدعي بالدار ببناؤها أقر المدعي بعد ذلك وقال: ليس البناء لي وإنما هو للمدعى عليه ولم يزل له [أو قال: كان البناء له يوم شهد الشهود]^(٦) أو قال ذلك بعد الشهادة قبل القضاء، فإن هذا إكذاب للشاهد وبطلت الشهادة والقضاء في البناء والدار [جميعاً]^(٧)، وإن قال: البناء للمدعى عليه فهذا ليس بإكذاب لشهوده، هكذا ذكر المسألة في «الأقضية».

(١) لأن دعواه في الثمرة والولد لم يصلح لمكان إقراره السابق، فتبقى دعوى الأمة والنخلة وحدها.

(٢) لأنه يحتمل أن يكون ملكاً للمقر له بتملك من جهته بعد الولادة، فلم تكن من ضرورة صحة هذا الإقرار بطلان دعواه في الأمة، فبقيت تلك الدعوى صحيحة.

(٣) لأنهما بينا أنهما خصا بشهادتهما الأمة دون ولدها والولد منفصل عنها فيصح دخول الأم في الشهادة دونها، فيقضى له بالأم خاصة.

(٤) لأن الثابت بالإقرار ملك حادث، لأنه حجة قاصرة لا الملك من الأصل، فلا يستند حكمه إلى حالة الولادة، فاقصر حكم الإقرار على الأم خاصة.

(٥) أما إذا ذكروا البناء فلا شك فيه، وأما إذا لم يذكروا البناء، فلأن البناء مركب في الأرض تركيب قرار، فيدخل تحت ذكر الأرض خصوصاً في ذكر الدار، لأن في الغالب يستعمل اسم الدار في المبنى.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ، ز.

وذكر في آخر شهادات «الأصل» أن الشهود إذا ذكروا البناء في شهادتهم وقضى بشهادتهم، ثم أقر المدعي بعد ذلك بالبناء للمدعى عليه، كان ذلك إكذاباً لشهوده، فبطلت الشهادة والقضاء. وإذا لم يذكروا البناء في شهادتهم وقضى عليه بالدار والبناء، ثم أقر بالبناء للمدعى عليه لا يكون ذلك إكذاباً لشهوده^(١) وبطلت الشهادة والقضاء.

[ثم]^(٢) على رواية كتاب «الأفضية» فرق بين ما إذا قال المقضي له: ليس البناء لي، وإنما هو للمدعى عليه، وبين ما إذا قال: كان البناء للمدعى عليه يوم شهادة الشهود، أو قال: لم يزل ملكاً للمقضي عليه، فلم يجعل الأول تكذيباً للشهود، وجعل الثاني والثالث تكذيباً، وعلى رواية كتاب الشهادات لم يفصل وجعل مطلق الإقرار بالبناء للمدعى عليه تكذيباً للشاهد إذا كان البناء مذكوراً في الشهادة^(٣). هذا إذا أقر المقضي له بعد القضاء له أن البناء ليس له وأنه للمقضي عليه.

(١) وجه الفرق على رواية شهادات «الأصل»: أن البناء إذا لم يكن ملفوظاً في الشهادة، فالقضاء بالبناء ما كان لكونه مشهوداً، بل تبعاً للأرض؛ لأن حكم الأصل يثبت في البيع إلا إذا وجد دليل يوجب قطع التبعية، فإذا أقر المدعي بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه فهذا الإقرار حجة قطعه عن التبعية فإذا أقر المدعي بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه، فهذا الإقرار حجة قطعه عن التبعية وحجة أصالته في الملك إلا أن يكون إكذاباً بتلك الشهادة، فأما إذا كان البناء ملفوظاً به في الشهادة، فالقضاء بالبناء لكونه مشهوداً به، فالإقرار بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يكون إكذاباً للشهود ضرورة، فيوجب بطلان الشهادة. ووجه التسوية على رواية كتاب «الأفضية»: أنه يطلق اسم الدار في الغالب من كلام الناس وفي عاداتهم يستعمل بإزاء الأرض والبناء، والشرع شهد لذلك، حتى إن من حلف لا يدخل داراً، فدخل صحراء كانت داراً، وقد انهدم بناؤها لا يحنث والثابت باعتبار العادة وعليه الاستعمال كالثابت بمقتضى اللفظ حقيقة، فاستوى ذكر البناء وعدمه.

(٢) سقط في ز.

(٣) وجه ما ذكر في الشهادات: أن مطلق الإقرار بالبناء للمقضي عليه يناقض شهادة الشهود بالبناء للمدعي، والإكذاب من حكم المناقضة. وجه ما ذكر في «الأفضية»: أن قوله: البناء ليس لي، وإنما هو للمدعى عليه كلام محتمل يحتمل أنه للمقضي عليه، لأنه كان له يوم شهد الشهود، فيكون إكذاباً للشهود، فلا يكون إكذاباً بالاحتمال، ولا كذلك قوله: كان البناء له يوم شهد الشهود لم يزل ملكاً له.

و[لو]^(١) أن المقضي له [بعد القضاء]^(٢) له لم يقر بذلك لكن المقضي عليه ادعى البناء لنفسه، فعلى رواية كتاب «الأقضية»: لا تسمع دعواه ولا تسمع بيته، ذكر الشهود البناء في شهادتهم أو لم يذكروا، وعلى رواية شهادات «الأصل»: إن لم يذكروا البناء في شهادتهم تسمع دعوى المقضي عليه^(٣)، وإن ذكروا لم تسمع دعواه.

وفي «المنتقى» وفي «الإملاء»: عن محمد: رجل ادعى دارًا في يدي رجل وأنكر الذي في يديه الدار حق المدعي، فشهد للمدعي شاهدان أن الدار داره، ولم يزيدوا على ذلك، فلما زكوا قال المدعى عليه: البناء بنائي أنا بيته، وأراد أن يقيم البينة على ذلك، قال: إن كان شهود المدعي حضورا فالقاضي يسألهم عن البناء، فإن قالوا: البناء للمدعي مع الدار فالقاضي لا يلتفت إلى قول المدعى عليه، وإن قالوا: لا ندري لمن البناء إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعي، فليس ذلك بإكذاب منهم لشهادتهم ويقضى للمدعى عليه بالبناء إن أقام بينة على البناء، ويؤمر بالهدم وتسليم الأرض للمدعي، فإن لم يحضر المدعى عليه بينة على البناء، قضى عليه القاضي بالأرض بشهادة شهود المدعي وأتبع الأرض للبناء، فإن جاء المدعى عليه بعد ذلك بالبينة أن البناء [بناؤه]^(٤) أخذه^(٥)، وهذه الرواية توافق رواية شهادات «الأصل».

ولو أن شهود المدعي شهدوا أن الدار للمدعي ثم ماتوا أو غابوا فلم يقدر عليهم، فلما أراد القاضي أن يقضي بالدار بينائها للمدعي، قال المدعى عليه: أنا أقيم البينة أن البناء بنائي، لم يقبل ذلك منه ويقضي بالدار للمدعي بينائها^(٦) إلا أن يبينوا أنهم

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ، ز: له.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) لأن القاضي لم يقض على المدعى عليه بالبناء بشهادة الشهود.

(٦) لأن الشهود حين شهدوا بالدار فقد شهدوا بالبناء.

لا يدرون لمن [البناء]^(١)، فيكون على ما وصفت لك في أول المسألة .
قال: ألا ترى أن القاضي لو قضى بالدار في هذا الوجه ببنائها للمدعي ثم حضر شهوده، وقالوا: إن البناء لم يكن للمدعي إنما كان للمدعى عليه، فإن قالوا للقاضي حين رجعوا عن البناء: ليس البناء للمدعي ولا ندرى لمن البناء، لم يضمنوا من قيمة البناء شيئاً وكان البناء [للمدعي، وقيل]^(٢) للمدعى عليه: أقم البينة أن البناء بناؤك على الشهود الذين شهدوا للمدعي، فإن أقام عليهم البينة ضمنهم قيمة البناء؛ ألا ترى أن البناء دخل فيما شهدوا به .

ولو شهد شهود المدعي أن الدار له ولم يزيدوا على هذا، ثم ماتوا أو غابوا ثم جاء رجل آخر وادعى بناء هذه الدار لنفسه، وشهد له شاهدان آخران بذلك، فإن القاضي يقضي بالأرض للمدعي الذي شهدت شهوده بالدار، ويقضي بالبناء بين المدعين نصفين، فإن أقام المدعى عليه بينة أن البناء بناؤه قبل البناء أو بعده لم أقبل ذلك منه .

ولو أن شهود المدعي للدار شهدوا أن الأرض للمدعي وقالوا: لا ندرى لمن البناء، قضى بالأرض له وقضى بالبناء للمدعي البناء خاصة، قال: وكذلك في جميع ما وصفت لك .

أرض يكون فيها النخيل والأشجار، فشهد شهود المدعي أن هذه الأرض^(٣) له، فهذا بمنزلة شهادتهم بالدار إذا لم يفسروا، فالقاضي يقضي [بالأرض]^(٤) ويتبعها النخيل والشجر من غير أن يكون ذلك شهادة بالنخيل والشجر .

وكذلك إذا شهدوا أن هذا الخاتم لفلان ولم يذكروا الفص أو شهدوا أن هذا السيف لفلان ولم يذكروا الحلية، فالقاضي يقضي بالسيف والحلية والخاتم والفص

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في ز .

(٣) في أ، ز: الدار .

(٤) في أ، ز: لمدعي الأرض .

[لفلان]^(١) من غير أن يكون الفص والحلية مشهودًا به، حتى لو أقام المشهود عليه بيعة أن البناء والفص والحلية [له]^(٢) قبلت شهادته، كان القاضي قضى بذلك للمدعي أو لم يقض.

وفيه أيضًا: إذا شهد الشهود بجارية على رجل في يديه أنها لهذا المدعي وقضى القاضي له بها ثم غاب الشاهدان أو ماتا، وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه لم يره الشهود، أخذه المدعي.

وكذلك لو كان الولد ظاهرًا، وشهد الشهود بالجارية للمدعي، ولم يتعرضوا للولد فالقاضي يقضي للمدعي بالجارية وبالولد، وإن [قال]^(٣) الذي في يديه الجارية: أنا أقيم بيعة على أن الولد لي لم يلتفت إلى بيئته ويقضي بالجارية وولدها للمدعي، فإذا قضى القاضي بذلك ثم حضر الشهود وقالوا: لم يكن الولد للمدعي وإنما كان للمدعى عليه، فالقاضي لا يقضي بالولد للمدعى عليه، وإن أقام البيعة على الولد، و[لو]^(٤) كان الشهود حضورًا وسألهم القاضي عن الولد قبل القضاء فقالوا: هو للمدعى عليه، أو قالوا: لا ندري لمن هو، فالقاضي لا يقضي في الولد بشيء ويقضي بالجارية للمدعي.

قال: ولا يشبه الولد في هذا الوجه البناء، وعلل فقال: لأن البناء موصول بالدار فقد أشار إلى أن شهود المدعي في مسألة الدار إذا قالوا وقت الشهادة بالدار: لا ندري لمن البناء أنه يقضي بالبناء لمدعي الدار.

قوم ورثوا دارًا من أبيهم واقتسموها برضاهم فادعى بعضهم أن أباه كان تصدق بطائفة منها معلومة عليه، أو ادعى ذلك لابن له صغير وقال: مات ابني فورثتها منه،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

وأقام على ذلك بينة، فدعواه باطلة وبينته مردودة^(١).
ولو كان ادعى ديتاً على أبيه صح دعواه وقبلت بينته^(٢).
قال في كتاب الإقرار: رجل أقر أن لفلان علي ألف درهم، ثم قال بعد ذلك:
قضيتها إياه قبل أن أقر بها وأقام البينة على ذلك، لم أقبل بينته، ولو ادعى أنه قضاة
قبل الإقرار موصولاً بإقراره القياس: ألا تقبل بينته^(٣).
وفي الاستحسان: تقبل بينته^(٤).
ولو قال: كانت له علي ألف درهم، ثم قضيتها إياه قبل الإقرار موصولاً أو
مفصلاً وأقام البينة عليه قبلت بينته^(٥) بخلاف المسألة الأولى^(٦).
رجل في يديه عبد قال لآخر: هو عبدك يا فلان، فقال فلان الآخر: بل هو
عبدك، ثم قال المقر الأول: هو لي وأقام البينة لم تقبل بينته^(٧).

(١) الأصل في جنس هذه المسائل أن إقدام العاقل على عقد إقرار منه بصحة ذلك العقد؛ لأنه
إنما أقدم عليه للالتزام بموجبه، وإنما يلزمه موجب العقد إذا صح العقد، فإذا ادعى فساده
وبطلانه بعد ذلك، يصير متناقضاً، والمتناقض لا قول له. إذا ثبت هذا فنقول: دعوى طائفة
منها معلومة من بعض الورثة دعوى بطلان القسمة؛ لأنه ليس لهم قسمة مال الغير وقد أقر
بصحتها حال ما أقدم عليها فتتحقق المناقضة.

(٢) لأنه ليس بمتناقض؛ لأن القسمة مع الدين صحيحة حتى لو قضى الوارث دين الغريم من مال
آخر أو أبرأ الغريم الميت عن الدين لا يحتاج إلى إعادتها ولكن يكون للغريم حق نقض
القسمة إذا لم يصل إليه حقه من مال آخر.

(٣) لأنه متناقض في الدعوى، لأن إقراره يوجب كون الألف عليه وقت الإقرار، ولولا ذلك لما
صح الإقرار، فإذا ادعى القضاء قبل ذلك فإنه يوجب سقوط الدين عنه بالقضاء قبل إقراره
كان متناقضاً في الدعوى، فلا يسمع ذلك منه كما لو ادعاه مفصلاً.

(٤) لأن هذا اللفظ قد يذكر ويراد به كان له عليه ألف درهم، فإن الشيء يسمى باسم ما قد كان
كما يسمى القاضي المعزول قاضياً ونظائره كثيرة، فمتى وصل هذا الكلام بإقراره، دلنا أنه
أراد به هذا النوع من المجاز وإن كان هذا تغييراً لصدر الكلام ولكنه يصح إذا كان موصولاً،
فأما إذا كان مفصلاً عن إقراره لا يصح هذا البيان المغير منه، فبقي التناقض باعتبار ظاهر
كلامه، ولم يصح التناقض.

(٥) لأنه إخبار عن وجوب الألف عليه في زمان سابق فلا يبقى القضاء قبل الإقرار.
(٦) فإنه إخبار عن وجوب الألف عليه للحال فإذا ادعى قبله كان متناقضاً فلم تسمع دعواه وبينته.
(٧) لأن بين إقراره بملك العبد لآخر ودعواه ملكية العبد لنفسه تناقض، والتناقض يمنع صحة

رجل ادعى أن هذه الدار له إلا بيت [منها]^(١)، وأقام البينة على الجميع أو كان ادعى على رجل ألف درهم وأقام البينة عليه بألفين، فقال المدعي للدار: كان البيت لي فبعته، وكان لي عليه ألفان فأبرأته عن الألف، قبلت بيته^(٢). وإن قال: لم يكن البيت لي قط ولا كان لي عليه قط إلا ألف، أبطلت البينة^(٣)، وإن أبى أن يبين شيئاً من ذلك، فالقياس: ألا^(٤) تقبل بيته. وفي الاستحسان^(٥): تقبل^(٦).

الدعوى، وإنما أورد هذه المسألة لإشكال وهو: أن المقر له الأول لما قال لغيره: بل هو عبدك، فقد أكذب المقر الأول في إقراره له، فبطل إقراره لمكان التكذيب، فيجب ألا يعتبر لإثبات التناقض، لكننا نقول: إن قول المقر له الآخر بل عبدك ليس بتكذيب للمقر الأول في إقراره، بدليل أنه يأخذ المقر له الثاني، ولو بطل الإقرار الأول لمكان أنه كذبه فيه لم يكن له أن يأخذ من يده، ولكن قيل: إن قوله لغيره: بل هو عبدك محتمل يحتمل أنه عبدك لم يزل لك ولم يكن لي، فيكون مكذباً له في إقراره، ويحتمل أنه عبدك لأنني ملكته منك للحال، فلا يكون تكذيباً للمقر الأول فلا يثبت التكذيب بالاحتمال.

- (١) سقط في أ.
- (٢) لأنه زال الخلاف والتناقض بما ذكر، فلعل الأمر كما ذكر ولم يعلم به الشهود، فشهدوا على جميع الدار والألفين، وإذا زال التناقض وجب قبول الشهادة.
- (٣) لأنه صرح بإكذاب الشهود في البيت والألف فبطلت الشهادة.
- (٤) في ز: أن.
- (٥) زاد في ز: لا.
- (٦) وجه القياس في ذلك: أن امتناع قبول الشهادة لمكان المخالفة بين الدعوى والشهادة، فإذا كان التوفيق محتملاً لا يمكن القول بثبوت المخالفة، لأنها لو ثبتت تثبت مع الشك، ولأن التوفيق إذا كان محتملاً يجب الحمل عليه حملاً لأمر المدعي على الصلاح كما في مسألة الأكرار. وجه الاستحسان: أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة بصورة ومعنى، فإن كان التوفيق مراداً يزول الخلاف، وإن لم يكن مراداً لا يزول، فلا يزول الخلاف مع الاحتمال. قوله: يحمل على التوفيق حملاً لأمر المدعي على الصلاح، قلنا: الحمل على الصلاح نوع ظاهر، والظاهر يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات أمر لم يكن، وحاجتنا منها إلى إثبات أمر لم يكن وهو البيع والقضاء بخلاف مسألة الأكرار؛ لأن مطلق المقابلة يحتمل بيع الجنس بخلاف الجنس، فإذا عيناه حملاً لأمرهما على الصلاح يتبين أنه هو الثابت بمطلق المقابلة، فكان هذا إبقاء ما هو ثابت بمطلق المقابلة لا إثبات أمر لم يكن أما ههنا فبخلافه، ثم استشهد في «الكتاب» وقال: ألا ترى أن المدعي لو قال بعد القضاء بالدار: لم يكن البيت لي قط يبطل القضاء، فإذا كان يبطل القضاء بهذا النوع من المخالفة =

دار في يدي رجل يزعم أنه اشتراها من رجل، فجاء رجل وادعى عند غير القاضي أنها داره تصدق بها على الذي باعها من ذي اليد، ثم رفع المدعي الذي في يديه الدار إلى القاضي بعد شهر أو سنة وادعى أنها داره اشتراها من الذي زعم ذو اليد أنه اشتراها منه، فهذه المسألة على وجهين:

الأول: أن يذكر للصدقة والشراء تاريخًا، وإنه على وجهين: إن ذكر تاريخ الشراء قبل تاريخ الصدقة لا تقبل شهادة شهوده^(١)، وإن ذكر تاريخ الشراء بعد تاريخ الصدقة قبلت شهادتهم، هكذا ذكر في كتاب «الأقضية»، وهذا إشارة إلى أن احتمال التوفيق يكفي. ووجه احتمال التوفيق أن يقول: جحدني الصدقة بعدما تصدق بها علي فاشتريتها منه، وسيأتي الكلام بعد هذا في أن احتمال التوفيق هل يكفي؟. الوجه الثاني: إذا لم يذكر التاريخ، وفي هذا الوجه تقبل شهادة شهوده^(٢). قال محمد رحمه الله: ولا أبالي، قال في الصدقة: قبضت أو لم أقبض^(٣).

قال محمد رحمه الله: ولو كان ادعى الصدقة بعد تاريخ الشراء لا يرجع بالثمن على البائع، وعلل فقال: لأنه هو الذي أبطل شهادة شهوده بادعائه الصدقة وأراد به أن امتناع قبول البيئنة على الشراء بدعواه الصدقة، وإنه ليس بحجة في حق البائع، فلا

لأن لا يجوز القضاء معها كان أولى.

(١) لأن ادعاه الصدقة إقرار منه بكون الدار ملك المتصدق وقت الصدقة، وإنه ينافي كون الدار ملكًا له بالشراء عندها فيصير مكذبًا شهوده فلا تقبل شهادتهم.

(٢) لأن الشراء حادث والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات، وذلك بعد تاريخ الشراء لا محالة لأنه ادعى الشراء بعد شهر أو سنة. فإن قيل: كيف تصح دعوى الشراء من فلان حال كون الدار في يد غيره وأنه يدعي الملك لنفسه؟ قلنا: ذو اليد لما زعم أنه اشتراها من فلان فقد أقر بالملك لفلان، لأن كل مشتر يقر بالملك لبائعه، وبيع المغصوب منه المغصوب من غير الغضب والغاصب مقر بالملك للمغصوب منه صحيح، فقد ادعى شراء صحيحًا من هذا الوجه.

(٣) لأن ادعاه الصدقة إنما أبطل دعوى الشراء قبل تاريخ الصدقة باعتبار إقراره بملك البائع بعد تاريخ الشراء حتى تثبت المناقضة، والإقرار بملك البائع بعد تاريخ الشراء يثبت بمجرد ادعائه الصدقة.

يمكنه الرجوع على البائع [بهذه الحجة^(١)]^(٢).

قال في «الكتاب»: «ألا ترى أن رجلاً لو ادعى عبداً في يدي رجل أنه له اشتراه من فلان منذ سنة، ونقده الثمن وصدقه البائع بذلك، وذو اليد يزعم أنه اشتراه من فلان بعينه منذ شهر، فلما أراد الحاكم أن يقضي به للمدعي قال المدعي: إني لم أشتريه في ذلك اليوم، أو قال: ذو اليد أقدم شراءً مني، ثم أراد أن يرجع بالثمن على البائع، فقال البائع: كذبت أنت أقدم شراءً منه، وإنما لم يسلم لك العبد بإكذابك بينتك، فإنه لا سبيل له على الرجوع بالثمن^(٣)».

قال في «أدب القاضي»: «وإذا أقام الرجل بينة على رجل أنه باع هذه الدار منه، والبائع يقول: لم أبع، ثم أقام البائع بينة أنه قد رد عليه الدار بالعيب قبلت بينته، وينتقض البيع؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن بأن يقول البائع: لم أبع شيئاً بنفسي، إنما باع وكيلي ثم فسخت البيع [إنهاء المشتري بعد ذلك معي، فإذا أمكن التوفيق بينهما حمل عليه، وهذه المسألة إشارة إلى أنه^(٤)] يكتفى بمجرد إمكان التوفيق، وهكذا ذكر في «الجامع الصغير»، وفي كتاب «الأقضية».

وذكر في «الجامع الكبير»، وفي بعض نسخ دعوى الأصل أنه لا يكتفى بمجرد إمكان التوفيق ولا بد أن يوفق المدعي.

قيل: ما ذكر في «الجامع الصغير»، وفي كتاب «الأقضية» قياس، وما ذكر في «الجامع الكبير»، وفي «الأصل» استحسان، وأصله ما ذكرنا في دعوى الألف، وشهادة الشهود على الألفين، القياس: أن تقبل لاحتمال التوفيق^(٥).

(١) لأن الرجوع على البائع باعتبار أنه لم يسلم له المشتري من جهته، وإنما لم يسلم له المشتري بما ليس بحجة في حق البائع، فلا يرجع بالثمن عليه.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) لأن المبيع إنما لم يسلم للمشتري بمعنى من جهته، وهو إكذابه بينته فلا يظهر ذلك في حق البائع.

(٤) سقط في أ.

(٥) هذا لأن حمل أمر المسلمين على الصحة واجب ما أمكن، فإذا كان التوفيق ممكناً أمكن

وفي الاستحسان: لا تقبل^(١).

وقال محمد رحمه الله في «الجامع»: وإذا ادعى دارا في يدي رجل أنها داره ورثها من أبيه، وجاء بشهود شهدوا أنه اشتراها من أبيه في حال حياته لا تقبل هذه الشهادة، وبمثله لو ادعى أولاً أنه اشتراها من أبيه في حال حياته، وجاء بشهود شهدوا أنه ورثها من أبيه قبلت هذه الشهادة^(٢).

وإذا ادعى عيئاً في يد إنسان أنها له وأقام على ذلك بينة، ثم إن المدعي قال: هذه العين لم تكن لي قط، بطلت بينته ولم تقبل ويبطل القضاء إن كان [قد]^(٣) قضى له به^(٤)، وكذلك إذا لم يقل: قط^(٥).

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: رجل أقر عند القاضي أن هذا العبد كان لفلان، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف درهم، ولم يوقت الشهود وقتاً، وفلان يجحد البيع، فالشهادة جائزة^(٦).

= حمل دعوى المدعي على الصحة فيجب على القاضي ذلك، وإن لم يوجد من المدعي تنصيماً عليه كما في مسألة الأكرار.

(١) لأن المخالفة ثابتة بصورة ومعنى، فإن كان التوفيق مراداً يزول الخلاف، وإن لم يكن التوفيق مراداً لا يزول الخلاف فلا يزول الخلاف بالاحتمال، فأما إذا وفق فقد بين أن التوفيق مراد وضح منه هذا البيان، لأن احتمال التوفيق ثابت، وقوله يحمل على التوفيق حملاً لأمر المدعي على الصحة، فالجواب ما مر قبل هذا أن الحمل على الصحة بنوع ظاهر، وإنه لا يصلح لإثبات أمر لم يكن.

(٢) الفرق: أن في المسألة الثانية التوفيق ممكن بأن يقول: اشتريت من أبي كما ادعت أول مرة ثم جحدني الشراء وعجزت عن إثباته بالبينة وقيمت الدار على ملك الأب ظاهراً وصارت بموته ميراثاً لي ظاهراً مع ما تقدم من صورة الشراء، فلا تبطل بينة الإرث بالاحتمال أما في المسألة الأولى التوفيق غير ممكن، فإنه لا يمكنه أن يقول: ورثتها عن أبي، فجحدني الأب فاشتريت منه في حياته.

(٣) سقط في ز.

(٤) لأنه أكذب شهوده وأقر ببطلان القضاء وذلك حقه.

(٥) لأن الإكذاب حصل بقوله: لم يكن لي.

(٦) لأنه أقر بملك البائع في زمان ثم ادعى تلقي الملك من جهته، وملك البائع في الزمان الماضي مؤكداً لملك المشتري، فالإقرار به لا يمنع قبول الشهادة على الشراء أقصى ما في =

فأما إذا قال: هذا العبد لفلان، ثم أقام البينة بعد ذلك أنه اشتراه منه قبل الإقرار لم تقبل بيته^(١)، هذا إذا قال ذلك مفصلاً، فأما إذا قال ذلك موصولاً عند القاضي: هذا العبد لفلان اشتريته منه أمس، فالقياس: ألا تقبل بيته. وفي «الاستحسان»: تقبل^(٢).

فإن قال: هذا العبد لفلان ثم مكث شهراً، ثم ادعى أنه اشتراه [من فلان]^(٣) وأقام البينة وقال الشهود: لا ندري أكان الشراء قبل الإقرار أو بعده، وقال المشتري: كان بعد الإقرار، فإنه تقبل هذه الشهادة، ويقضى بالشراء^(٤).

وكذلك إذا قال عند القاضي: هذا العبد كان لفلان عام أول، ثم ادعى بعد ذلك أنه اشتراه منه وأقام البينة ولم يوقت الشهود وقتاً، تقبل بيته^(٥).

الباب، احتمال أن الشراء كان قبل ذلك الوقت ولكن بالاحتمال لا تثبت المناقضة كيف وأن الشراء حادث والحوادث يحال حدوثها على أقرب الأوقات بقضية الأصل وذلك ما بعد الإقرار، فلا يثبت به التناقض فلا يمنع قبول الشهادة.

(١) لأن قوله: هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له في الحال، فإنه ينافي دعوى الشراء قبله فلم تقبل بيته لمكان التناقض.

(٢) وجه القياس: أن قوله: هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له في الحال، فإنه ينافي دعوى الشراء منه أمس فلا تقبل بيته للتناقض. وجه الاستحسان: أن العين قد تضاف إلى الإنسان باعتبار أنه كان مالكا له، يقال دار فلان وعبد فلان وإن كان باعه، ألا ترى أنه يجوز إطلاق الاسم على الذات باعتبار ما كان، حتى يسمى القاضي بعد العزل قاضياً وعلى هذا الوجه لا يثبت التناقض أقصى ما في الباب أن هذه الإضافة بطريق المجاز، والحمل على المجاز يعتبر بمطلق الكلام، ولكن البيان المعبر يصح موصولاً ولا يصح مفصلاً كالشرط والاستثناء وقد مر جنس هذه المسألة قبل هذا.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) لأنها لو لم تقبل إنما لم تقبل لمكان المناقضة وفيها احتمال لأنه يحتمل أن الشراء كان قبل الإقرار، فكان متناقضاً واحتمل أنه بعد الإقرار فلا يكون متناقضاً فلا تثبت المناقضة بالاحتمال، ولأن الشراء حادث والحوادث يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات وذلك ما بعد الإقرار.

(٥) لأن إقراره بالملك في زمان سابق مؤكد لشراء المشتري بعده؛ لأن ملكه يبنني على ملك البائع، ودعواه الشراء للحال يؤكد الإقرار بالملك قبل الشراء؛ لأنه يستدعي قيام الملك للبائع عند الملك ليصح البيع فلم يكن متناقضاً.

وكذلك إذا قال: استوهبته منه عام أول فأبى أن يهبه لي، أو قال: ساومته عام أول، ثم ادعى الشراء منه؛ لأن الاستيham والاستيهاب إقرار بالملك فكان هذا والأول سواء.

ولا تبطل الشهادة إلا أن يوقتوا^(١)، وذكر في بعض الروايات إلا أن [لا]^(٢) يوقتوا، فإن كانت الرواية إلا أن يوقتوا وقتًا للشراء قبل الإقرار فإنه لا تسمع هذه الدعوى^(٣)، وإن كانت الرواية إلا ألا يوقتوا فكلمة لا ساقطة، ومعناه: ولا تبطل الشهادة إلا أن يوقتوا، فيكون بياناً أن ترك التوقيت لا يمنع^(٤) سماع^(٥) البينة^(٦).
ولو أقر عند القاضي أن هذا العبد لفلان لا حق له فيه أو قال: كان العبد لفلان عام أول وأنه لم يكن له فيه حق يومئذ ولا دعوى، أو قال: كنت أقررت عام أول أن هذا العبد لفلان لا حق لي فيه، أو قال: لا حق لي فيه، ولم يقل: إنه لفلان ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف درهم، فإن القاضي يسأل الشهود متى كان الشراء؟ فإن^(٧) وقتوا للشراء وقتًا بعد الإقرار قبلت شهادتهم، وإن وقتوا للشراء وقتًا قبل الإقرار أو^(٨) قالوا: لا ندرى [متى]^(٩) كان الشراء لا تقبل شهادتهم، فرق بين هذا وبين ما إذا قال: هذا العبد لفلان ولم يقل: لا حق لي فيه ثم أقام البينة بعد شهر على الشراء أنه تقبل [البينة]^(١٠) وإن لم يوقت الشهود للشراء وقتًا^(١١).

(١) في أ، ز: يوقتوا.

(٢) سقط في أ.

(٣) لأنه يكون متناقضًا بيقين، والتناقض يمنع صحة الدعوى.

(٤) في أ، ز: يسمع.

(٥) زاد في أ، ز: في.

(٦) لأنه ليس فيه إلا السكوت، والسكوت وإن كان يحتمل التناقض، ولكن قد ذكرنا أن احتمال التناقض لا يمنع قبول البينة لاحتمال الشك فيه.

(٧) في أ، ز: كأن.

(٨) في ز: و.

(٩) سقط في أ، ز.

(١٠) سقط في أ، ز.

(١١) الفرق: أن قوله هذا العبد لفلان، إخبار عن ملك المقر له في الحال، وقوله: لا حق لي =

ولو أن رجلاً كتب لرجل^(١): «إني كنت ادعيت عليك ديوناً وبيعاً وأشياء أخر ادعيتها عليك، وأقررت أنه لا حق لي قبلك ولا دعوى من شراء ولا غير ذلك، ثم أقام البينة على عبد عند المكتوب إليه^(٢) أنه عبده اشتراه [منه]^(٣)، أو أن له عليه ألف درهم قرض، أو^(٤) أنه غصبه عبداً، فإنه لا تقبل هذه البينة^(٥) إلا إذا وقتوا وقتاً بعد البراءة^(٦) .

وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله: من كتب لرجل براءة ثم أقام بينة على دين لم تقبل بينته، حتى يعلم أنه بعد البراءة^(٧) .

قال في كتاب «الأقضية»: رجل قال: جميع ما [في يدي]^(٨) من قليل أو كثير من عبد أو غيره لفلان، ثم مكث أياماً ثم اختلفا في عبد في يده فقال المقر: لم يكن في يدي يوم أقررت، وقال المقر له: لا بل كان في يدك، فالقول قول المقر، وفرق بينه وبين البراءة فإن في فصل البراءة إذا تنازعا في عبد بعينه يجعل داخلاً تحت البراءة حتى يثبت بالبينة أنه استفاده بعد البراءة، وهنا لم يجعله داخلاً تحت الإقرار^(٩) .

= فيه، نفي الملك لنفسه أصلاً فكان محكماً في إسقاط حقه في الدعوى، فلا تسمع دعواه وبينته، إلا إذا وقت وقتاً بعد الإقرار حتى لا يؤدي إلى ارتفاع المضادة والتنافي بالاحتمال، وفي تلك المسألة ما نص على إسقاط حقه، والتناقض عارض، فلا يثبت بالاحتمال.

(١) في أ، ز: إلى رجل.

(٢) في أ، ز: له.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) في ز: و.

(٥) في أ، ز: الشهادة.

(٦) لأنه لما نص على البراءة عام أول، فقد أسقط جميع حقه قبله في العين والدين جميعاً فيكون متناقضاً في دعواه قبله فلا تسمع دعواه ولا تقبل البينة منه حتى يزول التناقض بيقين، وذلك بأن يوقت بعد البراءة، فأما مع الاحتمال فلا يزول التناقض فلا يبطل حكم البراءة بالشك. (٧) لأن البراءة ثبتت بيقين، فلا يبطل حكمها إلا بيقين، وهو أن يكون سبب الوجوب بعد البراءة.

(٨) في أ، ز: لي.

(٩) الفرق: ما أشار إليه في «الكتاب»: أنه من كان في يده شيء فهو له حتى يعلم أنه لغيره، وبيان هذا: أن في مسألة الإقرار المتنازع فيه في يد المقر حاجتنا إلى قطع يده فإن كان في

وذكر [في]^(١) بعض روايات [إقرار]^(٢) «المبسوط»: لو أن رجلاً قال: ما في حانوتي لفلان، ثم مكث أياماً فادعى شيئاً مما في الحانوت أنه وضعه بعد الإقرار، أنه يصدق، وهذه الرواية موافقة لرواية كتاب «الأقضية».

وفي بعض روايات كتاب «الإقرار» قال: لا يصدق، وهذه الرواية مخالفة لرواية كتاب «الأقضية»، وتأويل هذه الرواية: أنه ادعى بعد الإقرار في مدة^(٣) لا يمكنه إدخال ذلك الشيء في الحانوت في تلك المدة بيقين^(٤)، كون ذلك [الشيء]^(٥) في الحانوت وقت الإقرار بيقين، وفي مسألة «الأقضية»: إن تيقنا بكون المدعى في يد المقر وقت الإقرار، إن كان الجواب فيه كما ذكر في بعض روايات «الإقرار» أنه لا يصدق المقر، والله أعلم.

قال محمد [رحمه الله في «الجامع»]^(٦): دار في يدي رجل أقام رجل بينة أنها داره وقضى القاضي [له]^(٧) بالدار، ثم إن المقضي له أقر أنها دار فلان لا حق لي فيها، وصدقه فلان في ذلك، فقال المقضي عليه للمقضي له: قد أكذبت شاهديك حين أقرت أنها لفلان لا حق لك فيها، وأقرت بخطأ القاضي في قضائه فرد الدار عليّ أو قيمتها، فالقضاء ماض ولا سبيل للمقضي عليه، لا على الدار [ولا على

=
يده يوم الإقرار يجوز قطع يده وإن لم يكن لا يجوز قطع يده واحتمل أنه لم يكن في يده يوم الإقرار فلا يجوز قطع يده بالشك، وفي مسألة البراءة: المال في يد المدعى عليه واحتمل حدوث الدين فيجوز قطع يده، واحتمل البقاء فلا يجوز قطع يده بالشك، فإذا في الفصلين لم تبطل يد صاحب المال بالشك.

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ، ز: يده.

(٤) في أ، ز: يتيقن.

وفي هذا التأويل يثبت.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) سقط في أ، ز.

المقر^(١) ولا على المقر له^(٢).

ولو أن المقضي له قال: هذه الدار لفلان ما كانت لي قط، بدأ^(٣) بالإقرار وهي بالنفي^(٤)، وإنه على وجهين: إن صدقه المقر له في جميع ذلك، يرد الدار على المقضي عليه، ولا شيء للمقر له على المقر^(٥).

ولو كان المقر له صدقه في الإقرار وكذبه في النفي عن نفسه بأن قال: الدار كانت للمقر له^(٦) وهبها لي وقبضتها منه بعد القضاء، يقضى بالدار للمقر له، وعلى

(١) سقط في أ، ز.

(٢) لأن قضاء القاضي قد نفذ من حيث الظاهر، وقوله: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها محتمل يحتمل لا حق لي فيها من الأصل وكنت مبطلاً في الدعوى، وعلى هذا التقدير يصير مقرراً بخطأ القاضي ويجب نقض القضاء، ويحتمل لا حق لي فيها لأنني ملكتها من المقر له بعد القضاء، وعلى هذا التقدير لا يصير مقرراً بخطأ القاضي، ولا يجب نقض القضاء، فلا يجب النقض بالشك. فإن قيل: هذا الاحتمال إن كان لا يتأتى فيما إذا أقر المقضي له بذلك بعدما غابا عن مجلس القاضي، لا يتأتى فيما إذا أقر قبل الغيبة عن مجلس القاضي، والجواب فيهما واحد. قلنا: لا بل يتأتى قبل الغيبة أيضاً، إذ يجوز أن المقضي له قد كان باع الدار من المقر له قبل القضاء له على أنه بالخيار ثلاثة أيام حتى لم تزل الدار عن ملكه لما أن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ثم إن المقضي عليه استولى على الدار وغصبها منه، فأقام صاحب الدار بينة قبل مضي الخيار أن الدار له، ثم لما قضى القاضي له بالدار يقضي مدة الخيار عقبيه، وعلى هذا التقدير كان المقضي له محقاً في دعواه أن الدار له، وكان الشهود صادقين في شهادتهم أنها للمشهود له، فكان المقر صادقاً في إقراره أنها صارت لفلان المقر له من جهته بعد القضاء؛ لأنها صارت للمقر له من جهة المقر بعد سقوط الخيار، وذلك بعد القضاء وإذا كان هذا الوجه محتملاً وبهذا الاحتمال لا ينقض القضاء، وقع الشك في نقض القضاء فلا ينقض بالشك.

(٣) في أ، ز: أبدا.

(٤) أو قال: ما كانت لي قط إنما هي لفلان بدأ بالنفي، وهي بالإقرار.

(٥) أما لا شيء للمقر له على المقر؛ لأن المقر ادعى ما يبطل إقراره لأنه يدعي أنها ما كانت له قط، وإقرار الإنسان لغيره بملك الغير لا يصح، والمقر له صدقه في ذلك فبطل إقراره، وأما يرد الدار على المقضي عليه لأن المقضي له أكذب شهوده من كل وجه، حيث أقر أن الدار لم تكن له قط، لأن قوله: ما كانت لي قط لا يحتمل ما كانت لي لأنني ملكتها منه بعد القضاء، لأن ما لم يكن له لا يتصور تملكه من غيره، فقد أكذب شهوده وأقر بخطأ القاضي من كل وجه والحق له فعمل إقراره وبطل القضاء.

(٦) سقط في أ، ز.

المقضي له للمقضي عليه قيمة الدار^(١).

قالوا: ما ذكر محمد في «الكتاب» أن المقر له إذا صدق المقر في إقراره وكذبه في النفي، وقال: هذه الدار كانت للمقر إلا أنه وهبها لي وقبضتها منه بعد القضاء بالدار، يقضى [بالدار]^(٢) للمقر له، محمول على ما إذا قال [ذلك]^(٣) بعدما غابا عن مجلس القاضي [حتى]^(٤) يمكن للقاضي تصديق المقر له في ذلك، فأما إذا قال ذلك في مجلس القضاء^(٥) فقد علم القاضي بكذبه أنه علم أنه لم يجز^(٦) بينهما هبة وقبض، والكذب لا حكم له، فينبغي ألا يصح إقراره في هذه الصورة.

ثم إن محمداً رحمه الله أوجب على المقر قيمة الدار للمقضي عليه، إنما

(١) وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا بدأ بالإقرار ثم بالنفي، لأن إقراره صح ظاهراً؛ لأن القاضي قضى له بالدار، وصح القضاء ظاهراً فصح إقراره وصارت الدار مملوكة له ظاهراً وإنما هو أقر بما هو مملوك له ظاهراً وصارت الدار للمقر له، فإذا قال بعد ذلك: ما كانت لي قط، فقد أراد إبطال إقراره والرجوع عنه وقد كذبه المقر له في ذلك، فلم يبطل إقراره في حق المقر له، أما يشكل فيما إذا بدأ بالنفي، ثم بالإقرار وكان ينبغي ألا يقضى بالدار للمقر له أول مرة ما كانت لي قط أكذب شهوده فيما شهدوا، لأنهم شهدوا له بالملك من الأصل وقد أقر أنها لم تكن له من الأصل، فقد أكذب شهوده وأقر بطلان القضاء، وتكون الدار ملكاً للمقضي عليه، فإذا قال: ولكنها لفلان بعد ذلك، فقد أقر لفلان بملك الغير والإقرار بملك الغير إقرار باطل. والجواب: قوله ما كانت لي قط، هذا نفي، وقوله: إنما هي لفلان، إثبات معطوف على النفي متصل به، والإثبات متى ذكر معطوفاً على النفي متصلاً به لا يقطع عنه، ألا ترى أن من أقر وقال: لفلان علي ألف درهم من ثمن جارية باعها مني، وقال المقر له: ليس لي عليك شيء من ثمن البيع، وإنما لي عليك ألف درهم من قرض، مقطوعاً عن صدر الكلام لما لزم المقر شيء كما لو سكت بين الكلامين سكتة، وإذا ثبت أن الإثبات غير منقطع عن النفي، كان الكل كلاماً واحداً، فلا يظهر تقدم البعض على البعض، فكما يصح النفي يصح الإقرار، أو نقول: قوله: ما كانت لي قط متصلاً بالإثبات لغيره، يستعمل لتأكيد الإثبات عرفاً وعادة، وما يذكر تأكيداً للشيء كان حكمه حكم ذلك الشيء، فلا يكون له حكم نفسه وصار من حيث المعنى كأنه قال: هذه الدار لفلان واقتصر عليه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ: القاضي.

(٦) في أ، ز: يجز.

أوجب؛ لأن في زعم المقر أن الدار ملك المقضي عليه وأن القاضي أخطأ في قضاءه بالدار لي، وصرت غاصبًا لها وقد عجزت عن الرد بإقراري بالدار للمقر له، فصرت ضامناً قيمتها، من مشايخنا من قال: هذا الجواب مستقيم على قول محمد رحمه الله؛ لأن غصب العقار عنده ينعقد موجباً للضمان، غير مستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن [عنده]^(١) غصب العقار لا ينعقد موجباً للضمان.

ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل؛ لأن المقر بإقراره للمقر له أتلف الملك على المقضي عليه.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: العقار يضمن بإتلاف الملك؛ ألا ترى لو شهد شاهدان بدار لرجل وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا عن شهادتهما، فإنهما يضمنان قيمة الدار للمشهود عليه، وإنما يضمنان بإتلاف الملك [كذا ههنا]^(٢).

قال: ولو قال المقضي له: هذه الدار ليست لي وإنما هي لفلان وصدقه المقر له في ذلك، فالدار للمقر له، ولا ضمان على المقر للمقضي عليه^(٣).

ولو أن القاضي لم يقض بالدار للمدعي حتى قال: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها، أو قال: هذه الدار ليست لي إنما هي لفلان، فالقاضي لا يقضي له بالدار^(٤)؛ قال: إلا أن يقول المقر في هذه الصورة: هي دار فلان، بعثها منه بعد شهادة الشهود أو يقول: وهبتها منه وقبضها مني بعدما غاب عن مجلس الشهادة، قال ذلك

(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) لأن قوله: (ليست لي) نفي للملك للحال ويحتمل أنه إنما نفاها للحال عن نفسه؛ لأنه ملكها من المقر له بعد القضاء، ويحتمل أنما نفاها للحال، عن نفسه، لأن لم تكن له من الأصل، فلا يثبت إكذاب الشهود فلا ينقض القضاء بالشك، وصار الجواب في قوله: هذه الدار ليست لي إنما هي لفلان، نظير الجواب في قوله: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها.

(٤) لأن كلامه محتمل يحتمل: لاحق لي فيها ليست لي؛ لأنني ملكتها من فلان، وعلى هذا التقدير يجوز له القضاء ويحتمل: لا حق لي فيها ليست لي؛ لأنها لم تكن لي من الأصل، وعلى هذا التقدير لا يجوز له القضاء، فلا يجوز له القضاء بالشك.

موصولاً بكلامه، فحيثئذ القاضي يقضي له بالدار^(١)، ولكن يشترط أن يكون هذا البيان موصولاً بإقراره^(٢).

قال في كتاب «الأقضية»: شاهدان شهدا لرجل بألف درهم [من]^(٣) ثمن جارية، فقال المشهود له: [إنه]^(٤) قد أشهدهما هذه الشهادة والذي لي عليه من ثمن متاع، أجزت شهادتهما.

قالوا^(٥): وتأويل المسألة: إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه بالألف من ثمن الجارية، فالمسألة محفوظة مذكورة في غير موضع من الكتب [أنه]^(٦) إذا ادعى على آخر ألف درهم من ثمن مبيع، وشهد له الشهود بالألف من ضمان جارية غصبها إياه وقد هلك، أنه لا يقبل شهادتهم وبمثله في الإقرار تقبل شهادتهم، واعتبر تكذيب المدعي الشاهد في السبب، ولم يعتبر تكذيب المقر له المقر في السبب، والوجه في ذلك: أن المدعي بتكذيب الشاهد في السبب كذبه في بعض ما شهد به، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض الشهادة مانع قبول الشهادة لأنه^(٧) تفسيق له وشهادة الفاسق لا تقبل، والمقر له بتكذيب المقر في السبب إن كذبه في بعض ما أقر به، ولكن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يمنع صحة إقراره، فإقرار الفاسق صحيح مقبول بخلاف شهادة الفاسق، إذا ثبت هذا ظهر أن المراد به الشهادة على إقراره،

(١) لأن بهذا البيان انتفى احتمال أنه ليس له من الأصل وتعين الاحتمال الآخر، وهو صيرورتها لفلان بتملك من جهته بعد شهادة الشهود، وعلى هذا التقدير يجوز له القضاء فلهذا يقضي له بالدار.

(٢) لأن هذا بيان معبر، لأنه لو لم يتكلم بهذا البيان لكان لا يقضى له بالدار وبهذا البيان يقضى، فكان هذا بيان تعبير، وبيان التعبير يصح موصولاً ولا يصح مفصلاً كالشرط والاستثناء.

(٣) سقط في أ، ز.

(٤) سقط في أ، ز.

(٥) في أ، ز: قال.

(٦) سقط في أ، ز.

(٧) في أ، ز: لا.

والإقرار^(١) الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وقد ذكرنا في الإقرار المعاین أنه صحيح، يلزم^(٢) مع اختلافهما في السبب كذا هذا.

والدليل على أن تأويل المسألة ما قلنا: أن محمداً رحمه الله قال في وضع المسألة: إن^(٣) المشهود له قد أشهدهما هذه الشهادة، وهذا تنصيص على [إقراره عندهما]^(٤)، فثبت أن تأويل المسألة ما قلنا من شهادتهما على الإقرار.

قال: وكذلك الكفالة لو شهدا أنه أقر أنه كفل بألف درهم عن فلان وقال الطالب: قد أقر بذلك ولكن الكفالة كانت عن فلان آخر، كان له أن يأخذه بالمال؛ لأنهما اتفقا فيما هو المقصود، فلا يضرهما الاختلاف في السبب. ولو قال الطالب: إنه لم يقر بها^(٥)، وإنما أقر أنها كانت عن فلان الآخر، فالشهادة باطلة؛ لأنه أكذب شاهده فيما شهد به من إقرار المطلوب، فبطلت شهادته^(٦).

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: في الرجل يدعي على رجل ألف درهم فيقول المدعى عليه: ما كان لك عليّ شيء قط، أو قال: ليس لك عليّ شيء، ثم أقام البينة على القضاء قبلت بيته^(٧)؛ أما في قوله: ليس لك عليّ شيء فظاهر^(٨)، وأما في قوله: ما كان لك [عليّ]^(٩) شيء قط، [لأنه يمكنه]^(١٠) أن

(١) في أ، ز: قلنا.

(٢) في أ، ز: ملزم.

(٣) في أ، ز: فقال.

(٤) في أ، ز: إقرار عبدهما.

(٥) في أ، ز: بهما.

(٦) هذا بخلاف الأول؛ لأنه لم يكذب شاهده، فثبت بشهادة إقرار المطلوب فصار كالمعاین، ثم هو كذب المطلوب في إقراره بسبب المال، وقد مر أن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يمنع قبول إقراره فيما بقي.

(٧) لأن التوفيق بين الكلامين ممكن.

(٨) فإنه يقول: ليس لك عليّ شيء لأنني قضيته.

(٩) سقط في أ، ز.

(١٠) في أ، ز: فلائنه يمكن.

يقول: [لم يكن]^(١) لك عليّ شيء قط، لكن أذيتني بخصومتك الباطلة، فدفعت أذى خصومتك الباطلة بما [طلبت مني]^(٢).

ودلت^(٣) هذه المسألة على أن التوفيق بين الكلامين إذا كان^(٤) ممكناً، فالقاضي يوفق ويقبل بينة المدعي من غير التوفيق، وذكر هذه المسألة في «المنتقى» وقال: قبل ذلك منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وإن قال: ما كان لك^(٥) عليّ شيء قط، ولم أعرفك، ولم أكلمك، ولم أخاطبك ثم أقام البينة على القضاء لا تقبل بينته، هكذا ذكر المسألة ههنا^(٦)، وذكر «القدوري» عن أصحابنا أنه^(٧) تقبل البينة^(٨)، هذا إذا أقام البينة على الدفع والقضاء، [فأما إذا أقام البينة على الإبراء، لم يذكر محمد رحمه الله هذا]^(٩) الفصل هنا، قال بعض مشايخنا في شرح هذا الكتاب: ولا شك أنه تقبل بينته في الفصل الأول [والثاني؛ لأن وجه التوفيق فيهما ظاهر]^(١٠)، وكذلك في الفصل الثالث، قال: ويجب أن يكون قبول البينة في الفصل الثالث على اتفاق الروايات^(١١).

(١) في أ، ز: ما كان.

(٢) في أ، ز: طلبتني.

(٣) في أ، ز: وذلك.

(٤) في أ، ز: قال.

(٥) في ز: ذلك.

(٦) لأن التوفيق غير ممكن ههنا إذ لا يتصور أن يكون بين شخصين خصومة وقضاء، ولا يعرف أحدهما صاحبه.

(٧) في أ، ز: رحمهم الله.

(٨) لأن الرجل عسى يدعي على امرأة أو رجل وهو محتجب في داره، ويؤذيه بالسب على باب داره، فيأمر بعض وكلائه أن يدفع إليه ما ادعى فيدفعه إليه الوكيل فيكون قد قضاه وهو لا يعرفه ثم يعرف بعد ذلك.

(٩) بياض في أ، ز.

(١٠) بياض في أ، ز.

(١١) لأن التوفيق ههنا ممكن، لأن الإبراء يتحقق من غير أن يعرف المدعى عليه صاحب الدين بأن كان لرجل على آخر دين، مات صاحب الدين وورث الدين ابنه ولم يعلم به المديون، ثم إن الابن أبرأه عن دينه أو أبرأ أهل بلد كذا عن دعاويه وديونه، والمدعى عليه من أهل =

وعن أبي يوسف أنه إذا قال: لم يجر بيني وبينه^(١) معاملة ولكن أخبرني شهودي هؤلاء أنه ادعى علي حقاً، ثم أشهدهم أنه قد أبرأني منه ولم يجر بينه وبينني معاملة، قُبِلَ ذلك منه.

وذكر محمد رحمه الله في كفالة «الأصل»: إذا قال المدعى عليه: لم يكن لك عليّ شيء قط، أو قال: لم يكن لك علي دين قط، ثم أقام البيّنة على القضاء أو الإبراء، سمعت بيّنته.

قال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الكفالة: إذا وفق فقال: دفعت المال إليه افتداءً عن اليمين^(٢) قطعاً لدعواه لا قضاء عن الدين، قبلت بيّنته^(٣)، وإن قال: دفعته قضاء عن الدين، لا تقبل بيّنته^(٤)، وإن لم يبين شيئاً بل ادعى القضاء مطلقاً، فالقياس: أن تقبل بيّنته.

وفي الاستحسان: لا تقبل كما في الشهادة على الألف والخمسائة.

قال: وكذلك في فصل الإبراء إن وفق فقال: لم يكن له علي دين، كما قلت إلا أنه أبرأني عن دعوى الدين، لا عن الدين، تزول المناقضة، وتقبل بيّنته على الإبراء، وإن قال: أبرأني عن [دعوى]^(٥) الدين، لا تقبل بيّنته^(٦)، وإن ذكر الإبراء مطلقاً ولم يبين أنه أبراه عن الدين أو عن دعوى الدين، فالقياس: أن تقبل بيّنته.

ذلك البلد، فيكون داخلاً تحت الإبراء، وإن لم يعرفه ثم بعدما ادعى عليه وأنكر المدعى عليه المال، أخبر المدعى عليه شاهدان بما جرى من الأمر فعرف المدعى صاحب دينه، وأبرأه به إياه عن الدين، فأقام الشاهدان اللذان أخبراه بذلك فأما قضاء الدين ودفع المال إلى إنسان وهو لا يعرفه أصلاً لا يكون فيصير متناقضاً في دعوى الدفع.

(١) في أ، ز: أنك.

(٢) في أ، ز: الثمن.

(٣) لأنه زالت المناقضة ويكون هذا في الحاصل دعوى الصلح على الإنكار.

(٤) لتحقق المناقضة.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) لمكان المناقضة، فإنه أقر أنه لم يكن عليه، ثم أقر أنه كان عليه دين لما ادعى الإبراء عن الدين، والمناقضة تمنع صحة الدعوى ولا تقبل البيّنة بدون الدعوى.

وفي الاستحسان: لا تقبل.

قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: في رجل ادعى عليه عشرة آلاف درهم، فأنكرها فسأل الحاكم المدعي هل قبض من المال شيئاً، فأقر أنه قبض منه عشرة آلاف درهم، فأبرأ الحاكم المدعى عليه من العشرة آلاف، فلما خرجا من عند الحاكم قال المطلوب: لا والله ما قبضتها مني، فجاء الطالب بيته يشهدون على كلامه هذا، قال محمد رحمه الله: أقبل هذا من الطالب وأقضي بها عليه؛ لأنه أثبت إقرارا مستأنفاً، وبمثله لو أقام الطالب البينة، يعني لو أقام الطالب البينة على المال لا تقبل ذلك منه^(١).

واستشهد لهذا برجل أقر أن لفلان عليه عشرة آلاف درهم، فقال الطالب: ليس لي عليك شيء، فقد برئ المطلوب^(٢)، فإن قال المطلوب بعد ذلك: بلى لك علي عشرة آلاف درهم، فإنه يقضي به للطالب إذا ادعاها؛ لأنه استأنف الإقرار بالمال له، فإن صدقه في هذا الإقرار كان له أن يأخذه، كذلك في المسألة الأولى أثبت بشهادته إقرارا مستأنفاً منه لم يتصل به التكذيب، فيمكن إثباته بالبينة.

قال محمد رحمه الله: وإن قال المطلوب: إنما قلت: ما قبضتها مني، وأنا أقيم البينة أنك قبضتها من وكيلي، لم تقبل بيته، لأن^(٣) القبض من وكيله قبض منه أيضاً، فإقراره الأول ينتظمهما^(٤) جميعاً، فإذا ادعى القبض من وكيله، كان متناقضاً^(٥) في دعواه، فلم يسمع بيته.

(١) لأنه إنما لا تقبل البينة على المال للتناقض لمكان إقراره بالقبض، فإذا صدقه في ذلك وأقر أن القبض لم يكن انتفى التناقض، لأن التناقض يرتفع بتصديق الخصم، وبما أقام من البينة ثبت تصديقه فقبلت منه.

(٢) لأن الإقرار يبطل بتكذيب المقر له.

(٣) في أ، ز: لا.

(٤) في أ، ز: يقبضهما.

(٥) في أ، ز: مناقضا.

قال: ألا ترى أن رجلاً لو قال: والله ما قبض مني فلان من الألف التي له علي قليلاً و[لا]^(١) كثيراً، كان [هذا]^(٢) القول على نفسه، وعلى وكيله ورسوله؛ لأن الإنسان يعد قابضاً بقبض وكيله عادة وقاضياً^(٣) على يد نفسه ووكيله، فكذلك ههنا. قال ابن سماعه: قال محمد رحمه الله: ولو جاء المطلوب بيينة يشهدان أن رجلاً أجنبياً قضى هذا المال تطوعاً^(٤) بها من ماله بغير أمر المطلوب، ولا وكالة، فإنني أقبل ذلك، وهذا يستقيم أن يقول: [ما]^(٥) قبضتها مني، ولكن تطوع بأدائها علي^(٦).

ولو قال المطلوب: ما قبضها فلان، كان هذا على قبض نفس المطلوب ووكيله، وعلى كل أحد أجنبي أو غيره، ولا أقبل البينة أنه قبضها من رجل أجنبي^(٧)، والله تعالى أعلم.



(١) سقط في أ، ز.

(٢) سقط في أ، ز.

(٣) زاد في ز: له.

(٤) في أ، ز: بطوع.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) هذا لأن فعل كل واحد يقتصر عليه بقضية الأصل، وإنما ينتقل إلى غيره بحكم الأمر، فإذا كان متطوعاً لم يوجد الأمر فبقي فعله مقصوراً عليه فلا يصير قابضاً من المطلوب، فلم تثبت المناقضة فقبلت الشهادة.

(٧) لأنه أضاف القبض إلى الألف، وأنه يصير قابضاً لها بقضاء المطلوب، ويتبرع الأجنبي بالقضاء حتى سقط الدين، فانتظر قبضه منه ومن غيره، فإذا ادعى القبض من أجنبي، كان متناقضاً في دعواه فلا تقبل بيئته بخلاف الأول، فإن ثمة أضاف قبض الألف إليه بكلمة من، وأنها إنما تستعمل إذا كان القبض بتسليم من فلان ليحصل معنى العرف الذي وضعت كلمة من له، وبالقبض من الأجنبي لا يتحقق هذا المعنى، فلم تدخل تحت صدر الكلام فلم تثبت المناقضة فقبلت الشهادة، أما ههنا فبخلافه على ما ذكرنا.

الفصل الثالث والعشرون

في الشهادة على النسب

رجل مات وترك عبيدين وأمتين صغيرتين ولدتا في ملكه، وابن عم [له] ^(١) لا وارث له غيره، فأعتق ابن العم الغلامين، فشهدا بعد عتقهما أن إحدى الجاريتين بعينها بنت الميت أقر بها في حياته وصحته، لم تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله ^(٢).

وعندهما: تقبل الشهادة ^(٣)، وإن شهدا للجارية الأخرى فبمثل ذلك بطلت الشهادة أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله ^(٤).

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إن شهدا للجارية الأخرى بذلك قبل قضاء القاضي للجارية الأولى قبلت شهادتهما، ويجعلهما ابنتين للميت، سواء كان ابن العم موسراً أو معسراً ^(٥)، فبعد ذلك إن كان [ابن العم] ^(٦) معسراً يسعى كل واحد من العبدین في ثلثي قيمته للابنتين، وإن كان موسراً ضمن ثلثي قيمة العبدین

(١) سقط في أ، ز.

(٢) لأننا لو قبلناها ابتداءً بطلناها انتهاءً. بيانه: أنه إذا ثبت نسبها من الميت ظهر أن الميراث كان بينها وبين ابن العم نصفين، فظهر أن العبدین كانا بينهما نصفين، فإن ابن العم لما أعتقهما لم يعتق منهما إلا نصيب ابن العم لما عرف من أصله أن الإعتاق يتجزأ، وكان معتق البعض عبده ومعتق البعض عبده بمنزلة المكاتب، وشهادة المكاتب باطلة.

(٣) لأننا متى قبلنا شهادتهما في الابتداء لم نحتج إلى إبطالها في الانتهاء؛ لأنه ظهر أنهما شهدا وهما حران لا دين عليهما إن كان المعتق موسراً، أو حران وعليهما دين إن كان المعتق معسراً، وشهادة الحر مقبولة مديوناً كان أو غير مديون.

(٤) لأنه يصير لابن العم في هذا الوجه الثلث، فكان معتق البعض أيضاً، والتقريب ما مر.

(٥) لأنهما حران عندهما لم يجران إلى أنفسهما مغنماً ولا دفعا عن أنفسهما مغرمًا بشهادتهما، بل أوجبا على أنفسهما ثلثي السعاية للابنتين إن كان ابن العم معسراً، ولم يحولا ضماناً وجب عليهما، أما إذا كان ابن العم موسراً؛ فلأن يسار المعتق عندهما يمنع استبقاء العبد، وأما إذا كان معسراً؛ فلأن القاضي لم يقض بالسعاية على العبد بعد، حيث لم يقض بكون الأولى بنتاً للميت، وتحويل الضمان قبل وجوب الضمان محال.

(٦) في المحيط: المعتق.

للابنتين نصفين، ولو كان ذلك بعد قضاء القاضي للبت الأولى، فإن كان ابن العم موسراً تقبل شهادتهما^(١)؛ وإن كان معسراً فهذا على وجهين: أما إن تقر الأولى للأخرى أو لم تقر، فإن لم تقر لم تقبل شهادتهما^(٢)، وإن أقرت الأولى للأخرى تقبل شهادتهما^(٣).

وكذلك لو كانا دفعا نصف القيمة إلى الأولى بقضاء أو بغير قضاء ثم شهدا للأخرى لا تقبل شهادتهما^(٤)، وإذا لم تقبل شهادتهما بقيت الأخرى أمة للأولى وابن العم، ولا يضمنان الشاهدان للأخرى شيئاً، [وإن أقرأ لهما بسدس القيمة إلا أنها لما بقيت أمة كان الإقرار لها إقراراً لمولاها ومولاها ابن العم والجارية الأولى وهما يكذبان الشاهدين في إقرارهما للأخرى بشيء، ومن أقر لمملوك إنسان بشيء وكذبه مولاه يبطل إقراره]^(٥)، فإن عتقت الأخرى يوماً من الدهر يضمن الشاهدان لها سدس قيمتها^(٦)؛ ولو شهدا للأمة الأخرى أنها أخت الميت بعدما شهدا [للأولى]^(٧)

(١) لأن المعتقد إذا كان موسراً لم يجب للبت الأولى عليهما السعاية، فهما بشهادتهما لم يحولا ضمناً وجب عليهما للأولى إلى الثانية.

(٢) لأنه وجب عليهما السعاية في نصف قيمتهما للأولى، فهما بشهادتهما يحولان سدس القيمة إلى الثانية، ولهما في هذا التحويل فائدة فلا تقبل شهادتهما.

(٣) وإن حصل تحويل سدس القيمة من الأولى إلى الثانية، إلا أن هذا التحويل في الحاصل ما حصل بشهادتهما، إنما حصل بإقرار الأولى بدليل أنهما لو لم يشهدا بذلك كان سدس القيمة مما وجب عليهما محولاً إلى الأخرى، فلا يكون ذلك مانعاً قبول شهادتهما.

(٤) لأنهما بهذه الشهادة يريدان إبطال بعض ما ملكا من الأولى وهو السدس.

(٥) سقط في أ، ز.

(٦) لأنهما أقرأ للأخرى بسدس قيمتها وهي تصدقهما في ذلك، فيضمنان لها ذلك، وهذا لا يشكل فيما إذا دفعا النصف إلى الأولى بقضاء قاض فلا يكون عليهما ضمانه، فكان عليهما ما بقي إلى ثلث قيمتهما، وذلك سدس قيمتهما لا غير إنما يشكل فيما إذا دفعا نصف قيمتها إلى الأولى بغير قضاء، وفي هذا الوجه يجب أن يضمنوا للأخرى ثلث قيمتهما؛ لأنهما أقرأ للأخرى بثلث قيمتهما ودفعا السدس إلى الأولى كان بغير قضاء، فلا يبرأ منه، فكان عليهما ضمانه، وقد بقي عليهما سدس قيمتهما فيضمنان للأخرى ثلث قيمتهما لهذا. وأجاب الفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمه الله عن هذا الإشكال، وقال: بأن القاضي لما قضى عليهما بالسعاية الأولى في نصف القيمة فقد قضى بدفع نصف القيمة إلى الأولى، فبعد ذلك

أنها ابنة الميت لا تقبل شهادتهما، قضى القاضي بشهادتهما للأولى أو لم يقض^(١)، ولا يضمن العبدان للأخت شيئاً. [وإن أقرأ لهما بنصف قيمتهما لما قلنا]^(٢): فإن عتقت يوماً من الدهر ضمنا لها نصف قيمتهما لما مر.

رجل مات فشهد قوم عند القاضي لرجل أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، لا وارث له غيره فقضى القاضي بذلك وقد كان للميت على رجل ألف درهم، فوهبه الأخ منه أو وهب لإنسان عيئاً من التركة، ثم شهد هذا الموهوب له ورجل آخر لإنسان أنه ابن الميت، جازت شهادتهما^(٣)، ولو كانت الهبة بشرط العوض وتقابضا، ثم إن الموهوب له شهد مع رجل آخر أن هذا الرجل ابن الميت، كانت شهادتهما باطلة^(٤).

وصار هذا نظير ما لو اشترى رجل من هذا الأخ شيئاً من الميراث، ثم شهد هذا المشتري مع رجل آخر بما قلنا، لم تقبل شهادتهما [لما قلنا]^(٥)، وإذا لم تقبل هذه

= إن وجد القضاء بدفع النصف إليها مرة أخرى فهو تأكيد لذلك القضاء، وإن لم يوجد كان القضاء الأول كافياً، والدفع متى حصل بقضاء يوجب براءة الدافع عن قدر المدفوع.

(٧) سقط في أ، ز.
(١) لأن في قبولها ابتداءً يبطلها انتهاء؛ لأنه يظهر أن الميت ترك ابنة وأختاً وابن عم، وفي هذه الحالة لا يكون لابن العم شيء لكون الأخت عصبه في هذه الحالة، فظهر أن إعتاق ابن العم العبدين كان باطلاً، وأنهما بقيا عبدين وشهادة العبد لا تقبل.
(٢) سقط في أ، ز.

(٣) لأن هذه شهادة على الموهوب له، فإنه يبطل بهذه الشهادة ما حصل له بالهبة من العين والدين فكانت هي من أصدق الشهادات، وكان ينبغي ألا تقبل شهادته فيما إذا كان الموهوب عيئاً، لأن الموهوب إذا كان عيئاً فالهبة لا تتم إلا بقبول الموهوب له، فكان هو بهذه الشهادة ساعياً في نقض ما تم به، وهذا مانع قبول الشهادة، والجواب عن هذا: أن يقال بأن السعي في نقض ما تم به إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان هو لا يملك النقض بدون الشهادة، والموهوب له يملك الرد على الواهب من غير شهادة؛ لأن الهبة في جانب الموهوب له غير لازمة، وكان كالمترهين إذا شهد لغيره بالرهن حتى.

(٤) لأنه ساع في نقض ما تم به، وهو لا يملك ذلك بدون الشهادة، لأن الهبة بشرط العوض لازمة من الجانبين.

(٥) سقط في أ، ز.

الشهادة كان للمشهود له بديونه؛ أن يأخذ من الموهوب له ومن المشتري ذلك العين إن كان قائما، وقيمته إن كان هالكاً^(١)، والذي ذكرنا في الهبة كذلك الجواب في العارية^(٢)، والله أعلم.



(١) لأن الموهوب له زعم أن الهبة لم تصح، وكذلك المشتري زعم أن الشراء لم يصح، وأن هذا العين ملك الابن فيؤمران بالدفع إليه إن كان قائماً وبرد القيمة إن كان هالكاً.
(٢) في المحيط: الصدقة.

الفصل الرابع والعشرون

في المتفرقات

دابة في يدي رجل، يقال له محمد، فجاء رجل [يقال له]^(١) عمرو وقال: هذه الدابة التي في يد محمد كانت لزيد، أخذتها منه ودیعة، ثم رددتها عليه، وقد مات زيد، فجاء وارث لزيد وقال: هذه الدابة تصدق بها على أبي زيد في حياته، وأنكر محمد ذلك، فجاء عمرو مع رجل آخر وشهدا بالدابة للمدعي، فإن كان الإيداع والرد معروفًا ظاهرًا قبلت شهادتهما للمدعي^(٢)، وإن كان الإيداع ظاهرًا ولم يكن الرد ظاهرًا، لا تقبل شهادة عمرو^(٣).

(١) سقط في أ، ز.

(٢) لأن عمرًا بهذه الشهادة لم يدفع عن نفسه مغرمًا، لأن عمرًا إما إن كان مودع المالك بأن كان إيداع زيد إياه قبل التصديق بها على المدعي، أو كان مودعًا للغاصب بأن كان الإيداع من زيد بعد التصديق على المدعي والتسليم وأيهما كان فلا ضمان عليه إذا كان الرد ظاهرًا، لأن المودع يبرأ بالرد على المودع، سواء كان المودع غاصبًا أو مالكًا، فإذا برئ بالرد لم يدفع بهذه الشهادة عن نفسه مغرمًا.

(٣) علل محمد رحمه الله وقال: لأنه دافع عن نفسه مغرمًا. وطعن عيسى بن أبان فقال: ينبغي أن تقبل شهادته؛ لأنه ليس بدافع عن نفسه مغرمًا، لأنه إنما يكون كذلك إذا كان يضمن للمدعي، لو لم تقبل شهادته بإقراره السابق بالأخذ وإقراره اللاحق أن الملك للمدعي للحال الحاصل في ضمن الشهادة فلا يضمن، لأنه بهذه الشهادة أقر بالملك للمدعي للحال ومالك زيد كان ثابتًا بتصادقهما، والإيداع منه كان ظاهرًا، إلا أنه وقع الشك أن الإيداع منه كان قبل التصديق أو بعده، فإن كان قبل التصديق: كان مودع المالك حينئذ ويكون القول قوله في الرد، ولا يجب الضمان، وإن كان الإيداع بعد التصديق كان مودع الغاصب، فلا يبرأ عن الضمان متى لم يكن الرد ظاهرًا، فلا يجب الضمان بالشك، ومتى لم يجب الضمان لم يكن هو بهذه الشهادة دافعًا عن نفسه مغرمًا. والجواب عن هذا الطعن: أنه إذا وقع الشك في كونه دافعًا عن نفسه مغرمًا وقع الشك في قبول شهادته، فلا تقبل شهادته بالشك والاحتمال. وجواب آخر وهو الصحيح: لا بل عمرو وشهادته دافع عن نفسه مغرمًا متى لم يكن رده ظاهرًا، لأنه ربما يجيء مستحق آخر لهذه الدابة ويقيم البينة أن الدابة ملكه مطلقًا، وتكون للمستحق، يضمن عمرو إذا لم يكن الرد على زيد ظاهرًا، لأنه أقر أنها كانت في يده ودیعة، وبالإستحقاق تبين أنه كان مودع الغاصب، ومودع الغاصب يضمن إذا هلكت الوديعة، ولم يكن الرد ظاهرًا، فهو بهذه الشهادة للمدعي رفع هذا الضمان عن نفسه؛ لأننا

وفي «فتاوى الفضلي»: رجل ادعى دارًا أنه ورثها من أبيه، وادعى آخر أنه اشتراها من أبيه ذلك، وشهد شهود المدعي للشراء بمجرد البيع فقالوا: باعها من الميت، ولم يقولوا: وهو يملكها، والدار في يد مدعي الميراث أو مدعي الشراء، فالشهادة مقبولة، ويقضى بالدار لمدعي الشراء، وإن لم يشهدوا بالملك للميت ولا بالتسليم، إنما يحتاج في شهادتهم في البيع إلى ذكر الملك والتسليم مع البيع إذا كان المشهود عليه لا يدعي ملك المدعي من جهة من يدعي المشهود له الشراء منه حيًا كان أو ميتًا، بل يدعي الملك^(١) لنفسه لا من جهة ذلك، أما إذا كان المشهود عليه يدعي ملك المدعي من جهة من ادعى المشهود له الشراء منه لا يحتاج إلى ذكر الملك والتسليم مع ذكر البيع^(٢)، بخلاف ما لو ادعى المشهود عليه ملك الدار لنفسه، لا من جهة أحد بعينه، حيث لا تقبل شهادتهم بمجرد البيع^(٣).

رجل له تسعة أولاد أقر في صحته وجواز إقراره أن لخمسة من الأولاد فلان وفلان وفلان سماهم في الصك عليه ألف درهم، ثم مات، وأنكر سائر الورثة ذلك،

متى قبلنا هذه الشهادة وقضينا بالدابة للمدعي، لا يكون للمستحق تضمين المودع، لأن الدابة وصلت إلى وارث الغاصب، ووصولها إلى وارث الغاصب بمنزلة وصولها إلى الغاصب، ولو وصلت إلى الغاصب يبرأ المودع عن الضمان فكذا ههنا، فكان دافعًا مغرمًا من هذا الوجه.

- (١) في م: المدعي.
 (٢) لأن المشهود عليه لما ادعى المدعي من جهة من يدعي المشهود له الشراء منه، فقد ثبت كون المدعي ملكًا لذلك باعترافة فاستغنى الشهود عن ذكر ملكه حينئذ قال في الكتاب: لأن شهادتهم على بيع الميت منه ليست بأقل من شهادتهم على إقرار الميت أن الدار لمدعي الشراء. ولو شهدوا بهذا ومدعي الميراث يدعي أنها ميراث له عن الميت، لم يلتفت إلى دعواه، وقضى بالدار للمقر له، فكذا إذا شهدوا له بالشراء من غير ذكر ملك ولا تسليم.
 (٣) لأن هنا لو شهد الشهود أن الذي ادعى المشهود له الشراء منه أقر أن الدار لمدعي الشراء، لم تقبل هذه الشهادة على المشهود عليه؛ لأنه يزعم الملك للمقر فالحاصل أنه اعتبر شهادتهم بمجرد البيع على الشهادة بالإقرار ففي كل موضع تقبل الشهادة على إقرار من يدعي المشهود له الشراء منه، لا تقبل الشهادة بمجرد البيع، والمسألة في شهادات «الأصل» وذكر ملك البائع وقت البيع ينظر في شهادات «الفتاوى الصغرى». وفي فتاوى أبي الليث.

فشهد الشهود بذلك عند الحاكم، وقالوا: لا نعرف الأولاد المقر لهم، لأنهم لم يكونوا حضوراً وقت الإقرار، فإن أقر سائر الورثة بأسامي هؤلاء ثبت المال بشهادة الشهود، ولو جحدوا كلّف المدعون إقامة البيّنة على أنهم مسمّون بالأسامي التي ذكرها الشهود، فإن أقاموها يقضي لهم بذلك إذا لم يكن [في] ^(١) سائر الأولاد مثلهم في الأسامي.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الكبير»: رجل في يديه دار، أقام رجل البيّنة أنها دار فلان ابن فلان الفلاني أودعنيها فالقاضي يدفع الدار إلى المدعي ^(٢)، فإن لم يشهد شهود المدعي على هذا الوجه، ولكن شهدت شهوده أن فلاناً أودعها من المدعي، ولم يشهدوا أنها كانت لفلان، لا تقبل هذه الشهادة ^(٣)، وكذلك لو شهدوا أنها كانت في يد المستودع أمس لم يقض القاضي بشيء ^(٤)؛ ولو ادعى المدعي رقبته فشهدت شهوده أن فلاناً وهبها له، وقبضها منه [أو] ^(٥) اشتراها منه وقبضها ولم يشهدوا بالملك للبائع ولا للواهب، قبلت الشهادة، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا تقبل، وإلى هذا أشار في «الكتاب»، فإنه نسب الجواب فيه إلى أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فأبو يوسف قاس هذا على الإيداع ^(٦).

(١) سقط في أ، ز.

(٢) لأن المودع ينتصب خصماً في الوديعة في إثبات الملك للمودع، لأنه مأمور بالحفظ ولا يتمكن من الحفظ إلا باسترداده من الغاصب، ولا يتمكن من ذلك إلا بإثبات الملك لمودعه، فكان خصماً في إثبات الملك للمودع فقبلت بيّنته، كما لو أقامهما المودع بنفسه.

(٣) لأن المدعي بهذه البيّنة لم يثبت الملك في الدار لصاحب الوديعة، وإنما أثبت أنه أودعها منه، والإيداع كما يكون من المالك يكون من غير المالك، فلم تكن هذه شهادة بالملك، وإنما هذه شهادة أنها كانت في يد المودع، وقد عرف القاضي زوال ذلك اليد، فلا يجوز إثباتهما بالبيّنة.

(٤) لأن المودع لو كان يدعي الملك لنفسه لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً، فكذلك إذا كان يدعيه لغيره.

(٥) في أ، ز: و.

(٦) الفرق لهما: وهو أن الشهود هنا شهدوا باليد عند مباشرة سبب الملك، وهو البيع والهبة والشهادة على اليد عند مباشرة سبب الملك، كالشهادة على الملك حكماً، لأن الأملاك لا =

بشر عن أبي يوسف رحمه الله: شاهدان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً، فأنفذ القاضي شهادتهما، ثم ادعى أحد الشاهدين أنها امرأته تزوجها قبل الذي طلقها، وأتى على ذلك بينة والمرأة تجحد فإنه لا يقبل ذلك منه، وكذلك لو لم يكونا شهدا أنها امرأته، وإنما شهدوا أنه طلق هذه ثلاثاً، وكذلك هذا في العتق والبيع وغير ذلك إذا جحد البائع دعوى الشاهد، وقال: المتاع لي، وكذلك إذا قال الشاهدان: نحن أمرناه بالبيع^(١)، وسواء كان البائع جاحداً للبيع أو كان المشتري جاحداً للشراء، ولو شهدا فرد الحاكم شهادتهما، ثم ادعياه لأنفسهما، فليس لهما في ذلك دعوى، وإن لم يشهدا عليه عند الحاكم ولكن شهدا بالمبايعه وحتما على الشراء من غير إقرار بكلام، فإن هذين لا تقبل لهما دعوى.

وذكر عن محمد رحمه الله: رجل شهد على رجل أنه طلق هذه المرأة ولم يشهد أنها امرأته، وأجاز القاضي شهادته^(٢) عليها، ثم ادعى الشاهد أنها امرأته، وقال: لم أعرفها [ولم أكن]^(٣) دخلت بها قبلت بينته، وكذلك لو شهد على إقرار المرأة أنها امرأته ولم يشهد أنها امرأته، فأجاز القاضي عليها إقرارها وجعلها امرأته، ثم أقام الشاهد بينة أنه تزوجها منذ سنة، وإني لم أعرفها قبلت بينته، ويبطل قضاء القاضي، ويردها على الشاهد، فصارت مسألة الطلاق مختلفة بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - .

وفي «أدب القاضي»: إذا شهد شاهدان لمدع على رجلين أن أحدهما باع الدار

= تعرف إلا بها، ولهذا إذا رأى عيئاً في يد إنسان يتصرف فيها تصرف الملاك حل له أن يشهد بالملك له، فكانت هذه شهادة للمدعي، فقبلت بخلاف فصل الإيداع، لأن هناك الشهود ما شهدوا باليد عند مباشرة السبب؛ لأن الإيداع ليس من أسباب الملك بل هو نقل من يد إلى يد فلم تكن الشهادة على اليد عند الإيداع شهادة على الملك بخلاف البيع والهبة على ما مر. (١) لأن ما نفذ من الحكم بشهادتهما بمنزلة الإقرار منهما أنه لاحق لهما فيه، ولا في ثمنه.

(٢) في أ: شهادتهما.

(٣) في أ: ولكن.

من هذا المدعي وسلم الآخر، ولم يعرف الشهود البائع فشهادتهما باطلة^(١). وكذلك إذا شهدا على رجل أنه باع هذه الدار من أحد هذين الرجلين، ولا يعرفان المشتري بعينه^(٢).

في «نوادير ابن سماعة» عن محمد: في شاهدين شهدا على رجلين، فقالا: نشهد أن هذين ضربا فلائناً فقتلاه، ضربه أحدهما بالسيف، والآخر [بالعصا]^(٣)، لا ندري أيهما صاحب السيف وأيهما صاحب العصا فالشهادة باطلة^(٤).

وكذلك إذا قالوا: نشهد أنهما قطعاً يديه فمات من ذلك، قطع أحدهما يمينه، والآخر يساره، عمدًا، أحدهما بحديدة، والآخر بعصا، ولا ندري من صاحب العصا منهما، ولا ندري من قطع منهما اليمين ومن قطع منهما اليسار، أو قالوا: جرحاه هاتين الجراحتين، لا ندري من جرح هذه ومن جرح هذه، فالشهادة في هذا كله باطلة^(٥).

ولو قالوا: نشهد أنهما [قطعاً يده]^(٦)، قطع هذا يمينه والآخر يساره أو جرح هذا هذه، [وهذا هذه]^(٧) ولا ندري بأي شيء جرحاه بسيفين أو عصاتين، فالقياس ألا

(١) لأن المشهود عليه مجهول. بيانه: أن الشهادة بالبيع شهادة على البائع وبزوال ملكه عن المبيع ببدل، وهما لم يعرفا البائع فكان المشهود عليه مجهولاً من هذا الوجه.

(٢) لأن المشهود عليه مجهول وهو المشتري، قال: ألا ترى أن في الأول لو قلنا: هذه الشهادة فإذا استحقت الدار من يد المشتري، فالمشتري على من يرجع بالثمن؟، وقال: ألا ترى أن في الفصل الثاني لو قبلنا هذه الشهادة فعلى من يلزم الثمن وينكره كل واحد منهما ويدفعه عن نفسه.

(٣) في أ: بعضاً.

(٤) لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، فإذا جهلا أيه فعل كل واحد منهما، صار فعل كل واحد منهما مجهولاً وجهالة المشهود به يمنع صحة الشهادة.

(٥) لأن الفعل يختلف باختلاف المحل وباختلاف الآلة، فإذا أقرأ أنهما جهلا ذلك، فقد ضيعا شهادتهما حيث لم يمكنهما الشهادة على فعل معين معلوم، فلا تقبل شهادتهما.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

تجوز شهادتهما^(١)، ولكنا استحسنا وجوزنا هذه الشهادة^(٢).
ثم في هذه المسألة الأخيرة إذا قبلت الشهادة وجب المال^(٣)، وإنما^(٤) تجب في
ماله ولا تجب على العاقلة^(٥)، وإن قالوا: قتله خطأ، الآن^(٦) تجب الدية على
العاقلة^(٧).

قال: وكل شيء من هذه الشهادة كنت أقضي بها لو برأ الرجل من الجراحة،
وأجعل في ذلك دية، أو قصاصًا، فإني أقضي به إذا مات وأجعل على عاقلته الدية،
وكل شيء كنت أبطله لو عاش الرجل وبرئ من الجراحة فإني أبطله إذا مات من
ذلك^(٨).

ثم فسر ذلك فقال: ألا ترى أنهما لو قالوا: نشهد أن كل واحد قطع إحدى يديه
أحدهما بسيف والآخر بعصا لا ندري أيهما صاحب السيف من صاحب العصا، وقد

(١) لما ذكرنا أنهما ضيعا شهادتهما بإقرارهما أنهما جهلا آلة القطع وآلة الجرح فبطلت شهادتهما.

(٢) لأنهما اتفقا على أصل الفعل وإن اختلفا في وصفه فقبلت شهادتهما فيما اتفقا عليه، ولأنهما إنما لم يذكرنا آلة القتل والجرح على القاتل احتيالا لدرء القصاص وابتداء بما ندما إليه في الشرع مع علمهما، فلا يقدح ذلك في الشهادة بخلاف المسألة المتقدمة، لأن ثمة قد ذكرنا آلة الجرح والقتل، ولكنهما جهلا صاحب الآلة فلا يمكن حمله على السر، وإنما هذه شهادة على مجهول، لأنهما لم يشهدا بالقتل بالسيف ولا بالقضاء على أحدهما بعينه، فلا تقبل شهادتهما.

(٣) لأنه تعذر إيجاب القصاص، لأنه يعتمد القتل عمداً بحديدة ولم يثبت، فوجب الدية.
(٤) سقط في أ.

(٥) ذلك لمكان الشك فإنه كان خطأ تجب على العاقلة، وإن كان عمداً لا تجب على العاقلة،
ويحتمل كلا الأمرين، فلا تجب على العاقلة بالشك.

(٦) في أ: إلا أن.

(٧) ذلك لاتفاقهما على وجوب الدية على العاقلة. والقتل إذا كان خطأ بأي آلة كان، فإن وجبه على العاقلة.

(٨) لأنه إنما يقضي بالدية والقصاص في حالة الحياة عند تمام الحجة على الجرح واستجماع شرائط قبول الشهادة، فإذا مات منهما أحد بموجب السراية وإذا لم يقض في حياته بشيء فإنما لم يقض لانعدام الحجة على فعله، أو لفقدان شرائط جواز الشهادة، فإذا مات منهما لا يمكن القضاء بموجب السراية أيضاً.

برأ الرجل من الجراحتين، أن هذا باطل [لأنهما إذا أقرأ أنهما حملا ذلك لم يشهدا على واحد بعينه بفعل بعينه، فلا يمكن القضاء بموجب أحد الفعلين على أحد الرجلين .

ألا ترى أن موجب أحد الفعلين قصاص وموجب الآخر الدية، ولا ندري على من يوجب القصاص، وعلى من تجعل الدية؛ لأن المقضي عليه مجهول فيهما، فكذلك إذا مات منهما لا يمكن إيجاب القصاص والدية أيضاً؛ لأن الفعل الذي يدعيه على كل واحد منهما مجهول، وجهالة المشهود به يمنع صحة الشهادة، حتى لو أثبتا كان على كل واحد منهما نصف الدية لثبوت القتل عليهما^(١).

لو قالوا: نشهد أنهما قتلاه بعصا أو بسيف، ثم مات الشاهدان أو غابا إني لا أبطل هذا، وأجعلهما ضاربين بالسيف وضاربين بالعصا^(٢)، وأجعل على كل واحد [منهما]^(٣) نصف الدية، ربعاً في ماله وربعاً على العاقلة^(٤)، ولو كان القاتل واحداً فقلنا: نشهد أن هذا قتله بسيف وعصا فإني أستحسن في هذا أن أجزه وأجعل عليه نصف الدية في ماله، ونصفاً على عاقلته^(٥).

ولو قالوا: نشهد أن هذا قطع يديه جميعاً، إحداهما بالسيف، والأخرى بالعصا،

(١) بدل ما بين المعقوفين في أ: ولو بينا ذلك في هذه المسألة على كل واحد منهما نصف الدية .
(٢) لأنهما شهدا بقتلهما، والقتل لا بد وأن يكون بألة القتل ثم لما ذكر آلة القتل، عقيب فعلهما انصرف إليهما جميعاً فكان .

(٣) سقط في أ .

(٤) لأنه لو قتله بالسيف عمدًا وتعذر إيجاب القصاص كانت عليه الدية في ماله، ولو قتله بالعصا كانت الدية على العاقلة لأنه شبه العمد، فإذا جمع بينهما يوزع عليهما حكمه، ولو كانا قتلاه كان كل واحد منهما قاتلاً نصفه، نصف هذا النصف بسلاح، فيكون موجب الدية في ماله، ونصف هذا النصف بعصا فيكون موجب على العاقلة، كما لو تفرد به . قال: ألا ترى أنهما لو قالوا: قتلاه بسيف أن هذا على سيف واحد لأن القتل لما كان واحداً لا بد من أن تكون الآلة متحدة فكذلك قولهما: بسيف وعصى .

(٥) لأنه صار قاتلاً للنصف بالسيف، وحكمه وجوب الدية في ماله عند تعذر إيجاب القصاص، وقد تعذر إيجاب القصاص ههنا، وصار قاتلاً للنصف بالعصا وحكمه وجوب الدية على عاقلته، فلهاذا أوجبنا على عاقلته نصف دية النفس .

لا ندري أيهما قطعت بالسيف وأيهما قطعت بالعصا فمات من ذلك كله، فعليه الدية نصف في ماله ونصف على عاقلته^(١).

ولو قالوا: نشهد أن هذا جرحه هذا الجرح إما بحديدة وإما بعصا، والمجروح قد برأ من ذلك، فإن هذا جائز وهو على الجاني في ماله إذا كان تعمد ضربه، وهو مما لا يقدر فيه على القصاص^(٢).

قال في كتاب الديات: إذا شهد شاهدان على أنه قتله، وقالوا: لا ندري بأي شيء قتله، فالقياس في هذا أن يكون باطلاً، ولكني أستحسن أن أجزئ هذا وأجعل عليه الدية في ماله^(٣).

(١) لأنهما بيئا في شهادتهما قاطع اليمين وقاطع اليسار، ولكنهما لم يبيئا آلة القطع، وقد ذكرنا أن المشهود عليه إذا كان معلوماً وآلة الفعل غير معلومة أن الشهادة مقبولة استحساناً، وقد ذكرنا وجهه.

(٢) لأنهما بيئا الجرح فكان المشهود معلوماً، وأصل فعل الجرح معلوم ولكن الآلة غير معلومة، وقد ذكرنا: أن بيان آلة الجرح والقتل ليس بشرط لوجوب المال استحساناً، لأن حكم المال لا يختلف، بل أصل الجرح كاف لوجوب المال، وقد ثبت بشهادتهما، ولا يجب على العاقلة بالشك فيجب في ماله.

(٣) وجه القياس: أنهما ضيعا شهادتهما ونسبا أنفسهما إلى الغفلة، فلا تقبل شهادتهما، ولأن اتفاقهما على فعل واحد شرط قبول شهادتهما، وإنما يتحقق اتفاقهما على الفعل إذا اتفقا على آلة واحدة؛ لأنه إنما يتحقق الفعل بالآلة، ولا يثبت ذلك بدون التنصيص. فأما إذا قالوا: لا ندري لا يثبت الاتفاق منهما على آلة واحدة لجواز أنهما لو بيئا، يبين كل واحد منهما آلة أخرى، وذلك بأن يكون بياناً بكلامه لا أن يكون مخالفاً، فإذا احتمل كلامهما هذا النوع من البيان، لا يثبت الاتفاق بينهما بالدليل المحتمل. وجه الاستحسان: أن الشرط اتفاقهما فيما صرحا به من الشهادة، وقد اتفقا عليه وذلك أصل الفعل وإنهما اتفقا عليه ولا احتمال فيه، وأصل القتل موجب الدية، فاتفقهما عليه يكون على هذا موجب، فأما القصاص إنما يجب باعتبار صفة العمدية، ولم يتعرض الشهود لذلك، وباختلاف الآلة إنما يختلف حكم القصاص، وإنما يعتبر بوجه الاختلاف لمنع القصاص لا لمنع وجوب الدية، فإنه لا أثر لاختلاف الآلة في ذلك ولأنهما انتدبا إلى ما نديهما الشرع إليه، وهو الاحتيال لدرء القصاص، واكتفيا بالشهادة على أصل القتل فلا يكون ذلك مبطلاً لشهادتهما، ولكن يقضى بالدية في ماله كما هو موجب قتل العمد إذا وجب المال، ولأن الشك يقع على الوجوب على العاقلة، إن كان القتل عمداً لا يجب، وإن لم يكن يجب، ويحتمل كلا الأمرين فلا يجب على العاقلة بالشك والاحتمال.

وإذا غضب الرجل من آخر شيئاً فلا ينبغي للشهود أن يقولوا: إنه غضبه ولا إنها عليه، وينبغي لهم أن يقولوا: عايناه أخذ منه ألفاً^(١).

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: إذا ادعى رجل على رجل خمسمائة درهم وأنكر المدعى عليه، فجاء المدعى بشاهدين، فشهد أحد الشاهدين أن هذا المدعى عليه أقر للمدعى بخمسمائة درهم، وشهد الآخر أن المدعى عليه أقر لي وللمدعى بألف، فشهادة هذا الشاهد باطلة^(٢)؛ فإن قال هذا الذي شهد لنفسه وللمدعى: لم يكن لي عليه شيء، لكنه أقر بذلك عندي كاذباً، وقال المدعى: لم يكن لشاهدي هذا شركة في المال لكنه أقر بهذا بين يديه كاذباً، فالشهادة أيضاً باطلة في قياس [قول]^(٣) أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: الشهادة جائزة^(٤).

(١) لأن الشاهد لا علم له بحقيقة الغضب، لجواز أنه أخذ منه ماله حق الأخذ بأن كانت هذه الألف ملكاً له ولا يعلم الشاهد، أو كان له قبل هذا المأخوذ منه ألف درهم دين بسبب من الأسباب، وقد ظفر بجنس حقه فأخذه، ومن ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه ولا يكون غاصباً بل يكون مستوفياً حقه. وهذه المعاني غيب عن الشاهد، فثبت أنه لا علم للشاهد بحقيقة الغضب، إنما علمه بأخذ الألف من يده لمعاينته ذلك، فينبغي أن يشهد بهذا القدر لا غير، وكذلك لا يشهد أنها عليه لأن بما شهد من الأخذ، لا يثبت له العلم بوجود الدين عليه، فلا يسعه أن يشهد بذلك.

(٢) لأنه شهد بمال مشترك بينه وبين غيره، ولا يمكن تصحيح الشهادة كذلك، لأنه شاهد لنفسه ولا وجه إلى أن يصرف الشهادة إلى نصيب الشريك لما فيه من قسمة الدين قبل القبض وإنها باطلة.

(٣) سقط في أ.

(٤) أما عند أبي حنيفة: إنما لا تقبل لأن أحد الشاهدين شهد بخمسمائة والآخر بألف، وفي مثل هذا لا تقبل الشهادة عنده، ولأن الشهادة خرجت على وجه الفساد، فلا تنقلب جائزة بإنكار الشركة. كالمريض مرض الموت إذا أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك وأنكر الوارث شركة نفسه، لا يصح الإقرار للأجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله، لخروجه على وجه الفساد فلا تنقلب جائزة بإنكار الوارث الشركة. وعند أبي يوسف: لا تقبل الشهادة قياساً على هذه المسألة دون المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى قول أبي يوسف كقول محمد، وأما عند محمد: فتقبل الشهادة ههنا قياساً على المسألتين عنده، لكن عند محمد يقع الفرق بين مسألة «الكتاب» وبين مسألة إقرار المريض من وجه أن في مسألة الكتاب يشترط إنكار الشاهد الشركة مع إنكار المدعى الشركة، وهناك إنكار الأجنبي الشركة كاف عنده، والفرق:

رجل ادعى على رجل مائة درهم [أو مائة]^(١) منّ من الحنطة أو ما أشبه ذلك، فقال المدعى عليه: قد قضيته^(٢)، أو قال: قد أوصلته إليه، أو قال بالفارسية: كزارده أم رسانيده أم انجه دعوى ميكندباو، وجاء بشهود شهدوا أنه دفع إليه مائة درهم أو أعطاه مائة منّ من الحنطة ولكن لم يقل [الشهود]^(٣): أعطاه هذه المائة التي ادعاها المدعي قبلت شهادتهم^(٤)، وفي «فتاوى النسفي»: أن هذه الشهادة لا تقبل ما لم يشهد الشهود أنه أعطاه المائة التي ادعاها^(٥) هذا المدعي.

وفي «فتاوى الفضلي»: سئل عمن مات فشهد شاهدان أن هذه المرأة كانت امرأته يوم مات، وشهد آخران^(٦) أنه كان طلقها قبل الموت، قال: بينة النكاح أولى، ويجعل كأنه طلق ثم تزوج، وقال القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدري رحمه الله: بينة الطلاق أولى^(٧).

شهد لرجل أنه وارث فلان لا وارث له غيره، أو لا أعلم له وارثاً غيره، ثم شهد لرجل آخر بعد ذلك أنه وارثه لا وارث له غيره، قبلت الشهادة^(٨).

أن هاهنا الشاهد لو ادعى الشركة فقد أقر للشاهد ببطان شهادته، والشاهد متى أقر ببطان شهادته تبطل الشهادة. وإذا أنكر الشاهد الشركة وادعى المدعي الشركة فقد أقر المدعي ببطان الشهادة وأقر المدعي ببطان الشهادة فشرط إنكارهما الشركة لقبول الشهادة لهذا، أما في مسألة الإقرار: إذا كان الوارث مقرّاً بالشركة، وأنكر الأجنبي الشركة فالوارث وإن جعل مقرّاً ببطان إقرار المريض لكن بهذا لا يبطل إقرار المريض للأجنبي، إذ ليس للوارث هذه الولاية فاكتمى بإنكار الأجنبي الشركة ثمة لهذا.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: قبضته.

(٣) سقط في أ.

(٤) لأنه أدى مثل ما وجب عليه وهذا هو الواجب في قضاء الدين، والبراءة متعلقة به على ما عرف، ولأنه بهذه الشهادة ثبت دفع المائة من الدافع إلى المدفوع إليه، والقول قول الدافع في بيان جهة الدفع.

(٥) في أ: أعطاه.

(٦) في أ: آخر.

(٧) لأنهم أثبتوا زيادة أمر مع الإقرار بالنكاح، وهو الطلاق.

(٨) لأن قول الشاهد: لا وارث له غيره لا يعلم له وارثاً غيره، ليس من صلب الشهادة بل هو أمر

وإذا شهد شاهدان على إقرار رجل بشراء محدود لا تقبل شهادتهما إذا لم يكن في شهادتهما أنه أقر على نفسه^(١).

وسئل الفقيه أبو بكر الأعمش عن لا يحسن الدعوى إذا أمر الحاكم رجلاً حتى علمه كيف يدعي، ثم شهد [هذا]^(٢) المعلم على ذلك الدعوى، قال: لا بأس على الحاكم فيما فعل، ولا يصير المعلم بهذا التعليم مطعوناً وشهادته جائزة إذا كان عدلاً.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد رحمهما الله: في رجل أشهدني أن لفلان عليه ألف درهم ثم قضاه خمسمائة، ثم جاء المشهود له يسألني الشهادة وله شاهد آخر يشهد على الألف، قال: لا يشهد له إلا بخمسمائة^(٣)، فإن كره المشهود له ذلك فليقر عند القاضي بما قبض، ثم يشهد عليه بألف، قضاه منه خمسمائة فيكون مؤدياً ما عليه من الشهادة، ولا يكون بشهادة مسلطاً القاضي على القضاء عليه بما ليس عليه^(٤).

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد: في شاهدين شهدا أن فلاناً أشهدنا أنه جعل لابنه فلان وقد عرفنا الابن يومئذ بعينه ونسبه هذا العبد منه^(٥)، والابن يومئذ صغير

= زائد على ما عرف، فصار وجوده والعدم بمنزلة، ولأن التوفيق ممكن لأنه يمكنه أن يقول: لا أعلم له وارثاً آخر حال ما شهدت ثم علمت، ولأن أكثر ما فيه أن في ضمن كلامه ألا شهادة لي بوراثته شخص آخر. ومن قال: لا شهادة لي في حادثة ثم شهد فيها تقبل شهادته؛ كذا ههنا.

(١) لأن الإقرار كما يكون على نفسه يكون على غيره، وما على غيره لا يكون حجة، وما على نفسه يكون حجة، فلا بد من بيانه.

(٢) سقط في أ.

(٣) هذا لأنه لو شهد له بالألف مع الشاهد الآخر تثبت الألف بشهادتهما، وبقوله وحده لا يثبت قضاء الخمسمائة، فيكون هو بالشهادة بالألف مسلطاً القاضي على القضاء بالألف، مع علمه أنه ليس له عليه إلا خمسمائة وأنه لا يجوز.

(٤) لأنه قد برئ عن الخمسمائة بإقرار الطالب فلا حاجة إلى إثباته بالبينة.

(٥) في أ: هبة.

في عياله وذلك منذ دهر طويل، ونحن لا نعرفه في هذه الساعة لم تجز شهادتهما، وكذلك لو شهدا أن لهذا الرجل على فلان بن فلان ألف درهم، ونحن عرفنا فلاناً يوم أشهدنا عليه بعينه ونسبه، ولكن لو رأيناه الساعة لا نعرفه لم تجز شهادتهما. إذا شهد أحد الشاهدين على الكفالة بهذا اللفظ (كوالي سيدهم كر فلان حينين كفت كم أكر فلان سرماء وأحال فلان يد مد من ضمان كروم من أين مال)، أو شهد آخر: كم فلان حينين كنت كم من أين مال ضمان كردم أن فلان من فلان رأنا سرماء، لا تقبل هذه الشهادة^(١).

وإذا شهد رجل وامرأتان على رجل أنه قتل ابنه عمداً، جازت شهادتهما. ولو شهد رجل وامرأتان أن فلانة قتلت زوجها عمداً ولها منه ابن وله ورثة غير الابن لا تقبل الشهادة^(٢).

رجل في يديه شيء جاء رجل وادعى أنه اشتراه منه، وجحد ذو اليد فأقام المدعي شاهدين، فشهدا أنه باعه منه ولا يدري أهو^(٣) للبائع قبلت الشهادة ويقضى بذلك الشيء للمدعي. في «الزيادات» [في باب المساومة.

قال محمد رحمه الله في «الزيادات»^(٤) [في هذا الباب أيضاً: رجل في يديه

(١) لأن أحدهما شهد بضمنان منجز، والآخر شهد بضمنان معلق بينهما مغايرة فيمنع قبول الشهادة.

(٢) الفرق: أن قتل الأب ابنه لا يوجب القصاص بحال وإنما يوجب المال، وشهادة النساء مع الرجال حجة في باب المال، أما قتل المرأة زوجها يوجب القصاص، ثم يسقط بعد ذلك إذا صار ميراثاً لابنها، ألا ترى أنه يتصور استيفاء القصاص منها بحال بأن يموت الابن بعد الجراحة أولاً، ثم يموت الأب من الجراحة، فإن في تلك الصورة بقتل المرأة لزوجها، وإذا تصور استيفاء القصاص بهذا القتل بحال، كان هذا القتل موجباً للقصاص من الابتداء، وشهادة النساء ليس بحجة في القصاص. ولو شهدوا على رجلين أنهما اشتركا في قتل ابن أحدهما قبلت شهادتهما، لأن هذا القتل لا يوجب القصاص بحال، فكان موجباً للدية من الابتداء، فكانت شهادتهما على المال.

(٣) في أ: ما هو.

(٤) سقط في أ.

طيلسان ساومه به رجل فلم يتفق بينهما بيع، أو باعه بشرط الخيار لأحدهما، ثم ادعى أن الطيلسان كان لوالده يوم المساومة أو الشراء، وأن أباه مات أمس وتركه ميراثاً له لم تسمع دعواه، ولو أقام على ذلك بينة لا تقبل بينته^(١)، وهذا الجواب مشكل في فصل المساومة على رواية «الزيادات»، ولو كان الأب حيًّا وادعى الطيلسان لنفسه، وأقام على ذلك بينة صححت دعواه وقبلت بينته^(٢)، فإن مات الأب بعد ذلك وورث الابن الطيلسان سلم له، ولم يكن للبائع على الطيلسان سبيل^(٣). وكذلك لو قضى القاضي بالملك للأب فلم يقبضه الأب حتى مات كان الطيلسان ميراثاً للابن^(٤).

ولو لم يقض القاضي للابن حتى مات الأب، بطلت البينة^(٥).

وذكر هشام عن محمد رحمه الله في زيادات «النوادر»: أن من ساوم رجلاً بشيء ثم اشترى ذلك الشيء من آخر وقبضه، فلأول أن يأخذه من يده؛ لأنه لما ساومه فقد أقر له به، وإنه يخالف رواية «الزيادات»؛ لأن المساومة على رواية «الزيادات» ليست بإقرار بالملك، بل هي إقرار بولاية البيع لا غير، وكذلك يخالف رواية «الجامع»؛ لأن المساومة على رواية «الجامع» وإن كان إقرارًا بالملك، ولكن ظاهرًا

(١) لأنه بالإقدام على الشراء أو المساومة، صار مقرًا بالملك للبائع على رواية «الجامع»، وبولاية البيع له على رواية «الزيادات»، وبصحة الشراء على الروايات كلها، فيصير بدعوى ملك الأب والإرث من جهته متناقضًا.

(٢) لأنه لم يوجد من الأب ما يجعله متناقضًا في دعواه الطيلسان لنفسه.

(٣) أما على رواية «الزيادات» فلأن المساوم أو المشتري لم يصير مقرًا بالملك للبائع إنما أقر بولاية البيع وبصحة الشراء؛ إلا أن القاضي لما قضى للأب بالطيلسان تبين أنه لم يكن له ولاية البيع وأن الشراء لم يكن صحيحًا، فصار مكذبًا له في إقراره فالتحق بالعدم. وأما على رواية «الجامع» فلأنه وإن صار مقرًا بالملك له ولكن في ضمن الشراء، وقد بطل الشراء بالقضاء بالطيلسان للأب، فيبطل ما ثبت في ضمنه.

(٤) لأن الملك قد تقرر للأب بقضاء القاضي فلا يبطل بموته.

(٥) لأن دوام الخصومة إلى وقت القضاء شرط صحة القضاء بالبينة، وقد انقطعت خصومة الأب بالموت والابن لا يصلح خصمًا لكونه متناقضًا فبطلت البينة ضرورة.

لا قطعاً، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولو أن المساوم بين عند المساومة أن هذا الطيلسان لوالده، وقد وكل هذا بالبيع، وطلب منه البيع فلم يتفق بينهما بيع، ثم أقام المساوم بيته أنه كان لأبيه وأنه مات أمس وتركه ميراثاً له قبلت بيته^(١)؛ ألا ترى أنه لو اشتراه [ونقد ثمنه ثم أقام بيته أنه كان لأبيه يوم اشتراه]^(٢)، وأنه قد كان وكله ببيعه وأن لي ثمنه صحت دعواه^(٣).

رجل في يديه طيلسان جاء رجل وادعى أن صاحب اليد باع هذا الطيلسان منه بمائة دينار ونقده الثمن، وأقام على ذلك شاهدين، فشهدا أن صاحب اليد باع هذا الطيلسان من هذا المدعي، وقضى القاضي بشهادتهما أو لم يقض حتى أقام الشاهدان بيته أن هذا الطيلسان كان لأبيهما يوم شهدا وأنه مات وتركه ميراثاً لهما، فالقاضي لا يسمع ذلك منهما ولا يقبل بيتهما^(٤)، وكذلك لو ادعياه لغيرهما بالوكالة عنه لم تصح دعواهما^(٥)، ولو استحق الطيلسان مستحق غيرهما وقضى القاضي له به، ثم وصل إلى أيديهما لم يؤمرا بالتسليم إلى ذلك البائع^(٦)، ولا يؤمران بالتسليم إلى المشتري أيضاً^(٧).

(١) لأنه لا مناقضة في هذا الفصل؛ لأنه صرح عند المساومة أنه ملك أبيه.

(٢) سقط في أ.

(٣) لأنه ساع في تقرير ما سبق منه وتم به لا في نقضه، وإنما ادعى ملك الثمن بسبب جديد لا يناقض الأول، وكذلك إذا ساومه، ثم ادعى بعد ذلك.

(٤) لأنهما حين شهدا بالبيع على صاحب اليد فقد أقر بالملك له على رواية «الجامع» وبولاية البيع على رواية «الزيادات»، فصارا بهذه الدعوى متناقضين ساعين في نقض ما أوجبا وإتمام البيع.

(٥) لأن المتناقض كما يصحح الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره، عرف ذلك في كتاب الدعوى.

(٦) أما على رواية «الزيادات» فلأن الشهادة على البيع ليست بإقرار بالملك للبائع، وعلى رواية «الجامع» وإن كان إقراراً ولكن في ضمن الشهادة، وقد بطلت شهادتهما حين قضى القاضي بالطيلسان للمستحق، فيبطل ما ثبت في ضمن الشهادة من الإقرار.

(٧) إن كانت الشهادة بالبيع شهادة بالملك للمشتري ولكن في ضمن البيع وقد بطل البيع بقضاء القاضي بالطيلسان للمستحق، فبطل ما ثبت في ضمنه من الشهادة بالملك للمشتري.

ولو أن الشاهدين بينا للقاضي يوم الشهادة على البيع، فقالوا: هذا الطيلسان لنا، أو قالوا: لأبينا [أو قالوا: لفلان]^(١) وقد باع هذا من هذا، ثم إنهما أقاما البينة أن الطيلسان لنا ورثناه من أبينا أو من فلان الذي أقرأ له، أو قالوا: فلان وكلنا بالخصومة، صح ذلك منهما^(٢).

ولو أن الشاهدين لم يبينوا للقاضي شيئاً ولم يشهدا عند القاضي بالبيع، ولكن قالوا للقاضي قولاً من غير شهادة: إن هذا باع الطيلسان من هذا، ثم أقاما البينة على أن ذلك لهما وعلى شيء مما وصفنا، سمع بيتهما بخلاف ما إذا شهدا عند القاضي^(٣). والهبة والصدقة مع القبض بمنزلة البيع، حتى لو شهدا على الهبة أو الصدقة مع القبض، ثم ادعيا بعد ذلك لأنفسهما لا تسمع دعواهما^(٤)، وكذلك النكاح بمنزلة البيع، حتى لو شهدا على النكاح على الطيلسان بأن شهدا أنه جعل الطيلسان مهراً، ثم ادعيا بعد ذلك لأنفسهما، لا تسمع.

وكذلك إذا شهدا بإجارة دار ثم ادعيا الدار لأنفسهما أو لأبيهما يوم شهدا لا يسمع ذلك منهما^(٥) وهذا الجواب يوافق رواية «الجامع»^(٦)، أما لا يوافق رواية «الزيادات»^(٧)، وكذلك في هذه المسائل لو ادعيا لغيرهما بوكالة ذلك الغير لم تصح

(١) سقط في أ.

(٢) لأن معنى التناقض ههنا قد انعدم؛ لأنهما لما بينا ذلك عند الشهادة لم يشهدا بالملك للبائع ولا اعترفا بصحة البيع فصحت دعواهما وقبلت شهادتهما.

(٣) الفرق: وهو أن الشهادة بالبيع مطلقاً تنصرف إلى بيع صحيح موجب الملك للمشتري، لأن الشهادة حجة موجبة للقضاء، والقاضي إنما يقضي ببيع صحيح موجب الملك للمشتري، والشهادة بصحة البيع وبالملك للمشتري يمنع الدعوى لنفسه لمكان التناقض عل ما مر، أما مجرد القول من غير أن يكون شهادة لا ينصرف إلى بيع صحيح لا محالة يحتمل أن يكون إخباراً عن البيع الصحيح، ويحتمل أن يكون لشكنا أن هذا الشخص باع مالنا أو مال أبينا وماله، وذلك وعلى هذا التقدير لا يثبت التناقض، فلا يمنع الدعوى بالشك والاحتمال.

(٤) لأن المعنى يجمع الكل وهو التناقض.

(٥) لمكان التناقض.

(٦) لأن مطلق شهادتهما بالإجارة إقرار بالملك للأجر، وإنه يناقض دعوى الملك لأنفسهما.

(٧) لأن شهادتهما بالإجارة ليست بإقرار بالملك للأجر بل هو إقرار بولاية الإجارة، وإنه لا

دعواهما^(١).

فإن كان الشاهدان قالوا: كانت لنا يوم شهدنا بالإجارة وهذا الأجر كان وكيلنا في الإجارة، أو قالوا: كانت لأبينا يوم شهدنا بالإجارة، وهذا الأجر كان وكيل أبينا، وأقاما البينة على ذلك، قبلت شهادتهما على رقبة الدار لانعدام التناقض^(٢)، وهذا الجواب يوافق رواية «الزيادات»، أما لا يوافق رواية «الجامع»^(٣).

ولو أقاما البينة على أن الدار كانت لهما، أو كانت لأبيهما يوم^(٤) شهدا بالإجارة إلا أن شهودهما لم يشهدوا أن الأجر كان وكيلاً عنهما أو عن أبيهما [في الإجارة لا تصح دعواهما، وهذا الجواب يوافق رواية «الجامع»^(٥).

ثم إذا قبلت الشهادة على رقبة الدار إذا شهد شهودهما أن الأجر كان وكيلاً عنهما أو عن أبيهما^(٦) على نحو ما ذكرنا، ينظر بعد ذلك إن كان المستأجر معترفاً كانت الشهادة الأولى وهي الشهادة على الإجارة ماضية وكان الأجر لهما^(٧)، غير أن في مسألة الأب يحكم ببطلان الإجارة من يوم موت الأب^(٨).

وإن كان المستأجر جاحداً للإجارة كانت الشهادة الأولى باطلة؛ لأنه تبين أنهما بالشهادة الأولى شهدا لأنفسهما أو لأبيهما، وشهادة الإنسان لنفسه ولأبيه باطلة،

= يناقض دعوى الملك لنفسه، فيبغي أن تسمع دعواه فيما يرجع إلى رقبة الدار إن كانت لا تسمع فيما يرجع إلى استخراجها من يد المستأجر.

(١) لما ذكرنا: أن التناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره.

(٢) لأنهما أقرأ أنه أجر له حق الإجارة، والآن يقولان هكذا فتسمع دعواهما.

(٣) لأن شهادتهما بمطلق الإجارة إقرار بالملك للأجر.

(٤) في أ: ثم.

(٥) لأن التوكيل لم يثبت لعدم البينة على التوكيل بقي الأجر آجراً مطلقاً، وإجارة الأجر مطلقاً تكون لنفسه على رواية «الجامع» وإنه يناقض دعوى الملك لنفسه.

(٦) سقط في أ.

(٧) لأنه تبين أنهما شهدا على أنفسهما أو على أبيهما، وشهادة الإنسان على نفسه وعلى أبيه مقبولة.

(٨) لأن موت الموكل في باب الإجارة يبطل الإجارة بخلاف موت الوكيل في باب الإجارة، والفرق عرف في كتاب الإجارة.

حتى لو كانت الشهادة الأولى لأخيها وباقي المسألة بحالها كانت الشهادة الأولى ماضية^(١)، والذي ذكرنا في مسألة الإجارة [كذلك]^(٢)، فكذا في مسألة الشراء حتى إن الشاهدين لو قالوا: الدار كانت لنا، أو قالوا: كانت لأبينا يوم شهدنا بالبيع، وأن البائع كان وكيلاً عنا أو عن أبينا في البيع، وأقاما البينة على ذلك كله، قبلت بينهما^(٣)، وهذا الجواب لا يوافق رواية «الجامع» أما يوافق رواية «الزيادات»، فبعد ذلك إن كان المشتري معترفاً بالشراء كانت الشهادة الأولى، وهي الشهادة على الشراء ماضية وكان الثمن لهما، وإن كان جاحداً للشراء كانت الشهادة الأولى باطلة على نحو ما بينا، [ولو كانت الشهادة الأولى للأخ والباقي بحاله، فالشهادة الأولى ماضية على كل حال على نحو ما بينا]^(٤).

الأخوان إذا زوجا أختهما وهي صغيرة ثم أدركت فشهدا أنها اختارت نفسها لا تقبل شهادتهما، ولو كانت أمة بين رجلين ولها زوج أعتقها ثم شهدا أنها اختارت نفسها، قبلت شهادتهما.

في كتاب «العيون»: شهد اثنان أن زوج فلانة قد مات أو قتل، وشهد اثنان أنه حي، فالشهادة على الموت أو القتل أولى.

في «وصايا عصام»: المشهود عليه إذا أقام أولئك الشهود لحق^(٥) نفسه، فإن كان قال: إنهم كاذبون فيما شهدوا [علي]^(٦) فقد فسقهم، فلا تقبل شهادتهم له، وإن لم يرد على الإمكان^(٧) قبلت شهادتهم له وقد مر جنس هذه المسألة فيما تقدم.

(١) لأنه تبين أنهما بالشهادة شهدا لأخيها، وشهادة الإنسان لأخيه مقبولة.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: شهادتهما.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: بحق.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: الإنكار.

وإذا غاب الشاهدان أو ماتا بعد القضاء قبل الإمضاء ففيما إذا قامت الشهادة على المال أو^(١) ما هو نظير المال مما يثبت مع الشبهات^(٢) كالنكاح والطلاق لا يمنع القضاء^(٣)؛ وفيما إذا قامت الشهادة على الحد، إن كان الحد رجماً لا يستوفى عندنا، وإن كان قطعاً أو جلدًا لا يقطع ولا يجلد عند أبي حنيفة أولاً، ثم رجع وقال: يقطع ويجلد وهو قولهما، وفيما إذا قامت الشهادة على القصاص، القياس على قول أبي حنيفة الأول في الحدود: ألا يستوفى.

وفي الاستحسان: يستوفى.

وإن غابا أو ماتا قبل القضاء، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا غابا أو ماتا بعد القضاء قبل الاستيفاء، حتى إن في المال ونظائره القاضي يقضي وفي الحد إن كان رجماً لا يقضي، وإن كان جلدًا أو قطعاً، فكذاك عند أبي حنيفة [أولاً، وفي]^(٤) قوله الآخر وهو قولهما: يقضي، وفي القصاص القياس على قوله الأول في الحدود: ألا يقضي.

وفي الاستحسان: يقضي.

وإن فسقا أو عميا أو ارتدا أو ذهب عقولهما وكان ذلك بعد القضاء قبل الإمضاء، ففي المال ونظائره يقضي^(٥)، وفي الحدود لا يقضي^(٦)، وفي القصاص يقضي^(٧) قياساً، وإن كان ذلك قبل القضاء، فالقاضي لا يقضي في الفصول كلها فيما عدا العمى بلا خلاف، وفي العمى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد مرّت مسألة الأعمى قبل هذا.

(١) في أ: و.

(٢) في أ: الشهادات.

(٣) في أ: الإمضاء.

(٤) في أ: وهو.

(٥) في أ: يمضي.

(٦) في أ: يمضي.

(٧) في أ: يمضي.

قد ذكرنا في كتاب «أدب القاضي» أن الجرح المفرد يثبت باختيار^(١) المزكين ولا يثبت بالشهادة حتى إن المشهود عليه إذا جاء بشهود يشهدون بالجرح المفرد عند القاضي، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، ولو جاء المشهود عليه بالمزكين حتى شهدوا بالجرح المفرد عند القاضي، لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب، وذكر شيخ^(٢) الإسلام في شرح كتاب «العلل» أن القاضي لا يقبل شهادتهم؛ وعلل فقال: لأن لهم بدءاً من إظهار هذه الفاحشة بأن يخبروا القاضي سرّاً، فإذا أظهرها صاروا فسقة، فلا تقبل شهادتهم^(٣).

قال: إذا ولدت أمة الرجل ولدًا وادعت أن مولاهما أقر به وجحد المولى ذلك، فأقامت على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه ابنه ولد على فراشه، وشهد الآخر أن المولى أقر به، فالقاضي لا يقبل شهادتهما^(٤).

وإن اتفق الشاهدان على إقرار المولى بالولادة، أو اتفقا على نفس الولادة على فراشه، قبلت الشهادة^(٥).

(١) في أ: باحياء.

(٢) في أ: شمس.

(٣) لهذا تجوز الشهادة على الشهادة. في شهادات «الجامع» في آخر باب الشهادة على القتل: ترك السنة لا يوجب سقوط العدالة، ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح «أدب القاضي» للخصاف في باب شهادة الأقل. ف

(٤) لأن أحدهما شهد على الولادة وإنها فعل، والآخر على إقرار المولى وإنه قول. فإن قيل: كيف يعلم الشاهد ولادة الولد على فراشه؟ قلنا: أصل الولادة بعلمه بطريقتين: بالمعينة بأن اتفق له ذلك في باب الزنا، أو بالشهرة والتسامع وكونها على فراشه يعلم بإقرار المولى إن كانت الوالدة أمة، وشرعاً إن كانت الوالدة منكوحة أو أم ولد لأن له فراشاً على المنكوحة وعلى أم الولد. فإن قيل: إذا كان طريق معرفة الشاهد ولادة ولد الأمة على فراش المولى إقرار المولى أنها ولدت، فينبغي أن تقبل الشهادة في مسألتنا، لأن شهادة كل واحد من الشاهدين قامت على القول. قلنا: المشهود به شيان: الولادة والفراش، فالفراش في الأمة إن كان لا يعلمه الشاهد إلا بإقرار المولى، فالولادة يعلمها الشاهد بالمعينة من غير إقرار المولى، فشهادتهما في حق الفراش إن قامت على القول معنى فشهادتهما على الولادة ما قامت على القول، فلا تثبت الولادة وما لم تثبت الولادة فالفراش لا يكفي.

(٥) لاتفاقهما على القول في الفصل الأول، وعلى الفعل في الفصل الثاني.

شهد شاهدان على رجل بدار، فسأل القاضي عن الشهود أين خانه كه كو أهي من دمنديكر شنبه است بادو شنبه؟ فقال الشهود: يك شنبه، فنظروا فإذا بعضها يك شنبه وبعضها دو شنبه، فقد قيل: تقبل هذه الشهادة لجواز أنها كانت يك شنبه وقت تحمل الشهادة، ثم صار بعضها بعد ذلك دو شنبه، وعلى قياس ما إذا شهدوا بدابة وقالوا: سه ساله است، فنظروا فإذا هي جهار سالة أنه لا تقبل الشهادة، ولم يقل أحد بقبول الشهادة لجواز أنها كانت سه ساله وقت تحمل الشهادة، والآن صارت جهار ساله ينبغي ألا تقبل شهادتهم في مسألة الدار.

وفي «فتاوى شمس الإسلام»^(١) الأوزجندي: امرأة ادعت أن مهرها ألف عطفية، وشهد الشهود لها بألف^(٢) عدلية مهرها، أن القاضي يقضي بشهادة الشهود، يعني بالعدليات.

ولو ادعى على آخر أنه قبض منه مائة البعض عطفية، والبعض عدلي، والشهود شهدوا بقبض مائة عطفية، قال شمس الإسلام: إن شهدوا بالقبض لا تقبل شهادتهم، وإن شهدوا على إقراره بالقبض تقبل، وينبغي أن يقال: لا تصح هذه الدعوى^(٣)؛ لأن المدعي لم يبين قدر كل واحد منهما.

وفي هذا الموضوع أيضًا لو كتب في المحضر: شهدوا على وفق الدعوى، لا يفتى بصحة المحضر؛ لأن الشهادة على وفق الدعوى أن يقول الشاهد: هذا العين ملكي، كما قال المدعي: هذا العين ملكي.

ادعى على آخر ألف درهم، وقال: خمسمائة منها من ثمن عبد بعته منه وقبضه وخمسمائة من ثمن متاع بعته منه وقبضه وجاء بشاهدين، شهد أحدهما بخمسمائة من ثمن عبد، وشهد آخر بخمسمائة من ثمن متاع، فإنه يجوز من ذلك خمسمائة؛

(١) في أ: الأئمة.

(٢) في أ: بالألف.

(٣) لأن الدعوى وقعت في المجهول.

لأنهما اتفقا على الخمسمائة، وذكر السبب ليس بشرط، فهذا يدل على أنه [إذا]^(١) ادعى دينًا بسبب، وشهد له الشهود بالدين مطلقًا أنه تقبل الشهادة.

ولو ادعى رجل على رجل ألف درهم، وجاء بشاهدين شهد أحدهما: أنه أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن ثياب قبضها، وشهد آخر أنه أقر أن عليه ألف درهم من ثمن طعام قد قبضه، وقال المدعي: قد كان أقر بذلك [كله]^(٢) لي، فإن القاضي يقضي له بالألف.

في «واقعات الناطفي» وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل تحتة أمة أعتقت، فشهد أحد الشاهدين أنه طلقها ثلاثًا بعدما عتقت، وشهد الآخر أنه طلقها ثلاثًا قبل العتق فهي ثنتان، وله أن يراجعها^(٣).

إذا قال الشاهد: كل شهادة [شهدتها لفلان]^(٤) في حادثة كذا فهي زور، ثم شهد في تلك الحادثة لفلان تقبل شهادته.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: وكذلك إذا قال: ليست لفلان عندي شهادة في أمر، ثم شهد له في حادثة تقبل شهادته في هذا الموضع أيضا وفي المسألتين روايتان.

ادعى شراء دار من رجل وجاء بشهود شهدوا على الشراء من وكيله تقبل شهادته، وكذلك إذا شهدوا أن فلانًا باع، وهذا المدعى عليه أجاز بيعه، وإذا كانت الدار في يدي رجل ادعى أنه باعها من فلان بألف درهم في رمضان، وأقام على ذلك بينة وأقام فلان بينة أن صاحب اليد وهبها منه في شوال على أن عوضه عنها خمسمائة درهم وقبضها جميعًا، فالقاضي يقضي بالبينة^(٥) بشرط العوض^(٦).

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) لأن الثلاث الذي شهد بها في حالة الرق واحدة منها ليست بشيء، فلم يجتمعا إلا على الثنتين، ولم يتفقا أيضًا على أن الطلاق كان قبل العتق، فلا تنقطع الرجعة بالشك.

(٤) في أ: أشهد بها فلان.

(٥) في أ: بالهبة.

ولو أن المدعى عليه الشراء لم يقيم البيعة على الهبة بشرط العوض، وإنما أقام البيعة أنه ارتهنها من صاحب اليد [في سؤال]^(١) بخمسائة، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: البيع أولى ويجب على المشتري أن يقضي البائع خمسمائة أخرى سوى ما أعطاه في سؤال. وقال محمد: الرهن أولى ويكون رهناً عند المشتري بخمسمائة.

من مشايخنا من قال: الخلاف في هذه المسألة راجع إلى أن الرهن إذا تأخر عن البيع هل يفسخ البيع؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يفسخ؛ لأن الرهن دون البيع، فبقي البيع بألف درهم صحيحاً وصار البائع رهنًا ملك المشتري من المشتري بخمسمائة فلم يصح إلا أن المشتري ببينته أنه ارتهنها في سؤال بخمسمائة أثبت لنفسه على البائع خمسمائة درهم [دينًا]^(٢)، وللبائع على المشتري ألف درهم فبقدر خمسمائة يلتقيان قصاصًا، ويجب على المشتري رد خمسمائة أخرى على البائع. وعند محمد: يفسخ البيع بالرهن، كما لو كان مكانه بيعًا.

ومن مشايخنا من قال: البيع لا يفسخ بالرهن عند محمد، كما هو قولهما، إلا أن محمدًا لا يقضي بالبيع^(٣) مع ذلك^(٤). وإذا كانت الدار في يدي رجل شراء فاسدًا ادعاها آخر، فإن المشتري ينتصب خصمًا للمدعي^(٥).

(٦) لأن الهبة بشرط العوض بعد اتصال القبض بالبدلين والبيع سواء، ولو أثبت المشتري بيعه منه بخمسمائة في سؤال انفسخ الأول وبقي الشراء بخمسمائة، فكذا إذا أثبت الهبة بشرط العوض.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: وكذلك.

(٤) لأن المشتري ببينته أثبت إقرار البائع أنه رهن من المشتري في سؤال، فلا تصح دعواه أنه باعه منه في رمضان. وأبو حنيفة وأبو يوسف قالوا: هذا الكلام في حد التعارض؛ لأن المشتري ببينته كما أثبت إقرار البائع أنه رهن من المشتري أنه اشترى منه في رمضان، فلا تصح دعواه أنه ارتهن منه في سؤال، وعلم أن هذا الكلام في حد التعارض بقي ما قالوا إن الرهن دون البيع، فلا يفسخ به البيع.

(٥) لأن الشراء الفاسد يفيد الملك للمشتري بعد القبض، والمالك ينتصب خصمًا للمدعي.

وإذا كانت الدار بين شريكين شركة ميراث، أو غير ذلك غاب أحدهما، جاء رجل وادعى على الحاضر^(١) أنه اشترى من الغائب نصيبه فإنه لا تقبل بيته^(٢).
 بخلاف ما لو كانت ميراثاً بينهم وادعى المدعي أنه اشترى نصفها، أو كلها من الميت الذي ورثها عنه حيث يقضى بذلك على الحاضر والغائب^(٣).

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: ثوب في يدي رجل ادعاه رجل، فشهد شاهدان للمدعي على^(٤) صاحب اليد أنه أقر أن هذا الثوب [لهذا المدعي، وشهد آخران على المدعي أنه أقر أن هذا الثوب]^(٥) لصاحب اليد تهاترت البيتان، ويترك الثوب في يد صاحب اليد^(٦).

دار في يدي رجلين، أقام كل واحد منهما بيعة على أن صاحبه أقر له بها ووقتا، وتاريخ أحدهما أسبق فإنه يقضى بالدار لصاحب الوقت الآخر.

فرق بين هذا وبين ما إذا لم يوقتا فإن هناك تتهاتر البيتان؛ لأنهما إذا لم يوقتا يجعل كأنهما وقعا معاً، ولو وقع الإقراران معاً بطلا، فكذلك إذا جعلاً كذلك، أما إذا وقتا وأثبتنا ذلك بالبيعة صار الوقت الثابت بالبيعة كالوقت الثابت عياناً، ولو عاينا

(١) في أ: الآخر.

(٢) لأنه يقيم بيعة على الغائب وليس عنه خصم حاضر أما إذا كانت الشركة لا بجهة الإرث فظاهر، وأما إذا كانت الشركة بجهة الإرث؛ لأن أحد الورثة لا ينتصب خصماً عن باقي الورثة فيما يدعى على باقي الورثة؛ وإنما ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى على الميت، وهنا دعوى الشراء يوجه على الغائب لا على الميت، فلم ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، فهذه بيعة قامت لا على خصم فلا تقبل.

(٣) لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت وعن باقي الورثة فيما يدعى على الميت، والدعوى ههنا وقعت على الميت، فإن المدعي ادعى الشراء على الميت، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب، كما لو ادعى رجل ديناً على الميت، وبعض الورثة حضور والبعض غيب، فإنه ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كذا ههنا.

(٤) في أ: أن.

(٥) سقط في أ.

(٦) لأنه لما جهل التاريخ بين الإقرارين جعل كأنهما وقعا معاً، فيبطل الإقراران ويترك الثوب في يد صاحب اليد، كما كان.

[أن أحدهما]^(١) أقر لصاحبه منذ سنة مثلاً ثم أقر صاحبه له بعد ذلك منذ شهر يقضى للمقر له آخرًا؛ لأن الإقرار الآخر يفسخ الإقرار الأول؛ لأن الإقرار مما يرتد^(٢) بالرد، فإذا أقر المقر له الأول بعد ذلك فهذا الإقرار منه إقرار لصاحبه، ورد الإقرار الأول، فبطل الإقرار الأول بالثاني لكون الثاني ردًا له ولم يتصل الرد بالإقرار الثاني فبقي صحيحًا.

قال في «الكتاب»: ولا يشبه هذا البيع، فقد فرق بين البيع والإقرار، فمن المشايخ من طعن على محمد، وقال: لا فرق بينهما، فإن في البيع متى ادعى كل واحد منهما البيع على صاحبه ووقتًا، ووقت أحدهما أسبق، بأن ادعى أحدهما أن صاحبه باع هذا العين منه منذ سنة وادعى الآخر أن صاحبه باع هذا العين منه منذ شهر يقضى لآخرهما وقتًا؛ لأن التاريخ بين الشراءين ثبت بالبينة، فيعتبر بما لو ثبت معاينة. ولو عاينا أن أحدهما اشترى هذا العين من صاحبه منذ سنة، ثم اشتراه^(٣) صاحبه منه منذ شهر، يقضى لآخرهما وقتًا، فعلم أنه لا تفرقة بين الإقرار وبين البيع.

بعض مشايخنا أجابوا عن هذا الطعن، وقالوا: لم يرد محمد بهذه التفرقة التفرقة في الجواب والحكم، فإن في الموضوعين جميعًا يقضى لآخرهما تاريخًا، وإنما أراد به التفرقة في النكته، فإن النكته في مسألة الإقرار أنه يقضى لآخرهما تاريخًا؛ لأن الإقرار^(٤) الثاني ينسخ الإقرار الأول، وليس نكته مسألة البيع أنه يقضى لآخرهما تاريخًا أن البيع الثاني ينسخ البيع الأول، بل يبقى البيع الأول على حاله ويصح البيع الثاني بعده فافترقا في النكته، وإنما أراد بهذه التفرقة التفرقة في النكته، أما الجواب في الفصلين واحد.

(١) في أ: أنه.

(٢) في أ: يرد.

(٣) في أ: استرده.

(٤) في ز: إقرار.

من المشايخ من قال: أراد محمد رحمه الله بهذه التفرقة، التفرقة في الحكم والجواب، إلا أنه لم يرد بمسألة البيع ما إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه البيع وأرخا، وتاريخ أحدهما أسبق، كما هو موضوع مسألة الإقرار، وإنما أراد بمسألة البيع: ما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من ثالث وأرخا، وتاريخ أحدهما أسبق كان السابق أولى، وأراد بمسألة الإقرار ما إذا ادعى كل واحد منهما إقرار صاحبه وأرخا، وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لآخرهما تاريخاً؛ فالتفرقة بين المسألتين على هذا الوضع ثابت كما ذكره محمد رحمه الله.

ذكر بعد هذا: إذا ادعى كل واحد منهما الشراء على صاحبه، فقال: إذا ادعى أحدهما على صاحبه أنك اشتريت هذه الدار مني منذ سنتين، وادعى صاحبه عليه أنك اشتريت هذه الدار مني منذ سنة، فهي منذ سنتين ولا يشبه هذا الإقرار، فقد فسر مسألة الشراء بعد ما [ذكره مجملًا]^(١)، وتبين بهذا التفسير أن موضوع المسألة المتقدمة في البيع ما^(٢) إذا ادعى كل واحد منهما البيع على صاحبه، كما أن موضوع مسألة الإقرار أن كل واحد منهما ادعى الإقرار على صاحبه، إلا أنه لم يرد بقوله في مسألة البيع: فهي منذ سنتين، أنه يقضي لمن ادعى الشراء منذ سنتين، فإنه متى ادعى كل واحد منهما الشراء على هذا الوجه يقضى لآخرهما وقتاً، وإنما أراد به أن الشراء منذ سنتين ثابت كالشراء منذ سنة؛ لأن الشراء الثاني لا يفسخ الأول فيكون الأول ثابتاً، ثم يثبت الثاني بعد ذلك [فيقضي للآخر ويكون الأول ثابتاً، حتى تقع المقاصة بين الثمنين إن كانا من جنس واحد، ولم ينفذا]^(٣). ولا يشبه البيع الإقرار، فإن الإقرار الثاني ينسخ الإقرار الأول، فعلى هذا التفرقة بين الإقرار والبيع ثابت من حيث^(٤) الجواب والنكته.

(١) في أ: ذكرها محمداً.

(٢) في أ: فأما.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: إن.

ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرح» مسألة لم يذكرها شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله، وصورتها: دار في يدي رجلين يدعي كل واحد منهما أن فلاناً أقر له بها، وأقاما البينة ووقتا، ادعى الإقرار على رجل واحد بأن ادعى الإقرار على زيد مثلاً ووقت أحدهما أسبق، بأن^(١) ادعى أحدهما الإقرار منذ سنة، وادعى الآخر الإقرار منذ شهر، فهي لصاحب الوقت الآخر، ولا يشبه هذا البيع، يريد به إذا ادعى كل واحد منهما أن زيداً باعها منه ووقتا، ووقت أحدهما أسبق وأقاما البينة فإنه يقضى لأسبقهما تاريخاً^(٢).

وإذا ادعى ثوباً في يدي رجل، وقال: ذهب مني منذ عشرة أيام، وجاء بشاهدين شهد أحدهما أنه ذهب منه منذ عشرة أيام، وشهد الآخر أنه ذهب منه منذ خمسة عشر يوماً، لا تقبل هذه الشهادة، وقع هذه المسألة في بعض النسخ بـ (الذال): ذهب مني، وفي بعض النسخ [بالواو]^(٣): وهب مني وهكذا أثبتته الحاكم في «المختصر»^(٤).

قال في «المختصر»: ولو لم يوقت المدعي جازت الشهادة^(٥).

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل مات وترك ثلاث بنين وداراً، فغاب

(١) في أ: فإن.

(٢) الفرق: أن في مسألة الإقرار صاحب الوقت الأخير أثبت إقرار زيد بالدار له منذ شهر، وهذا يمنع دعوى زيد الملك لنفسه منذ سنة، فيمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه منذ سنة بإقرار زيد له بها، وصاحب الوقت الأول أثبت إقرار زيد بالدار لنفسه منذ سنة، وذلك لا يمنع دعوى زيد الملك فيها لنفسه منذ شهر فلا يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر، وفي البيع ثبوت الشراء من زيد منذ شهر لا يمنع زيداً من دعوى الملك لنفسه منذ سنة، فإذا وجب قبول بيئته على ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينازعه الآخر فيه، وإنما أثبت الآخر شراؤه بعد ذلك من غير المالك.

(٣) سقط في أ.

(٤) إنما لم تقبل الشهادة؛ لأن المدعي أكذب شاهده الذي شهد بالهبة منذ خمسة عشر.

(٥) لأنه غير كذب واحد منهما، والمشهود به قول أو ما هو كالقول حكماً، باختلاف الشاهدين في الوقت لا يمنع قبول الشهادة.

ابنان منهم وبقي واحد، فجاء رجل وادعى أن الدار له، فقال الحاضر: كانت الدار لأبينا مات وتركها ميراثاً لي ولأخوي فلان وفلان، وقبض كل واحد منا نصيبه، ثم إنهما غابا وأودعاني نصيبهما، [وصدقه المدعي فيما قال]^(١)، وأقام المدعي البينة أن الدار داره، قبلت بينته وقضي بالدار للمدعي.

وإن ثبت بتصادقهما كون ثلثي الدار وديعة في يد الابن الحاضر؛ ويد المودع ليست [يد]^(٢) خصومة، ولكن الوجه في ذلك: أن كون المودع غير خصم [من وجه]^(٣) في حق المدعي من حيث إنه مودع لا ينفي كونه خصماً في حقه من وجه آخر؛ ألا ترى أن من أودع عند إنسان شيئاً، ثم إن المودع وكل المودع بالخصومة في ذلك الشيء، ثم أقام^(٤) البينة على الوكيل الذي هو مودع قبلت بينته، وهنا وجد ما يجعل الابن الحاضر خصماً في كل الدار؛ لأن الدعوى في الحقيقة وقعت على الميت والبينة قامت عليه، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت وعن سائر الورثة فيما يدعي [على]^(٥) الميت، بخلاف المسألة الخمسة؛ لأن هناك لم يوجد ما يوجب كونه خصماً من وجه آخر، ومن حيث كونه مودعاً لا يصبح خصماً.

فإذا قضى القاضي بالدار للمدعي ثم حضر الغائبان، فهذا على وجهين:
الأول: إذا صدق الابن الحاضر فيما قال، وجحد حق المدعي، وفي هذا الوجه القضاء نافذ عليهما^(٦).

الوجه الثاني: إذا كذب الابن الحاضر، وادعى ثلثي الدار لأنفسهما من غير ميراث

(١) في أ: وقال المدعي هذه الدار كانت في يد أبيكم الدار بينكم ثم إن أخويك أودعنا نصيبهما ولكن الدار لي.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: قامت.

(٥) سقط في أ.

(٦) لأن الابن الحاضر انتصب خصماً عن الميت وعن باقي الورثة، فكان القضاء عليه قضاء على الكل.

الأب لم يكن القضاء نافذاً عليهما ورد عليهما الثلثين، ويقال للمدعي: أعد بيتك وإلا فلا حق لك في الثلثين^(١)، هذا إذا كان جميع الدار في يد الابن الحاضر، فأما إذا كان نصيب الغائبين في يدي رجل آخر وديعة، فأقر المودع بمثل ما أقر به الابن الحاضر على التفسير الذي قلنا، وصدقه المدعي في ذلك، لم يقض للمدعي بنصيب الغائبين، ويقضي له بنصيب الحاضر^(٢) هذا الذي ذكرنا [إذا كان الثلثان]^(٣) في يد غير الابن الحاضر.

فأما إذا كانت جميع الدار في يد غير الابن الحاضر، فأقر الذي في يديه الدار أن الدار وديعة للغائبين، وأنها ميراث من الميت، وصدقه^(٤) الابن الحاضر المدعي في ذلك، فالمودع ليس بخصم للمدعي، وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً للمدعي^(٥).

وفي كتاب الرجوع: شاهدان شهدا على شهادة شاهدين على رجل أنه أعتق عبده، فلم يقض القاضي بشهادتهما حتى حضر الأصلان وأنكرا أن يكونا أشهدهما على شيء بطلت شهادتهما^(٦)، فإن اشترى الفرعان ذلك العبد، أو اشتراه أحدهما

(١) إنما كان كذلك؛ لأن أحد الورثة إنما ينتصب خصماً عن الميت وعن باقي الورثة في تركة الميت لا في مال آخر؛ ولم يثبت كون نصيب الغائبين من الدار تركة الميت، وثبت كون الحاضر مودعاً في ذلك والمودع لا يصير خصماً للمدعي إلا إذا وجد ما يوجب كونه خصماً من جهة المودع، ولم يوجد ذلك ههنا، فكانت البينة في حق الثلثين اللذين هما نصيب الغائبين قائمة على غير الخصم، فلا تكون معتبرة.

(٢) لأنه ثبت كون ذي اليد لنصيب الغائبين مودعاً، ولم يثبت كونه خصماً من وجه آخر فبطلت الخصومة معه، ومع الابن الحاضر لا تقبل الخصومة إلا في القدر الذي في يديه، لأن أحد الورثة إنما ينتصب خصماً عن الميت وعن باقي الورثة فيما في يديه؛ لأن الوارث قائم مقام الميت لو كان حيّاً ولو كان الميت حيّاً لا يكون خصماً فيما ليس في يديه، وكذا الذي قام مقامه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: وصدق.

(٥) أما المودع فظاهر، وأما الابن الحاضر؛ فلأن أحد الورثة إنما ينتصب خصماً عن الميت فيما كان في يده لا فيما كان في يد غيره.

(٦) لأن حضرة الأصول قبل اتصال القضاء بشهادة الفروع يمنع القضاء بشهادة الفروع لكون =

لم يعتق العبد وجاز الشراء^(١)، وكذلك الأصلان لو اشترى العبد لم يعتق عليهما^(٢). ولو اشترى هذا العبد واحد من الفرعين، وواحد من الأصليين عتق^(٣)، فيصير ههنا بمنزلة عبد بين رجلين شهد أحدهما على صاحبه أنه أقر بعتق نصيبه، وأنكر صاحبه ذلك، وهناك العبد يعتق ويسعى لكل واحد منهما في نصف قيمته، موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما العبد يسعى [للمشهود عليه]^(٤) في نصف قيمته على كل حال. وهل يسعى للشاهد؟ إن كان المشهود عليه معسرًا يسعى، وإن كان موسرًا لا يسعى فهنا كذلك. ولو اشتراه الأصلان أو أحدهما، ثم اشتراه الفرعان أو أحدهما حكم بعتقه^(٥)، ولا سعاية على العبد لو أحدهما^(٦)، ويكون ولاؤه موقوفًا^(٧). ولو اشترى الفرعان أو لا ثم اشتراه الأصلان لا يعتق^(٨).

وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم، وأقام على ذلك شاهدين، ثم أقام

الفروع بدلًا عن الأصول.

- (١) لأن الفرع ما أقر بحرية هذا العبد بل حكى إخبار الأصل أن المالك أعتقه، والخبر يحتمل الصدق والكذب، فلا يصيران مقرين بالحرية.
- (٢) لأنهما أنكرا الإشهاد، فلم يصيرا مقرين بحرية العبد.
- (٣) لأن في زعم هذا الفرع المشتري أن شريكه في الشراء وهو أحد الأصليين أقر بعتقه، وقد دخل نصفه في ملكه، فنفذ إقراره عليه، فصار هذا الفرع مقرًا بعتق نصيب شريكه.
- (٤) في أ: للمعتق.
- (٥) لأن في زعم المشتري من الفرعين أنه حين دخل في ملك الأصليين أو أحدهما عتق عليه، فصار المشتري من الفرعين مقرًا على بائعه بحرية العبد، وكل من اشترى عبدًا أقر بحريته على بائعه عتق على المشتري بحكم إقراره، وقد عرف ذلك في موضعه.
- (٦) لأن في زعم البائع أن العبد لم يعتق علي، وأنا بعتة عبدًا، وفي زعم المشتري أنه عتق على البائع وأني اشتريته حرًا، فكان كل واحد منهما مقرًا ببراءة العبد عن السعاية، فلا تجب السعاية على واحد منهما.
- (٧) لأن كل واحد منهما يعني البائع والمشتري ينفيه عن نفسه.
- (٨) لأن الفرعين ما أقرأ بحريته إنما حكيا إخبار الأصليين أن مالكة قد أعتقه، والأصلان أنكرا تلك الحكاية، فلم يثبت الإقرار بحريته ممن هو مالك في ملكه.

المشهود عليه بالألف شاهدين أنه قد أبرأه منها، وقد عدلوا جميعاً وقد اجتمعت البيتان جميعاً عند القاضي، فالقاضي يقضي بشهادة الذين شهدوا بالبراءة، ولا يقضي بشهادة الذين شهدوا بإيجاب الدين؛ لأن بينة المدعي قد بطلت بإقرار المدعي عليه بالدين لما ادعى البراءة ولم تبطل بينة البراءة؛ لأن المدعي عليه البراءة لم يقر بالبراءة، فإذا بطلت بينة المدعي على إيجاب الدين صار كأن المدعي عليه تفرد بإقامة البينة، [ولو تفرد بإقامة البينة]^(١) قبلت بينته على البراءة فكذلك هذا.

وكان هذا بمنزلة ما لو شهد شاهدان بالبيع، وشهد آخران بالإقالة، فإنه يقضي بشهادة الذين شهدوا بالإقالة؛ لأن بينة مدعي البيع قد بطلت بإقرار المدعي عليه^(٢).

(١) سقط في أ.

(٢) لأن القضاء بإيجاب الدين مع البراءة لا يفيد، لأن المقصود من الإيجاب الاستيفاء، ولا يمكن الاستيفاء مع وجود البراءة. وقول من قال: بأن القضاء بهما متعذر لأنهما يثبتان معاً في وقت واحد، لأن القاضي يقضي بهما في وقت واحد. والقضاء بإيجاب الدين والبراءة في وقت واحد باطل، يشكل بمسألة ذكرها في باب الرجوع عن النكاح والطلاق: وصورتها: إذا شهد شاهدان على رجل بالنكاح والطلاق جميعاً بمهر ألف ومهر مثلها خمسمائة، وشهد آخران بالطلاق قبل الدخول بها، فالقاضي يقضي بالنكاح والطلاق جميعاً، وإنما يقضي بهما في وقت واحد ومع هذا جاز. وطريقه: أن بقضاء القاضي لا يقع النكاح والطلاق معاً إذ لا يتصور وقوعهما معاً، وإنما يقعان مرتباً على الوجه الذي يتصور، فكذلك البراءة لا تتصور إلا بعد وجوب الدين فلا تقعان معاً لو قضى القاضي بهما وإنما يقعان مرتباً، علمنا أن بطلان بينة المدعي بسبب إقرار المدعي عليه. فإن قيل: إذا ثبت إقرار المدعي عليه بدعواه البراءة كان يجب أن يقال: بأن شهود البراءة إذا رجعوا يضمنون للمدعي؛ لأن الدين وجب بإقرار المدعي عليه، ثم سقط بشهادتهما بالبراءة مع هذا لا يضمنون، والجواب أن يقال بأن الدين وجب على المدعي عليه بإقراره في حق صحة البراءة؛ لأن البراءة لا تكون إلا بعد وجوب الدين، ولكن لا يقضي بالإيجاب في حق الاستيفاء، لأن الاستيفاء يكون بعد الوجوب، لأن إثبات حق الاستيفاء مع البراءة لا يتصور، وإذا لم يثبت الدين في حق الاستيفاء لم يصير شاهدا البراءة متلغين على صاحب المال شيئاً، فلا يضمنون، إلا أن يقيم المدعي البينة ثانياً أن له على المدعي عليه ألف درهم بحضرة شهود الإبراء، فإذا شهدوا بذلك ضمن شاهدا البراءة الدين للمدعي، وذلك لأن القاضي يقضي بإيجاب الدين على المدعي عليه في حق شاهدي البراءة؛ لأن الشهادة بالبراءة قد بطلت في حق شاهدي البراءة بالرجوع؛ فيمكن القضاء بإيجاب الدين في حق الشهود حتى يضمنان بالبراءة، ولكن لا يقضى بإيجاب الدين في حق المدعي عليه؛ لأن

قال في كتاب الرجوع: رجل مات وترك عبدًا قيمته ألف درهم لا مال له غيره، وقد كان أوصى بعقته، فشهد شاهدان من ورثة الميت لرجل آخر بدين خمسمائة على الميت؛ لم تقبل الشهادة ويعتق العبد ويسعى في الثلاثين ويأخذ الغريم دينه من نصيب الوارثين.

ولو شهدا بدين ألف درهم حتى كان مستغرقًا للتركة، جازت الشهادة وبيع العبد في الدين^(١).

ولو لم يكن الميت أوصى بعقته ولكن أوصى به لرجل، وباقي المسألة بحاله قبلت شهادتهما سواء شهدا بدين قليل أو كثير^(٢)، والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

= الشهادة بالبراءة قائم في حقه، لأن الرجوع عن البراءة في حقه لم يصح، وإذا أمكن القضاء بإيجاب الدين في حق الضمان على شهود الإبراء وجب القضاء، وإذا وجب القضاء صار الدين واجبًا في حق شهود الإبراء، ثم سقط بشهادتهما بغير عوض فيضمنان للمدعي إذا رجعا، ويشترط حضرة الشهود وهي شهود الإبراء في إقامة البينة على الدين، لا حضرة المدعي عليه؛ لأن الاستحقاق بهذه البينة على شهود الإبراء لا على المدعي عليه، فيشترط حضرة شهود الإبراء لا حضرة المدعي عليه من هذا الوجه.

(١) الفرق بينهما: أن العدل متى جر إلى نفسه مغنمًا كان لا يستحق ذلك إلا بشهادته، لا تقبل الشهادة، فمتى كان أقل من قيمة العبد فالشاهدان يجران إلى أنفسهما مغنمًا، فإنهما يثبتان بشهادتهما لأنفسهما حق بيع العبد، وهذا لم يكن ثابتًا بدون شهادتهما على ذلك. فإن قبل: بثبوت الدين لا يتمكانان من بيعه لثبوت حق العتق للعبد في مقدار الثلث، ومتى ثبت الدين يتمكانان من بيعه بالدين، فهما بهذه الشهادة يثبتان هذا الحق لأنفسهما ولهما فيه منفعة، لأنه إذا بيع بالدين بطلت الوصية إذ لا يمكن تنفيذها مع بيع العبد، وإذا قضى دين الغريم خمسمائة تبقى لهما خمسمائة وقبل ثبوت هذا الدين كان يعتق ثلث العبد مجانًا ويسعى في ثلثي قيمته للورثة، وإذا سعى يدخل الغريم في نصيبهم ويأخذ من ذلك خمسمائة ويبقى لهم أقل من خمسمائة فكانا جارين إلى أنفسهما مغنمًا، فأما إذا كان الدين مثل قيمة العبد لم يجرا إلى أنفسهما مغنمًا بشهادتهما وإن أثبتا حق بيع العبد لأنفسهما؛ لأنه لا منفعة لهما في ذلك، لأنه متى بيع العبد قضى الدين من جميع الثمن، ولا يسلم لهما من بدل العبد شيء، فلم يجرا إلى أنفسهما مغنمًا فقبلت شهادتهما.

(٢) لأنه لا منفعة لهما في هذه الشهادة؛ إذ لا يعود إليهما شيء لم يكن لهما قبل ذلك، لأنه إذا ثبت دين خمسمائة يباع نصف العبد بالدين، فيكون للموصى له ثلث النصف الباقي، وللورثة الثلثان، وكان هذا ثابتًا قبل الشهادة فلم يجرا إلى أنفسهما مغنمًا بشهادتهما فقبلت شهادتهما.

كتاب الوكالة^(١)

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول: في الألفاظ التي يقع بها التوكيل وفي شرائط صحة التوكيل.

الفصل الثاني: في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل.

الفصل الثالث: في تعليق الوكالة بالشرط وتأقيتها وإيقاعها بصفة العموم

والخصوص.

الفصل الرابع: في بيان من لا يصلح وكيلاً ومن يصلح.

الفصل الخامس: في بيان ما يجوز من الوكالات وما لا يجوز.

الفصل السادس: في التوكيل بالخصومة.

الفصل السابع: في إثبات الوكالة.

الفصل الثامن: في التوكيل بقبض الدين وفي التوكيل بإثبات الدين وقضاء الدين

والرسول في ذلك.

الفصل التاسع: في التوكيل بالشراء وأنه أنواع.

(١) الْوَكَالَةُ فِي اللُّغَةِ - بفتح الواو وكسرهما-: التفويض، يقال: وكَّله، أي: فوَّض إليه، ووكلت أمري إلى فلان، أي: فوَّضت إليه، واكتفيت به، وتقع الوكالة أيضاً على الحِفْظِ، وهو: اسم مصدر بمعنى التوكيل.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تَفْوِيضُ التَّصَرُّفِ والحفظ إلى الوكيل. وجاء في مجلة الأحكام العدلية: الوكالة. تفويض أحد أمره إلى آخر، وإقامته مقامه، ويقال لذلك الشخص: موكل، ولمن قام مقامه: وكيل، ولذلك الأمر: موكل به.

وعرفها المالكية بأنها: نِيَابَةٌ فِي حَقِّ غَيْرِ مشروطة بموتة، ولا إمارة.

وعرفها الشافعية بأنها: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

وعرفها الحنابلة بأنها: استنابة حائز التصرف مثله، فيما تدخله النيابة.

ينظر: المصباح المنير (٢/٦٧٠)، الصحاح (٥/١٨٤٥)، المغرب (٢/٣٦٨)، المطمع (٢٥٨)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/١٩٥)، بدائع الصنائع (٧/٣٤٤٥)، تبين الحقائق (٤/٢٥٤)، حاشية ابن عابدين (٥/٥٠٩)، مجلة الأحكام العدلية (١/٢٨٠)، الشرح الصغير (٣/٢٢٩)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٩٩، ٣٠٠).

الفصل العاشر: في التوكيل بالبيع وأنه يشتمل على أنواع.

الفصل الحادي عشر: في استحقاق الجارية المشتراة بعدما هلكت في يد الوكيل بالشراء أو في يد الوكيل بالقبض وفي استحقاق الثمن بعدما هلك في يد الوكيل بالبيع.

الفصل الثاني عشر: فيما يجري بين الموكل بالبيع وبين المشتري وفيما يجري بين البائع وبين الوكيل بالشراء.

[الفصل الثالث عشر: في التصرفات التي يملكها الوكيل والتي لا يملكها]^(١).

الفصل الرابع عشر: في الوكيل إذا أخبر عن مباشرة ما وكل بمباشرة فيما مضى.

الفصل الخامس عشر: في التوكيل باليمين بالطلاق وفي التوكيل بالخلع والطلاق والنكاح والعتاق.

الفصل السادس عشر: في التوكيل بالإجارة والاستئجار.

الفصل السابع عشر: في حكم وكيل الوكيل.

الفصل الثامن عشر: في الاختلاف الواقع بين الوكيل وبين الموكل.

الفصل التاسع عشر: في الصناعة.

الفصل العشرون: في الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل بشرائه وغيره بالثمن المسمى.

الفصل الحادي والعشرون: في توكيل الرجلين.

الفصل الثاني والعشرون: في توكيل بعد توكيل.

الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات.



(١) سقط في ح.

[الفصل الأول]

في الألفاظ التي يقع بها التوكيل وفي شرائط صحة التوكيل^(١)

إذا قال الرجل لغيره: أحببت أن أبيع عبدي هذا، أو قال: هويت أو قال: رضيت، أو قال: شئت أو قال: أردت، أو قال: وافقني فهذا كله توكيل وأمر بالبيع.

وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال لغيره: لا أنهاك عن طلاق امرأتي لا يكون هذا أمراً وتوكيلاً حتى لو طلق لا يقع وكذلك إذا قال لعبده: لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذوناً.

قال الفقيه - رحمه الله - : الجواب في الوكالة كذلك. أما في الإذن يجب أن يصير العبد مأذوناً وهذا فوق السكوت.

إذا قال لغيره: إن لم تبع عبدي هذا فامرأتي طالق يكون ذلك الغير وكيلاً بالبيع؛ لأن معنى كلامه بع عبدي هذا إن لم يبعه فامرأته طالق، وقوله: بع عبدي هذا توكيل.

وفي أيمان المنتقى: إذا قال لغيره: إن لم تبع عبدي هذا فهذا توكيل ينعقد بلفظ الإجارة نص عليه في الزيادات في باب بعد باب التنازع.

وفي المنتقى إذا قال لغيره: أنت وكيل في كل شيء فهو توكيل صحيح استحساناً ويصير وكيلاً بالحفظ؛ لأن التوكيل استعانة والإنسان إنما يستعين بغيره فيما ينفعه والحفظ ينفعه فهذا القدر متيقن وما وراءه مشكوك فأثبتنا القدر المتيقن.

ولو قال: أنت وكيل في كل شيء جاز أمورك فهو وكيل في الحفظ والبيع والشراء والهبة والصدقة؛ لأنه فوض إليه التصرفات عاما فصار كأنه قال: ما صنعت من شيء فهو جائز فيملك جميع أنواع التصرفات فهذا التعليل إشارة إلى أنه لو طلق امرأته يصح.

(١) في ح: أما الأول.

قال الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي: وبهذا يخدع الرجل فيقال له: اجعلني وكيلاً في مالك جائز ما صنعت فإذا فعل ذلك حتى صار الوكيل وكيلاً في جميع التصرفات ينفق الوكيل على نفسه من مال الوكيل ما شاء ولا يكون ذلك مضموناً على الوكيل؛ لأن الموكل أجاز صنيعه وهذا من صنيعه.

وعن محمد - رحمه الله - في غير هذه الصورة أن هذا توكيل بالبياعات والإجازات والمعاضات والهبات والعتاق.

وكان الفقيه أبو نصر الدبوسي - رحمه الله - يقول: لو طلق الوكيل امرأة الموكل في هذه الصورة أو وقف أرضه لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث - رحمه الله - وهكذا كان يقول فيمن قال لغيره: وكلتك في جميع أموري أن الوكيل لو طلق امرأته أو عتق عبده [أو وقف]^(١) أرضه لا يجوز وكان يقول؛ لأنه ما يراد بمثل هذا التوكيل بالطلاق والإعتاق، وكان الصدر الشهيد السعيد والدي - تغمده الله برحمته - يستحسن قول الفقيه أبي نصر - رحمه الله - .

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ما يؤيد هذا القول فإنه قال في غير هذه الصورة: هذا توكيل بالمعاضات دون الهبات والعتاق وبه نفى.

وفي فتاوى [أهل]^(٢) سمرقند بأنه إذا قال لغيره: ما صنعت في عبدي فهو جائز فأعتقهم كلهم قال^(٣): عتقوا.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أنهم لا يعتقون، وهذه المسألة تؤكد قول أبي نصر - رحمه الله - في المسألة الأولى.

ومن المشايخ من قال: مثل هذا التفويض لا يكون إلا بعد سابقة تجري بينهما فإن كان كذلك فالأمر ما تعارفوه بأن جرت المخاطبة فيه فإن فعل الوكيل شيئاً خارجاً عن

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) زاد في ح : أشد والحبس .

ذلك النوع لا ينفذ على الموكل .

وإذا قال لغيره: أنت وكيلني فمن المشايخ من جعله توكيلاً كمن يسأل عن الوكيل
إيش أردت بقولك ومن قال: أنت وكيلني ليس بشيء وقوله: أنت وكيلني في مالي
جائز الأمر توكيل .

وفي وكالة الأصل أنت وكيلني بديني صحيح ويصير وكيلاً بالقبض استحساناً أنت
وكيلني بمالي صحيح ويصير وكيلاً بالحفظ في أعيان ماله قل أو كثر ولا يصير وكيلاً
بالشراء ولا بالبيع ولا بالإجارة وكذا لا يصير وكيلاً بتقاضي ديونه وقبضها .

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: إذا دفع إلى رجل ألف درهم وقال:
اشتر لي بهذا وبع أو قال: اشتر بهذا وبع ولم يقل: لي كان توكيلاً جائزاً وله أن
يشتر ما بدله ويبيع؛ لأنه فوض التصرف إليه على الإطلاق والعموم أكثر ما فيه أنه
لم يضيف الشراء إلى نفسه في الصورة الثانية إلا أنه أضافه إلى ماله وفي الوكالات لا
فرق بين الإضافة إلى نفسه وبين الإضافة إلى ماله؛ ألا ترى أن من قال لغيره: اشتر
لي جارية بألف درهم أو قال: اشتر جارية بألف درهم من مالي أو قال: اشتر جارية
بهذه الألف وأضاف إلى مال نفسه كان توكيلاً صحيحاً وكان الإشارة إلى ماله بمنزلة
إضافة المال إلى نفسه وإضافة المال إلى نفسه بمنزلة إضافة العقد إلى نفسه .

ولو قال: اشتر جارية بألف درهم أو قال: اشتر هذه الجارية بألف درهم لا يكون
توكيلاً إذا لم يوجد ما يدل على التوكيل من إضافة الشراء إلى نفسه أو ماله فلم يكن
توكيلاً بل كان مشورة .

ولو قال: اشتر هذه الجارية بألف درهم لا يكون توكيلاً إذا لم يوجد ما يدل على
التوكيل من إضافة الشراء إلى نفسه وماله فلم يكن توكيلاً بل كان مشورة .

ولو قال: اشتر هذه الجارية على أن أعطيك على شرائك درهماً كان توكيلاً؛ لأنه
الحق بآخر كلامه ما يدل على التوكيل وهو اشتراط الأجر فإن الإنسان إنما يشترط
الأجر على نفسه بعمل يقع له لا بعمل يقع لغيره ولكن يجب أجر المثل؛ لأن

الاستئجار على الشراء فاسد ولا يزداد على درهم؛ لأنه قد تم رضاه بهذا القدر. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا أكره السلطان رجلاً لتوكيل غيره بطلاق امرأته فقال المكروه لذلك الغير: أنت وكيلي وطلق الوكيل امرأته والزوج قال: لم أرد به الطلاق طلقت امرأته؛ لأن كلام الزوج خرج جواباً لكلام السلطان وكل هذا بطلاق امرأتك، فالجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فصار كأنه قال: أنت وكيلي بطلاق امرأتي بخلاف ما لو قال ابتداء: أنت وكيلي وقال: لم أرد به الطلاق.

وفيه أيضاً: إذا قال لامرأته: (تووكيل منى هرجه خواهي كن) فقالت المرأة: (اكرمن وكيل توام خويشتن بازدا شتم به طلاق) فقال الزوج: لم يرد به الطلاق فإن لم يسبق من كلام الطلاق ما يكون هذا جواباً فالقول للزوج ويسعها تصديقه إذا حلف وإن سبق يقع واحدة رجعية إن كانت المرأة مدخولاً بها.

قالوا: إنما يقع واحدة إذا لم يكن السابق دليلاً على إرادة الثلاث لا يقع شيء. أصل المسألة فإذا قال لها: طلقي نفسك واحدة وطلقت نفسها ثلاثاً وإن كان سابقة الكلام يدل على إرادة الثلاث يقع الثلاث عند الكل.

إذا قالت المرأة لزوجها في حالة الغضب: (ناكردني ميلنم) فقال الزوج: (جه تواني كردن) فقالت: (كنم بدستوري تو) فقال الزوج: (بكن) فقالت: (خويشتن راسه طلاق دادم)؛ لأنه لا يراد بهذا الطلاق عرفاً.

وإذا قالت لزوجها: أتريد أن أطلق نفسي؟ فقال الزوج: نعم فقالت المرأة: طلقت نفسي قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - قول الزوج نعم يحمل وجهين: أحدهما: التفويض، والآخر: الرد يعني طلقني إن استطعت وأي الوجهين نوى يعتبر ذلك.

وإذا قال الرجل لغيره: أريد أن أطلق امرأتك فقال الزوج: (جوابيم) أو قال: (هلا يده) فهو على ما ذكرنا من الوجهين.

وسئل نجم الدين عمر النسفي - رحمه الله - عن قال لأخر: (خواهي باريب

بطلاق لم) فقال الزوج: (خواهم) فقال ذلك الرجل: (دادمش سه طلاق) قال: إن قال: (دادمش طلاق بل طلاق سردوا دا) قال: (دادمش سه طلاق هنج طلاق) ينفذ على قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فيمن قال لامرأته: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عنده وهذا الجواب مستقيم إذا أراد الزوج بقوله: خواتيم إيقاع الطلاق أما إذا أراد رد كلامه يعني خواتيم الديوالي، لا يقع على حال.



جئنا إلى بيان شرائط جوابها فمن جملتها^(١): أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الموكل حتى إذا حصل بما لا يملكه الموكل كان باطلاً؛ لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف وإثبات الولاية ممن لا ولاية له باطل وهذا قول أبي يوسف ومحمد أما على قول أبي حنيفة شرط صحة التوكيل كون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل، فأما كون الوكيل مالكا له فليس بشرط لا محالة حتى إن المسلم إذا وكل ذميًا ببيع الخمر أو بشرائه جاز عنده وعلم الوكيل بالوكالة شرط عمل الوكالة حتى إن من وكل غيره ببيع عبده أو بطلاق امرأته والوكيل لا يعلم به فطلق أو باع لا ينعقد بيعه ولا طلاقه والوكيل في هذا الحالف فإن من أوصى إلى إنسان فتصرف الوصي في ماله بعد موت الموصي والوصي لا يعلم به يقيد تصرفه هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير.

وفي طلاق المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل وكلا رجلاً بأن يبيع عبده أو يطلق امرأته أو وكلت المرأة رجلاً أن يزوجها ففعل الوكيل ما [وكل به]^(٢) قبل أن يعلم بالوكالة فهو جائز على الأمر قال: فلا أحفظه عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وفي وكالة الأصل: إذا قال الرجل لعبده: اذهب إلى فلان حتى يعتقك أو يكاتبك أو قال لامرأته: انطلقني إلى فلان حتى يطلقك فذهبت المرأة أو ذهب العبد إلى فلان فطلقها أو أعتقه جاز ويصير فلان وكيلًا بالطلاق والعتاق علم أو لم يعلم.

وذكر في كتاب المأذون: إذا قال المولى لقوم: بايعوا عبدي فلانًا فذهبوا إلى العبد وبايعوه، جاز ويصير العبد مأذونًا في التجارة بمقالة المولى علم أو لم يعلم. وذكر في الزيادات: قال رجل لغيره: بع عبدي هذا من ابن فلان والابن صغير

(١) من شروط صحة الوكالة أن يكون الموكل مالكا للتصرف فلا تجوز الوكالة من المجنون، والمعته، والمغنى عليه، والنائم، والصبي غير المميز مطلقًا، مهما كان نوع التصرف. ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/٤٠٠)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠)، والفتاوى الهندية (٣/٥٦١)، ونهاية المحتاج (٥/١٦)، والمغني (٥/٢٠٢).

(٢) المثبت أقرب للسباق.

يعقل البيع والشراء قال: إن كان الابن يعلم بمقالة الأب يصير مأذوناً وإن لم يعلم لا يصير مأذوناً ورواية الزيادات تصير رواية تخالف رواية الوكالة والمأذون بعد هذا اختلف المشايخ قال بعضهم: رواية الزيادات تصير رواية في مسألة الوكالة والمأذون ورواية الوكالة والمأذون تصير رواية في مسألة الزيادات، فيصير في المسائل كلها روايتان.

وبعضهم قالوا: ما ذكر في الزيادات قياس، وما ذكر في الأصل استحسان فإذا وكل رجلاً غائباً وأخبره رجل بالوكالة فإنه يصير وكيلاً سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً أو أخبره من تلقاء نفسه أو على سبيل الرسالة، وصدقه الوكيل في ذلك فرق بين المخبر بالعزل إذا ظهر صدق الخبر فشرط في الخبر بالعزل والحجر عدد المخبر أو عدالته.

والفرق أن الحجر ملزم فإنه يوجب الامتناع عن التصرف فكان له شبهاً^(١) بل يجوز التصرف فلم يكن له شبهاً^(٢) بالشهادة فلا يشترط فيه أحد وصفي الشهادة، وأما التوكيل فليس بملزم فإنه لا يوجب شبهاً^(٣) بل يجوز التصرف فلم يكن له شبهاً بالشهادة فلا يشترط فيه أحد وصفي الشهادة وفي وكالة المنتقى: رجل أودع رجلاً ألف درهم وقال: قد أمرت فلانا بقبض [الألف]^(٤) التي عند فلان فلم يبلغ ذلك المأمور بالقبض حتى قبضها وضاعت في يده فلرب المال أن يضمن إن شاء الدافع وإن شاء القابض ولو علم الدافع بالتوكيل فدفع والقابض لا يعلم بالوكالة فهو جائز ولا ضمان على واحد منهما؛ لأن للمودع أن يدفع.

إذا قال الرجل لغيره: اذهب بعدي هذا إلى فلان ليبيعه منك فذهب وأخبره أن صاحب العبد أمره أن يبيعه منه فاشتراه صح الشراء منه وإن لم يخبره بذلك فاشتراه

(١) كذا الصواب: شبه.

(٢) كذا الصواب: شبه.

(٣) في ح: شيئاً.

(٤) المثبت أنسب للسياق.

منه ذكر في كتاب الوكالة أنه لا يجوز.

وقبول الوكيل نصًّا ليس بشرط لصحة الوكالة استحسانًا ولكن إذا رد الوكيل الوكالة ترد هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في وكالة الأصل في باب الوكالة بالطلاق وصوره ما ذكر^(١): رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته فأبى أن يقبل ثم طلقها لا يقع؛ لأن بالرد بطلت الوكالة فقد طلقها وليس هو بوكيل^(٢) وإن لم يرد الوكالة ولم يقبلها صريحًا ولكن طلقها فالقياس ألا يصح الطلاق وفي الاستحسان يصح ويجعل إقدامه على الطلاق قبولًا للوكالة دلالة.

وأما رضا الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - وقد اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - بعضهم قالوا: رضا الخصم ليس بشرط صحة التوكيل وإنما اختلفوا لاختلاف الألفاظ في الكتب.

ذكر في شفعة الأصل أن التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - الصحيح أن التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم للحضور والخصومة الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضًا مرضًا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم أو غائبًا مسيرة سفر فحينئذ يلزمه عنده.

وأما المخدرة إذا وكلت بغير رضا الخصم هل يلزمه عند أبي حنيفة؟ ظاهر ما ذكر محمد في كتاب وكالة الأصل: ولا يقبل التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا أن يكون الموكل مريضًا لا يمكنه حضور مجلس الحكم بنفسه أو غائبًا مسيرة سفر والمرأة والرجل في ذلك سواء^(٣).

وذكر بعض المشايخ في شروحهم: أنه يلزم وألحقوها بالمريض لعجزها عن

(١) في ح: ذكرته.

(٢) زاد في ح: في.

(٣) المبسوط للسرخسي (٧/١٩)، العناية شرح الهداية (٧/٥٠٧).

الأداء لحاجتها لمكان الخباء ، والفقهاء أبو الليث - رحمه الله - اختار قولهما للفتوى قال - رحمه الله - : والشريعة وغير الشريعة في ذلك سواء وبعض المتأخرين من مشايخنا اختاروا للفتوى أن القاضي إذا علم التعنت بين الخصم في إباء الوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل التوكيل إلا برضا صاحبه وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - وشمس الأئمة الأوزجندي ولم يبين في شيء من الكتب قدر المرض الذي يوجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - والمشايخ اختلفوا فيه قال بعضهم: إذا كان بحال لا يمكنه الحضور مجلس الحكم والمشى على قدميه ولو ركب أو حمل على أيدي الناس يزيده مرضاً يلزم التوكيل من غير رضا الخصم وإن لم يكن بهذه الصفة لا يلزم التوكيل بغير رضا الخصم .

وقال بعضهم: إذا كان لا يمكنه الحضور بنفسه ويمكنه بركوب الدابة والحمل على أيدي الناس يلزم التوكيل بغير رضا الخصم وإن كان لا يزداد بالركوب مرضاً وهذا القول أصح وأرق وقدرة الفقيه في لزوم التوكيل بغير رضا الخصم بمسيرة ثلاثة أيام يلحقه الحرج بالخروج والبيتوته في غير منزله والحرج مدفوع شرعاً .

وكذلك إذا قال: أنا أريد السفر يلزم التوكيل بغير رضا الخصم طالبا كان الموكل أو مطلوباً ولكن يؤخذ المطلوب بإعطاء الكفيل إذا كان الدعوى في الدين ليتمكن المدعي من استيفاء حقه من الكفيل متى أثبت الحق على وكيل المطلوب فإن كذب الخصم الموكل في إرادة السفر، وقال للقاضي: إنه لا يريد السفر ولكن يريد دفع الخصومة عن نفسه ويحولها إلى غيره فإننا لا نقول برضا ذلك فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: حلفه القاضي بالله إنك تريد السفر، ومن رأيك الخروج إلى السفر في وقت كذا فإذا حلف يلزمه التوكيل وهو اختيار الخصاص - رحمه الله - .

وقال بعضهم: لا يحلفه ولكن ينظر إلى عدته فإن كان له عدة السفر صدقه في ذلك وقبل منه التوكيل بغير رضا الخصم .

وقال بعضهم: إن القاضي يسأله مع من يخرج فإن قال: أخرج مع قافلة كذا فالقاضي يبعث إلى تلك القافلة أمينًا أو يدعوهم ويسألهم أن فلائًا هل كلمكم في الخروج معكم وهل قصد أن يصحبكم في الطريق وعقد معكم عقد الرفقة فإن قالوا: نعم فيلزم التوكيل.

وقال بعضهم: يبعث أمينًا في السر حتى يتفحص عن حاله من رفقائه وعن قصده الخروج معهم على ما ذكرنا.

ومن الأعدار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم قال - رحمه الله - :
 الحيض في المرأة إذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه المسألة على وجهين: إن كانت الحائض طالبة يلزم التوكيل بغير رضا الخصم وإن كانت مطلوبة فإن أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل منها التوكيل من غير رضا الطالب وإن لم يؤخرها يلزم التوكيل من غير رضا الطالب.

وإن كان الموكل محبوبًا فهو على وجهين: إن كان محبوبًا في سجن الوالي فلا يمكنه الوالي من الخروج لأجل الخصومة يقبل منه الوكيل ويلزم. والله أعلم.



الفصل الثاني

في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل

قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة تترد، ولكن هذا إذا علم الموكل بالرد، وأما إذا لم يعلم فلا تترد حتى إن من وكل غائبًا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح بقوله وصار وكيلًا في أدب القاضي الحصاف في باب ما يكون قبولًا للوصية .

وكذلك إذا قبل الوكالة ثم قال له الموكل: رد الوكالة فقال: رددت يخرج من الوكالة .

ولا يصلح عزل الوكيل من غير علم الوكيل [ولا يخرج عن^(١) الوكالة عندنا^(٢) الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء، وإنما لا يصح عزله من غير علمه، أما إذا دفع المال إليه فلأنه يتصرف في مال الموكل فيدفعه إلى غيره ظنًا منه أن له ذلك فلو صح العزل من غير علمه يصير ضامنًا وله في ذلك ضرر ولأنه يصير مكذبًا فيما يدعي أنه وكيل وفي تكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه، وأما إذا لم يدفع إليه المال أما في الوكيل بالشراء فلأنه ربما يشتري ما أمره به على تقدير أنه وكيل ويقبض ما اشترى ويهلك في يده ولو صح العزل من غير علمه يبقى في عهدة الثمن؛ لأنه لا يمكنه الرجوع على الموكل فيتضرر ضرر لزوم الثمن ويتضرر ضرر التكذيب، فأما في الوكيل في البيع فلضرر التكذيب، وأما التوكيل بالخصومة أما إذا كان وكيلًا من جانب المدعي فلأن له حق القبض فمتى صح العزل من غير علمه فمتى قبض يصير ضامنًا وله فيه ضرر؛ لأنه يصير مكذبًا في دعواه، فأما إذا كان وكيلًا من جانب المدعى عليه فلضرر التكذيب، وأما الوكيل بالنكاح فروايته في شرح مأذون شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب الحجر وإنما لا يصح عزله من غير علمه حتى لا

(١) في ح: ولا شيء إلى .

(٢) تبين الحقائق (٤/٢٨٧).

يصير مكذبًا في دعواه الوكالة وعلى المعنى الذي يخرج سائر الوكالات وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة وإذا جحد الوكيل الوكالة وقال: لم أؤكله لم يكن ذلك عزلاً هكذا ذكر في الأجناس في مسائل البيوع.

وفي مسائل الغصب من الأجناس أنه إذا قال: اشهدوا أنني لم أؤكل فلاناً فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا ذكروا في شروحهم أن جحد الموكل الوكالة عزل للوكيل.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب الشركة: أن جحد ما عدا النكاح فسخ له وروى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - أن من وكل إنساناً بشيء ثم قال: اشهدوا أنني لم أؤكله لا يكون رجوعاً وعزلاً ولو قال: اشهدوا أنني لا أؤكله يكون رجوعاً وعزلاً؛ لأن قوله: اشهدوا أنني لم أؤكله وقد كان وكله طلب شهادة الزور وليس بجحد على الحقيقة فلا يكون عزلاً ورجوعاً وقوله: اشهدوا أنني لا أؤكله وقد كان وكل ليس طلب شهادة الزور بل هذا بيان أنه ليس في حكم المنشئ للوكالة في الحال ولا في الثاني وهذا؛ لأن الوكالة ليست ملازمة وما هو المقصود منهما وهو حصول ما وكل به غير ثابت للحال.

الأصل في كل عقد^(١) هو ليس بلازم أن يجعل العاقد كالمنشئ في كل ساعة وزمان فهذا بيان منه أنه ليس في حكم المنشئ لا في حكم الحال ولا في الثاني فيمكن أن يجعل رجوعاً وعزلاً.

يوضحه: أن نفي الوكالة في المستقبل نفي حكمها في المستقبل فيمكن أن يجعل مجازاً عن العزل والرجوع؛ لأن العزل والرجوع ينفيان الحكم في المستقبل.

تحقيقه: أن الأصل صيانة المسلم عن ارتكاب ما لا يحل وقوله اشهدوا أنني لم أؤكل فلاناً يحمل الجحد وهو يكون كاذباً ويحمل طلب شهادة الزور لا الجحد

(١) في ح: عقدة.

فيكون طالبًا من غيره أن يكذب وطلب الكذب من الغير وإن كان حراما فهو أدون من أن يكذب بنفسه فحمل على ما هو الأدون صيانة له .
وأما قوله اشهدوا أني لا أؤكل فلانا أمكن أن يجعل رجوعا وإخراجًا عن الوكالة بالطريق الذي ذكرنا فهو لا يكون كاذبًا به ولا طالبًا من غيره أن يشهد بالزور فحمل عليه .

ومن المشايخ من قال: في المسألة روايتان، وهذا هو الصحيح فإن في بيع الأجناس وضع المسألة في الجحود الحقيقي وذكر أنه ليس بعزل .
وجه الرواية التي قالت: الجحود لا يكون رجوعًا أنه كذب محض والكذب لا يتعلق به حكم فصار وجوده والعدم بمنزلة .

وجه الرواية الأخرى: أن الجحود وإن كان كذبًا إلا أنه يصلح كناية عن الفسخ؛ لأن بين الجحود والفسخ مشابهة في معنى خاص، فإن الجحود ينفي العقد في الماضي والمستقبل، والفسخ ينفي العقد في المستقبل فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص فإذا تعذر العمل بحقيقة الجحود يجعل كناية عن الفسخ وصار قوله: لم أؤكله بمنزلة قوله: فسخت الوكالة ولو نص على ذلك يصح وتفسخ الوكالة كذا هاهنا .

وإذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين:

الأول: أن يكون الوكيل وكيل الطالب وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان المطلوب عامًا؛ لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه؛ لأن خصومة الوكيل حق الطالب وإبطال الإنسان حق نفسه صحيح من غير أن يتوقف على حضرة غيره .

الوجه الثاني: أن يكون الوكيل وكيل المطلوب، وإنه على وجهين أيضًا:

الأول: أن يكون الوكيل من غير التماس أحد، وفي هذا الوجه العزل صحيح وإن كان الطالب غائبًا .

الوجه الثاني: إذا كان التوكيل بالتماس أحدهما الطالب أو القاضي وفي هذا الوجه

إن كان الوكيل غائبًا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال؛ لأن هذه الوكالة غير نافذة؛ لأنه لا قبل له وإن كان العزل رجوعًا وامتناعًا فيصح وهذا على الرواية التي يشترط علم الوكيل لصيرورته... فإن كان الوكيل حاضرًا وقت التوكيل أو كان غائبًا ولكن قد علم بالوكالة ولم يردّها فإن كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي الطالب أو سخط؛ لأن بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق أن يحضر مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق أصلاً؛ لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب^(١) يتغيب قبل أن يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه؛ لأنه يبطل^(٢) حقه أصلاً، فأما إذا كان الطالب حاضرًا فحقه لا يبطل؛ لأنه إن كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه أن يطلب من المطلوب إن كان ينصب وكيلًا.

ونظير مسألة الوكالة مسألة العدل في باب الرهن وصورتها إذا وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطًا على البيع ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع حال غيبة المرتهن ليس له ذلك؛ لأن البيع صار حقًا للمرتهن فبالعزل يبطل هذا الحق على المرتهن إلا أن فرق ما بينهما أن عزل الوكيل حال حضرة الطالب صحيح وإن لم يرض به الطالب وعزل العدل حال حضرة المرتهن لا يصح من غير رضا المرتهن والفرق أن في مسألة الوكالة لو صح العزل حال حضرة الطالب لا يبطل حق الطالب أصلاً؛ لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب أما في مسألة العدل لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه في البيع؛ لأنه لا يمكنه أن يطالب الراهن بالبيع.

هذا إذا كان التوكيل بالتماس الطالب وإن كان التوكيل بالتماس القاضي حال غيبة

(١) زاد في ح: بهما.

(٢) في ح: إنسان فيبطل.

الطالب فعزله يحضرة القاضي صح وإن كان الطالب غائبًا هكذا ذكر المسألة في الأفضية لأهل الكوفة؛ لأن بهذا العزل لا يبطل حق الطالب أصلاً؛ لأن القاضي يأمره لينصب وكيلاً آخر كما أمره في الابتداء فيخاصم الطالب الوكيل الثاني وإن عزله بحضرة الطالب صح العزل أيضًا؛ لأنه ليس في هذا العزل إبطال حق على الطالب.

وذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي: إذا جاء المطلوب إلى القاضي وقال: قد كنت وكلت هذا بالخصومة مع فلان الغائب، وأنا أريد السفر فاتهم هذا في أن يقر على شيء فأنا أعزله الآن وأوكل هذا الآخر، فالقاضي يأمره بإحضار الطالب حتى كان العزل بحضرتة ولم يفصل بينما إذا كان التوكيل بالتماس الطالب أو بأمر القاضي إياه حال غيبة الطالب وما ذكره الخصاف - رحمه الله - جواب الأخذ بالاحتياط حتى ينتفي به المثل عن القاضي؛ لأن القاضي لو فعل ذلك حال غيبة الطالب ربما يتهمه الطالب وعلى القاضي أن يتحرى موضع التهم فإن طلب الطالب ولم يجده أثبت القاضي وكالة الثاني وصح ذلك على الغائب؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك ولكنه يأخذ من هذا الوكيل كفيلاً؛ لأنه عسى [أن يوقف]^(١) هذا الوكيل وقد خرج الأول عن الوكالة فبطل حق الطالب أصلاً فيحتاط بأخذ الكفيل ولو كان التوكيل الأول بمحضر من الشهود وأخرجه عن الوكالة بمحضر من أولئك الشهود ووكل آخر صح؛ لأن الشهود هاهنا بمنزلة القاضي في المسألة المتقدمة كالمطلوب حق التوثق وذلك حاصل في المسألتين جميعاً فإذا أراد الرجل سفراً وطلبت منه امرأته حتى وكل وكيلاً على أنه إن لم يرجع من سفره هذا إلى مدة أربعة أشهر يطلق الوكيل المرأة فخرج للسفر ولم يرجع حتى مضت أربعة أشهر هل للمرأة أن تجبر الوكيل على طلاقها؟ فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: لها ذلك؛ لأنه تعلق به

(١) في ح: يقف.

حقها فجب علىه كما يجبر الوكيل بالخصومة على الجواب لتعلق حق المدعي به وبيان ذلك الحق للمرأة أن ترفع زوجها إلى القاضي ليقتضي لها بالنفقة حتى لا يبطل حقها في النفقة بمضي المدة فإنها تركت ذلك وخلت سبيل الزوج ليطلقها الوكيل من جهة الأخذ فصار التطلق حقاً للمرأة قبل الوكيل به، لا عن القضاء بالنفقة فهذا هو بيان ذلك الحق.

وبعضهم قالوا: ليس لها ذلك؛ لأن الوكيل لا تربو درجته على درجة الموكل وهي لا تملك إجبار الزوج على ذلك.

على هذا إذا أراد الموكل عزل هذا الوكيل بغير حضرته ورضاها اختلف مشايخنا فيه قال بعضهم: ليس له ذلك؛ لأنه تعلق به حقها.

وقال بعضهم: يملك عزل الوكيل بغير رضاها وحال غيبتها وهو الأصح لا يستحق على الزوج الطلاق حتى لا يتعلق بهذه الوكالة حقها فيمتنع العزل بخلاف الوكيل بالخصومة؛ لأنه^(١) المدعي بهذه الوكالة؛ لأنه استحق الجواب على الوكيل فلا يملك إبطال هذا الحق على المدعي.

وإذا وكل رجلاً بعين من أعيان ماله ثم أراد إخراجه عن الوكالة فله ذلك إلا إذا تعلق به حق الوكيل نحو أن أمره أن يبيع ويشترى الدين من ثمنه فإذا وكل وكيلاً بالخصومة وقال له: كلما عزلتك فأنت وكيلتي ولم يزد عليه، والثاني أن يقول: كلما عزلتك فأنت وكيلتي وكالة مستقبلة في بعض المواضع الأول دون الثاني، وذكر فيه اختلاف المشايخ.

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : من قال بعدم الجواز في الفصل الأول إنما قال؛ لأنه وقع عنده أن معنى هذا الكلام متى أخرجك عن الوكالة فأنت وكيلتي بالوكالة السابقة وهذا مخالف لحكم الشرع؛ لأن حكم الشرع في الوكالة ألا تكون

(١) في ح: فإن.

لازمة وأن يرد عليها الإبطال، وكل شرط يغير حكم الشرع يكون باطلاً كشرط الضمان في الوديعة وأشبه ذلك، ومن قال بالجواز وقع عنده أن معنى هذا الكلام: كلما عزلتك فأنت وكيلك بوكالة مستقبلية، وعلى هذا الوجه لا يكون الشرط مخالفاً لحكم الشرع؛ ألا ترى أنه لو صرح بذلك جاز إجماعاً.

قال الفقيه - رحمه الله - : من أراد تجويز هذه الوكالة إجماعاً ينبغي أن يقول: كلما عزلتك فأنت وكيلك وكالة مستقبلية فهذا نص منه أن الخلاف في الفصل الأول وذكر في بعض المواضع...^(١) جميعاً، وذكر فيها اختلاف المشايخ بعضهم قالوا: لا تجوز هذه الوكالة؛ لأن الوكالة في الأصل شرعت غير لازمة بحيث يقدر الموكل على إبطالها ولو صححنا الوكالة على هذا الوجه لا يقدر الموكل على إبطالها فيؤدي إلى تغيير حكم الشرع.

وقال بعض مشايخ بلخ: إن وكله بالطلاق أو العتاق على هذا الوجه أو وكله بالخصومة على هذا الوجه صحت الوكالة وفيما عدا هذه الأشياء لا تصح الوكالة؛ لأن الطلاق والعتاق يصح تعليقهما بالأخطار فكذا تعليق الوكالة بها ويلزم حسب لزومها؛ لأن شبه اليمين وما سوى ذلك لا يصح تعليقه بالشرط والأخطار فلا يصح تعليق الوكالة بها وهذه الوكالة لا تلزم أيضاً كما لا تلزم هذه الأشياء فلا يكون نظير الوكالة بالطلاق والوكالة بالخصومة يلزم إذا كانت بالتماس الخصم فكانت كالوكالة بالطلاق.

وقال عامة المشايخ: تجوز هذه الوكالة كيف ما كان وبه كان يقول أبو زيد الشرطي وهذا؛ لأن ليس في هذه الوكالة إلا تعليق الوكالة بالعزل وتعليق الوكالة بسائر الشروط صحيح فكذا تعليقها بالعزل.

ثم إذا صحت هذه الوكالة أو أراد الموكل عزله أجمعوا على أنه لا يملك عزله عن

(١) بياض في ح.

الوكالة المرسلة وهل يملك عزله عن الوكالة المعلقة؟ اختلفوا فيه والاختلاف في هذه المسألة بناء على الاختلاف في مسألة أخرى أن الوكالة إذا كانت معلقة بالشرط فعزل الموكل الوكيل قبل وجود الشرط هل يصح؟

فعلى قول أبي يوسف: لا يصح عزله حتى يصير وكيلاً عند الشرط، وبه كان يفتي محمد بن سلمة من أئمة بلخ.

وعلى قول محمد - رحمه الله - : يصح عزله حتى لا يصير وكيلاً عند الشرط، وبه كان يفتي نصير بن يحيى - رحمه الله - .

وعلى هذا الخلاف إذا وكل رجلاً أن يطلق امرأته إن لم يرجع من هذا السفر إلى وقت كذا وخرج إلى السفر ثم بعد ذلك كتب أن^(١) الوكيل قبل ذلك الوقت أنني أخرجك من الوكالة، وكان الشيخ شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - يفتي بقول محمد - رحمه الله - ووافق على ذلك من كان في زمانه حتى قالوا: بأن في مسألة الوكالة المعلقة بالعزل طريق العزل أن يقول: عزلتك عن جميع الوكالات فينزع عن الوكالة المعلقة والمرسلة؛ لأنه لو لم ينزع تلزم هذه الوكالة وفيه تغيير حكم الشرع وعليه اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله - .

وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف وهو الأشبه؛ لأن العزل إخراج من الوكالة والإخراج عن الشيء قبل الدخول فيه لا يتحقق.

وفي وكالة شرح الطحاوي قال: إذا وكله وكالة غير جائز الرجوع عنها إذا كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك عزله ثم على قول من يقول: بأن في الوكالة المعلقة بالعزل أن يقول: رجعت عن المعلقة وعزلتك عن الوكالة وهذا؛ لأن تعليق الوكالة غير لازم؛ لأنه لا يربو على وجودها وتعيين الوكالة غير لازم وكذا تعليقها فيصح الرجوع عنه؛ لأنه امتناع عن أن توجد الوكالة في المستقبل فيصح العزل عن

(١) كذا ولعل الصواب: إلى .

المرسلة، وينبغي أن يبدأ فيقول: رجعت عن الوكالة المعلقة؛ لأنه لو بدأ بالعزل عن الوكالة المرسلة تجددت وكالة مستأنفة أي هي معلقة بالعزل وإذا قال بعده: رجعت عن الوكالة المعلقة لا يبطل به الوكالة الثانية للحال فيبقى وكيلاً فيبدأ بالرجوع عن الوكالة المعلقة حتى إذا بطل التعليق فإذا عزله عن الوكالة المتجددة لا تتجدد وكالة أخرى بحكم التعليق وإلى هذا مال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - .

وفي مجموع النوازل سئل نجم الدين النسفي - رحمه الله - عن قال لآخر: وكلتك بكذا على أي متى عزلتك فأنت وكيلى، فإنه لا ينعزل بهذا الطريق؛ لأنه يصير وكيلاً عند كل عزل وكذا يعزله قال يقول: عزلتك ثم عزلتك، وليس هذا كقوله: كلما عزلتك فأنت وكيلى، وإنما هذا يصير وكيلاً بعد العزل ولا يصير وكيلاً بعد العزل الثاني؛ لأن^(١) (متى) ليست للتكرار لأن الوكيل بعد العزل من الوكالة إذا قال: (لعت بر وكيلى باد) وقال: أنا بريء من هذه الوكالة أو قال: (كجا افتادم بوكيلى) لا يخرج عن الوكالة، وإن قال بمحضر من الموكل.

وفي البقالي: إذا وكله بشيء ثم قال: والله لا أؤكلك فقد عرفت بها وبك، فهذا عزل.

تعليق العزل بالشرط هل يصح؟ ذكر في أدب القاضي للخصاف أنه يصح وقد مرت المسألة في أدب القاضي.

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - في شرح كتاب الوكالة في مسألة تعليق الوكالة بالعزل مرة بعد مرة أن تعليق العزل بالشرط لا يصح وعلل فقال: لأن العزل منع الوكيل عن مباشرة الشرط وإنما يصح تعليق ما سبيله سبيل الإطلاق لا ما سبيله سبيل المنع ولهذا قلنا: إن تعليق إذن العبد بالتجارة بالشرط صحيح وتعليق حجر العبد بالشرط غير صحيح؛ لأن الإذن إطلاق والحجر منع.

(١) في ح: لأنه.

وفي وكالة المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - الوكيل بالبيع إذا وكل الموكل بقبض الثمن من المشتري فله أن يعزله عن هذه الوكالة بمحضر منه وإن لم يوكله حتى قدمه الموكل إلى القاضي فأمره القاضي أن يوكله فوكله لم يكن له بعد ذلك أن يخرج من الوكالة.

معنى المسألة أن الوكيل إذا أخرج قبض الثمن فرفع الموكل الأمر إلى القاضي وسأله أن يأمر الوكيل حتى يوكله بقبض الثمن فوكله ثم أراد عزله ليس له ذلك؛ لأن هذا قضاء عليه.

قال: وينبغي للحاكم إذا صح عنده تأخير الوكيل في قبض الثمن أن يقول للموكل: قد جعلتك وكيلاً في قبض هذا المال.

قال ابن سماعة: رجع محمد - رحمه الله - في الوجه الأول وقال: ليس للوكيل إخراجه عن الوكالة.

وفي الجامع: إذا نهى الوكيل الأمر عن قبض الثمن عن المشتري والمشتري عن دفع الثمن إلى الأمر فدفع الثمن المشتري إلى الأمر مع ذلك فالقياس ألا يبرأ وفي الاستحسان أن يبرأ.

الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ليس للقاضي وللموكل أن يعزل الوكيل بالبيع عن قبض الثمن وإن تراخى فيه لا يجوز^(١) الوكيل على قبض الثمن.

وقال أبو يوسف - رحمه الله -: إذا التوى الوكيل على الموكل أخرجه عن الوكالة وجعل الأمر أن يقبض ثمن مبيعه، وليس للوكيل بعد ذلك قبضه فإن دفع المشتري إليه بعد ذلك إن لم يعلم بإخراجه عن الوكالة لا يصح الدفع إليه.

الموكل إذا كتب كتاب العزل إلى الوكيل الغائب فبلغه وعلم بما فيه انعزل، وكذلك إذا أرسل إليه رسولاً كائناً من كان عدلاً أو غير عدل حراً كان أو عبداً صغيراً

(١) كذا في ح. ولعل الصواب: يجبر.

أو كبيراً فقال الرسول: إن فلاناً أرسلني إليك ويقول: إني عزلتكَ عن الوكالة فإنه يعزل وإن لم يكتب إليه ولكن عزله وأشهد والوكيل غائب فإنه لا يعزل وإن أخبره بعزله إياه عدل أو رجلان غير عدلين انعزل الوكيل وإن كان لا يصدق المخبر إذا ظهر صدق الخبر، وإن كان الذي أخبره واحد غير عدل فإن صدقه يعزل، وإن كذبه لا يعزل في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وإن ظهر صدق الخبر، وعندهما: يعزل إذا ظهر صدق الخبر وهذا كله في الوكيل بقبض الدين إذا حصل التوكيل بغير محضر من المطلوب فإن حصل التوكيل بمحضر من المطلوب وأخبره الوكيل بالعزل بالشرائط التي قلنا لا يثبت العزل ما لم يخبر المطلوب حتى لو دفع المطلوب المال إلى الوكيل قبل أن يصل إلى أن المطلوب بالشرائط التي ذكرنا بين المطلوب. والفرق: أن التوكيل إذا حصل بمحضر من المطلوب فلما صار الوكيل مأموراً بالقبض صار المطلوب مأموراً بالدفع فيدفع بناء على هذا الأمر فلو صح العزل بدون علم يتضرر بالدفع، فأما إذا حصل التوكيل بغير محضر من المطلوب، فالمطلوب لم يعلم بالأمر بالدفع فلا يدفع فلو صح العزل من غير علمه لا يتضرر. وإذا قال لامرأته: طلقي نفسك ثم أراد أن يعزلها فقد ذكرنا هذه المسألة أخبر بها في كتاب الطلاق وفي هذا الكتاب، وذكرنا أيضاً في كتاب الطلاق كثيراً من مسائل التوكيل في الطلاق فلا نذكرها هنا.

ومما يتصل بهذا الفصل :

انعزال الوكيل من غير العزل صريحا، وإذا جن الوكيل فهو على وجهين: إن كان الجنون غير مطبق لا ينعزل الوكيل وإن كان مطبقاً ينعزل وفي المسألة قياس واستحسان لكن اختلف فيها ألفاظ الكتب ذكر في بعض المواضع القياس والاستحسان في المنتقى فقال: القياس: ألا ينعزل، وفي الاستحسان أن ينعزل.

قالوا: وما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل إذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط منه وطلب في عقد الرهن لا ينعزل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقاً وهذا؛ لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة كان لبقائها حكم الإنشاء ولو أنشأ الموكل الوكالة بعدما جن جنوناً مطبقاً لا يصح وكذا لا تبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة، فأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئاً من جهة آخر ثم جن المملك فإنه لا يبطل ملكه كما لو ملك عيناً فكذا إذا ملك التصرف، بهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل الأمر.

ولفظ محمد - رحمه الله - في هذا: إذا وكل الرجل وكيلاً في خصومته أو شيء كان له أن يخرج ثم ذهب عقل الموكل ذهاباً دائماً فقد خرج الوكيل من الوكالة وهذا بمنزلة الموت، فأما إذا لم يكن له منه فلا يبطل مثل الأمر باليد، وقد اختلف الروايات في حد الجنون المطبق، روي عن محمد - رحمه الله - : أنه قدره بشهر ثم رجع وقدره بالسنة الكاملة وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه قدره بأكثر السنة، وإذا عرفت تفسير المطبق فما دونه يكون غير المطبق.

وأما إذا جن الوكيل فإن جن جنوناً مطبقاً وصار بحال لا يعقل الإنابة والبيع

والشراء يخرج عن الوكالة حتى لو باع أو اشترى لا يجوز، فأما إذا كان بحيث يعقل الإنابة والبيع والشراء بأن كان جنونه في شيء آخر فإنه يبقى وكيلاً ولا نعزل. فرق بين هذا وبين ما إذا جن الموكل جنونا مطبقاً إلا أنه يعقل الإنابة والبيع والشراء فإنه ينعزل الوكيل عن الوكالة وإذا بقي الوكيل على وكالته فيما إذا كان يعقل الإنابة والبيع والشراء فباع أو اشترى في حال جنونه ذكر في الأصل أنه يجوز إلا أنه لا يلزمه.

قالوا: ما ذكر في الأصل محمول على ما إذا رضي الموكل بذلك، فأما إذا لم يرض لا يجوز تصرفه على الموكل؛ لأنه لو جاز بالعهد يُلحق الموكل والموكل إنما رضي بتصرفه بشرط أن يكون العهد على الوكيل؛ لأنه وكله بالتصرف وهو حر عاقل بالغ والبالغ الحر العاقل إذا توكل عن غيره ببيع أو شراء كانت العهد عليه فشرط رضا الموكل لهذا فالذي يؤيد هذا القول ما روى بشر عن أبي يوسف وعيسى عن محمد - رحمهما الله - : أن الوكيل بالشراء إذا صار معتوهاً إلا أنه يعقل البيع والشراء والحفظ، فاشترى ما أمره به لم يجز شراؤه على الأمر إلا بأمر جديد.

قال في رواية بشر: وليس هذا كأمره إياه وهو معتوه، وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له ثم إن الموكل باع العبد بنفسه فالأصل في جنس هذه المسائل أن الموكل متى أحدث فيما وكل ببيعه تصرفاً قبل بيع الوكيل إن كان تصرفاً يعجز الوكيل عن البيع لا يخرج عن الوكالة؛ لأنه إذا عجز عن البيع يخرج عن الوكالة وإن كان تصرفاً لا يعجز الوكيل عن البيع لا يخرج عن الوكالة؛ لأنه إذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال وبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة.

إذا ثبت هذا فنقول: متى باع أو وهب أو تصدق وسلم أو وطئ واستولد فالوكيل يخرج عن الوكالة؛ لأن هذه التصرفات في العين لعجز الوكيل عن البيع؛ ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات في العين لا يقدر على البيع فكذا وكيله. ولو وطئ ولم يستولد أو استخدم أو أذن له في التجارة كان الوكيل على الوكالة؛

لأن هذه التصرفات لا يعجز الوكيل عن البيع؛ ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات لا يعجز عن البيع فكذا وكيله.

إذا ارتد الموكل ولحق بدار الحرب - والعياذ بالله - فعلى رواية السير: لا تبطل الوكالة، وعلى رواية كتاب الوكالة: تبطل.

وفي السير الكبير: إذا وكل رجلاً أن يبيع عبده أو يعتقه ثم إن الموكل وهب العبد من رجل فسلمه إليه ثم رجع في هبته وباعه الوكيل أو أعتقه جاز ولم تبطل الوكالة بزوال ملك الموكل بالهبة وأشار إلى المعنى فقال: لأن احتمال العود ثابت وهذا هو الأصل أن الوكالة لا تبطل بزوال ملك الموكل إذا كان احتمال العود ثابتاً وإنه يخالف المذكور في الأصل.

وإذا رهن أو أجر وسلم، ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يخرج عن الوكالة، وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه وإن باع الأمر العبد أو باع الوكيل العبد ثم رد عليه بسبب قضاء فإن للوكيل أن يبيعه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وفيه نوع إشكال؛ لأن الوكالة قد انتهت بنهايتها، أما بيع الوكيل؛ فلأنه أمره بالبيع مرة واحدة وقد باع مرة واحدة فنهى الأمر وأمر ببيع الموكل فلأن بيع الموكل انتهى بحصول المقصود وهو الثمن وكان بمنزلة بيع الوكيل ثم الوكالة تنتهي ببيع الوكيل فكذا بيع الموكل.

والجواب: أن المقصود من الأمر بالبيع تحصيل الثمن على ما قلتم ولكن هذا المقصود فات بالرد بالعيب لا يصح، من جهة الأمر وفوات ما هو المقصود من التصرف لا يصنع من جهة المتصرف يلحق التصرف بالعدم فكأنه لم يوجد البيع أصلاً وهناك إذا باعه الوكيل يجوز بيعه.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : أنه ليس للوكيل أن يبيعه ولو قبله المولى بعد القبض بالعيب بغير قضاء فإنه لا يعود وكيلاً؛ لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث فصار في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه وهناك لا تعود الوكالة؛ لأنه لم يعد إلى الموكل غير ما وكل ببيعه؛ لأن الملك

يختلف حكمًا باختلاف السبب .

فرع على ما إذا كان البيع من الموكل فقال: ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض؛ فلأنه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث وإن كانت الإقالة قبل القبض؛ فلأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع هو الثمن وإن فات ولكن من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرف من جهة المتصرف ولا يلحق التصرف بالعدم فإن باعه الموكل وإن اشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ثم نقض العهد فللوكيل أن يبيعه إن كان الموكل مختارًا في الرد متى كان الخيار له؛ لأن ما هو المقصود من البيع هاهنا لم يحصل؛ لأن خيار البائع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يمنع دخول الثمن في ملكه .

وعندهما: البائع وإن كان يملك الثمن ولكن ملكًا غير مستقر وإذا لم يحصل ما هو المقصود من البيع لم ينته الأمر فبقي الوكيل على وكالته وكذلك لو كان الوكيل باعه وشرط الخيار لنفسه ثم ينقض البيع وكذلك إذا كان الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشتري يمنع دخول الثمن في ملك البائع بالإجماع فلم يحصل المقصود من البيع فلم ينته الأمر نهايته .

وإن مات المشتري بعدما باعه الوكيل والموكل بيعًا فاسدًا وورثه الأمر لا تعود الوكالة؛ لأن المقصود قد حصل بالبيع وهو الثمن فانتهى الأمر، ولم يتم المقصود بالوراثة بعد ذلك أصلًا فلا يعود الأمر .

وفي نوادر ابن سماعة: رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها ثم إن الأمر تزوج أمها أو أختها فقد خرج الوكيل عن الوكالة على وجه لا يعود وكيلاً إلا بتجديد الوكالة حتى لو طلقها قبل الدخول فزوجه الوكيل تلك المرأة التي أمره بتزويجها إياه لا يجوز .

وفيه أيضًا: إذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها ثم إن الموكل تزوج تلك المرأة بنفسه ثم طلقها ثم تزوجه الوكيل إياه لم يجز، وكذلك لو أمره أن يشتري له عبدًا بعينه ثم

اشتراه الأمر بنفسه ثم باعه ثم اشتراه المأمور للأمر لم يجز .
وفي المنتقى : وكل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها ثم ارتدت المرأة ثم أسلمت
فزوجها الوكيل منه جاز، وذكر هذه المسألة في المنتقى أيضاً بطريق الاستشهاد
وقال : لا يجوز .

وفي الأصل : وكلت المرأة رجلاً أن يزوجها من رجل ثم المرأة تزوجت بنفسها
فقد خرج الوكيل عن الوكالة علم أو لم يعلم، وكذلك لو ارتدت ولحقت بدار
الحرب أو لم تلحق .

وفي القدوري : أن الوكيل على وكالته حتى يموت أو يلحق بدار الحرب .
وفي وكالة المنتقى : إذا وكله أن يهب عبده ثم إن الموكل وهب نفسه ثم رجع
في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى وإنه مخالف رواية السير ووافق رواية
الأصل .

قال محمد - رحمه الله - : ولا يشبه هذا البيع، يريد على ظاهر الرواية إذا رد
العبد على الوكيل بالعيب بقضاء فللوكيل أن يبيعه .
وفي الجامع الأصغر : رجل وكل رجلاً أن يزوجه فلانة فذهب الوكيل وبدا له أن
يتزوجها بنفسه ففعل ووطئها ومضى على ذلك زمان وجاءت بأولاد، ثم طلقها
وانقضت عدتها وزوجها من الموكل فالعقد جائز .

ولو وكل رجلاً بقبض دين له على رجل ثم إن الموكل وهب الدين من المديون
والوكيل لا يعلم فقبض الوكيل المال وهلك في يده فإن للمديون أن يطالب به
الموكل ولا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل نائبه في القبض؛ لأنه يقبض باعتبار
الأمر لا باعتبار عقد وجد منه فكانت يده بمنزلة يد الأمر فكأن الأمر قبض بنفسه
بعدها وهب فيرجع عليه، فإذا أمر الرجل رجلاً ببيع عبد له ثم مات العبد أو مات
الأمر ولم يعلم الوكيل فباع وقبض الثمن وهلك عبده ضمن الوكيل الثمن ولم يرجع
على الأمر إن كان العبد قد مات ولا وفاء في تركة الموكل إن كان الموكل قد مات؛

لأن الغرور لا يتحقق منه بعد الموت، فأما إذا مات العبد فقد هلك الملك الذي تناوله الوكالة فلا يتحقق الغرور فيه وليس كذلك بيع الحر يريد به إذا باع الوكيل العبد الموكل ببيعه ثم إن ظهر أنه حر؛ لأن هناك عين تقع الإشارة إليه فيتحقق الغرور. في طلاق الأصل: وكل الرجل رجلاً أن يطلق امرأته ثم طلقها الزوج بنفسه قبل طلاق الوكيل فهذا لا يكون عزلاً للوكيل ويقع طلاق الوكيل عليها ثانياً تزوجها الزوج أو لم يتزوج.

وفي آخر وكالة شرح القدوري - رحمه الله - : إذا وكل الرجل غيره بالطلاق ثم طلق الموكل بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة، قال ثمة: وهذا محمول على أن الموكل طلق ثلاثاً أو انقضت العدة؛ لأنه لم يبق هناك طلاق يقع لتصرف الوكيل، أما إذا طلق واحدة وهي في العدة فتصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الثاني. وكذلك لو قال له: اخلعها ثم خلعها الأمر خرج الوكيل عن الوكالة؛ لأن الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل.

وإذا وكله ببيع وصيفة أو شرائها فصارت عجوزاً فباع ذلك أو اشترى يجوز وكذلك الحمل والجدي إذا كبرا في البيع والشراء هذه الجملة من المنتقى. وفي البقالي: أنه لا يجوز البيع والشراء في الحمل والجدي والوصف بخلاف ما ذكر في المنتقى.

وفي الزيادات على نحو ما ذكرنا في المنتقى، وإذا وكله ببيع الكفري الذي في نخيله أو يشتري الكفري الذي في محمل فلان فصار الكفري بُسراً أو رطباً أو تمرًا بطلت الوكالة في البيع والشراء، وكذلك العنب إذا صار رطباً بطلت الوكالة فيما صار رطباً شيئاً قليلاً كرطب أو رطبتين أو ثلاثة فحينئذ تبقى الوكالة في الكل، والرطب إذا صار تمرًا لم تبطل الوكالة في البيع والشراء استحساناً بخلاف العنب إذا صار زبيباً، والبُسر الصغير إذا كبر أبطلت الوكالة في البيع والشراء.

رجل وكل رجلاً ببيع داره فبنى فيها فهو رجوع عن الوكالة في قول أبي حنيفة

ومحمد رضي الله عنهما وإن جصصها فليس برجوع استحساناً وذكر مسألة البناء في موضع آخر بخلاف هذا.

قال محمد - رحمه الله - : والوصية عندي نظير الوكالة ، ولو وكله ببيع أرضه ثم غرس فيها نخلاً أو أشجاراً فهذا رجوع عن الوكالة ولو زرع فيها زرعاً فهو ليس برجوع وللوكيل أن يبيع الأرض دون الزرع ، ولو أمره بشراء دار وهو أرض بيضاء فبنيت فاشتراها الوكيل لم يجز على الأمر ، ولو كانت مبنية فزاد فيها حائطاً أو طينها فهو جائز .

ولو قال : اشتر لي هذه الأرض البيضاء أو هذا القراح ، أو قال : بعه ثم غرس نخيلاً أو اتخذه بستاناً أو حماماً لم يجز على الأمر فيه بيع ولا شراء ، وكذلك إن زرعت ، ولو كان بستاناً فقال : بعه أو قال : اشتره لي ثم زيد فيه غرس أو شجر فالبيع في هذا والشراء جائز .

ولو أمره بشراء سمك بعينه طريا أو ببيعه سمى الطري في الأمر فملح ، أو أمره بسويق فُلَّتْ بسمن أو زيت أو حُلِّي بعسل أو سكر أو أمره بسمسم بعينه فربى يتنفخ أو خيري ، لم يجز الشراء في هذه الفصول على الأمر وجاز البيع .
ولو أمره بشراء ثوب أبيض بعينه أو بغير عينه أو لم ينسبه إلى البياض في الأمر ولكن أشار إليه ثم صبغ بعد ذلك لا يجوز الشراء على الأمر ، ويجوز البيع .



الفصل الثالث

في تعليق الوكالة بالشرط وتأقيتها وإيقاعها بصفة العموم والخصوص
تعليق الوكالة بالشرط صحيح سواء كان الشرط متعارفاً أو لم يكن متعارفاً
والكفالة بحالة تخالف الوكالة فإن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وتعليقها
بشرط غير متعارف غير صحيح.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح كتاب العتاق في باب المدبر: أن
الوكالة لا يصح تعليقها بشرط غير متعارف غير أن قال لغيره: أعتق عبدي إذا
دخل الدار يكون التوكيل باطلاً، فإذا قال لغيره: وكلتك ببيع هذا الشيء اليوم أو
قال: اشتر عبداً اليوم بألف درهم ففعل الوكيل ذلك غداً ذكر شيخ الإسلام - رحمه
الله - في آخر شرح الصلح: أنه لا يجوز، وهذا إشارة إلى أن الوكالة لا تقبل
التأقيت وهكذا ذكر في آخر باب الوكالة بقبض الوديعة من وكالة الأصل.
ذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في أول الشركة: أن فيه روايتان^(١).

وفي وكالة الطحاوي: إذا وكله ببيع عبده إذا كان وكيلاً في الغد وفيما بعده ولا
يكون وكيلاً فيما قبل ذلك.
وفي وكالة المنتقى إذا قال لآخر: بع عبدي اليوم أو قال: طلق امرأتي اليوم ففعل
ذلك غداً جاز.

قال: إذا كان اليوم ففعل ذلك غداً جاز، قال: إذا كان اليوم وكيلاً فهو وكيل غداً
فهذا إشارة إلى أن الوكالة لا تتوقت.

ولو قال: بع عبدي أو قال: طلق امرأتي غداً ففعل اليوم حكى عن الشيخ الإمام
ظهير المرغيناني - رحمه الله - أن فيه روايتان، ونحن ظفرنا برواية عدم الجواز في
باب الوكالة بالعتق من وكالة الأصل، ولم نظفر برواية الجواز.

(١) كذا والصواب: روايتين.

وإن وكل رجلاً بتقاضي كل دين له أو وكله بكل حق له وبالخصومة في كل حق له على الناس أو وكله بطلب كل حق له في مصر كذا انصرف التوكيل إلى القائم والحادث استحساناً، والقياس أن ينصرف التوكيل إلى القائم يوم التوكيل ولا ينصرف إلى الحادث بعد التوكيل؛ لأن التوكيل حصل بقبض دين مضاف إليه وبالخصومة في كل حق مضاف إليه يوم التوكيل حيث قال: وكلتك بقبض كل دين لي وكلتك بالخصومة في كل حق لي في مصر كذا والدين الذي يضاف إلى الموكل والحق الذي يضاف إليه في وقت التوكيل القائم وقت التوكيل دون الحادث بعد التوكيل إلا أنهم تركوا هذا القياس وأدخلوا الحادث بعد التوكيل بالعرف فإن العرف فيما بين الناس أن من أراد سفرًا يوكل غيره بقبض ديونه أو بقبض حقوقه على الناس ويريد بذلك التوكيل بالقائم والحادث جميعاً حتى لا يضيع شيء من حقوقه فلمكان العرف صرفنا الوكالة إلى الكل وهذا نظير من وكل إنساناً بقبض غلاته كان وكياً بالواجب وبما يحدث وانصرفت الوكالة إلى الكل لمكان العرف فإن الناس في عاداتهم يريدون بهذا التوكيل القائم والحادث حتى لا يحتاجون إلى تجديد الوكالة في كل زمان ولا يقعون في الحرج.

ولو وكله بقبض دين له على فلان وفلان، أو وكله بقبض كل دين له على فلان وفلان ذكر في الزيادات^(١) أنه ينصرف إلى القائم لا إلى الحادث قياساً واستحساناً؛ لأن ترك القياس في الفصل الأول لمكان العرف ولا عرف فيما إذا حصل التوكيل بقبض كل حق له قبل شخص بعينه أو قبل أشخاص بأعيانهم فيعمل فيه بقضية القياس.

وذكر الشيخ الإمام الزاهد شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : إذا وكله بقبض كل حق له قبل فلان أنه يتناول القائم والحادث جميعاً وإنما لا يتناول الحادث

(١) زاد في ح: إلى.

إذا وكله بقبض دين له على فلان وكان يدعي العرف أيضًا فيما إذا جعل التوكيل بقبض دين من شخص بعينه إلا أنه يقول للعرف حال تعميم الدين، وحال تعميم الحق بأن يقول: وكلتك بقبض ديوني أو بقبض كل دين لي، أو يقول: بقبض كل حق لي، فأما في حال تخصيص الدين أو تخصيص الحق فلا عرف في إدخال الحادث فيرد إلى ما يقتضيه القياس.

وفي المنتقى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - إذا قال لغيره: أنت وكيل في الدين الذي على الناس لم يقع على ما يحدث.

وفي المنتقى أيضًا: إذا وكله بتقاضي كل دين له ثم حدث بعد ذلك دين له فله أن يتقاضاه بمنزلة وكيل الرجل بقبض غلته فإنه يقبض ما يحدث من الغلة.

وفيه أيضًا: لو وكله بإجارة كل دابة أو بيع كل عبد له فهذا على ما كان في ملكه يوم التوكيل ولو وكله ببيع أمته فولدت له ولدًا ليس له أن يبيع الولد عند محمد - رحمه الله -

وعن أبي يوسف روايتان.

ولو وكله ببيع نخل له فأثمرت فهو على ما ذكرنا في الجارية والولد.

وفيه: إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - : رجل قال لغيره: أنت وكيل في خصومة كل ضيعة لي بخراسان فقدم الرجل الذي في يديه الضيعة بخراسان الكوفة، فله أن يخاصم بالكوفة ولو قال: في كل دين لي بالكوفة فقدم ناس من خراسان الكوفة وعليهم دين الموكل قال: يخاصمهم بالكوفة.

وفيه أيضًا: إذا وكل إنسانًا بطلب كل حق له وبالخصومة فيه والقبض فغصب إنسان دارًا فللوكيل أن يخاصم فيها وإن بيعت دار الموكل فيها بشفعة ولم يكن هذا وكيلًا بطلب الشفعة وله أن يقبض شفعة قضي بها للموكل والله أعلم.

الفصل الرابع

في بيان من يصلح وكيلًا ومن لا يصلح

ذكر في الجامع الكبير: صاحب الدين إذا وكل المديون أن يرى نفسه عن الدين صح وإذا أبرأ نفسه برئ.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المأذون: أنه لا يصح وإذا أبرأ نفسه لا يبرأ. وفي حوالة الأصل: المحتال له إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصح وكذلك رب الدين إذا وكل المديون بقبض الدين من نفسه لا يصح.

وفي نوارد بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - : إذا كان بالمال كفيل فوكله الطالب بقبضه من المطلوب فقبض لم يجز قبضه، وإن هلك في يده عبده فلا ضمان عليه؛ لأنه رسول ولم يقبضه لنفسه، وإذا وكل صبيًا بأن يبيع عبده لو وكله بأن يشتري له شيئًا فباع واشترى جاز إذا كان يعقل ذلك ولا عهدة على الصبي وإنما العهدة على الأمر هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الوكالة، وكذا لو وكله بالخصومة جاز بعد أن يكون الصبي بحيث يعقل ما يقول وما يقال، وهذه المسألة في الحاصل على وجهين: إما أن يوكل صبيه أو صبي غيره فإن وكل صبيه جاز ولا يستأمر أحدًا وإن وكل صبي غيره إذا كان مأذونًا في التجارة لا يستأمر وليه وإن كان محجورًا يستأمر له وليه وإن أذن له وليه جاز له أن يوكله وهذا؛ لأن استعمال الغير بغير إذن المولى لا يجوز وبإذنه يجوز.

قالوا: وهذه المسألة رواية في الأب يعير ولده، وقد اتفق المشايخ عليه وهل له أن يعير مال ولده؟ بعض المتأخرين قالوا: له ذلك، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك.

ثم إن محمدًا - رحمه الله - جوز بيع الصبي المحجور عليه وشراءه له ولغيره ولم يجوز بيعه وشراءه لنفسه؛ لأن بيعه وشراءه لنفسه متردد بين الضرر والنفع أما بيعه وشراؤه لغيره على وجه لا يلزمه العهدة نفع محض؛ لأن فيه تصحيح عبارته،

والصبي العاقل من أهل التصرفات النافعة المحضة لقبول الهبة وغير ذلك وإنما لا يلزمه العهدة؛ لأن فيه ضرراً للصغير هذا إذا كان الصبي محجوراً وإن كان مأذوناً في التجارة فإن كان وكيلاً بالبيع بثمن حال أو بثمن مؤجل فباع جاز بيعه ولزمه العهدة وإن كان وكيلاً بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل تكون العهدة على الأمر حتى إن البائع يطالب الأمر بالثمن دون الصبي وذلك؛ لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وضمان الثمن هاهنا لا يفيد الملك للضامن في المشتري إنما هذا يلزم مآلاً في ذمته ليستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن أما لا يلزمه ضمان الكفالة.

فأما إذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس ألا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه؛ لأن ما يلزمه ضمان ثمن؛ لأن الضمان ما يفيد الملك في المشتري وهاهنا الصبي بما يلتزم من الضمان يملك المشتري من حيث الحكم والاعتبار فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من أهل أن يلتزم ضمان الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً؛ لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم فإنه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى^(١).

والجواب في العبد إذا توكل ببيع أو بشراء على التفصيل الذي ذكرنا في الصبي إن كان العبد محجوراً جاز بيعه وشراؤه، ولا يلزمه العهدة، وإن كان مأذوناً وكان وكيلاً بالبيع يلزمه العهدة على كل حال وإن كان وكيلاً بالشراء إن كان وكله بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياساً واستحساناً وإن وكله بثمن حال يلزمه العهدة استحساناً.

والجواب في المكاتب نظير الجواب في العبد المأذون؛ لأن المكاتب يلتزم

(١) في ح: كفالة. وينظر: تبين الحقائق (٤/٢٥٦).

ضمان التجارة ولا يلتزم ضمان الكفالة .

وفي المنتقى بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : رجل أمر عبداً محجوراً عليه أو صبيّاً محجوراً عليه أن يشتري له متاعاً فاشترى فإن كان نقد الثمن جاز وإن كان لم ينقد الثمن وكان غائباً أو حاضراً فقال : أنا أنقد المال وقد رضيت بالشراء ، وأنا أمره فالبائع بالخيار إن شاء ألزمه البيع وأخذه بالمال وإن شاء قال : لا حاجة إلى أن يكون المال عليك إذا لم يكن على من اشتراه شيء .

وإن وكل مجنوناً إن كان لا يعقل البيع والشراء لا يجوز وإن كان يعقل البيع والشراء بأن كان جنونه في شيء آخر صح التوكيل وإذا باع جاز بيعه إلا أنه لا يلزمه العهدة نص عليه في وكالة الأصل ، وذكر في كتاب الرهن : العدل إذا جن إلا أنه يعقل البيع والشراء بأن كان جنونه في شيء آخر فباعه لا يجوز بيعه ، فمن المشايخ من قال على قياس ما ذكر في كتاب الوكالة : يجب أن يجوز بيع العدل وإليه مال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ، ومن المشايخ من فرق وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله ؛ لأن التوكيل في فصل العدل حصل وهو كامل الرأي ، وفي مسألة الوكالة التوكيل حصل مع نقصان رأيه .

وفي وكالة المنتقى بشر عن أبي يوسف وعيسى عن محمد - رحمهم الله - : رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم فصار الوكيل معتوهاً إلا أنه يعقل البيع والشراء والحفظ فاشترى ما أمره به لم يجز شراؤه على الأمر إلا بأمر جديد . قال في رواية بشر : وليس هذا كأمره إياه وهو معتوه فقد أشار إلى الفرق الذي ذكره شيخ الإسلام .

قال في رواية عيسى : وكذلك لو أذن له أبوه في التجارة فصار معتوهاً لم يجز شراؤه .

وإذا وكل الرجل صبيّاً لا يعقل أو وكل مجنوناً جنوناً لا يعقل البيع ثم أفاق هل يصير وكيلاً من غير توكيل جديد؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في

كتاب الوكالة وذكر في كتاب الرهن: إذا كان العدل صغيرًا أو كبيرًا لا يعقل وسلط على البيع ثم كبر وعقل جاز.

قال الفقيه أبو جعفر - رحمه الله -: ما ذكر في العدل يصير رواية في الوكيل بالبيع المفرد أنه يصير وكيلًا إذا أفاق.

قال الفقيه هذا: وقد روي - رحمهما الله -: أنه لا يصير وكيلًا إلا بتجديد الوكالة فعلى ما ذكر الفقيه هذا يكون مسألة التوكيل بالبيع المفرد ومسألة العدل على روايتين.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -: أن ما ذكر في كتاب الرهن في مسألة العدل قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - لا يجوز بيعه إذا أفاق فعلى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - مسألة الوكيل بالبيع المفرد على الخلاف أيضًا.

وفي نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - إذا صار الوكيل بالشراء معتوهًا إلا أن مثله يقبض ويحفظ، فقبض المشتري بعد ذلك إن كان قبضه بعد أمر الأمر فمات في يده فللبائع على المعتوه الثمن في ماله يرجع به على الأمر والأمر على المعتوه بقيمة الجارية؛ لأن المعتوه قد قبض ما اشترى فوجب الثمن عليه للبائع ووجب له على الأمر مثل ذلك ولم يكن للمعتوه أن يقبض المشتري على الأمر من بعدما صار معتوهًا إلا أن يأذن له الأمر إذنًا جديدًا فكذلك لزمه قيمة المشتري وقبض المعتوه من غير إذن مستقبل له من جهة الأمر بمنزلة قبض المشتري في يد البائع.

الفصل الخامس

في بيان ما يجوز من الوكالة وما لا يجوز

ويجوز التوكيل بالبياعات والأشربة والإجارات والنكاح والطلاق والخلع والصلح والإعارة والاستعارة والهبة والصدقة والإيداع وقبض الحقوق والخصومات وتقاضي الديون والرهن والارتهان.

جئنا إلى التوكيل بالإقراض والاستقراض قال محمد - رحمه الله - : وإذا دفع إلى رجل مائة درهم وأمره أن يقرض فلاناً وأخذ بذلك منه رهناً فهذا على وجهين : إما أن جعله رسولاً في ذلك فإن قال له : ائت فلاناً وقل له : إن فلانا أقرضك هذا المال على أن تعطيه بها رهناً وأمرني أن أقبض الرهن منك ، أو جعله وكيلاً بأن قال له : وكلتك بأن تقرض أنت هذه المائة فلاناً وتأخذ به رهناً ، فإن جعله رسولاً فبلغ الرسول الرسالة وأعطاه المائة وقبض الرهن كان للأمر أن يقبض الرهن من الرسول ؛ لأن الرسول أضاف العقد إلى الأمر لا إلى نفسه وحقوق العقد ترجع إلى من أضيف العقد إليه ويكون حق الحبس له لا للرسول وكان الرسول نائباً عنه في نقل العبارة والقبض ، وفعل النائب كفعل المنوب عنه فكأنه أقرض بنفسه وارتهن بنفسه فإن هلك الرهن في يد الرسول فإنه يهلك من الأمر ؛ لأن يده يد المرسل فيكون الهلاك في يده كالهلاك في يد المرسل وإن جعله وكيلاً إذا أقرض وأخذ الرهن لا يكون للموكل أن يأخذ الرهن من الوكيل ؛ لأن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه فتكون حقوق العقد له والحبس من حقوقه فيكون للموكل فلاناً للموكل أن يقبض ؛ ولأن الراهن رضي بقبض الوكيل لما أضاف العقد إلى نفسه لا بقبض الموكل بخلاف الأول ؛ لأن هناك الراهن رضي بقبض الوكيل للأمر لما أضاف العقد إلى الأمر وإن هلك الرهن في يد الوكيل هلك من مال الأمر ؛ لأن الوكيل عند هلاك الرهن صار مستوفياً للدين حكماً فيعتبر بما لو استوفى حقيقة وهلك في يده كان الهلاك على الأمر ولم يكن على الوكيل ضمان فكذلك هذا .

وإذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا يساوي عشرة دراهم وأمره أن يرهنه له بعشرة يستقرضها له فهذا على وجهين: إما أن أخرج الأمر الكلام مخرج الرسالة أو مخرج الوكالة بأن قال له: اذهب إلى فلان وقل له: إن فلانا استقرض منك عشرة دراهم ويرهن منك هذا الثوب، فهو على وجهين أيضًا: إن أخرج المأمور بعد ذلك الكلام مخرج الرسالة بأن أضاف القرض والرهن إلى الأمر وقبض الدراهم ودفع الرهن فإنه يكون القرض للأمر حتى كان له أن يأخذ الدراهم إن أخذها الرسول من المقرض وتكون المطالبة بالدين للمقرض على المرسل لا على الرسول وافتكاك الرهن يكون للمرسل لا للرسول وذلك؛ لأن المأمور لما أخرج الكلام مخرج الرسالة وأضاف القرض والرهن إلى المرسل فقد وافق أمر المرسل وإذا وافق أمره جاز ذلك على المرسل وكان حقوق العقد في القرض والرهن راجعًا إلى الأمر لا إلى الرسول لما ذكرنا أن أحكام العقد إنما ترجع إلى من أضيف إليه العقد وصار المرسل مستقرضًا وراهنًا بلسانه وقابضًا بيده ولم يكن الرسول ضامنًا في دفع الرهن إلى المقرض؛ لأنه دفع بإذنه فإن هلكت الدراهم بعدما قبض الرسول من المقرض فإنه هلك على الأمر؛ لأن يد الرسول كيد المرسل فيكون الهلاك في يده كالهلاك في يد المرسل فإذا هلك في يد المرسل كان هالكا من ماله فكذا إذا هلك في يد الرسول هذا إذا أخرج الرسول الكلام مخرج الرسالة.

وإن أخرج الرسول الكلام مخرج^(١) الوكالة بأن أضاف الرهن والقرض إلى نفسه بأن قال لفلان: أقرضني عشرة دراهم وارتهن هذا الثوب مني، ففعل المقرض ذلك فإن الرسول يصير مستقرضًا لنفسه حتى لم يكن للأمر أن يأخذ الدراهم من يده ويصير ضامنًا للثوب الذي دفع إلى المقرض؛ لأن المرسل أمره بإضافة العقد إليه لما جعله رسولًا فإذا أضاف الرسول العقد إلى نفسه صار مخالفًا أمر مرسله فكأنه

(١) زاد في ح: دين.

استقرض منه عشرة دراهم من غير مسألة ورهن ثوبه بدينه بغير إذنه فيصير مستقرضاً وضامناً لثوبه فإن هلك الثوب في يد المقرض فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن المقرض قيمة ثوبه بالغاً ما بلغ؛ لأنهما غاصبان في حق المالك الرسول بالدفع فإنه دفع ثوبه إلى المقرض بغير إذنه والمقرض بالقبض فإنه يقبض ثوبه بغير إذنه فإن ضمن الرسول جاز الرهن وسقط دين المقرض؛ لأنه بالضممان ملك الثوب فصار رهنًا ملكه بدينه وقد هلك الرهن فيصير المقرض مستوفياً دينه بالهلاك وإن ضمن المقرض يرجع المقرض على الرسول بدينه وبقيمة الثوب بدينه؛ لأنه لم يصح الرهن لما استحق من ضمن قيمة الرهن للمستحق فيرجع بما ضمن على الراهن؛ لأنه عامل له في القبض هذا إذا أخرج الأمر الكلام على سبيل الرسالة.

فأما إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن قال: وكلتك أن تستقرض لي من فلان عشرة دراهم وترهن هذا الثوب منه فهو على وجهين أيضاً: إن أخرج الوكيل بعد هذا الكلام مخرج الرسالة بأن قال لفلان: إن فلانا يستقرض عشرة دراهم ويرهن منك هذا الثوب بالعشرة ففعل المقرض فإن ما استقرض من الدراهم يكون للأمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه ويكون رهنه جائزاً على الموكل حتى لا يصير ضامناً للثوب بالدفع إليه ويكون الافتكاك إلى الأمر وذلك؛ لأن العمل بحقيقة التوكيل بالاستقراض متعذر؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح والرسالة بالاستقراض جائز فيجعل التوكيل بالاستقراض عبارة عن الرسالة حتى لا يلغو كلامه؛ لأن الوكالة لو صحت بحقيقتها تضمن بعض ما في الرسالة وهو النيابة عن الأمر في حق الحكم وإن لم يتضمن النيابة في حق العبارة والحقوق فعند تعذر العمل بحقيقة الوكالة تجعل الوكالة عبارة عن الرسالة كيلا تلغو كالهبة المضافة إلى الحرة صار كناية عن النكاح كيلا تلغو وإذا صارت الوكالة كناية عن الرسالة فكأن الأمر صرح بالرسالة ووافق الرسول فإنه يقع القرض للأمر وتكون الحقوق راجعة إليه؛ لأن العقد مضاف إليه، فكذلك هاهنا.

فأما إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن قال للمقرض: أقرضني عشرة دراهم وارتهن هذا الثوب مني بعشرة دراهم فالعشرة للوكيل وله أن يمنعها من الأمر؛ لأن العشرة لو صارت للأمر فإنما تصير له بحكم التوكيل والتوكيل بالاستقراض باطل فصار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة.

ولو عدم التوكيل أصلاً واستقرض عشرة كانت العشرة له ولم يكن لأحد عليه سبيل فكذلك هذا فقد جوز الرسالة بالاستقراض ولم يجوز التوكيل بالاستقراض وذلك؛ لأن الرسالة موضوعة لنقل العبارة فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة إن كان أمره بالتصرف في ملك الغير باعتبار التملك فإنه أمره بملك مال الغير بالقرض وإذا كانت الرسالة بالاستقراض أمراً بالتصرف فيما هو حقه من وجه صح وإن كان باعتبار التملك أمراً بالتصرف في ملك الغير، فأما الوكالة غير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد له^(١)، فلا يمكننا تصحيح هذا الأمر باعتبار العبارة من حيث أمره بنقل عبارته التي هي ملكه كما صححنا الرسالة؛ لأن الوكيل غير ناقل للعبارة ولا يقال: بأن التوكيل بالبيع صح من حيث إنه أمر بنقل عبارة الموكل التي هي ملك الموكل؛ لأن العبارة للوكيل في بيع المواضع وإنما صح؛ لأن محل البيع ملك الموكل وقد أمر الوكيل بإزالة المبيع عن ملكه فيصح التوكيل بالبيع باعتبار إزالة المبيع عن ملك الموكل.

أما في فصل الاستقراض التوكيل لم يصح من حيث إنه أمر بنقل العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف فيه ملك الغير باطل ولا نقل بأن التوكيل بالشراء صح من حيث إنه بتملك المشتري؛ لأن المشتري ملك الغير وإنما صح؛ لأنه أمره بإيجاب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في

(١) تبين الحقائق (٤/٢٥٥).

الاستقراض؛ لأن البدل في باب القرض إنما يجب ديناً في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الأمر أولاً بالقبض حتى يستقيم الأمر بإيجاب الثمن في ذمته والأمر بالقبض لم يصح؛ لأنه ملك الغير ولما تعذر تصحيح هذه الوكالة باعتبار جانب التملك وباعتبار جانب العبارة بطلت بخلاف الوكيل بالشراء؛ لأن الثمن يجب من الشراء وبقوله: اشتريت، لما يصير متصرفاً في ملك البائع يصير متصرفاً على الموكل بإيجاب الثمن ديناً في ذمته؛ لأن إيجاب الثمن مع تملك المشتري يفترقان في باب الشراء.

فإن قيل: أليس إن التوكيل بقبض الهبة جائز، وإنه أمر بقبض ملك الغير. والجواب: أن التوكيل بقبض الهبة إنما صح من حيث إنه أمره بالتصرف في عبارته فإنه أمره بأن يجعل عبارته موجبة للملك بالقبض بعدما لم تكن موجبة وعبارته ملكه وقياس مسألة الهبة من مسألتنا؛ لأن لو استقرض ثم وكل رجلاً بقبضه وهناك يجوز التوكيل لا من حيث إنه أمره بالتصرف في عبارته بأن يجعلها موجبة للملك بعد ما لم تكن، فأما هاهنا بخلافه وإذا بطل التوكيل صار وجوده والعدم بمنزلة فصار مستقرضاً لنفسه وكان ما يستقرض من الدراهم له وله أن يمنعها من الموكل ولا يصير ضامناً للرهن وإن صار رهنًا بدينه؛ لأن دفع الرهن كان بأمر الأمر فإنه أمره بأن يستقرض له بعبارته ويرهن ثوبه فقد فعل ما أمر به فصار رهنًا بدينه بإذنه.

فإن قيل: كان يجب أن يضمن؛ لأن التوكيل بالاستقراض صار عبارة عن الرسالة حتى لا يلغو التوكيل ولهذا قلنا: لو أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة بأن أضاف العقد إلى الموكل كانت الدراهم للأمر وإذا صار عبارة عن الرسالة كان بمنزلة ما لو نص الأمر على الرسالة وهناك يضمن قيمة الرهن؛ لأنه صار دافعاً للرهن بغير إذنه وكذلك هاهنا.

قلنا: نعم الوكالة صارت عبارة عن الرسالة كيلا يلغو التوكيل إلا أنه مع هذا لا يضمن الوكيل؛ لأن صيرورتها رسالة كيلا يلغو حكم خفي لا يعرفه كل أحد فقد

اختلف العلماء في إقامة بعض الألفاظ مقام غيره في كثير من المسائل، وإذا كان هذا أمرًا خفيًا للاجتهاد فيه مجال عذر الوكيل إذا جهل أنه صار رسولًا بهذا اللفظ، وإذا عذر الوكيل في ذلك بقيت العبرة بحقيقة الوكالة في حقه وإذا بقيت وكالة في حقه كان الدفع بإذنه باعتبار ما حسب وصار الموكل بهذا الاعتبار معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدينه فيصح رهنه وإن حصل بدينه من هذا الوجه، بخلاف ما لو نص الأمر على الرسالة وأخرج الوكيل الكلام مخرج الوكالة؛ لأنه يخالف أمره باعتبار ما سمع منه فإنه سمع منه الرسالة فإذا أخرج الكلام مخرج الوكالة وقد سمع منه الرسالة صار مخالفًا فصار دافعًا ثوبه بغير إذنه إلى المقرض فيضمن.

فأما هاهنا رهن ثوبه بدينه بإذنه فإن هلك الرهن في يد المرتهن ضمن الوكيل الأقل من قيمته ومن الدين؛ لأنه رهن ثوبه بدينه؛ لأنه لما وكله بذلك مع علمه أن التوكيل بذلك لا يصح والتوكيل بجنسها وكالة فقد رضي أن يرهن ثوبه بدينه، ومن أعار ثوبًا من إنسان ليرهنه بدينه فهلك الثوب في يد المرتهن ضمن المستعير الأقل من قيمته ومن الدين؛ لأنه قضى دينه من ماله بأمره وكذلك هذا.

ولو وكل رجل رجلاً أن يرهن له ثوبًا بدراهم قرضًا وسمى له الدراهم فزاد على ما سمي أو نقص فهذا على وجهين: إما أن أخرج الأمر الكلام مخرج الرسالة أو أخرج الكلام مخرج الوكالة والمأمور في الموضوعين جميعًا أخرج الكلام مخرج الوكالة أو مخرج الرسالة فإن أخرج الأمر الكلام مخرج الرسالة فإن قال للمأمور: ائت فلانًا وقل له: إن فلانًا يقول لك: اقبض الثوب رهناً وأعطني عشرة دراهم، فإن أخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة وأضاف القرض والرهن إلى الأمر إلا أنه زاد على ما سماه المرسل فإن قال: اثني عشر في الرسالة أو ينقص فإن قال: ثمانية، أي ذلك فعل يصير مخالفًا وكان ما استقرض له لا سبيل للأمر على الدراهم التي أخذها الرسول وصار ضامنًا للرهن وكان لصاحب الثوب الخيار إن شاء ضمن الرسول وإن شاء ضمن القابض قيمة الثوب بالغة ما بلغت زاد أو نقص على ما سماه إن زاد على

المسمى بأن أخذ اثني عشر؛ لأنه خلاف إلى شر؛ لأنه ألزمه زيادة دين وربما تتعسر عليه بتلك الزيادة افتكاك الرهن فإنه متى كثر الدين يتعسر عليه الفكك، ومتى قل تيسر الفكك، وكان كمن استعار ثوباً ليرهنه بدين مسمى فزاد صار مخالفاً؛ لأنه ربما يحتاج إلى الافتكاك بأن تعذر الفكك من جهة المستعير، ويتعسر عليه الفكك بسبب الزيادة فصار مخالفاً فكذا هذا^(١)، وإن صار مخالفاً وإنه خلاف إلى شر من حيث إنه إنما رضي بزوال يده عن هذا الثوب بغيره، ومتى صح الرهن يزول يده بثمانية وكان كمن رضي بزوال ملكه بعشرة لا يكون راضياً بالزوال بثمانية فكذا إذا رضي بزوال يده؛ لأن اليد ملتحق بالملك وهذا بخلاف ما لو استعار ثوباً من إنسان ليرهنه بدين مسمى فنقص عن المسمى لا يصير المستعير ضامناً إذا كان الرهن مثل قيمة الثوب أو أكثر وإن خالف؛ لأنه خلاف إلى خير؛ لأنه رضي بزوال يده بغير شيء فلا يمكننا إثبات الخلاف هاهنا باعتبار زوال اليد وإنما يعتبر الخلاف هاهنا من حيث إنه هل يصير إليه جميع قيمة الثوب عند الهلاك؟ وهل يتعسر عليه الفكك أم لا؟ وبما نقص تيسر عليه الفكك أم لا؟ وبما نقص يتيسر عليه الفكك؛ لأنه يقل الدين بسبب النقصان وكلما قل الدين تيسر الفكك ويصل إليه جميع قيمة الثوب فكان خلافاً إلى خير.

فأما في الرسول ما رضي بزوال يده بغير شيء وإنما رضي ببدل مقدر فلا يثبت الرضا بالزوال بدون ذلك فيصير مخالفاً صار مستقرضاً بغير أمره فيكون القرض له كما قبل الأمر، وصار دافعا ماله إلى المرتهن بدينه بغير إذنه؛ لأن الرسالة بالاستقراض جائزة وصائرة فصار هو غاصباً بالدفع والقرض بالقبض فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء إذا كان الثوب هالكا فإن ضمن الوكيل صح الرهن؛ لأنه بالضمن ملك الثوب فصار هنا ملك نفسه بدينه فيصح الرهن وإن ضمن المرتهن

(١) البحر الرائق (٨/٣٠٥).

قيمة الثوب والمرتهن يرجع بما ضمن من قيمة الرهن وبدينه ويرجع بالقيمة؛ لأن هذا مرتهن لحقه الضمان بسبب قبض رهن فيكون له الرجوع بما ضمن على الراهن؛ لأنه عامل له في القبض وحافظ له بمنزلة المودع.

وإن أخرج هذا الرسول الكلام مخرج الوكالة وزاد أو نقص يصير مخالفاً وضامناً للثوب؛ لأنه لو أخرج الكلام مخرج الوكالة ولم يزد على ما سماه الأمر ولم ينقص يصير مخالفاً ووقع القرض له فإذا زاد أو نقص مع هذا أولى وإذا صار مخالفاً صار الجواب فيه كالجواب في المسألة الأولى، هذا إذا أخرج الأمر الكلام مخرج الرسالة.

فأما إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن قال: وكلتك بأن تستقرض لي عشرة دراهم وترهن هذا الثوب به إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الوكالة بأن قال: أقرضني وارتهن هذا الثوب فزاد على ما سمي أو نقص لا شك أن ما يستقرض يكون له؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطل فكيف إذا زاد أو نقص وهل يصير ضامناً للثوب؟ لا شك أنه يضمن متى زاد على ما سمي لما ذكرنا أن الموكل بالاستقراض صار معييراً منه ثوبه ليرهنه بدين له مسمى؛ لأنه لما وكله بالاستقراض والرهن مع علمه أنه لا يصير مستقرضاً له وإنما يصير مستقرضاً بنفسه ومع هذا أمره بالرهن فقد صار معييراً له هذا الثوب ليرهنه بدين له مسمى ومن استعار ثوباً ليرهنه بدين له مسمى فزاد على ذلك يصير ضامناً للثوب وكان لصاحب الثوب الخيار متى هلك الثوب إن شاء ضمن الوكيل بالدفع وإن شاء ضمن المرتهن بالقبض لما ذكرنا فإن ضمن الوكيل ملك الثوب بالضمان فصار راهناً ملك نفسه فلا يرجع بما ضمن على المرتهن وإن ضمن المرتهن يرجع بدينه وبما ضمن من قيمة الثوب على الراهن لما ذكرنا.

فأما إذا نقص عما سماه فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يكون الدين مثل قيمة الثوب أو أكثر من قيمة الثوب أو أقل فإن كان الدين مثل قيمة الثوب أو أكثر فإنه لا يضمن لما ذكرنا أن الموكل صار معييراً ثوبه ليرهنه بعشرة دراهم ومن استعار ثوباً من إنسان

ليرهنه بعشرة فرهنه بثمانية فإنه لا يضمن إذا كان قيمة الثوب مثل الدين أو كان الدين أكثر من قيمة الثوب وإن خالف؛ لأنه خلاف إلى خير؛ لأن جميع الثوب صار مضموناً على المستعير بالدين متى هلك يحصل له جميع قيمة الثوب، ويتيسر عليه الفكك متى قل الدين، وإذا كان يتعسر عليه الفكك بخلاف مسألة الرسول؛ فإنه يضمن في هذا الفصل؛ لأنه إنما رضي يده عن الثوب بعشرة تحصل لصاحب الثوب؛ لأن الرسالة بالاستقراض جائزة فإذا أزال بأقل من ذلك يصير مخالفاً، فأما التوكيل بالاستقراض باطل، وقد أمره بالرهن فكان معيراً ثوبه ليرهنه بدينه والمعير راض بزوال يده بغير شيء فلا يمكننا أن نجعله مخالفاً باعتبار زوال اليد.

فأما إذا كان الدين أقل من قيمة الرهن فإنه يضمن لما ذكرنا أن الموكل صار معيراً منه هذا الثوب ليرهنه بدين له مسمى وذلك عشرة فإذا رهنه بثمانية وقيمة الثوب عشرة يصير مخالفاً وأنه خلاف إلى شر؛ لأنه أمره بأن يرهنه بعشرة فيحصل له جميع قيمة الثوب متى هلك في يد المرتهن والآن يصل إليه ثمانية فكان خلافاً إلى شر من هذا الوجه أو خلافاً إلى خير من حيث إنه تيسر عليه الفكك متى تعذر الفكك من جهته، بخلاف المستعير متى كان قيمة الثوب ثمانية متى هلك وتيسر عليه الفكك، فكان خلافاً إلى خير من كل وجه.

وإذا صار مخالفاً في هذا الفصل كان صاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن الدافع وإن شاء ضمن القابض من الوجه الذي ذكرنا فإن أخرج الكلام مخرج الرسالة فزاد أو نقص عما سماه يضمن على كل حال؛ لأن الوكالة صارت عبارة عن الرسالة حتى لا يلغو التوكيل وإذا صار عبارة عنه يعتبر بما لو نص عليه ولو نص على الرسالة فزاد أو نقص ضمن سواء كان الدين مثل قيمة الرهن أو أكثر أو أقل فكذلك هذا فإن جاء الوكيل إلى الموكل بدراهم مثل ما سماه الموكل فأعطاه إياه فهو دين له عليه؛ لأن الرسول لما خالف صار مستقرضاً لنفسه فإذا دفع إلى الموكل صار مقرضاً له من المرسل وصار المرسل مستقرضاً لنفسه فإذا دفع إلى الموكل صار مقرضاً له من

المرسل وصار المرسل مستقرضاً منه ولا يصح رهن الثوب؛ لأنه صار راهناً ثوبه بدينه بغير إذنه فيكون موقوفاً على إجازته وللمقرض أن يرجع على الوكيل بما قبض منه؛ لأن الوكيل صار مستقرضاً لنفسه لما خالف.

وإن كان المرتهن صدق الرسول والرسالة بما سمي له من الدراهم فالدراهم تكون أمانة عنده حتى إذا هلكت الدراهم في يده لم يضمن وذلك؛ لأن المقرض لما صدق الرسول أنه كان رسولاً من جهة المرسل بالمقدار الذي سماه الرسول فقد زعم أن ما قبضه الرسول مال المرسل وأنه أمانة عنده؛ لأنه قبضه للمرسل وصار ما قبض الرسول ديناً له على المرسل إلا أن المرسل كما أنكر رسالته بما سماه الرسول فادعى أنه أرسله بدون ذلك فقد منع حقه وظلمه ومن صار مظلوماً من جهة إنسان فليس له أن يظلم غيره كالمودع إذا صدق الرسول في الرسالة وأنكر المودع الرسالة وضمن المودع لم يكن للمودع أن يرجع بما ضمن على الرسول فكذلك هذا فلماذا لم يكن للمرتهن أن يرجع على الرسول إذا صدقه في الرسالة بما سمي له من الدراهم.

وإن قال الوكيل: قد دفعتها إلى رب الثوب لم يضمن ولا يصدق على رب الثوب؛ لأن الوكيل أمين في زعم المقرض والأمين مصدق فيما يدعي من براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه يكون منكراً للضمان ولا يصدق في إيجاب الضمان على الغير كالمودع إذا قال: دفعت الوديعة إلى الرسول وأنكر الرسول.

وإن قال الرسول: إنما أمرتني أن أرهنه لك بخمسة وقال رب الثوب: بل أمرتك بعشرة أو قال رب الثوب: أمرتك بعشرين وقال الوكيل: أمرتني بخمسة عشر فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه؛ لأن الأمر مستفاد من جهته فيكون القول قوله في كيفية ذلك إذا لم يسبق منه إقرار بخلافه؛ ألا ترى أنه لو أنكر الإذن أصلاً كان القول قوله فكذا إذا أقر ببعض دون البعض.

وإذا وكل رجلاً أن يرهن له ثوباً بدراهم مسماة فرهنه عنده بعينه ودفع الدراهم إلى

الآمر هل يصير مقرضاً؟

فهذا على وجهين: إن بين الأمر بإصبع بأن قال: هذه دراهمي أقرضتك أو أمسكت يوماً رهناً، ورضى به الأمر؛ جاز، ويصير مقرضاً منه ومرهناً ثوبه من نفسه وإذا لم يبين صح الإقراض ولم يصح الرهن أخرج الكلام مخرج الوكالة أو مخرج الرسالة وذلك الرهن من نفسه غير داخل تحت الأمر أمره بالوكالة أو بالرسالة على ما بينه ولم يدخل تحت الأمر فالحال فيه بعد الأمر كالحال قبله وقبل الأمر لو أقرض دراهمه من إنسان وأخذ من ماله رهناً بغير إذنه يكون موقوفاً على إجازته إن علم بذلك أجاز جاز وإن لم يعلم بذلك يجوز الإقراض ولا يجوز الرهن فكذلك هذا. وإنما قلنا بأن الرهن من نفسه غير داخل تحت الأمر أمره بالوكالة أو بالرسالة إن كان وكالة فلا إشكال؛ لأنه متى وكله بالاستقراض والتوكيل بالاستقراض لا يصح ويصير الوكيل مستقرضاً لنفسه ويصير الموكل معيراً ثوبه ليرهته الوكيل بدين نفسه ولو صح الرهن من نفسه صار رهناً لثوبه بدين الأمر؛ لأن ما أقرض صار ديناً له على الأمر فإنما جعل الثوب رهناً بدين الأمر ولو يؤمر بذلك فلا يصح الرهن.

وإن كانت رسالة فكذلك؛ لأن الرسول بالتصرف مع إنسان لا بعينه لا يملك ذلك التصرف مع نفسه كما قالوا في المرأة إذا وكلت رجلاً بأن يزوجها فزوجها الوكيل من نفسه لم يجز وإن كان الوكيل رسولاً في النكاح إلا أن يقول: زوجني من نفسك؛ لأنه إذا لم يسم رجلاً فإنما أمره بتزويجها من نكرة فلا يدخل تحته إلا معرفة والوكيل معرفة فلا يدخل تحت اسم النكرة إلا أن تنص المرأة على ذلك فكذلك في الرهن وإذا لم يصح الرهن وإن لم يبين ما صنع فقد رهن من نفسه فلا يكون الثوب مضموناً على الوكيل ما لم يحدث فيه شيئاً وإن فقد الوكيل بالرهن من نفسه إمساكه لنفسه فالثوب أمانة عنده؛ لأن الأمين لم يضمن لمجرد قصد الإمساك لنفسه ما لم يستهلك أو يمنع بعد الطلب كالمودع إذا دفع الوديعة لينفقها على نفسه فهلك قبل الإنفاق فإنه لا ضمان عليه وإن فقد الامسكاك لنفسه حين دفعها لينفق على نفسه؛ لأنه لم يستهلكها ولا منعه من المالك بعد الطلب وكذلك هذا. والله أعلم بالصواب.

الفصل السادس

في التوكيل بالخصومة

إذا قال لغيره: وكلتك بالخصومة ولم يزد على هذا لا يصير وكيلًا^(١)؛ لأنه لا

(١) الخصومة هي الدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح بنعم أو لا. وقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى جواز التوكيل بالخصومة في الدين والعين وسائر الحقوق، حاضرًا كان الموكل أو غائبًا، صحيحًا أو مريضًا، رضي الخصم أو لم يرض. ينظر: قرة عيون الأختار (١/٢٨٠). واستثنى المالكية من هذا الحكم ما إذا كان الوكيل عدوا للخصم فلا يجوز توكيله ما لم يرض الخصم عليه. واستدلوا على جواز ذلك بإجماع الصحابة على ذلك، فقد وكل علي ابن أبي طالب عقيلًا عند أبي بكر وقال: ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي، وبأنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة فيه ولو بغير رضا خصمه، كحال غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه.

وبأن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم، كالتوكيل باستيفاء الدين، ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعي، والإنكار حق المدعى عليه، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خصمه بنفسه. وأضافوا بأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإن الموكل قد يكون له حق، أو يدعى عليه بحق ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه.

ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٧٨)، والخرشي (٦/٦٩، ٧٧)، ونهاية المحتاج (٥/٢٤)، ومغني المحتاج (٢/٢٢٢)، والمغني مع الشرح الكبير (٥/٢٠٥)، ومطالب أولي النهى (٣/٤٤٢)، وحاشية ابن عابدين (٥/٥١٢)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢)، والهداية (٧/٥٠٧)، والبحر الرائق (٧/١٤٣ - ١٤٤)، والفتاوى الهندية (٣/٥٦٤).

وذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق إلا برضاء الخصم، حتى يلزم الخصم جواب الوكيل، إلا أن يكون الموكل مريضًا أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، فللخصم أن يمتنع عن محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضرًا، لأن حضور الموكل مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه.

ووجه قول أبي حنيفة أن الحق هو الدعوى الصادقة، والإنكار الصادق ودعوى المدعي خير يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط، وكذا إنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي، فلم يكن كل ذلك حقا فكان الأصل ألا يلزم به جواب، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميئة، وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة، مع أن الناس في الخصومات على التفاوت،

يدري مع من يخاصم وفيما يخاصم ويقع التفاوت في الخصومة باختلاف أجناس ما يقع فيه الخصومة وباعتبار الأشخاص وكان الموكل به مجهول الجنس على هذا الاعتبار، وإنه مانع صحة التوكيل إذا لم يفوض المشيئة إلى الوكيل .
وأما إذا قال : وكلتك بالخصومة التي بيننا أو قال : جعلتك وكيلاً لخصومة بيننا أو ما أشبه ذلك فقد ذكر شيخ الإسلام والشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمهما الله - : أنه يصير وكيلاً؛ لأنه أضاف الوكالة إلى الخصومة الواقعة بينهما وإنها معلومة .

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنه لا يصير وكيلاً؛ لأنه لم يبين أنه في أي خصومة وكله وعسى يكون بينهما خصومات آخر سوى هذه ولم يفوض المشيئة إليه فكان الوكيل عاجزاً عن تحصيل مقصود الموكل .

رجل أحضر مجلس القاضي رجلاً يقبض كل حق له وبالخصومة فيه وليس معهما آخر للموكل قبله حق فإن كان القاضي يعرف الموكل أو أنه فلان قبل وكالته وأنفذها للوكيل حتى إذا أحضر الوكيل بعد غيبة الموكل رجلاً للموكل عليه حقاً^(١) يسمع خصومته ولا يكلف إقامة البينة على الوكالة؛ لأن توكيله بالخصومة ثبت بمعاينة القاضي يعرف الموكل باسمه ونسبه فيمكنه القضاء فلا حاجة إلى إقامة البينة على الوكالة .

بعضهم أشد خصومة من الآخر، فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به، فيشترط رضاء الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه، أما إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت، وهذا لا يجوز .

وذكر الجصاص أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة، والبكر والثيب، لكن المتأخرين من الحنفية استحسنا في المرأة إذا كانت مخدرة غير برزة، فجوزوا توكيلها، وهذا استحسان في موضعه، لأنها تستحي عن الحضور لمحافل الرجال، وعن الجواب بعد الخصومة، بكرا كانت أو ثيباً فيضيع حقها. وقال ابن أبي ليلي: لا يجوز إلا توكيل البكر .

ينظر: بدائع الصنائع (٢٢/٦).

(١) كذا والصواب: حق .

وإن كان القاضي لا يعرف الموكل باسمه ونسبه ربما يجيء رجل إلى القاضي ويتسمى باسم غيره ويوكل عند القاضي وكيلاً ويغيب فيأخذ الوكيل غريم ذلك المسمى ويأخذ المال منه بحكم هذه الوكالة والموكل والحق لم يكن لموكله فيكون تضييعاً لأموال الناس وحقوقهما وهذا فصل القضاة عنه غافلون اليوم فإنهم يقبلون ذلك وينفذون إذا حضر الوكيل يطلب حقاً للموكل من غير أن يتعرفوا اسم الموكل ونسبه وفيه فساد ظاهر على نحو ما بينا .

فإن قال الموكل : أنا أقيم البينة إلى فلان بن فلان ليقضي بوكالتي هذه بهذا الرجل فالقاضي لا يسمع بينته ؛ لأنه ليس معه خصم جاحد ولا يقبل البينة على ذلك هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل .

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - ما يدل على أنه يسمع بينته وصورة ما ذكر ثمة : إذا حضر الموكل القاضي ليوكل وكيلاً ولم يعرفه القاضي سأله شاهدين على معرفته قبل توكيله وإن غاب الموكل في هذه الصورة يخاصم فإن القاضي لا يقضي بصحة هذه الوكالة ولا يجعله خصماً ما لم يشهد على اسم الموكل شاهدان بحضرة خصم يجحد نسبه ؛ لأن الغائب لا يعرف إلا بالنسب والاسم وطريق معرفته البينة والبينة لا تقبل إلا عند خصم جاحد فإن جاء بشاهدين يشهدان على اسم الموكل ونسبه بحضرة خصم يجحد ذلك قبل القاضي شهادة وجعل الوكيل خصماً له .

قال محمد - رحمه الله - : رجل وكل وكيلين بقبض دين له على غيره وغاب الموكل وغاب أحد الوكيلين أيضاً فجاء الوكيل الثاني بالغريم إلى القاضي فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فأقام الوكيل بيته أن فلانا وكله وفلانا بقبض الدين على هذا فالقاضي يقضي بوكالتهما حتى لو حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة على وكالته ؛ لأن الحاضر خصم عن نفسه وعن الغائب هاهنا ؛ لأن حق الحاضر متعلق بحق الغائب فإن أحد الوكيلين بقبض الدين لا ينفرد وفي مثل هذا يتصب الحاضر

خصمًا عن الغائب فهذه البينة قامت على خصم حاضر فلهذا قضي القاضي بوكالتهما.

وكذلك لو كان صاحب المال وكلهما بخصومة الغريم فجحد الغريم المال والموكل وأحد الوكيلين غائب فأقام الوكيل الحاضر بينة على الغريم بالدين والوكالة فإن القاضي يقضي بالدين على الغريم ويقضي بوكالتهما؛ لأن التوكيل بالخصومة في العين والدين توكيل قبض الدين وهو من تمام الخصومة فالحاضر إذا دعي لنفسه حقًا وحقه في القبض متصل بحق الثاني فصارت هذه المسألة نظير تلك المسألة. قال: وليس للحاضر أن يقبض شيئًا من الدين في المسألتين جميعًا حتى يحضر الغائب؛ لأن الموكل شرط اجتماعهما على القبض ورضي بإنابتهما وهذا الشرط مقيد في حق الموكل؛ لأن اجتماعهما أصون للقبض من تفرد أحدهما وما كان مفيدا من الشروط يجب رعايتها ولأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها فالموكل أمرهما أن يملكاه عينا من أعيان ماله بمال يقتضى به من المديون وهناك لا ينفرد أحدهما بالتمليك فهنا كذلك.

ثم فرق بين القبض وبين الخصومة فقال: أحد الوكيلين بالخصومة ينفرد بالخصومة وأحد الوكيلين بالقبض لا ينفرد بالقبض.

والفرق أنه إنما يراعى من الشروط ما يمكن رعايتها واجتماعهما على الخصومة غير ممكن؛ لأن القاضي لا يمكنهما من التكلم معا؛ لأنه لا يمكنه استماع كليهما ولأنه يؤدي إلى الشغب بين يدي القاضي وفي ذلك ضرر للقاضي أما اجتماعهما على القبض ممكن من غير ضرر يلحق القاضي فيجب مراعاة هذا الشرط.

ولو كان الوكيل الحاضر أقام بينة أن فلانا وكله وفلانا بالخصومة معا وأجاز ما صنع كل واحد منهما على حدة فالقاضي يقضي بوكالة الحاضر ولا يقضي بوكالة الغائب؛ لأن الحاضر هاهنا لا ينتصب خصمًا؛ لأن حق الحاضر غير متصل بحق الغائب هاهنا؛ لأن الموكل إذا أجاز قبض كل واحد منهما فكل واحد منهما ينفرد

بالقبض وصار كما لو وكل كل واحد منهما بالقبض بوكالة على حدة وهناك لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب كذا هاهنا.

بخلاف المسألة المتقدمة فإن هناك ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب؛ لأن حق الحاضر متصل بحق الغائب على أمر أما هاهنا.

بخلاف واستوضح محمد - رحمه الله - هذا بحالة التوكيل فقال: ألا ترى أنه لو وكل رجلين بقبض دين له على رجل ولم يجر قبض كل واحد منهما بانفراد فقبل أحدهما لا يصير هذا الذي قبل وكيلاً ولو أجاز قبض كل واحد منهما فقبل أحدهما صار الذي قبل وكيلاً وما افترقا إلا لما قلنا وإذا وكل رجلاً بالخصومة فهو على وجوه:

الأول: أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر، وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإنكار بالاجتماع ويصير وكيلاً بالإقرار نصًا عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -؛ لأن التوكيل بالخصومة صحيح بالاجتماع وإنما يصح التوكيل بما هو حلال للموكل ونفس الخصومة ليس بحلال للموكل لا محالة على تقدير أن المدعي محق في الدعوى لا يحل للمدعي عليه الإنكار لا محالة.

أما جواب الخصومة وهو قوله: نعم أو لا حلال؛ فجعلنا هذا توكيلاً بجواب الخصومة فأمكن أن يجعل كذلك؛ لأن الخصومة مضاف إليها والجواب مضاف وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقام المضاف سائغ في اللغة كما في قوله: ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ﴾^(١) أي أهل القرية والإقرار جواب الخصومة كالإنكار فصح ما ادعينا أن التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار، فيعد ذلك أختلف علمائنا - رحمهم الله - قال أبو حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما -: التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار في مجلس الحكم حتى لو أقر على موكله في غير مجلس الحكم لا يصح

(١) سورة يوسف آية ٨٢ .

إقراره وقال أبو يوسف - رحمه الله - : التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار في مجلس الحكم وفي غير مجلس الحكم .

لهما أن جواب الخصومة يختص بمجلس الحكم حتى لا يستحق على المطلوب الجواب إلا في مجلس الحكم فالتوكيل بجواب الخصوم يتقيد بمجلس الحكم ضرورة وصار تقدير المسألة : وكلتك لتجيب خصمي في مجلس الحكم ولو قال : هكذا لا يصح إقرار الوكيل عنه في غير مجلس الحكم كذا هاهنا غير أن عندهما إن أقر في غير مجلس الحكم ولم يصح إقراره لا يبقى وكيلاً حتى يمنع عن الخصومة بعد ذلك ؛ لأنه بقي وكيلاً بجواب خصومة مقيدة وهو الإقرار لا بجواب خصومة مطلقة وهو الإقرار والإنكار ؛ لأن الإنكار بعد الإقرار لا يصح وهو إنما وكله بجواب خصومة مطلقة لا بجواب خصومة مقيدة .

الوجه الثاني : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإنكار ؛ لأن باستثناء الإقرار يتبين أن التوكيل ما يتناول^(١) نفس الجواب إنما تناول^(٢) جواباً مقيداً^(٣) بالإنكار هكذا ذكر شيخ الإسلام في الأصل .

وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح الجامع : أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يصح ؛ لأنه لو صح يبقى وكيلاً بالإنكار وتعذر تصحيح الوكالة بالإنكار لاحتمال كونه مبطلاً فيه . وعند محمد - رحمه الله - يصح الاستثناء وطريقه ما قلنا وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرح وكالة الأصل .

وفي فتاوى الصغرى : أن استثناء الإقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد - رحمه الله - وستأتي المسألة بعد هذا .

(١) في ح : يتنازله .

(٢) في ح : يتنازله .

(٣) في ح : ليقيدا .

الوجه الثالث : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار وفي هذا الوجه يصير وكيلاً بالإقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وهذا ؛ لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعي أمانة لو جحد الوكيل جحدًا أصلياً لا يصح دعوى الرد فيصح استثناء الإنكار كما يصح استثناء الإقرار .

وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يصح الاستثناء .

الوجه الرابع : أن يوكله بالخصومة والإقرار حتى لو أقر صح إقراره على الموكل عندنا خلافاً للشافعي - رحمه الله - .

ويجب أن يعلم بأن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقراً بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد - رحمه الله - المسألة في باب الوكالة وصورة ما ذكر : أن المشتري إذا وكل رجلاً ليصالح البائع عن العيب فأقر الوكيل أن الموكل أبطل العيب لم يصح ولو وكله بالإقرار وأقر جاز فلم يجعل نفس التوكيل بالإقرار إقراراً حتى شرط الإقرار من الوكيل للزوم حيث قال : فأقر جاز .

قالوا : ولا يوجد بهذه المسألة رواية إلا في ذلك الباب .

حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - أنه كان يقول : معنى التوكيل بالإقرار أن يقول للوكيل وكلتك أن تخاصم وتذب عني فإذا رأيت مذمة تلحقني بالإنكار واستصوبت الإقرار فأقر على فإني قد أجزت ذلك .

الوجه الخامس : إذا قال : وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار ولا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا - رحمهم الله - وقد اختلف المتأخرون فيه بعضهم قالوا : لا يصح هذا التوكيل أصلاً ؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة إقرار وإنكار فإذا استثنى كلاهما لم يفوض إليه شيئاً .

وحكى عن القاضي الإمام صاعد النيسابوري - رحمه الله - أنه قال : يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلاً بالسكوت متى حضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وإنما يصح التوكيل بهذا القدر ؛ لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى

حقه بواسطة إقامته البينة يحصل به .

وفي كتاب الأفضية: إذا كان الموكل بالخصومة هو المطلوب المدعي عليه فوكل رجلاً بخصومة الطالب وقال: على ألا يجوز إقراره علي فهو جائز في قول أبي يوسف - رحمه الله - على ما وكله .

وقال محمد - رحمه الله - : إذا كان المطلوب هو الذي ينصب الوكيل فقال الطالب: لا أرضى إلا أن يقيم لي رجلاً يقوم مقامك ويجوز إقراره كما يجوز إقرارك وإلا فاحضر وخصمني فإنه يقال للمطلوب: خصمه أو أقم رجلاً يجوز إقراره عليك .

وكذلك لو كان الموكل هو الطالب فقال المطلوب: لا أرضى إلا أن يخاصمني أو يوكل رجلاً يقوم مقامك لا يمنع من خصومتي وحجتي إذا جئت بها ويجوز إقراره عليك بقبض المال فله ذلك إذا كان الطالب حاضرًا أو إن كان غائبًا ووكل وكيلًا لا يجوز إقراره عليه بأن استثنى الإقرار أمر المطلوب بدفع ما وجب إلى الوكيل ولا يكون له الامتناع من خصومة الوكيل بأن يقول: لا أخاصمك حتى يجوز إقرارك على الذي وكلك .

ووجه قول أبي يوسف - رحمه الله - أن المستحق المدعي قبل المطلوب إما الإقرار والإنكار لو أتى الإنكار بلسان نفسه لا يكون للمدعي ألا يرضى به فكذا إذا أتى به بلسان غيره .

ولمحمد - رحمه الله - أن المستحق على المدعي عليه ليس هو على الإنكار بعينه؛ لأن الإنكار بعينه ليس بحق قطعاً فلا يصلح مستحقاً عليه بعينه إنما نفس الجواب حق فيصلح مستحقاً عليه فإذا وكله مطلق الجواب فقد أوفاه ما هو مستحق عليه فلا يكون للمدعي ألا يرضى به .

فأما إذا استثنى الإقرار فقد فوض إليه الإنكار بعينه والإنكار بعينه لم يستحق فلم يوف ما هو مستحق عليه فكان للمدعي ألا يرضاه .

فأما إذا وكله وهو غائب لم يدع الطالب عليه بعد فالطالب لم يستحق عليه شيئاً؛ لأن الاستحقاق بالدعوى ولم يوجد فإن شاء المدعى اكتفى بهذا الجواب من الوكيل وخصمه وإن شاء صبر حتى يحضر الموكل ويخاصمه رجاء أن يأتي بالجواب الآخر وهو الإقرار وعلى هذا إذا كان الطالب هو الذي يوكل وكيلاً في الاكتفاء بالجواب المفيد من الموكل إذا كان غائباً وبأن للطالب^(١) ألا يرضى به حتى كان الموكل حاضراً.

وفي أدب القاضي للخصاف - رحمه الله - في آخر باب الرجل يريد سفراً أن المطلوب إذا وكل وكيلاً في خصومته ثم أراد أن يستثني إقرار الوكيل عليه إن كان بمحضر من الطالب جاز وإن كان بغير محضر من الطالب، فكذلك عند محمد - رحمه الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله - فأبو يوسف يعتبر الاستثناء بالعزل ومحمد - رحمه الله - يقول: لا حق للطالب في إطلاق الوكالة بدليل أنه لا يملك أن يطالبه بتوكيل مطلق بل للمطلوب أن يستثني في الابتداء وعلى هذا الخلاف إذا أذن المطلوب لوكيل في أن يوكل ثم أراد بعد ذلك أن يحجر عليه في حق هذه الزيادة حتى لا يملك الوكيل الأول التوكيل عند محمد يصح حججه وإن كان بغير محضر من الطالب وعند أبي يوسف لا يصح بغير محضر من الطالب.

وذكر هذه المسألة في المنتقى بعبارة أخرى فقال: رجل ادعى قبل فلان دعوى وأخذ منه وكيلاً حتى يخاصم عن المدعى عليه جاز أمره فلقى الموكل الوكيل بغير محضر من المدعي فقال: أخرجتك من أن توكل غيرك وأخرجتك من الإقرار إن قررت فلا يجوز على قول أبي يوسف - رحمه الله - ولا يكون هذا إخراجاً حتى بمحضر من المدعي.

وقال محمد - رحمه الله - : إخراجه من التوكيل والإقرار جائز إذا وكل رجلاً

(١) في ح: للمطالب.

بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن يكون وكيلاً فيما يدعي على المدعي فهذا التوكيل صحيح فلو أثبت الوكيل المال لموكله ثم أراد المدعي عليه الدفع لا يسمع على الوكيل هكذا فتوى الصدر الكبير برهان الأئمة - تغمده الله برحمته - .

قال: في الجامع الصغير للوكيل بالخصومة في الدين يملك قبضه عند علمائنا الثلاثة - رحمهم الله - خلافاً لزفر - رحمه الله - .

وفي الأصل يقول: الوكيل بالخصومة في الدين والعين يملك قبضه على قول علمائنا وكثير من مشايخ بلخ أفتوا بقول زفر - رحمه الله - لفساد أحوال الناس وظهور الخيانات فيما بينهم خصوصاً الوكلاء على أبواب القضاء .

وفي الأصل يقول: إذا وكل رجلين بالخصومة في دين ادعاه وبقبضه فلا أحدهما أن يخاصم دون صاحبه ولكن لا يقبضان إلا معاً .

قال القاضي الإمام صدر الإسلام - رحمه الله - : في شرحه : هذه المسألة دليل على أن الوكيل بالخصومة في الدين لا يملك القبض إذ لو ملك ذلك لم يكن للتنصيص على القبض ألا ينفرد أحدهما بالقبض .

وإذا وكله بالخصومة عند قاضي فلان كان للوكيل أن يخاصمه إلى آخره؛ لأن تعيين القاضي لا يفيد قطعاً، ولو وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه لم يكن له أن يخاصم إلى فقيه آخر^(١)؛ لأن تعيين الحكم مفيد فاعتبر .

وكل رجلاً بالخصومة في دار وبقبضها فباع الذي في يديه الدار وقبضها المشتري كان للوكيل أن يخاصم المشتري؛ لأن الوكالة في حق المدعي قبله ولو كان وكيلاً بالخصومة مع فلان في هذه الدار فباعها من آخر، لم يكن للوكيل أن يخاصم المشتري؛ لأن التوكيل مقيد في حق المدعي قبله وهذا التقييد مفيد؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومات فالمدعي رضي بالخصومة مع الناس ولم يرض بالخصومة

(١) الفتاوى الهندية (٣/٦١٩) .

مع المشتري وهذا بخلاف ما لو وكل المدعى عليه رجلاً بالخصومة مع وكيل المدعي كان لوكيل المدعي أن يخاصم وكيل المدعى عليه .
والوجه في ذلك أن رضي المدعي بالخصومة مع وكيل المدعى عليه إن لم يثبت نصاً فقد ثبت عرفاً ؛ لأن التوكيل بالخصومة مع فلان ينصرف إلى التوكيل بالخصومة المعتادة مع فلان والخصومة المعتادة مع فلان ومع وكيله ؛ لأن الناس كما يخاصمون بأنفسهم يوكلون غيرهم في الخصومات فصار الرضا بالخصومة مع وكيل فلان ثابت عرفاً والثابت عرفاً والثابت نصاً سواء ، فأما الرضا بالخصومة مع المشتري غير ثابت لا نصاً ولا عرفاً ؛ لأن الناس في العرف لا يبيعون ما وقع فيه الدعوى لتخاصم المشتري مع المدعي وكذلك المشتري عادة لا يشتري مع ما وقع فيه الدعوى فلهذا لم يكن له الخصومة مع المشتري . والله أعلم .



الفصل السابع في إثبات الوكالة

وإذا شهد شاهدان على وكالة رجل في شيء معروف والوكيل يجحد الوكالة ويقول: لم يوكلني، فهذا على وجهين: إن كان هذا وكيل الطالب والمطلوب يدعي الوكالة، لا تقبل هذه الشهادة وإن كان وكيل المطلوب والطالب يدعي الوكالة، قبلت هذه الشهادة وهل يجبر على الخصومة مع الطالب.

وقيل: في الوكالة يجبر وإن لم يشهدوا بالقبول لا يجبر.

ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي: لو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي وادعى عليه أن عليه ألف درهم باسم فلان بن فلان الفلاني وأن هذا المال لي وأنا فلان الذي باسمه المال إقرار هذا المال لي وأن اسمه عارية في ذلك وأنه وكلني بقبض ذلك منه وبالخصومة فيه فالقاضي يسأل المدعى عليه هذه الدعوى فإن أقر بجميع ذلك أمره القاضي بدفع المال إلى المدعي وهذا لما عرف أن الديون تقضى من مال المديون بإقراره منه ذلك تصرف منه على نفسه وماله فينفذ، فقد شرط الخصاف - رحمه الله - أن يدعي أن فلان الذي باسمه المال وكله بقبض المال وجعل هذا جواب ظاهر الرواية.

قال: وروي عن أبي يوسف: أن ذلك ليس بشرط بل إذا ثبت أن المال الذي عليه باسم فلان ملك هذا المدعي أمره بالدفع.

وذكر هذه المسألة في كتاب الأفضية ولم ينسب الجواب إلى أحد.

ووجه ذلك: أن الدين في الذمة مال مملوك كالعين ثم لو ثبت كون العين [مملوكاً]^(١) للمدعي بالحجة بأن ادعى عينا في يد إنسان أنه ملكه وأقر المدعى عليه بذلك أمر بالدفع إليه وإن لم يثبت كون المدعي وكيلاً بالقبض من جهة أحد، فكذا

(١) المثبت من المحيط البرهاني.

إذا ثبت كون الدين مملوكاً للمدعي في الذمة يجب أن يؤمر بالدفع إليه، وإن لم يثبت كون المدعي وكيلاً بالقبض من جهة أحد.

يوضحه: أن المقر أقر له بالدين مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل وهو الثابت^(١) [من كل وجه، وإنما يكون الدين مملوكاً للمقر له]^(٢) من كل وجه إذا كان مملوكاً رقبة وتصرفاً في كل شيء.

وجه ظاهر الرواية: على ما ذكر الخصاص: أن أصل الدين قد يكون مملوكاً لإنسان ولا يكون له حق القبض حتى لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن إلى الموكل كان له ذلك.

إذا ثبت هذا فنقول: إن ثبت كون المال مملوكاً للمدعي بإقرار المدعى عليه [لا يسأله]^(٣) حق القبض لا محالة، فيحتاج إلى دعوى الوكالة بالقبض [وإلى إقرار]^(٤) المدعى عليه بذلك أيضاً حتى يثبت له حق القبض كما ثبت له الملك، ثم إذا أقر المدعى عليه بجميع ذلك، وأمره القاضي بدفع المال إلى المدعي، لا يكون هذا قضاء على الغائب حتى إذا جاء الغائب، وأنكر التوكيل كان له أن يأخذ ماله من المدعى عليه وهذا؛ لأن إقرار الإنسان حجة عليه وليس بحجة على غيره فيثبت التوكيل بإقرار المدعى عليه في حقه فأمرناه بالتسليم إلى المدعي؛ لأن ذلك أمر عليه، ولم ينتقل^(٥) ذلك إلى الغائب؛ لأنه أمر على غيره، فإن جحد المدعى عليه الدعوى كلها فقال المدعي للقاضي: حلفه لي، فالقاضي يقول للمدعي: ألك بينة على ما ادعيت من إقرار الرجل بالمال لك ومن توكيله إياك بقبض ذلك المال؛ لأنه يدعي لنفسه حق الخصومة وحق القبض والمدعى عليه ينكر ذلك فيحتاج المدعي

(١) في المحيط: الثلث.

(٢) المثبت من المحيط البرهاني.

(٣) في المحيط: ما ثبت له.

(٤) في المحيط: وإذا أقر.

(٥) في المحيط: يتعد.

إلى إقامة البينة [عليه]^(١).

ثم شرط في الكتاب أن يقيم المدعي بينة على إقرار ذلك الرجل بالمال وعلى توكيله إياه بالقبض، وإقامة البينة على الوكالة فيطلب القاضي منه البينة على [المال ليس بشرط لثبوت حق الخصومة وإنما الشرط إقامة البينة على]^(٢) الوكالة بعد هذه المسألة على وجهين: إن أقام بينة على الوكالة يثبت كونه خصمًا فيطلب القاضي منه البينة على المال على نحو ما ادعى، فإن أقام أخذ المال منه ويتعدى هذا القضاء إلى الغائب حتى لو جاء الغائب وأنكر التوكيل لا يكون له أن يأخذ المال من المدعي عليه؛ لأن التوكيل هاهنا يثبت بالبينة والبينة حجة في حق الناس كافة، والمدعي عليه انتصب خصمًا عن الغائب في إثبات هذه الوكالة؛ لأن المدعي على الغائب يثبت للمدعي على الحاضر وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فلما ثبتت الوكالة في حق المدعي عليه ثبتت الوكالة في حق الغائب أيضًا.

وإن لم يكن للمدعي عليه بينة على المال وأراد استحلاف المدعي، حلفه القاضي بالله ما لفلان بن فلان الفلاني ولا باسمه عليك إلا المال الذي سماه فلان بن فلان ولا شيئًا منه؛ وهذا؛ لأن المدعي لما أثبت وكالة بالبينة صار خصمًا للمدعي عليه في دعوى المال، فهذا خصم ادعى مالا على من هو خصم له فكان له أن يحلفه. هذا إذا أقام المدعي بينة على الوكالة وإن لم يكن للمدعي بينة على الوكالة، فقال للقاضي: إن هذا المدعي عليه يعلم أن فلانا الذي باسمه المال وكلني بقبض هذا المال لفلان فاستحلفه لي على ذلك، فالقاضي يستحلفه بالله ما يعلم أن فلان بن فلان الفلاني وكل هذا بقبض المال على ما ادعى.

هكذا ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي، وأضاف هذا الجواب إلى أبي يوسف ومحمد - رحمهم الله - .

(١) المثبت من المحيط البرهاني.

(٢) المثبت من المحيط البرهاني.

واختلف فيه، بعضهم قالوا: هذا الجواب على قول الكل إلا أن الخصاف خص قول أبي يوسف ومحمد بالذكر؛ [لأنه لم يحفظ قول أبي حنيفة - رحمه الله - لا]^(١)؛ لأن قوله بخلاف قولهما وإلى هذا مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - .

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قولهما، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : ينبغي ألا يحلف المدعى عليه بناء على مسألة ذكرها في الجامع الكبير: أن من اشترى عبدًا وظفر منه المشتري بعيب الإباق أو غيره، وجحد البائع أن يكون به هذا العيب فالقاضي يأمر المدعي بإقامة البينة على وجود هذا العيب به في الحال، فإن أقام بينة على ذلك، ثبت العيب للحال، وصار البائع خصمًا له وإن لم يكن له بينة وأراد استحلاف البائع بالله ما يعلم وجود هذا العيب به للحال، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا يستحلف، وعلى قولهما: يستحلف، ولا فرق بين المسألتين، وأن وجود العيب بالمشتري للحال شرط سماع الخصومة، [كما أن الوكالة بالقبض هاهنا شرط سماع الخصومة]^(٢) وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

ثم إذا حلف إما على الاتفاق أو على الاختلاف فقد انتهى الأمر، وإن نكل صار مقرًا بالوكالة فيقضي القاضي بالوكالة بحكم إقراره ثم يسأله القاضي عن المال فإن أقر بالمال على الوجه الذي ادعى أمره بالتسليم وإن أنكر المال صار خصمًا في حق إثبات المال عليه بالبينة حتى لو أراد المدعي أن يقيم عليه البينة بالمال، فالقاضي لا يسمع بيته .

وكذلك لو كان المدعى عليه أمر بالوكالة من الابتداء صريحًا إلا أنه أنكر المال صار خصمًا للمدعي في حق الاستحلاف وأخذ المال لا في حق إثبات المال عليه

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

بالبينة وإنما كان كذلك؛ لأن المدعي إنما صار خصمًا بالوكالة والوكالة إنما تثبت بإقرار المدعى عليه وإقراره حجة على نفسه، وليس بحجة على غيره فتثبت وكالة المدعي في حق استحلافه على المال إن كان جاحدًا للمال وفي حق أخذ المال منه إن كان مقرا به بالمال؛ لأنه يقتصر عليه ولا يتعدى إلى غيره فلا تثبت وكالته في حق إثبات المال عليه بالبينة؛ لأنه لو ثبت يتعدى قوله إلى الغائب، وفي ذلك قضاء على الغائب، وإنه لا يجوز.

ونظير هذا ما قال أصحابنا - رحمهم الله - : في رجل ادعى أن فلان بن فلان الفلاني وكله بطلب كل حق له قبل هذا وأن [له] ^(١) عليه ألف درهم فأقر المدعى عليه بالوكالة، وأنكر المال فقال المدعي: أنا أقيم البينة أن هذا المال عليه لم يكن خصمًا [له في ذلك ولكن يكون خصمًا] ^(٢) في حق استحلافه وفي حق أخذ المال منه إن أقر بالمال، والمعنى ما بينا ^(٣)، فإن أقام البينة على الوكالة وقضى القاضي بوكالته بالبينة الآن تقبل منه البينة على المال؛ لأنه يثبت كونه وكيلًا بحجة متعدية. فقد قيل: هذه البينة من الوكيل على الوكالة مع كون الغريم مقرًا بالوكالة؛ لأن إقراره بالوكالة لم يصح في حق إثبات المال عليه بالبينة فصار هذا الإقرار والعدم بمنزلة، ويجوز أن تقبل البينة على المقر؛ ألا ترى أن من ادعى دينًا على ميت فأحضروا وارثًا من قريبه فأقر هذا الوارث بدينه فإنه يستوفي ذلك من نصيبه.

فإن قال المدعي: أنا أقيم البينة على الدين على هذا الوارث المقر حتى يثبت حقي بالبينة ثم أستوفي ذلك من أي التركة شئت، كان له ذلك.

وكذلك لو وكل رجلاً بقبض عين له في يد إنسان وأقر الذي هو في يده له بالوكالة فقال الوكيل: أنا أقيم البينة على المدعى عليه بالوكالة قبلت بيته، وإن كان المدعى

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) المحيط البرهاني (٨/٢١٣، ٢١٤).

عليه أقر بالمال وجحد الوكالة، فالقاضي يسأل من المدعي بينة على الوكالة فإن أقام بينة ثبتت الوكالة بالبينة وصار خصمًا مطلقًا وإن لم تكن بينة وأراد استحلاف المدعي عليه على الوكالة حلفه وهو على الاختلاف الذي قلنا، فإن حلف فقد انتهى الأمر وإن نكل ثبت الوكالة، ولكن في حق أخذ المال منه لا في حق القضاء على الغائب؛ لما قلنا.

قال: ولو أن رجلاً جاء إلى القاضي وأحضر معه رجلاً وادعى أنه وكيل فلان الغائب وكله بقبض الدين الذي له على هذا [وبقبض العين الذي في يد هذا]^(١)، والخصومة فيه [وديعة]^(٢) وصدقه المدعى عليه في جميع ذلك فإنه يؤمر بدفع الدين إلى المدعي^(٣)، ولو كذبه المدعى عليه في جميع ما ادعى أو صدقه في دعوى الوكالة وكذبه في المال أو صدقه في المال وكذبه في الوكالة، فهو على ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

وإن كذبه في جميع ذلك وأقام الوكيل البينة على الوكالة والمال جملة، ذكر الخصاف - رحمه الله - في أدب القاضي أن على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - القاضي لا يقبل الشهادة على المال بل تقبل على الوكالة ويقضي بالوكالة ثم يأمره بإقامة البينة على المال بعد ذلك.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - القاضي يقبل البينة على الوكالة وعلى المال فإذا عدلت البينة يقضي بالوكالة أولاً ثم بالمال، ولم يذكر قول محمد - رحمه الله -.

وذكر في موضع آخر: أن على قول محمد - رحمه الله - القاضي يقبل البينة على الوكالة والمال جميعاً، وذكر ثمة أن^(٤) قول أبي يوسف مضطرب.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) المحيط البرهاني (٢١٤/٨).

(٤) زاد في ح: على.

وجه من قال بقبول البينة على الوكالة والمال جميعاً أن البينة لا توجب الحق بنفسها وإنما توجب بواسطة اتصال القضاء بها فيعتبر هذا الترتيب في القضاء فلا جرم عندي القاضي يقضي بالوكالة أولاً ثم بالمال ولكن تقبل البينة على الأمرين في الابتداء .

وجه قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن البينة وإن كانت لا توجب الحق بنفسها ولكن إنما يسمع من الخصم وإنما يصير المدعي خصماً في دعوى المال إذا كان وكياً ولم يثبت ذلك بعد هذا إذا وكله بقبض الدين والخصومة فيه ، وأما إذا وكله بقبض الدين ولم يتعرض للخصومة فجدد المديون الوكالة والمال قبلت بينة الوكيل على الوكالة والمال عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ، وعندهما : يقبل بيته على الوكالة ولا تقبل بيته على المال بناء على أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ، وعندهما : لا يملك .

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات : رجل وكل رجلاً بالخصومة في كل حق له على الناس فأحضر الوكيل رجلاً يدعي عليه حقاً للموكل وهو جاحد للوكالة مقر بالحق ، أو جاحد للحق أيضاً وأقام عليه البينة بالوكالة فقبل أن يظهر عدالة الشهود غاب الرجل ثم عدلت الشهود فالقاضي لا يقضي بالوكالة ما لم يحضر ؛ لأن القضاء لا بد له من خصم حاضر ليقضي عليه .

وإن أحضر رجلاً آخر يدعي عليه حقاً للموكل ، وهو جاحد للوكالة مقر بالحق أو جاحد للحق أيضاً وأقام عليه البينة بالوكالة فقبل أن يظهر عدالة الشهود غاب الرجل ثم عدلت الشهود فالقاضي لا يقضي بالوكالة ما لم يحضر ؛ لأن القضاء لا بد فيه من خصم حاضر ليقضي عليه فإن أحضر رجلاً آخر يدعي عليه حقاً للموكل وهو جاحد الوكالة فقضى القاضي عليه بالبينة الأولى ؛ لأن المدعي الأول صار خصماً عن جميع الناس في حق سماع البينة عليه ؛ لأن مدعي الوكالة يحتاج إلى إثبات الوكالة بالبينة ولا يمكنه إثبات الوكالة على الذي أحضره أولاً إلا بإثبات الوكالة على جميع الناس

لكون الوكالة واحدة وانتصب الذي حضر خصما عن الناس كافة وصار إقامة البينة عليه كإقامة البينة على الكل ولو أقام البينة على الكل ثم غاب واحد منهم أليس إنه يقضي بها على الحاضر كذا هاهنا .

واعتبره في الكتاب بينة قامت على الوكيل ، فغاب الوكيل وحضر الموكل أو قامت على المورث حال حياته [فمات]^(١) ، وحضر الوارث أو قامت على وارث فغاب هذا الوارث وحضر وارث آخر فإن في هذه الفصول يقضي بتلك البينة على الذي حضر [ثانياً]^(٢) والمعنى ما ذكرنا^(٣) .



(١) سقط في ح .

(٢) سقط في ح .

(٣) المحيط البرهاني (٨/٢١٥ ، ٢١٦) .

الفصل الثامن

في التوكيل بقبض الدين وتقاضيه وفي التوكيل بقبض العين وفي التوكيل بإثبات الدين وقضاء الدين والرسول في ذلك

وإذا وكل رجلاً لتقاضي دينه فهو جائز رضي المطلوب أو لم يرض سواء كان الموكل حاضرًا أو غائبًا وسواء كان صحيحًا أو مريضًا قالوا: هذا إذا كان المطلوب مقرًا بالدين، وأما إذا كان جاحدًا لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - من غير رضا الخصم إذا كان الموكل صحيحًا حاضرًا؛ لأنه إذا كان جاحدًا كان التوكيل بالتقاضي توكيلًا بالخصومة والجواب في التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - هكذا وإليه مال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - .

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أن التوكيل صحيح على كل حال وقرر ما ذكر في الكتاب فقال: التوكيل بالخصومة هاهنا ثبت في ضمن التقاضي ويجوز الشيء إن ثبت في ضمن غيره وإن كان لا يثبت مقصودًا.

وإذا وكل رجلاً بقبض دينه فهو جائز وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب [الدين]^(١) من الديون يصير مضمونًا عليه وله على الغريم مثل ذلك فيلتقيان قصاصًا وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح.

والجواب: التوكيل بالقبض رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل الاستقراض؛ لأنه لا بد للتوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: إن فلانًا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول: أرسلني فلان إليك يقول لك: أقرضني كذا بخلاف

(١) المثبت من البحر الرائق (٧/١٨٣).

الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه فيقول: أقرضني فصح ما ادعينا أن هذا رسالة معنى، والرسالة بالاستقراض جائزة وله أن يتقاضى ديونه كلها أو يقبضها^(١)؛ لأن الدين اسم جنس فينصرف إلى الديون كلها وليس للوكيل أن يوكل غيره بالقبض إما؛ لأن الناس يتفاوتون في القبض والموكل إنما رضي بقبض الأول دون الثاني أو لأن الوكيل بالقبض في معنى الوكيل بالشراء وأنه وكيل ببيع ما في ذمة المديون بما يقبضه من المديون، والوكيل بالشراء ليس له أن يوكل غيره على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا باع ووكل من ليس في عياله بقبض الثمن حيث له ذلك.

والفرق: أن الوكيل بالبيع في حق القبض بمنزلة المالك حتى لا يملك الموكل نهيه عن القبض فيملك توكيل غيره كالمالك حقيقة، وأما الوكيل بقبض الدين نائب في القبض عن رب الدين ولهذا ملك رب الدين نهيه والنائب لا يملك إنابة غيره إلا إذا أمره المنيب به ولم يأمره المنيب هاهنا فإن وكل مع ذلك وقبض الوكيل الثاني المال من المطلوب فإن وصل إلى الوكيل الأول برأ المطلوب عن الدين وإن لم يصل إليه إن كان الوكيل الثاني ممن هو في عيال الوكيل الأول يبرأ؛ لأن قبض من في عيال الإنسان كقبضه حتى يكون الأمر بقبض الأول أمراً بقبض هذا فحصل قبض الثاني بإذن رب الدين وإنه يوجب براءة المديون كما لو دفع إلى الوكيل الأول وإن كان الموكل الثاني ممن ليس في عيال الوكيل الأول لا يبرأ؛ لأن قبض من ليس في عيال الإنسان ليس كقبضه حتى لا يكون الأمر بقبض الأول أمراً بقبض الثاني فحصل قبض الثاني بغير أمر رب الدين وإنه لا يوجب براءة المديون كما لو دفع واحداً من عرض الناس، ولو هلك المال في يد الوكيل الثاني قبل أن يصل إلى الأول فللغيرم

(١) البحر الرائق (٧/١٨٣).

أن يضمن الوكيل الثاني وللوكيل الثاني أن يرجع على الوكيل الأول؛ لأن الأول ضمن للثاني سلامة قبضه فكان مغرورًا من جهته والمغرور يرجع على العاقد بما لحقه من الغرم.

وأخبرني من أثق به أن محمدًا - رحمه الله - ذكر في باب الوكالة بالسلم أن الوكيل بالسلم إذا أسلم ووكّل رجلاً بقبض المسلم فيه فقبض الوكيل الثاني المسلم فيه أنه يبرأ المسلم إليه، والمعنى ما ذكرنا في الوكيل بالبيع إذا وكل رجلاً بقبض الثمن.

وفي المنتقى: الوكيل بالبيع إذا وكل رجلاً بقبض الثمن من غير أمر الأمر فقبض وهلك في يده قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : لا ضمان على القابض وإنما الضمان على الوكيل.

وفي شرح شيخ الإسلام - رحمه الله - : الوكيل بقبض الدين إذا وكل من في عياله بالقبض صح حتى لو هلك في يد الثاني يملك على رب الدين.

الوكيل بقبض الدين إذا وكل قال: قبضت الدين من الغريم فضاع مني أو قال: قد دفعت إلى الطالب صح إقراره وبرئ الغريم بخلاف ما لو أقر بقبض الطالب؛ لأن قبض الطالب يبطل حق الوكيل في الاستيفاء وذلك مستثنى أما قبض الوكيل يتقرر حقه في الاستيفاء فصح، والقول له مع يمينه في دعوى الضياعة أو الدفع إلى الطالب في باب إثبات الوكالة من أدب القاضي للصدر الشهيد - رحمه الله - .

وفي وكالة الجامع: الوكيل بالبيع إذا أقر بقبض الموكل الثمن من المشتري يصح إقراره ويبرأ المشتري عن الثمن كما لو أقر بقبض نفسه فعلى قياس هذا ينبغي أن يصح إقراره بقبض الطالب الدين في المسألة المتقدمة.

إذا وكل غيره بقبض الدين فأقام الغريم البينة على الإيفاء إلى الطالب فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يقبل بيته على الإيفاء ويحكم ببراءته عن الدين، وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا تقبل على الإيفاء في حق ثبوت

البراءة له ولكن تقبل بيته في حق قصر يد الوكيل حتى لا يتمكن من قبضه، بل يوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب وسيأتي بعد هذا عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - بخلاف هذا.

وأجمعوا على أن من وكل رجلاً بقبض عبد له في يد رجل وغاب الموكل فأقام الذي في يديه العبد بينة أن الغائب باعه منه فإنه تقبل بيته على البيع في حق قصر يد الوكيل، ولا تقبل بيته في حق زوال ملك الغائب عن العبد، وإذا جحد الغريم الدين وأراد الوكيل بالقبض أن يقيم البينة على الدين هل تقبل بيته؟ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : تقبل، وعلى قولهما: لا تقبل.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن التوكيل إذا حصل بقبض ما هو ملك الغير من كل وجه بحق التوكيل عليه فالوكيل ينتصب خصمًا في حق الإثبات؛ وهذا لأن الوكيل بالخصومة لم يوجد نصًا لو ثبت التوكيل بالخصومة إنما يثبت ضرورة أن التوكيل لا يتوصل إليه إلا أنه قد يمكنه وصوله إلى القبض بدون الخصومة بالألّا يجحد وقد لا يمكنه الوصول إليه بالخصومة فأحد الاعتبارين يوجب أن يكون خصمًا والآخر يوجب ألا يكون خصمًا والعمل بهما غير ممكن في كل حكم فعملنا بهما في حكمين فقلنا: إذا حصل التوكيل بقبض عين هو ملك الغير لحق الوكيل قبله ينتصب الوكيل خصمًا في الإثبات وإنما عملنا على هذا الوجه؛ لأننا لو عملنا على العكس وجعلناه خصمًا في الإثبات إذا حصل التوكيل بقبض ملك الغير؛ لأن الحاجة إلى الخصومة في ملك الغير أكبر فحينئذ يتعطل العمل بالمعنيين.

إذا ثبت هذا فنقول: الوكيل بالشفعة ينتصب خصمًا في حق إثبات الشفعة بالاتفاق؛ لأنه وكيل بقبض ملك الغير حقيقة وحكمًا لحق الموكل قبله والوكيل بقبض العبد لا ينتصب خصمًا في حق الإثبات بالاتفاق؛ لأنه وكيل بقبض عين هو ملك الموكل حقيقة وحكمًا، وأما الوكيل بقبض الدين هل ينتصب خصمًا في الإثبات؟ فهو على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله - على نحو ما بينا

بناء على أن الوكيل بقبض الدين ما هو ملك الموكل أو وكيل ما هو ملك الغير فوقع عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - أنه وكيل بقبض ما هو ملك الموكل حكماً بناء على أن المقبوض بجهة الدين عين حق صاحب الدين حكماً حتى كان له الأخذ من غير قضاء ولا رضا كما لو كان عنده وديعة أو غصب .

ووقع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه وكيل بقبض ما هو ملك الغير بناء على أن المقبوض بجهة الدين ليس ملك رب الدين حقيقة؛ لأن المقبوض بجهة الدين ليس عين حق صاحب الدين بل هو بدل حقه؛ لأن حق صاحب الدين في الدين وهذا عين والعين مع الدين مختلفان؛ ولأن تصرفات المديون فيما في يده رضي بذلك رب الدين أو لم يرض وإذا صار خصماً في الإثبات عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأنه وكيل بقبض العين والإثبات سبب ينصبه خصماً في إثبات الإيفاء إلى الطالب؛ لأن الإيفاء إلى الطالب وقبض الوكيل سواء؛ لأن الوكيل يقبض ليدفع إلى الطالب، وأما الوكيل بأخذ الشفعة إذا ادعى عليه تسليم الآخر فإنه لا يصير خصماً في ذلك؛ لأن الوكيل بأخذ الشفعة إنما صار وكيلاً في الإثبات؛ لأنه لا يتوصل إلا به وهذا المعنى لا يتأتى في جانب التسليم؛ لأن بتسليم الأمر لا يتوصل إلى القبض بل يبطل حقه في القبض فلا ينتصب خصماً عن الموكل في ذلك .

قياس مسألة الإيفاء من مسألة دعوى تسليم الشفعة من الأمر ما إذا ادعى المديون الإبراء من الأمر لا الإيفاء ولو كان كذلك لا ينتصب الوكيل خصماً؛ لأنه ليس في جعله خصماً في ذلك إيفاء حق رب الدين بل فيه إبطال حقه .

ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه مسألة دعوى الإبراء على الوفاق، وذكرها الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - على الخلاف الذي ذكرنا مسألة دعوى الإيفاء وإليه أشار محمد - رحمه الله - في أول وكالة الأصل . ثم إن أبا حنيفة - رضي الله عنه - فرق بين الوكيل بقبض الدين وبين الرسول والمأمور فجعل الوكيل خصماً في الإثبات ودعوى الإيفاء عليه ولم يجعل الرسول

والمأمور خصمًا في إثبات الدين ودعوى الإيفاء عليه وذكر مسألة الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلًا بالخصومة؟ واختلف، ورواية المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الوكيل بالتقاضي يملك الخصومة إن أبي المطلوب أن يعطيه، وبعضهم قالوا: لا يصير وكيلًا.

ذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - في رجل ادعى قبل رجل حقًا لغائب وأقام بينة أن الغائب وكله بطلب حقه وخصومته في ذلك فأقام المدعى عليه بينة أن الموكل أخرج هذا من الوكالة بمحضر منه أو بغير محضر منه فإنه يبطل البينة أو تبطل الوكالة؛ لأنه يريد إثبات العزل على الحاضر ليدفع خصومته عن نفسه ولا يمكنه ذلك إلا بإثبات العزل عن الغائب في ذلك.

وكذلك لو أقام بينة على إقرار الوكيل أن الموكل أخرجه من الوكالة؛ لأنه يثبت بالبينة إقراره أنه ليس بخصم عن الغائب وباعتباره تندفع الخصومة عنه فيكون خصمًا في إثبات إقراره فيثبت ذلك ببينته.

وفي المنتقى: الحسن بن زياد عن أبي [حنيفة]^(١) - رضي الله عنه - : إذا وكل رجلاً بقبض ماله على رجل في المصر الذي هو فيه فأنكر المطلوب المال والطالب حاضر لم يكن للوكيل أن يقيم البينة وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف في كتاب البيوع.

وقد ذكرنا عن أبي يوسف - رحمه الله - قال في المنتقى: فإن أقام عليه البينة بذلك فأقام الغريم بينة أنه قد أوفاه الطالب أو أحاله أو أبرأه منه قبل ذلك في دفع مطالبة الوكيل عنه ولم يكن ذلك قضاء على الغائب فإذا حضر الطالب أخذه بالمال إلا أن يقيم الغريم بينة عليه بذلك.

وقد ذكرنا قبل هذا: أن الغريم إذا أقام بينة على الإيفاء إلى^(٢) الطالب فعلى قول

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في ح: الإيفاء.

أبي حنيفة - رضي الله عنه - في رواية: لا يبرأ الغريم كما هو قولهما. وفي المتقى: وإن أقام الغريم بينة أنه باع من الطالب دارًا له بالألف التي كانت له عليه وقف الأمر حتى يجيء الموكل؛ لأن الخصومة الآن في الدار قال به أيضًا ولو لم يكن للغريم بينة على القضاء والإيفاء وقضى القاضي عليه بالمال وقبضه الوكيل وضاع من يده ثم أقام المطلوب بينة أنه قد قضاه رب المال فلا سبيل له على الوكيل في ذلك إنما سبيله على الموكل؛ لأن يد الوكيل يده^(١).

وإذا وكل الرجل رجلاً بقبض جارية له في يدي فلان أو بنقل امرأة أو بنقل مملوكه فأقام المملوك بينة على العتاق وأقامت المرأة بينة على الطلاق بحضرة الوكيل، القياس ألا تقبل هذه البينة أصلاً لا في حق العتق والطلاق ولا في حق قصر يد الوكيل عنهما.

وفي الاستحسان تقبل هذه في قصر يد الوكيل عنهما ولا تقبل عنهما في حق الطلاق والعتاق.

ووجه ذلك: أن البينة من المرأة والمملوك قامت على شيئين: على زوال ملك الموكل وعلى قصر يد الوكيل وهذه البينة في حق زوال ملك الموكل إن قامت على غير خصم ففي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم. وكذلك إذا وكل الرجل رجلاً بقبض دار له في يدي رجل فأقام الذي في يديه الدار بينة أنه اشتراها قال: لا أقبل ذلك عليه.

قالوا: ويجب أن تكون المسألة على القياس والاستحسان.

وفي الجامع الصغير يقول: أفقه حتى يحضر الغائب.

رجل استودع رجلاً متاعاً ووكّل رجلاً بقبضه فدفع المستودع إلى الوكيل غير متاع الموكل فدفعه الوكيل إلى الموكل، فهلك عنده فضمّانه على الموكل؛ لأنه قبضه

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٥٧١).

على أنه متاعه ولا ضمان على الوكيل؛ لأنه حين دفعه إلى الوكيل برسالة فلان على أنه لفلان فقد سلطه على الدفع إلى فلان.

في المنتقى: إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم وقال: ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها فالقياس أن يكون متبرعا حتى إذا أراد أن يحبس الألف التي دفع لنفسه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان لا يجعل متبرعا وله أن يحبس الألف التي دفع إليه لنفسه بحقه هكذا ذكر في الأصل.

وجه القياس في ذلك: أنه قضى دينه بغير أمره؛ لأن الدراهم تعين في الوكالات بعد القبض حتى لو هلكت الدراهم المدفوعة بطلت الوكالة وإذا تعينت الدراهم المدفوعة في الوكالة كان الوكيل مأمورا بقضاء الدين من تلك الدراهم فإذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيا بغير أمره فكان متبرعا.

وجه الاستحسان: أن الدراهم وإن كانت تعين في حق الوكالة بعد القبض حتى بطلت الوكالة بهلاكها لا تعين في حق القضاء؛ ألا ترى أن للمطلوب أن يدفع إلى الطالب دراهم عين ما دفع إلى الوكيل، وألا ترى أن القضاء لا يسقط بهلاكها وإذا لم يعتبر هذا التعين في حق القضاء كأنه قال: اقض ديني فيكون قاضيا بأمره باعتبار جانب القضاء فلا يكون متطوعا وباعتبار جانب الوكالة يصير قاضيا بغير أمر فيكون متبرعا فلا يجعل متبرعا بما أدى بالشك والاحتمال.

وإذا وكل الرجل رجلا ليقضي دينه فباع الوكيل الطالب بها دنانير أو عروضاً فهو جائز ورجع الوكيل على المطلوب بالدراهم.

فرق بين هذا وبين الطالب إذا وكل رجلا بقبض الدراهم التي على المطلوب فأخذ مكانها دنانير فإنه لا يجوز.

والفرق: أن مقصود الطالب من التوكيل بقبض الدراهم تحصيل الدراهم فمتى أخذ الوكيل الدنانير لم يحصل له الدراهم فصار مخالفاً، وأما مقصود المطلوب من التوكيل بقضاء الدين إسقاط ما في ذمته من الدين بمثله وقد صار مسقطاً ما في ذمته؛

لأن القضاء إنما وقع بالدين الذي وجب للوكيل على الطالب بحكم المقاصة وذلك دراهم وإذا صار بما فعل مسقطاً ما في ذمته مثله، كان موافقاً أمر أمره فجاز على الأمر وكان للوكيل الرجوع على المطلوب بالدراهم؛ لأنه صار قاضياً دينه بالدراهم؛ لأن ما دفع إلى الطالب من الدنانير والنقد.

وفرق بين هذا وبين ما إذا دفع المطلوب إلى رجل دراهم ووكله أن يقضي دينه فباع الوكيل دنانير أو عروضاً من الطالب بدينه فإنه لا يجوز على الموكل ويصير الوكيل متطوعاً حتى لو أراد أن يحبس ما في يده من الدراهم لنفسه لم يكن له ذلك وفي الموضوعين الوكيل مأمور بإسقاط ما في ذمته من الدين بمثله وقد فعل؛ لأن القضاء يقع بالدين الذي وجب للوكيل على الطالب بحكم المقاصة وذلك من جنس الذي على المطلوب.

والفرق: أن المقاصة في المسألتين جميعاً من حكم دفع الوكيل الدين إلى الطالب إلا أن المال متى لم يكن مدفوعاً إلى الوكيل والوكيل بدفع الدنانير أو العروض إلى الطالب بدينه موافق من وجه مخالف من وجه من حيث إنه مأمور بدفع الدراهم؛ لأنه أمره بالقضاء بالدراهم ولم يدفع الدراهم فإذا كان الدفع موافقاً من وجه مخالفاً من وجه كان في المقاصة التي هو حكم الدفع موافقاً من وجه مخالفاً من وجه؛ لأن الحكم لا يخالف السبب وباعتبار المخالفة متطوعاً؛ لأنه يكون قاضياً بأمر فلا يكون مخالفاً بالشك، فأما إذا كان دفع إليه الدراهم فدفع الوكيل إلى الطالب دنانير أو عروضاً بدينه فالوكيل مخالف فيما دفع إليه من كل وجه؛ لأنه أمره أن يدفع دراهمه إلى الطالب وهو يدفع إليه دراهمه إنما دفع دنانير نفسه فكان هذا الدفع مخالفاً من كل وجه باعتبار المال والنوع فكان الدفع بغير أمر من كل وجه وإذا صار الدفع من غير أمر من كل وجه صار متطوعاً، قياس تلك المسألة من هذه المسألة: أن لو دفع الوكيل دراهم نفسه إلى الطالب ولم يدفع دراهم الأمر في هذه الصورة لا يصير متبرعاً استحساناً حتى كان له أن يحبس ما في يده بما قضى؛ لأنه في هذا الدفع

موافق من وجه من حيث إنه أمر بدفع الدراهم كما في مسألتنا والتقريب ما ذكرنا .
وفي نوادر هشام عن محمد - رحمهما الله - : رجل دفع إلى رجل ألف درهم
وأمره أن يعطيها غريمه فأعطاه المأمور غيرها من عنده أو باعه بها ثوبًا أو كان
للمأمور على الغريم ألف درهم فجعلها قصاصًا بهذه فهذا كله جائز .

قال هشام - رحمه الله - : يعني لا يكون متطوعًا فيما أدى ، قال محمد - رحمه
الله - : وإن دفع إليه غلامًا أو قال : بعه وأعط فلانًا ثمنه قضاء له مما علي فأعطاه من
عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء له مما على رب الغريم فهو متطوع .

وفي نوادر ابن سماعة أيضًا : رجل وكل رجلاً أن يقبض من فلان ألف درهم عليه
ويتصدق بها عنه ففعل المأمور وتصدق بمثل ذلك من ماله عن الأمر ليرجع بمثل
ذلك في مال الأمر إذا قبضه من الذي عليه فإنه أستحسن أن أجز ذلك .

وفيه أيضًا : ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : رجل دفع إلى رجل ألف
درهم عليه وأمره أن يشتري له بها عبدا فاشترى له عبداً بألف درهم وصح ونقد من
مال نفسه وقال : أنا أوصي أن آخذ هذه الغلة مكان الذي نقدت قال : لا يجوز ذلك
على الأمر ولو دفع إليه ألف درهم وصح وأمره أن يشتري له بهذا عبدا فاشترى له
عبداً بألف درهم غلة ونقد من ماله جاز إذا كان العبد مثله يشتري بألف درهم ،
وصح .

وفي المنتقى : هشام عن محمد - رحمهما الله - قال : وقال أبو يوسف - رحمه
الله - : إذا أعطى الرجل رجلاً عشرة دراهم وأمره أن يشتري له بها ثوبًا وسمى جنسه
ووصفه وأنفق المدفوع إليه العشرة على نفسه فاشترى ثوبًا مثل ذلك الثوب بعشرة من
عند نفسه جاز ذلك على الأمر وإن ضاع الثوب بعد الشراء ضاع من مال الأمر .

وفي الفتاوى سئل الفقيه أبو بكر - رحمه الله - عن المديون إذا بعث بالدين على
يدي رجل إلى الطالب وأخبره به ورضي به وقال الذي جاء به : اشتر لي بها شيئاً
فذهب واشترى ببعضه شيئاً وهلك الباقي قال : قد قيل إنه يهلك من مال المطلوب .

وقد قيل: إنه يهلك من مال الطالب.
قال - رحمه الله - : وهو الصحيح؛ لأن الرضا بقبضه في الانتهاه بمنزلة الإذن
بالقبض في الابتداء وهذه العلة تشير إلى أن الإجارة في الانتهاه تلحق الأفعال وهو
الصحيح.

المديون إذا دفع ماله إلى رجل ليقضي دينه وقال المديون: ادفع هذا المال إلى
فلان فصالحه مما علي وخذ الصك فدفعت ولم يأخذ الصك فلا ضمان.
ولو كان قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك فدفعت قبل أخذ الصك فهو
ضامن، وعلى هذا المشتري إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع إلى البائع وذكر
أخذ الصك فهو على ما ذكرنا من الوجهين.

ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان فدفعت بغير محضر من فلان ذكر في الأصل
أنه ضامن قبل هذا إذا كان فلان رفيع القدر يحتشم الناس مخالفته أما إذا كان رفيع^(١)
القدر لا يحتشم الناس مخالفته فلا ضمان؛ لأنه شرط ألا يقبل من كل وجه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: وإذا أمر الرجل أن يقضي عنه دينه وقال
المأمور بعد ذلك للآمر قد قضيت فارجع بذلك عليك وصدقه^(٢) الأمر وكذبه رب
الدين وقال: ما قضيت، والقول قول رب الدين حتى كان له أن يرجع على المديون
بالدين ولا يرجع المأمور على الأمر بشيء وإن صدقه في القضاء وليس طريقه أن
الأمر صار مكذبًا في إقراره لما قضى القاضي عليه للطالب بالمال فبطل إقراره؛ لأن
الإقرار إنما يبطل بالقضاء بخلافه إذا كان القضاء بالبينة أما إذا لم يكن القضاء بالبينة
فلا؛ ألا ترى أن المشتري إذا أقر أن البائع كان قد أعتق قبل البيع وكذبه البائع
والقاضي يقضي على المشتري بالثمن للبائع ويحكم بعق العبد على المشتري،
وحين قضى على المشتري بالثمن فقد كذبه في إقراره بعق العبد ومع هذا لم يبطل

(١) كذا ولعل الصواب: وضيع.

(٢) في البحر الرائق (٧/١٧٢): قضيت وصدقه.

إقراره بعقوبته لما لم يكن التكذيب بالبينة فهنا يكون كذلك لا يبطل إقرار الأمر بالقضاء بخلاف؛ لأن التكذيب لم يكن بالبينة ولكن الطريق في عدم رجوع المأمور على الأمر أن المأمور بقضاء الدين بمنزلة الوكيل بالشراء من جهة المدينين؛ لأنه أمره أن يملكه ذمته ببطلان يؤدي من عنده فيستحق المأمور على الأمر ما في ذمته هاهنا فلا يسلم له البطلان؛ ألا ترى أن المشتري إذا هلك قبل التسليم إلى المشتري لا يجب الثمن على المشتري لما لم يسلم له المبيع، كذا هاهنا.

وذكر القدوري في شرحه في باب الوكالة بقبض الدين وقضائه: أن الطالب يرجع على المدينين بدينه والمأمور يرجع على المدينين بما قضى.

ولو أن الأمر جحد القضاء وأقام المأمور بينة على القضاء ليرجع بذلك على الأمر ورب الدين غائب قبلت بينته؛ لأن المأمور يدعي لنفسه حقاً في ذمة الأمر فيكون خصماً في إثبات بينته ويكون ذلك قضاء على الغائب بالقبض حتى لو حضر وأنكر القبض لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن الحاضر انتصب خصماً عنه فيتعدى الإنكار إليه. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل أمر رجلاً بقضاء دينه ثم إن الأمر قضى الطالب ماله، ثم المأمور دفع المال إليه فإن المأمور يرجع بما دفع على الأمر^(١) ولا يرجع به على الأمر فقد أثبت العزل بدفع الأمر، وذكر هذه المسألة في وكالة الأصل وشرط علم المأمور بدفع الأمر^(٢).

وجه ما ذكر ابن سماعة - رحمه الله - أن هذا عزل حكمي لا قصدي؛ لأنه ما خرج لعزله إنما يصرفه الأداء والأداء انصرف في المؤدى وليس ينصرف في الوكيل إلا أن الوكيل ينزل ضرورة فوات المأمور به وهو إسقاط الدين عن ذمته بالدفع إذ لا يتصور ذلك بعدما سقط عنه بأدائه بنفسه فهو معنى قولنا: إن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم.

(١) في الفتاوى: القابض.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٦٢٨).

وجه ما ذكر في الأصل: أن هذا بمنزلة العزل القصدي فيتوقف على العلم. بيانه: أن أداء الأمر منع له عن الدفع؛ لأن الأمر بالدفع توقف إلى وقت فراغ ذمته عن الدين دلالة وقد فرغت ذمته عن الدين دلالة فهو معنى قولنا: إن هذا بمنزلة العزل القصدي فيتوقف على العلم.

قال في نوادر ابن سماعة - رحمه الله - : وإن أقام بينة يعني المأمور على أنه كان قضاءه الأمر بعد الأمر قبل أداء الأمر فللدافع أن يرجع بماله إن شاء على القابض وإن شاء على الأمر.

وفي كتاب الأفضية: رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم وأن فلانا أمر هذا أن يدفعها إليه من هذه الألف الودیعة التي عنده له، وجحد المودع الأمر بذلك، وأقام المدعي بينة على الألف الودیعة التي عنده، وعلى الأمر بالدفع وقضى القاضي عليه وأنه يكون ذلك قضاء على الغائب وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا قال الرجل لغيره: أهد فلانا عني ألف درهم، أو قال: اقضى، أو قال: ادفع، أو قال: اعط وذكر (عني) في هذه الألفاظ ففعل المأمور ذلك كان له أن يرجع على الأمر بذلك وإن لم يشترط الرجوع والضمان.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال لآخر: أدّ عني زكاة مالي، أو قال: أطعم عني عشرة مساكين عن كفارتي، أو قال: تصدق عني بعشرة دراهم على المساكين، أو قال: هب فلانًا عني ألف درهم، ففعل فإن في هذه المسائل المأمور لا يرجع على الأمر إلا بالشرط وبالضمان ومن حيث الصورة لا فرق؛ لأن الأمر طلب التملك من المأمور في الفصول كلها لأن أمره أن يقضي عنه القضاء لا يقع عنه إلا بعد وقوع الملك له في المقضي به فيصير من حيث المعنى كأنه طلب أن يقرضه ذلك القدر ثم يكون وكيلًا عنه في الدفع إلى الغريم.

هذا هو الطريق في الرجوع في فصل الدين والاستقراض وهذا موجود في فصل الصدقة مع أجناسها ومع هذا فرق، والوجه في ذلك أن يقال: ليس طريق الرجوع في فصل الدين والاستقراض وكيف يمكن أن يقال: ليس طريق الرجوع ذلك وإن القرض والاستقراض عقد ضمان والضمان غير مذكور ولكن طريقه أن الأمر أمر المأمور بتملك المال من الغريم عنه فثبت ملك الأمر في ضمن ملك الغريم في المقبوض ثبت ببدل؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فيصير المقبوض مضموناً على الغريم وله على مثله فيلتقيان فكذا ثبت الملك للأمر فيه بعوض وكأن الأمر قال له: ملكني هذا بعوض ثم ادفع إلى فلان ولو صرح به استحق الرجوع فهاهنا كذلك. أما في فصل الصدقة وأخواتها الملك للتقايض في المقبوض ثبت بغير بدل والملك بغير بدل لا يكون إلا بالهبة أو الصدقة فكأن الأمر طلب من المأمور أن يهب ذلك القدر منه أو يتصدق على الفقير بوكالته ولو نص على ذلك لا يثبت للمأمور حق الرجوع عليه كذا هاهنا.

ولو قال: انقده ألف درهم على أي ضامن لها أو على أي كفيل بها أو على أنها لك علي أو إلي أو قبلي أو عندي، ففعل المأمور ذلك كان له أن يرجع المأمور على الأمر بقضاء الدين أجود مما أمر به يرجع بمثل أمره ولو قضى بأردأ مما أمر به رجع بمثل المؤدى والوكيل في هذا المخالف الوكيل بالمال فإن الكفيل بالمال إذا أدى أجود مما أمر به أو أردأ يرجع بما كفل به.

وكل إنساناً بقبض عين فجاء رجل واستهلك العين قبل القبض ليس للوكيل أن يخاصم المستهلك بقبض؛ لأنه نائب في قبض العين فتقيد الوكالة بقيام العين، فإن كان الوكيل قبض العين واستهلك كان للوكيل أن يخاصم المستهلك بأخذ^(١) القيمة؛ لأن بعد القبض صار مودعاً فيه والمودع يملك الخصومة في القيمة ذكر شمس الأئمة

(١) الفتاوى الهندية (٣/٦٢٩).

السرخسي - رحمه الله - في شرح كتاب الوكالة في باب الوكالة بقبض الوديعة والعارية .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمه الله - رجل قال لغيره: إن فلاناً قال لي: أقرضك ألف درهم وقد وكلتك بقبضها منه لي فقال للوكيل: قد قبضت^(١) منه وقال المقرض: قد دفعتها إلى الوكيل [وكذبها الوكيل]^(٢) فالقول قول الموكل^(٣) .

وهكذا ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - ولو قال: ادفع إلى رسول فلان الألف التي عليك فقال الذي عليه الدين: قد دفعت وصدقه الرسول وقال: قبضت إلا أنها ضاعت [وكذبه الأمر]^(٤) في الدفع والقبض يبرأ الغريم عن الدين .

وإذا قال لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم قضاء له ولم يقل: (عني) أو قال: اقض فلاناً ألف درهم، ولم يقل: (عني) ولا قال: على أي ضامن لها، على أي كفيل بها على أنها لك، فدفعها المأمور إلى فلان^(٥) كان المأمور شريكاً للأمر أو كان خليطاً له .

وتفسير الخليط: أن يكون المأمور في السوق بينهما أخذ وإعطاء وبينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله يبيع منه ويقرض منه، فإنه يرجع على الأمر بالإجماع؛ لأن الضمان في الخليطين مشروط على الأمر عرفاً؛ لأن العرف فيما بين الناس أنه إذا كان بين اثنين شركة وأخذ وإعطاء إذا أمر أحدهما بدفع ماله إلى غيره [دينا مشروط فأمره]^(٦) كون المدفوع يكون قرضاً على الأمر، والمعروف كالمشروط

(١) في ح: قبضت .

(٢) في ح: وكذبها الموكل .

(٣) عيون المسائل، ص (٢٤٨) .

(٤) في الفتاوى الهندية: وكذبها الموكل .

(٥) في ح: فإن .

(٦) هكذا في ح .

وكذلك إذا كان المأمور بعض من في عيال الأمر أو كان المأمور يقول الأمر يرجع على الأمر^(١) بالإجماع وإن لم يقل: (على أي ضامن) اعتباراً للعرف وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة فالمأمور لا يرجع على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - وعند أبي يوسف - رحمه الله - يرجع فيما قالوا قوله: اقض فلاناً ألف درهم قضاء كلام محتمل يحتمل (عني) وعلى هذا التقدير يثبت له حق الرجوع على الأمر، ويحتمل (عنك) أو عن أجنبي، وعلى هذا التقدير لا يثبت له حق الرجوع على الأمر بالشك إلا أن في الخليطين ترجح قوله عني بحكم العرف ولا عرف في حق الخليطين بقبي الكلام محتملاً احتمالاً على السواء.

ولو قال لغيره: أنفق علي فأنفق رجل على الأمر كان له الرجوع وإن لم يشترط الرجوع والضمان في أول القبض شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله -.

وكذلك إذا قال: أنفق على أولادي فأنفق كان له الرجوع وإن لم يشترط الرجوع في كتاب النفقات في باب نفقة ذوي الأرحام للخصاف وذكر الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني في شرح كتاب الأفضية أن الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية أبي يوسف - رحمه الله -.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: إذا قال لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم أو قال: أعط فلاناً ألف درهم [على أي] ^(٢) ضامن لها، والمدفوع إليه يسمع هذه المقالة يدفع المأمور إلى فلان ألف درهم فالألف قرض للدافع على الأمر وليس للمأمور أن يأخذها من القابض وللأمر أن يأخذها بعينها من القابض؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد الوجهين: إما التحمل بطريق الكفالة وهو المعهود من لفظ الضمان، وإما جهة الأصالة بالاستقراض، والأول لا وجه إليه؛ لأن شرط الضمان

(١) هكذا في ح.

(٢) في ح: قال لي.

بطريق التحمل بأن يكون الضمان ثابتاً في حق الأصيل ولا ضمان على المدفوع إليه هاهنا ليتحملة الأمر بالكفالة فتعين جهة الأصالة بالاستقراض وصار المدفوع إليه وكيلاً عن الأمر بالقبض كأن الأمر قال للدافع: اقترضني ألف درهم وادفعها إلى فلان فإنني وكلته بقبضها فإذا قبضها صار قرضاً على الأمر وديعة عند الوكيل وهو القابض إن هلك في يده لا شيء عليه لكونه أميناً وإن أتلفه كان عليه الضمان وإنما شرط في الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضراً لسمع الكلام؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلاً عن الأمر بالقبض والتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل فشرط حضرته وسماعه ليصير وكيلاً.

ولو قال الأمر: اقترض هذا الوكيل ألف درهم على أي ضامن لها والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام ففعل فإن المأمور يأخذ ماله من أيهما شاء ويكون المال قرضاً على القابض والأمر كفيله؛ لأنه لما أضاف القرض إلى المدفوع إليه هاهنا ثم ذكر ضمان نفسه أمكن لفظ الضمان على ما هو المعهود من هذا اللفظ وهو الكفالة لوجود شرطه وهو كون العين مضموناً وهو المكفول عنه فإن المقرض مضمون على المستقرض فحمل على الكفالة.

وإذا قال لغيره: أعط فلاناً ألف درهم، أو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أي ضامن لك عنه بهذه الألف، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام ففعل فالألف قرض للمأمور على القابض والأمر بضامن لها عنه يأخذ أيهما شاء.

فرق من هذا وبين ما إذا قال: على أي ضامن لها ولم يقل: (عنه). والفرق: أنه لما قال: على أي ضامن، فقد نص على أن القابض مكفول عنه، وإنما يصير القابض مكفولاً عنه إذا صار مستقرضاً فصار تقدير الكلام أقرض فلاناً ألف درهم على أي ضامن عنه، وأما إذا قال: على أي ضامن لهما، ولم يقل: (عنه) لم يجعل الأمر القابض مكفولاً عنه فيتعذر أن يجعل الأمر ضامناً له بحكم

الكفالة فجعل ضامنا له بحكم القرض احتمالا للصحة ولو أن القابض هو الذي خاطب الدافع فقال: أعطني ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها فقال فلان: نعم فدفع الألف على أن فلاناً ضامن لها فإن الألف قرض للمأمور على القابض وفلان كفيل بها عنه.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الأمر هو الذي يلي المخاطبة والقابض ساكت. والفرق: أن المخاطبة متى كانت من القابض وقد جرى بين القابض والدافع ما هو سبب الضمان وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره فدفع كان مضموناً عليه وإذا شرط القابض ضمناً آخر كان هذا ضمان كفالة لا ضمناً طراً على ضمان ثابت على غيره وهو حد الكفالة وصار تقدير ما قال القابض: أقرضني ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها، فأما إذا كانت المخاطبة من الأمر لم يجر بين القابض وبين الدافع سبب الضمان بدليل أنه لو لم يقل الأمر: (على أنني ضامن لها) واقتصر على الأول ودفع المأمور إليه الألف كان القابض أميناً لا ضميناً فكان هذا من الأمر مشورة أن يدفع إليه ألف درهم وديعة، وإذا لم يجر بينهما سبب ضمان تعذر أن يجعل بحكم الكفالة على ما مر فجعل استقراضاً محضاً.

وإذا قال: أعط فلاناً ألف درهم على أنني ضامن لها، فقال فلان: نعم، ففعل فالقرض على القابض والأمر كفيله؛ لأن قول فلان: نعم، جواب والجواب يتضمن إعادة الكلام الأول وصار كأن فلاناً قال: نعم أعطني ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها، ولو نص على هذه كانت هذه المسألة عين المسألة المتقدمة.

إذا قال لغيره: هب فلان ألف درهم على أنني ضامن لها، ففعل المأمور ذلك وقبضها الموهوب منه كانت لها الهبة جائزة والأمر ضامن للدافع ويكون الواهب في الحقيقة الأمر دون المأمور حتى كان للأمر أن يرجع في الهبة ولا يكون للمأمور ذلك؛ وهذا؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العمل من الأمر بحكم الكفالة عن القابض؛ إذ

لا ضمان على الموهوب [...] ^(١)وعلى [...] ^(٢)عليه فجعل الأمر ضامنا بحكم القرض جاعلا المأمور وكيلاً عن نفسه بالهبة والصدقة وجعل القابض وكيلاً عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وصار تقدير المسألة كأن الأمر قال لذلك: أقرضني ألف درهم ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا، كان الجواب كما قلنا فهنا كذلك.

وإذا قال الرجل لغيره: هب لي ألفاً على أن فلاناً ضامن لها وفلان حاضر فقال: نعم، ثم وهبه المأمور ألف درهم فالهبة... ^(٣) ويكون هذا المال قرضاً للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض: هب لي تنصيص على أنه لا ضمان عليه لأحد في المقبوض فلا يمكن أن يجعل قوله: على أن فلاناً ضامن لها اشتراط الضمان بحكم الكفالة فجعل ذلك ضمناً بحكم القرض وصار فلان بقوله: نعم مستقرضاً الألف من الدافع جاعلاً الدافع وكيلاً عن نفسه بالهبة من القبض احتيالياً للصحة.

قال المديون ابعث به مع فلان أو قال: أرسل به مع ابني، أو قال: مع ابنك، أو قال: مع غلامي، أو قال: مع غلامك، ففعل المديون فضاع منه فهو من مال المطلوب؛ لأنه رسول المطلوب.

وقوله: ابعث به فلانا، ليس بتوكيل ولو قال: ادفع إلى ابني أو ابنك أو غلامي أو غلامك يأتيني به، فهذا توكيل فإن ضاع فمن مال الطالب ^(٤). في نوادر ابن رستم. إذا وكل غيره بقضاء الدين فجاء الوكيل وقال: قبضت وصدقه الموكل لكن قال: لا أدفع إليك مخافة أن القابض لو جاء وأنكر تأخذه مني ثانياً لا يلتفت إليه ويجبر الموكل على القضاء للوكيل فبعد ذلك جاء رب الدين وأنكر الاقتضاء قبض من مال الموكل ثم هو لا يرجع على الوكيل بما أدى في الجامع وقد مر جنس هذه المسألة

(١) بياض في ح.

(٢) بياض في ح.

(٣) هكذا في ح.

(٤) الفتاوى الهندية (٣/٦٢٦).

فيما تقدم، قال في نوادر ابن رستم: وليس المقرض بمنزلة المديون إنما المقرض بمنزلة رجل دفع إلى رجل عبداً أو أمره أن يبيعه فقال الوكيل: بعته من فلان بألف درهم وقبضت الألف فضاعت مني ولم أدفع العبد فأنا أدفعه إلى الذي اشتراه، وكذبه الأمر وقال: لم تقبض الثمن، فالقول قول الأمر ولا يصدق الوكيل على قبض الثمن من قبل أن العبد في يده، ولو كان الوكيل دفع العبد إلى المشتري ثم أقر بذلك، كان القول قوله وهذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه وأرضاه.



الفصل التاسع في التوكيل بالشراء

وأنة أنواع: نوع منه في بيان ما يجوز من ذلك، وما لا يجوز.
رجل أمر رجلاً بأن يشتري له جارية فاشتراها وهي للمأمور وأمر الأمر باطل هكذا
ذكر في الجامع الصغير.

أصل هذا أن جهالة جنس ما وكل به من كل وجه إذا كان معقوداً عليه يمنع صحة
التوكيل بين الثمن أو لم يبين حتى إن من وكل رجلاً أن يشتري له رقيقاً أو دابة لا
يصح التوكيل بين الثمن أو لم يبين؛ لأن الرقيق أجناس مختلفة؛ لأن اسم الرقيق
يتناول الذكر والأنثى والذكر مع الأنثى في بني آدم جنسان مختلفان؛ ألا ترى أنه لو
اشترى شخصاً على أنه عبد فإذا هو جارية كان البيع باطلاً وكذلك الدابة أجناس
مختلفة فالموكل به مجهول الجنس من كل وجه وإنه معقود عليه فممنوع جواز التوكيل
وهذا؛ لأن الموكل به إذا كان مجهول الجنس من كل وجه لا يمكن للتوكيل
الامتثال؛ لأنه ما بين جنس قال: يشتريه الوكيل إلا والموكل أن^(١) يقول: عنيت
جنساً آخر لثلا يرتفع ببيان الثمن؛ إذ يوجد مما سمي واحد من كل جنس والأمر بما
لا يمكن للتوكيل الامتثال به باطل وجوده والعدم بمنزلة.

وإن كان الموكل به مجهول الجنس من وجه دون وجه إن بين الثمن أو بين النوع
صحت الوكالة وإن لم يبين واحداً منهما لا تصح الوكالة حتى إن من وكل رجلاً أن
يشتري له جارية أو عبداً إن بين النوع بأن قال: تركي أو هندي أو بين الثمن صحت
الوكالة؛ لأن العبد من وجه جنس واحد لاستوائهم في منفعة أصل العمل أجناس
مختلفة من وجه باعتبار منفعة الجمال وإن الجمال مطلوب في بني آدم، ولهذا جعل
رؤية الوجه في بني آدم كروية الكل وفي هذه المنفعة يختلف الهندي مع التركي

(١) هكذا في ح.

فألحقناه بالنوع الواحد عند بيان النوع والثنى، وألحقناه بالجنس المختلف إذا لم يبين واحدا منهما عملاً بالشبهين وهذا؛ لأنه إذا بين النوع بأن قال: العبد لي، فقد اتحد الجنس باعتبار منفعة العمل ومنفعة الجمال فإن وصف هذا النوع واحد وإنما يقع التفاوت في الكمال ولا عبرة بالكمال.

وإذا بين الثمن وثنى الهنود معلوم عادة وثنى الأثران كذلك صار بيان الثمن كبيان النوع حتى قال بعض مشايخنا: إذا كان يوجد مما سمي واحد من كل نوع لا يصح التوكيل ببيان الثمن ما لم يبين النوع.

وعن أبي يوسف أن الوكالة في هذه الصورة تنصرف إلى مثل ما يليق بحال الموكل.

وإذا صار الموكل به معلوم الجنس من كل وجه إلا أنه مجهول الصفة والتوكيل صحيح بين الثمن أو لم يبين حتى إن من وكل رجلاً أن يشتري له شاة أو بقراً أو ما أشبه ذلك صح التوكيل وإن لم يبين الثمن وهذا؛ لأن البقر كله جنس واحد؛ لأن المقصود من البقر العمل وكل البقر في أصل هذه المنفعة على السواء والعبرة في إثبات المجانسة الاتفاق في أصل المنفعة إذ لا نهاية للكمال فكان معلوم الجنس من كل وجه إلا أنه مجهول الصفة لكن جهالة الصفة لا تصلح مانعة جواز التوكيل؛ لأن التوكيل إنما جاز توسعه للأمر على الناس ليصلوا إلى مصالحهم العاجلة إذا لم يكن للموكل مباشرة ذلك بنفسه وهذا المعنى يقتضي إسقاط اعتبار بيان للصفة؛ لأن بيان الصفة من كل وجه متعسر فلو اعتبرنا بيان الصفة يضيق الأمر على الناس بخلاف جهالة الجنس؛ لأن بيان الجنس متيسر فلو شرطنا ذلك لا يضيق الأمر على الناس فهذا كله في المعقود عليه.

وأما في المعقود به جهالة الجنس لا تمنع صحة التوكيل حتى إن من وكل رجلاً ببيع عين من أعيان ماله جاز وإن لم يبين الثمن كان له أن يبيع بأي ثمن شاء عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وإنما جاء الفرق؛ لأن المقصود من جانب المعقود به

تحصيل المالية دون العين؛ لأن الأصل في المعقود به الدراهم والدنانير والمقصود بها المالية دون العين حتى لم يتعلق العقد بأعيانها والأشياء كلها في المالية على السواء فكان الجنس متحدًا.

وأما في جانب المعقود عليه فالمالية كما هي مقصودة والمنافع التي تحصل منها مقصود وذلك كاللبس في الملبوس والركوب في المركوب وأعيان باعتبار المنافع الحاصلة منها أجناس مختلفة؛ لأن بعض المنافع يوجد في بعض الأعيان دون البعض وجهالة الجنس فيما هو مطلوب من الأمر يمنع جواز الأمر.

قال: والدور نظير العبيد والجواري جنس واحد من وجه؛ لأن الكل في منفعة أصل السكنى على السواء أجناس مختلفة من وجه من حيث إنه منفعة التحصين لا يتحصل ببعض الدور من غير مالك فقلنا: إذا بين المحلة أو الثمن يجوز التوكيل فإذا لم يبين واحدًا منهما لا يجوز التوكيل ما لم يبين المحلة.

وفي المجرد إذا قال الرجل: اشتر لي دارًا بألف درهم فالوكالة باطلة ولو قال: اشتر لي دارًا بالكوفة في موضع كذا سمى موضعًا متقاربًا بعضه من بعض جازت الوكالة سمى الثمن أو لم يسم.

وروى هشام عن محمد - رحمهما الله - أنه إذا أمر رجلًا أن يشتري له دار فهذا على مصره الذي أمره أن يشتري فيه ولو كان يشتري دارًا بالشام بألف درهم فهذا فاسد؛ لأنه متفاوت.

وفي المنتقى: إذا قال لغيره: اشتر لي خادمًا بألف درهم فإن الخادم يكون على العبد والأمة.

وفي القياس لا يكون على الأمة.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - أن هذا على الجارية وقد يقع على الغلام والغالب على الجارية.

وفي القدوري: اسم الخادم يطلق على الغلام والجارية والصغير الذي هو يقدر

على الخدمة والكبير .

وفيه أيضًا إذا قال لغيره: اشتر لي خادمًا من جنس كذا وكذا ولم يسم ثمنًا فهو جائز على ما يتعامل الناس عليه في ذلك الجنس فإن جاء بشيء من ذلك كثير الثمن لا يتعامل عليه الناس في ذلك لم يجز على الأمر .

وإذا وكل رجلاً بأن يشتري له طعامًا ودفع إليه الدراهم صح التوكيل استحسانًا وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها هكذا ذكر في الأصل ويحكم للدراهم في تعيين واحد منهما إن كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف إلا الخبز والتوكيل ينصرف إلى الخبز حتى لو اشترى الخبز يجوز على الأمر ولو اشترى الحنطة والدقيق لا يجوز على الأمر وإن كانت الدراهم وسطا بحيث يشتري بها الحنطة والدقيق ولا يشتري بها الخبز والتوكيل ينصرف إلى الحنطة والدقيق أيهما اشترى يجوز على الأمر ولو اشترى الخبز لا يجوز على الأمر .

وإن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشتري بها الحنطة ولا يشتري بها الدقيق والخبز والتوكيل ينصرف إلى الحنطة لو اشترى الحنطة يجوز على الأمر ولو اشترى الدقيق أو الخبز لا يجوز على الأمر .

قال القدوري - رحمه الله - : إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده من التوكيل الخبز وإن كثرت الدراهم فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الأمر ولو اشترى بالدراهم شعيرًا لا يجوز على الأمر ذكره في باب السلم وكذلك لو اشترى بها فاكهة أو لحمًا لا يجوز على الأمر وهذا استحسان، والقياس أن يدخل فيه كل مطعم كما في الوصية .

وجه الاستحسان: أن الطعام إذا ذكر معروفًا بالشراء يراد به في العرف الحنطة ودقيقها .

قالوا: وهذا عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، فأما في عرف غير أهل الكوفة التوكيل ينصرف إلى شراء كل مطعم .

وقالوا مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف دارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فينصرف التوكيل إليه دون الحنطة والدقيق والخبز.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : وعليه الفتوى .

وفي القدوري عن أبي يوسف - رحمه الله - : ولو وكله بشراء لحم فاشترى المطبوخ والمشوي منه لم يجز على الأمر إلا إذا كان مسافراً نزل خاناً وذكر هذه المسألة في المنتقى رواية إبراهيم عن محمد - رحمهما الله - وذكر أنه إذا اشترى لحمًا مشويًا لم يجز على الأمر وإن كان الأمر مسافراً أستحسن أن يجوز .

قال في القدوري: ولحم الطير والوحش يجوز عليه إذا كان في بلد يباع في أسواقه ومنه يشتري الناس وشراء الشاة الحية والمذبوحة لا يجوز على الأمر وإن سمى في الأمر عشرة دنائير إلا أن يكون مسلوخة، ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج بخلاف اليمين على أكل البيض فإنه يقع على الأوز أيضًا .

وعن الحسن في البيوع: إذا وكل بشراء دهن فهو على كل دهن يباع في السوق . في المنتقى: لو أن رجلاً من أهل البادية أمر رجلاً أن يشتري له جارية حبشية ولم يسم ثمنًا جاز له أن يشتري من الصنف الذي يشتري أهل البادية ويشتري لهم فإن تعدى ذلك إلى ما لا يشتري أهل البوادي لم يجز إنما هذا على ما يتعامل أهل ذلك البلد والأمر ونظراؤه وهذا استحسان .

وكله بشراء الحنطة ولم يسم كميلاً ولا ثمنًا لا يصح ولو سمي كميلاً أو ثمنًا يصح وعلى هذا سائر ما يكال أو يوزن في الأصل .

وفي القدوري: ولو وكله أن يشتري له فرسًا أو برذونًا وسمى له الثمن فاشترى له رمكة من الخيل أو^(١) البراذين فهذا لا يجوز على أهل الأمصار، ويجوز على أهل

(١) في ح: و .

البلدان الذي يتخذ فيها الرماك^(١) وهذا على الاستحسان وعلى ما يتعامل عليه الناس، وأما التعامل فهو على الذكر والأنثى في الأمصار وغيرها ما لم يسم له ذكراً أو أنثى.

ولو أمره أن يشتري له بغلاً لا يلزمه الأنثى ولو أمره أن يشتري له بغلة لا يلزمه الذكر، وهذا بخلاف ما ذكر في السير الكبير فقد ذكر ثمة: أن البغلة تقع على الذكر والأنثى والهاء فيها للإفراد دون التأنيث.

ولو أمره أن يشتري له بقراً لا يلزمه الأنثى ولو قال: بقرة لا يلزمه الذكر، هذا بخلاف ما ذكر في الجامع والسير الكبير فقد ذكر ثمة أن البقر مع (الهاء) وبدون (الهاء) اسم جنس يتناول الذكر والأنثى و(الهاء) فيها للإفراد دون التأنيث.

وفي السير الكبير: اسم الدجاج يقع على الأنثى والذكر واسم الدجاجة للأنثى خاصة واسم الديك للذكر خاصة واسم الحمار للذكر والأنثى واسم الحمامة والأتان للأنثى خاصة.

وفي بعض الفتاوى: إذا أمر إنساناً أن يشتري له حماراً ينصرف الأمر إلى ما يركبه مثل الأمر حتى لو كان الأمر هو القاضي فاشترى المأمور حماراً مقطوع الذنب والأذنين لا يجوز عليه بخلاف ما إذا أمره الفاليري^(٢).

قال في الزيادات: وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له الدواب أو الثياب بألف درهم ودفع إليه الألف أو لم يدفع فالتوكيل صحيح؛ لأن هذا اسم جنس ونحن نعلم يقيناً أنه لم يرد به تعميم الجنس إذ لا يتهيأ للواحد شراء جميع ما في العالم من الدواب والثياب وكان المراد ما يتهيأ له من ذلك الجنس، ويكون دليلاً على أنه قطع رأيه وفوض الرأي إليه كأنه قال: اشتر لي ما شئت، أو قال: ما بدا لك، ولو نص على ذلك كان التوكيل جائزاً كذا هذا.

وإذا قال: اشتر لي دواباً أو ثياباً بألف درهم؛ لأن في اسم الجنس المذكور

(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٧٧).

(٢) المبسوط (١٩/٤٠)، والفتاوى الهندية (٣/٥٧٧).

(بالألف واللام) المذكور بغير (الألف واللام) سواء .

ولو وكله أن يشتري له أثوابًا بألف لا يصح؛ لأن هذا اسم جمع وليس هذا باسم الجنس؛ ألا ترى أنه يستقيم ميزان العدد به يقال: ثلاثة أثواب وأقل الجمع الصحيح ثلاثة .

ولو وكله بشراء ثوب لا يصح لمكان الجهالة فعند ذكره عدد تكثر الجهالة وأولى ألا يصح، ولو قال: اشتر لي أي ثوب شئت أي دابة شئت أي ثلاثة أثواب شئت، صح؛ لأن هذا الكلام للتعميم وتفويض الرأي؛ لأن كلمة (أي) إذا أضيف إلى النكرة يراد بها التعميم وتفويض الرأي، وإذا أضيف إلى المعرفة يراد بها التبعض .

ولو دفع إلى رجل ألف درهم وقال: اشتر بهذه الألف، أو قال: اشتر لي بها ففي القياس يكون باطلاً وما اشترى الوكيل من شيء فهو له؛ لأن الأمر لم يبين ما اشترى فكان ما يشتري مجهولاً؛ ألا ترى أنه لو وكله أن يشتري له شيئاً لا يجوز؛ لأن ما يشتري مجهول، كذا هاهنا .

وفي الاستحسان يكون صحيحاً وما اشترى الوكيل فهو للأمر؛ لأن المفوض إليه مطلق الشراء وليس فيه ما يدل على التخصيص فيصرف إلى العموم عملاً بإطلاق اللفظ وصار بمنزلة: اشتر لي ما بدا لك .

إذا دفع إلى سمسار ألف درهم وقال: اشتر لي بها جاز استحساناً وله أن يشتري ما بدا له باعتبار دلالة الإطلاق والعموم إلا إذا كان سمساراً في نوع خاص فحينئذ يتقيد بذلك النوع؛ لأن تخصيصه إياه من بين سائر السماسرة دلالة التقيد بذلك النوع .

وفي المنتقى إبراهيم عن أبي يوسف - رحمهما الله - : إذا أمره أن يشتري له بقلًا بدانق فاشترى جنسًا واحدًا جاز، قال ثمة: وكذلك قول محمد - رحمه الله - . وفيه أيضًا: الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما - : إذا قال: اشتر لي جارية خراسانية ولم يسم الثمن جاز، وكذلك إذا قال: اشتر لي ثوب خز كوفي ولم يسم ثمنًا جاز وكذلك إذا قال: ثوب خز بثمانية دراهم ولم يسم الجنس .

نوع آخر: في بيان ما يجري على إطلاقه من ذلك وما لا يجوز.
 وكله بشراء جارية وبين جنسها وثمانها فاشترى ذا رحم محرم من الموكل أو جارية حلف الموكل بعقها إن ملكها، صح وعتقت^(١)، ولو اشترى جارية عمياء أو مقطوعة اليدين جاز على الأمر عند أبي حنيفة خلافا لهما.
 وتجاوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين إجماعاً.
 وفي وكالة المتقّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما -: أنه إذا اشترى جارية عمياء ويشترى مثلها بذلك لم يجز على الأمر، ثم رجع وقال: يجوز وهو قول أبو يوسف.
 ولو وكله بشراء رقبة لم يجز العمياء، وكذلك لو قال: جارية تخدمني أو سمي عملاً من الأعمال لم يجز العمياء.
 وفي نكاح المتقّى محمد عن أبي حنيفة - رضي الله عنهما -: - فيمن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه عمياء جاز، وقالوا: لا يجوز.
 قيل لمحمد: إن قال: زوجني امرأة سوداء فزوجه بيضاء، قال: لا يلزمه، وإن قال: زوجني عمياء فزوجها بصيرة جاز بخلاف الأول؛ لأن الأول جنس، وكذلك لو قال في الوكالة بالشراء.
 وفي القدوري: وكله أن يشتري له جارية يطأها فاشترى له أخت امرأته أو أخت أم ولده أو جارية في عدة فهو جائز.
 قال ثمة: إذا اشترى جارية قد تحل له وطؤها على حال جاز عليه.
 وفي نوادر هشام عن محمد - رحمهما الله - أنه لا يجوز على الأمر، وعن أبي يوسف - رحمه الله - إذا كانت الشهود لزم الأمر.
 وفيه أيضاً: إذا اشترى أخت أمة هي عند الأمر وقد وطئها الأمر قال: لا يلزم

(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٧٦).

الآمر؛ لأن له أن يبيع الأخت.

قال هشام: قلت لمحمد - رحمه الله - : وله أن يطلق المرأة؟ قال: وطول ذلك بوجوب العدة.

قال: وهذا في القياس سواء أستحسن ذلك.

وفي النوازل: أمر غيره أن يشتري له جارية يطأها فاشتري صغيرة لا يوطأ مثلها، أو مجوسية فهو مخالف، والنصرانية واليهودية تجوز على الأمر والصابئة تجوز على الأمر في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - وفي قياس قولهما: لا يجوز. ولو اشترى رتقاء ولم يعلم جاز على الأمر وله حق الرد ولو كان يعلم فهو مخالف وكذلك لو لم يعلم براءة البائع عن كل عيب، وكذا لو أمره أن يشتري له جارية يعتقها عن ظهاره فاشتري جارية عمياء أو مقطوعة اليدين ولم يعلم نفذ على الأمر وله حق الرد ولو كان يعلم فهو مخالف.



نوع آخر: في الوكيل بشراء شيء بعينه إذا أراد أن يشتري ذلك لنفسه: قال محمد - رحمه الله - في الوكالة: إذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بعينه بثمان مسمى، وقبل الوكيل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد أن شراءه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراء ذلك الشيء لنفسه على موافقة أمر الأمر إلا أن يعزل نفسه عن الوكالة قبل الشراء حتى تفيد الوكالة فائدتها؛ لأن فائدة الوكالة أن الوكيل متى باشر ما دخل تحت الوكالة يكون واقعاً لموكله فلو وقع للوكيل ما أفادت فائدتها.

قلنا: ولا يمكنه عزل نفسه قبل الشراء والموكل غائب؛ لأنه عزل قصدي من الوكيل حال غيبة الموكل لا يصح نفيًا للضرر فإنه قصد شراء ذلك الشيء وإنما ترك شراءه بنفسه أو من يثق به اعتماداً على وكالته فلو عزل نفسه حال غيبته واشترى لنفسه تضرر به وإذا لم يصح عزله وقع الشراء لموكله وهذا بخلاف ما لو وكل بشراء عبد بغير عينه إذا اشترى عبداً ونوى لنفسه فإنه يصير مشترياً لنفسه؛ لأن شراء هذا العبد غير داخل تحت الوكالة لا محالة بل متردد بين أن يكون داخلياً وبين ألا يكون داخلياً فاحتيج إلى النية لتعيين الشراء لأحدهما، فأما إذا كان العبد بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى أتى به على موافقة الأمر وقع الشراء لموكله نوى أو لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضراً وأشهد أنه اشترى لنفسه فإنه يكون مشترياً لنفسه؛ لأنه عزل نفسه بمقتضى الإقدام على الشراء لنفسه وله عزل نفسه حال حضرة الموكل وبجنس آخر فإنه يصير مشترياً لنفسه؛ لأن هذا الشراء غير داخل تحت الوكالة وفيما لم يدخل تحت الوكالة فالحال فيه بعد الوكالة كالحال قبلها وأما الشراء بمثل الثمن المأمور به داخل تحت الوكالة وما يفعله الوكيل على موافقة الأمر فإنه يقع لموكله نوى أو لم ينو حتى تفيد الوكالة فائدتها.

فرقوا بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يجوز على الوكيل.

والفرق: أن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت الوكالة؛ لأن الداخل تحت الوكالة نكاح يضاف إلى الموكل فإن الوكيل بالنكاح يضيف النكاح إلى موكله فيقول: تزوجتك لفلان فإذا قال: تزوجتك فلم يأت بالنكاح المأمور فنفذ على الوكيل.

فأما الداخل تحت التوكيل بشراء شيء بعينه شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به؛ لأن الشراء المضاف إلى الموكل وقد أتى بذلك فالوكيل إذا أتى بما دخل تحت الوكالة فإنه ينفذ لموكله فإن كان قد وكل هذا الوكيل رجل آخر بشراء هذا الشيء المعين أيضًا فاشتره الوكيل للثاني فهو للموكل الأول دون الموكل الثاني؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه بمثل الثمن المأمور به، فلأن لا يملك لغيره بطريق الأولى فإنه يتصرف على نفسه بولاية عارضية والولاية الأصلية أقوى من ولاية عارضية وهذا إذا قبل الوكالة من الثاني بغير محضر من الأول فالشراء للثاني؛ لأنه يملك الشراء لنفسه بمحضر من الأول وإن كان الثاني سمي جنبًا آخر من الثمن فإن سمي الأول ألف درهم وسمى الثاني مائة دينار فهو للثاني؛ لأنه يملك الشراء لنفسه بالدنانير بعدما توكل عن الأول في شرائه له هذا العبد بعينه ولم يسم له الثمن إن اشتراه المأمور بأحد التقدين إما بالدرهم أو بالدنانير يصير مشتريًا للأمر وإن نوى الشراء لنفسه أو صرح به وإن اشترى بشيء آخر غير الدرهم والدنانير يصير مشتريًا لنفسه عند علمائنا - رحمهم الله - خلافًا لزفر؛ لأن مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بأحد التقدين بحكم العرف فكأنه صرح به.

ولو وكل الوكيل رجلًا ليشتري له ذلك الشيء بعينه فإن كان الوكيل الثاني اشترى ذلك الشيء بعينه الوكيل الأول يكون للوكيل الأول؛ لأن هذا الشراء لم يدخل تحت الوكالة؛ لأن الداخل تحت الوكالة شراء حضره رأي الوكيل الأول هذا شراء لم يحضره رأي الوكيل فيعتبر تنفيذه على الموكل الأول فينفذ على الوكيل الأول قالوا: إنما ينفذ الشراء على الوكيل الأول في هذه الصورة إذا قال الوكيل الأول للوكيل

الثاني: اشتر هذا الشيء لي أو قال: اشتر هذا الشيء، فأما إذا قال: اشتر لموكلي فلان فاشتره الوكيل الثاني هو للوكيل الثاني وللوكيل الأول.

فأما إذا اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول فإن اشتره بمثل الثمن الذي هو داخل تحت التوكيل الأول أو بأقل منه ينفذ على الأمر الأول فإن اشتره بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر ينفذ على الوكيل الأول؛ لأن هذا شراء بحضرة رأي الوكيل الأول فكأن الوكيل الأول اشتره بنفسه وهناك الجواب على التفصيل الذي قلنا فهنا كذلك.

فإن كان الأمر قال للوكيل الأول: اعمل فيه برأيك فوكل الأول رجلاً آخر فاشتره بعينه الوكيل الأول بمثل ذلك الثمن ينفذ على الأمر الأول ولا يكون للأول.

قال: ولو أن رجلاً وكل رجلاً أن يشتري له شيئاً بعينه بثمن مسمى فاشتره بمثل ذلك الثمن حتى صار مشترياً للأمر ثم وجد بالمشتري عيباً فرده على بائعه، ثم أراد أن يشتري بعد ذلك لنفسه فإن كان الرد بعد القبض بقضاء أو قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء لا يملك الوكيل أن يشتريه لنفسه إلا إذا اشتره بجنس آخر أو بمثل ذلك الثمن ولكن بالزيادة؛ لأن الرد بعد القبض وقبل القبض بقضاء أو بغير قضاء فسخ من كل وجه في حق الناس كافة فصار وجوده والعدم بمنزلة ولو لم يوجد ذلك العقد وأراد الوكيل أن يشتريه كان الجواب كما قلنا كذا هاهنا.

وإن كان الرد بعد القبض بغير قضاء كان له أن يشتريه لنفسه ويصير المشتري له بأي ثمن اشتره؛ لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث والموكل هنا ثالث فصار في حق الموكل كأن البائع اشتره ثانياً ولو اشتره ثانياً يبقى الشراء الأول للموكل على حاله كذا هاهنا، وإذا بقي الشراء الأول انتهت الوكالة بالشراء الأول ولم يبق وكياً وقت هذا الشراء فيصير مشترياً لنفسه بأي ثمن اشترى كان كما لو انعدم التوكيل أصلاً.

وفي وكالة الأصل: التوكيل بشراء شيء بعينه بألف إذا اشترى بمائة وألف فحط

البائع المائة عن المشتري فالعقد للوكيل دون الموكل .
وفي شركة العيون إذا قال لآخر: اشتر لي جارية فلان فلم يقل المأمور: نعم،
ولم يقل: لا، فذهب المأمور يساوم فلان ثم قال عند الشراء: اشهدوا أنني ساومتها
لفلان سمي الأمر فهي للآمر؛ لأن هذا آية قبول الوكالة .
وإن قال عند الشراء: اشهدوا أنني اشتريتها لنفسي وهو للمأمور؛ لأن هذا آية رد
الوكالة وإن لم يقل شيئاً عند الشراء وقال بعد ذلك: اشتريتها لفلان فإن قال ذلك قبل
أن [يحدث بها عيب]^(١) أو قبل أن تموت قبل قوله، وإن قال بعدما هلكت أو حدث
بها عيب، لا يقبل قوله إلا أن يصدقه الأمر، هذا كله رواية الحسن عن أبي حنيفة
- رضي الله عنهما - .



(١) في ح: يحلف لها.

ومما يتصل بهذا النوع:

ذكرنا في شركة القدوري إذا قال الرجل لآخر: اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال: نعم، [ثم لقي المأمور رجل آخر وقال: اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال نعم ثم^(١)] اشتره المأمور فهو بين الأمرين ولا شيء للمأمور؛ لأن الأمر من الأول انصرف إلى النصف ومن الثاني إلى النصف الآخر؛ لأن الوكيل في هذه الصورة لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضر من الموكل، ولو لقيه ثالث قبل الشراء فقال له: اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال: نعم، ثم اشتره المأمور فإن كان المأمور قبل الوكالة من الثالث بمحضر من الأولين فالعبد بين المأمور وبين الثالث نصفان، ولا شيء للأولين من العبد، وإن قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الأولين فالعبد بين الأولين نصفان^(٢)؛ لأنه قبل الوكالة من الأول في النصف ومن الثاني في النصف، وبقبول الوكالة من الثالث عزل نفسه عن وكالة الأولين وهو لا يملك عزل نفسه حال غيبة الأولين وملك حال حضرتهما، وإذا قبل الوكالة من الثالث حال غيبتهما لم يعزل عن وكالتهما فكان المشتري بين الأولين، وإذا قبل وكالة الثالث حال حضرتهما انعزل عن وكالتهما وصار وكيلاً عن الثالث في شراء النصف فكان المشتري بين الثالث وبين المأمور.



(١) سقط في ح.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/ ٥٨١).

نوع آخر:

في مطالبة البائع الوكيل في الوكالة بالشراء بالثمن قبل أخذ الوكيل الثمن من الموكل وفي رجوع الوكيل بالثمن على الموكل قبل نقد الثمن^(١) من عند نفسه، وفي حبس الوكيل المشتري من الموكل بالثمن.

الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه وإن لم يدفع إليه الموكل نقد؛ لأن الثمن يجب بالثمن وهو الذي باشر العقد وللوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي الثمن من مال نفسه؛ لأن رجوع الوكيل على الموكل بحكم بيع حكومي انعقد بين الوكيل والموكل كأن الوكيل اشتراه لنفسه ثم باعه من الموكل ولو كان هذا كان للوكيل أن يرجع على موكله وإن لم يرجع البائع على الوكيل كذا هاهنا.

وللوكيل أن يحبس المشتري من الموكل إلى أن يأخذ منه ما نقد؛ لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من الوكيل وللبائع حق الحبس من الوكيل إلى أن يوفي الثمن وكذا الوكيل.

وإن هلك المشتري في يد الوكيل قبل الحبس هلك على الموكل من غير ضمان على الوكيل، وإن هلك بعد الحبس.

قال زفر - رحمه الله - : يضمن الوكيل قيمته للموكل كالمغاصب يهلك عنده المغصوب.

وعند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - هلك بالثمن كهلاك المبيع قبل القبض^(٢) وعند أبي يوسف - رحمه الله - يهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن لو كان الثمن أكثر يرجع الوكيل على الموكل بالفضل ولم يذكر محمد - رحمه الله - في شيء من الكتب بأن الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع إليه، هل له

(١) في ح: اليمين.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٥٨٧).

حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه؟ وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - أن له ذلك وأنه صحيح؛ لأن حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لأجل ما نقد بل لأجل بيع حكمي العقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما بعد نقده وبين ما قبل نقده ذلك.

وفي النوازل: الوكيل بشراء الجارية بألف إذا اشتراها بالألف كما أمر ونقد الألف وقبضها ولم يحبسها عن الأمر حتى نقد الأمر خمسمائة ثم طلبها منه جميعها فهلك في يده وسلم للوكيل الخمسمائة المقبوضة وبطلت الخمسمائة الباقية عن الأمر ولو كان حبسها في الابتداء فعليه رد المقبوض أيضًا.

وفي الإملاء عن محمد - رحمه الله - الوكيل إذا اشترى عبدا بألف درهم إلى سنة وقبضه فلم يقبضه الأمر حتى حل المال وأخذ البائع الوكيل به فأراد الوكيل منعه من الموكل حتى يعطيه الثمن لم يكن له ذلك، ولو منعه صار غاصبًا^(١)، ولو قبضه الأمر ثم حضر الوكيل في أخذه بغير محضر من الأمر ولم يذكر أنه يأخذه حتى يعطيه الثمن فمات في يده بطل الثمن عن الأمر وجعل الأخذ منه منعا للعبد كأنه منعه حتى يعطيه الثمن^(٢).

وفي إجازات الجامع الكبير: الوكيل بالشراء إذا اشترى وقبض المشتري، وحبسه من موكله مع طلبه ولم يكن له ولاية الحبس بأن كان اشترى بثمن مؤجل ثم حبس عن موكله فهلك في يده فللبائع على الوكيل الثمن وللوكيل على الموكل الثمن أيضًا؛ وهذا لأن المشتري صار قابضًا للمشتري حكمًا بقبض الوكيل وبهذا يجوز بضمان الموكل بعد قبض الوكيل ثم الوكيل بالمنع صار غاصبًا؛ لأنه منع وليس له حق المنع وصار كأن الموكل قبض من يد الوكيل حقيقة ثم غصب منه الوكيل وهلك في يده ولو كان كذلك لا يسقط الثمن عن الموكل ولكن الوكيل يضمن قيمة

(١) في الفتاوى الهندية: ضامنا.

(٢) الفتاوى الهندية (٣/٥٨٧).

المشتري، وتقع المقاصة بين هذه القيمة وبين الثمن كذا هاهنا.
وفي باب الوكالة من وكالة الكافي في الوكيل في الشراء إذا اشترى بالنسيئة فحل
عليه الثمن بموته، لا يحل على الأمر^(١).



(١) تبين الحقائق (٤/٢٦١)، والبنية شرح الهداية (٩/٢٤٣).

نوع آخر: في هلاك الثمن في يد الوكيل وفي استهلاكه إياه وفي هلاكه قبل التسليم إلى الوكيل.

قال أبو محمد - رحمه الله - في الزيادات: رجل قال لغيره: اشتر لي بهذه الألف درهم جارية وأراه الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى إذا سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل.

الأصل أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف؛ لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء^(١)، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة، وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل يتعين؟ اختلف المشايخ، بعضهم قالوا: يتعين حتى يبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا أن الوكالة وسيلة إلى الشراء والدراهم والدنانير يتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء ولأن يد الوكيل أمانة والدراهم والدنانير يتعينان في الأمانات، وعامتهم على أنها لا تتعين.

وفائدة النقد^(٢) والتسليم على قول عامة المشايخ شيان:

أحدهما: لوقت^(٣) بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة^(٤) فكان العرف الظاهر فيما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل.

والثاني: قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما يجب للوكيل على الموكل؛ وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين: دينًا للبائع على الوكيل ودينًا للوكيل على الموكل صح الأمر بالاستيفاء كما صح الأمر بالشراء وإن كان لا يصلح يبطل الأمر بالاستيفاء ويبقى الأمر بالشراء على حاله وصار وجود النقد والعدم بمنزلة كأنه أمره بالشراء ولم

(١) في ح: المشتري.

(٢) في ح: النقل.

(٣) في العناية: تأقت.

(٤) ينظر: العناية شرح الهداية (٨/٥٩، ٦٠).

ينقد له شيئاً وكذلك لو لم يسرق الدراهم ولكن صرفها الموكل إلى حاجة نفسه كان الجواب كما قلنا في فصل السرقة للمعنى الذي ذكرنا.

ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل فسرت من يد الوكيل لا ضمان على الأمين؛ لأن الوكيل أمين فيما يقبض قبل الشراء فإن اشترى الوكيل بعد ذلك جارية بألف درهم نفذ الشراء على الوكيل؛ لأنه لم يبق وكيلاً بعد هلاك تلك الدراهم لتعلق الدراهم بتلك الدراهم المنقودة عند بعض المشايخ ولتوقت بقاء الوكالة بقاء تلك الدراهم عند عامة المشايخ فاستوى أن علم الوكيل بهلاك تلك الدراهم أو لم يعلم؛ لأن بطلان الوكالة بهلاك تلك الدراهم أمر حكمي فيستوي فيه العلم وعدم العلم. ولو دفع إليه ألف درهم وأمره أن يشتري له بها جارية فهلك منها خمسمائة في يد الوكيل وبقي خمسمائة واشترى الوكيل بعد ذلك جارية بألف درهم يصير مشترياً لنفسه؛ لأن الوكالة قد بطلت أو انتهت نهايتها بقدر ما هلكت وبقيت بقدر ما لم تهلك فبقي وكيلاً بشراء الجارية بخمسمائة والوكيل بشراء الجارية بخمسمائة إذا اشترى جارية بألف ينفذ الشراء على الوكيل كذا ها هنا.

وإن اشترى جارية بخمسمائة وإن كانت تساوي ألف درهم أو أقل قدر ما يتغابن الناس فيه يصير مشترياً للموكل؛ لأنه لما أمره بشراء جارية بألف درهم فقد تبين أن مقصوده جارية قيمتها ألف درهم فإذا اشترى جارية تساوي ألف درهم فقد حصل مقصوده وإذا اشترى جارية تساوي خمسمائة قد أعرض عن مقصوده.

وكذلك لو دفع إليه كيساً فيه دراهم وقال له: اشتر لي بهذه الألف درهم التي في هذا الكيس، فإذا فيه خمسمائة درهم ثم هلك الكيس بما فيه، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم يصير مشترياً لنفسه؛ لأن الموكل لما نقد خمسمائة تعذر بقاء الوكالة في القدر المنقول عند عامة المشايخ فإذا هلكت انتهت الوكالة في حقه وبقيت في حق ما لم ينقد وذلك خمسمائة فبقي وكيلاً بشراء الجارية بخمسمائة فإذا اشترى جارية بألف درهم ينفذ الشراء على الوكيل وإذا اشترى جارية بخمسمائة فهو على

التفصيل الذي قلنا .

وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم أو اشترى آخر بعينه فهلكت الدراهم في يد الوكيل قبل أن ينقده فهذا على وجهين: إن هلكت الدراهم قبل الشراء ثم اشترى الوكيل بعد ذلك أمره لشرائه بعد الشراء على الوكيل وإن هلكت الدراهم بعد الشراء فالشراء يكون واقعا للموكل ويرجع في ثمن ذلك على الأمر فهذا إذا اتفقا على الهلاك قبل الشراء أو بعده .

فأما إذا اختلفا في ذلك فالقول قول الأمر مع بينته على علمه ولو لم تهلك الدراهم حتى نقدها الوكيل فجاء رجل واستحقها من يد البائع رجع البائع على الوكيل ورجع الوكيل على الموكل وهذا وفصل الهلاك سواء .

ولو هلكت الدراهم في يد الوكيل بعد الشراء رجع بها على الأمر بعد ذلك وأخذ منه ثانياً فهلك المأخوذ ثانياً في يد الوكيل لم يرجع [على الأمر]^(١) بعد ذلك وكذلك لو قبض الوكيل الدراهم من الموكل ابتداء بعد الشراء وهلكت في يده [لم]^(٢) يرجع على الأمر وينقد الثمن للبائع من مال نفسه^(٣) .

فرق بين المنقود قبل الشراء إذا هلك بعد الشراء ويجعل هالكا على الوكيل وجعل المنقود بعد الشراء إذا هلك هالكا على الوكيل .

والفرق: أن قبض الوكيل من الموكل قبل الشراء أمانة في يد الوكيل؛ لأنه قبضه بإذن المالك لا لنفسه فإنه لا حق له على الموكل حين قبض المال والأمانة هلاكها على مالكة لا على الأمر أما ما قبضه من الوكيل بعد الشراء وهو مضمون عليه؛ لأنه بقبضه لنفسه بجمعه استيفاء ما وجب له على الموكل بعقد الشراء والمستوفي مضمون على المستوفي فهذا افتراقاً . والله أعلم .

(١) المثبت من الفتاوى الهندية .

(٢) المثبت من الفتاوى الهندية .

(٣) ينظر: الفتاوى الهندية (٣/٥٨٣) .

نوع آخر: في تأخير البائع الثمن على الوكيل بالشراء وحطه وما يتصل به: الوكيل بشراء شيء إذا اشترى ولم يقبض الثمن على آخر البائع الثمن عن الوكيل صح ويثبت التأخر في حق الموكل حتى لا يكون للوكيل أن يرجع على الموكل قبل حلول الأجل أما صحة التأخير من الوكيل؛ لأن الثمن في حق المطالبة على الوكيل حتى كان مطالبة البائع بالثمن على الوكيل فيصح التأخير عنه.

وأما ثبوت التأخير في حق الموكل فقد قال بعض مشايخنا - رحمهم الله تعالى - : هذا إذا كان التأخير مشروطاً في أصل العقد لا يثبت في حق الموكل، وبعضهم قال: يثبت التأخير في حق الموكل على كل حال وإطلاق لفظ محمد - رحمه الله - دليل عليه وكان ينبغي ألا يثبت التأخير في حق الموكل؛ لأن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل حكماً ولو كان باع منه حقيقة فما ثبت من التأخير في حقه لا يثبت في حق من اشترى منه كذا هاهنا.

والدليل عليه أن التأخير الثابت في حق المشتري بعد البيع؛ لا يثبت في حق الشفيع؛ لأن المشتري بمنزلة البائع من الشفيع كذا هاهنا.

والجواب عنه: أن بيع الوكيل من الموكل^(١) ليس يثبت مقصوداً، وإنما يثبت حكماً لشرائه فإنه لما اشترى صار بائعاً من الموكل ومن غير أن يتخلل بين شرائه من البائع وبين بيعه من الموكل فعل مختار، وإذا كان من الموكل ثبت حكماً لشرائه ثبت الذي كان ثمناً في شرائه؛ لأن ما ثبت حكماً لغيره يكون تبعاً له وحكم التبع لا يفارق حكم الأصل بخلاف الشفيع؛ لأن بيع الشفيع من المشتري لا يثبت حكماً لشرائه وإنما ثبت من الأصل لشرائه لا يثبت في حق الشفيع وإن حط البائع عن الوكيل بعض الثمن فإنه يحط من الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن. والفرق: وهو أن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد لا يوجب فساد العقد ويصير كأن العقد ورد من الابتداء على ما وراء المحطوط أما حط كل الثمن لا

(١) في ح: الوكيل.

يلتحق بأصل العقد؛ لأن إلحاقه بأصل العقد يوجب فساد العقد فاقتصر على الحال ولأن العقد عقد بدون الثمن حتى يظهر ذلك في حق الموكل حتى لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بذلك القدر؛ لأن هبته بعض الثمن حط ولو وهب كل الثمن منه لا يظهر ذلك في حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن ولو أبرأه البائع عن جميع الثمن لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الأصل إنما ذكره في الزيادات وجعل الجواب فيه كالجواب في هبة جميع الثمن حتى قال: للوكيل أن يرجع على الموكل في الفصلين جميعاً فيحتاج إلى الفرق بين الوكيل وبين الكفيل فإن الطالب إذا أبرأ الكفيل مما عليه لا يرجع على المكفول عنه بما كفل، وأبرأ ولو وهب من الوكيل كان للوكيل أن يرجع على الموكل.

والفرق: أن الموكل إنما يرجع عن الموكل لنفعه منه ما اشترى حكماً فلو باع منه ما اشترى حقيقة كان له الرجوع عليه على كل حال فكذا إذا باع منه حكماً أما رجوع الكفيل على المكفول عنه باعتبار ثبوت الملك في ذمته، فلهذا لا يرجع على المكفول عنه قبل الأداء بتغيير؛ لأن قبل الأداء لا يملك في ذمته قلنا وبالهبة يملك ما في ذمته أما الإبراء لا يملك ما في ذمته وهذا؛ لأن الواجب بعقد الكفالة في ذمته للكفيل مجرد مطالبة ليس بمال ولا قابل للملك وإنما يعتبر المالك في ذمته ضرورة تصرف لا يصح إلا في المال والإبراء يصح في غير المال لا في وصفه للإسقاط فيصح إسقاط ما ليس بمال فكان إبراء من الكفيل إسقاطاً محضاً ولهذا لا يرتد بالرد فأما الهبة فموضوعة للتملك لا صحة لها إلا في المال فيعتبر بما في ذمته مالا ضرورة تصحيح الهبة بتملك ما في ذمته وإذا أبرأ يعتبر ما في ذمته مجرد المطالبة فيكون إسقاطاً محضاً فلا يملك شيئاً بهذا الإبراء.

عن الحسن بن زياد - رحمه الله - في الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى كذلك فوهب البائع من الوكيل خمسمائة بالخمسمائة الأولى دون الثانية؛ لأن الأولى حط والثانية هبة ولو وهب سبعمائة ثم وهب له المائة الباقية لا يرجع على الموكل إلا بالمائة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما -.

نوع آخر:

في الرجل يشتري عينا ويشهد أنه يشتريه لفلان وفي التوكيل بشراء شيء لا بعينه إذا ادعى بعد الشراء أنه اشتراه لنفسه أو لفلان .

قال محمد - رحمه الله - : كما في الأصل ، رجل اشترى عبداً أشهد أنه اشتراه لفلان فقال فلان : قد رضيت ثم أراد المشتري أن يمنعه منه كان له ذلك قالوا : هذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يشهد قبل الشراء أنه يشتريه لفلان ثم اشترى بعد ذلك وأطلق الشراء إطلاقاً وقال : اشتريت ، وفي هذا الوجه نفذ الشراء على المشتري ؛ لأنه حين اشترى لم يكن وكيلاً من جهة فلان بهذا الشراء وهو من أهل الشراء ينفذ الشراء عليه فلا ينتقل إلى فلان بمجرد إجازته ورضاه إلا أن يرضى الوكيل فيسلم العبد إلى فلان ويأخذ الثمن فينقده بينهما بيع جديد بالتعاطي ويصير العبد لفلان بحكم البيع المنعقد بالتعاطي إلا أنه انتقل ما نقد على المشتري إلى فلان .

الوجه الثاني : أن يشهد بعد الشراء أنه اشتراه لفلان ورضي به فلان فالجواب في هذا الوجه نظير الجواب في الوجه الأول أن الشراء نافذ على المشتري للمعنى الذي ذكرنا إلا أن يسلم المشتري العبد إلى فلان ويأخذ الثمن منه فينقده بينهما بيع جديد بالتعاطي على ما ذكرنا .

الوجه الثالث : أن يصف الشراء إلى فلان وقت الشراء فيقول : اشتريت هذا العبد لفلان ، ولم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الوجه في الكتاب ، وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا : ينفذ عليه ولا يقف ، وكذا روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - وقال بعضهم : يقف على إجازة المشتري له ؛ لأنه لم يأمره بذلك فيقف ضرورة .

وروى بشر عن أبي يوسف وإبراهيم عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى عبداً وأشهد قبل الشراء أو بعده أنه اشتراه لفلان بأمره ثم أشهد بعد ذلك أنه اشترى

لفلان آخر^(١) بأمره وماله ثم حضر الآخر ولم يحضر الأول قضى بالعبد له، والأول على حجته فإذا جاء وادعاه قضى له به، وكذلك لو كان على الأمر الأول شهود^(٢)؛ لأنه لم يحضر له وكيل في الخصومة فيقضي للآخر فإذا جاء الأول وادعا وأقام البينة قضى له به.

الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشترى ما وكل به بمثل الثمن الذي هو داخل في الوكالة ثم ادعى بعد ذلك أنه اشترى لنفسه لا لموكله فإن لم يكن الثمن مدفوعاً إليه تصدق وإن كان الثمن مدفوعاً إليه فإن أضاف الشراء إليه ونقد منه فالشراء للموكل ولا يصدق الوكيل في قوله: اشتريت لنفسي، إلا أن يصدقه الموكل وإن أضاف الشراء إليه ونقد من غيره فكذلك الجواب وللوكيل أن يجبس المعقود لنفسه استحساناً وإن أضاف الشراء إلى غيره ونقد منه فالشراء يقع للوكيل من حيث الظاهر حتى لا يصدقه الوكيل في أنه اشتراه للموكل وإذا نقد مال الموكل فيصير ضامناً إلا أن يصدقه الموكل فيما قال: وإن اشتراه بدراهم مطلقة فهو على وجهين: إن اشتراه حالاً بحكم النقد إن نقد من دراهم الوكيل فالمشترى للموكل وإن نقد من مال نفسه فالشراء له وإن لم ينقد يرجع في البيان إلى الوكيل ويعتبر بيانه، وإن اشترى مؤجلاً فالشراء يكون للوكيل حتى لو ادعى بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله عليه -: هذه الجملة في شرح كتاب الوكالة في باب قبل الوكالة في الصرف وذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - في شرح كتاب البيوع في باب الوكالة في السلم: مسألة الوكيل بالسلم وجعلها على وجوه إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم الأمر فالعقد للأمر وإن نواه لنفسه وإن أضاف العقد إلى دراهم نفسه فالعقد له، وإن نواه للأمر فإن عقد العقد بعشرة مطلقة فإن تصادقا

(١) في الفتاوى: اشتراه لفلان الآخر.

(٢) ينظر: الفتاوى الهندية (٣/٦٤١).

أنه نواه للآمر فهو للآمر، وإن نقد دراهم نفسه بعد ذلك وإن تصادقا أنه نواه لنفسه فهو له وإن نقد دراهم الأمر بعد ذلك، وإن اختلفا في البينة فادعى الوكيل أنه نواه لنفسه وادعى الموكل بأنه نواه له فإنه ينظر إن نقد دراهم الموكل يقع العقد للموكل وإن نقد دراهم نفسه يقع العقد له، وإن تصادقا على أنه لم يحضره النية فعلى قول محمد - رحمه الله - : العقد للوكيل، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : يحكم النقد.

فمن مشايخنا من قال: ما ذكر من الجواب فيما إذا اختلفا في النية قول أبي يوسف - رحمه الله - فأما على قول محمد - رحمه الله - : فالسلم للوكيل بلا خلاف بين المشايخ أنهما إذا تصادقا على أنه لم يحضره النية أن المسألة على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وإنما اختلفوا فيما إذا اختلفا في النية بعضهم قالوا: المسألة على الخلاف أيضا، وبعضهم قالوا: المسألة على الوفاق ويحكم النقد على الإجماع وهو الأصح.

وذكر بعد هذا مسألة الوكيل بشراء الحنطة وذكر أنها على التفصيل الذي ذكرنا في مسألة السلم فيما اتفقوا وفيما اختلفوا.
قال - رحمه الله - : والمسألة في النواذر.

وبعض مشايخنا قالوا في مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم يحضره النية فالعقد للوكيل إجماعاً فلا يحكم النقد، وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء وبين مسألة السلم على قول أبي يوسف - رحمه الله - .

والفرق: أن النقد إبراء في تنفيذ السلم فإنه إذا لم ينقد رأس المال يبطل السلم فإذا جهل من نقد العقد عليه وجب استتيانه ذلك بالنقد أما ليس للنقد أثر في تنفيذ السلم حتى يستبان من نقد عليه بالنقد فاعتبرنا العقد واقعا للعاقدين عملاً بقضية الأصل^(١)، والله أعلم.

(١) ينظر: العناية شرح الهداية (٥١/٨).

نوع آخر: في التوكيل بالشراء بالدين الذي للموكل على الوكيل.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل له على رجل ألف درهم فأمره أن يشتري بذلك هذا العبد بعينه فاشتراه فهو للآمر، وإن أمره أن يشتري عبداً بغير عينه فاشتراه فهو للمأمور حتى مات العبد عند المأمور وهو من مال المأمور والألف عليه، وإن كان المأمور دفعه إلى الأمر فهو للآمر، وقال أبو يوسف - رحمه الله - ومحمد: هو جائز للآمر لازم له في الوجهين جميعاً.

والحاصل: أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل لا يصح عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - إذا لم يكن للبائع ولا المبيع متعيناً. وعندهما: يصح. وإذا كان البائع أو المبيع متعيناً يصح التوكيل بالإجماع والتوكيل بالسلم بأن قال لمديونه: أسلم ما لي عليك من شئت على الخلاف وإذا كان المسلم إليه متعيناً يجوز التوكيل بالإجماع.

هما يقولان: بأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الأشرطة؛ ألا ترى أن من وكل رجلاً أن يشتري له بهذه الألف عبداً أو جارية وهلكت الألف في يد الموكل لا يبطل الوكالة ولو تعلقت الوكالة بعينها لبطلت كما لو قال: اشتر لي بهذه الحنطة أو بهذا العرض عبداً فهلك العرض أو هلكت الحنطة في يد الموكل وإذا لم تتعين الدراهم والدنانير في الوكالات بعد الإضافة إليها وصار كأنه لم يضيف الوكالة إليها وهنا الجواب كما قلنا، فهاهنا كذلك، وأبو حنيفة - رضي الله عنه - يقول: أمره بتملك الدين من غير من عليه الدين، ولا يصح أيضاً.

بيانه: أنه أمره أن يشتري له عبداً بالدين الذي له عليه والشراء بتملك من الجانبين فكأنه قال: ملك ما لي عليك من الدين بخلاف ما إذا عين البائع؛ لأن هناك أمر بتملك العين.

بيانه: أن البائع إذا كان معيناً يجعل البائع وكياً عن رب الدين بقبض ما على الوكيل من الدين أولاً فأمكن كذلك؛ لأن التوكيل بالقبض المعين صحيح فجعلنا

البائع وكيلاً عن رب الدين أولاً بالقبض من الوكيل ثم جعلنا الوكيل بالشراء وكيلاً بالشراء بذلك المقبوض، كأن رب الدين قال للمديون: ادفع ما لي عليك إلى فلان ثم اشتر لي بذلك المدفوع منه عبداً، وأما إذا لم يكن البائع معيناً لا يمكن أن يجعل البائع وكيلاً بالقبض أولاً؛ لأن التوكيل للمجهول بالقبض باطل؛ ألا ترى أن من قال لمديونه: ادفع ما لي عليك من الدين إلى من شئت كان باطلاً فيكون هذا أمراً بتمليك الدين من غير من عليه الدين وإنه لا يجوز.

وإذا ظهر الكلام فيما إذا كان البائع معيناً ظهر الكلام فيما إذا كان المبيع معيناً؛ لأن المبيع إذا كان معلوماً كان مالكة وهو البائع معلوماً أيضاً، ثم على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إذا لم يصح التوكيل إذا لم يكن البائع ولا المبيع معيناً لو اشترى الوكيل شيئاً لزم الوكيل حتى لو هلك في يد الوكيل هلك عليه وإذا دفعه إلى الموكل على وجه التمليك يصير بائعاً منه بالتعاطي.

وعندهما: لما صح التوكيل إذا اشترى الوكيل شيئاً كان المشتري للموكل، وإذا كان البائع أو المبيع معيناً لو اشترى شيئاً كان المشتري للموكل بالإجماع.

وإذا قال لمديونه: تصدق بالعشرة التي لي عليك إلى الفقراء عني أو قال: كفر عن يميني بما لي عليك أو قال: أد زكاة مالي من العشرة التي لي عليك تصح الوكالة بالإجماع، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - ، وذكر في كتاب الإجازات: فيمن استأجر دابة ليركبها من بلدة إلى بلدة ثم إن الآجر وكل المستأجر بأن يستأجر بالأجرة غلاماً يسوقها أن الوكالة صحيحة ولم يحك خلافاً.

وذكر أيضاً: إذا استأجر داراً ثم قال للآجر: استأجر لرم ما استرم الدار من الأجرة التي لي عليك أن الوكالة صحيحة^(١)، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في الإجازات قولهما أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الوكالة باطلة، وبعضهم قالوا: ما ذكر في الإجازات قول الكل والأول أصح.

(١) الفتاوى الهندية (٣/٦٢٣).

نوع آخر: في الوكيل يشتري ما له حمل ومؤنة:
إذا استأجر دابة يحمل المشتري، وإذا وكل الرجل رجلاً بأن يشتري له حنطة فاشتره له واستأجر بغيره فحمله عليه فاعلم بأن هذه المسألة على ثلاثة أوجه:
الأول: أن يوكله أن يشتري له حنطة أو طعاماً في نواحي المصر الذي هما فيه فالقياس الاستحسان لا يصير متبرعاً ويرجع بالكراء؛ لأنه إن لم يؤمر بالنقل صريحاً ونصاً فقد أمر عرفاً وعادة؛ لأن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من اشترى طعاماً في ناحية من نواحي المصر فإنما يشتري لينقل إلى منزله لا ليترك في ذلك الموضع.
الوجه الثاني: أن يوكله أن يشتري حنطة في قرية من قرى المصر الذي هما فيه، وفي هذا الوجه يصير الوكيل متبرعاً ولا يرجع بالكراء قياساً واستحساناً.
الوجه الثالث: إذا وكله أن يشتري له حنطة في مصر آخر، وفي هذا الوجه يصير الوكيل متبرعاً أيضاً قياساً واستحساناً؛ لأنه لم يؤمر بالنقل في هذين الوجهين لا نصاً ولا عرفاً؛ لأن العرف مشترك هاهنا من الناس من يشتري طعاماً في مصر آخر وفي قرية ومنزل ثمة ليتجر به، ومنهم من ينقله إلى مصره فلا يثبت الأمر بالنقل بالعرف المشترك، فإن كان الأمر وكله أن يشتري له طعاماً وأن يستأجر له بغيره بدرهم فاستأجر بغيره بدرهم ونصف فإن الكراء على المستأجر؛ لأنه زاد على الأجر المأمور به فصار مخالفاً، والوكيل بالاستئجار إذا خالف يصير مستأجراً لنفسه كالوكيل بالشراء إذا خالف يصير مشترياً لنفسه ولا يقال: يصير مستأجراً للموكل ويجعل متبرعاً في أداء نصف درهم؛ لأننا نقول: إنما يجعل كذلك إذا أمكن التقييد على الأمر بدرهم ونصف وتعذر التقييد عليه لمكان الخلاف فهو نظير الوكيل بالشراء بالألف إذا اشترى بألف وخمسمائة فإنه ينفذ الشراء على الوكيل دون الموكل ولم يقل أحد: إنه نفذ على الموكل ويجعل الوكيل متبرعاً بأداء الخمسمائة كذا هاهنا، ولو استأجر بغيره بدرهم كما أمر جاز على الأمر؛ لأنه وافق أمره ولم يكن له أن يجبس الطعام بالكراء لما كان له الحبس بالثمن.

والفرق: أن الثمن بدل عن الطعام وقد صار الوكيل بائعا منه ما اشترى فكان له أن يحبس الطعام به فأما الكراء بدل عن النقل والمنقول لا يحبس بأجر النقل كالحمال لا يحبس المحمول بالأجر.



نوع آخر: في مسائل العيب:

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمبيع عيباً ورضي به إن كان ذلك قبل القبض لزم الموكل كأنه اشتراه مع العلم بالعيب وإن كان ذلك بعد القبض لزم الوكيل؛ لأن بعد القبض المعيب حصة من الثمن فوجب المعيب من الثمن للموكل وصار الوكيل بالرضا مبطلاً حق الموكل الذي وجب له في حصة العيب بخلاف العيب قبل القبض.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له بها جارية فاشتري الوكيل بالألف جارية وقبضها ثم وجد بها عيباً فإن كانت الجارية عند الوكيل ردها من غير استطلاع رأي الموكل وإن كان الوكيل قد دفعها إلى الأمر لا يردّها الوكيل إلا بأمر الأمر؛ وهذا لأن الوكيل بالشراء في الحقوق أصيل كأنه عقد لنفسه وفي حق الملك نائب ورسول وشبه النيابة لا يطلق له من غير استطلاع رأي الموكل، وشبه الأصالة يطلق له الرد من غير استطلاع رأي الموكل فعملنا بشبه الأصالة قبل الدفع إلى الموكل وعملنا بشبه النيابة قبل التسليم إلى الموكل وفيه إزالة ملك الموكل ويده فحيثئذ يتعطل العمل بالشبهين فعملنا على الوجه الذي قلنا ليمكننا العمل بالشبهين فلو رضي الوكيل بالعيب وأبرأ البائع عن العيب صح الإبراء وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ومحمد - رحمه الله؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل أصيل في حق حقوق العقد؛ ألا ترى أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عندهما، فالوكيل بالشراء يملك إبراء البائع عن العيب أيضاً.

وأما على قول أبي يوسف - رحمه الله - فقد اختلف المشايخ فيه عامتهم على أنه يصح إبراء الوكيل البائع عن العيب وفرقوا بين هذا وبين إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن عند أبي يوسف - رحمه الله - فإن ذلك ليس بصحيح عنده. والفرق: أن الوكيل بالشراء والمبيع أصيل من وجه فاعتبرنا جهة الأصالة في

حقوق لا تضر بالموكل حق المطالبة بتسليم المبيع والتمن وما أشبه ذلك واعتبرنا جهة النيابة في حقوق تضر بالمالك والإبراء عن التمن يضر بالمالك؛ لأن قبل هذا التمن في ذمة المشتري وبعد الإبراء يصير التمن في ذمة الوكيل وربما يكون المشتري أعلى أما الإبراء عن العيب لا يضر بالمالك؛ لأنه لا يثبت في حق الموكل بعد الإبراء إلا ما كان ثابتا قبل الإبراء.

فإن قيل: الإبراء للموكل خياراً^(١) يرضى بالعيب، وألا يرضى ويلزم الوكيل، وهذا الخيار باق بعد الإبراء عن العيب وينزل في حق هذا بمنزلة المالك وإنما كان للموكل هذا الخيار بعد رضا الوكيل بالعيب؛ لأن النائب في حق الحقوق عقدان تقديرًا واعتبارًا فرضًا الوكيل بالعيب يوجب بطلان حق الرد في عقده أما لا يوجب بطلان الرد في عقد الموكل فإن لم يرض^(٢) الموكل بالعيب ولم يختر إلزام الوكيل بالجارية حتى ماتت الجارية في يد الوكيل ماتت على ملك الموكل؛ لأن رضا الوكيل لم يعتبر في حق الموكل صار موتها بعد رضا الوكيل وموتها قبل رضا الوكيل سواء وهناك لو ماتت الجارية ماتت على ملك الموكل كذا هاهنا، ثم يرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب لما عرف أن عقد الوكيل في حق الحقوق بمنزلة عقدين كأنه اشتراه لنفسه ثم باعه من موكله وقبض موكله لما عرف أن قبض الوكيل ينوب عن قبض الموكل إذا لم يحدث الوكيل فيه عيبا ولو كان هكذا ووجد الموكل بالجارية عيبا وماتت في يده قبل الرد أليس أنه يرجع على الوكيل بنقصان العيب؟ كذا هاهنا، ولو لم تمت الجارية في يد الوكيل ولكنها أعورت لزم الأمر؛ لأن حدوث العيب بها في يد الوكيل ويد الوكيل يد نيابة وأمانة فيما يرجع إلى نفس المبيع بحدوثه في يد الأمر وهناك لو بيعت الجارية للأمر كذا هاهنا وكان للأمر أن يرجع على الوكيل بحصة العيب الذي رضي به الوكيل؛ لأنه ثبت بين الوكيل وبين الموكل شراء حكمي

(١) في ح: خير أن.

(٢) في ح: يختر.

وتعذر الرد بالعيب السابق لحدوث عيب زائد فيثبت الرجوع بنقصان العيب، فلو لم تعور الجارية واختار الأمر إلزام الوكيل الجارية فألزمها إياه وقبض الثمن ثم وجد الوكيل بها عيبًا آخر غير العيب الذي رضي به وقد كان ذلك العيب عند البائع لم يستطع الوكيل ردها بذلك العيب لا على الأمر ولا على البائع^(١)، وإذا كانت الجارية في يد الوكيل بالشراء وأراد أن يردها بالعيب فادعى البائع رضا الأمر بهذا العيب لم يصدق على ذلك من غير بينة؛ لأن حق الرد ثابت للوكيل من حيث الظاهر بما يدعي من رضا الأمر يريد الطالب حقه في الرد فلا يقدر على ذلك إلا بحجة، وإن أراد البائع استحلاف الوكيل على علمه على رضا الأمر لم يكن له ذلك وفيه نوع إشكال^(٢)؛ لأن الوكيل انتصب خصمًا للبائع في هذه الدعوى بالإجماع حتى أقام البائع البينة على الوكيل أن الأمر رضي بالعيب يقبل ويمنع الرد والبينة لا تقبل إلا على خصم وإذا انتصب خصمًا في هذه الدعوى يتوجه عليه اليمين؛ ألا ترى أنه لو ادعى على الوكيل أنه رضي بهذا العيب ولم يكن له بينة يستحلف عليه وطريقه ما قلنا كذا هاهنا.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين متى ادعى رضا الوكيل بالعيب قائمًا ينتصب الوكيل خصمًا له في حق البينة والحلف جميعًا؛ لأن الوكيل بالشراء أصيل في حق الرد بالعيب؛ لأنه من حقوق العقد فكان أصيلًا فيما يدعي عليه من الرضا بالعيب كأنه اشترى لنفسه ومن كان أصيلًا في خصومة إنسان كان خصمًا في حق سماع البينة والاستحلاف جميعًا، أما الوكيل فيما يدعي البائع على الموكل من الرضا بالعيب ليس بأصيل بل هو نائب ووكيل عنه حكما من حيث إن البائع ادعى على الوكيل إبطال حقه في الرد بالعيب بسبب ادعاه على الموكل الغائب وما ادعاه على الموكل الغائب سبب لثبوت ما يدعي على الوكيل الحاضر لا محالة فانتصب الوكيل خصمًا

(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٣/٥٨٥).

(٢) ينظر: السابق.

عن الموكل وصار كالنائب والوكيل عنه حكما ولو كان نائباً ووكيلاً عن الغائب فيما يدعي عليه البائع من الرضا بالعيب فهذا انتصب له خصماً في حق سماع البينة لا في الاستحلاف، وكذا إذا كان نائباً ووكيلاً عنه، وإن لم يكن للبائع بينة على رضى الأمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الأمر وادعى الرضا وأراد أخذ الجارية فأبى البائع أن يدفعها أو قال: قد نقض القاضي البيع فلا سبيل لك عليها، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ويرد الجارية على الأمر^(١)؛ لأن البائع مع الأمر تصادقا على أن الجارية ملك الأمر؛ لأن البائع ادعى رضا الأمر بالعيب ولزوم الجارية إياه وصدقه الأمر في ذلك فأسند التصديق إلى وقت الإقرار ويجب هذا التصديق أن القاضي أخطأ في قضاؤه بالرد وأن قضاؤه بالرد نفذ ظاهراً لا باطناً فتثبت الجارية على حكم ملك الأمر في الباطن فكان للأمر أن يأخذها.

بعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: هذا على قول محمد - رحمه الله - فأما على قول أبي حنيفة: لا سبيل للأمر على الجارية، وبعضهم قالوا: هذا قول الكل وهو الأصح^(٢)، ووجه أن نقض القاضي هاهنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وإنما كان بجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الأمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه، وإذا أمر الرجل رجلاً أن يشتري له جارية بألف درهم فاشتري الوكيل جارية ولم يفتضها حتى اطلع على عيب بها فرضيها الأمر بذلك العيب وذلك جائز؛ لأنه بهذا الرضا لا يبطل حقاً على الوكيل بل يقرر ما اقتضاه الوكالة، وإن نقض الموكل العقد لا يعمل نقضه؛ لأن الموكل بهذا النقض يبطل حقاً على الغريم فلم يصح نقضه ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه المسألة على سبيل الاستشهاد في المأذون الكبير في باب قبيل باب الشفيع في بيع العبد المأذون في التجارة.

(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٨٦).

(٢) السابق.

وفي الإملاء عن محمد - رحمه الله - : رجل اشترى لرجل عبدا بأمره وقبضه بأمره فوجد به عيبا وأبرأ البائع عن العيب فقال له الأمر : قد ألزمتك العبد بإبراءك عن العيب فلم يقبل المأمور لم يلزمه ذلك إلا بقضاء القاضي فإن ألزمه القاضي ذلك صار بمنزلة المشتري من الأمر، وإن وجد به عيبا لم يستطع رده على البائع حتى يرده على الأمر ثم دفعه الأمر إليه حتى يرده على البائع.

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : الوكيل بالشراء إذا سلم المشتري إلى الأمر ثم جاء يخاصم البائع في العيب لم يكن له أن يرده إلى أن يجيء ببينة أن الأمر أمره بالرد^(١).

في الإملاء عن محمد - رحمه الله - : الوكيل بالشراء إذا أراد الرد بالعيب فقال له الأمر : لا ترد بالعيب فرده كان الرد باطلاً، وهذه الرواية تخالف أصل محمد - رحمه الله - المذكور في الجامع الكبير، والمذكور ثمة من أصله أن جهة المالكية في حق الوكيل في الحقوق الذي تثبت للوكيل راجحة على جهة النيابة حتى قال : من دفع عبده إلى رجل لبيعه ونهاه عن الدفع بعد البيع قبل قبض الثمن كان نهيه باطلاً عند محمد - رحمه الله -، وعن أبي يوسف - رحمه الله - : النهي صحيح؛ لأن عنده جهة النيابة راجحة في الحقوق ونهي النائب صحيح والمسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى، وفي هذه المسألة صحح النهي وتبين بهذه المسألة أن قول محمد - رحمه الله - في هذا على رواية الإملاء مثل قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وفيه أيضاً: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيباً ورضي به وقبضه فإن كان العيب ليس باستهلاك مثل العمى ونحوه لزم الأمر، وإن كان استهلاكاً مما [لا]^(٢) يتغابن الناس في مثله لم يلزم للأمر وكان للأمر أن يلزم المشتري وهذا قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : هما سواء

(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٨٥).

(٢) سقط في الفتاوى.

ويلزم الأمر إذا كان مع ذلك العيب يساوي الثمن الذي اشترى به أو ما يتغابن الناس في مثله^(١).

وفي المنتقى إبراهيم عن محمد - رحمه الله - الوكيل يشتري العبد إذا اشترى عبدا يساوي ثلاثة آلاف درهم فوجد به عيبًا فليس له أن يرده؛ لأن فيه ضررًا على الموكل ولو كان ذلك في خيار رؤية أو خيار شرط فله أن يرد الوكيل بالشراء إذا مات بعدما اشترى ما وكل بشرائه وقبضه ثم وجد بالمشتري عيبًا فحق الرد للوارث الوكيل أو لوصيه، ولو لم يكن وارث ولا وصي فحق الرد للموكل على رواية الزيادات، وفي رواية أخرى: القاضي ينصب وصيا حتى يرده.



(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٨٥، ٥٨٦).

نوع آخر: في مخالفة الوكيل بالشراء في أصل العقد أو في الثمن أو في المثل: وكل رجلاً بأن يشتري له عبد فلان بألف درهم فقال صاحب العبد للوكيل: بعث هذا العبد من فلان الموكل بألف درهم، فقال الوكيل: قبلت، لزم الوكيل؛ لأن الموكل أمره أن يقبل عن نفسه حتى لا يلزمه العهدة من جهة البائع وهو قبل على الموكل فصار مخالفاً في وكالة فتاوى سمرقند بأن قال أبو القاسم الصفار - رحمه الله - : والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً ويتوقف العقد على إجازة الموكل فينظر في وكالة الواقعات، وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً - رحمه الله - في رجل أمر رجلاً أن يشتري مهراً جذعاً فاشترى ثنياً بمثل الثمن قال: لا يجوز، وكذا إذا أمر أن يشتري ثنياً فاشترى رباعياً بمثل ذلك الثمن.

قلت: ولم لا يجوز وقد اشترى ما هو أفضل، قال: لأنه خالف، ولو أمر أن يشتري أدفلاً فاشترى سهرياً بمثل ذلك الثمن قال: يجوز.

وفي الأصل: رجل أمر رجلاً أن يشتري له ثوباً هروياً يقطعه قميصاً فاشترى ثوباً لا يكفيه قميصاً، لا يلزم الأمر.

قال هشام: سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل وكل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم ويعتقه عنه فاشترى عبداً بمائة وأعتقه عنه قال: إن كان لو اشترى بألف لم يكن خيراً منه جاز.

روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رضي الله عنهم - في الوكيل يشتري جارية بألف درهم إذا اشتراها بدنائير قيمتها مثل قيمة ألف درهم أنه يجوز على الأمر، وكذا الوكيل يشتري جارية بمائة دينار إذا اشتراها بألف درهم قال: وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - .

وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف قال: إذا وكله أن يبيع ثوبه بعشرة دراهم فباعه بثلاثة دنائير لا يجوز، ورواية الحسن - رحمه الله - تخالف المذكور في الكتب الظواهر فالمذكور في الكتب الظواهر: أن الوكيل إذا خالف إن كان

الخلاف من حيث الجنس لا ينفذ على الأمر وإن كان المأتي به أنفع من المأمور به كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف درهم فباعه بألف دينار وإن كان الخلاف من حيث الوصف أو القدر لا من حيث الجنس إن كان المأتي به أنفع من المأمور به ينفذ على الأمر كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه بألف وخمسائة، وإن كان المأتي به أضر من المأمور به لا ينفذ على الأمر كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف درهم فباعه بتسعمائة درهم.

وفي مسائل الجامع من الأضاحي: إذا أمره أن يشتري له بقرة بعشرة دنانير فاشتري بمائة درهم وقيمة الدنانير مثل الدراهم أو على العكس جاز على الأمر استحساناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما-، وقال محمد - رحمه الله - : لا يلزم الأمر إلا أن يشتريها بمثل ما سمي من الثمن. قال ثمة: وأجمعوا على أنه إذا اشترى بعرض قيمتها مثل الدنانير أنه لا يجوز على الأمر.

قال ثمة: ولو وكله بشراء بقرة سوداء للأضحية فاشتري حمراء أو بيضاء جاز على الأمر ولو وكله بشراء كبش أقرن أو أعين للأضحية فاشتري كبشاً ليس بأقرن ولا بأعين لم يجز على الأمر.

المأمور بشراء عبد بعينه بألف إذا اشترى بألف ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري فالعبد للمشتري دون الأمر ذكره في وكالة الكافي؛ وهذا؛ لأن العقد حال وقوعه وقع للوكيل لمكان الخلاف فالواقع للإنسان لا يتحول إلى غيره.

وفي المنتقى: رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم ويسمي صفته وجنسه فاشتري عبداً على تلك الصفة بتسعمائة ينظر في ذلك فإن كان إذا أراد مائة اشترى خيراً منه لم يجز هذا على الأمر وإن كان لا يشتري إلا مثله جاز على الأمر. العبد المأذون إذا توكل عن رجل يشتري شيئاً بعينه فاشتري ذلك الشيء له يقع الشراء للوكيل لا للموكل كيلا يلزم الكفالة للمأذون وهو ليس من أهلها.

نوع آخر: في تقييد الوكالة بالشراء:

الوكيل بالشراء مطلقاً إذا اشترى بمثل القيمة أو بأكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، فإذا اشترى بأكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز. ولقب المسألة: أن الوكيل بالشراء مطلقاً يتحمل منه الغبن اليسير ولا يتحمل منه الغبن الفاحش، وتكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش، والصحيح ما روي عن محمد - رحمه الله - في النوادر: أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وإليه أشار في الجامع في تعليل مسألة في كتاب الزكاة.

قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلدة كالعبد والدواب وغيرهم، وأما ما له قيمة معلومة في البلدة كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وإن كانت الزيادة شيئاً قليلاً كالفلوس ونحوه؛ لأن هذا فيما يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأنه إنما يدخل تحت تقويم المقومين ما يحتاج فيه إلى تقويم المقومين وهاهنا لا يحتاج ولا يدخل.

ما ذكرنا أن الوكيل بالشراء يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش فذلك في الوكيل بشراء شيء لا بعينه، فأما الوكيل بشراء شيء بعينه فلا نص فيه، وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش، وقال بعضهم: لا يتحمل منه اليسير أيضاً، والوكيل بالتصرف إذا اشترى بما لا يتغابن فيه لا يجوز بلا خلاف؛ لأن الغبن على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من كل وجه لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه إلا أن الشراء أصل في هذا العقد؛ لأن الثمنية في الدراهم والدنانير أصل والعبرة للأصل فكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق، وفي الوكيل بشراء شيء لا بعينه لا فرق بين ما إذا سمى الموكل الثمن أو لم يسم يتحمل منه الغبن اليسير على كل حال، نص عليه في الزيادات في أبواب الوكالة.

وذكر محمد - رحمه الله - في بعض الكتب: أن الثمن إذا كان مسمى لا يتحمل منه الغبن اليسير، وإذا وكله بشراء عبد بعينه أو بشراء جارية بعينها فاشترها أو موزون بعينه أو بغير عينه لم يذكر هذا الفصل في الأصل، وقد اختلف المشايخ فيه وإنما اختلفوا؛ لأن محمداً - رحمه الله - ذكر ما إذا اشترى مكيلاً أو موزوناً بعينه فأجاب بعدم الجواز، مفهوم هذا: أنه إذا اشترى بدراهم أو بدنانير.

وجه من قال بعدم الجواز: أن الوكيل بالشراء يتقيد بالعرف بلا خلاف والمتعارف الشراء بالدراهم أو دنانير، التوكيل بشراء الأضحية ينفذ بأيام النحر وشراء اللحم والحمل يتقيد بزمان الشتاء والصيف إذا اشترى في وقتها في السنة الأولى يجوز، ولو لم يشتر في السنة الأولى فاشترى في وقتها في السنة الثانية لا يجوز، هكذا ذكر هاهنا.

وذكر في باب الوكالة بالسلم في مسألة الوكيل بالبيع المطلق في الجواب عن حجتها أن تقيد التوكيل بشراء الأضحية واللحم والحمل مروى عن أبي يوسف - رحمه الله - . وأما عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - تعيين الإطلاق.



نوع آخر: في الجمع بين الإشارة والتسمية:

إذا قال اشتر لي جارية بما في الكيس من الدراهم، أو قال: اشتر لي بهذا الألف درهم التي في هذا الكيس جارية، ودفع الكيس إلى الوكيل، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم كما أمره به ثم نظر الوكيل إلى الكيس فإذا فيه ألف دينار أو ألف فلس أو تسعمائة درهم فالشراء جائز على الأمر هكذا ذكر في الأصل في جنس هذه المسائل: أن الموكل متى جمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشرائه والمشار إليه بخلاف جنس المسمى فلا يخلو إما إن كانا جاهلين بحال المشار إليه، أو كان أحدهما جاهلاً والآخر عالماً، أو كانا عالمين غير أن كل واحد منهما لا يعلم صاحبه، وإن كانا عالمين بحال المشار إليه فلأن الوكالة لو تعلقت بالمشار إليه أدى إلى الغرور في حق الوكيل والموكل، أما في حق الوكيل فلأنه يشتري بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة، فلو تعلقت الوكالة بالمشار إليه يصير الوكيل بالشراء بالمسمى مشترياً لنفسه فيقرر عليه الثمن من غير رضاه، وأما في حق الموكل فلأن الوكالة لو تعلقت بالمشار إليه فإذا اشترى الوكيل بالمشار إليه إنما رضي بزوال المسمى عن ملكه.

وأما في الوجه الثاني: فهو ما إذا وكل أحدهما عالماً والآخر جاهلاً؛ فلأن تعليق الوكالة بالمشار إليه يؤدي إلى الغرور في حق الجاهل على نحو ما بينا.

وأما في الوجه الثالث: وهو إذا كانا عالمين بحال المشار إليه الإذن بكل الدراهم وإن كان الوكالة تعلقت بواحد منهما لا يعلم أن صاحبه يعلم به فلأن في زعم كل واحد منهما أن صاحبه جاهل بحال الدراهم، وإن كان الوكالة تعلقت بالمسمى في حق صاحبه تعينا للغرور عنه.

وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا كانا عالمين بحال المشار إليه ويعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه والعقد يتعلق بالمشار إليه؛ وهذا؛ لأن الإشارة للتعريف والتسمية للتعريف أيضاً؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية؛ لأن المسمى قد يشاركه

في التسمية غيره، والمشار إليه لا يشاركه في الإشارة غيره، فقضية هذا تعليق الوكالة بالمشار إليه في الوجوه كلها، إلا أنا عدلنا هذه القضية في الوجه الأول والثاني والثالث دفعا للغرور عنهما أو عن أحدهما، ولا غرور في الوجه الرابع فيتعلق الوكالة بالمشار إليه، ومن هذا أن من قال لغيره: بعت منك هذا الحمار وأشار إلى عبد قائم بينهما فقال الآخر: اشتريت، أنه يجوز العقد على العبد وبين بهذا أن ما ذكر في سائر المواضع أن العقد يتعلق بالمسمى إذا كان المشار إليه من جنس المسمى محمول على الوجه الأول والثاني والثالث هذا إذا كان المشتري إليه من خلاف جنس المسمى فالوكالة تتعلق بالمشار إليه؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف إلا إذا كان في تعليق العقد بالمشار إليه ضرر بالوكيل فحيثئذ يتعلق بالعقد المسمى على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسائل فنقول: ما ذكر محمد - رحمه الله - محمول على ما إذا كانا جاهلين بما في الكيس أو كان أحدهما جاهلاً أو كانا عالمين إلا أن كل واحد منهما لا يعلم أن صاحبه يعلم، وإنما نفذ الشراء على الموكل في هذه الوجوه؛ لأن الموكل جمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشرائه، والمشار إليه بخلاف جنس المسمى إذا كان في الكيس ألف دينار وألف فلس، وفي هذه الصورة: تتعلق الوكالة بالمسمى في الوجوه الثلاثة، وإن كان في الكيس تسعمائة درهم فالمشار إليه وإن كان من جنس المسمى إلا أن في تعليق الوكالة بالمشار إليه غرورًا بالوكيل؛ لأن الوكيل يشتري بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة وتعلقت الوكالة بالمشار إليه فينفذ الشراء على الوكيل فيقرر الثمن عليه من غير رضاه فلهذا علقنا بالمسمى وقد اشتري بالمسمى، كذلك لو نظر الوكيل إلى ما في الكيس وعلم به ثم اشتري جارية بألف درهم كان الشراء للموكل؛ لأن الوكالة حال وجودها تعلقت بالمسمى لما ذكرنا فلا يتحول إلى غيره بعد ذلك بالنظر في الكيس، وكذلك لو كان في الكيس ألف وخمسمائة فاشتري الوكيل جارية بألف درهم كما ذكرنا

فالشراء نافذ على الموكل والوجه ما ذكرنا، وكذلك إذا قال: اشتر لي جارية بألف درهم من مالي التي في هذا الكيس فاشتر لي له كما أمره به فإذا في الكيس ألف درهم نقد بيت المال فالشراء جائز على الأمر، والمعنى ما ذكرنا أن المشار إليه وإن كان من جنس المسمى إلا أن في تعليق الوكالة بالمشار إليه ضررًا بالوكيل فتعلقت الوكالة بالمسمى وقد اشترى بالمسمى.

قال: ولو كان الموكل وزن ألف درهم بين يدي الوكيل والوكيل ينظر إليها فقال: اشتر لي بهذه المائة الدينار جارية، فاشترى جارية بمائة دينار كما سمي الموكل كان مشتريًا لنفسه وإن اشترى بتلك الدراهم جاز على الأمر^(١).

وكذلك إذا قال: اشتر لي بهذه الألف الفلاس جارية فاشترى بالفلاس كما سمي الموكل كان مشتريًا لنفسه، ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الأمر وتعلقت الوكالة بالمشار إليه كما ذكرنا في ذلك الفصل وحملت التسمية على الترويح والمدح إذا سمي المشار إليه دنانير وعلى الذم إذا سماها فلوسًا وهو متعارف فيما بين الناس، يقول الرجل لغيره: بعت منك هذا الفرس ويشير إلى الحمار ويريد به المدح والترويح، ويقول لغيره: بعت منك الحمار ويشير إلى العبد ويريد به الذم.

ولو دفع إليه كيسًا وأمره أن يشتري له جارية بهذه الألف الدراهم التي في هذا الكيس فهلك الكيس بما فيه في يد الوكيل ثم اشترى الوكيل جارية للأمر بألف درهم وتصادقا على أن الدراهم كانت ستوقه أو رصاصا فالشراء للموكل وهذا إذا كانا غير عالمين بما في الكيس وقت الدفع أو كان أحدهما غير عالم به أو علما ولكن لم يعلم كل واحد منهما بعلم الآخر؛ وهذا؛ لأن المشار إليه من خلاف جنس المسمى دراهم والستوق والرصاص ليستا من جنس الدراهم وفي مثل هذه الصورة يتعلق التوكيل بالمسمى في هذه الوجوه^(٢) الثلاث والمسمى دراهم وينطلق اسم الدراهم

(١) الفتاوى الهندية (٣/٥٧٩).

(٢) في ح: الوجهين.

وينصرف إلى الجياد فكأنه وكله بشراء جارية بألف درهم جياد ولم يشر إلى شيء هناك الجواب كما قلنا، فأما إذا علما بما في الكيس وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه تعلقت الوكالة بالمشار إليه وكانت التسمية للمدح والترويح حتى لو اشترى بعد هلاك المشار إليه يصير مشتريا لنفسه، ولو أنكر أحدهما العلم بما في الكيس أو العلم بعلم صاحبه فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل والآخر يدعي عليه أمراً عارضاً وهو العلم بذلك، ولو تصادقا أن الدراهم كانت زيوفاً أو نبرجة وباقي المسألة بحالها ففيما إذا لم يعلم بما في الكيس وقت الدفع أو علم أحدهما دون الآخر أو علما ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه فالشراء للوكيل، ولو كانت الزيوف قائمة بعينها في يدي الوكيل فاشترى الوكيل جارية بألف درهم جياد نفذ الشراء على الموكل، فلم يجعل الزيوف متعينة بعد القبض حالة القيام حتى لا يتقيد التوكيل بالشراء بعينها، وجعلها متعينة في الهلاك حتى يوقت بقاء الوكالة ببقائها.

والوجه في ذلك: أن الزيوف تشبه الجياد من وجه؛ لأنه دراهم حقيقة ويشبه الرصاص من وجه؛ لأنها لا يجوز كما لا يجوز الستوة والرصاص فألحقناها بالجياد حالة الهلاك حتى بطلت الوكالة فهلاكها عملاً بالشبهين، فأما إذا علما وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه تعلقت الوكالة بالمشار إليه، والمشتري بعد الهلاك للوكيل^(١)، والله أعلم بالصواب.



(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٣/٥٧٩).

الفصل العاشر في الوكيل بالبيع

يشتمل على أنواع:

النوع الأول: في الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما سوى الدراهم والدنانير وباع بالنسيئة أو باع بالدين، الوكيل المطلق يملك البيع بما عز وهان وبأي ثمن كان عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا يملك إلا بمثل القيمة أو بأقل بمقدار ما يتغابن فيه، ولا يملك البيع إلا بثمن المعتاد فيما بين الناس، الوكيل يبيع العبد بعرض موصوف إذا باعه بعرض بغبن فاحش جاز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وإن كان بيع العين بالغبن شراء من وجه والغبن الفاحش لا يتحمل ممن توكل بالشراء بلا خلاف؛ لأن التسمية أصل فيما وكل ببيعه والعبرة للأصل وباعتبار الأصل هذا بيع والغبن الفاحش متحمل من الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ، وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا - رحمهم الله - ، وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بأن باع مثلاً إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يجوز، وعلى قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : لا يجوز.

وإنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد، فأما إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة، وذلك نحو أن يقول: بع هذا العبد فاقضى ديني، أو قال: بع فإن الغرماء يلازموني، أو قال: بع فإني أحتاج إلى نفقة عيالي، ففي هذه الصور ليس له أن يبيع بالنسيئة، فقد روي عن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه يجوز بعد الإقالة، وروي عنه إذا وكله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه فليس له أن يبيع بالنسيئة.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - : لو أن امرأة دفعت غزلاً

لتبيعه، فهذا على البيع بالنقد، قال ثمة: إذا هناك ما يستدل به على إرادة البيع بالنقد فليس له أن يبيع بالنسيئة.

إذا قال الرجل لغيره: خذ عيدي هذا وبعه بعبد، أو قال: اشتر لي عبداً، صح التوكيل فقد صح التوكيل بالبيع بعبد مطلق، وشراء عبد مطلق وإن كان لا يصح المباشرة من المالك على هذا الوجه، فإن من قال لغيره: بعتك هذا العبد، أو قال: اشترت منك بهذا العبد عبداً، لا يجوز.

والفرق: أن جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن التوكيل ليس بلازم، ولا كذلك المباشرة إليها لأربه فتفضي إلى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الحمامة، ثم إذا صح التوكيل بعد ذلك إن كان وكله بالشراء فاشترى عبداً بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه وإن اشترى عبداً بعينه، وإن كانت قيمة العبد المشتري مثل قيمة هذا العبد أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، وإن كان قد وكله بالبيع فباعه بعبد بغير عينه لا يجوز، كما لو باع الموكل بنفسه ولو باع بعبد بعينه فإن كان قيمة ذلك العبد مثل قيمة هذا العبد أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، هكذا ذكر في الزيادات.

قيل: هذا على قولهما، فأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يجوز كيف ما كان؛ لأنه وكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عز وهان عنده.

وقيل: هذا قول الكل؛ لأن في بيع المقايضة كل واحد من البديلين مبيع من وجه ثمن من وجه، فكان هذا توكيلاً بالشراء من وجه وبالبيع من وجه والغبن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - إذا كان يتحمل في التوكيل بالبيع لا يتحمل في التوكيل بالشراء، والأول أظهر؛ لأن الثمنية أصل فيما^(١) وكل بيعه والعبرة للأصل وباعتبار الأصل هذا بيع. والله أعلم.

(١) في أ: فيها.

نوع آخر: في الوكيل بالبيع المطلق:

إذا باع بيعًا فاسدًا ويدخل فيه الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا جائزًا ويدخل فيه الوكيل بالشراء المطلق إذا اشترى شراءً فاسدًا:

قال محمد - رحمه الله -: إذا وكل الرجل [رجلاً]^(١) أن يبيع عبده بألف درهم وقيمته ألف درهم أو خمسمائة فباعه بألف درهم إلى العطاء، وسلمه إلى المشتري فمات في يده أو أعتقه، فلا ضمان على الوكيل وعلى المشتري القيمة ويكون حق قبض القيمة للوكيل؛ أما لا ضمان على الوكيل؛ لأنه لو ضمن ضمن بالخلاف ولو صار مخالفًا، إما أن يصير مخالفًا بسبب البيع؛ لكون الأجل مجهولًا وإما بسبب حصول الأمر بأقل من المسمى إذا كانت قيمة العبد خمسمائة لا وجه إلى [البيع]^(٢) الأول؛ لأن [البيع]^(٣) الفاسد يدخل تحت مطلق البيع كالبيع الجائز، ولا وجه للثاني؛ لأن هذا خلاف ثبت حكما لا قصدًا؛ لأنه باعه بألف كما أمره به إلا أن وجوب الخمسمائة كان حكما لفساد العقد لا قصدًا ومثل هذا لا يعتبر في إثبات المخالفة، وأما وجوب القيمة على المشتري؛ لأن هذا البيع فاسد والبيع الفاسد يوجب القيمة على المشتري عند تعذر الرد.

وأما حق قبض القيمة للوكيل؛ لأن القيمة وجبت بالعقد فكان قبضها من حق العقد فيكون للعاقد.

رجل أمر رجلاً أن يبيع عبده بألف درهم فباعه بخمسمائة إلى العطاء وقيمته ألف وخمسمائة وقبضه، لا يملكه؛ لأنه صار مخالفًا ولم يعتبر فضل قيمته إن كانت قيمته ألفًا وخمسمائة؛ لأن الموافقة والمخالفة تعتبر في المسمى والمشروط دون ما ثبت حكما وفيما رجع إلى التسمية هو مخالف إلى شر؛ لأنه وكله بالبيع بألف وقد باع

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في أ.

بخمسمائة وإذا صار مخالفا لم يكن هذا البيع داخلاً تحت التوكيل فصار الوكيل في هذا البيع كما قبل الوكالة، وقبل الوكالة لو باعه وقبضه المشتري لا يصير ملكا له حتى لو أعتقه لا ينفذ عتقه كذا هاهنا.

فلو مات في يد المشتري كان للآمر الخيار إن شاء أخذ القيمة من المشتري، وإن شاء أخذ من الوكيل كما لو باع عبد الغير من غير توكيل فمات في يد المشتري فإن أخذ القيمة من المشتري، لم يرجع بها على غيره؛ لأنه ضمن بفعله ولم يرد على يده جنابة غيره، فهو كغاصب الغاصب وإن ضمن الوكيل رجوع بما ضمن وهو القيمة على المشتري.

فمن مشايخنا - رحمهم الله - من قال: إنما يرجع على المشتري بالقيمة باعتبار أن البيع لم ينفذ؛ لأنه أمين في العين والمودع إذا باع وسلم ثم ضمن لم ينفذ بيعه هكذا روي عن محمد - رحمه الله - .

ومن المشايخ من قال: [لا بل] ^(١) هذا البيع نافذ ^(٢) كبيع المودع الوديعة بغير إذن صاحبها إذا ضمن لصاحبها على ما هو جواب ظاهر الرواية فقضية هذا ألا يرجع على المشتري بالقيمة ولكن الوجه في الرجوع على المشتري بالقيمة أن البيع هاهنا وعد [إلا أنه] ^(٣) بيع فاسد والبيع الفاسد يوجب ضمان القيمة فلهذا رجوع على المشتري بضمان القيمة.

وإذا أمره أن يبيع بيعاً فاسداً فباعه بيعاً جائزاً فالقياس ألا يجوز [على الأمر] ^(٤) وبه أخذ محمد - رحمه الله -؛ لأنه وكله ببيع يملك الأمر نقضه وقد أتى ببيع لا يملك الأمر نقضه، وهو نظير ما لو وكله بأن يبيعه بخمر أو خنزير فباعه بالدرهم بيعاً جائزاً.

(١) في ح: لأن.

(٢) في أ: ثابت.

(٣) في أ: لأنه.

(٤) سقط في أ.

وفي الاستحسان يجوز على الأمر وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه؛ لأنه وكله بالبيع وأن يشترط شرطاً فاسداً وقد لغا الأمر بالشرط لكونه معصية فكأنه أمره بالبيع مطلقاً.

فأما مسألة البيع بخمر أو خنزير فلا ذكر لها في الكتاب.

قالوا: وينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه؛ لأن اشتراط الخمر والخنزير قد لغا وبقي قوله بع هذا العقد فالحاصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى الفساد؛ لأن الفساد عماد النساء فيلغى ذلك عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ويعمل بالباقي.

رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم فاشتراه بألف درهم إلى العطاء ومات العبد في يد الوكيل كان على الوكيل القيمة لكون الشراء فاسداً ثم يرجع بما ضمن من القيمة على الأمر، وإن كان أكثر من الألف؛ لأن الشراء وقع للموكل؛ لأنه لم يصر مخالفاً؛ لأن الأجل^(١) في الدين ينقص^(٢) المسمى؛ فصار كالوكيل بالشراء بألف إذا اشترى بتسعمائة، وذلك لا يعتبر خلافاً ولا يصير مخالفاً بأن يكون قيمته ألفين؛ لأن ذلك أمر حكمي على ما مر.

ولو لم يمت العبد حتى أعتقه الموكل من حيث إنه يلزم الموكل زيادة [و]^(٣) لو أعتقه الوكيل لا يصح؛ [لأن]^(٤) الشراء لما نفذ على الموكل صار العبد مملوكاً للموكل فكان الموكل معتقاً ملك نفسه والوكيل معتقاً ملك غيره.

ولو أن هذا الوكيل اشتراه بألف وعشرة إلى العطاء وباقي المسألة بحاله لا يرجع بما ضمن من القيمة على الأمر؛ لأنه لم يكن مشترياً للأمر؛ لأنه وكله بالشراء بألف، وهو اشتراه بالزيادة على ذلك، فصار مخالفاً إلى شر فيصير مشترياً لنفسه حتى لو أعتقه الموكل قبل أن يموت لم يصح ولو أعتقه الوكيل صح.

(١) في ح: الأجر.

(٢) في ح: ينقضي.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

نوع آخر: في الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا تقبل شهادته له ونظائره:
الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا
خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان^(١) بغبن
يسير لا يجوز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعندهما يجوز، وإن كان بمثل
القيمة فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان: في رواية الوكالة والبيع لا تجوز،
وفي رواية المضاربة تجوز.

وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي
حنيفة - رضي الله عنه - وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز
بلا خلاف، وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -
باتفاق، فأبو حنيفة فرق على رواية الوكالة والبيع بين المضارب وبين الوكيل
الخاص.

وفي وكالة الطحاوي لا يجوز بيع الوكيل من نفسه أو ابن صغير له أو عبد له غير
مديون وإن أمره الموكل بالبيع من هؤلاء أو أجاز له ما صنع جاز.



(١) في أ: كانت.

نوع آخر: في الوكيل بالبيع إذا خالف في الثمن:

الوكيل بالبيع بألف إذا باع بألفين جاز عندنا خلافاً لزفر - رحمه الله - وكذا الوكيل بشراء شيء بعينه بألفين إذا اشترى بألف جاز عندنا خلافاً لزفر رحمه الله . وفي وكالة المنتقى: إذا أمر رجلاً أن يبيع غلامه بمائة دينار فباعه^(١) المأمور بألف درهم ولم يعلم الأمر بما باعه فقال المأمور: بعث الغلام وقال الأمر: قد أجزت، جاز البيع بألف وكذلك في النكاح .
ولو قال الأمر: قد أجزت ما أمرتك به لم يجز .

وفي نوادر هشام عن محمد - رحمهما الله - أنه قال: سألت أبا يوسف عن رجل دفع ديناراً إلى رجل يبيعه فأمسك الرجل ذلك الدينار لنفسه، وأخذ من عند نفسه ديناراً مثل ذلك الدينار وباعه للأمر يجوز؛ لأنه موافق من وجه من حيث إنه باع الدينار مخالف من وجه من حيث إنه لم يبيع دينار الأمر، وتصرف الوكيل إنما لا ينفذ على الموكل إذا خالفه من كل وجه وذكر عين هذه المسألة عن أبي يوسف - رحمه الله - في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - وذكر: أنه لا يجوز، فصار عند أبي يوسف روايتان .

وفي رواية بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - إذا أمر رجلاً أن يبيع عبده فباعه بفلوس أو ذهب تبر أو فضة بعينه أو بغير عينه مما يكون ثمناً لم يجز .
وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - إذا وكله أن يبيع ثوبه بعشرة دراهم فباعه بثلاثة دنانير أنه لا يجوز وقد ذكرنا عن أبي يوسف في الوكيل بالشراء بخلاف هذا .

وإذا وكل وكيلاً ببيع عبد بألف وهو قيمته ثم تغير سعره وصار يساوي ألفين قال الفقيه أبو بكر: ليس للوكيل أن يبيعه بألف .

(١) في أ: فباع .

وفي العيون عن محمد - رحمه الله - : في الوكيل ببيع جارية بألف درهم وقيمتها ألف درهم إذا باعها بألف على أنه بالخيار يعني الوكيل وزادت قيمتها إلى ألفين ليس للوكيل أن يمضي البيع ، وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - وفي قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - له ذلك ؛ لأنه يجوز بيع الوكيل بغبن فاحش .
قال في المنتقى : وكذلك إذا كانت الجارية حاملاً فولدت بعد البيع ولدا يساوي ألف درهم ، فالحاصل أن على قول محمد - رحمه الله - لا يجوز للوكيل إمضاء البيع إلا إذا كانت قيمتها وقت الإمضاء ووقت^(١) الشراء قريباً من الثمن بما يتغابن الناس فيه ، فلو لم يمض الوكيل وسكت حتى مضت الثلاث ، جاز عند أبي يوسف - رحمه الله - وعند محمد بطل .

ولو كان البائع وصياً كان قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - مثل قولهما .
وحكى شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - عن نوادر هشام : إذا أجاز الوكيل البيع أو مضت مدة الخيار ، جاز البيع عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعلى قول محمد - رحمه الله - لا يجوز في الوجهين جميعاً وعلى قول أبي يوسف إن أجاز الوكيل في الثلاث ، فهو باطل ، وإن سكت حتى مضت المدة فالبيع جائز ، وقد مر مثل هذا في البيوع .



(١) زاد في أ: بياض بمقدار كلمة .

نوع آخر: في الوكيل في البيع إذا خالف شرط الموكل: الأصل في هذا النوع أن الموكل إذا شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه بأن كان نفعه من كل وجه فإنه يجب على الوكيل مراعاة شرطه أكده بالنفي أو لم يؤكد.

بيانه فيما إذا قال: بعه بخيار فباعه بغير خيار لا يجوز؛ لأنه ترك شرطاً مفيداً من كل وجه؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يزيل المبيع عن ملكه فيجب على الوكيل مراعاته، وإن شرط في العقد شرطاً لا يفيد أصلاً بأن كان لا ينفعه بوجه ما بل يضره لا يجب على الوكيل مراعاته أكده [الموكل]^(١) بالنفي أو لم يؤكد.

بيانه فيما إذا قال: بعه بألف نسيئة أو قال: لا تبعه إلا بألف نسيئة فباعه بألف نقد يجوز على الأمر؛ لأن هذا لا يفيد أصلاً بل يضره فلا يجب مراعاته.

وإذا شرط شرطاً يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بأن كان ينفع من وجه ولا ينفع^(٢) من وجه إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكد بالنفي لا يجب مراعاته.

بيانه فيما إذا قال: بعه في سوق كذا فباعه في سوق آخر فإن لم يؤكد بالنفي بأن لم يقل: لا تبعه إلا في سوق كذا فباعه في سوق آخر ينفذ على الأمر وإن أكده بالنفي لا ينفذ على الأمر؛ لأن تعيين السوق قد ينفعه وقد لا ينفعه؛ لأن من الأسواق ما يكون التجارة فيه أربح في بعض الأزمان [ومنها ما لا يكون التجارة فيه أربح في بعض الأزمان]^(٣) فكان التعيين مفيداً من وجه دون وجه، ولو كان مفيداً من كل وجه يجب مراعاته ولو كان غير مفيد من كل وجه لا يجب مراعاته أصلاً.

إذا عرفنا هذه الجهة جئنا إلى تخريج المسائل فنقول: إذا أمره بأن يبيع ويشهد على بيعه فإن لم يؤكد بالنفي بأن قال: بع وأشهد فباع ولم يشهد جاز، وإن أكد

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: ينفعه.

(٣) سقط في أ.

بالنفي بأن قال: لا تبعه^(١) إلا بشهود فباع ولم يشهد لا يجوز؛ لأن الإشهاد ينفعه من وجه بأن يجحد المشتري ولا ينفعه من وجه بالألا يجحد المشتري، وكذلك ينفعه إذا لم تغب الشهود ولم يموتوا ولا ينفعه إذا غابوا وماتوا فقلنا: إن أكده بالنفي يجب مراعاته وإن لم يؤكد بالنفي [لا]^(٢) يجب مراعاته، وإذا أمره بأن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل، لا يجوز أكده بالنفي أو لم يؤكد.

وإذا قال: بعه برهن لم يجز [على الأمر]^(٣) إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو يكون قيمته أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه؛ لأن هذا رهن مشروط في البيع فيكون حكمه حكم البيع، والحكم في الوكيل بالبيع المطلق ما ذكرنا.

وإذا قال: بعه برهن فباعه وأخذ الرهن فلا سبيل للموكل على الرهن. هذه الجملة من الأصل فلو رد الوكيل الرهن، فهو ضامن، هذه الزيادة من البقالي.

وإذا أمره بأن يبيعه من فلان بثمان دين فباعه من رجل آخر بثمان دين لا يجوز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن ديناً ينفعه من كل وجه؛ لأن الذمم^(٤) تتفاوت في الملاءة بخلاف ما إذا كان الثمن عيناً بأن قال: بعه بالجارية التي لفلان فباع فلان الجارية من رجل آخر، ثم إن الوكيل باع العبد بتلك الجارية من المشتري جاز؛ لأن تعيين الثمن إذا كان الثمن عيناً لا يفيد، وإن باع^(٥) منه ومن آخر لا يجوز البيع في النصف الذي باعه من آخر كما لو باع الكل منه وإذا لم يجز بيع هذا النصف هل يجوز البيع في النصف الآخر؟ فعلى قول أبي حنيفة يجوز، وعلى قولهما لا يجوز، إلا أن [يبيع]^(٦) الباقي؛ لأن بيع ذلك النصف إذا لم يجز صار كأنه لم يبع ذلك النصف إنما باع هذا النصف الآخر من الذي عينه، وهناك المسألة على الخلاف.

(١) في أ: تبع.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ح.

(٤) زاد في أ: مما.

(٥) في أ: باعه.

(٦) سقط في أ.

وفي باب الوكالة بالسلم^(١) إذا أسلم^(٢) إلى غيره^(٣) ما سمي الموكل صار مخالفاً كما لو أسلم^(٤) في غير ما سماه .

وفي وكالة العيون: ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - في رجل قال لغيره: خذ عيدي هذا فبعه وبعه بالنقد، [فله]^(٥) أن يبيع نسيئة، وكذلك إذا قال: بعه وبعه من فلان فباعه من غيره يجوز، ويكون ذلك مشورة كما لو دفع^(٦) إلى آخر مالا مضاربة وقال: خذ هذا المال واشتر به البر وبع كان له أن يشتري غير البر، وإذا وكله بالبيع نسيئة فباعه بالنقد إن باع بالنقد بما يباع بالنسيئة وما لا فلا في أول مضاربة شيخ الإسلام - رحمه الله - .

وذكر في وكالة شرح الطحاوي: أن البيع جائز من غير فصل .
وفي كتاب الوكالة: إذا قال: بعه بألف نسيئة فباعه بألف أو أكثر بالنقد جاز؛ لأنه وإن صار مخالفاً إلا أن هذا خلاف إلى خير من كل وجه وإن باعه بأقل من الألف بالنقد لا يجوز؛ لأنه إن خالف إلى خير من حيث التعجيل فقد خالف إلى شر من حيث المقدار والخلاف إلى شر من وجه يكفي المنع من النفاذ فإن باعه بألفين نسيئة وشهرا أيضاً؛ [لأنه]^(٧) لا يجوز وإن خالف إلى خير من حيث المقدار فقد خالف إلى شر من حيث إنه زاد على أصل الأجل^(٨) فعلى هذا تخرج جنس هذا المسائل ولو قال: بعه على أن تشهد فباع من غير إشهاد^(٩) لا يجوز .

وإذا قال: بعه وانتقد فهو على البيع بالنقد، وليس له أن يبيعه نسيئة .

(١) في أ: بالتسليم .

(٢) في ح: سلم .

(٣) في أ: غير .

(٤) في أ: سلم .

(٥) سقط في أ .

(٦) في أ: رد .

(٧) سقط في أ .

(٨) في أ: الأصل .

(٩) في أ: أن يشهد .

ومما يتصل بهذا النوع :

ما إذا أمر رجلاً أن يبيع عبداً له ودفع العبد إليه ، ونهاه الأمر عن دفع العبد بعد البيع حتى يقبض الثمن قال محمد - رحمه الله - : هذا النهي باطل .
وقال أبو يوسف - رحمه الله : صحيح ، هكذا ذكر المسألة في الجامع ولم يذكر قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - قيل : إنه كقول محمد - رحمه الله - وهذا الاختلاف بناء على أن المذهب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن جهة المالكية في حقوق العقد [الذي ثبت^(١)] للوكيل راجحة فيصير الوكيل في تلك الحقوق مالكاً ، والموكل أجنبياً ولهذا صح إبراء الوكيل المشتري عن الثمن عندهما ، ونهي المالك عن التصرف في ملكه لا يصح وعند أبي يوسف - رحمه الله - النيابة راجحة ، ولهذا لا يصح إبراء الوكيل المشتري عن الثمن ، ونهي الإنسان نائبه عن التصرف صحيح .

إذا ثبت هذا فنقول : عند أبي يوسف - رحمه الله - لما صح النهي لو دفع الوكيل العبد إلى المشتري قبل قبض الثمن كان على المشتري أن يرد العبد على الوكيل حتى يستوفي الوكيل الثمن ؛ لأن نهي الموكل لما صح عنده لم يصح بتسليم الوكيل ، فحصل قبض المشتري من غير إذن صحيح فكان عليه أن يرد ولو هلك العبد في يد المشتري هلك على المشتري ؛ لأن قبض المشتري صادف ملكه وهلاك مال الإنسان في يده يكون عليه ويضمن المشتري الثمن دون القيمة ؛ لأنه ملك بعقد صحيح والمملوك بعقد صحيح يكون مضموناً على المشتري بالثمن دون القيمة والوكيل هو الذي يتولى قبض الثمن ؛ لأنه هو العاقد وللموكل أن يضمن الوكيل الثمن ؛ لأن جنس البيع ثبت صيانة للمثمن^(٢) إلى أن يتعين فإنما نهاه عن التسليم صيانة للثمن فإذا لم يفعل صار متلفاً للثمن فيضمنه ويرجع به على المشتري فيسلم له .

(١) في أ: التي تثبت .

(٢) في أ: المثمن .

وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فلا ضمان على الوكيل ووجود النهي وعدمه بمنزلة .

ولو أن الأمر دفع العبد وقال: لا تبعه حتى تقبض الثمن فباعه قبل قبض الثمن كان البيع باطلاً وهذا النهي إلى غاية قبض الثمن فبقي البيع قبل قبض الثمن ممنوعاً عنه ولهذا لم ينفذ .

فأبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - فرقا بينما إذا نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن وبين ما إذا نهاه عن التسليم بعد البيع .

والفرق أن النهي في قوله: لا تبع حتى تقبض الثمن دخل على البيع والوكيل في حق ذات البيع، وإن كان مالكا من وجه؛ لأنه يملك أصل البيع من غير وكالة نائب من وجه؛ لأنه لا يملك التقيد^(١) على الموكل قبل الوكالة فيعمل نهيه من حيث إنه نائب إن كان لا يعمل من حيث إنه مالك .

أما في تلك المسألة النهي دخل على التسليم، والتسليم من حقوق البيع والوكيل بالبيع في حق الحقوق بمنزلة المالك من وجه عندهما، والنهي في حق المالك لا يعمل أصلاً فلهذا افترقا هذا إذا أمره بالبيع ودفع العبد إليه، فأما إذا لم يدفع إليه فباعه في^(٢) يد الأمر بألف درهم حالة لم يكن له أن يسلم العبد حتى يقبض الثمن سواء كان الأمر نهاه عن الدفع إلى المشتري قبل قبض الثمن [أو لم ينهه .

فرق بين هذا وبين ما إذا أسلم العبد إلى الوكيل وأمره بالبيع كان له أن يسلم العبد إلى المشتري قبل قبض الثمن]^(٣) قبل النهي وبعد النهي عندهما وقبل النهي عند أبي يوسف - رحمه الله - .

والفرق: إذا سلم إلى الوكيل فقد أبطل يده وأثبت للوكيل يد الوكالة، وملك اليد

(١) في أ: التنفيذ .

(٢) في أ: من .

(٣) سقط في أ .

تسليط^(١) على التسليم وثمره ملك اليد وهو حق التسليم ثبت للوكيل في الأحوال كلها عند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - وقبل النهي عند أبي يوسف - رحمه الله - وتلك اليد منعدمة هاهنا ويد الموكل قائمة فلا يجوز إبطاله إلا برضاه، ولو باعه بألف درهم نسيئة إلى شهر في يد الأمر، صح البيع قد ذكرنا قبل هذا الكلام في البيع بالنسيئة أنه هل يدخل تحت البيع المطلق؟

وإذا صح البيع ليس للموكل أن يحبسه فرق بين هذا وبين ما إذا باعه الوكيل بثمن حال^(٢) والعبد في يد الموكل، فإن هناك للموكل أن يحبسه عن المشتري بالثمن. والفرق أن بيع الوكيل بالنسيئة وإنه داخل تحت الأمر بمنزلة بيع الأمر بنفسه من وجه والأمر لو باع بنفسه بالنسيئة يجبر على التسليم، ولو باع حالاً لا يجبر فكذا إذا باع الوكيل وهذا هو الحيلة للوكيل إذا أراد تسليم السلعة إلى المشتري قبل استيفاء الثمن أن يبيع بثمن مؤجل.

رجل أمر رجلاً أن يبيع عبده ونهاه عن قبض الثمن إلا ببينة أو إلا بمحضر فلان لا^(٣) يصح نهيه حتى كان له أن يقبض الثمن من غير محضر فلان ومن غير بينة. ولو باع الأمر العبد بنفسه ووكله بقبض الثمن ثم^(٤) نهاه عن القبض إلا بمحضر شهود، صح نهيه.

والفرق، وهو أن في الوكيل بالبيع النهي لاقى حق الوكيل؛ لأن قبض الثمن حق الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد والوكيل بالبيع في حق الحقوق بمنزلة المالك، ولهذا كان للوكيل بالبيع أن يقبض الثمن من المشتري بعد موت الموكل ولو جن [الوكيل]^(٥) جنوناً مطبقاً لا ينعزل بالنهي مطلقاً كان أو مقيداً إلا في حق الوكيل

(١) في ح: بتسليمها.

(٢) في أ: كان.

(٣) في أ: لم.

(٤) في أ: و.

(٥) سقط في أ.

فيعزل، فأما الوكيل بقبض الثمن فهو نائب محض في حق قبض الثمن وليس بمالك، ولهذا لو مات الموكل أو جن جنونا مطبقاً ينعزل فالنهي لاقى حق الموكل بخلاف ما تقدم.

ولو نهاه عن البيع إلا بحضرة شاهدين أو إلا بمحضر^(١) فلان فباعه [من غير]^(٢) محضر شاهدين لم يجز البيع؛ لأنه في حق نفس البيع وكيل عن الأمر وليس بمنزلة المالك من كل وجه بدليل أنه لو مات الموكل أو جن جنونا مطبقاً^(٣) ينعزل فالنهي لاقى حق الموكل فيصح وقد ذكرنا جنس هذه المسائل في فصل التوكيل بقضاء الدين.



(١) في أ: بحضرة.

(٢) في أ: بغير.

(٣) في أ: مطلقاً.

ومما يتصل بهذا النوع أيضاً:

إذا دفع إلى رجل شراب^(١) هروي ليبيعه وهما بالكوفة فبأي^(٢) أسواق الكوفة باعه فيه جاز ولو نقله إلى بصرة^(٣) القياس ألا يصير مخالفاً حتى لو هلك هناك لا يضمن وفي الاستحسان يصير مخالفاً حتى لو هلك يضمن فلو لم يهلك حتى باعه بالبصرة ذكر في وكالة الأصل أنه لا يجوز بيعه على الأمر، وذكر في كتاب الصرف: جواب القياس وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - وما ذكر في كتاب الوكالة جواب الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فلما لم يضمن في القياس يجوز بيعه على الأمر وقيل: في المسألة روايتان، وإليه مال شيخ الإسلام - رحمه الله - وإن كان قيد الأمر بالكوفة بأن قال: بعه بالكوفة فنقله إلى البصرة ضمن قياساً واستحساناً، وإذا باع بالبصرة عامة المشايخ على أنه لا يجوز بيعه على الأمر. قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : يجب أن تكون المسألة على الرويتين. وفي فتاوى الأصل: إذا وكل الرجل رجلاً ببيع شيء بعينه إن كان ذلك الشيء مما له حمل ومؤنة، فهو على البلد الذي الوكيل والموكل فيه حتى لو أخرج الوكيل من البلدة وباع ضمن وإن لم يكن له حمل ومؤنة.



(١) في أ: جراب.

(٢) في أ: فأى.

(٣) في أ: مصر.

نوع آخر:

الوكيل بالبيع لا يطالب بالثمن؛ لأن الثمن ليس عليه ولا يجبر على التقاضي والاستيفاء؛ لأنه متبرع فيما فعل من البيع والمتبرع لا يجبر على تسليم ما تبرع به فإن تقاضى وقبض فيها وإلا يقال: أجل الموكل على المشتري أو وكله بالتقاضي. واعلم بأن حق [قبض]^(١) الثمن للوكيل بالبيع ولو قبض الموكل الثمن صح قبضه استحساناً، وهذا في غير الصرف أما في الصرف لا يجوز قبض الموكل؛ لأن جواز الصرف معلق بالقبض فكان القبض في الصرف بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لا يجوز قبوله، وكذا إذا ثبت له حق القبض وقبضه الموكل.

وفي وديعة شيخ الإسلام - رحمه الله - أن الوكيل ما دام حيّاً وإن كان غائباً لا تنتقل الحقوق إلى الموكل.

وفي فتاوى الفضلي: أن الوكيل بالبيع إذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل إلى وصيه دون الموكل، ولو مات ولم يوص يرفع الأمر إلى القاضي لينصب وصياً وهو قول بعض مشايخنا - رحمهم الله - .

وقال بعضهم: ينتقل إلى موكله؛ ولأنه قبض الثمن ذكره في آخر الباب الأول من شهادات الجامع الكبير.

وإن قال الوكيل: أنا أتقاضى وقال الموكل: أنا أتقاضى، فالتقاضي يكون إلى الوكيل ولا يجبر الوكيل على أن يحيل الموكل على المشتري ثم ذكرنا^(٢) أن الوكيل بالبيع لا يجبر على استيفاء الثمن فذلك إذا كان وكيلاً بغير أجر فأما إذا كان وكيلاً بأجر نحو الدلال والسمسار والبيع يجبر على استيفاء الثمن ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في مضاربة الجامع الصغير.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ذكر.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : السمسار والبيع اعتبارا وكيلين من جهة البائع فإن الناس يحملون الأشياء إليهما لبيعانها وعليه فإن السمسار والبيع اعتبارا وكيلين المشتري وإنه يعرض الأشياء على المشتري ويبعث إليه وقلمًا^(١) يحضر المشتري عادة، ولهذا جرت العادة فيما بين الناس أن السمسرة والبيعة على البائع والشاكر دية على المشتري.



(١) زاد في أ: لم.

نوع آخر:

في ضمان الوكيل الثمن للموكل ونقده الثمن من غير ضمان وصلحه مع الأمر وإحالة الأمر على المشتري بالثمن.

قال محمد - رحمه الله - : رجل أمر رجلاً أن يبيع عبداً له فباعه من رجل بألف درهم، ودفع العبد ولم يقبض الثمن ثم إن البائع الوكيل ضمن للموكل الثمن عن المشتري، فضمانه باطل لا يكون للموكل أن يطالب الوكيل بالثمن. واختلف عبارة المشايخ في ذلك فعبارة بعضهم أن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل يحمل ما على الأصيل من المطالبة ولا مطالبة للموكل بالثمن على المشتري ليحملها الوكيل بحكم الكفالة، وإنما المطالبة على المشتري للوكيل فيصير الوكيل بهذه الكفالة ضامناً عن المشتري لنفسه وضمان الإنسان عن غيره لنفسه باطل؛ لأنه يؤدي إلى أن يبرئ نفسه وهذا لا يجوز.

فرق بين هذا وبين الوكيل بقبض الثمن إذا كفل عن المشتري للموكل بالثمن الذي وكل بقبضه حيث يجوز؛ لأن هناك المطالبة ثابتة للموكل قبل المشتري فيصير الوكيل بهذه الكفالة متحماً مطالبة توجهت على المشتري للموكل فيكون متحماً عن الغير للغير فجاز، أما هاهنا بخلافه وبخلاف ما إذا زوج ابنته الصغيرة أو البالغة برضاها من رجل ثم إن الأب كفل لابنته بمهرها عن الزوج حيث يجوز؛ لأن هناك حق المطالبة بالمهر لابنة و^(١) حقوق العقد في باب النكاح ترجع إلى من وقع له العقد لا إلى العاقد، ولهذا قلنا: إن الابنة الصغيرة لو بلغت قبل قبض الأب مهرها كان حق قبض المهر لها دون الأب، وما يأخذ الأب حال صغرها يأخذ بطريق [النيابة]^(٢) المحض؛ لأن العقد في حق الحقوق واقع للأب ولما كان هكذا كان الأب في حق مهر الابنة بمنزلة الأجنبي فصحت وكالته أما هاهنا بخلافه.

(١) في ح: أو.

(٢) سقط في أ.

وعبارة بعضهم: أن الوكيل أمين في حق الثمن شرعا ولهذا لو هلك في يده لا ضمان عليه إلا أن لو صححنا الكفالة وعقد الكفالة عقد ضمان فإما أن يصححها مع بقاء الإمانة ولا وجه إليه؛ لأنه يؤدي إلى أن يصير الشخص الواحد أمينا وضمينا في حالة واحدة في مال وإنه لا يجوز أو يرفع الأمانة ولا وجه إليه أيضًا؛ لأن هذه أمانة لا يملك الموكل إخراجه منها؛ ألا ترى أن الموكل لو نهى الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه فتعذر تصحيح هذه الكفالة بالطريقتين جميعا فبطلت ضرورة.

وفي الوكيل بقبض الدين إذا كفل للموكل بالثمن طريق تصحيح الكفالة ارتفاع الأمانة وتلك الأمانة يملك الموكل إخراجه منها؛ ألا ترى أنه لو نهاه عن القبض [يعمل نهيه وإذا تراضيا على الكفالة يعني: الموكل والوكيل مع علمهما أن الأمانة لا تبقى مع الكفالة]^(١) فقد أخرجنا الوكيل عن الوكالة فصار مضمونا عليه أما هاهنا بخلافه.

وفي الأب إذا زوج ابنته وكفل بالمهر عن الزوج طريق تصحيح الكفالة ارتفاع الأمانة وهذا؛ لأن الأب وإن كان أمينا في هذا المال إلا أنه أمين يجوز إخراجه عن الأمانة فإنه إذا بلغت الصغيرة ونهته عن القبض خرج عن الأمانة ولا يملك قبضه فيجوز إخراجه عن الأمانة بالكفالة على أنا نقول: الأب هو المخصوص من بين سائر الناس بكونه ضمينا^(٢) وأمينا في مال ولده ويكون ضمينا وأمينا في حالة واحدة يكون أمينا في القبض ضمينا في التسليم أما الوكيل لا يجوز أن يكون [ضمينا وأمينا]^(٣)؛ ألا ترى أن الوكيل لا يملك البيع من نفسه وإن نص عليه الموكل.

وعبارة بعضهم: أنه لا فائدة في هذه الكفالة؛ لأن الكفيل متحمل ما على الأصيل والمشتري الذي هو أصل مخير بين أن يدفع الثمن إلى الوكيل وبين أن يدفعه إلى

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ضامنا.

(٣) في أ: أمينا وضمينا.

الموكل استحساناً ولا يجبر على الدفع إلى الموكل فكذلك الكفيل بعد الكفالة يكون مخيراً بين أن يدفع إلى الموكل وبين ألا يدفع؛ وهذا؛ لأن الخيار كان ثابتاً قبل الكفالة فإن الوكيل بالبيع [لا]^(١) يجبر على قبض الثمن ودفعه إلى الموكل، وهذه الكفالة لا تنفيذ فائدة فلم تصح وبعين هذه النكته لا يصح الكفالة ببدل الكتابة؛ لأن المكاتب مخير بين أن يؤدي بدل الكتابة وبين أن يعجز نفسه^(٢) فلو صحت الكفالة كان الكفيل بهذه الحالة أيضاً وهذه الحالة كانت ثابتة له قبل الكفالة فلم تند هذه الكفالة فلا تصح بخلاف الوكيل إذا كفل؛ لأن هناك الذي عليه الأصيل^(٣) وهو المشتري مجبر^(٤) على الأداء إلى الموكل فيصير الكفيل متخيراً^(٥) على الأداء أيضاً فتنفيذ الكفالة.

وكذلك لو أن الموكل أحال بالثمن على الوكيل كانت الحوالة باطلة وإنها تخرج على العبارات كلها أما على العبارة الأولى فلأن الحوالة لنقل المطالبة ولا مطالبة للموكل على المشتري فكيف ينقلها إلى الوكيل وأما العبارة الثانية فلأن الحوالة لو صحت صار الوكيل ضامناً وأما على العبارة الثالثة فلأن الحوالة لو صحت كان مخيراً بين أن يؤدي إلى الموكل وبين ألا يؤدي؛ لأن المتحمل عنه كان مخيراً وكان الخيار كان ثابتاً للوكيل قبل الحوالة فهذه الحوالة لا تنفيذ شيئاً وإذا لم تصح الحوالة بقي المال في ذمة المشتري على حاله وإن كان الموكل أبرأ المشتري عن الثمن وقت قبول الحوالة؛ لأنه ما أبراه مطلقاً إنما أبراه لنقل الثمن من ذمته إلى ذمة الوكيل فيبقى^(٦) في ذمة المشتري على حاله.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بعينه.

(٣) في أ: الأصل.

(٤) في ح: مخير.

(٥) في أ: مخيراً.

(٦) في أ: فبقي.

لو لم يحل الأمر على البائع بالثمن ولكن الوكيل صالح الأمر عن المال الذي له على المشتري على جارية للوكيل بعينها كان الصلح جائزاً والجارية للآمر؛ وهذا؛ لأن الصلح عن الدين قضاء الدين حكماً وإن كان على خلاف جنس الحق؛ لأن الصلح في موضعه للتجاوز بدون الحق، [وإنما التجوز بدون الحق]^(١) باقتضاء البعض وإبراء البعض ولهذا إذا وقع الصلح على خلاف جنس الحق ثم تصادقاً على أنه لا حق يبطل الصلح وإن^(٢) كان هكذا كان بمنزلة ما لو قضى الثمن عن المشتري وذلك جائز؛ لأن قضاء دين الغير جائز.

فإن قيل: ينبغي ألا يجوز قضاء الوكيل الثمن على المشتري لا حقيقة ولا حكماً؛ لأن الوكيل بمنزلة المالك بالثمن في حقوق العقد، فهذا مالك تبرع على نفسه بقضاء الدين على غيره وإنه لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى أن يصير الشخص الواحد قاضياً ومقتضياً^(٣) في حالة واحدة.

قلنا: الثمن ثابت للوكيل من وجه من حيث المطالبة، وثابت للموكل من وجه من حيث^(٤) الملك وجهة كونه ثابتاً للوكيل يمنع صحة الصلح فإن من صالح عن دين [نفسه]^(٥) بمال نفسه لا يجوز إلا أن الصلح متى دار بين الجواز والفساد يحكم بالجواز؛ لأن الصلح في الأصل وضع لدفع الخصومة والمنازعة، وهما يفضيان إلى التقابل والتعالي^(٦) فما كان مفضياً إلى ارتفاعها كان واجب التقرير والتصحيح ما أمكن بخلاف سائر العقود، فإذا جاز الصلح لا يكون للوكيل أن يرجع بشيء على الأمر، ولا على المشتري أما على الأمر فظاهر وأما على المشتري فلأن من حجة

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وإذا.

(٣) في أ: ومقتضياً.

(٤) زاد في أ: إن.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: التعاني.

المشتري أن يقول له: إنك كنت متبرعاً في هذا الصلح عني والمتبرع لا يستحق الرجوع على المتبرع عليه بشيء.

قالوا: هذه المسألة دليل على أن الثمن يجب للأمر على المشتري فيكون حجة على من يقول من أصحابنا: إن الثمن يجب للوكيل على المشتري [ووجه الدلالة أن الثمن لو كان واجباً للوكيل على المشتري]^(١) كان لا يصح هذا الصلح من الوكيل مع الأمر؛ لأنه يصير مصالحاً عن دين وجب له على أن يؤدي بدلاً من مال نفسه ورب الدين إذا صالح عن الذي له على أن يؤدي بدلاً من مال نفسه لا يجوز.

قال: ولو كان الوكيل باع جارية من الأمر بالثمن الذي للأمر على المشتري كان البيع باطلاً؛ لأن البيع يوجب الملك في البدلين فيصير الوكيل مملكا الجارية من الأمر بالدين الذي للأمر على المشتري، ويصير [الأمر]^(٢) مملكا الدين الذي له على المشتري من الوكيل وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بخلاف الصلح؛ لأن الصلح كما يحتمل جهة التملك يحتمل جهة الإسقاط، فالصلح الذي جرى بين الوكيل وبين الأمر إن تعذر تصحيحه تمليكا لما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز أمكن تصحيحه إسقاط^(٣) فيكون هذا قضاء الثمن له ليبرئ الأمر المشتري عن الثمن، وذلك جائز.

أما البيع لا يحتمل إلا جهة التملك، فلا يمكن تصحيحه تمليكا؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، ولو وجد في الصلح معنى البيع هذا فإن صالح الوكيل الأمر على جارية نفسه على أن يكون الثمن الذي للأمر على المشتري للوكيل لا يجوز الصلح؛ لأنهما نصا على التملك فتعذر تصحيحه إسقاطاً وتعذر تصحيحه تمليكا لما ذكرنا فأما إذا لم ينصا على التملك أمكن تصحيحه إسقاطاً

(١) سقط في أ، وزاد في ح: ووجه الدلالة أن الثمن لو كان واجباً للوكيل على الوكيل.

(٢) سقط في أ.

(٣) كذا والصواب: إسقاطاً.

فصحنا كذلك .

ثم الدليل على أن البيع يوجب التمليك والصلح لا يوجب أن البيع على الإنكار لا يجوز، والصلح على الإنكار يجوز فإذا ادعى على رجل دينه وصالحه المدعى عليه عن دعواه على مال ثم تناقضا الصلح فالمدعي يعود على خصومته ولكن لا يأخذ المدعى عليه بالدين الذي ادعى ولا يمكنه أن يحتج عليه فإنك تملك على ما ادعت بسبب الصلح فصرت مقرا لي بذلك وبمثله لو باعه شيئا بالدين الذي ادعاه ثم تناقضا البيع كان للمدعي أن يرجع على المدعى عليه بالدين ويحتج عليه بأن البيع يوجب التمليك فقد تملك على الدين الذي ادعت بالبيع وصرت مقرا بالدين فلي^(١) أن أرجع عليك بذلك .

قال: ولو أن الوكيل قضى الأمر الثمن الذي له على المشتري ولم يشترط في القضاء أن يكون الثمن^(٢) الذي للأمر على المشتري [للكيل فهذا القضاء جائز ولو شرط في القضاء أن يكون الثمن الذي للأمر على المشتري]^(٣) فهذا القضاء لا يجوز .

والفرق وهو أن في الوجه الأول هذا فضل^(٤) عارٍ عن الشرط وقضاء دين الغير إذا عرى عن الشرط جائز، ويصير القاضي قاضيًا الدين لرب الدين ليبرئ رب الدين المديون عن دينه .

أما في الوجه الثاني هذا قضاء الدين بشرط تمليك الدين من غير من عليه الدين وإنه شرط فاسد، والقضاء يبطل بالشروط الفاسدة، فلهذا افترقا .

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - في رجل دفع إلى رجل

(١) في أ: علي .

(٢) زاد في أ: على .

(٣) سقط في ح .

(٤) في أ: قضاء .

ثوبًا وقال: بعه لي فباعه ولم يقبض الثمن حتى لقي الأمر وقال: قد بعت ثوبك من فلان، وأنا أفضيك عنه فقضاه عنه ثمن الثوب قال: هو متطوع، ولا يرجع على المشتري بشيء.

ولو كان قال: أفضيك عنه على أن يكون المال الذي على المشتري على حاله يقبضه منه الوكيل ويدفعه إلى الأمر.

ولو أن الوكيل باع صاحب الثوب عرضًا بدراهم مثل وزن تلك الدراهم التي له على مشتري الثوب ثم قال له: اجعل هذه الدراهم قضاء بما لك على فلان ولم يقل: على أن ما لك على فلان لي، [فهو]^(١) جائز، وهو موفى عن فلان متطوع بذلك.

وفيه أيضًا: عن أبي يوسف - رحمهما الله - رجل أمر رجلاً أن يبيع عبده فباعه بألف درهم ودفع الوكيل ألف درهم من عند نفسه إلى الموكل^(٢) قال: لا يكون متطوعًا فيه.

وفيه أيضًا: قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف - رحمه الله - يقول في رجل دفع إلى رجل متاعًا لبيعه فباعه نسيئة فقال له رب المال: إن رأيت أن تنقد لي من عندك ففعل ثم توى المال على مشتريه فإنه يرجع على رب المال بما أدى إليه؛ لأن^(٣) أداءه إليه ليس بتطوع إذا كان له أن يأخذ المشتري بثمان المتاع ثم قال: كل شيء أداه الإنسان لغيره من غير أمره يرجع به على الذي عليه المال، وإذا توى المال عليه؛ لا يرجع على الذي أداه إليه والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: المولى.

(٣) في أ: كان.

نوع آخر: في إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن وفي هبة الثمن منه وفي وقوع المقاصة بين الثمن وبين دين الوكيل أو الموكل وفي إقالة الوكيل البيع مع المشتري: قال محمد - رحمه الله - : الوكيل بالبيع إذا أخرج الثمن عن المشتري أو قبل الحوالة أو اقتضى الزيوف^(١) وتجاوز به جاز وضمن الثمن للأمر وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وقال أبو يوسف: لا تجوز هذه التصرفات من الوكيل. وأجمعوا على أن الثمن إذا كان عيناً فوهبه الوكيل من المشتري أنه لا يصح ولو كان الثمن ديناً فقبضه الوكيل ثم وهبه من المشتري لا يصح بالإجماع.

وإذا أقال الوكيل بالبيع مع المشتري صحت الإقالة وسقط الثمن عن المشتري عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ؛ لأن عندهما يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالأمر فيملك الإقالة ولكن إنما تنفذ الإقالة في حق الوكيل والمشتري لا في حق الموكل حتى لا يعود العين إلى ملك الموكل.

وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يسقط الثمن عن المشتري بالإبراء فكذا لا يملك الإسقاط بالإقالة [غير أن الإقالة]^(٢) عنده بيع فيصير الوكيل مشترياً المبيع من المشتري لنفسه فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري ويجب للمشتري في ذمة الوكيل مثله وكذلك حط بعض الثمن وتأجيله وقبول الحوالة على من هو المشتري في الملاءة وأخذ العوض عن الثمن والصلح منه على شيء يملك الوكيل ذلك كله عندهما.

وإذا دفع الرجل إلى رجل جارية وأمره ببيعها فباعها المأمور من رجل له على الأمر دين ألف درهم وسلم الجارية إليه فالبيع جائز، وكان ينبغي ألا يجوز البيع؛ لأنه خالف أمر الأمر؛ لأنه أمره ببيع يصل إليه الثمن وبهذا^(٣) البيع لا يصل إليه

(١) في ح: الديون.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: وهذا.

الثلثين .

قلنا: إن لم يصل إليه بعد البيع وصل إليه قبل البيع فيصير الثلثين قصاصًا بدين الأمر عندهم جميعًا؛ لأن الأمر يملك إبراء المشتري عن الثلثين بغير عوض عندهم [جميعًا]^(١) فملك الإبراء بعوض بطريق المقاصة بطريق الأولى .

وإن كان الوكيل باعه من رجل له على الوكيل ألف درهم فإن الثلثين يصير قصاصًا بدين الوكيل عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف؛ لأن عندهما الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثلثين بغير عوض فيملك الإبراء بعوض بطريق المقاصة، وعند أبي يوسف لا يملك الإبراء [عن الثلثين]^(٢) بغير عوض كأنه أجنبي فكذا لا يملك الإبراء بعوض .

وإن كان الوكيل باعه من رجل له على المأمور وعلى الأمر دين فإن الثلثين يصير قصاصًا بدين الأمر ولا يصير قصاصًا بدين المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء من الثلثين؛ وهذا؛ لأن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر إبراء بغير عوض، ولو أبرأ المشتري بغير عوض وخرج الكلامان معا يبرأ المشتري ببراءة الأمر ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء فكذا هاهنا، ولأننا لو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر فإن الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصًا بدين الموكل قصرًا للمسافة ولأننا إذا جعلناه قصاصًا بدين الموكل فقد أثبتنا حكمًا مجتمعا عليه، فإن الموكل يملك إسقاط الثلثين عن المشتري بالإجماع، ولو جعلناه قصاصًا بدين الوكيل فقد أثبتنا حكمًا مختلفًا فيه فكان ما قلناه أولى ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - هذه المسألة على هذا الترتيب في شرح كتاب^(٣) قبيل باب البيع الفاسد من العبد المأذون .

(١) سقط في ح .

(٢) سقط في أ .

(٣) زاد في أ بياض بمقدار كلمة .

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهما الله - أن الثمن لا يصير قصاصاً بدين الموكل إذ ليس للموكل ولاية مطالبة المشتري بالثمن فيتأمل عند الفتوى .
ثم ما ذكره شيخ الإسلام - رحمه الله - يصير حيلة لمن كان له على آخر دين ولا يؤديه فيوكل رب الدين غيره بأن يشتري شيئاً من المديون، فإذا اشترى تقع المقاصة بين ما لرب الدين على المديون بالمداينة السابقة وبين ما وجب للبائع وهو المديون من الثمن، فهذه مقاصة بين الثمن وبين دين الموكل أو يتوكل رب الدين عن غيره في شراء عين من مديونه فإذا اشترى تقع المقاصة بين ما كان لرب الدين على مديونه بالمداينة^(١) السابقة وبين ما وجب للبائع وهو المديون من الثمن ثم يرجع الوكيل على الموكل بالثمن فهذه مقاصة بين الثمن وبين دين الوكيل .



(١) في أ: المقاصة .

نوع آخر: في إقرار الوكيل بالبيع بقبض الثمن ودعواه الهلاك في يده ودفعه إلى الموكل وفي الرد عليه بالعيب وفي إقرار الوكيل بقبض الثمن:

أكثر مسائل الرد بالعيب على الوكيل ذكرناه في كتاب البيوع قال محمد - رحمه الله - : رجل وكل رجلاً أن يبيع عبداً له فباعه فوجد المشتري به عيباً بعد القبض، فرده على الوكيل وقبله الوكيل حيث يلزم الوكيل فرق بين هذا وبين ما إذا كان الرد قبل القبض.

والفرق أنه لا عبرة لقبول الوكيل متى كان الرد بالعيب قبل القبض؛ لأن الراد ينفرد بالرد قبل القبض قبله البائع أو لم يقبله فصار في معنى المجبر^(١) عليه ولو كان مجبراً^(٢) عليه صورة فإنه يلزم موكله؛ لأنه هو الذي أدخله في العهدة فكان تخليصه عما لزمه من غير اختياره، فأما إذا كان الرد بعد القبض بالعيب فلقبول الوكيل عبرة؛ لأن الراد لا ينفرد بالرد، ولا يفسخ العقد بدون قبول الوكيل، وهو مختار في القبول، وكان مختاراً في الفسخ فيلزم الوكيل ولا يلزم الموكل؛ لأن الموكل وكله بالبيع أما ما وكله بالفسخ فكان بمنزلة ما لو أقال العقد مع المشتري فإنه يلزمه؛ لأنه مختار في الإقالة فيلزمه دون الموكل كذا هاهنا، وصار الرد بالعيب قبل القبض نظير الرد بخيار الرؤية قبل القبض وبعده فإن الوكيل بالبيع إذا باع ما وكل ببيعه من رجل لم يره ثم رآه قبل القبض أو بعده فرده بخيار الرؤية وقبله الوكيل فإنه يلزم الموكل فإنه لا عبرة لقبول الوكيل؛ لأن المشتري ينفرد بالرد بخيار الرؤية كذا هاهنا.

الوكيل بالبيع إذا مات ووجد المشتري عيباً رده على وارث الوكيل أو وصيه، ولو لم يكن له وارث ولا وصي رده على الموكل في رواية ينصب القاضي عنه وصياً حتى يرده عليه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: رجل أمر رجلاً أن يبيع عبداً له ودفعه إليه

(١) في أ: المخير.

(٢) في أ: مخيراً.

فقال: بعت من فلان بألف درهم وقبضت الثمن فهلك عندي أو قال: [دفعته إلى الأمر وكذبه الأمر في البيع أو أقر بالبيع ولكن أنكر قبض الثمن فالقول قول الوكيل في] ^(١) إبرائه وبراءة المشتري؛ لأنه أمين مسلط على بيع العبد من جهة الموكل وقبض الثمن من المشتري فقبل قوله فيما هو مسلط عليه وصار الثابت بقوله كالثابت بالبينة ولو ثبت إقراره بالبينة لم يضمن الوكيل، ويبرأ المشتري كذا هاهنا.

فإن وجد المشتري بالعبد عيباً فرده على الوكيل بقضاء فالوكيل يضمن الثمن للمشتري من ماله؛ لأن الوكيل مع المشتري تصادقا على كون الوكيل بائعاً وحقوق العقد ترجع إلى العاقد أصيلاً كان أو وكيلاً ثم لا يرجع الوكيل بذلك على الأمر؛ لأن الوكيل غير مسلط على إلزام موكله مالاً آخر، ولا يقبل قوله في ذلك ولكن القاضي يبيع العبد بما غرم الوكيل؛ لأن إقراره بقبض الثمن إن لم يصح في حق الرجوع على الموكل بمال آخر سوى العبد وثمانه؛ لأنه غير مسلط على ذلك فهو صحيح فيما يرجع إلى العبد وتعلق الثمن به لكونه مسلطاً عليه فيثبت بإقراره قبض الثمن فيما يرجع إلى العبد وتعلق الثمن به وصار في حق العبد كأنه قامت البينة على قبض الثمن وهلاكه عنده ولو كان هكذا كان للموكل حق حبس العبد من الأمر حتى يستوفي منه الثمن وعند تعذر استيفاء الثمن من الموكل بأن غاب الموكل غيبة منقطعة كان للقاضي أن يبيع العبد ويوفي من ثمن العبد ما غرم الوكيل للمشتري عند طلب الوكيل، فكذا هاهنا.

ثم قال في بعض روايات هذا الكتاب: القاضي يبيع العبد ويوفي البائع ما غرم للمشتري وذكر في بعضها: ويوفي المشتري من ذلك الثمن الذي أداه إلى البائع وإن لم يكن البائع أدى الثمن من ماله فيوفي من ثمن العبد ثمن المشتري الذي أداه إلى البائع فإذا استوفى ثمنه فإن نقص ^(٢) الثمن الثاني على الثمن الأول كان التقصان على

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: بعض.

المشتري لا يرجع بذلك على أحد، هكذا ذكر في بعض الروايات، وذكر في بعضها: أن ذلك على البائع يرجع المشتري بذلك على البائع، ولا يرجع البائع على أحد بذلك وهو الصحيح.

أما النقصان على البائع فلأنه أقر بقبض كل الثمن من المشتري، وأما لا يرجع البائع على الأمر بالنقصان؛ لأنه لم يصدق في إقراره في حق الرجوع على الأمر [بمال آخر]^(١) وإن كان الثمن الثاني أزيد من الأول كانت الزيادة للموكل؛ لأنه بدل ملكه وقد خلا عما يشغله.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع أيضًا: رجل باع عبده من رجل وسلمه إليه ووكل رجلاً بقبض الثمن فقال الوكيل: قد قبضته ودفعته إليك أو قال: ضاع عندي وجحد الموكل ذلك كان القول قول الوكيل مع يمينه ذلك؛ لأنه أخبر عن إمضاء ما هو مسلط عليه فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة وعند ذلك يبرأ المشتري عن الثمن كذا ها هنا.

ولو وجد المشتري بالعبد عيناً فأراد أن يردّه لم يكن له أن يرجع بالثمن لا على البائع ولا على الوكيل، أما على البائع فلأنه منكر وصول الثمن إليه، والوكيل بالقبض غير مصدق في إيجاب الضمان على الموكل وأما على الوكيل، فلأنه صدق في قبض الثمن وهلاكه عنده في حق براءة نفسه فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة أنه قبض الثمن وهلك عنده ورد المشتري العبد على البائع ثم أراد أن يرجع على الوكيل بالثمن ليس له ذلك؛ لأنه ليس بعاقده كذا ها هنا فإن رده على البائع باعه القاضي وعلى المشتري الثمن؛ لأن الثابت بإقرار الوكيل كالثابت بالبينة فيما يرجع إلى العبد وما يتعلق به؛ لأن الوكيل بقبض الثمن كان مسلطاً من جهة الموكل في حق العبد لما كان مسلطاً في حق الثمن؛ لأن العبد بدل^(٢) الثمن فكان التسليط على

(١) في أ: بما أجر.

(٢) زاد في ح: على.

الثلث تسليطاً على العبد الذي هو بدله؛ ألا ترى أن الأمر لو لم يكن دفع العبد إلى المشتري ووكل هذا بقبض الثلث كانت سلامة العبد للمشتري معلقة بقبض الوكيل الثلث من المشتري وإذا صار التسليط على الثلث تسليطاً على العبد صار الثابت بإقراره فيما يرجع إلى العبد كالثابت بالبيئة.

ولو ثبت ما أمر به الوكيل بالبيئة ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فرده على البائع كان للمشتري أن يحبس العبد إلى أن يستوفي ثمنه من البائع، وعند تعذر استيفاء الثلث من البائع بسبب الغيبة إذا طلب المشتري من القاضي أن يبيع العبد ويوفي من ذلك ثمنه الذي أداه إلى البائع أجابه القاضي إلى ذلك كذا هاهنا متى تعذر استيفاء الثلث من جهة الأمر لما بينا كان للقاضي أن يبيع العبد ويوفي من ذلك الثلث الذي أداه المشتري إلى الوكيل.

قال مشايخنا - رحمهم الله - : العبد يباع في هذا الفصل برضى البائع في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - ؛ لأن المالك حاضر في هذا الفصل فإن العبد يرد عليه بالعيب، وفي الفصل الأول هو غائب وللقاضي ولاية بيع مال الغائب إذا كان عروضاً بطريق النظر فإن فضل شيء من الثلث الثاني على الثلث الأول كان للبائع؛ لأنه بدل ملكه [وقد خلا] ^(١) عن حق غيره وإن نقص لم يكن له على البائع ولا على الوكيل سبيل؛ أما على البائع فلأن قول الكل غير مقبول في حق الرجوع بمال آخر على البائع، وأما على الوكيل فلأنه كان وكيلاً بقبض الثلث، ولم يكن عاقداً ^(٢) وليس [للمشتري] ^(٣) عند الرد بالعيب أن يرجع على الوكيل بقبض الثلث بشيء من الثلث الذي أداه إلى الوكيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث يرجع عليه المشتري عند الرد بالعيب بالثلث؛ لأنه عاقد فكان مؤاخذاً بحقوق العقد، أما هاهنا بخلافه.

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: عاملاً.

(٣) سقط في ح.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع أيضًا: رجل دفع إلى رجل جارية وأمره ببيعها فقال المأمور للأمر بعد ذلك: قد بعته من فلان بألف درهم وقبضت الثمن، ودفعت إليك أو قال: وضاع مني، وصدقه المشتري وكذبه الموكل وقال: ما قبضت الثمن أصلاً فالقول قول الوكيل، فالجارية للمشتري؛ لأن الوكيل أجبر على إمضاء ما سلط عليه، فيكون القول قوله.

ثم قال محمد - رحمه الله - في بعض روايات هذا الكتاب: ولا يمين عليه وفي بعض النسخ ولا ثمن عليه، فإن كان (الهاء) في قوله: [عليه]^(١) كناية عن المشتري فاللفظان صحيحان؛ لأن للوكيل في حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه فصح إقراره بالقبض^(٢) في حق براءة المشتري، فإذا برئ لا يكون عليه بعد ذلك لا اليمين ولا الثمن، وإن كان (الهاء) في قوله: [عليه]^(٣) كناية عن الوكيل فقوله: (لا ثمن عليه) صحيح أيضًا وإنه ظاهر؛ لأنه أمين أخبر عن هلاك الأمانة أو عن تسليمها إلى صاحب الأمانة وفي الفصلين القول قوله.

وقوله: (ولا يمين عليه) معناه أنه لا يمين على الوكيل فيما يرجع إلى نفس البيع؛ لأنه لو أقر الوكيل أنه لم يبيع الجارية من فلان بعدما أقر أنه باع منه لا يصدق على إبطال حق المشتري فلا يحلف على ذلك؛ لأن فائدة التحليف النكول الذي هو إقرار أما على الوكيل يمين في حق هلاك الثمن في يده إذا سلمها إلى الموكل؛ لأنه أمين والأمين متى ادعى هلاك الأمانة أو تسليمها إلى ربها كان القول قوله لكن مع اليمين، فإن وجد المشتري بالجارية عيبا فردها على الوكيل، رجع على الوكيل بالثمن، ثم لا يرجع الوكيل على الأمر بشيء؛ لأن اليمين^(٤) إنما يصدق فيما كان مسلطاً عليه لا فيما لم يكن مسلطاً عليه والوكيل مسلط من جهة الموكل في بيع الجارية وتسلمها

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بالبعض.

(٣) سقط في أ.

(٤) كذا ولعل الصواب: الوكيل.

وقبض ثمنها من المشتري، فيكون مصدقا في إقراره بذلك، أما ليس بمسلط في إيجاب شيء في ذمة الموكل فلو صدقناه في حق الرجوع على الأمر صار مصدقا فيما لم يكن مسلطا عليه من جهة الأمر، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه.

وإذا لم يصدق في حق الرجوع على الأمر صار في حق الرجوع كأن الوكيل لم يقبض أصلاً، فلهذا لا يكون له أن يرجع على الأمر بالثمن، ولكن القاضي يبيع الجارية فيوفي المأمور ما أدى إلى المشتري من ثمنها؛ لأن الوكيل قد غرم الثمن في عمل باشره للموكل وتعذر إثبات الرجوع في ذمة الأمر فتعين رجوعه في المال المدفوع إليه، وهو الجارية؛ لأنه مقبول القول فيما يرجع إلى الجارية فيستوفي ما غرم من ماليتها وذلك لا يكون إلا بعد بيعها.

ونظير هذا المشتري إذا غاب أو مات مفلساً قبل القبض فإن المبيع يباع في يد البائع استوفى ثمنه فهاهنا كذلك.

وإذا باع القاضي الجارية وأدى إلى الوكيل ما دفع إلى المشتري فضاع شيء منه فالقاضي يدفعه إلى الموكل؛ لأن الوكيل مع الموكل تصادقا أن الفضل ملك الموكل؛ لأن في زعم الموكل أنها ما بيعت قبل ذلك وإنما بيعت الآن وجميع الثمن الثاني لي، وفي زعم الوكيل أن الجارية ملك الموكل إلا أنها محبوسة عندي بما أديت من الثمن إلى المشتري والزيادة لا حق لي فيها لوصول حقي وهو بدل ملك الأمر فقد تصادقا على أن الفضل ملك الموكل فيكون له وإن نقص من الثمن شيء لم يرجع على الموكل بالزيادة لما قلنا إنه ليس بأمين في إلزام شيء في ذمة الموكل.

هذا الذي ذكرنا إذا أنكر الموكل البيع وقبض الثمن، فأما إذا أقر أن الوكيل باع وقبض الثمن إلا أنه أنكر دفعه إليه والهلاك عنده، ثم وجد المشتري بالجارية عيباً فردها على الوكيل وأخذ من الوكيل الثمن كان للوكيل أن يرجع به على الأمر وتكون الجارية للأمر؛ لأن الوكيل أمين الموكل ويد الوكيل فيما قبض من الثمن كيد الموكل ولهذا لو هلك الثمن في يد الوكيل كان بمنزلة الهلاك في يد الموكل ولما كان يد

الوكيل كيد الموكل صار إقرار الموكل بقبض الوكيل الثمن بمنزلة إقراره بقبض نفسه .

ولو أقر الموكل أنه قبض الثمن من الوكيل حقيقة ثم ادعى سبب الضمان على الوكيل بأن ادعى أنه غصبه منه وأنكر الوكيل لا يصدق على الوكيل وكان للوكيل أن يرجع على الموكل بما أدى إلى المشتري من الثمن فكذا إذا أقر من حيث الحكم ثم ادعى سبب الضمان، وهو منع الوكيل الثمن هذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الجارية مدفوعة إلى الوكيل ولو لم يكن الموكل^(١) دفع الجارية إلى الوكيل وباقي المسألة بحاله من إقرار الوكيل أنه باعها وقبض ثمنها وضاع عنده وصدقه المشتري وكذبه الموكل لم يجز هذا على الأمر ويقال للمشتري: إن شئت فادفع ألفا آخر واقبض الجارية وإن شئت فانقض البيع؛ لأن الوكيل غير مسلط على تسليم الجارية فلم يصر مسلطاً على ثمنها إنما يملك قبض الثمن إذا ملك تسليمها وقت تسليم الجارية إلى الوكيل لا يملك تسليمها فلا يملك قبض الثمن ولم يكن مسلطاً على الثمن فلا يقبل قوله بخلاف الوجه الأول؛ ولأنه حين لم يدفعها إلى الوكيل لم يجعله أميناً فيها بل بقي لنفسه حق الحبس إلى أن يصل إليه ثمنها ظاهراً فلا يقبل قول الوكيل في إبطال حقه عن حبسها بخلاف الوجه الأول.

وإنما أوجب تخيير المشتري؛ لأن الوكيل لما لم يصدق لم تقع البراءة للمشتري وفي زعم المشتري أنه دفع الثمن مرة وأنه هذا غرم مضاعف فكان له الخيار فإن اختار أخذ الجارية وأدى ألف درهم وأخذ الجارية من الأمر فالمشتري يرجع على الوكيل بألف درهم؛ لأن الوكيل قد أقر بقبضها منه فيلزمه أن يسلم الجارية بغير غرم آخر، ويرد عليه ما أقر بأخذه منه، فإذا عجز عن تسليم الجارية، تعين رد ما أقر بأخذه وهو الألف.

(١) في أ: الوكيل.

وفي المنتقى: الوكيل بالبيع إذا باع العبد بألف درهم كما أمره وتقابضا وهلك الثمن عنده أو دفعه إلى الأمر ثم ادعى المشتري بالعبد عيبا يحدث مثله وأنكره البائع وهو الوكيل، وأقر الأمر به لم ينقض البيع بإقرار الأمر، ولم يلزم الأمر ولا البائع شيء؛ لأنهم جميعا أقروا أن البيع قد تم فيما بين البائع والمشتري وأنه لا ينقض إلا بقضاء أو ينقض البائع برضا المشتري.

وكذلك لو حدث^(١) عند المشتري بالمشتري عيب آخر فأراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب وإن ادعى المشتري الشراء على الوكيل وأنكر الوكيل ذلك وأقر به الأمر يجعل^(٢) القاضي العهدة على الأمر وتقابضا ثم عاد الوكيل إلى تصديقهما تحولت العهدة من الموكل إلى الوكيل وبرئ الموكل منها فإن ادعى المشتري بعد ذلك عيبا قد دلسه البائع وجحد البائع أن يكون قد دلسه شيئا وحلف على ذلك وصدق المشتري فيما ادعى من العيب، فلا خصومة بين المشتري وبين الأمر.



(١) في ح: وجدت.

(٢) في ح: فجعل.

نوع آخر: في التوكيل بالبيع عن نوع جهالة:

إذا قال لرجلين: أيكما باع هذا العبد فهو جائز فأيهما باع جاز، وكذلك إذا قال: إن باعه أحد هذين الرجلين فهو جائز، فأيهما باعه جاز، ولو قال: وكلت هذا وهذا ببيعه بطل قياسًا وصح استحسانًا.

ولو قال لواحد: بع أحد هذين العبدین، أو قال: أو هذا جاز ويبيع أحدهما في وكالة الأصل في باب بيع الثياب والأرض.

ولو قال: بع عبدًا من عبيدي فباع عبدا معينا منهم جاز، فلا يصدق الموكل على قوله: لم أعن هذا، ذكره شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في باب توكيل الزوج بالطلاق.



نوع آخر: في بيع الوكيل ثم شراؤه من المشتري:
 ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في باب الشهادة من كتاب الشفعة: الوكيل إذا
 باع ثم اشترى المبيع من المشتري ثم استحق من يدي^(١) المشتري الثاني وهو الوكيل
 رجع الوكيل على المشتري الأول، ثم يرجع الوكيل على موكله.
 وفي وكالة الجامع: اشترى جارية وقبضها وباعها من غيره وقبضها الثاني ثم
 اشتراها المشتري الأول من المشتري الثاني، ثم اطلع على عيب كان عند البائع
 الأول لا يردها على البائع ولا على المشتري الثاني. والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) زاد في أ: المشتر.

الفصل الحادي عشر

في استحقاق الجارية المشتراة بعدما هلكت في يد الوكيل بالقبض

وفي استحقاق الثمن بعدما هلك في يد الوكيل بالبيع

قال محمد - رحمه الله - في الجامع: وإذا أمر الرجل رجلاً أن يشتري له جارية بألف درهم واشتراها ونقد الثمن من مال الأمر فماتت الجارية في يد الوكيل ثم إن رجلاً استحقها فإن المستحق بالخيار إن شاء ضمن البائع قيمة الجارية؛ لأنه صار غاصباً لها بالقبض السابق، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأنه صار غاصباً لها بحكم المشتري، وليس له أن يضمن الأمر؛ لأن الأمر لم يقبض الجارية حقيقة، فلا يصير غاصباً لها فإن قيل: الأمر إن لم يقبض الجارية بيده على الحقيقة، فقد صار قابضاً لها حكماً بقبض الوكيل؛ لأن قبض الوكيل وقع للموكل، ولهذا لو هلكت الجارية في يد الوكيل قبل أن يحدث لها منعا من الموكل هلكت من مال الموكل.

قلنا: والقبض الحكمي كاف لصيرورة الشخص غاصباً؛ ألا ترى إلى ما ذكر محمد - رحمه الله - أن من اشترى جارية ووكّل إنساناً بقبضها فقبضها الوكيل وهلكت في يده ثم استحقها مستحق كان للمستحق أن يضمن الموكل إن شاء واعتبر الموكل غاصباً للثمن بقبض الوكيل.

والجواب: أما الفرق بين المشتري وبين الوكيل بالقبض أن الوكيل بالقبض نائب عن المال^(١) من الموكل من وجه ولهذا لو نهاه الموكل عن القبض يعمل نهيهِ وبعدهما قبض لو أراد أن يمنعه عن المالك لا يملك، وإذا كان نائباً عن الموكل في القبض وقع قبض الوكيل للموكل من كل وجه فصار الموكل قابضاً لها.

توضيح^(٢) ما ذكرنا أن الأمر بالقبض قد صح من حيث الظاهر وفعل المأمور عند صحه الأمر ينقل إلى الأمر، ويجعل كأن الأمر فعل ذلك الفعل بنفسه، وقد يصير

(١) في أ: المالك.

(٢) في أ: يوضح.

الإنسان فاعلاً بفعل مأموره ونائبه؛ ألا ترى أن من أمر غيره أن يضرب عبده سوطاً فضرب سوطين ومات العبد من ضربه ضمن الضارب نصف قيمته، وجعل كأن المالك ضربه سوطاً، ثم ضربه الأجنبي سوطاً؛ ألا ترى أنه جعل ضرب المأمور أحد السوطين بأمر المالك بمنزلة ضرب الأمر بنفسه كذا هاهنا.

أما الوكيل في القبض أصيل وليس بنائب عن المالك؛ لأن القبض من حقوق العقد والوكيل في حقوق العقد أصيل، وليس بنائب، ولهذا لو نهاه المالك عن القبض لا يعمل نهيه وبعدهما قبض الوكيل المشتري كان له أن يحبسه من الموكل [إلى أن يستوفي الثمن من الموكل]^(١) فكان القبض من هذا الوجه واقعاً للوكيل.

أكثر ما في الباب أن قبض الوكيل من وجه آخر واقع للموكل فلا جرم يصير الموكل قابضاً من وجه دون وجه وإنما لا يكفي للغصب؛ ألا ترى أن من اشترى عيناً وخلّى البائع بين العين وبين المشتري، وهلكت العين في هذه الحالة ثم جاء مستحق واستحق العين ليس له أن يضمن المشتري وإن كانت التخلية قبضاً إلا أن القبض بالتخلية ناقص فلم يصير المشتري بها غاصباً كذا هاهنا.

وأما الفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالبيع أن الوكيل بالبيع في قبض الثمن نائب عن الموكل من كل وجه؛ ألا ترى أنه لا يملك منع الثمن عن الموكل، ولأنه يقبض بحكم العقد، وهو في العقد نائب عن الموكل من كل وجه؛ ألا ترى أنه لو خالف أمر موكله يبطل تصرفه أصلاً، وإذا كان نائباً في القبض كان قبضه للموكل فصار الموكل غاصباً بقبضه، فأما الوكيل بالشراء أصيل في قبض المشتري على ما ذكرنا إلى آخره.

عدنا إلى أصل المسألة فنقول: إن اختار المستحق تضمين البائع تم البيع بين البائع وبين المشتري ومسلم الثمن البائع إن كان قد قبض الثمن؛ لأن البائع لما

(١) سقط في أ.

ضمن^(١) قيمة [الجارية]^(٢) للمستحق ملكها بأداء الضمان من وقت الغصب السابق والبيع حصل بعد ذلك فتيين أنه حين باع ملك نفسه فنفذ بيعه وسلم المبيع للمشتري فيسلم له الثمن، وإن اختار تضمين الوكيل وأخذ منه قيمة الجارية كان للوكيل أن يرجع على البائع بالثمن؛ لأن استرداد المستحق القيمة بمنزلة استرداد عينها، ولو استرداد عينها أليس إنه ينتفض العقد بين البائع والوكيل، ويرجع الوكيل على البائع بالثمن فهاهنا كذلك.

فبعد ذلك إن كان الوكيل نقد الثمن من مال نفسه أمسك المأخوذ لنفسه، وإن كان نقد الثمن من مال الأمر رد المأخوذ على الأمر، ثم لا يرجع الوكيل على الأمر بما غرم من قيمة الجارية للمستحق.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا باع وقبض الثمن وهلك في يده واستحق المبيع من يد المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن، كان للوكيل أن يرجع على الأمر بما غرم من الثمن للمشتري.

والفرق: أن الوكيل بالبيع في قبض الثمن نائب محض لما ذكرنا، والمعنى أن الثمن في مقابلة المبيع، وهو ملك الموكل لا حق للوكيل فيه، فكذا بدله، فكان قبضه واقعاً للموكل فكان ضمان القبض في الحاصل على الموكل؛ فلهذا قال: يرجع الوكيل بما أدى من الغرم على الموكل.

فأما الوكيل بالشراء أصيل في القبض من وجه؛ لما ذكرنا ولمعنى آخر أنه يقبض ما يقبض بمقابلة ما ملك عليه من الثمن فيصير قابضاً لنفسه من هذا الوجه إن كان قابضاً للموكل باعتبار الحكم، وهو الملك، وضمنان الغصب ضمان قبض، ولا يثبت من جهة الموكل مع التردد.

ولو لم تمت الجارية ولكنها أبققت من يد الوكيل فضمن المستحق الوكيل قيمة

(١) في أ: قبض.

(٢) سقط في ح.

الجارية ثم ظهرت الجارية كانت الجارية للوكيل من جهة المستحق؛ لأن قرار الضمان على الوكيل لا رجوع للوكيل بما ضمن على الأمر لما مر والملك في المضمون يثبت لمن كان قرار الضمان عليه، ويرجع الوكيل بالثمن على البائع؛ لأن الجارية إنما سلمت للوكيل من جهة المستحق؛ لا من جهة البائع، ولو كان الأمر هو الذي ولي شراء الجارية ثم أمر رجلاً بقبضها فقبضها المأمور، وماتت في يده ثم استحقها رجل فالمستحق بالخيار إن شاء ضمن البائع؛ لكونه غاصباً، وإن شاء ضمن المأمور لكونه غاصب الغاصب، إن شاء ضمن الأمر لما ذكرنا قبل هذا، فإن ضمن البائع ثم تبعه ونقد وسلم الثمن، وإن ضمن المأمور فالمأمور يرجع بما ضمن على الأمر؛ لأن قبض المأمور وقع للأمر على ما مر فكان قرار ضمان القبض على الأمر، ويرجع الأمر بالثمن على البائع؛ لأن الجارية لم تسلم له من جهته، وإن ضمن الأمر، فالأمر لا يرجع بما ضمن على المأمور؛ لأن قبض المأمور وقع للأمر فكان الأمر قبضها بنفسه وهلكت في يده. والله تعالى أعلم بالصواب.



الفصل الثاني عشر

فيما يجري بين الموكل بالبيع وبين المشتري وفيما يجري بين البائع وبين الموكل بالشراء

الموكل بالشراء إذا أبرأ المشتري عن الثمن، صح الإبراء، هذا هو مذهب أصحابنا - رحمهم الله - وبعض مشايخنا قالوا: لا يصح الإبراء ولا يأخذ به، والبائع إذا أبرأ الموكل بالشراء عن الثمن صح الإبراء ذكره البقالي في أول وكالته عن محمد - رحمه الله - وهكذا ذكره في كتاب اسم المختلف بين أبي حنيفة وصاحبيه - رضي الله عنهم - والجواب في النية^(١) يكون كذلك على قياس الإبراء، ولكن هذا الجواب يخالف [ظاهر]^(٢) أصول أصحابنا - رحمهم الله - فمن أصلهم أن شراء الوكيل يوجب دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل؛ لأن الموكل ملك المشتري بعقد جرى بينه وبين الوكيل؛ لأن الوكيل في حق الحقوق أصيل وكأنه اشتراه لنفسه، ثم باعه من الموكل، فهذا من البائع تصرف في حق الوكيل وينبغي ألا يصح، ولكن الوجه في ذلك أن الوكيل بالشراء إنما نزل منزلة البائع من الموكل في حق الحقوق التي لا ينفك العقد عنها أما في الحقوق التي ينفك العقد عنها فالموكل يكون كالمشتري من البائع؛ ألا ترى أن المشتري لو كان قريب الوكيل أو منكوحه لا يعتق عليه ولا يفسد نكاحه.

قلنا: وإبراء البائع [الموكل عن الثمن من الأحكام التي تنفك البيع منه في الجملة فيجعل الموكل في حق إبراء البائع]^(٣) عن الثمن مشتريا من البائع لا من الوكيل، فكان هذا من البائع تصرفاً في حق نفسه فيصح. والله أعلم.

(١) في أ: الهبة.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الفصل الثالث عشر

في التصرفات التي يملكها الوكيل والتي لا يملكها

قال محمد - رحمه الله - في الأصل في باب الوكالة بالدين : وإذا وكل الرجل رجلاً بتقاضى دين له على رجل فليس له أن يشتري منه شيئاً بذلك ؛ لأن الشراء به غير داخل تحت الوكالة بالقبض فإن قيل : ينبغي أن يملك المشتري بالدين ؛ لأنه بالشراء يصير مستوفياً للدين حكماً لا حقيقة فإنه [لم]^(١) يقبض غير الدين وهو مأمور بقبض يكون استيفاء حقيقة وحكماً ولأنه إنما يصير مستوفياً بالشراء إذا صح الشراء ، فلا بد من تصحيح الشراء أولاً ، وتصحيحه غير ممكن ؛ لأنه [غير]^(٢) داخل تحت الوكالة .

وإن وهب الدين من المديون أو أبرأه منه أو أخره إلى أجل أو حط عنه لم يجز ؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة ، وكذلك لو أخذ به رهناً لا يصح ؛ لأنه غير داخل ، فإن قيل أليس إن قبض الرهن قبض استيفاء حتى يصح الرهن برأس مال السلم والصرف .

قلنا : قبض الرهن لا يكون قبض استيفاء للحال ، وإنما يصير استيفاء عند الهلاك ؛ ألا ترى أنهم قالوا : لو افترقا قبل هلاك الرهن يبطل الرهن ، ولو افترقا بعد هلاك الرهن ، لا يبطل الصرف والسلم ؛ فدل أن قبض الرهن قبض استيفاء بعد الهلاك حكماً لا حقيقة ، وهو أنه إنما أمره بقبض يقع بها الاستيفاء حقيقة وحكماً ، فإن هلك الرهن في يد الوكيل هل للمطلوب أن يضمه الأقل من قيمته ومن الدين ؟ فهذا على وجهين : الأول أن يقول الوكيل : أمرني الطالب بقبض الرهن فدفعت المطلوب إليه رهناً وفي هذا الوجه إن ضمنه ذكر المسألة في الأصل مطلقة وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه : فقال : إن كذبه المطلوب في الوكالة أو

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

سكت لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وشرط عليه الضمان له أن يضمه ، وإن صدقه ولم يضمه فليس له أن يضمه ، والجواب في هذا نظير الجواب فيما إذا قال : وكلني فلان بقبض الدين الذي له عليك فدفع المطلوب إليه الدين ولم يكن الطالب وكله بقبض الدين ، وهلك المال في يد القابض ، وهناك الجواب على التفصيل الذي قلنا إن صدقه المديون في الوكالة ولم يضمه فلا ضمان وفيما عداه من الفصول الوكيل ضامن كذا هاهنا .

الوجه الثاني : إذا قال الوكيل : لم يأمرني بقبض الرهن مع ذلك دفع المطلوب إليه رهنا وهلك في يده [فلا ضمان على الوكيل كما في حقيقة الاستيفاء إذا قال : لم يوكلني]^(١) فلان بقبضه مع هذا دفع المطلوب الدين إليه ، وهلك في يده وهناك لا ضمان على الوكيل كذا هاهنا .

وأما إذا أخذ بالدين كفيلاً فهو على وجهين :

الأول : أن يأخذ منه كفيلاً بشرط براءة الأصيل وإنه لا يجوز ؛ لأن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وإنه لا يملك الاحتياي ، فلا يملك أخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل .

وأما إذا أخذ كفيلاً بغير شرط براءة الأصيل صح ، وكان له أن يأخذ أيهما شاء ، وكان يجب ألا يجوز ؛ لأن الكفالة غير داخلة تحت الوكالة فلا يجوز أخذها ، وإن كان فيها والجواب أن الكفالة لا تتضمن إضراراً بالموكل وللرهن توثيق يتضمن إضراراً بالموكل فإنه متى هلك الرهن سقط^(٢) الدين .

الثاني : أن الوكيل بالتقاضي وكيل بالخصومة ، والوكيل بالخصومة يملك أخذ الكفيل ولا يملك أخذ الرهن [فرق]^(٣) بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بقبض الثمن

(١) سقط في أ .

(٢) في أ : يسقط .

(٣) سقط في أ .

وسوى بينهما في حق أخذ الكفيل فجوز أخذ الكفيل من كل واحد منهما .
والفرق أن الوكيل بالبيع أصيل في حقوق العقد، واستيفاء الثمن حقه، وفي الكفالة والرهن توثيق الاستيفاء فيملك ذلك بطريق الأصالة، فأما الوكيل بقبض الدين نائب محض في حق القبض وقد أنابه الموكل مناب نفسه في حق قبض الدين لا في حق قبض الرهن .

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل أمر رجلاً أن يشتري له نصف دار فاشترها فله أن يقاسم قال: أرأيت لو أمره أن يشتري له نصف كر حنطة فاشترى هو يعني الوكيل ورجل آخر كر حنطة أما له أن يقاسم .

وذكر هشام في نوادره عن محمد - رحمه الله - : [في^(١)] أن قسمه الوكيل في الدار لا تجوز وفي المكيل والموزون تجوز قال ثم : قال محمد - رحمه الله - : كل شيء إذا قاسم الرجل شريكه لم يكن له أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فليس للوكيل الذي اشتراه له أن يقاسم، وكل شيء إذا قاسم شريكه كان له أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فللوكيل الذي اشتراه [له^(٢)] أن يقاسم .

ولا يجوز إقالة الوكيل بالشراء بخلاف إقالة الوكيل بالبيع على قولهما فإنها تجوز على الوكيل؛ لأن إقالة الوكيل بالبيع تصرف في خالص الوكيل وهو حق القبض فالوكيل بالشراء كالوكيل بالسلم إذا أبرأ المسلم إليه عن المسلم فيه أو رهنه منه أو أقاله السلم فذلك جائز في قول أبي حنيفة ومحمد ويلزم الأمر طعماً مثل المسلم فيه .

الوكيل بالإجارة إذا أقال مع المستأجر إن كانت إقالته قبل أخذ الأجرة وقبل استيفاء المنفعة نفذت إقالته على الموكل، وإن كانت إقالته بعد قبض الأجرة أو بعد استيفاء المنفعة لا تنفذ إقالته على الموكل، هكذا روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - وهكذا روى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف - رحمه الله - .

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

والوكيل بالاستتجار إذا ناقض الإجارة مع الآجر إن لم يكن الوكيل قبض المستأجر فمناقضته صحيحة قياساً واستحساناً وإن قبضه لا تصح مناقضته استحساناً. الوكيل بالمعاملة والمزارعة هو الذي يلي قبض نصيب الموكل؛ لأنه هو الذي تولى العقد فيكون القبض إليه هكذا ذكر في كتاب الوكالة وهكذا ذكر الخصاص - رحمه الله - في حيله.

وذكر في كتاب المزارعة: أن الوكيل بالمعاملة إن كان وكيلاً من جهة صاحب النخيل لا يكون له قبض نصيبه؛ لأن ما يستحقه صاحب النخيل يستحقه بملكه لا بالعقد، فلا يكون للوكيل حق القبض، وإن كان من جهة المعامل كان له حق قبض نصيبه؛ لأن المعامل يستحق ما يستحق بحكم العقد، والمباشر لهذا العقد الوكيل فيكون القبض إليه.

والوكيل بالمزارعة إن كان وكيلاً من جهة صاحب البذر لا يكون له قبض نصيبه؛ لأن ما يستحقه صار البذر يستحقه بحكم ملكه لا بحكم العقد، فلا يكون للوكيل حق القبض، وإن كان وكيلاً من جهة من لا بذر منه كان له حق قبض نصيبه؛ لأن الذي لا بذر من جهته يستحق ما يستحق بحكم العقد، والمباشر لهذا العقد الوكيل فيكون القبض إليه بقبض الدين، وقبضه ليس له أن يوكل غيره بذلك وإن وكل وقبض الوكيل الثاني من المطلوب إن وصل المال إلى الوكيل الأول برئ المطلوب عن الدين سواء كان الوكيل الثاني ممن هو في عيال الأول أو لم يكن، وإن هلك في يد الثاني إن كان الثاني في عيال الأول يبرأ المطلوب وإن لم يكن لا يبرأ.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه في باب الوكالة بالدين والوكيل بالبيع إذا باع ووكل من ليس في عياله بقبض الثمن صح، ذكره شيخ الإسلام في شرحه في هذا الباب أيضاً. والله أعلم بالصواب.

الفصل الرابع عشر

في الوكيل إذا أخرج عن مباشرة ما وكل به بمباشرة فيما^(١) مضى

قال في كتاب العلل: إذا وكل الرجل بعق عبد بعينه فقال الوكيل: أعتقته أمس، وقد وكله قبل أمس فإنه لا يصدق على ذلك من غير بيعة، ولو كان ذلك في بيع أو نكاح أو عقد من العقود فإنه يصدق؛ ألا ترى في الوكيل بالبيع والنكاح لو عقد رجل آخر وأجاز الوكيل عقده جاز وفي العتاق والطلاق لو فعل غير الوكيل ذلك وأجاز الوكيل لا يجوز.

وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكفيني - رحمه الله - يقول: بأن محمداً - رحمه الله - ذكر مسألة العتق والنكاح والبيع في كتاب الوكالة كما ذكر في كتاب العلل وكنا نقول: إنما اختلفت الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع مسألة العتق أنه وكله اليوم والوكيل قال: أعتقته أمس فيكون هذا دعوى الإعتاق قبل الوكالة فلا يسمع ذلك منه وموضوع مسألة البيع والنكاح أنه وكله قبل أمس فيقول: اليوم بعته زوجته أمس فيكون هذا دعوى النكاح والبيع بعد الوكالة ولو كان في العتق هكذا لكننا نقول بأنه يقبل قوله إلا أن محمداً - رحمه الله - ذكر مسألة العتق والطلاق مفسراً في كتاب العلل وفرق بين الوكيل بالنكاح والبيع وبين الوكيل بالعتق والطلاق كما ذكرنا وأراد بما قال - والله أعلم - أن الوكيل في الطلاق رسول؛ لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر؛ لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل وجعله بمنزلة المالك، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما ينحصر^(٢) فيما يحتاج فيه إلى الرأي والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج فيهما إلى الرأي، فتعذر العمل بما تقتضيه حقيقة الوكالة فجعلناها مجازاً عن الرسالة؛ لأن التوكيل يتضمن معنى الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور مأموراً بنقل عبارة الأمر لا شيء آخر ألا ترى أن غيره لو باشر ذلك

(١) في أ: مما.

(٢) في أ: يتحقق.

العقد وأجازه المأمور لا يجوز؛ لأنه مأمور بالنقل، والإجارة ليست من النقل في شيء، وكذا لا يمكن الحكاية عن عتق وطلاق ماضٍ؛ لأن الحكاية ليست من النقل في شيء فأما في النكاح والبيع العمل بحقيقة الوكالة [ممكّن؛ لأن البيع والنكاح مما يحتاج فيهما إلى الرأي فاعتبر^(١) المأمور وكيلاً والوكيل بمنزلة المالك من حيث إن الرأي مفوض إليه كما هو مفوض إلى المالك، والمالك كان يملك مباشرة البيع والنكاح، ويملك الإخبار عن بيع ونكاح ماضٍ، وكذلك الوكيل أيضًا يملك؛ ألا ترى أن غيره لو باشر البيع أو النكاح وأجازه هو جاز كما لو أجاره المالك، وكذا إذا حكى عن نكاح ماضٍ وعن بيع ماضٍ يصح حكايته، فقد جعل الوكيل بالنكاح على رواية كتاب العلل وكيلاً لا رسولاً وهكذا ذكر في العيون.

وفي المنتقى جعله رسولاً وهكذا ذكر في آخر وكالة الأصل وستأتي مسألة وكالة الأصل.

وفي كتاب العلل أيضًا: إذا وكل رجلين بالنكاح أو البيع أو الخلع ففعل أحدهما لم يجز يملك فقال: لأن كل واحد منهما وكيل فلا يتم إلا بفعلهما وليس كالطلاق؛ لأن الطلاق رسالة فأيهما أدى الرسالة، جاز، والجواب في العتاق كالجواب في الطلاق وسائر العقود ليست برسالة، ولكنها وكالة، ثم قال محمد - رحمه الله - : وليس لأننا^(٢) نحتاج إلى أيهما؛ لأنه لو بين لهما الثمن والامر لم يجز فعل أحدهما، هذا هو لفظ محمد - رحمه الله - في كتاب العلل.

وكان الحاكم الإمام أبو محمد - رحمه الله - يقول في الفرق بين النكاح والبيع والخلع وبين الطلاق من حيث إن النكاح والبيع والخلع عقود يحتاج فيها إلى الرأي لدفع الغبن عن نفسه فإذا وكل رجلين [بها فقد]^(٣) رضي برأيهما لا برأي أحدهما فلا

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: لأن.

(٣) في ح: بما قد.

يكون لأحدهما أن يفعل ذلك، وفي الطلاق والعتاق والهبة لا يحتاج إلى الرأي؛ لأنه تبرع محض فجاز أن ينفرد أحدهما.

وإننا نقول: ما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب العلل (وليس لأننا نحتاج فيه إلى الرأي؛ لأنه لو بين لهما الثمن فالأمر كله لم يجز فعل أحدهما) خطأ؛ لأن تسمية البدل إن كان من جانب الزوج في النكاح ومن جانب المشتري في البيع إن كان يمنع الزيادة لا يمنع النقصان، وإن كان من جانب المرأة والبائع إن كان يمنع النقصان لا يمنع الزيادة فكان الرأي محتاجاً إليه في الحالين.

ومنهم من قال: ما ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب العلل لم يرد محمد رحمه الله بقوله: (وليس لأننا نحتاج إلى رأيهما) نفي الحاجة إلى الرأي من كل وجه فإن الحاجة إلى الرأي ثابتة مع بيان الثمن حكماً واعتباراً، أما غير ثابتة من حيث الحقيقة على ما نبين إن شاء الله تعالى، وإنما جعل محمد - رحمه الله - الأمر بالطلاق والعتاق رسالة بالخلع والبيع والنكاح وكالة لما ذكرنا أن العمل بحقيقة الوكالة في البيع والخلع والنكاح ممكن؛ لأنه يحتاج إلى الرأي في هذه العقود لدفع الغبن، والوكالة لتفويض الرأي فجعلناه وكالة وأقيم التوكيل بهذه العقود، وهذه العقود مما يحتاج فيها إلى الرأي مقام الحاجة إلى الرأي فكان الرأي محتاجاً إليه في هذه العقود عند تسمية البدل حكماً واعتباراً، ولو كان محتاجاً إليه حقيقة بأن لم يسم لها البدل لم يجز فعل أحدهما، فكذا إذا كان الرأي محتاجاً إليه حكماً واعتباراً، فهو معنى قوله: لم يرد بقوله: لأننا لا نحتاج فيه إلى الرأي نفي الرأي من كل وجه.

وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع شيء معين فقال للأمر: قد أخرجتك من الوكالة فقال الوكيل: قد بعتهما، لم يصدق وخرج الوكيل عن الوكالة قالوا: هذا إذا كان الشيء قائماً بعينه، فأما إذا كان هالكا، فالقول قول الوكيل مع يمينه.

والفرق بين ما إذا كان الشيء قائماً وبين ما إذا لم يكن قائماً أنه [إذا]^(١) كان هالكا

(١) سقط في أ.

فحاصل اختلافهما في الحال في الضمان على الوكيل لا في زوال ذلك الشيء عن ملك الموكل وبقائه على ملكه؛ لأنه بالهلاك زال ملكه باتفاقهما وإنما اختلافهما في إيجاب الضمان على الوكيل يقول للوكيل، بعت وسلمت بعدما عزلت عن الوكالة فصرت^(١) ضامًا، وأنكر الوكيل ذلك والضمان كان منفيًا على الوكيل في الأصل فإنه كان أمينًا فهو ينفي الضمان بتمسكه بما هو الثابت في الأصل فيجعل^(٢) القول قوله حتى يثبت غيره.

فأما إذا كان الشيء قائمًا، فالملك فيه باق حاصل اختلافهما أنما وقع^(٣) في زواله عن ملك الموكل وبقائه على ملك الموكل يدعي زواله عن ملكه، والموكل يدعي بقاءه على ملكه، فكان الوكيل فيما يدعي متمسكًا بما هو الأصل، فيكون القول قوله.

ونظير هذا ما قال محمد - رحمه الله - في كتاب الإقرار وغيره أن الوكيل بالبيع إذا ادعى أنه كان باع قبل موت الموكل^(٤) وأنكرت الورثة ذلك قال: إذا كان الشيء قائمًا فالقول قول الورثة، وإن كان^(٥) فالقول قول الوكيل وكما أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل ينعزل بموته، وكل جواب ذكره في الموت يكون ذكره هاهنا.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - رجل له على رجل ألف درهم فأمره أن يشتري له بها عبدًا فقال المأمور: قد اشتريت لك عبدًا من فلان وقبضته ودفعت الثمن إليه ومات العبد في يدي^(٦) وقال الأمر: قد اشتريته لكنه مات في يد البائع، ولم يدفع إليه الثمن فالقول قول الأمر.

(١) في أ: فقد صرت.

(٢) في أ: فجعل.

(٣) في أ: دفع.

(٤) في ح: الوكيل.

(٥) زاد في أ بياض بمقدار كلمة ولعلها: (مالًا).

(٦) في أ: بيتي.

ولو قال المأمور: قد اشتريت لك من فلان عبداً فلم أقبضه حتى مات عنده،
وقال الأمر: قد اشتريته وقبضته ومات عندك لم أجز إقرار الأمر على المأمور في هذا
الأمر، وأمرت الأمر بدفع الثمن إلى البائع ولجعلت العهدة عليه.
وفي المنتقى قال لغيره: أعتق عبدي على ألف درهم واقبضها وادفعها إلي أو
قال: اخلع امرأتي على ألف درهم واقبضها وادفعها إلي فقال الوكيل بعد ذلك:
قبضت الألف ودفعتها إلى الأمر فكذبه الأمر فإن الوكيل يصدق في قوله: أعتقت
وخالعت ولا يصدق في قوله: قبضت الألف فإن قال بعد إثبات العتق والخلع
قبضت ودفعت إليك، فإنني أصدقه.



الفصل الخامس عشر

في التوكيل بالطلاق وفي التوكيل بالخلع والطلاق والنكاح والعتاق وبجواز التوكيل باليمين بالطلاق

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : استخرجته [من مسألة^(١)] في باب اليمين من الطلاق الذي يكون من غير الزوج في طلاق الجامع وصورة تلك المسألة: رجل قال لامرأة الغير: إذا دخلت الدار فأنت طالق، فأجاز الزوج ذلك فدخلت بعد الإجازة، طلقت؛ لأن اليمين تصرف يملك الزوج مباشرته بنفسه وبنائبه فيتوقف على إجارته، ولو دخلت الدار قبل الإجازة لا تطلق فإن عادت بعد الإجازة فدخلت الآن تطلق؛ لأن تصرف الفضولي إنما يصير يمينًا بالإجازة مقصورًا على حالة الإجازة والأيمان تقتضي شروطًا في المستقبل فيراعى وجود الشرط بعد الإجازة فقد أثبت [حكم اليمين مقصورًا على حالة الإجازة وفرق بينه وبين البيع الموقوف على الإجازة فأثبت^(٢)] حكمه عند الإجازة من وقت العقد حتى قال: يثبت الملك للمشتري في الولد والزيادة الحادثة فيما بين العقد والإجازة، ذكره في الباب الأول من غصب الكافي.

والفرق وهو الأصل في جنس هذه المسائل أن كل تصرف توقف حكمه على الإجازة فالأصل أن يجعل سببته معلقة بالإجازة؛ لأن في جعله سببًا [من^(٣)] وقت وجوده تخلف الحكم عن السبب، وإنه خلاف الأصل إلا أن التصرف الذي لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه يجعل^(٤) سببًا للحال، ويجعل حكمه متراخي إلى وقت الإجازة فعند الإجازة يثبت الملك من وقت مباشرة البيع، أما التصرف الذي يحتمل التعليق يمكن تعليقه بالإجازة فيجعل معلقًا ويجعل عند الإجازة كأنه

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ح: فيجعل.

وجد الآن واليمين يحتمل التعليق بالشرط فجعلناها معلقة بالإجازة، وصار من حيث المعنى كأنه قال: لها بعد الإجازة: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإنما يثبت حكمه من هذا الوقت، وكذلك الأمر باليد^(١) ونحوه من الفضولي إذا أجازته الزوج ثبت حكمه مقصوراً على وقت الإجازة، حتى لا يقع الطلاق الموقع بعد الإجازة.

وإذا وكل الرجل رجلاً [أن يخلع]^(٢) امرأته ووكلت المرأة ذلك الرجل أيضاً بالخلع، إن كان البدل مسمى في التوكيل جاز، وتم الخلع بمباشرته فالأصل أن الواحد في باب الخلع يتولى الخلع من الجانبين إذا كان البدل مسمى باتفاق الروايات، وإذا لم يكن مسمى لا يتولى إلا في رواية ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق في فصل الخلع وعلى هذا إذا وكلت المرأة زوجها بخلعها وإذا وكلت الذمية مسلماً بخلعها من الذمي على خمر أو خنزير يجوز، وليس هذا كالتوكيل بشراء الخمر والخنزير؛ لأن الحقوق هاهنا لا ترجع إلى العاقد، وهو الوكيل؛ لأن الوكيل في الخلع سفير، ومعبر والحقوق لا ترجع إلى السفير وإنما ترجع إلى من وقع العقد له وإنما قلنا: إنه سفير من وجهين: أحدهما: أنه لا يستغني عن إضافة الخلع إلى المرأة لا بد وأن يقول للزوج خالع امرأتك وفي هذا يعتبر الوكيل سفيراً كما في باب النكاح.

والثاني: أن الموكل به مما ينقل من ملك إلى ملك وفي مثل هذا يعتبر الوكيل سفيراً كالوكيل في باب النكاح.

وإذا وكل العبد المحجور رجلاً أن يزوجه له امرأة ثم أذن المولى في النكاح أو عتق العبد صار الوكيل وكيلاً لو زوجه امرأة يجوز، وصار تقدير المسألة: أنت وكيل في كذا إذا صرت مأدونا أو عتقت؛ وهذا؛ لأنه تعذر تصحيح الوكالة في الحال؛ لعدم أهلية الموكل فاعتبرت مضافة إلى حالة أخرى يصير أهلاً لذلك كما لو وكل

(١) في ح: بالبدن.

(٢) في أ: بخلع.

رجلاً أن يزوجه أخت امرأته، فالوكالة تصير مضافة إلى أن يطلقها وتنقضي عدتها. في وكالة الأصل في باب وكالة العبد المأذون:

إذا وكل الرجل رجلاً أن يزوجه له امرأة فزوجه قد جعلها الزوج طالقا ثلاثاً إن تزوجها فالنكاح جائز والطلاق واقع؛ لأن الأمر عام في جانب المرأة يبقى هذا التعذر أن هذا نكاح لا يفيد مقصوده فلا يدخل تحت الأمر، والجواب أنه يفيد بعض المقاصد وهو المواصلة بالمصاهرة فإن المواصلة بالمصاهرة مما يقصد بعقد النكاح وإنها^(١) تحصل بنكاح هذه المرأة.

قيل: يجب أن يكون هذا الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعلى قولهما يجب ألا يجوز هذا؛ لأن عندهما الوكالة تنقيد بالعرف والعادة وفي العرف والعادة لا يزوج الإنسان امرأة حلف بطلاقها كما لا يتزوج العمياء والرتقاء.

وإذا وكلت المرأة رجلاً أن يزوجه فزوجه من غير كفاء لا يجوز، هكذا ذكر في الكتاب قالوا: وهذا الجواب يجب أن يكون على قولهما، أما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - يجب أن يجوز، ويكون للأولياء حق الاعتراض؛ [عملاً]^(٢) بإطلاق اللفظ كما في جانب الرجل؛ ألا ترى أن هذا الوكيل لو حط عن مهر مثلها يجوز النكاح عند أبي حنيفة وللأولياء حق الاعتراض وكان ذلك بإطلاق اللفظ فهنا يجب أن يكون كذلك.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب^(٣) قول الكل، فرق هذا القائل بين التوكيل بالنكاح من جانب الرجل وبين التوكيل من جانب المرأة؛ على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فإن التوكيل من جانب الرجل بالنكاح لا يتقيد بالكفاء والتقيد من جانب المرأة يتقيد بالكفاء.

(١) في أ: وإنما.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: فهو.

والفرق أن المرأة ممنوعة من تزويجها نفسها من غير كفاء دفعا للضرر على الأولياء فانصرف مطلق أمرها بالنكاح إلى النكاح الذي غير ممنوعة عنه شرعاً حملاً لأمرها على الصلاح، وأما الرجل غير ممنوع عن التزويج ممن ليست بكفاء له كما ليست بممنوعة عن تزويج^(١) من هو كفاء لها فانصرف مطلق أمره إلى النوعين، وعلى قياس ما ذكرنا لأبي حنيفة رضي الله عنه في الكفاءة ألا يجوز الحط عن مهرها^(٢) مقدار ما لا يتغابن الناس فيه ولا ينفذ النكاح عليها؛ لأن المرأة ممنوعة مقدار ما لا يتغابن الناس فيه ولا ينفذ النكاح عليها؛ لأن المرأة ممنوعة مقدار ما لا يتغابن الناس فيه دفعا للضرر عن الأولياء فلا يدخل هذا النكاح تحت أمرها فما^(٣) [ذكر]^(٤) في فصل الكفاءة يصير رواية في فصل الحط عن مهرها.

وقد نص محمد - رحمه الله - في مسألة الحط أن النكاح يجوز على قول أبي حنيفة ويكون للأولياء حق الاعتراض فما ذكر في فصل الحط يصير رواية في فصل الكفاءة فيصير في الحاصل في كل فصل روايتان على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

وفي شرح كتاب الآحاد: امرأة وكلت رجلاً أن يزوجه بألف درهم فزوجها الوكيل بخمسائة لزمها النكاح وبلغ مهر مثلها ولو كان هذا وكيل الزوج لا يجوز. هشام عن محمد - رحمهما الله - : وإذا وكلت المرأة رجلاً أن يزوجه وقالت: ما صنعت في أمري من شيء فهو جائز حتى جاز^(٥) للوكيل أن يوكل غيره بتزويجها فحضر الوكيل الموت فأوصى بوكالة إلى رجل بالتزويج فزوجها الوكيل الثاني بعد موت الوكيل الأول، جاز، وكان ينبغي ألا يجوز؛ لأن الأول أضاف الوكالة إلى بعد

(١) في أ: تزوج.

(٢) في أ: مهر مثلها.

(٣) في أ: كما.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: صار.

موته [وبعد الموت]^(١) لا يبقى وكياً فكيف يصح توكيله غيره بعد الموت .
والجواب: الأول رسول عن المرأة في الوكيل وعبارة الرسول منقولة إلى المرسل
فحين قال لغيره: أوصيت إليك بالتزويج وهو وكيل حال ما قال هذه المقالة صار
كلامه منقولاً إلى المرأة، فكأن المرأة قالت: وكلتك بتزويجي بعد موت الأول، ولو
صرحت المرأة بذلك ثم مات الأول فزوج الثاني المرأة كان ذلك جائزاً كذا هاهنا .
وإذا وكله أن يطلقها طلاقاً فطلقها طلاقاً رجعيّاً فإنه يقع عليها تطليقة على حسب
ما أمره الزوج؛ لأن الوكيل بأصل المأمور به وهو إيقاع الطلاق إلا أنه خالفه في
الصفة، والطلاق مما لا يختلف باختلاف الصفة، فهو معنى قولنا: إن بأصل المأمور
به فوقع أصل الطلاق لامثاله أمر الأمر فيه فتبعه الصفة التي أمر بها؛ لأن الصفة تابعة
للموصوف .

إذا قال لامرأته: طلقا أنفسكما ثلاثاً فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتهما ثلاثاً طلقنا
لكن ينبغي أن تطلق نفسها وتطليقها صاحبتهما يجوز في مجلسهما^(٢) أو غير
مجلسهما^(٣) .

ولو قال لهما: طلقا أنفسكما إن شئتما فطلقت إحداهما لا تطلق؛ لأن تقديره:
طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما، وبالتطليق من إحداهما وجد نصف الشرط، في
أول الباب السابع من طلاق الجامع .

ولو سكت الوكيل في التطليق ثم طلق ذكر في النوازل عن شداد أنه لا يقع، قال
أبو الليث - رحمه الله - : هذا خلاف قول أبي يوسف - رحمه الله؛ لأن التوكيل
بالطلاق تعليق الطلاق بلفظ التوكيل، ومن قال لغيره: إن قلت لامرأتي: أنت طالق
فهي طالق ثم سكت ذلك الغير فقال^(٤) لها: أنت طالق يقع كذا هاهنا .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ: مجلسها .

(٣) في أ: مجلسها .

(٤) في أ: وقال .

وكله بأن يعتق نصف عبده فأعتق كله لا يجوز ولا يعتق شيء منه، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يجوز ويعتق كله، ولو وكله بأن يعتق كله فأعتق نصفه عتق النصف عنده والكل عندهما. في وكالة مختلفات الفقيه أبي الليث - رحمه الله - .

وعن محمد - رحمه الله - : في رجلين لكل واحد منهما عبد وكل كل واحد منهما رجلاً أن يعتق عبده فقال الوكيل : أعتقت أحدهما ثم مات الوكيل قبل أن يبين فالقياس أنه لا يعتق واحد منهما ولكن أستحسن أن أعتقهما جميعاً ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته .

وجه القياس : أن المأتي به غير ما وكل به ؛ لأنه وكل بإعتاق منجز وإعتاق المجهول اعتبر منجزاً في حق المعتق وإن كان تعليقاً في حق المحل على ما يعلم في الباب الثاني والثلاثين من الزيادات .

إذا وكل الرجل رجلاً أن يطلق إحدى نسائه فطلق واحدة منهن لا بعينها صح ويكون الخيار للزوج وهذا ؛ لأن (إحدى) كما تطلق على واحدة نكرة تطلق على واحدة بعينها ؛ ألا ترى أنه يستقيم أن يقال : هذه إحدى نسائه وقد حصل التوكيل مطلقاً من غير تقييد الإحدى بالعينية ولا^(١) بالجهالة فيجري على إطلاقه، ويصير تقدير المسألة كأنه قال : طلق واحدة من نسائي إن شئت بعينها، [وإن شئت لغير عينها]^(٢)، ولو نص على هذا كان الجواب كما قلنا فهاهنا كذلك .

وإذا وكل الرجل رجلاً أن يطلق امرأته للسنة، وهي ممن تحيض فطلق الوكيل في حالة الحيض أو في الطهر لا يقع ؛ لأنه ليس بوكيل للحال بل وكالته مضافة إلى الطهر في الصورة الأولى، وإلى الحيض والطهر في الصورة الثانية . وكذلك لو قال لها في هذه الحالة : أنت طالق للسنة أنت طالق إذا طهرت في

(١) في أ: وإلا .

(٢) سقط في أ .

الصورة الأولى أنت طالق إذا حضت وطهرت في الصورة الثانية، وإذا طهرت في الصورة الأولى وحاضت وطهرت في الصورة الثانية وطلقها الوكيل يقع الطلاق؛ لأنه صار وكيلاً إلا أن بالإيقاع حصل بحكم التوكيل فيقع.

وإذا قال لغيره: إذا تزوجت فلانة فطلقها فتزوجها فطلقها الوكيل صح؛ لأن هذا تعليق الوكالة بالشرط، وتعليق الوكالة بالشرط صحيح.

وإذا وكل عبده بطلاق امرأته ثم باع العبد فهو على وكالته.

وإذا وكل رجلاً بإعتاق عبده على مال فأعتق فليس للوكيل أن يقبض المال ولا يقتصر التوكيل على المجلس، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده: أعتق نفسك فإن ذلك يقتصر على المجلس. والله أعلم.



الفصل السادس عشر في التوكيل بالإجارة والاستئجار

قال محمد - رحمه الله - في الجامع : لو أن رجلاً وكل رجلاً بأن يستأجر له داراً بعينها من رجل هذه السنة بمائة درهم، فاستأجرها الوكيل وقبضها من الأجر، وأراد الموكل أخذها من الوكيل فمنعها الوكيل من الموكل حتى يأخذ الأجر فهذا على وجوه: إما أن يكون الأجر مطلقاً أو معجلاً أو يكون مؤجلاً فإن كان الأجر مطلقاً فمنعها الوكيل حتى يقبض الأجر ليس له ذلك؛ لأن الوكيل للاستئجار في حق الحقوق كأنه استأجر لنفسه ثم أجر من الموكل، ولو كان هذا وكان الأجر مطلقاً لم يكن له منع الدار منه لأجل الأجر؛ لأن الأجرة [لا]^(١) تملك بنفس العقد فكذا هاهنا إليه أشار في الكتاب حيث قال: لأن الأجرة تجب بالسكنى فإن منعها الوكيل [بالأجر]^(٢) حتى مضت السنة ففي ذلك حكمان حكم بين الأمر و[بين]^(٣) الوكيل وحكم بين الوكيل وبين الموكل.

أما الذي بين الأجر وبين الوكيل أن الأجر واجب على الوكيل للأجر؛ لأن الوكيل في حق الحقوق [بمنزلة العاقد لنفسه، والأجر من جملة الحقوق]^(٤) ولو استأجر الدار لنفسه سنة وقبض الدار مده الإجارة كان عليه الأجر وإن لم يسكن ليتمكنه من استيفاء المنفعة في المدة كذا هاهنا.

وأما الحكم الذي بين الوكيل والموكل أن الوكيل يرجع إلى الموكل بذلك الأجر؛ لأن الوكيل قبض الدار من الأجر، وله حق القبض وقبض الوكيل متى حصل بحق فهو بمنزلة قبض الموكل في حق المعقود عليه لما عرف أن يد الوكيل في حق

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

المعقود عليه الذي يقابله البدل يد أمانة ونيابة وللمنفعة حكم الوجود شيئاً فشيئاً في حق حكم العقد فإذا صار يد الوكيل كيد الموكل صار كأن المنافع وجدت شيئاً فشيئاً في يد الموكل فلا يسقط شيئاً من الأجر إلا إذا خرج يد الوكيل من أن تكون يد الموكل وذلك لمعنيين:

أحدهما: بأن يحبس الوكيل بالبدل^(١) حتى تصير يد الوكيل يد ضمان بحكم العقد، وذلك لم يوجد هاهنا؛ لأنه ليس للوكيل [هاهنا]^(٢) حق الحبس بالأجرة على ما مر.

والثاني: أن يصير الوكيل غاصباً ولا يمكن تحقيق الغصب هاهنا لا في حق المنفعة، ولا في حق العين؛ أما في حق المنفعة فلأن غصب المنافع لا يتصور عندنا على ما عرف، وأما في حق العين؛ لأنه لو اعتبر غاصباً في حق العين إما أن يعتبر من الآجر أو من الموكل لا وجه إلى الأول؛ لأن قبض الوكيل الدار من الآجر حصل بحكم العقد ولا وجه إلى الثاني؛ لأن الموكل ليس بمالك للعين، والغصب من غير المالك لا يتصور، فإذا لم تنقلب يد الوكيل يد غصب، ولا يد ضمان بحكم الحبس بقيت يد الوكيل يد أمانة، فصار حدوث المنافع في يد الوكيل وحدثها في يد الموكل سواء بخلاف الوكيل بشيء بعينه إذا اشتراه بثمن حال أو مطلقاً وحسبه على الموكل بالثمن حتى هلك حيث يسقط الثمن عن الموكل؛ لأن هناك حبس المبيع وله حق الحبس؛ لأن الثمن واجب للوكيل على الموكل بنفس العقد إذا كان حالاً ومطلقاً فصح الحبس وتبدلت يد الوكيل يد ضمان بحكم العقد إذا حصل الحبس بحكم العقد والمبيع المحبوس بحكم العقد مضمون بالثمن أما هاهنا بخلافه على ما مر.

وزان مسألتنا هذه من تلك المسألة ما لو حبس الوكيل بشراء العين المبيع على

(١) في أ: باليد.

(٢) سقط في أ.

الموكل، وليس له حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلاً، ثم هلك وهناك يهلك في يد الوكيل أمانة ولا يسقط الثمن عن الأمر فهنا كذلك وكذلك لو كان الأجر إلى سنة فهذا والأول سواء وفي مثل هذا الفصل المعنى أظهر؛ لأن العقد إذا كان مطلقاً فالأجرة لا تجب إلا بالسكنى، وإذا كان مؤجلاً لا تجب إلا بعد السنة فكان انعدام حق الحبس هاهنا للوكيل أظهر وأبين فكان أولى بالألا تتبدل [يده]^(١) عن حد النيابة والأمانة إلى الضمان.

ولو كان رجل أجنبي غصب الدار من المستأجر أو من الأمر حتى تمت السنة لم يجب عليها أجر؛ لأن يد الغاصب ليست كيد المستأجر ولا كيد الأمر فيما يرجع إلى حكم العقد والمنافع تحدث شيئاً فشيئاً فلا بد من قبض الدار بحكم العقد عند حدوث المنافع؛ ليدخل في ضمان العاقد أو في ضمان من وقع له العقد، فلهذا يسقط الأجر عنهما بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك الدار عند حدوث المنفعة في يد الوكيل حقيقة ويد الوكيل كيد الأمر^(٢) حكماً فحصل هلاك المعقود عليه بعد قبض وقع له العقد من حيث الحكم، فلهذا لم يسقط للأجر، هكذا وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، ووقع في بعض الروايات أن الوكيل لا يرجع بالأجر على الأمر استحساناً.

قال القاضي الإمام جمال الدين جدي - رحمه الله - : هذا هو الصحيح ووجه ذلك أن المنافع في الإجارة تحدث ساعة فساعة شيئاً فشيئاً فكان الحبس من حقوق الوكيل في حق ما يحدث من المنافع حاصلًا قبل التسليم، فلا يكون له حق الرجوع بالأجر لهذا وكذلك لو كان الأمر قبض الدار من الوكيل ثم عدا عليه الوكيل فأخرجها من يد الأمر حتى مضت السنة لزم الأجر لرب الدار على الوكيل ورجع الوكيل بها على الأمر؛ لأن الوكيل قبض الدار وله حق القبض فصار الموكل قابضاً فقبضه حكماً

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: الأجر.

فلو سقط الأجر عن الأمر إنما سقط إذا خرجت يد الوكيل من أن تكون يد الأمر، ولم يخرج على ما مر، فإن انهدمت الدار من سكنى الوكيل فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصير غاصبًا الدار من الأمر؛ لما مر، ولم يصير ضامنًا من الأجر؛ لأنه قبضها من الأجر، وله حق القبض، وكذلك لو لم يصير غاصبًا بالسكنى؛ لأن أكثر ما في الباب أنه شرط سكنى الأمر إلا أن السكنى مثل السكنى؛ ألا ترى أن من استأجر دارًا ليسكنها بنفسه فأسكنها غيره بأجر أو بغير أجر لم يصير مخالفًا حتى يلزمه الأجر فهنا كذلك.

ثم^(١) قال محمد - رحمه الله - في هذه المسألة وفي المسألة الأولى: إن الوكيل يرجع بالأجر على الأمر في القياس، بعض مشايخنا قالوا: وإنما أراد به - والله أعلم - القياس على الوكيل بالشراء إذا حبس وليس له حق الحبس حتى يهلك لا يسقط الثمن عن الأمر فكذا لا يسقط الأجر عن الموكل هاهنا.

والصحيح أنه أراد به أن رجوع الوكيل على الأمر قياس، فأما في الاستحسان لا رجوع له على الأمر، عرف ذلك بما ذكر في بعض الروايات على ما ذكرنا هذا إذا استأجر الدار سنة بمائة درهم مؤجلة أو مطلقة فأما إذا شرط الوكيل تعجيل الأجرة صح عليه وعلى الأمر؛ لأن الأجر^(٢) مطلق وتعجيل الأجر معتاد فيملك الوكيل كالوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بالأجل المعتاد بالاتفاق فهاهنا كذلك.

فإن قبض الوكيل الدار ودفع الأجرة أو لم يدفع فله أن يمنع الدار من الأمر حتى يستوفي الأجر؛ لما ذكرنا أن الوكيل بالاستئجار في حق حقوق العقد كأنه استأجر لنفسه، ثم أجره من موكله ولو استأجر لنفسه ثم أجره من موكله بشرط تعجيل الأجر كان له حبس الدار بالأجر كذا هاهنا.

وإذا منع الوكيل الدار من الموكل بعدما طلب الموكل أو حتى مضت السنة والدار

(١) في أ: كذلك.

(٢) في أ: الأمر.

في يد الوكيل فالأجر للأجر على الوكيل لما مر ولا يرجع به على الأمر؛ لأنه لما حبس الدار من الأجر وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من أن تكون يد أمانة ونيابة ولم تصر المنافع حادثة في يد الموكل حكما، فلم يجب الأجر على الموكل، وصار كالوكيل بشراء العين إذا قبض العين وطلبه الأمر فمنع عنه الوكيل ثم هلك في يد الوكيل وهناك يبطل الثمن على الأمر لتبدل يده كذا هاهنا.

ولو لم يطلب الأمر الدار حتى مضت السنة لزم الوكيل الأجر، ورجع على الأمر؛ لأن الأمر صار قابضاً الدار بقبض الوكيل فلو تبدلت يد الوكيل إنما تتبدل بالمنع وذلك إنما يكون بعد الطلب ولم يوجد فصار يد الوكيل باقيا على حكم النيابة كما في الوكيل بشراء العين، وإن مضى نصف السنة ثم طلب الأمر الدار فمنع الوكيل حتى تمت السنة، وجب الأجر كله على الوكيل، [ورجع على الأمر]^(١) بحصة ما كان قبل الطلب، ولا يرجع بحصة ما كان بعد الطلب والمنع اعتباراً للبعض بالكل، وصار كالوكيل بشراء الأعيان إذا هلك بعضها في يده قبل طلب الموكل، وبعضها بعد طلب الموكل، ومنع الوكيل وهناك الوكيل يؤخذ بالثمن كله، ويرجع الوكيل على الأمر بحصة ما هلك قبل^(٢) الطلب ولا يرجع بحصة ما هلك بعد الطلب، والمنع، كذا هاهنا.

وفي الأصل: الوكيل بالإجارة مطلقاً إذا أجر بما عز وهان وبأي أجر كان جازت الإجارة ولم يحك فيه خلافاً من مشايخنا - رحمهم الله - من قال: هذا قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - أما على قولهما: لا تجوز الإجارة إلا بالدرهم والدنانير بأجر المثل إلا في إجارة الأراضي فإنه لو أجر الأرض^(٣) بشيء من أنزال^(٤) الأرض

(١) في أ: ويرجع الأمر.

(٢) في أ: بعد.

(٣) في أ: الأراضي.

(٤) في ح: أترك.

يجوز عندهما، وذلك نحو القطن والحنطة وغير ذلك؛ لأن الإجارة بما هو إنزال الأرض متعارف، وهو المزارعة فأما فيما عدا الأراضي فالمعتاد الإجارة بالدرهم والدنانير.

ومنهم من قال: يجوز عندهما، وقولهما في الإجارة كقول أبي حنيفة - رضي الله عنه - [وللوكيل بالإجارة أن يؤاجر بعرض أو خادم على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه -] ^(١) فظاهر؛ لأنه وكيل ببيع المنافع والوكيل ببيع العين يملك البيع بالعرض ^(٢) عنده فكذا الوكيل ببيع المنافع.

وأما على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ليس له ذلك كما في الوكيل ببيع العين.

وقال بعضهم: له ذلك بخلاف الوكيل ببيع العين.

وإذا وكله بإجارة أرض وفيها بيوت وأبنية ولم يسم البيوت والأبنية فله أن يؤاجر الأرض مع البيوت وكذلك إذا كان فيها رحي ماء قيل: هذا الجواب على عرفهم، فأما في عرفنا فالوكيل بإجارة الأرض والضيعة لا يكون وكيلاً بإجارة البيوت والأبنية.

ولو وكل أن يؤاجر أرضه بdraهم فأجرها بدنانير أو دفعها مزارعة بالنصف لا يجوز ولو أجرها بحنطة أو شعير أو ما أشبه ذلك مما يخرج من الأرض ذكرها هنا أنه لا يجوز، وذكر في المزارعة: أنه يجوز إذا كان ما أجر به مثل نصف ما تخرجه هذه الأرض أو لا يدري ذلك أما إذا كان مثل نصف ما تخرجه هذه الأرض أو أكثر يجوز كما ذكر في المزارعة.

ومنهم من قال: على رواية هذا الكتاب لا يجوز على كل حال، ولكن هذا القائل لا يجعل في المسألة روايتين، يجعل ما ذكرها هنا جواب القياس، وما ذكر في

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بالقبض.

المزارعة جواب الاستحسان.

ولو وكله أن يأخذ له أرضاً مزارعة فاستأجر له بحنطة أو بدراهم أو بدنانير لا يجوز في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه؛ لا؛ لأنه صار مخالفاً ولكن؛ لأن المزارعة فاسدة عنده، وعندهما يجوز.

الوكيل^(١) بالاستئجار يملك الاستئجار بالدراهم والدينانير والمكيل والموزون إذا كان يعير عنه بلا خلاف، ولا يملك الاستئجار بعرض بعينه ولا بمكيل أو موزون بعينه هكذا ذكر بعض مشايخنا - رحمهم الله - [في شرح الشافي: لا يملك الاستئجار عندهما إلا بالدراهم أو الدينانير أو بما يخرج منها بالمزارعة، ولا يجوز بكيلي أو موزون في الذمة]^(٢).



(١) في أ: التوكيل.

(٢) سقط في أ.

الفصل السابع عشر في حكم وكيل الوكيل

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير في الوكيل ببيع العبد: إذا وكل غيره به فإن باعه الثاني والأول حاضر جاز وإن كان غائبًا لم يجز، وإن باعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم المبيع فهو جائز.

وقال في الوكيل بالشراء: إذا وكل غيره به إذا اشتراه والأول حاضر فهو لازم؛ لأن المقصود من التوكيل الانتفاع برأي الوكيل لا بعبارة؛ لأن الناس يتفاوتون في الرأي لا في العبارة.

وإذا وكل غيره فباع الثاني أو اشتراه بحضرة الأول، فقد حضر رأيه، وإذا باع الثاني أو اشتراه بغيبة الأول فلم يحضره رأيه فإذا^(١) بلغه وأجازه فقد حضر رأيه ثم إذا باع أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز، فالعهدة على من؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الجامع الصغير، وذكر البقالي - رحمه الله - في فتاويه: أن الحقوق ترجع إلى الأول.

وفي حيل الأصل والعيون: أن الحقوق ترجع إلى الثاني، ثم إن محمداً - رحمه الله - قال في الجامع الصغير: إذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر في وكالة الأصل في موضع، وذكر في موضع آخر من وكالة الأصل، وشرط إجازته فقال: إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول، جاز.

حكى عن الكرخي - رحمه الله - أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما أجاز فكان يحمل المطلق على المقيد ولا يجعل في المسألة روايتان^(٢) وإلى هذا ذهب

(١) في ح: وإذا.

(٢) كذا والصواب: روايتين.

عامة مشايخنا - رحمهم الله - وهذا؛ لأن توكيل الأول لما لم يصح؛ لأنه لم يؤدّن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ولو عدم^(١) التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب أو حاضر فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجارته؛ لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت؛ لكون السكوت محتملاً [و]^(٢) كذا ها هنا.

ومتى أجاز فإنما يجوز؛ لأن الوكيل يملك بمباشرته بنفسه فيملك إجازته من طريق الأولى.

ومنهم من يجعل^(٣) في المسألة روايتين، وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول أن يبيع الثاني حال غيبة الأول إنما لا يصح لتعري العقد عن رأي الأول ومتى باع بحضرته فقد حضر رأي الأول وعلى هذا أحد وكيلي البيع والإجازة إذا أمره صاحبه بالبيع والإجازة فباع بحضرته في رواية: لا يجوز إلا بإجازته.

وفي رواية: يجوز من غير إجازته إن قدر الأول للثاني ثمناً بأن قال: بعه بكذا فباعه الثاني بغية الأول فيه روايتان:

في رواية كتاب الرهن يجوز، وهكذا ذكر في المنتقى؛ لأن مقصود الموكل أن يكون البيع برأي الوكيل الأول، فإذا قدر الوكيل ثمناً فبيع الوكيل الثاني بيع برأي الوكيل الأول.

وعلى رواية كتاب الوكالة: لا يجوز؛ لأن الأول لو كان هو^(٤) الذي يباشر ربما يبيع بالزيادة على ذلك القدر^(٥) لذكائه^(٦) وهدايته.

(١) في أ: أعدم.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: قال.

(٤) في أ: هذا.

(٥) في أ: المقدر.

(٦) في أ: له كتابة.

وذكر في آخر وكالة الأصل: إذا وكل الرجل رجلاً في خصومة أو تقاضي دين أو بيع أو شراء أو نكاح أو طلاق أو غير ذلك فليس للوكيل أن يوكل غيره فإن وكل وفعل الثاني لم يجز ذلك إلا في خصلة واحدة أستحسنها وهو البيع والشراء إذا فعل الثاني بمحضر من الأول فإنه يجوز استحساناً، والقياس ألا يجوز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - : من جميع ما ذكر البيع والشراء فيكون ما عداه من التصرفات إلى آخر ما ذكرها من الطلاق والنكاح داخلياً تحت المستثنى منه فعل هذا الوكيل بالنكاح أو الطلاق إذا وكل غيره ففعل [الوكيل]^(١) الثاني بحضرة الأول لا يجوز استحساناً فقد جعل الوكيل رسولاً هاهنا وقد ذكرنا قبل هذا في الفصل الرابع عشر بخلاف ما ذكر هنا.

والفرق على وجه الاستحسان أن الوكيل في باب الطلاق والنكاح رسول والرسول لنقل عبارة المرسل فتكون العبارة للمرسل، فإذا أمر الوكيل غيره ببيع ذلك فإنه لا يصح وطريقه ما قلنا.

وإذا لم يصح الأمر صار وجوده والعدم بمنزلة.

ولو طلق الثاني أو نكح بغير أمر الأول أليس إنه لا يصح [كذا هاهنا]^(٢) أما الوكيل في باب البيع والشراء أمره بنقل ملك نفسه؛ لأنه أمره بالبيع والبيع مملوك^(٣) له والعبارة في البيع له، ولهذا رجع حقوق العقد إليه فيصح أمره غيره بذلك كما يصح أمر الموكل الأول، غير أنه إذا باع الثاني بغية الأول إنما لا يصح على الموكل الأول لا؛ لأن الأمر من الوكيل^(٤) الأول لم يصح؛ ولكن لأن هذا بيع لم يحضره رأي الوكيل [الأول]^(٥) فالموكل إنما رضي ببيع حضره رأي الوكيل فأما إذا باعه

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: ملك.

(٤) في أ: الموكل.

(٥) سقط في أ.

الثاني بحضرة الأول، فهذا بيع قد حضره رأي الأول، وقد صح الأمر به من الوكيل الأول فصار بيع الثاني والحالة هذه كبيع [الوكيل]^(١) الأول بنفسه فينفذ على الموكل [الأول]^(٢).

وفي أول وكالة عيون المسائل: رجل وكل غيره أن يزوجه امرأة فزوجه رجل سوى الوكيل حاضر فأجاز جاز.

ولو وكل رجلاً أن يطلق امرأته أو يعتق عبده فطلق أو أعتق رجل سوى الوكيل، والوكيل حاضر، [فأجاز، لم يجز]^(٣) قال ثم^(٤): والخلع والكتابة مثل النكاح.

وروى بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - في فصل البيع والطلاق نظير ما روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - وفي الخلع خلاف ذلك، فجعله أبو يوسف - رحمه الله - بمنزلة الطلاق فإن كان الأمر قال للأول: ما صنعت من شيء فهو جائز، جاز للأول أن يوكل غيره وينفذ تصرف الوكيل الثاني على الموكل الأول؛ لأن الموكل الأول فوض الرأي إلى الوكيل الأول على العموم، وأجاز صنعه فتوكيل الثاني من صنعه فيدخل تحت الإجازة.

وكذلك إذا قال له الموكل الأول: وكل من شئت، وكل من أحببت، كان للأول أن يوكل غيره، ويجوز فعل الوكيل الثاني على الوكيل الأول والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأن الموكل الأول فوض التوكيل إلى الوكيل نصاً.

ولو مات الوكيل الأول أو أخرج الوكيل الأول عن الوكالة والثاني^(٥) على وكالته، وهذه المسائل دليل على أن الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل الأول، كأنه وكل بنفسه وهناك الجواب كما قلنا فهانئاً كذلك.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: ثم.

(٥) في أ: فالثاني.

وإن أراد الوكيل الأول أن يعزل الثاني هل له ذلك؟ ذكر الحصاف - رحمه الله - في أدب القاضي في موضع أنه ليس له ذلك وهذه إشارة إلى أن الثاني وكيل الموكل الأول. ذكر في موضع آخر أن له ذلك وهكذا ذكر^(١) في المتقى.

وفي نوادر هشام - رحمه الله - بعض مشايخنا - رحمهم الله - قالوا: ما ذكر أن له ذلك يشير إلى أن الوكيل الثاني وكيل الوكيل الأول، ولكن باعتبار أن الموكل الأول أجاز صنيع الوكيل الأول، وعزل الأول الثاني من صنيعه.

وفي نوادر هشام قال: سمعت محمدا - رحمهما الله - يقول: رجل قال لآخر: أنت وكيلني في اقتضاء ديني، ووكل من شئت بذلك، فوكل الوكيل بذلك رجلاً فللوكيل الأول أن يخرج الثاني من الوكالة إذا شاء، فبهذه المسألة ظهر خطأ [قول]^(٢) من قال في المسألة الأولى: إن الوكيل إنما يملك عزل الثاني؛ لأن الموكل الأول أجاز صنع الأول، وعزل الثاني من صنيعه فإن في هذه المسألة الموكل ما أجاز صنع^(٣) الأول ومع هذا قال: الوكيل الأول يملك إخراج الثاني عن الوكالة ولو قال: أنت وكيلني في اقتضاء ديني ووكل فلانا بذلك، فوكله الوكيل بذلك لم يكن للأول أن يعزله؛ لأنه صار بمنزلة الرسول حين سماه الأمر له.

ولو قال للوكيل: وكل فلانا إن شئت، فوكله، كان للوكيل أن يعزله. وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع أو شراء وقال له: اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني أن يوكل الثالث، نص عليه في كتاب الشفعة.

وذكر في كتاب المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: اعمل فيه برأيك كان للثاني أن يدفع المال إلى غيره مضاربة فمن مشايخنا - رحمهم الله - من قال: ما ذكر في المضارب يصير رواية في الوكيل وما ذكر في الوكيل يصير رواية في

(١) في أ: سوى.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: صنيع.

المضارب فعلى قول هذا القائل يصير في المسألة روايتين .
 ومنهم من قال : [بين المسألتين]^(١) فرق وهو الأظهر .
 وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : رجل وكل رجلاً ببيع عبده ،
 وأجاز أمره في ذلك وجعل له أن يوكل بذلك فوكل الوكيل رجلاً ثم إن الوكيل الأول
 اشترى العبد من الوكيل الثاني جاز ؛ لأن الثاني صار وكيلاً كمولى العبد هكذا ذكر .
 والله أعلم بالصواب .



(١) في أ: في المسألة .

الفصل الثامن عشر

في الاختلاف الواقع بين الوكيل وبين الموكل

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: [في^(١)] رجل يقول لرجل أمرتك أن تباع عبدي بالنقد فباعه بالنسيئة فقال المأمور: بل أمرتني بالبيع ولم تقل شيئاً فالقول قول الأمر؛ لأن الأمر مستفاد من جهته؛ ألا ترى أن الأمر لو أنكر الأمر أصلاً كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الأمر بما وراء النقد.

وقال في المضارب: إذا قال له رب المال: أمرتك بالنقد وقال المضارب: بل دفعت إليّ مضاربة ولم تبين شيئاً فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل في المضاربة هو الإطلاق والعموم؛ ألا ترى أن له أن يضع ويوكل، وألا ترى أنه صحت المضاربة عند الإطلاق وعند الإطلاق يثبت الإذن مطلقاً عما فكان القول قول من يتمسك بالأصل، بخلاف الوكالة فإن الإطلاق والعموم فيها ليس بأصل؛ ألا ترى أنه لا يودع ولا يوكل وإذا باع لا يشتري حتى إن في المضاربة لو سقط اعتبار العموم والإطلاق باتفاقهما بأن كان رب المال يدعي المضاربة في نوع مسمى، والمضارب يدعي ذلك في نوع آخر فالقول قول رب المال، ويصير المضارب نظير الوكيل.

وفي المنتقى: ابن سماعة في نوادره عن محمد - رحمه الله - إذا قال لغيره: أمرتك أن تباع عبدي على أني فيه بالخيار، وقال: لم تأمرني أن أشرط لك الخيار، فالقول قول المأمور.

وكذلك لو قال: أمرتك أن تباع بيغاً فاسداً.

قال في الجامع الصغير أيضاً: وإذا دفع إلى رجل ألف درهم وقال: اشتر لي بها جارية فاشترى قال الأمر: اشتريتها بخمسائة وقال المأمور: اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور.

(١) سقط في ح.

قالوا: وهذا إذا كانت الجارية تساوي ألف درهم، أما إذا كانت الجارية تساوي خمسمائة لا يقبل قول المأمور على الأمر، وهذا؛ لأن [الأمر]^(١) تناول جارية تشتري بألف درهم والمأمور بشراء جارية بألف درهم لا يملك شراء جارية بخمسمائة، وهذا الشراء لا يصلح أن يكون واقعا للموكل سواء اشتراها بألف أو بخمسمائة فأما شراء جارية تشتري بألف يصلح أن يكون واقعا للموكل سواء اشتراها بألف أو بخمسمائة، إلا أن الأمر يدعي لنفسه حق الرجوع على المأمور بخمسمائة الباقية، فالمأمور ينكر هذا فهو حاصل اختلافهما والقول قول المنكر في الشرع. وإن لم يكن دفع الألف إليه وباقي المسألة بحاله فالقول قول الأمر وتلزم الجارية المأمور.

أما إذا كانت الجارية تساوي خمسمائة؛ فإن^(٢) هذا الشراء لا يصلح أن يكون واقعا للأمر اشتراها بألف أو بخمسمائة، ولا^(٣) يقبل قول المأمور فيها على الأمر فيلزم المأمور، فأما إذا كانت الجارية تساوي ألف درهم؛ لأن المأمور يدعي عليه الرجوع بألف درهم وهو يقر بالخمسمائة وينكر الزيادة عليها والقول قول المنكر في الشرع.

وقوله في الكتاب: «ويلزم الجارية المأمور» يعني بعد تحالف إلا أن في هذه الصورة يجب التحالف؛ لأن هذا المشتري^(٤) يصلح أن يكون واقعا للموكل؛ لأنه اشترى جارية تشتري بألف درهم كما أمره به لكن وقع الاختلاف بين^(٥) الأمر والمأمور في مقدار الثمن وفي مثل هذا يجب التحالف وهذا لما عرف أن الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع مع المشتري، وهذا اختلاف وقع بين البائع والمشتري في

-
- (١) سقط في أ.
 - (٢) في ح: لأن.
 - (٣) في أ: فلا.
 - (٤) في أ: الشراء.
 - (٥) في أ: من.

مقدار الثمن، وإنه يوجب التحالف وإذا تخالفا فالقاضي يفسخ إذا طلبا أو طلب أحدهما وعند ذلك يلزم الجارية المأمور.

ولو وكله أن يشتري له جارية بعينها فاشتراها ثم وقع الاختلاف بين الوكيل وبين الأمر، فقال الوكيل: أمرتني بالشراء بألف وقد اشتريتها بألف كما أمرتني، وقال الأمر: أمرتك بالشراء بخمسمائة وقد اشتريتها بألف وصرت مشتريا لنفسك فالقول قول الموكل ولا يتحالفان.

والأصل في جنس هذه المسائل أن الوكيل مع الموكل إذا اتفقا على وقوع الشراء للموكل ثم اختلفا في مقدار ثمنه فإنهما يتحالفان كما لو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري وإذا اختلفا في وقوع المشتري للموكل فإنهما لا يتحالفان ويكون القول قول الموكل مع يمينه كما في هذه المسألة فإن الموكل يقول للوكيل: صرت مخالفاً بالشراء بألف كما أمرتك بالشراء بخمسمائة فلم يقع الشراء لي، والوكيل يقول: أمرتني بالشراء بألف وقد اشتريت كذلك فوقع الشراء لك، وفي مثل هذا لا يتحالفان.

وفي المنتقى: الوكيل بشراء عبد بعينه بألف إذا اشترى ذلك العبد فقال الأمر: اشتريته بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريته بألف، فالقول قول الأمر.

قال محمد - رحمه الله - : فأما نحن نرى أن يلزم الموكل فالذي بعينه والذي بغير عينه إذا اشتراه بما يتغابن الناس فيه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الموكل في^(١) رواية ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - وفي ظاهر الرواية البينة بينة الوكيل. وإذا وكل رجلاً بشراء عبد هندي بكذا فاشترى الوكيل عبداً هندياً كما أمره به وجاء بالعبد إلى الموكل فقال الموكل: هذا عبدي وقد كان فلان غصبه مني، وقال الوكيل: هذا عبد فلان قد اشتريته لك فهذا على وجهين: إن كان الثمن مدفوعاً إلى

(١) في أ: وفي.

الوكيل لا يقبل قول الموكل؛ لأنه يريد استرداد الثمن من الوكيل .
 وإن لم يكن الثمن مدفوعًا إلى الوكيل، فالقول قوله في أن يكون للوكيل حق الرجوع عليه بالثمن ما لم يتم البينة على ما ادعاه؛ لأن حاصل اختلافهما في الرجوع [على الموكل بالثمن وعدم الرجوع]^(١) فالوكيل يقول: هذا عبد فلان قد اشتريته لأجلك وثبت لي حق الرجوع عليك بالثمن، والمولى ينكر ذلك فإن أقام الوكيل بينة على دعواه فقد نور بالحجة، وإن أقام الموكل بينة أن العبد عبده فبينة الوكيل أولى؛ لأنها تثبت زيادة وهو الرجوع على الموكل بالثمن.

وفي فتاوى أبي الليث - رحمه الله - : رجل وكل رجلاً أن يشتري له أخاه فاشتراه الوكيل وجاء به فقال الموكل: هذا ليس بأخي وقال الوكيل: لا بل هذا أخوك، فالقول قول الموكل مع يمينه؛ لأنه أنكر لزوم العقد في هذا العبد المعين ويلزم العبد الوكيل، ويعتق عليه بإقراره؛ لأن في زعم الوكيل أن هذا أخو الموكل، فإن سماه^(٢) نفذ عليه وعتق العبد عليه فصار مقرًا بحريته وهو في ملكه فيعتق عليه .
 وفي المنتقى: دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له عبدًا فجاء بالعبد، وقال: اشتريته من [هذا بألف]^(٣) درهم وقال الأمر: لم تشتريه وقد أخرجتك من الوكالة ولا تشتري شيئًا فالقول قول المأمور.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: شراه.

(٣) في أ: هذه الألف.

الفصل التاسع عشر في البضاعة والمستبضع

لا يملك الإبضاع والإيداع ممن ليس في عياله إلا بإذن صاحب الوديعة نصًّا أو دلالة؛ لأنه أمين والحكم في الأمين ما ذكرنا هكذا ذكر في فتاوى الصغرى المرتبة وإنه ليس بصحيح، والصحيح أنه يملك الإبضاع والإيداع وسيأتي ذلك في آخر هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

قال محمد - رحمه الله - في الزيادات: وإذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم بضاعة، وقال: اشتر لي بها ثوبًا [أو قال: أثوابًا]^(١) أو ثلاثة أثواب صح؛ لأن البضاعة تدل^(٢) على العموم وتفويض الرأي فكأنه قال: اشتر لي بهذه الألف أي ثلاثة أثواب شئت، ولو نص على ذلك يجوز، فكذلك هاهنا.

وكذلك إذا دفع إليه ألف درهم بضاعة وقال: اشتر لي بها شيئًا جاز؛ لما ذكرنا. ولو قال له: اجعل لي من^(٣) مالك بضاعة ألف فاشتر لي بها [شيئًا]^(٤) ففعل كان جائزًا وأي شيء اشترى فهو للآمر؛ وهذا؛ لأنه لما أمره أن يجعل له [من]^(٥) ماله بضاعة ألف فقد استقرض منه ألف درهم ليكون^(٦) بضاعة في يديه^(٧) وإذا تم الإقراض كان بمنزلة مال دفع إليه بضاعة وهناك كان الجواب كما قلنا فهنا كذلك. فإن قيل: تمام الإقراض يكون بالقبض ولم يوجد القبض هاهنا من المستقرض. قلنا: ليس الشرط قبض المستقرض لا محالة؛ ألا ترى أنه لو قال لغيره: أطعم

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: تلك.

(٣) في أ: في.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: فيكون.

(٧) في أ: يده.

عني عشرة مساكين ففعل جاز، وصار الأمر مستقرضاً وإن لم يوجد منه القبض وناب قبض المساكين عن استيفائهم لأنفسهم وعن قبض الأمر كذا ها هنا ينوب قبض الذي يبيع [من] ^(١) المستبضع عن استيفائه لنفسه وعن قبض الأمر المستقرض .

ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة جاز ويصير مأذوناً بالشراء ولو قال: خذ هذا الألف الثوب بضاعة، جاز ويصير [مأذوناً] ^(٢) بالبيع وهذا؛ لأن البضاعة تفويض الأمر إلى رأي المتصرف في المال المدفوع غير أن التصرف بالدرهم عادة يكون بالشراء لها والتصرف في الثياب عادة يكون بالبيع ومطلق الأمر ينصرف إلى المعتاد، ثم في الثوب ينفذ بيعه بما عز وهان وبأي ثمن كان عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وعندهما لا ينفذ بيعه ^(٣) إلا بالدرهم والدنانير بما يتغابن الناس في مثله .

وفي النوادر: لا ينفذ شراؤه على الأمر إلا بمثل القيمة أو يتغابن الناس في مثله . ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة واشتر لي بها وبع لعل الله يرزقني شيئاً، كان جائزاً وله أن يشتري بها ويبيع؛ لأنه فوض إليه البيع كما فوض إليه الشراء وتبين [بقوله] ^(٤) لعل الله يرزقني شيئاً أن مقصوده الاسترباح لا تحصيل الأعيان فكان هذا والمضاربة سواء، فالحاصل أن المستبضع لا يملك بيع ما اشترى إلا إذا نص على البيع أو ذكر في كلامه ما يدل على أن غرضه الاسترباح لا تحصيل الأعيان فحينئذ يملك المبيع أما بدونه لا يملك البيع .

ولو قال رجل لغيره: إني أريد أن آتي مصرًا فأشتري الدقيق والثياب فقال له رجل: خذ هذه الألف بضاعة لي أو قال: اجعل لي من مالك بضاعة ألف درهم، كان جائزاً ويصير مأذوناً بشراء الدقيق والثياب، ويصير ما تقدم من الكلام دليلاً على

(١) سقط في أ .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: بيعهما .

(٤) سقط في أ .

أنه أذن له بشراء هذه الأشياء والمطلق يتقيد بدلالة الحال، وبدلالة الكلام سأل^(١) في الكتاب عن نفسه سؤالاً فقال: كيف يصير مأذوناً بشراء هذه الأشياء وإن البضاعة قد تكون على غير المال ومعنى هذا الكلام أن الإنسان كما يدفع المال بضاعة ليكون المتصرف هو يدفع بضاعة ليذهب به إلى غيره ليكون المتصرف ذلك الغير فلماذا يصير مأذوناً بالتصرف بكلام محتمل.

ثم أجاب فقال: المعتاد من اسم البضاعة عند الإطلاق ما ذكرنا، وما ذكر ثم لا يراد من اسم البضاعة عند الإطلاق عادة ومطلق الكلام يحمل على المعتاد إلا إذا وجد المعين حتى لو وجد المعين بأن قال: خذ هذه الألف بضاعة إلى فلان، [كان]^(٢) رسولاً ولا يصير مأذوناً بالتصرف.

واستدل في الكتاب بمسائل لبيان أن مطلق الكلام^(٣) يتقيد بالدلالة ويتغير بالمغير^(٤) منها أن الرجل إذا قال لغيره: إني أريد الخروج إلى الري فقال له ذلك الغير: إني أريد أن أبعث إلى فلان معك ألف درهم فخذ هذه الألف بضاعة، كان رسولاً، ويصير^(٥) حكم قوله: خذ هذه الألف بضاعة مما^(٦) سبق من المقدمة.

ولو قال ابتداءً: خذ هذه الألف بضاعة صار مأذوناً بالتصرف فيها.

ومنها: أن من قال لغيره: إني أريد أن تشتري لي الطيالة فخذ هذه الألف بضاعة صار مأذوناً بشراء الطيالة لا غير؛ اعتباراً لما جرى بينهما من المقدمة.

ولو قال ابتداءً: خذ هذه بضاعة صار مأذوناً بشراء الطيالة وغيرها.

ولو قال: خذ هذه الألف درهم بضاعة في حوائجي، كان باطلاً؛ لأنه ألحق بآخر

(١) في أ: بيان.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: الحكم.

(٤) في ح: بالمعين.

(٥) في أ: ويغير.

(٦) في أ: بما.

كلامه ما يمنع تفويض الأمر إلى رأيه على سبيل العموم، وهو قوله: في حوائجي فاقصر البضاعة علي حوائجه وحوائجه مما لا يقف عليها غيره، فلم يقدر المستبضع على تحصيل مقصوده والامثال بما أمره^(١) به فيمنع صحة الأمر.

قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو قال: خذ هذه بضاعة على أن تشتري بها ما أريده، كان باطلا، وطريقه ما قلنا.

ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة إلى الري في الثياب أو قال: في الرقيق أو قال: في الطعام واشترى المستبضع بجميع المال ما أمر به، ثم حمل ذلك وأنفق من ماله حتى ألقى به صاحبه كان متطوعاً؛ لأنه كان مشترياً^(٢) على رب المال، وليس له هذه الولاية بغير أمره، ولو اشترى ببعض المال ما أمر به وحمل ذلك بباقي المال وأنفق حتى أتى صاحبه فهو جائز؛ لانعدام الاستدانة على رب المال.

وفي هذا نوع إشكال؛ لأن المستبضع إن كان مأموراً بالشراء بكل المال فإذا اشترى بالبعض يصير مخالفاً فينبغي ألا ينفذ على الموكل.

والجواب أن يقول المالك: أمره بأن يحصل له هذه الأشياء في مصره عوضاً عما دفع إليه فلذلك طريقان:

أحدهما: أن يشتري بالكل ويحمل وينفق من مال نفسه متبرعاً، وهذا أحسن. والثاني: أن يشتري بالبعض ويحمل بالباقي، وكل ذلك معتاد فيما بين الناس وبأي طريق باشره كان بأمر رب المال فلهذا نفذ عليه.

فإن قيل: البضاعة كانت في الثياب والرقيق واستئجار الدواب والحمل والإنفاق ليس من شراء الرقيق في شيء فلماذا ملك المستبضع ذلك في الوجه الثاني؟ قلنا: إنما يملك^(٣) المستبضع ذلك؛ لأنه لا بد منه في شراء الرقيق وتحصيله في مصر

(١) في أ: أمر.

(٢) في أ: مستدينا.

(٣) في أ: ملك.

صاحب المال، والأمر بالشيء يكون أمرًا بما لا بد لذلك الشيء منه .
قال: وإن كان رب البضاعة أمره أن يشتري له هذه الأشياء في المصر الذي هو فيه، فاشترى بالبعض وأنفق البعض حتى حملها إلى منزل صاحب المال، جاز ذلك على صاحب المال، وهذا ظاهر وأما إذا اشترى هذه الأشياء بجميع المال في المصر وأنفق من مال نفسه حتى حملها إلى منزل صاحب المال، القياس أن يكون متطوعًا؛ لما مر .

وفي الاستحسان: يرجع على رب المال، فعلى جواب الاستحسان فرق بين الشراء في مصره وبين الشراء في مصر آخر .
والفرق من وجهين:

أحدهما: أن في مصر الأمر الإذن بالنقل ثابت دلالة فإن الإنسان لا يشتري الشيء في مصره في موضع ليتركه في ذلك الموضع، وإنما يشتري لينقله إلى منزله فيصير إذنا له بالنقل لا محالة، فيصير إذنا له بما لا بد منه في النقل .

وأما الشراء في مصر آخر قد يكون للنقل وقد يكون للترك [ثمة^(١)] لبيعه [ثم^(٢)] فلا يصير إذنا له بالنقل لا محالة ليصير إذنا [له لما^(٣)] لا بد منه في النقل .
الفرق الثاني: أن المؤنة هاهنا تقل فلو لم يصير متطوعا لا يلحق رب المال كثير ضرر [وثمة المؤنة تكثر فلو لم يصير متطوعًا لحق رب المال كثير ضرر^(٤)] فلهذا افترقا .

قال ولو اشترى المستبضع ببعض المال [ثم^(٥)] هذه الأشياء وأمسك الباقي للإنفاق والحمل، فلم ينفق حتى مات صاحب المال، ثم أنفق فإن كان يعلم بموته

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: بما.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

فهو ضامن لما أنفق؛ لأنه بموته انعزل حكمًا؛ لانتقال الملك إلى الورثة فيصير منفقًا مال الورثة على رقيقهم بغير أمرهم فيضمن، وإن لم يعلم بموته القياس أن يصير ضامنًا؛ لما ذكرنا أن بموته قد انعزل، وهذا عزل حكمي ثبت لانتقال الملك إلى الورثة؛ فيستوي فيه العلم وعدم العلم وصار كالتوكيل ببيع العبد إذا أعتق الموكل العبد، فإنه ينعزل وإن لم يعلم بموته.

وفي الاستحسان: فإنه لا يضمن، فلا ينعزل ما لم يعلم بموته؛ لأنه لو انعزل وضمن يلحقه كثير ضرر فإنه لا يملك شيئًا بمقابلة ما يؤدي من الضمان، ويصير سببًا لتقاعد الضمان عن قبول البضاعات^(١) وفيه من الحرج ما لا يخفى على أحد بخلاف مسألة الوكيل بالبيع؛ لأنه لو انعزل لا يلحقه كثير ضرر؛ لأنه^(٢) يملك ما اشترى بمقابلة ما يؤدي من الضمان فلم يتوقف العزل على علمه، أما هاهنا بخلافه.

ولو أن المستبضع لم يشتر بالمال شيئًا حتى مات رب المال، ثم اشترى فإنه يضمن علم بموته أو لم يعلم؛ لأن القياس فيما تقدم فيما إذا لم يعلم بموته؛ كيلا يلحق المستبضع كثير ضرر وهاهنا لا يلحقه كثير ضرر لو ضمن؛ لأنه يملك ما اشترى بمقابلة ما يؤدي من الضمان فيبقى^(٣) على أصل القياس، ثم في مسألة البضاعة إذا علم بموت رب المال أو علم بالنهي وخاف الضيعة على الرقيق لو لم ينفق عليهم رفع الأمر إلى القاضي ليأمره بما يرى من المصلحة فيه من المبيع وإمساك الثمن على الغائب أو الإنفاق عليهم بما بقي من المال في^(٤) يد المستبضع؛ لأن هذا مال غائب عجز هو عن النظر بنفسه فالقاضي نصب ناظرًا لكل من يعجز عن النظر بنفسه، ولكن لا يأمره بشيء ما لم يطمئن عليه؛ لأنه يدعي ثبوت الولاية للقاضي في هذا المال والقاضي لا يعرف سببه فلا يعتمد على مجرد دعواه.

(١) في ح: الصناعات.

(٢) زاد في أ: لا.

(٣) في أ: فبقي.

(٤) في أ: من.

يوضحه: أنه متهم فيما يدعي يجوز^(١) أن الرقيق كان في يده غضبًا واحتال بهذه الحيلة ليأمره القاضي بالبيع، فيخرج نفسه عن عهده الضمان، أو يأمره بالإفناق فيستوجب الرجوع بذلك على المالك، فيسأله بينة على ما ادعى نفيًا للتهمة ودفعًا للحيلة وهو نظير ما قلنا في دواب الوديعة في يد المودع وصاحبها غائب وخاف المودع الضيعة عليها يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره بما رأى من المصلحة، ولكن لا يأمره بشيء ما لم يقيم البينة عليه كذا هاهنا.

وإن لم يكن له بينة فرأى القاضي أن يشهد له فيقول: إن هذا الرجل ذكر كذا وكذا فإن كان الأمر على ما قال: فقد أذنت له بالإفناق عليه، أو في بيعه كان جائزًا؛ لأن البينة في هذه الصورة إنما شرعت نفيًا للتهمة ودفعًا للحيلة.

وإذا قيل: الأمر بكونه صادقًا فقد انتفت التهمة واندفعت الحيلة فلهذا كان جائزًا. رجل دفع إلى رجل ألف درهم بضاعة ليشتري بها متاعًا فبعث^(٢) المبعوث إليه الدراهم إلى سمسار واشترى السمسار المتاع وبعث إلى صاحبه فأصيب^(٣) في الطريق لا يضمن المبعوث إليه فلو لم يقل صاحب الدراهم إنه بضاعة وباقي المسألة بحاله يضمن المبعوث إليه، إلا أن يكون السمسار اشترى بمحضر منه؛ لأن المستبضع إليه وكيل فوض إليه الرأي والتدبير فلا يضمن بالدفع إلى الغير، في وديعة عيون المسائل.



(١) في أ: لجواز.

(٢) في أ: فدفع.

(٣) في أ: فأصيب.

الفصل المكمل عشرين

في الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل بشرائه وغيره بالثمن المسمى في فتاوى أهل سمرقند: رجل وكل رجلاً بأن يشتري له كرا من طعام بمائة درهم، فجاء الوكيل إلى بائع الطعام وزاد له خمسين درهماً على أن يزيد البائع كرا ففعل، فالكر الأول للآمر، والزيادة للوكيل، ويضمن الوكيل للآمر خمسة وعشرين درهماً؛ [لأن كل كرا صار مشتري بخمسة وسبعين درهماً]^(١) وأحدهما للموكل والآخر للوكيل، وقد أدى الوكيل من مال الموكل مائة درهم وكان ينبغي أن ينقد خمسة وسبعين فكان ما زاد على خمسة وسبعين إلى تمام المائة مؤدى من مال الموكل قضاء لدين الوكيل فيصير الوكيل ضامناً لذلك.

وفي القدوري: من جنس هذه المسألة صورتها: رجل دفع إلى رجل درهماً وأمره أن يشتري له خمسة [أرطال من زيت]^(٢) فاشترى عشرة أرطال مثل ما وصفه له قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : له خمسة أرطال زيت بنصف درهم [وللمشتري خمسة أرطال بنصف درهم.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الكل للآمر.

وفي آخر باب الوكالة في الشراء من الأصل رجل وكل رجلاً أن يشتري عشرة أرطال من لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم لزم الأمر عشرة أرطال بنصف درهم]^(٣) إذا كانت عشرة أرطال تساوي درهماً فأما إذا كانت لا تساوي درهماً نفذ الكل على الوكيل.

وذكر في نوادر بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : مسألة الزيت التي ذكرها القدوري ووضعها في العشرة والعشرين.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

رجل أمر رجلاً أن يشتري له عشرة أرطال من زيت بدرهم فاشترى عشرين رطلاً من ذلك الزيت بدرهم، قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة - رضي الله عنهما -: له عشرة بنصف درهم.

قال بشر: وهو قول أبي يوسف - رحمهما الله - قال بشر: لأبي يوسف قول آخر أن الزيت كله للآمر.

وفي المنتقى: إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى ثوبين هرويين بعشرة، وكل واحد منهما يساوي عشرة، قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا يجوز البيع في واحد منهما؛ لأنني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة، ولأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن وكذلك قال أبو يوسف - رحمه الله -: ولو أمره بشراء ثوب هروي بعينه لزمه ذلك بحصته من العشرة، وكذلك لو أمره بكر حنطة بعينه.



الفصل الحادي والعشرون

في توكيل الرجلين

وإذا وكل رجلين بالخصومة في دين ادعياه وبقبضه فأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ولا يقبضان إلا معاً، وقد مرت المسألة من قبل.

وإذا وكل رجلين يبيعان عبداً له أو داراً أو شيئاً من الأشياء، فباع أحدهما دون صاحبه، لا يجوز؛ لأن البيع يحتاج فيه إلى الرأي، وهو إنما رضي برأيهما فلا يكون راضياً برأي واحد منهما، كان قضيته ما قلنا في الوكيلين بالخصومة ألا ينفرد أحدهما بالخصومة؛ لأن الخصومة أمر يحتاج فيه إلى الرأي، إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر؛ لأنه يلتبس^(١) على القاضي، ويصير شغباً فأما اجتماعهما على البيع غير متعذر.

وكذلك إذا وكل رجلين يشتريان له داراً فاشتري أحدهما دون صاحبه، لم يجز، وكذلك إن سمى لهما الثمن في البيع والشراء لم يكن لأحدهما أن ينفرد بذلك؛ لأن تسمية الثمن إن كان [حجز الوكيل بالبيع عن النقصان لا يحجزه عن الزيادة وفي حق الوكيل بالشراء تسمية الثمن إن كان]^(٢) يحجزه عن الزيادة لا يحجزه عن النقصان ولو اجتمعا على الشراء ربما يمكنهما النقصان وكذلك لو اجتمعا على البيع ربما يمكنهما الزيادة.

ولو وكل رجلين بطلاق امرأته فطلق أحدهما وأبى الآخر أن يطلق، فهو جائز؛ لأن الإيقاع المفرد لا يحتاج فيه إلى الرأي، [وكذلك إذا وكل رجلين بإعتاق عبده فأعتق أحدهما وأبى الآخر فهو جائز؛ لأن الإيقاع المفرد لا يحتاج فيه إلى الرأي]^(٣).

(١) في أ: تلبس.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

وفي الجامع الأصغر: إذا وكل وكيلين بالطلاق وقال: لا يطلق أحدكما دون صاحبه فطلق أحدهما ثم طلق الآخر، أو طلق أحدهما وأجاز الآخر، لم يجز، وكذلك الوكيلان بالعتق.

ولو قال لهما: طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة ثم طلقها الآخر تطليقتين، لم يقع شيء حتى يجتمعا على ثلاث تطليقات.

ولو وكل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يجز؛ لأن الخلع أمر يحتاج فيه إلى الرأي، وهو إنما رضي برأيهما وإنما سمي لهما البدل فكذلك لما قلنا في البيع والشراء.

وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل تصرف يحتاج فيه إلى الرأي، فإذا وكل به رجلان ففعل أحدهما ذلك دون الآخر لا يجوز، وكل تصرف لا يحتاج فيه إلى الرأي فإذا وكل به رجلان ففعل أحدهما ذلك دون الآخر، جاز.

ولو جعل أمر امرأته بيد رجلين لا ينفرد أحدهما به، وإذا وكل رجلين ببيع أو شراء فباع أحدهما أو اشترى والآخر حاضر، لا يجوز إلا أن يجيزه الآخر.

وفي المنتقى: وكل رجلين ببيع عبده فباع أحدهما والآخر حاضر، فأجاز بيعه جاز، وإن كان غائبا عنه فأجاز، لم يجز في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

قال الحاكم أبو الفضل - رحمه الله - : هذا خلاف ما ذكر في الأصل.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : وذلك جائز.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - رجل وكل رجلين بخصومة رجل في دار ادعاها وقبضها منه فخاصماها فيها، ثم مات أحد الوكيلين قال: أقبل من الحي البينة على الدار، وأقضي بها للموكل ولا أقضي بدفع الدار إليه، ولكن جعلت للوكيل الميت وكيلاً مع هذا الحي، ودفعت [الدار]^(١) إليهما وكذلك لو كان الوكيل

(١) سقط في أ.

واحدًا فأقام البينة على الدار وقضيت بالدار للموكل فمات هذا الوكيل قبل أن أدفعها إليه فإني أجعل له وكيلاً وأمّر المقضي عليه بدفع الدار إليه ولا أتركها في يد الغاصب الذي قضيت عليه^(١).

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامناً له؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن، وللموكل فيه فائدة؛ لأن حفظ الاثنين أنفع من حفظ الواحد فإذا قبض أحدهما صار قابضاً بغير إذن، فيصير ضامناً.

فإن قيل: ينبغي أن يصير ضامناً للنصف؛ لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه فأما حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه؛ هذا إذا قبض أحدهما بغير إذن صاحبه، فأما إذا قبض بإذن صاحبه فإنه لا يضمن؛ لأن له أن يودع عند صاحبه بعد القبض، فكان له أن يأمر صاحبه بالقبض؛ لأنه ليس في أمر صاحبه القبض إلا إيداع الكل من صاحبه، وله ذلك.

وإذا وكل رجلين يدفعان إلى رجل بضاعة ألف درهم ودفع الألف إليهما فدفعها أحدهما دون الآخر القياس أن يضمن.

وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأن أحدهما يدفع كل الألف بغير إذن صاحبه وإن صار غاصباً للنصف إلا أن الغاصب يبرأ عن الضمان متى دفع المال إلى من كان مأموراً بقبض ذلك المال من جهة المالك لما يبرأ بالرد إلى صاحب المال؛ ألا ترى أن الغاصب يبرأ برد المغصوب إلى وكيل المغصوب منه بالقبض وهاهنا وصل المال إلى من كان مأموراً بالقبض من جهة المالك، وهو المستبضع؛ لأنه صار مأموراً بالقبض مقتضى أمر المالك إياهما بدفع المال إليه.

ولو وكل رجلاً أن يدفعها إلى فلان الذي سماه المالك ودفع المالك^(٢) إليه

(١) الفتاوى الهندية (٣/ ٦٣٥).

(٢) في أ: المال.

فدفعها الوكيل إليه فالقياس أن يضمننا.
وفي الاستحسان: لا ضمان عليهما؛ لأن المال وصل إلى من كان مأمورًا بالقبض
من جهة المالك.



الفصل الثاني والعشرون

في توكيل بعد توكيل

وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - رجل وكل رجلاً بقبض كل حق له ثم فارقه، ثم وكل آخر [بقبض كل] ^(١) دين له فقبض الوكيل الأول شيئاً من الدين، فليس للوكيل الثاني أن يقبضه من الأول؛ لأن الساعة عين وليس بدين، ولو وكل الأول [بقبض كل] ^(٢) حق له، ثم وكل الثاني بقبض كل شيء له، وقبض الأول شيئاً من الدين، فللثاني أن يقبضه [من الأول] ^(٣).

وفيه أيضاً: وكل رجلاً بقبض داره التي في موضع كذا التي في يد فلان فمضى الوكيل ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الأول في قبض هذه الدار بعينها، فإن كان الأول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني، فللثاني أن يقبضها من الأول، وإن وكل الثاني قبل أن يقبض الأول الدار، فليس للثاني أن يقبضها؛ لأنها صارت مقبوضة لصاحبها.



(١) في أ: بكل.

(٢) في أ: بكل.

(٣) في أ: منه.

الفصل الثالث والعشرون

في المتفرقات

إذا دفع المديون إلى رب الدين عبداً أو ثوباً وقال: بعه وخذ حقه أو دنانير وقال: اصرفها وخذ حقه منها، وحقه في الدراهم فباع أو صرفها وقبض الدراهم فهلكت الدراهم في يده هلكت من مال المديون ما لم يحدث الدائن فيها قبضاً ويصير أخذاً وبمثله لو قال: بع الدنانير بحقه ففعل يصير المقبوض مضموناً عليه كما قبضه في صرف شيخ الإسلام - رحمه الله - قبل باب الرهن.

المشتري من الوكيل إذا باع المشتري من الوكيل ثم استحق المشتري من يد الوكيل، فالوكيل يرجع على المشتري، ثم المشتري يرجع على الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الموكل، في شفعة شيخ الإسلام في باب الشهادة.

وفي وكالة الجامع: اشترى من آخر جارية وقبضها وباعها من غيره وقبضها المشتري الثاني ثم باعها من المشتري الأول وقبضها المشتري الأول واطلع على عيب كان عند البائع، لا يكون للمشتري الأول أن يرجع^(١) على البائع ولا على المشتري الثاني.

وفي الجامع أيضاً في باب ما يكون الرجل خصماً بعد كتاب القضاء: رجل في يديه عبد لإنسان، وكل صاحب اليد رجلاً أن يشتري هذا العبد له من مولاه، فقال الوكيل بعد ذلك: اشتريت ونقدت الثمن من مالي، وصدقه الموكل يؤمر الموكل بأداء الثمن إلى الوكيل، ولا يلتفت إلى قول الموكل: إني أخاف أن يجيء صاحب العبد وينكر البيع ويسترد العبد مني.

وفي الزيادات: رجل في يديه مملوك لرجل فقال لرجل لصاحب اليد: إن صاحب اليد أمرك أن تبعه بكذا أو كذا فصدقه صاحب اليد، وسكت وباعه منه، وتقابضا ثم

(١) في أ: ولا.

حضر البائع عند القاضي وقال: إن صاحب العبد قد حضر وجحد الأمر بالبيع، وأقام البينة على ذلك فأراد نقض البيع أو أراد استخلاف المشتري على ذلك فإن لم يكن له بينة لا يلتفت إلى قوله؛ لأن هذه الدعوى منه لم يصح لمكان التناقض، والسعي في نقض ما تم به، فأما إذا صدق المشتري فيما قال فظاهر، فأما إذا سكت فلأنه إنما باعه بناء على ادعائه الأمر فصار بمنزلة المقر بالأمر، فلا يصح منه دعوى عدم الأمر بعد ذلك، فلا يترتب عليه سماع البينة والتحليف.

ولم يذكر في الكتاب أن صاحب اليد لو كذبه في دعوى الأمر وباعه بعد ذلك. والصحيح أن الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا صدقه أو سكت؛ لأنه وإن جحد الأمر إلا أنه إنما باعه بناء على دعوى الأمر؛ فيتعلق به حق الغائب؛ فلا يملك إبطاله فإن حضر صاحب المملوك عند القاضي وجحد الأمر بالبيع، ثم غاب وطلب^(١) البائع من القاضي نقض البيع أجابه القاضي إلى ذلك؛ لأنه لما جحد الأمر عند القاضي، فقد ظهر عنده أن البائع كان فضوليًّا وأن العقد كان موقوفًا، والفضولي يملك نقض العقد، ويكون فسخ القاضي إعانة له وفتوى لا أن يكون نقضًا على الحقيقة بخلاف الوجه الأول؛ لأن هناك القاضي لم يعاين جحود صاحب العبد، وإنما البائع يريد إثباته بالبينة أو بيمين المشتري، وشرط سماع البينة والتحليف بيرئهما على دعوى صحيحة ولم يوجد ذلك، أما هاهنا بخلافه.

وإن قال^(٢) المشتري للقاضي: أريد يمين صاحب العبد بالله ما أمره بالبيع، فالقاضي لا يؤخر النقض لذلك، [ولكن]^(٣) يقول له: انقض البيع ورد العبد على البائع وانطلق واطلب صاحب العبد؛ لأن حق القبض قد ثبت للحال بدليل^(٤)، وهو جحود صاحب العبد الأمر؛ إذ الشرع لما جعل القول قول المنكر فقد جعل قوله

(١) في أ: وطلع.

(٢) في ح: كان.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: به إليك.

حجة فيثبت به عدم الأمر من غير يمين؛ إذ اليمين شرع لنفي التهمة لا لكونه حجة مثبتة^(١)، وهو معنى قولنا: إن حق القبض قد ثبت للحال، [ودليلاً]^(٢) فلا يجوز تأخيره بطلب اليمين على ذلك، وهذا بخلاف ما إذا اشترى شيئاً ووجد به عيباً، فوكل رجلاً بالرد بالعيب، فخاصم الوكيل البائع وأثبت وكالته، وأثبت العيب فقال البائع: أنا أطلب يمين المشتري بالله ما علم به يوم الشراء^(٣) ولا رضي به بعد ذلك، ولا عرض على بيع منذ اشتراه ولا أبرأني عن العيب فإن القاضي يؤخر الفسخ به^(٤). والفرق وهو أن حق البائع في القبض في مسألتنا وحق الوكيل في الرد في مسألة العيب قد ظهر إلا أن في مسألة العيب لو قضى القاضي بالرد يلحق البائع ضرر لا يمكنه التدارك لو ظهر الخطأ؛ لأن الموكل وإن أتى باليمين بعد ذلك فله الرد؛ لأن قضاء القاضي بالرد بالفسخ ينفذ ظاهرًا وباطنًا عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - فوجب التأخير صيانة لحق البائع عن البطلان حتى قال مشايخنا: على قول محمد - رحمه الله - : يجب أن يرد القاضي العبد للحال؛ لأن التدارك غير ممكن على تقدير ظهور الخطأ؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ عنده لا ينفذ باطنًا؛ فلا ضرورة إلى تأخير حق الوكيل في الرد بعد ظهوره، أما في مسألتنا لو قضى القاضي بالرد للحال لا يلحق المشتري ضرر لا يمكنه التدارك؛ لأن القاضي لا ينفذ العقد هاهنا لينفذ قضاؤه ظاهرًا وباطنًا، بل العاقد ينقض العقد والقاضي يعينه على ذلك فيمكن التدارك لو ظهر الخطأ فلا حاجة إلى تأخير الرد.

وزان مسألتنا من تلك المسألة ما إذا كان لرجل على رجل دين فوكل رب الدين رجلاً بقبض الدين، فخاصم الوكيل المطلوب [أما نصب]^(٥) الأمر دينه أو قال:

(١) في أ: مبنية.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: المشتري.

(٤) في أ: ثمة.

(٥) في أ: أنا قمت.

أبراني عنه فالقاضي يقول: اقض الدين واتبع الأمر، ولا يؤخر ذلك؛ لأن قضاء الدين لا ينفذ ظاهرًا وباطنًا، فيمكن التدارك لو ظهر الخطأ؛ فلا ضرورة إلى تأخير حق الوكيل في القبض بعد ظهوره كذا هاهنا.

قال: ولو أن صاحب العبد لم يحضر، ولم يجحد الوكالة حتى مات فورثه البائع فقال: إن صاحب العبد لم يأمرني بالبيع لا يلتفت إليه؛ لأنه ساع في نقض ما تم به وإنه متناقض على ما مر.

فإن قيل: ينبغي أن يلتفت إليه من حيث إنه صار بمنزلة الميت وقام مقامه؛ ومن هذا الوجه لا يتحقق التناقض؛ ألا ترى أن صاحب اليد لو كان حيا فحضر وجحد الوكالة قبل ذلك منه، فهنا كذلك.

قلنا: إنما يلتفت إلى قوله إذا صار بمنزلة الميت قائما مقامه في هذه العين، وشرط قيامه مقام الميت في هذا العين بقاء هذا العين على ملكه، وذلك لا يثبت لمجرد قوله فلهذا لا يلتفت إلى قوله.

في وكالة المتقّي الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إذا^(١) وكل الرجل رجلاً بقبض ماله على فلان ثم إن الموكل قبض بعد ذلك ثم إن الوكيل خاصم الغريم فادعى الغريم قضاء بعض ما كان عليه وجحده الوكيل، ولا بينة للغريم فأخذ الوكيل منه جميع المال، ثم حضر الموكل وأقام الغريم بينة بالقضاء، فله أن يأخذ الموكل بذلك إلا أن يكون ذلك المال قائما بعينه في يد الوكيل، فيأخذه من يد الوكيل، وإن ضاع من يد الوكيل و^(٢) قال الوكيل: دفعته إلى الطالب كان له مطالبة الطالب فقط، وكذلك إن أقر الطالب أنه قد كان قبضه وإن كان قد وكله بعدما قبض حقه رجع على الوكيل بذلك، إن أقام بينة أنه قضى الطالب قبل وكالته، ولا شيء على الطالب وإن أقر الطالب بذلك لم يرجع على أحد إلا أن يكون ذلك المال قائما بعينه في يد

(١) زاد في أ: كان.

(٢) في أ: أو.

الوكيل فيرده عليه .

وفيه أيضًا: إذا وكله بقبض ماله على فلان، ودفع إليه الصك، وقد كان قبض بعض ذلك، والمسألة بحالها رجع به إن شاء على الوكيل، وإن شاء على الطالب، فإن رجع على الوكيل، رجع الوكيل على الطالب.

أحد ربي الدين إذا وكل أجنبيًا بقبض نصيبه بقبض، صح حتى لو هلك في يد الوكيل، يهلك من مال الأمر ولكن إذا كان قائمًا فللشريك أن يشاركه فيما قبض الوكيل [كما لو قبض أحد ربي الدين بنفسه، فهلك في يده هلك من ماله ولو كان قائمًا فلشريكه أن يشاركه فيما قبض]^(١) كذا هاهنا.

ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمهم الله - في رجل قال: اشتريت هذا العبد بألف درهم من مال فلان فقال فلان: أنا أمرتك بذلك، وقال: المقر: ما أمرتني به لكن [غصبت منك]^(٢) الألف فاشتريت بها هذا العبد، فالقول قول صاحب الألف قال: رأيت لو أودعه قفيز دقيق فخبزه فقال: أنا أمرتك بخبزه أما كان القول قوله، لا شك أنه يكون القول قوله.

في المنتقى بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : رجل في يديه عبد مقر بالرق ادعى أن فلانا الغائب اشتراه من مولاه هذا بألف درهم، لم يقبل ذلك منه، وإن أقام البينة أن المشتري وكله بالخصومة قبل ذلك، وجعلته خصمًا فيه.

ولو قال العبد: كنت عبدًا لفلان باعني منك بألف درهم، ووكلني بقبض الألف منك، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته إلا أن لمولاه أن يمنعه عن الخصومة، فإن لم يمنعه فالوكالة جائزة، وله أن يقبض الثمن ويبرأ المولى منه.

ولو قال: أنا عبد فلان وقد وكلني بالخصومة معك، وأقام البينة على ذلك قبل ذلك منه.

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: غصبتك.

الوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا اشترى عبدًا به عيب قد علم الموكل ولم يعلم
الوكيل فللوكيل أن يرد بالعيب، ولو كان وكله بشراء عبد بعينه، وبه عيب قد علم به
الموكل ولم يعلم الوكيل فليس للوكيل أن يرده بالعيب.

الوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا اشترى عبدًا قد رآه الموكل، ولم يره الوكيل
فللوكيل خيار الرؤية، ولو كان وكيلاً بشراء عبد بغير عينه، واشترى عبداً قد رآه
الوكيل فليس للوكيل خيار الرؤية ولا للموكل.

وإذا أمر الوكيل رجلاً بشراء عبد وأمره آخر بشراء عبد، فاشتراه لأحدهما مبهما
فلا رواية لهذه المسألة في الكتب وإنما الرواية فيما إذا أطلق الشراء وعند الإطلاق
يحكم النقد فوق الشراء لمن نقد من ماله وبدون النقد فإن لم يكن المال مدفوعاً إليه
يصير مشترياً لنفسه، كتبه في مسائل المستزاد وباللّه التوفيق. واللّه تعالى أعلم
بالصواب.



كتاب الكفالة^(١)

(١) الكفالة لغة: مطلق الضم يقال: كفلت بالمال وبالنفس كفلاً من باب قتل، وكفولاً أيضاً، والاسم الكفالة.

ينظر: المصباح المنير (٢/٥٣٦)، مادة (ك، ف، ل)، مختار الصحاح، ص (٣١١)، مادة (ك، ف، ل).

الكفالة شرعاً: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة. وقيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في الدين؛ لأنه مطالب بالدين، ولا دين محال وهذا؛ لأن المطالبة بإيفاء الدين فرع وجوب الدين، ولا يتصور الفرع بدون الأصل.
ينظر: تبين الحقائق (٤/١٤٦).

احتج الفقهاء على مشروعية الكفالة بالكتاب، والسنة النبوية بما يلي:
أولا الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ أي كفيل ضامن، فقد ضمن يوسف عليه السلام لمن جاء بصواع الملك - وهو إناؤه الذي كان يشرب به - قدر ما يحمله البعير من الطعام.
ثانياً السنة:

١- ما روي عن عائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها - أنها قالت: ما رأيت صانعةً طعاماً مثل صفية، أهدت إلى النبي ﷺ إناء من طعام، فما ملكت نفسي أن كسرتة فقلت: يا رسول الله ما كفارته؟ قال: «إناء كإناء وطعام كطعام» [أخرجه أحمد (٣/٢٦٣)، وأبو داود (٣/٨٢٦) كتاب البيوع، باب: فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله، حديث (٣٥٦٨)، والنسائي (٧/٧١) كتاب عشرة النساء، باب: الغيرة، والطبراني في المعجم الصغير (١/٢٠٥، ٢٠٦). قال الشوكاني: حديث حسن. نيل الأوطار (٥/٤٥٤)].

٢- ما روي عن أنس - رضي الله عنه - أنه قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: «طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ» [أخرجه البخاري (٩/٣٢٠) كتاب النكاح، باب: الغيرة، حديث (٥٢٢٥)، وأبو داود (٣/٨٢٦) كتاب البيوع، باب: فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله، حديث (٣٥٦٧)، والنسائي (٧/٧٠) كتاب عشرة النساء، باب: الغيرة، والترمذي (٣/٦٤٠) كتاب الأحكام، باب: فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له؟ حديث (١٣٥٩)، وابن ماجه (٢/٧٨٢) كتاب الأحكام، باب: الحكم فيمن كسر شيئاً، حديث (٢٣٣٤)، وأحمد (٣/١٠٥)، والدارمي (٢/٢٦٤) كتاب البيوع، باب: من كسر شيئاً فعليه مثله، وأبو يعلى (٦/٨٥، ٨٦)، رقم (٣٣٣٩)].

وجه الدلالة من هذين الحديثين: دل هذان الحديثان بمنطوقهما على مشروعية الضمان بالمثل، فقوله ﷺ: «إناء كإناء وطعام كطعام» نص على مشروعية الضمان.

٣- ما روي عن قيس بن وهب - رضي الله عنه - عن رجل من بني سواة أنه قال: «قلت لعائشة: أخبريني عن خلق رسول الله ﷺ قالت: أو ما تقرأ القرآن؟ ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾، قالت: كان رسول الله ﷺ مع أصحابه فصنعت له طعاماً، وصنعت له حفصة طعاماً فسبقتني حفصة، فقلت للجارية: انطلقني فاكفني قصعتها، فلحققتها وقد همت أن

تضع بين يدي رسول الله ﷺ فألقتهما، فانكسرت القصة وانتشر الطعام، قالت: فجمعها رسول الله ﷺ وما فيها من الطعام على النطع فأكلوا، ثم بعث بقصعتي فدفعها إلى حفصة فقال: «خذوا ظرفًا مكان ظرفكم» قالت: فما رأيت ذلك في وجه رسول الله ﷺ. [أخرجه ابن أبي شيبه (٢١٤/١٤)، وأحمد (١١١/٦)، والطحاوي في شرح المشكل (٣٣٥٦)، وابن ماجه (٢٣٣٣)، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد (٣٠٨) من طريق يزيد بن بابنوس عن عائشة وأخرجه عبد الرزاق (٤٩١٤)، وأحمد (٩١/٦)، (١١٢)، والطحاوي في شرح المشكل (٤٤٣٥) من طريق سعد بن هشام بن عامر عن عائشة].

وجه الدلالة من هذا الحديث: دل هذا الحديث أيضًا على مشروعية الضمان، وهي دلالة من قبيل الفعل، حيث دفع النبي ﷺ بقصة السيدة عائشة إلى السيدة حفصة؛ تعويضًا لها عن قصعتها التي كسرت بسبب عائشة - رضي الله عنها-.

ونصت مجلة الأحكام في المادة ٦٢١ على أنه: تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يرددها المكفول له، وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة، يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤخذ بها. تنعقد الكفالة في رأي الإمام أبي يوسف وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده، وتنعقد بالاتفاق بإيجاب المكفول له وقبول الكفيل وتنفيذ، والغرض من القبول قبول المكفول له، أما قبول المكفول عنه فليس له حكم، أي: إن وجوده كعدمه، أي: أن هذا أيضًا من قبيل الكفالة التي تنعقد بإيجاب الكفيل فقط.

مسائل تنفر عن انعقاد الكفالة بإيجاب الكفيل:

الأولى: بما أن الكفالة النفسية، والكفالة المالية تنعقد بإيجاب الكفيل فقط، فليس من حاجة إلى شيء آخر لقبول المكفول له الإيجاب في مجلس الإيجاب، أو قبول أجنبي من طرف المكفول له ذلك الإيجاب.

الثانية: في غياب المكفول له صحيحة أيضًا.

الثالثة: وأن الكفالة تنفذ بإيجاب الكفيل، فلا تكون الكفالة موقوفة على إجازة المكفول له، أو المكفول عنه الغائب ورضاه. وليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد. ولكن إن شاء المكفول له رد الكفالة فله ذلك، كما أنه للمكفول له إبراء الكفيل، ولا تنعقد الكفالة برد الإيجاب مطلقًا، أما الكفالة التي تنعقد بالإبراء فتسقط. وما لم يرد المكفول له إيجاب الكفالة تبقى صحيحة نافذة، ولا يستطيع الكفيل إخراج نفسه منه.

الرابعة: إذا لم يرد المكفول له الكفالة وبقيت، لو كفل أحد في غياب المكفول له مثلاً بدين له على أحد، ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة، يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤخذ بها.

الخامسة: إذا كفل أحد للصبي المأذون آخر بدين له عليه، فالكفالة صحيحة، كما أنه لو كفل أحد للصبي المحجور عليه آخر بطلب له عليه، تنعقد الكفالة وتنفيذ، وإن لم يكن أهلاً

- هذا الكتاب يشتمل على أحد وعشرين فصلاً:
- الفصل الأول: في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها.
- الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع بها الكفالة.
- الفصل الثالث: في بيان من تجوز منه الكفالة ومن لا تجوز [ومن يجوز] (١) عنه الضمان.
- الفصل الرابع: في الكفالة ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته.
- الفصل الخامس: في الكفالة بالمال.
- الفصل السادس: في الأجل بالكفالة وشرط الخيار فيها.
- الفصل السابع: في تعليق الكفالة بالشرط.
- الفصل الثامن: في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا.

لتقبل العقد؛ لعدم لزوم القبول في الكفالة. واختلف الحنفية حول اشتراط ركن الكفالة فقال الإمام أبو حنيفة والإمام محمد بلزوم الإيجاب والقبول بين كل من المكفول له والكفيل، ولا تعتقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط. أما الإمام أبو يوسف، والأئمة الثلاثة أي: الإمام الشافعي، والإمام مالك، والإمام أحمد بن حنبل، فقد ذهبوا إلى أنه لا لزوم للقبول في انعقاد الكفالة وأنها تعتقد بإيجاب الكفيل فقط. ولكن لمذهب الإمام أبي يوسف روايتان: الرواية الأولى: هي أن الكفالة تعتقد بإيجاب الكفيل فقط، ولكنها تكون موقوفة على قبول المكفول له، وعلى ذلك فلو توفي المكفول قبل قبول الكفالة بطلت الكفالة. والرواية الثانية: هي أن الكفالة تعتقد بإيجاب الكفيل فقط وتنفذ أيضاً، ولا تكون موقوفة على قبول المكفول له، وإنما يكون للمكفول له حق الرد، وعليه لو توفي المكفول له ولم يرد الكفالة فلا يطرأ خلل على صحتها.

وثمره الخلاف لهاتين الروايتين: إذا توفي المكفول له قبل القبول بطلت الكفالة على الرواية الأولى، ولا يكون الكفيل مطالباً بمقتضى الكفالة، أما على الرواية الثانية: فلا تبطل الكفالة، ويكون الكفيل مطالباً ومؤاخذاً.

وعلى ذلك فقول المجلة: (تعتد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط) تكون قد اختارت مذهب أبي يوسف في هذه المسألة، وقولها: (وتنفذ) قد اختارت الرواية الثانية لمذهب الإمام المشار إليه. وعليه فقد أصبح من الثابت أن هذه المادة قد تأسست على مذهب أبي يوسف - رحمه الله تعالى - .

(١) سقط في أ.

الفصل التاسع: في الكفالة بما دأب له على فلان وبما أقر له [من] ^(١) فلان وبما شاكله.

الفصل العاشر: في الكفالة التي لا رجوع فيها للكفيل على المكفول عنه.

الفصل الحادي عشر في براءة الكفيل بإبراء وبغير إبراء.

الفصل الثاني عشر: في الكفالة بالحيوان وما أشبهه.

الفصل الثالث عشر: في الكفيل بالمال إذا ادعى فساد الكفالة.

الفصل الرابع عشر: في الخصومة الواقعة في الكفالة وإقامة البينة عليها.

الفصل الخامس عشر: في إخراج الكفيل نفسه عن الكفالة.

الفصل السادس عشر في الكفالة مع الجهالة.

الفصل السابع عشر: في أخذ الكفيل الدين المؤجل وفي المكفول عنه إذا أراد

الخروج من المصر وفي الرجل الذي يأمره ^(٢) غيره أن يكفل عن فلان.

الفصل الثامن عشر: في الأمر بقضاء الدين وفي الأمر بنقد المال وإعطائه شرط

الضمان.

الفصل التاسع عشر: في السفنجة.

الفصل العشرون: في المتفرقات.

الفصل الحادي والعشرون: في بيان ما يوجب الرجوع للكفيل وما لا يوجب.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يأمر.

الفصل الأول

في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها

أما ركنها فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة رضي الله عنه ومحمد، وهو قول أبي يوسف وأولاً، حتى إن عندهما: الكفالة لا تتم بالكفيل وحده، سواء كفّل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد، أو خطاب المكفول، أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب لآخر: اكفل بنفس فلان لي، فقال: كفلت، أو قال رجل أجنبي لغيره: [اكفل]^(١) بنفس فلان أو بمال عن فلان لفلان، فيقول ذلك الغير: كفلت فتصح الكفالة ويقف ما وراء المجلس على إجازة المكفول [له]^(٢) وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته.

وأما إذا لم يوجد شيء من ذلك فقال الكفيل: كفلت بنفس فلان لفلان على فلان من الدين فإنها لا تقف ما وراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لم يصح، ثم رجع أبو يوسف - رحمه الله - وقال: الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد، واختلف المشايخ على قوله الآخر أن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفاً على إجازة الغائب، أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول: لا يؤاخذ به الكفيل على قوله أيضاً.

والوجه لأبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - أن الكفالة تمليك من كل وجه للحال وليس بإسقاط فلا يتم^(٣) بالواحد لا نافذاً ولا موقوفاً على ما وراء المجلس، وإن كان تمليكاً بغير عوض قياساً على الهبة، وإنما قلنا: تمليك من كل وجه؛ لأن

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: بالحال.

الكفيل بالكفالة يملك المكفول له مطالبة لم تكن له، وليس يسقط من حق الطالب شيئاً لا من دينه ولا مطالبة الدين بل يملكه ما ليس له فكان تملكاً من كل وجهٍ والشرع لم يجعل لنا ولاية إثبات الملك للغير فلا يتم بالواحد لهذا ولا يلزم الوصية؛ لأننا قلنا: تملك للحال والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت وليس بتمليك للحال بخلاف الكفالة، ولا يلزم الإبراء؛ لأننا قلنا تملك من كل وجه [والإبراء إسقاط من وجه تملك من وجهه] ^(١) فمن حيث إنه إسقاط يتم بالقبول وحده ومن حيث إنه تملك يرتد بالرد فأما الكفالة تملك من كل وجه فكان نظير الهبة، وإن وجد الخيار أو القبول من المكفول عنه بأن قال المطلوب لرجل: اكفل عني لفلان بنفسي أو بماله [علي] ^(٢) أو كفل رجل بمال عن المطلوب أو بنفسه وقبل عنه المطلوب إن وجد الخطاب أو القبول من المطلوب في صحته فإنه لا يصح الكفالة عند ^(٣) أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما - وهو قول أبي يوسف أولاً.

والوجه في ذلك: أن القبول أو الخطاب من المطلوب وجوده وعدمه بمنزلة؛ لأن المطلوب لا يصح نائباً عن الطالب في حقيقة الاستيفاء فإن الطالب لو وكل بالاستيفاء لا يصح، وإذا لم يصح المطلوب نائباً عن الطالب في الاستيفاء لا يصح نائباً عنه في قبول الكفالة؛ لأنه سبب وطريق إلى الاستيفاء، فأما ^(٤) إذا لم يصلح المطلوب نائباً عن الطالب في القبول والخطاب من المطلوب صار وجوده وعدمه ^(٥) بمنزلة ولو عدم كان لا يصح؛ لأنه عقد تملك وجد من القبول، وكذلك هذا بخلاف ^(٦) ما لو وجد الخطاب من الطالب أو من الأجنبي؛ لأن الطالب يصح

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: عن.

(٤) في أ: و.

(٥) في أ: والعدم.

(٦) في أ: يخالف.

[منه]^(١) الاستيفاء فيصح منه الخطاب والقبول، والأجنبي إنما يصلح نائباً عنه في الاستيفاء فيصلح نائباً عنه في قبول الكفالة التي هي طريق الاستيفاء.

هذا إذا وجد الخطاب والقبول من المطلوب في حالة الصحة فأما إذا وجد الخطاب منه في مرض^(٢) الموت إن خاطب بالكفالة أجنبياً فإنه لا يصح الكفالة عندهما قياساً واستحساناً، وإن خاطب وارثه بذلك فالقياس ألا تصح الكفالة عندهما^(٣)، وفي الاستحسان يصح.

وجه القياس في ذلك: ما ذكرنا أن المطلوب لا يصلح نائباً في قبول الكفالة فصار وجود قبوله وخطابه وعدمه بمنزلة، ولو عدم الخطاب من المريض حتى كفّل عنه الوارث لم تصح هذه الكفالة عندهما إذا لم يوجد من المكفول له قبول فكذلك هذا. وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن الخطاب من المريض في مرض الموت وجد من المطلوب من وجه ومن الأجنبي من وجه، أما وجد من المطلوب من وجه؛ لأن المريض مطلوب من حيث الحقيقة؛ لأنه هو المطلوب^(٤) بالدين، وأجنبي من وجه من حيث إنه وجد سبب شرط المطالبة عن الميت وتوجهها نحو الوارث؛ لأن الموت يوجب سقوط المطالبة عن الميت^(٥) وتوجهها إلى الوارث، ومرض الموت سبب كذلك فهذا الاعتبار بمنزلة الأجنبي فيكون مطلوباً من وجه أجنبياً من وجه، ولو وجد الخطاب من المطلوب من كل وجه بأن جعل الخطاب منه في حال لم يوجد سبب توجه المطالبة نحو غيره، فلا سبب للسقوط عنه كما في حالة الصحة؛ لأن لا يصح هذا الخطاب سواء خاطب أجنبياً بالكفالة أو وارثاً، ولو وجد الخطاب من الأجنبي من كل وجه صح خطابه بذلك المحل وارثه وأجنبياً بالكفالة فإذا كان

(١) سقط في أ.

(٢) زاد في أ: من.

(٣) في أ: عنده.

(٤) في ح: الطالب.

(٥) في ح: الوارث.

المريض مطلوبًا من وجه إذا خاطب بذلك أجنبيًا لا يصح الكفالة ومن حيث إنه أجنبي من وجه يصح الكفالة إذا خاطب بذلك وارثًا توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الممكن إلا أنا^(١) عملنا بشبه كونه أجنبيًا في حق الوارث لا في حق الأجنبي ليمكننا العمل بالشبهين؛ لأننا لو عملنا بشبه كونه مطلوبًا في حق الوارث وقد صار المريض في حق الوارث مطلوبًا من وجه، يلزمنا العمل بهذه النسبة في حق الأجنبي؛ لأنه لم يصير مطلوبًا بمرض موته بوجه ما، حتى يصير كالأجنبي في الفقد فحينئذ يتعطل العمل فلهذا عملنا بشبه كونه مطلوبًا في حق الأجنبي وبشبه كونه أجنبيًا من وجه في حق الوارث، بخلاف ما لو خاطب وارثه في حالة الصحة؛ لأنه مطلوب من كل وجه، فإنه لم يوجد سبب سقوط المطالبة عن المريض يوجهها نحو الوارث حتى يعتبر الوارث مطلوبًا من وجه فيصير بذو القدر أجنبيًا فيصح الخطاب منه، بخلاف ما لو حصل الخطاب في مرض الموت، ثم في كل موضع وجد خطاب^(٢) من الأجنبي حتى صحت الكفالة عندهما موقوفة على إجازة الطالب لو أراد الكفيل فسخ الكفالة قبل إجازة الطالب صح فسخه، ولو أراد المطلوب^(٣) فسخها يصح.

وإن قال الكفيل لقوم: اشهدوا أنني كفيل لفلان بنفس فلان، والطالب غائب، فإن اتفقا على أن هذا إنشاء كفالة لا يصح عنده^(٤)، فإن اتفقا على هذا إقرار كفالة [وجد فيها]^(٥) الخطاب والقبول^(٦) كان معتبرًا، وإن اختلفا فالقول قول الطالب الذي يدعي أن هذا إقرار عن كفالة [وجد فيها]^(٧) الخطاب والقبول، حتى [لو]^(٨) أخذ الكفيل به.

(١) في أ: إن.

(٢) في أ: الخطاب.

(٣) في أ: المطالب.

(٤) في أ: عندهما.

(٥) في أ: وحذفها.

(٦) في ح: والمقبول.

(٧) في أ: وصدقها.

(٨) سقط في أ.

وأما بيان شروط جواز الكفالة فنقول: من شروط جواز الكفالة على الخصوص: كون المكفول به مضموناً على الأصيل بحيث يجبر الأصيل، أما كونه مضموناً على الأصيل^(١)؛ لأن الكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل لالتزام المطالبة بما على الأصيل لابد وأن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل فيكون مطالباً به، فيلزم الكفيل بالكفالة المطالبة به، وعن هذا قلنا: بأن الكفالة بالأمانات كالودائع وأموال المضاربات والشركات باطلة؛ لأن هذه الأشياء غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها، وأما الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة والكفالة بعين العارية والمستأجر باطلة، وأما الكفالة بتسليمها.

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أن الكفالة بتسليم العارية باطلة، فهذا ليس بصواب، فقد نص محمد - رحمه الله - : أن الكفالة [بتسليم العارية]^(٢) صحيحة، والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن، أو برده متى قضى الدين، وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا يجوز، هكذا ذكر بعض مشايخنا^(٣) - رحمهم الله - .

وذكر القدوري: أن الكفالة للراهن بتسليم الرهن جائزة، وإن هلك سقط الضمان، والكفالة بالعبد والأمة للمولى لا يجوز، سواء كان في بيت المال^(٤) أو ابتغاء^(٥) منه .

وفي القدوري: أن الكفالة بتسليم المبيع صحيحة، وإن هلك المبيع لا يجب على الضامن شيء، والكفالة ببذل الكتابة لا يصح، والكفالة بتسليم نفس الشاهد ليحضر مجلس القاضي [فيشهد]^(٦) لا يجوز.

(١) ينظر: مجمع الضمانات، ص (٢٧٢).

(٢) سقط في أ.

(٣) في ح: المشايخ.

(٤) في ح: المالك.

(٥) في أ: نقا.

(٦) في ح: لا يشهد.

ومن شرائطها: أن يكون المكفول مقدور التسليم للكفيل، وعن هذا قلنا: أن يقبل من رجل بناء دار معلومة، أو كراب أرض معلومة، وأعطاه كفيلاً بذلك، فإن كان شرط العمل مطلقاً جازت الكفالة، وإن كان شرط العمل على هذا الرجل بعينه، فإن كفل بنفس العمل لا يجوز، وإن كفل بتسليم نفسه فهو جائز، وكذلك إذا تكاري إبلا إلى بلد من البلدان وأخذ من المكاري كفيلاً، فإن كانت الإبل بغير بأعيانها صحت الكفالة كفل بالحمولة، وهو الحمل أو تسليم الإبل، وإن كانت الإبل بأعيانها صحت الكفالة بالتسليم، ولا يصح بالحمل عليها، وكذلك لا يصح الكفالة بالقصاص والحدود، وكذا الكفيل بنفس رجل غائب لا يعرف مكانه لا يصح.

ومن شرائطها: أن يكون الكفيل من أهل التبرع، وستأتي هذه المسألة في فصل على حدة إن شاء الله تعالى وحده.

وأما بيان حكمها فنقول: حكم الكفالة في الحال توجه المطالبة على الكفيل بما على الأصيل لا وجوب المطالبة به، فالمذهب عندنا: أن بنفس الكفالة لا يجب الدين^(١) في ذمة الكفيل إذا تحققت الحاجة إلى إثبات الملك للكفيل في الدين.

(١) يشترط الفقهاء لصحة كفالة الدين: أن يكون ديناً صحيحاً، وأن يكون واجباً في الذمة على التفصيل الآتي:

١- أن يكون ديناً صحيحاً: يشترط في الدين المكفول به أن يكون ديناً صحيحاً، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء، وعلى ذلك تجوز كفالة نفقة الزوجة عند وجوبها بالقضاء أو الرضاء، سواء كانت ماضية، أو حاضرة، أو مستقبلة.
وقال الشافعي - في الجديد -: تجب نفقة الزوجة بالعقد والتمكين، وحينئذ لا يصح ضمان النفقة المستقبلية.

فإذا كان الدين صحيحاً، فلا يشترط جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعي في القديم أن يكون معلوم القدر والصفة والعين؛ لأن الكفالة من قبيل التبرع، والتبرع يصح مع الجهالة كالنذر، وقد جرى بها العرف، والحاجة إلى التعامل بها تبرر ذلك، غير أن الحنابلة يشترطون لصحة الكفالة بدين مجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره، كأن يقول الكفيل: كفلت لك بمالك قبل فلان، ولا يعلم مقدار ذلك.

وذهب الشافعي - في الجديد - إلى عدم صحة الكفالة بالدين المجهول، وهو ما ذهب إليه الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، وابن المنذر، وغيرهم؛ لأن الكفالة التزام دين في الذمة، والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع، فوجب أن يكون الدين معلوماً حتى =

وقيل: ذلك لا يجعل الدين واجبا في ذمته، ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله تعالى في شرحه، وسيأتي بعد هذا من المسائل من هذا الجنس إن شاء الله تعالى.



يكون الكفيل على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء بما التزم به. =
٢- أن يكون واجبا في الذمة: يشترط الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعي في القديم أن يكون الدين المكفول به واجبا في الذمة عند الكفالة به، أو أن يكون مآله إلى الوجوب، وعلى ذلك تصح الكفالة بالدين الموعود به - وإن لم يكن موجودا عند الكفالة- لأن مآله إلى الوجوب، وذلك كأن يقول الكفيل: أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه.

واشترط الشافعي - في الجديد - أن يكون الدين ثابتا في الذمة عند الكفالة، وعلى ذلك: فإن الكفالة لا تصح - على هذا القول - بما سيكون من دين موعود به، وما ذهب إليه الشافعي - في الجديد - من عدم صحة الكفالة بالدين قبل ثبوته، يرجع إلى أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، والدين قبل ثبوته لا تشغل به ذمة، فلا يتحقق معنى الكفالة.

واتفق الفقهاء على صحة الكفالة بالدرك - رغم أنه لم يثبت ولم يلزم - لأن الحاجة تدعو إليه، وعلى ذلك يجوز أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابله مستحقا، أو معيبا، أو ناقصا ورد، سواء كان ذلك قبل قبض الثمن أو كان بعده. والمذهب عند الشافعية: أن ضمان الدرك إنما يصح بعد القبض؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في يد البائع، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه، وضمنان الدرك أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقا، أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع ببيع آخر، ولا يختص ضمان الدرك بالثمن، بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقا، أو أخذ بشفعة سابقة.

أما الجعل في الجعالة فأجاز الكفالة به الحنفية، والمالكية، والحنابلة، سواء كانت الكفالة قبل الشروع في العمل، أو كانت بعده؛ لأنه آيل إلى اللزوم، والأصح عند الشافعية عدم صحة الكفالة بالجعل قبل الفراغ من العمل؛ لأنه غير آيل للزوم بنفسه، بل بالعمل، ومقابل الأصح جواز الكفالة به بعد الشروع في العمل.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/٢٨٣، ٢٨٤)، وفتح القدير (٦/٢٩٨)، وبداية المجتهد (٢/٢٩٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٣٣)، وتحفة المحتاج وحواشيتها (٥/٢١٧)، وحاشيتنا قليوبي وعميرة (٢/٣٢٦)، والشرقاوي على التحرير (٢/١٠٢)، ومغني المحتاج (٢/٢٠١)، والمغني (٥/٧٤، ٧٥).

الفصل الثاني

في الألفاظ التي تقع بها الكفالة

وإذا قال: أنا كفيل لك بنفس فلان، أو قال: أنا زعيم به، فهذا جائز، ويؤخذ به الكفيل، وهذا وما لو قال: أنا كفيل لك بنفسه سواء، وكذلك لو قال: على أن أوفيك به، صار كفيلاً، وكذلك: على أن ألك به، صار كفيلاً، وهذا وما لو قال: على أن آتيك به سواء، وقوله: على أن آتيك به كفالة، ولو قال: هو علي حتى يجتمعاً، فهو كفيل إلى [الغاية التي] ^(١) ذكرها، ولو ^(٢) قال: أنا ضامن لك حتى يجتمعاً، أو حتى توفياً، أو يلتقياً، اختلف الروايات في هذا الفصل.

ذكر في رواية أبي سليمان - رحمهما الله - : أنه يصير كفيلاً.

وذكر في رواية أبي حفص - رحمه الله - : أنه لا يصير كفيلاً.

قيل: ليس في المسألة اختلاف الروايات، ولكن ما ذكر في رواية أبي حفص - رحمه الله - جواب القياس، وما ذكر في جواب أبي سليمان - رحمه الله - جواب الاستحسان.

ولو قال: أنا ضامن لمعرفته أو بمعرفته، فإنه لا يصير كفيلاً، وكان بمنزلة ما لو قال: أنا ضامن لك على أن ذلك عليه، أو أوقفك ^(٣) عليه، وذلك لا يكون كفالة، كذا هاهنا.

وفي المنتقى: لو قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان، ذكر أبو سليمان عن محمد رحمه الله قال: في قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - رأيت: لا يلزمه، وفي قول أبي يوسف: يلزمه. وعلى هذا معاملة الناس.

ولو قال: (أشئائي فلان برمن)، قال الفقيه أبو جعفر: يكون كفيلاً. وهكذا ذكر

(١) سقط في ح.

(٢) زاد في أ: ولو قال: هو علي حتى يوافقاً أو بلغنا فهو كفيل إلى الغاية التي ذكر، هذا.

(٣) في ح: أوقفك.

شيخ الإسلام في شرحه .

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في شرحه: [ولو قال فلان: (اسنا است)، لا يكون كفيلاً^(١)]. ذكره صدر الإسلام - رحمه الله - في شرحه^(٢) وفي أجناس الناطقي إذا قال: لك عندي هذا الرجل، أو قال: علي، أو قال: إلي، أو قال: دعه إلي، فهذا كله كفالة.

ورأيت في بعض المواضع: إن لم أوفك به غدا فعندي لك هذا المال، فلم يوافق به غداً لزمه المال.

وإذا قال: هو لدي ينبغي أن يكون كفالة أيضاً.

إذا قال: (الج موس فلان است من يدهم) فهذا وعد لا كفالة.

وبعض مشايخنا قالوا: في قوله: (ايح يويق فلان است من جواب كويم) أن هذا كفالة بحكم العرف.

وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يفتي بأنه: لا يكون كفالة، وكذلك كان يفتي في قوله: (جواب مال نوير من است جواب مال بوتكويم) أنه لا يكون كفالة.

وعن القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدني - رحمه الله - أنه إذا قال: (دين فلان حاضر سوانم لودن جواب ابن مال يومن) أن هذا لا يكون كفالة.

وفي فتاوى النسفي: أن من قال لغيره: الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك، أنا أسلمه إليك، أنا أقضيه، لا يصير كفيلاً ما لم يتكلم بلفظ يدل على التزام، نحو قوله: كفلت، ضمننت، علي، إلي.

وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - يقول: إذا أتى بهذه الألفاظ منجزاً لا يكون كفالة، وإذا أتى بها معلقاً بأن قال: إن لم يؤد فلان مالك

(١) ينظر: البناية شرح الهداية (٨/٤٢٣).

(٢) سقط في أ.

عليه فأنا أودي فأنا أُدفع، يصير كفيلاً. وقال: هو نظير ما ذكر في مناسك الصاوي أن من قال: أنا أحج، لا يلزمه. وإذا قال: إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج إذا دخل^(١) الدار.

وإذا كفّل الرجل بنفس رجل ودفعه إلى الطالب وبرئ منه ثم إن الطالب أخذ المطلوب، فقال الكفيل: دعه وأنا على كفّالتي، أو قال: دعه وأنا على مثل كفّالتي ففعل، فهو لازم له، وهو كفيل بنفسه على ما كان عليه، وهذه كفالة أخرى مبتدأة، وهذا الجواب ظاهر في قوله: وأنا على مثل كفّالتي، مشكل في قوله: وأنا على كفّالتي؛ لأن هذا إخبار عن كفّالته الماضية، ولكن الوجه فيه أنه تعذر العمل بحقيقة هذا الكلام فيجعل مجازاً عن كفالة أخرى في المستقبل؛ [لأن الكفالة الماضية لو تعينت كان حكمها في المستقبل]^(٢) حكم كفالة فيجعل مجازاً عنه، ولهذا قال: وهذه كفالة أخرى مبتدأة تنفي هذا العذر أنه لم يوجد من الطالب قبول هذه الكفالة، والقبول من الطالب ركن وجود الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . والجواب: لا، بل وجد القبول ولكن دلالة؛ لأنه ترك الملامة بعد فقد قوله: (دعه وأنا كفيل) وأنه دليل قبول الكفالة.

وفي المنتقى عن الحسن: إذا قال الرجل لغيره وهو يلازم غريمه: خل سبيله وأنا أوفيك به، في القياس: كذلك.

وفي الاستحسان: تكون كفالة بالنفس^(٣).

(١) في أ: حصل.

(٢) سقط في أ.

(٣) كفالة النفس: هي التزام الكفيل بإحضار المكفول إلى المكفول له، أو إلى مجلس الحكم، أو نحو ذلك. وفي هذه الحالة يتحد المكفول به والمكفول عنه. وقد اختلفت كلمة الفقهاء في حكم الكفالة بالنفس، وفي مضمونها. وذلك على التفصيل التالي:

ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة إلى أن الكفالة بالنفس صحيحة، وهذا مذهب شريح، والثوري، والليث بن سعد، وغيرهم؛ لقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُبَيْلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾، ولما رواه حمزة بن عمرو الأسلمي:

أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقا، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة، فصدقهم، وعذره بالجهالة. قال ابن حجر: استفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي، وقد فعله، ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ، وروى البخاري كذلك قول جرير، والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استتبههم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائريهم، قال ابن حجر: قال ابن المنير: أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى، والكفالة بالنفس قال بها الجمهور. والمذهب عند الشافعية صحة كفالة البدن في الجملة للحاجة إليها، واستؤنس لها بقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَأَتُنِّبِيَنَّكُمْ بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾. وفي قول: لا تصح؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه، وقطع بعضهم بالأول. ولا خلاف بين الفقهاء في صحة كفالة النفس بالنظر إلى من عليه دين، ولكنهم اختلفوا في جوازها ببدن من عليه حد، أو قصاص، وذلك على التفصيل الآتي:

ذهب الحنفية إلى جواز الكفالة ببدن من عليه دين؛ لأنها مجرد التزام بإحضار من يجب إحضاره إلى مجلس ينبغي أن يحضره، ولا تتضمن التزاما بدين المكفول إلا بالشرط، كأن يقول الكفيل: إن لم أحضره إلى مجلس القضاء الفلاني في وقت كذا فعلي ما عليه من الدين. كما ذهبوا إلى عدم جواز الكفالة ببدن من عليه حد خالص له، كحد الزنا وشرب الخمر؛ لأنها تندري بالشبهات، فلا يليق بها الاستيثاق، سواء طابت نفس المطلوب بالكفالة أو لم تطب، وسواء كان ذلك قبل إقامة البيعة أو بعدها، أما الكفالة ببدن من عليه حد فيه حق للعبد، كحد القذف، أو ببدن من عليه قصاص، فإنها تصح باتفاق الحنفية، إن طابت بها نفس المطلوب؛ لأنه أمكن ترتيب موجب عليه، وهو تسليم النفس؛ لأن تسليم النفس فيهما واجب، فيطالب به الكفيل، فيتحقق الضم. وإن لم تطب نفس المطلوب بإعطاء الكفيل بلا جبر - في القصاص وحد القذف - فلا تجوز الكفالة عند أبي حنيفة، أي: لا يجبر على إعطاء كفيل بنفسه يحضره في مجلس القضاء لإثبات ادعاء خصمه عليه، وتجاوز الكفالة بالبدن في هذه الحالة عند الصحابين، لوجود حق العبد، فيليق الاستيثاق. ويميز المالكية بين نوعين من كفالة الوجه:

ضمان الوجه: وهو التزام الإتيان بذات المضمون وإحضاره وقت الحاجة إليه، وهذا لا يجوز إلا إذا كان المضمون مدينا؛ لأن مقتضى الضمان إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه، وبناء على ذلك لا يصح ضمان الوجه فيمن يثبت عليه قصاص أو حد أو تعزير، وللزوج رد ضمان الوجه إذا صدر من زوجته، سواء كان ضمانها له أو لغيره، وسواء كان الدين الذي على المضمون يبلغ ثلث ماله أو أقل أو أكثر؛ لأنه مظنة لخروجها لطلبه، وفي ذلك معرفة عليه.

الضمان بالطلب: وهو التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب والدلالة عليه دون الالتزام بإحضاره، وقيل: يلتزم بإحضاره، ولذا صح ضمان الطلب فيمن كان مطلوبا بسبب حق مالي، أو بسبب قصاص ونحوه من الحقوق البدنية من حدود وتعزيرات

متعلقة بآدمي، كأن يقول الكفيل: أنا حميل بطلبه، أو لا أضمن إلا الطلب، أو لا أضمن إلا وجهه، أو أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده. وحاصل كفالة البدن عند الشافعية كما قال الإمام الغزالي: التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد، أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه، فتجوز الكفالة ببدن من عليه حق مالي لآدمي كمدين وأجير وكفيل، وببدن من عليه عقوبة آدمي كالقصاص وحد القذف - على الأطهر - وقيل: لا تصح قطعاً، ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد لله تعالى كالزنا والخمر - على المذهب - وقيل: قولان. فإن كفل بدن من عليه مال لم يشترط العلم بقدره؛ لعدم لزومه للكفيل، ولكن يشترط أن يكون مما يصح ضمانه. وتصح الكفالة ببدن صبي ومجنون بإذن وليهما؛ لأنه قد يستحق إحضارهما لإقامة الشهادة على صورتها في الإتلاف وغيره، وببدن محبوس وغائب، وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال، وببدن ميت قبل دفنه ليشهد على صورته بإذن الوارث. والقاعدة: أن كل دين، لو ادعي به على شخص عند حاكم لزمه الحضور له تصح الكفالة ببدن من هو عليه.

وذهب الحنابلة إلى صحة الالتزام بإحضار من عليه حق مالي إلى ربه، سواء من كان عليه الحق حاضراً أو غائباً، ولذا صحت الكفالة ببدن من عليه دين لازم، معلوماً كان الدين - للكفيل - أو مجهولاً، ولا يمنع من جوازها أن يكون المكفول محبوساً عند الحاكم، إذ المحبوس عنده يمكن تسليمه بأمر الحاكم. ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد لله، - كحد الزنا، أو ببدن من عليه حد لآدمي، كحد القذف، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: لا كفالة في حد؛ ولأن مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهة، فلا يدخله الاستيثاق ولا يمكن استيفاءه من غير الجاني، ولا تصح الكفالة ببدن من عليه قصاص؛ لأنه بمنزلة الحد، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون، وببدن المحبوس والغائب. وتصح الكفالة - عندهم - مع اشتراط أن يضمن المال إذا لم يحضر المكفول، وتصح الكفالة حالة ومؤجلة، كما صح الضمان كذلك.

ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٨٦/٥)، وبدائع الصنائع (٤/٦)، وفتح القدير (٢٨٥/٦)، حاشية الدسوقي والدردير (٣٤٤/٣)، وبداية المجتهد (٢٩١/٢)، فتح الباري (٤٧٠/٤) وما بعدها، مغني المحتاج (٢٠٣/٢)، وحاشية قليوبي (٣٢٧/٢)، كشاف القناع (٣/٣٦٢)، المغني (٩٥/٥)، (٩٦).

وذهب الفقهاء إلى صحة الكفالة بالنفس ولو كان المكفول به غائباً. فإذا قال: أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه، كان كفيلاً به. واستدلوا على صحته بقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَأَأْتِيَنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾ وهذا أيضاً قول شريح، والثوري، والليث، كما ذكره ابن قدامة. وحكم الكفالة بالنفس هو وجوب إحضار المكفول به لأي وقت كان قد شرط تسليمه، فيلزم إحضاره على الكفيل بطلب المكفول له في ذلك الوقت، كما قال الحنفية. وأضافوا: فإن أحضره فيها وإلا يجبر على إحضاره.

ينظر: مجلة الأحكام العدلية المادة (٦٤٢)، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/٣) =

[وإذا كفّل برأس رجل أو برقبته أو وجهه، فهو كفالة بالنفس]^(١) وأهل المدينة اعتادوا في كتابة الكفالة: كفّل فلان بوجه فلان، ويريدون بذلك النفس، ونحن نضم في الكتابة الوجه إلى النفس فنكتب: كفّل فلان بنفس فلان ووجهه تجوزاً عن خلاف أهل المدينة، وصار الأصل في جنس هذا: أن كل ما صح إضافة الطلاق إليه صح إضافة الكفالة إليه، وإذا أضاف الكفالة إلى العين، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في كتاب الكفالة ولا في كتاب الطلاق.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي - رحمه الله - : أنه لا يصح الكفالة ولا بيع الطلاق إلا إذا نوى به جميع البدن، ولو كفّل بزوجه صح^(٢)، ذكره في فصل الزوج هاهنا ولم يذكر في الطلاق.

قالوا: وينبغي أن يصح إضافة الطلاق إليه، وذكر [في فرج]^(٣)، في كتاب الطلاق ولم يذكر هاهنا.

قالوا: وينبغي أن يصح إضافة الكفالة حال كان الفرج مضافاً إلى المرأة. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : رجل له على رجل مال، فقال رجل للطالب: ضمنت لك ما على فلان أنا أقبضه منه وأدفعه إليك قال: ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده، إنما هذا على أن يتقاضاه ويدفعه إليه، وعلى هذا معاني كلام الناس.

وفيه: رجل غضب من رجل ألف درهم فقاتله المغضوب منه وأراد أخذها منه، فقال له رجل: لا تقاتله فأنا ضامن لها أخذها وأدفعها إليك، لزمه ذلك ولا يشبه هذا الدين. ولو كان الغاصب استهلك الألف وصار ديناً، كان هذا الضمان باطلاً، وكان على ضمان التقاضي. والله أعلم.

⁼ (٣٤٤)، ومغني المحتاج (٢/٢٠٣) وما بعدها، والمغني لابن قدامة (٤/٦١٤).

(١) سقط في ح.

(٢) ينظر: الأصل، للشيباني (١٠/٣٧٥).

(٣) في ح: فصل.

الفصل الثالث

في بيان من يجوز منه الكفالة ومن لا يجوز وفي بيان من يجوز عنه
[الضمان ومن لا يجوز]^(١)

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: ولا يجوز كفالة العبد بغير إذن المولى إياه في الكفالة^(٢) سواء كان العبد محجوراً عليه، أو مأذوناً له في التجارة، فالإذن بالتجارة لا يكون إذناً بالكفالة؛ لأن الداخل تحت الإذن بالتجارة التجارة، والكفالة تبرع ابتداء فلا يدخل تحت الإذن، وإن أذن له المولى بالكفالة فكفل عن المولى أو عن أجنبي بمال صحت الكفالة محجوراً كان أو تاجرًا إذا لم يكن عليه دين، وإن كان تاجرًا عليه دين لا يلزمه شيء من دين الكفالة قبل العتق؛ لأن إذن المولى العبد بالكفالة لا يصح في حق غرماء العبد؛ لأنه يريد شغل العبد بدينه بعدما كان مشغولاً بدين غرمائه، وإذا لم يصح إذنه في حق الغرماء صار الحال بعد الإذن كالحال قبله، وقبل الإذن لو كفل لا يؤخذ بدين الكفالة قبل العتق كذا هاهنا.

وإن أدى العبد دين المولى بعد العتق^(٣) وقد كان [كفل]^(٤) بإذنه، لا يرجع بذلك على المولى فلا يصير موجبة في الآخر^(٥)، وكذلك لو كفل المولى عن عبده جازت الكفالة، وإذا أدى بعد عتق العبد لا يرجع على العبد؛ لأن الكفالة^(٦) حال وقوعها انعقدت غير موجبة الرجوع، وكذلك لا يجوز كفالة الصبي^(٧) محجوراً عليه أو

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: الكتابة.

(٣) في أ: العين.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ح: الأخرة.

(٦) في أ: العبد.

(٧) يشترط الفقهاء في الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع؛ لأن الكفالة من التبرعات، وعلى ذلك لا تصح الكفالة من المجنون أو المعتوه أو الصبي، ولو كان مميزاً مأذوناً أو أجازها الولي أو الوصي. إلا أن ابن عابدين قال: إلا إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح، ويكون إذناً في الأداء، ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة، ولولاها لطلب =

مأذوناً في التجارة، وسواء أذن له أبوه في الكفالة أو لم يأذن له؛ لأن إذن الأب للصبي بالكفالة باطل؛ لأنه^(١) إذن بما هو تبرع، والتبرع غير داخل تحت ولاية الأب فلا يملك الإذن.

قال: ولو كان لرجل قبل رجل مال فأدخل المطلوب ابنه في كفالة ذلك المال وقد راهق ولم يحتلم كان باطلاً ولا يقف على إجازة الصغير إذا بلغ؛ لأنه لا مجيز لها حال وقوعها، فإن بلغ وأقر بالكفالة قبل البلوغ فأقراره باطل؛ لأنه أقر بكفالة باطلة، وإن جدد الكفالة بعد البلوغ صحت الكفالة، هذا إذا كان الدين دين الأب، فإن كان

الولي، ولا تصح الكفالة من مريض إلا من الثلث. أما المحجور عليه لسفه فلا يصح ضمانه ولا كفالته عند جمهور الفقهاء. وذهب القاضي أبو يعلى الحنبلي إلى أن كفالة السفه تقع صحيحة غير نافذة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه، كإقراره بالدين، وكذلك لا تصح الكفالة مع الإكراه عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وعند المالكية لا تلزم الكفيل المكره. أما المحجور عليه للدين، فقد ذهب الشافعية - على الصحيح عندهم -، والحنابلة، إلى أنه يجوز له أن يكفل؛ لأنه أهل للتصرف، والحجر يتعلق بماله لا بذمته، فيثبت الدين في ذمته الآن، ولا يطالب إلا إذا انفك عنه الحجر وأيسر.

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تصح كفالة المريض من مرض الموت، بحيث لا يتجاوز - مع سائر تبرعاته - ثلث التركة، فإن جاوزته تكون موقوفة على إجازة الورثة؛ لأن الكفالة تبرع، وتبرع المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية. وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض يكون من رأس ماله، إلا إذا ضمن وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته، أو ضمن ضماناً لا يستوجب رجوعه على المدين، فيكون حينئذ في حدود الثلث، وإذا استغرق الدين مال المريض - وقضى به - بطل الضمان إلا إذا أجازته الدائن؛ لأن الدين يقدم على الضمان.

ينظر: الفتاوى الهندية (١/٣٥٣)، الاختيار (٢/١٦٧، ٥/٧٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢٣٩، ٢٦٥)، والروضة (٨/٢٢، ٢٣)، وكشاف القناع (٣/٣٦٣، ٣٦٦)، (٥/٢٣٤)، حاشيتنا قليوبي وعميرة (٢/١٥٦، ٣٢٣، ٣٢٧)، وتحفة المحتاج (٥/٢٤١، ٢٥٨)، حاشية ابن عابدين (٤/٤، ٢٥١ - ٢٥٢، ٢٧٩)، (٥/٩٣)، نهاية المحتاج (٤/٣٠٦، ٤٢٢ - ٤٢٣، ٤٣٤)، المغني (٥/٧١-٧٢، ٧٨-٧٩)، الموسوعة الفقهية (٦/٩٨)، والشرح الصغير (٣/٤٢٩، ٤٣٢)، والخرشي (٣/١٧٥ - ١٧٦)، وشرح المنتهى (٢/٢٧٨)، ومغني المحتاج (٢/١٩٩)، والزرقاني (٥/٢٦٢) وما بعدها.

(١) في ح: لا.

الدين دين الصبي بأن اشترى الأب أو الوصي شيئاً للصغير بالنسيئة وأقر^(١) الصبي حتى ضمن المال لصاحب الدين، أو ضمن نفس الأب أو الوصي، فضمناه بالمال جائز وضمناه بنفس الأب أو الوصي باطل^(٢)، أما ضمناه بالمال؛ لأنه التزم شيئاً كان يلزمه قبل الضمان فإن قبل الضمان كان يرجع بذلك المال عليه فلم يكن هذا الضمان تبرعاً، وأما الضمان بنفس الأب والوصي فإنه التزم شيئاً كان يلزمه [ذلك قبل]^(٣) هذا الضمان وهو إحضارهما لمجلس الحكم فكان تبرعاً.

ولو كفل رجل لصبي إن كان الصبي تاجرًا جازت الكفالة^(٤)، وإن كان الصبي محجورًا عليه إن خاطب وليه وقبل، صحت الكفالة، وإن خاطب أجنبيًا وقبل عنه توقف على إجازة وليه، وإن لم يخاطب وليه ولا أجنبيًا وإنما خاطب الصبي فالمسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : لا تصح الكفالة، وهو قول محمد - رحمه الله -، وعلى قول أبي يوسف - رحمه الله - : تصح؛ لأن مخاطبة الصبي وهو ليس من أهل قبول الكفالة لا عبرة لها فخرجت هذه المطالبة من البين، والكفالة لا تتم بالكفيل وحده خلافاً لأبي يوسف.

وإن كفل رجل عن صبي بنفسه أو بما عليه بإذن وليه أو بغير إذن وليه، صحت الكفالة سواء كان الصبي محجورًا عليه، أو مأذوناً له في التجارة؛ لأنه كفل بحق مضمون على الأصيل، يجبر الأصيل على إبقائه وهو مقدور التسليم للكفيل فظاهر، وأما الكفيل بحق مضمون على الأصيل أما إذا كانت الكفالة بمال على الصبي فظاهر أيضًا، وأما إذا كانت الكفالة بنفسه فحضور الصبي لمجلس الحكم إذا كان الصبي مأذونًا في التجارة مستحقاً عليه ليجيب خصمه ادعى عليه الخصم ضمان فعل أو ضمان قول، وإن كان الصبي محجورًا عليه بحضور مجلس الحكم مستحق عليه

(١) في ح: وأمر.

(٢) ينظر: مجمع الضمانات، ص (٢٨١).

(٣) في ح: دين مثل.

(٤) ينظر: مجمع الضمانات، ص (٢٨١).

الإشارة إليه إذا ادعى خصمه عليه ضمان فعل؛ لأن الصبي مؤاخذ بضمان الفعل مستحق حضوره للإشارة إليه إن كان لا يستحق حضوره للجواب، ثم إذا صحت الكفالة وأخذ الكفيل بإحضار الصبي فأراد الكفيل أن يحضر الصبي، فهذا على وجهين: إن حصلت الكفالة بإذن من يلي عليه يجبر الصبي على أن يحضر معه؛ لأن إذن من يلي على الصغير بالكفالة عنه جائزة؛ لأن الإذن بالكفالة له عن الصغير أمر بقضاء ما عليه من الدين فالأب والوصي يملكان الأمر بقضاء ما عليه من الدين على الصغير فيملكان الأمر بالكفالة عنه، وإذا صح الأمر بالكفالة عن الصغير منهما صار ذلك بمنزلة أمر الصبي بعد البلوغ، والبالغ إذا أمر آخر أن يكفل نفسه إذا طولب الكفيل بإحضاره كان له مطالبة المكفول به حتى يحضر، وإذا كان بغير أمر من يلي عليه إن كان بغير إذن الصبي أيضا، لا يجبر الصبي على أن يحضر معه، فإن كان بإذن الصبي فإن كان الصبي مأذوناً في التجارة يجبر على أن يحضر معه، وكذا إذا كفل عنه بمال بأمره وأدى كان له أن يرجع بذلك عليه؛ لأن إذن الصبي المأذون في الكفالة بنفسه وبما عليه من المال يعتبر تبرعاً، وإن كان لا يجوز كفالته عن الغير؛ لأن كفالته عن الغير تبرع منه على الغير من وجه، وهو ليس من أهل أن يتبرع على غيره، وأما الإذن بالكفالة عنه طلب التبرع عليه وهو من أهل التبرع عليه، وإن كان الصبي محجوراً عليه لا يجبر أن يحضر مع الكفيل؛ لأن أمره بالكفالة لم يصح باعتبار أنها معاوضة إن صح من حيث إنها تبرع؛ لأن المحجور لا يملك المعاوضة فصار وجود هذا الأمر والعدم بمنزلة بخلاف المأذون؛ لأن المأذون يملك المعاوضة فيصح الأمر بالكفالة منه من حيث إنها معاوضة، كما يصح من حيث إنها تبرع، وإن كان الصبي غير تاجر فطلب أبوه من رجل أن يضمه فضمنه كان جائزاً وأخذ به الكفيل وكذلك وصيه أو جده إذا كان الأب ميتاً، وكذلك القاضي إذا لم يكن له وصي ولا [جد]^(١) وإن غاب الغلام وأخذ الكفيل أبا الغلام وقال: أنت أمرتني أن

(١) سقط في أ.

أضمنه فخلصني، فإن الأب يؤخذ بذلك حتى يحضر وليس طريقه أن الأب أمره بالكفالة عن الصغير، فإن مجرد الأمر بالكفالة عن الغير لا يثبت للمأمور حق مطالبة الأمر؛ ألا ترى أن من قال لغيره: اكفل بنفس فلان عن فلان، فكفل وغاب المطلوب، لم يكن له ذلك، ولكن طريقه أن الصبي في قبضته ويده وتديره، وبه وقع الفرق بين هذا وبين ما إذا قال الرجل لغيره: اكفل بنفس فلان؛ لأن هناك المكفول بالنفس ليس في يد الأمر [بالكفالة]^(١) وقبضه ليطلب [بإحضاره بحكم]^(٢) أنه في قبضته وتديره، فلو طولب به يحكم الأمر بالكفالة ولا وجه إليه؛ لأن مجرد الأمر لا يثبت المطالبة بحقوق الذي باشره غيره بأمره.

رجل دفع إلى صبي محجور عشرة دراهم وقال: أنفقتها على نفسك، فجاء إنسان وضمن الدافع عن الصبي بهذه العشرة؛ لا يجوز؛ لأنه ضمن ما ليس بمضمون على الأصل، وبمثله لو ضمن قبل الدفع بأن قال له: ادفع إليه عشرة على أنني ضامن لك [عنه]^(٣) بهذا العشرة من الدافع يجوز، وطريق الجواز أن الضامن يصير مستقرضاً العشرة وأمراً له بالدفع إلى الصبي فينوب قبض الصبي عن قبضه، وكذا الصبي المحجور إذا باع شيئاً فجاء إنسان وكفل بالدرك للمشتري إن كفل بعدما قبض الصبي الثمن لا يجوز، وإن كان قبل ذلك جاز.

وفي مأذون شيخ الإسلام - رحمه الله - في آخر باب الإذن للصبي والمعتوه، وفي المنتقى: عبد محجور عليه اشترى متاعاً فضمن رجل للبائع الثمن عليه لا يلزم الكفيل الثمن، فلو ضمن المتاع بعينه كان ضامناً والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الفصل الرابع

في الكفالة ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته

قال محمد - رحمه الله - : فإذا كفّل رجل بنفس رجل ولم يأت به وظهرت مماطلته عند القاضي ، حبسه القاضي حتى يجيء به ، ثم قال : ولا أحبسه في أول المرة ، يعني في أول مرة يرفع الطالب الأمر إلى القاضي وإنما يحبسه بعد مرتين أو ثلاث ، يعني بعد^(١) رفع الطالب الأمر إلى القاضي مرتين أو ثلاثاً وأمره القاضي بالإتيان به وتوعده بالحبس ولم يأت به الآن يحبسه القاضي .

وتأويل المسألة : إذا كان الكفيل مقرّاً بالكفالة فأما إذا كان منكرّاً الكفالة وأقيم^(٢) عليه البيّنة [بذلك أو استحلف]^(٣) فنكل فالقاضي يحبسه في أول مرة يرفع الأمر إليه وليس هذا في هذا الموضوع خاصة ، بل في الحقوق كلها إذا كان من عليه الحق مقرّاً فالقاضي لا يحبسه في أول مرة رفع إليه وهذا إذا كان الكفيل قادرّاً على التسليم في الحال ، فإن كان عاجزاً عن التسليم بأن غاب المكفول به إلى بلدة أخرى ولا يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلى أن يعرف مكانه ، والكفيل يؤاخذ به ويؤمر بالتسليم ولكن يمهل قدر المجيء والذهاب ويستوثق منه بكفيل ، فإذا مضى ذلك الوقت ولم يسلم الآن يحبسه ، وهو بمنزلة ما لو لحق المكفول له بدار الحرب مرتدّاً ، إن كان الكفيل قادراً على رده فإن كان بيننا وبين أهل الحرب موادة أن من لحق بهم مرتداً يردونه علينا إذا طلبنا ، فالكفيل يمهل الذهاب والجيئة ، وإن لم يكن قادرّاً على رده بأن لم تتقدم موادة على الوجه الذي قلنا ، فالكفيل لا يؤاخذ به ، وإن وقع الاختلاف من الطالب والكفيل فقال الكفيل : لا يعرف مكانه ، وقال الطالب : يعرف مكانه ، فإن كانت له خرجة معروفة

(١) زاد في ح : ما .

(٢) في أ : فأقيم .

(٣) سقط في أ .

يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت، فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وطلبه وإحضاره؛ لأن الظاهر شاهد للمدعي، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل؛ لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل منكر لزوم المطالبة إياه والطالب يدعيه.

وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه؛ لأن المطالبة كانت موجهة عليه ولا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة.

وفي المنتقى: إذا حبس الكفيل بالنفس بحكم الكفالة وعلم أن المكفول بالنفس غائب ببعض الأمصار فإن أمر أن يؤخذ منه كفيل بالنفس ويخرج من السجن حتى يجيء بالذي كفل به، ثم إذا لم يكن الكفيل بالنفس قادراً على تسليم المكفول به حتى لم يطالب به هل للطالب ألا يلزمه؟.

ذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه: أن له ذلك.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - : أنه ليس له ذلك.

وإذا حبس المكفول بنفسه بدين أو غيره يؤخذ الكفيل به، هكذا أطلق في الأصل؛ لأنه قادر على التسليم بأن يؤدي ما حبس به.

قالوا: وهذا إذا كان محبوساً في مصر آخر في سجن قاض آخر، فأما إذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة في سجن القاضي الذي تخاصم إليه بالتسليم، ولكن القاضي يخرج من السجن حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن، فأما إذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ولكن في سجن قاض آخر بأن كان في المصر قاضيان، أو حبس في سجن الوالي، فالقياس: أن يؤخذ الكفيل بالتسليم.

وفي الاستحسان: لا يؤخذ، ويكون الحكم منه كالحكم فيما إذا كان محبوساً في

سجن هذا القاضي؛ لأن سجن الوالي أو سجن قاض آخر في المصر بمنزلة سجنه؛ ولهذا قالوا: لو امتلاً أحد السجين كان لهذا القاضي أن يذهب بالبعض إلى سجن القاضي الآخر بخلاف السجن الذي في مصر آخر.

وفي المنتقى: إذا كان المكفول بالنفس محبوساً في سجن آخر في هذا المصر فالقاضي يأمر الطالب أن يذهب إلى القاضي الذي حبسه وتكون خصومته عنده، وإذا كفل بنفس محبوس، فإن كان في حبس هذا القاضي الذي وقعت الخصومة جازت الكفالة، وإن كان في حبس قاض آخر، أو في حبس [أمير أو]^(١) قاضي بلدة أخرى لا يصح.

وقال بعضهم: الكفالة صحيحة على كل حال.

وفي الأصل: وإذا سلم الكفيل المكفول بنفسه في السجن لا يبرأ، معنى المسألة: إذا حبس المكفول بالنفس بعد الكفالة قال مشايخنا - رحمهم الله - : هذا إذا كان محبوساً في سجن قاض آخر، أما إذا كان محبوساً في سجن القاضي الذي وقعت الخصومة إليه، ففيه اختلاف المشايخ - رحمهم الله - قال بعضهم: لا يبرأ، وعامتهم على أنه يبرأ وهو الصحيح، وعلى قياس المسألة المتقدمة: ينبغي أن يبرأ إذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت الكفالة فيه استحساناً.

وإن كان محبوساً في سجن قاض آخر، أو في سجن الوالي، قالوا: أيضاً، وهذا إذا كان محبوساً في^(٢) غير جهة الطالب يبرأ بالتسليم في الحبس لا محالة.

وفي الفتاوى: إذا سلمه في السجن بناء على طلب الطالب، يبرأ.

وفي الأجnas: إذا كفل نفس إنسان والمكفول به في الحبس فسلمه في الحبس، يبرأ، ولو خلى سبيله ثم حبس ثانياً قبل أن يسلمه الكفيل، وهذا الحبس الثاني سوى الحبس الأول، ينظر: إن كان الحبس الثاني أمور السلطان، فليس له أن يسلمه في

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: من.

هذا الحبس .

وفي المنتقى: إذا حبس المكفول بنفسه في سجن هذا القاضي بدين غيره فأخرجه القاضي بخصومة الطالب فقال الكفيل للطالب: قد دفعته إليك وأنا بريء منه، وهو ممنوع عنه مع رسول القاضي لم يبرأ الكفيل بذلك من الكفالة، ولو قال ذلك قدام القاضي والطالب يخاصم المكفول به برئ من الكفالة .

وقال في الأصل: إذا سلم الكفيل المكفول بنفسه في المفازة لا يبرأ، فإن سلمه في مصر آخر إن كان مصرًا ليس فيه سلطان ولا قاض لا يبرأ، وإن كان مصرًا فيه سلطان وقاض، وهذا على وجهين: إن وقعت الكفالة مطلقة ولم يشترط فيها التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة، فعلى قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - : يبرأ، وعلى قولهما: لا يبرأ، وأما إذا شرط التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلم في مصر آخر، لا شك أن على قولهما: لا يبرأ، وأما على قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - فقد اختلف المشايخ فيه .

وأما شرط التسليم في مكان بعينه في المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلم في غير ذلك المكان من ذلك المصر، ذكر في الأصل: أنه يبرأ الكفيل ولم يذكر فيه خلافاً . وذكر الخصاصف - رحمه الله - عن أبي يوسف: أنه لا يبرأ، وهو القياس، فكان القياس قول أبي يوسف، [والاستحسان قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما- .

وجه القياس^(١) والاستحسان إنما يجيء في بلدة عادتهم أنهم لا يزعمون المدعى قبله من يد الطالب متى ظفر به بل يعينون على الإعداد إلى باب القاضي، فإذا كان بلدة من عادتهم إزعاج المدعى قبله من يد المدعى يجب مراعاة هذا الشرط قياساً واستحساناً، وإلى هذا أشار محمد - رضي الله عنه - في الكتاب، فإن دفعه في المصر والمكفول لا يستطيع أن يمتنع عنه، ولو شرط على الكفيل أن يسلمه في

(١) سقط في أ.

غير مجلس الحكم، ذكر في الأصل: أنه يبرأ.

قالوا: هذا إذا سلمه في مكان لا يمكن المطلوب الامتناع والتأبي عن الحضور مجلس الحكم لا يبرأ، وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب حيث قال: لأن المكفول^(١) لا يستطيع أن يمتنع من الطالب.

وكان الفقيه أبو بكر البلخي - رحمه الله - يقول: إن كان هذا الشرط في موضع عادة أهل ذلك الموضع أنهم يخلصون المطلوب من يد الطالب يجب مراعاة هذا الشرط، وإن كان في موضع عادة أهل ذلك الموضع أنهم لا يخلصون المطلوب من يد الطالب، بل يعينون الطالب على جره إلى باب القاضي لا يجب مراعاة هذا الشرط، ويبرأ إذا سلمه في المصر في مكان آخر.

وإذا سلم الكفيل المطلوب بنفسه إلى الطالب ولم يقل: سلمته إليك بجهة الكفالة، فهذا على وجهين:

الأول: أن يسلمه بعدما طلب الطالب التسليم من الكفيل، وفي هذا الوجه: لا يبرأ الكفيل، هكذا ذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرحه قال: الكفالة قد صحت وقع الشك في ارتفاعها إن أراد الكفيل التسليم بجهة الكفالة ترتفع الكفالة، وإن أراد التسليم بجهة الاستعانة والاستئجار بأن استأجر الطالب المطلوب لعمل أو استعان به في عمل [ثم قال الكفيل: إن بعثت فلان في عمل]^(٢) كذا أو استأجرته [بعمل كذا؛ فإذا رأيت نافياً فمتى سلم على هذا الوجه لا ترجع الكفالة فإذا أطلق فقد وقع الشك]^(٣) في ارتفاعها فلا ترتفع.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال الطالب: قد قبضت نفس فلان من فلان، فإن هناك يبرأ الكفيل فيحمل مطلق الإقرار بالقبض على الإقرار بالقبض من جهة الكفالة، هذا

(١) زاد في أ: به.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

جملة ما ذكره شيخ الإسلام في شرحه .

وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي - رحمه الله - : في هذا الوجه يبرأ الكفيل .

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في شرحه : إذا سلم الكفيل المكفول به إلى الطالب برئ منه ولم يشترط التسليم بجهة الكفالة ولا التسليم بعد طلب المدعي ، وإذا دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب وقال : أسلمه إليك بجهة الكفالة وأبى الطالب القبول أجبر على القبول ، ومعناه : أنه ينزل قابلاً دفعاً للضرر عن الكفيل ، وإذا دفع المكفول نفسه إلى الطالب وأشهد أنه إنما دفع نفسه إلى كفالة فلان يجبر الطالب على القبول ويبرأ الكفيل من الكفالة كما لو سلم الكفيل بنفسه نفسه .

ثم إن محمداً - رحمه الله - شرط في هذه المسألة التسليم من كفالة فلان . قال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : قال مشايخنا : شرط التسليم من كفالة فلان إنما يحتاج إليه إذا كان بنفسه كفيلاً كل واحد منهما بعقد على حدة فأما إذا كان بنفسه كفيل واحد فلا حاجة إلى ذكر فلان ، وإذا وكل الطالب رجلاً أن يأخذ له كفيلاً من المطلوب بنفسه ، فهذا على وجهين : إما إن أضاف الوكيل الكفالة إلى نفسه ، وفي هذا الوجه : [حق] ^(١) مطالبة الكفيل الموكل ، وهذا لما عرف في كتاب الوكالة : أن حقوق العقد ترجع إلى من كان العقد مضافاً إليه ، وإن دفع الكفيل المطلوب إلى الموكل برئ على الوجهين جميعاً استحساناً كما في البيع إذا دفع المرء الثمن إلى الموكل .

ومن هذا الجنس : القاضي أو رسوله إذا أخذ كفيلاً بنفس المدعى عليه ، فإن أضاف إلى نفسه يحق مطالبة الكفيل بالتسليم له ولو سلم يبرأ ، ولا يبرأ بالتسليم إلى

(١) سقط في أ .

المدعي ، فإن أضاف الكفالة إلى المدعي [بأن قال : أعط كفيلاً بنفسك للمدعي]^(١) فحق المطالبة للمدعي ، وإذا سلم إلى المدعي يبرأ ، فإذا سلم إلى القاضي أو رسوله لا يبرأ ، والله أعلم بالصواب .



(١) سقط في أ.

الفصل الخامس

في الكفالة بالمال

كل دين وجب على الحقيقة في ذمة إنسان صغير أو كبير ذكر أو أنثى مأذونا له أو محجورًا عليه إذا كفل به إنسان صحت الكفالة إذا كان الكفيل ممن يصح منه التبرع، وقد مر هذا في صدر الكتاب، ولا يجوز الكفالة بالسعاية عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -، وعندهما: يجوز.

ولا يجوز الكفالة بالخراج، ذكره في الجامع الصغير، وفي كل موضع صحت الكفالة وأدى الكفيل ما كفل به من عنده رجع على المكفول عنه [إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه]^(١) ولا يرجع عليه قبل الأداء.

فرق بينه وبين الوكيل بالشراء فإن له أن يرجع على الموكل قبل أن يؤدي بنفسه، وإذا أدى الكفيل من عند نفسه ما كفل به رجع على المكفول عنه بما كفل؛ لأنه ما أدى حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف.

قال: ويجوز من له الدراهم رجع على المكفول عنه بالجياد، ولو كفل بالزيوف وأدى الجياد يرجع على المكفول عنه بالزيوف؛ لأن رجوع الكفيل بحكم الكفالة فإنما يرجع إذ دخل تحت الكفالة.

فرق بين الكفيل وبين المأمور بقضاء الدين، فإن المأمور بقضاء الدين يرجع بما أدى، حتى إن من أمره غيره بقضاء دينه وهي جياد فأدى الزيوف [وتجوز بها]^(٢). يرجع المأمور بالزيوف على الأمر، ولو أمره بقضاء دينه وهي زيوف فأدى الجياد رجع بالزيوف أيضًا؛ لأن الرجوع هناك بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبار الأمر والأداء، ففي الفصل الثاني لم يوجد الأمر في حق الزيادة، وفي الفصل الأول إن وجد الأمر لم يوجد الأداء.

(١) سقط في أ.

(٢) في ح: ويجوز ردها من له.

وإذا كفّل رجل عن رجل بمال وأدى المكفول عنه المال إلى الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل إلى المكفول ثم أراد أن يسترد ذلك من الكفيل فهذا على وجهين: إما أن يعطي المكفول عنه المال على وجه الرسالة بأن كره مطالبة الكفيل فأعطاه المال وقال: خذه وادفعه إلى المكفول أو ادفعه على وجه الاقتضاء، في الوجهين ليس له أن يسترد المال من الكفيل.

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : إذا كان الدفع على وجه الرسالة فله الاسترداد، قال: وإليه أشار محمد - رحمه الله - في باب الكفالة بالمال. ثم في الوجه الأول: إذا لم يكن له الاسترداد بالاتفاق لو طالب الطالب المطلوب بأخذ الكفيل حتى قبضها الطالب أو يرد عليه، هكذا قاله الحسن، فإن كان الطالب آخر المال من الكفيل سنة وقد أخذ الكفيل المال من المطلوب فللتطالب أن يطالب المطلوب وإذا طالب فللمتطلب أن يأخذ الكفيل حتى يرد عليه ما دفع إليه، أو يخلصه بالقضاء إلى الطالب.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم مؤجل فكفّل بها رجل ولم يقل في الكفالة: إلى أجل، فإنه يصير كفيلاً بالمال إلى ذلك الأجل؛ لأن الكفيل متحمل عن الأصيل فإنما يلزمه ما لزم الأصيل؛ ألا ترى أنه لو كان على الأصيل ألف درهم زيوف فكفّل بها رجل ولم يسم الزيوف فإنه يصير هذا بالزيوف والمعنى ما ذكرنا، فإن مات الكفيل قبل الأجل فهي عليه حالة؛ لأن الأجل ثبت للكفيل والأجل عندنا سقط بموت من له الأجل، وإذا أدى ورثة الكفيل الدين من التركة لم يكن لهم أن يرجعوا على الأصيل ما لم يحل الأجل عند علمائنا الثلاثة - رضي الله عنهم؛ لأن الكفيل إنما يرجع بقدر ما التزم لا بالزيادة وقد التزم المؤجل، والمعجل أزيد من المؤجل فلا يرجع بالمؤجل؛ ألا ترى أنه لو كفّل بالزيوف وأدى الجياد مكانها لا يرجع بالجياد وإنما يرجع بالزيوف، ولو^(١) مات الذي عليه الأجل قبل حلول الأجل حل

(١) في أ: وإذا.

المال على الذي عليه الأصيل حتى يؤخذ المال من تركته حالة ولكن لا يسقط الأجل في حق الكفيل؛ لأن الأجل إنما يسقط عن الذي عليه الأصيل يعني من جهته حال حياته بأن أسقط الأجل وهناك لا يسقط في حق الكفيل؛ لأن الأصيل بإسقاط الأجل يريد أن يلزم الكفيل زيادة لم يكفل بها كذا هاهنا.

وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم حالة من بيع فكفل بها رجل إلى سنة فهذا على وجهين: إما إن كان الأجل مضافاً إلى المال المكفول به بأن قال: تكفلت بها إلى سنة فإن كان الأجل مضافاً إلى المال المكفول ورضي به الطالب يثبت الأجل في حق الأصيل والكفيل جميعاً، وإن كان الأجل مضافاً إلى الكفيل [ورضي]^(١) ثبت الأجل في حق الكفيل، ولا يثبت في حق الأصيل؛ لأن التأجيل براءة مؤقتة فتعتبر بالبراءة المؤبدة، والبراءة المؤبدة إذا كانت مضافة إلى المال بأن قال الكفيل للطالب: صالحني على خمسمائة على أن تبرئني من الباقي، ففعل الطالب ذلك ثبت البراءة في حق الكفيل، ولا يثبت البراءة في حق الأصيل فكذا في الإبراء المؤقت وهو الأجل.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم مؤجلة فكفل بها كفيل إلى أجل مثل ذلك الأجل، أو دونه، أو أكثر منه، فهو جائز، والمال على الكفيل إلى الأجل الذي سمي، ولو كان المال حالاً على الأصيل والكفيل فأجل الكفيل المكفول عنه إلى أجل صح التأخير في حق الكفيل والمكفول عنه، ولا يصح في حق الطالب، حتى كان للطالب أن يطالب في الحال إن شاء الكفيل وإن شاء المكفول عنه، وإذا أدى الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يمض الأجل، وإن أصر الطالب المطلوب إلى الأجل صح التأخير في [حق المطلوب والكفيل جميعاً، وإن أصر الكفيل إلى أجل صح التأخير في]^(٢) حق الكفيل خاصة، فإن أدى الكفيل في هذه الصورة وهو

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

ما إذا أصر الطالب الكفيل خاصة قبل مضي الأجل لا يرجع على الأصيل [ما لم يمتض الأجل، هكذا ذكر في عامة الروايات: أنه يرجع على الأصيل]^(١) قبل مضي الأجل باتفاق الروايات.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم من ثمن بيع أو غصب وبها كفيل، فأخر الطالب المال عن الذي عليه الأصيل إلى سنة فأبى أن يقبل، كان المال حالاً عليه وعلى الكفيل، وهذا الجواب لا يشكل على قول من يقول [من مشايخنا: إن الطالب إن أبرأ الأصيل ورد الأصيل البراءة، أن رده يعمل في حقه وفي حق الكفيل]^(٢)؛ لأن هذا القائل سوى بين الإبراء المؤبد وبين الإبراء المؤقت، وإنما يشكل على قول من يقول^(٣) بأن رده ثمة في حق الكفيل على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى؛ لأن هذا القائل فرق بين الإبراء المؤبد وبين الإبراء المؤقت.

والفرق له: أنا نعتبر رد الأصيل برد الكفيل، والكفيل لو رد الإبراء المؤبد يعمل رده في حق الأصيل، فكذا إذا رد الأصيل لا يعمل رده في حق الكفيل، و[في]^(٤) الإبراء المؤقت لو رده الكفيل يعمل رده فكذا إذا رده الأصيل يعمل رده في حق الكفيل أيضاً. ثم إنما وقع الفرق بين الإبراء المؤبد وبين الإبراء المؤقت في جانب الكفيل؛ لأن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال؛ لأن الواجب بعقد الكفالة على الكفيل مجرد المطالبة، وقد أمكننا تصحيح الإبراء من غير أن يعتبر المال واجباً عليه فإنه موضوع للإسقاط.

قلنا: والإسقاط المحيط لا يحتمل الرد كإسقاط الخيار، فأما التأجيل فتأخير مطالبة وليس بإسقاط؛ ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير يقبل الإبطال بخلاف الإسقاط المحض.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) زاد في ح: لأن هذا القائل.

(٤) سقط في ح.

وإذا وهب الطالب المال من المطلوب أو أبرأه منه فمات المطلوب قبل الرد فهو بريء، وهذا بناء على أن هبة الدين ممن عليه وإبرأؤه يتم من غير قبول ويرتد بالرد ولم يوجد، فإن لم يمت ورد الهبة فرده صحيح والمال على المطلوب والكفيل على حاله، وإن رد الإبراء لا يبرأ الأصيل، وهل يبرأ الكفيل؟ لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في شيء من الكتب.

وذكر الناطقي - رحمه الله - في أجناسه: رأيت في شروط الخصاف - رحمه الله - أنه لا يبرأ.

وذكر القاضي أبو حازم عن أصحابنا - رحمهم الله - : أنه لا يبرأ.

وذكر في شرح الطحاوي: أن فيه اختلاف المشايخ.

بعضهم قالوا: لا يبرأ الكفيل، وهذا القائل سوى بين الإبراء والهبة ووجه ذلك: أن البراءة هاهنا لو ثبت إنما يثبت في ضمن براءة الأصيل؛ لأن الطالب ما قصد الكفيل بالبراءة إنما قصد الأصيل، ولم يثبت البراءة في حق الأصيل لما رده فلا يثبت في حق الكفيل.

وبعضهم قالوا: يبرأ الكفيل، وهذا القائل يفرق بين الإبراء وبين الهبة، ووجه الفرق: أن هبة الدين من الأصيل وإبرأؤه عن الدين هبة من الكفيل، وإبراء الكفيل فيعتبر بما لو كان الكفيل مقصودا بالهبة والإبراء، ولو كان الكفيل مقصودا بالهبة والإبراء فرد ذلك صح منه رد الهبة ولم يصح منه رد الإبراء، فكذا إذا رده الأصيل يصح رد الهبة في حق الكفيل، وإنما جاء الفرق بين الهبة والإبراء؛ لأن الواجب على الكفيل بنفس الكفالة مجرد المطالبة لا الدين لو اعتبر واجباً في ذمة الكفيل بنفس الكفالة، مع أن المكفول عنه لم يبرأ عن الدين يصير الدين الواحد دينين وأنه خلاف الحقيقة، وخلاف الحقيقة لا يصار إليه إلا لضرورة، ولا ضرورة إلا إيجاب الدين في ذمة الكفيل بنفس الكفالة؛ لأن الكفالة [في] ^(١) موضوعها ^(٢) لمطالبة

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: موضعها.

الكفيل بما على الأصيل، وليس من ضرورة توجه المطالبة وجوب الدين، فالمطالبة قد تتوجه على الإنسان من غير أن يكون المطالب به واجباً عليه؛ ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بالثمن وأصل الثمن على الموكل، وألا ترى أن إبراء البائع الموكل عن الثمن صحيح، وإذا لم يكن من ضرورة المطالبة وجوب المطالبة به كان الثابت بنفس المطالبة بمجرد الكفالة فيكون الإبراء إسقاطاً محضاً كالطلاق والعتاق فلا يرتد بالرد، بخلاف الهبة في موضوعها^(١) للتمليك، وحالة التملك مست الضرورة إلى إيجاب الدين في ذمة الكفيل، حتى يملك ما عليه لا ما على غيره؛ لأن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، فإذا اعتبر الدين واجباً في ذمة الكفيل حالة هبة الدين منه كان هبة منه كهبة الدين من الأصيل يرتد بالرد فكذا هبة من الكفيل، بخلاف الإبراء إسقاط في الأصل، ويكفي لصحة الإسقاط أن يعتبر في ذمته مجرد المطالبة فلم يكن الإبراء تملكاً أصلاً بل كان إسقاطاً من كل وجه فلا يرتد بالرد بخلاف ما إذا أدى الكفيل؛ لأن بعد الأداء يعتبر الطالب به واجبا في ذمة الكفيل؛ لأن الأداء لا بد وأن يفيد له الملك في الدين، كما لو^(٢) أدى الأصيل بنفسه فلا^(٣) يملك إثبات الملك بما أدى في الدين الواجب في ذمة الأصيل؛ لأنه يؤدي إلى تملك الدين من غير من عليه الدين، وأنه لا يجوز، والحاصل: أن المطالب به يعتبر واجبا في ذمة الكفيل إذا وقعت الحاجة إلى تملك المطالب به، أما قبل ذلك يصير^(٤) الواجب في ذمته مجرد المطالبة، والله أعلم.



(١) في أ: موضعها.

(٢) في أ: هو.

(٣) في أ: ولا.

(٤) في أ: يعتبر.

الفصل السادس

في الأجل في الكفالة وفي شرط الخيار فيها

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا كفل بنفس رجل إلى شهر، أو إلى ثلاثة أيام، أو ما أشبه ذلك فهو جائز، فإذا صحت الكفالة فإنما يطالب الكفيل بعد مضي الشهر ولا يطالب به للحال، فظاهر مذهب أصحابنا - رحمهم الله -: أن الكفالة إذا جعلت^(١) إلى أجل فإنما يصير الكفيل كفيلاً بعد مضي الأجل، ويطالب به بعد مضي الأجل، وليس معناه أنه ليس بكفيل للحال؛ ألا ترى أن الكفيل لو سلم المكفول به للحال يجبر الطالب على [القبول ولكن ذكر الشهر تأجيل للكفيل حتى لا يطالب الكفيل للحال وإنما يطالب بعد مضي الأجل ولكن إذا عجل بجبر الطالب على]^(٢) [القبول، هذا هو جواب الكتاب.

وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه يطالب به في الأجل، فإذا مضى الأجل يبرأ الكفيل، وهو قول الحسن بن زياد - رحمه الله - .

ومسألة الظهار والإيلاء تشهدان لهما فإنه إذا ظاهرها مدة معلومة، أو آلى منها مدة معلومة، فالإيلاء والظهار ينقصان^(٣) في المدة ويبطلان بمضي المدة.

ومسألة الطلاق تشبهه لظاهر الرواية، فإنه إذا قال لامرأته: أنت طالق إلى عشرة أيام، فإنما يقع الطلاق عليها بعد مضي عشرة أيام، إلا على قول زفر - رحمه الله - فإنه يقول: يقع الطلاق عليها للحال. وكان القاضي الإمام الأجل أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: [قول]^(٤) أبي يوسف - رحمه الله - لعرفنا أن الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها، إلا أنه [يجب]^(٥)

(١) في أ: حصلت.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يقفان.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

على المعنى أن يكتب في الفتوى: أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرج به عن الكفالة احترازاً عن خلاف جواب الكتاب، وإن وجد هناك قرينة تدل على إرادة جواب الكتاب فهو على جواب الكتاب.

ولو قال: كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر، تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف.

ولو قال: كفلت بنفس فلان شهراً، أو قال: ثلاثة أيام، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذا الفصل في الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا وما لو قال: إلى شهر، أو إلى ثلاثة أيام سواء.

ومنهم من قال: بأن في هذه الصورة يطالب الكفيل في المدة وبراءً بمضي المدة، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله -.

وإذا كفل إلى الحصاد والدياس، أو إلى الجران، أو إلى المهرجان، أو إلى السرور، فالكفالة جائزة إلى الأجل المسمى؛ لأن ما ذكر من الأجل وإن كان فيه نوع جهالة وهي جهالة مستدركة، وإن تقدم الحصاد والدياس بتقدم الحر، وتأخر بامتداد البرد يكون متفاوتاً، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة؛ لأنها مبنية على التوسع؛ ألا ترى أن الجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، حتى إن من قال لغيره: كفلت لك بمالك على فلان من الدين، ولم يسم، أو قال: كفلت لك عن فلان بما يخرج في حسابك عليه، أو بما بايعت فلانا، فإنه يصح، مع [أن]^(١) المكفول له معقود^(٢) عليه، ففيما ليس بمعقود عليه وهو [الأجل أولى وبه فارق البيع؛ لأن الجهالة في المعقود هناك تمنع صحة العقد، وكذا في]^(٣) الأجل المشروط فيه؛ وهذا؛ لأن الأجل إذا شرط في نفس العقد يصير^(٤) من العقد، وبهذا

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: معقود له.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: يعين.

روى ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - : أنه إذا أجله في الثمن بعد البيع إلى الحصاد أو الدياس يجوز؛ لأنه إذا لم يكن الأجل مشروطاً في العقد لا يصير من العقد ولكن تأثيره في تأخير المطالبة، ويجوز تأخير المطالبة إلى هذه الآجال^(١).
وإذا تزوج امرأة بصداق مؤجل إلى هذه الآجال، فلا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - :
الأصح عندي أن هذه الآجال تثبت في الصداق^(٢).

وكذلك لو قال في الكفالة: إلى العطاء، أو إلى الرزق، أو إلى صوم النصارى، أو فطرهم، فهذا كله تأجيل، وإن كان فيه جهالة؛ لأنها جهالة مستدركة، وكذلك إذا قال: إلى أن يقدم المكفول به من سفر، صحت الكفالة مع هذا التأجيل، ثم الكفالة مع الأجل صحيحة على كل حال، جميع الآجال على السواء، وهل يثبت الأجل؟ ينظر: إن كان من الآجال المتعارفة تثبت سواء كان أجلاً يتوهم حلوله في الحال، أو لا يتوهم حلوله أصلاً، وإن كان يتوهم حلوله في الحال لا يثبت الأجل، كما لو كفل بنفس فلان إلى أن تهب الرياح، إلى أن تمطر السماء، وإن كان لا يتوهم حلوله في الحال ولكن يحل بعد ذلك يثبت، كما لو كفل إلى الحصاد، أو إلى الدياس، هذا هو عبارة بعض مشايخنا - رحمهم الله - .

وعبارة بعضهم: إن ذكر أجلاً تيسر به على الكفيل الأداء يثبت على كل حال، كقدوم المكفول به من سفره وغير ذلك، وإن ذكر أجلاً لا ييسر على الكفيل الأداء، إن كان أجلاً يتوهم حلوله في الحال أو لا يتوهم حلوله أصلاً لا يثبت، وإن كان أجلاً لا يتوهم حلوله في الحال ويحل بعد ذلك يثبت على ما ذكرنا.

وفي المنتقى: بشر عن أبي يوسف - رحمهما الله - : في رجل كفل بمال عن رجل إلى العطاء قال: يأخذه به حالاً [قال بشر: وله فيه قول آخر: أنه إلى العطاء،

(١) المسبوط للسرخسي (١٧٣/١٩).

(٢) السابق.

أو قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : إنه رضي أن يكون إلى العطاء وإلا لا^(١) شيء له .

وفي المنتقى أيضاً: رجل كفل بنفس رجل أنه كلما طالبه، أو على أنه كلما طلبه منه فله أجل شهر، والكفالة جائزة، هكذا رواه ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله؛ لأن معاملة الناس على هذا، ومتى طلبه منه فله أجل شهر من يوم طلبه، وإذا مضى شهر من ذلك الوقت فله أن يأخذه متى شاء بالطلب الأول فلا يكون له الطلب الثاني أجل شهر آخر؛ لأن هذا إنما طلبه منه بالطلب الأول الذي قد أجله فهو عليه متى شاء أخذه به ما لم يدفعه إليه، فإذا دفعه إليه فإن قال حين دفعه إليه: برئت إليك منه، فإنه برئ منه فيما يستقبل، وإن دفعه إليه ولم يبرأ منه فله أن يطالب منه ثانياً ولا يكون ذلك براءة له في المستقبل، قال: لأنه قال في الكفالة: على أنك كلما طلبته مني فلي أجل شهر، فكأنه في الكفالة: كلما طلبته مني وأوفيك به إلا أن لي أجل شهر حتى أطلبه، وكلمة (كلما) تقتضي التكرار فتقتضي تكرار الموافاة [به كلما يكون الطالب فالدفع إليه يبرأ عن موافاة]^(٢) لزمته بالمطالبة السابقة لا عن موافاة تلزمه بمطالبة توجد^(٣) في المستقبل، وإنما يبرأ عن ذلك تصريح الإبراء، فإذا برئ إليه حتى دفعه مرة فقد وجد تصريح الإبراء ويبرأ في المستقبل، وما لا فلا، فإن دفع إليه مرة ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك، فللكفيل أجل شهر آخر أيضاً من يوم طلبه منه؛ لأن [هذا]^(٤) غير الطلب الأول، بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة .

رجل له على رجل ألف درهم حالة، كفل رجل بها على أن الطالب متى طالبه من الكفيل فللكفيل أجل شهر، فهذا جائز، ومتى ما طالبه منه فله أجل شهر، فإذا مضى شهر كان له أن يأخذه منه متى شاء بالطلب الأول، ولا يكون له أجل شهر آخر، ولو

(١) في أ: وإلا لا .

(٢) سقط في أ .

(٣) في أ: تؤخذ .

(٤) سقط في أ .

كان كفل له بالمال ولم يشترط عليه أنه متى طالبه به فله أجل شهر، ثم إن المكفول له لقيه بعد ذلك وقال: متى طالبتك بهذا المال فلك أجل شهر، كان قوله هذا باطلاً وله أن يأخذه بالمال متى شاء.

وإذا كفل بالقرض مؤجلاً إلى أجل مسمى، فالكفالة جائزة والمال على الكفيل إلى الأجل الذي سماه وعلى الأصيل حالاً^(١).

وإذا كفل بالمال رجل وكفل عن الكفيل آخر، ثم إن الطالب آخر المال على الأصيل، كان ذلك تأخيراً عن الكفيلين، ولو أخره عن الكفيل الأول فهو تأخير عن الكفيل الآخر والمال على الأصيل حال.

ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم إلى سنة، ثم إن الكفيل باع الطالب بهذا عبداً قبل الأجل فسلم إليه ثم استحق العبد، فالمال على الكفيل إلى أجله، وكذلك لو رده المشتري بعيب بقضاء، وإن كان الرد بالعيب بغير قضاء، أو تقايلاً للبيع، لا يعود الأجل، فقد فرق في حق الأجل بين الرد بالعيب بقضاء وبين الرد بالعيب بغير قضاء، وسوى بينهما في الكفالة حتى قال: إذا كان للثمن^(٢) كفيل ورد المشتري المبيع بالعيب بقضاء أو بغير قضاء يبرأ الكفيل عن الثمن.

والفرق: أن براءة الكفيل ببراءة الأصيل، والأصيل وهو المشتري قد برئ عن الثمن بالرد، سواء كان الرد بقضاء أو بغير قضاء، وبرئ الكفيل ضرورة، أما عود الأجل بانتقاض البيع؛ لأن الأجل إنما سقط حكماً للبيع، فإنما يعود الأجل إذا انتقض البيع.

قلنا: وبالإستحقاق، والرد بالعيب بقضاء ينتقض البيع من كل وجه فيظهر الانتقاض في حق عود الأجل، أما بالرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء لا ينتقض البيع في حق الأجل؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء عقد جديد في حق

(١) في أ: حال.

(٢) في أ: بالثمن.

الثالث، فكذا في حق الأجل، وصار في حق الأجل كأن الكفيل اشترى العبد ثانياً من الطالب وهناك لا يعود الأجل؛ لأن البيع الذي سقط به الأجل لم يفسخ كذا هاهنا، ولو لم يبعه الكفيل عبداً ولكن قضى وعجلها فوجدتها ستوقه وردها كان المال على الكفيل إلى أجله، وكذلك لو وجدها زيوفاً أو نهرجة وردها بقضاء أو بغير قضاء، وإذا^(١) كان حين أعطاه المال أعلمه أنها زيوف وقبض مع ذلك فهو جائز.

وذكر في المتقى: وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يصح شرط الخيار في الكفالة للكفيل ولا للمكفول له من قبل أنها وجبت بالمطلق^(٢) هي مثل الطلاق والعتاق من هذا الوجه؛ ألا ترى أنه لو قال: أنا كفيل لك بهذا المال على أي بريء منه إن شئت غداً، أن الكفالة لازمة وأنه لا يبرأ بقوله، ولو قال: [كفلت عنه]^(٣) على أنه إن مات فأنا بريء منه، كان برياً وليس هذا بخيار، [ولو قال: قد كفلت لك به على أي بريء من الغد، فهو جائز كما قال وليس هذا بخيار]^(٤).

وذكر محمد - رحمه الله - في إقرار الأصل في باب الخيار في الكفالة والإقرار بالدين: أن شرط الخيار في الكفالة صحيح.

وصورة ما ذكر محمد - رحمه الله - ثمة: إذا أقر الرجل أنه كفّل لفلان بألف درهم على أنه بالخيار لثلاثة أيام، إن صدقه الطالب ثبت الخيار؛ لأنه ادعى شرط الخيار في الكفالة، وشرط الخيار في الكفالة صحيح؛ لأنه عقد يقال ويفسخ فكان كالبيع، فقد ادعى شرطاً صحيحاً وصدقه صاحبه فيه فيثبت، وإن جحد الطالب لا فيثبت الخيار ما لم يقر البينة عليه.

(١) في أ: وإن.

(٢) في أ: بالمنطق.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

وفرق بين [دعوى الأجل وبين] ^(١) دعوى الخيار فقال: إذا ادعى الكفيل الخيار
وجحد صاحبه لا يثبت الخيار، ولو ادعى الأجل وكذبه صاحبه يثبت الأجل.
وذكر في هذا الباب أيضًا: أن اشتراط الخيار في الكفالة شهرًا أو أكثر بعد أن
يكون معلومًا جائز بالاتفاق، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ.

الفصل السابع

في تعليق الكفالة بالشرط

ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب الكفالة وفي الحوالة: أن تعليق الكفالة لشرط غير متعارف لا يجوز.

قالوا: وما يفعله الوكلاء في الخصومات وإثبات الأشياء عند القاضي بدعوى الكفالة المعلقة بشرط غير متعارف فاسد [يفتي]^(١) بصحتها وإذا أراد تصحيحها ينبغي [مكان]^(٢) الكفالة وكالة معلقة بالشرط؛ لأن الوكالة مما يجوز تعليقها بشرط غير متعارف.

ذكر محمد - رحمه الله - في الجامع: أن العبد المأذون إذا لحقه دين وخاف صاحب المال أن يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال: إن أعتقه المولى فأنا ضامن لدينك عليه، صحت الكفالة.

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - : هذه المسألة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز، وعندني: أن هذه [المسألة لا تصح دليلاً؛ لأن المولى بإعتاق العبد يضمن قيمته للغرماء، فهذا إضافة الضمان إلى سبب الوجوب وليس بتعليق على الحقيقة، وإضافة الضمان إلى]^(٣) سبب الوجوب جائزة فيصح الضمان في تلك المسألة من هذا الوجه.

قال محمد - رحمه الله - في الكتاب: رجل له على رجل مائة درهم تكفل رجل بنفسه وشرط في الكفالة بالنفس إن لم يوف غداً فعليه المائة وهو جائز. [يجب]^(٤) ^(٥) أن يعلم بأن من هذا الجنس مسائل عشرة:

- (١) في ح: يقتضى.
- (٢) في ح: كأن.
- (٣) سقط في ح.
- (٤) سقط في أ.
- (٥) زاد في أ: لم.

أحدها: إذا شرط [الكفيل]^(١) في الكفالة بالنفس أني إن لم أوفك به غداً فعلي المائة التي لك عليه، فالكفالة بالنفس جائزة عندنا، والكفالة بالمال جائزة عندنا استحساناً، والقياس: ألا يجوز، وهو قول الشافعي - رضي الله عنه - .
وجه الاستحسان: أن الكفالة الثانية علقّت بشرط متعارف للناس فيه تعامل فيجوز قياساً على الكفالة بالدرك .

وصورتها: إذا قال الرجل للمشتري: إذا لحقك درك فيما اشتريته فأنا به كفيل، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الناس تعاملوا تعليق الكفالة بالمال [بعدم الموافاه بنفس المكفول به كما في الكفالة الثانية من تأكيد ما وجب بالكفالة]^(٢) الأولى معنى، فتأكيد الحقوق بالوثائق متعامل فما بين الناس، وإنما قلنا في الكفالة الثانية: تأكيد [ما وجب بالكفالة الأولى معنى؛ لأن الكفالة بالنفس سبب التوصل إلى المال]^(٣) فكانه من حيث المعنى كفالة بالمال حقيقة [فكانت]^(٤) الثانية مؤكدة الأولى معنى، فكانت الثانية مع هذا [الخطر]^(٥) متعامل فما بين الناس، فيجوز، وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله - في الأصل فقال: لأنه من عمل التجار، وإذا صحت الكفالة الثانية معلقة بعدم الموافاه بالنفس غداً إذا لم يوف بنفسه غداً يصير كفيلاً بالمال؛ لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط ويبقى كفيلاً بالنفس؛ لأن الكفالة بالنفس قد صحت والكفالة بالنفس متى صحت فالبراءة عنها إنما يكون إما بتسليم المكفول أو بالإبراء أو [لموت]^(٦) المكفول عنه ولم يوجد شيء من ذلك هاهنا، فإن أدى الكفيل المال إلى الطالب لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن الكفالة بالنفس حصلت

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) في أ: وكانت.

(٥) في أ: الحضر.

(٦) في أ: تفاوت.

مطلقة لا بالمال الذي أدى، فمن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب هذا المال فيبرأ إذا أدى ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر فلا يبرأ إذا أدى هذا المال فلا يبرأ عن الكفالة بالنفس.

المسألة الثانية: إذا شرط في الكفالة بالنفس أني [إن] (١) لم أوفك به غدًا؛ فعلي مالك عليه من المال ولم يسم مقدار المال؛ صحت الكفالة.
الثانية أيضا: وإذا لم يوف به غدًا إن تراضوا على مقدار من المال، أو قامت البينة بذلك؛ لزم الكفيل ذلك، وإن اختلفوا في مقدار ما على المكفول بنفسه؛ فالقول قول الكفيل؛ لإنكار الزيادة.

المسألة الثالثة: إذا شرط في الكفالة بالنفس إن لم أوفك به غدًا؛ فعلي مائة درهم، ولم يقل: فعلي المائة التي عليه فلم يوف به غدًا؛ ينظر: إن أقر الكفيل أن له عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك يصير كفيلاً، وهذا ظاهر.
وإن قال الكفيل: لم يكن للطالب عليه شيء، وكان هذا مني إقرارًا للطالب بمائة درهم وكان الطالب يقول لي عليه مائة درهم وقد كفلت لي عنه بذلك معلقا بعدم الموافاة؛ فالقياس: ألا يلزم الكفيل شيء ويكون القول قول الكفيل، وبه أخذ محمد - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف الأول.

وفي الاستحسان: لزم الكفيل المال وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر.
المسألة الرابعة: إذا قال: إن لم أوفك به غدًا فعلي المائة درهم التي لك عليه والطالب يدعي عليه مائة دينار لا مائة درهم فلم يوف به، لا يلزمه المال بلا خلاف.
المسألة الخامسة: إذا قال: إن لم أوفك به غدًا فالمائة درهم التي لك على فلان علي، فالكفالة الثانية جائزة بالاتفاق إن كان ذلك الرجل شريك المكفول بنفسه في الدين بأن كان الدين وجب عليهما بسبب واحد، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه وإن كان الرجل أجنبيا عن المكفول بنفسه فالكفالة الثانية جائزة عند أبي حنيفة وأبي

(١) سقط في أ.

يوسف حتى لو لم يوف به غداً لزمه المال وعلى قول محمد: الكفالة الثانية باطلة بخلاف ما إذا قال: إن لم أوفك به غداً فالمال الذي لك على فلان الآخر وفلان حاضر.

ف قيل: فإنه يجوز.

المسألة السادسة: إذا قال: إن لم أوفك به غداً فالمال الذي لفلان آخر على فلان آخر علي، لا تصح الكفالة الثانية، بخلاف:

المسألة السابعة: إذا قال: إن لم أوفك به غداً فالمال الذي لفلان آخر على هذا المكفول به علي، لا تصح الكفالة الثانية أيضاً بلا خلاف هكذا ذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام.

وقيل: المسألتان على الخلاف أيضاً.

المسألة الثامنة: إذا قال: إن لم أوفك به غداً فعلي مائة درهم سوى المائة التي لي عليك، فلم يوف به غداً فهذه المسألة لا تتأتى على قول محمد، وإنما تتأتى على قولهما فقد اختلف المشايخ على قولهما، قال بعضهم: لا يصير كفيلاً أصلاً ولا يلزمه المال أصلاً، وقال بعضهم: يصير كفيلاً ثم اختلف هؤلاء فيما بينهم أنه يصير كفيلاً عمن؟

قال بعضهم: يصير كفيلاً عن غريم آخر إذا ادعى الطالب ذلك، وهذا القائل يقول: التعيين إلى الطالب.

وقال بعضهم: يصير كفيلاً عن غريم آخر والتعيين إلى الكفيل فإذا لا خلاف في الحقيقة أن الكفيل يصير كفيلاً عن غريم آخر، وإنما الخلاف في تعيين الغريم الذي يصير كفيلاً عنه.

المسألة التاسعة: إذا قال: إن لم أوف به متى دعاه به فدفعه إليه مكانه، فهو برئ المال قال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : معنى قوله: (إليه مكانه) سلمه في المجلس الذي دعاه به قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : معناه أنه لما دعاه به

اشتغل بإحضاره وبما هو من أسباب تسليمه حتى دفعه إليه .

المسألة العاشرة: إذا قال: إن لم أوف به غداً فأنا كفيل بنفس فلان - سمى رجلاً آخر للطالب عليه حق - فالكفالة الثانية جائزة حتى إذا لم يوف به غداً يصير كفيلاً بنفس الثاني ذكر المسألة في الأصل من غير ذكر خلاف .

قال مشايخنا - رحمهم الله - : وينبغي أن يكون في المسألة خلاف على قول محمد - رحمه الله - : لا تصح الكفالة الثانية استدلالاً بالمسألة المختلفة التي تقدم ذكرها وهي ما إذا قال: إن لم أوف به غداً فالمال الذي على فلان آخر؛ لأن في [المسألتين]^(١) جميعاً الكفالة الثانية معلقة بالخطر والطالب متحد والمكفول به مختلف .

لو كفل بنفس رجل وجاء آخر وكفل بنفس الكفيل على أنه إن لم يوف به بنفس الكفيل في وقت كذا فالمال الذي للطالب على المكفول به الأول عليه صحت الكفالتان بلا خلاف .

إذا كفل بنفسه على أنه إن لم يوف به غداً بالألف التي على المكفول به مائة دينار ولا يدعي عليه الدراهم، فلم يوف به غداً لا يجب على الكفيل شيء من المال . وفي المنتقى: ابن سماعة عن محمد - رحمهما الله - فيمن كفل بنفس رجل فقال: علي أنه إن وفاه ما بينه وبين شهر وإلا فالمال له لازم فهذا صحيح لو وفاه فيما بينه وبين شهر فهو بريء عن الكفالة وضمن المال وليس للمكفول أن يأخذ الكفيل بالمال ولا بالرجل إلى أن يمضي الشهر، فإن مضى الشهر قبل أن يوافي لزمه المال، وإن مات الذي كفل به في الشهر قبل أن يوافي به الكفيل، فإن بذلك لا يخرج الكفيل من [الضمان]^(٢) وليس للمكفول له أن يأخذ الكفيل حتى يمضي الشهر فإذا مضى الشهر الآن أخذه به، وإذا كفل بنفس فلان على أنه إن لم يوف به غداً

(١) في أ: المسألة .

(٢) في أ: المطلوب .

فالمال الذي عليه للطالب عليه فمات المكفول به قبل مضي الغد، يصير كفيلاً بالمال لوجود شرط الكفالة بالمال، وهو عدم الموافاة بالنفس غداً.

فإن قيل: شرط الكفالة بالمال عدم الموافاة بالنفس.

قال: قيام الكفالة بالنفس؛ ألا ترى أن الطالب لو أبرأ الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل مضي الغد ثم مضى الغد ولم يوف به لا يلزمه المال، وإنما لا يلزمه؛ لأن الكفالة بالنفس قد انفسخت، وشرط الكفالة بالمال عدم الموافاة به غداً حال قيام الكفالة بالنفس.

قلنا: والكفالة قد انفسخت بموت المكفول به قبل مضي الغد.

قلنا: الكفالة بالنفس بعد موت المكفول به باقية في حق ثبوت الكفالة بالمال حتى عدم الموافاة به في الغد؛ وهذا؛ لأن موت المكفول به ليس بسبب موضوع لفسخ الكفالة وإنما فسخت به ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق عليه بعقد الكفالة وهو تسليم المكفول به لإمكان الخصومة معه والثابت بالضرورة لا بعدد موضوع الضرورة ولا ضرورة إلى انفساخ الكتابة في حق ثبوت الكفالة بالمال متى عدت الموافاة؛ لأن عدم الموافاة يتحقق مع العجز عن تسليم المستحق بعقد الكفالة فبقيت الكفالة بالنفس في حق هذا الحكم بخلاف إبراء الأصيل؛ لأنه سبب موضوع لإسقاط الكفالة وفسخها فيفسخ به الكفالة بالنفس في جميع الأحكام فلا يتحقق شرط ثبوت الكفالة بالمال بالنفس حال قيام الكفالة بالنفس، هذا إذا مات المكفول به قبل مضي الأجل، وإن مات الكفيل قبل مضي الأجل فإن وافى به ورثة الكفيل بأن دفعوا المكفول إلى الطالب لا يلزم المال الكفيل؛ لأن فعل الوارث وأنه نائب عن الميت في حقوقه بعد موته بمنزلة فعل الميت في حال حياته، وإن لم يوف به حتى مضى الغد لزم المال الكفيل لتحقق شرط الكفالة بالمال وهو عدم الموافاة به منه ومن نائبه أكثر ما فيه أن الكفيل ميت [حال]^(١) وجوب المال عليه ولكن إيجاب المال

(١) سقط في أ.

على الميت ممكن بسبب وجد منه في حال حياته كما لو حفر بئراً على قارعة الطريق فوقع فيه إنسان بعد موته وهاهنا المال يلزم الكفيل بسبب وجد منه في حال حياته وهو الكفالة المعلقة .

فإن قيل: يجب أن يجب على الورثة وإن وافوا بعد الموت؛ لأن الموافاة حصلت بعد الأجل؛ لأن الأجل يسقط بموت من له الأجل .

قلنا: شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم موافاة مقدره بالغد وذلك لا يتحقق قبل مضي الغد فكان امتناع وجوب المال لعدم شرط الوجوب لا لبقاء الأجل بعد موته ولو مات المكفول له لا يبطل الكفالة ولورثته مطالبة الكفيل بتسليم المكفول بنفسه، فإن رد على بعض الورثة برئ في حقه فإن رد على الوصي برئ إذا كان للميت وصيان فحينئذ يبرأ عن حق الذي رد عليه دون الآخر ولو لم يكن وصي وعليه دين يحيط بماله فرده على الغريم أو على الوارث لا يبرأ ولو رده على الوصي الذي نصبه القاضي بعد ذلك يبرأ .

إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوف فالمائة الدرهم التي للطالب على المكفول به على الكفيل فتغيب الطالب في الغد فطلبه الكفيل فلم يجده حتى مضى الغد^(١)، لزمه المال؛ لأن شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم موافاة المكفول به الطالب في الغد مطلق غير مقيد بوجود الطالب، وكذلك إذا قال: إن لم أوفك به في مكان كذا فالمائة الدرهم علي، فوافى به في ذلك المكان ولم يجد الطالب لزمه المال، ولو قال: إن لم أوف به في مكان كذا، ولم يقل: إن لم أوفك، وباقي المسألة بحاله، فوافى به في ذلك المكان لا يلزمه المال وجد الطالب أو لم يجد؛ لأن شرط ثبوت الكفالة بالمال في هذه الصورة عدم الموافاة في ذلك المكان لا عدم الموافاة به إلى الطالب، وقد وافى [به]^(٢) في ذلك المكان بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن ثمة

(١) في أ: اليوم .

(٢) سقط في أ .

شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم الموافاة به إلى الطالب في ذلك المكان، وذكر المسألة الأولى في فتاوى أبي الليث - رحمه الله - وقال: إذا بعث الطالب يرفع الكفيل الأمر إلى القاضي فينصب وكيلاً عن الطالب ويسلمه إليه فيبرأ، وهو خلاف ظاهر الرواية، إنما هو^(١) في بعض الروايات عن أبي يوسف - رحمه الله - .

قال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - : لو فعل قاضٍ هكذا إذا علم أن الخصم متعنت بذلك فهو حسن، ولو كفل عن أن يوافي به إذا جلس القاضي فلم يواف به فعلي المائة التي للطالب عليه، فلم يجلس القاضي فطالبه صاحبه فلم يأت به، فلا شيء عليه؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بعدم موافاة الكفيل به إذا جلس القاضي ولم يوجد عدم الموافاة على هذا الوجه .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل لزم رجلاً وادعى عليه مائة دينار ولم يدع المائة دينار بل ادعى عليه حقاً مطلقاً ومالاً مطلقاً أو دنانير ولم يبين فيها، فقال له رجل: دعه . وأنا كفيل بنفسه، فإن لم أوفك به غداً فعلي مائة دينار، رضي به الطالب، فلم يواف به غداً، فعليه مائة دينار في الوجهين عند أبي يوسف - رحمه الله - .

إذا ادعى صاحب الحق المائة الدينار، وهو قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - . وقال محمد - رحمه الله - : إذا ادعاها ولم يسمها حتى كفل له بمائة دينار، ثم ادعى بعد ذلك، لا يلتفت إلى دعواه .

لمحمد - رحمه الله - له في المسألة طريقتان :

أحدهما: ما اختاره أبو منصور الماتريدي وغيره من مشايخ سمرقند: أن الكفيل اليوم بالمائة الدينار معلقاً بعدم الموافاة بالمطلوب من نسبه إلى ما عليه، والتزام المال من غير نسبة إلى ما على^(٢) المطلوب رشوة معنى، والرشوة حرام، وهذا

(١) في أ: هذا.

(٢) في أ: عليه.

الطريق يشير إلى أنه: وإن كان مقدارًا مبيّنًا في الدعوى أنه لا يصح [في] ^(١) الالتزام إذا لم يقل الكفيل: المائة الدينار التي لك علي.

الثاني: ما اختاره أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - : أن الكفالة بالنفس وقعت باطلة إذا لم يدع شيئًا معلومًا لم يستوجب إحضار المطلوب مجلس القضاء، فلا تصح الكفالة بالنفس، ولا تصح الكفالة بالمال لأنها بناء على الكفالة بالنفس، وهذا الطريق يشير إلى أنه متى ادعى مالا معلومًا تصح الكفالة بالنفس، وهما يقولان: كلام العاقل يحمل على وجه الصحة ما أمكن، وقد أمكن هاهنا، أما إذا كان المال مقدارًا مبيّنًا في الدعوى؛ فلأن بيانه في الأجرة بمنزلة بيانه في ابتداء الدعوى، وهذا أمر ^(٢) معتاد فيما بين الناس، أنهم يحملون المال المدعى في مجلس القاضي ولا يبينون إلا عند القاضي صيانة لكلامه إلى وقت الحاجة، فصحت الدعوى على احتمال البيان من جهته، فإذا بين، ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى فتظهر به صحة الكفالة بالنفس، فإذا صحت الكفالة بالنفس صحت الكفالة بالمال بناءً عليها.

وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف غداً فعليه من المال [ما] ^(٣) يقر به المطلوب في المستقبل للطالب، فالكفالة الثانية جائزة، حتى إن الكفيل، بخلاف ما إذا كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فعليه من المال ما يدعيه الطالب، فلم يواف به غداً، وادعى الطالب خمسمائة مثلاً وأقر الطالب بذلك وجحد، فإنه لا يلزم الكفيل شيء، إلا أن يقيم الطالب البينة على ذلك، أو ينكل الكفيل.

والفرق: أن في مسألة الإقرار: الكفالة أضيفت إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه - أعني به في حق الطالب والمطلوب جميعًا - وإضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب في المستقبل من كل وجه جائز للتعامل، كما في قوله: مائة ثوب لك على

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: الأمر.

(٣) سقط في أ.

فلان ما يجب لك على فلان، فهو علي.

أما في مسألة الدعوى: الكفالة أضيف إلى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه؛ لأن الدعوى إن كان سبب الوجوب في حق المدعي، ليس بسبب الوجوب في حق المدعى عليه، ولا يعامل في إضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب من وجه، ويرد إلى ما يقتضيه القياس، ولا يمكن تصحيح هذه الكفالة لو جعلناها مضافة إلى مجرد الدعوى، فجعلناها مضافة إلى دعوى بينة الطالب بالحجة، حتى يصير سبباً للوجوب من كل وجه، فتكون الكفالة مضافة إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه، حتى لا تلغو هذه الإضافة أصلاً، وصار تقدير هذه المسألة: أن الكفيل له بما يدعي في المستقبل إن ثبت دعواك بالحجة، ولو صرح بهذا ثم أنكر الكفيل ما ادعاه لا يلزمه شيء ما لم يقيم البينة أو ينكل، كذا هاهنا. وهذا بخلاف ما لو ادعى على آخر ألف درهم، والمدعى عليه ينكر دعواه، وكفل رجل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ما ادعى عليه ألف درهم، فالكفالة الثانية جائزة أثبت المدعي دعواه بالحجة أو لم يثبت، وقد جوز الكفالة مضافة إلى مجرد دعوى توجد في المستقبل. والفرق: أن الكفالة إذا أضيفت إلى دعوى موجود فقد أضيفت إلى ما هو واجب من وجه دون وجه، فإن المدعى واجب في حق المدعي وإن لم يكن واجباً في حق المدعى عليه، وصحت الكفالة بما هو واجب للحال^(١) من كل وجه على موافقة القياس فيجوز بالواجب من وجه قياساً للواجب من وجه على الواجب من كل وجه، فأما إضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه صحتها على مخالفة القياس بالتعامل^(٢)، فلا يمكننا أن نقيس عليه الإضافة إلى ما هو سبب الوجوب من وجه، ويرد الإضافة إلى ما هو سبب الوجوب إلى ما يقتضيه القياس.

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال الرجل لرب الدين: إن مات فلان قبل

(١) زاد في ح: من كل وجه على الواجب.

(٢) في ح: بالتفاضل.

أن يعطيها فأنا بها كفيلاً، أو كان الألف، فقال: إن هلكت ولم يعطها [فأنا القبيل]^(١) بها، فذلك جائز، فإن ادعى الكفيل بعد موت المطلوب، أو بعد مضي المدة أن المطلوب قد أعطاه المال ولم أصر كفيلاً، وقال الطالب: لم يعطني المال وصرت كفيلاً، فالقول قول الطالب مع يمينه.

قيل: هذا استحسان.

والقياس: أن يكون القول قول المطلوب.

وجه القياس: أن الكفيل بدعوى الإعطاء ينكر ثبوت الكفالة، والطالب يدعيه. بيانه: أن دعوى الإعطاء وإنكاره ليس بمقصود لعينه وإنما المقصود منه دعوى الكفالة وإنكاره والعبرة للمقصود، وباعتبار المقصود وهو الكفالة، والكفيل ينكر. وهو نظير ما لو قال لعبد: إن لم يدخل فلان اليوم فأنت حر، ثم وقع الاختلاف بين العبد وبين المولى بعد مضي اليوم، قال المولى: قد دخل، ولم يعتق العبد، وقال العبد: لم يدخل وقد عتقت، فالقول قول المولى.

وطريقه: أن العبرة للمقصود ها هنا دعوى العتق وجحوده، فالمولى فيما يرجع إلى العتق منكر.

وجه الاستحسان، وهو الأصل في جنس هذه المسائل: أن حق كل موضع أمكن اعتبار المنازعة في عين ما وقع الدعوى [لا]^(٢) يعتبر المنازعة فيما هو المقصود، وفي كل موضع تعذر اعتبار المنازعة في عين ما وقع فيه الدعوى تعتبر المنازعة فيما هو المقصود، وإنما يعرف إمكان اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الدعوى إذا كان المنازعة فيما وقع فيه الدعوى معتبرة في نفسها من غير النظر إلى ما هو المقصود، كما في مسألة الدين^(٣)، بأن العتق لو لم يكن معلقاً بدخول الدار ووقعت المنازعة

(١) في أ: فإنك كفيلاً.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: اليمين.

بين المولى والعبد في دخول الدار وعدمه، لا تعتبر هذه المنازعة، ولا يلتفت إليها، فاعتبر المنازعة فيما هو المقصود وهو العتق المولى منكر والعبد مدع، وأما المنازعة في إيفاء الدين وعدم إيفاء الدين معتبرة في نفسها من غير أن تكون الكفالة معلقة بعدم الإيفاء، فإنه لو وقع الاختلاف بين الطالب والمطلوب في الإيفاء وعدمه ولا كفالة، فالقاضي لا يلتفت إلى منازعتهما ويجعل القول قول الطالب، فإذا أمكن اعتبار المنازعة فيما وقع فيه الدعوى الطالب ينكر، ولهذا كان القول قوله.

وهذا الأصل يشكل بمسألة ذكرها في المنتقى وصورتها: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه وقال الطالب: إن لم أجد غداً مجلس القاضي وأخذ منك فأنت بريء، ثم اختلفا بعد الغد، فالقول قول الكفيل: أني قد جئت ولم تجيء أنت، والمنازعة في المجيء وعدم المجيء غير معتبرة في نفسها لو لم يتعلق بعدم المجيء براءة الكفيل وعدم براءته، فينبغي أن يعتبر المقصود وهو براءة الكفيل وعدم براءته للمجيء، وباعتبار المقصود: الطالب منكر والكفيل مدع، يجب أن يكون القول قول الطالب. وفي المنتقى: إذا كفل رجل بنفس رجل على المكفول بنفسه إن غاب عنه، فالكفيل ضامن لما عليه، فغاب الكفيل بنفسه إلى الكوفة ثم رجع ودفعه الكفيل إلى الطالب، فالمال على الكفيل، ولو قال الكفيل عند الكفالة: إن غاب عنك فلم أوافقك به فأنا ضامن للمال الذي عليه، فغاب المكفول به إلى الكوفة قبل أن يوافيه ثم رجع ودفعه الكفيل إليه، فالمال لازم على الكفيل أيضاً، وهذا بمنزلة قوله: إن غاب قبل أن أوافقك به ولو قال: إن غاب ولم أوافقك به فهذا على أن يوافي به بعد الغيبة.

وفي المنتقى: إذا قال الكفيل بالنفس: إن لم أوافقك به غداً مجلس القاضي، أو قال: إلى مجلس القاضي فأنا ضامن لمالك عليه، فهذا على أن يوافي به ويدفعه إليه، فإن لم يدفعه إليه فهو ضامن للحال، ولم يذكر ما إذا قال: إن لم أوافقك به، ولم يقل: إن لم آتك به، وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا في قوله: إن لم أوافقك به، [ولم

يقول: إن لم أواف به^(١)، يجب ألا يشترط الدفع بل يكتفي بالإتيان به في مجلس القاضي.

إذا قال للطالب: «اكر فلان هاجر أبداً وكرارد مالك من المال فأنا كفيل به» أو قال: فأنا ضامن بمالك عليه.

فقد قيل: إنما يظهر عجزه إذا طالبه بالأداء ولم يقدر عليه. وقيل: إنما يظهر عجزه بالحبس مدة يعلم أنه لو كان قادرًا على الأداء لما تحمل مرارة الحبس تلك المدة.

إذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة، فقال: إن لم يعط فلان مالك عليه فهو علي، فتقاضى ولم يعطه، فإنه لا يصير كفيلاً بالمال ما لم يمت المطلوب قبل الإعطاء.

وفي الاستحسان: يصير كفيلاً في الحال لمكان العرف، فإن العرف فيما بين الناس في مثل هذه الكفالة أنهم تعليق الكفالة لعدم الإعطاء من الأصيل وقت الطلب لا بعدم الإعطاء في جميع العمر، فصار تقدير المسألة: بحكم العرف: إن لم يعطك فلان مالك عليه وقت الطلب فأنا كفيل به، هكذا ذكر المسألة في الأصل، وفي المنتقى.

وذكر في المنتقى: إذا مات الذي عليه المال قبل أن يطالبه الطالب، لزم الكفيل المال. قال: والموت أشد من الإبراء.

وفيه: وكذلك إن أنكر المطلوب في هذه الصورة أن يكون للطالب عليه شيء، فالمال في تلك الساعة على الكفيل، وللطالب أن يخاصم في أن يثبت المال على الذي عليه الأصل.

وعلى هذا إذا قال: إن لم تدفع مالك عليه فهو لك على أن يقضيك فلان مالك

(١) سقط في أ.

عليه وهو^(١) علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب بماله فقال: لا أدفعها إليك، لا أقضيك، أو قال: لا شيء لك علي، فالمال في تلك الساعة على الكفيل، وللطالب أن يخاصم الكفيل في إثبات المال على الذي عليه الأصيل إن جحد وأن يأخذه. ولو تفاضل فقال: أنا أعطيك، فإن أعطاه مكانه أو ذهب به [إلى السوق فأعطاه، أو ذهب به]^(٢) إلى منزله فأعطاه فهو جائز، ولا يلزم الكفيل إذا جاء من فعل الذي عليه الأصيل أمر متعارف سببه هذا [أو]^(٣) نحوه، وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل المال، ولو قال: إن تقاضيت فلانا مالك عليه فلم يعطك فأنا ضامن، فمات المطلوب قبل أن يعطيه، بطل الضمان.



(١) في أ: فهو.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

الفصل الثامن

في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا

فإذا كفل الرجل عن رجل بألف درهم على أن يعطيها إياه من وديعة المطلوب عنده، فالضمان جائز، ويجبر المودع على إيفاء الدين من الوديعة، وهذا الاستحسان؛ لأن رد الوديعة على غريم صاحب الوديعة وهو قادر عليه فيصح الضمان، كما لو ضمن الإيفاء من ماله.

فإن قيل: لو صح هذا الضمان تصير الوديعة مضمونة الرد على المودع، فإنه يجب على المودع ردها إلى غريم صاحب الوديعة.

قلنا: نعم، إلا أن الوديعة إنما لا تصير مضمونة الرد بالشرط مقصودًا، أما أن تصير مضمونة الرد حكمًا لثبوت الإعارة.

ألا ترى أن صاحب الوديعة لو أعار الوديعة من المودع صارت مضمونة الرد على المودع.

إذا ثبت هذا فنقول: لما لم يأمر صاحب الوديعة المودع أن يقضي ما ضمن من الوديعة فكأنه أعار الوديعة منه؛ لأن الكفيل فيما يؤدي قاض عن نفسه فيصير بمعنى المنتفع بالوديعة فيصير كالمستعير منه، والوديعة يجوز أن تصير مضمونة الرد بالإعارة، فإن هلك الوديعة فلا ضمان على الكفيل؛ لأن الوديعة على الضمان صارت مضمونة الرد لا مضمونة العين؛ لأن الوديعة لا تصير مضمونة العين بحال من الأحوال بدون التعدي، فكانت بمنزلة العارية، والعارية إذا هلكت في يد المستعير من غير تعد لا ضمان عليه بحال من الأحوال.

ولو ضمن له ألف درهم على أن يعطيها إياه من ثمن هذه الدار، فلم يبعها، فلم يكن الكفيل ضامنًا؛ لأنه ضمن الإعطاء من ثمن هذه الدار، فما لم يصل إليه ثمن هذه الدار بالبيع لا يلزمه شيء ولا يجبر الكفيل على بيع هذه الدار؛ لأنه إنما يجبر عليه إذا لزمه الأداء قبل البيع، والأداء قبل البيع غير واجب؛ لأن الكفالة مضافة إلى

ما بعد بيع هذه الدار من حيث المعنى، والكفالة متى كانت مضافة إلى وقت في المستقبل لا يلزم الأداء للكفيل في الحال.

وفي المتقى: رجل ضمن عن رجل ألف درهم على أن يدفعها من وديعة المضمون عنه بأمره، ثم إن الضمان من رد الوديعة على المضمون عنه، فالمال^(١) لازم الضامن، ولو هلك الوديعة في يديه برئ من الضمان.

وذكر هذه المسألة بعد هذا وقال: لو أخذ المكفول عنه المال من الضامن برئ عن الضمان، ولو ضمن على أن يقضيها من عنده وديعة للمضمون عنه عند الضامن ثم رده^(٢) على صاحبه فلا ضمان عليه.

قال: ولا يشبه هذا وديعة الدراهم؛ لأنه يجبر على أن يعطيه منها، ولا يجبر على بيع، ولكنه متى باع العبد وصار ثمنه مالا أجبر على أن يقضيه من ذلك المال. وكذلك لو كان ضمن على بيع العبد في الضمان، فإن باع العبد بعد ذلك بالدراهم جعلت عليه أن يقضيه من تلك الدراهم، أستحسن ذلك.

ولو ضمن على رجل مالا على أن يعطيه من ثمن هذا العبد، والعبد للكفيل، فمات العبد قبل أن يبيعه بطل الضمان عن الكفيل، وإن باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين ألف لم يلزمه من الضمان إلا بقدر قيمة العبد.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا ضمن على أن يعطيه من ثمن [هذا]^(٣) العبد وليس العبد له، فالضمان باطل، ولو ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده ولا عبد له، فالضمان لازم.

قال من قبل: إنه اشترط أن يعطيه ذلك من شيء مجهول، وليس هذا كالشيء بعينه؛ ألا ترى أنه لو قال: من ماله، ولا مال له، لزمه الضمان. والله أعلم.

(١) زاد في أ: على أول.

(٢) في ح: فرده.

(٣) سقط في أ.

الفصل التاسع

في الكفالة بما ذاب له على فلان، وبما أقر له فلان، وبما قضى له به قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا قال الرجل لغيره: ما ذاب على فلان فهو علي، ومعناه: ما يذوب لك على فلان، ورضي به الطالب، ثم إن المطلوب أقر بوجوب شيء معين على نفسه بعد ذلك وأنكر الكفيل ذلك، لزم الكفيل ما أقر به. وهذا بخلاف ما لو قال: ما قضى لك عليه فهو علي، حيث يلزمه ما قضى به على المطلوب بعد الكفالة، ولا يلزمه ما يقر به المطلوب.

واعلم بأن الذوب واللزوم في عرف أهل الكوفة يراد بهما الوجوب بجهة القضاء، ففي قوله: ما ذاب لك على فلان، ما لزم فلانا لك، لا يلزم الكفيل، وما أقر به المطلوب للطالب ولم يقض به للطالب وما قضى به للطالب، يلزم الكفيل، وصار قوله: ما ذاب لك على فلان، بحكم عرفهم، بمنزلة قوله: قضى لك فلان، أما في عرفنا: الذوب واللزوم عبارة عن الوجوب، فكل مال وجب على المطلوب يلزم الكفيل، وإن لم يكن ذلك المال مقتضياً^(١) به.

وجواب هذه المسألة في الذوب بناء على عرفنا.

ولو قال: ما أقر لك فلان من شيء فهو لك علي، فأقر له فلان بشيء فأنكر الكفيل ذلك، لزمه.

والكلام في هذه المسألة أظهر من الكلام في المسألة الأولى من الفصل؛ لأن هناك علق الكفالة بالإقرار أيضاً، إلا أن فرق ما بينهما: أن في تلك المسألة إذا وجب المال بأي سبب وجب، يلزم الكفيل، وهاهنا لو وجب المال بسبب آخر سوى الإقرار من المدينة أو القضاء، لا يلزمه؛ لأن هناك لم يذكر للوجوب سبباً، فبأي سبب وجب على المطلوب يلزم الكفيل، وهاهنا عين السبب وهو الإقرار، فلا

(١) في أ: مقتضياً.

يلزمه شيء بدون الإقرار .

ولو قال: مالك على فلان فهو علي، فقال فلان: له علي كذا، وأنكر الكفيل ذلك، لا يلزم الكفيل شيء ما لم يثبت ذلك بالبينة أو بنكول الكفيل عليه كذا . وكذلك إذا قال: ما أقر به فلان لك أمس فهو علي، فقال المطلوب: قد أقررت له أمس بكذا، ووجد الكفيل ذلك، لا يلزم الكفيل شيء ما لم يثبت إقراره أمس بالبينة، واعتبره بما لو كان المعلق به عتقاً لا يثبت العتق في هذه الصورة بمجرد إقرار المطلوب، بخلاف قوله: ما أقر لك به فلان .

ولو قال: ما أقر لك به من شيء فهو علي، فقامت عليه بينة أنه قد كان أقر له قبل الكفالة بألف درهم، فإنه لا يلزمه الكفيل . والله أعلم بالصواب .



الفصل العاشر

في الكفالة التي لا رجوع منها للكفيل على المكفول عنه

ولو أن رجلاً كفّل لرجل عن رجل حاضر بمائة درهم بغير أمره، فقال المكفول عنه: قد رضيت بكفالتك، إن كان رضاه قبل قبول المكفول، كان للكفيل أن يرجع بما أدى على المكفول عنه، كما لو أمره قبل الكفالة أن يكفل عنه، وإن كان رضاه بعد قبول المكفول له، لا يكون للكفيل أن يرجع بما أدى على المكفول عنه، ولا يكون لرضاه عبرة؛ وذلك؛ لأن إبقاء الكفالة قبل قبول المكفول له الخيار بين أن يرجع عنه، وبين ألا يرجع.

وإذا كان الكفيل قبل قبول المكفول له متمكناً من فسخها، كان لبقائها قبل قبول المكفول له حكم إنشاء الكفالة، ولو وجد الأمر حال إنشاء الكفالة كان للكفيل أن يرجع بما أدى على المكفول عنه فكذلك ها هنا.

فأما بعد قبول المكفول له، فالكفيل غير متمكن من فسخها حتى يعطى لدوامها حكم الإنشاء؛ لأن العقد قد تم ونفذ، وإذا لم يمكن أن يجعل لبقائها حكم الابتداء بعد قبول المكفول له، جعل هذا الأمر عن المكفول عنه بعد الكفالة من كل وجه، ومتى حصل بعد الكفالة من كل وجه لا يكون للأمر^(١) عبرة؛ لأن الرجوع إنما يثبت للكفيل بحكم العقد، وقد انعقد على وجه لا يثبت له الرجوع على المكفول عنه، فلا يتغير بأمره ورضاه بعد ذلك.

وإذا كفّل العبد عن مولاه بألف درهم بأمره فعتق وأداه وكفّل المولى عنه بأمره وأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه في الباب الآخر من كفالة الجامع الصغير؛ لأن الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع في الابتداء لا تصير موجبة في الانتهاء.

وإذا تزوج امرأة والمرأة ساكنة في منزل يعلمه ونزل بها وضمن عنها الآخر

(١) في ح: الأمر.

وأدى، لا يرجع عليها سواء كان بأمرها أو بغير أمرها؛ لأن العادة أن الزوج يضمن الغلة فصار كما لو شرط في الكفالة أنه لا يرجع عليها.

ونظير هذا ما لو ضمن الأب المهر عن الابن الصغير، لا يرجع على الابن، وإنما لا يرجع لما قلنا، والرواية محفوظة في الأب إذا شرط وقت الضمان [و] ^(١) الأداء أنه إنما يضمن وأدى ليرجع على الابن، ففي المرأة يجب أن يكون الجواب كذلك، الكفالة والضمان بأمر المكفول عنه وبأمر المضمون عنه إنما يوجب الرجوع على الأمر عند الأداء إذا كان الأمر ممن يجوز إقراره على نفسه، حتى لو كان [المكفول] ^(٢) عنه صبيًا محجورًا لا يرجع عليه وإن كان بأمره، وإن كان عبدًا محجورًا لا يؤخذ للحال، إنما يؤخذ به بعد العتاق في أول كفالة القدوري. والله تعالى أعلم.



(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

الفصل الحادي عشر

في براءة الكفيل بإبراء وبغير إبراء

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: وإذا كفل الرجل عن رجل بمال من ثمن مبيع، استحق المبيع من يده، فإن الكفيل يبرأ من المال، وكذلك يردّه بعيب بقضاء، أو بغير قضاء، أو بخيار رؤية، أو بخيار شرط؛ لأن الأصيل برئ عن الثمن متى انفسخ البيع بهذه الأسباب، وبراءة الأصيل بأي سبب حصلت البراءة توجب براءة الكفيل، فقد سوى في هذه المسألة بين الاستحقاق وبين الرد بعيب بقضاء أو بغير قضاء وبين ما إذا كفل المشتري بالثمن لغريم البائع.

فرق بينهما فقال: إن باستحقاق المبيع برئ الكفيل، وإن وجد المشتري بالمشتري عيبًا ورده بقضاء أو بغير قضاء، فالكفيل لا يبرأ.

والفرق: أن في المسألة الأولى: الكفيل إنما كفل للبائع عن المشتري بالثمن، والمشتري برئ عن الثمن الذي كفل به الكفيل بهذه الأسباب، إما بالاستحقاق والرد بالعيب بقضاء؛ فلأن الفسخ بهما فسخ من كل وجه في حق الناس كافة، والفسخ بالرد بالعيب بغير قضاء وإن كان بيعًا جديدًا في حق الثالث، والكفيل ثالث إلا أنه لو وجد عقد جديد بأن باع المشتري العبد من البائع بمثل ذلك الثمن حتى التقيا قصاصًا وبرئ المشتري يبرأ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل بأي سبب حصلت توجب براءة الكفيل.

فأما في المسألة الثانية: المشتري كفل عن البائع لغريمه بالثمن، وسقوط الثمن عن المشتري بانفساخ البيع بهذه الأسباب لم يبرأ البائع عن دين الطالب حتى يبرأ كفيله حكمًا لبراءته لو برئ حكمًا؛ لفوات ما تعلق به الكفالة وهو الثمن، فإن البراءة كانت مضافة إلى الثمن، وقد فات الثمن لما انفسخ البيع بهذه الأسباب، إلا أن ما تعلق به الكفالة بفوت الاستحقاق فلا يفوت بالرد بالعيب وأشباهه، وسيأتي بيان ذلك في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى.

قياس هذه المسألة من المسألة الأولى: أن لو سقط دين الطالب عن البائع بسبب من الأسباب، إما بفسخ المداينة التي جرت بين البائع وغريمه، أو بإبراء الغريم إياه عن دينه، أو بقضاء البائع دينه، وهناك يبرأ الكفيل وتبطل الكفالة.

ولو أن امرأة زوجت نفسها من رجل على ألف درهم وأمرت زوجها حتى ضمنها لغريم لها، أو أحالته بها عليه، أو كفل بها عنه، ثم وقعت بينهما فرقة قبل الدخول بها حتى يسقط كل الصداق، فإن الزوج لا يبرأ من الكفالة؛ لأن سقوط المهر بالفرقة قد كان واجباً وقت الكفالة لسقوط الثمن عن المشتري بفسخ البيع، وهناك يبقى الكفيل كفيلاً على حاله، وهاهنا كذلك، وإذا بقيت الكفالة، متى أدى الزوج رجع بما أدى على المرأة؛ لأنه أدى عنها بأمرها، وليس للمرأة على الزوج مثل ذلك حتى يلتقيا قصاصاً، فكان للزوج الرجوع بما أدى.

وكذلك لو طلقها الزوج قبل أن يدخل بها، وهو مثل ذلك، غير أنه يرجع عليها بالنصف؛ لأنه تعذر النصف وقعت المقاصة.

هشام عن أبي يوسف - رحمهما الله - : إذا زوج الرجل ابنه امرأة على أنه إن مات الابن أو امرأة الابن التي ضمن لها قبل أن يبنى بها الابن فهو بريء عن الضمان، فالضمان لازم والشرط باطل.

وذكر إبراهيم عن محمد - رحمه الله - : إذا قال لغريمه: إذا جاء غد فأنت بريء عن المال، لا يبرأ، ولو كان أصل المال عليه من كفالته يبرأ. وكذلك إذا قال: إذا قدم فلان فأنت بريء منها.

وقال أيضاً: إذا كان شرط الكفالة على هذا فهو جائز، وإن قال ذلك بعد وجوب الكفالة لا يجوز؛ لأن هذا براءة إلى أجل.

وفي المجرد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : إذا قال الرجل لغیره: أنا كفيل لك بنفسي هذا اليوم فإذا مضى اليوم فأنا بريء. قال: إذا مضى اليوم فقد برئ. ولو قال: أنا كفيل بنفسه فإن وافيت به عند القاضي فأنا بريء، فوافاه عند القاضي

فهو بريء .

كفل بنفس رجل على أنه متى رأى الطالب المكفول بنفسه، أو متى ما لقيه فأنا بريء منه، فهو جائز .

كفل برجل على مال أنه متى سلم نفس المطلوب إلى الطالب برئ من المال، فإن أخذ الطالب المال من الضامن قبل أن يدفع الضامن إليه نفس المطلوب، ثم إن الضامن جاء بنفس المطلوب ودفع إلى الطالب، رجع الضامن على الطالب بالمال الذي دفعه إليه .

وفي نوادر عيسى: إذا قال لغيره: ضمنت لك عن فلان ألف درهم فإذا قدم فلان لرجل آخر ليس من هذه الألف في شيء فأنا ضامن بريء منها، فالضمان جائز والبراءة باطلة .

ولو قال: فإذا قدم فلان الغريم فأنا منها بريء، جازت البراءة إذا قدم فلان . وفي مجموع النوازل: رجل له على رجل ألف درهم وكفل بها كفيل فقال المطلوب للطالب: إن فلانا قد كفل لك عني بهذا الألف فأبرئني عنها لأخرج من الدين وتبقى لك الخصومة مع الكفيل، فأبرأه منها، يبرأ الكفيل منها أيضاً؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل .

قال ثمة: وهذا ضرب من الحيل .

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف - رحمه الله - هذه المسألة بعبارة أخرى فقال: إذا قال المطلوب للطالب: أبرئني فقد أعطيتك كفيلاً، فقال: أنت بريء، فأجاب الذي عليه الأصيل يبرأ، وكان للطالب أن يأخذ الكفيل بالمال؛ لأنه إنما أبرأ الذي عليه الأصيل على أن يأخذ الكفيل فلا يوجب ذلك براءة الكفيل، ويرجع [الكفيل]^(١) بما أدى على الأصيل إن كان كفل بأمره .

(١) سقط في أ .

وفيه أيضًا: قال هشام: سألت محمدًا - رحمهما الله - عن رجل له على غيره مال، فقال رجل لصاحب المال: أصالحك على أن تحط عن فلان نصف المال [وأنا أضمن]^(١) لك نصفه، فراضوه على ذلك وكان الكلام عليه، ثم اجتمعوا وضمن هذا أيضًا نصف المال، وأبرأ رب المال المطلوب من المال كله ولم يكن عند عقده الضمان قال: إني أضمن لك النصف لتبرئه منه. قال: إذا كانت المرضاة^(٢) بينهما قبل ذلك على هذا، فنصف المال لازم للكفيل ولا يبرأ براءة صاحب الأصيل. فما ذكر في مجموع النوازل يخالف المروي عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - . قال: إذا قال المكفول له بالمال للكفيل: قد برئت إلي من هذا المال، فهذا إقرار من الطالب بقبض المال من الكفيل حتى كان للكفيل أن يرجع بما كفل به على الذي عليه الأصيل؛ لأنه أضاف البراءة إلى نفسه وإلى الكفيل، حيث قال: برئت إلي، والبراءة التي تضاف إليها البراءة بالإيفاء بالقبض، فصار قوله: برئت إلي، وقوله: قبضت مثل المال الذي كفلت به، سواء. ولو كان قال له: أبرأتك، برئ الكفيل، ولا يكون هذا من الطالب إقرارًا بقبض المال، حتى لا يكون للكفيل أن يرجع بالمال على المكفول عنه، ويرجع الطالب بالمال على المكفول عنه؛ لأن الطالب أضاف البراءة إلى نفسه على الخصوص، والبراءة التي يختص بها الطالب البراءة بالإبراء دون الاستيفاء، فكأنه قال: أبرأتك بغير قبض، ولو قال له الطالب: برئت، ولم يقل: إلي.

قال محمد - رحمه الله - : لا يكون هذا إقرارًا بالقبض؛ لأنه كلام يحتمل: برئت لأنك أديت المال، فيكون إقرارًا بالقبض، ويحتمل: برئت لأنني أبرأتك، فلا يكون إقرارًا بالقبض فلا يثبت الإقرار بالقبض بالشك ولكن يبرأ الكفيل لأننا تيقنا براءته^(٣) أي الاحتمالين اعتبرناه.

(١) في ح: وإذا ضمن.

(٢) في أ: المراوضة.

(٣) في أ: براءته.

وقال أبو يوسف - رحمه الله - : هذا إقرار بالقبض ؛ لأنه أضاف^(١) البراءة إلى الكفيل على سبيل الخصوصية، حيث ذكر بحرف (الباء) فإن مثل هذا إنما يذكر في موضع وجد الفعل من المضاف إليه على الخصوص كما في قوله: قمت وقعدت وأكلت، والبراءة التي توجد من الكفيل على الخصوص البراءة بالإيفاء، فإنه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع له البراءة، فكان هذا إقراراً بالقبض من هذا الوجه.

قال هشام في نوادره: سألت محمداً - رحمه الله - عن رجل قال لقوم: اشهدوا علي أنني قد ضمنمت بهذا الألف درهم التي له على هذا، ثم إن فلانا المكفول عنه أقام بينة أنه قد كان قضى هذا الذي [له الألف إليه]^(٢) قبل أن يضمناها له. قال: يبرأ الذي عليه الأصل عندنا ولا يبرأ الكفيل، ولو أقام [البينة]^(٣) على القضاء بعد الكفالة يبرأ الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت عياناً، ولو عاينا قضاء الأصيل بعد كفالة الكفيل يبرأ الكفيل، فكذا إذا ثبت ذلك بالبينة، بخلاف ما لو أقام بينة على القضاء قبل الكفالة، حيث لا تقبل بينة في حق الكفيل حتى لا يبرأ الكفيل؛ لأن إقدامه على الكفالة إقرار منه بالمال، وبذلك الإقرار صار [منكراً بشهود]^(٤) القضاء قبل الكفالة.

الحسن بن زياد - رحمه الله - في كتاب الاختلاف: رجل قال لامرأة: إن زوجك طلقك تطليقة بائنة، وصدقته المرأة وضمن لها المهر، قال أبو يوسف - رحمه الله - : المال لازم للضامن ما لم يحضر الزوج وينكر الطلاق، فإذا حضر وأنكر بطل الضمان، وهكذا هذا في البيع.

(١) زاد في أ: الكفالة.

(٢) في أ: الألف ألفه.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: بالشهود.

ذكر في شهادات فتاوى الفضلي: إذا أبرأ الرجل الزوج^(١) عن مهر ابنته بشرط الضمان فلم يجز الابنة فلا شيء على الأب، وهذا الضمان باطل؛ لأنه لم يضمن للزوج شيئاً كان له على غيره، إنما ضمن له أن يدفع إليه من ماله مثل ما وهب له إن لم تجز البنت، ولو أن رجلاً قال لغيره: ضمننت لك أن أدفع إليك من مال كذا وكذا، لا يلزمه شيء، كذا هاهنا.



(١) في أ: حسه.

الفصل الثاني عشر في الكفالة بالحيوان وما أشبهه

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: ادعى رجل على عبد [رجل] ^(١) دينا وكفل رجل بنفس العبد، ثم مات العبد، برئ الكفيل. ولو ادعى رجل على ذي اليد وكفل بنفس العبد رجل ثم مات العبد فأقام المدعي بينة على الكفيل، يلزمه قيمة العبد.

والفرق: أن في المسألة الأولى: الكفيل كفل [بتسليم] ^(٢) العبد؛ لأن بالدعوى توجه على [العبد] ^(٣) المطالبة [بالحضور] ^(٤) مجلس القضاء للجواب، فالكفيل التزم المطالبة [بإحضار العبد كان كفيلاً] ^(٥) بنفس العبد عن العبد، فإذا مات العبد سقط عن العبد بتسليم نفسه إلى مجلس القضاء وبرئ عن ذلك فيبرأ الكفيل أيضاً عنه؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

وفي المسألة الثانية: كفل بتسليم رقبة العبد عن ذي اليد، فإذا مات العبد وقامت البينة على أن العبد للمدعي، فقد ظهر أن ذا اليد كان غاصباً وأن ما عليه من تسليم العبد يحول إلى القيمة فيتحول في حق الكفيل أيضاً؛ لأن الكفيل قائم مقام الأصيل ملتزم ما عليه.

وفي كتاب الأفضية: رجل ادعى عبداً في يدي رجل، أو رجل غصب من رجل عبداً وأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالعبد، فمات العبد في يد المطلوب، فأقام المدعي البينة أن العبد عبده قضى القاضي بقيمة العبد للمدعي على المدعي عليه، ويكون ذلك قضاء على الكفيل أيضاً في قول علمائنا - رحمهم الله -؛ لأن الكفالة بالأعيان

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ح: بالخصومة.

(٥) سقط في أ.

المضمونة جائزة، وقيمة العبد المضمون عند الهلاك قائمة مقام الغير في الرد، فيصير الكفيل بالعبد كفيلاً بقيمته عند الهلاك، فإذا قضى القاضي بالقيمة على المطلوب كان ذلك قضاءً على الكفيل ضرورة، وإن لم يقر الطالب البينة على دعواه ولكن المدعى عليه نكل عن اليمين أو أقر بالعبد للمدعي وقد مات العبد في يد المدعى عليه، قضى بقيمة العبد على المطلوب ولا يلزم الكفيل شيء إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين، فحيتئذ كان الطالب بالخيار، فيضمن أيهما شاء فلم يجعل إقرار المطلوب حجة على الكفيل.

وذكر في كفالاته: لو أن رجلاً كفل عن رجل بما يجب عليه لفلان، ثم إن الطالب ادعى أنه وجب على المطلوب بعد الكفالة ثلاثة آلاف درهم، وأقر المطلوب بألفي درهم، وأقر الكفيل بألف منها، فإنه يؤخذ الكفيل بألفي درهم كما أقر به المطلوب وجعل إقرار المطلوب حجة على الكفيل.

والفرق: أن شرط وجوب المطالبة على الكفيل كون المال واجباً على الأصيل وقت الكفالة.

ففي مسألة الأصيل: الكفالة بالمال في معنى المعلق بوجوب المال على الأصيل، فإنما تنتجز إذا وجب المال على الأصيل بإقرار المطلوب وجب ما أقر به؛ لأن إقراره حجة فيتحقق بشرط مطالبة الكفيل منجزة، وإقرار المطلوب بعد الكفالة لم يظهر أن المقر [به]^(١) كان واجباً قبل الكفالة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا يقتضي ثبوت المقر به من الأصيل، ولهذا [لو]^(٢) أقر لجارية في [يديه لرجل]^(٣) بالملك المطلق، وصدقه المقر له لم يكن للمقر له أن يأخذ ذؤابتها، وإذا لم يظهر بإقراره الوجوب وقت الكفالة لم يوجد ما هو شرط مطالبة الكفيل، فلا يطالب إلا إذا

(١) في أ: له.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يد رجل.

أقر الكفيل بمثل ذلك، أو أبى اليمين يصير مقرا، فحيثئذ تتوجه عليه المطالبة بحكم الإقرار؛ إذ إقراره حجة [في حقه]^(١).

وفي المنتقى: رجل غصب عبد رجل وجحده فادعاه المغصوب منه وهو قائم بعينه، ثم أخذ كفيلاً بالعبد، ثم هلك العبد، لم يضمن الكفيل شيئاً إلا أن يقيم المغصوب منه بالبينة، فيضمن الكفيل قيمته حيثئذ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما.

وكذلك الدابة والثوب والعروض.

فأما الدراهم والدنانير وما يكال أو يوزن، فالمسألة فيها على ما وصفنا، فإنه يؤخذ الكفيل بالكفالة ولا يشترط إقامة المغصوب منه البينة أن الأصل له.

وفيه أيضاً: غصب رجل عبد رجل واستهلكه، فيطالبه صاحبه به، فضمن له رجل هذا العبد، فأراد الطالب أن يأخذه، ليس له ذلك حتى يقيم البينة أنه عبده، وكذا كل ما لا يستقرض، وإن ضمن قيمة ذلك المغصوب فله أن يأخذه، ولا يكلف المغصوب منه إقامة البينة من قبل أنه دين ضمنه، وإن كان الأصيل كيلياً أو وزنيا مستهلكاً فكفل به كفيل جاز ولزمه ضمانه ولا يكلف المغصوب منه بينة أن الأصيل له هذا الدين ادعاه رجل على رجل فضمن له رجل.

ذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف - رحمهما الله - : لو أن رجلاً ذبح شاة لرجل وأكلها، فضمن رجل تلك الشاة لم يكن عليه الشاة عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - ؛ لأنه ليس عليه شاة إنما عليه قيمتها، وكذلك لو أقرض رجل رجلاً شاة فقبضها واستهلكها، فضمنها رجل عنه لم يلزمه الضمان؛ لأنه ليس عليه شيء من الشاة، وكذلك كل شيء لا يتعارفه الناس فيما بينهم فهو مثل الشاة في قياس قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - .

(١) سقط في أ.

بهذه المسائل نص عن أبي حنيفة: أن حق المغصوب منه بعد هلاك المغصوب في القيمة لا في العين.

وفي صلح الأصل: عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - : أن حق المستهلك عليه في العين، حتى قال: بجواز الصلح عن المغصوب بعد الهلاك على أكثر من قيمته. وقال أبو يوسف: وأما أنا أقول: إذا غصب شاة غيره وذبحها فضمنها له آخر عنه، أنه يلزم الضمان وأدع فيه القياس. قال: وكذلك الحيوان كله.

وكذلك لو غصب عبداً أو مات عنده فضمنه [رجل، ضمنه]^(١) إياه. ألا ترى أنه لو أبرأه من عبده برئ من قيمته؛ ألا ترى أن العبد عليه. وهذه المسائل نص عن أبي يوسف: أن حق المغصوب منه بعد هلاك العين في عين المغصوب لا في قيمته.

وقال أبو يوسف في الغاصب إذا قضى عليه القاضي بالقيمة أو صالحه عليها ثم ضمن له رجل بعد ذلك الشاة: لم [يجب]^(٢) الضمان، وكذلك لو أبرأ الطالب المطلوب من الشاة بعد ذلك لم يجز البراءة. وفي المنتقى: رجل ضمن عن رجل مائة شاة.

قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : الضمان باطل إلا أن يعلم أنها من المهر. وقال أبو يوسف: هو جائز في الغصب والمهر. والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يجز.

الفصل الثالث عشر

في الكفيل بالمال إذا ادعى فساد الكفالة

رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره، وغاب الكفيل عنه، وأخذ الطالب الكفيل بالمال، فقال الكفيل: إن الألف التي كفلت من ثمن خمر أو بيع فاسد ولا سبيل لك علي، وقال الطالب: بل كان من ثمن عبد، فالقول قول الطالب؛ لأنه يدعي جواز الكفالة والكفيل يدعي فسادها، والقول قول مدعي الجواز.

ألا ترى أنه لو وقع هذا الاختلاف بين الطالب والمطلوب كان القول قول الطالب، وطريقه ما قلنا، فإن اقام الكفيل بينة على ما ادعى لا تقبل بينته. فرق بين الكفيل وبين المطلوب، فإنه لو وقع مثل هذا الاختلاف بين الطالب والمطلوب وأقام المطلوب بينة على دعواه قبلت بينته.

والفرق: أن المطلوب عاقد، وأحد المتعاقدين إذا ادعى فساد العقد كان له إثباته على صاحبه بالبينة، فأما الكفيل أجنبي عن العقد الذي جرى بين الطالب والمطلوب، والأجنبي إذا ادعى فساد عقد غيره وأراد إثباته بالبينة، لا يسمع ذلك منه.

فإن قيل: الأجنبي إذا ادعى فساد^(١) العقد لا يدعي لنفسه حقًا، أما هاهنا يدعي لنفسه حقًا، وهو براءة نفسه عن ضمان الكفالة، فإنه يقول: الألف التي كفلت بها [من]^(٢) ثمن خمر، وثمر الخمر لا يصير دينًا على الأصيل فلا تصح كفالتي، فهو معنى قولنا: الكفيل بدعوى فساد العقد يدعي براءة نفسه، فكان دعوى فساد العقد من الكفيل سببًا لما يدعيه لنفسه على الحاضر وهو براءة نفسه.

والأصل: أن من ادعى حقًا على الحاضر [بسبب]^(٣) يدعيه على^(٤) الغائب،

(١) زاد في ح: عقد.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في ح: الحاضر.

ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب إذا كان ما يدعي المدعي من سبب حقه على الغائب دعوى للغائب من كل وجه، ولم يكن دعوى عليه لوجه ما، فالحاضر ينتصب خصمًا عن الغائب لوقته أنه إذا كان ما يدعي من سبب حقه على الغائب أمكنه الإثبات بإنكار الغائب متى حضر، فيمكنه الإثبات بإنكار الحاضر الذي قام مقام الغائب، وإذا كان دعوى الغائب من كل وجه لا يمكنه الإثبات على الغائب بإنكاره متى حضر، فكذا بإنكار الحاضر الذي قام مقامه.

مثال الأول: إذا ادعى عيّنًا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب وأقام على ذلك بينة، وذو اليد ينكر دعواه، قبلت بينته وينتصب الحاضر خصمًا في إثبات الشراء؛ لأن الشراء من الغائب سبب لثبوت حقه على الحاضر وأنه دعوى على الغائب؛ لأنه بدعوى الشراء يدعي عليه استحقاق ملك يمكنه الإثبات على الغائب بإنكاره متى حضر، فكذا بإنكار ذي اليد الذي قام مقام الغائب.

مثال الثاني: إذا اشترى من آخر عبدًا شراءً فاسدًا فجاء البائع يريد أن يسترده من المشتري، فقال المشتري: إنك قد أقررت به لفلان الغائب وانقطع حَقك في الاسترداد، وأنكر البائع ذلك، فأراد إقامة البينة على إقراره للغائب، لا تقبل بينته ولا ينتصب الحاضر - وهو البائع - خصمًا عن الغائب؛ لأن ما يدعيه من [سبب]^(١) الحق على الحاضر - وهو الإقرار للغائب - دعوى للغائب من كل وجه، ولهذا لا يمكنه إثباته على الغائب بالبينة متى حضر الغائب وأنكر.

إذا ثبت هذا فنقول: في مسألتنا: ما يدعي الكفيل من فساد العقد الذي جرى بين الطالب والمطلوب وإن كان سببًا لثبوت ما يدعيه على الطالب من براءته عن ضمان الكفالة، إلا أنه ليس بدعوى على الغائب بل هو دعوى له فإنه يقر ببراءته عن الثمن، وإنه دعوى له من كل وجه.

ألا ترى لو حضر المطلوب وأنكر أن عليه من ثمن خمر وإنما كان من ثمن عبد،

(١) في ح: يثبت.

لا يمكن الكفيل إثبات ذلك عليه بالبينة، والتقريب ما ذكرنا.

قال: ولو أقام الكفيل بينة على إقرار الطالب بذلك، لا تسمع بينته؛ لأنه أجنبي يدعي فساد العقد على الغير، ولو أراد الكفيل استحلاف الطالب على ذلك، ليس له ذلك؛ لأن الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة، والدعوى لم تصح. هكذا ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل.

وفي المنتقى: هشام عن محمد - رحمهما الله - : لو أقام الكفيل البينة على إقرار الطالب بذلك، قبلت بينته وأبطلت المال [عنه]^(١).

قال ثمة: وإقامة البينة عليه بإقراره بمنزلة إقراره عند القاضي، ولو أقر به عند القاضي بطل المال عن الكفيل. كذا هاهنا.

قال في الأصل: فإن أدى الكفيل الألف إلى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال: المال من ثمن خمر، وجاء بالبينة، لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة ويؤمر المكفول عنه بدفع المال إلى الكفيل، ويقال له: اطلب صاحبك وخاصم معه وإنما لا ينتصب الكفيل خصمًا عن الغائب - وهو الطالب - وإن كان ما يدعيه المطلوب دعوى على الغائب من كل وجه حتى لو حضر الطالب وأنكر ذلك أمكن إثباته بالبينة؛ لأن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب إذا كان ما يدعي على الغائب سببًا لثبوت حقه على الحاضر لا محالة. عرف ذلك في موضعه.

إذا ثبت هذا فنقول: المدعي على الطالب الغائب ليس سببًا لثبوت المدعي على الكفيل [الحاضر]^(٢) وهو انقطاع حقه في الرجوع [لا]^(٣) محالة؛ لأنه لو ثبت ذلك كان للكفيل الخيار: إن شاء رجع بما أدى على المكفول عنه؛ لأنه ادعى بأمره بشرط الضمان، وإن شاء استرد من الطالب ما دفعه إليه؛ [لأنه]^(٤) دفع إليه بحكم الكفالة الفاسدة، والله أعلم.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

الفصل الرابع عشر

في الخصومة الواقعة في الكفالة وإقامة البينة عليها

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير: رجل ضمن عن رجل ما قضى له عليه، ثم غاب المكفول عنه، أقام الطالب بينة على الكفيل أن له على الغائب ألف درهم، فإنه لا يقضي له بذلك، لا على الكفيل ولا على الأصيل إلا أنه ادعى كفالة غير لازمة لم يكن المدعى عليه خصمًا له حتى ينتصب المدعى عليه عن الغائب، فيصير القضاء على الغائب مقصودًا وإنه باطل، حتى لو قال الطالب: إني قدمت المطلوب إلى فلان القاضي وأقمت عليه البينة بألف درهم بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك، وأنكر الكفيل، فأقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي عليه بالألف؛ لأنه ادعى عليه كفالة لازمة؛ لأن لزومها معلق بالقضاء على الأصيل وقد أثبت الطالب ذلك بالبينة فوجب القضاء على الكفيل، ويكون ذلك قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على الكفيل إلا بعد أن يقضي أن المال لازم للأصيل مقضي به، فكان الإثبات [على الأصيل مقضيًا به فكان الإثبات] ^(١) على الأصيل سببًا للثبوت على الكفيل فانتصب الكفيل الحاضر خصمًا عن الغائب، وفي [هذا] ^(٢) الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر سواء.

وفيه أيضًا: رجل أقام بينة على رجل أن له على فلان الغائب كذا وكذا من الدين وأن هذا كفيل لي عنه بأمره، قضى القاضي بالمال على الكفيل والمكفول عنه جميعًا، وإن ادعى الكفالة بغير أمر قضى القاضي بالمال على الكفيل دون الأصيل، أما القضاء على الأصيل في الفصل الأول: لأن المدعي لما كان خصمًا للكفيل في إثبات حقه قبله كان خصمًا في إثبات سببه وقد عين لهذا الحق سببًا وهو الكفالة بأمره فينتصب خصمًا في ذلك.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: وقت.

فإن قيل: ينبغي أن يقضي القاضي بمجرد الكفالة ولا يقضي بالأمر؛ لأن ما هو عوض المدعي حاصل بنفس الكفالة.

قلنا: المدعي ادعى الكفالة بأمر والشهود شهدوا بذلك، والكفالة بأمر نوع آخر غير الكفالة بغير أمر؛ لأن الكفالة بغير أمر تبرع محض لا رجوع فيها، والكفالة بأمر معاوضة من وجه وفيها رجوع؛ لأن لو قضى القاضي بمجرد الكفالة كان ذلك قضاء بغير ما دخل تحت الدعوى والشهادة وأنه لا يجوز، فمست الضرورة إلى القضاء بالكفالة بأمر، وذلك يتضمن إقرار الغائب بالمال؛ لأن الأمر بالكفالة إقرار بالمال دلالة، وإقرار الغائب سبب لثبوت المال على الكفيل فكان المدعي على الغائب من الأمر بالكفالة سببًا لثبوت المدعي على الحاضر وهو الكفيل، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فتعدى القضاء إلى الغائب لهذا.

وأما القضاء على الكفيل دون الأصيل في الفصل الثاني: لأن الشهود شهدوا بالكفالة بغير أمر والقاضي قضى بذلك وليس من ضرورة الكفالة بغير أمر أن يكون المال واجبًا على المكفول عنه.

ألا ترى أن الرجل إذا قال لغيره: لك على فلان ألف درهم وقد كفلت بمالك على المكفول عنه، وجب المال على الكفيل ولا يجب على الأصيل شيء، ولما كان هكذا لم ينتصب الحاضر - وهو الكفيل - خصمًا عن الغائب ولا يتعدى القضاء إليه.

قال محمد - رحمه الله - في الجامع الكبير: رجل ادعى على رجل أنك كفلت لي عن فلان بكل مالي قبله بأمره، وجحد الكفيل ذلك، فأقام المدعي بينة على الكفالة بأمر فلان وأن له على المكفول عنه ألف درهم كانت قبل الكفالة، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل ويكون ذلك قضاء على المكفول عنه الغائب، حتى إذا حضر كان مطالبًا بالمال إما من جهة الطالب من الكفيل إن لم يقبض الطالب، وإما من جهة الكفيل إن قبض الطالب من الكفيل. وكذلك إن لم يشهد الشهود أن الكفالة

كانت بأمر المكفول عنه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل والمكفول عنه، لكن لا يقضي بالأمر حتى لا يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى.
 فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الجامع الصغير، فإن في تلك المسألة: لو لم يشهد الشهود أن الكفالة كانت بأمر المكفول عنه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل لا على المكفول عنه.

والفرق بينهما: أن القضاء على الحاضر إنما يتعدى إلى الغائب، والحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات ما يدعيه على الغائب، [أما]^(١) إذا أمكن إثبات ما يدعيه فلا.
 ففي مسألة الجامع الصغير: إذا لم يدع الأمر أمكن إثبات ما يدعيه على الغائب؛ لأنه يدعي على الحاضر الدين بسبب الكفالة، وقول الكفيل: كفلت لك عن فلان بالألف التي لك عليه، إقرار من الكفيل وجوب الألف، وهذا كاف لصحة القضاء بالدين على الكفيل فلا ضرورة إلى إثبات شيء آخر، فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

أما في مسألة الجامع الكبير: لا يمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر إلا بإثبات ما يدعيه على الغائب؛ لأن قول الكفيل: كفلت لك بكل مالك عليه، [ليس بإقرار من الكفيل بوجوب شيء عليه؛ لأنه لم يقدره بشيء]^(٢) معلوم، فصار تقديره: كفلت لك كل مالك عليه إن كان لك عليه شيء، فكانت الكفالة معلقة بوجوب المال على الأصيل، فما لم يثبت القضاء على الأصيل لا يثبت الوجوب عليه، وما لم يثبت الوجوب عليه لا يوجد شرط صحة الكفالة، فلا تثبت الكفالة، وإذا لم يمكن إثبات الدين على الحاضر في مسألة الجامع الكبير إلا بإثبات الدين على الغائب، انتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فيتعدى القضاء إلى الغائب، وتصير مسألة الجامع رواية

(١) في ح: إلا.

(٢) في أ: إن كان لك عليه شيء.

وحيلة لإثبات الدين على الغائب إذا خاف الطالب موت الشهود قبل رجوع المطلوب فيتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة وينكر وجوب المال على الأصيل، فيقيم الطالب البينة على الدين فتقبل بينته ويقضي بالدين على الكفيل والأصيل جميعاً.

ادعى على رجل مالاً معيناً بسبب كفالة له عن رجل ولم يبين سبب المكفول عنه، هل تصح دعواه؟

حكى فتوى شيخ الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - : أنه لا تصح الدعوى . وهكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - .

وذكر محمد رحمه الله في باب الشهادة في الكفالة: لو شهد شاهدان أن هذا الرجل كفل بنفس رجل لا نعرفه باسمه ولكن نعرفه بوجهه إن جاء به، فهو جائز ويؤخذ به الكفيل؛ لأنهما شهدا كما تحملا فإنهما سمعا من الكفيل الكفالة عن رجل نعرفه^(١) بوجهه وقد نقلا كذلك فتقبل شهادتهما.

وكذلك إذا قالوا: لا نعرف وجهه، أيضاً يؤخذ الكفيل [بالكفالة؛ لأنهما نقلا كما تحملا، ويقال للكفيل]^(٢): بين، فإن بين الكفيل رجلاً وقال المكفول به هذا، وصدقه الطالب في ذلك فبها ونعمت، ولم يكن عليه يمين، كالمقر إذا بين شيئاً من المال وصدقه المقر له في ذلك، وإن كذبه تعتبر فيه الدعوى والإنكار كما في الإقرار، فهذه المسألة دليل على أن في دعوى الكفالة لا يشترط تسمية المكفول وقد ذكر نسبه.

وقد قيل: هذه المسألة لا تصلح دليلاً؛ لأن وضع هذه المسألة أن الكفالة وقعت عن شخص معين، إلا أن الشهود لا يعرفونه ولا^(٣) يذكرون نسبه، فتكون هذه

(١) في ح: يعرف.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: الآخر.

الكفالة واقعة عن شخص معلوم في نفسه .
وموضوع ما حكى عن شيخ^(١) الإسلام أن المدعي قال: إن هذا الرجل كفل عن رجل، فتكون الكفالة واقعة عن شخص مجهول في نفسه فلا تصح .
وإذا شهد شاهدان على رجل أنه كفل بنفس رجل واختلفا فيه، فقال أحدهما: هو فلان، وقال الآخر: هو فلان، إن ادعى الطالب كفالة أحدهما لا يقضي له بشيء لوجهين:

أحدهما: أنه أكذب أحد شاهديه .

والثاني: أنه ليس على ما ادعى إلا شاهد واحد، وبالشاهد الواحد لا يقطع الحكم، فإن ادعى الكفالتين لا يقضي له بشيء للعلة الثانية، و^(٢) يقال له: أضف إلى كل شاهد شاهداً آخر حتى يقضي لك بالكفالتين .
وإذا ادعى على رجل كفالة بألف درهم إلى شهر، وشهد الآخر أنه كفل إلى شهرين .

قال محمد - رحمه الله - : إن ادعى الطالب الأجل وادعى أقرب الأجلين قبلت شهادتهما ويقضي بالكفالة، وإن ادعى أبعد الأجلين لا تقبل شهادتهما ولا يقضي بالكفالة؛ وهذا؛ لأن الذي شهد بأبعد الأجلين شهد بأقل المالين معنى، والذي شهد بأقرب الأجلين شهد بأكثر المالين معنى؛ لأن المؤجل أنقص من المعجل، فالمال الذي فيه زيادة الأجل يكون أنقص من المال الذي ليست فيه تلك الزيادة، فيعتبر بما لو شهد أحد الشاهدين بأقل المالين حقيقة، وشهد الآخر بأكثر المالين حقيقة، وهناك لو ادعى المدعي أكثر المالين تقبل الشهادة، وإن ادعى أقل المالين لا تقبل الشهادة فكذا هاهنا .

فإن قيل: إذا ادعى المدعي أقرب الأجلين ينبغي ألا تقبل شهادتهما أيضًا؛ لأنه

(١) في أ: شمس .

(٢) في أ: أو .

أكذب أحد شاهديه وهو الشاهد الذي شهد له بأبعد الأجلين .
 قلنا: المدعي مشهود له في حق المال، أما مشهود عليه في حق الأجل فإن الأجل للكفيل على المدعي لا للمدعى، وتكذيب المشهود له الشاهد يمنع قبول الشهادة، فإذا ادعى المدعي أبعد الأجلين فقد ادعى أقل المالين فيصير^(١) باعتبار المال مكذباً شاهده الآخر وهو مشهود له باعتبار المال، فتكذبه يمنع قبول الشهادة، فإذا ادعى أقرب الأجلين فقد ادعى أكثر المالين فلم يصر مكذباً شهادة الآخر باعتبار المال، إنما كذبه في الأجل لا غير، وهو في حق الأجل مشهود عليه، وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة.
 وكذلك لو شهد أحدهما أنه حال وشهد الآخر أنه إلى أجل، تقبل الشهادة إذا كان المدعي يدعي الحال، وإن كان يدعي الأجل لا تقبل الشهادة.



(١) في ح: فيعتبر.

الفصل الخامس عشر

في إخراج الكفيل نفسه عن الكفالة

الكفيل بالنفس أو المال إذا أخرج نفسه عن عهدة الكفالة بحضرة المكفول له والمكفول عنه، لا يخرج ويبقى كفيلاً كما كان، والوكيل إذا أخرج نفسه عن الوكالة بين يدي الموكل، يخرج عن الوكالة.

وأشار في كتاب الحيل: إلى: أن له أن يخرج من الكفالة، وصورة ما ذكر ثمة: إذا كان للرجل على رجل مال مؤجل أو منجم، قال رجل للطالب: إذا حل مالك على فلان فأنا كفيل بنفسه، أو قال: كل ما حل لك نجم من هذه النجوم على فلان فأنا كفيل بنفسه لك عند محل كل نجم، ثم أراد الكفيل أن يخرج من الكفالة قبل حلول المال، فليس له ذلك، قيد المسألة بما قيد حلول المال، فهذه إشارة إلى أن المال لو كان حالاً كان له أن يخرج من الكفالة.

قال القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - : وهذا بخلاف الوكالة. قال: ومن وكل رجلاً بأن يبيع عبده غداً، فجاء الوكيل قبل مجيء الغد وعزل نفسه بمحضر من الموكل صح العزل، وكذلك لو وكل رجلاً بطلاق امرأته غداً، لو أخرج الوكيل نفسه عن الوكالة قبل مجيء الغد صح، والفضولي إذا باع مال الغير بغير أمر صاحبه ثم فسخ العقد قبل أن يخبره صح فسخه، ولا تقع التفرقة بين هذه المسائل وبين مسألة الكفالة.

قال القاضي الإمام هذا - رحمه الله - : المسائل شابهت في الصورة واختلفت في الجواب، ومشايخنا - رحمهم الله - عدوا هذا من جملة الغوامض.

وفي الأصل: إذا قال الرجل لغيره: بايع فلانا اليوم فما بعته^(١) اليوم من شيء فأنا ضامن لثمنه^(٢)، ثم إن الكفيل رجع عن هذا الضمان قبل أن يبيعه شيئاً ونهى البائع

(١) في ح: بايعته.

(٢) في ح: بقيمته.

عن مبايعته، ثم باعه الطالب بعد ذلك، لا يلزم الكفيل شيء فيكون رجوعه عاملاً، وإنما عمل رجوعه؛ لأن الكفالة في هذه الصورة مبنية على ما هو لازم؛ لأنها مبنية على الأمر، فإنه قال: بايعه اليوم فما بايعته من شيء اليوم فأنا ضامن لك شيء، بنى الكفالة على الأمر، والأمر غير لازم، فما بيني عليه لا يكون لازماً. بخلاف قوله: ما ذاب لك على فلان فهو على ما يثبت على فلان^(١) فهو علي، ثم رجع عن ذلك، لا يعمل رجوعه؛ لأن هناك الكفالة غير مبنية على ما ليس بلازم حتى تصير غير لازمة تبعاً لها، بل ذلك كفالة مبتدأة جرت بين مالكين.

هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل ضمن لامرأة بنفقة كل شهر وهي كذا وكذا عن زوجها، ثم أراد أن يرجع عند كمال الشهر.
قال: ليس له ذلك.

ولو كان أجر داراً بكذا وضمن له إنسان بأجرة كل شهر، فللضمين أن يفسخ ضمانه عند رأس كل شهر.
قال [محمد]^(٢) - رحمه الله - : والصحيح هو الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة الكفالة.



(١) زاد في ح: فهو على ما يثبت فلاناً.
(٢) سقط في أ.

الفصل السادس عشر

في الكفالة مع الجهالة

وإذا قال الرجل لرجلين^(١): كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف درهم، ولهذا^(٢) بماله عن فلان آخر، فهو باطل؛ لأن المكفول له مجهول. ولو قال رجل: كفلت [لك]^(٣) بمالك على فلان، أو بمالك على فلان الآخر، جاز ويكون للكفيل الخيار، وإن كان المكفول عنه مجهولاً فقد جعل جهالة المكفول له مانعة لجواز الكفالة، ولم يجعل جهالة المكفول عنه مانعة. والفرق: أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب كالبيع حتى لا يصح من غير قبول المشتري، وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلاً.

وإذا كان بمنزلة في حق الطالب، كان جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة جواز البيع، فإذا كانت بمنزلة العتق والطلاق في حق المطلوب، لم يكن جهالة المطلوب مانعة كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق. ثم فرق بين جهالة المكفول عنه في الكفالة المرسلة، وبين جهالة المكفول عنه في الكفالة المضافة مانعة جواز الكفالة، حتى إن من قال لغيره: كفلت لك بما بايعت أحداً من الناس، كانت الكفالة باطلة.

والوجه في ذلك: أن في الكفالة المضافة ما امتنع^(٤) جوازها بجهالة المكفول عنه، بل لأجل الإضافة، فإن إضافة الكفالة إلى وقت في المستقبل مما يابأها

(١) في أ: لرجل.

(٢) في ح: وأراد.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ح: يمتنع.

القياس؛ لأنها تمليك في حق الطالب، وإنما جوزت استحساناً لمكان التعامل، والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوماً، وأما إذا كان مجهولاً تبقى على أصل القياس.

وإذا كفل بنفس فلان أو بماله عليه، فالكفالة جائزة؛ لأنها لو لم تجز إنما لم تجز لجهالة المكفول به؛ لأن المكفول عنه معلوم، إلا أن جهالة المكفول به وإن فحشت لا تمنع صحة الكفالة.

وإذا كفل لرجل بنفس فلان أو بماله عليه وهو مائة دينار، أو بماله^(١) عليه وهو ألف درهم، فالكفالة صحيحة وإن كان المكفول عنه مجهولاً. واختلفت عبارة المشايخ [في]^(٢) تخريج المسألة؛ لأن جهالة المكفول عنه في الكفالة المرسلة.

وبعضهم قالوا: لأن هذا جهالة المكفول عنه مع الخيار؛ لأن كلمة (أو) كلمة تخيير، وجهالة المكفول عنه مع الخيار لا تمنع صحة البيع، فلأن لا تمنع صحة الكفالة أولى.

قال في الأصل: ولو قال لغيره: إن غصبك فلان من شيء فأنا به كفيل، صحت؛ لأنها كفالة أضيفت إلى سبب الوجوب وقد كفل بمعلوم عن معلوم فصحت، وإن كان المكفول به مجهولاً كما لو قال: ما بايعت فلانا فأنا كفيل لك بما يجب لك عليه من الثمن.

بخلاف ما لو قال: إن غصبك إنسان شيئاً فأنا كفيل به، حيث لا تجوز الكفالة؛ لأنها كفالة مضافة إلى وقت في المستقبل، وأنها وقعت عن مجهول.

قال محمد - رحمه الله - في تعليل المسألة: لأنه عم، ولو خص إنساناً أو قومًا لزمه ذلك، هذا هو لفظ محمد - رحمه الله - في الأصل.

(١) في أ: بما.

(٢) سقط في أ.

قالوا: إذا خص قوماً وإنما يصح إذا أشار إليهم بأن قال: إن غضبك هؤلاء، فأما إذا لم يشر لكن قال: إن غضبك قوم شيئاً فأنا كفيل لك بذلك، كانت الكفالة باطلة؛ لأن الكفالة وقعت عن مجهول.

قال: ولو قال: إن قتلك فلان خطأ فأنا كفيل بدينك، كان ذلك جائزاً، ولو قال: إن قتلك إنسان خطأ فأنا ضامن لدينك، كانت الكفالة باطلة.

والحاصل: أن جهالة المكفول عنه في الكفالة المضافة كما في قوله: إن غضبك إنسان شيئاً فأنا به كفيل، مانعة جواز الكفالة وجهالة المكفول عنه في الكفالة المرسلة كما في قوله لغيره: كفلت لك بمالك على زيد، أو بمالك على عمرو، غير مانعة جواز الكفالة، هكذا ذكر في الأصل.

وذكر شيخ الإسلام - رحمه الله - في شرح الجامع في كتاب الصلح: أن من قال لغيره: اسلك هذا الطريق فإنه آمن فإن أخذ مالك فأنا ضامن فسلكه، فأخذ ماله، كان الضمان صحيحاً والمكفول عنه مجهول هاهنا، ومع هذا جوز الضمان. وإذا قال الرجل لغيره: كفلت لك بنفس فلان وإن لم أوافق غداً فعلي ما عليه وهو مائة دينار، فذلك جائز؛ لأن الجهالة هاهنا في المكفول عنه لا في المكفول له، وجهالة المكفول لا تضر.

بعد ذلك ينظر: إن وافى أحدهما في الغد، فقد برئ عن الكفالة لا كليهما؛ لأن الكفالة بالنفس إنما صحت بأحدهما إلا أن له الخيار وتصرف الكفالة إلى أيهما شاء فمتى يأخذها فقد صرف الكفالة الذي وافى به فتعين هذا بالموافاة، وصار كأنه من الابتداء لم يكفل إلا بهذا، وعلق الكفالة بالمال لعدم الموافاة في الغد لو كان كذلك، إذا وافى به في الغد، برئ عن الكفالتين فكذا هاهنا.

فأما إذا لم يوافق بأحدهما^(١) حتى مضى الغد، فإنه تلزمه الكفالة بالمال عن

(١) في أ: أحدهما.

أحدهما، وله الخيار؛ لأنه علق الكفالة بالمال عن أحدهما بعدم^(١) موافاة أحدهما في الغد، فقد وجد شرط وجوب الكفالة بالمال فيلزمه ذلك وله الخيار؛ لأن الإيهام منه .

ألا ترى أن الكفالة على هذا الوجه لو كانت مرسلة كان للكفيل الخيار، وطريقه ما قلنا .



(١) في أ: بعد.

الفصل السابع عشر

في أخذ الكفيل في الدين المؤجل ، وفي المكفول عنه إذا أراد الخروج

عن المصر ، وفي الرجل يأمر غيره أن يكفل عن فلان

رجل له على رجل ألف درهم مؤجل ، وطلب رب الدين من المديون كفيلاً ،
فالقاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل .

[و^(١)] في ظاهر رواية أصحابنا - رحمهم الله - : أن له أن يطالبه بإعطائه الكفيل
وإن كان الدين مؤجلاً .

وفيه أيضاً : أن المشتري لو طلب من البائع أن يعطيه كفيلاً بالدرك ، لو ظهر كان
للمشتري ذلك ، ففي الدين المؤجل أولى .

وذكر بعد هذا : أن في الدين المؤجل لو أخذ القاضي كفيلاً من الخصم الذي يريد أن
يغيب ، استدلالاً بالمرأة إذا طلبت الكفيل بنفقتها عند إرادة الزوج السفر ، فالقاضي يأخذ
منه كفيلاً بنفقة شهر ، عند أبي يوسف - رحمه الله - استحساناً رفقا بالناس .

قال الصدر الشهيد - رحمه الله - في واقعاته : الفتوى في مسألة النفقة على قول
أبي يوسف - رحمه الله - رفقا بالناس ، وفي سائر الديون لو أفتى مفتٍ بذلك كان
حسناً رفقا بالناس .

إذا ضمن رجل عن رجل مالا بأمره ، أو ضمن بنفسه فأراد الخصم أن يخرج من
المصر ومنعه الكفيل .

قال محمد - رحمه الله - : إن كان ضمانه إلى أجل ، فلا سبيل له عليه ، وإن [لم
يكن إلى^(٢)] أجل ، فله أن يأخذه حتى يخلصه منه ، [إما بأداء المال أو ببراءته
منه^(٣)] .

وفي كفالة الأصل : رجل أمر رجلاً أن يكفل عن فلان لفلان ، فكفل وأدى ، لم
يرجع على الأمر بشيء .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ : كان لغير .

(٣) سقط في أ .

الفصل الثامن عشر

في الأمر بقضاء الدين، وفي الأمر بنقد المال وإعطائه بشرط الضمان
وما يتصل به

إذا قال الرجل لغيره: اقض عني ديني، فقضاه، رجع عليه. وإن لم يقل: علي
أني ضامن.

وكذلك إذا قال: اقض ما لفلان علي، فقضاه، رجع وإن لم يقل: علي أنني
ضامن.

وإذا قال الرجل لآخر: انقد فلانا عني ألف درهم، أو انقد فلاناً الألف التي له
علي، أو: اقض فلانا عني ألف درهم، أو اقض فلانا الألف التي له علي، أو قال:
ادفع فلانا عني ألف درهم، أو قال ادفع فلانا الألف التي له علي، أو قال: اعط فلانا
عني ألف درهم، أو قال: اعطه الألف التي له علي، فإن هذا كله إقرار بالدين من
الآمر في الفصول كلها، وإذا قضى بالمأمور كان له أن يرجع بما قضى على الأمر
عندهم جميعاً.

إما يكون هذا إقراراً من الأمر بالدين نصاً، فإنه قال في بعض هذه الفصول:
الألف التي له علي، وفي بعضها إقرار بالدين اقتضاء.

لأنه قال: عني، [وإذ لا]^(١) يتصور أن يكون قاضياً عنه وناقداً عنه إلا بعد أن
يكون عليه دين، فصار مقراً بالدين في بعض هذه الفصول نصاً، وفي بعضها
اقتضاء، وأما إذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الأمر؛ لأنه قضى ديناً
وجب على الأمر بأمره، فكان له الرجوع بما قضى على الأمر.

فرق بين هذا، وبين ما إذا قال لآخر: أد عني زكاة مالي، أو: أطعم عني عشرة
مساكين، فأدى، فإنه لا يرجع على الأمر ما لم يشترط الضمان فيقول: علي أنني

(١) في أ: ولن.

[لك] (١) ضامن، وهاهنا يرجع المأمور على الأمر بما قضى، شرط له في ذلك ضماناً أو لم يشترط.

والوجه في ذلك: أن الأمر طلب التملك من المأمور في الفصول كلها أمره بأن يقضي عنه ويؤدي عنه، ولا يتصور أن يكون قاضياً عنه إلا بعد أن يصير المقضي به ملكاً للأمر، إلا أن الملك للأمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض، فينظر إلى ملك القابض: إن ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل، ثبت للأمر ذلك، وإن ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، ثبت للأمر مثل ذلك. وفي قضاء الدين: إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل حتى لو ظهر ألا دين عليه يسترد منه المقبوض، فيثبت للأمر ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل، وليس ذلك إلا القرض.

وفي باب الزكاة والكفارة: يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى إذا ظهر ألا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض، فيثبت للأمر مثل ذلك، فإذا ثبت الملك للأمر في الموضوعين جميعاً مثل ما ثبت للقابض.

وكذلك لو أن المأمور نقده مائة دينار، كان له الرجوع على الأمر؛ لأنه أوفاه ألف درهم بالمقاصة؛ لأنه لما ملك الطالب مائة دينار بألف درهم فقد صار ألف درهم دينا له على الطالب، ثم جعلها قصاصاً بالألف التي للطالب على المطلوب، فصار المأمور قاضياً ما على الأمر بطريق المقاصة، فيعتبر بما لو أوفاه باليد، ولو أوفاه بألف درهم باليد رجع بها على الأمر، فكذا إذا أوفاه بالمقاصة.

وكذلك إن باعه بها خادماً أو عبداً أو عرضاً من العروض، يرجع بها على الأمر. وفي نوادر هشام: عن محمد - رحمه الله - : رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يعطيها غريمه، وأعطاه المأمور غيرها من عنده، أو باعه بها ثوباً، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم فجعلها قصاصاً منها، فهذا كله جائز.

(١) سقط في أ.

قال هشام - رحمه الله - : يعني لا يكون متطوعًا فيما أدى .
 قال محمد - رحمه الله - : وإن دفع إليه غلامًا وقال : بعه وأعط فلانا ثمنه قضاء مما عليه ، فأعطاه من عنده مثل ثمن العبد قبل أن يبيعه قضاء مما له على رب الغلام ، فهذا متطوع في هذا التفريع من المتتقى .

وأما إذا قال : ادفع فلانا ألف درهم قضاء له ، ولم يقل : عني ، [أو قال : اقض فلانا ألف درهم ، ولم يقل : عني]^(١) ، وقال : علي أني ضامن لها ، على أني كفيل بها ، على أنها لك علي ، فدفعها المأمور إلى فلان ، فإن كان المأمور شريكا للأمر ، أو كان خليطاً له - وتفسير الخليط : أن يكون المأمور في السوق بينهما أخذ وإعطاء ، وبينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله يبيعه منه أو يقرضه منه ، فإنه يرجع على الأمر بالإجماع ؛ لأن الضمان في الخليطين مشروط على الأمر عرفاً ؛ لأن العرف فيما بين الناس أنه إن كان بين اثنين شركة وأخذ وإعطاء إذا أمر أحدهما صاحبه بدفع ماله إلى غيره ، فإنما يأمر ليكون المدفوع على الأمر ، والمعروف كالمشروط ، وكذلك إذا كان المأمور بعض من في عيال الأمر وكان المأمور بقول الأمر يرجع على الأمر بالإجماع ، وإن لم يقل : علي أني ضامن ، اعتباراً للعرف ، وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة فالمأمور لا يرجع على الأمر عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله .

وعند أبي يوسف : يرجع فيها .

قالا : قوله : اقض فلاناً ، ادفع فلانا ألف درهم ، فصار كلام محتمل^(٢) عني ، وعلى هذا التقدير لا يثبت له حق الرجوع على الأمر ، فلا يثبت له حق الرجوع بالشك ، إلا أن في الخليطين يرجح قوله : عني ، بحكم العرف ، ولا يجوز في حق غير الخليطين ، فبقي الكلام محتملاً احتمالاً على السواء .

(١) سقط في أ .

(٢) في ح : تحمل .

قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - : متقبل الحمام والطاحونة ليس بخليط ؛ لأن الأخذ والإعطاء يكون بينهما من أحد الجانبين لا من كل جانب .
ولو قال لغيره : أنفق علي ، فأنفق ، رجع على الأمر وإن [لم] ^(١) يشترط الضمان في أول لقيط شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وكذلك إذا قال : أنفق على أولادي ، وأنفق ، كان له الرجوع وإن لم يشترط الرجوع في كتاب النفقات في باب نفقة ذوي الأرحام .

وذكر الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله - في شرح كتاب الأفضية : أن الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة لا يوجب الرجوع إلا بالشرط ، إلا رواية أبي يوسف .

قال محمد - رحمه الله - في الجامع : إذا قال لغيره : ادفع إلى فلان ألف درهم ، أو قال : أعط فلانا ألف درهم على أي ضامن لها ، والمدفوع إليه حاضر فسمع هذه المقالة ، فدفع المأمور إلى فلان ألف درهم ، فالألف قرض للدافع على الأمر ، وليس للمأمور أن يأخذها من القابض ، وللأمر أن يأخذها بعينها من القابض ؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد وجهين :

إما التحمل بطريق الكفالة ، وهو المعهود من لفظ الضمان .

وإما جهة الأصالة بالاستقراض .

والأول : لا وجه إليه ؛ لأن شرط الضمان بطريق التحمل أن يكون الضمان ثابتاً في حق الأصيل ، ولا ضمان في حق المدفوع إليه هاهنا ليتحملة الأمر بالكفالة ، فتعذرت جهة الأصالة وصار المدفوع إليه وكياً عن الأمر بالقبض ، كأن الأمر قال للدافع : أقرضني ألف درهم وادفعها إلى فلان فإني قد وكلته بقبضها ، فإذا أقبضها صار قرضاً على الأمر ، وديعة عند الوكيل ، وهو القابض ، إن هلك في يده لا شيء

(١) سقط في أ .

عليه لكونه أميناً، وإن أتلفه كان عليه الضمان. وإنما شرط في الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضرًا يسمع الكلام؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلًا عن الأمر بالقبض، والتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل فشرط حضرته وسماعه ليصير وكيلًا، ولو قال الأمر: أقرض هذا الرجل ألف درهم على أنني ضامن لها، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام، ففعل، فإن المأمور يأخذ ماله من أيهما شاء ويكون المال قرضًا على القابض فالأمر كفيلاً؛ لأنه لما أضاف القرض إلى المدفوع إليه هاهنا، ثم ذكر ضمان نفسه يمكن حمل لفظ الضمان على ما هو المعهود من هذا اللفظ وهو الكفالة لوجود شرط وهو كون العين مضمونًا على المكفول عنه، فإن المستقرض مضمون على المستقرض فحمل على الكفالة.

وإذا قال: أعط فلانا ألف درهم، أو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أنني ضامن لك عنه بهذه الألف، والمدفوع إليه يسمع هذا الكلام ففعل، فالألف قرض للمأمور على القابض، والأمر ضامن لها عنه يأخذ أيهما شاء.

فرق بين هذا وبين ما إذا قال: على أنني ضامن لها، ولم يقل: عنه. والفرق: أنه لما قال: علي أنني ضامن عنه، فقد نص على أن القابض مكفول عنه، وإنما يصير القابض مكفولاً عنه إذا صار القابض مستقرضًا، فصار تقدير ما قال: أقرض فلانا ألف درهم على أنني ضامن عنه، فإذا قال: علي أنني ضامن لها، ولم يقل: عنه، لم يجعل الأمر القابض مكفولاً عنه فتعذر أن يجعل الأمر ضامنًا بحكم الكفالة فجعل ضامنًا لها بحكم القرض احتياليًا للصحة، فلو أن القابض هو الذي خاطب الدافع فقال: أعطني ألف درهم على أن فلانا ضامن لها، فإن الألف قرض للمأمور على القابض، وفلان كفيلاً بها عنه.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الأمر هو الذي يلي المخاطبة والقابض ساكت. والفرق: أن المخاطبة متى كانت من القابض فقد جرى بين القابض وبين الدافع ما هو سبب الضمان، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه، بدليل أن القابض لو لم

يشترط ضمان غيره فدفع، كان مضموناً عليه. فإذا شرط القابض ضماناً آخر، كان هذا ضمان كفالة؛ لأنه ضمان طراً على ضمان ثابت على غيره وهو حد الكفالة، وصار تقدير ما قال القابض: أقرضني ألف درهم على أن فلانا ضامن لها، فأما إذا كانت المخاطبة من الأمر، لم يجز بين القابض والدافع سبب الضمان، بدليل أنه لو لم يقل الأمر: على أي ضامن لها، واقتصر على الأول ودفع إليه الألف، كان القابض أميناً لا ضميناً، وكان هذا من الأمر مشورة أن يدفع إليه ألف درهم وديعة، فإذا لم يجز بينهما سبب ضمان تعذر أن يجعل هذا عن الأمر ضماناً بحكم الكفالة على ما مر، فجعل استقراضاً.

وإذا قال: أعط فلاناً ألف درهم على أي ضامن لها فقال: نعم، ففعل، فالقرض على القابض، والأمر كفيله؛ لأن قول فلان: نعم، جواب، والجواب يتضمن إعادة الكلام الأول، فصار كأن فلاناً قال: نعم أعطني ألف درهم على أن فلانا ضامن لها، ولو نص على هذا كانت هذه المسألة عين المسألة المتقدمة.

إذا قال لغيره: هب لفلان ألف درهم على أي ضامن لها، أو قال: تصدق بها على فلان على أي ضامن لها، ففعل المأمور ذلك وقبضها الموهوب له منه، كانت الهبة جائزة والأمر ضامن للدافع، ويكون الواهب في الحقيقة الأمر دون المأمور، حتى كان للأمر أن يرجع في الهبة ولا يكون للمأمور ذلك، هذا؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الأمر بحكم الكفالة عن القابض إذ لا ضمان على الموهوب وعلى المتصدق عليه، فجعل الأمر ضماناً بحكم القرض جاعلاً المأمور وكياً عن نفسه بالهبة والصدقة، وجاعلاً القابض وكياً عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وصار تقديره كأن الأمر قال لذلك: أقرضني ألف درهم ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا كان الجواب كما قلنا فها هنا كذلك.

وإذا قال الرجل لغيره: هب لي ألفاً على أن فلانا ضامن لها، وفلان حاضر يسمع

وقال: نعم. ثم وهبه المأمور ألف درهم، فالهبة من الضامن ويكون المال قرضاً للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض: هب لي، تنصيص على أنه لا ضمان عليه لأحد في المقبوض، فلا يمكن أن يجعل قوله: على أن فلانا ضامن لها، اشتراط الضمان بحكم الكفالة، فجعل ذلك ضمناً بحكم القرض، فصار فلان بقول: نعم، مستقرضاً الألف من الدافع جاعلاً الدافع وكياً عن نفسه بالهبة من القابض احتياطاً للصحة.

وإذا كفل غيره أن يرهن ما لا عنه ويلزم الربح ويؤدي ليؤدي الأمر إليه، فأدى المأمور الربح، لا يرجع على الأمر؛ لأن التملك يقتضي الأداء بالأمر إنما يثبت إذا صح الأمر، ولم يصح، فلا يثبت التملك وبدونه لا يثبت حق الرجوع.

وإذا قال الرجل لغيره: اضمن لفلان ألف درهم، ولم يقل: عني، فضمن، ثم أراد الضامن ألا يعطي الطالب شيئاً، فهذا على وجهين:
 إما أن يكون المأمور بالضمان خليط الأمر، أو لم يكن.
 وإما أن يكون الأمر حاضرًا أو غائبًا.

فإن كان الأمر غائبًا، ليس للكفيل أن يمتنع عن تسليم ما كفل به إلى المكفول له سواء كان المأمور خليطاً للأمر أو لم يكن؛ لأنه لا يخلو: إما أن يكون المكفول له دين على الأمر، وعلى هذا التقدير كان المأمور كفيلاً بالمال وليس للكفيل أن يمتنع عن أداء المال إلى المكفول له حال غيبة المكفول عنه.

وإما ألا يكون للمكفول له دين على الأمر، ويكون للأمر دين على الكفيل، وعلى هذا الاعتبار يكون المكفول له وكياً بالقبض، وليس للمديون أن يمتنع من تسليم الدين إلى وكيل الطالب.

وإن كان الأمر حاضرًا: إن كان المأمور خليطاً للأمر فله أن يمتنع من دفعها إلى المكفول له استحساناً عندهم جميعاً؛ لأنه متى كان خليط الأمر صار كفيلاً عنه على ما مر قبل هذا، وللكفيل أن يمتنع عن تسليم المال المكفول به حال حضرة الأمر؛ إذ

لا يلحق المكفول له بهذا الامتناع ضرر.
 فأما إذا لم يكن المأمور خليط الأمر، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله
 عنهما- : ليس له أن يمتنع من تسليم ما ضمن إلى المكفول له؛ لأن على قولهما: إذا
 لم يكن المأمور خليط الأمر يصير كفيلاً عن الأجنبي لا عن الأمر، ولهذا لم يكن له
 الرجوع على الأمر والأجنبي غائب، وقد ذكرنا أن حالة غيبة المكفول عنه ليس
 للكفيل الامتناع عن التسليم.



الفصل التاسع عشر

في السفتجة^(١)

(١) السفتجة - في اللغة - قيل - بضم السين - وقيل بفتحها، وأما التاء فمفتوحة فيهما، وهي كلمة فارسية معربة، أصلها سفته يقال للشيء المحكم، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره. وفي اصطلاح الفقهاء: هي كتاب لصاحب المال إلى وكيله في بلد آخر ليدفع إليه بدله، وفائدته السلامة من خطر الطريق ومؤونة الحمل. وتعتبر السفتجة عند عامة الفقهاء من قبيل القرض الذي يقدمه المقرض إلى المقترض، لئوفيه المقرض في بلد آخر، ويرى البعض أنها من قبيل الحوالة؛ لاشتمالها على معناها. والأمثلة التي ساقها الفقهاء في بيان السفتجة لا تعدو خمس صور وهي:

١- أن يقرض شخص شخصًا آخر، على أساس أن يقوم المقترض نفسه بالوفاء إلى شخص ثالث في بلد آخر، غير محل الإقراض، وفي هذه الصورة يكون المقترض عازمًا على السفر إلى بلد الأداء.

٢- يلتزم المقترض بأن يقوم بنفسه بالوفاء للمقرض في بلد آخر غير محل الإقراض. وفي هذه الصورة يتعين أن يكون المقرض والمقترض عازمان على السفر إلى بلد الأداء.

٣- يلتزم المقترض بالوفاء إلى المقرض في بلد آخر، وذلك بأن يكتب إلى من يكلفه بالوفاء.

وفي هذه الصورة يكون المقرض هو العازم على السفر إلى بلد الأداء.

٤- يلتزم المقترض بالوفاء إلى نائب المقرض في بلد آخر، وذلك بأن يكتب إلى من يكلفه بالوفاء.

وفي هذه الصورة يكون كل من المقرض والمقترض غير مسافر إلى بلد الأداء.

٥- أن يكون لشخص مال في بلده غير البلدة المقيم فيها فيأمر وكيله هناك أن يقرض شخصًا مبلغًا من المال، لكي يوفيه إلى الآخر (الموكل) في البلدة التي يقيم فيها. ويتضح من الصور المتقدمة أن معظمها يعتبر قرضًا محضًا، وتنحصر صور القرض في الأحوال التي يكون فيها القرض والوفاء من المقرض والمقترض، أو نائب عن أحدهما. وأما السفتجة التي هي من قبيل الحوالة فإنها تتحقق عندما يوجد ثلاثة أطراف، كما إذا وجد في بلد مقرض ومقترض، وطرف ثالث مدين للمقترض في بلد آخر، يكلفه المقترض بالوفاء إلى المقرض في ذلك البلد.

ويتضح مما تقدم أن سبب اختلاف الفقهاء في ماهية السفتجة، يرجع إلى أن أكثرهم اعتبر السفتجة من قبيل القرض، نظرًا إلى معظم صورها التي يفسرونها بها، فأوردوها في باب القرض، بينما نظر بعضهم إلى بعض صورها التي تحتل معنى الحوالة، فأوردوها في باب الحوالة.

واختلف الفقهاء في حكم السفتجة على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه عدم جواز السفتجة وإلى هذا ذهب الحنفية في قول لهم، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في المرجوح، والظاهرية. فالحنفية بعضهم أطلق المنع،

لو أقرضه على أن يكتب له إلى بلد كذا، لا يجوز.
 وإن أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة إلى [بلد آخر، جاز.
 وكذلك لو قال: اكتب لي سفتجة إلى] ^(١) موضع على أن أعطيك إياها هنا إلى
 أيام، فلا خير فيه؛ لأن القرض وإن كان بمنزلة العارية في حق بعض الأحكام، إلا
 أنه معاوضة في الحقيقة فيفسدها الشرط الذي يفسده البيع.
 ولو جاء بكتاب سفتجة إلى الأجل من شريكه أو خليفته ودفعه إليه فقرأه ثم قال:
 كتبها ^(٢) لك عندي، أو قال له الدافع: اضمنها لي، فقال: قد أثبتتها لك عندي، أو
 قال: كتبها لك عندي، فهو باطل. وله ألا يدفع.
 ولو قال: كتبها لك علي، أو قال: أثبتتها لك علي، فهذا ضمانه يأخذه به
 صاحب السفتجة؛ لأن كلمة (علي) [كلمة] ^(٣) إيجاب، بخلاف كلمة (عندي) ^(٤).
 ولو فتح سفتجة ثم أبى أن يضمن له، فله ذلك.

= ومنهم من أطلق الجواز، والمالكية فرقوا بين ما يخف حمله وما يثقل؛ فرأى بعضهم المنع
 في حالة ما له حمل ثقيل ومؤنة حتى لا ينتفع المقرض بقرضه، والخلاف في هذا المذهب
 يكون في الأحوال المعتادة، أما إذا عم الخوف الطريق لانتشار اللصوص والحرب فتجوز
 السفتجة لتوافر حالة الضرورة؛ صيانة للأنفس والأموال.
 القول الثاني: يرى أصحابه جواز السفتجة، وإلى هذا ذهب الحنفية في قول لهم آخر
 والحنبلة في الراجح عندهم.

ينظر: التعريفات، ص (١٧٥)، وترتيب القاموس (٢/٥٧٠)، والمصباح المنير (١/
 ٢٧٨)، كلها مادة (سفتج)، وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير (٧/٢٥٠)،
 تحرير ألفاظ التنبيه، أو لغة الفقه، ص (١٩٣)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير،
 ص (٣٢٤)، والشرح الكبير (٣/٢٢٥) والمهذب في فقه الإمام الشافعي (١/٤٠١)،
 وروضة الطالبين (٣/٢٧٥)، الفروع (٤/٢٠٤)، المغني (٤/٣٥٤ - ٣٦٠)، المحلى
 (٨/١٠١)، البناية في شرح الهداية (٦/٨١٩)، رد المحتار (٧/١٧، ١٨)، شرح
 الخرشبي على مختصر سيدي خليل (٦/٢٠٤، ٢٠٥)، مجمع الأنهر (٢/١٥٠).

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: كتبها.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ح: عند.

وذكر الطحاوي - رحمه الله - في شروطه: إذا قبل كتاب السفتجة وقرأ ما فيه، وجب المال، والفتوى على ما تقدم.

وفي دعوى الفضلي: أورد سفتجة من آخر على بعض فوفر عليه من جملة المال بعضه وبقيت منه بقية، فإن كان للذي كتب مال قبل المكتوب إليه فكتب إليه أن يدفعه إلى صاحب الكتاب، وأقر المطلوب إليه بالكتاب وأن المال دين عليه، أجبر على دفعه، وإن لم يقر به لا يجبر، وإن لم يكن للذي كتب قبل المكتوب إليه [مال]^(١)، لا يجبر على دفعه إلا أن يكون ضمن المال لصاحب الكتاب.

وفي إجازات الفضلي: تاجر أنفذ أجيرا له إلى بلد من البلدان وأنفذ إليه بعد خروجه من مدينته شيئا من السودان، ثم كتب لرجل إلى أجيره هذا سفتجة، فلما وصل الكتاب إلى الأجير قبله وأدى بعض المال وبذل حظه بالباقي، ثم ورد كتاب من عند أستاذه ألا يقبل السفتجة التي كتبها باسم فلان وإن كنت قبلتها فلا توفه المال ورد عليه كتاب [السفتجة]^(٢)، فإنه تغير الأمر.

[قال]^(٣): فإن كان الأجير ضمن المال لصاحب السفتجة فصار ذلك دينا عليه صح ضمانه، ولم يكن له أن يمتنع من دفع ذلك إلى صاحب السفتجة، وإن كان صاحب السفتجة لم يدفع المال إلى الأستاذ لم يصح ضمان الأجير، وله أن يمتنع من دفع المال إليه، ولم يكن له أن يسترد ما دفع إليه، وإن كان الأجير لم يدفع له المال، كان له أن^(٤) يمتنع من دفع المال إليه في الوجهين جميعًا، وبذل الحظ لا يكون ضمانا منه إلا أن يقر باللسان، أو يكتب: لفلان علي من المال كذا، ويشهد على ذلك شهودا. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

الفصل العشرون

في المتفرقات

وفي واقعات الناطفي: استأجر دارًا كل شهر بدرهم ولم يسم عدد الشهور، فالإجارة وقعت على شهر واحد، ولو سكن من الشهر الثاني يومًا لزمه الشهر الثاني، وكذا كل ما سكن من الشهور.

ولو أخذ كفيلاً بالأجرة لزم الكفيل ما يلزم المستأجر، فإن مات الكفيل ثم سكن المستأجر شهراً بعد ذلك فما لزم المستأجر لزم تركة الكفيل، ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كفالة الدرك، بخلاف الكفالة بالنفس؛ لأن موجب كفالة الدرك والكفالة بالمال إنما هو المال، والمال مما يصح وجوبه على الميت؛ لأن التركة خلف عن الذمة في حق المال. أما الكفالة بالنفس فموجبها فعل تسليم النفس، والفعل مما لا يصح وجوبه على الميت، وليس للكفيل بالأجرة أن يأخذ المستأجر حتى يؤدي، لكن إذا لزم فله أن يلازم المكفول عنه حتى يفعله^(١) ويؤدي عنه، وإذا أدى الكفيل فله أن يأخذ المستأجر بالأجر؛ لأن الكفيل إنما يرجع على المكفول لتملكه^(٢) ما في ذمة المكفول عنه، وإنما يملك ما في ذمة المكفول عن أداء أدى بنفسه أو وهب له.

هشام عن محمد - رحمه الله - : رجل ضمن لامرأة بنفقتها كل شهر وهي كذا وكذا عن زوجها، ثم أراد أن يرجع عند كمال الشهر، قال: ليس له ذلك. ولو كان أجر دارًا بكذا وضمن له إنسان بأجرة كل شهر، فللضامن أن يفسخ ضمانه عند رأس الشهر.

رجل قال لغيره: ادفع إلى فلان كل يوم درهما وأنا ضامن لك ذلك، فأعطاه فاجتمع عليه مال كثير، فذلك لازم للضامن، وهو بمنزلة قوله: ما بايعت فلانا فأنا به

(١) في أ: يفكه.

(٢) في ح: ملكه.

ضامن.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: إذا كفل الرجل بنفس رجل، ثم إن الطالب أقر أنه لا حق له قبل المكفول بنفسه لا يبرأ الكفيل؛ لأن النفي بقول الطالب: لا حق له قبل المكفول بنفسه، الحق الثابت له بحكم الملك لا الحق الثابت له بحكم النيابة عن الغير، فإن^(١) كان الطالب وكل غيره بالخصومة أو وصى، ثبت؛ لأن النفي هو الحق المضاف إليه مطلقاً، والحق المضاف إليه مطلقاً الحق بحكم الملك فكأنه نص على ذلك وقال: لا حق لي قبل فلان بحكم الملك، ولو صرح بهذا لم يكن من ضرورته براءة الكفيل؛ لأن الأصل إن برئ عن الحق الثابت له بحكم الملك لم يبرأ عن الحق الثابت له بحكم النيابة، ولعل الكفالة حصلت لهذا الحق.

ثم فرق بين هذا وبين ما إذا أقر الطالب وقال: لا حق لي قبل الكفيل، فإنه يبرأ الكفيل، وصار المنفي بهذا الإقرار الحقوق الثابتة كلها للطالب قبل الكفيل. وفي الحقيقة لا فرق؛ لأن النفي بقوله: لا حق لي في صورتين، إلا أنه لو صرح وقال: لا حق لي قبل الكفيل بحكم الملك، دخل تحت البراءة الحق الذي ثبت له قبل الكفيل بحكم الكفالة إذا كان هو أخذ الكفالة لنفسه أو لغيره بحكم النيابة عنه في الخصومة؛ لأنه إذا كان هو الآخذ، كان له مطالبة تسليم نفس المكفول به بحكم الملك؛ لأنه من حقوق العقد، وحقوق العقد مملوكة للعائد.

ولو صرح وقال: لا حق لي قبل المطلوب بحكم الملك، فما ثبت له من الحق قبل المطلوب من إحضاره مجلس الحكم بحكم النيابة عن الغير لا يدخل تحت البراءة؛ لأن هذا غير مملوك بحكم العقد، بل هو مملوك لغيره وهو نائب عنه، والتقريب ما مر.

ولو قال: لا حق لي قبل المطلوب ولا لأخذ أمانتك منه، فهاهنا يبرأ الكفيل؛

(١) في أ: بأن.

لأنه عم الحقوق كلها بالنفي الحق الثابت بحكم الملك ، والحق الثابت له بالنيابة عن الغير ، حيث قال : ولا لأخذ أمانتك [منه]^(١) .

ذكر في كتاب الشرب في آخر الباب الأول : وإذا اشترى الرجل شرباً لغير أرضه وأعطاه كفيلاً بالثمن فنقد الكفيل الثمن فالكفالة باطلة ؛ لأن الثمن غير مضمون على المشتري ؛ لأن بيع الشرب وحده لا يجوز .

وفي رواية كتاب الشرب : فإن اختصموا إلى القاضي وأبطل القاضي البيع بينهما ، كان الكفيل بالخيار : إن شاء رجع على البائع بما أدى ؛ لأنه أخذ ماله على وجه فاسد ، وإن شاء رجع على المشتري ، كان له أن يرجع على البائع ؛ لأنه ملك الثمن بالضمان فصار كأنه أدى بنفسه .

أمر رجلاً أن يقضي عنه دينه ، فقال المأمور بعد ذلك : قبضت وارجع بذلك ، وصدقه المديون ، وقال رب الدين : ما قبضت شيئاً ، فالقول قول رب الدين مع يمينه حتى كان له أن يرجع بدينه على المديون ، ولا يرجع المأمور على الأمر بشيء ؛ لأن القضاء هاهنا لم يثبت لما حكمنا برجوع^(٢) رب الدين على المديون .

في بيوع الجامع في باب ما يأمر الرجل غيره أن يقضي دينه من ماله : من قضى دين غيره بأمره ، فعند ارتفاع السبب يعود المقضي به إلى ملك القاضي .

أصله : ما إذا قضى الثمن في باب البيع متطوعاً ، ثم انفسخ البيع ، يعود الثمن إلى ملك القاضي . في الزيادات في الباب الثاني من كتاب النكاح .

وفي المنتقى عن محمد - رحمه الله - برواية إبراهيم : إذا قال : ضمنت لفلان عن فلان ما عليه في هذا الكتاب ، فهو جائز .

رجلان كفلا بنفس رجل كفالة واحدة ، فدفعه أحدهما إلى الطالب ، قال : يبران

جميعاً من الكفالة .

(١) سقط في أ .

(٢) في أ : على رجوع .

وقد ذكر هذه المسألة في كتاب الكفالة، وقال: وهذا هو مذهبنا. وقال بعض الناس: إنه لا يبرأ الذي لم يسلم إليه. وهو قول زفر - رحمه الله. وقال محمد - رحمه الله -: لو أن رجلين كفلا بألف، صار كل واحد منهما كفيلاً بالشرط.

وفي النفس، قال: يصير كل واحد منهما كفيلاً بجميعة. ثم في الكفالة بالمال: إذا صار كل واحد منهما كفيلاً بالشرط، لو أدى أحدهما جميع المال، يصير متبرعاً على صاحبه بخلاف الشراء؛ لأن هناك لو أدى أحدهما جميع المال، فعند أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما -: لا يصير متبرعاً. والفرق يعرف في كتاب الكفالة.

ثم ذكر الخصاص بعد هذا في مسألة الكفيلين بالنفس برواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: لا يبرأ الذي لم يدفعه. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي - رحمه الله - يقول: الذي صح عندنا أن المخالف في هذه المسألة زفر - رحمه الله - إلا أن الخصاص - رحمه الله - روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أيضاً، وفي بعض نسخه وكتبه ذكر هذا^(١) عن محمد - رحمه الله - فصار في المسألة عن أصحابنا - رحمهم الله - روايتان. إذا قبل الإنفاق أو قضاء الدين من ماله ثم أبى لا يجبر، يريد به: إذا وكله المديون بقضاء الدين فقبل الوكالة، ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في آخر باب الضمان بعد باب الدراهم التي خلطها من آخر.

رجلان في سفينة معهما متاع كثير وانتهوا إلى مكان قليل الماء، فقال أحدهما لصاحبه: ألق متاعك في الماء على أن يكون متاعي بيني وبينك نصفين، قال محمد - رحمه الله -: هذا فاسد ويضمن لصاحبه نصف قيمة متاعه. في واقعات الناطفي - رحمه الله -.

(١) في أ: وهكذا.

الفصل الحادي والعشرون في بيان ما يوجب رجوع الكفيل وما لا يوجب

قد ذكرنا قبل هذا: أن الكفيل عند الأداء يرجع على المكفول عنه بما كفل به لا بما أدى، ولا يرجع قبل الأداء.

وإذا وهب الطالب المال من الكفيل، كان له أن يرجع بالمال على المكفول عنه. بخلاف ما إذا أبرأ الطالب الكفيل من المال لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بشيء.

والفرق: أن رجوع الكفيل على المكفول عنه بعلة ملك الكفيل ما في ذمته ولهذا لا رجوع له قبل الأداء لأن؛ لأن قبل الأداء لا يملك ما في ذمته. قلنا: وبالهبة يملك ما في ذمته^(١)، أما في الإبراء لا يملك ما في ذمته. وهذا الفقه: أن الواجب في ذمة الكفيل بعقد الكفالة مجرد المطالبة، ومجرد المطالبة ليس بمال ولا قابل للملك، وإنما يعتبر^(٢) المال في ذمته ضرورة تصرف لا يصح إلا في المال، والإبراء يصح في غير المال؛ لأنه موضوعه للإسقاط^(٣) ولا يصح ما ليس بمال فكان إبراء الكفيل إسقاطاً محضاً، ولهذا لا يرتد بالرد، وأما الهبة فموضوعه للتملك لا صحة لها إلا في المال، فيعتبر ما في ذمته مالا^(٤) ضرورة تصحيح الهبة فيملك ما في ذمته، [وإذا أبرأ]^(٥) يعتبر ما في ذمته مجرد المطالبة فيكون إسقاطاً محضاً فلا يملك شيئاً بهذا الإبراء.

(١) زاد في ح: ولهذا لا رجوع له قبل الأداء؛ لأن قبل الأداء لا يملك ما في ذمته. قلنا: وبالهبة يملك ما في ذمته وهو تكرر.

(٢) في أ: يتعين.

(٣) في ح: الإسقاط.

(٤) زاد في أ: لا.

(٥) في أ: واذا البرء.

وعن هذا قلنا: إن من تبرع بقضاء المال عن الكفيل، فالكفيل لا يرجع على المكفول عنه بشيء؛ لأن التبرع بقضاء الدين عن الغير لإسقاط الدين عنه لا للتمليك، فصار هذا والإبراء سواء.

وإذا مات الطالب، والكفيل وارثه، فالكفيل هل يرجع على المكفول عنه؟ ينظر: إن كانت الكفالة بأمره يرجع، وإن كانت الكفالة بغير أمره لا يرجع، وكان ينبغي أن يرجع، سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره؛ لأن الكفيل [لم يملك]^(١) هذا الدين بسبب الكفالة إنما ملكه بسبب الإرث؛ ألا ترى أنه كان يملكه وإن لم يكن كفيلاً، وإذا ملكه بسبب الإرث لا بسبب الكفالة كان تملكه إياه بسبب الإرث وهو كفيل، وتملكه إياه [بسبب الإرث]^(٢) وهو ليس بكفيل [سواء، ولو تملكه بالإرث وهو ليس بكفيل]^(٣)، أليس أنه يرجع على المكفول عنه على كل حال؟ كذا ها هنا. بخلاف ما إذا أدى الكفيل المال أو وهبه، فإن هناك لا يرجع الكفيل عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بغير أمر، ويرجع إذا كانت الكفالة بأمر؛ لأن هناك ملك المال بسبب الكفالة، أما إذا أدى؛ فلأنه ملكه بالأداء، والأمر إنما لزمه بحكم الكفالة، وأما إذا وهب له؛ فلأن سبب الكفالة صحت بالهبة أيضاً وإن لم يسقط على القبض، فكان ملك هذا الدين بواسطة الهبة والإيفاء مضافاً إلى الكفالة.

والكفيل إذا ملك الدين بسبب الكفالة كان الجواب فيه على التفصيل: إن كانت الكفالة بأمر يرجع، وإن كانت بغير أمره لا يرجع.

والجواب: كفل بالوارثة [ملك]^(٤) ما في ذمته، ولهذا برئ عن الدين، وملكه ما في ذمته بسبب الكفالة؛ لأنه لو لم يكن كفيلاً لكان يملك ما في ذمة المطلوب ولا ما

(١) في أ: لملكه.

(٢) في أ: بالإرث.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

في ذمة نفسه، وإذا كان يملك ما في ذمته بسبب الكفالة كان بمنزلة ما يملكه بسبب الهبة، وهناك الجواب على التفصيل الذي ذكرنا.

قال محمد - رحمه الله - في الأصل: المعير إذا أخذ كفيلاً برد المستعار، أو المغصوب منه إذا أخذ كفيلاً برد المغصوب، حتى جازت الكفالة على ما قررنا في صدر الكتاب، ثم إن الكفيل حمل المكفول به إلى المالك، كان للكفيل الرجوع على المستعير والغاصب بقيمة الحمل، وهو أجر مثل عمله، وهذا استحسان. والقياس: ألا يرجع عليه.

وجه القياس: أنه أوفى الرد وأنه فعل ومنفعة، والمنفعة لا يقوم^(١) بدون عقد الإجارة.

وجه الاستحسان: عقد الكفالة يوجب الرجوع مثل المكفول به عند الإمكان، أو البديل عند التعذر.

ألا ترى أن الكفيل بالرطب إذا أدى وانقطع أو انه وأراد أن يرجع على المكفول عنه في الحال، يرجع ببديل الرطب وهو قيمته، وإذا أمره^(٢) المستعير أو الغاصب بالكفالة فقد التزم له بدل ما التزم بعقد الكفالة وهو العمل، فكأنه استأجره على ذلك فثبتت الإجارة بينهما تقديرًا فتقوم المنافع.

ولو كان مكان الكفالة وكالة، بأن وكل المستعير أو الغاصب، وكيفاً يوفي ذلك في منزل المستعير أو الغاصب وحيث وقع الغاصب أو العارية، وهذا جائز أيضاً، ولكن لا يجبر الوكيل على النقل^(٣) بخلاف الكفيل، فإن الكفيل يجبر على النقل^(٤)؛ لأن الوكيل لم يضمن للمالك شيئاً؛ لأن عقد الوكالة ليس عقد ضمان وإنما وعد له أن

(١) في ح: تقوم.

(٢) في ح: أبرأه.

(٣) في ح: الفعل.

(٤) في ح: الفعل.

يتبرع عليه بذلك، والوعد بالتبرع لا يلزم شيئاً بخلاف الكفيل؛ لأنه ضمن المكفول له ما كان على المكفول عنه؛ لأن الكفالة عقد ضمان والتزام فيجبر عليه. ألا ترى أن الكفيل بالدين يجبر على الأداء، والوكيل بقضاء الدين لا يجبر على الأداء.

قال محمد - رحمه الله - في شركة الجامع: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم وكفل آخر بالثمن عن المشتري، فنقد الكفيل البائع الثمن وقبض المشتري العبد، ثم غاب الكفيل قبل أن يرجع على المشتري ما نقد عنه من الثمن، ثم جاء مستحق فاستحق العبد من يد المشتري، فأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن، لم يكن له ذلك حتى يحضر الكفيل، وهذا؛ لأنه لو رجع على البائع بالثمن للحال. إما أن يرجع بالأداء؛ لأن أداء الكفيل جعل كأدائه، ولا وجه إليه؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الكفيل لم يؤد شيئاً واجباً عليه، وأن الكفالة كانت باطلة. وإما أن يرجع بعله أنه ملك المؤدى، ولا وجه إليه؛ لأنه إنما يملك المؤدى إذا ضمن الكفيل مثل المؤدى، ولم يضمن له بعد.

ثم إذا حضر الكفيل كان للكفيل الخيار.

إن شاء رجع بما أدى على البائع؛ لأن الكفيل أدى ما كفل بحكم الكفالة الفاسدة؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الثمن لم يكن واجباً في ذمة المشتري، وأن الكفالة وقعت فاسدة، وأن البائع قبض ما قبض بحكم كفالة فاسدة.

وإن شاء الكفيل رجع [على] ^(١) المشتري؛ لأنه لما أمره أن يكفل عنه [بالثمن] ^(٢) فقد أمره بقضاء الدين عنه، والأمر بقضاء الدين أمر بدفع المال بشرط الضمان فالأمر بالقضاء وإن لم يصح؛ لأنه ظهر أن الدين لم يكن فالأمر بالدفع بشرط الضمان لم يبطل، كأنه قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أي ضامن لك، وإذا اختار تضمين

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

أحدهما، لا يكون له أن يضمن الآخر؛ لأنه يصير مملوكاً^(١) ممن اختار تضمينه، فلو ضمن الآخر فقد رجع عن التمليك من الأول وملكه من الثاني، وليس له هذه الولاية، فإن ضمن البائع فليس للبائع أن يرجع عليه بما دفع إلى الكفيل؛ لأنه أدى ديناً واجباً عليه للكفيل، وليس للكفيل في هذه الصورة أن يرجع على المشتري؛ لأن الكفيل لما رجع على البائع وأخذ منه ما دفع إليه فقد نقض دفعه وصار كأن^(٢) لم يكن، وإن كان الكفيل ضمن المشتري من الابتداء، فللمشتري أن يرجع على البائع بما دفع، إما؛ لأنه ملك ذلك بأداء الضمان، أو؛ لأنه قام مقام الكفيل وصار كأنه أدى بنفسه.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : لم يرد محمد - رحمه الله - بقوله: «وإن كان الكفيل ضمن المشتري من الابتداء» حقيقة التضمين والأخذ، وإنما أراد به: أن الكفيل اختار تضمينه، فإن بمجرد اختياره تضمين المشتري كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، وإن لم يدفع إلى الكفيل شيئاً؛ لأن الكفيل باختياره تضمين المشتري يصير مملوكاً المال من المشتري وإن لم يوجد الأداء من المشتري، كما أن المغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب الأول يصير مملوكاً المغصوب من الغاصب الأول، حتى كان للغاصب الأول أن يرجع على الغاصب الثاني وإن لم يوجد الأداء من الغاصب الأول كذا هاهنا.

ولو كان الكفيل حين نقد الثمن رجع على المشتري وغاب ثم ظهر الاستحقاق، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه يملك المؤدى بالضمان، وصار كأنه نقد بنفسه.

وكذلك لو لم يستحق العبد ولكن ظهر أنه كان حرّاً أو مكاتباً أو مدبراً، أو كان المشتري جارية وظهر أنها كانت أم ولد، كان الجواب فيه كالجواب في فصل

(١) في أ: بملكا.

(٢) في ح: كأنه.

الاستحقاق.

وأما إذا لم يرجع، فكذلك بخلاف فصل الاستحقاق.
والفرق: أن بهلاك العبد قبل القبض لا يتبين أن الكفالة كانت فاسدة؛ إذ به لا يتبين أن العقد لم يكن صحيحًا، بل كان العقد صحيحًا و^(١) كان الثمن واجبًا ولكن انتقض بهلاك العبد مقصورًا على الحال، فحصل الأداء بحكم كفالة صحيحة، وصار أداء الكفيل كأداء المشتري، ولو كان المشتري أدى الثمن بنفسه وهلك العبد قبل القبض، أليس أن المشتري يرجع على البائع بالثمن؟ كذا هاهنا.
أما بالاستحقاق يظهر أن الثمن لم يكن واجبًا وأن الكفالة لم تصح، فلم يصير أداء الكفيل كأداء المشتري، ولم يملك^(٢) المشتري المؤدى^(٣) أيضًا لما لم يرجع الكفيل على المشتري، فلهذا^(٤) لم يكن للمشتري حق الرجوع على البائع، فإن حضر الكفيل أو كان حاضرًا فأراد أن يرجع على البائع بالثمن ليس له ذلك، بخلاف ما إذا استحق.

والفرق: أن في فصل الاستحقاق لما ظهر بطلان الكفالة، ظهر أن البائع أخذ من الكفيل ما أخذ بغير حق، فيكون له حق الرجوع على البائع، إما بموت العبد قبل القبض لما لم يظهر بطلان الكفالة لا يتبين أن البائع أخذ ما أخذ من الكفيل بغير حق فلا يكون له حق الرجوع على البائع، ولو لم يموت العبد ولكن وجد المشتري به عيبًا فرده بقضاء أو بغير قضاء، أو رده بخيار رؤية أو بخيار شرط، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل للكفيل عليه؛ لأن بهذه الأسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبًا وأن الكفالة لم تكن صحيحة، فصارت هذه الفصول نظير فصل الموت.

(١) في أ: أو.

(٢) في أ: يهلك.

(٣) في أ: الموكل.

(٤) في أ: وبهذا.

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر من الجواب مشكل: في فصل خيار الشرط؛ لأن خيار الشرط يمنع خروج الثمن عن ملك المشتري فلا يظهر أن الكفالة كانت صحيحة، بل ظهر أنها كانت باطلة؛ إذ الثمن لم يكن واجباً، فيكون حق الرجوع بالثمن على البائع للكفيل لا للمشتري.

وبعضهم قالوا: تأويل المسألة: أيهما عقد العقد على البتات^(١).

وإليه أشار محمد - رحمه الله - في الكتاب، فإنه قال: «ولا سبيل للكفيل على الثمن إذا كان البيع^(٢) تاماً وانتقض»، وإنما يكون البيع تاماً إذا كان تأويل المسألة ما قلنا.

وإن كان الكفيل كفل بالثمن في هذه الوجوه بغير أمر ثم استحق العبد أو مات في يد البائع، أو رده المشتري بعد القبض بقضاء، أو قبل القبض بغير قضاء، أو رده بخيار رؤية أو بخيار شرط، فالكفيل يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل للمشتري على البائع؛ لأن المشتري لم يدفع إلى البائع شيئاً إلا بنفسه وإنه ظاهر، ولا بناية؛ لأن الكفيل ليس بنائب عنه في الدفع في هذه الصورة؛ لأنه لم يأمره بالدفع حتى يجعل فعله كفعله، فلهذا لم يكن للمشتري على البائع سبيل، ولكن الكفيل يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه قصد التبرع على المشتري بالثمن، ولم يبق [الثمن]^(٣) في حق الكل لما انفسخ البيع بما هو فسخ في حق الناس كافة، فهذا متبرع لم يحصل مقصوده فكان له حق الرجوع بما تبرع.

ولو كان الرد بألف بعد القبض بغير قضاء، أو يقابل البائع والمشتري البيع بينهما، فإن الكفيل لا يرجع على البائع بالثمن؛ لأن الإقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء عقد جديد في حق الثالث، والكفيل ثالثهما، فصار في حق الكفيل كأن

(١) في أ: الثابت.

(٢) في أ: المبيع.

(٣) سقط في أ.

المشتري باع عبداً ثانياً^(١) من البائع، ولو باع ثانياً من البائع، لا يكون للكفيل على البائع سبيل؛ لأن تبرعه نفذ على وجهه؛ لأن الثمن الواجب بحكم البيع باق على حاله في حق الكفيل، ولكن المشتري يرجع على البائع بالثمن؛ لأن العقد قد انفسخ فيما بين البائع والمشتري وعاد إلى ملك البائع، فلا يجوز أن يترك الثمن في يده، وتعدر إثبات حق الرجوع للكفيل على ما مر، فكان أولى الناس بالرجوع عليه المشتري؛ لأن مبدله وهو المبيع خرج عن ملكه. ولم يذكر في الكتاب أن المشتري إذا رجع على البائع بالثمن، والثمن يسلم له أو يرده على الكفيل؟

وذكر شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - : أنه يسلم للمشتري .

وبعض المشايخ ذكروا: أنه يرده على الكفيل .

فإن قيل: فإن^(٢) محمداً - رحمه الله - ذكر في أبواب البيوع: أن رجلاً لو ساوم رجلاً بدار بألف درهم، وأبى صاحب الدار أن يعطيه [فقال آخر: بعه بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة درهم من الثمن]^(٣) سوى الألف، فباعه منه، أن البائع جائز وينقد المشتري ألف درهم والكفيل خمسمائة، وإذا نقد ذلك وقبض المشتري المبيع، ثم إن المشتري مع البائع تقايلا البيع .

ذكر: أن في قياس قول أبي حنيفة ومحمد - رضي الله عنهما-: الدار للبائع، ويرد البائع الألف على^(٤) المشتري والخمسمائة على الكفيل، واعتبرت الإقالة فسحاً في حق الكفيل ثمة، واعتبرت بيعاً جديداً هاهنا .

قلنا: من وجهين:

أحدهما: أن الكفيل في تلك المسألة عاقد حكماً إن لم يكن عاقداً حقيقة؛ لأن

(١) في أ: نائب .

(٢) في أ: أليس أن .

(٣) سقط في ح .

(٤) في ح: إلى .

الزيادة منه قد صحت على ما ذكرنا ثمة، والزيادة لإثبات صفة من أوصاف العقد، والإقالة فسخ في حق العاقد فيما كان من حقوق العقد، فأما هاهنا الكفيل ليس بعاقِد أصلاً، فكان ثالثاً من كل وجه، والإقالة بعد القبض في حق الثالث بيع جديد.

الثاني: في مسألة الزيادة تعذر أن تجعل الزيادة سالمة للبائع والبيع انفسخ في حقه، وتعذر أن تجعل الزيادة سالمة [للبيع]، والبيع انفسخ في حقه وتعذر أن يجعل سالمة^(١) للمشتري؛ لأن الإقالة قلبت البيع، فإنما يستوجب المشتري بالإقالة على البائع ما كان يستوجه البائع عند البيع على المشتري، [والبائع يستوجب على المشتري]^(٢) عند البيع ألف درهم، وإذا تعذر أن تجعل تلك الزيادة سالمة للبائع وللمشتري ثمة، وجب ردها على من أخذها البائع منه ضرورة وهو [الضامن، أما هاهنا إن تعذر أن يجعل الثمن سالماً للبائع؛ لأن البيع لم ينفسخ في حقه أمكن أن يجعل سالماً للمشتري]^(٣)، لما ذكرنا: أن الإقالة تقلب^(٤) البيع، فيستوجب المشتري عند الإقالة ما كان يستوجه البائع عند البيع، فلا ضرورة إلى إثبات حق الرجوع للكفيل.

فإن قيل: يجب ألا يأخذ المشتري من البائع أيضاً وإن كانت الإقالة فسخاً فيما بينهما؛ لأن الفسخ حصل قبل نقد المشتري؛ لأن المشتري لم ينقد الثمن للبائع لا بنفسه ولا بنائبه؛ لأن الكفيل لم يكن نائباً عنه في الأداء إذ كانت الكفالة بغير أمره. قلنا: الكفيل يتبرع على البائع بالثمن لا بالهبة، وإذا كان المستوفى ثمناً لم يجوز أن يسلم للبائع وتعذر فسخ البيع وتعذر رده على الكفيل على ما تبين، فيتعين الرد على المشتري؛ لأن المشتري هو الذي دفع البدل إلى البائع فهو الذي يأخذ البدل منه

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في أ.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في ح: سالماً.

(٤) في أ: تقلب.

أيضاً، ولأن الإقالة تقلب^(١) العقد، فيستوجب المشتري على البائع بالإقالة ما كان يستوجهه البائع على المشتري بالبيع، والبائع [بالبيع]^(٢) يستوجب على المشتري ثمن العبد، فالمشتري عند الإقالة يستوجب بالإقالة ثمن العبد أيضاً لتحقق القلب.

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل عبداً بألف درهم، وكفل رجل الثمن على المشتري بأمره، ثم إن الكفيل صالح البائع عن الألف على خمسين ديناراً، فالكفيل يرجع على المشتري بالدرهم دون الدينير، وهذا؛ لأن رجوع الكفيل على المكفول عنه بحكم الكفالة؛ لأن الكفالة توجب دينين: دينا للطالب على الكفيل، ودينا للكفيل على الأصيل على ما عرف، فرجوع الكفيل على المكفول عنه بحكم الكفالة فإنما يرجع بما دخل تحت الكفالة، والداخل تحت الكفالة الدرهم؛ ولأن الكفيل صار مؤدياً الدرهم بأداء الدينير؛ لأن صلح الدرهم على الدينير مبادلة الدينير بالدرهم وإنما لم تتعلق بغير تلك الدرهم، بل بمثلها ديناً في الذمة، فوجب للكفيل بدل الدينير وهو ألف [درهم]^(٣) في ذمة البائع، ثم التقيا قصاصاً، فهو معنى قولنا: (الكفيل صار مؤدياً الدرهم بالدينير) فيعتبر بما أدى الدرهم حقيقة، وهناك يرجع على المشتري بالدرهم دون الدينير، كذا هذا؛ ولأنه لم يكن مأموراً من جهة المشتري بأداء الدينير ولو لم يكن مأموراً من جهته بأداء شيء لا يرجع عليه بشيء، فكذا إذا لم يكن مأموراً بأداء الدينير لا يرجع بالدينير، فإن استحق العبد والكفيل غائب، فالمشتري لا يرجع على البائع.

ألا ترى أن الكفيل لو أدى عين ما أمره به وباقي المسألة بحالها، فالمشتري لا يرجع على البائع بشيء لما ذكرنا، فإذا أدى غير ما أمر به أولى، فإن حضر الكفيل بيع^(٤) البائع بالدينير؛ لأنه أعطاه الدينير بحكم الصلح، وبالاستحقاق ظهر بطلان

(١) في ج: نقلت.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: أبيع.

الصلح .

ولو أراد الكفيل أن يرجع على المشتري رجع بالدرهم .
والفرق: أن في ضمن الأمر بالتزام الكفالة أمر بالأداء بشرط الضمان ،
وبالاستحقاق بطلت الكفالة في الوجهين بقي الأمر بالأداء بشرط الضمان ، وإذا كان
المؤدى دراهم فقد أدى ما أمره بأدائه فيثبت له حق الرجوع .

ولو كان مكان الصلح بيعًا بأن باع الكفيل خمسين دينارًا من البائع بألف درهم ،
ثم استحق العبد ، كان البيع في ذلك والصلح سواء .

[وإن]^(١) أراد محمد - رحمه الله - بهذه التسوية بين البيع والصلح : التسوية فيما
إذا استحق العبد بعد افتراقهما ، فإن هناك البيع يبطل ، كما أن الصلح يبطل ، وهذا ؛
لأن البيع يمثل تلك الدراهم ، وتقع المقاصة بين الدراهم التي هي ثمن الدنانير وبين
الدراهم التي للبائع ، فقبل الاستحقاق وقعت المقاصة ووجد قبض أحد البديلين
مشاهدة ، وقبض البديل الآخر حكمًا مجازًا ، وبالاستحقاق ظهر أن المقاصة لم تقع ،
وأن الافتراق حصل قبل قبض البديلين فيبطل البيع كما يبطل الصلح .

فأما إذا استحققت الدراهم وهما في المجلس بعد ، فالبيع لا يبطل والصلح يبطل .
والفرق : أن البيع إذا أضيف^(٢) إلى دراهم في الذمة ، لا يتعلق بعين تلك الدراهم
التي أضيف^(٣) البيع إليها ، وإنما يتعلق بدراهم مطلقة ، وما دام المجلس قائمًا يمكن
دفع الألف درهم ، [فلم]^(٤) يبطل البيع .

أما الصلح إذا أضيف إلى دراهم في الذمة ، يتعلق بعينها ؛ لأن مبنى الصلح على
الإغماض^(٥) والتجاوز بدون الحق ، وذلك إنما يكون باستيفاء بعض الحق وترك

(١) سقط في أ .

(٢) في أ : أضيفت .

(٣) في أ : أضيفت .

(٤) سقط في أ .

(٥) في أ : الأعمال .

البعض كالدراهم والدنانير يتعينان في الاستيفاء فيتعينان في الصلح أيضًا. ولهذا لو وقع الصلح على الدراهم على ثوب بعينه، ثم تصادقا على أنه لا دين، يبطل الصلح، حتى لم يكن للمدعي أن يمسك الثوب ويعطي مثل ما ادعى من الدراهم من غير رضا المدعى عليه، وإذا تعلق الصلح بالدراهم المشار إليها في الذمة [وظهر أنه^(١)] لا دين في الذمة، كان الصلح باطلاً، فعلم أن المراد من تسوية محمد - رحمه الله - بين الصلح والبيع التسوية بينهما إذا استحق العبد بعد افتراقهما، لا التسوية بينهما في جميع الأحوال.

ولو لم يستحق العبد ولكنه مات في يد البائع قبل التسليم وقد كان الكفيل باع من البائع خمسين دينارًا بالدراهم وقبض البائع الدنانير، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالدراهم ولا سبيل للكفيل على البائع؛ لأن الكفيل بهذا البيع أوفى الدراهم بطريق المقاصة؛ لأن بالموت لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبًا ببيع^(٢) العبد، وبيع الكفيل الدنانير بالدراهم من البائع، وجب للكفيل على البائع مثل تلك الدراهم ووقعت المقاصة بينهما، والإيفاء بالمقاصة كالإيفاء باليد.

ولو أن الكفيل أوفى البائع الدراهم باليد وباقي المسألة بحاله، لا يكون للكفيل على البائع سبيل، وإنما السبيل للكفيل [على المشتري وللمشتري على البائع كذا ههنا، ولو كان مكان البيع صلحا بأن صالح الكفيل]^(٣) البائع من الدراهم على خمسين دينارًا، ثم مات العبد قبل التسليم إلى المشتري، وهو نظير مسألة البيع للمعنى الذي ذكرنا في البيع.

إلا أن فرق بين الصلح والبيع: أن في الصلح البائع العبد بالخيار إن شاء رد خمسين دينارًا، وإن شاء رد ألف درهم، وفي البيع لا يخير^(٤)، بل يرد ألف درهم لا

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: بائع.

(٣) سقط في ح.

(٤) في أ: يتخير.

محالة .

والفرق: أن مبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق [فالبائع يقول: كان حقي أكثر من خمسين ديناراً إلا أنني رضيت بدون حقي]^(١) لأتوصل إلى بعض حقي من الدين ليلزمي^(٢) رد الدراهم زيادة على ما قبضت من الدنانير، فأما البيع فمبناه على [المماكسة والاستقصاء]^(٣)، فيصير البائع مستوفياً الثمن بكماله، وقد انفسخ العقد بهلاك المبيع قبل القبض فيجب على البائع رد جميع الثمن .

ثم في مسألة الصلح: إذا اختار البائع رد الدنانير فيكون بطريق نقض الصلح، فينتقض الصلح وتبقى دنانير الكفيل في يد البائع بغير سبب، فكان للكفيل أن يأخذها، وإن اختار رد الدراهم، فالمشتري هو الذي يقبضها من البائع؛ لأن رد الدراهم إنما يكون بإمضاء الصلح، وإذا أمضى الصلح تقرر^(٤) إيفاء الثمن من الكفيل بطريق المقاصة فيعتبر بالموافاة حقيقة .

وهناك لو مات العبد قبل التسليم إلى المشتري كان حق أخذ الدراهم من البائع للمشتري دون الكفيل كذا ها هنا .

ولو كان مكان الكفيل مأموراً من جهة المشتري، بأن يقضي البائع الثمن، فباع المأمور من البائع خمسين ديناراً بالثمن، أو صالحه من الثمن على خمسين ديناراً، يجوز، وهذا الجواب لا يشكل في الصلح؛ لأن المأمور بقضاء الدين لا تنحط رتبته عن المتبرع الفضولي، والمتبرع الفضولي لو صالح البائع عن الثمن على دنانير، جاز مع أنه ليس بقائم مقام المشتري، فلأن^(٥) يجوز صلح المأمور وإنه قائم مقام المشتري أولى .

(١) سقط في ح .

(٢) زاد في أ: زيادة غرم، فإذا آل الأمر إلى أن يلزمي زيادة غرم بأن يلزمي .

(٣) في ح: المماكسة والاستقصاء .

(٤) في ح: يعتبر .

(٥) في أ: فلا .

إنما يشكل في البيع، وينبغي ألا يجوز بيعه، وهو طعن القاضي أبو الهيثم النيسابوري - رحمه الله.

ووجه ذلك: أن المأمور بقضاء الثمن بمنزلة المتبرع بالقضاء؛ لأن الثمن لم يجب عليه، ولهذا لا يجبر على القضاء لو أبى القضاء، والمتبرع الفضولي لو باع ماله بالثمن.

والفقه في ذلك: أن الثمن إذا لم يكن واجبًا على المأمور بقضاء الدين، وتمليك من غير من عليه الدين لا يجوز، بخلاف الكفيل؛ لأن الكفالة يثبت الدين في ذمة الكفيل من وجه، فيصير البائع مملوكًا للدين الذي له على الكفيل من الكفيل، وإنه جائز.

والجواب، وهو الفرق بين المأمور بقضاء الثمن، وبين المتبرع الفضولي: أن بيع الدنانير لا يتعلق بقبض^(١) الدراهم التي هي ثمن، إلا أن البائع إذا كان فضوليًا كان في هذا شرط تسليم الثمن على غير العاقد في هذا العقد هو المشتري في العقد الأول؛ لأنه لو صح هذا يجب على المشتري الأول تسليم الثمن الذي عليه للبائع الأول إلى الفضولي.

قلنا: وشرط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد بالفساد في فصل الفضولي بهذه العلة، لا لعله أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين.

ثم بيان هذا الكلام أن البيع معاوضة، فالمتبرع يبيع الدنانير بقصد استيفاء عوضها، وقد جعل عوضها الدراهم التي هي ثمن في ذمة المشتري في البيع الأول لما أضاف البيع فلتن تعذر أعمال هذه الإضافة فيما يرجع إلى استحقاق عينها، أمكن اعتبارها فيما يرجع إلى^(٢) استحقاق مثلها عن من عليه تلك الدراهم وهو المشتري في البيع الأول؛ لأن للمشتري الأول اتصال بتلك الدراهم؛ لأنها في ذمته، وصار

(١) في أ: بعين.

(٢) في أ: لما.

تقدير المسألة كأن المتبرع قال لبائع العبد: بعت منك هذه الدنانير بألف فسلمها^(١) إلى المشتري الأول، فهو معنى قولنا: «إن في بيع المتبرع شرط تسليم الثمن على غير العاقد في هذا العقد».

والتقريب ما ذكرنا.

فأما المأمور بقضاء الثمن لا يبيع ماله من البائع لاستيفاء الثمن عن المشتري الأول؛ لأن عوض ما لم يسلم له من جهة المشتري الأول؛ لأن للمأمور بقضاء الدين حق الرجوع على الأمر بما أدى، وإنما يبيع حتى يجب على البائع الأول مثل ما وجب للبائع الأول على المشتري الأول، ثم يجعل ما له على البائع الأول قصاصاً بما وجب للبائع الأول على المشتري الأول^(٢)، فينعدم الشرط الفاسد في مسألة المأمور، وهو شرط قضاء الثمن على غير العاقد في هذا العقد، فجاز بيعه. عبارة أخرى في الفرق: أن المأمور بقضاء الدين، [إن]^(٣) كان بمنزلة الفضولي من حيث إنه لا دين عليه حتى يجبر على القضاء، فهو بمنزلة المشتري من وجه والدين ثابت في ذمته من وجه.

ألا ترى أنه لو قضى [الدين]^(٤) أجبر البائع على القبول كما لو قضى المشتري بنفسه، فمن حيث إن الدين ثابت في ذمته يجوز بيعه^(٥) الدنانير من بائع العبد؛ لأن بائع العبد يصير مملكاً دينه ممن عليه كما في الكفيل، ومن حيث إن الدين ليس بثابت في ذمته لا يجوز بيعه الدنانير من بائع العبد يصير مملكاً دينه من غير من عليه كما في الفضولي، إلا أن تمليك الدين من غير من عليه الدين، إنما لا يجوز إذا حصل التمليك من غير من عليه الدين من كل وجه، [فأما إذا حصل التمليك ممن

(١) في أ: فيسلمها.

(٢) سقط في ح.

(٣) سقط في ح.

(٤) سقط في ح.

(٥) في ح: بيع.

عليه الدين من وجه من غير من عليه من وجه^(١) [يجوز كما في الكفيل، [فإن بيع الكفيل]^(٢) الدنانير من بائع العبد جائز، والكفيل بهذا البيع يتملك^(٣) الدين، والدين في ذمة الكفيل ثابت من وجه دون وجه؛ لأنه باق في ذمة الأصيل، ومع هذا جاز تملكه ببيعه الدنانير من بائع العبد كذا هاهنا، [وهذا]^(٤)؛ لأن الدين إذا كان ثابتاً في ذمة المأمور من وجه يملكه من ذلك الوجه ببيع الدنانير فيملكه من جميع الوجوه ضرورة عدم التجزيء^(٥)، ولكن كان الكفيل كفل عن المشتري بغير أمر المشتري. ثم إن الكفيل باع من البائع خمسين ديناراً، فالبيع يجوز على كل حال؛ لأن الكفالة إذا كانت بغير أمر كان الكفيل فضولياً متبرعاً، وقد ذكرنا أن الفضولي إذا باع دنانيره بالثمن لا يجوز، لما فيه من شرط تسليم الثمن على غير العاقد؛ ولأن فيه تملك الدين من غير من عليه الدين.

وأما الصلح: إن صالح على أن يكون الثمن الذي للبائع على المشتري للمتبرع، فالصلح باطل أيضاً؛ لأنه يصير في معنى البيع، والصلح يحتمل معنى البيع، وإن صالحه بشرط براءة المشتري عن الثمن جاز الصلح، ويكون هذا تملك العين بمقابلة الفراغ الذي حصل لغير من وجد منه التملك، وإنه جائز كما في الجامع^(٦). وإن أطلق الصلح إطلاقاً ولم يشترط شيئاً صح الصلح؛ لأن الصلح كما يصح بطريق التملك والبيع فصح بطريق الإسقاط، كما لو صالحه عن الألف على خمسمائة، فعند الإطلاق يحمل على الإبراء والإسقاط تصحيحاً للتصرف بقدر الممكن.

(١) سقط في ح.

(٢) سقط في ح.

(٣) في أ: بتملك.

(٤) سقط في ح.

(٥) في أ: التحرك.

(٦) في أ: الخلع.

بخلاف البيع؛ لأنه لا يصح للأمر إلا وجه واحد وهو التمليك، وتعذر تصحيحه بطريق التمليك لما ذكرنا فيطلب ضرورة، أما الصلح بخلافه.

فلومات العبد قبل التسليم إلى المشتري أو استحق، ففيما إذا أطلق الصلح إطلاقاً حتى جاز الصلح فلا سبيل للمشتري على البائع؛ لأن المشتري لم ينقده شيئاً، لا بنفسه ولا بنائبه؛ لأن الكفيل ليس بنائب عن المشتري في هذه الصورة؛ لأنه كفل بغير أمر المشتري، ولكن الكفيل هو الذي يرجع على البائع؛ لأنه تبرع^(١) بأداء الثمن لا يصير مؤدياً بهذه الأسباب لم يبق المنقود ثمناً، فكان للكفيل حق الرجوع لهذا، فيتخير البائع بين إعطاء الدراهم وبين إعطاء الدنانير.

والشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني - رحمه الله - أشار في نكتة المسألة إلى أن الكفيل يرجع بالدنانير من غير أن يكون للقباض فيه خيار؛ لأنه شبه هذا الصلح عن دين مظنون، وهناك يبطل الصلح، وإذا بطل الصلح يجب الرجوع بالمؤدى من غير أن يكون للقباض فيه خيار، كذا هاهنا.

قال محمد - رحمه الله - : وإذا اشترى الرجل عبداً بألف درهم جواد نقد بيت المال، وكفل رجل بالثمن بأمر المشتري، ثم إن الكفيل أدى إلى البائع ألف درهم نهرجة ويحوز [بها]^(٢) البائع، فللكفيل أن يرجع على المشتري بحكم الكفالة، وإنما يرجع عليه بما دخل تحت الكفالة وهو الجواد، وإن لم يرجع الكفيل على المشتري بشيء حتى استحق العبد، فلا سبيل للمشتري على البائع، ولكن الكفيل بالخيار: إن شاء رجع على البائع بألف درهم نهرجة، وإن شاء رجع بها على المشتري، أما الرجوع على البائع؛ فلأن بالاستحقاق ظهر أن الثمن لم يكن واجباً على المشتري، وأن الكفيل أدى ما أدى بحكم كفالة فاسدة فيرجع عليه بما أدى

(١) في أ: تبرع.

(٢) سقط في ح.

[لهذا]^(١)، وأما الرجوع على المشتري؛ لأن بالاستحقاق إن بطل الأمر بقضاء الدين؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن لم يبطل الأمر بالدفع بشرط الضمان، فكان له حق الرجوع لهذا، إلا أنه إنما يرجع بالنهجة؛ لأن المأمور بالأداء إنما يرجع على الأمر بما أدى وقد أدى النهجة فلا يرجع بأكثر منها، هذا إذا أدى الكفيل أنقص مما التزم، فأما إذا أدى خيرا مما التزم، بأن كانت الكفالة نهجة وأدى الكفيل الجياد، لا يرجع على المشتري إلا بالنهجة؛ لأن الكفيل يتبرع بزيادة الجودة فيعتبر بما لو تبرع بزيادة العدد، وهناك لا يرجع على المشتري بقدر ما تبرع به كذا ههنا.

فإن استحق العبد من يد المشتري، فالكفيل بالخيار: إن شاء رجع على البائع بمثل ما دفع إليه من الدراهم الجياد؛ لأنها في يده بحكم كفالة فاسدة، وإن شاء رجع على المشتري بمثل ما التزم من الدراهم النهجة؛ لأن رجوع الكفيل على المشتري باعتبار الأمر بالدفع بشرط الضمان، والأمر بالدفع بشرط الضمان يتناول النهجة لا الجياد، وإذا رجع الكفيل على المشتري بالنهجة فالمشتري يرجع على البائع بالجياد؛ لأن المشتري لما أدى الضمان فقد قام مقام الكفيل في الرجوع على البائع، وكان للكفيل أن يرجع على البائع بالخيار فكذا لمن قام مقامه.

ولو لم يستحق العبد ولكن مات العبد في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري، وقد كان الكفيل أدى أنقص مما التزم، لا يكون للكفيل على البائع سبيل؛ لأن بموت العبد لا يتبين أن أداء الثمن لم يكن واجبا، وأن الكفالة كانت فاسدة، ولكن يرجع على المشتري بألف درهم نهجة.

وفرق بين هذا وبين ما إذا لم يمت العبد بل سلم للمشتري، فإن الكفيل يرجع على المشتري بألف درهم جياد.

والفرق: أنه إذا مات العبد فرجع الكفيل على المشتري لا لعل أنه قضى دينه؛

(١) سقط في ح.

لأن بموت العبد قبل التسليم يبطل الثمن عن المشتري، ولكن لعله أنه أمره بالأداء بشرط الضمان، وإنما يرجع بالقدر الذي أدى، فأما إذا لم يمت العبد، فرجوع الكفيل عليه لعله أنه قضى دينه؛ لأن الثمن واجب في ذمة المشتري، وقد صار الكفيل قاضيا لذلك فيرجع بما صار مقضياً وهو الجياد، ولو أن الكفيل أدى أجود مما التزم لم يرجع على المشتري إلا بما دخل تحت الكفالة وهو النهرجة مات العبد أو لم يمت؛ لأنه متبرع بالجودة، فيرجع الكفيل على المشتري بالنهرجة، ثم يرجع المشتري على البائع بالجياد؛ لأن بطلان الكفالة لم يظهر، فصار كأن الكفيل ملك ما أدى من المشتري وتبرع عليه بالجودة؛ لأنه ما أمره بالكفالة بها، ثم أدى البائع ذلك بناية المشتري، فصار كأن المشتري هو الذي أدى بنفسه، ولو كان كذلك حقيقة كان^(١) الحكم ما قلنا فكذا هاهنا، وقد جعل الكفيل متبرعاً بالجودة على [المشتري، ولم يجعله متبرعاً بالجودة على]^(٢) البائع؛ لأن الجودة بيع للأصل لأنها صفة الأصل، والكفيل متبرع بالأصل على المشتري لا على البائع فكذا بالصفة.

قال محمد - رحمه الله - : وهو نظير ما لو أمر رجلاً أن يعطي فلانا عشرة دراهم غلة، على أن يكون قرصاً على القابض للأمر، ويكون قرصاً للمعطي على الأمر، أن ذلك جائز. فإن أعطاه المأمور عشرة دراهم جياذ نقد بيت المال، كان للمأمور على الأمر عشرة دراهم غلة، ويرجع الأمر على القابض بالجياد، ويجعل^(٣) المأمور متبرعاً بالجودة على الأمر لا على القابض، فكذا فيما تقدم.

ولو كان المشتري أمر رجلاً أن ينقد عنه الثمن من غير كفالة، فنقد المأمور أفضل مما أمر به، لم يرجع على الأمر إلا بما أمر به، وإن نقد اردأ مما أمر به، رجع عليه بمثل ما أدى؛ لأن الرجوع هاهنا بحكم الأمر بالأداء في حق الزيادة لم يوجد، [وفي

(١) في أ: لكان.

(٢) سقط في ح.

(٣) في أ: وقد جعل.

الفصل الثاني: إن وجد الأمر فالأداء لم يوجد^(١)، وبخلاف الكفيل إذا أدى أردأ مما التزم، وتجوز به البائع فإنه يرجع على المشتري بمثل ما التزم؛ لأن رجوع الكفيل بحكم الكفالة فيرجع بما دخل تحت الكفالة.

فإن استحق العبد يخير المأمور بين اتباع البائع، وبين اتباع المشتري على ما مر في الكفيل، فإن رجع على البائع رجع بمثل المقبوض؛ لأن بالاستحقاق تبين أن البائع قبض ما قبض بحكم كفالة فاسدة، وإن رجع على المشتري يرجع بالمؤدى إن كان المؤدى أردأ، وإن كان أجود يرجع بما أمر به، ثم المشتري يرجع على البائع بمثل ما أخذ من المأمور؛ لأن المأمور إنما يتبرع بالجودة على المشتري لا على البائع، وقام المشتري مقام المأمور في ذلك.

ولو لم يستحق العبد ولكنه مات قبل القبض، لا سبيل للمأمور على البائع ولكن يرجع على المشتري بما أدى إن كان المؤدى أردأ مما أمر به، وإن كان أجود يرجع بما أمر به، وشبهه محمد - رحمه الله - هذا في الكتاب برجل أجر داراً من رجل بمائة درهم ودفعها إليه، فلم يسكنها المستأجر حتى أمره رب الدار أن يعطي رجلاً [عشرة دراهم من أجره الدار]^(٢) على أن يكون قرضاً لرب الدار على القابض، فدفع إليه المستأجر عشرة دراهم، ثم انقضت الإجارة بموت أحدهما، لا سبيل للمستأجر على المستقرض؛ لأن رب الدار يصير كالمستعجل لهذا القدر من الأجرة، فعند انتقاض الإجارة يكون رجوعه على رب الدار لا على المستقرض، فبعد^(٣) ذلك ينظر: إن كان المستأجر أعطى القابض أردأ من أجره الدار، رجع على رب الدار بمثل ما أدى، وإن أعطاه أجود من أجره الدار، رجع على رب الدار بمثل ما أمر به، ويرجع الأجر على المستقرض بمثل ما قبض من المستأجر، فكذا فيما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) سقط في ح.

(٢) في أ: من أجره الدار عشرة دراهم.

(٣) في أ: فعند.

[تم الجزء المبارك الأخير من الذخيرة في يوم الاثنين المبارك الرابع عشر من شهر شعبان المكرم من شهور سنة ست وستين وتسعمائة .

رأيت بخط شيخ الإسلام جوى زاده أن كتاب الذخيرة البرهانية يتم بكتاب الكفالة في عامة النسخ، وقد يوجد في بعضها أربعة كتب: كتاب القضاء - المعنون في بعضها بكتاب المحاضر والسجلات - وكتاب الشهادات، وكتاب الإقرار، وكتاب المأذون. والباقي: كتاب الدعوى، وكتاب الجنائيات، وكتاب الديات، وكتاب المعامل، وكتاب إحياء الموات، وكتاب الوصايا، وكتاب الخنثى، وكتاب الفرائض .

ثمانية كتب ناقص، لم يف عمر المؤلف رحمه الله تعالى رحمة واسعة^(١).



(١) ثبت في أ: تم الجزء بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، آخره كتاب الكفالة ويليه كتاب الصيد.

الفهارس العامة

- فهرس الآيات
- فهرس الأحاديث
- المصادر والمراجع
- فهرس المحتويات العام

فهرس الآيات

سورة الفاتحة

الجزء والصفحة	الآية	رقم الآية
٥٦٠/١	الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ	٢
٥٩٩/١	﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾	٧

سورة البقرة

٤٩٢/١	يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا	١٠٤
٦٠٣/١	وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ	١٢٤
١٠٣/١	وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ	١٦٦
١٠٧، ١٠٦/١	فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ	١٨٥
٤٢٥/٨	الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ	١٨٠
١٢٠/٣	وَلَا تُبشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسْجِدِ	١٨٧
٢٣٦/٥	حَتَّىٰ يَتَّبِعَ لِكُلِّ الْأَخِيضِ	١٨٧
٣٠١/٦	فَإِن قَتَلْتُمُوهُمْ فَاقْتُلُوهُمْ	١٩١
٤٢١/٦	وَقَتِّلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ	١٩٣
٢٢٣/٧	وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ	١٩٥
١٥٣/٣	وَأْتَمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ	١٩٦
١٤٩/٣	الْحَجَّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ	١٩٧

١٧٥/٣	فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوفَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ^٥	١٩٧
٣٢٧/٤	وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلُقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ	٢٢٧
٤٥٩/٤	وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ شُهُورٍ ^٦	٢٢٨
٣٧٦/٤	فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ	٢٣١
٩٩/١٢ ، ٣٧٣/٤	وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ^٧	٢٣٣
٤٥٩/٤	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ^٨	٢٣٣
٣٠١/٤	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ	٢٣٤
٣٩١/٣	عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ	٢٣٦
٣٨٨/٣	فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ	٢٣٧
٥٨٩/١	الشَّيْطَانُ يَعِدُكُمُ الْفَقْرَ	٢٦٨
٣٥٣/١٤	وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ^٩	٢٨٢
٢٣٣/٧	حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى	٢٨٣
٦٢/٢	رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا	٢٨٦

سورة آل عمران

٦٢/٢	رَبَّنَا لَا تُغِثْ قُلُوبَنَا	٨
٦٠٥،٦٠٤/١	قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا سَعْتٌ وَلَهُمْ حُشْرٌ	١٢
٢٣٢/٧	وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَعْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ	١٣٣
٤٨٣/٢	فَنَادَتْهُ الْمَلَائِكَةُ وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّي فِي الْمِحْرَابِ	٣٩
٩٤/٢	وَمَن دَخَلَهُ كَانَ ءَامِنًا	٩٧
٣٥٤/٧	بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ	١٦٩
١١٢/٤	كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ	١٨٥
٢٣٣/٧	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَصْرًا وَصَابِرًا وَرَاطِبًا	٢٠٠

سورة النساء

١١٨/١	وَإِن خِفْتُمْ ءَلَا تُقْسِطُوا فِي الْيَمِينِ	٣
١٢٠/٦	فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي	٣
٢٦٢/١٣	فَإِن ءَاتَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا	٦
٤١٠/٦	وَوَرِثُهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ	١١
٩١/٦	وَأَلَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحِشَةُ مِن نِّسَائِكُمْ	١٥
٤١٥/٣	وَأَمَهَتْ نِسَائِكُمْ	٢٣
٤٢٠/٣	وَرَبِّبِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ	٢٣

١٢٠/٦	وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ	٢٤
٣٩٣/١٠	وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ	٢٣
٣٠٥/٥	إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ	٢٩
١٦٨/٧	يَتَأَيَّمُوا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الزُّكُورَ وَأَنْتُمْ سَكَرَى	٤٣
٧٣/١	فَإِنْ نَزَعْنَاهُ فِي شَيْءٍ	٥٩
٣٧٩/٦	أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ	٥٩
٦٠٧/١	اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ لِيَجْمَعَنَّكُمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ	٨٧
١٢٢/١	فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ	٩٢
٨/٧	فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهَا	٩٢
٩/٧	فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ	٩٢
١٦٣/٧	وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَقَ إِلَيْكُمْ الزُّكُورَ لَسْتُمْ مُّؤْمِنًا	٩٤
٣٠٢/٦	وَكَلَّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَ	٩٥
٥٠٩/٥	وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ	١٠٠

٧٢/١	وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا نَبَّيْنَ لَهُ الْهُدَىٰ	١١٥
٤٩٣/٣	وَإِنْ يَنْفَرَقَا يَعْنِ اللَّهُ كِلَا مِّن سَعَتِيهِ ^٤	١٣٠
١٦٤/٧	إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ءَامَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا	١٣٧
٥٩٢/١	أُولَٰئِكَ هُمُ الْكٰفِرُونَ حَقًّا	١٥١
٤١٠/٦	وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً	١٧٦

سورة المائدة

٣٣٦/٧	صَدْرَكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ	٢
٣٧١/٦ ٣٠/٧	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالنَّقْوَىٰ	٢
٢٨٣/٨	إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ	٣
٣٠٤/٥	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيَّةُ	٣
٥٢٢/٦	وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ	٥
٣٨٥/١	وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ^٤	٦
٦١٠/١	مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ	٣٢
١١٣/١	وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ	٣٨
٤٩٤/٦	أَعْرَفَ عَلَى الْكٰفِرِينَ	٥٤

٤٩٨/٦	وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ	٦٧
٣٨٢/٤	مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ	٨٩
٤٣٢/٨	وَجَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ	٢٥
٣٠٤/٥	أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ	٨٩
٦٣/٦	لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ	٨٩
٢٠٨/١٣	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ	٩٠
٤٧٤/٢	لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا	٩٣
٣٥٢/٤	وَمَنْ قَلَّ مِنْكُمْ مِثْمَعِدًا	٩٥

سورة الأنعام

٤٣٢/٨	وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَمِعُ إِلَيْكَ	٢٥
٤٣٢/٨	وَجَعَلْنَا عَلَى قُلُوبِهِمْ أَكِنَّةً أَنْ يَفْقَهُوهُ	٢٥
٣٠٠/٦	وَأَعْرَضَ عَنِ الْمُشْرِكِينَ	١٠٦
٢٢٦/١٣	إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ	١١٩
٣٠٤/٥	أَوْ مَنْ كَانَ مِثْنًا	١٢٢
١٨١/٧		
١٣٥/٤	يَمَعْتَنَ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِنْكُمْ	١٣٠
٢١٩/٥	قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا	١٤٥
٣٠٥/٥	أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا	١٤٥

سورة الأعراف

٥٩/٢	فَاسْتَمِعُوا	٢٠٤
٤١٠/٦	كَمَا أَخْرَجَ أَبُوَيْكُمْ	٢٧
٢٨٦/٧	قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ	٣٢
١٢٨/٧	وَأَلْبَقَيْتُ الصَّلْحِدَ	٣٤

سورة الأنفال

٤٣٧/٦	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ	١
٥٩٢/١	أُولَئِكَ هُمُ الْمُؤْمِنُونَ	٤
٤٤١/٦	وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ	٤١
١٠٧/٧	وَتَذَهَبَ رِيحًا	٤٦
٤١٥/٦	وَأِمَّا تَخَافُ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ	٥٨
٣١٦/٦	إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَاعِدُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ	٦٥
٣١٦/٦	أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ عَنَّا وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا	٦٦
٤٤٠/٦	يَأْتِيهَا النَّارُ حَرِيصًا الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ	٦٥

٤٣٠/٦	مَا كَانَتْ لِيَنِّي أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثَخِّنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا	٦٧
١١٣/١	أَنَّ اللَّهَ يَكُلُّ شَيْءٍ عَلِيمٌ	٧٥
٤٤٨/٢	وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ	٧٥

سورة التوبة

٤٦٥/٢	وَأَذَانٌ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى النَّاسِ	٣
٣٠٠/٦ ٥/٦	فَأَقْبَلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ	٥
٣٥٠/٦	فَإِذَا أُنْسِلِحَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَأَقْبَلُوا الْمُشْرِكِينَ	٥
٣٣٩/٧	وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ	٥
٢٣٦/٥ ٣٩٧/٦ ٣٣٨/٧	وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجْرُهُ	٦
٣٣٢/٦	فَقَبِلُوا آيَةَ الْكُفْرِ	١٢
٥٠٥/٦	إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا	٢٨
٥١٢، ٥١٠/٦ ٣٣٧، ٣٣٥/٧	وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ	٢٨
٣٠٠/٦	قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ	٢٩

٣٣٩/٦ ٢٩/٧	حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ	٢٩
٢٩/٧	وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ	٢٩
٣٣٥/٦ ٣٧٩/٧	وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً	٣٦
٦٠٢/١	عَفَا اللَّهُ عَنْكَ لِمَ أَذِنَتْ	٤٣
٤٥/١٢ ، ٤٠٩/٤	وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُمْ عُدَّةً	٤٦

٣٠٠/٦	الَّذِينَ يَلْمِزُونَ الْمُطَّوِّعِينَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فِي الصَّدَقَاتِ	٧٩
٤٢٩/٥	إِن تَسْتَغْفِرَ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً	٨٠
٤٤٢/٢	إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ	١١١
١٩٠/٧	وَلَا يَطْفُونَ مَوْطِنًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوِّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِ عَمَلٌ	١٢٠
٤/١	فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ	١٢٢
٤٩٤/٦	وَلِيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً	١٢٣

سورة يونس

٧٤ / ٧	رَبَّنَا أَطْمِسْ عَلَيَّ أَمْوَالَهُمْ وَاشْدُدْ عَلَيَّ قُلُوبَهُمْ فَلَا يُؤْمِنُوا	٨٨
--------	---	----

سورة هود

٩٤ / ٢	يَبْنِيَّ أَرْكَبَ مَعَنَا	٤٢
١٨٩ / ٥	وَأُولَا رَهْطِكَ لِرَجْمِكَ	٩١

سورة يوسف

٦٠٤ / ١	بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ	١٨
٢٠٥ / ٩	وَشَرَّوهُ بِشَمَنِ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ	٢٠
٤٠٩ / ٤	إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ	٢٦
٢٢٩ / ٤	فَلَمَّا رَأَيْنَهُ أَكْبَرْنَهُ وَقَطَّعْنَ أَيْدِيَهُنَّ	٣١
٦٠٠ / ١	إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ	٥٣

٢٢٣ / ١	وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ	٧٦
٢١٧ / ١٥	وَسَّالِ الْقَرْيَةَ	٨٢

سورة الرعد

١١٢ / ٤	اللَّهُ خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ	١٦
٦٠٥ / ١	بَلِ لِلَّهِ الْأَمْرُ جَمِيعًا	٣١

سورة الحجر

٣١/١١ ، ٥٦/٥	فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةَ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ	٣٠
٤٥١/١٣ ، ٢٢١/٤	إِلَّا ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ	٥٩
٣٠٠/٦	فَاصْفَحَ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ	٨٥

سورة النحل

٢١/٢	أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ	١
٣/١	وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَنْفَكُرُونَ	٤٤
٤٨/١٥	وَإِذَا بَشَّرَ أَحَدَهُم بِالْأُنثَىٰ	٥٨
١٤٦/٧	إِلَّا مَن أُوْكَرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ	١٠٦

٣/١	وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ بَيِّنَاتٍ لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهَدَىٰ وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِّلْمُسْلِمِينَ	٨٩
٤٩١/١	فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ	٩٨
٢٣٤/١٣	إِلَّا مَن أُوْكَرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ	١٠٦
٣٠٠/٦	ادْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ	١٢٥

سورة الإسراء

٣/١	إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَفْوَمٌ	٩
٣٣٥/٦ ١٢١/١ ٣٧٩/٧	فَلَا تَقُلْ لَّهُمَا أُمَّي وَلَا تَنْهَرُهُمَا	٢٣
٣٠٢/٥	وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ	٣٢
٩٣/١	كُلُّ ذَلِكُمْ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا	٣٨

سورة الكهف

٦١٠/١	وَهُمْ يَحْسِبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ	١٤
١٠٧/٧	وَالْبَقِيَّةُ الصَّالِحَاتُ	٤٦
١٠٦/٧	وَحَشَرْنَاهُمْ فَلَمْ نُغَادِرْ مِنْهُمْ أَحَدًا	٤٧
٥٢١/٦	فَمَا اسْطَلَعُوا أَن يَظْهَرُوهُ	٩٧
١٣٥/٤	نَسِيًا حُوتَهُمَا	٦١
١٠٣/١	إِنَّا مَكَّنَّا لَهُمْ فِي الْأَرْضِ وَءَانَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا	٨٤
١٠٦/٧	فَجَمَعْنَاهُمْ جَمَاعًا	٩٩

سورة مريم

١٢٥/٥	وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوْلَىٰ مِنْ وَرَائِي	٥
٩٤/٢	يَلِيحِي خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ	١٢

سورة طه

٩٤ / ٢	وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَمْوَسَىٰ	١٧
٦٠٤ / ١	وَلَقَدْ مَنَّا عَلَيْكَ مَرَّةً أُخْرَىٰ	٣٧
٥١٠ / ٥	أَذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ	٤٣
٦٠٢ / ١	وَعَصَىٰ آدَمُ رَبَّهُ	١٢١

سورة الأنبياء

٢٢٦ / ٤	أُولَٰئِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ كَانُوا رَتْقًا	٣٠
٨٢ / ٧	رَبِّ أَحْكُم بِالْحَقِّ	١١٢
٩٥ / ١	وَحَرَّمٌ عَلَىٰ قَرِيْبَةٍ أَهْلَكْنَاهَا أَنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ	٩٥

سورة الحج

٢٤٣ / ٧	سَوَاءٌ الْعَنَكُفِ فِيهِ وَالْبَادِ	٢٥
٩١ / ١	فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبَهَا	٣٦
١٠٢ / ١	فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَىٰ السَّمَاءِ ثُمَّ لِيَقْطَعْ	١٥
٣٧٢ / ٦	وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ	٧٨

سورة المؤمنون

٨٤ / ٢	قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ	١
٤٠٩	فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ	١٤

سورة النور

٨٨ / ١	سُورَةٌ أَنْزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا	١
٣٣٤ / ٤	وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ	٦
٢٨٣ / ٧	قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ	٣٠
٢٨٣ / ٧	أَوْ التَّبَعِينَ غَيْرِ أُولِي الْأَرْبَةِ	٣١
٢١٩ / ٥	وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ	٣١
٤٩٣ / ٣	إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ	٣٢

سورة الفرقان

٣٠٨ / ٢	وَقَالَ الرَّسُولُ يَا رَبِّ إِنَّ قَوْمِي اتَّخَذُوا هَذَا الْقُرْآنَ مَهْجُورًا	٣٠
٤ / ٦	أَلَمْ تَرَ إِلَىٰ إِبْرَاهِيمَ كَيْفَ مَدَّ الظِّلَّ	٤٥
٣٠٨ / ٢	وَزَادَهُمْ نُفُورًا	٦٠

سورة القصص

٩٥ / ١	وَحَرَمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ	١٢
--------	---	----

سورة العنكبوت

٤٦١ / ٢	وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَسَنًا	٨
٢٣٢ / ٧	وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ	٤٥
١٠٦ / ٧	إِلَى الصَّلَاةِ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ	٤٥

سورة لقمان

٣٥٣/٧	وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهَوَ الْحَدِيثِ	٦
٤٦١/٢	وَإِن جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَن تُشْرِكَ بِي	١٥
٣٣٦/٦	وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ^ط	١٥
٤٤٠/٤	وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ ^ط	٣٤

سورة السجدة

٢٥٥/٢	نَسْجَاتٍ جُؤْثِرُهُمْ	١٦
-------	------------------------	----

سورة الأحزاب

٣١١/٥	يَنْسَاءَ النَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ	٣٠
٦٠٠/١	مَّا لَعُونِي ^ط أَيِنَّمَا تُفْقَهُوا أُخِذُوا وَقُتِلُوا	٦١

سورة سبأ

٣٩٦/٦	لَا يَعْزُبُ عَنْهُ مِثْقَالُ ذَرَّةٍ	٣
٩٣/٧	فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجُنُّ أَن لَّو كَانُوا يَعْلَمُونَ الْغَيْبَ	١٤

سورة فاطر

٦٠٣/١	إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ ^ع	٢٨
-------	---	----

سورة الصفات

٣٤٠/٦	إِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ يَسْتَكْبِرُونَ	٣٥
٦١٠/١	لَوْ أَنَّ عِنْدَنَا ذِكْرًا مِنَ الْأَوَّلِينَ	١٦٨

سورة ص

٣٤٠/٦	أَجْعَلِ الْأَلْهَةَ إِلَهًا وَحِدًا إِنَّا هَذَا لَشَيْءٌ عَجَابٌ	٥
-------	---	---

سورة غافر

١٠٤/١	لَعَلِّي آتِيُغِ الْأَسْبَابَ	٣٦
-------	-------------------------------	----

سورة فصلت

٢٥٩/٢	لَا تَسْمَعُوا هَذَا الْقُرْآنَ وَالْغَوْا فِيهِ لَعَلَّكُمْ تَعْلَمُونَ	٢٦
٥٩٤/١	تَنْزِيلُ عَلَيْهِمُ الْمَلَائِكَةَ إِلَّا تَخَافُوا وَلَا تَحْزَنُوا	٣٠

سورة الشورى

٤٠/٧	وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا	٤٠
------	---	----

سورة الزخرف

٥٨٤/١	إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْءَانًا عَرَبِيًّا	٣
٣٤٠/٦	وَلَيْن سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولَنَّ اللَّهُ	٨٧

سورة الدخان

الجزء والصفحة	الآية	رقم الآية
٥٨٩/١	طَعَامُ الْأَثِيمِ	٤٤
٣٥٤/١٤	إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ	٨٦

سورة الأحقاف

٤٨٦/٤	وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا	١٥
١٢٣/١	عَارِضٌ مُّطْرِنًا	٢٤
٥٦/٥	تُدْمِرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا	٢٥

سورة محمد

١٢٥/٥	وَأَنَّ الْكٰفِرِينَ لَا مَوْلٰى لَهُمْ	١١
-------	---	----

سورة الفتح

١٦/٦ ٤٨/٧	فَقَنَّبِلُونَهُمْ أَوْ يُسَلِّمُونَ	١٦
٥٠٩/٦	هُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ	٢٥

سورة الحجرات

٦٠٢/١	لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ	٢
١٥/٧	فَإِنْ بَغْتُمْ عَلَيْهِمَا عَلَى الْآخَرَى فَقَنَّبِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ	٩

سورة النجم

١٣٨/٣	وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى	٣٩
-------	---	----

سورة الرحمن

١١٢/٤	كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ	٢٦
-------	----------------------------	----

سورة الواقعة

٥٩٣/١	إِذَا وَقَعَتِ الْوَاقِعَةُ	١
-------	-----------------------------	---

سورة المجادلة

٣/١	يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ	١١
-----	---	----

سورة الحشر

١٩٠/٧	مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِيَنَةٍ أَوْ نَضُوبٍ أَوْ رِكَابُوهَا فَأَيْمَةٌ عَلَى أَصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ	٥
١١٩/١	لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ	٨
٦٠٢/١	هُوَ اللَّهُ الْخَلِيقُ الْبَارِئُ الْمُصَوِّرُ	٢٤

سورة الممتحنة

٥١٣/٦	لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْفُوتَ إِلَيْهِمْ بِالْمُودَةِ	١
٣٦٠/٨	أَنْ تَبْرُوهُمْ	٨
٥٠٨/٤	إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الَّذِينَ	٩

٤٨٩/٦	لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقِنُّوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ تَبْرُوهُمْ	٨
٢٩٩/٤	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ	١٠

سورة الصف

٥٢١/٦	فَأَصْحَابُ ظَهْرَيْنَ	١٤
-------	------------------------	----

سورة الجمعة

٣٤١/٦	هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمَمِينَ رَسُولًا مِّنْهُمْ	٢
-------	--	---

سورة المنافقون

٥١٢/٦	وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ	٨
-------	--	---

سورة الطلاق

٣٢٣/٤	وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ	١
٣٥٣/١٤	وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ	٢
٢٩٧/٤	وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ	٤
٣٥٤/٤	أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْهِكُمْ	٦
٩٧/١٢	فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَوَأْتُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ	٦
٣٨٠/٤	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ	٧

سورة التحريم

٦٠٦/١	كَانَتَا تَحْتَ عَبْدَيْنِ	١٠
-------	----------------------------	----

سورة نوح

٣٠٢/٥	جَعَلُوا أَصْبَعَهُمْ فِي آذَانِهِمْ	٧
-------	--------------------------------------	---

سورة الجن

٢٦٠/١٠	وَأَنَّ الْمَسْجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا	١٨
--------	---	----

سورة المزمل

٣٠٩/٢	فَاقْرَءُوا مَا يَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ	٢٠
-------	---	----

سورة المدثر

٥٥٩/١	فَقِيلَ كَيْفَ قَدَر	١٩
-------	----------------------	----

سورة القيامة

١٠٦/٧	وَأَلْفَيْتِ السَّاقِ بِالسَّاقِ	٢٩
-------	----------------------------------	----

سورة الإنسان

٢٢٠/٥	وَلَا تُطِيعُ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا	٢٤
-------	---	----

سورة النبأ

١٠٦/٧	فَكَانَتْ سَرَابًا	٢٠
١٠٦/٧	وَكَأْسًا دِهَاقًا	٣٤

سورة المطففين

١٠٦/٧	وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ	٣
١٤١/٦	كَلَّا إِنَّ كِتَابَ الْفَجَارِ لَفِي سِجِّينَ	٧
١٠٦/٧	كَلَّا بَلْ رَانَ	١٤

سورة الانشقاق

٢٣١/٢	إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ	١
٣٠١/٢	وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لَا يَسْجُدُونَ	٢١

سورة الأعلى

٥٦٩/١	سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى	١
-------	----------------------------------	---

سورة الغاشية

٥٨٦/١	وَرَزَّازِي	١٦
-------	-------------	----

سورة البلد

٥٩٢/١	لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي كَبَدٍ	٤
-------	--	---

سورة الليل

٦٠٩/١	وَمَا خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى	٣
-------	------------------------------------	---

سورة التين

٥٩٢/١	وَاللَّيْنِ وَالزَّيْتُونِ ﴿١﴾ وَطُورِ سِينِينَ ﴿٢﴾ وَهَذَا الْبَلَدِ الْأَمِينِ	٣- ١
-------	--	------

سورة البينة

٦٠٣/١	إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَٰئِكَ هُم حَيْرُ الْبَرِيَّةِ	٧
-------	--	---

سورة قريش

٥٨٦/١	رِحْلَةَ الْشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ	٢
-------	----------------------------------	---

سورة الكوثر

٥٩٩/١	إِنَّا ءَعْطَيْنَكَ الْكَوْثَرَ	١
-------	---------------------------------	---

سورة الكافرون

١٦٨/٧	قُلْ يَتَّيِبُهُا الْكٰفِرُونَ	١
-------	--------------------------------	---

سورة النصر

٥٩٩/١	إِذَا جَاءَ نَصْرُ اللَّهِ	١
-------	----------------------------	---

سورة الإخلاص

٤٩٣/١	قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ	١
٦١٢/١	لَمْ يَكُنْ لَكَ يَوْمَئِذٍ نَصِيرٌ	٣

سورة الناس

٥٦٦/١	قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ	١
-------	-------------------------------	---

فهرس الأحاديث

الجزء والصفحة	الحديث
١٦٧/٩	الأب أحق بمال ولده إذا احتاج إليه بالمعروف
٤٩٦/٤	ابدأ بنفسك ثم بمن تعول
١٨١/٢	الاثنان فما فوقهما جماعة
٢٧٠/٨	أحلت لنا ميتتان
١٨٤/٢	أخروهن من حيث أخرهن الله
١٠٧،١٠٦/٣	أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير
٥٧٦/١	إذا أتى أحدكم المسجد فليقلب نعليه
٤٨/١٠	إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
٣٠٠/٨	إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل
١٠٢/٢	إذا استطعمك الإمام فأطعمه
٤٥٥،٤٥٤/١	إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الإناء
٣/٦	إذا أقبل الليل من هاهنا وأدبر النهار من هاهنا فقد أفطر الصائم
٢٤٩/١	إذا بلغ الماء قلتين
١٢٧/٢	إذا رفع الإمام رأسه من السجدة الأخيرة
٨٥/٢	إذا صلى أحدكم فليسكن أطرافه
١٩٩/٢	إذا صلى أحدكم وبين يديه مؤخرة الرحل
٣٥٤/١٤	إذا علمت مثل الشمس فاشهد

الجزء والصفحة	الحديث
١٢٩/٢	إذا قلت هذا، أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك
٥٤٨/١	إذا كبر فكبروا
٤٦٣/٦	إذا لقوكم عدوكم، فادعوهم إلى شهادة ألا إله إلا الله
٣٠٧/٦	إذا لقيتم عدوكم، فادعوهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله
٤٦٥/٢	إذا مات منكم ميت فأذنوني فإن صلاتي عليكم دعاء ورحمة
٤٧٠/١	إذا وجدت المني على الثوب، فإن كان رطبا فاغسله
٣٢٠/٦	اذهب فأضحكهما كما أبكيتهما
٤٦١/٢	اذهب فغسله وكفنه وواره ولا تحدث حدثا حتى تلقاني
٣٣٤/٦	أردفت امرأة خلفي فأرادت قتلي فقتلتها، فأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فأمر بها فدفت
٣٧٩/٦	اسمعوا وأطيعوا لو أمر عليكم عبد حبشي أجده
٣٨٨/١٤	الإشراك بالله تعالى، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين
١٢٧/٦	اصنعوا لماعز كما تصنعون لموتاكم
٤٠/٥	أعتقها ولدها
٤٥٩/٢	أعمقوا وأوسعوا وادفنوا الاثنيين والثلاثة في قبر واحد
٤٤٩/١	اغسله ولا يضره أثره
٩٩/٢	أف أف، ألم تعدني ألا تعذبهم وأنا فيهم!؟

الجزء والصفحة	الحديث
١٢٤ / ٩	أفضل الأيام عند الله تعالى يوم النحر
٥٥٩ / ١	اقرأ بما معك من القرآن
٣٢٨ / ٦	إلا الدين فإنه مأخوذ به
٣٨٦ / ١٠	ألا لا توطأ الحبالى من الفيء حتى تضعن حملهن
٣٢٠ / ٦	الزم أمك فإن الجنة عند رجل أمك
١٩٠ / ٧	أليس أن الله تعالى وعدك خير؟
١٠٠ / ٢	أما علمت أن من نفخ في صلاته فقد تكلم
٣٩٥ / ٧	أما معاوية فصعلوك لا مال له
٣٣١ / ٧	أما والله لو شهدتك ما زرتك
٤٥٠ / ٢	أمر بتقديم الأسن
٤٠ / ٢	أمرت أن أسجد على سبعة أعظم
٣٣٩ / ٦ ٤٨٠ / ٩	أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله
٤٦٥ / ٢	أميران وليس بأميرين ولي الميت قبل الدفن والمرأة
٤٠٤ / ٧	أن اثني عشر ألفا لا يغلبون عن قلة
٤٨٦ / ٤	إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه
٣٩٤ / ٩	إن الله إذا حرم شرب شيء حرم بيعه

الجزء والصفحة	الحديث
٢٨٦/٧	إن الله تعالى إذا أنعم على عبد يجب أن يرى آثار نعمته عليه
٨٦/٨	إن الله تعالى عفا عن أمتي ما تحدث به أنفسهم
٣٦١/٧	أن الله تعالى لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم
٤٩١/٦	إن الله تعالى نهاني أن أقبل زبد المشركين
٥٠٢/١	إن المسجد لينزوي من النخامة
٣٣٣/٦	أن النبي ﷺ أمر بقتل بنانة
٤٥٩/٢	أن النبي ﷺ أمر في شهداء أحد بدفن الاثنين والثلاثة
٣٧٩/٢	أن النبي ﷺ خطب على ناقته العضباء
١٩٦/٢	أن النبي ﷺ صلى إلى العنزة بالبطحاء
١٤٢/٦	أن النبي ﷺ عزز رجلا قال لغيره: يا مخنث
١٢/٦	أن النبي ﷺ قبل بين عيني عثمان بن مظعون بعدما مات
٩٠/٥	أن النبي ﷺ قبل هدية سلمان حال كونه مكاتبا
٢٠٤/٢	أن النبي ﷺ قضى ركعتي الفجر غداة ليلة التعريس بعد طلوع الشمس
٣٧٩/٢	أن النبي ﷺ كان متكئا على عنزته وهو قائم
٤٤١/٨	أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته
٤١٩/٢	أن النبي ﷺ كان يصلي التطوع على دابته

الجزء والصفحة	الحديث
٤٥٤ / ٢	أن النبي ﷺ كان يمشي خلف جنازة سعد بن معاذ
١٣ / ٦	أن النبي ﷺ لما توفي ومضى إلى الجنة قبله أبو بكر
٧٨ / ٢	أن النبي ﷺ نهى عن السدل
٥٦٨ / ١	أن النبي ﷺ كان يطول الركعة الأولى في كل صلاة
٣٥٠ / ٧	أن أموت على فراشي
٨١ / ٢	أن تمسح جبهتك قبل أن تفرغ من صلاتك
٣٦ / ٥	أن رسول الله ﷺ جعل المدبر من الثلث
٤٥٢ / ٢	أن رسول الله ﷺ صلى على كل عشرة صلاة واحدة
٣٣٠ / ٦	أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة وهو ابن مائة وعشرين سنة
٢٠٥ / ٢	أن رسول الله ﷺ كان إذا فاتته الأربع قبل الظهر قضاها بعد الظهر
٣٠٦ / ٦	أن رسول الله ﷺ كان لا يقاتل المشركين حتى يدعوهم إلى الإسلام
١٨٥ / ٦	أن رسول الله ﷺ كان لا يقطع في الشيء التافه والبقول
٤٧٨ / ٥	أن رسول الله مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا؟
٤٣٧ / ٢	إن صاحبكم تغسله الملائكة
٩٢ ، ٩١ / ٢	إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس
٣٨٢ / ٨	إن قتل زيد، فجعفر أميركم
٤١٠ / ٢	إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأومئ برأسك
٣٠١ / ١	أن ينضح فرجه بالماء

الجزء والصفحة	الحديث
٤١٩/٦	أنا بريء من كل مسلم مع مشرك
١٠٩/١١	إننا كذلك نزن
٤٨٧/٤ ، ٦ ٢٣١ ، ٢٠٤	أنت ومالك لأبيك
٤٠١/٦	انصر أخاك ظالما أو مظلوما
١٨٢/٩	أنه أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر
٢٩٤/١ ، ٢٩٩	أنه أدخل إصبعه في أنفه وأوعبه
٤١٩/٢	أنه ﷺ صلى الوتر على دابته
٣٦٧/١	أنه ﷺ مسح على الموقين
٤٦/٢	أنه كان يشير
٤٢١/٧	أنه مر بحائط مائل فأسرع في المشي
٨٨/٢	أنه نهى أن ييزق الرجل في وجه القبلة
٣٣٦/٦	إنه ينال منك ، وأنا أستحي
٣٥٦/٤	أوصيكم بالنساء خيرا
٢٨٨/٧	إياكم والحمره فإنها زي الشيطان
٣٩/٥	أيما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر
٣٨٢/٧	أيما امرأة وضعت جلبابها في غير بيت زوجها فعليها لعنة الله

الجزء والصفحة	الحديث
٣٩/٦	أينما أدركتني الصلاة تيممت وصليت
٨٢/٢	بت في بيت خالتي ميمونة، فقامت أصلي مع النبي ﷺ
٤٥٨/٢	بسم الله وعلى ملة رسول الله
١٠٠/٧	بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة
٣٥٩/٧	تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء
١١٩/٢	تراصوا في الصفوف
٢٥٣/٧	تسابق رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر
٤٨٩/١	التسيح للرجال، والتصفيق للنساء
٣٦٤/٧	تستأمر الحرة في العزل، ولا تستأمر الأمة
٣٥٦/١	التيتم ضربتان ضربة للوجه، وضربه لليدين
٤٦٩/٢	ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيها
٣٤٣/٦	جاءكم أخوكم جبريل ليعلمكم معالم دينكم
٥٧/١١	جيدها ورديتها سواء
١٣٧/٣	حجي عن أبيك
٢٠٥/١٣	حرمت الخمرة بعينها والمسكر من كل شراب
٣٤١/٦	الحمد لله الذي أعتق بي نسمة من النار
٤٨٨/٩	الحنطة بالحنطة مثل بمثل والفضل ربا

الجزء والصفحة	الحديث
٣٩٦/٩	الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل كيلا بكيل
٣٥٧/٤، ٣٧٩، ٣٨٩، ١٠٠/١٢	خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك
٤٧٢/١١	الخراج بالضمان
٣٧٧/٧	خرج رسول الله ﷺ وعليه حلة حمراء
٢١٦/١٣	الخمر من هاتين وأشار إلى النخلة والكرم
٢٣٣/٢	خير الدعاء الخفي، وخير الرزق ما يكفي
٤٩٤/١	خير الناس الحال المرتحل
٢٣٨/٢	خير صلاة الرجل في المنزل إلا المكتوبة
٤٦٢/١٠	خيركم أحسنكم قضاء للدين
٢٧٢/٢	دع ما يريبك إلى ما لا يريبك
٣٥١/٧	دعهما فإن هذا اليوم يوم عيد
٨٨/١٣	دفع لأهل خيبر معاملة بالنصف
١٤٩/٣	ذات عرق؛ لأهل العراق، وذو الحليفة؛ لأهل المدينة
١٩٦/٢، ٣٧٧/٧	رأيت النبي بالبطحاء في قبة حمراء من آدم

الجزء والصفحة	الحديث
٤١٧/٢	رأيت النبي ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر
٤٧٧/٢	رحم الله امرءا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها
٤٠٠/١٠، ٥١٦	رخص في السلم
٥٢٨/٦، ٥٣٣	سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
٣٤٠/١	صبي على رأسك ثلاث صببات
٣٣١/٢	صل ركعتين حتى ترجع إلى أهلك
٣١٩/٦	الصلاة لوقتها، ثم بر الوالدين
٤٥٥/١١	صلى بنا إحدى صلاتي العشي
٢٧/٢	صليت خلف رسول الله ﷺ
١٠٧/١، ٤/٦	صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته
٢٠٨/٦، ٢٥٢/٨	الصيد لمن أخذ
١٣٨/٣	ضحى بكبشين أملحين موجهين
٣٤٨/٨	ضحى عام الحديبية بمائة بدنة
٣١٧/٧	طلب الكسب فريضة على كل مسلم

الجزء والصفحة	الحديث
٣٢٧/٤	عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر
١٧/٨	على اليد ما أخذت حتى ترد
٣٢٥/٧	عليكم بالبز، فإن أباكم إبراهيم كان بزازا
٣٨٠/٦	عليكم بالسمع والطاعة لكل من يؤمر عليكم
٤٧٢/١١	الغنم بإزاء الغرم
٤٩٣/١	فاقرأ القرآن في كل أربعين
٥١٨/٦	فإن لم تجدوا منها بدا، فاغسلوها
٣٢، ٦/١١، ٦٨، ٥٩	الفضة بالفضة وزن بوزن
١١/٢	فقضاهن بعد هوي من الليل
٣٦٣/٧	فمن شاء أتم الحرث، ومن شاء لم يتم
١٧١/١٠	فهو بالخيار إذا رآه
٢٥٩/٦	قاتل دون مالك
٣٤٢/٧	قبل هدية المشرك
٩٠/٥	قبل هدية بريرة وهي مكاتبه
٤٥٩/٢	قدموا أكثرهم قرآنا
٥٦٩/١	قرأ في صلاة الجمعة في الركعة الأولى بفاتحة الكتاب

الجزء والصفحة	الحديث
٥٧٢/١	قضى الوتر والفجر ضحى ليلة التعريس
٣٩/٥	قضى بعثت أمهات الأولاد وألا يبعن
٤٣/٢	قولوا: اللهم، صل على محمد وعلى آل محمد
٤١٧/٢	كان النبي ﷺ يصلي في السفر على راحلته
٢٣٢/٧	كان أولنا فصولا، وآخرنا قفولا
٨٤/٢	كان رسول الله إذا صلى رفع بصره إلى السماء فنزلت
٩٠/٥	كان يركب الحمار ويحيب دعوة المملوك
٣٤٨/٨	كان يضحى كل سنة بشاتين
٣٧٢/٦	كان يعطي الغازي فرس القاعد
٢٠٢/٢	كان يفعلها تارة، ويترك أخرى
١١٢/٣	كانوا يعتكفون في العشر الأواخر من شهر رمضان
٢٥/٢	كفوا أيديكم في الصلاة
٢٢١/١٣	كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه
٢٠٦/١٣	كل مسكر حرام
٤٨٧/٤، ٤٩٠	كلوا من كسب أولادكم
٢١٨/٩	كنا نبيع الإبل بالبيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير... فكان يجوز رسول الله ﷺ

الجزء والصفحة	الحديث
٣٣٣/٧	كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها
١١١/٣	لا اعتكاف إلا بالصوم
٤٩١/٦	لا أقبل هدية مشرك
٢١٩/٦	لا أقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم
٣٢٦، ٣٢٥/٩ ، ٣٢٧ ٥٠/١١	لا بأس أن تأخذها بسعر يومها
٨/٢	لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر
٥١٠/١٠ ، ٥١١ ٥٣/١١	لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك
٥٢٧/٢ ٥٣٤	لا تحل الصدقة لغني
٤١٩/٦	لا تستضيئوا بنار المشركين
٤٣١/٦	لا تفادوا به وإن أعطيتهم به مدين من ذهب
٣٨٩/٩	لا تنتفعوا من الميتة بشيء
٣٨٧/٧	لا حسد إلا في اثنتين
٤٥٤/٦ ٤٦٤	لا خصاء في الإسلام، ولا كنيسة

الجزء والصفحة	الحديث
٤٥٤ / ٦	لا رهبانية في الإسلام
٢٥١ / ٧ ، ٢٥٤ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠	لا سبق إلا في خف أو نصل
٣٧٩ / ٦	لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق
١٧٨ / ٦	لا قطع في أقل من عشرة
١٨٥ / ٦	لا قطع في الثمار
٢٠٨ / ٦	لا قطع في الطير
١٨٣ / ٦	لا قطع في ثمر
١٩٠ ، ١٨٥ / ٦ ، ٢١٨ ، ١٩١	لا قطع في حريسة الجبل ، وما آواه الجرين ففيه القطع
٤٠٨ / ٧	لا يؤم الرجل الرجل في بيته
٤٧٧ / ٦ ، ٥٠٩	لا يجتمع في جزيرة العرب دينان
٣٩٣ / ١٠	لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين
٣٩٣ / ٧	لا يستام الرجل على سوم أخيه
٤٨٣ / ٢	لا يصلي بعد صلاة مثلها
/ ١١ ٢٧٥ ، ٢٧١	لا يغلق الرهن

الجزء والصفحة	الحديث
٢٧٤/١	لا يغمس يده في الإناء
٣٥٠/٦	لا يقبل من مشركي العرب إلا السيف أو الإسلام
١٨٦/٢	لا يقطع الصلاة مرور شيء وادراء ما استطعتم
٤٠٧/٤	لصاحب الحق يد ولسان
٣٣٢/٧	لعن الله زوارات القبور
١٠٥/٦	لقد تاب توبة لو قسمت بين أمة لوسعتهم
٤٦٩/٨	لك أجران أجر الصدقة، وأجر الصلة
٢٥٨/٢	لكل سهو سجدة بعد السلام
٢٣١/٢	اللهم إنا نستعينك ويقرأ بعده اللهم اهدنا فيمن هديت
٩٦/٢	اللهم إني ظلمت نفسي ظلما كثيرا
٤٠٠/٧	لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد
١٩٢/٢	لو علم المرء بين يدي المصلي ما عليه من الوزر لوقف أربعين
٤٦٢/٢	لوا أخاكم
١٥٦/٧	ليس بمؤمن من بات شبعا، وجاره طاوي
٣٠٨/٢	ليس شيء من القرآن بمهجور
٥٠٧/٦ ٥٠٨ ٣٣٦/٧	ليس على الأرض من نجاستهم شيء

الجزء والصفحة	الحديث
٥١/٧ ١٧٢/١٣	ليس للمرأة إلا ما طابت به نفس إمامه
١٢١/٥	ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن
١٦٩/٢	ليس مع الإمام من كان بينه وبين الإمام شهر
٤٥٣/٢	ليليني منكم أولو الأحلام والنهى
١٥٦/٧	المؤمن من اجتمع عنده كذا وكذا خصلة
١٥٥/٧	المؤمن من أمن الناس من شره
١٥٥/٧	المؤمن من أمن جاره بوائقه
٢٦٩/٨	ما أبين من الحي، فهو ميتة
٤٩٥/١ ٣٨٠/٢ ٤٠١/١٠ ٣٥٨/١٤	ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
٣٠٦/٦	ما قاتل رسول الله ﷺ قوما حتى يدعوهم إلى الإسلام
٥٥٨/١ ٢٠/٢	ما لي أراكم سامدين؟
٣٣٩/٤	المتلاعنان لا يجتمعان أبدا
٤٨٧/١٣	المدبر لا يباع ولا يوهب، وهو حر من ثلث المال
٣٩/٢	مكن جبهتك من الأرض

الجزء والصفحة	الحديث
٩٣/٧	من أتى كاهنا وصدقه فيما يقول
٣٣٠/١	من احتلم ولم ير بللا فلا شيء عليه
١٧١/١٣	من أحيا أرضا ميتة فهي له
٢٦١/٧	من أدخل فرسا بين فرسين فإن كان يأمن أن يسبق فلا خير فيه
٢٤٨/٧	من أدخل في الدين ما ليس منه فهو مكروه
٣٢٢/٩	من باع عبدا وله مال فماله للبائع
٣١٠/٩	من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع
١٥٥/٦	من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
٤٦٦/٧	من ترك دابة بمهلكة
٥١٢/٦	من تشبه بقوم، فهو منهم
١٤٠/٧	
٤٠٥/٦	من دخل دار أبي سفيان فهو آمن
٣/١	من سلك طريقا يلتمس فيه علما
٤٦٨/٧	من شاء اقتطع شيئا
٢١٨/١٣	من شرب الخمر فاجلدوه
٢٧٣/٢	من شك في صلاته فليأخذ بالأقل
٢٧٢/٢	من شك في صلاته فليتحجر الصواب
٢٧١/٢	من شك في صلاته ولم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليستقبل

الجزء والصفحة	الحديث
٢٠٠/٢	من صلى إلى سترة فليدن منها
٣٤٧/٦	من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا
١٢/١٠	من غشنا فليس منا
٣٥٤/٢	من قاء في صلاته، أو رعف، أو أمذى؛ فليصرف وليتوضأ
١٥/٢	من قال مثل ما قاله المؤذن فله من الأجر كذا
٤٣٨/٦	من قتل قتيلا فله سلبه
٤٧٧/٦	من قدم منكم لحاجته، فله ثلاثة أيام
١٧٩/٢	من كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صف من النساء فلا صلاة له
٨٨/١٢	من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه
١٩٧/٢	من كان يصلي في الصحراء فليضع بين يديه مثل مؤخرة رحله
٤٢٢/١٢	من كلم قبل السلام فلا تحيبه
٤٩٢/١	من لم يتغن بالقرآن فليس منا
١٥/٢	من لم يجب الأذان فلا صلاة له
٤٤٢/٧	من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا
٩٢/٥	من ملك ذا رحم محرم منه، عتق عليه
٣٨٩/٥	من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها
٤٩/٦	من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي
٤٦٦/٧	من وجد عين ماله فهو أحق به

الجزء والصفحة	الحديث
٤٤٠ / ٢	من يأتيني بخبر سعد
١٨ / ٢	من يتصدق على هذا ويصلي معه؟
١١ / ٢	من يكلؤنا الليلة
٤١٣ / ٩	الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلاء
٣٤٠ / ٨	نعمت الأضحية الجذع من الضأن
٤٤١ / ٨	نفقة الرجل على نفسه صدقة
٢٨٧ / ٧	نهاني رسول الله ﷺ عن لبس المعصفر
٤٦٧ / ٩	نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط
٣٦٦ / ٦	نهى أن يسافر بالقرآن
٣٩٤ / ٧	نهى عن الخطبة على خطبة الغير
٢٤٠ / ٧	نهى عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو
٣٧٤ / ٩	نهى عن بيع الآبق
٢٠٨ / ٩	نهى عن بيع فيه غرر
٤٠٠ / ١٠	نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان
٣٢٩ / ٦	هاه ما كانت هذه تقاتل، فلم قتلت؟
٤٩٤ / ٦، ٣٤٣ / ٧	الهدية تذهب وحر الصدر
٣٦٢ / ١٤	هذا جور فإننا لا نشهد على الجور

الجزء والصفحة	الحديث
٣٠٣/٧	هذان حرامان على ذكور أمتي
٢٨٠/٨	هل أعنتم؟ هل أشرتم؟
٧٦/٦	هل تعرف فلانا؟ فقال: نعم
٢٩٥/٥	هل عندكم ماء بات في شن
٤٦٥/٢	هلا آذنتموني
٩٥/٢	وأما في سجودك فاجتهد في الدعاء
٣٥٥/٤	وأن لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف
٥٤٤/١١	وإن من السحت ثمن الكلب
٢٨٩/١٣	وإن ولده لمن كسبه
١١٧/٥	الولاء لمن أعتق
٣٤٢/٤	الولد للفراش
٦١/٧	ولدت من نكاح
٣١٧/٦	ولن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة
٣٠٢/٧	يتخذ أنفا من الذهب
١٩٨/٢	يجزي من السترة السهم
٣٩٧/١٠	يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
٤١٧/٦	يسعى بذمتهم أدناهم

المصادر والمراجع

إبراز المعاني من حرز الأمانى في القراءات السبع، لأبي شامة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، لعلي ابن عبد الكافي السبكي، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ.

إتحاف فضلاء البشر بالقراءات الأربعة عشر، للبنا الدمياطي، عالم الكتب، بيروت.

اتعاظ الحنفا بأخبار الأئمة الفاطميين الخلفاء، لتقي الدين أحمد بن علي المقرئ، تحقيق: د. جمال الدين الشيال، وزارة الأوقاف - مصر، ط (٢)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

الإتقان في علوم القرآن، للحافظ جلال الدين السيوطي، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

آثار البلاد وأخبار العباد، لزكريا بن محمد بن محمود القزويني، دار صادر، بيروت.

الآثار، لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد، تحقيق: أبو الوفا، دار الكتب العلمية، بيروت.

الإجماع، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
الآحاد والمثاني، لابن أبي عاصم، دار الراية، الرياض، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، د. زكريا البري، كلية الحقوق، القاهرة.

الأحكام السلطانية للماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١).
الأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد

- تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، دار الفكر، بيروت، ط (١).
- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي، دار الفكر، بيروت.
- أحكام القرآن، للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن علي الطبري، المعروف بإلكيا الهَرَّاسِي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أحكام أهل الذمة، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، تحقيق: يوسف أحمد البكري - شاعر توفيق العاروري، رمادي للنشر، دار ابن حزم، الدمام، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاعر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين علي بن أبي علي الآمدي، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام شهاب الدين القرافي، تحقيق: أبو بكر عبد الرزاق، طبعة المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط (١)، ١٩٨٩م.
- الأحوال الشخصية، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، بيروت، ط (٣)، ١٩٦٤م.
- أخبار أبي حنيفة وأصحابه، الحسين بن علي بن محمد بن جعفر، أبو عبد الله الصَّيْمَرِي الحنفي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- اختلاف الأئمة العلماء، للوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- اختلاف العلماء، لمحمد بن نصر المروزي أبي عبد الله، تحقيق: صبحي السامرائي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٦هـ.

الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، الشركة المصرية للطباعة والنشر.

آداب البحث والمناظرة للعلامة الشنقيطي القسم الأول، شركة المدينة للطباعة والنشر جدة.

أدب القضاء شرح الخصاف، لحسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد، تحقيق/ محيي هلال السرحان، العراق وزارة الأوقاف، إحياء التراث الإسلامي، الكتاب الثامن والعشرون.

الأذكار، للنووي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م. إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، المعروف بمعجم الأدباء، لياقوت الحموي، طبعة دار المأمون.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م. أساس البلاغة، للزمخشري، تحقيق: عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٨٢م.

الاستخراج لأحكام الخراج، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م. الاستذكار، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، دار الكتب العلمية، ط (١)، ٢٠٠٠م.

إسلام بلا مذاهب، د. مصطفى الشكعة، الدار المصرية اللبنانية. الإسلام في آسيا الوسطى والبلقان. د/ محمد الحرب، دار البشائر، ١٩٩٥م. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبي يحيى السنيكي، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة، وبدون تاريخ. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي، ط (١)، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

الإشارات الإلهية إلى المباحث الأصولية، لأبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم، نجم الدين الطوفي، الفاروق الحديثة، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، للعلامة زين العابدين بن إبراهيم

- ابن نجيم، طبع مؤسسة الحلبي، القاهرة.
- الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي أبي محمد بن عبد الوهاب بن علي ابن نصر البغدادي المالكي، قارن بين نسخه، وخرّج أحاديثه، وقدم له: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- الإصابة، لابن حجر، تحقيق: الشيخ علي محمد وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- الأصل المعروف بالمبسوط، لأبي عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.
- أصول البزدوي - كنز الوصول إلى معرفة الأصول، لعلي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس، كراتشي.
- أصول الشاشي، لأبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- أصول الفقه الإسلامي، د. زكي الدين شعبان، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦٤ - ١٩٦٥م.
- أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- أصول الفقه الإسلامي، د/ محمد سلام مذكور، دار النهضة، ١٩٧٦م.
- أصول الفقه الإسلامي، لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- أصول الفقه للسرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- أصول الفقه، لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي، ت. د/فهد

- السدحان مكتبة العبيكان، الرياض، ط (١)، ١٤٢٠ - ١٩٩٩ م.
- أصول الفقه، للشيخ محمد زكريا البرديسي، دار التأليف، ط (٢)، ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م.
- أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، بيروت.
- أصول الفقه، محمد زهير أبو النور، دار السعادة، القاهرة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.
- الإضاءة في بيان أصول القراءة، لمحمد علي الضباع، دار الصحابة، ٢٠٠٢ م.
- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- أطلس الحديث النبوي من الكتب الصحاح الستة، لشوقي أبي خليل، دار الفكر، دمشق، ط (١)، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر بن السيد بن محمد بن شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- إعجاز القرآن، لمحمد الحكيم، رسالة دكتوراة، كلية أصول الدين، جامعة الأزهر.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، دار الحديث، القاهرة.
- الإعلام بوفيات الأعلام، للذهبي، تحقيق: مصطفى بن علي عوض، وريع أبو بكر الباقي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط (١)، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.
- الأعلام، للزركلي، دار العلم للملايين، ط (٧)، ١٩٨٦ م.
- الفروق، للقرافي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ط (١)، ١٣٤٧ هـ.
- الإفصاح عن معاني الصحاح، في الفقه على المذاهب الأربعة، لأبي المظفر بن هبيرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
- أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٥ م.
- الإقناع في الفقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، حققه وعلق عليه: خضر محمد خضر، دار

- العروبة للنشر والتوزيع، الكويت، ط (١)، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد الشربيني الخطيب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
- اكتفاء القنوع بما هو مطبوع، لإدوارد فنديك، طبع بمصر، ١٣١٣هـ - ١٨٩٦م.
- إكمال المعلم بفوائد مسلم، لأبي الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصب، تحقيق: الدكتور يحيى إسماعيل، دار الوفاء، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٣هـ.
- الأموال، لأبي عبيد القاسم بن سلام، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، د. ط، د. ت، المكتبة الأثرية، باكستان.
- إنباه الرواة على أنباه النحاة، لجمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي، المكتبة العنصرية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ.
- الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١).
- الأنساب، لعبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني وغيره، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدرآباد، ط (١)، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي ابن سليمان المرادوي أبو الحسن، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- أنوار البروق في أنواع الفروق، لأحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب، بيروت.
- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، للشيخ قاسم القونوي، تحقيق: د. أحمد الكبيسي، دار الوفاء، جدة، المملكة العربية السعودية، ط (١)،

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، لابن المنذر، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة، الرياض، السعودية، ط (٢)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

الآيات البيئات، لابن القاسم أحمد بن قاسم العبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

إيضاح المبهم من معاني السلم للعلامة الدمهوري، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣ هـ.

الإيضاح في علوم البلاغة، لمحمد بن عبد الرحمن، جلال الدين القزويني، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م.

الإيضاح في مناسك الحج، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مطبوع معه حاشية ابن حجر الهيتمي عليه، دار الحديث، بيروت.

الإيضاح والتبيان في معرفة الكيل والميزان، لابن الرفعة، مطبعة كردستان، القاهرة، ١٩٥٥ م.

البحث الفقهي، إسماعيل سالم عبد العال، مكتبة الزهراء.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتاب الإسلامي، ط (٢)، بدون تاريخ.

البحر الزخار، لأحمد بن يحيى المرتضى، تعليق/محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، منشورات بيضون، ط (١)، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.

البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.

بحر المذهب، لعبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد الروياني، تحقيق: أحمد عز وعناية الدمشقي، دار إحياء التراث، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.

بحوث في نظام الأسرة في الفقه الإسلامي على مذهب أبي حنيفة،

- د. عبد الوهاب السيد الحواس، دار الفكر العربي، القاهرة.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (٢)، ١٩٨٢م.
- بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبي الوليد، دار الفكر، بيروت.
- البداية والنهاية، لابن كثير، مكتبة المعارف، بيروت، ط (٦)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.
- البدؤُ التمام شرح بلوغ المرام، للحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، تحقيق: علي بن عبد الله الزين، دار هجر، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- بذل النظر في الأصول، لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي، تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- البرهان في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، للحارث بن أبي أسامة/ الحافظ نور الدين الهيثمي، تحقيق: د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الصاوي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة.
- البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة، لمجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار سعد الدين للطباعة والنشر والتوزيع، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- البنية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)،

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء محمود بن عبد الرحمن أحمد الأصفهاني، تحقيق: د/محمد مظهر بقا، دار المدني للطباعة، جدة، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمرائي، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط (١)، ٢٠٠٠م.

البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي وغيره، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ.

تاج التراجم في طبقات الحنفية، لزين الدين أبي العدل قاسم بن قطوبغا، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

تاج العروس من جواهر القاموس «شرح القاموس»، للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدي، الكويت، تحقيق: مصطفى حجازي، (د. ط)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.

التاج المذهب لأحكام المذهب، لأحمد بن قاسم العنسي، دار اليمن الكبرى، ط (٢)، ١٩٦٠م.

التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق، دار الفكر، بيروت، ط (٢).

تاريخ ابن الوردي، لزين الدين عمر بن مظفر الشهير بابن الوردي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

تاريخ ابن خلدون، لابن خلدون، دار مكتبة الحياة، بيروت.

تاريخ ابن معين (رواية الدوري)، لأبي زكريا يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام بن عبد الرحمن المري بالولاء، البغدادي، تحقيق: د. أحمد محمد نور سيف، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، ط (١)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

تاريخ أسماء الثقات، لابن شاهين، تحقيق: صبحى السامرائي، الدار السلفية،

- الكويت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- تاريخ أصبهان، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله بن مهران الأصبهاني، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- تاريخ الإسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي، د. حسن إبراهيم حسن، مكتبة النهضة، ط (٨)، ١٩٧٤م.
- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- تاريخ الأمم الإسلامية - الدولة الإسلامية، للشيخ الخضري بك، القاهرة، المكتبة التجارية، دون تاريخ.
- تاريخ التمدن الإسلامي، لجرجي زيادان، مصر، ١٩٣١م.
- تاريخ الثقات، لأبي الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي، دار الباز، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
- تاريخ الخلفاء، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، تحقيق: حمدي الدمرداش، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- تاريخ الخميس في أحوال أنفس نفيس، حسين بن محمد الديار بكري، مصر، ١٢٨٣هـ.
- التاريخ الصغير للبخاري، تحقيق: محمد زايد، دار المعرفة، بيروت. ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- التاريخ الكبير، للبخاري، ت (بدون)، دار الكتب العلمية، بيروت.
- تاريخ المذاهب الإسلامية، الشيخ أبو زهرة، دار الفكر العربي.
- تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي، ط: مصورة، ت (بدون)، دار الكتاب العربي، بيروت.
- تاريخ جرجان، للسهمي، طبع بحيدر آباد، الدكن، ١٣٦٩هـ - ١٩٥٠م.
- تاريخ دمشق، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

تاريخ مكة المشرفة والمسجد الحرام والمدينة والقبر الشريف، لأبي النعمان محمد بن أحمد بن الضياء المكي الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢).
التبر المسبوك في نصيحة الملوك، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ضبطه وصححه: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط (١)، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م.

تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن شمس الدين محمد ابن فرحون، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١).

التبصرة في أصول الفقه، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣ هـ.
التبصير في الدين وتمييز الفرقة الناجية عن الفرق الهالكين، لظاهر بن محمد أبي المظفر الإسفراييني، تحقيق: كمال يوسف الحوت، عالم الكتب، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

التبيان في علم المعاني والبديع والبيان، لشرف الدين حسين بن محمد الطيبي، تحقيق: هادي عطية مطر الهاللي، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبيّ، لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط (١)، ١٣١٣ هـ.

التجبير في المعجم الكبير، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد السمعاني التميمي، تحقيق: منيرة ناجي سالم، رئاسة ديوان الأوقاف، بغداد، ط (١)، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.
تجريد أسماء الصحابة، للذهبي، نشر: شرف الدين الكتبي، الهند.
التجريد، لأحمد بن محمد القدوري، تحقيق: د. علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط (١)، ١٤٢٨ هـ.

تحرير التنبيه، للنووي، تحقيق: فايز ورضوان الداية، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.

- تحرير ألفاظ التنبيه، أو لغة الفقه، للإمام محيي الدين النووي، دار القلم، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- تحرير القواعد المنطقية لمحمود بن محمد، قطب الدين الرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط (٢)، ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م.
- التحرير في أصول الفقه الجامع، بين اصطلاح الحنفية والشافعية، «لابن الهمام»، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٥١هـ.
- التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ١٩٩٧م.
- التحصيل من المحصول، لسراج الدين الأرموي، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبي زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- تحفة الأشراف، لأبي الحجاج المزي، الدار القيمة، الهند، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- تحفة المجد الصريح في شرح كتاب الفصيح (السفر الأول)، لشهاب الدين أحمد ابن يوسف بن علي بن يوسف اللبلي أبي جعفر الفهري المقري اللغوي المالكي، تحقيق: د. عبد الملك بن عيضة الثبتي، الأستاذ المساعد في كلية المعلمين بمكة المكرمة، رسالة دكتوراة لفرع اللغة العربية، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، في المحرم ١٤١٧هـ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن بدر الدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- تحفة المرید علی جوهره التوحید لإبراهيم بن محمد البيجوري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م.
- تحفة الملوك (في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان)، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية،

- بيروت، ط (١)، ١٤١٧هـ.
- التحقيق في أحاديث الخلاف، لابن الجوزي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ.
- تدريب الراوي، للسيوطي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، منشورات المكتبة العلمية، بالمدينة المنورة، ط (٢)، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
- التدوين في أخبار قزوين، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، تحقيق: عزيز الله العطاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.
- تذكرة الحفاظ، لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١).
- ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، للظاهر أحمد الزاوي، عيسى الحلبي، ط (٢)، ١٩٧٣م.
- التسهيل لعلوم التنزيل، لمحمد بن أحمد بن محمد الغرناطي الكلبي، دار الكتاب العربي، لبنان، ط (٤)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- تشنيف المسامع شرح جمع الجوامع، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق: أبي عمر الحسين بن عمر بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ.
- تصحیح التنبيه، للإمام أبي زكريا النووي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- تصحیح الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- تصحيفات المحدثين، الحسن بن عبد الله بن سعيد العسكري، تحقيق: محمود أحمد ميرة، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ط (١)، ١٤٠٢هـ.
- تعجيل المنفعة، لابن حجر العسقلاني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٩٩٦م.

- التعريفات، لابن الكمال، بيروت، لبنان.
- التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الإبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ.
- تغليق التعليق على صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان، الأردن، ط (١)، ١٤٠٥هـ.
- التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- تفسير أبي السعود المسمى بإرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، لأبي السعود العمادي محمد بن محمد بن مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- تفسير البحر المحيط، لمحمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، شارك في التحقيق د. زكريا عبد المجيد النوتي، د. أحمد النجولي الجمل، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- تفسير البيضاوي، للبيضاوي، دار الفكر، بيروت.
- تفسير الجلالين للإمامين: جلال الدين المحلي، وجلال الدين السيوطي، دار القلم، ط (١)، ١٩٩٥م.
- تفسير الفخر الرازي المشتهر بـ«التفسير الكبير ومفاتيح الغيب»، لأبي عبد الله محمد بن عمر الرازي، طبعة دار الفكر، بيروت، ط (٣).
- تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبي الفداء، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.
- تفسير المنار (تفسير القرآن الحكيم)، محمد رشيد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (د.ط)، ١٩٩٠م.
- تفسير النسفي المسمى بمدارك التنزيل وحقائق التأويل، لأبي البركات عبد الله النسفي، دار الفكر، بيروت.

تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، لصالح محمد أديب، المكتب الإسلامي، ط (٤)، ١٩٩٣م.

تفسير مقاتل بن سليمان، لأبي الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخي، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث، بيروت، ط (١)، ١٤٢٣هـ.

تقريب التهذيب، لابن حجر، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.

تقريب الوصول إلى علم الأصول لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن جُزي، دراسة وتحقيق عبد الله محمد الجبوري، طبع ببغداد، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م. التقريب والإرشاد، للقاضي أبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني، تحقيق: د. عبد الحميد أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٩٩٨م.

التقرير والتحبير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له: ابن الموقت الحنفي، دار الكتب العلمية، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

تقويم الأدلة في أصول الفقه، للإمام أبي زيد الدبوسي الحنفي، تحقيق: الشيخ خليل محيي الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

التقييد لمعرفة رواة السنن والمسانيد، لمحمد بن عبد الغني بن أبي بكر بن شجاع، أبي بكر، معين الدين، ابن نقطة الحنبلي البغدادي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

التكملة لكتاب الصلة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله القضاعي، تحقيق: عبد السلام الهراس، دار الفكر للطباعة، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

التكملة لوفيات النقلة، عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، تحقيق: د. بشار عواد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢).

تلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

التلخيص في معرفة أسماء الأشياء، لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، عني بتحقيقه: الدكتور عزة حسن، دار طلاس

للدراستات والترجمة والنشر، دمشق، ط (٢)، ١٩٩٦م.
التلقين في الفقه المالكي، لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي
أبو محمد، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة،
ط (١)، ١٤١٥هـ.

التلويح على التوضيح، مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح، مصر.
التمهيد في أصول الفقه، لمحموظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني أبي الخطاب
الحنبلي، تحقيق: د. مفيد محمد أبو عمشة، دار المدني، جدة، ط (١)،
١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.

التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم بن الحسن الإسنوي أبي
محمد، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٠هـ.
التنبيه على مبادئ التوجيه - قسم العبادات، لأبي الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد
ابن بشير التنوخي المهدي، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، دار ابن حزم،
بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي
الشيرازي، طبعة مصطفى الحلبي، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

التنبيه والرد على أهل الأهواء والبدع، لأبي الحسين محمد بن أحمد الملطي
الشافعي، مكتبة المعارف بيروت، تحقيق: محمد زاهد الكوثري، ١٣٨٨هـ.

تنقيح الفصول، لأحمد بن إدريس القرافي، مكتبة الكليات الأزهرية ط (١).
التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان
المرداوي، أشرف على طبعه وتصحيحه: عبد الرحمن حسن محمود، نشر
المؤسسة السعودية، الرياض، السعودية.

تهذيب الأسماء واللغات، للنووي، دار الكتب العلمية، بيروت، تصوير.
تهذيب التهذيب، للحافظ أحمد بن علي بن حجر، شهاب الدين العسقلاني
الشافعي، باعثناء: إبراهيم الزبيق وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)،
١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لأبي الحجاج يوسف المزي، تحقيق:
د. بشار عواد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (٤)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

- تهذيب اللغة، للأزهري، تحقيق: عبد السلام هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط (١)، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.
- التهذيب في فقه الإمام الشافعي، لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي، تحقيق د/ عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١) ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- التوضيح في حل غوامض التنقيح، لعُبَيْدِ اللهِ بن مسعود الملقَّب بصدر الشريعة، مطبوع مع التلويح، تحت إدارة نور محمد، كراتشي، باكستان، ١٤٠٠هـ.
- التوضيح في شرح التنقيح، لأبي العباس أحمد بن عبد الرحمن القيرواني المعروف بخُلُولُو، طبع بالمطبعة التونسية، ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م.
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط (١)، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- التوقيف على مهمات التعاريف - معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، دمشق، ودار الفكر المعاصر، بيروت، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- تيسير التحرير، لأمير باد شاه، وهو شرح التحرير للكمال بن الهمام، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط أخيرة.
- التيسير في القراءات السبع، لأبي عمرو الداني، تصحيح: أوتوبرتزل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
- الثقات، لمحمد بن حبان التميمي البستي، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد، الهند، ط (١)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- الشمرداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية، بيروت.
- جامع الأسرار في شرح المنار للنسفي للإمام محمد بن محمد بن أحمد الكاكي، تحقيق: فيصل عبد الرحمن، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (٢)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- جامع البيان في تفسير القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

الجامع الصحيح «سنن الترمذي»، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق: أحمد شاكر، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط (٢)، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير، لمحمد عبد الحي بن محمد عبد الحلیم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٦هـ.

جامع العلوم والحكم، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٧)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
جامع الفصولين، لابن قاضي سماونة، المطبعة الكبرى، بولاق، القاهرة، ١٣٠٠هـ.

الجامع لأحكام القرآن، للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
الجرح والتعديل، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، بحيدر آباد الدكن، الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٢٧١هـ - ١٩٥٢م.

جمع الجوامع، لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
الجنى الداني في حروف المعاني، لأبي محمد بدر الدين حسن بن قاسم بن عبد الله بن علي المرادي المصري المالكي، تحقيق: دفخر الدين قباوة - الأستاذ محمد نديم فاضل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، صالح عبد السميع الآبي الأزهري، تصحيح: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، منشورات بوضون، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

الجواهر الزكية في حل ألفاظ العشماوية، لأحمد بن تركي المالكي، مطبوع على الحجر بمصر، سنة ١٢٧٩/١٢٨٠هـ.

جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد

ابن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي الشافعي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد، مير محمد كتب خانه، كراتشي (د.ط) (د.ت).

الجواهر النقي، للعلامة علاء الدين علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركمان، بذيل السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥م.

الجوهرة النيرة، لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي، المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ.

حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن سعد الزرعي الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

حاشية ابن عابدين، المسماة رد المختار على الدر المختار، شرح متن تنوير الأبصار، لابن عابدين، محمد بن أمين بن عمر، طبعة دار الكتب العلمية، ط (٢)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

حاشية الأزميري على مرآة الأصول لسليمان بن عبد الله الأزميري الحنفي، دار الطباعة العامرة، إستانبول، ١٣٠٩هـ.

حاشية البجيرمي على الخطيب، المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب، لسليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

حاشية البناني على شرح المحلي، لجلال الدين محمد أحمد على جمع الجوامع، لتاج الدين السبكي، مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر.

حاشية التفزازاني على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، للقاضي عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار الإيجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

حاشية الجرجاني على شرح العضد للسيد علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

حاشية الجمل على المنهج، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي،

لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).

حاشية الرهاوي على شرح المنار، طبعة دار السعادات، المطبعة العثمانية، ١٣١٥هـ.

حاشية الزرقاني على البيقونية، المطبعة الميمنية.

حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لأبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي، ط مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة.
حاشية الشرقاوي على شرح التحرير، للشيخ زكريا الأنصاري، دار الكتب العربية الكبرى، القاهرة.

حاشية الشلبي على تبين الحقائق، شهاب الدين أحمد الشلبي، وهو مطبوع بهامش تبين الحقائق المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط (١)، ١٣١٥هـ.

حاشية الشهاب المسماة عناية القاضي وكفاية الرازي على تفسير البيضاوي، للقاضي شهاب الدين الخفاجي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح العلامة ابن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت.

حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد، للعلامة علي الصعيدي العدوي، دار المعرفة، بيروت.

حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد ابن محمود العطار الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

حاشية العطار على شرح الخبيصي، لأبي السعادات حسن بن محمد العطار مع حاشية علامة ابن سعيد، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

حاشية النفحات على شرح الورقات لأحمد بن عبد اللطيف الخطيب الجاوي الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.

حاشية سعد الدين التفتازاني على شرح العضد، طبع دار الكتب العلمية،

- بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- حاشية سعدي جلبي، لسعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي وبسعد أفندي، مطبوع مع شرح فتح القدير، مصطفى البابي الحلبي، ط (١)، ١٩٧٠ م.
- حاشية على شرح السلم للملوي، لأبي العرفان محمد بن علي الصبان، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط (٢)، ١٣٥٧ هـ.
- حاشية نسمات الأسحار لابن عابدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٢٨ هـ.
- حاشيتا قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، دار إحياء الكتب العربية.
- حُجَّة القراءات، لابن زنجلة، لأبي زرعة عبد الرحمن بن محمد، مؤسسة الرسالة.
- حجة الله البالغة، للإمام أحمد المعروف بشاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، تحقيق: سيد سابق، دار الكتب الحديثة - مكتبة المثنى، القاهرة.
- الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني، رتب أصوله العلامة السيد مهدي القادري، طبع عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، لذكريا بن محمد بن ذكريا الأنصاري أبي يحيى، تحقيق: د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط (١)، ١٤١١ هـ.
- الحدود في الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق د/نزيه حماد، مؤسسة الزغبى للطباعة والنشر، بيروت، ط (١)، ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٣ م.
- الحدود في الأصول، للأستاذ أبي بكر بن فورك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الحروب الصليبية، د. علية الجنزوري، القاهرة، د. ت.
- حسن الصنيع في المعاني والبيان والبديع، لمحمد بن علي البسيوني، المكتبة الأزهرية، مصر، القاهرة.
- حصول المأمول، للحنوجي، دار الفضيلة.
- حلية الأولياء، للإمام الحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، دار الريان للتراث، القاهرة مصر، ط (٥)، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.

حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، لمحمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقي، الملقب فخر الإسلام، المستظهري الشافعي، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، بيروت، عمان، ط (١)، ١٩٨٠م.

حلية اللب المصون على الرسالة الموسومة بالجواهر المكنون، لأحمد الدمهوري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، بهامش عقود الجمان، لجلال الدين السيوطي، على شرح عبد الرحمن المرشدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.

الخراج والنظم المالية في الإسلام حتى منتصف القرن الثالث الهجري، د/ محمد ضياء الدين الريس، المكتبة المركزية بجامعة القاهرة، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م. الخراج، لأبي يوسف، المطبعة السلفية، القاهرة.

خريدة القصر وجريدة القصر، للعماد الأصفهاني الكاتب (قسم الشعراء المغرب والأندلس)، تحقيق: محمد العروسي المطوي وآخرين الدار التونسية للنشر، ط (٢)، ١٩٨٦م.

خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، لصفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري اليمني، تحقيق: عبد الفتاح أبي غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، دار البشائر، حلب، بيروت، ط (٥)، ١٤١٦هـ.

دائرة معارف القرن العشرين، لمحمد فريد وجدي، مطبعة معارف القرن العشرين، ١٣٤٣هـ.

الدر المنثور في التفسير بالمأثور، عبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، تحقيق: مركز هجر للبحوث، دار هجر، مصر، (د. ط)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر اباد، الهند، ط (٢)، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

دستور العلماء، للقاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، عزب عباراته

الفارسية: حسن هاني فحوص، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

دول الإسلام، للذهبي، حيدر آباد، ١٣٣٧هـ.

الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت.

الديباج في توضيح المنهاج، لمحمد بن بهادر بن عبد الله، الزركشي، المكتبة السلিমانية، تركيا، استانبول.

ديوان الأدب، للفرابي، تحقيق: ماجد أحمد العربي، مطبعة الإيمان، بغداد، ط (١)، ١٩٧٠م.

ديوان الأعشى، بيروت، ١٩٦٨م.

ديوان المتنبي بشرح أبي البقاء العكبري المسمى (التبيان في شرح الديوان) مع الفهارس العامة - أبو الطيب المتنبي، دار الكتب العلمية بيروت.

الذب عن مذهب الإمام مالك، لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، تحقيق: د. محمد العلمي، مراجعة: د. عبد اللطيف الجيلاني، د. مصطفى عكلي، المملكة المغربية - الرابطة المحمدية للعلماء - مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث - سلسلة نواذر التراث (١٣)، ط (١)، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

ذخيرة الحفاظ، لمحمد بن طاهر المقدسي، تحقيق: د. عبد الرحمن الفيرواني، دار السلف، الرياض، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م.

الذهب المسبوك، للمقريزي، مصر، ١٩٥٥م.

ذيل الروضتين في أخبار الدولتين، لعبد الرحمن بن إسماعيل أبي شامة المقدسي، مصر، ١٣٦٦هـ.

ذيل تاريخ بغداد، لأحمد بن أيك بن عبد الله الحسيني عرف بابن الدمياطي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.

ذيل طبقات الحنابلة، لعبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، مصر، (د. ط)،

١٣٧٢هـ.

رؤوس المسائل، المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية، للعلامة جار الله أبي القاسم الزمخشري، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لعبد الله بن أبي زيد القيرواني أبو محمد، دار الفكر، بيروت.

الرسالة، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: د. عبد الفتاح بن ظافر كبارة، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

رسم المفتي من مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

الرعاية لتجويد القراءة، وتحقيق لفظ التلاوة، لمكي بن أبي طالب القيسي، تحقيق: د. أحمد حسن فرحات، دار عمار، عمان، الأردن، ط (٣)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، لتاج الدين أبي النصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

روح المعاني، للعلامة أبي الثناء، شهاب الدين محمود الألووسي البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

الروض الأنف، للسهيلى، طبعة شقرون، ١٣٩١هـ.

الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين بن علي العاملي، دار العالم

- الإسلامي، بيروت.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط (٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، لابن قدامة، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٨٥هـ.
- زاد المسير في علم التفسير، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، الكويت، ط (١٤)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لأبي منصور محمد الأزهرى، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- زبدة الأسرار في شرح مختصر المنار، تأليف: أحمد بن محمد الزيلي السيواسي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، الرياض، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- زبدة الوصول إلى علم الأصول، ليوسف بن حسين الكرماسي، دار صادر. زوائد الأصول على منهاج الوصول إلى علم الأصول، لجمال الدين الإسنوي، تحقيق: د/ محمد سنان الجلاي، نشر مؤسسة الكتب الثقافية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- سؤالات البرقاني للدارقطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدارقطني البغدادي، كتب خانة جميلي، تحقيق: د. عبد الرحيم محمد أحمد القشقرى، باكستان، ط (١)، ١٤٠٤هـ.
- سبل السلام، شرح بلوغ المرام، للعلامة محمد بن إسماعيل الصنعاني، وبلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن محمد بن حجر العسقلاني، مصطفى البابي الحلبي، ط (٤)، ١٩٨٤م.
- سراج السالك شرح أسهل المدارك، عثمان بن حسنين بري جعلي، المكتبة

- الثقافية، لبنان، بيروت، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- السراج الوهاج، محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- سلاسل الذهب، لبدر الدين الزركشى، تحقيق: د/محمد المختار الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
- سلسلة الأحاديث الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٤)، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- السلسلة الضعيفة، للألباني، طبعة المكتب الإسلامي.
- سلم الوصول لشرح نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، للشيخ محمد بخيت المطيعي، عالم الكتب، بيروت.
- السلوك لمعرفة دول الملوك، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن علي بن عبد القادر العبيدي المقرئ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي، لعبد الملك بن حسين بن عبد الملك العصامي المكي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
- السنة، لمحمد بن نصر بن الحجاج المروزي أبو عبد الله، تحقيق: سالم أحمد السلفي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨ هـ.
- سنن ابن ماجه، للحافظ أبي عبد الله محمد بن زيد القزويني، تحقيق: بشار عواد، دار الجيل، بيروت، ط (١)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.
- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث، دارالجنان، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م.
- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وضبطه ونصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- سنن الدارمي، للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧.

السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي وبذيله الجوهر النقي، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥ م.

سنن النسائي، للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، وعليها شرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، دار المعرفة، بيروت، ط (٣)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

سنن سعيد بن منصور للإمام الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني المكي، تحقيق: سعد آل حميد، ط دار الصميعي، الرياض ط (١)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

سير أعلام النبلاء، للذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، ط (٣)، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، دار الفكر، بيروت.

شذا العرف في فن الصرف، الحملأوي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٣٨٤ هـ.

شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن العماد الحنبلي، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط (١)، ١٤٠٦ هـ.

شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جعفر بن الحسن الهذلي، مؤسسة مطبوعات إسماعيليان، ط (٢)، ١٤٠٨ هـ.

شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، لابن عقيل: بهاء الدين عبد الله بن عقيل، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط (٢٠).

شرح الإسنوي، على شرح منهاج الوصول في علم الأصول، البدخشي، محمد ابن الحسن، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٩٨٤ م.

شرح الإمام العلامة قاضي القضاة بهاء الدين بن عقيل على ألفية ابن مالك، طبعة المعاهد الأزهرية.

شرح البهجة الوردية، للشيخ زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، القاهرة، ١٣١٣ هـ.

شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للإمام سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي والتنقيح مع شرحه لصدر الشريعة عبد الله بن

مسعود الحنفي المحبوبي، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: خيرى سعيد، المكتبة التوفيقية.

شرح الخرشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد الخرشي، المطبعة العامرة الشرفية، مصر، القاهرة، ط (١)، ١٣١٧هـ.

شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط (١)، ١٤١٢هـ.

شرح السنة، لأبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

شرح الصاوي على جوهره التوحيد، لأحمد بن محمد الصاوي المالكي، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

الشرح الصغير على أقرب المسالك، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، وبالهامش: حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة.

شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، للقاضي عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي، وبهامشه حاشية التفتازاني، وحاشية الشريف الجرجاني، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

شرح العقيدة الطحاوية، لابن أبي العز الحنفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٤)، ١٣٩١هـ.

الشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت.

الشرح الكبير، لسيد أحمد الدردير أبي البركات، تحقيق: محمد عيش، دار الفكر، بيروت.

شرح الكوكب المنير لابن النجار، محمد بن أحمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

شرح اللمع، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق: د/ علي بن عبد العزيز العميري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٨٩م. شرح المجلة، لسليم رستم باز اللبناني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (٣)، مادة (٨١).

شرح المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية، بيروت ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م. شرح المفصل، لابن يعيش، القاهرة، مكتبة المتنبّي.

شرح المنار، لابن ملك، مطبعة دار سعادات، القاهرة، ١٣١٩هـ. شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول، لشمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصبهاني، قدم له وحققه وعلق عليه: عبد الكريم بن علي النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

شرح المواقف، للسيد الشريف الجرجاني، مطبعة السعادة، مصر، ط (١)، ١٣٢٥هـ - ١٩٠٧م.

شرح النووي على صحيح مسلم، للإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف ابن مري الحزامي النووي، دار الريان للتراث.

شرح الورقات في أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلي الشافعي، قدم له وحققه وعلق عليه: الدكتور حسام الدين بن موسى عفانة، مكتبة العبيكان، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

شرح الورقات، لتاج الدين عبد الرحمن بن إبراهيم الفزاري المعروف بابن فركاح، تحقيق: سارة شافي الهاجري، دار البشائر، بيروت، ط (١)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

شرح أم البراهين، لمحمد بن يوسف السنوسي الحسني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥٨هـ - ١٩٣٩م.

شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة، مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر، ط (١)، ١٣٩٣هـ.

شرح حدود ابن عرفة، لمحمد بن قاسم الرصاع، المكتبة العلمية، ط (١)،

١٣٥٠هـ.

شرح سنن أبي داود، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: أبو المنذر خالد بن إبراهيم المصري، مكتبة الرشد، الرياض، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

شرح شافية ابن الحاجب، للرضي الإستراباذي، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، ومحمد نور الحسن، ومحمد الزفزاف، دار الكتب العلمية، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

شرح صحيح البخاري، لابن بطال، لأبي الحسن علي بن خلف بن بطال، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، تحقيق: ياسر إبراهيم، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

شرح مختصر الروضة، لنجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: د. عصمت الله عنایت الله محمد، وآخرين، راجعه وصححه: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، ودار السراج، ط (١)، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرخشي، دار الفكر، بيروت.

شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٤٩٤م.

شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط (٢)، ١٩٩٦م.

شرح نخبة الفكر، للإمام العلامة أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

شرح نزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر وجنة المناظر، لعبد القادر الدومي الدمشقي، عالم الكتب بيروت.

شرح نور الأنوار على المنار، لملا جيون بن أبي سعيد الحنفي الصديقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر بن إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط (٤)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، لمحمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح ابن بكر السلمي النيسابوري، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت.

صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري، طبعة رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

الصرف الميسر، تأليف مجموعة من العلماء، قطاع المعاهد، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م. صفوة الصفوة، لأبي الفرج بن الجوزي، حيدر آباد، ١٣٥٥هـ.

الضعفاء الكبير، لأبي جعفر محمد بن عمر بن موسى العقيلي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، د/ سليمان محمد أحمد، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، مكتبة المجلد العربي، ط (١)، ١٩٨٥م.

ضوء الأنوار في شرح مختصر المنار، لحسين بن إبراهيم بن حمزة الأولوي، تحقيق ودراسة: د. عبد الله ربيع عبد الله محمد، دار السعادة، القاهرة، ط (١)، ٢٠٠٥م.

الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن ابن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.

طبقات الحفاظ، للسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

الطبقات السنينة في تراجم الحنفية، لتقي الدين عبد القادر التميمي، تحقيق:

- د. عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، مصر.
- طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط (٢)، ١٤١٣هـ.
- طبقات الشافعية، لابن هداية الله، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- طبقات الشافعية، للإسنوي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط (١).
- طبقات الشافعيين، لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، تحقيق: د/أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- طبقات الصوفية، لأبي عبد الرحمن محمد بن الحسين بن محمد بن موسى بن خالد الأزدي، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- طبقات الفقهاء الشافعية، لتقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن الصلاح، تحقيق: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٩٩٢م.
- طبقات الفقهاء، لأبي اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، هذب: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٩٧٠م.
- طبقات الفقهاء، لطاش كبرى زاده، الموصل، ١٣٨٠هـ.
- الطبقات الكبرى، لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط (٢)، ١٤٠٨هـ.
- طبقات المفسرين، لأحمد بن محمد الأدنه وي من علماء القرن الحادي عشر، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط (١)، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- طبقات المفسرين، للسيوطي، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، ط (١)، ١٣٩٦هـ.

طبقات المفسرين، محمد بن علي الداوودي المالكي، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

طبقات النحويين واللغويين، للزبيدي، طبع في مصر، (د.ط)، ١٣٧٣هـ-١٩٥٤م.
طبقات خليفة، لخليفة بن خياط، تحقيق: أكرم ضياء، دار طيبة، الرياض، ١٩٨٢م.

طرح الثريب في شرح التقريب، عبد الرحيم بن الحسين العراقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

العبر في خبر من غبر، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَائمَاز الذهبي، تحقيق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت.

العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء البغدادي الحنبلي، حققه، وعلق عليه، وخرج نصه: أحمد بن علي سير المباركي، بالرياض، ط (٢)، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.

العرف والعادة في رأي الفقهاء، أ. د/أحمد فهمي أبو سنة، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، طبعة الأزهر، ١٩٤٧م.

العزیز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية بيروت، ط (١)، ٢٠٠٠م.

عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدنية، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق محمد أبو الأجنان، وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤١٥هـ.

العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، لابن الملتن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي، تحقيق: أيمن نصر الأزهري، وسيد مهني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م.

عقود الجواهر المنيفة، للزبيدي، مؤسسة الرسالة.

العلل المتناهية، لعبد الرحمن بن الجوزي، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب

العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
 العلل، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي،
 الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم، تحقيق: فريق من الباحثين بإشراف وعناية د/ سعد
 ابن عبد الله الحميد ود/ خالد بن عبد الرحمن الجريسي، مطابع الحميضي،
 ط (١)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت، ط (١٢)،
 ١٣٨٩هـ.

عمدة الحفاظ، للسمين الحلبي، عالم الكتب، بيروت.
 عمدة الحواشي، مع شرح أصول الشاشي، لمحمد فيض الحسن الكنكوهي،
 بيروت، لبنان.

العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر، د. ط،
 د. ت.

العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم
 السامرائي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
 عيون المسائل، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي
 المالكي، دراسة وتحقيق: علي محمد إبراهيم بوروية، دار ابن حزم للطباعة والنشر
 والتوزيع، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

غاية المأمول في شرح ورقات الأصول، لأحمد بن أحمد بن حمزة الرملي،
 تحقيق: عثمان يوسف حاجي أحمد الأصولي (ماجستير)، مؤسسة الرسالة ناشرون،
 دمشق، بيروت، ط (١)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

غاية النهاية في طبقات القراء، لابن الجزري، مكتبة المتنبي، القاهرة.
 غاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا
 الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، دار الكتب العربية الكبرى، مصر.

غرائب القرآن ورغائب الفرقان، لنظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي
 النيسابوري، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)،
 ١٤١٦هـ.

الغرة المُنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه لأبي حفص عمر الغزنوي الحنفي، قدم له وعلق عليه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، مكتبة الإمام أبي حنيفة، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.

الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، القاهرة.

غريب الحديث، إبراهيم بن إسحاق الحربي أبو إسحاق، تحقيق: د. سليمان إبراهيم محمد العايد، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط (١)، ١٤٠٥هـ.

غريب الحديث، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، تحقيق: الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

غمز عيون البصائر، لأحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

الغنية في أصول الدين، لأبي سعيد عبد الرحمن النيسابوري المتولي، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٧م.

غيث النفع في القراءات السبع، للصفاسي، مصطفى الحلبي، القاهرة. الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، لأبي زرعة أحمد بن عبد الرحمن العراقي، مؤسسة قرطبة، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

الفائق في أصول الفقه لمحمد بن عبد الرحيم بن محمد، صفي الدين الأرموي الهندي الشافعي، دراسة وتحقيق: علي بن عبد العزيز العميريني، دار الاتحاد الأخوي- القاهرة، طبع الجزء الأول والثاني، سنة ١٤١١هـ، والجزءان الثالث والرابع سنة ١٤١٣هـ.

فتاوى ابن الصلاح، لعثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ.

الفتاوى البزازية مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، لمحمد بن محمد بن شهاب الدين المعروف بابن البزاز الكردي، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ. الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، دارالكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.

- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان (العالمكيرية)، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن باز، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، لأحمد بن عبد الرحمن بن محمد البنا الساعاتي، دار إحياء التراث العربي، ط (٢).
- فتح الغفار بشرح المنار، المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار لزين الدين ابن إبراهيم، الشهير بابن نجيم، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م.
- فتح القدير، لكامل الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، بدون طبعة، وبدون تاريخ.
- فتح المبين لشرح الأربعين، أحمد بن حجر الهيتمي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.
- فتح المغيث شرح ألفية الحديث، شمس الدين بن عبد الرحمن السخاوي، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت.
- فتح الوصيد في شرح القصيد، للسخاوي، تحقيق: جمال الدين محمد شرف، مجدي فتحي السيد، ط دار الصحابة، طنطا، ط (١)، ٢٠٠٤هـ.
- فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، للشيخ زكريا الأنصاري، ط. أخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- فتوح البلدان، لأحمد بن يحيى بن جابر بن داود البلاذري، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ١٩٨٨م.
- الفتوحات الربانية بشرح الأذكار النووية، لابن علان، دار إحياء التراث العربي.
- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل، دار الفكر، د. ط، د. ت.
- الفرق الإسلامية، لمحمود محمد البشبيشي، المطبعة الرحمانية بمصر، القاهرة، ط (١)، ١٣٥٠هـ - ١٩٣٢م.

- فرق الشيعة، للحسن بن موسى النوبختي، دار الأضواء، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية، لعبد القاهر بن طاهر بن محمد البغدادي أبو منصور، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط (٢)، ١٩٧٧م.
- الفروع وتصحيح الفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي أبي عبد الله، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ.
- الفصل في الملل والأهواء والنحل، لابن حزم، دار المعرفة، بيروت، ط (٢)، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- فصول البدائع في أصول الشرائع، لمحمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو الفَنَري) الرومي، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ٢٠٠٦م - ١٤٢٧هـ.
- الفصول في الأصول، أبو بكر بن علي الرازي الجصاص، وزارة الأوقاف الكويتية، ط (٢)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- الفصيح، لأحمد بن يحيى بن زيد بن سيار الشيباني بالولاء، أبو العباس، المعروف بثعلب، تحقيق ودراسة: دكتور عاطف مدكور، دار المعارف.
- فقه اللغة وسر العربية، لأبي منصور عبد الملك بن محمد الثعالبي، دار الجيل، بيروت، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- الفهرست، لأبي الفرج محمد بن إسحاق بن محمد الوراق البغدادي المعتزلي الشيعي المعروف بابن النديم، تحقيق: إبراهيم رمضان، دار المعرفة بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لمحمد عبد الحي الكنوي، مطبعة السعادة، مصر، (د.ط)، ١٣٢٤هـ.
- فوات الوفيات، لابن شاکر الکتبي، ١٢٩٩، مصر.
- فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع مع المستصفي، المطبعة الأميرية ببولاق، ط (١)، ١٣٢٢هـ.
- الفواكه الدواني شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- القاموس الإسلامي، للأستاذ أحمد عطية الله، مكتبة النهضة الإسلامية.

القاموس القويم للقرآن الكريم، أ. إبراهيم أحمد عبد الفتاح، مجمع البحوث الإسلامية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط (٨)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
 قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بأخر رد المحتار)، لعلاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف بابن عابدين ابن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.

قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

قواعد الفقه الإسلامي، أ. د/ عبد العزيز عزام، محاضرات أقيمت على طلاب الدراسات العليا، دبلوم الفقه والأصول، الفرقة الأولى، بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، مطبعة الرسالة الدولية للطباعة والنشر، سنة ١٩٩٨م/١٩٩٩م.

قواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان البركتي، طبعة الصدف بيلشرز، كراتشي، ط (١)، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

القواعد والفوائد الأصولية، للشيخ العلامة أبي الحسن علاء الدين بن اللحام تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

القواعد، لابن رجب الحنبلي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، ط (٢)، ١٩٩٩م.

قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لأبي عبد الله محمد بن محمد ابن أحمد بن جزي الغرناطي، مطبعة النهضة، تونس، ١٣٤٤هـ - ١٩٢٦م، عالم

- الفكر، القاهرة، ط (١)، ١٩٨٥م.
- الكاشف عن المحصول في علم الأصول، لمحمد بن محمود بن عباد العجلي الأصفهاني، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- الكاشف، لأبي عبد الله حمد بن أحمد الذهبي دمشقي، مطبعة دار التأليف، مصر.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة الجماعيلي المقدسي، الشهير بابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٧هـ.
- الكامل في التاريخ، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد ابن محمد ابن عبد الكريم ابن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين بن الأثير، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- الكامل في ضعفاء الرجال، لأبي أحمد بن عدي الجرجاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، شارك في تحقيقه: عبد الفتاح أبو سنة، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- كاتب أعلام الأخيار في فقهاء مذهب النعمان المختار، محمود بن سليمان الرومي الكفوي، بيروت، لبنان.
- كشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي الفاروقي التهانوي، تحقيق: د. لطفي عبد البديع، وزارة الثقافة والإرشاد القومي، المؤسسة المصرية العامة، ١٣٨٢هـ - ١٩٦٣م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، لمحمود ابن عمر الزمخشري، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة العبيكان، الرياض، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- كشف الأستار، البزار، الرياض، السعودية.

كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين البخاري، ضبط وتعليق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

كشف الأسرار، للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بـ «حافظ الدين النسفي» مع شرح نور الأنوار على المنار، لملا جيون بن أبي سعيد الحنفي الصديقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

كشف الحقائق عن كنز الدقائق، للأفغاني، مطبعة الموسوعات، ١٣٢٢هـ. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله الحنفي حاجي خليفة، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

الكشف عن وجوه القراءات السبع وعللها وحججها، لمكي بن أبي طالب، تحقيق: د. محيي الدين رمضان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (٤)، ١٩٨٧م.

الكشف والبيان عن تفسير القرآن، لأحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، ط (١)، ١٩٩٤م.

كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأبي الحسن علي بن محمد ابن محمد المنوفي المالكي، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، بدون تاريخ.

كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ٢٠٠٩م.

الكفاية في علم الرواية، للخطيب البغدادي، تحقيق: أبي عبد الله السورقي، وإبراهيم حمدي المدني، المكتبة العلمية، المدينة المنورة. الكليات، لأبي البقاء الكفوي، دار الفكر، دمشق.

- كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م.
- الكنى والأسماء، للدولابي، حيدر آباد الدكن، الهند، ط (١).
- لب اللباب في تحرير الأنساب، للسيوطي، تحقيق: محمد أحمد عبد العزيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
- لباب المحصول في علم الأصول، لحسين بن رشيق المالكي، ت/ محمد غزالي عمر جابي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدولة الإمارات المتحدة، ط (١)، ٢٠٠١ م.
- لباب المناسك، للسندي، وشرحه للقاري «المسلك المتقسط شرح المنسك المتوسط»، مطبعة مصطفى محمد.
- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لجمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، تحقيق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، الدار الشامية، سوريا، دمشق، لبنان، بيروت، ط (٢)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- اللباب في تهذيب الأنساب، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، دار صادر، بيروت.
- اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، حققه، وفصله، وضبطه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
- اللباب في علوم الكتاب، لأبي حفص عمر بن علي بن عادل الدمشقي الحنبلي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
- لباب المناسك للسندي وشرحه للقاري «المسلك المتقسط شرح المنسك المتوسط»، مطبعة الترقى الماجدية، مكة، ١٣٢٨ هـ.
- لسان الحكام في معرفة الأحكام، للشيخ أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد ابن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفي، مطبوع مع معين الحكام، مطبعة

مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط (٢).

لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، دار صادر، بيروت.
لسان الميزان، لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق:
دائرة المعارف النظامية، الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ط (٣)،
١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

اللمحة في شرح الملحّة، محمد بن الحسن الصايغ، تحقيق: إبراهيم بن صالح
الصاعدي، نشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة،
المملكة العربية السعودية، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
اللمع في أصول الفقه، للشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)،
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو
إسحاق، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.
المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
المجروحين، لابن حبان، دار الوعي، حلب، ط (١).
مجمع الأمثال، للميداني، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الجيل،
بيروت، ١٩٩٦م.

مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للشيخ محمد بن سليمان المعروف بدامادا
أفندي، وبهامشه: الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي، دار إحياء التراث
العربي، بيروت.

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لعلي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق:
حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن
غانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي، ط (١)، ١٣٠٨هـ.
مجل اللغة، لأحمد بن فارس، تحقيق الشيخ: هادي حسن حمودي، معهد
المخطوطات العربية، الكويت، ط (١)، ١٩٨٥م.

المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الفكر،

بيروت.

المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

المحرر في الحديث، لمحمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد بن عبد الهادي بن يوسف بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، أبو عبد الله الجماعيلي، تحقيق: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدي الذهبي، دار المعرفة، لبنان، بيروت، ط (٣)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني، مكتبة المعارف، الرياض، ط (٢)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
المحصول في أصول الفقه، للقاضي أبي بكر بن العربي المعافري المالكي، تحقيق: حسين علي البدري، سعيد فودة، دار البيارق، عمان، ط (١)، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

المحصول في علم الأصول، لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي، تحقيق: طه جابر فياض، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، الرياض، ط (١)، ١٤٠٠هـ.

المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج وآخرين، مصطفى البابي الحلبي، مصر.

المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد ابن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

مختار الصحاح، للعلامة محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، المطبعة الأميرية ببولاق، ط (٤)، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.

مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد، لعبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الإيجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٣)، ١٩٨٣م.

- مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- مختصر التحرير في أصول الفقه، للإمام محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي، مكتبة عبد الله فدا، بمكة المكرمة، ط (١)، ١٣٦٧هـ.
- المختصر المحتاج إليه من تاريخ الحافظ الديبشي، لشمس الدين محمد بن أحمد ابن عثمان الذهبي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- مختصر المزني، لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- مختصر المنتهى مع بيان المختصر، لمحمود بن عبد الرحمن بن أحمد، شمس الدين الأصفهاني، تحقيق محمد مظهر بقا، من منشورات جامعة أم القرى، ط (١)، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- مختصر المنتهى مع شرح العضد، لأبي عمر عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب، ومطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة.
- مختصر خليل بشرحه منح الجليل، للشيخ محمد عlish، تصوير بيروت.
- المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي الحسن علاء الدين علي بن محمد بن علي بن العباس البعلي المعروف بابن اللحام، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- مختلف الرواية، للسمرقندي، طبعة وزارة الأوقاف بالكويت، ١٩٨٥م.
- المدخل إلى دراسة علم الكلام، د. حسن محمود الشافعي، مكتبة الثقافة العربية، القاهرة، ط (٢)، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعبد القادر بن بدران، تحقيق: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (٢)، ١٤٠١هـ.
- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د/ محمد يوسف موسى، دار الفكر العربي، ط (٢)، ١٣٣٨هـ - ١٩٦٩م.
- المدونة الكبرى، لمالك بن أنس، دار صادر، بيروت.
- مذكرة في أصول الفقه، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، دار

- البصيرة، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- المذهب الحنفي مراحل وطبقاته، ضوابطه ومصطلحاته، لأحمد النقيب، ماجستير من كلية الشريعة بالرياض، مكتبة الرشد بالرياض، ٢٠٠١م.
- مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول، لمنلا خسرو مع حاشية الأزميري، المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٥م.
- مرآة الجنان، لأبي محمد عفيف الدين عبد الله بن أسعد بن علي بن سليمان اليافعي، وضع حواشيه: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- مراتب الإجماع، لابن حزم، دار الكتب العلمية، بيروت
- المراسيل، لابن أبي حاتم، تحقيق: شكر الله بن نعمة الله قوجاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٣٩٧هـ.
- مراصد الاطلاع، صفي الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ط (١)، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م.
- مراقي السعود لمبتغي الرقي والصعود، لعبد الله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط (١)، ١٤١٥هـ.
- مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح، لحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي، اعتنى به وراجعته: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.
- المرشد السليم في المنطق الحديث والقديم، د/ عوض الله جاد حجازي، دار الطباعة المحمدية، ط (٦).
- المرشد الوجيز إلى علوم تتعلق بالكتاب العزيز، لشهاب الدين عبد الرحمن بن إسماعيل، المعروف بأبي شامة، تحقيق طيار آتي قولاج، دار صادر، بيروت، ١٩٧٥م.
- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لملا علي القاري، تحقيق: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- مروج الذهب، لأبي الحسن علي بن الحسين المسعودي، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط (٥)، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ابن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (١)، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بابن الفراء، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

المسالك والممالك، لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد الفارسي الاصطخري، المعروف بالكرخي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤م.

المستدرك على الصحيحين، لمحمد بن عبدالله أبي عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

المستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

المستفاد من ذيل تاريخ بغداد، لأحمد بن أيوب بن عبد الله الحسيني عرف بابن الدمياطي، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.

مسند أبي عوانة يعقوب بن إسحاق، دار المعرفة، بيروت، ط (١)، ١٣٦٣هـ. مسند أبي يعلى، لأحمد بن المشنى التميمي، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث، دمشق، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

مسند إسحاق بن راهويه، لإسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن راهويه الحنظلي، تحقيق: د. عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي، مكتبة الإيمان، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

مسند الإمام أحمد بن حنبل، وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٥)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

مسند الروياني، لأبي بكر محمد بن هارون، تحقيق: أيمن علي أبي يماني، مؤسسة قرطبة، ط (١)، القاهرة، ١٤١٦هـ.

مسند الشافعي، لمحمد بن إدريس أبي عبد الله الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.

مسند الشهاب، لمحمد بن سلامة القضاعي، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
مسند الطيالسي لسليمان بن داود الفارسي البصري الطيالسي، دار المعرفة، بيروت.

المسند، لعبد الله بن الزبير أبي بكر الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، مكتبة المتنبي، بيروت.
المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة المدني، القاهرة.

مشارك الأنوار على صحاح الآثار، للقااضي عياض، المكتبة العتيقة ودار التراث.

مشاهير علماء الأمصار، لابن حبان البستي، مطبعة لجنة التأليف والنشر بالقاهرة.

مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأحمد بن أبي بكر البوصيري، تحقيق: موسى محمد علي، عزت علي عطية، دار الكتب الإسلامية.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن المقري الفيومي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، مصر، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).

مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، لمريم محمد صالح الظفيري، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط (١)، ٢٠٠٢م.

المصنف في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، دار الفكر، بيروت، ط (١)، ١٩٩٥م.

المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ.
المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، دار العاصمة، دار الغيث، السعودية، ط (١)، ١٤١٩هـ.

- المطلع على أبواب المقنع، لمحمد بن أبي الفتح الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
- المطول في شرح تلخيص المفتاح لمسعود بن عمر، سعد الدين التفتازاني، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، عن النسخة المطبوعة بتركيا، ١٣٣٠هـ.
- معالم السنن، للإمام أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي، المكتبة العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٩٩٥م.
- معاني القرآن، للفراء، تحقيق: محمد علي النجار، دار الكتب والوثائق القومية بالقاهرة، ط (٣)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- المعتمد في أصول الفقه، لمحمد بن علي بن الطيب البصري أبي الحسين، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٣هـ.
- معجم الأدباء، للشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، ١٩٧٩م.
- معجم البلدان للشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي، تحقيق: فريد عبد العزيز الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- معجم الشيوخ، لمحمد بن أحمد بن جميع الصيداوي أبو الحسين، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري، مؤسسة الرسالة، دار الإيمان، بيروت، طرابلس، ط (١)، ١٤٠٥هـ.
- المعجم الصغير، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمير، المكتب الإسلامي، دار عمار، بيروت، عمان، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- المعجم الكبير، للطبراني، سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، الناشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- معجم المصطلحات الفقهية، د. محمود عبد الرحمن، دار الفضيلة.
- المعجم الوجيز، إخراج/ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، دار التحرير للطبع والنشر، ط (١).

المعجم الوسيط، إخراج: مجمع اللغة العربية، دار المعارف، القاهرة، مصر، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

معجم لغة الفقهاء، د. محمد رواس قلعة جي، د. حامد صادق قنبي، ط دار الفنائس، بيروت، ط (٢).

معجم ما استعجم، عبد الله بن عبد العزيز البكري، تحقيق: مصطفى السقا، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط (٣)، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط (١)، ١٩٩١م.

معراج المنهاج، للإمام شمس الدين محمد بن يوسف الجزري، تحقيق: د: شعبان محمد إسماعيل، مطبعة الحسين الإسلامية، ط (١)، سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

معرفة الثقات، لأبي الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلي الكوفي، تحقيق: عبد العليم عبد العظيم البستوي، مكتبة الدار، المدينة المنورة، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، للحافظ الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي أحمد البيهقي الخسروجردي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، (د. ط).

المعونة على مذهب عالم المدينة، القاضي عبد الوهاب المالكي البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، بمكة.

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، وأولاده، ط (٢).

المعين في طبقات المحدثين، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله تحقيق: د. همام عبد الرحيم سعيد، دار الفرقان، عمان، الأردن، ط (١)، ١٤٠٤هـ.

مغاني الأخيار في شرح أسامي رجال معاني الآثار، لأبي محمد محمود بن أحمد

ابن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

المغرب في ترتيب المعرب، ناصر الدين المطرزي، مكتبة أسامة بن زيد، حلب، سوريا، ط (١)، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

المغني في الأنباء عن غريب المذهب والأسماء، لإسماعيل بن أبي البركات بن باطيش، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

المغني في الضعفاء، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَائِمَاز الذهبِي، تحقيق: د/ نور الدين عتر، طُبِعَ على نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، بدون تاريخ.

المغني لابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

مفاتيح العلوم، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن يوسف الكاتب الخوارزمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم، لطاش كبرى زاده، دار الكتب العلمية ط (١)، ١٤٠٥هـ.

مفرج الكروب في أخبار بني أيوب، لمحمّد بن سالم بن نصرالله بن سالم بن واصل، أبو عبد الله المازني التميمي الحموي، جمال الدين، تحقيق: الجزء (١)، ٢، ٣)، د/ جمال الدين الشيال، وتحقيق: الجزء (٤، ٥)، د/ حسنين محمد ربيع، ود/ سعيد عبد الفتاح عاشور، دار الكتب والوثائق القومية، المطبعة الأميرية، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م.

المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد أحمد خلف الله، مكتبة الأنجلو المصرية، ط (١)، ١٩٨١م.

المقادير الشرعية، د/ محمد نجم الدين الكردي، مطبعة السعادة، القاهرة،

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

المقاصد الحسنة للإمام السخاوي، تحقيق: عبد الله الصديق، دار الأدب العربي، ١٩٩٤م.

مقالات الإسلاميين، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل بن عبد الله بن موسى بن أبي بردة بن أبي موسى الأشعري، تحقيق: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط (١)، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

المقدمات الممهدة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

مقدمة ابن خلدون، لعبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي، دار القلم، بيروت، ط (٥)، ١٩٨٤م.

المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب الإمام أحمد، للإمام برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، تحقيق: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط (١)، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

المقنع في علوم الحديث، لابن الملقن، تحقيق: عبد الله يوسف الجريع، دار فواز للنشر، السعودية، ط (١)، ١٤١٣هـ.

الملل والنحل، للشهرستاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٤هـ.

منار السبيل في شرح الدليل، لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق: عصام القلعجي، مكتبة المعارف، الرياض، ط (٢)، ١٤٠٥هـ.

المنار في أصول الفقه، للنسفي، مكتبة صبيح، ط (١).
المناهج الأصولية، فتحي الدريني، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق ط (٢)، ١٩٨٥م.

مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجرجاني، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

مناهج العقول في شرح منهاج الوصول، لمحمد بن الحسن البدخشي، دار

- الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٠٥هـ.
- المنتخب من مسند عبد بن حميد، لعبد بن حميد بن نصر أبو محمد الكسي، تحقيق: صبحي البدري السامرائي، محمود محمد خليل الصعيدي، مكتبة السنة، القاهرة، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- المنتخب من معجم شيوخ السمعاني، لعبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد، دراسة وتحقيق: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، دار عالم الكتب، الرياض، ط (١)، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، لجمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ابن محمد الجوزي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ط (١)، ١٣٣٢هـ.
- المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ، لابن الجارود، دار الجنان، ومؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- منتهى الآمال، للسيوطي، طبعة دار ابن حزم.
- منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل لابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- المنتهى، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس بن الحاجب، مكتبة الخانجي، القاهرة.
- المشور في القواعد، لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط (٢)، ١٤٠٥هـ.
- منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين، طبعة دار الكتاب الإسلامي، ط (٢).
- منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى

- بدر الدين العيني، تحقيق: د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، ط (١)، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
- المنخول من تعليقات الأصول، لمحمد بن محمد الغزالي، تحقيق: د/ محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، ط (٢)، ١٤٠٠هـ.
- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.
- منهاج الوصول إلى معيار العقول في علم الأصول، للإمام المهدي أحمد بن يحيى بن المرتضى، دار الحكمة اليمانية، ط (١)، ١٩٩٢م.
- منهاج الوصول في معرفة علم الأصول، ناصر الدين البيضاوي، طبعة المكتبة المحمودية، مصر، وعليه نهاية السؤل.
- المنهاج، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي مع السراج الوهاج، للشيخ محمد الزهري العمراوي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط (١).
- منهج ذوي النظر شرح منظومة علم الأثر للحافظ جلال الدين السيوطي، محفوظ ابن عبد الله الترمسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣م.
- المهذب، للشيرازي، لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، على بن أبي بكر الهيثمي، تحقيق: حسين سليم الداراني وعبد علي كوشك، دار الثقافة العربية، دمشق، ط (١)، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي، اعتنى بها: إبراهيم رمضان، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط (٦)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- مواهب الجليل شرح المختصر، لأبي عبد الله محمد بن محمد الخطاب، دار الفكر، ط (٣)، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- المواهب السنية، لأبي الأهدل، المكتبة التجارية، مطبعة مصطفى محمد، مصر، د. ط، د. ت.
- موجز تاريخ العالم، ه. ج. ويلز، ترجمة: عبد العزيز توفيق جاويد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٩م.

- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ط (٢)، (د.ت).
- الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، الندوة العالمية للشباب الإسلامي، إشراف وتخطيط ومراجعة: د. مانع بن حماد الجهني، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط (٤)، ١٤٢٠هـ.
- موسوعة تاريخ العراق بين احتلالين، عباس العزاوي، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط (١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- الموطأ للإمام مالك بن أنس، ومعه كتاب إسعاف المبتطأ برجال الموطأ للإمام جلال الدين السيوطي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط (٣).
- ميزان الأصول في نتائج العقول، لعلاء الدين السمرقندي، تحقيق: د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، نشر وزارة الأوقاف، والشؤون الدينية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لمحمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: الشيخ على محمد معوض وآخرين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير، لقاضي زاده أحمد بن قودر، مطبوع مع فتح القدير، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- التنف في الفتاوى، لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد الشُّعدي، حنفي، تحقيق د/ صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان الأردن، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- النجم الوهاج شرح المنهاج، للدميمري، مطبوع معه سلم المتعلم المحتاج إلى معرفة رموز المنهاج لأحمد ميقري شميلة الأهدل، والابتهاج بيان اصطلاح المنهاج، لأحمد بن أبي بكر بن سميظ، مطبوع في مقدمة النجم الوهاج، دار المنهاج، جدة.
- النجوم الزاهرة في تاريخ مصر والقاهرة، لابن تغري بردي، المؤسسة المصرية العامة، (د.ط)، (د.ت).

نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: ضمن كتاب سبل السلام، دار إحياء التراث العربي، بيروت. نزهة الخاطر العاطر على روضة الناظر وجنة المناظر، لعبد القادر الدومي الدمشقي، عالم الكتب، بيروت.

نزهة المشتاق في اختراق الآفاق، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن إدريس، الحمودي، الحسني، عالم الكتب، بيروت، ط (١)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م. النشر في القراءات العشر، لابن الجزري، أشرف على تصحيحه ومراجعته: أ. محمد الطباع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

نصب الراية، لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، قدم للكتاب: محمد يوسف البتوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانى، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، ط (١)، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، محمد بن بطال الركيبي، عيسى البابي الحلبي، مصر، القاهرة.

نفائس الأصول في شرح المحصول، لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وزميله، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط (٢)، ١٩٩٧م.

نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، لأحمد بن محمد المقرئ التلمساني، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ١٩٨٨م. نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، لجمال الدين الإسني، المطبعة السلفية، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٢م.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، حققه وصنع

فهارسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط (١)، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.

نهاية الوصول في دراية علم الأصول، لصفى الدين محمد بن عبد الرحيم الهندي، تحقيق: د/ صالح بن سليمان اليوسف، المكتبة التجارية.

النهاية في غريب الأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م.

النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م. النوادر السلطانية والمحاسن اليوسفية، أو سيرة صلاح الدين، ابن شداد، القاهرة، ١٩٦٤م.

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، شركة الطباعة الفنية المتحدة، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٧٤م. نيل المآرب بشرح دليل الطالب، للشيخ عبد القادر بن عمر الشيباني، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، القاهرة.

الهداية شرح بداية المبتدئ، للمرغيناني، ط أخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.

الهداية على مذهب الإمام أحمد، للكلوذاني، مطابع القصيم، السعودية، ط (١)، ١٣٩١هـ.

هدي الساري مقدمة فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي، طبع بعناية وكالة المعارف الجليلية في مطبعتها البهية استانبول ١٩٥١م، أعادت طبعه بالأوفست: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

الوافي بالوفيات، للصفدي، تحقيق: أحمد الأرناؤوط، وتركي مصطفى، دار

- إحياء التراث، بيروت، (د.ط)، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧م.
- الوسيط في المذهب، للغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط (١)، ١٤١٧هـ.
- الوصول إلى الأصول، لأبي الفتح أحمد بن علي برهان، تحقيق: د. عبد الحميد علي أبي زنيد، المعارف، الرياض، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس أحمد بن محمد بن أبي بكر خلكان، تحقيق: يوسف الطويل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (١)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

* * *

فهرس المحتويات العام

الجزء الأول

٣ مقدمة التحقيق
٧ التعريف بالمؤلف
١٥ عنوان الكتاب ونسبته إلى مؤلفه
٢٠ أهمية الكتاب العلمية
٥٥ مذهبه : التأسيس والنشأة
٥٦ أولاً: صاحب المذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان ومذهبه
٦٧ ثانياً: تكوين المذهب، وموطنه وانتشاره
٧٠ ثالثاً: أصول المذهب ومنهجه
٧٤ رابعاً: أعلام الفقه الحنفي
٨٥ خامساً: تدوين المذهب الحنفي
٨٨ مصطلحات خاصة بالحنفية
١٢٥ اختلاف الروايات عن الإمام وأصحابه
١٢٨ الاختلاف في ترجيح آراء أئمة المذهب المجتهدين
١٣٣ الاختلاف المكاني هل له أثر في اختلاف علماء الحنفية
١٣٥ الاختلاف الزمني هل له أثر في اختلاف علماء الحنفية
١٤١ مصطلحات خاصة بالكتاب
١٤٢ الحالة السياسية والعلمية في عصر المصنف
١٧٨ الحياة العلمية في القرن السادس الهجري
١٩٥ وصف نسخ مخطوط الكتاب
١٩٩ نماذج من صور المخطوط
٢١٩ مقدمة المؤلف

كتاب الطهارة

٢٢٥ الفصل الأول: المياه التي يجوز التوضؤ بها، والتي لا يجوز
٢٣٥ التوضؤ بماء الثلج
٢٤١ التوضؤ بالماء الجاري
٢٥١ الحياض، والغدران، والآبار، والأواني
٢٧٣ الفصل الثاني: في مسائل الوضوء

٢٨٢	تخليل الأصابع
٢٨٦	بيان ما ينقض الوضوء وما لا ينقض
٢٨٦	الخارج من غير السبيلين
٢٩٧	الخارج من السبيلين
٣٠٣	بيان ما يدخل في البدن ثم يخرج
٣٠٥	مسائل النوم، والنعاس، والإغماء، والعُشي، والسكر
٣١٤	مسائل القهقهة
٣١٨	الفصل الثالث: في مسائل الاغتسال
٣٣٤	الفصل الرابع: ما يتم الوضوء والغسل به
٣٤٥	الفصل الخامس: المريض إذا عجز عن الوضوء
٣٤٨	الفصل السادس: في التيمم
٣٦٦	الفصل السابع: في المسح على الخفين
٣٩٦	الفصل الثامن: في المسح على الجبائر، وعصابة المفتصد
٤٠٦	الفصل التاسع: في الحيض والاستحاضة وأصحاب الأعذار
	الفصل العاشر: في الرجل يخبر غيره بالوضوء أو بالحدث وفي وقوع الشك
٤٢١	وفي الوضوء وفي الحدث
٤٢٤	الفصل الحادي عشر: الأعيان النجسة وغسلها
٤٤٩	الفصل الثاني عشر: في تطهير النجاسات
٤٧٥	الفصل الثالث عشر: نجاسة الخف والنعل إذا أصابته نجاسة
٤٨٠	الفصل الرابع عشر: عرق الحمار والبغل وسؤرهما، وسؤر الفرس والهرة
٤٨٥	الفصل الخامس عشر: في المتفرقات
٤٨٩	الفصل السادس عشر: قراءة القرآن والمصاحف
٤٩٩	الفصل السابع عشر: في المساجد

كتاب الصلاة

٥٠٩	الفصل الأول: في بيان الأحكام التي تتعلق بشرائط الصلاة قبل الشروع فيها
٥٤٤	الفصل الثاني: في بيان الأحكام المتعلقة بشرائط الصلاة عند الشروع فيها

الجزء الثاني

تتمة كتاب الصلاة

٣	الفصل الثالث: في مسائل الأذان
٣	أذان المحدث والجنب وإقامتهما
٨	الأذان قبل دخول وقته

٩ في تدارك الخلل الواقع في الأذان
١١ الأذان والإقامة للفوائت
١٤ الرجل يصلي في بيته بغير أذان وإقامة
٢٣ الفصل الرابع: ما يفعله المصلي بعد الافتتاح
٣٨ مسائل السجود
٤٩ بعض مسائل المقتدين
٥٧ بعض مسائل المسبوقين
٦٥ الفصل الخامس: الجمع بين المسبوق واللاحق
٧٨ الفصل السادس: ما يكره للمصلي أن يفعله في صلاته وما لا يكره
٩١ الفصل السابع: ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها
٩١ الأقوال المفسدة للصلاة
١١٧ الأفعال المفسدة للصلاة
١٤١ الفصل الثامن: من يصح الاقتداء به ومن لا يصح
١٤١ بيان تغير حال المصلي
١٦٧ بيان ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع
١٨٦ الفصل التاسع: المرور بين يدي المصلي ودرء المارّ وفي مسائل السترة
٢٠٢ الفصل العاشر: النوافل وفوائتها عن وقتها وفي التراويح والوتر والقنوت
٢٠٧ مسائل التراويح
٢١٧ مسائل الوتر والقنوت
٢٣٨ الفصل الحادي عشر: في بيان المكان الذي يأتي فيه الرجل بالسنن
 الفصل الثاني عشر: فيمن سلم وعليه شيء من أفعال الصلاة وفي ارتفاع بعض أفعال الصلاة
٢٤٠ الصلاة
٢٤٦ الفصل الثالث عشر: السهو في الصلاة
٢٤٨ بيان صفة سجود السهو وكيفية
٢٥٢ بيان محل سجود السهو
٢٥٤ بيان ما تجب به هذه سجدة السهو
٢٦٥ بيان ما يمنع الإتيان بسجود السهو
٢٦٨ في المتفرقات
٢٧١ الفصل الرابع عشر: في مسائل الشك وفي الاختلاف الواقع بين الإمام والمأموم
٢٨٢ مسائل الاختلاف الواقع بين الإمام والمأموم
٢٨٨ الفصل الخامس عشر: في الفوائت
٢٩٦ الفصل السادس عشر: في سجدة التلاوة
٢٩٦ بيان ما يتعلق به وجوب السجدة

٢٩٧	بيان من تجب عليه السجدة
٣٠٠	بيان ما يبطل السجدة
٣٠١	إذا أراد أن يقيم ركوع الصلاة مقام السجدة
٣٠٧	في المتفرقات
٣١٣	الفصل السابع عشر: في صلاة المسافرين
٣١٣	بيان أن المسافر متى يقصر الصلاة
٣٣١	بيان المواضع التي تصح نية الإقامة فيها والتي لا تصح
٣٥١	في المتفرقات
٣٥٣	الفصل الثامن عشر: في الحدث والاستخلاف
٣٦١	مسائل الاختلاف
٣٧٢	الفصل التاسع عشر: في الجمعة والعيدين والصلاة بعرفات، وتكبيرات التشريق
٤٠٣	الفصل العشرون: صلاة المريض والمجنون والمغمى عليه
٤١٧	الفصل الحادي والعشرون: في الصلاة على الدابة
٤٢٢	الفصل الثاني والعشرون: في العراة إذا صلوا
٤٢٣	الفصل الثالث والعشرون: صلاة الخوف والكسوف والخسوف والاستسقاء
٤٢٩	الفصل الرابع والعشرون: الرجل يصلي ومعه شيء من النجاسات
٤٣٢	الفصل الخامس والعشرون: في الجنائز
٤٣٢	بيان من يصلى عليه ومن لا يصلى عليه
٤٣٦	في معرفة الشهيد الذي لا يغسل
٤٤٥	في التكفين
٤٤٧	بيان من يصلي على الميت
٤٥٢	في اجتماع الجنائز
٤٥٤	في حمل الجنازة
٤٥٧	في الدفن
٤٦١	في الكافر يموت وله ولي مسلم
٤٦٤	في المتفرقات
٤٧٣	الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الزكاة

٤٨٧	الفصل الأول: في بيان مال الزكاة
٥٠٧	الفصل الثاني: إذا كان المؤدى أنقص من الواجب
٥٠٩	الفصل الثالث: في الرجل الذي له سائمة للتجارة
٥١١	الفصل الرابع: في صدقة الفصلان والحملان والعجاجيل
٥١٣	الفصل الخامس: في صرف الزكاة على وجه دون وجه

٥١٥	الفصل السادس: في تصرف الرجل في مال الزكاة بعد الحول
٥١٨	الفصل السابع: في انقطاع حكم الحول وعدمه
٥١٩	الفصل الثامن: الفصل الثامن: في هبة رب الدين الدين من مديونه وتصدق عليه
٥٢٣	الفصل التاسع: في المسائل التي تتعلق بمن يوضع فيه الزكاة
٥٣٨	الفصل العاشر: في المتفرقات

الجزء الثالث

كتاب العشر والخراج

٥	مسائل العشر
٨	مسائل الخراج
١٠	في بيان أنواع الخراج
١٧	في بيان مقدار الخراج
٢٣	في بيان من يجب عليه الخراج ومن لا يجب عليه الخراج
٢٩	في بيان ما يسقط الخراج وما لا يسقط

كتاب الصوم

٣٥	الفصل الأول: في النية
٤٣	الفصل الثاني: في الشهادة على رؤية الهلال
		الفصل الثالث: في بيان ما يفسد الصوم، وما لا يفسد الصوم، وما يوجب القضاء
٥٣	والكفارة، وما يوجب القضاء دون الكفارة
٥٣	في بيان إذا عالج ذكره بيده حتى أمني
٦٢	إذا أكل ورق الشجر إن كان مما يؤكل
٧٤	الفصل الرابع: ما يكره من الصيامات وما لا يكره
٨١	الفصل الخامس: في المجنون والمغمى عليه
٨٤	الفصل السادس: فيما يكره للصائم أن يفعله
٨٧	الفصل السابع: في العذر الذي يجوز معه الفطر
٩٧	الفصل الثامن: في صدقة الفطر
١١٠	الفصل التاسع: في الاعتكاف

كتاب الحج

١٢٣	الفصل الأول: من يجب عليه الحج ومن لا يجب عليه
١٣٣	الفصل الثاني: في الأمور بالحج عن الغير
١٤٩	الفصل الثالث: في وقت الحج والعمرة
١٥٤	الفصل الرابع: في الطواف والسعي

١٥٩	الفصل الخامس: في الجمع بين الظهر والعصر، وفي الجمع المغرب والعشاء
١٦٢	الفصل السادس: في بيان الأفضل في الحج
١٦٦	الفصل السابع: في معرفة فائت الحج
١٦٨	الفصل الثامن: في ارتكاب محظورات الإحرام
١٧٠	المحرم يشارك محرماً في قتل صيد
١٧١	المحرم إذا اضطر إلى أكل ميتة وصيد
١٧٢	نوع في لبس المخيط
١٧٥	في الجماع وأنه حرام على المحرم
١٧٧	المحرم ممنوع عن استعمال الدهن والطيب
١٨٤	الفصل التاسع: الوقوف بعرفة والشهادة عليه
١٨٧	الفصل العاشر: في الوصية بالحج
١٩٥	الفصل الحادي عشر: في المتفرقات

كتاب النكاح

٢٠٣	الفصل الأول: في الألفاظ التي يتعد بها النكاح وما لا يتعد
٢٢١	الفصل الثاني: في المخالفة بين الإيجاب والقبول
٢٢٤	الفصل الثالث: في شروط الخيار في النكاح وإضافته إلى المستقبل
٢٢٦	الفصل الرابع: في بيان ما يكون إجازة للنكاح وما لا يكون
٢٥٦	الفصل الخامس: في معرفة الأولياء
٢٧٤	الفصل السادس: في تعريف المرأة والزوج في العقد بالتسمية والإشارة
٢٧٨	الفصل السابع: في الشهادة على النكاح
٢٩٠	الفصل الثامن: في الوكالة في النكاح
٣٠٠	الفصل التاسع: في الكفاءة
٣١٨	الفصل العاشر: في نكاح الصغار وتسليم المرأة وتصديق الولي في المهر
٣٢٧	الفصل الحادي عشر: في نكاح الأبكار وسكوتهن وما يتصل بذلك
٣٤٤	الفصل الثاني عشر: في النكاح الموقوف
٣٤٥	الفصل الثالث عشر: في انتقال الإجازة وعدم انتقالها
٣٤٧	الفصل الرابع عشر: في المهور
٣٥٠	النكاح إذا أضيف إلى دراهم عين وإلى دراهم دين
٣٥٢	المهر يوجد على خلاف المسمى
٣٥٥	المهر تدخله الجهالة
٣٥٧	المرأة تمنع نفسها بمهرها
٣٦٢	في مسائل السمعة

٣٦٥	في النكاح من غير تسمية المهر وفي نفي المهر
٣٦٧	الأب إذا زوج ابنته وطلبوا منه أن يقر بقبض شيء أو هبة شيء من الصداق
٣٦٨	في ضمان الأب مهر امرأة ابنه
٣٧٠	لو أن رجلا أكره بوعيد حتى يزوج امرأة
٣٧٣	في الاختلاف الواقع بين الزوج والمرأة
٣٧٨	في بيان ما يستحق جميع المهر
٣٨٨	في بيان حكم المهر وما يجب للمطلقة بالطلاق قبل الدخول
٣٩٢	في سقوط كل المهر أو نصفه
٣٩٤	في المتفرقات
	الفصل الخامس عشر: في دعوى النكاح والخصومة الواقعة فيه وإقامة البينة عليه
٣٩٧	عليه
٤٠٩	الفصل السادس عشر: اختلاف الزوجين في صحة العقد وفساده وما يتصل بذلك
٤١٢	الفصل السابع عشر: في اختلاف الأمة إذا أعتقت بعدما زوجت
٤١٥	الفصل الثامن عشر: ما يجوز من الأنكحة وما لا يجوز
٤٣٦	الفصل التاسع عشر: في بيان أسباب التحريم
٤٨٨	الفصل المكمل عشرون: في النكاح الفاسد
٤٩١	الفصل الحادي والعشرون: في بيان ما للزوج والمرأة أن يفعلوا وما لا يفعلوا
٤٩٨	الفصل الثاني والعشرون: في العنين والمحبوب والخصي والصبي والمعتوه
٥٠٣	الفصل الثالث والعشرون: في الحضانة والانتقال بالولد
٥٠٩	الفصل الرابع والعشرون: في المطلقة بثلاث تطليقات
٥١٧	الفصل الخامس والعشرون: في النكاح بالكتابة والرسالة مع الغائب
٥٢١	الفصل السادس والعشرون: مسائل الغزل والجهاز وهديّة العدة
٥٢٥	في مسائل المتفرقات

الجزء الرابع

كتاب الطلاق

٣	الفصل الأول: في بيان الطلاق السّئي وغير السّئي
١٢	الفصل الثاني: في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع
١٨	الفصل الثالث: في إيقاع الطلاق
١٨	في صريح الطلاق
٢٩	في تكرار الإيقاع في المدخول بها وفي غير المدخول به
٣٦	في إيقاع الطلاق بطريق الإضمار، وفي ترك الإضافة والتسمية ومما يتصل بذلك

٤٢	في إيقاع الطلاق بالعقود
٤٣	في الإيقاع بالإضافة إلى بعض المرأة
٤٥	في تشبيه الطلاق بشيء آخر
٤٨	في بيان ما يقع به الثلاث، وما يقع به الواحدة
٥١	في تغيير صفة الواقع
٥٣	في نية الثلاث وما يتصل بها
٥٤	في إيقاع بعض التطليقة
٥٧	في الرجل يوقع الطلاق على امرأته ثم يقول: لي امرأة أخرى
٥٩	في قوله أنت عليّ حرام
٥٩	الفصل الرابع: في الكنايات
	في قوله: اعتديّ.. اذهبي وما يتصل به في هبة المرأة وإباحتها وفي أمرها بالتزوج،
٦٦	وفتح الطريق عليها، وردّها بالعيب
٦٨	في قوله: بهشتم وما يتصل به
٧١	في قول الرجل لامرأته لست لي بامرأة فتدخل فيه البراءة عنها والبراءة عن نكاحها
٧٣	في قوله: داه كير ونظائره في الطلاق والخلع واليمين
	الفصل الخامس: فيما يكون جوابا في الطلاق والخلع وما لا يكون وما يكون إقرارا بالحرمة
٧٥	وما لا يكون
٧٩	الفصل السادس: في إضافة الطلاق إلى الأوقات
٨٣	إذا كان مع الإضافة ذكر المال
٨٧	إذا أضيف إلى وقتٍ موصوف بصفة
	في: إضافة الطلاق إلى أحد الوقتين، وفي الإضافة إلى وقتين وفي التعليق بأحد
	الفعالين، وفي التعليق بالفعالين وفي الجمع بين الوقت والفعل وفي الإضافة إلى
٩٠	أحدهما أو إليهما
	الفصل السابع: في بيان من يدخل تحت قوله أملكه وفي بيان صفة هذه الصيغة أنها للحال
٩٦	أو للاستقبال
٩٨	الفصل الثامن: في كلمة (في)
١٠٠	الفصل التاسع: في كلمة (بعد) و(قبل) و(مع)
١٠٣	الفصل العاشر: في التعليقات
١٠٣	في تعليق الطلاق بالملك
١٠٨	في التعليق بحرف الشرط وفي الإضافة إلى مسمى موصوف بصفة
١١٢	في معرفة عمل كلمة (كل) و(كلما) وفي تعليق الطلاق بالكلمتين العربية والفارسية
١٢٢	في اختلاف حكم التعليق لاختلاف المحل المضاف إليه التعليق
١٢٧	في تعليق الطلاق بالتطليق أو بوقوع الطلاق

- ١٢٨ فيما يكون شرطا في يمينين
- ١٢٩ في دخول شخص واحد تحت اليمين
- ١٣٠ في وجود بعض الشروط في النكاح ووجود البعض في غير النكاح
- ١٣٢ في عطف الخاص والعام في التعليق
- ١٣٤ في تعليق الطلاق بالفعلين: صورة ومعنى، وبالفعلين صورة، وبفعل واحد معنى
- ١٣٩ في تعليق الطلاق بعدم الفعل في محلين في وقت معين
- ١٤٢ في التعليق بما صار للشرط عرفا
- ١٤٣ في المتفرقات
- ١٤٩ في إخبار المرأة عما هو شرط الحنث في اليمين بالطلاق
- ١٥٢ في ذكر الشرطين يتعقب أحدهما الآخر عادة
- ١٥٣ في التنجيز في صورة التعليق
- الفصل الحادي عشر: في إيقاع الشك في الطلاق أو عدده وفي ضم غير امرأته إلى امرأته
- ١٥٦ في الإيجاب المبهم
- ١٥٩ الفصل الثاني عشر: في بيان ما يلحق العدد بالإيقاع
- ١٦١ الفصل الثالث عشر: في العطف على الإيقاع بعد السكوت
- ١٦٣ الفصل الرابع عشر: في إيقاع الطلاق على المبانة والمطلقة بصريح الطلاق
- ١٧٨ الفصل الخامس عشر: في تفويض الطلاق إليها أو إلى أجنبي
- ١٩٣ في تفويض صريح الطلاق إليها أو إلى أجنبي
- ١٩٤ في الجمع بين التفويضين
- ١٩٦ إذا قال لامرأته إذا تزوجت عليك امرأة فأمر تلك المرأة بيدك
- ١٩٧ رجل جعل أمر امرأته بيدها إن لم يعطها كذا في وقت كذا فهي تطلق نفسها متى شاءت
- ٢٠٠ إذا قال لها: أمرك بيدك كلما شئت
- ٢٠٢ في تعليق الطلاق بالمشيئة وفي تعليق التفويض بالمشيئة
- ٢٠٨ الفصل السادس عشر: في الاستثناء في الطلاق
- ٢١٣ في بيان: ما يقع به الفصل بين الإيجاب والاستثناء وما لا يقع
- ٢١٧ في إيقاع عدد من الطلاق واستثناء بعضه
- ٢٢١ كما يصح الاستثناء من أصل الكلام يصح الاستثناء من الاستثناء
- ٢٢٢ في دعوى الزوج الاستثناء، وفي إخبار غير الزوج بالاستثناء
- ٢٢٤ من الاستثناء
- ٢٢٧ الفصل السابع عشر: في دعوى المرأة الفرقة على الزوج بالردة أو بالطلاق
- ٢٣٥ الفصل الثامن عشر: في إيقاع الطلاق على مال
- ٢٤٢ الفصل التاسع عشر: في الخلع
- ٢٤٣ في بيان صفته وكيفيته

٢٤٦	وإذا أمر الرجل امرأته بالخلع فهو على أربعة أوجه
٢٥٤	إذا قال لها: خالعتك، ولم يذكر المال أصلاً
٢٦٠	إذا اختلعت المرأة من زوجها على شيء سوى المهر، فهذا على وجوه
٢٦٣	في بيان ما يصلح جواباً وما لا يصلح
٢٦٨	في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده
٢٧٠	إذا أراد الرجل أن يخلع ابنته من زوجها وهي صغيرة أو كبيرة
	ينبغي على أصل أن خطاب الخلع متى جرى بين الزوج وبين المرأة كان القبول إلى
٢٧٣	المرأة سواء كان البدل مرسلًا
٢٧٨	امرأة وكلت رجلاً بأن يخلعها من زوجها بألف درهم، ففعل الوكيل، فهذا على وجهين
٢٨٠	في الخلع في المرض
٢٨٤	في المتفرقات
٢٨٩	الفصل المكمل عشرين: في مسائل العدة
٣٠٥	في معرفة المدة التي تصدق المرأة في انقضاء العدة فيها
٣٠٧	في انتقال العدة
	تسع مسائل تنبني على أصل أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولا في النكاح
٣٠٨	الثاني أم لا
٣١٠	الفصل الحادي والعشرون: في معرفة حد البلوغ
٣١٣	الفصل الثاني والعشرون: في طلاق المريض
٣٢١	الفصل الثالث والعشرون: في مسائل الرجعة
٣٢٦	الفصل الرابع والعشرون: في الإبلاء
٣٣٢	الفصل الخامس والعشرون: في اللعان
٣٤٢	من أن يعلم أن ولد المتلاعبة في حق بعض الأحكام ألحق بالنسب
٣٤٤	الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب النفقات

٣٥٥	الفصل الأول: في نفقة الزوجات
٣٥٧	في بيان من تستحق النفقة من الزوجات ومن لا تستحق
٣٧٣	في كسوة المرأة
٣٧٦	في فرض القاضي نفقة المرأة وكسوتها
٣٩٤	في نفقة خادم الزوجة
٣٩٩	في الخصومة في نفقة الأزمنة الماضية
٤٠٥	في الاختلاف الواقع بين الزوجين في دعوى اليسار والإعسار
٤١٦	في الكفالة في النفقة وفي الإبراء عنها
٤٢٠	في الصلح عن النفقة

٤٢٦	في إيجاب النفقة في النكاح الذي لم يعرف ثبوته
٤٢٩	في أن الله تعالى أوجب السكنى مقرونة بالنفقة
٤٣٠	الفصل الثاني: في نفقة المطلقات
٤٣٠	في بيان من تستحق النفقة من المطلقات، ومن لا تستحق
٤٥٢	في الأسباب المسقطه لهذه النفقة
٤٥٥	في الصلح عن نفقة العدة
٤٥٦	في اختلاف الزوجين في وقوع الطلاق، وبيان أحكام النفقة
٤٥٩	الفصل الثالث: في نفقة ذوى الأرحام
٤٥٩	فيما يجب على الأب والأم من رضاع الصغير ونفقاته
٤٨٤	فيما لا يجب على الآباء من نفقة الأولاد
٤٨٦	فيما يجب على الأولاد نفقة الآباء والأمهات
٤٩٩	في نفقة الأجداد وأولاد الأولاد
٥٠١	في نفقة من سوى الوالدين والمولودين من ذوي الأرحام
٥٠٧	الفصل الرابع: في نفقات أهل الكفر
٥١١	الفصل الخامس: في نفقة المماليك
٥١١	في أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق
٥١٦	في الإنفاق على الملك الموقوف
٥٢١	في الإنفاق على العين المشترك
٥٢٩	في نفقة العبد الآبق

الجزء الخامس

كتاب العتاق

٣	الفصل الأول: الألفاظ التي يقع بها العتق والتي لا يقع
١٤	الفصل الثاني: في تعليق العتق
١٤	في تعليق العتق بالملك والشراء
١٧	في تعليق العتق بأداء المال
٢٣	في تعليق العتق بالخدمة
٢٤	قال لعبده: أنت حر على أن تحج عني
٢٥	قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر
٢٦	قال لعبده: إذا سقيت الحمار فأنت حر
٢٧	الفصل الثالث: في شراء بعض العبد وفي وبيع نفسه
٢٨	الفصل الرابع: في تفويض العتق إلى الغير
٢٩	الفصل الخامس: في أمر الرجل غيره بإعتاق عبده ينزل على الأمر

- ٣١ الفصل السادس : في المدير والمكاتب وأم الولد
 ٤٧ الفصل السابع : في الشهادة على العتق
 ٥٠ الفصل الثامن : في إعتاق العبد المشترك
 ٥٤ الفصل التاسع : في المتفرقات

كتاب المكاتب

- ٦٣ الفصل الأول : في بيان شرط جواز الكتابة وحكمها والألفاظ التي تقع بها الكتابة
 ٦٥ الفصل الثاني : في بيان ما تصح الكتابة به وما لا تصح
 ٧٧ الفصل الثالث : في الشرط والخيار في الكتابة
 ٨٠ الفصل الرابع : في عجز المكاتب وفسخ الكتابة بسبب عجزه
 ٨٣ الفصل الخامس : في بيان ما يملك المكاتب وما لا يملك
 الفصل السادس : في ملك المكاتب ولده أو بعض ذي رحم محرم أو امرأته
 ٩٣ وفي المكاتب يموت عن وفاء وفي أولاد المكاتب
 ١٠٠ الفصل السابع : في العبد الذي يكون بين رجلين فكاتبه أحدهما
 ١٠٦ الفصل الثامن : في الرجل يكاتب شقص مملوكه
 ١١١ الفصل التاسع : في الاختلاف الواقع بين المولى وبين المكاتب

كتاب الولاء

- ١١٧ الفصل الأول : في ولاء العتاقة
 ١٢١ إذا مات المعتق وترك عصبة عصبة المعتق
 ١٢٥ يموت الرجل ويترك مالا ولا يترك وارثاً
 ١٢٩ بعض مسائل جزّ الولاء
 ١٣٢ في توقيف الولاء
 ١٣٦ غير المسلم يعتق عبداً ليس بمسلم فيكون ولاؤه له
 ١٣٨ الفصل الثاني : في ولاء الموالاتة
 ١٤٠ إذا أسلم الرجل على يدي رجل، وعاقده عقد الموالاتة
 ١٤٣ الفصل الثالث : في الإقرار بالولاء
 ١٤٧ الفصل الرابع : في الاستحلاف في هذا الباب

كتاب الأيمان

- ١٥٢ الفصل الاول : في ألفاظ اليمين
 ١٥٢ في الحلف بأسماء الله تعالى
 ١٥٨ إذا حلف بصفة من صفات الذات فهو يمين
 ١٦٠ إذا قال : ودين الله لا أفعل كذا، فهذا ليس بيمين
 ١٦١ إذا قال : دخول الدار عليّ حرام، كان يميناً

- ١٦٤ إذا قال: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي، إن فعل كذا فهو يمين
- ١٦٦ إذا قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله تعالى ورسوله، فهو يمين
- ١٦٩ اليمين على نية الحالف مظلوماً، وإن كان ظالماً على نية المستحلف
- ١٧٢ في تكرار الاسم ما يكون يميناً واحداً أو يمينين
- ١٧٧ الفصل الثاني: في أنواع اليمين
- ١٧٧ اليمين بالله تعالى
- ١٨٤ اليمين بغير الله تعالى
- ١٨٩ في «لو» و«لولا» إذا جعل شرطاً
- ١٩٠ في حرف الاستثناء إذا جعل شرطاً
- ٢٠١ في عطف الشروط بعضها على البعض
- ٢١١ في الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال
- ٢١٥ في الشرط الذي يكون على الفور أو على التراخي
- ٢١٩ في بيان كلمة "أو"
- ٢٢٢ المعرف من كل وجه لا يدخل تحت اسم النكرة
- ٢٣١ إذا قال: إن أكل كذا وشرب وكلم فلاناً، فامرأته طالق، لم يقع الطلاق
- ٢٣٣ الفصل الثالث: في اليمين إذا جعل لها غاية
- ٢٤٥ الفصل الرابع: في الشرط الذي يحمل على معناه دون لفظه وما يعتبر فيه اللفظ
- ٢٦٦ الفصل الخامس: في الرجل يحلف فينوي التخصيص
- ٢٧٦ الفصل السادس: في تقييد اليمين المطلقة بالدلالة
- ٢٧٨ الفصل السابع: في العطف على اليمين بعد السكوت
- ٢٨٠ الفصل الثامن: في الرجل يحلف على شيء فيتغير عن حاله
- ٢٩٠ الفصل التاسع: في الجمع بين الحقيقة والمجاز
- ٣٠١ الفصل العاشر: في الجمع المضاف إلى الجمع أو إلى الواحد
- ٣٠٤ الفصل الحادي عشر: في عموم النكرة وخصوصها
- ٣٠٨ الفصل الثاني عشر: في تعليق الحكم بالجمع المنكر والمعرف
- ٣١٢ الفصل الثالث عشر: في الحلف على الأقوال
- ٣١٢ في الكلام وما يتصل به
- ٣٢٩ في قراءة القرآن
- ٣٣٨ في السب والشتم وما يتصل بهما
- ٣٤٢ في الطلاق والعتاق
- ٣٥٠ الفصل الرابع عشر: في الحلف على العقود
- ٣٥٠ في النكاح
- ٣٦٢ في البيع والشراء والملك

٣٧٧	في الهبة، والصدقة، والإجارة، والاستئجار، والعارية، والشركة، والقرض، والاستقراض، والكفالة، والوصية، والاستدانة
٣٨٤	الفصل الخامس عشر: في الحلف على الأفعال
٣٨٤	في الصلاة والصوم والحج
٣٩٧	في الوضوء والغسل
٤٠٠	في الأكل
٤٠٣	إذا عقد يمينه على مأكول بعينه ينصرف يمينه إلى أكل عينه
٤٢١	الحالف يأكل المحلوف عليه بعدما خلطه بخلاف جنسه
٤٣٥	في مسائل الشرب
٤٤٧	في الذوق
	في الجماع والزنا وما يتصل به من المضاجعة وغيرها، ويدخل في هذا
٤٤٩	النوع النوم معها وما يتصل به، والخلوة وأشبه ذلك
٤٥٧	في اللبس ويدخل فيه مسائل الغزل والنسج والكسوة
٤٧١	في الدخول
٤٩١	في السكنى
	في الخروج والإتيان والمجيء والذهاب، والعود والقعود والصعود والنزول والرد
٥٠٦	في الضرب والتعذيب والحبس والأذى
٥١٩	في السرقة وما هو بمعناها من الرفع والنقب وغير ذلك وفي الرد والأداء
٥٢٤	فيما يجري بين صاحب المال وبين غيره
٥٢٨	فصل في تعليق الأجزية المختلفة بالشرط

الجزء السادس

تتمة كتاب الأيمان

٣	الفصل السادس عشر: في الأيمان على الأفعال في المكان والزمان
١١	الفصل السابع عشر: في اليمين التي تكون على الحياة دون الموت والتي تكون عليهما
١٤	الفصل الثامن عشر: في الحلف على ما يفعله الرجل لغيره
	الفصل التاسع عشر: في الحلف على ما يقع على الملك القائم، وما يقع على الملك
٢٠	الحادث، وما يقع عليهما
	الفصل المكمل عشرين: في اليمين التي تكون على ما في ملك الحالف إلى وقت لم يبطل
٢٩	وإن لم يسم الوقت
٣٤	الفصل الحادي والعشرون: في الرجل يحلف ألا يفعل الشيء فيأمر غيره

٣٨ الفصل الثاني والعشرون: في اليمين على الأوقات
٤٥ الفصل الثالث والعشرون: في الحلف بعق أول عبد يملكه
٤٨ الفصل الرابع والعشرون: في النذور والكفارات
٥٣ إذا كان النذر بالعبادة معلقًا بالشرط لا يجوز أداؤها قبل وجود الشرط مالية كانت العبادة أو بدنية
٦٣ مسائل الكفارات
٧٦ الفصل الخامس والعشرون: في المتفرقات
٨٦ الفصل السادس والعشرون: في معرفة صفات الإنسان

كتاب الحدود

٨٩ الفصل الأول: في معرفة الإحصان الذي هو شرط وجوب الرجم
٩١ الفصل الثاني: في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي
٩٩ فيما إذا ظهر كذب الشهود في شهادتهم
١٠٤ إذا شهد الشهود على رجل بالزنا ثم غابا أو ماتا
١٠٥ فصل الإقرار
١٠٦ الإقرار بالزنا أربع مرات
١٠٩ بين الشهادة والإقرار
١١٠ الفصل الثالث: فيما يوجب الحد من الوطاء وما لا يوجبه
١٢٥ الفصل الرابع: في كيفية إقامة الحد
١٣٧ الفصل الخامس: في مسائل القذف
١٤٩ الفصل السادس: في التعزير
١٥٩ الفصل السابع: في مسائل شرب الخمر
١٦٤ الفصل الثامن: في المتفرقات

كتاب السرقة

١٧٧ الفصل الأول: في بيان الشروط التي لا بد منها لوجوب القطع، وإنها كثيرة
٢١٩ في مسائل النصاب
٢٢١ يرجع إلى الحرز
٢٢٦ جماعة يشتركون في السرقة
٢٢٨ الفصل الثاني: في رد السرقة على المالك
٢٣٣ الفصل الثالث: في ظهور السرقة
٢٣٨ الفصل الرابع: في قطع الطريق
٢٥٩ الفصل الخامس: في بيان أنه متى يسع قتل الهاجم واللص ومن بمعناهما
٢٦٢ الفصل السادس: فيما إذا قطعت يد السارق والسرقة قائمة في يده أو هلكت

- ٢٦٤ الفصل السابع: في السرقة من غير المالك
- ٢٦٦ الفصل الثامن: في المتفرقات

كتاب السَّير

- ٢٦٩ الفصل الأول: في صفة الجهاد
- ٣٠٦ الفصل الثاني: في بيان شرط جواز القتال مع الكفرة
- ٣١٣ الفصل الثالث: في الفرار من الزحف
- ٣١٩ الفصل الرابع: في بيان من يجوز له الخروج إلى الجهاد ومن لا يجوز
- ٣٢٩ الفصل الخامس: في بيان من يجوز قتله من المشركين ومن لا يجوز
- ٣٣٩ الفصل السادس: في بيان ما ينتهي به الأمر بالقتال
- ٣٥٠ البيان الأول
- ٣٦٣ البيان الثاني
- ٣٦٣ في الأمان ثم يصاب المشركون بعد أمانهم
- الفصل السابع: في إدخال [الغزاة] النساء مع أنفسهم في دار الحرب وفي إدخالهم المصحف مع أنفسهم في دار الحرب وفي اتخاذ أهل الثغور الذراري والنساء وإمساكن إياهن في الثغور
- ٣٦٥
- ٣٧٠ الفصل الثامن: في الجمائل
- ٣٧٨ الفصل التاسع: في بعث السرايا
- ٣٧٩ الفصل العاشر: فيما يجب من طاعة الإمام وما لا يجب
- ٣٨٣ الفصل الحادي عشر: في مسائل الأمان
- ٣٨٣ في بيان شرائط جواز الأمان وبيان من يصح أمانه ومن لا يصح
- ٣٨٩ في أمان الوكيل والرسول
- ٣٩٦ في بيان ما يكون أماناً، وما لا يكون أماناً
- ٤٠٥ في تعليق الأمان بالشرط
- ٤٠٩ في طلب الأمان لذريته أو أولاده أو لإخوته أو لأبائه وما يتصل بذلك
- ٤١٢ في بيان ما يدخل في الأمان من غير ذكر
- ٤١٥ الفصل الثاني عشر: في نبذ الأمان
- ٤١٩ الفصل الثالث عشر: في المسلمين تدخل الأشياء في دار الحرب
- ٤٢٦ الفصل الرابع عشر: في مفاداة الأسراء بالأسراء
- ٤٣٧ الفصل الخامس عشر: في الأنفال
- الفصل السادس عشر: في الوالي إذا احتاج إلى إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام ومعه دواب من الغنيمة أو من بيت المال أو كان مع كل واحد من الغانمين فضل دابة أو كان مع بعضهم أو لم يكن فضل دابة أصلاً وما يحل فعله في دار الحرب لضرورة
- ٤٤٤

٤٤٨	الفصل السابع عشر: في الحربي يملك حربيا آخر بالقهر والغلبة وفي بيع الحربي ولده الصغير
٤٥٤	الفصل الثامن عشر: في بيان أحكام أهل الذمة وأهل الشرك
٤٥٤	في إحداه أهل الذمة البيع والكنائس في أمصار المسلمين وسكناهم مع المسلمين في دار الإسلام، وشرائهم الدور والمنازل في ديار المسلمين
٤٨٩	في صلة المسلم المشرك وفي صلة المشرك المسلم، وفي هدايا أهل الحرب، وهدايا الفسقة وأمرء الجور، ويدخل ما أهدي إلى العمال والأمراء
٥٠٤	في دخول الكافر المساجد
٥١٢	في ركوب أهل الذمة وعلاماتهم
٥١٨	في آنية المشركين وذبائحهم وطعامهم والأكل معهم

الجزء السابع

تتمة كتاب السّير

٣	الفصل التاسع عشر: في المعاملة تجري بين المسلم والحربي في دار الحرب وبين المسلمين في دار الحرب
١٤	الفصل العشرون: في أحكام أهل البغي والخوارج
٣٢	الفصل الحادي والعشرون: في بيع الغنائم وما يتصل به
٤٨	الفصل الثاني والعشرون: في المحصورين إذا طلبوا من الأمير الذي حاصرهم أن يسلموا أو يصيروا ذمة ورأى الإمام أن يقاتلهم
٥١	الفصل الثالث والعشرون: في المسلم يقتل أسيراً، وفي المسلم يقتل أصحابه فيما يقاتل
٦٠	الفصل الرابع والعشرون: في السبايا من أهل الحرب ما يصدق فيه على دعوى النكاح وما لا يصدق
٧٢	الفصل الخامس والعشرون: في مسائل المرتدين وأحكامهم
٧٢	في إجراء كلمة الكفر
٧٦	فيما يقال في ذات الله سبحانه وتعالى وصفاته
٧٨	في ذكر المكان لله تعالى
٨٢	ما يضاف إلى فعل الله تعالى
٨٤	في المتفرقات
٩٠	إذا قال: هو بريء من الإسلام
٩٢	فيما يرجع إلى الغيب
٩٤	فيما يعود إلى الأنبياء
١٠٢	في رد الأوامر الشرعية

١٠٣	فيما يعود إلى الملائكة
١٠٤	فيما يتعلق بالقرآن
١٠٨	فيما يتعلق بالصلاة والزكاة والصوم
١١٣	فيما يتصل بالذكر
١١٥	فيما يتعلق بأمر القيامة والبعث والميزان والحساب
١٢٠	في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
	في العلم والعلماء والأبرار والصالحين وطلب أحد الخصمين الذهاب إلى الشرع وإلى
١٢٤	باب القاضي
١٢٨	فيما يقال عند التعزية والمرضى والبرء من المرض
١٣٠	في الرجل يقول لغيره: يا كافر، أو يقول لامرأته: يا كافرة
١٣٦	في تمنى ما لا ينبغي أن يتمنى
١٣٧	في التشبه بالكفار، وترجيح الكافر على المسلم، وملامة من أسلم على ترك دينه
١٣٩	في الخروج والذهاب إلى ضيافة المجوس
١٤٢	فيما يتعلق بالسلطين والجبابرة والأكابر
١٤٥	في تعليم الكفر وتلقيه والأمر بالارتداد
١٤٦	في الإكراه على التلفظ بلفظة الكفر وما يتصل به
١٤٩	في المتفرقات
١٥٤	إذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة في الحال
١٥٥	من شك في إيمانه
١٦١	يعرض الإسلام على المرتدة والمرتد
١٦٧	ارتداد الصبي الذي يعقل
١٧٠	في تصرفات المرتد والمرتدة
١٧٦	ميراث امرأة المرتد
١٨١	في المرتد يلحق بدار الحرب
١٨٧	الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الاستحسان

٢٠١	الفصل الأول: في العمل بخبر الواحد
٢٠٦	في الإخبار عن أمر ديني
٢١٠	في تعارض الخبرين في نجاسة الماء وطهارته، أو في حرمة العين، وإباحته
٢١٥	في العمل بخبر الواحد في المعاملات
	في العمل بخبر الواحد في ارتداد أحد الزوجين، والرضاع، والطلاق، والموت،
٢٢٠	وفساد النكاح
٢٢٤	الفصل الثاني: في العمل بغالب الرأي

٢٢٦	والصلاة على النبي ﷺ
٢٣٦	الفصل الرابع: في المسجد والقبلة والمصحف وما كتب فيه
٢٤٥	الفصل الخامس: في سجدة الشكر
٢٤٩	الفصل السادس: في المسابقة
٢٦٣	الفصل السابع: في السلام وتشميت العاطس
٢٧٠	الفصل الثامن: في مسائل النظر والمس
٢٨٤	الفصل التاسع: في مسائل اللبس
٢٩١	الفصل العاشر: في استعمال الذهب والفضة
٣٠٦	الفصل الحادي عشر: في مسائل الأكل وما يتصل به
٣١٣	الفصل الثاني عشر: في النهبة ونثر الدراهم والسكر
٣١٧	الفصل الثالث عشر: في الكسب
٣٣١	الفصل الرابع عشر: في زيارة النساء القبور، وفي نقل الميت من مكان إلى مكان
٣٣٥	الفصل الخامس عشر: في أهل الذمة، والأحكام العائدة إليهم
٣٤٦	الفصل السادس عشر: في الهدايا والضيفات
٣٥٠	الفصل السابع عشر: في الغناء واللهو والأمر بالمعروف
٣٥٧	الفصل الثامن عشر: في المعالجة والتداوي
٣٦٣	الفصل التاسع عشر: في العزل وقت المجامعة، أو في الماء بعدما وصل إلى الرحم
		الفصل المكمل عشرين: في الختان، والخصاء، وقلم الأظفار، وتطويلها وقص
٣٦٧	الشوارب، ووصل المرأة شعر غيرها بشعرها
٣٧٤	الفصل الحادي والعشرون: في الزينة واتخاذ الخادم للخدمة
٣٧٩	الفصل الثاني والعشرون: في قتل الرجل المسلم والده المشرك ومن بمعناه، وقتله محارمه
٣٨٢	الفصل الثالث والعشرون: في دخول النساء الحمام، وفي ركوبهن على السروج
٣٨٥	الفصل الرابع والعشرون: في تعليق الأجراس بالدواب، وما يتصل بذلك
٣٨٧	الفصل الخامس والعشرون: في الحسد والغبطة
٣٨٩	الفصل السادس والعشرون: في ما يشق من جراحات بني آدم والحيوانات
٣٩٢	الفصل السابع والعشرون: في البياعات وبيع المزايمة
		الفصل الثامن والعشرون: في الرجل يسافر بغير إذن الوالدين، ويدخل فيه
٣٩٦	الركوب في البحر للتجارة والدخول في دار الحرب بأمان للتجارة
		الفصل التاسع والعشرون: في المرأة سمعت من زوجها أنه طلقها ثلاثا، وفي المرأة تتزوج
٣٩٨	ولها زوج، وما يتصل به
		الفصل المكمل ثلاثين: في ملاقة الملوك، والتواضع لهم، وتقبييل أيديهم أو أيدي غيرهم
٤٠٠	وما يتصل بذلك، والخروج على السلطان الجائر لدفع جوره

٤٠٥	الفصل الحادي والثلاثون: في الدخول دار الغير، والمرور، والصلوات فيها وفي المرور في الطريق المحدث، وفي في الطريق الذي يجده في المقبرة
٤٠٩	الفصل الثاني والثلاثون: في تصرف الرجل في الأعيان المشتركة شركة خاصة، وشركة عامة
٤١٥	الفصل الثالث والثلاثون: في الديون والظلمات وأحكامها في الدنيا والآخرة
٤٢٠	الفصل الرابع والثلاثون: في المتفرقات

كتاب التحري

٤٣١	الفصل الأول: في مسائل الصلاة
٤٣٢	الفصل الثاني: في مسائل الزكاة
٤٣٦	الفصل الثالث: في التحري في الثياب والمساليخ، والأواني، والموتى
٤٤٠	الفصل الرابع: في المتفرقات

كتاب اللقيط

٤٤١	الفصل الأول: في بيان ما يستحب فيه، أو يفرض وفي مرافعة الملتقط اللقيط إلى القاضي، وفي إنفاق الملتقط على اللقيط
٤٤٤	الفصل الثاني: في دعوى نسب اللقيط
٤٤٤	في دعوى الملتقط، أو غيره وحده ونسبه
٤٤٨	في دعوى اللقيط من الملتقط
٤٥٠	في دعوى الخارجين
٤٥١	في دعوى الخارجين أيضاً
٤٥٦	في دعوى الذمي مع المسلم نسب اللقيط
٤٥٨	في دعوى العبد نسب اللقيط
٤٦٠	فيما إذا ادعى رجل نسب اللقيط، وادعى آخر أنه عبده
٤٦١	في أنه إذا ادعى اللقيط من زوجته، أو أمته
٤٦٢	الفصل الثالث: في المتفرقات

كتاب اللقطة

٤٦٣	الفصل الأول: في أخذ اللقطة والانتفاع بها وتملكها
٤٧٤	الفصل الثاني: في تعريف اللقطة وما يصنع بها بعد التعريف
٤٧٨	الفصل الثالث: في الملتقط يرفع اللقطة إلى القاضي
٤٨٥	الفصل الرابع: في إيجاب الضمان على الملتقط

كتاب الأبق

٤٨٧	الفصل الأول: في أخذ الأبق، وما يصنع به بعد الأخذ
-----	--

- ٤٨٩ الفصل الثاني: في بيان مقدار الجعل
 ٤٩١ الفصل الثالث: في بيان من يستحق الجعل
 ٤٩٤ الفصل الرابع: في بيان وجوب الضمان على الراد

كتاب المفقود

- ٤٩٥ الفصل الأول: في تفسير المفقود وحكمه
 ٥٠٣ الفصل الثاني: في التصرف في مال المفقود

الجزء الثامن

كتاب الغصب

- ٣ الفصل الأول: في تضمين الغصب
 ١٧ الفصل الثاني: في حكم الغصب
 ٣٨ الفصل الثالث: في بيان ما يجب الضمان باستهلاكه وما لا يجب
 ٤٥ الفصل الرابع: في كيفية الضمان
 ٥٠ الفصل الخامس: في مسائل الخلط، وما يجانسه
 ٥٣ الفصل السادس: في التلف الحاصل من جهة اثنين
 ٥٦ الفصل السابع: في رد المغصوب، واسترداده، وفيما يبرأ به الغاصب عن الضمان
 ٦٣ الفصل الثامن: في السبب إلى الإلتلاف
 ٧١ الفصل التاسع: في غاصب الغاصب، ومودع الغاصب
 ٧٨ الفصل العاشر: في الأمر بالإلتلاف، وما يتصل به
 الفصل الحادي عشر: في ملك الغاصب المغصوب وفي الانتفاع به، وفي التصرف في
 ٨١ المغصوب، وفي اكتساب المغصوب
 الفصل الثاني عشر: في الدعوى الواقعة في الغصب، واختلاف الغاصب والمغصوب منه،
 ٨٩ والشهادة في ذلك
 ٩٤ الفصل الثالث عشر: في زراعة الغاصب

كتاب الوديعة

- ١٠٥ الفصل الأول: في بيان ما يملكه المودع وما لا يملكه
 ١١٠ الفصل الثاني: إذا لم يبين المصير والمكان بل أطلق
 ١١١ الفصل الثالث: فيما يكون إيداعاً وما لا يكون
 ١١٥ الفصل الرابع: في الوديعة
 ١١٨ الفصل الخامس: في جحود الوديعة
 ١٢٢ الفصل السادس: في المودع إذا خالف شرط رب الوديعة
 ١٢٥ الفصل السابع: فيما يكون تضييعاً للوديعة وما لا يكون وما يضمن به المودع وما لا يضمن

١٣٤	الفصل الثامن: في تجهيل الودیعة
١٣٧	الفصل التاسع: فيما يرجع إلى فعل المستودع
١٣٩	الفصل العاشر: في رد الودیعة إلى المودع
١٤٠	الفصل الحادي عشر: في الإنفاق على الودیعة وفي إنفاق المودع بعض دراهم الودیعة على نفسه
١٤٢	الفصل الثاني عشر: فيما إذا كان صاحب الودیعة غير واحد
١٤٤	الفصل الثالث عشر: في الاختلاف في الودیعة والشهادة فيها
١٤٩	الفصل الرابع عشر: في المتفرقات

كتاب العارية

١٥٨	الفصل الأول: في بيان ما يملكه المستعير وما لا يملكه
١٦٤	الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع عند العارية وفي بيان جواز شرط العارية
١٦٦	الفصل الثالث: في إعاره الأرض للبناء والغراس والزرع
١٧٠	الفصل الرابع: فيما يكون تضييعا للعارية وما لا يكون
١٧٦	الفصل الخامس: في خلاف المستعير
١٨٠	الفصل السادس: في المتفرقات

كتاب الشركة

١٩١	الفصل الأول: في بيان أنواع الشركات، وشرائطها، وأحكامها
٢١٢	الفصل الثاني: في الألفاظ التي تصح الشركة بها، والتي لا تصح
٢١٨	الفصل الثالث: في الشروط في الشركة الفاسدة
٢٢٠	الفصل الرابع: في المفاسخة
٢٢٤	الفصل الخامس: هلاك المال في شركة العنان
٢٣٠	الفصل السادس: في تصرف أحد الشريكين في الدين المشترك

كتاب الصيد

٢٤٣	الفصل الأول: في بيان ما يؤكل من الصيد وما لا يؤكل
٢٥٢	الفصل الثاني: في بيان ما يملك به الصيد وما لا يملكه
٢٦٠	الفصل الثالث: في صيد الكلب والبازي
٢٦٥	الفصل الرابع: في الرجل يسمع حسًا فيرميه ثم تبين خلافه
٢٦٧	الفصل الخامس: في الإنسي إذا توحش
٢٦٩	الفصل السادس: فيما أبين من الصيد
٢٧٢	الفصل السابع: في بيان ما يقبل الذكاة من الحيوان وما لا يقبل
٢٧٦	الفصل الثامن: في مسائل الرمي، وفي اجتماع الرمي على صيد واحد وفي اجتماع الكلبين والبازين على صيد واحد

- ٢٨٦ الفصل التاسع: في مسائل السمك
 ٢٨٩ الفصل العاشر: إذا وقع الشك أن الصيد مات بالجراحة أو بسبب آخر
 ٢٩١ الفصل الحادي عشر: في المتفرقات

كتاب الذبائح

- ٢٩٣ الفصل الأول: في بيان ما يحل ذكاته
 ٢٩٥ الفصل الثاني: في بيان أنواع الذكاة
 ٢٩٧ الفصل الثالث: في بيان آلة الذكاة
 ٢٩٨ الفصل الرابع: في مسائل التسمية

كتاب الأضحية

- ٣٠٤ الفصل الأول: في بيان صفتها وشرائطها
 ٣٠٩ الفصل الثاني: في بيان وقت الأضحية
 ٣١٤ الفصل الثالث: في وجوب الأضحية بالنذر وما هو في معناه
 الفصل الرابع: إذا صلى الإمام بغير وضوء سهواً وفاتت الصلاة بسبب من الأسباب أو صلى
 ٣١٨ يوم عرفة سهواً، أو وقع الشك في يوم الأضحى
 الفصل الخامس: في أضحية الرجل عن أولاده الصغار بماله أو بمالههم ويدخل فيه أضحية
 ٣٢١ الوصي
 ٣٢٣ الفصل السادس: في التضحية عن الغير وفي تضحية شاة الغير، وفي ذبح أضحية الغير
 ٣٢٩ الفصل السابع: في الأضحية إذا سرقت أو ضلت
 ٣٣٠ الفصل الثامن: في الشركة في الضحايا
 الفصل التاسع: في بيان ما يجوز من الضحايا، وما لا يجوز وفي بيان الأفضل والمستحب
 ٣٣٣ منها
 ٣٤٢ الفصل العاشر: في الانتفاع بالأضحية
 ٣٤٣ الفصل الحادي عشر: في المتفرقات

كتاب الوقف

- ٣٥٤ الفصل الأول: في الألفاظ الجارية في الوقف ما يتم، وما لا يتم
 ٣٦١ الفصل الثاني: فيما يتعلق بجواز الوقف، وشرائط صحته
 ٣٧٤ الفصل الثالث: في بيان ما يجوز من الأوقاف، وما لا يجوز
 ٣٧٤ في وقف المنقول
 ٣٩٤ الفصل الرابع: في الوقف المضاف
 ٣٩٦ في الوقف على نفسه
 ٣٩٩ الفصل الخامس: في الوقف على أولاده، وأولاد أولاده
 ٣٩٩ الوقف على ولده لصلبه لا يجوز، وعلى ولد ولده يجوز

٤٠١	إذا وقف أرضه على ولده، ومن بعد على المسكين
٤٠٣	إذا وقف أرضه على ولده، تصرف إلى ولد لصلبه
٤١٠	إذا وقف أرضه على ولده، الذين يسكنون في البصرة فهي لهم دون غيرهم
٤١٢	إذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على بني، وله ابنان فصاعدا
٤١٥	الفصل السادس: في الرجل يوقف على قرابته فيجيء مدع يدعي أنه من قرابته
٤٣٠	الفصل السابع: في الوقف على فقراء قرابته
٤٤١	الفصل الثامن: فيما يرجع إلى الشروط في الوقف
٤٥١	الفصل التاسع: في الإقرار بالوقف
٤٦٠	الفصل العاشر: في اعتبار الصفة التي شرط الواقف في الموقوف عليه
	الفصل الحادي عشر: في استحقاق الوقف بحكم فساد البيع، وغيره وفي المشتري يحدث
٤٦٣	بالمشترى عيبا بعدما وقفه
	الفصل الثاني عشر: فيمن وقف على الفقراء والمساكين فيحتاج هو أو بعض قرابته وأراد أن
٤٦٧	يعطى من تلك الغلة
٤٧٤	الفصل الثالث عشر: في بيان ما يدخل في الوقف من غير ذكر
٤٧٧	الفصل الرابع عشر: في الولاية في الوقف
٤٨٢	الفصل الخامس عشر: في تصرف القيم في الوقف
٤٨٢	ما يرجع إلى عمارة الوقف
٤٨٥	إذا وقف داره على الفقراء، فللقيم أن يؤاجر
٥٠٢	في الاستدانة على الوقف
٥١٥	في بيع شيء من الوقف لحاجة الوقف

الجزء التاسع

تتمة كتاب الوقف

٣	الفصل السادس عشر: في الوقف في حال المرض
	الفصل السابع عشر: في الرجل الذي يقف على قوم فلا يقبلون، أو يقبل بعضهم دون
١٢	بعض أو يكون بعضهم حيًا، وبعضهم ميتًا
١٥	الفصل الثامن عشر: في المسائل التي تتعلق بالصك، وبما فيه
	الفصل التاسع عشر: في المسائل التي تتعلق بالدعوى، والخصومات والشهادات في
٢٠	الوقف
٢٠	المسائل التي تعود إلى الاستيلاء على الوقف
٢٧	المسائل التي تعود إلى الدعوى في الوقف
٣٢	المسائل التي تعود إلى الشهادة على الوقف
٤٦	الفصل العشرون: في المساجد وما يتصل بها

٤٦ فيما يرجع إلى نفس المسجد
٥٢ فيمن وقف عيناً وشرط منها لنفسه
٥٦ المسائل التي تعود إلى ما في المسجد
٥٩ المسائل التي تعود إلى الوقف على المسجد وما يتصل به
٦٥ المسائل التي تعود إلى قيم المسجد وما يتصل به
٦٩ تصرف أهل المسجد
	الفصل المكمل عشرين: في المسائل التي تعود إلى الرباطات، والمقابر، والخانات
٧٣ والحياض، والطرق، والسقايات
	الفصل الحادي والعشرون: في المسائل التي تعود إلى وقف الأشجار وفي الأشجار التي
٨٢ تكون في المقبرة والمسجد وفي طريق العامة
	الفصل الثاني والعشرون: في الأوقاف التي يستغنى عنها وما يتصل بها من صرف غلة
٨٥ الأوقاف إلى وجوه آخر
٩٣ الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات

كتاب الهبة

١٠٤ الفصل الأول: في ألفاظ الهبة
١٠٦ الفصل الثاني: في بيان شرائط جواز الهبة
١٢٠ الفصل الثالث: في هبة المجهول
١٢٩ الفصل الرابع: في حكم الشرط في الهبة ويدخل فيه شرط الخيار في الإبراء عن الدين
١٣٣ الفصل الخامس: في هبة الوالدين للولد
١٤١ الفصل السادس: في حكم العوض
١٤٤ الفصل السابع: في حكم الرجوع في الهبة
١٥٢ الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع بين الواهب والموهوب له والشهادة في ذلك
 الفصل التاسع: في هبة الدين ممن عليه الدين جائزة قياساً، واستحساناً، وهبة الدين من
١٥٦ غير من عليه الدين جائزة إذا أمره بقبضه استحساناً
١٥٩ الفصل العاشر: في هبة الرجل لعبد غيره والرجوع فيها والاختلاف الواقع في ذلك
 الفصل الحادي عشر: في الهدية الواقعة بين الزوجين ويتناول الأبوين من المهدي إلى
١٦٦ الصغير وفي تناول الأب مال ولده
١٦٩ الفصل الثاني عشر: في هبة المريض
١٧٣ الفصل الثالث عشر: في الصدقة
١٧٧ الفصل الرابع عشر: في المتفرقات
١٨٠ الفصل الخامس عشر: فيما يتعلق بالتحليل وما يتصل به

كتاب البيوع

- ١٨٦ الفصل الأول: فيما يرجع إلى انعقاد البيع
- الفصل الثاني: في الاختلاف الواقع في الإيجاب والقبول وفي الحوادث التي تمنع صحة
- ٢٢٤ قبول المشتري
- الفصل الثالث: في حبس المبيع بالثمن، وفي قبض المبيع بإذن البائع وبغير إذنه وفي نيابة
- ٢٣٤ ... أحد القبضين عن صاحبه، وفيما يلزم من المؤنة في تسليم المبيع، وتسليم الثمن
- ٢٦٨ إذا قبض المبيع قبل نقد الثمن بغير إذن البائع
- ٢٧٩ إذا باع الرجل من غيره ما هو في يد ذلك الغير
- ٢٨٧ تصرف أحد المتعاقدين في المبيع قبل القبض
- ٢٩٢ فيما يلزم المتعاقدين من المؤنة في تسليم المبيع والثمن
- ٢٩٥ الفصل الرابع: في المسائل التي تتعلق بالثمن
- الفصل الخامس: فيما يدخل تحت البيع من غير ذكره صريحاً وما لا يدخل تحت البيع من
- ٣٠٣ غير ذكره صريحاً
- ٣٠٣ من اشترى عيناً لا يدخل الشرب في الشراء من غير ذكر
- ٣٠٨ من باع عيناً مع مرافقه، فيدخل في البيع جميع توابعه
- ٣١٠ من باع عيناً دون ذكر مرافقه، فيدخل في البيع توابعه التي لها صفة التأيد
- ٣١٩ إذا اشترى جارية وعليها ثياب، فالثياب في المبيع عرفاً
- ٣٢٥ الفصل السادس: في بيان ما يجوز بيعه، وما لا يجوز
- في بيع الدين بالدين، وبيع الأثمان، وبطلان العقد بسبب الافتراق عن المجلس قبل
- ٣٢٥ القبض
- ٣٤٧ في بيع الأشجار وفي بيع الثمار وإنزال الكروم والأوراق والمبطخة وفي الزرع
- في بيع المرهون والمستأجر والمغصوب والأبعد وحلال الدم وبيع أرض الإجارة
- ٣٦٩ والأكاره
- ٣٧٩ في بيع الحيوانات
- ٣٨٨ بيع المحرمات
- ٣٩٥ في بيع الجنس بالجنس
- ٤١٣ في بيع الجمد
- ٤١٩ في جهالة المبيع أو الثمن
- ٤٣٦ في الأشياء المتصلة بغيرها وفي البيوع التي فيها استثناء
- ٤٤٢ في البيع يقع في المشترك
- ٤٤٣ في البيع على شيئين
- ٤٤٩ في البيوع الفاسدة والباطلة
- ٤٥٢ في صفقة بشرط

٤٥٧	الفصل السابع: في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده
٤٦٩	إذا باع على أن في المبيع صفة هي له عادة فالبيع جائز.
٤٩٢	في شرط الأجل
٤٩٧	في البيع يقع على شيء فيصافه على خلاف جنسه
٥١٢	فيما إذا حصل الكيل أو الذرع أو العدّ

الجزء العاشر

تتمة كتاب البيوع

٣	الفصل الثامن: في بيان أحكام البيوع الفاسدة والتصرف في المملوك بالعقد
	الفصل التاسع: في حكم شراء الفضولي وبيع أحد الشريكين في شيء كله أو بعضه وما
٢٤	يكون إجازة في ذلك، وما لا يكون، ويدخل فيه بعض مسائل بيع الغصب
٣٤	الفصل العاشر: في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري
٣٤	في الاختلاف في صحة العقد وفساده.
٤٨	في الاختلاف الواقع بينهما في الثمن
٦٤	في الاختلاف في الثمن وفيه بعض مسائل الاختلاف في الثمن
	الفصل الحادي عشر: في الزيادة في الثمن والمثمن والحط والإبراء عن الثمن وفي هبة
٧٤	الثمن للمشتري
٨٩	الفصل الثاني عشر: في البيع بشرط الخيار
١٠٤	في بيان ما ينفذ به هذا البيع وما لا ينفذ، وفي بيان ما يفسخ به هذا البيع وما لا يفسخ
١٣١	في اختلاف المتبايعين في اشتراط الخيار
١٣٣	في شرط الخيار في بعض المبيع
١٤٨	في شرط الخيار لغير العاقد
١٥٣	في البيع والشراء لغيره مع شرط الخيار
١٦٤	في الاختلاف في نفس المشتري بشرط الخيار عند الرد
١٦٦	الفصل الثالث عشر: في خيار الرؤية
١٦٩	في بيان صفته وحكمه وموضع ثبوته
١٨٦	فيما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال الخيار
١٩٥	في شراء الأعمى وبيعه
١٩٧	في الاختلاف في الرؤية
١٩٨	في الوكيل والرسول
٢٠٣	الفصل الرابع عشر: في العيوب من هذا الكتاب
٢٠٣	في بيان معرفة العيوب
٢١٦	في معرفة عيوب الدواب

٢١٩	في العيوب التي تكون في الجمادات
٢٢٤	في بيان ما يمنع الرد بالعيب وما لا يمنع
٢٤٩	فيما إذا وجد العيب ببعض المشتري
٢٥٥	في كيفية الرجوع بنقصان العيب، وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع
٢٧٠	في دعوى العيب والخصومة فيه
٢٨٤	في الاختلاف الواقع فيه
٢٩٣	وإذا أصاب الإمام والجند غنائم في دار الحرب، فأخرجوها إلى دار الإسلام
٢٩٨	في البراءة عن العيوب
٣٠٨	مسائل الإبراء
٣٠٩	في الضمان عن العيوب
٣١٠	في الصلح عن العيوب
٣٢١	في الوصي والوكيل والمريض
٣٣٠	فيما إذا خرج المشتري عن ملك المشتري ثم عاد إليه فأراد الرد بالعيب
	فيما إذا ادعى المشتري البيع من آخر وجحد المشتري الثاني الشراء وحلف عليه، ثم
٣٣٩	وجد المشتري الأول بالمشتري عيباً وأراد رده
٣٤٤	في المتفرقات
٣٤٥	الفصل الخامس عشر: في بيع التلجئة
	الفصل السادس عشر: في تصرف المريض مع الوارث، وفي تصرف الأب على الصغير
٣٥٠	وفي تصرف الصغير لنفسه
٣٥٢	الفصل السابع عشر: في جحود أحد المتبايعين أو جحودهما
٣٥٣	الفصل الثامن عشر: في الإقالة
٣٨٦	الفصل التاسع عشر: في مسائل الاستبراء
٣٩٩	الفصل العشرون: في الاستصناع
٤٠٩	الفصل الحادي والعشرون: في الاستحقاق وحكمه
٤٣٢	مسائل الاستحقاق من خلال جنس ما تقدم
٤٣٥	الفصل الثاني والعشرون: في السلم
٤٣٦	في بيان شرائط السلم
٤٤٢	في بيان ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز
٤٥٩	إذا أسلم إلى رجل ديناً له عليه لم يجز
٤٦٢	في قبض رأس المال وقبض المسلم فيه ومسائلهما
٤٧٤	في السلم ينتقض فيه القبض بعد الاقتراق
٤٨٠	في الاختلاف الواقع بين رب السلم وبين المسلم إليه وإنه على وجوه
٥٠٦	في شرط الإيفاء والحمل ومسائلهما

٥١٠	في الإقالة والصلح
٥١٦	في مسائل الوكالة في السلم
٥٢٠	الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات
٥٢٣	ما يحدث من النقصان في العقار قبل القبض يكون محسوبًا على المشتري
٥٢٤	لا بأس ببيع العقار قبل القبض
٥٣١	في بيان ما يتم من القيود بشطر واحد وما لا يتم

الجزء الحادي عشر

كتاب الصرف

٥	الفصل الأول: في بيان شرط جوازه وحكمه
١٣	الفصل الثاني: في بيع الدرهم بالدرهم، والدينار بالدينار، والدرهم بالدينار
٢١	الفصل الثالث: في الرد بالعيب وخيار الرؤية بالاستحقاق في باب الصرف
٢٨	الفصل الرابع: في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه
٣٦	الفصل الخامس: في الصلح في الصرف
٤٠	الفصل السادس: في بيع الإناء وزنًا فيزيد أو ينقص
٤٢	الفصل السابع: في الوكالة بالصرف
٤٨	الفصل الثامن: في الاستبدال ببديل الصرف
٥٠	الفصل التاسع: فيما يكون قصاصًا ببديل الصرف وما لا يكون
٥٧	الفصل العاشر: في بيع الموزون بجنسه أو بخلاف جنسه
٦٣	الفصل الحادي عشر: في الصرف والغصب والوديعة
٦٨	الفصل الثاني عشر: في المتفرقات

كتاب المدائيات

٧٥	الفصل الأول: فيما يجري بين الدائن والمدين
٨١	الفصل الثاني: في قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المدين
٨٤	الفصل الثالث: في المدين يدفع المال إلى رجل وأمره أن يقضي به دينه
٨٦	الفصل الرابع: إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه
٨٨	الفصل الخامس: في المدين إذا أمر غيره أن يقضي دينه، ثم إن المدين قضى الدين لنفسه
		الفصل السادس: في المأمور بقضاء الدين إذا قال: وقبضت، وصدقه الأمر في ذلك وكذبه
٨٩	رب الدين
		الفصل السابع: في الرجل يأمر غيره بدفع المال إلى غيره فيرجع المأمور بذلك على الأمر
٩١	أو لا يرجع
٩٦	الفصل الثامن: فيما يجري بين رب الدين وورثة المدين
٩٧	الفصل التاسع: في القرض والاستقراض

٩٨	في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز
١٠٢	في بيان ما يكره من القراض وما لا يكره
١٠٨	في هدية المستقرض ودعوته
١٠٩	في الرجحان في بدل القرض
١١٠	في تعيين المستقرض وانقطاعه
١١٢	في المستقرض أخذه المقرض في بلدة أخرى
١١٤	في الشرط في القرض
١١٦	في شراء المستقرض قضاء بحق نفسه
١٣٠	الفصل العاشر: في المتفرقات

كتاب الحوالة

١٣٩	الفصل الأول: بيان شرائط الحوالة وحكمها
١٤٩	الفصل الثاني: في بيان أنواع الحوالة
١٥٧	الفصل الثالث: في عود الدين إلى ذمة المحيل
١٥٩	الفصل الرابع: في بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة
١٦٢	الفصل الخامس: في المتفرقات

كتاب الصلح

١٧١	الفصل الأول: في بيان أنواع الصلح
١٧٣	الفصل الثاني: في بيان المواضع التي يحتاج فيها إلى قبول الصلح والتي لا يحتاج
١٧٤	الفصل الثالث: في بيان ما يصلح بدلاً ومبدلاً في الصلح وما لا يصلح
١٧٨	الفصل الرابع: في بيان ما يجوز من الصلح وما لا يجوز
١٨٤	في الصلح في الودعية والعارية
١٨٨	في الصلح في الغصب
١٩٣	في صلح العامل بيده
١٩٥	في الصلح عن الدين
٢٠٠	في الصلح والإبراء على الشرط
٢٠٥	في الصلح عن دعوى العقار
٢٠٨	الفصل الخامس: في صلح الأب والجد والوصي
٢١٢	الفصل السادس: في الصلح في السلم
٢١٤	الفصل السابع: في الصلح عن العين
٢١٩	الفصل الثامن: في الصلح عن العيب
	الفصل التاسع: في الصلح على أن يحلف المدعى [عليه] وهو بريء من المال أو يحلف
٢٢١	المدعى وأن على المدعى عليه ضمان المال

٢٢٣	الفصل العاشر: في الاستحقاق في الصلح
٢٢٤	الفصل الحادي عشر: فيما يشترط فيه قبض بدل الصلح في المجلس وفيما لا يشترط
٢٢٨	الفصل الثاني عشر: في الصلح عن الظلة الشارعة
٢٣٢	الفصل الثالث عشر: في الصلح عن الأشياء التي ليست بمال
٢٣٥	الفصل الرابع عشر: في مسألة الأجل وفيه بعض مسائل الإبراء
٢٣٧	الفصل الخامس عشر: في إقامة البينة من المدعى عليه بعد الصلح
٢٤٠	الفصل السادس عشر: في المتفرقات

كتاب الرهن

٢٤٩	الفصل الأول: في بيان شرائطه
٢٥٨	الفصل الثاني: في وضع الرهن على يدي العدل
٢٦٨	الفصل الثالث: في بيان الدين الذي يجوز الرهن به
٢٧١	الفصل الرابع: في هلاك الرهن بضممان وغير ضمان
٢٨٢	الفصل الخامس: في نفقة الرهن وأشباهاها
٢٨٧	الفصل السادس: في تصرف الراهن والمرتهن في الرهن
٢٩٦	الفصل السابع: في الاختلاف الواقع في الرهن والدعوى [فيه] والشهادة عليه
٣٠٤	الفصل الثامن: في الرهن الذي يكلف صاحبه الإحضار حتى يعطى ماله والذي لا يكلف
٣٠٨	الفصل التاسع: في استحقاق الرهن بعد الهلاك
٣١٠	الفصل العاشر: في الراهن الذي يكون له أن يقبض البعض دون البعض
	الفصل الحادي عشر: في الرهن الفاسد إذا أراد الراهن استرداده بحكم الفساد بعدما نقض الرهن وفي الراهن يموت وعليه ديون كثيرة
٣١٤	
٣١٧	الفصل الثاني عشر: في رهن الأب والوصي
٣١٩	الفصل الثالث عشر: في الرجل يستعير من آخر شيئاً ليرهنه بدينه
٣٢٢	الفصل الرابع عشر: في المتفرقات

كتاب المضاربة

٣٣٣	الفصل الأول: بيان شرائط المضاربة وجوازها
٣٤٢	الفصل الثاني: في بيان الشروط التي تبطل المضاربة والتي لا تبطلها
٣٤٦	الفصل الثالث: في بيان ما يكون مضاربة بغير لفظها
٣٥٠	الفصل الرابع: في بيان ما لا يكون مضاربة مع لفظها
٣٥١	الفصل الخامس: في بيان ما يجوز من المضاربة من غير تسمية الربح فيها وما لا يجوز
٣٥٢	الفصل السادس: في المضاربة يشترط فيها الربح لأحدهما ويسكت عن الآخر
٣٥٣	الفصل السابع: في شرط الربح لثالث
٣٥٥	الفصل الثامن: في الرجل يدفع المال بعهده مضاربة وبعضه لا

٣٥٨	الفصل التاسع: في بيان ما يملكه المضارب، وما لا يملكه
٣٦٢	الفصل العاشر: في موت المضارب
٣٦٤	الفصل الحادي عشر: في الرجل يأخذ لابنه الصغير مالاً مضاربة، أو يدفع مال ابنه الصغير مضاربة، وفي دفع الوصي مال الصغير مضاربة
٣٦٦	الفصل الثاني عشر: في القسمة في المضاربة
٣٧٠	الفصل الثالث عشر: في العيب
٣٧٤	الفصل الرابع عشر: في الاختلاف بين رب المال والمضارب وإقامة البينة على ما وقع فيه الاختلاف
٣٨٢	الفصل الخامس عشر: في هلاك مال المضاربة
٣٨٧	الفصل السادس عشر: في المضارب يدفع المال إلى غيره مضاربة
٣٩٣	الفصل السابع عشر: في نفقة المضارب
٤٠٠	الفصل الثامن عشر: فيما يشترط على المضارب من الشرط
٤٠٤	الفصل التاسع عشر: في المضارب يجد رأس المال أنقص وصفاً وقدرًا
٤٠٧	الفصل العشرون: في المضارب يمتنع عن قبض الثمن ويقاضيه ويدخل فيه ما إذا امتنع عن البيع حتى يجد ربحاً
٤١٠	الفصل الحادي والعشرون: في المضارب يبيع مال المضاربة مرابحة
٤١١	الفصل الثاني والعشرون: في المضارب يشتري بجميع مال المضاربة متاعاً وينفق الكرى من عند نفسه
٤١٣	الفصل الثالث والعشرون: في دعوى المضارب شراء المتاع لنفسه
٤١٥	الفصل الرابع والعشرون: في نهي رب المال المضارب عن التصرف
٤١٧	الفصل الخامس والعشرون: في المضارب يدفع المال إلى رب المال بضاعة ويدخل فيه بيع المضارب من رب المال، وبيع رب المال من المضارب
٤١٨	الفصل السادس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الإجازات

٤٢٦	الفصل الأول: في بيان الألفاظ التي تنعقد بها الإجارة وفي بيان شرائطها وحكمها
٤٤١	الفصل الثاني: في بيان أنه متى يستحق الأجر
٤٤٩	الفصل الثالث: الأوقات التي يقع عليها عقد الإجارة
٤٦٠	الفصل الرابع: في الخيار في الإجارة الثابت بالشرط وبغير الشرط ويدخل فيه بعض مسائل الشروط في الإجارة
٤٦٨	الفصل الخامس: في تصرف المؤجر في الأجر
٤٧٢	الفصل السادس: في المسائل التي تتعلق برد المستأجر على المالك
٤٧٧	الفصل السابع: في إجارة المستأجر وإعارته

٤٨٥	ينافها
٤٩٢	الفصل التاسع: في بيان ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز
٤٩٢	في ما يفسد العقد فيه لمكان الجهالة
٥٠٣	نوع آخر يفسد العقد فيه
٥١٠	في قفيز الطحان وما هو في معناه
٥١٩	في فساد الإجارة لكون المستأجر مشغولاً بغيره
٥٢٤	في الاستتجار على الطاعات
٥٢٦	في الاستتجار على المعاصي

الجزء الثاني عشر

تتمة كتاب الإجازات

٣	الفصل العاشر: في بيان ما يجب على المستأجر وما يجب على الأجر
٦	الفصل الحادي عشر: فيما يكون الأجير مسلماً مع الفراغ منه
١٢	الفصل الثاني عشر: فيما لا يوجد فيه تسليم المعقود عليه للمستأجر
٢٢	الفصل الثالث عشر: في بيان الأعمال التي يمنع المستأجر منها والتي لا يمنع
٣١	الفصل الرابع عشر: في إجارة الحمام ويدخل فيه بعض مسائل الرحي
٣٩	الفصل الخامس عشر: في فسخ الإجارة في العقد وبيان ما يصلح عذراً وما لا يصلح
٦٦	الفصل السادس عشر: فيما يكون فسخاً للإجارة وما لا يكون وفي الأحكام المتعلقة بالفسخ
٧٢	الفصل السابع عشر: في إجارة الثياب والأمتعة والفسطاط وأشباهاها
٨٢	الفصل الثامن عشر: في الإجارة للخدمة
٩٦	الفصل التاسع عشر: في إجارة الظئر
١١١	الفصل العشرون: في الإجارة على أحد الشئتين
١٢٠	الفصل الحادي والعشرون: في الجمع بين الوقت والعمل في عقد الإجارة
	الفصل الثاني والعشرون: في الاختلاف الواقع بين الأجر والمستأجر وفي الدعاوى
١٢٧	والخصومات وإقامة البيئات
١٢٧	الاختلاف الواقع بين الأجر والمستأجر في البدل أو في المبدل
١٤٠	إذا استوفى عملاً من حمال أو خياط أو سواه ممن يأخذ أجراً، فيجب الأجر
	إذا دفع ثوباً لقصار أو خياط ليقصره بدرهم فقصره بدرهم، فأنكر الدافع فالقول
١٤٢	قول القصار
	إذا استأجر بيتاً فباع فيه ثم خرج منه واختلفا على ما في البيت من رفوف فالقياس أن
١٤٥	القول لرب الدار مع يمينه

- إذا تكارى ثلاث دواب من بغداد إلى مدينة الري كانت الإجارة جائزة ١٥٥
- إذا استأجر من رجل دابة إلى واسط أو إلى أي وجهة معلومة، فهو جائز ١٥٨
- إذا وقع الخلاف بين المستأجر وصاحب الرحي ١٦٠
- إذا ظهر أن المستأجر مغضوب ووقع الخلاف بين المالك وبين الأجر ١٦٢
- الفصل الثالث والعشرون: في إجارة الدواب ١٦٣
- الفصل الرابع والعشرون: في مسائل الضمان بالخلاف والاستعمال والضياع وغير ذلك . . . ١٦٨
- إذا استأجر وخالف فيما شرط من الحمل على الدابة ١٦٨
- إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدر معيناً فحمل أكثر، فيضمن من الدابة بقدر الزيادة . . ١٧١
- إذا استأجر دابة ليركبها، فركب وحمل معه آخر وهلك الدابة، فيضمن نصف قيمتها . ١٧٤
- وإذا استأجر حملاً فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله، فهو ضامن ١٧٧
- إذا استأجر من آخر دابة إلى الحيرة، فجاوز بها إلى القادسية وعاد، فهلك، فهو ضامن ١٨٠
- في المتفرقات ١٩٢
- الفصل الخامس والعشرون: في بيان حكم الأجير الخاص والمشارك ٢٠٦
- في بيان الحد الفاصل بين الأجير الخاص والأجير المشارك ٢٠٦
- في الحمال ومكاري الدابة والسفينة ٢١٣
- في النساج والخياط ٢٢٢
- في المسائل العائدة إلى الحمام ٢٢٤
- في البقار والراعي والحارس ٢٢٧
- من مسائل هذا النوع ٢٤٧
- الرد في الأجير المشارك ٢٥٥
- النحاس أجير مشترك ٢٥٦
- دفع إلى قصار ثوباً، فلما سلمه القصار إليه قال له: ليس هذا ثوبي، فالقول قول القصار مع يمينه ٢٥٧
- إذا دفع غزلاً إلى نساج لينسجه، فجدد المدفوع إليه الغزل أو الثوب وحلف ٢٦٠

كتاب الشفعة

- الفصل الأول: في بيان وجوب الشفعة ٣٣٣
- الفصل الثاني: في بيان مراتب الشفعة ٣٣٧
- الفصل الثالث: في بيان ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ٣٥١
- الفصل الرابع: في طلب الشفعة ٣٦٣
- الفصل الخامس: في استحقاق الشفيع كل المشتري بجوار بعضه، وفي استحقاق الشفيع بعض المشتري بجوار ما كان المشتري من جملة ٣٩٤
- الفصل السادس: فيما إذا أراد الشفيع أخذ بعض المشتري وترك الباقي ٣٩٧

٤٠٢	الفصل السابع : في الدار إذا بيعت وله شفعاء
٤٠٥	الفصل الثامن : في إنكار المشتري جوار الشفيع
٤٠٧	الفصل التاسع : في تصرف المشتري في الدار المشفوعة قبل حضور الشفيع
٤١٠	الفصل العاشر : في مسائل تسليم الشفعة
٤١٦	الفصل الحادي عشر : في الشفيع إذا أخبر بالبيع فسلم الشفعة ثم ظهر الأمر بخلاف الخبر
٤٢٠	الفصل الثاني عشر : فيما يحدثه الشفيع مما يبطل شفيعته
٤٢٦	الفصل الثالث عشر : في التوكيل بأخذ الدار بالشفعة وتسليم الوكيل الشفعة
٤٣٠	الفصل الرابع عشر : في شفعة الصغير وما يتصل به
٤٣٦	الفصل الخامس عشر : في وجوه الحيل
٤٤٠	الفصل السادس عشر : في الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن
٤٤٧	الفصل السابع عشر : في المتفرقات

كتاب القسمة

٤٦٠	الفصل الأول : في بيان كيفية القسمة
٤٦٩	الفصل الثاني : في بيان ما يقسم وما لا يقسم، وما يجوز قسمته وما لا يجوز
٤٩٠	الفصل الثالث : في بيان ما يدخل تحت القسمة من غير ذكر، وما لا يدخل
٤٩٦	الفصل الرابع : في الرجوع عن القسمة واستعمال القرعة فيها
٥٠٠	الفصل الخامس : في القسمة يستحق منها شيء
	الفصل السادس : في قسمة التركة، وعلى الميت أو له دين على الموصى له، وفي ظهور الدين بعد القسمة، وفي ظهور الوارث والموصى له بعد القسمة في دعوى الوارث دينا على الميت، أو عينا من أعيان التركة بعد القسمة
٥٠٢	
٥٠٧	الفصل السابع : في بيان من يلي القسمة على الغير، ومن لا يلي
٥١١	الفصل الثامن : في دعوى الغلط في القسمة
٥١٦	الفصل التاسع : في المهياة
٥٢٨	الفصل العاشر : في المتفرقات

الجزء الثالث عشر

كتاب الحيطان

٤	الفصل الأول : في الدعوى في الحائط والجص
	الفصل الثاني : في الحائط إذا كان بين رجلين لأحدهما عليه خشب أراد الآخر أن يضع عليه خشباً
١٣	
١٥	الفصل الثالث : في الحائط إذا كان بين رجلين فانهدم أو يخاف الهدم
٢١	الفصل الرابع : في تصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك

- ٢٢ الفصل الخامس : في العمارة في ملك الغير
 ٢٤ الفصل السادس : في مسائل العلو والسفل
 ٣١ الفصل السابع : في المتفرقات

كتاب المزارعة

- ٣٧ الفصل الأول : في بيان ركن المزارعة وشرائطها وأحكامها وصفتها وأنه أنواع
 ٤٧ الفصل الثاني : في بيان أنواع المزارعة
 ٤٨ أن تكون الأرض منهما
 ٤٨ أن تكون الأرض في أحدهما
 ٥٦ الفصل الثالث : في الشروط في المزارعة
 ٥٦ في شرط الخارج كله لأحدهما
 ٥٩ في اشتراط بعض الخارج لرجل غير المزارع وصاحب الأرض
 ٦٧ في اشتراط الأعمال على أحدهما
 ٧٣ إذا اشترط رب الأرض على المزارع أن يكرب الأرض ويشيها فالمزارعة فاسدة
 ٧٦ الفصل الرابع : فيما يجب من الأعمال على رب الأرض وعلى المزارع من غير شرط
 ٧٩ الفصل الخامس : في المعاملة في الأشجار والنخيل
 ٩٣ الفصل السادس : في المزارعة يشترط فيها المعاملة
 ٩٦ الفصل السابع : في دفع المزارع الأراضي إلى غيره مزارعة
 ١٠٠ الفصل الثامن : في المعامل يدفع النخيل إلى غيره معاملة
 الفصل التاسع : فيما إذا مات رب الأرض أو انقضت المدة والزرع بقل وما يتصل به من
 ١٠٣ موت المزارع أو العامل
 ١٠٩ الفصل العاشر : رب الأرض أو النخيل إذا تولى العمل بنفسه
 ١١٣ الفصل الحادي عشر : في العذر في فسخ المزارعة والمعاملة
 ١١٦ الفصل الثاني عشر : في بيع الأرض المدفوعة مزارعة
 ١٢١ الفصل الثالث عشر : في زراعة أحد الشريكين الأرض المشتركة وفي زراعة الغاصب
 ١٣٥ الفصل الرابع عشر : ما إذا أراد المزارع أن يزرع غير ما سمي في عقد المزارعة
 ١٣٦ الفصل الخامس عشر : في الاختلاف الواقع بين رب الأرض والمزارع
 ١٤٢ الفصل السادس عشر : في الزيادة في المزارعة
 ١٤٤ الفصل السابع عشر : فيما إذا مات المزارع ولم يدر ماذا صنع بالزرع؟
 ١٤٥ الفصل الثامن عشر : فيما يجب من الضمان على المزارع والمعامل
 ١٤٧ الفصل التاسع عشر : في التوكيل في المزارعة والمعاملة
 ١٥٤ الفصل العشرون : في المتفرقات

كتاب الشرب

- الفصل الأول: في الأشياء التي أثبت رسول الله ﷺ فيها الشركة لجميع الناس ١٦٢
- الفصل الثاني: في إحياء الموات وتفسيرها وتملكها ١٦٧
- الفصل الثالث: في كرى الأنهار وإصلاحها ١٧٤
- الفصل الرابع: في بيع الشرب وما يتصل به ١٧٧
- الفصل الخامس: في غضب الشرب واستهلاكه ١٨١
- الفصل السادس: في الدعوى والخصومة في الشرب والشهادة على ذلك ١٨٢
- الفصل السابع: في بيان ما يجري المنع وما لا يجري ١٨٥
- الفصل الثامن: في قسمة الشرب وفي العبور ١٨٨
- الفصل التاسع: في ضمان ما يتلف بسبب السقي وما يتصل به ١٨٩
- الفصل العاشر: في إصلاح المسيل والمجرى ١٩٣
- الفصل الحادي عشر: في المتفرقات ١٩٥

كتاب الأشربة

- الفصل الأول: في بيان أنواع ما يتخذ من الأشربة من العنب وأحكامها ٢٠٠
- الفصل الثاني: فيما يتخذ من الزبيب والتمر ٢١٤
- الفصل الثالث: فيما يتخذ من الجوب ٢١٦
- الفصل الرابع: في وجوب حد الشرب ٢١٧

كتاب الإكراه

- الفصل الأول: في نفس الإكراه وشرائط صحته وحكمه ٢٢٤
- الفصل الثاني: فيما يخطر على بال المكروه غير ما أكره عليه ٢٣٤
- الفصل الثالث: في التخيير في الإكراه ٢٣٧
- الفصل الرابع: في إكراه الرجل على الفعل بنفسه وما يتصل به ٢٣٩
- الفصل الخامس: في الإكراه على التوكيل ٢٤٢
- الفصل السادس: فيما يزيد المكروه على ما أكره عليه أو ينقص أو يأتي بشيء آخر ٢٤٤
- الفصل السابع: في المتفرقات ٢٤٧

كتاب الحجر

- الفصل الأول: في مقدمة يحتاج إليها ٢٥٢
- الفصل الثاني: في بيان أنواع الحجر على مذهبهما ٢٥٣

كتاب المأذون

- الفصل الأول: في بيان شرعية إذن العبد في التجارة وبيان شرط جوازه وحكمه ٢٦٩
- الفصل الثاني: فيما يكون إذنا في التجارة وما لا يكون ٢٧١

٢٧١	في بيان ثبوت الإذن صريحاً
٢٧٥	في بيان ثبوت الإذن دلالةً
٢٧٨	الفصل الثالث: لبيان اشتراط الإذن من المولى
٢٨٠	الفصل الرابع: في بيان ما يملكه العبد المأذون وما لا يملكه
٢٨٤	الفصل الخامس: في العبد المأذون يلحقه دين فيطلب الغرماء من القاضي حسبه
٢٩٠	الفصل السادس: في تصرف المولى في العبد المديون وأشباهه والتدبير والإعتاق وأشباههما
٣٠١	الفصل السابع: في العبد بين رجلين يأذن له أحدهما في التجارة
٣٠٣	الفصل الثامن: في إقرار العبد المأذون والمحجور وفي إقرار مولاها
٣١٩	الفصل التاسع: في بيع العبد المأذون شيئاً من أكسابه من المولى ومن الأجنبي بمثل القيمة أو بالمحاباة
٣٢٤	الفصل العاشر: في شراء العبد المحجور وبيعه وإجازة المولى تصرفه أو إذن المولى إياه في التجارة بعد ذلك
٣٢٦	الفصل الحادي عشر: في الاختلاف الواقع بين العبد المأذون وبين مولاة فيما في يد العبد وغيره
٣٢٨	الفصل الثاني عشر: في الرجل يدفع مالاً إلى عبده ليشترى به ويبيع ويأذن له في التجارة
٣٢٩	الفصل الثالث عشر: في الخصومات التي تقع بعدما حجر المولى على المأذون
٣٣١	الفصل الرابع عشر: في هبة العبد المأذون الثمن في البيع قبل القبض وبعده وحطه ديناً غير الثمن أو ديناً آخر
٣٣٣	الفصل الخامس عشر: في المأذون يشتري ويجد بالمشتري عيباً وقد وهب البائع الثمن من المأذون أو من مولاة
٣٣٧	الفصل السادس عشر: في التوكيل يكون بين المأذون والأجنبي، ويدخل فيه وكالة العبد المحجور
٣٤٢	الفصل السابع عشر: في الرد بالعيب على المأذون والخصومة معه في ذلك
٣٤٣	الفصل الثامن عشر: في الشهادة على العبد المأذون والمحجور والصبي والمعتوه
٣٤٥	الفصل التاسع عشر: في البيع الفاسد من العبد المأذون
٣٤٨	الفصل العشرون: في الغرم وفي العبد المأذون
٣٥١	الفصل الحادي والعشرون: في جنابة العبد المحجور والمأذون وحنابة عبده والحنابة عليه
٣٥٧	الفصل الثاني والعشرون: في بيان ما يبطل بالأول
٣٦٢	الفصل الثالث والعشرون: في العبد يبيع ويشترى ولا يقول وقت المبايعه إنه مأذون أو محجور ثم يقول: أنا محجور
٣٦٤	الفصل الرابع والعشرون: في الصبي والمعتوه يأذن له أبوه أو وصيه أو القاضي في التجارة أو يأذنون لبعدهما وفي تصرفهما قبل الإذن
٣٧٠	الفصل الخامس والعشرون: في المتفرقات

كتاب الإقرار

٣٨١	فصول كتاب الإقرار
٣٨٣	الفصل الأول: في بيان شرط جوازه وحكمه
٣٨٥	الفصل الثاني: في بيان ما يكون إقرارًا وما لا يكون
٤١١	الفصل الثالث: في بيان ما يصح الإقرار به وما لا يصح
٤١٤	الفصل الرابع: في بيان من يصح له الإقرار ومن لا يصح
٤١٦	الفصل الخامس: في بيان من يصح الإقرار منه ومن لا يصح
٤١٩	الفصل السادس: في الإقرار على نفسه بالحيوان وغير ذلك
٤٢٠	الفصل السابع: في الإقرار بأخذ شيء من مكان
٤٢٣	الفصل الثامن: في الاختلاف الواقع بين المقر والمقر له
٤٣٨	الفصل التاسع: في الإقرار بشيء مبهم
٤٤٨	الفصل العاشر: في الخيار والاستثناء والرجوع
٤٥٩	الفصل الحادي عشر: في رجل يقر بمال دفعه إليه رجل لرجل آخر
٤٦٦	الفصل الثاني عشر: في إقرار الرجل بدين له على غيره أو بوديعة له في يد غيره لآخر
٤٦٧	الفصل الثالث عشر: في تكرار الإقرار
	الفصل الرابع عشر: في الإقرار بمقدار مضاف إلى صنفين من المال أو إلى أصناف من
٤٧١	المال
٤٧٢	الفصل الخامس عشر: فيما يكون إقرارًا بالشركة وما لا يكون
	الفصل السادس عشر: في نفي المقر له ملك المقر به وإقراره به لغيره أو دعواه المقر به من
٤٧٤	وجه آخر
٤٧٦	الفصل السابع عشر: في إسناده الإقرار إلى حال ينافي صحته وثبوت حكمه
٤٧٩	الفصل الثامن عشر: في الجمع بين الشئيين المتنافيين في الإقرار
	الفصل التاسع عشر: في إقرار الرجل على نفسه وعلى غيره بشيء لنفسه والإقرار بشيء بينه
٤٨٠	وبين غيره وفي الإقرار على نفسه بشيء مشترك
٤٨٢	الفصل العشرون: في أقارير المريض وأفعاله
٤٨٢	في إقرار المريض لوارثه ولقاتله
٤٨٧	في إقرار المريض للأجنبي
٤٩٠	في الجمع في الإقرار بين الوارث وبين الأجنبي
٤٩١	إذا قال المريض لورثته: لفلان علي حق، فصدقه فيما قال، ثم مات المريض
٤٩٢	في المريض يقر لوارثه فيقر الوارث بالمقر له لغيره وما يتصل بذلك
٤٩٥	في إقرار المريض باستيفاء دين وجب له في حالة الصحة أو في حالة المرض
٥٠٢	يريد إيصال النفع إلى وارثه

- ٥٠٤ في إيثار المريض بعض غرمائه، أو بعض ورثته
- ٥٠٦ إقرار المريض بالشرك في الدار من أحد الورثة ومن غيره في مرضه ولها شفيع.

الجزء الرابع عشر

تتمة كتاب الإقرار

- ٣ الفصل الحادي والعشرون: في إقرار الوارث بعد موت المورث
- ٣ في إقرار الوارث بالدين على الأب
- ٥ مات الرجل وله ولدان، فأقر أحدهما بالدين على الأب
- ٧ في إقرار المريض بالدين على الأب
- ٨ الفصل الثاني والعشرون: فيما يكون إقرارًا بالإبراء وما لا يكون وفي الإبراء صريحًا
- ١٢ الفصل الثالث والعشرون: في الإقرار بالنكاح والطلاق والرق
- ٢١ الفصل الرابع والعشرون: في الإقرار بالنسب والعتق وأم الولد والتدبير
- ٣١ الفصل الخامس والعشرون: فيمن في يده مال الميت إذا أقر بوارث أو موصى له
- ٣٤ الفصل السادس والعشرون: في الإقرار في العيب والبيع
- ٣٦ الفصل السابع والعشرون: في الإقرار بالجراحة والقتل
- ٣٧ الفصل الثامن والعشرون: في إقرار الوكيل والوصي بالقبض
- ٤٦ الفصل التاسع والعشرون: في إقرار المضارب والشريك
- ٥١ الفصل الثلاثون: في المتفرقات

كتاب المحاضر والسجلات

- ٦٥ محضر في إثبات الدين المطلق
- ٧٣ محضر في إثبات الدفع لهذه الدعوى
- ٧٩ محضر في إثبات الدين على الميت
- ٨١ محضر في إثبات الدفع لهذه الدعوى
- ٨٢ محضر في إثبات ملكية المحدود
- ٨٥ محضر في دفع هذه الدعوى
- ٨٨ محضر فيه دعوى الدار ميراثًا عن الأب
- ٩٠ محضر في دفع هذه الدعوى
- ٩١ محضر في دعوى ملكية المنقول ملكًا مطلقًا
- ٩٣ محضر في دفع دعوى البرذون
- ٩٦ محضر في دعوى ملكية العقار بسبب الشراء من صاحب اليد
- ٩٨ محضر في إثبات سجل أورده رجل من بلدة أخرى للرجوع بثمن البرذون المستحق
- ١٠٤ محضر في دعوى حرية الأصل

- ١٠٦ محضر في دعوى العتق على صاحب اليد بإعتاق من جهة غيره
- ١٠٧ محضر في إثبات الرق
- ١٠٨ محضر في دفع هذه الدعوى
- ١١٢ محضر في دعوى التدبير المطلق
- ١١٤ محضر في دعوى التدبير
- ١١٥ محضر في دعوى النكاح
- ١١٨ محضر في دفع دعوى النكاح
- ١٢٠ محضر فيه دعوى النكاح على امرأة هي في يدي رجل يدعي نكاحها وهي ما تقر له بذلك
- ١٢٤ محضر في إثبات الصداق ديناً في تركة الزوج
- ١٢٥ محضر في إثبات مهر المثل
- ١٢٧ محضر في إثبات المتعة
- ١٢٨ محضر في إثبات الحرمة الغليظة
- ١٣١ محضر في شهادة الشهود بالحرمة الغليظة بثلاث تطليقات بدون دعوى المرأة
- ١٣٢ محضر في إثبات الحرمة الغليظة على الغائب
- ١٣٥ سجل التفريق بين الزوجين بسبب العجز عن النفقة
- ١٣٩ سجل في التفريق بين المرأة وزوجها في النكاح بلفظة الهبة
- ١٤٤ سجل في فسخ اليمين المضافة
- ١٤٦ محضر في إثبات العنة للتفريق
- ١٥٠ محضر في دفع هذه الدعوى
- ١٥١ محضر في دعوى النسب
- ١٥٤ محضر فيما إذا كان في يد الرجل ابن صغير يدعي على امرأته أنه ابنه منها
- ١٥٣ محضر فيما إذا كان في يد المرأة ابن صغير تدعي على زوجها أنه ابنها منه
- ١٥٥ محضر في دعوى الرجل البالغ على رجل أنه ابنه
- ١٥٦ دعوى رجل على رجل أني أبوه
- ١٥٧ محضر في إثبات العصوبة
- ١٦١ محضر في إثبات الوقفية
- ١٦٥ محضر في دعوى الشفعة
- ١٦٩ محضر في دعوى المزارعة
- ١٧١ محضر في إثبات الإجارة
- ١٧٨ محضر في إثبات الرجوع في الهبة
- ١٨٠ محضر في إثبات منع الرجوع في الهبة
- ١٨١ محضر في إثبات الرهن
- ١٨٢ محضر في دعوى شركة العنان

- ١٨٣ محضر في دفع هذه الدعوى
- ١٨٤ محضر في إثبات الاستصناع
- ١٨٥ محضر في إثبات القود
- ١٨٧ محضر في إثبات الدية
- ١٨٨ محضر في إثبات حد القذف
- ١٨٩ محضر في إثبات الوفاة والوراثة مع المناسخة
- ١٩٣ محضر آخر لهذه الدعوة
- ١٩٥ محضر في دعوى المنزل ميراثاً عن أبيه
- ١٩٨ سجل في إثبات الوصاية
- ٢٠١ محضر في إثبات بلوغ اليتيم
- ٢٠٢ محضر في إثبات الإعدام والإفلاس على قول من يرى ذلك
- ٢٠٣ محضر في إثبات هلال شهر رمضان
- محضر في إثبات كون المدعى عليها مخدرة لدفع مطالبة المدعي إياها بالحضور مجلس
٢٠٤ الحاكم
- ٢٠٥ محضر في دعوى المال على الغائب للكتاب الحكمي
- ٢١٢ محضر في إقامة البينة للكتاب الحكمي في دعوى المضاربة المذكورة والبضاعة
- ٢١٦ محضر في إثبات الكتاب الحكمي
- ٢٢٠ كتاب حكمي آخر
- ٢٢٤ كتاب حكمي على قضاء الكاتب بشيء قد حكم به وسجله
- ٢٢٥ كتاب حكمي في دعوى العقار
- ٢٢٧ كتاب حكمي في العبد الآبق على قول من يرى ذلك
- ٢٢٩ رسوم القضاة والحكام في تقليد الأوقاف
- ٢٣٠ كتاب يكتب القاضي إلى بعض الحكام في النواحي لاختيار القيم في الأوقاف
- ٢٣١ تقليد الوصاية
- ٢٣٢ كتاب إلى بعض الحكام بالناحية بقسمة التركة واختيار القيم للوارث الصغير
- ٢٣٣ نصب الحكام في القرى
- ٢٣٤ كتاب في التزويج
- ٢٣٥ كتاب القاضي إلى بعض الحكام بالناحية بالتوسط بين الخصمين
- ٢٣٦ كتاب القاضي إلى الحكام بالناحية لتوقيف الضيعة
- ٢٣٧ ذكر الإذن في الاستدانة على الغائب
- ٢٣٨ فرض نفقة المرأة
- ٢٣٩ كتاب المستورة من القاضي بالعربية
- ٢٤٠ محاضر وسجلات ردت لخلل فيها

- ٢٤١ محضر في دعوى العقار للصغير بالإذن الحكمي
- ٢٤٢ محضر في دعوى المرأة الميراث على وارث الزوج للميت، ودعوى الوارث الصلح عليها
- ٢٤٣ محضر في دعوى تجهيل الوديعة
- ٢٤٦ محضر في دعوى الدنانير المكية رأس مال الشركة
- ٢٤٨ محضر فيه دعوى الوصية بثلث المال
- ٢٤٩ محضر فيه دعوى الكفالة
- ٢٥١ محضر في دعوى المهر بحكم الضمان
- ٢٥٢ محضر فيه دعوى الكفالة بشيء من الصداق معلقة بوقوع الفرقة
- ٢٥٣ محضر في دعوى ملكية الأرض على رجل في يده بعض تلك الأرض
- محضر فيه دعوى عشرة أسهم من عشرين سهمًا من أرض رجل، ولم يشهد الشهود أن
جميع الأرض في يد المدعى عليه
- ٢٥٤ محضر فيه دعوى شراء المحدود من والد صاحب اليد
- ٢٥٥ محضر في دعوى الجارية
- ٢٥٧ محضر آخر في دعوى الجارية
- ٢٥٨ محضر في دعوى ولاء العتاقة
- ٢٥٩ محضر في دعوى الدفع
- ٢٦٠ محضر في دعوى الميراث
- ٢٦١ محضر فيه دعوى رجل على رجل في السرقة
- ٢٦٤ محضر في دعوى الدفع من الوارث لدعوى أرض من التركة
- ٢٦٦ محضر في دعوى رجل على رجل في ملكية عين
- ٢٦٧ محضر في دعوى الإرث مع دعوى العتق
- ٢٦٨ محضر فيه دعوى الميراث
- ٢٧٠ محضر في دعوى سرائحه
- ٢٧١ محضر فيه دعوى بيع السكنى
- ٢٧٢ محضر فيه دعوى الشفعة
- ٢٧٣ محضر دعوى الرجوع بثمن الأتان عند ورود الاستحقاق
- ٢٧٥ محضر في دعوى الإجارة الطويلة
- ٢٧٩ محضر في دعوى مال الإجارة المفسوخة
- ٢٨٠ محضر في دعوى الإجارة، ودعوى استحداث الأجر يده على المستأجر
- ٢٨٢ محضر فيه دعوى بقية مال الإجارة المفسوخة
- ٢٨٣ عرض سجل فيه حكم نائب قاضي سمرقند
- ٢٨٦ محضر ورد في المحضر دعوى إجارة العبد
- ٢٨٧ خط الصلح والإبراء، عوض خط الصلح والإبراء
- ٢٨٨

- ٢٨٩ محضر فيه دعوى مال المضاربة على ميت بحضرة ورثته
- ٢٩٠ محضر فيه دعوى قيمة الأعيان المستهلكة
- ٢٩١ محضر فيه دعوى الحنطة
- ٢٩٣ محضر فيه دعوى قبض العدليات بغير حق واستهلاكها
- ٢٩٥ محضر في دعوى الثمن
- ٢٩٧ محضر في دعوى الوكيل من موكله
- ٢٩٨ محضر في دعوى امرأة منزلاً في يدي رجل شراً من والده
- ٣٠٠ محضر في دعوى الثمن
- ٣٠٤ محضر: فيه دعوى سرقة
- ٣٠٦ محضر في دعوى الوصية بالثلث
- ٣٠٧ محضر فيه دعوى النكاح على امرأة
- ٣٠٨ سجل من بلدة مرو في إثبات ملكية جمل
- ٣١١ محضر في إثبات الإيضاء بثلث المال
- ٣١٣ محضر في إثبات الوقفية
- ٣١٦ محضر فيه دعوى ثمن أشياء أرسل بها المدعي إلى المدعى عليه لبيعها
- ٣١٨ محضر فيه دعوى ملكية حمار
- ٣١٩ محضر فيه دعوى رجل ببقية صداق بنته على زوجها بسبب وقوع الطلاق عليها من جهته بالحلف
- ٣٢٠ محضر فيه دعوى استئجار الطاحونة
- ٣٢١ محضر فيه دعوى إجارة محدودة بإجرة معلومة
- ٣٢٢ محضر في الإجارة المضافة إلى زمان بعينه
- ٣٢٣ محضر فيه استحقاق جاريه
- ٣٢٤ محضر في إثبات الاستحقاق والرجوع بالثمن
- ٣٢٥ محضر في دعوى ثمن عين مسماة
- ٣٢٧ محضر في دعوى رجل على رجل في الخلاف بثلث المبيع
- ٣٢٨ محضر في دعوى فلان على فلان كذا أقفرة حنطة
- ٣٢٩ محضر فيه دعوى أعيان مختلفة الجنس والنوع والصفة
- ٣٣٠ محضر في دعوى الناقة
- ٣٣١ محضر في دعوى غصب الحطب والعنب
- ٣٣٢ محضر في دعوى الأخذ ودعوى الإقرار به
- ٣٣٣ عرض في دعوى الأعيان
- ٣٣٤ محضر في دعوى أرض على رجل
- ٣٣٥ محضر في دعوى النحاس المنكسر
- ٣٣٨ محضر في الحاضر الإشارة تكفي

٣٣٩	محضر امرأة ادعت على ورثة زوجها بقية مهرها
٣٤٠	محضر في ذكر إقرار بمال
٣٤١	محضر فيه دعوى رجلية صدادق جارية مشتركة بينهما
٣٤٢	محضر في دعوى صبي
٣٤٣	محضر في دعوى الوارث الإرث
٣٤٢	محضر فيه دعوى رجل على رجل أن هذا الرجل وكزه خطأ
٣٤٤	محضر فيه دعوى دفع الدفع
٣٤٥	محضر ورد من بلدة خوارزم في إثبات الحرية
٣٤٦	عرض سجل في دعوى الوقفية
٣٤٧	عرض سجل في دعوى حرية الأصل

كتاب الشهادات

٣٥٣	الفصل الأول: في تحمل الشهادة وحل أداؤها والامتناع عن ذلك
٣٧٢	لا تجوز الشهادة على الأملاك وعلى أسبابها
٣٨١	الفصل الثاني: في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء
٣٨٤	الفصل الثالث: في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل
٤٠٣	تجوز شهادة الرجل لمن أرضعته امرأته
٤٠٥	العبد إذا شهد في حادثة، ثم أعتق وأعاد تلك الشهادة
٤٠٦	الفصل الرابع: في الاستماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة
٤١٤	إذا شهد رجلان أن لهما ولفلان دين على فلان
٤١٧	الفصل الخامس: في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته
٤٢٢	الفصل السادس: في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه، وشهادته لأبيه وأمه
٤٣٥	الفصل السابع: فيما يجوز فعله من الشهادات وما لا يجوز
٤٥٦	الفصل الثامن: في الشهادات في الموارث
٤٧٨	الفصل التاسع: في الشهادة على الشهادة
٤٩١	الفصل العاشر: في شهادة الشهود بعضهم لبعض
٤٩٦	الفصل الحادي عشر: في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم

الجزء الخامس عشر

تتمة كتاب الشهادات

٣	الفصل الثاني عشر: في المسائل التي تتعلق بحدود المدعي والمشهود به
	الفصل الثالث عشر: في شهادة الوارث بالوصية والرجوع عنها، وفي شهادة الوصي
١١	للميت، وفي شهادة الوكيل للموكل

٢٥	الفصل الرابع عشر: في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد بعد .
٢٥	القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته، وشهادة الشهود بعد قضاء
٢٥	القاضي بخلاف ما قضى
٢٩	الفصل الخامس عشر: في الشهادة على الوكالة والوصاية
٣٢	الفصل السادس عشر: في شهادة ولد الملاعنة
٣٥	الفصل السابع عشر: في التهاثر من الشهادات
٤٤	الفصل الثامن عشر: في ترجيح إحدى البينتين على الأخرى والعمل بالبينتين المتضادتين .
٤٦	الفصل التاسع عشر: في شهادة الزور
٥٠	الفصل العشرون: في الدعوى إذا خالفت الشهادة
٦٣	الفصل الحادي والعشرون: في الاختلاف الواقع بين الشاهدين
١٠٢	الفصل الثاني والعشرون: في التناقض في الدعوى والشهادة
١٣٠	الفصل الثالث والعشرون: في الشهادة على النسب
١٣٤	الفصل الرابع والعشرون: في المتفرقات

كتاب الوكالة

١٦٧	الفصل الأول: في الألفاظ التي يقع بها التوكيل وفي شرائط صحة التوكيل
١٧٧	الفصل الثاني: في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل
١٩٥	الفصل الثالث: في تعليق الوكالة بالشرط وتأقيتها وإيقاعها بصفة العموم والخصوص
١٩٨	الفصل الرابع: في بيان من يصلح وكيلاً ومن لا يصلح
٢٠٢	الفصل الخامس: في بيان ما يجوز من الوكالة وما لا يجوز
٢١٣	الفصل السادس: في التوكيل بالخصومة
٢٢٤	الفصل السابع: في إثبات الوكالة
	الفصل الثامن: في التوكيل بقبض الدين وتقاضيه وفي التوكيل بقبض العين وفي التوكيل
٢٣٢	بإثبات الدين وقضاء الدين والرسول في ذلك
٢٥٢	الفصل التاسع: في التوكيل بالشراء
٢٥٢	في بيان ما يجوز من ذلك، وما لا يجوز
٢٥٩	في بيان ما يجري على إطلاقه من ذلك وما لا يجوز
٢٦١	في الوكيل بشراء شيء بعينه إذا أراد أن يشتري ذلك لنفسه
٢٦٩	في هلاك الثمن في يد الوكيل وفي استهلاكه إياه وفي هلاكه قبل التسليم إلى الوكيل .
٢٧٢	في تأخير البائع الثمن على الوكيل بالشراء وحطه وما يتصل به
٢٧٧	في التوكيل بالشراء بالدين الذي للموكل على الوكيل
٢٧٩	في الوكيل يشتري ما له حمل ومؤنة
٢٨١	في مسائل العيب
٢٨٧	في مخالفة الوكيل بالشراء في أصل العقد أو في الثمن أو في المثل

٢٨٩	في تقييد الوكالة بالشراء
٢٩١	في الجمع بين الإشارة والتسمية
٢٩٥	الفصل العاشر: في الوكيل بالبيع
٢٩٥	في الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما سوى الدراهم والدنانير وباع بالنسيئة أو باع بالدين
		في الوكيل إذا باع بيعًا فاسدًا ويدخل فيه الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا جائزًا ويدخل
٢٩٧	فيه الوكيل بالشراء المطلق إذا اشترى شراء فاسدًا
٣٠٠	في الوكيل بالبيع إذا باع ممن لا تقبل شهادته له ونظائره
٣٠١	في الوكيل بالبيع إذا خالف في الثمن
٣٠٣	في الوكيل في البيع إذا خالف شرط الموكل
٣١١	في الوكيل بالبيع لا يطالب بالثمن
		في ضمان الوكيل الثمن للموكل ونقده الثمن من غير ضمان وصلحه مع الأمر وإحالة
٣١٣	الأمر على المشتري بالثمن
		في إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن وفي هبة الثمن منه وفي وقوع المقاصة بين
٣٢٠	الثمن وبين دين الوكيل أو الموكل وفي إقالة الوكيل البيع مع المشتري
		في إقرار الوكيل بالبيع بقبض الثمن ودعواه الهلاك في يده ودفعه إلى الموكل وفي الرد
٣٢٣	عليه بالعيب وفي إقرار الوكيل بقبض الثمن
٣٣١	في التوكيل بالبيع عن نوع جهالة
٣٣٢	في بيع الوكيل ثم شراؤه من المشتري
٣٣٣	الفصل الحادي عشر: في استحقاق الجارية المشتراة بعدما هلكت في يد الوكيل بالقبض
٣٣٣	وفي استحقاق الثمن بعدما هلك في يد الوكيل بالبيع
		الفصل الثاني عشر: فيما يجري بين الموكل بالبيع وبين المشتري وفيما يجري بين البائع
٣٣٧	وبين الموكل بالشراء
٣٣٨	الفصل الثالث عشر: في التصرفات التي يملكها الوكيل والتي لا يملكها
٣٤٢	الفصل الرابع عشر: في الوكيل إذا أخرج عن مباشرة ما وكل به بمباشرة فيما مضى
٣٤٧	الفصل الخامس عشر: في التوكيل بالطلاق وفي التوكيل بالخلع والطلاق والنكاح والعتاق
٣٤٧	وبجواز التوكيل باليمين بالطلاق
٣٥٤	الفصل السادس عشر: في التوكيل بالإجارة والاستئجار
٣٦١	الفصل السابع عشر: في حكم وكيل الوكيل
٣٦٧	الفصل الثامن عشر: في الاختلاف الواقع بين الوكيل وبين الموكل
٣٧١	الفصل التاسع عشر: في البضاعة والمستبضع
		الفصل المكمل عشرين: في الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل بشرائه وغيره بالثمن
٣٧٨	المسمى
٣٨٠	الفصل الحادي والعشرون: في توكيل الرجلين

٣٨٤	الفصل الثاني والعشرون: في توكيل بعد توكيل
٣٨٥	الفصل الثالث والعشرون: في المتفرقات

كتاب الكفالة

٣٩٥	الفصل الأول: في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها
٤٠٢	الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع بها الكفالة
٤٠٨	الفصل الثالث: في بيان من يجوز منه الكفالة ومن لا يجوز وفي بيان من يجوز عنه
٤٠٨	الضمان ومن لا يجوز
٤١٣	الفصل الرابع: في الكفالة ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته
٤٢٠	الفصل الخامس: في الكفالة بالمال
٤٢٦	الفصل السادس: في الأجل في الكفالة وفي شرط الخيار فيها
٤٣٣	الفصل السابع: في تعليق الكفالة بالشرط
٤٤٧	الفصل الثامن: في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا
٤٤٩	الفصل التاسع: في الكفالة بما ذاب له على فلان، وبما أقر له فلان، وبما قضى له به
٤٥١	الفصل العاشر: في الكفالة التي لا رجوع منها للكفيل على المكفول عنه
٤٥٣	الفصل الحادي عشر: في براءة الكفيل بإبراء وبغير إبراء
٤٥٩	الفصل الثاني عشر: في الكفالة بالحيوان وما أشبهه
٤٦٣	الفصل الثالث عشر: في الكفيل بالمال إذا ادعى فساد الكفالة
٤٦٦	الفصل الرابع عشر: في الخصومة الواقعة في الكفالة وإقامة البينة عليها
٤٧٢	الفصل الخامس عشر: في إخراج الكفيل نفسه عن الكفالة
٤٧٤	الفصل السادس عشر: في الكفالة مع الجهالة
٤٧٨	الفصل السابع عشر: في أخذ الكفيل في الدين المؤجل، وفي المكفول عنه إذا أراد الخروج عن المصر، وفي الرجل يأمر غيره أن يكفل عن فلان
٤٧٩	الفصل الثامن عشر: في الأمر بقضاء الدين، وفي الأمر بنقد المال وإعطائه بشرط الضمان وما يتصل به
٤٨٧	الفصل التاسع عشر: في السفنجة
٤٩٠	الفصل العشرون: في المتفرقات
٤٩٤	الفصل الحادي والعشرون: في بيان ما يوجب رجوع الكفيل وما لا يوجب
٥١٥	الفهارس العامة
٥١٧	فهرس الآيات
٥٣٩	فهرس الأحاديث
٥٥٩	المصادر والمراجع
٦١٧	فهرس المحتويات العام